



The Authority Rules

权力的规则

建顺微思录（一）

杨建顺 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



The Authority Rules

权力的规则

建顺微思录（一）

杨建顺 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

权力的规则:建顺微思录(一)/杨建顺著. —北京:北京大学出版社,2017.5
ISBN 978-7-301-28070-6

I. ①权… II. ①杨… III. ①社会问题—研究—中国 IV. ①D669

中国版本图书馆CIP数据核字(2017)第024687号

书 名 权力的规则——建顺微思录(一)

QUANLI DE GUIZE

著作责任者 杨建顺 著

责任编辑 邓丽华

标准书号 ISBN 978-7-301-28070-6

出版发行 北京大学出版社

地 址 北京市海淀区成府路205号 100871

网 址 <http://www.pup.cn>

电子信箱 law@pup.pku.edu.cn

新浪微博 @北京大学出版社 @北大出版社法律图书

电 话 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

印 刷 者 三河市北燕印装有限公司

经 销 者 新华书店

650毫米×980毫米 16开本 22.25印张 339千字

2017年5月第1版 2017年5月第1次印刷

定 价 52.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子信箱:fd@pup.pku.edu.cn

图书如有印装质量问题,请与出版部联系,电话:010-62756370

序

《权力的规则——建顺微思录（一）》就要与读者朋友见面了。

这部短文集是我用了近4年的时间写成的，全书分为10个单元，共90篇文章，约33万字。

之所以取名《权力的规则》，是为了强调行使权力应当遵守基本的规则，并试图围绕行政行为这条主线，以权力和权利为对象，展开行政法相关问题的思考，发现行政法各论的研究素材，探讨实现秩序、制度和权威等行政法价值的路径，推动行政法学研究向纵深发展。其中虽然也有数篇是以“权利”为对象的讨论，但围绕“权力”展开的占了绝大多数，总的来说，全部内容汇集起来，凸显了秩序、制度和权威等传统行政法价值。当然，在阐述权力规则的同时，特别强调过程论视角、参与型行政理念和公共利益衡量论，注重自由、民主和参与等价值，亦即权利的规则也蕴含其中。

之所以添加“建顺微思录（一）”作为其副标题，是因为其中绝大多数文章（81篇）来源于《检察日报》在其第7版为我开设的专栏“建顺微思”。自2013年1月16日首篇专栏文章^①得以刊发，我便开始了从微观层面来考虑行政法原理应用问题的持续探索。专栏文章的素材大多取自新闻媒体，也有我自己参加立法论证、行政复议和学术活动的所思所想。这在很大程度上可以凸显行政法是一门实践性较强的学问，需要对行政法一般原理进行融会贯通，并且强调有破有立，注重解决问题、化解矛盾，以尽可能避免或者减少不具有建设性的言论。理论密切联系实际，是“建顺微思”的基本出发点和努力实现

^① 参见杨建顺著：《权力和权利都须尊重秩序》，载《检察日报》2013年1月16日第7版“建顺微思”；本书第10—12页。

的目标。在“建顺微思录”之后添加序号（一），意味着还将有（二）（三）甚至更多。也就是说，这部短文集的出版，并不是终结，而只是一个新的起点。^①“建顺微思”专栏告一段落，可以也应该回过头来总结一下，以便发扬成绩，弥补不足，在今后的专栏文章写作中有更好的发展。

本书虽然以“建顺微思录（一）”作为副标题，但是，其中所收录的文章并不限于在《检察日报》“建顺微思”专栏发表的文章，还包括在《检察日报》其他版面上发表的3篇^②，在《辽宁日报》上发表的2篇^③，《法治周末》上发表的1篇^④，在《学习时报》上发表的1篇^⑤，以及在《城市管理与科技》上发表的1篇。^⑥在此基础上，附加了1篇未曾在正式刊物上发表的立法建议稿^⑦，作为本书的尾篇。并且，即便是已发表的文章，大多也不是将既刊稿原样拖过来，而是尽可能恢复了当时定稿时的题目和篇幅。因为发表时有严

① 这部短文集收录的稿子截至2016年9月。之后，《检察日报》“建顺微思”专栏文章的频度进行了调整，由隔周1篇改为每月1篇。可以说，《建顺微思录（二）》的撰写，已经开始了。参见杨建顺著：《重视信访作用，完善行政型ADR》，载《检察日报》2016年11月2日第7版“建顺微思”；杨建顺著：《重污染应对措施需充分论证》，载《检察日报》2016年12月7日第7版“建顺微思”。

