



国家司法考试应试训练系统工程（切题工程Ⅱ）

“法大司考”

2015年国家司法考试 本校生内部教材

（第三册）行政法与行政诉讼法

张锋 / 编著





国家司法考试应试训练系统工程（切题工程Ⅱ）

“法大司考”

2015年国家司法考试 本校生内部教材

（第三册）行政法与行政诉讼法

张 锋 / 编 著



中国政法大学出版社

2015·北京

- 声 明
1. 版权所有, 侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题, 由出版社负责退换。

图书在版编目(CIP)数据

“法大司考”2015年国家司法考试本校生内部教材. 第3册, 行政法与行政诉讼法/张锋编著. —北京: 中国政法大学出版社, 2015.2

ISBN 978-7-5620-5887-8

I. ①法… II. ①张… III. ①行政法—中国—法律工作者—资格考试—自学参考资料②行政诉讼法—中国—法律工作者—资格考试—自学参考资料 IV. ①D92

中国版本图书馆CIP数据核字(2015)第031533号

出 版 者	中国政法大学出版社
地 址	北京市海淀区西土城路25号
邮寄地址	北京100088信箱8034分箱 邮编100088
网 址	http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社)
电 话	010-58908285(总编室) 58908433(编辑部) 58908334(邮购部)
承 印	固安华明印业有限公司
开 本	787mm×1092mm 1/16
印 张	19.75
字 数	540千字
版 次	2015年2月第1版
印 次	2015年2月第1次印刷
定 价	32.00元

前言

Preface

2001年,《中华人民共和国法官法》、《中华人民共和国检察官法》和《中华人民共和国律师法》修正案相继通过。其中规定,国家对初任法官、检察官和取得律师资格实行统一的司法考试制度。这标志着我国正式确立了统一的司法考试制度。这是我国司法改革的一项重大举措。它对提高我国司法队伍和律师队伍素质,确保司法公正,对全面推进依法治国,建设社会主义法治国家,具有重大而深远的意义。

中国政法大学作为教育部直属“211”全国重点大学,以拥有作为国家一级重点学科的法学学科见长。其法学师资队伍汇集了一大批国内外知名法学家。他们不仅是法学教育园地的出色耕耘者,也是国家立法和司法战线的积极参与者。他们积累了法学教育和法律实践的丰富经验,取得了大量有影响的科研成果。

国家统一司法考试实行以来,我校专家学者在参与司法考试的制度建设和题库建设中作出了许多贡献,同时在司法考试教育中付出了大量心血。在此期间,我校不仅有一批长期参加国家司法考试题库建设和考题命制的权威专家,也涌现了众多在国家司法考试培训中经验丰富和业绩突出的名师,形成了强大的司法考试研究阵容和师资队伍。

2005年,我校成立了中国高校首家司法考试学院。该院本着教学、科研和培训一体化的宗旨、担任着为在校学生和社会考生提供司法考试培训的任务。司法考试学院成立后,选拔了一批在司法考试方面的权威专家或名师,精心编写了中国政法大学《司法考试全科辅导纲要》。在此基础上,根据司法考试的特点及广大备考人员的要求,修订为中国政法大学《本校生内部教材》和《法律法规汇编》,作为校内学生司法考试课程教学及对社会培训的专用教材。

司法考试学院组织编写的这套教材,紧扣司法考试大纲,体系完整,编排得当,重点突出,内容丰富,表述精准,文字简明。全书渗透着参编教师多年的教学经验,体现着对司法考试规律和应考学科知识的深刻理解与把握,同时适应备考人员的学习方式、学习习惯等特点,在编排格式上做了匠心独到的设计。

我相信,该套教材的出版,将会对广大备考人员学习、理解和掌握国家司法考试的知识内容和应试方法具有积极的引导与促进作用,对考生提高考场实战能力以及未来的从业能力给予有力的支持与帮助。

预祝各位备考人员在国家司法考试中取得满意的成绩。

中国政法大学校长助理 王卫国教授

目 录

Contents

行政法复习方略	1
---------------	---

第一编 导 论

第一章 行政法概述	3
第一节 行政法基本概念	4
第二节 行政法的法源	6
第三节 行政法基本原则	7

第二编 主体论

第二章 行政组织与公务员	15
第一节 行政主体	15
第二节 行使行政职权的非政府组织	22
第三节 公务员法	24

第三编 行为论

第三章 抽象行政行为	35
第一节 抽象行政行为概述	35
第二节 行政法规	38
第三节 规章和有普遍约束力的决定、命令	42
第四章 具体行政行为概述	48
第一节 具体行政行为的概念和分类	48
第二节 具体行政行为的成立和效力	49
第三节 具体行政行为的一般合法要件	51

