

# 权力清单的定性研究： 兼谈行政法概念的回应型变迁

李响

(南京大学 法学院, 江苏 南京 210093)

**摘要:**近年来权力清单制度作为法治政府、“互联网+”政府建设的重要举措正在向多领域延伸,但由于清单本身的新颖性及弱规范性,导致权力清单的性质,清单与法的关系尚未明确。这既源于当下我国国家行政与社会行政领域的实践变迁,也受制于我国行政法学的理论回应,即随着公共行政的规范性与公共性增强,行政法概念的外延也随之扩张。因而需从新公共行政的本土视野出发,在破除狭隘国家行政思想的基础上认清行政法概念理论的变迁趋势,结合地方实践现状剖析兼具规范性与公共性的权力清单,明确作为一种新行政规范形式的权力清单体系正在形成。

**关键词:**权力清单;公共行政;公共性;新行政法;规范形式

**中图分类号:**DF571 **文献标识码:**A **文章编号:**1673-9841(2021)04-0059-12

## 一、引言

“权力清单”一词在全国范围内正式提出始于党的十八届三中全会通过的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》,文件中提到:“推行地方各级政府及其工作部门权力清单制度,依法公开权力运行流程。”在十八届四中全会通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》(下称《决定》)中进一步明确提出:“依法全面履行政府职能。完善行政组织和行政程序法律制度……推行政府权力清单制度,坚决消除权力设租寻租空间。”而2015年中共中央办公厅、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》(下称《指导意见》)则是对地方权力清单制度如何实践的具体指导。

上述三份文件从功能、内容等角度对政府权力清单制度进行阐述,未对权力清单做概念定性。或许是预见到未来实践的不确定性,正如十九届三中全会进一步提出“全面推行政府部门权责清单制度”<sup>①</sup>,但带来的却是对权力清单本质认知上的不清,故而引发了权力清单制定主体、制定程序、适用方式的争议以及依法行政和依清单行政的悖论。此外除地方政府,诸如法院、检察院、高等院校、中小学校、科研事业单位、公立医院、行业协会、证券交易所等单位组织也在推行符

<sup>①</sup> 关于权力清单、责任清单、权责清单的关系争议问题,朱新力、余军认为,行政职权和行政职责是“一体两面”关系,权力清单和责任清单可以合并为权责清单。参见朱新力,余军. 行政视域下权力清单制度的重构[J]. 中国社会科学, 2018(4): 109-131. 笔者赞同此观点,此观点原理也适用于处理其他相关清单种类与权力清单的关系问题。

**收稿日期:**2020-04-27

**作者简介:**李响,南京大学法学院,博士研究生。

**基金项目:**国家社会科学基金重点项目“权力清单的理论与实证研究”(15AFX003),项目负责人:王太高;南京市法学会一般项目“区域法治中的清单制度”(NJFX(2016)B09),项目负责人:李响;江苏省普通高等院校学位研究生科研创新计划项目“规则之治理论问题研究”(KYLX16\_0008),项目负责人:李响。

合自身治理需求的权力清单<sup>①</sup>，这既丰富了清单制度体系，也使清单本质问题更显糅杂。对此，一些学者将政府权力清单定性为政府信息公开的内容<sup>[1]</sup>，认为“权力清单既不是法，也不是规范性文件”“权力清单属于政府主动公开的信息”<sup>[2]</sup>。另一些学者鉴于权力清单的规范作用，将权力清单定义为“制度性授权机制”<sup>[3]</sup>、“合法性审查补充机制”<sup>[4]</sup>、“行政法文件或者不具有行政法效力的相关文本”<sup>[5]</sup>或是“行政自制规范”<sup>[6]</sup>。亦有学者在否定权力清单是准法律的前提下肯定其对法的指引作用<sup>[7]</sup>。学界对政府权力清单性质的论述大致可分为行政信息公开说、自制规范说、规范性法律文件说<sup>[8]</sup>，还有学者提出可细分为六种学说<sup>②</sup>。但因未区分行政政府权力清单与其他组织权力清单，故而完整权力清单体系暂缺考量。

总体而言，对权力清单定性研究的争议点主要是“权力清单是不是法（法律）”以及“如果是法，是何种法”，即权力清单的法属性问题。此问题直接关乎权力清单制度实践的正当性来源，决定权力清单的具体适用形式。为此，本文认为应基于公共行政的变迁趋势，在考察部分地区“互联网+”政府建设中权力清单制度实践情况的同时，用一种更开放的行政法法概念理论视野探究完整公共行政背景下权力清单的性质——一种新行政法规范形式。在正确回答“权力清单与法的关系”这一问题后，方能在社会主义法治体系架构中确立权力清单的地位，并为现代化治理体系内权力清单制度的良好运行指明方向。

## 二、行政法法概念的回应型变迁

改革开放以来，在社会迅猛发展的历史背景下，我国历经数次政府机构改革<sup>[9]</sup>。面对全面依法治国，建成法治政府、服务型政府的时代呼声，想要正确认识权力清单的法属性问题，尚需在“实事求是”“与时俱进”精神的指导下，结合我国法治体系和现代化治理体系建设的现实，客观看待公共行政领域的变化以及基本范畴层面行政法理论的变迁趋势。

### （一）强公共性的公共行政

从20世纪后半叶起，全球范围内频繁出现世界银行所言的“治理危机”（crisis in governance），在政治与行政两分法指导下追求科学化、普遍化的行政管理理论在危机现实面前力所不逮，在形式意义上行政效率的追求并不能满足实际不平等所激发的政治诉求。为应对此类危机，中外学界、各国政府都在探索公共行政的新内涵，新公共行政、新公共服务、治理等理论流派推陈出新，新公共管理运动<sup>[10]</sup>、重塑政府运动、公共事务（逆）民营化等现象层出不穷。

由国际间均势原理衍生出的以洛克、孟德斯鸠为代表的国内权力制衡分立原理，以及政治与行政的分离理论，正逐渐向服务于经济社会均衡发展的功能主义偏转<sup>[11]</sup>。政府职能也由消极行政向积极行政发展，维持社会秩序的事务比例相对降低，福利给付以及应急救助的事务比例则在攀升<sup>[12]</sup>。在我国，传统的“行政管理”“行政管制”等概念正被“政府治理”“政务服务”等话语所吸纳。

