

## 第二部分 规制过程与规制体系

### 第三章 规制体系中的标准制定<sup>\*</sup>

---

<sup>\*</sup> 原文载于 Robert Baldwin, Martin Lodge, Martin Cave 编 *The Oxford Handbook of Regulation* (Oxford University Press 2010)第六章。——译者注

## 一、引言

在任何一个规制体系中,各类标准都有着重要地位。从最广义的角度而言,标准包括规范、目标、任务以及规则,规制体系正是据此得以形成。标准如果不明示规制体系的整体目标,至少也会设定该体系参与者应当遵守的某些行为要素。本章第一部分将详细阐述规制体系中标准的含义。新近一些与法理学和法学理论紧密相关的研究,关注如何以不同方式来对标准内容加以表达,关注标准的工具类型与性质。<sup>〔1〕</sup>从这一角度审视规制标准,有助于将标准的表现形式与规制体系的目标以及标准适用的情境相匹配。

第二个迥异的研究主题与政治学更为相关,这类研究关注标准制定中政府与非政府主体的多样性,以及标准制定和适用的过程。标准的制定具有责任分散的特征,涉及国家与超国家层面,涉及政府与非政府组织。<sup>〔2〕</sup>这些研究发现挑战了传统以政府规制机构为核心的规制治理体系,同时也为重新评判分散化体系的有效性和正当性提供了基础。<sup>〔3〕</sup>本章最后将讨论高度分散化“产业”的

---

〔1〕 更多内容见 Julia Black, “‘Which Arrow?’: Rule Type and Regulatory Policy” [1995] *Public Law* 94.

〔2〕 Virginia Haufler, *A Public Role for the Private Sector: Industry Self-Regulation in a Global Economy* (Carnegie Endowment for International Peace 2001); A. C. Cutler, “The Privatisation of Global Governance and the Modern Law Merchant” in Adrienne Windhoff-Héritier (ed.), *Common Goods: Reinventing European and International Governance* (Rowman & Littlefield 2002).

〔3〕 Dieter Kerwer, “Rules That Many Use: Standards and Global Regulation” (2005) 18 *Governance* 611.

出现,会给规制标准制定中的可问责性带来怎样的挑战。

## 二、规制标准

“规制标准”这一术语常以狭义形式出现,指代由标准化技术机构制定的标准,如国际标准化组织(ISO)及各领域、区域和国家类似技术机构制定的标准。广义的标准则是指“用以鼓励追求或者实现特定价值、目标或结果的工具,但并不具体规定为此需要开展的举措”;相比之下,法律规则会具体要求其适用对象必须做出或不得做出某种行为。<sup>〔4〕</sup>因此,技术标准只是更为广泛的规制标准中一个重要的子集。

可将规制体系视为一个涉及许多主体的控制系统,但我们仍能从中识别出某种类型的标准、探查偏离标准行为的手段以及纠正这种偏离行为的机制。<sup>〔5〕</sup>在规制体系中,关键规制能力可能分散于多个政府和非政府主体中,正是这种分散化产生了具有不同法律形式的规制标准。<sup>〔6〕</sup>本部分将从两方面分析规制标准,首先分析标准的法律形式,然后分析标准自身的结构。结构问题有别于法律形式,它是指标准的表达方式及与所欲实现目标之间的关系。随着2008年重创全球经济的金融危机的发生,对于公共利益保护而言,标准议题变得格外重要。有主张认为,正是由于将一般原则或宽泛标准作为规制体系的基础,才放纵了某些行为并最终引发了这场危机,而更为详尽的规则或许能够阻止这场危机的发生。

### (一) 工具类型

在二十世纪美国发展出来的经典规制模式中,往往由一个独立规制机构来负责上述规制体系的三个方面。规制权力曾经并且仍然表现为三类活动形式,即制定规则 and 标准,监督合规情况,对违法企业或其他违法主体实施法律制裁。

〔4〕 John Braithwaite and Valerie Braithwaite, “The Politics of Legalism: Rules Versus Standards in Nursing Home Regulation” (1995) 4 *Social & Legal Studies* 307.

