

# 论行政许可的优化使用

——从法经济学角度进行分析

张 卿

(中国政法大学,北京 100088 副教授)

**摘要:**目前我国立法和政策仅提出行政许可优化使用的总体原则。由于该原则过于抽象或模糊,很难在实践中准确实施。从法经济学角度进行分析,市场机制的“失灵”问题包括信息问题和外部性问题。行政许可较市场自我救济、私法救济、信息监管和事后标准四种措施来解决该问题的同时具有优点和缺点。我国行政许可法的规定存在不足,应该改进。

**关键词:** 行政许可; 市场失灵; 监管和非监管方式; 法经济学

**中图分类号:** DF3 **文献标识码:** A **文章编号:** 1005-0078(2008)04-101-09

## 一、引言

“行政审批(许可)制度改革是一项长期而艰巨的任务,目前仍存在一些与新形势新要求不相适应的方面和亟待解决的问题,必须坚定不移地向前深入推进。”<sup>①</sup> 本文认为目前行政审批改革存在的一个主要问题是我国立法和政策提出的关于行政许可优化使用的原则过于抽象或模糊,且无相应的具体解释,故很难在实践中准确实施。而理论界对此方面的研究又较少,<sup>②</sup> 甚至没有引起足够的重视。

总体而言,现行行政审批制度改革的主要内容是按照合法、合理、效能、责任和监督的原则,对现有的行政许可项目和非行政许可审批项目进行全面清理,该取消的一律取消,该调整的必须调整。具体说就是:对虽有法定设定依据,但与现实管理要求不相适应,难以达到管理目的的,予以取消或调整;对通过市场机制、行业自律能够解决的,予以取消或调整。其中,可由社会团体、行业组织和中介机构进行自律管理的和对通过质量认证、事后监管可以达到管理目的的,予以取消或调整行政许可。<sup>③</sup> 虽然国务院行政审批制度改革工作领导小组也曾对上述“合法、合理、效能、责任和监督”的原则做出进一步解释,<sup>④</sup> 但该解释也仅局限于说明“如市场机制、行业自律、事后监管等其它措施能解决的”,就不使用行政许可。相类似的,2003年的《中华人民共和国行政许可法》也只是规定:当“公民、法人或者其他组织能够自主决定的,市场竞争机制能够有效调节的,行业组织或者中介机构能够自律管理的,行政机关采用事后监

① 新华社:“行政审批制度改革:今年下半年将重点抓好五方面工作”,载于中央政府门户网站 [http://www.gov.cn/jjzg/2008-08/05/content\\_1064962.htm](http://www.gov.cn/jjzg/2008-08/05/content_1064962.htm)。最后访问时间:2008年8月31日。

② 一些前沿的相关研究参见:马怀德:《行政许可》,中国政法大学出版社1994年版;张兴祥:《中国行政许可法的理论和实务》,北京大学出版社2003年版等。

③ 参见《国务院办公厅关于进一步清理取消和调整行政审批项目的通知》(国办发[2007]22号)中关于“取消和调整的原则”。

④ 参见国务院行政审批制度改革工作领导小组关于印发《关于贯彻行政审批制度改革的五项原则需要把握的几个问题》的通知(国审改发[2001]1号)。

督等其他行政管理方式能够解决的”时,<sup>①</sup>可以不用行政许可。上述立法、政策和解释都未进一步阐明哪些问题是“市场机制、行业自律、事后监管等其它措施”能解决的,哪些是“市场机制、行业自律、事后监管等其它措施”不能解决而应由行政许可解决的。

而这两个问题的答案恰恰是目前行政审批改革中政策制定者迫切需要得到的。

本文试从法经济学角度来解析上述问题,先讨论市场机制的局限性即市场‘失灵’问题,再论述行政许可较市场自我救济、私法救济、信息监管和事后标准四种措施的优缺点。最后还对我国《行政许可法》的相关规定进行分析并提出相关建议。

## 二、市场‘失灵’问题

从法经济学的角度而言,证明使用行政许可正当性的一个先决条件是,至少存在市场“失灵”问题,即市场机制本身无法将资源进一步地优化配置,从而需要使用行政许可作为监管手段来解决所谓的市场“失灵”问题。为了分析的方便,行政许可可以分为两种:一种是作为社会性监管的许可,<sup>②</sup>即可授予给那些所有满足最低标准的申请人并鼓励尽可能多的适格申请人参与市场竞争的许可。典型的例子如职业资格许可、产品和器材的许可。第二类许可是作为经济性监管的许可,<sup>③</sup>指授予个人或企业一项排它性的或垄断性的权利,使其独占整个市场从事特定活动的许可。因此,只能从大量适格的申请人中选择最佳的申请人,<sup>④</sup>公用事业许可就是一个典型的例子。与前一种类型的许可相比,第二种类型的许可在许可标准及程序方面有着不同的依据,经常被称为“特许经营权”。由于篇幅限制,本文只讨论作为社会性监管手段的行政许可,这类行政许可通常是用来解决以下两类市场“失灵”问题:信息问题和(或)外部性问题。