上述变化大致遵循罗森布鲁姆所言的管理、政治、法律三个途径<sup>[13]</sup>，这一范式转换的重要表现即是公共行政中公共性的增强趋势。由传统“行政=公共行政=国家行政”概念语境下黑格尔式的国家一元主体转变为除传统抽象政府以外，其他非政府公共组织与个人等多元主体的公共

① 参见《最高人民法院关于落实司法责任制完善审判监督管理机制的意见（试行）》《最高人民法院人民检察院关于完善人民检察院司法责任制的若干意见》《高等学校领导人员管理暂行办法》《科研事业单位领导人员管理暂行办法》《公立医院领导人员管理暂行办法》《中小学校领导人员管理暂行办法》《中国资产评估协会关于印发〈“十三五”时期资产评估行业发展规划〉的通知》《中共深圳证券交易所委员会关于巡视整改情况的通报》。

② 行政机关内部文件或清单说、信息说、行政自制规范说、新型行政规范性文件说、规范性法律文件说、混合说。参见黄学贤，刘益洪，权力清单法律属性探究——基于437份裁判文书的实证分析[J]，法治研究，2019（1）：139-151。

性参与<sup>[14-15]</sup>。主体间关系也由以往全能型国家背景下抽象国家为高权管理主体,其他组织或个人为纯被动客体转变为信任基础上多元主体间关系地位的灵活变换。而通过政府、非政府组织及个人角度的组织结构变化,管理与政治途径目标方有实现可能,公共行政的范式转换意味着更具公共性的参与式民主,互联网以及普及化的终端设备让包括行政机关在内的更多共同体与个人参与到自治与他治之中,通过全过程民主化的治理实践追求民有、民治、民享。这也印证对“公共性”一词的解释,即“所谓公共性,是指多元现实主体在生产活动和交往过程中形成的非独占、非排斥并且可以相互分享、互为条件的社会关系的属性”<sup>[16]</sup>①。

我国“国家治理体系和治理能力现代化”概念的提出正是对治理危机的本土化回应。在国家治理体系框架下的经济、政治、文化、社会、生态、党建等各个领域,中国共产党及各民主党派、中央政府及各级地方政府、司法机关、监察机关、社会组织、人民群众、媒体等多元主体普遍参与,参与的范围是普遍全过程的,参与的方法则是遵循法治为核心的公共行政权力制度规范体系。在全面依法治国的要求下,相较旧十六字方针,“科学立法、严格执法、公正司法、全民守法”提出更高要求,反映在公共行政领域主要表现为立法、决策、执法、监督等环节多元主体的民主参与。

## (二) 扩张中的行政法法概念外延

百年前,莱昂·狄骥便敏锐地察觉到传统国家主权理论的衰落以及公共服务、合作国家理念的兴起等变化趋势<sup>[17]</sup>,提出公法的变迁概念。再回溯半个世纪,马克思在《关于林木盗窃案的辩论》一文中也阐述了刑事法规乃至公法的应然属性,即对“一切国家的穷人的习惯法”的尊重。反观行政法,学界之所以否认中西方封建时期不存在行政法<sup>②</sup>,很大程度上归因于现代行政法继承了教皇革命、启蒙运动以及法国大革命以降的民主属性,祛除了身份法时代部分群体的特权以实现血缘身份到契约的转变,亦即黑格尔所言的“主观自由的法,是划分古代与现代的转折点和中心点”<sup>[18]</sup>。

而行政法由纯国家统治工具逐步成为规制公权力、满足公共服务需要的手段,历经 20 世纪中后叶以来市场化、民主化、信息化进程的飞速发展以及我国改革开放的不断变革,正推动中外行政法向“新行政法”<sup>[19]</sup>的方向发展。从依法行政到建设法治政府<sup>[20]</sup>的话语转变反映了我国行政法治中政府与非政府组织、个人间的新型关系,其核心表现为基于多元公共行政主体的规范多元化趋势。

改革开放后伴随着市场发展与政府“简政放权”,原有的“管理型国家治理”逐渐向“合作型国家治理”转变,“政府由管理者角色向服务者角色蜕变”<sup>[21]</sup>。一方面,公共行政中社会行政的分量日益增大,社团行政、企事业单位行政以及各类自治组织依法依规行政的价值逐渐显现,在互联网、个人终端设备等新技术支持下媒体及普通个人的影响力被无限放大,公权力从国家垄断中破茧而出<sup>[22]</sup>;另一方面,在广义政府内部,主体多元化趋势正打破传统官僚制机关法人的顽固外壳,基于分工与科层结构进一步细化对基层政府、内设机构、派出机构、政治及技术官员的规制,内部管理法治化、外部化的趋势也越来越强。由奥托·迈耶初创,以行政组织法、行政行为法、行政救济法为三大板块的传统行政法学已初显疲态,“日趋呈现出只关注行政权,不关注行政相对人,只关注静态的行为法律效果,不关注动态的行政整体过程等诸多弊病”<sup>[23]</sup>,无法有效满足全面依法治国背景下包含国家行政与社会行政的完整公共行政领域的规范需求。“在社会发展转型,并逐渐形成‘国家·社会·市场’三元结构中,行政法遗漏了大量本该规范的领域;许多公共

① 需要注意的是“公共性”一词的概念还必须是唯物史观基础上的,从而区别于先验、抽象的“公共性概念”。参见桑明旭. 关于“公共性”的唯物史观阐释[J]. 理论探索, 2020(6): 34-40.

