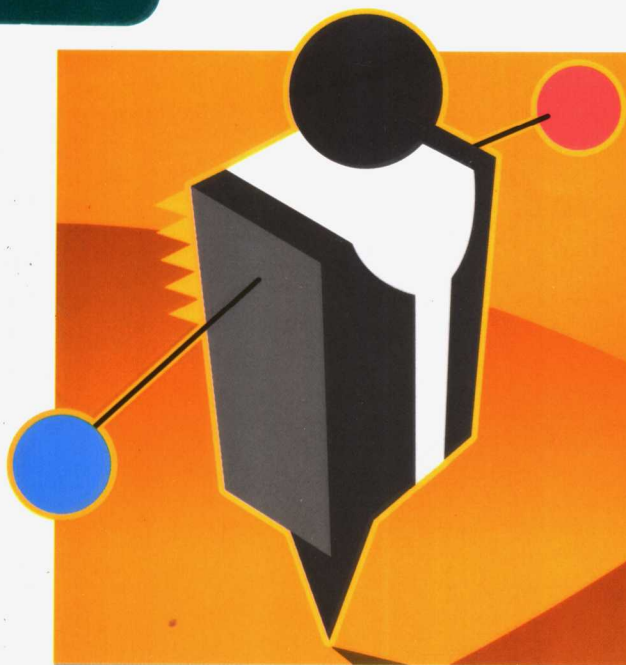




2007
New Edition
LICENSE

司考真题多维讲解 行政法与行政诉讼法

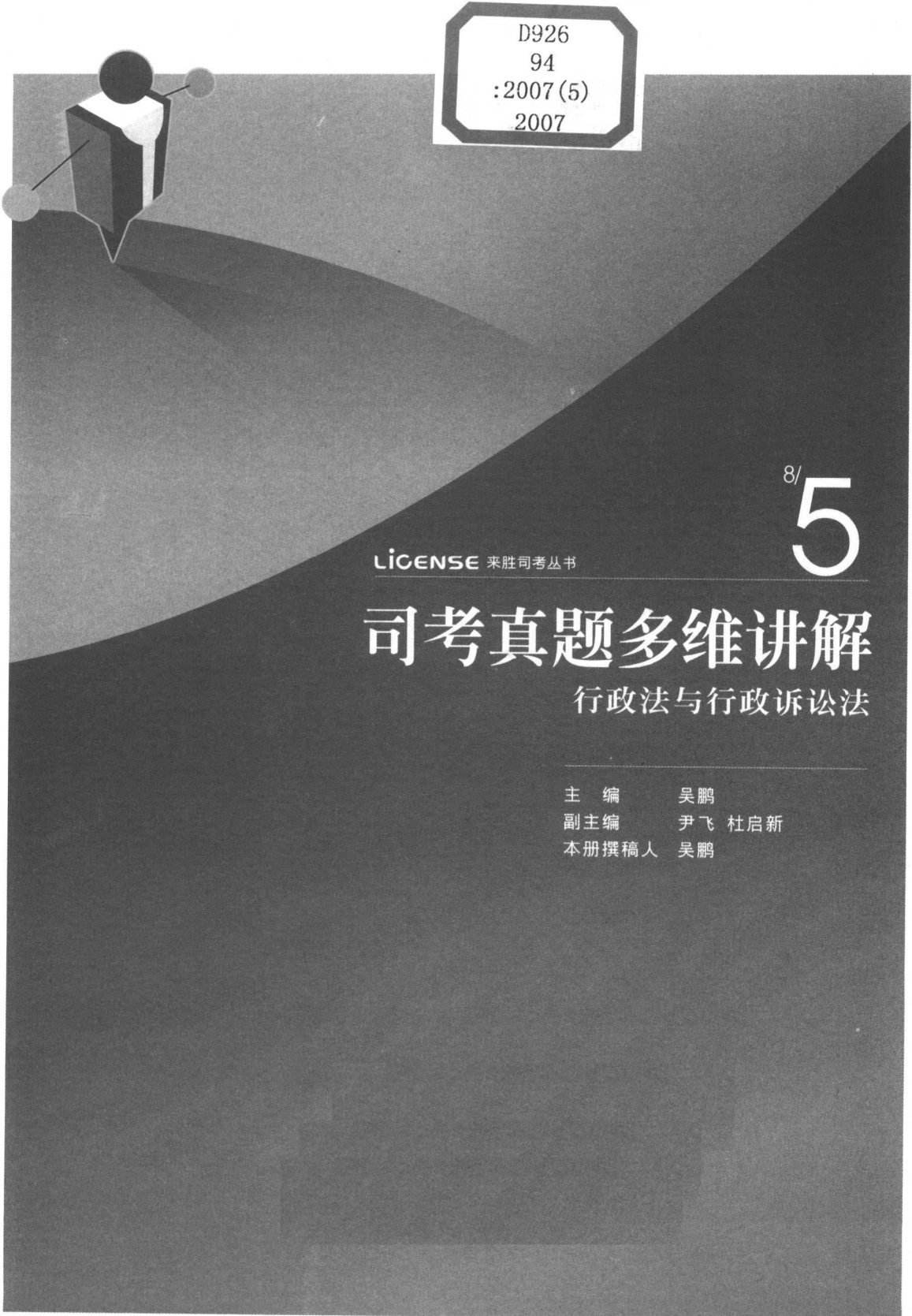
吴鹏 主编

8/
5

LICENSE 来胜司考丛书



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



D926
94
:2007(5)
2007

LICENSE 来胜司考丛书

8/
5

司考真题多维讲解

行政法与行政诉讼法

主 编 吴鹏
副主编 尹飞 杜启新
本册撰稿人 吴鹏

略谈真题价值与本书特色

欲过司考,需有“三宝”,法规、教材和真题。得此三宝者,方可知司考之形、神、意。通过对法律法规的学习,可以知道司法考试到底考什么,帮我们把握司考之形;对大纲和辅导用书的学习,能让我们明白司法考试为何这样考,助我们领会司考之神;而对历年真题的研读,则使我们了解司法考试到底怎样考,使我们领悟司考之意。以上三者,缺一不可。但有些朋友常常忽视真题的重要性,在征服了法规和教材后,便自认为已得矣,踌躇满志步入考场,终功败垂成,只能空自唏嘘:“司考之难,难于上青天!”殊不知,造成这种局面的根本原因乃是其对历年真题的重要性认识不足。

一、历年真题在考试中扮演着什么样的角色

1. 司考变革的晴雨表

司法考试是一个稳中有变的考试,“稳”的是各部门法中“重者恒重”的重点问题,变的是各部门法的创新发展与层出不穷的热点,通过对历年真题仔细研读,往往能令您感知命题方向的变化,把握应对未来的策略。如果您通读过近几年的司法考试试题,就不难发现,司法考试有着向理论深度逐步倾斜、综合性试题分值增加、部分考题案例来源于现实生活等确实存在却难以言表的变化。

2. 司考之海的导航塔