1. 信息问题。引起市场失灵的主要信息问题是我们所熟知的“信息不对称”,即交易双方拥有不对等的信息。<sup>⑤</sup>这种不对等会阻碍通过市场机制实现最优的资源配置结果。因为在这种情形下,消费者不能做出正确的选择和有效地表达其偏好,这将可能导致资源的不当分配。<sup>⑥</sup>

通常在信息不对称的市场之中,卖方知道产品或服务的质量,但买方在购买时却并不清楚。一些产品的质量只能通过消费者的使用来鉴别。有些产品只有经过多年的使用后才能了解,甚至可能在一个人的一生中都无法得知。<sup>⑦</sup>如果消费者不能有效地了解服务或产品的质量,他们将不愿意为更好质量的服务或产品支付更高的价格。那么市场价格仅能反映平均价格,并且提供高质量服务或产品的供应商将退出市场。这将导致市场中平均质量水平下降。随后该循环再次发生,进一步降低价格,导致新一轮质量降低。这一过程称为“逆向选择”,它的反复持续会最终破坏一个有效的市场机制。<sup>⑧</sup>

买卖双方的信息不对称也为卖方的机会主义行为产生了很强的激励,比如恶意欺诈的行为。<sup>⑨</sup>结果是,一些购买者会被引诱去购买他们在拥有完全信息的情况下不会购买的一些产品或服务。这些机

① 《中华人民共和国行政许可法》第13条。

② 社会性监管主要是指在那些鼓励市场竞争的领域,有关环境保护、健康、安全、消费者保护等的监管。

③ 经济性监管是指因自然垄断等原因而对市场进行的带有限制竞争性质的监管。

④ A. Ogus, Regulation: Legal Form and Economic Theory (1994), p. 214.

⑤ R. Miller, Economics Today (1999), p. 471.

⑥ A. Ogus, above, note 8, p. 38.

⑦ M. Daby and E. Karni, 'Free Competition and the Optimal Amount of Fraud' (1973), 16 Journal of Law and Economics, pp. 68-69; R. Van Den Bergh, 'Self-regulation in the Medical and Legal Professions and the European Internal Market in Progress', in M. Faure, J. Siegers, and R. Van den Bergh (eds.), Regulation of Professions (1993), p. 35.

⑧ See G. Akerlof, 'The Market for Lemons: Quality, Uncertainty and the Market Mechanism' (1970), 84 Quarterly Journal of Economics, pp. 488-500.

⑨ See e.g. W. Emons, 'Credence Goods and Fraudulent Experts' (1997), 28 Rand Journal of Economics, pp. 107-119.

会主义行为造成的潜在福利损失可能非常巨大,特别是当此行为导致消费者购买那些可能对人身健康或安全造成危险的产品或服务。

还有另一个信息问题是信息不充分。<sup>①</sup> 这是指交易双方都没有充分的信息来使他们做出最优的社会决策。<sup>②</sup> 例如药剂师和患者可能都没有注意到新药的有害反应。此外,即使给双方提供了足够的信息,他们也可能经常在如何恰当地使用信息上遇到困难,特别是当处理和解释这些信息的成本很高时。

2. 外部性问题。外部性问题指卖方或买方的行为对第三方产生影响,但该影响却没有在市场价格中直接反映出来。<sup>③</sup> 如果一方的行为使交易外的第三方受益,则外部性为正。关于正外部性问题,经常提到的例子是国防。而外部性为负的典型例子是,卖方的行为对第三方施加成本却没有反映在其提供的产品或服务的价格之中。当产品或服务的购买者没有支付真实的社会成本,这将产生比社会最优消费量更多的消费,<sup>④</sup> 这便是资源的不当分配。工业污染就是一个典型的例子。<sup>⑤</sup> 如果钢铁厂不用为排出的废气承担污染空气的成本,在这种情形下,将导致比社会最优量更多的钢铁生产和消费。此外,一些外部性还可能从一代人影响到另一代人,或者从一个国家影响到另一国家。如过度砍伐树木,可能因为破坏了植物的再生周期,会给下一代人造成重大损失。<sup>⑥</sup>

### 三、使用行政许可去更好地解决市场‘失灵’问题

为了证明使用行政许可的正当性,我们必须证明它比其它监管方法和非监管的方法能够更有效地解决市场‘失灵’问题。非监管的方法包括市场机制的自我救济、私法救济、收费、税收以及补贴。由于篇幅有限,本文只分析非监管的方法中的市场机制的自我救济和私法救济机制。市场机制的自我救济机制是指消费者的重复购买、供应商的信誉和保证书责任使得消费者能避免或降低损失。私法救济机制主要涉及依据合同法和侵权法下的权利进行司法上的救济。

