

美国规制影响分析与行政法的发展^{*}

高秦伟

内容提要:在美国,规制影响分析是对拟定的或者已经发布的规制政策和方案产生的影响进行分析和评估的政府决策工具,适用于规制政策制定与方案拟定、规制方案形成和规制实施后的全过程。规制影响分析有利于政府在备选方案中作出最佳选择;为决策者与公众提供可能产生影响的信息,提高透明度与公众参与度;改善行政立法与政策形成过程。这些内容均为行政法的发展带来了巨大的挑战与契机,导致未来行政法更加关注行政程序的整合功能,更加关注其他学科的知识资源,更加关注行政法学体系的建构。

关键词:成本收益分析 规制影响分析 行政程序 科际整合 方法论

高秦伟,中央财经大学法学院教授。

一 问题意识

美国的规制影响分析(Regulatory Impact Analysis)是指对现存或者拟议中的规制政策已经产生或者可能产生的积极影响与消极影响进行系统分析、评估的机制与过程。它是一种为决策提供更好的成本与收益信息的工具,能使规制过程更加开放、透明与负责任,能避免不必要的成本,从而改进规制的质量。美国的行政命令^[1]要求行政机关要将这种分析报表提交给管理与预算办公室(the Office of Management and Budget, OMB)下设的信息与规制事务办公室(The Office of Information and Regulatory Affairs, OIRA)审查,使用的主要方式以成本收益分析(Cost Benefit Analysis, CBA)为主,如果收益大于成本,那么行政机关拟议中的规则制定或者年度规制计划方可顺利颁行。由于主要使用成本收益分析的方式,因此规制影响分析一度被称为成本收益分析。^[2] 成本收益分析之所以会大行其道,一方面在于它适应了规制缓和的需求,另一方面也是经济分析法学思潮在规制与行政法领域充分应用的结

* 本文是国家社科基金青年项目“行政法视野下的自我规制研究”(项目编号:11CFX045)的阶段性研究成果。

[1] 行政命令在英文中为 Executive Order,不过在美国法上,“executive”、“administration”有所不同。前者指的是总统的行政权(为美国联邦宪法上的用语),而后者则是指联邦行政机关及其事务管理。

[2] See Sidney A. Shapiro & Christopher H. Schroeder, Beyond Cost-Benefit Analysis: A Pragmatic Reorientation, 32 *Harv. Envtl. L. Rev.* 433, 446 (2008).

果,多位在学术上支持法律经济学与成本收益分析理论的学者先后担任过美国总统的顾问或者政府要职,他们认为行政机关即使拥有法定权力,但是也必须法定权力范围内选择最有利于社会资源有效配置的方案,从而减少浪费,实现公共利益最大化的目标。^[3]由此,美国行政法号称已经逐渐进入到成本收益分析阶段;^[4]事实上这种科际整合的现象也发生在其他国家,行政评价制度也成为行政法的重要组成部分,^[5]其他国家虽然使用的名称不同,但是实施的思路大体一致,均试图借助其他学科的资源实现行政的“正确性”,从而获得高质量成果的制度设计。^[6]波斯纳运用经济分析方法之后指出:“行政法学术文献因此也获利了更多实质性的、更经济学的、更制度性的、更经验性的,总而言之更实用主义的品格。”^[7]那么,规制影响分析究竟引发了行政法学哪些变革与发展呢?

从理论上观察,近三十年以来,德国、日本行政法学界也兴起了反思传统行政法教义学的理论风潮。以德国为例,方法论不再仅以维护行政合法性为焦点,而是企图更进一步追求个别行政决定的正确性,如此才能“真正防堵行政恣意,确保行政理性”。^[8]传统行政法强调合法性建构,确保法律对行政的控制力,议会与法院对行政部门的指导、监督作用尤其突出。不过值得注意的是,德国行政法学创始人奥托·迈耶(Otto Mayer)虽然指出行政必须要服从法律,但是同时强调行政有其独立自主性,也就是说作为国家权力之一的行政权,其行为并不都需要来自法律授权。即使德国魏玛共和民主化后,他也没有放弃如此的立场。正因为此,有关“法律拘束”与“行政自主”之间的纠葛,一直是德国行政法学界备受关注与争议的课题。而随着行政任务日益多样化,行政自主的呼声也日益提高。传统思维之下,只要行政决定“合法”,就必须被评为“正确”,然而诸多规制领域的法规范均容许越来越多的行政自主决定空间,越来越依赖于行政部门自主性的发挥,因此行政机关也越来越多地承接了“准立法”的政策形成功能。有鉴于此,德国法自 1980 年代开始反思传统方法论的不足:传统的行政法教义学在基本法第 19 条第 4 项的规范脉络之下,太过强调行政法对个人权利的保护面向,也因此太过重视司法审查在行政法体系中的地位,进而忽视了个别行政决定应该如何作成的问题,也因此无法精确掌握行政行为与行政决定应该如何加以拘束的问题。高估法律对行政的控制力,或者单纯强调行政自主空间均是有失偏颇的,需要寻找“第三条道路”,既要巩固行政合法性,又要坚持行政决定的“正确性”。为了实现这一目的,德国学者还主张应该放眼行政学、经济学、社会学、政治学等寻求科际整合,目的在于“要求在立法、法适用时应考量所采取之措施的后果”。^[9]这一点与美国颇有异曲同工之处。本文有鉴于美国作为引领规制影响分析制度的典型国家,其框架设计值得关注,因此将全面论述美

[3] See Cass R. Sunstein, Is Cost-Benefit Analysis for Everyone?, 53 *Admin. L. Rev.* 299, 301 (2001).

[4] See Robert W. Hahn, State and Federal Regulatory Reform: A Comparative Analysis, 29 *J. Legal Stud.* 873 (2000); Richard O. Zerbe, Jr., The Legal Foundation of Cost-Benefit Analysis, 2 *Charleston L. Rev.* 93 (2007-2008).

[5] 参见周实:《行政评价法制度研究》,东北大学出版社 2008 年版,第 9-19 页。

[6] 参见吴浩、李向东编著:《国外规制影响分析制度》,中国法制出版社 2010 年版; Scott Jacobs, Current Trends in Regulatory Impact Analysis: The Challenges of Mainstreaming RIA into Policy-making, http://www.horizons.gc.ca/page.asp?pagenm=pub_wp026, 最后访问时间:2010 年 3 月 13 日。

[7] [美]理查德·A.波斯纳:《道德和法律理论的疑问》,苏力译,中国政法大学出版社 2001 年版,第 270-271 页。

[8] 参见黄舒梵:《“行政正确”取代“行政合法”?——初探德国行政法革新路线的方法论难题》,《“中研院”法学期刊》第 8 期(2011 年 3 月),第 260 页。

[9] 陈爱娥:《德国行政法学的新发展》,载台湾行政法学会主编:《行政契约之法理/各国行政法学发展方向》,元照出版有限公司 2009 年版,第 188 页。

国规制影响分析特别是成本收益分析的理论、运作实践与新近发展,进而探讨其对于行政法学的影响以及中国行政法学的应对问题。

二 成本收益分析的理论基础

学界关于国家理念的表述很多,以美国学者桑斯坦(Cass Sunstein)为代表的诸多学者近些年来提出了“成本收益国家”的概念,^[10]主要用以揭示在现代规制国家之下成本收益分析正在成为重要的规制政策分析工具并发挥了巨大作用的现象。实践则滥觞于里根总统在行政命令中开始要求行政机关制定重要规则时应该开展成本收益分析,之后的历届总统也基本上沿袭了这一作法。^[11]从1981年起,美国行政法学界对成本收益分析的研究更是持续升温,据学者统计,在1981年之前,相关的法学论文不超过11篇,而1981年有27篇,1986年141篇,1996年445篇,2005年628篇。^[12]同样的情况也出现于美国的行政法学教材之中,如盖尔洪(Gellhorn)与拜斯(Byse)合著的《行政法:案例与评论》,出版于1979年时并没有包括成本收益分析,而在1987年的版本中就已经开始包括了成本收益分析的问题。在行政法与政府规制过程中,为什么要进行成本收益分析,如何分析、效果如何、与其他的制度如何协调?对这些问题的回答均需要从成本收益分析的历史发展开始谈起。

关于成本收益分析的制度安排可以追溯至18世纪边沁提出的功利主义,^[13]而成本收益分析真正在政府规制过程发挥作用大约起源于20世纪初,涉及公共工程开支的领域。^[14]在立法方面,1902年的《河流与港口法》(The River and Harbor Act)规定在采取措施时应该“考量商业利益与成本”。现代成本收益分析的兴起基于政治环境与方法论的发展,主要包括三个方面的发展。第一,上世纪兴起的进步主义(Progressivism)思潮。进步主义认为政府可以分为政治部分与基于科学原则的行政专家领域。而当时的规制无法适应20世纪初叶产生的一些问题,由此应该引入经济的分析方法。^[15]第二,罗斯福新政。罗斯福时期,联邦政府的规制政策在于纠正市场不足、扩大社会福利。而事实上在此期间又增设了许多的规制机构,引入成本收益分析亦成为必然。^[16]第三,福利经济学的发展日趋成熟。19世纪中

[10] See Cass R. Sunstein, *The Cost-Benefit State*, American Bar Association, 2002; U. S. Office of Mgmt. & Budget, *Regulatory Analysis, Circular A-4 at 2* (2003); Matthew D. Adler & Eric A. Posner, *Rethinking Cost-Benefit Analysis*, 109 *Yale L. J.* 165, 167 (1999); Thomas O. McGarity, *A Cost-Benefit State*, 50 *Admin. L. Rev.* 7 (1998).