几乎所有从事司法考试辅导的人都在讲考试重点,但何为司法考试重点?列入司法考试范围的法律、法规共有 80 余部,司法解释文件达 120 多个,法条总计两万条之多,这些法律、法规在考试中的地位显然是不一样的。如何对各个部门法科学地分配复习时间?这恐怕只能依据历年真题来回答了。在一个部门法内部,哪些具体法律制度是最常考的,哪些是偶尔考及的,哪些是从未考过的?这些信息也只有通过对历年真题所考查知识点的分析得出。所谓司法考试的复习捷径,是在科学、详实地分析的基础上得到的。无疑,了解法律制度孰轻孰重,就等于有了司法考试复习的导航塔,它将指引您将最宝贵的时间与精力用在司法考试的重点内容上。更为重要的是,每届考

试试题所考查的知识点重复率达50%以上,在民法等领域,这一比例几乎达到了85%。换言之,司法考试基本上是在以不同的考题形式去重复测试早已考过的内容。如果考生能将历届试题所考查的知识点一一掌握,也就抓住了司法考试的重点,牢牢地扼住了司法考试之喉。

3. 称雄考场的试金石

律考改为司考已逾五届,考试命题趋于成熟,命题形式基本固定,命题范围趋于合理,考生要形成做题的感觉,摸索到正确的解题方法,其前提就是熟悉命题者的命题思路,而真题对命题思路的体现,绝非一般模拟题所能比拟。考生只有在分析真题,解答真题的过程中形成良好的意识和感觉,并将做题过程中获得的技巧、经验和教训主动运用到下一次做题中去,才能培养出行之有效,最适应司考命题思路的解题方法。甚至,有了这种感觉和技巧,有的司考真题即便不会,也能“蒙”出来。

二、本书能带给您什么

1. 考点、法条、真题的完美结合

司法考试的难度在逐年增加,这是公认的趋势,回首司法考试历程,如何有效地复习一直是不断探讨的话题。其中,“考点说”、“法条说”和“真题说”各占有相当的比重,何谓“考点说”?就是将各部门法内容划分为一个个考题,依历年考查频率划分轻重,逐一复习、逐一突破;何谓“法条说”?就是依据解题时“以题找法”的思路反其道而行之,复习中“依法找题”,立足于法条复习,以不变应万变;何谓“真题说”?源于司法考题历年重复较多,有些完全相同,有些稍加变化,故精研真题便成欲过司考之不二法门。以上三种方式各有优劣,往往使得一些考生得配备好几类司考用书相互对应进行学习,很不方便。有鉴于此,本书将“考点”、“法条”和“真题”三者有机地联系起来,取长补短,合三为一。

