

# 市场失灵与《行政许可法》

## ——《行政许可法》的法律经济学分析

席 涛\*

**摘 要:** 市场失灵是划分政府与市场关系的边界,也是政府行政许可的理论基础。《行政许可法》设计和安排的特许、普通许可、核准、认可和登记制度,应致力于解决和应对市场失灵产生的垄断与市场势力、信息不对称、负外部性和公共产品问题。《行政许可法》立法体现出框架性、原则性和模糊性的特点而缺乏操作性,故必须结合实体法律法规中的具体许可,解决市场失灵问题。随着政府与市场的互动,市场机制与行政许可的范围、内容与措施也在调整变化。

**关键词:** 市场失灵 行政许可法 成本与收益

### 一、问题的提出

政府与市场关系的争论,肇始于英国经济学家亚当·斯密1776年出版的《国民财富的性质与原因的研究》。斯密概括了“看不见的手”的市场机制,奠定了市场决定资源配置的理论框架与学理基础。但1929~1932年美国爆发了大危机,凯恩斯1936年出版的《就业、利息和货币通论》强调了政府对经济的干预作用。在政府与市场关系的争论中,有影响的主要有以下几种理论:

#### (一) 公共利益的监管理论

庇古主张政府可以通过征税或者罚款矫正负外部性引起的市场失灵,这一理论被称为公共利益的监管理论。该理论引起了科斯的质疑,科斯于1960年发表《社会成本问题》一文,通过比较负外部性产生的损失,提出了界定产权、财产权利的成本与收益的比较、通过私人谈判以合同处理,或者司法诉讼的观点,形成了“科斯定理”即交易费用理论。理论上讲,只要法院执行这些合同,就可以实现有效率均衡的结果。但科斯的理论,排除了政府监管。<sup>(1)</sup>

斯蒂格勒坚持市场竞争秩序。他通过研究美国电力市场、航空市场等在州际间存在监管,而在一州境内不存在监管的实际情况,阐述了产业集团受益,政治家和行政官员被产业集团俘获的观点,得出了著名的“监管俘获”的判断。<sup>(2)</sup> 皮尔茨曼进一步发展了斯蒂格勒的理论,他指出政治家和行政官员被俘获,产业集团受益并不完善。实际政治权力的分配并非如此简单,更多的是寻求各方政治力量

\* 中国政法大学法和经济学研究中心教授,经济学博士。本文系北京市重点交叉学科“法律与经济”项目的阶段性成果以及中国政法大学项目“中国法律的影响分析与评估指标构建”(项目编号:10ZFG82008)的研究成果。

(1) Coase Ronald, *The Problem of Social Cost*, 3 *Journal of Law and Economics* 1, 10 (1960).

(2) George J. Stigler, *The Theory of Economic Regulation*, 2 *Bell Journal of Economics and Management* 3, 17 (1971); Richard A. Posner, *Theories of Economic Regulation*, 5 *Bell Journal of Economics* 335, 352-354 (1974).

的平衡,但政府监管的范围越少越好。<sup>(3)</sup>

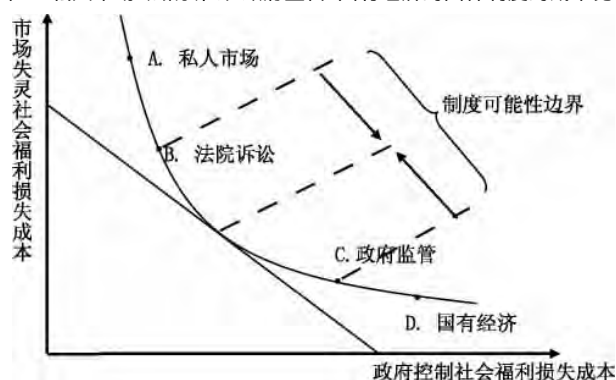
监管的公共利益理论深入地揭示了监管为少数人谋求利益的过程。旨在矫正市场失灵、促进竞争的一种制度安排,最终演化成一种政治与经济交易的低效率制度或者无效率制度,仅仅保障了利益集团的利益。

受“监管俘获”理论的影响,西方国家在20世纪70年代开始了放松监管,公用事业通过特许实行竞争准入,自然垄断产业实行私有化,航空、电力、通讯、天然气和铁路等放开了市场准入,竞争带来了这些产业的高效率。但随之产生的问题是,经济社会中出现了卫生、健康、安全、污染等有关问题,政府又加强了社会性监管。学者们把这一阶段的改革或调整称为监管型国家兴起或重塑监管。<sup>(4)</sup>

## (二) 监管型国家的兴起理论

哈佛大学教授施莱佛与合作者系统研究了监管型国家的兴起,综合科斯交易成本理论、斯蒂格勒“监管俘获”理论,考察了法律对投资者的保护问题。<sup>(5)</sup> 在一系列研究成果的基础上,施莱佛等在《新比较经济学》中分析了一个国家在资源配置中可供选择的四种制度,包括私人秩序(Private ordering)、法院诉讼(Independent judges)、政府监管(Regulatory state)、国有经济(State ownership),依此顺序,政府对于私人的控制权力依次递增。<sup>(6)</sup> 对于商业生活中的这四种社会控制策略不是完全互相排斥的,在同一市场中,竞争秩序、法院诉讼、政府监管和国家所有制可以并存。对于任何一种制度安排来说,都需要在两种社会成本之间,无序与专制之间进行权衡。通过四种社会控制制度的成本权衡,选择适合成本较小而达到资源优化配置的制度。任何形式的公共干预都要依据一个基本条件,那就是市场秩序已经无法控制无序成本了(见图1)。

图1 私人市场、法院诉讼、政府监管、国有经济的四种制度的成本比较



(3) Sam Peltzman, *Towards a More General Theory of Regulation*, 19 *Journal of Law and Economics* 211, 211-213 (1976); Sam Peltzman, *George Stigler's Contribution to the Economic Analysis of Regulation*, 101 *Journal of Political Economy* 818, 827-828 (1993).

(4) Richard H. Pildes & Cass R. Sunstein, *Reinventing the Regulatory State*, 62 *The University of Chicago Law Review* 1, 7 (1995); Cass R. Sunstein, *Congress, Constitutional Moments, and the Cost-benefit State*, 48 *Stanford Law Review* 247, 269-297 (1996).

(5) Edward Glaeser, Simon Johnson & Andrei Shleifer, *Coase versus the Coasians*, 116 *Quarterly Journal of Economics* 853, 896-897 (2001); Simeon Djankov, Rafael La Porta, Florencio Lopez-de-Silanes & Andrei Shleifer, *The Regulation of Entry*, 117 *Quarterly Journal of Economics* 183, 199-200 (2002); Edward Glaeser & Andrei Shleifer, *The Rise of the Regulatory State*, 41 *Journal of Economic Literature* 401, 422 (2003); Juan C. Botero, Simeon Djankov, Rafael La Porta, Florencio Lopez-de-Silanes & Andrei Shleifer, *The Regulation of Labor*, 119 *Quarterly Journal of Economics* 1339, 1378-1380 (2004); Casey B. Mulligan & Andrei Shleifer, *The Extent of The Market and The Supply of Regulation*, 120 *Quarterly Journal of Economics* 1445, 1468-1469 (2005).

(6) Simeon Djankov, Edward Glaeser, Rafael La Porta, Florencio Lopez-de-Silanes & Andrei Shleifer, *The New Comparative Economics*, 31 *Journal of Comparative Economics* 595, 614-615 (2003).

