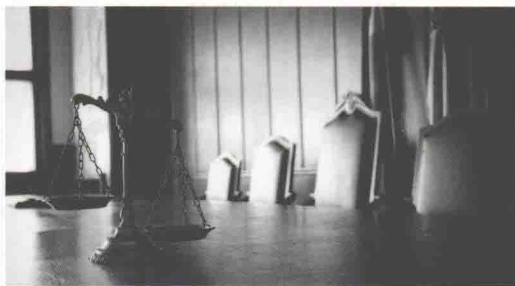


XINGZHENG LIFA
QIANPINGGUZHIDU YANJIU

李向东 / 著



行政立法 前评估制度研究

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

XINGZHENG LIFA
QIANPINGGUZHIDU YANJIU

李向东 / 著



行政立法 前评估制度研究

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

行政立法前评估制度研究 / 李向东著. —北京: 中国法制出版社,
2016. 6

ISBN 978-7-5093-7549-5

I. ①行… II. ①李… III. ①行政法—立法—评估—制度—
研究—中国 IV. ①D922. 104

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2016) 第 111310 号

责任编辑 侯 鹏

封面设计 杨泽江

行政立法前评估制度研究

XINGZHENGLIFA QIAN PINGGU ZHIDU YANJIU

著者 / 李向东

经销 / 新华书店

印刷 / 北京九州迅驰传媒文化有限公司

开本 / 710 毫米×1000 毫米 16 开

版次 / 2016 年 6 月第 1 版

印张 / 12.5 字数 / 189 千

2016 年 6 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978-7-5093-7549-5

定价: 39.00 元

北京西单横二条 2 号

值班电话: 66026508

邮政编码 100031

传真: 66031119

网址: [http: //www. zgfzs. com](http://www.zgfzs.com)

编辑部电话: 66010794

市场营销部电话: 66033393

邮购部电话: 66033288

(如有印装质量问题, 请与本社编务印务管理部联系调换。电话: 010-66032926)

序

中国行政立法工作在 21 世纪后进入了新阶段，同西方国家 20 世纪 80 年代规制治理改革非常相似，其工作重心是：减少行政许可等不适当的政府干预，解除对市场决定作用的束缚，扩大公众参与，提高行政立法质量，改善法规的实施，实现法规效益最大化。其发展背景是：大量法规项目出台后实施效果不佳，行政立法呈现出高成本和低效率的问题。一直以来，似乎没有找到有效的解决路径。本书发现，我国行政立法决策过程中的非量化分析手段和缺乏互动性的公众参与机制，使得行政立法制定者习惯于模糊的定性判断，是法规实施后与预期效果出现诸多误差的重要原因。本书通过研究国外为提高立法质量而采用的重要工具——行政立法前评估制度——的有关实践经验，对比考察中国本土国情，希望找到一条可借鉴的解决路径。

本书首先梳理了国外行政立法前评估制度理论和实践的发展历程，总结行政立法前评估制度的思想理论基础，然后重点考察了美国、加拿大、澳大利亚和一些欧盟国家的发展成果，力图把行政立法前评估制度的共同规律和各国的特殊性展现出来，归纳出这些国家行政立法前评估制度给我们带来的启示。本书接着对中国行政立法前评估制度的现状和问题做了描述，并从思想基础和工作机制上寻找原因，强调在管理制度和方法论的层面需要学习借鉴世界先进经验，进而得出结论：尽快建立符合我国国情的行政立法前评估制度。第一个重点突破是，在机制上要建立以国务院法制办公室和财政部门相结合的对前评估工作进行监督指导的中央审查机制；第二个重点突破是，在方法技术上，一要引入和充分重视以成本和效益数据为基础的量化分析技术，二要真正完善行政立法公众参与制，以互动性和对公众的及时反馈为特点，充分听取和吸收民意，让公众和政府一同做出决策。笔者认为，在立法体制不改变的前提下，立法技术的创新和突破是可以实

现的，未来十年，中国行政立法工作在立法技术上将有两个值得关注的发展：一是建立关注数据和注重定量分析的行政立法前评估制度，二是形成积极互动的、更加灵活的、能够及时反馈的行政立法公众参与制度。这可以通过公民社会和政府治理的漫长发展逐步到达，也可以通过政治上的魄力和决断，十年初见规模，进而形成科学理性和传统人文良好结合的法治文化和治理文化，提高行政立法的质量。

