

作为规制与治理工具的行政许可

Colin Scott *

内容提要：源于私人生活中财产权人授权他人分享自己财产权实践的行政许可，正成为一种引人注目的政府规制与治理工具。作为治理工具，行政许可承载了一系列不同的社会目标，规制有时只是其中一个主要目标。当行政许可被限定为规制工具时，可以假定其核心是实现对特定行为的控制，具体机制包括信息收集、准入控制、行为监管以及许可的执行。尽管许可制度具有筛选市场主体并对他们进行识别和规制等积极作用，但同时也存在巨大的负面作用，如限制和阻碍竞争、可能导致权力滥用，而且许可制度是有成本的。政府在采取许可制度过程中，应考虑其他能够达成相同制度目标的替代性工具。

关键词：政府规制 行政许可 治理工具 许可替代

引言

许可源于私人生活中一种具有普遍性的实践活动：财产所有人从自己的财产权中分割出部分权益授予他人，使被授权人获得部分有限的权利，进而能从事一定的活动，如进入某私人领地或在其中停留的权利，以表演的方式使用已获版权之作品的权利。在现代国家，为了实现特定社会目标 and 经济效益，国家使用一系列规制工具和技术，其中行政许可成为政府规制的核心手段。与前述作为普遍性实践活动的许可相比，国家对行政许可的运用非常特殊，背后主要是国家所具有的垄断性的合法强制力。

从规制手段与治理工具意义上来分析行政许可，至少有两个初步的判断应当是成立的。第一，尽管对于当今绝大部分地区而言，行政许可俨然已经成为一种十分重要的规制手段，但在政府规制理论上，对这一工具的全面、系统的分析依旧是缺乏的。第二，虽然作为一

* 爱尔兰都柏林大学法学院院长、教授。

本文初稿曾于2013年8月在北京召开的“行政审批与规制改革”国际研讨会上宣读。作者十分荣幸能够参加此次会议，并感谢所有参会者、尤其是中国政法大学刘飞教授对本文初稿的评论，同时感谢浙江大学光华法学院石肖雪博士对本文终稿的翻译。

种管控机制,行政许可具有明显的优势,但采取这一方式的代价与可能具有的侵害性是不容忽视的。因此,政府规制改革中核心且首要的是,政府需要考虑选择其他替代性机制来实现既定监管目标。

中国的行政审批制度改革正在政府规制改革和行政职能转变的语境中展开,其中有许多涉及许可制度基本原理的问题有待讨论。本文旨在对行政许可的概念、行政许可实施的基本原理、与行政许可及其他替代性监管手段的运用相关的风险和成本等问题,进行系统分析。需要指出的是,本文的分析很大程度上基于普通法地区的许可制度实践,而中国的政府规制实践,必然有其特殊性和复杂性,中国的问题甚至可能是另一幅面貌。不过,在共同迈向建立现代规制国家和政府规制体系的进程中,不同法域间的相互比较、学习和借鉴,无疑仍是重要且必要的。

一、规制与许可

(一) 规制

规制,通常被认为是政府及其部门在建立系统性的监管体制时,所进行的一种资源调控和制度安排。这一调控和安排包含两个特征:第一,总是建立在援引和适用一系列社会所肯认的重要规则之上;第二,经常存在一个同时具备监督和执行功能的专门的公共机构。^{〔1〕} 规制理论在发展过程中,正在逐渐吸纳非政府主体作为规制者的情形,并且越来越将规制看成一种动态的调控机制,而非静态的规则体系。因此,规制被等同于一种非常宽泛的设定规范、对规范的执行进行反馈和评价及以此来纠正行为偏差的机制。近年来,规制这一概念在内涵和外延上均被不断扩张,这种扩张的背后,是对治理概念的全新理解,即治理包含了对人之行为的综合性控制,无论该行为是由公主体抑或私主体做出的,也无论该行为是依据公法抑或私法机制做出的。^{〔2〕}

就规制主体而言,政府仍然占据了重要地位。政府通过立法行为设定规则,通过行政机关或特别机构实施监管,通过直接施加处罚或对违规行为提起诉讼确保规则的执行。但需要承认的是,这些功能已逐渐能够由非政府主体来承担。^{〔3〕} 规则和标准的颁布主体可以是标准化机构,如国际标准化组织(International Organisation for Standards, ISO),也可以是贸易联合组织,如国际互换和衍生品协会(International Swaps and Derivatives Association, ISDA),或者是非政府组织,如森林管理委员会(Forest Stewardship Council, FSC)。监管可以通过自我规制体制展开(通常为国家层面的),也可以由非政府组织来实施。至于规则的执行,关注点也越来越集中于市场主体之间自行签订的合同条款,如果违反私主体间签订的条款,可通过合同约定的惩罚措施加以惩戒,也可诉诸行业协会的自我规制机制。该机制可包含从警告

〔1〕 Philip Selznick, *Focusing Organizational Research on Regulation*, in Roger Noll (ed.), *Regulatory Policy and the Social Sciences*, University of California Press, 1985; Julia Black, *Critical Reflections on Regulation*, 27 *Australian Journal of Legal Philosophy* 1-35 (2002).

