

我们所知道的法律和不知道的法律^{*}

——法律经济学一个分析框架

席 涛

摘 要:中国框架式立法,普遍缺少对经济、社会和环境的影响评估及法律法规的成本和效益分析,形成了“一法四配套”的法律特征。它削弱了法律的权威性和强制作用,强化了行政主导和自由裁量权。事实上,法律中的公正和不公平、权利和义务,受制于成本与效益;经济中的增长与就业、价格与财政,需要法律规制。应当强调实施立法前和立法后的法律法规对经济、社会、政府、企业 and 个人的影响评估,注重分析法律法规的成本和效益,提高法律的技术性和操作性,用法律保障中国经济社会的安全和稳定。

关键词:影响评估;成本—效益分析;法律操作性

如果从法律经济学视角理解法律,法律是社会重大的制度设计和制度安排,是对社会稀缺资源的市场配置的重新调整和分配,目的是给社会经济提供安全保障和稳定预期。因此,法律直接规范社会经济的运行方式、运行方向和运行效率,直接或者间接影响政府、企业和个人的行为方式和行为选择。但是,如果立法时缺少法律对经济、社会、政府、企业 and 个人的影响评估,缺少法律成本和效益的分析,立法影响分析的理论支撑薄弱,即使立了法,法律只是框架性规定,本身非常原则和抽象,实践中也会遇到执法和守法的障碍。为了填补法律框架的七棵八柱,必须具备相关的配套措施,包括法律的司法解释、行政法规、部委规章和地方性法规,简称“一法四配套”。

于是就有了我们所知道的法律和不知道的法律,我们知道一件法律,但我们不知道有多少件相关配套措施,尤其是部委的规章、指引、办法、决定、通知等等(指引、办法、决定、通知等,社会上称为“红头文件”),这个链条到底横拉多宽,纵深多长,我们并不知道。事实上,如果没有“一法四配套”的相关配套措施,有些法律只能是纸上的法律,缺少实证性、技术性和操作性,根本无法执行。如何提高我们知道的法律的技术性和操作性,减少我们不知道的法律的相关配套措施,本文从法律经济学的视角,试图回答这个问题。

本文的结构是这样安排的:第一部分,首先从几部法律制度设计的争论提出问题,立法缺少法律对经济、社会和环境的影响评估,缺少法律的成本与效益的分析,框架式立法形成了“一法四配套”的特征。第二部分,理解法律经济学的相关文献,阐述法律对经济、社会和环境的影响评估以及法律的成本与效益分析的理念、原则、程序和方法。第三部分,简析国务院和地方在法律法规评估试点中的特征与问题,强调立法影响评估的重点与分类。最后是结论与建议,如果法律的影响评估和法律的成本与效益分析能够成为法律制定的原则、程序和方法,将是中国立法史上的一次制度化、程序性、方法论的实践与探索。

作者简介:席涛,经济学博士,中国政法大学教授,博士生导师。

^{*} 本文为席涛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”(项目编号:08AJY037)和北京市重点交叉学科“法律与经济”项目的阶段性成果。本文为中国政法大学“法和经济学研究中心”主办的 2009 年 9 月 18 - 19 日的国际研讨会“法和经济学的视角:经济增长的动力”上的主题报告。

一、问题的提出

法律是一种重新调整资源配置的制度设计和制度安排,通过法律制度的成本与效益的传导机制,法律直接或者间接影响政府、企业、个人的行为和预期。从法律经济学视角理解法学理论与法律制度,一方面,法学理论在分析、讨论和研究具体的法律规范和法律制度时,注重法律的合法性、公正性和必要性,法律对经济、社会和环境的影响评估,法律的成本与效益分析相对较少。另一方面,以合法性、公正性和必要性为主的法学理论支撑的法律,在设计具体法律制度时,明显感到实证性、技术性和操作性不足,中国法律就有了框架性和授权性的特征。这就是我们提出的问题。以下,仅以四件法律中规定的具体制度为例,讨论上述问题。

(一)市场和政府的边界和权限划分,是市场经济的基本问题。虽说市场和政府的边界是随着经济社会的发展不断变化和调整的,但“市场失灵”是划分市场和政府边界的基本观点。《行政许可法》规定的市场和政府的边界不清,缺少支撑性制度设计和制度安排,有几个问题值得商榷和探讨。

首先,“市场失灵”是政府与市场划分的基本边界。中国的《行政许可法》是世界上第一部行政许可法,立法宗旨是希望这部法律界定政府和市场的关系,减少行政许可对市场的干预。但《行政许可法》没有以经济学的“市场失灵”理论作为理论支撑,行政许可的列举式排除法条款对不同的行政机关有不同的设定行政许可的理解与解读。《行政许可法》第13条规定:“本法第12条所列事项,通过下列方式能够予以规范的,可以不设行政许可:(一)公民、法人或者其他组织能够自主决定的;(二)市场竞争机制能够有效调节的;(三)行业组织或者中介机构能够自律管理的;(四)行政机关采用事后监督等其他行政管理方式能够解决的。应松年教授认为,“这四条原则规定,契合了现代政府只能局限于弥补社会不能和市场失灵的职能定位上的基本要求。”^{[1](P.38-39)}周汉华认为,“行政许可法就把4个原则规定在了第13条,应当说是一个很大的亮点。”^{[2](P.29)}

笔者认为,这4项规定,尤其是“市场竞争机制能够有效调节的”的规定,其理论基础和实践基础的立法支撑不足。因为我国现在没有一部关于市场竞争机制定义和范围的法律,也没有一部法律中有相关市场竞争规定的条款,即法律没有规定市场该做什么和不该做什么。但“市场失灵”的界定和范围却是市场经济国家的政府与市场边界的理论基础、实践基础和立法支撑。然而,行政许可法没有界定“市场失灵”的概念和范围,因此,这条规定就成为空中楼阁。

其次,行政许可的设定、实施、修正和废止的评价标准和方法是什么?该法第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。这条规定设立了两个评价主体,基本规定是积极的。但是,判断行政许可的基本标准是什么?评价行政许可的指标体系又是什么?行政许可法并没有规定。

第三,行政许可法与其他法律的关系如何处理?行政许可法在政府行政许可意义上讲,应该是一般法,其他各类法律中规定的行政许可应该被视为特别法,按照立法法规定,特别法优先一般法。因此,是否需要修改或者废止特别法中规定的行政许可?我们现在有市场准入类的法律分散于公司法、银监法、证券法、环保法等等。这些法律基本规定了行政许可或者授权执法主体设定行政许可,这就与行政许可法的规定产生了冲突。

从法律经济学的视角看,行政许可法没有解决两个最根本的问题:第一,市场机制与行政许可之间没有明确的界限标准;第二,行政许可与存在的必要性没有评价标准。这两个标准确实是行政许可法的

如美国12866号行政命令规定的政府干预是“市场有重大的失灵”;欧盟Impact Assessment Guidelines SEC(2009)92规定政府干预是“市场失灵”,并简要分析了市场失灵的原因类型和政府干预的程序和方法。

立法基石。尽管行政许可法 12 条列出了设定行政许可的范围,但那是国家生存发展的大政方针、国家安全、经济安全、国有经济发展的底线,在中国法律语境下,放在任何一件法律中都是适用的。由于行政许可法缺少最基本的判断标准和评价标准,没有分析行政许可对经济、社会和环境的影响,其没有分析行政许可对政府、企业和个人的影响,其理论支撑非常薄弱。行政许可是行政机关最基本的权利,是依法行政干预市场的基本工具,是行政机关自由裁量权的集中体现。因此,市场失灵需要政府行政许可干预的并未提及,如垄断导致的行业准入、退出和价格管制,行业准入限制导致的煤电油运缺乏竞争机制;如负的外部性产生的环境污染,企业成本转嫁为社会成本,需要政府埋单;如信息不充分、不对称导致的银行呆坏账,需要政府注资消化;如对公共产品的政府投入不足,导致的教育、医疗、卫生和社会保障体系滞后,等等。

笔者认为,行政许可的设定、修改和废止应当与中国经济发展的阶段相适应,与中国市场经济完善程度相适应,与矫正“市场失灵”的范围相适应。判断行政许可设定的相适应的标准是,行政许可是否维护了社会公正、是否改善了竞争秩序、是否扩大了供给与需求、是否增加了社会就业机会。因此,设定行政许可,必须对该行政许可进行经济、社会和环境的影响评估,必须进行行政许可的成本效益分析。

(二)竞争秩序是市场经济有效运行的基本条件,《反垄断法》是维护竞争秩序的制度保障。《反垄断法》虽然建立了禁止垄断行为的三大制度,但框架性粗线条立法结构,缺少支撑性措施,反映了立法方法和立法技术的滞后。

