

立法评估:评估什么和如何评估(上)^{*}

——以中国立法评估为例

席涛

摘要:立法前评估,主要评估立法的必要性、合法性、协调性和可操作性,评估立法要设计的重要制度和规则的约束条件,评估立法预期对经济、社会和环境的影响,达到立法配置资源的公平与效率。立法后评估,重在评估立法实践,评估法律法规对经济、社会和环境的影响,评估社会执法、司法和守法的具体问题。立法评估运用定性评估与定量评估的方法,衡量法律法规的公正和效率。减少法律法规的试错成本,解决制约设计的制度和规则的约束条件,应当重视立法前评估。

关键词:立法前评估;立法后评估;经济社会影响;成本收益分析

从2005年至今,国务院法制办和相关部委、地方人大常委会和地方政府、全国人大常委会法工委先后进行了立法评估。在总结立法评估实践经验的基础上,地方政府和相关部委制定并发布了立法评估办法。分析现在进行的立法评估,有以下几个特征:第一,立法评估都是立法后评估,就是对法律、行政法规、地方性法律和规章实施了3至5年后的评估。第二,评估主体选择评估的法律法规,法律关系较为简单,评估法律法规的内容,主要是对必要性、合法性、协调性、可操作性和实效性的评估。第三,评估的方法运用问卷调查、召开座谈会研讨会、实地考察、听取执法部门的意见等,从立法后评估中发现存在的问题,提出修改、废止或者立新法的意见或建议。

上述立法评估的特征,就是本文提出的问题:立法前评估和立法后评估的区别。首先解决的是评估什么,即是评估法律法规的必要性、合法性、协调性和可操作性,还是评估法律法规对经济、社会和环境的影响?其次,需解决的是如何评估:即运用什么方法,只是使用定性方法、规范方法进行评估,还是需要与定量方法、实证方法评估相结合?本文的基本观点是,立法前评估,主要评估立法的必要性、合法性、协调性和可操作性,评估立法要设计的重要制度和规则的约束条件,评估立法预期对经济、社会和环境的影响,达到立法配置资源的公平与效率。立法后评估,重在评估立法实践,评估法律法规对经济、社会和环境的影响,评估社会执法、司法和守法的具体问题。立法评估运用定性评估与定量评估的方法,衡量法律法规的公正和效率。为了减少法律法规的试错成本,为了解决制约设计的制度和规则的约束条件,应当重视立法前评估。本文结构是这样安排的:第一部分辨析当前立法评估中的问题,主要对当前实践和学术讨论中的立法评估概念、评估内容和评估方法,进行实证考量。第二部分和第三部分分别解析立法前评估与立法后评估的价值目标、评估内容和评估方法,从理论上对立法评估进行探索。第四部分通过评估一件法律,如《社会保险法》,检验第三部分和第四份部分理论,最后是总结和简单的

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。

^{*} 本文系作者主持的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”(08AJY037)和北京市重点交叉学科“法律与经济”项目的阶段性成果。

结论。

一、立法评估定义、评估标准与评估方法的问题

(一) 立法评估定义辨析

关于立法评估,从现有的文献与评估案例分析,论证的是立法后评估。全国人大常委会法工委许安标认为,“立法后评估,一般是指在法律、法规颁布实施一段时间后,结合法律、法规的实施情况,包括取得的成效、存在的问题,对特定的法律、法规所进行的评价,目的在于更好的实施、修改完善被评估的法律、法规,并从中总结经验,为开展相关立法提供借鉴和指导。”^[1] 国务院法制办张禹提出,“立法后评估是指有关主体按照一定的标准和程序,通过一定的方法和技术,对实施了一定时间的立法的协调性、科学性、可操作性、有效性等进行分析和评价的一种活动,是了解立法效果、提高立法质量和立法水平的重要手段。”^[2] 上海市人大常委会法工委丁贤、张明君概括道,立法后评估,或称法律质量评估、立法效果评估、立法回头看,其实质还是一致的,是指法律施行一段时间后,对法律的实施绩效进行分析评价,对法律中所设计的制度进行评判,并针对法律自身的缺陷及时加以矫正和修缮^[3]。山东大学威海分校汪全胜认为,立法后评估也是立法评估的内容,不过它是着眼于立法制定出来并在实施一定阶段后对其效果所进行的评估。立法后评估制度在我国自产生时候起,它虽然也关注法律实施的效果、后果,但更多是从它实施的效果、后果来考察法律本身存在的问题(更准确地讲是立法的问题,比如立法的价值、技术、内容等),以此判断该法律是否有修改完善甚至废除的必要。”^[4]

这四种立法后评估概念,具有代表性,分别从不同的工作实践和理论视角,阐述对立法后评估的认知,但强调的重点是不同的。在第一个定义中,强调的是法律法规的实施情况、包括取得的成绩、存在的问题;第二个定义突出的是,立法后评估法律法规的协调性、科学性、可操作性、有效性等;第三个定义关注的是对法律设计的制度进行评判,评价法律的实施绩效;第四个定义作者的理解是立法的问题,比如立法的价值、技术、内容等。如果说四个定义中相同的,仅仅在于评估法律法规制度的实施绩效和发现的问题,以便修改或者废止。可见,立法后评估还没有一个较为清晰一致的概念,概念的模糊和不一致,也就产生对立法后评估理解的不一致。

(二) 立法评估评估什么

评估主体决定评估的对象(法律法规),包括评估对象的内容和标准,选择的评估对象不同,评估的内容和标准也有差异。在选择评估对象时,全国人大常委会法工委选择评估的法律、国务院法制办选择评估的行政法规、地方人大常委会和地方政府选择的地方性法律和规章。相对来说,立法调整的法律关系、社会关系比较简单,对经济、社会和环境的影响比较单一,适用范围比较窄,执法主体必较少,相关信息的收集、整理和分析比较集中。因为,以前无论是专家学者还是立法机关和执法机关,既没有系统地理论上探讨法律实施的影响评估,又没有这方面的实践经验。选择立法影响比较单一的法规,评估难度相对较小。

在评估内容上,一些观点认为评估法规的必要性、合法性、协调性、针对性、可操作性、时效性、技术性、实效性,^①另一些观点认为评估法律法规的法理标准、实践标准、技术标准、实效标准。^② 还有学者认

^① 丁贤、张明君(上海市人大常委会法制工作委员会)认为评估标准直接决定着评估的方向和评估结论是否正确、科学和符合实际。立法后评估标准可以分为以下几项。一是合法性,二是针对性,三是操作性。“立法后评估理论与实践初论”,载《政治与法律》2008年第1期。沈国明、张明君(上海市人大常委会法制工作委员会)同样强调了合法性、针对性、协调性和可操作性。“在实践中完善立法后评估制度”,载《中国人大》2008年第8期。俞荣根认为,制定立法后评估标准主要有以下5个基本方面:一是合法性标准,二是合理性标准,三是协调性标准,四是时效性标准,五是技术型标准。“立法后评估:法律体系形成后的一项重要工作”,载《西南政法大学学报》2011年第1期。

^② 马发明、赵遵国(作者分别系甘肃省人大常委会法工委),甘肃省在2005年制定了《甘肃省人大常委会地方性法规质量标准及其保障措施(试行)》,其中就评价法规质量好坏的标准有四个方面:(1)法理标准;(2)实践标准;(3)技术标准;(4)实效标准。“开展立法后评估的几个问题”,载《人大研究》2009年第1期。

为立法后评估的一般标准为效率标准、收益标准、效能标准、公平标准、回应性标准。^①一些地方主要评估法规设立的主要制度及配套实施机制是否落实、法规实施的绩效以及法规中各项制度设计和程序规定是否要进一步完善等。

这几种立法后评估标准相同的是强调了评估的必要性、合法性、协调性、可操作性和实效性,没有直接将法律法规的经济影响、社会影响和环境影响作为评估标准或者一级指标,也没有评估法律法规的经济成本、社会成本、经济收益和社会收益。不同的是,可能评估标准的具体二级指标不一致。笔者认为,这几项评估标准应置于立法前评估,作为立法后评估标准,产生了本末倒置。

