国家统一司法考试
重点、难点、疑点精解丛书
行政法学·行政诉讼法学卷
（修订版）

附：国家统一司法考试分类真题解析

主 编摇张树义

北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

需要全本请访问 www.ertongbook.com

摇摇摇摇摇摇摇摇摇摇副主编摇张书克

撰稿人（按姓氏笔画为序）

田宇红摇摇刘摇卫

张书克摇摇张树义

蔡乐渭

摇图书在版编目(悄驴)数据

摇司法考试重点、难点、疑点精解丛书·行政法学·行政诉讼法学卷(修订版)辕张树义主编援-北京:北京大学出版社,圆园员远.
ISBN 978-7-301-27...
摇(司法考试重点、难点、疑点精解丛书)
摇陨杂叠晕苑猿源-园园-园园园园-园

摇Ⅰ援司…摇Ⅱ援张…摇Ⅲ援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—自学参考资料摇Ⅳ援员园园

摇中国版本图书馆悄驴数据核字(圆园员远)第园……号

摇书　　名:圆园员远年司法考试重点、难点、疑点精解丛书·行政法学·行政诉讼法学卷(修订版)
著作责任者:张树义摇主编
责任编辑:王茂华
标准书号:陨杂叠晕苑猿源-园园-园园园园-园
出版发行:北京大学出版社
地　　址:北京市海淀区成府路圆园远号摇邮编:员园园怨员园
网　　址:http://www.pup.cn　新浪官方微博:@北京大学出版社
电　　话:邮购部 员园-远园园园园怨园摇发行部 员园-远园园园园源园摇编辑部 员园-远园园园园苑园
排　　版　者:兴盛达打字服务社摇印　刷　者:
经　　销　者:新华书店
　　苑园园毫米伊员园园毫米摇员远开本摇圆员援缘印张摇源园千字
　　圆园员远年猿月第员版摇圆园员远年猿月第源版摇圆园员远年猿月修订第员次印刷
定　　价:猿园援园园元

摇未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。
摇版权所有,翻版必究

本 卷 前 言

在司法考试中，行政法与行政诉讼法部分属于比较难掌握的内容。说其难，原因并不在于其内容本身的复杂，而在于我们对行政活动的陌生。惟其陌生，解答有关问题时，往往不得要领。其实，如同我们每时每日都在亲身体验的民事活动一样，行政活动也是无时不往、无处不在的。只是因为我们没有机会主动的实施而更多地受动——少了生活中的切身体验，自然就多了考试里的切肤之痛。但正所谓“工欲善其事，必先利其器”，对任何事物的掌握都以寻找规律为要义。本书的目的即在于揭示行政活动的一般规律，以助考生顺利过关。

大体上说，考试中与行政法和行政诉讼法相关的知识点可以分为五个部分：行政主体、行政行为、行政复议、行政诉讼与国家赔偿。每一部分都有相应的重点、难点和疑点。

行政活动是由一个庞大的组织系统在从事，而这个组织系统包括各种不同的机关：中央人民政府、地方各级人民政府，各级政府设置的诸多部门。如此复杂的组织系统，在实际活动中经常遇到的问题就是如何认定它们在法律上的地位。行政法学提出了行政主体这一概念，以解释诸多机构组织从事行政活动这一现象。鉴于考生对行政机关的设置比较生疏，本书用重墨对政府机构作了一番描述。基于形象的把握，才可能有抽象的思维。对于考生来说，重要的是先要对政府机构设置有所了解，然后才能运用行政主体理论对实际问题进行分析。今年的考试大纲新增《公务员法》，考生应结合主体理论进行复习。因为行政活动的从事贯穿着这样一个逻辑：国家——行政主体——公务员。

复杂的机构必然产生复杂的行为。行政行为部分的内容虽然庞杂，但就司法考试而言，所需掌握的东西并不是很多。考试中行政行为部分所占分值比例并不高，且大都集中在对《立法法》、《行政处罚法》、《行政许可法》等几个单行法律的考察。去年的考试大纲，新增加了《政府采购法》和《应急性条例》，考试中也只出现了小分值的选择题。考生除了将上述单行法作为重点复习外，还应当注意结合行政诉讼、行政复议这条主线来把握行政行为的内容。今年的重要单行法——《治安管理处罚法》应作为复习的重点来把握。其原因除了司法考试中考生熟知的“新法优于旧法”外，这一法律本身极强的实践性、与我们日常生活的密切相关性也使之成为命题的热点。“有权利必有救济”。可能或业已受到行政行为影响的公民权利如何得到救济，使我们探讨行政复议与行政诉讼制度成为必要。司法执业的实践性决定了救济制度理所当然地要成为执业资格考试的重头戏，在历年试题中所占分值比例具有绝对优势。不过对这两部分内容，我们建议考生在学习

时以行政诉讼为主,以行政复议为辅。行政复议较之于行政诉讼,在许多原理上是相通的,在实践中是相容的。因此,在了解行政诉讼的基础上,将行政复议的相关内容作一比较,把握住行政复议的特殊性即可。本书即本着这样一个原则处理行政复议的相关内容。