2. 全方位多维讲解

一般的真题类丛书仅着眼于对真题的具体解析,使考生往往只能就题论题,知一而漏万,遇到题目稍有变化则手忙脚乱,无法应对。本书从知识点(具体问题,具体分析)、命题思路(知己知彼,料敌先机)、常见错误(前事不忘,后世之师)等多角度,从命题到解题对真题进行全过程深度的分析。侧重培养考生的灵活运用能力,使其善于进行知识的迁移。使之对知识点不仅知其然,并能知其所以然,知其“用”。通过对考生解题能力的培养,力求使考生达到无招胜有招的境界,最终笑傲考场。

三、本书编写体例

本书以“充分挖掘每道真题的价值,以实现对学生帮助的最大化”为目标,安排编写体例如下:

1. 每个部门法的开头都以“概述”的形式对该学科特点及学习方法进行总括性分析,使考生对该学科的独特之处和应对之策有宏观的把握,以做到因科制宜,在开始复习训练之前就能胸有成竹。此外,以图表列明该学科在历年司考中的考点、分值和题型分布,以最直观的方式使考生对该科在司考中的地位和主要考查方式有个迅速的了解。

2. 每学科基本按照大纲体系编写。对于客观题,从2006年到2002年,按由近及远的顺序排列,同一年的题目内部则以单项、多项、不定项的顺序排列。对于案例(简析)题、分析题和论述题这些主观题型,则集中于“主观题讲解”部分。每一具体试题的讲解,从知识点、命题思路、法条(理)导读、答案、分析、常见错误六个方面展开,以实现讲解的精致化和专业化,真正使考生能从每个题目中汲取充分的信息,达到最大的利用效果。

3. “知识点”部分点明该试题所考查的基本知识点。使考生能迅速将该题抽象归类,在自己的知识体系中予以定位。

4. “命题思路”部分是本书的亮点之一。司法考试每道题都是命题者精心设置的,其背后隐藏着命题者的考查目的,体现着命题者通过该题所欲达到对学生复习的指引意义,然而这种思路有其规律性,会在历年的试题中通过不同的具体题目重复出现。“命题思路”针对此点,详细指出了该题的命题思路、命题特点和考查目的,使得考生能够更深入地通过一道题掌握一种命题方式,在此基础上把握应对之策。

5. “法条(理)导读”部分再次凸显了本书考生本位的思想,通过对每一道真题的解析,我们力图帮助学生不仅达到对制度理解的更大深度,同时达到对理论、法条理解的更大广度。一项制度、一个法条都是法律体系中的一个点,这个点是与相关法条理论纵横联系的,只有将其放在一个体系中方能有更准确的把握。本部分纵横捭阖,将与每一道真题考查知识点密切相关的其他司法考试可能重点考查的内容联系分析,目的在于帮助学生通过该部分初步形成法条和知识的小范围体系,实现从“有一知一”到“举一反三”的飞跃。

6. “答案”部分立足于大范围的资料,经过多次把关,确保精准性。同时照顾到考生做题自测的方便,本书改变以往将答案置于题目之下的格式,将答案做成脚注,置于

每页底部。

7. “分析”部分不仅仅停留在对具体真题的解析之中,鉴于目前司法考试对理论知识的青睐,本书在更广的视角内分析和该题考查内容相关的理论知识,使考生更加深入地理解一项制度的价值和立法目的所在,牢牢把握住解题的基础。

8. “常见错误”部分也是本书的主要创新之一。真题解析只着重于灌输和讲解是不够的,还应该立足于考生的角度,总结考生在做这些题目时的经验教训,以指导后来者,避免“悲剧”的重演。本部分在翔实资料分析的基础上,归纳了每道真题中命题者精心布置的每个陷阱,总结了多数考生因为这些陷阱而犯的错误,帮助考生“知其错,知其所以错”。以史为鉴,相信考生通过该部分的学习能够在今年答题时目光如炬,避开命题者的陷阱。

9. 在每一部分之后,本书编排了“重要警示”栏目,在历年真题解析的基础上,简洁明了地对将来该部分可能考及的内容进行展望,引导考生做到“通古测今”。

我们深知,没有任何一本辅导用书能够保证您一定能顺利地通过司考,但工欲善其事,必先利其器,好的辅导用书一定能帮您在前进的路上披荆斩棘,事半功倍。这一点,我们相信本书能够胜任!

合抱之木,生于毫末;九层之台,起于垒土;千里之行,始于足下。朋友,从现在开始动手吧,我们相信,您一定能成功!

