



第十届全国法律方法论坛

(2015年7月29日至31日·遵义)

“法治中国与法律方法” 论文集



主办单位：遵义师范学院
中山大学

承办单位：遵义师范学院科研处
中山大学逻辑与认知研究所
中山大学法学院

目 录

(按第一作者姓氏排名)

版权声明.....	6
艾宪冬 我国立法成本效益评估探索的初步思考.....	7
陈 锐 从“类”字的应用看中国古代法律及律学的发展.....	15
陈伟功 基于法律修辞的正义制度.....	30
陈 曦 “法律融贯论”辨析.....	40
邓 婕 迪尔凯姆社会学方法论初探及其对法学方法论的启示.....	50
丁 利 一个基于可核实性的法经济学基本模型.....	57
董青梅 互联网时代对法律方法的影响.....	76
杜维超 作为修辞的诠释.....	81
韩思睿 外国法在中国涉外民商事审判中作为准据法适用的实证研究.....	92
韩振文 破除分析法学与法律诠释学的对垒.....	126
郝丽燕 意思表示的解释方法.....	132
胡彦涛 论“国家和社会的利益”对言论自由的宪法限制.....	141
胡玉涛 提升司法公信力的法治路径.....	150
蓝寿荣、黄丹丹 论经济法研究的实证方法.....	153
李道刚 从“邪教案”等看欧洲法院的司法能动作用.....	162
李丰安 关于民商事案件诉讼保全有关问题的分析.....	168
李 晶 立法进程中立法机关与媒体的良性互动实现科学立法.....	173
李晓波 论地方法制建设中的“地方”何以可能.....	183
李晓辉 立法论证：现代法律的正当性基础.....	191
李瑜青 司法实践中“案结事了”理念.....	196
刘红春 论社会组织参与平等就业立法的法律方法.....	202
刘洪波 侦查假说验证思维中的优先性原则.....	208
刘 军、熊楚未 利益衡量理论在刑事审判中的适用.....	213
刘巧巧 司法裁决中的归因.....	221
刘作翔 论“党纪与国法”.....	234
聂长建 裁判文书的说理.....	236
彭中礼 中国法律语境中的国家政策概念.....	243
石东坡 法律续造的历史演进与当下空间再辨析.....	265

宋保振 法律解释方法的融贯运作及其规则性279

汤啸天 摆脱被动维稳，推进国家治理体系和治理能力现代化.....291

唐 英 论公司章程的司法法源定位304

田 夫 依法独立行使检察权制度的宪法涵义315

童海浩 刍论作为一种司法实践的威格摩尔图表法329

王 彬 法律论证的伦理学立场355

王国龙 司法原情：传统及当代价值371

王进文 法教义学研究取向的对立与调和381

王 锐 法律论证中达成“共识”如何可能400

王文方 法律推理與當代邏輯（摘要）409

魏 斌、黄金华 **MODELLING DIALOGUES IN COURT USING A GRADUAL ARGUMENTATION MODEL:A CASE STUDY**410

谢 晖 论立法与制度修辞.....421

熊明辉 论公正司法.....440

杨世屏 著作权中剽窃认定的语用学分析方法449

杨铜铜 作为一种说服过程的法律修辞的作用场域及其限制458

印大双 事实与规范间的遮蔽与裂隙——法律推理困境勾勒468

余煜刚 阿尔尼奥的法律论证理论研究476

张志坡 法律适用：类型让概念更有力量.....494

周宝金 完善法律援助管理，提高法律援助案件司法公正502

周 赞 论法律条文的语法意义与语用意义508

目 录

(按第一作者姓氏排名)

版权声明.....	6
艾宪冬 我国立法成本效益评估探索的初步思考.....	7
陈 锐 从“类”字的应用看中国古代法律及律学的发展.....	15
陈伟功 基于法律修辞的正义制度.....	30
陈 曦 “法律融贯论”辨析.....	40
邓 婕 迪尔凯姆社会学方法论初探及其对法学方法论的启示.....	50
丁 利 一个基于可核实性的法经济学基本模型.....	57
董青梅 互联网时代对法律方法的影响.....	76
杜维超 作为修辞的诠释.....	81
韩思睿 外国法在中国涉外民商事审判中作为准据法适用的实证研究.....	92
韩振文 破除分析法学与法律诠释学的对垒.....	126
郝丽燕 意思表示的解释方法.....	132
胡彦涛 论“国家和社会的利益”对言论自由的宪法限制.....	141
胡玉涛 提升司法公信力的法治路径.....	150
蓝寿荣、黄丹丹 论经济法研究的实证方法.....	153
李道刚 从“邪教案”等看欧洲法院的司法能动作用.....	162
李丰安 关于民商事案件诉讼保全有关问题的分析.....	168
李 晶 立法进程中立法机关与媒体的良性互动实现科学立法.....	173
李晓波 论地方法制建设中的“地方”何以可能.....	183
李晓辉 立法论证：现代法律的正当性基础.....	191
李瑜青 司法实践中“案结事了”理念.....	196
刘红春 论社会组织参与平等就业立法的法律方法.....	202
刘洪波 侦查假说验证思维中的优先性原则.....	208
刘 军、熊楚未 利益衡量理论在刑事审判中的适用.....	213
刘巧巧 司法裁决中的归因.....	221
刘作翔 论“党纪与国法”.....	234
聂长建 裁判文书的说理.....	236
彭中礼 中国法律语境中的国家政策概念.....	243
石东坡 法律续造的历史演进与当下空间再辨析.....	265

