

飞跃版

国家司法考试 2009



名师 解考题

- ★ 2002-2008七届司考180道真题详解
- ★ 216道高质量练习题及解析
- ★ 引领万千考生
- ★ 破解行政玄机

行政法与行政诉讼法

张锋 编著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

飞跃版

国家司法考试 2009

名师 解考题

行政法与行政诉讼法

张锋 编著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

行政法与行政诉讼法/张锋编著. —北京: 中国法制出版社, 2009. 1

(名师解考题)

ISBN 978 - 7 - 5093 - 0997 - 1

I. 行… II. 张… III. 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 IV. D922.1 D925.3

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 010821 号

行政法与行政诉讼法

XINGZHENGFA YU XINGZHENG SUSONGFA

编著/张 锋

经销/新华书店

印刷/河北省三河市汇鑫印务有限公司

开本/787×1092 毫米 16

版次/2009 年 2 月第 1 版

印张/15 字数/312 千

2009 年 2 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 0997 - 1

定价: 32.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfs.com>

市场营销部电话: 66033393

传真: 66031119

编辑部电话: 66034242

邮购部电话: 66033288

目 录

导 论	(1)
一、行政法命题的基本特点	(1)
二、七届司法考试行政法考题、分值的统计与分布	(2)
三、2009 行政法部分前瞻	(3)
四、行政法应试方法论	(4)
五、如何使用本书	(7)
第一章 行政法概述	(9)
第二章 行政组织与公务员	(16)
第三章 抽象行政行为	(26)
第四章 具体行政行为概述	(36)
第五章 行政许可	(41)
第六章 行政处罚	(52)
第七章 行政强制	(69)
第八章 行政合同与行政给付	(72)
第九章 行政程序与政府信息公开	(73)
第十章 行政复议	(76)
第十一章 行政诉讼概述	(91)
第十二章 行政诉讼的受案范围	(95)
第十三章 行政诉讼管辖	(103)
第十四章 行政诉讼参加人	(109)
第十五章 行政诉讼程序	(124)
第十六章 行政诉讼的特殊制度与规则	(141)
第十七章 行政案件的裁判与执行	(159)
第十八章 国家赔偿概述	(177)
第十九章 行政赔偿	(182)
第二十章 司法赔偿	(192)
第二十一章 国家赔偿方式、标准和费用	(199)
测试练习题参考答案及简析	(206)
附 录 行政法论述题解题指南	(231)

导论

在司法考试科目中,由于行政法不像刑法、刑诉,民法、民诉那样各有两部法典,其体系较为零乱、庞杂,常常成为考生“饮恨而归”的失分的“重灾区”。在通过司考的路途中,除系统掌握行政法的理论与知识外,对历年司考真题的掌握几乎成为通过司考的必由之路。反复做真题有助于我们感悟司法考试命题的重点和命题技术的变化。帮助考生把行政法的理论与知识变成解题的能力,迅速提升行政法的应试水平与能力,顺利通过司法考试即成为本书写作的初衷。

一、行政法命题的基本特点

第一,题目具有较强的理论性。由于作为部门法意义上的行政法没有表现为一部完整、统一、系统的成文法典,其体系和制度表现得较为分散、零乱,但是他们又是受制于行政法的六大基本原则和规则的,因而行政法学具有较强的抽象性和概括性。2003、2006和2007年三道论述题(共达90分)的出现,恰恰需要考生具有良好的行政法学理论修养和素质才能得高分,尤其是2007年25分的论述题,并不是来自现实生活中的真实案例,而是命题者扣住法条的理论背景编纂出来的一道论述题目。

第二,题目同时又具有很强的实践性,许多考题来自执法或司法实践中的真实案例。提请考生尤其关注最高人民法院公告中公布的行政诉讼案例。其中,(1)选择题,如(2003-二-25-单)“赖恒安与重庆市人民政府不予复议行政纠纷上诉案”;(2003-二-99-不)“陈文明不服衡阳市公安局限制人身自由、扣押财产、罚款决定案”;(2004-二-44-单)实际上源自北京二商集团不服对外经济贸易合作部(现为商务部)行政复议决定的真实案例;(2004-二-49-单)“宋女士、王女士诉北京市海淀区国土资源和房屋管理局违法办理商品房预售合同备案登记及一并提起的行政赔偿案”;(2004-二-72-多)“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”;(2004-二-76-多)“商务部2004年第2号苯酚反倾销案终裁”;(2004-二-77-多)来自《今日说法》2001年3月27日“还我一片绿地”一期节目;(2004-二-80-多)“焦海亭诉沛县公安局行政赔偿案”;(2004-二-96-不)“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”等均来自现实生活中的真实案例。(2)案例简析题,如(2005-四-1-案例)关于市政府会议纪要是否可诉的案例析题是2002年发生在江苏盐城的真实案例。(3)论述题,如2003年首开司法考试论述题先河的某南方大城市交管部门新举措的题目,就是来自于广州市真实的做法;2006年司法考试中一道高达35分的行政法论述题实为发生在吉林市的港商长春汇津公司状告长春市政府的一个真实的行政诉讼案例。这些考题来自于现实生活,甚至于在互联网上对某些考题输入关键词后就能查到现实中的真实案例。这提示考生密切关注现实生活中的法制热点并进行深入的行政法思考,培养一种法

律人的思维,这对答好论述题大有裨益。

第三,综合型或“发散性”题目增多。从2005年开始,行政法考题中“发散性”题目越来越多。所谓“发散性”题目就是四个选项设计往往不是围绕一个知识点,而是只要与题干“搭界”的均安排在一题中考查,四个选项可能涉及行政法的几个“部门法”。典型的如(2007-二-46-单)“关于行政法规,下列哪一选项是正确的?”

