

司考通 | 国家司法考试教材

2012年国家司法考试

政法英杰

名师核心考点精讲

| 行政法与行政诉讼法 |

吴 鹏 © 编著



中国政法大学出版社

司考通 | 国家司法考试教材

政法英杰

名师核心考点精讲

| 行政法与行政诉讼法 |

吴 鹏 © 编著



中国政法大学出版社

2012 · 北京

图书在版编目(CIP)数据

2012年国家司法考试政法英杰名师核心考点精讲.行政法与行政诉讼法 / 吴鹏编著. —北京: 中国政法大学出版社, 2012.3

ISBN 978-7-5620-4208-2

I. ①2… II. ①吴… III. 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(2012)第039682号

书 名	2012 年国家司法考试政法英杰名师核心考点精讲 行政法与行政诉讼法 2012NIAN GUOJIA SIFA KAOSHI ZHENGFA YINGJIE MINGSHI HEXIN KAODIAN JINGJIANG XINGZHENGFA YU XINGZHENG SUSONGFA
出版发行	中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路 25 号) 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088 fada.sf@sohu.com http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社) (010) 58908433(编辑部) 58908325(发行部) 58908334(邮购部)
承 印	固安华明印刷厂
规 格	787mm×1092mm 1/16
印 张	13.5
字 数	360 千字
版 本	2012 年 4 月第 1 版 2012 年 4 月第 1 次印刷
书 号	ISBN 978-7-5620-4208-2/D·4168
定 价	22.00 元

- 声 明
1. 版权所有, 侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题, 由印刷厂负责退换。

鸣 谢

本套丛书在“莘莘学子”的殷切期盼中终于如期再版！这是考生的一大福音！她篇幅简练、考点明确，是一套考生运用起来得心应手的书籍。这套书凝聚了众多作者、出版者的辛勤汗水！由于他们忘我的付出、不懈的努力，终于使这套丛书得到了广大考生的认可！这里，我们衷心感谢政法英杰校长常英教授的鼎力支持！感谢政法英杰司法考试培训中心名师团队的吴鹏老师、杨艳霞老师、杨帆老师、史颢老师、刘安老师、李毅老师、席志国老师等的通力合作，正是由于他们的团队精神、团结协作，根据自己多年的司考辅导经验终于精心打造了这样一套对广大学员大有裨益的考试用书。

同时，政法英杰更要感谢出版者和一直支持、信任我们的广大学员，有了他们的反馈，我们才会更加有针对性的编纂教材，使该书更具权威性、精确性、实用性！有了他们，我们才会不断进步，不辜负给予我们每一份力量的学员们。最后，希望广大读者对本书不吝指点、多提宝贵建议！

政法英杰培训中心

2012年3月

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的驾驭司法考试,北京政法英杰培训中心特编著此套名师过关辅导用书。

本套丛书是由我及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,有利于考生扎实掌握基础理论,强化实战经验,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,紧扣司考大纲,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,夯实理论基础。

2. **浓缩考点。**我们将历年真题作了深刻的剖析,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,又快又好的达到复习效果。

3. **名师精炼。**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2012年司法考试

命题方向,司法考试唯有年年有新意,才能考倒人,也才能真正的选拔出精英。

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 2012 年都能心想事成,鸿运当头,金榜题名!

常 英*

2012 年于中国政法大学

* 常英:中国政法大学资深教授、硕导,政法英杰校长,著名教育家,被誉为“民诉辅导第一人”。

作者自序

司法考试考什么？一是教材！二是法条！三是真题！

教材：就是法律出版社的“三大本”，名曰“辅导用书”，实则“指定教材”，基本概念、基本理论、基本知识在这套书中都有介绍。

法条：就是中国政法大学出版社的“一大本”，叫“法规汇编”，司法考试涉及的法条全部都在上面。

真题：2002年以后的真题，实在是太重要了。80%以上的考点都是重复的，重要考点不厌其烦地反复出现。而且，历年真题反映了命题人的思路，考察知识点的思路，设计陷阱的思路。做历年真题，就是做今年试题。

但是，以上三种资料，都有严重的缺陷。由于编写体例、编写思路、作者水平的限制，不能真正满足考生应考的需要。

“指定教材”的编写模式与高等学校的法学教材没有区别，为了照顾体系的完整和初级考生的需要，偏重说理，实用性不足，写进了很多司法考试根本不会考察的内容。这样，使得许多考生把握不住重点和考点，浪费了大量的时间，做无用功。同时由于该教材由不同的老师编写，前后重复、观点冲突、考点遗漏的现象非常严重，影响了教材的可信度。