② 参见杨建顺著：《是否属于枪支，鉴定标准只能唯一》，载《检察日报》2016年8月17日第5版“法治评论”；杨建顺著：《每个环节都需法治护航》，载《检察日报》2013年4月3日第5版；杨建顺著：《“行政主体资格”有待正确解释》，载《检察日报》2015年4月8日第7版“若有所思”。

③ 杨建顺著：《让权力更好服务人民》，载《辽宁日报》2013年1月15日第A05版；《法律的生命力在于实施》，载《辽宁日报》2015年2月10日第A07版，理论。这两篇相对比较长，在体例上与其他短文有些不匹配，但考虑到其内容恰好描绘了“权力的规则”，与党中央的相关纲领性文件所确立的方针政策相呼应，阐释了经典行政法理论，而且具有较强的系统性和逻辑严密性，故而一并收录。

④ 杨建顺著：《法院要保障拆迁的公平正义》，载《法治周末》2014年9月2日。

⑤ 参见杨建顺著：《以法治思维完善信访制度》，载《学习时报》2015年11月5日第004版“民主法治”。

⑥ 杨建顺著：《城管，在理解和参与中优化》，载《城市管理与科技》2013年第2期，第53—55页。

⑦ 《关于〈行政诉讼法修正案（草案）〉的修改建议》。这是纯粹的立法建议，在本书中形成较为独特的体例。考虑到该建议稿没有正式发表，而其中所讨论的诸多问题，例如，公益诉讼的法律依据问题，行政首长出庭应诉制的利弊得失分析，诉讼期限的立法政策考量，行政规律性的尊重及行政裁量论的充分运用，行政授权及委托的制度运行理论，司法解释的定位及司法权的界限论，等等，都是不应当也不可能随着此次修改《行政诉讼法》工作的结束而告终结的重要研究课题，为让更多人认识到相关问题，并致力于展开深入研究，经过仔细斟酌而将其收录。可作为辅助材料，在今后进行相关行政诉讼问题研究时参考。

格的字数限制，往往不得不忍痛割爱，省略了较为详细的事件介绍和背景交代。收录时进行了这方面的恢复和补充，有的还根据需要对部分文章进行了拓展、充实，尤其是在必要限度内添加了脚注。脚注是后来添加的，故而会出现有的脚注中的文献资料的出版或者发表时间晚于正文撰写时间的现象。这主要是为了便于读者用过程论的视角来理解相关问题，并能够较好地运用所提供的资源来展开对相关问题的研究和探索。本书中，皆在小标题处添加了有关既刊稿的注释，读者可以根据自己的兴趣查阅既刊稿。这样一来，可能会在一定程度上损害当初编辑加工后文章的精炼度，却将有助于读者全面理解该文所论内容的来龙去脉。并且，通过比较，或许还可以从中学习到编辑技巧，感悟编辑精神，提升短文写作能力。

除了在《辽宁日报》上发表的2篇文章以及最后的立法建议稿较长之外，其他文章即便进行了拓展、充实，亦仍旧保持了短小精悍的特点。尽管依然难免会有词不达意或者表错了意的地方，但是，每一篇文章都经过了字斟句酌，应该经得起拷问。虽然将90篇文章汇集在一起并分别归入不同的单元，但是，这种归类只是基于编辑上的便利，读者完全可以不受单元划分的束缚，选择自己感兴趣的文章单独阅读。单元划分及文章归类是这样，整部书的体系架构更是如此。虽然可以将行政法、秩序、法治、规制、规则、自由、民主、参与、公开、规范权力和保障权利归纳为本书的关键词，但是，毕竟写作时间跨度较大，每个选题都是基于当时的情况分别确定的，而不是在统一的篇章体系规划之下完成的。所以，要准确把握所有文章的共通点，却是有很大难度的。于是，我想到了行政与法的关系。

“行政，是指在法之下，受法的规制，现实中为了积极地实现国家目的而进行的、整体上具有统一性的、连续性的形成性国家活动。”^①而“行政是‘有生命之物’。既然是‘有生命之物’，便具有希望自由、嫌恶拘束的倾向”^②。所以，要给权力尤其是行政权力描绘规则，难免具有很大难度。“在法