### (三) 不完备法律理论

许成钢和皮斯托用不完备法律理论解释监管的产生。立法者在建立监管制度时是有条件的,用经济学的模型来说,监管所带来的成本不应降低社会福利。在不降低社会福利的条件下,假定成本是外生的,在什么情况下希望引入或者不引入监管者。一是当法律特别不完备的情况下引入监管者;二是有害行为足够大,大到使得你愿意支付监管者加给你的成本的情况下引入监管者。<sup>(7)</sup> 引入监管者之后产生的问题是,在什么条件下将立法及执法权分配给法庭是最优的,以及何时应将这些权利(再)分配给监管者,或者何时用法庭执法对监管执法进行补充会更好。<sup>(8)</sup>

监管型政府兴起的理论与公共利益的监管理论本身的不完备有重大关系。<sup>(9)</sup> 在施莱佛的理论中,由于法律的滞后、法庭的腐败和法庭被动式执法的缺陷,导致了监管型政府理论的兴起。皮斯托和许成钢则认为,监管机构的产生主要源于法律的不完备。尽管两者在监管的产生上有分歧,但对于监管的面向——市场失灵,却是一致的。<sup>(10)</sup>

本文认为,我国的行政许可本质上就是政府基于市场失灵而对市场的干预,这种干预是通过设计行政许可制度,矫正市场失灵。<sup>(11)</sup> 因此,政府监管是基于行政许可制度,或者说,是基于法律法规的监管,这是监管的正当性和合法性问题。在监管具有正当性和合法性前提条件的基础上,需要探讨的问题就是监管什么?如何监管?监管什么,涉及行政许可制度设计各种市场准入的事前监管、事中质量抽检和事后的激励或者惩罚规则;如何监管,涉及行政许可制度中的规则、措施和方法,比较行政许可与市场方法,寻找行政许可与市场机制的平衡点。从实证分析,这是比较市场失灵与行政许可的成本与收益问题;从规范分析,这是解决市场失灵与行政许可的公平与效率问题。行政许可制度设计了登记、认可、核准、普通许可和特许的五种方式,这五种方式的前四种政府没有裁量权,对政府是一种

(7) 许成钢“法律、执法与金融监管——介绍‘法律的不完备性’理论”载《经济社会体制比较》2001年第5期,第1-12页;卡塔琳娜·皮斯托、许成钢“不完备法律——一种概念性分析框架及其在金融市场监管发展中的应用”,载《比较》第3辑,2002年11月版,第112-123页;Katharina Pistor & Chenggang Xu, *Incomplete of Law*, 35 *Journal of International Law and Politics* 931, 932 (2003).

(8) 黄韬认为,要指望依靠法院的司法审查来有效约束证监会的行政权力行使,这是需要外部条件支持的,在一个充满计划色彩和行政权力深度干预的体制下,法院的作用是没有理由被过高估计的。参见黄韬“法院真的推动了法治进程吗?——中国法院审理金融行政案件引发的制度性反思”,载《行政法学研究》2011年第2期,第89页。

(9) 西方学者中的公共利益的监管理论,并没有解释和回答这样几个问题:第一,在宪法三权分立制衡框架下,市场经济中,政府以法律为支柱、社会以契约为纽带、个人与企业或者企业与企业以合同形式为基础,通过诉讼和法院裁决,解决被侵害者和侵害者之间纠纷的制度安排,为什么转向建立行政方式的监管制度?而且监管机构呈数量逐步增加、权力逐步增大的趋势?第二,监管者被“俘获”、接受贿赂和谋求个人利益,是监管制度失灵的形式和结果。那么,监管制度为什么会失灵?是局部失灵还是系统性失灵?第三,政府对监管制度失灵又会作出怎样的回应?第四,是否存在市场与监管互动的良性运行?公共利益的监管理论并没有对这些问题作出解释。

(10) 比较施莱佛监管的产生是因为法庭的腐败、易受破坏和滞后的观点,本文认为,监管和法院是两种不同的制度安排,面对市场失灵产生的问题,这两种制度解决问题的方法具有不可替代性。法院不是市场参与者,并不直接干预市场,法院是一种合同主体产生纠纷诉讼之后的调解或者裁判制度,即使没有市场失灵问题,社会也有法院的制度安排。但如果没有市场失灵,政府直接干预经济就失去了合理性和合法性。法院诉讼和政府监管并不是一种替代性制度,而是一种并存的制度安排。法院和监管的功能、方法和措施,是有区别的。比较皮斯托和许成钢的观点,本文认为,行政法和监管产生,一方面在于法律的不完备性,另一方面,面对市场的垄断、不对称信息、负外部性和公共物品,行政执法主动检查、监督和披露信息,能够减少市场损害。法律不完备是法律制度不成熟,或者是社会还没有达成共识,或者是立法成本太高的直接结果,不是监管产生的直接原因,市场失灵才是监管产生的直接原因。

(11) 《行政许可法》自2004年7月实施以来,在规范行政许可行为,修改或者废止过时的行政许可方面,发挥了积极作用。但因为《行政许可法》的立法目标过于宏大,无法容纳各种行政许可,只能成为一部框架性、原则性、概念性和模糊性的法律,又因为《行政许可法》没有从市场失灵的立法视角去设计行政许可,失去了厘清政府与市场行为边界的基础。

拘束行为,只有特许,政府具有裁量权。

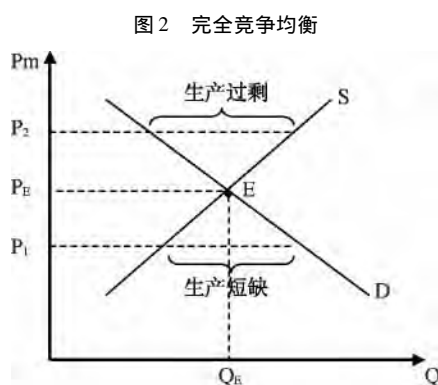
本文认为,市场在资源配置中起决定性作用,但存在市场失灵,需要政府干预,弥补市场失灵。本文的问题是,政府各种各样的行政许可,是否发挥了弥补市场失灵的作用? 或者是否降低了市场配置资源的效率? 因此,本文重点讨论《行政许可法》与市场失灵的关系,以及该法第 12 条和第 13 条与实体法的关系。行政许可作为事前对市场的干预,事中对市场运行中的监管和事后的严格执法,还需要与相关实体法和其他方法相互作用,改善政府与市场的关系。

本文基于市场失灵需要行政许可制度安排的观点,建构一个《行政许可法》的法律经济学分析框架,分析行政许可制度解决市场失灵的规则、方法和措施。本文以下部分的结构是: 第二部分提出一个《行政许可法》的法律经济学分析框架,比较特许、普通许可、核准、认可和登记五种制度安排; 第三部分围绕市场失灵与行政许可的关联,探讨如何在《行政许可法》框架内解决市场失灵的问题; 第四部分是结论与启示。

## 二、分析方法与框架

### (一) 完全竞争假设与市场失灵

完全竞争是经济学研究的一种简化模型,它提供了研究经济的出发点,先舍弃经济现象中许多复杂的影响因素,在极为严格的假设条件和约束条件下,分析市场价格调节资源配置达到市场均衡,市场均衡即达到了“帕雷托最优(Pareto Optimality)”,社会没有供给过剩,也没有需求短缺,供给等于需求,稀缺资源达到了有效配置(见图 2)。(12)



但需要注意的是,是否能够达到完全竞争,关键分析它的假设条件是否存在? 严格的假设条件包括: 第一,市场价格是给定的。厂商和个人将市场价格视为给定的,有大量的厂商和大量的个人,厂商和个人的决策对市场价格没有影响。第二,市场存在完全信息。厂商和个人对商品质量、价格和购买的难易程度,都具有完全信息。第三,不存在外部性。厂商不会以价格以外的行为直接影响没有契约关系的其他人或厂商,厂商的生产成本等于他的社会成本。第四,不存在公共物品。厂商和个人只有

(12) 图 2 中, D 代表需求曲线, S 代表供给曲线, 横轴代表产量, 纵轴代表价格, E 点是供给与需求的均衡点。如果供给与需求非均衡, 可能产生生产过剩, 也可能产生短缺, 这两种非均衡状态, 均未实现资源有效配置。

购买商品,才能消费,购买的商品具有排他性。<sup>(13)</sup>

只有在满足严格的假设条件下,市场才会存在完全竞争,也只有在完全竞争模型下,市场才能达到均衡,资源才会有效配置。现实经济中,要同时满足这些假设条件,是非常困难的。第一,市场是不完全竞争市场。市场存在垄断和市场势力,很多厂商具有设定价格和影响价格的势力。第二,市场存在不完全信息和不对称信息。无论是厂商还是消费者,对其购买的原材料或是购买消费品,都会具有信息不完全或者信息不对称。消费者购买食品,并不清楚食品中是否有其他添加剂成分,但生产食品的厂家知道食品中的各种原料;购房者购房,购房者并不清楚商品房的质量和价格构成,但房地产商知道这些。第三,市场存在负外部性。当厂商的一种行为直接影响到他人,却没有给予支付或者补偿时,就发生了负外部性。负外部性是普遍存在的,企业排放气体对空气的污染、基建工地噪音对相邻居民休息的影响、游客在公共广场乱扔垃圾对广场清洁的影响,这些都是负外部性,而施加影响的企业、基建单位和游客,并没有对产生的负外部性支付费用。第四,市场存在公共物品,有免费搭车现象(free-rider)。公共物品是指增加一个人对一种公共物品的消费不会减少其他人对这种物品的消费,减少一个人的消费却需要增加很高的社会成本。公共物品具有非竞争性和非排他性的特征。因此,垄断和市场势力、信息不完全或者信息不对称、负外部性和公共物品,经济学把这四种问题称为市场失灵(markets failure)。市场失灵降低了市场效率,需要政府纠正市场失灵并优化资源配置。因此,美国、欧盟通过法律法规规定,市场失灵是政府干预的理论基础。<sup>(14)</sup>中国经过35年的经济体制改革,党的十八届三中全会通过的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》,也强调了市场在资源配置中的决定性作用,因为存在市场失灵,需要发挥政府的作用,“弥补市场失灵”。<sup>(15)</sup>