“法规汇编”中收录的法规太多，有些法规缺乏可考性，司法考试很少涉及或者从来不涉及。更大的弊端是法规混乱。法律自身的散乱、冲突，法律和司法解释脱节、抵触。法规的混乱，带来理解上的混乱，使考生无法形成系统、正确的认识，严重地影响了学习的效率。

“真题解析”，有很多种，由于作者水平的限制，有些解析是错误的，有些解析是啰嗦的，有些解析是模糊的，没有一针见血的阐述。考生看了解析，脑子是乱的，抓不住考点，弄不清命题人的思路，浪费了宝贵的时间。

因此，考生需要一本好书，对指定教材、法规汇编、历年真题扬长避短，浓缩精华，每一句话都对考生有用，对通过司法考试有用。本讲义，我写了8年，不停地修改、完善。这是我十几年从事司法考试辅导的经验总结，试图最大限度地将指定教材、法规汇编、历年真题糅合在一起，为考生备考提供便利、提高效率。

在编写过程中，我的想法很“鸡贼”，只讲对考试有用的，不讲对考试没用的。我无意纠缠于深奥的法学理论，而是尽量把复杂问题简单化，简洁明了，一目了然。我有意避开了法学界的观点争议，甚至痛苦放弃了自己的观点，坚定地把所有的观点统一到教材上去！统一到法条上去！统一到真题上去！

做好司法考试辅导，是我毕生的理想，给我带来无尽的痛苦和欢乐，让我感知生命的失落和价值。我以我的善意和努力，陪伴广大考生走在“中国第一难考”的路上。请记住，你不

是在寂寞地奋斗,我和其他老师正在与你一起打拼,并期待着为你的成功而喝彩。你在学习时,有什么问题、意见或者建议,请与我联系,以达到教学相长的目的。我的联系方式是 wu-peng@188.com。

是为序!

吴 鹏

2012年3月于北京

目 录

序 言	(1)
作者自序	(3)
行政法导读	(1)
第一讲 行政法概述	(3)
第二讲 行政组织与公务员	(11)
第三讲 行政行为	(26)
第四讲 行政处罚	(43)
第五讲 行政许可	(58)
第六讲 行政强制	(76)
第七讲 行政程序与政府信息公开	(83)
第八讲 行政复议	(90)
第九讲 行政诉讼	(110)
第十讲 国家赔偿	(183)

行政法与行政诉讼法

行政法导读

考生普遍反映,司法考试是“天下第一难考”,行政法又是其中最难的科目,难上加难。其实,行政法很怪,但是真的不难。考生只要掌握学习方法,一定能够攻克行政法,取得好的成绩。

一、行政法的总体结构

行政法既是“官民关系法”,又是“人权保障法”。行政法是规范行政主体(官)与行政相对人(民)两者之间关系的法律规范,其实质是“控权法”,即控制行政权,保障公民权。如果“官”在行政管理过程中侵犯“民”的权利,根据有权利必有救济的原则,“民”可以通过行政复议、行政诉讼和行政赔偿三种途径寻求救济。行政法的总体逻辑是:“官管民,民告官”。(1)“官管民”,即行政管理,行政主体(官)对行政相对人(民)作出行政行为(事)。如果“官”侵犯“民”的权利,“民”就可以告“官”。(2)“民告官”包括三种,找上级行政机关告,叫行政复议;找法院告,叫行政诉讼;找上级行政机关、法院、原行政机关告,叫行政赔偿。

行政法的总体逻辑,体现在具体的立法上。(1)“官管民”的立法,包括行政处罚法、行政许可法、行政强制法等等,是规范行政管理程序的,要求行政机关“依法行政”,避免侵犯“民”的权利。(2)“民告官”的立法,包括行政复议法、行政诉讼法和国家赔偿法,是规范行政救济程序的,要求司法机关“依法审判”,救济“民”的权利。所以,行政法主要规范两个问题,一个是行政机关依法行政,一个是司法机关依法审判。

在以上四个程序(行政管理、行政复议、行政诉讼、行政赔偿)中,“官”、“民”、“事”是基本一致的,只是名称发生了变化。(1)“民”在行政管理中叫“行政相对人”,在行政复议中叫“申请人”,在行政诉讼中叫“原告”,在行政赔偿中叫“赔偿请求人”;(2)“官”在行政管理中叫“行政主体”,在行政复议中叫“被申请人”,在行政诉讼中叫“被告”,在行政赔偿中叫“赔偿义务机关”。(3)“事”主要是指“具体行政行为”,分别称为行政复议受案范围、行政诉讼受案范围、行政赔偿范围。一句话,在行政法中,“两个人一件事,四个程序统一”。

