

厚大 法考 2018
Judicial Examination



厚大 法考 2018

理论卷

魏建新讲

行政法

魏建新 / 编著

厚大出品



中国政法大学出版社

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（CIP）数据

厚大讲义. 理论卷. 魏建新讲行政法/魏建新编著. —北京：中国政法大学出版社，2018.3
ISBN 978-7-5620-7950-7

I. ①厚… II. ①魏… III. ①行政法—中国—资格考核—自学参考资料 IV. ①D92

中国版本图书馆CIP数据核字(2017)第325589号

出 版 者 中国政法大学出版社
地 址 北京市海淀区西土城路25号
邮寄地址 北京100088信箱8034分箱 邮编100088
网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名：中国政法大学出版社)
电 话 010-58908285(总编室) 58908433(编辑部) 58908334(邮购部)
承 印 三河市人民印务有限公司
开 本 787mm×1092mm 1/16
印 张 21.5
字 数 525千字
版 次 2018年3月第1版
印 次 2018年3月第1次印刷
定 价 66.00元

序 言

PREFACE

面对决意要参加的考试，我们能够选择的是复习资料。当我们下定决心要拿下2018年的法考时，选择一本适合考试的行政法教材就尤为重要。复习资料是一把双刃剑，选得好、用得舒心就会起到事半功倍之效，选不好、用着别扭不仅会做一些无用之功，还会浪费时间、耗费精力，甚至对行政法形成“偏见”。

行政法是很多考生的吐槽对象：“行政法好难学，我快疯了！”“感觉好乱，完全没有头绪，行政法好难啊！”“行政法好难，我看书看不懂，怎么办呢？”“行政法非常难啃，专有名词太多，不知道其意义何在！”“行政法实在太难了，背都背乱了！快考试了，行政法我怎么还感觉什么都不懂啊！”“行政法倒是能听懂，但做题就不会了。”“我最痛恨行政法了！”……

12年的司法考试培训经历使我能深刻体会到很多考生对行政法的无助和期望。行政法让很多考生望而却步甚至“恨之入骨”，无外乎这几个方面的原因：①感觉行政法知识杂乱无章；②认为行政法规则不可理喻；③行政法概念纷繁复杂；④行政法考点相似易混淆；⑤行政法内容记住就忘；⑥试题中的行政机关多如牛毛，以2017年考试题目为例，出现的行政机关和机构有29个：国务院、国务院行政机构、国务院议事协调机构、国务院机构编制管理机关、县工商局、省政府、国务院法制机构、公安交管局、县公安局、区政府、公安派出所、派出所所属的公安局、市规划局、市质监局、出入境边检机关、财政局、县政府、市公安局、省级以上公务员主管部门、法制机构、防汛指挥机构、区工商分局、区环保局、公安交管部门、行政复议机构、县食药局、县环保局、市盐务管理局、市政府。

实际上，有些原因是考生对行政法的误解，例如，行政法知识不是行政知识，我们不能把行政知识当做行政法去学习。当我们理解了行政法的自身逻辑后，通过图表和比较记忆，我们会发现行政法自成体系，行政法的规则是能理解、能解释、能运用的，很多考点

是不需要记忆也能做对题目的，而本书将成为考生与考试之间的桥梁。

本书的编写遵循行政法基础——行政组织法——行政行为法——行政救济法的思路，每一章都按照【应试指导】、【考点阐释】、【考点点拨】、【经典真题】和【模拟展望】的编写体例展开，力求使行政法成为：

第一，通俗化的行政法。用最通俗的语言来解读行政法！行政法中枯燥的概念、抽象的原则、繁琐的条文、陌生的机关……将用浅显易懂的事例、生动活泼的案例、丰富多彩的社会生活来一一阐释，力争让行政法成为我们生活中的行政法！本书讲求简明扼要，通俗易懂，尽量浅显阐释复杂的理论，用考生的生活体验来解释疑难知识点，例如，把第一章“行政法基础”中的相关概念和原理用生活化的语言来说明。按照考生的认知规律和学习习惯来调整章节顺序和相关知识点，这样更符合考生的知识体系和学习体验。例如，把行政组织法中考生普遍感觉陌生枯燥的政府机构单设一章——“行政组织”来专题阐述；在行政行为法部分把“行政处罚”放在“行政许可”之前学习，这有助于从法治进步的角度理解和掌握相关规则；在“行政复议”中把行政复议被申请人放在行政复议机关之前，因为复议机关需要根据被申请人来确定；在行政诉讼法中把行政诉讼被告放在行政诉讼管辖之前，因为管辖法院需要根据被告来确定；特别是把行政许可案件司法解释和信息公开案件司法解释的内容放在行政诉讼法相关部分阐述，因为这两个司法解释都是行政诉讼法的内容，不属于行政行为法的内容。