② 严格意义上(土地能否转让、司法管辖权、人身依附关系等方面),中国从先秦时期开始就迥异于欧洲封建制度。因此,在中西方语境下行政法的断代也是一个值得研究的问题。

治理活动逸出公法的规制；对频发的争议，传统的行政法制度在很多场合却束手无策，致使社会矛盾加剧。”<sup>[24]</sup>

为回应上述变化并解答“在那些解除管制的领域，是否要保留（至少是部分地保留）原有的行政法规范要求？在那些新近被私有化的领域，原来政府承担的责任是否也应（或许是部分）移交给私人”<sup>[25]</sup>等问题。“新行政法”相较传统行政法涵盖了更丰富的法规范种类，引用姜明安教授的话，即“从静态到动态，从硬法到软法，从单一法源到多元法源”<sup>[26]</sup>，从全面依法治国的角度，这种外延扩张涉及更加全面的公共行政主体以及法治环节。使传统面向司法的行政法拓展到同时面向立法、执法、司法、守法的行政法，行政法形式的扩张将人大立法、行政立法、司法立法以及部分公立院校、医院等非政府公共行政组织的内部规范皆纳入行政法学的研究范畴，“软法”“活法”“党法”“内部行政法”等法概念形式相继被引入或提出，行政规则、行政惯例、自由裁量权标准等具体形式得到理论界与实践界的重视，行政组织法、程序法在法治政府建设中的地位也日益提高。在上述法律自创生<sup>[27]</sup>抑或是理性化自发秩序生成的进程中，行政法也由管理论下“行政法是调整行政关系即行政管理过程中产生的社会关系的法”，控权论下“行政法是对行政权进行监督和控制的法”，平衡论下“行政法是调整行政关系及基于此而产生的监督关系的原则和法律规则的体系”<sup>[28]</sup>，发展到新公共行政背景下覆盖完整法治环节，在更多主体、法源形式基础上规制公共行政权力行使的法规范体系。

而上述行政法基本范畴的体系化发展变迁，恰似百年前的自由法运动以及现实主义法学<sup>①</sup>，正契合拉伦茨、德沃金等人对整体法概念体系的理论延伸，以同时满足立法、执法、司法、守法的多维规范需求。在“迎合公共行政需求，追求行政合法性的道路上”<sup>[29]</sup>，新行政法蕴涵的有别于奥托·迈耶对行政法定义的新内容，顺应了新公共行政的发展趋势，拓展了融合行政管理法与行政治理法的行政法学研究域，为多领域公权力行使的合法性、合理性提供更丰富的依据，从而推动罗森布鲁姆所谓管理、政治、法律途径三者的整合。

上述变迁，表面上是公共行政及行政法学领域众多学者观点的糅合，深层则仍是对社会系统结构分化趋势下国家与社会、多元共同体与个人间关系的回应，是被作为整个法律理论体系基础与核心的主体理论的体现<sup>[30]</sup>，这亦与哲学领域主体理论的演进相一致<sup>[31]</sup>。在我国，新公共行政中行政与法律的关系以及多元主体的自治与他治关系，也正是我国“天人合一”思想与西方传统两分法<sup>②</sup>范畴间张力的现实反映<sup>[32]</sup>。在“理性的人的体制”<sup>③</sup>宣告破产之际，新公共行政所具有的强公共性特点使得其在“现实的人”<sup>④</sup>的基础上进一步兼顾事实与规范、个性与共性，突破了传统视角下行政主体与行政相对人的简单抽象群体概念。

在法学领域，新行政法、权力清单制度以及对广义公权力组织内部规制的关注又将我们拉回到一个法学基本问题上，即“何为公（私）法”。传统特殊权力关系理论掩盖下行行政机关等公权力组织的内部行政问题，作为其内部的“私”行政正逐渐被纳入行政法学研究视角内，这也与民法、劳动法、经济法、军事法领域对家庭、公司、军队等组织内部事务的法治干预趋势相一致，是全面

---

① 在看似狭隘保守的分析实证法学派内部，其发展脉络之一就在于哈特、拉兹、凯尔森等后来者对奥斯丁、边沁等前人关于命令、义务、制裁、规则、规范等概念的不断研究与理论扩张，并最终明晰规范性与一般性的差异。参见张书友：法律实证主义与规范理论——规范性的三个难题[J]。北方法学，2013(5)：18-29。

② 传统两分法范畴观对治理危机以及法律传统的危机都具有较大作用，割裂了法律与宗教、政治、社会的联系，形成一种整体性危机。参见伯尔曼：法律与宗教[M]。梁治平，译。北京：商务印书馆，2012。

③ “理性的人”同时也是“与世隔绝的人”，质疑人与人之间有效沟通、联系、合作的可能性。参见O. C. 麦克斯怀特：公共行政的合法性：一种话语分析[M]。吴琼，译。北京：中国人民大学出版社，2002：172-177。

④ 马克思笔下“现实的人”与西蒙(Herbert Simon)笔下的“有限理性的人”及阿克曼论述的“私人公民”有共通点。参见颜昌武：作为行政科学的公共行政学——西蒙行政思想述评[J]。公共管理研究，2009(00)：135-162。

依法治国的“全面”之所在。当然,在“多元法律渊源和多种法律方法的使用增大了法律适用的恰当性”<sup>[33]</sup>的同时,不免让人从实然层面产生对法多元化、泛化以及法治统一方面的担忧,扰乱一般人对“法”的精确认识。这也是权力清单性质认定不清的原因之一,因此需要从权力清单的内容与功能角度发掘其与上述变迁的同质性。

### 三、权力清单的新特点与功能面向

借上述变迁为认识论基础,再审视部分地方政府治理领域实证层面的权力清单,就会发现政府权力清单,更准确地说是权力清单体系,并不止于信息公开、引导作用<sup>[34]</sup>以及一般意义上对行政权的规制作用。清单中的新主体、新规则等内容以及整个清单网络体系还蕴藏着新型的规范关系,可以推动实现立法与执法、政治与法律间的双向连接,也为我国公共行政的法治化、公共性加强提供新路径。

#### (一)多样化的清单内容

按照《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。”<sup>[35]</sup>但各地在数年间的制度实践中对权力清单不同程度地做出创新,内容也远超2019年4月修订前《政府信息公开条例》的规定范畴。

1. 更为丰富的行政职能行使主体。如果用传统行政法理论中的行政主体概念对比《指导意见》中的行使主体概念,就会发现实践中后者的范围要大于前者,甚至大于传统的行政机关范畴。地方政府权力清单除按省、市、县三级政府对权责归属进行划分外,工作部门内部还明确到责任处(科室),有些地方甚至将办事流程具体到个人。在党政机构融合、试点改革的大背景下,各地工作部门的数量、名称、职能尽管存在些许差异,但依靠权力清单推进机构编制法定化的宗旨是明确的。