而与使用行政许可相对应的监管方法有信息监管和事后标准。信息监管通常是指消除信息障碍、控制虚假或误导性信息并增加消费者正确信息的监管方法。<sup>⑦</sup> 本文主要分析两种形式的信息监管:登记和认证。所谓登记,仅仅要求行为人在从事特定的商业或行为前,向政府的相关部门提供特定的信息。<sup>⑧</sup> 但它并不需要行为人满足实质性的条件,也不需要由政府相关部门评估行为人从事该商业或行为的能力。而在认证制度下,政府的相关部门或非政府组织要评估行为人是否适合从事商业行为,并对那些符合条件的行为人授予相应的称号。但是这一称号并不是从事这一商业或行为的法定要求。<sup>⑨</sup> 而事后标准会对行为人从事商业或行为的过程施加实质性要求;虽然事后标准不要求行为人获得事前的行政许可,但是行为人一旦没有达到这些条件,通常会受到经济制裁或行政制裁。

现在我们来比较一下行政许可和其它替代方法的优缺点。首先从市场机制的自我救济开始。

#### 1. 市场机制的自我救济。

在市场中那些能重复且频繁购买的消费者可能没有或较少有信息不对称的问题。他们能够获得关

① Bureau of Industry Economics (Australia), *Business Licences and Regulation Reform* (1996), p. 12.

② Bureau of Industry Economics (Australia), *Business Licences and Regulation Reform* (1996), p. 12.

③ R Pindyck and D Rubinfeld, *Microeconomics* (2001), p. 294.

④ See S. Breyer, *Regulation and its Reform* (1982), pp. 23– 26.

⑤ R Miller, above, note 9, pp. 95– 97.

⑥ A. Ogus, above, note 8, p. 228.

⑦ See H. Beales, R. Craswell, and S. Salop, ‘The Efficient Regulation of Consumer Information’ (1981), 24 *Journal of Law and Economics*, pp. 514– 531.

⑧ A. Ogus and Q. Zhang, ‘Licensing Regimes: East and West’ (2005), 25 *International Review of Law and Economics*, p. 125.

⑨ See e.g. T. Moore, ‘The purpose of Licensing’ (1961), 4 *Journal of Law and Economics*, pp. 104– 106; B. Shimberg, *Occupational Licensing: A Public Perspective* (1982), p. 16.

于产品或服务的经验和知识,这将减少买卖双方的信息不对称。<sup>①</sup>另一方面,为了赢得顾客信任,除了“一次性交易”外,卖方也有动力来为自己建立良好的信誉。<sup>②</sup>实际上,消费者经常会听从其他消费者的建议或指导来做出自己的购买决策,这也加强了信誉的作用。<sup>③</sup>

但是,如果重复购买不够频繁,就可能无法给那些提供高质量服务或产品的诚实供应商提供足够回报,它就不能有效地减轻市场失灵问题。<sup>④</sup>当一个良好信誉的供应商认为消费者并不容易发现其产品和其它竞争产品之间的质量区别时,信誉机制就有可能变得不起作用。小顾客也经常发现信誉好的产品或服务并不能满足他们的偏好。

此外,由于现有的供应商比其它新的市场进入者花了更多时间建立信誉,即使新供应商的产品或服务可能质量更好,现有的供应商仍然可以从信誉机制中得益更多。

此外,供应商也可以使用保证或担保(保证消费者在购买后的一定期限内享受特定的质量服务)的方法来表明他们产品或服务的高品质。<sup>⑤</sup>但是,为了使保证和担保起到恰当作用,必须确保:在出现质量问题时,我们能够找到供应商并使其接受消费者的投诉。另一个问题是,供应商也很难决定如何提供最优化程度的担保或保证条件来有效地区别于其它竞争者提供的类似条件。

特别值得注意的是,以上提到的市场机制的自我救济,可能很难解决交易双方的信息都不充分的问题。此外,因交易双方可能没有动力去克服外部性问题,这些自我救济无法解决负外部性的问题。

## 2. 私法救济。

私法救济不能直接解决信息问题。但可能改变信息问题的消极结果。在解决外部性方面,私法救济可能在某种程度上同时起到补偿和震慑的作用,最终将这些外部性内部化。如果私法救济能充分地补偿受害者,他们将无所谓区分劣质和优质的服务或产品;如果产品的供应商需要承担所有它们施加在其他人身上的社会成本,他们将有动力提供高质量的服务或产品,从而避免承担这种社会成本。<sup>⑥</sup>