第二，图表化的行政法。本书紧扣考试大纲，全面解读考核知识点，以权威性、实用性、时效性为基本原则，既要保证考点疏而不漏，又要为考生减轻学习负担，提高复习效率，提供有益帮助。每一章每一节都根据考生的学习特点，精心绘制大量的图表，帮助考生构建完整的知识体系，厘清考点之间的内在联系，特别是在晦涩难懂的知识部分设有知识思维导图帮助考生理解，化繁为简，突出重点，突出考点。在【考点阐释】中，做到内容精炼，详略得当，结构简明实用，条分缕析，图表结合，用科学、严谨、规范又极具针对性的文字图表，系统地叙述了考试大纲所涉及的各个知识要点。例如，通过表格把第四章“抽象行政行为”中行政法规、部门规章、地方政府规章的立法程序进行比较，通过表格使行政处罚、行政许可和行政强制中各种法律规范的设定权限一目了然，通过图表使第十一章“行政诉讼的受案范围”中受理、不予受理的案件情形一览无余，通过图表使第十八章“国家赔偿”中行政赔偿、司法赔偿的赔偿范围清晰可见等。

第三，应试化的行政法。本书的目标在于考试，但考试知识繁多，内容冗杂，若不清脉络，抓大放小，常使复习陷入困境。每一章的【应试指导】都以考试大纲为标准，点明命题方向，帮助考生切实把握复习备考的方向。开篇即有考查重点和知识框架，帮助考

生建立对每一章知识点的宏观认知，使考生能够对各章知识点有清晰、完整的认识和理解。每一节的【考点点拨】重在陷阱提示，我将结合授课经验对考生常见的认识误区和记忆混淆知识点，用简洁的语言进行分析和提示，以达到画龙点睛之效果。考试大纲是确定考试范围，历年真题是确定考试重点。每一节的【经典真题】通过选取最新、最经典的考题让考生了解考试重点，了解命题人的思路 and 思维。法考作为竞争性考试，竞争的激烈程度反映在试题的难度上，与考试的难度接近或类似的题目才有实战性，因此每一节的【模拟展望】所编制的题目，不在多，而在于题目对考试的命题思路、命题技巧、考点应用都有着精准的体现。

为了适应“新法必考”的要求，涉及《行政诉讼法》（2017年6月27日修订）、《公务员法》（2017年9月1日修订）、《行政处罚法》（2017年9月1日修订）、《行政复议法》（2017年9月1日修订）、《行政法规制定程序条例》（2017年12月22日修订）、《规章制定程序条例》（2017年12月22日修订）、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》（2018年2月8日）、《最高人民法院、最高人民检察院关于检察公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》（2018年3月2日）中的“新法”，本书已按照“新法”对相关内容予以重点阐释，相关真题也按照“新法”给出答案。

考生是最富有智慧的，也是最有独立判断能力的。每一本学习资料都有自己的风格 and 特点，虽然参加的是同一张试卷的考试，但每一位考生在做题方法和学习习惯上都会有很大的差异。因此考生在选择资料时可以特别选择几部教材中相同的几个知识点进行比较，这样就能寻找到与自己的阅读习惯和思维方式对路的辅导资料。只有适合自己的才是最好的。

