

应松年:行政许可与行政强制法律制度 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022__E5_BA_94_E6_9D_BE_E5_B9_B4__c122_485513.htm

一、行政许可法律制度

(一)行政许可法律制度概述 行政许可是一项极为重要的法律制度，是国家为维护经济秩序、社会秩序和公共利益，保护资源和生态环境，保障公民权利等而设立的具有多方面功能的法律制度，为世界各国所普遍重视和广泛适用。

1. 行政许可制度的涵义与性质 行政许可也就是通常所说的行政审批，是指行政机关根据公民、法人或其他组织的申请，经依法审查，准予其从事某种行为、确认某种权利、授予某种资格和能力的行为。

许可，对被授予者说，是赋予权利，如准予驾驶机动车，准予开办会计师事务所，因而有时被称为授

益行为。但是对更多未被赋予权利者来说，则是一种禁止，是对行使某种权利的限制，所有未取得驾驶证者都不得开汽车；未被批准开办会计师事务所者，一律不得开办。因此，从性质上说，许可是对限制或禁止的解除。在法治国家里，公民可以从事一切活动，除非法律有禁止。许可正是权利与禁止这两者的结合点。例如，为了维护社会秩序和公共利益，对机动车驾驶必须实行许可制度。开车是一件具有危险性的事情，因此一般人不得开车；但开车又是具有利益性的事情，因而又应该允许开车。为了利用其有利方面，防止损害他人和公共利益的事情发生，国家就需要实行驾驶机动车的许可制度，一般人都禁止开车，但会驾驶汽车、懂得驾驶规则者可以被许可。很显然，对某一事项是否应该设立许可制度，是建立在这样的基础上的：一方面，这一行为具有潜在

的危险性，另一方面，又对需要者有利。如果绝对有害，所谓有百害而无一利，就不可能建立许可制度；反之，只有好处，对社会和他人都不利，完全可以由个人、组织自行决定的，也不可能建立许可制度。许可的这一普遍禁止的性质，使许多国家将此称为管制，日本则称为规制。有利有害，为能达到趋利避害的目的，这才需要设置许可制度。

2.许可的范围与种类

许可是对禁止的解除，这是社会生活所必需的，其原因也是多方面的。有可能是为了维护经济秩序、社会秩序和公共利益，也有可能是由于数量的限制，或者对从事服务行业者要求有特殊的资格，等等。从实践看，许可的范围大致包括以下几类：第一，为了社会安全和公共利益，对于直接影响人身健康、生命财产安全的产品的生产、经营、运输等需要实行许可；第二，对数量有限的自然资源或社会资源的开发利用需要实行许可；第三，对自然垄断的行业的准入，需要实行许可；第四，对为公民提供服务、直接影响公共利益，因而要求提供者必须是具备特殊信誉、条件、技能的个人、组织，由此而必须实行许可，等等。当公民、法人或其他组织需要取得许可时，就要由公民、法人或其他组织依法定条件和程序提出申请，经有关行政机关依法审查，决定是否许可。但是，上述这些领域是否必须由行政机关直接进行审批？实践证明并非如此。例如，自然资源的开发利用，有的就可以运用市场机制来解决；对某些特殊行业从业者的资格、资质的控制，就可以授权中介组织、行业自律组织来承担。此外，许可是一种事先控制，但许多事情其实完全可以通过事后监督来解决，而不必实施严格的许可制度。对许可进行分类比较困难，因为条件、标准很难统一。按禁止

的严格程度的不同，理论上许可大致可分为特许、一般许可、认可与核准、登记等种类。特许针对那些控制较严，只给少许符合条件者以许可的事项，如某些特别自然资源的开发利用；对公共安全有重大影响的事项；某些带有自然垄断性质的行业的市场准入等。绝大部分许可属于一般许可，并无数量上的限制，只要符合条件就可申请。认可和核准则更加宽松，行政机关的任务只是审查是否符合条件。登记是否可列入许可范围，理论上尚有争论。因为行政机关在这里的任务只是对符合条件者就予备案登记，作出公示，以备检查，对申请材料所反映的事实和权利义务关系的真实性不作实质性审查，由申请登记者自行负责。至于实践中行政机关如何掌握许可的条件，一般都由设置许可的法律规范明确规定。

