

立法的效益与效率

郭道晖^{*}

党的十四届五中全会关于“九五”计划和2010年远景目标建议中,提出了实现“两个根本性转变”的战略任务,其中要求切实把提高经济效益作为经济工作的中心。笔者认为,我国的法制建设也要强调为促进这两个根本转变服务,而提高立法自身的效益与效率,也是一个重要的课题。本文拟就此作些探讨。

一、效益与效率的概念

效益(beneficial result,或 benefit)和效率(efficiency)是两个紧密相关又有明显区别的概念,可是人们常常把二者混同,对法律或立法的效益与效率也往往不分。其实,效益即有益的效果,它同目的相比照,指行为所产生的合目的的有益效果;效率本是指机械、电器等在运转时所作的有用的“功”(work)在总功(有用功与损耗的功或虚功之和)中的百分比,用之于一般事物即指效益与成本之比,或产出与投入之比。效益是讲结果的有用性、利益性;效率则是讲事物过程的经济性、节省性。有效益的事不一定都有效率,因为可能投入大而收效甚微;或者效益虽大,但其与投入量相比却很小,即耗费大,因而效率低。反之,效率很高,但产生的结果不符合预期的目的,甚至是与预期目的相反,则效益可能为零或负。

有的学者把法律效益与法律效率的概念相混同。如有的论文给法律效率下定义说:“法律的效率可被确定为:法律作用于社会生活所产生的实际结果,同颁布该法律时所要达到的社会目的之间的比。”^{〔1〕}有的专论法律效率的论文列出公式:“法律效率=法律的社会目标/法律作用的结果。”^{〔2〕}其实,这两个定义都不是讲法律效率,而是指法律效益。由于概念混淆,以至前述论文中得出:“法律规范可能是有效率的,但却不是经济的;或者法律规范是经济的,但效率却不高。”^{〔3〕}这就把本属同一概念范畴的“效率”与“经济性”,弄成两个不同甚至对立的概念了。其实,这句话中的“效率”应是“效益”之误。

通常我们说要讲求经济效益与社会效益。前者是指经济上的收益,或对物质文明的促进作用;后者指政治、文化、道德上的效果,或对精神文明的促进作用(广义的社会效益也包括经济

* 《中国法学》总编辑。

〔1〕〔3〕 孙国华:《法律的效率》,载《法律社会学》,山西人民出版社1988年版,第293、296页。

〔2〕 胡卫星:《论法律效率》,《中国法学》1992年第3期。

效益)。至于经济效率,则是指耗费小而收益大;时间效率,则是指耗费小而速度快;空间效率,则是指单位面积(或体积)的投入量小,或总体投入量小,而获益的空间覆盖面大。所以,效益一般指质好(有用)量多,而效率则指节省(省时或及时、省力)。

法律的效益与效率,是立法工作必须十分重视和追求的目标,也是法律价值的一个重要构成部分。过去我国法学界、立法界较注重法律的效力、实效和政治、伦理价值和社会控制价值,而忽视经济价值与法自身的经济效益与效率。其实,在立法上同时以效益和效率为价值取向,同提高立法质量与速度,改进立法方略与技术密切相关。法律效益或立法效益属于法社会学范畴的问题;法律效率或立法效率则属于法经济学或立法经济学问题。

二、法律效益与立法效益的涵义

法律效益一般是指整个法律体系或某一法律部门、某一法律乃至某一法条、法律规范的社会效益(包括其经济效益)。它表明在实施法律过程中所取得的符合立法目的和社会目的的有益效果。这一表述需要明确以下几个要点:

(一)法律效益与法律实效的联系与区别

法律实效仅指法律规范在实施中得到遵守和适用。至于实施中将产生什么样的社会效果,则不是实效这一概念所包含的;而法律效益则是法律效力发生实效(得到实现)后所产生的社会影响,是对立法者或对社会所产生的有益效果。实效是指法律效力的实现;效益则是立法目的或法的社会目的的实现。从立法者角度看,实效用以测量法律的可行性与实行程度;效益则是检验立法的预期目的合理性及其实现程度。

有法律实效,一般也就有法律效益。没有实效的法律,一般不可能产生法律效益。不过,有的法律虽未实行,也多少可以起一定的宣传作用。譬如1986年制定的企业破产法(试行),在国有企业法制定前并未施行,因而也无实效,但使企业看到优胜劣汰的前景,对刺激企业改善经营,防止破产,也起了一定作用。这也可以说是有宣传效益。但是,有的法律虽然得到实行,有实效,却可能并无效益,甚至产生负效益。这是因为立法上有疏漏,有失误,遵照这种有缺陷的法律规范去适用和执行,其社会效果反而有悖立法的原定目的。这就引出效益与目的对比关系。