书山有路勤为径，学海无涯苦作舟。愿本书成为您勤奋路径上的向导，法考苦舟上的船桨！

学之广在于不倦，不倦在于固志。从现在开始，坚持下去，2018不再错过！

魏建新

2017年11月初稿

2018年3月定稿

C 目 录

CONTENTS

第一章 行政法基础	1
第一节 行 政	2
第二节 行政法	4
第三节 行政法原则	8
第二章 行政组织	19
第一节 中央行政机关	20
第二节 地方行政机关	25
第三节 实施行政职能的非政府组织	32
第三章 公务员	35
第一节 公务员概述与录用	36
第二节 公务员职务管理	41
第三节 公务员处分与救济	51
第四章 抽象行政行为	58
第一节 抽象行政行为概述	59
第二节 行政立法程序	64
第三节 行政立法的监督与效力	72
第五章 具体行政行为	79
第一节 具体行政行为的概念	80
第二节 具体行政行为的效力和合法性	85
第六章 行政处罚	90
第一节 行政处罚概念与设定	91
第二节 行政处罚的实施机关、管辖与适用	93
第三节 行政处罚的程序	97
第四节 治安管理处罚	102
第七章 行政许可	111
第一节 行政许可概念与设定	112

第二节 行政许可实施主体	115
第三节 行政许可实施程序	116
第四节 行政许可的费用和监督管理	122
第八章 行政强制	127
第一节 行政强制概念和设定	128
第二节 行政强制措施实施程序	132
第三节 行政强制执行程序	138
第九章 政府信息公开	147
第一节 政府信息公开的范围与主体	148
第二节 政府信息公开的程序	151
第十章 行政复议	158
第一节 行政复议范围	159
第二节 行政复议参加人与行政复议机关	161
第三节 行政复议的申请与受理	167
第四节 行政复议的审理、决定与执行	169
第十一章 行政诉讼的受案范围	178
第一节 行政诉讼受理的案件	179
第二节 行政诉讼不予受理的案件	182
第三节 其他司法解释中的行政诉讼受案范围	188
第十二章 行政诉讼的参加人	193
第一节 行政诉讼的原告	194
第二节 行政诉讼的被告	198
第三节 行政诉讼的第三人、共同诉讼人和诉讼代理人	207
第十三章 行政诉讼的管辖	213
第一节 行政诉讼的级别管辖	214
第二节 行政诉讼的地域管辖	216
第三节 行政诉讼的裁定管辖	220
第十四章 行政诉讼程序	223
第一节 起诉与受理	224
第二节 行政诉讼的第一审程序	231
第三节 行政诉讼的第二审程序与审判监督程序	236
第十五章 行政诉讼的特殊制度	241
第一节 行政案件审理中的特殊制度	242

第二节 行政诉讼的特殊形式	250
第十六章 行政诉讼的审理依据	256
第一节 行政诉讼的证据种类与要求	257
第二节 行政诉讼的举证	260
第三节 行政诉讼证据的调取与保全	266
第四节 行政诉讼证据的质证与审核认定	268
第五节 行政诉讼的法律适用	272
第十七章 行政诉讼的结案与执行	276
第一节 行政诉讼第一审判决	277
第二节 行政诉讼第二审判决和再审判决	289
第三节 行政诉讼裁定与决定	291
第四节 行政诉讼裁判的执行	293
第十八章 国家赔偿	297
第一节 国家赔偿概述	298
第二节 行政赔偿	301
第三节 司法赔偿	310
第四节 国家赔偿方式、标准和费用	322

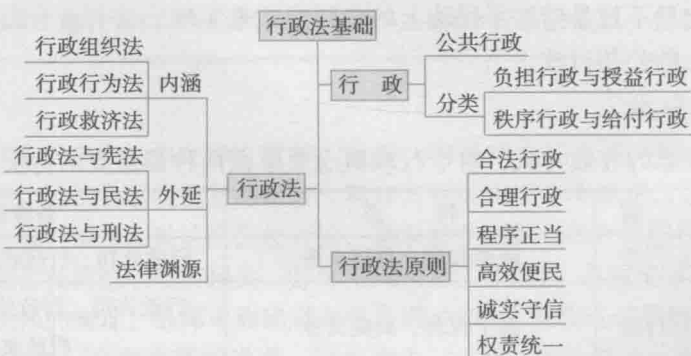
第1章

行政法基础

应试指导

本章的行政法基础涉及行政法的三个最基本概念——行政、行政法和行政法原则。本章的学习要求是理解和掌握行政的含义、行政法的特征、行政法法律渊源的等级效力、行政法各基本原则的内涵，并熟练运用行政法理论和基本原则分析判断行政法的实务问题，核心考点是行政法原则的应用。本章在考试中的题目类型有选择题，分值在2~3分，有时会考查论述题，分值在12分左右。考试命题的趋势是越来越多地运用案例考查基本概念和基本理论。