(三) 立法应如何评估

如何评估,就是运用什么分析方法进行评估。全国人大常委会法工委、国务院法制办、地方人大常委会和地方政府的立法后评估方法基本一致,直接方式如召开研讨会、实地调研、具体考察、个别走访等等,听取执法部门、司法机关和社会公众在执法、司法和守法中遇到的问题,了解和掌握该法执行和遵守的基本情况。间接方式如征集社会公众的意见、问卷调查、随机抽查、委托科研机构 and 大学法学院,对选择的法律法规进行立法后评估。

分析比较已经公开的立法评估报告发现,评估主体使用直接评估方法和间接评估方法,主要运用的是定性分析方法,很少运用定量分析方法及运用影响分析方法。因此,评估主体的立法后评估报告,数据较少,客观量化指标较少,陈述较多,主观性评估成分较多。见表1。

表1 立法后评估的评估对象、评估内容(标准)与评估方法

评估主体	评估对象	评估内容(标准)	评估方法
广东省人大常委会法工委	2007年《广东省建设工程项目使用袋装水泥和现场搅拌混凝土行政许可规定》、2010年《广东省流动人口服务管理条例》	法规的贯彻执行情况、协调性、可操作性、立法技术、法规实施的成本收益。	听取执法部门意见、座谈会、论证会、实地考察、专题调研、文卷调研
湖北省人大常委会法工委	2007年《湖北省合同监督条例》、2011年《湖北省城市市容和环境卫生管理条例》	合法性、合理性、可行性、可操作性及立法程序、立法技术、实施效果。	走访、召开座谈会、研讨会、问卷调查、实地调研
安徽省人大常委会法工委	2009年《安徽省按比例安排残疾人就业办法》	合法性、合理性、协调性、可操作性、规范性、实效性。	座谈会、查阅执法案卷、问卷调查、个案评估
甘肃省人大常委会法工委	2009年《甘肃省实施〈人民防空法〉办法》	立法条件目的、法制统一、制度设计和权力配置、地方特色、可操作性、技术规范、公众参与、法规的现实适应性。	专题调研、问卷调查、网上征求意见、听取执法部门意见
内蒙古自治区人大常委会	2007年《内蒙古自治区劳动和社会保障监察条例》、2009年《内蒙古自治区实施残疾人保障法办法》	政治标准、合法性标准、实践标准、规范化标准。	走访、召开座谈会、研讨会、问卷调查
吉林省人大常委会法工委	2005年《吉林省贸易计量监督条例》、2009年《吉林省罚没和扣押财物管理条例》	必要性、合法性、合理性、针对性、可操作性。	走访、召开座谈会、研讨会、问卷调查

(接下表)

^① 汪全胜认为,立法后评估有一般标准与特殊标准,短期标准、中期标准与长期标准,微观标准、中观标准与宏观标准。立法后评估的一般标准有以下几方面:(1)效率标准;(2)效益标准;(3)效能标准;(4)公平标准;(5)回应性标准。汪全胜“立法后评估的标准探讨”载《杭州师范大学学报》(社会科学版)2008年第3期。

海南省人大常委会法工委	2005年《海南省红树林保护规定》、2007年《海南经济特区机动车辆燃油附加费征收管理条例》、2010年《海南省住宅区物业管理条例》	法规实施效果、立法成本评估、法规存在的问题和缺陷。	问卷调查与个别访谈相结合、听取汇报召开座谈会与实地考察相结合、综合评估与专题调研相结合、定性分析与定量分析相结合
太原市人大法工委	2008年《太原市水泥工业网点管理办法》、2009年《太原市限制养犬的规定》	规范本身考察:合法性、合理性、协调性、可操作性。实施效果上评估:适应性、实效性、收益性。	走访、召开座谈会、研讨会、问卷调查
北京市人大常委会	2009年《北京历史文化名城保护条例》、2011年《北京市实施〈中华人民共和国动物防疫法〉办法》	合法性、合理性、可行性和技术性为标准;评估内容有法规总体质量、法规实施效果、立法建议	专题调研和座谈会相结合、资料研究与实地走访相结合、委托专门机构评估和市人大常委会评估工作组评估相结合
上海市人大常委会法工委	2005年《上海市历史文化风貌区和优秀历史建筑保护条例》、2008年《上海市安全生产条例》	合法性、针对性、协调性和可操作性。	一般方法:比较分析法、系统评价法和成本效益分析。具体方法:问卷调查、座谈会、实地调研、个案分析和定量分析。
国务院	2006年《艾滋病防治条例》、《特种设备安全监察条例》、2008年《城市房地产开发经营管理条例》、《民办非企业单位登记管理暂行条例》	合法性、协调性、合理性、可操作性、规范性和实效性。	问卷调查与个别访谈相结合、听取汇报召开座谈会与实地考察相结合、综合评估与专题调研相结合
全国人大常委会法工委	2011年《科学技术进步法》和《农业机械化促进法》	选择法律中一至二项关键制度评估:制度目标、实施情况、实施效果、存在的主要问题。	文献研究、问卷调查、问卷调研、实地调研、情况报告、实例分析

从表1可以看出,评估主体选择立法后评估的对象、内容和方法,无论是地方人大常委会评估的地方性法规,国务院法制办评估的行政法规,还是全国人大常委会评估的法律,在立法后评估标准的必要性、合法性、合理性、协调性和实效性方面,评估方法的问卷调查、实地考察、个别访谈方面,评估后报告对这些评估的做法、阐述、论证及相关建议,都比较客观充分。实际上,对法规的必要性、合法性、协调性等方面的规范性论述和陈述式描述的评估,全国人大常委会、国务院法制办和地方人大常委会和地方政府,都积累了一定的经验。

但涉及到法律法规对经济影响、社会影响和环境影响的评估,尤其是运用定量评估方法,包括成本收益分析方法、成本有效性方法、不确定性和风险分析方法,评估立法后产生的立法成本、执法成本、守法成本,或者直接成本、间接成本,或者经济收益、社会收益,这方面的评估就比较抽象、比较原则,缺乏数量化的衡量指标。当然,立法评估还处于实践试验过程中,湖北省、广东省、甘肃省人大常委会法工委也提出了这样的问题,一些定量评估方法还存在争论,同时,经济成本、经济收益,社会成本、社会收益,

不可能是一部法律影响产生的,可能是几部法律共同作用的结果。^①

根据立法评估的实践,国务院相关部委和所属的局、地方人大常委会和政府,总结立法评估实践中的经验和做法,制定了立法后评估办法,有些规定基本上是一致的。就现在已经发布的立法前与立法后评估办法看,海南省于2007年发布了立法前和立法后评估地方性法律和规章的实施意见(办法),强调的是立法前评估,关键是评估立法成本、执法成本和守法成本,立法的经济效益和社会效益,对成本和效益的评估指标规范的较为具体。国务院部委和地方政府现在发布的立法后评估办法,借鉴海南省的比较少,借鉴广东省政府立法评估办法的比较多。如国土资源部的《规章和规范性文件后评估办法》和苏州市的《规章立法后评估办法》中立法后评估概念、评估标准和评估方法。借鉴海南省评估办法较少的一个重要原因可能是,评估立法的成本和收益,评估主体需要收集数据、积累数据和分析数据,需要对数据进行量化分析,相对较为复杂和困难。见表2。

表2 相关部委、地方发布立法后评估办法^②

立法后评估办法	立法后评估概念	评估标准	评估方法
《海南省人民政府办公厅关于开展立法成本效益分析工作的实施意见》,琼府办〔2007〕130号,2007年12月发布,2008年1月1日起施行。	今后各有关部门确定的立法项目要进行立法成本效益分析,对需要进行修改的规章进行实施情况的评估,并在报送立法项目时,将该项目的立法成本效益分析报告或者规章实施情况的评估报告一并报送。	立法成本效益分析就是对立法的总成本与立法的效益进行分析论证的过程。立法成本包括直接立法成本和间接立法成本。立法效益包括社会效益和经济效益,是法规规章实施所取得的成效与立法成本间的比值。	成本效益分析的方法。主要方法是分析比较法,即根据拟规范的对象和问题的实际情况,预先设定若干种不同的调整方式,并对每种调整方式所花费的立法成本和可能产生的经济和社会效益依照搜集到的分析、评估信息进行分析,选择其中的一个最佳方案。
《广东省政府规章立法后评估规定》,广东省人民政府令〔2008〕第127号,2008年11月发布,2009年3月1日起施行。	政府规章立法后评估是指政府规章实施后,根据其立法目的,结合经济社会发展要求,按照一定的标准和程序,对政府规章的立法质量、实施绩效、存在问题及其影响因素等进行跟踪调查和分析评价,并提出评估意见的制度。	合法性标准、合理性标准、协调性标准、可操作性标准、规范性标准、实效性标准。政府规章的实施绩效评估主要包括以下内容:实施的基本情况;实施的社会效益或者经济效益分析。	立法后评估可以采用文献研究、抽样调查、网络调查、问卷调查、实地调研、召开座谈会或者论证会、专家咨询、案卷评查、相关立法比较分析等多种方法进行。