3. 许可的基本原则 归纳我国和西方国家的经验或法律规定以及WTO的规则要求，许可制度大致包含如下几项基本原则：

- (1)法定原则。由于许可制度直接关系公民、法人和其他组织的权利，因此，许可的设定、实施机关的权限和义务、获得许可的条件和程序等，都必须由法律规定。
- (2)公开、透明原则。许可的设定过程，设定许可的法律文件，许可的条件、程序，都必须公开、透明。
- (3)公正、公平原则。设定和实施许可，必须平等对待同等条件的个人和组织，不得歧视。
- (4)便民、效率原则。许可在程序设置上必须体现方便申请人、提高行政效率的要求。
- (5)救济原则。包括在实施许可时，申请人有权陈述、申辩、依法请求听证、申请复议和提起诉讼等。
- (6)诚实信用、信赖保护原则。诚实信用是民事行为中最重要的原则，是市场经济活动的基础，它要求对待别人的利益像对待自己的利益一样。这一原则也是政府行政活动的

基本原则，它要求政府信守自己的诺言，要求行政活动具有真实性、稳定性和善良性。行政机关制定的规范或作出的行为应具有稳定性，不能变化无常，不能溯及既往。在诚信的基础上产生信赖保护原则，即公民基于对行政机关信赖所作的行为，应得到行政机关的保护，这一原则尤其适用于行政机关的“授益行为”。行政机关不得随意变更或撤销许可。因公共利益的需要，必须撤销或变更许可的，行政机关应负责补偿损失。例如公民投资某一项目，已得到批准，但后来行政机关出于某种公共利益的考虑，要撤销许可，就必须承担补偿责任。

(7) 监督与责任原则。谁许可，谁监督，谁负责。许可要与行政机关的利益脱钩，与责任挂钩。行政机关不履行监督责任或监督不力，甚至滥用职权、以权谋私的，都必须承担法律责任。

(二) 我国行政许可制度的现状、问题和行政许可立法

1. 我国行政许可制度的现状与问题

改革开放以来，经过十几年的发展，我国已经在很多必要的行政管理领域设置了许可制度，对维护经济和社会秩序，保障国家、社会和公民的权利和利益方面，起到了积极作用，但由于缺乏统一的法律规定，许可设置过多过滥，程序繁琐，很多方面已经走向反面，成为阻碍经济发展、损害公民权利的扰民制度，有些还成为腐败的温床。从法律上看，目前我国的行政许可制度存在以下几个方面的问题：第一，行政许可设置过多过滥。全国统计，行政许可事项在三千项左右，各省市统计，一般也是两千项以上，除法律、法规外，一些地方或部门在行政规范性文件中，随意设定各种许可制度，或在各种许可制度以外，另加年检、月检等等。第二，程序繁琐，效率低下。不仅行政许可事项多，而且程序十分繁琐，一项许可

，往往要经过几十、几百道手续。如某省要开办一批发市场，需盖112个章，三天一章，至少得一年；某市出租车上路，要同时备26个证件。很多部门内部处室都设置审批程序，要申请人自己拿着申请表和材料一个一个跑。内部程序外部化，大大降低了行政效率。第三，许可条件不公开、不公正、不确定。具备什么条件才可得到许可，在设定许可的文件里常常不作说明，或语焉不详，实施时随意增减，使申请人往返奔波；有些许可条件因主体而异，不平等对待。第四，重审批，轻监督，轻视责任。许可以后，就不管被许可者如何履行义务，或对错误审批造成后果不负责任；有些则不讲信誉，对已许可的事项，朝令夕改，而对因此受到损害的不承担责任。行政许可存在的上述问题，相当一部分是利益驱动的结果。多一项许可就多一次收费；有些规定已成为腐败的温床。行政许可制度中长期积累的这些问题已经引起人民群众的强烈不满，中央对此十分关注。前一阶段，对各地各部门的行政许可情况作了调查，并用行政手段初步进行了改革，如下令砍掉三分之一到一半的审批项目，集中办公等等。其中也有一些部门的改革取得了显著成效，如国土资源部关于土地问题的改革，从“一个窗口”进而发展到运用市场机制，等等。但总体上看，单靠行政手段是很难从根本上和全局上取得改革成效的。从某种意义上说，行政许可改革将是行政机关的一次革命性质的自我变革，因而必须通过国家立法，建立起一项既适应中国情况又与世界许可制度接轨的行政许可法律制度，然后全面加以贯彻落实。