(二)法律效益与立法目的和社会目的的对比关系

法律效益是实行法律所产生的有益的社会效果同法律的全部社会效果(包括正效果与负效果)之比。这可用公式表述为:法律效益=有益的社会效果/法律全部社会效果。

这里需要明确两个问题:什么样的效果才是有益的?对谁有益?这涉及价值标准和受益主体。也就是说,法律效益是以主体的价值观和客观社会需要为标准的。

法律效益的受益主体有两个:一是立法主体及其所代表的掌握立法权的统治阶级;一是社会主体(全体人民或者属于该法调整范围的某些社会组织或群体)。法律效益首先体现为对立法者的效益。这主要看法律实行后所产生的社会效果是否符合立法者预为设定的立法目的。效益的大小也以它同立法目的的实现程度相比较。完全达到或部分达到立法的目的,就是有百分之百效益或部分效益。如果与立法目的相悖,就是无效益或负效益。于是,法律的效益(立法效益)又可用公式表述如下:立法效益=符合立法目的的效果(正效果)/立法的全部社会效果(正效果+负效果)。

譬如北京市制定的禁止燃放烟花爆竹的法规,由于立法前作了充分调查论证和征求群众意见,规范合情合理,施行前又进行了大力宣传,该法规公布生效后,市民自觉遵守,几百年的传统习惯的消极影响立即得到克服,立法目的完全达到,可以说产生了100%的社会效益。而1979年全国人大制定的森林法(试行),在公布实施后,不但没有达到保护森林资源的立法目的,反而引来一次滥伐林木的高潮。这个试行法产生了某些负效益。这是由于该法不适当地生硬规定“国家和地方的木材生产必须全部纳入国家计划,不准进行计划外的采伐”。事实上由于我国地大人多,森林和林木分布广,每年生产多少木材,特别是农民集体与个人采伐多少木材,根本不可能都纳入国家计划,全部禁止计划外采伐只是一厢情愿,反而在群众中造成“逆反”心理,唯恐遭禁止而滥加采伐。后来在1984年制定正式的森林法时,改为实行限额采伐和采伐许可证制度,受到农民的支持,才部分地达到了立法的预期目的。

美国法学家霍尔曾指出,美国城市复兴法原打算为穷人提供体面的住房,但实施的结果却富了地产主,助长了窃贼,许多穷人没有能得到更好的住房而且被赶走。又如美国限制最低工资法,其效果是一些人得到了较高的工资,但却使其他一些人因此失去了工作。^{〔4〕}这都是同立法者原定立法目的相悖的,因而也是无效益或产生了负效益。

达到了立法目的,对立法者而言,固然是有法律效益的;对社会主体而言,一般也应当是有效益的。但这只是在立法目的同社会的利益与需要相一致时,才会如此。否则,对立法者有效益并不一定对社会有效益,符合立法目的的法律行为的效果,可能恰巧违反了社会目的,对社会有害。譬如制定出版法本应是以保护公民的出版自由,工厂法本应是以保护工人的劳动与休息权利为目的。但立法者基于统治阶级维护统治秩序的狭隘私利,出于其立法的潜在目的(非明示目的)而尽可能限制公民的这些自由与权利,为此制定了许多禁止性、限制性规范。如果这样的法律得到严格地遵守(有实效),其产生的社会效果则是遏制了公民的自由与权利。这种法律虽对立法者而言是有效益的,对社会有关主体而言,则是无效益而且是有害的。马克思批判过的十九世纪中叶德国的书报检查法就是这样的法律,列宁批判过的俄国工厂法也是如此。

社会主义国家由于国家利益(或立法者的利益)与人民(社会主体)的利益在根本上是一致的,其立法目的与社会目的(社会的利益与需要)一般也是共同的,因而法律效益或立法效益同社会效益是相依的。但也不排除立法者(或立法起草者)脱离群众,或囿于某些行政主管部门的利益,而使立法目的有悖于社会共同的利益与需要,以至产生立法效益与社会效益脱节乃至背离的现象,这就是所谓“立法侵权”或“立法专横”,或“立法谋私”(谋部门私利,如乱收费、滥设许可制度等等)。甚至在特殊历史条件下,还会出现“立法为恶”(如“文化大革命”中的“公安六条”)。这类法律、法规的实行,即使符合其立法目的,但同社会利益却是背反的。这种“法”的立法技术愈高明,法愈有效(有效力和实效),则愈损害社会效益。