[11] See Exec. Order No. 12291, 46 Fed. Reg. 13193 (Feb. 17, 1981); Exec. Order No. 12866, 58 Fed. Reg. 51735 (Sept. 30, 1993); Exec. Order No. 13422, 72 Fed. Reg. 2763 (Jan. 18, 2007).

[12] See Don Bradford Hardin, Jr., *Why Cost-Benefit Analysis? A Question (and Some Answers) About the Legal Academy*, 59 *Ala. L. Rev.* 1135, 1136-37 (2007-2008).

[13] See Keith N. Hylton, *Calabresi and the Intellectual History of Law and Economics*, 64 *Md. L. Rev.* 85, 86-91 (2005); Symposium, *Efficiency as a Legal Concern*, 8 *Hofstra L. Rev.* 485 (1980).

[14] See A. R. Prest & R. Turvey, *Cost-Benefit Analysis: A Survey*, 75 *Econ. J.* 683, 683 (1965).

[15] See Robert H. Nelson, *The Economics Profession and the Making of Public Policy*, 25 *J. Econ. Literature* 49, 52-54 (1987).

[16] 如1936年的《防洪法》(the Flood Control Act),不过此时,成本收益分析的标准与程序并不是对经济理论的借鉴,而是如传统般仅对政府与官僚利益进行了回应。之后,便成立了预算局(BoB,OMB的前身),逐渐地为发展成本收益分析与绩效评估积累经验。另外,直至1950年代末,美国政府使用成本收益分析工具亦受到了兰德公司的影响,该公司使用这一分析工具提高了国防开支的利用率。See Christopher S. Yoo et al., *The Unitary Executive in the Modern Era, 1945-2004*, 90 *Iowa L. Rev.* 601, 657-58 (2005); Curtis W. Copeland, *The Role of the Office of Information and Regulatory Affairs in Federal Rulemaking*, 33 *Fordham Urb. L. J.* 1257, 1263-64 (2005-2006).

叶法国经济学家迪普特 (Jules Dupuit) 提出了现代福利经济学, 主张利用成本收益分析来分析问题。^[17] 此后的福利经济学家们认为使用经济学的概念可以合理化政府的政策, 典型如帕累托 (Vilfredo Pareto)、卡尔多 (Nicholas Kaldor) 与希克斯 (John Richard Hicks) 等, 后两人提出的项目收益要大于人们因此而受到的损害原则成为现代成本收益分析的基础。^[18]

1960、1970 年代, 美国联邦国会通过广泛的授权建立了许多保护环境、职业健康、消费者利益以及公众权益的机构, 法律要求行政机关通过制定面对未来的规则来规制社会。^[19] 以环境风险规制为例, 政府需要“对长期忽略的问题予以立即回应……这些问题长期存在; ……经常来源于道德上的判断……”,^[20] 《清洁空气法》(Clean Air Act) 长期以来仅仅关注公共健康, 而从来不允许行政机关考量遵从成本。与此同时, 国会还要求增加公众参与, 确保规制的合法性。但尽管如此, 产生的问题仍然很多, 如守法成本过高, 比如“1977 年 48 家公司仅为遵从联邦政府的规制 (主要是环境方面的规定) 就花费了 26 亿美元”。^[21] 主要的原因在于国会对规制领域认识不足, 行政机关之间信息未能及时沟通等, 结果最终导致人们呼吁对规则制定的程序进行更好的协调。为此, 尼克松总统启动了“生活质量审查”运动, 要求规制机关在制定规则时, 对不同的替代规制进路与成本加以考虑。^[22] 卡特总统建立了规制分析审查小组, 对即将颁布的每一个“重大”规则进行详细的规制分析。^[23] 里根总统继续着前述思路, 强调进行规制的同时必须进行经济分析, 这也极大地改变了行政机关与美国联邦管理与预算办公室之间的关系。^[24] 后者在行政规则的颁布过程中发挥着重要的作用, 根据相关人士的观察, 虽然规章签字颁布是由行政机关的官员负责实施, 但颁布与否以及以何种形式颁布则由管理与预算办公室来决定。^[25] 在里根总统的第 12291 号行政命令之中, 要求规制行为必须进行成本收益分析, 否则不得予以实施。^[26] 基于对于重要的规则要进行“规制影响分析”, 描述可预期的成本与收益更是值得关注。这些要求希望通过成本收益分析的工具, 强迫行政机关认真思考它们决定的所有影响, 进而排除不合理的规制。对于里根总统的行政命令, 学者们认为虽然以前的总统也在利用成本收益分析改革规制方式, 但 12291 号命令明确要求进行成本收益分析却表明政府规制思维发生了巨变。^[27] 里根总统的第二任前, 即 1984 年, 12498 号行政命令又建立了新型的管理与预算办公室控制, 要求行政机关实施任何一项重大举措时均需要告知管理与预算办公室。^[28] 目前, 美国联邦政府所适

[17] See Richard A. Posner, Cost-Benefit Analysis: Definition, Justification, and Comment on Conference Papers, 29 *J. Legal Stud.* 1153, 1153 (2000).

[18] See Matthew D. Adler & Eric A. Posner, Rethinking Cost-Benefit Analysis, 109 *Yale L. J.* 165, 229-38 (1999).

[19] See Robert L. Rabin, Legitimacy, Discretion, and the Concept of Rights, 92 *Yale L. J.* 1174, 1175 (1983). 也可参见于立深:《成本效益分析方法在行政法上的运用——以〈行政许可法〉第 20、21 条为例》, 载胡建森主编:《公法研究》(第 4 卷), 中国政法大学出版社 2005 年版, 第 110 页。

[20] See Cass R. Sunstein, *The Cost-Benefit State*, American Bar Association, 2002, p. 3.

[21] 周汉华:《行政立法与当代行政法——中国行政法的发展方向》, 《法学研究》1997 年第 3 期。

[22] Exec. Order No. 11821, 3 C. F. R. 926 (1974), reprinted in 12 U. S. C. § 1904, at 592 (1976).

[23] Exec. Order No. 12044, 3 C. F. R. 152 (1978), reprinted in 5 U. S. C. § 553, at 70 (1976 & Supp II 1978).

[24] Exec. Order No. 12291, 3 C. F. R. 127 (1981), reprinted in 5 U. S. C. § 601, at 431 (1982).

[25] See Alan B. Morrison, OMB Interference With Agency Rulemaking: The Wrong Way to Write A Regulation, 99 *Harv. L. Rev.* 1059 (1985-1986).

[26] Exec. Order No. 12291, 46 Fed. Reg. 13193 (Fed. 17, 1981).

[27] See Kevin Whitney, Comment, Capitalizing on a Congressional Void: Executive Order No. 12291, 31 *Am. U. L. Rev.* 613, 613-14 (1982).

[28] Exec. Order No. 12498, 50 Fed. Reg. 1036 (1985), reprinted in 5 U. S. C. § 601, at 40 (Supp. II 1984).

用的是第 13563 号行政命令,奥巴马总统明确要求行政机关必须对规制进行定量与定性分析,才能证明成本是正当的,如果有可选择的方式,应当选择使净收益最大化的规制方式。^[29]

美国学者认为成本收益分析能够帮助国会、总统监督与控制联邦行政机关。成本收益分析实际上是一个委托-代理模型,国会与总统作为委托人,联邦行政机关作为代理人,由于信息不对称,代理人可以违背委托人的意愿谋取利益。委托人克服信息不对称的重要条件要求代理人实施成本收益分析,代理人必须收集市场信息,分析市场信息,披露信息,委托人通过成本收益控制代理人。代理人如果依据不充分、不真实或错误的信息制定规则,必须受到政治或者法律制裁。^[30] 因此,普遍认为成本收益分析克服了公认的规制难题。^[31] 首先,成本收益分析解决了部门利益集团理论的难题,部门利益集团可能并没有实现公共福利的最大化,而成本收益分析将规制的总成本与总收益信息透明化,如果没有净收益,就无法实施规制。^[32] 其次,成本收益分析解决了福利经济学的难题,福利经济学关注的是难以实现的帕累托最优,而成本收益分析在矫正市场失灵的同时,可以量化成本与收益的方法,解释规制对福利的增进或损害。再次,成本收益分析将市场配置资源的方式引入公共政策领域,成本最小化与收益最大化成为制定公共政策的约束条件,也促使行政机关充分收集信息,提升决策水准。

当然,成本收益分析在适用时也遭遇到诸多的批评,这些批评有些是合理的,有些则可以通过校正成本收益分析的适用来加以改善,属于“不合理”的批评意见。^[33] 在此将不合理的批评意见列举出来,有利于全面把握成本收益分析运作的实态:其一,成本收益分析要计算社会净收益,批评者认为并非任何成本与收益的货币化都是恰当的,如生命、健康,而且对这些不具市场交易价格的物品进行货币化,不仅困难,而且缺乏准确性。对于生命、健康,不论成本有多高,发生危险的可能性有多小,均应当采取防范措施。但成本收益分析的支持者则认为他们是评估对生命、健康产生威胁的风险。对此问题实务的操作是采用成本有效性分析方法,^[34] 在保证达到相同收益目标的情况下,系统分析评估各个备选方案的成本,从而选择出成本最小化的方案。如涉及国防安全的立法成本收益分析,无法确定国家安全的货币价值,但是可以通过对各种备选方案的成本进行分析,选取最能证明成本有效性的方案。其二,成本收益的计算方法是支付意愿或者接受意愿,而支付意愿是建立在收入基础之上,可能导致高收入者支配成本收益分析的情况。支持者认为成本收益分析的目标是合理的规制,这对于高、低收入者而言是一致的,且这个问题是社会保障与税法解决的问题,并不发生

[29] Exc. Order No. 13563, 76 Fed. Reg. 14 (2011), Improving Regulation and Regulatory Review.

