

Public Law and
Government Regulation

公法与政府管制丛书 | 丛书主编：刘 恒

Administrative License and
Government Regulation

行政许可 与政府管制

刘 恒 主编

 北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

Public Law and
Government Regulation

公法与政府管制丛书 | 丛书主编：刘 恒

Administrative License and
Government Regulation

行政许可

与政府管制

刘 恒 主编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

行政许可与政府管制/刘恒主编. —北京:北京大学出版社,2007.1
(公法与政府管制丛书)

ISBN 978-7-301-11539-8

I. 行… II. 刘… III. 行政许可法-研究-中国 IV. D922.114

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 004127 号

书 名: 行政许可与政府管制

著作责任者: 刘 恒 主编

责任编辑: 刘桂真

标准书号: ISBN 978-7-301-11539-8/D·1671

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788
出版部 62754962

电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

印 刷 者: 三河市欣欣印刷有限公司

经 销 者: 新华书店

650mm×980mm 16 开本 27 印张 399 千字

2007 年 1 月第 1 版 2007 年 1 月第 1 次印刷

定 价: 39.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

《公法与政府管制》丛书总序

政府管制是否为公法学研究提供了替代性范式,是一个富有争议性的问题,而无论争议是否有结果以及争议的结果如何,政府管制作作为一种研究范式为公法学的研究注入了新的活力,提供了新的概念、术语、研究方法和技巧,这是难以否定的。

经济学家较早地关注和研究政府管制现象,他们通过创设价格管制、进入和退出管制等管制术语来解释市场失灵的现象,为传统经济学研究拓宽了领域。而后,政治学、社会学等学科也加入了研究行列,探求从政府管制中寻找新的研究资源。相对而言,公法学对政府管制的关注起步较晚,因为传统的研究资源基本上已经足够,公法学家们并没有迫切感到术语的缺乏和解释的乏力,按照科恩在《科学革命的结构》中的描述,这时处于一种“范式稳定”的阶段。而随着社会经济的发展,政府必须处理大量社会问题,如贫富分化、环境污染、失业救济、交通整治等等,随之而来的必然是行政权力的扩张和行政职能的增加,这种情况在西方发达国家出现在 19 世纪末 20 世纪初,在中国则出现于 20 世纪八九十年代。这就使得公法学,特别是行政法学不得不转移研究重点,将政治、政策、法律等系统变量纳入研究范围,这时候传统公法学研究范式的不足就开始显现了,它们无法解释研究过程中出现的许多新问题和诸多“异常现象”,这种“范式危机”的出现迫使公法学家们不得不去探寻新的“替代性范式”,政府管制研究范式便应运而生。按照美国研究政府管制的行政法学家约瑟夫·P. 托梅恩教授和西德尼·A. 夏皮罗教授的说法,政府管制研究范式可以对诸如管制国家的目标和目的、完善治理的构成条件、新公共议程的内容、官僚政府公共美德的构成条件等传统公法领域所不能解答的问题提供清晰而有解释力的答案。^①

^① 参见〔美〕约瑟夫·P. 托梅恩、西德尼·A. 夏皮罗:《分析政府规制》,苏苗罕译,载方流芳主编:《法大评论》第 3 卷,中国政法大学出版社 2004 年版。

2 行政许可与政府管制

国内公法学界近年来也开始重视政府管制,一批中青年学者以极大的热情自觉地从政府管制角度来研究公法问题,各种译著、论文、著作逐步推出,以政府管制为主题的学术会议也相继召开,如2005年11月中山大学法学院主办了“政府管制与行政许可学术研讨会”(本丛书《行政许可与政府管制》一书即此次会议的成果),2006年5月在厦门大学举行了“政府管制与人权保障学术研讨会”等。

《公法与政府管制》是目前国内专门以公法和政府管制研究为主题内容的系列丛书,我们试图使丛书具有以下特色:

首先,是对现有相关研究成果进行阶段性总结。虽然近年来我国公法学界对政府管制的研究已渐趋热烈,但基本上还处于跟踪国外学术发展的水平,现有成果也多以国外该领域研究的译著或介绍为主,独创性的理论研究成果时有显现,但尚不多见。这种情况既与原有的研究资源和基础有关,也与整个社会背景有关。是以本丛书尽量选择在目前国内政府管制研究方面具有代表性、创见性的公法学著作,以期对目前积累的研究成果作一个阶段性的总结。