因此,对市场效率所需要的市场均衡的条件有两种不同的分析方法,第一种分析强调市场竞争的运行,强调市场均衡所需要的前提条件成立,从而使资源能够有效配置,如完全竞争假设。第二种分析强调市场竞争前提条件不一定成立,导致了市场失灵,重点分析是什么原因导致的,设计什么样的制度克服这些原因,弥补市场失灵。第二种分析方法,正是经济学分析的重点。<sup>(16)</sup>

## (二) 市场失灵与《行政许可法》的分析框架

市场失灵需要政府监管,完全竞争的假设与模型,仅仅只是经济学分析的一种参考系,通过这个假设和参考系,分析是什么原因导致了市场失灵?又通过什么制度设计和制度安排,能够解决市场失灵?如何选择政府干预和市场机制的均衡点?这是法律经济学研究和分析的重点。因此,市场失灵需要政府通过法律法规干预市场。于是问题就变成了:有些问题需要政府事前干预,有些问题需要政

(13) 经济学框架体系都是以完全竞争模型作为假设条件、分析基础和参照系,通过分析市场供给与需求,得出市场失灵的结论,然后重点分析市场失灵的原因和效率损失,最后提出政府基于法律法规干预市场的制度安排。参见[美]约瑟夫·E.斯蒂格勒、卡尔·E.沃尔什《经济学》(上册)(第3版),黄险峰、张帆译,中国人民大学出版社2005年版,第229-236页。《新帕尔格雷夫经济学大辞典》:“完全竞争市场和不完全竞争市场”,经济科学出版社1996年版,第897页。

(14) Clinton, Executive Order 12866: *Regulatory Planning and Review*, Federal Register Presidential Documents, vol. 58, Oct. 4, 1993; Obama, Executive Order 13563: *Improving Regulation and Regulatory Review*, Federal Register, vol. 76, No. 14, Jan. 21, 2011. European Commission, *Impact Assessment Guidelines*, SEC (2009) 92, Jan. 15, 2009. [美、欧盟、OECD]《立法评估:评估什么与如何评估——美国、欧盟和OECD法律法规和指引》,席涛等译,中国政法大学出版社2012年版,第3、22、92、142页。

(15) 党的十八届三中全会《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》提到“核心问题是处理好政府和市场的关系,使市场在资源配置中起决定性作用和更好发挥政府作用。”《决定》为什么在强调市场配置资源决定性作用的同时,又要强调“更好发挥政府作用”?因为存在市场失灵,需要政府干预“弥补市场失灵”。参见《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》,新华网,2013年11月15日。

(16) [美]罗伯特·S.平狄克、丹尼尔·L.鲁宾费尔德《微观经济学》(第6版),王世磊等译,中国人民大学出版社2006年版,第619页。

府事中干预,有些问题需要政府事后干预,有些问题需要通过行业自律执行,有些问题需要通过诉讼方式法院执法。但无论是政府干预、行业自律还是法院执行,都是在法律法规的框架下的制度设计和制度安排,各种制度规则,正是为了回应和解决市场失灵,维护市场秩序正常运行。

中国正在建设和完善市场经济,经济社会生活中,还存在各种各样的准入限制和行政审批,既增加了政府行政成本,又降低了经济运行效率,而且各种行政审批滋生了腐败。在这种时代背景下,由国务院提起,全国人大常委会于2003年8月通过了《行政许可法》,其立法宗旨是规范行政许可的设定和实施,保护公民、法人和其他组织的合法权益,维护公共利益和社会秩序。

《行政许可法》立法最大化价值目标是解决市场失灵,设计制度解决与垄断相关的制度性原因、与信息不完全或者不对称相关的市场性原因、与负外部性相关的企业性原因、与公共物品相关的财政性原因产生的问题,达到资源的有效配置。

《行政许可法》第2条规定“本法所称行政许可,是指行政机关根据公民、法人或者其他组织的申请,经依法审查,准予其从事特定活动的行为。”行政许可制度是对市场失灵的一种制度回应,需要政府通过行政许可制度矫正市场失灵,对市场主体准入、或者主体资格、或者产品、或者物品、或者设施设备、或者服务条件,制定各种法定条件,实施各种法定标准,稳定市场交易,促进市场改革。《行政许可法》第12条,主要设计了五项制度。

第一,普通许可。批准符合法定条件的相对人行使某种权利。凡直接关系人身健康、生命财产安全、公共安全、国家安全、生态环境保护的事项,都适用普通许可。

第二,特许。行政机关依法向相对人赋予某种特定权利,相对人获得了市场准入的资格,适用于“有限自然资源的开发利用”、“公共资源配置”和“直接关系公共利益的特定行业”。

第三,认可。行政机关对相对人是否具备某种资格资质的认可。资格资质是对人的许可,与身份相联系,只要达到法定条件没有数量限制。行政机关实施资格资质认可,一般没有自由裁量权。

第四,核准。行政机关对某些事项是否达到法定技术标准的核实准许。核准主要适用于直接关系公共安全、公共利益的设备设施的设计、建造、运营、运营前的检测验收和其他特定产品物品的检验检疫。核准的功能主要是,证明或者提供某种信誉、信息,核准依据主要是技术性、专业性标准。

第五,登记。行政机关对企业或其他组织设立等,确定主体资格的事项。对申请登记的材料一般只进行形式审查,没有自由裁量权。

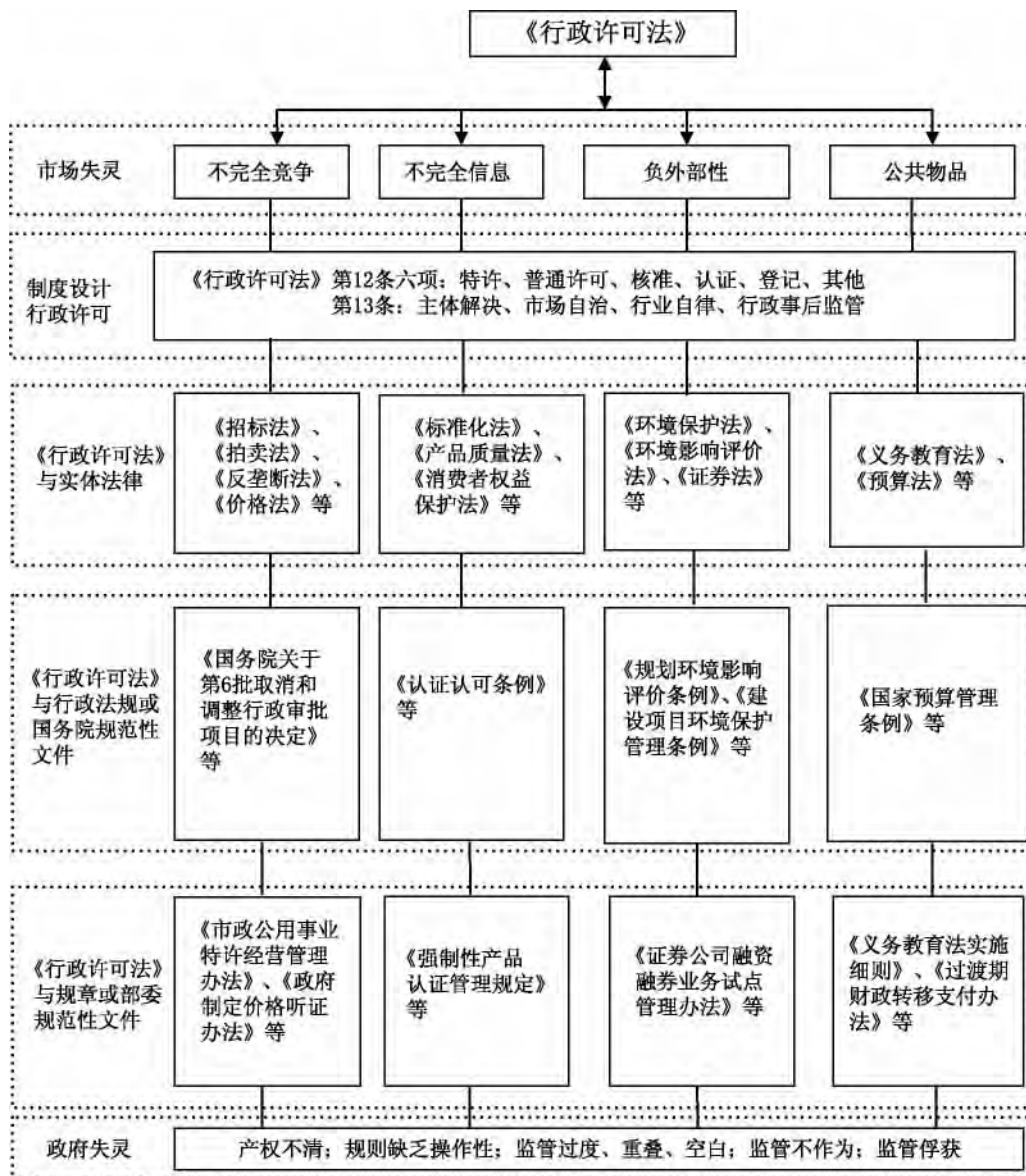
《行政许可法》第12条设计的行政许可制度,除过特许,由于数量限制和行政许可机关的裁量权,特许事项申请人之间存在竞争。普通许可、认可、核准和登记,只要申请人提交的申请资料、资格证书、质量标准证书、安全标准证书等等,符合市场准入的法定条件,都能获得市场准入权利,不存在市场准入的竞争。王克稳认为“该四类许可之间的区别仅是形式上的,实质上它们都属于一个类型的许可,我们为此将上述四类许可统称为普通许可。”<sup>(17)</sup> 宽松的市场准入,就会有更多的市场主体参与市场竞争,主体之间的市场竞争直接影响竞争程度,竞争激励提高产品质量或者提高服务质量。