知识思维导图



第一节 行政

行政法是以行政作为规范对象的法律部门，要理解和掌握行政法，需要先明确行政的含义。

一、行政法上的行政属于公共行政

行政与管理经常被放在一起使用，如工商行政管理局。但是很多管理活动不一定受行政法调整，也就是说不是所有的管理都是行政法上的行政。管理既有私人管理也有公共管理，也就是私人行政和公共行政。企业里面有行政办公室，公司里面有行政总裁，但这种行政管理就不属于行政法上的行政。

行政法上的行政属于公共行政。如何区分管理是私人行政还是公共行政？关键是看管理的背后体现或表达的是私人利益还是公共利益。但是要注意，并不是说所有的公共行政都得由行政机关来做。传统上，国家行政机关实施公共管理。在现代社会中，出现了公共行政多元化现象，除行政机关外，大量的公共部门，甚至一些民营部门，通过各种形式承担和履行公共职能，目的是提高公共行政的效率。在考试中就有一个命题角度：表面上是两个民事主体，他们之间产生了争议要判断属于民事争议还是行政争议。

对于行政法上的行政，首先应该把握它的公共性，其区别于私人行政的关键是公共行政以公共利益为目的，行政法意义上的行政是指公共行政。如果考试中出现争议性质的判断，答题的关键是要看争议背后的利益属性。

二、行政协议属于行政法上的行政

行政协议作为行政法上的行政，是比较特殊的。行政协议是行政机关为实现公共利益或者行政管理目标，在法定职责范围内，与公民、法人或者其他组织协商订立的具有行政法上权利义务内容的协议。行政协议是以合同的形式实现行政的目的，它更突出的是行政性而不是民事性。行政协议是“为实现公共利益和行政管理目标”而订立的，属于行政法意义上的行政。在2014年《行政诉讼法》修改之前，行政协议产生的争议是行政诉讼还是民事诉讼呢？各地法院的操作是不一样的。修改后的《行政诉讼法》明确把行政协议产生的诉讼纳入行政诉讼受案范围。为什么会有这种修改呢？因为行政协议属于体现公共利益的公共行政，它只不过是借助了民法上的合同形式来实现公共利益和行政管理目标，本质上属于行政法上的公共行政。

三、行政的分类

分类是理解概念的有效方式，对于行政概念要掌握两种最重要的分类。

标 准	内 容	特 点	表现形式
对行政相对人是否有利	负担行政	限制权利、负担义务	行政处罚、行政强制、行政收税等
	授益行政	赋予权利、减免义务	行政许可、行政给付、行政资助、行政奖励等
行政的目的	秩序行政	防止滥用自由权、维护秩序	行政许可、行政处罚、行政强制等
	给付行政	实现公共服务、维护社会公平	行政给付、行政救助、社会保险等

（一）负担行政与受益行政

负担行政与受益行政从字面上就能区分开来，负担和受益是针对行政相对人所说的（行政法上把公民、组织统称为行政相对人），区分负担和受益的关键是看行政对于行政相对人而言是否有利。

如果对行政相对人不利或者说是负担，那就是负担行政，因此负担行政使行政相对人负担义务。行政相对人一般都不喜欢负担行政，因为负担行政往往会限制权利、增加义务，如行政收税、行政处罚等，这些都是负担行政。《行政强制法》中的行政强制措施和行政强制执行也属于负担行政。

如果对行政相对人有好处，那就是受益行政，因此受益行政是为行政相对人提供利益和赋予权利的。行政相对人一般都喜欢受益行政，如行政给付、行政资助、行政奖励等，这些都是受益行政。《行政许可法》中的行政许可也属于受益行政。

（二）秩序行政与给付行政

秩序行政与给付行政可以从行政的目的来区分。

秩序行政的目的是确保秩序、稳定，防止混乱，为了维护秩序的需要对自由进行必要的约束，因此秩序行政是为防止滥用自由权导致社会危害而实施的一种秩序性管理。警察行政是最典型的秩序行政，环保局对违法排污行为的查处也是秩序行政。《行政许可法》中的行政许可、《行政强制法》中的行政强制措施和行政强制执行都属于秩序行政。

