

中国法学会邮件系统

用户名 密码

信息检索

包含字符 检索内容 检索字段 排序字段 排序方式

一月信息排行

Commun

[对外交流](#) >> [国外法学](#) >> [法律总览](#)本层分类: | [法律制度](#) | [法律总览](#)[→ 法律总览](#)

美国行政法学发展新趋势评介

阅读次数: 571 2006-6-1 10:53:00

美国行政法学发展新趋势评介

20世纪来, 西方国家的政府管制 (regulatory) 逐渐覆盖了社会与经济生活的绝大多数领域。但是翻开80年代以前的任何一本美国行政法学教科书, 诸如此类的内容充斥了整个篇幅: 行政授权、自由裁量权的控制、正当法律程序、国会的监督、分权、行政裁决、行政行为的程序、司法审查等等。而对于政府对社会经济进行管制的实质性内容, 比如管制的手段、对管制的撤销、管制的有效性、管制的“成本—效益分析”、具有破坏性的经济竞争、公共健康与安全、社会福利等问题, 在同样的书中却很少受到关注, 它们几乎成为整个行政法学界遗忘的角落, 尽管谁也无法否认政府管制的实质性内容所具有的极为重要的政治、社会意义, 尽管政治家、社会学家、经济学家以及文化人类学家们从中挖掘出了一个又一个金矿。但是, 曾经被埋没的不会永远被埋没。自70年代末、80年代起, 政府管制改革在美国如火如荼地展开, 一片崭新的研究领域被开拓出来, (注: 具体的研究可参见下列文章与著作: Case R. Sunstein, Administrative Substance, 1991 *Duke L.J.* pp. 607—627. Christopher F. Edley, Jr., The Governance Crisis, *Legal Theory, and Political Ideology*, 1991 *Duke L.J.* 546—566. Huge T. Miller, *Everyday Politics in Public Administration*, 23 *AM. REY. PUB. ADMIN.* 99(1993); G. O. Robinson: *American Bureaucracy: public choice and public Law*. Ann Arbor: Univ. of Michigan Pr. 1991. Brand, Donald Robert, *Corporatism and the Rule of Law: a Study of the National Recovery Administration*. Ithaca, N. Y.: Cornell Univ. Pr. 1988. P. H. Schuck: *Foundation of Administrative Law*. New York: Oxford Univ. Pr. 1994.) 行政法学者把目光转向了这片新的视野, 他们跳出仅对政府管制程序以及监控管制进行研究的传统框架, 力图从行政法学的角度开始研究政府管

制的实质。本文是对80年代以来美国行政法学界关于政府管制的理论和研究作初步介绍的一种尝试，同时还想简要探讨这一研究趋势的意义，其目的不仅在于作学理上的评论，更希望对目前中国正在进行的行政机构改革以及政府规制市场经济的具体实践有所助益与借鉴。

一、有关政府管制的理论

行政法学者对政府管制的实质进行研究，最初借鉴的是经济学与政治学的相关理论。因为在此之前，自政府对经济与社会进行管制之初，有关政府管制的经济或社会理论就逐渐形成了。90年代以后，行政法学者开始将有关政府管制的政治、经济与法律理论相融合。下面简要介绍一下五种有关政府管制的理论。

有关政府管制的理论最先来自美国政府在其镀金时代（gilded age）为了制止当时盛行的铁路营建事业的高度投机现象而对铁路公司进行的管制。政府所采取的手段是通过《1887年州际贸易法》，禁止铁路公司的某些被认为是不正当的活动，例如规定歧视性价格、索取回扣等，同时建立州际商业委员会，以协助执行这些禁令。（注：伯纳德·施瓦茨：《美国法律史》，王军等译，中国政法大学出版社1997年版，第157—159页。）由此，弗朗西斯·亚当斯与布兰代斯法官提出了公共利益理论（public interest theory），他们认为政府管制的目的是控制被管制的企业对价格进行垄断或者对消费者和劳工滥用权力，政府可以代表公众对市场作出一定理性计算，这一管制符合“帕累托最优”的原则，它不仅在经济上是富有成效的，而且促进了整个社会的完善。（注：Herbert Hovekamp, Regulatory Conflict in the Gilded Ages: Federation and the Railroad Problem, 1986, Yale L.J. p p. 1061—1072.）后来，随着政府管制范围的逐步扩大，公共利益理论几乎被用来解释所有政府管制问题。（注：比如R. J. Pierce, G. D. Allism: Economic Regulation: Energy Transportation and Utilities. Martin Michie Bobbs-merrill Law Publishing, (1981).）