(接下表)

^① 湖北省人大常委会认为,近些年地方人大提出定性评估与定量评估相结合,实践中有一定难度。如立法成本收益评估是典型的定量评估,其中立法、执法及守法的成本可量化,而立法的经济、社会影响和收益不易量化。即使引入经济学的方法,对法律法规实施后调整对象所产生的变化予以定量,也可能是各方面因素共同作用的结果。《全国人大常委会法工委2010年立法后评估工作研讨会材料》(四)湖北省人大常委会法规工作室,“关于开展立法质量评估的实践与思考”,第8页。广东省人大常委会法工委认为,法规实施的成本、效果包括两个方面:实施法规所花费的经济成本、社会成本等,法规对政治、经济、文化、社会等各个方面所产生的积极影响,预期目标的实现程度等。从广东省开展立法后评估的情况看,对法规实施的成本收益进行分析非常困难,这首先是由于影响法规实施的因素很复杂,难以准确界定法规实施花费了哪些成本,产生了哪些收益;其次是缺乏科学的量化标准,有些指标只能定性不能定量,各个指标之间也难以换算。这在客观上影响了立法后评估的效果。《全国人大常委会法工委2010年立法后评估工作研讨会材料》(五)“广东开展立法后评估的实践与思考”,第6页。甘肃省人大常委会法工委提出,对《人防法实施办法》执行情况进行绩效评估,通过专题调研、问卷调查等方式,运用比较分析的方法,对法规实施前后总体情况进行了对比和陈述,也基本上是一个概况式、定性化的粗放评估。由于多种因素制约,没有进行成本收益分析和更科学的绩效评估。”《全国人大常委会法工委立法2010年后评估工作研讨会材料》(七)“甘肃省立法后评估的探索与思考——以甘肃省实施人防法办法评估为例”,第6页。

^② 部分委员建议制定立法后评估办法,把立法后评估制度化,提出了四点意见:一是建议总结这次评估的经验,制定一个关于立法后评估的办法;二是建议把立法后评估作为一项制度性工作,长期坚持;三是建议逐步建立比较科学完善的评估机制;四是建议立法后评估工作与执法检查结合起来。中国人大记者文,“积极稳妥开展立法后评估工作——访全国人大常委会法工委”,载《中国人大》2011年第14期。

《国土资源部规章和规范性文件后评估办法》,国土资源部令[2010]第47号,2010年7月公布,2010年9月1日起施行。	规章和规范性文件后评估是指国土资源部制定的规章和规范性文件实施后,依照本办法规定的程序、标准和方法,对其政策措施、执行情况、实施效果、存在问题及其影响因素进行客观调查和综合评价,提出完善制度、改进管理的意见的活动。	后评估应当根据合法性、合理性、可操作性、实效性等标准,对规章和规范性文件的政策措施、执行情况、实施效果等内容进行评估。	后评估可以采取文献研究、问卷调查、实地调研、专家咨询、数据分析、案例分析、现场访谈等方法开展。 对于规章和规范性文件中的重点制度和关键问题,应当收集一定数量的数据,运用计量经济方法进行实证分析。
《苏州市规章立法后评估办法》,苏州市人民政府令[2011]第124号,2011年12月发布,2012年3月1日起施行。	立法后评估,是指规章实施后,根据其立法目的,按照法定程序,结合经济社会发展实际,对规章的立法质量、实施绩效、存在问题等进行调查、分析、评价,提出继续执行、修改或者废止等意见的制度。	(一)合法性标准、(二)合理性标准、(三)协调性标准、(四)可操作性标准、(五)立法技术性标准、(六)绩效性标准。	立法后评估应当采用下列方法:公开征集社会公众意见;走访或者书面征求意见;召开座谈会、听证会、专家论证会等听取意见。问卷调查;实地考察;专题调研;个案分析;立法比较分析;成本效益分析。

二、立法前评估理论分析

立法前评估和立法后评估的重点不同,这是由法律本身的性质或者法律所处的不同阶段决定的。

立法前评估,是因为还没有法律,或者是低价位法规、规范性文件准备上升为高价位法律法规,这个时候,经济、社会和环境中的市场失灵和政府失灵,需要立法规范以维护市场秩序。立法前,首要的是评估立法的必要性、合法性、协调性和可操作性,评估经济、社会条件对将要设立法律制度和规则的约束条件,评估立法对经济、社会和环境的影响,这是立法预期评估。目的是充分论证立法的经济影响、社会影响和环境影响,解决和克服制约立法设计的制度、规则的约束条件,尽量在重大制度设计上达成各方意见一致,减少立法的试错成本。

立法前首先要问,立这个法要解决什么问题,这个问题的关键是什么,全国人大常委会、国务院和部委、实务界、社会公众与学术界对这个问题的争论或者分歧是什么,立法设计的重要制度和规则的约束条件是什么,如何解决。简言之,立这个法要解决什么问题?用哪些制度和规则规范这些问题?所设计和安排的制度和规则受哪些约束条件的限制?

一件法律从立项到颁布出台,要通过立法规划、立项调研、立项同意、法律起草、征求意见、内部协商、常委会审议、通过颁布。在这一个复杂的程序中,人大常委会、国务院、地方政府、部委、实务界、社会公众和学者,对法律中设计的关键制度、规则和操作性措施,争议最大。如果立项同意后,启动立法前评估程序,通过立法评估,从立法源头上对立法设计的重大制度和规则、利益关系的调整和妥协,寻求到立法公正与效率的平衡点。尤其是评估论证要立这件法规,是否具有必要性、合法性、协调性和可操作性。必要性与合法性是立法的前提条件,如果不具有必要性和合法性的前提条件,其他评估则无需进行。在论证该件法规具有必要性、合法性的前提下,再分析评估该件法规与上位法、同位法之间的从属关系以及法规之间的协调,避免法规之间的冲突。这些问题,应该在立法前评估中解决,它既是必要条件,也是充分条件。全国人大常委会法工委许安标认为,“提请常委会审议的法律草案,有关专门委员会要向委员长会议提出审议意见,对是否列入常委会议程提出意见。这实际是对法律案是否具备提请审议的条件所作的一种评估。法律委员会向常委会会议所作的法律案审议结果的报告,要对是否提请常委会会

议表决通过,提出意见,这实际是对法律案是否成熟的一种评估。”^①笔者认为,许安标提出的专门委员会提出的法律案是否具备提请审议的条件和法律委所作的法律案审议结果的报告,并不是立法评估,前者是就提请的法律案审议的情况说明,后者是就法律案审议的结果说明。如果认为这两种立法程序的报告过程,属于立法评估,这是把立法评估简单化了。

1. 立法的必要性评估

立法的必要性即社会需要,应该认真调查研究,采取听证会、论证会等形式,广泛听取各方面的意见,尤其是反对意见比较集中的制度设计。在对这件法规进行制度设计,包括法律原则和法律规则,最重要的问题是什么?这些问题对经济、社会和环境产生什么样的影响?包括积极影响和消极影响,直接影响和间接影响,或者经济、社会和环境对这些问题有一定的约束,包括经济约束和制度约束。如果这些经济影响或者经济约束可以通过成本和收益进行量化,那么,立法的收益大于立法的成本。如果收益在短期内不容易量化,或者产出对象本身不是商品,没有交易市场和交易价格,就比较投入的成本,立法的收益能够证明为其支付的成本正当性。如果现有的经济约束和制度约束在立法时还不能解决,是否可以绕过现有的经济约束和制度约束,对制度设计的必要性进行论证,对制度可能产生的经济影响、社会影响进行立法前评估。

