

# 法律、监管与市场\*

席 涛

摘 要: 市场有效率, 也存在市场失灵。政府依据法律法规实施监管, 同时也发生监管失灵。美国、欧盟和 OECD 颁布和发布监管影响分析指引的法律法规和规范性文件, 规定评估法律法规和规章对经济、社会和环境的影响, 建立中央层面的集中审核和协调的监管监管机构, 运用成本—收益分析方法衡量法律法规和规章的绩效。因此, 市场经济不是要不要政府监管的问题, 也不是政府监管多或者监管少的问题, 而是监管什么、如何监管、用什么方法监管和如何衡量监管绩效的问题。基于法律经济学视角, 这既是国会—总统(首相、总理、秘书长) —部长(行政机构和独立监管机构) 的权力结构是否制衡和妥协的问题, 又是颁布实施法律—行政法规(总统、首相、总理的行政命令) —规章的法律层级是否合法与有效的问题, 核心是处理法律、监管与市场的关系。

关键词: 监管影响评估; 经济社会环境; 成本—收益分析; 集中审核机构

## 介绍及问题的提出

法律能保障经济稳定、社会公正和环境清洁吗? 市场有效率, 但也存在市场失灵, 通过政府监管就能维护市场秩序吗?

奥巴马面对美国金融危机导致的企业破产、工人失业发出了这样的疑问。白宫与国会参众两院几经辩论, 众多利益集团的参与, 国会相继通过了经济刺激法案、医保改革法案、华尔街改革和消费者保护法案。与此同时, 奥巴马从 2009 年 1 月 30 日提出改革监管七点建议, 供大家讨论, 在收到 184 封意见反馈的基础上, 于 2011 年 1 月 18 日签署了 13536 号行政命令, 旨在制定适合经济、社会发展和环境保护的规章, 维护市场秩序, 提高监管质量。

欧盟面对冰岛债务危机、希腊债务危机和成员国整体经济下滑、财政赤字和失业率上升, 欧盟理事会、欧盟议会和欧盟委员会面临经济稳定、社会公正和环境保护的问题更复杂。尽管有不同意见, 但欧盟委员会仍于 2009 年 1 月通过了制定法律法规、规章和政策的监管影响评估指引, 2010 年 10 月通过了更好的监管建议案, 以提高欧盟和成员国的监管水平。

经济发展与合作组织(Organisation for Economic Co-operation and Development, 简称经合组织或 OECD) 以其组织性质的独特性、超然性和战略性, 调研、分析和审视这次金融危机的原因、性质和应对

作者简介: 席涛, 中国政法大学法和经济学研究中心教授, 博士生导师。

\* 本文是北京市重点交叉学科“法律与经济”项目和国家社会科学基金重点项目“保持经济稳定、金融稳定和资本市场稳定对策研究”(项目批准号 08AJY037) 的阶段性成果。本文是作者在 OECD 和欧盟主办的 2010 年 10 月 27 - 29 日会议“OECD Regulatory Policy at the Crossroads: Towards a New Policy Agenda”上的主题报告。本文的初稿在全国人大法工委、预算工委、国务院法制办、中国人民银行和国家发展改革委等相关会议上讨论和征求过意见。

措施,提出供成员国政府参考的意见,先后发布了2008年OECD监管影响分析指引、2009年OECD监管影响分析—政策一致性工具,并于2010年12月提出了了监管改革草案。

中国市场经济高速发展与经济转型,融入全球化,2007年突然面对外部金融危机,GDP下降了4%,上千万人失业(主要是农民工),十几万家企业停产或者破产(沿海城市小企业为主)。中国以其国情特征,国务院办公厅于2008年12月8日发布了《关于当前金融促进经济发展的若干意见》(国办发〔2008〕126号)，“鼓励商业银行发放中央投资项目配套贷款,力争2008年金融机构人民币贷款增加4万亿元以上”,以应对金融危机。全国人大常委会法工委于2010年4月主持召开“全国规范性文件备案审查和立法后评估工作研讨会”,16个地方人大法工委分别介绍了评估地方性法律法规对经济、社会和环境影响的评估对象、程序和方法,期许达到经济稳定、社会公正和环境保护之目的。

面对实践中出现的问题,学术理论界的反应又如何呢?

美国法学学者有的从三权分立的视角、有的从市场与政府监管的视角、有的从美国金融体制的视角、还有的从理论—法律(政策)—实践的作用机制滞后的视角,探讨这次金融危机的种种问题。欧盟法学学者从欧盟条约、欧盟二级法律以及欧盟成员国法律的对应关系,辨析了欧盟出现问题的因果关系以及应对措施。OECD举办了各种会议,探讨美国的金融危机和欧盟的债务以及新兴市场经济国家(中国、巴西、俄罗斯、印度和南非)的政府与市场的边界、法律和监管的有效性以及监管影响评估方法。中国法学学者以其超然态度,讨论着民法、经济法、刑法和行政法中的规范性问题,少有关于金融危机和经济转型引起的法律对经济、社会和环境影响的论述(以《法学研究》和《中国法学》2008—2010年发表的文章为例)。笔者综合具有影响性和一致性的观点,可以看到理论的一些基本共识。

美国、欧盟和中国的法律,虽然规则的细致性不同,但都是以制度为框架,行政系统必须制定详细的行政法规、规章、措施,使法律可操作、可执行和可实施。因此,授权立法或者委托立法是法律的基本模式,行政系统既是上位法的执法主体,也是下位法的立法主体。理论上将这种模式称之为监管型国家(regulatory state)、监管型国家的集中监督(centralized oversight of the regulatory state)、总统式的行政管理(presidential administration、presidential control of regulatory agency decisionmaking)、成本—收益国家(cost—benefit state)和行政型国家(administrative state)。根据理论的基本观点,本文概括为监管型国家或者监管型政府。于是,又会提出一个问题,监管是政府之手对市场看不见的手,政府监管干扰市场秩序,降低市场效率,产生监管俘获,利益集团垄断市场资源,降低社会福利。因此,既有市场失灵,又有监管失灵。如何治理监管失灵,如何通过制度安排、制度程序、制度方法监管监管者?其目的为在法律的框架下,减少市场失灵和监管失灵。

这正是本文要讨论的问题。本文所说的监管是政府基于法律法规框架下的监管,维护市场秩序,促进市场效率。笔者认为,市场经济不是要不要政府监管的问题,也不是政府监管多或者监管少的问题,而是监管什么、如何监管、用什么方法监管、监管是否有效率和如何衡量监管绩效的问题。简言之,关键是探索法律、监管与市场的关系,这既是法律法规的实体性问题,也是法律法规的程序性问题。

本文以下结构是这样安排的:首先,从法与经济学的视角,梳理监管理论的发展轨迹,主要评析成本—收益理论对监管型政府的解释力。其次,分析美国、欧盟和OECD监管影响分析的制度框架,解释监管影响分析对法律、法规和规章制定的程序和方法。最后得出结论,本文认为,建立监管影响评估机制,分析法律、法规和规章对经济、社会和环境的影响,只有在监管的收益能够证明为其支付成本的正当性的约束下,政府才可以监管。此时,法律、监管与市场处于良性互动中。

## 一、理论综述与评析

### (一) 监管的部门利益理论

监管理论的核心观点是谁来监管、监管什么、谁受益和谁受损。监管“俘获”的观点,阐述了产业集

团受益,而政治家和行政官员被产业集团俘获的观点<sup>[1] [P.3]</sup>。监管“过桥收费”的看法,观察到监管“俘获”理论的不足,认为政治家和行政官员受益,而产业集团受损,走到了另一个极端。实际政治权力的分配并非如此简单,更多的是寻求各方政治力量的平衡<sup>[2] [P.211-240]</sup>。“铁三角”联盟解释进一步拓展了前述两种观点,把产业集团、政治家和行政官员融为一个各方都受益的整体,从而达到一种监管制度的平衡,对监管制度和现实问题更有解释力。“旋转门”现象则是对稳定的“铁三角”联盟形成影响的一种未来透视或洞察,即产业集团、政治家和行政官员各方未来也受益。监管的部门利益理论深入地揭示了监管为少数人谋求利益的过程,旨在限制垄断、促进竞争的一种制度安排,最终演化成为一种政治与经济交易的低效率制度或者无效率制度,仅仅保障了利益集团的利益。

监管的部门利益理论并没有解释和回答这样几个问题:第一,在宪法三权分立制衡框架下,市场经济中,政府以法律为支柱、社会以契约意识为纽带、个人与企业或者企业与企业以合同形式为基础,通过诉讼和法院裁决,解决被侵害者和侵害者之间纠纷的制度安排,为什么转向建立行政方式的监管制度,而且监管机构呈数量逐步增加、权力逐步增大的趋势?第二,监管者被“俘获”、拉捐款、接受行贿和谋求长期利益,是监管制度失灵的形式和结果。那么,监管制度为什么会失灵?是局部失灵还是系统性失灵?第三,政府对监管制度失灵又会作出怎样的回应?第四,是否存在市场与监管互动的良性运行?对这四个问题的解释和分析,产生了监管型政府兴起的理论。

## (二) 监管型政府兴起的理论

监管型政府兴起的理论主要从经济发展史的视野,分析了经济发展、产业结构升级、市场深化、一次又一次的经济危机以及突发性的公共灾难,由于法律在处理问题中的不完善性与滞后性,政府建立了监管制度。在随后的发展中,政府干预的范围逐步扩大,呈现出监管型政府(或者说行政型国家)兴起和壮大的趋势。

美国哈佛大学经济学系格莱瑟和施莱佛教授(Glaeser and Shleifer, 2003)分析了1887年至1917年的30年间市场与诉讼的关系,探讨了监管型政府的兴起。在此之前,普通法是维持社会秩序的主要支柱,侵权法是普通法的精髓。在保护产权、执行合同、对违法者裁决惩罚中,法院一直占据着主导地位。但是,法院执法面临两方面的问题:一方面,法院通过事后裁决对违法行为起阻吓作用,这是一种被动式执法手段;另一方面,大企业拥有的经济资源足以破坏司法公正,立法者和法院的裁判者可能被大企业收买、操纵和诱导,个人和小企业不可能在侵权伤害和贸易纠纷中获得公正的诉讼结果。这两个重要原因分析了仅仅依靠法院是不够的。监管正是对普通法遭到破坏和被动式执法时诉讼体制低效率的一种回应<sup>[3] [P.401-425]</sup>。