此外,在许多国家,法院作为私法救济的裁判者,比监管机关或自律监管者更不容易受腐败或政治力量的影响。<sup>⑦</sup>

但是,私法救济也存在许多局限性。我们首先看一下私法救济在服务市场的作用。由于服务是无形的产品,因此很难描述、记录和评价服务的质量。而对于那些需要专业知识来评价其质量的专业服务,问题就变得更为严重。具体而言,在专业服务市场,私法救济有三个缺点:<sup>⑧</sup>第一,因为缺少专门技术去判定自己是否受到侵害,专业服务的消费者可能在提出救济时遇到困难;第二,消费者可能难以获得其他专业人员或专家证人来支持他的主张;第三,甚至法院也不具有足够的专业知识去判定消费者实际所接受的服务质量与法律要求之间有何不同。由于很难决定恰当的服务标准,这种诉讼通常十分复

<sup>①</sup> S Svomy, 'Licensing, Market Entry Regulation', in B. Bouckaert and G. De Geest (eds), *Encyclopaedia of Law and Economics*, Vol. III, (Edward Elgar, 2000), p. 316.

<sup>②</sup> A. Ogus, above, note 8, p. 217.

<sup>③</sup> See e.g. L. Ribstein, 'Lawyers as Lawmakers: A Theory of Lawyer Licensing' (2004), 69 *Missouri Law Review*, p. 306.

<sup>④</sup> J. Tirole, *The Theory of Industrial Organisation*, (1989), p. 112.

<sup>⑤</sup> LECC Ltd, 'Restriction on Competition in the Provision of Professional Services' (2000), A Report for the Office of Fair Trading (U.K.), p. 11.

<sup>⑥</sup> R. Cooter and T. Ulen, *Law and Economics* (4th edition, 2004), pp. 311-313, 323-331; A. Wolfson, M. Trebilcock and C. Tuohy, 'Regulating the Professions: A Theoretical Framework', in S. Rottenberg, (ed.), *Occupational Licensure and Regulation* (1980), p. 199.

<sup>⑦</sup> R. Cooter and T. Ulen, above, note 28, p. 354.

<sup>⑧</sup> A. Ogus, above, note 8, p. 217; A. Wolfson et al, above, note 28, pp. 199-201.

杂和拖沓并且需要付出较高的成本。<sup>①</sup>在其它市场,私法救济也可能存在以下缺点:

首先,由于受到破产法的限制,<sup>②</sup>一些突然的巨大损失可能无法通过私法救济得到充分补偿。某些损害,比如死亡,无法通过货币得到充分补偿。

第二,如果对受害者的补偿不能真实地反映侵权者施加的社会成本,侵权法下的制裁方式(对受害者的损害赔偿金)就可能无法充分激励当事人采取适当水平的注意。尤其是,当受到制裁可能性非常低而制裁又十分严厉时,作为潜在侵权者的公司,其经营者可能会抱有侥幸心理,认为上述受制裁的风险将不会发生,而且即使真正发生了,只需要简单地宣布破产即可逃过一劫。<sup>③</sup>

第三,与监管机关或自律监管者相比,法院在产品或服务质量的认定方面,通常只掌握更少的专门知识,因此,法院在如何确定过失责任的合理注意标准上存在着更大的困难。<sup>④</sup>

第四,处于危险中的第三方受害者有时会发现很难从侵权法中获得保护或救济。特别是涉及到那些潜在的损害十分分散时,侵权法的作用极其有限。<sup>⑤</sup>这是因为昂贵的行政成本(包括受害者之间的协调成本和诉讼成本)可能超过通过诉讼获得的补偿收益,或者因为存在“搭便车”的问题,处于危险中的第三方可能不愿意提起诉讼。<sup>⑥</sup>

此外,即使处于危险的第三方受害者很容易被确定,他们通常也难以把责任归于供应商,也很难证明供应商的疏忽和他们的损失之间存在直接的因果关系。<sup>⑦</sup>

### 3. 信息监管。

信息监管可以通过直接改进信息流而解决信息问题。另外,在一些情形下,信息披露可能有效地解决外部性。特别是,如果第三方得到通知而采取适当的预防措施会使成本更低时,则可以避免当事人双方为纠正或改进自身行为而付出的高额成本。<sup>⑧</sup>但是,信息监管存在以下问题:

(1) 提供信息的成本有时会很很高。在某些市场中,使用适当的参数描述和评价信息并不是件容易的事。例如人们很难描述或评价法律服务的质量。

(2) 一些信息的处理成本很高或难以进行。由于受到教育程度或其它方面的局限,一些信息使用者可能会对那些特别复杂的信息进行错误理解。<sup>⑨</sup>在一些情况下,他们也可能无法像监管者所期望的那样,理性地使用信息。<sup>⑩</sup>他们也许会选择更便宜的产品或服务,而不去理会那些表明这些产品或服务存在更大健康风险的信息。<sup>⑪</sup>

(3) 因为存在信息不准确的可能,需要对信息质量和欺诈进行监管,但是这将导致信息成本的增加。<sup>⑫</sup>

(4) 一些产品或行为可能涉及巨大的风险,以至于立法者可能认为仅仅告知受影响方这种风险是不

① LECG Ltd, above, note 27, p. 13.