2. 立法的合法性评估

立法的合法性既符合宪法和法律、行政法规。遵守宪法设立的基本政治制度和经济制度。在经济制度上,市场经济是立法的前提条件,市场通过竞争机制达到资源的有效配置。但也存在市场失灵,包括竞争不充分,市场存在垄断;信息不对称,市场存在道德风险、逆向选择和欺诈行为;负的外部性,私人成本小于社会成本;公共物品短缺,存在搭便车行为。市场存在失灵,需要政府通过立法矫正市场失灵。但法律制度的设计,必须处理好市场机制与政府行为的边界,限制政府行政权力对市场不必要的干预。

3. 立法的协调性评估

立法的协调性包括新法与旧法的协调、同位法律之间的协调、上位法与下位法的协调、政策或规范性文件与法律法规的协调。也就是在法律、司法解释、行政法规、地方性法律和规章、国务院部委规章和规范性文件之间,做到制度设计的不冲突、不抵触。

避免法律法规的不冲突和不抵触,全国人大常委会、最高法院、国务院部委、地方人大和地方政府,已有相应的协调机制。如全国人大常委会立法,在人大立法或者审议修改法律时,都要征求国务院以及相关部委的意见、征求最高法院的意见、征求地方人大常委会和地方政府的意见、征求社会公众的意见和学者的意见,征求意见的过程和人大常委会审议法律草案(修改法律)的程序,就是一种避免新法与旧法、新法与行政法规、新法与地方性法律冲突与协调的机制。国务院法制办要比照相关行政法规、有关部委要比照相关规章、地方人大常委会要比照相关地方性法律,如果发现下位法与征求意见的法律草案中设计的制度、原则和规则不协调,或者已经进入人大法律审议程序,下位法的立法主体完全有时间处理下位法与上位法的重复、冲突、或者不符合上位法立法宗旨、条款与规定。发现现存的法律、行政法规和地方性法律与新法有冲突,或者新法颁布后,国务院修改行政法规,地方人大修改地方性法律,及时废止与上位法重复、冲突和相抵触的制度或规则条款。

如果国务院需要立项行政法规,国务院法制办首先要考虑这个行政法规与相关法律的关系,征求国务院各个部委的意见、征求地方政府、社会公众和学者的意见,征求意见的过程,同样是避免行政法规与

^① 许安标指出,这里所说的立法评估,是按照一定的标准和方法,由特定的评估主体,对立法活动实现其宗旨、目标的一种评价分析。立法评估按照立法进程,可以分为立法前评估、立法中评估和立法后评估。立项评估,就可以认为是一种立法前期评估。为了使编制的立法规划和计划具有科学性和可行性,列入立法规划计划的项目应当经过评估,对立法的必要性、可行性作出评估。法律案从立项、起草、审议到通过,其中都涉及到对条文草案、出台时机、制度措施等内容的评估,可以说是立法过程中的评估。许安标“立法后评估初探”,载《中国人大》2007年第8期。

法律、地方性法律和规章的重复、冲突和相抵触的机制。地方人大常委会立项地方性法律和地方政府制定规章,遵守同样征求意见的程序和机制。

因此,立法机关在立法时,就要通过征求意见程序和审议程序,发现法律法规之间是否存在冲突的问题,而不是要等3至5年,选择立法评估时,再看法律、行政法规、地方性法律之间或者上位法与下位法之间是否存在冲突。如全国人大常委会2003年审议银行业监督法,同时修改人民银行法和商业银行法中与银行业监督法重复或者不一致的一些内容;2005年修改证券法,同时修改公司法中与证券法重复或者不一致的一些内容。这种联动审议和修正相关法律中相同或者相近制度规则的程序和机制,避免法律的重复、冲突或者相抵触的发生。

如果上位法发生了立法、修法或者废止法律,而下位法没有及时进行相应的调整,必然会出现下位法与上位法的冲突。上海社科院法学所史建三和吴天昊通过研究上海市142件现行有效的地方性法规与上位法条文对比,发现存在与上位法冲突的有21件,占总数的14.8%,见表3。

表3 上海市地方性法律与上位法冲突的法规数量和分布

法规类别	法规数量	与上位法存在冲突的法规数量	比例(%)
人大工作和基层政权建设类	18	2	11.2
经济管理类	28	8	28.6
社会管理类	26	8	30.8
权益保障类	10	1	10.0
科教文卫类	21	1	5.8
城市建设和环境保护类	40	1	2.5
合计	142	21	14.8

地方性法规之所以与上位法发生冲突,是由于颁布了新的上位法或者上位法发生了变化,而地方性法规却没有及时进行修订。^①

4. 立法的可操作性评估

立法的可操作性,即建立的法律制度、设立的法律规则,是否有明确的法律主体、客体和内容,守法者、执法者和司法者有明确的权利、义务和责任。如果立法时,需要设立的法律制度,受到一定的经济约束或者制度约束,达不成一致意见,这个时候设立的法律制度就是框架性、原则性、概括性的法律。法律具有相当大的弹性与空间,需要司法部门制定相关司法解释,需要国务院制定相关行政法规、国务院部委制定相关规章或者规范性文件,地方人大制定相关地方性法律或者地方政府制定相关规章,这样就形成了一法四配套,即一件法律,四件配套性法律法规:包括司法解释、行政法规、地方性法律、部委规章或者规范性文件(如“办法”、“意见”、“指引”和“通知”等等,社会俗称“红头文件”)。立法形成了一个委托—代理链条,代理链条的拉长,我们也许只知道一件框架性原则性的法律,但我们并不知道司法解释、

^① 史建三、吴天昊认为,为及时纠正地方性法规与上位法抵触的现象,建议由上海市人大常委会牵头,建立评估制度,完善法规修订和废止机制。具体而言,每当一部新的法律、行政法规出台,或原有的法律、行政法规修订、废止,均应由人大常委会法工委先行对相关的地方性法规进行初步的比对。如发现可能存在冲突,则协调市政府法制办以及相关执法部门向法工委提交报告,包括有关地方性法规与新上位法关系的评估、是否需要地方性法规进行修订或废止、如何修订等内容。史建三、吴天昊“地方立法质量:现状、问题与对策——以上海人大地方立法为例”,载《法学》2009年第6期。

行政法规、部委规章和规范性文件 横拉多宽 纵深多长。^①委托—代理的核心问题是,由于信息不对称,代理人可能违背委托人的立法宗旨、立法规则和立法平衡社会资源配置的目标,代理人将部门规则、部门利益填充到下位法中,使其部门利益最大化^[5]。如《社会保险法》第16条规定,“基本养老保险实行社会统筹与个人账户相结合。基本养老保险基金由用人单位和个人缴费以及政府补贴等组成。”从这条法律规定中,我们并不知道个人缴纳多少,企业为职工缴纳多少,政府补充缴纳多少,需要查阅行政法规、人力资源和社会保障部规章和地方政府的规章或规范性文件。当一件法律还没有颁布或者刚刚颁布,社会就期待司法解释、行政法规、规章和“红头文件”时,法律就会被搁置一旁,实质降低了法律的权威。

5. 立法前评估立法制度设计的约束条件

立法前重点评估立法的必要性、合法性、协调性和可操作性,但关键是要评估该法所要设计和安排的重要制度的约束条件,有的是经济约束、有的是制度约束,由于受约束条件的限制,法律所要设计和安排的重要制度,或者变为空洞的宣誓性条款,或者授权国务院另行规定具体的操作性规则,社会期待的由法律具体规范的制度规则成为另一个法规期待的目标。因此,在一个法的确定性得不到公民普遍信赖的社会中,人们真正失去的不仅仅是对自己行为法律后果的确定性预期,更是在一定秩序框架内为或不为一定行为的自由^[6]。

立法前评估,是一个收集信息、反映经济、社会和环境问题的过程,也是一个不同利益主体诉求不同观点的立法博弈过程,社会共识的一致、立法原则与规则的形成、难以达成的意见观点,都会在这个博弈过程中充分表达出来。因此,立法前评估立法的必要性、合法性、协调性和可操作性,评估法律对经济、社会和环境产生的影响,尤其要评估立法设计的制度、规则和操作性措施的约束条件,寻求解决约束条件的方法和步骤。研究现行有效的法律发现,法律中遇到设计的重要制度和规则时,就出现授权立法条款,如“国务院另有规定的除外”。之所以出现这种授权条款,一种可能是对立法设计的制度和规则的约束条件评估不足,没达成一致意见;另一种可能是解决约束条件的时机不成熟,各种利益关系难以妥协。结果,立法权的又一次分配,法律的空壳留给了立法机关,法律的核心分配给了国务院,社会公众要想知道法律具体规则的内容和操作性措施,必须在司法解释、行政法规、规范性文件或者部委规章中去寻找。

