

环境规制俘获的法律防范^{*}

——基于美国经验的启示

陈 亮

内容提要:规制俘获理论是研究政府规制过程中各利益集团相互行为关系的理论,其主张规制是企业争取来的,相应规则和运行都应当为企业利益服务。规制俘获理论的这一主张,不仅影响了美国环保局的身份定位,而且影响了美国环保局的内部结构,更影响了20世纪70年代美国联邦环境法律的制定,促使环境规制从“命令控制型”转向“经济激励型”,限制宽泛的环境执法自由裁量权,激励公众参与政策之形成与实施,以及强化信息公开等等。对我国而言,规制俘获也是环境执法过程中无可避免的伴生现象。美国对环境规制俘获的法律防范经验,对我国环境规制的完善具有极为重要的借鉴意义。

关键词:环境规制 公共利益规制理论 规制俘获 环境执法

陈亮,西南政法大学应用法学院副教授。

一 问题的提出

“规制”是日本学者对英文“regulation”的翻译,意指社会公共机构依据既定的规则对构成特定社会的个人或经济主体的活动所进行的限制;^[1]“俘获”(capture)一词则是由美国学者玛维尔·H.伯恩斯坦(Marver H. Bernstein)于20世纪50年代创造的,主要用于描述规制机构与被规制企业之间合谋以损害社会公共利益的现象。^[2]规制俘获理论则是

* 本文是2012年度国家社科基金西部项目《委托代理理论视角下我国环境执法制度完善研究》(项目编号:12XFX030)和重庆市教委2012年度一般项目“委托代理理论视角下我国环境执法制度的理论创新与制度完善研究”(项目编号:12SKC11)的阶段性成果。

[1] [日]植草益著:《微观规制经济学》,朱绍文、胡欣欣等译,中国发展出版社1992年版,第19页。

[2] Matthew D. Zinn, Policing Environmental regulatory Enforcement: Cooperation, Capture, and Citizen Suits, 21 *Stan. Envtl. L. J.* 81, 108 (2002).

研究政府规制过程中各利益集团相互行为关系的理论,^[3]是在对公共利益规制理论的批判和质疑中产生的,着重研究企业对政府规制政策制定与执行的影响。^[4] 规制俘获理论认为政府规制实际上是为了满足产业对规制的需要而产生的,即所谓的立法者为产业所俘获,而规制机构最终会被产业俘获,即所谓的执法者为产业所俘获。^[5] 该理论一经面世,便取代了此前的公共利益规制理论,成为美国政治经济政策制定与执行的理论主宰,它不仅影响了成立于 1970 的美国环境保护局在美国联邦行政机构中的身份定位,也影响了美国环境保护局的内部结构,更影响了美国联邦政府随后制定的一系列环境法律法规的具体内容,从而为美国克服环境保护领域的“规制俘获”现象奠定了坚实的组织和制度基础。^[6]

我国是否存在规制俘获,学界有着不同的认识。一些学者认为,无论是计划经济时期,还是转轨时期,我国均不存在典型意义上的规制俘获,最多只是一些苗头性的现象。^[7] 2011 年,我国学者在总结 21 世纪以来的俘获测量工具和方法的基础上,编制出了我国的俘获指数,并据此认为我国当时的俘获程度 3.018047,属于中等程度的俘获水平。^[8] 由于政治体制和立法体制的差异,规制俘获在我国主要表现为执法人员被俘获,即行政执法俘获。所谓行政执法俘获,是指行政管理的利害关系人通过俘获行政执法机关或者执法人员,使得行政机关在规章、政策制定和实施过程中有意识地偏袒和保护某些利益集团,甚至形成利益共同体,从而使行政执法背离其公平、合理、效率等价值取向。^[9] 执法俘获是在不改变现有规制立法的情况下通过弱化执法而实现的,其最终结果便是执法不力。^[10] 或许正是在这一意义上,美国学者马休·D·金(Matthew D. Zinn)将俘获直接界定为执法机关应当积极执法而未能积极执法的现象,主要表现为执法不严。^[11]

执法不力是我国环境保护领域广受诟病的现象,地方政府为追求政绩而被污染企业俘获则是导致环境执法不力的重要原因之一。无论是红头文件保驾“毒工厂”,^[12] 还是“会议纪要”为污染企业撑腰,^[13] 抑或是“容缺预审”土政策大行其道,^[14] 均是污染企业以

[3] 杜传忠:《新规制经济学的规制俘获理论及其对我国的借鉴意义》,《东岳论坛》2005 年第 1 期,第 52 页。

[4] Jean-Jacques Laffont & Jean Tirole, *The Politics of Government Decision-making: A Theory of Regulatory Capture*, 106 *Quart. J. E.* 1089, 1089(1991).

[5] Stigler, George, *The Economic Theory of Regulation*, 2 *Bell J. E. & M. S.* 3 (1971), Sam Peltzman, *Toward a More General Theory of Regulation*, 19 *J. L & Econ.* 211 (1976).

[6] Richard J. Lazarus, *The Tragedy of Distrust in the Implementation of Federal Environmental Law*, 54 *L. & Contemp. Probs.* 311 (1991).