并且随着技术实践的逐步成熟以及《政府信息公开条例》《中共中央办公厅、国务院办公厅印发〈关于加强乡镇政府服务能力建设的意见〉》《中共中央、国务院关于实施乡村振兴战略的意见》《关于推进基层整合审批服务执法力量的实施意见》的相应要求,浙江、江苏、湖北等不少省份正将清单中的“各级政府”延伸至乡镇(街道)及作为自治组织的村(社区),按照省、市、县权力清单的体例优化基层政权服务管理体制。以江苏为例,经过在48个经济发达镇的多年改革试点,全省范围内的县(市、区)向乡镇(街道)赋权正逐步落实,数以百计的行政许可及行政处罚类职权将由乡镇(街道)行使。这也与《法治政府建设实施纲要(2015—2020年)》中关于社会治理法治化的具体要求相一致。

2. 多样化的依据、裁量权标准及承诺。就职权依据一项,部分地方政府在权力清单制作中并未止步于罗列2019年修订前《政府信息公开条例》第10条、现第20条以及《行政诉讼法》第63条意义上的法律法规依据。以南京、宁波、武汉三市区(县)管辖的临时用地审批子项为例。南京市权力清单列举了《中华人民共和国土地管理法》(后文简称《土地管理法》)与《江苏省土地管理条例》的相关条款,宁波市则列举了《土地管理法》《中华人民共和国土地管理法实施条例》(后文简称《土地管理法实施条例》)《浙江省实施〈中华人民共和国土地管理法〉办法》及《浙江省临时用地管理办法(试行)》中的有关条款。武汉市政务服务网网页仅有《土地管理法》第57条,而在武汉市自然资源与规划局原权力清单网页中<sup>[36]</sup>还列举了《土地管理法实施条例》第28条、《土地复垦条例》(国务院令 第592号)、《湖北省国土资源厅关于加强临时用地管理的通知》(鄂土资发〔2009〕39号)。在其责任事项依据项目中,还包括受理责任依据、审查责任依据、决定责任依据、送达责任

依据以及监管责任依据,并列明具体依据的法律、行政法规以及行政规范性文件条文。而在最近的一次网络访问中(2021年3月21日),已并入国家一体化政务服务平台(试运行中)的武汉及宁波地方相关网页中仅保留了《土地管理法》第57条为法律依据,南京则以《土地管理法》第57条为法律依据与设立依据,在审批标准中列举了《土地管理法》《江苏省土地管理条例》相关条款。可见《指导意见》中的“依据”实际上是一个广义概念,在职权法定原则的约束下,职权依据的范畴可上至法律下至行政规范性文件,覆盖具体职权行使的全流程,且在平台建设过程中还存在很大不确定性。

就权力清单中普遍存在的裁量权标准一项,其来源分为两类,一类是依据原有的相关行政规范性文件,另一类则是通过权力清单编制新设。为贯彻《决定》中“建立健全行政裁量权基准制度,细化、量化行政裁量标准,规范裁量范围、种类、幅度”的目标,在短期内行政裁量权基准制度顶层设计缺失的情况下,通过权力清单制度实现细化、量化行政裁量标准,规范裁量范围、种类、幅度不失为一条现实之路,这也与我国现有由下而上、实践先行的裁量权基准生成路径相一致<sup>[37]</sup>。当然在现阶段还存在部分地方裁量权标准未入清单的情况,如北京市人防办行政处罚权行使的相关清单目录中就未列入现行有效的《北京市民防局关于印发〈北京市民防行政处罚裁量基准〉的通知》(京民防发〔2015〕85号)。针对“侵占人民防空设施”的行为,清单列明依据《中华人民共和国人民防空法》《北京市人民防空工程建设与使用管理规定》可以对个人并5000元以下的罚款、对单位处1万元以上5万元以下的罚款,而前述裁量基准文件中对相关行为按照不同违法情节可细分为三个基础裁量阶,分别是:“对个人警告、并处2000元以下罚款,对单位警告、并处1万元以上2万元以下罚款”;“对个人警告、并处2000元以上3000元以下罚款,对单位警告、并处2万元以上3万元以下罚款”;“对个人警告、并处3000元以上5000元以下罚款,对单位警告、并处3万元以上5万元以下罚款”。

3. 基于信赖原则的承诺制度。除依据、裁量标准外,部分地方政府还发挥主动性,在清单中作出较法定期限更短的事项办结时限承诺及悬赏奖励承诺。北京、浙江、陕西等多地<sup>①</sup>还基于对行政相对人的信任创设了告知承诺、容缺受理等新清单制度概念以提高行政效能。

当然上述列举仅能展现权力清单现阶段的极小部分实际情况。在《指导意见》的范围内,不同省份对如何具体编制本省范围内权力清单享有较大的自由度,其差异甚至影响到权力清单与责任清单等诸多种类清单的关系处理问题<sup>[38]</sup>。依托政务服务网络平台,权力清单更是与“一网通办”等政策相融合。总之,各地政府除按《指导意见》的统一要求外还一定程度上结合地方立法发挥能动性,部分地区更是将清单延伸至乡镇街道一级,设立了不少《指导意见》规定的“等”外项目,更进一步规范具体行政职权的设立、执行与监督程序,从而为实现“放管服”改革提出的“六个一”目标创造条件。

## (二) 权力清单的功能面向:体系化视角下直接规范与间接规范的统合

按照《指导意见》的要求以及参考上述权力清单样本,地方政府权力清单虽由政府主导制定并公布实施,在制定主体、制定程序方面与其他规范性文件相似,并兼具信息公开以及规范行政行为的作用。但其作为“非法律”的制度体系对行政职权行使和相关法规立改废释的直接与间接规范方式,又迥异于任何一种传统执行性的行政法规范。

1. 从清单制度体系结构角度,权力清单是政府内部具有层级性与整合性的元规制(meta-

<sup>①</sup> 浙江省在政务服务网政务服务清单类别下分设权责清单、告知承诺事项清单、容缺受理清单等不同类别的清单。北京市则是在与行政权力清单、基本目录清单并列的便利化清单中设立了告知承诺清单、容缺受理清单。

regulation)<sup>[39]</sup>,与人大立法、授权立法相比是一种更低效力等级的规范体系。在傅文荣诉义乌市人民政府、金华市人民政府不履行法定职责一案中,浙江省高院阐明了作为部门权力清单编制主体的政府工作部门与本级人民政府间的区别。这佐证了权力清单所谓的“自制”在体系视角下是具有双重性乃至多重性的,即一级政府与本级政府工作部门、上级部门与下级部门存在分工与监督,各级政府工作部门负责制作本部门清单初稿,相应一级政府(主要是法制办、编办)对上述清单进行汇总分类、清理调整、审核确认及公布。这种对自我规制的控制分工能够保障权力清单在相应场域内的权威性和普适性,且在一定程度上对科层制予以改良,直接穿透行政主体理论针对具体内设科室及个人,促使捧着“铁饭碗”的终生制专业技术行政人员执法履职时受制于更具体、明晰的规范。