2. 我国行政许可立法应注意的几个问题

(1) 行政许可的设定权 我国行政许可过多过滥的重要原因之一，是对行政许可的设定权没有明确作

出规定。行政许可是对公民权利的一种限制，因此，行政许可的设定权理应是国家专属立法权，这是世界通例。考虑到我国的具体情况，可以由行政许可法一次性授权：在法律没有设置行政许可的情况下，由行政法规设定；地方因地方特殊情况需要设置行政许可的，可由地方性法规设置。规章一般无设定权，确有必要设定行政许可的，必须报国务院批准。有必要对现有行政许可作全面清理，规章及规章以下规范性文件设定的行政许可，一律废止。需保留者上报国务院批准。对凡是可以通过市场机制解决的，如有数量限制的自然资源、社会资源的开发利用，由单行法律作出明确规定。对为公众提供服务，需要特殊资格、资质的许可事项，都应授权中介组织、行业组织管理。但也需要由单行法规作出规定。从我国的实际情况看，要完全做到行业自律，尚需一定的培育时间。

(2)行政许可最重要的两项原则 一是公开、透明。许可的设定、许可的具体条件、许可程序，都应该公开。公开是最好的防腐剂，也是公正的前提。二是信赖保护原则。市场经济是信用经济，首先是政府守信，才能有市场信用。行政机关因改变政策而撤销许可，由此造成损害的，应承担赔偿或补偿责任。补偿不能低于公民的原投入。这也是贯彻谁批准谁负责的最好措施。

(3)许可程序 程序是许可制度中最重要的组成部分之一。程序对提高行政效率、保护公民的权利以至促进经济发展至关重要。由于许可种类的不同，需要设置不同的程序，法律可以作出不同的规定。同时，在行政许可法中也不可能详细列出所有的程序，只能规定一些主要的必经程序。具体程序应由单行法规定。设置许可程序时必须注意以下问题。 第一，一项许可只能由一个机关审批。从

机关内部而言，内部处室无权对外，一个部门只能一个窗口对外；从一级政府而言，各部门是该政府设置的职能部门，实际上都是代表该级政府行使权力，因此，即使一项许可涉及几个部门，也应由一个主管部门审批。部门之间需要协调的，由主管部门自行协调。这也是国际通例。必须坚决克服内部程序外部化的弊病。

第二，听取意见。法律、法规在设定涉及公共利益或公民重大权益的许可制度时，应该公开征求意见，举行座谈会、听证会、论证会；对涉及公民重大权益的许可申请，行政机关在作出否定决定前的适当时间内，申请人有要求听证的权利。除听证会外，在许可过程中作出任何不利于当事人的决定，都应说明理由，听取对方的陈述和申辩。在听取意见程序中，除听取当事人的意见外，还要特别注意听取有利害关系的第三人的意见。

第三，条件公开。通过多种途径，公布每项许可的具体条件。

第四，时限、受理、通知等基本程序。法律应当规定行政机关受理、审批许可的一般期限和特别期限；申请人递交材料后，应登记在册并出具收据；受理、审批决定、暂扣许可证或撤销许可决定，都必须送达当事人，在确实无法送达时，公告送达。

(4) 收费 行政许可法要对许可收费作出原则规定：一般许可只收证照成本费；有特别支出的，由单行法律在设定许可的同时作出具体规定，如技术鉴定的费用。收费统一上缴国库，不得以任何借口返还。不能使许可制度成为国家机关经营获利的手段。

(5) 法律责任 法律责任有两类，一类是属于许可申请人和持有人的。这类法律责任要通过单行法加以规定。另一类是国家机关的责任，包括无权设定许可擅自设定的；在许可实施过程中，应受理申请而不予受理；应通过市场机制解