^① 日本著名行政法学家田中二郎对行政的定义。转引自〔日〕南博方著：《行政法》（第六版），杨建顺译，中国人民大学出版社2009年版，第4页。

^② 〔日〕南博方著：《行政法》（第六版），杨建顺译，中国人民大学出版社2009年版，“初版序”第2页。

之下，受法的规制”，这句话描述了行政权力存在和运行的基本前提和规则框架。本书试图描绘的权力规则就是为了实现“在法之下，受法的规制”这种状态所需要的规范和制约。对于行政权力来说，其基本规则就是遵循行政法基本原则——合法性原则、合理性原则和公开原则。具体而言，正如我在《期待以法治反腐防腐的新时代》中所阐述的：

真正的权力制约和规范，应该是这样一种状态：其一，使权力主体在行使权力行为前，就对自己的行为后果有一种预测，从而自觉地约束自己的行为，即起到“自律”的效应；其二，使权力主体在行使权力行为过程中，就能够有一定的程序和规则可循，有一定的标准和准则可依，即起到“规范”的效应；其三，使权力主体在行使权力行为后，不至于导致国家利益、社会公共利益乃至私人的合法权益受到损害，若因为行使权力而给国家利益、社会公共利益或者私人的合法权益造成损害或者损失，则能够予以相应的赔偿或者补偿，承担必要的法律责任，即起到“救济”和“权责统一”的效应。

这种制约规范机制应当是包括事前、事中和事后全过程的；应当是自律、他律全方位的；应当是以权力主体自律为主导的内约机制，辅以各种监督机制作为外约机制，配以对权力行使过程的公开机制。

在将上述要求运用于个案分析之际，需要对如下几点展开精到分析：是否正确理解了法规范的内容、精神和旨意，是否选择了合法、适当、具有实效的路径、手段和方法，是否准确把握了相关事实要件，是否综合考量并科学衡量了各种相关因素，等等。以《权力的规则》来命名这部短文集，意味着其内容应当是对权力规则的揭示或者启迪，而文中是否展开了上述精到分析，则是对作者理论联系实际的理念和能力的考验。恳请读者朋友提出宝贵意见。