如果立法前评估中,法律规则设计遇到现存的制度约束或者经济约束、遇到利益集团反对、引起社会争论,即社会对立法设计的关键制度、重要规则存在严重分歧。根据全国人大常委会立法经验,有二种处理方法。第一种是暂时停止审议,寻求各方意见的沟通与妥协,等各方意见一致后,再审议。如企业破产法,立法审议时,全国总工会与中国人民银行、银监会、商业银行对企业破产债权是优先偿还破产企业职工劳动债权,还是优先偿还银行贷款债权的意见不一致,二审之后,时隔二年进入三审程序。第二种是框架性概括性原则性立法,具体制度的规则及操作性,授权国务院制定行政法规或者部委制定规章,或者暂时放一放,处于再调研、协商和观察阶段。这是法律遇到制度约束、经济约束和意见不一致时,主要的立法技术处理方法。如证券法中对分业经营与综合经营的金融制度设计的争论,个人所得税法中分类征收模式与综合征收模式的争论、个人所得税扣减额与物价指数联动的争论,社会保险法中居民身份不同而社会保险待遇不同的争论、社保基金统筹层次的争论、社保基金征收机构的争论。

^① 对原则性、模糊型和框架性立法,学者也有不同观点。如吉林大学法学院黄文艺认为,人大常委会受立法信息不充分制约,这些立法政策可能是立法者所作出的理性的或近乎理性的选择。黄文艺“信息不充分条件下的立法策略——从信息约束角度对全国人大常委会立法政策的解读”,载《中国法学》2009年第3期。中国社会科学院法学研究所陈甦认为,法律中存在的空白、模糊等,并不都是立法者的视野疏漏或能力欠缺造成的。对于一些立法时难以取舍的制度安排,法律保持一定的弹性以适应社会变动,有时是一种具有远见的立法智慧。陈甦“司法解释的建构理念分析——以商事司法解释为例”,载《法学研究》2012年第2期。

6. 立法前评估的方法

立法前评估的方法不仅有实地考察、专题调研、问卷调查、召开讨论会座谈会,更重要的是,上述各种方法是收集素材和意见,而将各种素材和意见辨析、分类、量化,运用影响分析方法、成本收益分析方法、成本有效性分析方法,评估法律制度的经济影响、社会影响和环境影响,评估法律的成本和收益。海南省在《海南省人民政府办公厅关于开展立法成本效益分析工作的实施意见》中规定“起草法规和省政府规章,应当进行立法成本效益分析。为了贯彻落实国务院《全面推进依法行政实施纲要》和《海南省人民政府法规起草和省政府规章制定程序规定》的要求,今后,各有关部门确定的立法项目要进行立法成本效益分析,对需要进行修改的规章进行实施情况的评估,并在报送立法项目时,将该项目的立法成本效益分析报告或者规章实施情况的评估报告一并报送。省政府在确定当年立法计划时,将对已经进行立法成本效益分析或者规章实施情况评估的项目予以优先考虑。”^①海南省已经对立法前实施成本和收益评估,作出了制度规定和实践探索。海南省人大常委会在2007年评估《海南经济特区机动车辆燃油附加费征收管理条例》时,强调了评估立法成本,侧重对立法自身的工作成本、执法成本和社会成本进行评估。在对收费公路收费成本和行政执法成本进行评估时,假设不进行公路规费体制改革,采取设立收费站收费交通规费这一方式,按目前海南省现有的高等级公路和桥梁状况,据估算,至少需要一次性投入8600万元用于收费站建设,同时还需相应增加征收工作人员690人,而目前全省征管机构仅有560人,并且相对于所征收的燃油附加费金额,征收成本在全国最低。通过评估立法的成本和收益,得出该条例既达到了保障公路畅通无阻的目的,又缩减了收费公路收费成本和行政执法成本,具有说服力^[7]。

7. 立法前评估的程序性原则与实体性原则

立法前评估的影响分析和成本收益分析,将立法的成本和收益信息透明化,如果立法预期收益小于立法成本,或者立法收益不能证明为其支付的成本正当性,这时,即使国务院将法律草案提交到全国人大常委会(由国务院主持立法论证),全国人大常委会也会延缓通过审议讨论;国务院部委论证的法律审议案,也可能遭到国务院法制办的否决;即使国务院法制办通过了提交国务院常务会议,也可能遭到国务院常务会议否决。在没有行政机关以法律法规作为依法行政依据的情况下,行政机关或者监管机关就不可能实施监管,利益集团难以操纵行政机关或者监管机关。

从程序性上看,立法前的影响分析和成本收益分析,要求立法机关和具有立法权的行政机关,按照影响分析和成本收益分析的程序制订法律法规,这个程序包含了对市场失灵、监管失灵、经济影响、社会影响和环境影响的原因、获得的收益、产生的成本、社会主体行为的影响,进行具体的定性和定量分析评估。

从实体上看,立法前影响分析和成本收益分析通过立法机制,把参与立法、执法和守法过程的各方当事人,如全国人大常委会、国务院、最高法院、部委、地方人大常委会和政府、企业、个人和社会团体组织联系在一起。实际上,是把立法者、执法者和守法者联系在一起,把立法配置资源方式和市场配置资源方式联系在一起,把立法公正目标和市场效率目标联系在一起,把法律制度和市场约束联系在一起。这种联系是一个动态过程,经济、社会和环境的变化,要求法律制度必须适应它的变化。同时,法律制度还要有包容性和前瞻性,能够为市场的有效运行提供充分的发展空间。但这仅仅是立法前的预期,而立法前的预期对法律通过后的实施、执法和守法,非常重要。

8. 立法前评估不足法律法规生效后遇到的问题

如果立法前对法律法规的必要性、合法性、协调性和操作性评估论证不充分,法律法规对经济、社会

^① 《海南省人民政府办公厅关于开展立法成本效益分析工作的实施意见》(琼府办〔2007〕130号)中规定了评估立法成本和立法效益。立法成本包括直接立法成本和间接立法成本,立法效益包括经济效益和社会效益。立法成本效益分析就是对立法的总成本与立法的效益进行分析论证的过程。

和环境的影响评估论证缺少前瞻性,一旦法律法规通过实施,产生的问题需要社会付出很高的经济成本和社会成本,解决又非常困难。如劳动合同法立法前和立法后的争论,就是典型例证。劳动合同法刚一颁布,社会舆论就提出了加重企业负担的问题,企业界、学者提出了劳动合同法的质疑与反对意见。^①如2007年美国爆发金融危机,中国出口产品受到影响,同时内需不足,国务院出台4万亿人民币支持经济稳定和推动内需,尤其以房地产业和汽车行业带动相关产业繁荣。但4万亿刺激房地产业和汽车行业的同时,引发了房地产价格持续升高和泡沫堆积,汽车行业商家的各种促销又导致了大城市道路的严重堵塞和环境污染。^②在房地产价格泡沫和道路拥堵的情况下,政府不得不连续发文调控房地产市场价格、限制私人购车而实施治堵政策。短短的三年之中,政策发生相反变化,同时留下了通货膨胀的难题。那么,我们在政策出台前,是否充分论证了4万亿刺激政策的必要性、合法性、协调性和可操作性?是否论证了对经济、社会和环境的积极影响和消极影响?政策失调,才导致今天的后果。这个经验教训,足以引起立法前评估法律法规的必要性、合法性、协调性和可操作性的高度重视。

9. 市场经济国家立法前评估的三种模式

立法前评估,美国、欧盟和经济合作与发展组织(Organization for Economic Co-operation and Development,简称OECD),从法律、行政法规(总统、首相行政命令)、规章和规范性文件规定立法项目必须进行立法前评估,可以分为三种模式。

第一种是美国的成本和收益分析模式(cost-benefit analysis)。美国法律和总统行政命令规定立法前评估对经济、社会、环境的影响、对收入分配、社会公正、人的尊严的影响,因为公法和规章,都是行政权利对市场的干预,这就是为什么政府监管机构在提出立法议案时,必须提交立法的监管分析(regulatory analysis)评估报告。评估的方法有成本收益分析方法、成本有效性分析方法、风险分析方法,但强调评估立法的成本、收益和净收益,只有在评估的项目不能够进行量化和不能货币化的情况下,作定性分析和陈述性评估。因此,美国模式称为成本收益分析模式。