[7] 杨绍政:《政府规制的理论演进及我国经济转轨时期政府管制的理论假说》,《经济体制改革》2008 年第 3 期,第 16-20 页。

[8] 李健:《规制俘获的辨识与测量:基于中国转轨时期的实证研究》,《产经评论》2011 年第 5 期,第 85 页。

[9] 桂林:《执法俘获:法治危害及其治理路径》,《上海行政学院学报》2010 年第 5 期,第 24 页。

[10] Amitai Etzioni, *The Capture Theory of Regulations—Revisited*, 46 *Soc.* 319, 320 (2009).

[11] Matthew D. Zinn, *Policing Environmental regulatory Enforcement: Cooperation, Capture, and Citizen Suits*, 21 *Stan. Envtl. L. J.* 81, 107(2002).

[12] 郑加良、杨桐:《封丘县政府保驾“毒工厂”》,《中国青年报》2010 年 5 月 11 日第 01 版。

[13] 李钢:《地方政府竟为污染大户“保驾护航”》,《新华日报》2010 年 7 月 27 日第 A3 版。

[14] 吕明合、唐悦:《环评成缓评,缓评成难评——东部数省力推简政“土政策”》,《南方周末》2014 年 5 月 15 日第 A08 版。

税收和各种好处“俘获”地方政府的结果,是我国环境执法规制俘获的绝妙注脚。在利益集团已经成为环境持续恶化的主因之一的当代中国,^[15]规制俘获的法律防范必然成为我国理论界与实务界不得不面对的重大课题。“他山之石,可以攻玉”,美国为防范环境执法规制俘获的种种努力,必将为我国应对广受诟病的环境规制俘获现象提供有益的参考与借鉴。

二 规制俘获理论对美国环保局身份定位和内部结构的影响

正如美国主流观点所认为的那样,规制俘获理论曾对美国官僚机构的设计产生过重大影响。^[16]美国环保局筹建之际,正是规制俘获理论盛行之时,因而其组织结构的设计不可能没有规制俘获理论的影子。事实证明,规制俘获理论不仅影响到美国环保局在美国联邦行政机构中的身份定位,而且影响到美国环保局内部结构的设计。

(一) 美国早期规制俘获理论及其变体

“规制俘获”有广、狭义之分。从广义上讲,规制俘获是指特殊利益集团影响国家干预措施(如税收的设定、货币政策的选择以及立法等)的过程;从狭义上讲,规制俘获特指被规制的垄断企业操控国家规制机构的过程。^[17]无论是广义还是狭义,规制俘获的核心均在于有组织的利益集团以牺牲公共利益为代价,运用公共政策维护自己的私人利益。^[18]

早期规制俘获理论是在批判公共利益规制理论的基础上提出来的。^[19]公共利益规制理论与规制俘获理论一样,都重点关注官僚机构在规制政策的制定和执行中所发挥的作用。^[20]不同之处在于,规制俘获理论不仅质疑公共利益规制理论关于规制主体“良善”、“万能”的人性预设,^[21]而且主张规制的目的并非是为了维护社会公共利益,而是政府为适应追求自身利益最大化的利益集团的需要而提供的。^[22]正是基于人性预设和规制目的差异,规制俘获理论与公共利益规制理论在对策建议上也出现了分野:与公共利益规制理论忽略制度设计中的激励与约束机制不同,规制俘获理论不仅注重规制主体的内

[15] 自然之友编、杨东平主编:《中国环境的危机与转机(2008)》,社会科学文献出版社2008年版。更有甚者,利益集团被视为我国环保领域的“毒瘤”(邓聿文:《环保领域的毒瘤:地方保护主义和特殊利益集团》,《绿叶》2007年第4期),改革利益集团则成为治霾的关键(张红光、郑雷:《改革利益集团是治霾关键》,《齐鲁晚报》2014年3月24日第A04版)。

[16] John E. Chubb & Paul E. Peterson (eds.), *Can the Government Govern*, (Brookings Institution Press, 1989), p. 287.

[17] Ernesto Dal Bo, *Regulatory Capture: A Review*, 22 *Oxford Rev. Econ.* 203, 203 (2006).

[18] Michael A. Livermore & Richard L. Revesz, *Regulatory Review, Capture, and Agency Inaction*, 101 *Geo. L. J.* 1337, 1343 (2013).

[19] Amitai Etzioni, *The Capture Theory of Regulations—Revisited*, 46 *Soc.* 319 (2009).

[20] Jorgen Gronnegaard Christensen, *Public Interest Regulation Reconsidered: From Capture to Credible Commitment*, Paper presented at Regulation at the Age of Crisis, ECPR Regulatory Governance Standing Group, 3rd Biennial Conference, University College, Dublin, June 17–19, 2010.

[21] Amitai Etzioni, *The Capture Theory of Regulations—Revisited*, p. 319; Andrei Shleifer, *Understanding Regulation*, 11 *Eur. F. M.* 439, 440 (2005).

[22] Richard A. Posner, *Theories of Economic Regulation*, 5 *Bell J. E. & M. S.* 335, 336 (1974).

