

行政法学主要论文简介（2011 年 11-12 月）

2011 年 11-12 月,14 种主要法学期刊上共发表行政法学论文 12 篇,其中,行政法基础理论 7 篇,行政法主体论 1 篇,行政行为论 2 篇,行政救济论 2 篇。

本简介还选取了 14 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 1 篇,行政法主体论 1 篇,行政行为论 3 篇,行政救济论 1 篇。

两部分相加,本简介共包括 2011 年 11-12 月发表的行政法学论文 18 篇,其中行政法基础理论 8 篇,行政法主体论 2 篇,行政行为论 5 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。

壹、行政法基础理论（8 篇）

1、何海波：《公民对行政违法行为的藐视》，载《中国法学》2011 年第 6 期

作者简介：何海波，法学博士，清华大学法学院副教授。

内容摘要：公民能否对行政违法行为直接采取抵制行动，是法治秩序建构中一个不能绕开而又不宜解开的问题。渊源于大陆法学理的无效行政

行为理论，没有为公民拒绝权提供一个完全对应的分析框架，不应把两者简单对接。英美法重在关注是否容许当事人在事后诉讼中对行政违法行为提出间接抗辩，更有实践意义。中国的立法和司法对公民拒绝权给予了相当广泛的承认，其设定的标准有别于“重大明显违法”这一通常所理解的无效行政行为构成要件。原则上，行政行为严重违法侵犯公民实体权利，公民在不能获得及时、充分救济的情况下，采取适当方式予以抵制，都应当允许。承认公民的拒绝权是对公民行政法主体地位的尊重，也是对良好行政和实质法治的追寻。

关键词：行政违法行为 公定力 行政行为无效 间接抗辩 公民拒绝权

目次

一、行政行为效力争议与公民拒绝权

（一）与“公民不服从”、“公民抵抗权”的区别

（二）拒绝权概念的适用场合和行使方式

二、大陆法上的行政行为无效理论与拒绝权

（一）公定力理论的产生与修正

（二）无效行政行为

（三）违抗的权利和风险

（四）基于行政行为无效的拒绝权？

三、美国法上公民对行政违法行为的藐视

（一）错误的兵役征召

- (二) 管制言论的违宪法律
- (三) 违法命令和违法逮捕
- (四) 公民拒绝权，它在理论上是融贯的吗？

四、中国现有法律和实践的检视

- (一) 关于行政行为“无效”的规定
- (二) 关于当事人拒绝权的规定
- (三) “妨害”公务和国家赔偿的实践
- (四) 对中国法律规定和司法实践的总结

五、重申拒绝权的意义、限度和保障

- (一) 承认公民拒绝权的意义
- (二) 拒绝权的界限
- (三) 与拒绝权相关的制度建设

结论

2、余凌云：《蕴育在法院判决之中的合法预期》，载《中国法学》2011年第6期

作者简介：余凌云，法学博士，清华大学法学院教授、博士生导师。

内容摘要：本文梳理最高人民法院公报中的益民公司等三起案件，以合法预期理论为分析工具，揭示出在传统行政救济框架中，政府信赖保护无法真正提升救济的程度与空间，只是增加法院判决的说理程度。而引入合法预期，却能改善程序保护，促进公正判决。

关键词：合法预期 政府信赖保护 法院判决

目次

一、引言

二、存在合法预期吗？

（一）益民公司有合法预期吗？

（二）亿星公司有合法预期吗？

三、什么是信赖利益？

（一）什么是信赖利益？

（二）为什么要保护信赖利益？

（三）预期利益呢？

四、是判决的依据还是注脚？

（一）程序违法

（二）利益考虑

（三）脚注意义上的进步

五、延伸的分析：另外两个案件

（一）“宣懿成等 18 人诉衢州市国土资源局收回土地使用权行政争议案”

（二）“博坦公司诉厦门海关行政处罚决定纠纷案”

