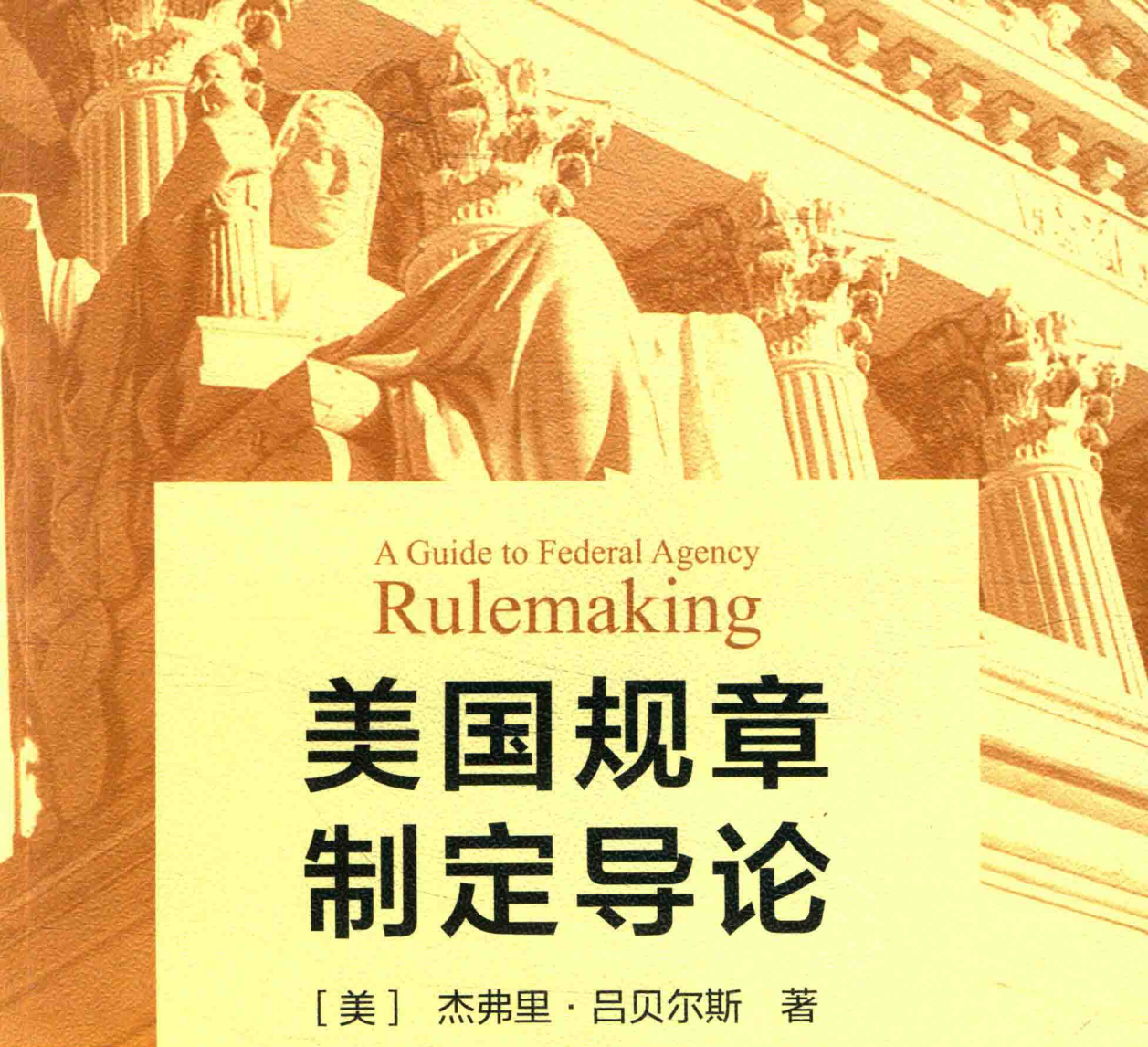




A Guide to Federal Agency
Rulemaking

美国规章 制定导论

[美] 杰弗里·吕贝尔斯 著

江澎涛 译



中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

A Guide to Federal Agency
Rulemaking

美国规章 制定导论

[美] 杰弗里·吕贝尔斯 著
江澎涛 译



中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

美国规章制定导论 / (美) 吕贝尔斯著 ; 江澎涛译.
—北京 : 中国法制出版社, 2016. 5
书名原文 : A Guide To Federal Agency Rulemaking, Fifth Edition
ISBN 978-7-5093-7106-0

