

法律版

司法考试 历年试题及考点归类精解

2005年版

行政法与行政诉讼法

● 法律考试中心 / 组编

● 张能宝 / 主编

最新权威版本

本书由法律社连续三年最新增补、修订出版。

明确复习重点

归纳整合1999—2004历年试题，提炼考点，并以考点为序编排体例。

节省备考时间

依据最新现行法律逐题详解，阐明难点、疑点、易错点，指导解题技巧。

揭示司考方向

全面总结连续五年考点及分值分布，解密命题规律、考查重点、考查模式。

统计表明：每年司考重复考查知识点高达80%，解读历年试题是复习备考必不可少的最佳捷径——
研习历年试题，就是做未来真正考题



法律出版社

2

司法考试历年试题及考点归类精解

2005 年版

行政法与行政诉讼法

法律考试中心 组编

主 编	张能宝		
副主编	杨艳霞	张 玲	
撰稿人	刘亚莉	张 玲	张能宝
	李 磊	李慧琦	吴建坤
	杨艳霞	杨平娟	万有志

法律出版社

目 录

上编 行 政 法

第一部分 1999—2004 年司法考试(律师资格考试)分值分布、命题基本规律

与复习技巧 (1)

一、司法考试(律师资格考试)分值分布 (1)

二、命题基本规律与复习技巧 (1)

第二部分 客观试题归类精解 (3)

一、行政法基础理论 (3)

(一)单项选择题 (3)

(二)多项选择题 (5)

(三)不定项选择题 (9)

(四)已考考点及已考法条归纳 (10)

(五)备考提示 (10)

二、行政许可法 (10)

(一)单项选择题 (10)

(二)多项选择题 (12)

(三)不定项选择题 (13)

(四)已考考点及已考法条归纳 (14)

(五)备考提示 (14)

三、行政处罚法 (15)

(一)单项选择题 (15)

(二)多项选择题 (19)

(三)不定项选择题 (22)

(四)已考考点及已考法条归纳 (23)

(五)备考提示 (24)

四、行政复议法 (24)

(一)单项选择题 (24)

(二)多项选择题 (27)

(三)不定项选择题 (31)

(四)已考考点及已考法条归纳 (35)

(五)备考提示 (35)

五、国家赔偿法	(35)
(一)单项选择题	(35)
(二)多项选择题	(39)
(三)不定项选择题	(48)
(四)已考点及已考法条归纳	(49)
(五)备考提示	(49)
附:突发公共卫生事件应急条例	(49)
单项选择题	(49)

下编 行政诉讼法

第一部分 1999—2004 年司法考试(律师资格考试)分值分布	(52)
第二部分 客观试题归类精解	(52)
一、行政诉讼的受案范围	(52)
(一)单项选择题	(52)
(二)多项选择题	(54)
(三)不定项选择题	(56)
二、行政诉讼的管辖	(58)
(一)单项选择题	(58)
(二)多项选择题	(59)
三、行政诉讼参加人	(61)
(一)单项选择题	(61)
(二)多项选择题	(63)
四、起诉和受理	(65)
(一)单项选择题	(65)
(二)多项选择题	(67)
(三)不定项选择题	(68)
五、行政诉讼证据	(69)
(一)单项选择题	(69)
(二)多项选择题	(72)
(三)不定项选择题	(73)
六、行政诉讼的法律适用	(75)
单项选择题	(75)
七、行政诉讼的特殊制度	(76)
(一)单项选择题	(76)
(二)多项选择题	(77)
八、行政诉讼的判决和裁定	(78)
(一)单项选择题	(78)
(二)多项选择题	(79)

(三)不定项选择题	(82)
九、综合	(83)
不定项选择题	(83)
十、本部分已考考点及已考法条归纳	(86)
十一、备考提示	(87)
第三部分 案例分析题集中精解	(87)
一、试题解析	(87)
二、已考考点及已考法条归纳	(95)
三、备考提示	(95)

上编 行政法

第一部分 1999—2004 年司法考试(律师资格考试) 分值分布、命题基本规律与复习技巧

一、司法考试(律师资格考试)分值分布

	行政法学 基础理论	行政 许可法	行政 处罚法	行政 复议法	国家 赔偿法	行政 诉讼法	总 计
2004 年	4	4	6	2	7	16	40
2003 年	35	0	2	3	4	19	63
2002 年	7	0	1	4	9	15	36
2000 年	4	0	2	10	6	18	40
1999 年	5	0	5	0	4	13	27

注:2004 年司法考试中,《突发公共卫生事件应急条例》考 1 分;1999 年律师资格考试中,《行政监察法》考 1 分。

二、命题基本规律与复习技巧

行政法学是一门理论性和实践性都很强的学科。随着行政法学理论的发展和多部行政单行法律的颁布,行政法学的内容也逐渐丰富,在部门法体系中的地位日趋重要。从 1999—2004 年行政法学考题分值分布的情况来看,1999 年为 30 分以下,随后两年则分值陡增至 40 分左右,约占总分的 10%;2002 年司法考试把行政法和行政诉讼法移到了试卷二,与刑法和刑事诉讼法部分同占半壁江山,大大提高了行政法部分知识在司法考试中的重要性 and 表现力;到了 2003 年司法考试中,试卷四最后一道关于行政行为合法性与合理性的论述题分值竟达 30 分之巨,令人瞠目,更使行政法部分题目当年所占总分值高达 63 分,成为司法考试各部门法中举足轻重的“大户”。2004 年,行政法题目的分值又回落到 40 分,但由于 2004 年司法考试试卷改革,将多项选择和不定项选择每道