所以,在衡量法律的效益时,不但要将立法目的同立法效益相比较,而且要检验其立法目的同社会目的是否一致,要把立法效益同社会效益合并起来考察。

(三)立法效益与法律效益的联系与区别

二者通常是一致的,但也有细微区别。立法效益主要是从立法者和立法工作的角度来衡量,主要看立法者设定的立法目的是否达到了预期的效果。但一个法律的实施效果,不只取决于立法自身的完善程度,也取决于执法、守法的社会环境,以及执法者、守法者的素质和社会风

〔4〕 参见王子琳主编:《法律社会学》,吉林大学出版社1991年版,第282页。

气、社会心理等因素。这些因素的交互影响,可以使法律朝三个方向起作用:一是达到或部分达到立法预期的目的与效果(正作用);二是违反或部分违反立法的预定目的,产生反效果(副作用);三是超越、扩大了立法的预定目的与预期效果。^[5]这三种之中的每一种都既包含立法效益(或立法负效益)或立法工作效益,也包含其他法制工作(行政执法与司法、守法)的效益,两者相加,可以总称之为法律效益。所以,法律效益的概念要大于立法效益的概念,前者包含后者。可以公式表述如下:法律效益=立法效益+执法效益+守法效益/法律的全部社会效果(正+负)。

因此,讲法律效益,是指立法、司法、守法等法治过程的综合效益,而立法效益则是着重从立法的完善上去谋取最大社会效益。这要求对立法资源(权利义务、权力责任等等)的优化配置。立法不仅要设定权利、义务与权力、责任,而且要考虑这些权利、义务与权力、责任的设置能方便、有效地得到行使和履行。

三、法律效率与立法效率

(一)法律效率的概念

法律效率是指法律效益与法律成本之比。它同法律效益成正比,而同法律成本成反比。投入的法律成本小,效益大,则法律效率高。所谓法律成本,是指投入法律的制定(立法)和实施(适用与遵守)的成本。所以它包括立法成本与执法、守法成本。至于立法效率,则限于立法效益与立法成本之比。

在一定的成本投入下法律效益或立法效益大,则法律效率或立法效率高,提高了效益也就提高了效率,这也是人们把效益等同于效率的一个原因。其实,即使效益未提高,而成本减少,效率也会提高。立法者往往忽视了立法成本这一环节。

效率只是一个比值,表现为单位成本所产生的效益量。提高法律效率,主要是解决法律的经济性——减少立法与执法、守法的耗费,谋取最大的法律效益。这里法律的经济性不是指法律对社会经济生活的作用或经济价值,而是法律(特别是指立法)自身的投入产出的经济计较。此即法律经济学或经济分析法学所要研究、解决的问题。

(二)法律成本的构成与立法成本

法律成本是指生产法律的社会效益所需投入的各种法律资源的耗费。这里社会效益包括法律所能促进的政治、经济效益和法治文明秩序等等。法律资源耗费包括立法、执法以及守法、违法上的人力、物力、财力、智力资源耗费和实现权利、行使权力、履行义务、承担责任等所付出的物质与精神耗费。

这里着重讨论立法成本问题,其构成大致有以下两个方面:

1. 立法自身的工作成本

通常讲立法成本,较多地指制定一部法律,从规划、起草、提案、审议到通过、公布以及进行修改补充、执法检查、立法监督等立法程序或整个立法工作过程中的人力、物力、财力以及时间、精力等物质耗费。这方面确是看得见摸得着的立法成本。立法过程中各个环节如何厉行节

[5] 这是因为执法、司法机关和各种社会力量附加于法律之中的社会能量,使法律增强和扩展了它的社会作用。就如同一个艺术创作形象由于读者和观众以自身的生活体验贯注其中,而使艺术形象扩大了内涵和感染力。

