

# “法无授权不可为”的宪法学展开

童之伟\*

**摘要** 虽然国家机关“法无授权不可为”在今天看来是个宪法原则,但它其实起源和生长于私法土壤。国家一切权力属于人民,决定了国家机关权力只能以宪法列举的为限,并且,这些限制首先并主要针对立法机关。列举国家机关及其权力范围是宪法限制权力的基本方式。形成国家机关清单和权力清单乃宪法限制权力的基础性方法。国家机关和他们行使的权力不超越宪法清单一直是正常立宪国家的法治实践。“法无授权不可为”也应是中国宪法学者维护的价值标准之一。

**关键词** 法无授权 权力列举 权力清单 权力负面清单

早在2014年,国务院总理曾强调:对政府,“法无授权不可为”。〔1〕后有网媒将国家机关“法无授权不可为”解说为“法无授权即禁止”。〔2〕上述两个提法内容并无实质不同,它们所反映的是立宪国家都奉行的宪法原则。时至2017年底,法学界在讨论国家机构改革相关问题的过程中,又因对其有不同理解而产生了一些争议。笔者在重温宪法学研究常识和学术规范的文章中,曾附带地简要论说国家机关“法无授权不可为”的正当性,〔3〕但讨论的周延性和深入度都很不够。为在我国进一步确立和巩固对国家机关“法无授权不可为”的认知,促进宪法

\* 华东政法大学法学院教授。本文系2014年度国家社会科学基金重大项目“人民代表大会制度理论创新研究”(项目编号:14ZDA014)的中期成果。

〔1〕 李克强:“在国务院第二次廉政工作会议上的讲话”(2014年2月11日),[http://news.xinhuanet.com/politics/2014-02/24/c\\_119460787\\_5.htm](http://news.xinhuanet.com/politics/2014-02/24/c_119460787_5.htm);“让市场‘法无禁止即可为’让政府‘法无授权不可为’”,人民网,2014年3月13日,<http://bj.people.com.cn/n/2014/0313/c233086-20767326.html>,最后访问日期:2018年4月5日。

〔2〕 “法无禁止即可为,法无授权即禁止”,百度百科,<https://baike.baidu.com/item>,最后访问日期:2018年4月5日。

〔3〕 参见童之伟:《宪法学研究须重温的常识和规范》,《法学评论》2018年第2期,第20—33页。

的全面有效实施,笔者特撰此文做进一步论说。

## 一、“法无授权不可为”原则及其来龙去脉

国家机关“法无授权不可为”是相对于普通公民“法无禁止即可为”而言的。这里的“法”指法律,其中首先和主要是宪法。人们常常说,要把权力关进笼子,而国家机关“法无授权不可为”就是法律之笼的一根基础性支柱。

要理解国家机关“法无授权不可为”,先要解说“授权”这个名词。民主立宪国家的所谓授权,在宪法学层次上指的是人民(国民)通过制宪会议或其代表机关创制宪法,在其中具体列举统治组织和统治权的种类,形成国家机关清单和国家机关权力清单。在中国宪法中,“中华人民共和国的一切权力”分别具体表现为国家机关的“职权”和“权限”——绝大多数情况下称之为“职权”,在讲到地方国家机关职权范围的极个别情况下称为“权限”,〔4〕其意思是权力的限度或范围。

国家机关“法无授权不可为”,是实行共和制的国家公认的宪法原则,也是中国权威性社科辞书记载的法学常识。《中国大百科全书》法学卷写道:“中国宪法第2条以有自己特色的方式确认了人民主权原则”;〔5〕在实行人民代表大会制的中国,“国家的一切权力都是属于人民的,国家机关的权力来自人民的委托,并且只限于人民委托的范围,不享有任何不是来自人民委托的权力。所以,宪法不仅是人民权利的保障书,也是人民向国家机关委托权力的委托书,超越宪法和法律规定的范围行使权力的任何行为都构成对人民权利的侵害,都是非法的和无效的。”〔6〕

政法院校本科生宪法学教材多数从交代代议关系和权力委托关系的角度确认国家机关权力的有限性,有一些讲得清楚明白,其中一本写道:“中国同其他立宪国家一样,宪法并未使用‘有限政府’的字眼。有限政府原则其实是暗含在国家的一切权力属于人民原则或人民主权原则中的”;“按照人民主权和有限政府的原理和原则,……国家或政府的权力需要宪法、法律授予和列举,它们不能做宪法、法律未授予、未列举的任何事情。这是民主宪政的公理,政治文明的基础,在社会主义民主制下尤其是这样。”〔7〕

成文宪法授予国家机关权力,通常采用的是法律人称为“列举”的一种古老技术,即通过一一列举事权或职权的方式来授予国家机关以权力。反映欧洲立法技术的拉丁格言之一是:“明示其一,排除其他”,或“列举为排斥”。〔8〕所以,起源于欧美的法律创制和宪法创制传统,无

〔4〕 参见沈宗灵:《权利、义务、权力》,《法学研究》1998年第3期,第3—11页。

〔5〕 《中国大百科全书》(法学卷),中国大百科全书出版社2006年版,第423页。《中华人民共和国宪法》第2条第1款规定:“中华人民共和国的一切权力属于人民。”

〔6〕 同上注,第422页。

〔7〕 童之伟、殷啸虎主编:《宪法学》(第二版),上海人民出版社、北京大学出版社2010年版,第25—26页。

〔8〕 郑玉波:《法谚》(一),法律出版社2007年版,第217页。原文为:“The expression of thing is the exclusion of another.”

论对于国家机关的权力还是对于个人的基本权利,在列举时都受这种法文化制约,因而制宪者(或立法者)在列举权力或权利时都非常谨慎。

对于个人或公民的基本权利,出于充分保护的考虑,欧美制宪者一般不具体做正面列举,即使要列举,也限于两者方法:①设基本权利的负面清单,做禁止性列举。如德国基本法(即宪法)第18条规定:“滥用观点表达自由,特别是出版自由(第5条第1款)以及滥用教学自由(第5条第3项),集会自由(第8条),结社自由(第9条),通信、邮政与电信秘密(第10条),财产权(第14条)或避难权(第16a条)来攻击自由民主之基本秩序的人,丧失相应的基本权利。基本权利之丧失和丧失程度由联邦宪法法院宣布。”〔9〕②表示着重强调某项或某些基本权利,但在这种情况下,宪法会特别申明这种强调式列举不排斥其他权利。例如,美国宪法正文并未列举任何个人基本权利,就是其制定者遵循传统列举原理的表现。这部宪法获批准前,民众普遍要求确保一些权利,因而只好在宪法修正案中做了一些着重式列举,但为避免误用,同时单列了一条修正案(第9条),规定“本宪法对某些权利的列举,不得被解释为否定或轻视由人民保留的其他权利。”〔10〕