题的分值增加到 2 分,致使总分由 400 分增加到 600 分,因此实际上行政法 2004 年的分值占总分的比重只有 1/15,可谓大大缩水,但同时题目的难度却显著增加。并且 2004 年司法考试第四卷案例分析题中缺少一道传统上每年必有的行政诉讼法题目,这种现象相当反常,可能同 2003 年试卷四中行政法部分占到 30 分有关。可以预期,在今后的司法考试中,行政法题目的分值极有可能出现反弹,并基本稳定在 60 分左右,即仍占总分的 10%。因此,能否答好行政法学部分的题目,对司考分数特别是试卷二的高分起到至关重要的作用。

行政法学部分主要由基础理论、行政处罚法、行政复议法、国家赔偿法和行政诉讼法五大部分组成,内容繁多而庞杂。在考点的分布上,行政诉讼法是历年的绝对重点,特别是近三年,在 2004 年的 40 分中占到 16 分,在 2003 年除论述题外的 33 分中占到 19 分,在 2002 年的 36

分中占到12分,占据三分之一到二分之一的比例,可见其重要地位。除行政诉讼法外,行政复议法和国家赔偿法也不容忽视,是考查的次重点;其余部分的出题比例则基本平衡,视当年情况而轮流登场,因此复习时应统筹兼顾,不可偏废。

从考题的设计上看,行政法学部分的命题特点主要是:

第一,侧重以案例的形式进行考查,注重知识在实际问题中的灵活应用。行政法学部分的题目相当注重题干中案例情节的设计,使其复杂化,具有干扰性。例如1999年试卷一第36题,考查国家赔偿的义务机关,案件经历了拘留、批捕、一审、二审、重审、抗诉、再审等诸多程序,情节之设计相当复杂,干扰性极强。同类的题目在2002年试卷二第27题再次出现,说明了命题者对考生综合运用理论知识分析解决复杂问题的能力的重视。需要特别说明的是,2004年行政法题目中有近半数可以在现实案例中找到原型,如2004年试卷二第96题基本上由“浦城县交通工程队诉浦城县水利电力局不履行法定职责和行政侵权案”改造而来,第72题就是“百顺矿业有限责任公司诉青海省国土资源厅行政不作为案”的翻版,第80题简直与“焦海亭诉沛县公安局行政赔偿案”如出一辙。这就要求我们在复习中不仅要熟练掌握法条的规定,还要留心关注生活中发生的现实案例,重视结合实例的运用,锻炼自己判断分析复杂案情和针对案例适用法条的能力。

第二,注重各部分知识点的结合,同时考查多部单行法的规定。这一特点在案例分析题上表现得尤其突出。纵观近几年来案例分析题,几乎没有哪个案例的考查是单纯只涉及一部行政单行法律的范围,多是把行政许可、行政处罚、行政复议和行政诉讼、行政赔偿结合起来考。有的题目甚至涉及民法、刑法的有关内容,如2004年试卷二第41题就要运用到特定物与种类物的区分,第98题考查行政处罚与刑罚之间的折抵。有的题目还涉及法条之间的相互引证和相互参考,如2002年试卷二第76题,考查

《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》(以下简称《国赔解释》)第1条规定:“根据《中华人民共和国国家赔偿法》第十七条第(二)项、第(三)项的规定,依照刑法第十四条、第十五条规定不负刑事责任的人和依照刑事诉讼法第十五条规定不追究刑事责任的人被羁押,国家不承担赔偿责任。……”对考生融会贯通的能力要求较高。因此,在复习时要有意识地加强对几个单行法之间相关内容的互通和衔接之处的把握,这也离不开结合案例多做练习。

值得注意的是,近两年司法考试的行政法部分考题理论性比往年显著增强,改变了过去直接依据法条设计题目的做法,很多题目都需要考生运用行政法的基本理论知识进行分析才能解答。例如,2004年试卷二第49题,表面上是考查行政诉讼的受案范围,实际上是要求考生认定预售房登记备案行为的性质;2004年试卷二第99题,侧面考查了行政行为确定力的问题;2003年试卷二第25题,要求对内部行政行为及不成熟行政行为作出判定和分析;2003年试卷二第99题,考查到公安机关的刑事侦查行为和具体行政行为在性质上的区分;2002年试卷二第25题、第75题涉及关于行政行为理论的理解,第29题、第79题涉及关于行政主体理论的掌握;2002年试卷四主观题第9题则是案例分析题中难度最大的一道题目,理论性极强,涉及行政法学上的“反射性利益”的问题,属于当前行政法学研究中的前沿领域,对考生来说具有相当的解答难度;2003年试卷四第8题更是以给材料论述题的全新形式、高达30分的分值和800~1000字的字数要求,给予了行政法理论以充分发挥的广阔天地。这一变化体现出了命题者加强对考生理论素养要求的倾向,提醒我们在平时的复习中要注意理论知识的积累。

还要特别指出的是,《中华人民共和国行政许可法》已于2004年7月1日起正式施行,可谓“千呼万唤始出来”,其地位和重要性在2004年新出台的法律法规中自然不同一般。由于行

行政许可在行政法中一直具有相当重要的地位,加之当前强调“依法治国”的大环境,可以预见,在未来几年的司法考试中,对《行政许可法》的考查题目在行政法部分中将会占有相当的比重,很有可能与《行政处罚法》一起成为行政法中的“双子座”,成为考生复习行政法的中中之重。

另外,对《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》(以下简称《行诉解释》)、《国赔解释》、《最高人民法院关于审理行政赔偿案件若干问题的规定》(以下简称《行赔规定》)等几部最高人民法院发布的法律解释的考查力度往往超过对法典本身,这也反映出司法考试的内容日益细致化的趋势,因此考生复习时对这三部法律解释要投入相当的精力,对其中反复考到的规定要熟练掌握。在此特别要着重提到的是最高人民法院 2002 年 10 月新施行的《最高人民法院关于行政诉讼证据若干问题的规定》,由于该规定的出台,行政诉讼证据问题成为 2003 年司法考试的命题热点,当年即考查了 4 分之多,2004 年升到了 5 分。该规定是行政诉讼法部分一个非常重要的