从法律经济学视角分析,支撑反垄断法的经济学理论,包括竞争与垄断理论、不完全竞争与市场结构理论、完全垄断与寡头垄断理论、监管政策与产业政策,反垄断法的中国国情包括国有经济、行政垄断等。

《反垄断法》第 3 条规定的垄断行为包括:一是经营者达成垄断协议;二是经营者滥用市场支配地位;三是具有或者可能具有排除、限制竞争效果的经营者集中。反垄断法的这三条规定,建立了禁止垄断行为的三大支柱。这三大支柱,从理论与实践上看,涉及供给与需求、价格与产量、市场集中度、市场份额和营业额,这些都是具体的数量指标。一个经营者的市场份额占到市场份额的百分之多少,或者营业额占市场营业额的百分之多少,就具有垄断行为?各个产品、各个行业由于生产和消费的不同,是否以相同的市场份额或者营业额还是以不同的市场份额或者营业额,划分垄断行为的标准?这些指标的量化与规定,是反垄断法的基础。如果具有市场垄断的垄断者,利用垄断协议、滥用市场支配地位,设置障碍排除其他企业进入而限制了竞争,市场的直接反应就是市场供给和需求发生变化,引起价格波动,竞争秩序受到影响,价格在配置资源过程中发生扭曲,消费者利益受到损失,减少了社会福利。

在反垄断法的三大支柱中,尤其是经营者集中,直接通过三种方式限制竞争,一是经营者合并,二是经营者通过扩大股权或者取得资产的方式取得对其他经营者的控制权,三是经营者通过合同等方式取得对其他经营者的控制权或者能够对其他经营者产生决定性影响。这三种方式核心就是,经营者通过直接或者间接的产权、股权和产品组合,达到了决定市场供给、需求和价格的垄断行为。

经营者集中涉及两个关键性问题。第一,份额问题。经营者集中申报的份额问题涉及是市场份额还是市场营业额,是国内标准还是全球标准,是发展中国家标准还是发达国家标准,是兼顾国家经济安

查阅相关反垄断法学术论文,参与讨论、修改反垄断法的教授论文,主要论述的还是反垄断的必要性、原则、制度等。如王晓晔的“我国反垄断法草案中的几个问题”,载《中国工商管理研究》2007年第6期,第25-27页。盛杰民和叶卫平提出了一种新的效率价值概念,理论上可以探讨,但还未有理论上的共识和实践中的基础,不能直接作为反垄断法的理论基础。盛杰民和叶卫平是这样论述的,“我国流行的以竞争作为反垄断法的特有价值并用经济学上的有效竞争理论解释竞争的概念等做法有失偏颇。对竞争作为传递反垄断法其他价值的手段应该重新认识。竞争理论、交易费用经济学以及管制经济学都应当成为影响反垄断制度供给的理性认识。对于反垄断现象的解释和评价应该回归到效率价值上来。”见盛杰民和叶卫平:“反垄断法价值理论的重构——以竞争价值为视角”,载《现代法学》2005年第1期。时建中很客观地指出,“粗线条立法是我国反垄断法的特点之一。我国是一个没有反垄断传统并鲜有反垄断执法经验的国家,采取粗线条立法模式不仅无奈,而在较大程度上是一种积极的选择。因此“我国的《反垄断法》目前只有57个条文,可能是全世界篇幅最小的反垄断法典。”见时建中:“我国反垄断法的特色制度、亮点及重大不足”,载《法学家》2008年第1期。

全标准还是市场经济指标标准。这些标准的立法视角是不同的,设计和衡量的指标体系也就不同。

第二,影响分析。影响分析涉及反垄断法规定的审查经营者集中的因素,包括经营者集中对市场进入和技术进步的影响、对消费者的影响、对产业结构的影响、对国民经济发展的影响等。经营者认为经营者集中并没有排除和限制竞争,就必须能够证明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。这些规定,如果没有相关市场数据支持、没有市场细分下的市场份额标准、没有依据这些数据建立的经济模型分析标准得出有关垄断市场份额、市场集中度的数据,那么又如何能够证明集中对竞争产生的有利影响明显大于不利影响呢?在对可口可乐并购汇源案的禁止集中的三个理由评价中,黄勇认为,“我没有看到任何具体的商业信息和具体的数据以及经济学的分析推导的具体方法,包括它的相关市场的分析方法,我个人不能有一个主观的判断。”^[31]

显然,要使反垄断法增加针对性和操作性,加强反垄断法的经济、社会和环境的影响评估,至关重要。

(三)立法的宗旨与法律出台时机、公众舆论和社会影响发生严重分歧,《企业破产法》中破产企业的银行担保债权与职工劳动债权哪个优先清偿争论激烈,时隔两年第三次审议,新老划断确立银行担保债权与职工劳动债权的清偿顺序。

2004年6月《企业破产法》修改草案进入人大常委会一审程序。1986年颁布《破产法(试行)》只适用于国有企业。1999年修订的《民事诉讼法》第十九章规定了企业法人破产还债程序,这两件法律初步形成了我国的破产法律制度。1994年开始组织起草新的破产法到2004年6月人大常委会一审,社会上称之为“十年磨一剑”。《企业破产法》一审上会后,银行担保债权和职工劳动债权在破产清算顺序中哪个优先偿还,成为社会关注和理论激辩的焦点。

一种意见认为,《企业破产法》是保护银行有担保债权的最后一道防线,银行有担保债权优先偿还。如果职工劳动债权优先于有担保债权的清偿顺序,这种制度将会使担保债权落空,动摇担保制度的基础,危害市场经济的交易安全,也会使困难企业更难得到贷款。职工劳动债权应由社会保障法、劳动法调整和社会保障体制解决。这种意见主要以金融业从业者和部分学者意见为主。

另一种意见认为,职工劳动债权应优先于银行担保债权清偿。劳动债权,是指因为企业拖欠职工工资、劳动保险费、因企业破产解除劳动合同而应支付给职工的补偿金等所发生的职工享有的对企业的请求支付的权利。职工劳动债权是最基本的生命权、生存权,劳动所得应该受法律保护。劳动债权优先受

王晓晔论述道,“《反垄断法》第21条要求达到一定标准的企业并购进行申报,但却没有规定具体的申报标准,主要原因是全国人大常委会在对该法的审议过程中,委员们对国务院提交草案中的申报标准有着太大的争议。……鉴于各方面对申报标准有不同意见,同时考虑到经营者集中的申报标准应当随国家经济发展不断作出适当的调整,全国人大常委会法律委员会建议,对经营者集中的具体申报标准由国务院作出规定并适当调整。见王晓晔:“中华人民共和国反垄断法中经营者集中的评析”,载《法学杂志》2008年第1期。Einer Elhauge, Why Above - Cost Price Cuts To Drive Out Entrants Are Not Predatory—and the Implications for Defining Costs and Market Power, THE YALE LAW JOURNAL, 2003, Vol 112, No 4.

Einer Elhauge认为,何为“重大”或“实质性”的垄断力量?在美国有两种影响广泛的观点,一是 Landes and Posner的观点,考查单个企业面临的需求曲线的弹性;二是市场份额问题,美国法院认为90%的市场份额足以构成垄断,60-64%的市场份额接近垄断,而33%的市场份额不足以构成垄断。但以上两种方法各存在弊端。见 Einer Elhauge, Defining Better Monopolization Standards, STANFORD LAW REVIEW, 2003, Vol 56, No 2, pp253 - 344.

相关观点如,周小川认为,“在清算顺序上如果比较照顾职工劳动债权的优先次序,当然也有社会和政治方面的意义。但是,需要注意的是,社会保障应该由社会保障制度解决的,要通过良好的退休金体系、医疗保障体系、社会保障体系和失业保障制度,落实劳动者权益等来解决。《破产法》理应规范破产程序,强调公平清偿债权、保护债权人利益。不同的问题需要依靠不同的规则制度来实现。见周小川:“金融改革期待新《破产法》”,载《财经界》2005年第1期;王欣新主张,“对破产企业失业职工的救济、安置问题必须妥善解决,在一定意义上,它体现着对社会整体利益的考虑,但这个问题不应在新破产法中规定,因为其根本不属于破产法的立法范围,而是社会保障法的调整范围。破产法并不是对破产企业失业职工的社会救济法。如果将这一问题直接或间接规定在破产法体系中,必然会造成立法体系与调整内容的混乱。见王欣新:“论破产立法中的经济法理念”,载《北京市政法管理干部学院学报》2004年第2期;王利明从七个方面阐述了担保物权清偿优先于劳动债权清偿的理由,包括,第一,此种做法将会危害交易安全。第二,此种做法将损害银行利益和金融秩序。第三,此种做法最终也会损害企业自身的利益。第四,此种做法从长远来看也会大幅增加交易成本,不利于经济发展。第五,此种做法实际上将政策性破产的做法全面适用于所有的企业。第六,此种做法也可能会加剧拖欠劳动债权现象。第七,此种做法与国际上大多数国家的通行做法不符,并将与整个物权的法的基本原则发生冲突和矛盾。见王利明:“关于劳动债权与担保物权的关系”,载《法学家》2005年第2期。