〔5〕 Christopher Hood, Henry Rothstein and Robert Baldwin, *The Government of Risk: Understanding Risk Regulation Regimes* (Oxford University Press 2001).

〔6〕 Julia Black, “Decentring Regulation: Understanding the Role of Regulation and Self-Regulation in a ‘Post-regulatory’ World” (2001) 54 *Current Legal Problems* 103; Colin Scott, “Analysing Regulatory Space: Fragmented Resources and Institutional Design” [2001] *Public Law* 329.

因此在美国,由规制机构根据法律授权,依照严格的法定程序要求来制定典型的规制标准,并在《联邦规章汇编》(*Code of Federal Regulation*)中公布。<sup>〔7〕</sup>在许多规制体系中,创设该规制体系和相应规制机构的法律中也会包含规制标准。

这种法律和授权立法同时设定规制标准的情况,在其他国家和地区也很普遍。但是在许多议会政体中,如在多数欧洲国家,立法机关愈加不愿意将规则制定权授予规制机构。更为常见的是,政府部长掌握着授权立法的权力,来颁布法定条例(statutory instrument)\*或者法令,但实际上这些规则中援引的标准常常由其他主体制定。在欧盟各成员国,之所以要经常授权规制机构制定规则,是因为经常要将欧盟指令转化为需国内法才能实施的文件,这使得在授权立法名义下制定的规制标准数量出现激增。

除通过公法手段制定规制标准外,政府还常常利用其财政资源和权力,通过订立契约的方式来形成标准,这些标准不具有普遍适用性,只约束与其订约的主体。<sup>〔8〕</sup>这种“通过契约的管理”已被用于制定和实施与供方企业雇佣标准相关的原则,有时也被用来实现诸如环境保护之类的其他目标。<sup>〔9〕</sup>在此情况下,契约不仅可以为供应方设定其必须遵守的标准,也会设定诸如第三方认证的监督机制,设定相应的执行机制,如双方可就违约后的救济措施达成协议。<sup>〔10〕</sup>这种标准制定方式与私营部门中的供应链合同并无明显差异,在买卖合同中,买方依靠其财富和缔约能力来对卖方施加标准约束。类似情况也存在于特许经营合同中,特许权人利用合同为特许经营人设定条件与标准。很多情况下,这些涉及的都是产品标准,例如要求符合第三方制定的技术标准。但也有越来越多的实践表明,缔约双方通过供应链合同与特许经营的方式,来设定或适用与过程相关的标准,例如有关缔约方企业管理的标准,或者要求其符合特定的环境标准。<sup>〔11〕</sup>

〔7〕 David L. Weimer, “The Puzzle of Private Rulemaking: Expertise, Flexibility, and Blame Avoidance in US Regulation” (2006) 66 *Public Administration Review* 569, 570.

\* 在英国这是一种特定的法律文件,多为政府部门根据议会立法授权制定的条例或规则,为次级立法;少数情况下,枢密院(the Privy Council)也会颁布这类文件。——译者注

〔8〕 Terence Daintith, “Regulation by Contract: The New Prerogative” (1979) 32 *Current Legal Problems* 41.

〔9〕 Christopher McCrudden, “Using Public Procurement to Achieve Social Outcomes” (2004) 28 *Natural Resources Forum* 257.

〔10〕 Hugh Collins, *Regulating Contracts* (Oxford University Press 1999).

〔11〕 Matthew Potoski and Aseem Prakash, “Green Clubs and Voluntary Governance: ISO 14001 and Firms’ Regulatory Compliance” (2005) 49 *American Journal of Political Science* 235.