行政法的总体结构:2 1 4 → 2 个人、1 件事、4 个程序

官管民	①行政管理	行政主体	相对人	行政行为
民告官	②行政复议	被申请人	申请人	行政行为
	③行政诉讼	被告	原告	行政行为
	④行政赔偿	义务机关	请求人	行政行为
		官	民	事

二、行政法的命题特点

行政法在司法考试中的分值比例一般为 10%,60 分左右。其中客观题一般是 40 分,主观题一般是 20 分左右。有的年份因为出现论述题,分值高达 70 多分。作为“五大法”之一,行政法在司法考试中的地位不可小视。

考题分布方面,行政处罚法、行政许可法、行政强制法、行政复议法、行政诉讼法和国家赔偿法集中了绝大部分考题,尤其是行政诉讼法号称是行政法考试的“半壁江山”,占一半以上的分值,每年考三、四十分。

行政法的命题,有几个特点:(1)综合性。考单一法律、单一法条的题目越来越少,越来越多的题目涉及一部法律的几个法条,甚至是几部法律的几个法条。综合性也是整个司法考试的命

题趋势。(2)理论性。司法考试加强了对行政法理论的考查,如2003年司法考试卷四的论述题,要求用行政的合法性与合理性原则分析一个案例,2006年再次考了一道合法性、合理性原则的论述题,2007年考了信赖保护原则,2010年又考了一道合法性、合理性的论述题。很多考题没有法条依据,直接考查法理。即使是有法条依据的题目,也不是简单考查法条的记忆,而着重是考查法条背后的法理依据。(3)应用性。与过去简单地根据法条设计试题不同,越来越多的试题直接根据真实的案例改编而成,尤其是案例题和论述题。行政法与现实结合非常紧密,涉及大量热点问题,出现论述题的可能性比较大。

行政法理论性强,不好理解,也不好记忆。好容易理解、记住了,题目又做不对。考生的问题,主要有三个:(1)不熟理论。不熟悉法理学、宪法,对行政法特有的逻辑规律没有把握。比如“控权法”思想,行政法是“控制行政权、保障公民权”的法,不理解这一点就不可能理解法条。不理解,当然就记不住,当然就不会用。(2)不懂实践。不熟悉行政机关的体系和行政行为运作的模式,对于行政活动的实践没有“感觉”。比如行政机关之间的关系、工作部门的职能等等,十分的混乱和庞杂。即使是生活中经常见到的行政机关和行政行为,人们也难以准确地说出一二三来。(3)不愿动手。行政法的理论和实践问题,要想在短时间内突破,没有针对性训练一定不行。很多考生练习历年真题太少,没有形成行政法思维。考试时,对题目就是没感觉,只好瞎撞瞎编,甚至干脆放弃。

三、行政法的复习要旨

行政法虽然难学,但是坚决不能灰心放弃。工欲善其事,必先利其器。只要掌握窍门,加强训练,行政法考一个好分数还是不难的。

1. 划分阶段。行政法最重要的资料有三个:一是教材,二是法条,三是真题。对这三个资料,考生要把时间分为三个阶段,每个阶段各有重点。第一阶段,以教材为主,兼顾法条,主要是理清体系和原理,形成知识框架。第二阶段,以法条为主,教材为辅,大量做题,目的是落实细节、加强应用。第三阶段,以法条为主,研究真题,目的是强化法条、提高解题技巧。教材方面,建议考生购买辅导名师的讲义,体系化和实用性比官方用书要强许多。这里强调指出,贯穿三个阶段、三个材料的红线是“考点”,即常考的知识点。不论哪个阶段,也不论哪个材料,考生都要有弄清考点,把常考的知识点弄透。准备司法考试就是准备考点,三个阶段循序渐进,三个材料反复学习,最后的落实在考点上。

2. 弄清体系。从总体上说,行政法可以分为五个部分:行政主体、行政行为、行政复议、行政诉讼与国家赔偿。(1)行政主体、行政行为,不是命题的直接重点,往往被忽略,但这恰恰是考生最大的误区。因为总论是基础,理论基础没有打好,应用部分就无从谈起。作为理论基础,必须牢牢掌握。(2)行政复议、行政诉讼、国家赔偿,是命题的直接重点,要弄清楚它们之间的共性。比如,行政复议和行政诉讼在当事人、受案范围、证据、决定(判决)等方面是基本一致的,而行政赔偿也有与行政复议、行政诉讼相同或相似的部分,比较一下更容易理解和记忆。其实,行政复议、行政诉讼、行政赔偿就是一个问题,都是“民告官”,绝大部分法条是一致的,差别很小。