第四节	具体行政行为的类型	52
第五章	行政许可	56
第一节	行政许可概述	56
第二节	行政许可的设定	58
第三节	行政许可的实施主体	61
第四节	行政许可的实施程序	63
第五节	行政许可的撤销与注销	66
第六节	法律责任	68
第七节	行政许可诉讼	69
第六章	行政处罚	73
第一节	行政处罚的概念和原则	73
第二节	行政处罚的种类与设定	75
第三节	行政处罚的实施主体、管辖与适用	79
第四节	行政处罚的决定程序	82
第五节	行政处罚的执行程序	85
第六节	治安管理处罚	86
第七章	行政强制	91
第一节	《行政强制法》概述	91
第二节	行政强制的设定	100
第三节	行政强制措施实施程序	101
第四节	行政机关强制执行程序	106
第五节	申请人民法院强制执行	113
第八章	行政合同与行政给付	114
第一节	行政合同	114
第二节	行政给付	115
第九章	行政程序与政府信息公开	117
第一节	行政程序	117
第二节	政府信息公开	118

第四编 责任论

第十章 行政复议	127
第一节 行政复议的概念和原则	127
第二节 行政复议范围	128
第三节 行政复议参加人	130
第四节 行政复议的申请和受理	135
第五节 行政复议案件的审理	140
第六节 行政复议的决定和执行	144
第十一章 行政诉讼概述	148
第十二章 行政诉讼的受案范围	153
第一节 应予受理的案件	153
第二节 不予受理的事项	156
第十三章 行政诉讼的管辖	161
第一节 级别管辖	161
第二节 地域管辖	162
第三节 裁定管辖	166
第十四章 行政诉讼参加人	169
第一节 行政诉讼的原告	169
第二节 行政诉讼的被告	173
第三节 行政诉讼第三人	177
第四节 共同诉讼人	178
第五节 诉讼代理人	179
第十五章 行政诉讼程序	182
第一节 起诉与受理	182
第二节 第一审普通程序	187
第三节 简易程序	188
第四节 第二审程序	190
第五节 审判监督程序	193

第十六章	行政诉讼的特殊制度与规则	196
第一节	行政诉讼证据	196
第二节	行政诉讼的法律适用	206
第三节	行政案件审理中的特殊制度	208
第四节	涉外行政诉讼	215
第十七章	行政案件的裁判与执行	216
第一节	行政诉讼的判决、裁定与决定	216
第二节	行政诉讼的执行与非诉行政案件的执行	226
第十八章	国家赔偿概述	234
第一节	国家赔偿的概念	234
第二节	国家赔偿的构成要件	236
第十九章	行政赔偿	238
第一节	行政赔偿的范围	238
第二节	行政赔偿当事人	240
第三节	行政赔偿程序	242
第四节	行政追偿的概念和条件	245
第二十章	司法赔偿	247
第一节	司法赔偿的范围	247
第二节	司法赔偿的当事人	250
第三节	司法赔偿程序	251
第二十一章	赔偿的方式与标准	259
第二十二章	行政法高分突破	263
第一节	主观题高分突破指南	263
第二节	破解行政法的玄机——正确审题	292
第三节	行政法复习方法论	294

行政法复习方略

由于行政法体系较为零乱、庞杂，在司法考试科目中，被考生称为“攻不破的堡垒”，常常成为考生“饮恨而归”的失分“重灾区”。在备战司考的征途中，对行政法而言，掌握正确的复习方法、力争取得“事半功倍”的效果就显得尤为重要！学好行政法除应当具有强烈的主体观、时态观和形象观以及善于运用比较的方法外，实践证明，以下方法是行之有效的：

一、系统把握、高屋建瓴

学习理论与掌握知识的中观把握离不开宏观指导与微观分析，学好行政法尤其离不开宏观指导。宏观指导在作为行政法应试复习准备中即是指头脑中要清楚每一个具体的知识点或法条是隶属或归属于哪一章或节的内容。反过来也可称为“菜单法”，像使用 office 办公软件一样，首层菜单的文件、编辑、视图、插入、格式、工具、表格、窗口等即相当于本教材每一课的标题。点击会出现下一层级的子菜单，子菜单下还会有下一级的子菜单，这就类似于本书中每一课下面的第几讲→大问题→小问题→知识点。子菜单之间分别隶属于哪个上层级的菜单必须清楚，不能混淆。