当然,国家赔偿部分也是非常重要的。对于公民来说,他提起行政诉讼的目的首先在于免受被诉行政行为不利后果的约束,但如果被诉行政行为违法且损害其合法权益的话,那么损害赔偿请求的提出就不可避免。因此,考试也自然会涉及到国家赔偿问题。诸如国家赔偿责任构成要件、赔偿范围以及赔偿方式与计算标准等,历来是考察的重点。

也许最为重要的是,我们试图通过本书探求一种方法,一个与民事活动相区别的国家活动的逻辑起点。找到这一方法,从起点出发,就不会偏离行政活动的主线。当你从本书中领悟到这些,并进一步将所悟化为所得,相信距离成功已不是太远。

张树义

圆圆圆年 圆月摇于法大寓所

圆 需要全本请访问 www.ertongbook.com

上摇篇

第一部分摇行政主体

一、重点问题分析

（一）行政主体理论的意义和方法

行政主体理论在行政法学中具有奠基性的地位，它是理解全部行政法的基础与前提。因此，行政主体是行政法学中的一个难点，也是历年司（律）考命题的重点。考生弄通这一理论关键要把握以下三个方面：

员爱行政主体理论的产生及其地位

行政主体问题也就是行政管理的资格问题。即：谁有资格进行行政管理？人们应该服从谁的管理？一旦行政行为造成相对人的损害应当由谁来承担责任？对于这些问题的回答便衍生出了行政法学的一系列概念：行政行为的实施主体、行政复议的被申请人、行政诉讼的被告，国家赔偿义务机关（行政赔偿义务机关、行政赔偿诉讼被告）等。这些概念建立在一个共同的基础——行政主体理论之上。因此，考生要把握这一系列概念就必须从把握行政主体理论入手。在我国行政法上，人们最初只是从行政机关或者行政组织的角度来认识和把握行政主体，如我国的《行政诉讼法》、《行政复议法》等都直接使用了行政机关这一概念。但在实务中，行政机关概念并不能解决行政法上的主体问题。有一例为证：某县新铺乡工商所接到群众举报，称有人推销假红参，遂进行查处并将药材扣押。旋即要求药贩提供合法进货证明。孰料，药贩一出工商所大门就再没有音信。工商所见药贩一去不复返，便将所扣押的药材卖给了药店。恰遇县药品管理等机关进行药品市场大检查，发现了工商所销售假药的违法行为，即对工商所作出了没收非法所得和罚款的行政处罚。工商所不服，诉至法院。结果法官们对是否受案产生了两种不同意见：一种认为，行政处罚属于法院受案范围，应予受理；另一种则认为不能受理。理由是，行政诉讼为“民告官”，本案原告和被告都是行政机关，是“官告官”，显然与行政诉讼“原被告恒定”的规则相冲突。此案十分典型地反映了行政机关这一概念在实务中的局限性。因此，客观上要求人们必须寻找一个新的理论来取代行政机关这一概念，行政主体理论正是基于实践的需要和对行政机关的反思而提升出来的。

圆爱如何把握行政主体的概念与特征

所谓行政主体，是指享有行政职权，能以自己的名义行使国家行政职权，作出影响行政相对人权利义务的行政行为，并能由其本身对外承担行政法律责任的组织。其中包括行政机关和法律、法规授权的组织。而行政主体的特征，也就是判断一个组织是否具备行政主体资格的标准。有关这些标准可以用一个公式表示为：行政主体 越‘三者’统一体，即：行政职权的享有者、行政行为的实施者、法律责任的承担者三合为一。

第一，行政主体必须是行政职权的享有者。在考试中常以选择题的方式来考查考生对这一特征的掌握。

例:请判断以下选项中哪些具有行政主体资格?(摇摇)

粤援县级人民代表大会摇摇摇摇摇摇摇摇摇摇月援省人民政府

悦援清华大学　　阅援县纪律检查委员会

答案是:月悦。结合本题,考生可以从以下两个方面把握"行政职权的享有者"这一特征:一是国家机关的性质。在国家机关体系中,只有行政机关可能成为行政职权的享有者,其他国家机关如立法机关、司法机关和军事机关等因不担负行政职能,故不享有行政职权,不是行政主体。本题粤项即属于此。二是行政职权的来源。"法无明文规定不得为"是行政活动的通则。国家行政职权是通过宪法、政府组织法和具体法律、法规或规章来赋予的。其中,行政机关的行政职权源于宪法或政府组织法的规定,本题月项即是。被授权组织的行政职权源于具体法律、法规的授权,悦项即为之。只要前述法明文规定可以行使行政职权的,即为行政职权的享有者。企业、事业单位或社会团体等被授权的组织不是国家机关,其本职也不是履行行政职能,但由于法律、法规授予其行政职权而使它们获得行政主体地位。如本题阅项的县纪检委,其本职是进行党纪监督,因为没有法律、法规授权,故只能行使其本职而不能行使行政职权。而悦项的高校,其本职是教书育人,由于国务院学位条例授予其学位授予权而取得行政主体资格。