这里的讨论区分产品标准和过程标准,前者关乎产品的特定属性,后者则与产品的生产过程相关。如果所要规制的危害在生产过程中产生,过程标准就显得格外重要。一个典型的实例即对环境污染物排放的规制,这类实践中,关注于过程往往更能直接控制危害。新近一项对消费者行为展开的研究更加凸显了这种发展趋势,研究表明至少有一批消费者高度重视生产过程。在公平交易产品和可持续林业领域的自愿性标准体系中,均存在这种现象。有些消费者会支付更高的价格,来购买符合这些过程标准的产品,无论是在企业社会责任体系的背景下,由单个企业制定这些标准,还是由规模更大的标准制定组织制定的标准,如某些有关公平交易和环境保护的过程标准。<sup>[12]</sup>

政府不仅经常利用公法和契约手段来设定具有法律约束力的标准,还会运用其管理权威设定不具有法律约束力的规制标准。目前软法已普遍存在,其不具有法律约束力但会产生实际规范效果,<sup>[13]</sup>这就为政府提供了一种手段,使其能够超越立法授权的范围来制定标准,同时无须经过立法机关的批准。指导性文件即为一典型例证,政府藉此鼓励公众、企业和其他主体以特定方式进行活动,无论在其之上是否存在某种更一般化的立法框架。例如,荷兰很大程度上通过向地方市政发布指导性文件的方式,来实施灾害管理体系,这些文件无法律约束力,且较有弹性、可修正。这种方式的明显优势在于,可以让地方主管部门充分利用其掌握的专业知识,由专业人士对指导性文件做出弹性的解释。然而这种方式也存在风险,指导性文件有可能趋于僵化,被视作相应体系要求的一部分来实施,这反而会阻碍地方专业人员对其加以解释的可能性,也会影响到灾害管理手段的革新。在这种情况下,软法实际上成为硬法规制体系的一部分。<sup>[14]</sup>

如前文所述,企业能够通过供应链合同中对规格的要求,以具有法律约束力的形式,为他者设定标准或令他者适用相关标准。某种意义上说,缔约方接受这种标准约束是自愿而非被迫行为,毕竟该过程中标准的适用是企业自愿缔约的

[12] Dara O'Rourke, "Outsourcing Regulation: Analyzing Nongovernmental Systems of Labor Standards and Monitoring" (2003) 31 *Policy Studies Journal* 1, 4; Douglas A Kysar, "Preferences for Processes: The Process/Product Distinction and the Regulation of Consumer Choice" (2004) 118 *Harvard Law Review* 525.

[13] Francis Snyder, "The Effectiveness of European Community Law: Institutions, Processes, Tools and Techniques" (1993) 56 *The Modern Law Review* 19.

[14] Taco Brandsen, Marcel Boogers and Pieter Tops, "Soft Governance, Hard Consequences: The Ambiguous Status of Unofficial Guidelines" (2006) 66 *Public Administration Review* 546.

结果。与此类似,选择加入协会的个人、企业和其他主体,往往也是通过成员之间集体合同的形式,自愿选择接受协会规则约束。虽然这种协会规制的程度在不同国家和地区之间有所差异,但协会规则有时在一定程度获得了法定授权,已构成很多职业和行业的规制标准。在欧盟范围内,协会规制某种意义上构成了北欧国家治理的显著特色,而在地中海周边国家则发展较弱。美国则较为抵触自我规制,更倾向于将规制规则的制定和适用权保留在政府规制机构掌控之下,并以严格的程序规则加以约束。如何使自我规制体系的权力得到认可,并提升对自我规制机构的可问责性,对此已有相当可观的讨论,例如有学者从宪法角度考虑,主张将自我规制机构按公共机构对待,对其进行司法审查。<sup>[15]</sup>