- A. 行政法规可以设定行政拘留处罚
- B. 行政法规对法律设定的行政许可作出具体规定时可以增设行政许可
- C. 行政法规的决定程序依照国务院组织法的有关规定办理
- D. 行政法规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,由国务院法制办裁决

本题正确答案为C,考点涉及行政处罚的设定权、行政许可的规定权、行政法规的决定程序及行政法规冲突的裁决四个知识点。四个选项分别涉及《行政处罚法》第10条、《行政许可法》第16条第1款和第4款、《立法法》第60条、第85条第2款。2007年类似的考题还有:第40题、第43题、第80题、第87题等。

二、七届司法考试行政法考题、分值的统计与分布

2002年起至2008年七届司法考试共考行政法187题,合计389分。分别是:2002年36分、2003年63分、2004年40分、2005年50分、2006年75分、2007年65分和2008年60分。其中主观题七道,又分为论述题三道,分别是:2003卷四第八题、2006卷四第九题和2007卷四第七乙题;案例简析题四道,分别是:2002卷四第九题、2003卷四第七题、2005卷四第一题和2008年卷四第六题。客观题共180道,其中单项选择题75道、多项选择题77道、不定项选择题28道^①。

司法部组织编写的辅导用书《行政法与行政诉讼法》共21章,在21章中除第8章行政合同与行政给付以及第9章行政程序部分未考过外,其他各章均已考查。七届司法考试以来每章考过的分值分别是:

第一章 行政法概述共考论述题3题,合计90分。三道论述题及其分值分别是:2003题30分;2006题35分;2007题25分。

第二章 行政组织与公务员共考11题18分,其中考《公务员法》的内容有8题,出题形式较为呆板,均以“下列哪些做法(不)符合公务员法的有关规定?”做题干设问。

第三章 抽象行政行为考11题,15分。均考查《立法法》、《行政法规制定程序条例》和《规章制定程序条例》的相关规定。

第四章 具体行政行为概述考2题,2分。因为属于行政法学原理部分,争议较多,故命题很少。

第五章 行政许可考9题,15分。因为《行政许可法》属于五大行政基本法之一,也将会是今后司法考试重点所在。

第六章 行政处罚考17题,27分,属于每年必考法规。

^① 对2002年卷二第98~100题的不定项选择“套餐”题目按三道题计算。

第七章 行政强制考1题,2分。由于正在起草《行政强制法》,所以属于正在立法之中的热点问题。

第八章 行政合同与行政给付在司法考试中尚未涉及。(《政府采购法》曾考2题,4分)

第九章 行政程序与政府信息公开考2题,3分,均在2008年考查。

第十章 行政复议考15题,22分。尤其应关注《行政复议法实施条例》中的新规定。

第十一章 行政诉讼概述考3题,5分。就本章部分而言,重在理解。第十一至十七章共七章的内容均为行政诉讼部分。七届司法考试以来,共考过87题,174分,几乎占到题目和分值的“半壁江山”,考生一定要对本部分投入更多的时间与精力。

第十二章 行政诉讼的受案范围考8题,29分,分值相对较高主要是因为作为主观题的案例简析题多考查此章的内容。

第十三章 行政诉讼管辖考6题,10分。重点是一般地域管辖和特殊地域管辖。

第十四章 行政诉讼参加人考15题,49分,是每年必考之重点内容,尤其是原告资格与被告的确认。

第十五章 行政诉讼程序考18题,28分。尤其关注本章中的起诉时效和行政复议与行政诉讼的对接模式。

第十六章 行政诉讼的特殊制度与规则考19题,28分,其中证据考16题,23分。重点关注证据制度。

第十七章 行政案件的裁判与执行考18题,28分。特别注意撤销判决、确认判决和非诉行政案件的执行。

第十八章 国家赔偿概述考4题,7分。七届司法考试《国家赔偿法》部分共考24题43分,可谓出题“大户”。

第十九章 行政赔偿考7题,12分。尤其注意行政赔偿程序问题。

第二十章 司法赔偿考7题,12分。特别关注司法赔偿义务机关的确认。

第二十一章 国家赔偿方式与标准共考了6题,12分。直接损失与间接损失的界定是重点。

三、2009 行政法部分前瞻

“温故而知新”,预测2009年的行政法部分考题主要应以2007年和2008年的为标准。2007年行政法部分若未将卷四论述题计算在内仅卷二客观题为40分,而将论述题统计在内则为60分,比2006年少10分。2008年则总分60分,卷二客观题40分,卷四一道案例简析题20分。行政法部分所占总分值的比例由65分占600分总分值的10.8%→60分则为10%。从卷二看,三类选择客观题的数量及分值通常为:单项选择题12题,共12分;多项选择题11题,计22分;不定项选择题3题,共6分,客观题会考26题,合计40分;今后卷四中通常会考一道选择的主观分析、论述题20~25分左右。应当指出的是,从2004年开始的连续五年来,卷二均为从第39题单选开始考行政法的内容,且卷二均为40分,这已是一个规律。