偿不会动摇担保制度,企业破产受损害最大的是破产企业的职工。职工工资、社会保险费被拖欠,严重的已经影响了社会稳定,企业可以破产但不应该让职工破产。这种意见主要以中央政策研究部门、劳动保障部、全国总工会和社会舆论为主。

第三种意见,称为折中说。在《企业破产法》中,劳动债权原则上只能作为一般优先权,而不能优先于担保物权实现。当然,如果确实考虑到我国正处于生活转型期,从维护社会稳定考虑,需要各方面共同分担社会过渡时期内的改革成本,那么也要对优先于担保物权的劳动债权的种类、期限加以严格限制,我们认为,对优先于担保物权的劳动债权只能限于一定时期内工人的平均工资债权^{[4](P.15)}。李曙光认为,“注重平衡担保债权与职工债权之间的关系。运用中国式的立法智慧,解决经济转型期的此类特殊问题,并同时强调依法保障企业职工的合法权益。”^{[5](P.110-113)}

清偿顺序的实质是,既要尊重《企业破产法》的立法宗旨,也要从国情出发,平衡债权人利益关系,使各方债权人利益得到适当保护。问题是,到 2004 年《企业破产法》审议前,我国到底有多少破产企业?关联多少企业职工?需要偿还多少劳动债权和银行担保债权?国家财政是否有这些政策性破产的财政安排?或者是中央财政与地方财政各负责其资产所有的破产企业的职工债权?《企业破产法》既是市场经济中优胜劣汰的企业退出的制度设计,也是职工失业丢饭碗的制度安排。我们认为,从《企业破产法》对经济、社会影响分析来看,中国制定《企业破产法》需要讨论以下问题:

第一,破产法在西方市场经济国家是一个自然发展的历史过程,对我们来说却是一步跨越几百年。我们建设社会主义只有 60 年的历史,改革开放只有 30 年的实践,1992 年中央确立建设社会主义市场经济到 2004 年只有短短的 12 年,2002 年十六大文件宣布建立了初步的市场经济至今还不到 7 年,我们仍处在进一步完善市场经济的建设中。在这样一种体制转型过程中,我国制定《企业破产法》,遇到西方市场经济国家破产法理论和实践中从未听说过的概念、从未讨论过的问题和从未处理过的困难。在社会主义市场经济体制下制定企业破产法,是一种前所未有的探索和实践。成熟市场经济国家的企业破产法,只能起到参考、借鉴和消化的作用,切不可照抄照搬。

第二,西方市场经济国家的破产法理念、宗旨、条款,没有遇到中国《企业破产法》所要处理的如国有企业改革、工资拖欠、改制下岗等问题。同时,西方市场经济国家已经建立了比较完善的社会保障体系,社会保障支出占财政支出的比例,美国大约 33%,西欧大约 40%,北欧大约 60%。中国还未制定社会保障法,社会保障体系不完善,覆盖面非常有限,面临破产的企业拖欠职工工资却形成常态。

第三,中国制定《企业破产法》,不仅要考虑《企业破产法》的法理基础,也要兼顾中国社会转型时期的政治成本、经济成本、心理承受成本与收入分配问题。

从 2004 年一审到 2006 年通过《企业破产法》,在两年的时间内,各方不断交换意见、推出公司治理指引、实施再就业工程、提高财政积累、完善社会保障体制、清欠拖欠的职工工资等等,为《企业破产法》出台铺平道路。同时,选择了《企业破产法》出台的最好时机。我国宏观经济处于高位较快增长期,GDP 年均增长率 10% 以上,财政收入年均增长 22% 以上,社会保障制度不断完善,就业机会增多,实施《企业破产法》的时机较为成熟。时隔两年,各方意见基本达成一致,采取新老划断的折中办法,确立了

郭军(全国总工会条法司)则从四个方面阐述了劳动债权优先清偿的法律、政治和经济意义,他认为,“一种意见认为,若将劳动债权放在有担保的债权之前清偿会使担保债权落空,动摇担保制度的基础,危害交易安全,也会使困难企业更难得到贷款。不能够因为一部《企业破产法》而推翻了《担保法》,破坏了市场经济秩序,打击社会交易的信心,影响经济发展,发展才是硬道理。笔者认为,这样的说法是危言耸听,《企业破产法》应当也必须充分保护职工的合法权益和合理利益。(1)劳动债权优先受偿不会动摇担保制度。(2)优先清偿劳动债权的规定不是权宜之计。(3)优先清偿劳动债权的规定符合国际惯例。(4)优先清偿劳动债权不会妨碍经济的发展,影响交易的安全。”见郭军:“新《破产法》关于职工权益保护的制度设计评析”,载《中国工运》2006 年第 12 期。陈小洪(国务院发展研究中心)也坚持劳动债权优先清偿的观点,“建议确立劳动债权有限优先的原则,即通过对劳动债权优先清偿的范围、时间和数量的具体规定,允许符合一定条件的劳动债权优先清偿,既有利于解决欠薪欠社保问题,又能维护担保物权优先制度的建立和完善,促进社会和谐。”见陈小洪:“关于确立破产财产清偿只能给劳动债权有限优先原则的建议”,载国务院发展研究中心《调查研究报告》2005 年第 12 号。

破产清偿顺序制度,即《企业破产法》公布之前形成的职工工资拖欠,必须优先清偿给职工,即使设定了担保权的财产也要随后清偿。因为这是历史遗留的问题,历史欠账是一个定量,其优先于银行担保债权清偿,可能带来的社会风险基本上是可预期、可控制的。《企业破产法》公布后形成的拖欠职工劳动债权,则是银行担保债权优先清偿,职工劳动债权只能通过无担保的财产清偿,通过劳动法和社会保障制度建设,保护劳动者利益。

(四)重大制度设计安排缺少实施机制,已经试点和实践的相关经验教训未能为设立法律制度提供理论支撑与实践支持,金融法中遇到具体制度设计和操作性规范,以“国家另有规定的除外”条款而委托授权。

金融业的分业经营与综合经营,既是金融体制设计的重大制度安排问题,也是防范金融风险的重大实践问题。《商业银行法》、《证券法》和《保险法》的修改,涉及分业经营与综合经营、现货交易与融资融券、期权期货交易三个重大制度设计问题,原来银行法、证券法和保险法是禁止性规定,即我国金融业实行分业经营、证券现货交易、证券机构不得融资融券^[6](P. 615 - 616)。2003年修改的《商业银行法》第43条规定:“商业银行在中华人民共和国境内不得从事信托投资和证券经营业务,不得向非自用不动产投资或者向非银行金融机构和企业投资,但国家另有规定的除外。”2005年修订的《证券法》第六条规定:“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。”第42条规定:“证券交易以现货和国务院规定的其他方式进行交易。”第142条规定:“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。”2009年2月修订的《保险法》第八条规定:“保险业和银行业、证券业、信托业实行分业经营、分业管理,保险公司与银行、证券、信托业务机构分别设立。国家另有规定的除外。”

也就是说,《商业银行法》、《证券法》和《保险法》的制度立足银行、证券、保险和信托分业经营、机构分别设立,考虑综合经营的发展趋势,以“国家另有规定的除外”方式,为金融机构综合经营预留了发展空间。现实中,原来法律规定的实行严格分业经营的做法在实践中已经被突破,光大集团、中信集团和平安保险集团在集团控股下综合经营的模式已经试点10多年。2004年国务院已经批准商业银行可以试点成立证券投资基金管理公司,批准保险资金按比例直接进入资本市场购买股票。金融业专家、学者从趋势性、必要性和效率上论证我国金融业实行综合经营,主要有以下理由:

第一,世界金融业综合经营是一个趋势。1999年美国颁布金融现代化服务法案为标志,西方市场经济国家、亚洲的日本、韩国和印度都已经实行综合经营。经济金融化、金融全球化导致全球金融市场竞争激烈,分业经营和分业监管在现实中已经名存实亡^[7](P. 52 - 53)。

第二,我国已经加入WTO,金融业必将逐步扩大开放。银行业与证券业、保险业之间的业务界限逐渐模糊,银行业已经从传统存贷款业务向证券投资、保险等非传统业务拓展,而证券、保险等金融公司也已开始向优质客户提供融资贷款^[8](P. 45 - 47)。

第三,综合经营提供一站式服务、节约成本、有利于防范金融风险。2000年2月人民银行和证监会联合发文,允许符合条件的证券公司以自营股票和证券投资基金做质押向商业银行贷款,一定程度上打通了商业银行与证券公司的通道。

第四,我国已有综合经营的实践,中国国际金融有限公司、中信集团、光大集团和平安保险公司等实际上就是金融控股公司。

笔者认为,分业经营与综合经营、分业监管与综合监管,一定要与中国的经济发展阶段、产业结构、

Schwarcz, Steven L 在分析美国金融危机时认为,要区别对待对冲性质与投机性质的衍生品,对冲性质的衍生品有利于降低 Systemic Risk,如 CDS。A 通过向 B 收取一定的费用,替 B 承担特定债务人的信用风险,如果债务人出现违约, A 将向 B 支付亏损的金额,或以市价购买此债权。对冲策略理论上有利于将风险分散给更加风险偏好的投资者,降低了特定机构破产风险。但是,对冲策略加剧了市场各主体之间的联系,以及对冲策略可能失败。见 Schwarcz, Steven L., Systemic Risk, THE GEORGETOWN LAW JOURNAL, 2008, Vol 97, No 8, pp193 - 249.