对于中国来说,宪法是近代以来基于本国基本情况和需要向欧美学习的成果,中国现行宪法与欧美宪法虽属两种不同历史类型,但仍然有不少共性。国家机构的权力以宪法规定的为限,就是两者的共性之一。所以,若欲全面、精准地理解中国宪法中的各个国家机关职权或权限条款,需要对宪法形成和得以扩展的欧美法文化和法传统有必要了解,其中包括获得这样一些认知:①国家机关“法无授权不可为”这一后生的宪法和公法原则,〔11〕起源和植根于较深厚的私法土壤。按照罗马法,“受任人不得逾越委任权限。例如某人委托你在一百金币限额内购买土地,或为铁提作保,你不得超过这一限额而购买或作保,否则你对他不享有委任诉权。”〔12〕下面这些拉丁法律格言的存在可以进一步为上面的论点作证:“派生之权力,不能较其所由发生之权力为大”,犹如“子不能大于母,乃理之当然”;“无任何人只要不为无权去做之事,即不生损害”,意谓“无权所做之事,应不去做,若竟为之,势必侵害他人之权利,而负损害赔偿责任,结果等于自己发生损害”。〔13〕②古罗马的公法对后世影响不大,但从今人能接触到的一些著作看,至少在它的共和国时期,制度上的统治组织之间权力显然是做了划分和受限制的,如百人团民众会议、执政官与裁判官之间的关系所显示的那样。〔14〕这或许可以算作有利于形成国家机关“法无授权不可为”观念的早期公法环境。历史上也确有内容与之相适应的拉

〔9〕 孙谦、韩大元主编:《世界各国宪法》(欧洲卷),中国检察出版社2012年版,第180页。

〔10〕 孙谦、韩大元主编:《世界各国宪法》(美洲大洋洲卷),中国检察出版社2012年版,第619页。

〔11〕 此处之所以将宪法同公法并列,是因为本文作者主张用三分法对法律做分类,即将一国之全部法律分为根本法、私法和公法,其中根本法即宪法,与公法、私法并列。参见童之伟:《宪法与部门法关系管窥》,法律出版社2017年版,作者自序。

〔12〕 (古罗马)查士丁尼:《法学总论—法学阶梯》,张企泰译,商务印书馆1989年版,第182页。

〔13〕 郑玉波:《法谚》(二),法律出版社2007年版,第59页、202页。这个格言中的权力一词,书中的汉译是权利,实际上应译为权力,因为其给出的对应拉丁名词 potestas 和英文名词 power,在法律上都是权力之意。

〔14〕 参见(意)朱塞佩·格罗索:《罗马法史》,黄凤译,中国政法大学出版社1994年版,第177—191页。

丁法谚,如“权力应严格解释”。因为“有权力者最容易滥用权力,所谓滥权是也。为防止滥权,则对权力之本旨及其范围,应加以严格解释。”<sup>〔15〕</sup>③启蒙时代欧洲兴起的近代自然法思想,尤其是其中关于人民主权、社会契约、代议制民主和受限制的政府等学说,都间接或直接包含着公权力组织“法无授权不可为”的要求。或许,有人会说自然状态、社会契约等状况,皆为资本主义时代的人们凭空想象或主观假定的产物。确实如此。但同时也应看到,承认主权(或国家的一切权力)属于人民、实行代议民主制、确认国家机关的职权和权限乃受委托的权力,对于资本主义和社会主义两种类型国家都是一样的。

上前述三方面的情形或许可大体解释现代社会法律生活中主权与“派生之权”,本权与“被授予之权”,以及“委任人授权”与“受任人”处理委任事务之权这三重关系原理形成的历史根由。这三重关系及其原理,最初主要存在于私法领域,它们转化或扩大到宪法上的国家机关等公权力组织“法无授权不可为”的代议民主原则,是以三个划时代事件为主要标志的。第一个事件是1215年英国《大宪章》的出现。《大宪章》中贯彻的一条主线,是国王享有的统治权及其范围,须基于臣民的同意。如其中第12条写道:“朕除下列三项税金外,不得征收代役税或贡金,惟全国公意许可者,不在此限:①赎回朕之身体时所需者;②朕之长子受封武士时所需者;③朕之长女出嫁时所需者。为以上3项之目的所征贡金之定额务求适当,关于伦敦市之贡金,应依同样规定办理。”<sup>〔16〕</sup>第二个事件是美国独立战争,具体说来是《独立宣言》发表和美国宪法获批准生效。1776年7月发表的《独立宣言》在宣告人人生而平等,“造物主”赋予人们若干不可剥夺的权利后写道:“为了保障这些权利,所以才在人们中间成立政府,而政府的正当权力,则系得自被治理者的同意。”<sup>〔17〕</sup>在这里,“同意”是授权、委托、授予的同义词。1789年获批准生效的美国宪法具体体现了这种精神。第三件事是1789年法国大革命和《人和公民的权利宣言》宣布并成为制宪大纲融入法国宪法。《人和公民的权利宣言》第3条写道:“整个主权的本原主要是寄托于国民。任何团体、任何个人皆不得行使国民所未明白授予的权力。”<sup>〔18〕</sup>

上述宪法性文件中的“臣民的同意”“被治理者的同意”,以及国民“授予的权力”等规定,表明原来罗马法等古老民事法律中传统的权利委托与受托关系的原理,以启蒙运动时期的自然状态、自然权利、约定放弃自然权利走入政治社会建立政府并获得法律权利为主要内容的古典自然法学说为中介,经政治革命转化成了代议民主制下的宪法原理和原则。这就是现代民主立宪制国家或民主立宪君主制国家通常所说的国民(人民)主权和权力受限制的政府(limited government),其中“权力受限制的政府”是政府“法无授权不可为”原则的宪法学表达。附带说明,传统立宪国家的所谓政府取广义,实际上等于中国宪法文本中的“国家机构”,即各级各类国家机关的总称。因此,他们话语体系中“国民(人民)主权和权力受限制的政府”,用中国宪法的语言说,可谓“国家一切权力属于人民和权力受限制的国家机构”。

〔15〕 郑玉波,见前注〔13〕,第45页。

〔16〕 孙谦等,见前注〔10〕,第762页。

〔17〕 姜士林等主编:《世界宪法全书》,青岛出版社1997年版,第1614页。

〔18〕 同上注,893页。

国家机关的权力以宪法列举的为限,宪法列举权力通常首先列举立法机关的权力,因而宪法限制权力也首先限制立法机关的权力。不仅资本主义代议民主制下是这样,社会主义代议民主制下也是这样。美国宪法从第1条第8款开始列举联邦权力,第一句话就以“国会有权”开头,这同时就意味着对权力的限制从国会开始。中国宪法列举国家机关权力,最开始就是列举全国人民代表大会的职权,同时也是要求立法不得超出列举的范围。中国多数已经作古的老一辈宪法学家,当年出于对最高国家权力机关的尊重和照顾计划经济体制的权力经济特点,一般不大愿意直接讨论最高国家权力机关职权的限度和对这些职权的限制,但他们其实有非常明确的包括最高国家权力机关在内的公权力主体“法无授权不可为”意识的。

在这方面,肖蔚云教授在《制定法律必须坚持以宪法为根据》一文中的有关论述比较有代表性,他说:“宪法明确列举了国家机关的职权”;“但有的起草者却不顾宪法规定的职权,任意扩大某些机关的职权。赋予某些机关以更大权力,势必损害国家机关职权的合理划分和各司其职,使国家机关难以正常运转,造成国家机关之间的不协调和混乱状态,损害中国人民民主专政的国家制度。”<sup>[19]</sup>这里,肖先生显然是坚持以“法无授权不可为”为衡量标准,批评有关法律草案赋予某些国家机关的职权超出了宪法“明确列举”的范围。其实,肖蔚云教授还没有指出的另一种情况也很可能同时存在,即法律赋予某些国家机关的职权如超出了宪法“明确列举”的范围,很可能同时损害公民的基本权利。

## 二、理解“法无授权不可为”宪法含义须把握的要点

社会主义立宪民主制同资本主义立宪民主制虽属不同历史类型,但在国家机关“法无授权不可为”这一点上要求是相同的。之所以如此,从根本上说,还是因为两者都实行立宪制和代议民主制。更具体说,社会主义宪法不言而喻包含国家机关“法无授权不可为”的要求。要真正理解这个道理,必须较全面地把握以下主要知识点:

### (一)国家一切权力属于人民原则决定了国家权力受宪法限制

在宪法学上,民主指宪法确认并保障国家的一切权力属于人民或主权在民。社会主义民主与资本主义民主的社会性质不同,但在总体上都实行代议民主制,即由国民或人民通过选举代表组成代议机关来行使国家权力,这些权力以国民或人民委托(亦称授予)为限。这一点,马克思在研究和总结世界历史上第一个工人阶级政权巴黎公社的经验教训时已经意识到。他在《法兰西内战》第二稿中写道:“公社必须由各区全民投票选出的城市代表组成(因为巴黎是公社的首倡者和楷模,我们应引为范例),这些城市代表对选民负责,随时可以撤换。其中大多数自然会是工人,或者是公认的工人阶级的代表。它不应当是议会式的,而应当是同时兼管行政和立法的工作机关。”<sup>[20]</sup>这些话表明,马克思认可代议民主制,但反对议会制。在马克思笔下,巴黎选民与公社政权之间是被代表与代表关系,也可以说是权力委托与受托关系,仍然服

[19] 肖蔚云:《论宪法》,北京大学出版社2004年版,第794页。

[20] 《马克思恩格斯选集》(第3卷),人民出版社1995年版,第121页。

从代议民主的原则和逻辑。至于立法机关与行政机关的关系怎么处理,那是性质不同的另一个问题。

关于社会主义国家只能实行代议民主制,列宁比马克思前进了一步,讲得更加清楚明白。他在《国家与革命》一文中写道:“摆脱议会制的出路,当然不在于取消代表机构和选举制,而在于把代表机构由清谈馆变为‘工作’机构。”他在讨论巴黎公社经验教训时还说:“在公社用来代替资产阶级社会贪污腐败的议会的那些机构中,发表意见和讨论的自由不会流为骗局,因为议员必须亲自工作,亲自执行自己通过的法律,亲自检查实际执行的结果,亲自对自己的选民直接负责。代表机构仍然存在……没有代表机构,我们不可能想象什么民主,即使是无产阶级民主。”<sup>[21]</sup>代议民主制事实上将国家权力分解为所有者权能和使用者的权能,代议机关等国家机关只拥有国家权力的使用者权能,国家权力的所有者权能仍然留在人民或国民手中。因此,国家机关手中的权力,包括最高国家机关的权力,在理论和实践上都只能是国家权力的一部分,必须也只能是有限的或受限制的。

国家一切权力属于人民和国家机关权力受宪法限制,是一个事情或过程的两个不可分割的方面。中国《宪法》第2条规定:“中华人民共和国的一切权力属于人民。人民行使国家权力的机关是全国人民代表大会和地方各级人民代表大会。人民依照法律规定,通过各种途径和形式,管理国家事务,管理经济和文化事业,管理社会事务。”这就是说,在实行人民代表大会制的中国,人民拥有一切权力,但会将其中的一部分委托给全国人大和地方各级人大代表他们行使,其余他们保留。委托与受委托,代表与被代表关系的性质决定了委托出去的权力须以列举的为限。这里的关键是要理解代议民主制中的“代议”二字。在中国的人民代表大会制度下,国家机关权力受限制集中表现为,全国人大及其常委会必须在宪法规定的职权范围内,按宪法和法律规定的程序行使权力。在中国宪法中,权力表现为职权或权限。

## (二)宪法的出现和存在本身即国家机关权力受限制的表现

宪法来到世间以及当今仍然需要宪法,很重要的一点都是因为要限制公共权力和保障基本权利,这点从外国到中国都是一样的。当代一本欧美常用法学辞典这样界定宪法:“一国根本的和组织性的法律,它确立政府的制度和机构,界定政府主权权力的范围,保障个人的权利和自由。”<sup>[22]</sup>其中“政府”相当于中国宪法中的国家机构。中国当今最有代表性的通用宪法教材是这样给宪法下定义的:“宪法是确认民主事实,集中反映一国政治力量对比关系,通过规范国家权力保障公民基本权利的国家根本法。”<sup>[23]</sup>所谓“规范国家权力”,当然是为国家权力划定范围和行使程序的意思。可见,中外法学界对于包括最高国家机关职权在内的权力要受宪法限制这一点,意见并无不同。

[21] 《列宁选集》(第3卷),人民出版社1995年版,第151—152页。

[22] Bryan A. Garner(ed.), *Black's Law Dictionary, eighth edition*, Thomson West, 2004, p.330.

[23] 《宪法学》编写组:《宪法学》(马克思主义理论研究和建设工程重点教材),高等教育出版社、人民出版社2011年版,第26页。

历史地看,宪法来到世间,其所起的最基本法律作用之一,就是限制国家机关权力,其中首先是限制最高国家机关的权力。在世界范围内,包括最高权力在内的国家机关的权力,有一个从绝对的、不受限制的到受宪法限制的历史转变过程。其间,1215年的英国《大宪章》的出现是一个里程碑,尽管英国此前并未形成绝对君主专制制度。王权是英国当时的最高权力,作为不成文宪法中最早的宪法性法律,《大宪章》中有许多限制王权的条款,除前引第12条外,此处再抄录摘引几条作为论据:“对于服务于武士采地或其他自由保有地之人,不得强迫其服额外之劳役”(第16条);“一般诉讼应在一定地方审问,无需追随国王法庭请求处理之”(第17条);“凡关于‘强占土地’,‘收回遗产’及‘最后控诉’等诉讼之陪审裁判案件,除在土地所在地之郡法院外,不得举行之。每郡应由朕派去法官2人,每年4次,如朕不在国内,则有大法官代派,会同每郡所推举之武士4人,于郡法院指定之日及地点举行前项审判”(第18条);“执行吏,巡察吏,检验吏或管家吏均不得受理刑事诉讼”(第24条)。〔24〕至于历史上第一部成文宪法,《美国宪法》第1条第8款给联邦国会列举了18项权力,也就是将联邦政府的权力限制在此18项权力的范围内,同时还提出了包括数十项内容的针对联邦政府及其官员的权力负面清单。这点后文会详细叙述。

中国现行宪法同样限制包括最高国家权力机关职权在内的权力,这点不言而喻。中国《宪法》序言最后自然段和第5条分别规定:“全国各族人民、一切国家机关和武装力量、各政党和各社会团体、各企业事业组织,都必须以宪法为根本的活动准则”;“一切国家机关和武装力量、各政党和各社会团体、各企业事业组织都必须遵守宪法和法律。一切违反宪法和法律的行为,必须予以追究。任何组织或者个人都不得有超越宪法和法律的特权。”这里读者须特别注意:①中国宪法文本中的“一切国家机关”,首先和主要指最高国家权力机关,“任何组织”也理所当然包括作为最高国家权力机关的国家政权组织;②不在宪法国家机关清单中的“国家机关”不是宪法上的国家机关,全国人大没有为它制定法律的权力;③不在宪法上全国人大职权清单中的“职权”不是全国人大合宪的职权,全国人大无权行使,全国人大若行使这种权力就超越了法定职权范围;④在人民代表大会制度下,“法无授权不可为”之首先和主要的宪法内容,是全国人大及其常委会不可超越其职权清单列举的范围制定法律;宪法也限制其他国家机关的权力,但这种限制是相对次要的,因为立法权是源头,行政权、审判权、检察权等都只是其“流”,主要限于执行法律,很少或完全不直接适用宪法。这在大多数像中国这样实行制定法制度的立宪国家都一样。