管制捕获理论（regulatory capture theory）也是在此过程中形成的一个理论，但其基本思想与公共利益理论完全相左。该理论认为，确立政府管制的立法机关或政府管制机构仅代表某一特殊利益集团的利益，而非一般公众。“捕获”政府管制即促使政府进行管制的，或是被管制对象本身（由于它深受市场失败的影响），或是其它有可能从

中获益的人，比如铁路管制中受到铁路营运者盘剥的农场主或者受到挤兑的其它运输业主。换言之，政府管制与其说是为了社会公益的目的，毋宁说是特殊的利益集团“寻租”的结果，也许，在某些时候，政府管制会给一般公众带来一些有益的因素，但这并非政府管制实际的初衷，它充其量不过是管制的意外结果而已。（注：参见，理查德·波斯纳：《法律与经济分析》，蒋兆康译，中国大百科全书出版社1997年版，第475—476页；又见，G. Miller, Railroad and the Granger Laws, (1971).）

还有一种理论是从研究行政机关发展的本身来解释政府管制，这就是组织与制度理论（注：James G. March & Johan P. Olsen, Rediscovering Institutions: the Basis of Politics (1989).）（or organization and institution theory）。该理论认为，仅仅研究外在于行政机关的政府机构如立法机关和司法机关对行政权的控制是不够的，应该认为行政过程和司法与立法程序一样是追求公正与公共福利的，作为制度的产物，行政机关处于宪法和成文法所建构的制度框架之内，制度决定了行政机关的机构设置、活动能力以及激励其有效行为的机制，因此，行政机关例行公事的惯例、官僚文化、职业培训以及机构体系对行政机关的管制决策具有决定性影响。从行政机关理性化（bureaucratic rationality）的角度而言，行政机关作出正确管制决策的机会比国会与司法机关更多。（注：参见，Jerry Mashaw: Bureaucratic Justice. New Haven and London: Yale University Pr. (1983), Seitz, S. Thomas: Bureaucracy, Policy and the Public, Saint Louis, C.V. Mosby Co. (1978). C. R. Davis: Organization Theories and Public Administration. Westport Conn.: Praeger. (1996).）

70年代兴起的公共选择理论，至80年代末、90年代初也侵入到行政法学的理论中来。（注：G. O. Robinson, American Bureaucracy: Public Choice and Public Law. Ann Arbor: Univ. of Michigan Pr. (1991), Danleavy, Patrick, Democracy, Bureaucracy and Public Choice: Economic Explanations in Political Science. New York: Harvestor Wheatsheaf. (1991).）该理论的目的在于用一种相应和尽可能合适的政治市场运转理论来补充物质资料或商业服务之生产和交换的理论。（注：J.M. Buchanan & R. Tollison, Theory of Public Choice: Political Application of Economics, Michigan Uni

versity Pr. (1972).) 当用公共选择理论解释政府管制时，就是在把政府管制政策的形成看作是一个类似于市场交易的过程，那些需求管制的人（如消费者）与那些被管制的人（如产品的制造商）经过讨价还价达成了协议。在此过程中，还涉及到选民、立法机关、行政机构、法院、独立的专家等政治力量，他们都可以参与到讨论中来，力图说服对方。但是，商人或产品的制造商们可能占据上风，因为他们在政府管制中所具有的巨大经济动力会比一般的公民或政府机构更多地影响管制决策。