金融市场功能、金融公司治理结构、金融监管机构监管能力、国家处理金融风险经验相适应。显然,无论是从理论储备上,还是金融制度支撑上,金融业从分业经营转向综合经营,金融机构从分业监管转向综合监管,准备得并不充分,时机并不成熟。

首先,我国 2003 年成立银监会,颁布银监法,这标志着我国建构了以银监会、证监会和保监会为主的金融业分业监管框架。但我国银行业还没有专门的风险管理、风险控制的法律法规。银监会依照银监法第 21 条的规定,从 2004 年起陆续公布了《商业银行市场风险管理指引》、《商业银行风险监管核心指标(试行)》、《商业银行内部控制指引》等规定,银行业才有了防范商业银行面临的市场风险、信用风险和操作性风险的三大主要风险制度。但对风险的识别、测试、判断和预防,客观地说,我们没有经验。

第二,金融业的综合经营试点多年,综合经营已经成为我国金融业的主要经营模式,但关于金融控股公司的条例一直在讨论和征求意见中,还未出台。如何规范金融综合经营,缺少法律规范和机制。

第三,证券法虽然建立证券业的法律框架,但证券市场制度建设滞后、风险防范脆弱、监管方法落后。当 2007 年 5 月上证指数从 3000 多点迅速爬高到 10 月 16 日的 6124 点,之后泡沫破灭,到 2008 年 12 月底一直徘徊在 1800 点左右,上证指数下跌 70% 以上。证券市场大起大落,既存在信息披露不透明、投资者保护不完善和“老鼠仓”行为泛滥的法律规范问题,也存在“羊群效应”的追高杀跌的风险控制问题。以至业界、媒体和理论界形成“政府救市”和“政府不应救市”的争论时,对证券法中相关维护市场秩序和市场稳定的制度评估并不多。一部证券法,500 多件规章和红头文件,直到 2008 年 4 月国务院才公布了《证券公司监督管理条例》和《证券公司风险处置条例》。

金融业是高利润行业,但经营的是信用和风险。分业经营的风险和综合经营的风险是不同的。如果选择了金融业综合经营体制,金融综合经营的主体如何规定,即银行、证券、保险、信托、工业产业为主的都可以建立金融控股公司或金融集团,还是限制在金融业范围之内?是法人形式设置金融控股公司,还是松散形式设置金融集团?金融控股公司或金融集团内如何建立不同业务之间风险隔离的防火墙制度?谁来监管金融控股公司或金融集团?在现实金融分业监管体制下,银监会、证监会、保监会、人民银行之间如何建立综合经营体制下的协调机制?这些问题是需要分析和探索的。值得重视的是,美国 1929 年至 1932 年的大萧条,国会制定了“Glass - Steagall Act”(《格拉斯—斯蒂格尔法案》),实行分业经营,一直到 1999 年出台“Gramm - Leach - Bliley Act of 1999”(也称作《金融服务现代化法案》),又实行综合经营,从分业经营到综合经营经过 66 年非常复杂的立法、修法和废法的改革历程。我们可以参考、分析、总结和借鉴美国金融业从分业经营到综合经营的经验教训,尤其是美国 2007 年至 2008 年发生的从次贷危机演变成金融危机的传导机制。

上述就是我们提出的问题。简言之,立法时缺少法律法规对经济、社会和环境的影响评估,缺少法律法规的成本与效益分析,我们的法律就有了框架性、授权性的特征,为了加强法律的实证性、技术性和操作性,就有了“一法四配套”的相关制度安排和政策措施。

二、理论分析框架

针对上述问题,为了分析简化,假定法律制度的设计和安排,是为社会运行提供稳定的预期;假定法

余永定认为,“政府确实应该尽可能避免对资本市场的干预,但在必要的时间,我们不应该自己束缚自己的手脚。比照香港及其他国家和地区的政府在股市发生剧烈波动时所采取的政策,我们就不难找到答案。”见余永定:“中国宏观经济面临的十个问题”,载《国际金融研究》2008 年第 1 期。

胡舒立则强调“股市不应救,不能救,亦不必救”的观点,见胡舒立:“何必讳言不救市”,载《财经》2008 年第 7 期。

席涛认为,“美国金融体制的变迁是在分业经营体制的框架内,表现为小步适度开展综合经营的一个过程。在这一过程中,银行业、证券业和保险业探索金融控股公司的法人治理结构,健全内部控制机制,增强抵御风险能力;监管机构建设综合经营的防火墙制度,积累监管经验,逐步从合规性监管转向风险控制性监管,提高监管水平;政府和国会不断地立法、修法和废法,通过许多过渡性法规为综合经营铺平道路,最终形成了《1999 年金融服务现代化法》为标志的金融综合经营体制。”见席涛:“复杂的市场 细致的变法 漫长的改革——美国从分业经营到综合经营的 66 年金融体制演变的启迪”,载《国际经济评论》2005 年第 5 期。

律规则是在市场基础上对社会资源的重行配置,达到社会公正和促进效率。在这些假定条件下,从法律经济学的视角观察,法律对经济、社会、环境的影响评估和法律的效益分析方法,为法律公正、有效地分配社会资源,提供了一个分析框架。

(一)成本效益分析的概念与方法

市场配置资源的方式,是通过价格机制调整社会的供给与需求,逐步达到或接近均衡。但价格机制在某些领域并不能够有效配置资源,称为“市场失灵”(market failure),包括竞争不充分,市场存在着垄断行为;市场信息不完全或者不对称,事前的信息不对称导致逆向选择,事后的信息不对称存在道德风险;市场存在负的外部性,私人成本转嫁为社会成本;市场不愿提供公共物品,因为公共物品有“免费搭车”的特征。“市场失灵”是市场经济国家政府干预市场的理论基础,也是划分市场机制和政府干预的基本界限。政府干预是基于法律法规的规则对市场进行的规范和调整。基于市场的立法分析方法,对于“市场失灵”更具有针对性。成本效益分析和立法影响分析的原则、程序和方法已经成为美国、欧盟和经济合作组织(简称OECD)立法矫正“市场失灵”维护市场秩序的基本法律制度。

成本—效益分析(Cost-benefit analysis)是分析法律对经济、社会和环境的影响产生的成本和效益,通过成本和效益的评估,提供立法与不立法、坚持一种制度设计或者放弃另一种制度设计的比较与选择。皮尔德斯(Richard H. Pildes)和桑斯坦(Cass Sunstein)、奥德勒(Matthew Adlert)和波斯纳(Eric A. Posner)认为,成本和效益分析既是美国法律规定的一种立法制度,也是法律规定的一种立法原则、程序和方法。

立法的成本效益分析的前提条件是,分析的对象要有市场、有交易、有价格,运用市场中的经济数据,评估成本和效益,总效益与总成本之差是净效益,最终都能用货币形式表示。民商法和经济法中的对象,大多数是有市场交易和交易价格的。在社会法和环境法中,有很多对象是难以用成本效益直接表示的,如安全、健康、卫生、环境保护和生态平衡,这些对象本身不是商品,没有交易市场,也没有交易价格。对这类没有交易市场和交易价格的对象,一般使用成本有效性分析方法进行分析。

成本有效性分析(Cost-effectiveness analysis)是分析法律法规对经济、社会和环境的影响,比较投入不同的成本,选择有效成本,即效益既定下的成本最小化,或者成本既定下的效益最大化。这些没有交易市场和没有交易价格的对象,效益一般通过较长一段时间反映出来,有些效益是不可估量的。

Ulen, Thomas S认为,我不是说微观经济学理论的运用必然会使法律研究成为科学,而我是简单指出这种特殊方法的巨大吸引力与成功之处。它给法律研究带来了一种全面的理论,它可以作为法律学术研究核心理论不断增强的证据。见 Ulen, Thomas S, A Nobel Prize in Legal Science: Theory, Empirical Work, and the Scientific Method in the Study of Law, University of Illinois Law Review, VOL. 2002, No 4, pp875 - 896