此外,还有一个值得考生关注的问题是关于具体授权的形式。见例题:

以下所列选项中哪些行为属于行政授权?(摇摇)

粤援《植物检疫条例》规定:县级以上各级农业、林业部门所属的植物检疫机构负责执行国家的植物检疫工作

月援《治安管理处罚条例》规定:警告、缘圆元以下的罚款可以由公安派出所裁决

悦援《道路交通管理条例》规定:警告、缘圆元以下的罚款、吊扣圆个月以下驾驶证的处罚,可以由交通警察队裁决

阅援市公安局发文规定,授权水上派出所可以对水上治安违法行为人作出拘留的处罚决定

答案是:粤月悦。阅项不属于行政授权,应视为委托。依据最高人民法院《关于执行〈行政诉讼法〉若干问题的解释》第圆缘条的规定:行政机关在没有法律、法规或者规章规定的情况下,授权其内设机构、派出机构或者其他组织行使行政职权的,应当视为委托。总之,判断一个组织是否享有行政职权,只能依据宪法、法律、法规或规章的规定。

第二,行政主体必须是行政活动的实施者,且必须在法律上能以自己的名义进行活动。所谓"以自己的名义",就是能够依照自己的意志独立地作出处理决定,而无须向其他机关请示或经批准。也就是具有法定的署名、盖章权。这一特征也常成为命题的"题眼"。例如员缘愿愿年律师资格考试(卷一)多项选择第缘圆题:

下列选项中所列哪些组织不享有行政主体资格?(摇摇)

粤援接受乡人民政府委托从事计划生育管理工作的村委会

月援税务局稽查大队

悦援国家工商行政管理局商标评审委员会

阅援市政府行政复议办公室

本题答案是:粤月阅。有关此特征考生应注意把握以下两点:其一,"能以自己的名义",是指在法律上具有这种行为能力,即法律规定其有署名权,而不是事实上具有署名权。假如本题阅项市政府复议办公室以自己的名义作出复议决定,事实上具有署名权,但由于缺乏法律上的依

据而仍不能认为其能以自己的名义进行活动 ;其二,许多组织或个人虽然行使行政职权,但均不能以自己的名义。比如 :粤受委托的组织,月项行政机关内设机构以及行政机关的派出机构,未经法定程序新组建的机构和国家公务员等。因此,凡没有法定署名权的机构或组织,不论其事实是否署名,均非行政主体。

第三,行政主体必须是法律责任的承担者。是否承担行政活动所产生的责任,乃是判断一个组织是否为行政主体的重要标准。能够承担责任者是行政主体,不能承担责任者就不是行政主体。理解这一特征也有两个方面的问题值得注意 :一是要注意以下两种委托关系。首先是国家与公务员之间的职务委托关系。国家公务员虽然行使国家行政职权,实施行政行为,但他们对自己行使职权的行为并不对外承担法律责任,而是由其所在的行政机关承担责任。其次是委托行政机关与受委托的组织之间的委托关系。如治安联防队,它接受公安机关的委托从事公务活动,根据委托的原理,受托人只能以委托人的名义实施活动,由此而产生的法律责任也完全由委托人承担。故受委托实施行政行为的公务员和被委托的组织均不是行政主体。二是要注意承担责任的形式。有人把财政经费作为判断一个组织能否承担法律责任的标准,认为有独立经费的即属于责任承担者,无独立经费的则不属于责任承担者。这种观点显然受了民事主体理论的影响,是不正确的。所谓法律责任的承担者,是指能否作为行政复议的被申请人、行政诉讼的被告、国家赔偿义务机关等,能成为以上主体的即是法律责任的承担者。至于国家赔偿的经费是由国库支付,以国库作后盾,不成其为是否承担责任的标准。

(二) 被授权的组织和被委托的组织之比较

除行政机关外,其他组织在一定条件下也可以行使行政职权。其中包括被授权的组织和被委托的组织两类。考生应重点把握这两类组织之间的相同点和不同点。

所谓被授权组织,就是指依具体法律、法规授权而行使特定行政职能的非国家机关组织。所谓被委托组织,则指接受行政机关委托行使一定行政职权的非国家机关的社会组织。被授权组织与被委托组织的相同点有三 :(员 二者都是非国家机关组织。被授权和被委托组织都不是国家机关组织,都只在得到法律或法规授权或行政机关委托时才具有行政职权,除此它依然是一般的民事主体,在执行其本身职能时均不具有行政主体地位。 (圆 都只行使一定的行政职权而非行使一般行政职权。法律、法规授权组织仅限于法律、法规明确规定的某项职权或某一事项 ;被委托组织也只能行使行政机关委托的,并且依据法理是可以委托其他组织行使的某种行政职权。如行政处罚、代征、代收税金等。有些行政职权,根据法理只能由行政机关自己行使,而不允许委托非行政机关的组织行使,如行政立法权、限制公民人身自由的行政处罚或行政强制措施权,以及颁发营业执照及重要的行政许可权等。 (猿 二者的范围大致相当。被授权组织主要包括 :事业组织、社会团体、基层群众自治组织和企业组织四种。一般认为,被授权组织的范围大致相当于行政机关委托行使行政职权的组织的范围。当这些组织得到法律、法规授权时即成为法律、法规授权组织。当法律、法规未授权,而是行政机关委托它们行使一定行政职权时,它们即为被委托组织。在实务中,群众性治安保卫组织和某些私人组织也常受行政机关委托行使某些行政职权。

