



Fudan Translation Series

复旦译丛·公/共/管/理/系/列/

规则制定

——政府部门如何制定法规与政策

(第三版)

Rulemaking

How Government Agencies Write Law and Make Policy

〔美〕科尼利厄斯·M·克温

Cornelius M. Kerwin

刘璟 张辉 丁洁 / 译

竺乾威 / 校

复旦大学出版社



Fudan Translation Series

复旦译丛 · 公 / 共 / 管 / 理 / 系 / 列 /

规则制定

——政府部门如何制定法规与政策

(第三版)

Rulemaking

How Government Agencies Write Law and Make Policy

[美] 科尼利厄斯·M·克温

Cornelius M. Kerwin

刘璟 张辉 丁洁 / 译

竺乾威 / 校

复旦大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

规则制定——政府部门如何制定法规与政策/[美]科尼利厄斯·M·克温著；刘璟，张辉，丁洁译. —上海：复旦大学出版社，2007.7

(复旦译丛·公共管理系列)

书名原文:Rulemaking: How Government Agencies Write Law and Make Policy
ISBN 978-7-309-05550-4

I. 规… II. ①科…②刘…③张…④丁… III. 国家行政机关-行政管理-研究-美国 IV. D771.231

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 078091 号

规则制定——政府部门如何制定法规与政策(第三版)

[美]科尼利厄斯·M·克温 著 刘璟 张辉 丁洁 译 竺乾威 校

出版发行 复旦大学出版社 上海市国权路 579 号 邮编 200433
86-21-65642857(门市零售)
86-21-65100562(团体订购) 86-21-65109143(外埠邮购)
fupnet@fudanpress.com http://www.fudanpress.com

责任编辑 鲍雯妍

总编辑 高若海

出品人 贺圣遂

印刷 上海浦东北联印刷厂

开本 787×960 1/16

印张 20.5

字数 314 千

版次 2007 年 7 月第一版第一次印刷

印数 1—5 100

书号 ISBN 978-7-309-05550-4/D·338

定价 40.00 元

如有印装质量问题, 请向复旦大学出版社发行部调换。

版权所有 侵权必究

译丛序

复旦版公共管理译丛在某种程度上是复旦版MPA系列教材的延伸,这是我们计划的复旦版公共管理系列丛书的一部分。

本系列译丛首批共有8本,它们是盖依·彼得斯的《美国的公共政策——承诺与执行》,小威廉·T·格姆雷和斯蒂芬·J·巴拉的《官僚机构与民主——责任与绩效》,理查德·D·宾厄姆和克莱尔·L·菲尔宾格的《项目与政策评估——方法与应用》,理查德·雷恩的《政府与企业——比较视角下的美国政治经济体制》,菲利普·库珀的《合同制治理——公共管理者面临的挑战与机遇》,科尼利厄斯·M·克温的《规则制定——政府部门如何制定法规与政策》,查尔斯·T·葛德塞尔的《为官僚制正名——一场公共行政的辩论》,以及多丽斯·A·格拉伯的《沟通的力量——公共组织信息管理》。

西方公共管理的著作已有不少在我国翻译出版。本译丛选择的首批书籍大致可以分三类。一是偏重理论方面的,想介绍一些重要问题上的不同观点。比如在对官僚制的批评铺天盖地席卷而来之时,《为官僚制正名》为我们展示了一种针锋相对的观点。二是偏重操作和技术方面的,比如《沟通的力量》、《项目与政策评估》、《规则制定》。正如我们所知,公共管理是一门实践性很强的学科。三是涉及政府改革和治理的,比如《合同制治理》、《政府与企业》。此外,重量级学者盖依·彼得斯的《美国的公共政策》无疑为我们理解美国的公共政策提供了非常有价值的资料和观点。当然,对本译丛8本书的选择并不表明我们都赞同作者的观点,我们只是想给读者提供一些对于公共管理