规定,且条文可考性极强,预计在今后的司法考试中仍将是考查重点,因此考生对该规定务必要加以重视,认真掌握。

最后还应提及的是,按照多年来的惯例,有关行政诉讼法的内容每年必出一道案例分析题,虽然 2004 年令人意外地破例,但根据司法考试命题中常见的反弹现象,今后试卷四中行政诉讼法的内容极有可能再行恢复,而且很可能分值不低。行政诉讼法的案例设计往往侧重于案情在程序上的连贯性、时间上的衔接性、主体之间关系的复杂性,头绪繁多,干扰性强;而且在问题设计上强调各个问题之间内在的逻辑关联性,常常如果前面的问题答错,后面的问题都会发生连锁效应,最后全盘皆输。因此,在遇到案例分析题时,考生不要着慌,也不要草草读完题面就急于下笔作答,应沉着冷静地弄清案情脉络,通读所有问题,有针对性地分析出程序层次及先后顺序,理清当事人之间的法律关系,明确诉讼的主体、复议机关及赔偿义务机关的资格等,确定适用的法条和理论依据,然后在把握全盘的基础上从容作答,注意表述要条理清楚、逻辑严密。

第二部分 客观试题归类精解

一、行政法基础理论

(一)单项选择题

1. 某地方性法规规定,企业终止与职工的劳动合同的,必须给予相应的经济补偿。某企业认为该规定与劳动法相抵触,有权作下列何种处理?(2003 年试卷二第 23 题)

- A. 向全国人大书面提出进行审查的建议
- B. 向全国人大常委会书面提出进行审查的建议
- C. 向国务院书面提出进行审查的要求

D. 向省人大书面提出进行审查的要求

[答案] B

[考点] 地方性法规的审查

[解析] 关于对行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例的合宪性、合法性的监督和审查制度,我国《立法法》第 90 条规定:“国务院、中央军事委员会、最高人民法院、最高人民检察院和各省、自治区、直辖市的人民代表大会常务委员会认为行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例同宪法或者法律相抵触的,可以

向全国人民代表大会常务委员会书面提出进行审查的要求,由常务委员会工作机构分送有关的专门委员会进行审查、提出意见。前款规定以外的其他国家机关和社会团体、企业事业组织以及公民认为行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例同宪法或者法律相抵触的,可以向全国人民代表大会常务委员会书面提出进行审查的建议,由常务委员会工作机构进行研究,必要时,送有关的专门委员会进行审查、提出意见。”

根据上引《立法法》第90条第2款的规定,本题中,某企业认为地方性法规的规定与劳动法相抵触,依法可以向全国人大常委会书面提出进行审查的建议。因此B项正确,为应选项。本题直接考查法条的适用,提醒考生对法律条文中的重要规定务必牢记。

[难度系数] *

2. 某工商局在办理完毕某企业变更法定代表人登记1年之后,发现办理登记的工作人员由于工作疏忽未认真核实有关材料,导致作出了错误的变更登记。在这种情况下,工商局应当如何处理?(2002年试卷二第25题)

- A. 撤销变更登记,恢复到原来的登记状态
- B. 吊销企业法人营业执照
- C. 撤销企业法人营业执照,对于由此给企业造成的损失予以适当赔偿
- D. 注销企业法人营业执照,给予企业适当补偿

[答案] A

[考点] 吊销、撤销、注销行为的法律含义

[解析] 对企业法人营业执照的吊销、撤销、注销行为具有不同的法律意义。吊销企业法人营业执照是一种行政处罚措施,是对企业有严重违反工商行政管理秩序行为时的制裁。《公司登记管理条例》第十一章“法律责任”部分的条款对吊销企业法人营业执照的适用情形作出了具体的规定。注销企业法人营业执照则不是惩罚性措施,只是一种终结企业法人法律上存在的程序性手续,可以依相对方申请而进行。撤销行为则适用于本不应作出具体行政行为时

的情形,《公司登记管理条例》仅对撤销公司登记作了规定。

本题中,错误的变更登记是由于行政机关内部工作人员的疏忽造成,企业法人本身并无违法行为,法人资格亦无问题,因此谈不上吊销或注销营业执照,只需撤销错误的变更登记,恢复到原来的登记状态即可。故本题当选A。

[难度系数] *

3. 下列选项中的哪一组是关于行政行为从属性的正确理解?(1999年试卷一第3题)

①行政行为的实施必须有法律依据;②行政行为必须在行政机关首长指令的范围内实施;③行政行为一经作出,相对人必须遵守和服从;④行政行为是受法律约束的行为。

- A. ①③④
- B. ①④
- C. ②④
- D. ①②③④

[答案] B

[考点] 行政行为的从属性

[解析] 从属性也称“执行性”。行政行为的从属性或执行性都是行政行为相对于法律而言的,指行政行为从属于法律,系对法律的执行,必须在法律规定的范围内进行。这一特点主要表现为:(1)行政行为的权限和内容必须符合法律;(2)行政行为必须符合法定程序;(3)行政行为的效力不具有最终性,应当受到法律的监督。可见,本题①④两项符合上述要求,是正确的理解。②项错误,行政行为从属性或执行性是指从属于法律而不是首长个人,执行法律而不是首长指示,是法治而不是人治。③项是就行政行为的效力而言的,指行政行为的拘束力,不是从属性的内容。因此,本题B项为应选项。

[难度系数] **

4. 下列选项中的哪一组情形导致行政处罚决定不能成立?(1999年试卷一第9题)

①行政机关作出处罚决定前,未依法向当事人告知应予处罚的事实、理由和依据;

②行政机关拒绝听取当事人的陈述、申辩;

③行政处罚无法定依据;

