

## 行政法学主要论文简介（2012 年 1-2 月）

2012 年 1-2 月，15 种主要法学期刊上共发表行政法学论文 10 篇，其中，行政法基础理论 4 篇，行政法主体论 0 篇，行政行为论 5 篇，行政救济论 1 篇。

本简介还选取了 15 种刊物之外具有代表性的行政法学论文 6 篇，涉及行政法基础理论 0 篇，行政法主体论 1 篇，行政行为论 3 篇，行政救济论 2 篇。

两部分相加，本简介共包括 2012 年 1-2 月发表的行政法学论文 16 篇，其中行政法基础理论 4 篇，行政法主体论 1 篇，行政行为论 8 篇，行政救济论 3 篇。

欢迎提出补充建议。如对本栏目有任何意见或建议，请发邮件至 [tianwei0318@sina.com](mailto:tianwei0318@sina.com)。

### 壹、行政法基础理论（4 篇）

#### 1、孟涛：《紧急权力法及其理论的演变》，载《法学研究》2012 年第 1 期

**作者简介：**孟涛，中国社会科学院法学研究所博士后研究人员。

**内容摘要：**紧急权力法律制度是一种内在矛盾的组合，其古代形态是古罗马专政制度和中止一般执法活动制度，近代形态主要是戒严法和围困

状态法，现代则以紧急状态和紧急权力的规范形式兴盛于全球。西方的法律与紧急权力理论有例外型和规训型两类，前者主张紧急权力居于法律之外，后者主张紧急权力应受法律的充分规训。法律和紧急权力共有五种理论模式：调适、例外法、惯常、政治动员和权威专政。除惯常模式以外，其他四种模式都在中国出现过。中国现行紧急权力制度遵循政治动员、调适和例外法三种模式，未来发展是建立融合政治动员和例外法模式优点的调适模式制度。

**关键词：**紧急权力法 紧急权力理论 紧急权力模式 紧急状态

## 目次

### 一、紧急权力法律制度的兴起历程

(一) 古代：罗马专政制度和“中止一般执法活动”制度

(二) 近代：戒严法与围困状态法

(三) 现代：紧急权力、紧急状态法律在全球的勃兴

### 二、法律与紧急权力的基本理论

(一) 例外型紧急权力理论

(二) 规训型紧急权力理论

### 三、紧急权力法律制度的五种理论模式

(一) 调适模式

(二) 例外法模式

(三) 惯常模式

(四) 政治动员模式

(五) 权威专政模式

四、中国紧急权力法律制度的多元化发展

(一) 1949 年以前的紧急权力制度：分散的权威专政模式

(二) 中国台湾地区的紧急权力制度：从权威专政模式到调适模式

(三) 1949 至 1978 年新中国的紧急权力制度：政治动员模式

(四) 1978 年以后：调适模式在中国的兴起

(五) 2003 年以后：例外法模式在迅猛崛起

五、中国紧急权力法律制度的未来发展

2、蒋朝阳：《公私法二元论与澳门行政法之理论基础——以澳门终审法院的行政裁判为分析对象》，载《法学评论》2012 年第 1 期

**作者简介：**蒋朝阳，法学博士，澳门大学法学院副教授。

**内容摘要：**文章通过分析澳门终审法院的三个行政裁判案例后认为，公、私法二元区分依旧是澳门行政法构建的理论基础。法位阶原则连同法律优先、法律保留原则，与公、私法二元区分没有实质的关联，即这些原则不是建立在公、私法二元论的基础之上。在宪制性法律的层面上，如果将澳门特别行政区基本法视为公法，在某种层面上则可能带来与私法同等的法律地位的倾向。行政法的基础，即公私法二元区分，与宪制性法律所确立的法位阶原则、法律优先原则、法律保留原则存在张力。