六、余论

3、叶必丰：《规则抄袭或细化的法解释学分析——部门规则规定应急征

用补偿研讨》，载《法学研究》2011 年第 6 期

作者简介：叶必丰，上海交通大学法学院教授。

内容摘要：宪法修正案第 22 条第 3 款中的“法律”系狭义的法律，部门规则无论是规章还是行政规范性文件，政府部门无论是国务院各级主管部门还是地方政府的职能部门都不能创制应急征用制度。突发事件应对法第 12 条与第 52 条及有关单行法，在应急征用主体上系普通法与特别法间的关系，由此可以确定政府部门并非应急征用主体。政府部门没有应急征用权，就无权细化应急征用条款。规则抄袭或细化并无必要和意义，相反容易导致规则建设资源的浪费和对法律意思的肢解或误解。规则细化或地方规则建设应基于法律的授权或地方自主权。对不允许或无需细化的规则，应加强法律解释和案例指导。

关键词：突发事件应对 征收征用 征用补偿 立法学

目次

- 一、政府部门无权创制应急征用规则
- 二、政府部门无权细化应急征用条款
- 三、政府部门无权应急征用不为补偿条款推翻
- 四、规则抄袭或细化于法治有害无益

4、余凌云：《英国行政法上的合理性原则》，载《比较法研究》2011 年第 6 期

作者简介：余凌云，清华大学法学院教授。

目次

一、引言

二、历史的流变

三、三个经典判例

（一）Wdenesbury 案

（二）Padfield 案

（三）CCSU 案

四、对“不合理”的理解

（一）私法与公法的进路

（二）不断放低的门槛

五、正当性基础

（一）侵权法上的合理注意义务

（二）自然法的思想

（三）议会主权原则

六、比例原则的输入及争议

（一）从欧洲传入英国

（二）何以冲突

（三）应对与本土情结

（四）有别于德国法的“三阶段”标准

七、放弃 Wednesbury?

六、结束语

5、江国华、李鹰：《行政法的全球视野——行政法学研究的新方法》，
载《环球法律评论》2011年第6期

作者简介：江国华，武汉大学法学院教授；李鹰，武汉大学法学院宪法学与行政法学专业2009级博士研究生。

内容摘要：以跨国研究课题为依托的全球学术研究网络，正在以注入“全球行政法体系”之名得以逐渐整合；由此，伴随着“全球治理”理论之发展而诞生的“全球行政法”，已经由一个学理性概念演变成为全球行政法研究中的一种视野、一种方法和一种诉求。这种视野或者方法，既是全球化理念在行政法学中渗透的产物，也是推进行政法研究走向全球化的内在要素。

关键词：全球行政机构 全球法律治理 全球行政法 行政法研究全球化 全球跨国政府

目次

一、研究理念之全球化

（一）全球治理进程中的政府改革

（二）全球跨国公司的行政法治理

（三）“全球行政法”的畅想

二、研究范畴之全球化

（一）“全球行政法体系”的命题

（二）“全球行政法体系”研究指数

(三) “全球行政法体系”中的可问责性

三、研究对象之全球化

(一) 研究项目之全球化

(二) 研究区域之全球化

(三) 中国行政法问题之全球化

四、结语

6、赵鹏：《知识与合法性：风险社会的行政法治原理》，载《行政法学研究》2011年第4期

作者简介：赵鹏，首都经济贸易大学法学院讲师，中国政法大学政治学博士后研究人员。

内容摘要：现代社会是一个风险社会，作为回应，风险规制活动广泛兴起。然而，“面向未知而决策”的特点，意味着政府往往需要在知识尚不充分的情况下即采取规制行为。这导致法律对行政的约束软化：通过授予大量的裁量权和放松比例原则的要求，行政机关拥有了更多的选择空间。面对这一扩张了的行政权，可以考虑采取一种程序主义的进路，使决策建立在对已有知识充分探索和审慎考量基础上。其中，又特别需要注意妥善处理科学与民主的关系。

