

2003年

司法考试名师辅导

本书根据2003年司法考试大纲，在司法考试著名辅导教师精彩授课的基础上，进一步概括、提炼，既有重点内容讲解，突出课堂特色，又有难点解析、法条提示和冲刺练习，强化应试需求，比教材更精练，比课堂更生动。有助于考生全面系统把握教材，事半功倍，提高能力。

法律版



行政法与行政诉讼法

张树义/主编



法律出版社

2003 年司法考试名师辅导

行政法与行政诉讼法

主 编 张树义

副主编 刘 卫

撰稿人 (按姓氏笔画为序)

孙 刚 刘 卫 陈小和 周万春

张树义 贺国家 曹胜军 解建华

法 律 出 版 社

图书在版编目(CIP)数据

行政法与行政诉讼法/张树义主编. —北京:法律出版社,
2003.1

(2003年司法考试名师辅导)

ISBN 7-5036-4125-8

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. ①D922.1 ②D925.3

中国版本图书馆CIP数据核字(2003)第004458号

法律出版社·中国

出版/法律出版社	编辑/法律考试出版中心
总发行/中国法律图书公司	经销/新华书店
印刷/北京中科印刷有限公司	责任印制/陶松
开本/A5	印张/8.25 字数/240千
版本/2003年1月第1版	印次/2003年1月第1次印刷
法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)	
电子邮件/info@lawpress.com.cn	电话/010-63939796
网址/www.lawpress.com.cn	传真/010-63939622
法律考试出版中心/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)	
电子邮件/test@lawpress.com.cn	
读者热线/010-63939636	传真/010-63939650
中国法律图书公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)	
传真/010-63939777	销售热线/010-63939792
网址/www.Chinalaw-book.com	010-63939778
书号:ISBN 7-5036-4125-8/D·3843	定价:17.00元

名师引领成功之路

为什么选择司法考试？每位考生会有各自不同的回答，但渴望成功却是大家相同的心愿。面对门类众多、内容庞杂的考试科目，尽管有大纲和指定教材，而要在有限的时间内达到应试要求，绝非易事。

无数的成功者都验证着这样一个不争的事实，科学的学习方法和必备的应试技巧，是能否顺利通过考试的关键所在，而获取这些本领的捷径在于得到老师的传授和解惑，于是，司法考试培训机构以请到名师授课为生存之本，名师则来回奔波，疲于应付，万千考生为能得到名师指点，不惜耗财费时，舟车劳顿。在此意义上，本书至少作出三大贡献：

第一，将名师的辅导授课经验归纳提炼，广布天下，使之惠及每一位考生。

第二，提供方便快捷的机会，让每一位考生获得名师辅导成为现实。

第三，围绕应试需求，浓缩可考和必考知识，为考生减负。

本书参编人员均为司法考试辅导领域的著名老师，多年从事司法考试辅导工作，深受考生的拥戴和推崇，既熟悉考生的复习规律和需求，又对司法考试命题规律了如指掌，可以有有的放矢，指引考生增加复习的针对性，达到事半功倍的复习效果。

本书根据 2003 年司法考试最新变化，各学科以重点知识点为序，在编写体例上具有以下鲜明特色：

【重点内容串讲】 这一部分的取舍标准以可考性为主，在系统知识讲解的基础上，排沙简金，突出重点。

【难点、易错点分析】 针对考生学习过程中的疑难之处，解惑释疑，以求把握知识的准确牢靠，不留死角。

〔重点法条提示〕 结合知识点精选重点法条,提示复习要点,有助于考生加深理解,学以致用。

〔题型分析及冲刺练习〕 对每一重要知识点可能出现的题型,以典型习题的形式加以精解和详析,重在了解命题思路,强化应试能力。

把名师请回家,把课堂搬回家,拥有名师引领,成功到家。

编者

2003年1月

卷 首 语

对行政法与行政诉讼法部分的把握,首先应在宏观上对该部分在历年考试中所处的位置有所了解,其中也包括对各部分在历年考试中所占分值比例有所把握。因为它们大体上反映了司法考试的特点,考试的重点、考点、难点和疑点所在。基于此目的,我们将历年考试中行政法与行政诉讼法所占分值比例汇总如下:

历年试题分值表(行政法与行政诉讼法部分)

年份	基本理论	立法法	诉讼法	赔偿法	复议法	组织法	处罚法	合计
1997	1	0	7	4	4	0	7	22
1998	3	2	10	9	2	0	3	29
1999	0	0	11	4	0	0	0	25
2000	4	0	11	6	10	1	2	39
2001	6	2	16	9	4	1	1	36

(因为有些题目涉及两个以上部分,所以各部分分值有重叠)

上面的概括并非十分精确,归纳的标准也因人而异,但大致反映了行政法与行政诉讼法在考试中的基本概况。分析此表所反映的特点:

一是行政诉讼法、行政复议法和国家赔偿法这三大法在历年考试中所占分值奇高,如2001年的36分中有29分,占80%强;2000年的39分中有27分,占70%弱,基本上在70%~80%之间。这大概与司法考试偏重于实务有关,当然与此相关的是三大制定法的存在,出题者有所依据。这相应也就指示考生应当以这三大法为主。

二是三大法中行政诉讼法又占绝对高的比值:2001年的36分中

有 16 分,占 44% 强;2000 年的 39 分中有 11 分,占 28% 强;1999 年的 25 分中有 11 分,占 44%,基本上在 30%~40% 之间。行政法与行政诉讼法在司法考试中所涉及的单行法律有:立法法、行政处罚法、行政诉讼法、行政复议法和国家赔偿法,不论其他方面,众多所涉法律中行政诉讼法一枝独秀。这大概是因为司法考试以案例分析为主,不论单项选择题、多项选择题、任意选择题,还是案例分析题,大多是以实际案例引出问题,行政诉讼法所占分值比例高也就不足为奇了。因此,行政诉讼法可以说是司法考试中的“重中之重”。

三是综合题型开始逐年提高,即所考察的是综合性知识,有些题目已不仅仅限于单个部门的考察,行政诉讼、行政复议、国家赔偿等内容在同一道题中出现的情况增多,这从我们对历年考试各部分分值统计中的重复计算即可看出。说实在的,有些题真不知道应该算作哪一部门。如果我们放阔视野,这一特点在其他部门法中也是如此,甚至在整个司法考试中亦然。针对这一特点,要求考生在复习时,应当融会贯通,在各部门知识掌握的基础上做一些综合性训练,增强综合分析的能力。在司法考试的复习中,考生往往是对知识点的把握,这很容易导致所学知识难以形成一个整体,而是被我们通常所说的知识点所切割。就一般性的知识把握来说,只有当我们找出各知识点之间的逻辑联系,将所学的知识融会贯通,才算真正掌握了这门学科。

四是司法考试虽然偏重于实务,但并非不重视理论,只不过它所需要的不是那种教条式的空洞化的理论,而是建立在对法律条文的理性思考基础上的理论,是法条背后的理论。近年来考试中有向理论倾斜的取向。在以往的考试中,多数题目是直接以法条为依据而设计的,而 2001 年的试题中却加强了对行政法和行政诉讼法理论的考查。如行政法的案例分析,对此题的回答需要涉及行政法上的公共职责、“反射性利益”等问题,属于行政法学研究的前沿问题,具有相当的难度。

上述分析只是作者一家之言,也是自己的一点体会,说出来无非是想借此分析,为考生提供一点帮助,以减少盲目性,增加自觉性,让一个考生“输”在这类问题上,并不是司法考试的本质所在。这里不能不承认司法考试带有“导向性”。它会引导考生向某些方向发展,当然也不排除它可能会给中国法治建设带来的影响。只不过我们更希望这种影