教学、研究和实践可能有参考价值的东西。

翻译通常被认为是件费力不讨好的事。但事实上,谁都知道自近代以来西方思想对中国社会发展的影响之深,无论是哪一方面。因为在现代化的进程中,中国在很多方面只是个后来者。今天,当我们以开放的心态面对这个世界的时候,吸取前人的智慧,分享人类社会的文明成果,从而推进自身的发展和进步,构成了我们一个合乎逻辑的选择。以公共管理这一学科而言,西方学者的贡献对于推进这一学科在中国的发展和进步所起的作用是有目共睹的。今天,我们还在相当程度上受惠于他们的贡献,感受着他们的智慧给我们的启迪。因此,将他们的一些优秀的成果介绍到国内,其意义是不言而喻的。正是在这个意义上,我们应该对译者表示感谢,他们的努力应该是中国公共管理学科发展史上的重要一章。

本译丛首批书籍的翻译由我组织。在整个过程中,得到了美国加州大学(洛杉矶校区)马国泉教授的一如既往的支持。参加本书翻译的是我院的一些年轻教师和博士硕士研究生。这些才华横溢的年轻人在翻译过程中体现出来的对两种文字的理解和把握以及他们本身具有的专业素质已经达到了相当的水准。此外,我们的一些博士生和硕士生也在迅速成长。相信不用很久,他们在翻译方面就可以独当一面。译界后继有人,这也是令人非常高兴的。在这里,作为组织者,我要对马国泉教授和本译丛的译者表示感谢。同时还要感谢邬红伟编辑,他的敬业和尽责促成了本译丛首批书籍的出版。

竺乾威

于复旦大学国际关系与公共事务学院

2007年6月8日

前言

本书第一版前言中,我对规则制定在美国政府体系中的重要性作过如下阐述:

规则制定是政府部门履行的最重要的职能。或许对一些读者而言,这一论断即使不是无法接受,也是令人惊讶的。但是,请考虑一下规则制定对我们生活产生的影响的广度与深度。

规则制定进一步明确每个政府部门的使命,并在某些情况下对其加以界定,以便为预算、项目实施、采购、人事管理、争端处理及其他重要政府活动提供方向和内容。规则对政府应当承担的义务及其必须提供的福利作出明确而具有权威性的阐述。当我们想知道应当做什么以及期望政府能为我们做什么时,我们最常想到的是规则,而不是法律规章。因此,当代规则制定过程中充满了紧张而频繁的政治活动,不严肃对待规则制定,就不可能产生有效的政治行动。

规则制定在公共政策体系中的核心地位使其承受相当大的压力。数以百计的政府新项目产生的规则需求及对其制定过程进行频繁而详细的审查,都增加了企业界和学术界对规则的数量、质量及其制定时间的长时间质疑。无论这些质疑所提问题是真实存在还是假设,质疑本身增加了公众对规则制定能否发挥其重要作用能力的怀疑。这些怀疑——以及它们偶尔折射出的挫折——时常会降低公共项目的有效性,并弥散于整个政治体系。

自1994年本书第一次出版,尤其是1998年第二次出版以来,很多情况发生了变化,但不少却依然如故。2001年9月我们国家遭受

到无法用语言形容的袭击,这动摇了我们的安全观念。然而,我们所作的决定迅速而卓有成效,提升了警戒线以保护自身及我们的生活方式免受侵害。我们的经济也遭受到那些贪婪的公司“领导者”的打击,致使一些基本规则、很多法律及生活的方方面面接二连三地被摧毁。司法是我们对此作出的回应。总统及其所属党派都已变化,而且写此书时行政权与立法权至少在党派意义上不再分立。国内安全与国际紧张局势主导着政策议程,每天都在作出影响各项主要国内计划进而影响诸多其他方面的重要决定。

规则制定本身是一种无所不在且必不可少的应对公共挑战的方式。2001年离任的总统试图通过制定一大串“最后时刻的规则”,遵守他对忠诚选民的承诺。他的继任者立即采取行动,为此次“民主规章大出血”绑上“管理止血带”。20年前他们的前辈们也上演过同样的一幕,唯恐我们忘记,他们又重演了一回。面对史无前例的挑战,新任总统采取一切可能的手段与恐怖主义作斗争。正如第1章所述,规则制定是卓有成效的一种方式。政府当局对金融丑闻和危机作出各种各样的回应,针对公司行为的新规则确实相当显眼。而且规则制定已经成为一个大舞台,在这个舞台上干细胞、人类工程学、饮用水中的砷、电讯、国家公园中的摩托雪橇、有机食品和其他诸多公共政策问题在不同时期内受到不同程度的关注。五年前在此书第二版的前言中,我指出第一、二次出版所隔期间内,规则制定一直占据着作为政府体系要素之一的地位,而且所有机构都发现规则制定具有强制性。或许,名称和问题已改变,但规则制定的地位依旧如故。