美国从1981年里根颁布 Executive Order 12291: Task Force on Regulatory Relief,建立规章制定的成本效益影响分析制度,规定只有社会收益大于社会成本的规章才能通过;1993年克林顿签署 Executive Order 12866: Regulatory Planning and Review,坚持了里根规章影响分析的制度框架,但强调规章实施的社会效益能够证明为其支付成本的正当性。见 Federal Register, Vol 58, No 190, October 4, 1993;布什进一步修改了 12866号行政命令,2007年签署 Executive Order 13422: Further Amendment to Executive Order 12866 on Regulatory Planning and Review,进一步强调了规章影响分析的重要性和程序。见 Federal Register, Presidential Documents, Vol 72, No 14, January 23, 2007;奥巴马于2009年1月20日废止布什的13422号行政命令,签署了备忘录名为:Regulatory Review, Memorandum for the Heads of Executive Departments and Agencies,提出了新的行政命令要讨论的八个问题,其中第四个问题就是关于成本效益分析的作用,白宫的管理和预算办公室(OMB)正在组织专家学者、独立监管机构和行政机构讨论新的行政命令,见 Federal Register, Presidential Documents, The President, Memorandum of January 30, 2009, Vol 74, No 21, February 3, 2009。欧盟委员会强调二级法律法规对经济、社会和环境的影响,建立了影响评估指引制度,具体规定了法律法规和政策对经济、社会和环境的影响评估的分类指标,如2005年公布“影响评估指引”,后经2006年修改,2009年1月公布了新的 Impact Assessment Guidelines, European Commission, SEC(2009) 92。经合组织(简称OECD)非常重视市场机制和政府监管的协调问题,对监管的原则、程序、方法和实施机制,OECD发布和更新了几次监管指引,如 OECD1997 Regulatory Impact Analysis, Best Practice in OECD Countries, Paris, 1997; OECD 2008 Building an Institutional Framework for Regulatory Impact Analysis (RIA): Guidance for Policy Makers Version 1.1, Paris, 2008

Richard H. Pildes and Cass R. Sunstein, Reinventing The Regulatory State, University of Chicago Law Review, 1995, Vol 62, No1, pp. 3 - 107; Adlert, Matthew D. and Posner Eric A., Rethinking Cost - Benefit Analysis, THE YALE LAW JOURNAL, 1999, Vol 109, No 2, pp. 167 - 193

衡量成本和效益有两种工具,一种是愿意支付 (Willing to Pay),另一种是愿意接受 (Accepted to Pay)。桑斯坦认为,愿意支付的意思是,在收入预算约束下,支付主体有支付能力和支付意愿,这包含了两个条件,一是要有支付能力,二是要有支付意愿,两个条件缺一不可。

对个人来说,收入预算是个个人愿意支付的约束条件,在约束条件下,个人通过支付组合,达到效用最大化。对企业来说,成本预算是企业愿意支付的约束条件,在约束条件下,企业通过支付组合,达到利润最大化。对政府来说,财政收入是政府愿意支付的约束条件,在约束条件下,政府通过预算分配,达到社会福利最大化。为了分析简化,假定个人不存在赤字消费,假定政府没有财政赤字。

愿意接受的意思是,法律调整或者影响的对象,市场上没有这些商品交易,也没有交易价格。但保护和提高这些对象,确实是要支付成本的,如提高健康标准,如保护环境,如防范突发性灾难,等等。对这些没有市场交易和市场价格的对象,弗兰克 (Frank)和桑斯坦通过对职业和相对收入的实证分析,认为运用成本有效性分析,通过模拟市场,设计问卷调查,内容包括高低不同的几组价格分布、职业群体分布、收入水平分布、安全健康指标分布,进行社会问卷调查和座谈,从公众选择答案中,看个人、企业和政府能够接受什么程度的价格,通过比较不同价格的投入成本,选择有效成本,达到社会效益最大化。

(二)法律影响评估与衡量标准

法律中的成本,包括立法成本、执法成本和守法成本。立法成本和执法成本由两部分构成,一部分属于直接立法成本和直接执法成本,国家每个年度给立法机关、行政机关和执法机关有一定的财政预算拨款,立法机关、行政机关和执法机关在拨付的财政经费中,列出当年的立法和执法预算经费,这部分财政预算内直接拨款的经费支出,称为直接立法成本和直接执法成本。包括立法机关和执法机关工作范围内的人员工资、办公经费、设备购置、立法调研、立项论证、召开座谈会、印刷宣传法律法规、执法检查、监督、检测和听证,等等。立法和执法经费在财政预算内拨款的多与少,一定程度上决定了立法和执法的深度与广度。因为,立法机关和执法机关的财权与事权相匹配。

凡不在国家财政预算内为立法和执法支出的成本,就是间接立法成本和间接执法成本,这是社会支付的成本。如专家学者参加立法和执法讨论会,社会公众参与立法问卷调查和听证会等等的支出。

守法成本是社会为遵守法律规定而支付的成本,这是法律成本中的关键,包括有形守法成本 and 无形守法成本。有形守法成本是个人、企业、政府和社会组织为遵守法律直接支付的成本,也是法律对经济、社会和环境的影响产生的直接成本。如粗放型经济增长方式向集约型经济增长方式转变过程中,发生的设备改进、劳动力成本提高、职工失业等,如为达到环境保护和生态平衡而关停并转一部分污染严重的企业,企业改进技术、企业裁减员工使部分职工失业、伴随物价上涨。无形守法成本是遵守法律法规带来的价值观念、传统习俗、生活方式等的改变,这个成本难以衡量,有时产生轻微的阵痛或者震荡。大的方面如计划经济向市场经济转变过程中,劳动合同、通货膨胀、企业破产和失业等概念对人们价值观念的冲击,小的方面如前几年地方实行的农历除夕晚上禁放烟花爆竹对人们生活方式的改变。

立法效益是指法律法规生效后,对经济、社会和环境的影响产生的效益,包括经济效益和社会效益。经济效益如维护了市场竞争秩序,提高了经济增长的各项指标,价格反映了商品供求关系,扩大了就业,提高了居民收入、企业利润和财政收入,优化了投资、消费和进出口之间的关系,等等。

社会效益是指法律法规生效后,促进了社会公正和机会均等,维护了社会稳定与和谐,提高工作场所安全和卫生,社会保障逐步覆盖城乡居民,收入差距通过税收机制限定在社会可接受的范围内,农民

Sunstein, Cass R, Lives, Life - Years, and Willingness to Pay, COLUMBIA LAW REVIEW, 2004, Vol 104, No 1, pp. 205 - 252.

Frank, Robert H. and Sunstein, Cass R分析了人们相对经济水平的重要性。人们相对经济地位 (或水平)对于人们的主观和客观的福利状况都非常重要,而绝对经济地位 (或水平)并没有通常情况所想象的那么重要。如果忽略了 (人们)对相对地位 (或水平)的关注,那么评估支付意愿的数据将低估安全和其他一些管制收益。见 Frank, Robert H. and Sunstein, Cass R, Cost - Benefit Analysis and Relative Position, THE UNIVERSITY OF CHICAGO LAW REVIEW, 2001, Vol 68, No 2, pp. 323 - 374.

工逐步分享与国有企业、事业单位职工同等的权利和义务,等等。

环境效益应当引起高度重视,包括节约资源能源,降低空气污染、水质污染、土壤污染、噪音污染等等,这些构成了环境效益的主要衡量指标。

值得注意的是,立法中的成本和效益,不同于企业中的成本和效益。企业中的成本和效益,按照投入产出方案,投资成本逐年在每年的总产出中以一定折旧比例提取收回。立法中的成本和效益有三种情况,一种是成本投入在当期,效益可能在当期。另一种是成本投入在当期,效益逐步实现。第三种是成本要不断投入,效益在一个较长时期逐步显现出来。法律的实用性、操作性、前瞻性越强,法律的经济效益、社会效益和环境效益会越来越高。

法律生效的日期是经济社会发展运行的一个分界线。这个分界线是衡量法律成本和效益的一个基准日。基准日之前,是一个没有这件法律规范的社会经济现状;基准日之后,是一个有这件法律规范的社会经济现状。确定基准日,一方面确定法律生效前后社会经济运行的状态和质量,另一方面,衡量法律对经济、社会和环境产生的成本和效益。

法律的成本与效益通常不在同一时间发生,贴现率就是衡量不同时期发生的成本和效益的一种工具。法律生效后,经济社会有一个适应期和调整期,效益是逐步显现出来的。当法律的成本和效益不在同一时间发生时,应该考虑法律的成本与预期效益在各年度的分布值。因此,法律出台的时机与生效的时间,非常重要。