芝加哥大学法学院桑斯坦教授(Cass R. Sunstein, 1996)分析了美国1929—1932年爆发的经济危机和罗斯福“新政”,他认为,个人权利不仅应当包括普通法中的各项权利,还应当包括政府对市场经济引发的经济危机与灾难的防范与监管,包括失业、贫困、缺乏教育、未能得到医疗和社会保障等等。普通法重点强调保护私有财产和强制执行合同,经济危机和灾难导致的对个人权利的侵蚀并不在其保护之中。因而,白宫获准制定了大量的重新分配权力的政策,保护个人权利。国会也通过了有关银行、证券、保险、社会保障和就业法案。个人权利范围扩大的最终结果,导致了20世纪70—80年代的“权利革命”,政府通过设立一大批新的监管机构,保护人们的生命、健康和安全,免受不卫生食品、不符合标准药品、不安全工作场所和环境污染带来的侵害<sup>[4] [P.247-310]</sup>。

## (三) 总统式的集中控制—OIRA的审核与协调功能

但是,监管机构拥有半立法、半行政和半司法权力的“三位一体”的监管模式,导致了机构膨胀和监管过多过滥。除司法审查外,监管机构实际上处于事前没有权力制约的状态,尤其是联邦独立监管机构,变成了有规章制定权,但“无上级的第四部门”(‘headless’ fourth branch of government)<sup>[5] [P.578]</sup>。实践又提出了四个尖锐的问题,一是可能监管滞后,出现监管空白;二是机构过多,可能出现监管重复或监

管冲突;三是机构可能被监管者、游说者、有组织利益集团说服,出现监管“俘获”;四是谁来“监管监管者”,即如何监督和控制独立监管机构和内阁行政机构这样三权集于一身的监管者?它们的规章是否只按照《行政程序法》的“公告—评论程序”就可以出台了?如果说“公告—评论程序”是一种信息透明、公众意见可以制约监管机构偏好的程序,对监管部门利益理论所揭示的监管“俘获”——“过桥收费”——“铁三角”——“旋转门”问题如何解释,谁来监管监管者,又如何分配其权力?

这些问题引发美国国会的高度重视,国会通过《1980年文牍削减法》<sup>①</sup>,在白宫的管理和预算办公室(Office of Management and Budget,简称OMB)中建立了信息和监管事务办公室(Office of Information and Regulatory Affairs,简称OIRA),OIRA作为监管机构的监管者,直接负责审核和协调内阁监管机构的规章。1993年克林顿行政命令和1995年国会立法都规定,独立监管机构的年度监管规划,也要提交OIRA审核,只有经过OIRA的同意,监管机构才能发布规章。此时,监管走向了总统式的集中控制的年代。

德穆斯和森斯博格(DeMuth and Cinsburg, 1986)认为,总统式的集中控制是减少监管机构滥用委任权发布规章的一种有效的监督方法和协调程序。OIRA集中审核规章,可以抑制监管机构与产业集团之间错综复杂的利益关系,可以克服几十个监管机构各自为政、信息不通的弊端,从而避免规章之间的重复和冲突。就涉及到的政治制度和法律制定而言,相对于只发布规章而没有规章审核和协调的机制,OIRA的成立是政治制度的成熟和进步,有利于加强政策一致性,更多的政治问责制和更平衡的监管决定<sup>[6] P. 1075-1088</sup>。皮尔德斯和桑斯坦(Richard H. Pildes, Cass R. Sunstein, 1995)对里根、布什和克林顿的执政政策比较后指出,里根在签署12291号行政命令后,又签署了12498号总统行政命令,这个行政命令需要监管机构向OMB和OIRA提交年度监管计划,确保监管与政府的目标一致。里根的两个行政命令,将OIRA摆在监管审核与监督的中心。克林顿的监管改革方向更明确,监管程序和实质内容的总统式的集中控制,已经变成了美国政府制度设计的一个持久任务<sup>[7] P. 5-28</sup>。布鲁穆斯坦(James F. Blumstein, 2001)系统回顾和反思了自罗斯福执政以来历届总统管理的理念和方法,他认为,集权式的总统制管理和OIRA集中审核行政机构的规章,是监管制度健康的和有远见的发展<sup>[8] P. 851-900</sup>。哈佛大学法学院教授肯根(Elena Kagan, 2001)在《总统制行政管理》这篇引起高度关注的论文中断言,在这个时代,制度就是总统制(总统直辖的行政机构)。今天,我们就生活在一个总统制的行政管理时代。就重大方面来看,总统式的集中控制和监管在急剧扩大,这种扩大已使行政机构越来越变成执行总统政策和政治议程的工具,总统式的集中控制对于机构的监管决策传递了这样的信息,内阁行政机构自身属于总统,这些是他的机构,他为机构的行为和成功负责。肯根最后得出这样一个结论,总统式的集中行政管理,是由总统行政命令、OIRA审核和总统拨款组成,促使监管机构的透明性和灵活性,提高监管机构决策的责任性<sup>[9] P. 2385</sup>。<sup>②</sup>

那么,总统式的集中控制和OIRA的集中审核,就不会产生OIRA与利益集团的利益输送吗?克若雷(Steven Croley, 2003)的实证分析证实许多有利于总统式的集中控制的观点。首先,白宫有制度性机制承担对机构规则的有益审查。第二,白宫审核具有专业性,OIRA的工作人员是专业技术人员,基本来自大学的经济学、法学、管理学、工学的教授,他们履行审查时,坚持了成本—收益分析的原则。第三,分析OIRA已经审核的规章,没有发现OIRA利用审核过程,向某些利益集团输送利益的证据,发现OIRA将会与任何要求参加会议的社会团体开会讨论审查规则。最后,OIRA审核是集中于白宫的利益

① Paperwork Reduction Act of 1980, Public Law. No. 96-511.

② Elena Kagan, *Presidential Administration*, Harvard Law Review, Vol. 114, No. 8 (2001). 哈佛大学法学院院长 Elena Kagan 教授的这篇长文,以在克林顿执政时任总统顾问委员会国内政策副主任的经验,系统评析了总统管理模式。她认为,总统通过 OMB 和 OIRA 机制要求行政机构和独立监管机构(仅限于年度监管规划)实施总统行政命令的理念、原则、程序和方法。Elena Kagan 于 2010 年 10 月离开哈佛大学法学院,就任最高法院大法官。

或专家意见<sup>[10]</sup> (P. 821-872)。柏格里和莱文斯(Nicholas Bagley, Richard Revesz, 2006)进一步从两个方面证明了监管型国家集中审核制度安排的正当性:一是推进政治责任、机构间的协调和确定合理的优先次序,并符合成本有效性的规则制定(这是协调功能);二是遏制官僚机构从自身狭隘利益的议程出发而导致过度监管(这是制约功能)<sup>[11]</sup> (P. 1261)。

布莱斯曼和凡顿堡(Lisa Schultz Bressman and Michael P. Vandenbergh, 2006)认为,总统控制模式实际上引起了三个重大问题的争论,一是政治问责制问题,如何保证机构官员的决定对于人民是负责的?二是不同利益集团利益的问题,如何保证机构官员作出的决定是考虑大多数人利益而不是狭隘的少数人?三是监管有效性问题,如何保证当机构单独或者与其他机构合作决定时,行政机构作出合理的、有效的决定?因此,他们的研究结论主张,总统控制模式也许不能够完全成功地保证行政机构的合法性,然而,这个模式是有价值的,需要重新设计保持有效性<sup>[12]</sup> (P. 46-52; P. 98-99)。

当然,这种集权式的总统制监管也受到各方面的批评。美国公众市民诉讼社团主任莫利森(Morrison, 1986)对里根总统的12991号和12498号行政命令提出了尖锐的批评,他认为,OMB(OIRA)干涉行政机构的规章制定是一条错误原则。国会应当取消OMB(OIRA)对行政机构规章审核的程序,总统应当施加对OMB(OIRA)滥用权力的限制。总统虽然是想通过OMB(OIRA)建立一个集中审核行政机构制定规章的程序。但是,这种做法实质是一次政治权力的重新分配<sup>[13]</sup> (P. 1059-1074)。哥伦比亚大学斯图尔教授(Peter L. Strauss)在1980年代是支持总统式控制模式和OIRA集中审核规章<sup>[14]</sup> (P. 182-205),1990年代的观点发生了变化,反对总统式的控制模式。他认为,第一,总统式的集中审核未能遵守宪法原则,违背了“三权分立”相互制衡的精神,如果监管机构的规章与法律冲突,应由法院实施司法审查,现在白宫审核规章,总统的执政方针无疑会通过OMB和OIRA渗透到监管机构的规章之中,行政命令有替代法规之嫌<sup>[15]</sup> (P. 967-968)。第二,违背了1946年行政程序法规定的规章制定的“公告—评论程序”,OMB(OIRA)现在凌驾于法律程序之上,实行对规章的集中审核,导致行政程序法规定的“公告—评论程序”徒有虚名;第三,违背了国会建立并执行了几十年的相关监管法律,在法律框架下,国会立法赋予了独立监管委员会和内阁行政机构监管的权力,OMB(OIRA)的程序造成了国会监管法律的混乱。由参议院确认并经总统任命的政府机构的负责人,他们的职责是根据行政程序法作出决策,而不是简单的服从<sup>[16]</sup> (P. 696-760)。<sup>①</sup>第四,克林顿的12866号行政命令把独立监管委员会的监管年度计划纳入OMB和OIRA审核范围之内,独立监管委员会有可能失去设立时法律赋予的“独立和公正”的基本原则。克林顿已经篡夺了国会立法权和法院司法裁决权,国会和法院已经成为最严重的违宪者<sup>[17]</sup> (P. 243-277)。

#### (四) 监管的成本—收益分析理论

随着监管型政府的兴起,总统式集中控制—OIRA集中审核规章,监管理论进一步发展,研究法律、行政命令和规章对经济、社会和环境的影响,成本—收益分析、成本有效性分析和风险分析,已经作为行政机构制定规章的原则、程序和方法,监管的收益能够证明为其支付成本的正当性,或者社会净福利最大化,成为判断是否监管的标准和衡量监管绩效的方法。