### (三) 列举国家机关及其权力是宪法限制国家机关权力的基本方式

限制国家机关等公权力组织的权力和保障个人权利,是宪法的基本功能,这在中外法学界是历史悠久的主流共识。但宪法怎样限制权力呢?基本的方式就是列举:首先列举掌握和运用权力的主体,即国家机关;限制权力首先要有效限制权力主体,任何组织和个人不得任意增减行使公权力的国家机关等公共组织;然后列举各国家机关享有权力的具体内容,即限定其行使权力的范围,规定各级各类国家机关运用其权力的程序,等等。

〔24〕 孙谦等,见前注〔10〕,第762—764页。

这些基本方式从近代到当代,从外国到中国,宏观的套路往往十分相似,尽管遵循的原则和具体安排有时有根本差别。

立宪主义的基本要求是,宪法没有列举的国家机关不得设立,宪法没有列举的权力,包括国家机关在内的任何主体都不得行使,因而也不存在制定法律规范宪外国家机关的设置和宪外权力运用程序问题。所以,近代以来严格实施宪法的国家,其国家机关的种类和国家机关的正当权力,莫不以宪法规定的为限,不会出现宪法规定的国家机关之外的“国家机关”及其权力。宪法上正当的权力一般是明示的,但有个别国家的宪法解释机关承认附属于明示权力的“默示权力”的存在。所谓“默示权力”,从美国的情况看,指的是宪法“没有列举,但为了执行明示权力所必需的政治权力。”<sup>[25]</sup>其依据是《美国宪法》第1条第8款第18项的规定,即国会有权“制定为行使上述各项权力和由本宪法授予合众国政府或其任何部门或官员的一切其他权力所必要和适当的法律”。这种权力是美国联邦最高法院1819年审理麦卡洛克诉马里兰州案所做的判决中确立的。<sup>[26]</sup>

任何国家的统治组织或君主,如果不是被逼无奈,他们是决不愿意其绝对权力被列举到宪法中去的。因为,对于他们来说,未列举的权力是无限权力,被列举后必为有限权力,即使列举得再多再详尽,仍然是有穷尽的,远不如宪法不列举时的权力来得多来得大。历史上的君主之所以普遍不愿立宪,之所以直到实在顶不住各方面的巨大压力才同意接受立宪和用宪法列举权力,原因皆出于此。中国晚清政府于1908年8月颁布的《钦定宪法大纲》是中国历史上第一部宪法性文件,它将“大清皇帝统治大清帝国,万世一系,永永尊戴”和“君上神圣尊严,不可侵犯”写进去,另外用其全部21个条款中一半以上的条款(第12条)规定“君上大权”,竭尽概括列举之能事,<sup>[27]</sup>此时的皇权确实够大,但显然不再是无限权力,已从登峰造极的高度后退了关键的一步。真正登峰造极的权力是完全不具体列举范围的授权,具体列举权力就意味着限制权力的范围。这就是宪法列举国家机关清单、国家机关权力清单的奥妙所在,亦是宪法学的一个基本常识。

英国实行不成文宪法制度,其通行的宪法原则之一是议会主权,因而英国宪制对最高国家机关权力的限制比成文宪法国家复杂得多。1215年《大宪章》产生后,在好几个世纪中英国掌握最高权力的其实还是国王,那时英国不成文宪法“列举”国家机关及其权力的方法,可以用《大宪章》等宪法性法律认可当时已经存在的国家机关及其权力(包括王权)的理路来回答。但近代随着民主程度的加深,英国逐步形成议会主权原则后,用列举来解释议会权力的范围确有困难。因为,正如英国宪法名家戴雪在19世纪中叶所言,“根据英国宪制,恰如其分地说,议会主权原则意味着国会有权制定或废止任何法律,而且,没有任何个人和组织可合法推翻或搁置

[25] Bryan A. Garner, *supra* note 22, p. 1207.

[26] See “From the Founding through the Age of Industrialization”, in Melvin I. Urofsky and Paul Finkelman(ed.), *Documents of American Constitutional and Legal History, Volume 1*, Oxford University Press, pp.201—209.

[27] 姜士林等,见前注[17],第28页。

国会的立法。”〔28〕

但是,英国的议会主权现今事实上受多重限制。根据英国国会网站介绍,这些限制包括:向诸如苏格兰议会和威尔士议会这样的机构下放权力;1998年人权法;2009年设立英国最高法院的决定,这个决定终止了上院的司法终审权;英国加入欧盟,虽然现正在退出,但却不会退出《欧洲人权公约》。该官方网站还说,“这些发展并没有从根本上破坏议会主权原则,因为,至少从理论上讲,国会可以废除造成这些变化的法律。”〔29〕但理论归理论,事实上有些法律是不会真正被废止的,如基于《欧洲人权公约》加强人权保障的那些立法,首先是1998年人权法。因为,议会主权固然是英国宪法的基本原则,保障基本人权原则和法治原则其实是比议会主权原则历史更悠久和至少是同样强有力的两个宪法原则。它们既存在于传统、习惯中,也存在于宪法性法律中,非常牢固,理论上可被废止,事实上不可能被废止。

从保障基本人权原则和法治原则本身是英国宪法的一部分这个意义上,可以说这两个原则与议会主权原则现在是并存和相互制约的,议会已无权废止这两个原则。议会行使权力受这两个原则限制,实际上就是受法律限制。

#### (四)形成权力清单乃宪法限制国家机关权力的基础性方法

前面主要讲了宪法限制国家机关、国家机关权力的方式,这里讲的是宪法限制权力的方法。宪法限制权力或将权力关进宪法之笼的基础性方法,是设置国家机关清单和国家机关权力的清单。成文宪法通过逐一列举形成的这类清单,既表示人民或国民通过宪法向相关国家机关委托或授予权力,但同时也限定了行使权力的主体和行使权力的范围,表示行使权力的机关和权力的范围以这个清单为限。我们可将宪定国家机关及其权力范围清单比拟为限约权力的宪法网笼之经纬结构中的经绳。

美国宪法是历史上第一部成文宪法,它是以联邦国会为首要对象列举联邦机构中三个机关的权力并形成清单的:①关于立法权的行使主体和范围:“国会应有下列权力:规定和征收直接税、间接税、进口税与货物税,以偿付国债、提供合众国共同防御与公共福利,但所有间接税、进口税与货物税应全国统一;以合众国的名义借贷款项;管理合众国与外国的、各州之间的以及与印地安部落的贸易;制定全国统一的归化条例和破产法;……制定为执行以上各项权力和依据本宪法授予合众国政府或政府中任何机关或官员的其他一切权力所必要的和恰当的法律。”②行政权的行使主体和范围:“行政权属于美利坚合众国总统。”关于行政权的具体范围,美国宪法具体做了一些列举,包括军队统帅权、缔约权、人事任命权等等。行政权实质上是法律执行权,其范围主要取决于国会立法权涉及的事务的范围,因而不是宪法限制的重心所在;③司法权的行使主体和范围:“合众国的司法权属于最高法院以及由国会随时下令设立的低级

〔28〕 A.V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*(1885), quoted from Colin Turpin and Adam Tomkins, *British Government and the Constitution*, seventh edition, Cambridge University Press, 2011, p.58.