与前两版一样,需要感谢许多人。美利坚大学在我整个职业生涯中给我提供支持与鼓励。无论怎样,我都无法表达我的感激之情。美利坚大学的全体教职员工,尤其是我所在的公共事务学院的同事们为学问树立了一项标准,我将其作为检验标准运用于本书。很多同行以他们的学识,在多数情况下是以他们诚恳的批评与评价,为本书的写作献计献策。在此我无法一一列举,但我会尽力在正文与参考文献中向他们致谢。

有几个人须要特别感谢。威斯康星大学格林湾分校政治科学系教授兼系主任斯科特·弗隆,再次与我合作进行利益集团方面的调查,为第5章写作提供了主要的经验基础。此书的写作从他的学识和建议中获益良多,多年来与他关于规则制定进行的讨论使我受益匪浅。参与本次改版的迈克尔·克温,作为研究助理负责完成了第4章所涉及的大部分的新访谈,第5章中关于电子参与的大部分内容也都由他完成,他还发现了许多特别信息。他的努力、新观点与判断为本书增色不少。乔安娜·S·艾恩斯沃斯为此书的编辑工作提供了出色的帮助和建议,在其努力下此书正文有很大改进。在此,还要对国会期刊出版社的编辑助理尼亚尔·奥唐尼尔,作品编辑比琳达·乔瑟和图书资料编辑凯瑞希·吉伊诺为此书出版所作的努力及提供的帮助表示感谢。而玛丽亚·布伊诺在繁忙的工作之余还保存了本书各章所有的草稿,我对她的高标准、职业精神与友好深表谢意。

所有这些帮助与鼓励使得本书得以日臻完善。若发现错误,责任将由我一人承担。

科尼厄尔斯·M·克温
华盛顿特区

目 录

第1章 规则的实质与制定规则的原因 / 1

规则制定的定义 / 2

规则制定的历史 / 7

规则的分类 / 22

规则制定的理由：规则必须提供什么 / 30

第2章 规则制定过程 / 43

过程与内容 / 47

规则制定的核心要素：信息、参与和责任 / 57

信息：增强的法律要求 / 61

参与：法律规定的扩展机会 / 70

责任机制 / 75

行政程序法模式如何变化 / 76

例外、免除与规避 / 77

规则制定的步骤 / 79

第3章 问题和矛盾 / 96

规则制定的数量 / 98

规则制定的质量 / 103

时效性 / 112

参与 / 121

官僚的自由裁量权 / 123

规则制定的效果 / 124

不可分割的问题 / 124

第4章 规则制定的管理 / 131

政府管理 / 132

机构层次的管理 / 137

单项规则的管理 / 159

总结 / 171

第5章 公众参与规则制定 / 175

参与的目的 / 176

参与的起源和历史 / 177

参与的实际模式 / 196

参与重要吗? / 218

第6章 监督规则制定 / 232

责任与国会 / 233

总统的职责 / 244

法院的责任 / 260

结语 / 276

第7章 理论、研究议程与评价 / 284

理论的价值 / 284

规则制定理论的要素 / 285

谁会赢? / 302

谈判的重要性 / 304

第1章

规则的实质与制定规则的原因

2001年9月11日那场导致纽约市世贸中心及其周边建筑毁损、五角大楼遭受重大破坏、宾夕法尼亚州郊区一架飞机坠毁以及数以千计的人员死亡的阴谋，是美国历史上的一件重大事件。强烈的公共政策回应不可避免，且继续呈现多样性特征。一项相关的行动说明为什么规则制定值得研究。