部设计,而且注重规制主体的外部监督,以防范规制俘获所带来的规制过程的扭曲。早期规制俘获理论存在三种变体,这三种变体各有侧重:规制俘获理论的第一种变体,关注的是规制机构因弱势地位、资源限制以及信息偏在等原因而被规制对象整体俘获的倾向;规制俘获理论的第二种变体关注的则是规制机构内部工作人员被其规制对象俘获的倾向;规制俘获理论的第三种变体关注的则是规制机构被其自身的官僚主义作风俘获而对规制对象的需求漠不关心的倾向。^[23] 规制俘获理论的三种变体,在美国环境保护史上具有极其重要的意义,这三种变体不仅影响着美国环保局的成立,而且影响着美国国会、行政乃至司法对美国环保局的态度。

(二)美国环保局在美国联邦行政机构中的身份定位

在美国环保局筹建之际,无论是支持者还是反对者,均担心新组建的环保局在制定和实施联邦环境法律时会受到巨大压力,因此双方都试图防止“机构俘获”,也就是美国环保局被利益集团操控的现象。这种防止“机构俘获”的努力,大大影响了美国环保局在美国联邦行政机构中的身份定位。

首先,规制俘获理论影响了美国环保局的行政级别。环境问题包罗万象,可能涉及到政府各部门之间的冲突与协调。因此,新成立的环保局应该尽量避免权力的分散化,以此促进资源与环境政策的体系性和协调性。为使环境问题得到妥善解决而不受其他行政部门的牵制,艾希委员会(Ash Council)提议组建一个位于内阁之列的“环境与自然资源部”,部长也应成为“国内政策委员会”的成员之一。遗憾的是,国会和总统均拒绝了艾希委员会的提议,而是将环保局定位为非内阁层级的独立行政机构。

其次,规制俘获理论影响了美国环保局的职责范围。对于新成立的环保局的职责范围,艾希委员会和时任美国总统尼克松均提出了各自的设想。艾希委员会曾设想将当时分散于 44 个局、处的资源保护与污染控制职责全部合并到新成立的环保局中;而尼克松总统则提议将当时分散于 15 个处室中的污染标准制定职责合并到环保局中。事实上,这两个建议均未被采纳。在接下来的机构重组中,当时的 50 个联邦环境项目仅有 9 个环境项目移交给了环保局,^[24] 环保局的职责范围因规制俘获理论的兴起而大受影响。

最后,防范规制俘获的努力强化了总统对美国环保局的控制。规制俘获的威胁一直与强化总统权威联系在一起,因为据称总统不易受到规制俘获的影响。^[25] 尼克松总统对环保局的控制,主要通过两种方式进行:一是在商务部内设立了“国家洋流与大气管理局”(NOAA)和“全国工业污染控制委员会”(NIPCC),希望借助商务部的“亲商业”态度来减小环保部对经济活动的不利影响;二是通过“管理与预算办公室”(OMB)限制对环保局的拨款,以此影响环保局规制手段的实质内容。无论是管理与预算办公室,还是全国工

[23] Richard J. Lazarus, *The Tragedy of Distrust in the Implementation of Federal Environmental Law*, 54 *L. & Contemp. Probs.*, p. 317.

[24] Richard J. Lazarus, *The Tragedy of Distrust in the Implementation of Federal Environmental Law*, 54 *L. & Contemp. Probs.*, pp. 315 - 316.

[25] Michael A. Livermore & Richard L. Revesz, *Regulatory Review, Capture and Agency Inaction*, 101 *G. L. J.* 1337, 1340 (2013).

业污染控制委员会,均是美国总统控制环保局的制度化机制。^[26]

(三) 规制俘获理论影响下的美国环保局内部结构

环保局内部机构的设置,可以遵循两种不同的逻辑:一是按照环境媒介来设置,如大气污染防治处、水污染防治处、土壤污染防治处等等;二是按照履行职能来设置,如监督处、执法处、环境标准制定处以及研发中心等。相较而言,职能标准更符合环境各要素相互依存、相互联系、相互作用的有机体属性,避免环保工作各自为政的局面。

事实上,按照尼克松总统的设想,设立美国环保局的初衷,正是为了解决当时环保工作日益“碎片化”的局面。他在1970年《政府重组3号方案》中指出,与环境相关的政府行为日益“碎片化”,不利于对污染物进行协调处理,常常使政府有效而一致的行动计划功亏一篑;环境要素尽管复杂,但从污染控制这一目的来看,整个环境应被视为一个单一的、相互联系的有机整体;政府职能的现行分工并没有反映环境要素相互关联的属性。为此,尼克松总统建议成立美国环境保护局,由环保局统一履行原本分散的环保职能,以符合环境要素相互关联的本质要求。^[27]

除此之外,艾希委员会也曾极力反对根据环境媒介、污染源、污染效果或污染地等标准组建环保局,而是主张像国防部一样,按其履行的职责来组建环保局。艾希委员会在其报告中指出:“在我们看来,环保局应根据其主要职能——监督、研究、标准制定、执法以及技术援助——来设计。这种功能性结构可以实现以下目的:其一,认识到污染问题相互关联的属性;其二,适应污染物常常跨越环境媒介这一事实;其三,有利于各种职能之间的预算平衡和优先决策;其四,有利于对整个项目进行更有效评价。”^[28]

遗憾的是,美国环保局的首任局长威廉·洛克肖斯(William Ruckelshaus)并没有意识到环保局内部结构的重要性。在考虑到可能遭致国会成员与环保社团的反对的情况下,洛克肖斯采取了一种相对折衷的方式来组建环保局,即同时根据环境媒介和履行职能来设置美国环保局的内部处室。^[29] 美国环保局现有机构设置中,根据环境媒介而设置的处室包括“水污染办公室”(Office of Water)、“固体废物与应急反应办公室”(Office of Solid Waste and Emergency Response)、“大气与辐射办公室”(Office of Air and Radiation)、“化学物品安全与污染防治办公室”(Office of Chemical Safety and Pollution Prevention)等;根据职能设置的办公室则包括“行政与资源管理办公室”(Office of Administration and Resources Management)、“执法与守法办公室”(Office of Enforcement and Compliance Assurance)、“法律顾问办公室”(Office of General Counsel)、“监察长办公室”(Office of Inspector

[26] Richard J. Lazarus, *The Tragedy of Distrust in the Implementation of Federal Environmental Law*, 54 *L. & Contemp. Probs.*, p. 318.

