

飞跃版

启明星
司法考试



行政法 精义

林鸿潮 著

■ 汇聚一线名师

引领万千考生

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE



行政法精义

XINGZHENGFA JINGYI

林鸿潮 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

责任编辑：艾默

图书在版编目 (CIP) 数据

行政法精义/林鸿潮编. —北京：中国法制出版社，
2007. 2

(启明星司法考试精义)

ISBN 978 - 7 - 80226 - 749 - 7

I. 行… II. 林… III. 行政法 - 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 (2007) 第 013667 号

行政法精义

XINGZHENGFA JINGYI

编著/林鸿潮

经销/新华书店

印刷/涿州市新华印刷有限公司

开本/787 × 960 毫米 16

版次/2007 年 3 月第 1 版

印张/23.75 字数/331 千

2007 年 3 月印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 80226 - 749 - 7

定价：39.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真：66031119

网址：<http://www.zgfzs.com>

编辑部电话：66010402

市场营销部电话：66033393

邮购部电话：66033288



序 言

——谈谈司法考试教材的编写、选择和使用

编写一本教材，是教师的事情；选择一本教材，是考生的事情；而使用一本教材，则是教师与考生共同的事情。对此，我们谈一点自己的看法。

先说编写教材。我们知道教材与学术论文不同，与学术专著也不同。一个优秀的学者能够写出好的论文、好的专著，但未必能写出好的教材来。显而易见，论文和专著是用来表达学术观点、交流学术观点，甚至进行学术交锋的载体。因此，论文和专著所着重的，是其表达的规范。而教材不是，教材是老师用来传授知识、学生用来吸收知识的一种工具，除了它所介绍的那些知识要尽可能科学、准确之外，我们还应当重视它对这些知识传播的效率，因此，教材所注重的是表达的技巧。简单点说，就一本教材而言，不但要看它是不是讲得对，还要看它是不是既便于教学也便于阅读，看它是不是讲得清楚、讲得直接、讲得好懂，甚至讲得有趣、讲得好玩。一句话，在没有扭曲知识原貌、没有降低知识层次、没有删节知识内容的前提下，越简单的教材就越好！那么，如何编写一本好的司法考试教材呢？三个标准：第一，作者本身应当是一位优秀的教师，只有那些既掌握了知识，又掌握了传播知识的技巧的人，才最有可能编写出合格的教材来；第二，作者是认真负责的，这是我们完成任何工作的必备条件；第三，作者能够不断地改进它，因为这是一本考试教材，一切的教学与书本只有及时跟进才可能免于落伍。

再说选择教材。一本好的教材对考生复习备考的重要性想必无需任何人赘言。但是市场上教材很多，考生时间有限，那么，如何准确地选择一本尽可能好的——至少是不那么差劲的教材呢？除了按照一般的习惯看看出版社、看看作者、看看装帧之外，最重要的还是要看内容。当然，没有



人会在把一本书看完之后再决定是否购买它，那么，又如何在只浏览有限内容的情况下判断一本书的优劣呢？我们认为可以参考这样几个标准：第一可以看体例，一本好书在体例上要给读者提供方便，就一本教材而言，其体例要尽可能符合人们对新事物、新知识循序渐进的认知规律；第二可以看语言，一本好教材的语言不应当是晦涩、拗口的，而应当尽可能做到明白、晓畅、流利，可以肯定的是，对此考生尽可选择某一段落进行阅读，一本看起来很费劲甚至看不懂的教材绝对不是一本好教材；第三可以做抽样，考生可以选择某一较为重要的知识点，随手翻阅书店中的几本同类教材，比较一下它们对这个问题不同讲解方法，应当不难区分其优劣，这种方法即使对于没有什么经验和基础的考生也是适用的。