约,提高效益,多、快、好、省地完成立法任务,是提高立法效率所要考虑的问题。诸如怎样避免立法无计划导致立法滞后、急需的立法出现空缺、重复立法、作虚功等等弊端,防止造成法律体系效益的虚耗、抵销或流失;克服部门起草法案中权益之争所引起的马拉松式的立法协调工作,造成时间与精力上的浪费;重视与加强法学专家在立法中的作用,吸收或委托他们起草法律稿,论证法律案,避免立法中许多本可避免的法理与立法技术等方面的失误,减少立法工作的虚耗;减少人大各专门委员会之间和它们与人大常委会之间的重复审议,改进审议程序,提高审议效率;适当采用对个别条文的修正案,分别表决通过,以避免整体表决方式中可能产生的因对个别法条有不同意见而影响整个法律不得通过,影响立法的时间效率与质量;等等。这都是降低立法自身工作成本应考虑采纳的措施。

2. 立法的社会成本

这是指由于立法决策、立法方略、立法技术等方面的因素所引起的社会支出。可能出现这种情况:立法自身工作上的投入少,立法工作效率高,但由此却引起司法、执法、守法上的难度(亦即成本)增大,或违法或规避法律的现象增多,导致社会支出成本加大,社会效益减少,从而使整个法律效率降低。

譬如在立法指导上,过去曾提出“成熟一个,制定一个”的方针。这在改革开放初期对加快立法起了一定作用,有一定的立法效率;但其弊病是谁在立法工作上抓得紧,或某项立法难度小,因而先“成熟”,就可先立;某些急需的立法却付阙如,使整个社会的法律供求失衡,互相不配套衔接,反而削弱或抵销了法律体系的整体效益。又如“宜粗不宜细”的方针,使法律条文过疏,过于原则,造成“有法难依”,或者造成执法中自由裁量权的自由扩张,导致同立法目的偏离,影响法律执行的社会效果。

又如在立法方略方面,过去在立法方式选择上,按所有制形式来分别制定不同的企业法,不能适应市场经济主体权利平等的要求,有碍自由平等的竞争。合同法没有采取统一的立法模式,而是按合同种类分别立法,造成规范不统一,增大执法上的损耗;用多个立法来解决基本规范上有共同性、只在具体形式上有差别性的民法债权(合同)问题,对立法工作也不经济。不过,立法机关实际立法决策和操作上却倾向于分散立法。因为现代社会各种经济、社会问题层出不穷,在改革开放中更是变化迅速,立法者在社会压力下不得不采取“头痛医头,脚痛医脚”的应急处理办法,用零星分散立法的方式(所谓“零售”)来应付迫切需要,弥补立法的“赤字”。这当然是很不经济的,但却可能有立竿见影的效果,也就不计成本了。中国刑法典制定后,十多年来制定了一个又一个、累计达十数个有关刑法的补充决定,这从立法成本上看是不经济的,还会造成某些不协调。现在立法机关正在考虑修改刑法典,这对提高刑法的质量以及经济效益与效率都是十分必要的。

一个有善良的立法目的的法律,由于对实现该目的所需付出的社会成本欠考虑,而在立法上有疏漏缺失,也会大大影响法律的效益与效率。譬如中国在1989年制定的行政诉讼法,打破了几千年来“民不可告官”的旧传统,作为中国法制民主化的一个里程碑载入立法史册。开始实施时颇受社会关注,调动了社会主体维护自身权益、监督政府权力的积极性,行政诉讼案件增

加,政府败诉的也占一定比例。可是实行几年来,行政案件投诉和受理率大为下降。^{〔6〕}原因很多,其中诉讼成本大是一个主要原因。诉讼成本不仅是败诉成本,即使胜诉也有因得罪官方,事后在其他问题上受到主管部门的报复,因而蒙受经济上、政治上的更大损失之例(如某市电力局在行政诉讼中失败,就立即停止向原告方供电,造成原告重大损失)。^{〔7〕}

这种诉讼成本的耗费,从立法上看,也有疏失,即立法对弱者一方(公民与其他社会主体)对抗强者一方(行政主管部门)缺乏强有力的保障措施。如行政诉讼法规定诉讼范围只限于具体行政行为,而不包括抽象行政行为,对行政法规与规章和行政机关制定、颁布的具有普遍约束力的决定、命令没有司法审查权,而国家权力机关(立法机关)的立法监督又十分薄弱,因而行政诉讼对“非法之法”缺乏抵抗力。^{〔8〕}又如在败诉的行政部门进行强制执行上,对制止行政部门的报复行为上,都缺乏立法上的有力措施。再则,法院还可能利用司法变更权加重对原告的处罚,或在撤销行政机关的决定后,让作为被告的行政机关重新做出对原告更为不利的处理决定,而立法上并未在行政救济程序中规定禁止或限制对原告作加重处理的原则,或对行政机关的自由裁量范围加以适度限制与建立监督机制。这种诉讼成本过高,导致立法效益与效率降低的后果。