但是第12条规定设立的五项许可制度都是框架性、原则性、概念性和不确定性规定,没有法律客

(17) 王克稳认为“我国的行政许可可依其法律性质、适用条件的不同,可以划分为行政特许与普通许可两大类,行政特许的本质是分配稀缺资源,出让国家所有的财产权,而普通许可的本质是解除法律禁止,恢复当事人的行为自由。一般许可、认证、核准和登记,该四类许可之间的区别仅是形式上的,实质上它们都属于一个类型的许可,我们为此将上述四类许可统称为普通许可。”参见王克稳“论行政特许及其与普通许可的区别”,载《南京社会科学》2011年第9期,第83-84页。

体,没有实质要件,没有具体标准,没有实施对象。只有联系不同的实体法,才能找到相关实体法中不同的特许、普通许可、核准、认可和登记。如果没有具体法律,就需要结合行政法规、或者国务院文件、或者部委规章、或者部委的“红头文件”(包括通知、指引、规定和办法)等。《行政许可法》规定的设定行政许可和实施行政许可,才有了具体的实体法律的操作性和具体的实施机关,达到矫正市场失灵。比如,具体的行政许可分散在各种具体的法规中,而且有的法律法规也是原则性、框架性和概念性规定。实际上,行政许可是由主管部委、地方政府实施的。如《银行业监督法》规定银行业行政许可——银监会实施——规章或者文件;《证券法》规定证券行政许可——证监会实施——规章或者规范性文件;《公司法》规定行政许可——工商行政管理局实施——规章或者规范性文件;《食品安全法》规定行政许可——农业部、卫计委、环保部实施——多个部委的规章或者规范性文件,等等(见图3)。

图3 市场失灵与《行政许可法》制度安排



《行政许可法》第14、15条规定,法律可以设定行政许可;尚未制定法律的,行政法规可以设定行政许可;尚未制定法律、行政法规的地方性法规可以设定行政许可,而省级政府规章只能设定临时性(期限不超过一年)的行政许可。但法律是抽象的,具体的行政许可或者由部委规定、或者由地方政府规定。每一部法律都有具体的执法部门,每一种行政许可都是由具体的部委起草(具体法律草案都是由执法主体的部委、银监会、证监会、保监会、电监会,或者部委所管辖的局,或者地方政府)和实施的。在立法、行政、司法相对分离的情况下,行政部门担当经济社会运行中问题的解决者。在现代市场经济中,行政部门实际上集立法(制定规章)、行政(经济事前许可审查、事中监督抽查)、司法(事后行政处罚)集于一身,随着经济社会的复杂、突发性事件发生、市场产品的创新和交易的深化,现代政府通过监管维护市场秩序的权力逐步扩大,这正是现代监管型国家的特征。

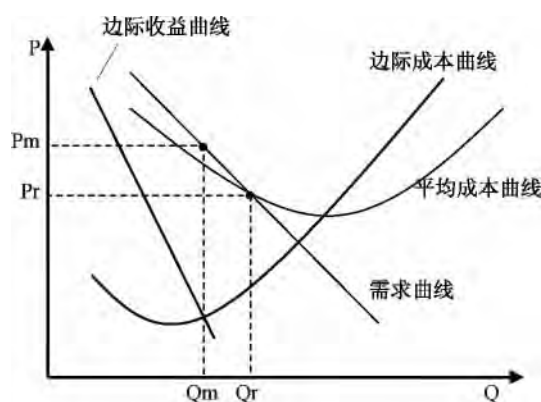
### 三、市场失灵与行政许可的关联

#### (一) 解决因市场垄断或者市场势力产生的市场失灵问题

中国的市场垄断与西方市场经济中产生的垄断原因不同。第一,中国的市场垄断是从计划经济体制中延续下来的,经过30多年的经济体制改革,原来为国有经济垄断的行业有些已经放开了市场准入,形成了国有企业、国有控股企业、民营企业、股份制企业等所有制层次,初步形成了企业竞争的市场体系。第二,国有企业垄断不是市场经济竞争产生的结果,国有企业的人事任命、组织结构、现代公司治理、产品定价和市场销售,有着一套独特的体系。国务院成立国资委以后,强化了国有企业的垄断性质和垄断地位。第三,有些原来意义上的“国家命脉”、“国家安全”的行业,市场准入未能放开,或者放开了准入,但进入条件门槛高,民营企业很难参与竞争。

从市场失灵角度分析,垄断导致市场失灵,市场成为一个不完全竞争市场,垄断减少了市场供给。由于供给价格高,减少了社会需求,又由于竞争不充分,也减少社会对消费品的选择,实际上降低了社会福利水平。特许在一定程度上,又产生了垄断,而且是合法性垄断(见图4、5)。(18)

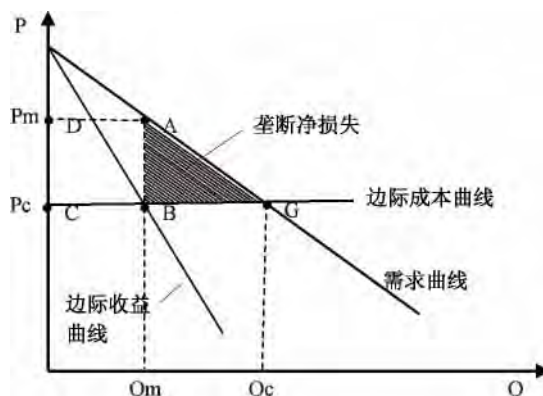
图4 自然垄断引起的市场失灵



(18) 图4 在自然垄断中,  $Q_r$  代表市场需求产量,  $P_r$  代表市场需求价格,  $Q_m$  代表垄断企业产量,  $P_m$  代表垄断企业价格, 显然, 垄断产量少于市场需求产量, 但是, 垄断价格高于市场价格, 存在垄断利润。图5 由于垄断, 导致了社会福利的净损失, 净损失如图中ABG三角。



图5 垄断的社会成本



### 1. 特许经营的概念、特征与范围

政府特许经营,是指政府授予一个或几个企业在一定时间和范围内,对某项提供给社会公众的产品或服务进行排他性或垄断性经营权利的行为。此项排他性或垄断性的经营权利即为特许经营权,政府和取得特许权的企业分别为特许经营权的授予方和受让方。授予方和受让方的权利义务关系,由它们之间的特许经营权协议约束。理论上,政府是作为公众的代表,为公众挑选产品或服务的供应商。<sup>(19)</sup> 美国哈佛大学法经济学教授 W. 吉帕·维斯库斯(W. Kip Wiscusi)指出,如果一种产品或服务由单个厂商完成而成本最小,就说该产业是自然垄断产业。由单个厂商通过不断扩大产出和降低成本最终赢得整个市场。但是,一旦它赢得了市场,就可能产生垄断价格。<sup>(20)</sup>