[27] Reorganization Plan No. 3 of 1970, <http://www2.epa.gov/aboutepa/reorganization-plan-no-3-1970>, 最后访问时间:2015年1月7日。

[28] President's Advisory Council on Executive Organization (Ash Council) Memo (April 1970), <http://www2.epa.gov/aboutepa/ash-council-memo>, 最后访问时间:2015年1月4日。

[29] Richard J. Lazarus, *The Tragedy of Distrust in the Implementation of Federal Environmental Law*, 54 *L. & Contemp. Probs.*, p. 319.

General) 以及“研发办公室”(Office of Research and Development) 等。^[30]

美国环保局的这种内部结构,正是对当时盛行的规制俘获理论的反映。一方面,国会成员担心,如果按照环境媒介设置环保局内部处室,那么环保局内部处室极有可能被环保团体俘获,因为许多环保团体正是为了保护某一环境媒介而成立的;另一方面,如果按照履行职能设置环保局内部处室,环保团体又担心自身左右规制政策的能力受到影响。美国环保局首任局长洛克肖斯采取折衷方式设置环保局内部机构,既是为了回应国会成员对规制俘获的担心,也是为了排解环保团体对自身俘获能力下降的忧虑。

三 规制俘获理论对美国环境立法的影响

20 世纪 70 年代的美国环境法,脱胎于规制主体与被规制企业之间的合作广受质疑的氛围之中,其中的许多措施,都打上了“规制俘获”理论的烙印,成为美国防范环境规制俘获的利器。^[31]

(一) 环境规制从“命令控制型”转向“经济激励型”

环境规制有“命令控制型”规制与“经济激励型”规制之分。^[32] 所谓“命令控制型”规制,是指规制主体依据强制性规定直接约束规制对象之行为的规制,^[33] 而“经济激励型”规制也称“基于市场的政策工具”,这种规制鼓励通过市场信号来作出行为决策,而不是制定明确的污染控制水平或方法来规范人们的行为。^[34]

环境属于典型的公共物品,市场机制对这类公共物品的配置在一定程度上是低效率的,“命令控制型”规制因而成为各国环境规制的首选。早期美国的环境规制,比如 1970 年的《清洁空气法》和 1972 年的《清洁水法》几乎无一例外地采取“命令控制型”规制,根本不存在经济学文献所推崇的“经济激励型”规制。^[35] 不过,随着时间的推移,“命令控制型”规制逐渐受到学界批评,其中最为常见的批评便是负责发布规制政策的规制机关容易被其规制的企业“俘获”,从而导致对“命令控制型”规制的公平性和有效性的质疑。^[36]

美国学界对于“命令控制型”规制易受污染企业俘获的批评,使得美国对基于市场的环境政策工具的兴趣日增,排污收费制度、可交易的许可证制度、削减市场壁垒以及降低政府补贴等基于市场的政策工具逐渐受到决策者青睐。举例来说,从 1974 年开始,美国环保局就将排污权交易作为旨在改善地区空气质量的《清洁空气法》中的一个项目进行试验,1986 年将上述措施编入其《排污交易计划》(U. S. EPA, 1986),1990 年《清洁空气

[30] EPA Organization Chart, <http://www2.epa.gov/aboutepa/epa-organization-chart>, 最后访问时间:2015 年 1 月 4 日。

[31] Matthew D. Zinn, Policing Environmental regulatory Enforcement: Cooperation, Capture, and Citizen Suits, 21 *Stan. Envtl. L. J.* 81, p. 83.

[32] David M. Driesen, Is Emissions Trading an Economic Incentive Program?: Replacing the Command and Control/Economic Incentive Dichotomy, 55 *Wash & Lee L. Rev.* 289 (1998).

[33] Timothy F. Malloy, The Social Construction of Regulation: Lessons from the War Against Command and Control, 58 *Buffalo L. Rev.* 267, 268 (2010).

[34] [美] 保罗·R. 伯特尼、罗伯特·N. 史蒂文斯主编:《环境保护的公共政策》(第 2 版),穆贤清、方志伟译,上海三联书店·上海人民出版社 2004 年版,第 41-42 页。

[35] Ted Gayer & John K. Horowitz, *Market-based Approaches to Environmental Regulation* (Now Publishers Inc., 2006), p. 1.

[36] Eric W. Orts, Reflexive Environmental Law, 89 *Nw. U. L. Rev.* 1227, 1237 (1995).