通过对2008年司法考试行政法部分的分析,可以更加坚信“重点永远是重点”这一结论的正确性。

2008年大纲的变化主要是为考生“瘦身”、“减负”。预计2009年的司法考试行政法部分仍

会维持上述分值和基本格局。《行政许可法》、《行政处罚法》、《行政复议法》及其实施条例、《行政诉讼法》和《国家赔偿法》（尤其关注新修订的内容）仍为作为第一层次的重点的五大行政基本法；第二层次的则仍为《公务员法》、《行政机关公务员处分条例》、《立法法》、《治安管理处罚法》、《政府信息公开条例》。第三个层次的考点分布在行政法原理、《行政法规制定程序条例》、《规章制定程序条例》及2008年最高法院1号、2号司法解释的行政诉讼管辖和撤诉的两个规定。

传统的重点及考点集中在：立法法、受案范围、原告资格、被告确认、诉讼程序（诉讼时效与复议诉讼对接模式）、证据制度、确认判决、撤销判决、非诉行政案件执行、行使职权行为划分、司法赔偿范围及程序、赔偿标准等内容。行政诉讼法的内容仍会占到一半左右。

2008年是政府换届年，应重视国务院“大部制”改革，关注新组建的五大部：工业和信息化部、人力资源和社会保障部、住房和城乡建设部、交通运输部、环境保护部。另外，国家食品药品监督管理局划归卫生部管理。

2008年司法考试中三个非常重要的新法规就是2007年6月1日生效的《行政机关公务员处分条例》、2007年8月1日生效的《行政复议法实施条例》和2008年5月1日实施的《政府信息公开条例》，这三个法规在2009年司法考试中仍然非常重要。

《行政复议法实施条例》的立法亮点是：申请期、调解、和解、驳回复议请求的决定、复议的中止与终止、不利变更的禁止等。

《政府信息公开条例》的立法亮点是：（1）打造“主动说话”的政府：依职权公开的政府信息的范围；（2）公开政府信息应通过政府网站等便于公众知晓的方式进行；（3）涉及国家秘密、商业秘密和个人隐私的政府信息不得公开；（4）公民可主动向政府申请获取相关政府信息；（5）年度评价、报告制度（每年3.31前）；（6）行政机关不得通过中介有偿提供政府信息；（7）公民有权要求对关涉自身不准确政府信息记录予以改正；（8）知情权被侵犯可申请行政复议或提起行政诉讼；（9）法定授权组织适用及参照适用的主体（教育、医疗卫生、计划生育、供水、供电、供气、供热、环保、公共交通等）。

2009年的司法考试论述题方面，在考过行政合法性原则、信赖保护原则、程序正当原则之后，除对“三个至上”（即坚持“党的事业至上、人民利益至上、宪法法律至上”），“大学习、大讨论”等社会主义法制理念的深入学习内容继续予以重视外，尤其要关注中央政法委最新通知部署的中心工作和任务，法理中的执法部分（宪政等敏感问题不会出题）、行政法的比例原则、征用补偿原则等十分令人期待。

四、行政法应试方法论

（一）系统把握、高屋建瓴

学习理论与掌握知识的中观把握离不开宏观指导与微观分析，学好行政法尤其离不开宏观指导。宏观指导在作为行政法应试复习准备中即是指头脑中要清楚每一个具体的知识点或法条是隶属或归属于哪一章或节的内容。反过来也可称为“菜单法”，像使用office办公软件一样，首层菜单的文件、编辑、视图、插入、格式、工具、表格、窗口等即相当于辅导用书章的标题。点击会出现下一层级的子菜单，子菜单下还会有下一级的子菜单，这就类似于书中章以下的节→大问题→小问题→知识点。子菜单之间分别隶属于哪个上层级的菜单必须清楚，不能混淆。

对行政法的学习而言,运用系统论、全面把握、统揽全局,理解知识点达到一定高度,显得尤为重要。行政法的知识体系由三部分组成:主体——行为——责任,或称组织——行为——监督三大板块,应当理解为什么以此来构筑行政法的体系。因为任何一个部门法都首先要静态构筑主体资格,这是法律行为的渊源和发出者,其次是探讨其法律行为,最后是追究该主体违法行为之后的责任。行政法的主体部分重在探讨行政一方当事人资格,所以,行政机关及其派出的组织、授权与委托的组织、公务员的知识就成为第二章要阐述的内容,此为主体论。第三章至第九章,分别探讨抽象行政行为与具体行政行为的形式,尤其是以行政许可、行政处罚为核心的具体行政行为,此为行为论。第十章至第二十一章分别阐述行政复议、行政诉讼、国家赔偿三大责任制度,此为责任论,是司法考试中所考分值最高的。考生要深刻理解三大板块各自的功能角色及其相互关系,不至于在做具体题目时“盲人摸象”而“一叶障目”。其实一个案例总离不开主体、行为两大环节,是否考到责任取决于命题者的设问。

