

2008年国家司法考试

• 政法英杰司考通系列 • 主编/常 英

第二册



# 行政法与行政诉讼法

吴 鹏 徐金桂 • 编著

中国政法大学出版社

2008 年国家司法考试

政法英杰司考通系列 常英 主编

## 第 二 册

# 行政法与行政诉讼法

吴 鹏 徐金桂 编著

中国政法大学出版社

## 图书在版编目(CIP)数据

行政法与行政诉讼法. 第2册/吴鹏,徐金桂编著. -北京:中国政法大学出版社,2008.4  
(2008年国家司法考试政法英杰司考通系列)

ISBN 978-7-5620-3197-0

I. 行... II. ①吴... ②徐... III. ①行政法-中国-法律工作者-资格考核-自学参考资料 ②行政诉讼法-中国-法律工作者-资格考核-自学参考资料 IV. D922.1 D925.3  
中国版本图书馆CIP数据核字(2008)第048293号

---

出版发行 中国政法大学出版社

经 销 全国各地新华书店

承 印 固安华明印刷厂

---

787×960 16开本 18.25印张 295千字

2008年4月第1版 2008年4月第1次印刷

ISBN 978-7-5620-3197-0/D·3157

定 价:32.00元

---

社 址 北京市海淀区西土城路25号

电 话 (010)58908325(发行部) 58908285(总编室) 58908334(邮购部)

通信地址 北京100088信箱8034分箱 邮政编码100088

电子信箱 zlf5620@263.net

网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名:中国政法大学出版社)

声 明 1. 版权所有,侵权必究。

2. 如有缺页、倒装问题,由本社发行部负责退换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

# 序 言

司法考试难在哪里？

浩如烟海的法条如何记忆？

纷繁复杂的法律事件怎样剖析？

灵活多样的题型如何解析？

刁钻古怪的陷阱怎样破解？

为什么许多考生皓首穷经，却不能破解司法考试之谜？

为什么有些考生能够一试中的，犹如囊中取物，从此平步  
青云？……

为了帮助广大考生更好地驾驭司法考试，北京政法英杰培训中心特编著此套名师过关辅导用书。

本套丛书是由中国政法大学常英教授主编，由政法英杰一线授课名师亲自编写，集名师讲义、考点精讲、历年真题、易混易错、重点法条、经典习题于一体，囊括历年司法考试的考点、重点和难点，以“讲、评、练”的形式集中展现，既将高频考点逐一作出梳理，又对新增法规进行详细解读，既有利于考生扎实掌握基础理论，又可强化实战经验，从而迅速提高其得分能力。本书具有以下特点：

1. **突显讲义。**集政法英杰名师多年司考辅导经验的名师讲义，突显各学科的理论重点，通过梳理理论脉络，对理论体系形成公式化的理解，紧扣司考大纲，全面梳理大纲涉及内容，集中高频考点，强调重点，突破难点，解析疑点，具有较强的渗透性和方向性，帮助学员在较短时间内把握命题思路，建立学习框架，对知识点进行较好的归纳总结，夯实理论基础。

2. **浓缩考点。**我们将历年真题做了深刻的剖析，浓缩教材，解析重点，解惑难点，探讨疑点，助考生全面掌握命题趋势及司考真谛，又快又好地达到复习效果。

3. **名师精练。**集各位司法考试辅导名师之历年经验，精简各门学科，减轻复习负担；通过对真题和习题的逐一评析，让考生体味司考之特点，准确把握命题的风格、题型以及各个学科所占比例，巧妙破解陷阱；全面掌握解题技巧、剖析出题目的，从而加强应试能力。

4. **易混易错。**将历年考题进行分析，对容易出现混淆、易错的试题择编出来，适用于中期复习；抓住命题规律和出题要点，避免应试中出现的种种问题。

5. **历年真题、重点法条、司法解释通讲。**旨在破译命题规律，透析2008年司考命题方向，司法考试唯有年年有新意，才能考倒人，也才能真正地选拔出精英。

我们相信，本书能够为您提供准确且权威的信息，帮助您解密司法考试命题思路，为您复习司法考试“画龙点睛”。在本书即将付梓之际，政法英杰全体教师祝愿各位考生2008年都能心想事成，鸿运当头，金榜题名！

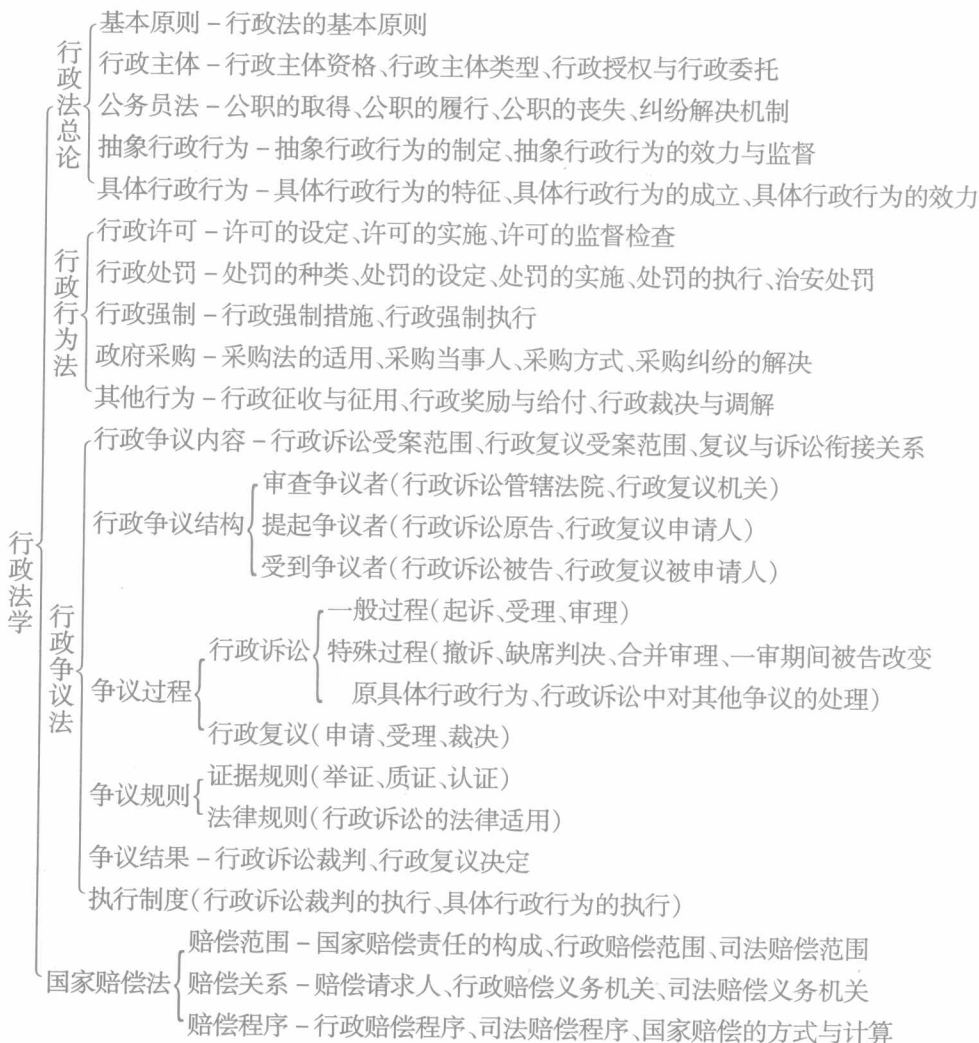
中国司法考试协会  
政法英杰培训中心  
2008年4月

# 目 录

|                          |       |
|--------------------------|-------|
| 序 言 .....                | (1)   |
| 上篇 讲义 .....              | (1)   |
| 第一章 行政法总论 .....          | (2)   |
| 第二章 行政行为法 .....          | (14)  |
| 第三章 行政争议法 .....          | (26)  |
| 第四章 国家赔偿法 .....          | (42)  |
| 下篇 考点精讲 .....            | (49)  |
| 第一章 行政法总论 .....          | (49)  |
| 第二章 行政组织与公务员 .....       | (54)  |
| 第三章 抽象行政行为 .....         | (68)  |
| 第四章 具体行政行为 .....         | (75)  |
| 第五章 行政许可 .....           | (83)  |
| 第六章 行政处罚 .....           | (102) |
| 第七章 行政强制 .....           | (121) |
| 第八章 行政合同和政府采购 .....      | (124) |
| 第九章 行政给付 .....           | (134) |
| 第十章 行政程序 .....           | (135) |
| 第十一章 行政应急 .....          | (137) |
| 第十二章 对行政的监督和权利救济概述 ..... | (142) |
| 第十三章 行政复议 .....          | (150) |
| 第十四章 行政诉讼概述 .....        | (167) |

|       |                    |       |
|-------|--------------------|-------|
| 第十五章  | 行政诉讼的受案范围 .....    | (171) |
| 第十六章  | 行政诉讼的管辖 .....      | (179) |
| 第十七章  | 行政诉讼参加人 .....      | (186) |
| 第十八章  | 行政诉讼程序 .....       | (197) |
| 第十九章  | 行政诉讼的特殊制度与规则 ..... | (210) |
| 第二十章  | 行政案件的裁判与执行 .....   | (231) |
| 第二十一章 | 国家赔偿概述 .....       | (245) |
| 第二十二章 | 行政赔偿 .....         | (249) |
| 第二十三章 | 司法赔偿 .....         | (261) |
| 第二十四章 | 国家赔偿方式、标准和费用 ..... | (272) |
| 附 录   | .....              | (278) |

# 上篇 讲义





## 第一章 行政法总论

### 考点一 行政法概述

#### ◆行政的概念

| 现代行政(Administration, Executive) |                                      |
|---------------------------------|--------------------------------------|
| 公共行政                            | 国家行政——行政法上的“行政”是国家管理公共事务的活动,是执行法律的活动 |
|                                 | 公共事业组织的行政                            |
|                                 | 地域性自治组织的行政                           |
|                                 | 团体性自治组织的行政                           |
|                                 | 其他公共行政                               |
| 普通行政                            | 以营利为目的的企业行政                          |
|                                 | 民营非营利社会服务组织的行政                       |
|                                 | 其他普通行政                               |

#### ◆国家行政的特征

| 特 征        | 公共性         | 国家职权性      | 执行性        | 积极性        | 管理性           |
|------------|-------------|------------|------------|------------|---------------|
| 区 别<br>对 象 | 私行为、<br>私行政 | 自治管理<br>活动 | 狭义立法<br>活动 | 狭义司法<br>活动 | 侦查活动、<br>政治活动 |

注意:这五个特性并不是并列关系,而是层层递进关系

#### ◆行政法的法律渊源

|      |                           |
|------|---------------------------|
| 宪法   | 具有最高法律效力,但很少在司法活动中得到适用    |
| 法律   | 分为基本法律与普通法律               |
| 行政法规 | 由国务院制定,在我国目前往往能起到类似于法律的作用 |

|           |                                 |
|-----------|---------------------------------|
| 地方性法规     | 由省级或者较大的市的人大及其常委会制定             |
| 自治条例与单行条例 | 由民族自治地方(区州县旗)的人大制定并报批后施行(没有常委会) |
| 部门规章      | 由国务院组成部门(部委行署)或国务院直属机构制定        |
| 地方性规章     | 由省级或者较大的市的政府制定                  |
| 国际条约和协定   | 原则上需转化成国内法方能成为法律渊源,但存在例外        |
| 法律解释      | 目前由全国人大常委会解释法律,其效力等同于法律         |
| 司法解释      | 司法解释不是正式的法律渊源,但实际上作用巨大          |

注意:较大的市包括省、自治区、直辖市所在地的市、经济特区所在地的市、国务院批准的较大的市(计划单列市)

#### ◆行政法的基本原则

| 分类     | 基本原则 | 具体要求                                        |
|--------|------|---------------------------------------------|
| 合法性的要求 | 合法行政 | 法律优先(行政活动不得违背现有法律);法律保留(行政活动应当依照法律的授权进行)    |
|        | 程序正当 | 行政公开(保障知情权);公众参与(表达意见、陈述申辩);公务回避(实体回避与程序回避) |
|        | 权责统一 | 行政效能(赋予执法手段、保证政令有效);行政责任(行政违法或不当应承担法律责任)    |
| 合理性的要求 | 合理行政 | 符合正常理智;公平公正对待;考虑相关因素、不考虑无关因素;符合比例原则         |
|        | 高效便民 | 行政效率(积极履行职责、及时履行职责);便利当事人(减轻当事人程序负担)        |
|        | 诚实信用 | 行政信息真实(行政机关对信息真实性负责);保护信赖利益(行政行为不得随意变更)     |

注意:一个行政行为,如果不合法,则推定必然不合理(防止行政机关借合理之名滥用权力,进行违法行为)

## 考点二 行政主体

### ◆行政机关、授权与委托的组织

| 主体类型   | 权力依据     | 权力性质  | 以何名义行为 | 责任承担  |
|--------|----------|-------|--------|-------|
| 行政机关★  | 宪法、组织法   | 先天、长期 | 自己     | 行政机关  |
| 被授权组织★ | 法律、法规、规章 | 后天、长期 | 自己     | 被授权组织 |
| 被委托组织  | 委托者      | 后天、临时 | 委托者    | 委托者   |

注意：法律、法规、规章的“委托”视为授权，规章以下其他规范性文件的“授权”视为委托，行政机关的“授权”也为委托。带★具有行政主体资格（权、名、责）

### ◆中央行政机关

#### 1. 国务院人员组成

|      |                              |                      |
|------|------------------------------|----------------------|
| 人员组成 | 总理、副总理、国务委员                  | 只能由全国人大决定和任免         |
|      | 各部部长、各委员会主任、中国人民银行行长、审计长、秘书长 | 在全国人大闭会期间，全国人大常委会可任免 |

#### 2. 国务院机构组成

|      |                    |                             |
|------|--------------------|-----------------------------|
| 机构组成 | 国务院组成部门（部、委、行、署）   | 全国人大或全国人大常委会（设立、撤销、合并的批准机关） |
|      | 国务院直属特设机构（国资委）     | 全国人大（设立、撤销、合并的批准机关）         |
|      | 国务院直属机构（海关总署等）     | 国务院（设立、撤销、合并的批准机关）          |
|      | 国务院部委管理的国家局（烟草局等）  | 国务院（设立、撤销、合并的批准机关）          |
|      | 国务院办公厅机构（办公厅）☆     | 国务院（设立、撤销、合并的批准机关）          |
|      | 国务院办事机构（法制办等）☆     | 国务院（设立、撤销、合并的批准机关）          |
|      | 国务院议事协调机构（学位委员会等）☆ | 国务院（设立、撤销、合并的批准机关）          |
|      | 国务院直属事业单位（证监会等）☆   | 国务院（设立、撤销、合并的批准机关）          |

注意:带☆者一般无行政主体资格。议事协调机构、直属事业单位经过授权可以具有行政主体资格

### 3. 国务院行政机构的内设机构

|               |                     |                   |
|---------------|---------------------|-------------------|
| 司、局(增设、撤销或合并) | 国务院机构编制管理机关审核       | 国务院批准             |
| 处(增设、撤销或合并)   | 国务院行政机构根据国家有关规定自行决定 | 按年度报国务院机构编制管理机关备案 |

注意:国务院组成部门管理的国家行政机构可以只设立处一级行政机构

## ◆ 地方行政机关

### 1. 地方各级政府人员组成

|            |                             |                       |
|------------|-----------------------------|-----------------------|
| 人 员<br>组 成 | 正职首长                        | 本级人大选举和罢免             |
|            | 副职首长、秘书长(县、乡级无)、所属工作部门的正职首长 | 本级人大任免,闭会期间由本级人大常委会任免 |

### 2. 地方各级政府机构组成

|       |         |                |            |
|-------|---------|----------------|------------|
| 省级    | 厅、局、委员会 | 本级人民政府报请国务院批准  | 报本级人大常委会备案 |
| 市级、县级 | 局(科)    | 本级人民政府报请上级政府批准 | 报本级人大常委会备案 |

### 3. 地方各级政府行政机构的派出机构

|     |           |                                                 |
|-----|-----------|-------------------------------------------------|
| 派出所 | 公安局(分局)设立 | 警告、500元以下罚款                                     |
| 工商所 | 工商局设立     | (1)对个体工商户违法行为的处罚<br>(2)对集中贸易中违法行为的处罚;但不包括吊销营业执照 |
| 税务所 | 税务局设立     | 2000元以下罚款                                       |

### 4. 地方政府的派出机关

|       |                  |             |
|-------|------------------|-------------|
| 派出机关  | 设 立              | 批 准         |
| 行政公署  | 省、自治区政府          | 国务院         |
| 区公所   | 县、自治县政府          | 省、自治区、直辖市政府 |
| 街道办事处 | 市辖区、不设区的市(县级市)政府 | 上一级政府       |

### ◆行政主体资格

| 标准 | 具体含义                  |
|----|-----------------------|
| 名  | 以自己名义实施行政活动;从其签名盖章上体现 |
| 权  | 自己享有并行使行政职权;否则可能是民事主体 |
| 责  | 必须能够独立承担因行政活动而产生的法律责任 |

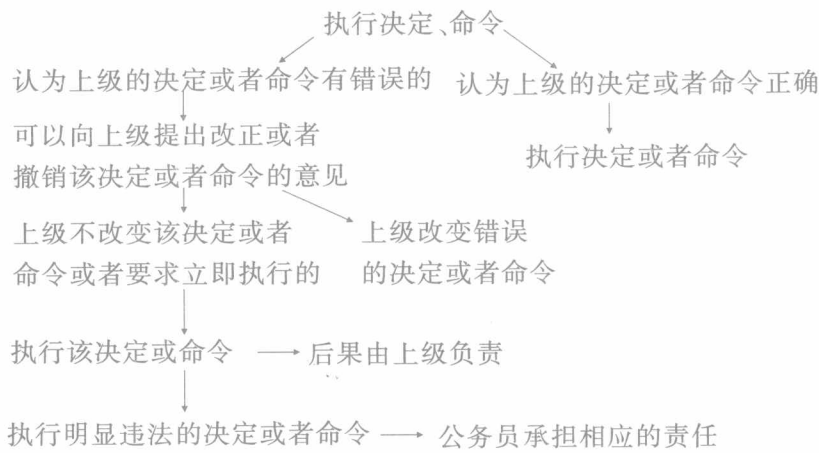
注意:三个标准中,“责”才是金标准,有权、有名,但不能独立承担责任,仍然不是行政主体

## 考点三 公务员法

### ◆公职的取得

|          |                                                                                                                                        |
|----------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 考试<br>录用 | 主任科员以下及其他相当职务层次的非领导职务公务员<br>禁止录用:①曾因犯罪受过刑事处罚;②曾被开除公职;③法律规定的其他情形<br>试用期1年                                                               |
| 选任       | 自下而上选举,选举结果生效时即当选职务                                                                                                                    |
| 委任       | 自上而下任命<br>委任制公务员遇有试用期考核合格、职务发生变化、不再担任公务员职务以及其他情形需要任免职务的,按规定进行任免                                                                        |
| 聘任       | (1)经省级以上公务员主管部门批准,可以对专业性强的职位和辅助性职位实行聘任(涉及国家秘密的除外)<br>(2)签定书面聘任合同,双方协商一致可以变更或者解除(合同签定、变更、解除报同级人事部门备案)<br>(3)聘任合同期限(1~5年),可以约定试用期(1~6个月) |

◆ 执行职务及处分



处分：

1. 处分种类：警告(6个月)、记过(12个月)、记大过(18个月)、降级(24个月)、撤职(24个月)、开除
2. 处分期间不得晋升职务和级别，其中受记过、记大过、降级、撤职处分的，不得晋升工资档次
3. 解除处分后，晋升工资档次、级别和职务不再受原处分影响。但解除降级、撤职处分的，不视为恢复原级别、原职务

◆ 兼职禁止

|         |                                                                               |
|---------|-------------------------------------------------------------------------------|
| 原则      | 不得从事或者参与营利性活动，不得在企业或者其他营利性组织中兼任职务                                             |
| 例外      | 因工作需要，在机关外兼职，应当经有关机关批准，并不得领取兼职报酬                                              |
| 辞去公职或退休 | 原系领导成员的公务员在离职3年内，其他公务员在离职2年内，不得到与原工作业务直接相关的企业或者其他营利性组织任职，不得从事与原工作业务直接相关的营利性活动 |

## ◆ 辞职、辞退、退休

| 辞职(主动申请)                                                                                                                                                                                              | 辞退(依职权)                                                                                                                                                                                                                                                                              | 退休                                                                                                                                    |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <p>(1) 向任免机关提出书面申请,任免机关 30 日内审批(领导成员 90 内)</p> <p>(2) 不得辞职情形:</p> <p>① 未满国家规定的最低服务年限的;② 在涉及国家秘密等特殊职位任职或离开上述职位不满国家规定的脱密期限的;③ 重要公务尚未处理完毕,且须由本人继续处理的;④ 正在接受审计、纪律审查,或者涉嫌犯罪,司法程序尚未终结的;⑤ 法律、行政法规规定的其他情形</p> | <p>(1) 辞退情形:① 年度考核连续两年不称职(一次不称职的,降低一个职务层次);② 不胜任现职工作,又不接受其他安排的;③ 机关调整、撤并或减编需调整工作,本人拒绝合理安排的;④ 不履行义务、不遵守纪律,经教育无转变,不适合继续工作,又不宜开除的;⑤ 旷工或者因公外出,请假期满无正当理由逾期不归连续超过 15 天,或 1 年内累计超过 30 天</p> <p>(2) 不予辞退:① 因公致残,被确认丧失或者部分丧失工作能力的;② 患病或者负伤,在规定的医疗期内的;③ 女性公务员在孕期、产期、哺乳期内的;④ 法律、行政法规规定的其他情形</p> | <p>(1) 强制退休:① 达到退休年龄;② 完全丧失工作能力</p> <p>(2) 自愿申请:经任免机关批准,可以提前退休,但需满足下列条件之一:① 工作满 30 年的;② 距国家规定的退休年龄不足 5 年,且工作满 20 年的;③ 符合国家规定的其他情形</p> |

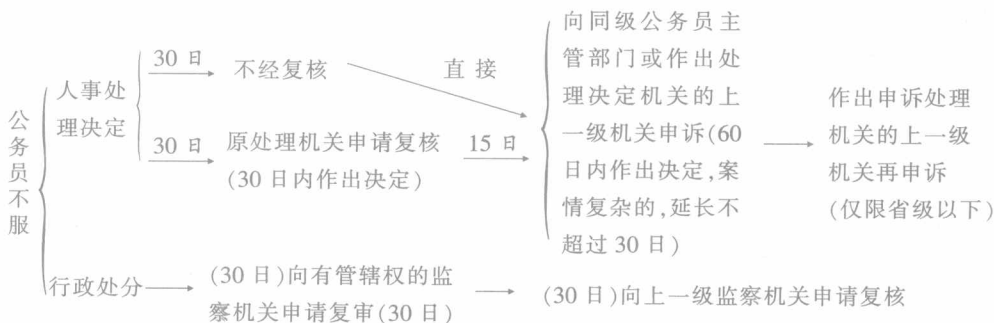
## ◆ 交流

|      |                                                                                                                      |
|------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 调任   | <p>(1) 从机关外调入机关的人员:国有企业事业单位、人民团体和群众团体中从事公务的人员</p> <p>(2) 就任的职务:领导职务或者副调研员以上及其他相当职务层次的非领导职务(必要时考试)</p>                |
| 转任   | <p>(1) 机关内部不同职位间的调动</p> <p>(2) 省部级正职以下的领导成员应当有计划、有重点地实行跨地区、跨部门转任</p> <p>(3) 机关内设机构领导职务和工作性质特殊的非领导职务的公务员,应在本机关内转任</p> |
| 挂职锻炼 | <p>(1) 选派公务员在一定期间到下级机关或上级机关、其他地区机关以及国有企业事业单位担任一定职务</p> <p>(2) 不改变与原机关的人事关系(临时性)</p>                                  |

## ◆ 申诉控告

### 1. 人事处理决定

- ① 行政处分(警告、记过、记大过、降级、撤职、开除)
- ② 辞退或取消录用
- ③ 降职
- ④ 定期考核不称职
- ⑤ 免职
- ⑥ 申请辞职、提前退休未批准
- ⑦ 未按规定变化工资福利保险待遇
- ⑧ 法律法规规定的其他情形



注意:(1) 申诉:自知道人事处理决定之日起计算时效

(2) 复核、申诉期间不停止人事处理决定的执行

### 2. 履行人事聘任合同发生的争议

聘任合同履行争议 60 日内→向人事争议仲裁委员会申请仲裁→15 日内向人民法院诉讼

注意:(1) 时效:自争议发生之日起计算

(2) 仲裁裁决生效后,一方不履行的,另一方可申请法院执行

3. 控告(公务员认为机关及其领导人员侵犯其合法权益的,可以依法向上级机关或者有关的专门机关提出控告)



## 考点四 具体行政行为

### ◆具体行政行为的特征

|        |     |                             |           |
|--------|-----|-----------------------------|-----------|
| 具体行政行为 | 处分性 | 依行政主体的意志建立、变更或消灭行政法上的权利义务关系 | 区别于行政事实行为 |
|        | 特定性 | 是针对特定事项与特定人做出的行为(与数量多少无关)   | 区别于抽象行政行为 |
|        | 单方性 | 基于行政主体单方意志便可成立              | 区别于行政合同行为 |
|        | 外部性 | 行政主体对外而非对内实施职权              | 区别于内部行政行为 |

### ◆具体行政行为的成立

|          |    |                    |
|----------|----|--------------------|
| 具体行政行为成立 | 主体 | 享有行政职权,且具体实施人员意志健全 |
|          | 内容 | 向当事人表达了行为意思        |
|          | 程序 | 依照法定时间和方式送达当事人     |

注意:具体行政行为的成立是行为“有无”的判断,不涉及“是非”的判断;同时注意准备性、部分性的行为(决定前的讨论决定、报告等)不是行政行为

### ◆具体行政行为的效力

行为成立  $\begin{cases} \text{重大且明显违法} \rightarrow \text{无效} \\ \text{有效(推定)} \rightarrow \text{一般违法、不当} \rightarrow \text{撤销} \rightarrow \text{无效} \\ \text{合法} \rightarrow \text{有效} \end{cases}$

| 效力  | 含 义      | 产生条件    | 后 果                       |
|-----|----------|---------|---------------------------|
| 拘束力 | 形式上推定的效力 | 一经产生即生效 | 当事人应遵守;做出者不得随意更改;他人不得随意干预 |
| 确定力 | 实质上确定的效力 | 争议期过后产生 | 具体行政行为确定的权利义务关系不再争议,不得更改  |
| 执行力 | 现实中实现的效力 | 履行期过后产生 | 使用国家强制力实现具体行政行为确定的权利义务内容  |

生效:拘束力  $\xrightarrow{\text{(争议期)}}$  拘束力 + 确定力

生效:拘束力  $\xrightarrow{\text{(履行期)}}$  拘束力 + 执行力