[30] See Eric A. Posner, Controlling Agencies with Cost-Benefit Analysis: A Positive Political Theory Perspective, 68 *U. Chi. L. Rev.* 1137, 1142-43 (2001); Jerry L. Mashaw, Greed, Chaos, and Governance: Using Public Choice to Improve Public Law, Yale University Press, 1997, pp. 118-30.

[31] 参见席涛:《美国的成本-收益分析管制体系及对中国的启示》,《经济理论与经济管理》2004年第6期。

[32] See Eric A. Posner, Controlling Agencies with Cost-Benefit Analysis: A Positive Political Theory Perspective, 4 *U. Chi. L. Rev.* 1137, 1185 (2001).

[33] See Matthew D. Adler & Eric A. Posner, *New Foundation of Cost-Benefit Analysis*, Harvard University Press, 2006, pp. 154-184; Robert J. Brent, *Handbook of Research on Cost-Benefit Analysis*, Edward Elgar, 2009, pp. 203-206.

[34] See Anthony E. Boardman, et al., *Cost-Benefit Analysis: Concepts and Practice*, Prentice Hall, 2011, pp. 464-84. 也可参见郭昱莹:《成本效益分析》,华泰文化事业股份有限公司2007年版,第41页。

于每个具体的成本收益分析案例之中。其三,批评者认为成本收益分析中所使用的贴现率^[35]比实际要高,这样可以使规则的收益相对于成本更高一些,从而使规则的净收益大于零,更容易获利通过。还有些批评者指出对有关环境、健康、安全的规制进行成本收益分析时,不能使用贴现率,这不符合道德规范要求。支持者认为,在经济分析中,贴现方法是为了使不同时期发生的成本和收益具有可比性,已被广泛接受。贴现率的选取并无统一标准,对营救生命、增进健康的成本收益进行贴现,目的是督促决策者及时地采取措施,挽救生命、预防疾病,避免规制迟延。其四,批评者对成本收益分析的确定性予以了质疑,如政府经常采纳了与成本收益分析建议相反的方案,规制者可能高估、低估成本或者收益。支持者则认为成本收益分析仅仅是为决策提供科学、准确的依据与建议,政策议案是否通过取决于政治过程。而有些部门所出现的现象,并非成本收益分析本身的不足,可能系缺乏统一的规范指引或者机构本身的设置不足而产生。

之所以实践中会产生这些不太合理的批评意见,就在于论者多直觉地认为成本收益分析很简单、仅体现纯经济观点、难以量化生命等因素,且具有很大的决策影响力等,但如上所述,支持者也在不断试图修正与改进这些问题,澄清了成本收益分析应用的难点。最为值得学界关注和思考的当属对成本收益分析的较为合理的批评意见,可能也是我们在运用该方法时应该注意的限制:其一,成本收益分析操作成本昂贵。成本收益分析通常消耗相当多的资源,包括时间、技术、金钱、人力方面的投入。以时间与技术为例,实施成本收益分析最有挑战的问题在于初期对于某一政策影响的界定、测量以及评估工作,此时就会费时费力。根据估计美国环境保护署约花费一百万美元,才完成一个减少汽油含铅量的分析计划,而每年在各种成本收益分析的研究之上总计花费超过一亿美元。其二,技术层面争议较大。虽然成本收益分析的技术不断得到修正与改进,但是究竟以谁的立场来计算各种成本与收益,仍然争议较大。当行政机关面临环境问题的成本收益分析时,许多人的批评意见认为应该纳入区域、一国甚至是全球的角度考虑才算合理。这种争议可能导致一个技术问题转化为政治问题。另外,评估时也可能遗漏、忽略或者重复计算一些重要的因素。如有关生命价值的估算,司法审查中经常使用收入损失法,估计受害者一生可能获得的收入减去生存的成本,来决定被害者家属应获得的赔偿金额。但问题是一个人的社会价值不仅止于工作收入的层面,还应该包括一些社会贡献方面的价值。另一种可行的方法是风险津贴法,使用职业灾害死亡的统计资料来估计某些高死亡风险的职业为了雇用从业人员所需额外付出的风险津贴。但是这种途径将每一个人的风险接受程度假定是相同的,实务上对此仍然存在着较大的争议。其三,受到政治过程的干扰。虽然成本收益分析可以就规制资源的分析提出规范性的建议,但是在实务中仍然偏离不了官僚与政治过程的影响。不同的行政机关因所属地位不同,则会有不同的主张,如财政部门会考量预算的问题,而经济与社会服务部门则可能

[35] 贴现率(discount rate)是成本收益分析中较为重要的参数,主要是指将未来支付改变为现值所使用的利率。比如一项拟议中的规制可以在未来50年产生100美元的利润,假如贴现率为1%,那么这一利润的现有价值就是61美元。计算公式为总数为X,年代为n,贴现率为r,即 $x/(1+r)^n$ 。当贴现率为5%时,现有的100元价值在50年内的价值就是 $100/(1+0.05)^{50} = \$8.72$ 。贴现率为4%时是14美元,贴现率为7%时是3美元,贴现率为10%时少于1美元。关于这方面,需要大量的经济学知识。OMB自1972年以来经常会发布贴现率指南,但是行政机关采用的贴现率并没有规律,无法从理论或者政治视角来解释。法院对于贴现率的诉讼也多尊重行政机关的裁量。See Edward R. Morrison, *Judicial Review of Discount Rates Used in Regulatory Cost-Benefit Analysis*, 65 *U. Chi. L. Rev.* 1333, 1335 (1998).

采取较低的贴现率,夸大净效益,从而有助于取得合理化计划采行的证据。此时,成本收益分析可能沦为政治过程的工具,被某些人用来促进自己的价值偏好或政治上的目的。

三 成本收益分析的方法

目前,美国国会颁布诸多的法律要求行政机关实施成本收益分析,^[36]过去15年环境保护署(EPA)进行成本收益分析工作花费了数千万美元。2002年的《规制改进法》(Regulatory Improvement Act)规定成本收益分析必须作为行政机关制定规则的一种原则与程序,对规制作出影响分析是规制草案的有机组成部分等。美国学者甚至认为,美国国会将成本收益分析贯穿到其通过的一系列公法中,是自1946年美国联邦《行政程序法》颁布以来对规制程序最深刻的一次改革。^[37]目前,成本收益分析的适用主体已经从联邦政府扩展到了各州。^[38]

在行政过程中,美国利用行政命令提供具体操作指南,用以指导行政机关展开成本收益分析。根据要求行政机关在执行法律时,应该要权衡各种相互竞争的利益与目标,从而确立实现行政任务的最佳、最有效的方式。这些利益可能包括了人类的健康与安全、环境与资源管理等,行政机关需要分析成本、收益与风险,评估净收益。^[39]按照美国12866号行政命令的基本内容来看,成本收益分析方法的基本内涵是:成本与收益既包括可以计量的措施,也包括成本与收益难以量化但又必须考虑的定性措施。除非法令另有规定,否则行政机关应该选择那些能使净收益最大化的方法来进行规制,“净收益”包括潜在的经济、环境、公共健康和安全的其他利益。行政机关在拟议规制时,应该对自己的规制行为进行评估,应该以实现规制目标收益最大化的方式来设计规制;行政机关应该考虑规制中的创新激励、执行成本和守法成本、机动性、分配影响和平等问题。行政规制决策应该在科学与充分的信息基础上作出,行政机关应该详细说明规制方案的合理性,而不是详细说明被规制主体必须遵守的守法行为与方式。在作出规制之前,行政机关应该切实可行地探寻不同利益主体的意见,评估规制将对不同利益主体造成的影响,使规制影响负担最小化。为此,行政机关应该寻求与不同利益主体之间的协调。每个行政机关应该避免不同规制措施之间的不一致、矛盾与交叉;规制应该简洁与容易理解,使潜在的不确定性及由此引发的诉讼最小化。^[40]在实践中,成本收益分析的具体方法涉及到以下几个方面的问题:第一,成本收益分析的目标,政策决定过程中的成本收益分析,目标在于为政策制定者提供相关的信息。第二,确立、测量成本与收益,首先是要确立行政任务。什么样的成本与什么样的收益对于该任务的实现有益,政策制定者可以在替代方案中进行充分抉择。在这一过程中,有些事情无法测算,如价值、生

[36] See Edward R. Morrison, *Judicial Review of Discount Rates Used in Regulatory Cost-Benefit Analysis*, 65 *U. Chi. L. Rev.* 1333, 1333 (1998).

[37] 参见[美]凯斯·R. 孙斯坦:《国会、宪法时刻与成本-效益国家》,载[美]凯斯·R. 孙斯坦:《自由市场与社会正义》,金朝武等译,中国政法大学出版社2002年版,第470-519页。

[38] See Robert W. Hahn, *State and Federal Regulatory Reform: A Comparative Analysis*, 29 *J. Legal Stud.* 873, 873-74 (2000).