2001年秋的规则制定过程中，这个全国性精神创伤的影响与我们的一些基本自由精神之间存在冲突。为防止在美国发生新的恐怖主义袭击，司法部长于10月31日签发一项规则，限制律师与发动“9·11”袭击的可疑分子进行沟通。在政府看来，此项规则只不过是监狱管理局已有的监督律师与其代理人之间接触的权利的延伸。此规则属于“试行”，司法部长邀请公众进行评论，这为改变此项规则创造了可能性。公众也确实对其进行了评论。这项规则导致大量的媒体报道与专家评论，并触怒了一些专业的或民间的自由组织。针对那种认为此项行动对保护公众来说是必需的断言，批评者的回答是，这项规则是对美国宪法第四项和第六项修正案令人无法容忍的肆意侮辱。在许多人看来，与律师见面的权利是保护刑事案件中与政府强大权力抗衡的个人的重要措施，这项权利体现在第六项修正案中，并在此后几个世纪的法庭判决和立法中得以发展。但就我们而言，政府将此项规则看作如此必要而律师团体和公民自由论者认为其如此危险

的事实,强调了规则及规则制定对我们的政府体制及生活方式的重要性。如果有人怀疑这是特殊的或非典型性的,那么请想想在“9·11”事件之后的六个月内,为提升国家的安全性,政府部门发布了四十多条规则,国会则制定一部单行法规,而在此法规条款生效并产生影响之前也需要制定大量相关规则。在此状况及其他诸多情况下运用规则制定的原因在于,作为政府的一项工作,规则制定在速度、特殊性、质量和合法性方面具备其他政府工作无法企及的潜力。这种对强大威胁的回应体现出美国政府体制的核心特征。

几乎所有政府项目中都有规则制定的踪影。出于各种原因,国会不愿或不能制定具体到能被政府部门执行以及个人遵守的法律。规则制定中关键的中间过程介于实施国会制定的法律和实现国会及其所代表的人民试图通过法律所实现的目标之间。规则制定越来越能决定公共项目的实质。在很大程度上,它决定了我们作为社会整体所负有的法律义务。规则制定赋予我们诸多规章中所享有权益的确切形式。在规则制定过程中,我们在实现诸多公共项目的雄心勃勃的目标时产生的实际成果被固定了下来。

规则制定之所以重要,其原因很多。探讨这些原因的最好起点是界定规则制定并解释其为何对政府体制至关重要。

规则制定的定义

宾夕法尼亚大学法学院前院长科林·戴弗是规则与规则制定方面最有见地的学者之一,他套用大法官奥利弗·温德尔·霍姆斯的话对其作出如下界定:“规则是现行政策的外表皮……它将尚未发展完善的规范性判断转换成文字形式……规则的制定标志着政策由个人意愿转向公众期望……规则制定是政策制定过程的高潮部分。”^①这一定义强调规则在我国政府体制中所起的轴心作用,但我们应将更多的注意力放在其主要特征上。

在1946年《行政程序法》成为法律50多年后,这部法律对规则的

定义仍是最好的。此法律由国会制定,旨在使政府部门的决策过程具有规律性和可预测性,这在1940年代中期产生了深远的影响。在1946年,规则与规则制定就已成为行政过程的重要组成部分。然而,两者都需要加以明确界定,只有这样才能将法案中确立的程序性要求运用到国会试图影响的各类行动中。

《行政程序法》中写道:“规则是指部分或全部有关部门声明的普遍应用性或特殊应用性以及实施、解释国会制定法律或政策的预期效果。”^②乍一看,这个定义似乎并未揭示很多。然而,仔细研究发现其包含着几项要素,每一要素都对理解当代规则制定至关重要。部门一词并非提到的第一个要素,但却是个不错的起点,因为其界定了规则的来源。

规则的来源:专业行政部门

首先,我们从此定义中知道,规则并非来源于主要的宪法性机构。它们并非由国会或其他立法机构制定。规则是由选举产生的代表进行商议与投票的副产品,其本身并非立法。国会的确有其机构规则,但这些规则只适用于国会成员及其委员会。在行政程序法关于规则的定义中,规则并不是由总统或其他最高行政长官制定。正如我们所了解的那样,美国总统和各级政府最高行政长官的行为会对规则制定过程产生深远的影响。在履行其管理职责时,这些人运用行政命令与指示,但很少制定诸如本书所涉及的类型的规则。^③