最后谈谈教材的使用。教材的使用者包括教师也包括读者，而它的购买者一般都是以读者身份来使用它的。对于考生来讲，买到了一本好教材不等于就掌握了一门知识，只有结合正确的使用方法才有可能获得效果。那么，如何使你买到的这本教材尽可能发挥出它的效用呢？我们谈几点建议供大家参考：首先，要注意阅读和理解教材的体例与目录。一本书的体例和目录，表现了作者构思、写作该书的基本思路和脉络，也体现了作者所设计的向读者传授知识的方法，因此，只有认真理解、领会了书的写作体例，才能够实现在使用方法上与作者的“对接”。但是，据我们了解，极少有考生在使用教材的时候注意到这一点，因此，我们希望这一建议可以引起读者们的重视。其次，要区分精读和浏览的不同作用。当考生拿到一本教材之后，我们并不建议立即进入精读阶段，而认为应当在时间允许的情况下先行浏览，浏览的过程尽可不求甚解，但求对书中所涉及的知识点有一大致印象即可。浏览的目的，在于帮助考生先行树立一本课程的知识体系和概貌，尽管这种概貌当时可能还是十分模糊的，但这一工作绝非浪费时间，它必将有助于考生在精读阶段提高效率，加快理解。再次，要注意处理好书中几个基本元素的关系。简单点说，是要注意正文、法条与真题的对照。作为一本司法考试教材，应试才是考生使用它的终极目的，司法考试是一门以法条为本、以真题为准的考试。因此，教材正文中的绝大多数文字都是对法条的阐发，而真题则是检验这些文字是否正确、妥当

的标准。对此，考生应分清书中诸元素的不同作用，从而相互配合，达到融会贯通。

提醒读者，在2007年司法考试大纲通过后，我们会在中国法制出版社网站（www.zgfzs.com）上补充新增考点辅导材料。

最后，我们真诚期望能够获得读者们在阅读本套丛书之后的心得、意见，甚至批评。一切有利于改进书中文字的观点，均在我们欢迎之列。

启明星丛书全体作者

2007年3月谨识



前 言

本书的定位,是作为一本法律职业者的入门教材,兼有应试材料与基础读物两种性质。所谓“入门”在此有两层含义:一是进入法律职业之门,希望它可以帮助有志于从事法律工作的人们如愿跨过法律职业资格考试的门槛;二是进入行政法学之门,希望它可以帮助已经或即将从事法律职业的人们学习和掌握行政法学的理论框架、基础知识与主要制度,对行政法学这个起步虽晚但前途远大的学科多一分了解与喜爱。

本书的写作,以如下风格作为自己的追求:

第一,通俗。这是作者撰写本书的第一目标,在全书的写作中,作者力求使用尽可能通俗易懂、贴近生活的语言,并反复穿插实例(有关举例说明的文字在书中均以不同字体标明),这些例子既包括历届司法考试的真题,也包括其他案例,以此来剖析与介绍行政法学上众多概念、理论与制度,尽量使它们在读者的面前显得没有那么晦涩艰深。作者从自己在司法考试教学的实践中了解到,行政法这个学科对于许多学习者而言,并不受其青睐。当然,此中的原因是复杂的,这既与行政法学本身的庞杂、琐碎、抽象有关,也与行政法律制度在我国发展的历史与现状脱不了干系。诸如:由于立法时间起步较晚,许多人在面对行政法时倍感陌生;由于立法技术水平不高,许多人在解读行政法律规范时迟迟难得要义;由于法律渊源层次众多,许多人在不同规范的矛盾与冲突面前难辨“真伪”。随着近几年来司法考试中行政法试题向综合化、理论化、实务化方向的迅速发展,使得这个学科在考试中的难度系数几乎独步于其他各个学科之上,这也加深了大家对这门学科的“厌恶感”。一句话,行政法似乎越来越生就了一副可憎面孔。而行政法作为一个新生的,在国家法治建设进程中又占据着重要地位的法律部门,它在相当一部分法律职业者的心目中处于如此地位,不得不令人倍感遗憾与痛惜。因此,如何使行政法知识以一种更加通俗的、亲切的、熟悉的面孔呈现在读者的面前,从而使大家能够以更加轻松的、愉悦的心情来了解它、掌握它,就成了作者写作此书的第一追求。