〔29〕 英国国会网站, <https://www.parliament.uk/about/how/role/sovereignty/>, 最后访问日期:2017年12月20日。

法院”；“司法权适用的范围如下：一切基于本宪法、合众国法律以及根据合众国权力所缔结的及将缔结的条约而产生的普通法的及衡平法的案件；……但叛国罪犯公民权的剥夺，不得影响其继承人的权益，除剥夺公民权利终身者外，不得包括没收财产。”〔30〕司法权本质上是裁判权，更不是宪法限制的中心所在。

上文所述只是一个宪法通过逐项列举限制国家机关权力的清单的实例。任何人如果了解以上清单对美国联邦政府权力的基础性限制作用，以及联邦政府在这个网笼中为了扩展权力同各州进行两百多年拉锯争夺的历史，他/她就一定懂得国家机关及其权力清单对限制国家权力的基础性意义。以《美国宪法》第1条中的商业条款为例，其中仅涉及联邦管理各州之间贸易的权力之扩展和限制的纠纷的案子，联邦最高法院就审理了许多，包括很著名的1824年 *Gibbons v. Ogden* (1824) 案，还有1935年的 *A.L.A. Schechter Poultry Corp. v. United States* 案和2005年的 *Gonzales v. Raich* 案，都是围绕权力限制的边界展开的。联邦政府希望逐步扩大管理权范围，各州则竭力将联邦管理权扩展尝试顶回去。〔31〕说到底，这些争议涉及的都是联邦宪法权力清单对联邦授权或禁止的微观变化。

中国宪法文本中备有完整的国家机关清单和国家机关权力清单。中国最高国家行政机关首脑，近年来多次言及权力清单，强调行政机关只能行使清单中的权力。但遗憾的是，社会上不少人士包括相当一部分法律和法学工作者，据此以为只有国家行政机关才有权力清单、行使权力不能超出清单范围，以为宪法对其它国家机关没有相同要求。这是错误的认识。

实际上，中国《宪法》第62条所列举的，是全国人大的权力清单：“全国人民代表大会行使下列职权：（一）修改宪法；（二）监督宪法的实施；（三）制定和修改刑事、民事、国家机构的和其他的基本法律；（四）选举中华人民共和国主席、副主席……（十五）应当由最高国家权力机关行使的其他职权。”全国人大是中国的最高国家权力机关，是宪法授权的第一重点，因而其职权是宪法限制的首要对象，不可超越清单范围行使职权。

中国《宪法》第67条所列举的，是全国人大常委会的权力清单：“全国人民代表大会常务委员会行使下列职权：（一）解释宪法，监督宪法的实施；（二）制定和修改除应当由全国人民代表大会制定的法律以外的其他法律；（三）在全国人民代表大会闭会期间，对全国人民代表大会制定的法律进行部分补充和修改，但是不得同该法律的基本原则相抵触；（四）解释法律；……（二十一）全国人民代表大会授予的其他职权。”全国人大常委会是中国最高国家权力机关的常设机关，是宪法授权的第二重点，因而其职权也是宪法限制的第二位的对象，行使职权不可超越清单范围。

中国《宪法》第89条所列举的，是国务院的权力清单：“国务院行使下列职权：（一）根据宪法和法律，规定行政措施，制定行政法规，发布决定和命令；（二）向全国人民代表大会或者全国人民代表大会常务委员会提出议案；……（十八）全国人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会

〔30〕 孙谦等，见前注〔10〕，第616—618页。

〔31〕 See Edwin Meese III and others, *The Heritage Guide to the Constitution*, Regnery Publishing, Inc., 2005, pp.101—107.

委员会授予的其他职权。”国务院是中国最高国家权力机关的执行机关,其职权相对于全国人大及其常委会的职权具有从属的性质,但这份清单同时也是其行使职权的限度。

需要说明,中国宪法中的监察机关、审判机关和检察机关都是单功能国家机关,所以,宪法只要列举到了其单项职权就算形成了清单。如《宪法》第127条规定:“监察委员会依照法律规定独立行使监察权,不受行政机关、社会团体和个人的干涉。”《宪法》第131条和第136条分别规定人民法院、人民检察院依照法律规定独立行使审判权、检察权,不受行政机关、社会团体和个人的干涉。

还需要说明,中国宪法中的行政机关的权力清单之所以不能像美国宪法中的行政权(总统权力)那么简短,是因为美国实行联邦制,联邦与州之间划分的是事权,代议机关针对联邦管理的事务立法后,行政机关执行法律就好。中国实行单一制,中央与地方之间划分的是职权,中央和地方之间管理的事项很多是重叠的,因此,国务院执行法律就复杂一些。另外,美国国会开会时间长、法律制定得仔细,中国全国人大及其常委会开会时间短,法律制定一直循宜粗不宜细原则,所以国务院还得进行行政立法,这也增加了行政机关工作的难度。

但是,相对而言,在构筑网笼限制权力方面,中国宪法中限制国家机关、国家权力的清单承担的“任务”,比美国宪法文本中同类性质的条款承担的任务多许多、重许多。之所以如此,第一位的原因是中国宪法文本中几乎没有或极少有针对全国人大及其常委会的权力负面清单(下面马上会论及),因而权力清单承担了限制最高国家机关权力的全部重担。第二位的原因,是中国经济上以公有制为主体,国家机关尤其是其中的行政机关承担较多的经济建设职能,经济资源较多集中于行政机关手中,因而权力尤其是行政权的体量和强度,相对而言比美国大得多,权力也更难限制。

为较为全面系统地解说国家机关清单和国家机关权力清单,仅仅介绍成文宪法的做法还不够,还须大致了解不成文宪法是如何设置这种清单的,虽然不成文宪法制度不是近代以来世界上普遍的立宪形式。在英国的不成文宪法制度下,国家机关清单和国家权力清单最初表现为宪法性法律对此前已经存在的国家统治机构及其权力的默认、承认或同意。到后来列举也是常见的做法,如1998年《人权法》对一些“公共机构”及其职能的列举。

#### (五)形成权力负面清单是宪法限制国家机关权力的次重要方法

宪法限制权力或将权力关进宪法之笼的第二种基本方法,是设置权力负面清单。宪法一般不设国家机关负面清单,只设国家机关权力负面清单。在限制权力方面,权力负面清单辅助国家机关清单和权力清单,两者一起发挥作用。国家机关权力负面清单好比关权力的宪法网笼经纬结构中的纬绳。我们找几个比较典型的立宪国家,看看其国家机关权力负面清单的设置情况。国家机关权力负面清单的运用在各国宪法中很广泛,但运用程度有所不同。在同一部宪法中,所用语词表达负面的程度或强度也很不一样,较常见的是专门针对国家或国家机关使用“不得”“禁止”等语言。

在宪法性法律中为国家机关权力设定负面清单,应该算是英国《大宪章》开的先河。《大宪

章》在这方面的情况,前文已经有所列举,此处不再赘述。

美国宪法文本中针对国家机关的权力负面清单分布非常广泛。《美国宪法》第1条第9款针对国家的负面清单比较长,试摘要列举几条:“根据人身保护令享有的特权,除非在发生叛乱或遭遇入侵,公共治安需要停止此项特权时,不得中止”;“不得通过公民权利剥夺法案或追溯既往的法律”;“对于从任何一州输入的货物不得征收直接税或间接税”;“除依据法律规定拨款外不得从国库支款;一切公款的收支报告和账目应不时予以公布”;“合众国不得授予贵族爵位;在合众国担任任何信任职位或高收益职位者,未经国会许可,不得接受任何外国君主或国家所赠予的任何礼物、酬金、官职或爵位。”