为什么要规定行政特许呢?《行政许可法》第12条第2项规定“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准入等,需要赋予特定权利的事项。”从这项规定看,涉及三类行业的市场准入需要行政特许:一是“有限自然资源”;二是“公共资源”;三是“公共利益”。<sup>(21)</sup> 但是,“有限自然资源”、“公共资源”和“公共利益”这三个概念,都是不确定性的概念,没有界定其内涵和外延,没有具体的客观对象和实质要件,没有具体的设定行政特许的标准,执行《行政许可法》中行政特许,全在实施单位的理解、认知与判断。而且第2项规定的表述显然过于含糊不清,实践中有可能导致政府特许经营使用范围的扩大,将可充分竞争的行业纳入政府特许经营的范围,人为制造新的垄断。<sup>(22)</sup> 如在污水处理、垃圾处理及城市公共交通部门,自然垄断和资源稀缺特征都不存在,它们可能属于充分竞争的行业,不应简单使用政府特许经营的模式。

因为《行政许可法》规范的特许经营没有具体的实施客体,因此必须联系具体的行政许可的行政法规或者规章,明确“有限自然资源”、“公共资源”和“公共利益”的范围,根据范围可以确定是否属于行政特许范围。

(19) 张卿“为什么要施行政府特许经营?——从法经济学角度分析”,载《中国政法大学学报》2010年第6期,第32页。

(20) [美]W. 吉帕·维斯库斯(W. Kip Wiscusi)等《反垄断与管制经济学》(第3版),陈甬均等译,机械工业出版社2004年版,第195、205、231页。

(21) 任海青、王太高认为“由于‘有限自然资源’、‘公共资源’和‘公共利益’等所涵盖的内容是一个模糊的、不断变化的东西,加之认识的有限性,因此在立法上采取概括肯定和否定列举式相结合的立法模式或许是个不错的选择。”参见任海青、王太高“论我国行政特许制度的立法完善”,载《南京社会科学》2012年第11期,第114页。

(22) 周汉华“行政许可法:观念更新与实践挑战”,载《法学研究》2005年第2期,第18页。

《市政公用事业特许经营管理办法》<sup>(23)</sup>第2条规定“本办法所称市政公用事业特许经营,是指政府按照有关法律、法规规定,通过市场竞争机制选择市政公用事业投资者或者经营者,明确其在一定期限和范围内经营某项市政公用事业产品或者提供某项服务的制度。”城市供水、供气、供热、公共交通、污水处理、垃圾处理等行业,依法实施特许经营的,适用本办法。实施特许经营的项目由省、自治区、直辖市通过法定形式和程序确定。

### 2. 特许经营企业产生的方式与价格决定

《行政许可法》第53条规定,特许行业应当“通过招标、拍卖等公平竞争的方式”实施。特许经营权竞标,就是将特许经营权授予提出以最低价格提供服务并同时满足一定服务质量标准的厂商,特许经营在竞标阶段以竞争代替管制。如果在竞标阶段有充分的竞争,那么价格将压至等于平均成本,中标者可以获得正常利润。政府的角色是充当拍卖者。

《价格法》<sup>(24)</sup>规定了政府在必要时可以实行政府指导价或者政府定价。属于特许经营的城市供水、供气、供热、公共交通、污水处理和垃圾处理行业,都实行政府定价或者政府指导价。属于这六大类的,根据国家发展和改革委员会制定的《政府制定价格听证办法》<sup>(25)</sup>应当实行定价听证,由政府价格主管部门采取听证会形式,征求经营者、消费者和有关方面的意见,对制定价格的必要性、可行性进行论证。由于是以拍卖和招标方式产生行政许可相对人,就存在对经营人的质量监管和价格监管。特许经营权竞标的动力,就是竞标阶段的生产前价格与质量的竞争,竞争使得价格和利润保持在竞争性水平上。

特许经营实质上又形成了垄断,影响资源配置,限制了竞争。本应通过《行政许可法》中对特许的具体规定,遏制垄断,但通过宽泛的特许,实际上扩大了垄断。因为第12条第2项关于特许的规定,完全在于行政机关的理解与实施,不同的理解也可能将本应属于竞争性市场的行业、产业、商品,规定为“稀缺资源”、“公共资源配置”、“关系公共利益的行业”。中国的垄断行业多是由此产生的。

### 3. 特许是社会资源再配置和利益再分配

特许从法律意义上只涉及行政许可人与被行政许可人,但特许批准后,实际上是社会资源再配置和利益再分配。获得行政特许的相对人拥有了市场准入、市场生产、销售和获得利润的权利,其他企业或者公民则没有市场准入资格。这项行政特许对经济的影响,包括竞争秩序、供给量、就业、其他企业的影响;对社会的影响,包括市场准入公正、企业权利、公民收入分配的影响,是积极影响还是消极影响?是促进了资源配置还是降低了效率?这正是需要设定行政特许的机关考虑与评估的。因为,特许是行政机关基于其对资源的所有权或垄断经营权,将资源的开发使用权或经营权有偿出让给企业或个人的许可,无论是资源的开发使用权还是特定行业的垄断经营权,都是具有财产性质的权利。因此,特许是国家向企业或个人赋予财产权利的许可行为,而这项财产权利具有排他性的性质。从特许的法律结果看,行政相对人具有了某项资源的开发使用权或特定行业的垄断经营权。这就需要协

(23) 《市政公用事业特许经营管理办法》(建设部令2004年第126号)在第1条规定为了“规范市政公用事业特许经营活动,加强市场监管,保障社会公共利益和公共安全”而制定本办法。

(24) 《价格法》第18条规定“下列商品和服务价格,政府在必要时可以实行政府指导价或者政府定价:(一)与国民经济发展和人民生活关系重大的极少数商品价格;(二)资源稀缺的少数商品价格;(三)自然垄断经营的商品价格;(四)重要的公用事业价格;(五)重要的公益性服务价格。”

(25) 《政府制定价格听证办法》(发改委令2008年第2号)其中第3条规定“制定关系群众切身利益的公用事业价格、公益性服务价格和自然垄断经营的商品价格等政府指导价、政府定价,应当实行定价听证。听证的具体项目通过定价听证目录确定。”

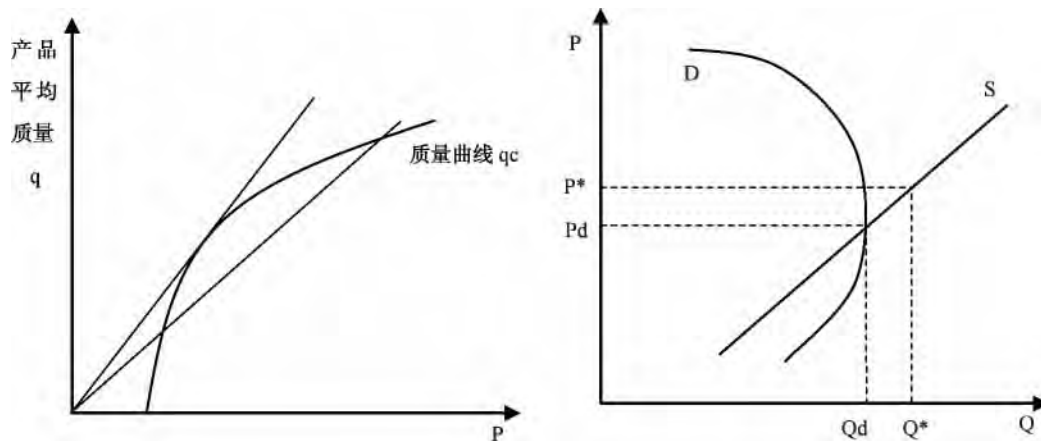
调与《反垄断法》之间的冲突。国务院2013年10月发布的《城镇排水与污水处理条例》第6条规定：“国家鼓励采取特许经营、政府购买服务等多种形式，吸引社会资金参与投资、建设和运营城镇排水与污水处理设施。”<sup>(26)</sup>这一规定体现了特许、政府购买服务的多元竞争模式。

## (二) 解决因信息不对称引起的市场失灵问题

### 1. 信息不对称的概念与特征

市场存在的信息不对称，降低了市场交易的效率，限制了交易扩大的可能。信息不对称包括：第一，事前的信息不对称。在商品市场，生产者和消费者的信息不对称，生产者掌握商品的相关信息，消费者并不了解该商品的内在质量，只有感官信息。第二，事后的信息不对称。生产者知道该商品的原料构成，通过了生产许可证、销售许可证，达到了质量认证标准。厂商在取得认证标准以后，是否还是按照原来的质量标准生产商品，基于成本和收益的考虑，厂商容易产生“道德风险”，降低质量标准生产商品。如关于三鹿奶粉的“三聚氰胺”事件，消费者购买前并不知道该品牌的奶粉含有“三聚氰胺”。一旦知道后，市场就产生了“逆向选择”行为，放弃购买国内奶粉，内地消费者或者到香港购买奶粉，或者到国外购买奶粉。这种“逆向选择”行为，要经过市场长时间地消化“道德风险”，建立信誉，也许才能扭转市场的“逆向选择”。第三，消费后也不可获知的信息。食品、药品、化工产品的生产厂商，究竟在食品的构成中增加了什么添加剂，究竟在药品中增加了什么激素，究竟在化工产品中增加了什么生化元素，而这些元素有可能对身体的伤害、生命的摧残、环境和生态的恶化，需要很长时间才能反映出来。消费者使用后，并不知道将要发生什么，这可以称为消费后也不可获知的信息（见图6）。<sup>(27)</sup>