1. 成本—收益分析的性质。桑斯坦(Cass R. Sunstein, 1995, 1996)认为,成本—收益分析(Cost-Benefit Analysis)的理念和思路,可能促使美国正处于一个宪政改革的关键时期。如果沿着这个理念和思路对以前的公法进行系统的梳理、检讨和修正,使成本—收益分析变成具体的法律条款,这将标志着美国自1946年行政程序法颁布以来,对监管制度最为深刻和最为根本的一次改革。因此,国会建立成本—收益分析的监管机制,成本—收益分析作为监管机构制定规章的基本原则、程序和方法,并以成

<sup>①</sup> Peter L. Strauss, *Overseer, or 'The Decider'? The President in Administrative Law*, *The George Washington Law Review*, Vol. 75, No. 4 (2007). 哥伦比亚大学法学院Peter L. Strauss教授的1986、1997和2007年的这三篇文章,反映了他三十多年来关于三权分离相互制衡、行政程序法、总统行政管理和OIRA审核的理论观点的发展和演变轨迹。

本—收益分析衡量监管绩效。他认为 美国进入一个成本—收益国家<sup>[18] [P. 1-56] [19] P. 247-310</sup>。①

格雷汉姆(John D. Graham 2008)在2008年发表的长达146页的文章中,对成本—收益从理论推动到制度演变,解释了成本—收益分析的角色与作用。在联邦法律中,一些法律规定,禁止使用成本—收益分析,另一些法律没有规定是否使用成本—收益分析。在法律的灰色地带,学术理论推动了成本—收益分析对改革法律的作用。他认为 相对于30年前的里根时代,现在成本—收益分析对联邦机构的规章制定有很大影响,发挥重要作用<sup>[20] [P. 395-540]</sup>。

2. 成本—收益分析的作用。一是作为决策的原则、程序和方法。理查德·A·波斯纳(Richard A. Posner)、桑斯坦(Cass R. Sunstein)、哈恩和桑斯坦(Hahn and Sunstein)认为,在关于提高市场效率、保护健康、安全和环境质量的争论中,成本—收益分析将市场配置资源的思路引入政府公共政策领域,某项公共政策从总体上看是否对稀缺资源进行了合理的配置,成本最小化和收益最大化成为制定公共政策的约束条件,它对一项政策所有可能产生的影响要进行充分的调查<sup>[21] [P. 1153-1177]</sup>。成本—收益分析方法,既有实证分析的市场基础,又有规范分析的价值取向,可以解释现有政策的效率,又可以预测未来政策的走势。特别需要提出的是,成本—收益分析能够帮助立法者考虑到边际成本和边际收益。以污染监管为例,如果要求达到100%的零污染,那么减少污染的边际成本就会大大超过边际收益,得不偿失<sup>[22] [P. 245-270]</sup>。

二是解释和解决监管者问题。艾瑞克·A·波斯纳(Eric A. Posner, 2001)认为,成本—收益分析能够帮助国会、总统和法院监督和控制监管机构。他建立了一个委托—代理模型,在模型中,国会和总统作为委托人,监管机构作为代理人。委托人委任授权给代理人。在代理人对委托人诚信的条件下,代理人可以凭借专业技术实现委托人满意的目标。由于信息不对称,代理人可以利用已经取得的委任授权,违背委托人的意志谋取利益。委托人为了克服信息不对称,希望把代理成本降到最小化,就建立相应的制度约束代理人。成本—收益分析为委托人克服信息不对称提供了控制代理人的工具,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。代理人如果依据不充分、不真实或错误信息制定规章,必然遭到政治制裁或者法律制裁。政治制裁由委托人施行政治处罚,包括总统对监管机构负责人的记过处分、暂缓批准或否决监管机构的规章。国会可以否决监管机构的重要规章,或者削减拨款经费。法律制裁是法院通过司法审核,裁决监管机构的规章违宪或违法。美国政府对监管机构经常使用政治制裁和法律制裁<sup>[23] [P. 1137-1185]</sup>。②

三是成本—收益分析解决了部门利益集团理论的难题。利益集团理论暗含一个很强的前提假定,即国会和总统默认或许可监管机构通过监管将资源转移给了部门利益集团(斯蒂格勒命题),并没有带来公共福利的最大化。这个假定的合理性在于,规章虽然要通过“公告—评论程序”,但监管机构被利益集团牵制并满足其偏好,产生了监管“俘获”。加利贝克尔认为,成本—收益分析的讨论和应用,在政治选择模式中是对利益集团理论的一个解释和挑战<sup>[24] [P. 1151-1152]</sup>。成本—收益分析将监管的总成本和

① Lawrence Lessig and Cass R. Sunstein, *The President and The Administration*, Columbia Law Review, Vol. 94, No. 1 (1994), pp. 1-123; Richard H. Pildes and Cass R. Sunstein, *Reinventing the Regulatory State*, The University of Chicago Law Review, Volume. 62, No. 1 (1995), pp. 1-130; Cass R. Sunstein, *Congress, Constitutional Moments, and the Cost-benefit State*, Stanford Law Review, Vol. 48, No. 2 (1996), pp. 247-309. 芝加哥大学法学院 Cass R. Sunstein 教授在1994、1995和1996年连续发表了代表性和引用率最高的三篇文章,集中反映了他的三个观点:坚持总统式的集中控制;OIRA发挥审核与协调功能;监管影响分析和成本—收益分析是制定与评估法律和规章的重要程序和方法。Cass R. Sunstein 教授的理论观点和法律经济学的研究方法,对美国学术界有很大影响。奥巴马于2009年任命 Cass R. Sunstein 为白宫 OIRA 主任。

② Eric A. Posner, *Controlling Agencies with Cost-Benefit Analysis: A Positive Political Theory Perspective*, The University of Chicago Law Review, Vol. 68, No. 4 (2001), pp. 1137-1185. 以及 Eric A. Posner, *Cost-Benefit Analysis as A Solution to A Principal-Agent Problem*, Administrative Law Review, Vol. 53, No. 1 (2001), pp. 289-297. Eric A. Posner, *Using Net Benefit Accounts to Discipline Agencies: A Thought Experiment*, University of Pennsylvania Law Review, Vol. 150, No. 5 (May 2002), pp. 1473-1488. 芝加哥大学法学院 Eric A. Posner 教授的这三篇文章,用法律经济学的分析方法,论述了美国国会、总统和监管机构的委托—代理关系,强调了不完全和不对称信息对委托人与代理人的不同作用,成本—收益分析要求代理人提供监管机构对市场监管产生影响的基本信息。他认为,虽然法律经济学中的成本—收益分析、成本有效性分析和风险分析方法有缺陷,但在法律实证研究中,还没有发现一种替代它的方法。

总收益信息透明化,如果没有净收益,监管机构就不可能提出一个重要规章草案;即使提出了,也可能遭到 OIRA 否决;即使通过了提交国会,也可能遭到国会否决。在没有规章作为监管依据的情况下,监管机构就不可能实施监管,利益集团难以操纵监管机构<sup>[25]</sup> (P. 289-297)。

3. 成本—收益分析方法的应用。哈恩和赫德(Hahn and Hird, 1991)是首先对联邦监管收益和成本进行系统数据研究的学者。1991年,他们发表了“监管的成本和收益:一个综述与评论”一文,以1988年美元价格为基准,对当年美国的监管成本进行了评估。他们估算,美国1988年经济监管成本大约为450亿美元,与经济监管相联系的经济交易成本约为1700亿至2100亿美元,社会监管成本评估约为930亿美元。哈恩和赫德认为,第一,经济分析的标准技术能够对联邦监管活动的成本与收益作系统的评估;第二,经济监管的直接成本比与监管相联系的交易成本要低得多;第三,成本和收益评估的信息,对更好地理解监管对经济社会和环境的影响十分有益<sup>[26]</sup> (P. 233-278);第四,这些数据存在许多不确定性,有些缺乏统一标准,有待于进一步的讨论<sup>[27]</sup> (P. 1556-1572)。

霍普金斯(Hopkins, 1992)在1992年进一步扩展了哈恩等人的研究。霍普金斯以1991年的美元价格,评估当年联邦监管的总成本约为5420亿美元,其中包含了交易成本1300亿美元。监管的总成本占到当年GDP的9%以上。霍普金斯主要的贡献在于评估了程序监管—政府相关的繁文缛节要求的支出,这些支出在总监管成本中为1890亿美元,而在这1890亿美元的程序监管成本中,超过80%的成本都涉及税收的规定。纯粹巨大的程序监管成本显示,在改进税收体制效率的同时,必须减少繁文缛节和官样文章<sup>[28]</sup> (P. 5-31)。

4. 对使用成本—收益分析的批评与质疑。学术批评者认为,成本—收益分析的方法和有效性均值得商榷。监管机构在制定规章时,应拒绝使用成本—收益分析的方法。这些批评主要包括四个方面:

首先,个人愿意支付(Willingness to Pay)的标准不好确定。成本—收益分析实际是按照集合的个人愿意支付这个惟一标准对价值进行排序,并参照这一标准评估监管行为,但它忽略了某些重要的变量<sup>[29]</sup> (P. 971-973)。

其次,未能考虑收入分配问题。在市场上,实际上是否“愿意支付”,是计算成本—收益分析的标准,即这一标准取决于个人的支付能力。对穷人而言,即使他们非常想要的商品,也可能付不起相应的价格。当监管目的在于促进分配目标的实现时,成本—收益分析可能没有多大作用。成本—收益分析混合了一种不能接受的公正原则,它更加重视社会境况较好成员的福利,忽视了社会境况较弱成员的福利<sup>[30]</sup> (P. 74-77)。