I. ①美… II. ①吕… ②江… III. ①国家机关—行政
管理—规章制度—制定—研究—美国 IV. ①D971.221

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2016) 第 096406 号

北京市版权局著作权合同登记图字 : 01-2014-5998

“A Guide to Federal Agency Rulemaking, Fifth Edition” by Jeffrey S. Lubbers.
originally published by the American Bar Association. Copyright (US) 2012 American
Bar Association. Translated, published and distributed under limited license granted to
China Law Press. Translated Work Copyright 201_ American Bar Association. All Rights
Reserved.

策划编辑 袁笋冰

责任编辑 王林林

封面设计 聂强

美国规章制定导论

MEIGUO GUIZHANG ZHIDING DAOLUN

著者 / 吕贝尔斯

译者 / 江澎涛

经销 / 新华书店

印刷 / 北京海纳百川印刷有限公司

开本 / 710 毫米 × 1000 毫米 16

版次 / 2016 年 5 月第 1 版

印张 / 23 字数 / 318 千

2016 年 5 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978-7-5093-7106-0

定价 : 69.00 元

北京西单横二条 2 号

值班电话 : 66026508

邮政编码 : 100031

传真 : 66031119

网址 : <http://www.zgfzs.com>

编辑部电话 : 66067369

市场营销部电话 : 66033393

邮购部电话 : 66033288

(如有印装质量问题 , 请与本社编务印务管理部联系调换。电话 : 010-66032926)

杰弗里·吕贝尔斯 (Jeffery S. Lubbers), 美洲大学华盛顿法学院行政法实践教授、法律与政府管理研究员, 曾在迈阿密大学法学院、乔治城大学法律中心、华盛顿与李大学、渥太华大学、日本京都立命馆大学法学院等院校任教。毕业于康奈尔大学和芝加哥大学法学院, 是马里兰州和哥伦比亚特区执业律师。

在华盛顿法学院任教前, 吕贝尔斯教授曾在美国行政会议 (Administrative Conference of the United States, ACUS) 中担任过一系列职务, 该机构属于美国联邦政府咨询部门, 负责研究改进联邦政府有关行政项目程序^①。他于 1982 年至 1995 年担任美国行政会议研究中心主任期间, 致力于开拓研究领域, 广泛聘请法学专家参与研究, 并负责审查研究报告, 监督会议专职律师开展工作, 协助美国行政会议委员会根据研究结果对各种行政

① 译者注: 该机构于 1995 年第 104 届国会期间解散, 2004 年和 2008 年两次获国会重新授权, 2009 年获国会拨款, 2010 年重新运行。

法议题提出建议等。他曾与国会有关专门委员会、政府部门等合作，研究美国行政会议所提建议，并于1993年作为戈尔副总统的政府绩效评估团队负责人，研究规制制度改善等课题。作为美国行政会议委员，他是本书第一版的作者之一。1998年，他以美国律师协会会员身份重新出版该书。2010年，美国行政会议重新成立后，他被任命为“新行政会议”特别顾问。

吕贝尔斯教授发表过大量关于行政程序的研究文章。他经常受邀参与美国和其他一些国家针对政府官员的培训项目，其中，十余次受邀来中国授课培训。他在行政法领域成就非凡，曾被授予“总统行政贡献奖”、美国律师协会和联邦律师协会的各类奖项。此外，他还是美国律师协会行政法和规制实践分会研究员，从1998年开始，连续12年主编该分会每年出版的《行政法和规制实践发展报告》。