美国宪法修正案中国家的权力负面清单更长,试摘要列举几条作为例证:“国会不得制定关于下列事项的法律:确立国教或禁止宗教活动自由;剥夺言论或出版自由;剥夺人民和平集会和向政府诉冤请愿的权利”;“人民持有和携带武器的权利不得侵犯”;“士兵在和平时期,非经房主许可不得驻扎于任何民房;在战争时期,除依照法律规定的方式外亦不得进驻民房”;“人民保护其人身、住房、文件和财物不受无理搜查扣押的权利不得侵犯;除非有合理的根据认为有罪,以宣誓或郑重声明保证,并详细开列应予搜查的地点、应予扣押的人或物,不得颁发搜查和扣押证”;“不得索取过多的保释金,不得处以过重的罚金,或施加残酷的、非常的刑罚”;“本宪法对某些权利的列举不得被解释为否定或轻视人民保有的其他权利”;等等。美国宪法权力负面清单中最末一项在其第27条修正案中,内容是:“变参议员和众议员服务报酬的法律,在众议员选举举行之前不得生效。”<sup>[32]</sup>另外,美国宪法权力负面清单中还有不少是针对各州的。

法国宪法针对国家的权力负面清单的内容,主要存在于作为宪法组成部分的《人权和公民权宣言》中。例如,“任何团体或任何个人皆不得行使国民所未明白授予的权力”;“凡未经法律禁止的行为即不得受到妨碍,而且任何人都不得被强制去从事法律所未规定的行为”;等等。<sup>[33]</sup>法国宪法正文也有属于权力负面清单的内容,如第16条规定,“国民议会在总统行使紧急状态权期间,不得解散”;第26条规定,“议会议员在行使其职权期间所发表的言论或所进行的投票,不受追诉、搜查、逮捕、拘留或者审判。议会的任何议员非经其所属议院秘书处的批准,不得因刑事或违警察事件被实施逮捕、剥夺或限制自由的措施”;第28条规定议会每年自行召开两次常会,“会期都不得超过120日”;第62条规定,“宪法委员会宣告违宪的法律不得公布,也不得适用”;第66条规定,“任何人不得被任意地拘留。”<sup>[34]</sup>

俄罗斯宪法针对国家的权力负面清单的内容也是比较丰富的,其中较引人注目的有这样一些:其第13条规定,“任何意识形态均不得被规定为国家意识形态或必须遵循的意识形态”,

[32] 孙谦等,见前注[10],第616—621页。

[33] 姜士林等,见前注[17],第894页。

[34] 孙谦等,见前注[10],第271、275—276页。

“任何宗教不得被规定为国教或必须信仰的宗教”；第15条规定，“法律应予以正式公布。未经公布的法律不得予以适用。任何涉及人和公民权利、自由和义务的规范性法律文件，未经正式公布并未为公众所知的，不得予以适用”；第16条规定，“宪法的本章条款，是俄罗斯联邦宪法制度的原则，非依照本宪法规定的程序，不得予以修改”，“本宪法的其他任何条款，均不得与俄罗斯联邦宪法制度原则相抵触”；第40条规定，“任何人都不得被任意剥夺住宅”；第47条规定，“任何人均不得被剥夺在依照法律规定有管辖权的法院内，由法院的法官审理其案件的权利”；第50条规定，“任何人均不得因同一犯罪行为而被重复判刑”，“在行使司法权时，禁止使用以违反联邦法律的方式而获取的证据”；第64条规定，“本章条款是俄罗斯联邦个人法律地位的原则，非经本宪法规定的程序，不得予以修改”。〔35〕

中国宪法也设置有国家机关权力负面清单，但是相对而言数量比较少。中国《宪法》设置国家机关权力负面清单的条款主要有：第5条规定，“任何组织或者个人都不得有超越宪法和法律的特权”；第10条规定，“任何组织或者个人不得侵占、买卖或者以其他形式非法转让土地”；第36条第2款规定，“任何国家机关、社会团体和个人不得强制公民信仰宗教或者不信仰宗教，不得歧视信仰宗教的公民和不信仰宗教的公民”；第40条规定，“任何组织或者个人不得以任何理由侵犯公民的通信自由和通信秘密。”第67条第3项规定，在全国人大闭会期间，其常委会可以补充修改全国人大制定的法律，“但是不得同该法律的基本原则相抵触”；第66条规定“委员长、副委员长连续任职不得超过两届”；第79条中规定国家主席、副主席“连续任职不得超过两届”；第87、124、129条和第130条分别规定国务院总理、副总理、国务委员、监察委员会主任、最高人民法院院长、最高人民检察院检察长均“连续任职不得超过两届”。

#### （六）国家机关和权力均不超越宪定清单是正常立宪国家都恪守的原则

这里所谓不超越宪定清单，包括不在宪法的国家机关清单之外设置国家机关，不在宪法规定的权力清单之外行使权力，不违反权力负面清单的禁止性规定。不超越宪定权力清单历来是世界各正常立宪国家的常态。做好宪法学，需要广泛了解和研究法治发达国家的做法。孤陋寡闻，闭目塞听，不能或没有能力以开放的精神对待各国宪制，要做好宪法学这样的大学问，那是很难想象的。宪法学作品，包括各种文字和口头的，在其产生前，都应该有一个在超越本国的广阔范围内进行比较衡量和评价的过程，尽管这个过程通常是在宪法学产品生产者个人头脑中完成的。

一个立宪国家，为设立新的国家机关而制定法律，是否需要修宪，以及立法要不要根据宪法之类问题，其实无需发生文字的或口头的争议。关注这类问题的学者若有足够国际视野，只要运用把法治国家处理同类问题的方式找些出来简要梳理一遍就应该能获得比较恰当的答案。当代公认的诸多立宪国家是否有宪法外组织行使宪定国家机关的权力，是否有国家机关超越其本国宪法相应清单的范围行使权力，以及相应国家的主流社会对有关做法的评论等等，都是中国处理相应事务应参考的指标。宪法学是非常具有可比性的社会科学门类。

〔35〕 孙谦等，见前注〔10〕，第212—217页。

### 三、国家机关“法无授权不可为”应是宪法学者维护的价值标准

中国宪法学者应该把公权力组织“法无授权不可为”作为价值标准来维护。这里所谓维护,包括两方面内容,一是坚持正确的宪法信念,即不在宪法文本规定的国家机关序列的公共组织不应行使根据宪法应由宪定国家机关行使的权力,二是适格的国家机关行使权力不超越宪法列举的范围。学者们在学理上守住这个底线,会有助于人们识别并摒弃损害正常宪法秩序的各种缺乏学理根据、逻辑混乱的提法和做法。

坚守“法无授权不可为”,中国宪法才能真正成其为宪法,否则它将实际上丧尽宪法的限权功能。宪法是通过设定权力行使主体、划定权力的范围和规范权力的行使程序来限制权力的。其中,设定权力行使主体、划定权力范围是前提,规范权力的行使程序只能是其后续发展。中国宪法与其他所有正常立宪国家的成文宪法一样,限制权力首先是通过形成国家机关权力清单(其中首先是国家机关清单,下同)和国家机关权力负面清单来实现的。对于限约权力的宪制网笼来说,这两种清单中的内容分别构成网笼的经绳和纬绳。因此,在有了国家机关权力清单做限约权力网笼的经绳后,国家机关权力负面清单的每一项内容,都构成该网笼的一道纬绳。国家机关权力负面清单内容越多,纬绳越密;反之则是越稀疏。

只有坚守“法无授权不可为”这个原则,国家机关权力清单才能起到限制权力的网笼作用。反之,如果立法机关可以超越宪法列举的国家机关权力清单限制,在清单之外任意立法设立国家机关和赋予其权力,那宪法限制权力的基础性措施就会完全失去功能。