其次,为公法学研究拓宽视野。我国传统的学科划分将公法学分割为宪法学、行政法学等部门学科。而我们认为,公法学研究应该具有更加广阔的视野,不应进行简单分割。本丛书立足公法研究而不限于行政法研究的范畴,即是考虑到公法学研究领域整合的需要。而国内公法学,特别是行政法学的研究范围,基本上还囿于行政法基础理论、行政行为、行政程序和行政救济等传统领域,政府管制等新兴领域的研究基础还比较薄弱。对有望成为替代性范式的政府管制研究来说,我们必须拓宽学术视域,予以足够关注,以使学术更好地服务于社会实践,同时也顺应世界公法学领域研究的发展趋势。

最后,为今后政府管制研究提供一个交流平台。《公法与政府管制》丛书将瞄准本领域的前沿性研究成果,逐步出版一系列著作。本丛书的出版将秉持兼容并蓄的态度,我们希望这是一个开放性的平台,期待与同行们在此进行交流与合作,共同推动我国公法学的研究与发展。

是为序。

丛书主编:刘 恒

2006年11月29日于广州康乐园

目 录

行政许可概念的逻辑结构

——分析法学视角的解读/朱新力 余 军 1

一、研究方法及其意义 1

二、前逻辑结构:权利——禁止 3

三、后逻辑结构:许可——权利 5

四、结语 7

试论行政许可中的自由裁量权/梁森宏 刘文静 9

一、行政许可存在行政自由裁量权的必然性 10

二、行政许可的自由裁量权存在的范围及表现 12

三、行政自由裁量权的滥用必须得到控制 17

《行政许可法》:困境与出路/周汉华 25

一、《行政许可法》所面临的实践挑战 26

二、进一步实施《行政许可法》的政策建议 52

从批判本能走向批判理性

——《行政许可法》的自我实现机制分析/王学辉 邵长茂 63

一、《行政许可法》的内在不足与外在困境 63

二、行政机关的自我革命与《行政许可法》的“法之不行” 70

三、市场法则与《行政许可法》的自我实现机制 78

规制改革中的行政许可发展:以案例为中心的论述/胡敏洁 89

一、奥克斯诉信息产业部案 89

二、作为原点的法律问题 92

三、折射出的制度与政策层面问题 97

2 行政许可与政府管制

四、结语 100

立法功能的限制:部门规章行政许可设定权思考/沈福俊 102

一、问题的提出 102

二、我国行政立法语境下的部门规章 103

三、部门规章与地方政府规章比较:不同的立法功能决定了 部门规章没有行政许可设定权 108

四、结语:《行政许可法》规定的意义 115

登记行为的类型化分析/李 昕 118

一、登记行为的类型 118

二、登记行为的效力分析 122

三、我国登记制度的特点 127

公安机关颁发外国人签证适用《行政许可法》之辨/林艺聪 131

自然资源开发利用行政许可的规范与控制

——来自美国莫诺湖案的几点启示/肖泽晟 137

一、美国莫诺湖案的前前后后——围绕洛杉矶市居民生活用水 需要与莫诺湖及其支流的公共信托用途之间的冲突 138

二、自然资源开发利用许可的规范与控制

——来自莫诺湖案的几点启示 142

三、结语 157

治理观念下非政府组织向何处去

——以《行政许可法》第28条为视角/王周户 李大勇 159

一、问题的提出——授权、委托还是职能转变 159

二、第28条折射的时代背景 161

三、现有法律规定和理论的困境、突破 166

四、非政府组织的趋向 170

政府规制界限的实证分析/蒋朝阳 174

导言 174

一、分析样本 175

- 二、分析方法:法律事项分析法 176
- 三、部门许可事项分析 180
- 四、《行政许可法》规定的许可事项分析 187
- 五、行政规制标准分析 204
- 六、结语 218

《行政许可法》中的政府规制问题研究/顾大松 220

引言 220

- 一、依职权的政府规制向行政许可的转换 221
- 二、标准变化的许可补偿问题 224
- 三、行政许可的行政合同替代方式 228
- 四、结语 232

公用事业特许经营及其政府管制研究/章志远 233

- 一、特许经营在公用事业领域的泛起 233
- 二、特许经营在当下中国社会治理中的危机 237
- 三、政府规制是消解特许经营危机的根本之道 244
- 四、余论:公私合作背景下的行政法学研究 252

公用事业特许与政府规制

——立足于中国水务民营化实践的初步观察/宋华琳 256

- 一、序言 256
- 二、水务民营化的模式选择 257
- 三、公用事业特许和水务民营化过程 260
- 四、公用事业特许后的政府规制 266
- 五、结语 269