[39] Administrative Conference of the United States (ACUS) Recommendation No. 79-4, *Public Disclosure Concerning Cost-Benefit and Similar Analyses in Regulation*, 1 C. F. R. § 305.79-4 (1989).

[40] 该命令的中文版本可参见于立深译,胡晶晶校:《美国〈管制计划与审查〉行政命令》,《行政法学研究》2003年第4期(部分术语的翻译略有不同)。

命、时间等,需要结合个案进一步探讨。第三,对成本与收益进行衡量,衡量规制成本收益效果的标准是“愿意支付”,这一标准强调自愿性。^[41] 第四,对其他因素的考量,为了得到净收益,有时需要考量其他的一些因素,诸如时间与风险。

以上的方法较为宏观,具体的规定可以行政规则的成本收益分析为例来说明问题。^[42] 根据美国 12866 号行政命令,管理与预算办公室对行政机关的“规制影响分析”报告的审查重点在于行政机关有无确实就规制行动进行成本收益分析。一份完整的规制影响分析报告,在形式上必须包括下列内容:(1)一份含有针对规制行为预期收益的基本分析的评估书(比如,可有效提升经济和私人市场的效率、增进健康与安全、保护自然资源及消除减少歧视或偏见等,但不限于此),而且应尽可能地量化这些收益;(2)一份含有针对规制行为预期成本的基本分析的评估书(比如,直接成本,既包括政府执行规制的直接成本,也包括企业和其他人遵从规制的直接成本,以及对经济、私人市场有效运行、健康、安全和自然资源产生的不利效果等,但不限于此),而且应尽可能地量化这些成本;(3)一份含有针对经行政机关或公众鉴别的、潜在有效并合理可行的替代性方案的基本分析的评估书(包括改进现有规制的替代性方案和恰当可行的规制缓和的成本收益分析),并对为何此规制行为优于替代性方案进行解释说明。

不过,由于成本、收益的具体计算、评估是一项具有高度专业性的复杂工作。为解决成本收益分析过程中经常面临的困难,美国管理与预算办公室又于 2002 年发布成本收益分析指南,要求:(1)如果不可能将规制的影响货币化,行政机关要解释原因,并把所有可得的数量化信息连同影响的时间、可能性一起提供给管理与预算办公室;(2)如果甚至连量化都很困难,行政机关要把任何相关数量化信息连同关于不能量化的影响、时间选择和可能性的描述,一并提供给管理与预算办公室;(3)如果将收益货币化是困难的,行政机关可以不采用成本收益分析,而使用成本-有效性分析(cost-effectiveness analysis),该方法是成本收益分析的辅助法则,只要政策目标已经确定,成本-有效性分析只问哪一种规制手段是达成目标的最少成本方法,也就是说,只求以最低成本实现既定效果。当行政机关因为成本收益分析困难,以至于难以决定哪种规制手段的净收益最大时,便辅以成本-有效性分析来决定采取何种规制手段;^[43] (4)如果收益与成本不能在市场上直接交易,行政机关可以采用“愿意支付”评估法来量化其影响;(5)如果收益和成本的评估很大程度上依赖于特定的假设,行政机关应对这些假设进行明确的说明,并使用替代性假设进行高度灵敏的分析。^[44]

总之,成本收益分析的方法原则上按照货币化分析到其他量化分析,再到定性分析这样的优先次序进行。之所以应可能采取量化分析的方法,是因为量化分析有助于各种规制方案之间的比较,增加行政机关采用替代方案的可能性,从而实现成本收益分析的最终目

[41] 理论上也可以称为“愿意承受”(willingness-to-accept),当我们说我愿意花 100 元以下的代价避免某种危险时,就代表着如果消除该危险的代价超过 100 元,那我们宁愿承受该危险,因此消除该危险所能带来的价值为 100 元。See W. Kip Viscusi, *Fatal Tradeoffs*, Oxford University Press, 1992, pp. 19 - 20.

[42] 美国仅对重要规则进行成本收益分析,重要规则是指年度经济影响在 1 亿美元或者以上,或将造成重大价格或成本费用的增加,或对竞争、就业、投资、生产力、革新或美国在世界市场的竞争力有显著不利影响的规则。See Executive Order No. 12291, § 1 (b) (1) - (3), 46 Fed. Reg. 13193 (1981).

[43] See John D. Graham, *Saving Lives Through Administrative Law and Economics*, 157 *U. Pa. L. Rev.* 395 (2008).

[44] See OMB, *Guidelines to Standardize Measures of Costs and Benefits and the Format of Accounting Statements*, 2002, <http://www.whitehouse.gov/omb/memoranda/m00-08.pdf>, 最后访问时间:2008 年 1 月 22 日。

标——提升规制效率。^[45]

四 对成本收益分析的控制

由于成本收益分析方法自产生以来就受到价值分析方法的批评,因此,成本收益分析的倡导者在设计与修正这一制度过程中,特别注意对成本收益方法运用的控制。这种控制有来自国会的,也有来自行政机关与司法机关的。

(一) 国会

1980年代以来,美国历届总统通过行政命令在行政体系中展开了规制成本收益分析的程序改革。不过,在1995年之前,美国国会对于引入成本收益分析的立法问题持观望态度。究其原因,美国经济于二战后经历了30多年的高速增长,在这个过程中国会并没有意识到市场失灵产生负的外部性问题具有普遍性,以及价格机制并不能完全解决负的外部性问题,而那个时期学界对成本收益分析持一定的反对意见。之后,则因为规制事务的复杂性以及回应的紧迫性,国会的态度发生了转变。自1995年以后连续通过了几个有关规制成本收益分析的法案,对此学者们认为这是自联邦《行政程序法》实施以来对行政程序法的一次根本性的改革。^[46] 这些法案包括1995年《无资金保障命令改革法》(Unfunded Mandates Reform Act),该法的目的在于限制规制机构在没有充分的预算拨款情况下,强加给州政府、地方政府和其他地区政府的联邦规制。该法第一次规定联邦规制机构制定规则应该使用成本收益分析的原则、程序与方法。1996年《小企业公平规制实施法》(Small Business Regulatory Enforcement Fairness Act)要求在对小企业实施规制时,规制机构要提出规制影响分析报告,限制给小企业造成过多的成本与负担。2002年《规制改进法》更是强化了对成本收益分析的要求。其他的方案如1996年《食品质量保护法》(Food Quality Protection Act)、《安全饮用水修正法案》(Safe Drinking Water Act Amendments)等等均对成本收益分析的原则、程序与方法等内容作出了具体的规定。同时,由于国会也会明确禁止行政机关实施成本收益分析,因此实践中也会存在大量的高成本、低收益的规制,这种现象与行政机关试图全力消除公众对规制事项所产生的恐慌有关。不过,在健康与环境领域,两部重要的法律即《有毒物质控制法》与《联邦杀虫剂、杀真菌剂、灭鼠剂法》均要求实施成本收益分析。^[47]

(二) 行政机关

行政机关中负责实施成本收益分析的机关是管理与预算办公室,具体工作则由设在其中的信息与规制办公室负责实施。^[48] 信息与规制事务办公室从两个方面审核行政机关提交的规则草案,一是程序性审查,二是实质性审查。前者包括从权限看是否超出了国会的授权范围;从程序看是否执行了《行政程序法》及其他法律;从内容看是否与国会的其他法律或其他机构的规则有矛盾;从效率看是否坚持了12866号行政命令的成本与收益的有关规

[45] 参见马英娟:《政府监管机构研究》,北京大学出版社2007年版,第210-211页。

[46] See Robert W. Hahn, *Reviving Regulatory Reform: A Global Perspective*, AEI-Brookings Press, 2000, pp. 10-19.

[47] Toxic Substances Control Act, 15 U. S. C. § § 2601 et. seq. (1994); Federal Insecticide, Fungicide, and Rodenticide Act, 7 U. S. C. § § 136 et. seq. (1994).

[48] Paperwork Reduction Act (PRA) of 1980, 44 U. S. C. § 3503 (a) (1980) (amended 1995); Steven Croley, White House Review of Agency Rulemaking: An Empirical Investigation, 70 *U. Chi. L. Rev.* 821 (2003).

定。审核的时间限制在 90 天以内。后者则包括:行政机关提交的规则草案,如果是重大规则,该机关提交的规制影响经济的成本收益分析报告,建议通过什么方式解决州政府、地方政府和其他地区政府执行该规则的经费;建议通过什么方式减少小企业执行该规则的成本与负担等。唯有通过这两层审查,信息与规制事务办公室才会批准颁布该规则并公布于《联邦登记》之上。不过,学界、实务界对于信息与规制事务办公室审查行政机关规则制定的职能质疑之声也是长期存在,^[49]如认为信息与规制事务办公室集中审核规章,虽然可以抑制行政机关与产业集团之间错综复杂的利益关系,虽然可以克服行政机关各自为政、信息不通的弊端,也可避免规章之间的冲突与重复,然而事实上信息与规制事务办公室式集中审查向美国宪法、权力分立原理提出了挑战,^[50]并导致规制机关失去了独立性。虽然行政机关如今更多地使用了成本收益分析来提升规制质量,但是并没有充足的证据证明自 1981 年后规制绩效确实有所改进。^[51]但也有可能是行政命令中并没有设置一套行之有效的实施机制,或者管理与预算办公室与信息规制事务办公室的权威不够,未来需要在集中式审查与专业性分析之间作出进一步的平衡。

表 1:信息与规制事务办公室规则审查情况统计表

年份	信息与规制事务办公室 规则审查的数量	信息与规制事务办公室规则审查不同情形比率				
		改变	未改变	撤回	退回	其他
1994	831	37.3	53.4	4.3	0.2	4.9
1995	620	39.0	53.1	5.2	0.5	2.3
1996	507	51.5	41.4	5.1	0.0	2.0
1997	505	56.0	37.4	5.1	0.8	0.6
1998	487	59.3	36.1	3.1	0.0	1.4
1999	587	62.2	31.5	3.1	0.0	3.2
2000	583	60.4	34.3	3.9	0.0	1.4
2001	700	45.6	28.1	22.0	2.6	1.7
2002	669	54.3	31.7	7.6	0.7	5.6
2003	715	60.3	30.3	6.9	0.3	2.2
2004	627	62.7	29.8	6.5	0.2	0.8
2005	610	65.4	27.0	6.6	0.2	1.0

资料来源:Curtis W. Copeland, *The Role of the Office of Information and Regulatory Affairs in Federal Rulemaking*, 33 *Fordham Urb. L. J.* 1257, 1275 (2005 - 2006).