在互联网时代,通过国家政务服务平台可以构建涵盖从中央到地方五级政府的权力清单制度体系,权力清单这一网络化的公示形式突破了传统单行法和一般法的文本形式,以及一一对应的效力位阶层级。随着2015年修订的《中华人民共和国立法法》(后文简称《立法法》)中地方立法权的深入行使,地级市一级的地方性立法大量出现,权力清单的制定及公开也正是对政府特别是基层政府部门公权力的再次确权<sup>①</sup>,从而兼顾大国治理的统一性与区域治理的特殊性。各级地方权力清单以及整个权力清单制度也为协调中央与地方事权的科学配置提供助力,为公权力领域的区域法治发挥作用。

2. 从清单文本内容角度,其具有直接规范性。权力清单包含的职权依据、流程图、责任科室、责任依据、职责边界、自由裁量权标准、承诺制度<sup>②</sup>等项目。相当一部分规范性内容直接来源于现行有效的法律、法规、规章以及行政规范性文件,是一种法律(规则)汇编;另一部分则是权力清单制定过程中新设的具有弱确定性的行政规则,主要包括流程图、裁量标准、职责边界、承诺制度,具有解释、执行法律法规的作用,与前者结合则属于一种法律(规则)编纂。清单中新设的流程图、自由裁量权标准、承诺制度等子项对公权力行使,尤其是对以往被特别权力关系理论所掩盖的,具有实际外部效力的内部行政行为提出更具体且公共的规范要求<sup>③</sup>,从而将全过程民主的理念渗入原本坚持理性官僚的科层制行政当中。这种对基层权力运行规范化的关注,既能够保障法治体系框架下地方行政的相对自主性与客观差异性,也为平等、信赖(诚信)原则基础上可能的国家监察、行政复议及司法救济提供依据。

在我国行政程序法和行政组织法普遍缺位的情况下,由上述两类规范汇总而成的权力清单,除具有不言而喻的信息公开作用之外,还对公权行使起到实体和程序双方面的规制作用,有利于在行政执法及行政诉讼中克服因偏于形式主义<sup>④</sup>的法律法规所具有的不合目的性、不周延性、模糊性、滞后性而引起的合法性危机以及法院主导司法审查的低效能<sup>[40]</sup>,形成更完备的行政法规范体系架构。这也符合行政国家发展的必然趋势,即“19世纪80年代以来,除1905年至1915年间最为明显的上升阶段外,法律中规制性内容的重要性明显提升,立法数量大幅增加,这一重心的转移带来与组织体关系相关的新式法律类型。法律关注的焦点从授权组织行为转向加强公共

① 对街道一级的基层机构治理的作用尤为明显,从而避免职权下移过程中的不作为。参见宋华琳,范乾帅. 街道办事处在社会救助行政中的职权及其法治化[J]. 北京行政学院学报,2018(6):23-33.

② 关于政务承诺的具体规定参见《关于加强政务诚信建设的指导意见》(国发[2016]76号)。

③ 即强调规范价值的沃尔多路径。参见 WALDO D. Development of theory of democratic administration[J]. American political science review,1952(1):81-103.

④ 此处的形式主义包含概念形式主义和规则形式主义。参见布赖恩·Z·塔玛纳哈. 法律工具主义对法治的危害[M]. 陈虎,杨洁,译. 北京:北京大学出版社,2016:71.

管理以及对公共事务的监督,……事实上,到二十世纪中叶,行政立法的数量也开始超过国会立法的数量;到50年代,因政府日益增加的服务职能,为商业性客户及个人提供服务的律师需要更多地求助于行政规则汇编而不是国会立法汇编,以确定其处理事务依据的法规框架”<sup>[41]</sup>。

3. 清单制作和实施过程的多方参与模式,是对公共性及我国民主执政精神的贯彻,对行政权行使起到间接规范作用。权力清单制定审查过程中政府及其工作部门、各级人大、专家学者、社会公众等主体的多元参与机制以及清单公布后的动态管理机制为民意的良好传达提供渠道,丰富了包含咨询、听证、告知理由等方式的传统公民参与模式。通过对行政职权合法性、合理性的审查以及后期动态监督,一定程度上可以矫正“恶法”以实现良法之治,这是以往任何一种规范审查形式所不能及的。相较通过各级人大或法院途径<sup>①</sup>,在职权法定原则下互联网技术支持的权力清单可以更有效地促使有权主体对相关法律法规以及行政规范性文件在内的其他规范发起事前动议,从而进一步确保法治体系框架中法律规范系统与非法律规范系统的结构性耦合,推动上位法与下位法、国家法与地方法的良性互动。在两党制、议会制民主饱受争议的今天,权力清单正创造性地提供可能的民主新渠道,“促进真正的民主与真正的效率间的平衡”<sup>[42]</sup>,强化公共行政领域法规范的合法性与正当性。

此外在构建新型党政关系方面,权力清单与党纪党规共同规范公职人员特别是党员的行为,且相较国法与党法的性质效力差异,权力清单的低效力等级恰好能够在法律与政治、国法与党法间起到一定的衔接作用,克服法律与政治强分离的弊端。

上述权力清单仅涉及行政政府范畴(村、社区除外),如果再考量到正在探索建设的学校、医院等单位组织以及人大、法院、检察院权力清单。后者更是丰富并填补了《中华人民共和国教育法》《中华人民共和国高等教育法》《医疗机构管理条例》及各机关组织法、法官法、检察官法等公法、行政法法域的规范空白,对非行政政府组织的内部治理提出了规范要求。其中人大权力清单的初步建立更是在健全人大工作机制、决定重大事项制度等方面作出了积极探索。尽管与政府权力清单在具体内容、运行模式等方面存在差异,但从目的或功能角度来看两者是一致的,都旨在提高公共行政领域不同类型组织的法治化、规范化水平,同时协调不同类型组织及内部间的分工合作,明晰各组织公权力行使的具体规则。