④行政处罚不遵守法定程序。

A. ①③ B. ②③

C. ①③④ D. ①②

[答案] D

[考点] 行政处罚成立的要件

[解析] 行政处罚不成立是指行政处罚不具备法定的成立要件,不对外发生法律效力。《行政处罚法》第41条规定:“行政机关及其执法人员在作出行政处罚决定之前,不依照本法第三十一条、第三十二条的规定向当事人告知给予行政处罚的事实、理由和依据,或者拒绝听取当事人的陈述、申辩,行政处罚决定不能成立;当事人放弃陈述或者申辩权利的除外。”可见,本题①②两项所列情形被法律规定为行政处罚决定不成立的条件,这是由于行政处罚为一种侵益性的行政行为,对其成立的要求必须加以严格的限制,以保护相对方的正当权益。

又据《行政处罚法》第3条规定:“公民、法人或者其他组织违反行政管理秩序的行为,应当给予行政处罚的,依照本法由法律、法规或者规章规定,并由行政机关依照本法规定的程序实施。没有法定依据或者不遵守法定程序的,行政处罚无效。”可见,本题③④项是行政行为无效的法定情形。D为应选项。

本题提醒我们注意区分行政行为无效和不成立条件的区别。

[难度系数] * *

5. 下列选项中的哪个组合是关于行政行为确定力的正确理解?(1999年试卷一第15题)

①相对人不得任意擅自改变行政行为;

②行政主体非经法定程序不得任意改变或撤销行政行为;

③相对人必须遵守和实际履行行政行为规定的义务;

④行政行为在行政复议或诉讼期间不停止执行。

A. ①② B. ②③④

C. ③④ D. ①②③④

[答案] A

[考点] 行政行为的效力

[解析] 行政行为的效力包括公定力、确定力、拘束力和执行力。行政行为的确定力是指行政行为一经作出并发生法律效力后,非经法定程序,该行政行为不得被任意撤销或者变更。本题中①项是对相对人提出的要求,②项是对行政主体提出的要求,都符合确定力的含义,③项中,相对人负有必须遵守和履行的义务是行政行为拘束力的体现,④项中,复议、诉讼不停止执行是行政行为公定力(也称先定力)的体现。故A为应选项。

[难度系数] * *

(二)多项选择题

1. 关于国家行政机构,下列哪些说法是不正确的?(2004年试卷二第74题)

A. 国家粮食局是国务院直属机构

B. 国务院台湾事务办公室是主管台湾事务的办事机构

C. 财政部的司级内设机构的增设由财政部审核,国务院机构编制管理机关批准

D. 国务院学位委员会是国务院组成部门

[答案] ACD

[考点] 国务院行政机构

[解析] 根据《国务院行政机构设置和编制管理条例》第6条规定:“国务院行政机构根据职能分为国务院办公厅、国务院组成部门、国务院直属机构、国务院办事机构、国务院组成部门管理的国家行政机构和国务院议事协调机构。

国务院办公厅协助国务院领导处理国务院日常工作。

国务院组成部门依法分别履行国务院基本的行政管理职能。国务院组成部门包括各部、各委员会、中国人民银行和审计署。

国务院直属机构主管国务院的某项专门业务,具有独立的行政管理职能。

国务院办事机构协助国务院总理办理专门事项,不具有独立的行政管理职能。

国务院组成部门管理的国家行政机构由国

务院组成部门管理,主管特定业务,行使行政管理职能。

国务院议事协调机构承担跨国务院行政机构的重要业务工作的组织协调任务。国务院议事协调机构议定的事项,经国务院同意,由有关的行政机构按照各自的职责负责办理。在特殊或者紧急的情况下,经国务院同意,国务院议事协调机构可以规定临时性的行政管理措施。”

本题 A 项中,国家粮食局是国务院的职能部门之一,是国家发展和改革委员会管理的负责全国粮食流通宏观调控具体业务、行业指导和中央储备粮行政管理的行政机构;因此,国家粮食局不是国务院直属机构,而属于国务院组成部门管理的国家行政机构。因此 A 项不正确,为应选项。

B 项中,国务院台湾事务办公室是主管台湾事务的办事机构,表述正确。

D 项中,国务院学位委员会是统筹规划并归口管理全国的学位与研究生教育工作的国务院办事机构,不是国务院组成部门,因此 D 项不正确,为应选项。

关于 C 项,根据《国务院行政机构设置和编制管理条例》第 14 条规定:“国务院行政机构的司级内设机构的增设、撤销或者合并,经国务院机构编制管理机关审核方案,报国务院批准。……”可见,财政部的司级内设机构的增设应由国务院机构编制管理机关审核方案,报国务院批准。因此 C 项不正确,为应选项。

客观地讲,本题是旨在考查考生行政法知识面的题目。这类题目不多,但以前也曾经出现过,如 1999 年试卷一第 76 题。近年来由于实行机构改革,国务院所属的行政机构几经调整,已经有了很多变化,因此考生不能再根据以往的印象想当然地确认某机构的性质。建议考生备考时可通过官方网络来了解最新的国务院行政机构组成,以更新知识。如果说这对疲于应付司法考试的考生来说要求可能有些高,可以提示大家一个规律:这类题目往往出现在国家机构改革或重大调整之后的一两年内,考生可以视当年的情况而做必要的准备。

[难度系数] * * *

2. 关于规章制定,下列说法哪些是正确的?(2003 年试卷二第 76 题)

A. 起草的规章直接涉及公民切身利益的,起草单位必须举行听证会

B. 部门规章送审稿,由国务院法制机构统一审查

C. 除特殊情况外,规章应当自公布之日起 30 日后施行

D. 规章应当自公布之日起 30 日内,由法制机构依法报有关机关备案

[答案] CD

[考点] 规章的制定程序

[解析] 《立法法》第 74 条规定:“国务院部门规章和地方政府规章的制定程序,参照本法第三章的规定,由国务院规定。”为此,国务院 2001 年 11 月 16 日以国务院令 322 号发布了于 2002 年 1 月 1 日生效的《规章制定程序条例》,该条例对规章的制定程序作出了具体的规定。