也有时立法上对违法犯罪行为的制裁同这类行为所造成的社会危害不成比例,使得违法犯罪的成本低(代价小)而可能获取的利益大大超过代价,即犯罪与犯罪风险(成本)比例失调。这会助长违法犯罪现象的滋生,加大社会遭受违法犯罪行为的侵害的机率与损害总量和预防违法犯罪所支付的成本。反之,立法上对违法犯罪的成本定得过高(处罚过重,同这类行为造成的损害不成比例),也会产生效益低,乃至反效果。例如对财产性犯罪定死刑过多,反而会相对降低对其他更严重的犯罪的处罚的镇慑力度。一位美国“犯罪经济学”学者认为:“法律改变对犯罪者的惩罚或改变对犯罪的惩罚程度,会改变犯罪职业的诱惑力,从而也影响与之相关的犯罪率;而犯罪率的变化将会通过潜在受害人的理性决策而影响抵制犯罪的支出。”^{〔9〕}所以,在制定惩治犯罪的法律规范时,要考虑罪犯、受害人和司法系统三者之间成本—效益的平衡。当然,这大体上适用于经济性的犯罪,对其他动机与性质的犯罪,其复杂性非用经济性的“犯罪成本与效益”所能分析清楚。

四、提高立法效益与效率的方略

提高立法效益与效率的方法,除了前述的尽量减少立法工作成本,节省在时间与精力、财力上的消耗,以提高立法的时间效率和财政效率外,在立法方略与技术上,应当着重从整体上考虑如何通过合理、有效、便利、节约的举措,减少立法、执法、守法的成本,促进立法的社会效

〔6〕 1989年4月至1990年9月底,全国各级人民法院共受理一审行政案件17247件,大体相当于1983年1月至1989年3月近6年受理这类案件的总和。1990年10月至1991年10月又比上年增加2.29倍。而1992年才增加5.6%,1993年比上年才增加2.9%,另有一些省份受案率大大下降。参见夏勇主编:《走向权利时代—中国公民权利发展研究》,中国政法大学出版社1995年版,第596页。

〔7〕 同上书,第624页。

〔8〕 参见《中华人民共和国行政诉讼法》第12条。

〔9〕 参见〔美〕戴维·费里德曼(芝加哥大学法律经济学教授)《什么是法律经济学》一文中所引埃利希(现任美国斯坦福大学法学院教授)的论断,《法学译丛》1990年第6期。

益与效率的增大。这要求立法者多下工夫调查研究社情,总结立法经验,借鉴国外先进方式方法,作出正确适宜的决策。下面略述使立法达到较佳效益与较高效率的几个方略性的原则与技术:

(一)依靠社会自我调节,节制法律的干预。

对社会关系的调整和对社会秩序的控制,有多种手段与形式。如市场经济规律(价值法则、自由竞争等等)对社会资源流向自动地优化配置;通过习惯规则、社会舆论、道德规范的约束与引导;非国家性的基层人民群众的社会自治;社会组织(社会团体、企业事业组织、政党等等)的纪律约束和调节;等等。法律(或法制)只是通过国家权力进行社会调整与社会控制的一种手段,并非成本最低的手段,非有必要,不宜轻易动用。这一则是为了改变“国家—社会”一体化的格局,防止把整个社会“囚禁”在国家机器之中(法制是最重要的国家机制),以至以国家法律的力量压抑了社会的生机和活力(对市场经济尤其如此);二则是依靠社会自我调节来解决各种社会问题,可以大大减省国家的行政资源,减少法律成本。所以,明智的立法者应当在拟制某项法律或某个法律规范之前,先作充分的调查研究,审视该项立法的目的,研究是否通过自我调节即可实现,而毋须立法上多此一举。