第二，简明。行政法学的知识架构无疑是庞大的，其制度内容无疑是丰富的，其理论体系也无疑是深厚的，用博大精深四字来形容也不为过。而本书区区三十万字篇幅，且定位为入门教材，因此不得不在内容上有所剪裁取舍，以求简练得当，重点突出，详略有致。总的来讲，作者在决定本书的写作范围时遵循以下原则：首先，本书取传统重点，而弃新兴热点。行政合同、行政指导、行政程序法等问题无疑是近年来行政法学界研究与讨论的最大热点，其理论与制度内涵也极为丰富。但对于学习行政法的入门者来说，行政诉讼、行政复议、国家赔偿、行政许可、行政处罚等行政法的传统疆域无疑更具根本意义，因此本书仍以绝大部分篇幅介绍了这些内容，而对行政合同也仅以适当篇幅介绍其基础而已。其次，本书取主流通说，而弃学界新说。作为一门新兴学科，行政法学的传统较之其他学科无疑浅薄得多，但在学说观点上也仍然难免有新旧、主次之分。就学术研究而言，凡成其为问题者，无不可以争论，无不可以创新。但本书定位为基础性读物，旨在为法律职业者进入行政法学之门搭桥铺路，在学说之争中就难免偏于保守，一则在书中作者不敢轻易主张自己的一家之言，二则在传统通说与激进新说产生矛盾时多采通说加以介绍。最后，本书取知识主干，而弃枝节微末。即对每一理论与制度的介绍，本书均重点描述其主干内容，而舍弃其微末枝节，不求面面俱到；对两相近似的理论与制度，本书均重点介绍其中一者，对另外一者则仅介绍其与前者的差异，以避免重复累赘。

第三，新颖。本书在写作体例上力求推陈出新，这主要从以下三处体现：其一，本书以每节为一知识单元，分“入门”、“详解”、“提升”三部分顺次阐述。在“入门”部分，作者以简练语言勾勒本知识单元的基本结构，指出其核心内容与要点、难点所在，并提出掌握该节内容的基本脉络与方法，以求纲举目张，使读者成竹在胸。在“入门”部分，作者还挑选和梳理了各节最为重要的法律规范，这些法条既可以让读者与正文配合阅读，也可以作为读者们在最后备考阶段复习的提要。在“详解”部分，作者对本知识单元内容做全面盘点与介绍，在保持知识体系基本完整的前提下力求用更为清晰、明朗的段落层次编排和组织各知识要点。在“提升”部分，选取每一知识单元中较有难度而又颇具意义的个别问题，加以深入剖析，或揭示规律，或识别误区，或解答疑惑，以加深读者的掌握与理解。其二，本书对某些制度上较为接近的知识版块加以大胆整合。在本书第二部分，作者就处理行政争议的两大程序行政诉讼法与行政复议法，一反两者分列章节各自叙述的常规做法，将其统一在“行政争议法”的框架下集中论述，以

图既节省笔墨又识别异同。在这一部分，作者对每一问题的叙述均以行政诉讼为主线，对行政复议中的类似问题通过比较方式一并解决，而在两者的不同处着墨尤多。其三，本书将某些零散知识有机融化于较大的知识版块当中，避免使其陷于孤立零乱。如对行政征收、行政征用、行政调解、行政裁决、行政指导等尚无专门立法的行为方式便不再单列章节，而是在行政争议的受案范围中，于分析上述行为的可诉性时一并介绍其内涵与特征等基本问题，以突出重点并兼顾全面。