关于规章起草阶段的听证程序,国务院《规章制定程序条例》第 15 条规定:“起草的规章直接涉及公民、法人或者其他组织切身利益,有关机关、组织或者公民对其有重大意见分歧的,应当向社会公布,征求社会各界的意见;起草单位也可以举行听证会。”可见,依本条规定,除起草的规章直接涉及公民切身利益之外,还需要有关方面对其有重大意见分歧;并且起草单位依法是“也可以”举行听证会而不是“应当”举行听证会,即听证会并非法定必经程序,因此 A 项错误,不应入选。

关于规章的送审制度,《规章制定程序条例》第 18 条第 1 款规定:“规章送审稿由法制机构负责统一审查。”此处的法制机构是指作为规章制定主体的行政机关中的法制机构。根据同法第 11 条规定,具体负责规章制定工作的是“国务院部门法制机构,省、自治区、直辖市和较大的市的人民政府法制机构(以下简称法制机构)”。可见,部门规章送审稿,依法应由该部门的法制机构负责审查,而不是由国务院法制机

构统一审查。因此B项错误,不应入选。关于B项,考生应当理解,国务院部门作为规章立法权的主体,本身就有权决定和发布规章,其制定的规章依法只需向国务院备案,而不需由国务院审查其内容。应由国务院法制机构负责审查的是行政法规的送审稿。对此,《立法法》第59条第1款规定:“行政法规起草工作完成后,起草单位应当将草案及其说明、各方面对草案主要问题的不同意见和其他有关资料送国务院法制机构进行审查。”考生应当注意区别规章和行政法规在制定主体和有关程序上的不同。

关于规章的公布和施行,《规章制定程序条例》第32条规定:“规章应当自公布之日起30日后施行;但是,涉及国家安全、外汇汇率、货币政策的确定以及公布后不立即施行将有碍规章施行的,可以自公布之日起施行。”可见,除法定特殊情况外,规章应当自公布之日起30日后施行。因此C项正确,为应选项。

关于规章的备案制度,《规章制定程序条例》第34条规定:“规章应当自公布之日起30日内,由法制机构依照立法法和《法规规章备案条例》的规定向有关机关备案。”可见,规章应当自公布之日起30日内由法制机构依法报有关机关备案。因此D项正确,为应选项。

国务院《规章制定程序条例》于2002年1月1日生效,是一部较新的行政法规,虽未列入2003年司法考试的必读法律法规之列,但本题的考查提醒我们,对于指定汇编虽未收入但与大纲内容有密切联系的重要法律法规,复习中涉及及时也要有必要的了解和掌握。

[难度系数] * *

3. 按照《立法法》和相关法律的规定,下列哪些机关或者机构具有制定规章的权力?(2003年试卷二第77题)

- A. 国务院办公厅
- B. 国家体育总局
- C. 国务院法制办公室
- D. 审计署

[答案] BD

[考点] 规章的制定权

[解析] 关于规章制定权的主体,《立法法》第71条第1款规定:“国务院各部、委员会、中国人民银行、审计署和具有行政管理职能的直属机构,可以根据法律和国务院的行政法规、决定、命令,在本部门的权限范围内,制定规章。”可见,国务院各部委、中国人民银行、审计署和国务院直属机构依法都具有制定规章的权力。

本题中,国务院办公厅和国务院法制办公室都属于国务院的内部行政机构,不是独立的行政主体,没有对外作出行政行为的权能,当然更不具有制定规章的权力。因此AC项均不应入选。B项国家体育总局属于国务院直属局,具有国家体育事务方面的行政管理职能,依上引立法法的规定,在本部门权限范围内有权制定规章。因此B项正确,为应选项。至于D项审计署,是《立法法》第71条所明文规定的规章制定权的主体之一,因此当然为应选项。

[难度系数] *

4. 关于行政机关和机构的设立,下列哪些说法是不正确的?(2002年试卷二第69题)

- A. 经国务院批准,省人民政府可以设立行政公署
- B. 经市公安局批准,县公安局可以设立派出所
- C. 经全国人大常委会批准,国务院可以设立直属机构
- D. 经市人民政府批准,县人民政府可以设立区公所

[答案] BCD

[考点] 行政机关和机构的设立

[解析] 注意本题是选非题。

《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》第68条规定:“省、自治区的人民政府在必要的时候,经国务院批准,可以设立若干派出机关。”

县、自治县的人民政府在必要的时候,经省、自治区、直辖市的人民政府批准,可以设立若干区公所,作为它的派出机关。

市辖区、不设区的市的人民政府,经上一级人民政府批准,可以设立若干街道办事处,作为它的派出机关。”

行政公署是省级人民政府的派出机关,根据上引法条第1款,其设立由国务院批准,A项正确。区公所是县级人民政府的派出机关,根据上引法条第2款,其设立由省级人民政府批准,故D项不正确,为应选项。

又据《国务院组织法》第11条规定:“国务院可以根据工作需要和精简的原则,设立若干直属机构主管各项专门业务,设立若干办事机构协助总理办理专门事项。……”可见国务院设立直属机构得到法律的直接授权,无须经全国人大常委会批准。故C项不正确,为应选项。

又据《公安派出所组织条例》第1条规定:“……市、县公安局可以在辖区内设立公安派出所。公安派出所是市、县公安局管理治安工作的派出机关。”可见县公安局依法可以在辖区内设立公安派出所,无须经市公安局批准。故B项不正确,为应选项。