美国行政会议 (ACUS) 始建于 1968 年, 属于美国联邦行政体系中的一个独立部门, 其工作范围十分广泛, 主要负责行政法律和程序等方面咨询工作, 研究行政部门在行政管理中所采用的程序是否符合效率、充分和公平要求, 并提出改进建议。此外, 它还负责有关数据和资料搜集工作, 发布有助于评估和改进行政程序的研究报告等。

美国行政会议由主席、委员会、全体大会组成。主席是会议的主要负责人, 由总统任命。委员会由主席和类似于“董事会成员”的十名委员组成。全体大会则由约 100 名委员组成, 包括来自联邦行政部门、机构、委员会的代表, 公众代表 (包括律师、法学教授和其他具有行政法和实践背景的专业人士) 等。大会通常每年召开两次全体会议, 讨论将由美国行政会议正式提出的建议。所有委员都在各常设分委员会工作, 就其所在专业

领域拟定建议（涉及裁决、规章制定、司法审查等）。其他机构和非政府组织可派联络员代表其参加分委员会活动，但在全体会议上无投票权。

主席办公室包括一些永久雇员，如律师和办事人员，人数不多，其职责是管理该会议有关部门的日常运行，组织研究课题，为行政会议委员和分委员会服务，推动落实被采纳的行政会议建议。主席办公室的一项职责是出版学术著作和提交研究报告，本书就是该办公室工作成果之一。

根据第 104 届国会拨款委员会关于终止资助美国行政会议活动的决定，美国行政会议曾于 1995 年 10 月停止运行。但在 2004 年和 2008 年，国会分别通过法案，重新授权美国行政会议开展活动，并于 2009 年拨款资助会议的有关活动。2010 年，美国行政会议正式重新启动。

1995 年，美国行政会议（ACUS）被迫停止运行（直到 2010 年才被重新组建）。为了继续发挥其广受欢迎的《美国规章制定导论》（以下简称《导论》）一书的作用，美国律师协会（ABA）行政法和规制实践分会以及政府和公共部门律师处又共同修订出版了《导论》一书。作为美国行政会议前任职员，我曾参与撰写出版了第一、二版《导论》。1998 年和 2006 年，我又分别负责修订出版了第三版和第四版。本书为第五版，沿用了以往体例，并更新了部分内容，如介绍了小布什政府第二任期和奥巴马政府任期内前三年出现的一些新案例以及政策变化等。

在 1991 年版《导论》的前言中，时任美国行政会议主席的马歇尔·布雷格（*Marshall Breger*）先生对该书的出版目的作了精彩总结，其中很多观点至今仍适用：

“《行政程序法》(APA)为‘非正式’(相对于‘正式’而言)^①规章制定创设了一套简便程序。它要求行政部门发布拟制定规章通知,包括‘拟制定规章之条款或内容,或所涉及的主题和问题之说明’^②,以及应向利害关系人提供‘通过提交书面资料、书面观点或口头辩论等方式参与该规章制定的机会’等^③。《行政程序法》也为行政部门决定是否采用除通知-评论程序外的其他程序留出了充分空间。

《行政程序法》通过后的十余年中,行政许可、正式裁决以及正式规章制定等已成为行政法领域的主要议题。然而,20世纪60年代末和70年代初,健康、安全 and 环境等新问题不断涌现,联邦政府不得不制定大量新法规进行应对。实践证明,上述行政方式在实施这些法规时程序非常繁琐。不久,非正式规章制定便取代了《行政程序法》规定的正式程序,在制定重要政策时成为更受欢迎的方式。的确,正如外界所评价的,这些通知-评论程序‘是现代政府最伟大的发明之一’。

20世纪70年代中后期,随着非正式规章制定在解决复杂、高风险事务中的大量使用,一些新的法律和法院判例应运而生,但它们也为规章发布部门带来更多程序障碍。此外,70年代末和80年代,总统也越来越多地参与到规制政策制定中来。有观点认为这些发展趋势‘摘掉了规章制定这棵玫瑰上的绚丽之花’。

通过规章制定创建标准和规范的有效性一直备受质疑。^④有人发现,行政部门越来越倾向于使用‘非规章性规章制定’方式,即通过备忘录或指引等设定标准,以获得制定规章的效果。尽管面临诸多批评,非正式规章制定作为实施行政管理的核心手段之地位仍不可动摇。例如,根

① 若开展“正式规章制定”,必须按照《美国法典》第5编第556、557条规定的审判式(trial-type)程序进行,5 U.S.C.556-557.