法》修正案中二氧化硫排污权交易制度正式建立；与此同时，铅排放交易、水质许可证交易含氯氟烃排放交易以及开发权交易许可证等许可证交易制度相继建立。^[37]

虽然“命令控制型”规制和“经济激励型”规制都存在规制俘获的可能性，但是由于“经济激励型”规制具有灵活性，企业可以通过选择治污技术或者排污量来降低成本获取收益，从而可以在提高治污效率和进行规制俘获之间进行选择，由此降低了规制俘获的可能性。^[38]

（二）限制宽泛的环境执法自由裁量权

在美国，环境规制本身的特殊性使得环境规制自由裁量权广泛存在。一方面，因为生态系统和环境问题本身的复杂性，美国国会不可能在其环境立法中事无巨细地规定所有规制条件，由此导致美国环境法中存在大量授权性规范，这些授权性规范赋予环境规制主体宽泛的决策权；另一方面，美国环境规制结构中的双层委托代理关系（即立法机关与美国环保局之间的委托代理关系以及美国环保局与各州政府之间的委托代理关系）加剧了委托人与代理人之间的信息不对称，迫使初始委托人赋予其代理人（包括初级代理人 and 次级代理人）宽泛的自由裁量权，以使其适应瞬息万变的规制现实。^[39]

自由裁量权是规制俘获之源。自由裁量权实质上是赋予规制机构选择权，这种选择权的存在，使得规制机构即使被俘获而做出有利于规制对象的规制政策，也不会因此受到法律的惩罚。规制机构一旦获得这种“免死金牌”，便会在利益集团的分布格局、规制机构资源的匮乏、被规制企业对规制官员任免的左右以及规制机构与被规制企业共享的价值准则和意识形态等因素的影响下作出有利于被规制企业的规制政策。^[40]

为防范宽泛的自由裁量权而导致的规制俘获，美国国会在 20 世纪 70、80 年的环境法中大量引入了限制自由裁量权的措施。在众多限制环境规制机关自由裁量权的措施中，有两种措施最为引人注目：一是为环境规制行为规定了严格的法定时限，即为了防范环保局不作为或不及时作为，美国环境法要求环境规制行为必须在法律规定的时限或者时间表内作出，以此限制环保局的自由裁量权；^[41]二是为环境规制行为规定了详尽的实体标准，即为了防止环保局违背国会意愿进行环境规制的倾向，美国国会在环境法中规定了详尽的实体标准，以指引环保局履行其规制职能。^[42]事实上，无论是法定时限的引入，还是

[37] [美]保罗·R·伯特尼、罗伯特·N·史蒂文斯主编：《环境保护的公共政策》（第2版），穆贤清、方志伟译，上海三联书店·上海人民出版社2004年版，第47-54页。

[38] 郭庆：《环境规制中的规制俘获与对策研究》，《山东经济》2009年第2期，第124页。

[39] Matthew D. Zinn, Policing Environmental regulatory Enforcement: Cooperation, Capture, and Citizen Suits, pp. 113 - 115.

[40] Matthew D. Zinn, Policing Environmental regulatory Enforcement: Cooperation, Capture, and Citizen Suits, 21 *Stan. Envtl. L. J.* 81, pp. 109 - 111.

[41] 1984年的《资源保护与恢复案》(RCRA)修正案、1986年的《环境应对、赔偿和责任综合法》(CERCLA)修正案、《安全饮水法》(SDWA)、《有毒物质控制法》(TSCA)、1987年的《清洁水法》修正案(CWA)以及1988年《联邦杀虫剂、杀菌剂和灭鼠法》(FIFRA)修正案都无一例外地规定了环保局必须在规定的时间内作出决定；《清洁空气法》(CAA)也为环保局的规制行为设定了截止日期。这些规定不仅加速了环保对规制政策的执行，而且强化了国会对外环保局的立法监督。

[42] 比如《清洁空气法》第112条在授权环保局控制有毒污染物排放的同时，规定了排污标准的制定必须予以考量的法定要素，从而大大限制了环保局的自由裁量权。

实体标准的细化,均是美国国会对玛维尔·H.伯恩斯坦及其他规制俘获论者的立法回应,^[43]其目的在于减少环境行政机关的自由裁量权,以免给被规制企业进行规制俘获留下可乘之机。

(三)激励公众参与环境规制政策之形成和实施

公众对涉及公共利益的规制决策的参与不仅具有重要的价值,而且也是不可或缺的,这一理念在 20 世纪 70 年代的美国已经初步形成共识。^[44]人们认为,这种公众参与不仅有利于改善规制决策的质量,使规制决策更能积极回应各种利益主体的需求,而且公众参与本身具有十分重要的价值,因为它让公众对政府规制过程有一种参与感,增进了公众对规制决策公正性的信任感。^[45]为此,确保环境规制决策形成与实施过程中的公众参与意义重大。

遗憾的是,在环境规制政策的形成与实施过程中,规制受益人与被规制企业的参与是非对等的。这种参与的非对等性,源自双方因环境规制政策之形成与实施而获得的收益的非对称性。环境规制政策之形成与实施所带来的收益,为全体社会公众所共享,每一个社会公众的收益往往较小。尤为关键的是,这种收益属于典型的公共产品,具有消费上的非排他性。在此情况下,社会公众最理性的选择便是不支付任何成本而坐收渔利,从而产生经济学上所谓的“搭便车”现象,^[46]由此导致环境规制政策形成与实施过程中公众参与的缺位。与之不同的是,被规制企业因影响环境规制政策之形成与实施而获得的收益,往往被为数不多的企业所享有,其收益相对较多,因而参与环境规制政策之形成和实施的积极性相对较高。换句话说,社会公众参与环境规制政策之形成与实施所面临的集体行动问题,对于被规制企业而言并不存在。总而言之,社会公众和被规制企业因环境规制政策之形成与实施而获得的收益是不对称的,由此决定了二者参与环境规制政策之形成和实施的积极性的差异,最终导致二者对环境规制政策之形成和实施的参与的非对等性。