各类法院或许有理由考虑规则。他们的行为可以改变或取消规则。但正如国会一样,法官们除了可以为其同事与所管法院的运作制定程序外,不能率先制定规则。

我们将执行、管理法律与公共政策的权力委托给官僚机构,规则正是这些机构运作的产物。通常我们认为,与政府的宪法性部门——国会、总统以及司法部门相比,官僚机构在地位上处于劣势。我们这么认为的理由在于,这些部门的权威是派生的,依据且来源于这三个

主要部门。然而,专业行政部门在一个重要方面与这些机构处于平等地位。部门或委员会制定的规则是法律;它们与国会立法、总统行政命令和司法判决具有同等地位。我国政府体制一个重要且颇具争议的特征是,官僚机构享有宪法赋予三个主要部门的所有权力。通过委托权力,政府部门履行立法、行政、司法职能。规则制定就是专业行政部门运用国会授予的立法权。

专业行政部门是规则的来源这一点相当重要,因为这意味着规则制定易受那些影响公共官僚机构决策的内外部因素的干扰。专业行政部门的运作不同于宪法性政府部门。其决定不可简单地用接连不断地来自国会、白宫、法院、利益集团以及公众的巨大压力加以解释。正如有些学者所言,“公共部门是政策过程所有阶段的主要政治力量”。^④

组织、分工、文化、职业取向以及官僚体制的工作惯例都会影响其决策方式。同时也包括官僚的个人动机。这些主题将在最后一章中进一步加以论述。我们必然期望体现在由部门制定的规则中的法律和政策与由国会、总统或法院制定的有所区别,而规则的来源立即将其与其他法律和公共政策手段作了区分。

部门可以指任何一种执行法律与政策的组织安排。公共官僚机构有很多名称,这包括:部门,如交通部;委员会,例如联邦贸易委员会(FTC);管理局,例如联邦飞行管理局(FAA);以及专业行政部门,例如环境保护局(EPA)。无论如何组织或命名,其中的绝大部分都拥有制定规则并运用规则制定过程贯彻落实规则的权力。

规则的主题:法律与政策

有趣的是,在明确界定规则的来源后,行政程序法只提到了“法律”与“政策”两个主题。这个定义对此界定最宽泛。无一公共政策领域被排除在外。行政程序法的起草者并非试图将其看作特定部门参与其认为有趣或有吸引力的规则制定过程的邀请与授权。恰恰相反,

颁布规则的权力只能源于规定部门使命、确立其目的与目标的法令。此定义只不过承认,规则可以在由国会通过、总统签发的法令所规定的任何领域内制定。^⑤自此定义形成以来的经验清楚地告诉我们,不为规则潜在的范围设置任何实质性限定的决定是明智的。1946年的规则就涵盖了广阔的主题;21世纪早期其范围则近乎无限。

规则影响法律和政策的范围:执行、解释、规定

关于规则的此项定义在规则、法律和公共政策之间建立起广泛的联系。执行、解释以及规定等词语描述了规则可能产生的最完整的影响范围。当法律或政策在由国会颁布的法令、总统签发的执行命令或司法判决中得以完全确立时,规则的功能仅限于执行。因此,不需要规则提供附加的实质性解释。在这些情况下,规则以程序和对法规条款解释的形式为行政官员和公众提供指导,而不对国会已确立的方向附加任何实质性内容。

当法律与政策已确立但面临不曾预见或变动的情境时,则通过规则对其进行解释。当出现新的商业实践或技术时,要求对制定时明确且清晰的法规条款进行相应的调整。例如,联邦贸易委员会通过立法寻求消除对竞争的不恰当限制。由此产生的当代的任务与强盗式资本家和托拉斯时代的任务迥然不同。同样,监管空气与水质量的法令明确要求相关专业行政部门关注工业结构与生产过程,并作出相关回应,正是这些结构和过程可能改变所监管的污染的来源与类型。