公用事业民营化管制与公共利益保护/杨海坤 郭朋 271

- 一、公用事业民营化与政府管制革新 272
- 二、民营化管制与公益保障 276
- 三、民营化管制背景下公益保护的外围机制构建 284

4 行政许可与政府管制

论我国环境管制制度的革新/王克稳 292

- 一、建立以总量控制为基础的污染物排放控制制度 293
- 二、在总量控制的基础上构建以排污许可证为核心的污染物授权排放制度 298
- 三、建立以排污许可证交易为中心的污染防治激励机制 303

试论政府在消防产品管理中的地位和作用/詹伟王永 309

- 一、消防产品管理的涵义及特性 310
- 二、当前政府加强对消防产品市场管理的必要性 311
- 三、政府对消防产品市场管理的职能定位 314
- 四、政府如何发挥对消防产品市场监管的作用 316

混业经营与中国金融监管体制的发展/高泰伟 321

- 一、引言 321
- 二、混业经营与世界金融监管体制的变迁 323
- 三、中国金融分业监管的特征与面临的挑战 330
- 四、中国金融监管体制的应对之策 334
- 五、结论 337

联邦管制成本—收益国会报告/于立深译 339

概述 339

- 一、经济分析在管制改革中的角色 343
- 二、联邦管制程序总年度成本—收益评估 356
- 三、“经济重要的”规章的收益—成本评估 377
- 四、建议 398

附录 公众评论概要 400

参考文献 408

译者附录:翻译美国管制文件和报告的体会 412

附录一 《政府管制与行政许可研讨会论文集》目录 416

附录二 政府管制与行政许可研讨会会议综述 419

行政许可概念的逻辑结构

——分析法学视角的解读

朱新力* 余 军**

一、研究方法及其意义

从政府管制的角度看,行政许可是政府运用公权力对个人自由、社会经济活动预防性的(preventative)事前管制机制。行政许可作为政府经常运用的管制技术,主要目的在于预防对公共利益和社会秩序可能造成侵害或影响的活动。^①

但在以权利为本位,以公平、正义为终极价值目标的法学中,对行政许可制度的考察则主要从权利保障的角度展开,对于行政许可这种管制手段在法规范层面上的性质,法学界的主要观点有“解禁”说或“恢复自由”说以及“赋权”说等等。一般认为,行政许可发挥的社会功能在于两个方面:一是防范过度的个人自由给公共利益造成危险和侵害;二是国家公权力对市场的适度介入以合理地配置资源。依据这个标准,可将行政许可分为两类:行为自由许可和配置财产资源许可。行为自由许可属于一般许可,其性质可用“解禁”说解释,而配置财产资源许可属于特许的范围,其性质可用“赋权”说解释。^②“解禁”说所支撑的一般许可是行政许可的“常态”,该学说的核心内容是将行政许可看做对法律一般禁止事项的解除,行政许可的内容是国家普遍禁止的活动,许可意味着对符合一定条件者解除禁止,允许其从事某项特

* 朱新力,法学博士,浙江大学法学院教授。

** 余军,浙江大学法学院博士研究生,浙江工业大学法学院副教授。

① See David Gwynn Morgan & Gerard Hogan, *Administrative Law in Ireland*, 2nd ed., Sweet & Maxwell, 1991, p. 226.

② 陈端洪:《行政许可与个人自由》,载《法学研究》2004年第5期。

2 行政许可与政府管制

定活动,享有特定权利和资格。依循这一学说,行政许可的过程在法律关系生成、演变方面表现为这样一种形式:自由——禁止(公权力作用)——许可(公权力作用)——自由的恢复。这个过程初步揭示了行政许可概念的逻辑构造。在分析实证法学的视角下,逻辑构造在规范性概念装置中处于核心的地位,为了取得行政许可概念完整而精确的逻辑构造,还须进一步对行政许可过程中每一阶段可能存在或产生的法律关系进行缜密的分析,尤其要对这个过程中两次公权力的作用所导致的法律关系的产生、变更或消灭及其逻辑衔接取得全面的认识。这一分析过程可以从各类纷繁芜杂的相关法律现象中剥离出精确的、逻辑形式意义上的行政许可概念^①,从而将行政许可制度中公权力对私领域的介入,以及由此而导致的个人权利义务变化这一图景清晰地展示出来。