〔2〕 Colin Scott, *Regulation in Age of Governance: The Rise of the Post-Regulatory State*, in Jacint Jordana and David Levi-Faur (eds.), *The Politics of Regulation*, Edward Elgar Publishing, 2004, pp. 145-174.

〔3〕 Colin Scott, Fabrizio Cafaggi, Linda Senden, *The Conceptual and Constitutional Challenge of Transnational Private Regulation*, 38 *Journal of Law & Society* 1-19 (2011).

到罚款的一系列惩罚措施，针对最严重的行为，还可将违规者从相应行业协会中除名。

就规制机制而言，传统的规制模型以法律规范为基础，辅之以相应的以层级制为特征的正式的执行与监督机构。新的替代性机制，则激发了以竞争性方式和社区治理机制来改变受管制对象之行为的潜能。^{〔4〕}首先，就竞争性方式而言，企业会基于市场的刺激而调整其行为。例如，通过披露同类企业间服务质量的比较信息，消费者便能从中选择质量更优的服务供应商，如此便可实现对企业行为的积极调控。这种排行榜方式，也可用于促进公共机构提高行政绩效，无论是服务型机构还是规制型机构。针对规制型机构的绩效排行榜，典型的例子是《全球竞争评论》（Global Competition Review）的国际排名年鉴，它是一本非官方的民间期刊，每年都会对全世界国家的商业和反垄断机构进行规制绩效排名。^{〔5〕}其次，就社区治理机制而言，越来越得到认同的是，社区共同体能够通过设定社会规范并确保规范被执行以实现自治。社区治理机制既包括正式的治理机制（如通过自我规制），也包括非正式的治理机制（如通过一种既设定规则同时惩罚违规的社会参与活动）。就后者而言，一个已经非常成熟的例子是，许可某一地区的采矿行为，地方社区就会形成一系列隐形标准，包括污染物排放和环境标准、劳工标准等，这些标准被认为构成了一种“社会许可证”（Social License to Operate, SLO）。^{〔6〕}

规制和治理理念的转变，即承认一种更广泛意义上的规制主体和规制机制，某种程度上已经被公共政策领域所吸收。例如，经济合作与发展组织（OECD）的国际规制合作计划，认可了跨国私人规制的运用。^{〔7〕}这些变化并未减弱国家规制的重要性，而是强调一种公私互补的规制模式的可行性。^{〔8〕}这种理念的转变，对许可这一规制工具的运用也将产生深远的影响。

（二）许可

许可作为一种规制工具，常常成为国家规制权行使的一种核心模式，有时也称为“命令与控制”模式。^{〔9〕}令人吃惊的是，尽管许可十分重要，但在规制一般理论上，对于这一工具的全面分析却十分匮乏。

典型的许可，以法律对政府机构的授权为基础，机构据此可颁发许可证。与一般的监管制度相比，这提供了一个相对特殊的模式，因为它建立了一种类似于合同的双边关系。一个典型的许可制度包含：（1）一套申请流程。据此，政府可以选择由谁进入相应的市场（为了实施特定行为、从事特定职业或者生产特定产品）。（2）一项行为授权。在获得了包

〔4〕 Andrew Murray, Colin Scott, *Controlling the New Media: Hybrid Responses to New Forms of Power*, 65 *Modern Law Review* 491-516 (2002).

〔5〕 相关资料，可查阅：<http://globalcompetitionreview.com/rating-enforcement/>，2014年1月3日最后访问。

〔6〕 Neil Gunningham, Robert A. Kagan, Dorothy Thornton, *Social License and Environmental Protection: Why Businesses Go Beyond Compliance*, 29 *Law and Social Inquiry* 307-342 (2004).

〔7〕 OECD, *International Regulatory Cooperation: Addressing Global Challenges*, OECD Publishing, 2013.

〔8〕 Julia Black, *Decentring Regulation: Understanding the Role of Regulation and Self-Regulation in a "Post-Regulatory" World*, 54 *Current Legal Problems* 103-146 (2001); Fabrizio Cafaggi, *Private Law-making and European Legal Integration*, in Dawn Oliver, Tony Prosser, Richard Rawlings (eds.), *The Regulatory State*, Oxford University Press, 2010.