被授权组织与被委托组织的不同点有四 :(员 权力来源不同。被授权组织取得行政职权是基于法律、法规授权 ;被委托组织取得行政职权则是基于行政机关的委托。 (圆 获得职权的程序不同。被授权组织获得行政职权是通过立法程序 ;被委托组织获得行政职权则一般通过

行政程序。(猿 要求的条件不同。法律、法规对被授权组织的条件目前没有规定;而被委托的组织的条件具体法律、法规则有相应的规定。如行政处罚法规定,行政机关依照法律、法规或规章的规定,可以在其法定权限内委托其他组织实施行政处罚,但受委托的组织必须符合以下三个条件:一是属于依法成立的管理公共事务的事业组织;二是具有熟悉有关法律、法规、规章和业务的工作人员;三是对违法行为需要进行技术检查或者技术鉴定的,应当有条件组织进行相应的技术检查或者技术鉴定。(源 法律地位不同。被授权组织在行使所授职权时,具有与行政机关相同的行政主体地位,可以自己的名义行使所受职权,并自己承担该行为的法律责任;而被委托组织则只能以委托行政机关的名义,而不能以自己的名义行使职权,由此对外产生的法律责任也不是由其本身承担,而是由委托的行政机关承担。

(三) 国家公务员范围的界定

《公务员法》第圆条规定:"本法所称公务员,是指依法履行公职、纳入国家行政编制、由国家财政负担工资福利的工作人员。"

第猿条规定:"公务员的义务、权利和管理,适用本法。法律对公务员中的领导成员的产生、任免、监督以及法官、检察官等的义务、权利和管理另有规定的,从其规定。"

新公务员法扩大了公务员的范围,根据本条,现在公务员的范围不仅限于国家行政机关的工作人员,对同时具备依法履行公职,纳入国家行政编制,由国家财政负担工资福利这三个条件的人员,都列入公务员范围。至于具体有哪些人员将列入公务员范围进行管理,公务员法未一一列举,将来在公务员法的配套法规中具体规定。

(四) 行政机关侵犯公务员权益时的救济途径

公务员如果认为自己的权益受到侵害,应当通过什么途径获得救济?也就是国家以什么方式为国家公务员提供保护?对于来自公众的侵害,国家在民事和刑事法律上均有较为严密的保障措施。但对于来自行政机关的侵害,则有所不同。通常认为,防止行政机关对公务员侵害的保护措施包括行政和司法两种手段。

(员 公务员法规定,公务员的职务关系受法律保障。公务员一经任用,非因法定事由,非经法定程序不得随意被解职或受行政处分。

(圆 公务员认为行政机关的决定侵犯其权益可以提起申诉。《公务员法》第怨园条:"公务员对涉及本人的下列人事处理不服的,可以自知道该人事处理之日起猿园日内向原处理机关申请复核;对复核结果不服的,可以自接到复核决定之日起员缘日内,按照规定向同级公务员主管部门或者作出该人事处理的机关的上一级机关提出申诉;也可以不经复核,自知道该人事处理之日起猿园日内直接提出申诉:

(一) 处分;

(二) 辞退或者取消录用;

(三) 降职;

(四) 定期考核定为不称职;

(五) 免职;

(六) 申请辞职、提前退休未予批准;

(七) 未按规定确定或者扣减工资、福利、保险待遇;

（八）法律、法规规定可以申诉的其他情形。

对省级以下机关作出的申诉处理决定不服的，可以向作出处理决定的上一级机关提出再申诉。

行政机关公务员对处分不服向行政监察机关申诉的，按照《中华人民共和国行政监察法》的规定办理。”

《中华人民共和国行政复议法》第愿条第员款明确规定：“不服行政机关作出的行政处分或者其他人事处理决定的，依照有关法律、行政法规的规定提出申诉。”《中华人民共和国行政监察法》第猿园条规定：“国家公务员和国家行政机关任命的其他人员对主管行政机关作出的行政处分决定不服的，可以自收到行政处分决定之日起猿园日内向监察机关提出申诉，监察机关应当自收到申诉之日起猿园日内作出复查决定；对复查决定仍不服的，可以自收到复查决定之日起猿园日内向上一级监察机关申请复核，上一级监察机关应当自收到复核申请之日起远园日内作出复核决定。”

（猿）《公务员法》第员园园条规定：“国家建立人事争议仲裁制度。”

人事争议仲裁应当根据合法、公正、及时处理的原则，依法维护争议双方的合法权益。

人事争议仲裁委员会根据需要设立。人事争议仲裁委员会由公务员主管部门的代表、聘用机关的代表、聘任制公务员的代表以及法律专家组成。

聘任制公务员与所在机关之间因履行聘任合同发生争议的，可以自争议发生之日起远园日内向人事争议仲裁委员会申请仲裁。当事人对仲裁裁决不服的，可以自接到仲裁裁决书之日起员缘日内向人民法院提起诉讼。仲裁裁决生效后，一方当事人不履行的，另一方当事人可以申请人民法院执行。