最后谈到的一种有关政府管制理论试图综合、吸收和借鉴上述这些理论。这种综合管理理论（注：参见，Joseph P.Toman & Sidney A.Shapiro, *Analyzing Government Regulation*. 49 Admin.L.R. pp.377—416.）认为，将政府对社会、经济领域所进行的管制仅仅与行政机关相联系，主张它不过是一种专属于行政机关的职能，是一种相当片面的观点。在此理论视角中，政府管制是一个涉及行政机关、立法机关与司法机关相互作用的、十分复杂的政治过程。具体而言，行政机关对经济与社会的管制权来源于立法机关的授权。立法机关制定内容宽泛的、有关政府管制的法律，并在法律中将较为细致的规章制定权授予行政机关；或者，通过专门的授权法案，设立专门的独立管制机构对某一经济领域进行政府管制。经此途径，行政机关的具体管制行为获得了政治上的合法性与公众的支持，因为国会由公众选举产生的议员组成，如果管制失败了，其责任并不完全由行政机关单独承担，尽管它仍承担执行不利的结果。法院在其中的作用是当有人对政府管制产生异议时，它将以宪法与法律为依据对政府管制的合宪性与合法性进行审查。于是，政府管制就不仅是行政机关一家的事了，而是行政机关、立法机关与司法机关共同作用的结果。政府管制的研究者将这三者的相互作用分为三种：政治的影响，即赢得公众支持的立法机关的提议；政策的选择，即由行政机关根据其自身掌握的信息而提出的、理性而科学的管制选择；宪法的限制，即司法机关依据宪法而对政府管制所作的基本价值判断。一般而言，只有同时满足了上述三种条件，政府的管制才合理又合法，通行起来障碍也不会太大。

因此，政治的影响、政策的选择与宪法、法律的限制构成了综合政府管制理论三个变量，根据三个变量之间关系的不同，政府管制的方法亦有差异。例如，某政府管制计划的政策选择因素强一些，那么，它更多的一个精密细致、理性计算的过程（而非市场化的公共选择）的

结果；同样，如果政府管制计划的政策理性成分较少，那么，它更多的是一个利益作用的结果。如果一个政府管制计划既缺乏理性的计算，又缺乏公众的响应，同时也缺乏制度支持，那么它是否能被通过、即使通过了是否能通行都是存在相当疑义的。

总之，这一政府管制的理论，是对一个相当复杂的政治行为世界所进行的分析。它没有仅仅停留于行政法的规范与程序，而是深入到政府管制行为的整个过程中。目前，学者运用这一理论对政府管制的许多领域进行了分析，包括汽车安全、环境标准、核能、风险管制、产品安全风险、社会安全与福利、工作场所的健康与安全等等。

二、政府管制的分析模式

由于当代政府管制理论借鉴了经济学、政治学和社会学的有关理论，所以其分析方法也不可避免地带上了经济学、政治学和社会学方法的印记。有三种方法经常用于政府管制分析中：其一，是通过分析制定法、政府规则以及法院的解释来揭示公法的结构与原则；其二，是通过分析政策合法化的途径以及政府干预市场的技术，以阐明现代管制国家的实际价值及其遵循的规范；其三，是通过探讨区别于工业与市场活动的政府行为，发现管制手段的局限与优点，完善管制的具体方式，解除不必要的管制，以有利于美国正出现的管制改革趋势。

具体的政府管制分析一般遵循这样一个逻辑的过程：（注：该管制分析过程由Breyer法官在Regulation and Its Reform（1981）一书中提出。此书中，Breyer法官运用此分析模式对诸多政府管制领域进行了探讨：健康与安全、环境污染、航空、天然气、公益事业等等。）首先是对市场进行分析，检测市场产生的结果与经济或其他社会价值是否相符。换言之，也就是对政府干涉市场的正当性进行探讨。政府对市场进行干涉必须具有经济上的正当性或非经济的正当性。当市场不能以一种有效的方式运行，政府干预市场的目的在于纠正“市场失败”，那么，政府干预正当性就存在了。政府干预市场的非经济正当性与社会上通行的一整套价值体系有关，后者是社会通过它的政治系统以宪法或法律的形式所预设的。政府既可以依据这些价值准则事先设定市场运行的规范，又可以在市场的运行方式与这些价值准则不符时，迫使市场的运作遵循这些价值。这同如果政府的管制计划与这些价值准则相抵触，法院可以根据宪法或法律宣布该管制违宪或违法是同样的道理。当市场的运作不公正、不合理或与其他社会价值不符时，政府就取得了干预市