再次,许多东西的成本或者收益难以量化。这种批评分为三种情况:一是即使同意量化,但非交易性物品的性质决定了它难以被量化。如何对生命延长、环境保护和生态平衡进行计量,如何判定致癌物质的确切危害程度和某种污染引起的风险到底有多大,并精确评估它们的成本和收益是相当困难的,也容易引起争议。规章制定者用货币计算成本和收益的时候,对这些因素的评估都是主观的,必然包含着不一致<sup>[31]</sup> (P. 2042-2064)。当然,也有各种方法进行这项工作,但是,它依赖一定的假设。而就精确性而言,不可能达成一致公认的合理性结果。二是不同意量化方法。许多收益是不能用价格来衡量的。人的生命和生态平衡是不应该用商业标准的货币形式来衡量的,因为人的生命和生态平衡的自然的内在价值远远超过金钱。三是不应仅仅因为成本超过收益而否决监管。成本—收益分析没有考虑这样一个事实,尽管有的规章草案的预期成本超过了它获得的收益,但这项决策仍然是正确的,对社会的未来收益是不可估量的。但因为现在成本高于收益,这些规章可能被 OIRA 否决了。尽管成本—收益分析看起来是客观中立的,但它实际上体现出功利主义的原则,也就是说,精神权利能够被实用的收益所取代。

最后,主张彻底放弃成本—收益分析以及“监管记分卡”。帕克尔(Parker, 2003)把正在成为主流法学学派的成本—收益分析理论称为“监管记分卡”学派(regulatory scorecards)。监管记分卡是成本—收益分析的一个组成部分(sub-species of cost-benefit analysis)。典型的成本—收益分析是对一个项目或

规章的成本和收益长达数百页的叙述性描述。监管记分卡是对这数百页分析中的成本、收益、净收益和拯救每一个生命的成本的一个摘要性统计。帕克尔认为,监管记分卡存在重大错误:一是对监管收益的贴现是错误的和反监管的;二是监管分析存在选择性偏见;三是对成本和收益的事前预测相对于实际的衡量是误导性的;四是数量分析导致了忽视质量方面的收益;五是总体上低估拯救生命的价值,或者低估了拯救生命的数量,抑或包含了两者;六是成本—收益分析出现这些严重的错误是不可避免的。监管记分卡忽视了监管对社会成本和风险分配的影响,忽视和排除了社会存在的大量的不确定性。总之,监管记分卡内在的缺陷,应该放弃监管记分卡<sup>[32]</sup> (P. 1346-1356)。

综上所述,理论是在不断的争论中逐步发展和深化。因此,桑斯坦(Cass R. Sunstein 2001)描述了从20世纪70年代明显的无视成本的环境监管,现在已经转移到更加注重成本—收益分析原则。成本—收益默认原则对监管政策作出了巨大的改变,既因为对于法律案件的实证作用,也因为对监管系统的效率结果<sup>[33]</sup> (P. 1656-1663)。无论好坏,成本—收益分析(和他所有内在的价值假设)已经被国会批准,并应用于监管中<sup>[32]</sup> (P. 1355)。同时,美国有超过半数的州政府和州议会在法律和监管政策制定中使用成本—收益分析<sup>[34]</sup> (P. 1293-1392)。成本—收益分析现在在学术界和政府拥有的承认和信任水平,在三十年之前是不可想象的<sup>[35]</sup> (P. 129-184)。所以,在学术界,成本—收益分析已经成为讨论、评述和分析法律、行政命令、规章和政策问题的主要方法<sup>[36]</sup> (P. 431-495)。同时,监管影响评估、监管对经济、社会和环境的影响分析、成本—收益分析、成本有效性分析和风险分析,已经成为美国、欧盟和OECD制定法律法规、规章、政策和指引的理论基础,并接受制度实践对这些理论的考验<sup>[37]</sup> (P. 468-482)。<sup>①</sup>

## 二、美国、欧盟和OECD的法律法规影响评估的制度设计和安排

学术界关于监管影响评估、监管对经济、社会和环境的影响分析、成本—收益分析、成本有效性分析和风险分析的相关理论,已经成为指导美国、欧盟和OECD制定法律法规、规章、政策和指引的理论基础,同时,这些理论也接受制度实践的考验。美国、欧盟和OECD都非常重视从法律、行政法规(总统、首相、总理的行政命令)和规范性文件上,建构监管影响评估的制度框架,规范监管行为,提高监管质量。

### (一) 美国法律法规的监管影响分析的制度框架

美国的监管影响分析制度框架,是比较复杂的,但也较为系统。法律规定了监管体制的基本框架;总统行政命令支撑了法律基本框架的七棵八柱;白宫的OMB和设在OMB中的OIRA,发布监管影响分析的指引文件,集中审核与协调机构的规章,定期向总统、国会报告联邦监管的总成本和总收益;独立监管机构和内阁负有监管责任的机构行使监管职权。美国自1970年以来一直在不断调整和改革法律、监管和市场的关系。

#### 1. 法律建构监管体制的基本框架

美国国会于1946年颁布的《行政程序法》,建立了行政机构和监管机构制定、发布规章的“公告—评论”程序,规章涉及到行业准入、价格、特许经营等实质性问题,机构要召开听证会等等。《行政程序法》在联邦行政法律体系中起着支架性的作用。随着经济发展、市场深化和经济结构多元化,监管机构直接干预经济的范围越来越大,但公众对社会性监管包括的健康、卫生、安全和环境保护,并不满意。提高监管质量、衡量监管绩效和减少监管负担,逐步成为社会的一种共识。国会在行政系统多年试验的基

<sup>①</sup> Jonathan B Wiener, *Better Regulation in Europe*, Current Legal Problems, Vol. 59, No. 6 (2006), pp. 447-516. Wiener在这篇文章中,比较了美国、欧盟关于监管影响分析的法律规定、实施机制和分析方法。他认为,法律移植对各国法律改革起很大作用,学者在法律移植中发挥了重要作用,学者通过论文、国际会议和学校互访等方式,讨论一个相关的法律概念或法律框架,逐步达成一致。法律移植在欧盟更好的监管改革是从美国、欧盟成员国的英国、芬兰和荷兰,以及OECD等运用监管影响分析和成本—收益分析方法引入的一项制度。同时,他认为,相同的监管影响分析(RIA)的木桶,并不必然产生同样的红酒(p. 453)。

基础上,制定了相关的提高监管效率的法案。

1995年《无资金保障法令改革法》(Unfunded Mandates Reform Act of 1995),向市场化的监管制度改革迈出了关键的一步,其标志是:第一次规定联邦监管机构制定规章使用成本—收益分析的原则、程序和方法,要求监管机构分析监管对州政府、地方政府和原住民的影响,分析监管对生产力、经济增长、就业、物价和工资的影响;第一次规定联邦监管机构实施监管的衡量标准,即监管的收益大于监管的成本,或者监管的收益能够证明为其支付成本的正当性。

1996年颁布的《国会审查法》(Small Business Regulatory Enforcement Fairness Act of 1996, E “Congressional Review Act of 1996”)规定,监管机构和行政机构的重要规章(Major Rule or Regulation)经OMB和OIRA审查之后,要报国会审查。1997年颁布的《财政、邮电业和政府总拨款法》(Treasury, Postal Service, and General Government Appropriations Act of 1997),其中645条款被称为《知情者权法》(Regulatory Right-to-Know Act),进一步规定了OMB和OIRA的职责,一是评估联邦监管的总成本和总收益,包括联邦机构的项目、重要规章,能够量化和不能量化的效果;二是分析联邦规章对州政府、地方政府、原住民、小企业、工资、经济增长的影响;三是提出改革监管的建议。

《2002年监管改进法》进一步规定,第一,成本—收益分析必须作为监管机构制订规章的原则、程序和方法;第二,监管影响分析作为重要规章草案的有机组成部分;第三,必须加强政府责任和提高监管质量。

## 2. 总统的行政命令规范了监管的理念、目标、程序和方法

20世纪70年代以来,在行政系统,美国历届总统(无论是民主党还是共和党)持续地改革和完善监管体制,尤其是监管影响的分析、评估与审核。具有制度性改革的主要有两个行政命令,一个是里根总统于1981年签署的12291号行政命令,<sup>①</sup>一个是克林顿总统于1993年签署的12866号行政命令,<sup>②</sup>小布什于2002年2月发布了13258号行政命令和2007年1月发布了13422号行政命令,<sup>③</sup>两次修订了12866号行政命令,但并没有改变12866号行政命令的基本原则、程序和方法。奥巴马于2009年1月30日发布了13497号行政命令,规定废止13258号和13422号行政命令,恢复实施1993年的12866号行政命令,<sup>④</sup>同时提出了监管审核的八个问题,要求OMB主任以及行政机构的负责人、机构、学者讨论,在征求意见和讨论的基础上,准备新的行政命令。<sup>⑤</sup>2011年1月18日,奥巴马签署了13563号行政命令,重申执行1993年12866号行政命令。因此,我们的讨论主要以12866号行政命令的框架为主,补充13563号行政命令的内容。<sup>⑥</sup>

12866号行政命令和13563号行政命令的基本规定是:

第一,规定市场失灵是政府监管的理论基础。但只有重大的市场失灵,才需要政府监管,同时要重视制度失灵,即监管失灵。

① Reagan, Executive Order 12291: *Task Force on Regulatory Relief* Federal Register Presidential Documents, Vol. 46, FR 13193 (Feb. 19, 1981).  
② Clinton, Executive Order 12866: *Regulatory Planning and Review*, Federal Register Presidential Documents, Vol. 58, FR 51735 (Oct. 4, 1993).  
③ George W. Bush, Executive Order 13422: *Further Amendment to Executive Order 12866 on Regulatory Planning and Review*, Federal Register Presidential Documents, Vol. 72, No. 14, FR 2763 (Jan. 23, 2007).

④ Obama, Executive Order 13497: *Revocation of Certain Executive Orders Concerning Regulatory Planning and Review* (Jan. 30, 2009).

⑤ Obama, Regulatory Review, The President Memorandum of January 30, 2009, Memorandum for the Heads of Executive Departments and Agencies, Federal Register, Vol. 74, No. 21 (Feb. 3, 2009) 这八个问题是:一,关于信息和监管事务办公室和行政机构的关系;二,制定信息披露与透明性指引;三,鼓励公众参与行政机构监管过程;四,成本—收益分析的作用;五,重视分配、公正和相关问题对后代的利益;六,防止监管审查出现不必要的延误;七,行为科学在制定监管政策时的作用;八,通过监管程序达到公共目标的最佳工具。在这八个问题的征求意见中,截至2010年12月,共收到监管机构、研究机构、专家学者184封反馈意见。其中有支持和反对OIRA集中审核的意见,也有支持和反对成本收益分析的意见。

⑥ Obama, Executive Order 13563: *Improving Regulation and Regulatory Review*, Federal Register, Vol. 76, No. 14 (Jan. 21, 2011). 2011年2月2日,OIRA主任Cass R. Sunstein教授签发了备忘录,阐述了奥巴马13563号行政命令的基本原则,规定了行政机构实施13563号行政命令的重点要求。See Executive Order 13563 *Improving Regulation and Regulatory Review*, From: Administrator Office of Information and Regulatory Affairs Cass R. Sunstein (Feb. 2, 2011).