3. 抓大放小。准备司法考试不可能面面俱到,所以要在全面基础上抓重点,“全面撒网,重点捕鱼”。从历年真题中可以看出,行政法中的重点法律是《立法法》、《行政处罚法》、《行政许可法》、《行政强制法》、《行政复议法》、《行政诉讼法》及其解释、《国家赔偿法》及其解释,要重点突破。至于《公务员法》、《政府信息公开条例》、《行政法规制定程序条例》、《规章制定程序条例》,是非重点法律,也要理解记忆,因为近年都有3分左右的考题。对于重点或非重点的法律,都要进一步找出重点内容,重点掌握,同时熟悉法条背后所隐含的理论。我一贯反对“重点法条”的提法,它误导考生只学习重点法条,其他的可以不管,这个思想看似功利实用,实则害人不浅。

4. 务虚务实。首先要重视对行政法理论的学习。行政法与宪法、法理学的关系非常密切,理论性非常强。行政法是动态的宪法,同时也是充满哲学的学科。司法考试改变了过去偏重法条测试的做法,越来越强调理论知识的考查,前三卷的客观题强调“主观化”,第四卷论述题、分析题等新题型的出现,都说明了这一点。其次要重视对社会热点问题的关注,要了解行政机关的

结构、行政行为的方式,要思考行政案件的特殊性,提高对行政法的感性认识。反复练习历年真题,耐心推敲历年真题,提高综合分析的能力,是务虚和务实相结合的好方法。题目不在于多而在于精,历年真题就足够了,但是要自己动脑子,不要轻易去看真题解析,要自己研究出答案。

第一讲 行政法概述

本章是行政法概述,主要阐述行政法的基本概念、法律渊源和基本原则。这些都是行政法最基础的问题,必须深刻地理解和把握。尤其是基本原则,是贯穿行政法的一条红线。

在这一部分,要理解行政法的“控权法”结构,即行政法是控制行政权、保障公民权的法,这是行政法的核心价值和突出特点。行政法就是围绕着“控权法”的思想展开的。

第一节 行政法的基本概念

一、行政法和行政的概念

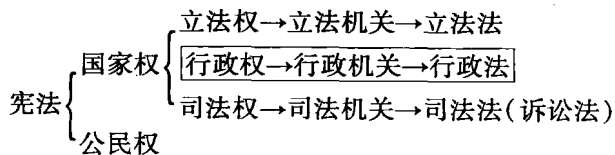
行政法,在西方,是资产阶级革命的产物,是资产阶级宪政制度和权力分立的必然要求。一切不受约束的权力,必将导致绝对的腐败。因此,孟德斯鸠提出三权分立学说,将国家的立法、行政、司法三权相互分立,分别由立法机关、行政机关和司法机关掌管,以权力制约权力,防止权力滥用,保障人权。

(一)行政法

行政法是控制与规范行政权的法律规范的总称。行政法的本质是“控权法”,即控制行政权、保障公民权的法。正如英国行政法学家威廉·韦德所说:“行政法定义的第一个含义就是它是关于控制政府权力的法。……行政法的主要目的就是控制政府的权力不超出它的法律规范,以此来维护公民不因权力滥用而受到侵害。”^①印度行政法学家赛夫总结性地指出:“无论在普通法国度还是在大陆法国度,贯穿于行政法的中心主题完全是相同的。这个主题就是对政府权力的法律控制。”^②

西方法治国家的逻辑起点,是控制国家权、保障公民权。(1)制定宪法,总体控制国家权。宪法是“控权法”,即控制国家权、保障公民权的法。国家的一切权力属于人民,人民建立国家的目的是为了实现自身利益的最大化。人民在建立国家之前,签订一个控制国家权的契约,也就是宪法,以防止国家侵犯人民的权利。(2)实施三权分立,进一步控制国家权。国家权被一分为三,即立法权、行政权和司法权,分别交由立法机关、行政机关和司法机关行使,三个权力相互制约,并保持平衡。这样,国家权被分成相互制约的三个部分,因而不能作为一个整体去侵犯公民权。(3)制定立法法、行政法、司法法,分别控制国家权。根据宪法,制定立法法,控制立法权;制定行政法,控制行政权;制定司法法(诉讼法),控制司法权。总之,所有的涉及国家权力的法,即公法,都是控权法。行政法是一种公法,当然也是控权法。