[难度系数] **

5. 刘某因超载被公路管理机关执法人员李某拦截,李某口头作出罚款200元的处罚决定,并要求当场缴纳。刘某要求出具书面处罚决定和罚款收据,李某认为其要求属于强词夺理,拒绝听取其申辩。关于该处罚决定,下列哪些说法是错误的?(2002年试卷二第75题)

- A. 该处罚决定不成立,刘某可以拒绝
- B. 该处罚决定违法,刘某缴纳罚款后可以申请复议或者提起诉讼
- C. 该处罚决定不成立,刘某缴纳罚款后可以申请复议或者提起诉讼
- D. 该处罚决定无效,刘某可以拒绝

[答案] BD

[考点] 行政行为的成立、生效与合法要件

[解析] 《行政处罚法》第33条规定:“违法事实确凿并有法定依据,对公民处以五十元

以下、对法人或者其他组织处以一千元以下罚款或者警告的行政处罚的,可以当场作出行政处罚决定。……”第34条规定:“执法人员当场作出行政处罚决定的,应当向当事人出示执法身份证件,填写预定格式、编有号码的行政处罚决定书。行政处罚决定书应当当场交付当事人。”第49条规定:“行政机关及其执法人员当场收缴罚款的,必须向当事人出具省、自治区、直辖市财政部门统一制发的罚款收据;不出具财政部门统一制发的罚款收据的,当事人有权拒绝缴纳罚款。”

因此,本案中执法人员当场口头作出罚款200元的处罚决定,且不依法出具书面处罚决定和罚款收据,属于严重的程序违法。但同时还应注意同法第41条规定:行政机关及其执法人员在作出行政处罚决定之前,不依照本法第31条、第32条的规定向当事人告知给予行政处罚的事实、理由和依据,或者拒绝听取当事人的陈述、申辩,行政处罚决定不能成立;当事人放弃陈述或者申辩权利的除外。据此,该处罚行为虽然程序违法,但由于执法人员拒绝听取当事人的陈述、申辩,已经导致行政处罚决定依法不能成立。既然不满足成立的法定形式要件,则法律上尚不存在该具体行政行为,违法或无效这些进一步判定的问题就更谈不上。在此情形下,相对人有权拒绝接受处罚,也可以提起诉讼或复议。因此本题应判定为行政处罚决定不成立处理,AC项正确,BD项应选。

此题理论性较强。

[难度系数] ***

6. 依照有关法律规定,具有法人资格的社会团体应当自批准成立之日起60日内向登记管理机关备案,登记管理机关自收到备案文件之日起30日内发给《社团登记证书》。社团登记管理机关的上述行为是下列哪种行为?(1999年试卷一第49题)

- A. 依职权行政行为
- B. 要式行政行为
- C. 自由裁量行政行为
- D. 羁束行政行为

[答案] BD

[考点] 行政行为的分类

[解析] A项中,社会团体应当先向登记管理机关递交备案文件,登记管理机关收到备案文件后才发给《社团登记证书》,而不是依职权主动发给证书,所以该行为为依申请的行政行为,不是依职权的行政行为。

B项要式行政行为与非要式行政行为相对,是指必须具备法定形式要件才能发生法律效力行政行为。本题中社团登记管理机关的行为依法必须以颁发《社团登记证书》的形式作为,所以是要式行政行为。B为应选项。

CD项自由裁量行政行为与羁束行政行为相对,是指行政机关没有自由选择的余地,只能严格依照法律规定的范围、条件、形式、程度、方法等作出行政行为。本题中依法律规定,社团登记管理机关收到备案文件后必须发给《社团登记证书》,没有其他选择的余地,故为羁束行政行为而非自由裁量行政行为。D为应选项。

[难度系数] *

(三)不定项选择题

1. 下列何种情形不符合法律、法规有关公务员任职和辞职的规定?(2004年试卷二第100题)

- A. 李副市长兼任公安局长和安全局长
- B. 市经济委员会张主任兼任投资公司董事长
- C. 教育局高副局长辞职一年后经教育局批准到教育局所属的教育培训中心担任主任
- D. 市政府批准办公厅机要处王处长辞职出国

[答案] ABD

[考点] 国家公务员的基本管理制度

[解析] 《国家公务员暂行条例》第49条规定:“国家公务员原则上一人一职,确因工作需要,经任免机关批准,可以在国家行政机关内兼任一个实职。国家公务员不得在企业和营利性事业单位兼任职务。”可见,国家公务员可以在工作需要时在国家行政机关内兼任一个实

职,即一个公务员最多同时担任两个职务。本题A项中,李副市长兼任公安局长或安全局长均是可以的,但不能同时担任三个职务,因此A项错误,为应选项。B项中,投资公司是企业,根据上引规定,市经济委员会张主任不得在其中兼任董事长,因此B项错误,为应选项。

《国家公务员暂行条例》第73条规定:“国家公务员辞职后,二年内到与原机关有隶属关系的企业或者营利性的事业单位任职,须经原任免机关批准。”可见,本题C项中,教育培训中心是教育局的下属事业单位,教育局高副局长在辞职一年后经教育局(原任免单位)的批准,是可以在教育培训中心任职的,因此C项符合规定。

《国家公务员暂行条例》第71条规定:“国家公务员辞职,应当向任免机关提出书面申请;任免机关应当在三个月内予以审批。审批期间,申请人不得擅自离职。国家行政机关可以根据实际情况,规定国家公务员三至五年的最低服务年限;未满最低服务年限的,不得辞职。在涉及国家安全、重要机密等特殊职位上任职的国家公务员,不得辞职。”本题D项中,市政府办公厅机要处王处长属于在重要机密的特殊职位上任职的国家公务员,按规定不得辞职,市政府也不能批准其辞职。因此D项错误,为应选项。