参与规制过程的非对等性,是规制俘获得以产生的重要前提;随着参与非对等性的增加,规制俘获的风险也随之增大。^[47]为此,激励公众参与规制政策的形成和实施便成为美国国会应对规制俘获的重要举措。^[48]在美国的环境立法中,公众参与的法律规定大致包括三类:一是公众参与环境规制的原则性规定,如美国 1969 年制定的《国家环境政策法》(NEPA)第 101 条 c 款规定:“国会认为,每个人都可以享受健康的环境,同时每个人

[43] Joel A. Mintz, *Enforcement at the EPA* (Texas: University of Texas Press, 2013), pp. 210 - 211.

[44] Office of Communication of the United Church of Christ v. FCC, 465 F. 2d 519, 527 (D. C. Cir. 1972).

[45] Richard B. Stewart, *The Reformation of American Administrative Law*, 88 *Harv. L. R.* 1667, 1761 (1975).

[46] “搭便车”理论最早由美国著名经济学家曼柯·奥尔森在其名著《集体行动的逻辑》一书中提出的,意指不支付成本而坐享他人之利([美]曼瑟尔·奥尔森著:《集体行动的逻辑》,陈郁等译,上海人民出版社 1995 年版)。斯图尔特和桑斯坦也指出:“如果消除违法行为带来的社会效益被广为分享,个人的收益往往比较小,每个人就有可能搭其他执法者的便车。”参见 Richard B. Stewart & Cass R. Sunstein, *Public Programs and Private Rights*, 95 *HARV. L. REV.* 1193, 1214 n. 72 (1982)。

[47] Matthew D. Zinn, “Policing Environmental regulatory Enforcement: Cooperation, Capture, and Citizen Suits”, at 117, 129.

[48] Eugene Bardach & Robert A. Kagan, *Going by the Book: The Problem of Regulatory Unreasonableness* (Philadelphia: Temple University Press, 1982), pp. 44 - 45, 54 - 55.

也有责任参与环境改善与保护”；二是公众参与环境规制过程的具体性规定，如《美国法典》第33卷第26章《联邦水污染控制法》第1251条第5款规定，局长与各州应提供条件，鼓励和支持公众参与任何法规、标准、排污限额、规划、局长或各州依本章规定确定的方案的制定、修改和实施。局长应与各州共同制定并公布有关公众参与这些活动的最低原则的规定；三是公众参与环境执法的具体性规定，其中最著名的是公民诉讼条款，它既是一种替代性执法手段，也是迫使环境行政机关进行严格执法的程序设计。它的存在改变了环保局的激励结构，从而有利于降低规制俘获的风险。

（四）强化环境规制过程的信息公开

腐败与规制俘获之所以发生，是因为那些损公自肥的利益集团可以对规制机构施加秘密影响；一旦规制行为被置于因利益集团的损公自肥行为而受有损害的利益群体的监督之下，腐败与规制俘获就几乎不可能发生。^[49] 换句话说，如果寻求规制俘获的努力游离于公众视野之外，那么其成功的几率也大大增加。^[50] 为了将环境规制过程置于社会公众的监督之下，美国国会在其环境立法中规定了大量有关环境信息公开的条款。例如，《国家环境政策法》第102条规定，美国联邦政府所有机构的立法建议和其他重大联邦行动建议，在决策之前须进行环境影响评价，编制环境影响评价报告书，并向公众公开，征求公众意见。美国环境立法中的环境信息公开条款，将环境规制过程置于公众的监督之下，从而成为防范环境规制俘获的重要手段。

（五）环境执法中引入成本——效益分析方法

所谓成本效益分析方法，是指政府在采取有关措施前，对执行措施可能花费的成本和可得到的收益进行比较，以促使决策者详尽评价各种规制方案的影响，并选择最优方案，从而促进规制行为的理性化。^[51] 成本——效益分析方法的理念非常简单：规制机构首先须发现问题，然后找出解决这一问题的全部政策方案，并评价每个政策方案的成本与收益，最后从中选择出最能实现其政策目标的政策方案。^[52] 换句话说，该方法要求规制机构对其规制政策进行质和量的全面考察，确保规制政策的收益大于成本；如果规制政策的收益低于成本，须对选择这一方案的原因进行说明。^[53]

成本——效益分析方法具有三个重要特征：第一，它要求考察广域范围内的规制效果，因而具有广泛性的特征；第二，它须经受一整套专业规范的检验，因而具有标准化的特征；第三，它要求向社会公开规制机构对规制效果的评价，因而具有透明性特征。正是这三个重要特征的存在，让该方法成为防范环境规制俘获的又一重要手段。

[49] Frederic Boehm, *Regulatory Capture Revisited-Lessons from Economics of Corruption*, Internet Center for Corruption Research, Working Paper 2007.

[50] Michael A. Livermore & Richard L. Revesz, *Regulatory Review, Capture and Agency Inaction*, 101 *G. L. J.* 1337, 1356 (2013); also see, Michael C. Dorf, *Foreword: The Limits of Socratic Deliberation*, 112 *Harvard L. Rev.* 4, 59 (1998).