(二) 抓纲举目、纲举目张

复习时应注意行政法中前后呼应与贯通的几条线索与脉络:

一是概述中的六大基本原则与后边几大法律原则的关系。行政法的六大基本原则是对《行政许可法》、《行政处罚法》、行政程序、《行政复议法》及《行政诉讼法》的原则等共有属性的抽象、概括和总结。

二是主体,行政组织与公务员部分的内容与许可、处罚、复议、诉讼、赔偿主体的一致性与差异性。其一为行政一方:行政机关、法定授权组织(视为机关)、行政委托,在不同的行政法制度中称为许可机关、处罚机关、采购人、行政合同甲方、被申请人、被告、赔偿义务机关等。其二为行政相对人,立法表述为公民、法人或者其他组织,在不同的行政法制度中称为申请人、被许可人或利害关系人、当事人或被处罚人、被执行人、行政合同乙方、申请人或第三人、原告或第三人、请求权人等,注意其范围上的差异。

三是合法性标准问题,具体行政行为的一般合法要件、复议决定的种类及其适用条件(多个合理性)、行政诉讼中合法性审查原则的标准与一审判决的种类及其适用条件四个方面的内容的内在联系。因为具体行政行为的五项合法要件就是在行政诉讼中人民法院对其进行合法性审查的标准,也是认定其违法而将其撤销的法定条件,这部分内容可以说是行政法最富特色的内容,是行政法的核心和精髓。有考生称是笔者的“五指论”。

四是行政机关申请法院执行的脉络,即非诉行政案件的执行问题。《行政处罚法》第51条、行政强制执行制度、《行政复议法》第33条及《行政诉讼法》第86~95条的内容都规定行政相对人对具体行政行为不服、不起诉又不履行的,由作出该具体行政行为的行政机关申请法院强制执行的问题。

以上四条主线就是行政法的“纲”,其他绝大部分知识点是依附其上的“目”。抓住这几条线索和脉络复习,前后呼应、融会贯通就能抓纲举目、纲举目张。

(三) 图表解构、勤思多练

实践证明,图表法是破解行政法玄机、以形象思维解读抽象的行政法知识体系的一个有效的复习方法。以所列图表内容之间的从属、并列、包容、交叉关系,形象地表达出行政法的理论、制度及其之间的关系,能够有效地帮助考生迅速掌握行政法的理论和制度。若能够自己在复习时找出规律、列出图表,更能帮助你牢固记忆、准确把握相关知识点。

在已进行的七届司法考试中,共考过行政法187道真题。对历年司考真题的掌握几乎成为

通过司考的必由之路。反复做真题有助于我们感悟司法考试命题的重点和命题技术的变化,找到一种“题感”。在做真题的过程中,要勤于独立思考,不要先看答案,不应过度依赖他人提供的解析,把每一次做真题的过程都当作是一次模考。

(四) 突出重点、抓大放小

备考的时间、精力有限,对行政法还是应抓大放小、突出重点,学会“选择与放弃”!那么,何为“大”、“小”,何为重点?非重点?如果说突出重点有什么标准的话,那2008年司法考试行政法部分的真题,除第二卷第46题考查合理性原则较难和第二卷第81题考查地方行政机关设置程序较偏外,其他题目均不偏不怪、中规中矩,传统考点分布均匀、比例适当。这就是我们准备2009年司法考试的“范本”,就是行政法的重点与“大”!行政法各“子法”所占分值的从大到小的排序为:《行政诉讼法》及其司法解释,《行政复议法》及其实施条例,《国家赔偿法》及其司法解释,《立法法》(含《行政法规制定程序条例》、《规章制定程序条例》),《行政处罚法》,《行政许可法》,《公务员法》及《行政机关公务员处分条例》,《治安管理处罚法》,《政府信息公开条例》等。至于收录于法规汇编中的其他法规可作“小”来看待和处理。所以应重点掌握上述法律、法规,尤其是其中的重点法条。

(五) 纵横交错、提经挈纬

“纬”即横向的一般法、基本法,是抽象的。“纬”的脉络主要是指一般行政法或称公共行政法,即作为司法考试重点的《行政许可法》、《行政处罚法》、《行政复议法》、《行政诉讼法》和《国家赔偿法》等五大行政法,其主体及其行为的表述是一般意义上的抽象的行政机关;而经纬论中“经”的脉络则是指特别(部门)行政法,或称单行法,国务院有40多个管理部门可以说就有40多个特别行政法,如收于司法考试法规汇编中的《治安管理处罚法》、《税收征收管理法》、2007年司考法规中收录的《义务教育法》等,其主体及其行为的表述是公安机关、税务机关、教育行政主管部门等。由于实践中不存在抽象的行政机关,故而在一个具体的行政法案例中一定是一个特定、具体的行政机关。如2003年卷四第7题的案例题,即通过考查“经”的专利管理机关的行为而考查了“纬”——行政诉讼的原告资格和起诉期限。

有的考题仅考公共行政法或一般行政法,考题往往直接源自法条,没有编出一个鲜活的案例——某企业或自然人及其扣住法条内容的特定的、具有法律意义的行为。只考了“纬”——横向的一般规定。

