



面向新世纪的美国行政法（一）

袁曙宏

引言

0 放松管制,成本—效益分析,市场导向的管制方式,减少的管制预算,权利下放和将公务授权给私人部门等,只是我所说的行政法全球化时代的标志中的一部分。这些管制倾向不仅限于美国,在不同程度上,它们是世界各国公法立法新趋势的典型。几乎所有这些改革都是以市场为导向的,即它们或者是以市场和私人部门取代管制机构,或者是让公共部门使用市场手段、机构和激励机制来取得它们的管制目的。

公法发生的这些变化与私法的变化是平行的。在公法和私法领域,缩小规模、分散立法(或不立法)责任和提高效率都包含在将公民概念转化为消费者概念这一平行的趋势之中。公司“缩减规模”、“从外部汲取资源”、“国外生产”和“重新建造”,显示了私人部门通过尽可能地利用新的全球化技术和新出现的全球市场而实现效益和利润最大化的努力。生产和销售两方面的公司结构都在变化,公司网络——地区的和常常是全球的,以及更小、更分散的生产单位,正日益成为商业组织其自身并进行运营的更为灵活方式的典型。在本文中,我将提出全球化正对政府管制机构起着同样的作用。

公法和私法中平行发生的变化是在一个全球体系内发生的。在这个体系中,最重要的特征是各国经济间的史无前例的相互联系。全球化的第二个典型特征是各国经济和各国国内正在改变着企业实体间的更趋激烈的竞争。在当今计算机和信息技术下,全球经济进程还对传统的分析概念,如核心与外围、或比较优势等构成了挑战。它们包括贸易和企业融资的新模式。更重要的是,当今全球化的核心是这些进程是在没有政府的直接干预下发生的。这样,这些进程不仅正在改变着私人部门从事商业经营的形式和方式,而且对什么是国家,它与私人部门之间应当是何关系,国家能合理采用什么行动来有效处理社会、经济和政治问题等基本理念形成了挑战。

本文正是在这样一个全球化的范畴内探讨了一个基本问题:在国内与全球、公与私的界限正在消失的背景下,政府作为管制者应该有效地扮演一个什么样的角色?由于全球化进程参差不齐,因而全球化是一个有多重含义的词语,其中有些已经早就成为我们经济和政治生活的一部分。然而,我想说,当今的全球化进程正在以一种新的方法改变美国行政法。事实上,国家所起的基本作用正在极大地改变为新的方式:将市场约束方法(以及广泛的私人部门)与公益目的相结合。四个范围广泛的管制革新标志着行政法的新变革的开始:(1)将公共职能委托给私人部门;(2)日益倾向于以市场约束方式代替命令—控制规则;(3)市场结构模式如联邦公司的应用;(4)协商立法等程序规则的应用。这些变革的后果是将法制的作用主要从使公权力的新扩展和国家干预的增加合法化,转变为使新的公私权力相互融合,以及使新的私权力的使用和更加依赖市场方式以达到公益的目的合法化。这种变化正是本文的主题。

从行政法角度来看这种基本变化,本文第一部分将首先研究行政法在两个不同的管制期间所起的作用——19世纪的自由放任时代和20世纪早期以及新政的行政管制时代及其之后。第二部分将列举一些当前包括新的公私权力融合的管制改革方法的例证。第三部分将提供关于这些进展的一些展望,提出虽然我们正处在行政法的重要变革时期,但立法者、法院和公众可以用不同方式解释这种变化。本文在结论中指出,有必要以一种方式来看待这些变化,这种方式要能创造法律结构和理论(为推动解决问题的新的行政方式产生所必须),以及新的公私关系(实施新的行政方式所必须)。如果政府将扮演一个有意义的行政管制者的角色,以及提供一个机会让大众对我们这个日益相关的、全球化的社会将要面对的许多政策问题进行讨论,这当然是十分必须的。

一、行政法与政府关系的传统认识

行政法在任何时候都是与当时流行的国家主导理论直接相关的。19世纪大部分时间，至少直到工业革命的兴起，人民都认为国家应该扮演一种有限的和基本上是消极的角色。这一时期发展起来的行政法也非常有限，所谓行政法的“红灯”理论占了统治地位，行政程序的指导理论是最大化地保护公民免受政府行为的侵害。

