



如何论证制度建设的必要性

潘波

一、为什么要研究制度建设的必要性

法律、法规、规章是调整经济社会关系、进行制度建设的基本载体。近年来，无论在学术界还是实务界，一些同志往往把加强立法、完善制度作为解决问题的必须途径、首要途径甚至唯一途径。在有些同志看来，某项工作越



重要，似乎就越有制度建设的必要，而且层级越高越好、越管用。然而，调整社会关系的方式除了法律制度外，还有政策、道德、乡规民约、公序良俗等。况且，进行制度建设需要做好大量前期准备工作，开展调查研究，动员有关方面力量，听取意见建议，整个程序延续的时间少则数月、多则数年甚至十几年，势必要耗费一定的公共资源。

法律、法规、规章的数量应当符合国家治理实际需要，既不是越多越好，也不是越少越好。在中国特色社会主义法律体系已经形成的时代背景下，要提高制度建设的质量和效率，应当高度重视制度建设的必要性论证工作。特别是在研究阶段，真正弄清楚实践中存在的问题，其中有哪些问题是需要通过制度建设来解决的，而不是简单地使用“促进经济社会发展的需要”“适应法治国家建设的需要”等肯定正确但过于粗糙的表述方式。

二、必要性论证的基本标准

解决实践中无法可依的问题。我国经济社会发展较快，很多出现的新情况、新问题没有

明确的制度依据，制约了行业发展。这些问题往往涉及长远性、持续性的事项，需要具有普遍规范意义、可以反复适用的标准或规范，而且靠规范性文件、行业规则、团体章程、道德约束等难以解决，这就可以考虑制定法律、法规或规章。值得注意的是，应当分清楚完全没有制度依据和已有一些制度、但分布在若干部法律、法规、规章中的情况。如果现有制度之间不存在冲突，而且通过执行现有制度能够有效解决问题，就可以考虑通过编辑法律制度汇编的方式指导实践，打消“无法可依”错觉。

适应全面深化改革的要求。要巩固改革成果，就必须将有普遍适用意义的规则 and 标准通过制定或者修改法律法规的方式确立下来。从国家治理角度来看，改革的过程实际上就是法律制度大规模建构的过程，改革要突破现有的制度安排，就必须通过立法修法。对立改废条件不成熟而改革实践又迫切需要的，要按照法定程序作出特别授权的方式进行先行先试。实现立法和改革决策相衔接，做到重大改革于法有据、立法主动适应改革和经济社会发展需要。

保护社会公众和当事人合法权益。十八届四中全会《决定》明确要求：“行政机关不得法外设定权力，没有法律法规依据不得作出减损公民、法人和其他组织合法权益或者增加其义务的决定。”涉及社会公众、当事人权利义务尤其是限制或剥夺权利、设定义务或者责任的事项，一般应当制定法律或法规。通过立法程序凝聚社会共识，使法律制度反映最广大人民群众意志。

加强制度权威性和执行力。已有法律、法规、规章虽然对某一问题作了规定，但同一或同类问题在不同地方的规定不一致，甚至相互矛盾，导致各地区各部门在执法工作中掌握的



标准和幅度不一致，严重影响执法公平公正。这可以通过立法的方式整合已有制度，规范制度实施的标准，维护法制统一和政令畅通。

三、制度建设的时机和条件

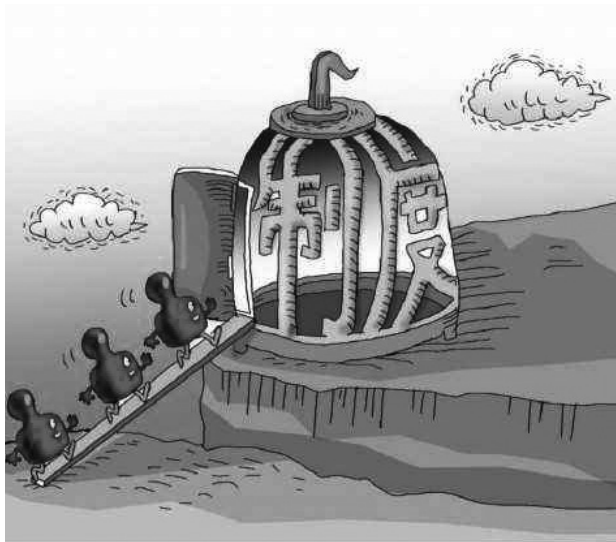
制度出台的时机、条件等问题也是必要性论证的重要内容。制度建设存在障碍的参考标准大致有：一是社会心理不认同，缺乏普遍的民意基础，可能产生道德、伦理等方面风险。二是拟规范的领域正在或即将进行体制改革、发生重大变化。三是支持和反对意见均具有较强群众性且观点对立，如仓促出台制度有可能产生严重负面影响。四是矛盾和问题暴露得不充分或缺乏系统性调查研究，已掌握的情况不全面。

已有制度的修改完善也要考虑时机，主要有以下情况。一是由于上位法的修改使得下位法必须修改，否则就会导致下位法“违法”。二是由于国家政策的调整需要及时修改制度，如配合“放管服”改革而修法。三是有些制度设定之初处罚标准较低，随着时代条件变化，为加大违法成本而修法。

四、如何选择制度载体

在制度建设中，是制定法律、法规还是规章，也是必要性论证的重要内容，这是一个复杂的问题。是否有上位法授权，可以作为一条参考标准。

有上位法授权的情况。这可分两种情形。一是上位法对法律、法规、规章的设定权限作了规定。比如，《行政处罚法》规定：“行政法规可以设定除限制人身自由以外的行政处罚；国务院部、委员会制定的规章可以在法律、行政法规规定的给予行政处罚的行为、种类和幅度的范围内作出具体规定。”如果超出了授权范围，则应当制定更高位阶的法律制度，《行政许可法》《行政强制法》等都有类似规定。再如，修订后的《立法法》明确授权设区的市的人大及其常委会，设区的市、自治州政府可以对城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护等方面的事项制定地方性法规或地方政府规章。二是上位法明确将规则制定权授予特定主体。如《证券法》明确要求，证券公司为客户买卖证券提供融资融券服务等事项由国务



院规定，上市公司收购的具体办法等事项由国务院证券监督管理机构规定。据此，国务院制定了《证券公司监督管理条例》，证监会制定了《上市公司收购管理办法》。

没有上位法授权或授权不明确的情况。这要考虑多方面因素，区别处理。比如，《立法法》规定，属于本行政区域的具体行政管理事项应制定地方政府规章。这里的“具体行政管理事项”一般指行政履行职能所涉及的事项。一旦超出行政机关权限范围，涉及国家权力机关、司法机关职能，以及可能对社会公众权益产生较大影响的事项，则应考虑制定地方性法规，如特定群体的权益保护、行政执法程序与刑事司法程序的衔接等。此外，每年能列入人大立法计划的项目相对较少，而有些工作又迫切需要有制度依据，对于短期内难以列入人大立法计划的项目，可以在不违反上位法规定的前提下，先制定行政法规或规章，将来再上升为法律或地方性法规。

成本效益分析是制度建设必要性论证的一个重要方法。目前，一些地方、部门和学术机构已经开始在大数据调查的基础上，综合运用统计学、经济学、社会学等方法精准分析制度建设的必要性，取得了较好的效果，预计会越来越多地用于制度建设工作中。

（本文作者系中国政法大学法学博士）