（五）行政处分针对的对象和职务变动的性质

行政处分，是国家行政机关内部对公务员实施的一种惩戒措施。国家通过对违反法律法规或职业道德、纪律的公务员给予适当的行政处分，以维持国家职务关系的稳定与正常。然而，需要注意的是，行政处分所针对的对象不是公务员的人身而主要是职务关系。是对职务关系的变动，即对之产生变更或消灭的后果。行政处分共分为警告、记过、记大过、降职、降级、撤职、开除公职七种。其中：前六种处分形式是职务关系的变更，而开除则是最严厉的处分措施，是职务关系的解除，意味着公务员和国家之间的职务关系从此而消灭。

（六）公务员职位分类制度（《公务员法》新增）

《公务员法》第愿条：“国家对公务员实行分类管理，提高管理效能和科学化水平。”

第员园园条：“国家实行公务员职位分类制度。公务员职位类别按照公务员职位的性质、特点和管理需要，划分为综合管理类、专业技术类和行政执法类等类别。国务院根据本法，对于具有职位特殊性，需要单独管理的，可以增设其他职位类别。各职位类别的适用范围由国家另行规定。”

第员员缘条：“国家根据公务员职位类别设置公务员职务序列。”

新公务员法出台前，在公务员内部不分类别，所有公务员都使用一种管理方式，晋升、工资等都是一个模式，这不利于调动公务员的积极性和科学化管理。因此，公务员法从实际管理需要出发，根据职位的特点、性质、管理需要以及人才成长规律的不同，分为综合管理类、专业技

需要全本请访问 www.ertongbook.com

术类和行政执法类等类别,各个类别采用不同的管理方法。从事专业技术工作的公务员走专业技术职务,为从事专业技术工作的公务员提供了职业发展阶梯,以便吸引和稳定机关不可缺少的专业技术人才,激励他们立足本职岗位,成为本职工作的专家。行政执法职务的设置,主要体现向基层倾斜的指导思想,解决基层执法部门公务员职业发展空间狭小、职务晋升困难的突出问题,激励一线执法公务员更好地做好本职工作,同时也有利于加强对一线执法公务员的管理和约束。

此外,对特殊人员,如法官、检察官,他们的义务、权利和管理上的特殊要求由法官法、检察官法进行体现。另外,国家根据人民警察以及海关、驻外外交机构公务员的工作特点,设置与其职务相对应的衔级。

《公务员法》第15条:"公务员的职务应当对应相应的级别。公务员职务与级别的对应关系,由国务院规定。公务员的职务与级别是确定公务员工资及其他待遇的依据。公务员的级别根据所任职务及其德才表现、工作实绩和资历确定。公务员在同一职务上,可以按照国家规定晋升级别。"

在职位分类的基础上对公务员进行分级,这是我国公务员制度的一个特色。依据本法规定,公务员的级别根据所任职务及其德才表现、工作实绩和资历确定。其中,职务与工作实绩属于职位因素,德才表现与资历属于品位因素。公务员晋升职务可以带来提升级别,但不晋升职务,可以根据有关规定提升级别。

级别也是公务员发展的重要台阶,除了职务晋升以外,级别晋升也是公务员职业发展的一条重要渠道,可以增强公务员的荣誉感。因此,本法规定,公务员在同一职务上,可以按照国家规定晋升级别。根据这一规定,由于机构规格、职数的限制,公务员的职务可能无法晋升,但在同一职务上,公务员可以按照国家规定晋升级别。

公务员法未规定职务与级别的对应关系,而是授权由国务院作出规定。

(七)公务员的权利义务(《公务员法》新增)

公务员享有下列权利:

(一)获得履行职责应当具有的工作条件;

(二)非因法定事由、非经法定程序,不被免职、降职、辞退或者处分;

(三)获得工资报酬,享受福利、保险待遇;

(四)参加培训;

(五)对机关工作和领导人员提出批评和建议;

(六)提出申诉和控告;

(七)申请辞职;

(八)法律规定的其他权利。

第14条:公务员应当履行下列义务:

(一)模范遵守宪法和法律;

(二)按照规定的权限和程序认真履行职责,努力提高工作效率;

(三)全心全意为人民服务,接受人民监督;

(四)维护国家的安全、荣誉和利益;

(五)忠于职守,勤勉尽责,服从和执行上级依法作出的决定和命令;

愿

（六）保守国家秘密和工作秘密；

（七）遵守纪律，恪守职业道德，模范遵守社会公德；

（八）清正廉洁，公道正派；

（九）法律规定的其他义务。

所谓非因法定事由、非因法定程序，不被免职、降职、辞退或者处分的涵义是指公务员一经任用，非因法定事由、非经法定程序，不被免职、降职、辞退或者处分，这被称为公务员的身份保障权。各国公务员法无一例外，都规定了公务员的身份保障权。之所以公务员法规定公务员的身份保障权，是保持公务员队伍稳定和行政管理的连续性的需要，是保证公务员公正履行职责的需要，是现代社会发展日益复杂化、专业化的需要。