经济学理论告诉我们,当市场处于正常的竞争状态时,生产者、销售者和消费者根据各自的竞争追求来从事各种经济活动,就可自动达到社会资源的最有效益的配置和最有效率的分配。政府不应随意或过分干预市场经济活动。只是在市场机能不能正常地或充分地发挥,出现所谓“市场失败”时,才需要运用政策或法律来加以矫正。美国近十多年来已逐渐发觉政府为了矫正市场失败而规范经济活动的各种法律法规太多,使经济活动受到太多的束缚而活力大减。有的法律往往旨在改正某些市场缺失,却导致一些限制市场活力的副作用。因此,不如让市场自己去调整。譬如美国航空公司为了提高载客率而对班机售票实行超额接受订位的办法,以致有时发生乘客多于座位而引起旅客不满。这时政府就参加干预,规定采用拍卖的经济手段(乘客过多时,以高价拍卖座位),但收效不大。后来还是由东方航空公司自己采用“悠闲级机票”的办法解决这个问题(即购此票者在客满时可免费搭下一航班)。这个例子说明行政干预并非最佳选择,而且行政规则一旦订立,要修改也很麻烦,不如让市场自己去调整。^[10]

当代中国的立法(特别是市场经济的立法)总体上说不是过多而是不能适应需要,但也有些行政立法(特别是行政规章和其他规范性文件)过多干预社会生活和市场主体的活动,特别是滥定收费、处罚、许可等项制度,大大增加社会主体的守法成本以及因行政侵权造成的损失。其实,有些领域应属“不规制行为”的领域,即法律不作规限,听由社会主体自主,也可以减少不法者利用法律规制“以法谋私”,从而减少法律成本与社会成本,提高社会效益与效率。

当然,依靠社会自我调节,不是完全放任自流。人们也可以通过立法加强宏观调控或间接诱导,驱使社会主体为追求自身的利益最大化,而在法定大框框内采取宏观经济管理的立法,但要少用法律去干预微观经济活动,使市场经济主体有较大的自由度;减省守法成本,从而也减省了立法成本。

在立法前还要科学地计算或估量,如果通过这个法律去进行社会资源的配置所需支付的立法成本与社会成本,大大高于由市场自动调节加以优化配置所需的社会成本,那就需要考虑这项立法是否值得。除非这项立法所要达到的社会目的(包括政治的、经济的、社会正义的目

[10] 参见薛立敏:《经济法规的制度与经济分析》,台湾《中国时报》1985年1月21日。

的)远重于其经济效率。总之,该制定而效益好的法律要抓紧制定;可立可不立而且效益差的法律、法规特别是某些规章,最好不立。对立法既要积极,又要持适当节制态度。

(二)把握立法最佳时机,增进立法效益。

这里讲的时机,指立法的及时性,既不脱离社会需要而滞后,也不脱离社会实际而超前,即中国古语所谓“审时度势”,“当时而立法”。

过去某些立法往往滞后于改革开放的需要,待到问题发展已十分严重之后,才急忙制定相应的法律加以控制,此时社会已为无法可依的局面付出了沉重的代价,这是很不经济的。比如公司法,1983年就开始起草,直到1994年才出台,以至在这期间的几次“公司热”中产生大量欺诈行为,得不到法律的事先预防与事后治理。又如起哄一阵的开发区热、炒股票热,也因事前缺乏法律加以规范,导致破坏金融秩序和土地管理秩序。所以,国家立法机关的决策者近年提出要以立法引导改革,及时出台有关法律以适应市场经济的迫切需要,这不仅对立法的政治经济效益是十分必要的,对避免严重耗费社会成本(所谓“交学费”之类),也是十分重要的。因此要适当地采取提前立法、紧急立法的方针。有些立法如环保法、人体器官移植法,就须有前瞻性,提前立法,不能待环境污染积重难返,或人体器官买卖已泛滥成灾,才去立法,造成社会无法挽回的巨大损失。

“提前”立法是对于滞后立法而言,而不是凡事“超前”立法。脱离当前国情与国力,或者矛盾尚未显露,立法毫无经验时,就一味追求法律齐备和早早出台,也可能反而增加立法成本与社会成本。徒有纸上的法律而不能适时执行,也就谈不上有什么法律效益与效率。前述的破产法(试行)就有这个缺憾。

所以,立法时机一般应把握在社会矛盾与问题已经出现端倪或初步形成,尚未病入膏肓,而又有条件加以解决的时候。立法不可太迟,也不宜太早。可提前,但不宜“超前”。

(三)多行间接诱导,少作硬性规限。

有些立法者在制定法律和法律规范时往往片面理解法律的限制、控制的功能,而忽视立法的鼓励、诱导功能,对社会主体偏离国家与社会利益的行为,喜欢采取简单禁止性的规范,或者由立法来具体规限其行为的过程,以求事事纳入法律规定的轨道,达到法律控制的目的。实则控制过死,往往事倍而功半,使立法守法成本高,效率低。比较讲效率的办法是立法上多顺应社会主体谋求最大利益的动机,因势利导,促使其自动朝有利于社会的方向流动,创造更加经济有效的方法,去实现立法者所要达到的社会目标。这种间接诱导式的立法方略,对矫正社会弊病,可以叫做“头疼医脚”法。