[51] Colin S. Diver, *Policymaking Paradigms in Administrative Law*, 95 *Harv. L. R.* 393 (1981).

[52] Michael A. Livermore & Richard L. Revesz, *Regulatory Review, Capture and Agency Inaction*, 101 *G. L. J.* 1337, 1370 (2013).

[53] Robert W. Hahn & Cass R. Sunstein, *A New Executive Order for Improving Federal Regulation? Deeper and Wider Cost-Benefit Analysis*, 150 *U. Pa. L. Rev.* 1489, 1498-99 (2002).

鉴于成本——效益分析方法在防范规制俘获方面的重要作用,美国国会在其环境立法中大量引入了该方法。比如,1969年的《国家环境政策法》(NEPA)要求在环境影响评价中进行相关成本与效益分析;1990年的《清洁水法》和《清洁空气法》再次确认了健康标准,并要求该标准的实施须考虑其收益和成本;1996年的《安全饮用水法》则明确规定,无论环保局是否进行全国性的饮用水规制,都必须对提议的规则进行成本与效益分析。美国环境法中这些关于该方法的规定,在环境规制俘获的防范方面发挥了极其重要的作用。

四 美国经验对我国环境执法制度设计的启示

环境规制是包括中国在内的世界各国应对环境污染的共同选择,而规制俘获则是环境规制过程中无法避免的伴生现象。尤其是在经济增长作为政府行权的主要绩效的现代中国,政府因政绩追求而被污染企业俘获而导致的执法不力现象更是不胜枚举。美国经验表明,环境执法规制俘获的防范,需要环境执法制度从理论基础到制度设计的全面改造。

(一) 我国的环境规制俘获及其原因

环境规制俘获既可以发生于环境立法过程之中,也可以发生于环境执法过程中。由于政治体制和立法体制等原因,我国的环境规制俘获主要发生于环境执法领域,也就是马休·D.金所谓的执法主体应该积极执法而未能执法的现象,主要表现为执法不严。尽管我国环境执法不严受制于诸多因素,但环境规制俘获难辞其咎。

与美国的情况类似,我国环境规制俘获的发生也是多重因素交互作用的结果。首先,我国环境规制以“命令控制型”规制为主导,其规制俘获的可能性往往大于其他类型的规制;^[54]其次,集体行动的逻辑和我国行政诉讼法关于原告资格的规定,加剧了我国污染企业和社会公众对环境规制过程的非对等参与,从而为环境规制俘获的发生提供了便利;最后,我国环保部门实行上级主管部门和地方政府双重领导、以地方政府领导为主的管理体制,环保部门在人、财、物方面均受制于地方政府,污染企业通过贡献税收和政绩的方式“俘获”地方政府,地方政府则迫使环境执法部门作出有利于污染企业的规制决策。

我国环境规制俘获的存在,不仅对我国现行环境执法制度提出了挑战,也为我国环境执法制度的未来设计指明了方向。以规制俘获理论为指导完善我国环境执法制度,应是我国未来环境执法制度设计的题中之义,而美国在环境规制俘获的法律防范方面所做的努力,恰恰可以为我国提供有益的借鉴与参考。

(二) 美国经验对我国环境执法制度设计的启示

1. 环境执法理论基础的选择

从美国经验来看,环境执法理论基础至少有两种选择:一是公共利益规制理论;二是规制俘获理论。究竟选择哪一种理论作为我国环境执法制度的理论基础,关键取决于两种理论对社会现实的适应程度。前已述及,公共利益规制理论与规制俘获理论的重大差别之一是两种理论关于执法主体的人性预设。公共利益规制理论认为,政府是良善而万

[54] 郭庆:《环境规制中的规制俘获与对策研究》,《山东经济》2009年第2期,第123-124页。

能的,可以通过规制的方式来矫正市场失灵。^[55] 规制俘获则认为,政治家与所有其他人一样,都被假定为自利的理性最大化者,这就意味着利益集团可以通过向政治家或规制主体提供经济或其他支持的方式来影响规制结果。^[56] 这种人性预设上的反差,导致二者对于规制现实的解释力迥异。

公共利益规制理论用于解释规制现实时,存在难以克服的弊端。不仅公共利益的内涵界定及其实现方法难于达成共识,而且政府追求公共利益的善意也值得怀疑。^[57] 事实上,包括政治家和官僚在内的政府组成人员本质上是理性的“经济人”,也会追求包括声誉、财富在内的个人利益,由此导致个人利益与其公共职能之间的冲突。这种冲突可能导致官员滥用其职权追求个人利益,而非服务于社会公共利益。与之不同的是,规制俘获理论则承认政治家的经济人属性,相信包括政治家和政府官员在内的政府组成人员也有自身利益追求,因而有可能在利益集团的经济或其他支持之下,为增进利益集团的利益而牺牲公共利益。由此可见,相较于公共利益规制理论,规制俘获理论更符合规制现实,更具有说服力。职是之故,我国环境执法制度应选择规制俘获理论作为其理论基础。

2. 环境执法主体制度的设计

公共利益规制理论下的环境执法主体制度的设计,必然以增强环境执法主体独立性、强化环境执法主体权限为其主要特征,这是公共利益规制理论主体预设的逻辑结果,是规制主体“良善”、“万能”这一前提预设的必然推论。对于我国而言,无论是环保总局升格为“部”,还是地方环保局“上划”,^[58]抑或是新《环境保护法》对环境执法权的强化,^[59]均是公共利益规制理论这一指导思想的逻辑展开。

事实证明,我国增强环境执法主体独立性、强化环境执法主体权限的一系列举措,并未取得令人满意的预期效果,我国环境执法不力的现状并未因此而得到改善,反而有愈演愈烈之势。无论是“跪求治污”现象的屡屡上演,^[60]还是“重金邀泳”现象的频频出现,^[61]

[55] Andrei Shleifer, Understanding Regulation, 11 *Eur. F. M.* 439, 440 (2005).