如前所述,规制标准一词通常被理解为专门标准化机构制定的标准。这些标准数量庞大,且对很多行业而言具有重要意义,但其本身并不具有法律约束力,而是常被援引于供应链合同和其他合同之中。有些情况下,遵守特定标准还可能成为基本立法或次级立法明确规定的法定要求。例如,英国《儿童手推车(安全)条例》(SI 1997/2866, r3(1))规定,供应的任何儿童手推车,如折叠式童车或婴儿车,当不符合私营的英国标准协会(BSI)制定的 BS7409 号标准时,均构成犯罪。此外,立法也可能要求被规制者遵守一项被认可的技术标准,但不具体指明哪一项;立法还可能要求被规制者提供遵守法定要求的证据。例如,欧盟《一般产品安全指令》(2001/95/EC, Art 3(2)(3))规定,只有安全产品才可上市销售。符合欧盟或欧盟成员国法律规定的产品,或者在无法律规定的情况下符合国家自愿性标准的产品,即被视为安全产品。

## (二) 标准性质

科林·戴弗(Colin Diver)就行政规则提供了一种经典分析模式,他认为透明性(transparency)、可及性(accessibility)和一致性(congruence)这三个维度,对规则的成功实施具有重要意义。该分析模式同样适用于规制标准。透明性是指规则应当按照“定义明确且普遍接受的含义”原则来使用词句,从而能为其受众理解。<sup>[16]</sup> 可及性是指将规则适用于目标情形的难易程度,一致性涉及的则是规

[15] Julia Black, “Constitutionalising Self-Regulation” (1996) 59 *The Modern Law Review* 24.

[16] Colin S. Diver, “The Optimal Precision of Administrative Rules” (1983) 93 *Yale Law Journal* 65.

则和潜在政策目标之间的关系。<sup>〔17〕</sup> 一个规则应当能够适用于决策者预期的所有情形,并且不适用于任何预期之外的情形。若以更为技术化的方式表述,规则覆盖面既不能过窄也不能过宽。

我在前文已指出,过程标准和产品标准关注的是某种活动或产品的规格或者设计特征。另有一些情况,标准可能并不关注产品或过程的属性,而是就某种活动的绩效或产出提出要求,同时又不具体规定实现这种绩效的方法。<sup>〔18〕</sup> 如前文所引的欧盟《一般产品安全指令》即体现出这种特征,根据该指令,只要实现产品安全即为合法,而并不具体规定如何生产安全产品。这种一般产出标准的价值在于,其在很高程度上与规制体系的整体目标相契合,即确保消费者对欧盟市场上销售的产品之安全的信心,并使得消费者利益免遭消费品损害。但是,这种一般性标准的不足之处也很明显,即需要通过进一步详尽解释,来明确其要求。参较戴弗前述的规则精确度(rule precision)概念,一般性安全要求的可及性不足,因为它对“安全”的界定非常不明确。

诸如汽车、蒸汽熨斗、刀具之类的许多消费产品,都具有一定的危险性,否则也无法发挥其应有的效用。如果指令要求首先从他处寻找具体要求,就会提高相关主体了解标准要求的难度,进而降低标准的透明度。与此相关,模糊的标准也会增加执法乃至守法成本。但这并不意味着我们必须摒弃这种一般性标准,而是应当视情形而定。如果制定一般性标准能够提升规制过程的开放度,能够使规制者、被规制者以及规制活动所保护的那些主体参与到标准制定过程中,那么这一标准就可能算是富有成效,就能生成对标准的“对话式问责”(dialogic accountability)模式,这还要优于通过立法设定详尽标准的方式。<sup>〔19〕</sup>

例如,欧盟《一般产品安全指令》第1条第2款规定:

(b) “安全产品”是指,在符合正常或者合理预见的使用条件下,包括符合使用期限以及投入使用、安装和维护要求,产品不会产生任何风险,或者仅产生与产品用途相匹配的最低限度风险,该风险为可接受风险,且与保护人身安全与健康的高级别要求相一致,特别需要考虑以下因素:

〔17〕 Colin S. Diver, “The Optimal Precision of Administrative Rules” (1983) 93 *Yale Law Journal* 65.