《国家公务员暂行条例》出台于1993年,2004年首次列入考试大纲,便成了试卷二的压卷题目。这也是符合司法考试的传统的。一般情况下,对于第一次列入考试范围的法律法规,通常当年会考查1题(1—2分),且难度不大;以后视情况增减其考查比重。因此,考生在复习时要对第一次列入考试范围的法律法规给予必要的重视,并有意识的重点识记,以应付可能出现的法条题;到第二年,就要视该法律法规的具体情况而定;如果再出现相应的题目,则证明该法律法规的地位已经基本稳固;相反,如果第二年没有出题考查,则以后出题考查的可能性也不大。

[难度系数] **

2. 根据行政法学对行政机关的分类理论, 下列哪些选项是正确的表述? (1999 年试卷一第 76 题)

- A. 乡政府是一般权限行政机关
- B. 地区行署是省政府的派出机关
- C. 审计局是专业性行政机关
- D. 国家税务总局是国务院的工作部门

【答案】 AB

【考点】 行政机关的分类

【解析】 关于 A 项, 根据行政机关权限的性质, 行政机关分为一般权限行政机关与部门权限行政机关。一般权限行政机关是指权限全面, 涉及各个行政领域和各种行政事务的行政机关, 如国务院和地方各级人民政府; 而部门权限行政机关是指权限仅涉及特定行政领域和特定行政事项的行政机关, 如国务院各部委、地方人民政府的各工作部门。A 项乡政府是基层人民政府, 所以应为一般权限行政机关。A 项正确。

B 项地区行署不是一级人民政府, 而是省政府的派出机关, 其他政府派出机关还有区公所和街道办事处。所以 B 项也正确。

C 项审计局所管理的客体是综合性的、跨部门、跨行业的行政机关, 因而是职能性行政机关, 而不是专业性行政机关。后者管理的客体是专门性、部门性和行业性的, 如铁路局、卫生管理局等。所以 C 项错误。对不熟悉职能性行政机关和专业性行政机关的区分的考生, 本项易选错。

D 项国家税务总局是国务院的直属机关, 而不是其工作部门。故 D 项也错误。

【难度系数】 ***

(四) 已考考点及已考法条归纳

考查次数	已考考点	已考法条
**	行政机关和机构的设立	《地方组织法》第 68 条 《国务院组织法》第 11 条
*	行政机关的分类	
*	行政行为的从属性	

续表

考查次数	已考考点	已考法条
**	行政行为的分类	
****	行政行为的成立和生效要件	《行政处罚法》第 3、34、41、49 条
**	行政行为的效力	
*	行政行为的法律意义	
*	行政许可和行政确认	
*	地方性法规的审查	《立法法》第 90 条
*	规章的制定程序	《立法法》第 59、74 条 《规章制定程序条例》第 15、18、32、34 条
*	规章的制定权	《立法法》第 71 条
*	国家公务员管理制度	《公务员暂行条例》第 49、71、73 条

(五) 备考提示

行政法基础理论是行政法作为一个部门法的理论基石, 宏观上它为行政法的体系构建了基本框架, 微观上它为行政许可、行政处罚、行政复议和国家赔偿等具体制度的形成设定了基础性理论前提。加强对本部分的理解, 可以为把握行政法体系、理解行政法具体制度打下坚实的理论基础。本部分考点集中在行政机关和机构的设置、行政行为理论以及规章制定的有关内容, 特别是行政行为的成立和生效要件、行政行为的效力问题, 往往在行政处罚、行政诉讼等具体制度中穿插考查, 需要考生理论联系实际, 加深理解。

二、行政许可法

(一) 单项选择题

按照律师法规定, 申请领取律师执业证书, 司法行政机关应当自收到申请之日起 30 日内作出是否颁发的决定。按照行政许可法的规定, 应当自受理行政许可申请之日起 20 日内作出行政许可决定。2004 年 7 月初, 张某向省司法厅申请领取律师执业证书, 司法厅的正确做法是: (2004 年试卷二第 40 题)

A. 应当适用律师法, 在 30 日内作出是否颁发的决定

B. 应当适用行政许可法, 在 20 日内作出

是否颁发的决定

C. 可以选择适用律师法或者行政许可法关于期限的规定作出决定

D. 因法律关于期限的规定不一致,报请全国人大常委会裁决后再作决定

【答案】 A

【考点】 行政许可的期限

【解析】 正如本题题干所说,我国《律师法》与《行政许可法》之间关于期限的规定确有不同。《律师法》第11条规定:“申请领取律师执业证书的,经省、自治区、直辖市以上人民政府司法行政部门审核,符合本法规定条件的,应当自收到申请之日起三十日内颁发律师执业证书;不符合本法规定条件的,不予颁发律师执业证书,并应当自收到申请之日起三十日内书面通知申请人。”《行政许可法》第42条规定:“除可以当场作出行政许可决定的外,行政机关应当自受理行政许可申请之日起二十日内作出行政许可决定。二十日内不能作出决定的,经本行政机关负责人批准,可以延长十日,并应当将延长期限的理由告知申请人。但是,法律、法规另有规定的,依照其规定。依照本法第二十六条的规定,行政许可采取统一办理或者联合办理、集中办理的,办理的时间不得超过四十五日;四十五日内不能办结的,经本级人民政府负责人批准,可以延长十五日,并应当将延长期限的理由告知申请人。”

《行政许可法》第42条规定了四种不同的许可期限:其一,一般期限,自受理申请之日起20日(经本行政机关负责人批准,可以延长10日);其二,可以当场许可的,当时作出;其三,行政许可采取统一办理或者联合办理、集中办理的,办理的时间不得超过45日(经本级人民政府负责人批准,可以延长15日);其四,法律、法规另有规定的,依照其规定。可见,《律师法》规定的期限只是与《行政许可法》规定的一般期限不同,但由于《行政许可法》第42条中有“但书”的规定,两者并不冲突。因此,本题中,《律师法》第11条规定的期限属于《行政许可法》第42条中“法律、法规另有规定的”的情形,应该

