



《2008年国家司法考试考点精讲》系列教材

2008年国家司法考试 考点精讲

J u d i c i a l E x a m i n a t i o n

行政法与行政诉讼法

5

姚金菊◎编著

- ▶ 考点强化 ▶ 重点突破 ▶ 节省司考时间
- ▶ 经典例题 ▶ 突出实战 ▶ 分析解题技巧

中国检察出版社

2008年国家司法考试 考点精讲

J u d i c i a l E x a m i n a t i o n

行政法与行政诉讼法

5

姚金菊◎编著

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

2008 年国家司法考试考点精讲——行政法与行政诉讼法/姚金菊编著.
—北京: 中国检察出版社, 2008. 2
ISBN 978 - 7 - 80185 - 906 - 8

I. 2… II. 姚… III. 法律工作者—资格考核—中国—
自学参考资料 IV. D92

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 019693 号

2008 年国家司法考试考点精讲

——行政法与行政诉讼法

姚金菊 编著

出 版 人: 袁其国

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区鲁谷西路 5 号 (100040)

网 址: 中国检察出版社 (www. zgjcbs. com)

电子邮箱: zgjcbs@vip. sina. com

电 话: (010) 68658769 (编辑) 68650015 (发行) 68650029 (邮购)

经 销: 新华书店

印 刷: 三河市燕山印刷有限公司

开 本: 720mm × 960mm 16 开

印 张: 20. 25 印张

字 数: 406 千字

版 次: 2008 年 4 月第一版 2008 年 4 月第一次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 80185 - 906 - 8/D · 1882

总 定 价: 280. 00 元 本册定价: 29. 00 元

检察版图书, 版权所有, 侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换



前言

国家司法考试被众多考生称为“天下第一难考”，可想而知它的难度。对考生而言，最宝贵的是时间，最困难的是如何准确、全面地掌握考点。

广大考生经常遇到这样的困惑，市场上关于司法考试考点的辅导用书五花八门，良莠不齐，使人无所适从。为适应广大考生的需求，我们特约富有司法考试辅导经验的专家、教师为撰稿人，组织编写了《2008年国家司法考试考点精讲》系列教材。

（一）编写体例

梳理考点，以考点贯穿各书，通过考点、法理（包含法条叙述）、示例三位一体的编写模式，对司法考试可能涉及的考点进行真正深入、透彻的精讲。

（二）教材特点

1. 信息准确权威

本教材紧跟司法考试的发展趋势和考查方式的变化，真正符合司法考试的要求。就知识体系而言，本教材体系清晰，与司法考试大纲一一对应，便于考生做到二者的有机结合使用。从考点的顺序安排上来说，本教材能够以司法考试大纲的知识点顺序为依据。此外，在有争议的问题上，本教材也与近几年公布的司法考试试题答案或者近几年命题老师的观点相一致。

2. 考点完整全面，重点突出

本教材严格遵循司法考试的命题规律，在总结所有考点的基础上，对最近5年司法考试的高频考点进行了全面、系统的梳理。其最难能可贵之处在于重点突出、主次分明，既能够方便考生全面把握考点，又能够使考生准确理解和牢固记忆重要知识点。任何考试都不可能囊括所有的知识点，本教材中，各位专家帮助考生做了一个专业、合理的取舍，使考生的目标更加明确、清晰，以节约考生的大量时间和精力。

3. 应试性强

本教材的重要考点都配以经典例题，避免那种只看书不做题或题海战术的复习弊端。其所有解析和总结，完全是从司法考试的命题方法、考查特点的角度作出的。同时，每一个大的考点下又分为几个命题题眼，从命题题眼的具体内容、最易出题的点、最易出错的点、掌握技巧等方面具体展开，进行全面讲解，以增强考生的应试能力。

4. 综合性强

本教材是目前市场上唯一一套能够彻底做到对考点、知识点进行横向、纵向比较与综合运用的司法考试辅导教材。其对重要考点进行全方位的总结与讲解，能够做到每个相关知识点不遗漏。如，讲到除斥期间时，书中一一总结不同法律涉及的除斥期间，以便考生完整掌握；再如，很多法律中都存在清算顺序的规定，讲到清算顺序时，书中对这些规定的相同点进行归纳与总结，以方便考生的记忆。