② R Cooter and T. Ulen, above note 28, p. 354.

③ A. Ogus, above, note 8, p. 228.

④ R Cooter and T. Ulen, above, note 28, p. 353. See also The Harvard Law Review Association, 'A Question of Competence: The Judicial Role in the Regulation of Pharmaceuticals' (1990) 103 Harvard Law Review, pp. 781- 782.

⑤ A. Ogus, above, note 8, p. 218.

⑥ R Posner, Economic Analysis of Law (1998), p. 659.

⑦ A. Ogus, above, note 8, p. 218.

⑧ Ibid, p. 123.

⑨ R Van Den Bergh, above, note 11, p. 38.

⑩ R Baldwin and M. Cave, Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice (1999), p. 49.

⑪ Ibid.

⑫ Ibid, p. 50.

够的。<sup>①</sup>

认证,作为信息监管的一种,不仅可以克服信息不足的问题,而且还保留了消费者选择的自由,<sup>②</sup>只要愿意,他们可以从没有经过认证的供应商那里购买质量可能较差的产品或服务。<sup>③</sup>认证制度可以通过认证人的专业技术,利用规模经济来减少提供信息的成本。

但是,认证制度通常假设:认证的参数(如受教育程度和培训时间长短)和产品或服务的质量水平之间存在必然的相关性。<sup>④</sup>然而这种相关性的假设并不是绝对的。<sup>⑤</sup>一些经过认证的供应商可能仍然提供“坏”的服务或产品。由于选择认证参数或标准的不恰当,可能导致某些认证制度的价值有限,甚至对消费者有害。同时,认证也无法解决一些外部性的问题,因为从没有经过认证的供应商那里购买“坏”的产品或服务,不仅造成购买者本身的损失,也可能造成第三方损失。此外,当选择“坏”服务或产品的成本很高时,认证往往被认为是不足的。<sup>⑥</sup>例如,如果病人选择没有执照的医生治病的成本是死亡的话,那么强制行政许可就有必要。最后,如果在特定市场中,因存在高风险,公众严重信赖认证制度并因此只购买经认证的产品或服务,那么认证制度事实上就变成了行政许可制度。<sup>⑦</sup>

#### 4. 事后标准。

事后标准可以直接针对那些希望达到的目标而设计。在很大程度上,它将提供和处理产品或服务质量信息的任务从个人转移到了专业机构上。因此,在某种程度上(取决于执行标准的程度),它可以解决信息的问题。同时,专业机构可能负有执行标准的义务,这将在某种程度上(也取决于标准执行的程度)减少外部性。事后标准可能使得那些受害者不再受缺乏信息或专业知识的困扰。<sup>⑧</sup>但是,事后标准的制定可能存在以下不足之处:

首先,在某些市场中,如专业服务市场,由于专业服务的特殊性,监管者面临着相当的困难来描述想要得到的服务结果。要制定或执行特定标准来准确地适用于个案,可能成本很高或者根本不可能。此外,只采用概括性的一般事后标准也面临着很高的行政成本,因为监督和审查的过程非常个性化,必须通过个案来决定很难的事实和技术问题。<sup>⑨</sup>

第二,除了行政成本,许多标准的实施可能涉及大量的遵守成本和间接成本,特别是那些阻碍创新的成本。<sup>⑩</sup>许多标准的设置并没有考虑到时间的跨度和技术的改变,因此可能阻碍企业的技术改进。

第三,事后标准通常是在经营者进入市场后执行的,并且实践中在很大程度上是根据怀疑和投诉而

① Ibid, p 51.

② W. Gellhom, 'The Abuse of Occupational Licensing' (1976), 44 The University of Chicago Law Review, p 26.

③ S. Svomy, above, note 23, p 306.

④ A. Wolfson et al, above, note 28, p 204.

⑤ 一些学者对投入控制和产出质量是存在相关性表示怀疑。See e.g. C. Curran, 'The American Experience with Self-regulation in the Medical and Legal Professions', in M. Faure, J. Siegers, and R. Van den Bergh (eds.), Regulation of Professions (1993), p 57.

⑥ A. Wolfson et al, above, note 28, p 205.

⑦ Ibid.

⑧ Ibid, p 202.

⑨ A. Ogus, above, note 8, pp 224, 228.

⑩ Ibid, p 155.