(三) 法院

1990 年代中叶以前,法院对涉及行政机关使用成本收益分析原则的诉讼案件,基本上

[49] See U. S. Gen. Accounting Office, GAO - 03 - 929, *Rulemaking: OMB's Role in Reviews of Agencies' Draft Rules and the Transparency of Those Reviews* 54 (2003).

[50] See Morton Rosenberg, *Presidential Control of Agency Rulemaking: An Analysis of Constitutional Issues That May Be Raised by Executive Order 12291*, 23 *Ariz. L. Rev.* 1199 (1981).

[51] See Robert W. Hahn & Cass R. Sunstein, *A New Executive Order for Improving Federal Regulation? Deeper and Wider Cost-Benefit Analysis*, 150 *U. Pa. L. Rev.* 1489 (2001 - 2002); Eric A. Posner, *Controlling Agencies with Cost-Benefit Analysis: A Positive Political Theory Perspective*, 68 *U. Chi. L. Rev.* 1137, 1179 - 85 (2001).

均会裁决行政机关败诉。^[52] 如在产业联合会、美国劳工联合会 - 产业工会联合会诉美国石油协会 (Industrial Union Department, AFL-CIO v. American Petroleum Institute) 案与美国纺织品产业协会诉道乐万公司 (American Textile Manufactures v. Donovan) 案中,^[53] 最高法院面对的是如何裁决职业安全与健康署制定的规则。法院否决了规制机构使用成本收益分析原则制定的规则,认为成本收益分析具有许多不确定性的因素,以不确定性因素评估的成本与收益,无法让人信服。

当然,另一个深层次的问题在于,当法院为行政机关施加超越于《行政程序法》之外的程序要求时,面临的质疑是这种作法是否会违反现有的宪法制度。在前述美国纺织品产业协会案中,法院采用文义解释的方法,通过尊重法律而尊重了国会的意图。在消费者权益团体公众市民诉杨 (Public Citizen v. Young) 案中,^[54] 法院撤销了食品与药品管理局 (FDA) 一项允许在食品与药品中使用某种致癌的色彩添加剂的决定。普遍认为该种添加剂所产生的风险要小于吃一枚花生。虽然相关的法律禁止使用产生任何致癌风险的添加剂,但是食品与药品管理局推理指出也存在着一定的例外。否则的话,制造商可能会使用另外一些可能引发更高风险的添加剂。法院之所以撤销食品与药品管理局的决定,是因为立法史与法律语言表明国会为了回应公众对癌症的恐慌,经常要求不计代价进行干预式的规制。即使食品与药品管理局进行了成本收益分析,但是仍然被撤销。^[55] 由此我们可以看到,相关的法律虽然平息了公众的恐慌或者将公众的恐慌作为收益,但是该法律规定可能并不具有科学性。总之,法院之所以没有拒绝适用该法律规定,理由在于这并不是它们在本案中的职责。在本案中,法律并没有要求适用成本收益分析,行政机关使用了,所以法院撤销了行政机关的决定。

退一步讲,如无法律明确规定,法院并不会要求行政机关实施成本收益分析,然而行政机关则拥有选择成本收益分析的自由,如果这样的话,法院有时也会尊重行政机关的判断。^[56] 虽然在美国纺织品产业协会案中,法院没有要求行政机关使用成本收益分析,但是法院本身仍然会利用成本收益分析的方式来判断具体案件需要什么类型的正当程序。^[57] 也就是说,在美国,对于规则制定的程序必须按照法律规定来操作,而对于裁决,虽然国会并没有规定,法院仍然可以要求行政机关的裁决程序应该满足成本收益分析测试。如在美国移民归化局诉洛佩兹·门多萨 (Immigration and Naturalization Service v. Lopez Mendoza) 案中,^[58] 法院就用成本收益分析来决定是否要使用排除规则。但是参与主审的怀特 (White) 大法官并不同意适用成本收益分析的方式,认为最高法院过分夸大了使用排除规则产生的成本,而降低了由此带来的收益。在美国汽车工人联合会诉职业安全与健康管理局 (Inter-

[52] Industrial Union Department, AFL-CIO v. American Petroleum Institute, 448 U. S. 607 (1980); American Textile Manufactures v. Donovan, 452 U. S. 490 (1981).

[53] 448 U. S. 607 (1980); 452 U. S. 490 (1981).

[54] 831 F. 2d 1108 (D. C. Cir. 1987).

[55] 相反,国会的意图如果不明确,法院则允许行政机关对规制进行成本收益分析。See NRDC v. EPA, 824 F. 2d 1146, 1163 (D. C. Cir. 1987) (en banc) (认为由于缺乏国会的明确意图,因而 EPA 应该考虑成本与收益的因素)。

[56] See Bernard Schwartz, Cost-Benefit Analysis in Administrative Law: Does It Make Priceless Procedural Rights Worthless, 37 Admin. L. Rev. 1, 5 (1985).

[57] See, e. g., Mathews v. Eldridge, 424 U. S. 319 (1976).

[58] 104 S. Ct. 3479 (1984).

national Union, UAW v. OSHA)案中,^[59]法院认为《职业安全与健康法》并不明确地指导职业安全与健康管理局(OSHA)采纳“标准,令其在某种程度上足以确保……所有雇员不得遭到较大的健康损伤或者功能损坏”,该规定似乎并不允许职业安全与健康管理局单独采纳“可行”的方式作为充足的条件,因此撤销了一项基于这一标准之下的拟议规制。相反,法院鼓励职业安全与健康管理局使用成本收益分析的方式。在本案及其他的一些案件当中,法院是将成本收益分析作为行政机关的默认标准来使用,特别是当法律语言相对模糊之时。^[60] 这些案件可以被视为是对行政机关的警告:如果它们不使用成本收益分析,那么它们拟颁行的规制可能会被发回并要求作进一步的解释。如果它们使用成本收益分析,那么它们的规制就是安全的。还有个别的案件走得更远,法院甚至对如何衡量成本与收益进行评判。最典型的案件是石棉厂诉环境保护署(Corrosion Proof Fittings v. EPA)案,^[61]法院撤销了一项关于石棉产品的规制,并对环境保护署的成本收益分析展开了批评:第一,仅仅考虑了规制的成本而未考虑收益;第二,仅仅考虑了暴露的时间而未考虑损害的时间;第三,成本与收益的计算仅针对一个较短的时期(13年)而不是规制存在的时间;第四,将13年之外所挽救的生命视为“无法量化的收益”,从而使之超过了可预期的成本;第五,相对于其他规制中所使用的价值,对生命采纳了不合理的高价值(每个挽救的生命值43000-76000万美元);第六,在成本收益分析中存在双重计算某些因素的情况;第七,没有考虑替代方案所带来的技术风险;第八,对于反对者提出的意见,没有使用改进的数据进行新的成本收益分析。不过,法院自己并没有展开成本收益分析,而是给予环境保护署较大的裁量权,法院只是对裁量权实施了某种程度的限制而已。该案之后,行政机关很难以伪造的方式借成本收益分析方式为一项规制作合理性论证,进而在事实上促进了行政机关应用成本收益分析的质量与水准。

目前法院在事实上接受了规制的成本收益分析的程序,认为其可以为规制提供理性的、合适的和必要的理论基础;承认行政机关将成本收益分析作为规则制定的分析方法、决策程序和依法行政的工具,在安全、健康与环境保护领域依照成本收益分析程序进行规制,可使社会福利最大化。值得注意的是美国联邦法官是通才型的人才,在审查成本收益分析之时,相较于行政机关并没有较大的优势。因此也有学者认为法院的目标在于为国会与总统增强成本收益分析的符号价值,而不是强迫行政机关按照法院的意图与方式适用成本收益分析。^[62] 但是就符号价值而言,法院在进行审查时,仍然会考量行政机关的一致性问题(如贴现率的一致性)、成本与收益是否能够量化、行政事务的类别等。另外,如果法律并无规定,法院也较少愿意强迫行政机关实施成本收益分析。不过实践中,除非国会明确说不适用成本收益分析(如《清洁空气法》、《清洁水法》、《职业安全与健康法》、《德莱尼条款》以及《安全饮用水法》等均明确禁止行政机关展开成本收益分析^[63]),否则行政机关必须考虑成本与

[59] 938 F.2d 1310 (D. C. Cir. 1991).