我们必须认识到,这种剔除了所有的实体经验和价值成分的分析实证主义的进路尽管非常精致,但纯粹的法律实证主义并不能为我们提供关于行政许可制度的完整画面,对于行政许可这一关乎权力控制、个人自由等宪政性命题的制度而言,我们尚需对公权力介入个人自由和社会自由领域的正当性、介入的范围等价值经验性命题作出解答,才可能达致对行政许可制度的深刻理解。因为任何一项完整的法律制度无不由逻辑、社会事实和价值组成,三者之间存在着无法割裂的有机联系,从而构成了法律制度完整的规范构造。

本文无意对行政许可的规范构造这一较为宏大的课题作出解答,只将讨论范围限于行政许可制度的逻辑形态,即尝试运用美国分析法学霍菲尔德经典的分析方法,剖析行政许可过程中各类法律关系的生成和演化,理清其逻辑脉络,在法律的逻辑形式层面上阐明公权力作用下个人自由、权利的变化和范围。文章认为,逻辑构造是行政许可概念的核心结构,是研究行政许可概念的基础,它为我们准确地认知法规范语境下的行政许可制度提供了脉络。在这条脉络的指引下,

^① 这个分析视角沿用了美国分析法学霍菲尔德(Hohfeld)的分析方法, See Wesley N. Hohfeld, "Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning", *Yale Law Journal*, 1919. 霍菲尔德(Hohfeld)和边沁(Bentham)的权力概念分别代表着分析法学传统的两大派别。

可以展开对行政许可各个环节中关于公权力作用于私领域的道德和经验层面的思考,从而对行政许可制度达致缜密而完整的理解。

二、前逻辑结构:权利——禁止

通常认为,行政许可是公权力基于公共利益等价值考量对私领域的介入和规制,“解禁”说以这一认识为前提,将完整的行政许可过程化约为:自由——禁止(公权力作用)——许可(公权力作用)——自由的恢复。在这个过程中,涉及两次公权力的作用,较为直观地、容易察觉到的只是其中一次:行政许可权的运作从而允许个人(许可申请人)从事某项特定活动,享有特定权利和资格。但许可的前提是禁止的存在,禁止意味着公权力对特定的个人自由、社会自由领域的限制和干预。因此,在一个完整的逻辑、形式意义上,行政许可过程真正的起点在于特定领域内的个人自由和社会自由。就某个国家尚未进行管制的特定领域而言,在一般情况下,个人或社会拥有完整的私法上的自由,这是一个公权力尚未介入的纯粹的私法自治的领域,契约自由和意思自治是其行为准则。但是,在分析实证法学的视角下,一般语境中所谓的“自由”并不能精确地概括这种境遇中个人或社会的地位,与其用“自由”这一称谓,倒不如说个人和社会拥有某项完整的“权利”,“自由”不过是“权利”的一种形态。霍菲尔德认为,权利概念诉诸“相反方”(opposite)和“相依方”(correlative)逻辑关系,可以提炼出四种法律关系,这是权利概念完整的逻辑结构。霍菲尔德的理论可以用来说明国家公权力尚未介入的私领域人们拥有的各种权利形态。例如,假设政府尚未对出租车营运设置管制,出租车营运人的权利则表现为以下法律关系:

(1)“自由(特权或无义务)(privilege)——无权利(no right)”,即出租车营运人具有在其营运活动中的作为或不作为的自由;他人不得干预(不具有要求出租车营运人作为或不作为的正当性)。如出租车营运人正当的营运活动不受干预的自由。

(2)“请求权(狭义的权利)(claim)——义务(duty)”,即出租车营运人具有要求他人实施特定的作为或不作为,以实现或保障其营运活动的正当性;他人必须根据出租车营运人的要求实施特定的行为或不作为。这种权利可能表现为出租车营运人的损害赔偿请求权、排除

4 行政许可与政府管制

妨碍请求权等等。

(3) “能力(power)——责任(liability)”,出租车营运人具有创设、变更或消灭其营运法律关系的能力,如将出售出租车、将出租车转包等等;他人处于消极的承受地位。

(4) “豁免(无责任)(immunity)——无能力(no power)”,即出租车营运人有关营运的法律关系不因他人的行为而产生、变更或消灭;他人不具有创设、变更或消灭出租车营运人有关营运的法律关系的能力。