图6 不完全信息引起的市场失灵



消费者知道要购买的商品具有不对称信息，但是单个的消费者要搜寻信息，掌握信息，却要支付

(26) 《城镇排水与污水处理条例》(国务院令2013年第641号)

(27) 如图6，当不完全信息出现在消费者一方时，消费者的需求出现“异常”，需求曲线D向后弯曲。当供给曲线S与需求曲线向右上方倾斜的部分相交时(如图所示)，供求均衡的价格为Pd，但它却不是最优价格。因为如果把价格稍微提高一点，就可以增加产量，在较高的产量上，需求曲线高于供给曲线，即需求价格高于供给价格，消费者和生产者都将获得更大利益；但价格超过P\*时，生产者的供给将大于消费者的需求，出现了非均衡状态，消费者和生产者的利益都将受损，显然违背了帕累托最优标准，故价格也不能提高到超过P\*。因此，最优价格应当就是P\*。所以，从社会的观点来看，消费者在产品质量上的信息不完全导致了生产过低的产量。参见高鸿业主编《西方经济学(微观部分)》，中国人民大学出版社2007年版，第401页。

很高的成本,而与购买商品的收益不匹配。<sup>[28]</sup> 如果不掌握、不了解这些信息,购买该产品,就可能发生风险,也可能产生危害,甚至可能导致死亡。资本市场存在信息不对称,导致的结果是大股东的内部人控制和市场操纵,损害的是中小投资者的利益,降低了资本市场效率。<sup>[29]</sup> 在不完全信息市场中,消费者并没有对产品信息的完全知识,消费者可能轻视产品风险,也可能过度担心产品风险,产品到底有什么样的风险,必须由厂家直接公示披露。因为,产品安全是生产者安全决策和消费者安全使用的信息相互影响行为。

信息具有公共物品的特征。单个消费者为搜寻信息,要支付很高的成本。第一,信息具有非排他性。任何消费者都可以共享信息,具有公共物品“搭便车”不付费的特征。第二,信息具有使用不可分割性。不可分割具有规模经济的特征,而单个消费者并不具有规模经济的能力。第三,信息的非排他性与不可分割性,需要通过法律法规建立制度。政府在法律法规的框架下,监管市场的信息不完备或者信息不对称问题,规范信息标准化,并强制生产厂商实行信息披露。从2003年以来,随着“苏丹红”、“孔雀石绿”、“瘦肉精”、“敌敌畏”、“三聚氰胺”等与添加剂有关发生的一系列食品安全事件,一旦发生危机乃至灾难性事件,就会让较大范围内的人群极度害怕、担忧,风险在无形之中就被放大了。当导致29万余婴儿泌尿系统出现病变的“毒奶粉”事件发生后,社会舆论直指政府公权力不作为和监管失灵,希望政府加强信息披露与监管。<sup>[30]</sup>

《行政许可法》中规定的普通许可、认可、核准和登记制度,具有信息披露和信息公示的功能,在信息披露的情况下,供给者和消费者在市场上自由交易。

## 2. 《行政许可法》第12条解决方法

《行政许可法》第12条为什么要设计普通许可制度?为什么要规定对资格资质的认可制度?为什么要设计对特种商品的核准制度?为什么对开办企业实行登记制度?在一般意义上,普通许可、认可、核准和登记是企业公司治理、经营相关商品、提供相关服务的信息披露,传递市场产品质量和服务质量的信号,稳定市场交易秩序,防范可能发生的风险,保障生命安全、经济安全和国家安全。第12条的规定只是概念性的,四项规定的具体化必须联系实体法律制度。因为行业不同,产品、经营、服务、周期以及对经济、社会和环境的影响,具有不同的不确定性与风险。因而,各类实体法律也根据不同的情况,有不同的规定。

第一,市场准入类法律。有的只要求登记,如一般贸易型工商企业、加工型工商企业、生产型工商企业的登记,只能是形式审核;<sup>[31]</sup> 有的登记前,需要提供卫生、健康、消防等合格证,如餐馆、宾馆类。有的需要从核准制改革为注册制,如公司股票发行,中国证监会发行监管部门和股票发行审核委员会“依法对发行申请文件和信息披露内容的合法合规性进行审核,不对发行人的盈利能力和投资价值作

[28] 何立华、杨淑华在分析食品安全问题上为何会出现市场失灵时认为“一方面,由于不对称信息等因素的存在,消费者很难通过合意的惩罚措施来促使厂商建立声誉;另一方面,由于受到消费者购买力以及市场规模的影响,市场无法为厂商建立和维持声誉提供足够的经济激励。”参见何立华、杨淑华“食品安全问题的成因及其解决——基于政府与市场失灵的角度”,载《山东经济》2011年第2期,第41、43页。

[29] 沈伯平在分析资本市场失灵时认为,由于信息的不完全、信息的不对称,引入了政府对资本市场进行规制的必要性。参见沈伯平“信息不完全、信息不对称与资本市场规制”,载《上海经济研究》2005年第11期,第82页。

[30] 戚建刚“风险认知模式及其行政法制之意蕴”,载《法学研究》2009年第5期,第105页。

[31] 叶启洋、王潇潇“工商部门行政许可审查原则的困惑与出路”,载《中国工商管理研究》2009年第11期,第105、108页。

出判断。”<sup>(32)</sup>但涉及到不确定性和风险较大的交易制度,只能一边试点,一边总结经验,完善风险防范制度,产品登记与交易比较谨慎。如中国金融业的混业经营制度,虽然法律没有规定混业经营制度,但在《商业银行法》和《证券法》这两部法律中,都规定了“国务院另有规定的除外”的授权条款,授权国务院通过行政法规或规范性文件,进行混业经营试点。<sup>(33)</sup>

第二,质量安全标准类法律:相关生产标准、质量标准、产品安全标准、风险防范标准,这些标准是保障卫生、健康、生命安全、经济安全、国家安全、维护公共利益的实质条件。如2013年10月修订的《消费者权益保护法》第18条增加了一款内容,规定了“宾馆、商场、餐馆、银行、机场、车站、港口、影剧院等经营场所的经营者,应当对消费者尽到安全保障义务。”这里的“安全保障”,应是广义概念,包含8大类行业不同的安全保障。第20条规定“经营者向消费者提供有关商品或者服务的质量、性能、用途、有效期限等信息,应当真实、全面,不得作虚假或者引人误解的宣传。”第20条的信息,就是经营者向市场发出的信号,同时又必须保证信息信号的真实性、准确性和完整性,如果弄虚作假欺诈消费者,将负法律责任。<sup>(34)</sup>

我国基本建立了规范质量标准体系的法律法规,包括工业生产、农业生产、食品生产、药品生产的质量法规、安全法规。既有对从业者的资格资质的要求,也有对物品标准的核准,形成了法律—司法解释—行政法规—实施办法的法律法规体系。如《标准化法》《产品质量法》《食品安全法》《特种设备安全监察条例》《认证认可条例》等,这些生产标准、安全标准、检验标准和认证认可标准,生产者向消费者传达了消费使用的安全性信息,消费者掌握这些信息,可以安全购买与消费。

普通许可、认可、核准和登记,是克服市场不对称信息的应对规则,但也是对市场准入、产品生产和市场销售的限制。这些规则,对市场的生产者、消费者、供给、需求、产量、价格、利润、市场交易、经济安全都有影响,实际上是通过资源配置的影响,影响社会福利水平。需要注意的是,《行政许可法》设计的普通许可、认可、核准和登记,在解决信息不完备和信息不对称时,必须考虑政府监管的成本与收益,考虑社会的公平与效率。同时,在什么技术支撑下,才能达到安全标准?如果商品和服务的设计标准不具有经济上的成本与收益比较,就不会有商品和服务的生产与消费。