〔9〕 Robert Baldwin, *Regulation: After "Command and Control"*, in Keith Hawkins (ed.), *The Human Face of Law*, Oxford University Press, 1997; Christine Parker, John Braithwaite, *Regulation*, in Peter Cane and Mark Tushnet (eds.), *The Oxford Handbook of Legal Studies*, Oxford University Press, 2003.

含一定条件的许可证之后,被许可人需要接受相应的监管,确保其以符合许可证要求的方式行为。(3)许可实施的监管。许可证本身就可能规定了相应的监管权(例如定期向政府机构报告的义务)。(4)许可违反的制裁。与一般的监管性法律相比,违反许可的制裁措施更为特殊、明确、具体,其中包括最为严重的吊销许可证,将被许可人逐出市场。

从一定角度讲,许可是一种十分严厉且具有公法上之强干扰性的规制模式,但从另一个角度,也有研究认为,目前对于许可的倚重,可被视为一种缓冲机制,使国家在逐渐淡化公有制的进程中,能够凭借许可证的颁发而保留一定的控制权。许多欧洲国家,在供电、供气、通讯等领域进行的公用事业民营化改革,就伴随着大量许可证的颁发,以此实现对私人供应商的规范与监督。在这一背景下,许可既可被视为一种放松规制的模式(国有制从特定领域退出),亦可被视为强化规制的模式(对该特定领域的私人经营者实施新的规则)。^[10]可以说,当前中国正是处于上述情况的一个范例,在逐渐扩大私营部门在所有制结构中的比例时,政府需要使用许可机制来确保国家对这些领域的特定控制权。这里似乎确实存在着悖论,即基于不同观察视角,许可可以同时被视为放松规制和强化规制的形式。许可在理论与实务中都呈现出“多元性”,也在一定意义上反映出许可制度改革的复杂性。同样地,考虑到针对某些情形,如在控制酒类消费中的不法行为时,相较于实施治安处罚这种更为严厉的控制手段而言,许可则呈现为一种干扰性较小且更为宽松的机制。^[11]更为一般的情况是,在中国以及其他许多国家,过去曾禁止私人资本进入的领域正在逐渐放开,市场的进一步开放使得企业获取行业准入许可的需求在增加,因此需要重新检视许可的设定与实施机制,以创造一个有利于企业发展的更具吸引力的投资环境。^[12]

(三) 消极许可与类别执照

由于典型的许可制度包含了一种许可机关与被许可人之间的双边关系,政府在运用许可时就能采取不同形式,这种选择赋予政府以裁量空间。例如,消极许可与类别执照,就是可替代一般许可的两种选择。

消极许可是指,任何人都能从事特定范围的活动,而无需通过提出申请或颁发许可证的方式。这一机制允许政府通过事后“吊销许可证”的方式,将经营主体从市场中剔除。在英国,一个典型例子是,1979年的房地产代理法允许任何人成为房地产代理商,以促进房地产交易市场,同时又赋予公平交易办公室(Office of Fair Trading)对中介机构的监督权,并由其接受针对中介机构之不法行为的举报。一旦公平交易办公室发现了任何不适宜从事房地产代理的情况,如被确定实施犯罪,则该机构可颁布法令予以惩戒,包括禁止特定人继续从事房地产代理行为。虽然这一许可机制并未得到广泛运用,但著名规制法学者约翰·布雷思韦特就看到了它在职业许可中的意义。他指出,消极许可机制可以用于惩戒银行从业人员的不端行为,甚至在证据表明他们不适于继续从事这一职业时,取消他们的从业资格。^[13]

[10] Kenneth Armstrong, *Regulation, Deregulation, Re-regulation*, Kogan Page, 2000.

[11] Mariana Valverde, *Police Science, British Style: Pub-Licensing and Knowledges of Urban Disorder*, 32 *Economy & Society* 234-252 (2003).

[12] Randall Peerenboom, Xin He, *Dispute Resolution in China: Patterns, Causes and Prognosis*, 4 *East Asia Law Review* 1-61 (2009).

[13] John Braithwaite, *Restorative Justice for Banks Through Negative Licensing*, 49 *British Journal of Criminology* 439-450 (2009).