宋保振 法律解释方法的融贯运作及其规则性279

汤啸天 摆脱被动维稳，推进国家治理体系和治理能力现代化.....291

唐 英 论公司章程的司法法源定位304

田 夫 依法独立行使检察权制度的宪法涵义315

童海浩 刍论作为一种司法实践的威格摩尔图表法329

王 彬 法律论证的伦理学立场355

王国龙 司法原情：传统及当代价值371

王进文 法教义学研究取向的对立与调和381

王 锐 法律论证中达成“共识”如何可能400

王文方 法律推理與當代邏輯（摘要）409

魏 斌、黄金华 **MODELLING DIALOGUES IN COURT USING A GRADUAL ARGUMENTATION MODEL:A CASE STUDY**410

谢 晖 论立法与制度修辞.....421

熊明辉 论公正司法.....440

杨世屏 著作权中剽窃认定的语用学分析方法449

杨铜铜 作为一种说服过程的法律修辞的作用场域及其限制458

印大双 事实与规范间的遮蔽与裂隙——法律推理困境勾勒468

余煜刚 阿尔尼奥的法律论证理论研究476

张志坡 法律适用：类型让概念更有力量.....494

周宝金 完善法律援助管理，提高法律援助案件司法公正502

周 赞 论法律条文的语法意义与语用意义508

第十届全国法律方法论坛

主办单位：遵义师范学院
中山大学



承办单位：遵义师范学院科研处
中山大学逻辑与认知研究所
中山大学法学院



协办单位：遵义市律师协会
贵州省仁怀市方园酒业销售有限公司
贵州茅台酒股份有限公司



■ 第十届全国法律方法论坛程序委员会

➤ 主席：

- ✓ 谢 晖，北京理工大学、中南大学
- ✓ 熊明辉，中山大学

➤ 委员（以笔画为序）：

- ✓ 丁 利，中山大学
- ✓ 马长山，华东政法大学
- ✓ 令狐兴中，遵义市律师协会
- ✓ 任 强，中山大学
- ✓ 关保英，上海政法学院
- ✓ 孙笑侠，复旦大学
- ✓ 张斌锋，中南财经政法大学
- ✓ 陈金钊，华东政法大学
- ✓ 胡玉鸿，苏州大学
- ✓ 贾焕银，重庆大学
- ✓ 徐忠明，中山大学
- ✓ 黄建武，中山大学
- ✓ 蒋传光，上海师范大学
- ✓ 焦宝乾，山东大学（威海）
- ✓ 舒国滢，中国政法大学

■ 组织委员会

➤ 主席：

- ✓ 王大忠，遵义师范学院党委书记
- ✓ 吴次南，遵义师范学院校长

➤ 副主席：

- ✓ 吴有富，遵义师范学院副校长
- ✓ 娄胜霞，遵义师范学院副校长

➤ 秘书长：

- ✓ 周安政，遵义师范学院党政办公室主任
- ✓ 张 鹏，遵义师范学院科研处处长

➤ 委员：

- ✓ 王春华，遵义师范学院宣传部部长
- ✓ 田维钊，遵义师范学院总务处处长
- ✓ 胡易庚，遵义师范学院党政办副主任
- ✓ 张 新，遵义师范学院公共管理学院院长

- ✓ 李懋君，遵义师范学院马克思主义学院院长
- ✓ 巩章义，遵义师范学院政治、经济与管理学院院长
- ✓ 李 强，遵义师范学院校团委副书记
- ✓ 陈 明，遵义师范学院科研处常务副处长
- ✓ 龙茂兴，遵义师范学院科研处副处长

版权声明

本论文集为第十届全国法律方法论坛内部交流资料，不作为公开发表的学术刊物。已投稿的论文全文或者部分内容仍旧可以向其他杂志投稿。

第十届全国法律方法论坛

我国立法成本效益评估探索的初步思考

艾宪冬*

(山东大学 威海法学院

山东 威海

264209)