因此,比较合适的制度路径是,寻找市场竞争与行政许可制度的适当均衡。

### (三) 解决因负外部性引起的市场失灵问题

#### 1. 负外部性的概念与特征

当厂商的一种行为,直接影响到他人或者社会的成本变化,但却没有给予支付或者赔偿,就发生了负外部性。负外部性具有三个特征:第一,对发生负外部性的厂商来说,发生的影响行为或者成本是外部的,这部分没有包含在他的成本之中。第二,对受影响的他人或者社会来说,必须承担这部分成本。第三,受负外部性影响的空间大部分是公共领域空间,产权难以界定。如果把公共领域空间的产权界定,由产生负外部性的厂商与受负外部性影响的个人或厂商谈判协商,进入市场交易,解决负外部性问题。但负外部性如污染,没有商品形态,没有市场价格,交易成本太高。庇古税是解决负外

(32) 证监会《关于进一步推进新股发行体制改革的意见》。

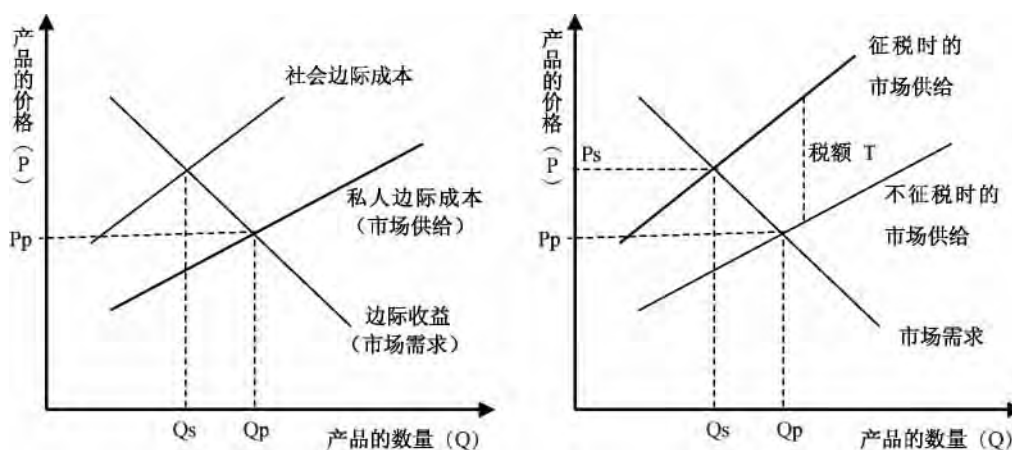
(33) 《商业银行法》第43条规定“商业银行在中华人民共和国境内不得从事信托投资和证券经营业务,不得向非自用不动产投资或者向非银行金融机构和企业投资,但国家另有规定的除外。”《证券法》第6条规定“证券业和银行业、信托业、保险业实行分业经营、分业管理,证券公司与银行、信托、保险业务机构分别设立。国家另有规定的除外。”

(34) 周德翼、杨海娟“食物质量安全管理中的信息不对称与政府监管机制”,载《中国农村经济》2002年第6期,第30页。

部性的一种方法(见图7)。

基于以上三个原因,负外部性产生的市场失灵需要政府监管。

图7 负外部性与征税



## 2. 负外部性的两种方式与解决负外部性的方法

第一,负外部性引起的污染。首先看大气污染。企业生产排放污染气体,机动车辆排放尾气,导致城市悬浮颗粒浓度超标,漫天雾霾,严重影响呼吸质量与能见度。其次是土地污染。农业生产、畜牧业生产使用的各种化学肥料、放射性物质、带有细菌病毒的废弃物等,导致土壤污染、农作物污染、牧场沙化,土壤发生变异,牧场枯萎。最后是水质污染。向江河湖海过度排放污水、过度捕捞、船舶排放污染、工厂居民污水排放,引起水质资源的污染。这些负外部性严重影响人类赖以生存的自然环境与生态系统,而且,环境污染不仅对当代人的卫生、健康和生命产生影响,由于污染的潜伏时间长,对于后代都有严重影响,人类治理污染需要很长的时间。这部分负外部性可以通过企业内部化处理。

为了应对污染的负外部性导致的市场失灵,国家颁布了防治污染的法律法规,包括《环境保护法》、《环境影响评价法》,为了实施这些法律,国务院发布了《规划环境影响评价条例》和《城镇排水与污水处理条例》等法律法规,<sup>(35)</sup>中国已经有了相对完善的环境保护法体系。这些法律法规都有具体的环境保护设定行政许可条款,环境保护部具有实施行政许可的权力,包括控制污染、预防污染、污染发生后的预警机制、建设项目环境评估、市场准入、污染征税、污染权交易、产权界定与市场交易。但为什么污染还是如此严重?

污染是伴随经济社会发展产生的副产品,尤其是伴随着现代工业经济文明成果产生的副产品。要消除污染的负外部性,尤其是彻底根治污染,是不切实际的,也是不可行的,它有很多不确定性。关键是,调整产业结构,转变粗放型经济增长方式,减少厂商生产时产生污染源的产品,厂商内部严格执行污染处理的技术标准,把污染控制到可容忍程度。

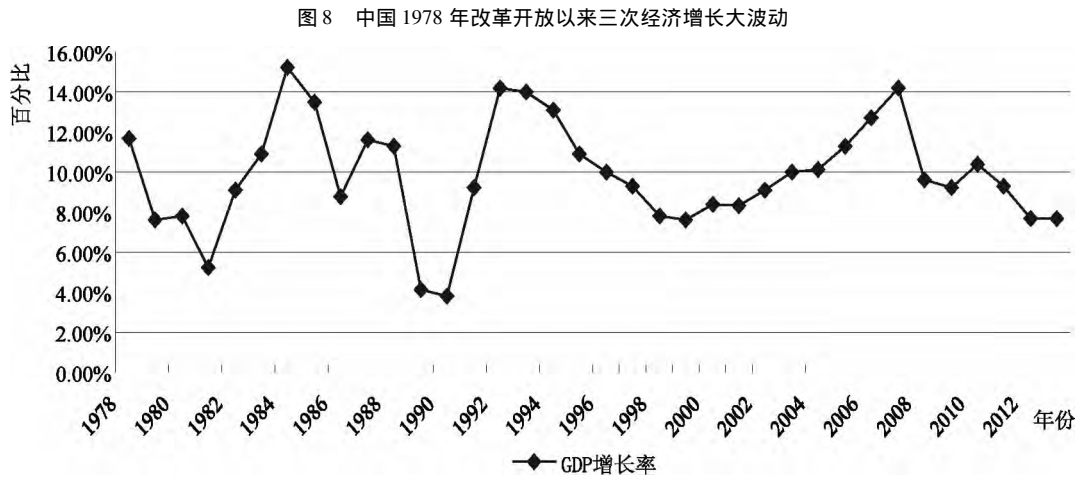
在现代科学技术水平约束和人们对污染认识约束下,对空气污染、土地污染、水质污染能够防治到什么程度,需要衡量治理污染的成本与收益。有些污染对身体损害、环境破坏和生态失衡的影响,

(35) 《环境保护法》、《环境影响评价法》、《规划环境影响评价条例》(2009年国务院令第559号)、《大气污染防治法》、《水土保持法》、《水污染防治法》、《水污染防治法实施细则》(2000年国务院令第284号)、《固体废物污染环境防治法》、《海洋环境保护法》。国务院发布了《建设项目环境保护管理条例》、《城镇排水与污水处理条例》(2013年国务院令第641号)。

需要经过很长时间才能反映出来。

第二,为了防范负外部性的影响,中国经济需要提高自身抵抗负外部性的免疫力。这种负外部性具有传染能力,发生负外部性由于各种相关联的因素,不但发生负外部性的主体遇到危机,通过负外部性的风险传染,受这种负外部性影响的主体,如果各种机理和各项指标比较脆弱,受负外部性的影响冲击,经济产生许多问题。如经济增长下滑,企业产品滞销导致开工不足,失业人员增加,经济存在很多风险。

中国经济在1989年、1997年和2008年,分别遭遇经济负外部性的影响,形成了自改革开放以来三次大的经济波动。1989年的事情发生在国内,但因为国外的贸易封锁和合同违约,当年进出口仅增长8.6%,增速比上年回落15.8个百分点,经济增长率下滑7.2个百分点。1997~1999年因为亚洲金融危机,各国货币贬值,受金融危机负外部性的冲击,导致中国出口贸易下滑,经济增长率回落1.7个百分点。2008年因为美国发生金融危机,危机负外部性迅速传染到欧洲各国,中国因为投资和出口拉动的经济模式,国外对中国的需求减少,进出口增速较上年下降5.7个百分点,经济增长率下降2.4个百分点。如图8所示,中国经济经历三次国际经济负外部性的冲击,形成了自改革开放以来经济增长率下滑的三个低点(见图8)。