② 5 U.S.C.553(b).

③ 同上 553(c).

④ Richard J. Pierce, Jr. *Unruly Judicial Review of Rulemaking*, 5 Nat. RESOURCE & ENV't 23 (1990).

据管理和预算办公室（OMB）统计，1989 年有 5000 多件最终规章文本在《联邦登记》上公布。

随着联邦行政部门大量使用规章制定，有一点变得很重要，即要为规章制定者提供尽可能清楚的指导手册。自《行政程序法》实施以来，由于控制规章制定过程的程序数量倍增，潜在的程序性问题也在成倍增加。此外，有的行政部门热衷于规章制定活动，而有的部门则只是偶尔尝试一下。提供指导手册有助于改善这些状况。

本书的出版正是美国行政会议的价值体现——鼓励行政部门间的信息交流。”

《导论》第五版保留了以往四个版本的基本框架结构，也分为四个部分。第一部分为联邦规章制定概览，介绍了参与规章制定的一些重要机构及规章制定的历史演变。第二部分介绍了规章制定的法律框架，包括《行政程序法》的有关章节和其他对规章制定产生影响的现行法律。第三部分从制定规章的最初考虑到形成最终规章等环节，逐步介绍了非正式规章制定过程。第四部分讨论了规章制定的司法审查。

尽管从克林顿政府到布什政府，再到奥巴马政府，都未对规章制定程序做过重大调整（布什和奥巴马均保留了克林顿关于白宫对规章进行审查的行政命令），但管理和预算办公室仍对此提出了一些新的重要举措。2006 年以来，美国最高法院也发布了一些与规章制定诉讼有关的重大判例（如马萨诸塞州诉环保署案，*Massachusetts v. EPA*），以及与规章制定中充分通知有关的“符合逻辑标准”（如长岛家庭护理案，*the Long Island Care at Home case*）等。最高法院不断创设有关规则，包括对规章制定中的法律解释进行司法审查（即雪佛龙、斯基德莫尔和奥尔尊重原则，*Chevron, Skidmore, and Auer*），以及对行政部门的事实认定和基于“任意、武断”标准做出的政策选择进行司法审查（如福克斯电视台诉联邦通信委员会案，*Fox TV Station v. FCC*）等。

此外，自 2006 年以来，“电子规章制定”开始出现并不断壮大。现在，大多数公众评论意见都要通过电子形式提交，这也引发了在“纸质”规章制定时代未遇到的诸多问题。本书也介绍了一些由低级别法院作出的重大判例。如以往一样，本书无意成为一本案例大全，但还是重点介绍了一些与规章制定程序有关的法院判决和对规章的司法审查。相比之下，对与规章制定有关的行政法议题来说，本书可被视为一个进行深入讨论和研究的起点。

再次向下列曾帮助出版该书的人员致谢：丹·柯恩（*Dan Cohen*），尼尔·埃斯纳（*Neil Eisner*），弗雷德和安德鲁·艾米莉（*Fred and Andrew Emily*），让·莱文（*Ron Levin*），兰迪·梅（*Randy May*）和大卫·弗莱蒂克（*David Vladeck*）等。也要再次感谢所有与我一道为该书出版付出努力的美国行政会议的同事们，特别要感谢迈克尔·鲍尔斯（*Michael Bowers*），南希·米勒（*Nancy Miller*）和美国天主教大学哥伦布法学院的本杰明·敏兹（*Benjamin Mints*）教授。多年以来，本书也得益于美国行政会议两位前主席劳伦·史密斯（*Loren Smith*）和马歇尔·布雷格（*Marshall Breger*），以及后来长期担任美国行政会议规章制定委员会主席的恩斯特·盖尔霍恩（*Ernest Gellhorn*）的大力支持，还有其他众多来自联邦行政部门对本书问世提出过宝贵意见的人们，一并致谢。