5. 实用性强

本教材抛开以往教材写作的特点，在述及某一考点时，直接切入主题，并不一味遵循概念、特征的写作模式。在语言和内容的编排上，也力求简约，并力图将考试所需的知识点全面、完整地呈现给考生，避免不准确的阐释和说明给考生带来干扰。

由于时间有限，编者虽尽全力但仍有不足之处。希望读者不吝赐教，错漏之处敬请批评指正。

考点精讲系列教材编写组

2008年3月

Contents 目录

第一章 行政法概述	1
第一节 行政法的基本概念	1
考点一 行政法律关系	1
第二节 行政法的法律渊源	3
考点一 行政法的法律渊源	3
第三节 行政法的基本原则	3
考点一 行政法的基本原则	4
第二章 行政组织与公务员	7
第一节 行政组织法概述	7
考点一 行政组织法	7
第二节 中央行政机关	8
考点一 国务院	8
第三节 地方行政机关	11
考点一 地方行政机关	11
考点二 地方行政机关的派出机关和派出机构	12
第四节 实施行政职能的非政府组织	15
考点一 法律、法规授权的组织和行政机关委托的组织	15
第五节 公务员	17
考点一 公务员的概念	17
考点二 对公务员的基本管理制度	19
第三章 抽象行政行为	31
第一节 抽象行政行为概述	31
考点一 抽象行政行为的概念	31
考点二 行政规则的适用	31

第二节	行政法规	34
考点一	行政法规的制定权限	34
考点二	行政法规的制定程序	36
考点三	行政法规的监督程序	37
第三节	规章和有普遍约束力的决定、命令	39
考点一	部门规章	39
考点二	地方政府规章	42
考点三	有普遍约束力的决定、命令	46
第四章	具体行政行为概述	48
第一节	具体行政行为的概念	48
考点一	具体行政行为的概念	48
第二节	具体行政行为的成立和效力	49
考点一	具体行政行为的成立和效力	49
考点二	具体行政行为的无效、撤销和废止	51
第三节	具体行政行为的一般合法要件	52
考点一	一般合法要件	52
第四节	具体行政行为的类型	53
考点一	行政征收	53
考点二	行政征用	54
考点三	行政裁决	55
第五章	行政许可	57
第一节	行政许可概述	57
考点一	行政许可的概念	57
考点二	行政许可的基本原则	58
第二节	行政许可的设定	60
考点一	行政许可的设定原则	60
考点二	行政许可的设定权限和形式	61
考点三	行政许可的设定程序	63
第三节	行政许可的实施机关	65
考点一	行政许可的实施机关	65
考点二	受理的行政机构和办理的行政机关	67

第四节	行政许可的实施程序	68
考点一	申请与受理程序	68
考点二	审查与决定程序	70
考点三	期限	72
考点四	听证程序	74
考点五	变更与延续程序	75
考点六	特别程序	77
第五节	行政许可的费用	79
考点一	禁止收费原则与法定例外收费	79
第六节	监督检查	79
考点一	对被许可人的监督检查	79
考点二	被许可人的法定义务	80
考点三	对行政许可的撤销和注销	81
第六章	行政处罚	85
第一节	行政处罚的种类与设定	85
考点一	行政处罚的种类	85
考点二	行政处罚的设定	86
第二节	行政处罚的实施机关、管辖与适用	87
考点一	行政处罚的实施机关	87
考点二	行政处罚的管辖	89
考点三	行政处罚的适用	90
第三节	行政处罚的程序	95
考点一	行政处罚的决定程序	95
考点二	行政处罚的执行程序	98
第四节	治安管理处罚	100
考点一	治安行政处罚概述	100
考点二	治安管理处罚的种类和适用	102
考点三	治安管理处罚的程序	104
第七章	行政强制	112
考点一	行政强制措施的概念和种类	112
考点二	行政强制执行的程序和种类	114