随着现代政府的发展，尤其是随着20世纪30年代及其以后一系列新政措施的实施，行政法的一种新理论——阐述政府更多采取干预措施的基本理论成为必要。程序更加具有功能性，被作为政治上执行政府合法性命令的方法。法院甚至立法机构对这种理论的持续运用发展缓慢，部分是因为程序问题时常被认为是独立的，与所涉及的实体问题相分离。司法的、控辩的程序模式通常与那些构成对诉讼者的公正因素是同样的。在行政程序法（APA）以前，没有被广泛接受可以替代法院控辩模式的程序模式，即使当政策问题占支配地位时也是如此。当然，程序也有实体上的影响。

程序越趋向于控辩式，过程看起来就越公正，特别是对那些首先就反对执行实体规定的人而言更是如此；但与此同时，执行有关的政府计划也越难和越昂贵。利用程序达到实体目的，以阻挠特定政府计划的实体目的的实现，在美国有一个漫长的历史。因此，从宪法角度说，能将法院的司法程序转移到行政机构已经是一大进步。这一点最高法院在1932年CrowellBenson案中给予了宪法性的确认。

但仅仅是将程序从法院转移到行政机构并不意味着能自动获得更有效率的程序。通常政治上很难将控辩程序以外的其他程序运用于立法，而不管案件是在法院还是在行政机关审理。实际上，1946年最终通过的APA，同时具有传统的控辩程序和更重视效率的节目的双重要素。该法规定了全部控辩程序，这些程序通常用于规章制度，即使当政策制定占主导地位时也是如此。

当然，APA还标志着一个重要的程序上的突破。在对成为APA重要基础的1941年司法部长报告作出评论时，Verkuil教授强调了这一立法的一些较新的方面：

“程序被视为公正执行政府计划的途径，其有效性是通过其对该目标的贡献大小来衡量的。这一关于程序的功能性的观点要求灵活性和非正式性以及对控辩性听证的承认... 自动地和未经验证地依赖于司法模式将不再能满意地解决争议。”

虽然现在在行政领域替代的程序模式已经成为可能，但司法模式仍将继续存在，特别是因为20世纪40年代到60年代的一些经济立法一定程度上被视为一种价格立法。司法程序经常使用，即使在争议明显有重要的政策含义的行政领域也是如此。

除了用于执行行政机构计划的程序外，行政机构的合法性这一根本问题显得很突出，特别是当制定规章的范围增加时更是如此。法院主要负责提供法律框架，将行政法从公法的传统的普通法模式，转变为一种更适合于一个干预性的政府的模式。法院很大程度上是靠扩大对方参与行政机构和司法程序的机会，从而使行政程序成为政治程序的一个代用品。Stewart教授在他的影响深远的论文《美国行政法的改革》中这样总结这种变化：

在全球化时代，行政法现在看起来从它的作为公权力的合法的新扩展，发展为公私权力的合法的新融合，或者私权力被运用于公益目的。市场导向和结构的新行政法很大程度上是政府立法和执法分支的创建。

朝着更大的政治参与和行政决策程序（代表着20世纪60至70年代行政法的特点）的最大透明度方向发展，这是Stewart教授认识到的行政法变革的关键方面；正是这一过程的这一方面在全球化的某些进程中处于危险之中。在全球化经济中，许多重要的经济问题在成为公众关心或参与的问题之前就已经被决定。资本市场独立于任何一个国家运行，但它们能对一国政府施加巨大的压力来使之符合市场规律。公/私划分，作为美国公法的一部分，将很多这种经济决策活动从公法中分离出去；但这一类的金融决策影响如此重大，以致它们能够构建公共部门行动的条件框架。

这种金融压力能大大减少一国政府参与传统形式的经济管制的动力。更有甚者，在全球化经济中，在工厂和劳力上的投资是没有尽头的，如果以税收和管制负担表现的成本太高，这种投资会很容易地流到其他回报更高的地方。在世界不同地方经营的公司这样就可以选择将其活动转移或扩展到更有利的国家。即使这样的“地方化威胁”不会实现，它们也有影响联邦、州和地方各级政府政治和政策决定的重要能力。实际上，政府不一定必然显得软弱，而可以靠采取“促进增长”的经济政策，也就是靠肯定性的强调低税收和更少的管制来显得活跃。这种方式使得政府能“做有些事”，即使做这些事的结果是减少其在经济中的总的作用。

然而，只将管制改革放在公的领域或私的领域，看来都赋予了公/私界限不应有的意义和重要性。在有些情况下，将某一政策领域私营化并不必然消除政府和公权力的参与，而是运用市场规律来执行涉及到的公共政策。在其他领域，将作出的决策可能完全是私人的决策，而且最好留给市场——如气或油的出厂价格。运用私人或市场方式来达到公共目的，应被视为不同于私权力的运用；这种私权力企图完全独立于任何公共的、集体的决策程序。