一种立法方式是“寓禁于导”。如向自动售货机经营者按机型大小课征公用路面使用费,可以诱导营业者创制不妨碍交通的小型机器,而不必在立法上强行禁止路面上摆放自动贩卖机。^[11]又如汽车司机未按规定系安全带,不必非用罚款或扣留驾驶执照的办法,而可采取减少或免除人身保险赔偿的办法,使之为避免更大的个人利益损失,而注意遵守交通规则。^[12]再如韩国为促进环境保护,制定一种新的垃圾收费法规,规定以垃圾容量而不是以人头为计算单位,向居民收取服务费,从而促使消费者和制造商自动想办法减少垃圾体积。于是,一种压缩的超薄型小尿布应运而生,它比普通尿布体积小27%,而功用相同。其他各行各业也自动用各种方法来执行新的垃圾处理规定,如有的制造商在寻找代替物来取代包装体积大又不能生物分

[11][12] 参见苏永钦:《当前立法的几个问题》,台湾《联合报》1984年7月5日。

解的泡沫塑料。化妆品制造厂也正在尽量减少包装,提倡瓶子回收循环使用。新的法规试行结果显示,家庭废物减少了40%,而供循环再造的废料则增加了100%。^[13]这一立法例生动地表明,采用适宜的间接诱导的立法技术,即使是一个小小规范的变动,对于促进立法目的的高效益和高效率地实现,都可起到多么大的作用。

还有一种立法技术原则是“只问结果,不限定过程”,即立法上尽可能只规范行为的目标结果,而不要去规范行为的过程与方法。这一技术原则尤其适用于环境、安全等方面的立法。如只规定排放污染物的标准(结果),而不去具体规定必须采用什么技术与方法去达到这个标准(行为过程)。这样厂商可以自行选择或创造一个成本最低的方法来减少污染,达到法律规定的标准。如果立法具体规定行为过程与方法,则“上有政策,下有对策”,行为人总可以想出各种其他方法来规避法定的方法,使立法的预期目的落空,而且也不利于激发社会主体千方百计自谋降低成本、提高质量的方法,来实现立法所要达到的标准或目标。

(四)加强法律效果预测,选择高效的法律规范。

这是指运用经济分析方法预测可选择的法律规范的效益。为了实现立法的目的,可以有多种法律规范手段与方法选择,立法者当然应当选择最有效益和效率的规范。这就需要事先分别预测各种规范可能产生的各种不同效果,而加以比较、选择。譬如,为了控制交通事故发生率,可以制定限制车速的法规,也可以做出事故赔偿责任的规定。限制车速固然可减少事故,但一则可能增高交通拥挤的程度和司机的驾驶成本,二则车速只是汽车的外部可见因素,而司机的注意力不集中(如与邻座谈话、打瞌睡等等)交警却无法察觉并及时加以制止和处罚。采取事故由责任人直接负责的法律规范,好处是可以鼓励司机自律,对交通警察无法干预的事故因素,司机会衡量发生事故要承担的风险而自行约束。但这种规定的缺陷是司机对不可预测或难于预防的事故也要承担全部代价,有失公平,于是又有无过失责任保险的法规给予补偿,但这样减轻事故责任的效果之一却是增加了大约10—15%的公路死亡率。立法者对这几种不同效果都要事先作出预测,设计和选定既能达到立法目的、又是最有效率的法律规范。^[14]

对法律效果进行预测,更多地还应注意弄清在不同的条件下,什么样的权利配置可以促成高效率的结局。法律经济学家罗纳德·科斯(Ronald Coase)有名的“科斯定理”认为,假定在一个交易(双方谈判协商)成本为零即无代价的场合,而且双方合作时,不论初使权利如何界定、如何分配,由于共同追求一个双方都可以接受、对双方都有利的权利变更分配方案,可以导向一个高效率的结局。譬如规定铁路公司有让其机车在沿线抛撒火花的权利,因此对附近农场主的玉米地造成的火灾或其他损害,由铁路公司负赔偿责任或交纳皮古维安税;也可以规定农场主的玉米地有免受火花侵害的权利,而禁止机车撒火花,迫使机车改道或改装。这两种方案都会带来高成本低效率。相反,如果法律不加以干预,而让双方协商解决,则可以变更权利与义务的分配,采取农场主改种不怕火花损害的三叶草,而铁路公司给予农场主一定的补偿,这样可以花更低的成本,既防止损害又使双方受益,并使社会财富增加,达到一个高效率的结局。