在本版的研究和编辑中，我的两位 2012 级研究助理艾米莉·百弗尔（*Emily Baver*）和阿伦·摩尔（*Aaron M. Moore*），以及《行政法研究》的高级编辑们都提供了大力协助。

当然，最后要说的是，文责自负。

杰弗里·吕贝尔斯

美洲大学华盛顿法学院 行政法实践教授

2012 年 3 月

《美国规章制定导论》中文译本即将问世，这对我来说意义重大。某种程度上，我认为非正式规章制定程序具有广泛吸引力。每个政府都希望在国家治理过程中对人民的需求进行回应，并以有效、现代的方式来实施监管、创造价值。公布拟制定法规征求公众意见是政府保障公众参与权的有效途径。通过参与，公众可将意见直接提交给政策制定者，政府也可以借此了解相关事实、专业知识以及公众的想法等，这些工作单凭政府自身难以完全实现。

上述目的正是 1946 年《行政程序法》关于规章制定程序的设计初衷，现在仍是美国联邦政府运行的核心原则之一。不仅是联邦政府，包括 50 个州各自的《行政程序法》，均规定了规章制定程序。当然，包括中国在内，世界上很多国家也都在使用这一程序。我有幸数次受耶鲁大学中国法中心以及亚洲

基金会邀请，参与中国中央政府和一些省、市级政府有关行政程序法律法规的设计工作，目的是为公众参与法律法规制定和发布提供机会。中国政府在这方面取得的成果让我印象深刻。

同时，我们也要看到，美国的规章制定体系并非完美无缺，还有很长的路要走。尽管非正式规章制定的基本特点——通知－评论程序——依然是行政法律制度十分重要、有效的组成部分，但自1946年以来，规章制定活动已变得日益复杂。国会通过制定法律，总统通过发布行政命令，以及法院在规章审查过程中，不断提出其他一些程序性和分析性要求。这些要求有的很有帮助，有些则效果平平，很多人认为这些额外程序让规章制定活动变得更加复杂耗时。

显然，我并不主张中国政府行政部门全盘仿效美国的规章制定程序，但美国制度有其合理之处，我谨希望通过展现美国政府如何实施这些制度，来为中国有关部门在这方面的改进提供一些思路。

本书开头回顾了美国规章制定程序的历史发展脉络，并对其日益增加的复杂性进行分析。接着对规章制定的法律框架进行探讨——包括《行政程序法》在内的诸多法律规定。《行政程序法》的内容不长，也很简洁，并规定了不同类型规章的例外情形。本书着重讨论了非正式规章制定程序，包括互联网出现所引发的深刻变革——将规章制定从纸质时代带入电子时代。美国在该领域的经验可能对中国会有很多启发。就我所知，中国也已开始摆脱单靠纸质工作的阶段，全面进入互联网时代，国务院法制办公室信息中心已对外建立网站，公众可以通过该网站对法律法规草案提交评论意见。建成后，该办公室已收到成千上万条评论意见。

本书接下来讨论了美国联邦政府部门在制定规章时必须进行的各种“规制分析”（regulatory analysis），其中最主要的是成本效益分析。很明显，政府在制定法规时一定是希望收益大于成本，但往往衡量这些结果并非易事，特别是对立法效益更难以估量。

本书还对有关程序作了详细讨论。首先，行政部门必须发布“拟制定规章通知”（notice of proposed rulemaking），其中通常包含拟制定规章文本以及对规章制定必要性的说明。这些文件会在政府每日出版的官方刊物《联邦登记》上公布。其次，部门必须披露所有与拟制定规章有关的信息和研究结果，公众在规定期限内可以提交书面意见（通常为 60 天）。在评论期内，可以举行口头听证，但不是强制性要求。现在，大多数评论意见都通过一个集中的规章制定门户网站（www.regulations.gov）以电子形式提交。收到评论意见后，部门必须对其进行详细审查以决定是否将其纳入最终规章文本。如果决定纳入，部门须在最终规章文本的序言中对规章中的术语进行解释，注明该文本与拟制定规章文本的不同，最重要的是，对公众评论意见中所有重要建议和批评进行回应。