#### 四、权力清单——一种新行政法规范形式

权力清单的上述表征符合我国公共行政日趋法治化且公共性增强的新场境。作为一种关于公共行政的结构化安排,虽不被严格的、基于传统立法与司法立场的法律体系所吸纳,但相融于涵盖完整法律过程<sup>②</sup>的法治体系概念,与行政法法概念外延扩张的趋势相一致。

##### (一) 传送带理论的重构——行政法的三维面向

如果说基于威尔逊关于政治与行政两分基础上的传统行政法传送带(transmission belt)理论濒临破产,那么权力清单制度则有助于一种新型传送带模式的建立。相较于传统理论中政府职责是在特定案件中执行立法指令,并将行政法局限于法院主导的司法审查领域<sup>[43]</sup>,权力清单制度有助于形成多维面向的行政法体系,即面向立法、面向行政、面向司法的行政法。传统传送带模式中作为核心的行政执行阶段,其内部尤其是基层行政如同一种“盲盒”,公共行政领域普遍

<sup>①</sup> 依据《行政诉讼法》第53、64条,法院虽拥有一定的审查权能,但在司法实践中附带审查制度运行不佳。参见卢超. 规范性文件附带审查的司法困境及其枢纽功能[J]. 比较法研究,2020(3):127-141.

<sup>②</sup> 法律过程(the legal process)与德语中法律实现(rechtsverwirklichung)一词意义相近,在我国当代语境下即包括立法、执法、司法、守法四个实践环节,以及法学概念理论。

的规范性缺失以及监督乏力,不仅直接影响依法行政,也间接导致司法救济中的法依据不清以及法的制定与实施过程中的民意抵触。

新型传送带中行政政府不仅通过网络化的权力清单更好地解释、执行立法与上级指令,主动推进自身组织、职能、权限、程序的规范化,并推广至社会行政领域。同时权力清单在法院、检察院乃至人大等司法、立法机关中的衍生,在2021年3月“全过程民主”写入全国人大组织法和议事规则的背景下,创造性地推动权力机关及司法机关本身的法治化建设。由此在不同类型机关、不同层级行政主体、行政主体与行政相对人、立法机关与人民群众之间生成多个传送带系统,促使行政主体将政治和法律同时纳入行政过程,保障各级权力机关及人大代表、司法机关及其工作人员依法依规履行相应职责,形成更加完善的、兼顾公权力行使全过程的规范体系。这也是新时代我国体制机制改革对传统三权分立理论、政治与行政两分理论及议行合一理论的批判性发展。

所以,从完整权力清单制度体系出发而非孤立地考察清单文本,权力清单与其文本中作为行政自制规则的内部规则并不完全等同,不能将其狭隘地归为传统行政自制规范或是行政规范性文件。尽管作为一种典型的 Jerry L. Mashaw 教授所认为的行政内部规制方式<sup>①</sup>,地方政府行政权力清单对化解“司法程序无法担负起现代政府的功能,原因在于司法程序的被动性以及专业化不足导致效率不足”<sup>[44]</sup>具有积极作用。但在新传送带中不同类型组织权力清单的公共性及其外部效用,使得权力清单超越了行政自制的典型范畴<sup>②</sup>,这是传统行政法制模式所不能及的。

## (二)行政法规范的多元化与体系化

从实效强度的差异化角度,依据《行政诉讼法》第53、63、64条以及《最高人民法院关于审理行政案件适用法律规范问题的座谈会纪要》的相关规定,行政法规范可分为3大类:法律法规、规章、规章以下的规范性文件。这就从制定法层面直接破除了奥托·迈耶时代“依法律行政”的神话,也证明法治体系框架内不同种规范的安定性是不一致的<sup>③</sup>。理论上,权力清单新设的裁量标准、承诺等自制规则在效力外部化的前提下是可诉的,其既可被法院尊重并引用说理,也可能因违反上位法或基于合理理由而被排除适用,甚至提出相关司法建议。而清单中涉及组织法层面行政职权变更、下放的部分,也可作为司法救济时确认诉讼主体的依据。当然清单文本中还存在纯粹的行政内部规则,如内设机构分工、流程图等,这部分规则虽不构成实体法意义上的请求权,没有行政诉讼法意义上的可诉性,但在党和国家监督体系中可受司法机关以外主体的监督问责。包含多种规则形式的权力清单在“控权”“保权”的基础上,通过将行政内部规则公开化、相对稳定化,拓展了行政合法性的评价渠道与证立空间,从而兼顾合法性与合理性。对公立学校、医院等社会组织而言,权力清单的设立有助于相关主管部门、司法机关、监察机关、媒体等组织与个人参与监督,进一步提升其法治水平。

对权力清单性质的疑问,某种意义上也是规章及行政规范性文件法属性及可诉性问题讨论的延续<sup>[45]</sup>。在2015年《立法法》与2017年《行政诉讼法》相继修订的背景下,“如果我们不再是教条主义地固守早年启蒙思想家体系化的权力分立原则,不再机械地强调不同性质权力之间的平

<sup>①</sup> 关于行政内部规制的内容参见杰里·马肖·创设行政宪制:被遗忘的美国行政法百年史(1787—1887)[M].宋华琳,张力,译.北京:中国政法大学出版社,2016.

<sup>②</sup> 于立深教授将行政自制的要素归纳为:一、行政自制的主体是政府自身;二、行政自制的客体是行政权力及其外在表现的行政行为;三、行政自制的具体内容包括自我预防、自我发现、自我遏止、自我纠错等;四、行政自制是一种积极的控制权力的行政行为;五、行政自制的基本动力来源于政府及其公务员的道德意识、行政系统的自我组织力量和内部行政法律规范。参见于立深.现代行政法的行政自制理论——以内部行政法为视角[J].当代法学,2009(6):3-16.

<sup>③</sup> 这也与我国一直以来误把法律渊源理解为法官裁判依据的来源有关。参见郭晔.追寻和感悟中国法学的历史逻辑——“法学范畴与法理研究”学术研讨会述评[J].法制与社会发展,2018(5):207-224.