类别执照，相对于个别执照而言，则允许经营者从事一组明确界分的行为，而无需个别提出申请。此种机制的一大优势是，对许可机关与被许可人而言，可以将许可条件和标准统一适用于所有受影响的群体，同时又避免因繁琐的申请流程而增加成本。在外商投资领域采用正面清单与负面清单的选择，也是一个例子。事实上，这些替代性方案的关键都在于减少许可双方的成本。类别执照制度，以两种形式被应用于英国的野生动物管理领域。一种形式为一般许可证，该许可对某些受规制的行为（如销售特定种类的野生鸟类和两栖动物）设定了条件，任何人均可使用这一许可证而无需提出申请或报告。唯一的条件是它们必须遵守相应的要求，这些要求可能包含了满足严格的资格条件（如具备特定协会的会员资格）。另一种形式，被称为类别执照，被许可人并不需要提出申请，但必须进行登记。类别许可可能会包含特定的前置性条件（如具备特定技能或接受培训），并可能附有相应的报告义务，以便规制机构进行监督。^[14]

（四）作为治理工具的许可

现在，许可已发展成为一种政府规制与治理的工具，这是财产权人授权他人在不妨碍其权利主张的情况下使用其财产这一私法上活动的变形。土地的所有权人能够颁发许可证，允许他人进入或使用该土地。专利或商标的所有人可以允许他人以特定方式使用这些智力成果。基于此种类比，国家在建立许可制度时，也被认为创造了一种“新财产”，因为拥有从事某些行为的权利具有重要意义，而丧失某项许可则损失重大。在一些情况下，一项许可证中包含的权利还能够被再分配或再转让给他人（如在某些体制中的出租车营运许可与酒类营销许可）。基于上述认识，不少国家和地区都发展出与许可证的申请、延续、吊销等相关的重要权利，并使这些权利法定化。^[15]

许可概念的新近发展，还被用于隐喻性地描述“企业—社会”间责任关系。允许企业在特定地域从事特定建设、开发、经营活动，隐含着企业应承担与此类活动相关的社会责任。企业如违背许可背后隐含的社会承诺和预期，则将被撤销在特定社会发展领域中活动的许可。这就是“社会许可证”的理念。该理念最初源于资源开采类行业，因为其对当地社会发展、地区利益、环境生态有巨大的破坏性。现在，它已被广泛运用于各个行业和领域的企业社会责任关系，且从地理意义上的社会关系扩展至整个市场、行业意义上的社会关系。社会许可证的出现，突破了以往对行政许可的认识，解释了为什么特定行业和企业不应仅仅满足于遵守法律的最低要求，还应追求更高的规制和社会意义上的责任。^[16]

无论如何去定义许可概念，许可作为一种治理工具，承载了一系列不同的社会目标，而规制有时只是其中一个主要目标。^[17] 实施许可的其他主要理由还包括：促进资源的开发，与此相关的对稀缺资源的配置，以及获得被许可人支付的许可费用。因此，在狭义上定义规制时，许可可以被认为还包含了管理稀缺资源和确保税收等广泛的功能。当广义地理解规制时，也可作出这些区分，而上述每一种功能均可被视为规制目标的一个方面。我

[14] 参见 Natural England 网站：<http://www.naturalengland.org.uk/ourwork/regulation/wildlife/licences/default.aspx>，2014年1月3日最后访问。

[15] Charles Reich, *The New Property*, 73 *Yale Law Journal* 733 (1964).

[16] 前引〔6〕，Neil Gunningham 等文。

[17] Colin Scott, Julia Black, *Cranston's Consumers and the Law*, Cambridge University Press, 2000, Chapter 12.

们可以分类举例来理解不同许可制度与规制之间的关系。

首先,当政府热切希望进行煤、石油、天然气等自然资源的开发时,相关许可证的使用,就不仅仅是为了允许开采活动,而是要求通过许可的方式来保证开发活动是适度、合要求的。此时,构成了一个典型的规制,对自然资源开发利用活动进行行业监管的要素,包括资源调控和行为控制。这一许可制度之理性基础的核心是:促进开发,并从被许可人处获得相应的对价。^[18]

第二类许可制度,涉及无线电频谱、飞机起降时段等稀缺资源,首要目的是进行资源分配,并促进稀缺资源的最佳使用。^[19]这也可能包含了前述规制的要素,但可以看出,并不存在一个典型的行业性监管结构。此时,规制并不是首要目标。

第三类许可具有非规制属性,它主要是为了获得政府税收而存在。在这些情况中,政府并无意于控制被许可人的行为。相关的例子包括对电视节目和提供赌博服务的许可。电视节目许可实际上是一种税金。而对于提供赌博服务的许可则包含双重目标,包括获得税收以及对赌博活动实施定位。赌博场所周边总是易发非法活动,场所定位就有利于进行治安监控。在其他一些情况下,获取税收可能只是一种附带性目标,被许可人所支付的许可费用,仅仅用于弥补运行这一许可制度所付出的成本。

本文的关注点是作为规制或治理工具的行政许可,我们将更加聚焦于规制理论上一般意义的许可制度。因此,本文不会就许可作为管理自然资源抑或获取税收等目标的工具展开讨论,尽管这些治理目标可被包含在对规制的讨论之中。当然,即使是集中于前者,也并不意味着在具体情境下分析许可与规制的关系变得不重要。