有些考题考的是“经”与“纬”的结合点,因为实践中的每个具体行政案件往往是经纬的交叉点。

“纬”通常是效力等级高而又是后法、大法、基本法,它选择留给单行法继续生效的层级是法律,还是也包括行政法规,抑或还包括地方性法规,甚至还包括规章,得具体问题具体分析。只留给法律的就用“法律另有规定的除外(或从其规定)”,法规、规章不可以;包括行政法规的就是“法律、行政法规另有规定的除外(或从其规定)”,那地方性法规、规章不可以;如果也指地方性法规的就用“法律、法规(含行政法规、地方性法规)另有规定除外(或从其规定)”,但规章不可以。《行政许可法》涉及此类规定最多,如《行政许可法》第50条第1款关于延续许可的在届满30日前提出申请,但法律、法规、规章另有规定的均从其规定。行政法中唯一的均除外的是《行诉法解释》第39条关于相对人申请行政机关履行法定职责而其不履行期限的规定,原则上应60日,但法律、法规、规章、规范性文件(规定)对履行职责的期限另有规定的,均从其规定(除外),都不执行横向的“纬”司法解释的60日,而执行“经”

特别单行法的规定。

实践中,不执行“纬”而仅执行“经”的主要涉及诉讼或其他期限、救济途径等内容。如《行政诉讼法》第39条规定起诉的一般时效是3个月,但单行法律另有规定的除外。

仅执行“纬”(统一或废止“经”)的基础是下位法服从上位法,同位法后法优于前法。如《行政许可法》第42条第2款规定“统一办理”、“集中办理、联合办理”的期限为45日,没有给任何层次的单行法留有继续生效的空间,就一律予以废止了。

“经”是指特别的、一般行政法下的“子法”和“部门法”。司法考试中最最重要的两个“经”即《治安管理处罚法》和收于商经部分的《税收征收管理法》。“经纬论”的复习方法能够帮助考生有效地理解、解构行政法纷纭复杂的现象。

五、如何使用本书

(一)在体例上本书以2008年司法部组织编写的司法考试大纲为蓝本,将七届司法考试的180道真题按其内容划归在21章中^①。在180道真题前加了编号,相当于为每道题赋予了一个识别码,如(2008-二-85-多),指2008年司法考试卷二第85道多项选择题,每题2分;(单)则指单项选择题,每题1分;(不)则指不定项选择题,每题2分。

将真题归入21章的某一章内容的标准是^②:

1.若为单项选择题的,则以正确答案的选项作为划分该题性质与内容的标准。如:

(2004-二-49-单)刘某与高达公司签订内销商品房预售契约,后某区房地产管理局对该预售契约作出预售预购备案登记。后刘某了解到高达公司向其销售的房屋系超出规划面积和预售面积的超层部分,刘某遂以区房地产管理局违法办理备案登记,造成自己购买的房屋为违法建筑为由提起行政诉讼。下列哪一说法不正确?

- A. 区房地产管理局的备案登记行为不是对预售合同效力的确认行为
- B. 备案登记行为没有对刘某的权利义务产生实际影响,不属于人民法院行政诉讼的受案范围
- C. 高达公司与本案的审理结果有利害关系,可以作为第三人参加诉讼
- D. 区房地产管理局在备案登记时没有尽到审查职责,应当对刘某的损失承担部分赔偿责任

此题的考点依次为备案的效力、行政诉讼受案范围、第三人与行政赔偿的范围,由于正确答案为D,所以,将此题置于第19章行政赔偿部分来阐释。

2.对于多项选择题、不定项选择题,则原则上以第一个正确选项的考点作为划分该题隶属于哪一章的标准。如:

(2005-二-80-多)某县公安局因彭某拒绝缴纳罚款,将彭某汽车扣押。一个月后,该局通知彭某将汽车领回,但该车在扣押期间被使用,因发生交通事故遭到部分损坏。下列哪些说法是正确的?

A. 某县公安局的扣车行为是一种行政强制措施

^① 将2008年大纲删除的原属于政府采购、行政应急、行政监察、信访条例部分的七道真题删除,故21章中有180道真题。

^② 我们经常看到各类辅导用书在统计每章所考分值时有不同的版本,究其原因无外乎遵循划分标准的不同,本人试图提出以下标准。

B. 某县公安局的扣车行为应当有法律、行政法规或者地方性法规的授权, 否则构成违法

C. 某县公安局退回被扣的汽车即可视为对扣车行为违法性的确认

D. 某县公安局应满足彭某提出赔偿其汽车维修费、养路费和汽车停运期间的收入损失的要求

四个选项涉及的考点依次为 A 为基础理论部分的判断行政行为的性质, 是否属于行政强制措施, B 为依法行政原则中的职权法定内容, C 为行政赔偿程序中的违法确认, D 为赔偿标准中间接损失是否支持的问题。

由于正确答案为 A、B, 按照 A 选项内容隶属的章节性质该题划归于第 7 章行政强制一章。当然, 将此题划归于第 1 章行政法概述也可以, 划归于第 19 章的行政赔偿也没有错误, 但鉴于前述理由与标准将本题划归于第 7 章。本题也是一种典型的“发散性”或“复合型”的题目——一个小案例, 涉及的若干知识点在四个选项设问。

3. 题干和选项中涉及两个行政法中“部门法”的, 以排在前的内容作为归属的标准。如:

(2004-二-75-多) 关于行政处罚和行政许可行为, 下列哪些说法是不正确的?