目 录

第一章 导 论	001
第一节 问题和研究意义	002
第二节 概念的辨析	004
第三节 国内外相关文献综述	008
一、国外文献	008
二、国内文献	014
三、国内立法后评估文献	015
第四节 研究目的和研究方法	016
一、研究目的	016
二、研究方法和思路	017
第二章 行政立法前评估制度的理论基础和分析框架	019
第一节 政府规制理论	019
一、规制的正当性——公共利益理论	019
二、规制的捕获和效率问题——利益集团理论	020
三、规制失灵的积极应对——激励性规制理论	021
第二节 规制影响分析理论	022
一、概述	022
二、主要内容	023
第三节 公众参与理论	026

第四节 分析框架	029
第三章 国外行政立法前评估制度的实践和启示	030
第一节 美国行政立法前评估制度	030
一、美国行政立法前评估的产生和发展特征	030
二、美国总统行政命令及行政立法前评估制度的演变	033
三、美国行政立法前评估制度的主要内容	038
四、成本效益分析方法中的技术细节	046
五、美国行政立法前评估制度的评价和启示	054
第二节 加拿大行政立法前评估制度	059
一、历史发展背景	059
二、行政立法前评估的要求	062
三、行政立法前评估的主要内容	063
四、前评估中的成本效益分析	066
五、前评估中的公众参与	069
六、对加拿大行政立法前评估制度的评价	071
第三节 澳大利亚行政立法前评估制度	073
一、对现有法规的审查——后评估	074
二、对拟定新法规的审查——前评估	079
三、评估分析方法	085
四、前评估中的公众参与	086
五、对澳大利亚行政立法前评估制度的评价	088
第四节 欧盟国家行政立法前评估制度	092
一、欧盟	092
二、英国	095
三、法国	098
四、德国	099

第四章 中国行政立法前评估制度概述	101
第一节 行政立法前评估制度的现状和问题	101
一、行政立法的快速发展	101
二、行政立法前期论证和主要方法	104
三、行政立法的高成本	107
四、行政立法的低效益	111
第二节 行政立法前评估制度问题的原因	116
一、基于教条主义思想方法的法治意识	116
二、变异实用主义产生的急功近利倾向	119
三、人文化的传统伦理教化忽视了定量分析	120
四、利益分化下的集权化政治结构	121
五、缺乏现代观念和方法的行政立法机制	122
第三节 行政立法后评估的发展	126
一、地方行政立法后评估	126
二、国务院行政法规后评估	127
三、国务院部门规章后评估	129
四、总体评价	129
第四节 定性分析方法和公众参与制度	131
一、定性分析方法的心理惯性	131
二、公众参与行政立法的喜悦和尴尬	133
第五章 构建中国行政立法前评估制度	138
第一节 中国行政立法前评估制度的思想基础及其反思	138
一、改造新时期的实用主义	138
二、推崇科学理性主义	141
三、树立大数据思维和方法	144

第二节 建立强有力的中央审查控制机制	148
一、英国行政立法前评估的控制机制	149
二、美国行政立法前评估的控制机制	151
三、澳大利亚行政立法前评估的控制机制	153
四、加拿大行政立法前评估的控制机制	154
五、中国行政立法前评估的控制机制设想	155
第三节 运用可行有效的评估方法	158
一、成本效益分析法	159
二、成本效果分析法	162
三、成本评估法和效益评估法	163
四、风险分析法和风险—风险分析法	164
第四节 把握评估质量的其他环节	168
一、数据收集和使用	168
二、一般性评估指标的确定	172
三、评估时间和范围	174
四、公众参与的创新	176
结 论	182
参考文献	184
致 谢	192

第一章 导 论^{〔1〕}

“凡事预则立，不预则废。”

——《礼记·中庸》

行政立法前评估的含义，是指对即将拟定的行政立法方案就其立法必要性和实施后可能带来的正面或者负面影响等问题，通过定量和定性分析方法所进行的事先评估和预测。

近二十年来，世界范围内的政府行政管理改革中，规制治理的改革最受人关注，自从1995年经合组织理事会发布了《提高政府规制质量建议书》后，很多国家都持续开展了规制治理工作，规制的主要内容就是行政立法。规制治理的主要目标是实现规制政策的效益最大化，为此目的而采取的主要手段之一就是规制影响评估制度，而这项制度在众多的国家迅速推广，表明了这种工具对政策制定的重要影响。行政立法前评估就是规制影响评估制度的一部分，笔者认为在当前中国研究行政立法前评估制度在理论和实践上都有很重要的意义。本章首先提出行政立法存在的一个问题进而指出本书研究主题的意义，然后辨析了有关概念，汇总了国内外的研究进展，最后介绍了本书的研究目的和研究方法。