[60] See Cass R. Sunstein, Cost-Benefit Default Principles, 99 *Mich. L. Rev.* 1651, 1668-71 (2000-2001); *Michigan v. EPA*, 213 F.3d 663, 678-79 (D. C. Cir. 2000).

[61] 947 F.2d 1201 (5th Cir. 1991).

[62] See Eric A. Posner, Controlling Agencies with Cost-Benefit Analysis: A Positive Political Theory Perspective, 68 *U. Chi. L. Rev.* 1137, 1191 (2001).

[63] 42 U.S.C. § § 7401 et. seq. (1994); 33 U.S.C. § § 1251 et. seq. (1994); 29 U.S.C. § § 651 et. seq. (1994); 21 U.S.C. § § 348(c)(3)(A), 360b(d)(1)(I), 379e(b)(5)(B) (1994); 42 U.S.C. § § 300j et. seq. (1994).

收益。法院也会因高成本与低收益否决一项规制。^[64] 法院还要求行政机关确保成本与收益之间至少达到某种比例,还有一些法院甚至将比例原则纳入到了审查标准之列。^[65] 但是另外一方面,法院也未能就哪些成本收益率违法提供指南。以上这些课题均构成了未来对成本收益分析进行司法审查的重要内容。

五 行政法的发展

1980年代初,当时的人们认为行政机关如果不将规制影响分析融合进决策程序,行政机关就难以作出合理的决定,^[66]于是自里根总统开始引入成本收益分析,其目的就在于利用“综合理性”实现最佳决策。这与先前的仅仅依法行政的要求显然不同,行政机关要利用多种分析工具确认问题、解决问题,并进一步探讨涉及到是否规制、如何规制以及政府规制与自我规制之间关系等问题。对多数人而言,此时的规制改革意味着规制缓和、官僚责任、经济效率与理性分析。规制改革不仅导致规制政策的实体内容发生了巨大变化(如对相当多的产业实施了规制缓和),而且导致了行政过程的变迁,促使行政政策与决定更加透明,更具有回应性与分析的合理性(甚至是正确性)。^[67] 在这个过程中,其他学科的知识如政治学、经济学、组织行为学等也为行政法学的发展作出了巨大的贡献,^[68]引发了不同法系诸多共通思维之间的碰撞与调适,引发了有关确立行政正确性的方法论思考。总体而言,规制改革以及规制影响分析的引入促进了行政法(学)的发展变化。

(一) 规制影响分析的内涵

关于规制影响分析,虽然学者们表述不一,但是认知大体一致,如美国德克萨斯大学奥斯汀分校法学院托马斯·麦加里蒂教授(Thomas O. McGarity)从历史的视角对尼克松、福特、卡特、里根总统所进行的规制改革及其历程进行了梳理,并指出规制影响分析的作用不仅仅在于方法论上的转变,而且还在于规制实质性的改革。^[69] 再如耶鲁大学法学院苏珊·阿克曼教授(Susan Rose-Ackerman)除强调立法与司法机关要加强改革以促进民主之外,还要求行政机关必须展开成本收益的政策分析,实现有效的政策效果。她指出自进步主义时代以来,以政策定位的经济学家与政治学家进入到法学院从事教学工作,直到1980年代大多数杰出的行政法学者均开始关注规制影响分析,甚至有些学者还进入到联邦行政机关与法院亲自践行规制影响分析。这是行政法学的重大变革,政策分析者将行政机关的运作视为设计政策并促进公平与效率的机制,基于此,她进一步主张使用成本收益分析提升行政政策形成的质量,^[70]实现从过程到政策、从政策到过程的循环互动,进而将政治经济学的知识

[64] See, for example, *Corrosion Proof Fittings v. EPA*, 947 F.2d 1201, 1222-23 (5th Cir. 1991); *AFL-CIO v. OSHA*, 965 F.2d 962, 986 (11th Cir. 1992).

[65] See Robert H. Frank & Cass R. Sunstein, *Cost-Benefit Analysis and Relative Position*, 68 *U. Chi. L. Rev.* 323, 330 (2001).

[66] See Thomas O. McGarity, *Reinventing Rationality: The Role of Regulatory Analysis in the Federal Bureaucracy*, Cambridge University Press, 1991, p. 4.

[67] See Cary Coglianese, *Empirical Analysis and Administrative Law*, 2002 *U. Ill. L. Rev.* 1111, 1112 (2002).

[68] See Peter H. Schuck, *Foundations of Administrative Law*, Foundation Press, 1994, p. 3.

[69] Thomas O. McGarity, *Reinventing Rationality: The Role of Regulatory Analysis in the Federal Bureaucracy*, Cambridge University Press, 1991, p. 263.

[70] Susan Rose-Ackerman, *Rethinking the Progressive Agenda: the Reform of the American Regulatory State*, The Free Press, 1992, p. 191.

引入到行政法,并重塑行政法。^[71]

事实上,近三十多年以来,规制影响分析作为一种重要的方法论也处于不断地发展和完善之中,目前其内涵则以法律分析、科学分析、经济分析与政治分析为主。^[72] 法律分析是确保规制在法定范围内实施的重要措施,主要涉及法律解释的问题。科学分析帮助行政机关评估风险并形成适当的应对之策,由于健康、安全与环境领域涉及到科学问题,因此行政机关会在形成政策与作出决定时咨询科学意见,典型的例子是当今世界多国均在食品安全领域采纳了基于风险评估的规制模式。所谓风险评估是指由科学家或者工程人员使用特定工具确定对人类健康、安全与环境有害的风险。^[73] 风险评估与风险交流、风险管理融会贯通,成为风险规制的重要工具。^[74] 科学有时可以就风险层级提供信息,但是有时也无法揭示出风险的不确定性问题或者无法解决这一不确定性问题,这一现象被称为“超科学”现象。^[75] 为了应对超科学现象,风险预防原则要求行政机关必须阻止风险,即使该种风险仅处于推测之中。^[76] 为了不浪费有限的资源,有学者认为风险评估与成本收益分析互为替代。实践中两者呈现出融合的状态,确定风险评估之后再行成本收益分析,可以形成较好的风险管理措施,^[77] 而成本收益分析也会贯穿于风险评估的整个过程。^[78] 经济分析主体以成本收益分析为主,如今要求行政机关实施成本收益分析的法律规范越来越多。政治分析包括了对公众态度、政治偏好等政策形成的政治因素所展开的分析。就规制影响分析内涵而言,学者们认为还应该从行政组织法的角度,对行政机关如何执行法律规定的内部结构进行观察,不同的模式会影响行政决策作出的合理性程度。如托马斯·麦加里蒂教授提出了五种不同的模式:等级模式、外部咨询者模式、团队模式、对抗模式与混合模式。根据麦加里蒂的分析,并没有哪个模式永远是最佳的模式,模式的选择与行政机关的管辖权、裁量的程度、问题的复杂性等相关联。^[79]

必须指出的是行政机关不会对每一项规制实施所有的分析。如果只是解释一个法律术语,那么就不必实施科学(风险)或经济分析,此其一。其二,法律分析会与科学、经济、政治分析混合在一起,行政机关将因地制宜地作出选择,如法律规定某项行政决定必须合理且“可行”,那么操作时既有法律解释技术的应用,也有经济分析或科学分析工具的应用。其三,这几种分析并非具有严格的顺序要求,美国的法律多数会规定实施某种形式的分析,但是行政机关在作出决定时,一般会对这些分析工具予以系统整合。其四,这些分析工具的应

[71] See Susan Rose-Ackerman, *Progressive Law and Economics—And the New Administrative Law*, 98 *Yale L. J.* 341 (1988 – 1989).

[72] See Lisa Schultz Bressman, Edward L. Rubin & Kevin M. Stack, *The Regulatory State*, Aspen Publishers, 2010, pp. 433 – 520.

[73] See Fred Anderson et al., *Regulatory Improvement Legislation: Risk Assessment, Cost-Benefit Analysis, and Judicial Review*, 11 *Duke Envtl. L. & Pol' y F.* 89 (2000 – 2001).

[74] 参见《食品安全风险分析——国家食品安全管理机构应用指南》,樊永祥主译,人民卫生出版社 2008 年版。

[75] See Wendy E. Wagner, *The Science Charade in Toxic Risk Regulation*, 95 *Colum. L. Rev.* 1613, 1619 – 28 (1995).

[76] 参见高秦伟:《论欧盟行政法上的风险预防原则》,《比较法研究》2010 年第 3 期。

[77] See Thomas O. McGarity, *Reinventing Rationality: The Role of Regulatory Analysis in the Federal Bureaucracy*, Cambridge University Press, 1991, pp. 143 – 53.

[78] See Frank Ackerman & Lisa Heinzerling, *Pricing the Priceless: Cost-Benefit Analysis of Environmental Protection*, 150 *U. Pa. L. Rev.* 1553 (2001 – 2002); Julian Morris ed., *Rethinking Risk and the Precautionary Principle*, Butterworth-Heinemann, 2000.

[79] See Thomas O. McGarity, *Reinventing Rationality: The Role of Regulatory Analysis in the Federal Bureaucracy*, Cambridge University Press, 1991, p. 263.