给付行政的目的是提供帮助，实现公共服务。给付行政实际上体现的是一种福利行政，给付行政是为消除和减少过度自由竞争带来的社会差别和维护社会公平提供的帮助和服务。民政部门对流浪乞讨的社会救助就属于给付行政，给付行政还有公共卫生医疗、公共文化服务、经济适用房、廉租房等资源的提供等，给付行政实际上就是政府提供服务，特别是针对弱势群体，要强调现代政府的帮扶义务。



考 点 点 拨

1. 公行政区别于私行政的关键是看是否以公共利益为目的。试题中出现争议性质的判断，解题的关键是要看争议背后的利益属性。

2. 记忆口诀：①公共行政——行为争议在表面，公共利益藏背后；②行政协议——协议协商属形式，管理目标是公益；③负担行政与受益行政——负担行政会损利，受益行政得实惠；④秩序行政与给付行政——秩序行政防混乱，给付行政有福利。

经典真题

某县医院根据上级文件的规定和主管部门批准，向县邮电局申请开通“120”急救电话，县邮电局拒绝开通，致使县医院购置的急救车辆和其他设施至今不能正常运转，而遭受损失。县医院遂以县邮电局为被告向法院提起诉讼，请求判令县邮电局立即履行开通“120”急救电话的职责，并赔偿县医院的经济损失。县邮电局辩称：“120”急救电话属于全社会，不属于县医院。根据文件的规定，县邮电局确对本县开通“120”急救电话承担义务，但是不承担对某一医院开通“120”急救电话的义务。原告申办“120”急救电话，不符合文件的规定，请求法院驳回县医院诉讼请求。县人民法院经审理查明：医疗机构申请开通“120”急救电话的程序是：经当地卫生行政部门指定并提交书面报告，由地、市卫生行政部门审核批准后，到

当地邮电部门办理“120”急救电话开通手续。原告县医院是一所功能较全、急诊科已达标的二级甲等综合医院，具备设置急救中心的条件。县卫生局曾指定县医院开办急救中心，开通“120”急救电话。县医院向被告县邮电局提交了开通“120”急救专用电话的报告，县邮电局也为县医院安装了“120”急救电话，但是该电话一直未开通。县医院曾数次书面请求县邮电局开通“120”急救电话，县邮电局仍拒不开通。(2002/4/九)

现问：本案县医院与县邮电局之间的争议属于民事争议还是行政争议，为什么？^{〔1〕}

【模拟展望】

1. 某市辖区镇上农民修某家的房屋突然起火，修某和村民一边救火一边打“119”电话求救，市消防队接警后告知镇上有消防队。市消防队赶到镇上要1个多小时，而镇上的民间消防队只需要五六分钟就能赶到起火地点。修某打电话到镇上的消防队求救，但大火整整烧了1个小时，镇上的消防队还是没有来救援。无奈之下，修某只能等待市消防队救援。由于修路，市消防队3个小时后赶到修某家时，修某家的3间房屋已经全部化为灰烬。为什么镇上消防队接到报警而不救火呢？镇上消防队的说法是，修某没交防火费，不交费就不能去救火。原来镇上的消防队是私人老板投资的民间消防队，是经当地政府部门批准的，刚开始通过收取防火费来维持消防队的运营成本，防火费一直由政府代收，但后来进行了税费改革，由政府代收的防火费改为由各村村民自愿缴纳，结果是镇上消防队只能收取到部分防火费。防火费是镇上消防队的经济来源，收不上防火费消防队就很难维持。于是镇上消防队决定：对于没交防火费的村子，一概不出车救火。修某所在村2年来一直没有交防火费。

现问：修某与镇上消防队之间的争议属于民事争议还是行政争议，为什么？^{〔2〕}

2. 《行政许可法》第2条规定，本法所称行政许可，是指行政机关根据公民、法人或者其他组织的申请，经依法审查，准予其从事特定活动的行为。下列关于行政许可的说法，正确的有：(多选)^{〔3〕}