第二种是欧盟的影响评估模式(impact assessment,IA)。欧盟从法律和规范性文件上规定,欧盟对立项有关市场失灵和监管失灵的严重政策、二级法律和规章,都要进行立法前评估。但欧盟强调的是政策、法律法规的影响评估,包括经济影响、社会影响和环境影响、积极影响和消极影响、直接影响和间接影响、欧盟之内影响和欧盟之外影响,并就经济影响、社会影响和环境影响制定了具体的一级评估指标和二级评估指标,欧盟委员会以COM(proposal)文件提供政策和立法建议,以SEC文件提供该政策和立法对经济影响、社会影响、环境影响的评估。因此,欧盟模式称为影响评估模式。

第三种是OECD的监管影响分析模式(regulatory impact analysis,RIA)OECD是市场经济国家政府间组织,减少市场失灵和政府失灵,维护市场秩序,提高政府监管效率,促进经济增长,扩大社会福利,是其工作宗旨。OECD通过观察、调查和研究,就成员国相关市场、法律和监管问题,发布规范性指导意见。因为OECD重视处理市场与政府的行为边界,强调政策和法律的事前评估,重视成本收益分析方

^① 仅以企业家、经济学界和法学界的几种代表性观点为例,企业家张茵在2008年两会期间,首先向全国政协提交提案,建议修改劳动合同法并取消关于“签定无固定期限劳动合同”的相关条款。“女首富张茵:委员不能顺风走”,载《新京报》2008年3月9日。北大国研中心经济学教授周其仁认为,“劳动合同法某种意义上把铁饭碗、终身雇佣写入了法律”。“让在岗的人终身有雇,即使不好好工作,企业也拿他没办法,这不是计划体制的复归吗?”周其仁“重要的是让企业竞争大过劳务竞争”,载《中国企业家》2008年第2期,第74页。法学教授董保华认为,我国劳动合同法中无固定期限劳动合同在强制续签、禁止约定终止条件和收紧法定解除条件三个方面突破了民法上的合同原理。董保华,“论我国无固定期限劳动合同”,载《法商研究》2007年第6期。法学教授秦国荣认为,“现有劳动立法失去了应有的理性公正的基本判断,弥漫着“道德绑架”式的情绪化色彩,在立法上不是将劳资双双看作民事平权主体,不是看作有着各自私利的契约主体,不是看作相互合作与利益一致的市场主体,而是公然不平等地对待劳动用工方,在法律上以侵害用工单位的自主权和管理权来实现其“劳动关系稳定”的理想图景。”秦国荣“无固定期限合同:劳资伦理定位于制度安排”,载《中国法学》2010年第2期。

^② 陈少英,“在2009年及以后的全国人大会议上,4万亿投资并没有作为一项整体的财政预算纳入预算草案,而是将其当年投资的部分纳入预算提请人大代表审议。由于预算草案在人大会议开始时才向代表公开,限于时间和精力,人大代表很难在有限的时间内对预算草案进行实质审查并提出质疑,这就使人大对于预算草案的审批陷入走形式的尴尬境地,4万亿投资的监督并没有落到实处。”陈少英“从4万亿投资看《预算法》的缺陷”,载《法学》2011年第11期。

法,发布监管影响分析指引(regulatory impact analysis),OECD模式称之为RIA模式。

这三种模式相同的是,政策和法律立项后,要进行事前或立法前评估,评估政策和法律对经济、社会和环境的影响,评估的方法包括影响分析、成本收益分析、成本有效性分析和风险分析,衡量的标准是政策、监管和法律的收益能够证明为其支付成本的正当性。不同的是,美国、欧盟和OECD对定性评估与定量评估的规定,是有区别的。见表4。

表4 美国、欧盟、经合组织(OECD)关于立法评估的规定

项目	美国	欧盟(成员国)	经合组织(成员)
1 法律规定立法前评估	1995年《无资金保障法令改革法》、1996年《国会审查法》、2002年《知情者权法》。	欧盟委员会、议会、理事会2003年《完善法律制定的机构间协议》。	18个成员国如加拿大、澳大利亚、墨西哥、韩国等,通过法律规定。
2 行政命令或规范性文件规定立法前评估	克林顿1993年《12866号行政命令:监管的计划和审查》、奥巴马2011年《13563号行政命令:提高监管和规章审核》	成员国如丹麦1986年开始到1996年完善《监管影响分析》、法国总理2003年令《条例综合影响分析》、德国2000年《联邦监管影响分析》。	OECD于1995年发布《提高政府监管的质量的建议》、1997年《监管改革的政策建议》、2005年《OECD监管质量与绩效的指引原则》。
3 政府制定统一的立法评估指引	白宫办公厅中OMB和OIRA制订立法评估指引文件“通知A-4监管分析”(Circular A-4 Regulatory Analysis)。和发布备忘录	欧盟委员会2002年影响评估指引文件附录“影响评估指引和手册—如何实施影响评估”2009修改2006年影响评估指引“附录—影响评估指引”。	2008年发布《为监管影响分析建立制度框架—为决策者提供指引》2009年发布《监管影响分析—政策一致性工具》2012年发布《监管政策和治理建议》
4 立法前评估内容	报送立法建议草案时一并提供监管分析报告,包括对增长、就业、工资、各级财政、收入分配、公正、环境、总成本、总收益、净收益的影响评估。	欧盟委员会以COM文件提供立法和政策建议,以SEC文件提供立法前的经济影响、社会影响、环境影响、成本和收益的评估。	建议运用监管影响分析,进行法律法规和政策的立法前评估,包括经济、社会、环境的影响评估,包括社会性法律和监管中的不确定、风险评估。
5 立法前评估的方法	市场失灵与监管失灵方法、成本收益分析、成本有效性分析、风险与不确定性分析、敏感性分析	市场失灵与监管失灵方法、成本收益分析、成本有效性分析、风险分析、宏观经济模型分析、地区模型分析	市场失灵与监管失灵方法、问题排序分析、监管影响分析、成本收益分析、成本有效性分析
6 立法前评估的衡量标准	从欲要监管的收益证明为其支付的成本是正当的(the benefits of the intended regulation justify its costs)。	政府从干预所预期的净收益是正当的(considered justified where net benefits can be expected from the intervention)。	监管产生的收益证明为其支付成本的正当性(produce benefits that justify costs)。

法案一旦通过和实施,对经济、社会、环境所产生的影响非常复杂,并且影响程度也难以直观估计。因此,美国、欧盟、经合组织等国家的政府和研究机构已经开发出许多预测模型,评估法案影响^[8](P. 64, 199-208)。这些模型往往涉及到数十个或者上百个经济、社会、环境变量,以及数十个或者上百个行为方程,从而利用计算机的强大计算能力和已经积累的庞大数据库,对法律法规可能会对经济、社会、环境造成的影响进行模拟和预测,对成本、收益、净收益进行模拟和预测。这种模拟和预测比简单的描述性和陈述性评估要深入和科学。目前,比较常见的预测模型有:可计算一般均衡模型(computable

general equilibrium models ,CGE) 部门模型(sectoral models) 微观模拟模型(microsimulation models) 宏观计量模型(macro - econometric models) ,社会影响评估模型(social impact assessment models) ,环境影响评估模型(environmental impact assessment models) ,以及项目 - 方案模型(projects and programmes) 等。由于计算机的大量应用,这些预测模型在技术上是比较容易实现的。困难之处是对变量的选择、变量之间作用方程的设定、以及数据库的积累。

但现在立法后评估中,对法律法规立法后的必要性、合法性、协调性和可操作性作为评估的主要内容,可能会失去评估法律法规以及探索立法后评估的本来意义。国务院和地方进行的立法评估,基本是实施2-5年左右的行政法规或者地方性法律、规章,在2-5年期间,我国的基本经济社会制度和对外开放格局没有发生实质性变化,但当时论证预设的法律法规制度的原则、规则及操作性措施,在法律法规生效后,社会遵守法规和公共机构执行法规如何,这是检验立法质量的关键所在,是立法后评估的重点。

目前,山东省人大常委会于2012年4月启动立法前评估,将《山东省专利保护条例(修订)》和《山东省辐射污染防治条例》两件立法项目委托给山东社科院和山东大学法学院,由两单位对两件法规进行评估。“相较于立法中和立法后的评估,立法前评估重点解决对某一事项是否需要立法、何时立法以及如何立法等源头问题,对于增强立法的科学性、民主性更具有重要意义。”并认为,立法前对法规进行评估,在山东省立法史上尚属首次,在全国也是率先之举^[9]。