用说明规制涉及到对所有政治、经济、社会、法律因素的考量,因此行政机关中的政治家、经济学家、法律人、政策制定者、科学家均会发挥各自应用的作用,内部的合作方式也将对规制影响分析的实现产生促动或抑制。

(二)与比例原则的比较

成本收益分析导入行政法领域最初的渊源,可以说是对美国过度规制的反动,于是成本收益分析便成为衡量规制活动必要性的准则,用以判断哪些规制是不必要的、没有效率的。不仅如此,通过成本收益分析还能够达到“规制合理化”或者如德国法讲的“正确性”效果,这一点似乎与近年来德国行政法总论改革颇有暗合之处。^[80]就成本收益分析所拟达到的目标而言,德国行政法上存在所谓的“比例原则”,其与美国法上的成本收益分析是否相同或不同,值得探讨。^[81]而就德国本身而言,近些年来,行政机关越来越重视对效能(效率)原则的遵守,^[82]如果认为成本收益分析与比例原则颇有共通的法律思维,那么两者是否有相互借鉴之处呢?

从前面的论述可以看出,成本收益分析从本质上讲是一种利益衡量的方式,只不过将利益衡量以更客观化、精细化的方式来操作而已。而德国行政法上的比例原则则被当今学界认为最具典型性的利益衡量法则,德国法适用比例原则时,会考量以下三项要素:其一,政府所采取的行为必须适合于拟达到的相关目标(适当性原则),主要用来考量手段与目标之间的关系;其二,政府所采取的行为应当具有必要性,即在现实中公共机关没有对自由造成侵害更小的方式可供选择(必要性原则);其三,所采取的行为可以达到规制的效果(狭义的比例原则),主要用于平衡各种利益。^[83]不过两者仍然存在差异,在传统比例原则的三阶构成之下,找出“最小侵害性”的手段才是关键,在此情况下,利益衡量演变成了行政行为的辅助工具,而不是行政行为的考量重点。而且其仅仅考虑侵害面的利益、仅仅考虑行政相对人一方的损害,这样的衡量显然不足以回应行政机关在赋予当事人利益时的状况。由此带来的利益大于所耗费的成本之时,会导致所产生的衡量将是“狭隘”、“单方”的利益衡量,似乎难以应对复杂多变、多重利益纠葛的规制国家及其社会发生实态。^[84]传统行政法背景下产生的比例原则,更多的是关注行政权力的控制,而对于行政机关如何作出适应经济社会发展的裁量则无法提供任何积极的意见以及有效率、效能的考量等。为此有学者主张为了避免比例原则过于强调主观判断,应该引入经济分析,以使主观性的评价具有某些客观性的要素。^[85]

总体而言,虽然比例原则与成本收益分析极为相似,但是前者似乎更多地包括了许多人

[80] 有关德国“行政法革新”的议题,中国台湾地区的文献不少,例如可参见黄锦堂:《行政法总论之改革:基本问题要义与评论》,《宪政时代》第29卷第2期(2003年10月),第251-282页;陈爱娥:《行政行为形式——行政任务——行政调控:德国行政法总论改革的轨迹》,《月旦法学杂志》第120期(2005年5月),第9-18页;张镕盛:《德国行政法总论改革之新趋势》,《月旦法学杂志》第50期(1999年7月),第192页。

[81] See Susan Rose-Ackerman, *Controlling Environmental Policy: The Limits of Public Law in Germany and the United States*, Yale University Press, 1995, p. 76.

[82] 参见黄锦堂:《行政法的概念、性质、起源与发展》,载翁岳生编:《行政法2000》(上册),中国法制出版社2002年版,第39-41页。

[83] See Xavier Groussot, Proportionality in Sweden; The Influence of European Law, 75 *Nordic J. Int'l L.* 451, 453 (2006); Adrienne de Moor-van Vugt, Proportionality in Dutch Administrative Law, 7 *Tilburg Foreign L. Rev.* 7, 9 (1998-1999).

[84] 参见黄铭辉:《成本效益分析(cost-benefit analysis)在我国行政法上应用可能性之研究——兼论“比例原则”之解构》,台湾台北大学硕士论文1999年,第143页,现收藏于台北大学图书馆。

[85] 中文文献可参见柳砚涛、李栋:《比例行政原则的经济分析研究》,《烟台大学学报(哲学社会科学版)》第24卷第4期(2011年10月)。

权、联邦主义、机构能力以及司法适度尊重其他机构的理念。^[86] 不过,任何制度都不可能完美,适用比例原则的法官们也经常会抱怨比例原则过于模糊,结果导向的价值观念容易使法制落空。为此,有关比例原则的改革在大陆法系国家已然兴起,如强调司法尊重、证明责任的分担、机构能力的相对性、评估权利侵害的范围、评估替代方案等。同样的情形是,美国学界也对成本收益分析进行了反思与批判,认为其同样具有高度的不确定性,诸多的操作环节难以量化,而且行政机关有时无法掌握充分的信息就展开成本收益分析的工作。^[87] 成本收益分析将现实加以量化,但是却忽略了一些重要的非经济价值。^[88] 管理与预算办公室规制审查过程也备受人们批评(公开性、迟延与审查本身的成本问题),从而建议对比例原则加以批判吸收。^[89] 不过这种融合或者改革具体效果如何,似乎并无定论,仍然要看行政法学的开放性程度(对其他学科知识的借鉴)以及自我创生性(行政法体系的自我完备)。

(三)行政程序法的持续发展

虽然要求成本收益分析并不直接针对行政程序问题,但是由于它的引入,通过规制机制和规制绩效评估的设计,把参与规制过程的各方结合了起来,把资源的市场配置方式与行政配置方式整合了起来,把规制者与被规制者联系了起来,把市场最大化目标与规制最大化目标统一了起来,从而为我们提供了一个透明、科学、合法的规制过程,这也导致行政程序法得到了持续发展。同时,规制影响分析的其他方法也同样促进了行政程序法的持续发展,如将风险分析引入到行政过程之中,促使行政程序更加公开、科学,尽管在食品安全规制层面,科学证据与民众意见之间经常发生冲突,欧洲采取消费者民意至上的策略,而美国则主张科学证据比民意更为重要。无论如何,正是这种实体上的取向,促进了程序层面的发展。

美国联邦《行政程序法》要求行政机关对拟颁布的规制要说明目的与效果。但是这样的规定较为模糊,如行政机关说某个规制可以降低工作受到化学物质的侵害,那么根据这个规制,雇主必须对工作环境作出相应的变化。法院无法根据这个描述来判断该规制是否具有社会收益,因为规制的社会价值依赖于侵害降低程度、工作环境变化的成本是多少等,而行政机关根本没有提供这些数据,在事实上则影响了行政规制的效果。同时,美国规制型国家兴起除带来了效益之外,也产生了规制的俘获现象(规制为产业集团谋求利润,政治家与行政官员被动地成为俘虏)及“过桥收费”现象(规制成了政治家与行政官员获利的手段,产业集团则成为统制对象)。为此,人们不得不思考如何改革传统命令控制型规制而适应经济的发展。行政机关的规则制定是否按照《行政程序法》的“告知评论程序”就可以完全摆脱规制中产生的这些不良现象呢?如有人认为行政程序法的目的有时也是不公平的,它帮助当选的政治家保留控制着行政机关规则制定的权力。^[90]

[86] See T. Jeremy Gunn, Deconstructing Proportionality in Limitations Analysis, 19 *Emory Int'l L. Rev.* 465, 467 (2005); Julian Rivers, Proportionality and Variable Intensity of Review, 65 *Cambridge L. J.* 174, 198 (2006).

[87] See W. Kip Viscusi, Regulating the Regulators, 63 *U. Chi. L. Rev.* 1423, 1439 (1996).

[88] See Bernard Schwartz, Cost-Benefit Analysis in Administrative Law: Does It Make Priceless Procedural Rights Worthless?, 37 *Admin. L. Rev.* 1, 14 (1985); Thomas O. McGarity, The Expanded Debate over the Future of the Regulatory State, 63 *U. Chi. L. Rev.* 1463, 1480 (1996); David M. Driesen, The Societal Cost of Environmental Regulation: Beyond Administrative Cost-Benefit Analysis, 24 *Ecology L. Q.* 545, 591-92 (1997).

[89] *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570 (2008).

[90] See *Administrative Procedures as Instruments of Political Control*, *Journal Law, Economic and Organization*, Vol. 3, pp. 243-46.