- A. 行政许可属于公共行政
- B. 行政许可属于授益行政
- C. 行政许可属于秩序行政
- D. 行政许可属于给付行政

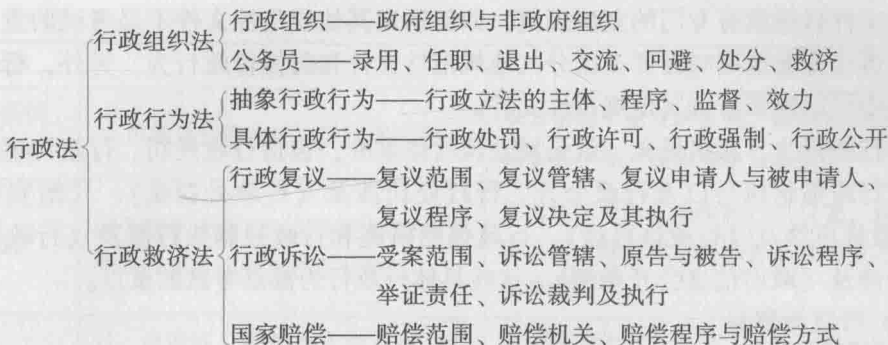
第二节 行政法

行政法就是有关行政的法，行政法上的行政是公共行政，公共行政在法律上的表现就是行政权。从法律意义上看，行政法是围绕行政权展开的，行政法是规范和调整行政权的法。

〔1〕 县医院与县邮电局之间的争议属于行政争议。因为县邮电局与县医院之间就安装电话产生争议的背后是公共利益，“120”急救电话属于一种公共资源，是政府为公众提供的一种公共服务，县邮电局安装开通“120”急救电话是履行其行政职责，因此县邮电局拒不开通“120”急救电话与县医院的争议属于行政争议。

〔2〕 修某与镇上消防队之间的争议属于行政争议。因为“119”电话属于一种公共资源，是政府为公众提供的一种公共服务，提供救援是政府应当履行的公共职责，镇上消防队实施救援视为受政府委托履行公共职责。

〔3〕 ABC



一、行政法的体系构成

有行政权的地方就有行政法，以行政权为中心，行政组织法、行政行为法和行政救济法构成行政法的三个部分。

（一）行政组织法

行政组织法是解决行政权在谁手里、掌握着行政权的主体在法律上是什么地位的问题。行政组织法中掌握行政权的主体有两个：组织和个人。

什么样的组织能掌握行政权呢？首先是政府机关，既有中央政府机关，也有地方政府机关。实际上，除了行政机关，还有大量掌握行政权的非政府组织，需要行政授权和行政委托来解决非政府组织行使行政权的权力来源问题，但要注意行政授权和行政委托的法律地位不同。

什么样的个人能掌握和行使行政权呢？行政组织法上规定了公务员，公务员存在的意义就是掌握和行使行政权。考试就是考查公务员是怎么掌握行政权的，考查公务员的范围、录用、任职、交流、回避、退出、处分以及救济等。

（二）行政行为法

行政组织法是解决谁有行政权的问题，行政行为法是解决根据法律规定行政权怎么行使的问题。在行政法中“最可怕”的不是谁有多少权力，而是行政权的随意行使，特别是负担行政的权力滥用。

行政权的行使就是作出行政行为，行政行为法要解决作出行政行为的问题。抽象行政行为和具体行政行为是行政行为最传统的一种分类。

抽象行政行为的名称就很“抽象”，为什么要用抽象行政行为这个名词？规则是抽象的，如果说行政机关制定了一个“抽象”的规则，那么这个制定规则的行为就是抽象行政行为。因此，凡是行政机关制定规则，都是抽象行政行为，但是不同的规则有不同的效力。行政行为法明确了两类规则：一类是具有法的效力的规则，另一类是不具有法的效力但具有行政效力的规则。

行政机关制定具有法的效力的规则是行政立法，有专门的法律规范——《立法法》、《行政法规制定程序条例》、《规章制定程序条例》，这是考试的重点。

行政机关除了制定具有法的效力的规则之外，还制定了大量不具有法的效力的规则。例如，县公安局发布文件——《关于在全县范围内治理无主狗的通知》，那么这个文件是不是法呢？肯定不是，县公安局不可能立法，县公安局制定的文件是其他规范性文件。其

他规范性文件目前没有专门的立法规范,如何制定其他规范性文件不是考试的重点,但在判定行政诉讼受案范围时需要去区分其他规范性文件 and 具体行政行为,另外,行政复议和行政诉讼中可以附带审查其他规范性文件。

具体行政行为,顾名思义,就是要处理具体事务,包括行政处罚、行政许可、行政强制措施、行政强制执行以及行政公开。行政处罚涉及《行政处罚法》、《治安管理处罚法》,行政许可涉及《行政许可法》,行政强制措施和行政强制执行涉及《行政强制法》,行政公开涉及《政府信息公开条例》,这些具体行政行为都是考试的重点。