三、立法后评估的重点问题

立法后评估,强调的是操作性、执行性、有效性和存在问题,也就是法律对经济、社会 and 环境的实际影响。法律在执行了一个较长的时间之后,因为经济、社会和环境出现了新情况、新问题,包括市场扩大、交易深化、收入分配差距、社会公众对现行有效的法律制度意见较大等等,或者原来设计的制度和规则已经滞后于现实,或者经济、社会和环境的新情况、新问题缺少法律法规规范,因此,社会又提出了修改法律、废止法律或者立新法的要求。

立法后应该评估法律法规对经济、社会和环境的影响,评估法律法规生效后执法、守法而产生的成本和收益。立法前对法律设立的制度规则对经济影响、社会影响、环境影响的评估,是立法预期,是法律通过后期望达到的目标。但立法预期并不等于立法实践,需要通过立法后评估,考量立法实践是否实现了立法预期目标。

1. 评估法律对经济、社会和环境产生的影响

从宏观层面看,法律制度规范是否坚持了社会公正、达到了分配正义、维护了竞争秩序、促进了经济增长、实施了资源的有效配置。这种宏观层面的影响是通过法律法规对行为主体的具体影响,即对个人的影响、对企业的影响、对社会组织的影响和对政府的影响,包括直接影响和间接影响、积极影响和消极影响、国内影响和国际影响,影响行为主体的所得或者所失,影响利益关系的重新调整和社会资源的重新配置,实现的是社会资源的分配正义。有关法律中也有直接规定进行立法后评估的,如行政许可法中规定的行政许可的设计机关和实施机关对已设定的行政许可的评估,反垄断法中规定的经营者对经营者集中对竞争产生的影响评估。^①

2. 评估法律实施过程中存在的问题

首先是法律本身存在的问题。如立法时框架性原则性立法,授权国务院制定相关行政法规,但所有

^① 行政许可法第20条规定,“行政许可的设定机关应当定期对其设定的行政许可进行评价;对已设定的行政许可,认为通过本法第13条所列方式能够解决的,应当对设定该行政许可的规定及时予以修改或者废止。行政许可的实施机关可以对已设定的行政许可的实施情况及存在的必要性适时进行评价,并将意见报告该行政许可的设定机关。”反垄断法第28条规定,“经营者集中具有或者可能具有排除、限制竞争效果的,国务院反垄断执法机构应当作出禁止经营者集中的决定。但是,经营者能够证明该集中对竞争产生的有利影响明显大于不利影响,或者符合社会公共利益的,国务院反垄断执法机构可以作出对经营者集中不予禁止的决定。”

“国务院另有规定的除外”条款,并没有时间限定,国务院是否制定并发布了相关行政法规,若发布了,是行政法规,还是规范性文件,或者由国务院部委发布规章或者规范性文件。若没有发布,是什么因素或者变量制约,难以产生出台机会。法律位阶不同,社会的认知度不同,产生的效果也不同。这既是完善法律法规的程序,也是跟踪检查授权条款的落实和执行程序。徐向华和周欣对配套立法作了较为细致的研究,他们认为,法律的配套立法,这一概念又可称为“制定法律的配套规定”,其旨在描述并研究如下立法现象:国务院等有关国家机关根据法律条文的明确规定,为保证该法律的有效实施而对其中不具有操作性的原则性规范或概括性规定予以细化而制定(的)法规、规章和其他的规范性文件。法律的配套立法具有两个基本构成要件:作为上位法的法律中要求配套立法的条款和根据法律的配套规定所制定的下位法文件。前者简称为“配套条款”,后者统称为“配套文件”。几乎所有的配套条款仅规定配套立法的内容以及制定主体,因此,配套文件究竟以行政法规、部门规章还是以规范性文件作为载体,皆由文件的制定主体自行决定。^①同时,配套立法存在完成率不高、制定期限较长、制定主体变更、部分配套文件效力等级较低等问题^[10]。立法时对法律设计的某一制度或者规则,立法前和立法后社会争论比较大,在法律实施一个阶段后,对争论的制度或者规则经过实践,再进行评估,实践是检验设计的法律制度是否公正和是否有效的最残酷的试金石。

其次,立法时受经济、社会 and 环境的制约,有些制度不成熟,法律并未上升为具体规则,或者法律中的有些制度和规则,已经不能调整和规范现在的经济、社会和环境出现的新情况、新问题,需要修改现有的规则、或者废止现有的规则,需要设立新的制度规则。

例如证券法。证券法于1998年12月颁布,1999年8月1日生效。讨论和起草证券法时,正是在1997年东南亚发生金融危机背景下,泰国、马来西亚、日本和韩国的金融制度,并没有经受住国外对冲基金大规模的资本流入和流出的冲击,引发了国内金融机构破产、经济下滑、失业增加。中国从东南亚金融危机中得到启示,谨慎放开资本市场和综合经营的步子。因此,制定证券法时,涉及到分业经营和综合经营的五项重要制度,基本是禁止性规定。随着中国经济高速增长,2011年加入世贸组织,但中国经济中直接融资和间接融资不匹配的矛盾更加突出,发挥资本市场直接融资功能也引起社会关注,随之于2004年和2005年启动修改证券法程序,人大常委会讨论证券法的五项禁止性制度时,尽管政府部委、实务界和学术界对分业经营和综合经营的意见并不一致,但修改禁止性规定,放松管制,授权国务院进行试点并总结经验,达成共识,对证券法的五项禁止性规定做了一定程度的修改。见表5。

证券法中关于分业经营和分业管理、现货交易、融资融券、禁止国企炒股和银行资金违规进入股市等五个重大问题,涉及的都是关键性金融制度,需要设计防范风险的具体规则,同时需要监管部门具有系统的识别风险和监管风险的能力。人大常委会对证券法五个禁止性制度规定的修改,即坚持了分业经营和分业监管的金融制度,同时以“国家另有规定的除外”、“国务院规定的其他方式”授权国务院行政立法,为从分业经营过渡到综合经营、从现货交易过渡到股指期货期权交易,为发展金融衍生品,预留了发展空间。那么,国务院和证券监管部门,是否执行了法律的授权条款,是否制定了相应的行政法规、规章或者规范性文件?从表5中国国务院及部委配套文件看,配套文件制定主体发布的行政法规1件,部委规章2件,部委规范性文件2件,配套文件发布与授权条款时隔2-3年。

^① 徐向华、周欣在详尽的研究中分析到,在166件配套文件中,3年内完成的近七成。其中1年内完成的48件,仅占29.0%,2年内完成的88件,占53.0%,3年内完成的114件,占68.6%。在迟至母法颁布后3至5年完成配套的26件,占15.6%,5至10年完成的20件,占12.0%,10年之后完成的还有6件,占3.6%,其中最长的制定期限逾14年。可见,配套立法长期滞后的情况相当严重,累计占近1/3,占31.3%。徐向华、周欣“我国法律体系形成中法律的配套立法”,载《中国法学》2010年第4期。

表5 2005年证券法修改涉及五个重大制度问题

序号	五个问题的性质	1998年证券法五个制度问题	2005年证券法对五个制度问题的修订	国务院及部委的配套文件
1	这是关于分业经营和综合经营的金融制度的大问题。	第6条“证券业和银行业、信托业、保险业分业经营、分业管理、证券公司与银行、信托、保险业务机构分别设立”。	修订为:第6条“证券业和银行业、信托业、保险业实行分业经营、分业管理,证券公司与银行、信托、保险业务机构分别设立。国家另有规定的除外。”	《银行并表监管指引(试行)》银监发(2008)5号
2	这是关于证券交易方式的问题。	第35条“证券交易以现货进行交易”。	修订为:第42条“证券交易以现货和国务院规定的其他方式进行交易。”	《中国银行业监督管理委员会关于修改〈金融机构衍生产品交易业务管理暂行办法〉的决定》银监会令[2007]第10号
3	这是关于融资融券的交易制度问题,融资融券有一定的风险。	第36条“证券公司不得从事向客户融资或者融券的证券交易活动”。	修订为:第142条“证券公司为客户买卖证券提供融资融券服务,应当按照国务院的规定并经国务院证券监督管理机构批准。”	《证券公司监督管理条例》国务院令2008年第522号,第五节 融资融券业务
4	这是关于国有企业上市交易股票应有那个部门规定。	第76条“国有企业和国有资产控股的企业,不得炒作上市交易的股票”。	修订为:第83条“国有企业和国有资产控股的企业买卖上市交易的股票,必须遵守国家有关规定。”	《国有股东转让所持上市公司股份管理暂行办法》(国务院国资委、中国证监会令第19号)2007年6月
5	这是关于银行资金入市有那部法律调整的问题。	第133条第1款“禁止银行资金违规流入股市”。	修订为:第81条“依法拓宽资金入市渠道,禁止资金违规流入股市。”	《中国银行业监督管理委员会关于进一步防范银行业金融机构与证券公司业务往来相关风险的通知》银监发(2006)第97号

3. 评估法律法规对经济、社会和环境产生的成本和收益

评估法律法规对经济、社会和环境的影响,产生的是直接影响还是间接影响,是积极影响还是消极影响,这些影响是具体的而不是抽象的。因为,立法是社会资源配置的另一种方式,受一定经济、社会、环境的因素制约,要发生一定的成本和产生一定的收益,会使一部分人受益,一部分人受损,受益和受损的程度必须维持在社会可能接受的范围之内。法律法规要通过相对人的守法机制和执法机关的执法机制,传导到现实经济生活中。法律法规的传导机制,首先表现为法律规则对劳动力、资本、技术、土地、资源和信息等投入要素的影响,这些要素又通过市场竞争秩序,直接或者间接影响经济增长、物价水平、就业范围、财政收支、社会保障、机会均等、社会公正、环境保护和生态平衡,实质上是对个人、企业和政府的社会资源的重新分配,利益关系的重新调整,达到分配正义。经济分析对法律的实质影响,在于它使效益观导入于法律—导入于法律意识、法学理论和法律制度^[11]。如何衡量立法是否实现了目标,运用成本收益分析方法、成本有效性分析方法,立法的收益能够证明为其支付的成本正当性,如果可以量化成本和收益的话,立法的收益大于立法的成本,衡量法律法规的必要性、合法性、协调性和可操作性,检

验法律法规的有效性。但法律对经济、社会和环境的影响,是一个既复杂又相互作用的系统,有些成本和收益可能是几部法律共同作用的结果,有些成本和收益都可以量化;有些成本可以量化,但收益难以量化;有些成本可以量化,收益可能很长时间才能反映出来;有些通过量化成本和收益,可能成本远远大于经济收益。立法评估中,这些情况都可能出现。

但是,现在要运用成本收益方法、成本有效性方法,评估法律法规制度的成本和收益,难度非常大。首先全国人大常委会各个专门委员会、国务院法制办和部委、地方人大常委会各个专门委员会和地方政府各个厅局,基本上没有立法的成本、收益这些数据。立法评估时根据问卷调查收集或者整理出的成本、收益数据,数据是否真实、可靠、可连续,还有待研究和观察。理论上没有这方面的具体数据和分析模型,理论积累薄弱。因为我们只重视立法程序、立法制度,立法程序和立法制度强调的是立法公正,至于如何衡量立法公正,如何衡量公正的法律对经济、社会和环境的影响发生的成本和收益,如何衡量法律的绩效,理论上是个空白。这是我们国家法学研究的价值取向和研究方法决定的,理论研究注重分析立法的必要性,注重建议立法制度,至于立法必要性和立法制度之间通过什么样的桥梁达到,以及达到立法制度所支付的成本和取得的收益,则少有探讨。理论上探讨不足,实践中必然盲目。简言之,无论是从国家立法层面还是各省各部委层面考察,都没有立法的成本和收益数据。而在缺少数据的情况下,评估法律法规的成本、收益,就成了空谈。问题是,如果现在不重视、不研究、不积累数据,永远也不会有法律法规的成本、收益的数据。

笔者认为,评估法律法规对经济影响、社会影响和环境的影响,在具体影响中检验所评估法律法规设计的制度的公正与效率,发现执法、司法和守法中存在的问题,应该是立法后评估的重点。

从国务院、地方的行政法律法规和地方性法律试点评估看,最难评估的就是法律法规对经济、社会和环境的影响,尤其是立法的成本和收益。法律对经济、社会和环境的影响,通过立法、执法和守法的各个环节,最终可以通过成本和收益反映出来。立法评估,主要评估法律法规对经济、社会和环境的影响,具体评估指标,见表6。

表6 法律法规对经济影响和社会的影响的评估指标

类别	一般目标	具体目标	操作性目标	影响评估
社会影响	社会公正	公民权利公正 公民机会公正 资源配置公正	宪法权利保障 公民身份平等	
	社会保障	社会保险公正 社会福利公正 收入分配公正	个人、企业、中央财政能力、地方财政能力 基尼系数、贫困化指标	公务员、职工、城镇居民、农民工、农民
	公共财政	财政社会化公正 财政均等化公正	公共产品建设 公民分享均衡	农民与城镇居民 财政支付能力
	公共产品	教育机会公正 医疗机会公正 健康保障公正	教育、医院、健康保障的投入均衡以及占财政支出比率	城市、城镇、郊区、偏远地区、山区
	工作场所	安全与健康	行业预期寿命、癌症发生率。	生产安全事故发生率等、医疗事故发生率、食品安全事故发生率

(接下表)

经济影响	经济增长 物价稳定 就业增加 国际收支均衡	投资、消费、可持续 要素价格、CPI、PPI 就业平等、就业增加 进口出口、外汇储备均衡	经济增长率、失业率、通货膨胀率、投资率、消费率、进出口比重等	消费占GDP% 产业结构 进出口商品结构 中小企业负担 税收负担
	个人影响	就业、收入、消费、投资、发展	城镇居民、农村居民、山区居民	直接影响与间接影响
	企业影响	进入、退出、成本、创新、税收负担	国企、民企; 大企业、中小企业	直接影响与间接影响
	政府财政	财政收入、财政支出、转移支付、税收	县级、市级、省级、中央财政能力	直接影响与间接影响
	收入分配	个人、企业与政府之间、城市与农村之间、一般行业与垄断行业之间	绝对贫困率、相对贫困率、基尼系数、地区收入差距、城乡收入差距、以及贫困流动性指标	直接影响与间接影响
	竞争秩序	产权保护、合同履行、消费者权益保护、反垄断	市场自律、法律规范、行政监管、赫芬达尔-赫希曼指数	直接影响与间接影响
	市场秩序	要素市场、商品市场、金融市场	进入、退出、许可证、价格发现	直接影响与间接影响
	风险与危机	财政风险、金融风险、资源风险、经济风险	债务占GDP比率、资本充足率 监管、大宗商品占用率、	直接影响与间接影响

(本文未完 待续)

参考文献:

- [1] 许安标 “立法后评估初探” 载《中国人大》2007年第8期。
- [2] 张禹 “立法后评估主体制度奏议——以地方行政立法后评估为范本” 载《行政法研究》2008年第3期。
- [3] 丁贤、张明君 “立法评估理论与实践初探” 载《政治与法律》2008年第1期。
- [4] 汪全胜 “立法后评估概念阐释” 载《重庆工学院学报》(社会科学) 2008年第6期。
- [5] Eric A. Posner, *Controlling Agencies with Cost-Benefit Analysis: A Positive Political Theory Perspective*, The University of Chicago Law Review, 2011, Vol. 68, No. 4.
- [6] 白建军 “论法的确定性与公正的可检验性” 载《中国法学》2008年第2期。
- [7] 符琼光、登云秀 “合理确定评估内容 运用多种评估方法” 载《中国人大》2008年第8期。
- [8] 席涛等译 《立法评估: 评估什么和如何评估——美国、欧盟和 OECD 法律法规指引》, 中国政法大学出版社2012年版。
- [9] 李占江 “立法前评估 能否限制部门利益? 一省人大常委会将两件法规委托第三方评估 属全国率先之举” 载《大众日报》2012年4月28日第5版。
- [10] 徐向华、周欣 “我国法律体系形成中法律的配套立法” 载《中国法学》2010年第4期。
- [11] 顾培东 “效益当代法律的一个基本价值目标——兼评西方法律经济学” 载《中国法学》1992年第3期。

(责任编辑 鄢梦萱)