以上分析显示,在不同的法律关系中出租车营运人的权利分别表现为“自由”(privilege)、“请求权”(claim)、“能力”(power)和“豁免”(immunity),与此相对应,义务的四种情形分别是:无权利(no right)、义务(duty)、责任(liability)和无能力(no power)。需要指出的是,由于假设政府尚未对出租车营运设置管制,因此这些权利是指私法上的权利形态,而不是什么“自然权利”,一些学者认为在政府尚未实施管制的领域人们拥有“自然权利”,按照分析法学的观点,只要国家、政府存在,就不可能有所谓的“自然权利”,政府公权力对某个领域的不介入并不意味着法律的真空,而是指这个领域处于一种完全的“私自治”状态。

但是,当政府基于某种考虑决定对某个领域实施管制,按照“解禁”说提供的逻辑线索,首先必须设置普遍性的禁止义务,这是行政许可过程的第一个中心环节,它决定了政府公权力的作用范围以及人们在政府管制下可能获得的自由。仍以出租车营运许可为例,普遍性禁止义务的产生表现为政府运用立法权力制定法律禁令:“禁止任何个人或组织未经政府许可从事出租车营运活动”。这个过程往往表现为立法权力对私领域的干预,根据霍非尔德的理论,政府发动了“权力”,于是产生“能力(power)——责任(liability)”的法律关系,即政府具有创设、变更或消灭出租车营运法律关系的能力,个人(包括既有的出租车营运人和社会上所有的个人或组织)处于消极的承受地位。权力运作的结果是:消灭了私法自治状态下出租车营运人享有的所有的权利形态,并创设了一个新的公法法律关系:“请求权(狭义的权利)(claim)——义务(duty)”,即政府具有要求社会所有成员在未经其许可的前提下不得从事出租车营运活动的正当性,社会所有成员必须根

据政府的要求不从事出租车营运活动,否则将受到政府的制裁。同时,政府还规定了从事出租车营运活动的标准,这个标准为下一阶段获得许可的营运人的权利构成了限制。

这是一个典型的政府设置普遍性禁止义务的过程,在这个过程中,个人的法律地位发生了从享有完整的权利到仅仅负有不作为义务的变化。同时,这也是一个法律关系性质“突变”的过程,由于公权力的介入,导致原来私法关系的消灭并产生了公法上的“请求权——义务”关系。这是行政许可过程的第一个阶段。

三、后逻辑结构:许可——权利

在第二个阶段,个人向政府提出行政许可申请,政府经过审查,作出“准予许可”或“不准予许可”的决定,这是行政许可过程公权力的第二次作用,也是行政许可制度的另一个中心环节。例如,在出租车营运许可中,如果政府认为某申请人不具备从事出租车营运的法定条件,作出“不准予许可”决定,意味着政府运用权力创设了一个特定的“请求权——义务”法律关系,即政府具有要求该申请人不得从事出租车营运活动的正当性,该申请人必须根据政府的要求不从事出租车营运活动,否则将受到政府的制裁,这样,普遍性禁止义务就转化为对特定个人的禁止义务。如果政府作出的决定是“准予许可”,则意味着政府运用许可权力创设了一系列关于申请人权利的法律关系^①,这些法律关系可分为两类:

一是私法关系,这意味着对申请人原来具有的私法权利的恢复,申请人私法上的权利在形式上仍然表现为“自由(特权)”、“请求权”、“能力”和“豁免”,这就是人们通常所说的“禁止解除”或“权利恢复”,与前一阶段设置普遍性禁止义务不同,“禁止解除”或“权利恢复”的

^① 霍非尔德认为,“许可”是一个种属词,表示创设一个特定的自由(特权)所必需的一组构成性事实(operative facts),所谓构成性事实,也称结构性事实、因成性事实或处置性事实,是根据适用的一般法律规则足以改变法律关系,即创设一个新的法律关系或消灭一个旧的法律关系或同时具有上述两种作用的事实。See Wesley N. Hohfeld, “Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning”, *Yale Law Journal*, 1919.

6 行政许可与政府管制

对象仅仅是特定的个人,而不是普遍的解除或恢复;但在内容上,由于政府规定了从事出租车营运活动的强行性标准,申请人的“自由(特权)”的范围与管制实施前相比受到了一定的限制,如政府规定的统一服务标准和营运权转让必须经政府再次许可等规定,无不对营运人的“自由(特权)”构成了限制。这是公权力限制私法自治领域的“契约自由”、“意思自治”的具体表现。