第二 规定政府是否监管的判断标准。监管的惟一理由是监管的收益要能够证明为其支付成本的正当性。同时要认识到,许多监管的收益和成本是难以量化的。

第三 规定了重要监管行为或者重要规章。对重要监管行为(Significant Regulatory Action)和重要规章(Significant Regulation)规定了四个判断标准:标准一,数量规定。规章在一年内对经济影响达到或超过1亿美元,包括成本、收益和转移支付;标准二,资源配置影响。规章对经济部门、生产力、竞争、就业、公共健康、安全和环境产生了重大影响。标准三,财政支出影响,规章是否对各级政府执行时产生了严重的经济负担,包括州政府、地方政府和原住民。标准四,在法律、总统优先考虑事项和12866号行政命令所确定的原则之外,引发了新的法律或政策问题。只要符合其中一个标准,可以决定是一个重要监管行为或者重要规章。

第四 规定对重要监管行为或者重要规章进行影响评估分析。监管影响分析和评估的内容,包括规章对个人、企业、联邦政府、州政府、财政、生产率、收入分配的影响。奥巴马的13563号行政命令规定,在可供选择替代性的监管方法中,选择最大化净收益的那种方法,包括潜在经济的、环境的、公共健康和安全的的方法。因此监管影响评估和分析包括了经济影响、社会影响和环境影响。

第五 监管影响分析的工具,包括成本—收益分析、成本有效性分析、风险分析、敏感性分析等等。13563号行政命令强调,每一个机构尽可能准确地量化现在和预测将来的成本和收益,也要考虑和讨论定性的、难以量化、或者不可能量化的价值,包括公正、人的尊严、公平和分配影响。

第六 规定OIRA集中审核和协调机构规章。白宫OMB中的OIRA负责集中审核和协调机构的监管影响分析和评估的规章,但仅限于审核确定为重要的监管行为和重要规章。

第七 规定内阁行政机构和独立监管机构,每个财政年度要向OMB和OIRA上报年度监管规划。

第八 规定了对现存重要规章的回顾性分析(立法后评估)。奥巴马13563号行政命令规定了对现存规章的回顾性分析。机构加强对现在重要规章的周期性审核,对那些过时的、无效率的、不充足的和负担过重的规章,进行立法后评估,或者修正和废除这些规则,以适应经济、社会和环境的變化。

比较1981年里根总统的12291号行政命令和1993年克林顿的12866号行政命令,有以下三个不同:其一,判断是否监管的标准不同,12291号规定的标准是,监管的收益大于(超过)监管的成本(benefits of the intended regulation outweigh its costs)。12866号行政命令规定的标准是,监管的收益能够证明为其支付成本的正当性(the benefits of the intended regulation justify its costs),监管的目标是社会净福利最大化。其二,12291号行政命令规定,OIRA审核机构全部规章建议,12866号行政命令规定,OIRA只审核重大监管行为和重要的规章。其三,12291号行政命令没有规定独立监管机构向OIRA提交年度监管规划,12866号行政命令规定独立监管机构向OIRA提交年度监管规划。

### 3. 建立联邦层面OIRA集中审查和协调规章的机制

OIRA是集中审查和协调联邦规章的机构,它既是联邦层面一个审查规章的平台,也是联邦层面一种协调机制。各个机构的规章草案都要提交给OMB和OIRA审查和协调。OMB和OIRA的审查,包括程序性审查和实质性审查。程序性审查主要审查规章草案要符合《1946年行政程序法》和其他相关法律规定,符合1993年12866号行政命令和2011年13563号行政命令要求,对现有的规章,提出通过、修改、退回或废止的建议。实质性审查主要审查规章草案对经济、社会和环境影响,以及总成本、总收益、净收益,审查是否有比监管更有效的替代方案。审查的判断标准是,监管的收益能够证明为其支付成本的正当性,或者社会净收益最大化。如果该规章是一个重要规章,关系州政府、地方政府或者原住民的执行时的财政支出,提交规章的机构必须建议,通过什么方式解决州政府、地方政府和原住民执行该规章的经费问题。在联邦层面,OIRA发挥了审查和协调机制,避免规章之间的重复或冲突,防范监管过度或监管漏洞。OIRA每年审核600—700个重要规章的议案。其中100多个规章最终是重要规章,也有些议案被退回,要求机构重新考虑。经OIRA审核后的议案和最终规章,发布于《联邦登记》。

一般认为,OIRA一方面是一个“监管监管者”的机构,另一方面加强了总统的中央集中管理的权力<sup>[38]</sup>(P.1426-1458)。

#### 4. 制定统一规范的监管影响分析的指引文件

根据法律和总统行政命令的规定,OMB和OIRA要制定统一的监管影响分析指引文件,规范行政机构和监管机构制定规章的基本内容。行政机构和监管机构根据指引文件规定的原则、程序、方法的规范标准,制定本机构拟议规章的监管影响分析。OMB和OIRA在1996年第一次制定的监管指引文件,称为“最好的实践”(best practices)经过2000年讨论和修改2003年OMB和OIRA公布的指引文件名为“监管分析”(Circular A-4),该指引文件是将12866号行政命令的监管原则、程序和方法具体化,机构进行监管对经济、社会和环境的影响分析更具有操作性。“监管分析”统一了成本和收益概念、统计口径、基准日期和贴现率;统一假设条件、分析方法如成本—收益分析、成本有效性分析、风险分析、不确定性分析,等等。

#### 5. 建立向国会报告联邦监管绩效的年度报告制度

依据法律,OMB和OIRA每年向国会报告联邦监管绩效的总成本和总收益,既从制度上规定了跟踪规章的实施效果,又从实践上检验规章是否符合市场本身的要求。每年,行政机构和监管机构根据OMB和OIRA的指导原则和要求,对规章的影响进行年度成本、收益和净收益的分析和评估,或者3年、5年、10年的总成本、总收益评估,这是一种微观的或者某一方面监管的分析和评估。OMB和OIRA在监管机构提交的年度监管成本和收益分析报告的基础上,分析、综合和整理出向国会报告的一个联邦监管的总成本与总收益的年度报告。理论上讲,OMB和OIRA的报告是联邦所有规章对市场经济产生的影响,是一种宏观分析和评估。报告要传递和表达这样的信息,政府部门每年发布多少件规章,其中有多少件是重要规章,现在生效的规章有多少件、准备废止的规章有多少件;政府监管,支出了多少联邦预算拨款的直接成本,地方各级政府、企业和个人支付了多少间接成本,产生了多少收益;怎样促进了竞争,如何扩大了社会福利。OMB和OIRA于1997年向国会提交了第一份联邦政府监管的总成本和总收益的监管影响评估分析报告,到2010年已经向国会提交了13份监管影响评估分析报告。

#### (二) 欧盟监管影响评估分析的制度设计和框架

2009年1月15日,欧盟委员会公布了最新修正的法律、规章、指引和政策制定的“影响评估指引”(Impact Assessment Guidelines, SEC(2009)92),宗旨是在界定法律、监管与市场的关系上,为欧盟和成员国建构一个法律法规制定的制度框架,促使欧盟法律法规在议案的提出、讨论、通过、执行和检查等方面更为规范、协调和有效,这对促进竞争、经济增长、就业、社会公正和环境保护,具有重要的指导意义。同时,欧盟二级法律,包括条例(regulations)、指令(directives)和决定(decisions),是欧盟监管的基本法律,也是欧盟常用的法律形式。条例、指令和决定是有区别的。条例具有全面的法律约束力,包括条例规定的目标、措施和方法,适用欧盟所有成员国。决定是有明确针对对象的有约束力的法律文件,决定所发向的对象,应当完全按照决定的规定执行。指令没有全面的法律约束力,指令的目标对指向的成员国具有约束力,但实施的方式方法,由指向的成员国制定具体的法律法规,将指令转化为成员国的国内法。相对美国监管体制的改革,欧盟监管体制的改革,涉及欧盟层面的法律、法规和政策,涉及欧盟与成员国之间的主权分割和让渡,事关欧盟和成员国之间的法律法规的趋同和转化,磋商、妥协和达成一致,走的是一条不断探索和渐进改革的道路,更为复杂和艰难。

欧盟委员会监管影响评估文件从提出到公布,既是欧盟和成员国对政府、监管和市场不断认识深化的过程,也是不断总结经验和完善法律制度的过程。欧盟委员会在2001年持续发展战略和2001年欧洲治理白皮书中提出,为了实现里斯本战略,“成为以知识为基础、世界上最有竞争力的经济体”的目标,界定政府与市场的边界,所有涉及政府监管与市场的法律、法规、政策的建议和草案,都要进行对经济、社会、环境的影响评估,分析成本、收益或者净收益,包括直接和间接的影响,积极和消极的影响,欧

盟内部和外部的影响。欧盟在欧盟的层面上干预是否合适,是否有效。监管影响评估的判断标准是,监管是否正当的,或者是否提高了社会净福利。

2002年,欧盟委员会发布了第一个统一的监管“影响评估指引”的框架性文件,整合和替代了以前所有单一的、分散的监管影响评估文件,如有关企业、安全与健康、环境保护的影响评估等等。<sup>①</sup>由于这是欧盟法律、法规和政策的第一份统一的影响评估的制度框架文件,更多地借鉴和参考了美国、加拿大和OECD有关监管影响评估的原则、程序、方法和工具,在程序规定和实体评估方面,都显得缺乏可操作性。2003年,欧盟委员会、议会、理事会通过法律,规定欧盟法律法规议案、政策,要进行对经济、社会和环境的影响评估。<sup>②</sup>欧盟委员会随之系统修订了2002年影响评估的框架性文件,2006年发布了对2005年“影响评估指引”的修正和更新的监管“影响评估指引”。<sup>③</sup>2007年美国爆发金融危机,欧盟整体经济下滑,成员国财政赤字严重,失业率上升。严重的经济问题与社会问题相互交织,确实需要法律法规保障经济和社会的稳定。在这个背景下,欧盟委员会进一步修正监管影响评估指引,加强了法律法规和政策对经济、社会和环境的效率指标与公正指标。2009年1月发布了最新的影响评估指引。<sup>④</sup>