决的却擅自审批或干预的；违反法定程序的；只审批不监督，造成严重后果的；索贿、受贿的，等等。法律责任包括刑事责任与行政责任。凡是在法律正文中规定的义务，在法律责任中都应有对应的规定。

二、行政强制法律制度

(一)行政强制法律制度概述

1. 行政强制制度的涵义

行政强制制度是行政强制措施和行政强制执行两项制度的合称。行政强制措施是指行政机关为制止、预防违法行为或者在紧急情况下依法采取的对有关对象的人身、财产和行为自由加以暂时性限制，使其保持一定状态的各种方式和手段。行政强制措施有如下几个特征：第一，行政强制措施的目的在于预防、制止或控制危害社会行为的发生。行政强制措施带有明显的预防性、制止性。第二，行政强制措施常常是行政机关作出最终处理决定的前奏和准备。很多情况下，是在行政处理决定作出前的调查阶段，为保全证据或保持一定状态而采取的措施。有时则是强制执行的前奏和准备，因此，行政强制措施带有明显的临时性和中间性。第三，由于行政强制措施是运用国家机器的力量对个人、组织采取的强力行为。因此，采取行政强制措施必须十分谨慎；行政机关是否有权采取行政强制措施，必须有法律的授权，并严格依照法定程序实施。行政强制措施还可以细分为一般的行政强制措施和即时强制两种。两者的主要区别在于：一般行政强制措施在采取措施前，必须先作出行政处理决定，据此才能采取强制措施；但在某些紧急情况下，为了保护公共利益和公民权益，来不及作出决定而立即采取强制措施，此为即时强制。毫无疑问，即时强制必须有法律授权。行政强制执行是指有关国家机关对不履行行政机关依法作出的行政处理决定中规定的义务，采

取强制手段，强迫其履行义务，或达到与履行义务相同状态的行为。行政强制执行有如下几个特征：第一，行政强制执行以相对一方的个人、组织不履行行政义务为前提，在一般情况下，这种不履行还必须有不履行的故意。不履行行政义务大致有两种情况，一种是从事法律所禁止的行为；另一种是不履行法律规定的必须履行的义务。第二，行政强制执行的目的在于强迫相对一方履行行政义务，直接影响着相对一方的权益，因此，强制执行的内容与范围应以行政义务为限，以最小损害相对一方权益为原则。第三，拥有强制执行权的是有关国家机关。这里的有关国家机关是既指行政机关，也指司法机关。这里有两个问题需要解释，一是行政强制执行权是指最后决定是否需要采取强制执行的权力，而不是指具体操作强制执行措施的机关。世界各国按照“裁执分离”的原则，作出强制执行决定与具体采取强制执行措施的机关都是分离的。一般说，由于采取强制执行措施是一种行政方式，因此大都由专门的行政机关执行，如美国就由司法部设执行署执行；二是行政强制执行权的归属，两大法系有较大区别。英美法系把行政强制执行权作为司法权的一部分，只有法院才有权决定是否需要强制执行；大陆法系则把行政强制执行权看成是行政权的一部分。我国的行政强制执行制度，形成于改革开放以后。基本体制是：行政强制执行以申请人民法院强制执行为原则，行政机关自行强制执行为例外。例外指的是法律明确授权。实践证明，这一基本体制吸收了国外两大法系强制执行制度的优点，具有中国特色，是正确可行的。第一，强制执行是运用国家机器的强力，涉及公民权利。因此，行政机关需要强制执行时，须向人民法院申请

，由人民法院再作一次审查，有助于行政机关正确作出决定，减少错误。第二，又保证了必要的灵活性，对某些维持经济和社会秩序、保障公共利益方面负有重任，需保证效率，且处理案件较多的行政机关，可以由法律单独授权其自行执行。第三，兼顾了行政效率，没有强制执行权的行政机关可以"申请"法院强制执行。申请不是诉讼，程序比较简单，以达到既进行审查，又不影响效率的目的。