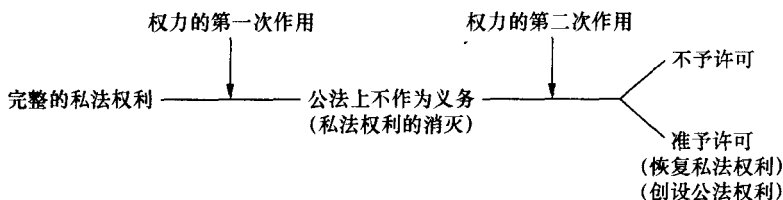
二是公法关系,即出租车营运人与特定管制机构之间的法律关系,在这些法律关系中,无论是从出租车营运人还是从管制机构的角度来看,均可能存在着“自由(特权)”、“请求权”、“能力”和“豁免”的权利形态。从出租车营运人的角度看,享有针对政府的“在合法的营运范围内不受干预的自由”、“要求实施特定作为或不作为的请求权”、“合法地创设、变更或消灭营运关系的能力”以及“合法的营运法律关系不因政府的行为而产生、变更或消灭的豁免权”,政府则负有相应的义务;同样,政府的管制机构也具有针对出租车营运人的上述四种形态的权利。按照通常的理解,政府管制机构所拥有对出租车营运人实施管制的“权力”(power),那么这些“权力”又表现为什么法律关系呢?对权力的解读可以在多个层面展开,在社会事实的层面,权力可能表现为“支配、影响他人的能力”和“强制性的物理力量”,但在霍非尔德的逻辑分析框架中,权力是一种创设、变更或消灭法律关系的能力,对权力的解读必须置于“能力——责任”的法律关系中进行,因此,在逻辑形式意义上,权力不过是权利的一种形态,因而政府管制机构的权力就体现为针对出租车营运人权利的一种形态。在不同的部门法或者不同性质的法律关系中,我们实际上将霍非尔德理论中的权力冠之以不同的名称,我们一般将公法上的权力称为“公权力”或“权力”,而在私法中,我们将这种“创设、变更或消灭特定法律关系的能力”称为“形成权”、“撤销权”等等,将它们归类于民事权利。

上述分析过程告诉我们,在行政许可的后逻辑结构中,公权力作用的结果不仅在于恢复了许可申请人私法上的权利,而且还创设了一

系列公法上的法律关系,许可申请人也因此具有了公法上的权利。^①“解禁”说用禁止的解除来说明行政许可的性质,虽然抓住了问题的要害,但仍然有失准确,它没有注意到由于公权力的介入导致的法律关系性质的变化以及对公法上权利的创设。正如霍菲尔德所言,许可这一“构成性事实”必然会导致新的法律关系的创设。

四、结语

在行政许可逻辑结构的分析过程中,我们注意到,两次公权力的作用是其中核心的环节,这也说明了行政许可这种预防性的(preventative)、事前管制手段的典型特征:它与事后性的、“治愈性(curative)”管制方式(包括行政处罚、通过司法体制实现的民事制裁和刑事处罚)不同,后者是公权力事后一次性地对个人权利的处置或作用,而行政许可则关系到公权力的两次作用,第一次是对私领域的介入以及对私权利的消灭,同时设置了公法上普遍性的禁止义务;第二次则决定着私法权利能否在政府限定的范围内得到恢复以及新的公法关系(公法权利)能否生成。由于公权力的作用范围广泛,从人权本位的角度看,行政许可这种管制方式有可能对个人、社会的自由和权利构成更大的制约或威胁。上述分析过程可以简化为以下图示:



这是一个对行政许可概念逻辑形式的“洗涤”(purificatory)过程,

^① 这个分析过程是对行政许可典型样态——一般许可的逻辑分析,而另一个用于解释特别许可的“赋权”说的逻辑结构则显得较为简单,由于许可的内容并非是行政相对人私法上权利的恢复,许可仅仅意味着在公权力的作用下单纯地创设了相对人私法上的法律关系(权利)和公法上的法律关系(权利)。因此,特别许可(“赋权”说)的逻辑结构只相当于一般许可的“后逻辑构造:许可——权利”这一过程。

8 行政许可与政府管制

是一幅“去实体”(deontic)^①的逻辑框架。尽管它完全不顾行政许可概念的价值、经验因素而有失片面,但在展示法律关系的产生与消灭的形式意义上,它也可能是精准而深刻的。在这个框架中,我们看到,许可不仅意味着禁止的解除(私权利的恢复),更为重要的是,在公法的层面上,许可还意味着创设了行政相对人针对政府的公法上的权利,这为经验层面上设置各种保障行政相对人权利的制度提供了逻辑上的支持。

① 参见翟小波:《对 Hohfeld 权利及其类似概念的初步理解》,载《北大法律评论》第5卷第2辑,法律出版社2004年版。