进行法律实施行动的。<sup>①</sup>根据著名的贝克模型(Becker model),<sup>②</sup>如果潜在的违法者认为:因违反事后标准而受到正式的制裁以及由于该违法被公众发现并谴责而带来的其它损失,乘以被谴责和被正式确定违反标准的可能性之积,会小于违反标准给他们带来的效用,他们就会违反该事后标准。事后标准的执行就因此经常存在问题。这一条件可以用公式表达成  $PD < U$ , 当  $P$  是违法者认为被监管者查获和被公众谴责的潜在可能性,  $D$  代表违法者认为因为被查获和谴责而施加的成本,  $U$  表示罪犯认为违反标准所带来的效用。

### 5. 行政许可。

行政许可在以下情况时优于上述方法:与市场机制的自我救济和私法救济相比,行政许可通过设立一个政府机构来利用其专业技术、信息以及规模经济等优势来获取、处理和使用信息,可以在很大程度上解决信息不足问题,并且降低消费者的信息成本。<sup>③</sup>因为行政许可通常使用统一的标准从市场中排除那些不适格的供应商,行政许可比信誉机制更加确定。<sup>④</sup>同时,行政许可对所有申请人进行登记,它可能帮助警察更容易抓到从事机会主义行为的供应商。<sup>⑤</sup>在解决外部性方面,行政许可制度剥夺了供应商和消费者之间无限制地做出任何质量选择的权利,因为这些选择虽然使他们满意,但可能对第三方造成较大损失。<sup>⑥</sup>行政许可机构试图从市场中明确排除不适格的供应商和不合格产品,以此阻止“坏”产品或服务带来的危险。<sup>⑦</sup>再次,当私法救济不能充分补偿受害者和有效震慑侵害人时,行政许可制度也十分有价值。

当提供或处理适当信息十分困难或成本非常之高时,或消费者的决定可能对第三方或其自身施加大量的成本或造成损害时,行政许可制度优于信息监管制度。<sup>⑧</sup>考虑到信息的技术复杂性,消费者较低的信息处理能力,次品或低质量服务所带来的巨大福利损失以及负外部性的情况,立法者通常更愿意帮助人们作决策,使用行政许可从市场中直接排除这些产品或服务。

当制定、实施事后标准很难或成本很高,并且(或)事后标准的现有实施水平不足以防止巨大的福利损失,特别是当外部性很难内部化或潜在的损害太大而难以获得完全救济的情形下,行政许可制度比事后标准具有明显的优势。例如,在服务市场,事后质量标准可能不如行政许可那样有效,因为行政许可可能相对容易地或以较低的成本排除那些事前明显不合格且可能产生的高昂社会损失的服务。<sup>⑨</sup>更重要的是,与事后标准实施时监管部门仅对怀疑、投诉或样品监督的结果做出反应不同,行政许可制度要求所有申请人都受到监管部门的仔细审查以确保其满足准入标准。<sup>⑩</sup>这将检验所有愿意从事有特定行政

<sup>①</sup> A. Ogus and Q. Zhang, above, note 21 p. 134.

<sup>②</sup> G. Becker, 'Crime and Punishment: An Economic Approach' (1968), 76 *Journal of Political Economy*, pp. 169- 217; and for a simplified and clearer version, see A. Ogus and C. Abbot, 'Pollution and Penalties' (2002), 20 *Research in Law and Economics*, p. 493.

<sup>③</sup> A. Wolfson et al, above, note 28, p. 206.

<sup>④</sup> 一些学者认为行政许可并不必然提高产品或服务的质量。准入标准和产品或服务的质量没有必然的相关性。See E. Rayack, 'The Physician Services Industry', in W. Adams (ed.), *The Structure of American Industry* (1982), pp. 388- 426; D. Hogan, 'The Effectiveness of Licensing: History, Evidence, and Recommendations' (1983), 7 *Law and Human Behaviour*, pp. 117 - 138.

<sup>⑤</sup> T. Moore, above, note 22, p. 105.

<sup>⑥</sup> A. Wolfson et al, above, note 28, pp. 206- 207.

<sup>⑦</sup> *Ibid.*, p. 206.

<sup>⑧</sup> Bureau of Industry Economics (Australia), *Business Licences and Regulation Reform* (1996), p. 30.

<sup>⑨</sup> A. Ogus, above, note 8, p. 217.

<sup>⑩</sup> A. Ogus and Q. Zhang, above, note 21, p. 134.

许可要求的商业活动的申请人,查出并排除低质量的产品或不令人满意的申请人。<sup>①</sup>当事后标准的实施程度很低,无法防止发生巨大的福利损失时,我们似乎有理由采用需要事前普遍检验的行政许可制度来加强法律实施。但这些理由也忽略了某些经营者可能因此更倾向无照经营的可能性。<sup>②</sup>这就进一步要求加强法律实施来减少无照经营者。