欧盟委员会在2005年至2009年的4年时间里,三次修正监管影响评估指引,说明法律法规和政策对经济、社会和环境的重要性。为了执行以及发现监管影响评估指引问题,欧盟委员会于2010年10月发布了“明智的监管”,提高法律法规和政策的科学性、有效性和前瞻性,保障经济社会稳定。<sup>⑤</sup>

欧盟委员会2009年监管“影响评估指引”,建立了欧盟制定法律法规影响评估的制度框架,规范了监管影响评估基本制度、程序、方法和标准,目的是,法律法规和规章具有操作性、执行性和可衡量。

1. 监管影响评估的概念。监管影响评估是准备法律法规和政策建议时应遵循的合乎逻辑的一系列步骤,评估法律法规和政策对经济、社会 and 环境的潜在影响,比较可供选择方案的优点和缺点,为政治决策者提供政策依据。因此,欧盟非常强调监管或规范什么问题,以及问题的性质与范围的界定、谁受影响最大。

2. 市场失灵与监管失灵是影响评估的理论基础。欧盟的监管影响评估指引以经济学理论为依据,认为存在市场失灵(market failure)和监管失灵(regulation failure),需要政府完善监管规则,促进市场有效运行。

市场失灵是指价格机制在某些领域不能够有效配置资源。包括市场存在负的外部性,私人成本不等于社会成本;市场不能提供足够的公共物品,公共物品短缺;市场竞争不充分,存在垄断和市场势力;市场信息不完全或者信息不对称,限制了消费者选择。监管失灵是指政府使用公共权力对社会并没有产生最大的福利,包括缺乏有效的保护产权的法律制度;监管规则、措施和方法与实现目标之间关系界定不清;监管俘获,监管者和利益集团结合损害了社会利益;监管规则执行失败;规则不完善或者没有规则,出现监管漏洞或监管真空。因此,监管没有达到矫正市场失灵和社会满意的结果。

监管影响评估规定,减少市场失灵与监管失灵,关键在于设计一个有效的监管制度框架,有效的监管制度框架要符合监管效力(effectiveness)、监管效率(efficiency)和监管一致性(consistency)的衡量标准。监管效力指监管规则可以实现监管的预期目标;监管效率要求监管措施能够在既定资源约束下以最低成本实现预期目标,符合成本有效性原则;监管一致性规定监管规则要在欧盟和成员国之间达成共

① European Commission, *Impact Assessment, The Initial Guidelines were adopted in 2002*, COM(2002) 276 final.

② EU Inter-Institutional Agreement on Better Law-Making, sets a common framework for action by the European Commission, the European Parliament and the European Council of Ministers, Official Journal of the European Union, Official Journal of the European Union, 2003/C 321/01. 其中25-31条为“提高立法质量”规定,欧盟议会、理事会和委员会同意,运用影响评估程序、原则和方法,提高立法质量。影响评估主要评估所有法律对经济、社会和环境的影响,包括立法前评估和立法后评估。这个法律奠定了欧盟影响评估的制度基础。

③ European Commission, *Impact Assessment Guidelines*, SEC(2005) 791(15 Jun 2005) (15 Mar. 2006 update).

④ European Commission, *Impact Assessment Guidelines*, SEC(2009) 92(15 Jan. 2009).

⑤ European Commission, *Communication From The Commission To The European Parliament, The Council, The European Economic and Social Committee and The Committee of The Regions, Smart Regulation in the European Union*, COM(2010) 543 final. Brussels, 8.10.2010.

识 能够权衡对经济、社会和环境方面的影响,强调了识别监管问题的重要性。

3. 监管影响评估的法律、法规和政策范围。监管影响评估指引规定,欧盟委员会认为重要的和对未来有深远影响的立法和政策提案,必须进行影响评估分析并提交影响评估报告。具体看,进行影响评估的范围,包括欧盟委员会所有的立法议案,这些立法议案对经济、社会和环境有一定的影响,也包括非立法提案中的重要政策,如白皮书、行动计划、预算计划和国际协定谈判准则。

4. 影响评估的具体内容。影响评估主要分析和评估法律、法规和政策可能对经济、社会和环境产生的影响。欧盟委员会列举了评估指标,包括经济影响指标、社会影响指标和环境影响指标。法律法规和政策对经济、社会和环境的影响,从影响方式看,有直接或间接影响;从影响结果看,有积极或消极影响;从影响范围看,有欧盟内部或欧盟以外影响;从影响时间看,有短期或长期影响。要确定谁受到影响,包括个人、企业和政府。影响评估包括定性评估分析、定量评估分析和货币化方式评估,如果有些影响不能量化或者不能货币化评估分析,要解释不能量化或者不能货币化的原因。欧盟委员会认为,影响评估如果能够对法律、法规和政策进行量化和货币化的评估分析,影响评估结论越有说服力。同时,也要对法律、法规和政策选择的制度安排、措施和方法的不确定性、风险以及执行和遵守的困难进行评估分析。具体影响指标设计见下表1。

表1 欧盟关于法律法规和政策对经济、社会和环境影响的指标设计

	经济影响	社会影响	环境影响
1	欧盟统一市场和竞争	就业和劳动力市场	气候
2	竞争力、贸易和投资流动	与工作质量相关的标准和权利	运输和能源利用
3	公司或中小企业的经营成本和行为	社会包容和对特殊群体的保护	空气质量
4	企业的管理负担	男女平等、平等的待遇和机会、非歧视	生物多样性、植物、动物和景观
5	公共机构	个人隐私和家庭生活	水质和水源
6	财产权	治理、参与、改善行政管理、司法、媒体和伦理	土质和土地资源
7	创新与研究	公共卫生和安全	土地使用
8	消费者和家庭	犯罪、恐怖主义和安全	可再生和非再生资源
9	特定地区或部门	社会保障、卫生和教育系统的投入和影响	企业和消费者的环境后果
10	第三国家和国际关系	文化	废弃物生产/再生/回收
11	宏观经济环境	对第三国的社会影响	环境风险的可能性或规模
12		动物的福利	
13		国际环境心理的影响	

资料来源:见 European Commission, Impact Assessment Guidelines, SEC(2009) 92, 15 January 2009. 第32-37页。本文表仅选择了类别指标和一级指标。

5. 影响评估的分析方法。欧盟委员会强调,如何比较法律法规议案和政策建议的影响,关键在于选择使用的影响评估分析方法。任何一项议案或者建议,评估对经济、社会和环境影响的成本、收益、净收益,从政府干预中得到预期净收益,这样的议案或者建议被认为是正当的。即政府监管的净收益要能够证明政府干预(为其支付成本)的正当性。<sup>①</sup>

6. 建立欧盟影响评估理事会。欧盟委员会1996年建立了影响评估理事会(Regulation Assessment

<sup>①</sup> It entails identifying and evaluating expected economic, environmental and social benefits and costs of proposed public initiatives. A measure is considered to be justified where net benefits can be expected from the intervention. SEC(2009) 92, p. 44.

Board) 集中审核议案的影响评估的方法、程序、模型,提高议案质量,向欧盟委员会、理事会和议会提供监管影响评估报告,相当于美国 OIRA 的性质与职能。欧盟的监管影响评估指引的制度性框架,建立了立法、修法和废法的理念、原则、程序和方法。在这个框架下,欧盟委员会提出立法的议案或者草案影响评估分析,议案和影响评估分析分别以 COM 文件和 SEC 文件提交欧盟理事会和欧洲议会,并向社会公布,广泛征求意见和建议。<sup>①</sup> SEC 文件分析该建议对经济、社会和环境的影响,包含了社会的总成本、总收益、净收益,论证该建议出台的条件和时机,为欧盟立法、修法和废法的顺利进行,提供了信息,减少障碍,铺平了道路,加快了欧盟立法与成员国立法的趋同与转化。从 2003 年起,欧盟委员会立法建议的 COM 文件、立法建议的影响评估的 SEC 文件,趋于规范和完善。<sup>②</sup>

### (三) OECD 的监管质量与绩效的指引原则

OECD 是发达市场经济国家政府间的国际经济组织,目前有 34 个成员国,研究咨询和建议的任务之一是,评估和分析成员国的政府监管与市场秩序的改革,评估和分析成员国的相关法律法规、规章和政策的制度效率,提供建议或者指引文件,推动监管影响分析的改革。

1995 年 OECD 发布了《OECD 理事会关于提高政府监管质量的建议》,促进了监管议案和可行替代方案的使用收益—成本分析的制度。这个建议推动了政府对这些问题的思考,理解了监管影响评估的内在含义。<sup>③</sup> 1997 年 OECD 发布了《监管影响分析: OECD 国家的最优实践》,分析了美国、加拿大、英国和澳大利亚等 12 个国家立法实行监管影响分析的原则、程序和方法,以及出现的问题,提出了实施监管影响分析的需要建立的一些制度条件。<sup>④</sup> 2002 年 OECD 发布了《OECD 国家监管政策: 从干预主义到监管治理》,分析了政府实行监管影响评估的许多挑战,建议实施监管影响评估要注意机制性、制度性建设,一是需要有较高级别的法律规定;二是建立一个总统或者首相支持的集中审核和协调规章的机构;三是要研究监管影响评估的理论,建立数据库,进行法律法规的成本—收益分析的调研。<sup>⑤</sup>

2005 年 OECD 发布了《OECD 监管质量指引原则》,就改善政府监管问题,给其成员国和其他经济体的政府提出建议性的监管框架。提出的七点建议,强调了监管影响分析的原则、程序和方法,以及对监管挑战的应对之策。<sup>⑥</sup> 2008 年 OECD 发布了《建立监管影响分析(RIA)制度框架: 政策制定者的指引》,比较 OECD 国家在监管影响分析中的相关制度,提出了评估法律法规、规章和政策的具体步骤,比较了成本—收益分析、成本有效性分析、风险分析和贴现率基准的方法,对能够量化和不能够量化的选择方案。<sup>⑦</sup>

2009 年发布《监管改革审核: 监管影响分析—基于政策一致性的工具》,具体介绍了监管影响分析的各种方法。<sup>⑧</sup> OECD 于 2010 年 10 月召开了成员国部长、专家和学者会议,讨论了金融危机后监管面临的问题,<sup>⑨</sup>在讨论的基础上,提出了《监管政策和通向持续增长之路(草案)》的报告。<sup>⑩</sup>

#### 1. 监管影响分析的概念与范围

监管影响分析(regulatory impact analysis)是政府评估监管规则基础性、系统性的政策工具,衡量新

① Commission of The European Communities, Proposal for a Council Regulation, Establishing a European Union Agency for Fundamental Rights, COM(2005) 280 final; Establishing a European Union Agency for Fundamental Rights, Annex to the Impact Assessment Report, SEC(2005) 849.