杨建顺

2016年9月16日定稿

2016年12月12日修订

于北京海淀世纪城寓所

序 / 001

Part 1

法治思维和法治方式，定位权力运行

法律的生命力在于实施 / 003

权力和权利都须尊重秩序——行政行为的公定力 / 011

从县委县政府禁办酒席谈公权力的边界 / 014

期待以法治反腐防腐的新时代 / 017

废止劳教制度的法治思维 / 020

加大超生社会抚养费征收力度的法治思维 / 023

行政审批制度改革应当坚持法治思维 / 026

行政执法规范化应当贯彻法治行政原理 / 029

遏制腐败须有公开机制支撑 / 032

健全村民参与机制，预防遏制“村官”腐败 / 035

完善行政裁量权是依法行政的内在要求 / 038

法律关于时效的规定错了？ / 040

全国人大常委会应当切实行使法律解释权 / 043

Part 2

规制和协治，定位法治政府的服务职能

让权力更好地服务于人民 / 049

“小产权房”不是也不应是法律保护的权益 / 055

城管执法需要规制和协治 / 058

城管，在理解和参与中优化 / 061

构建政府监管企业协治的互联网新格局 / 068

更新观念，以法治思维推进信访制度的完善 / 073

畅通信访渠道，保障权益救济和权力监督 / 080

从“缠访入县志”谈完善信访实效性保障机制 / 083

从奶粉限购看政府的责任 / 086

从富力海口马拉松现象谈企业的社会责任 / 089

广场舞者的权利和自由的边界 / 092

从北医三院产妇死亡事件谈医疗过程风险管理 / 095

依法拆除违建不应承担建筑材料的赔偿责任 / 098

父母晚退休，不如子女早上岗 / 101

Part 3

公务员和公物法制，依法行政的手段支撑

“处长现象”的治理之道 / 107

应当确保公务员获得相应工资福利待遇 / 110

公务员工资应当如何调整? / 113

公务员任用应尽量减少破格提拔 / 116

全面履行警察职能应当遵循五大原则 / 119

过程论视角下的警察执法规范化 / 122

- 从“草原天路”取消收费谈完善公共用物使用关系 / 125
- 应将楼堂馆所的建设管理纳入法治轨道 / 128
- 公车改革应当注重合法性和合理性 / 131

Part 4

计划和整序，路径手段的实效性保障

- 科学推进计划行政，完善行政计划规制 / 137
- 加强整序行政，确保经济社会发展与环境保护相协调 / 140
- 从“争路运动”谈行政规划确定程序的完善 / 143
- 从“北京二热”大烟囱存废看《文物保护法》修改课题 / 146
- 关注环境保护中政府责任的评价机制 / 149
- 教师节改日期与尊师重教的价值追求 / 152
- “不交罚款就不验车”是确保法律实效性的举措 / 155
- 推进规则之治，依法处罚闯红灯 / 158

Part 5

信赖保护原则，法治行政的条理法

- 工伤认定，行政机关和法院谁说了算？ / 163
- 枪支鉴定标准，法院和行政机关应当一致 / 166
- 坚持信赖保护原则，善待“临时工” / 169
- 建设诚信社会，让监管部门发挥主导作用 / 172
- 推进诚信旅游应当依法综合治理 / 174

Part 6

放心和安心，从给付行政到支援型行政

- 政府应当对基本养老承担责任 / 179
- 养老保险应当重视公民的个性化需求 / 182
- 确保老有所养是解决“失独”问题的重要举措 / 185
- 转变观念，选择放心、安心的养老方式 / 188
- 住房公积金入市的每个环节都需法治护航 / 191
- 免费救治有助于防治禽流感的实效性 / 195
- 设置“弃婴岛”试点也应当有法律明确授权 / 198
- 用好政府采购机制，助推公共自行车事业发展 / 201

Part 7

转变政府职能，发挥中介组织的作用

- 确保消协履行法定职责，推进消费者权益保护 / 207
- 公益法律服务应当坚持标准和规则 / 210
- 治理“黑救护车”，路在何方？ / 213
- 让规制行政成为安全生产实效性的保障 / 216
- 让行政法成为善治的保障 / 219

Part 8

规制行政，政府治理的实效性保障

- 完善授权法制，用好法律法规保留原则 / 225
- 依法强制拆除，维护法律权威 / 228

- 应当着力完善行政许可过程的法律规制 / 231
- 推进参与型行政，实现有效的政府治理 / 234
- 建立政府法律顾问制度重在“用”功 / 237
- 完善过渡性措施，确保法规范的实效性 / 240
- 以政协协商确保道路交通安全法规范的实效性 / 243
- 原中央苏区振兴发展须有法治和参与 / 246

Part 9

自我规制，高校法治的基础

- 高校的自我规制亟待完善 / 251
- 高校招录工作应当遵循信赖保护原则 / 254
- 聘任兼职教授应当遵循正当程序 / 257
- 高校解聘教师应当履行充分说明理由义务 / 260
- 别让评价机制成为大学教师学术自由的羁绊 / 263

Part 10

修改完善法典，扎实推进合法规范运营

- 修改《专利法》应当夯实信赖保护的基础 / 269
- 修改《专利法》应当确立一事不再理效 / 272
- 专利审查中使用公知常识应确立正当行政程序 / 275
- 食品安全标准的争议，应当依照标准来解决 / 278
- 修改《食品安全法》重在夯实合法规范运营机制 / 281
- 转基因食品是否安全谁说了算? / 284
- 应当科学设定行政诉讼的起诉期间 / 287

- 行政首长出庭应诉不宜作为强行法规范 / 290
- 行政诉讼的管辖与依法独立行使审判权 / 295
- 科学建构行政诉讼检察建议制度 / 298
- 行政公益诉讼应当由法律个别设定 / 301
- 正确解释“行政主体资格”，用好确认无效行政行为判决 / 303
- 落实法院改革纲要应当整备行政诉讼环境 / 306
- 以典型案例为指导，实现房屋征收补偿的公平正义 / 309
- 关于《行政诉讼法修正案（草案）》的修改建议 / 312