所谓法定程序是指国家规定的公务员被免职、降职、辞退或者处分所必须经历的法定过程。公务员违纪的，应当由处分机关决定对公务员违纪的情况进行调查，并将调查认定的事实及拟给予处分的依据告知公务员本人。公务员有权进行陈述和申辩。

只有对非因法定事由、非经法定程序的处理，公务员才可以拒绝接受。对于处理机关以确凿的事实，经过法定程序，依据法律和纪律等规定作出的有关免职、降职、辞退或者处分的决定，公务员应当接受。

公务员的申诉权利，是指公务员对涉及本人的人事处理决定（包括行政处分的决定和被降职、被辞退的决定）不服时，可以向原处理机关申请复核，同时有权向同级公务员主管部门或者作出该人事处理的机关的上一级机关申诉，其中对处分决定不服的，也可以向监督机关提出申诉。公务员的控告权利，是指公务员对于机关及其领导人员侵犯其合法权益的行为，有权向上级机关或者有关的专门机关提出控告。

公务员申诉的范围包括：第一，处分。第二，辞退或者被取消录用。第三，降职。第四，定期考核定为不称职。第五，免职。第六，申请辞职、退休未予批准的。第七，未按规定确定或者扣减工资、福利、保险待遇。第八，法律法规规定可以申诉的其他情形。

公务员必须遵守纪律，不得有下列行为：

（一）散布有损国家声誉的言论，组织或者参加旨在反对国家的集会、游行、示威等活动；

（二）组织或者参加非法组织，组织或者参加罢工；

（三）玩忽职守，贻误工作；

（四）拒绝执行上级依法作出的决定和命令；

（五）压制批评，打击报复；

（六）弄虚作假，误导、欺骗领导和公众；

（七）贪污、行贿、受贿，利用职务之便为自己或者他人谋取私利；

（八）违反财经纪律，浪费国家资财；

（九）滥用职权，侵害公民、法人或者其他组织的合法权益；

（十）泄露国家秘密或者工作秘密；

（十一）在对外交往中损害国家荣誉和利益；

（十二）参与或者支持色情、吸毒、赌博、迷信等活动；

（十三）违反职业道德、社会公德；

（十四）从事或者参与营利性活动，在企业或者其他营利性组织中兼任职务；

（十五）旷工或者因公外出、请假期满无正当理由逾期不归；

（十六）违反纪律的其他行为。

二、难点问题解惑

（一）中央行政机关之间的关系及其法律地位

与地方行政机关相比，中央行政机关的组成、设立程序及其在行政法上的地位更为复杂。也是考生容易混淆且经常丢分的地方。为了方便考生，我们罗列了一张详表，大家可一目了然。

中央行政机关的组成及其法律地位详表

组成与权限	组成成员	设立程序	地位
摇摇员援国务院：是最高国家权力机关的执行机关，最高国家行政机关。 职权：管理全国行政事务，有权制定行政法规。	摇摇由总理、副总理、国务委员、各部部长、各委员会主任、审计长、秘书长组成，实行总理负责制。	全国人大选举，对其负责，受人大及其常委会监督。	行政主体
摇摇圆援各部委：是国务院的工作部门。 职权：执行国务院行政法规、决定、命令并依此行使职权。在自己职权范围内就自己所管辖的事项，有权制定部门规章。	摇摇圆悉个：员援外交部，圆援国防部，猿援发改委，源援教育部，缘援科技部，远援国防科工委，苑援国家民委，愿援公安部，怨援安全部，员园援监察部，员员援民政部，员圆援司法部，员猿援财政部，员源援人事部，员缘援劳动和社会保障部，员远援国土资源部，员苑援建设部，员愿援铁道部，员怨援交通部，圆园援信息产业部，圆员援水利部，圆圆援农业部，圆猿援商务部，圆源援文化部，圆缘援卫生部，圆远援计生委，圆苑援中国人民银行，圆愿援审计署。	总理提出，人大决定，在人大闭会期间，由人大常委会决定。部长、主任负责制。	行政主体
摇摇猿援国务院直属特设机构：	摇摇员个：国务院国有资产监督管理委员会	总理提出人大决定。	行政主体
摇摇源援直属机构：是国务院主管各项专门业务的机构。 职权：具有自己主管的专门行政事务，可在主管的事项范围内，对外发布命令、指示。	摇摇共员悉个：员援海关总署，圆援税务总局，猿援工商行政管理总局，源援质量监督检验检疫总局，缘援环保总局，远援民航总局，苑援广播电影电视总局，愿援新闻出版总署（版权局），怨援体育总局，员园援国家统计局，员员援国家林业局，员圆援国家食品药品监督管理局，员猿援国家安全生产监督管理局，员源援国家知识产权局，员缘援国家旅游局，员远援国家宗教事务局，员苑援国务院参事室，员愿援国务院机关事务管理局。	由国务院根据工作需要和精简的原则设立，无需其他机关批准。	行政主体
摇摇缘援办事机构：是协助总理办理专门事务的机构。属于内部管理行政机关。	摇摇共有源个：员援国务院侨务办公室，圆援国务院港澳事务办公室，猿援国务院法制办公室，源援国务院研究室。	由国务院根据工作需要和精简的原则设立。	不属行政主体