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

四个选项均为行政处罚在前、行政许可在后, 所以, 此题算作《行政处罚法》的内容来统计的。

4. 每章内容中的试题则以其年份的先后排序, 不再区分单选、多选和不定项选择题。

(二) 解析时以现行的法律规定和法律依据为准, 将依据的法条加引号全文“托出”而不是仅指出参见《xxx 法》的某条款项目。这样使考生在复习真题时又增加对相关依据的掌握、巩固了对法条的记忆。

(三) 每道真题详解后的共二百多个特别提示是本书最富特色的内容, 也是作者在多年来讲授律考、司法考试辅导中学员问题相对集中的难点、疑点及作者的教学心得。特别提示旨在进一步挖掘和拓展围绕真题的制度与知识; 对有争议的阐述主流观点; 点出“题眼”; 指出回答问题的常见错误; 指明真题题干与选项的错误、失当和存疑之处。其间不乏视角独特的感悟与发现。

(四) 每章后收录了大约与该章真题数量相当的有关该章内容的由本人所出的测试练习题——单选、多选、不定项选择题以及案例简答题、论述题共 216 道, 每题后附参考答案及简析。研读并熟悉掌握这些练习题及简析可以帮助考生全面巩固掌握该章内容, 故本书与教材配套使用效果更佳。

最后祝 2009 考生好运相伴!

张祥

2008 年秋于奥运村畔倚林佳园

第一章 行政法概述

共考4题,共91分。三道论述题及其分值分别是:2003题30分,2006题35分,2007题25分;2008年一道单项选择题1分。

1. (2008-二-46-单) 关于合理行政原则,下列哪一选项是正确的?

- 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

【答案】B

【考点】行政合理原则的性质

【详解】

遵循合法行政原则才是行政活动区别于民事活动的主要标志,而不是合理行政原则,故A选项错误,不当选。

合理行政原则的主要含义是行政决定应当具有理性,属于实质行政法治的范畴,尤其适用于裁量性行政活动。最低限度的理性,是指行政决定应当具有一个有正确理智的普通人所能达到的合理与适当,并且能够符合科学公理和社会公德。从某种意义上说,合理行政原则是在行政行为合法的前提下对行政行为提出的更高要求,当然不属于形式行政法治的范畴,故B选项正确,当选。

合理行政原则意味着行政主体作出行政决定和进行行政裁量,只能考虑符合立法授权目的的各种因素,不得考虑不相关因素。合理行政原则是一个独立的行政法基本原则,但它是同时又在合法行政原则前提下对行政活动提出的应达到和具备的要求,所以,不能说与合法行政原则无关,故C选项错误,不选。

行政机关发布的信息应准确是诚实守信原则的内涵,而不是合理行政原则的要求,故D选项错误,不当选。



特别提示

此题属于较难的以行政法基础理论作答的选择题,其标准答案在司法部组织编写的教材中《行政法与行政诉讼法》部分也找不到。行政合理性原则应当是在行政合法性原则下对行政行为或行政活动提出的更高的要求,两者互为前提、互为补充,当然属于实质行政法治的范畴。

2. 论述题(1)(2003-四-8-30分)

案情: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）

答题要求：

1. 运用掌握的法学知识阐释你认为正确的观点和理由；
2. 说理充分，逻辑严谨，语言流畅，表述准确；
3. 答题文体不限，字数要求800—1000字。

【考点】合法行政、合理行政

【定性】实例分析型论述题

【详解】

这道论述题的案情来源于我国南方一个大城市（广州）的真实做法，对其可以从以下几个方面展开论述：

从结论上应得出交通管理部门的新举措是合法又合理，合法但不合理，以及既非法也不合理等几个大方面的最终结论。只要言之有理，就应酌情给分。

从法理的角度上说，应上升到法与自由、正义与秩序的位级关系来阐述。

从宪法及民法的角度看，公民的基本权利和自由，即人格尊严、肖像权、名誉权，及隐私权应当受到下一位级的法律制度的尊重与保护。

从行政法的角度分析，可以从以下几个论点展开阐述：①作为该市交通管理部门新举措的通告是一个抽象行政行为；②根据依法行政原则，行政机关的职权法定，这一新举措应该是超越了法定职权，并且也应该是没有上位法依据的；③根据《行政复议法》第7条及《立法法》第90条、《规章制度程序条例》第35条的立法精神，相关利害关系人可以在对据此作出的具体行政行为申请行政复议的同时提出对该新举措的通告的审查申请，也可以书面请求该市政府或人大常委会启动立法监督程序将其撤销；④若交通管理部门采信了上述市民拍摄违章录像作为行政处罚的证据，则违反了相关的证据规则。事实上，广州一基层法院行政庭也有将交管部门根据私人取证的证据对司机的处罚予以撤销的案例。

至于上述新举措导致的五个后果则属于第二个层次的法律制度的问题。其一，侵犯了公民的隐私权；其二，乘车人以电视台和交通管理部门为被告认为其共同实施侵犯肖像权、名誉权而提起的民事诉讼是成立的；其三，违章司机被单位开除只能是根据单位相关的规章制度；其四，抢拍者被违章车辆故意撞伤后，交通管理部门不能承担损害赔偿责任，因为交通管理部门的新举措与抢拍者被撞伤没有直接、内在的因果关系，受伤者还应向撞伤其车辆的驾驶员求偿；其五，利用偷拍的照片向驾车人索要高额“保密费”的，情节严重的构成敲诈勒索罪。