〔18〕 Robert Baldwin and Martin Cave, *Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice* (Oxford University Press 1999) 119-120.

〔19〕 Braithwaite and Braithwaite, 前注4, 第336页。

(i) 产品特征,包括组分、包装、组装说明以及相关情况下的安装和维护说明;

(ii) 如果能合理预见该产品将和其他产品被一同使用的话,对其他产品的影响;

(iii) 产品外观、标识、有关使用与处理的警示和说明及其他与产品相关的说明或信息;

(iv) 哪些消费者群体使用该产品可能会遭受风险,特别是儿童和老人。

有可能实现更高水准的安全程度,或可获得其他风险程度相对更低的产品,不构成认为该产品有“危险”的根据。

该《指令》虽然指出了确定产品安全时应考虑的因素,但仍未给出精确说明。因此,在生产者必须遵守标准的情况下,在执法官员质疑产品安全性的情况下,以及法院审判的极少数情况下,这样的指令为基准的适用创设出裁量空间。如前文所言,对其他法律规则和标准的援引,能对产品规格作出进一步的规定。有些情况下这可能会非常精确,比如技术标准能对产品的所有特征做出具体规定。鉴于技术标准对于消费品的重要意义,欧盟试图建立一种前文提及的“对话式问责”机制,例如欧洲委员会提供资金支持,帮助消费者组织同产业界代表共同参与这些标准制定过程。<sup>[20]</sup>

上述分析表明,当立法设定一般性绩效标准时,会通过某种途径来嵌套更为精确的标准,有些标准可能由该法律文件本身设定;或者通过法律文件援引的方式,指向其他法定标准或自愿性标准;或通过法律适用者的裁量来实现。

通过各种机制将一般性标准加以细化,这种做法实属常见,但与之相反,并不存在某种惯常的途径,能对详细标准的内容进行一般化的概括。因此如果出现标准过于详细、过于严苛或不适当这类问题,就很难应对。在对澳大利亚和美国的疗养院(nursing home)规制开展的研究中,即彰显了这样的困境。澳大利亚规制体系采用的是宽泛的绩效或产出标准,一个典型例子即要求疗养院应当为居住者提供“像家一样的环境”。<sup>[21]</sup> 美国的制度则针对所有与居住者关怀相关的事项,制定了大量的详细标准。研究者表示,他们起初认为,美国的体系在

---

[20] G. Howells, “‘Soft Law’ in EC Consumer Law” in P. Craig and C. Harlow (eds), *Law Making in the European Union* (Kluwer 1998).

[21] Braithwaite and Braithwaite, 前注4,第310页。

设计上更优,因为检查人员很容易确定相关疗养院的行为是否合法,这就使得疗养院更愿意也更容易守法,同时也使得执法更具有可靠性,因为根据这样的规则,整个体系中不同的检查人员能够做出具有一致性的评估结果。

然而研究结果却与研究者的预想相反。在此情境下,详尽的具体标准似乎鼓励了这样一种行为倾向,即优先按照标准列举的项目采取关怀措施,这就使得管理者和雇员丧失了创造力,他们不会设法采取高于最低标准要求的举措。相反,澳大利亚采用的宽泛性、一般化标准却赋予了管理者和雇员较大的裁量空间,使得他们能够设计出各种不同措施,来遵守“像家一样的”标准要求,在很多情况下,这就会涉及一些在列举式标准中难以包含的事项。关于检查,美国那种根据详细标准进行评估的可靠性反而较低,还不如澳大利亚一般化标准框架下的检查来得可靠。<sup>[22]</sup> 详细标准激增所带来的问题部分在于,规制者与被规制者都能够(甚至被要求)在所要遵守的标准选项之间进行选择。结果实际上扩大而非缩小了裁量空间。<sup>[23]</sup>