最终规章文本及其序言会在《联邦登记》上公布，然后编入《联邦法规汇编》，后者包含了所有现行有效的联邦政府法规。有时，如果最终规章与拟制定规章文本差别太大，部门必须进行第二轮评论。规章发布后须送交国会，后者可以将其推翻，但只能通过制定法律来实现。该程序的另一项关键内容是，总统通过发布行政命令要求大多数部门向管理和预算办公室提交拟制定规章和最终规章文本供后者审查。

但上述所有程序只是规章司法审查的前奏。如果个人、公司或其他组织受到规章的不利影响，他们可以请求法院对规章进行审查。负责审查规章的法院也设计了各种相关规则。首先，起诉者应何时、如何启动司法审查；其次，一旦审查程序启动，法院的审查标准是什么。比较常见的情形是，起诉者会主张部门超越法定权限发布规章，或即使规章制定属于国会授权范围，但该规章不合理或在规章制定过程中收集到的事实依据不支持规章等。若无人提起诉讼，或法院对规章表示支持，该规章将具有与国会通过的立法相同的法律效力。

在中国，《立法法》（2000 年）确立了制定行政法规、地方性法规、部门

规章和地方政府规章的基本框架。更多关于法规和规章制定程序的细节可参见国务院制定的《行政法规制定程序条例》(2001年)。制定更低级别的规范性文件则由国务院的政策文件作出规定。如前所述,国务院也设有类似于美国 regulations.gov 这样的政府网站。

我认为,中国的规章制定活动有两个方面仍需改进:(1)应在最终规章序言中对公众评论意见作出回应;(2)对规章制定的程序性事项进行司法审查。这两个领域的改进将保证公众提交的评论意见得到有效处理,并保证《立法法》和其他相关法规规定的程序得到一致遵守。

我期待将来能与中国的行政法学界同行就中美两国各自规章制定制度中的优点和不足进行更多交流。我也希望其他对行政法感兴趣的读者能觉得此书值得一读。特别感谢本书中文版译者江澎湃先生为本书翻译出版付出的不懈努力。

杰弗里·吕贝尔斯

美洲大学华盛顿法学院 行政法实践教授

2016年3月

目 录

- I 作者简介
- I 美国行政会议简介（1968—1995，2010—）
- I 前言
- I 《美国规章制定导论》中文译本序

第一部分

美国规章制定概览

- 002 一、《行政程序法》与规章制定活动
- 004 二、规章制定与法院
- 010 三、规章制定与国会
- 013 四、规章制定与总统
- 026 五、规章制定概览：其他观点

第二部分

规章制定的法律框架

第一章 《行政程序法》中的规章制定

- 030 一、《行政程序法》中的“规章”和“规章制定”

- 036 二、《行政程序法》中的正式规章制定
- 038 三、《行政程序法》第 553 条的非正式规章制定
- 039 四、不适用第 553 条规定的规章
- 078 五、《行政程序法》第 552 条关于“公布”的规定

第二章 规章制定和裁决程序在政策制定中的比较

- 081 一、对选择规章制定或裁决的法律制约
- 085 二、选择规章制定或裁决程序的现实考虑

第三章 其他影响规章制定的程序性法律

- 091 一、《联邦登记法》
- 092 二、《国家环境政策法》
- 093 三、《灵活规制法》
- 097 四、《文书削减法》
- 104 五、《联邦咨询委员会法》
- 105 六、《协商式规章制定法》
- 107 七、《无资助授权改革法》
- 109 八、《信息质量法》
- 112 九、《2002 年电子政府法》
- 112 十、国会对规章的审查
- 116 十一、其他影响规章制定的法律