

國立政治大學法律學研究所碩士論文

指導教授：董保城博士

The logo of National Chengchi University is a circular emblem. It features a central five-petaled flower shape with the Chinese characters '政大' (Chengchi University) inside. The outer ring of the emblem contains the text '國立政治大學' at the top and 'National Chengchi University' at the bottom.

「中華人民共和國行政許可法」之研究

研究生：李明益 撰

中華民國九十三年一月

謝 詞

在撰寫論文的過程中，除了一邊工作一邊撰寫論文所帶來時間的壓力外，打擊最大的莫過於指導教授法治斌老師的辭世。在大學時代，個人即受業於恩師的憲法、行政法課程，恩師的幽默風趣與教學的靈活生動，讓我對公法產生了興趣，也因此選考法律研究所公法組，恩師自然也就成為個人論文指導教授的不二人選。詎料天不假年，就在恩師獲總統提名擔任大法官，普獲各界認同且深慶國家得人之際，恩師突因病辭世，個人頓失學業上的導師，幸賴恩師董保城教授不棄，願意接手指導，個人論文寫作的步調方未因此凌亂或延宕，兩位恩師的不厭其煩的指導與教誨，是這本論文得以順利完成的最主要因素。

此外，在蒐集論文資料的過程中，承蒙王文杰老師大力協助，減省了我在蒐集資料過程中諸多的不便與麻煩，在論文口試時，王文杰老師與洪家殷老師細心的指導與斧正，亦讓我得到許多的啟發，深感獲益良多，在此向兩位老師致上最誠摯的謝意。

在論文寫作過程中，賢妻林禎瑩一直陪伴在側，並打點生活上的一切需求，讓我得以無後顧之憂，而專心撰寫論文，在我陷於苦惱、憂煩之際，也是她在旁不斷的鼓勵與安慰，排解了我在撰文過程中的孤獨情緒，沒有她，支撐我撰寫論文的動力不可能源源不竭。

最後謹以此論文獻給養我、育我、疼我、愛我的母親李陳秋榮女士與在我考大學前辭世的父親李戊寅，沒有他們，絕不會有現在的我。



摘 要

中國大陸自一九七〇年代末期以來所展開之經濟體制改革，不僅經濟體制本身受到關注，其法制建設亦逐步恢復。由於大陸長期以來實行高度集中之計劃經濟體制，使得行政許可之運用極度膨脹，已滲透到經濟、社會各個領域，幾乎到了動輒要許可、步步要審批的地步，嚴重影響大陸當前正著力推行之企業經營機制的轉換與經濟效益的提高。有鑑於此，大陸乃在一九九六年著手行政許可法之調查研究及起草工作，嗣經進一步反覆研究、修改及意見徵詢，再予增減損益後，終於在二〇〇三年八月二十七日第十屆全國人大常委會第四次會議通過《中華人民共和國行政許可法》，內容計八章八十三條，舉凡行政許可設定權、行政許可之實施機關及程序、行政許可之收費、監督與檢查、違反本法規定之行政許可機關及其工作人員與被許可人之法律責任等，均在本法規範調整之列，並預定於二〇〇四年七月一日施行。惟本法就行政許可制度之基本程序設計是否完備，使得行政許可制度既能發揮行政規制之功能，又能適當調節人民權利之行使與公益的衝突；在大陸加入 WTO 後，既應接受 WTO 規則之約束，本法之相關規定是否符合 WTO 規則關於非歧視、透明化、自由貿易、公平競爭等原則之要求，均有待進一步檢討。

關鍵字：行政許可、行政許可法、審批、行政審批、行政處分

Abstract

The reform of the economic structure since the late 1970s in the People's Republic of China (PRC) has made a gradual recovery of the legal system. Due to the planned economy structure for a long time, the system of administrative license abused in the field of society and economics had severely done harm to the transformation of enterprise management mechanism and the enhancement of economic efficiency. According to this, the PRC government began to research and draft the administrative license law since 1996. After unceasing investigation, amendment and opinion collecting, the Administrative License Law of The People's Republic of China has been adopted at the 4th session of the Standing Committee of the 10th National People's Congress of the People's Republic of China on August 27, 2003 and shall be implemented as of July 1, 2004. The law including 8 chapters and 83 articles stipulates the establishment of an administrative license, the executive organ for administrative license, the procedures for administrative license, the expenses of administrative license, the supervision and check, legal liabilities and so on. But is the basic procedure design of the system of administrative license stipulated by the law perfect so that it could manage administration and adjust the conflict between people exercising right and public benefit? and do the stipulations of the law correspond with the requirements of WTO rules which include non-discriminatory, transparency, free trade, fair competition principles and so on? all of them need further discussion.

Keyword: administrative license, the Administrative License Law, examination and approval, administrative disposition

目次

第一章 緒論	1
第一節 研究動機	1
第二節 研究範圍及研究方法	5
第三節 論文之主要章節架構	7
第二章 大陸法制的變遷與立法體制的考察	9
第一節 概說	9
第二節 大陸法制之變遷	12
第一項 初始期(1949年至1957年)	12
第二項 停滯時期(1957年至1978年)	15
第三項 恢復、發展時期(1978年至今)	16
第一款 改革開放後的法制過渡發展階段(1978年至1993年)	17
第二款 確立市場經濟體制後的法制發展階段(1993年至今)	21
第三節 大陸立法體制的考察	26
第一項 概說	26
第二項 大陸現行之行政區劃	28
第三項 大陸立法體制的過去與現在	31
第一款 一九八二年《憲法》制訂前的立法制度	31
第二款 一九八二年《憲法》制訂後的立法制度	33
第一目 中央立法現制	35

第二目 地方立法現制	40
第三章 大陸《行政許可法》評析	53
第一節 概說	53
第二節 行政許可之概念	55
第一項 行政許可之意義與性質	55
第一款 行政許可之意義	55
第二款 行政許可之性質	64
第二項 類似概念的比較	66
第一款 特許	66
第二款 認可	70
第三款 確認與登記	71
第三項 本法之行政許可概念	72
第三節 行政許可實務現況	78
第四節 撥亂反正—行政許可之法制化	84
第一項 合法原則	86
第二項 合理原則	90
第三項 效能與便民原則	92
第四項 監督與責任原則	98
第五節 本法之立法評析	102
第四章 行政許可程序中聽審保障之比較法觀察—以台灣《行政程序法》為中心	113

第一節 概說	113
第二節 台灣《行政程序法》上之聽審保障	119
第一項 聽審保障之功能	119
第二項 聽審保障之法理基礎	123
第一款 人性尊嚴	124
第二款 基本權利附隨程序的保障理論	127
第三款 訴願權	128
第四款 實務見解—以司法院大法官會議解釋為中心	129
第三項 作成行政處分程序之聽審保障	137
第一款 陳述意見程序	138
第二款 聽證程序	148
第四項 《行政許可法》聽審制度之再建構	152
第五章 大陸入世與行政法制之改革—《行政許可法》之因應	159
第一節 概說	159
第二節 行政許可設定主體方面	163
第三節 行政許可之內容方面	166
第四節 行政許可程序方面	168
第六章 結論	173
附錄一	183
附錄二	197
參考文獻	213



「中華人民共和國行政許可法」之研究

第一章 緒論

第一節 研究動機

中華人民共和國(以下稱中國大陸或大陸¹)自一九七〇年代末期以來所展開之經濟體制改革，不僅經濟體制本身受到關注，其法制建設亦逐步恢復，而行政許可²作為調控經濟運行之重要行政手段，其制度之健全與完善，隨著市場經濟體制改革之逐步深化與大陸正式加入「世界貿易組織」(World Trade Organization, WTO)³，更是受到熱切的關注。

行政機關依人民之申請，就依法令之一般禁止或限制事項，於特定情況下之場合對該申請人解除其禁止或限制，使其得以適法為一定行為之具體行政行為(相當於台灣所稱「行政處分」)，謂之行政許可，屬事前預行控制之行政手段。由於大陸長期以來實行高度集中之計劃經濟體制，使得行政許可之運用極度膨脹，已滲透到經濟、社會各個領域，幾乎到了動輒要許可、步步要審批的地步，嚴重影響大陸當前正著力推行之企業經營機

¹ 本文以《中華人民共和國行政許可法》為研究主題，因此本文以下若無特別指明，所稱中國大陸或大陸，當指一九四九年以後所成立的中華人民共和國而言。

² 行政許可一般又稱為「行政審批」，惟亦有學者認為兩者概念不同，不應混為一談，亦即許可是行政機關之外部行政行為，審批是指行政機關之內部行政行為。參閱熊文釗，現代行政法原理，北京·法律出版社，二〇〇〇年九月，第一版，頁三〇一至三〇二。台灣行政法學著作對於「行政許可」多逕稱之為「許可」，惟兩者在概念上並無何實質上之差異，大陸學者習稱「行政許可」，至多僅具有強調係屬於行政領域方面的許可之意義，以有別於其他領域的許可。「行政許可法」既明文以「行政許可」懸為法律之名稱，本文亦從此一名稱進行討論。

³ 中國大陸在一九八六年七月提出「恢復」中國之關稅暨貿易總協定(The General Agreement on Tariffs and Trade, GATT)締約國身份，惟歷經近九年之「復關」談判，結果仍無功而返。一九九五年在GATT基礎上建立WTO時，中國大陸一度爭取成為WTO之創始會員國，惟仍功敗垂成，之後歷經近七年之入世談判，於二〇〇一年十一月十一日在卡達舉行之WTO部長會議期間，時任中國對外經貿部部長石廣生在簽署了《中國加入世貿組織議定書》並向WTO秘書處遞交中國國家主席江澤民簽署之《中國加入世貿組織批准書》後，在同年十二月十一日生效，而正式成為WTO第一百四十三個會員國。關於大陸加入WTO之歷程，可參閱錢鎮，「在全球化背景下堅持中國的主權」，收錄於劉德喜(主編)，WTO與國家主權，北京·人民出版社，二〇〇三年三月，第一版，頁二八二以下；趙伯英，「中國加入WTO與主權觀念的調整」，收錄於同書，頁三〇六。

制的轉換與經濟效益的提高，其具體弊病顯現在如下幾各方面：首先，是行政許可設定權不明確，不僅縣政府、鄉政府在設，即某些行政機關之內部單位也設定許可權。其次，設定許可的事項不規範，一提到行政管理，就要審批。再者，實施行政許可的環節過多，手續繁瑣，時限過長，「黑箱作業」，人民辦事很難。又行政機關實施行政許可，往往只有權力，沒有責任，缺乏公開、有效的監督制約機制；且重許可、輕監管，或只許可、不監管的現象比較普遍，市場進入很難，而一旦進入，卻又缺乏監管。此外，不少企業、個人為了取得行政許可，還要給好處、託關係，助長了腐敗現象的蔓延，在一定意義上，可以說行政許可已經成為一個腐敗源頭⁴。

有鑒於前開現象，顯然與大陸亟欲建立之市場經濟體制之要求不相符合，並在一定程度上成為轉變政府職能的一個障礙，因此改革行政許可制度之呼聲日益強烈，全國人民代表大會常務委員會(以下簡稱全國人大常委會，全國人民代表大會則簡稱為全國人大)乃在一九九六年著手行政許可法之調查研究以及起草工作，並擬定《行政許可法(徵求意見稿)》。第九屆全國人大常委會將行政許可法列入立法規劃，確定由國務院提出法律草案。據此，國務院法制辦公室以前開《徵求意見稿》為基礎，結合清理國務院部門行政審批事項，從二〇〇〇年初開始行政許可法的起草、調查研究等工作，並徵詢地方人民政府、國務院部門及專家學者之意見，而起草了《行政許可法(初稿)》，在進一步反覆研究、修改及意見徵詢後，擬定了《中華人民共和國行政許可法(草案)》(以下簡稱國務院版草案)，該草案於二〇

⁴ 參見大陸國務院法制辦公室主任楊景宇於二〇〇二年八月二十三日在第九屆全國人民代表大會常務委員會第二十九次會議上所提「關於中華人民共和國行政許可法(草案)的說明」，全文見全國人大常委會公報，二〇〇三年，第五號，頁四四九至四五三。

○二年六月十九日國務院第六十次常務會議討論通過，內容凡十章一百條，採取合法與合理、效能與便民、監督與責任諸原則⁵。在此一草案基礎下，經第九屆、第十屆全國人大常委會前後四次審議討論並予增減損益後，於二〇〇三年八月二十七日第十屆全國人大常委會第四次會議通過《中華人民共和國行政許可法》(以下簡稱本法)，內容計八章八十三條，舉凡行政許可設定權、行政許可之實施機關及程序、行政許可之收費、監督與檢查、違反本法規定之行政許可機關及其工作人員與被許可人之法律責任等，均在本法規範調整之列，並預定於二〇〇四年七月一日施行。惟本法就行政許可制度之基本程序設計是否完備，使得行政許可制度既能發揮行政規制之功能，又能適當調節人民權利之行使與公益的衝突；在大陸加入WTO後，既應接受WTO規則之約束，本法之相關規定是否符合WTO規則關於非歧視、透明化、自由貿易、公平競爭等原則之要求，均有待進一步檢討。近年來，隨著兩岸交流日益繁熾，經貿往來穩定成長⁶，大陸法制之發展與整備愈益引起國人的關注，相關大陸法律之研究也如雨後春筍，令人目不暇給。行政許可於大陸行政實務上，為各級機關所廣泛採行，卻因法制未備，而滋生諸多弊端，有鑑於行政許可制度之完善與大陸經濟體制之順利轉軌密切相關，且大陸加入WTO所為之承諾，相當程度上對於規整行政許可實務亂象亦有其指導之作用，因而引發筆者對於該制度之研究興

⁵ 以上關於本法起草過程之說明，同前註。

⁶ 一九八四年大陸將外貿權限下放給地方政府和企業部門，並開放經濟技術開發區，同時放寬外匯與進口管制，使台灣產品銷往大陸之出口規模逐漸擴大，兩岸之貿易總額比以往大幅成長。據行政院大陸委員會對兩岸貿易經額之統計，一九八四年台灣經香港間接轉口輸往大陸之金額為四百二十五億五千萬美元，台灣自大陸進口為一百二十七億八千萬美元，兩岸經貿往來總額估計為五百五十三億三千萬美元，而二〇〇一年至七月份為止，台灣經由香港間接轉口貿易輸往大陸之金額為五千零五十億美元，自大陸進口為三千三百六十億五千萬美元，兩岸經貿往來總額估計為一兆五千六百十億一千萬美元。參見王泰銓、楊士慧，「加入WTO對兩岸投資規範之影響」，律師雜誌(二月號)，第二六九期，民國九十一年二月，頁四七至四八。

趣。本文之作，乃筆者初步之研究心得，冀使有方對於大陸行政許可制度進一步的啟發與思考，有所裨益。



第二節 研究範圍及研究方法

行政許可除作為具體行政行為加以理解外，亦可從其為一種行政制度之角度加以觀察。因此除行政許可之定義、性質外，舉凡其程序規範(設定主體、申請程序、審查程序等)、合憲性問題、裁量權之行使等，均有其研究之價值及必要。惟囿於篇幅及所學，本文以大陸《行政許可法》為主軸，著重在設定行政許可之主體及行政機關作成許可前之程序規範等面向之研究及討論，行政機關裁量權之行使並不在本文討論之列。至於行政許可之適用範圍，涉及基本權利限制之憲法層次問題(即行政許可合憲性問題)，由於大陸法制建設起步較晚，學界關於行政許可合憲性問題鮮少論及，因而可供參考之文獻有限，本論文不擬將此議題列為專章深入探討，惟考量到此一問題之無可迴避性，本文仍將在相關章節進行討論。

研究方法方面，本文主要藉由文獻分析法，就大陸法制背景(包含近五十年來之行政法制變遷、中央及地方立法體制)、行政許可法制訂背景、行政許可法內容等相關研究議題，蒐集著作、期刊、論文、官方文獻等資料，進行分析、檢討。又本法就行政許可程序(尤其是聽審程序)所為之制度設計是否完善、是否合乎當代對於行政程序之相關程序要求，即有待於本諸比較法之觀點加以評析、論述。惟考量到本法制訂過程，對於外國法制之沿襲、繼受，著墨不深，加以作者本身囿於所學，故就在比較研究上，將僅止於以台灣之《行政程序法》作為借鑑討論的對象，以資為評估本法內容良窳之參考。當然，大陸所採取的是社會主義體制，在意識型態的牽引下，本難立於與大陸完全採取不同體制之台灣之觀點，對於大陸法律制

度加以臧否，惟考量到程序立法相對於實體建制，較不涉及價值判斷或意識型態之問題⁷，台灣方面關於程序性立法對於本法的制訂應有可供參酌之處，故仍列專章予以討論。

有鑑於兩岸生活、法制上之差異，致使不論是在日常用語、法律用語或法律條款之編排，均有其相異之處，因此於討論時，除作必要之說明外，在關於大陸法制之討論章節中，本文所使用之用語或法條編排原則上以大陸為主，例如相當於台灣「行政處分」概念者，大陸稱之為「具體行政行為」；而依《中華人民共和國立法法》（以下簡稱《立法法》）第五十四條第一款規定：「法律根據內容需要，可以分編、章、節、條、款、項、目」，其條、款、項、目之次序，有異於台灣之條、項、款、目（《中央法規標準法》第八條參照），故稱「第一條第一款」者，其意義即相當於台灣所指「第一條第一項」。至於提及台灣和 WTO 之相關法規、規則時，則仍以條、項、款、目之次序稱之。

⁷ 例如刑事訴訟法上無罪推定原則之採用、物權法的制訂等，均面臨到意識型態的掙扎。相反地，程序性立法則因價值中立性，晚近受到相當大的關注，此由近年來，大陸法學界掀起一股行政程序研究熱潮可知。

第三節 論文之主要章節架構

本文第一章緒論部分，主要在於說明研究動機、範圍及方法。又大陸屬社會主義國家，其對於國家、法律之理解與闡釋，原即與非社會主義國家有所不同，並因而形成不同之立法體制與法制背景，且大陸行政許可改革目標之一，即在於釐定中央及地方立法主體之行政許可設定權，故在檢討大陸《行政許可法》之前，對於大陸法制環境的演變、行政法制之遞嬗及其立法體制，即有必要先行瞭解。故本文第二章主要即在於探討中共建政後，大陸法制變遷之概況，並觀察現行之立法體制安排。第三章部分，首先探討行政許可之概念、性質。其次，行政許可於大陸之所以受到高度重視，甚至制訂專法予以規範，實因長期處於無序狀態之行政許可現狀，與大陸汲汲朝向市場經濟體制之路邁進顯得扞格不入，有以致之。大陸既面臨在市場經濟引導下之法制現代化與國際接軌的問題，行政許可予以法制化規範，即屬不得不然之結果。因此，在檢討大陸《行政許可法》之前，即有必要先行說明行政許可制度在經濟體制轉軌過程中面臨之瓶頸與障礙，以瞭解行政許可法制訂之時代與環境背景。再其次，則以《行政許可法》為中心，多面向地從行政許可設定權之歸屬、範圍、實施的程序、許可的監督等方面，瞭解本法所建構之行政許可制度。又聽審制度乃是民主參與行政程序的表徵，於行政法之發展上，有其積極性之重要意義，本法賡續《行政處罰法》創設聽審制度之精神，於行政許可程序中，亦納入此一由民眾參與程序之重要制度，惟由於其規定至為簡陋，故本文第四章擬從比較法之觀點，藉由台灣《行政程序法》之立法精神與程序設計，並

適應行政許可性質之要求，試著討論行政許可程序中聽審制度應有之設計。再者，大陸已於二〇〇一年十二月十一日正式成為 WTO 會員國，在 WTO 追求「自由、平等及互惠」之宗旨下，大陸對於現有法制之革新也作出了許多的承諾，故本文於第五章即以行政許可法與國際接軌問題作為討論核心，檢討《行政許可法》是否符合 WTO 對於非歧視、透明化、自由貿易、公平競爭等原則之要求，以適應國際經貿之最新形勢。第六章為本文之結論。



第二章 大陸法制⁸的變遷與立法體制的考察

第一節 概說

法律制度的建構與成形，往往與一國政經體制的變遷與發展息息相關。中國共產黨自一九四九年建政後，中國隨即轉變成為一個社會主義體制的國度，在意識型態的指導下，經濟體制既然全面建構，則法制的全面翻轉，已屬必然之結果。半個世紀以來，大陸法制發展過程，即隨著其經濟體制變遷而發展，其間歷經顛簸並一度中斷。爾後，隨著改革開放的實施與深化，法制的發展更呈現了與建政以來遲滯的法制化腳步不同的風貌。行政法制在此一法制變遷背景下，也展現了不同的發展狀況⁹。因此在討論本文主題之前，即有必要先行瞭解大陸半世紀以來法制（尤其是行政法制）變遷之概況，以掌握其法制發展的脈動。再者，大陸一向堅稱其依據民主集中制原則¹⁰所建構之人民代表大會制度政治制度與資本主義國家

⁸ 關於法制，大陸學者有從靜態角度加以理解，亦有從動態角度來理解者。在靜態方面，所謂法制係指法律和制度。參見金國坤，「依法治國與依法行政」，收錄於氏著，依法行政的現實基礎—影響和制約政府依法行政的因素分析，北京·中國政法大學出版社，二〇〇一年十月，第一版，頁三以下；錢大群，「依法治國與法制現代化」，收錄於黃之英(編)，中國法治之路，北京·北京大學出版社，二〇〇〇年七月，第一版，頁九四至九五；徐顯明，謝暉，「法治之法與法治之制」，法學月刊，一九九八年第十期，一九九八年十月，頁十六以下；鄭鍾炎，「論法治行政」，中國法學，一九九九年第六期，頁四二。在動態方面，則指嚴格執行和遵守法律和制度，依法進行活動之一種方式，故此說認法制之涵義與法治相同。見楊宇冠，「談“法制”和“法治”」，法學雜誌，第二二卷第六期，頁七五。惟法治，乃相對於人治而言，係指建立在客觀規則基礎上的法律制度，對所有的當事人具有同等的拘束力，並能得到有效的實施。法制與法治具有緊密關係，有了法制並不一定就意味著實行法治，而實行法治，則以法制存在為前提。是兩者概念應有不同。參見王文杰，中國大陸法制之變遷，台北·元照，二〇〇二年十月，頁二四四。毋寧惟是，現代之法治概念並強調必須符合國家追求整體實質正義，以達到「良法之治」，藉以摒斥惡法亦法。關於現代法治觀念之演進，可參閱陳新民，「國家的法治主義—英國的法治(The Rule of Law)與德國法治國之概念比較」，收錄於氏著，法治國家論，台北·學林，二〇〇一年四月，第一版，頁四一以下。

⁹ 行政法制度乃是深嵌於整體社會結構中之一個分子，大致說來，行政法制度變遷主要是受制於由經濟、政治、技術、觀念等諸要素所組成之社會結構的約束，社會結構的變遷直接引致了行政法的制度變遷。詳細討論可參閱宋功德，「行政法的制度變遷」，收錄於羅豪才(主編)，行政法論叢(第四卷)，北京·法律出版社，二〇〇一年五月，第一版，頁三五以下。

¹⁰ 民主集中制最初只是共產黨的組織原則，一九四五年五月，劉少奇在中國共產黨第七次全國代表大會上發表《關於修改黨章的報告》中，即曾指出：「黨內民主的集中制，照黨章規定，即是在民主基礎上的集中和在集中指導下的民主。它是民主的，又是集中的。它反映黨的領導者與被領導者的關係，反映黨的上級組織與下級組織關係，反映黨員個人與黨的整體的關係，反映黨的中央、黨的各級組織與黨員群眾的關係」。劉

的三權分立制度有根本區別¹¹。在資本主義國家，表面上固實行民主原則，但實質上，資產階級的民主只是供少數資產者享用的民主，資本主義國家的政權完全由少數資產者透過他們的代表來掌握，來對廣大勞動人民實行專政。而民主集中制下之人民代表大會制度則是真正實行民主原則，保證國家權力掌握在工人階級為領導的廣大人民手中¹²。因此一九八二年《憲法》（即現行憲法）第三條第一款規定：「中華人民共和國的國家機構實行民主集中制的原則」。而其內涵則包括：全國人民代表大會和地方各級人民代表大會都是由民主選舉產生，對人民負責，受人民監督；國家行政機關、審判機關、檢察機關都由人民代表會產生，對它負責，受它監督；中央和地方的國家機關職權的劃分，遵循在中央的統一領導下，充分發揮地方的主動性、積極性的原則（《憲法》第三條第二、三、四款）。此一根據馬克思主義(Marxism)基本原理¹³、中國革命的具體實踐¹⁴和中國的國情¹⁵相結合的

少奇曾用有名的四句話來概括民主集中制的主要內容，即「少數服從多數」、「下級服從上級」、「個人服從組織」、「全黨服從中央」。在共產黨取得國家政權後，便將此一原則引入國家政治領域，作為國家機構的基本組織原則。參閱張尚鷺，「論民主集中制」，收錄於中國法治論壇編輯委員會（編），憲法論文集，北京·社會科學文獻出版社，二〇〇三年十一月，第一版，頁三二三。

¹¹ 鄧小平即曾言明：「我們講民主，不能搬用資產階級的民主，不能搞三權鼎立那一套」；在一九八九年「天安門事件」後，又說：「在政治體制改革方面，有一點可以肯定，就是我們要堅持人民代表大會的制度，而不是美國的三權鼎立」，見鄧小平文選(1975-1982)，台北·聯經，民國七十九年，第二版，頁三七九。轉引自張海倫，大陸地區中央行政與立法機關互動之研究，中國文化大學大陸研究所碩士論文，民國八十七年六月，頁十三、二一。

¹² 參閱張尚鷺，前揭文（註10），頁三二五。

¹³ 馬克思總結「巴黎公社」的經驗，認為適宜無產階級國家政權之政治形式，應當是巴黎公社式的組織。馬克思曾指出：「公社是由巴黎各區普選選出的城市代表組成的。這些代表對選民負責，隨時可以撤換。其中大多數自然都是工人，或者是公認的工人階級的代表。公社不應當是議會式的，而應當是同時兼管行政和立法的工作機關」。參見馬克思恩格斯選集（第二卷），北京·人民出版社，一九七二年，頁三七五。轉引自王叔文、周延瑞，「人民代表大會制度的新發展」，收錄於中國法治論壇編輯委員會（編），前揭書（註10），頁一六五。

¹⁴ 這主要是指在抗日戰爭時期，中國共產黨在抗日根據地內所建立之參議會和邊區人民政府，其基本原則和人民代表大會制度乃是一致的。在國共內戰時期，隨著土地改革運動的開展，各地又建立了各級人民代表會議。詳見周方，「人民代表大會制度是我們國家的基本制度」，政法研究，第二期，一九五四年七月，頁三八。

¹⁵ 由於全國人大的代表人數較多，開會期間短，不便經常進行工作、行使職權，只能集中精力解決國家根本性之問題，因此加強全國人大常委會的職權，即屬十分必要，特別是立法權。故一九八二年《憲法》規定全國人大常委會可以制定和修改除應當由全國人大制定的法律以外的其他法律（第六十七條第二項）；在全國

產物，使得大陸之立法體制亦獨樹一幟，由於立法體制涉及行政許可設定權之問題，故於本章亦一併加以討論。



人大閉會期間，可以對全國人大制定的法律進行部分補充和修改，但是不得同該法律的基本原則相抵觸（第六十七條第三項）。王叔文、周延瑞，前揭文（註13），頁一六九以下。

第二節 大陸法制之變遷

共產主義者向來認為法律是上層建築之一部分，是體現統治階級之意志，故意識型態的轉變是往往為法制變遷之核心要素，大陸近半世紀來法制之遞嬗，亦不例外。以下即以具有里程碑意義之歷史事件，作為區別各階段法制發展之分水嶺，以鳥瞰近半世紀來大陸行政法制變遷之歷程，並探討行政法在各該階段中之發展情形。

第一項 初始期(1949年至1957年)

馬克斯主義的基本理論是其對法律的階級分析理論以及在共產主義社會法律消亡的觀點。具體言之，馬克斯主義認為法律並非自有人類以來即存在，而是人類社會出現階級以後才有的，可以說就是階級社會才有的產物。法律的產生、內容與價值在本質上皆是由統治階級決定的，尤其是由統治階級的物質生活條件決定的。資本主義社會是法律存在的最後階段。由於國家是法律存在的基礎，而到了共產主義社會，國家、階級和階級差別都將不再存在，因此法律也隨之消亡¹⁶。列寧(Nikolai Lenin)早期主張法律虛無主義(Legal nihilism)，否認法律的積極價值，認為在新的蘇維埃政權建立(1917年)後，應該將法律予以廢除。但後來在建設新社會主義國家的實踐中證明，其徹底廢除法律的觀念不符現實，列寧乃修正自己的法律虛無主義之思想，主張在由資本主義社會向社會主義和共產主義社會

¹⁶ Maureen Cain and Alan Hunt, *Marx and Engels on Law*, London, New York etc.: Academic Press, 1979, pp. 153-159. 轉引自楊寅，中國行政程序法治化—法理學與法文化的分析，北京·中國政法大學出版社，二〇〇一年十一月，第一版，頁一七九；許光泰，中共法制論，台北·台灣商務印書館，民國七十八年三月，初版，頁十四以下。

的過渡時期，法律作為一種無產階級政權專政和實現共產主義的工具是完全需要的。但列寧亦堅持主張，由於無產階級政權是無產階級透過暴力反對資本主義的形式建立起來的，因此，對無產階級專政的維護不應該受到法律的制約¹⁷，此即法律工具主義(legal instrumentalism)。另外，對於大陸在建國初期法學理論有著極大影響的蘇聯法學家維辛斯基(Andrei Y. Vyshinsky)，儘管強調社會主義法律在規範性方面的特徵，但他認為法律的首要目標就是為了要滿足黨和政府的政治要求。法律的權威主要是來自國家的強制力，社會主義的經濟結構構成了社會主義的生產關係，而法律則是建立在生產關係之上的上層建築。因此，維辛斯基將法律定義為：「法是體現統治階級意志的，經國家制訂或認可的，並由國家強制力保證其適用的行為規則的總合，其目的在於保護、鞏固並發展有利和適合於統治階級的社會關係和社會秩序」¹⁸，這個定義相當程度上影響著大陸長期以來的法律觀，法律階級性和國家意志性也一直被確認為法律的基本特徵。

在前開階級本位法律觀的思想背景以及倒向蘇聯學習之特定政治背景的影響，中共建政初期以來的法律建構，是採取一種完全否定既有體制、並全面師承蘇聯經驗的方式在進行。一九四九年二月，當大陸尚未完全「解放」之際，即由中共中央發出《中共中央關於廢除國民黨的六法全書與確定解放區的司法原則的指示》；在一九四九年九月二十九日頒佈的《中國人

¹⁷ V. I. Lenin, *The Proletarian Revolution and Renegade Kautsky*, Beijing Foreign Language Press, 1970, pp. 11; Pashukanis, *Selected Writings on Marxism and Law*, ed. by Beirne, P. & Sharlet, R., Academic Press, 1980, pp. 138-147. 轉引自楊寅，前揭書(見註16)，頁一七九至一八〇。

¹⁸ 楊寅，前揭書(見註16)，頁一八〇至一八一。另參見維辛斯基著，李樵等譯，*國家和法的理論問題*，北京·法律出版社，一九五五年七月，頁四九。轉引自王文杰，前揭書(見註8)，頁七〇。

民政治協商會議共同綱領》¹⁹第十七條中亦宣示：「廢除國民黨反動政府一切壓迫人民的法律、法令和司法制度，制定保護人民的法律、法令，建立人民司法制度」。在此同時，由於意識型態與政治、外交關係的緊密聯繫，加上實行法制仍是大勢所趨，因此在全面否定原國民政府時代所建構的法制後，大陸乃透過蘇聯模式的移植來完成其國家法制的建構。除一九五四年制訂之第一部憲法，很大程度是以蘇聯一九三六年的憲法作為借鑑藍本外，大陸對於蘇聯法制的學習表現為檢察機關制度中，突出檢察機關的一般監督工作，從法制統一的觀點，對抗一切違法的決議、命令和措施，獨立行使職權不受干涉；將律師納入國家公職範圍內，統一在律師顧問處內任職，律師成為國家公務員，將因襲下來需要高深學識的律師職業傳統，轉變為在國家體系內的「謀生職業」；法學教育過度貶抑中國固有的傳統，輕率地拋棄習慣法，缺乏對於外來法律深思熟慮的考察，課堂上傳播的外來法律往往蛻變為脫離生活的教條，導致了大陸長期以來教條主義的盛行；民事法律體系中，認為家庭法和勞動法並不屬於商品關係的範疇，且將家庭法和勞動法單純作為財產法，違反革命理論的原理，因而將這兩個部分從民法典中抽離出來，成為獨立的法律部門等²⁰。

在行政法之發展方面，中共建政之初，百廢待舉，除建立各級政權，解決民主革命時期遺留之任務，並逐步實現由新民主主義革命時期向社會主義建設時期之轉變，因而制訂了許多中央及地方各級政府機關之組織與

¹⁹ 中國人民政治協商會議在中共建政之初是一個臨時性的立法機構，其後根據一九五四年《憲法》規定，其立法權限為全國人民代表大會所取代，《中國人民政治協商會議共同綱領》則具有臨時憲法位階之性質。

²⁰ 關於蘇聯法制繼受之詳細討論，可參閱王文杰，前揭書（見註8），頁七五以下。

職權規範外²¹，也由於建政初期，國民經濟受到嚴重破壞，大陸亟於恢復國民經濟，並將中國傳統之私有經濟形式轉變為社會主義之公有制度，在無嚴密之法律配合政策執行下，致使中共為了政策上之需要，透過直接發布命令之方式，以執行經濟計畫。這些命令雖不具有法律之形式，但在實質上卻具有法律之效力²²，因而產生「計畫就是法律」之法制特色。因此，就整體上而言，此一時期之行政法仍屬起步階段，絕大多數之行政行為仍然處於無法定程序規範之狀態，法學理論之研究亦十分落後²³。

第二項 停滯時期(1957年至1978年)

在經過第一階段之恢復與調整後，大陸不僅其社會主義經濟制度與社會主義工業化之初步基礎已經建立，且其法制建設亦有了初步之成果。然而這樣的努力，在一九五七年「反右運動」及一九五八年提出社會主義建設總路線，並開展「大躍進」、「人民公社化」運動後，即遭到了摧毀與破壞的命運，並在「文化大革命」(一九六六年至一九七六年)時期達到了顛峰²⁴。

在這一時期，尤其是在一九六六年至一九七六年“文化大革命”的十

²¹ 例如《中華人民共和國國務院組織法》、《中華人民共和國地方各級人民代表大會和地方各級人民委員會組織法》、《國家行政機關工作人員獎懲暫行條例》、《城市居民委員會組織條例》、《城市辦事處組織條例》、《公安派出所組織條例》等。參見俞子清，行政法與行政訴訟法學，北京·法律出版社，二〇〇一年五月，第一版，頁二九。

²² 王泰銓，投資大陸市場法律與實務解析，台北·學林，二〇〇〇年十二月，第一版，頁六。

²³ 楊海坤、黃學賢，中國行政程序法典化—從比較法角度研究，北京·法律出版社，一九九九年八月，第一版，頁四十。

²⁴ Pitman B. Potter, "Riding the Tiger: Legitimacy and Legal Culture in Post-Mao China", 138 The China Quarter 329, 1994.

年裡，法律虛無主義在大陸的整個政治生活中瀰漫開來²⁵。其結果是，初具規模的社會主義整個法律制度遭到了嚴重的破壞，其發展受到極大的影響。一九六七年以後，大陸各地公安、檢察、法院等機關被砸爛(即“砸爛公檢法”)，各種司法制度被擱置，基本上已經停止正常的執法和司法活動，代之以群眾專政，再代之以軍事管制；法律被丟棄在一旁，代之以符合群眾運動所需要的“法律形式”，亦即毛澤東的“最高指示”(包含毛澤東在不同時期的講話以及毛澤東著作的摘要)、中國共產黨中央、國務院、中央軍委、公安部等名義發布的各種形式的決定、命令、通知等，以及所謂「兩報一刊」(即人民日報、解放軍日報和紅旗雜誌)的社論、評論²⁶；全國人大作為享有國家立法權的唯一機關，除通過一九七五年、一九七八《憲法》外，沒有制訂任何法律，享有法令和單行法規制定權的全國人大常委會自行通過的條例、辦法也僅有十個，立法功能幾乎完全停擺²⁷，而由國務院以一種行政機關兼代立法機關的立法模式的方式主導立法。在此情勢下，人民的權利得不到應有之保障，剛起步行政法制不僅毫無發展，反而被破壞殆盡²⁸。

第三項 恢復、發展時期(1978 年至今)

²⁵ 之所以如此，與毛澤東確信法律無用論有很大的關係。毛澤東法律虛無主義的觀念不僅淵源於他長期的軍事鬥爭的實踐經驗和中國傳統的封建思想，同時也受到馬克思列寧主義的階級分析和法律工具主義的思想，乃至於史達林(Joseph Stalin)的集權主義的影響。Harry Harding, "The Chinese State in Crisis, 1966-1969", in Roderick MacFarquhar ed., *The Politics of China 1949-1989*, Cambridge University Press, pp. 232-239. 轉引自楊寅，前揭書(見註16)，頁一八三。

²⁶ 王文杰，前揭書(見註8)，頁一一九至一二〇。

²⁷ 周旺生，「中國立法五十年-1949-1999 年中國立法檢視」，收錄於氏編，*立法研究(第一卷)*，北京·法律出版社，二〇〇〇年六月，第一版，頁十六。

²⁸ 俞子清，前揭書(見註21)，頁三十。

第一款 改革開放後的法制過渡發展階段 (1978 年至 1993 年)

由於十年文革給大陸經濟帶來嚴重的破壞，以及經濟、文化、思想等各項發展的滯後，因此，隨著毛澤東的去世以及激進支持者的瓦解，一九七八年十二月召開的中國共產黨第十一屆中央委員會第三次全體會議(第十一屆三中全會)便拋棄了「以階級鬥爭為綱」的方針，確立了鄧小平的「解放思想，實事求是，團結一致向前看」的思想路線，在此一前提和條件下，將工作之重心轉移到經濟建設方面，並提出經濟體制改革之問題²⁹。

自三中全會開始，鄧小平在中國共產黨黨內取得中心的領導地位。其基本政治目標是：在中國，盡一切努力保持社會穩定和發展社會生產力，以實現工業、農業、國防和科學技術的現代化³⁰(即四個現代化)。他記取文革時期「無法無天」的慘痛經驗，強調法制建設的重要性，並提出「有法可依、有法必依、執法必嚴、違法必究」³¹的法制建設基本方針。鄧小平認為法律是用來維持社會主義法律秩序的，民主與法制是不可分的。他希望使民主制度化、法律化，將中共的統治法定化，將黨的政策透過合法的程序轉化為國家的意志，以法律的形式出現，呈現制度化與法制化的國家。因此，鄧小平將法制建設提至與經濟建設一樣的同等地位，確立了法制建設在社會主義現代化的重要地位³²。

²⁹ 王泰銓，前揭書(見註22)，頁三一。

³⁰ 鄧小平，「解放思想，實事求是，團結一致向前看」，收錄於鄧小平文選(1975-1982)，北京·人民出版社，一九八三年版，頁一三二。轉引自楊寅，前揭書(見註16)，頁一八五。

³¹ 同前註鄧小平文。

³² 張海倫，前揭碩士論文(註11)，頁五八至五九；陸德生、紀榮榮，「二十年來法治進程的回顧與前瞻」，收錄於黃之英(編)，前揭書(註8)，頁三九。

此一時期，除公安機關、人民法院、人民檢察院以及司法行政機關(司法部、廳、局)得以重建，與法律相關的職業、法學專業教育、法學著作也開始恢復與發展外³³，一九八二年《憲法》的制訂，標誌著改革開放政策的最高保證。該部憲法替代了以毛澤東階級鬥爭理論為基礎的一九七八年《憲法》，而以一九五四年《憲法》作為基礎，重新起草而成，一九五四年《憲法》的基本精神仍舊蘊含其中，甚至某些條文都保持或恢復其原貌。例如人民民主專政的國家性質、人民代表大會制度的民主集中制的政權組織、中央與地方的權力結構、民族區域自治制度、人權保障原則和公民³⁴的基本權利³⁵(除罷工和遷徙自由外)，使之更具有操作性。另外，一九八二年《憲法》確立了一切國家機關和政黨必須在憲法和法律內活動的原則³⁶，為法律權威的樹立提供了憲法的基礎。此外，在行政法領域亦有了令人矚目之發展：

³³ See Anthony Dicks, "The Chinese Legal System: Reforms in the Balance", 119 *The China Quarterly* 541, 1989.

³⁴ 一九八二年《憲法》上之人民、國民、公民等名詞，各有其特殊意義。「人民」為政治或法律上使用之術語，乃與「敵人」相對而言，凡屬全體社會主義勞動者、擁護社會主義之愛國者以及擁護祖國統一之愛國者，皆為「人民」，例如《憲法》第一條、第二條規定等是。「國民」為經濟上常見之用語，例如「國民經濟」(《憲法》第七條、第十五條規定參照)。「公民」則為專用於法律上之詞彙，其概念較諸「人民」為廣，「公民」包括社會全體成員，除「敵對份子」、「反革命份子」、「敵對階級」、「勞改、勞教份子」，甚至一般已經「剝奪政治權利者」(《刑法》第三十四條第一款第二項、第五十四條規定參照)，因不屬於「公民」之範圍，當然不受《憲法》上「公民基本權利」之保護。參見劉清波，*中共憲法論*，台北·華泰，二〇〇一年一月，初版，頁七三以下。

³⁵ 一九八二年《憲法》於第二章「公民的基本權利和義務」中，自第三十三條至第五十條分別規定了公民各項自由和權利，這些規定大體上包含了當代憲法在基本權利規定方面之內容。惟大陸《憲法》關於基本權利之保障規定，其基本出發點乃在於藉此充分調動廣大人民群眾的社會主義積極性和首創精神，把人民群眾的全部力量和智慧集中起來，為中國大陸的現代化建設服務。因此其關於基本權利的保障，乃是建立在國家或集體之利益與公民個人利益一致性的基礎上的。相較於它國憲法關於基本權利之保障規定，大陸學者多有自詡其具有優越性者。相關論述可參閱吳家麟，「論我國公民的基本權利和義務」，收錄於中國法治論壇編輯委員會(編)，前揭書(註10)，頁一二一以下；廉希聖，「正確行使公民權利的指導原則」，收錄於同書，頁四一六以下；張慶福(主編)，*憲法學基本理論*(下卷)，一九九九年九月，第一版，頁七三二以下。

³⁶ 《憲法》第五條第三款規定：「一切國家機關和武裝力量、各政黨和各社會團體、各企業事業組織都必須遵守憲法和法律。一切違反憲法和法律的行為，必須予以追究」，在馬列主義思想中，國家及法律是社會的上層建築，在下層建築即物質、經濟條件的影響下，經濟的變動帶動所有的上層建築也隨之變動，一直到國家及法律逐漸消亡為止，屆時也就是真正的共產主義社會到來的時候。反之，共產黨則是享有永續存在的權利。因此上開憲法規定，代表著理論的重大改變。See, *supra* note 33, at542.

一、為使在文革期間遭「砸爛」之各級國家政權組織和被破壞之社會秩序得以迅速恢復，此一時期之初（一九八六年以前），國家立法之方向即著重在制訂一系列有關國家政權組織和行政管理方面之法律，例如《國務院組織法》、《地方各級人民代表大會和地方各級人民政府組織法》、《治安管理處罰條例》等，以重建行政機關，並對行政權加以確認與維護³⁷。行政法學界亦將研究重點放在行政組織、行政機關活動之基本原則以及公務員之管理制度上，惟當時學界普遍強調行政法保障行政機關行政管理之作用，而忽視或輕視行政法監督與控制行政權之功能，雖然已有學者針對行政程序法之問題於學術著作中加以討論，惟究屬零星，於行政法學界尚未蔚為風潮³⁸。

二、一九八六年四月，第六屆全國人大第四次會議通過通過《民法通則》，該部法律之通過，象徵了大陸在刑事、民事方面均具備了基本法律，相反地，在行政方面之立法即顯得較為落後。為此，全國人大常委會法制工作委員會即邀請有關法理、憲法、行政法方面之專家，就大陸法律體系及如何加強行政法方面立法問題進行研究討論，並於一九八六年十月成立「行政立法研究組」，以加強行政法方面立法之研究。由於考量到大陸斯時制訂一部行政基本法之條件尚未成熟，亦無現實急迫性，最後決定按照《民法通則》的作法，「成熟一個制訂一個」，以循序漸進之方式，完善行政法

³⁷ 陳斯喜、劉南平，「中國現代行政法的發展對憲法的影響」，行政法學研究，一九九八年第一期，頁二二；俞子清，前揭書（見註21），頁三十。

³⁸ 羅豪才（主編），行政法學，北京·北京大學出版社，一九九六年十二月，第一版，頁四五；楊海坤、黃學賢，前揭書（見註23），頁四一。

方面立法之工作³⁹。有鑑於當時民事訴訟法、刑事訴訟法等程序法均已出爐，而規範行政訴訟程序之法律只在一九八二年《民事訴訟法(試行)》第三條第二款規定：「法律規定由人民法院審理的行政案件，適用本法」。惟該單一性條款並無法建立一套可操作性的法律制度，相關的程序規範亦付之闕如，因此在全國人大法律委員會的主導下，於一九八六年開始進行《行政訴訟法》之起草工作，並於一九八七年提出第一次草案，經過兩年之努力，於一九八九年四月經第七屆全國人大第二次會議通過⁴⁰。該法之制訂，象徵著行政法方面立法在指導思想和價值取向上之重大轉變，即從過去注重對行政權之確認和維護，轉變到注意公民權利之保護，尤以該法第五十四條第二項第三目規定具體行政行為違反法定程序者，人民法院可以判決撤銷或者部分撤銷，並判決被告重新作出具體行政行為⁴¹。更具有行政程序之問題已開始受到重視之時代性意義。在《行政訴訟法》制訂後，翌年（一九九〇年）十二月，國務院亦制訂《行政復議條例》⁴²，以與行政訴訟法配套施行⁴³。

³⁹ 陳斯喜、劉南平，前揭文（見註37），頁二二至二三。

⁴⁰ 在起草過程中，固然面臨行政體系內部的反彈，紛以時機尚未成熟為由加以反對，惟在中國共產黨領導高層的支持以及一九八七年一月制訂之《中華人民共和國治安處罰條例》的推波助瀾下，仍順利完成立法本法。See Minxin Pei, "Citizens v. Mandarins: Administrative Litigation in China", 152 *The China Quarterly* 833-835, 1997.

⁴¹ 當然，該條規定在具體操作上並非毫無疑義。例如，認定行政機關之具體行政行為「違反法定程序」之依據除法律、行政法規和地方性法規外，是否包括部委規章和地方政府規章，甚至包括其他規範性文件？又是否只要違反程序規定，人民法院即得予以撤銷或部分撤銷，不問程序瑕疵之是否重大？關於此部分之詳細討論，可參見楊寅，前揭書（見註16），頁二二一以下。

⁴² 所謂行政復議，及相當於台灣所稱「訴願」。《行政復議條例》僅屬國務院所制訂之行政法規，法律位階較低，故第九屆全國人大常委會第九次會議於一九九九年四月通過《行政復議法》，並定同年十月一日施行後，該條例即同時廢止。

⁴³ 該條例第四十二條第四項第三目亦規定具體行政行為違反法定程序影響申請人合法權益的，復議機關可以決定撤銷、變更，並可以責令被申請人重新作出具體行政行為。

第二款 確立市場經濟體制後的法制發展階段

(1993 年至今)

大陸文革後十幾年來法制的發展，步伐雖然顯得蹣跚，有時似乎更是顯得躊躇，但仍然伴隨著經濟的發展而有所成長⁴⁴。一九九三年三月二十九日，第八屆全國人大第一次會議通過憲法修正案，其中第十五條「國家在社會主義公有制基礎上實行計劃經濟。國家通過經濟計劃的綜合平衡和市場調節的輔助作用，保證國民經濟按比例地協調發展(第一款)。禁止任何組織或者個人擾亂社會經濟秩序，破壞國家經濟計劃(第二款)」，修改為「國家實行社會主義市場經濟(第一款)。國家加強經濟立法，完善宏觀調控(第二款)。國家依法禁止任何組織或者個人擾亂社會經濟秩序(第三款)」，確立了以市場經濟體制作為發展的主軸。儘管大陸朝市場經濟的改革發展已經累積了一段時間⁴⁵，憲法的修正意味著朝市場經濟發展的官方宣示。一九九三年十一月，中國共產黨第十四屆三中全會通過的《關於建立社會主義市場經濟體制若干問題的決議》，也明確提出要建設社會主義市場經濟體制，要高度重視社會主義市場經濟建設中的法制建設，從黨的政策上進一

⁴⁴ See, supra note 33, at540.

⁴⁵ 總的看來，大陸經濟體制的改革是循著漸進式的模式進行的：一九八二年九月，中國共產黨第十二次全國代表大會報告中提出「正確貫徹計劃經濟為主、市場調節為輔的原則，是經濟體制改革中的一個根本性問題」，一九八二年十二月通過的《憲法》第十五條又揭示上開原則；一九八四年十月召開的中國共產黨第十二屆三中全會提出《關於經濟改革的決定》，放棄了主輔之分的方針，改為“在公有制基礎上的有計劃的商品經濟”；一九八七年十月召開的中國共產黨第十三次全國代表會報告中提出“社會主義有計劃商品經濟的體制，應該是計劃與市場內在統一的體制”、“新的經濟運行機制，總體上說應當是國家調節市場，市場引導企業的機制”；一九八九年六月中國共產黨第十三屆四中全會又提出“必須建立適應社會主義有計劃商品經濟發展的、計劃經濟與市場調節相結合的經濟體制和運行機制”；鄧小平在一九九二年初的視察南方講話中，表示「計劃經濟不等於社會主義，資本主義也有計劃；市場經濟不等於資本主義，社會主義也有市場。計劃和市場都是經濟手段」，同年十月中國共產黨第十四次全國代表大會報告中接受了鄧小平的觀點，並進一步做出結論“我國經濟體制改革的目標是建立社會主義市場經濟體制，以利於進一步解放和發展生產力”，隨後一九九三年《憲法》亦作了明確的宣示，市場經濟的發展主軸自此確立。詳參沈宗靈，「依法治國與經濟」，中外法學，一九九八年第三期，頁一至二；沈國明，「依法治國與中國的漸進式改革」，收錄於黃之英(編)，中國法治之路(見註8)，頁一七六以下；王泰銓，前揭書(見註22)，頁三至四。

步深化上述依憲法修正案⁴⁶。市場經濟體制既已確立，則建構一套適應於市場經濟體制的法律制度，即為此一階段法制發展的重點。由於大陸在一九九三年以來的經濟體制轉軌，並非簡單地採用或修改一些政策或計劃，而是從一個經濟組織模式過渡到一種完全不同的模式進行著。無論是在政治結構還是經濟體制上，都沒有像當今這樣迫切地感受到對於國有經濟、金融體系、財稅制度、社會保障系統等重大問題必須進行徹底改革的地步。在市場經濟體制的確立亟待於建構一套適應於市場經濟體制的法律制度的情況下，加強經濟立法⁴⁷、借鑑和吸收外國成功的立法經驗，便成為此一階段的法制發展特色⁴⁸。

在憲法及行政法之發展方面，除第九屆全國人大第二次會議於一九九九年三月，在《憲法》第五條中增加一款作為第一款，規定：「中華人民共和國實行依法治國，建設社會主義法治國家」，說明了大陸官方體認到市場經濟本身的發展，必須經由法治的確認與重視，方能使其發展成果得以有效確保⁴⁹外，由於前開《行政訴訟法》第五十四條第二項第三目規定，開展

⁴⁶ 該決議指出「社會主義市場經濟的建立與完善，必須有完備的法制來規範和保障。要高度重視法制建設，做到改革開放與法制建設的統一，學會運用法律手段管理經濟。法制建設的目標是：遵循憲法規定的原則，加快經濟立法，進一步完善民商法律、刑事法律、有關國家機構和行政管理方面的法律，本世紀末初步建立適應社會主義市場經濟的法律體系；改革、完善司法制度和行政執法機制，提高司法和行政執法水平；建立健全執法監督機制和法律服務機構深入開展法制教育，提高全社會的法律意識和法制觀念」，轉引自卓澤淵，「中國法治的過去與未來」，法學月刊，一九九七年第八期，頁八。

⁴⁷ 第八屆全國人大在一九九三年提出要在該屆五年任期內大體形成社會主義市場經濟法律體系的框架，據此，全國人大常委會便提出一個在五年內制定一百五十二件法律的立法規劃，其主要包含規範市場主體、調整主體關係、完善宏觀調控以及社會保障方面的法律。詳參張尚鷺，「市場經濟與依法行政」，中國法學，一九九八年第五期，頁八以下。

⁴⁸ 王文杰，前揭書（見註8），頁二三九以下。

⁴⁹ 惟法治與作為法律制度的「法制」不同，憲法中所強調之依法治國，與法治仍有區別。依法治國的基本主張是最高立法者的立法機關完全不受任何一種更高一級法律的束縛，立法者在認為適當的時候，可以變更法律，統治者可以輕而易舉地通過手中握有任意修改法律的權力以逃避法律的約束。因此，只有在法律取得獨立的權威，以對政府權力的行使進行規範約束的時候，才是法治在大陸憲法中得以活化的意義。王文杰，前揭書（見註8），頁二四六。例如，在一些地方實施依法治國方略時，依法治理（包括依法治省、市、區、縣、鄉鎮、村、各行各業等方面）主要還是靠利益驅動作為內在動力，是否開展依法治理、如何開展以及開展的

了行政法制從公民權益之事後救濟進而對行政行為之事前控制之歷史步伐，因此，自一九八九年開始，全國人大常委會法制工作委員會即開始研究加強行政程序方面之立法，將《行政復議法》、《行政處罰法》、《行政許可法》等法律列入了立法工作日程⁵⁰，其中率先於一九九六年三月制訂通過之《行政處罰法》，因其為大陸最高權力機關對行政行為運作過程之第一部立法成果，贏得學界相當高之評價⁵¹。該法不僅於第三條第二款規定：「沒有法定依據或者不遵守法定程序的，行政處罰無效」，且首度引進聽證制度，終結了長久以來關於大陸是否可以施行聽證制度之爭議⁵²。該法第四十二條第一款規定：「行政機關作出責令停產停業、吊銷許可證或者執照、較大數額罰款等行政處罰決定之前，應當告知當事人有要求舉行聽證的權利；當事人要求聽證的，行政機關應當組織聽證。當事人不承擔行政機關組織聽證的費用。聽證依照以下程序組織：（一）當事人要求聽證的，應當在行政機關告知後三日內提出；（二）行政機關應當在聽證的七日前，通知當事人舉行聽證的時間、地點；（三）除涉及國家秘密、商業秘密或者個人隱私外，聽證公開舉行；（四）聽證由行政

程度，往往取決於決策者對此項方略能否帶給地方或者行業明顯的或潛在的利益作為判斷，因此，法律仍被視為政府治理社會、治理人民的工具。參見劉佳，「中國法治化的現實基礎」，中外法學，一九九九年第一期，頁八五；李林，「實施依法治國的特點和需要解決的問題」，法學月刊，一九九八年第九期，頁八；蔡定劍，「依法治國評述」，法學月刊，一九九七年第八期，頁十；卓澤淵，前揭文（見註46），頁七。

⁵⁰ 陳斯喜、劉南平，前揭文（見註37），頁二三。

⁵¹ 例如應松年教授即認為《行政處罰法》是一部規範國家機關，主要是行政機關行使行政處罰權的基本法律，《行政處罰法》的頒行，不僅在社會主義民主與法制建設方面取得重大發展，並進一步促進國家行政機關落實依法行政，且使國家最基本的法律責任制度之一的行政責任制度的主要部分，在大陸得以完善、健全地建立起來。參閱應松年，「規範行政處罰的基本法律」，收錄於氏著，中國走向行政法治探索，北京·中國方正出版社，一九九八年五月，第一版，頁三二六以下。

⁵² 在《行政處罰法》制定過程中，關於行政處罰程序應否引進聽證程序，曾有不同意見。持肯定見解者認為聽證程序是行政處罰程序民主化的標誌，沒有聽證程序，行政處罰程序就失去了存在的價值。反對說者則認為大陸並不具備實行聽證程序之制度基礎和社會基礎，故應研究確立保證行政處罰公正進行的其他程序，更何況聽證程序的引進，將使得行政效率受到影響，有礙於國家行政管理工作的推行。參見楊惠基（主編），聽證程序理論與實務，上海·人民出版社，一九九七年七月，第一版，頁五以下。

機關指定的非本案調查人員主持；當事人認為主持人與本案有直接利害關係的，有權申請迴避；(五) 當事人可以親自參加聽證，也可以委託一至二人代理；(六) 舉行聽證時，調查人員提出當事人違法的事實、證據和行政處罰建議；當事人進行申辯和質證；(七) 聽證應當製作筆錄；筆錄應當交當事人審核無誤後簽字或者蓋章」，不僅明確保障當事人聽證之權利，並將實施聽證之程序予以規定，雖然部分規定仍有待商榷⁵³，惟其於行政法之發展上所具有保障人民參與行政程序之歷史性地位，仍不容予以抹煞，事實上，於其所欲達成之確保行政處罰行為合法正當行使與維護當事人權益之目標，亦已初見成效⁵⁴。

綜上所述，就行政法制度之變遷而言，由於大陸於公共行政之改革路徑（計劃經濟→有計劃的商品經濟→市場經濟轉型期→市場經濟），與西方國家存在著起點差異，使得大陸行政法制度變遷之路徑也體現為：治民→重在治民、也兼治吏→重在治吏、兼治民→兼顧民、吏的制約與激勵；制度變遷也從開始的重實體、輕程序，轉向兼重實體與程序；從重行政違法制裁、輕違法行政制裁，轉向兼重兩種制裁；從重事後審查與懲罰、輕事前監督與預防，轉向兼重預防、監督、救濟、審查、懲罰⁵⁵。自改革開放以