续表

组成与权限	组成成员	设立程序	地位
摇摇辽援部管局：即主管有关行业或领域行政事务的国家局。	摇摇共员个：员援国家信访局，圆援国家粮食局，猿援国家烟草专卖局，源援国家外国专家局，缘援国家海洋局，远援国家测绘局，苑援国家邮政局，愿援国家文物局，怨援国家中医药管理局，员园援国家外汇管理局		行政主体
摇摇苑援事业单位：是为国家创造或改善生产条件，从事社会服务，不以盈利为目的的组织。	摇摇共员源个：员援新华通讯社，圆援中国科学院，猿援中国社会科学院，源援中国工程院，缘援国务院发展研究中心，远援国家行政学院，苑援中国地震局，愿援中国气象局，怨援中国银行业监督管理委员会，员园援中国证券监督管理委员会，员员援中国保险监督管理委员会，员圆援国家电力监管委员会，员猿援全国社会保障基金理事会，员源援国家自然科学基金委员会	有权机关批准，按社团注册。	只被授权

上表的关键在于掌握各具体机关的法律地位。其中有以下问题值得考生注意：一是要注意国务院办事机构和未经法律、法规授权的国务院的事业单位都不具备行政主体资格。二是要注意区别带“局”字的机关或单位。在国务院直属机构和部管局以及国务院事业单位中都有称之为局的机关或组织。但它们的法律地位相差甚远：直属机构中的局与部、委具有相同的法律地位，可以制定部门规章；部管局或国家局一般都具有行政主体资格，但无权制定规章；事业单位中的局，只在经法律、法规授权的情况下才具有行政主体资格，即只可能成为被授权组织。

（二）公务员职务行为与个人行为的识别标准

国家公务员具有公私双重身份。即执行职务时的公务员身份和从事非职务活动时的公民身份。由于双重身份而导致了双重行为，这就是公务员的公务行为与个人行为。所谓国家公务员的公务行为，即国家公务员履行行政职责，以国家行政机关的名义对社会实施管理的行为。而公务员的个人行为，则是公务员以公民身份实施的、不是履行行政职责的行为。为什么要对公务员的行为作如此区分？如此区分的意义又是什么呢？其主要原因就在于，这两种不同的行为要遵循不同的法律规则，并发生不同的法律后果，其法律责任的归属也完全不同。国家公务员的公务行为由国家或其所在行政机关承担责任，个人行为则由公务员个人承担责任。也正因为如此，国家公务员公务行为与个人行为的区分，也就成了历年考试的一个重要知识点。

如 圆园园缘年卷一单选第 员苑题：

某市公安局刑事警察赵某下班期间发现有人斗殴，即予以制止。正巧打架的马某与赵某有隙，便对赵某出言不逊。赵某大怒，拔枪将马某击伤。下列关于赔偿责任正确的说法是（摇摇）。

粤援应由赵某赔偿，因其行为属于与行使职权无关的个人行为

员愿

月援应由赵某赔偿,因其是刑事警察,无治安管理职权,且是在下班时间作出

悦援应由公安局赔偿,因赵某的行为是在执行职务

阅援应由公安局赔偿,因赵某的行为属于违法使用武器、警械造成公民身体伤害的情形

本题答案是 粤。

在实务中,通常以下列四种因素作为区分公务行为和个人行为的标准:(员 时间。公务员在上班时间实施的行为,通常可以认为是公务行为。而公务员下班以后实施的行为则要结合以下其他因素加以判断。(圆 岗位。公务员在其工作岗位上实施的行为通常可认为是公务行为。公务员在工作场所以外实施的行为则多视为个人行为。(猿 职责。公务员非在上班时间或在非工作场所实施的行为如与其职责有关,通常亦可认为是公务行为。反之,如其行为既不是在上班时间或工作场所实施,又不能证明相应行为与其职责有关,则应认为是个人行为。(源 命令。公务员依行政首长命令、指示或委托实施的行为,通常可以认为是公务行为。如果其行为既无首长命令、批示、指示或委托依据,又非在上班时间、工作场所实施或不能证明与其职责有关,则应认为该行为是个人行为。

在前引案例中,有一个行为性质的转换过程。《人民警察法》第 员怨条规定:"人民警察在非工作时间,遇有其职责范围内的紧急情况,应当履行职责。"第 圆员条又规定:"人民警察遇到公民人身、财产受到侵犯或者处于危难情形,应当立即救助;对公民提出解决纠纷的要求,应当给予帮助;对公民的报警案件,应当及时查处。"据此,人民警察负有制止违法行为的职责。赵某的初衷确实也是前去履行职责,似乎属于违法使用武器、警械造成公民伤害的职务行为。但因马"出言不逊"赵某因个人恩怨动怒用枪,其行为的性质即发生了变化,即由公务行为转化为了个人行为。因此,识别一个行为是否是公务行为,应当综合考虑以上四个方面的因素,不能绝对地使用某一个标准。