题中给出的条件是录像一经采用奖励200~300元，而对以照片确认违章的则奖励20元，实践中，由此还引发了以下负面的现象：有公司老板专门购置几十台相机雇人拍片以赢利的；有为拍违章停车故意找人在出租车不能停的地方招手叫车的；更有甚者以电脑数码合成技术合成出某车的违章的“事实”的。

答题要求中的文体不限是败笔，因为已经确定是论述题了，不可能写成散文诗，或其他文体。

3. 论述题 (2) (2006 - 四 - 五 - 35 分)

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。享有规章制度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。

请:

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。

答题要求:

1. 观点明确,论证充分,逻辑严谨,文字通顺;
2. 不少于 600 字。

【考点】合法行政、诚实守信、信赖保护,社会主义法治理念

【定性】实例分析的论述题

【详解】

从 2002 年司法考试以来从未出现过如此高分的“巨无霸”的行政法分析、论述题。首先,应明确这是一种无法确立统一、标准答案型的题目,完全取决于判卷老师的自由裁量。阅卷老师是在与前面相同题目的比较中给出分数的。其次,答题应符合最低字数,及作文“观点明确,论证充分,逻辑严谨,文字通顺”的基本要求。

首先,考生应就以下冲突点来提升和展开论述:依法行政中的职权法定;政府的身份和定位;信赖保护,行政行为的公信力及存续力;行政机关实施不利行政、作出损害当事人权益的处理程序和后果;正当程序中的告知、说明理由制度等。

具体说来,本案案情反映出的冲突及切入点至少有以下几个方面:其一,在 1998 年 9 月国务院办公厅通知中已明令不得再审批新的“固定回报”项目的情况下,市政府为此专门制定了《管理办法》的规章,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。这一作法是否合法及是否符合行政法原理?其二是在国务院办公厅文件明确要求,各级政府对涉及固定回报的外商投资项目应“充分协商”和“妥善处理”,市政府单方面作出“关于废止《污水处理专营管理办法》的决定”,且未将该决定告知合作公司和港方,是否有违行政法上正当程序的要求?其三是在《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》下发后,市政府即收回了先前对港方的承诺。在承诺与执行上级通知之间,如何选择才符合依法行政的要求?其四是市政府收回承诺,废止《管理办法》,对港方如果造成了损失应如何对待?

上述冲突及切入点,可择其一展开论述、论证,最低 600 字的小文,“小题大做”才能写出深度,而大题小做、面面俱到往往会流于具文、过于泛泛。就本题写作而言,应抓住一个主题,有逻辑、有层次地展开分析。

具体来说,对市政府作法的评论可从以下几个方面展开:

第一,从行为成立上看,有规章制定权的市政府不但批准了该项目还为该项目专门制定了《管理办法》,这均属具体行政行为的范围,内容是许可赋权、提供优惠,属于有利行政,在变更、废止时应适用信赖保护原则,进而体现公平正义的理念。

第二,从行为终止上讲,行政行为废止的两大主要理由在本案中都有体现,一是期限届满、任务完成,即“合作期结束时”废止;一是“失去”法律依据,在2002年成立时就已违反了1998年上位法的规定,只是在2005年2月清理时才“废止”(实为撤销)。

第三,市政府在2002年同意、省外经贸厅审批、国家外经贸部的备案使之成为一个具有完全“合法”手续的项目,但却是一个远在1998年就被国务院办公厅的文件明令禁止的,法律所禁止的即是不可为的。这提示我们的行政机关在作出行政行为时一定要找到现行、明晰的法律根据。依法治国、依法行政的“法”必须是现实生效的,不能依长官意志、主观随意性行政。

第四,市政府未将废止《管理办法》的决定告知合作公司和港方,侵犯了其知情权,违反了程序正当原则。

另外,题干中未交待合作合同期限是一疏漏,使我们不知道市政府的管理办法是仅仅由于合作期限届满而废止,还是主要是由于在2005年2月集中清理法规、措施时被废止。

4. 论述题(3)(2007-四-乙题-25分)

据报道,在城市建设中,有的政府部门发出有关土地使用的许可证照后,因法律、法规、规章的修改、废止,或城市规划修改等许可所依据的客观情况发生重大变化,为了公共利益而撤回已生效的许可。也曾有个别地方的政府部门在颁发土地使用证照过程中确有审查不严的问题,为弥补过错失而以公共利益需要为由收回已生效的许可;或为了以更高价位将土地出让给他人,而以公共利益需要为由收回已生效的许可。

请就上述情况,根据行政法有关原则,谈谈你的看法及建议。

答题要求:

1. 观点明确,论证充分,逻辑严谨,文字通顺;
2. 不少于500字。

【考点】诚实守信(信赖保护)原则、合法行政原则。

【定性】是一道概括的实例加理论分析的论述题。

【详解】

对行政法基本原则中诚实守信原则(主要体现为信赖保护原则)以论述题形式正面考查可谓是“千呼万唤始出来”。信赖保护原则的确是值得考查分析、论述的一个重要的行政法的知识点。