衡和制衡,而是将目光投向现实的公共管理实践”<sup>[46]</sup>。就会发现对传统分权理论以及法律保留原则(禁止立法权授出原则)的机械认识,忽视了政府与非政府组织中大量规章、行政规范性文件以及内部行政规则的客观存在,也低估甚至放弃了司法机关及其他主体的审查监督权。权力清单正是通过梳理罗列内部规则(尤其是涉及授益性行政决定)在内的完整行政法规范体系,并将其纳入审查监督的公共视野之中,从而保障行政法法域规范形式的多元性以及内容的正当性。

### (三)一种新规范形式——权力清单

综上,对比美国法学会编撰的法律重述及美国《联邦行政程序法》,权力清单正是在我国缺失行政法总则及统一行政组织法、程序法背景下,针对作为典型解释性概念的行政法由我国公权力组织为主的多主体参与编撰的行政法重述、行政解释。虽然权力清单与法律重述具有类似的前瞻引导作用<sup>①</sup>,但与无权新创规则的法律重述不同,且区别于本身无拘束力的信息公开文件,权力清单制度体系下的权力清单是具有规范性的。鉴于权力清单内容的复杂性,其规范性既来自于相关法律法规、规章及其他规范性文件,也源于清单本身的多种新设规则,即《联邦行政程序法》意义上无须公告评议的非立法性规则,在我国则为不属于行政规范性文件范畴的行政规则。这种法律规范与非法律规范的统合解释了为何不能非此即彼地说“依法行政”或是“依清单行政”,也不能一概而论地判断权力清单的可诉性。跳出以法院司法审查为重心的法释义学立场,在行政内部层级监督、监察委、人大、人民群众等外部监督方式中,权力清单又是可能被用作审查依据且被审查的。且基于信赖利益原则,违反清单中的承诺期限、自由裁量权标准等项目的行政行为也是可诉的。

由于权力清单广泛存在于行政政府以及非政府公权力组织,并逐渐被政党、法院、检察院、监察委乃至人大等机关组织的内部治理所采用,形成横跨多组织,涉及完整立法、执法、司法、守法环节的清单家族体系,这是任何旧的法规范形式所不能吸纳的。因此,本文倾向于将完整权力清单制度中的权力清单定性为一种行政法的新规范形式,是区别于行政法规、规章、行政规范性文件等传统行政法律及非法律规范形式的,而由多元公权力行使组织主导制定的新行政法规范,是完整新行政法规范体系的子体系。在行政法调整的范围非常广泛、行政管理本身处于动态的变动过程中,行政法的形式渊源带来分散性、交错性、变动性等特点的背景下<sup>[47]</sup>,权力清单体系事实上起到行政法典的整全性作用,并部分克服了法典化与行政法法域安定性不足间的先天矛盾,是一种利用互联网工具对公共行政领域所涉外部及内部法规范(则)进行法典化的行政立法新形式。而完整的权力清单制度体系作为兼顾国家行政与社会行政的法治新路径,与政务服务平台等技术终端相结合,从公共空间角度形成了真正的“最大的接待室”<sup>②</sup>。

## 五、结 语

在信息化时代,社会的扁平化使得单个人为元单位的各种社会共同体的作用较以往呈几何倍率放大。电子政务的发展为法治政府建设提供了更宽广的渠道,互联网也为普通人民参政议政提供了更大可能。个人的对象性行为对他人、社会、国家乃至世界的影响越来越大。面对国家治理这一各国面临的共同课题,特别是在我国这一社会主义国家,党和国家对“为人民服务”的理解正从关注人民这一抽象的集合概念,逐渐向关注“现实的个人”方向发展,从考量绝大多数人利

<sup>①</sup> 美国法学会原本希望法院能够普遍适用《法律重述》并受其拘束,从而替代普通法杂乱的案例规则,但最终退而求其次,致力于通过编撰《法律重述》,从规范性角度指明普通法规则的发展方向。

<sup>②</sup> 美国记者威廉斯曾将列宁的办公室称为世界上最大的接待室。参见阿尔伯特·里斯·威廉斯·论列宁和十月革命[M]. 叶冬心,译. 北京:生活·读书·新知三联书店,1962:83.

益向考量具体每一个人的利益方向迈进,这也是以人为本精神的根本体现。

在社会转型的新时期,权力清单制度是我国国家治理的创新举措,将民主法治的理念渗入到抽象的各类机关组织内部,实现从抽象国家、抽象组织到现实的人的法治实践主体转变。在新公共行政多元治理的历史趋势下,权力清单作为一种新行政法规形式,有助于将抽象且散布于众多法律法规之中的规则具体化,提高广义行政主体的系统治理、依法治理、综合治理、源头治理能力,为行政相对人、组织体及更广大的人民群众参与国家治理拓宽渠道;有利于统一、协调行政法律关系各方主体的需求差异;更是在当代民主制度有效运转面临重重危机的背景下,对基于传统代议制民主立法合法性的行政法理论实践的进一步发展。

当然,有关权力清单制度在我国这么一个国情复杂、区域发展极不平衡的大国如何良善实施,这仍需攻克众多难关。不同类型组织权力清单的制定、监督调整机制、司法适用、监察适用等方面尚存在大量具体问题,如何认识作为法的形式之一的权力清单与法律法规的相互关系以及多元参与制度对我国现有立法模式的影响更是值得深入拓展研究的。在未来相当长的一段时间里,围绕权力清单、权责清单以及其他各类清单,直至不同共同体法(如党纪党规、行业规章)的定性及实践,尚存大量理论和实务界共同面临的问题。在世界哲学化与哲学世界化进程中,行政法概念的变迁及其对应的哲学转型,特别是此背景下如何构建新型的法与国家关系,以及符合我国国情的公法学、国家法学体系也是非常具有潜力的哲学社会科学研究课题。笔者探索权力清单仅涉及其性质问题,而对整个清单制度体系的深入研究,还需要哲学社会科学内包括法学、政治学、哲学等多学科的通力合作。