摘 要:立法的成本效益评估,是对立法方案或现行法律法规在经济、社会和环境方面的积极影响(立法收益)与消极影响(立法成本)的评估,旨在通过对成本与收益的全面剖析与核算,进而权衡某一立法方案是否可行或者决定是否对现行法律法规进行修改亦或是废止。这一定量化评估方法是我国“后立法时代”提高立法质量的有效立法技术举措,因而也就切中了立法科学化的时代主题。不言而喻,近半个世纪以来,以美国、加拿大、英国等西方法治发达国家的立法成本效益评估的丰富实践对于我国立法成本效益评估制度的构建的启示意义不容忽视,然而更为重要的是,域外先进经验如何才能有效与我国的现实的立法体制相兼容,这就必然要求对我国立法成本效益评估探索中的几个基本问题进行深入探讨。

关键词:立法成本 立法收益 成本效益评估 基本问题 初步思考

一、问题的提出:立法需要进行成本效益评估吗?

(一)数量与质量的失衡,一个不得不面对的问题

“截至2011年8月底,中国已制定现行宪法和有效法律共240部、行政法规706部、地方性法规8600多部,涵盖社会关系各个方面的法律部门已经齐全,各个法律部门中基本的、主要的法律已经制定,相应的行政法规和地方性法规比较完备,法律体系内部总体做到科学和谐统一,中国特色社会主义法律体系已经形成。”^[1]不可否认,改革开放以来中国的法治建设成绩显著,中国特色社会主义法律体系的形成也无愧是我国立法史的里程碑,成就固然应当得到肯定,但法律体系的形成充其量只是解决了“有没有”的初步问题,更重要的问题的则是立法的质量能否得以保证,即还要从“好不好”的维度进行考量。“归根结底,人们制定法律的目的不是为了摆设,更不是为了实现一定的数量目标以满足一个法律体系对数量的要求。”^[2]

这显然是一个古老的命题,先哲亚里士多德早在公元前四世纪就这样理解法治的含义:“已成立的法律获得普遍的服从,而大家所服从的法律又应该本身是制订得良好的法律。”^[3]法治社会的建设真正需要的正是“良法”,而反观我国现阶段的实际情况,却不难发现立法质量与立法数量失衡发展的矛盾。所以,法律体系形成之后,立法工作的首要任务就是实现由“数量型立法”到“质量型立法”的转轨,这就要求放弃原来“粗放型”的立法模式,实现“精耕细作”式的立法作业。^[4]客观来讲,提高立法质量的途径和措施涉及到多个方面,从立法成本与收益的角度对于立法进行深入评估是一种有益的探索,因为一定时间、空间范围内,资源总是一定量的,也总是有限的。立法资源也是如此,有限性是其基本特征,有限

* 艾宪冬,男,山东泰安人,山东大学(威海)法学院,硕士研究生,主要研究方向:宪法学与行政法学,立法学。

[1] 参见国务院新闻办2011年10月27日发布的《中国特色社会主义法律体系白皮书》,人民出版社2011年版。

[2] 王称心:《立法质量、科学立法与立法评估——中国法律体系形成背景下的立法质量反思与解决路径分析》,载侯淑雯主编:《中国当代法律体系理论研究论文集》,中国政法大学出版社2012年版,第130页。

[3] [古希腊]亚里士多德著:《政治学》,吴寿彭,商务印书馆1965年版,第199页。

[4] 参见李亮、汪全胜:《论“后体系时代”立法学研究之嬗变——基于立法方法论的考察》,载《江汉学术》2014年第1期,第45页。

就意味着必须以取舍的方式作出选择,这也就要求立法者必须考虑不同立法方案的机会成本。
“立法要讲究效益,就是要用最少的资源,制定出更多、更好的法律。”^[5]

(二) 提升立法质量, 需要成本效益评估

“立法者在制定一部法律法规时,都试图实现某种特定的目标,然而这种预期目标会实现到何种程度,是值得考察的。”^[6]因为从经济学视角进行评估,任何一部法律的制定与实施都会消耗一定的社会资源,如果把立法目的的实现看作是一种收益,那么资源的消耗则是立法必须支付的成本。整体而言,立法作为一种资源配置的方式,会对经济、社会以及环境产生广泛的影响。如果要对一部法律的真实影响进行客观地评价,就必须对其进行全面的利弊权衡,梳理出一部法律究竟是以多大的代价在多大程度上实现了立法的目的,只有能为社会带来效益增量的选择才能算作是理性的立法决策。如果认识到这一点,也就不难理解为什么现实中立法的实际效果往往与原初的立法目标之间存在一定差距,甚至是南辕北辙。面对昂贵的“国法”,纵使法治信念再高,现实中的人们也宁可选择成本更低的“潜规则”,正式的法律制度安排也就往往形同虚设。

成本评估与效益评估,与其称之为是一个基本的经济学概念,倒不如谓之为现代人类社会生活中最基本的行为理性,用过高的成本去追求较小的收益一般不是常人的行为选择,只有收益大于成本时人们才会采取理性的行为选择,如果立法决策违反这一基本常识必然陷入尴尬的困局。对于这一论题,我们根本不用引用高深莫测的经济学原理进行多么严密的论证,只需一两个简单的案例就能阐明其中的逻辑。

某市制定了一个关于养犬管理方面的地方性法规,规定在限养区养犬领取许可证应缴纳10000元的登记费以及6000元的年审费。未经批准养犬的,由公安机关没收犬只,并按每只处以5000元罚款。这个法规出台实施后,并没有像立法时预期的那样,大多数养犬人都能到相关部门登记领取养犬许可证,使养犬纳入法制管理轨道。相反,登记的犬只只是很少量的,达不到原来设想的立法目的。导致这种结果的原因稍加评估就可以得出,对于绝大多数养犬人来说,守法成本远高于违法成本,面对这样的规定养犬者很容易就得出了有利于自己的结论。^[7]与此类似的是各种禁放烟花爆竹的规定,以北京市为例,2005年北京市政府法制办对实施十年有余的烟花爆竹禁令进行修改,表面上看似是传统民俗之类的民意呼声的推动,而事实上不可忽视的一个重要原因就在于禁令的执法成本过于昂贵,仅2005年除夕,北京市就出动了13万人上街查禁放,此举不足谓劳民伤财,亦可谓是为兴师动众。^[8]

无论是加强犬类管理,还是禁放烟花爆竹,其都旨在保障公民健康和人身安全,维护社会公共秩序和市容环境卫生。制定这方面的地方性法规,其出发点和立法意图当然值得肯定。但是,有好的立法意图还远远不够,还必须有科学、合理的制度设置才能真正达到立法决策时所预期的目的,立法不能仅仅是跟着感觉走,而是需要一个具有反馈色彩的连接起立法价值目标与立法实效的质量控制机制。成本效益评估是实现这一目的的一个重要途径。可以说,成本效益评估是使立法决策走向科学化、合理化的重要桥梁。国家制定法律规范可以获得一定的立法效益,但是立法效益的获得并不是无本万利的,国家必需支付一定的立法成本。因此,必然存在一个国家设定最大的预期立法效益目标,通过最小的立法成本开支来实现的问题。也就是说,国家应该以最小的立法成本的投放和最优化的立法成本配置,来实现预期的立法效益,避免立法成本不必要的开支。可以说,在立法中,我们的宗旨是选择开支最小的

[5] 游劝荣著:《法治成本分析》,法律出版社2005年版,第57页。

[6] 汪全胜:《我国立法成本效益分析制度构建的困境及出路》,载《安徽师范大学学报(人文社会科学版)》2014年第4期,第450页。

[7] 此案例参见李如章:《由限制养犬引发的立法成本效益思考》,载《人民之声》2003年第7期,第22页。

[8] 此案例参见新华网:(<http://news.xinhuanet.com/legal/2005-04/08/content_2802265.htm>),最后访问日期2014年11月18日。

立法成本,实现立法效益的最大化,这就是立法成本效益评估的基本逻辑,也正是科学立法的应有之义。

二、国外立法成本效益评估制度考察

成本效益评估的方法应用于法学领域突破了传统法学研究偏重于定性评估的方法论传统,实现了法律制度的定量评估,即如何以最合理的(而不是最小的)立法成本获得最佳的立法效益。具体而言,成本效益评估一般是指通过权衡收益与成本来评价立法方案的可取性的一种系统经济评估方法。它的基本原理是对立法方案所需的社会成本(直接的和间接的)同可得到的收益尽可能用单一的计量单位——货币分别进行计量,以便从量上进行评估对比,权衡得失与利弊。”^[9]西方法治发达国家的立法成本效益评估实践为我国进行立法成本效益评估的探索提供了良好的借鉴,特别需要指出的是经济合作发展组织(Organization for Economic Cooperation and Development, OECD)在推进立法成本效益评估的实践进程中扮演了重要的助力者与指导者的角色。OECD早在1997年就把成本效益评估奉为是规制影响评估的“黄金标准”,^[10]从经合组织规制指标持续调查结果可以看出,成本效益评估作为支持规制影响评估的正式方法,已经日益为经合组织国家广泛采用,根据经合组织理事会2002年发布的报告《OECD的规制改革——从干预主义到规制治理》,几乎所有的经合组织成员国都已实施以成本收益评估方法为主的规制影响评估制度。^[11]而在所有OECD的成员国中,美国和加拿大无疑是立法成本收益评估制度实践最为成功的代表,对这两个国家相关制度进行考察对于我国来说大有裨益。

(一) 美国——立法成本效益评估探索的先驱者

若从理论上追根溯源,成本效益评估的思想早在19世纪法国经济学家朱乐斯·帕帕特的著作中出现,被定义为“社会的改良”;在此之后,意大利经济学家帕累托对此概念重新定义;到1940年,美国经济学家尼古拉斯·卡尔德与约翰·希克斯对这一理论进行进一步发展,也最终形成了成本效益评估的理论基础即“卡尔多—希克斯准则”。^[12]随着理论的完善成本效益评估也最终渗透到立法实践中来,这一过程就出现在20世纪70年代的美国。

20世纪70年代以后,系统的立法成本效益评估制度历经几位美国总统的努力以及国会相关立法才建立起来,福特总统于1974年签署了《11821号行政命令:通货膨胀影响声明》(Executive Order 11821: Inflation Impact Statements),该命令指出了法规对于经济的影响,体现出了成本收益评估的方法,为以后各届总统提供了思路;卡特总统于1978年签署了《12044号行政命令:改善政府规制》(Executive Order 12044: Regulatory Analysis),要求法规的制定不得对经济、个人、公共或私人组织、州或地方政府施加不必要的负担;里根总统于1981年签署了《12291号行政命令:联邦规章》(Executive Order 12291: Federal Regulation),要求一项法规的潜在收益必须大于潜在的成本,否则就不能进行规制;克林顿总统于1993年签署了《12866号行政命令:规制计划与审核》(Executive Order 12866: Regulation Planning and Review),系统阐述了立法成本效益评估制度;乔治·W·布什上任后,继续推行12866号行政命令。与此同时,国会立法也在逐步强化立法成本效益评估,

[9] 参见于立深:《成本效益分析方法在行政法上的运用——以〈行政许可法〉第20、21条为例》,载《公法研究》2005年第2期。

[10] (OECD), *Regulatory Impact Analysis: Best Practices in OECD Countries*. Paris: Organization for Economic Cooperation and Development, 1997, pp. 8.

[11] (OECD), *OECD Reviews of Regulatory Reform: Regulatory Impact Analysis—A Tool for Policy Coherence*. Paris: Organization for Economic Cooperation and Development, 2009, pp. 21.

[12] 参见陈建康、杜原忠:《立法过程中的成本效益分析》,载《公民与法(法学版)》2011年第6期,第28页。

例如《1995年无资金法令改革法》(Unfunded Mandates Reform Act of 1995),《1996年小企业规制实施公平法》(Small Business Regulatory Enforcement Fairness Act of 1996)等对成本效益评估作出了具体规定,立法成本效益评估成为美国立法特别是行政立法不可或缺的制度。

(二) 加拿大——OECD 国家立法成本效益评估的典范

根据OECD对其成员国的评价,加拿大是OECD成员国中立法成本效益评估建设较为完善,实践经验较为丰富的国家之一,在美国的影响下,加拿大也早在20世纪70年代就开始了对立法成本效益评估方法的探索,且大于“青出于蓝而胜于蓝”之意蕴,得益于几十年经验的积累,加拿大也被奉为OECD国家立法成本效益评估制度的典范。

1976年,加拿大联邦政府签发政府文件《今后的道路》(The Way Ahead)中首次提议将成本效益评估应用于法规的评估,这开启了加拿大立法成本效益评估探索的历史进程:^[13]1986年加拿大议会通过了《规制公平公民守则》(Citizen's Code of Regulatory Fairness),对公民参与立法的程序作出了规定,在这个法案中,次级立法的咨询程序被纳入规制影响评估中;1994年,为了推行规制影响评估以及成本效益评估制度,加拿大财政委员会秘书处处的法规事务局联合联邦重要的规制部门开发了培训课程,以提高政府监管部门的知识与技巧,从而加强成本收益评估方法的适用;1995年年财政委员会设立了《规制程序管理标准》(the Regulatory Process Management Standards),该管理标准的内容包括了政策目标描述、问题、可选择的办法、成本效益评估、规制负担、可行性以及政府部门之间的合作、咨询、沟通等。该标准明确立法的成本效益评估制度,它规定,必须证明规制的要求是效益大于成本的,规制负担造成的负面影响已经降到最小化并且这样的规制负担是必要的。^[14]1999年由加拿大内阁批准,枢密院办公室公布了《加拿大政府规制政策》(Government of Canada Regulatory Policy),其目的是改善加拿大现有规制政策,再次明确了收益大于成本的要求;此外它遵守了OECD理事会提出的原则以及改善政策制定的建议,如问题是否明确,政府行为是否正当,制定法规是否政府行为最好的形式,规制是否有法律基础,效益是否大于成本,成本效益是否透明,是否听取了利益相关人的意见等问题。此后加拿大枢密院办公室规制事务处制定了《规制程序指南》(Guide to Regulatory Process),对法规制定程序作出八个步骤的详细规定,指南的最后附有规制影响评估说明,其对成本收益评估方法做出了具体规定;2007年1月,加拿大枢密院办公室秘书处发布了《加拿大规制成本效益评估指南》(Canadian Cost-Benefit Analysis Guide),明确了成本效益评估的五个步骤,并在该指南中详细介绍了成本与收益的计算方法,以及决策的基本依据,考察了成本收益不能量化或不确定情况下的方法选择,全面设计了对利益相关者包括产业、就业、消费者或个人、政府等影响评估的运用。经过如此长期的探索,加拿大最终确立了全面而又系统的立法成本效益评估制度。

三、我国立法成本效益评估探索中的几个基本问题

美国与加拿大近半个世纪的探索,为我们生动地诠释了立法成本效益评估制度从无到有、从粗疏片面到细致全面这样一个不断完善的历史进程,也再次充分说明虽然立法成本效益评估的原理清晰明了,易于理解,即通过计算立法成本(Cost)与立法收益(Benefit)的差值得出立法方案的效益(净收益)来判断立法选择的优劣,但真正把立法成本效益评估的

[13] (OECD), *Regulatory Impact Analysis: Best Practices in OECD Countries*. Paris: Organization for Economic Cooperation and Development, 1997, pp. 51.

[14] 汪全胜:《加拿大立法成本效益分析制度探讨》,载《法治研究》2014年第8期,第30页。

理念落实成为现实的制度安排确实一个复杂的过程,这一看起来简单的过程实则“暗藏玄机”,可谓是知易行难。具体而言,立法成本效益评估制度的建构与完善涉及责任主体的确定、评估方法的选择、评估步骤的明确、适用范围选择、评估深度的考量、指标体系的确立等一系列的问题,这也就决定了系统而成熟的理论、深入细致的调查研究必然成为科学合理的立法成本效益评估制度的先决条件。由于能力有限,笔者此处无意面面俱到地刻画出完美的立法成本效益评估制度,更为重要的是这似乎也不太现实;再者来说,“立法成本效益评估也并没有单一的标准模式可循,具体的制度设计必须考虑具体国家的政治、社会、文化以及法律背景。”^[15] OECD 国家的相关实践也充分证实了这一点,所能做到的也只能是在结合其他国家较为成功的经验的基础上,对我国立法成本效益评估制度探索中最为关键的几个基本问题略加评估,进而提出一些建议。

(一) 成本效益评估的核心问题——评估方法的选择

立法的成本效益评估,原则上追求的是成本效益评估方法(Cost-Benefit Analysis, CBA)的运用,其要求采用“货币基准”对各备选立法方案的“投入成本”与目的达成后的“产出利益”作比较,从而决定是否采取以及采取何种立法选择。理论上来看,这样一种方法借助于货币评估的“共量性”,有效缓解了价值标准间的“不可化约”。换言之,“成本收益评估以货币为共量基准,为传统利益衡量要素间缺乏一般等价物从而无法实现直接作价对比的困境,提供一把破冰之锤。在相当程度上克服了缠绕在利益衡量质疑和批判声中过于主观性的弊病,有力地回应了利益衡量缺乏客观评价基础的顽疾。”^[16]

然而,成本与收益的具体计算与评估是一项具有高度专业性的复杂工作,评估过程面临诸多难题,如果处理不当很容易导致其强调的科学客观性难以实现,反而会导向一个既不科学、也不客观的方向。成本效益评估的核心识别法规所带来的不同影响,并将其量化和货币化,因此首先要面对的一个问题就是一项法规在不同方面的影响是否可以量化,以及用什么方法予以量化。从方法的属性上来说,成本效益评估方法本质上是一种市场方法,彰显出效率性原则,其所回答的是福利经济学的基本问题,然而社会现实的角度考虑,把生命、健康、环境、安全这些因素赋予金钱意义上的影响是否恰当仍是一个争议性问题,虽然通过一定的技术手段可以实现对这些不具有市场价格物品进行货币化处理的可能性,但这不仅困难,而且也难以保障准确性。实践中,成本有效性评估方法(Cost-Effectiveness Analysis, CEA)往往作为成本效益评估的替代工具来弥补成本效益评估方法在适用上的局限,其通过比较不同立法方案的成本,选择达到立法目标可以接受的成本支出方案。例如,涉及国防安全的立法成本收益评估,无法确定国家安全的货币价值,但是可以通过对各种备选方案的成本进行评估,选取最能证明成本有效性的方案。显而易见,成本有效性评估方法(CEA)与成本效益评估方法(CBA)的关键区别在于:成本收益评估必须对所有经济量进行评价,而成本有效性评估只需对一些可供选择的支出优先评估而无需对诸如国家安全、生命健康的价值做出货币化的评估。^[17]正因为如此,美国在实践中也形成了按照货币量化到非货币量化,再到定性评估这样的优先次序,OECD 总结各国经验时也指出立法的成本效益评估应当采用成本效益评估方法等连贯一致但具有灵活性的评估工具。

2004 年国务院出台的《全面推进依法行政实施纲要》中明确指出:“积极探索对政府立法项目尤其是经济立法项目的成本效益评估制度。政府立法不仅要考虑立法过程成本,还要研究其实施后的执法成本和社会成本。”这可以看作是我国立法成本效益评估制度探索的起

[15] (OECD). *Regulatory Impact Analysis in OECD Countries: Challenges for Developing Countries* [EB/OL]. (<http://www.oecd.org>.)

[16] 蒋红珍:《政府规制政策评价中的成本收益分析》,载《浙江学刊》2011年第6期,第137页。

[17] Weinstein M C, Stason W B. *Foundations of Cost-effectiveness analysis for health and medical practices* [J]. The New England Journal of Medicine, 1977, 293(13): pp. 716-721.

点,近十年来,各地政府的立法评估活动已普遍展开。跟据统计,全国80个有规章制定权的省市已经有46个开展了规章评估的实践,^[18]但到目前为止,尝试以量化和货币化的方式进行立法成本效益评估的省市却屈指可数,仅有重庆市、沈阳市、杭州市和海南省等个别省市,可谓屈指可数。这一方面是因为我国传统的立法观中缺失成本效益的观念;另一方面成本、效益数据的缺失也造成了现实上的困难,现阶段,无论是各级人大及其常委会、专门委员会,还是国务院及其部委以及各级政府法制部门,基本上都没有立法的成本、收益这些数据,而评估时根据问卷调查收集或整理出来的数据的真实性、可靠性也存在疑问,在缺失数据的情况下,对立法进行成本效益评估也就成了空谈。因此,我国立法成本效益评估探索应朝向量化的方向发展,开始重视、研究、积累数据;同时前面的评估也表明,过分倚重于量化评估方法,忽视必要的定性评估也是不可取的,必须意识到各种不同方法之间存在互补性,在实践中需要根据具体情况选择一种主要的评估方法,同时结合其他方法评估的结果综合地作出评估结论,从而实现在量化评估与定性评估、货币化评估与非货币化评估系统整合的基础上对立法进行科学合理的评估,正如波斯纳所言,“定义法经济学的唯一可能准则是它的实用性而不是准确性。”^[19]

(二) 成本效益评估的其他相关问题

1. 成本效益评估的时机选择。一般认为,在法规形成的初期,也就是立法的规划阶段,成本效益评估程序就应当介入。理论上,成本效益评估越早进行越好,OECD通过对各国实践的总结发现,越早进行成本效益评估,就越有助于对立法决策产生实质上的影响,大多数国家实行多阶段评估模式,即在立法方案提出的初期阶段进行初步评估,然后随立法程序的展开进行正式评估。立法成本效益评估不应被视为是立法程序之外附加的一种义务,而应当与立法从制定到修改再到废止的整体动态过程实现融合,这就要求立法成本效益评估不仅包括立法程序中对立法方案的预评估,也包括对现行法律实际效果的回顾性评估。以往国外立法成本效益评估的实践更侧重于的是立法前的成本效益评估,然而立法之前的评估必然带有预测性的色彩,甚至可能把评估的过程建立在某种假设的基础之上,虽然借助于贴现、风险评估、不确定性评估、敏感性评估等技术手段可以尽量做到客观化,但却带来了贴现率选择标准如何确定等新的问题。预测性评估这种无法克服的局限也已被重视,例如美国2011年奥巴马总统发布的《13563号行政命令:改善规制与规制审查》(Executive Order 13563: Improving Regulation and Regulatory Review)就明确要求对规章进行回顾性评估以提高成本效益评估的准确性。^[20]与之相反,我国各省市现阶段开展的成本效益评估更多的情况是对现行法规、规章进行的评估,这主要是因为事后评估与事前评估相比,在数据评估、测算上的技术难度相对较低。随着我国探索的深入,应力求形成立法预评估与立法后评估的完善机制,充分发挥立法成本效益评估对于立法方案选择以及法律修改、废止决策中的价值。

2. 成本效益评估与公众参与的有机整合。对于现代立法工作而言,有两个基本的价值判断,一是民主化,一是科学性,立法成本效益评估与公众参与的紧密结合是民主立法与科学立法原则的要求。在OECD诸多国家的实践中,立法成本效益评估往往和公众咨询过程紧密联系在一起,公众咨询经常围绕着那些对拟定法案的目标和效果进行说明的成本效益评估文件来展开;而将立法成本效益评估结合到公众咨询中也就增强了规制过程的透明度,提供了影响评估的质量控制和改善了决策所依赖的信息。在美国,联邦管理和预算办公室审查过

[18] 参见郑宁著:《行政立法评估制度研究》,中国政法大学出版社2013年版,第69页。

[19] [美]理查德·A·波斯纳著:《法律的经济分析》,蒋兆康译,中国大百科全书出版社1997年版,第905页。

[20] See Executive Order 13563: Improving Regulation and Regulatory Review, Federal Register / Vol. 76, No. 14 / Friday, January 21, 2011 / Presidential Documents, (<http://www.whitehouse.gov>.)