关键词：风险 知识 行政法治

目次

- 一、风险社会与行政任务的变迁
- 二、风险规制的特点：面向未知而决策
- 三、知识不充分与法律约束的软化
- 四、风险社会的行政法治：以程序建构为中心

7、江必新：《实质法治主义背景下的司法审查》，载《法律科学》2011年第6期

作者简介：江必新，中南大学法学院教授、博士生导师，法学博士。

内容摘要：形式法治主义向实质法治主义转型具有客观必然性，既有利于避免形式法治主义本身的局限性，也由中国现阶段的特殊国情所决定。实质法治主义的基本特征表现在：形式正义与实质正义的统一；合法性与正当性的统一；实体合法性与程序合法性的统一；形式平等与事实平等的统一。行政诉讼与司法审查，作为通过司法手段监督和支持行政机关依法行政的重要形式，在由形式法治主义向实质法治主义这一转型过程中必将发挥极为重要的作用。要把握好规则性与灵活性的统一和平衡，注重形式法治和实质法治的结合与协调。

关键词：实质法治 形式法治 司法审查 转型

目次

- 一、形式法治主义向实质法治主义转型的客观必然性
 - (一) 为人类历史发展的生动实践所证明

- (二) 有利于避免形式法治主义本身的局限性
- (三) 有利于应对多样的现实生活，保持法律稳定性
- (四) 有利于避免立法者存在的客观缺陷
- (五) 有利于满足人类对法的多重需求
- (六) 体现了否定之否定的辩证主义发展观
- (七) 由中国现阶段的特殊国情所决定

二、实质法治主义的特征

三、实质法治主义背景下司法审查的转型

- (一) 客观真实与法律真实的兼顾
- (二) 实体合法性与程序合法性的相互关照
- (三) 形式公正与实质公正的统一
- (四) 司法权、立法权和行政权关系的重新调整
- (五) 行政法律纠纷的实质性解决

8、滕宏庆：《论行政应急权的合宪性控制》，载《法律科学》2011年第6期

作者简介：滕宏庆，华南理工大学广东地方法制研究中心研究员，法学博士。

内容摘要：从人民的自由权来阐释行政应急权核心，从公法学原理来剖析行政应急权本质，都可以发现应急权的反宪法特性。然而，衡量其所依据的紧急自卫和国家理性的正当基础，却又使得人们在理解行政应急

权与宪法的关系时变换立场。但在理论交锋和实证分析之后，我们便会从合宪性控制这一根本点出发来规范行政应急权，因为宪法的规范功能应该不仅在平时，而且在危机时，也要被证明是可靠的。我们只有对反宪法的行政应急权进行本质分析才能找回危机时的宪法效力，并通过实质要件和程序要件的审慎设计来最终构建现代法治国家中合乎宪法控制的行政应急权。

关键词：行政应急权 紧急状态 法治 合宪性控制

目次

一、反宪法的行政应急权

（一）行政应急权的核心

（二）应征应急权的本质

二、行政应急权的正当基础

（一）巩固主权说

（二）统治干涉说

（三）排除阻碍说

（四）紧急自卫说

（五）国家理性说

（四）小结

三、行政应急权与宪法效力的冲突

（一）紧急状态中宪法效力的原理交锋

（二）成文宪法中应急条款的实证分析

四、行政应急权的合宪性要素

(一) 行政应急权的启动要素

(二) 行政应急权的确认要素

(三) 行政应急权的宣布要素

(四) 行政应急权的期限要素

(五) 行政应急权的终止要素

五、宪法控制下的行政应急权

贰、行政法主体论（2 篇）

1、章志远：《私人参与警察任务执行的法理基础》，载《法学研究》2011年第6期

作者简介：章志远，苏州大学法学院暨东吴公法与比较法研究所教授。

内容摘要：治安承包现象引发的广泛社会争议是我国私人参与警察任务执行改革沉浮的真实写照。对宪法基本政策条款和民主国、法治国及社会国原则的解读显示，私人参与警察任务执行并不违反我国宪法文本规定和宪法基本原理。“国家和社会”条款在行政法律规范中频频出现以及行政法上的辅助性原则、行政过程论的阐释表明，私人参与警察任务执行同样具备合法性基础。我国行政工作一以贯之的群众路线和警察任务的时代流变，彰显出私人参与警察执行任务具有深厚的社会历史及现实基础。从改革时机选择、行政法制保障和后续政府规制上看，私人参

与警察任务执行在我国依旧是一个极具挑战性的行政法前沿课题。

关键词：民营化 治安承包 私人参与任务执行 政府管理改革

目次

一、研究之缘起

二、私人参与警察任务之实证宪法基础

三、私人参与警察任务之原理宪法基础

四、私人参与警察任务之实证行政法基础

五、私人参与警察任务之原理行政法基础

六、私人参与警察任务之历史传统基础

七、私人参与警察任务之社会现实基础

结语：一个极富挑战性的行政法前沿课题

2、张显伟：《行政机关权限争议现行解决机制剖析》，载《法学论坛》

2011 年第 6 期

作者简介：张显伟，广西民族大学法学院教授，中南财经政法大学博士研究生。

内容摘要：当下中国行政机关之间权限争议的解决，有行政机关解决和司法机关解决两种机制。梳理相关此两种机制的规范性法文件，剖析现行解决机制所内蕴的价值理性和制度缺陷，指出凭籍现行解决机制并无法通顺、公正地解决日益普遍化的中国行政机关之间权限争议现象，现

实亟待建构一套系统、科学、理性的行政机关权限争议解决法律制度。

关键词：行政机关间权限争议 行政机关解决机制 司法机关解决机制

目次

一、问题引出

二、行政机关权限争议之行政机关解决机制剖析

（一）具体解决方式梳理

（二）行政机关解决机制的优势

（三）行政机关解决机制的劣势

三、行政机关权限争议之司法机关解决机制剖析

（一）具体解决方式梳理

（二）司法机关解决机制的优势

（三）司法机关解决机制的劣势

四、结语

叁、行政行为论（5 篇）

1、关保英：《论行政迟延》，载《上海大学学报（社会科学版）》2011 年第 5 期

作者简介：关保英，上海政法学院教授、博士生导师。

内容摘要：行政迟延作为一种非理性的职权行使行为在我国行政法学理论和行政法治实践中是被忽视了的环节。事实上，与传统行政违法、行政不当、行政不作为等相比，行政主体对行政职权行使的怠慢、对行政职权的无端放弃、对行政行为作出的时空滞后以及其他在行政过程中的迟延是更为根本的问题。由于没有能够将行政迟延等非理性职权行使以及控制进行科学提炼，以致我国行政法对行政权的控制仍然不十分得力。基于此，我们对行政迟延的性质、理论形态以及法律控制等作了较为系统的探讨，认为应当提高对行政迟延进行控制的行政法意识、在行政实体法中设置行政权行使方式的制度、以行政程序法设立行政迟延的专门控制条款、强化行政诉讼中的司法裁量。

关键词：行政迟延 理论形态 行政法控制

目次

一、行政迟延的界定

二、行政迟延的理论类型

三、行政迟延的行为性质

四、行政迟延的行政法控制

（一）提高对行政迟延进行控制的行政法意识

（二）在行政实体法中设置行政权行使方式的制度

（三）以行政程序法设立行政迟延的专门控制条款

（四）强化行政诉讼中的司法裁量

2、胡建淼、张效羽：《有关对物权行政限制的几个法律问题——以全国部分城市小车尾号限行为例》，载《法学》2011年第11期

作者简介：胡建淼，国家行政学院法学部、浙江大学；张效羽，浙江大学光华法学院。

内容摘要：对物权的行政限制，是指行政机关通过行政行为对物权施加的直接约束。这种限制为政府部门调控经济、维护社会秩序所必需，同时又因法律对它的规范约束不足存在导致滥用、乱用的可能性。本文以小车轮行为例，在对物权行政限制类型化研究的基础上，重点通过对物权行政限制的三个环节即依据、实施和补偿的探讨，阐述有关理论和作者观点，力图找到行政权与物权之间的平衡点，既能保留行政限制，又能使行政限制本身受到应有的规范。

关键词：行政限制 物权保护 法律保留 比例原则

目次

一、问题的提出

二、行政限制的界定和类型化

（一）物权限制体系中的行政限制

（二）行政行为体系中的行政限制

（三）行政限制的类型化

三、行政限制的依据：法律保留原则

（一）法律保留原则的缘起和变迁

- (二) 直接法律保留的适用范围
- (三) 间接法律保留中法律授权问题
- (四) 行政限制法律保留制度例解

四、行政限制的实施：比例原则

- (一) 比例原则及其内容
- (二) 比例原则在行政限制中的运用
- (三) 行政限制比例原则例解

五、行政限制的结果：补偿问题

- (一) 行政限制补偿的缘起及原理
- (二) 行政限制的补偿判定
- (三) 我国行政限制给予补偿的类型
- (四) 补偿判定的例解

六、结论

3、杨建顺：《行政强制措施的实施程序》，载《法学杂志》2011 年第 11 期

作者简介：杨建顺，中国人民大学法学院教授、博士生导师。

内容摘要：《行政强制法》在以列举式规定行政机关必要的行政强制措施种类的同时，注重对行政强制措施的实施程序作出专门规范，强调从程序上规范行政强制措施权的实施，加强对公民、法人或者其他组织合法权益的保护；在对行政强制措施实施程序作出一般规定的同时，还围

绕相关特殊程序作出规定。准确而全面地理解和运用行政强制措施的程序规制，不仅需要对这些专门的程序性规定进行系统性考察，而且还需要准确理解和把握行政强制措施的实施主体、适用条件和适用对象，从行政组织法和行政作用法层面探索对行政强制措施权进行规范的路径，探讨进一步完善权利保障和权利实现的方略。

关键词：行政强制措施 实施程序 暂时性限制 暂时性控制 一般规定 查封 扣押 冻结

目次

- 一、行政强制措施的实施主体
- 二、行政强制措施的适用条件
- 三、行政强制措施的适用对象
- 四、行政强制措施实施程序的一般规定
- 五、查封、扣押的实施程序
- 六、冻结的实施程序

4、湛中乐、郑磊：《政府采购公共工程的法律规制》，载《政治与法律》2011 年第 12 期

作者简介：湛中乐，北京大学法学院教、博士生导师；郑磊，北京大学法学院宪法学与行政法学专业博士研究生。

内容摘要：公共工程采购是一个集招投标、建设、验收和管理的综合过

程。监管机构在任一环节的疏忽与怠惰，都有可能酿成一场悲剧。

“11·15”火灾事故暴露出的“伪标、转包和违法分包、建设部门监管缺失、消防检查不到位”等问题提醒我们，不能仅仅满足于事后追责和拉网式检查，而必须深入公共工程的“上游”和“中游”，强化政府采购的缔约规制和履约管理。政府在公共工程采购中的“采购人和监管者”的双重角色，也意味着合同约定仅是免除了政府作为采购人的民事侵权赔偿责任，并不免除其作为监管者怠于履行职责致害的国家赔偿责任。

关键词：政府采购 缔约程序 履约管理 国家赔偿

目次

一、工程采购中的政府角色

（一）作为采购人

（二）作为管理者

二、缔约的程序规制

（一）投标者的资格审查

（二）评标委员会

（三）政府的信息公开义务

三、履约管理的实效性

（一）必备条款的规制功能

（二）履约过程的政府监管

四、余论：合同约定并不免除国家责任

5、王勇：《也论政府信息公开制度》，载《法学评论》2011年第6期

作者简介：王勇，中央党校政法部法学教研室副教授。

内容摘要：政府信息公开制度的建立是时代的要求，但是，这却需要一个艰难的较长阶段。本文运用经济学的有关理论，具体分析政府信息公开问题，这主要包括：政府信息的生产与提供的经济分析、政府信息公开的成本效益分析、对政府不公开信息的制裁的分析等基本内容。通过运用经济学的分析方法，从新的角度为政府信息公开法律制度的建立提供经济学理论基础，并从崭新的角度了解政府信息公开的难点，加深对政府信息公开的必要性的认识，树立建立政府信息公开制度的信念。

关键词：政府信息公开 经济分析 基本制度

目次

一、政府信息公开的经济分析需要明确的几本问题

二、政府信息的生产与提供

（一）政府信息的生产与产权界定

（二）政府在提供信息方面的作用与限制

三、政府信息公开的成本效益分析

（一）关于交易成本

（二）政府信息公开与交易成本的关系

肆、行政救济论（3篇）

1、章剑生：《论信访处理行为的可复议性——基于〈信访条例〉有关规定所展开的解释》，载《法商研究》2011年第6期

作者简介：章剑生，浙江大学光华法学院教授、博士生导师。

内容摘要：认定信访处理行为可复议性的要件是存在一个具体行政行为，该具体行政行为影响行政相对人的合法权益，且该具体行政行为有可决定性。信访类型可以分为批评、建议式信访和行政救济式信访。信访处理行为是行政机关针对行政救济式信访所作出的一种处理。信访处理行为可以分为首次处理行为和第二次处理行为；第二次处理行为又可以分为重复处理行为和改变处理行为。首次处理行为、改变处理行为和撤销处理行为符合可复议性的认定要件。不履行信访处理法定职责的行为具有可复议性。当信访救济与行政复议救济发生竞合时，行政复议救济应当优先适用。

关键词：信访处理行为 可复议性 行政复议 行政救济

目次

一、引言

（一）最高人民法院的“答复”

（二）指导性案例中的“要旨”

二、“可复议性”之认定

（一）行政复议的功能定位

（二）“可复议性”之认定条件

三、信访处理行为与可复议性

(一) 信访的类型：对《信访条例》第 8 条的分析

(二) 信访处理行为：对《信访条例》第 32 条的分析

(三) 信访处理行为：对《信访条例》第 34、35 条的分析

四、对信访处理行为可复议性相关问题的探讨

(一) 不履行信访处理的法定职责

(二) 不予受理决定的可诉性

(三) 信访与复议的竞合

五、结语

2、黄学贤：《行政诉讼中原告或第三人举证期限探讨》，载《法学》2011 年第 12 期

作者简介：黄学贤，苏州大学法学院。

内容摘要：为了使当事人在诉讼程序中适时提出证据，从而确保当事人诉讼地位的平等，行政诉讼中应当设定原告或者第三人的举证期限。现行司法解释关于原告或者第三人举证期限的规定，在一定程度上弥补了原有制度的不足，但因其规定的自相矛盾和延期举证正当事由的不确定，使得行政审判实践中出现诸多分歧和弊端。因此，应当严格限制行政诉讼中原告或者第三人的举证期限，同时应对允许原告或者第三人延期举证的正当事由作出严格而又清晰的规定。

关键词：行政诉讼 原告 第三人 举证期限

目次

一、行政诉讼中规定原告或第三人举证期限的必要性

二、现行制度中关于原告或第三人举证期限的规定及其存在的主要问题

（一）《证据规定》第7条两款规定之间的矛盾必然产生相应分歧

（二）证据交换日以及正当事由的不确定容易给法院滥用自由裁量权提供便利

三、行政诉讼中原告或第三人举证期限制度之完善

3、周佑勇、熊樟林：《房屋征收决定之可诉性的制度解读——评〈国有土地上房屋征收与补偿条例〉第14条》，载《湖北社会科学》2011年第10期

作者简介：周佑勇，东南大学法学院教授、博士生导师；熊樟林，东南大学法学院博士研究生。

内容摘要：《国有土地上房屋征收与补偿条例》第14条所创设之救济机制被寄予厚望，且其由司法裁决“公共利益”之制度趋向、以及对前置性控权机制的创设，颇值肯定。但是，事实上，14条仅为新条例整体之必然举措，其与《拆迁条例》之拆迁许可证的可诉性并无实质性差异，如此，晚近拆迁许可证之诉讼命运终会影射于“征收决定”之中；同时，14条本身亦有诸如“原告适格”等方面之细节不足。因此，14条

的实际功能依旧有限，而一切问题的终极答案仍旧依赖于政府本身的法治意识。

关键词：征收决定 第 14 条 可诉性 拆迁许可

目次

引言

一、《征收与补偿条例》第 14 条制度价值之肯定

（一）“公共利益”交由司法机关终极判定。

（二）设置前置性控权机制，避免行政两造矛盾集中爆发

二、《征收与补偿条例》第 14 条制度逻辑之推演

（一）宏观层面：迫于无奈的第 14 条

（二）微观层面：画蛇添足的第 14 条

三、《征收与补偿条例》第 14 条制度功效之评估

（一）换汤不换药的第 14 条

（二）被遗忘的细节与目的

四、结语

中国宪政网整理