⁵³ 例如對限制人身自由之行政處罰排除適用聽證程序：未規定聽證主持人之獨立地位及職責；未規定利害關係人或第三人參與聽證之權利；當事人如何進行申辯、質證，以及未規定應以聽證筆錄作為行政處罰決定之唯一依據，使聽證程序之設計意旨有落空之虞等。詳細討論可參見應松年（主編），《行政程序法立法研究》（“九五”國家社科基金重點課題《行政程序法研究》之四），北京·中國法制出版社，二〇〇一年三月，第一版，頁五三六以下；章劍生，行政程序法比較研究，杭州·杭州大學出版社，一九九七年八月，第一版，頁一九七以下；黃學賢，「聽證筆錄在行政決定中的意義」，蘇州大學學報（哲社版），一九九九年四月，頁十八以下；王文杰，「大陸行政處罰法評析」，律師雜誌（十月號），第二八九期，民國九十二年十月，頁二二以下。

⁵⁴ 大陸學者朱芒嘗以上海市自一九九六年十月起至二〇〇〇年六月三十日止，就實施行政處罰聽證程序之狀況、成效，以實際掌握之數據加以評估、分析，認為行政處罰聽證程序實施結果，不僅發揮法定預期之功能—確保行政處罰行為合法正當行使與維護當事人權益，且亦達成了事實上解決糾紛之功能。詳細討論參閱氏著，「行政處罰聽證制度的功能」，法學研究，二〇〇三年第五期，頁七一以下。

⁵⁵ 宋功德，前揭文（註9），頁四二。

來，行政法之發展具體軌跡則係從對行政權的重建與保護，過渡到對公民權益之保護提供事後救濟，再進展到行政行為行使之事前控制，以「提前」保障公民之權益。《行政許可法》亦順應了此一趨勢，對於行政機關決定核發許可前之程序，亦有明確之規定，在介紹大陸現行立法體制後，本文將於第三章予以詳細討論。



第三節 大陸立法體制的考察

第一項 概說

蘇聯是第一個實行共產主義的國家，所以後來所有在其扶持下的國家，無不採取其政治體制組織的觀點。因此，大陸之政治體制師承蘇維埃制度⁵⁶的「議行合一」制，以民主集中為手段，結合共產黨唯一領導的理念，以黨領政、黨政不分，表現出黨大於一切，領導一切專政局面，國家的權力機關或行政機關都完全聽命、接受共產黨的領導。所謂議行合一，即議會與行政合一（立法權與行政權合一），以權力一元的方式實行人民真正的權力與意志。在此一制度下，立法權、行政權、審判權、檢察權都是屬於國家權力機關，而立法權又是其它權力的淵源⁵⁷。大陸《憲法》規定：「中華人民共和國是工人階級領導的、以工農聯盟為基礎的人民民主專政的社會主義國家」（第一條第一款）、「中華人民共和國的一切權利屬於人民。人民行使國家權力的機關是全國人民代表大會和地方各級人民代表大會」（第

⁵⁶ 蘇維埃制度的最大特徵即是「議行合一」與「民主集中制」。依一九三六年蘇聯憲法的規定，蘇聯聯邦政府包括最高蘇維埃、最高蘇維埃主席團、部長會議和行政各部門以及最高法院等機構。最高蘇維埃是蘇聯最高的權力機關，其擁有立法權，而部長會議為蘇聯政府的最高執行與管理機關，是全國推行政務的機關，部長會議須對最高蘇維埃及其主席團負責。各部長負責主持屬於蘇聯管轄範圍內的各部門政務，各部長在各該部職掌範圍內，得依據蘇聯法律以及蘇聯決議與命令，發布命令及訓示，並審核、監督下級機關對各項法令的執行。部長會議就蘇聯權限以內所定各項行政及經濟事宜，有權停止各加盟共和國部長會議之決議及命令，並廢除蘇聯各部長之命令及訓示。參見張良民，從行政立法兩院關係論我國中央政制，政治作戰學校政治研究所碩士論文，民國七十九年七月，頁三二。轉引自張海倫，前揭碩士論文（見註11），頁十七至十八。

⁵⁷ 「議行合一」乃係根源於「巴黎公社」的實踐經驗。一八七一年在法國所建立的「巴黎公社」，為無產階級的社會共和國提供了第一個實例。「巴黎公社」所實行的是立法權與行政權合一的制度，由二十個區的選民按照普遍、平等的原則，直接投票選出八十六名代表，組成公社委員會。而公社委員會相當於政府各部的十個委員會（包括執行、財政、軍事、司法、治安、糧食、勞動與交換、對外關係、社會服務以及教育委員會）領導各行政部門，有權制定法律、政策以及決定國家的重大問題。公社委員兼任各委員會委員，各委員會由五至八人組成，實行集體領導，若不稱職，可以隨時加以撤換。法令由公社或依公社的委託制定，經公社代表或某一委員會簽署發布。各行政部門執行公社制定的法令，巴黎各區選舉的公社委員並領導該區的政府，直接執行各項法令，並監督執行的情況。參見王玉明，「議行合一不是我國國家機構的組織原則」，政法論壇，一九八九年四月，頁三二；張秉銀，人大工作的理論與實踐，北京·法律出版社，一九九二年，第一版，頁十一至十二。均轉引自張海倫，前揭碩士論文（見註11），頁十五至十六；劉清波，前揭書（見註34），頁二五至二六。

二條第一款、第二款)、「中華人民共和國的國家機構實行民主集中制的原則。全國人民代表大會和地方各級人民代表大會都由民主選舉產生，對人民負責，受人民監督。國家行政機關、審判機關、檢察機關都由人民代表大會產生，對它負責，受它監督。中央和地方的國家機構職權的劃分，遵循在中央的統一領導下，充分發揮地方的主動性、積極性的原則」(第三條)、「中華人民共和國全國人民代表大會是最高國家權力機關。它的常設機關是全國人民代表大會常務委員會」(第五十七條)、「全國人民代表大會行使修改憲法；制定和修改刑事、民事、國家機構的和其他的基本法律；選舉中華人民共和國主席、副主席；根據中華人民共和國主席的提名，決定國務院總理的人選；選舉中央軍事委員會主席、最高人民法院院長、最高人民檢察院檢察長；改變或者撤銷全國人大常委會不適當的決定等職權」(第六十二條規定參照)、「全國人民代表大會常務委員會對全國人民代表大會負責並報告工作」(第六十九條)、「中華人民共和國國務院，即中央人民政府，是最高國家權力機關的執行機關，是最高國家行政機關」(第八十五條)、「國務院對全國人民代表大會負責並報告工作；在全國人民代表大會閉會期間，對全國人民代表大會常務委員會負責並報告工作」(第九十二條)、「地方各級人民代表大會是地方國家權力機關。縣級以上的地方各級人民代表大會設立常務委員會」(第九十六條)、「地方各級人民政府是地方各級國家權力機關的執行機關，是地方各級國家行政機關」(第一百零五條第一款)、「地方各級人民政府對本級人民代表大會負責並報告工作。縣級以上的地方各級人民政府在本級人民代表大會閉會期間，對本級人民代表

大會常務委員會負責並報告工作。地方各級人民政府對上一級國家行政機關負責並報告工作。全國地方各級人民政府都是國務院統一領導下的國家行政機關，都服從國務院」（第一百十條）。由上開規定可知，大陸的政治體制採行民主集中制，各級人民代表大會為權力機關，各級人民政府則為各該級權力機關之執行機關；各級人民代表大會以及各級人民政府均為國家機關，而且地方各級人民政府都是中央人民政府(即國務院)統一領導下的國家行政機關，必須服從國務院。因此，其不僅展現出與西方三權分立之政治體制不同之特色，且除特別行政區⁵⁸以及民族自治地方⁵⁹外，憲法或法律並無明文規定保障各級地方之「地方自治權」⁶⁰，是本文討論大陸立法體制，即應一併就地方之立法體制一併考察，無從略而不論。以下本文即先行簡述大陸現行行政區劃，再就包含地方在內之立法體制加以討論。

第二項 大陸現行之行政區劃

依大陸《憲法》規定：「中華人民共和國的行政區域劃分如下：一、全

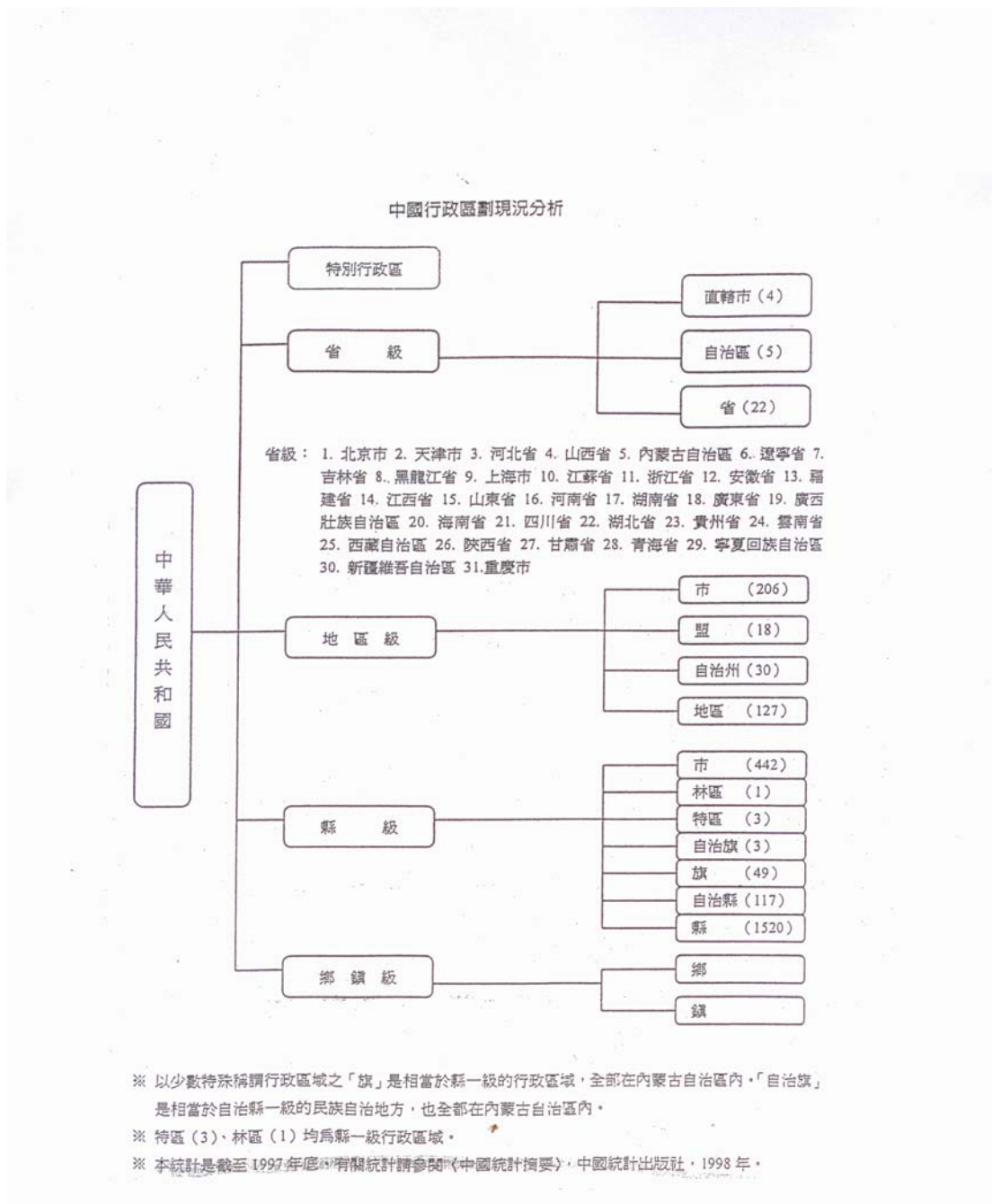
⁵⁸ 《中華人民共和國香港特別行政區基本法》第二條規定：「全國人民代表大會授權香港特別行政區依照本法的規定實行高度自治，享有行政管理權、立法權、獨立的司法權和終審權」；《中華人民共和國澳門特別行政區基本法》亦於第二條規定：「全國人民代表大會授權澳門特別行政區依照本法的規定實行高度自治，享有行政管理權、立法權、獨立的司法權和終審權」。當然，香港及澳門乃係大陸恢復行使主權後，考量到歷史和現實狀況，按照“一個國家，兩種制度”（即一國兩制）的方針，而不在香港及澳門實行社會主義之制度（參見各該基本法之序言），與單一國體制型國家所實施之地方自治制度有所不同。關於單一國體制型國家之概念特徵，可參見黃錦堂，「論省與直轄市之自治—一省二市之困難以及克服」，收錄於氏著，地方自治法治化問題之研究，台北·月旦，一九九八年二月，一版三刷，頁三五以下。

⁵⁹ 《憲法》規定：「民族自治地方的自治機關是自治區、自治州、自治縣的人民代表大會和人民政府」（第一百十二條）、「自治區、自治州、自治縣的自治機關行使憲法第三章第五節規定的地方國家機關的職權，同時依照憲法、民族區域自治法和其它法律規定的權限行使自治權，根據本地方實際情況貫徹執行國家的法律、政策」（第一百十五條）；《民族區域自治法》第二條第一款規定：「各少數民族聚居的地方實行區域自治」。

⁶⁰ 在大陸學界方面，也少有人指明一般行政區域之「地方自治」性質，惟仍有學者認為從憲法劃分行政區域、建立地方政權的目的及其職權範圍來看，大陸地方各級人民代表大會具有「自治」的性質是不可否認的，不能以大陸國家機構實行民主集中制原則而否定地方自治。詳細討論參見馬懷德、鄧毅，「司法獨立與憲法修改」，法學，二〇〇三年第十二期，頁三五（註1）。

國分為省、自治區、直轄市；二、省、自治區分為自治州、縣、自治縣、市；三、縣、自治縣分為鄉、民族鄉、鎮(第一款)。直轄市和較大的市分為區、縣。自治州分為縣、自治縣、市(第二款)。自治區、自治州、自治縣都是民族自治地方(第三款)。(第三十條)、「國家在必要時得設立特別行政區。在特別行政區內實行的制度按照具體情況由全國人民代表大會以法律規定」(第三十一條)；《民族區域自治法》規定：「民族自治地方分為自治區、自治州、自治縣」(第二條第一款)、「民族自治地方的自治機關行使憲法第三章第五節規定的地方國家機關的職權，同時依照憲法和本法以及其它法律規定的權限行使自治權，根據本地方的實際情況貫徹執行國家的法律、政策(第一款)。自治州的自治機關行使下設區、縣的市的地方國家機關的職權，同時行使自治權(第二款)」(第四條)。由此可知，除特別行政區外，地方層級的政府組織分為四級，即省級，包括省、直轄市、自治區；地區級，依實際建制，包括市、盟、自治州、地區；縣級，依實際建制，包括市、林區、特區、自治旗、旗、自治縣、縣；最低一級為鄉、鎮級(關於大陸現行行政區劃詳如附表⁶¹)。

⁶¹ 本表引自王泰銓(編)，最新中華人民共和國法律、法規彙編，作者自印，二〇〇二年十二月，增修訂二版，頁十八。()內數字部分為各層級地方建制之現有數目，惟此為一九九七年底之統計數字，因於本文討論無涉，本文未再行考究最新數據，請注意及之。



第三項 大陸立法體制的過去與現在

第一款 一九八二年《憲法》制定前的立法制度

如同法制的變遷一般，大陸的立法體制亦非於建政之初即行確立，其間亦歷經多次的嬗變。在一九五四年《憲法》頒布前，中央權力機關由中國人民政治協商會議全體會議和中央人民政府行使，政務院是中央人民政府的執行機關⁶²，也是最高國家行政機關。中國人民政治協商會議執行著全國人民代表大會的職權⁶³，但除了在一九四九年九月所召開的第一次會議中通過《中國人民政治協商會議共同綱領》和幾個法律案外，未再有立法。此時，行使中央立法權主要是政務院，《中國人民政治協商會議共同綱領》和《中央人民政府組織法》雖未規定政務院具有立法權⁶⁴，但由於治國方略的政策色彩十分強烈，大量的立法建政工作都由政務院完成，其所制定的規範性文件被當作法律規範加以對待，並批准了許多地方性法令、條例和法規。又建國之初，考慮到當時百廢待舉的形勢以及各地情況複雜的局面，在立法上確立了中央與地方相當分權的體制，用以解決全國統一的問題和各地特殊問題，因此這期間普遍存在地方性立法：在一般地方，根據各地方政府組織通則，大行政區、省、市、縣的地方政府可擬定法令、條例或

⁶² 《中央人民政府組織法》規定：「中央人民政府委員會對外代表中華人民共和國，對內領導國家政權」（第四條）；「中央人民政府委員會組織政務院，以為國家政務的最高執行機關」（第五條前段）。

⁶³ 《中國人民政治協商會議共同綱領》第十三條規定：「在普選的全國人民代表大會召開以前，由中國人民政治協商會議的全體會議執行全國人民代表大會的職權，制定中華人民共和國中央人民政府組織法；選舉中華人民共和國中央人民委員會，並付之以行使國家權力的職權」；《中國人民政治協商會議組織法》第七條第三項及《中央人民政府組織法》第三條也做了相同的規定。

⁶⁴ 《中央人民政府組織法》第七條規定：「中央人民政府委員會，依據中國人民政治協商會議全體會議制定的共同綱領，行使下列的職權：一、制定並解釋國家的法律，頒布法令，並監督其執行……；三、廢除或修改政務院與國家的法律、法令相抵觸的決議和命令……」；同法第十五條規定：「政務院根據並為執行中國人民政治協商會議共同綱領、國家的法律、法令和中央人民政府委員會規定的施政方針，行使下列職權：一、頒發決議和命令，並審查其執行；二、廢除或修改各委、部、會、院、署、行和各級政府與國家的法律、法令和政務院的決議、命令相抵觸的決議和命令……」。

單行法規；在民族自治地方，依據中央人民政府委員會於一九五二年所制定之《民族區域自治實施綱要》之規定，從最基層的民族自治鄉以上，各級民族自治機關都有權制定單行法規⁶⁵。

前開中央與地方相當分權的體制，乃是為了適應形勢需要，並不準備將此種體制當作長久的制度實行，很快地，那樣的形勢已不存在，在中央統一領導下，由地方各自為政以解決各地複雜局面的措施，已不必繼續採用。新的形勢是，大規模的、有計劃、有統一領導的經濟建設時期的到來；且建國初期由於只注意形勢需要，未充分注意分權的分寸，連縣也有立法權，因而造成分散、混亂、不協調之現象，因此，一九五四年《憲法》即改變了原來分權型的立法體制，確立了中央高度集權的立法體制。一九五四年《憲法》第二十二條規定：「全國人民代表大會是行使國家立法權的唯一機關」，全國人大常委會雖然是全國人大的常設機關，但並不享有國家立法權，一直到一九五五年才被授予制定單行法規權⁶⁶。至於國務院則享有向全國人大及其常委會的提案權和制定行政措施、發布決議和命令的權力⁶⁷，除憲法所規定的專屬全國人大及其常委會的立法領域外，其他國務活動領域，絕大部分由國務院及其所屬部門制定行政措施、決議、命令來管理。

⁶⁵ 依《民族區域自治實施綱要》第二十三條規定：「各自治區自治機關在中央人民政府和上級人民政府法令所規定的範圍內，依其自治權限，得制定本自治區單行法規，層報上兩級人民政府核準」。參照趙震江主編，中國法制四十年（一九四九—一九八九），北京：北京大學出版社，一九九〇年一月，頁八九。轉引自王文杰，前揭書（見註8），頁七八；周旺生，前揭文（見註27），頁八一；姚茂斌，「論中央政府立法權限範圍」，收錄於周旺生（編），前揭書（見註27），頁一一一。

⁶⁶ 參見《中華人民共和國第一屆全國人民代表大會第二次會議關於授權常務委員會制定單行法規的決議》：「第一屆全國人民代表大會第二次會議認為，隨著社會主義建設和社會主義改造事業的進展，國家急需制定各項法律，以適應國家建設和國家工作的要求。在全國人民代表大會閉會期間，有些部分性質的法律，不可避免地急需常務委員會通過施行。為此，特依照中華人民共和國憲法第三十一條第十九項的規定，授權常務委員會依照憲法的精神、根據實際的需要，適時地制定部分性質的法律，即單行法規」。一九五四年《憲法》第三十一條第十九項規定：「全國人民代表大會常務委員會行使下列職權：（十九）全國人民代表大會授予的其他職權」。

⁶⁷ 參見一九五四年《憲法》第四十九條第一項、第二項之規定。

另外，在地方立法方面，除了民族自治地方有權制定自治條例和單行條例外⁶⁸，地方並不享有立法權⁶⁹。

文革時期，如前所述，全國人大作為享有國家立法權的唯一機關，除通過了《一九五八年到一九六七年全國農業發展綱要》和一九七五年、一九七八《憲法》外，沒有制訂任何法律，享有法令和單行法規制定權的全國人大常委會自行通過的條例、辦法也僅有十個，立法功能幾乎完全停擺⁷⁰。此一時期固然制定了一九七五年《憲法》，但對全國人大及其常委會和國務院的權力規定較為概括性⁷¹，國家機關的一切權限均無分工，國家的一切法律均被領袖的指示和政策所取代，黨中央文件直接支配、調整國家一切事物。一九七八年《憲法》在一定程度上恢復了全國人大及其常委會和國務院制定規範性文件的權力，全國人大常委會的立法領域有所擴大，主要集中在經濟和國家機關的建設方面；至於國務院，一九七八年《憲法》固未明文規定有立法權，但實際上，國務院仍制定許多規範性文件⁷²。

第二款 一九八二年《憲法》制定後的立法制度

在計劃經濟體制下，立法權主要是由中央統一行使，除民族自治地方

⁶⁸ 一九五四年《憲法》第七十條第四款規定：「自治區、自治州、自治縣的自治機關可以依照當地民族的政治、經濟和文化的特點，制定自治條例和單行條例，報請全國人民代表大會常務委員會批准。」

⁶⁹ 一九五四年《憲法》僅規定：「地方各級人民代表大會依照法律規定的權限通過和發布決議」（第六十條第一款）、「地方各級人民委員會依照法律規定的權限發布決議和命令」（第六十四條第二款）。所謂地方各級人民委員會，依《憲法》第六十二條規定，即地方各級人民政府。另可參見王文杰，前揭書（見註8），頁八一；周旺生，前揭文（見註27），頁八一至八二；姚茂斌，前揭文（見註65），頁一二一至一二二。

⁷⁰ 參見本章第二節第二項之說明。

⁷¹ 一九七五年《憲法》規定：「全國人民代表大會的職權是：修改憲法，制定法律，……，以及全國人民代表大會認為應當由它行使的其他職權」（第十七條）；「全國人民代表大會常務委員會是全國人民代表大會的常設機關。它的職權是：召集全國人民代表大會會議，解釋法律，制定法令……，以及全國人民代表大會授予的其他職權」（第十八條第一款）；「國務院的職權是：根據憲法、法律和法令，規定行政措施，發布決議和命令……；全國人民代表大會和它的常務委員會授予的其他職權」（第二十條）。

⁷² 姚茂斌，前揭文（見註65），頁一二二至一二三。

外，一般地方並沒有立法權，已詳如前述。改革開放後，隨著市場經濟的逐步導入⁷³，相當程度上改變了中央與地方在各個領域中的相互關係。地方政府在經濟和社會管理方面的自主權越來越大，而中央政府對地方的控制則愈趨鬆動乃至弱化，這種中央—地方關係中權力互為消長的變化，也發生在立法領域內⁷⁴。為一窺全貌，並考量到大陸政治體制不同於西方國家之三權分立或台灣之五權分立體制，本款考察的範圍不僅包含全國人大及其常委會、國務院和省、直轄市、較大的市(即省、自治區人民政府所在地的市、經濟特區所在地的市和經國務院批准的較大的市)以及民族自治地方(即自治區、自治州、自治縣)之人大及其常委會所分別享有法律、行政法規、地方法規以及自治條例、單行條例等立法權限的討論，也包括國務院部門(包括部、委員會、中國人民銀行、審計署和具有行政管理職能之直屬機構)和省、直轄市、較大的市、民族自治地方的人民政府，以及其他各級地方人大和人民政府所分別制定的部門規章、地方規章和其他規範性文件⁷⁵(如行政措施、決定、命令)，因其中亦有屬規範人民權利義務之抽象性

⁷³ 詳見註45。

⁷⁴ 朱麗君，「論立法與經濟體制改革」，收錄於周旺生(編)，前揭書(見註27)，頁四六〇。

⁷⁵ 規範性文件係大陸學者慣用的學術用語，法律中亦有見之者，例如《行政處罰法》第十四條規定：「除本法……的規定外，其他規範性文件不得設定行政處罰」。所謂規範性文件，依大陸學者葉必豐闡釋，是指行政主體在行政管理過程中，為傳達貫徹黨和國家的方針、政策，發佈行政法規和規章，請示和答覆問題，指導、布置和商洽工作，報告情況和交流經驗而作的具有法定效力和規範體式的除行政法規和規章以外的抽象行政行為，其所規範的是不特定相對人之權利義務。其名稱，依《國家行政機關公文處理辦法》第九條規定，包括命令、決定、公告、通告、通知、通報、議案、報告、請示、批復、意見、函、會議紀要。惟除議案、報告、請示、批復、函、會議紀要等，性質上屬於行政機關內部行為，本文認應難列入規範性文件外，其餘形式之文件若具有對外規範人民權利義務之效力者，應認係屬規範性文件。關於規範性文件的詳細介紹，可參閱葉必豐，行政法學，武漢·武漢大學出版社，一九九六年十二月，第一版，頁一六八至一七八。此所謂規範性文件，其概念應相當於台灣學者所習用的「以文書表現的法規範」的概念。法規範有「內部法之法規範」及「外部法之法規範」，前者係就國家內部事項所為之普遍抽象之規定，後者則指對人民或其他獨立之法律人格者，設立、變更或消滅其權利、義務之普遍抽象之規定。本文討論者，當僅指後者而言。關於法規範的概念，參見陳敏，行政法總論，作者自印，民國九十二年一月，第三版，頁五九以下。另可參照應松年，「一部推進依法治國的重要法律—關於《立法法》中的幾個重要問題」，中國法學，二〇〇〇年第四期，頁四至五。

規範，與本文討論主題有關，故一併納入探討。惟本文主題既不在於研究大陸立法體制，因此本款僅就《憲法》、《立法法》以及相關法律的規定，瞭解大陸立法體制的建構，至於制度的良窳，除作必要說明外，本文不擬深論。又有鑑於香港及澳門特別行政區為「一國兩制」政策的施行地區，依各該特別行政區基本法規定，各享有高度的自治權⁷⁶，且特別行政區原有的法令，除與各該特別行政區基本法相抵觸或經修改外，均予以保留⁷⁷，是其法律制度與大陸迥然有別，故香港及澳門特別行政區之立法體制亦不在本文討論範圍之內，先予敘明。

第一目 中央立法現制

大陸的中央立法體制是由「兩類性質、四個方面」的立法權所建構的，一類是中央權力機關的立法權，又稱國家立法權，包含全國人大及其常委會的立法權；另一類是中央國家行政機關的立法權，又稱國家行政立法權，包含國務院及其所屬部門的立法權⁷⁸。茲簡述如下：

壹、全國人大及其常委會：依《憲法》規定，全國人大是最高國家權力機關，高於其他國家機關，是其他國家機關權力的泉源，其立法不受監督，政府沒有否決權和保留權⁷⁹。而為了解決人大代表數量過多，不便於經常開會，且會期短，不能經常有效地發揮全國人大的作用問題，因此《憲

⁷⁶ 詳見註58。

⁷⁷ 參見《香港特別行政區基本法》第八條、《澳門特別行政區基本法》第八條規定。

⁷⁸ 姚茂斌，前揭文(見註65)，頁一二〇。

⁷⁹ 《憲法》規定：「人民行使國家權力的機關是全國人民代表大會和地方各級人民代表大會」(第二條第二款)、「國家行政機關、審判機關、檢察機關都由人民代表大會產生，對它負責，受它監督」(第三條第三款)。另參見姚茂斌，前揭文(見註65)，頁一三五至一三六。

法》規定，全國人大是最高國家權力機關，全國人大常委會則為其常設機關，兩者均行使國家立法權(第五十七條、第五十八條)⁸⁰。全國人大的職權包含修改憲法；制定和修改刑事、民事、國家機構的和其他的基本法律；有權改變或者撤銷全國人大常委會制定的法律⁸¹，有權撤銷全國人大常委會批准的違背《憲法》和《立法法》第六十六條第二款規定的自治條例和單行條例以及不適當的決定等(第六十二條第一、三、十一項，立法法第八十八條第一項)。全國人大常委會的職權則包括解釋憲法；制定和修改除應當由全國人大制定的法律以外的其他法律；在全國人大閉會期間，對全國人大制定的法律進行部分補充和修改，但是不得同該法律的基本原則相抵觸；解釋法律等(第六十七條第一至第四項)。由上可知，全國人大常委會雖是獨立的立法主體，但仍從屬於全國人大，並須對全國人大負責(第六十九條)。惟何謂「其他的基本法律」？何謂「其他法律」？其內涵以及外延均頗滋疑義，有待於進一步的釐清⁸²。至於全國人大常委會對於全國人大所制定的基本法律之修改和補充，是否必須經過全國人大的追認，憲法並無規定，惟全國人大常委會既係獨立之立法主體，修改和補充全國人大所制

⁸⁰ 彭真在《關於憲法修改草案的報告》中即表示：「我國國大人多，全國人大代表的人數不宜太少；但是人數多了又不便於進行經常的工作。全國人大常委會是全國人大的常設機關，它的組成人員是人大的常務代表，人數少可以經常開會，進行繁重的立法工作和其他經常工作。所以適當擴大常委會的職權是加強人民代表大會制度的有效方法」，轉引自封麗霞，「論全國人大常委會立法」，收錄於周旺生(編)，前揭書(見註27)，頁九三。

⁸¹ 《立法法》第八十七條規定：「法律、行政法規、地方性法規、自治條例和單行條例、規章有下列情形之一的，由有關機關依照本法第八十八條規定的許可權予以改變或者撤銷：一、超越許可權的；二、下位法違反上位法規定的；三、規章之間對同一事項的規定不一致，經裁決應當改變或者撤銷一方的規定的；四、規章的規定被認為不適當，應當予以改變或者撤銷的；五、違背法定程式的」。

⁸² 《立法法》第八條規定：「下列事項只能制定法律：一、國家主權的事項；二、各級人民代表大會、人民政府、人民法院和人民檢察院的產生、組織和職權；三、民族區域自治制度、特別行政區制度、基層群眾自治制度；四、犯罪和刑罰；五、對公民政治權利的剝奪、限制人身自由的強制措施和處罰；六、對非國有財產的徵收；七、民事基本制度；八、基本經濟制度以及財政、稅收、海關、金融和外貿的基本制度；九、訴訟和仲裁制度；十、必須由全國人民代表大會及其常務委員會制定法律的其他事項」，仍未能解決此一爭議。相關討論可參閱封麗霞，前揭文(見註64)，頁一〇一以下；王文杰，前揭書(見註8)，頁二四九以下。

定之基本法律又係《憲法》所明文賦予之職權，只要全國人大常委會就基本法律所為之修改和補充不與該法律的基本原則相抵觸，應無由全國人大就全國人大所行使之上開職權加以追認之問題⁸³，至若全國人大常委會就基本法律所為之修改和補充與該法律的基本原則相抵觸時，全國人大得依《憲法》之規定予以修改匡正，自不待言。

貳、國務院及其部門：國務院是全國人大的執行機關，也是最高國家行政機關(憲法第八十五條)，負責組織和管理全國的政治、經濟、文化等事務，並統一領導國家的各項行政事務，因此早在《中華人民共和國中央人民政府組織法》中，即賦予國務院一定的立法權⁸⁴。依現行《憲法》及相關法律規定，國務院可以根據憲法和法律，規定行政措施，制定行政法規，發布決定和命令(憲法第八十九條第一項、立法法第五十六條第一款)；而行政法規可以就「為執行法律的規定需要制定行政法規的事項」以及「憲法第八十九條規定的國務院行政管理職權的事項」等事項作出規定(立法法第五十六條第二款)。又國務院亦可行使全國人大及其常委會授予的其他職權(憲法第八十九條第十八項)，在《立法法》第八條規定只能制定法律的事項⁸⁵尚未制定法律的，全國人大及其常委會有權作出決定，授權國務院可以根據實際需要，對其中的部分事項先制定行政法規，但是有關犯罪和刑

⁸³ 王泰詮教授則認為因每年全國人大開會時，常務委員會照例要作一年來的工作報告，報告中提到進行對哪些法律的修改和補充，全國人大經常是「一攬子」同意此報告，故實際上應認此係經全國人大的追認。參見王泰銓(編)，前揭書(見註61)，頁三。惟全國人大常委會就基本法律所為之修改或補充，乃本於《憲法》所賦予職權之行使，不待全國人大之追認，即可發生法律上之效力，至若與該法律之基本原則發生抵觸時，亦屬事後全國人大是否予以修改之問題，以全國人大常委會所為之工作報告，於全國人大同意時，即認定係全國人大對全國人大常委會修改和補充基本法律之追認，尚無必要。

⁸⁴ 大陸在建國之初成立中央人民政府，以政務院作為主導部門，一直到一九五四年《憲法》頒布之後，才完整地架構出國家機關體制，並將政務院更名為國務院(憲法第四十七條)，一直沿用至今。另請參閱本文本節第三項第一款之說明。

⁸⁵ 參見註82。

罰、對公民政治權利的剝奪和限制人身自由的強制措施和處罰、司法制度等事項除外⁸⁶（立法法第九條），此時，授權決定應當明確授權的目的、範圍。被授權機關應當嚴格按照授權目的和範圍行使該項權力，且不得將該項權力轉授給其他機關（立法法第十條）。若經過實踐檢驗，制定法律的條件成熟時，國務院應當及時提請全國人大及其常委會制定法律⁸⁷。法律制定後，相應立法事項的授權終止（立法法第十一條、第五十六條第三款）。行政法規的名稱一般稱為“條例”，也可以稱為“規定”、“辦法”等。國務院根據全國人大及其常委會的授權決定制定的行政法規，稱“暫行條例”或者“暫行規定”（行政法規制定程序條例⁸⁸第四條第一款）。行政法規應由國務院辦公室在公布後的三十日內報全國人大常委會備案，根據授權制定的法規則報授權決定規定的機關備案（立法法第八十九條第一項、第五項、行政法規制定程序條例第三十條），行政法規不得同憲法抵觸，法律之效力亦高於行政法規，若發現有《立法法》第八十七條所定情事⁸⁹時，由全國人大常委會撤銷之；此外，授權機關尚可撤銷被授權機關制定的超越授權範圍或者違背授權目的的法規，必要時可以撤銷授權（憲法第五條第二

⁸⁶ 《行政處罰法》第九條亦規定：「法律可以設定各種行政處罰。限制人身自由的行政處罰，只能由法律設定」。

⁸⁷ 早在一九八四年九月，第六屆全國人大常委會第七次會議即曾通過《全國人民代表大會常務委員會關於授權國務院改革工商稅制發布有關稅收條例草案試行的決定》，決定「授權國務院在實施國營企業利改稅和改革工商稅制的過程中，擬定有關稅收條例，以草案形式發布試行，再根據試行的經驗加以修訂，提請全國人民代表大會常務委員會審議。國務院發布試行的以上稅收條例草案，不適用於中外合資經營企業和外資企業」；另外在一九八五年四月，第六屆全國人大第三次會議亦曾通過《中華人民共和國第六屆全國人民代表大會第三次會議關於授權國務院在經濟體制改革和對外開放方面可以制定暫行的規定或者條例的決定》，決定「授權國務院對於有關經濟體制改革和對外開放方面的問題，必要時可以根據憲法，在同有關法律和全國人民代表大會及其常務委員會的有關決定的基本原則不相抵觸的前提下，制定暫行的規定或者條例，頒布實施，並報全國人民代表大會常務委員會備案。經過實踐檢驗，條件成熟時由全國人民代表大會或者全國人民代表大會常務委員會制定法律」。惟其授權範圍、內容空泛，亦引起學者之訾議。參見陳俊，「授權立法研究」，收錄於周旺生（編），前揭書（見註27），頁二八二以下。

⁸⁸ 本條例為國務院於二〇〇二年一月一月施行，其前身《行政法規制定程序暫行條例》同時廢止。

⁸⁹ 詳見註81。

款、第六十七條第七項、立法法第七十八條、第七十九條第一款、第八十七條、第八十八條第二項、第七項)；但根據授權制定的法規與法律規定不一致，不能確定如何適用時，由全國人大常委會裁決(立法法第八十六條第二款)。

至於作為國務院組成部分之各部、各委員會以及直屬機構，雖然也負有領導和管理全國某一方面行政工作的職責，並且事實上也以制定規範性文件的形式作為其履行職責的重要手段，但這種立法權在一九八二年《憲法》制定前並沒有法律依據，直到《憲法》頒布實施後，這種情況才獲得改變，而以規章的形式得到憲法的確認，取得合法的地位⁹⁰。《憲法》第九十條第二款規定：「各部、各委員會根據法律和國務院的行政法規、決定、命令，在本部門的權限內，發布命令、指示和規章」(《中華人民共和國國務院組織法》第十條亦有如斯之規定)，《立法法》則進一步規定：「國務院各部、委員會、中國人民銀行、審計署和具有行政管理職能的直屬機構，可以根據法律和國務院的行政法規、決定、命令，在本部門的許可權範圍內，制定規章。部門規章規定的事項應當屬於執行法律或者國務院的行政法規、決定、命令的事項」、「涉及兩個以上國務院部門職權範圍內的事項，應當提請國務院制定行政法規或者由國務院有關部門聯合制定規章」(第七十一條、第七十二條)。規章的名稱一般稱為“規定”、“辦法”，但不得稱為“條例”(規章制定程序條例⁹¹第六條、行政法規制定程序條例第四條第二款)。規章應由國務院部門在公布後的三十日內報國務院備案(立法法

⁹⁰ 孫毅民，「論國務院部門立法」，收錄於周旺生(編)，前揭書(見註27)，頁一七五。

⁹¹ 本條例為國務院於二〇〇二年一月一月施行。

第八十九條第四項、規章制定程序條例第三十四條、法規規章備案條例⁹²第三條第二項)。規章不得同憲法抵觸，法律及行政法規之效力亦高於規章，若發現有《立法法》第八十七條所定情事時，由國務院撤銷之(憲法第八十九條第十三項、立法法第七十八條、第七十九條、第八十七條、第八十八條第三項)。至於部門規章之間則具有同等效力，在各自的許可權範圍內施行；部門規章之間對同一事項的規定不一致時，由國務院裁決(立法法第八十二條、第八十六條第一款第三項)。

第二目 地方立法現制

大陸的地方行政區劃，已詳如本節第二項所述，依《憲法》規定，各級地方除特別行政區外，均設立人民代表大會(以下簡稱人大)和人民政府，地方各級人大是地方國家權力機關。縣級以上的地方各級人大設立常務委員會(以下簡稱常委會)；地方各級人民政府是地方各級國家權力機關的執行機關，是地方各級國家行政機關。地方各級人民政府對本級人大負責並報告工作。縣級以上的地方各級人民政府在本級人大閉會期間，對本級人大常委會負責並報告工作。地方各級人民政府對上一級國家行政機關負責並報告工作。全國地方各級人民政府都是國務院統一領導下的國家行政機關，都服從國務院(第九十五條第一款、第九十六條、第一百零五條、第一百十條、第一百十二條；《中華人民共和國民族區域自治法》第十五條第一款、第二款)。再者，大陸的地方立法體制是由「兩類三區」的立法權

⁹² 本條例為國務院於二〇〇二年一月一月施行，其前身《法規規章備案規定》同時廢止。

所建構的，所謂“兩類”，是指地方國家權力機關和地方國家行政機關兩類性質不同的立法。所謂“三區”，是指一般行政區的立法、民族自治地方的立法和特別行政區的立法⁹³。特別行政區之立法現制不在本文討論範圍之內，已如前述，而其他各級地方人大和人民政府所制定的規範性文件(如行政措施、決定、命令)則納入本文討論範圍。茲分述如次：

壹、省、自治區、直轄市：省、自治區、直轄市的人大及其常委會根據本行政區域的具體情況和實際需要，在不同憲法、法律、行政法規相抵觸的前提下，可以制定地方性法規(憲法第一百條、立法法第六十三條第一款、中華人民共和國地方各級人民代表大會和地方各級人民政府組織法【以下簡稱地方組織法】第七條第一款)，但規定本行政區域特別重大事項的地方性法規，應當由人大通過(立法法第六十七條)；在本級人大閉會期間，人大常委會根據本行政區域的具體情況和實際需要，在不同憲法、法律、行政法規相抵觸的前提下，亦可以制定和頒布地方性法規(地方組織法第四十三條第一款)。地方性法規可以就「為執行法律、行政法規的規定，需要根據本行政區域的實際情況作具體規定的事項」以及「屬於地方性事務需要制定地方性法規的事項」作出規定；且除《立法法》第八條規定的事項外，其他事項國家尚未制定法律或者行政法規的，省、自治區、直轄市根據本地方的具體情況和實際需要，可以先制定地方性法規。在國家制定的法律或者行政法規生效後，地方性法規同法律或者行政法規相抵觸的規定無效，制定機關應當及時予以修改或者廢止(立法法第六十四條)。地方性

⁹³ 參見俞永生，「論改革完善中國地方立法程序」，收錄於周旺生(編)，前揭書(見註27)，頁二二一。

法規應由省、自治區、直轄市的人大常委會在公布後的三十日內報全國人大常委會和國務院備案(地方組織法第七條第一款、第四十三條第一款、立法法第八十九條第二項前段、法規規章備案條例第三條第一項)，地方性法規不得同憲法抵觸，法律及行政法規之效力亦高於地方性法規，若發現有《立法法》第八十七條所定情事時，由全國人大常委會撤銷之；省、自治區、直轄市的人大也有權改變或者撤銷它的常委會制定的不適當的地方性法規(憲法第五條第二款、第六十七條第八項、立法法第七十八條、第七十九條、第八十七條、第八十八條第二項、第四項)。

省、自治區、直轄市的人民政府可以根據法律、行政法規和本省、自治區、直轄市的地方性法規，制定規章(地方組織法第六十條第一款前段、立法法第七十三條第一款)。地方政府規章可以就「為執行法律、行政法規、地方性法規的規定需要制定規章的事項」以及「屬於本行政區域的具體行政管理事項」作出規定(立法法第七十三條第二款)。地方政府規章的名稱一般稱為“規定”、“辦法”，但不得稱為“條例”(規章制定程序條例第六條、行政法規制定程序條例第四條第二款)。地方政府規章應由省、自治區、直轄市人民政府在公布後的三十日內報國務院及本級人大常委會備案(立法法第八十九條第四項、規章制定程序條例第三十四條、法規規章備案條例第三條第三項)。地方政府規章不得同憲法抵觸，法律、行政法規及省、自治區、直轄市地方法規之效力亦高於省、自治區、直轄市人民政府規章，若發現有《立法法》第八十七條所定情事時，由國務院改變或撤銷之；另省、自治區、直轄市人大常委會亦可撤銷之(立法法第七十八

條、第七十九條、第八十條第一款、第八十七條、第八十八條第三項、第五項)。至於部門規章與地方政府規章之間具有同等效力，在各自的許可權範圍內施行；部門規章與地方政府規章之間對同一事項的規定不一致時，由國務院裁決(立法法第八十二條、第八十六條第一款第三項)。

自治區的自治機關即人大和人民政府除行使前述地方國家機關的職權外，同時依照憲法、民族區域自治法和其他法律規定的權限行使自治權，根據本地方實際情況貫徹執行國家的法律、政策(憲法第一百五條、中華人民共和國民族區域自治法【以下簡稱民族區域自治法】第四條第一款)。因此，自治區的人大有權依照當地民族的政治、經濟和文化的特點，制定自治條例和單行條例。自治區的自治條例和單行條例，報全國人大常委會批准後生效。自治條例和單行條例可以依照當地民族的特點，對法律和行政法規的規定作出變通規定，但不得違背法律或者行政法規的基本原則，不得對憲法和民族區域自治法的規定以及其他有關法律、行政法規專門就民族自治地方所作的規定作出變通規定(憲法第一百十六條前段、立法法第六十六條、民族區域自治法第十九條前段)。自治條例和單行條例不得與憲法抵觸，但其依法對法律、行政法規、地方性法規作變通規定的，在本自治地方適用自治條例和單行條例的規定。若發現有《立法法》第八十七條所定情事時，全國人大有權撤銷全國人大常委會批准的違背憲法和《立法法》第六十六條第二款規定的自治條例和單行條例(立法法第七十八條、第八十一條第一款、第八十七條、第八十八條第一項)。

貳、較大的市(即省、自治區的人民政府所在地的市、經濟特區

所在地的市⁹⁴和經國務院批准的較大的市⁹⁵)以及自治州、自治縣⁹⁶：較大的市的人大及其常委會根據本市的具體情況和實際需要，在不同憲法、法律、行政法規和本省、自治區的地方性法規相抵觸的前提下，可以制定地方性法規，報省、自治區的人大常委會批准後施行(立法法第六十三條第二款、地方組織法第七條第二款)，但規定本行政區域特別重大事項的地方性法規，應當由人大通過(立法法第六十七條)；在本級人大閉會期間，人大常委會根據本行政區域的具體情況和實際需要，在不同憲法、法律、行政法規和本省、自治區的地方性法規相抵觸的前提下，亦可以制定地方性法規，報省、自治區的人大常委會批准後施行(地方組織法第四十三條第二款)，省、自治區的人大常委會對報請批准的地方性法規，應當對其合法性進行審查，同憲法、法律、行政法規和本省、自治區的地方性法規不抵觸的，應當在四個月內予以批准；若發現其同本省、自治區的人民政府的規章相抵觸的，應當作出處理決定(立法法第六十三條第二款、第三款)。地方性法規可以就「為執行法律、行政法規的規定，需要根據本行政區域的實際情況作具體規定的事項」以及「屬於地方性事務需要制定地方性法規的事項」作出規定；且除《立法法》第八條規定的事項外，其他事項國家尚未制定法律或者行政法規的，較大的市根據本地方的具體情況和實際需要，可以先制定地方性法規。在國家制定的法律或者行政法規生效後，地方性

⁹⁴ 目前共有四個經濟特區所在地的市，即深圳、廈門、珠海以及汕頭市。

⁹⁵ 目前經國務院批准的較大的市共有十八個，包括一九八四年批准的唐山、大同、包頭、大連、鞍山、撫順、吉林、齊齊哈爾、無錫、淮南、青島、洛陽市，一九八八年批准的寧波市，一九九二年批准的淄博、邯鄲、本溪市以及一九九三年批准的徐州、蘇州市等。

⁹⁶ 在此將自治州、自治縣與較大的市一起納入討論，僅係基於討論方便，且自治縣亦屬憲法明文保障其立法權者，與其行政區劃層級是否相同無關。

法規同法律或者行政法規相抵觸的規定無效，制定機關應當及時予以修改或者廢止(立法法第六十四條)。又經濟特區所在地的省、市人大及其常委會根據全國人大的授權決定，亦可制定法規，在經濟特區實施(立法法第六十五條)。地方性法規應由省、自治區的人大常委會在公布後的三十日內報全國人大常委會和國務院備案；至於經濟特區法規則由經濟特區所在地的省、市的人大常委會報國務院備案(地方組織法第七條第二款、第四十三條第二款、立法法第八十九條第二項後段、法規規章備案條例第三條第一項、第五項)。地方性法規不得同憲法抵觸，法律及行政法規之效力亦高於地方性法規，若發現有《立法法》第八十七條所定情事時，由全國人大常委會撤銷之；省、自治區的人大也有權改變或者撤銷它的常委會批准的不適當的地方性法規(憲法第五條第二款、立法法第七十八條、第七十九條、第八十七條、第八十八條第二項、第四項)，但經濟特區法規根據授權對法律、行政法規、地方性法規作變通規定的，在本經濟特區適用經濟特區法規的規定；如根據授權制定的法規與法律規定不一致，不能確定如何適用時，由全國人大常委會裁決(立法法第八十一條第二款、第八十六條第二款)，授權機關有權撤銷被授權機關制定的超越授權範圍或者違反授權目的的法規，必要時可以撤銷授權(立法法第八十八條第七項)。

較大的市的人民政府可以根據法律、行政法規和本省、自治區的地方性法規，制定規章(地方組織法第六十條第一款後段、立法法第七十三條第一款)。地方政府規章可以就「為執行法律、行政法規、地方性法規的規定需要制定規章的事項」以及「屬於本行政區域的具體行政管理事項」

作出規定(立法法第七十三條第二款)。地方政府規章的名稱一般稱為“規定”、“辦法”，但不得稱為“條例”(規章制定程序條例第六條、行政法規制定程序條例第四條第二款)。地方政府規章應由較大的市的人民政府在公布後的三十日內報國務院及省、自治區人大常委會、人民政府和本級人大常委會備案(地方組織法第六十條第一款、立法法第八十九條第四項、規章制定程序條例第三十四條、法規規章備案條例第三條第四項)。地方政府規章不得同憲法抵觸，法律、行政法規及省、自治區、較大的市的地方法規、省、自治區的人民政府規章之效力亦高於本行政區域內的較大的市的人民政府規章，若發現有《立法法》第八十七條所定情事時，由國務院改變或撤銷之；另省、自治區的人民政府及本級人大常委會亦可撤銷之(立法法第七十八條、第七十九條、第八十條、第八十七條、第八十八條第三項、第五項、第六項)。部門規章與地方政府規章之間具有同等效力，在各自的許可權範圍內施行；部門規章與地方政府規章之間對同一事項的規定不一致時，由國務院裁決(立法法第八十二條、第八十六條第一款第三項)。

自治州的自治機關即人大和人民政府行使下設區、縣的市⁹⁷的地方國家機關的職權(已詳如前述)、自治縣的自治機關則行使憲法所定縣級地方國家機關的職權(詳後述)外，同時依照憲法、民族區域自治法和其他法律規定的權限行使自治權，根據本地方實際情況貫徹執行國家的法律、政策(憲法第一百五條、民族區域自治法第四條)。因此，自治州、自治縣的人大有權依照當地民族的政治、經濟和文化的特點，制定自治條例和

⁹⁷ 依《憲法》第三十條第二款規定：「直轄市和較大的市分為區、縣」。因此，此處所稱「下設區、縣的市」，當指直轄市和較大的市而言。

單行條例，報省、自治區、直轄市的人大常委會批准後生效，並由省、自治區、直轄市的人大常委會在自治條例和單行條例公布後的三十日內報全國人大常委會和國務院備案。自治條例和單行條例可以依照當地民族的特點，對法律和行政法規的規定作出變通規定，但不得違背法律或者行政法規的基本原則，不得對憲法和民族區域自治法的規定以及其他有關法律、行政法規專門就民族自治地方所作的規定作出變通規定(憲法第一百十六條後段、立法法第六十六條、第八十九條第三項、民族區域自治法第十九條後段、法規規章備案條例第三條第一項)。自治條例和單行條例不得與憲法抵觸，但其依法對法律、行政法規、地方性法規作變通規定的，在本自治地方適用自治條例和單行條例的規定。若發現有《立法法》第八十七條所定情事時，全國人大常委會有權撤銷省、自治區、直轄市的人大常委會批准的違背憲法和《立法法》第六十六條第二款規定的自治條例和單行條例(立法法第七十八條、第八十一條第一款、第八十七條、第八十八條第二項)。

參、其他各級地方：除省、直轄市、較大的市、民族自治地方(含自治區、自治州、自治縣)等地方層級，憲法依地方層級或性質，定有得分別依法制定地方法規、政府規章、自治條例和單行條例外，《憲法》以及其他法律均規定其他地方人大和人民政府在其職權範圍內，可以規定行政措施、發布決議、決定或命令。由於此等行政措施、決議、決定或命令亦不排除屬於規範人民權利義務之抽象性規範⁹⁸，故在此亦一併加以敘明。

⁹⁸ 應松年，前揭文(見註75)，頁四。另請參閱本節第三項第二款之說明。

在地方各級人大及其常委會與地方人民政府的關係以及地方各級人民政府的關係上，依《憲法》規定，地方各級人大是地方國家權力機關，縣級以上的地方人大並設立常委會；地方各級人民政府對本級人大負責並報告工作。縣級以上的地方各級人民政府在本級人大閉會期間，對本級人大常委會負責並報告工作。地方各級人民政府是地方各級國家權力機關的執行機關，是地方各級國家行政機關。地方各級人民政府對上一級國家行政機關負責並報告工作。全國地方各級人民政府都是國務院統一領導下的國家行政機關，都服從國務院(第九十六條、一百零五條第一款、第一百十條)，凡此均已詳如前述。地方各級人大在本行政區域內，得依照法律規定的權限，通過和發布決議，鄉、民族鄉、鎮的人大得撤銷鄉、民族鄉、鎮的人民政府的不適當的決定和命令，縣級以上地方各級人大則得改變或者撤銷本級人大常委會的不適當的決議以及本級人民政府的不適當的決定和命令(憲法第九十九條第一款、地方組織法第九條第一款第二項、第九項、第八條第十項、第十一項)。縣級以上地方各級人大常委會討論、決定本行政區域內各方面工作的重大事項，並得撤銷本級人民政府的不適當的決定和命令以及下一級人大及其常委會的不適當的決議(憲法第一百零四條、地方組織法第四十四條第七項、第八項)。鄉、民族鄉、鎮的人民政府執行本級人大的決議和上級國家行政機關的決定和命令，發布決定和命令；縣級以上地方各級人民政府執行本級人大及其常委會的決議，以及上級國家行政機關的決定和命令，規定行政措施，發布決定和命令，並得改變或者撤銷所屬各工作部門的不適當的命令、指示和下級人民政府的不適當的決

定、命令(憲法第一百零七條第一款、第二款、第一百零八條、地方組織法第五十九條第一項、第三項、第六十一條第一項)。由以上相關規定可知，地方各級人民政府均可在職權範圍內發布決定和命令，各級人大以及縣級以上各級人大常委會亦均可在職權範圍內通過和發布決議，以履行其行政職能活動。

關於地方立法體制，尚有待說明者如次：

一、關於部門規章與地方性法規之效力優劣問題：《憲法》及《立法法》對於各種規範之效力位階大體上已作了明確的規定，對於向來為實務與學術界所爭議之部門規章與地方性法規之效力優劣問題，雖未明白確認其效力位階，惟《立法法》第八十六條第一款第二項規定：「地方性法規與部門規章之間對同一事項的規定不一致，不能確定如何適用時，由國務院提出意見，國務院認為應當適用地方性法規的，應當決定在該地方適用地方性法規的規定；認為應當適用部門規章的，應當提請全國人民代表大會常務委員會裁決」。以國務院居於統一領導全國地方各級人民政府和國務院各部門之地位，以及全國人大常委會享有法律解釋權之憲法地位觀之，上開規定不失為務實之解決方式。

二、“根據”原則與“不抵觸”原則：由以上的討論可知，國務院必須根據憲法和法律制定行政法規、發布決定和命令；國務院各部門則根據法律和國務院的行政法規、決定、命令，發布命令、指示和規章；省、自治區、直轄市、較大的市等人民政府必須根據法律、行政法規和地方性法規制定規章。可見憲法及相關法律對行政機關制定法規範所採取的是“根

據”原則。至於權力機關方面，省、自治區、直轄市的人大及其常委會可以在不同憲法、法律、行政法規相抵觸的前提下，制定地方性法規；較大的市也可以在不同憲法、法律、行政法規和本省、自治區的地方性法規相抵觸的前提下，制定地方性法規。因此，憲法及相關法律在這裡所採取的是“不抵觸”原則。由此可知，憲法及法律已基於權力機關和行政機關之不同性質，對於兩者立法權的範圍作出了決定，亦即權力機關的立法權範圍相較於同級的行政機關，顯然較為廣泛，蓋後者制定規章必須取得上位階法規範之授權始可，而前者則不受此拘束⁹⁹。

三、構成規範性文件之「行政措施、決議、決定及命令」，應有進一步加以規範之必要：除省、直轄市、較大的市、民族自治地方(含自治區、自治州、自治縣)等地方層級，憲法依地方層級或性質，定有得分別依法制定地方法規、政府規章、自治條例和單行條例外，《憲法》以及其他法律均規定其他地方人大和人民政府在其職權範圍內，可以規定行政措施、發布決議、決定或命令。此等行政措施、決議、決定或命令既不排除有屬於規範人民權利義務之抽象性規範，則就其性質、發布之主體、範圍、要件、程序等事項，亦應如同法律、行政法規、地方性法規、規章般加以明確規定，方足以保障人民的權利¹⁰⁰。以《地方組織法》所規定縣級以上的地方各級人民政府所得行使之職權為例，該法第五十九條第一項規定：「執行本級人民代表大會及其常務委員會的決議，以及上級國家行政機關的決定和命令，規定行政措施，發布決定和命令」，國務院及其部門以及省、自治區、直轄

⁹⁹ 參見朱麗君，前揭文(見註74)，頁四六八至四七〇；應松年，「依法行政論綱」，中國法學，一九九七年第一期，頁三十至三十一。

¹⁰⁰ 同此見解者，可參閱應松年，前揭文(見註75)，頁五。

市、較大的市等人民政府發布行政法規、部門規章、地方性法規及地方人民政府規章時，尚須本於“根據”原則方得制定，而處於較下級之其餘地方各級人民政府規定行政措施，發布決定和命令，因法無明文¹⁰¹，竟可不受上開原則的拘束，其不當之處灼然甚明。尤有甚者，《地方組織法》既未規定上開規範性文件所得規範之內容及範圍，則除《立法法》第八條所規定只能制定法律之事項以及其他法律如行政處罰法第十四條之規定外，其餘關係人民權利義務之事項，解釋上並非上開規範性文件所不得規範者。是此一規範空白之領域，尚有待予以立法補充¹⁰²。