的草案以及该草案的立法成本效益评估报告要在《联邦登记》上刊登,供公众进行评议提出意见,起草部门则要根据公众评论的意见进行修改,然后重新交由公众评论,只有在征求公众意见进行反复修改的草案才能进入下一阶段的审议程序。就我国而言,一方面公众长期以来缺乏参政议政的维权意识,另一方面我国立法公众参与的制度设计也存在缺少参与程序设计,参与方式单一,参与动力缺乏等问题。必须通过加强公众参与的程序建设以及公众从参与的回应机制,来保证立法成本效益评估和立法决策的质量。

3. 立法成本效益评估的制度保障与规范指引。从美国和加拿大两国的实践可以看出,立法成本效益评估制度的确立过程,实际上也就是一系列制度完善的过程,然而,单纯的制度保障并不能解决问题,它仅仅使得对立法成本效益进行评估这一法律责任明确化。立法成本效益评估涉及一系列评估技术的运用,因此,要想真正推进制度的落实于与完善,就必须通过制定规范化的指南文件以实现方法上的指引。例如,美国联邦管理和预算办公室 2003 年发布了《A-4 号通知——监管评估》(Circular A-4: Regulatory Analysis),全面规定了立法成本效益评估的各种技术与方法。^[21]一些承担重要管理职责的美国政府部门(如交通部和环境保护部)制定了本部门的指南(评估方案),并使其与预算管理办公室(OMB)提供的指南相一致。通过这种方法——将简要抽象的核心原则与具体部门的详细指导原则相搭配——能够把案例与具体管理环境全面地结合起来,并将经济学的理论深度与管理部门人员的实践技术结合起来。2007 年,海南省人民政府办公厅发布了《关于开展立法成本效益评估工作的实施意见》,是我国立法成本效益评估实践中的第一个规范指引文件,虽然值得肯定,但其内容与国外先进国家相比存在明显的差距。成本效益评估开展涉及不同评估方法的运用、不同影响因素的处理等问题,如果将这些工作完全交由法规制定部门自行处理就难以保证成本效益评估的统一化与规范化,就可能造成社会公众因成本效益评估报告信息短缺、计算模糊等问题无法提出意见与建议,因而成本效益评估工作就难免流于形式,成为多余的摆设,也就与科学立法的初衷背道而驰,因此,评估指引的发布工作必须成为制度的建构的重点。

四、结语

卢梭谈到立法时曾说:“要为人制定法律,简直需要神明。”^[22]这无疑说明了良法的制定并非易事,而立法质量是立法的生命,而科学立法也就是提高立法质量。科学立法要求对立法进行精细的论证,并对立法进行及时的调整和修正。^[23]对立法进行成本效益评估是科学立法使命感召下的有益尝试。需要说明的是,以上评估仅仅是结合国内外开展立法成本效益评估的实践对我国立法成本效益评估探索中的几个关键性的宏观性问题尝试进行的初步评估,并没有涉及评估范围、评估深度、指标体系等更为细致的问题。本文旨在表明立法成本效益评估对于科学立法这一时代主题的价值,并对其制度的建构进行初步的评估,更为深入细致的问题有待于理论界与实务部门进行更加充分的探讨,从而循序渐进地推动这一制度走向完善。

[21] 参见席涛著:《立法评估:评估什么河如何评估——美国、欧盟和 OECD 法律法规和指引》,中国政法大学出版社 2012 年版,第 20 页。

[22] [法] 卢梭著:《社会契约论》,何兆武等译,商务印书馆 1982 年版,第 50 页。

[23] 郑宇著:《行政立法评估制度研究》,中国政法大学出版社 2013 年版,第 80 页。

A Preliminary Consideration on the Cost Benefit Analysis of Legislation in China

Ai Xiandong

(Shandong University Weihai, Shandong 264209)

Abstract: The cost benefit analysis of legislation is an assessment process of the positive and negative effects(or the benefit and cost) on the economic, social and environmental of legislative proposals or the existing laws and regulations, which is aimed at optimization selection of different alternatives through comprehensive analysis and accounting. As a quantitative evaluation approach, it is a valuable technique in improving the quality of legislation in the era of science of legislation. The rich experience of cost benefit analysis of legislation in western developed countries such as America, Canada and Britain is great enlightenment. More significant, however, is how to absorb the advanced experience in legislative system in China. Then there are many fundamental issues about cost benefit analysis of legislation in China need to be emphasized and further studied.

Key words: The Cost and Benefit of Legislation Cost Benefit Analysis Fundamental Issues