当国会在法令中确立法律或政策目标,但未详细阐述如何具体实施或实现时,便由规则作出相应规定。职业安全与健康法案将其远大目标阐述如下:“尽可能保证全国每位工作者享有安全健康的工作环境。”^⑥尽管企业提供一些额外指导,但通过规则对诸如尽可能、安全、健康等关键术语进行界定的工作主要交由专业行政管理部门即职业安全与健康管理局负责。一旦赋予这些术语具有权威性的合法含义,寻找确保安全与健康途径的重大任务也由此专业行政部门承担。同

样,对于与经济法规相关的法令而言,在寻求以“公共利益”为其行动标准的过程中,设立专业行政部门的情况并不罕见。^⑦行政程序法的相关定义允许部门规则制定填补任何国会、总统与法院在公共政策或法律制定过程中遗留的空白。这些机构的需求越大,规则的作用可能越宽泛。

受规则影响的情境范围：一般适用性与特殊适用性

可能受规则影响的人或活动的范围极其广泛。行政程序法中的“一般或特殊适用性”意味着无论是影响大部分人口与经济部门的规则还是只对单个人、团体、公司或政府部门产生影响的规则都可包括在内。可能有人觉得对此要素的定义令人迷惑甚至心烦。我们试图将立法看作与影响人群与活动群的一般事项与问题相关的行为。通常认为从设计规则的本意看,司法过程能更好地处理个别状况。^⑧

因此,难道受政府行为影响的活动或人在数量上的减少不会引发一个部门从半立法过程转向决策的半司法模式吗?难道一个部门不能运用授予的其他权力履行司法职能吗?简要的答案是,尽管受影响的人数可能影响决策的个别程序,仅此特征无法决定能否将一项预期的行动恰如其分地归入规则范畴。行政程序法已直接提出,行动的根本意图是进行衡量的关键性因素。

未来影响的重要性

与立法一样,规则试图构建未来。通过创造新情况,消除现存状况,或防止其他情况出现,规则的实施旨在改善生活质量的立法活动。未来影响由此成为规则定义中的一项关键因素,因为这一术语使规则与部门运用司法权力发布决议的情况形成鲜明对比。^⑨

通常,专业行政部门主要参与界定当前或以往事件与状况的法律含义。当个人质疑对其不利的规制决定时便会出现这种状况,例如申

请享受某些政府计划提供福利或申领执照遭到拒绝时。在这些情况下,人们要求政府发布命令——仅在专业行政部门运用司法权力时才使用的术语。命令将现有的规则运用于以往或当前情境。虽然命令可能对未来产生影响,如给予个人救济金或允许其从事特定事务,其根本目标并不在于通过制定政策或法律形成新情势。此外,尽管有时专业行政部门用以发布规则的程序类型可能与法院的程序类型相似,但规则的意图显然不同于其他行政行为。

因此,规则的关键特征包括:由专业行政部门制定,明确而清晰地阐述仅限于委托立法的法律与政策的含义,尽管范围或宽或窄但总关系到塑造未来情境。上述特征有助于我们理解何谓规则。现在我们必须分析规则制定的发展历程,以确定其为何在我国政府体系中扮演如此核心的角色。

规则制定的历史

规则制定是美国人对政府提出要求的直接后果。通过说服民选官员改善医疗保健、清洁环境、保护他们免受商业欺骗行为的危害,美国人毫不犹豫地推动着规则制定过程。但我们很难由此得出规则制定受到热情、明确或甚至是有意识公众支持的观点。美国并不存在一个致力于要求在更大范围内制定更多规则或要求为制定规则的人提供更好的条件的规则制定者联合会。在公众看似永不满足的新的公共创制动议和项目需求面前,其对规则制定的支持反而显得含糊不清。几乎国会实施的所有应对真实存在或假定的问题的新法律都附有要求进行额外的规则制定的要求。自共和国诞生以来就一直如此,所以美国人已对这个无法回避的关系进行了相当长时间的研究。^⑩

规则制定的演变可看作美国成文法历史发展的副产品。第一届国会时期就已确立立法与规则制定之间的共生关系。简言之,法令和规则相互依赖。法令为规则提供法律权威及其制定的各种过程。规则为法令提供切实的技术细节,而且规则制定具有适应不断变化的环