¹⁰¹ 《地方組織法》第五十五條第三款固規定：「地方各級人民政府必須依法行使行政職權」，惟能否據此導出「地方各級人民政府必須依據法律或法規規定行政措施，發布決定或命令」之結論，似有疑義。縱令得為如此解釋，則在沒有法律或法規規範之情況下，上開規定亦無法排除行政措施、決議、決定及命令等規範性文件規定有關人民權利義務之事項。

¹⁰² 姑不論《國家行政機關公文處理辦法》之法規範位階如何，其亦僅泛就行政機關之公文處理工作予以定，若就行政內部公文製作程序之規範化而言，上開辦法自有其積極性意義；惟若涉及人民權利義務之規範性文件亦適用前開辦法規範其制訂程序，於人民權益之保護，似有未足。



第三章 大陸《行政許可法》評析

第一節 概說

現代行政所肩負之任務不僅複雜諸端，為達成行政目的，所採行之行為形式也愈益多樣¹⁰³，其中，可使行政機關確保審查程序之實施、自始保留許可可能性之行政許可，即屬最為常見並為各國行政機關所普遍採用之行政手段。即使在實行社會主義體制之大陸，行政許可在政府履行管理職能所採取之行政手段中，同樣也扮演著重要的角色。

隨著經濟體制的轉變，大陸行政許可制度的產生和發展深刻地受到政府管理職能變化的影響。大陸建政後，由於對社會經濟的管理採用直接控制並下達計畫之辦法，在這種管理體制下，政府的職能並不複雜，行政管理比較單一而集中。因此，除了公共安全方面需要強力控制外，其他社會事務的管理均未步入正軌，當時實行許可制度的主要領域主要在於槍枝彈藥、爆炸物品、印鑄刻字業、計量等領域¹⁰⁴。自中共第十一屆三中全會後，隨著計畫經濟逐步向有計畫的商品經濟、社會主義商品

¹⁰³ 就行政行為之法律形式而言，行政大體可分為公權力行政或稱高權行政及私經濟行政或稱國庫行政。所謂公權力行政係指，國家或自治團體居於統治權主體的地位，適用公法規定所為之各種行政行為。其範圍甚為廣泛，在人民與國家或地方自治團體間之權利義務關係事項，均屬公權力行政之對象，所使用之行政作用方式為命令、行政處分、行政契約或地方自治規章等，於行政作用中占最主要之地位。所謂私經濟行政，係指國家並非居於公權力主體地位行使其統治權，而係處於與私人相當之法律地位，並在私法支配下所為之各種行為。其中包括為達成行政上之任務所採取之私法型態的行為、行政營利行為、行政輔助行為以及參與純粹之交易行為。詳參吳庚，行政法之理論與實用，作者自印，民國九十年八月，增訂七版，頁一〇以下；翁岳生，「行政的概念與種類」，收錄於氏編，行政法(上冊)，作者自印，二〇〇〇年三月，第二版，頁一九以下；陳敏，行政法總論，作者自印，民國九十二年一月，第三版，頁十六至十七。

¹⁰⁴ 應松年(主編)，行政行為法—中國行政法制建設的理論與實踐，北京·人民出版社，一九九三年十二月，第一版，頁四二六。

經濟以及社會主義市場經濟的轉變¹⁰⁵，大陸經濟發展日益蓬勃快速，行政管理事務也愈趨繁雜，為對社會和經濟問題進行有計畫的控制和管理，避免過去主要依靠人治模式控制社會活動，並為人民的活動確定一定的準則與界限，法制逐步受到重視，實行行政許可的領域也逐漸增多，行政許可越來越受到行政機關的青睞¹⁰⁶。本文以下即首先探討行政許可之概念、性質。其次，行政許可於大陸之所以受到高度重視，甚至制訂專法予以規範，實因長期處於無序狀態之行政許可現狀，與大陸汲朝向市場經濟體制之路邁進顯得扞格不入，有以致之。大陸既面臨在市場經濟引導下之法制現代化與國際接軌的問題，行政許可予以法制化規範，即屬不得不然之結果。因此，在檢討大陸行政許可法之前，即有必要先行說明行政許可制度在經濟體制轉軌過程中面臨之瓶頸與障礙，以瞭解行政許可法制定之時代與環境背景。最後，則以《行政許可法》為中心，多面向地從行政許可設定權之歸屬、範圍、實施的程序、許可的監督等方面，瞭解本法所建構之行政許可制度。

¹⁰⁵ 參見本文第二章註 45 及本文第二章第二節之說明。

¹⁰⁶ 楊解君(主編)，行政許可研究(國家公務員依法行政叢書)，北京·人民出版社，二〇〇一年十二月，第一版，頁三三。

第二節 行政許可之概念

第一項 行政許可之意義與性質

第一款 行政許可之意義

大陸學者就行政許可之定義，由於觀察角度的不同，在論述上固存在其差異性，惟在實質上，其所掌握之概念內涵大致相同，茲擇要說明如下：

一、行政許可也就是通常所說的行政審批，是指行政機關根據公民、法人或其他組織的申請，經依法審查，准予其從事某種行為、確認某種權利、授予某種資格和能力的行為¹⁰⁷。

二、行政許可是行政主體應行政相對方的申請，通過頒發許可證、執照等形式，依法賦予行政相對方從事某種活動的法律資格或實施某種行為的法律權利的行政行為¹⁰⁸。

三、行政許可是行政機關根據相對人的申請，做出決定允許相對人做某事、行使某種權利、獲得某種資格和能力的行為¹⁰⁹。

四、行政許可首先是由法律、法規設定一般性禁止的制度，是行政

¹⁰⁷ 應松年，「行政許可與行政強制法律制度—全國人大常委會法制講座講稿摘登」（第九屆全國人大常委會第二十五次法制講座），中國人大，二〇〇二年第八期，頁十三。

¹⁰⁸ 羅豪才（主編），行政法學，北京·北京大學出版社，一九九六年十二月，第一版，頁一七五；俞子清（主編），行政法與行政訴訟法學，北京·法律出版社，二〇〇一年五月，第一版，頁一〇七；林民華，「試論審理行政許可訴訟的若干問題」，政法論壇（中國政法大學學報），二〇〇一年第一期，頁一〇六。

¹⁰⁹ 馬懷德，行政許可，北京·中國政法大學出版社，一九九四年七月，第一版，頁三；劉莘，行政法熱點問題，北京·中國方正出版社，二〇〇一年五月，第一版，頁一五〇；高帆、李岳德，「市場經濟與行政許可制度」，中國法學，第五十九期，一九九四年六月，頁九。

機關依據公民、法人或者其他組織的申請准予其從事法律、法規作一般性禁止的事項或活動的行政行為，是行政機關依法對公民、法人或者其他組織的行為進行法律控制的行政法律手段¹¹⁰。

五、行政許可是基於當事人的申請，行政主體經過判斷審查，對符合法定條件的申請予以批准的行政行為。具體地說，即行政許可機關對須具備一定條件才能從事的活動或行使的權利(或從事的職業或設立的組織等)，解除限制並允許其作為或不作為之行政行為¹¹¹。

六、行政許可是行政主體根據行政相對人的申請，依法賦予符合法定條件的行政相對人從事某種為法律一般禁止事項的權利和資格的一種行政行為¹¹²。

七、行政許可通常指行政機關根據當事人的申請，在一定條件下解除禁止，准許個人或組織從事某種活動的一種行政行為¹¹³。

八、行政許可是行政主體應行政相對人的申請，通過頒發許可證、執照等形式，依法對申請人解除從事某種活動或實施某種行為權利

¹¹⁰ 張步洪，「論行政許可的功能」，收錄於劉莘、馬懷德、楊惠基(主編)，中國行政法學新理念，北京·中國方正出版社，一九九七年十一月，第一版，頁二六九。

¹¹¹ 楊解君(主編)，前揭書(註106)，頁六八。

¹¹² 胡錦光、楊建順、李元起，行政法專題研究(中國人民大學碩士研究生系列教材)，北京·中國人民大學出版社，一九九八年九月，第一版，頁一四五；葉必豐，行政法學，武漢·武漢大學出版社，一九九六年十二月，第一版，頁一八〇；江必新、周衛平(編著)，行政程序法概論，北京·北京師範學院出版社，一九九一年三月，第一版，頁一〇九；張正劍、韓大元(主編)，比較行政法，北京·中國人民大學出版社，一九九八年十二月，第一版，頁四二九至四三〇(本書第十七章由楊建順主筆)；王清雲、遲玉收，行政法律行為，北京·群眾出版社，一九九二年十一月，第一版，一六〇。

¹¹³ 張正劍、韓大元(主編)，中外許可證制度的理論與實踐，北京·中國人民大學出版社，一九九四年版，頁十一；羅玉中、萬其剛、劉松山，人權與法制，北京·北京大學出版社，二〇〇一年七月，第一版，頁三四三；張樹義(主編)，行政法與行政訴訟法案例教程，北京·知識產權出版社，二〇〇一年七月，第一版，頁一二九。

的限制的行政行為¹¹⁴。

九、行政許可是國家行政機關依法准予行政管理相對人從事某項活動的自由和權利的行政處理決定，是國家行政機關依照管理相對人的申請依法賦予其從事某項法律一般禁止的事項或者法律要求行政機關必須控制的事項的具體行政行為¹¹⁵。

十、行政許可是指行政主體針對行政相對方的申請，依法決定是否賦予行政相對方從事某種活動或實施某種行為的權利和資格的一種法律制度，包括有准許或者不予准許兩種具體的行為方式¹¹⁶。

十一、行政許可是指行政許可主體針對行政相對人的申請，依法判定並確認行政相對人是否已具備從事某種特定活動或實施某種特定行為的條件或資格，並對經判定、確認的活動或行為進行全過程依法監管的過程性行政行為。該行政行為包括確認已具備條件或資格准予許可、確認不具備條件或資格不予許可，以及對准予許可事項進行全過程監管等行為方式¹¹⁷。

前述大陸學者對於行政許可定義之論述容存有理念上之爭執，惟基本上，行政許可之概念特徵有三：

一、行政許可以法規範就特定事項設定一般性禁止或限制為前提：

¹¹⁴ 熊文釗，現代行政法原理，北京·法律出版社，二〇〇〇年九月，第一版，頁二九九。

¹¹⁵ 楊海坤，中國行政法基本理論，南京·南京大學出版社，一九九二年十二月，第一版，頁三二九；另見氏著，「行政許可簡論」，法學，第十一期，一九九三年一月，頁六十。

¹¹⁶ 方世榮，「行政許可的涵義、性質及公正性問題探討」，法律科學(西北政法學院學報)，一九九八年第二期，頁三十。

¹¹⁷ 羅文燕，行政許可制度研究，北京·中國人民公安大學出版社，二〇〇三年六月第一版，頁四六。

現代國家固多於憲法中明文揭櫫並保障人民之基本權利，惟實際上，基本權利均必須受到某種程度之限制，乃是無庸置疑的¹¹⁸。因此，享有權利不代表可以不受拘束、任意地行使權利，國家基於公共利益之考量，非不得就人民基本權利之行使，考量不同之具體狀況，一般性地設定一定之限制或禁止。行政許可即在此一前提下，由行政機關依法在特定具體情況，對特定人解除其限制或禁止。因此，法規範就特定事項設定一般性禁止或限制，乃是行政許可之前提，沒有禁止或限制，即無許可之可言¹¹⁹。

二、行政許可應經當事人之申請：依法應經許可之事項，大都是針對特定有危險性，或基於公益有管制性之行為，各該行為之遂行，事先都透過申請的程序，經主管機關審酌後，可能作成給予許可或拒絕許可之決定。因此，利害關係人原則上皆有要求許可之請求權¹²⁰，其要求所

¹¹⁸ 此亦為大陸學者在論述基本權利時所一致肯認者。參閱許崇德（主編），憲法，北京·中國人民大學出版社，二〇〇二年十二月，第一版（第八刷），頁一四九以下；吳家麟，「論我國公民的基本權利和義務」，收錄於中國法治論壇編輯委員會（編），憲法論文集，北京·社會科學文獻出版社，二〇〇三年十一月，第一版，頁一三一；王叔文，「論公民的權利和義務不可分離」，收錄於同書，頁三七〇；廉希聖，「正確行使公民權利的指導原則」，收錄於同書，頁四一七以下；張慶福（主編），憲法學基本理論（下卷），北京·社會科學文獻出版社，一九九九年九月，第一版，頁六二一以下。

¹¹⁹ 關保英，「論行政法上的行政禁止」，法學評論，二〇〇一年第五期，頁二七。另氏以為保障公民權益需以規範行政權為前提，而規範行政權首先必須規範行政禁止行為，行政許可制度既建立在行政禁止之基礎上，則行政禁止法應先於行政許可法而建立。惟本文以為公民基本權利應受如何之限制，涉及公民基本權利之保障，屬於憲法層次之問題，由憲法決定保障的範圍，似更為妥適；再者，行政事務複雜多端，欲明確規範某一基本權利在如何之情況下得為如何之限制，不僅費事，亦無實益。毋寧由憲法立定原則，再藉由規範審查制度，維護規範之層級體系及法秩序之一致性，更能保障人民之權益。因此，相較於制訂行政禁止法，建立完整有效的規範審查制度，似乎更為實際。另外，亦有學者認為相對於特許而言，行政許可係指未予一般地禁止，但在權利行使上卻規定了具體資格與條件之限制，須經指定的行政機關審批的行為。郭道暉，「行政許可的設定原則與分類」，政治與法律，二〇〇一年第六期，頁十九。惟法規範對於權利之行使，規定其具體資格與條件，實質上即屬一般性之限制或禁止，僅其規制手段有所不同，因此，本文以為以法規範就特定事項設定一般性禁止或限制，應屬行政許可之概念特徵之一。

¹²⁰ 因此，若人民之申請遭到行政機關拒絕時，即可依法提起行政救濟。《行政訴訟法》第十一條第

表現之方式大都為申請¹²¹，未經申請許可而從事法規已設定禁止之事項，即屬違法。相對地，未經人民依法申請，行政機關亦不得主動予以許可。需注意的是，行政相對人的申請固然是行政許可成立的要件之一，但並不影響行政機關片面作成行政許可之性質，蓋行政許可之申請並不必然得到行政機關之同意，行政許可僅是行政機關基於職權而為之一種單方行政行為¹²²。

三、行政許可是行政機關所為之具體行政行為(即相當於台灣所稱之行政處分):「具體行政行為」一詞固已首見於《行政訴訟法》之明文規定¹²³，惟就「具體行政行為」之意義，則未於立法上予以明文定義，學說上對於具體行政行為之內涵亦頗見分歧。實務上，一九九一年《最高人民法院關於貫徹執行〈中華人民共和國行政訴訟法〉若干問題的意見(試行)》第一條規定:「具體行政行為是指國家行政機關和行政機關工作人員、法律法規授權的組織、行政機關委託的組織或者個人在行政管理活動中行使行政職權，針對特定的公民、法人或者其他組織，就特定的具體事項，作出的有關該公民、法人或者其他組織權利義務的單方行為」¹²⁴，除用語上尚欠簡潔外，其概念特徵與台灣《訴願法》第三條

一款第四項規定:「人民法院受理公民、法人和其他組織對下列具體行政行為不服提起的訴訟:···四、認為符合法定條件申請行政機關頒發許可證和執照，行政機關拒絕頒發或者不予答覆者」。

¹²¹ 李震山，「論行政許可行為」，收錄於國立政治大學法學院(編)，1998年海峽兩岸行政法學術研討會實錄，一九九九年四月，頁一八四至一八五。

¹²² 胡錦光、楊建順、李元起，前揭書(註112)，頁一四七；羅文燕，前揭書(註117)，頁四八。

¹²³ 例如第二條、第五條、第十一條、第十二條、第十四條、第十七條等，可謂俯拾可得，限於篇幅，本文不再一一列舉。

¹²⁴ 另外，在一九九九年《最高人民法院關於執行〈中華人民共和國行政訴訟法〉若干問題的解釋》

第一項及《行政程序法》第九十二條第一項關於行政處分之定義¹²⁵尚屬相通。大陸學者對於具體行政行為之定義，大體上亦均已掌握「特定具體事件」、「發生法律效果」等特徵¹²⁶，惟仍有學者就具體行政行為之「單方性」概念特徵頗有微詞，認為單方行為與具體行政行為並無必然關係，且如此將使行政合同(即行政契約)排除在具體行政行為範疇之外，使得因行政合同引起之糾紛無法透過行政訴訟之途徑加以解決，從而認為最高法院上開有關具體行政行為之界定至多只是司法實務中掌握被訴具體行政行為之一般識別條件，並不能認為是全部具體行政行為之定義¹²⁷。本文以為概念的內涵因個人主觀價值判斷的不同而有所差異，本屬當然，且非不得隨著時代、環境的變遷而增減損益，惟概念的釐清、判別，不僅有助於學術研究，於法律之正確適用，亦有其積極性的意義。

「具體行政行為」若以台灣「行政處分」之概念加以理解，則其為行政行為最主要之態樣之一，諒無疑義，是若將行政合同納入「具體行政行為」之概念中，則如何將行政合同與居於主要行政行為態樣之相當於台

中，雖未就具體行政行為加以明文闡釋，惟其第三條就一般稱之為抽象行政行為之定義加以解釋為：「行政訴訟法第十二條第二項規定的“具有普遍拘束力的決定、命令”，是指行政機關針對不特定對象發布的能反覆適用的行政規範性文件」。對於具體行政行為意義之闡釋，應具有啟發性之意義。即具體行政行為係針對特定對象，且通常是一次完成，無反覆實施之作用。

¹²⁵ 台灣《訴願法》第三條第一項規定：「本法所稱行政處分，係指中央或地方機關就公法上具體事件所為之決定或其他公權力措施而對外直接發生法律效果之單方行政行為」；行政程序法第九十二條第一項規定：「本法所稱行政處分，係指行政機關就公法上具體事件所為之決定或其他公權力措施而對外直接發生法律效果之單方行政行為」。兩者用語幾乎相同。

¹²⁶ 關於具體行政行為之定義，於行政法學著作中均可輕易尋得，本文不再贅述。

¹²⁷ 參見方世榮，論具體行政行為，武昌·武漢大學出版社，一九九六年四月，第一版，頁五以下；張樹義，「論抽象行政行為與具體行政行為的劃分標準」，收錄於劉莘、馬懷德、楊惠基(主編)，前揭書(見註110)，頁一〇六；應松年(主編)，比較行政程序法，北京·中國法制出版社，一九九九年一月，第一版，頁一二六。

灣「行政處分」之具體行政行為加以區分？是否應另行其創設新的學術用語，以資與行政合同加以區別？是上開見解，誠治絲而益棼。且因行政合同所產生之公法上爭議應否納入行政訴訟之受案範圍，乃立法政策之問題，若認立法規範不周，乃是否應予修法之問題，自不應因此而混淆行政合同與具體行政行為之概念。行政許可乃行政機關依相對人之申請，就依法令之一般禁止事項，於特定之場合對該相對人解除其禁止，使其得以適法為一定行為，直接關係到人民之權利義務。是行政許可屬於具體行政行為，學說上尚無異見。

掌握前開有關行政許可之概念特徵，則關於行政許可之意義，應可得其肯綮。另就上開學者就行政許可之定義，尚有待說明者有三：

一、行政許可是否形諸於書面或其他形式，則涉及要式性之問題，屬立法裁量事項，於行政許可之實質內涵尚無影響。惟應注意者，本法第三十八條第一款規定：「申請人的申請符合法定條件、標準的，行政機關應當依法作出准予行政許可的書面決定」，是本法就准予行政許可之具體行政行為係採要式性之立法取向，應無疑義。

二、行政許可除作為具體行政行為加以理解外，亦有解為是一種行政制度者。從許可之依據、要件、許可之申請、決定程序，以迄撤銷、變更、廢止、救濟、賠償、補償，可整合為一套制度，猶如行政執行、行政罰。因之，吾人既可認為行政許可是一具體行政行為，亦可從行政

制度之層面探討之¹²⁸，端視著者之研究目的而定。惟制度層面之探討，仍應以概念內涵之釐清為前提，是就概念之定義而言，並不宜從制度面之角度加以闡釋¹²⁹。

三、前開學者間就行政許可定義之歧異，尚涉及就行政許可本質之認識，即行政許可之本質究屬賦予權利之行政行為(即賦權說)或解除禁止之行政行為(即解禁說或權利恢復說)，抑或具有其他本質之行政行為。有認為許可是行政機關授予公民、法人的一種特權(特權說)¹³⁰；有認為行政許可是行政機關允許相對人從事某種活動，授予其具有某種權利之行為。未經行政機關之許可，相對人即無某項權利，亦不得從事某些行為(賦權說)¹³¹；有認為行政許可是對一般禁止行為之個別解禁，恢復相對人自由之行為，並非權利之賦予(解禁說或權利恢復說)¹³²；有認為行政許可兼有賦權與解禁兩方面的性質，即對相對人賦予某種權利是

¹²⁸ 李震山，前揭文(見註 121)，頁一八三。

¹²⁹ 學者羅文燕認為作為行政控制和行政管理的一種重要手段，行政許可行為並不會在頒發許可證後就自行終止，行政許可的外延邊際內容應該貫穿於被許可事項的全過程，不僅應包括准予(或不予)頒發許可證，而且還必然包括對被許可事項的監督、檢查和管理，包括對被許可事項在實施過程中可能出現的中止、變更、撤銷等事務的處理，因此，行政許可行為是一項過程性、連續性動態行政行為，這也是行政許可與對一靜態的法律事務或法律關係進行確認的行政確認行為的主要區別所在。參見氏著，前揭書(註 117)，頁四九。羅氏一貫主張行政許可是行政機關對行政相對人從事某種特定活動或實施某種特定行為的條件和資格依法予以判定並「確認」的行政行為，而非解除法規一般禁止之行政行為，是其似認為行政許可行為之性質應係「確認」，而非「形成」，但上開論述卻又試圖與行政確認作出區隔。實則頒發行政許可後之監督與管理，涉及行政許可整體之法律制度建置，與行政許可行為之性質究為確認、形成或下命，應屬二事，行政許可事後之監督管理並不影響行政許可行為原本具有之法律上性質，是羅氏上開論說不僅混淆行政許可與行政許可制度，且與其主張行政許可與行政許可制度二者有別之論述，亦有前後矛盾之嫌。

¹³⁰ 江必新、周衛平(編著)，前揭書(見註 112)，頁一〇九。

¹³¹ 從論述上可認為採賦權說者，見胡錦光、楊建順、李元起，前揭書(見註 112)，頁一四五；葉必豐，前揭書(見註 112)，頁一八〇；羅豪才(主編)，前揭書(見註 108)，頁一七五；俞子清(主編)，前揭書(見註 108)，頁一〇七；林民華，前揭文(見註 108)，頁一〇六；張正劍、韓大元(主編)，前揭書(見註 112)，頁四二九至四三〇(本書第十七章由楊建順主筆)。

¹³² 馬懷德，前揭書(見註 109)，頁十一至十二；張樹義(主編)，前揭書(見註 113)，頁一二九；熊文釗，前揭書(見註 114)，頁三〇〇至三〇一。

透過解除禁止的方式實現的，而為相對人解除禁止的結果，就是使其獲得從事過去不能從事的某種活動的權利或資格(折衷說)¹³³；有認為行政主管機關執行的行政許可行為，是對申請人是否具備法律、法規規定權利的資格和行使權利的條件之審核，對合格者給予行使權利的合法證明(許可證)。因此，行政許可並非賦權行為，只是驗證其資格與條件，可稱之為“證權”行為(驗證說)¹³⁴；有認為行政許可與其說是單一的權利，不如認為是以控制某類特別權利及資格的享有為主導兼具賦予該類權利及資格的雙重性質(雙重性質說)¹³⁵；另有認為行政許可可在形式上的特性為形成性、羈束性、授益性及依申請之行政行為，實質上則是一種對當事人行使權利的資格或條件是否具備的核准行為，也是一種控制性的手段(多重特性說)¹³⁶。本文以為，如同現代法治國家一般，大陸於《憲法》第二章中亦明文揭櫫「公民的基本權利和義務」(第三十三條以下)，而憲法中所規定之基本權利和義務之落實，則有賴於法律、行政法規、規章和其他規範性文件等法規予以具體規範和補充。行政許可之為一種具體行政行為，其乃在於具體化及執行具普遍抽象性質之法律、行政法規、規章和其他規範性文件，因此，縱令行政主管機關經審查結果決定核發許可，亦僅是解除上開法規所為之一般性禁止或限制，回復人

¹³³ 姚銳敏，依法行政的理論與實踐，北京·法律出版社，二〇〇〇年十一月，第一版，頁一〇一。

¹³⁴ 郭道暉，「對行政許可是“賦權”行為的質疑—關於享有與行使權利的一點法理思考」，法學，一九九七年第十一期，頁八。

¹³⁵ 方世榮，前揭文(見註116)，頁三一。

¹³⁶ 楊解君(主編)，前揭書(見註106)，頁七八至八二。

民原有依據憲法或其他法規所得享有之自由權及財產權，並未有所增添；反之，如拒絕許可，亦僅使原來由法規所設定之禁止，成為終局之禁止，干涉人民之自由權及財產權¹³⁷。從而，前開有關行政許可具有「賦權」本質之相關學說說明，即難謂為允當。再者，「驗證說」僅觸及了行政許可之審核過程；「多重特性說」則僅說明了行政許可之法律性質及其功能，並未涉及行政許可本質之闡釋，其說亦均有待商榷。

綜上論述，本文認為所謂行政許可，係指行政機關依人民之申請，就依法律、行政法規、規章和其他規範性文件所設定之一般禁止或限制事項，於符合上開法規所設定之資格或標準下對該申請人解除其禁止或限制，使其得以適法為一定行為之具體行政行為¹³⁸。

第二款 行政許可之性質

綜合以上關於行政許可意義之說明，吾人可以得知行政許可具有以下之性質：

一、行政許可係形成性質之具體行政行為：以具體行政行為之內容

¹³⁷ 參照陳敏，前揭書（見註103），頁三四三。同見解可參見林紀東，行政法，台北·三民，民國八十三年十一月，再修訂再版，頁三一四；法治斌，「集會遊行之許可制或報備制：概念之迷思與解放」，憲政時代，第二四卷第三期，民國八十七年十二月，頁四；李震山，前揭文（見註121），頁一八七。

¹³⁸ 本文在此係就行政許可加以定義，至於是否與《行政許可法》之規定相符，在所不問。例如《行政許可法》第十四條、第十五條規定僅法律、行政法規、國務院決定、地方性法規及省、自治區、直轄市人民政府規章可以設定行政許可，除此之外，其他規範性文件一律不得設定行政許可（參見本法第十七條）。由於如何層次之規範性文件可以設定行政許可乃是立法者之立法裁量，因此縱然本文上開就行政許可之定義可能與《行政許可法》所定可以設定行政許可之主體等相關規定有所齟齬，亦於本文之上開定義不生影響。

而言，具體行政行為可分為命令、形成及確認三種性質：命令係指命相對人為特定之作為、不作為或忍受之具體行政行為，若相對人未履行義務時，即生強制執行之問題；形成係指具體行政行為之內容係設定、變更或廢棄（即撤銷與廢止）具體法律關係者而言。形成之具體行政行為一般無須特別的實施即會發生法律效力，不生強制執行或停止執行之問題；確認包括對法律關係存否之認定，以及對人之地位或物之性質在法律上具有重要意義事項的認定，其僅在表明現有的實在法狀態，不以實體法律狀態的變更為目標，其同樣亦不生執行或停止執行之問題¹³⁹。行政許可既係行政機關於特定之場合對申請人解除其禁止或限制，使其得以適法為一定行為之具體行政行為，自係具有設定行政上法律關係之形成效力，是行政許可係形成性質之具體行政行為。

二、行政許可係授益性具體行政行為：具有賦予行政相對人某種法律上的權利和法律上的能力，或者免除行政相對人原來承擔的或本應承擔的義務之行政行為，為授益性具體行政行為；具有剝奪或限制行政相對人已有的某種權利和能力，或者使相對人承擔某種義務的行政行為，則為侵益性（負擔性）具體行政行為¹⁴⁰。如前所述，行政許可實質上固僅係解除法規範所為之一般性禁止或限制，回復人民原有依據憲法或其他法規範所得享有之自由權及財產權，並未有所增添，惟既係解除

¹³⁹ 楊解君（主編），前揭書（註106），頁七九。

¹⁴⁰ 胡錦光、楊建順、李元起，前揭書（註112），頁五四。

禁止或限制，形式上即為授益性具體行政行為。

三、行政許可係依申請之具體行政行為：依申請之具體行政行為，係指行政機關必須有行政相對方的申請才能實施之行政行為。此時，行政相對方之申請，是行政行為開始之先行程序和必要條件，非經行政相對方之請求，行政機關不能主動作出行政行為¹⁴¹。前述關於行政許可之概念特徵，即已述及行政許可應經當事人之申請始可作成，是行政許可係依申請之具體行政行為。未經申請而核發許可，應認為僅屬程序上之瑕疵，得經由補辦申請之方式予以補正，在未補正前，其效力未定¹⁴²。

第二項 類似概念的比較

根據規制目的、對象、干涉人民權利義務程度的不同，法規範往往賦予行政機關不同的規制手段。其中，具有與許可般之預行控制性質之行政規制手段尚有特許、認可、確認、登記等¹⁴³，茲分述如次。

第一款 特許

相較於許可，學說上關於特許¹⁴⁴之定義，多側重在某種權利之賦予。

¹⁴¹ 羅豪才（主編），前揭書（註108），頁一一九。

¹⁴² 此為台灣學界之通說，應可為日後解釋大陸《行政許可法》之參考。詳可參閱翁岳生，「論行政處分」，收錄於氏著，法治國家之行政法與司法（國立台灣大學法學叢書64），台北·月旦出版社，一九九四年六月，初版，頁十五；吳庚，前揭書（見註103），頁三二七；陳敏，前揭書（註103），頁三五—；許宗力，「行政處分」，收錄於翁岳生（編），前揭書（註103），頁五七七。

¹⁴³ 與許可同為事前規制手段者，學理上尚有免除或例外之准許、報備制等，由於欲與大陸《行政許可法》上之行政許可概念相互呼應，因此除在相關註解作必要說明外，本文不再此贅文介紹。

¹⁴⁴ 特許可分為行政上之特許與立法上之特許。立法上之特許，通常係指國家就特定行業之經營，特

例如，有認為特許係賦予自然自由所無之新權利之處分(指具體行政行為)，即國家就專屬於國家之權利，而在自然自由範圍外之行為，予特定人以得為該行為之權利，故就其非義務之免除，而為特定權利之設定而言，與許可異其性質¹⁴⁵；有認為特許係指相對人不僅回復其原來未經法律禁止之法律地位，且因而獲得一定公法上之權利者，經特許之人，有時尚須向主管機關繳納「特許規費」，特許通常係以一定正式程序為之，通常應予以補償，始得取消或限制原有之特許¹⁴⁶；有認為許可是免除人民作為、不作為或忍受義務之行政行為，而特許則是授予人民權利之行政行為，其內涵並可類分為人民所獲得之權利基本上並非其所應擁有，而由國家額外賦予者之「特許」，以及人民獲得的權利，大多因其個人資格能力、可信賴性或擁有之設備條件所獲取，如某些行業、工作之經營與從事，依法須經各該主管機關許可者，於獲得許可後，方得申請登記經營，稱為執照特許，前者較具排他性，後者則較無排他性，並受較少之監督與管制¹⁴⁷；另有認為特許係指法律對某特定有害於社會或與社會期待不符的行為，予以一般性禁止，只於特殊情形始解除禁令，特許為之。因此，特許是將人民原本不擁有的權利於特殊例外情形給予

為之制訂法律據以組織之制度者，例如台灣之中國農民銀行條例、交通銀行條例等。此種特許，原則上屬於立法裁量，除顯然違背憲法原理原則外，立法者得自由為之。行政上之特許則指立法者就特定事業，尤其是公用事業或獨佔事業之經營許可，授權行政機關以審核准駁之裁量權限。參見李惠宗，「論營業許可基準之司法審查—兼論我國憲法上營業自由之限制」，經社法制論叢，第五期，民國七十九年一月，頁二三八至二三九。此處討論之特許，自指行政上之特許而言。

¹⁴⁵ 林紀東，前揭書(見註137)，頁三一六。

¹⁴⁶ 陳敏，前揭書(見註103)，頁三四四。

¹⁴⁷ 李震山，前揭文(見註121)，頁一九一至一九二。

人民，也就是將法律所一般禁止的行為例外許可人民為之¹⁴⁸。從以上學者關於特許之定義，可知不僅概念內涵分歧¹⁴⁹，更有將許可納為特許概念之一部分者，實證法上對於特許、許可之概念亦可常見混淆運用¹⁵⁰。從理論上而言，主張許可與特許應加區分者，無非以兩者於行政機關裁量權之範圍¹⁵¹及所受到之行政監督管制均有廣狹或寬嚴之差別。惟法規範就行政手段之採取，本即應考量其所欲達成之目的，而為不同程度之規制，並賦予行政機關範圍廣狹不一之裁量權，此為常見之行政管理現象¹⁵²，同樣可歸類為許可概念下之制度，因立法上之考量，即有可能為不同之制度安排；更何況，一切裁量，皆受有拘束，絕非自由，自由裁量並非完全自由，其外受不得超越裁量權限之限制，內受依該法所定目

¹⁴⁸ 許宗力，前揭文（見註142），頁五六九至五七〇。

¹⁴⁹ 例如，許宗力教授認為台灣之集會遊行法第六條關於禁制區集會遊行之規定，若經主管機關許可於各該禁制區集會遊行，即屬於特許；又依台灣之建築法第五十一條規定：「建築物不得突出於建築線之外，但紀念性建築物，以及在公益上或短期內有需要且無礙交通之建築物，經直轄市、縣(市)(局)主管建築機關許可其突出者，不在此限」之情形，亦屬於特許。惟就前者而言，李震山教授認為係屬於「例外准許」或「免除」；就後者而言，陳敏教授亦認為係屬於「例外准許」或「免除」。而所謂「例外准許」或「免除」係指對本質上有害於社會或為社會所不樂見之行為，法律原則上雖普遍予以禁止，但在特殊之例外情形，則解除其禁止，以避免在具體事件之窒礙。由於「例外准許」或「免除」與許可於性質上相近，因此有認為廣義的許可應包括「例外准許」行為。以上均參見許宗力，前揭文（見註142），頁五六九；陳敏，前揭書（見註103），頁三四五；李震山，前揭文（見註121），頁一八九至一九〇。

¹⁵⁰ 例如台灣之舊證券交易法（民國七十七年修正施行前）第四十四條第一項規定：「證券商須經主管機關之特許及發給特許證照，方得營業」，若依證券商並無公用事業或獨佔性之企業性質，應無以「特許」為事前監督之必要，因此在民國七十七年一月二十九日，為因應金融情勢，方修正為：「證券商須經主管機關之許可及發給許可證照，方得營業」，但同法第五十七條則仍規定：「證券商取得經營證券業務之特許，或設立分支機構之許可後，經主管機關發覺有違反法令或須為情事者，得撤銷其特許或許可」。參見李惠宗，前揭文（見註144），頁二三九至二四〇。上開規定，迄今仍未見修正。

¹⁵¹ 有認為特許原則上是自由裁量，許可原則上屬羈束行為，但例外仍有屬自由裁量者。參見李惠宗，前揭文（見註144），頁二三九（註三九）之說明。大陸學者楊解君亦認為行政許可行為為主要是羈束性行政行為，只有在例外情況下（如某些特殊領域或「特別許可」）才存在自由裁量式的行政行為；所謂特別許可又稱特許。參見楊解君（主編），前揭書（見註106），頁七九至八〇、八七。

¹⁵² 例如對於集會遊行之管制，絕對無法僅賴事後追懲之設計，事前之管理殆屬必要。但基於表意自由之重要性，及平衡公共利益之必要，不論是採所謂的許可制或報備制，各國均有多項可能之規制方式，實務操作的結果則是相互接近靠攏，二者之差別，著實有限，故將二者強為區別，不僅有待商榷，也無必要。詳參法治斌，前揭文（見註137），頁五至六。

的以及平等、誠信、「禁止過分」原則、比例原則、禁止恣意與權利濫用等法律原則之支配¹⁵³，許可、特許，莫不如此，因此，質疑區分許可與特許兩個概念之必要性者¹⁵⁴，並非毫無所本；惟就實證法之角度而言，法制上仍多有就有限資源之利用（如水權、廣播電視之電波頻率等）或具有獨佔性或與重大公共利益攸關之公用事業之經營（如證券交易所、電信事業、銀行業等）設定特許者，亦即其不僅因取得特許者之有限性，使得特許無法如同一般許可般自始即保留許可之可能性，且取得特許者除基於公益須受到主管機關更嚴密之管制監督外，有時就因為取得特許者得以行使一般人所無之特許事項之權利，而須負擔特別之義務，以符合法律創設特許之公益上目的，例如廣播電視之電波頻率屬有限性之公共資源，惟為免掌握媒體資源者刻意主導公共意見之形成，有礙於意見之溝通交流，法律上乃要求享有電波頻率之經營者必須創造一定之條件與環境，使一般民眾得以「接近使用傳播媒體」（the right of access to the media），而行使其表達意見之權利¹⁵⁵。因此許可與特許應仍有其區分之實益¹⁵⁶，而在取得特許之程序上，基於特許數量之有限性，尤應

¹⁵³ 翁岳生，行政法與現代法治國家（國立台灣大學法學叢書（二）），作者自印，一九九〇年九月，第十一版，頁七一（註二三四）。

¹⁵⁴ 學者許宗力即認為「設權許可」（按：即一般所稱之特許）之設權內容，究其實亦無非是人民基本權利，與傳統許可之內容並無二致，故設權許可並不是積極給予人民其原無擁有的權利，而同樣只是人民權利的回復，加上法制上並不禁止人民於設權許可申請被駁回，或許可被撤銷時得提起法律救濟，足見傳統上許可與設權許可區分之不必要。參見許宗力，前揭文（見註142），頁五六九（註八二）；學者吳庚亦認為兩概念不僅不易界定，亦無區分之實益。見氏著，前揭書（見註103），頁三三五。

¹⁵⁵ 參見大法官會議釋字第三六四號解釋。

¹⁵⁶ 多數大陸學者在行政許可種類之論述中，將行政許可分為一般許可與特別許可或特殊許可（即特許），似乎亦認為並無將特許自許可概念中予以區別出來之必要，但其仍就一般許可與特別許可之不

審慎規劃與分配，透過公平合理之程序予以決定。

第二款 認可

所謂認可，是指行政主體本於行政監督權之行使，為審查第三人之法律行為是否與公益或其他法律秩序相符，而對於第三人之法律行為予以同意，進而補充其效力，使成為有效行為之形成性具體行政行為，又稱為補充之具體行政行為¹⁵⁷或私法形成之具體行政行為¹⁵⁸或核准¹⁵⁹。未經主管機關認可前之法律行為，除法律另有規定外，係處於效力未定之狀態；經認可之法律行為，則因認可始有效成立，因此認可係第三人法律行為之生效要件¹⁶⁰。例如外國人租賃或購買土地，應會同原所有權人，呈請該管縣市政府核准(台灣《土地法》第二十條第一項規定參照)，即其適例。惟第三人之法律行為，若因其他瑕疵而無效，則認可並無治癒瑕疵之效力，否則不啻認為行政機關有決定一個有瑕疵之法律行為是否有效之司法權限，自難認與權力分立原則相合¹⁶¹。

同處，尤其是行政機關裁量權之行使及監督管制之寬嚴，予以論述。惟大陸學者對於特許內涵之理解仍有出入，且其理論上之探討未見深入且限於篇幅，本文不擬在此詳列（但在相關行政法著作中均可輕易尋得上開論說）。

¹⁵⁷ 林紀東，前揭書(見註 137)，頁三一六至三一七。

¹⁵⁸ 陳敏，前揭書(見註 103)，頁三三五。

¹⁵⁹ 許宗力，「論規制私法的行政處分—以公行政對私法行為的核准為中心」，收錄於氏著，憲法與法治國行政，台北·元照，一九九九年三月，初版。

¹⁶⁰ 大陸學者就認可概念之定義，論述上雖有差異，但實質內涵上大致上與台灣學者相同。例如，有認為認可是對某一行為加以確認，使其具有法律效力或喪失法律效力之行為，參見應松年(主編)，前揭書(見註 104)，頁四二〇；馬懷德，前揭書(見註 109)，頁六至七；楊解君(主編)，前揭書(見註 106)，頁七一至七二。有認為認可係指行政主體以第三者立場，審核、確認權利主體(雙方直接當事人)的行為合法，並使這種行為有效地完成。參見郭道暉，前揭文(見註 119)，頁二十。

¹⁶¹ 參見林紀東，前揭書(見註 137)，頁三一八；陳敏，前揭書(見註 103)，頁三三六。

從以上之討論可知，許可與認可雖均屬事前規制手段並且屬於形成性質之具體行政行為，惟兩者間仍有其相異之處：前者之對象本身即為一得獨立存在之行為，而後者則必須有一第三人之法律行為存在，再由行政機關之認可補充，而完成其效力；許可為禁止之解除，其效果在使相對人得以適法為一定行為，故為適法要件，而後者則是對於法律行為之同意，其效果在完成法律行為之效力，故為該法律行為之生效要件；需許可之行為，倘未受許可而為之，則為禁止之違反，應受處罰，然於其行為之效力並無直接關係，在須認可之行為，倘未受認可而為之，則其行為無從生效，因並非禁止之違反，故不受法律之制裁；須經許可之行為為事實行為，而須經認可之行為則為私法之法律行為¹⁶²。

第三款 確認與登記

確認包括對法律關係存否之確認，以及對人之地位或物之性質在法律上具有重要意義事項的認定，前者如土地登記，後者如各類戶籍登記。因其認定有法律拘束力，具有規制之性質，故仍為具體行政行為¹⁶³。若依待確定之法律關係是否存有疑義，則可區分為單純之確認以及登記，前者係指對特定之法律關係或法律事實是否存在發生爭議時，由行

¹⁶² 林紀東，前揭書(見註 137)，頁三一七；陳敏，前揭書(見註 103)，頁三四三；王智民，行政許可制之研究，中央警察大學法律研究所碩士論文，民國九十一年六月，頁二七。

¹⁶³ 吳庚，前揭書(見註 103)，頁三二〇；陳敏，前揭書(見註 103)，頁三三六；許宗力，前揭文(見註 142)，頁五七一。

政機關為權威性宣示，以解決爭議之具體行政行為，如國籍、學歷、候選人資格之確認等；後者則係對出生、死亡、婚姻等法律事實或法律關係之存在，由行政機關加以登記以資證明，防止爭議發生而為之具體行政行為，兩者區分之實益在於前者不得以反證推翻之，後者則可¹⁶⁴。由於登記多為對客觀法律事實或法律關係存否之判斷，原則上只要合於要件即應受理登記，相較於行政許可而言，行政機關並無何裁量權¹⁶⁵。

第三項 本法之行政許可概念

本法第二條規定：「本法所稱行政許可，是指行政機關根據公民、法人或者其他組織¹⁶⁶的申請，經依法審查，准予其從事特定活動的行為」，簡潔地確立了本法關於行政許可之定義，並於第十二條規定了得設定行政許可之事項為：「（一）直接涉及國家安全、公共安全、經濟宏觀調控、生態環境保護以及直接關係人身健康、生命財產安全等特定活

¹⁶⁴ 翁岳生，前揭文（見註142），頁十七；許宗力，前揭文（見註142），頁五七一。

¹⁶⁵ 王智民，前揭碩士論文（見註162），頁二四。大陸學者亦多同此見解，並認為所謂登記，係指行政機關對正在進行某種活動或希望進行某種活動之相對人，依法予以書面記載之活動，一般只要求相對人登記其名稱或營業地點，便於行政管理部門備案可查，以此確定其他權利義務。參見應松年（主編），前揭書（見註104），頁四二〇；馬懷德，前揭書（見註109），頁七；楊解君（主編），前揭書（見註106），頁七二；熊文釗，前揭書（見註114），頁三〇一。

¹⁶⁶ 所謂其他組織，係指不具備法人資格、不能獨立承擔民事責任，但從事經營活動，並以營利為目的向社會提供商品或服務之組織。例如以營利為目的之合夥組織、不具備法人資格之企業等。迄今為止，大陸法律中並未有對「其他組織」作出界定，但大陸最高人民法院在《關於適用中華人民共和國民事訴訟法若干問題的意見》第四十條曾界定：民事訴訟法第四十九條規定的其他組織是指合法成立、有一定的組織機構和財產，但又不具備法人資格的組織，包括：（1）依法登記領取營業執照的私營獨資企業、合夥組織；（2）依法登記領取營業執照的合夥型聯營企業；（3）依法登記領取我國營業執照的中外合作經營企業、外資企業；（4）經民政部門核準登記領取社會團體登記證的社會團體；（5）法人依法設立並領取營業執照的分支機構；（6）中國人民銀行、各專業銀行設在各地的分支機構；（7）中國人民保險公司設在各地的分支機構；（8）經核準登記領取營業執照的鄉鎮、街道、村辦企業；（9）符合本條規定條件的其他組織。可資作為解釋本法之參考。

動，需要按照法定條件予以批准的事項；(二)有限自然資源開發利用、公共資源配置以及直接關係公共利益的特定行業的市場准入等，需要賦予特定權利的事項；(三)提供公眾服務並且直接關係公共利益的職業、行業，需要確定具備特殊信譽、特殊條件或者特殊技能等資格、資質的事項；(四)直接關係公共安全、人身健康、生命財產安全的重要設備、設施、產品、物品，需要按照技術標準、技術規範，通過檢驗、檢測、檢疫等方式進行審定的事項；(五)企業或者其他組織的設立等，需要確定主體資格的事項；(六)法律、行政法規規定可以設定行政許可的其他事項」¹⁶⁷。關此，可待說明者如下：

一、國務院版草案雖就行政許可之種類，區分為普通許可、特許、認可、核准及登記¹⁶⁸，惟「普通許可」與「核准」兩者所扮演之功能不

¹⁶⁷ 國務院版草案關於行政許可之定義規定為：「本法所稱行政許可，是指行政機關根據自然人、法人或者其他組織提出的申請，經依法審查，准予其從事特定活動、認可其資格資質或者確立其特定主體資格、特定身份的行為」(第二條)，並於第十六條規定行政許可的種類為普通許可、特許、認可、核准及登記，及自第十七條至第二十一條，分別就上開種類之行政許可規定其得設定之事項，惟核其規定內容(指第十七條至第二十一條之規定內容)，均與本法第十二條所規定得設定行政許可之事項相當。

¹⁶⁸ 國務院版草案第十六條規定行政許可分為普通許可、特許、認可、核准及登記。第十七條到第二十一條和草案第六章則根據上述分類，相應規定了各類行政許可的設定範圍以及相應的特別程序，在本法立法過程中，引起相當大的爭議。上述規定，在第九屆全國人大常委會第二十九次會議對草案進行初步審議後所進行之徵求意見過程中，有些部門、地方和專家認為這樣的分類名稱和含義，與現行法律和人們的通常理解不一致，執行中容易出現分歧；再者，有些類別如何核准、認可、登記，是否屬於行政許可有不同意見，從發展來看，這些類別有些將來要轉移給社會中介組織管理，現在將其定位於行政許可，限制了行政審批制度的改革空間；又上開分類沒有涵蓋現行的行政許可事項，各類之間的界線也難以劃清。有些人則建議簡化分類，如只分為普通許可和特許，或者將核准、認可、登記適當合併分類。有些人則認為行政許可制度比較複雜，在本法中具體分類，困難很多，建議不作分類，只要符合草案第二條的規定，即行政機關根據申請人的申請，經依法審查，准予申請人從事特定活動的行為，即適用本法有關設定和實施行政許可的規定。具體的許可形式及其相應程序可以由法律、法規來規定。法律委員會認為行政許可的分類是行政許可法的一個基礎性問題，涉及整部法律的立法思路和體例，尚須進一步研究，因此，在二次審議稿中對草案的分類和相應的特別程序暫未作修改，建議全國人大常委會就這個問題進一步審議。參見全國人大法律委員會副主任委員喬曉陽於二〇〇二年十二月二十三日在第九屆全國人大常委會第三十一次會議上所提「全國人大法律委員會關於《中華人民共和國行政許可法(草案)》修改情況的匯報」，全國人大常

僅相同¹⁶⁹，且「核准」係就關係公共安全、人身健康、生命財產安全的重要設備、設施或特定產品之設計、建造、安裝和使用或檢驗、檢疫加以審核認定，以確保上開設備或物品在進入市場時，無安全或衛生上之危險，從而確保公共及人身安全。是核其性質，亦屬於對一定行為之解除限制或禁止（即經檢驗、檢疫合格後，方得製造或販賣），與「普通許可」並無何實質上之差異，因此，本文認為國務院版草案就「核准」所指之情形，尚無與「普通許可」強加區分之必要。再以「認可」¹⁷⁰而

委會公報，二〇〇三年，第五號，頁四五五至四五九。於上開二次審議後，就行政許可的分類和特別程序，在進一步修改時仍意見紛歧，除上開所提意見外，另有認為行政許可的分類和特別程序是十分必要的，一是現行法律、法規中行政許可名目繁多，缺乏可以遵循的標準和規範，因而在設定行政許可時隨意性很大，什麼事項可以設定許可，什麼事項只能設定什麼樣的許可，缺乏客觀標準。二是草案對行政許可的分類是按照不同行政許可的不同性質、功能和適用範圍確定的，很重要的一個目的是相應地規定不同的特別程序，有的需要進行實質審查，有的只需進行形式審查，有的要經拍賣，有的要經考試，宜嚴則嚴，宜簡則簡，如此便於規範、監督實施行政許可的行為，防止執法擾民，以方便當事人辦事。三是將行政許可劃分為五類，既借鑑了國外的做法，又盡可能與現行的法律、法規相銜接。其中，普通許可、特許的分類確實與現行法律、法規的用語和人們的習慣稱謂不同，需要通過宣傳、實踐使各方面逐漸適應和認同。四是有些認可和核准的事項，隨著經濟發展、改革深化，今後勢必由行業組織、中介機構辦理，但這需要有一個過程。即使如此，最終也還總會有一些認可、核准事項只能由行政機關辦理。法律委員會認為，鑑於行政許可分類的問題比較複雜，尚有不同意見，尚須進一步研究，因此，對草案的分類和相應的特別程序暫未作修改，待進一步聽取常委會組成人員和各有關方面的意見後，再做研究。參見全國人大法律委員會副主任委員喬曉陽於二〇〇三年六月二十三日在第十屆全國人大常委會第三次會議上所提「全國人大法律委員會關於《中華人民共和國行政許可法(草案)》修改情況的匯報」，全國人大常委會公報，二〇〇三年，第五號，頁四五五至四五九。在上開三次審議後，就行政許可的分類和特別程序，在進一步審議時仍有不同意見，大體與上述相同，於茲不贅。對這個問題，法律委員會、法制工作委員會會同國務院法制辦公室對常委委員的審議意見進行了認真研究。法律委員會認為：草案將行政許可分為五類，重要目的之一是相應地規定不同的程序，規範、監督不同的行政許可的實施，防止執法的隨意性，方便當事人辦事，出發點是好的。但是，考慮到目前行政審批制度改革尚在進行中，對行政許可的分類和各類行政許可的適用範圍還有不同意見，目前科學分類的客觀條件和主觀條件都還不夠成熟。因此，法律委員會建議，著眼於規範行政許可、解決實際問題，對行政許可可以不作分類，將草案三次審議稿第十三條至第十七條合併為一條，按照各條所列行政許可事項的不同性質、功能和對經濟、社會生活的不同影響加以概括，規定如本法第十二條所示之條文。同時，建議相應地對草案三次審議稿第六章「行政許可特別程序」適當簡化，保留規範、約束行政許可實施行為的必要特別程序，修改為「特別規定」一節，作為第四章「行政許可的實施程序」的第六節。參見全國人大法律委員會副主任委員喬曉陽於二〇〇三年八月二十二日在第十屆全國人大常委會第四次會議上所提「全國人大法律委員會關於《中華人民共和國行政許可法(草案)》審議結果的報告」，全國人大常委會公報，二〇〇三年，第五號，頁四六一至四六二。

¹⁶⁹ 兩者之功能均在於防止危險、保障安全，且許可或核准之數量均無限制。參見第一章註4「關於中華人民共和國行政許可法(草案)的說明」。

¹⁷⁰ 從國務院版草案關於得設定「認可」之事項推敲「認可」之定義，本文認其與前開所述學理上之

言，其目的乃在於確定某種具有高度專業性，並與公眾利益攸關之職業，其從業人員或組織應具有相當之素質、資格或技術水準，以確保其所提供之服務具有一定之水平，故唯有經過一定程序¹⁷¹取得認可者，方得從業。因此實質上，「認可」亦屬於對一定行為之解除限制或禁止，應可為「普通許可」之概念所涵蓋。至於確立企業或其他組織主體資格之「登記」，若依法律或其他法規範，非經登記，企業或組織不得成立，或不得從事經營活動¹⁷²，則其名稱固名為「登記」，其性質上亦屬於對一定行為之解除限制或禁止，而與「普通許可」無何實質上之差異。至於就「特許」而言，本文雖認其與許可仍有區別之實益¹⁷³，惟本法對於許可乃是採取開放性之概念，特許在前開定義下，並非不能為許可之概念所涵蓋，是就國務院版草案所界定得設定普通許可、特許、認可、核准及登記之內容觀之，本文認就「准予其從事特定活動的行為」之概念特徵而言，其等之內涵尚屬相通，概得稱之為「行政許可」。從而，本法第十二條所規定關於得設定行政許可之事項，其內涵雖包含了國務院版草案所規定之普通許可、特許、認可、核准及登記，惟其於第二條將行政許可定義為「行政機關根據公民、法人或者其他組織的申請，經依法審查，准予其從事特定活動的行為」，從實質上掌握了行政許可之概念

「認可」尚有不同，學理上之「認可」並不在該草案適用範圍之內。

¹⁷¹ 國務院版草案主要是採取全國統一考試（就自然人而言）以及依相關規定進行考核（就法人或其他組織而言）之方式進行認可程序（參見該草案第六十二條至第六十五條）。

¹⁷² 例如，《中華人民共和國公司登記管理條例》第三條第二項規定：「自本條例施行之日起設立公司，未經公司登記機關核准登記的，不得以公司名義從事經營活動」。

¹⁷³ 請參見本節第二項第一款之說明。

特徵，另外又能依其不同之特性，規定其適用之特別程序（第五十一條至第五十六條），可謂言簡意賅，殊值贊同¹⁷⁴。

二、行政許可一般而言固然又稱為「行政審批」，惟國務院於二〇〇一年九月成立了「行政審批制度改革工作領導小組」，該小組於同年十二月頒佈《關於貫徹行政審批制度改革的五項原則需要把握的幾個問題》中，將行政審批定義為「行政審批機關（包括有行政審批權的其他組織）根據自然人、法人或者其他組織依法提出的申請，經依法審查，准予其從事特定活動、認可其資格資質、確認特定民事關係或者特定民事權利能力和行為能力的行為」，就「確認特定民事關係或者特定民事權利能力和行為能力的行為」部分，其概念上並不排除前開學理上所稱之「確認」（廣義上包括登記），由於「確認」僅在表明現有的狀態，不以變更實質的法律地位為目的，尚與「許可」屬於形成性行政行為，以法律關係之設定、變更或消滅為目的者有所不同，自不為「許可」概念所涵蓋。從而，上開關於行政審批之概念較諸本法所定行政許可之概念為廣¹⁷⁵。

¹⁷⁴ 原國務院版草案提交全國人大常委會審議後，關於行政許可之定義（草案第二條），一些委員、地方和法學專家認為行政許可是行政機關根據申請，經依法審查，准予申請人從事特定活動的行為。行政機關「認可其資格資質或者確立其特定主體資格、特定身份」，已經包含在前一句「准予其從事特定活動」的表述之中，可以不再重複規定。因此，全國人大法律委員會即建議將國務院版草案第二條予以簡化修改為「本法所稱行政許可，是指行政機關根據自然人、法人或者其他組織提出的申請，經依法審查，准予其從事特定活動的行為」。參見喬曉陽二〇〇二年十二月二十三日「修改情況的匯報」，註168，頁四五四。

¹⁷⁵ 同說，參閱梁艾福，「行政審批制度改革與工商管理規章清理（上）」，中國工商管理研究，二〇〇三年第十二期，頁五〇。國務院版草案第三條第二款亦將「經登記確認特定民事權利義務關係、特定事實」之行為明文排除於《行政許可法》之適用範圍。

三、本法關於行政許可之定義固然言簡意賅，惟行政許可既屬具體行政行為，於定義上自應予以明確載明，較為妥適。又本法既釐定行政許可之概念內涵，則行政機關所採取之行政規制手段是否為上開概念所涵蓋，從而應適用本法，即應從實質上加以探究，不應拘泥於形式上之用語¹⁷⁶，以免因詞而害義。



¹⁷⁶ 例如，依學者研究，性質上屬於許可，而大陸法規上所使用之用語有許可、准許、特許、核准、註冊、批准、審核、查驗、備案、檢定等。參見應松年，前揭書（見註104），頁四二九。

第三節 行政許可實務現況

大陸自一九五〇年代頒布《無線電器材管理暫行條例》、《城市旅遊業暫行管理規則》、《印鑄刻字業暫行管理規則》等規範性文件後，即開始運用行政許可之手段進行行政管理¹⁷⁷。自中共第十一屆三中全會後，隨著經濟體制由計畫經濟體制逐漸朝向市場經濟體制轉變，行政職能日益複雜，加上轉軌過程中，部分行政部門不願意喪失計畫經濟下之特權，以加強宏觀調控為由強化管制，使得行政許可作為行政管理之手段，更是被廣泛運用¹⁷⁸。惟因其法制化程度不足，實施結果弊端叢生，嚴重影響政府職能之轉變與經濟改革之深化進程。其主要弊病如下：