2. 行政强制的意义和作用

行政强制措施和行政强制执行，是保证行政机关顺利履行法定职责，维护社会经济秩序，保护公共利益和公民权益方面的两项十分必要的法律制度。行政强制措施是行政机关调查案情、保全证据、保护公共利益和公民人身权、财产权的强有力手段，很多行政机关需要有运用行政强制措施的权力，否则将无法履行其法定职责；行政强制执行则是行政权行使的最后阶段，也是行政权的保障，没有行政强制执行制度，行政决定将最终沦为一句空话。但是也应该看到，在所有行政行为中，行政强制要用国家机器的强力直接干预公民的权利义务，因而是最严厉的一种手段。行政强制制度能够正确运用，令行禁止，就能保证有良好的法治秩序。反之，行使不当，就将给公民、法人和其他组织带来巨大损害，深刻影响政府形象。正因为如此，在立法授权时，必须权衡利弊，不能不给行政机关以必要的强制权，但必须适度，并加强法律监督。对此，各国都有一些成熟的做法可供我们借鉴。

3. 行政强制的基本原则

第一，法定原则。行政强制权并非行政管理权的自然组成，而是单独一种权力，必须有法律的单独授权。授权包括行政强制的主体、内容、范围、方式、程序等。

第二，适当原则。在国外又称为比例原则、

禁止过分原则、最小损害原则等等。适当就是要兼顾公共利益和公民、法人和其他组织的权益。该冻结50万的，不能冻结100万，可以用间接强制的，不用直接强制等等。第三，说服教育与行政强制相结合的原则。在行政强制执行中和某些强制措施中，实施前必须强调说服教育，尽可能使当事人自觉履行。第四，救济原则。在实施行政强制前，行政机关必须向当事人说明理由，当事人有权陈述和申辩。对于不当或违法的行政强制，当事人有权申请复议或提起诉讼。因不当或违法行政强制给当事人造成损害的，应当赔偿。

4. 行政强制的方法

行政强制执行的方法，大致分为间接强制(包括代履行与执行罚)和直接强制两大类。但行政强制措施的方式和手段较多，如查封、扣押、冻结，以及抗拒调查时的一些强制手段。

(二)我国行政强制制度的现状、问题与行政强制立法

我国自改革开放以来，形成了自己的行政强制执行制度，既注重行政效率，又加强了法律监督。应该说，是适合中国国情的，在法制建设与法律监督方面也取得了一定进展，但由于没有统一立法，因而存在一些问题。主要是：第一，设定权不明确。据浙江大学行政强制法课题组的统计，至1999年，在314件法律中，有33件规定了行政强制；在1584件行政法规中，有71件规定了行政强制；在8469件部门规章中，有145件规定了行政强制。据全国人大常委会法工委调查，以河南、四川、上海为例，河南制定和批准329件地方性法规，有65件规定了行政强制；四川155件地方性法规中，有32件规定了行政强制；上海市政府500多件规章中，有26件规定行政强制。可以看出，行政法规、地方性法规、部门规章、地方规章规定了行政强制的数量很不少。而且有些其他的规范性

文件也有规定行政强制的，无法统计。也许其中很多规定有其合理性，但以法治国家的行政强制法律体系而言，不同层次的规范作出这样众多的规定，有些下位法的规定甚至直接与上位法冲突，这是应该引起特别关注的，这也是迫切需要制定一部统一的行政强制法的重要原因之一。第二，行政强制的种类与方式繁多，据浙江大学行政强制法课题组统计，从1950至1999年现行有效的10369件法律、行政法规和部门规章中，规定了3263种行政强制的种类和方式。据不完全统计，30余部法律规定的行政强制就有近百种。这些名目繁多的行政强制方式，大都没有明确界定，这就必然给实施带来许多随意性和混乱。第三，执行难。执行难不仅在法院执行中存在，在行政机关的执行中也严重存在。第四，缺少程序规范。属于行政机关自己强制的，基本上由各部门自行规定，有些连最基本的程序规定都没有；属于申请人民法院强制执行的，长期存在着是实质审还是形式审的争论。由此也影响执行的力度和效率。第五，裁执不分。决定者就是执行者，尤其是金钱给付的执行，由此产生各种弊病。第六，执行中主体混乱，各种名目的执行队伍，既无法定行政强制权，又无法律授权，却可以任意实施行政强制，由此而常常激化矛盾。综上所述，制定一部统一的行政强制法，从源头上理清和完善行政强制的类别、设定权、程序等等，进而将行政强制实践纳入法治轨道，是我国建立社会主义法治国家的一项迫切任务。我个人意见，行政强制法需要关注以下问题：第一，行政强制设定权。如上所述，由于行政强制是运用国家机器的强力来直接影响公民的权益，因此，其设定权应该比行政处罚、行政许可等更为严格。行政强制属于国家专属立