除了事前普遍审查,行政许可可以通过加强威慑作用来提高法律的实施水平。在前述的贝克的模型中,这可以通过增加P的值(潜在的违法者认为被监管者查获和被公众谴责的潜在可能性),和(或)D值(违法者认为因为被查获和谴责对自身施加的成本)来达到。与事后标准和认证不同的是,行政许可(或登记)可能帮助警察更容易找到欺诈的从业者或交易者。这意味着,采用行政许可(或登记)的方法使得违法者被查获和认定违法的可能性增大。因此,如果用行政许可来代替标准和认证,P的值一般会增加。更重要的是,与其它替代的监管方法(包括事后标准和认证)相比,行政许可的使用通常产生更高的D值。在大多数情形下,申请人为了获得行政许可必须进行大量的投资。这些投资是沉淀成本,它增加了市场准入成本和退出成本。由于撤销或吊销行政许可不仅使罪犯失去为进入市场所进行的投资,也阻止了他们进行营利活动甚至维持个人生计的活动,所以是一种十分严厉的惩罚。<sup>③</sup>故在使用行政许可的情况下D的值也会急剧上升。

但在以下几种情况下使用行政许可的理由不足:(1)通过重复购买或依赖信誉,适当信息监管和事后标准能使得消费者有充足的信息。(2)消费者的选择不会产生巨大外部性或其它福利损失,或这些外部成本或其它福利损失可以得到充分的补偿,或者,通过私法救济和事后监管标准的执行能有效地阻止产生损失的行为。(3)行政许可的准入标准和被行政许可的服务或产品质量之间没有明显关联。

#### 四、对我国《行政许可法》的相关评析

2003年《中华人民共和国行政许可法》规定是否设立行政许可的一般准则,这为立法者在使用行政许可制度上提供了一系列广泛的指导原则。该法规定下列事项可以设定行政许可:<sup>④</sup>a. 直接涉及国家安全、公共安全、经济宏观调控、生态环境保护以及直接关系人身健康、生命财产安全等特定活动,需要按照法定条件予以批准的事项;b. 有限自然资源开发利用、公共资源配置以及直接关系公共利益的特定行业的市场(如公用行业)准入等,需要赋予特定权利的事项;c. 提供公众服务并且直接关系公共利益的职业、行业,需要确定具备特殊信誉、特殊条件或者特殊技能等资格、资质的事项;d. 直接关系公共安全、人身健康、生命财产安全的重要设备、设施、产品、物品,需要按照技术标准、技术规范,通过检验、检测、检疫等方式进行审定的事项;e. 企业或者其他组织的设立等,需要确定主体资格的事项;f. 法律、行政法规规定可以设定行政许可的其他事项。为方便起见,称为“积极条件”。

同时,该法还规定,以上所列事项通过下列方式能够予以规范的,可以不设行政许可:(1)公民、法人或者其他组织能够自主决定的;(2)市场竞争机制能够有效调节的;或行业组织或者中介机构能够自律管理的;(3)行政机关采用事后监督等其他行政管理方法能够解决的。<sup>⑤</sup>我们此后称这些为“消极条件”。当决定是否设定一项行政许可制度时,必需同时考虑积极条件和消极条件。换言之,对于那些符合积极条件而不满足消极条件的行为也不应设立行政许可制度。

值得一提的是,无论是积极条件还是消极条件都是软条款,即它们都允许立法者在遵循时有一些自由裁量权。接下来本文将进一步分析这些积极条件和消极条件。

① Bureau of Industry Economics (Australia), above, note 60, p. 19.

② S. Johnson, D. Kaufmann and P. Zoido-Lobaton, 'Regulatory Discretion and the Unofficial Economy' (1998), 88 American Economic Review (Papers & Proceedings), p. 387.

③ A. Ogus and C. Abbot (2002), above, note 54, p. 506.

④ 《中华人民共和国行政许可法》第12条。

⑤ 《中华人民共和国行政许可法》第13条。

## 1. 积极条件。

虽然它们具有“软”的特征,但这些积极条件在很大程度上影响着中国行政许可的使用。上述积极条件 a 项中所指的特定活动可能产生很大的外部性并难以被内部化的,如那些影响公共安全的行为;其中有些活动可能造成无法弥补的损失,例如那些影响人身健康或生命的行为。对于上述积极条件 b 项所指的事项,行政许可经常被用于实行数量限制,同时施加实体标准给从事这些事项的供应商,以促使资源的最优利用。<sup>①</sup> 他们属于特定的行政许可类型,即政府特许经营权。C 项所指的是专业服务。<sup>②</sup> 专业服务行为可能与外部性和信息不对称问题有关,因为他们关系着“公共利益”且需要提供者具有良好的声誉以及特殊技能来解决信息问题。<sup>③</sup> 对于 d 项所涉及的设备、设施、产品,当它们直接关系着公共安全和人类健康时,就可能造成巨大的外部性以及无法弥补的损失。<sup>④</sup>