行政法上的诚实守信原则渊源于民法的诚实信用原则,指行政机关实施行政行为(有利行政)讲求诚实守信,应当提供真实的行政信息、作出的行政行为不能朝令夕改、出尔反尔、反复无常,如果出于公共利益的需要必须要改变已生效的行政行为,对因此为相对人造成的损失与损害应给予补偿与赔偿。适用诚实守信(信赖保护)原则时应听取相对人的意见(听证会)并尽可能预留出过渡期,给相对人的行为予合理的预期。考生在首先明确应适用的行政法原则后可从以下方面展开论述与论证:

题干中交待的三种情形,一是扣住《行政许可法》第8条的两项许可撤回的内容;二是围绕《行政许可法》第69条第1款而设计的许可的撤销(题干中的收回实为撤销);三是典型的背信弃义、出尔反尔、无法律依据的违法行政,对此部分也应适用依法行政原则的职权法定内容予以阐述。

首先应明确题干中交待的“在城市建设中,有的政府部门发出有关土地使用的许可证照”属于行政许可法规范的行政许可事项。土地所有权和使用权的初始登记证书属于行政许可而不属于《行政复议法》第30条规定的已经依法取得土地所有权和使用权证书后的再次确认。

第一种情形是围绕《行政许可法》第8条设计的两种情况。《行政许可法》第8条第2款规定:

“行政许可所依据的法律、法规、规章修改或者废止，或者准予行政许可所依据的客观情况发生重大变化的，为了公共利益的需要，行政机关可以依法变更或者撤回已经生效的行政许可。由此给公民、法人或者其他组织造成财产损失的，行政机关应当依法给予补偿。”本题中在符合目的要件——出于公共利益的需要的的前提下，在其一，行政许可所依据的法律、法规、规章修改或者废止，这可以称为许可的“釜底抽薪”；其二，行政许可的客观情况发生重大变化，如城市规划的修改而改变了土地用途、批准建房的地址发现汉墓及地质塌陷等情况下，原许可机关可以撤回已生效的许可。执行第一种情况给被许可人造成损失的行政许可机关应予补偿。为此，《城市房地产管理法》第19条也有类似的规定“国家对土地使用者依法取得的土地使用权，在出让合同约定的使用年限届满前不收回；在特殊情况下，根据社会公共利益的需要，可以依照法律程序提前收回，并根据土地使用者使用土地的实际年限和开发土地的实际情况给予相应的补偿。”在操作层面执行这里的许可撤回，应当：一听取意见，二留出过渡期，三给被许可人造成损失的应予合理补偿。另外，此处的“收回”法理上应表述为撤回。

第二种情形，应适用《行政许可法》第69条的规定，“审查不严”的过错过失是行政机关工作人员未尽到应尽的注意义务，错误颁发了土地使用权证，其后果是应予撤销的。《行政许可法》第69条规定的（一）行政机关工作人员滥用职权、玩忽职守作出准予行政许可决定的；……（四）对不具备申请资格或者不符合法定条件的申请人准予行政许可的……行政许可应予撤销。对违法颁发许可证责任的追究不问其实施该行为公务员的主观心理状态（故意还是过失）而只以结果论，主观上是故意还是过失是国家追偿的标准和条件。此时撤销行政许可，被许可人的合法权益受到损害的，行政机关应当依法给予国家赔偿，这可以称为信赖赔偿。但撤销许可可能对公共利益造成重大损害的，不予撤销，但仍可确认其违法并责令行政机关采取补救措施。

第三种情形是违反的是依法行政原则，或合法行政原则。行政机关的行政行为必须有现行明晰的立法授权才能实施，没有明确的法律授权不得作出收回许可的不利行政。为了“以更高价位将土地出让给他人”而收回已生效的许可绝非收回许可的法定理由。《城市房地产管理法》第25条规定的“以出让方式取得土地使用权进行房地产开发……满二年未动工开发的，可以无偿收回土地使用权；但是，因不可抗力或者政府、政府有关部门的行为或者动工开发必需的前期工作造成动工开发迟延的除外。”才是除《行政许可法》之外收回行政许可的法定理由。如此不讲诚信、反复无常、出尔反尔，打着公共利益的幌子，损害被许可人的利益的违法行政行为必然会降低政府行为的公信力。

值得注意的是，三种情形都称为公共利益的需要、冠以公共利益的大“帽子”。“公共利益”是一个典型的不确定的法律概念，2004年中国法学会行政法研究会的年会曾以此为题进行过专门研讨。因公共利益具有的抽象性、动态性以及非特定性而使其成为一个只能描述而很难界定的法律概念。因而，公共利益也就常常成为行政机关追求小团体利益，甚至公务员个人利益的借口和“护身符”了。

论述题的答题技巧和答题思路，详见本书附录“行政法论述题解题指南”。

测试练习题

一、不定项选择题

☞ 1. 下列原则表述中哪一组是行政法的基本原则？

- A. 罪刑法定、高效便民原则
- B. 诚实守信、权责统一原则
- C. 合理行政、自愿原则
- D. 禁止权利滥用、罪刑相适应原则