② European Commission, *Impact Assessment Board Report for 2010*, SEC(2011) 126 final, Brussels, 24.01.2011.

③ OECD, *Recommendation of the Council of the OECD on Improving the Quality of Government Regulation*(1995).

④ OECD, *Regulatory Impact Analysis: Best Practices in OECD Countries*, OECD Publications, Printed In France(1997).

⑤ OECD, *Regulatory Policies in OECD Countries: from Interventionism to Regulatory Governance, examines developments and challenges in the application of regulatory policy*(2002).

⑥ OECD, *Guiding Principles for Regulatory Quality and Performance*(2005).

⑦ OECD, *Building an Institutional Framework for Regulatory Impact Analysis (RIA): Guidance for Policy Makers*, Version 1.1(2008).

⑧ OECD, *Reviews of Regulatory Reform, Regulatory Impact Analysis, A Tool For Policy Coherence*(2009).

⑨ OECD, *Regulatory Policy at the Crossroads: Towards a New Policy Agenda*, OECD Conference (28-29 Oct.2010), Paris.

⑩ OECD, *Regulatory Policy and the Road to Sustainable Growth (Draft Report)*, (18 Dec.2010), pp.1-91.

制定或现存的监管规则可能造成的收益、成本和影响,可以为政策制定提供经验性数据,帮助政府制定更加合法、有效和有预见性的政策。

任何一个监管规则,都会对经济、社会和环境产生影响。一是监管直接干预市场配置资源机制,如准入监管、价格监管和产权监管。二是监管通过影响消费者决策而影响市场均衡,消费者的预算组合受税收、补贴或其他转移性支付的制约。三是监管通过干扰企业决策从而影响市场均衡,对企业投入、产出或生产技术的限制,导致企业产品组合方面的制约。

因此,应该评估所有法律法规、规章和政策对经济、社会和环境产生的影响。如果政府意图最大化他们立法权的公共价值,监管的社会收益能够证明为其支付成本的正当性,减少市场摩擦。

2. 建立有效的监管影响分析框架,监管政策、集中审核的监管机构和监管工具的制度安排,在监管影响分析框架中起支撑性作用

OECD 建议,监管影响分析框架需要监管政策、集中审核的监管机构和监管工具的制度安排,这三个制度在实施有效监管中发挥支撑性作用。

首先是监管政策。监管政策指政府为提高监管质量和效率,需要有明确的、动态的、一致的、前瞻性的政策体系,需要将政策目标、行动计划和监管措施有机地结合起来。同时,政策制定者在提议、制定和执行监管措施时,促进社会公众对监管政策的理解。但要强调的是,高层政治领导者的支持在制定监管政策、克服阻力、提高政府设定目标的透明度方面,起着关键作用。

第二是实施集中审核的监管机构。监管机构的安排涉及政府间的权力分配,OECD 成员国因各个国家的历史、政治、经济和文化传统不同,监管机构的安排有所不同。但经合组织的经验证明,设置相应的监管机构,对于保证实施和执行监管政策,能够起到关键作用,尤其是建立中央层面的统一审核评估“监管监管者”的机构,非常重要。该机构职能是,审查和协调监管机构在制定、修改、实施和评估监管政策过程中出现的相关问题,这是政府机构内部的协调;听取专家学者、利益团体和相关有关人员的意见,这是外部协调。建立这个机构的机制,将政策制定、执行与审查、协调相分离,保证政策的客观性和有效性。

OECD 总结美国、欧盟、加拿大、韩国等国家的监管改革实践,认为建立中央层面的监管审查和协调机构,可以避免监管者被利益集团(被监管者)俘获,能够保证规章条例的质量,如美国在白宫中建立的 OMB 和 OIRA。OECD 建议成员国政府,建立中央层面的监管审查和协调机构,尤其是建立接近或者直属总统、首相、总理(因各个国家政治制度设计不同,总统、首相和总理权限有所不同)的一个集中审查和协调的机构。

为什么在强调分权制衡的市场经济国家,要求建立中央层面的监管协调机构。西方主要市场经济体制国家,美国、英国、德国、法国(后三个国家是欧盟成员国)、加拿大、澳大利亚和韩国(经合组织成员国,美、英、德、法也是经合组织成员国),设立监管机构组织的政治和行政体制有很大不同。有的以独立监管机构为主,采取委员会制,相对独立于总统和行政内阁,如美国;有的以内阁部委为主,如德国、法国和加拿大,监管机构就是内阁的组成部分。无论是实行以独立监管委员会为主要监管主体的国家,还是采取内阁部委监管机构为主体的国家,经历几十年的监管实践后发现,需要建立一个对几十个机构分散监管的审查和协调机构。

建立中央层面的监管审查和协调机构,一是履行集中审查职能。将规章的制定权与审查权相分离,这个机构专事审查职能,对程序性和实质性条款,进行更客观、更专业、更技术的审查,保证规章与法律、行政命令之间的协调一致。二是履行监管机构之间的协调职能。这个机构的协调,避免了监管机构之间在一些问题上的监管重复、监管冲突和监管真空,使监管机构之间在监管的理念、程序、方法和对象上协调一致。三是履行“监管监管者”职能。这个机构的协调和审查,能够避免狭隘的部门偏见和部门利益,广泛征求相关利害关系人、专家学者、同行评议人的意见,提高监管的质量,基本解决监管机构独立

制定、发布和实施规章时,容易被利益集团“俘获”的问题。从政治功能上看,是一个“监管监管者”的机构,从权力分配上看,是加强和集中了中央行政管理的权利。

第三,监管影响分析工具。监管影响分析工具,如成本—收益分析、成本有效性分析和风险分析,是披露市场信息,判断市场失灵严重性最有效的工具。OECD评估了其成员国20多年来运用监管影响分析工具的经验,建议监管影响分析作为一种决策工具,一是系统、一致的基于市场绩效检验政府监管可能对市场产生的各种影响;二是向政府、公众、市场提供了监管影响的各种信息;三是用成本、收益、风险值衡量监管的绩效,反映监管对经济、社会和环境的影响。经合组织建议其成员开展了系列性的监管影响评估项目,发现和总结问题,提出修改、废止相关的监管政策。

监管影响分析工具的运用,在经合组织已经普遍化。截至2010年底,16个国家以立法形式规范,9个国家在政府内阁建立独立审查和协调机构,三个总统制国家在总统办公室建立审查和协调机构(美国、墨西哥和韩国)。英国是较早运用监管影响分析的国家,设立了三个主要机构:内阁监管影响办公室(负责监管的建议、审查和协调);完善监管特别小组(Better Regulation Task Force,负责管改革的分析、研究和宣传);监管问责小组(Panel for Regulation Accountability,负责发现问题,追究责任)。英国的这三个机构从中央政府层面,有力地推进监管质量的改革和提高。

### 3. 建立法律法规统一监管影响分析指引

法律法规统一的监管影响分析指引,既是对监管类法律法规原则性框架的解释和细化,也是对监管机构提议、制定、发布和实施规章的程序性和实体性的统一规范,其核心是建立市场健康有效运行的秩序和环境。美国OMB和OIRA在2003年发布的《监管分析》,欧盟委员会2009年发布的监管《影响评估指引》,经合组织2005年发布的《监管质量与绩效的指引原则》和2009年《监管改革评论:监管影响分析—政策一致性的工具》,这些监管影响分析指引,名称上虽然有些不一致,但监管影响分析框架基本是一致的,都规范了监管影响分析的原则、程序、方法、步骤和衡量标准。OECD监管影响分析的步骤见表2。

表2 OECD 监管影响分析的步骤



监管影响评估分析完成: 做出决策

资料来源: OECD, *Building an Institutional Framework for Regulatory Impact Analysis (RIA): Guidance for Policy Makers*, Version 1.1, 2008, p. 17.

第一,监管什么。监管是政府通基于法律法规、规章和实施相关的行为,对市场进行干预。监管什么,就要对市场失灵产生的问题进行透彻的分析,如不完全竞争产生的垄断、信息不对称产生的消费者福利损失、负的外部性产生的社会承担私人成本和公共危害、公共物品市场供给缺少激励产生的短缺等等,这些问题,需要政府监管。监管机构对问题的调查、分析和确定,是制定法律法规、规章和实施监管行为的关键一步。

第二,如何监管。OECD在2010年《监管政策和持续增长之路(草案)》中,分析了始于1980年代的放松管制、监管改革和监管型国家的演变过程,建议放弃传统的命令与控制的监管方式,倡导市场化的监管理念。尤其是强调监管影响分析的工具,包括成本—收益分析、成本有效性分析、风险分析和不确定分析,通过这些分析工具和方法,量化监管的成本和收益,即使难以量化收益的,选择成本有效性分析,衡量和选择有效成本投入。立法机构、政府和监管机构应该理解和掌握一个基本理论,市场经济需要市场方法的监管。

第三,监管的效果如何。监管的效果,一方面衡量监管的规则是否规范了市场失灵问题,具体的制度设定是否能解决市场失灵问题,另一方面体现被监管对象、或者利益相关者是否遵守规则。随着市场扩大和交易深化,经济社会发展面临新情况新问题,如美国、欧盟学者所称,我们从出生到死亡,生活在一个监管型的国家中。但是,监管机构是否依据法律法规监管、监管是否有效、市场失灵问题是否得到解决或者有所缓解,要回答和解决这些问题,监管机构就要定期审查和评估法律法规和规章的效果,包括规则的有效性、发生的成本、产生的收益、对竞争、增长、分配等的积极影响以及产生的副作用,在此基础上,监管机构提出改善的方法和措施。

### 三、总结和进一步研究的中国意义

2007年美国发生的金融危机,导致了欧盟和OECD国家的经济下滑、失业、财政恶化和债务危机,同时提出了一个严峻的问题,难道发达的市场经济国家没有相应的法律法规和应对措施吗?如果有,为什么法律法规不能保障经济社会稳定?