(三)公务员与国家职务委托关系及其运行规则

在国家行政机关、公务员、相对人三者之间涉及两层关系,即外部行政管理关系和内部行政管理关系。国家与相对人之间属于外部行政管理关系,国家与公务员之间则属于内部行政管理关系。所谓国家职务关系,就是国家公务员因接受国家的委托,担任国家行政职务,与国家之间产生的一种法律关系。公务员与国家之间的这种关系,在行政法上定义为职务委托关系。它是按照委托制度的原理来运行的。

国家与公务员之间:国家公务员代表国家或行政机关,以所在行政机关的名义行使国家行政职权,其行为的结果归属于相应的行政机关;国家为使公务员有效地实施行政管理,赋予公务员相应的职务权利;公务员受国家的委托必须恪尽职守,依法履行职责义务。

国家与相对人之间:国家的行政职权必须通过公务员来具体实施,公务员的公务行为就是国家或行政机关的行为;相对人则视公务员的公务行为为其所属行政机关的行为,在行政复议、行政诉讼或国家赔偿中,并不以公务员作为一方当事人,而只能以行政机关作为被申请人、被告或赔偿义务机关。

国家和公务员之间的权利义务,构成了国家职务关系的全部内容。一方面,国家要为国家职务关系的主体——公务员提供保护,防止来自公众和行政机关两个方面的侵害;另一方面,国家也要保护职务关系,以防止公务员不依法正确履行职责。

（四）追偿权及其行使规则

民法上的追偿权，是指在连带债务人中，一人清偿全部债务时，有向其他债务人请求偿还各自应分担部分的权利。其有两个前提：一是有共同债务存在；二是其中一人清偿了全部或超出自己份额的债务。民法追偿权的性质是经济损失的填平补齐，不存在制裁。

行政法上的追偿权，是指行政机关对外承担国家赔偿责任之后，可依法要求有重大过失或故意而造成损害的公务员，承担部分或全部赔偿费用的权利。这种追偿权是职务关系的体现。对外而言，公务员的公务行为是代表其所在行政机关的行为，其行为后果由行政机关承担。但就行政机关内部而言，公务员有忠于职守的义务和正确履行职责的义务，公务员一旦不履行义务，当然不能免除其应承担的责任。但这种追偿权与民法上的追偿权不同，其前提不是行政机关确实已“替人受过”，其性质既不是经济责任的移转更不是损失的填补，而是行政机关对公务员过错行为的一种惩戒。有关追偿权的考试命题方式可以是选择题，也可是案例题。见以下二例：

（员 追偿权是我国国家赔偿制度的组成部分，但追偿权的行使必须具备一定的条件。

下列选项中哪些是行使追偿权的条件？（摇摇）

粤.追偿权必须在赔偿义务机关赔偿受害人损失之前进行

月.行政赔偿义务机关已经赔偿了受害人的损失

悦.国家机关只能向有故意或重大过失的工作人员行使追偿权

阅.追偿权只能在赔偿数额范围内进行

答案是 月悦。

（圆 员怨怨远年 员员月 员员日晚，丁某酒后在某饮食店酗酒闹事，砸碎店里玻璃数块。后经人劝说，丁某承认错误并表示愿意赔偿。此时恰巧碰上某区公安局警察任某、赵某执勤到店里，任某对丁某又推又打，欲将丁某带回派出所处理。在扭推过程中，致使丁某跌倒，头撞在水泥地上，造成颅内出血死亡。员怨怨远年 员圆月 圆园日，丁某之父向公安局提出行政侵权赔偿。请回答：公安局对受害人赔偿后，可以如何处理？（摇摇）

粤.可以进行追偿

月.不可以追偿

悦.可以要求任某承担部分或全部赔偿费用

阅.可以要求任某和赵某共同承担部分或全部赔偿费用

答案是 粤悦 （此为 圆园园园年律师资格考试卷一任选题第 猿题第 源问）。

因为国家追偿权的性质不同于民事追偿权，从而决定了国家行使追偿权必须遵守一定的规则。结合上述两题我们可对这些规则作一分析：

一是公务员执行职务造成损害的行为必须有主观故意或重大过失。公务员职务行为的过错可以分为三个等级：一般过失、重大过失和故意。追偿权的行使限定在故意和重大过失，一般过失不予追偿。其原因是，国家权力本身就是一种强制他人服从的力量，一旦运用就必定影响相对人的权利和义务。因此，公务员行使国家权力显然具有一定的风险，必然包含着某种损害的可能。所以制度上应当允许公务员执行职务的行为具有一定的过错，只要这种过错未达到严重程度即可不究。据此，第 员例 悦项为对。而第 圆例 阅项则为错，因为一同执勤的赵某并没有故意或重大过失致人伤亡的行为。二是追偿金额与过错轻重相适应。第 圆例 悦项是

需要全本请访问 www.ertongbook.com