#### 参考文献:

- [1] 刘启川. 责任清单编制规则的法治逻辑[J]. 中国法学, 2018(5):102-121.
- [2] 申海平. 权力清单的定位不能僭越法律[J]. 学术界, 2015(1):126-134.
- [3] 刘良军. 准确把握“权力清单”的内涵与外延[J]. 领导科学论坛, 2014(12):5-6.
- [4] 王太高. 合法性审查之补充:权力清单制度的功能主义解读[J]. 政治与法律, 2019(6):2-12.
- [5] 苏艺. 论行政权力清单的本质属性与实践检验[J]. 行政科学论坛, 2015(4):43-47.
- [6] 喻少如,张运昊. 权力清单宜定性为行政自制规范[J]. 法学, 2016(7):112-121.
- [7] 杨登峰. 正确认识政府权力清单与法的关系[J]. 中国党政干部论坛, 2016(4):79-81.
- [8] 陈斯彬. 权力清单的两个面向及其效力[J]. 求索, 2018(5):96-104.
- [9] 竺乾威. 政府职能的三次转变:以权力为中心的改革回归[J]. 江苏行政学院学报, 2017(6):91-98.
- [10] 金太军. 新公共管理:当代西方公共行政的新趋势[J]. 国外社会科学, 1997(5):21-25.
- [11] 马丁·洛克林. 公法与政治理论[M]. 郑戈,译. 北京:商务印书馆, 2013:187.
- [12] 哈贝马斯. 在事实与规范之间——关于法律和民主法治国的商谈理论[M]. 童世骏,译. 北京:生活·读书·新知三联书店, 2003:537.
- [13] 罗森布鲁姆. 公共行政学:管理、政治和法律的途径[M]. 北京:中国人民大学出版社, 2013.
- [14] 夏志强,谭毅. 公共性:中国公共行政学的建构基础[J]. 中国社会科学, 2018(8):88-107;
- [15] 郭道晖. 多元社会中法的本质与功能——第二次亚洲法哲学大会述评[J]. 中外法学, 1999(3):101-107.
- [16] 桑明旭. 马克思的“公共性”概念[J]. 宁夏社会科学, 2019(1):55-60.
- [17] 狄骥. 公法的变迁[M]. 郑戈,译. 北京:商务印书馆, 2013.
- [18] 黑格尔. 法哲学原理[M]. 范扬,张企泰,译. 北京:商务印书馆, 1961:126-127.
- [19] 姜明安. 澳大利亚“新行政法”的产生及其主要内容[J]. 中外法学, 1995(2):66-70.
- [20] 应松年. 从依法行政到建设法治政府[N]. 人民日报, 2016-08-31(7).
- [21] 江国华. 行政转型与行政法学的回应型变迁[J]. 中国社会科学, 2016(11):129-142.
- [22] 朱新力,梁亮. 公共行政变迁与新行政法的兴起[J]. 国家检察官学院学报, 2013(1):113-120.
- [23] 赵宏. 行政法学的体系化建构与均衡[J]. 法学家, 2013(5):34-54.

- [24] 余凌云. 行政法讲义[M]. 北京:清华大学出版社,2010:17.
- [25] 迈克尔·塔格特. 行政法的范围[M]. 金自宁,译. 北京:中国人民大学出版社,2006:2.
- [26] 姜明安. 法治思维与新行政法[M]. 北京:北京大学出版社,2013:120-125.
- [27] 贡塔·托依布纳. 法律:一个自创生系统[M]. 张骥,译. 北京:北京大学出版社,2004.
- [28] 王锡铤,陈端洪. 行政法性质的反思与概念的重构——访中国法学会行政法研究会总干事 北京大学副校长罗豪才教授[J]. 中外法学,1995(3):29-33.
- [29] GOODNOW F J. Comparative administrative law[M]. New York City:G. P. Putnam's Sons,1893:6-7.
- [30] 房香荣,樊珊珊. 环境行政法调整机制解析[J]. 西南大学学报(社会科学版),2017(5):38-45.
- [31] 郭湛. 从主体性到公共性——当代中国马克思主义哲学的走向[J]. 中国社会科学,2008(4):10-18.
- [32] 沈家煊. 从语言看中西方的范畴观[J]. 中国社会科学,2017(7):131-143.
- [33] 陈金钊. 现有“法律思维”的缺陷及矫正[J]. 求是学刊,2018(1):75-87.
- [34] 汪骏良. 论权力清单的构造及完善——基于省级政府权力清单的实践[J]. 河南财经政法大学学报,2019(1):1-12.
- [35] 中共中央办公厅,国务院办公厅. 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[EB/OL]. (2015-03-24)[2021-03-20]. [http://www.gov.cn/xinwen/2015-03/24/content\\_2837962.htm](http://www.gov.cn/xinwen/2015-03/24/content_2837962.htm).
- [36] 武汉市自然资源与规划局网站. 临时用地审批[EB/OL]. [2020-03-10]. <http://gtghj.wuhan.gov.cn/pc-2199-86680.html>.
- [37] 周佑勇. 建立健全行政裁量权基准制度论纲——以制定《行政裁量权基准制定程序暂行条例》为中心[J]. 法学论坛,2015(6):5-13.
- [38] 刘启川. 责任清单编制规则的法治逻辑[J]. 中国法学,2018(5):102-121.
- [39] PARKER C. The open corporation:effective self-regulation and democracy[M]. Australia:Cambridge University Press,2002.
- [40] 郎·富勒. 法律的道德性[M]. 郑戈,译. 北京:商务印书馆,2005:203-204.
- [41] HURST J W. Law and social order in the United States[M]. Ithaca,New York: Cornell University Press,1977:35-41.
- [42] 德怀特·沃尔多. 行政国家:美国公共行政的政治理论研究[M]. 颜昌武,译. 北京:中央编译出版社,2017:205-206.
- [43] 查理德·B·斯图尔特. 美国行政法重构[M]. 沈岷,译. 北京:商务印书馆,2011:1-11.
- [44] KOCH C H. James Landis,the administrative process[J]. Administrative law review. 1996(3):424-428.
- [45] 章剑生. 行政诉讼中规章的“不予适用”——基于最高人民法院第5号指导案例所作的分析[J]. 浙江社会科学,2013(2):73-79.
- [46] 王太高. 权力清单中的地方政府规章——以《立法法》第82条为中心的分析 and 展开[J]. 江苏社会科学,2016(3):138-147.
- [47] 杨海坤. 试论我国行政法的实质渊源和形式渊源[J]. 山东社会科学,1989(3):87-92.

责任编辑 高阿蕊

网 址:<http://xbbjb.swu.edu.cn>