“依照其规定”,即司法厅应当适用《律师法》,在30日内作出是否颁发的决定。所以A项正确,为应选项。

有相当一部分考生选择了B项,究其原因,除了想当然地认为同一位阶的法律后法优于前法外,还有考生搬出了《行政许可法》第83条作为依据:“本法自2004年7月1日起施行。本法施行前有关行政许可的规定,制定机关应当依照本法规定予以清理;不符合本法规定的,自本法施行之日起停止执行。”其实,《行政许可法》在立法时,在期限问题上已经给其他的法律、法规留足了余地,因此不会在期限上发生冲突;第83条规定的主要目的是为了清理现实生活中的各种不规范的行政许可事项,否则,《行政许可法》将成为一纸空文。因此,考生应深刻领会《行政许可法》的立法意图和立法技术,不能主观臆断地作片面理解。

也有考生选择了D项,理由是《立法法》第85条的规定:“法律之间对同一事项的新的一般规定与旧的特别规定不一致,不能确定如何适用时,由全国人民代表大会常务委员会裁决。……”应该说,这部分考生对《立法法》掌握得不错。如果《行政许可法》在期限上没有“但书”规定的话,那么,《律师法》相对于《行政许可法》属于特别法,而《行政许可法》则为一般法,《行政许可法》关于期限的一般规定与《律师法》关于期限的特别规定之间就会发生冲突,这时由全国人民代表大会常务委员会裁决。遗憾的是,《行政许可法》专门针对期限问题作了“但书”的规定,而这部分考生没有注意到,实在可惜。

C项叙述本身就不符合法律常识,应该没有考生选择C项。

《行政许可法》2004年7月1日施行,可谓“千呼万唤始出来”,其地位和重要性在今年新出台的法律法规中自然不同一般。由于行政许可在行政法中的重要地位,加之“依法治国”的大环境,在可以预见的时间范围内,《行政许可法》在司法考试对行政法的考查题目中将会占有相当的比重,很有可能与《行政处罚法》一起成为行政法中的“双子星座”,成为考生复习行

政法的重中之重。

【难度系数】 * *

(二)多项选择题

关于行政处罚和行政许可行为,下列哪些说法是不正确的?(2004年试卷二第75题)

A. 行政处罚和行政许可的设定机关均应定期对其设定的行政处罚和行政许可进行评价

B. 法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织,可依授权行使行政处罚权和行政许可权

C. 行政机关委托实施行政处罚和行政许可的组织应当是依法成立的管理公共事务的事业组织

D. 行政机关依法举行听证的,应当根据听证笔录作出行政处罚决定和行政许可决定

【答案】 ACD

【考点】 行政许可和行政处罚的设定行政主体、行政委托、听证程序

【解析】 本题将《行政许可法》与《行政处罚法》的相似法条进行了比较。

A项考查关于定期评价的问题。根据《行政许可法》第20条的规定:“行政许可的设定机关应当定期对其设定的行政许可进行评价……”,而《行政处罚法》中没有相似规定。其实,考虑到行政处罚与行政许可性质上的差异,这也不难判断出来——行政处罚针对的是事前的违法行为,而行政许可要考虑到事后的可行性和影响等因素。因此,A项错误,为应选项。

B项考查关于法律、法规授权的组织的问题,根据《行政许可法》第23条规定:“法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织,在法定授权范围内,以自己的名义实施行政许可。被授权的组织适用本法有关行政机关的规定。”《行政处罚法》第17条规定:“法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织可以在法定授权范围内实施行政处罚。”可见,法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织,可依授权行使行政处罚权和行政许可权,因此B项表述正确。

C项考查关于行政委托的问题。根据《行政许可法》第24条的规定:“行政机关在其法定

职权范围内,依照法律、法规、规章的规定,可以委托其他行政机关实施行政许可。……”《行政处罚法》第18条规定:“行政机关依照法律、法规或者规章的规定,可以在其法定权限内委托符合本法第十九条规定条件的组织实施行政处罚。……”《行政处罚法》第19条规定:“受委托组织必须符合以下条件:(一)依法成立的管理公共事务的事业组织;(二)具有熟悉有关法律、法规、规章和业务的工作人员;(三)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。”可见,在行政委托上,行政许可与行政处罚也有不同:对行政许可来说,行政机关在其法定职权范围内,依照法律、法规、规章的规定,可以委托其他行政机关实施行政许可;而对行政处罚来讲,行政机关依照法律、法规或者规章的规定,可以在其法定权限内委托依法成立的管理公共事务的事业组织实施行政处罚。这表明,国家对行政许可权的控制比对行政处罚权要严格。因此C项错误,为应选项。

D项考查关于听证笔录的问题。根据《行政许可法》第48条规定:“听证按照下列程序进行:……行政机关应当根据听证笔录,作出行政许可决定。”根据《行政处罚法》第42、43条规定:“行政机关作出责令停产停业、吊销许可证或者执照、较大数额罚款等行政处罚决定之前,应当告知当事人有要求举行听证的权利;当事人要求听证的,行政机关应当组织听证。当事人不承担行政机关组织听证的费用。听证依照以下程序组织:……(七)听证应当制作笔录;笔录应当交当事人审核无误后签字或者盖章。……”“听证结束后,行政机关依照本法第三十八条的规定,作出决定。”其中该条所引第38条规定内容为:“调查终结,行政机关负责人应当对调查结果进行审查,根据不同情况,分别作出如下决定:……”可见,行政许可和行政处罚对听证笔录的处理有所不同:在行政许可中,听证笔录作为作出行政许可决定的依据;而在行政处罚中,听证笔录只是作为一项调查中的证据,还要综合考虑其他证据,最后依据有关法