第八章 行政合同	117
考点一 行政合同的概念、种类及基本制度	117
第九章 政府采购	119
考点一 政府采购的概念	119
考点二 政府采购当事人	121
考点三 政府采购方式	122
考点四 政府采购合同	124
考点五 质疑、投诉	125
第十章 行政程序	127
考点一 听证制度	127
第十一章 行政应急	129
考点一 行政应急的概念、类型	129
考点二 突发公共卫生事件应急报告与信息发布	130
考点三 突发公共卫生事件应急措施	131
第十二章 对行政的监督 and 权利救济概述	133
第一节 对行政的监督与权利救济的概念和种类	133
考点一 对行政的监督与权利救济的概念和种类	133
第二节 行政监察	134
考点一 行政监察机关和监察对象	134
考点二 行政监察机关权限	137
考点三 行政监察程序	138
第十三章 行政复议	142
第一节 行政复议范围	142
考点一 行政复议的受案范围	142
第二节 行政复议参加人和行政复议机关	146
考点一 行政复议参加人	146
考点二 行政复议机关	147

第三节 行政复议申请与受理	150
考点一 行政复议的申请、审查和处理	150
考点二 行政复议与行政诉讼的关系	153
考点三 具体行政行为在行政复议期间的执行力	157
第四节 行政复议的审理、决定和执行	158
考点一 行政复议的审理	158
考点二 对行政规定和行政依据争议的审查和处理	160
考点三 行政复议决定	161
考点四 行政复议决定的执行	163
第十四章 行政诉讼概述	165
考点一 行政诉讼的概念和特征	165
考点二 行政诉讼与民事诉讼、刑事诉讼的关系	166
第十五章 行政诉讼的受案范围	168
第一节 应予受理的案件	168
考点一 行政处罚案件	168
考点二 行政强制措施案件	169
考点三 侵犯法律规定的经营自主权案件	170
考点四 行政许可案件	170
考点五 不履行法定职责案件	172
考点六 抚恤金案件	173
考点七 违法要求履行义务的案件	174
考点八 其他侵犯人身权、财产权案件	174
考点九 法律、法规规定可以起诉的其他行政案件	176
考点十 司法解释规定的案件	178
第二节 不予受理的案件	180
考点一 国家行为	180
考点二 抽象行政行为	181
考点三 行政机关对其工作人员的奖惩、任免等决定	183
考点四 法律规定由行政机关最终裁决的具体行政行为	184
考点五 公安、国家安全等机关依照刑事诉讼法的明确授权实施的行为	185
考点六 行政机关的调解和仲裁行为	187
考点七 不具有强制力的行政指导行为	188

考点八	驳回当事人对行政行为提起申诉的重复处理行为	188
考点九	对公民、法人或其他组织的权利义务不产生实际影响的行为	189
第十六章	行政诉讼的管辖	191
考点一	行政诉讼的主管	191
考点二	级别管辖	191
考点三	地域管辖	193
考点四	行政诉讼的管辖权异议	197
第十七章	行政诉讼参加人	199
第一节	行政诉讼的原告	199
考点一	原告的确权	199
考点二	原告资格的转移	208
第二节	行政诉讼的被告	209
考点一	被告的确权	209
第三节	行政诉讼的第三人	216
考点一	行政诉讼第三人	216
第十八章	行政诉讼程序	219
第一节	起诉与受理	219
考点一	起诉	219
考点二	起诉的审查及处理	221
考点三	被告不适格的处理	223
第二节	行政诉讼的第一审程序	224
考点一	一审庭审程序	224
第三节	行政诉讼的二审程序	226
考点一	上诉及上诉案件的审理	226
第十九章	行政诉讼的特殊制度与规则	228
第一节	行政诉讼证据	228
考点一	举证责任分配及举证期限	228
考点二	行政诉讼证据的种类及提供证据的要求	231
考点三	调取和保全证据	235

