



三校名师 司法考试

2008年 国家司法考试

历年考题解读

行政法与行政诉讼法 7

三校名师司法考试命题研究中心 / 组编

- 囊括六年司考试题 全 面
- 直击考点权威解读 精 确
- 分科归类综合点评 透 彻

中国检察出版社





三校名师 司法考试

D92/39
:2008(7)
2008

2008年 国家司法考试

历年考题解读

行政法与行政诉讼法 ⑦

三校名师司法考试命题研究中心 / 组编



中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

历年考题解读/三校名师司法考试命题研究中心编. —北京:

中国检察出版社, 2007. 4

ISBN 978 - 7 - 80185 - 749 - 1

I. 历… II. 三… III. 法律工作者 - 资格考核 - 中国 - 解題

IV. D92 - 44

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 043206 号

历年考题解读

行政法与行政诉讼法

三校名师司法考试命题研究中心/组编

历年考题解读

行政法与行政诉讼法

三校名师司法考试命题研究中心/组编

出版人: 袁其国

出版发行: 中国检察出版社

社址: 北京市石景山区鲁谷西路5号(100040)

网 址: 中国检察出版社 (www.zgjcbs.com)

电子邮箱: zgjcbs@vip.sina.com

电 话: (010)68682164(编辑) 68650015(发行) 68636518(门市)

经 销: 新华书店

印 刷: 三河市燕山印刷有限公司

开 本: 787mm×1092mm 16开

印 张: 7.25印张

字 数: 175千字

版 次: 2008年4月第二版 2008年4月第二次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 80185 - 749 - 1

总 定 价: 148.00元 (全套共8册)

中国检察出版社

检察版图书, 版权所有, 侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

行政法与行政诉讼法命题综述

行政法与行政诉讼法命题综述	(1)
▶ 考核点一 行政法基础理论	(3)
▶ 考核点二 行政许可	(13)
▶ 考核点三 行政处罚	(19)
▶ 考核点四 政府采购	(27)
▶ 考核点五 行政监察	(28)
▶ 考核点六 行政复议	(32)
▶ 考核点七 行政诉讼的受案范围	(39)
▶ 考核点八 行政诉讼的管辖	(46)
▶ 考核点九 行政诉讼参加人	(50)
▶ 考核点十 行政诉讼程序	(59)
▶ 考核点十一 行政诉讼证据	(65)
▶ 考核点十二 行政诉讼的特殊制度与规则	(74)
▶ 考核点十三 行政诉讼裁判	(78)
▶ 考核点十四 行政案件的执行	(84)
▶ 考核点十五 国家赔偿	(87)
附 案例、论述综合	(99)
参考答案速查	(107)

参考文献

从试题形式来看,行政法的考查绝大部分都是以案例形式出现,且错综复杂,很多情况下四个选项会考查四个不同的知识点,变相增加题量,增加考试难度。从试题内容来看,有关行政法的题目,几乎涵盖了所有法条。此外,要注意跨部门的考查,尤其是行政复议、行政诉讼与国家赔偿制度的交错,行政诉讼与行政复议的区别与联系及三大诉讼法的区别与联系。

从论述题来看,行政法考查理论深度有所增加,2006年、2007年考查了行政信赖利益保护问题,但依然没有脱离重点。在论述题的命题重点预测中,有的知识点会被连续考查,打破了对知识点轮流出题的做法。另外,行政法复习中,要注意公共行政法(基本法的复议、诉讼、处罚、许可等横向法)和部门行政法(工商、税务、环保、卫生等纵向法)的交叉点,这也是近年来行政法的命题趋向。

总而言之,行政法考试各部分的分值分布逐渐均衡了,以往侧重于某一方面内容,现在从重点论转向多点论,最为常见的就是行政复议,行

行政法与行政诉讼法命题综述

行政法内容比较分散、冗杂,不像刑法、民法那样系统。但行政法的内容基本上可以整齐地划分出四大块,即行政复议法、行政许可法、行政处罚法、国家赔偿法。另外,其内容还散见于几部小法之中,有《政府采购法》、《行政监察法》及《公务员法》。个别条例如《突发公共事件应急条例》、《重大动物疫情应急条例》、《信访条例》也需要适当注意。行政法的理论性较强,所以关于行政法基础理论的知识点相当重要。

《行政诉讼法》向来是司法考试行政法部分的龙头老大,外加最高人民法院《关于执行〈行政诉讼法〉若干问题的解释》(以下简称《行政诉讼法解释》)、最高人民法院《关于行政诉讼证据若干问题的规定》(以下简称《行诉证据规定》)左右护法,在司法考试试卷二里更是叱咤风云。《行政诉讼法》可以说通篇都是重点,其中有些考点属于历年必考的知识点,如行政诉讼的受案范围、原被告资格、行政诉讼管辖、判决的种类和适用条件、证据制度、行政诉讼和行政复议的关系问题等,考生应当予以重点复习。