收集成本与效益在各年度的数据时,以不变价格计量成本和效益,避免通货膨胀对评估成本和效益产生影响。如果成本和效益在价格中已经包含了通货膨胀的因素,应该除以合适的通货膨胀率,将它们转为不变价格。成本和效益预期发生的时间越远,贴现率应该比较高。在给定贴现率的情况下,贴现因素可以计算出来。当且仅当所评估的成本和效益被贴现后,才能够确定净效益。选择多少的贴现率评估法律成本和效益更符合中国法律运行的经济社会情况,使用多高的贴现率能更准确地反映资本未来的价值,既要参考中国人民银行的同期储蓄率,也要考虑通货膨胀因素,同时还要关注资本的机会成本。但年度法律评估时,应该保持使用一致的贴现率。

(三) 法律成本效益分析的理念、程序与机制

成本效益分析在立法中关注的是,法律法规从总体上看是否对稀缺资源进行了公正、有效配置,是否激励相融。桑斯坦针对美国立法、行政和司法中推进和实行衡量法律绩效的成本—效益分析的原则和方法,认为是一次伟大的改革(从美国总统行政命令、国会立法规定到司法审查,成本—效益分析的制度演变过程,见图1)。成本效益分析将市场配置资源的思路,引入法律领域,成本最小化、效益最大化和激励相融,成为制定法律的约束条件。它要求对一项立法所有可能的影响信息进行充分的调查与分析,并将治理市场失灵的成本和效益进行比较,用市场方法分析、衡量、解决市场失灵问题。这就提出了法律的有效性问题和激励相融问题。纸上的法律或公告中的法律,变成现实中被社会执行和遵守的法律,执法者和守法者都会考虑一个非常现实的问题,成本效益比较,激励相融比较,执法者和守法者都会做出一种选择。如果成本大于效益,激励不相融,对执法者来说,明处做如变相收费,暗处做则收受贿赂,或法律高悬敷衍应付。对守法者来说,愿意践踏法律的底线,实施法律禁止行为。我国的森林采伐、河流污染和煤矿乱开发等引发的问题,就是执法成本高,守法成本低,激励不相融所产生的问题。因

Sunstein Cass R., and Arden Rowell, On Discounting Regulatory Benefits: Risk, Money, and Intergenerational Equity, THE UNIVERSITY OF CHICAGO LAW REVIEW, 2007, Vol 74, No 1, pp. 171 - 208.

Sunstein, Cass R在分析美国104届国会立法改革时建议,一个改善监管型国家的《行政实体法》,应该包括笔者描述过的背景要求,并且要求专门机构以成本—效益分析和成本有效性分析的方式执行法律。国会应该规定,行政监管向经济标准的方向发展,从经济定义上理解,这些监管方法是矫正市场失灵的。这样来理解的成本—效益型国家,可能在根本没有根本改革且没有回答最困难的问题(宪政)的情况下,通过提供合理价值理论下的立法提案,而取得法律改革的巨大进展。见 Sunstein, Cass R, Congress, Constitutional Moments, and the Cost-benefit State, STANFORD LAW REVIEW, 1996, Vol 48, No 2, pp. 247 - 310.

此,法律法规制度设计要激励相融,能够激励执法者依法行政,能够激励守法者依法从事。成本效益分析为法律法规设计激励相融制度,提供了分析方法。

另一方面,成本效益分析能够克服立法、执法和守法中的信息不对称问题。现代立法,实质上是一个立法委托—代理结构,而且代理链条在不断拓宽和加深。在该结构中,我国全国人大、国务院作为委托人,行政机关作为代理人,委托人委任授权给代理人。在代理人对委托人诚信的条件下,代理人可以凭借专业技术知识达到委托人立法目标。根据利益集团或者部门利益假定,由于信息不对称不充分,代理人可以利用已经取得的委任授权,违背委托人的意志谋取利益。委托人为了克服信息不对称不充分的状况,希望把代理成本降到最小化,建立相应的制度约束代理人。成本效益分析为委托人克服信息不对称不充分提供了控制代理人的工具。委托人要求代理人实施成本效益分析,代理人必须收集、分析和披露市场信息,评估成本和效益,可以在一定程度上克服信息不对称不充分问题,实现对代理人的有效控制。

波斯纳通过分析美国立法、行政和司法中的立法委托—代理结构,提出了成本效益分析一定程度上解决了委托—代理结构中信息不对称不充分和利益集团理论的命题。利益集团理论暗含一个很强的假设前提,即立法机关默认或许可行政机关通过制定规章,将法律条文细化为可操作性的工具。根据斯蒂格勒分析,行政机关在制定规章的过程中,将资源转移给了部门利益集团,并没有带来公共福利的最大化。这个假设的合理性在于,行政机关的规章虽然要通过“公告—征求意见程序”,但行政机关被利益集团牵制并满足其偏好,在信息不对称不充分、不透明的情况下产生了俘获现象,即行政机关立法者或者监管者被被监管者俘获。如果以中国立法委任为例,成本效益分析将立法的成本和效益信息透明化,如果没有净效益,或者立法效益不能证明为其支付成本的正当性,行政机关就不可能提出一个法律法规草案;即使提出了,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。

总之,成本效益分析是市场导向的理念和思路,建立法律成本效益分析评估制度,成本效益分析作为立法、执法和守法的基本原则、方法和程序,并以成本效益分析评估法律法规的针对性、操作性和实效性。从程序性上看,成本效益分析要求立法机关和具有立法权的行政机关,按照成本效益分析的程序制订法律法规,这个程序包含了对市场失灵和公共服务问题产生的原因、造成的损失、产生的影响,进行具体的定性和定量分析评估。从实体上看,成本效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、国务院常务委员会、法院、部委、地方政府、企业、个人和社会组织联系在一起。实际上,是把立法者、执法者和守法者联系在一起,把市场配置资源方式和立法配置资源方式联系在一起,把市场效率目标和立法公正目标联系在一起,把市场绩效和法律绩效联系在一起。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。

Posner, Eric A 在这篇影响甚广的论文中,构造了一个美国立法的委托代理模型,分别假设国会和总统为委托人,独立监管机构和白宫行政机构为代理人,委托人建立法律制度,要求代理人在立法过程中实施成本—效益分析和成本有效性分析。这些法律制度的建立,一定程度上维护了法律的公正和提高了法律的效率。见 Posner, Eric A, Controlling Agencies with Cost-Benefit Analysis: A Positive Political Theory Perspective, THE UNIVERSITY OF CHICAGO LAW REVIEW, 2001, Vol 68, No 4, pp. 1137 - 1199.

Posner, Eric A., 2002, Using Net Benefit Accounts to Discipline Agencies: A Thought Experiment, UNIVERSITY OF PENNSYLVANIA LAW REVIEW, 2002, Vol 150, No 5, pp. 1473 - 1488.

Hahn, Robert W., and Sunstein, Cass R 详尽分析了法律的成本效益分析的原则、程序、方法和实施机制,评估了 OIRA 审核规章存在的问题,强调了总统行政命令和法律对有关影响分析的异同,最后提出了一个新的行政命令建议稿。见 Hahn, Robert W., and Sunstein, Cass R, A New Executive Order for Improving Federal Regulation? Deeper and Wider Cost-Benefit Analysis, UNIVERSITY OF PENNSYLVANIA LAW REVIEW, 2002, Vol 150, No 5, pp. 1489 - 1552.