数据来源:国家统计局编,《2013中国统计年鉴》,中国统计出版社2013年版

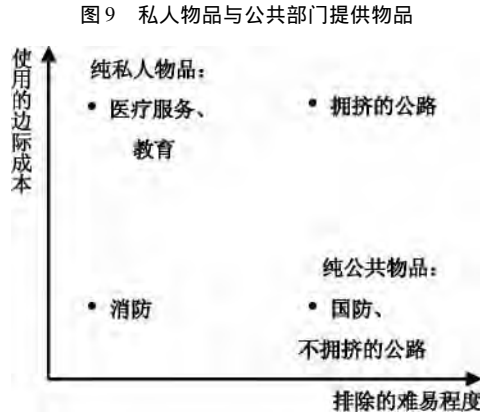
三次经济增长大波动的共同特征就是负外部性的传染和冲击。为什么金融危机发生在别的国家,而受金融危机负外部性影响的中国,无论是实体经济还是证券市场,表现了更多的下滑和不稳定?关键问题是自身经济机理比较脆弱,各种经济比例失衡,一旦遇到负外部性的传染和冲击,就凸现自身的不稳定性。

针对这种负外部性的传染和冲击,最为重要的是建立经济风险的预警和防范机制。《行政许可法》重视“国家安全”、“经济安全”和“公共利益”,建立金融安全 and 经济安全稳定机制,保障稳定发展的基础。

#### (四) 解决因公共物品供给不足引起的市场失灵问题

公共物品供给不足,是市场失灵的又一个问题。公共物品有两个特征:第一,公共物品在消费上具有非竞争性,非竞争性意味着增加一个人的消费,不会减少另外一个人的消费。第二,使用上的非

排他性。非排他性意味着 要排除一个人的消费需要增加很高的成本 ,因为公共物品不能按照个人需求数量 ,划分成一个一个的需求单位。公共物品的这些特征致使市场中以利润最大化为目标的企业没有动力生产公共物品。公共物品产生的市场失灵 ,要求政府采取经济激励措施 ,鼓励生产企业提供公共物品( 见图 9)。



中国经济转型中 ,教育、医疗和社会保障具有半公共物品的性质 ,尽管教育、医疗放开了市场准入 ,但受户籍制度约束和福利待遇约束 ,受过良好教育的大学毕业生 ,很少到私立学校和私立医院就业 ;又因为地区经济发展不平衡 ,公共财政预算与投资受到影响 ,城市的学校、医院与农村、偏远山区的学校、医院 ,在教学校舍与设施、医疗仪器与设备存在很大差别。竞争的本质在于消费者可以在供给者当中选择 ,相反 ,农村和山区的学校、医院 ,不选择就放弃 ,根本没有选择的机会 ,而是严重供给不足 ,出现上学难、上学贵 ,看病难、看病贵的情况。

从财政分权与财政约束的视角分析 ,将地方政府提供的公共物品分为经济性公共物品和非经济性公共物品 ,前者包括交通、能源、通讯等方面 ,后者包括环保设施、卫生保健、文化教育、社会福利等方面。这种区分的标准是 ,经济性公共物品直接进入地方官员任期内的( 或当期的) 生产函数 ,而非经济性公共物品则对当期的地区经济增长无直接贡献 ,两者存在生产性和消费性的区别。实证研究发现 ,财政分权显著且可观地降低了基础教育的质量 ,也减少了城市公用设施的供给。<sup>(36)</sup> 如何提高农村和山区的教育、医疗水平 ,重要的是提高教育、医疗的公共财政支出。

农村公共物品的供给问题 ,必须充分考虑到特定的财政约束条件。财政约束具有两层含义 :一是政府为提供公共物品应具有的筹集财政资金的能力 ;二是财政制度作为一种收支规则所具有的约束政府行为的能力。<sup>(37)</sup> 如果以教育、医院为例测算公共产品供给过程中发生的平均交易费用和边际交易费用 ,就我国公共物品的供给而言 ,在一定的条件下将具有公共物品性质的教育、医院由政府部门、私人部门与第三部门的多元主体提供 ,可以提高半公共物品供给的效率。<sup>(38)</sup>

《行政许可法》规定了“公共利益”行政特许制度 ,也规定了相关企业和组织设立的登记制度 ,但

(36) 傅勇 “财政分权、政府治理与非经济性公共物品供给” ,载《经济研究》2010 年第 8 期 ,第 4 页。

(37) 冯海波、郑婷婷 “不同财政约束条件下的农村公共物品供给” ,载《当代经济研究》2005 年第 4 期 ,第 56 页。

(38) 王磊 “公共产品供给主体选择——基于交易费用经济学的理论分析框架及在中国的应用” ,载《财贸经济》2007 年第 8 期 ,第 54 页。



农村和偏远山区的教育和医院,可能不是通过特许、登记能够解决的,而在于当地政府的财政分配于教育、医院建设的百分比,在于中央政府转移支付中对农村、偏远山区的教育、医院建设经费的具体数额。

#### 四、结论与启示

本文辨析了国内外关于政府与市场关系理论的主要观点,论述了市场失灵是政府干预经济的理论基础,界定了政府对经济的干预限于市场失灵,分析了在市场失灵的框架下《行政许可法》的制度安排,联系相关实体法,应对解决因市场失灵产生的垄断与市场势力、信息不对称、负外部性和公共物品问题。

通过分析,本文可以得出以下结论:

第一,《行政许可法》立法存在的框架性、概念性与模糊性,如果不结合实体法设计的特许、普通许可、认可、核准和登记的形式要件和实质要件,只能成为一种立法宣示和纸上的法律。正如周汉华教授所言“行政许可法所确立的有限政府观念主要体现在第12条、第13条。如果一般地套用这两条的规定,几乎可以说任何事项都可以设定许可,也可以都不设定许可,很难有科学的依据。要真正使这两条规定发挥作用,必须通过立法技术的改进,对每一项需要设立行政许可的事项进行成本效益分析,得出量化的结论。”<sup>(39)</sup>然而,在现今法学教育课程设置和学科二级分类体系下,法学教学与法学研究人员是否具备法律法规的成本收益的知识积累,制定法律法规的人大、国务院和部委,是否具有法律法规制定、修改或实施的成本与收益的统计数据?但周汉华提出了一个立法修法的实证性方法论问题。

第二,政府与市场的关系,应以市场失灵作为划分的界限。《行政许可法》设计的行政许可制度,主要解决市场失灵的问题,也主要依靠市场性方法解决市场失灵问题。由于经济社会发展的动态性与复杂性,政府与市场的关系是在不断变化的,市场在创新,行政许可制度也必须随着市场的创新发生相应的调整,尤其是市场准入涉及特许与登记的法律,涉及普通许可、认可和核准的法律,为适应市场创新应适时作出调整,否则,就会发生“政府失灵”。在2013年,国务院分批取消和下放了416项行政许可事项,修订了政府核准的投资项目目录,全面施行注册资本登记制度的改革。减少行政许可,实施准入前国民待遇加负面清单模式,让市场与政府在法律法规的框架下协调互动。

本文在市场失灵的框架下,讨论了《行政许可法》设计的许可制度,那么,理论研究、立法机关和行政机构,是否要问一个问题,《行政许可法》设计的行政许可制度,对经济、社会和环境产生了什么影响?发生了多少直接或间接成本和直接或间接收益?是否找到了市场机制与行政许可的均衡点?这是一个法律经济学分析政府与市场关系的基本方法。如果解释了这几个问题,法学研究就不会陷入“小政府”和“有限政府”等无解的套圈,而可能开展国际视野的讨论与对话。市场是有成本和收益的,法律同样是有成本和收益的。我们在规范分析法律法规的公正公平的理念时,当然也应实证分析法律法规的成本和收益。

(39) 周汉华“行政许可法:观念创新与实践挑战”,载《法学研究》2005年第2期,第7页。

**Market Failure and Administrative License Law:  
Law and Economics Analysis of Administrative License Law**

Xi Tao

**Abstract:** Market failure is the boundary between government and market , which is also the theoretical basis of administrative license. The design and regime of special license , simple license , authorization , approval and registration in Administrative License Law should be dedicated to solving the problems of monopoly , information asymmetry , externality and public goods caused by market failure. The framework , principle and ambiguous stipulations in Administrative License Law makes the law lack of operability , thus substantive law with specific licenses should be involved to solve the problems of market failure. In addition , the market mechanism and the scope , contents and measures of administrative license shall change as the interaction between government and market goes on.

**Keywords:** market failure; administrative license law; cost and benefit

( 责任编辑: 刘 馨)