(三) 行政救济法

行政组织法解决谁有行政权的问题,行政行为法解决怎么行使行政权的问题。但是,如果行政法只有这两部分,那么行政法就不是真正的行政法了,或者说就不是现代法治意义上的行政法了。为什么呢?因为如果老百姓(行政相对人)对行政行为不服怎么办?不服也得服呀,那实在不服了怎么办呢?老百姓可能就会认为,实在不服了就上梁山吧!那是以前,现在不用上梁山了。因为法治意义上的行政法有了行政救济法。

行政救济法是解决行政相对人对行政行为不服如何去寻求救济的问题。怎么救济呢?民告官。到上级行政机关那里告下级行政机关,叫做行政复议;到法院那里告行政机关,叫做行政诉讼;告赢了,由于是行政机关的行为造成损害,还可以得到国家赔偿。因此,行政救济法就包括行政复议法、行政诉讼法和国家赔偿法。行政救济法最能体现现代法治意义,正是有了行政救济法,我们才能把现代政府跟古代官府区分开来。

二、行政法的法律渊源

行政法的法律渊源是行政法律规范的表现形式,它是一种形式意义上的行政法,是解决能在哪里看到行政法的问题。当然,行政法法律渊源的重要作用不仅仅是为了确定行政法的表现形式,更重要的是要确定各种表现形式之间的效力等级关系。

行政法的法律渊源有宪法、法律、行政法规、地方性法规(既包括省级地方性法规,也包括市级地方性法规)、民族自治条例和单行条例、部门规章和地方政府规章(既包括省级政府规章,也包括市级政府规章),还有国际条约和协定、法律解释。国际条约和协定一般应当转化为国内立法后才能作为行政法的法律渊源。法律解释是法定机关对法律作出的解释,有相应的法律效力,也属于行政法的法律渊源。但这两类行政法律渊源在考试中并不多见。

实际上行政法的法律渊源可以用制定主体来区分。

规范形式	制定主体	地 位
宪 法	全国人民代表大会	最高效力
法 律	全国人民代表大会及其常务委员	效力低于宪法,但高于行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章
行政法规	国务院	效力低于法律,高于地方性法规、规章
地方性法规	省、自治区、直辖市人民代表大会及其常委会,设区的市和自治州的人民代表大会及其常委会	效力低于宪法、法律和行政法规,但高于本级和下级地方政府规章

续表

规范形式	制定主体	地 位
民族自治条例 和单行条例	民族自治地方的人民代表大会	效力相当于地方性法规,但可以对法律、行政法规、地方性法规作变通规定
部门规章	国务院组成部门、具有行政管理职能的直属机构和直属事业单位	效力低于宪法、法律和行政法规,且部门规章之间、部门规章与地方政府规章之间具有同等效力
地方政府规章	省、自治区、直辖市人民政府,设区的市和自治州的人民政府	效力低于宪法、法律、行政法规和本级地方性法规

从上述表格中可以看出,行政法律规范的效力是一个自上而下、由高到低的等级,在行政法律规范中,宪法、法律与民族自治条例和单行条例更多在宪法试题中考查,而行政法试题中更多是考查行政法规、省级地方性法规、市级地方性法规、部门规章、省级地方政府规章和市级地方政府规章的效力等级,具体的效力规则在第四章“抽象行政行为”中还会具体阐释。

三、行政法与相关部门法的关系

区分行政法与相关部门法的关系,实际上是为了明确行政法的外延,也就是解决行政法的边界问题。

(一) 行政法与宪法

行政法与宪法是什么关系?二者关系很密切,是最亲密的母子法——行政法是宪法最亲的子法。德国行政法学家奥拓·迈耶说过这么一句话:宪法已逝,行政法永存。通俗地说就是,宪法死了,行政法还活着。为什么要说宪法死了,行政法活着呢?因为大量的宪法规则是靠行政法来实施的,当年奥拓·迈耶年老的时候,虽说有很多的退休金,但是过得并不如意,因为物价飞涨,退休金急剧贬值。能够控制物价的是政府行为,不是由宪法而是由行政法来调整的,所以他发出了这么一种感叹。