一、設定許可之立法主體不明，且許可權限缺乏統一規範：長期以來，由於缺乏規範立法權力行使之法律，行政機關往往從自身或部門利益出發，爭相行使立法權力，透過立法擴大其權力¹⁷⁹，於行政許可領域，更是如此，不僅權力機關，即各級國家行政機關均在設定行政許可。有部分行政機關甚且是在沒有法律依據之情況下，自行設定許可權。由於改革過程中之立法活動特有之試驗性、靈活性、易變性等特性，加上大

¹⁷⁷ 楊解君(主編)，前揭書(見註106)，頁一三一。

¹⁷⁸ 金國坤，「市場經濟與依法行政」，收錄於氏著，依法行政的現實基礎—影響和制約政府依法行政的因素分析，北京·中國政法大學出版社，二〇〇一年十月，第一版，頁二三九至二四〇。據不完全統計，目前由法律、行政法規所設定的許可證類型就達到二百多種，主要分佈在營業管制、職業管制和資源環境管制等領域。至於地方性法規、規章及規章以下之規範性文件設定許可之情形，以上海市為例，該市自一九九七年以來，市級行政機關實施行政許可之事項有五百多項，其中與經營活動有關的就多達三百六十八項。楊解君(主編)，前揭書(見註106)，頁三三、四五。

¹⁷⁹ 楊寅，中國行政程序法治化—法理學與法文化的分析，北京·中國政法大學出版社，二〇〇一年十一月，第一版，頁二〇七。

陸立法實務經驗不足以及立法體制不完善等因素，大陸近十幾年來立法實務中明顯存在“先行政法規、後法律”、“先規章、後地方性法規”的現象。在改革開放過程中，許多領域之法制建設均是由規章首先突破、創設的。以上海市為例，一九九六年至二〇〇〇年間，在總數一百三十六件規章中，屬於創設性規章有六十二件，比例高達百分之四十五點五八¹⁸⁰；若以全國性之角度觀之，自規章備案制度(詳見前文關於地方立法體制之介紹)建立十幾年來，截至二〇〇〇年第三季，國務院共收到報送備案之地方人民政府規章和國務院部門規章計一七九三二件，其中地方政府規章一一七三五件，國務院部門規章六一九七件。透過審查發現，規章與法律、行政法規相抵觸、存在矛盾交叉等問題之規章共計一千五百餘件，其中違反法律、行政法規之規定任意設定行政許可，佔了百分之四十三點二，管理範圍無所不包，所發證書五花八門¹⁸¹。再者，有些行政機關雖然依法享有特定範圍之許可權，卻超越其法定權限，行使其他機關之許可權，嚴重削弱許可機關的管理權威，而影響了管理效果。尤其，部分層級過低之行政機關濫用許可權，慷國家之慨，濫發許可之現象屢禁不絕¹⁸²。再以上海市為例，一九九七年上海市政府法制辦公室針對上海市六十五個市級行政機關行政許可行為的調查中發現：市

¹⁸⁰ 參見莫于川、乾惠芳，「上海市依法行政調查報告」，收錄於應松年、袁曙宏(主編)，走向法治政府—依法行政理論研究與實證調查，北京：法律出版社，二〇〇一年五月，第一版，頁五〇六至五〇七。

¹⁸¹ 詳參趙振華，「規章備案制度研究報告」，亦收錄於應松年、袁曙宏(主編)，同上註書，頁四一六以下。

¹⁸² 應松年(主編)，前揭書(見註104)，頁四五二至四五三；熊文釗，前揭書(見註114)，頁三〇七。

級行政機關的行政許可行為有五百三十四種，其中由市政府規章作為依據的有七十七件，占百分之十四點四二；由規章以下的其他規範性文件規定者有五十七項，占百分之十點六七；依據不明的有十五件，占百分之二點八一¹⁸³。各地地方政府只關心自己利益之結果，造成各地劃地為牢、封鎖市場的現象普遍發生，各地以手中的許可權為後盾，進行地區行政壟斷，遍設關卡，也為商品流通設置了難以逾越的障礙¹⁸⁴。

二、實行許可之領域濫行擴張，嚴重干涉人民之自由、權利：由於前述設定行政許可之立法主體之混亂，加以如何情形下設定行政許可方屬合理且必要之行政管理措施，並無其一定之標準，因此某些行政機關可能僅僅只為了便利管理而設定行政許可，有則為了解決行政管理經費不足而設立¹⁸⁵，致使關卡林立，並出現了交叉、重複許可的現象¹⁸⁶，嚴重限制人民之自由、權利，也阻礙了社會與經濟的發展。

三、惡性循環現象的產生：在傳統計畫經濟體制下，政府對經濟活

¹⁸³ 參見莫于川、乾惠芳，前揭文（見註 180），頁五一二。

¹⁸⁴ 高帆、李岳德，前揭文（見註 109），頁十至十一。當然，如果拉高整個視野的角度觀之，這樣的情形，也是與一九八〇年代以來中共所進行之「權力下放」之體制改革息息相關。政治體制方面的「權力下放」，最顯著之例子就是在《憲法》中確立中央與地方兩級立法體制，此已於第二章節第三項第二款闡述甚詳，不再贅述；經濟體制方面的「權力下放」，則在於將傳統的統收統支「吃大鍋飯」之財政體制，轉為一些地方實行財政包幹之「分灶吃飯」體制，使地方權力強化，並具有財政和經濟基礎。惟其不可避免之結果，即在調動地方積極性的同時，也強化了地方利益，使地方主義愈演愈烈，削弱了政府整合。地方主義就經濟方面而言，表現為對地區資源、商品等進行區域性的壟斷和封鎖，人為設立貿易壁壘和經濟柵欄；在商品銷售上盲目排外保內，各地相互禁運；在資源分配上強調就地加工，自產自用，「肥水不落外人田」；在資金流動上只許進不許出等情形。而其主要之行政手段之一，即行政許可。參見詹中原，當代中國大陸政府與行政，台北·神州，二〇〇二年十月，初版，頁一七七以下。

¹⁸⁵ 姚銳敏，前揭書（見註 133），頁一〇九；金國坤，前揭文（見註 178），頁二四一；劉莘，前揭書（見註 109），頁一八二。

¹⁸⁶ 馬懷德，「行政許可制度存在的問題及立法構想」，中國法學，一九九七年第三期，頁四二。

動和社會事務之控制主要是依靠計畫、許可等行政手段來實現，政府要加強對經濟活動和社會事務的管理，就不得不設定多道許可環節，構成綿密的許可網絡，在這種情況下，企業活動處處遭受掣肘，扼殺了產業的活力¹⁸⁷。但在政府強調經濟活力，提倡發揮市場調節功能，放鬆對經濟運行的控制，減少許可環節時，由於市場機制不健全、市場調節功能不彰以及政府監督、調控機制不健全，又往往會出現各種混亂的狀況，例如，某些產品之生產許可取消後，偽劣產品便充斥市場，最後使得政府不得不重新起用行政許可手段。這“一管就死、一放就亂、一亂就收”的惡性循環現象(大陸稱為「怪圈現象」)，似乎成了規律¹⁸⁸。

四、許可程序不完善，增加民眾於程序上之勞費，亦助長貪污腐敗現象的產生：程序制約不健全，是大陸行政許可制度的根本缺陷。其主要弊病在於：規章以上之法規範所規定之許可條件與標準不明確，行政機關多藉由「內部標準」作為是否核發許可之認定依據，而所謂內部標準卻又不對外公開，許多許可申請人遭駁回申請或行政機關遲未作成許可與否之決定，其主要原因之一即在於申請人對於許可之具體條件並不瞭解¹⁸⁹，資訊取得之困難，造成民眾無所適從；再者，行政機關受理許

¹⁸⁷ 例如，浙江黃岩一廠商在與港商合資籌辦公司之過程中，其審批手續耗時十一個月，修改報批資料三百多萬字，花費達四萬元人民幣，涉及各級行政部門二十七個，最終還是在港商找到有關領導之情況下才拿到執照。參見一九九一年十二月九日《中國青年報》，轉引自楊寅，前揭書(見註179)，頁二一〇(註二)。

¹⁸⁸ 高帆、李岳德，前揭文(見註109)，頁十；楊解君(主編)，前揭書(見註106)，頁四八至四九。

¹⁸⁹ 應松年(主編)，前揭書(見註106)，頁四五三至四五四；馬懷德，前揭文(見註186)，頁四三；楊解君、孫學玉，依法行政論綱，北京·中共中央黨校出版社，一九九八年七月，第一版，頁二三一；楊解君、肖澤晟，行政法學，北京·法律出版社，二〇〇〇年八月，第一版，頁二五四至二五

可申請之處理時限，均鮮見明文規定，使得許可取得之時間成本，端視行政機關之效率而定。企業投資者為了及早取得許可，不僅往來奔波於許可機關之間，而耗費大量的人力、物力，且其間的賄賂活動，也增加了經濟中的交易費用¹⁹⁰。由於上開所述行政許可的條件、期限不明確之情形，使得行政機關之實質審查權限過大，監督不嚴，行政許可便成為一些機關和人員肆意弄權、刁難當事人之極佳手段，錢權交易也因此產生¹⁹¹。此外，許可程序中當事人參與機制的缺乏(如聽證程序)、行政機關不當地將屬於機關內部協調、諮詢之程序，轉化為外部程序，由許可申請人逐一取得許可，致使許可程序繁雜，造成行政效率低落¹⁹²等，均使得行政許可程序機制有進一步加以規範之必要。

五、藉許可濫行收費，增加民眾的負擔：由於大陸法律對於許可程序中相關程序費用之負擔未作出明確規範，加以許可程序監督機制的缺乏，使得行政機關利用許可濫行收費成為目前許可領域存在之另一嚴重

五；劉莘，前揭書(見註109)，頁一五九至一六〇。

¹⁹⁰ 此即經濟學上所謂之「尋租」(rent-seeking)現象。「租金」(rent)於經濟學上，原係指由於某些資源(如土地資源)因供給彈性不足，供給不能無限制地增加而產生之超額收入，例如因壟斷土地資源而產生超額收入。但現代經濟學理論發現，政策干預和行政管制，如進口配額規定、生產許可證發放、物價管制，乃至特定行業從業人員的人數限制等，由於抑制了競爭擴大了供求差額，也能形成超額收入，因此「租金」一詞的外延擴大了。在現代經濟學的尋租理論中，「租金」仍係指由於缺乏供給彈性而產生之差價收入，但是這裡的供給彈性不足，已經不是因為某種生產要素的自然性質所致，而是由於政府干預和行政管制的人為因素，阻止了供給增加所造成的。既然政策干預和行政管制能夠創造差價收入(即「租金」)，自然就會有追求這種「租金」的活動，即「尋租活動」。尋租活動的特點，是利用合法或非法手段，如遊說、賄賂等，以得到佔有「租金」的特權。參見吳敬璉，「“尋租”理論與我國經濟中某些消極現象」，收錄於經濟社會體制比較編輯部(編)，腐敗尋根：中國會成為尋租社會嗎，北京·中國經濟出版社，一九九九年五月，第一版，頁三以下。

¹⁹¹ 高帆、李岳德，前揭文(見註109)，頁十一至十二；楊解君(主編)，前揭書(見註106)，頁四九至五〇。

¹⁹² 楊解君(主編)，前揭書(見註106)，頁五一；劉莘，前揭書(見註109)，頁一八四。

問題。無論是收費範圍或是收費額度，不僅均遠超出合理之範圍，而所收取之費用亦遭截留、私分，在某些情況下更成為變相之索賄，以致於許可成為某些機關斂財集資之手段，嚴重侵犯人民之權益¹⁹³。

六、重許可，輕監督，嚴重斲傷許可管制之效果：行政機關在給予相對人許可之後，伴隨而之的是必須對於被許可人進行監督，以確保許可制度所要達成之管理效果。因此，監督乃是行政許可制度當然之一環¹⁹⁴。但現實是，因缺乏完備之監督手段，使得行政機關對於已核發之許可難以監督、控制，因而出現非法轉讓、出租許可證之現象，致使原不符合許可條件或資格之人得以取得許可證，嚴重擾亂行政管理秩序¹⁹⁵，並斲傷許可制度所要達成之行政管理效果。

¹⁹³ 何海波，「制度變革中的行政執法」，收錄於應松年、袁曙宏(主編)，前揭書(見註180)，頁二六〇；高帆、李岳德，前揭文(見註109)，頁十二；楊解君(主編)，前揭書(見註106)，頁五〇；應松年(主編)，前揭書(見註104)，頁四五四；馬懷德，前揭文(見註186)，頁四五。

¹⁹⁴ 張樹義(主編)，前揭書(見註113)，頁一三六。

¹⁹⁵ 應松年(主編)，前揭書(見註104)，頁四五四至四五五；詹福滿，中國行政法問題研究，北京·中國方正出版社，二〇〇一年七月，第一版，頁一一七。

第四節 撥亂反正—行政許可之法制化

隨著經濟體制改革進程之逐步深化，前述普遍存在於中央及地方行政部門之行政許可亂象，逐漸引起人們的側目。行政許可之處處掣肘，與市場經濟所強調自主性、效率化之要求，顯然不相適應，加以大陸加入 WTO 後，政府體制之改革與政府職能之轉變已勢在必行¹⁹⁶，改革行政許可制度之聲浪遂日漸強烈。除了自一九九八年國務院機構改革¹⁹⁷以來，各級政府所已經展開行政許可制度改革之嘗試¹⁹⁸，以及國務院於二〇〇一年九月成立了行政審批制度改革工作領導小組，積極地推進行政審批制度改革，於二〇〇二年十月和二〇〇三年二月分兩批取消一一九

¹⁹⁶ 大陸加入 WTO 後，將不容迴避以下三方面內容之職能轉變：一是要解決制約市場機制有效發揮作用的利益障礙，亦即對已獲得資源控制權而不願輕易讓渡給市場之既得利益者進行補償；二是要建立適應加入 WTO 後開放經濟下的宏觀調控體系，政府主要依賴宏觀調控對經濟進行引導，而不能直接干預經濟活動；三是政府管理的重點要放在建立市場經濟規則和秩序，政府應從直接干預管制，轉向研究制定和嚴格執行市場規則，健全法治，為企業創造更有效的市場競爭環境，提供更好的公共服務。參見湛中樂，「中國加入 WTO 與行政審批制度改革」，中外法學，二〇〇三年第二期，頁一九七。

¹⁹⁷ 機構改革是中共建政以來，中央政府制度改革的中心議題。於一九九八年國務院機構改革之前，中共已進行六次之行政機構改革，然而因改革之關注重點均著重在「機構」表層之改觀上，並未能觸及實質問題，因此六次之機構改革總是陷於「精簡—膨脹—再精簡—再膨脹」（機構員額方面）、「合併—分開—再合併—再分開」（機構組織方面）、「下放—上收—再下放—再上收」（政府行政權力之授權方面）之惡性循環。一九九八年國務院機構改革則認識和觸及到轉變職能、理順關係等政府機構改革較深層次之問題。一九九八年三月六日，在第九屆全國人民代表大會上，中共國務委員羅幹提出國務院改革方案報告。根據該方案，中共將於一九九八年底完成國務院之「三定方案」（職能、機構、編制），省級機構則預計一九九九年完成，全面的機構改革預計三年完成。「三定方案」中關於政府職能轉換方面，乃是此次國務院機構改革之出發點，其中又以轉變政府之經濟管理職能最為關鍵。其具體方案如：對中央各部委實施精簡和合併，以加強行業管理，實現政企分開，轉換企業經營機制，建立現代化企業，並使大批之國有企業轉換其舊有制度，以更接近競爭的需要條件。在地方上，則對各級政府提出強化管理職能的要求，例如省級政府的目標在加強宏觀管理，強化對農業和農村工作的領導協調，弱化微觀管理職能，減少具體審批事務等。關於中共機構改革之詳細介紹，可參見詹中原，前揭書（見註 184），頁二〇一以下。

¹⁹⁸ 例如據報載，國務院近日決定取消七百八十九項行政審批項目，經濟領域即高達五百六十項。見台灣《經濟日報》，二〇〇二年十一月五日。地方政府方面，以雲南省為例，二〇〇一年十二月十八日雲南省人民政府第一〇六號令宣布廢止二十三件已被新的法律、行政法規、地方性法規、規章所替代和所依據的法律、行政法規、已被廢止的規章。如果加上二〇〇一年以前所公布廢止之一百四十六件地方性法規、規章，雲南省已經廢止地方性法規、規章一百六十九件。見楊守修，「改革行政審批制度促進政府職能轉變」，北京·中國財政，二〇〇二年第五期，頁三八。

五項行政審批事項，並對八十二項行政審批事項改變了管理方式¹⁹⁹外，制訂一部統一規範行政許可程序之法律，也正式成為當局認真考慮之改革方案之一。

行政許可法之調查研究以及起草工作，由全國人大常委會於一九九六年開始著手，並擬定《行政許可法(徵求意見稿)》。第九屆全國人大常委會將行政許可法列入立法規劃，確定由國務院提出法律草案。據此，國務院法制辦公室以前開《徵求意見稿》為基礎，結合清理國務院部門行政審批事項，從二〇〇〇年初開始行政許可法的起草、調查研究等工作，就起草這部法律涉及的主要問題，徵詢了地方人民政府、國務院部門及專家學者之意見，在此基礎上，起草了《行政許可法(初稿)》，於二〇〇一年七月印發國務院各部門、省級人民政府及較大的市人民政府的法制工作機構和全國人大常委會法律工作委員會等單位，其間並召開三次座談會，聽取國務院部分部門、部分地方人民政府和專家學者之意見；此外又召開幾次國內外專家參與之論證會，研究美國、德國、日本等國之行政許可制度，並請南京、寧波、濟南、成都等四個地方人民政府有關部門專門對草案有關行政許可程序之規定提出意見，經反覆研究、修改，擬定了《中華人民共和國行政許可法(草案)》。該草案於二〇〇二年六月十九日國務院第六十次常務會議討論通過，內容凡十章一

¹⁹⁹ 法制日報，二〇〇三年十二月三十一日，第四版。

百條，確立了合法與合理、效能與便民、監督與責任諸原則²⁰⁰。在此一草案基礎下，經第九屆全國人大常委會第二十九次會議、第三十一次會議、第十屆全國人大常委會第三次會議、第四次會議前後四次審議討論（為簡化篇幅，此四次審議，以下按時間順序稱為第一次審議、第二次審議、第三次審議、第四次審議）並予增減損益後，於二〇〇三年八月二十七日，第十屆全國人大常委會第四次會議通過《中華人民共和國行政許可法》，內容計八章八十三條，並預定於二〇〇四年七月一日施行。本文以下即以上開原則為綱，分項介紹本法基於各該原則所為之規定，藉以明瞭本法所架構之行政許可制度。至於立法之評論，本文擬留待下節一併加以檢討。

第一項 合法原則

從行政許可設定之角度觀之，設定行政許可乃係一種創制有關行政許可法律規範之活動，屬於立法活動之範疇²⁰¹。有鑑於前開所述行政許可設定權限紊亂無章之實務現狀，因此，本法首先揭櫫者即為合法原則²⁰²，也就是設定行政許可應當符合《立法法》確立之立法體制和依法行政之要求²⁰³，符合法定權限和法定程序。本法並未直接就行政許可之設

²⁰⁰ 詳見第一章註4之說明。

²⁰¹ 姚銳敏，前揭書（註133），頁一〇六；羅文燕，前揭書（註117），頁三七。

²⁰² 本法第四條規定：「設定和實施行政許可，應當依據法定的權限、條件和程序」，即合法原則之揭櫫。

²⁰³ 詳見第一章註4之說明。

定主體加以明文規定，而係間接透過何種法規範始得設定某種性質行政許可之規定，規範設定行政許可之主體。因此，何種行政主體具有設定行政許可之權限，必須參酌《憲法》、《立法法》或其他相關法律之規定，始能一窺其全貌。

本法關於行政許可設定權之規定如下：

一、本法第十二條所列事項，法律可以設定行政許可²⁰⁴（第十四條第一款前段）。法律為《憲法》之下效力層次最高的法規範，但法律設定行政許可的權力也不是無限的，除僅能在本法第十二條所定事項範圍內設定行政許可並應受第十三條規定（詳如後述）之限制外，法律也應尊重憲法原則和精神，充分保障憲法確立之公民權利和自由，非有必要，不予設定行政許可²⁰⁵。

二、本法第十二條所列事項，尚未制定法律的，行政法規可以設定行政許可²⁰⁶（第十四條第一款後段）。必要時，國務院可以採用發布決定的方式設定行政許可²⁰⁷。實施後，除臨時性行政許可事項外，國務院

²⁰⁴ 依《憲法》第六十二條第三項、第六十七條第二項及《立法法》第七條規定，只有全國人大及其常委會才能制訂法律，因此本款之適用對象自僅有全國人大及其常委會而已。

²⁰⁵ 參閱許安標、武增、劉松山、童衛東，《中華人民共和國行政許可法》釋義及實用指南，北京·中國民主法制出版社，二〇〇三年九月，第一版，頁一一一至一一二。

²⁰⁶ 依《憲法》第八十九條第一項及《立法法》第五十六條規定，只有國務院才能制訂行政法規，因此本款之適用對象自僅指國務院。

²⁰⁷ 國務院版草案第二十二條第二款原規定：「本法規定可以設定行政許可的事項，尚未制定法律的，行政法規、國務院有普遍拘束力的決定可以設定行政許可」。惟國務院發布決定是根據《憲法》第八十九條第一項所享有的權力，一般是針對某方面之具體事項而發，與行政法規係屬不同之規範性文件，其制定程序亦不同於行政法規，因此在本法審議過程中，國務院決定能否設定行政許可，爭議頗大。在第二次審議時，有認為因設定行政許可是一種立法行為，國務院有普遍拘束力的決定在制定程序和法律效力上與行政法規不同，在行政許可設定權上不宜與行政法規併列；惟考慮到一些臨時的、緊急的和尚未制定法律、行政法規的事項，國務院還需要以行政許可的方式進行管理，因此，

應當及時提請全國人民代表大會及其常務委員會制定法律，或者自行制定行政法規(第十四條第二款)。又行政法規可以在法律設定的行政許可事項範圍內，對實施該行政許可作出具體規定(第十六條第一款)。但對實施法律設定的行政許可作出的具體規定，不得增設行政許可；對行政許可條件作出的具體規定，不得增設違反法律的其他條件(第十六條第四款)²⁰⁸。再者，解釋上，行政法規設定行政許可還要受《立法法》第八條規定之限制，該條列舉了全國人大及其常委會的專屬立法權，除非經法律明確授權，行政法規自不得設定《立法法》規定僅能由法律規定之事項²⁰⁹。

三、本法第十二條所列事項，尚未制定法律、行政法規的，地方性

法律委員會建議刪去第二款中「國務院有普遍約束力的決定」可以設定行政許可的規定，同時增加一款規定：「必要時，國務院可以用發布決定的方式設定行政許可。實施後，除臨時性行政許可事項外，國務院應當及時將該行政許可事項提請全國人民代表大會及其常務委員會制定法律，或者自行制定行政法規」。參見喬曉陽二〇〇二年十二月二十三日「修改情況的匯報」，註 168，頁四五五。於第三次審議時，有常委會委員建議取消國務院採用決定的方式設定行政許可的規定，有的委員則建議對國務院採用決定的方式設定行政許可，需要規定一個期限。法律委員會經研究認為：行政許可涉及公民、法人和其他組織的權利，一般應由法律、法規作出規定。但是，從實際情況和實際需要考慮，在特殊情況下，需要由國務院規定採取緊急的或者臨時的行政許可措施加以應對，來不及或者不需要立法，比如，我國加入世貿組織後，當某個國家在貿易方面對我國採取禁止、限制或其他歧視性措施時，我國有權按照對等原則採取相應措施，實施進口許可和配額管理等臨時性行政許可；在改革開放過程中，在國有企業改革、促進就業與再就業、社會保障等方面一些試驗的事項，立法條件尚不成熟，先是用政策作指導，積累經驗，在制定法律、行政法規前，也需要採取行政許可的方式實施管理，防止出現混亂。基於以上考慮，法律委員會認為本法賦予國務院採用發布決定的方式設定行政許可的一定權力，是必要的。參見喬曉陽二〇〇三年八月二十二日「審議結果的報告」，註 168，頁四六四。

²⁰⁸ 草案第二次審議稿第二十二條第四款規定：「法規、規章對頒發行政許可的條件所作出的具體規定，不得增設違反上位法的其他條件」，於第三次審議時，有認為法規、規章對實施行政許可作出具體規定時，對同一許可事項除不得增設其他條件外，也不得增設行政許可事項。因此，法律委員會即建議將這一條修改為：「法規、規章對實施行政許可作出的具體規定，除上位法有明確具體授權外，不得增設行政許可事項，不得增設違反上位法的其他條件」。參見喬曉陽二〇〇三年六月二十三日「修改情況的匯報」，註 168，頁四五七。

²⁰⁹ 許安標等，前揭書（註 205），頁一一二。

法規可以設定行政許可²¹⁰；尚未制定法律、行政法規和地方性法規的，因行政管理需要，確需立即實施行政許可的，省、自治區、直轄市人民政府規章可以設定臨時性的行政許可。臨時性的行政許可實施滿一年需要繼續實施的，應當提請本級人民代表大會及其常務委員會制定地方性法規²¹¹（第十五條第一款）。地方性法規和省、自治區、直轄市人民政府規章，不得設定應當由國家統一確定的公民、法人或者其他組織的資格、資質的行政許可；不得設定企業或者其他組織的設立登記及其前置性行政許可。其設定的行政許可，不得限制其他地區的個人或者企業到本地區從事生產經營和提供服務，不得限制其他地區的商品進入本地區市場（第十五條第二款）。又地方性法規可以在法律、行政法規設定的

²¹⁰ 制訂地方性法規之主體為省、直轄市、較大的市（即省、自治區的人民政府所在地的市、經濟特區所在地的市和經國務院批准的較大的市）、民族自治地方（包括自治區、自治州、自治縣）人大及其常委會，故本款之適用對象自指上開行政主體而言。

²¹¹ 國務院版草案第二十四條第二款原規定：「對本法第二十二條第三款所列事項以外依法可以設定行政許可的事項，尚未制定法律、行政法規、國務院有普遍約束力的決定的，地方性法規、地方政府規章可以設定行政許可」。惟國務院版草案於第二次審議時，有認為現在行政許可過多過濫，主要原因之一是對規章的設定權缺乏約束。地方行政管理如果需要設定行政許可，可以透過地方性法規設定。因此，應當刪去地方政府規章的設定權。另有認為地方性法規制定週期較長，設定權集中於地方性法規，不利於保障行政管理的效率。因此，應當保留地方政府規章的行政許可設定權。考慮到省級人民政府規章和省會市、較大的市人民政府規章有所不同，法律委員會乃建議規定省、自治區、直轄市人民政府的規章可以設定行政許可。參見喬曉陽二〇〇二年十二月二十三日「修改情況的匯報」，註 168，頁四五五。惟於第四次審議時，關於省級政府規章的行政許可設定權問題，法律委員會經反覆研究認為：由於省級行政區劃比較大，各省、自治區、直轄市的經濟、社會發展很不平衡，省級政府在全面負責本行政區域內經濟、社會管理工作中，當出現地方性的特殊問題時，需要立即採取行政許可措施進行管理，而法律、行政法規未作規定，又來不及或者不需要制定地方性法規，在這種情況下，法律賦予省級政府規章一定的行政許可設定權是必要的。省級政府規章設定的行政許可，又都是授權政府的有關部門實施的，不存在自我授權的問題，與國務院部門規章有所不同，但對省級政府設定行政許可亦應有必要的限制，法律委員會乃建議修正如本法第十五條所示之規定（除「不得限制其他地區的個人或者企業到本地區提供服務」是第四次審議時列入者外，餘法文均相同）。參見喬曉陽二〇〇三年八月二十二日「審議結果的報告」，註 168，頁四六二至四六三；全國人大法律委員會主任委員楊景宇於二〇〇三年八月二十五日在第十屆全國人大常委會第四次會議上所提「全國人大法律委員會關於《中華人民共和國行政許可法(草案)》修改意見的報告」，全國人大常委會公報，二〇〇三年，第五號，頁四六六。

行政許可事項範圍內，對實施該行政許可作出具體規定（第十六條第二款）；規章可以在上位法設定的行政許可事項範圍內，對實施該行政許可作出具體規定（第十六條第三款）。地方性法規、規章對實施上位法設定的行政許可作出的具體規定，不得增設行政許可；對行政許可條件作出的具體規定，不得增設違反上位法的其他條件（第十六條第四款）。

四、從而，除法律、行政法規、國務院的決定、地方性法規和省、自治區、直轄市人民政府規章外，其他規範性文件一律不得設定行政許可（第十七條）。值得注意者，乃國務院版草案並未規定國務院部門規章享有設定行政許可之權力，於草案提出後多次審議時，即引起相當熱烈的討論。在第四次審議時，法律委員會經研究後認為：國務院在進行行政審批制度改革中，決定取消國務院部門規章的行政許可設定權，是經過認真研究的，主要的考慮是各部門不宜自我授權，為本部門或者本系統設定和擴大權力。至於各部門已經發布、的確需繼續實施的行政許可，在本法施行後，可以由國務院制定行政法規予以確認。因此，法律委員會建議這個問題按照國務院的意見處理²¹²。

第二項 合理原則

針對實踐上設定行政許可之範圍過於廣泛，嚴重限制人民之自由及

²¹² 參見喬曉陽二〇〇三年八月二十二日「審議結果的報告」，註 168，頁四六二。

權利，在本法起草過程中徵求意見時，普遍認為本法應就哪些事項得否設定行政許可加以明確規定。惟國務院擬定草案時，考量到大陸經濟體制尚處於轉軌時期，政府職能轉變尚未完全到位，為保留進一步改革之空間，認為尚不宜作過於具體之規定，以免掛一漏萬²¹³。本法亦賡續此一立法原則，除於第十一條規定設定行政許可之原則，即「設定行政許可，應當遵循經濟和社會發展規律，有利於發揮公民、法人或者其他組織的積極性、主動性，維護公共利益和社會秩序，促進經濟、社會和生態環境協調發展」，並進一步於第十二條規定得設定行政許可之具體事項²¹⁴。又既然行政許可具有限制人民自由及權利之本質，因此非有必要，不應設定行政許可。故本法規定：（一）公民、法人或者其他組織能夠自主決定；（二）市場競爭機制能夠有效調節的；（三）行業組織或者中介機構能夠自律管理的；（四）行政機關採用事後監督等其他行政管理方式能夠解決的，可以不設行政許可（第十三條）。行政許可的設定機關應當定期對其設定的行政許可進行評價；對已設定的行政許可，認為通過本法第十三條所列方式能夠解決的，應當對設定該行政許可的規定及時予以修改或者廢止（第二十條第一款），至於「定期」是多長時間，法無明文，應由設定行政許可機關自行決定²¹⁵。又行政許可的實施機關

²¹³ 見第一章註4之說明。

²¹⁴ 請參見本章第二節第三項之論述。

²¹⁵ 國務院版草案第三十條原規定：「行政許可的設定機關應當每隔兩年對其設定的有關經濟事務的行政許可進行評價；對不需要繼續保留的，應當及時予以廢止」。但於第二次審議時，有認為此一規定非常必要，但如何啟動、操作，並不明確，且兩年進行一次，難以做到。因此，法律委員會建議

可以對已設定的行政許可的實施情況及存在的必要性適時進行評價，並將意見報告該行政許可的設定機關（第二十條第二款）。公民、法人或者其他組織可以向行政許可的設定機關和實施機關就行政許可的設定和實施提出意見和建議（第二十條第三款）。省、自治區、直轄市人民政府對行政法規設定的有關經濟事務的行政許可，根據本行政區域經濟和社會發展情況，認為通過本法第十三條所列方式能夠解決的，報國務院批准後，可以在本行政區域內停止實施該行政許可（第二十一條）²¹⁶。

第三項 效能與便民原則

行政許可程序乃是規範行政許可行為，防止濫用權力、保證公正行使權力之重要機制，因此程序保障乃是本法之立法重點。茲擇其要分述如下²¹⁷：

一、集中行使行政許可權，使民眾免於奔波之苦：如前所述，由於

將這一條修改為：「行政許可的設定機關應當定期對其設定的有關經濟和社會事務的行政許可進行評價；對不需要繼續保留的，應當及時予以廢止。行政許可的實施機關，可以對已設定的行政許可的實施情況及存在的必要性，適時進行評價，並將意見報告行政許可的設定機關。自然人、法人或者其他組織可以向行政許可的設定機關和實施機關，就行政許可的設定和實施提出意見和建議」。參見喬曉陽二〇〇二年十二月二十三日「修改情況的匯報」，註 168，頁四五五。

²¹⁶ 此係第三次審議時法律委員會根據有些地方之意見，認為為了改革行政審批制度，有些地方對某些不必要的行政許可已經主動停止執行，本法對此應當作出規定，而建議增設本條規定。參見喬曉陽二〇〇三年六月二十三日「修改情況的匯報」，註 168，頁四五七。

²¹⁷ 由於本法就行政許可之定義，內容涵蓋國務院版草案之「特許」、「認可」、「核准」、「登記」等事項，雖然就「准予其從事特定活動的行為」之概念特徵而言，其等之內涵尚屬相通，概得稱之為「行政許可」，惟因其仍具有不同之特性，因此除本法第四章「行政許可的實施程序」之第一節「申請與受理」、第二節「審查與決定」、第三節「期限」、第四節「聽證」及第五節「變更與延續」之共通性規定外，並於第六節「特別規定」中分別規定其特別程序。囿於篇幅，且依本法第五十一條規定：「實施行政許可的程序，本節有規定的，適用本節規定；本節沒有規定的，適用本章其他有關規定」，故本項將僅就一般程序（第二十九條至第五十條）及同樣具有共通性規定性質之第三章「行政許可的實施機關」加以論述，特別規定之程序則不在討論之列。

實踐中，行政機關往往將屬於機關內部協調、諮詢之程序，轉化為外部程序，要求許可申請人必須逐一取得許可，致使許可程序繁雜，造成行政效率低落，並使民眾飽受往來奔波之苦。因此，本法除揭櫫實施行政許可，應當遵循便民的原則，提高辦事效率，提供優質服務（第六條）外，並規定行政許可由具有行政許可權的行政機關在其法定職權範圍內實施（第二十二條），就單一行政機關部分，行政許可需要行政機關內設的多個機構辦理的，該行政機關應當確定一個機構²¹⁸統一受理行政許可申請，統一送達行政許可決定（第二十六條第一款）。就多數行政機關部分，經國務院批准，省、自治區、直轄市人民政府根據精簡、統一、效能的原則，可以決定一個行政機關行使有關行政機關的行政許可權（第二十五條）；行政許可依法由地方人民政府兩個以上部門²¹⁹分別實施的，本級人民政府可以確定由一個部門受理行政許可申請並轉告有關部門分別提出意見後統一辦理，或者組織有關部門聯合辦理（第二十六條第二款）。

二、資訊公開：有鑑於實踐上因許可條件與標準不明確，行政機關多藉由「內部標準」作為是否核發許可之認定依據，而所謂內部標準卻又不對外公開，許多許可申請人遭駁回申請之主要原因之一即在於申請

²¹⁸ 內設機構或內部機構乃是行政機關之內部組成部分，並不具有獨立對外行文之資格，其意義與台灣行政法學所稱「內部單位」相同。見俞子清（主編），前揭書（見註108），頁八一；楊解君、肖澤晟，前揭書（見註189），頁一一九。

²¹⁹ 依大陸現制，縣級以上地方各級人民政府可以根據工作需要，設立若干職能部門，職能部門管理所轄行政區域內的某項專門行政事務，亦屬於行政機關之一種。見俞子清（主編），前揭書（見註108），頁八〇；楊解君、肖澤晟，前揭書（見註189），頁一二〇。

人對於許可之具體條件並不瞭解，致使民眾無所適從，因此本法特揭示設定和實施行政許可，應當遵循公開、公平、公正的原則²²⁰。有關行政許可的規定應當公布；未經公布的，不得作為實施行政許可的依據。行政許可的實施和結果，除涉及國家秘密、商業秘密或者個人隱私的外，應當公開（第五條第一款、第二款），並規定行政機關應當將法律、法規、規章規定的有關行政許可的事項、依據、條件、數量、程序、期限以及需要提交的全部材料的目錄和申請書示範文本等在辦公場所公示。申請人要求行政機關對公示內容予以說明、解釋的，行政機關應當說明、解釋，提供準確、可靠的信息（第三十條）。行政機關應當建立和完善有關制度，推行電子政務，在行政機關的網站上公布行政許可事項，方便申請人採取數據電文等方式提出行政許可申請；並應當與其他行政機關共享有關行政許可信息，提高辦事效率（第三十三條）。行政機關作出的行政許可決定，亦應當予以公開，公眾有權查閱（第四十

²²⁰ 草案第三次審議稿分別在第五條第一款規定：「設定和實施行政許可，應當遵循公平、公正的原則」；第六條規定：「實施行政許可，應當遵循公開的原則」。有認為公開、公平、公正是行政許可應當遵循的基本原則，把完整的原則分散表述，不如集中表述。據此，於第四次審議時，法律委員會建議將該二條文合併為一條，修改為第五條：「設定和實施行政許可，應當遵循公開、公平、公正的原則（第一款）。有關行政許可的規定應當公布；未經公布的，不得作為實施行政許可的依據。行政許可的實施程序和結果應當公開（第二款）。符合法定條件、標準的，申請人有依法取得行政許可的平等權利，行政機關不得予以歧視」。再者，有認為行政機關或者專業技術組織在對直接關係公共安全、人身健康、生命財產安全的設備、設施、產品、物品進行檢驗、檢測、檢疫時，對涉及的國家秘密、商業秘密負有保密責任。法律委員會經研究認為：實施行政許可的各個環節，都應當保守國家秘密、商業秘密和個人隱私。這個問題最好在「總則」中集中作出規定，不必每個環節都作規定。據此，法律委員會建議將前開第四次審議稿第五條第二款修改為：「有關行政許可的規定應當公布；未經公布的，不得作為實施行政許可的依據。行政許可的實施和結果應當公開，但是涉及國家秘密、商業秘密或者個人隱私的除外」，同時建議刪去第四次審議稿第四十條、第四十八條中有關保守國家秘密、商業秘密和個人隱私的內容。參見喬曉陽二〇〇三年八月二十二日「審議結果的報告」，註168，頁四六一；楊景宇二〇〇三年八月二十五日「修改意見的報告」，註211，頁四六六。

條)。

三、明訂處理期限：為避免受理許可申請之行政機關因法無明文規定處理期限，而不當稽延申請案件，致民眾權益受損，本法規定行政機關對行政許可申請進行審查後，除當場作出行政許可決定的外，應當在法定期限內按照規定程序作出行政許可決定（第三十七條）；除可以當場作出行政許可決定的外，行政機關應當自受理行政許可申請之日起二十日內作出行政許可決定。二十日內不能作出決定的，經本行政機關負責人批准，可以延長十日，並應當將延長期限的理由告知申請人。但是法律、法規另有規定的，依照其規定（第四十二條第一款）。至於前述第二十六條之情形，行政許可採取統一辦理或者聯合辦理、集中辦理的，辦理的時間不得超過四十五日；四十五日不能辦結的，經本級人民政府負責人批准，可以延長十五日，並應當將延長期限的理由告知申請人（第四十二條第二款）。若依法應當先經下級行政機關審查後報上級行政機關決定的行政許可，下級行政機關應當自其受理行政許可申請之日起二十日內審查完畢。但是法律、法規另有規定的，依照其規定（第四十三條）。行政機關作出行政許可決定，依法需要聽證、招標、拍賣、檢驗、檢測、檢疫、鑑定和專家評審的，所需時間不計算在前述規定期限之內。行政機關並應當將所需時間書面告知申請人（第四十五條）。被許可人需要延續依法取得的行政許可的有效期的，應當在該行政許可

有效期屆滿三十日前向作出行政許可決定的行政機關提出申請。但是，法律、法規、規章另有規定的，依照其規定。行政機關應當根據被許可人的申請，在該行政許可有效期屆滿前作出是否准予延續的決定；逾期未作決定的，視為准予延續（第五十條）。行政機關作出准予行政許可的決定，應當自作出決定之日起十日內向申請人頒發、送達行政許可證件，或者加貼標籤、加蓋檢測、檢疫、鑑定印章（第四十四條）。

四、當事人或利害關係人對於許可程序之參與：當事人參與行政許可決定之作成，不僅有助於行政機關作成正確之判斷，對於人民為程序主體之尊重，更具有其積極性之意義。基此，本法原則上規定，公民、法人或者其他組織對行政機關實施行政許可，享有陳述權、申辯權（第七條前段），並進一步具體規定，行政機關對行政許可申請進行審查時，發現行政許可事項直接關係他人重大利益的，應當告知該利害關係人。申請人、利害關係人有權進行陳述和申辯。行政機關應當聽取申請人、利害關係人的意見（第三十六條）。法律、法規、規章規定實施行政許可應當聽證的事項，或者行政機關認為需要聽證的其他涉及公共利益的重大行政許可事項，行政機關應當向社會公告，並舉行聽證（第四十六條）。行政許可直接涉及申請人與他人之間重大利益關係的，行政機關在作出行政許可決定前，應當告知申請人、利害關係人享有要求聽證的權利；申請人、利害關係人在被告知聽證權利之日起五日內提出聽證申

請的，行政機關應當在二十日內組織聽證（第四十七條第一款）²²¹。行政機關應當於舉行聽證的七日前將舉行聽證的時間、地點通知申請人、利害關係人，必要時予以公告；聽證應當公開舉行；行政機關應當指定審查該行政許可的工作人員以外的人員為聽證主持人，申請人、利害關係人認為主持人與該行政許可事項有直接利害關係的，有權申請迴避。舉行聽證時，審查該行政許可申請的工作人員應當提供審查意見的證據、理由，申請人、利害關係人可以提出證據，並進行申辯和質證。聽證應當製作筆錄，聽證筆錄應當交聽證參加人確認無誤後簽字或者蓋章。行政機關應當根據聽證筆錄，作出行政許可決定（第四十八條）。

五、理由與救濟途徑的告知：為使當事人明瞭行政機關作成不予行政許可決定之理由，並作為其進一步尋求救濟途徑時攻防之重點，以及使當事人瞭解其救濟途徑，本法明定行政機關依法作出不予行政許可的

²²¹ 國務院版草案第五十二條第一款原規定：「有下列情形之一，行政機關作出是否准予行政許可的決定前，應當告知申請人或者利害關係人有要求聽證的權利；申請人或者利害關係人要求聽證並在被告知有權要求聽證之日起五日內提出聽證申請的，行政機關應當組織聽證：（一）未採用招標、拍賣方式並且涉及申請人、利害關係人重大利益的特許事項；（二）直接關係申請人、利害關係人重大利益或者社會公共利益的重大行政許可事項；（三）法律、法規、規章規定應當聽證的其他事項」。於第二次審議時，有認為，為了使行政機關作出合理的行政許可決定，保護當事人的合法權益，除了當事人申請行政許可聽證外，還應當規定對於一些特定事項，行政機關應當主動組織聽證，因此，法律委員會建議增加一條規定：有關資源、環境保護、城市徵地建設等涉及社會公共利益的重大行政許可事項，行政機關應當向申請人或者利害關係人說明有關情況，並舉行聽證會。參見喬曉陽二〇〇二年十二月二十三日「修改情況的匯報」，註 168，頁四五五。於第三次審議時，有認為申請人或者利害關係人在提出聽證申請後，行政機關應當在多長時間內舉行聽證未作規定，應當加以明確。因此，法律委員會建議增加規定：行政機關應當在申請人或者利害關係人提出聽證申請後的二十日內組織聽證。參見喬曉陽二〇〇三年六月二十三日「修改情況的匯報」，註 168，頁四五八。於第四次審議時，有認為從大陸的實際情況考慮，行政機關主動組織聽證的範圍，應當限於法律、法規、規章規定的聽證事項，以及涉及公共利益的重大事項；申請人、利害關係人有權要求行政機關組織聽證的範圍，限於申請人與利害關係人有重大利益衝突的事項，比較適宜。據此，法律委員會即建議將上開關於行政機關依職權或依申請組織聽證之規定修改為如本法第四十六條、第四十七條第一款所示。參見喬曉陽二〇〇三年八月二十二日「審議結果的報告」，註 168，頁四六三。

書面決定的，應當說明理由，並告知申請人享有依法申請行政復議或者提起行政訴訟的權利（第三十八條第二款）。

六、規費²²²之收取應依據法律、行政法規之規定：有鑑於大陸法律未對於許可程序中相關程序費用之負擔作出明確規範，使得行政機關利用許可濫行收費，並成為某些機關斂財集資之手段，本法規定除法律、行政法規有明確規定的外，行政機關實施行政許可和對行政許可事項進行監督檢查，不得收取任何費用（第五十八條第一款）；行政機關實施行政許可，依照法律、行政法規收取費用的，應當按照公布的法定項目和標準收費；所收取的費用必須全部上繳國庫，任何機關或者個人不得以任何形式截留、挪用、私分或者變相私分。財政部門不得以任何形式向行政機關返還或者變相返還實施行政許可所收取的費用（第五十九條）²²³。

第四項 監督與責任原則

大陸行政許可實務現狀，行政機關只重許可、輕監管或者只許可、

²²² 所謂規費，乃國家對個別之人民，在行政上為特定之給付時，基於公權力，向受領給付者收取，用以為該項給付之報償之金錢給付義務。規費之特徵，即在於給付與相對給付之對待關係。學理上可分為行政規費、使用規費與特許規費。參見陳敏，前揭書（見註103），頁二六五至二六六。行政許可不論是申請或因審核其申請所進行之檢驗、鑑定等程序，其所支出之費用均屬於行政機關為個人之利益或依個人之請求而從事一定行政行為之公法上對價，其性質屬於規費，自不待言。另可參見劉莘，前揭書（見註109），頁一七五以下之說明。

²²³ 其法律責任則規定在第七十五條第二款：「截留、挪用、私分或者變相私分實施行政許可依法收取的費用的，予以追繳；對直接負責的主管人員和其他直接責任人員依法給予行政處分；構成犯罪的，依法追究刑事責任」。此係於第四次審議時，法律委員會所建議增列。參見楊景宇二〇〇三年八月二十五日「修改意見的報告」，註211，頁四六七。

不監管之現象普遍，且行政機關實施行政許可，往往只有權力，沒有責任，缺乏公開、有效的監督制約機制。為解決此一問題，本法就強化監督、嚴格責任作了規定。除上級行政機關應當加強對下級行政機關實施行政許可的監督檢查，及時糾正行政許可實施中的違法行為（第六十條）

²²⁴、行政機關應當建立健全監督制度，通過核查反映被許可人從事行政許可事項活動情況的有關材料，履行監督責任（第六十一條）、行政機關依法對被許可人從事行政許可事項的活動進行監督檢查時，應當將監督檢查的情況和處理結果予以記錄，並接受公眾查閱（第六十一條第一款）、為了便於行政機關履行監督責任，賦予行政機關抽樣檢查、檢測、檢驗和實地檢查的權力（第六十二條第一款）、為了提高監督力度，行政機關應當採取措施，透過舉報、責令限期改正等管道實施監督（第六十五、六十六條）等行政監督事項，以及行政機關工作人員違反本法所規定之行政許可程序實施行政許可或被許可人以不正方法取得行政許可、違法行使行政許可者，依其情節予以追究行政或刑事責任等法律責任加以規定（本法第七章）²²⁵外，並針對實務中所存在行政機關任意撤

²²⁴ 原國務院版草案第七章及二次審議稿第七章均僅規定對被許可人從事行政許可事項進行監督檢查，於第三次審議時，有認為這樣的規定是不夠的，為了保證本法的正確實施，還應當加強對行政機關實施行政許可行為的監督檢查。因此，法律委員會建議在這一章中增加一條規定：上級行政機關應當加強對下級行政機關實施行政許可的監督檢查，及時糾正行政許可實施中的違法行為。參見喬曉陽二〇〇三年六月二十三日「修改情況的匯報」，註168，頁四五八。

²²⁵ 值得注意的是，本法就行政許可申請人以不正方式申請或取得行政許可者，在一定條件下給予一定期間內不得再次申請行政許可之處罰規定。此緣於第三次審議稿第九十三條原僅對被許可人以欺騙、賄賂等手段騙取行政許可之行為規定了法律責任，於第四次審議時，有認為這樣的規定還不夠，只要向行政機關故意隱瞞或者故意提供虛假材料（資料），即使沒有騙取行政許可，也應給予處罰。據此，法律委員會建議增加一條規定：「行政許可申請人隱瞞有關情況或者故意提供虛假材料申請行政許可的，行政機關不予受理或者不予行政許可，並給予警告；行政許可申請屬於直接關係公共安

銷行政許可之問題，規定：有下列情形之一者，作出行政許可決定的行政機關或者其上級行政機關，根據利害關係人的請求或者依據職權，可以撤銷行政許可：（一）行政機關工作人員濫用職權、玩忽職守作出准予行政許可決定的；（二）超越法定職權作出准予行政許可決定的；（三）違反法定程序作出准予行政許可決定的；（四）對不具備申請資格或者不符合行政許可條件的申請人准予行政許可的；（五）依法可以撤銷行政許可的其他情形的（第六十九條第一款）。依前開規定撤銷行政許可，被許可人的合法權益受到損害的，行政機關應當依法給予賠償（第六十九條第四款前段）；但依前開規定撤銷行政許可，可能對公共利益造成重大損害的，不予撤銷（第六十九條第三款）。又被許可人以欺騙、賄賂等不正當手段取得行政許可的，亦應當予以撤銷（第六十九條第二款），且依該規定撤銷行政許可的，被許可人基於該行政許可取得的利益不受保護（第六十九條第四款後段）；但依該規定撤銷行政許可，可能對公共利益造成重大損害的，仍不予撤銷（第六十九條第三款）。至於行政許可之准駁，既屬具體行政行為，則申請人或利害關係人對於行政機關之准駁行為或不為決定，得依法提起行政復議²²⁶或行政訴訟²²⁷（第

全、人身健康、生命財產安全事項的，申請人在一年內不得再次申請該行政許可」。並將第九十三條修改為「被許可人以欺騙、賄賂等不正當手段取得行政許可的，行政機關除依法撤銷該行政許可外，並依法給予行政處罰；取得的行政許可屬於直接關係公共安全、人身健康、生命財產安全事項的，申請人在三年內不得再次申請該行政許可；構成犯罪的，依法追究刑事責任」。參見參見喬曉陽二〇〇三年八月二十二日「審議結果的報告」，註 168，頁四六四。其後再經修正如本法第七十八條、第七十九條之規定。

²²⁶ 大陸之行政復議制度即相當於台灣之訴願制度。大陸《行政復議法》第二條規定：「公民、法人或者其他組織認為具體行政行為侵犯其合法權益，向行政機關提出行政復議申請，行政機關受理行

七條中段)，自不待言。



政復議申請、作出行政復議決定，適用本法」，因此不僅許可申請人，即利害關係人亦得提起行政復議。又於該法第六條明文列舉受案範圍之規定中，該條第三項、第八項亦分別規定：「對行政機關作出的有關許可證、執照、資質證、資格證等證書變更、中止、撤銷的決定不服的」、「認為符合法定條件，申請行政機關頒發許可證、執照、資質證、資格證等證書，或者申請行政機關審批、登記有關事項，行政機關沒有依法辦理的」，均可申請行政復議。

²²⁷ 同樣地，大陸《行政訴訟法》第二條規定：「公民、法人或者其他組織認為行政機關和行政機關工作人員的具體行政行為侵犯其合法權益，有權依照本法向人民法院提起訴訟」，因此不僅許可申請人，即利害關係人亦得提起行政訴訟。又在該法第十一條明文列舉行政訴訟受案範圍之規定中，該條第一款第四項亦規定：「認為符合法定條件申請行政機關頒發許可證和執照，行政機關拒絕頒發或者不予答覆者」，得依法提起行政訴訟。值得注意者，該條第一款除列舉得提起行政訴訟之具體行政行為外，同款第八項並作一概括規定：「認為行政機關侵犯其他人身權、財產權的」，有認為從上述規定可知，因具體行政行為而受損害之權益，必須是與「人身權」、「財產權」有關之權益，其他權利並不與焉。見劉莘，前揭書（見註 109），頁一八〇以下；俞子清，（主編），前揭書（見註 108），頁三一。惟亦有學者認為「人身權」、「財產權」之問題僅限於該款第八項，與第一至第七項規定之具體行政行為沒有必然的關係，後者可能侵犯相對人之其他合法權益。甘文，行政訴訟司法解釋之評論，北京·中國法制出版社，二〇〇〇年版，頁八以下。從一九九九年〈最高人民法院關於執行《中華人民共和國行政訴訟法》若干問題的解釋〉第一條規定並未明文規定受案範圍必須限於與「人身權」、「財產權」有關之權益受到侵害方可提起行政訴訟，以及基於保障人民權益之考量，本文寧採後說。

第五節 本法之立法評析

在過去十幾年裡，隨著一九八九年《行政訴訟法》、一九九六年《行政處罰法》、《刑事訴訟法》、一九九九年《行政復議法》的頒布、施行，反映了在大陸的立法實踐中，程序的意義已經開始受到重視。與以往高度政治化和過分目標化的法律實體內容相較，前開幾部法律之重心越來越置重於保障個人對於相關程序的參與機會，保護其程序上的合法權益²²⁸。本法在置重於矯正實踐中行政許可設定、實施範圍亂象之同時，對於人民程序的參與與保障，諸如陳述意見、聽證、公正性程序機制（如利益迴避等）、資訊公開等，均仍不忘給予相當之規範，賡續前開幾部法律對於程序機制之重視，顯見大陸立法者確已能夠深切體認程序於現代法制上之重要意義，此為本法所具有之第一個積極性意義。再者，依行政法治原則中之信賴保護原則²²⁹，人民對於行政行為之信賴應予保障，亦即，因具體行政行為而產生權利者（授益性具體行政行為），基

²²⁸ 楊寅，前揭書（見註179），二〇四。

²²⁹ 行政法基本原則作為行政法之基本問題之一，向為大陸行政法學者所關注。惟究竟何謂行政法之基本原則以及行政法之基本原則有哪些，卻始終眾說紛紜，未有一致性之共識。早期（一九八〇年代）認為行政法的基本原則就是國家進行各方面行政管理時所必須遵守的基本準則，亦即將行政法的基本原則等同於或事實等同於國家行政管理的指導思想和基本原則，故有提出行政法之基本原則為「黨政分工」、「貫徹民主集中制」、「實行精簡」、「堅持各民主一律平等」、「維護社會主義法制的統一和尊嚴」等原則。惟其內容上帶有較強的政治色彩，並且將行政法基本原則和行政學的基本原則混淆，故逐漸為晚近之學說所不採。晚近大陸行政法學者受到歐美行政法學之影響，認為行政法基本原則是現代法治國家政府行使權利時所普遍奉行的基本法律準則，雖然學者間所提出之內容有所歧異，例如有認為行政法基本原則就只有一項，即「依法行政原則」；有認為是「自由、權利保障原則」、「依法行政原則」、「行政效益原則」；有認為是「有限權力原則」、「正當程序原則」、「責任行政原則」；另有認為是「行政權限法定原則」、「行政程序優先原則」、「行政責任與行政救濟相統一原則」；還有受到德國法之影響，認為行政法基本原則是「依法行政原則」、「信賴保護原則」、「比例原則」。惟從整體上而言，仍是將行政法基本原則集中定位在「行政法治原則」或「依法行政原則」。其中，「信賴保護原則」即為行政法治原則中之一項原則。參閱周佑勇，「行政法基本原則的反思與重構」，中國法學，二〇〇三年第四期，頁一七四以下。

於公益以及排除重大災害之考慮，行政機關雖得將授益性具體行政行為予以變更或廢棄，使其確定之效果歸於消滅，惟行政機關採取上述措施時，對於相對人之信賴利益應予保護²³⁰。本法就有瑕疵行政許可之撤銷²³¹，特於第六十九條第四款規定，於特殊情形下，如公共利益之維護較被許可人利益之保障，具有更高之價值，且被許可人因行政許可之撤銷而損害其合法權益，其利益並值得保護者，則行政機關得撤銷行政許可，但對於被許可人「應當依法給予賠償」。固然相較於國務院版草案而言，對於被許可人之「存在保護」(Bestandsschutz)較為狹隘²³²，惟其未一味地以公共利益之大燾而漠視被許可人之信賴保護，仍明文規定對於被許可人因行政許可之撤銷而損害其合法權益，其利益並值得保護者，行政機關於撤銷行政許可時，對於被許可人應當依法給予賠償，以「財產保護」(Vermögensschutz)的方式彌補被許可人因行政許可被撤銷所造成的損害，仍值得肯定。大陸立法者能仿先進立法例，對信賴保護有明確規定，於人民權益之保障，自屬意義非凡，此為本法所具有之

²³⁰ 吳庚，前揭書(見註103)，頁三四七以下。

²³¹ 本法就行政許可之撤銷分為得撤銷與應撤銷兩種情形，其事由詳見第四節第四項之說明。

²³² 依國務院版草案第八十二條第二款規定，撤銷行政許可對公共利益有重大危害的，以及被許可人無不值得信賴保護之情形，且其基於行政許可取得之利益明顯大於撤銷行政許可所要維護的公共利益者，行政許可仍不得撤銷，此即「存在保護」(Bestandsschutz)。本法则僅就「撤銷行政許可對公共利益有重大危害的」予以保留，至於若被許可人無不值得信賴保護之情事，且其基於行政許可取得之利益明顯大於撤銷行政許可所要維護的公共利益之情形，則不在不得撤銷行政許可規定之列。實則對於被許可人而言，與其因撤銷行政許可所取得信賴利益之補償，維持既有之行政許可，使被許可人得依既定計畫以追求利益，毋寧更為有利，是本法將前開被許可人無不值得信賴保護之情事，且基於行政許可取得之利益明顯大於撤銷行政許可所要維護的公共利益之情形，未列入不得撤銷行政許可規定之列，就被許可人之「存在保護」而言，似較為不週。此外，尚有學者認為應採取以不撤銷為原則，以不撤銷行政許可將對公共利益造成重大危害或被許可人以欺騙、賄賂等不正當手段取得行政許可的，方得撤銷為例外，如此才能真正落實信賴保護原則。參見方正，「行政許可立法中的信賴保護原則」，法制日報，第九版(理論專刊)，二〇〇三年八月七日。