**关键词：**公私法 二元论 澳门行政法 理论基础

一、公共管理还是私法活动？

二、司法合同还是公法合同？

三、“劳动”或“工作”的法律定义：适用民法还是行政法？

结论

### 3、王柱国：《依法行政原则之“法”的反思》，载《法商研究》2012年第1期

**作者简介：**王柱国，法学博士，江西财经大学法学院教授。

**内容摘要：**在实践中，我国的依法行政往往陷于限权与越权的悖论，行政执法成了“合法侵权”。之所以出现这种情况，一个重要的原因是，依法行政原则之“法”为广义的法，包括法律、法规、规章等各种法律渊源。考察依法行政原则之“法”的本义以及各国的经验，依法行政原则宣告的是：约束行政只能依赖于国家代议机关立法的他律而不是政府制法的自律。为此，要破解我国依法行政的困境，需要区分依法行政原则之“法”与行政法渊源之“法”，同时要将依法行政原则之“法”局限于“全国人大及其常委会制定的法律”。

**关键词：**依法行政原则 行政法渊源 国家代议机关 法治

#### 目次

一、问题的提出：强制拆迁——依法行政的悖论

二、行政应依什么“法”：国家代议机关制定的法

(一) 普通法系国家

(二) 大陆法系国家

三、行政依“国家代议机关制定的法”的理由：约束行政依赖于他律而非自律

(一) 英国的经验和英国学者洛克的解释

(二) 进一步解释：约束行政权只能依赖于他律而非自律

四、我国依法行政原则之重释：依“全国人大及其常委会制定的法律”行政

(一) 区分依法行政原则之“法”与行政法渊源之“法”

(二) 明确依法行政原则之“法”：全国人大及其常委会制定的法律

#### **4、《比较法研究》2012 年第 1 期**

沈岚：《新生活运动与中国近代的治安处罚法——以妨害风俗类治安处罚的立法演变为视角》，载《比较法研究》2012 年第 1 期

**作者简介：**沈岚，法学博士，安徽大学法学院讲师。

#### **目次**

一、扩充立法以正风俗

二、加重处罚游荡无赖

三、积极取缔奇装异服

## 贰、行政法主体论（1 篇）

1、李训民：《公法契约之控制—从公私合伙架构谈起》，载《行政法学研究》2012 年第 1 期

**作者简介：**李训民，政治大学国关中心 MCSS 经济安全组研究员。

**内容摘要：**针对公私合伙制度（PPPs）下之契约，探究其系公法契约或是私法契约，具有实际意义。英国、德国及美国在公私合伙制度下之发展进程，值得关注；特别是英国成功发展的 PPPs，建构“公法下之政府契约”及“私法下之政府契约”之模式足资赞许；德国针对 PPPs 下之投资契约，是否适合置入于行政程序法下之行政性契约，相关立法沿革，值得注意与效法；而美国行政任务私有化后，行政机关对外购买服务，公权力充分与私部门分享，而未建构监督与契约治理机制，堪致忧虑，特别是契约外包之下，相关法律不禁止境外转包，则服务之质量与法律正当性受到质疑。

**关键词：**公私合伙 政府契约 行政任务私有化 境外转包

### 目次

- 一、问题提出
- 二、英国公私合伙之发展过程
- 三、德国公私合伙制度之进程
- 四、美国公私合伙之发展现实
- 五、结论

### 叁、行政行为论（8 篇）

#### 1、姜明安：《论行政裁量的自我规制》，载《行政法学研究》2012 年第 1 期

**作者简介：**姜明安，北京大学法学院教授。

**内容摘要：**行政裁量自我规制是行政主体及其工作人员基于自律、自行规范行政裁量行为、避免行政裁量权滥用、保障授权法目的实现的机制。行政裁量自我规制相对于行政外部规制而言，具有针对性强、效率较高和成本较低的优势。行政裁量自我规制的主要方式有法的精神、法的基本原则、正当法律程序、行政惯例、行政政策、裁量基准等。行政裁量自我规制的适用必须适当和适度。应该正确处理防止裁量权滥用与促进裁量权有效行使的关系，加强、完善自我规制与主动、积极接受外部规制的关系，健全硬法规制与推进软法规制的关系。