但是,对于 e 项下的行为,我们可能很难论证在企业或其它组织的设立过程中设定行政许可的正当性(本文认为行政许可应与登记行为区别开来,是两种不同的监管方式)。在许多情况下,对企业设立的监管并非为了解决市场失灵,<sup>⑤</sup>政府旨在获得相关信息,以减少征税或实施其它监管方式的行政成本。而登记则能以较少成本达到这一目标,因为它既不要求行为人满足大量条件,也不要求相关机构评价行为人是否具有从事该行为或营业的能力。即使政府需要使用行政许可来解决市场失灵,也应该把行政许可控制从企业设立过程分离出来,笔者已另撰文说明前置审批的不合理性。<sup>⑥</sup>

积极条件 f 项的规定也有不足,因为它允许法律、行政法规规定可以对不属于上述 a、b、c、d、e 项规定的其他事项设定行政许可,这可能使上述各项的规定的目的落空。也许是因为立法者担心上述事项无法涵盖可以设立行政许可的所有情形,所以用 f 项来兜底。这也可能说明了中国立法者希望保留更多的权力。

## 2. 消极条件。

消极条件(1)项看起来模棱两可,也显得重复多余。因为法律上说,任何行为,除非法律、法规另有规定(如规定必须取得行政许可),都可以由公民、法人或其它组织自主决定。或许消极条件(1)项的设计是立法者出于父爱主义的原因,即虽然公民、法人以及其它组织有适当的信息,政府也并不总是相信他们能够做出符合其最优利益的决策。如果对这个立法目的的猜测是正确的,条件(1)不妨表达为“公民、法人或其它组织能比政府做出更好的决策。”这新的表达可能更清楚。

现在来分析一下第(2)项。这一项似乎优先考虑了市场机制和自律监管。不难理解,如果市场机制及其自我救济能够有效解决积极条件中的行为、产品和其它事项带来的信息问题和外部性问题,则不需要建立行政许可制度。但相比行政许可而言,我们似乎很难理解为什么中国立法者更偏好自律监管。理论上,自律监管机构也可以使用许可作为自律监管的一种形式。比如英国沙律师协会(The Law Society)就用准入许可控制着沙律师(Solicitor)的行业准入。虽然2003年的《行政许可法》中的行政许可只涉及行政许可(由政府机构颁布的),<sup>⑦</sup>但是,在决定使用何种监管方式之前,立法者仍然有必要去比较行政许可和自律监管在实现监管目标的相对效果。只有在自律监管能取得比行政许可更优的效果时,我们才有理由支持自律监管。(下转第131页)

① 同上,第83页。

② 同上,第83页。

③ 《中华人民共和国行政许可法》第12条。

④ 《中华人民共和国行政许可法》第12条。

⑤ A. Ogus and Q. Zhang, above, note 21, pp. 125-126.

⑥ 参见 Q. Zhang and A. Ogus, 'Licensing Procedures in Developing Countries: Should They be Part of Set-up Process?' (2005), 28 International Journal of Public Administration, pp. 1091-1108.

⑦ 《中华人民共和国行政许可法》第3、24条。

间应如何协调和平衡问题,提供了可资参考的文本。

### New Welfare

LUO Mei-ying

(Zhejiang Technology and Business University, Hangzhou,  
Zhejiang Province, 310018)

**Abstract:** Each person, as a citizen, has a right of access to utility supply that is reasonable, non-discriminated and economical affordable, and especially, the citizens with low incomes or otherwise disadvantaged should be entitled to a minimum standard of service and do not need to bear unreasonable burden in privatization reform. The UK government has set out a program of social actions to combat fuel and water poverty and assisted vulnerable groups in water supply and water charitable trusts.

**Key Words:** Public Utility; Welfare; Privatization; Minimum Standard of Service

(责任编辑:张红)

---

(上接第109页)

第(3)项不应仅是要求事后监督能够有效地管理这些行为和产品,而是应该要求它在这方面能比行政许可更具优势。例如,如果行政许可和事后监督都能达到监管目标,但是后者比前者造成更多社会成本,那么行政许可制度就仍具有正当性。除此之外,第(3)项只是提到事后监管方式,并没有考虑到如私法救济等事后的非监管方式。因此,如果第(3)项表述为“事后监管或非监管的方式能够更好地管理它们(上述行为和产品)”将更为准确。

### The Better Use of Administrative License

ZHANG Qing

(China University of Political Science and Law, Beijing, 100088)

**Abstract:** Current Chinese legislations and policies have only set up a general principle about how to better use of administrative license. This principle is too vague to be understood and enforced in practice. Analyzing through a law- and- economic approach, the problem of market failure includes the information problem and the external problem. Administrative license have both advantages and disadvantages in addressing the problem while comparing with self-remedies of market mechanism, private law remedies, information regulation and ex post standard. There are some shortages in our Administrative License Act, which are in great need to be improved.

**Key Words:** Administrative License; Market Failure; Regulatory and Non-regulatory Techniques; Law and economics

(责任编辑:曹 逦)