严格实施宪法,确保立法不突破宪法设置的国家机关权力清单,并形成限制权力的网笼,对中国而言,有较其他国家更为重要的意义。这主要是因为,宪法限制权力客观上需要国家机关权力清单和权力负面清单从纵横两方面协调配合相辅相成,同时起作用。中国宪法的国家机关权力清单比较完善,而国家机关权力负面清单却极为稀松,这是我们须面对的一种宪法现实。下面不妨简要比较一下这方面的数据。以“百度百科”的网络版为基准,我做了搜索:《大宪章》总共 6894 个汉字,其中体现权力负面清单最常见的词语“不得”一词,总共出现 39 次,而且基本上都是针对王权为代表的公权力的。这表明,这部宪法性法律设定的权力负面清单的内容比较多。美国宪法文本中针对国家的权力负面清单分布亦较为广泛,包括修正案但不包括签名的美国宪法汉译本,字数不足 11,000 字。经查找,其中“不得”共出现 80 次,所针对的对象几乎都集中于权力主体和权力,包括联邦政府、州政府及其权力,以及担任公职或谋求担任公职的人,没发现单纯针对公民个人及其基本权利的情况。

相比较而言,中国 2018 年的宪法文本,包括修正案,电脑显示的汉字数为 26,665 字,查找发现“不得”仅 27 次。在这 27 次中,专门针对国家机关的次数很少:针对全国人大的次数为 0,针对全国人大常委会的 1 次,即《宪法》第 67 条第 3 项规定,在全国人大闭会期间,其常委会可对全国人大制定的法律进行部分补充和修改,但是不得同该法律的基本原则相抵触。有 10 次针对官员的任期。其余都要么针对官民各方,要么单纯针对公民的权利及其运用行为。后者如《宪法》第 51、54 条,这两个条款分别规定:“公民在行使自由和权利的时候,不得损害国家

的、社会的、集体的利益和其他公民的合法的自由和权利”；“公民有维护祖国的安全、荣誉和利益的义务，不得有危害祖国的安全、荣誉和利益的行为。”

如按同美国宪法文本一样的标准计算，现行中国宪法文本出现“不得”的次数应当在194次左右；反过来也可以说，若按中国宪法文本的标准，美国宪法文本出现“不得”的次数应当只有11次略强。所以，折算下来，美国宪法文本运用“不得”的频率是中国宪法文本的约7.2倍。<sup>[36]</sup>这只是一种技术性指标的对比，不涉及宪法的性质和总体上的优劣。如果美国宪法文本的这类技术性安排值得参考，那么我们可以说，上述针对国家机关权力的禁止性话语的分布状况表明，中国宪法文本中限约权力网笼的经绳即国家机关权力清单虽比较完备，但网笼的纬绳即国家机关权力负面清单内容明显过少。这或许是中国宪法难以有效限约权力的重要原因之一。

上述指标还表明，在中国宪法文本中国家机关权力负面清单内容太少，限制约束共权力长期片面依靠国家机关权力清单起作用的情况下，若再不强化而是削弱国家机关“法无授权不可为”原则，我国宪法对公权力的限制约束作用很可能进一步削弱。

所以，正确理解中国宪法限制权力的方式和运用国家机关权力清单限制权力的方法，对于法治中国建设具有特别重要的意义。中国《宪法》序言规定：“全国各族人民、一切国家机关和武装力量、各政党和各社会团体、各企业事业组织，都必须以宪法为根本的活动准则。”在这里，宪法用语非常有力，但做到这一点的前提性的和基本的要求，是国家生活不突破宪法确定的国家机关权力清单，包括国家机关清单。《宪法》还规定：“一切国家机关和武装力量、各政党……都必须遵守宪法和法律。一切违反宪法和法律的行为，必须予以追究。任何组织或者个人都不得有超越宪法和法律的特权。”其中“遵守宪法”的基础性内容，其实正是尊重宪法确定的国家机关权力清单，包括国家机关清单；而“违反宪法”“必须予以追究”的行为，必然首先是损坏国家机关清单（如“文革”中砸烂公检法）和超越国家机关权力清单的越权行为；而“不得有超越宪法”的特权，首先是不得有超越国家机关权力清单行使权力的特权。

《中国共产党章程》规定，“党必须在宪法和法律的范围内活动。”其重要含义之一就是党主动承诺尊重宪法规定的国家机关权力清单。把权力关进制度的笼子，宪法上主要靠坚守国家机关权力清单，包括国家机关清单，这是大节，其它措施，包括拟议中的推进合宪性审查工作等，其重要性相对而言都显得稍低一些。

鉴于国家机关权力清单包括国家机关清单的重要性，我们有充分理由说，中国如果毁弃国家机关“法无授权不可为”原则，实际上就近乎毁掉了限约“权力”的网笼。果若如此，至少在运用国家机关权力清单限制公权力方面，中国从此将有宪法等于无宪法。

显然，面对这种状况，中国宪法学者应做的事情不是毁弃而是强化国家机关“法无授权不可为”意识，并以此为基础和前提，弥补国家和国家机关权力负面清单内容严重欠缺的格局。对这种宪法要素有所欠缺的格局，中国在宪法实施过程中该如何补救？从宪法逻辑上说只有

[36] 另外，笔者注意到，《中华人民共和国宪法》中使用“禁止”一词14次，但基本都是针对官民等所有法律关系主体，并没有专门针对国家机关行使权力的情形。

不多的几个办法可供我们选择,其中包括:一是在今后的宪法发展进程中逐步充实国家机关权力负面清单的内容,但这得有足够耐心,须假以岁月;二是强化权力清单对权力主体和权力本身的限制约束作用,内容是确保非宪定主体不得行使国家权力,和国家机关不得行使宪法未授予的权力。第一个选项只有长线意义,第二个选项从长线还是从短线角度看都有价值。

或许有学者会提出这样的批评:没必要太看重国家机关权力清单的作用,没有了它们,我们可以推进合宪性审查制(或宪法监督制度、违宪审查制度,下同)建设,用后者的效用取代权力清单的功能。笔者以为,这类看法是完全错误的!宪法本身限制权力的方式方法是非常有限的,从直接起作用的意义上说,限制权力首先靠设置国家机关权力清单和权力负面清单,并使之在宪法实施过程中能够得到尊重。如果这两个清单被事实上弃之不顾,限制约束权力的网笼就等于完全被拆毁了。从世界范围看,在限制权力方面,国家机关权力清单、权力负面清单起基础性作用。合宪性审查的出现和发挥作用,须以上述两个清单的存在和发挥限约权力的效用为前提和基础,只是对两个清单限制权力效用的一种补充。国家机关权力清单和权力负面清单若不能存在并正常起作用,合宪性审查制度不可能建立,建立了也不能正常发挥效用。因为,在限制约束权力方面,合宪性审查只能在两个清单起作用的前提下拾遗补缺,不可能替代两个清单发挥限约权力的功能。

从滤除违宪现象这个意义上可以说,国家机关权力清单、权力负面清单交织在一起构成网格粗壮的筛子,合宪性审查是细网格细密的筛子,没有前者首当其冲对重大违宪现象进行拦阻和过滤,后者就会直接被重大违宪现象本身的冲击力砸得稀烂。所以,合宪性审查只是基于两个清单制度而形成的更高级、更细密、更精致的限约国家机关权力、保障公民基本权利的制度。在历史上和现实世界中,我们还找不到国家机关权力清单和权力负面清单都失却权力限约功能而合宪性审查体制能正常存在和有效运作的先例。