二、许可作为规制工具的基本原理

即便将讨论的焦点仅集中于作为规制工具的许可制度,仍然能够发现大量运用这一制度的例子,许可是非常常见且重要的规制工具。当许可被限定为规制工具时,我们需要假定,这一制度原理的核心是实现特定行为的控制。

(一) 信息收集工具

在规制体系中,采取许可的一个核心目的是为了掌握哪些人在哪里从事什么特定活动。例如,对食品生产经营活动进行许可,使得政府能够了解谁在从事食品生产经营活动,从而能够定期进行检查,以保证这些活动符合卫生标准以及其他食品安全法规。此时,政府可能无意于对市场准入活动进行控制,而是为了确保每一个进入市场的人都能遵守制定的规则。与实现此目标相关的替代手段,一种相较于许可而言更为宽松且成本更低的方式,就是信息登记、备案制度。实行备案制度,就是放松对准入条件的控制,但是加强对经营者在登记时提供企业名称、经营范围、联系方式等信息准确性的要求。^[20]然而,我了解在中国

[18] Edella Schlager, Elinor Ostrom, *Property-Rights Regimes and Natural Resources: A Conceptual Analysis*, 68 *Land Economics* 249-262 (1992).

[19] Severin Borenstein, *On the Efficiency of Competitive Markets for Operating Licenses*, 103 *Quarterly Journal of Economics* 357-385 (1988).

[20] 前引[17], Colin Scott & Julia Black 书。

可能存在的情况是，这一信息登记过程被附加了额外条件，而使其事实上成为附含实体准入条件的许可（如要求在经营活动发生变动时向登记机构重新申请并作出报告），另一方面，又缺乏实施许可时所需要遵循的程序性规则。这时，我们就需要结合规制目标来检视、调整规制手段。

许可的运用，总是存在一个独立但又相关的理性基础，就是对被许可人附加定期报告的强制义务。应注意的是，合规性信息的收集总是规制制度的核心功能之一。信息收集通常也是一般法定权力所指向的目标，如对企业经营活动进行监督或者要求提交相应文件材料的权力。因此，许可证的颁发，允许政府对特定行为人施加特定的报告义务。

（二）准入控制工具

其他情况下，采取许可制度的理由可能就是控制准入，以确保只有具备相应资格的行为人能够从事特定的行为。这一制度强有力地对潜在的市场竞争者进行了规制，告诫一些人不要尝试进入市场，或是驱使其他人设法取得相应资质以获得许可。典型的例子是执业许可。例如律师的执业许可，要求申请人必须接受严格的教育、训练并具备其他特定条件方能正式从业，同时也意味着承担特定职责。^[21]有些情况下，是那些条件所蕴含的特质而非限定性条件本身，才真正让人感兴趣。比如，英国在对消费信贷业者（消费金融公司）实行许可的过程中，许可条件之一是，从业者无暴力犯罪记录，即排除了暴力犯罪群体的从业资格（原因在于担心他们会使用暴力手段威胁欠贷人）。^[22]专业领域或其他形式的执业证照，实际上包含了一种由政府提供的官方识别标志，表明被许可人达到了在相关领域从业的最低标准，并会受到后续的监管。当后续监管能够很好地发挥作用时，此种政府担保行为，将有助于解决消费者以及其他人中存在的信息不对称问题，并且促进市场中信任关系的形成。但当后续监管薄弱时，政府担保反而造成一种错位的信任机制，并导致规制失灵。另外，执业许可作为控制准入的工具，其长远的弊端是妨碍竞争，阻碍新的从业人员、保护现有被许可人。对此需要进一步关注的是，执业许可所可能导致的反竞争性问题。^[23]

（三）行为监管工具

不同于准入控制的另一基本原理，是在许可持有期间对许可人从事交易活动的过程控制，如公用事业领域的特许制度。政府基于合理的经济理由（如自然垄断）控制准入者数量，某一行业只允许由一个或少数经营者来主导市场优势地位，但前提是必须接受特定的条件并服从后续监管。^[24]公用事业特许制度，旨在通过监管建立一种拟制的竞争，以实现公共服务提供的普遍性、持续性、合理性。对服务提供者所施加的许可条件，包括进行价格管制、开放服务管网以营造竞争性服务环境（允许第三方主体接入与互联）、要求提供普遍服务（以合理的价格为任何有需求的消费者提供服务，通常要求采取统一定价而无论实际成本如何）等等。^[25]此时，许可证制度就包含了系列许可条件，也包括被许可人的报告

[21] Paul Fenn, Neil Rickman, Alistair McGuire, *Professional Liability and the Licensed Profession*, 12 *International Review of Law and Economics* 479 - 496 (1992).