作者对本书的写作，不求对行政法知识本身有丝毫贡献与增进，只求对人们掌握行政法知识的方法有点滴贡献与增进，即感十分满足。

林鸿潮

2007年2月于北京

行政诉讼法	中华人民共和国行政诉讼法
行政处罚法	中华人民共和国行政处罚法
行政许可法	中华人民共和国行政许可法
国家赔偿法	中华人民共和国国家赔偿法
行政复议法	中华人民共和国行政复议法
立法法	中华人民共和国立法法
若干解释	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
贯彻意见	最高人民法院关于贯彻执行《中华人民共和国行政诉讼法》若干问题的解释
证据规定	最高人民法院关于行政诉讼证据若干问题的规定
国际贸易规定	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
反倾销规定	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
反补贴规定	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
国家赔偿法解释	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
民行赔偿解释	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
审理行赔案件规定	最高人民法院关于审理行政赔偿案件若干问题的规定
共同赔偿解释	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
两高关于刑事赔偿义务机关确定问题的通知	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
审理法院赔偿确认案件规定	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）
检察院刑赔规定	人民检察院刑事赔偿工作规定

目 录

前 言	1
-----------	---

狭义行政法

第一讲 基础知识

第一节 行政活动	3
第二节 基本原则	6
第三节 行政主体	13
第四节 公务员法	20

第二讲 行政行为

第一节 抽象行为	29
第二节 具体行为	45

第三讲 行政许可

第一节 许可概述	57
第二节 许可设定	63
第三节 许可实施	71
第四节 监督检查	88

第四讲 行政处罚

第一节 处罚设定	97
第二节 处罚实施	103
第三节 处罚执行	119
第四节 治安处罚	124

第五讲 行政合同

第一节 基本原理	131
第二节 政府采购	137



行政争议法

第六讲 争议内容

第一节 受案范围	154
第二节 受案分工	178

第七讲 争议构造

第一节 处理争议者	190
第二节 提起争议者	209
第三节 受到争议者	217
第四节 参加争议者	227

第八讲 争议过程

第一节 一般过程	233
第二节 特殊过程	247
第三节 证据规则	256
第四节 法律适用	275

第九讲 争议结果

第一节 结案文书	281
第二节 执行制度	301

国家赔偿法

第十讲 国家赔偿

第一节 赔偿范围	316
第二节 赔偿关系	331
第三节 赔偿程序	341
第四节 赔偿方式	355

狭义行政法

第一讲 基础知识

调整因行政活动而产生的社会关系的法律规范，总称行政法。广义的行政法包括三个部分的内容：一是调整行政权力运行的法；二是调整因行政权力运行而引起的争议的法；三是调整因行政权力的运行而引起的政府责任的法。而狭义的行政法仅指上述第一部分的内容，即调整行政权力运行的法，其余两部分内容则分别称为行政争议法与行政赔偿法。行政争议法主要由行政诉讼法与行政复议法构成；而行政赔偿法，由于它在立法体例上常与司法赔偿同处于一部法典之中，因此两者又合称国家赔偿法。

学习行政法的起点在于掌握其基础知识，而掌握这一基础知识，重点在于把握三个方面：一是判断行政活动的范围；二是理解行政活动的基本原则；三是把握行政主体与公务员的基本理论及其具体制度。

第一节 行政活动



旨要 既然行政法调整的是因行政活动而发生的社会关系，那么，行政活动到底是什么？它与其他活动的区别何在？或者说，识别行政活动的标准何在？这是学习行政法时，需要解决的第一个重要问题。所谓行政活动，指的是具有行政权的主体为执行宪法与法律，而对社会公共事务进行管理，从而实现其职权或履行其职责的活动。目前，我国大部分行政活动仍由国家行政机关实施，也有部分行政活动通过被授权的社会组织来实施。