〔1〕 本章内容吸收了作者发表的一篇文章成果，见李向东：“行政立法前评估制度初探”，载《中国行政管理》2013年第3期。

第一节 问题 and 研究意义

本书对二十多年来的行政法规的立法数据做了一个初步的抽样统计，下列两个表〔1〕向我们展示了两种信息：

第一个是制定行政法规的数量变化。

表 1 行政法规制定数（1987—2012 年）

年 份	1987	1994	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
行政法规数量	76	40	29	30	30	22	19	25	

第二个是行政法规年度计划和实际完成情况的对比。

表 2 行政法规年度一档计划及其实际完成数量对比表（1987—2012 年）〔2〕

年 份	1987	1994	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
一档计划件数	58	55	33	44	47	37	38	28	33
一档计划实际完成	31	10	8	12	16	8	8	17	

从表 1 可以看出几个特点：

1. 20 世纪末的十多年总体上行政立法数量相对多，平均每年立法数量在 40 件以上，是加快立法进程的时期，在某种程度上，速度放在更为优先的位置；而在进入 21 世纪，行政立法逐渐放慢节奏，年均数量降到 30 件左右，2010 年还不到 20 件，有关政府文件表明国家今后将更加注重立法的科学化，质量优先。

〔1〕 作者注：（1）资料统计来自历年《中国法律年鉴》和网络公开信息。（2）表 1 中行政法规的数量和表 2 中一档实际完成数量之间的差异，主要因为二档立法项目提前完成或者计划外立法项目造成的立法数量额外增加。

〔2〕 李向东：“行政立法前评估制度初探”，载《中国行政管理》2013 年第 3 期，第 36 页。

2. 行政立法数量逐渐减少表明：一方面立法体系逐渐完成，数量要求降低；另一方面，在社会主义市场经济建设中，更加注重研究、思考政府和市场的关系，似乎体现出一种从加强规制到放松规制的转变，与美国和欧洲国家在 20 世纪 70 年代的情境类似。

3. 其中 1997 年和 2001 年行政立法数量较多，有特殊原因。1997 年，为对付金融危机，加强宏观调控和金融监管，确保金融稳健、高效、安全运行，制定修改了相关法律法规；为扩大对外经济交流与合作等，出台了一些法律法规。2001 年，为适应我国加入世界贸易组织进程的需要，根据世界贸易组织规则的要求和我国入世谈判中对外所作出的承诺，在坚持我国宪法确定的国家制度和社会制度的前提下，按照既要履行义务、又要维护自身利益的原则，制定或者修订了一系列法律法规。

从表 2 可以看出，总体来说，立法大都没有按照计划执行，这表明研究论证立法项目时出现了问题，笔者的理解是立法计划几乎没有进行过真正的必要性和可行性评估。虽然 2011 年计划完成有了一个非常大的提高，似乎跟压缩计划数量以及提前做好准备工作有关系。但是，这不能得出结论说，这一年的行政立法质量就一定好于往年。

对于中国法律法规的制定和实施效果，从商业界的评论来看，还是颇有微词的。2012 年度《欧盟企业在中国建议书》上指出，“在中国商业环境下要求提高法治化水平及规制透明度的呼声日益高涨。在每年发布一次的《商业信心调查》中，欧盟商会会员认为加强‘法治/政策制定与实施的透明度’有可能成为推动中国未来经济发展的最重要因素”。^{〔1〕} 同年的《中国商业环境调查结果》指出，“虽然中国的法律法规大部分由中央政府制定，其实际执法和法律实施则由省级和地方机关进行。地方机关常常对法律有不同的解读，导致具体执法也多有差异。除此之外，许多公司还担心外资企业会比中国企业面临更严格的执法标

〔1〕 欧盟中国商会网站 http://www.euccc.com.cn/upload/media/media/28/Executive_Paper_CN%5B777%5D.pdf, 2013 年 11 月 12 日查阅。

准。因此该问题自 2008 年以来便重新进入了我会会员公司关注的前十大问题之列”。〔1〕

法律法规制定后不能有效实施，现实生活中显规则束之高阁，潜规则大行其道，这就是所谓的“规制失灵”，有很多原因。本书基于研究目的，侧重从行政立法的角度来思考和反省，行政立法本身在这些法规规章措施的制定必要性、可行性、有效性论证上出现了问题。笔者认为一个重要的原因就是缺少认真科学的行政立法前评估。所以，在行政立法起草前开展有效可行的行政立法前评估是当前提高行政立法质量的迫切需要。

第二节 概念的辨析

我们从行政立法的含义开始，探讨行政立法评估和规制影响评估的概念。

行政立法是什么含义。百度百科采纳了这样的界定：“行政立法是指有权行政机关依照法定程序，在自己的职权范围内制定并颁行有关行政管理事项普遍应用的规则的活动。”〔2〕理解起来，就是国务院制定行政法规、国务院各部门制定部门规章、省级政府和有制定权的市政府制定地方规章的行为。

有的行政法学者总结出了四种含义〔3〕：“第一种理解，是相对于经济立法的行政立法，由全国人大在行政领域制定的法律和法律性决定；第二种，是国家行政机关就行政管理方面制定的法律规范；第三种，国家行政机关制定的各种规

〔1〕 美中贸易全国委员会网站 <https://www.uschina.org/public/documents/2012/11/2012-member-survey-chinese.pdf>，2013 年 11 月 12 日查阅。

〔2〕 <http://baike.baidu.com/view/35749.htm>，2013 年 11 月 16 日查阅。

〔3〕 应松年主编：《行政行为法》，人民出版社 1992 年版，第 40 页。

范性文件；第四种，行政机关制定行政法规、规章、规范性文件的活动。”〔1〕当然也有学者从批判的眼光提出了别样的观点，让笔者有了新的看法。一位年轻学者认为，规范性文件能否直接约束公民的权利义务，目前没有禁止性规定，就其规则制定权力来说，有些行政规范性文件应该进入行政立法范畴。理论界如果仅仅根据《立法法》的规定来被动的理解行政立法的含义，应该算作丧失了学术研究和争鸣的勇气〔2〕。这位学者又通过对《国家行政机关公文处理办法》列举规定的13种公文形式〔命令（令）、决定、公告、通告、通知、通报、议案、报告、请示、批复、意见、函、会议纪要〕的分析得出结论，除议案、不相隶属的机关之间的函和下级对上级的报告与请示显然与行政立法无关，其他9种形式，都有可能涉及行政立法。该学者最后天才地设想，通过正式程序和非正式程序制定的行政立法，以及外部和内部行政立法的划分，为规范性文件寻找位置。

在我国，存在大量的管理政策、规范措施或者办法等，没有行政法规和规章的效力，但是其中有些涉及公众切身利益的权利义务条款，对公民个人的影响程度非常大，甚至严重侵犯公民的权利，以至于个别受害人走上了上访之路〔3〕。每一项措施和规定出台前，都应该做好论证工作，以查验措施和规定是不是侵犯了群众的根本利益，比如重大行政决策必须进行社会风险评估，就是政府的一种回应。为了理论研究和实践探索的便利，应当将社会生活中实际存在的情况都考虑进去，扩宽行政立法的外延。“把规范性文件排除在行政立法范畴之外，这种区分高低层级的做法应该看做是权力本位的思维逻辑。”〔4〕有些学者在研究探讨有关问题时已经采取了相似的态度〔5〕。

国外并没有行政立法这样的表述，但是有委托立法和职权立法的概念。英国、美国、日本等国基本上采用委托立法的形式，从理论上说，这些国家的委托

〔1〕 刘莘：《行政立法研究》，法律出版社2003年版，第3页。

〔2〕 <http://www.haishu.gov.cn/info.asp?ID=5788>，2013年3月14日查阅。

〔3〕 李向东：“行政立法前评估制度初探”，载《中国行政管理》2013年第3期，第35页。

〔4〕 同上。

〔5〕 王锡锌主编：《行政过程中公众参与的制度实践》，中国法制出版社2008年版，第1页。

立法理论来源是三权分立,除非得到议会的授权,议会之外的机构就没有立法权。英国的委托立法,从范围上比美国的委托立法要大得多,甚至包括符合一定条件的法院秩序规则、社会团体规则等。法国宪法规定中央政府享有固有的立法权限,因此,中央政府不需要专门的法律进行授权,直接享有立法权限,这就是所谓的职权立法。

西方国家政府及其部门制定法规或者具有普遍约束力的规定,从相关文献中的用词是:rule-making 和 regulation-making。西方主要国家致力于政府治理改革,改进政府治理的效率和效果,主要手段就是进行法规规章的立法前评估,提高规制质量,称为规制治理改革(regulatory governance reform)。Regulation 就成为一个使用率很高的词语。中国已经在法规翻译中的官方英文译本中将行政法规固定译为 administrative regulation,规章固定译为 rule。所以,当国外政府规制治理改革从 20 世纪八九十年代风起云涌,regulatory、regulation 以及 rule 之类的词语不断引进国内需要从英文翻译成中文时,国内法学界一时不知如何翻译好了。

这就涉及这个词的译法。起初,人们见仁见智,笔者曾经考察论证过这个词的翻译,并在中国政府法制信息网和有关出版物上探讨过^[1]。从西方有关词典和文献中的解释来看,规制是一个含义很广的词,主要范围就是政府部门制定的从属立法,包括但不限于法规、规章、规范性文件、标准和措施办法等具有普遍约束力的行为。美国宪法行政法学者葛维宝教授在给笔者的一封邮件回复中,认为规制可以理解为用于各种目的政府政策统称,包括规章、标准、法定要求等形式^[2]。规制的译法具有包容性,所以逐渐为越来越多的国内法律学者所接受。

在分权制的国家,政府治理改革主要涉及政府法规规章和政策的治理改革,不属于其理念上的立法概念,所以用规制的概念。评估一项规制措施的必要

[1] 参见吴浩、李向东:《国外规制影响分析制度》,中国法制出版社 2010 年版,第 2 页,以及 <http://www.chinalaw.gov.cn/article/jggz/ysyd/llyj/200903/20090300129176.shtml>。

[2] 美国耶鲁大学葛维宝(Paul Gewirtz)教授。

性和实施性，称为规制影响分析（regulatory impact analysis）就不难理解了。如果将行政法规和规章之外的规范性文件、政策措施等纳入行政立法的范围，行政立法的外延和西方的规制概念就有了很大的重叠，将二者类比就非常容易了。在本书行文表述中，除非特别说明，法规、规章的概念在理解上与规制的概念可以相通，而行政立法评估和规制影响评估也可以通用理解。

“规制影响评估制度，就是对拟定的或者已经发布的规制政策和方案产生的影响进行分析和估计的政府决策工具，其适用范围应当包括规制方案酝酿、规制方案形成和规制实施后的全过程。”〔1〕这个过程包括了前评估、过程评估和后评估：“1. 对于拟定立法事项，提出备选方案及对各自效果进行对比性评价。2. 对于立法草案，依据一定标准，审核其成本效益等问题。3. 对于已生效法律法规，进行持续的或者阶段性的实际效果评估。”〔2〕规制影响评估的产生原因，是在法规制定前需要做一个成本和效益的预测分析。

通过上述概念辨析，行政立法前评估和规制影响的前评估在本书语境下是基本相通的，其含义就是本章开篇的第一自然段。

另外需要指出的是，关于行政立法概念的研究，需要从法理基础理论的创新和立法实践的演进来找到合适的语言表述和含义界定，才能推动行政法学的进展，如果仅仅是语言上的所谓学术操练，无助于中国的行政法治建设及其理论研究。

〔1〕 李向东：“行政立法前评估制度初探”，载《中国行政管理》2013年第3期，第36页。

〔2〕 吴浩、李向东：《国外规制影响分析制度》，中国法制出版社2010年版，第4页。

第三节 国内外相关文献综述

一、国外文献

(一) 美国

美国是最早实施规制影响评估的国家,政府规制理论研究和实践在20世纪六七十年代,首先始于经济学界,代表性学者有斯蒂格勒、佩尔兹曼和卡恩等,逐渐在西方行政法学界占据重要一席^[1]。经过多年实践,形成了完善的规制影响评估制度,在实践中取得了很好的成绩。

联邦政府的法案和政府命令是规制影响评估的制度基础。1993年第12866号令,要求对拟定的行政立法项目进行规制影响评估。前后几任总统均延续了这样的规制改革。2011年,奥巴马总统第13563号令也重申了第12866号令确定的制度,确保立法的成本有效性,减少对社会经济的负担,同时也增加了后评估制度的内容。早在1996年,管理和预算办公室还发布了评估方法指南。

美国国会20世纪90年代中期以后才开始重视规制影响评估制度。1995年国会众议院政府事务委员会^[2]专门针对成本效益分析举行过一次听证会,并通过了《1995年风险评估和成本效益法案》^[3]。此后国会又先后通过了《无配套经费的授权命令改革法》(2000年)^[4]、《小企业规制实施公平法》(1996年)、《规制灵活性法》(2000年)^[5]、《诚实规制法》(2000年)等,在法律层面构

[1] 潘伟杰:《制度、制度变迁与政府规制研究》,三联书店2005年版,第15页。

[2] House Governmental Affairs Committee

[3] Risk Assessment and Cost-Benefit Act of 1995

[4] 具体内容参见Jeffrey S. Lubbers, A Guide To Federal Agency Rulemaking, ABA Publishing, 2006, p258.

[5] 同上, p255.