[22] Gordon Borrie, *Licensing Practice Under The Consumer Credit Act*, Official Document 91 - 103 (1981); 前引 [17], Colin Scott & Julia Black 书。

[23] Walter Gellhorn, *The Abuse of Occupational Licensing*, 44 *University of Chicago Law Review* 6 - 27 (1976).

[24] 前引 [10], Kenneth Armstrong 书。

[25] Tony Prosser, *Public Service Law: Privatization's Unexpected Offspring*, 63 *Law and Contemporary Problems* 63 - 82 (2001).

义务以及监管机构的监督、执行、处罚权力。

（四）许可的执行机制

支持许可制度运行的一个核心机制，即制度的执行理性，在于吊销许可证这一惩戒措施。颁发一项许可证也就意味着，当企业违反许可条件和监管规则时，其证照将被吊销。在政府规制理论上，对不同规制工具的执行情况进行分析后，研究者们认为存在一种“执行金字塔”结构。其中低层级的义务和制裁措施经常能够获得服从，而高层级的制裁措施则具有一种威慑作用，可以用来促进对于责令、警告以及其他低层级的制裁措施的服从。^[26]被吊销许可证的可能性，构成了一个非常严厉的最高级别的制裁，如果与中低层级的制裁措施相配套，就能形成一种极为有效的威慑机制，从而确保对低层级制裁措施的服从。^[27]吊销许可证之所以被认为是一种比刑罚更为严厉的制裁措施，是因为许可证的吊销意味着被许可人被彻底排除在市场之外，而即便被提起刑事诉讼，从而可能受到处罚或遭受信誉上的损失，却仍然允许企业从事交易活动。

执行机制的讨论说明，许可作为一项规制工具如要发挥效果，一个核心条件是，需要授权专门的部门或机构，确保对许可条件、程序的严格监督和执行，同时许可机构要有充分的资源来实现这一任务。采取金字塔式的执行路径，一个主要的理由在于，不仅要保证执行的有效性，而且要实现有限行政资源的最佳利用。如果大部分情况下执行机构能够通过教育、建议和警告的方式令相对人服从，那么他们就能将更多的资源安排到其他代价更为高昂的执行措施中，并应对最具持续性和严重性的违法行为。^[28]

事实上，为应对国家执行能力的有限性，私的规制非常重要，如民事制裁、普通法体系中的惩罚性赔偿金制度。途径之一是在许可授予的同时，要求被许可人签署一项私法上赔偿的框架协议。协议将授权许可活动中的私方参与者（无论是否是商业许可中的消费者）来实施许可条件，监督被许可人是否遵守许可标准或者其他监管规则，而无需公共机构或者法院的介入。由此，当顾客对获得的产品或服务不满时，被许可人为了解决争议，就需要启动一项与诉讼相比更为快捷、低廉和可选择的解决方案，并承担相应费用。

三、对许可作为规制工具的评估

（一）限制竞争

尽管许可制度具有筛选市场主体并对他们进行识别和规制等积极作用，但该制度同时也可能存在着巨大的负面作用。许可制度的最大风险在于，对市场准入的限制将阻碍竞争。如果律师职业的门槛过高，执业资格证发放过少，那么社会公众获取法律服务的成本将会增加，同时服务覆盖范围也将受限。欧洲国家面临的问题是，当发放许可证的权力被授予行业自治体本身时，这一限制竞争的风险变得更为突出。以出租车许可为例。在对出租车

[26] Peter Grabosky, John Braithwaite, *Of Manners Gentle: Enforcement Strategies of Australian Business Regulatory Agencies*, Oxford University Press, 1986.

[27] Ian Ayres, John Braithwaite, *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*, Oxford University Press, 1992.

[28] Ross Cranston, *Regulating Business: Law and Consumer Agencies*, Palgrave Macmillan Limited, 1979.

实行营运许可制度时，如对营运价格进行严格的管制，便可认为一辆出租车事实上处于经济学上所谓的情境垄断地位。出租车的数量控制与市场需求之间就永远不能达到最佳平衡。过少发放许可证的结果可能不是提高价格，而是意味着出租车司机的数量不足。^[29]相反，许可证发放过多则会导致出租车司机难以维持生计，长此以往，最终的结果仍然是出租车司机的数量不足。

（二）实施成本

许可制度明显将对许可证发放者和被许可人双方均产生成本。对许可机关而言，实施许可所需的成本取决于以下几个方面：申请许可的数量、许可条件的数量及其复杂程度、执行许可条件的严格程度，以及申请、审查和公示等程序机制的设计。在立法确立一项许可制度之前，应当对可能的申请数量进行大致的估算。当申请的数量相对较少，而实施许可的政策性因素又很强时，实施成本的考虑可能并不会是阻碍许可设定的主要原因。然而，当可能的申请者数量巨大，设定许可时就应当充分考虑实现制度目标的其他可行方案。同样，许可条件与程序的设置与实施，所需考量的核心因素也是与制度目标的匹配性。在政府规制领域探讨监管规则的设计，在考虑申请与实施的便利性以及与制度目标的匹配性之后，大量研究均认为，与复杂且特别的规则相比，那些更为简单而平常的规则通常更具有优势。^[30]