考点四	证据的对质辨认和核实	237
考点五	证据的审核认定	240
第二节	行政诉讼的法律适用	243
考点一	行政诉讼法律适用的规则	243
第三节	行政案件审理中的特殊制度	245
考点一	撤诉	245
考点二	缺席判决	247
考点三	财产保全与先予执行	247
考点四	审理程序的延阻	249
考点五	被告在一审期间改变被诉具体行政行为的处理	250
考点六	具体行政行为的停止执行问题	251
考点七	合并审理	252
考点八	行政诉讼附带民事诉讼	253
第二十章	行政案件的裁判与执行	255
第一节	行政诉讼的判决、裁定与决定	255
考点一	行政诉讼第一审判决	255
考点二	行政诉讼的二审判决	262
考点三	行政诉讼的再审裁判	264
考点四	行政诉讼裁定、行政诉讼决定	265
第二节	行政诉讼的执行与非诉行政案件的执行	266
考点一	行政诉讼的执行	266
考点二	非诉行政案件的执行	268
第二十一章	国家赔偿概述	272
第一节	国家赔偿责任	272
考点一	国家赔偿、国家补偿与民事赔偿	272
第二十二章	行政赔偿	276
第一节	行政赔偿范围	276
考点一	行政赔偿范围	276
第二节	行政赔偿请求人和赔偿义务机关	278
考点一	行政赔偿请求人	278
考点二	行政赔偿义务机关	279

第三节	行政赔偿程序	282
考点一	单独提出赔偿请求的程序	282
考点二	一并提出赔偿请求的程序	284
第二十三章	司法赔偿	288
第一节	司法赔偿范围	288
考点一	刑事司法赔偿的范围	288
考点二	民事、行政司法赔偿范围	290
考点三	国家不承担赔偿责任的情形	292
第二节	司法赔偿请求人和赔偿义务机关	293
考点一	司法赔偿义务机关	293
第三节	司法赔偿程序	295
考点一	司法赔偿确认程序	295
考点二	司法赔偿复议程序	299
考点三	司法赔偿决定程序	301
考点四	司法追偿程序	302
第二十四章	国家赔偿方式、标准和费用	304
第一节	国家赔偿的方式	304
考点一	国家赔偿的方式	304
第二节	国家赔偿的计算标准	306
考点一	人身权损害赔偿的计算标准	306
考点二	财产权损害赔偿的计算标准	308

第一章 行政法概述

第一节 行政法的基本概念

行政法基本概念部分虽然在司法考试中很少直接涉及,但却不可忽视。很多考生急于复习法条或者真题而忽略行政法基本概念,这不能不说是失分的原因之一。事实上这一部分直接关系到对于行政法的体系把握——谁通过什么手段通过何种步骤和方式做事,如何对其进行监督和救济。