行政法作为宪法的“子法”,甚至被称之为“小宪法”,或者人们把行政法称为“动态的宪法”。宪法所规定的国家基本政治、经济、文化、社会制度和公民基本权利义务无一不涉及行政权力的行使与监督问题,若无行政法作具体规定,宪法上的基本制度和权利就难以落实。从这个意义上说,行政法是维护宪法尊严、保证宪法实施的基本法律部门。

(二) 行政法与民法

行政法和民法是什么关系?民法是调整私人主体之间的权利义务关系,行政法是解决政府与私人之间权力与权利关系。在民法的法律规范中存在大量的行政法规范,例如,物权法中的物权登记规范是行政法,物权登记为物权确立了基本的民事秩序或基础。民法中的法人批准、婚姻登记都属于行政法的内容。

一般的民事侵权行为通过民法上的侵权责任法就能解决,但对于破坏民事秩序的严重侵权行为,就需要行政法来保障最基本的民事秩序。例如,涉及侵害财产的盗窃,这就是民法解决不了的,治安处罚法存在的目的就是维护基本秩序,治安处罚属于秩序行政,这就需要由公权力来进行干预,需要行政法来维护民事基本秩序。

行政法以命令服从为特征，保障民法实施，被称为民事活动的“保护法”。

（三）行政法与刑法

行政法与刑法的关系，实际上是在讨论一个违法和犯罪的关系问题。行政处罚作为行政法中的一种重要行政行为，行政处罚的前提是破坏社会秩序的一般违法行为。刑法中的刑罚是针对严重破坏社会秩序的犯罪行为，刑事处罚属于刑法的内容。当行政法通过行政处罚（包括治安处罚）无力达到维持秩序的目的时，就要借助于刑事手段通过刑事制裁来恢复社会秩序，如醉驾入刑。当然，刑罚不能轻易使用，只有当行政法手段不足以解决社会秩序混乱时才能使用刑罚手段。总之，行政法是针对行政秩序违法问题，刑法是解决犯罪与刑罚问题，一定程度上刑法是行政法秩序的“保护法”。



考点点拨

1. 行政法体系的记忆口诀：①行政组织法——中央地方有政府、授权委托非政府，录用任职公务员、退出处分能救济；②行政行为法——制定规则叫抽象，处理事务称具体；③行政救济法——复议诉讼民告官，违法损害国家赔。
2. 行政法与相关部门法关系的记忆口诀：①行政法与宪法关系——宪法已逝，行政法长存，子法实施活着的宪法；②行政法与民法关系——民法秩序行政法，民事活动保护法；③行政法与刑法关系——违法犯罪行政刑罚，行政秩序保护法。

第三节 行政法原则

当解决“行政法是什么”后，就需要解决“为什么要有行政法”。这个问题的本质就是行政法的目的，体现为行政法的基本原则。“行政法是什么”主要是从形式意义上了解行政法，“为什么需要行政法”更多是从实质意义上理解行政法。

一、行政法目的：控权保民

行政法以行政权为中心，在政府与公民之间，行政法应该是想尽办法控制政府权力来保护公民权利的。控制行政权力，保护公民权利才是行政法存在的价值。《联邦党人文集》中有这么一段话：如果人人都是天使，就不需要政府！如果政府官员是天使，就不需要法律！可以换一个角度来理解，正是因为并非人人都是天使，人类社会才像自然界一样存在弱肉强食，拳头硬的就要欺负拳头软的，人类社会就需要政府来保护弱者，这就是需要政府的原因；但是政府官员也有私心，行使行政权力时只考虑他们自身利益就会导致滥用权力，就需要法律来规范政府行为、来规制行政权力，这就是需要行政法的原因。

有了行政法，政府行使权力就不能那么随心所欲。英国法谚：“破败的茅草屋，风能进，雨能进，国王带着千军万马不能进！”这句话把行政法的意义表达得非常形象：公民的破茅草屋破到什么程度呢？风能刮进来、雨能下进来，但是国王带着千军万马进不来，为什么？因为在公民的茅草屋周围有行政法，行政法通过对国王千军万马的行政权进行控制来达到保护破茅草屋的公民权。

行政法不是政府行政的工具，是对政府进行控制的规范，把行政权力关进行政法的笼子里，行政法不是拿来“治民”而是用来“治官”的。