[56] Sam Peltzman, Michael E. Levine & Roger G. Noll, *The Economic Theory of Regulation after a Decade of Deregulation*, Brookings papers on Economic Activity, Microeconomics, 1, 1 (1989).

[57] Anthony Downs, An Economic Theory of Political Action in a Democracy, 65 *J. P. Econ.* 135, 136 (1957).

[58] 地方环保局“上划”是指县、区环保局人、财、物的管理权划归市级环保局,也就是市环保局对区、县环保局实行垂直管理。为使环保执法突破行政干预,陕西在全国率先将县级环保局“上划”。参见武卫政:“陕西在全国率先将县级环保局‘上划’”,载《人民日报》2011年11月17日第06版。

[59] 为解决我国广受诟病的环境执法不力问题,我国新通过的《环境保护法》通过明确环境监察机构的法律地位、赋予环保部门强制执行权以及确保环保局免受地方政府的干预等具体规定来强化环境执法部门的权限。

[60] 早在2007年5月,安徽鲍家沟村民就因不满地方环保部门治污不力而向时任环保总局监察局副局长熊跃辉带领的检查组下跪,请求治理污染(李丽:《村民跪求环保总局官员治理治污》,《中国青年报》2007年7月4日第3版);2013年8月20日,湖南双峰县杏子铺镇溪口村十余位村民跪在地上,拦住双峰县委书记的车,请求关停当地一家排放毒气污水的氯酸钾企业(王瑞锋:《村民拦县委书记车队跪求“治污”》,《新京报》2013年9月15日第A15版);2014年4月,江苏陈女士在江苏“省市政风热线”联动直播现场向环保局长下跪,请求尽快治理河水污染问题(舒圣祥:《“跪求治污”照见权利贫困》,《湖南日报》2014年4月29日第11版)。

[61] “重金邀泳”现象集中发生在2013年春节后的浙江,首先是浙江杭州毛源昌眼镜有限公司董事长在微博上发文称,如果环保局长敢在河里游泳,他就拿出20万作为奖励(王石川:《20万请局长游泳千万别一笑置之》,《广州日报》2013年2月19日第02版),此消息不仅引发媒体热烈讨论,也引来各地民众纷纷效仿,一时间,温州苍南、广东东莞、深圳以及海南文昌等地的民众相继发出“悬赏告示”,重金邀请本地环保局长下河游泳。

均宣告着我国环境执法主体制度设计的失败,印证了公共利益规制理论主体预设的虚妄。

有鉴于此,我国环境执法主体制度的设计,应以美国法为借镜,从环境执法主体的外部关系和内部结构层面完善我国环境执法主体制度,以防范环境规制俘获的发生:从外部关系来讲,应厘清环境执法机关与地方政府之间的权力边界,避免地方政府因片面追求政绩而影响环境执法机关的执法行为;从内部关系来讲,应按履行职能来设置环境执法机关的内部处室,这既是环境媒介相互关联这一属性的必然要求,也是防范环保团体规制俘获的应有之义。

3. 环境执法具体制度的构建

美国经验清楚表明,对待规制俘获的正确态度,不是放松规制,而是使规制变得难于俘获。为使环境规制俘获变得更为困难,美国采用的方法可以大致分为四类:一是环境规制工具的选择,从“命令控制型”转向“经济激励型”;二是限制环境规制机关的自由裁量权,如法定履职期限的规定;三是迫使环保部门提升其决策的理性基础,如成本——效益分析方法的引入;四是为相关利益主体提供参与环境规制决策过程的机会,如听证和公民诉讼条款。所有这些举措,为美国环境规制俘获的防范起到了极其重要的作用。尽管这四类方法在我国环境执法中均有不同程度的体现,但仍存在很大的不足。比如我国新环保法中的环境公民诉讼条款,在激励机制的构建上仍付诸阙如,导致该条款可操作性不强。为防范环境规制俘获,我国应借鉴美国的成果经验,围绕上述四个方面完善我国的环境执法制度。

总而言之,我国新通过的《环境保护法》的理论基础仍是公共利益规制理论,政府“良善”、“万能”仍是其主体预设的前提,由此导致我国新环保法中有关环境规制俘获的法律防范措施缺位。在将来的环境保护法修订过程中,我国应将规制俘获的防范作为重点之一,完善环境执法激励与约束机制,以从根本上解决我国环境执法不力的弊端。

[Abstract] The theory of regulatory capture is a theory about the relationship between competing interested groups, which presumes that regulators are rational economic agents and admits that regulation is acquired by the industry and operates for its benefit. This theory has exerted influence not only on the status and internal structure of EPA, but also on the environmental legislation in the U. S. since the 1970s. In China, regulatory capture also an inevitable attendant phenomenon of environmental law enforcement. The anti-capture measures in the U. S are of greatly reference value for China.

(责任编辑:姚 佳)