中国行政法,与西方国家行政法相比,既具有自身特点,也具有行政法的一般共性。中国没有实行西方的三权分立,而是建立了三权分工制度。中国的国家权也分为立法权、行政权和司法权三个部分,但是彼此是权力分工、相互监督的关系,而不是西方国家的权力分立、相互制约的关系。但是,中国行政法也是“控权法”,在控制行政权、保障公民权这一原则精神上,中国与西方国家并无差异。



① [英]威廉·韦德:《行政法》,徐炳等译,中国大百科全书出版社1997年版,第5页。

② [印]M. P. 赛夫:《德国行政法——普通法的分析》,周伟译,五南图书出版公司1991年版,第4页。

(二) 行政

行政法上的行政,即公共行政,是近代宪法产生、确立了民主政治之后的公共行政,是指行政机关行使行政权(公权力)实现行政职能的活动。这里的“行政机关”是个广义的概念,还包括被授权组织,即被法律、法规或规章授予行政权的企事业单位、社会团体等组织。公共行政,是相对于立法和司法的一个概念。“公共行政”的反义词是“私人行政”,主要指企业内部的行政。

行政是国家权力分立的产物。行政最初是与立法、司法等国家权力相区别而言的,三者共同形成国家作用,由不同的机关来执掌。根据早期的三权分立学说,三个机关分别行使三个权力。随着社会的发展,三个权力在三个机关之间发生了分化和重新组合,行政机关也得到了一部分立法权和司法权。所以,行政法所研究的行政是指形式行政,即以行政机关作为划分的标准,只要是行政机关行使公权力的活动都可以被认为是行政,无论它们是制定规则(行政立法)、执行规则(行政执法),还是裁决行政纠纷或民事纠纷(行政司法)。所以,行政权进一步分化为三个权力:行政立法权、行政执法权、行政司法权。

如下图所示:

行政 = 公共行政 = 行政机关行使行政权 $\left\{ \begin{array}{l} \text{行政立法权} \\ \text{行政执法权} \\ \text{行政司法权} \end{array} \right.$

二、行政法的结构

(一) 行政法的结构之一:行政实体法、行政程序法和行政诉讼法

行政法按照控制行政权的先后顺序,分为行政实体法、行政程序法和行政诉讼法,其功能分别对应于事前控权、事中控权和事后控权,从而构成一个全方位控制行政权的法律系统。

1. 行政实体法,是“授权法”,即授予行政机关权力的法。行政机关行使权力,必须有法律的明确授权,“法无授权即禁止”(这与公民权恰恰相反,“法无禁止即自由”)。行政实体法是事前控权的法。

2. 行政程序法,是“过程法”,是对行政机关行使权力的方式、方法、时效、顺序的规定,是对行政行为过程的限定。行政程序法是事中控权的法。

3. 行政诉讼法,是“民告官”的法。如果行政机关违反行政实体法、行政程序法的规定,侵犯了相对人的权利,相对人就可能提起行政诉讼,司法机关也就可能追究行政机关的违法责任。行政诉讼法是事后控权的法。

如下图所示:

行政法(控权法) $\left\{ \begin{array}{l} \text{行政实体法(事前控权)} \\ \text{行政程序法(事中控权)} \\ \text{行政诉讼法(事后控权)} \end{array} \right.$

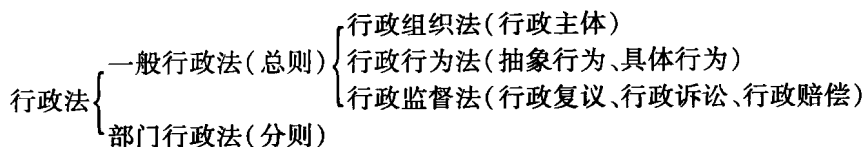
(二) 行政法的结构之二:一般行政法(总则)和部门行政法(分则)

部门法一般都可以分为总则和分则两大部分,总则部分阐述该部门法的基本理论,分则部分阐述该部门法的具体应用。行政法也是如此,总则即一般行政法,是对一般行政关系加以调整的法律规范的总称;分则即部门行政法,是对某一领域的行政关系加以调整的法律规范的总称。

1. 一般行政法,包括三个部分:(1)行政组织法:主要规定行政主体的组织、性质、地位、职权,即有关“行政主体”的规定。(2)行政行为法:主要规定行政主体行使职权的方式、程序,即有关“行政行为”的规定。(3)行政监督法:主要规定对行政主体行使职权的行为如何实施监督,即有关“行政复议”、“行政诉讼”和“行政赔偿”的规定。本教材就是按照一般行政法的逻辑编写的。