对行政法的学习而言，运用系统论、全面把握、统揽全局，理解知识点达到一定的高度，显得尤为重要。行政法的基本概念、法源、基本原则等构成第一章绪论、导论的基本内容。除此之外，行政法的体系由三部分组成：主体——行为——责任，或称组织——行为——监督三大板块，应当理解为什么以此来构筑行政法的体系。因为任何一个部门法都首先要静态构筑主体资格，这是法律行为的渊源和发出者，其次是探讨其法律行为，最后是追究该主体违法行为之后的责任。行政法的主体部分重在探讨行政一方当事人资格，所以，行政机关及其派出的组织、授权与委托的组织、公务员的知识就成为第二章要阐述的内容，此为主体论。第三章至第九章，分别探讨抽象行政行为与具体行政行为的形式，尤其是以行政许可、行政处罚、行政强制为核心的具体行政行为，此为行为论。第十章至第二十一章分别阐述行政复议、行政诉讼、国家赔偿三大责任制度，此为责任论，是司法考试中所考分值最高的。考生要深刻理解三大板块各自的功能角色及其相互关系，不至于在做具体题目时“盲人摸象”而“一叶障目”。其实一个案例总离不开主体、行为两大环节，是否考到责任取决于命题者的设问。

二、抓纲举目、纲举目张

复习时应注意行政法中前后呼应与贯通的几条线索与脉络：

一是行政法概述——第一章中的六大基本原则与后边几大法律原则的关系。行政法的六大基本原则是对《行政许可法》、《行政处罚法》、《行政强制法》、行政程序、《行政复议法》及《行政诉讼法》的原则等共有属性的抽象、概括和总结。

二是主体，行政组织与公务员部分的内容与许可、处罚、强制、信息公开、复议、诉讼、赔偿主体的一致性与差异性。其一为行政一方：行政机关、法定授权组织（视为机关）、行政委托，在不同的行政法制度中称为许可机关、处罚机关、强制机关、行政合同甲方、被申请人、被告、赔偿义务机关等。其二为行政相对人，立法表述为公民、法人或者其他组织，在不

同的行政法制度中称为申请人、被许可人或利害关系人、当事人或被处罚人、被执行人、行政合同乙方、申请人或第三人、原告或第三人、请求权人等，注意其范围上的差异。

三是合法性标准问题，具体行政行为的一般合法要件（第四章）、复议决定的种类（第十章）及其适用条件（多一个合理性）、行政诉讼中合法性审查原则（第十一章）的标准与一审判决的种类及其适用条件（第十七章）四个方面内容的内在联系。因为（具体）行政行为的五项合法要件就是在行政诉讼中人民法院对其进行合法性审查的标准，也是认定行政行为违法而将其撤销的法定条件，这部分内容可以说是行政法最富特色的内容，是行政法的核心和精髓。有考生称是笔者的“五指论”。

四是行政机关申请法院执行的脉络，即非诉行政案件的执行问题。《行政处罚法》第 51 条、《行政强制法》第五章、《行政复议法》第 33 条、新《行政诉讼法》第 97 条以及《行诉法解释》第 86~95 条的内容都规定行政相对人对具体行政行为不服、不起诉又不履行的，由作出该具体行政行为的行政机关申请法院强制执行的问题。

以上四条主线就是行政法的“纲”，其他绝大部分知识点是依附其上的“目”。抓住这几条线索和脉络复习，前后呼应、融会贯通就能抓纲举目、纲举目张。

三、图表解构、勤思多练

实践证明，图表法是破解行政法玄机、以形象思维解读抽象的行政法知识体系的一个有效的复习方法。以所列图表内容之间的从属、并列、包容、交叉关系，形象地表达出行政法的理论、制度及其之间的关系，能够有效地帮助考生迅速掌握行政法的理论和制度。若能够自己在复习时找出规律、列出图表，更能帮助你牢固记忆、准确把握相关知识点。

在已进行的十三届司法考试中，共考过行政法 335 道真题。对历年司考真题的掌握几乎成为通过司考的必由之路。反复做真题有助于我们感悟司法考试命题的重点和命题技术的变化，找到一种“题感”。在做真题的过程中，要勤于独立思考，不要先看答案，不应过度依赖他人提供的解析，把每一次做真题的过程都当作是一次模考。

四、突出重点、抓大放小

备考的时间、精力有限，对行政法还是应抓大放小、突出重点，学会“选择与放弃”！那么，何为“大”、“小”，何为重点？非重点？2008~2014 年司法考试的题目就是我们准备 2015 年司法考试的“范本”，就是行政法的重点与“大”！行政法各“子法”所占分值的从大到小的排序为：《行政诉讼法》及其司法解释，《行政复议法》及其实施条例，《国家赔偿法》及其司法解释，《行政强制法》，《立法法》（含行政法规、规章制定程序条例），《行政处罚法》，《行政许可法》，《公务员法》及其处分条例，《政府信息公开条例》、《治安管理处罚法》等。至于收录于法规汇编中的其他法规可作“小”来看待和处理。所以应重点掌握上述法律、法规，尤其是其中的重点法条。