中国宪法学之所以必须坚守“法无授权不可为”的底线,还因为另有一些很现实的需要。限于文章篇幅,对这些需要下面只做简单叙述:

第一,若欲维持中国宪制平衡发展,形成良好宪法秩序,得保证由宪定国家机关在宪法列举的范围内行使权力。宪制平衡发展和良好宪法秩序的形成端赖处理好四个方面的关系:①法定之权与法外之权的关系。宪法通过授予国家机关权力的方式,客观上将一国或特定社会的全部“权”划分成了两部分,其一为法定之权,简称法权,其二为法外之权,亦称剩余权。法权是由法律分配和规范其运用行为那部分“权”,剩余权从法的角度看属自由获取的领域,但实际上分配结果往往由道德或以实力为基础的丛林规则来决定,法权与剩余权会形成一定的比例结构;<sup>[37]</sup>②法律权利与权力的关系,这是一国之内基础性的法律关系。在立宪国家,法权必然被划分为国家机关权力和公民基本权利两个基本部分。通过宪法列举授予各级各类国家机关的那部分法权称为权力,权力之外的那部分法权构成公民的基本权利,两者间客观上有或应该有比例;③中央国家机构与地方国家机构之间的权力纵向配置关系,和各级国家机构内不同

[37] 参见童之伟《论宪法学新体系的范畴架构》一文对权、法权和剩余权(当时原文采用的相应的名词是社会整体权利、社会权利和社会剩余权利)的论述,《法学研究》1997年第5期第35—55页。

国家机关间的权力横向配置关系,权力的这两种配置客观也是有或应该有比例的,虽然我们很难将其量化;④执政党组织机构的领导行为与国家机关职权衔接、互动关系。

“法无授权不可为”是宪法一切权力属于人民原则的必然逻辑延伸,前者可理解为后者的一个必要组成部分。坚守“法无授权不可为”价值底线,是按宪法的规定和精神理顺以上四方面关系的基础。反之,若弃守“法无授权不可为”的价值底线,现实的宪法法律秩序几乎不可避免地会受到不同程度的损害:①通过权力扩张增加法权体量,从而压缩剩余权的比例,尤其是压缩其中由公民等私权主体通常应该能够享有的不由法律来认定和保护,而是由道德等另类社会规范调控的那部分权利或自由。其表现,通常会法律管控的范围过宽,过于苛严,不利于公民等社会个体的自由发展;②按权力扩张的本性,它一定会更加畅行无阻地自行扩张,挤压公民能享有的法律权利的空间,降低法权结构(权力/权利)中权利的比重并提升权力的比重,危及原本已极为脆弱的法权结构平衡;③会像肖蔚云教授所说的那样,某些主体会“不顾宪法规定的职权,任意扩大某些机关的职权”,在纵向横向上打乱国家机关之间的权力配置平衡;④在执政党和国家机关关系方面,若放弃“法无授权不可为”的价值底线,则几乎一定会损害中共党章关于“党必须在宪法和法律的范围内活动”的规定及其遵守状况。

第二,深化市场经济体制的改革不仅要求落实“法无授权不可为”,将权力严格限制在宪法列举范围内,而且要求在宪法的权力负面清单中添加更多内容。宪法规定中国实行社会主义市场经济体制,让市场这只看不见的手取代政府看得见的手在社会经济资源配置方面起基础性作用,这意味着权力主体应该由计划经济体制下那种万能的主宰者转变为配角。因此,政府看得见的手(即权力)应该大幅度退出市场,只保留宏观调控和监督的职能。现行宪法的国家机构和国家机关权力条款,几乎全部是1982年通过的,而当时从理论到实践,中国都是实行计划经济。

因此,宪法当时规定的国家机关职权,原本就是适应计划经济体制的需要做的配置。按政治法律生活与经济生活相一致的原则,上世纪九十年代初,中国决定实行社会主义市场经济后,宪法的国家机关职权负面清单中,就应该同时显著地增加新内容。这原本应是弥补中国国家机关权力负面清单中内容太少的一大契机,但可惜当时没有抓住。知难行易,明白了相应的道理,亡羊补牢,犹未为晚。

现在中国国家行政机关的不少部门在实行权力清单制度,设立职权的正面和负面清单,这当然非常必要。但与此同时,我们一定要认识到,中国的国家权力首先和主要地是由最高国家权力机关及其常设机关掌握和体现的,所以,要从总体上减少国家对经济活动的干预,尤须在宪法中设置针对最高国家权力机关职权的负面清单并充实其内容。

针对最高国家行政机关的宪定职权设置负面清单也很重要,但重要性排位尚在其次。落实宪法规定的市场经济体制,可以成为充实宪定国家机关权力负面清单内容的一个重要增长点。

第三,改善公民基本权利保障状况,也应该考虑从落实“法无授权不可为”原则和在宪法层面增加权力负面清单中的内容着手。一个国家的民主法治建设状况如何,宪法实施状况如何,可以确定很多指标进行衡量,但最基本的衡量指标只有一个,那就是公民基本权利的保障状

况。基本权利保障状况好则可谓民主法治建设状况好,反之则一定不好。一个国家或社会对公民基本权利的侵害通常来自两个方面,来自其他个人的侵害和来自国家机关的侵害。中国许多年来基本情况是,法制在防止个人对个人的侵害方面的状况比较令人满意,但在防止公权力侵害个人权利和自由方面,往往相对显得无能为力。这种状况与国家机关提取的经济资源多、公共预算规模巨大,公权力无时不在、无处不在且集中程度甚高的情形密切相关。

所以,改善公民基本权利保障的基本进路,应该是防止公权力体量过大和因过于集中而难以制约,同时创造条件让公民运用基本权利与共权力的运行达致某种平衡。在维护“法无授权不可为”原则的同时,针对国家机关增添权力负面清单,两种做法相辅相成,是一个值得考虑的加强公民基本权利保障的办法。这里说的应针对其增加权力负面清单的国家机关,主要指行政机关。

对于宪法学者来说,确立和维护国家机关“法无授权不可为”的价值标准,也应该是其实现职业价值乃至人身价值所不可缺少的品质。统治组织从任意设置到被限制在宪法列举的清单之中;最高国家权力、国家机关的权力从绝对、不受限制到受宪法列举范围限制;权力从只受宪法权力清单限制到同时受其中的权力负面清单限制;社会从人治到法治;国家从极权专制到立宪民主制,个人从受奴役到逐渐获得自由发展的条件——所有这些话语看似内容不同,其实都只对政治和法制进步这个相同历史走向的不同描述。承认和维护国家机关“法无授权不可为”原则,是法律学者在法治中国建设实践中发挥正面作用所不可缺少的认知前提和道义基础。

---

**Abstract:** Although the principle that “anything not mandated by the law is unpermitted” with regard to state organs seems to be a constitutional one today, it actually originated and developed from the soil of private law. All power of the state belongs to people, which determines that the state organs can only exercise their powers enumerated by the constitution, and the restrictions are firstly and mainly imposed on the legislative organ. Enumeration of state organs and their powers is the basic way to limit power in the constitution. To form a list of state organs and a list of powers in the constitution is a fundamental approach to limit powers. That the state organs and their powers do not go beyond the constitutional lists has always been the practice under the rule-of-law principle in constitutional states. The principle that “anything not mandated by the law is unpermitted” should also be one of the normative standards that Chinese constitution scholars must safeguard.

**Key Words:** Ultra Vires Principle; Enumeration of Power; List of Power; Negative List of Power

---

(学术编辑: 彭 鋈)

(技术编辑: 马 超)