



# 正确认识政府权力清单与法的关系

杨登峰

权力清单制度的进一步推进与落实必将是政府法治建设的重要举措。然而,从近几年政府部门制定权力清单的实践和法学界对权力清单的研究来看,对于权力清单的认识尚存在一些误区。有些人认为“权力清单”是准法律,有些人甚至提出了“清单之外无权力”“依清单行政”等说法。笔者认为,这些看法未能正确认识权力清单的本质,未能正确界定权力清单与法的关系,未能正确把握权力清单的功能与作用,如果听之任之,反而有害于法治政府建设,亟待澄清。

## 一、权力清单不可能是“准法律”

笔者认为,应当从以下四个方面来分析和认识权力清单的本质。

权力清单不是由享有立法权的国家机关制定的,而是由各级政府的工作部门制定的,也即由行政权力的具体享有者和行使者制定的。具体而言,权力清单的制作主体有国务院各工作部门和地方各级人民政府工作部门两类。地方各级人民政府的工作部门制作的占总量的绝大多数。一般都是由各级政府法制部门统一指导、督促,由各工作部门的法律工作人员分头制作。也就是说,国务院各工作部门、各级人民政府各工作部门是权力清单的实际制作者。基本上形成了“谁的权力谁清理、谁制作”的模式。如此一来,“政府权力清单”实际上演变成为“政府工作部门的权力清单”。

权力清单不是按照立法程序制定的,而是由制定机关根据自己的工作习惯自行决定的。迄今为止,不论立法机关还是行政机关,不论

是中央国家机关还是地方国家机关,均无关于权力清单制定程序的明确规定或要求。其结果是,各级政府工作部门在制定权力清单过程中,没有统一的制定程序可循。实践中,各级政府工作部门也是根据各自的工作习惯自行安排,制作手段、时序、形式具有很大的差异性、多样性和灵活性,同时也免不了具有很大的随意性。从总体看,各部门基本上采用的都是“闭门制作”方式,制作过程不公开,公众无参与。仅有一些部门会举办一些小规模的法学专家评议会,听取他们的意见。因此,权力清单一般不是按照法律、法规或者规章的制定程序制作的。

权力清单不具备法律形式,大多数都是以图表的形式表现出来的。法律、法规、规章,作为法律渊源,有其法定的表现形式,基本形式为章、节、条、款、项、目等。权力清单则不然。中共中央办公厅、国务院办公厅印发的《关于推行地方各级政府工作部门权力清单制度的指导意见》(以下简称《指导意见》)要求:“地方各级政府对其工作部门经过确认保留的行政职权,除保密事项外,要以清单形式将每项职权的名称、编码、类型、依据、行使主体、流程图和监督方式等,及时在政府网站等载体公布。”从各地公布的权力清单看,绝大多数也都采用的是图或表的形式,与国家制定法的表现形式大相径庭。

权力清单列举的权力基本上是对现行职权的梳理,不可能创设新的权力,也不宜削减现行法授予的权力。不论从党中央和国务院的



相关规定来看，还是从权力清单的制作实践来看，权力清单所列入的权力，都是现行有效的法律、法规、规章赋予政府工作部门的行政职权，主要为行政处罚、行政许可、行政强制、行政征收等方面的权力。权力清单制作者并不能也不应该在清单中列入法律法规未曾授予的权力。从权力清单制作实践来看，权力清单的制作过程实际上也就是对现行法律、法规和规章规定的行政职权复制粘贴的过程，没有也不可能创设新的权利与义务。同样，权力清单的制作者也不应自行削减现行法授予行政部门的权力。《指导意见》规定：“对虽有法定依据但不符合全面深化改革要求和经济社会发展需要的，法定依据相互冲突矛盾的，调整对象消失、多年不发生管理行为的行政职权，应及时提出取消或调整的建议。”《指导意见》规定得很清楚，制作部门仅有提出取消或调整不符合全面深化改革要求和经济社会发展需要的权力的建议，但不能自行取消或调整。这是符合行政职权法定原则的。

基于以上几点特征可以看出，权力清单本质上只能是个“清单”，不可能是“准法律”。我们还须认识到，权力清单一方面是行政部门的权力清单，同时也是公民、法人或其他组织所承担的“义务清单”。由于权力清单不得给行政机关增加或削减法律法规授予的职权，它也就不可能给公民、法人或其他组织减少或者增加行政法上的权利和义务。即便对行政机关内部的公务人员来说，既不会给他们创设新的权利和义务，也不能为他们减少现行法规定的权利和义务，不会影响他们的个人权益。因此，权力清单也不可能是规范性文件，更不可能是行政决定。既然权力清单只能是个清单，也就只能发挥清单的功能与作用。

## 二、权力清单制定与应用的根本在于法

从权力清单的上述几点特征也可以看出，权力清单与法律规范之间其实存在着紧密关系。因此，在借助权力清单制度促进法治政府建设的过程中，我们不仅要正确认识权力清单的性质，还必须正确把握权力清单与法律规范之间的关系，方能切实推进法治政府的建设。权力清单与法律规范之间的关系，可归纳为以

下几个方面。

权力清单必须根据法律制定，而非党的政策或政府文件。权力清单制度是由中共中央和国务院自上而下推动的，党的政策和政府文件在这一过程中发挥了主导作用。但这些文件仅仅为权力清单的制定指明了方向，确立了原则，这些文件以及其他各种党和政府的文件都不可能具体规定政府的权力。因此，权力清单不可能根据党和政府的政策或文件制定，而只能根据法律、法规和规章制定。