五、纵横交错、提经挈纬

“纬”即横向的一般法、基本法，是抽象的。“经”是指特别的、一般行政法下的“子法”和“部门法”。司法考试中最重要两个“经”即公安机关执行的《治安管理处罚法》和收于经济法部分的税务机关执行的《税收征收管理法》。

最后祝 2015 考生顺利过关！

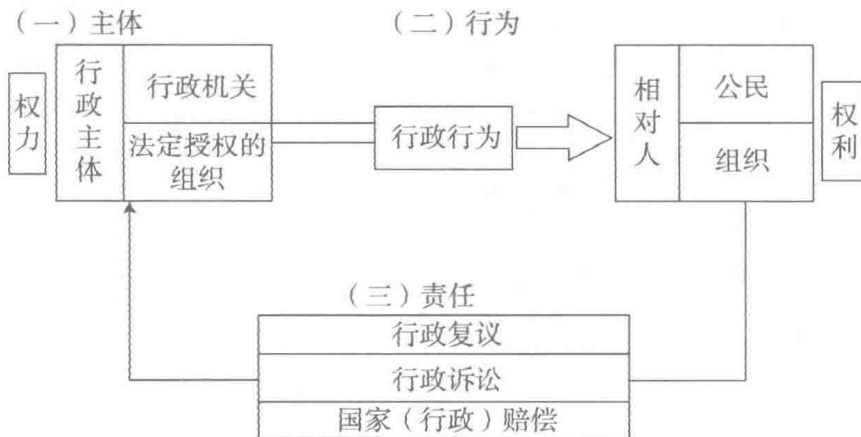
第一编 导论

第一章 行政法概述

►【复习提要】

理解行政法的概念、特点，掌握行政法五大法源及六大基本原则。在2003年首考论述题之前，这章内容并不重要，但从2003年一道30分论述题，2006年一道35分论述题，2007年一道25分的分析论述题到2010年一道25分，以及2014年考25分的分析论述题共考140分来看，这章阐述的基本原则部分就显得非常重要了。2009年第39题D选项考查了权责统一原则；2010年第39题考查比例原则。2011、2012、2013、2014连续四年都以76~78题三道多选题考行政法基本原则，似乎已经成为惯例，因此，2015年仍然要关注六大基本原则的内容，尤其是以小案例的选择题的形式考查，其他内容重在理解。

行政法体系、框架



行政法体系或行政法现象由三部分组成：

1. 行政（法）主体：静态构筑、规范当事人资格、法律地位，包括行政主体获得行政职权。如果主体部分不包括相对人而仅探讨行政一方当事人资格，即可称之行政主体，如果包括相对人则应称之行政法主体。

2. 行政行为：也可用行政活动或用行政作用来概括。这部分阐述行政主体动态运作行政权力、实施行政行为。包括抽象行政行为与具体行政行为。

3. 行政法治保障：监督、制约、矫正、控制行政主体及其行为，主要以行政复议、行政诉讼和行政赔偿三大制度为核心。

行政法主体的双方当事人甲方为行政主体，乙方恒定为受其管理和约束的相对一方当事人

——行政相对人，立法表述为：公民、法人或者其他组织。行政主体不同于其他社会主体的特殊性，在于其享有行政权力，后来演化成了“行政职权”。作为乙方当事人的相对人享有的是在社会生活中的各种权利。故而行政法的本质是权力与权利之间的摩擦、接触、博弈和较量。

以概括行政法现象为宗旨的行政法学理论也由相应的四部分组成，本书的体系即由以下四编构成：

第一编为导论或绪论（第一章），这部分主要阐述行政法学的基本理论，如行政法的概念、法源、分类、特点、作用、原则等。

第二编为主体论，这部分主要论及行政组织、行政机关、公务员及行政监察。传统行政法理论仅仅关注行政一方当事人资格，现代行政法理论则既注重行政主体，也关注行政相对人的研究。为避免给考生增加学理上理解的负担，司法考试用书未出现“相对人”的表述，而代之以立法上使用的“公民、法人或者其他组织”。但是新修订的《行政诉讼法》第25条中却采用了“行政行为的相对人”的表述，使以前仅停留在法学研究层面的学理概念变成了法律概念。本书第二章探讨行政主体部分。