就非重点部分而言,考点分散,涉及面很大,《政府采购法》、《公务员法》、《行政监察法》、《信访条例》,甚至《重大动物疫情应急条例》均有考查。实际上,这些内容是考生们在复习中,时间与精力较难顾及的部分。这些制度,法条冗长、考点众多、分值较低(在1~3分之间,有的甚至仅涉及一两个选项),建议考生不要牵扯太多精力。

从具体考查内容上看,行政实体法与行政程序法当中的行政立法、行政许可、行政处罚等部分基本上在其传统重点区域命题;行政诉讼法与行政复议法相比,突出诉讼、兼顾复议,而诉讼最重要的受案范围、复议衔接关系、诉讼程序、证据规则、判决类型等方面整体上也以较大分值体现;国家赔偿法部分虽有反复,但历年必考分值分布基本持平,国家赔偿构成要件、赔偿范围以及赔偿方式与计算标准等,是其经常涉及的内容。综上所述,这些知识点基本上占据了客观题的2/3左右。

从试题形式来看,行政法的考查绝大部分都是以案例形式出现,且错综复杂,很多情况下四个选项会考查四个不同的知识点,变相增加题量,增加考试难度。从试题内容来看,有关行政法的题目,几乎涵盖了所有法条。此外,要注意跨部门的考查,尤其是行政复议、行政诉讼与国家赔偿制度的交织,行政诉讼与行政复议的区别与联系及三大诉讼法的区别与联系。

从论述题来看,行政法考查理论深度有所增加,2006年、2007两年考查了行政信赖利益保护问题,但依然没有脱离重点。在论述题的命题重点预测中,有的知识点会被连续考查,打破了对知识点轮流出题的做法。另外,行政法复习中,要注意公共行政法(基本法如复议、诉讼、处罚、许可等横向法)和部门行政法(工商、税务、环保、卫生等纵向法)的交叉点,这也是近年来行政法的命题趋向。

总而言之,行政法考试各部分的分值分布逐渐均衡了,以往侧重于某一方面的内容,现在从重点论转向多点论,最为常见的就是行政复议、行政诉讼、国家赔偿三大部分的知识点相互

杂糅在一起,行政诉讼法与各种行政行为之间的复合也比较常见,考生应立足真题,抓大放小,稳扎稳打,才能事半功倍。

最后,要提醒考生的是,对2007年新颁行的一些法律、法规要予以特别注意。例如《行政复议法实施条例》,虽然其在今年未列入考试大纲,但因其补充修改了《行政复议法》中的一些适用规则,因此其最易成为今后司法考试的热点。还有一些最新颁行的小法如《突发事件应对法》、《义务教育法》、《残疾人保障条例》等,这些是想取得高分的考生的得分点,因此也不能轻易放弃。再就是正在审议的《行政强制法》,其虽未通过,但在2007年就“强制执行”考查了两个单选和一个不定项,其重要地位可见一斑,如果在今年其能通过,则会成为今后出题的上佳素材,对此考生也要有所准备。

► 考核点一 行政法基础理论

【概说】

行政法基础理论主要是考查行政法的核心概念及基本理论问题,理论考点主要包括:对行政法中行政概念的理解,行政法的基本原则(合法原则,合理原则,程序正当,高效便民,诚实守信,权责统一),行政主体理论(行政授权与行政委托的关系,行政主体资格),行政行为理论(具体行政行为与抽象行政行为的关系、具体行政行为的效力、内部行政行为、行政事实行为、行政指导行为、行政调解行为、重复处理行为、行政强制措施与行政强制执行等)。本部分重点考查的法条主要集中在《地方组织法》、《国务院组织法》、《立法法》、《行政法规制定程序条例》(第六章)、《规章制定程序条例》、《公务员法》。

由于行政法的理论性较强,所以关于行政法基础理论的知识点历年来都有稳定的分值分布,客观题平均每年在5分左右,尽管2007年只考查了2题,分值为3分,但其在主观题中却占据了两题。因此总体来看,行政法基础理论部分所占比例呈上扬趋势,所以考生应当加强对该部分的复习。

【考题】

1. 关于行政法规,下列哪一选项是正确的?(2007年卷二单选第46题)

- 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

☞ 行政处罚、许可设定权、决定程序、冲突裁决

《行政处罚法》第9条规定:“法律可以设定各种行政处罚。限制人身自由的行政处罚,只能由法律设定。”第10条第1款规定:“行政法规可以设定除限制人身自由以外的行政处罚。”可知A项错误。