而规制影响分析可以提供这些数据,可以弥补《行政程序法》的不足。以成本收益分析为例,作为一种特殊的政策决定程序,虽然批评之声长期存在,^[91]但是如桑斯坦教授指出的,成本收益分析受到自由主义者与保守主义者的双重赞成,为政府决策提供了无价的、科学与实用主义的工具。从规范层面出发,首先他认为成本收益分析是政府政策决定理性化的必需,且可以免受利益集团不当的压力。其次他声称由于强迫规制者评估以及详细说明拟议中规则的结果,成本收益分析可以提升透明度与公开责任能力。从本文前述的分析来看,行政机关在实践中运用成本收益分析的目的在于尽量对自己试图解决的问题加以量化,通过分析成本与收益,选择合适的规制工具,实现良好行政。^[92]规制影响分析从起初的立足于控制成本的技术手段经过三十年的发展,成为解决社会公共政策的重要方式,这种变化事实上也促进了行政程序法的发展。如许多的法律法规中增加了责任条款以及规制影响分析的要求,此外还有同行评审、司法审查、日落条款、规制预算等程序性的规定。^[93]由此我们可以看出,行政程序在行政法上具有两项重要的功能:其一是具体的过程,指导行政正常运作,如管辖权、时效、听证程序等;其二是整合的过程,指导行政正确运作,包括了规制影响分析在内的诸多程序。后一种功能正逐渐被德、美等国学者所高度重视。^[94]如今包括中国在内的许多后法制发达国家正在大力推动《行政程序法》的制定,但是德、美、日等国的经验告诉我们,不能因为行政程序法的颁行就放弃对行政程序的整合,而是应该更加关注规制影响分析及其运用。同时,虽然在规制影响分析机制中,成本收益分析大行其道,但它也解决不了所有的问题,因此有必要扩展到规制影响分析的其他层面,^[95]进而整合经济与社会的全面发展。

(四)行政法学对其他学科的借鉴

行政法是一个复杂的社会现象,涉及到诸多因素,因此,研习行政法,不仅要了解行政法本身的知识,还要对相关学科有一定的了解。行政法若没有深入去探究其他相关领域的专业知识,就无法有效地对经济社会发展提供规范对策。目前德国、美国、日本等国的行政法学正试图回应这种现象,将其他科学特别是社会科学的方法与知识资源应用于行政法研究,进而实现科际整合。可以说成本收益分析就是对每种可能的行政方案的政治经济成本进行评估并作出选择的过程,是将经济学思想引入行政法研究领域而作出的有益尝试。行政法学对其他学科的借鉴源自于人们提升了对行政的要求同时行政自主空间逐渐扩大,导致行政不仅要实现合法性,更要实现“正确性”。这与传统上只要行政符合“合法”,就得以实施的作法相距甚远。现代行政要想形成正确性的判断,借助更多其他学科的知识就成为必然,但是这会对依法行政理念造成冲击。由此人们产生的疑问是行政正确性的评价应该由谁来

[91] See, e. g., Sidney A. Shapiro & Robert L. Glicksman, *Risk Regulation at Risk: Restoring a Pragmatic Approach*, Stanford University Press, 2003; Thomas O. MaGarity, A Cost-Benefit State, 50 *Admin. L. Rev.* 7, 42-49 (1998); Matthew D. Adler & Eric Posner, Introduction: Cost-Benefit Analysis: Legal Economic and Philosophical Perspectives, 29 *J. Legal Stud.* 837 (2000); Amy Sinden, Cass Sunstein's Cost-Benefit Lite: Economics for Liberals, 29 *Colum. J. Envtl. L.* 191, 193 (2004).

[92] 参见席涛:《美国管制——从命令-控制到成本收益分析》,中国社会科学出版社2006年版,第39页。

[93] See Robert W. Hahn, et al., *Assessing Regulatory Impact Analyses: The Failure of Agencies to Comply with Executive Order 12866*, 23 *Harv. J. L. & Pub. Pol'y* 859, 860 (1999-2000).

[94] 参见[德]施密特·阿斯曼:《秩序理念下的行政法体系建构》,林明锵等译,北京大学出版社2012年版,第333页。

[95] See Susan Rose-Ackerman, *Putting Cost-Benefit Analysis in Its Place: Rethinking Regulatory Review*, 65 *U. Miami L. Rev.* 335 (2010-2011).

实施、如何判断,正确与合法之间的关系如何,如何回到法律视角来观察所谓的“正确性”等问题。这些课题正是行政法学需要在未来予以解决的,虽然美国学者未曾在理论层面加以反思,但是德国学者指出:“法学方法禁止的只是未加过滤或未加反省即径行输入其他学科的理论。”^[96]此种警示对未来发展或许有着一定的指导意义。

行政法学对其他学科的借鉴是我们重新认识行政法、反思行政法学方法论的结果。现代行政法不仅仅为行政裁量提供价值框架,更在于通过行政过程、结合法教义学方法以及利用其他学科的方法形成合理的公共政策。规制影响分析中的成本收益分析、科学分析以及政治分析无疑发挥了这样的作用,使得行政法学逐步向社会现实开放。多种学科知识的运用,能够使我们有效地认知、评价与处理各种复杂且多元的行政法现象。当然,也要警惕这种开放性,否则行政法学会失去自己的独立性。同样,在行政过程中,过于强调“正确性”,也许会导致法律转移到其他社会科学的范畴,从以上分析来看,无论是美国还是德国、日本,均不是直接或不加转化地借鉴各种社会科学的方法,仍然需要以行政法学自身的学科任务与体系建构为基础,吸纳外来知识、不断调适。如此的演进过程也可能是行政法学新的增长点所在。然而恰在此时,改革者也可能忽视法律先前赋予行政的自主空间,因为法的理性恰恰在于不预设绝对、确定的标准,而在于开放各种学科与知识理性,在具体个案中为当事人提供互相竞争、辩论乃至妥协的空间。唯有如此的思辨,才能让我们不断思考如何合理地借鉴与吸收其他相关学科的最新成果和研究方法,进而形成本学科通用的概念、范畴和理论体系,追问其他学科的知识资源究竟在哪一个环节、哪一种意义上,具有补充法教义学的必要性与价值等问题;才能让我们进一步了解社会科学研究所扮演的角色,并在发挥其他学科的长处之外,又能避免高估或者滥用其他学科所可能导致的扭曲法教义学原有的提供法适用基础的重要功能。

六 结 语

处于经济社会发展之中的行政权,如果仅仅由行政法的角度去加以观察分析,难以得出“正确”与“合理”的决定;如果仅仅凭借行政组织而未涉及社会自我规制的运作现象,难以应对繁杂现实发展之需;如果仅仅关注司法审查而未涉及行政过程,难以实现对各种利益的全面考量。规制影响分析特别是成本收益分析作为当代行政法新发展的内容,既坚持传统严格法律拘束及法律形式学说的解释方法,又融合了经济学、政治学等学科知识,在方法论上推动了行政法实践与理论的重大变革。如今随着人们对行政规制要求越来越高,德、美、日等国行政法学由此引入了规制影响分析等方法与程序,引发了行政合理与正确或者“合义务裁量”的探讨,^[97]引发了对行政程序功能的重新认识,本文重点介绍了美国的经验,并在行文上作了比较法上的观察,试图强调行政过程中应该展开对行政学、经济学、社会学、政治学等学科资源的考量;试图强调应该在行政法中引入成本收益分析等规制影响分析方法,通过行政程序整合行政资源,进而提升行政水准。如此的探讨,深层次涉及到法律与行政之间的关系,涉及到如何实现法律对行政的控制又不至于遏制行政自主空间,坚持依法行政又

[96] [德]施密特·阿斯曼:《秩序理念下的行政法体系建构》,林明锵等译,北京大学出版社2012年版,第30页。

[97] 参见杨建顺:《行政规制与权利保障》,中国人民大学出版社2007年版,第503页。

能实现正确与最佳行政^[98]等诸多问题,这些均为未来行政法学的发展带来了一定的挑战与新意。同时我们也应该客观地看待对于规制影响分析特别是成本收益分析的批评,法学之所以要引入规制分析,就在于期待借助其他学科发展出更加精确、更合乎法律目的的方案,进而支持法学者进行价值判断。因此不能因为成本收益分析存在不足就对其加以否定,而应通过制度设计弥补这些不足,提升规制影响分析的可信度,这正是法学学科的重要课题。

反观中国,改革开放三十年来,中国针对经济、社会等领域的规制立法越来越多。特别是《行政许可法》颁行之后,要求政府缓和规制、再规制、合理化规制以及建设有限政府的呼声极为高涨。近年来学界对于成本收益分析方法在中国行政法上的应用也予以了关注,不过虽然相关规范明确要求应该展开成本收益分析和风险评估等内容,^[99]但是从目前学界或者实务界的关注重点来看,“中国行政立法的焦点仍然局限在立法权的合法性和立法程序的正当性上,还没有能力关注法律规则效果的经济分析,无论《立法法》还是《行政法规制定程序条例》、《规章制定程序条例》和《法规规章备案条例》都没有重视经济分析方法和与之密切相关的意见沟通、对话和协商程序。”^[100]未来,无论是学界还是实务界,无论是要展开政府绩效评估、还是成本收益分析或者立法后评估工作均面临着一个紧迫的问题:即如何在实践中具体运用成本收益分析或者其他的规制影响分析方法,这要求既要注重观念更新,善于借助经济学、政治学等学科知识,提升规制质量;又要发挥行政程序的整合功能,利用成本收益分析等方法实现行政法政策的形成;更要关注成本收益分析等方法的实现组织、技术及信息收集等问题。

[Abstract] Regulatory impact analysis is a government decision-making tool which analyzes and assesses the influence from the prepared or issued regulatory policies and programs, including the whole regulatory process. Regulatory impact analysis could help the government make the best choice in the options, provide information for policy makers and the public which may have an impact, improve transparency and public participation and make an improvement of the administrative legislation and policy formation process. Those developments of administrative law have brought great challenges and opportunities. The future of administrative law is more concerned about the integration of functions of the administrative procedures, and would pay more attention to the other disciplines of knowledge resources and the construction of administrative legal system.

(责任编辑:田 夫)

[98] 参见朱新力、唐明良:《法治政府建设的二维结构——合法性、最佳性及其互动》,《浙江学刊》2009年第6期。

[99] 参见中国《行政许可法》第19条;国务院《全面推进依法行政实施纲要》第17条;中国《食品安全法》第13条;《海南省人民政府法规起草和省政府规章制定程序规定》第19条;《湖南省行政程序规定》第34条等。

[100] 崔卓兰、于立深:《行政规章研究》,吉林人民出版社2002年版,第9页。