考点一 行政法律关系

1. 行政

(1) 行政包括私人行政与公共行政。二者目的、组织和手段不同。营利性企业的行政不属于公共行政。

(2) 公共行政是研究行政法的起点。公共行政由国家行政和社会行政构成。

(3) 国家行政分为形式意义行政和实质意义行政,形式意义行政主要是指国家行政机关的行政。行政机关的公共行政包括行政执法、行政立法、行政司法。

2. 行政法

(1) 行政法是调整公共行政权力的取得、运行、监督以及对其后果予以救济的法律规范的总称。

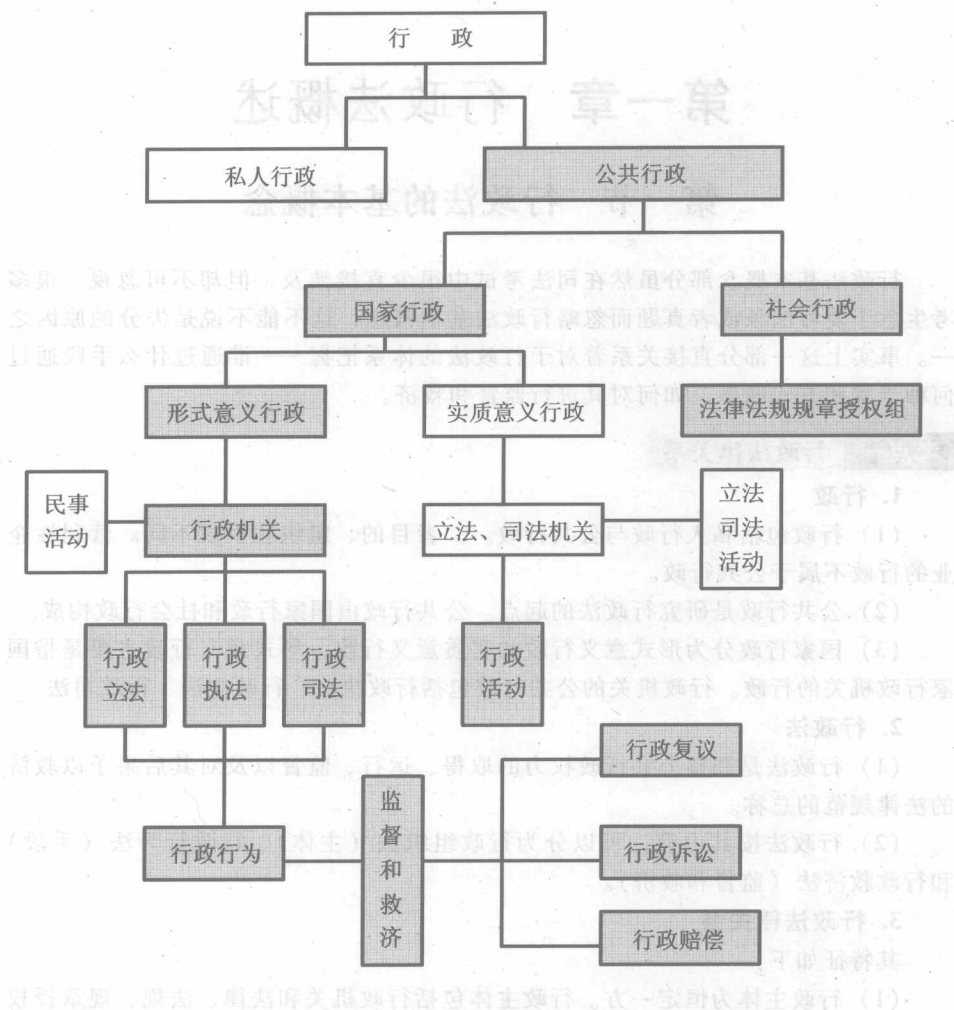
(2) 行政法按其内容,可以分为行政组织法(主体)、行政行为法(手段)和行政救济法(监督和救济)。

3. 行政法律关系

其特征如下:

(1) 行政主体为恒定一方。行政主体包括行政机关和法律、法规、规章授权组织。

(2) 所涉权利义务为行政法权利义务。行政主体以民事主体身份进行的活动,涉及民事权利义务,由民事法律规范调整。



- 示例** 下列有关行政法基本概念的说法正确的是()。
- A. 行政机关甲向公司乙购买办公用品,二者构成行政法律关系
 - B. 某国家控股的上市公司对其工作人员进行处罚,该工作人员可以寻求行政法救济
 - C. 司法部制定规章的行为不属于公共行政,不受行政法调整
 - D. 证券监督管理委员会对京都期货经纪有限公司发布责令整改通知书,证监会与该公
司构成行政法律关系

【答案】D。分析:行政机关购买办公用品,与公司构成民事法律关系。国家控股的公司属于营利性企业,对工作人员处罚行为属于普通行政,应当寻求劳动法上的救

济。司法部作为行政机关所进行的行政立法活动也受行政法调整。证监会经《证券法》授权具有行政主体资格，与被处罚人构成行政法律关系。

第二节 行政法的法律渊源

考点一 行政法的法律渊源

1. 行政法渊源包括成文法渊源和不成文法渊源。

2. 成文法是我国行政法的主要法律渊源。成文法渊源包括宪法、法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、行政规章（部门规章和地方规章）、国际条约和协定、法律解释。

