

2008

年版

· 法院版 ·

国家司法考试
专题讲座系列③

— Special Topic —

理论法学· 行政法55讲

季 宏 编著



万国名师诚意之作 · 凝聚授课精华 · 考生公认经典教材 · 深具备考实效

人民法院出版社

人民法院出版社

北京万国学校

司法考试强化培训专用教材

3

国家司法考试专题讲座系列

理论法学·行政法55讲

季 宏 编著

人民法院出版社

图书在版编目(CIP)数据

理论法学·行政法 55 讲/季宏编著. —2 版. —北京:人民法院出版社, 2008. 4
(国家司法考试专题讲座系列)
ISBN 978 - 7 - 80217 - 458 - 0

I. 理… II. 季… III. ①法的理论 - 中国 - 法律工作者 - 资格考核 - 自学参
考资料②行政法学 - 中国 - 法律工作者 - 资格考核 - 自学参考资料 IV. D92

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 027413 号

理论法学·行政法 55 讲

季 宏 编著

责任编辑 林志农 张承兵 张钧艳 孟 晋 赵薇莎
杨 勇 李彦周 马继雷 石培培 徐育华
出版发行 人民法院出版社
地 址 北京市东城区东交民巷 27 号(100745)
电 话 (010)85250563 85250572 85250575(责任编辑)
85250516(出版部) 85250558 85250559(发行部)
网 址 <http://courtpress.chinacourt.org>
E - mail courtpress@sohu.com
印 刷 保定市中华美凯印刷有限公司
经 销 新华书店

开 本 787 × 1092 毫米 1/16
字 数 685 千字
印 张 34
版 次 2008 年 4 月第 2 版 2008 年 6 月第 3 次印刷
书 号 ISBN 978 - 7 - 80217 - 458 - 0
定 价 55.00 元

版权所有 侵权必究

作者致读者：

本丛书的读者，是一个特殊的群体，每一个人都已经是或正在努力成为中国法律职业共同体中的一员，是法治事业的建设者，是法治社会的受益者，更是法治理念的信仰者。

光荣的职业，要求我们每一个人珍视职业荣誉，尊重知识产权，遵法守法，以身作则。

勿以恶小而为之。拒绝盗版，从自我做起！

序

与读者的愉快聊天

又到了编辑催要再版序言的时间了，今年是第六版的序，关于本丛书的那一点花边絮语早叨唠完了，没啥好写的了。但命题作业要上交，情急之下，终不免俗，就显摆成绩吧。继 2004 年度这套丛书的《民法 69 讲》与《诉讼法 53 讲》获得“全国优秀畅销书奖”之后，2007 年更上一层楼，专题讲座系列中的六本书均获得了“全国优秀畅销书奖”，这对于一套法律专业图书来讲，实属不易。

“全国优秀畅销书奖”可能算不上什么大奖，但能有此收获，也全仰仗读者们的喜爱与抬举。每一位读者的喜爱原因可能不同。不少读者与我当面讲，静心读这套书时会在不经意间会心一笑，感觉到好像作者与自己在面对面地聊天。聊天？这词汇很受用。这或许是读者能够给予法律专业书籍作者最高的溢美之辞了。我所理解的聊天就是在夏夜的庭院中老朋友之间的交谈吧，一杯清茶，轻摇蒲扇，相互沟通、对话、无忌的交流、心灵的约会，涓涓细语，间或妙语连珠，会心一笑，心有灵犀。聊天要愉快，就要拒绝枯燥，拒绝灌输，拒绝说教，拒绝无趣，拒绝一板一眼，拒绝宣讲，拒绝照本宣科，拒绝话语霸权。或许，我们早已厌倦了知识精英们利用各种话语霸权，通过纸质印刷品居高临下地对读者进行各种知识常识与思想意识的“启蒙”了。

什么是启蒙？康德的定义是“走出由他自己所招致的不成熟状态”。一个未成年孩子的知性尚未成熟（民法的表述就是“未成年人

还不能意思自治，缺乏行为能力”），须由成年人加以监护和引导。但启蒙本身既不在于当知性本身尚未成熟时就脱离成年人的监护和引导，也不在于对未成年人进行监护和引导，而在于让已成年者“走出由他自己所招致的不成熟状态”。康德的意思很清楚，启蒙就是要走出这种精神上的不成熟状态，决心不依赖别人的引导而运用自己的知性。^①在中文里，启蒙是现代汉语的词汇，古汉语中“启”与“蒙”分开使用。在语义上，“启”来自孔子《论语·述而》：“不愤不启，不悱不发”，意为“教导学生，不到他想求明白而不得的时候，不去开导他；不到他想说出来却说说不出的时候，不去启发他”。“蒙”是《易经》中的一卦，朱子注曰：“纯一未发，以听于人。”显然，现代汉语将“启”、“蒙”联用，来翻译西方的 Aufklärung（德文，澄明）或 Enlightenment（英文，光照），实在不能达信。因为这一翻译一开始就具有向未开化的幼稚的民众或儿童灌输真理或知识的意思。按照康德的说法，知识精英以启蒙者、民众的监护人自居，恰是一种反启蒙的心态，做的是反启蒙的工作。^②

实际上，在写作时放弃启蒙者的心态，或许容易做到，但能够在与读者愉快聊天的氛围中完成专业知识的传输，对法律专业书籍作者的要求则非常之高，本丛书的作者还远远未能胜任。但是，认可这一目标，并努力追求的本身就是难能可贵的。愿我们在今后的聊天工作中要求自己做得更好些，不负读者。

积年累月，这套丛书的内容到 2007 年第五版时其“身躯”已经稍显臃肿了，2008 年第六版修订的一个重要任务就是“瘦身”，希望这个变化也能受到读者的欢迎。

李建华
二〇〇八年三月

① 邓晓芒：《新批判主义》，北京大学出版社 2008 年版。

② 同上。

司法考试中的理论法学·行政法

——2008 年修订版代前言

一、理论法学

在整个司法考试中，宪法学、法理学、法制史单科的分值并不高。但是，拿取这些学科的分值并不一定简单。法理学、法制史、宪法学分值总计占到 50 分以上，值得我们花一定精力和时间！我们必须具体分析这些学科在司法考试中的命题特点，以寻找到具体有效的复习应对方法。司法考试是一门职业资格考试。比较现实而有效的应对方法是：它考什么我们掌握什么；它怎么考我们就怎么复习。

（一）法理学

就法理学而言，司法考试关注的是法理学基本概念的理解和把握，对于法理学深层次的问题并不作探讨。因此，对法理学的深层次的内容无需作太深入的掌握，我们需要掌握的是司法考试的重要知识点，比如法的特征、法的价值、法的规则、法律关系、法律责任、司法、法律解释、法律推理、法治等法学基本概念。

法理学属于纯理论的学科。以前通过案例型题目考查法理学知识特别少，但近年来通过案例考查的力度正逐步加强！这是司法考试性质即法律职业资格考试与法律实践紧密相连所决定的。这要求我们不能死记法理学知识点，而应理解其真正涵义，能够运用这些知识点分析具体问题。

法理学的分值虽在 23 分左右，但要考查的知识点却不少，为此，出题者越来越多地使用判断型选择题。这种判断型选择题有两个特点：一是题干一般表述为：下列表述哪些是正确的或错误的、不成立的或者不适当的等等；二是题中的 4 个选项的知识点，往往互不相干。针对这种题型，要求备考者的复习必须全面。这种判断型选择题在法制史和宪法学中也大量出现，必须引起足够的重视。

（二）法制史

法制史所研究的对象是法制发生、发展和演变的历史过程，并探究其发生、发展及演变的规律性。法制史在 2003 年首次列入司法考试，从 2004 年的真题看，中国法制史占了 8 分，外国法制史占了 4 分，共占 12 分。2005 ~ 2007 年考

就中国古代法制史部分而言，多数辅导教材是按照时代的顺序叙述的，这不利于备考者全面把握某一知识点，比如刑罚制度在古代的演变。为此，笔者在本书中关于中国古代法制史的部分，按照立法、刑法、民事、司法制度四个线索分专题阐述，将相关知识点罗列在一起，方便读者从整体上记忆；同时，也向大家指明了重点。专题中所附的例题，大家应特别注意其出题的着眼点（命题的视角）。

司法考试对宪法学的考查，侧重于对法条的考查，对理论的考查力度很小。法考试对宪法理论的考查力度有所加大，2005~2007年宪法学部分的分值达21分；同时，由于论述题的出现，有必要加强对宪法基本理论的把握；再宪法以及宪法性法律文件众多，同一类知识点规定在不同法律文件中普遍存所以法条的体系把握相当困难。为此，我们必须加强对理论的把握，并系握相关法条，做到融会贯通、举一反三。

二、行政法部分

为达到有效的复习效果，我们必须把握行政法与行政诉讼法的学科特点及司法考试的命题特点。行政法与行政诉讼法的学科特点是该部门法的具体知识点都以其他部门法相关知识点为基础，但在有些方面又与相关部门法的类似知识点存在细微或者重大的差别。如果对其他部门法的相关知识没有把握好，则在学习行政法与行政诉讼法时一定会在脑子里“打架”，与相关部门法的相似知识点纠缠不清。在复习行政法与行政诉讼法时必须特别注意其中的差别，既要借鉴其他部门法学的知识来理解行政法与行政诉讼法，又不能简单地套用。比如“具体行政

行为”，是行政法与行政诉讼法的一个基本概念，甚至可以说是核心概念，整个行政法与行政诉讼法就是围绕它展开的。把握具体行政行为也是整个行政法与行政诉讼法的难题。但如果借用民事法律行为的理论，并注意区分二者的差异，具体行政行为就相对容易掌握了。

司法考试对行政法学的考查，在近近年来逐年增加一些综合型题目，或者考查一些比较生僻的司法解释。综合型题目不是简单地考查某一规范性法律文件的法条，而是同时考查数个规范性法律文件中的法条。为此，备考者在复习中必须注意综合把握法条。为此，笔者在本书的编写中，根据需要，对一些知识点进行一定的综合，便于读者整体把握相关知识点；同时为应对某些生僻的司法解释，在阐述相关知识点时，就有关司法解释加以引用并进行说明。

本书对行政法部分进行了较大幅度的修改：鉴于司法考试对行政法基本原则的考查主要通过论述题形式进行，故将有关行政法基本原则的阐述移至论述题部分；删去了专题——行政主体，将相关内容分解到有关专题中阐述；鉴于《公务员法》的非重要性，将有关公务员的两个专题，合并为一个专题，并对内容进行了精简和重新组合；删去了专题——行政行为一般，将有关内容分解到有关专题中阐述，尤其是将具体行政行为的认定方面的知识点在专题——行政诉讼的受案范围中阐述；鉴于司法考试对行政应急和信访考查力度非常小，删去了该两个专题，建议读者自行通过阅读相关法条把握；鉴于《行政复议法实施条例》的施行，行政复议方面的内容极大地丰富，故将原一个专题扩充为三个专题。

在行政诉讼方面，重写了专题——行政诉讼的受案范围、行政诉讼证据、行政案件审理中的特殊制度，特别的是将有关新司法解释融入其中，包括最高人民法院关于管辖和撤诉方面的司法解释。

从已有的真题看，法理学、宪法学和行政法学在论述题的解答中起着举足轻重的作用，为此，笔者在本书中开辟了两个专题着重讨论论述题与法理学、宪法学、行政法学的关系，并对历年真题中有关法理、宪法和行政法学的论述题进行了解答。通过解答示范，帮助读者把握论述题答题的思路和方法。

三、理论法学、行政法涉及的规范性法律文件

（一）以下规范性法律文件全面被阐述和分析

1. 中华人民共和国宪法
2. 中华人民共和国宪法修正案一、二、三、四
3. 中华人民共和国立法法
4. 中华人民共和国全国人民代表大会和地方各级人民代表大会选举法

5. 中华人民共和国公务员法
6. 中华人民共和国行政监察法
7. 中华人民共和国行政处罚法
8. 中华人民共和国治安管理处罚法
9. 中华人民共和国行政许可法
10. 中华人民共和国行政监察法实施条例
11. 中华人民共和国突发公共卫生事件应急条例
12. 中华人民共和国重大动物疫情应急条例
13. 中华人民共和国政府采购法
14. 中华人民共和国信访条例
15. 中华人民共和国行政复议法
16. 最高人民法院关于适用《中华人民共和国行政复议法》第三十条第一款

有关问题的批复

17. 中华人民共和国行政诉讼法
18. 最高人民法院关于执行《中华人民共和国行政诉讼法》若干问题的解释
19. 中华人民共和国国家赔偿法
20. 最高人民法院关于人民法院执行《中华人民共和国国家赔偿法》几个问

题的解释

21. 最高人民法院关于审理行政赔偿案件若干问题的规定
22. 最高人民法院关于民事、行政诉讼中司法赔偿若干问题的解释
23. 中华人民共和国行政复议法实施条例
24. 最高人民法院关于行政诉讼撤诉若干问题的规定
25. 最高人民法院关于行政案件管辖若干问题的规定

(二) 以下规范性法律文件深度被阐述和分析

1. 中华人民共和国各级人民代表大会常务委员会监督法
2. 全国人民代表大会常务委员会关于加强法律解释工作的决议
3. 中华人民共和国行政法规制定程序条例
4. 中华人民共和国规章制度程序条例
5. 中华人民共和国全国人民代表大会组织法
6. 中华人民共和国全国人民代表大会议事规则
7. 中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会议事规则
8. 中华人民共和国国务院组织法
9. 国务院行政机构设置和编制管理条例

10. 中华人民共和国人民法院组织法
11. 中华人民共和国法官法
12. 中华人民共和国人民检察院组织法
13. 中华人民共和国检察官法
14. 中华人民共和国地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法
15. 地方各级人民政府机构设置和编制管理条例
16. 国务院关于行政区划管理的规定
17. 行政区域边界争议处理条例
18. 中华人民共和国民族区域自治法
19. 中华人民共和国香港特别行政区基本法
20. 中华人民共和国澳门特别行政区基本法
21. 中华人民共和国村民委员会组织法
22. 中华人民共和国城市居民委员会组织法
23. 全国人民代表大会常务委员会关于县级以下人民代表大会代表直接选举的若干规定
24. 中华人民共和国全国人民代表大会和地方各级人民代表大会代表法
25. 反分裂国家法
26. 中华人民共和国国籍法
27. 最高人民法院、最高人民检察院关于办理人民法院、人民检察院共同赔偿案件若干问题的解释
28. 最高人民法院、最高人民检察院关于适用《关于办理人民法院、人民检察院共同赔偿案件若干问题的解释》有关问题的答复
29. 最高人民法院、最高人民检察院关于刑事赔偿义务机关确定问题的通知
30. 最高人民法院关于审理人民法院国家赔偿确认案件若干问题的规定（试行）
31. 最高人民法院关于行政诉讼证据若干问题的规定
32. 最高人民法院关于审理国际贸易行政案件若干问题的规定
33. 最高人民法院关于审理反倾销行政案件应用法律若干问题的规定
34. 最高人民法院关于审理反补贴行政案件应用法律若干问题的规定

三、以下规范性法律文件部分被阐述和分析

1. 中华人民共和国刑事诉讼法
2. 中华人民共和国婚姻法
3. 中华人民共和国商标法

4. 中华人民共和国专利法
5. 中华人民共和国劳动法
6. 中华人民共和国海关法
7. 中华人民共和国税收征收管理法
8. 中华人民共和国证券法
9. 中华人民共和国环境保护法
10. 中华人民共和国土地管理法
11. 中华人民共和国城市房屋拆迁管理条例
12. 中华人民共和国审计法
13. 中华人民共和国民事诉讼法
14. 中华人民共和国缔结条约程序法
15. 中华人民共和国公民出境入境管理法
16. 中华人民共和国外国人入境出境管理法
17. 中华人民共和国反倾销条例
18. 中华人民共和国反补贴条例

(注：在本书援引上述法条、司法解释和诠释法理时，一概用其简称。)

上述所谓“全面”被阐述和分析，是指该规范性法律文件的所有主要内容全部被本书阐述和分析；“深度”被阐述和分析，是指该规范性法律文件中与司法考试相关的重要知识点基本上被本书阐述和分析，本书未涉及的规定多属于与司法考试无关的内容；“部分”被阐述和分析，是指该规范性法律文件中与司法考试相关的且与本书某一或某些专题相关的内容被本书阐述和分析，本书未涉及的规定尽管有些甚至与司法考试紧密相关，但不在本书体系之列，故本书未予阐述和分析。

这些专题是笔者多年来实际参加司法考试和司法考试教学培训经验的总结，其基本内容及体例、形式符合司法考试的要求，相信将有助于备考者减负和解惑！但效果如何，还需读者诸君无情的检验！愿与读者朋友继续交流和提高！

最后需要说明的是：鉴于本书所涉理论法学的内容繁杂，体系性差，所述不可能面面俱到，而是侧重重点、难点问题。因此，考生在时间有保证的情况下，可结合教材来使用本书，以免遗漏零星知识点。

季宏谨识

2008年3月于北京万国

目

司法考试中的理论法学·行政法	
——2008 年修订版代前言	1

法理学部分

录

专题	一	法的概念和价值	2
专题	二	静态的法	15
专题	三	法的微观运行	30
专题	四	法的宏观运行	46
专题	五	法律解释与法律推理	58
专题	六	法的演进	68
专题	七	法与社会	80

法制史部分

专题	八	古代立法	92
专题	九	古代刑民制度	103
专题	十	古代司法制度	117
专题	十一	清末、民国时期的法律	130
专题	十二	罗马法	139
专题	十三	英美法与大陆法	144

宪法学部分

专题	十四	宪法基本理论	156
专题	十五	国体、政体与国家结构形式	170
专题	十六	选举制度	176
专题	十七	民族区域自治制度	183
专题	十八	特别行政区制度	186

专题 十九	公民的基本权利与义务·····	193
专题 二十	国家机构概述·····	202
专题二十一	全国人大及其常委会·····	206
专题二十二	国家主席·····	216
专题二十三	国务院与中央军事委员会·····	221
专题二十四	地方人大及其常委会·····	229
专题二十五	地方各级人民政府·····	234
专题二十六	人民法院和人民检察院·····	238
专题二十七	基层群众自治组织·····	243
专题二十八	宪法制定、实施及其保障·····	246
专题二十九	法律、法规与规章制定权·····	251
专题 三十	法律、法规、规章的适用与备案·····	262

行政法部分

专题三十一	公务员·····	274
专题三十二	行政监察·····	288
专题三十三	行政处罚的设定、管辖与适用·····	299
专题三十四	行政处罚的决定与执行·····	308
专题三十五	行政许可的特征、种类、设定与效力·····	318
专题三十六	行政许可的实施及其程序·····	328
专题三十七	政府采购·····	336
专题三十八	行政复议申请与受理·····	344
专题三十九	行政复议的审理·····	354
专题 四十	行政复议的结案·····	362

行政诉讼法部分

专题四十一	行政诉讼概述·····	374
专题四十二	行政诉讼的受案范围·····	380
专题四十三	行政诉讼的管辖·····	399
专题四十四	行政诉讼原告·····	406
专题四十五	行政诉讼被告、第三人与共同诉讼人·····	413
专题四十六	行政诉讼的起诉和受理·····	420
专题四十七	行政诉讼证据·····	430
专题四十八	行政案件审理中的特殊制度·····	442

专题四十九	行政诉讼裁判	453
专题五十	执 行	465

国家赔偿法部分

专题五十一	国家赔偿一般	478
专题五十二	行政赔偿	488
专题五十三	司法赔偿	495

论述题部分

专题五十四	论述题与法理学、宪法学	508
专题五十五	论述题与行政法	517
关于合作打击盗版的几点声明		527
人民法院出版社法律考试出版暨辅导中心简介		528



L E C T U R E

5.5

法理学部分

专 题 一

法的概念和价值



相关法理

法的概念涉及法的特征、法的本质以及法的作用三方面：

1. 法的特征，是指法与相近的社会现象（比如道德、宗教、政策等）相比较的过程中显示出来的特殊标志。法的特征可以表现为规范性、国家意志性、普遍性、权利义务性、国家强制性（含程序性）和可诉性六个方面。法的本质，是指深藏于法的现象背后以致凭借直观的方式无法把握的法的内在联系，是人们对可感知的法的外部联系的真实本源的一种主观把握和理性抽象。法的本质存在于国家意志、阶级意志与社会存在、社会物质条件之间的对立统一关系之中。

2. 法的作用，泛指法对社会产生的影响。法的作用与法的本质及目的是密切联系、相互作用的。唯物史观认为：（1）法的作用体现在法与社会的交互影响中。法在由社会所决定的同时，法也具有相对的独立性，即能够促进或延缓社会的发展。（2）法的作用直接表现为国家权力的行使。法的作用与国家的地位和作用互为表里。（3）法的作用本质上是社会自身力量的体现。法能否对社会发生作用，法对社会作用的程度，法对社会作用的效果，不是法律自身能够决定的。本专题着重分析法的规范作用、社会作用以及法的作用的局限性。

3. 法的价值，是指法（客体）有哪些为人（主体）所重视、珍视的性状、属性和作用。法的价值表明了法对于人们而言所拥有的正面意义，它体现了其属性中为人们所重视、珍惜的那部分。也就是说，法的价值意味着它能够满足人们的需要，代表着人们对美好事物的追求。本专题为此着重分析法的价值种类、法的价值冲突及其解决。

在马克思主义哲学中，价值和真理都是探讨主体（人）与客体（客观世界）的关系的范畴。价值判断，是以人的需要和要求作为判断标准，若客体符合人的需要和要求，则是有价值的；事实判断，是以客体的真实情况为判断标准，若主体的认识符合客体的真实情况，则人的认识是真理，反之是谬误。法的价值判断与事实判断与此相同。



知识点及实例

一、法的特征