场的非经济的正当性。

其次是对管制方法的探讨：运用何种管制方法，即采取何种管制制度与手段将产生更和谐的市场或社会结果？与此相联系的问题是对管制方法的实际选择。一般而言，政府对管制方法的选择是在一个相对有限的范围内作出的，在针对具体管制问题时，它所使用的方法随着具体情况的不同而改变。例如，在进行州际公路系统建设的项目时，联邦政府既可以直接通过国会拨款由自己选定承建人完成建设任务，也可以向相关州政府提供援助，由州政府先用自己的资金垫付来作业特殊地段，然后再由联邦政府偿还。运用哪一种管制方法不仅受管制问题的具体情况影响，比如上述州际公路系统建设路线的选择和承包人的选择会受到联邦与州的关系以及州和地方政治现实状况等影响。同时，每一种管制方法本身的形成过程对其下一次的运用都会产生一定的羁束作用，再来谈一谈上面那个问题——州际公路系统建设，在该项目实施过程中，许多步骤被逐步制度化并形成一定惯例，联邦政府继续该项目时，如果碰到类似的情况，一般就会依循惯例，而不会另辟新径。类似的例子还有，如联邦政府对城市改造计划的管制。

最后的问题是对政府是否选择了最有效的管制方法的评估。如果政府没有为手边的问题找到相配的管制方法，就会产生“不相匹配”（mismatch）的结果。（注：见Breyer法官的Regulation and Its Reform（1981）一书，第191页。）这种不相匹配的情况可能出于三种原因：一是由于政府对所要解决的问题认识不明，而应用了错误的管制方式；二是政府即使认清了所要解决的问题，但管制手段的有效性及其花费可能发生变化。也就是说，随着实际情况的发展，原有的管制方式可能变得不方便，花费甚至会增加，也可能出现了花费更省、更方便的管制方式，使原有的管制方式显得陈旧而过时；三是如果政治倾向有所改变，公众不再支持先前政府进行管制的目的，那么，相应的管制方法也会受到批评。

理解管制分析过程的关键在于两个方面，一方面是为政府管制取得正当性（经济的和非经济的）的根据，另一方面是选择管制方式时必须面临的一些限制。这两个方面同时暗含了对政府管制的实体问题与程序问题的考察，对它们进行审慎细致的分析，就能找到上述两类问题的解答。

三、政府管制的合理性分析

目前，美国通行的政府管制主要针对两类情况，一类是为了保护消费者利益而进行的经济管制；另一类是为了保护环境、减少健康与安全风险、消除种族歧视和改善贫困状况而进行的社会管制。在这两类政府管制中，上述三种因素：政治的影响、政策的选择和宪法、法律限制都同时在起作用，但它们起作用的程度是有差别的。

经济管制主要是为弥补市场所具有的三个自身无法弥补的缺陷——自然垄断（natural monopoly）、过度的竞争（excessive competition）和经济租（economic rents），这样的经济管制方式有三种：（1）利润控制（profit control），即受管制的企业的定价不能超过为弥补其成本所必须的水平，包括合理的投资资本收益；（2）进入控制（entry control），即如果企业想进入受到管制的服务行业，必须先从管理机构处取得公共事业和必需品的营业执照；（3）价格结构控制（control over price structure），即企业不得实施价格歧视。（注：James G. March & Johan P. Olsen, *Rediscovering Institutions: the Basis of Politics*（1989），第455页。）

为了防止由于利润偏低而导致产量减少和消费价格偏高的自然垄断，美国政府对一些基础性公用事业实行了管制。传统的管制方法是由政府垄断公用事业的发展，通过设定公用事业的价格和限定服务义务来保护消费者的利益。然而，美国7、80年代发生的燃气与电力公用事业市场的中断促使政府不得不对传统的管制方法进行重新评估。在对公用事业市场的详致调查之后，政府创建了专供公用设备销售的“政府市场”（government markets）即通过法律或管制计划改变市场的自然结构以促进企业进入市场。（注：参见，Joseph P. Toman & Sidney A. Shapiro, *Analyzing Government Regulation*. 49 Admin. L. R. pp. 413.）

政府对过度竞争的控制是基于这样的理由：就某些市场而言，过度的竞争可能迫使销售者降低价格，其中许多人将因此而歇业或生产能力减弱，这样，商品的价格反而会大大提高，最终损害了一般消费者的利益。以政府对交通行业的管制为例，政府通过设定价格和对相应公司进出交通市场来实现控制。但是后来的政策研究表明，这种管制往往与管制的目的背道而驰，因为它提高了而不是降低了消费的价格，于是，联邦与州政府都相继撤销了管制。同样的问题也出现在农业市场，但由于