《行政许可法》第16条规定:“行政法规可以在法律设定的行政许可事项范围内,对实施该行政许可作出具体规定。地方性法规可以在法律、行政法规设定的行政许可事项范围内,对实施该行政许可作出具体规定。

规章可以在上位法设定的行政许可事项范围内,对实施该行政许可作出具体规定。法规、规章对实施上位法设定的行政许可作出的具体规定,不得增设行政许可;对行政许可条件作出的具体规定,不得增设违反上位法的其他条件。”可知行政法规设立行政许可是对以法律形式设立行政许可的补充,而不是对法律设定行政许可的具体规定,因此B项错误。

《立法法》第60条规定:“行政法规的决定程序依照中华人民共和国国务院组织法的有关规定办理。”可知C项正确。

《立法法》第85条第2款规定:“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,由国务院裁决。”由此可以看出由国务院裁决而不能由国务院法制办裁决。可知D项错误。

故本题答案为C项。

2. 下列哪些情形违反《公务员法》有关回避的规定?(2007年卷二多选第85题)

- A. 张某担任家乡所在县的县长
- B. 刘某是工商局局长,其侄担任工商局

人事处科员

C. 王某是税务局工作人员,参加调查一企业涉嫌偷漏税款案,其妻之弟任该企业的总经理助理

D. 李某是公安局局长,其妻在公安局所属派出所担任户籍警察

☞ 公务员任职回避

《公务员法》第69条规定:“公务员担任乡级机关、县级机关及其有关部门主要领导职务的,应当实行地域回避,法律另有规定的除外。”可知A项违反有关地域回避的规定,当选。

《公务员法》第68条规定:“公务员之间有夫妻关系、直系血亲关系、三代以内旁系血亲关系以及近姻亲关系的,不得在同一机关担任双方直接隶属于同一领导人员的职务或者有直接上下级领导关系的职务,也不得在其中一方担任领导职务的机关从事组织、人事、纪检、监察、审计和财务工作。因地域或者工作性质特殊,需要变通执行任职回避的,由省级以上公务员主管部门规定。”一方担任领导职务,其近姻亲不得从事同一组织的人事工作。B项违反了任职回避。

第70条规定:“公务员执行公务时,有下列情形之一的,应当回避:(一)涉及本人利害关系的;(二)涉及与本人有本法第六十八条第一款所列亲属关系人员的利害关系的;(三)其他可能影响公正执行公务的。”C项违反了公务员任职回避。

D项中李某与其妻子同属一个机关,但并不具有直接的上下级领导关系,也没有从事组织、人事、纪检监察、审计和财务方面的工作。没有违反《公务员法》的规定,因此D项不选。

故本题答案为A、B、C。

3. 下列关于行政法规解释的哪种说法是正确的?(2006年卷二单选第39题)

A. 国务院各部门可以根据国务院授权解释行政法规

B. 行政法规条文本身需要作出补充规定的,由国务院解释

C. 在审判活动中行政法规条文本身需

要进一步明确界限的,由最高人民法院解释

D. 对具体应用行政法规的问题,各级政府可以请求国务院法制机构解释

☞ 行政法规解释

行政解释是指依法有权解释法律的行政机关在其职权范围内对具体应用法律问题所作的解释。在我国,行政解释包括两种:一种是国务院及其主管部门对不属于审判和检察工作中的其他法律如何具体应用的问题所作的解释;另一种是省、自治区、直辖市人民政府主管部门对地方性法规如何具体应用的问题所作的解释。行政解释只限于法律适用的解释,不包括行政机关对自己制定的法规、法令的解释。行政机关对自己制定的法规、法令的解释属于立法解释。对于行政法规条文本身需要进一步明确界限或者作出补充规定的解释,属于立法解释。有权向国务院提出行政法规解释要求的,是国务院各部门和省、自治区、直辖市人民政府。国务院法制机构研究拟定行政法规解释草案,报国务院同意后,由国务院公布或者由国务院授权有关部门公布。

因此,国务院各部门可以经授权公布由国务院法制机构拟定报经国务院同意的行政法规解释,但自身却不能解释行政法规,A项错误;在审判活动中行政法规条文本身需要进一步明确界限的,仍然由国务院解释,C项错误;对具体应用行政法规的问题,只有省级人民政府可以请求国务院法制机构解释,D项错误;所以本题正确答案为B项。