法权，行政强制应由法律设定。考虑到我国的特殊情况，行政强制措施中的部分内容，如查封、扣押可由行政强制法授权行政法规设定。对于地方特殊情况，法律、法规不作规定的，地方性法规可就行政强制措施的某些方式作出设定。属于人身自由的，根据立法法的规定，只能由法律设定，且不得授权。鉴于目前实施行政强制主体的混乱情况，哪些行政机关(或具有公共管理职能的事业单位)具有哪种行政强制权，必须由法律、法规明确授权，其他机关或单位不得行使行政强制权。根据国外的一些做法，我们可以按照裁执分离的原则在具体实施执行的机关方面作一些大的改革：将金钱给付的执行，不管是法院决定还是法律授权的行政机关的决定，都统一交某一行政部门执行。这样做，有利于克服执行主体的混乱，防止腐败的产生。

第二，行政强制的方式。鉴于行政强制的方式名目繁多，法律有必要像行政处罚法规定处罚种类一样，也作出统一规定。行政强制执行，主要是代履行、执行罚和直接强制。行政强制措施主要是查封、扣押、冻结以及进入住所和建筑物、检查与检验等。所有这些，在实施时都要按合理、适当、最小损害原则进行。

第三，行政强制的程序。首先，是关于申请人民法院强制执行问题。人民法院对行政机关的申请应该是实质审还是形式审，一直有争议。如果作形式审，法院就成了行政机关的执行机关。如果是实质审，就需要有一个提交法院后，由法官主持双方质证的程序问题。由于行政机关的决定是经过比较严格的程序作出的，因此，这一审查可以比较宽松一些，一般只要合法合理就可以决定同意。但在审查时如发现有必要，或被执行人有异议，要求质证时，可以在此设置一简易程序，进行质

证，然后作出决定。法院的审查时间要作出适当的限定，不能漫漫无期，影响效率；执行收费不能仿照民事执行，要有严格限制。同样，如果将来裁执分离，也要有严格限制。其次，所有的行政强制执行，都应该有作为执行根据的、使相对一方承担义务的行政处理决定书和行政强制执行决定书。行政强制措施除法律规定的即时强制外，也要有强制措施的决定书。所有的决定书都要有机关首长的批准；行政强制一般都要有告诫程序，有些甚至要数次告诫；强制决定必须送达，只有在确实无法送达时，方可公告送达；由于强制措施很多情况下是在检查、调查过程中采取的，行政强制法对此应该有较细的程序规定。第四，救济程序。在行政强制的过程中，要充分听取相对一方的意见；不服行政强制的，可以申请复议或提起诉讼；造成损害的，国家赔偿。这里有一个提起诉讼后是否停止执行的问题。行政诉讼法规定不停止执行。但实际情况是，如果是申请人民法院强制执行，在人民法院审查期间，行政机关的强制执行的决定不能不停，要等法院审理结束才能继续执行。但这样做对于一些需要迅速执行的案件会造成延误。根据德国的经验，他们设计了一道行政机关可以要求法院迅速作出裁决的程序，法院要在法定的较短时间内作出裁决。这一程序设置，我们可以适当借鉴。第五，还有一个值得研究的问题，就是执行难。在金钱给付义务的强制执行中，常常遇到拒绝履行的情况。美国有藐视法庭罪作为后盾，我国是否可以在这方面加强力度。同时，对有迹象表明义务人有可能不履行义务的，如条件许可，可设置令其提供相当担保的办法；另外，还可对不履行义务者，由法院进行司法登记、公告，以影响其声誉；提起人们对

这些不履行义务者的警惕，这种做法，似也可以在行政强制中使用。 新闻来源:中国法学网作者简介：应松年全国人大内务司法委员会委员、国家行政学院法学部主任、教授 100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com