农场主占据了稳固的政治地位，所以政府仍然向农业提供援助，也许，高额的财政赤字会使国会改变政策。

经济管制的最后一个领域与经济租有关，即由于销售了供应短缺的货物或服务而获得了超额利润。为了促进公正，政府会减少这种“租金”。控制租金最普通的例子是对城市里出租房屋的价格控制。这种控制是对贫穷者的一种帮助。

政府的社会管制则是为了弥补市场的四个失败：外部性（externalities）、不完全的信息（inadequate information）、稀缺（scarcity）与公共物品（public goods）。社会管制的手段主要有两种：立法规制与拨款。

诸如环境污染、不安全的产品等问题属于外在于市场的问题，因为一个工厂释放到空气中的污染可能不会计入生产的成本，市场本身不可能强加给工厂解决污染问题的义务，但是，这些污染却会影响一般公众的生活与健康，所以，要由政府对此类问题进行管制。政府应当选择一种最有效的管制方式。一般而言，政府对市场外在性的管制是通过设置普通的标准或规定被管制对象必须采取某些预防性措施来实现的，比如可以规定住房和工厂中可用的制热设备与动力设备的类型，或把工业企业限定在规定区域之内。当然这种管制的目标并非消灭烟尘污染，而是把其限制在最适当的范围内。（注：科斯：《论生产的制度结构》，盛洪陈郁译校，上海三联书店，1994年版，第76页。）最近，政府也开始尝试采用新的管制方式，比如增加污染的附加税等。

为了保护消费者的利益，保证他们获得有关商品的完全信息，政府会要求销售者向消费者公开必要的信息，比如在食品上贴上生产日期与保质日期的标签，或者要求销售者的产品出售之前取得许可证。政府也会基于道德、伦理或其他社会原因对市场上供应哪些货物进行管制，比如限制特殊类型药物、濒临灭绝的动物毛皮等商品的销售，或者，禁止带有盈利目的的收养儿童，禁止买卖人的器官等。

如果提供了商品却不能盈利，市场就会拒绝提供这样的商品。但是一个社会出于道义的原因，却不希望看到该社会的某些成员遭受饥饿、无力受教育或者没钱医治疾病。所以，社会通常会寄希望于政府供应一些公共物品，或者向公共物品的供应者提供补助。目前，美国政府提供

公共物品的领域有社会福利、健康、教育、职业培训等等。但是，也有专家认为政府对这些领域的管制并不成功，给纳税人造成了损失，所以，建议政府在这些领域也建立“政府市场”。

四、政府管制研究——行政法学的新发展

上述的研究表明，越来越多的美国行政法学者已经开始意识到，传统行政法仅仅把注意力集中于宪法、行政法与行政程序是远远不够的，行政法规范以外的东西，诸如行政管制的性质以及其实质上的范围等问题，对于行政法的研究而言，也是同样重要的。因为就整个政府管制活动来讲，它不仅仅具有政治与法律意义，不仅仅是一个对权力进行划分、在权力之间达成制衡、为权利提供保障的过程，它同时也具有社会和经济意义，它还是一个讲究管制的科学性、讲究对社会的合理调控、讲究官僚效率的实现的过程。这两类问题是政府管制活动共生共存的两个方面，忽略任何一个方面，对于政府管制的正常有效运行、达致人们所期望的状态都是有影响的。但是，从行政法学的发展来看，传统行政法学所真正能提供的、能够对行政管制的实质内容进行有效分析的专业“话语”太少了，可以说，这是一片崭新的领域。

自8、90年代以来，美国的行政法学者开始真正踏入了这片新领域，开始建立起一种新的分析话语。他们从政府的性质这样基本问题入手，探讨了“管制国家”的目的与对象、“健全管制”的基本构成要件、“新公共时代”的含义、“官僚政府”的“公共利益”等对公共生活与公共秩序具有重要价值的问题。（注：见Cass R. Sunstein, *After the Rights Revolution Reconceiving the Regulatory State* (1990)；Susan Rose-Ackerman, *Rethinking the Professional Agenda: the Reform of the American Regulatory State*. (1991)；Thomas O. McGarity, *Reinventing Rationality: the Role of Regulatory Analysis in the Federal Bureaucracy* (1991)）他们不仅仅站在传统研究法律形式、法律原则和法律规范的角度，同时，更结合运用经济的、政治的和社會的方法。与经济、政治学家涉足法律领域不同，他们对政府的基本运行更为精通，因为无疑他们曾是法律程序（也就是政治程序）的专家。所以，他们能够对以前很少涉及的政府运行的具体领域，比如环境、公共安全、社会福利进行入木三分的政策分析，从中寻求和回答有关“美好社会”与“美好政府”这样宏观而广泛的问题。（注：Stephen L. Elkin and Karol Edward Soltan, *New Constitutionalism: Designing Political Institutions fo*