第二個積極性意義。惟除立法用語尚待精簡，部分內容無須於本法加以明文規定²³³外，本法仍有諸多可待商榷之處，茲分述如下：

一、就行政許可設定權而言：依本法第十七條規定，除第十四條、第十五條規定的外，其他規範性文件一律不得設定行政許可；亦即除法律、行政法規、國務院決定、地方性法規以及省、自治區、直轄市人民政府規章外，其他規範性文件一律不得設定行政許可，此對於實踐中行政許可設定主體紊亂之情形，自有其相當之規整作用。惟不良行政與行政機關在行使立法權力未加以規範之間乃是分不開的²³⁴。由前述本法相關規定可知，省、自治區、直轄市人民政府規章就本法第十五條第二款所列事項以外依法可以設定行政許可的事項，尚未制訂法律、行政法規和地方性法規的部分，因行政管理的需要，確需立即實施行政許可的，可以設定臨時性行政許可（第十五條第一款），相較於國務院版草案而言，本法固然將得設定行政許可之地方政府層級限定在省、自治區、直轄市人民政府，而非如國務院版草案包括依法享有規章制訂權之各層級地方人民政府²³⁵，惟省、自治區、直轄市人民政府規章在相當程度之範圍仍得自行創設行政許可之規章。然而，行政許可既涉及公民自由、權利之行使，各地方基於地區利益，又顯難期待行政機關自行限制自身之

²³³ 例如本法第七章「法律責任」一章，針對行政機關工作人員違反本法所規定之行政許可程序實施行政許可，依其情節予以追究相關刑事責任加以規定，惟違反本法相關規定之行為，若涉及刑事責任，當然應依據相關刑事法規加以追究，本無待於本法明文規定。

²³⁴ 郭道暉，「立法無序現象及其對策」，收錄於郭道暉、周旺生、王晨光（編），立法—原則、制度、技術，北京·北京大學出版社，一九九四年版，頁一九七。

²³⁵ 參見國務院版草案第二十四條第二款規定。

權力，則本法是否確能達成其「規範行政許可之設定和實施，保護公民、法人和其他組織的合法權益」之立法目的（參見本法第一條），誠然有疑。再者，如前所述，《立法法》、《地方組織法》就行政機關（包含國務院及其各部門、省、自治區、直轄市、較大的市人民政府）制訂法規範所採取者乃是「根據原則」，就地方政府規章方面，省、自治區、直轄市、較大的市的人民政府必須根據法律、行政法規和本省、自治區、直轄市的地方性法規，制定規章（地方組織法第六十條第一款、立法法第七十三條第一款）。而本法前開規定，就地方政府規章設定行政許可時，並未予以相同之要求。《立法法》既屬規範立法權力行使之基本性法律，本法自應遵循《立法法》設定之原則規範行政許可設定權，是本法前開規定是否妥適，實不無疑問。此或許是本法在有針對性地解決部分地方透過設定不合理的行政許可進行地方封鎖、行業壟斷等問題之同時，仍必須考量到地方管理之實際需要所使然²³⁶。惟「地方需要」並非得以行使立法權限之理由，經由地方權力機關之授權或所制訂之地方性法規之授權，不僅可以顧及地方全般需要，亦有其正當性，並非無適切解決之道²³⁷。當然，相較於國務院版草案，本法第十五條第一款限定臨

²³⁶ 張興祥，「中國行政許可立法與展望」，中國法律，二〇〇一年第五期，頁十三。

²³⁷ 一九九六年《行政處罰法》制訂前，與行政許可般，同樣面臨處罰設定權混亂、程序混亂之窘境，是該法就各級權力機關或行政機關之處罰設定權亦多所著墨。該法第十三條規定：「省、自治區、直轄市人民政府和省、自治區人民政府所在地的市人民政府以及經國務院批准的較大的市人民政府制訂的規章可以在法律、法規規定的給予行政處罰的行為、種類和幅度的範圍內作出具體規定。尚未制訂法律、法規的，前款規定的人民政府制訂的規章對違反行政管理秩序的行為，可以設定警告或者一定數量罰款的行政處罰。罰款的限額由省、自治區、直轄市人民代表大會常務委員會規定」。從上述規定可知，在尚未制訂法律、法規之前，人民政府制訂的規章對違反行政管理秩序的行為，雖

時性的行政許可實施滿一年需要繼續實施的，應當提請本級人民代表大會及其常務委員會制訂地方性法規，似乎對於省、自治區、直轄市人民政府規章之效力加諸另一道限制，惟仍見與「地方需要」妥協之鑿痕，無法豁免於前開之批評，且若本級人民代表大會及其常委會未及制定地方性法規，則原有規章之效力如何？應繼續適用或自此失效？本法並未交代，日後恐難免滋生疑義。

二、就設定行政許可之範圍方面：由於行政許可涉及公民自由、權利之行使，實踐中設定行政許可之範圍又漫無章法，因此設定行政許可之範圍向為大陸學者所關切，並提出設定範圍之標準²³⁸。本法於第十一條首先揭示設定行政許可之原則，並進一步於第十二條臚列規定得設定行政許可之事項，第十三條則規定能以其他方式解決者，不得設定行政許可，立法者亟欲確定設定行政許可之事項範圍，用心良苦，可見一斑。惟《憲法》第十一條規定：「在法律規定範圍內的城鄉勞動者個體經濟，是社會主義公有制經濟的補充。國家保護個體經濟的合法的權利和利益」、「國家允許私營經濟在法律規定的範圍內存在和發展。私營經濟是

可以設定警告或者一定數量罰款的行政處罰，惟罰款部分仍必須由地方人大常委會規定一定限額。參見應松年，「大陸《行政處罰法》簡介」，月旦法學，第十三期，一九九六年五月，頁六九以下。²³⁸ 例如，有認為行政許可的設立必須考慮其必要性，也就是只有關係到公共安全、公共利益之活動，才有必要設定行政許可。楊解君（主編），前揭書（見註106），頁一六二至一六三；劉華，前揭書（見註109），頁一五九；方世榮，前揭文（見註116），頁三二以下；有認為行政許可的設定應當遵循保障行政管理和保障行政相對人合法權益相結合的原則。在實行社會主義市場經濟的條件下，行政許可的設定應當著重注意保障行政相對人的合法權益，也就是只有當行政相對人之行為可能對國家、社會利益造成嚴重影響，必須對其加以限制時，才能設定行政許可。姚銳敏，前揭書（見註133），頁一〇九；有認為凡實行許可的事項，必須是與大多數人的生命、財產、自由、精神利益有直接關係的內容，也就是公益性內容。熊文釗，前揭書（見註114），頁三〇八至三〇九。

社會主義公有制經濟的補充。國家保護私營經濟的合法的權利和利益，對私營經濟實行引導、監督和管理」(此為一九八八年憲法修正案第一條所規定在上開八二《憲法》第十一條增列此款規定)，第十三條第一款規定：「國家保護公民的合法的收入、儲蓄、房屋和其他合法財產的所有權」²³⁹；第二章「公民的基本權利和義務」一章，不僅自第三十三條以下列舉公民之各項基本權利及其在特定條件下得予限制，且於第五十一條明文規定：「中華人民共和國公民在行使自由和權利的時候，不得損害國家的、社會的、集體的利益和其他公民的合法的自由和權利」。因此，公民之自由、權利在如何之範圍內得加以限制，乃係就上開規定之憲法解釋問題，屬於憲法層次之爭議。相形之下，本法前開關於行政許可設定範圍之規定，充其量僅能作為解釋上開憲法規定時所應考量因素之一。惟截至今日，憲法爭議在大陸依然是法律以外之政治性問題，人民法院對於行政機關制訂規則性的活動之是否合憲，並不具有裁決之權力²⁴⁰。固然，人民法院行使《憲法》所賦予之「審判權」(第一百二十三條、第一百二十六條)時，既然必須依照個案事實，透過對於抽象法規範之解釋，而將法規範涵攝適用於該當之具體事實關係，因此解釋抽象法規範必然成為「審判」概念中之核心要素，而法律、行政法規、地

²³⁹ 需加以說明者，乃上開《憲法》第十一條、第十三條之規定，雖屬私人財產權保障之規定，惟其不僅偏重於公民生活資料的保障，輕視對公民的生產資料的保障，且上開規定並未列在《憲法》第二章「公民的基本權利和義務」一章，而係置於第一章「總綱」章，融入於《憲法》有關社會經濟制度的體系之中，一般憲法學著作也未將財產權列為公民的一項基本權利加以列舉和闡釋。參閱許崇德(主編)，前揭書(註118)，頁一七七。

²⁴⁰ 楊寅，前揭書(見註179)，頁二一八以下。

方法規、規章等抽象法規範既在具體化憲法之原則與規定，所以就實質上而言，人民法院適用抽象法規範進行審判之結果，即在行使隱含性的憲法解釋權，惟若人民法院認為所適用之法規範違反《憲法》，並不能否定法規範之一般性效力，除法律有特別規定於個案中得拒絕適用外²⁴¹，若欲否定該法規範之一般性效力，必須由最高人民法院向全國人大及其常委會提出對相關法律或者法規進行違憲審查之動議，由全國人大及其常委會就相關問題進行審議，從而作出修改法律的決定或者否定相關法規的決定²⁴²。又《憲法》雖明定「解釋憲法，監督憲法的實施」為全國人大常委會之職權（第六十七條第一項），惟從「解釋憲法」和「撤銷國務院制定的同憲法、法律相抵觸的行政法規、決定和命令」（第七項）、「撤銷省、自治區、直轄市國家權力機關制定的同憲法、法律和行政法規相抵觸的地方性法規和決議」（第八項）等併列為全國人大常委會職權之規定觀之，似應認為全國人大常委會所謂「解釋憲法」，應只是單純的憲法文義解釋或涵義之闡明，並非規範審查權之行使（規範審

²⁴¹ 以《行政訴訟法》為例，該法第五十二條第一項、第五十三條第一項規定，人民法院審理行政案件，必須以法律和行政法規、地方性法規為依據，並參照國務院部委規章和地方政府規章。所謂「參照」，依照王漢斌在一九八九年第七屆人大第二次會議上所提《關於中華人民共和國行政訴訟法（草案）的說明》，是指“對符合法律、行政法規規定原則精神的規章，法院要參照審理；對不符合或不完全符合法律、行政法規原則精神的規章，法院可以有靈活處理的餘地”。所謂靈活處理，即可不以為審理案件之依據。相反地，所謂「依據」，即必須適用規範，不得拒絕適用。參見羅豪才（主編），前揭書（見註108），頁四二八以下；俞子清（主編），前揭書（見註108），頁三八八以下。因此，法院在此實質上已享有對於規章之司法審查權，但僅能拒絕適用，不得予以撤銷或宣告其無效。同說，見胡錦光、楊建順、李元起，前揭書（見註112），頁三三〇；楊解君、孫學玉，前揭書（見註189），頁三七四以下。

²⁴² 見《立法法》第九十條第一項、《憲法》第六十二條第三項、第六十七條第二、三、七、八項等規定。參閱強世功，「誰來解釋憲法？從憲法文本看我國的二元違憲審查體制」，中外法學，第十五卷第五期，頁五二四以下。

查權之行使應屬前開第六十七條第七項、第八項之規定)。²⁴³。因此，從廣義上而言，大陸固有其規範審查制度，但並不具備狹義上之司法審查制度²⁴⁴。當然，大陸並非採權力分立制度之國家²⁴⁵，而是採行民主集中原則之人民代表大會制度，欲建立如西方國家般之司法審查制度，恐有意識型態上之窒礙²⁴⁶，惟若仍採行現制，而不改弦更張，則如何建構一套能夠順遂並適切地達成規範審查任務之制度，實應即予以思考與規劃，尤以規範審查機關之專業化程度問題，乃屬首要，蓋憲法或法律解釋係屬高度專業化之工作，若未具深厚的學術涵養和豐富之人生閱歷，並具有隨時體察憲政脈動之能力，恐難勝任。因此，本文以為，唯有完善大陸現行之規範審查機制，以釐定公民基本權利之界限，並確定行政許可之設定範圍，較諸於法律中規定設定行政許可範圍之標準，更能體現憲法保障公民基本權利之意旨。

²⁴³ 大陸學者強世功亦認為《憲法》將「解釋憲法」和「監督憲法的實施」置於同一條款中，即意味著對「解釋憲法」之一種限制，全國人大常委會行使憲法解釋權並非是一種獨立自主行使的活動，而是必須從屬於其他國家機構行使權力的一種附屬性活動，因為解釋憲法的目的是為了監督憲法的實施，或者在監督憲法實施過程中，發現憲法需要加以解釋。因此，全國人大常委會行使憲法解釋權之情況有兩種，一種是其他國家機構對憲法的理解出現分歧，需要提請全國人大常委會對憲法給出最終的解釋；另一種則是其他國家機構在工作中遇到憲法問題，需要由全國人大常委會對憲法問題進行澄清和解釋。參見強世功，前揭文（註242），頁五二三至五二四。

²⁴⁴ 廣義之規範審查係指法院或其他機關對於作為成文法源之各種規範，審查其是否與上位規範相符合之制度。狹義之規範審查則專指法院（或其他司法機關）之審查而言。吳庚，前揭書（見註103），頁七〇。

²⁴⁵ 《憲法》規定：「中華人民共和國的一切權力屬於人民。人民行使國家權力的機關是全國人民代表大會和地方各級人民代表大會」（第二條第一款、第二款）、「國家行政機關、審判機關、檢察機關都由人民代表大會產生，對它負責，受它監督」（第三條第二款）。因此，審判機關和檢察機關都是由最高權力機關所產生，它們都不像是西方國家具有司法獨立的機構，而是要對權力機關負責並報告。

²⁴⁶ 雖然如此，在民主化之前，東歐共產主義國家在由極權體制鬆動為威權體制之過程中，也已展開了所謂「社會主義法制下的違憲審查制度」，其中依設置時間先後，包括了南斯拉夫、匈牙利、波蘭及蘇聯等四國。其詳細情形，可參閱吳志光，「東歐民主轉型國家憲法法院對法治國家建構之影響」，收錄於氏著，比較違憲審查制度，台北·神州，二〇〇三年四月，初版，頁七五至七八。

三、關於行政許可程序方面：聽證保障乃是由一系列程序保障所綜合構成，其內容不一，端視各國法制而定。惟最主要者包括事前通知（舉行聽證之時間、地點、聽證事項）、公開聽證、選任律師或代理人之權、卷宗閱覽權、公平聽證（包含獨立的聽證主持官員、迴避之請求、片面接觸之禁止）、理由附記等²⁴⁷。本法除釐定行政許可設定權、設定行政許可之範圍外，最受關注者莫過於程序保障之規定，尤以深具當事人參與意義之意見陳述與聽證制度²⁴⁸為然。惟本法就相關程序之設計仍有缺憾之處，例如為使當事人得以預先準備證據及攻擊防禦資料，事前通知不僅應註明舉行聽證之時間和地點，也應告知當事人所牽涉之問題（事實及法律事項），就聽證事項之告知，本法並未納入；又由於聽證事項可能涉及複雜之法律問題及繁複之事實調查程序，一般未具有法律知識之當事人可能難以充分行使其程序權利，並可能因此延滯程序之進行，故當事人於聽證程序中應有委任代理人或律師代理參與聽證之權，就此部分，本法亦付之闕如²⁴⁹。再者，就公平聽證而言，申請迴避之理由僅限於聽證主持人「與本行政許可事項有直接利害關係的」，似有未足。事實上，若主持人執行職務有偏頗之虞者，亦應迴避，且不僅程序當事人

²⁴⁷ 凡此均可參見美國行政程序法、德國聯邦行政程序法之相關規定。

²⁴⁸ 聽證制度於大陸法制中並非首見，最早於法律中設計聽證制度者為一九九六年《行政處罰法》。該法針對適用聽證程序之範圍、聽證程序包含事前通知、公開聽證原則、申請迴避、選任代理人等，均有明文規定（第四十二條）。

²⁴⁹ 本法僅於提出行政許可申請時，申請人可以委託代理人提出之情形為規定（第二十九條第二款前段），至於代理人得否於聽證程序進行時代理本人參與聽證程序，並未明定，為免滋生疑義，似應予以明文規定為妥。

有申請權，即聽證主持人發現有法定應予迴避之事由時，不待申請，亦應自行迴避。本法就此均未規定，亦有其缺憾之處；其次，所謂片面接觸之禁止，乃係指未予個別當事人事前通知，且未記載於聽證筆錄之程序外口頭或書面之溝通。由於行政機關應當根據聽證筆錄，作出行政許可決定（本法第四十八條第二款），故若容許程序外之片面接觸以影響行政機關之決定，無異剝奪其他當事人答辯之機會，並使上開規定流於具文，聽證程序流於形式化。因此，若違反片面接觸禁止原則，則行政機關應將程序外之接觸作成記錄，並予以公開，以保證聽證之公平進行，惟本法就此部分均未為規定²⁵⁰。再其次，本法就當事人之卷宗閱覽權並未明文保障，惟當事人之聽證權與卷宗閱覽權息息相關，因當事人必須閱覽在行政機關之有關卷宗，始能對行政機關調查之事實，有效表示意見。本法一方面設定多項程序規定以保障人民之程序參與權，另一方面對於至關重要之閱覽卷宗權卻漏未規定，於人民權益之保障，不無缺憾。最後，有鑑於舉行聽證之案件多具有案情複雜、牽涉之利害關係廣泛之性質，為使聽證程序有順序、有效率地進行，本法似可考慮採行「預備聽證」之制度，藉以於聽證期日前，議定聽證程序之進行、釐清

²⁵⁰ 國務院版草案第五十條第二款原規定：「行政機關工作人員辦理行政許可，不得與申請人進行私下接觸，不得接受申請人的宴請、財物或者獲取其他利益」，惟於第四次審議時，有認為「私下接觸」難以界定和操作，「不得接受申請人的宴請」屬於公職人員紀律和職業道德問題，法律可以不作規定。據此，法律委員會修改如本法第二十七條第二款所示。參見楊景宇二〇〇三年八月二十五日「修改意見的報告」，註211，頁四六七。由上述立法過程可知，原國務院版草案所設「行政機關工作人員辦理行政許可，不得與申請人進行私下接觸」，其原意並非就「片面接觸」禁止原則設下規定，而僅是明文接禁公務員辦理公務應行遵行之一般準則，如此上開規定即無何意義，法律委員會建議刪除，應值贊同，惟此並不意味著本法無須就「片面接觸」禁止原則立定規範。

爭點、提出有關文書及證據，甚至變更聽證之期日、場所與主持人，以利聽證程序之進行。



第四章 行政許可程序²⁵¹中聽審保障²⁵²之比較法觀

察—以台灣《行政程序法》為中心

第一節 概說

自二十世紀七〇末期起所開展之經濟體制改革以來，大陸漸次由計畫經濟體制朝向市場經濟體制蛻變。在市場經濟體制下，合理的法律程序配置是實現效率、正義與平等這些價值所不可缺少的制度基礎。市場經濟的正常運行離不開穩定的秩序，而要想實現秩序就必須強調與程序

²⁵¹ 行政程序依行政機關作成對外發生效力之行政決定為界，可區分為「事前程序」與「事後程序」。「廣義的行政程序」兼指「事前程序」與「事後程序」。「事前程序」包括不直接發生法律效果的「事實行為」（如調查事實、資訊公開）程序，與直接發生法律效果的「法律行為」（如作成行政處分、訂定法規命令）。至於相對人或利害關係人不服已經發生效力之行政決定而提起行政救濟之程序或因義務人拒不遵從而由行政機關強制其履行的程序，皆屬「事後程序」。「狹義的行政程序」僅指「事前程序」，不及於「事後程序」。按「事後程序」於大陸法系國家多屬於行政救濟法或行政執行法之規範範疇，行政程序法並無重複規定之必要。台灣《行政程序法》第三條第一項規定：「行政機關為行政行為時，除法律另有規定外，應依本法規定為之」，顯然採取「狹義的行政程序」概念。又如德國一九七六年《聯邦行政程序法》第九條規定：「本法所稱行政程序係指官署為審查要件、準備或作成行政處分、或締結公法契約所為對外發生效力之行為：包括行政處分之作成或公法契約之締結」，原則上亦採取「狹義的行政程序」概念。湯德宗，「行政程序法」，收錄於翁岳生（編），行政法（下冊），作者自印，二〇〇〇年七月，第二版，頁七八九至七九一。惟雖均採「狹義的行政程序」概念，基於不同的政策考量，往往進一步限制行政程序法僅適用於特定種類之行政行為，亦即「行政程序的概念」與「行政程序法的適用範圍」不可混為一談。例如，前述德國《聯邦行政程序法》僅適用於行政處分與行政契約，而台灣《行政程序法》第二條第一項規定：「本法所稱行政程序，係指行政機關作成行政處分、締結行政契約、訂定法規命令與行政規則、確定行政計劃、實施行政指導及處理陳情等行為之程序」，其適用範圍不僅及於行政處分與行政契約，也包括訂定法規命令與行政規則、確定行政計劃、實施行政指導及處理陳情等程序，涵蓋範圍較為廣泛。其次，行政程序依其適用的對象，可分為內部程序與外部程序，前者指行政機關內部或行政體系內部適用的行政程序，如長官對屬官之指示、上級機關對下級機關之監督等；後者則指行政機關與人民來往時所適用的程序，以調和公益（行政目的）與私益（個人利益）為目的，如給予利害關係人陳述意見之機會等。大體而言，內部程序為行政學關注之課題，而外部程序則為行政法學研究之對象。同上文，頁七九三。本文所稱行政程序，自指外部的行政程序而言。

²⁵² 本章以台灣《行政程序法》中關於程序當事人意見陳述之權利為研究對象，而該法對於意見陳述之權利又區分為「聽證」及「陳述意見」，因此本文從陳敏教授之說，以「聽審保障」作為「聽證」及「陳述意見」之上位概念。陳敏，行政法總論，作者自印，民國九十二年一月，第三版，頁七六一。但必須強調的是，本文雖以「聽審」一詞作為台灣《行政程序法》上「聽證」及「陳述意見」程序之上位概念，惟於論述上，本文所著重者乃係指程序相對人於行政機關作成行政行為時，對於相關實體及程序事項，有透過意見的表達以參與行政行為作成之權利。因此，在論及他國制度時，本文仍以「聽審」一詞稱之，而其內涵則視各國制度設計而定，請注意及之。

相關的法律規範²⁵³。惟大陸自建政後所頒佈之數部憲法，均缺少以保護行政相對人權益為重心之正當程序規定。從法律規範之系統和層級關係來說，在欠缺憲法層次之程序要求作為基礎，即難以從保障程序正義之角度，在居於下位之其他法律規範中統一地對行政活動加以規範。事實上，在一九九六年《行政處罰法》制訂之前，全國人大及其常委會所進行之各項立法中，幾未見以保護相對人利益為宗旨，直接涉及行政活動外部程序之單行法律，許多立法均呈現出輕程序，尤其是輕保護人民之程序規定（如一九八六年《治安管理處罰條例》），或者僅重事後救濟程序，而輕事前程序（如一九八九年《行政訴訟法》、一九九〇年《行政復議條例》）²⁵⁴。《行政處罰法》首開風氣之先引進聽證制度後，本法亦踵繼其後，就人民參與行政許可程序之聽審權加以明文保障。固然於程序之設計上，本法相關規定整體上而言，尚有諸多未盡如人意之處，惟《行政處罰法》基本上乃是規範課加人民不利益負擔之法律，由正當法律程序（due process of law）自始即在於保障刑事被告程序權利之法理推演，行政相對人受行政機關依法所課處之行政處罰前，享有類同於刑事被告之聽審權利，殆屬人權保障理念下之必然結論；而本法所規範之行政許可，基本上屬於授益性質之具體行政行為，本法仍規定在一定之條件下，行政機關於作成行政許可前應賦予申請人或利害關係人相當程

²⁵³ 江平，「完善市場經濟法律制度的思考」，中國法學，一九九三年第一期。

²⁵⁴ 楊寅，中國行政程序法治化—法理學與法文化的分析，北京·中國政法大學出版社，二〇〇一年十一月，第一版，頁二〇六至二〇八。

度之聽審權，其於行政法之發展上未嘗不可謂係一大突破。由於聽審制度乃是公正行政之保證手段，又是本法之立法核心之一，其於本法立法目的之落實與否，有其關鍵性之影響，本文特以專章加以探討，並以台灣《行政程序法》作為借鑒之對象，以思考本法關於聽審程序應有之制度設計。

「上帝從伊甸園驅逐亞當時，同時也給予他辯白之機會」(God did not remove Adam from Eden without first calling upon him to make his defense)²⁵⁵。聽審原僅適用於司法審判程序，司法機關於審判時，依法原則上須經原告與被告言詞辯論之程序，方可就案件為裁判，使雙方有獲知任何與案件有關之資料，並有得以提出反對意見的機會，以作為法院裁判之基礎，達成維持公平正義之終極目標，故司法聽審乃是司法審判中之必要程序²⁵⁶。其後，隨著國家職能的擴張，行政權深入人民各個生活層面，國家不再只是消極地維持秩序，從事國防、外交等事務，而是更積極地從事給付行政，以照顧並改善社會大眾之生存環境與生活條件。人民與行政權之關係日益密切，而行政權職能的擴張對於人民自由、權利亦構成潛在的威脅，為充分保障人民之自由、權利，不僅只依靠行政實體法已有所不足，即僅期待經由行政程序之公開及公平運作以

²⁵⁵ Rex. v. Chancellor of the University of Cambridge。引自手島孝著，趙倫秀（譯），「行政聽證之法理」，憲政思潮，第五十七期，民國七十一年三月，頁三三。另可參照翁岳生，「日本一九六四年行政手續法草案之研究」，收錄於氏著，行政法與現代法治國家（國立台灣大學法學叢書（二）），作者自印，一九九〇年九月，第十一版，頁三四四（註六九）。

²⁵⁶ 羅傳賢，「行政聽證程序法制與民權保障」，經社法制論叢，第六期，民國七十九年七月，頁二四八。

確保人民權益，亦屬力有未逮，乃更進一步要求提供由人民得以直接參與政府決策之聽審保障²⁵⁷。於是各國行政程序法紛紛設有聽審制度，聽審儼然已成為各國行政程序法之核心問題²⁵⁸。

按所謂聽審，乃指行政機關在行政程序中，而行使公權力作成決定，以執行職務時，如足以對當事人之法律上利益，產生加負擔或授益²⁵⁹之作用，應使當事人得對程序、程序標的、應作成之決定及其事實基礎，乃至重要之法律觀點以及與裁量斟酌有關之狀況，得表示意見，以主張其權利²⁶⁰。聽審保障之適用對象，端視各國法制而定，例如美國聯邦行政程序法之聽審保障及於規則訂定（rulemaking）²⁶¹程

²⁵⁷ 羅傳賢，美國行政程序法論，台北·五南，民國七十四年六月，初版，頁十四。

²⁵⁸ 以美、日、德三國之行政程序法為例，美國聯邦行政程序法全文僅十二條，除訂有聽審專條外（聯邦法典第五五六條），與聽審有關的條文即有七條之多（除第五五六條外，尚包括第五三條至第五五條、第五五七條、第五五八條、第三一〇五條）；德國《聯邦行政程序法》中，不論是一般程序或特種程序，均有聽審（Anhörung）之規定（第二十八條、第六十六條至第六十九條、第七十三條）；而日本《行政手續法》全文雖僅三十八條，與聽審程序有關者亦達十七條之多（第十五條至第三十一條），其中第十五條至第二十八條詳細規定聽證進行之相關程序，諸如聽證之通知方式、代理人、參加人、文書之閱覽、聽證之審理方式等；第二十九條至第三十一條則規定程序較聽證為簡易之「辯明程序」。可見，聽審制度已成為各國行政程序法之規範核心。

²⁵⁹ 行政機關於作成授益行政前，當事人是否亦有請求聽審之權利，論者不一，採否定說以授益行政不致影響當事人之權利，故行政機關可免除此項義務，甚且若採肯定說，則聽審之適用可能性將擴大至無所不包之情形，於行政效能勢將有所妨礙。洪家殷，「行政程序之基本制度—以行政處分為中心」，憲政時代，第二三卷第二期，民國八十六年十月，頁一三五；陳志揚，「行政程序法中聽證制度之研究」，收錄於城仲模（編），行政法之一般法律原則，台北，三民，民國八十三年八月，初版，頁三一—二。惟聽審制度不僅於保護當事人權利方面，有其意義，聽審制度並有助於真實之發現，俾行政機關能正確適用法律，故本文寧採肯定說，認為行政機關於作成授益行政前，當事人亦有請求聽審之權利。參閱翁岳生，「論西德一九六三年行政手續法草案」，收錄於氏著，前揭書（見註255），頁二一三。惟尚有二點應予以說明者，首先，授益行政既不干涉人民之權利，則是否予以聽審保障，對於行政效能的考量應予以加重，縱使予以聽審保障，其程序要求之強度應較干涉或負擔行政所要求之聽審程序更為緩和；再者，從各國關於聽審保障多限於負擔或干涉行政之情形，對於授益行政予以法律上之聽審保障，尚有待於立法上之克服。

²⁶⁰ 陳敏，前揭書（見註252），頁七六〇。

²⁶¹ 5U. S. C. §553、§556、§557。美國行政程序法上所稱之「規則」（rules），約與台灣之「行政命令」相當，係指「為執行、解釋或規定法律或政策、或為說明機關之組織、程序或業務之普通適用或特殊適用，且向將來發生效力之機關聲明之全部或一部」（5U. S. C. §551(4)），機關訂定、修正或廢止規則之過程，統稱為「規則訂定」（rulemaking, 5U. S. C. §551(5)）。湯德宗，前揭文

序及行政裁決 (adjudication)²⁶² 程序；德國《聯邦行政程序法》除行政處分外，於確定計畫程序亦設有聽審程序（第七十三條）。台灣《行政程序法》第五十四條（置列於總則章第十節「聽證程序」中）規定：「依本法或其他法規舉行聽證時，適用本節規定」，故除行政處分依第一百零七條規定而有「聽證程序」一節之適用外，若其他行政作用依其他法規須舉行聽證時，亦將有本節之適用。至於陳述意見程序因規定在「行政處分」一章（第一百零二條規定：「行政機關作成限制或剝奪人民自由或權利之行政處分前，除已依第三十九條規定，通知處分相對人陳述意見，或決定舉行聽證者外，應給予該處分相對人陳述意見之機會。但法規另有規定者，從其規定」），故陳述意見程序僅於作成行政處分時有其適用。本文囿於篇幅，以下將僅就台灣《行政程序法》上「聽證」及「陳述意見」程序加以分析討論（至他國制

（見註 251），頁八二〇。

²⁶² 所謂行政裁決，係指「機關作成命令之過程」（5U. S. C. §551(7)），而所謂「命令」（order）則係指「機關就規則訂定以外之事項所為之終局處分之全部或部分，包括執照之核發，至其形式為批准、駁回、禁止或宣告則在所不問」（5U. S. C. §551(6)）。通說認為美國行政程序法上之「命令」相當於大陸法系國家之行政處分，湯德宗，前揭文（見註 251），頁八二一；羅傳賢，前揭書（見註 257），頁六四。惟亦有認為兩者之不同點在於效力方面，即大陸法系國家之行政處分有「公定力」及「執行力」，而「命令」則無此效力，參見彭紹瑾，美國聯邦行政程序及其理論之比較研究，東吳大學法研所碩士論文，民國七十二年六月，頁一八五。惟所謂「公定力」，乃意謂：國家行為受合法之推定，除了有權機關撤銷或認定其無效，人民不能否定國家行為之效力，僅得依法以爭訟手段請求救濟，若法律不許爭訟時，則端賴行政權之自我克制。此說乃係以權威或勢力充當行政行為合法及有效之基礎，與民主主義的法治國理念不符，學者已多主不宜再繼續引用者，吳庚，行政法之理論與實用，作者自印，民國九十年八月，增訂七版，頁三四五（註一〇四）。而所謂執行力，或謂自力執行力，指行政處分所課予之義務，義務人不履行時，行政機關不必經由法院之協助，得以行政處分為執行名義，自行對義務人強制執行，翁岳生，「論行政處分」，收錄於氏著，法治國家之行政法與司法（國立台灣大學法學叢書 64），台北·月旦，一九九四年六月，初版，頁十九。美國關於「命令」之執行，則須由法院為之，行政機關不得自行執行，由此觀之，該國之「命令」與大陸法系國家之「行政處分」於「執行力」方面確有不同。惟本文以為兩者關於執行力之差異僅止於執行主體之不同，兩者性質上尚無差異，故原則上亦認為所謂「命令」相當於「行政處分」。

度，除作必要說明外，本文不擬深入介紹)，嗣再就台灣《行政程序法》上關於聽審制度之設計，探討大陸《行政許可法》聽審制度設計上應有之啟示。



第二節 台灣《行政程序法》上之聽審保障

台灣行政程序法法典化之努力，在歷經二十餘年、先後提出四種不同之草案版本²⁶³後，終於在民國八十八年一月十五日經立法院三讀通過、於同年二月三日經總統公布，該法並自訂於民國九十年一月一日施行（第一百七十五條）。此一規範行政機關行使公權力所應遵循之程序規定法典化之完成，在台灣行政法之發展上，自具有其劃時代之意義。如同各國行政程序法之制度設計，台灣《行政程序法》關於聽審制度，亦多所著墨。台灣《行政程序法》既師法美國、德國等國之行政程序法制，其制度設計自仍有可供大陸借鑑之處。以下本文即就台灣《行政程序法》所設計之聽審制度予以分析檢討，惟在討論之前，本文擬先探討聽審之功能，藉以明瞭何以聽審保障已成為各國行政程序法制之核心問題；其次則就聽審保障之法理基礎予以研析，最後就該法關於「聽證」與「陳述意見」程序之制度設計分別加以論介。

第一項 聽審保障之功能

聽審保障乃現代國家行政程序法制之核心，究其原因，實因聽審足以提供以下諸重要功能，茲歸納學者見解²⁶⁴及台灣《行政程序法》

²⁶³ 此四草案版本分別為六十六年研考會版本、七十九年經建會版本、八十二年法務部版本以及八十四年行政院版本。各次草案之內容介紹，詳見湯德宗，前揭文（見註 251），頁八五三至八六七。

²⁶⁴ 參照羅傳賢，行政程序法基礎理論，台北，五南，民國八十二年七月，初版，頁二二九至二三九；張劍寒，「行政程序法中聽證制度之研究」，憲政思潮，第三十一期，民國六十四年七月，

之規定，分述如下：

一、提供人民參與決定之機會：依據民主原則，在現代國家，國家機關作成與人民本身權益有關之決定，應給予人民參與之機會，以緩和行政行為之公權力片面行使的色彩，並爭取人民之合作與支持。聽審制度乃在於要求行政機關作成決定時，應予權利受影響之相對人或利害關係人陳述意見之機會，故聽審保障提供了人民參與對其權益有所影響之決定程序的機會。

二、發現真實，貫徹依法行政：行政機關欲求作成之行政處分合法適當，除須正確地適用法律外，更應正確地認定事實，而事實的有無，唯有當事人最為清楚，藉由聽審程序中當事人對於事實之陳述，行政機關將可闡明事實關係，尤其作成裁量決定之時，並可補充作成決定之重要事實，免於作成有瑕疵之處分，以合乎依法行政原則之要求。

三、加強人民基本權利之保障：憲法中基本權利之保障，不僅須經由實體法予以落實，亦須透過適切的行政程序以確保及實現各基本權利所保障之法律地位，尤其在實體法之掌控虛弱，而行政機關具有廣大之判斷餘地及形成餘地時，程序對基本權利更具有其特有及加重

頁十七；洪家殷，前揭文（見註 259），頁一三四至一三五；吳庚，前揭書（見註 262），頁四九六至四九九；陳敏，前揭書（見註 252），頁七三一至頁七三三；湯德宗，前揭文（註 251），頁七九七至八一。

之保障功能²⁶⁵。而行政程序中之聽審制度使個人在國家行使公權力時，得經由陳述意見、參與聽證等參與決定之程序，向行政機關表達其認識、觀念及見解，以影響行政機關之最後決定，從而使其基本權利獲得更進一步的保障。

四、強化行政決定正當性，疏減無謂之訟爭：行政權於行使過程中，經常伴隨著權利紛爭，藉由聽審程序加強行政機關與人民之互動，以形成、確定人民之權利、義務，自可強化行政決定之正當性，並且由於在聽審時，行政機關已將作成決定之重要事實及法律根據為必要之說明，使當事人充分了解，往往可避免日後尋求行政救濟途徑，造成無謂之訟爭，故聽審程序亦具有「和平效果」。

五、促進行政效率：於聽審程序中，經由行政機關與人民之協力，不僅有助於事實的發現，亦可使人民對於行政機關所為決定更為信服，而減少人民尋求行政救濟，並迅速的達成行政目的，故聽審制度亦有助於行政效率的提昇。惟若不問行政處分之性質，一律予以聽審保障，不僅無助於人民權利之迅速實現，抑且於行政效率亦有所妨礙，此尤於所謂「聽證程序」中為然，故各國行政程序法多有依事務之性質設有排除規定，以兼顧行政效率之要求。

六、代替行政救濟程序：依台灣《行政程序法》第一百零九條規

²⁶⁵ 此乃德國聯邦憲法法院於一九七九年十一月二十日所作成之「Mühlheim-Klarlich 核能發電廠案」裁定 (BverfGE 53, 30ff.) 中所揭示的見解，轉引自陳敏，前揭書(見註 252)，頁七三二。

定：「不服依前條作成之行政處分者（按：指作成經聽證之行政處分），其行政救濟程序，免除訴願及其先行程序」，故經聽證之行政處分具有簡化或代替行政救濟程序之功能。核其原因，學者多謂訴願乃行政程序之一種，作成行政處分既已踐行必要之行政手續（程序），則根本無須再經過訴願程序，或至少亦應縮短一再訴願之等級；同時，行政程序愈完備，行政訴訟之審級愈可節省²⁶⁶等語。惟有學者對此論說持懷疑的立場，認為《中華民國憲法》第十六條明文保障人民之訴願權及訴訟權，不僅不能以高標準之行政程序取代行政訴訟，即省略全部之訴願程序逕行提起行政訴訟，恐有違憲之虞。因此，行政程序法第一百零九條所謂「免除訴願或其他先行程序」，應理解為當事人得選擇是否逕行提起行政訴訟，而非排除當事人踐行訴願或其他先行程序之可能性²⁶⁷，亦即認為訴願等級縱或可予以簡化，但完全剝奪人民之訴願權，則已違反《中華民國憲法》第十六條保障人民訴願權之意旨。

按訴願程序為廣義之行政程序之一種，屬事後程序之性質²⁶⁸，其目的乃在於透過上級機關或原處分機關之自我審查，使人民得因違法或不當之行政處分而受損害之權利獲得救濟，並確保行政權合法與適當地行使，而聽證程序乃於行政處分作成前，相對人或利害關係人表

²⁶⁶ 吳庚，前揭書（見註 262），頁四九八；湯德宗，前揭文（見註 251），頁八〇九至八一〇。

²⁶⁷ 陳敏，前揭書（見註 252），頁七三四至七三五。

²⁶⁸ 參見註 251 之說明。

達意見、參與決定作成之制度，以確保未來行政處分能合法、適當地被作成，屬事前程序之性質，兩者性質上已有所不同；甚且捨訴願程序，直接訴諸司法救濟（行政訴訟），縱或可減輕人民於行政救濟程序中金錢與時間的勞費，惟於人民權利的保障，則未必有利。蓋隨著現代國家職能的擴張，若干行政處分多具有專門與技術之性質，是否合法適當，法院恆難判斷²⁶⁹，未若由行政體系自我審查之為宜也。更有甚者，人民之訴願權為《中華民國憲法》第十六條所明文保障，立法機關縱或可因作成之行政處分已經聽證而縮短或簡化訴願程序的等級，惟若予以完全剝奪訴願權，似有違憲之嫌。

綜上所述，本文以為聽審制度至少可以體現五大功能：（一）提供人民參與決定之機會；（二）發現真實，貫徹依法行政；（三）加強人民基本權利之保障；（四）強化行政決策正當性，疏減無謂之訟爭；（五）促進行政效率。至於「代替行政救濟程序」之功能，雖不乏主張者，惟本文以為若因經聽證之事前程序而完全剝奪人民事後透過訴願予以救濟之憲法權利，恐有違憲之嫌，故本文持保留態度。

第二項 聽審保障之法理基礎

台灣於《行政程序法》制訂前，除於極少數法律中規定行政機

²⁶⁹ 林紀東，中華民國憲法逐條釋義，台北·三民，民國七十九年十一月，第六版，頁二六一。

關於作成決定前，應使利益受影響之人為某種程度之參與(例如以書面表示意見)²⁷⁰外，就行政機關於作成行政處分(尤其是不利益處分)前，應否予利益受影響之人民以表達意見之機會，尚乏普遍性之一般規定。此一「法制真空」狀態與憲法之規範意旨是否相符？由憲法基本權利之規定或憲法精神是否足以導出行政機關負有於作成行政處分前，應予人民表達意見機會之義務？均非無疑義。大體而言，台灣學者均採肯定解，其中差異僅止於論證方式而已。以下即分別就學說與實務見解予以介紹分析如次：

第一款 人性尊嚴

人性尊嚴乃一切法規範之最高根本規範，亦為一切法規範之價值指標。所謂人性尊嚴，乃謂每一個人本身即為目的，而非只是他人用以實現一定目的之手段；每一個人本身即為價值，甚至為完全或最高價值，其價值之形成及完成，乃緣於自律，而非他人所給與²⁷¹。一切法規範之制度設計一以人性尊嚴為價值指導標準，而法規範之解釋適用亦以人性尊嚴為依歸。《中華民國憲法》雖無如德國基本法第一條

²⁷⁰ 例如台灣《都市計畫法》於民國九十一年五月十五日修正前之第十九條第一項規定：「主要計畫擬定後，送該管政府都市計畫委員會審議前，應於各該直轄市、縣(市)(局)政府及鄉、鎮或縣轄市公所公開展覽三十天，並應將公開展覽之日期及地點登報周知；任何公民或團體得於公開展覽期間內，以書面載明姓名或名稱及地址，向該管政府提出意見，由該管政府都市計畫委員會予以參考審議，連同審議結果及主要計畫一併報請上級政府核定之」。惟公民或團體所提出之書面意見，僅供參考，都市計畫委員會審議時，並不受拘束。

²⁷¹ 蔡志方，「從人性尊嚴之具體化，論行政程序法及行政救濟法之應有取向」，收錄於氏著，行政救濟與行政法學(一)，台北·三民，民國八十二年三月，初版，頁三五七。

第一項設有明文揭櫫人性尊嚴理念之規定，惟參酌《中華民國憲法》第二條之國民主權原則、第二章「人民之權利義務」除明文列舉諸項重要之基本權利外，於第二十二條更設有概括之保障規定、第二十三條比例原則以及「基本國策」章中有關社會安全、教育文化等規定，可知人性尊嚴亦為《中華民國憲法》之基本精神。

人性尊嚴既為最高之價值規範，為體現此一理念，乃衍生出諸多原則，其中與聽審保障有關者厥為民主原則及法治國原則²⁷²：

（一）民主原則：傳統之民主理念，乃係指國家權力行使之正當性與合法性來自國民，且國家之政治意志及政治決定之形成過程，亦必須由國民來參與、監督及影響²⁷³。前者即國民主權原則，而後者則透過參政權之行使予以實現。惟隨著時代之演變，民主原則之內涵乃擴大至要求行政機關應允許人民參與行政程序之發動、進行及終結²⁷⁴，使人民不再居於行政之客體，以符合人性尊嚴之基本精神。

（二）法治國原則：法治國原則為德國基本法第二十條第三項所明文揭櫫，其意乃謂國家權力應受法律及法之拘束。《中華民國憲法》雖無如德國基本法揭示法治國原則之明文，惟參酌各項基本權利之保障以及憲法第二十三條、第八十條、第一七一條至第一七三條等規

²⁷² 參照上註，頁三六二至三六八。

²⁷³ 陳慈陽，「論政黨在憲法位階上之意義及地位」，收錄於氏著，憲法規範性與憲政現實性，台北·翰蘆，一九九七年九月，初版，頁一四九。

²⁷⁴ M. Schnell, *Der Antrag im Verwaltungsverfahren*, SS. 17 ff.; 32 ff. 轉引自蔡志方，前揭文（註 271），頁三七三。另可參照陳志揚，前揭文（註 259），頁三〇七。

定，亦可知法治國理念亦為《中華民國憲法》所接受。關於聽審權與實現法治國原則之關係，可分四點說明之²⁷⁵：

1. 避免錯誤：行政權之合法行使，不僅須正確地解釋及適用法律，尚應正確地掌握為處分基礎之事實。此除有賴於行政機關依職權調查事實外，如能透過熟稔事實之當事人之協力，將可避免錯誤，以合法地達成行政目的。而聽審權之行使，適足以發揮此一功能。

2. 防止濫權：於裁量處分方面，透過聽審權之行使，得以使行政機關掌握更多有助於合義務行使裁量權之事實，以避免行政機關濫用其裁量權。

3. 減少突襲性決定：行政機關之具體決定應讓人民有預見可能性，不使其有受突襲之感。讓人民有參與行政程序之機會，以表示其意見及聽取決策觀點，將可減少行政處分所帶給人民之突襲感。

4. 保護人民之權利：透過程序之參與，使人民得於處分作成前，主張有利於己之事實，以避免行政機關作成不利於己之處分，從而防止行政權對其基本權利之侵害，以保護自己之權利。

綜上所述，可知不論由民主原則或由法治國原則，均足以導出行政機關於行政處分作成前，應予當事人享有聽審機會之要求，而其背後之指導思想則均源自於人性尊嚴之理念。

²⁷⁵ 參照蔡志方，前揭文（見註 271），頁三八二至三八五；陳志揚，前揭文（見註 259），頁三〇六。

第二款 基本權利附隨程序的保障理論

此說主要意旨在於認為，基本權利必須伴隨程序之保障方足為完整之權利，故每一種基本權利都內涵著程序的保障，使正當程序之要求，內化於個別基本權利之中²⁷⁶。目前德國學者多認為，所有的基本權利或多或少均有程序的面向，程序規範具有使基本權利有效化的功能，換言之，程序乃基本權利有效性的必要要素，甚至是行使基本權利的前提要件。惟對於能否從實體的基本權利推導出程序基本權，多數仍持保留態度，僅認為程序權係從基本權作為客觀法的價值決定所導出²⁷⁷。惟無論如何，此一論說，對於並未如美國憲法規定有正當法律程序²⁷⁸明文之台灣，仍極具有憲法解釋上之參考價值。

²⁷⁶ Bethge, *Grundrechtsverwirklichung und Grundrechtssicherung durch Organisation und Verfahren*, NJW 1982, S1-7. 引自葉俊榮，環境行政的正當法律程序（國立台灣大學法學叢書（七六）），作者自印，初版，一九九三年四月，頁五七。惟葉俊榮教授也認為此說將使正當法律程序受制於憲法上所承認之基本權利，於憲法上未能被承認為基本權利之事項，便沒有正當法律程序之適用。

²⁷⁷ 關於程序權在基本權上之問題，可參閱李建良，「正當法律程序與人權之保障—以德國法為中心」，本文由著者於民國九十二年十二月六日在國立政治大學公共行政及企業管理教育中心所舉辦之「司法院大法官九十二年度學術研討會—正當法律程序與人權之保障」發表。

²⁷⁸ 美國行政程序法所建立的行政聽審制度，乃在於落實美國憲法增修條款第五條及第十四條「正當法律程序」(due process of law)之要求。在美國聯邦憲法上「正當法律程序」之保障規定有二，一為於一七九一年通過之增修條款第五條：「任何人……不得未經正當法律程序而被剝奪其生命、自由或財產」，本條係一七九一年通過之增修條款第一條至第十條，亦即所謂「權利法案」(Bill of Rights)的一部分，屬對於「聯邦之人權侵害」所設的保障規定；另一則為於一八六八年通過之增修條款第十四條：「任何州非經正當法律程序，不得剝奪美國公民及各州公民生命、自由或財產」，本條乃係基於南北戰爭後對於美國黑人人權之保障而來，是對於「州之人權侵害」，由聯邦予以救濟之規定。參見郭介恒，「正當法律程序—美國法制之比較研究」，收錄於城仲模（編），憲法體制與法治行政（城仲模教授六秩華誕祝壽論文集（二）行政法總論篇），台北·三民，民國八十七年八月，初版，頁一三一；陳運財，「憲法正當法律程序之保障與刑事訴訟—以釋字第三八四號為中心」，收錄於劉孔中、李建良（編），憲法解釋之理論與實務，台北·中央研究院中山人文社會科學研究所，民國八十七年六月，頁二八八。按「正當法律程序」之原始意義乃英國法上之「自然正義法則」(rules of natural justice)，而「自然正義法則」主要包含兩個原則，即「任何人就自己之訴訟不得自任裁判官」(nemo iudex in sua causa)，又稱為

第三款 訴願權

另有學者認為《中華民國憲法》雖規定人民有訴願權，惟對此一權利之內涵則未予以界定，故訴願法之內容未必能拘束憲法上訴願權之解釋。因此，訴願可以有各種程序參與或權利保障之設計，包括引進英美法上之聽審（或聽證）(hearing)在內，並使其不限於「事後」的救濟，以進一步發揮事前參與之機能，如此將更能落實憲法上訴願權保障之新義²⁷⁹。惟訴願於實定法上已有其一定制度上之意義，其乃行政機關於人民不服原處分機關之處分時，透過其內部之自省，以導行政權合法與適當之行使，並藉以保障人民權益之「事後」救濟制度，與行政處分作成前應遵循如何之正當程序，其問題層次顯然有別。本文以為透過憲法解釋，對於行政機關於行政決定作成前應遵循正當法律程序，仍可尋得其憲法上之依據，因此，將憲法上之訴願權解釋為

「排除偏見」原則，以及「任何人之辯護必須被公平地聽取」(audi alteram partem)，又稱為「雙方聽證原則」，因而「正當法律程序」乃要求於剝奪人之生命、自由或財產前，應進行公正且無私之聽審，以賦予當事人陳述意見之機會。傳統上，正當法律程序原適用於在法庭作出定罪判決，剝奪人之生命、自由或財產之情形。及至現代福利國家出現，行政決定實際發生剝奪人民權利之效果後，法院亦逐漸要求行政決定亦須符合「正當程序」要件，於是行政機關於作成不利於個人之自由或財產之決定前，亦應予受不利影響者陳述意見之機會。參見林子儀，「人身自由與檢察官之羈押權」，憲政時代，第二一卷第二期，民國八十四年十月，頁二三；W. Friedmann, Legal Theory, 楊日然等（譯），法理學，台北·司法週刊，民國七十三年九月，再版，頁一四二至一四三；陳志全，「行政法上自然正義原則初探」，收錄於城仲模（編），前揭書（見本註），頁三七至三九；湯德宗，前揭文（見註 251），頁九一四至九一五。惟須注意者，自然正義是英國法治 (rule of law) 的核心概念，也是英國法官據以控制公行為 (public behavior) 及行政行為 (administrative action) 的方法，自然正義於英國，其根本性雖如同正當程序之於美國，雖然如此，兩者仍有如下之不同：(一) 自然正義在英國之適用不區分國家行為與私人行為，而正當法律程序於美國僅適用於國家行為；(二) 程序性的正當性之核心部分有通知 (notice)、評論期間 (a comment period) 或聽證 (hearing) 以及理由的陳述 (statement of reasons)，而英國自然正義的概念中，僅包括前兩者，而忽略第三個。參見 Paul R. Verkuil 著，法治斌（譯），「英美行政法的分流」，憲政時代，第十三卷第四期，民國七十七年四月，頁三十至三二。

²⁷⁹ 葉俊榮，前揭書（見註 276），頁五五至五六。

包含行政機關於作成行政決定前應遵循正當程序之要求，應無其必要。

第四款 實務見解—以司法院大法官會議解釋為中心

聽審乃正當程序之核心，《中華民國憲法》雖無正當程序之明文規定，惟司法院大法官會議仍於多號解釋中肯認正當法律程序之憲法上要求。茲舉諸號解釋說明如次：

(一) 釋字第三八四號解釋：本號解釋乃是針對《檢肅流氓條例》若干具有違憲疑義之條文所作成之解釋。大法官於解釋理由書中認為《憲法》第八條第一項規定「係指凡限制人民身體自由之處置，在一定限度內為憲法保留之範圍，不問是否屬於刑事被告身分，均受上開規定之保障。除現行犯之逮捕，由法律另定外，其他事項所定之程序，亦須以法律定之。且立法機關於制定法律時，其內容更須合於實質正當，並應符合憲法第二十三條所定之條件……前述實質正當之法律程序，兼指實體法及程序法規定之內容，就實體法而言，如須遵守罪刑法定主義；就程序法而言，如犯罪嫌疑人除現行犯外，其逮捕應踐行必要之司法程序、被告自白須出於自由意志、犯罪事實應依證據認定、同一行為不得重覆處罰、當事人有與證人對質或詰問證人之權利、審判與檢察之分離、審判過程以公開為原則及對裁判不服提供

審級救濟等為其要者」。

(二) 釋字第三九六號解釋：本號解釋乃針對《公務員懲戒法》未設就公懲會之議決得提起上訴救濟之制度致生違憲疑義所作成之解釋。大法官首先認為上開情況不得謂與《憲法》第十六條有所違背；其次則認為「公務員懲戒委員會掌理公務員之懲戒事項，屬於司法權之行使，並由憲法上之法官為之，惟懲戒處分影響人民服公職之權利，懲戒機關之成員既屬憲法上之法官，依憲法第八十二條及本院釋字第一六二號解釋意旨，則其機關應採法院之體制，包括組織與名稱，且懲戒案件之審議，亦應本正當法律程序之原則，對被付懲戒人予以充分之程序保障，例如採取直接審理、言詞辯論、對審及辯護制度，並予以被付懲戒人最後陳述之機會等，以貫徹憲法第十六條保障人民訴訟權之本旨」。

(三) 釋字第四一八號解釋：本號解釋乃針對《道路交通管理處罰條例》中關於法院就交通違規事件所為之裁定，受裁定人於抗告後不得再抗告之規定是否違憲之疑義所作成之解釋。大法官認為「此項程序，既已給予當事人申辯及提出證據之機會，符合正當法律程序，與憲法第十六條保障人民訴訟權之意旨尚無抵觸」。

(四) 釋字第四三六號解釋：本號解釋乃針對《軍事審判法》相關規定是否違憲所作成之解釋。大法官於解釋文中揭示：「軍事審

判之建制，憲法未設明文規定，雖得以法律定之，惟軍事審判機關所行使者，亦屬國家刑罰權之一種，其發動與運作，必須符合正當法律程序之要求，包括獨立、公正之審判機關與程序，並不得違背憲法第七十七條、第八十條等有關司法權建制之憲政原理」。

（五）釋字第四四六號解釋：本號解釋係針對《公務員懲戒法》第三十四條第二款規定移請或聲請再審議，其期間應如何起算所作成之解釋。大法官於此號解釋理由書開宗明義即重申前開釋字第三九六號解釋意旨，認為「人民有請願、訴願及訴訟之權，為憲法第十六條所明定。所稱訴訟權，乃人民在司法上之受益權，不僅指人民於其權利受侵害時得提起訴訟請求權利保護，尤應保障人民於訴訟上有受公正、迅速審判，獲得救濟之權利，俾使人民不受法律以外之成文或不成文例規之不當限制，以確保其訴訟主體地位。公務員之懲戒事項，屬於司法權之範圍，由公務員懲戒委員會審理，而懲戒處分影響人民服公職之權利至鉅，懲戒案件之審議，自應本正當法律程序之原則，對被付懲戒人予以充分之程序保障，乃憲法第十六條保障人民訴訟權之本旨，本院釋字第三九六號解釋已有闡示」。本號解釋固未明白揭示何謂「充分之程序保障」，惟依其所稱「憲法第十六條保障人民訴訟權之本旨，本院釋字第三九六號解釋已有闡示」，自指釋字第三九六號所示「其機關應採法院之體制，包括組織與名稱，且懲戒案件之

審議，亦應本正當法律程序之原則，對被付懲戒人予以充分之程序保障，例如採取直接審理、言詞辯論、對審及辯護制度，並予以被付懲戒人最後陳述之機會等」。

（六）釋字第四八八號解釋：本號解釋是針對《信用合作社法》第二十七條第一項、《銀行法》第六十二條第一項、《金融機構監管接管辦法》第十一條第一項第三款、第十四條第四款等相關監理措施是否合憲所作成之解釋。大法官首先肯認上開法律均係為保障存款人權益，並兼顧金融秩序之安定而設，惟認為「基於保障人民權利之考量，法律規定之實體內容固不得違背憲法，其為實施實體內容之程序及提供適時之司法救濟途徑，亦應有合理規定，方符憲法維護基本權利之意旨；法律授權行政機關訂定之命令，為適當執行法律之規定，尤須對採取影響人民權利之行政措施時，其應遵行之程序作必要之規範。前述銀行法、信用合作社法及金融機構監管接管辦法所定之各種措施，對銀行、信用合作社之股東（社員）、經營者及其他利害關係人，既皆有重大影響，該等法規僅就主管機關作成行政處分加以規定，未能對作成處分前，如何情形須聽取股東、社員、經營者或利害關係人陳述之意見或徵詢地方自治團體相關機關（涉及各該地方自治團體經營之金融機構）之意見設置明文」，與憲法保障人民財產權之意旨未盡相符。