第三编为行为论，这是行政法学理论的精髓和核心。这部分又由两方面的内容组成：其一，是关于行政行为的一般理论，即行政行为概述部分，主要阐述一般意义上行政行为的概念、特点、分类、形式与内容，法律效力及其变化，在司法考试用书中这部分被淡化，仅置于具体行政行为概述中；其二，是行政行为分述，又分为两部分，一是阐述抽象行政行为——行政立法行为，是为司法考试教材中的独立一章（本书第四章）。第五章探讨具体行政行为的一般理论。二是分别探讨具体行政行为，包括行政许可、行政检查监督、行政强制措施、行政处罚、行政强制执行、行政征收与征用、行政给付、行政合同、行政裁决、行政程序等法律行为。司法考试应尽可能避免出在学理上有争论的考题而应突出考查制定法、法律规定和制度的问题，所以，这部分将会以考查《行政许可法》、《行政处罚法》、《行政强制法》的内容为重点。本书以第三章至第九章阐述行为论部分。

第四编为责任论，即前述之行政法治保障，以行政复议、行政诉讼和行政赔偿三大追究行政主体责任的法律制度为核心。国家赔偿与行政赔偿是整体与局部的关系，在行政法体系与现象中不应包括法院、检察院两类主体及其行为，因为他们不具备行政主体资格。但《国家赔偿法》中又包括了法院、检察院的司法赔偿部分，所以在以前的律考和现在的司法考试中，又都将司法赔偿部分内容放在行政法部分来考。行政复议、行政诉讼、国家赔偿是司法考试的重中之重。本书第十章责任论一阐述行政复议，第十一—十七章阐述责任论二行政诉讼，第十八—二十一章责任论三阐述国家赔偿（行政赔偿）！

第一节 行政法的基本概念

一、行政

行政法调整的对象是公共行政，或宪政意义上的行政，即国家行政机关对公共事务的组织与管理，其目的是谋求公共利益、维护公共秩序，增进公共福利，以行政机关的形式意义上的行政为主体。

分类：有利行政——给付行政——授益行政/不利行政——负担行政——损益行政，这两种分类各自适用的规则是不同的，前者典型的如行政许可、行政给付与行政救助；后者典型的如行政处罚、行政强制等。前者突出便民（效率），程序设计简便灵活，适用信赖保护；后者突出公平，程序严格，不适用信赖保护，后者在中共四中全会决定中称“减损公民、法人或者

其他组织权利”的行为。

二、行政权

行政机关应当享有履行职责的必要权力，但权力的强制性质，可能使行政机关从事的行政活动对公民、法人或者其他组织的权益造成一定的损害，因此，行政活动必须依法进行，这是行政法产生和发展的奠基性原则（依法行政也是行政法的内在要求）。现代社会的行政权力均表现为行政职权。

三、行政法

行政法是调整国家行政活动中发生的各种社会关系的法律规范的总称。

所谓各种社会关系，主要是两种关系：一为行政管理关系，即行政主体作用于相对人的关系，这是一种不平等的法律关系；另一为相对人作用于行政主体的关系，即相对人监督行政活动的关系，这种关系总体上是平等的。

行政法主要调整如下两大类关系：

1. 行政主体作用于行政相对人的关系，即行政管理关系或称行政关系。这部分的功能为行政主体管理、指挥、命令、约束、支配相对人，维护与实现公共利益。

行政关系的特点为：其一，行政关系的双方当事人中必有一方为行政主体，另一方为处于被管理、支配地位的行政相对人。其二，行政关系的双方当事人法律地位不平等，行政主体处于优越和主导地位。其三，行政关系是在行政主体行使行政职权过程中发生的。其四，行政关系的发生不以双方当事人的合意为前提，是依行政主体的单方意思表示而决定成立的。这类关系如税务机关向纳税义务人征纳税款的行为、工商行政管理局进行企业登记或企业监督的行为、交通警察指挥、疏导交通的行为等。

2. 相对人作用于行政主体的关系，即监督行政的关系，其功能为监督、制约、矫正、控制、保障行政主体及其行为合法性，以保护相对人的合法权益。

监督行政关系的特点为：其一，是基于行政关系而发生的。其二，这种关系是依申请，即基于行政相对人的请求而启动的。其三，这种关系往往是在第三者的主持下进行的，如行政复议是在上级行政机关的主持下，行政诉讼是在人民法院的主持下展开的。其四，争议双方当事人的法律地位是平等的。其五，其核心是追究行政主体的法律责任。这种关系主要由行政复议、行政诉讼和行政赔偿三大制度构成，三者追求的精神和目的是一致的，即保障行政行为的合法性，恢复行政相对人被侵犯的权利。如相对人对上述税务机关、工商行政管理机关和公安交通管理部门的行政行为不服而依法申请复议、提起行政诉讼或请求赔偿。

四、行政法的特点

1. 在形式上没有一部完整、统一、系统的成文实体法法典，而表现为成千上万的行政性法律规范的总和。

2. 行政职权职责统一性（见行政法的第六个基本原则）。

3. 行政法律规范立、改、废的经常性（稳定性差、周期短），变动性较强。

4. 实体规范与程序规范没有明确界分，且常常存在于一个法律文件之中。如《治安管理处罚法》第一、二、三章为实体规范，第四章处罚程序中又规定了调查、决定和执行三个程序，属程序规范。

五、行政法律关系

从法理意义上理解主体、内容、客体三要素即可，法律事实与法律行为可导致行政法律关系的产生、变更和消灭。

第二节 行政法的法源★★★★

1. 宪法——关于公民基本权利和义务、行政机关的组织、基本工作制度和职权的规范；行政活动基本原则的规范具有行政法性质。

2. 法律——又分为：其一，基本法律（全国人大，每年3月5日开，闭会日通过）其二，非基本法律（全国人大常委会，双月末闭会日通过），除刑事的、民事的、涉外的以及行政机关外的其他国家机构的法律外其他的均为行政性法律，占全国人大及其常委会制定法律的85%以上。

3. 行政法规——国务院常务会议审议通过，一周一次，或国务院总理传批，称条例、规定、办法。部门规章及地方规章不得称条例。

4. 地方性法规——四类人大及其常委会（共160个）：省、自治区、直辖市人大及其常委会，省会市（27个）、经国务院批准的较大的市（18个）、经济特区市（4个），后三类（亦称较大的市，共49个）需经省人大常委会4个月内批准方生效。

民族自治条例和单行条例：指自治区、自治州、自治县三级民族自治地方的人民代表大会制定（不包括其人大常委会）的自治规范性文件。由于自治区的需报经全国人大常委会批准因而具有法律的等级效力。自治州、自治县的需报经所在省、自治区人大常委会批准故而具有地方性法规的等级效力，可以成为人民法院审理行政案件的依据。民族乡不是民族自治地方。

上述行政法规和地方性法规在行政立法中统称“法规”。

5. 规章——又分为部门规章（约45个制定主体：国务院组成部门和具有行政管理职能的直属机构）和地方政府规章（共80个：含省、自治区、直辖市，省会市，经国务院批准的较大的市，经济特区市的人民政府）

其中18个经国务院批准的较大的市为：齐齐哈尔、吉林、抚顺、鞍山、大连、本溪、唐山、邯郸、大同、包头、青岛、淄博、洛阳、淮南、无锡、宁波、徐州、苏州。经济特区市：深圳、珠海、汕头、厦门。《立法法》修订后，地方立法的权限将扩大到所有设区的市，共282个市。

6. 国际条约和协定。

7. 法律解释。狭义的法律解释仅指全国人大常委会对法律的解释以及“两高”制定的司法解释。

规章以外及以下的规范性文件在原《行政诉讼法》第12条第（二）项称“具有普遍约束力的决定、命令”，在《行政复议法》第7条中用“规定”两个字概括，在新《行政诉讼法》第53条中用“规范性文件”指代。上述行政法规、规章及规章以下的规范性文件通称“抽象行政行为”在本书第四章予以探讨。

上述法律文件在调整同一事项的规范不一致时选择适用的规则为：上位法优于下位法；若为同位法方适用后法优于前法、特别法优于一般法。

这些成文法源的法律文件服务于：

（1）行政诉讼案件的审理依据，新《行政诉讼法》第63条、《行诉法解释》第62条，均为审理案件或参照适用的依据。

（2）许可的设定，《行政许可法》第14、15、17条；第16条为规定行政许可的法律依据。

（3）处罚的设定，《行政处罚法》第9~14条是设定处罚权的法律依据。

（4）强制的设定，《行政强制法》第10~13条，原则归法律，强制措施可由法规设定部

分，规章无权设定。

练习题 1〔1〕. 下列关于规章以外及以下的“规定”的说法哪一项不正确?〔2〕

- A. 不得设定行政许可和行政处罚
- B. 在行政复议、行政诉讼中可以被复议申请人原告人一并提出合法性审查申请
- C. 在行政审判中经法院甄别为合法有效的可以在裁判文书中引用
- D. 山东省人民政府 2013 年 5 月 18 日发布的《关于山东省 2013 年夏粮征购的通告》（非政府令颁布）是地方规章，不属于规定的范畴
- E. 有权规定行政机关履行法定职责不执行 60 日的期限

【解析】D 选项非政府令颁布就不是规章，属于规定（规范性文件），新《行政诉讼法》中称规章以下及以外的“规定”为规范性文件。

第三节 行政法基本原则

行政法基本原则是贯穿于整个行政法现象的指导思想和准则，主要用以约束行政主体行政行为的原理和规则、体现着行政法的本质。这六大基本原则是对以下原则共有属性的抽象、概括和总结：①《行政许可法》依法设定和实施许可的原则，公开、公平、公正的原则，便民原则，权利保障原则，信赖保护原则，加强监督原则；②《行政处罚法》的法定原则，公正、公开原则，权利保障原则；③《行政强制法》的依法、适当、教育与强制相结合、禁止滥用和权利保障原则；④《政府采购法》的公开透明原则，公平竞争原则，公正原则和诚实信用原则；⑤行政应急中的法治原则，信息公开原则，比例原则；⑥行政程序中的公开、公正、公平、统一、合理原则，以及当事人参与和保障行政效率原则；⑦《行政复议法》的合法原则，公开原则，公正原则，及时原则以及便民原则；⑧《行政诉讼法》的合法性审查原则，回避原则，公开审判原则。

行政法基本原则一览表

名称	具体要求或其子原则
合法行政原则	法律优先（遵守现行法律）、法律保留（依法律授权活动）
合理行政原则	公平公正、考虑相关因素、符合比例
程序正当原则	行政公开、公众参与、回避
高效便民原则	行政效率原则、便利当事人原则
诚实守信原则	行政信息真实、信赖保护、兑现承诺
权责统一原则	行政效能原则、行政责任原则

行政法的六大基本原则——行政法论述题的理论来源。

行政法的六大基本原则在 2004 年国务院《全面推进依法行政实施纲要》中是作为依法行政的六大基本要求提出的，后来学界认为这六项要求恰恰是贯穿于整个行政法现象的指导思想和基本原则。

〔1〕 本书如未标明真题题号如（2013/2/76，多选）的，均为作者所出仿真练习题。〔2〕 D

一、合法行政原则★★★★★

合法行政原则是行政法的首要原则，我国的合法行政原则包括行政机关对现行法律的遵守和依照法律授权活动两个方面：

（一）行政机关必须遵守现行有效的法律

1. 行政机关实施的行政行为（抽象行政行为与具体行政行为）都不得与法律相抵触；
2. 行政机关负有积极执行和实施现行有效法律规定的义务。

（二）行政机关应当依照法律授权进行活动

在行政机关与相对人的关系上：

1. 行政机关采取的行政措施必须有立法性规定的明确授权。
2. 没有立法性规定的明确授权，行政机关不得作出不利行政（以行政处罚、强制为典型代表），即不得实施剥夺行政相对人权利、课以义务的行政行为。

依法行政原则告诉我们，行政机关应当依照法律授权进行活动，其“举手、投足”之间必须找到现行、有效、明晰的成文制定法依据，这可称为“职权法定”。具体到行政主体实施具体执法行为、采取的行政措施上则必须有立法性规定的明确授权。那么，没有立法性规定的授权，行政机关不得作出不利行政（以行政处罚、强制为典型代表），即剥夺行政相对人的权利、课以义务的行政行为——即“行政机关不得法外设定权力，没有法律法规依据不得作出减损公民、法人和其他组织合法权益或者增加其义务的决定。四中全会《决定》语。若实施了，即构成违法。对此形成了世界通行的规则：即对强势的行政机关而言“无法律即无行政”（李克强总理语：管理主体“法无明令依据不可为”；市场主体：“法无明令禁止即可为”）；对弱势的行政相对人则适用“法无明令禁止即自由”；两者有着天壤之别。

这一原则决定了在行政法领域判断行政主体和行政相对人违法标准是不同的。对相对人而言，违法往往是违反了强制性禁止规定；对行政主体而言，其实施的行为往往是没有明确的法律根据即构成违法。当然，在具体行政行为违法方面还包括无相应的事实根据、违反法定程序、超越职权、滥用职权与行政处罚显失公正。

► **例1** 合法行政是行政法的重要原则。下列哪些做法违反了合法行政要求？（2013/2/76，多选）〔1〕

- A. 某规章规定行政机关对行政许可事项进行监督时，不得妨碍被许可人正常的生产经营活动
- B. 行政机关要求行政处罚听证申请人承担组织听证的费用
- C. 行政机关将行政强制措施权委托给另一行政机关行使
- D. 行政机关对行政许可事项进行监督时发现直接关系公共安全、人身健康的重要设备存在安全隐患，责令停止使用和立即改正

【解析】行政处罚听证发生的费用应当由行政机关承担；行政强制措施权不得委托。

► **例2** 依法行政是法治国家对政府行政活动提出的基本要求，而合法行政则是依法行政的根本。下列哪些做法违反合法行政的要求？（2011/2/78，单选）〔2〕

- A. 因蔬菜价格上涨销路看好，某镇政府要求村民拔掉麦子改种蔬菜
- B. 为解决残疾人就业难，某市政府发布《促进残疾人就业指导意见》，对录用残疾人达一定数量的企业予以奖励
- C. 孙某受他人胁迫而殴打他人致轻微伤，某公安局决定对孙某从轻处罚
- D. 某市政府发布文件规定，外地物流公司到本地运输货物，应事前得到当地交通管理部门的准许，并缴纳道路特别通行费

〔1〕 BC 〔2〕 ACD

【解析】A选项违反合法行政原则中的“行政机关应当依照法律授权活动”。C选项存疑，按照司法部公布的答案，C项是违反合法行政原则的，但依据《行政处罚法》第27条的规定，当事人有下列情形之一的，应当依法从轻或者减轻行政处罚：（一）主动消除或者减轻违法行为危害后果的；（二）受他人胁迫有违法行为的……本案孙某的违法行为是受“他人胁迫”，这恰恰符合《行政处罚法》规定的应当从轻处罚的情节。D选项违反《反垄断法》第33条的规定：“行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织不得滥用行政权力，实施下列行为，妨碍商品在地区之间的自由流通：（一）对外地商品设定歧视性收费项目、实行歧视性收费标准，或者规定歧视性价格；……（三）采取专门针对外地商品的行政许可，限制外地商品进入本地市场；……”

练习题2.《税收征收管理法》第64条规定：“纳税人、扣缴义务人编造虚假计税依据的，由税务机关责令限期改正，并处五万元以下的罚款。”某县国税局对编造虚假计税依据的该县通四海商贸公司责令限期改正的同时作出了吊销其企业营业执照的处罚。以下关于县国税局的吊销行为表述正确的是〔1〕

- A. 县国税局的吊销行为是其行使自由裁量权的表现
- B. 根据合法行政原则中的职权法定内容，县国税局的这一吊销行为是违法的
- C. 县国税局的吊销通四海商贸公司企业营业执照的行为是出于公共利益需要的，因而是合法的，应予肯定
- D. 为了让行政机关更好地管理社会事务，应允许县级以上人民政府的行政机关自行设定行政职权
- E. 县国税局的吊销行为系超越职权的

【解析】A、C、D三项表述，表面上正确，实际上均为干扰项，均不符合依法行政的内在要求。C选项虽冠以公共利益的大“帽子”，但仍是不成立的。因公共利益具有的抽象性、动态性以及非特定性而使其成为一个只能描述而很难界定的法律概念。因而，公共利益也就常常成为行政机关追求小团体利益，甚至公务员个人利益的借口和“护身符”了。本题的答题依据均为行政法公理。A选项中吊销执照不是自由裁量，而行使罚款5万元以下才是自由裁量权的问题。E选项亦正确，因为对编造虚假计税依据的违法行为没有吊销这一选项，国税局超越了对这一违法行为设定的职权范围。

二、合理行政原则★★★★

主要含义是行政行为应当具有理性基础，禁止行政主体的武断专横和随意。最低限度的理性，是行政行为应当具有一个有正常理智的普通人所能达到的合理与适当，并且能够符合科学公理和社会公德。规范的行政理性表现为以下三个原则：

第一，公平、公正原则，要平等对待行政相对人，不偏私，不歧视。违反此子原则就表现为歧视对待，相同情况，差别对待；不同情况，相同对待。

第二，考虑相关因素原则，行使行政自由裁量权时，只能考虑符合立法授权目的的各种因素，不得考虑不相关因素。违反此子原则就表现为该考虑的不考虑，不该考虑的乱考虑。

练习题3. 某市某县某村支书（51岁）与民选的村主任——王×柱（37岁已干满三年）因工作意见相左，产生芥蒂欲阻止其连选连任，便授意其小舅子（28岁，体格健硕）与村主任——王×柱寻衅滋事。村支书小舅子在只有一车宽的村集资修建路上故意阻拦村主任的车而拒不让路，两人进而拳脚相加，村主任被打多处软组织挫伤、皮下瘀血，牙龈出血，被抓掉几

〔1〕 BE