**关键词：**行政裁量 规制 自我规制

#### 目次

一、行政裁量自我规制的意义

二、行政裁量自我规制的方式

三、行政裁量自我规制应正确处理的若干关系

（一）防止裁量权滥用与促进裁量权有效行使的关系

(二) 加强、完善自我规制与主动、积极接受外部规制的关系

(三) 硬法规制与软法规制的关系

## 2、章志远：《作为行政强制执行手段的违法事实公布》，载《法学家》

2012 年第 1 期

**作者简介：**章志远，法学博士，苏州大学法学院教授。

**内容摘要：**针对行政强制执行体制之争，《行政强制法》作出了维持现状的选择，创新执行手段随之成为破解行政强制执行难的务实路径。作为一种间接强制手段，违法事实公布业已在我国价格监管、环境监管及计划生育等多个具体行政领域得到适用。行政任务多样性与执行手段有限性之间的矛盾、间接强制优于直接强制理念的落实，以及信息社会确保行政法义务履行的实效性，为违法事实公布成为间接强制执行的新手段提供了正当性依据。为了防止对行政相对人合法权益的侵害，应当从法律依据、适用条件及程序设置三个方面实现对违法事实公布的法律控制。

**关键词：**行政强制执行 违法事实公布 间接强制手段

### 目次

引言：从体制之争转向手段创新

一、违法事实公布在我国行政强制执行实践中的运用

(一) 公告价格违法行为



(二) 公开曝光名人富人超生

(三) 公布污染企业整改名单

二、违法事实公布作为行政强制执行手段的正当性分析

(一) 行政任务多样性与执行手段有限性的矛盾日益凸显

(二) 间接强制优于直接强制理念的落实

(三) 信息社会确保行政法义务履行的实效性

三、违法事实公布的法律控制

(一) 法律依据

(二) 适用条件

(三) 程序设置

结语：一种有节制地执行手段

3、叶必丰：《〈行政强制法〉背景下行政调查取证制度的完善》，载《法学》2012年第2期

**作者简介：**叶必丰，上海交通大学凯原法学院。

**内容摘要：**《行政强制法》的实施给本来就困难的行政调查和取证带来了新的挑战。基于在坚持依法行政的前提下实现行政调查和取证的目标，我们有必要在立法上完善相对人不履行证明责任的法律责任制度，有限使用秘密调查取证方法，推行调查取证中的担保制度，以及建立调查取证中的职务协助制度。

**关键词：**行政强制法 调查取证 配套制度

## 目次

- 一、完善相对人法律责任制度
- 二、秘密调查取证的有限使用
  - (一) 秘密调查取证并非诱惑调查取证
  - (二) 秘密调查取证系故意不告知
  - (三) 秘密调查取证的立法现状
  - (四) 秘密调查取证的限制
  - (五) 秘密调查取证中的公众参与
- 三、推行调查取证中的担保制度
  - (一) 行政担保已有的立法实践
  - (二) 行政担保立法的内容
  - (三) 行政担保立法的形式
- 四、建立调查取证中的职务协助制度
- 五、结语

**4、汤俪瑾：《论行政调查正当程序中的令状主义原则》，载《政法论坛》**

**2012 年第 1 期**

**作者简介：**汤俪瑾，法学博士，中国科技大学人文学院讲师。

**内容摘要：**令状主义作为一种为各国普遍确立的宪法原则，理应适用于行政调查中，这是对公民的基本宪法权利的有力维护。行政调查正当程序中适用令状主义原则，应当考虑行政调查的行政性，不应当像在刑事

程序中一般苛责；并根据行政调查的不同类型，在具体适用令状主义时有所区别。

**关键词：**行政调查 令状主义 公民权利 行政程序

## **目次**

一、令状主义的起源及在刑事程序中的适用

二、令状主义在各国行政调查领域的适用

（一）美国

（二）德国

（三）日本

（四）韩国

（五）我国台湾地区

三、令状主义在我国的适用

四、建立行政调查中的令状主义

5、戴建华：《作为过程的行政决策——在一种新研究范式下的考察》，载《政法论坛》2012年第1期

**作者简介：**戴建华，法学博士，国家行政学院法学部讲师。

**内容摘要：**行政决策是一种重要的行政活动，传统行政法学研究范式因没有对法律效果的形成过程予以足够的关注，显现出行政决策研究的不足。按照“行政过程论”的研究范式，行政决策可以被定性为以动态方

式实现行政目的、具有独立价值的“一般性制度”，进而将其纳入法治的考量范围。对其实体规制主要体现在对行政决策的法律依据和法律意义的考察；而程序规制应以“行政参与”与“行政公开”理念为核心，并辅之以其他相关程序制度规则，形成一套完善的程序规则体系。

**关键词：**行政决策 行政过程 实体法规制 程序法规制

## 目次

一、导言：新政决策与行政法研究范式的转换

二、制度定性：作为过程的行政决策

三、法律依据与法律意义：行政决策的实体法规制

（一）行政决策的法律依据

（二）行政决策的法律意义

四、参与与公开：行政决策的程序法规制

（一）行政决策程序核心理念

（二）行政决策程序的制度建构

五、结语

6、崔卓兰、杜一平：《行政评价制度与法律激励功能》，载《北方大学》  
2012年第1期

**作者简介：**崔卓兰，吉林大学法学院教授、博士生导师；杜一平，吉林大学法学院博士研究生。

**内容摘要：**行政评价制度通过对评价原则和具体指标、程序的设置，对评价结果进行诊断，并伴随奖惩措施的强化，能有效地约束行政主体在合法、合理以及可操作的范围内行使行政职权，以激励和推动行政主体发挥自身的积极性、主动性和创造性，提高行政行为的质量和水平，从而达到自我规范，实现和谐社会的善治目标。

**关键词：**行政评价制度 行政行为 行政自制

## 目次

### 一、行政评价制度的概念分析

### 二、行政评价制度的激励功能作用机制

#### （一）行政评价的功能发挥需要激励机制

#### （二）激励机制是提高行政行为质量和水平的有效途径

### 三、我国目前的行政评价制度激励模式分析

### 四、基于内部行政法的激励机制建构

#### （一）行政评价的原则

#### （二）激励机制的内部建构

7、胡敏洁：《行政指导性案例的实践困境与路径选择》，载《法学》2012年第1期

**作者简介：**胡敏洁，南京大学法学院。

**内容摘要：**基于行政不同于司法的特性，为规范行政权的行使，各地开

始相继建立行政指导性案例制度。然而，在包括选取主体、遴选案例标准、是否应当公开以及具有何种拘束力方面，各地做法尚未统一。因此，针对这些问题，在未来的制度变革中应当加强遴选主体的多元化、强化理由说明并逐步公开指导性案例，同时也应赋予行政指导性案例相应的拘束力。

**关键词：**行政 指导性案例 制度完善

## 目次

### 一、行政指导性案例的实践

- （一）河南经验：行政处罚中的指导性案例
- （二）辽宁经验：不断修正的行政“指导性案例”制度
- （三）湖南经验：规范行政机关“指导性案例”的体系化努力

### 二、行政指导性案例制度建构所面临的问题

- （一）行政指导性案例的遴选主体
- （二）行政指导性案例的遴选标准
- （三）行政指导性案例的拘束力定位
- （四）行政指导性案例的公开问题

### 三、行政指导性案例制度的完善之道

- （一）行政领域的不同于选取主体的多元化
- （二）行政决定说明理由的强化
- （三）行政指导性案例拘束效果的廓清
- （四）行政指导性案例的公开

#### 四、结语

### 8、陈越峰：《突发事件应对中的最大保护原则——以公开劫持人质事件处置为例》，载《行政法学研究》2012年第1期

**作者简介：**陈越峰，华东政法大学法律学院博士研究生。

**内容摘要：**突发事件应对措施的设置和实施，特别是在以公开劫持人质事件处置为例的社会安全事件处置中，面临着谨守最小侵害原则或强调最大保护原则的选择难题。《突发事件应对法》第11条第1款所规定的最大保护原则是在谨守最小侵害原则无法回应实践需求的情况下，对措施妥当性提出的更高标准。突发事件应对措施本身的实质合法性调低对侵害性的要求，遵循侵害与危害相适应的原则。但是，最小侵害原则仍然在特定的情境下适用。突发事件应对中对最大保护原则的适用需要受到动态评估和检视，同时需要与最小侵害原则、侵害相当原则结合评价措施本身的实质合法性，此外还应受到均衡原则的平衡和制约。这一原则，规范突发事件应对措施的具体实施，在制定应急处置预案或者设定具体措施及其裁量基准时也应得到遵循。