(七) 釋字第四九一號解釋：本號解釋亦涉及公務員之懲戒制度，惟與前開釋字第三九六號、釋字第四四六號解釋不同者，乃本號解釋係針對《公務員考績法》上關於免職之懲戒處分而發。大法官會議首先表示「中央或地方機關依公務人員考績法或相關法規之規定對公務人員所為免職之懲處處分，為限制人民服公職之權利，實質上屬於懲戒處分，其構成要件應由法律定之，方符憲法第二十三條之意旨」，進而認為「對於公務人員之免職處分既係限制憲法保障人民服公職之權利，自應踐行正當法律程序，諸如作成處分應經機關內部組成立場公正之委員會決議，處分前並應給予受處分人陳述及申辯之機會，處分書應附記理由，並表明救濟方法、期間及受理機關等，設立相關制度予以保障」。

(八) 釋字第五一二號解釋：本號解釋係針對民國八十一年七月二十七日修正公布之《肅清煙毒條例》第十六條前段關於限制被判處有期徒刑以下之罪之被告上訴至最高法院是否合憲，所作成之解釋。大法官會議認為「憲法第十六條保障人民有訴訟之權，旨在確保人民有依法定程序提起訴訟及受公平審判之權利，至訴訟救濟應循之審級、程序及相關要件，應由立法機關衡量訴訟案件之種類、性質、訴訟政策目的，以及訴訟制度之功能等因素，以法律為正當合理之規定」，上開規定係立法機關鑑於煙毒危害社會至鉅，及其犯罪性質有

施保安處分之必要，為強化刑事嚇阻效果，以達肅清煙毒、維護國民身心健康之目的，所設特別刑事訴訟程序，尚屬正當合理限制。

（九）釋字第五二三號解釋：本號解釋是針對《檢肅流氓條例》第十一條第一項所規定之留置處分是否合憲所作成之解釋。於此號解釋中，大法官會議再次重申「凡限制人民身體自由之處置，不問其是否屬於刑事被告之身分，國家機關所依據之程序，須依法律規定，其內容更須實質正當，並符合憲法第二十三條所定相關之條件，方符憲法第八條保障人身自由之意旨」，而認定上開規定對於法院得裁定留置之要件並未明確規定，其中除第六條、第七條所定之事由足認其有逕行拘提之原因而得推論具備留置之正當理由外，不論被移送裁定之人是否有繼續嚴重破壞社會秩序之虞，或有逃亡、湮滅事證或對檢舉人、被害人或證人造成威脅等足以妨礙後續審理之虞，均委由法院自行裁量，逕予裁定留置被移送裁定之人，就此而言已逾越必要程度，與憲法第八條、第二十三條規定意旨不符。

（十）釋字第五六七號解釋：本號解釋係就國家處於非常時期，得否逕依戒嚴地域內最高司令官之行政命令作成限制人民身體自由之處罰而發。在新任第七屆大法官所作成之該號首件解釋中明白闡釋：「人民身體之自由應予保障，非由法院依法定程序，不得審問、處罰，憲法第八條設有明文。戒嚴時期在戒嚴地域內，最高司令官固

得於必要範圍內以命令限制人民部分之自由，惟關於限制人身自由之處罰，仍應以法律規定，且其內容須實質正當，並經審判程序，始得為之」，從而認定《戡亂時期預防匪諜再犯管教辦法》關於國家機關得僅依思想行狀考核，若認有再犯之虞，即得對已服刑期滿之人民再行交付未定期限之管訓等相關規定，與《憲法》第八條及第二十三條之規定有所抵觸，國家縱處於非常時期，亦應不予適用。

綜合上述大法官會議之論點，大致上可歸納說明如次：

(一) 承認正當法律程序為憲法上之原則，而所謂正當法律程序乃程序法及實體法均須實質正當而言。此不僅與美國憲政發展趨勢相符，較諸於憲法上設有正當法律程序條款之日本，更是不遑多讓²⁸⁰。

(二) 在釋字第四八八號解釋出爐前，大法官會議作成之諸號解釋所涉及者均屬司法程序或軍事審判程序之正當程序問題，就行政機關作成不利益於人民之決定前應遵守如何之程序始為正當 (What process is due?)，則未有所著墨。惟於現代行政權愈益擴張之情況

²⁸⁰ 依日本國憲法第三十一條規定：「任何人非依法定程序，不得剝奪其生命、自由或科以其他刑罰」。依通說看法，均認本條乃屬美國憲法第五條及第十四條修正案「正當法律程序條款」之譜系(或有稱之為直系卑屬者)。既然如此，本條規定應可與美國憲法為同一之解釋，而認為本條規定要求程序法及實體法均須實質正當；惟有學者認為本條規定既無「正當」之文句，自不應與美國憲法為同一之解釋。田中英夫教授曾對此等學說之對立狀況，為以下之分類：(1)該條僅要求程序必須依法律規定之；(2)對實體雖然完全沒有限制，但對程序方面，不僅要求必須以法律規定，抑且要求程序「正當」；(3)雖然在程序及實體兩方面均要求必須以法律規定，但是法律內容之「正當」，則不在要求之範圍內；(4)除了在程序及實體兩方面，均要求必須以法律規定外，更要求其在程序方面，其內容必須合乎「正當」；(5)除了在程序及實體兩方面，均要求必須以法律規定外，更要求其內容在實體與程序兩方面，皆必須合乎「正當」。可見日本憲法上之正當法律程序條款雖繼受自美國，惟是否應與美國憲法正當程序條款為同一之解釋，學說上仍有歧異。詳細討論，參見佐藤功著，李鴻禧(譯)，「日本憲法第三十一條與正當法律程序諸問題—就其與行政程序之關係言」，憲政思潮，第六五期，民國七十三年三月，頁九七至一〇一；陳運財，前揭文(見註278)，頁三〇七至三一〇。

下，在刑罰、刑事程序之外，人民之自由或財產被行政權限制或剝奪之情形日益普遍，對於正當程序之需求，並不下於刑事罰；再者，從美國之經驗來看，該國正當程序條款最初亦僅涉及刑事程序，其後歷經法院之解釋適用，而逐漸擴張及於行政程序，使人民於行政程序中亦得受到正當程序條款之保障²⁸¹。可喜的是，在台灣，大法官會議亦已體察此一潮流趨勢。釋字第四八八號解釋首度觸及行政機關作成不利益於人民之決定前應予人民如何之程序保障問題，大法官會議於此號解釋中固未明白揭櫫正當程序之內容，惟透過《憲法》第十五條關於財產權保障及第二十三條比例原則之規定，推演出行政機關在作成不利益處分前，應予當事人陳述意見之機會，在此一解釋中，大法官似乎已採取前開學理上「基本權利附隨程序的保障理論」之立場；釋字第四九一號同樣也是透過《憲法》第十八條人民有服公職權利及第二十三條比例原則之規定，進一步闡釋行政程序中之正當程序之內涵，認為在作成免職處分前，應踐行“正當法律程序”，即「作成處分應經機關內部組成立場公正之委員會決議，處分前並應給予受處分人陳述及申辯之機會，處分書應附記理由，並表明救濟方法、期間及

²⁸¹ 由於日本國憲法第三十一條出現「其他刑罰」之文句，故一般均認為第三十一條乃針對刑事程序而言，行政程序尚不與焉。惟基於美國之經驗，仍有主張行政程序有第三十一條之適用或至少類推適用。實務方面，早期最高法院認為本條僅適用於刑事程序，晚近則採「制定法準據主義」，認為依制定法之解釋，亦有納入「適正程序」（正當程序）法理之餘地，毋須逕自援引憲法第三十一條之規定。但此仍未就憲法第三十一條是否得適用於行政程序予以正面之肯定。詳見劉宗德，「日本行政調查制度之研究」，收錄於氏著，行政法基本原理，台北·學林，一九九八年八月，初版，頁二四四至二四五；佐藤功著，李鴻禧（譯），前揭文（見上註），頁一〇一至一〇五。

受理機關等」，大法官會議能隨時體察憲政脈動，於此又一適例。

(三) 就正當程序之內涵而言，因個案而有不同之要求。惟上開解釋均以「申辯」、「言詞辯論」等為其正當程序之共同內涵²⁸²，足見意見之表達(聽審)實為正當程序之最基本要求。

綜上所述，本文以為，在台灣關於行政程序中聽審之要求可由人性尊嚴理念所衍生之民主原則及法治國原則所導出。「基本權利附隨程序的保障」理論可供釋憲上之參考，實際上亦為大法官會議所採取，自有可採擷之處；「訴願權」說與現行法制不符，尚非合適之法理基礎。身為「憲法之維護者」之大法官會議，於憲法之變遷與成長，扮演著極為重要之角色。近年來，大法官針對「正當法律程序」理論在台灣法制之適用提出頗多具有開創性之見解，並明白闡釋行政機關作成不利益人民之決定前應遵循正當法律程序，於人民權益之保障，自有其劃時代之意義。

第三項 作成行政處分程序之聽審保障

台灣《行政程序法》關於聽審制度分設「聽證程序」(第五十四條以下)及「陳述意見」(第一百零二條以下)兩種程序。相較於「陳

²⁸² 固然釋字第四三六號未直接明文提及軍事審判程序之建制應否賦予當事人言詞辯論之機會，惟言詞辯論乃是「審判」的核心制度，言詞辯論為軍事審判程序建制之當然要求，應無可置疑之處。

述意見」程序，「聽證程序」更為正式與慎重²⁸³。本文以下即分就「陳述意見」程序與「聽證程序」予以論述如次。

第一款 陳述意見程序

陳述意見程序乃規定於「行政處分」章中，故陳述意見程序僅於作成行政處分時有其適用，與聽證程序有所不同(詳後述)。以下即分就適用範圍及其程序要項說明如次：

²⁸³ 美國聯邦行政程序法關於「規則訂定」(rulemaking)及「行政裁決」(adjudication)程序，依其行政行為之作成是否須以行政程序所發展出來的「紀錄」(records)或稱「行政紀錄」(administrative records)所載者為準，可分別進一步區分為「正式程序」(formal procedure)與「非正式程序」(informal procedure)。就行政裁決程序而言，在正式程序中，為使當事人或利害關係人於行政機關作成行政處分前，有參與決策之機會，當事人或利害關係人不僅得於程序中陳述事實、說明理由以及提議和解或修正建議之機會(5U.S.C. §554(c))，並有權以言詞或書面方式提出攻擊或防禦方法，為充分及真正發見事實，並得互相詰問(cross-examination)(5U.S.C. §556(d))，因此有稱之為「審判型之聽證程序」(trial-type hearing)或「準司法式的聽證」(quasi-judicial hearing)。參見張劍寒，前揭文(見註264)，頁十七。至於非正式程序，則未如正式程序般設有詳細規定，遂使前者成為一個「除餘類型」，凡非屬「規則訂定」，又不需依「行政紀錄」作成裁決者，概屬非正式的裁決程序。在實務運作上，美國法院認為，於非正式的裁決程序中，至少應符合「給利害關係人參與意見之機會」、「禁止片面接觸」、「理由附記」等程序要件，而依據學者之實証研究，於非正式的裁決程序中最常使用的四種程序要件分別為通知、聽證(以書面或口頭方式提供意見)、說明理由以及中立公正的決策者等。參見羅傳賢，前揭書(見註257)，頁一八九至一九〇；P. Verkuil, *A Study of Informal Adjudication Procedures*, 43U. CHI. L. REV. 739(1976)。引自湯德宗，前揭文(見註251)，頁八二八。德國《聯邦行政程序法》將行政程序區分為一般程序(第九條以下)及特種程序(第六十三條至第七十八條)，而後者又區分為正式行政程序(第六十三條至七十一條)以及確定計畫程序(第七十二條至七十八條)，於此三種程序均設有聽審(用語均為Anhörung，但實質內涵不同)之明文規定。於一般程序，依第二十八條第一項規定：「在作成干涉當事人之行政處分前，應給予當事人就與決定有重要性之事實陳述意見之機會」，至於陳述意見之方式，法律並無明文規定，故應採書面或口頭，由行政機關依合義務性裁量加以決定。陳英淙，「德國行政程序法中聽證規定之研究」，收錄於城仲模(編)，*憲法體制與法治行政*(城仲模教授六秩華誕祝壽論文集(二)行政法總論篇)(見註278)，頁二八四。於正式程序中，行政機關在作成行政處分前，應經言詞辯論(§67 I VwVfG.)。行政機關於辯論程序中，應給予當事人對案件表示意見之機會，行政機關於訊問證人或鑑定人及為勘驗時，當事人有權在場，並對之提出有益於案件之問題。書面鑑定書應分送當事人，使當事人得對於鑑定書提出意見(§§66、67I VwVfG.)。可見，正式行政程序中之聽審程序較具司法化色彩，而一般程序中之聽審則無應行言詞辯論之要求，可謂係「簡易的聽審」。為使行政機關發揮行政效率，俾使行政程序免於司法化、訴訟化，故該法第十條規定，原則上應行一般程序，僅於其他法規有特別規定應適用正式程序時，始適用正式程序。

一、適用範圍：依第一百零二條規定：「行政機關作成限制或剝奪人民自由或權利之行政處分前，除已依第三十九條規定，通知處分相對人陳述意見，或決定舉行聽證者外，應給予該處分相對人陳述意見之機會。但法規另有規定者，從其規定」。因此，原則上，行政機關於作成不利益處分前，應予處分相對人陳述意見之機會，僅於以下三種情形，得免除之：

(一) 已依第三十九條規定，通知處分相對人陳述意見：按依第三十九條規定：「行政機關基於調查事實及證據之必要，得以書面通知相關之人到場陳述意見，...」。由於行政機關應依職權調查證據(第三十六條)，行政機關因調查事實，自有訊問知悉相關事實之人之必要，乃有第三十九條之設。由於處分相對人於行政機關調查證據時，就相關之事實既已有陳述之機會，乃第一百零二條規定將之列為免除陳述意見程序之事由。惟本文以為陳述意見程序乃賦予處分相對人就系爭案件表達其事實上及法律上意見之機會，藉以影響行政機關處分之作成，與於行政機關調查程序中就行政機關調查之事項所為之陳述，不僅目的不同，且陳述之範圍亦有差異(後者偏重於事實之陳述，且多僅就行政機關調查事項之範圍為陳述)，將之列為免除事由，尚有斟酌之餘地²⁸⁴。

²⁸⁴ 有學者即認為調查事實過程可能相當漫長，其時所作意見表示，可能與作成處分的重要事實無關，如何能以其在調查事實期間曾表示過意見，於嗣後作成處分前即不再予表示意見之機會。

(二) 決定舉行聽證時：由於聽證程序較陳述意見程序更為正式與慎重，行政機關既已決定舉行聽證，則自應免除陳述意見程序，以免造成程序重覆，而影響行政效率。

(三) 法規另有規定：除其他法規另有規定外，第一百零三條列舉了八款行政機關得不予相對人陳述意見機會之事由。與德國聯邦行政程序法相較²⁸⁵，除前四款事由²⁸⁶與德國法相似外，其餘四款均為德法所無。第五款事由為「行政處分所根據之事實，客觀上明白足以確認者」，事實既已客觀明確，行政機關當依法行政，基於行政效率之考量，自無予當事人陳述意見機會之必要；第六款事由為「限制自由或權利之內容及程度，顯屬輕微，而無事先聽取相對人意見之必要者」，由於輕微與否，各人感受不同，基於保護人民權益之優先考量，適用本款事由時，應為嚴格之解釋；第七款事由為「相對人於提起訴訟前依法應向行政機關聲請再審查、異議、復查、重審或其他先行

較諸德國《聯邦行政程序法》第二十八條第一項之規定：「在作成干涉當事人之行政處分前，應給予當事人就與決定有重要性之事實陳述意見之機會」，本法第一百零二條之用語顯然較不嚴謹。參見湯德宗，前揭文（見註 251），頁八〇三。但值得稱許者，德國法上開規定之適用，僅限於作成干涉當事人之行政處分，德國學說上對此一規定之用語過窄迭有批評，認為應擴大及於所有加負擔行政處分，如對於人民請求給與有利法律地位之申請為消極駁回之行政處分，其對人民之不利益並無不同，故亦應給與陳述意見之機會。就此而言，台灣《行政程序法》第一百零二條之文字，較德國法上開規定為合理。陳敏，前揭書（見註 252），頁七六二（註六）。

²⁸⁵ 基於行政效率等公益之考量，德國《聯邦行政程序法》第二十八條第二項除授權行政機關得依個別案件之情況，認為無聽審之必要時得免除聽審義務外，並明文列舉數項情形，使行政機關得據以免除聽審之義務：(1) 因有遲誤之危險，或為公益所必要，須為立即之決定者；(2) 因聽審將難以遵守應作成決定之期限；(3) 由當事人在其申請或聲明中所為之事實說明，不致產生不利於當事人之不同認定者；(4) 行政機關應作成一般處分或大量之行政處分，或應以自動化設備作成行政處分者；(5) 在行政執行中應作成之措施。又依同條第三項規定，有重大之公益理由反對聽審時，亦不得舉行之。

²⁸⁶ 此前四款事由分別為：(1) 大量作成同種類之處分；(2) 情況急迫，如予陳述意見之機會，顯然違背公益者；(3) 受法定期間之限制，如予陳述意見之機會，顯然不能遵行者；(4) 行政強制執行時所採取之各種處置。

程序者」，本款之立法意旨乃在於此等先行程序中，相對人既有陳述意見之機會，則於行政處分作成前，實毋庸再予相對人陳述意見之機會，以免行政程序受到延滯。惟「預防勝於治療」，再多的事後救濟程序，未若予相對人於行政處分作成前有參與之機會，此不僅有助於行政機關事實之認定，使行政處分得以合法且適當地被作成；且因相對人於事前已參與程序，對於行政機關作成處分之理由已有相當之了解，而樂於接受，不再訴諸行政救濟程序，使行政目的更能迅速有效地達成。本款列為免除事由之一，可見立法者尚未能體會陳述意見所能發揮之功能²⁸⁷；第八款事由為「為避免處分相對人隱匿、移轉財產或潛逃出境，依法律所為保全或限制出境之處分」，此一事由非不能為第二款事由所涵蓋，置列本款，不無蛇足之嫌²⁸⁸。

二、程序要項：茲就陳述意見程序之相關程序要項分述如次：

（一）權利主體：依第一百零二條規定，似僅「處分之相對人」享有陳述意見之機會。惟於對相對人之授益處分同時產生對第三人負擔效果之第三人效力處分之情形，處分相對人固因處分對其有利而依法不得陳述意見，惟第三人既因該處分對之產生負擔之效果，且實務上對第三人提起行政訴訟之利益亦逐漸放寬²⁸⁹，似無限制具有利害

²⁸⁷ 吳庚大法官亦認為第七款之先行程序已屬救濟階段，與作成處分之前給予將受不利益之相對人陳述意見機會，係屬兩事。參見氏著，前揭書（見註 262），頁五四九。

²⁸⁸ 同上註。

²⁸⁹ 詳細討論，參見吳庚，前揭書（見註 262），頁三二三至三二六。

關係之第三人陳述意見之理²⁹⁰。

(二) 事前通知：行政機關應給予相對人陳述意見之機會時，自應通知相對人，使其知悉應於何時就何事陳述其意見。至於通知之方式，第一百零四條規定原則上以書面為之²⁹¹，但亦得以言詞通知相對人，並作成紀錄，於必要時(例如相對人為數眾多時)並應予以公告。此外，聽證時間及地點之訂定，應適當考量處分相對人之便利及需要，台灣《行政程序法》雖無明文規定，但為使相對人之陳述意見得以發揮其實益，此應為當然之解釋，惟不妨予以明文規定，以隨時提示行政機關予以注意。

(三) 陳述意見：若處分之相對人以書面陳述意見，則相對人應於通知書規定之期限內提出陳述書，為事實上及法律上之陳述²⁹²(第一百零五條第一項)；以言詞陳述意見者，則應於規定之期限內，以言詞向行政機關陳述意見，由行政機關作成紀錄(第一百零六條)，若相對人不於期限內提出陳述書或以言詞陳述者，視為放棄陳述之機會(第一百零五條第三項)。所謂視為放棄陳述之機會，應認為僅相對

²⁹⁰ 相同見解，陳敏，前揭書(見註 252)，頁七六一。惟第一百零五條第二項規定：「利害關係人亦得提出陳述書，為事實上及法律上陳述，但應釋明其利害關係之所在」，因此，利害關係人係「得」陳述意見，行政機關並非「應」予利害關係人陳述意見之機會，行政機關自不負予利害關係人陳述意見機會之義務。

²⁹¹ 通知書上應記載：(1) 相對人及其住居所、事務所或營業所；(2) 將為限制或剝奪自由或權利行政處分之原因事實及法規依據；(3) 得依第一百零五條提出陳述書之意旨；(4) 提出陳述書之期限及不提出之效果；(5) 其他必要事項。

²⁹² 與德國《聯邦行政程序法》第二十八條第一項僅規定「陳述事實」相較，本法之規定顯然較為合理與務實。

人不得向行政機關為陳述意見之法律上請求，於期限後之意見陳述為行政機關列入斟酌者，尚不得指為違法。至於陳述意見程序應否公開為之，法無明文。本文以為基於本法要求行政行為遵守公正、公開及第四十七條規定之立法意旨（參見第一條），除法律有特別規定者外，仍以公開程序行之為宜。

（四）公平程序：關於程序公平之制度設計上，本法分別設有以下規定：

1. 迴避：行政程序之進行應力求公正、公平。公務員處理行政事件時，必須公正無私，始能確保當事人之權益，並維護行政機關之威信。為此，本法於總則章第三十二條及第三十三條分別設有自行迴避²⁹³、申請迴避²⁹⁴及命令迴避²⁹⁵之規定，以求程序之公平進行。

2. 片面接觸之禁止：本法參酌美國立法例²⁹⁶，於總則章第

²⁹³ 第三十二條規定，公務員在行政程序中，有下列情形之一者，應自行迴避：(1) 本人或其配偶、前配偶、四親等內之血親或三親等內之姻親或曾有此關係者為事件之當事人時；(2) 本人或其配偶、前配偶，就該事件與當事人有共同權利人或共同義務人之關係者；(3) 現為或曾為該事件當事人之代理人、輔佐人者；(4) 於該事件曾為證人、鑑定人者。

²⁹⁴ 第三十三條第一項規定，公務員有下列情形之一者，當事人得申請迴避：(1) 有前條所定之情形而不自行迴避者；(2) 有具體事實，足認其執行職務有偏頗之虞者。

²⁹⁵ 第三十三條第五項規定，有第三十二條所定情形不自行迴避，而未經當事人申請迴避者，應由該公務員所屬機關依職權命其迴避。

²⁹⁶ 美國聯邦行政程序法規定：「利害關係人不得於機關之外，與機關之任何成員，行政法官或其他被合理期待當然或可能參與決定程序之官員，就有關於程序中案情內容造成或故意促成片面溝通。機關成員、行政法官或其他被合理期待當然或可能參與決定程序之官員，不得與任何利害關係人，在機關之外就有關於程序中案情內容造成或故意促成片面溝通」(5U.S.C. § 557(d)(1)(A)(B))。若有違反，則應將所有書面溝通資料，敘述所有口頭溝通要旨之備忘錄及針對前二者所作之所有書面答覆和敘述所有口頭答覆要旨之備忘錄等資料，列入程序中之官方記錄 (public record) (5U.S.C. §557(d)(1)(C))，予以公開。而違反之當事人並得被要求說明他的主張或利益不應在程序中被廢棄、拒絕、忽視之理由，或其他因違反而造成不利益影響之情形 (5U.S.C. §557(d)(1)(D))。由於正式的行政裁決程序須以行政紀錄為行政處分作成之依據，若容許程序外的片面接觸以影響行政機關的決定，無異剝奪其他當事人答辯的機會，並將腐蝕正式裁決程序須完全以行政紀錄所載者作為決策依據之原則，使聽證程序流為形式。參見湯德宗，前

四十七條²⁹⁷明文揭禁「禁止片面接觸」原則，使此一原則不僅適用於聽證程序，於陳述意見程序亦有其適用，與美國司法實務認為禁止片面接觸原則亦適用於非正式之行政裁決程序之見解相符²⁹⁸，頗值得肯定。

(五)卷宗閱覽權：當事人之聽審權與卷宗閱覽權，息息相關。因當事人必須閱覽在行政機關之有關卷宗，始能對行政機關調查之事實，有效表示其意見²⁹⁹。因此，卷宗閱覽權對於當事人之能充分有效地行使其意見陳述權，有其密不可分之關係。本法於總則章第四十六條第一項規定：「當事人或利害關係人得向行政機關申請閱覽、抄寫、複印或攝影有關資料或卷宗，但以主張或維護其法律上利益有必要者為限」。惟基於公益或私益之考量，當事人閱覽卷宗權亦非毫無限制，故本法於同條第二項列舉行政機關得以拒絕當事人申請閱覽卷宗之事由³⁰⁰，以為限制。即使如此，為使人民得以充分而有效地陳述其意見，關於例外事由之解釋，仍應從嚴。

(六)選任代理人之權：在法治國家之行政程序中，當事人之

揭文（見註 251），頁八二六至八二七。

²⁹⁷ 該條規定：「公務員在行政程序中，除基於職務上之必要外，不得與當事人或代表其利益之人為行政程序外之接觸。公務員與當事人或代表其利益之人為行政程序外之接觸時，應將所有往來之書面文件附卷，並對其他當事人公開。前項接觸非以書面為之者，應作成書面紀錄，載明接觸對象，時間、地點及內容」。

²⁹⁸ 參見註 283 之說明。

²⁹⁹ 翁岳生，前揭文（見註 259），頁二五一。

³⁰⁰ 其事由有五：(1) 行政決定前之擬稿或其他準備作業文件；(2) 涉及國防、軍事、外交及一般公務機密，依法律規定有保密之必要者；(3) 涉及個人隱私、職業秘密、營業秘密，依法律規定有保密之必要者；(4) 有侵害第三人權利之虞者；(5) 有嚴重妨礙有關社會治安、公共安全或其他公共利益之職務正常進行之虞者。

法律上利益，無論在法律上及事實上，必須皆能由本人或由其所授權之人主張之，故當事人原則上得由其代理人代理之³⁰¹。本法第二十四條第一項規定：「當事人得委任代理人。但依法規或行政程序之性質不得授權者，不得為之」，原則上亦肯認當事人於行政程序中有委任代理人之權；且「代理權之授與，及於該行政程序有關之全部程序行為」（同條第三項）。又當事人參與程序，不僅在於保護自己之權益，亦在於能確實地發現真實，以促使行政權能合法適當地被行使，當事人若有法律專業人士之協助參與，當有助於行政程序之進行及行政目的之達成。因此，就代理人之資格應否限於具有法律專業之人士，應就上開目的予以權衡思考，而不能僅就私益保障為單面之思考³⁰²。

（七）理由之附記：行政機關說明理由之義務亦與人民聽審之權利，存有不可分割之關係，蓋只有行政機關在其決定中說明理由，才可以向當事人或利害關係人顯示已就其所提出之事項為合義務之考慮，並予適當之評價，使當事人之聽審權利得以圓滿的行使³⁰³。本法第九十六條規定，行政處分以書面為之，或以書面以外方式為之，而處分機關基於相對人或利害關係人具有正當理由之要求，作成書面確認者，應記載「主旨、事實、理由及其法令依據」。準此，可予以

³⁰¹ 陳敏，前揭書（見註 252），頁七七二。

³⁰² 德國《聯邦行政程序法》第十四條第五項即規定代理人須為具有開業處理他人法律事務資格之人。

³⁰³ C. H. Ule, *Zur Bedeutung des Rechtsstaatsbegriffs in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts*, DVBl. 1963, 477. 引自洪家殷，「論行政處分之理由說明（上）」，政大法學評論，第五二期，民國八十三年十二月，頁九六。

說明如次：

1. 在美國，不論是正式程序或非正式程序，理由之說明已成為正當法律程序之當然要求³⁰⁴；於德國，該國《聯邦行政程序法》亦設有專條規定³⁰⁵。基於理由說明於現代法治國家所具有之意義及功能³⁰⁶，台灣《行政程序法》雖僅於規定書面行政處分應記載事項之各款中，於其中一款簡要地規定書面行政處分「應記載理由」，但行政機關於理由說明中，應交代其決定所考慮之事實上或法律上之主要理由，於裁量決定中，並須說明其行使裁量權之著眼點，乃屬當然。

2. 應說明理由之行政處分以具有書面形式之行政處分為限，用書面以外方式作成之行政處分，如口頭、手勢等，由於事實上之困難，以及基於行政效率與便宜性之考量，原則上不須承擔此項義務³⁰⁷。至於以書面確認之行政處分，主要係指行政程序法第九十五條

³⁰⁴ 參見註 283 之說明。

³⁰⁵ 德國《聯邦行政程序法》第三十九條規定：「以書面作成或以書面確認之行政處分，應以書明說明理由，行政機關應於理由中說明其決定所考慮之事實上或法律上之主要理由。行政機關於裁量決定之理由中，亦須說明其行使裁量權之著眼點」（第一項）；「下列情形，得不說明理由：（1）對於請求行政機關予以准許，或對於聲明予以接受，且該項行政處分未涉及他人權利者；（2）行政處分所指定之人或其所涉及之人，已知悉行政機關對事實或法律之觀點，或雖未以書面說明其理由，而當事人亦即時可知者；（3）行政機關作成大量同種類之行政處分或藉自動機器之設備作成之行政處分，依其情形，於個別案件中，不要求說明理由者；（4）依法規之規定，不必說明理由者；（5）一般處分經公告者」（第二項）。依德國通說見解，裁量處分之理由說明義務，不僅要求行政機關告知有行使裁量權之情形，亦要求行政機關告知對於利害關係得失衡量之情形，亦即須告知按照具體情況而衡量一切公共或私人利益時所為之考慮。R. Dolzer, *zum Begründungsgebot im gelten Verwaltungsrecht*, DÖV, 1985, S. 9ff. 引自郭佳瑛，「論行政法上強制說明理由之原則」，收錄於城仲模（編），*行政法之一般法律原則*（二），台北•三民，民國八十六年七月，初版，頁五六〇。

³⁰⁶ 依學者研究，理由說明至少具有五大功能：（1）控制功能；（2）和平功能；（3）權利保護功能；（4）證據功能；（5）減輕負擔功能。參見洪家殷，前揭文（註 53），頁九九至一〇三。

³⁰⁷ Stelkens, in: Stelkens/bonk/Leonhardt, *VwVfG.*, §39Rn. 7, 引自洪家殷，前揭文（見註 303），頁一〇三。

第二項所規定之情形，亦即以書面以外方式所為之行政處分，其相對人或利害關係人有正當理由要求作成書面時，處分機關不得拒絕，應以書面予以確認。

(八) 違反陳述意見程序相關規定之法律效果：就此一問題，可分二方面加以說明：

1. 於行政處分作成前：此時依本法第一百七十四條規定：「當事人或利害關係人不服行政機關於行政程序中所為之決定或處置，僅得於對實體決定聲明不服時一併聲明之。但行政機關之決定或處置得強制執行或本法或其他法規另有規定者，不在此限」。

2. 於行政處分作成後：除行政處分具有重大明顯之瑕疵而罹於無效³⁰⁸外：

(1) 於法律有明文規定得補正者，可補正其瑕疵：就理由附記與陳述意見而言，本法第一百十四條第一項第二、三款分別規定「必須記明之理由已於事後記明者」、「應給予當事人陳述意見之機會已於事後給予者」，原有違反程序或方式規定而具有瑕疵之行政處分，均因而補正，而為無瑕疵行政處分。惟法律之所以賦予當事人陳述意見之權利，乃在於希望透過程序之參與，以影響行政機關處分之作成。於處分作成後，始賦予當事人陳述意見之權利，斯時行政機關

³⁰⁸ 參見本法第一百十一條第七款。

之成見已成，事後意見之陳述所能發揮之功效，本文深感質疑。至於補正之時點，原則上僅得於訴願程序終結前為之；得不經訴願程序者，僅得於向行政法院起訴前為之（第一百十四條第二項）。

(2) 於法律未明文規定得予補正，或雖得補正而未為補正者，參諸本法第一百五條規定：「行政處分違反土地管轄之規定者，除依第一百十一條第六款規定(按：指違反專屬管轄之規定或行政機關缺乏事務權限者)而無效者外，有管轄權之機關如就該事件仍應為相同之處分時，原處分無須撤銷」，可見本法僅限於違反土地管轄之規定而不影響於實體決定時，原處分始無庸撤銷；且基於程序之嚴守對於實體權利之保障具有重要意義之觀點，本文認為違反程序規定之瑕疵，於法律未明文規定得予補正或雖得補正而未為補正之情形，應撤銷原處分³⁰⁹。

第二款 聽證程序

較諸陳述意見程序，聽證程序有更為嚴謹、慎重之程序要求。以下亦分就適用範圍及程序要項說明如次。

一、適用範圍：應適用聽證程序之行政行為，依本法第五十四條³¹⁰及第一百零七條規定，依下列標準定之：

³⁰⁹ 相同見解，參見陳敏，前揭書(見註 252)，頁四二三。

³¹⁰ 第五十四條規定：「依本法或其他法規舉行聽證時，適用本節(按：聽證程序)規定」。

(一) 依其他法規舉行聽證時：因此其他行政行為若其他法規定有舉行聽證之明文，亦可適用聽證程序，並不限於行政處分。惟本文既以行政處分為中心，自僅以行政處分為討論範圍。其次，由於台灣目前並無任何法規規定應舉行聽證，故本款效力之發揮，有待於未來立法之落實。

(二) 依本法舉行聽證時：所謂依本法，乃指第一百零七條之情形。依第一百零七條規定：「行政機關遇有下列各款情形之一者，舉行聽證：一、法規明文規定應舉行聽證者；二、行政機關認為有舉行聽證之必要者」，台灣目前並無法規明文規定應舉行聽證，已如前款所述外，就第二款情形，由於是否舉行聽證，取決於行政機關之態度，使作成行政處分是否舉行聽證無異完全委由行政機關之裁量，故本款規定頗受學者訾議³¹¹。

二、聽證程序：本法就聽證程序之程序要項頗多參酌美國法者，茲將其程序要項分述如次：

(一) 權利主體：依本法第五十五條第一項「行政機關舉行聽證前，應以書面……通知『當事人』及其他已知之『利害關係人』，必要時並公告之」之規定，可知處分相對人及利害關係人均享有參與聽證之權利。

³¹¹ 吳庚大法官即認為本條規定十足反映行政機關「聽證（言詞辯論）恐懼症」，加上第一百零三條聽取相對人陳述意見義務之免除條款，行政程序之精華可謂喪失殆盡。參見氏著，前揭書（見註 262），頁五四六。

(二) 事前通知：關於舉行聽證之事前通知，與陳述意見程序通知之不同，除通知書所載事項以及聽證程序之通知不得以言詞為之外³¹²，最大之差異乃在本法要求行政機關於決定聽證期日及場所時，「應視事件之性質，預留相當期間，便利當事人或其代理人參與」(第五十五條第三項)，以使利害關係人得有充分時間，預為準備，並使聽證程序能發揮其最大之功能。

(三) 預備聽證：由於舉行聽證之案件多具有案情複雜、牽涉之利害關係廣泛之性質，為使聽證程序有順序、有效率地進行，本法乃參酌美國行政程序法之規定³¹³，設有「預備聽證」之制度，藉以於聽證期日前，議定聽證程序之進行、釐清爭點、提出有關文書及證據，甚至變更聽證之期日、場所與主持人(第五十八條第二項)。預備聽證之進行仍應作成紀錄(第五十八條第三項)。

(四) 公平聽證：除總則章中關於迴避及片面接觸禁止原則於聽證程序亦有其適用外，本法另於第五十七條規定：「聽證，由行政機關首長或其指定人員為主持人」；及第六十二條第一項規定：「主持人應本中立公正之立場，主持聽證」，以確保聽證程序之公平進行。

³¹² 第五十五條第一項「行政機關舉行聽證前，應以書面記載下列事項，並通知當事人及其他已知之利害關係人，必要時並公告之：一、聽證之事由與依據。二、當事人之姓名或名稱及其住居所、事務所或營業所。三、聽證之期日及場所。四、聽證之主要程序。五、當事人得選任代理人。六、當事人依第六十一條所得享有之權利。七、擬進行預備程序者，預備聽證之期日及場所。八、缺席聽證之處理。九、聽證之機關」。

³¹³ 由於正式的聽證程序十分繁瑣，為使案件得以順利進行，以避免人力、物力的浪費，美國聯邦行政程序法乃設有準備會議(prehearing conference)之規定，經由當事人之同意舉行會議以解決或簡化爭端(5U.S.C.(c)(6))。

惟行政機關乃是系爭案件之「利害關係人」，由機關首長或其所指定之人主持聽證，難免其為機關之政策辯護，而失其公平性。有鑑於此，參考美國法制，以建立一套足以保證聽證主持人之獨立性與公正性之制度，應是未來立法之努力方向³¹⁴。

(五) 公開聽證：為保障人民權益及維持聽證之客觀，本法第五十九條第一項規定：「聽證，除法律另有規定外，應公開以言詞為之」。但若公開顯然有違背公益之虞或公開對當事人利益有造成重大損害之虞者，聽證主持人得依職權或當事人之申請，決定全部或一部不公開(同條第二項)。

(六) 聽證權之內容：當事人於聽證時，得陳述意見，提出證據，經主持人同意後並得對機關指定之人員、證人、鑑定人、其他當事人或其代理人發問(第六十一條)。

(七) 聽證紀錄：聽證，應作成聽證紀錄，載明到場人所為陳述或發問之要旨及其提出之文書、證據，並記明當事人於聽證程序進行中聲明異議之事由及主持人對異議之處理(第六十四條第一、二項)。至於聽證紀錄之效力，原則上其並非為行政處分之唯一基礎，

³¹⁴ 為保持聽證主持人(得由機關首長或合議制機關之委員或行政法法官任之，實務上前兩者極少主持聽證，率由行政法法官為之)獨立超然之地位，美國聯邦行政程序法規定凡曾參與本案調查作業之公務員，不得主持聽證，或依聽證所得證據建議裁決，亦不得受該機關內職司調查或起訴之官員之監督(5U. S. C. §554(d)(2))，且其懲戒處分僅能由功績制度維護委員會(Merit System Protection Board)以聽證為之(5U. S. C. §7521)；其薪資則是由人事管理處(Office of Personnel Management)決定(5U. S. C. §5372)，使各該服務機關首長無從左右。參見湯德宗，前揭文(見註251)，頁八二七至八二八；B. Schwartz，羅傳賢(譯)，「公平聽證要求與行政法法官」，憲政思潮，第八九期，民國七十九年三月，頁一〇三。

僅於法規明定應依聽證紀錄作成處分者，始要求作成行政處分之依據及理由必須能夠在聽證紀錄中獲得支持(第一百零八條第一項³¹⁵參照)。

(八)違反聽證保障之效果：此處大體上與前述「陳述意見」程序所論述者同，所不同者，乃於作成行政處分前，未予當事人聽證之機會者，解釋上應不得補正，蓋第一百十四條第一項第三款乃規定：「應給予當事人『陳述意見』之機會已於事後給予者」，為確保聽證程序之嚴格遵守，不應認為未予當事人聽證之機會可類推適用本款予以補正³¹⁶。

另外，關於卷宗閱覽權及選任代理人之權，由於均規定於總則章中，本文於「陳述意見」程序中已有所論及，茲不贅述。

第四項 《行政許可法》聽審制度之再建構

近二十年來，配合著經濟改革的深化，大陸法制的發展一掃建政以來之滯後與晦暗，全力朝現代化之法制建設努力邁進。在行政法的發展上，自改革開放以來，行政法之發展從對行政權的重建與保

³¹⁵ 第一百零八條第一項規定：「行政機關作成經聽證之行政處分時，除依第四十三條之規定外，並應斟酌全部聽證之結果。但法規明定應依聽證紀錄作成處分者，從其規定」；第四十三條則規定：「行政機關為處分或其他行政行為，應斟酌全部陳述與調查事實及證據之結果，依論理及經驗法則判斷事實之真偽，並將其決定及理由告知當事人」。

³¹⁶ 陳敏，前揭書(見註252)，頁七六五。

護，過渡到對公民權益之保護提供事後救濟，再進展到行政行為行使之事前控制，以「提前」保障公民之權益，其間所取得之成就，至為令人矚目，此於本文第二章第二節業已論述甚詳，於茲不贅。國家機關在作成與人民權益有關之決定前，提供人民參與之機會（尤指聽審之機會），不僅具有彰顯民主原則之積極意義，抑且有助於事實之發現，並增強人民對於行政決定之信服度，從而減少日後尋求行政救濟之可能性，於行政效率之提昇自有裨益。大陸立法者似亦體察此情，故於一九九六年所制訂之《行政處罰法》，即首度引進聽審制度，使受處罰之當事人，在行政機關作出責令停產停業、吊銷許可證或者執照、較大數額罰款等行政處罰決定之前，有請求聽證之權利（參見該法第十四條第一款）。固然其中仍有諸多未盡如人意之處³¹⁷，惟相較於該法在起草過程中，一度為立法者將試擬稿草案所擬訂之十條規範聽證制度之條文刪除到僅剩一條³¹⁸，該法之立法成就仍值得讚許。此或許是受到中國傳統上認為個人在法律上的地位幾近全無，一個受到國家指控的人不會是一個好人，給他為自己申辯的權利是多餘而沒有必要的，如果他要為自己申辯，所招致的往往是在一片責罵聲中的一陣重刑鞭打等法律文化觀念之影

³¹⁷ 詳見本文第二章第二節第三項第二款之說明。

³¹⁸ 該條即草案第三十一條：「當事人有權進行申辯和質證。行政機關必須充分聽取當事人的意見，對當事人提出的事實、理由和證據，應當進行復核，不得因當事人的申辯和質證而加重處罰」。

響，由此可見在行政程序中確立聽審制度之困難所在³¹⁹。

雖然如此，本法在規整現行實務上行政許可亂象之同時，亦能掌握潮流脈動，踵繼《行政處罰法》引進聽審制度之立法精神，明文規定在一定條件下，受許可人享有一定程度之聽審權利，立法者維護人民程序權利之用意，實值得肯定。惟或許是上開傳統法律文化觀念縈繞心頭、揮之不去，本法關於聽審制度之設計不僅有諸多缺失尚待填補之處，甚且部分規定較諸國務院版草案更顯得保守。按由上開台灣《行政程序法》關於聽審制度之相關規定可知，聽審保障乃是由一系列程序保障所綜合構成，若欠缺相關之程序保障，則聽審制度之效果將大打折扣，甚至流於具文。綜觀本法，本文以為本法關於聽審制度之設計尚有如下之缺失有待日後修法改進：

一、當事人享有陳述權、申辯權之規定過於簡略，欠缺可操作性：本法第七條前段規定：「公民、法人或者其他組織對行政機關實施行政許可，享有陳述權、申辯權」；第三十六條規定：「行政機關對行政許可申請進行審查時，發現行政許可事項直接關係他人重大利益的，應當告知利害關係人。申請人、利害關係人有權進行陳述和申辯。行政機關應當聽取申請人、利害關係人的意見」。對照本法於第

³¹⁹ 章劍生，行政程序法比較研究，杭州·杭州大學出版社，一九九七年八月，第一版，頁一九三至一九四。

四章第四節特設「聽證」專節觀之，此處所謂陳述權、申辯權應與台灣《行政程序法》所稱「陳述意見」相當。互核前開二條文規定，第七條之規定應屬本法就申請人或利害關係人享有陳述權、申辯權為原則性之宣示規定，第三十六條方屬陳述權、申辯權行使之具體性規定。第三十六條明文保障利害關係人在特定條件下得享有陳述權、申辯權，使行政機關在實施行政許可時，對於相關利害關係人之利益不致有所偏廢或忽視，其立意自值得肯定。惟依該條文義觀之，申請人似僅有在其申請許可事項直接關係他人重大利益之情況下，始有陳述權及申辯權，於申請人利益之保護似有不週，是應本於本法第七條保障申請人陳述權、申辯權之規範意旨，認為在行政機關對於申請人請求給予有利法律地位之申請為駁回之決定時，亦應給予陳述權、申辯權。惟為顧及行政效率，本法亦可仿台灣《行政程序法》或德國《聯邦行政程序法》之規定，就特定情形之行政許可實施（如情況急迫，如予陳述意見之機會，顯然違背公益；受法定期間之限制，如予陳述意見之機會，顯然不能遵守者等情形），免除申請人或利害關係人陳述意見之機會。再者，為使申請人或利害關係人能夠充分有效行使其陳述意見之權利，行政機關於通知申請人或利害關係人行使權利時，應就其作成行政許可與否之原因事實及相關法令依據告知，並通知應於期限內陳述意見及逾期不陳述意見之法律效果（基於行政效率之考

量，本法尚應就行使陳述權、申辯權之期限及不於期限內行使之法律效果加以明定)，而通知除以書面為之外，以言詞為之應無不可，惟應作成書面紀錄以免日後滋生爭執。至於申請人或利害關係人為陳述時，以書面或言詞為之，均無不可，惟以言詞為之時，亦應作成書面紀錄以備查考。

二、聽證範圍過於廣泛，恐有礙於行政效率，程序規範亦稍嫌簡陋：本法第四十七條第一款規定：「行政許可直接涉及申請人與他人之間重大利益關係的，行政機關在作出行政許可決定前，應當告知申請人、利害關係人享有要求聽證的權利；申請人、利害關係人在被告知聽證權利之日起五日內提出聽證申請的，行政機關應當在二十日內組織聽證」。因此只要是行政許可直接涉及申請人與他人之間重大利益關係的，行政機關在作出行政許可決定前，告知申請人、利害關係人享有要求聽證的權利後，若申請人、利害關係人於五日之期限內提出聽證申請的，行政機關即有舉行聽證之義務。惟聽證程序畢竟須耗費相當之人力、物力，是否一經申請人或利害關係人之申請，不問有無必要，行政機關均有組織聽證之義務，實不無疑義，此益可見前開所述本法應就排除當事人行使陳述權、申辯權之情形加以明文規定之必要。再者，為使當事人得以預先準備證據及攻擊防禦資料，行政機關通知聽證時，不僅應註明舉行聽證之時間和地點，也應告知當

事人所牽涉之問題（事實及法律事項），而聽證期日及場所之決定，應視事件之性質，預留相當期間，便利當事人或其代理人參與。此外，聽證主持人之職權、聽證紀錄應行記載事項等，均應於法律上取得其依據，使本法所設計之聽證制度更具有可操作性，惟本法均未為規定，凡此都將使本法聽證制度之實施效果令人存疑。

三、此外，由於陳述意見或聽證事項可能涉及複雜之法律問題及繁複之事實調查程序，一般未具有法律知識之當事人可能難以充分行使其程序權利，並可能因此延滯程序之進行，故當事人於行使陳述權、申辯權或聽證程序中應有委任代理人或律師代理參與程序之權³²⁰；再就公平程序而言，於陳述意見及聽證程序之要求應無不同，惟本法卻僅於「聽證」一節規定當事人申請迴避之權利，且申請迴避之理由僅限於聽證主持人「與本行政許可事項有直接利害關係的」，亦有未足。事實上，若相關人員執行職務有偏頗之虞者，亦應迴避，且不僅程序當事人有申請權，即相關人員發現有法定應予迴避之事由時，不待申請，亦應自行迴避，本法日後就此均應詳為規定；其次，為求行政許可程序之公開、公平，避免行政機關受到不當之干擾，自有禁止行政機關於作成行政許可前與當事人或代表其利益之人（代理

³²⁰ 相較之下，《行政處罰法》第四十二條第一款第五項則規定：「當事人可以親自參加聽證，也可以委託一至二人代理」，可見代理制度並不為大陸立法者所排斥，本法行政許可程序竟未為類似之規定，箇中緣由為何，疏難令人索解。

人) 為程序外接觸之必要，尤以本法規定行政機關應當根據聽證筆錄，作出行政許可決定（本法第四十八條第二款），故若容許程序外之片面接觸以影響行政機關之決定，無異剝奪其他當事人答辯之機會，並使上開規定流於具文，聽證程序流於形式化。因此，若違反片面接觸禁止原則，則行政機關應將程序外之接觸作成記錄，並予以公開，以保證聽證之公平進行，惟本法就此部分均未為規定，較諸國務院版草案至少於第五十條第二款明文宣示：「行政機關工作人員辦理行政許可，不得與申請人進行私下接觸」，更為不及。再其次，本法就當事人之卷宗閱覽權並未明文保障，惟當事人之陳述權或聽證權與卷宗閱覽權息息相關，因當事人必須閱覽在行政機關之有關卷宗，始能對行政機關調查之事實，有效表示意見。本法漏未保障人民之卷宗閱覽權，將陷人民處於與行政機關武器不平等之地位，而使陳述權或聽證權之保障流於形式。最後，有鑑於舉行聽證之案件多具有案情複雜、牽涉之利害關係廣泛之性質，為使聽證程序有順序、有效率地進行，本法似可考慮採行「預備聽證」之制度，藉以於聽證期日前，議定聽證程序之進行、釐清爭點等事宜，以利聽證程序之進行。

第五章 大陸入世與行政法制之改革

—《行政許可法》之因應

第一節 概說

中國大陸於一九八六年七月提出加入關稅暨貿易總協定(The General Agreement on Tariffs and Trade, GATT)之申請³²¹，並於一九九五年隨著 WTO 之成立轉而申請加入 WTO，在歷經十五年的冗長談判後，終在二〇〇一年十二月十一日正式成為 WTO 之成員國³²²。

WTO 之架構是由《建立世界貿易組織之馬拉喀什協定》(Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, 下稱馬拉喀什協定)及四個附件所組成(以下總稱為 WTO 規則)，四個附件涵蓋了多邊貿易協定(multilateral trade agreement)與複邊貿易協定(plurilateral trade agreement)。附件一之內容由 A、B、C 三個部分組成，包括《一九九四年關稅暨貿易總協定》(GATT1994, 附件一 A)、《服務貿易總協定》(General Agreement on Trade in Services, GATS, 附件一 B)及《與貿易相關之智慧財產權協定》(Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, TRIPs, 附件一 C)。至於 GATT1994 則包含了修正後之一九

³²¹ 依大陸官方說法係申請「復關」，即恢復會籍。

³²² 關於中國大陸入會經過，詳見第一章附註 3 之說明。

九四年關稅暨貿易總協定、十二項多邊貿易協定³²³、修正一九四七年關稅暨貿易總協定相關條文之六項瞭解書 (Understanding)、美國、日本和歐洲聯盟等會員之關稅減讓表以及一九九四年關稅暨貿易總協定馬拉喀什議定書 (Marrakesh Protocol)；附件二為《爭端解決程序規則瞭解書》(Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes)；附件三為《貿易政策檢討機制》(Trade Policy Review Mechanism, TPRM)；附件四為複邊貿易協定³²⁴。附件一至附件三不僅為 WTO 之一部分，且對所有會員均有拘束力³²⁵，而附件四僅對於選擇簽署之會員方有拘束力，並非拘束 WTO 之全體會員，因此各會員可自由選擇是否接受³²⁶。在大陸加入 WTO 之條件方面，前開 WTO 規則及大陸於入會談判所為之承諾，構成了大陸在 WTO 下之特

³²³ 此十二項多邊協定分別為：《農業協定》(Agreement on Agriculture)、《食品衛生檢驗及動植物檢疫措施協定》(Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures, SPS Agreement)、《紡織與成衣協定》(Agreement on Textiles and Clothing, the ATC)、《技術性貿易障礙協定》(Agreement on Technical Barriers to Trade, TBT Agreement)、《與貿易相關之投資措施協定》(Agreement on Trade-Related Investment Measures, TRIMs Agreement)、《實施一九九四年關稅暨貿易總協定第六條之協定》(Agreement on Implementation of Article VI of the GATT 1994；又稱反傾銷協定, Antidumping Agreement)、《實施一九九四年關稅暨貿易總協定第七條之協定》(Agreement on Implementation of Article VII of the GATT 1994；又稱關稅估價協定, Customs Valuation Agreement)、《裝運前檢驗協定》(Agreement on Preshipment Inspection)、《原產地規則協定》(Agreement on Rules of Origins)、《輸入許可證程序協定》(Agreement on Import Licensing Procedures)、《補貼及平衡措施協定》(Agreement on Subsidies and Countervailing Measures, SCM Agreement) 以及《防衛協定》(Agreement on Safeguards)。

³²⁴ 關於 WTO 規則，可於台灣之經濟部國際貿易局（網址：www.trade.gov.tw）或 WTO（網址：www.wto.org）網站上輕易尋得。以下本文所提及 WTO 規則之中文譯本，均引自國貿局網站。

³²⁵ 參見馬拉喀什協定第二條第二項。另外根據《表彰烏拉圭回合多邊貿易談判結果之最終法案》(Final Act Embodying the Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations) 第四條亦規定，馬拉喀什協定與其附件應視為一個整體，供所有參與國以簽署或其他方式接受。因此，各國只能選擇全盤接受或不接受，並無挑選接受或不接受某項協定之自由。但附件四所列之複邊貿易協定則屬於例外。

³²⁶ 參見《馬拉喀什協定》第二條第三項。

定承諾，而受其拘束，必須加以實踐³²⁷。

儘管在表面上，上開 WTO 規則所涉及的是貿易領域之規則，但是它的宗旨是消除各國貿易壁壘、合理地利用資源、保護環境與建立一個完整的、更具有活力的以及永久的多邊貿易體系，因此，這些規則絕大部分是針對政府之行政行為而言，是以政府的管理活動為對象³²⁸。由此可以瞭解，行政法制度與 WTO 存在著非常緊密之關連性：WTO 框架下的多邊貿易體制對政府管制的理念與制度提出了一系列新的要求，而此必將進而對規範政府行政行為之行政法制度提出一系列新的要求³²⁹。綜觀 WTO 規則之規範意旨，其基本信條係「自由、平等及互惠」，而其要求成員必須共同遵守者，有四大主要基本原則³³⁰，即非歧視原則³³¹、透明度原則³³²、自由貿易原則³³³和公平競爭原則³³⁴。以

³²⁷ 黃立、李貴英、林彩瑜合著，WTO 國際貿易法論，台北·元照，二〇〇三年三月，第三版，頁四九。

³²⁸ 石佑啟，「WTO 對中國行政法治建設的影響」，中國法學，二〇〇一年第一期，頁十一至十二。

³²⁹ 應松年、王錫鈺，「WTO 與中國行政法制度改革的幾個關鍵問題」，中國法學，二〇〇二年第一期，頁六。事實上，大陸為使其法律、法規和政策措與 WTO 規則及大陸所為之承諾相一致，以符合 WTO 非歧視、透明度和法制統一等原則，全國人大已經修改了多部法律，如《合同法》、《海關法》、《藥品管理法》、《中外合資經營企業法》、《中外合作經營企業法》、《外資企業法》、《專利法》、《商標法》和《著作權法》等。國務院亦修訂或制定了一系列行政法規，例如《中外合資經營企業法實施細則》、《外資企業法實施細則》、《專利法實施細則》、《集成電路布圖設計保護條例》、《對外合作開採海洋石油資源條例》、《對外合作開採陸上石油資源條例》等。這是大陸建政以來，對有關貿易之法律、法規的一次全面清理和完善。參見趙伯英，「中國加入 WTO 與主權觀念的調整」，收錄於劉德喜（主編），WTO 與國家主權，北京·人民出版社，二〇〇三年三月，第一版，頁三一四。

³³⁰ 以下論述參閱袁曙宏、宋功德，WTO 與行政法，北京·北京大學出版社，二〇〇二年十月，第一版，頁二九九以下；顧麗麗，「WTO 的歷史沿革、基本原則和規則」，收錄於劉德喜（主編），前揭書（註 329），頁三六三至三六四。

³³¹ 非歧視原則主要指締約方在實施某種限制和制裁措施時，不得對其他締約方實施歧視待遇。根據此一原則，締約一方根據公約或條約規定之某種理由採取限制或制裁措施，這些限制或制裁措施必須同樣適用於其他所有締約方，否則就構成對某些締約方的歧視。此一原則又包括最惠國待遇原則（General Most-Favored-Nation Treatment）和國民待遇原則（National Treatment）。所謂最惠國待遇原則，係指對於任何兩個或多個締約方來說，締約一方現在或將來給予任何第三方在貿易上的特權、優惠和豁免，也同樣給予締約對方或其他締約方。最惠國待遇原則要求 WTO

下即以上開原則及大陸入會所為之承諾，檢討《行政許可法》關於行政許可設定之主體、內容、程序方面之規定，是否能切合其要求。



成員國在制定和實施任何貿易政策時，對其他所有國家都必須一視同仁，不能對不同國家厚此而薄比。而所謂國民待遇原則係指締約方之間相互保證給予對方的自然人、法人和商船在本國境內享有享有不低於本國自然人、法人和商船的待遇。國民待遇原則是 WTO 成員國處理本國和外國的產品、服務和投資之間關係的基本準則，是對最惠國待遇原則的補充。

³³² 所謂透明度原則係指 WTO 成員國一切影響貿易活動的政策和措施都必須及時公開，以便於讓各成員國的政府和企業有所瞭解和熟悉。實行透明度原則的目的是為了防止 WTO 成員國進行不公開的貿易，從而造成歧視。

³³³ 自由貿易原則係指所有 WTO 成員國限制和取消一切關稅和非關稅壁壘，消除國際貿易中的歧視待遇，提高本國市場准入的程度。其主要體現在關稅減讓原則、禁止數量限制原則。

³³⁴ 公平競爭原則主要係指在 WTO 框架下，成員國應避免採取扭曲市場競爭的措施，糾正不公平貿易行為，在貨物貿易、服務貿易和與貿易有關的知識產權（智慧財產權）領域，創造和維護公開、公平、公正的市場環境。為維護國際貿易中的公平競爭秩序，WTO 成員國要承諾共同遵守國際貿易規則，並對違反規則的行為採取行動。