2. 部门行政法,是有关行政管理的各个部门的法律规范,如教育行政法、交通行政法、卫生行政法等。国家有多少行政管理部门,就有多少种行政法。

如下图所示:



第二节 行政法的法律渊源

一、行政法的法律渊源的概念

行政法的法律渊源,即行政法的形式渊源,是指行政法规范的表现形式。原则上,成文法是我国行政法的主要法律渊源,不成文法的法律解释也是我国行政法的法律渊源。行政机关的行政惯例、法院的司法裁判以及学者的理论学说不能成为我国行政机关活动的法律根据,也不能成为评价行政活动合法性的准则。

二、行政法法律渊源的主要种类

中国行政法法律渊源的确定,主要依据是《立法法》。根据《立法法》的规定,中国的正式立法,包括宪法、法律、法规(包括行政法规、地方性法规和自治法规)、规章(包括部门规章和地方政府规章)。除此以外的法律规范,如各级人大和各级政府制定的“其他规范性文件”,一般认为不属于行政法的正式法律渊源。

1. 宪法。即 1982 年宪法。宪法是由全国人大制定的国家根本大法,规定国家的基本制度,具有最高的法律地位和法律效力,是各项立法的依据。宪法与行政法有着最为密切的联系。宪法中关于行政机关的任务和原则、关于行政机关与其他国家机关的相互关系、关于行政机关组织和活动的规定,属于行政法的重要法律渊源。

2. 法律。法律是全国人大及其常委会制定的规范性文件,其中全国人大制定的规范性文件称为基本法律,全国人大常委会制定的规范性文件称为一般法律。法律的效力仅次于宪法。法律中关于行政组织、行政管理活动和对行政机关监督的规范,是行政法的主要法律渊源。

3. 行政法规。行政法规是指由国务院为了实现对国家各项事务的管理,根据宪法和法律,制定的规范性文件。行政法规的法律效力仅次于宪法和法律,居于第三位。

4. 地方性法规。地方性法规是指在不抵触上位法的前提下,由省、自治区、直辖市人大及其常委会发布的规范性文件(省法规),以及“较大的市”的人大及其常委会发布的规范性文件(市法规)。“较大的市”包括三种:(1)“省会市”,即省会所在地的市、自治区首府所在地的市。(2)“国批市”,即国务院批准的较大的市,共有 18 个。(3)“特区市”,即经济特区所在地的市,包括深圳、珠海、汕头、厦门 4 个。

5. 自治条例和单行条例。也称自治法规,指民族自治地方(自治区、自治州、自治县)的人大依据宪法、民族区域自治法和其他法律规定的权限,结合当地的政治、经济和文化的特点所制定的规范性文件。自治法规是一种特殊的地方性法规,自治区的自治法规相当于“省法规”,自治州、自治县的自治法规相当于“市法规”。

6. 规章。分为两种:(1)部门规章,是国务院的组成部门和直属机构根据法律和国务院的行政法规、决定、命令,制定的规范性文件。(2)地方政府规章,是省、自治区和直辖市的政府发布的规范性文件(省规章),以及“较大的市”的政府发布的规范性文件(市规章)。

7. 法律解释。指法律的规定需要进一步明确具体含义的,或者法律制定后出现新的情况需要明确法律依据的情形,由法定机关根据法定程序作出的解释。根据全国人大常委会制定的《关于加强法律解释工作的决定》,法律解释主要包括立法解释、司法解释、行政解释和地方解释等。其中,最高人民法院的司法解释具有特殊重要的地位。

8. 国际条约和协定。国际条约或国家间协定有的涉及国内行政管理,而成为行政法的渊源。其中,WTO 协定和中国人世文件关于行政机关和其他有关机构权利义务的规定,应当转化为中国的国内立法后才能作为行政法的法律渊源。

如下图所示:

宪法 法律 行政法规			
自治法规	地方性法规	地方政府规章	部门规章
自治区	省法规 1	省规章 1	部委、直属机构
自治州 自治县	市法规 3	市规章 3	

第三节 行政法的基本原则

行政法基本原则,是指反映行政法的本质和基本价值要求、体现行政法各个制度和具体规则的内在联系、调节基本行政关系的共同性规则,它是指导和规范行政的立法、执法以及司法的最主要、最具有普遍价值的原则。行政法的基本原则,主要包括合法行政原则和合理行政原则。2004年3月,国务院制定了《全面推进依法行政实施纲要》,在合法行政和合理行政两大原则的基础上,又增加了程序正当、高效便民、诚实守信、权责统一四项原则。

一、合法行政原则

合法行政原则,也称行政合法性原则,是指行政机关实施行政管理,应当依照法律,不得与法律相抵触。合法行政是行政法的首要原则,其他原则都是这一原则的延伸。合法性原则是行政法治的核心内容,属于形式行政的内容。

合法行政原则,其内容包括:

1. 行政机关必须遵守现行有效的法律,即“依法行政”。首先,行政机关的任何决定和规定都不得与法律相抵触,否则就不能取得法律效力。其次,行政机关有义务积极执行和实施法律规定的职责,否则就将构成不作为违法。

2. 行政机关应当依照法律授权活动,即“无法律无行政”。没有法律根据,行政机关不得作出影响公民合法权益或者增加公民义务的决定,否则就将构成行政违法。

合法行政原则是行政活动区别于民事活动的主要标志,这是因为公民权与行政权在法律上有不同的要求。对于公民来说,凡是法律所不禁止的,都是公民可以做的,正所谓“法无禁止即自由”。而对于行政机关来说,任何行政活动都必须要有法律根据,必须符合法律规定,正所谓“法无授权即禁止”。这是因为,公民权是本原的权利,如果没有被法律禁止,都是公民的自由权利。而行政权是派生的权力,是人民通过宪法、法律授予行政机关的,如果没有法律的确明确授权,行政机关不得做出任何行政行为。在这一点上,立法权、司法权与行政权相同,公权力都是通过法律获得的,立法机关、司法机关做出任何行为都需要得到法律的确明确授权。

例1: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/多选)

- 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

讲解:合法行政原则在结构上包括两个方面:一是行政机关必须遵守法律,即“依法行政”。行政机关违反法律作出的规定和决定,不能取得法律效力。行政机关不积极执行和实施法律规定的义务,就将构成不作为违法。二是行政机关应当依照法律授权活动,即“无法律无行政”。没有法律根据,行政机关不得作出影响公民合法权益或者增加公民义务的决定。否则,就将构成行政违法。故A项、D项不符合,当选。▲《行政处罚法》第27条第1款规定:“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;(三)配合行政机关查处违法行为有立功表现的;(四)其他依法从轻或者减轻行政处罚的。”故C项存疑。

二、合理行政原则

合理行政原则,也称行政合理性原则,是指行政机关实施行政管理,行政行为的内容要客观、适度,符合立法精神和目的,符合公平正义的法律理性。其核心含义,是行政裁量决定应当具有理性基础,禁止武断专横和随意。合理性原则属于实质行政的内容。

合理行政原则,其内容包括以下三个原则:

1. 公平公正原则,即同等对待原则。行政机关要平等对待行政相对人,不偏私,不歧视。

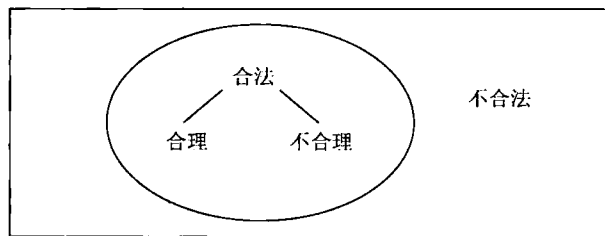
2. 考虑相关因素原则,即正当考虑原则。行政机关行使自由裁量权,应当符合法律目的,排除不相关因素的干扰。

3. 比例原则。行政机关实施行政管理的具体措施,应当符合三项要求:(1)合目的性,行政机关行使裁量权所采取的具体措施必须符合法律目的。(2)适当性,行政机关所选择的具体措施应当为法律所必需。(3)损害最小,行政机关在可以采用多种方式实现某一行政目的的,应当采用对当事人权益损害最小的方式。

行政合理性原则产生的主要原因,是行政自由裁量权的存在。自由裁量权是指在法律规定的条件下,行政机关根据其合理的判断,决定作为或不作为,以及如何作为的权力。行政裁量权包括三个方面:种类裁量权、幅度裁量权、程度裁量权。由于社会事务的复杂多变,使法律无法对所有的行政活动都作出明确规定,行政机关只能在法律原则的指导下,运用自由裁量权,根据客观情况采取适当的措施或作出合适的决定。行政机关拥有自由裁量权并不意味着可以为所欲为,其实施权力要基于立法精神、立法目的以及公平正义观念。

合法行政原则与合理行政原则之间存在非常密切的关系,是分析和判断一切行政行为的主要工具。合法行政原则与合理行政原则是行政行为应当同时遵循的原则。从广义上讲,合理行政原则也属于合法行政原则。我们只是在合法行政原则的基础上探讨合理行政原则,也就是说,行政行为应当首先要合法,然后再合理。所以,行政机关的行为包括三种状况:(1)合法、合理。(2)合法、不合理。(3)不合法、不合理。但是,不存在“不合法、合理”的状况。行政机关违反法律规范,即不合法,也就是不合理的。

如下图所示:



例2:关于合理行政原则,下列哪一选项是正确的?(2008/2/46/单选)

- A. 遵循合理行政原则是行政活动区别于民事活动的主要标志
- B. 合理行政原则属实质行政法治范畴
- C. 合理行政原则是一项独立的原则,与合法行政原则无关
- D. 行政机关发布的信息应准确是合理行政原则的要求之一

讲解:行政权的行使必须符合法律规定,“法无授权即禁止”,而公民权则是“法无禁止即自由”,所以合法行政原则是行政法的首要原则,是行政活动区分民事活动的主要标志,故A项错误。▲合理行政原则主要适用于行政机关的裁量权,强调行政行为不仅要合法,而且要公平、公正,是合法行政原则的深化,属于实质行政法治的范畴,故B项正确,C项错误。▲“行政机关发布的信息应准确”属于诚实守信原则,不是合理行政原则,故D项错误。

例3:关于行政法的比例原则,下列哪一说法是正确的?(2010/2/39/单选)

- A. 是权责统一原则的基本内容之一
- B. 主要适用于羁束行政行为
- C. 是合法行政的必然要求
- D. 属于实质行政法治范畴

讲解:比例原则主要是对行政机关行使裁量权的要求,包括合目的性、适当性和损害最小。比例原则是合理行政基本原则之下的小原则,属于实质行政法治的范畴,尤其适用于裁量性行政行为。故B项、C项错误,D项正确。▲A项是错误的,因为权责统一原则的基本要求是行政权力和法律责任的统一。

例4: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元—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,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车人索要高额“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)(2003/4/8/论述)

讲解:本题考点是合法行政与合理行政的关系。本案是一个真实的案例,“某市”为广州市。广州市出台的治理交通秩序的新举措,是一个抽象行政行为,内容是悬赏举报。据此,广州市交通管理部门对举报交通违章者进行奖励,对交通违章者进行处罚和曝光。这就涉及到广州市治理交通秩序新举措的合法性与合理性问题。但是,本题没有标准答案,因为缺少合法性判断的条件。交通新举措是否符合上位法的规定,题目中并没有予以说明。所以,考生可以自己作出判断。合理性问题同样需要考生的衡量,因为题目中列举了交通新举措的利与弊。如果认为利大于弊,则是合理的,反之则是不合理。所以答案有三种可能性:(1)合法、合理;(2)合法、不合理;(3)不合法、不合理,这些都属于正确答案。但是,不存在合理但不合法的情形,因为只有对合法行为,我们才讨论其合理性问题。

例5:2002年7月,某港资企业投资2.7亿元人民币与内地某市自来水公司签订合作合同,经营该市污水处理。享有规章制定权的该市政府为此还专门制定了《污水处理专营管理办法》,对港方作出一系列承诺,并规定政府承担污水处理费优先支付和差额补足的义务,该办法至合作期结束时废止。

2005年2月市政府以合作项目系国家明令禁止的变相对外融资举债的“固定回报”项目,违反了《国务院办公厅关于妥善处理现有保证外方投资固定回报项目有关问题的通知》的精神,属于应清理、废止、撤销的范围为由,作出“关于废止《污水处理专营管理办法》的决定”,但并未将该决定告知合作公司和港方。港方认为市政府的做法不当,理由是:其一,国务院文件明确要求,各级政府对涉及固定回报的外商投资项目应“充分协商”、“妥善处理”,市政府事前不做充分论证,事后也不通知对方,违反了文件精神;其二,1998年9月国务院通知中已明令禁止审批新的“固定回报”项目,而污水处理合作项目是2002年经过市政府同意、省外经贸厅审批、原国家外经贸部备案后成立的手续齐全、程序合法的项目。

问题:1. 运用行政法原理对某市政府的上述做法进行评论;2. 结合上述事件论述依法治国和公平正义的法治理念。(2006/4/5/论述)

讲解:本题考点是合法行政与合理行政的关系。本案的关键点是法律冲突。(1)1998年9