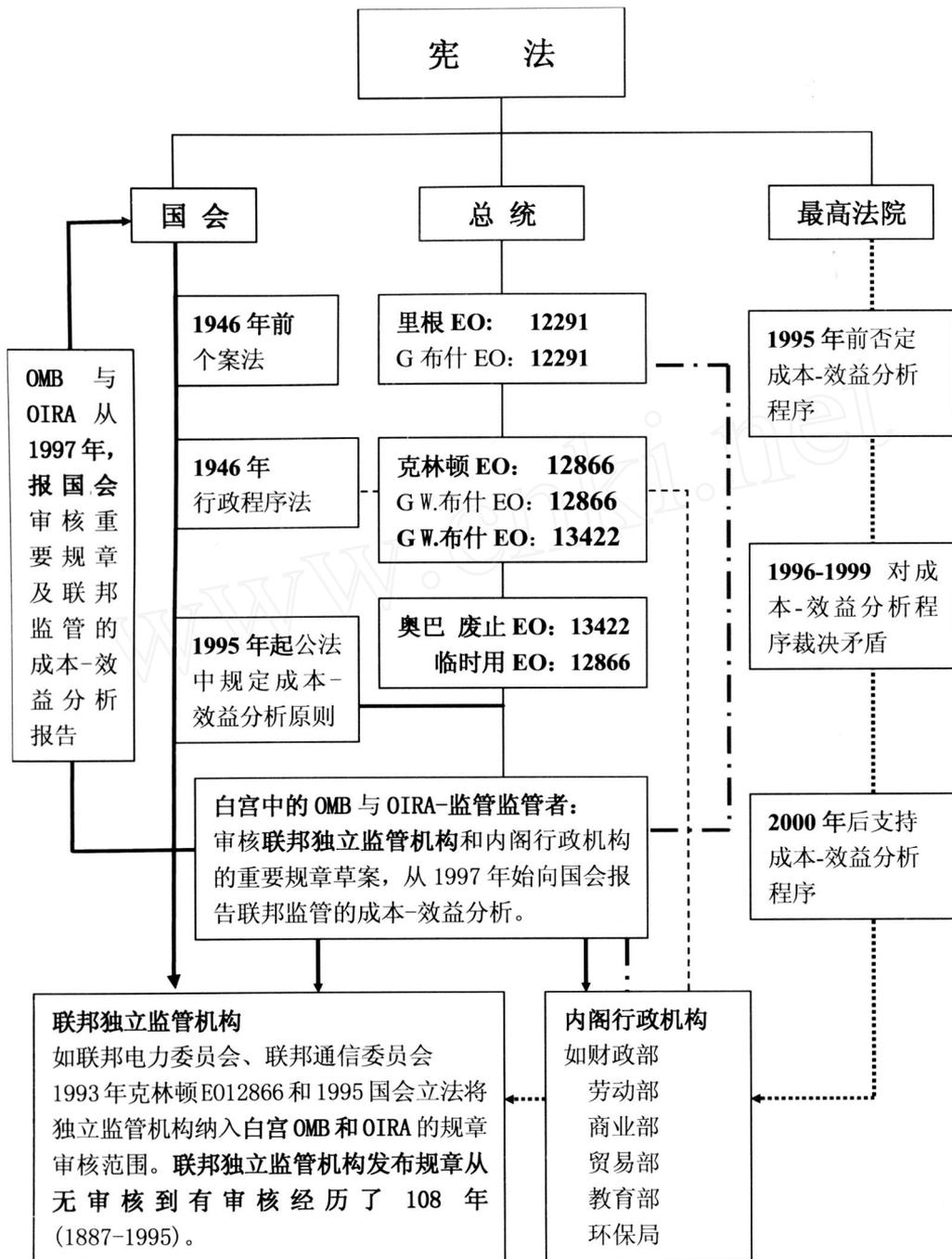


图 1 美国从总统行政命令、国会立法规定到司法审查,成本—效益分析的制度演变过程

任何法律法规都要支付成本,既有立法成本、执法成本,也有社会守法成本;既有即期支付成本问题,也有长期支付成本问题。效益大于成本,或者效益能够证明为其支付成本的正当性,扩大了社会

时建中强调了法律责任的实施需要成本,他认为,“法律责任制度既表现为对违法行为的制裁又表现为对受害者的救济,其制度价值在于有助于实现法的目的。法律责任制度的实现需要成本,从这个角度讲,在立法时应预见并权衡可能发生的违法成本、守法成本、执法成本,理性的设计无疑应是加大违法成本,降低守法成本和执法成本。”见时建中:“我国反垄断法的特色制度、亮点及重大不足”,载《法学家》2008年第1期。

总福利,这样的法律法规才能被社会接受,执法者有激励执行法律,守法者有激励遵守法律。社会上尽管存在由于价值取向、利益关系和职业背景的不同主体,不同主体会对同一法律法规做出不同的评价。但如果任何一件法律法规包含了或者具备了尽可能分析现有信息、尽可能评估对经济、社会和环境的影响,尽可能把握成本和效益、尽可能具有操作性的因素或机制,这样的法律法规应该是被社会接受的,也基本能达到立法目标的。

三、中国法律法规的影响评估试点与实践

(一)立法后评估试点的普遍做法和特征

关于法律法规的影响评估和成本效益分析,我们已经有了制度规范,并开始了试点。国务院《全面推进依法行政实施纲要》第六点第 17 条规定,“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分析制度。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。”依据这一规定,国务院 2005 年已经开始研究探索立法成本效益分析和立法后评估制度,及时跟踪有关法规、规章的实施效果。国务院法制办组织了立法成本效益分析培训班,邀请欧盟和美国专家分别介绍欧盟及其成员国、美国的立法成本效益分析制度,已经在有关部委和有关省市开展立法后评估制度研究,选择社会关注程度高的几部行政法规和部委规章、地方性法规和规章,进行立法实施效果评估,拟在此基础上总结实践经验,待条件成熟后,逐步使之规范化制度化。同时,2008 年通过的《国务院工作规则》第 18 条规定了重大事项决策的必要性、可行性和合法性论证;第 22 条建立了立法后评估制度。

立法后评估,关注的是立法中的制度设计是否合理、立法内容是否有针对性、规定的条款是否有操作性,以及立法的实施效果好不好等问题。通过对这些问题的评估,能够比较全面、准确地把握行政法规的实际运行状况,提供客观依据,对行政法规进行必要的修改、补充或废止。

国务院法制办 2006 年首次进行立法后评估试点的是《信访条例》、《艾滋病防治条例》、《蓄滞洪区运用补偿暂行办法》、《个人存款账户实名制规定》、《劳动保障监察条例》和《特种设备安全监察条例》6 个行政法规。通过行政法规立法后评估试点,摸清了政府在实施这些法规过程中存在的问题,确定了有些是需要在立法层面加以完善的。

地方进行立法后评估试点,包括上海市 2005 年 6 月启动的《上海市历史文化风貌区和优秀历史建筑保护条例》的立法跟踪评估工作,这是自上海 1979 年依法行使地方立法权以来,首次评估立法项目;海南省 2005 年 9 月对《海南省红树林保护规定》进行立法跟踪评估活动,这是海南省自 1988 年依法行使地方立法权以来,首次进行的立法项目评估。全国所有省市(较大的市)从 2005 年起先后开展了立法后评估,这既有探索性,也极富挑战性。

如《重庆市政府重大决策程序规定》第 20 条规定,“提交政府全体会议或者政府常务会议审议的决策事项,应当报送经进行成本效益分析的,应当同时报送分析报告。再如《沈阳市人民政府规章制定办法》第 24 条规定,“报送市人民政府法制机构审核办理的规章草案,应当包括制定规章的成本效益分析报告。”

值得关注的是《海南省人民政府法规起草和省政府规章制定程序规定》,其中第 19 条规定:“起草法规和省政府规章,应当进行立法成本效益分析。”从 2008 年起,政府各有关部门确定的立法项目要进

Coffee, JR, John C, Law and the Market: The Impact of Enforcement, UNIVERSITY OF PENNSYLVANIA LAW REVIEW, 2007, Vol 156, No 2, pp. 247 - 283.

国务院关于印发《全面推进依法行政实施纲要》的通知,国发〔2004〕10号。

国务院关于印发《国务院工作规则》的通知第 18 条:国务院各部门提请国务院研究决定的重大事项,都必须经过深入调查研究,并经专家或研究、咨询机构等进行必要性、可行性和合法性论证。第 22 条:行政法规实施后要进行评估,发现问题,及时完善。国发〔2008〕14号。

《重庆市政府重大决策程序规定》,重庆市人民政府令〔2005〕第 189 号;《沈阳市人民政府规章制定办法》,沈阳市人民政府〔2006〕第 58 号令。

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。鉴于立法成本效益分析和规章实施情况评估是一项新的工作,其内容涉及立法技术、制度背景和社会环境等多个层面,尚处于实践、探索阶段,海南省政府制定并发布了《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》,建立了具体的评估成本和效益的分类标准和指标体系。可以说,海南率先对政府立法实行成本与效益分析制度,无疑为我国建立健全立法的成本效益分析评估制度,提供了示范效应,填补了立法影响评估和法律成本效益分析的空白。

国务院行政性法规和地方性法规的立法后评估,有这样几个特点:

第一,关于影响评估对象。在选择评估对象时,国务院选择评估的行政性法规、地方选择的地方性法规,相对来说,立法对经济、社会和环境的影响比较单一,调整的社会关系比较简单,适用范围比较窄,执法主体比较少,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执法机关,既没有系统地从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。因此,选择立法影响比较单一的法规,评估难度相对较小。

第二,关于影响评估内容。在评估内容上,一些地方以评估法规的合法性、可操作性、实效性以及法规是否需要进一步完善为主;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。通过听取执法机关和社会公众对相关内容的意见,评估法规对经济、社会和环境的影响,检验法规的绩效。

第三,关于影响评估方法。国务院和地方评估的方法基本一致,立法后评估充分听取执法部门、社会公众等各方面的意见,间接方式如问卷调查、随机抽查、委托科研机构 and 大学法学院等进行评估;直接方式如召开座谈会、立法调研、具体考察、个别走访等等,直接听取执法部门和社会公众在执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。

从以上进行法规选择影响评估的对象、内容和方法分析,无论是国务院评估的行政性法规,还是地方评估的地方性法规,在评估内容的立法的合法性、合理性、规范性和实效性方面,在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、比较充分。实际上,对法规的合法性、公正性和必要性方面的评估和建议,国务院和地方的评估,都积累了一定的经验。