第二節 行政許可設定主體方面

如前所述，大陸長期以來，由於缺乏規範立法權力行使之法律，行政機關往往都從自身或部門利益出發，爭相行使立法權力，透過立法擴大其權力，於行政許可領域，更是如此，不僅權力機關，即各級國家行政機關均在設定行政許可。有部分行政機關甚且是在沒有法律依據之情況下，自行設定許可權；有些行政機關則雖然依法享有特定範圍之許可權，卻超越其法定權限，行使其他機關之許可權，嚴重削弱許可機關的管理權威，並造成各地劃地為牢，以手中的許可權為後盾，進行地區行政壟斷³³⁵，此於 WTO 所揭櫫之非歧視原則的理念，自有所妨礙。由於法制統一，是市場經濟法制之重要理念之一，只有規範市場活動的規則是統一的，才能建立和維護統一之市場³³⁶。因此，大陸自入世談判以來，除透明度外，法制之統一性一直是談判的重點³³⁷。《一九九四年關稅暨貿易總協定》第二十四條第十二項規定：「每一締約方應採行各項合理措施，保證在其領域內之地區及地方政府與主管機關遵守本協定」，大陸在其《中國大陸入會議定書》關於「貿易領域之行政」項下亦承諾：「WTO 協定及本議定書各條款應適用於全中國大陸關稅領域，包括邊境貿易區及少數民族自治區域、經濟特

³³⁵ 詳本文第三章第三節之說明。

³³⁶ 王家福，「WTO 與中國社會主義市場法律制度建設問題」，中國法學，二〇〇一年第一期，頁七。

³³⁷ 夏申、儲祥銀（主編），關稅與貿易總協定大辭典，北京·對外貿易教育出版社，一九九三年版，頁二三五。轉引自石佑啟，前揭文（見註 328），頁十八。

區、沿海開放城市、經濟技術開發特區及其他施行特別關稅、稅務及規定之區域（總稱經濟特區）。中國大陸應以一致、公正且合理之方式，執行及管理其中央及地方政府所發布有關或影響貨品貿易、服務、與貿易有關之智慧財產權（TRIPs）或外匯管制法律、規章及其他措施（總稱法律、規章及其他措施）」³³⁸。全關稅領域不分中央或地方機關既應遵守WTO下各項協定，則WTO規則所體現之基本原則即應為大陸所遵循。這其中，最惠國待遇原則要求任一締約方對於某締約方之待遇，至少應如同該締約方對其他締約方之待遇，亦即締約方現在及未來給予另一方之優惠及豁免，必須擴及至所有成員³³⁹；國民待遇原則要求締約方間相互給予對方自然人、法人、其他經濟組織、產品、服務、投資及智慧財產權等，與本國之自然人、法人、其他經濟組織、產品、服務、投資及智慧財產權等以相同之待遇³⁴⁰。凡此，

³³⁸ 上開資料取自經濟部國際貿易局網站（網址：www.trade.gov.tw）。

³³⁹ 例如，《一九九四年關稅暨貿易總協定》第一條第一項規定：「在對有關輸出或輸入及對因輸出或輸入所生之國際支付轉帳所課徵之任何種類之關稅或規費，在對該等關稅及規費之徵收方法、在有關輸出及輸入之一切法令及程序方面以及本協定第三條第二項及第四項所涉事項方面，任一締約方對來自或輸往任一其他國家之任一產品所給予之任何利益、優惠、特權或豁免，應即無條件給予來自或輸往其他所有締約國之同類產品」；《服務貿易總協定》第二條第一項規定：「關於本協定所涵蓋之措施，各會員應立即且無條件地對來自其他會員之服務或服務提供者提供不低於該會員給予其他國家相同服務或服務提供者之待遇」；《與貿易相關之智慧財產權協定》第四條前段規定：「關於智慧財產保護而言，一會員給予任一其他國家國民之任何利益、優惠、特權或豁免權，應立即且無條件給予所有其他會員國民」，均為最惠國待遇原則之體現。

³⁴⁰ 例如，《一九九四年關稅暨貿易總協定》第三條規定：「各締約方承認本國稅、其他國內規費及影響進口貨品於國內銷售、要約、購買、運輸、配銷或使用之各種法律、規章和規定，以及規定產品之混合、加工或使用需符合特定數量或比例之國內數量管制法規，在適用於輸入或國內之產品時，不得為保護本國生產而實施」（第一項）、「任一締約方於輸入其他締約方之產品時，不應對其直接或間接課徵超過對本國生產之同類產品所直接或間接課徵之國內稅及任何種類之規費，各締約方亦不得以有違本條第一項規定之方式，另行對輸入產品或本國之產品課徵國內稅獲其他規費」（第二項）、「任一締約方輸入其他締約方之產品時，就影響其國內銷售、要約、購買、運輸、配銷及使用之各種法律、規章和規定所享受之待遇，不得低於本國生產之同類產品所享有之待遇；但如國內運輸適用費率之差別，僅係基於交通工具之經濟營運考量，而非因產品之產地

均要求大陸於實施與貿易有關之政策及其具體措施時，全關稅領域均應一體施行，以符合 WTO 規則之要求。為了保障 WTO 規則能在大陸國內之統一實施，自應釐清中央與地方之關係、明確劃分其職權和職責範圍³⁴¹。就行政許可設定主體而言，本法第十七條固規定除法律、行政法規、國務院決定、地方性法規以及省、自治區、直轄市人民政府規章外，其他規範性文件一律不得設定行政許可。惟除法律外，行政法規、國務院決定、地方性法規以及省、自治區、直轄市人民政府規章等規範性文件，仍得在一定事項範圍內設定行政許可，即使是上位規範所設定之行政許可事項範圍內，下位規範亦得作出實施該行政許可之具體規定³⁴²。因此，在此多頭立法體制，又缺乏完善規範審查制度之先天環境下，如何保證與貿易有關之行政許可法制實施之一致性，而符合 WTO 之上開要求，尚有待觀察³⁴³。

而異者，不在此限」(第四項)、「任一締約方不得制訂或維持規定產品之混合、加工或使用需符合特定數量或比例之內地數量管制法規，而直接或間接規定任何被管理產品之特定數量或比例必須由國內來源供應。又任一締約方亦不得以違反本條第一項所揭示原則之方式，適用國內數量管制法規」(第五項)；《服務貿易總協定》第十七條第一項規定：「對承諾表所列之行業，及依照表上所载之條件及資格，就有關影響服務供給之所有措施，會員給予其他會員之服務或服務提供者之待遇，不得低於其給予本國類似服務或服務提供者之待遇」；《與貿易相關之智慧財產權協定》第三條第一項規定：「除一九六七年巴黎公約、一九七一年伯恩公約、羅馬公約及積體電路智慧財產權條約所定之例外規定外，就智慧財產權保護而言，每一會員給予其他會員國民之待遇，不得低於其給予本國國民之待遇；對表演人、錄音物製作者及廣播機構而言，本項義務僅及於依本協定規定之權利。任何會員於援引伯恩公約第六條及羅馬公約第十六條第一項(b)款規定時，均應依各該條規定通知與貿易有關之智慧財產權理事會」，均為國民待遇原則之規定。

³⁴¹ 楊解君，「加入 WTO 與中國行政法的任務」，中國法學，二〇〇〇年第六期，頁九。

³⁴² 參見本法第十六條之規定，並詳見本文第三章第四節第一項之說明。

³⁴³ 為保證法制之統一性，大陸於入會議定書承諾：「中國大陸應建立一機制，俾便個人及企業對貿易領域適用法令未一致時，可據以提請國家主管機關注意」，就實際制度之設計，WTO 並不願意置喙或介入。大陸有學者則主張應強化事先審查與事後監督之機制，惟並未提出具體之制度設計說明。參見應松年、王錫鏞，前揭文（見註 329），頁九。有主張建立與 WTO 貿易政策檢討機制相類似之對涉及貿易之法律、法規、規章和其他規範性文件以及具體之行政決定之統一審議機制。其法律地位可由全國人大常委會特別授權，並可作為對外經貿部（按：已於二〇〇三年三月

第三節 行政許可之內容方面

WTO 規則及大陸入世所為之承諾，均在於確保大陸今後關於貿易政策之制訂及執行均應符合 WTO 所追求之自由、平等及互惠之宗旨。以消除非關稅貿易障礙為例，《一九九四年關稅暨貿易總協定》第十一條第一項規定：「任一締約方除課徵關稅、本國稅或其他規費外，不得新設或維持、利用配額或輸出入許可證或其他措施，以禁止或限制來自其他締約方領土之任何產品之進口，或對其他締約方領土輸出或銷售出口產品」。大陸在此方面之承諾相當廣泛，幾乎涉及了所有的非關稅措施，其承諾：「依據 GATT1994 年第三及第十一條及農業協定，中國大陸應取消並不應再增設、恢復或採取不合 WTO 協定條款之非關稅措施」。過往，由於設定行政許可之立法主體之混亂，且在如何情形下設定行政許可方屬合理且必要之行政管理措施，並無其一定之標準，因此某些行政機關可能僅僅只為了便利管理而設定行政許可，有則為了解決行政管理經費不足而設立，致使關卡林立，並出

改制為商務部)之職能機構。其具體職責是：收集涉及貿易之規範性文件和具體之行政決定、措施、司法判決；對上開資料加以整合、管理、協調、分類與保存；按照 WTO 規則之要求，向各理事會、貿易政策檢討機構提交上開資料，並參加答辯、質詢；定期以一定的形式在合適之刊物上公開；發現法規存在衝突狀況時，可報請全國人大常委會。見石佑啟，前揭文（見註 328），頁十八至十九。呼應上開主張者，參見金國坤，「WTO 對政府依法行政的要求和影響」，收錄於氏著，依法行政的現實基礎—影響和制約政府依法行政的因素分析，北京·中國政法大學出版社，二〇〇一年十月，第一版，頁二七二至二七三；鄭傳坤，「加入 WTO 對中國行政法制的挑戰與改革」，現代法學，第二三卷第五期，二〇〇一年十月，頁九四。稽諸上開機構所扮演之角色及所欲發揮之功能，仍屬事務性質，現有全國人大常委會或國務院法制機構似足以發揮相同之功能，其至多僅是法制機構內部事務分配之調整。是上開所見，本文以為實質性意義不大。據《美國貿易代表署對二〇〇二年中國履行 WTO 入會承諾報告》亦載明，大陸對外經貿部（按：即商務部）雖已成立一內部審查機制來處理法律未統一適用之案件，惟實際運作機制尚不明確（引自經濟部國際貿易局網站：www.trade.gov.tw）。

現了交叉、重複許可的現象。在大陸入世後，為貫徹前揭 WTO 所標榜之自由貿易原則和公平競爭原則的精神，前述在貿易方面可能構成非關稅貿易障礙之行政許可亂象即應有所改弦更張。有鑑於前開實踐上之行政許可亂象，本法特於第十五條第二款規定「地方性法規和省、自治區、直轄市人民政府規章設定的行政許可，不得限制其他地區的個人或者企業到本地區從事生產經營和提供服務，不得限制其他地區的商品進入本地區市場」，核其規定內容，尚與前開 WTO 規則及大陸入世所為關於不設定與貿易自由化、平等性相違背之非關稅貿易障礙之承諾意旨相符，惟在缺乏完善之規範審查制度下，如何確保上開規定之徹底落實，毋寧更應受到關注，此在本節前項已予說明，在此不贅。

第四節 行政許可程序方面

WTO 規則之設立緣由，係為國際貿易建立可預測及自由之經濟與法律環境，而欲實現該目的之手段之一，即要求締約方在貿易管理方面須達一定之透明度，以提高締約方經濟政策和經濟管理行為之可預測性與穩定性，防止和消除各締約方政府之不公開行政管理所造成之歧視待遇和由此給國際自由貿易帶來之障礙，以便監督和保證各締約方執行 WTO 規則。透明度義務是指締約方必須公布一切有關貿易之政策、法規、規章、協定及條約等、設立詢問點 (Inquiry Point)³⁴⁴，以答覆和提供締約方或市場主體相關資訊，以及應履行通知義務，向 WTO 通告有關法規範之出版物³⁴⁵。關於透明度原則，散見於 WTO 規則相關之協定，例如《一九九四年關稅暨貿易總協定》第十條規定³⁴⁶：

「任一締約方有效施行且普遍適用關於海關對產品之分類或估價、關於關稅、國內稅或其他規費之比率，或關於產品之進出口或對其貨款支付轉帳所規定之要件、限制或禁止，以及足以影響產品之銷售、分配、運輸、保險、倉儲、檢驗、展覽、加工、混合或其他使用之法律、行政規章，普遍適用之司法判決及行政決定，一概應以各國政府及商

³⁴⁴ 「查詢點」僅能提供資訊，並非有權解釋機關，故並無權作「權威性之答覆」。參見宋才發，「WTO 規則與中國政府的透明度」，河北法學，第二十卷第四期，二〇〇二年七月，頁四。

³⁴⁵ 陳月端，「WTO 與大陸地區法律之因應」，律師雜誌，第二六九期，民國九十一年二月，頁三九；王泰銓，楊士慧，「加入 WTO 對兩岸投資規範之影響」，律師雜誌(二月號)，第二六九期，民國九十一年二月，頁五八；鄭傳坤，前揭文(見註 343)，頁九四。

³⁴⁶ 其他如《一九九四年關稅暨貿易總協定》第十三條、第十六條及第十九條、《服務貿易總協定》第三條、《與貿易相關之智慧財產權協定》第六十三條及《與貿易相關之投資措施協定》第六條等，均有關於透明度原則之規定。

人週知之方法速予公布；但締約方對足以妨礙其法律之執行或違背其公共利益，或損害其特定公、民營事業合法商業利益之機密，不得因此項規定而負有公開之義務」（第一項）、「任一締約方所採普遍適用之措施，依照既定及統一之方法，對進口關稅或其他規費之比率予以提高者，或對輸入或其貨款支付課以新增或加重之條件、限制或禁止者，於執行前應先經正式公布」（第二項）。又為使他締約方及國內各市場參與主體及時瞭解締約方政府之法律、法規與其他規範性文件、技術資訊，WTO 規則中，多有規定政府負有設立「詢問點」，並進行答覆和提供相關資訊之義務，例如《服務貿易總協定》第三條第四項規定³⁴⁷：「各會員對其他會員所有請求提供第一項所指之一般性適用措施或國際協定之特定資訊，應立即答覆。各會員亦應設立一或多個查詢點，俾回應其他會員之請求對所有前述事項及第三項所要求通知事項提供特定資訊」。此外，各締約方必須經常性地向 WTO 及各締約方通知各自之具體措施、政策和法律，並應他締約方之要求，提供有關法律之情況，包括讓締約方對法律草案提出意見³⁴⁸，例如《服務貿易總協定》第三條第三項規定³⁴⁹：「各會員應即時且至少每年一次，就重大影響其依本協定對服務貿易所作特定承諾之所有新訂或增修

³⁴⁷ 又如《與貿易相關之投資措施協定》第六條、《技術性貿易障礙協定》第十條亦有類似之規定。

³⁴⁸ 金國坤，前揭文（見註 343），頁二六九。

³⁴⁹ 《與貿易相關之智慧財產權協定》第六十三條、《與貿易相關之投資措施協定》第六條，均為關於通知義務之規定。

之法律、命令或行政準則，通知服務貿易理事會」。就大陸在入世時之承諾部分，大陸承諾「僅執行已公布及 WTO 會員、個人及企業均可取得，而與貿易有關或影響貨品貿易、服務貿易、與貿易有關之智慧財產權(TRIPS)或外匯管制法律、命令及其他措施。此外，中國大陸政府應會員之請求，會提供所有尚未公佈實施或執行之有關或影響貨品貿易、服務、與貿易有關之智慧權(TRIPS)或外匯管制法律、命令及其他措施。如遇緊急情況，應使相關法令或措施最遲於公佈實施或執行時，予以提供」、「中國大陸應建立或指定一官方刊物，負責發行公佈所有關於各項影響貨品貿易、服務貿易、TRIPS 或外匯管制法律、命令及其他措施。除非該等法令措施有關國家安全，外匯匯率訂定或貨幣政策及有礙法令措施執行外，在該等法律、命令及其他措施公布施行前，應提供合理的期間，供各界對相關單位表達意見。中國大陸應定期發行公佈該刊物，並隨時供個人或企業索取」、「中國大陸應建立或指定一詢問點，使得任何個人或企業或 WTO 會員所需求之有關依據本議定書第二條第(C)項第一款規定於貿易貨品、服務貿易、TRIPS、外匯管制措施相關資訊可在該處取得，在收到詢問後，應在三十天內予以回覆。如屬特殊情形者，則可在收到詢問後四十五天內回覆，惟需書面告知利益關係者延遲答覆之原因。回覆 WTO 會員的資料，應具中國大陸政府官方完整意見。提供予個人及企業的資料，應

精確及可信賴」³⁵⁰。

如前所述，在行政許可之實踐中，由於規章以上之規範性文件所規定之許可條件與標準不明確，行政機關多藉由「內部標準」作為是否核發許可之認定依據，而所謂內部標準卻又不對外公開，在此情形下，使得行政機關之實質審查權限過大，監督不嚴，行政許可便成為一些機關和人員肆意弄權、刁難當事人之極佳手段。本法就此已規定有關行政許可的規定應當公布；未經公布的，不得作為實施行政許可的依據（第五條第一款前段）。行政機關應當將法律、法規、規章規定的有關行政許可的事項、依據、條件、數量、程序、期限以及需要提交的全部材料的目錄和申請書示範文本等在辦公場所公示。申請人要求行政機關對公示內容予以說明、解釋的，行政機關應當說明、解釋，提供準確、可靠的信息（第三十條），相當程度上可認為已符合WTO規則之要求；但在關於各項影響貨品貿易、服務貿易、TRIPS 或外匯管制法律、法規、規章及其他措施，在該等法律、法規、規章及其他措施公布施行前，應提供合理的期間，供各界對相關單位表達意見方面，《行政法規制定程序條例》第十二條規定：「起草行政法規，應當深入調查研究，總結實踐經驗，廣泛聽取有關機關、組織和公民的意見。聽取意見可以採取召開座談會、論證會、聽證會³⁵¹等多種形

³⁵⁰ 均見諸《中國大陸入會議定書》「貿易領域的行政」(c)「透明化」項下。

³⁵¹ 依同條例第二十一條規定：「行政法規送審稿涉及重大、疑難問題的，國務院法制機構應當召

式」；《規章制定程序條例》第十四條亦規定：「起草規章，應當深入調查研究，總結實踐經驗，廣泛聽取有關機關、組織和公民的意見。聽取意見可以採取書面徵求意見、座談會、論證會、聽證會³⁵²等多種形式」。惟《行政法規制定程序條例》就聽證會之召開程序不僅付之闕如，且聽證會是否召開，完全繫於行政機關之裁量決定，人民並無請求召開之權利；《規章制定程序條例》於第十五條固有關於召開聽證會之程序規定，惟同樣僅在行政機關認為「起草的規章直接涉及公民、法人或者其他組織切身利益；有關機關、組織或者公民對其有重大意見分歧的」（第十五條）的情況下，得舉行聽證會，故召開與否，亦完全繫於行政機關之裁量決定，人民並無請求召開之權利。是上開實定法規定，與WTO規則所體現之透明化原則是否相符，不無疑義；且上開規定能否具體落實，亦有待觀察³⁵³。

開由有關單位、專家參加的座談會、論證會，聽取意見，研究論證」；而依第二十二條規定：「行政法規送審稿直接涉及公民、法人或者其他組織的切身利益的，國務院法制機構可以舉行聽證會，聽取有關機關、組織和公民的意見」。

³⁵² 依同條例第二十二條規定：「規章送審稿涉及重大問題的，法制機構應當召開由有關單位、專家參加的座談會、論證會，聽取意見，研究論證」；而依第二十三條規定：「規章送審稿直接涉及公民、法人或者其他組織切身利益，有關機關、組織或者公民對其有重大意見分歧，起草單位在起草過程中未向社會公佈，也未舉行聽證會的，法制機構經本部門或者本級人民政府批准，可以向社會公佈，也可以舉行聽證會」。

³⁵³ 據《美國貿易代表署對二〇〇二年中國履行WTO入會承諾報告》指出：「到目前為止，中國各部或各級政府僅有極少提供公開表示意見之紀錄。只有少數新的或修改之法律或法規在公開徵詢意見一段時間後才公布，不過其公開徵詢意見時間仍過於短促」，是大陸在具體落實透明化原則方面，仍有待努力。

第六章 結論

大陸《法制日報》於《行政許可法》制訂公布後，在為文肯定的同時，曾深刻、無奈又極為諷刺地描繪了大陸行政許可之實務現狀：

「與政府機關打過審批交道的人都知道，這裡面有太多的毛病與貓膩令人痛恨。“臉難看、門難進”不說，往往還要“跑斷腿、磨破嘴”。耗時兩三年，花上個幾百萬，幾十個公章旅行過去，事情還是沒有辦成。這種結果似乎也沒有什麼不正常的」³⁵⁴，正是這樣的審批亂象，已經對於大陸經濟體制之改革進程產生掣肘。為適應市場經濟體制變遷之日益深化，並鞏固已試行多年之行政審批制度的改革，藉由《行政許可法》的制訂，從法律層次再次宣示並確認當局改革行政審批制度的決心，將行政審批予以法制化，已成了大陸當局不得不的選擇。

《行政許可法》的制訂，不僅將存在於現實生活中紛陳雜沓的行政許可透過法制化之手段加以規整，其相關制度的設計(如聽證制度)更象徵著人民在行政程序上之主體性因得提前於行政行為作成前參與程序而獲得確保，其於大陸行政法之發展所具有之積極意義，自不容抹煞³⁵⁵。然而，在迎接本法正式施行(二〇〇四年七月一日)到來

³⁵⁴ 參見《法制日報》，「行政審批告別隨心所欲」，二〇〇三年十二月三十一日，第四版。

³⁵⁵ 《行政許可法》的制訂公布，已獲得大陸學界一致好評。例如學者姜明安認為：「《行政許可法》的制定將在限制政府的權力，建設有限政府；保障市場自由，建設法制統一政府；實施政務公開，建設透明、廉潔政府；確立正當法律程序，建設公正、誠信政府；簡化行政手續，建設便民、高效政府五個方面，全面推進我國行政法治建設，《行政許可法》將成為我國政府走向法治政府的一個重要里程碑」。參閱氏著，「《行政許可法》頒布與中國行政法治事業」，法學，第二〇〇三年第十期，頁八〇以下；學者楊海坤認為：「《行政許可法》的制定是我國邁向法治政府的新的重要里程碑，它揭開了建立現代法治理念下的行政許可制度的序幕，標誌著我國政府法治進程

的同時，除了爾後施行時可能面臨既得利益勢力的阻力外³⁵⁶，關於本法之制度設計，甚至本法制訂的必要性，均有頗多可待深入研究之處，除部分細節已在本文相關章節說明，在此不擬贅述外，爰舉其大犖犖者，以作為本文之結論：

一、綜觀本法，如同其他立法所習見，處處顯露出立法之理想與現實間妥協之鑿痕。妥協並非不可，因為如果沒有充分考量現實環境，而貿然施行新制，在現實抵制壓力之反撲下，反而容易導致新制的推行困難重重，最終甚至歸於失敗。但妥協也應該立基於立法精神下進行制度調整，使立法目標得以順利達成。本法整體上而言，固然均針對實務上行政許可所產生之制度面問題加以對症下藥，以期進行全面性的規範，惟在關鍵性的制度設計上，卻又處處可見立法者對於現實的讓步，而這樣的妥協確實對於本文施行之成敗扮演著關鍵性的影響。例如就行政許可設定權而言，一九八二年《憲法》、《立法法》

正向縱深方向發展」，參閱氏著，「《行政許可法》立法精神解讀」，法學，第二〇〇三年第十一期，頁五一以下。

³⁵⁶ 部分學者對此確實已表達某種程度之憂慮。例如，學者周漢華即認為：「由於行政許可涉及到權利與利益的分配與再分配，必然會引起既得利益集團的抵制，並設法規避法律的制約。從行政處罰法制訂後，某些處罰措施被“升格”、“改頭換面”，行政審批制度改革中某些審批事項被“網綁”、“分拆”或“變性”，收容審查制度被廢除後勞動教養案件大幅增加的經驗來看，絕對不可低估這種規避與聯動效應的可能」。參見氏著，「實施《行政許可法》任重而道遠」，刊載於《法制日報》，二〇〇三年八月二十八日，第九版（理論專刊）。學者楊海坤也認為：「行政審批制度改革，觸及到深層次利益格局的調整，在前一時期，各地審批制度改革過程中，我們可以發現：有些地方和部門的“改革”只是敷衍群眾、敷衍上級，有的把早已廢止的審批事項又作為“改革成果”拿出來展示；或者經過反覆權衡，把一些不傷及本機關權力、不損害本部門利益的審批事項予以取消，而把重大的審批權力，牢牢抓住不放。這次《行政許可法》的頒布則是動真格，例如果斷取消了國務院部門的行政許可設定權，則是“斧底抽薪”，這對慣於用行政許可權力作為“立身之本”的某些部門來說，將是一件十分痛苦的事情，很可能遭到某些利益集團的本能抵制，以至使《行政許可法》的實施在實際生活中走樣，這是不能不事先警惕的」。參見氏著，前揭文（註355），頁五六。

對國家立法權之配置，基本上是採取一種「兩級多元」的立法體制。所謂「兩級」，是指立法權由中央和地方國家機關行使；「多元」，即指立法權是由全國人大及其常委會、國務院及其各部、委、某些地方人大及其常委會以及地方政府行使。此種立法體制在某種程度上固然可以滿足大陸國土廣袤、各地風土民情、經濟發展差異巨大之實際需求，惟也因此造成了地域保護主義或部門保護主義之現象³⁵⁷。為解決實務上行政許可立法多頭馬車之現狀所造成地區壟斷之亂象，依本法第十七條規定，除第十四條、第十五條規定的外，其他規範性文件一律不得設定行政許可；亦即除法律、行政法規、國務院決定、地方性法規以及省、自治區、直轄市人民政府規章外，其他規範性文件一律不得設定行政許可，此對於實踐中行政許可設定主體紊亂之情形，自有其相當之規整作用。惟省、自治區、直轄市人民政府規章就本法第十五條第二款所列事項以外依法可以設定行政許可的事項，尚未制訂法律、行政法規和地方性法規的部分，因行政管理的需要，確需立即實施行政許可的，可以設定臨時性行政許可（第十五條第一款），相較於國務院版草案而言，本法固然將得設定行政許可之地方政府層級限定在省、自治區、直轄市人民政府，而非如國務院版草案包括依法享有規章制訂權之各層級地方人民政府（參見國務院版草案第二十四

³⁵⁷ 王錫鈞，「制度變革中的行政程序」，收錄於應松年、袁曙宏（主編），走向法治政府—依法行政理論研究與實證調查，北京·法律出版社，二〇〇一年五月，第一版，頁三三二。

條第二款規定)，惟省、自治區、直轄市人民政府規章在相當程度之範圍仍得自行創設行政許可之規章。然而，行政許可既涉及公民自由、權利之行使，各地方基於地區利益，又顯難期待行政機關自行限制自身之權力，則本法是否確能達成其「規範行政許可之設定和實施，保護公民、法人和其他組織的合法權益」之立法目的（參見本法第一條），誠然有疑。此或許是本法在有針對性地解決部分地方透過設定不合理的行政許可進行地方封鎖、行業壟斷等問題之同時，仍必須考量到地方管理之實際需要所使然。當然，相較於國務院版草案，本法第十五條第一款限定臨時性的行政許可實施滿一年需要繼續實施的，應當提請本級人民代表大會及其常務委員會制訂地方性法規，似乎對於省、自治區、直轄市人民政府規章之效力加諸另一道限制，惟仍見與「地方需要」妥協之鑿痕，無法豁免於前開之批評。解決之道，除確實依本法第十五條第一款規定於實施滿一年後，若確實需要繼續實施的，應當提請本級人民代表大會及其常務委員會制訂地方性法規外，國務院或省、自治區、直轄市人大常委會若發現省、自治區、直轄市人民政府所制定之規章不適當者，亦應隨時依據《立法法》第八十八條第三項、第五項之規定予以撤銷，以維持法規範體系之一致性。

二、由於行政許可涉及公民自由、權利之行使，實踐中設定行政

許可之範圍又漫無章法，因此本法於第十一條首先揭示設定行政許可之原則，並進一步於第十二條臚列規定得設定行政許可之事項，第十三條則規定能以其他方式解決者，不得設定行政許可，立法者極欲確定設定行政許可之事項範圍，用心良苦，可見一斑。惟公民之自由、權利在如何之範圍內得加以限制，乃憲法解釋問題，屬於憲法層次之爭議。相形之下，本法前開關於行政許可設定範圍之規定，充其量僅能作為解釋上開憲法規定時所應考量因素之一。惟截至今日，憲法爭議在大陸依然是法律以外之政治性問題，人民法院因而也就不具有違憲審查之權力，亦即，法院對行政機關制訂規則性的行政立法行為之是否合憲，並不具有裁決之權力，反之，只有權力機關和上級行政機關才有審查之權限。因此，從廣義上而言，大陸固有其規範審查制度，但並不具備狹義上之司法審查制度。當然，大陸並非採權力分立制度之國家，而是採行民主集中制的原則，欲建立如西方國家般之司法審查制度，恐有意識型態上之窒礙，惟若仍採行現制，而不改弦更張，則如何建構一套能夠順遂並適切地達成規範審查任務之制度，實應即予以思考與規劃，尤以規範審查機關之專業化程度問題，乃屬首要，唯有透過完善之規範審查機制釐定公民基本權利之界限，以確定行政許可之設定範圍，較諸於法律中規定設定行政許可範圍之標準，更能體現憲法保障公民基本權利之意旨，並可減輕立法者之負擔。

三、又行政許可作成前之聽審保障乃是由一系列程序保障所綜合構成，其內容不一，端視各國法制而定。本文以台灣《行政程序法》之相關規定作為借鑑，認為本法關於聽審制度之設計尚有諸多缺失尚待填補之處，例如當事人享有陳述權、申辯權之規定過於簡略，欠缺可操作性。由本法於第四章第四節特設「聽證」專節觀之，此處所謂陳述權、申辯權應與台灣《行政程序法》所稱「陳述意見」相當。互核本法第七條、第三十六條之規定，本文認為第七條之規定應屬本法就申請人或利害關係人享有陳述權、申辯權為原則性之宣示規定，第三十六條方屬陳述權、申辯權行使之具體性規定。第三十六條明文保障利害關係人在特定條件下得享有陳述權、申辯權，使行政機關在實施行政許可時，對於相關利害關係人之利益不致有所偏廢或忽視，其立意自值得肯定。惟依該條文義觀之，申請人似僅有在其申請許可事項直接關係他人重大利益之情況下，始有陳述權及申辯權，於申請人利益之保護似有不週，是應本於本法第七條保障申請人陳述權、申辯權之規範意旨，認為在行政機關對於申請人請求給予有利法律地位之申請為駁回之決定時，亦應給予陳述權、申辯權。惟為顧及行政效率，本法亦可仿台灣《行政程序法》或德國《聯邦行政程序法》之規定，就特定情形之行政許可實施（如情況急迫，如予陳述意見之機會，顯然違背公益；受法定期間之限制，如予陳述意見之機會，顯然不能

遵守者等情形)，免除申請人或利害關係人陳述意見之機會。再者，為使申請人或利害關係人能夠充分有效行使其陳述意見之權利，行政機關於通知申請人或利害關係人行使權利時，應就其作成行政許可與否之原因事實及相關法令依據告知，並通知應於期限內陳述意見及逾期不陳述意見之法律效果（基於行政效率之考量，本法尚應就行使陳述權、申辯權之期限及不於期限內行使之法律效果加以明定），而通知除以書面為之外，以言詞為之應無不可，惟應作成書面紀錄以免日後滋生爭執。至於申請人或利害關係人為陳述時，以書面或言詞為之，均無不可，惟以言詞為之時，亦應作成書面紀錄以備查考。其次，本法所規定之聽證範圍過於廣泛，恐有礙於行政效率，程序規範亦稍嫌簡陋。依本法第四十七條第一款規定，只要是行政許可直接涉及申請人與他人之間重大利益關係的，行政機關在作出行政許可決定前，告知申請人、利害關係人享有要求聽證的權利後，若申請人、利害關係人於五日之期限內提出聽證申請的，行政機關即有舉行聽證之義務。惟聽證程序畢竟須耗費相當之人力、物力，是否一經申請人或利害關係人之申請，不問有無必要，行政機關均有組織聽證之義務，實不無疑義，此益可見前開所述本法應就排除當事人行使陳述權、申辯權之情形加以明文規定之必要。再者，為使當事人得以預先準備證據及攻擊防禦資料，行政機關通知聽證時，不僅應註明舉行聽證之時間

和地點，也應告知當事人所牽涉之問題（事實及法律事項），而聽證期日及場所之決定，應視事件之性質，預留相當期間，便利當事人或其代理人參與。又聽證主持人之職權、聽證紀錄應行記載事項等，均應於法律上取得其依據，使本法所設計之聽證制度更具有可操作性，惟本法均未為規定，凡此都將使本法聽證制度之實施效果令人存疑。此外，在陳述意見或聽證程序共同之程序缺失方面，由於陳述意見或聽證事項可能涉及複雜之法律問題及繁複之事實調查程序，一般未具有法律知識之當事人可能難以充分行使其程序權利，並可能因此延滯程序之進行，故當事人於行使陳述權、申辯權或聽證程序中應有委任代理人或律師代理參與程序之權；又本法僅於「聽證」一節規定當事人申請迴避之權利，且申請迴避之理由僅限於聽證主持人「與本行政許可事項有直接利害關係的」，亦有未足。事實上，若相關人員於執行職務有偏頗之虞者，亦應迴避，且不僅程序當事人有申請權，即相關人員本身發現有法定應予迴避之事由時，不待申請，亦應自行迴避，本法日後就此均應詳為規定；其次，為求行政許可程序之公開、公平，避免行政機關受到不當之干擾，自有禁止行政機關於作成行政許可前與當事人或代表其利益之人（代理人）為程序外接觸之必要，尤以本法規定行政機關應當根據聽證筆錄，作出行政許可決定（本法第四十八條第二款），故若容許程序外之片面接觸以影響行政機關之

決定，無異剝奪其他當事人答辯之機會，並使上開規定流於具文，聽證程序流於形式化。因此，若違反片面接觸禁止原則，則行政機關應將程序外之接觸作成記錄，並予以公開，以保證聽證之公平進行，惟本法就此部分均未為規定。再者，本法就當事人之卷宗閱覽權並未明文保障，惟當事人之陳述權或聽證權與卷宗閱覽權息息相關，因當事人必須閱覽在行政機關之有關卷宗，始能對行政機關調查之事實，有效表示意見。本法漏未保障人民之卷宗閱覽權，將陷人民處於與行政機關武器不平等之地位，而使陳述權或聽證權之保障流於形式。最後，有鑑於舉行聽證之案件多具有案情複雜、牽涉之利害關係廣泛之性質，為使聽證程序有順序、有效率地進行，本法似可考慮採行「預備聽證」之制度，藉以於聽證期日前，議定聽證程序之進行、釐清爭點、提出有關文書及證據，甚至變更聽證之期日、場所與主持人，以利聽證程序之進行。綜上，本文以為本法一方面似乎不設限地允許人民享有聽審權（即關於何種情況下排除聽審權之保障，本法並未規定），另一方面關於聽審保障之制度設計卻又過於簡陋，使得其操作可能性不高，因此，本法施行後，申請人或利害關係人於行政許可作成前是否將能充分行使其聽審權，從而增強人民對於行政決定之信服度，達到增進行政效率之效能目標，本文持較為保守之態度。

四、本法制訂後，大陸學界多有自詡其為世界首創專門而統

一之立法者³⁵⁸，惟依本文所信，此係因大陸憲政體制未臻完備，有以致之。首先，大陸《憲法》雖明文保障公民之基本權利³⁵⁹及其在特定條件下得予限制³⁶⁰，惟應以如何層次之規範性文件加以限制，並未明文規定。因此，從《憲法》本文規定來看，理論上只要符合個別性條款或一般性條款所規定可以限制基本權利之要件，甚至在不符任何可以限制基本權利之要件下³⁶¹，不問任何層次之規範性文件，均可就《憲法》所明文保障之基本權利加以限制。其次，司法審查制度之欠缺（已詳如前述），也使得規範性文件無法透過司法審查的機制將法秩序加以歸整，從而造成各部門或地方各行其是、透過行政許可手段劃地為牢之現象。因此，本文認為在大陸現行之憲政體制下，專門制訂一部《行政許可法》以規範行政許可制度，確有必要。

³⁵⁸ 楊解君，「《行政許可法》的創舉與侷限」，法學，二〇〇三年第十期，頁九三以下；楊海坤，前揭文（註355），頁五五；李援，「制定行政許可法是中國的立法創舉—簡介《中華人民共和國行政許可法》」，中國法律，二〇〇三年第五期（十月號），頁七。

³⁵⁹ 除第二章「公民的基本權利和義務」章中所列舉之基本權利外，《憲法》另於第十一條、第十三條明文保障個體經濟、私營經濟和個人財產權。參見本文第三章第五節之說明（頁一一二至一一三）。

³⁶⁰ 個別性條款如關於宗教信仰自由之保障，《憲法》第三十六條第三款規定：「國家保護正常的宗教活動。任何人不得利用宗教進行破壞社會秩序、損害公民身體健康、妨礙國家教育制度的活動」。一般性條款則規定在第五十一條：「中華人民共和國公民在行使自由和權利的時候，不得損害國家的、社會的、集體的利益和其他公民的合法的自由和權利」。

³⁶¹ 此係因《憲法》所規定得限制基本權利之個別性或一般性條款，多係規定公民在行使特定基本權利時，不得如何如何，而非規定公民之基本權利非在如何之條件下，不得加以限制。前者之出發點在限制公民基本權利之行使，除了符合《憲法》所定得限制基本權利之要件外，並不排除基於其他《憲法》所未規定之條件而限制公民之基本權利；後者在符合特定要件下限制基本權利的結果，固然亦限制了公民基本權利的行使，但實際上更寓有保障基本權利之意，即只能在符合特定條件下才可以加以限制，不能逸出所規定之要件而限制公民之基本權利。

附錄一

中華人民共和國行政許可法

(二〇〇三年八月二十七日第十屆全國人民代表大會常務委員會第四次會議通過)

第一章 總則

- 第一條 為了規範行政許可的設定和實施，保護公民、法人和其他組織的合法權益，維護公共利益和社會秩序，保障和監督行政機關有效實施行政管理，根據憲法，制定本法。
- 第二條 本法所稱行政許可，是指行政機關根據公民、法人或者其他組織的申請，經依法審查，准予其從事特定活動的行為。
- 第三條 行政許可的設定和實施，適用本法。
有關行政機關對其他機關或者對其直接管理的事業單位的人事、財務、外事等事項的審批，不適用本法。
- 第四條 設定和實施行政許可，應當依照法定的權限、範圍、條件和程序。
- 第五條 設定和實施行政許可，應當遵循公開、公平、公正的原則。
有關行政許可的規定應當公佈；未經公佈的，不得作為實施行政許可的依據。行政許可的實施和結果，除涉及國家秘密、商業秘密或者個人隱私的外，應當公開。
符合法定條件、標準的，申請人有依法取得行政許可的平等權利，行政機關不得歧視。
- 第六條 實施行政許可，應當遵循便民的原則，提高辦事效率，提供優質服務。
- 第七條 公民、法人或者其他組織對行政機關實施行政許可，享有陳述權、申辯權；有權依法申請行政復議或者提起行政訴訟；其合法權益因行政機關違法實施行政許可受到損害的，有權依法要求賠償。
- 第八條 公民、法人或者其他組織依法取得的行政許可受法律保護，行政機關不得擅自改變已經生效的行政許可。
行政許可所依據的法律、法規、規章修改或者廢止，或者准予行政許可所依據的客觀情況發生重大變化的，為了公共利益的需要，行政機關可以依法變更或者撤回已經生效的行政許可。由此給公民、法人或者其他組織造成財產損失的，行政機關應當依法給予補償。
- 第九條 依法取得的行政許可，除法律、法規規定依照法定條件和程序可以轉讓的外，不得轉讓。
- 第十條 縣級以上人民政府應當建立健全對行政機關實施行政許可的監督制度，加強對行政機關實施行政許可的監督檢查。
行政機關應當對公民、法人或者其他組織從事行政許可事項的活動

實施有效監督。

第二章 行政許可的設定

第十一條 設定行政許可，應當遵循經濟和社會發展規律，有利於發揮公民、法人或者其他組織的積極性、主動性，維護公共利益和社會秩序，促進經濟、社會和生態環境協調發展。

第十二條 下列事項可以設定行政許可：

(一) 直接涉及國家安全、公共安全、經濟宏觀調控、生態環境保護以及直接關係人身健康、生命財產安全等特定活動，需要按照法定條件予以批准的事項；

(二) 有限自然資源開發利用、公共資源配置以及直接關係公共利益的特定行業的市場準入等，需要賦予特定權利的事項；

(三) 提供公眾服務並且直接關係公共利益的職業、行業，需要確定具備特殊信譽、特殊條件或者特殊技能等資格、資質的事項；

(四) 直接關係公共安全、人身健康、生命財產安全的重要設備、設施、產品、物品，需要按照技術標準、技術規範，通過檢驗、檢測、檢疫等方式進行審定的事項；

(五) 企業或者其他組織的設立等，需要確定主體資格的事項；

(六) 法律、行政法規規定可以設定行政許可的其他事項。

第十三條 本法第十二條所列事項，通過下列方式能夠予以規範的，可以不設行政許可：

(一) 公民、法人或者其他組織能夠自主決定的；

(二) 市場競爭機制能夠有效調節的；

(三) 行業組織或者仲介機構能夠自律管理的；

(四) 行政機關採用事後監督等其他行政管理方式能夠解決的。

第十四條 本法第十二條所列事項，法律可以設定行政許可。尚未制定法律的，行政法規可以設定行政許可。

必要時，國務院可以採用發佈決定的方式設定行政許可。實施後，除臨時性行政許可事項外，國務院應當及時提請全國人民代表大會及其常務委員會制定法律，或者自行制定行政法規。

第十五條 本法第十二條所列事項，尚未制定法律、行政法規的，地方性法規可以設定行政許可；尚未制定法律、行政法規和地方性法規的，因行政管理的需要，確需立即實施行政許可的，省、自治區、直轄市人民政府規章可以設定臨時性的行政許可。臨時性的行政許可實施滿一年需要繼續實施的，應當提請本級人民代表大會及其常務委員會制定地方性法規。

地方性法規和省、自治區、直轄市人民政府規章，不得設定應當由國家統一確定的公民、法人或者其他組織的資格、資質的行

政許可；不得設定企業或者其他組織的設立登記及其前置性行政許可。其設定的行政許可，不得限制其他地區的个人或者企業到本地區從事生產經營和提供服務，不得限制其他地區的商品進入本地區市場。

第十六條 行政法規可以在法律設定的行政許可事項範圍內，對實施該行政許可作出具體規定。

地方性法規可以在法律、行政法規設定的行政許可事項範圍內，對實施該行政許可作出具體規定。

規章可以在上位法設定的行政許可事項範圍內，對實施該行政許可作出具體規定。

法規、規章對實施上位法設定的行政許可作出的具體規定，不得增設行政許可；對行政許可條件作出的具體規定，不得增設違反上位法的其他條件。

第十七條 除本法第十四條、第十五條規定的外，其他規範性文件一律不得設定行政許可。

第十八條 設定行政許可，應當規定行政許可的實施機關、條件、程序、期限。

第十九條 起草法律草案、法規草案和省、自治區、直轄市人民政府規章草案，擬設定行政許可的，起草單位應當採取聽證會、論證會等形式聽取意見，並向制定機關說明設定該行政許可的必要性、對經濟和社會可能產生的影響以及聽取和採納意見的情況。

第二十條 行政許可的設定機關應當定期對其設定的行政許可進行評價；對已設定的行政許可，認為通過本法第十三條所列方式能夠解決的，應當對設定該行政許可的規定及時予以修改或者廢止。

行政許可的實施機關可以對已設定的行政許可的實施情況及存在的必要性適時進行評價，並將意見報告該行政許可的設定機關。

公民、法人或者其他組織可以向行政許可的設定機關和實施機關就行政許可的設定和實施提出意見和建議。

第二十一條 省、自治區、直轄市人民政府對行政法規設定的有關經濟事務的行政許可，根據本行政區域經濟和社會發展情況，認為通過本法第十三條所列方式能夠解決的，報國務院批准後，可以在本行政區域內停止實施該行政許可。

第三章 行政許可的實施機關

第二十二條 行政許可由具有行政許可權的行政機關在其法定職權範圍內實施。

第二十三條 法律、法規授權的具有管理公共事務職能的組織，在法定授權

範圍內，以自己的名義實施行政許可。被授權的組織適用本法有關行政機關的規定。

第二十四條 行政機關在其法定職權範圍內，依照法律、法規、規章的規定，可以委託其他行政機關實施行政許可。委託機關應當將受委託行政機關和受委託實施行政許可的內容予以公告。

委託行政機關對受委託行政機關實施行政許可的行為應當負責監督，並對該行為的後果承擔法律責任。

受委託行政機關在委託範圍內，以委託行政機關名義實施行政許可；不得再委託其他組織或者個人實施行政許可。

第二十五條 經國務院批准，省、自治區、直轄市人民政府根據精簡、統一、效能的原則，可以決定一個行政機關行使有關行政機關的行政許可權。

第二十六條 行政許可需要行政機關內設的多個機構辦理的，該行政機關應當確定一個機構統一受理行政許可申請，統一送達行政許可決定。

行政許可依法由地方人民政府兩個以上部門分別實施的，本級人民政府可以確定一個部門受理行政許可申請並轉告有關部門分別提出意見後統一辦理，或者組織有關部門聯合辦理、集中辦理。

第二十七條 行政機關實施行政許可，不得向申請人提出購買指定商品、接受有償服務等不正當要求。

行政機關工作人員辦理行政許可，不得索取或者收受申請人的財物，不得謀取其他利益。

第二十八條 對直接關係公共安全、人身健康、生命財產安全的設備、設施、產品、物品的檢驗、檢測、檢疫，除法律、行政法規規定由行政機關實施的外，應當逐步由符合法定條件的專業技術組織實施。專業技術組織及其有關人員對所實施的檢驗、檢測、檢疫結論承擔法律責任。

第四章 行政許可的實施程序

第一節 申請與受理

第二十九條 公民、法人或者其他組織從事特定活動，依法需要取得行政許可的，應當向行政機關提出申請。申請書需要採用格式文本的，行政機關應當向申請人提供行政許可申請書格式文本。申請書格式文本中不得包含與申請行政許可事項沒有直接關係的內容。

申請人可以委託代理人提出行政許可申請。但是，依法應當由申請人到行政機關辦公場所提出行政許可申請的除外。

行政許可申請可以通過信函、電報、電傳、傳真、電子數據交換和電子郵件等方式提出。

第三十條 行政機關應當將法律、法規、規章規定的有關行政許可的事項、依據、條件、數量、程序、期限以及需要提交的全部材料的目錄和申請書示範文本等在辦公場所公示。

申請人要求行政機關對公示內容予以說明、解釋的，行政機關應當說明、解釋，提供準確、可靠的信息。

第三十一條 申請人申請行政許可，應當如實向行政機關提交有關材料和反映真實情況，並對其申請材料實質內容的真實性負責。行政機關不得要求申請人提交與其申請的行政許可事項無關的技術資料和其他材料。

第三十二條 行政機關對申請人提出的行政許可申請，應當根據下列情況分別作出處理：

（一）申請事項依法不需要取得行政許可的，應當即時告知申請人不受理；

（二）申請事項依法不屬於本行政機關職權範圍的，應當即時作出不予受理的決定，並告知申請人向有關行政機關申請；

（三）申請材料存在可以當場更正的錯誤的，應當允許申請人當場更正；

（四）申請材料不齊全或者不符合法定形式的，應當當場或者在五日內一次告知申請人需要補正的全部內容，逾期不告知的，自收到申請材料之日起即為受理；

（五）申請事項屬於本行政機關職權範圍，申請材料齊全、符合法定形式，或者申請人按照本行政機關的要求提交全部補正申請材料的，應當受理行政許可申請。

行政機關受理或者不予受理行政許可申請，應當出具加蓋本行政機關專用印章和註明日期的書面憑證。

第三十三條 行政機關應當建立和完善有關制度，推行電子政務，在行政機關的網站上公佈行政許可事項，方便申請人採取數據電文等方式提出行政許可申請；應當與其他行政機關共享有關行政許可信息，提高辦事效率。

第二節 審查與決定

第三十四條 行政機關應當對申請人提交的申請材料進行審查。

申請人提交的申請材料齊全、符合法定形式，行政機關能夠當場作出決定的，應當當場作出書面的行政許可決定。

根據法定條件和程序，需要對申請材料的實質內容進行核實的，行政機關應當指派兩名以上工作人員進行核查。

- 第三十五條 依法應當先經下級行政機關審查後報上級行政機關決定的行政許可，下級行政機關應當在法定期限內將初步審查意見和全部申請材料直接報送上級行政機關。上級行政機關不得要求申請人重復提供申請材料。
- 第三十六條 行政機關對行政許可申請進行審查時，發現行政許可事項直接關係他人重大利益的，應當告知該利害關係人。申請人、利害關係人有權進行陳述和申辯。行政機關應當聽取申請人、利害關係人的意見。
- 第三十七條 行政機關對行政許可申請進行審查後，除當場作出行政許可決定的外，應當在法定期限內按照規定程序作出行政許可決定。
- 第三十八條 申請人的申請符合法定條件、標準的，行政機關應當依法作出准予行政許可的書面決定。
行政機關依法作出不予行政許可的書面決定的，應當說明理由，並告知申請人享有依法申請行政復議或者提起行政訴訟的權利。
- 第三十九條 行政機關作出准予行政許可的決定，需要頒發行政許可證件的，應當向申請人頒發加蓋本行政機關印章的下列行政許可證件：
（一）許可證、執照或者其他許可證書；
（二）資格證、資質證或者其他合格證書；
（三）行政機關的批准文件或者證明文件；
（四）法律、法規規定的其他行政許可證件。
行政機關實施檢驗、檢測、檢疫的，可以在檢驗、檢測、檢疫合格的設備、設施、產品、物品上加貼標籤或者加蓋檢驗、檢測、檢疫印章。
- 第四十條 行政機關作出的准予行政許可決定，應當予以公開，公眾有權查閱。
- 第四十一條 法律、行政法規設定的行政許可，其適用範圍沒有地域限制的，申請人取得的行政許可在全國範圍內有效。

第三節 期限

- 第四十二條 除可以當場作出行政許可決定的外，行政機關應當自受理行政許可申請之日起二十日內作出行政許可決定。二十日內不能作出決定的，經本行政機關負責人批准，可以延長十日，並應當將延長期限的理由告知申請人。但是，法律、法規另有規定的，依照其規定。
依照本法第二十六條的規定，行政許可採取統一辦理或者聯合辦理、集中辦理的，辦理的時間不得超過四十五日；四十五日

內不能辦結的，經本級人民政府負責人批准，可以延長十五日，並應當將延長期限的理由告知申請人。

- 第四十三條 依法應當先經下級行政機關審查後報上級行政機關決定的行政許可，下級行政機關應當自其受理行政許可申請之日起二十日內審查完畢。但是，法律、法規另有規定的，依照其規定。
- 第四十四條 行政機關作出准予行政許可的決定，應當自作出決定之日起十日內向申請人頒發、送達行政許可證件，或者加貼標籤、加蓋檢驗、檢測、檢疫印章。
- 第四十五條 行政機關作出行政許可決定，依法需要聽證、招標、拍賣、檢驗、檢測、檢疫、鑒定和專家評審的，所需時間不計算在本節規定的期限內。行政機關應當將所需時間書面告知申請人。

第四節 聽證

- 第四十六條 法律、法規、規章規定實施行政許可應當聽證的事項，或者行政機關認為需要聽證的其他涉及公共利益的重大行政許可事項，行政機關應當向社會公告，並舉行聽證。
- 第四十七條 行政許可直接涉及申請人與他人之間重大利益關係的，行政機關在作出行政許可決定前，應當告知申請人、利害關係人享有要求聽證的權利；申請人、利害關係人在被告知聽證權利之日起五日內提出聽證申請的，行政機關應當在二十日內組織聽證。
- 申請人、利害關係人不承擔行政機關組織聽證的費用。
- 第四十八條 聽證按照下列程序進行：
- （一）行政機關應當於舉行聽證的七日前將舉行聽證的時間、地點通知申請人、利害關係人，必要時予以公告；
 - （二）聽證應當公開舉行；
 - （三）行政機關應當指定審查該行政許可申請的工作人員以外的人員為聽證主持人，申請人、利害關係人認為主持人與該行政許可事項有直接利害關係的，有權申請回避；
 - （四）舉行聽證時，審查該行政許可申請的工作人員應當提供審查意見的證據、理由，申請人、利害關係人可以提出證據，並進行申辯和質證；
 - （五）聽證應當製作筆錄，聽證筆錄應當交聽證參加人確認無誤後簽字或者蓋章。
- 行政機關應當根據聽證筆錄，作出行政許可決定。

第五節 變更與延續

- 第四十九條 被許可人要求變更行政許可事項的，應當向作出行政許可決定

的行政機關提出申請；符合法定條件、標準的，行政機關應當依法辦理變更手續。

- 第五十條 被許可人需要延續依法取得的行政許可的有效期的，應當在該行政許可有效期屆滿三十日前向作出行政許可決定的行政機關提出申請。但是，法律、法規、規章另有規定的，依照其規定。行政機關應當根據被許可人的申請，在該行政許可有效期屆滿前作出是否准予延續的決定；逾期未作決定的，視為准予延續。

第六節 特別規定

- 第五十一條 實施行政許可的程序，本節有規定的，適用本節規定；本節沒有規定的，適用本章其他有關規定。

- 第五十二條 國務院實施行政許可的程序，適用有關法律、行政法規的規定。

- 第五十三條 實施本法第十二條第二項所列事項的行政許可的，行政機關應當通過招標、拍賣等公平競爭的方式作出決定。但是，法律、行政法規另有規定的，依照其規定。

行政機關通過招標、拍賣等方式作出行政許可決定的具體程序，依照有關法律、行政法規的規定。

行政機關按照招標、拍賣程序確定中標人、買受人後，應當作出准予行政許可的決定，並依法向中標人、買受人頒發行政許可證件。

行政機關違反本條規定，不採用招標、拍賣方式，或者違反招標、拍賣程序，損害申請人合法權益的，申請人可以依法申請行政復議或者提起行政訴訟。

- 第五十四條 實施本法第十二條第三項所列事項的行政許可，賦予公民特定資格，依法應當舉行國家考試的，行政機關根據考試成績和其他法定條件作出行政許可決定；賦予法人或者其他組織特定的資格、資質的，行政機關根據申請人的專業人員構成、技術條件、經營業績和管理水平等的考核結果作出行政許可決定。但是，法律、行政法規另有規定的，依照其規定。

公民特定資格的考試依法由行政機關或者行業組織實施，公開舉行。行政機關或者行業組織應當事先公佈資格考試的報名條件、報考辦法、考試科目以及考試大綱。但是，不得組織強制性的資格考試的考前培訓，不得指定教材或者其他助考材料。

- 第五十五條 實施本法第十二條第四項所列事項的行政許可的，應當按照技術標準、技術規範依法進行檢驗、檢測、檢疫，行政機關根據檢驗、檢測、檢疫的結果作出行政許可決定。

行政機關實施檢驗、檢測、檢疫，應當自受理申請之日起五日內指派兩名以上工作人員按照技術標準、技術規範進行檢

驗、檢測、檢疫。不需要對檢驗、檢測、檢疫結果作進一步技術分析即可認定設備、設施、產品、物品是否符合技術標準、技術規範的，行政機關應當場作出行政許可決定。

行政機關根據檢驗、檢測、檢疫結果，作出不予行政許可決定的，應當書面說明不予行政許可所依據的技術標準、技術規範。

第五十六條 實施本法第十二條第五項所列事項的行政許可，申請人提交的申請材料齊全、符合法定形式的，行政機關應當場予以登記。需要對申請材料的實質內容進行核實的，行政機關依照本法第三十四條第三款的規定辦理。

第五十七條 有數量限制的行政許可，兩個或者兩個以上申請人的申請均符合法定條件、標準的，行政機關應當根據受理行政許可申請的先後順序作出准予行政許可的決定。但是，法律、行政法規另有規定的，依照其規定。

第五章 行政許可的費用

第五十八條 行政機關實施行政許可和對行政許可事項進行監督檢查，不得收取任何費用。但是，法律、行政法規另有規定的，依照其規定。

行政機關提供行政許可申請書格式文本，不得收費。

行政機關實施行政許可所需經費應當列入本行政機關的預算，由本級財政予以保障，按照批准的預算予以核撥。

第五十九條 行政機關實施行政許可，依照法律、行政法規收取費用的，應當按照公佈的法定項目和標準收費；所收取的費用必須全部上繳國庫，任何機關或者個人不得以任何形式截留、挪用、私分或者變相私分。財政部門不得以任何形式向行政機關返還或者變相返還實施行政許可所收取的費用。

第六章 監督檢查

第六十條 上級行政機關應當加強對下級行政機關實施行政許可的監督檢查，及時糾正行政許可實施中的違法行為。

第六十一條 行政機關應當建立健全監督制度，通過核查反映被許可人從事行政許可事項活動情況的有關材料，履行監督責任。

行政機關依法對被許可人從事行政許可事項的活動進行監督檢查時，應當將監督檢查的情況和處理結果予以記錄，由監督檢查人員簽字後歸檔。公眾有權查閱行政機關監督檢查記錄。

行政機關應當創造條件，實現與被許可人、其他有關行政機關的計算機檔案系統互聯，核查被許可人從事行政許可事項

活動情況。

第六十二條 行政機關可以對被許可人生產經營的產品依法進行抽樣檢查、檢驗、檢測，對其生產經營場所依法進行實地檢查。檢查時，行政機關可以依法查閱或者要求被許可人報送有關材料；被許可人應當如實提供有關情況和材料。