二十一世纪初期几年里发生的企业丑闻和金融危机给人们留下了深刻印象,当讨论这类事件的成因时,居于核心地位的,是围绕一般原则和详细标准的是非曲直展开讨论。其中一个核心论点认为,利用详细规则进行规制会产生如下风险,即被规制者会照本宣科,却设法规避这些标准的要旨,并最终损害规制体系整体目标的实现,该观点与上述疗养院规制实践反映出的情况具有一致性。这种现象曾发生于二十世纪八九十年代英国的企业实践中,被称为“创造性合规”(creative compliance)。<sup>[24]</sup> 这种在以规则为基础的规制体系中,去寻求规避法律精神的行为,也是曾经导致美国能源巨头安然公司在2001年破产的原因之一。该公司常规性地利用离岸子公司来掩盖其资产负债表的真实情况,而作为其所聘任的会计师事务所,现已倒闭的安达信会计师事务所,当时未能向公司股东如实报告。

从安然公司案中引申出的一个关键争论,即纵容该公司及其所有分支机构

[22] Braithwaite and Braithwaite, 前注4, 第311页。

[23] 同上书, 第322页。

[24] Doreen McBarnet and Christopher Whelan, “The Elusive Spirit of the Law: Formalism and the Struggle for Legal Control” (1991) 54 *The Modern Law Review* 848; Doreen J McBarnet and Christopher J Whelan, *Creative Accounting and the Cross-Eyed Javelin Thrower* (Wiley 1999).

行为并最终导致破产的这一规制体系,其失败之因究竟在于留有规避空间的规则本身,还是在于承担监督责任的审计公司和公共规制者的规则实施活动不当。<sup>[25]</sup> 在2007年至2009年的银行业危机中也有类似争论。有学者主张,因为基于原则的规制要想发挥实效,有赖于被规制者在内部实践和自我监督中,制定并细化规制要求,所以要想保证这种规制体系的可靠性与有效性,就要要求有较高的信任程度。<sup>[26]</sup> 朱莉娅·布莱克(Julia Black)认为,基于原则的规制本身存在多重悖论,这些都会损害到规制体系的有效性,但基于规则的规制体系也同样存在很多弱点。<sup>[27]</sup> 因此,在规则抑或原则之间进行选择,这本身即是一个错误的两分法。在规制体系中,无论是适用规则还是原则,两者均不存在固有的优越性,而是要对其进行精微的调试,设计具体制度,以适于特定的社会与经济情境。

### 三、标准制定

对于标准的适用及其效果而言,不仅标准自身属性和内容与其相关,标准制定过程也与此有着密切联系。该过程的某些特征能够影响标准自身的质量及其正当性,这两者对于标准的实施都至关重要。标准自身的质量受几方面因素影响,包括决策者所掌握信息的情况及其专业水准,以及处理信息的能力。从程序维度而言,正当性是指哪些主体在什么条件下参与。实际上,标准质量和正当性的区分并非一成不变,因为在许多情况下,标准的正当性不仅体现于标准制定的过程,也受到标准最终质量的影响。这一初步阐释或许能表明,信息最大化、信息处理能力和过程参与是最佳标准制定过程的特征,但也有几点值得注意。首先,利用这种开放过程需要在决策效率与经济性之间进行权衡。在标准制定实践中,往往需要作出一定妥协。其次,这种标准制定过程的设计,要实现信息与专业知识的有效匹配,同时推动过程参与模式,以提升标准制定结果正当性,本身具有极大的挑战性,但公共政策实践和学术研究对此的关注却十分有限。

前文已经提到,许多不同类型的组织都被牵涉标准制定之中,这些主体包括立法机构、政府部门与规制机构、协会、私营标准化机构、公共标准化机构及单个

---

[25] McBarnet and Whelan,同上注; McBarnet and Whelan,同上注.

[26] Julia Black, "Forms and Paradoxes of Principles-Based Regulation" (200) 3 *Capital Markets Law Journal* 425, 456.

[27] 同上书,第457页。