二、当前行政法发展的新趋势

联邦近来的管制改革包括一些私有化的明显例证——即政府的完全退却和将许多决策全部交还给私营市场。20世纪70年代，航空的一些方面不再受约束，民用航空委员会被撤销；对石油和天然气的出厂价格控制被取消；最近州际商业委员会也被废除。诚然，在大规模进行立法改革的同时，州仍然介入，但它必须越来越纳入市场因素以取得公益的目的。事实上，市场的模式、途径、语言和概念主导了联邦政府目前达到其立法目的的途径。这在Gore委员会的关于重新创造政府报告的语言、途径、建议和语气中体现得尤为突出。

在1993年9月公布的第一份《国家行动回顾报告》（NPR）中，Gore委员会概括了美国政府的现状和一个“重新创建”政府的计划，以使其能更好地为美国人民服务，并在这个全球化的新时代继续领导世界。在这个报告中，委员会说它的目标是创造一个“有意义的”、“能得出结果的”、“将顾客放在第一位的”、“让钱花得值得的”政府。为此目的，它指示所有机构首脑“减少过时的法规”，“奖励结果，而不是繁文缛节”，“走出华盛顿，创造基本的合作关系”，“磋商，而不是命令”。从发布第一份报告起，该委员会已经两次发布修改案，最近的一次大胆地宣称：“大政府的时代已经结束了”。

在全球背景下的这种新构想的运用，预言了美国行政法的重大变化，它包括如下内容：（1）各级政府公私部门的新融合；（2）对公和私的重新定义，或至少在私人部门那些职责可被履行；（3）在行政机构进行自由裁量时，更多地依赖决策的谈判和磋商模式；（4）公共参与的萎缩源于对私有化和将公共职能授予私营实体的依赖；（5）降低公益价值作用的市场学说，代之以成本—效益分析的市场构想。

从管制的方向、重点和语言来分析这些变化，我们应该简单地描述最近管制改革的四个例子以及它们对行政法的影响：（1）将公共职能一揽子授予私人部门；（2）联邦对州和私人部门的责任的减少；（3）为执行目的保留政府责任，但用于执行这些政府计划的程序和结构被私人化；（4）设计用以制定更一致、更利于执行的规章的新的程序性方法。

（一）将公共职能授予私人部门

一些人可能会对我将公私权力的融合归纳为行政法的一个新内容提出异议，指出规章由于颁布它的程序而总是包括公私的混合。如果一个规范在酝酿中，管理对象被要求提出意见。如果判决尚未作出，在进行过程中私人与政府之间明显有一个给予和接受的关系。更多的非正式合同也一直是行政过程的一部分，特别是如果事态涉及机构尚无法定夺的未来行动方向。

然而，这样的合同通常包括这样一种关系：政府被置于一个中间的决策者的地位，而管理对象作为程序的相对一方。在规章制定程序中，参与对所有有兴趣的各方都是公开的，而且有一种赞成将所有与机构的交流都记录在案的强烈倾向。

但是，最近州和联邦的改革寻求用不同的方法将私人部门包括进来。一种途径是将通常认为是公的权力和职能授予私人部门；恣恠腥 媾堪去保 柜鱿喙氏耐揪妒墙 üS 苦 刷惺沟恼虎 澳芳闹匾 糠钟梅趾贤 问纹 谟把皎瞬裸拧 A 碓恢滞揪妒遣唤電 皎瞬裸虐 彳谩庵中碌幕俄楣巨抵校 鼓鼻筮莺偷胤秸 暮献骛筒斡辨 O 旅嫖壹虻廿曆教忠幌铝礁釜道 核皎思嚶 透@ 母铄?/DIV>

例一：私人监狱

司法部在1996年的预算报告中，要求拨款31.8亿美元来建设3个新的联邦监狱和资助7个新监狱的活动，其中5个监狱将私有化。“遵循重新创设政府的方法，该请求建议在合适时更多地利用私人公司来管理联邦犯人。这就通过合同将几个目前正在建设的联邦监狱的管理和运作交给私人，扩大了私营部门在联邦对罪犯的教育中的作用。未来的大部分审判前拘押、小规模的和低安全的联邦监狱都将由私营部门管理。”

将监狱交由私营部门管理不同于放松对航空的管理或解除对气或油的出厂价格的控制。航空工业和石油、气一样都是私有工业，有大量的竞争者，市场可以在所有这些领域的价格设定中发挥作用。但监狱，至少在现代，一般认为是一种公共职能。这不意味着与管理监狱相联系的“服务”不能由私人企业提供，但供给监狱的整个职责一直被广泛认为是一项政府职能。这项职能的私有化的含义不同于对油、气等工业放开管制的含义。当后一种放开管制发生时，公法程序不再适用于市场竞争者如何确定价格，这有反垄断法通常就够了。但当对监狱的职责被授予私营部门时，重要的宪法性问题就产生了：政府能委托这些职责吗？如果能，在私人监狱中的犯人的宪法权利应该如何？