行政权力源于法律规范，而非权力清单。行政职权法定原则和行政行为法定原则是人民主权原则和法治原则在行政法治层面的基本体现，是建设有限政府、法治政府应当坚持的首要原则。根据行政职权法定原则，行政机关的职权必须由法律来授予；根据行政行为法定原则，行政机关作出影响人民权利的行政行为必须有法律依据。《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》明确指出：“行政机关不得法外设定权力，没有法律法规依据做出减损公民、法人和其他组织合法权益或者增加其义务的决定。推行政府权力清单制度，坚决消除权力设租寻租空间。”这一规定正是行政职权法定与行政行为法定的集中体现。由此可见，行政权力只能源于有立法权的国家机关（包括人民代表机关和行政机关）制定的法律规范，清单的内容不过是对现行法律、法规和规章中规定的行政权力的复制和粘贴。而且，只有这种不折不扣的复制与粘贴才是符合行政法治原则的。权力清单绝不可能成为行政职权的法律依据。

行政机关执掌的权能与权限最终由法律规范确定，而非权力清单。行政权力具体可分为行政权能与行政权限两个方面。一般认为，行政权能是行政机关所承担的功能与责任的辩证统一，体现为职权范围、职责深度、职权方式等。其核心问题在于回答“政府应该做什么，或者可以做什么”。行政权限是指法律规定的行政主体行使职权所不能逾越的范围或界限，也就是行政职权的限度。其核心问题在于回答“政府不能做什么，或者做到怎样的程度为止”。既然行政权力源于法律规范而非权



力清单,且行政权能和行政权限不过是行政权力的两个向度。顺理成章,行政机关的权能和权限也只能根据有权机关制定的法律规范来确定,而不能根据权力清单来确定。

行政权力的行使最终依赖于法律规范,而非权力清单。按照行政法定原则的要求,行政行为必须有法律依据;按照正当程序原则的要求,行政机关作出影响人民权益的行政决策或行政行为,要说明理由。而所谓的理由不外乎事实根据、法律根据和裁量根据三个方面。事实根据自不必说。所谓法律根据,即行政决策或行政决定据以作出的法律、法规或规章的相关规定。所谓裁量根据,也不过是制约和规范裁量权的一些基本法律原则,主要有平等原则、合理原则以及比例原则。不论是平等原则、合理原则还是比例原则,仍然属于法律规范的范畴,为实在法所认可。这就是说,按照行政法定原则和正当程序原则,行政机关作出行政决策或者行政决定时,必须在其法律文书中引用相关法律依据;而可引用的法律依据,只能是法律规则和法律原则。政府权力清单并不能成为作出行政决策或行政决定的法律根据和裁量根据。

权力清单中的概念解释必须依赖于法律,而非权力清单。行政权力在行使过程中,难免要对权力清单及其依据中的法律概念进行解释。这种解释与通常的法律解释不会有区别。众所周知,法律解释方法除了透过法律概念的文义进行文义解释外,还经常采用目的解释、体系解释或者历史解释等方法。目的解释须探求法律规范的立法目的,从而使法律解释符合法律规范的立法目的。体系解释须探求整个法律规范体系之间的关系,从而使法律解释与整个法律规范体系保持一致。历史解释须探求法律规范制定的历史背景以及立法者的意图,从而使法律解释尽可能符合立法者的本意。可以看出,不论是目的解释、体系解释还是历史解释,都不可能是孤立的概念解释,都不可能脱离法律文件本身以及法律文件制定的历史背景。反过来讲,法律解释必须将待解释的法律概念置入其所以产生的法律文件、规范体系和历史背景中加以考量。

由上可见,权力清单与法律规范是标与本的关系。权力清单源于法律规范,发展于法律规范,受制于法律规范,始终离不开法律规范。

### 三、权力清单的功能与作用在于对法的指引

制定权力清单的过程是行政机关对自己的“家底”加以清理的过程。通过权力清单的制定,行政机关可以明确自己执掌的权能有多少,权限有多大,从而明确哪些是自己该做的,哪些是自己不能做的。如果权力清单能够依法制作,全面准确地反映行政职权,能够根据法律、法规和规章的变动及时修订、调整,能够与相关法律文件、法律规范紧密结合起来解释与应用,则行政机关“依据清单行政”与“依法行政”原则就不会发生矛盾和冲突。而且,由于权力清单对政府工作部门的行政权力加以梳理、汇总,克服了行政权力在各种不同法律文件中规定的分散性、繁杂性,具有单一性、统一性和简明性,可以为行政执法人员提供执法指引,为检索执法依据提供便利,从而在一定程度上有助于行政效率的提高。因此,权力清单制度的推进在一定程度上对法治政府建设有积极作用。

但是,我们也必须深刻认识到,权力清单与法律之间有着不可分割的关系,不论是清单的制定,还是对清单的解释与执行,都不能离开法律。反过来,不论是制定清单,还是解释与执行清单,必须与法律结合在一起,且最终以法律为依托。清单不可能成为法律之外的“准法律”。行政机关单单依靠权力清单是不可能执行法律意志、建设法治政府的。建设法治政府,我们仍然只能说“法无授权不可为”,但不能说“清单之外无权力”;我们只能说要依法行政,但不能说“依清单行政”。只有这样看待权力清单制度,“十三五”规划期间的法治政府建设才能走在正确的道路上。

(作者系南京师范大学法学院教授、博士生导师,本文转自《中国党政干部论坛》)