（三）权力滥用

许可同样还造成许可机关滥用和违法行使权力，违背公平、透明以及法治的要求的风险。对此，许多国家和地区都通过行政和司法机制，对许可权的行使进行监督。

在普通法国家，早期关于许可证延续的标志性案例——*McGuinness v. Onslow-Fane* 案（[1978] 1 WLR 1520），引发了公法学界关于许可申请行为的程序机制、被许可人的法定权利以及公法上之合法预期原则的大量讨论。^[31]原告向英国拳击管理委员会申请许可证延续遭到拒绝，法院对该案的审理，确立了一系列旨在限制许可机关裁量权及被许可人权利保护的重要原则，包括：（1）尽管有些许可发放者是自治组织，不是公权力机构，但许可证的发放涉及市场的进入条件，具有规制属性，适用司法审查；（2）虽然并非每一个公共决定都必须听证，但受影响利益或权利越关键，进行听证的要求就越高。许可证关系申请人的工作权等重要利益，自然正义原则应当适用于此类“申请”案件；（3）许可审查应当遵守正当程序，申请人应当事先被告知所有不利信息，审查人负有公正审查申请的义务，不能存在偏见，且不能推行反复无常的政策。

据我所知，中国在应对许可制度可能产生的成本与困难时，所采取的措施是：通过2004年行政许可法的制定，构建了行政许可的统一立法和单一模型制度。从行政许可法的条文来看，第12条规定了可以设定许可的范围，这一范围无疑是非常宽泛的，试图对所有情况“一网打尽”。但是，正如本文的梳理发现，许可在不同领域的运用及关于许可制度的大量个案研究，都证明了其多元性、灵活性、因应不同规制目标的要求。面对许可制度的

[29] Sean Barrett, *Regulatory Capture, Property Rights and Taxi Deregulation: A Case Study*, 23 *Economic Affairs* 34–40 (2003).

[30] Robert Baldwin, *Rules and Government*, Oxford University Press, 1995; J. M. Black, “Which Arrow?”: *Rule Type and Regulatory Policy*, *Public Law* 94–117 (1995); John Braithwaite, *Rules and Principles: A Theory of Legal Certainty*, 27 *Australian Journal of Legal Philosophy* 47–82 (2002); Colin Diver, *The Optimal Precision of Administrative Rules*, 93 (1) *Yale Law Journal* 65–109 (1983).

[31] Robert Baldwin, David Home, *Expectations in a Joyless Landscape*, 49 *Modern Law Review* 685–711 (1986).

多元面孔，一部统一的立法能否一体适用？至少普通法国家并不能对此提供直接的经验。第13条则对能够通过其他方式规范而不予设定许可的情况作了列举规定：市场竞争机制、行业自律机制和其他替代性政府规制工具。值得赞许的是，该条规定与OECD制定的更好规制（Better regulation）与规制替代（Alternatives to regulation）政策是一致的。^[32]类似的条款还有第19条和第20条。对许可的设定和废止，规定了公开听取意见、成本和绩效评估程序。第33条规定了电子政务条款，既便利申请又提高效率。这些条文都在朝着建立更好的规制迈进。限于研究智识的局限，我的解读只能停留于法律文本。然而要更好地理解行政许可法的作用，更需要考察法的实际适用情况而非单纯审视其文本和原则。

（四）许可的替代性方案

可能的建议是，如果许可在一个经济体制中被认为既耗费成本又具有市场干预性，那么政府在采取许可制度之前，必须考虑其他能够达成相同制度目标的替代性工具。^[33]这是OECD所提倡的什么是更好规制的基本原则，同时也被大多数OECD国家的经验所证明。不断探索替代性方案，至少可以从两个维度来提升治理能力、实现更好规制：第一，规制机构对现行规制进行客观、审慎评估的能力不断拓展；第二，创新社会管理方式的能力不断增强。例如，英国政府设立了一系列公共机构，专门负责吸纳企业和其他受规制主体的意见和建议，从而增强规制评估的能力、拓展新的治理方式。其中，最具代表性的是1997年成立的优化规制特别工作组（Better Regulation Task Force），2006年更名为优化规制委员会（Better Regulation Commission），2011年更名为规制政策委员会（Regulatory Policy Committee）。该机构的职责是对政府规制的替代性方案进行研究，同时还综合考察如何使规制变得更为有效、如何最大程度减轻企业负担的解决方案。^[34]