这个问题并不易回答,实践中存在多种原因。法律法规未能发挥作用,可能是执法部门执行不力,可能是相关社会实体未完全遵守,可能是法律法规不完善存在灰色地带,可能是法律法规缺少操作性,可能是法律法规规定的制度与实施方法不匹配,也可能是法律法规滞后,也可能是……

作为回应,文章首先回顾了法律、监管和市场的理论演变,重点分析了监管型政府的特征,评析了运用成本—收益分析方法评估法律法规对经济、社会和环境的影响。这些理论是制定评估法律法规对经济、社会和环境影响的理论基础,包括立法前评估(预测通过功能)和立法后评估(绩效衡量功能)。接着分析了美国、欧盟和OECD从法律法规、行政命令和规范性文件上建立评估法律法规和规章对经济、社会和环境影响的制度框架,包括中央层面的审核和协调的机构、监管影响分析原则、程序和衡量标准、以及成本—收益分析、成本有效性分析和风险分析等方法。建立这些法律法规制度,规定相关评估法律法规的框架,目的是,预警和防范经济、社会和环境的不确定性和风险,保障经济、社会和环境的持续性发展。

美国、欧盟和OECD的评估法律法规和规章对经济、社会和环境影响的制度框架,虽然各有不同,但设立的制度框架基本一致,关注的重点规定基本相同,这就是,国会—总统(首相、总理)一部长(行政机构和独立监管机构)这个权力结构的制衡、妥协和一致,通过和实施的法律—行政法规(总统、首相、总理的行政命令)一规章,通过传导机制,最终影响到个人、企业、政府,经济影响包括个人的就业、收入、消费和社会保障等,企业的成本、生产、价格、销售、利润和创新等,政府的建设规划、税收、财政预算、公共财政支出和政府规模等,社会影响包括社会公正、公平、平等机会、人的尊严、安全、健康和稳定等。简言之,最终影响市场机制、资源重新配置、全民福利、公平与效率和社会和谐。

法律法规和规章对经济社会有如此大的影响,中国的学术理论与制度实践又是一个什么反应呢?2009年OECD出版的《OECD监管改革评估:中国—划清市场与国家之间的界限》分析道,尽管近十多年来中国立法有了显著的进步,法律法规的起草仍然较为落后。法律起草的特点在于宽泛的判断和大体覆盖所有问题的条款,基本上是模糊的、原则性的声明和模糊的监管参数。法律法规的执行成本很高昂,结果极难预料。系统运用实证手段衡量法律法规实施有效性的做法依然相当少见。建议逐渐推广

使用实证工具,衡量法律法规的影响与成本及收益。强调重视 OECD 国家日益运用的一整套工具的监管影响分析,如成本—收益分析,确保通过成效比较高的方式发挥监管影响。<sup>①</sup> OECD 的评述、分析和建议中肯客观吗?美国、欧盟和 OECD 的做法有值得借鉴、消化和吸收之处吗?中国建立评估法律法规和规章对经济、社会和环境的影响评估的条件成熟吗?这些问题,有待进一步研究。

### 参考文献:

- [1] George J. Stigler, *The Theory of Economic Regulation*, 1971, *Bell Journal of Economics and Management*, Vol. 2, No. 1.
- [2] Peltzman, Sam, *Towards a More General Theory of Regulation*, 1976, *Journal of Law and Economics*, Vol. 19, No. 2.
- [3] Glaeser, Edward, and Andrei Shleifer, *The Rise of the Regulatory State*, 2003, *Journal of Economic Literature*, Vol. 41, No. 2.
- [4] Cass R. Sunstein, *Congress, Constitutional Moments, and the Cost-benefit State*, 1996, *Stanford Law Review*, Vol. 48, No. 2.
- [5] Peter L. Strauss, *Place of Agencies in Government: Separation of Powers and the Fourth Branch*, 1984, *Columbia Law Review*, Vol. 84, No. 3.
- [6] DeMuth, Christopher C., and Ginsburg, Douglas H., *White House Review of Agency Rulemaking*, 1986, *Harvard Law Review*, Vol. 99, No. 5.
- [7] Richard H. Pildes and Cass R. Sunstein, *Reinventing the Regulatory State*, 1995, *The University Of Chicago Law Review*, Vol. 62, No. 1.
- [8] James F. Blumstein, *Regulatory Review by the Executive Office of the President: An Overview and Policy Analysis of Current Issues*, 2001, *Duke Law Journal*, Volume. 51, No. 3.
- [9] Elena Kagan, *Presidential Administration*, 2001, *Harvard Law Review*, Vol. 114, No. 8.
- [10] Steven Croley, *White House Review of Agency Rulemaking: An Empirical Investigation*, 2003, *The University of Chicago Law Review*, Vol. 70, No. 3.
- [11] Nicholas Bagley, Richard Revesz, *Centralized Oversight of the Regulatory State*, 2006, *Columbia Law Review*, Vol. 106, No. 6.
- [12] Lisa Schultz Bressman & Michael P. Vandenbergh, *Inside the Administrative State: A Critical Look at the Practice of Presidential Control*, 2006, *Michigan Law Review*, Vol. 105, No. 1.
- [13] Alan B. Morrison, *OMB Interference with Agency Rulemaking: The Wrong Way to Write A Regulation*, 1986, *Harvard Law Review*, Vol. 99, No. 5.
- [14] Peter L. Strauss and Cass R. Sunstein, *The Role of The President and OMB in Informal Rulemaking*, 1986, *Administrative Law Review*, Vol. 38, No. 2.
- [15] Peter L. Strauss, *Presidential Rulemaking*, 1997, *Chicago-Kent Law Review*, Vol. 72, No. 4.
- [16] Peter L. Strauss, *Overseer, or "The Decider"? The President in Administrative Law*, 2007, *The George Washington Law Review*, Vol. 75, No. 4.
- [17] Mathew D. McCubbins, Roger G. Noll, and Barry R. Weingast, "Administrative Procedures as Instruments of Political Control." 1987, *Journal of Law, Economics, and Organization*, Vol. 3.
- [18] Richard H. Pildes and Cass R. Sunstein, *Reinventing the Regulatory State*, 1995, *The University of Chicago Law Review*, Volume. 62, No. 1.
- [19] Cass R. Sunstein, *Congress, Constitutional Moments, and the Cost-benefit State*, 1996, *Stanford Law Review*, Vol. 48, No. 2.
- [20] John D. Graham, *Saving Lives through Administrative Law and Economics*, 2008, *University of Pennsylvania Law Review*, Volume 157, Number 2.
- [21] Richard A. Posner, *Cost-Benefit Analysis: Definition, Justification, and Comment on Conference Papers*, 2000, *Journal of Legal Studies*, Vol. 29, No. 2.
- [22] Matthew D. Adler, Eric A. Posner, *Rethinking Cost-Benefit Analysis*, 1999, *Yale Law Journal*, Vol. 109, No. 2.
- [23] Eric A. Posner, *Controlling Agencies with Cost-Benefit Analysis: A Positive Political Theory Perspective*, 2001, *The University of Chicago Law Review*, Vol. 68, No. 4.
- [24] Gary S. Becker, *A Comment on the Conference on Cost-Benefit Analysis*, 2000, *Journal of Legal Studies*,

<sup>①</sup> OECD *Reviews of Regulatory Reform China defining the boundary between the market and the state*. OECD Printed in France(2009) pp. 105-109.

Vol. 29 , No. 2.

- [25] Eric A. Posner *Cost – Benefit Analysis as a Solution to a Principal – Agent Problem* , 2001 , Administrative Law Review , Vol. 53 , No. 1.
- [26] Robert W. Hahn , and John A. Hird *The Costs and Benefits of Regulation: Review and Synthesis* , 1990 , Yale Journal on Regulation , Vol. 8.
- [27] Frank Ackerman and Lisa Heinzerling *Pricing the Priceless: Cost – Benefit Analysis of Environmental Protection* , 2000 , University of Pennsylvania Law Review , Vol. 150 , No. 5.
- [28] Thomas D. Hopkins *Costs of Federal Regulation* , 1992 Journal of Regulation and Social Costs , Vol. 2 , No. 1.
- [29] Henry S. Richardson *The Stupidity of the Cost – Benefit Standard* 2000 , Journal of Legal Studies , Vol. 29 , No. 2.
- [30] David Copp *The Justice and Rationale of Cost – Benefit Analysis* , 1987 , Theory and Decisions , Vol. 23.
- [31] Lisa Heinzerling *Regulatory Costs of Mythic Propertions* , 1992 , The Yale Law Journal , Vol. 107 , No. 7.
- [32] Richard W. Parker *Grading the Government* , 2003 , The University of Chicago Law Review , Vol. 70 , No. 5.
- [33] Cass R. Sunstein *Cost – Benefit Default Principles* , 2001 , Michigan Law Review , Vol. 99.
- [34] Matthew D. Adler *Risk , Death and Harm: The Normative Foundations of Risk Regulation* , 2003 , Minnesota Law Review , Vol. 87 , No. 5.
- [35] Amy Sinden *The Economics of Endangered Species: Why Less Is More in the Economic Analysis of Critical Habitat Designations* , 2004 , Harvard Environmental Law Review , Vol. 28.
- [36] Jane B. Baron & Jeffrey L. Dunoff *Against Market Rationality: Moral Critiques of Economic Analysis in Legal Theory* , 1996 , Cardozo Law Review , Vol. 17 , No. 3.
- [37] Jonathan B Wiener *Better Regulation in Europe* 2006 , Current Legal Problems , Vol. 59 , No. 6.
- [38] W. Kip Viscusit *Regulating the Regulators* , 2006 , The University of Chicago Law Review , Vol. 63 , No. 4.

(责任编辑 鄢梦萱)