法院已开始解决这些问题，并且通常倾向于将公共领域的一些方面扩展至目前的私人部门。但是，这是通过州行为理论——

一种不够清楚而且高度依赖于具体事实的理论来实现的。十分明显，如果将来公法要有所作为，这是一种很多时候会被求助的理论，除了涉及的重要法律问题之外，这种公私部门之间的新伙伴关系的性质至少由于三个理由对我们有指导意义：

首先，它显示出通过私有化进行的管制改革的主要源泉，是由减低政府成本的需要驱动的。监狱服务的私人提供者之间的竞争将使这些服务能高效率地完成。其次，公共职能的私营化揭示出政府不是象它应该的那样好，或至少不是象它应该的那样有效率。再次，将市场方式和效率等同于公共利益揭示出，即便是监禁违法者这样的功能，在其商业性质方面与传统的市场行为也并无大的不同，以致一定要排斥私人部门置身其间。但是，很重要的一点应该强调，通过私营部门的帮助将监狱私营化的方法，

不仅节约了资金，而且用一种新的方式融合了公私部门。这种方法不是孤立的，而是一个更大的、正在形成的用成本—效益的方法来努力履行其主要公共职责的政府努力的一个组成部分。一个已经产生并将继续存在的问题是，公法对这种伙伴关系的私人一方的适用范围问题。从更哲理的层次考虑，还会产生的问题就是受公法保护的各种价值能否主要转变为一种效率理论。在这种转变中有没有什么东西会丧失？福利改革显然导致了这种担心，特别是因为以前的福利制度是建立在这样一个前提下，即为那些不能被市场经济接纳的人提供一个安全网是联邦政府的职责。

例二：福利改革

除了传统的联邦主义的考虑和各州在我们的联邦体系中应扮演的角色之外，将联邦的责任委托给州还受成本考虑和各州为吸引外资进行的日渐激烈的竞争的驱动。事实上，许多州现在在很多国家有它们自己的商务代表，这些代表努力寻求外国投资，以及增加这些投资带来的工作机会和扩大销售各州产品的新的全球市场。如果对州的立法和社会成本有更大的严格控制的机会，则能使有效率的州在全球经济中更有竞争力。这是促使州政府福利资助项目进一步加强控制的诸多动力之一。实际上，克林顿政府已经颁布了无数的备忘录和命令批准将联邦权力下放给各州。它的原因与那些大企业谋求分散经营的原因相似，即增加效率。从联邦政府来说，各州“应

有更大的灵活性来设法解决公民面临的问题,而无需联邦政府过多的微观管理和不必要的管制”。福利改革是这种政府管理分散化的最明显的例证之一。

1996年的福利改革法案,又称为“1996年个人责任和工作机会协调法案”,通过“整体授权”的磋商方法将管理对贫困家庭的福利的责任从联邦政府转移到各州。在这样做时,联邦政府放弃了它传统的保护穷人的安全网功能。这种放弃很大程度上是基于一种信念,即各州能设计它们各自的救助穷人的方案,以及作出它们自己如何最大限度地满足其最贫穷居民需要的选择。然而,联邦的介入仍然被保留了。一个州只有在满足以下条件后在这个法案下提供社会福利才是合法的,即它首先应向健康和公益事务部长提交一份计划,该计划应符合多项要求,并包括州准备如何执行一个包括以下内容的方案:(1)向已有或将有孩子的贫穷家庭提供帮助,并为其父母提供工作培训、工作和辅助服务,以使它们能离开方案自食其力;(2)一旦州认为父母或监护人可以开始工作,或它们已接受帮助达24个月(无论是否连续),就要求它们开始工作,以先满足的条件为准。联邦政府对州政府的这种宽松的规定表示了对联邦政府监管权力的一种尊重,同时极大地解放了各州,使其能根据它们自己的需要来精心构思福利改革方案。各州得到这些新的自由后,不少州有兴趣在执行它们的方案时雇佣私人部门。正如纽约时报特别提到的:“新法允许各州不仅买福利服务,而且买决定享受福利的资格和利益的决策人。”它还继续说:“支持者宣称,将福利交给私人部门,将是使各州面对新法的财政义务的最有成本效益和最人道的办法。一个营利的企业有根据结果奖励雇员的灵活性...并将福利机关从着眼于计算失业和签发支票转变为帮助人们迅速找到工作。”