许可制度的可能替代方案包括：什么也不做（Doing-nothing，交由市场或者社会自决），鼓励自我规制，采取类似市场的机制来影响交易行为（例如对于不鼓励的行为征税，对扶持的行为提供补贴），以及用其他非许可的方式实施监管（但这并不排除信息登记的要求）。在欧盟，有一个包含了国内层面和超国家层面的典型例子，即广告规制。大多数成员国将大量规则制定和实施（包括处理和裁决投诉）的权力交由行业性的自我规制主体，有时政府会周期性地声称要立法收回规制权力，以迫使自我规制主体加强管理。^[35]就欧盟层面而言，尽管人们对于能否通过自我规制实现欧盟的目标仍然存有怀疑，但对于自我规制的重要性已经达成了重要的共识。^[36]探索实现规制目标之最佳机制的过程，是一个对症下药、

[32] OECD, *Regulatory Impact Analysis: Best Practices in OECD Countries*, OECD Publishing, 1997; OECD, *Regulatory Reform*, OECD Publishing, 1997, Vol. 1: Sectoral Studies.

[33] D. N. Dewees, *Policy Alternatives in Quality Regulation*, in Donald Dewees (ed.), *The Regulation of Quality*, Butterworths, 1983, Chapter 2.

[34] Better Regulation Task Force, *Alternatives to State Regulation*, 2000; Better Regulation Task Force, *Less is More: Reducing Burdens, Improving Outcomes*, 2005.

[35] Rob Baggott, Larry Harrison, *The Politics of Self Regulation: The Case For Advertising Control*, 14 (2) Policy and Politics 145-159 (1986).

[36] European Commission, *Self-Regulation in the EU Advertising Sector: A Report of Some Discussion Among Interested Parties*, 2006. 这一报告之后，欧盟将大量网络行为广告（online behaviour advertising，又称在线广告，即针对网民在线搜索偏好的广告投放）的规制权授予欧洲广告标准联盟（European Advertising Standards Alliance），该联盟包括了各个国家层面的自我规制机构和行业代表。

因地制宜的过程，甚至也是一个试错的过程，包含了一系列试验与学习，并且需要时常对现行制度进行检讨、修改、完善。^[37]

许可赋予政府很大的权力，对私主体施加特定义务，监管义务履行情况，并执行各种规则。从这个意义上说，许可代表了一种规制的完整形式，也因如此，许可正成为一种引人注目的规制工具。然而，许可存在的风险也越来越令人担忧。越来越多的人开始忧虑，如何合理平衡政府活动与非政府活动在推动经济发展与社会进步中的角色，同时也对竞争市场的潜在负面影响存在担忧。许可是强政府的产物，所以在中国它会成为一个如此热门的话题。但如何规避由此带来的风险，包括权力的滥用以及政府干预对社会和经济自我革新的挤出效应？这一忧虑的背后，实际上是更大的对“规制型国家”的怀疑。国家是否有能力运用规制的方式实现政策预期的目标，以及在那些较小干预模式无法奏效的领域，国家能在多大程度上运用许可或其他严厉的规制工具，激励并监控社会和市场进程，以达成令人满意的结果等，都存在着大量的怀疑。这些是中国和普通法国家都同样需要面对的。分清哪些情况下许可是合适的，哪些是不合适的，同样需要研究、试验和学习。

Abstract: Licensing which originates from more general practices of those with property rights carving out part of their interest to give limited rights to others in respect of their property, is likely to be attractive as a means to assert control. Regulation is conventionally understood as the deployment of governmental authority to establish systematic oversight by reference to rules over some activities valued by society. In the armoury of tools and techniques for regulation, licensing has a central place as the exercise of state control seeking to secure particular social and economic outcomes. However defined, licenses as a tool of government can be deployed for a number of distinct purposes of which regulation is only sometimes the primary purpose. Where licensing is regulatory, we may assume that the key rationale for the regime is to exert control, which can be defined as gathering information, controlling entry, controlling conduct and enforcement. Whilst licensing may have positive effects in terms of capacity to pre-clear market actors and to identify and regulate them, there is significant potential for adverse effects, such as restrictions on entry to the market, abusing of state power and costly. Governments should consider alternative ways of securing the same outcomes prior to introducing licensing regimes. Alternatives to licensing include doing nothing, encouraging self-regulation, using market-like mechanisms to change behaviour and applying regulatory oversight without the burden of licensing.

Key Words: regulation, licensing, tools of governance, alternatives to licensing

[37] Colin Scott, *Reflexive Governance, Regulation and Meta-Regulation: Control or Learning?*, in Olivier de Schutter, Jacques Lenoble (eds.), *Reflexive Governance: Redefining the Public Interest in a Pluralistic World*, Hart Publishing, 2010.