本题需要强调的是,它涉及国务院于2001年11月6日公布的《行政法规制定程序条例》中第六章行政法规解释的相关规定。该条例第31条规定:“行政法规条文本身需要进一步明确界限或者作出补充规定的,由国务院解释。国务院法制机构研究拟订行政法规解释草案,报国务院同意后,由国务院公布或者由国务院授权国务院有关部门公布。行政法规的解释与行政法规具有同等效力。”第32条规定:“国务院各部门和省、自治区、直辖市人民政府可以向国务院提出行政法规解释要求。”第33条规定:“对属于

行政工作中具体应用行政法规的问题,省、自治区、直辖市人民政府法制机构以及国务院有关部门法制机构请求国务院法制机构解释的,国务院法制机构可以研究答复;其中涉及重大问题的,由国务院法制机构提出意见,报国务院同意后答复。”

4. 下列哪一个选项是关于具体行政行为为拘束力的正确理解?(2006年卷二单选第40题)

①具体行政行为具有不再争议性,相对人不得改变具体行政行为

②行政主体非经法定程序不得任意改变或撤销具体行政行为

③相对人必须遵守和实际履行具体行政行为规定的义务

④具体行政行为在行政复议或行政诉讼期间不停止执行

A. ①②

B. ①②④

C. ②③

D. ③④

☞ 具体行政行为的拘束力

行政行为可分为具体行政行为和抽象行政行为。

具体行政行为是指国家行政机关、法律法规授权的组织、行政机关委托的组织以及这些组织中的工作人员,在行政管理活动中,针对特定的公民、法人或者其他组织,就特定的具体事项,作出的有关该公民、法人或者其他组织权利义务的单方行为。具体行政行为可以分为:(1)行政处罚。即特定的国家行政机关对有违法行为尚未构成犯罪的违法者所给予的一种法律制裁。如行政拘留、罚款、吊销营业执照、没收等。(2)行政检查。即行政主体依法对行政管理相对人守法情况作单方面了解的行政行为。如海关检查、税务检查、卫生防疫检查等。(3)行政许可。即行政机关根据相对人的申请,依法赋予相对人从事某种法律一般性允许的活动的权利和资格。如颁发许可证或执照。(4)行政强制执行。即行政机关依法强制行政管理相对人履行一定义务的行政行为。如查封、扣押、冻结等。

具体行政行为与抽象行政行为虽然都属

于行政行为,但二者也存在本质区别,表现在:(1)实施行政行为的主体不同。实施具体行政行为的主体是各级行政机关及其委托的组织,而实施抽象行政行为的主体只能是国家最高行政机关及地方各级立法机关。(2)具体行政行为可以引起行政诉讼,而抽象行政行为一般不能引起行政诉讼。

具体行政行为的效力分为拘束力、确定力和执行力。拘束力是指具体行政行为一经生效,行政机关和对方当事人都必须遵守,其他国家机关和社会成员必须予以尊重的效力;确定力是指具体行政行为不再争议,不得随意更改的效力,具体行政行为因此取得不可随意撤销性;执行力是指使用国家强制力迫使当事人履行义务或者以其他方式实现具体行政行为权利义务安排的效力。

本题中,①②④描述的是具体行政行为的确定力,③描述的是具体行政行为的拘束力。

需要提请考生注意的是,不要将③误以为是执行力的体现,执行力必须是在当事人不主动履行义务后,通过国家强制力发挥作用的。因此本书的观点与司法部公布的答案有不同,本书认为本题无正确选项。

5. 下列哪种做法符合《公务员法》的规定?(2006年卷二单选第49题)

A. 某卫生局副局长李某因在定期考核中被确定为基本称职,被降低一个职务层次任职

B. 某市税务局干部沈某到该市某国有企业中挂职锻炼一年

C. 某市公安局与技术员田某签订的公务员聘任合同,应当报该市组织部门批准

D. 某地环保局办事员齐某对在定期考核中被定为基本称职不服,向有关部门提出申诉

☞ 公务员的考核、交流职位聘任、控告申诉制度

《公务员法》第47条规定:“公务员在定期考核中被确定为不称职的,按照规定程序降低一个职务层次任职。”A项错误。

《公务员法》第97条规定:“机关聘任公

务员,应当按照平等自愿、协商一致的原则,签订书面的聘任合同,确定机关与所聘公务员双方的权利、义务。聘任合同经双方协商一致可以变更或者解除。聘任合同的签订、变更或者解除,应当报同级公务员主管部门备案。”这里要注意理解“备案”与“批准”的区别。合同的备案是合同在签订、变更或解除之后的程序性事项,备案并不能在实质上影响合同的效力。而合同的批准则是在合同备案变更与解除之前的程序性事项,批准对合同效力产生实质性的影响。行政机关与公务员签订合同之后应当报同级公务员主管机关“备案”而不是“批准”。因此,C项错误。

《公务员法》第90条规定:“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三十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十五日内,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三十日内直接提出申诉:(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。”只有在定期考核中核定为不称职的才可以提起申诉。D项错误。

《公务员法》第66条规定:“根据培养锻炼公务员的需要,可以选派公务员到下级机关或者上级机关、其他地区机关以及国有企业事业单位挂职锻炼。公务员在挂职锻炼期间,不改变与原机关的人事关系。”

选项B项为本题正确选项。

6. 王某为某县劳动与社会保障局的一名科长,因违纪受到降级处分。下列何种说法不符合《公务员法》的规定?(2006年卷二

不定项第93题)

A. 王某对处分不服,可自接到处分决定之日起30日内向某县人事局提出申诉

B. 王某对处分不服申请复核时,复核期间应暂停对王某的处分

C. 王某受处分期间,不得晋升级别和享受年终奖金

D. 处分解除后,王某的原级别即自行恢复

☞ 公务员的处分制度

《公务员法》第90条规定:“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三十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十五日内,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三十日内直接提出申诉:(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。”王某应在知道处分决定而不是接到处分决定之日起提出申诉。A项错误。

《公务员法》第91条第2款规定:“复核、申诉期间不停止人事处理的执行。”B项错误。

《公务员法》第58条第1款规定:“公务员在受处分期间不得晋升级别和职务,其中受记过、记大过、降级、撤职处分的,不得晋升工资档次。”上述这些限制并不包括年终奖金,C项错误。

第59条规定:“公务员受开除以外的处分,在受处分期间有悔改表现,并且没有再发生违纪行为的,处分期满后,由处分决定机关解除处分并以书面形式通知本人。解除处分

后,晋升工资档次、级别和职务不再受原处分的影响。但是,解除降级、撤职处分的,不视为恢复原级别、原职务。”王某受的是降级处分,不得恢复。D项错误。

7. 下列有关法律规范的适用和备案的哪一种说法是正确的?(2005年卷二单选第43题)

A. 地方性法规与部门规章对同一事项的规定不一致,不能确定如何适用时,由国务院作出最终裁决

B. 不同行政法规的特别规定与一般规定不一致不能确定如何适用时,由国务院裁决

C. 地方政府规章内容不适当的,国务院应当予以改变或者撤销

D. 凡被授权机关制定的法规违背授权目的的,授权和所制定的法规应当一并被撤销

☞ 法律规范的效力等级

《立法法》第86条第(二)项规定:“地方性法规与部门规章之间对同一事项的规定不一致,不能确定如何适用时,由国务院提出意见,国务院认为应当适用地方性法规的,应当决定在该地方适用地方性法规的规定;认为应当适用部门规章的,应当提请全国人民代表大会常务委员会裁决。”故A项错误。

《立法法》第83条规定:“同一机关制定的法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章、特别规定与一般规定不一致的,适用特别规定;新的规定与旧的规定不一致的,适用新的规定。”《立法法》第85条规定:“法律之间对同一事项的新的—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。行政法规之间对同一事项的新的—般规定与旧的特别规定不一致,不能确定如何适用时,由国务院裁决。”因此,不同行政法规之间法的适用效力等级为从高、从新、从特,但当新的一般规定与旧的特别规定不一致时,才由国务院裁决两者的适用。因此B项错误。

依据《立法法》第88条第(三)、(七)项

规定:“国务院有权改变或者撤销不适当的部门规章和地方政府规章;授权机关有权撤销被授权机关制定的超越授权范围或者违背授权目的的法规,在必要时可以撤销授权。”故C项正确,D项错误。

8. 下列有关行政法规和规章的哪一种说法是正确的?(2005年卷二单选第49题)

A. 涉及两个以上国务院部门职权范围的事项,不得制定规章,应当由国务院制定行政法规

B. 行政机关对行政许可事项进行监督检查收取费用须由法规规章规定

C. 行政法规应由国务院起草、讨论和通过,国务院部门不能成为行政法规的起草单位

D. 有规章制定权的地方政府可以直接依据法律制定规章

☞ 行政法规、规章的制定

《立法法》第72条规定:“涉及两个以上国务院部门职权范围的事项,应当提请国务院制定行政法规或者由国务院有关部门联合制定规章。”故A项错误。

《行政许可法》第58条第1款规定:“行政机关实施行政许可和对行政许可事项进行检查监督,不得收取任何费用。但是,法律、行政法规另有规定的,依照其规定。”故B项也不选。

《行政法规制定程序条例》第10条规定:“行政法规由国务院组织起草。国务院年度立法工作计划确定行政法规由国务院的一个部门或者几个部门具体负责起草工作,也可以确定由国务院法制机构起草或者组织起草。”实践中,国务院部门经常成为行政法规的起草单位,故C项也不正确。

《立法法》第73条第1款规定:“省、自治区、直辖市和较大的市的人民政府,可以根据法律、行政法规和本省、自治区、直辖市的地方性法规,制定规章。”因此,依法具有规章制定权的地方政府可以直接依据法律制定规章。

D项是正确的。

9. 关于国家行政机构,下列哪些说法是

不正确的?(2004年卷二多选第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

☞ 国家机构设置

本题考查的是《国务院行政机构设置和编制管理条例》第6条的内容,其规定是:“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。”

国务院根据工作需要和精简原则,可以设立若干直属机构,主管各项专门业务。但国务院构成中还有另外一些部委代管的局,这些机构不是国务院直属机构,如国家粮食局是国家发展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,不是国务院直属机构,因此A项的说法错误。

国务院还可根据工作需要设立办公厅和若干办事机构,协助总理办理专门事务。如国务院台湾事务办公室是主管台湾事务的办

事机构,故B项的说法正确。

国务院学位委员会的性质较为特殊,它是由政府官员和专家学者共同组成的一个议事协调机构,不是国务院的组成部门,故D项错误。

关于国务院组成机构的司级内设机构的增设、撤销或合并,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。国务院行政机构的处级内设机构的设立、撤销或者合并,由国务院行政机构根据国家有关规定决定,按年度报国务院机构编制管理机关备案。”可知财政部的司级内设机构和增设,须经国务院机构编制管理机关审核方案,报国务院批准。部委对司级内设机构的增设无审核权。故C项错误。

综上,本题答案为A、C、D三项。

10. 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年卷二不定项第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

☞ 公务员任职和辞职制度

《公务员法》第42条规定:“公务员因工作需要可以在机关外兼职,应当经有关机关批准,并不得领取兼职报酬。”第53条规定:“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。”题干B项中张主任兼任投资公司董事长属于在企业中兼职,违反了上述规定中第(十四)项,所以B项符合题意,当选。而A项的情况属于公务员在国家行政机关内兼任职务,对此《公务员法》没有规定,因此A项不违反法律规定,不符合题意,不当选。

《公务员法》第81条规定:“公务员有下列情形之一的,不得辞去公职:(一)未满国家规定的最低服务年限的;(二)在涉及国家秘密等特殊职位任职或者离开上述职位不满国家规定的脱密期限的;(三)重要公务尚未处理完毕,且须由本人继续处理的;(四)正在接受审计、纪律审查,或者涉嫌犯罪,司法程序尚未终结的;(五)法律、行政法规规定的其他不得辞去公职的情形。”可知D项中的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,因此依法不得辞职,市政府也不能批准,因此D项符合题意,当选。

关于C项,根据现行《公务员法》没有此种情况和限制,因此C项不违反法律法规的有关规定,故不符合题意,不当选。

需要说明的是,此题的命题背景在2004年,依据当时实行的《国家公务员暂行条例》的规定,A项也是正确的,因此当时公布的答案为A、B、D三项。而现在《公务员法》已取代了《国家公务员暂行条例》,因此A项根据现行法律,不当选,故本书给的答案为B、D。

11. 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年卷二单选第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

☞ 立法性文件冲突时的审查程序

《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。”

据此判断B项正确,该企业应向全国人大常委会书面提出进行审查的建议。

注意特定主体可以向人大常委会提出书面审查要求,而其他主体只能向人大常委会提出书面审查建议,这是有区别的。

12. 关于规章制定,下列说法哪些是正确的?(2003年卷二多选第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

☞ 规章的制定程序

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。听证会依照下列程序组织:(一)听证会公开举行,起草单位应当在举行听证会的30日前公布听证会的时间、地点和内容;(二)参加听证会的有关机关、组织和公民对起草的规章,有权提问和发表意见;(三)听证会应当制作笔录,如实记录发言人的主要观点和理由;(四)起草单位应当认真研究听证会反映的各种意见,起草的规章在报送审查时,应当说明对听证会意见的处理情况及其理由。”可知,举行听证会的条件不仅需要起草的规章直接涉及公民切身利益,而且还需要有关方面对其有重大意见分歧;并且起草单位是“可以”而不是“必须”举行听证会。因此A项错误,不当选。

《立法法》第59条规定:“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。国务院法制机构应当向国务院提出审查报告和草案修改稿,审查报告应当对草案主要问题作出说明。”《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。《规章制定程序条例》第11条规定:“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),应当对制定规章的立项申请进行汇总研究,拟订本部门、本级人民政府年度规章制定工作计划,报本部门、本级人民政府批准后执行。年度规章制定工作计划应当明确规章的名称、起草单位、完成时间等。”可知,部门规章送审稿的审查主体是规章制定部门的法制机构,而非国务院法制机构,故可排除B项。

《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。”可知C项正确。

《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。”因此,D项关于规章施行备案的阐述也是正确的,当选。

13. 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年卷二多选第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

👉 规章的制定主体

《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。”因此D项当选。

依据行政法对中央行政机关的划分,国家体育总局属于国务院的直属机构,B项当选。而A项国务院办公厅和C项国务院法制办公室属于国务院的内部办公机构,不具有外部行政管理权,应予排除。

因此,本题答案为B、D项。

14. 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年卷二单选第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

👉 吊销、撤销、注销行为的法律含义

本题中,只是对法定代表人作了错误的变更登记,而企业的法人资格并无问题,因而不存在注销或撤销法人营业执照的问题。并且企业又无违法行为,不可能对其实施吊销

执照这一行政处罚。正确的做法只是纠正错误,恢复到错误发生前的状态。即选A项。在此,考生也要对吊销、撤销、注销企业法人营业执照这三种行政行为加以区分。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。注销企业法人营业执照则不是惩罚性措施,只是终结企业法人存在的程序性手续,可以依相对方申请而办理。撤销行为则适用于本不应作出具体行政行为时的情形。

15. 关于行政机关和机构的设立,下列哪些说法是不正确的?(2002年卷二多选第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

☞ 行政机关和机构的设立

《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》(以下简称《地方组织法》)第68条第1款规定:“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。”而行政公署正是省政府的派出机关。故A项正确,不当选。

《地方组织法》第68条第2款规定:“县、自治县的人民政府在必要时,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。”所以D项不正确,当选。

依据《国务院组织法》第11条的规定,国务院设立直属机构是有法律的直接授权的,无须经全国人大常委会的批准,故C项不正确,当选。

市、县公安机关依法可以在辖区内设立公安派出所。依据《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。”实践中,派出所的设立需经本级人民政府批准。B项不正确,当选。

16. 关于较大市地方性法规的制定程序,下列说法中哪些是正确的?(2002年卷二多选第80题)

- A. 省人大常委会有权对较大市人大制定的地方性法规进行适当性审查
- B. 省人大常委会有权对较大市人大制定的地方性法规进行合法性审查
- C. 省人大常委会有权对较大市人大制定的地方性法规作出不批准的决定
- D. 省人大常委会批准较大市人大制定的地方性法规后,由大会主席团发布公告予以公布

☞ 行政立法、地方性法规的制定程序

A项错,依据《立法法》第63条第2款的规定,省级人大常委会对较大市报请批准的地方性法规的合法性进行审查,而不是进行适当性审查。

B项正确。理由同A项。

依据《立法法》第63条第3款的规定,省级人大常委会发现较大市报批的地方性法规同宪法、法律、行政法规和本省、自治区的地方性法规不抵触的,予以批准,否则可不批准。因此,C项正确。

D项错。《立法法》第69条第3款规定:“较大市的人民代表大会及其常务委员会制定的地方性法规报经批准后,由较大市的人大常委会发布公告予以公布。”因此省人大常委会批准后,应由较大市的人大常委会发布公告予以公布,而非省人大主席团公布。

【点评】

从历年考题来看,本部分反复考查的重点主要集中在行政组织和国家公务员、行政行为、行政法规和规章的制定与解释几个部分。其中行政主体考查过行政机关、机构的设置和设立、行政机关的分类、行政主体资格以及近几年必考的《公务员法》。行政行为考查过行政行为的特征、效力、分类、行政行为无效、具体行政行为拘束力。行政法规和规章的制定与解释考查过行政法规效力等级、行政法规制定主体和程序、立法性文件的冲突审查,特别需要注意的是对《行政法规制定程序条例》和《规章制定程序条例》的考查,这部分也是考生复习容易忽略的地方。

本部分易出错的地方有:如何确立行政主体、被授权的机关和被委托的机关、中央各部委机关的法律性质和法律地位、国家公务员和国家职务关系的保障、行政行为的类别、行政行为的效力等。

关于行政基础理论部分的命题特点,主要有以下几点:

一、考查知识点的日益复合化

本部分属于行政法学中理论性很强的知识点,也是行政法学中其他知识点的基礎,因此常常可以将行政知识点串联起来考查。例如2007年卷二第46题,题干考查的是关于对行政法规的理解,但四个选项却涉及了行政处罚、行政许可、行政法规的决定程序、冲突裁决四个方面的知识点。对这种题目,就需要考生既要将“行政法规”这个大的知识点掌握,还要理解它在各具体部门法中的运用。所以对这种复合性题目,考生一定要将多个有联系的知识点系统掌握,举一反三。

二、交叉学科的考查

这个特点主要体现在行政法学与法理学、宪法的交叉考查上,主要法条依据就是《行政法规制定程序条例》、《规章制定程序条例》和《立法法》这三部法律法规。如2006年卷二第39题,要首先对行政法规解释有一定理解,再根据具体的《行政法规制定程序条例》进行分析;而2005年卷二第43题,题干属于行政法学范畴,但直接用《立法法》中的有关规定就可作出正确答案。因此考生对这种纯理论的考查,就可以用发散性思维,将所学知识融会贯通、灵活运用。

三、考点的细化和实务性

这主要体现在对《公务员法》的考查上。从《公务员法》颁行以来,司法考试已对此进行了4次考查,但考查的知识点并没有重复,这主要是因为命题者将考点进一步细化,从而扩大了考查范围,如2007年卷二第85题中关于公务员任职回避,就细致地考查了公务员之间的夫妻关系、近姻亲关系在同一个机关或一方为领导职务的情形下该如何回避的问题。这就要求考生在读法条时一定要细心、谨慎,不要放过任何细节。

再就是对行政理论的考查也趋向于以案例形式来命题,对此考生要具备这种分析案例找出所依据的法条来进行判断的能力。

此外,就是本部分易混淆的法理概念较多,如被授权机关和被委托的机关、具体行政行为的三个效力、国家行政机构的职能等,考生可参见具体试题中的解析来进行掌握和理解。

► 考核点二 行政许可

【概说】

行政许可是行政行为中的重要组成部分,该部分重点内容有行政许可的设定、听证程序、行政许可的撤回、变更、撤销、注销。重点法条主要涉及《行政许可法》第8条(信赖保护),第14~17条,第20条(行政许可的设定),第23条(授权)、第24条(委托),第38、42、57条(行政许可的实施),第32、34、38、39、49条(行政许可的审查与决定程序),第69~70条(行政许可的撤销和注销),第75、79条(行政许可的法律责任)。行政许可法历年来分值分布比较稳定,基本每年维持在2~4分。

【考题】

1. 刘某参加考试并取得《医师资格证书》。后市卫生局查明刘某在报名时提供的系虚假材料,于是向刘某送达《行政许可证件撤销告知书》。刘某提出听证申请,被拒绝。市卫生局随后撤销了刘某的《医师资格证书》。下列哪些选项是正确的?(2007年卷二多选第81题)

- A. 市卫生局有权撤销《医师资格证书》
- B. 撤销《医师资格证书》的行为应当履行听证程序
- C. 市政府有权撤销《医师资格证书》
- D. 市卫生局撤销《医师资格证书》后,应依照法定程序将其注销

☞ 行政许可的撤销与注销

《行政许可法》第69条规定:“有下列情形之一的,作出行政许可决定的行政机关或者其上级行政机关,根据利害关系人的请求或者依据职权,可以撤销行政许可:(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;(二)超越法定职权作出准予行政许可决定的;(三)违反法定程序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;(五)依法可以撤销行政许可的其他情形。被许可人以欺骗、贿赂等不正当手段取得行政许可的,应当予以撤销。依照前两款的规定撤销行政许可,可能对公共利益造

成重大损害的,不予撤销。依照本条第一款的规定撤销行政许可,被许可人的合法权益受到损害的,行政机关应当依法给予赔偿。依照本条第二款的规定撤销行政许可的,被许可人基于行政许可取得的利益不受保护。”可知刘某取得《医师资格证书》是用欺骗手段取得的行政许可,是可撤销事项。同时有权撤销行政许可的机关为作出行政许可决定的卫生局和其上级行政机关市政府,因此A、C项正确。

《行政许可法》第70条规定:“有下列情形之一的,行政机关应当依法办理有关行政许可的注销手续:(一)行政许可有效期届满未延续的;(二)赋予公民特定资格的行政许可,该公民死亡或者丧失行为能力的;(三)法人或者其他组织依法终止的;(四)行政许可依法被撤销、撤回,或者行政许可证件依法被吊销的;(五)因不可抗力导致行政许可事项无法实施的;(六)法律、法规规定的应当注销行政许可的其他情形。”可知D项正确。

依据《行政许可法》第79条规定,被许可人以欺骗、贿赂等不正当手段取得行政许可的,行政机关应依法给予行政处罚,可知撤销这一类违法获得的行政许可不是“实施行政许可”也不属于“行政处罚”,而是行政许可的监督管理。而《执业医师法》对此也没有特别的规定,所以撤销《医师资格证》的行政行为不属于行政许可法规定的强制听证的