响是有助于中国法治建设,而不是负面的影响,“帮了倒忙”。笔者从来以为,统一司法考试是一件好事情,它对于法律职业共同体的形成是十分必要的。而法律共同体的形成又是中国实现法治所不得不面对的事实,不得不过的“关”。

目 录

卷首语	(1)
-----------	-------

第一部分 行政主体

一、行政主体的基本理论.....	(1)
二、行政主体与行政机关的比较分析.....	(9)
三、其他行使行政职权的组织.....	(17)
四、国家公务员.....	(21)

第二部分 行政行为

一、行政行为的概念与特征.....	(27)
二、行政行为的效力.....	(31)
三、行政行为的分类.....	(33)
四、行政行为的成立、生效与有效	(38)
五、行政立法.....	(41)
六、行政许可.....	(49)
七、行政征收.....	(51)
八、行政给付.....	(54)
九、行政强制措施.....	(56)
十、行政强制执行.....	(58)
十一、行政合同.....	(61)
十二、行政处罚的概念和特征.....	(64)

十三、行政处罚的原则	(67)
十四、行政处罚的种类	(71)
十五、行政处罚的实施机关	(75)
十六、行政处罚的管辖	(79)
十七、行政处罚的适用	(81)
十八、行政处罚的程序	(85)

第三部分 行政诉讼

一、行政诉讼的受案范围	(95)
二、行政诉讼的管辖	(116)
三、行政诉讼参加人	(126)
四、行政诉讼程序及特殊规则	(142)
五、行政诉讼的结案	(176)

第四部分 国家赔偿

一、对国家赔偿、民事赔偿、国家补偿的把握	(191)
二、国家赔偿责任的构成要件	(195)
三、国家赔偿范围的基本理论	(199)
四、行政赔偿的范围	(203)
五、刑事赔偿的范围	(208)
六、国家不予赔偿的情形	(212)
七、国家赔偿主体的三个基本概念	(219)
八、行政赔偿义务机关	(223)
九、刑事赔偿义务机关	(227)
十、行政赔偿程序	(232)
十一、刑事赔偿程序	(236)
十二、国家赔偿方式	(242)
十三、国家赔偿的计算标准	(246)

【第一部分 行政主体】

一、行政主体的基本理论

【重点内容串讲】

行政主体问题,就是行政管理的资格问题。谁有资格进行行政管理?人们应该服从谁管理?一旦管理造成相对人损害应当由谁来承担责任?这是行政法所要规范的首要问题。在我国行政法上,人们最初只是从行政机关或行政组织的角度来认识和把握行政管理一方。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。然而,在实务中行政机关的概念并不能解决行政法上的主体问题。有一案为例:某县新铺乡工商所接到举报,称有人推销假红参。工商所遂将药材扣押并要求药贩子取来合法进货证明。孰料,药贩一出工商所就再没有音讯。工商所见药贩一去不复返,便将所扣药材卖了。恰巧被县药品管理机关发现,鉴于工商所销售假药的违法行为,药品管理机关作出了没收非法所得和处以罚款的行政处罚。工商所不服告上了法院。法官们就是否受案产生了两种不同意见:一种认为,行政处罚属于法院的受案范围,应予受理;另一种则认为,行政诉讼只能是“民告官”,现原告与被告都是行政机关,是“官告官”,这显然与《行政诉讼法》“被告恒定”的规则相冲突,因此不能受理。这一案例十分典型地反映了行政机关概念在实务中的局限性。因此,客观上就要求人们必须寻找一个新的理论来取代行政机关。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,它是对行政机关或行政组织的法律抽象。

正因为行政主体理论在行政法中具有奠基性的地位——它是理解行政行为主体、行政复议被申请人、行政诉讼被告、国家赔偿义务机关

等概念的前提和基础,也正因为行政主体与行政机关有着割不断的渊源和泾渭之区别,所以历年考试都对行政主体理论多有涉及,其命题又多集中在行政主体的概念、特征和行政主体与其他相关概念的区别这三个点上,故考生应予重点把握。

(一)行政主体概念与特征

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。它包括行政机关和法律、法规授权组织两种。然而,理论上的这一概念在实践中如何运用,尤其在应试实务中,如何判断一个组织是否为行政主体?这就必须要有一个具体的判断标准——也就是行政主体自身固有并区别于其他概念的特征。关于行政主体的特征或说判断标准,考生只需记住以下公式即可无往而不胜:〔行政主体=“三者”统一体〕,即:行政职权的享有者、行政行为的实施者、行政责任的承担者三合为一。

1. 行政主体必须是行政职权的享有者。在国家机关体系中的立法机关、司法机关,它们虽然也是国家机关,但所享有的并非行政职权,故不是行政主体。此外其他社会组织,如企业、事业单位或社会团体等不是国家机关,不行使国家行政职权,因而不具有行政主体资格。但这些组织能够因为法律、法规授予其行政职权而获得行政主体地位。如高校就因为国务院学位条例授予其学位授予权而取得行政主体资格。所以,判断一个组织是不是行政主体,首先不是看它是否为行政机关,而是看它是否享有行政职权,凡不享有行政职权的均非行政主体。

2. 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实施。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。通俗地讲也就是自己具有签名、盖章权。例如:工商行政机关,它分别由市场、商标、企业登记注册等管理机构组成;公安机关则分别由治安、刑侦、法制等机构组成。这些内部机构虽然实施行政管理活动,但它们并不能以自己的名义,而只能以其所属机关的名义实施。因此,惟其机关才享有行政主体资格。还有被委托组织,它也不能以自己的名义而是以委托行政机关的名义行使行政职权,故被委托组织也不能被视为行政主体。考生

特别需要注意的是,此处所说的“能以自己的名义”,是指在法律上具有这种行为能力,而不是事实上是以谁的名义。即法律规定其有署名权,而非事实上是署其名。可见,凡法律上不能以自己的名义实施行政行为的组织,也不能成为行政主体。

3. 行政主体必须是行政责任的承担者。一个组织是否是行政主体,重要的标准是看其是否承担行政活动所产生的责任。承担责任的即为行政主体,不承担责任就不是行政主体。如国家公务员,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对外承担法律责任。在行政诉讼中,也是由其所在的行政机关作为被告,所以公务员不是行政主体。再如治安联防队,它是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。因此,凡受行政机关委托实施行政行为的组织也不是行政主体。

(二)行政主体与行政机关的三个区别

行政主体理论取行政机关而代之,从此行政机关就不再是一个行政法律关系主体的概念,而成为一个其他用语。虽然行政主体与行政机关有脱胎之关联,但二者存在着本质的区别。归纳起来,可以概括为“三个并非所有”:

1. 并非所有的行政机关都能成为行政主体。行政机关只有具备一定的条件才能成为行政主体。某个组织可能它是行政机关,但并不一定是行政主体。例如行政机关内部的机关事务管理局、研究室等办事或协调机构,它们仅负责管理、协调行政机关的内部事务等,并不对外行使职权,也不会有责任需要承担,因此不具有行政主体资格。

2. 并非行政机关在所有场合都以行政主体的身份出现。行政机关在法律上可以具有民事主体与行政主体双重身份,它既可以民事主体的身份从事活动,如到商店购买办公用品等,也可以行政主体的身份从事行政活动,如作出行政处罚等。当行政机关从事民事活动时,其身份是民事主体;当其以权力享有者的身份进行行政管理时,其身份是行政主体。在不同的活动中,需要遵循不同的规则。而行政法关注的是行政机关的行政主体身份,及其在行政活动中的行为规则。

3. 并非所有成为行政主体的组织都是行政机关。行政法上的行政主体,是以行政权力的享有者身份出现的,行政机关是行政权力的享有者,所以行政机关是行政主体最主要的构成部分。但行政权力并非为行政机关所独占,国家也将一部分行政职权授予非行政机关的社会组织实施,如前述的大学授予学位证书和会计师协会颁发会计师证书等即是。现代社会国家的行政范围和公共职能不断扩展,许多行政事务不可能也没必要完全由行政机关来处理,需要辅之于其他社会组织来管理。因此,非行政机关的社会组织也会因法律、法规的授权而取得行政法上的行政主体地位。

以上三点区别,也可以归结为以下三句话。即:只有具备一定条件的行政机关才能成为行政主体;只有在行使权力进行行政管理时行政机关才能成为行政主体;有些组织并非行政机关也可因法定授权成为行政主体。

(三)行政主体与国家公务员的区别

在国家、行政机关和公务员三者之间,存在着两种关系:一是国家与行政机关之间的关系,即国家是抽象的政治实体,它通过所设立的各种具体国家机关表现出来,没有具体的国家机关也就没有国家;二是行政机关与公务员之间的职务委托关系。基于以上关系,行政主体与公务员的区别主要表现为:

1. 公务员,是受国家的委托,依法执行行政职务的人员,而行政主体则是由国家公务员组成的集合体;

2. 公务员拥有依据授权执行职务的权力,但无论哪一个公务员都只能以行政机关的名义实施活动;

3. 公务员因实施职务行为而产生的法律责任归属于国家,但国家则由行政机关作为其承担责任的代表。

因此,作为国家具体表现形式的行政机关可以是行政主体,而公务员并不是行政主体,只是行政主体的组成因子和行政手段,行政主体正是由一个个公务员组合起来的法律人格,行政活动只有通过具体的公务员来实现,如抽掉公务员,行政主体也就只是一个空洞的概念。

(四)行政主体与行政法主体的区别

所谓行政法主体就是行政法律关系主体。在行政法律关系中包括

管理者和被管理者两方当事人。管理者一方是为行政主体,被管理者一方则是公民、法人或其他组织,称为行政相对人。行政主体是行政相对人的对称,前者是行政行为的主体,后者则是受行政行为作用和影响的对象。如前述案例中,药品管理机关是行政主体,被处罚的工商所则是相对人。但工商所和药品管理机关均属于本案行政法律关系的主体。由此可见,行政主体只是行政法律关系中的一方当事人,并不等同于行政法主体。行政法主体与行政主体是类似从属的关系。

【难点、易错点分析】

如何确定行政主体,是确定行政行为主体、行政复议被申请人、行政复议机关、行政诉讼被告、国家赔偿义务人等的前提和基础,也是本知识点应试的难点和考生容易出错的问题。确定行政主体通常可以分三步进行:

第一,看其是否享有行政职权。其中主要把握两点:一是职权来源。行政主体的职权来源或是基于宪法或行政组织法取得的,或是经法律、法规或规章授权而取得,除此不能认为享有职权;二是取得方式。取得行政职权的方式限于法律、法规或规章的明确规定,如果没有明确规定,或者不是规章以上文件的规定,就不能认为享有行政职权。如果是“行政机关在没有法律、法规或规章规定的情况下,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”。

第二,看其在法律上是否能以自己的名义行使行政职权。其中也有两层含义:一是能行使行政职权,但无“名”无“责”的不是行政主体,此情常为行政机关的内设机构、派出机构或受委托组织。如市政府行政复议办公室作出行政复议决定,或居委会受委托管理计划生育工作,或劳动服务公司受税务机关委托代征劳务税等;二是经上级行政机关批准,但不在对外文书上署名的也不是该案的行政主体。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《行诉法解释》)第19条规定,当事人不服经上级机关批准的具体行政行为,向人民法院提起诉讼的,应当以在对外发生法律效力的文书上署名的机关为被告。此处的署名同样应当理解为“在法律上具有署名权”,而不是事实上署其名。

第三,看其是否能自己承担法律责任。不能自己承担法律责任的不是行政主体。其中有以下误区考生必须注意:其一,所谓承担责任,不能简单地理解为“具有独立的财务支付能力”。此处的行政法律责任应当理解为,能否作为行政复议的被申请人、行政诉讼的被告、国家赔偿的义务机关。法律上能够成为上述相应责任主体的就是行政主体,不能成为的则不是行政主体,而不论其是否具有独立的财务支付能力。因为行政赔偿责任的承担主体是国家,而国家赔偿是以国库作为后盾与支撑的;其二,《行诉法解释》第20条第1款规定,行政机关组建并赋予行政管理职能但不具有独立承担法律责任能力的机构,以自己的名义作出具体行政行为,当事人不服提起诉讼的,应当以组建该机构的行政机关为被告。其中所指的“不具有独立承担法律责任能力”,亦应当理解为在法律上不能独立成为行政程序中的上述主体或说角色。法律没有分配其担纲上述角色,它就没有独立承担法律责任的能力。反之,则可认为其具有独立承担责任的能力。

总之,一个机关或组织如要成为行政主体,就必须同时符合以上“三者”标准,缺一则不可。此好比刑法当中的犯罪构成要件,必须同时具备。

【重点法条提示】

1.《行诉法解释》第20条第2款规定,行政机关的内设机构或者派出机构在没有法律、法规或者规章授权的情况下,以自己的名义作出具体行政行为时,该行政机关为行政主体。如市政府法制办以自己的名义作出复议决定,其行政主体依然是市政府。

2.《行诉法解释》第21条规定,行政机关在没有法律、法规或规章规定的情况下,授权其内设机构、派出机构或其他组织行使行政职权的,只能视为委托。如县林业局授权其下属木材检查站实施行政处罚权,即是委托。

3.《行诉法解释》第20条第3款规定,法律、法规或者规章授权行使行政职权的行政机关内设机构、派出机构或者其他组织,超出法定授权范围实施行政行为,当事人不服提起诉讼的,应当以实施该行为的机构或者组织为被告。此处的“超出授权范围”,应理解为超出授权的种

类而不是授权的幅度。如公安派出所相对人 100 元罚款,其自身为行政主体,因为其有权处 50 元以下的罚款。但如果超出处罚种类,比如作出拘留的决定,则应以其所属公安机关为行政主体。

【题型分析及冲刺练习】

1. 2002 年 6 月, A 海县人民政府为扶持本地海水养殖业的发展, 同意 A 县招商局围海 150 公顷, 并以化整为零的方式准备将所围海域的使用权予以公开拍卖。省海洋局接到举报后令海监执法人员前去调查。经查明, 举报事实属实, 按该项目围海面积应属国务院审批范围。省海洋局遂根据《中华人民共和国海域使用管理法》的有关规定, 确认 A 海县人民政府越权对上述项目的审批无效, A 市招商局围海和拍卖海域使用权的行为违法。责令退还非法占用的海域, 恢复原状, 没收拍卖违法所得, 并处非法占用海域期间内该面积应缴纳的海域使用金 10 倍以上罚款。同时向监察机关行文, 要求对非法批准使用海域的直接负责的主管人员和其他直接责任人员, 依法给予行政处分。请问省海洋局是否可以对 A 海县招商局实施行政处罚? ()

- A. 不可以。因为行政处罚针对的对象是公民、法人或其他组织
- B. 不可以。因为行政处罚不能“官罚官”
- C. 不可以。因为 A 海县招商局经过县政府同意
- D. 可以。因为 A 海县招商局的围海行为违反了海域使用管理法

〔答案〕 D

〔解析〕 A 错。本案中, 海洋局作为海洋行政主管部门, 享有管理海域的行政职权, 属行政主体。招商局未经合法批准进行围海的行为, 违反了海域使用管理法, 在此应为行政相对人。

B 错。行政机关具有“官”与“民”的双重身份, 招商局在本案中不属于“官”的身份。

C 错。违法批准与违法使用海域是两个不同的行政违法行为, 各自应承担各自的法律责任。

D 对。行政机关在以非行政主体身份出现时实施违法行为的, 有权行政机关可以进行处罚, 受罚行政机关不服的, 也可以依法行使行政相对人的行政救济手段。