但涉及到法律法规对经济、社会和环境的影响评估,这方面的评估内容就比较抽象、比较原则,缺乏数量化的衡量指标。因为这些影响首先表现为对劳动力、资本、技术、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和政府法律制度规范的传递机制,直接或者间接影响经济增长、物价水平、就业范围、财政收支、社会公正、机会均等、环境指标和生态平衡,最终以成本和效益方式,衡量法规的必要性,检验法规的有效性。笔者认为,法律法规对经济、社会和环境的影响评估,应该是立法后评估的重点。

首先,立法前评估和立法后评估的重点是不同的,这是由法律本身的性质决定的。立法前评估,首要的是合法性、公正性和必要性;立法后评估,强调的是执行性、操作性和有效性。立法前评估,是因为还没有立法,或者是提出立法建议案,或者是审议立法草案,这个时候评估最重要的是论证要立的这件法规,是否具有合法性、公正性和有效性。如果不具有合法性、公正性和有效性最基础的前提条件,其他评估则无需进行。在论证该件法规具有合法性、公正性和有效性的前提下,分析该件法规与上位法、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等问题。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。但现在各地评估时,对法规的合法性、公正性和规范性作为评

《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。

估主要内容,可能会失去评估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,基本是实施五年左右的,在五年期间,我国的基本经济制度和对外开放格局没有发生实质性变化,也就是说,当初立法时,论证立法的合法性、公正性、必要性等制度环境和条件没有发生大的变化,但当时论证预设的法律制度、法律措施,在法规生效后,执法和社会遵守法规如何,这是检验立法质量的关键所在,是立法后评估的重点。

其次,立法后评估的重点,应该分析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效益。市场经济通过价格调整达到资源的有效配置,但市场失灵产生的问题,需要法律来规范。因此,立法是资源配置的另一种方式,是市场主体关系的重新调整和利益关系的重新分配。立法,总会使一部分人受益,一部分人受损,受益和受损维持在社会可能接受的程度之内。从这个意义上说,立法是各方利益团体妥协的结果。但这个妥协的底线和基本标准是,立法的效益能够证明为其支付的成本的正当性,如果可以量化的话,立法的效益大于立法的成本。这个标准必然能够达到立法坚持社会公正、维护市场秩序和促进经济发展的目标。如何衡量立法是否实现了目标,通过衡量成本和效益,衡量立法的效率,即制度效率。

从国务院、地方的行政法律法规和地方性法律试点评估看,最难评估的就是立法的成本和效益。一是,立法成本效益评估理论支撑不足,理论上并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发生的成本和效益,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。很多理论研究,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效益,则根本不作探讨。理论上探讨不足,实践中必然盲目。二是,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效益反映出来。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,有些成本和效益可能是几部法律共同作用的结果,有些成本和效益都可以量化;有些成本可以量化,但效益难以量化;有些成本可以量化,效益可能很长时间才能反映出来;有些通过量化成本和效益,可能成本远远大于经济效益。立法评估中,这些情况都可能出现。

(二)法律对经济、社会和环境评估的具体内容

笔者同意王人博教授的意见,中国的法律在满足了一些客观条件以后确实能得以普遍地执行,立法评估就属于这些客观条件。立法评估,主要评估法律法规对经济、社会和环境的影响,具体包括以下内容:

第一,分析法律法规对经济的影响。美国法律法规重点强调了对竞争、生产率、工资、对各级政府等的影 响; 欧盟以列举式方式强调了对竞争、投资、贸易的影响,强调了对欧盟统一大市场的影响; 经合组织非常注意对竞争环境的影响,包括市场结构、价格形成、企业经营、消费者选择等等。从中国国情出发,评估法律法规对经济的影响,主要包括竞争秩序、经济增长、物价稳定、就业增加、居民收入水平提高、政府财政收支平衡等内容。

第二,分析法律法规对社会的影响。法律法规对社会的影响,包括对个人健康、安全、寿命、生活质

王人博认为,“一个国家的人民依据自己的文化和社会哲学传统,有权根据理性规则创制自己的法律,这些法律在满足了一些客观的条件以后确实能得以普遍地执行和遵守——这样一个‘最低限度’的法治概念,——可以为法律‘发展中的国家所接受。”见王人博,“一个最低限度的法治概念”,载《政法论坛》2003年第1期。

Michael Hissam, The Impact of Executive Order 13422 on Presidential Oversight of Agency Administration, THE GEORGE WASHINGTON LAW REVIEW, 2008, Vol 76 No 5.

Robert W. Hahn, Robert E Litan在比较了美国和欧盟的监管方法,成本效益分析程序和监管规章审核后,分别向美国和欧盟的监管改革、公正和效率提了三点建议。见 Robert W. Hahn, Robert E Litan, Counting Regulatory Costs and Benefits: Lessons for the U. S and Europe, JOURNAL OF INTERNATIONAL ECONOMICS LAW, 2005, Vol 8, No 2, pp473 - 508.

OECD, Regulatory Impact Analysis: Best Practices in OECD Countries, OECD, Paris, 1997; Building an Institutional Framework for Regulatory Impact Analysis (RIA): Guidance for Policy Makers, OECD, Paris, 2008.

量、平等机会的影响,对政府财政分配和社会福利的影响,对公共卫生、公共安全、突发性事件的影响。尤其是,在有关医药、食品、工作场所、环境保护、有毒物质使用等方面的法律法规,强调对社会影响的信息收集、整理和分析,使法律法规能够提供公正和公平机会、提高生活质量、发挥维护社会稳定的作用。

第三,分析法律法规对环境的影响。工业化、城镇化、现代化的一个直接或间接的副作用是,环境污染和生态失衡越来越严重,家庭、就业场所、空气、水质、土壤、气候,到处都有污染,到处潜伏着风险,这些污染和风险改变着生态环境,造成了失衡。分析法律法规对环境的影响,就要合理地制定有关安全质量指标、污染控制指标、能源资源减耗指标、风险控制指标。这些指标需要企业或者安装某些安全设施、或者革新技术、或者更新设备、或者直接被关闭。总之,法律法规就是规定企业通过技术革新和设备更新,保障安全的工作环境,提供安全的产品,减少污染排放。

四、总结与建议

法律的成本—效益分析的基本规定是,立法的权力机关和立法的起草机关希望制定的任何一件法律法规,提交草案前要进行影响评估和成本—效益分析。它要回答:为什么要立这样的法律法规,要设立的规则、制度,规定到什么程度,采取什么方法,支出多少成本,获得多少效益。可以说,这是立法前对经济、社会和环境的基本评估和把握,也是对法律法规将要发生的成本和产生的效益的一种预期,更是决定法律法规通过与否的关键程序。只有预期效益超过成本、预期效益能够证明为其支付成本的正当性的法律法规才能被通过。

法律法规生效后,立法和执法主体应该三至五年对法律法规进行影响评估,这是对法律法规已经产生实际影响的一种绩效衡量。它要解释执法主体怎样执行法律法规,社会如何遵守法律法规,解决了哪些问题,遇到了什么障碍,实际发生了多少成本,取得了多少效益。简言之,法律法规是否达到了立法的预期目标和取得了预期绩效。这个规定,一方面解释了政府与市场的互动关系,另一方面限制了行政机关滥用自由裁量权对市场的过度干预。

建立法律法规对经济、社会、环境的影响评估和的成本—效益分析的原则、程序和方法,不仅是对立法工作的创新与完善,更是中国立法史上的一次制度化、程序性、方法论的实践与探索。

法律中的公正和公平、权利和义务,受制于成本与效益;经济中的增长与就业、价格与财政,需要法律与法制。

参考文献:

- [1] 应松年:“《行政许可法》与政府管理转型”,载《国家行政学院学报》2004年第4期。
- [2] 周汉华:“《行政许可法》的亮点与难点——写在《行政许可法》实施之际”,载《国情咨询》2004年第13期。
- [3] “法学家纵论可口可乐并购汇源案”,载《法制日报》2009年3月26日第10版。
- [4] 王利明:“破产立法中的若干疑难问题探讨”,载《法学》2005年第3期。
- [5] 李曙光:“新企业破产法的意义、突破与影响”,载《华东政法学院学报》2006年第6期。
- [6] 周正庆:“关于《中华人民共和国证券法修订草案》的说明”——2005年4月24日在第十届全国人民代表大会常务委员会第十五次会议上,载《全国人民代表大会常务委员会公报》2005年第7期。
- [7] 董安生、潘李美:“关于《证券法》修改的看法”,载《中国金融》2005年第22期。
- [8] 蔡奕:“银行开展证券业务中的‘两墙’机制建设”,载《中国金融》2004年第22期。

(责任编辑 鄢梦萱)