for a Good Society.)他们吸收与借鉴了“新自由主义”的政治思想,质疑将经济效率,即将一种科学计算的原则作为评价政府功过的惟一标准的观点,认为政府的功能应当是“三位一体”(施瓦茨语)的:既保护公民权利、又促进政府效率同时保护非商品性的价值。(注:Peter H.Schuck,Regulation,Non-Market Values and theAdministrative State: A Comment onProfessor Stewart, 92 Yale L.J.1602, 1608 (1983); Richard B.Stewart,Regulation in a Liberal State:TheRole of Non-CommodityValue,92 Yale L.J. 1537 (1983).)并且他们笃信行政机关结构的变迁、功能的转换都应与社会、经济的需要相适应,通过扩大公众对行政事务广泛的参与,使公众依赖行政机关有效处理社会经济问题的能力。同样的,他们也借鉴了所谓“新保守主义”,仍然相信市场“看不见的手”的作用,依靠政策分析来解决市场规范问题,对行政机关权力运用保持必要的警醒。他们不仅认为应当加强对行政机关行为的司法监督,同时也寄希望于国会,寄希望其能进一步发挥对行政机关的制约作用。

这些开拓行政法学新领域的学者们与其说是在寻找一个新的研究角度,毋宁说他们是在引进一种新的方法论,是在建构一种新的行政法哲学。他们不想沿着传统行政法学者经验主义的老路,不想仅仅将视力局限在宪法条文、国会的立法以及法院的判决之上,更不想仅将行政机关看作一个被最高法院的九名大法官牵着鼻子走的附庸。他们开始以政府管制的整个运行过程:它的形成、影响其形成的力量、它的实质内容、它运行的范围以及它的成效作为研究的起点与核心,他们知道,思考如何用司法审查与行政程序捆住行政机关权力的触角、如何用法律规范的程式赋予政府管制以合法性是不够的,这种作法并不能合理地解决问题(但是,这并不意味着否定上述研究内容的价值,从终极意义上而言,它们构成了行政法学最根本的问题),因为这些程序性问题的研究与实践只是在整个政府体系——无论是静止的、还是活动的——的外部徘徊,作一个也许不怎么恰当的比喻:弄清楚一个动物为什么伤害人,并找到驯服它的办法,甚至使它服务于人类,仅仅设置陷阱只是一种最消极的途径,了解它的习性才是最为重要的。同样,使政府发挥其最重要的作用同时又不至于对社会造成伤害,了解政府的性质及其活动的方式是至为重要的。只有深入研究政府本身的运作,对政府管制的实质内容以及它运行的效果进行经济学和社会学的分析,行政法学者们才能真正回答政府的政策是成功的抑或失败的,才能真正发现什么样的政策是“美好”的,怎么样的一种政治风景才是符合人们理想的。

这样，美国行政法学发展新趋势的轮廓逐渐显现出来了：行政法学者们正在致力于揭示传统行政法学偏废的一隅，开始将程序性问题与实体性问题结合起来考虑，探索政治的与政策的形成过程，发现政策争议、政治影响、决定公共政策的法律限制以及它们之间的相互关系。以此来达成行政法学真正的任务：不仅仅给行政机关安置一个规范其权力运用的笼套，更为重要的是促使政府科学地、有效地进行公共管制以实现公共福益的宗旨。

[【返回】](#)

欢迎光临**中国法学会**官方网站

Thank you for visiting www.chinalawsociety.org.cn

中国法学会 版权所有 © 2005 京ICP备05072373号 [联系方式](#)
(浏览中国法学会网，建议将显示器的分辨率设为1024*768) 网站制作与维护：北京长城宏业网络信息科技有限公司