脉络 对本节内容的学习，主要是掌握判断行政活动的基本标准，从而懂得将行政活动与其他社会活动区分开来，以此明确行政法这一法律部门所调整的



对象与范围。掌握本节内容，是阅读全书的基础。



判断一个活动是否属于行政活动，主要通过其是否具有公共性、职权性、执行性、积极性、管理性五个方面的特征来识别。

一、行政活动的公共性

人们在社会生活中所实施的各种活动，有的是为了实现私人利益，有的则是为了实现公共利益。民事行为、商事行为就以追求私人利益为目的，可以称之为私行为；而某些公司企业或其他组织对其内部事务实施的管理行为，其目的仍在追求该团体自身的利益，可以被称之为私行政；私行为与私行政都不具有公共性。而行政活动与此不同，它只能基于公共利益而实施；行政机关不能为了实现本机关自己的利益而实施行政活动，否则就违背了法律设立它的初衷。因此，行政活动首先是一种利他的行为，而不是利己的行为。

二、行政活动的职权性

行政活动必然具有公共性，但反过来，具有公共性的活动却并不必然就是行政活动。许多社会组织也常常基于公益目的而实施行为，最为典型的是各种慈善组织，但这些活动一般并不属于行政的范畴，其原因就在于它们的实施并不具有国家职权的背景。行政活动的实施主体包括国家行政机关与被授权组织两类，它们的权力要么来源于组织法上的直接规定，要么来源于法律、法规或者规章的授予，这两类主体只有在具备上述权力来源的条件下所实施的活动，才属于行政活动。有的社会组织虽然获得了法律、法规或者规章的授权，但它只有在授权范围内实施的活动才是行政活动，而它在授权范围之外实施的活动就并非行政活动。例如：中国足协作为一个被授权的组织，它根据《体育法》的授权对运动员进行注册管理的行为属于行政活动，而它组织国家队参加比赛的活动则属于其自身的业务活动。

三、行政活动的执行性

基于前述的公共性与职权性，我们已经认识到行政活动是有关主体凭借其行政职权而实施的公共活动。但行政职权只是国家权力的一个分支，它与其它两个



分支——即立法权与司法权——之间的差别，就在于行政活动具有执行性与积极性。其中，行政活动通过执行性区别于立法权，通过积极性区别于司法权。行政活动是对宪法与法律的执行与实施，与立法活动所侧重的对不特定对象进行抽象的规范不同，它主要是对这些规范的落实，其对象与内容相对具体一些。尽管行政活动中的抽象行政行为也以不特定的人作为规范对象，但它仍然属于对宪法与法律的执行，在内容上与立法相比仍然要明确、具体得多。因此，行政活动是一种执行性的活动。

四、行政活动的积极性

行政活动与司法活动的区别主要在于行政活动的特征是积极与主动的，而司法活动则是消极与被动的。司法机关一般奉行不告不理的准则，司法程序只能因当事人的合法请求而启动。行政活动则大不相同，它往往表现为行政机关对社会公共事务积极的、主动的干预。因此，行政活动又是一种积极的活动。

五、行政活动的管理性

尽管上述特征已经为我们勾勒出行政活动的主要轮廓，但仍欠严密。因为在现实中，某些由行政机关运用职权实施的活动仍不属于行政活动，这主要包括政治活动与准司法活动。某些行政机关（主要是国务院及其国防与外交部门）所实施的国防、外交、军事动员等活动一般被划入政治活动（国家行为）的范畴；而某些行政机关（主要是国安与公安部门）所实施的刑事侦查活动在性质上属于准司法活动，是刑事诉讼的一个组成部分。这些活动之所以并不属于行政活动，根本原因就在于它们在内容上并不属于行政机关对社会公共事务的直接组织与管理。因此，行政活动还必须是一种具有管理性的活动。



识别行政活动的最大困难，主要是对其管理性的认定，尤其是对于刑事侦查活动的判断。如何判断公安、国安等机关在处理刑事案件的过程中所实施的活动到底是行政活动，还是刑事司法活动？这主要关系到它们是否应当被纳入行政诉讼的受案范围。解决这一问题的关键，是看其有无《刑事诉讼法》上的明确授权，如在该法授权范围之内则属刑事司法活动，否则便属一般行政活动。切忌因行政机关实施的这些行为与刑事案件有所关联，便一概将其认定为刑事司法活