提示：国际条约和协定也属于行政法的成文法渊源。

3. 不成文法渊源有行政惯例、判例、解释、原则和学说等。

示例 下列关于我国行政法渊源的说法不正确的一项是（ ）。

A. 行政法以调整国家行政权力为核心，因此，行政法的法律渊源不包括国际条约和协定

B. 行政法的法律渊源也包括成文法渊源和不成文法渊源，我国行政法渊源主要是指成文法渊源

C. 民事经济法律法规中的某些规定也可能成为行政法的法律渊源

D. 我国加入世界贸易组织之后，世贸规则也成为我国行政法成文法渊源的组成部分

【答案】A。分析：民事、刑事法律法规中可能包含行政法规范的内容，构成行政法渊源；而行政机关所制定的行政法规或者规章也可能对相关民事问题予以规定，成为民法渊源。民事法律法规是从内容上对法律法规进行分类的，并不排除该法律法规在形式上构成行政法的渊源之一。相互矛盾的选项只有一个正确，这是解题时需要注意的技巧，如本题中的A、D选项。

行政法的法律渊源要同行政诉讼的法律适用规则相联系。行政诉讼法律适用规则是依据法律、法规，参照规章。

提示：国际条约等不能直接适用，而要转化为国内法。

第三节 行政法的基本原则

运用行政法基本原则分析实际问题是司法考试考查的重点，在司法考试的主观题中尤其要注意运用。司法考试主观题命题思路是考查综合能力，运用材料分析论证。在主观题回答技巧上，要注意：（1）正确审题，看清要求，详细论述。（2）多读几遍题，吃透内容。（3）注意法律评论和判决书。从法理上入手，分析合法性、合理性，利与弊，提出方案并论证。（4）不要局限于一个部门法。

考生欲提高这一分析能力,培养敏锐的捕捉信息能力,平时要多关注有重大意义的事件,注意社会上对于一些热点问题的关注以及相关评论和分析,如近年来的毒奶粉事件、西安彩票事件、杜宝良缴纳罚款事件等,都可以从法律角度分析思考。

考点一 行政法的基本原则

1. 合法行政原则

这是行政法的首要原则。

(1) 行政机关必须遵守现行有效的法律。

(2) 行政机关应当依照法律授权活动。

示例 1 考虑到对公民自由权和隐私的尊重,新修改的《婚姻法》和国务院《婚姻登记条例》废止了原来有关“强制婚检”的规定。但是,一些数据表明,强制婚检的废止对控制传染病和防止新生儿畸形产生了负面影响。因此,黑龙江省通过地方立法恢复了强制婚检的要求,其依据是《母婴保健法》。于是,对于是否需要强制婚检,《婚姻法》、《婚姻登记条例》、地方法规、《母婴保健法》的规定明显不一致。

问题:如何评价这些规定的合法性?标准何在?何种途径?如何完善法的“合法性审查”机制?

示例 2 某市为加强道路交通管理,规范日益混乱的交通秩序,决定出台一项新举措,由交通管理部门向市民发布通告,凡自行摄录下机动车辆违章行驶、停放的照片、录像资料,送经交通管理部门确认后,被采用并在当地电视台播出的,一律奖励人民币 200—300 元。此举使许多市民踊跃参与,积极举报违章车辆,当地的交通秩序一时间明显好转,市民满意。新闻报道后,省内甚至外省不少城市都来取经、学习。但与此同时,也发生了一些意想不到的事:有违章驾车者去往不愿被别人知道的地方,电视台将车辆及背景播出后,引起家庭关系、同事关系紧张,甚至影响了当事人此后的正常生活的;有乘车人以肖像权、名誉权受到侵害为由,把电视台、交管部门告上法庭的;有违章司机被单位开除,认为是交管部门超范围行使权力引起的;有抢拍者被违章车辆故意撞伤后,向交管部门索赔的;甚至有利用偷拍照片向驾驶人索要高额“保密费”的;等等。报刊将上述新闻披露后,某市治理交通秩序的举措引起了社会不同看法和较大争议。

问题:请谈谈你对某市治理交通秩序新举措合法性、合理性的认识。(注意:不能仅就此举引发的一些问题、个案谈具体适用法律的意见)

2. 合理行政原则

行政决定应当具有理性,尤其是在裁量性活动中,要遵循公平、公正原则,考虑相关因素原则和比例原则。其中,比例原则被称为实质意义的行政法治原则,在我国日益受到重视。

比例原则包含三个子原则: