

第一编：立法

立法中成本收益分析制度的论争、作用及定位

金成波^{*}

摘要：成本收益分析制度应用于立法具有坚实的理论基础，但在逻辑上、操作上受到来自宏观和微观两个层面的一些质疑。经过多年的发展和完善，这一制度运作一定程度上回应了质疑，并体现出了巨大的优势：实践中为立法提供了参考、评估了立法效果、增加了立法的可接受性与可执行性、帮助国会控制了行政立法还简化了司法程序；理论上对实证政治理论、利益集团理论、福利经济学等都有所完善，同时回应了左派的批判。未来对于成本收益分析制度的定位，应该是作为立法的原则、立法的程序以及立法的评估标准。

关键词：立法；成本收益分析；论争；作用；定位

成本收益制度在立法领域运用的十分普遍。兴起于上个世纪 60、70 年代的成本收益分析制度早已成为美国、欧盟以及经合组织等主要发达国家及区域组织运用得最多的常规方法。应该说，随着对真实世界中法律事实和运行逻辑认识的加深，随着立法技术的科学化和精细化，法律规则自我正当性的证成早已不能满足于单纯的价值判断，而更加符合真理性和科学性要求、解释力更强的事实判断渐成主流。在这样的背景下，立法中的成本收益分析制度应运而生。2004 年，我国国务院发布《全面推进依法行政实施纲要》，提出要“积极探索对政府立法项目尤其是经济立法项目的成本效益分析制度。政府立法不仅要考虑立法过程成本，

^{*} 金成波，男，法学博士，中共中央党校政法部讲师。本文原载于《浙江学刊》2016 年第 1 期。

还要研究其实施后的执法成本和社会成本”。此后，我国中央和多个地方探索立法中的成本收益分析，至今已取得了一些成果。党的十八届四中全会通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》继续提出要“深入推进科学立法、民主立法”，所以我们在完善中国特色社会主义法律体系的过程中，还要继续探索和研究立法中的成本收益分析制度。发端于美国的立法成本收益分析制度的制度框架、基本运作以及围绕这些问题在学术上展开的争论，对我们来说还比较生疏，本文试图从理论和实践两个层面对立法中成本收益分析制度兴起的时代背景、面临的挑战、发挥的作用以及恰当的定位等前提性问题做一番探讨。

一、立法成本收益分析兴起的时代背景

成本收益分析应用于立法的操作发端于美国。每一项制度的产生和发展都离不开其特殊的时代背景，立法的成本收益分析亦是如此。纵观成本收益分析制度应用于美国政府规制的整个历程，可以发现与以下三个因素紧密相连：

（一）中央政府的发展壮大

美国自从独立之后，一直处于资本主义自由竞争阶段，政府只履行“守夜人”的角色。虽然一直存在着杰斐逊主义与汉密尔顿主义的争论、制衡，^①但是总体来讲，美国建国初期的政治制度设计在19世纪的演进还是主要体现了杰斐逊的自由主义传统：政府不过多地干涉经济和社会生活，只实行最低限度的政治控制；政府权力受到严格的限制，尤其体现在行政部门的权力受到强大的国会的制衡，从而形成了一种“弱国家、强社会”的宏观制度结构。^②这种制度结构下，社会力量控制国家政权，从而导致国会、政党力量强大，总统权力有限。但是到了19世纪末20世纪初，这种“强国会、弱总统”的宪政模式所构建的国家政权，不能独立地制定包括国际经济政策在内的各种公共政策，频繁地受到社会特殊利益集团的冲击，无法应对国内和国际形势的重大变化。由此，加强中央政府的权力势在必行，这一阶段美国中央政府的发展壮大从其机构设置便可窥知一二。美国现存15个部级行政机构，其中有8个成立于20世纪，包括商务部（1913）、劳工部（1913）、卫生与公共服务部（1953）、住房与城市发展部（1956）、运输部

^① Lynton K. Caldwell, *The Administrative Theories of Hamilton and Jefferson: Their Contribution to Thought on Public Administration*, Russell and Russell Press, 1944, p. 20.

^② 李巍：《制度变迁与美国国际经济政策》，上海人民出版社2010年版，第130页。

(1966)、能源部(1977)、教育部(1979)、退伍军人事务部(1988)。此外,美国中央政府现存的独立机构共有54个,其中联邦储备委员会、联邦贸易委员会、联邦通信委员会、国家仲裁局等,都产生于1913年之后。^①中央政府的权力扩大、职能扩充必然带来政府所辖各部门包括立法在内的规制措施的增加。据不完全统计,到20世纪60、70年代,美国联邦规制机构平均每年发布规章7300多件,规制成本平均为6400多亿美元。^②在这样的背景下,成本收益分析作为控制规制的手段应运而生。所以说,美国联邦政府在上个世纪前半程的发展壮大直接导致了成本收益分析在上个世纪下半程应用的扩张。

(二) 进步主义 (Progressivism) 的盛行

第二次工业革命使美国初步完成了工业化和城市化改革,并引发国内社会和政治结构的震荡和重组。到了19世纪末20世纪初,一场蔚为壮观的社会和政治改革运动轰轰烈烈地开展起来,这就是“进步主义”运动。这场运动是美国社会在整体上对工业化、城市化和垄断化做出的强烈反应,它“显著地影响了美国政治生活的整个基调”^③,直接导致了美国国内制度结构的变化:美国现代国家政权体制初露端倪。进步主义作为一股思潮、一种意识形态,属于中间偏左,支持在混合经济的架构下劳动人权和社会正义的持续进步,对工业化带来的腐败的政治、大财团垄断下不自由的市场、贫富差距的不断加大等进行反思。^④进步主义运动呼吁重回汉密尔顿传统,加强国家对经济和社会生活的干预,以纠正第二次工业革命给美国的经济和社会结构造成的失衡,认为在国家政权建设方面要增加和扩张联邦政府的行政能力。^⑤在进步主义运动的宏大背景下,两种认识以及做法大大地推动了成本收益分析方法在立法中的应用:第一,进步主义发动的制度革命,通过在政府中引入市场和社会的方式来打击利益集团,将科学方法和技术介绍进政府活动,使得政府更加的“商业化 (businesslike)”——借助合理的行

① 陈世香:《行政价值研究:以美国中央政府行政价值体系为例》,人民出版社2006年版,第119页。

② 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8页。

③ 陈世香:《行政价值研究:以美国中央政府行政价值体系为例》,人民出版社2006年版,第120页。

④ 陈世香:《行政价值研究:以美国中央政府行政价值体系为例》,人民出版社2006年版,第124页。

⑤ 李巍:《制度变迁与美国国际经济政策》,上海人民出版社2010年版,第131页。

政方法来改变美国资本主义的面貌。^① 第二, 进步主义追求效率 (Efficiency), 其对效率的推进甚至被称为“效率的福音书”。^② 因为效率成为社会的首要目标, 进步主义改变了传统方法不能够重复测算或者具有先验性的特点, 进步主义思潮要求采取那些讲求实际的 (hard-headed)、实验性的 (empirical)、科学的 (scientific) 方法。成本收益分析方法正好符合以上的两个要求, 因此很自然地在进步主义的大背景下应用于立法, 尤其是行政立法。

(三) 福利经济学的产生

福利经济学是研究社会经济福利的一个经济学理论体系, 由英国经济学家霍布斯 (John A. Hobson) 和庇古 (Arthur C. Pigou) 于 20 世纪 20 年代创立。^③ 福利经济学的哲学基础是边沁的功利主义原则, 功利主义, 简单理解是指人的目的在于获得最大的幸福, 所以凡是有助于此种幸福的追求就是善的; 社会是个人的总和, 社会的幸福是个人幸福的合计, 所以功利主义的最高目标便是“最大多数人的最大幸福”。^④ 这个目标不仅是衡量个人与群体关系的道德标准, 也是评价政府干预合理性的重要依据。^⑤ 福利经济学正是从这种福利观点和最大化原则出发来对经济体系的运行予以社会评价。成本收益分析的理论来源于福利经济学这一点非常好理解, 因为二者的价值目标相同。^⑥ 虽然成本收益分析到底建基于“帕累托改进”^⑦ 还是“卡尔多-希克斯改进”^⑧ 这一点理论上存在分歧, 但是在立法分析以及其他所有政策分析中引入成本收益分析来追求社会效益、增进社会福利, 这一点与福利经济学追求的价值目标一模一样。此外, 成本收益分析原本应用于市场化领域, 其概念体系、适用范围、计算方法等都相对成熟, 在立法、政策制定和实施的范畴里, 如果也应用成本收益分析的方法, 那么需要应用特殊的方法对一些非市场化的单元进行转化, 福利经济学的产生恰恰使得这种原本不可

① Samuel P. Hays, *Conservation and the gospel of efficiency: The progressive conservation movement, 1890-1920*, Harvard University Press, 1959, p. 265-266.

② Dwight Waldo. *The administrative state: A study of the political theory of American public administration*, Ronald Press, 1948, p. 19.

③ 姚开建:《经济学说史》, 中国人民大学出版社 2011 年版, 第 273~274 页。

④ 边沁:《道德与立法原理导论》, 时殷弘译, 商务印书馆, 2000 年, 第 59 页。

⑤ 穆勒:《功利主义》, 徐大建译, 上海人民出版社 2008 年版, 第 20 页。

⑥ Boardman, Anthony E. et al, *Cost-Benefit Analysis: Concepts and Practice*, Prentice Hall Press, 2005. p. 22.

⑦ 胡代光, 高鸿业:《西方经济学大辞典》, 经济科学出版社 2000 年版, 第 106 页。

⑧ 胡代光, 高鸿业:《西方经济学大辞典》, 经济科学出版社 2000 年版, 第 150 页。

通约的转化在理念上成为可能，方法上有所启发。^①

二、成本收益分析制度应用于立法面临的挑战

（一）宏观上的批评

成本收益分析是为了掩盖政治目的。这种观点认为，成本收益分析虽然设置本身便是为了规范立法过程，存有程序优先的思维，但是无论如何也难以逃脱官僚以及政治的（bureaucratic and political）影响，经常沦为掩盖推行政治目的的工具。例如，Boardman 等学者提出，政府官员对于自我角色的定位是看门人（guardians）、花钱人（spenders）抑或分析人（analysts）？^② 角色定位非常重要，因为什么样的角色将决定对待成本收益分析什么样的态度。例如美国 OMB 及其内设的 OIRA 办公室普遍被认为是政府立法的看门人^③，那么它们将非常严格地控制立法预算，进行严密的收支分析，力求预算平衡的目标实现。“对于经济分析的争论根本就改变不了实际问题——OMB 对行政立法审核时有自己的预算哲学（budgetary philosophical）以及政治考量，规制分析只能是作为维持或者改变美国环保总署的行动的一把钥匙而已。”^④ 而国家经济建设和社会服务部门则有所不同，它们一般被认为是国家的花钱人，践行的标准是将政府的支出当做给予选民的一种收益而非成本，追求的是通过加快经济建设、提升社会服务来建立政治支持。那么对于这个面向的政府施行成本收益分析时，更偏爱于采取较低的贴现率，因为一般来讲成本支出在先、收益回报在后，采取低贴现率会使得计量的净收益现值提高，有利于这些部门进一步推行计划。可见成本收益分析具有强的工具化倾向，其对决策的效果与外部限制有很大关联。^⑤ 更有学者通过一系列

① Ajit K. Dasgupta, D. W. Pearce, *Cost - benefit Analysis: Theory and Practice*, Palgrave Macmillan Press, 1972, p12 - 13.

② Boardman, Anthony E. et al, *Cost - Benefit Analysis: Concepts and Practice*, Prentice Hall Press, 2005. p. 36.

③ 金成波，江澎湃：《美国行政立法中 OIRA 的作用》，载《中国发展观察》2013 年第 1 期。

④ Olson, E., *The Quiet Shift of Power: Office of Management and Budget Supervision of Environmental Protection Agency Rulemaking under Executive Order 12291*, 4 *Virginia Journal of Natural Resource Law* 55 (1984).

⑤ Thomas O. McGarity, *Regulatory Analysis and Regulatory Reform*, 65 *Tex. L. Rev.* 1243 (1986 - 1987).

论证直呼“成本收益分析的合理性似乎是伪装的”。^①

成本收益分析存在一定道德上的缺陷。成本收益分析不仅招致经济学家、政治学家和法学家的批判，道德哲学家也加入对成本收益分析的讨伐，从哲学的角度提出了批判。哈佛大学肯尼迪政府管理学院的克尔曼（Steven J. Kelman）教授早在1981年的一篇被后世广泛引用的文章中便对成本收益分析提出了道德上的批判，文章挑战了成本收益分析对环境和公共健康的货币化问题，认为成本收益分析不可避免地支持一些不道德的政治政策，包括“迫害那些清白的但沉默的异议者”^②。另外还有学者系统地总结了成本收益分析的道德困境，迈克盖里提（Thomas O. McGarity）教授的批评清单上着重强调成本收益分析估价降低了“未来”的影响，忽略了分布的影响（distributional impacts）^③；麦金泰尔（Alasdair MacIntyre）教授认为成本收益分析无法处理来自于人类的需求、科技创新和环境变迁所带来的不确定性，认为成本收益分析秉承的是效用主义的观点（utilitarian assumptions），将人类的思考、感受和行为经验化约成快乐和痛苦的效用形态是很不合理的。^④在20世纪的最后十年，这种道德上的批判是对于成本收益分析应用于立法以及其他决策过程的诸多批判理由中是最为突出的。

成本收益分析阻碍了立法的进度。成本收益分析是在立法路上设置的“路障”，天然具有控制立法的作用，所以难免有人认为是阻碍了立法的进度。在1992年的一篇文章中，迈克盖里提提出了一个短语——“规则制定程序的僵化（ossification of the rule-making process）”，意指当时的美国行政立法程序相当僵化。在文中作者还提出，对于规则制定严格的司法审查以及收益必须大于成本上的控制使得规则制定程序拖沓而繁杂，规则制定部门都倾向于尽量少制定或者不制定规则。^⑤马肖（Jerry L. Mashaw）和哈佛斯特（David L. Harfst）两位学者通过检视美国高速公路安全管理局（NHTSA）远离规则制定、倾向召回汽车的做法也

① Barry D. Friedman, *Regulation in the Reagan - Bush Era: The Eruption of Presidential Influence*, University of Pittsburgh Press, 1995, p. 205 ~ 206.

② Steven Kelman, *Cost - Benefit Analysis: An Ethical Critique*, 5 Regulation 33 (1981).

③ Thomas O. McGarity, *Regulatory Analysis and Regulatory Reform*, 65 Tex. L. Rev. 1243 (1986 ~ 1987).

④ Alasdair C. MacIntyre, *Utilitarianism and Cost/Benefit Analysis: An Essay on the Relevance of Moral Philosophy to Bureaucratic Theory*, in *Ethical Theory and Business* 271 ~ 274. (Tom L. Beauchamp and Norman E. Bowie, eds. 1979).

⑤ Thomas O. McGarity, *Some Thoughts on "Deossifying" the Rulemaking Process*, 41 Duke Law Journal 1385 (1992).

得出了相同的结论。^①

（二）微观上的批评

个人意愿支付 (willing to pay, WTP) 标准难以确定。在计算立法的成本和收益时,如果是具有“市场交易性”的利益,那么很容易直接计算;如果是“非市场交易性”的利益,那么必须应用一定的方法转化成具有“市场交易性”的价值之后与其他价值统一计算。个人支付意愿是最常用的计算“非市场交易性”价值的时候应用的方法,但是这个方法充满争议。个人支付意愿主要通过统计获得,而统计数据的样本大小、计算方法如何等对于结果都有很大的影响。此外,“非市场交易性”价值的计算通常需要转化之后再引入个人支付意愿,即应用对中间变量的个人支付意愿计算求得所计算的项目的价值,这样的转化也使得个人支付意愿方法的应用准确性打折扣。

成本收益量化难以实现全部同一性。成本收益计算最基本的逻辑是将所有项目通约成一个可比较的变量,当然这个变量通常是货币,通约的过程是货币化。现实生活中因为成本收益涉及诸多项目、各个项目应用不同的方法进行货币化,这个过程中非常容易导致一些“软性价值 (soft variables)”被“矮化 (dwarf)”^②、被忽略,这些“软性价值”包括感情的创痛、濒危物种的存活、人性的温暖等。

贴现率难以确定。一般来讲,立法具有长远的效果,无论成本还是收益都发生在不同的时间点上,而在计算时必须将它们都换算成现值,那么必须有一个换算的比率,即贴现率。贴现率存在的基本假设是随着时间的发展货币会出现贬值。对于市场化商品以及非市场化商品,到底应该采取多高的贴现率,理论界和实务界都莫衷一是,争议不断。对于贴现率的确定有不同的理论,但是任何一种理论也都难以给出一个不招致检讨的数值。

立法分析审查存在透明性差、成本高等问题。在美国,对于行政立法分析审查最主要的部门是 OMB,其下属的 OIRA 具体履行审查职能,学界对 OIRA 的审

^① Jerry L. Mashaw and David L. Harfst, *The Struggle for Auto Safety*, Harvard University Press, 1990, p. 92-101. 要提及的是,后世有学者针对 Mashaw 和 Harfst 的结论作出了反驳,专文论述了司法审查以及成本收益分析并没有造成规则制定的消减。参见 Coglianese, C., “Has Judicial Review Caused a Rulemaking Retreat?”, *Paper presented at the annual meeting of the The Law and Society, J. W. Marriott Resort, Las Vegas, NV May 5, 2008*.

^② Thomas O. McGarity, *The Expanded Debate over the Future of the Regulatory State*, 63 U. Chi. L. Rev. 521 (1996).

查提出了不少批评。首先,认为 OIRA 的审查缺乏透明性,不利于公众的知情权满足,更对有可能成为规制对象的企业和个人相当不利。^① 关于这一点,美国国家审计署(GAO)2003 年对于 OIRA 关于审查作用以及审查透明性问题的报告中明确列举出仍有几项操作存在透明性问题:(1)行政立法草案在 OIRA 审查完之前可以取回,对于这一点无论是 OIRA 还是行政立法机构都没有给出明确的要求;(2)总统行政命令规定了就具体的行政立法 OIRA 可以与外界的团体接触,但是 OIRA 都与谁做了接触、讨论了哪些行政立法等公众不得而知;(3)总统行政命令要求 OIRA 公布所有其与行政立法机构直接的交换文件,但是 OIRA 予以拒绝;(4)OIRA 的公共数据库中有一个分类是“改变后同意”,但是并没有说发生在正式程序中的“改变”是谁建议的,改变的是实质内容上的还是仅仅为文字编辑等形式上的;(5)对于到底哪些行政立法机关的“改变”应该归档不甚明确;(6)OIRA 对于行政立法机关通过非正式程序提交的立法草案审查及改变都不具有透明性。^② 其次,OIRA 的非正式审查程序一直存在许多问题。OIRA 的人员核定曾经历了大幅度的变化,现在基本确定为 45 人(2013 年)左右,但是每年要审核几百个行政立法文件,而且审核期限只有 90 天,所以很难完成任务,而这与其推进规制合理性、为规制机关的立法行为提供有益帮助的初衷有所背离。^③ 也正是因为这个原因,OIRA 对行政立法的审查在正式审查之外又设立了非正式审查程序,旨在弥补正式审查程序的不足。而在非正式审查程序中,允许其工作人员与行政立法机构的官员进行接触,而这被认为破坏基本的行政程序——监督者和被监督者没能做到完全隔离,而且这也不符合立法制定的公开性。最后,立法审查程序本身耗费巨额成本。据调查,在 12291 号总统行政命令公布之后,对于每一项新规制活动所进行的审查程序,平均花费 212000 美元。^④ 这么巨额的消费本身无疑应计入成本之列,规制程序本身必须受到成本收益分析的限制。所以有学者认为,12866 号行政命令一改 12291 号的规定,将成本收益分析的范围限定在

① Thomas O. McGarity, *Reinventing Rationality: The Role of Regulatory Analysis in Federal Bureaucracy*, Cambridge University Press, 1991, p. 285.

② 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* 13 - 14 (2003).

③ Richard H. Pildes and Cass R. Sunstein, *Reinventing the Regulatory State*, 62 U. Chi. L. Rev. 1, 5 (1995).

④ 参见黄铭辉:《成本效益分析在我国行政法上应用可能性之研究——以解释“比例原则”为中心》,“台北大学”2000 年法学系硕士论文,第 111 页。



“重要（超过1亿美元）”规则显然是考虑到了规制审查程序本身不要违反成本收益分析的要求。^①

三、立法成本收益分析制度的作用

成本收益分析在理论上遭到不少挑战，在实践应用中也出现了一些局限性，但是这种方法所具有的实践作用和理论价值使得该方法在美国立法、尤其是政府立法过程中长期应用不衰。长期以来，美国人民一直在关注政府将资源投向了哪里、投入了多少？社会境况得到了什么样的改善、改善了多少？这样的民主基础，让成本收益分析方法在美国立法中得到了广泛的推广和运用。^②

（一）实践中的作用

1. 比较成本和收益，为立法提供重要参考。作为立法者，立法时要考虑整个规制的诸多相关因素，各种因素中常有赞成因素也有反对因素，所以立法的过程往往是一个比较艰难的权衡过程。成本收益分析将拟进行的立法的成本和收益清晰列明，并通过计算得出确切的效益值，为立法者提供了一个非常明确的数字，简化了立法的权衡过程，为决策提供了重要参考。孙斯坦曾说过，“成本收益分析是一项务实的（pragmatic）工具，可以帮助人们在多重相关情况中做出综合判断。”^③也就是说，成本收益分析对于比较立法的有利和不利影响非常有用。^④

2. 评估立法效果。一项拟施行的立法以及已经采取了的立法都需要对其效果进行评估，当然评估方法很多，但是成本收益分析至少在经济、效率的角度来讲是一个很好的方法。成本收益分析制度关注规制手段是否对稀缺的资源进行了合理有效的配置，将市场配置资源的思路引入了政府公共政策领域，成本最小化和收益最大化成为制定公共政策的约束条件。^⑤

3. 营造“中立”氛围，增加了立法的可接受性与可执行性。成本收益分析中

① Richard J. Pierce, JR. et al., *Administrative Law and Process* 464 - 465. Foundation Press Inc Press, 2nd ed., 1992, pp. 464 - 465.

② 周学荣：《成本收益分析方法在美国政府公共管制中的应用》，载《湖北大学学报（哲学社会科学版）》2007年第6期。

③ Cass R. Sunstein, *Cognition and Cost - Benefit Analysis*, 29 J. Leg. Stud. 1059 (2000).

④ See Kenneth J. Arrow et al., *Is There a Role for Benefit-Cost Analysis in Environmental, Health, and Safety Regulation?* 272 Science 221 (1996).

⑤ 刘权：《作为规制工具的成本收益分析——以美国的理论与实践为例》，载《行政法学研究》2015年第1期。

的许多因素都具有主观性，包括拟进行分析的如生命、环境等项目以及对这些项目的价值计算的方法等，但是这种方法营造了一种中立的“氛围”：正式的成本收益分析将假设、估价、贴现率以及其他变量都明定，相对来说更透明，整个过程可以复制，其结果可以接受任何挑战。^① 例如美国的布鲁金斯公共政策研究中心（The Brookings Institution）、卡托研究所（Cato Institute）等独立的、非盈利的研究机构对政府立法过程中的成本收益分析的方法、范围界定以及分项成本与总成本的指标设计等几乎都达成了共识。所以从这一点上来讲，成本收益分析与其他决策工具相比较表现得更为科学。

4. 帮助国会控制行政立法。在美国，行政立法又称为委任立法或授权立法，是指国家立法机关委任行政机关，在授权范围内，替立法机关制定与其法律效力相同的行政法律规范的一种制度。国会在将立法权力委任给行政机关之后，要通过一定的手段来控制行政机关的立法行为，不能任由其立法，成本收益分析是一个很好的工具。

5. 简化了司法审查程序。有了成本收益分析，并且当有成文法或者先例规定或者确认了成本收益分析的地位之后，法院在审理相关案件时要对行政立法机关是否正确地适用了成本收益分析予以审查。原本对于行政立法的合法性以及合理性审查极为繁琐，且常有争议，但是有了成本收益分析程序之后，司法审查的审查范围变得确定，程序变得简便，法院只需要对于以下事项进行考量：（1）进行成本收益分析时所得的数据来源可靠性；（2）对于贴现率、生命价值以及类似因素的估价在这个立法分析过程中是否始终如一，对这些因素的假设是建立在市场评估的合理范围内的；（3）对于成本收益分析的结算是否合理。^② 对于行政立法的成本收益分析，美国司法对其确认经历了漫长的过程，但是最终将其作为衡量立法行为的一项标准，这一标准的确立大大地简化了司法对于行政立法行为审查的程序。

（二）理论上的价值

1. 完善了实证政治理论。实证政治理论（positive political theory）^③ 的基本观

① Aaron Wildavsky, *The Political Economy of Efficiency: Cost-Benefit Analysis, Systems, Analysis, and Program Budgeting*, 26 Pub. Admin. Rev. 292, 297 (1966).

② Eric A. Posner, *Cost - Benefit Analysis as a Solution to a Principal - Agent Problem*, 53 Admin. L. Rev. 289 (2001).

③ 实证政治理论（positive political theory）隶属于公共选择理论的三大分支学派之一罗彻斯特学派，关于其理论具体可参见该学派的创始人 William H Riker 教授的《民主的经济理论》一书。

点认为,在规制机构、总统、国会以及法院之间存在着一个委托—代理 (principal-agent) 的关系模型,其中委托机构——通常是国会,或者国会的委员会,或者立法机构,又或者是总统——委托它们的权力给规制机构。这种委托—代理模型具有合理性:一方面,作为委托方发挥宏观把握的优势,集中做决策,满足民主的要求;另一方面,作为被委托方,可以发挥规制机构自身的专业知识来完成代理机构委托的任务。^①但是,这一模型有效发挥作用的前提条件是被委托机构要对委托机构绝对忠诚,因为被委托机构很可能滥用被委托的权力来追求诸如其自身或者其部门的利益,而不认真完成委托人的任务。为了最小化这种“机构成本 (agency costs)”,委托人设立了法律和各种机构来限制和监督被委托人的行为,而成本收益分析恰恰在这里起到了重要作用:它使得委托方与代理方二者之间不对称的信息转变为单一的、完整的信息,即通过计算得出的成本、收益、成本收益分析后的结果等都可以在二者之间实现共通,无障碍分享。^②有了成本收益分析之后,委托人就可以在直接观察代理人行为的基础上做出判断。委托人要求代理人实施市场化的成本收益分析,代理人必须收集、分析和披露市场信息,可以在一定程度上缓解信息不对称问题,实现对代理人的有效控制。代理人如果依据不充分、不真实或错误信息进行规制,必然遭到政治制裁或者法律制裁。^③所以讲,成本收益分析制度完善以及充实了实证政治理论,增加了这一模型的解释力。

2. 解困利益集团理论。利益集团理论与“实证政治理论”紧密相连,因为二者均脱胎于公共选择理论,均是援用新古典经济学的分析方法,旨在对选举行为、官僚主义、党派政治和公共财政等论题进行的解释。利益集团理论认为,具有寻租利益的利益集团寻求将公众资源向自身转移,进而通过游说使得有相关法律通过。总统关注自己的重选问题,要获得利益集团的支持,只能同它们结成利益同盟,从而促成利益集团想通过的法律的通过。如果这样,那么成本收益分析将是彻底无用的,因为这样一个工具会束缚总统根据其主观意愿作出的决

① Eric A. Posner, *Cost - Benefit Analysis as a Solution to a Principal - Agent Problem*, 53 Admin. L. Rev. 289 (2001).

② Eric A. Posner, *Controlling Agencies with Cost - Benefit Analysis: A Positive Political Theory Perspective*. 68 University of Chicago Law Review 1137 (2001).

③ 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35页。

定。但是这取决于一个前提问题：公众对于政治过程的无知程度。^① 因为毕竟总统的选票来自于选民，总统最终想讨好的是选民，对于利益集团的顺从也是为了得到它们的帮助而获得选民的支持。如果公众对于政治过程不是太无知，那么他们就会知道一个政治上的竞争环境对于资源分配的重要性。于是，作为出台行政立法的规制机关将面临来自于公众以及利益集团的双重压力，必须在二者之间做出利益分配。而总统在这个过程中无论如何需要一个工具，以提醒他规制机构的哪些立法行为危害到了支持他的利益团体的利益。所以正如精明的公共选择学派的理论家所言，总统更倾向于将成本收益分析应用于那些不将资源转移给公众的规制机构，而不是已经这样做了的机构。^②

3. 解决了福利经济学难题。西方经济学家在庇古的旧福利经济学基础上进行修改，发展形成了新福利经济学，新福利经济学遵循“帕累托原则（Pareto principle）”，追求“帕累托最优”，即资源的配置已经达到这样一种境地，无论作何改变都不可能同时使一部分人受益而其余的人不受损。如前文所述，帕累托最优的条件非常严格，现实生活中难以实现，比如完全的竞争和完全的市场难以存在、消费者必须面对市场缺失以及市场失灵等。立法中的成本收益分析在矫正市场失灵的同时，又以量化成本和量化收益的方法，揭示了立法对福利的增进或损失，使福利的评价获得了现实的基础。^③

4. 回应了左派的批判。在成本收益分析问题上，左派的观点认为这项制度某种程度上降低了环境的价值、没有考虑穷人的利益等。例如凯尔曼教授就从伦理学理的角度出发认为，“在环境、安全以及健康规制领域，非常可能的情形是某一个决定是对的，即使它的收益不能够超过（outweigh）它的成本”。^④ 波斯纳教授有力的回应了这种观点，他认为，只要把成本收益分析放到一个合适的制度环境中，这些问题都会迎刃而解。早有看法认为行政法的目的不是如通常所言为了公正，而是为了“帮助当选的政治家维持对政策的控制”^⑤。成本收益分析也是如

① Gary S. Becker, *A Comment on the Conference on Cost - Benefit Analysis*, 29 J. Legal Stud. 1149, 1152 (2000).

② Eric A. Posner, *Cost - Benefit Analysis as a Solution to a Principal - Agent Problem*, 53 Admin. L. Rev. 289 (2001).

③ 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36页。

④ Steven Kelman, *Cost - Benefit Analysis: An Ethical Critique*, 5 Regulation 33 (1981).

⑤ See Matthew McCubbins et al., *Administrative Procedures as Instruments of Political Control*, 3 J.L. Econ. & Org. 243, 246 (1987).

此,它并不能保证规制的效率,但是它可以保证当选的官员对规制机构有控制权。也就是说,成本收益分析的作用应该建立在控制规制机构以及加强当选官员的控制权上,而不是促使官员去分享成本收益分析的伦理观以及进一步的操作。可见,许多批评本身是混淆了成本收益分析制度正当性与选择使用它的标准目标之间的关系。^①

综上所述,引用《科学》杂志上的一段话作为对成本收益分析的作用的概括:成本收益分析在保护和改善健康、安全以及自然环境等方面的立法和规制政策的争辩中起非常重要的作用。尽管正式的成本收益分析不应该被认为是设计一项公共政策极为必要或是充分的,但是它为各种不同信息的一致性组合提供了非常有用的框架,并且由此,极大地改变了政策分析的程序及结果。^② 如果适当应用,成本收益分析在规制机构进行环境、健康以及安全等规制方面会起到非常大的作用,并且同样的在评估规制机构的决策以及塑造成文法方面也非常有用。^③

四、立法成本收益分析制度的恰当定位

成本收益分析制度应用于立法有重要的价值,但是也面临着尖锐的批评和挑战,要想避免该制度的弊端,让其在立法中发挥重要作用,必须对其进行恰当定位。综合来讲,成本收益分析在立法中主要发挥三方面的作用,亦即在以下三个维度上的展开才是准确且有意义的:作为立法的原则;作为立法的程序;作为立法评估的标准。

(一) 作为立法的原则

立法中成本收益分析的基本运算是计算出一项立法的成本以及收益之后通过益本差(Net present value)法或者益本比(Benefit - cost ratios)法或者内部收益率(Internal Rate of Return)法计算出一个结果为立法提供参考。作为立法的原则是指将成本收益分析的结果作为是否进行该项立法的一项判断标准。上个世纪80年代,美国里根总统在位时颁布的具有里程碑意义的12291号总统行政命令规定“新的规章的批准实施必须建基于其对社会潜在收益超过(outweigh)对社会的

^① Eric A. Posner, *Controlling Agencies with Cost - Benefit Analysis: A Positive Political Theory Perspective*. 68 University of Chicago Law Review 1137 (2001).

^② 胡敏洁:《面向社会政策的行政法学进路:视角与方法》,载《当代法学》2015年第3期。

^③ See Kenneth J. Arrow et al., *Is There a Role for Benefit-Cost Analysis in Environmental, Health, and Safety Regulation?* 272 Science 221 (1996).

潜在成本”^①；90年代初期克林顿总统颁布的12866号总统行政命令取代12291号行政命令，新的行政命令用语也发生了变化，规定“……对‘重要的规章（most significant rule）’进行成本收益分析，争取最大化净收益，颁布规章的收益必须证明其付出的成本是正当的（justify）、是最有效的政策工具”^②。从outweigh到justify语词上的变化体现内涵上的极大变化，后者包容性更强，不但把outweigh不予计入的难以计算的成本或者收益项目计入其中，更重要的是不再仅仅关注成本与收益的差值，而是从更为宏阔、更具合理性的角度做出考量——只要得到的收益证明了付出的成本是正当的。^③极端的例子可能是一项立法成本超过了收益，但是因为有重要的收益项目需要考虑，那么这项立法也有可能是通过的。然而不论变化的前后，美国对于成本收益分析制度应用于立法仍然是当做一项立法原则来看待的。理解和认可成本收益分析方法作为一项立法原则，在我国还存在认识上的障碍，比如关涉道德的立法是否适用等。回应这些问题可能需要进一步阐释清楚以下两点：其一，成本收益分析在立法中的应用是有范围的；其二，美国的计算方法——“收益证明成本是正当的”已经给我们提供了很好的镜鉴。

（二）作为立法的程序

立法需要程序控制，尤其是政府为主体进行的行政立法，程序性控制是其正当性来源之一。20世纪60、70年代，美国联邦管制机构平均每年发布规章7300多件，管制成本平均为6400多亿美元，到1975年，联邦规制机构控制了国内生产总值24%的行业的企业重要产品、价格或生产过程的重要决策。^④如此庞杂的规制体系导致规制成本极高，规制机构滥用裁量权的案例经常发生，从而导致市场出现扭曲，效率低下，市场和规制之间的关系极为紧张。如何控制国家的规制成本，如何判断规制的成本是否取得了更多的收益成了当务之急的问题，成本收益分析方法恰恰因为能很好地解决以上两个问题而适时出现。^⑤可见，在美国，

① Executive Order 12291, “Federal Regulation,” 46 Federal Register 13193, February 19, 1981.

② Executive Order 12866, “Regulatory Planning and Review,” 58 Federal Register 51735, Oct. 4, 1993.

③ 有学者概括这种变化是从刚性成本收益分析到软性成本收益分析，参见 John D. Graham, *Saving Lives Through Administrative Law and Economics*, 157 U. Pa. L. Rev. 395 (2008).

④ 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8页。

⑤ Kenneth J. Arrow et al., *Is There a Role for Benefit-Cost Analysis in Environmental, Health, and Safety Regulation?* 272 Science 222 (1996).



成本收益分析制度走进立法便是以一个程序性“控制者”的姿态出现的。作为立法的程序，成本收益分析制度可以是必经程序，也可以是选择程序。美国现行有效的 12866 号总统行政命令只对“重要的规章”——那些可能对经济具有 1 亿美元以上影响的规章进行成本收益分析。可见，美国是将成本收益分析作为立法的选择性程序，标准是影响的金额。从逻辑上来讲，将成本收益分析制度作为立法选择性程序，标准可以是立法目的：经济性立法严格适用，社会性立法选择适用。然而，如同经济性规制与社会性规制区分招致的反对，一项立法的目的很难做出明晰的区分，所以这一标准的操作性不强。我国未来在立法程序中应用成本收益分析方法时，对于应用范围本身就需要通过立法予以明确。

（三）作为立法评估的标准

法律实施一段时间以后，有关部门需要对其实施效果进行评估，以期发现该法律实施中的问题，总结规律，从而进一步完善立法。成本收益分析是非常重要的立法评估方法，例如从 20 世纪 60 年代开始美国审计总署便开始用“3E”标准来评价法律和政策，随后拓展为“5E”^①，其中便包括经济的标准，具体操作便是以成本收益分析为主。美国国家绩效评估委员会依照《1993 年政府绩效与结果法》确立的一套标准中，效率与成本收益标准是很重要的一项。立法之后的评估中，成本和收益的计算相对容易，操作性强，因此成本收益分析制度应用于立法评估已经渐成其主要应用。我国很多地方近些年也开始了立法评估的实践，成本收益分析方法已经渐成一种常规操作。^②

成本收益分析应用于立法在我国具有广阔的前景。^③ 多年以来，我国多个地方开展了多种形式的探索和实践，取得了较好的效果，同时也暴露出不少问题，在总结我国本土经验的基础上，对于该制度母国美国的经验和教训应该予以更多的关注。本文只是对立法成本收益分析制度的基础理论进行了一番借鉴、分析和探讨，作为进一步研究的起点。