一批私人企业正排队等着接管这些功能,包括Lockheed和电子数据系统。私人部门追求利润的需要与适当的社会公益价值之间的利益冲突是否会激化还有待证实。

(二) 联邦公司—政府的公司化

在20世纪30年代和40年代,这些公司全盛时期的一个显著特征是,即使当它们被称赞作为行政上、经济上和法律上与政府相独立和相区别的机构,这有助于它们采用统计和融资的商业方法,避免政治控制,以及利用商业管理的日常程序;但这些公司仍然完全被承认是政府的“构件”,并构成“日常政府部门”以外的“联邦公司机构”。

然而,就私有化的监狱而言,如何管理联邦公司和法院选择如何看待它们,都对我们理解行政法将来的发展至关重要。事实上,对各种公司机构形式的使用越来越普遍。现在,政府常常被希望以一种与私人部门的模式一致的方式来行事。这对政府进行的各种商业活动尤其如此,但市场和模式的主宰还不仅于此。市场理论还常常被用于建构各种非商业的管制方式和管制激励,如在修订清洁空气法时对市场方式的应用。除了政府机构的结构和管制目前所采取的市场形式外,还有一些通过新的方式融合公私的一些程序上的变化。也许其中最突出和最重要的,就是越来越多地选择非正式的解决纠纷途径,特别是商执法。

(三) 协商立法

以上所有市场结构和市场管制理论的例子,都揭示出管制对象与政府之间、以及更重要的政府与公民之间的不同关系。可以只将这些视为管制方式的一种改变,但我相信还有更多的意义。因为管制的目的越来越模仿市场结果,这不可避免地不仅影响管制理论,而且影响这些结果得以达到的过程。将众多的参与者包括其中是没有效率的;若如此,程序的成本将变得与实施实体管制的成本一样重要。协商执法可以一定程度上减少诉讼成本。它们通常使用更多的市场导向的方法,因为它们给予被管制者更多的机会在协商下形成法律规则。同时,成功的协商需要一个可以工作的参加者团体。这一需要又反过来影响利益团体与政府互动的性质,以及该程序中的参加者人数。

1990年的协商立法法案,是设计在建议立法的通告发布以前,在政策制定的最初计划阶段,就使与其利益有关的相关人介入。这些相关人,加上政府机构的代表,被期望产生一个建议法的协议,并将其提交给政府机构,由其决定是接受、修改或拒绝。如果政府机构接受,则该协议就成为随后发布征求意见的建议立法的基础。

这种方法的一个重要目标,是鼓励各方放弃在可能进行诉讼时通常会采取的不灵活的态度。协商立法提供

了一个和解和妥协的论坛，以达成一个使各方都满意的结果；同时，对政府机构而言，这样做可能避免了诉讼。不是政府机构或法院“赢”或者“输”，而是协商的每一方都有机会确保最后的立法结果考虑了包括自己的工厂或行业的重要方面的利益。

当然，这种关于法规的协议对政府也很重要，特别是当政府用于执法的资源减少，而诉讼成本对其预算也造成负面影响时。简单地说，更一致的立法途径也许不仅为涉及的各方更节省成本，而且对执行根据这些程序制定出的法律的政府机构也更现实。

法案规定，利益相关方或政府机构本身可以建议设计一个特定规则来进行协商。然后，政府机构就应指定一个“召集人”，来帮助政府机构首脑决定这种非正式的协商程序是否适合于需要决定的问题。这是在考虑多种因素，包括进行协商的委员会是否能有效代表所有相互竞争的利益方等之后进行的。一旦召集人认定问题适于协商，就将仔细分析潜在的参加者对协商价值的评价。如果一方认为存在协商以外的解决问题的更好替代方式，协商立法程序可能就会失败。有效的协商取决于参加方的认同：即使有“协商协议的最好的替代”，协商仍然更有吸引力。

更新日期:2010-3-19
阅读次数:430

上一条:[南博方著 杨建顺译 日本行政法的现状与课题](#)

下一条:[袁曙宏 面向新世纪的美国行政法（二）](#)

[【打印本页】](#) [【关闭窗口】](#)

□□————— ————— □□————— ————— □□————— ————— □□—————

==本栏目相关文章==

▣ [袁曙宏 面向新世纪的美国行政法（二）](#)

[中心简介](#) | [联系我们](#) | [加入收藏夹](#) | [设为首页](#)

Copyright 中国人民大学行政法与行政诉讼法精品课程网 2005-2010 All rights reserved.