**关键词：**比例原则 最大保护 突发事件应对 劫持人质处置

#### 目次

- 一、突发事件应对措施：谨守最小侵害，强调最大保护？
- 二、最小侵害原则的原初内涵及其面临的挑战

三、最大保护原则：妥当性原则的更高标准

四、最大保护原则在比例原则中的定位

五、结语

## 肆、行政救济论（3 篇）

1、殷勇：《“政府信息不存在”情形下的司法审查》，载《法学》2012 年第 1 期

**作者简介：**殷勇，上海交通大学凯原法学院，上海市高级人民法院行政审判庭。

**内容摘要：**法院在审理政府信息公开案件的过程中，常会出现行政机关以“政府信息不存在”为由拒绝提供政府信息的情况。政府信息不存在是指政府信息自始至终不曾产生，行政机关在诉讼中应当提供进行过合理检索的证据，法院应当在综合考量行政机关工作人员的工作态度、检索载体和检索方法的基础上判断行政机关是否尽到了合理检索义务。法院应当根据不同案件事实选择合适的判决方式，在判决撤销政府信息公开决定的同时应判决行政机关在一定期限内重新答复。

**关键词：**政府信息不存在 举证责任 证明标准 判决方式

## 目次

一、“政府信息不存在”的法律内涵



## 二、“政府信息不存在”案件中的举证责任和证明标准

### （一）举证责任分配

### （二）证明标准

### （三）其他行政机关的政府信息公开答复的证明效力

## 三、“政府信息不存在”案件的判决方式

### （一）根据不同的案件事实选择判决方式

### （二）撤销原有公开答复后的判决

## 2、翟翌：《论“国民经济与社会发展规划”相关行政诉讼——一种实现社会权的方式》，载《政治与法律》2012年第1期

**作者简介：**翟翌，浙江大学光华法学院博士研究生。

**内容摘要：**作为基本权利的社会权有不易实现之困。与西方自由主义宪法不同，中国宪法的社会主义本质决定了其有诸多社会权内容，且更应注意其实现。具有法定效力、内容明确、与个人有直接法律利害关系的低层级“国民经济与社会发展规划”是具有中国特色的社会权实现工具，与之相关的行政行为可提起给付类诉讼。此种诉讼的证明责任、判决形式具有与一般行政诉讼不同的特点。原告除有符合起诉条件的初步证明责任外，还需负担“直接而确切的因果关系”证明责任。具有特殊内涵的法院“答复判决”不仅可避免司法权不考虑财政压力过度干预行政权的后果，还可激发以人大审议为核心的政治过程。

**关键词：**国民经济与社会发展规划 社会权 证明责任 答复判决

## **目次**

一、引言：社会权实现之困

二、“国民经济与社会发展规划”的性质

（一）“国民经济与社会发展规划”的内容及定义

（二）“国民经济与社会发展规划”的法定效力

（三）“国民经济与社会发展规划”与“行政计划”之区别

三、“国民经济与社会发展规划”相关行政行为的可诉性

（一）低层级“规划”中的“明确性内容”

（二）“规划”相关诉讼的“原告资格”

四、法院对“规划”相关行政诉讼的司法技术

（一）受案范围

（二）诉讼类型

（三）证明责任

五、代结语：宪法学与行政法学应该“走得更近”

3、叶必丰：《严重不合理的正常人判断——“陆煜章案”判解》，载《行政法学研究》2012年第1期

**作者简介：**叶必丰，上海交通大学凯原法学院教授。

**内容摘要：**“陆煜章案”的二审判决在排除了目的不当和偏私后指出，

在行政诉讼中，司法对行政裁量的审查只有一个标准，即行政裁量权是否被不合理行使并达到令正常人无法容忍的程度而构成滥用职权。该判决基于不确定法律概念必有行政裁量的见解，对今后的学说和实务并不具有普适性意义。但它关于行政裁量的不合理性审查规则、正常人判断的适用和形成规则，以及法解释中的外国法知识运用，却具有普适性意义。

**关键词：**行政裁量 司法审查 严重不合理 正常人判断

## 目次

### 一、严重不合理判断标准的推导

#### （一）从法律规定导出行政裁量

#### （二）阐释司法审查的权限范围

#### （三）运用正常人判断进行审查

### 二、行政裁量审查的普适性规则

#### （一）认定行政裁量的见解并没有普适性

#### （二）审查行政裁量的见解具有普适性

### 三、法解释中的外国法知识