不过,科斯定理是假定交易成本为零时的理想状态,事实上这是很少可能存在的。当交易成本不是很小时,权利如何分配就会对资源的配置造成不同的效果。这时法律就应当干预。法律如何干预才能达到最高效率呢?经济分析学家波斯纳(Richard A. Posner)提出法律应当

[13] 合众国际社汉城1995年3月1日电:《超薄尿布与新垃圾法》,1995年5月15日《参考消息》。

[14] 同[9]。

通过“模拟市场”来促进效益,即立法者应模拟科斯定理所讲的在交易成本为零的情况下把权利分配给那些将会通过市场交易“购买”这些权利的当事人(如上述的铁路公司“购买”了农场主免受机车火花侵害的权利,获得排放火花的权利。)这些人既有能力补偿因权利被“购买”而受损的人(如农场主),又同时能获得一定的净收益(机车不必改道或改装),从而使社会财富的总量增加或至少可减少浪费,亦即增加了社会效益。^[15]

以上关于科斯和波斯纳的经济分析法学观点,虽然过于片面强调法律的经济效率与效益,忽视政治、道德价值,且对于法律的经济分析也有把法律现象简单化的毛病,但对我国立法注重讲求政治效益和定性分析而忽视经济效率和定量分析的倾向,则是值得加以研究和借鉴的。

(五)估量法律规范的损益,作出立法倾斜或平衡。

一项法律规定,可能对某类人或某项事物有益,同时也可能对与之相关的其他人和事物有损。譬如实行企业破产法,有利于解决企业的债务和保障债权人的权利,有利于资源的优化配置,但随之也带来某些社会矛盾问题,如工人失业等等。同时,在中国,国有企业的破产,其责任者(厂长、经理或者政府主管部门)并不承担破产成本的支付,而是国家受损。凡此,都需要做出损益评估和价值取舍,而制定破产成本最小而效益与效率最高的立法决策和规范选择。譬如规定给责任者应有的制裁,给失业职工设定优先救济的办法,等等。对某些涉及国计民生和社会正义的事项,必要时也应舍弃效率优先的考虑,而让公平居先。也有时国家以“公用目的”或“公共需要”(如修公路、城市建设)而征用土地或拆迁民房,于公共事业有益,而于集体(集体所有的土地主人)或个人利益有损,立法上一般采取给予补偿费,以求得对集体或个人损益平衡,对公共事业益大于损。但也可能产生这样的情况,即建设某项公共工程所能得到的效益,和它所引起的对公私利益的损害很不相称,弊大于利,得不偿失,这样的工程就不该建设。因此,立法上就应规定相关机关(如城市建设部门、土地管理部门以及法院)有权也有责任根据效益原则,权衡其得失,而做出撤销的裁定。可惜我国城市规划法和土地管理法都只强调了国家或公用事业的需要,要求被征用单位与个人“服从国家需要”,而未把效益纳入立法规范之中,作为评估这种需要的一个重要尺度。

提高社会效益与效率的立法方略是多种多样的,本节所举的只是几个重要的、立法者应当经常考虑的原则。此外,如法律手段与立法目的要成比例,即不要用“大炮打麻雀”,如一部百万字的著作中只有一万字是盗版内容,却要求销毁已印刷了上千册的图书,这种处罚就不成比例。反之,也不要大事化小,对抄袭他人著作却只按该著作的应有稿酬赔偿被侵权人。这种“救济”也不会对侵权行为有任何威慑作用。^[16] 又如在立法方式上,用一个法律来处理同一类问题,更符合立法经济效率原则。如前述的三个合同法的立法模式就是不经济的,而采用“法律包裹”的方式,用一个法去修改多个法,就是既节省又便利的立法方式,等等。^[17]

[15] 同[9]。

[16] 参见郑成思:《关贸总协定中的知识产权程序条款与我国的立法》,《中国法学》1995年第2期。

[17] 参见郭道晖:《法律修改方略述评》,《中国法学》1989年第6期。