行政機關根據法律、行政法規的規定，對直接關係公共安全、人身健康、生命財產安全的重要設備、設施進行定期檢驗。對檢驗合格的，行政機關應當發給相應的證明文件。

第六十三條 行政機關實施監督檢查，不得妨礙被許可人正常的生產經營活動，不得索取或者收受被許可人的財物，不得謀取其他利益。

第六十四條 被許可人在作出行政許可決定的行政機關管轄區域外違法從事行政許可事項活動的，違法行為發生地的行政機關應當依法將被許可人的違法事實、處理結果抄告作出行政許可決定的行政機關。

第六十五條 個人和組織發現違法從事行政許可事項的活動，有權向行政機關舉報，行政機關應當及時核實、處理。

第六十六條 被許可人未依法履行開發利用自然資源義務或者未依法履行利用公共資源義務的，行政機關應當責令限期改正；被許可人在規定期限內不改正的，行政機關應當依照有關法律、行政法規的規定予以處理。

第六十七條 取得直接關係公共利益的特定行業的市場準入行政許可的被許可人，應當按照國家規定的服務標準、資費標準和行政機關依法規定的條件，向用戶提供安全、方便、穩定和價格合理的服務，並履行普遍服務的義務；未經作出行政許可決定的行政機關批准，不得擅自停業、歇業。

被許可人不履行前款規定的義務的，行政機關應當責令限期改正，或者依法採取有效措施督促其履行義務。

第六十八條 對直接關係公共安全、人身健康、生命財產安全的重要設備、設施，行政機關應當督促設計、建造、安裝和使用單位建立相應的自檢制度。

行政機關在監督檢查時，發現直接關係公共安全、人身健康、生命財產安全的重要設備、設施存在安全隱患的，應當責令停止建造、安裝和使用，並責令設計、建造、安裝和使用單位立即改正。

第六十九條 有下列情形之一的，作出行政許可決定的行政機關或者其上級行政機關，根據利害關係人的請求或者依據職權，可以撤銷行政許可：

(一) 行政機關工作人員濫用職權、玩忽職守作出准予行政許可

決定的；

- (二) 超越法定職權作出准予行政許可決定的；
- (三) 違反法定程序作出准予行政許可決定的；
- (四) 對不具備申請資格或者不符合法定條件的申請人准予行政許可的；
- (五) 依法可以撤銷行政許可的其他情形。

被許可人以欺騙、賄賂等不正當手段取得行政許可的，應當予以撤銷。

依照前兩款的規定撤銷行政許可，可能對公共利益造成重大損害的，不予撤銷。

依照本條第一款的規定撤銷行政許可，被許可人的合法權益受到損害的，行政機關應當依法給予賠償。依照本條第二款的規定撤銷行政許可的，被許可人基於行政許可取得的利益不受保護。

第七十條 有下列情形之一的，行政機關應當依法辦理有關行政許可的登出手續：

- (一) 行政許可有效期屆滿未延續的；
- (二) 賦予公民特定資格的行政許可，該公民死亡或者喪失行為能力的；
- (三) 法人或者其他組織依法終止的；
- (四) 行政許可依法被撤銷、撤回，或者行政許可證件依法被吊銷的；
- (五) 因不可抗力導致行政許可事項無法實施的；
- (六) 法律、法規規定的應當登出行政許可的其他情形。

第七章 法律責任

第七十一條 違反本法第十七條規定設定的行政許可，有關機關應當責令設定該行政許可的機關改正，或者依法予以撤銷。

第七十二條 行政機關及其工作人員違反本法的規定，有下列情形之一的，由其上級行政機關或者監察機關責令改正；情節嚴重的，對直接負責的主管人員和其他直接責任人員依法給予行政處分：

- (一) 對符合法定條件的行政許可申請不予受理的；
- (二) 不在辦公場所公示依法應當公示的材料的；
- (三) 在受理、審查、決定行政許可過程中，未向申請人、利害關係人履行法定告知義務的；
- (四) 申請人提交的申請材料不齊全、不符合法定形式，不一次告知申請人必須補正的全部內容的；
- (五) 未依法說明不受理行政許可申請或者不予行政許可的理由的；

(六) 依法應當舉行聽證而不舉行聽證的。

第七十三條 行政機關工作人員辦理行政許可、實施監督檢查，索取或者收受他人財物或者謀取其他利益，構成犯罪的，依法追究刑事責任；尚不構成犯罪的，依法給予行政處分。

第七十四條 行政機關實施行政許可，有下列情形之一的，由其上級行政機關或者監察機關責令改正，對直接負責的主管人員和其他直接責任人員依法給予行政處分；構成犯罪的，依法追究刑事責任：

(一) 對不符合法定條件的申請人准予行政許可或者超越法定職權作出准予行政許可決定的；

(二) 對符合法定條件的申請人不予行政許可或者不在法定期限內作出准予行政許可決定的；

(三) 依法應當根據招標、拍賣結果或者考試成績擇優作出准予行政許可決定，未經招標、拍賣或者考試，或者不根據招標、拍賣結果或者考試成績擇優作出准予行政許可決定的。

第七十五條 行政機關實施行政許可，擅自收費或者不按照法定項目和標準收費的，由其上級行政機關或者監察機關責令退還非法收取的費用；對直接負責的主管人員和其他直接責任人員依法給予行政處分。

截留、挪用、私分或者變相私分實施行政許可依法收取的費用的，予以追繳；對直接負責的主管人員和其他直接責任人員依法給予行政處分；構成犯罪的，依法追究刑事責任。

第七十六條 行政機關違法實施行政許可，給當事人的合法權益造成損害的，應當依照國家賠償法的規定給予賠償。

第七十七條 行政機關不依法履行監督職責或者監督不力，造成嚴重後果的，由其上級行政機關或者監察機關責令改正，對直接負責的主管人員和其他直接責任人員依法給予行政處分；構成犯罪的，依法追究刑事責任。

第七十八條 行政許可申請人隱瞞有關情況或者提供虛假材料申請行政許可的，行政機關不予受理或者不予行政許可，並給予警告；行政許可申請屬於直接關係公共安全、人身健康、生命財產安全事項的，申請人在一年內不得再次申請該行政許可。

第七十九條 被許可人以欺騙、賄賂等不正當手段取得行政許可的，行政機關應當依法給予行政處罰；取得的行政許可屬於直接關係公共安全、人身健康、生命財產安全事項的，申請人在三年內不得再次申請該行政許可；構成犯罪的，依法追究刑事責任。

第八十條 被許可人有下列行為之一的，行政機關應當依法給予行政處罰；構成犯罪的，依法追究刑事責任：

(一) 塗改、倒賣、出租、出借行政許可證件，或者以其他形

式非法轉讓行政許可的；

(二) 超越行政許可範圍進行活動的；

(三) 向負責監督檢查的行政機關隱瞞有關情況、提供虛假材料或者拒絕提供反映其活動情況的真實材料的；

(四) 法律、法規、規章規定的其他違法行為。

第八十一條 公民、法人或者其他組織未經行政許可，擅自從事依法應當取得行政許可的活動的，行政機關應當依法採取措施予以制止，並依法給予行政處罰；構成犯罪的，依法追究刑事責任。

第八章 附則

第八十二條 本法規定的行政機關實施行政許可的期限以工作日計算，不含法定節假日。

第八十三條 本法自 2004 年 7 月 1 日起施行。

本法施行前有關行政許可的規定，制定機關應當依照本法規定予以清理；不符合本法規定的，自本法施行之日起停止執行。





附錄二

中華人民共和國行政許可法（草案）

（二〇〇二年六月十九日國務院第六十次常務會議討論通過）

第一章 總則

- 第一條 為了規範行政許可的設定和實施，保護自然人、法人和其他組織的合法權益，維護公共利益和社會秩序，保障和監督行政機關有效實施行政管理，根據憲法，制定本法。
- 第二條 本法所稱行政許可，是指行政機關根據自然人、法人或者其他組織提出的申請，經依法審查，准予其從事特定活動、認可其資格資質或者確立其特定主體資格、特定身份的行為。
- 第三條 行政許可的設定和實施，適用本法。
- 有關行政機關對其他機關或者機關內部人事、財務、外事等事項的審批以及經登記確認特定民事權利義務關係、特定事實，分別依照有關法律、法規的規定辦理，不適用本法。
- 第十一條 設定和實施行政許可，應當依照法定的權限、條件和程序。
- 第十二條 設定和實施行政許可，應當遵循公平、公正的原則，平等對待自然人、法人或者其他組織。
- 第十三條 行政許可的實施機關、條件、程序，期限等的規定應當公布；未經公布的，不得作為實施行政許可的依據。
- 行政許可的實施過程和結果應當公布，接受自然人、法人或者其他組織的監督。
- 第十四條 設定和實施行政許可應當遵循便民、及時的原則，減少環節、簡化程序、提高效率。
- 第十五條 行政機關應當依法履行對自然人、法人或者其他組織從事行政許可事項的活動實施有效監督的責任。
- 第十六條 自然人、法人或者其他組織對行政機關實施行政許可享有陳述權、申辯權，有權依法申請行政復議或者提起行政訴訟；其合法權益因行政機關違法實施行政許可受到損害的，有權依法要求賠償。
- 第十七條 除法律、法規、規章有明確規定的外，行政機關不得撤銷、變更已經生效的行政許可。
- 行政許可決定所依據的法律、法規、規章修改或者廢止，或者事實發生變更的，為了公共利益的需要，行政機關可以依法撤回、變更已經生效的行政許可；由此對自然人、法人或者其他組織造成財產損害的，行政機關應當依法給予補償。
- 第十一條 縣級以上人民政府應當建立健全對行政機關設定和實施行政許可

的監督制度，加強對行政許可的監督檢查

第二章 行政許可的設定範圍和種類

- 第十二條 設定行政許可，應當尊重社會主義市場經濟規律，有利於發揮自然人、法人或者其他組織的積極性、主動性，維護公共利益和社會秩序，促進經濟、社會和生態環境協調發展。
- 第十三條 下列事項可以設定行政許可：
- (一) 直接關係國家安全、經濟安全、公共利益以及人身健康、生命財產安全的事項；
 - (二) 有限自然資源的開發利用、有限公共資源的配置的事項；
 - (三) 通過事後補救難以有效消除影響或者造成難以挽回的重大損害的其他事項。
- 前款所列和本法第十五條規定以外的事項，不得設定行政許可。
- 第十四條 本法第十三條第一款所列事項，通過下列方式能夠解決的，不得設定行政許可：
- (一) 由自然人、法人或者其他組織自主決定，不致損害國家的、社會的、集體的利益和他人的合法的自由和權利的；
 - (二) 通過市場機制能夠有效解決的；
 - (三) 通過民事賠償或者追究其他民事責任能夠解決，並且不致造成難以挽回的重大損害的；
 - (四) 通過規範、公正的中介機構自律能夠解決的；
 - (五) 通過制定和實施強制性標準能夠解決的；
 - (六) 通過實施事後監督等其他行政管理方式能夠解決的。
- 第十五條 中國政府締結或者參加的國際條約要求設立行政許可的事項，應當設定行政許可。
- 第十六條 行政許可的種類：
- (一) 普通許可；
 - (二) 特許；
 - (三) 認可；
 - (四) 核准；
 - (五) 登記。
- 第十七條 對行政機關准予符合法定條件的自然人、法人或者其他組織從事特定活動的下列事項，可以設定普通許可：
- (一) 直接關係國家安全、公共安全的活動；
 - (二) 基於高度社會信用的行業的市場准入和法定經營活動；
 - (三) 利用財政資金或者由政府擔保的外國政府、國際組織貸款的投資項目和涉及產業佈局、需要實施宏觀調控的投資項目；
 - (四) 直接關係人身健康、生命財產安全的產品、物品的生產、

銷售等活動；

(五) 法律、法規規定可以設定普通許可的其他事項。

第十八條 對行政機關賦予自然人、法人或者其他組織特定權利並且具有數量限制的下列事項，可以設定特許：

(一) 有限自然資源的開發利用；

(二) 有限公共資源的配置；

(三) 直接關係公共利益的壟斷性企業的市場准入；

(四) 法律、行政法規規定可以設定特許的其他事項。

第十九條 對行政機關通過考試、考核方式確定自然人、法人或者其他組織為公眾提供服務、直接關係公共利益並且要求具備特殊信譽、特殊條件或者特殊技能的資格、資質，可以設定認可。

第二十條 對行政機關按照技術標準、經濟技術規範審核、認定的下列事項，可以設定核准：

(一) 直接關係公共安全、人身健康、生命財產安全的重要設備、設施的設計、建造、安裝和使用；

(二) 直接關係人身健康、生命財產安全的特定產品、物品的檢驗、檢疫；

(三) 法律、行政法規規定可以設定核准的其他事項。

第二十一條 行政機關確立個人、企業或者其他組織特定主體資格、特定身份的事項，可以設定登記。

第三章 行政許可的設定權

第二十二條 法律可以對本法規定可以設定行政許可的各類事項設定行政許可。

本法規定可以設定行政許可的事項，尚未制定法律的，行政法規、國務院有普遍約束力的決定可以設定行政許可。

本法規定可以設定行政許可的下列事項，只能由法律、行政法規設定：

(一) 法人或者其他組織的設立、變更、終止；

(二) 自然人、法人或者其他組織的生產經營範圍和活動；

(三) 有關財政、稅收、金融、保險、證券、海關、外貿、外匯等應當在全國統一制度或者應當由中央統一管理的事項；

(四) 自然人、法人或者其他組織為公眾提供服務、直接關係公共利益並且要求具備特殊信譽、特殊條件或者特殊技能的資格、資質的確定；

(五) 直接關係公共安全、人身健康、生命財產安全的重要設備、設施的設計、建造、安裝和使用；

(六) 《中華人民共和國立法法》規定只能由法律、行政法規

規定的其他事項。

第二十三條 行政法規、國務院有普遍約束力的決定可以在法律設定的行政許可事項範圍內對實施該行政許可作出具體規定；對同一事項，法律已有規定但沒有設定行政許可的，行政法規、國務院有普遍約束力的決定不得設定行政許可。

第二十四條 地方性法規、地方政府規章可以在法律、行政法規、國務院有普遍約束力的決定設定的行政許可事項範圍內對實施該行政許可作出具體規定；對同一事項，法律、行政法規、國務院有普遍約束力的決定已有規定但沒有設定行政許可的，地方性法規、地方政府規章不得設定行政許可。

對本法第二十二條第三款所列事項以外依法可以設定行政許可的事項，尚未制定法律、行政法規、國務院有普遍約束力的決定的，地方性法規、地方政府規章可以設定行政許可。

第二十五條 地方政府規章可以在地方性法規設定的行政許可事項範圍內對實施該行政許可作出具體規定；對同一事項，地方性法規已有規定但沒有設定行政許可的，地方政府規章不得設定行政許可。

較大的市的政府規章可以在省、自治區的政府規章設定的行政許可事項範圍內對實施該行政許可作出具體規定；對同一事項，省、自治區的政府規章已有規定但沒有設定行政許可的，較大的市的政府規章不得設定行政許可。

第二十六條 國務院部門規章可以在法律、行政法規、國務院有普遍約束力的決定設定的行政許可事項範圍內對實施該行政許可作出具體規定。

第二十七條 除法律、行政法規、國務院有普遍約束力的決定、地方性法規、地方政府規章外，國務院部門規章以及依法不享有規章制定權的地方人民政府和其他機關制定的規範性文件一律不得設定行政許可。

第二十八條 法律、法規和地方政府規章設定行政許可的，應當明確規定行政許可的實施機關、條件、程序、期限。

第二十九條 起草法律草案、法規草案和地方政府規章草案，設定行政許可的，應當廣泛聽取意見，並對設定該行政許可的必要性、對經濟和社會可能產生的影響、聽取意見的範圍及其採納情況等向制定機關說明。

第三十條 行政許可的設定機關應當每隔兩年對其設定的有關經濟事務的行政許可進行評價；對不需要繼續保留的，應當及時予以廢止。

第四章 行政許可的實施機關

- 第三十一條 行政許可由具有行政許可權的行政機關在法定職權範圍內實施。
- 第三十二條 法律、法規授權的具有管理公共事務職能的組織在法定授權範圍內以自己的名義實施行政許可。
- 第三十三條 行政機關在其法定職權範圍內，依照法律、法規或者規章的規定，可以委託其他行政機關實施行政許可。
委託行政機關對受委託行政機關實施行政許可的行為負責監督，並對該行為的後果承擔法律責任。
受委託行政機關在委託範圍內以委託行政機關名義實施行政許可；不得再委託其他組織或者個人實施行政許可。
- 第三十四條 經國務院批准，省、自治區、直轄市人民政府根據精簡、統一、效能的原則，可以決定一個行政機關行使有關行政機關的行政許可權，但是實行垂直領導的行政機關和國家安全機關行使的行政許可權除外。
- 第三十五條 一個行政機關實施行政許可，應當確定一個內設機構統一受理行政許可申請、送達是否准予行政許可的決定，不得由多個內設機構對外。
- 第三十六條 對同一事項，依法應當由地方人民政府兩個以上部門分別實施的行政許可，本級人民政府可以確定由一個部門受理行政許可申請並轉告有關部門分別提出意見後統一辦理，或者組織有關部門聯合辦理、集中辦理；其中，對企業設立、工程建設、項目投資等有關事項的行政許可，應當確定由一個部門受理行政許可申請並轉告有關部門分別提出意見後統一辦理，或者組織有關部門聯合辦理、集中辦理。

第五章 行政許可一般程序

第一節 申請與受理

- 第三十七條 行政機關可以向申請人提供行政許可申請書格式文本，但是申請書格式文本不得包含與申請行政許可事項沒有直接關係的內容。
- 第三十八條 行政機關應當將有關行政許可的事項、依據、條件、數量、程序、期限、費用以及需要提交的全部材料和申請書示範文本等在辦公場所公示。
行政機關應當創造條件，將前款規定的公示內容在其網站、公報上公布。
申請人要求行政機關對公示內容予以說明、解釋的，行政機關應當說明、解釋，提供準確、可靠的信息。
- 第三十九條 申請人可以通過郵寄、數據電文（包括電報、電傳、傳真、電

子數據交換和電子郵件)等方式提出行政許可申請,也可以委託代理人提出行政許可申請;但是,法律、法規、規章規定應當由申請人到行政機關辦公場所提出行政許可申請的除外。

行政機關應當創造條件並建立相關制度,方便申請人及時、有效地通過郵寄、數據電文等方式提出行政許可申請。

第四十條 申請人申請行政許可,應當如實向行政機關提交法律、法規、規章規定的有關材料。行政機關不得要求申請人提交法律、法規、規章規定以外的其他材料。

第四十一條 行政機關收到申請人提出的行政許可申請,申請事項屬於本機關職權範圍,申請材料齊全、符合法定形式的,應當予以受理,並出具書面受理憑證;但是,行政機關能夠當場作出是否准予行政許可的決定的,可以不出具書面受理憑證。

申請人提出的申請材料存在可以當場更正的文字錯誤、計算錯誤或者其他錯誤的,行政機關應當請申請人當場更正,經申請人同意也可以代為更正。行政機關不得以申請材料存在可以當場更正的錯誤為由拒絕受理行政許可申請。

第四十二條 行政機關對申請人提出的行政許可申請,依法不能受理的,應當分別下列情況作出處理:

(一)申請事項依法不需要取得行政許可的,行政機關應當當場書面告知申請人;

(二)申請事項依法不屬於本機關職責範圍的,行政機關應當當場作出不予受理的書面決定,並告知申請人有權受理其申請的行政機關;

(三)申請材料不齊全或者不符合法定形式的,行政機關應當一次性書面告知申請人需要補正的全部內容。申請人按照書面告知要求補正後,行政機關應當予以受理。

除前款所列情形外,行政許可申請自行政機關收到之日起即為受理。

第二節 審查與決定

第四十三條 申請人提交的申請材料齊全、符合法定形式,依法不需要對行政許可申請作實質性審查、核實,能夠當場作出決定的,行政機關應當當場作出是否准予行政許可的決定。

第四十四條 行政機關受理申請後,需要對有關申請材料進行實質性審查、核實的應當根據法定條件和程序對申請材料的實質內容進行審查、核實;需要實地核查後才能作出是否准予行政許可的決定的,行政機關應當指派兩名以上工作人員實地核查。

對情況複雜的或者重大的行政許可,行政機關的負責人應當集

體討論決定。

- 第四十五條 依法應當先經下級行政機關審查後報上級行政機關決定的行政許可，下級行政機關應當在法定期限內審查完畢。下級行政機關審查同意後，應當將初步審查意見和全部申請材料直接報送上級行政機關審核、決定。上級行政機關不得要求申請人重複提供材料。
- 第四十六條 行政機關作出不予行政許可的決定前，應當告知申請人不予行政許可的理由和依據；行政許可事項直接關係公共利益或者第三人重大利益的，行政機關作出准予行政許可的決定前，應當告知第三人准予行政許可的理由和依據。申請人、利害關係人有權進行陳述和申辯。行政機關應當充分聽取申請人、利害關係人的意見，並對其提出的理由和依據進行復核。
- 第四十七條 對沒有數量限制的行政許可，申請人的申請符合法定條件的，行政機關應當依法作出准予行政許可的決定。
對有數量限制的行政許可，兩個或者兩個以上申請人的申請均符合法定條件的，行政機關應當根據受理行政許可申請的先後順序作出准予行政許可的決定。但是，法律、行政法規規定有優先順序以及依法應當採用招標、拍賣等公平競爭方式擇優作出准予行政許可的決定的，從其規定。
行政機關作出准予行政許可的決定，依照本法和其他有關法律、法規、規章的規定應當頒發行政許可證件的，行政機關自作出行政許可決定之日起五日內應當加蓋印章的行政許可證件送達申請人。
- 第四十八條 行政許可申請不符合法定條件的，行政機關應當依法作出不予行政許可的決定，並說明不予行政許可的理由、依據和申請人依法申請行政復議或者提起行政訴訟的權利。
- 第四十九條 除可以當場決定的外，行政機關應當自受理行政許可申請之日起三十日內做出是否准予行政許可的決定；三十日內不能作出決定的，經本行政機關負責人批准，可以延長十五日，但是應當將延長審查期限的情況告知申請人。
依據本法第三十六條的規定由一個部門受理行政許可申請並轉告有關部門分別提出意見後統一辦理，或者組織有關部門聯合辦理、集中辦理的，統一辦理或者聯合辦理、集中辦理的時間不得超過四十五日；四十五日不能辦結的，經本級人民政府批准，可以延長十五日，但是應當將延長審查期限的情況告知申請人。
依法應當先經下級行政機關審查同意後報上級行政機關決定的行政許可，各行政機關應當自受理行政許可申請之日或者自

收到下級行政機關報送的初步審查意見和全部申請材料之日起三十日內辦結。

作出是否准予行政許可的決定，依法需要聽證、招標投標、拍賣、鑑定和專家評審的，聽證、招標投標、拍賣、鑑定和專家評審的時間不計算在本條規定的期限內。

法律、行政法規對行政機關作出行政許可決定的期限另有規定的，從其規定。

- 第五十條 行政機關實施行政許可，不得向申請人提出購買商品、接受服務、參加保險等不正當要求。
- 行政機關工作人員辦理行政許可，不得與申請人進行私下接觸，不得接受申請人的宴請、財物或者獲取其他利益。

- 第五十一條 被許可人依據法律、行政法規和國務院有普遍約束力的決定取得的行政許可，其適用範圍依法沒有地域限制的，所取得的行政許可在全國範圍內有效。

第三節 聽證

- 第五十二條 有下列情形之一的，行政機關作出是否准予行政許可的決定前，應當告知申請人或者利害關係人有要求聽證的權利；申請人或者利害關係人要求聽證並在被告知有權要求聽證之日起五日內提出聽證申請的，行政機關應當組織聽證：

(一) 未採用招標、拍賣方式並且涉及申請人、利害關係人重大利益的特許事項；

(二) 直接關係申請人、利害關係人重大利益或者社會公共利益的重大行政許可事項；

(三) 法律、法規、規章規定應當聽證的其他事項。

申請人或者利害關係人不承擔行政機關組織聽證的費用。

- 第五十三條 聽證按照下列程序進行：

(一) 行政機關應當自收到申請人或者利害關係人聽證申請之日起十五日內作出舉行聽證的日期、地點的決定，並於舉行聽證的七日前通知申請人和已知的利害關係人，必要時予以公告；

(二) 除涉及國家秘密、商業秘密或者個人隱私外，聽證應當公開舉行；

(三) 行政機關應當指定該行政許可審查人員以外的工作人員為聽證主持人；申請人或者利害關係人認為主持人與本行政許可事項有直接利害關係的，有權申請迴避；

(四) 舉行聽證時，行政許可審查人員應當提出審查意見的理由和依據；申請人、利害關係人可以進行申辯和質證；

(五) 聽證應當製作筆錄；聽證筆錄應當交聽證參加人員確認無誤後簽字或者蓋章。
 行政機關應當充分考慮聽證筆錄，並自聽證結束之日起十五日內作出是否准予行政許可的決定。

第四節 變更與延展

第五十四條 被許可人要求變更行政許可的，應當向作出行政許可決定的行政機關提出申請；符合法定條件的，行政機關應當依法辦理變更手續。

第五十五條 被許可人需要延展行政許可有效期的，應當在該行政許可有效期屆滿三十日前向作出行政許可決定的行政機關提出申請，但是法律、法規、規章另有規定的除外。經依法審查，行政機關應當在該行政許可有效期屆滿前作出是否准予延展的決定。

第六章 行政許可特別程序

第一節 適用規則

第五十六條 實施行政許可的程序，本章有規定的，適用本章規定；本章沒有規定的，適用本法第五章行政許可一般程序的規定。

第五十七條 國務院實施審批的程序，適用有關法律、行政法規的規定。

第二節 特許程序

第五十八條 對特許事項，行政機關應當通過招標、拍賣等公平競爭的方式決定是否予以特許，但是法律、行政法規另有規定的除外。
 招標投標、拍賣的具體程序分別適用《中華人民共和國招標投標法》、《中華人民共和國拍賣法》和有關法律、行政法規的規定。

第五十九條 依照招標投標、拍賣程序確定中標人、買受人後，行政機關應當自中標人、買受人依法履行有關義務之日起十日內作出特許決定或者與中標人、買受人簽訂協議，並依法向中標人、買受人頒發特許證件。

第六十條 行政機關作出特許決定後，應當將特許決定和申請人的全部申請材料予以公示，但是涉及國家秘密、商業秘密和個人隱私的內容除外。

第六十一條 申請人認為行政機關作出特許決定有下列情形之一，損害其合法權益的，可以依法申請行政復議或者提起行政訴訟：

- (一) 依法應當採用招標、拍賣的方式而不採用招標、拍賣方式的；
- (二) 非法干涉招標投標、拍賣活動的；

(三) 不根據依法進行的招標、拍賣的結果擇優作出決定的。

第三節 認可程序

第六十二條 對自然人的資格認可事項，行政機關應當舉行全國統一考試，根據考試成績和其他法定條件決定是否予以認可，但是法律、行政法規另有規定的除外。

行政機關予以認可的，應當自作出認可決定之日起十日內向取得資格的自然人頒發資格證書。

第六十三條 自然人的資格考試公開舉行，實行全國統一大綱、統一命題、統一考試規則。

行政機關應當事先公布資格考試的報名條件、報考辦法、考試科目以及考試大綱等事項。

行政機關不得組織強制性的資格考試考前培訓，不得指定教材或者其他助考材料。

第六十四條 對法人或者其他組織的資格、資質認可事項，行政機關應當依照法律、行政法規、國務院有普遍約束力的決定或者國務院部門規章的規定，對申請人的專業人員構成、技術條件、經營業績和管理水平等進行考核後作出是否予以認可的決定，並自作出認可決定之日起十日內向取得資格、資質的法人或者其他組織頒發相應的資格、資質證書。

第六十五條 行政機關作出認可決定後，應當將認可決定和申請人的全部申請材料予以公示，但是涉及國家秘密、商業秘密和個人隱私的內容除外。

第四節 核准程序

第六十六條 直接關係公共安全、人身健康、生命財產安全的重要設備、設施應當按照公布的技術標準、技術規範設計、建造、安裝和使用；在設計、建造、安裝和使用的不同階段，設備、設施的設計、建造、安裝和使用單位應當依法申請行政機關進行檢測、驗收。

直接關係人身健康、生命財產安全的特定產品、物品應當符合公布的衛生標準，生產、經營該產品、物品的自然人、法人或者其他組織應當依法申請行政機關進行檢驗、檢疫。

第六十七條 行政機關應當自受理設備、設施的檢測、驗收申請之日起五日內指派兩名以上工作人員按照技術標準、技術規範對設備、設施進行實地檢測、驗收。

不需要對檢測、驗收結果作進一步技術分析即可認定設備、設施是否符合技術標準的，行政機關應當當場作出是否予以核准

的決定。

第六十八條 行政機關對設備、設施、產品予以核准的，應當依法向申請人頒發核准證件，也可以依法在核准的設備、設施、產品、物品或者其設計圖紙上加貼標籤或者加蓋印章。核准證件、標籤、印章上應當載明檢測、驗收、檢驗、檢疫的時間以及負責檢測、驗收、檢驗、檢疫的工作人員的姓名或者編號。

經檢測、驗收、檢驗、檢疫不予核准的，應當書面說明不予核准所依據的技術標準、技術規範、衛生標準。

第六十九條 對直接關係公共安全、人身健康、生命財產安全的設備、設施、產品、物品的檢測、驗收、檢驗、檢疫，應當創造條件，逐步實行由符合法定條件的專業技術組織、人員實施。

專業技術組織、人員對其檢測、驗收、檢驗、檢疫結論承擔法律責任。

第五節 登記程序

第七十條 對申請登記事項，申請人提交的申請材料齊全、符合法定形式的，行政機關應當當場予以登記；需要對申請材料本身的真實性作進一步核查的，行政機關應當自受理登記申請之日起十五日內決定是否予以登記。

第七十一條 對申請登記事項，行政機關依法不對申請材料本身的真實性作進一步核查的，申請人對其申請材料所反映的實質內容的真實性負責。

第七十二條 公眾有權查閱、複製或者摘錄登記事項，但是涉及國家秘密、商業秘密和個人隱私的內容除外。

第七章 監督檢查

第七十三條 行政機關應當依法對被許可人從事行政許可事項的活動進行監督檢查，並將監督檢查的內容、發現的違法事實和處理結果予以紀錄，由監督檢查人員簽字後歸檔。公眾有權查閱行政機關監督檢查紀錄。

行政機關實施監督檢查，不得妨礙被許可人正常的生產經營活動，不得收取費用，不得接受被許可人的宴請、財物或者獲取其他利益。

第七十四條 行政機關應當建立、健全監督制度，通過對反映被許可人從事行政許可事項活動情況的有關材料的核查，履行監督責任。被許可人應當向行政機關如實提供反映自己從事行政許可事項活動情況的有關材料；必要時，行政機關可以依法查閱或者要求被許可人報送有關材料。

行政機關應當創造條件，實現與被許可人、有關行政機關的計算機檔案系統互聯，通過計算機核查被許可人從事行政許可事項活動情況。

- 第七十五條 行政機關可以對被許可人生產、經營的產品依法進行抽樣檢查、檢測、檢驗，對其生產經營場所依法進行實地檢查。
- 第七十六條 被許可人在作出行政許可決定的行政機關管轄區域外違法從事行政許可事項的活動的，違法行為發生地的行政機關應當將被許可人的違法事實、處理結果抄告作出行政許可決定的行政機關。
- 第七十七條 行政機關應當採取措施，鼓勵個人和組織對違法從事行政許可事項的活動進行舉報、投訴。
行政機關對舉報、投訴應當及時核實；對違法從事行政許可事項的活動的被許可人和未經行政許可擅自從事依法應當取得行政許可的活動的自然人、法人或者其他組織依法予以處理，並將處理結果予以公布。
行政機關應當為舉報人、投訴人保密。
- 第七十八條 被許可人違法從事行政許可事項的活動，損害自然人、法人或者其他組織的合法權益的，受損害人可以要求行政機關進行處理；對行政機關處理不服的，自然人、法人或者其他組織可以依法申請行政復議或者提起行政訴訟。
- 第七十九條 被許可人未依法履行開發、利用有限自然資源義務或者未依法履行利用有限公共資源法定義務的，行政機關應當責令限期改正；被許可人在規定期限內不改正的，行政機關應當收回特許。
- 第八十條 取得直接關係公共利益的壟斷性企業的市場准入特許的被許可人，應當按照國家規定的服務標準、資費標準和行政機關依法規定的條件向用戶提供安全、方便、穩定和價格合理的服務，並履行普遍服務的義務；未經行政機關批准，不得擅自停業、歇業。被特許人不履行前款規定的義務的，行政機關應當責令限期改正或者依法採取有效措施確保其履行義務。
- 第八十一條 對直接關係公共安全、人身健康、生命財產安全的重要設備、設施，行政機關應當監督建造、安裝和使用單位嚴格執行安全規程和技術規範，並督促建立相應的自檢制度。
行政機關應當依照法律、法規、規章的規定對設備、設施的安全技術性能進行定期檢驗和不定期抽查，發現設備、設施存在安全隱患的，應當責令設備、設施的建造、安裝和使用單位立即消除隱患；消除隱患期間，應當責令其停止建造、安裝和使用。
- 第八十二條 有下列情形之一的，作出行政許可決定的行政機關根據利害關

係人的申請或者依據職權，可以撤銷行政許可；不撤銷行政許可的，其上級行政機關可以責令撤銷或者依法予以撤銷：

- (一) 超越法定職權作出行政許可決定的；
- (二) 行政機關工作人員濫用職權、玩忽職守作出行政許可決定的；
- (三) 違反法定程序，影響行政許可決定正確性的；
- (四) 對不具備申請資格或者不符合行政許可條件的申請人予以行政許可的；
- (五) 被許可人有本法第八十三條所列情況之一的；
- (六) 有依法應當撤銷行政許可的其他情形的。

前款所列行政許可，有下列情形之一的，不得撤銷：

- (一) 撤銷行政許可對公共利益有重大危害的；
- (二) 被許可人無本法第八十三條所列情形，並且其基於行政許可取得的利益明顯大於撤銷行政許可所要維護的公共利益的。

有本條第一款規定情形的，作出行政許可決定的行政機關或者其上級行政機關應當自知道撤銷情形之日起一年內作出撤銷原行政許可的決定。

第八十三條 行政機關依照本法第八十二條的規定撤銷行政許可，損害被許可人的合法權益的，行政機關應當依法給予賠償；但是，被許可人取得行政許可，有下列情形之一的，其基於行政許可取得的利益不受保護：

- (一) 以詐欺、脅迫、賄賂手段取得行政許可的；
- (二) 對重要事項提供虛假材料，行政機關據此作出行政許可決定的；
- (三) 明知行政許可違法或者因自身重大過失不知行政許可違法的。

第八十四條 有下列情形之一的，行政機關應當依法註銷行政許可：

- (一) 有效期屆滿未延展行政許可的；
 - (二) 有關自然人資格的認可，該自然人死亡、喪失行為能力或者依法被宣告失蹤的；
 - (三) 法人或者其他組織終止或者被撤銷的；
 - (四) 行政許可證件被吊銷的；
 - (五) 被許可人因不可抗力不能從事行政許可事項的活動的；
 - (六) 被許可人在法律、法規、規章規定的期間內不從事行政許可事項的活動的；
 - (七) 有法律、法規規定的應當註銷行政許可的其他情形的。
- 行政機關註銷行政許可，應當收回頒發的許可證件，並辦理有

關註銷手續或者公告註銷。

第八章 收費

第八十五條 除法律、行政法規有明確規定的外，行政機關實施行政許可，不得收取任何費用。

行政機關提供行政許可申請書格式文本，不得收費。

行政機關實施行政許可所需經費應當列入本機關的預算，由本級財政予以保障，按照批准的預算予以核撥。

第八十六條 行政機關實施行政許可，依照法律、行政法規的規定可以收取費用的，應當按照法定的項目、標準收費；所收取的費用必須全部上繳國庫，任何機關或者個人不得以任何形式截留、挪用、私分或者變相私分。財政部門不得以任何形式向行政機關返還或者變相返還其實施行政許可所收取的費用。

第九章 法律責任

第八十七條 自然人、法人或者其他組織認為法律、法規、規章違反本法規定設定行政許可的，可以依照《中華人民共和國立法法》規定的程序，向有權機關提出撤銷或者修改的建議。

違反本法第二十七條規定設定的行政許可無效，有權機關應當責令設定該行政許可的機關改正或者予以撤銷，對直接負責的主管人員依法給予記大過或者降級的行政處分；情節嚴重的，依法給予撤職的行政處分。

第八十八條 行政機關無正當理由，對符合法定條件的行政許可申請不予受理、不予行政許可或者不在法定期限內作出決定的，由其上級行政機關責令改正，對直接負責的主管人員和其他直接責任人員依法給予記大過、降級或者撤職的行政處分。

第八十九條 行政機關及其工作人員違反本法的規定，有下列情形之一的，由行政機關或者其上級行政機關責令改正，對直接負責的主管人員和其他直接責任人員依法給予記大過或者降級的行政處分：

（一）不在辦公場所公示依法應當公示的材料的；

（二）申請人提交的申請材料不齊全、不符合法定形式，不一次性告知申請人必須補正的全部內容的；

（三）未依法說明不受理行政許可申請或者不予行政許可的理由的；

（四）依法應當舉行聽證後作出行政許可決定而不舉行聽證的。

第九十條 行政機關工作人員辦理行政許可事項、實施監督檢查，索取或者

收受他人財物或者其他利益的，依照刑法關於受賄罪或者其他罪的規定，依法追究刑事責任；尚不夠刑事處罰的，依法給予降級或者撤職的行政處分。

第九十一條 行政機關實施行政許可，有下列情形之一的，由其上級行政機關責令改正，對直接負責的主管人員和其他直接責任人員依法給予撤職的行政處分；致使公共財產、國家和人民利益遭受重大損失的，依照刑法關於濫用職權罪、玩忽職守罪或者其他罪的規定，依法追究刑事責任：

（一）對不符合法定條件的申請人准予行政許可或者超越職權作出准予行政許可決定的；

（二）不履行或者不認真履行職責作出准予行政許可決定的；

（三）依法應當根據招標、拍賣結果或者考試成績擇優作出行政許可決定，未經招標、拍賣或者考試，或者不根據招標、拍賣結果或者考試成績擇優作出行政許可決定的。

第九十二條 行政機關不依法履行監督責任或者監督不力，造成嚴重後果的，由其上級行政機關責令改正，對直接負責的主管人員和其他直接責任人員依法給予降級或者撤職的行政處分；致使公共財產、國家和人民利益遭受重大損失的，依照刑法關於玩忽職守罪或者其他罪的規定，依法追究刑事責任。

第九十三條 行政機關實施行政許可，擅自收費或者不按照法定項目、標準收費的，由其上級行政機關責令退還非法收取的費用；對直接負責的主管人員和其他直接責任人員，依法給予降級或者撤職的行政處分。

第九十四條 被許可人以詐欺、脅迫、賄賂手段取得行政許可的，行政機關應當依法給予行政處罰；觸犯刑律的，依照刑法關於妨害公務罪、行賄罪或者其他罪的規定，依法追究刑事責任。

第九十五條 被許可人有下列行為之一的，依法給予行政處罰；觸犯刑律的，依照刑法關於偽造、變造、買賣國家機關公文、證件、印章罪、提供虛假財務報告罪或者其他罪的規定，依法追究刑事責任：

（一）塗改、出借、出租、倒賣行政許可證件的；

（二）超越行政許可範圍進行活動的；

（三）向負責監督檢查的行政機關提供虛假材料或者拒絕提供反映其活動情況的真實材料的；

（四）有法律、法規、規章規定的其他違法行為的。

第九十六條 自然人、法人或者其他組織未經行政許可，擅自從事依法應當取得行政許可的活動的，應當依法予以取締，並依法給予行政處罰；觸犯刑律的，依照刑法關於非法經營罪或者其他罪的規

定，依法追究刑事責任。

第十章 附則

第九十七條 本法所稱申請人，是指依法申請行政許可的自然人、法人或者其他組織。

本法所稱被許可人，是指取得行政許可的自然人、法人或者其他組織。

第九十八條 本法關於行政許可期間的規定是指工作日，不含法定節假日。

第九十九條 本法自 年 月 日起施行。

第一百條 本法施行前制定的法規和規章有關行政許可的規定不符合本法規定的，應當自本法施行之日起停止執行，並依照本法規定在 年 月 日前清理、修訂完畢。



參考文獻

一、中文著作(以編、著者筆劃順序排列)

1. 甘文，行政訴訟司法解釋之評論，北京·中國法制出版社，二〇〇〇年版。
2. 王文杰，中國大陸法制之變遷，台北·元照，二〇〇二年十月。
3. 王泰銓，投資大陸市場法律與實務解析，台北·學林，二〇〇〇年十二月，第一版。
4. 王泰銓(編)，最新中華人民共和國法律、法規彙編，作者自印，二〇〇二年十二月，增修訂二版。
5. 王清雲、遲玉收，行政法律行為，北京·群眾出版社，一九九二年十一月，第一版。
6. 方世榮，論具體行政行為，武昌·武漢大學出版社，一九九六年四月，第一版。
7. 中國法治論壇編輯委員會(編)，憲法論文集，北京·社會科學文獻出版社，二〇〇三年十一月，第一版。
8. 江必新、周衛平(編著)，行政程序法概論，北京·北京師範學院出版社，一九九一年三月，第一版。
9. 吳志光，比較違憲審查制度，台北·神州，二〇〇三年四月，初版。
10. 吳庚，行政法之理論與實用，作者自印，民國九十年八月，增訂七版。
11. 周旺生(編)，立法研究(第一卷)，北京·法律出版社，二〇〇〇年六月，第一版。
12. 林紀東，中華民國憲法逐條釋義，台北·三民，民國七十九年十一月，第六版。
13. 林紀東，行政法，台北·三民，民國八十三年十一月，再修訂再版。
14. 金國坤，依法行政的現實基礎—影響和制約政府依法行政的因素分析，北京·中國政法大學出版社，二〇〇一年十月，第一版。
15. 俞子清，行政法與行政訴訟法學，北京·法律出版社，二〇〇一年五月，第一版。
16. 城仲模(編)，行政法之一般法律原則，台北·三民，民國八十三年八月，初版。
17. 城仲模(編)，行政法之一般法律原則(二)，台北·三民，民國八十六年七月，初版。
18. 城仲模(編)，憲法體制與法治行政(城仲模教授六秩華誕祝壽論文集(二)行政法總論篇)，台北·三民，民國八十七年八月，初版。
19. 姚銳敏，依法行政的理論與實踐，北京·法律出版社，二〇〇〇年十一月，第一版。
20. 胡錦光、楊建順、李元起，行政法專題研究(中國人民大學碩士研究生系列教材)，北京·中國人民大學出版社，一九九八年九月，第一版。
21. 翁岳生(編)，行政法(上冊)，作者自印，二〇〇〇年三月，第二版。

22. 翁岳生，行政法與現代法治國家(國立台灣大學法學叢書(二))，作者自印，一九九〇年九月，第十一版。
23. 翁岳生，法治國家之行政法與司法(國立台灣大學法學叢書64)，台北·月旦出版社，一九九四年六月，初版。
24. 袁曙宏、宋功德，WTO 與行政法，北京·北京大學出版社，二〇〇二年十月，第一版。
25. 馬懷德，行政許可，北京·中國政法大學出版社，一九九四年七月，第一版。
26. 國立政治大學法學院(編)，1998年海峽兩岸行政法學術研討會實錄，一九九九年四月。
27. 許光泰，中共法制論，台北·台灣商務印書館，民國七十八年三月，初版。
28. 許安標、武增、劉松山、童衛東，《中華人民共和國行政許可法》釋義及實用指南，北京·中國民主法制出版社，二〇〇三年九月，第一版。
29. 許宗力，憲法與法治國行政，台北·元照，一九九九年三月，初版。
30. 許崇德(主編)，憲法，北京·中國人民大學出版社，二〇〇二年十二月，第一版(第八刷)。
31. 陳敏，行政法總論，作者自印，民國九十二年一月，第三版。
32. 陳新民，法治國家論，台北·學林，二〇〇一年四月，第一版。
33. 陳慈陽，憲法規範性與憲政現實性，台北·翰蘆，一九九七年九月，初版。
34. 郭道暉、周旺生、王晨光(編)，立法—原則、制度、技術，北京·北京大學出版社，一九九四年版。
35. 章劍生，行政程序法比較研究，杭州·杭州大學出版社，一九九七年八月，第一版。
36. 張正劍、韓大元(主編)，中外許可證制度的理論與實踐，北京·中國人民大學出版社，一九九四年版。
37. 張正劍、韓大元(主編)，比較行政法，北京·中國人民大學出版社，一九九八年十二月，第一版。
38. 張慶福(主編)，憲法學基本理論(下卷)，北京·社會科學文獻出版社，一九九九年九月，第一版。
39. 張樹義(主編)，行政法與行政訴訟法案例教程，北京·知識產權出版社，二〇〇一年七月，第一版。
40. 黃之英(編)，中國法治之路，北京·北京大學出版社，二〇〇〇年七月，第一版。
41. 黃立、李貴英、林彩瑜合著，WTO 國際貿易法論，台北·元照，二〇〇三年三月，第三版。
42. 黃錦堂，地方自治法治化問題之研究，台北·月旦，一九九八年二月，一版三刷。
43. 詹中原，當代中國大陸政府與行政，台北·神州，二〇〇二年十月，初版。

44. 詹福滿，中國行政法問題研究，北京·中國方正出版社，二〇〇一年七月，第一版。
45. 葉必豐，行政法學，武漢·武漢大學出版社，一九九六年十二月，第一版。
46. 葉俊榮，環境行政的正當法律程序（國立台灣大學法學叢書（七六）），作者自印，初版，一九九三年四月。
47. W. Friedmann, Legal Theory, 楊日然等（譯），法理學，台北·司法週刊，民國七十三年九月，再版。
48. 楊海坤、黃學賢，中國行政程序法典化—從比較法角度研究，北京·法律出版社，一九九九年八月，第一版。
49. 楊海坤，中國行政法基本理論，南京·南京大學出版社，一九九二年十二月，第一版。
50. 楊寅，中國行政程序法治化—法理學與法文化的分析，北京·中國政法大學出版社，二〇〇一年十一月，第一版。
51. 楊惠基（主編），聽證程序理論與實務，上海·人民出版社，一九九七年七月，第一版。
52. 楊解君（主編），行政許可研究（國家公務員依法行政叢書），北京·人民出版社，二〇〇一年十二月，第一版。
53. 楊解君、肖澤晟，行政法學，北京·法律出版社，二〇〇〇年八月，第一版。
54. 楊解君、孫學玉，依法行政論綱，北京·中共中央黨校出版社，一九九八年七月，第一版。
55. 經濟社會體制比較編輯部（編），腐敗尋根：中國會成為尋租社會嗎，北京·中國經濟出版社，一九九九年五月，第一版。
56. 熊文釗，現代行政法原理，北京·法律出版社，二〇〇〇年九月，第一版。
57. 蔡志方，行政救濟與行政法學（一），台北·三民，民國八十二年三月，初版。
58. 劉孔中、李建良（編），憲法解釋之理論與實務，台北·中央研究院中山人文社會科學研究所，民國八十七年六月。
59. 劉宗德，行政法基本原理，台北·學林，一九九八年八月，初版。
60. 劉莘、馬懷德、楊惠基（主編），中國行政法學新理念，北京·中國方正出版社，一九九七年十一月，第一版。
61. 劉莘，行政法熱點問題，北京·中國方正出版社，二〇〇一年五月，第一版。
62. 劉清波，中共憲法論，台北·華泰，二〇〇一年一月，初版。
63. 劉德喜（主編），WTO 與國家主權，北京·人民出版社，二〇〇三年三月，第一版。
64. 應松年，中國走向行政法治探索，北京·中國方正出版社，一九九八年五月，第一版。

65. 應松年(主編), 比較行政程序法, 北京·中國法制出版社, 一九九九年一月, 第一版
66. 應松年(主編), 行政行為法—中國行政法制建設的理論與實踐, 北京·人民出版社, 一九九三年十二月, 第一版。
67. 應松年(主編), 行政程序法立法研究(“九五”國家社科基金重點課題《行政程序法研究》之四), 北京·中國法制出版社, 二〇〇一年三月, 第一版。
68. 應松年、袁曙宏(主編), 走向法治政府—依法行政理論研究與實證調查, 北京·法律出版社, 二〇〇一年五月, 第一版。
69. 羅文燕, 行政許可制度研究, 北京·中國人民公安大學出版社, 二〇〇三年六月第一版。
70. 羅玉中、萬其剛、劉松山, 人權與法制, 北京·北京大學出版社, 二〇〇一年七月, 第一版。
71. 羅傳賢, 行政程序法基礎理論, 台北, 五南, 民國八十二年七月, 初版。
72. 羅傳賢, 美國行政程序法論, 台北·五南, 民國七十四年六月, 初版。
73. 羅豪才(主編), 行政法論叢(第四卷), 北京·法律出版社, 二〇〇一年五月, 第一版。
74. 羅豪才(主編), 行政法學, 北京·北京大學出版社, 一九九六年十二月, 第一版。

二、中文期刊論文(以著者筆劃順序排列):

1. 王文杰, 「大陸行政處罰法評析」, 律師雜誌(十月號), 第二八九期, 民國九十二年十月。
2. 王家福, 「WTO 與中國社會主義市場法律制度建設問題」, 中國法學, 二〇〇一年第一期。
3. 王泰銓、楊士慧, 「加入 WTO 對兩岸投資規範之影響」, 律師雜誌(二月號), 第二六九期, 民國九十一年二月。
4. 王智民, 行政許可制之研究, 中央警察大學法律研究所碩士論文, 民國九十一年六月。
5. 方世榮, 「行政許可的涵義、性質及公正性問題探討」, 法律科學(西北政法學院學報), 一九九八年第二期。
6. 方正, 「行政許可立法中的信賴保護原則」, 法制日報, 第九版(理論專刊), 二〇〇三年八月七日。
7. 手島孝著, 趙倫秀(譯), 「行政聽證之法理」, 憲政思潮, 第五十七期, 民國七十一年三月。
8. 石佑啟, 「WTO 對中國行政法治建設的影響」, 中國法學, 二〇〇一年第一期。
9. 江平, 「完善市場經濟法律制度的思考」, 中國法學, 一九九三年第一期。
10. 朱芒, 「行政處罰聽證制度的功能」, 法學研究, 二〇〇三年第五期。

11. 宋才發，「WTO 規則與中國政府的透明度」，河北法學，第二十卷第四期，二〇〇二年七月。
12. 李林，「實施依法治國的特點和需要解決的問題」，法學月刊，一九九八年第九期。
13. 李援，「制定行政許可法是中國的立法創舉—簡介《中華人民共和國行政許可法》」，中國法律，二〇〇三年第五期（十月號）。
14. 李惠宗，「論營業許可基準之司法審查—兼論我國憲法上營業自由之限制」，經社法制論叢，第五期，民國七十九年一月。
15. 沈宗靈，「依法治國與經濟」，中外法學，一九九八年第三期。
16. 佐藤功著，李鴻禧(譯)，「日本憲法第三十一條與正當法律程序諸問題—就其與行政程序之關係言」，憲政思潮，第六五期，民國七十三年三月。
17. 周方，「人民代表大會制度是我們國家的基本制度」，政法研究，第二期，一九五四年七月。
18. 周佑勇，「行政法基本原則的反思與重構」，中國法學，二〇〇三年第四期。
19. 周漢華，「實施《行政許可法》任重而道遠」，刊載於《法制日報》，二〇〇三年八月二十八日，第九版（理論專刊）。
20. 林子儀，「人身自由與檢察官之羈押權」，憲政時代，第二一卷第二期，民國八十四年十月。
21. 林民華，「試論審理行政許可訴訟的若干問題」，政法論壇(中國政法大學學報)，二〇〇一年第一期。
22. 法治斌，「集會遊行之許可制或報備制：概念之迷思與解放」，憲政時代，第二四卷第三期，民國八十七年十二月。
23. Paul R. Verkuil 著，法治斌(譯)，「英美行政法的分流」，憲政時代，第十三卷第四期，民國七十七年四月。
24. 卓澤淵，「中國法治的過去與未來」，法學月刊，一九九七年第八期。
25. 姜明安，「《行政許可法》頒布與中國行政法治事業」，法學，第二〇〇三年第十期。
26. 洪家殷，「行政程序之基本制度—以行政處分為中心」，憲政時代，第二三卷第二期，民國八十六年十月。
27. 洪家殷，「論行政處分之理由說明(上)」，政大法學評論，第五二期，民國八十三年十二月。
28. 高帆、李岳德，「市場經濟與行政許可制度」，中國法學，第五十九期，一九九四年六月。
29. 馬懷德，「行政許可制度存在的問題及立法構想」，中國法學，一九九七年第三期。
30. 馬懷德、鄧毅，「司法獨立與憲法修改」，法學，二〇〇三年第十二期。
31. 徐顯明、謝暉，「法治之法與法治之制」，法學月刊，一九九八年第十期，一九九八年十月。

32. 強世功，「誰來解釋憲法？從憲法文本看我國的二元違憲審查體制」，中外法學，第十五卷第五期。
33. 梁艾福，「行政審批制度改革與工商管理規章清理（上）」，中國工商管理研究，二〇〇三年第十二期。
34. 張良民，從行政立法兩院關係論我國中央政制，政治作戰學校政治研究所碩士論文，民國七十九年七月。
35. 張尚鷺，「市場經濟與依法行政」，中國法學，一九九八年第五期。
36. 張海倫，大陸地區中央行政與立法機關互動之研究，中國文化大學大陸研究所碩士論文，民國八十七年六月。
37. 張劍寒，「行政程序法中聽證制度之研究」，憲政思潮，第三十一期，民國六十四年七月。
38. 張興祥，「中國行政許可立法與展望」，中國法律，二〇〇一年第五期。
39. 陳月端，「WTO 與大陸地區法律之因應」，律師雜誌，第二六九期，民國九十一年二月。
40. 陳斯喜、劉南平，「中國現代行政法的發展對憲法的影響」，行政法學研究，一九九八年第一期。
41. 郭道暉，「行政許可的設定原則與分類」，政治與法律，二〇〇一年第六期。
42. 郭道暉，「對行政許可是“賦權”行為的質疑—關於享有與行使權利的一點法理思考」，法學，一九九七年第十一期。
43. 湛中樂，「中國加入 WTO 與行政審批制度改革」，中外法學，二〇〇三年第二期。
44. 彭紹瑾，美國聯邦行政程序及其理論之比較研究，東吳大學法研所碩士論文，民國七十二年六月。
45. 黃學賢，「聽證筆錄在行政決定中的意義」，蘇州大學學報（哲社版），一九九九年四月。
46. 楊宇冠，「談“法制”和“法治”」，法學雜誌，第二二卷第六期。
47. 楊守修，「改革行政審批制度促進政府職能轉變」，北京·中國財政，二〇〇二年第五期。
48. 楊海坤，「行政許可簡論」，法學，第十一期，一九九三年一月。
49. 楊海坤，「《行政許可法》立法精神解讀」，法學，第二〇〇三年第十一期。
50. 楊解君，「加入 WTO 與中國行政法的任務」，中國法學，二〇〇〇年第六期。
51. 楊解君，「《行政許可法》的創舉與侷限」，法學，二〇〇三年第十期。
52. 劉佳，「中國法治化的現實基礎」，中外法學，一九九九年第一期。
53. 蔡定劍，「依法治國評述」，法學月刊，一九九七年第八期。
54. 鄭傳坤，「加入 WTO 對中國行政法制的挑戰與改革」，現代法學，第二三卷第五期，二〇〇一年十月。
55. 鄭鍾炎，「論法治行政」，中國法學，一九九九年第六期。
56. 應松年，「一部推進依法治國的重要法律—關於《立法法》中的幾個重要問

- 題」，中國法學，二〇〇〇年第四期。
57. 應松年，「大陸《行政處罰法》簡介」，月旦法學，第十三期，一九九六年五月。
58. 應松年，「行政許可與行政強制法律制度—全國人大常委會法制講座講稿摘登」(第九屆全國人大常委會第二十五次法制講座)，中國人大，二〇〇二年第八期。
59. 應松年，「依法行政論綱」，中國法學，一九九七年第一期。
60. 應松年、王錫鏞，「WTO 與中國行政法制度改革的幾個關鍵問題」，中國法學，二〇〇二年第一期。
61. 關保英，「論行政法上的行政禁止」，法學評論，二〇〇一年第五期。
62. 羅傳賢，「行政聽證程序法制與民權保障」，經社法制論叢，第六期，民國七十九年七月。
63. B. Schwartz, 羅傳賢(譯)，「公平聽證要求與行政法法官」，憲政思潮，第八九期，民國七十九年三月。

三、官方文獻：

1. 全國人大常委會公報，二〇〇三年，第五號。喬曉陽，「全國人大法律委員會關於《中華人民共和國行政許可法(草案)》修改情況的匯報」
2. 全國人大常委會公報，二〇〇三年，第五號。喬曉陽，「全國人大法律委員會關於《中華人民共和國行政許可法(草案)》審議結果的報告」
3. 全國人大常委會公報，二〇〇三年，第五號。楊景宇，「關於中華人民共和國行政許可法(草案)的說明」。
4. 全國人大常委會公報，二〇〇三年，第五號。楊景宇，「全國人大法律委員會關於《中華人民共和國行政許可法(草案)》修改意見的報告」。

四、外文期刊論文

Anthony Dicks, "The Chinese Legal System: Reforms in the Balance", 119The China Quarterly540, 1989.

Pei Minxin, "Citizens v. Mandarins: Administrative Litigation in China", 152The China Quarterly850, 1997.

Potter, Pitman B., "Riding the Tiger: Legitimacy and Legal Culture in Post-Mao China", 138The China Quarterly325, 1994.