主要参考文献 / 340

后 记 / 341

Part 1

法治思维和法治方式，
定位权力运行

法律的生命力在于实施

权力和权利都须尊重秩序——行政行为的公定力

从县委县政府禁办酒席谈公权力的边界

期待以法治反腐防腐的新时代

废止劳教制度的法治思维

加大超生社会抚养费征收力度的法治思维

行政审批制度改革应当坚持法治思维

行政执法规范化应当贯彻法治行政原理

遏制腐败须有公开机制支撑

健全村民参与机制，预防遏制“村官”腐败

完善行政裁量权是依法行政的内在要求

法律关于时效的规定错了？

全国人大常委会应当切实行使法律解释权

法律的生命力在于实施*

党的十八届四中全会审议通过《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》（以下简称《全面依法治国决定》），提出全面推进依法治国的总目标——建设中国特色社会主义法治体系，建设社会主义法治国家，并作为“深入推进依法行政，加快建设法治政府”的主旨，确认了“法律的生命力在于实施，法律的权威也在于实施”这一命题，进而揭示了依法行政和建设法治政府的根本任务——“要加快建设职能科学、权责法定、执法严明、公开公正、廉洁高效、守法诚信的法治政府”。

“法律的生命力在于实施”这一命题，看似简单，实则有着极其丰富的内涵。为了准确、系统而深入地理解和把握《全面依法治国决定》所确认的这一命题，有必要认真学习《全面依法治国决定》，根据法治原理推进法治政府建设，切实地将法律规定付诸实施，树立好法律的权威，维护好法律的生命力。所谓“生命力”，就是维持生命活动的能力、生存发展的能力；也指一种欣欣向荣、蓬勃向上的发展状态。我们说“法律的生命力在于实施”，这里的生命力应当包含发展的能力，也是指发展的状态。

具体而言，这个问题应当从如下9个方面来理解。

确保法律是集中体现人民意志和利益的良法

法律应当是全体人民总体意思表示的一致，是实现国家利益、社会公共利益和个人利益的重要途径和保障。因此，应当“坚持立法先行，发挥立法的引领和推动作用”，使法律以及根据法律制定的其他法规范都“符合宪法精

* 参见杨建顺著：《法律的生命力在于实施》，载《辽宁日报》2015年2月10日第A07版，理论。

神、反映人民意志、得到人民拥护”。

在实行间接民主的现代社会，法律只能是各种力量、各种势力和各种利益碰撞、交涉和博弈、妥协的结果，而无法全面涵盖“全体人民”的全部利益。这正如阿罗不可能定理所揭示的，依靠简单多数的投票原则，要在各种个人偏好中选择出一个共同一致的顺序，是不可能的。这样，一个合理的公共产品决定只能来自于一个可以胜任的公共权力机关。在现代各国，该定理的普适性是无可辩驳的。所以，肩负着制定法律及其他法规范之任务的国家机关，就要特别注重建立健全立法的民主程序，尽可能贯彻参与型行政理念^①，以弥补间接民主制的不足，并致力于强化立法的科学论证支撑，使法律规范建立在科学和民主的基础之上，以最大限度地代表最广大人民的根本利益。

正如《全面依法治国决定》所强调指出的：“法律是治国之重器，良法是善治之前提。”要切实保障法律的实施，权力机关以及行政机关的相关立法部门都“要把公正、公平、公开原则贯穿立法全过程，完善立法体制机制，坚持立改废释并举，增强法律法规的及时性、系统性、针对性、有效性”。

完善既有法规范应当坚持正确方法论

经过长期不懈的努力，我国于2011年宣告已经形成了由法律、行政法规、地方性法规等多个层次的法律规范构成的中国特色社会主义法律体系。虽然这个法律体系不可避免地尚存在诸多不足，但是，我们应当珍惜这种来之不易的成就，确立执行法律就是实现人民意志和公共利益的信仰，而不应当因为现行法律及根据法律制定的其他法规范本身存在不足而将其束之高阁，弃之不用，主张“另起炉灶”制定新的社会建设法规范；也不应当因为有的法规范没有得到很好实施而动摇对法律的信仰，完全无视《全面依法治国决定》关于要“做到重大改革于法有据”的价值取舍判断标准，主张要“冲破”既存法律制度的羁绊。在目前阶段，不能否认既有法规范中存在诸多问题，但是，完善之策不应是“另起炉灶”，而应当是“循序渐进，查漏补缺”，运用法定的程序，

^① 参见杨建顺著：《行政规制与权利保障》，中国人民大学出版社2007年版，第171页。