① 5E 包括经济（Economy），效率（Efficiency），效益（Effectiveness），公平（Equity），环境（Environment）等五项。

② 钱弘道，戈含锋等：《法治评估及其中国应用》，载《中国社会科学》2012 年第 4 期。

③ 赵雷：《行政立法评估之成本收益分析——美国经验与中国实践》，载《环球法律评论》2013 年第 6 期。

走向共识：美国协商行政立法的兴起与发展

张 力*

摘要：在现代国家，行政机关的趋向官僚化是难以避免的趋势。在此背景下，美国的传统行政立法程序因其耗时、不经济、易引发诉讼而招致广泛的不满。作为法律规范的形成过程，传统行政立法程序或明或暗地鼓励了对抗，降低了自身的有效性和正当性。而针对传统程序的不足，协商行政立法制度则以一种反思的姿态应运而生，它通过强调共识的形成来改进行政立法程序，进而为行政法的未来发展提供新的思路。

关键词：行政立法；官僚制；协商行政立法；共识

在美国，现代行政法产生于二十世纪二、三十年代的罗斯福“新政”时期，其标志是充分仰赖客观中立的行政官僚机关来处理各式各样的社会事务和经济问题。^①但是，随着管制俘获以及现代官僚制弊端的逐渐暴露，人们对专家治理模式产生疑虑，行政机关渐渐不再能够依靠单纯的专业能力获得信任。同时，随着现代科技、经济与社会事务的进一步复杂化，行政机关不得不努力掌握更为全面的信息和事实材料，如此才有可能作出正确的决策。公共参与固然有助于行政机关获取信息与正确决策，可惜的是，在1946年美国联邦《行政程序法》规定的非正式程序（通告——评论程序）占主导的行政立法格局中，利益诉求的多样化加剧了冲突对抗的风险，使作为积极仲裁者的行政机关面临巨大的压力，并可能使整个行政立法机制陷于停滞的泥淖。对此，美国行政法学界和实务界的反应并非削弱参与机制，重新将行政活动的正当性放置于专家治理模式的基础之上，而

* 张力，男，法学博士，中国政法大学法学院讲师。本文原载于《行政法学研究》2012年第4期，旨在关注行政立法在现代行政法中的表现形态。本文在写作过程中和写作完毕后得到刘莘老师诸多指点，学生谨以此篇恭祝刘莘老师六十岁生日，感谢多年来对学生的鼓励和帮助！

① William Funk, When Smoke Get in Your Eyes: Regulatory Negotiation and Public Interest—EPA's Woodstove Standards, 18 Environmental Law 55, p. 89-90 (1987).

是在承认各方利益参与行政活动必要性的前提下，在具体的规制领域进一步探索合理的行政活动机制，协商行政立法的制度建设便属于此类努力。

一、协商行政立法的兴起

（一）理论“前传”

与协商行政立法对应的英文术语包括 negotiated rulemaking、regulatory negotiation 以及 reg - neg（简称）等，顾名思义，它指的是在行政机关制定抽象性规范的过程中，受到实质性影响的利害关系人（包括行政机关在内）均有权选派代表参与善意协商，从而就该规范的草案文本达成共识的程序。^① 一般认为，协商行政立法产生于二十世纪八十年代，首个“吃螃蟹”的联邦机构是联邦航空管理局（Federal Aviation Administration），它在 1983 年组建了一个协商委员会来讨论如何修改与国内航线飞行员相关的飞行和休息时间要求。^② 不过，有学者认为，对协商行政立法制度生成背景的思考可以往前追溯到斯图尔特，^③ 后者在 1975 年的一篇著名论文中反思了传统行政程序的不足，主张采用直截了当的政治机制来解决利益代表问题，以此作为替代传统行政立法程序的备选机制。^④ 就在斯图尔特撰写上述论文的同时期，刚卸任不久的联邦劳工部长约翰·邓洛普（John T. Dunlop）发表文章认为，行政机关应当使受其一系列规制影响的利害关系人更为广泛地参与到规章形成过程中。^⑤ 根据这一理念，邓洛普曾在其任期内积极推动学界进一步思考协商性方式，并邀请斯图尔特等学界和实务界人士研讨可能替代传统行政立法程序的方案。由此可见，“邓洛普将协商作为一种规制性程序的理念与斯图尔特对直截了当政治过程的探索相映成趣。”^⑥

邓洛普对协商行政立法的巨大影响得到了菲利普·哈特（Philip J. Harter）的肯认，后者不但是行政革新的身体力行者，而且还是积极的理论阐述者，他将邓

① Philip J. Harter, Assessing the Assessors: The Actual Performance of Negotiated Rulemaking, 9 New York University Environmental Law Journal 32, p. 33 (2000).

② Administrative Conference of the United States, Negotiated Rulemaking Sourcebook, 1995, p. 9.

③ Henry H. Perritt, Jr., Administrative Alternative Dispute Resolution: The Development of Negotiated Rulemaking and Other Processes, 14 Pepperdine Law Review 863, p. 870 (1987).

④ Richard B. Stewart, The Reformation of American Administrative Law, 88 Harvard Law Review 1667, p. 1789 ~ 1790 (1975).

⑤ John T. Dunlop, The Limits of Legal Compulsion, 27 Labor Law Journal 67, p. 72 (1976).

⑥ Henry H. Perritt, Jr., Administrative Alternative Dispute Resolution: The Development of Negotiated Rulemaking and Other Processes, 14 Pepperdine Law Review 863, p. 872 ~ 873 (1987).