编者

2007年4月

目 录

第一部分	概述	1
第二部分	客观题讲解	2
	第一章 行政法	2
	一、行政法学基础理论	2
	二、行政许可	17
	三、行政处罚	29
	四、行政复议	39
	五、国家赔偿	54
	六、其他	75
	第二章 行政诉讼法	81
	一、行政诉讼的受案范围	81
	二、行政诉讼的管辖	89
	三、行政诉讼参加人	94
	四、行政诉讼程序	102
	五、行政诉讼证据	109
	六、行政诉讼的法律适用	123
	七、行政诉讼审理中的特殊制度与规则	125
	八、行政诉讼的判决与执行	131
第三部分	主观题讲解	141

第一部分 概述

行政法是控制行政权的法律。行政法制建设在我国起步较晚,但随着法治建设的发展,它无论在理论研究还是在实践上都得到了迅速发展。从这几年的司法考试命题可以看出,行政法分值较高,占总分的10%左右,2006年达到了75分。

行政法主要由行政法基础理论、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六部分组成。在考点的分布上,行政诉讼法绝对是历年的重点,在分值上占据半壁江山。行政法基础理论也是重点之一,它主要包括行政法的基本概念与原则、行政主体、行政行为等部分。此外,行政复议法和国家赔偿法在考试中也占有很大的比重,因此,考生要想顺利通过司法考试,必须要全面把握行政法的知识,不能顾此失彼。

◆ 行政法在司法考试中体现出以下几个鲜明的特点:

1. 综合题型逐年增加,强调综合知识考查。越来越多的题目不限于单个部门法的考查,而是将行政处罚、行政许可、行政复议、行政诉讼、国家赔偿等内容在同一道题中综合考查。这就要求考生在复习时融会贯通,在掌握各部门知识的基础上做一些综合性训练,增强综合分析的能力。考生在复习中往往只注意对单个知识点的把握,这就很难将所学知识形成一个整体。只有当我们找出各知识点之间的逻辑关系,将所学的知识形成一个框架,才算真正掌握了这门学科。
2. 理论题逐年增加,强调理论联系实际。行政法与法理学、宪法学的关系非常密切,所以司法考试强调对法条背后法理的考查,有很多题就是直接考查基本理论。主观题方面,理论题占有压倒性的比重,如关于行政行为的合法性原则、合理性原则,2003年考过一道30分的论述题,2006年又考了一道35分的论述题。对于客观题的考查,也不是简单地重复法条,而是强调法条背后所隐含的理论。理论题的增加,是整个司法考试命题的趋势,但是在行政法上该特点更加突出。这就要求考生不要简单记忆法条,而要注意全面掌握法条的理论背景。
3. 涵盖面越来越广,强调重点,联系热点。行政法重点考查立法法、行政许可法、行政处罚法、行政诉讼法、行政复议法、国家赔偿法,尤其是行政诉讼法,占了行政法一半左右的分值。但是,对于热点问题,新出现的法律法规,司法考试从不回避,比如政府采购法、行政监察法、突发公共卫生事件应急条例、重大动物疫

情条例、信访条例等法律法规,也在考试中频繁出现。这就提醒考生在复习中不能有所偏废,各个部门法都要复习到。总之,要在全面的基础上把握重点,不能只看重点法律、重点法条,否则就会顾此失彼。

综上所述,国家司法考试在行政法与行政诉讼法部分对考生体系化、综合化掌握知识的要求日益突出。考生在备考中,应对行政法与行政诉讼法进行体系化、综合化的学习。尤其是在学习各理论时,不能孤立地认识,而应将其放在与之有本质联系的其他理论所共同构成的知识链中整体把握,只有这样我们才能对各理论在总体层面上熟练地予以运用。只有对整个知识结构进行宏观把握、有效贯通,才能应对司法考试行政法与行政诉讼法部分的命题发展趋向。

第二部分 客观题讲解

第一章 行政法

一、行政法学基础理论

考点统计

考 点	2006 年	2005 年	2004 年	2003 年	2002 年
行政法规解释的权限与程序	单 1				
具体行政行为的效力	单 1				
公务员的基本权利、义务	单 1、不定 1				
对公务员的基本管理制度	不定 1	多 1	不定 1		
行政立法的适用与监督权限		单 1		单 1、多 1	
行政法规和规章的制定程序		单 1		多 1	
国务院机构的种类			多 1		
国务院部门规章的制定机关				多 1	
具体行政行为的无效、撤销和废止					单 1、多 1
具体行政行为的执行				多 1	
地方国家行政机关的派出机关和派出机构					多 1
具体行政行为的成立					多 1

司考真题

1. 下列关于行政法规解释的哪种说法是正确的?(2006 年卷二第 39 题—单选)

- 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

【知识点】 行政法规解释的权限与程序

【命题思路】 立法法及相关法律一直是司法考试的重点内容。尤其是细节方面的问题,总能引起命题人的兴趣,因为这恰恰是考生容易混淆和忽略的。

【法条导读】 《立法法》与《行政法规制定程序条例》、《规章制定程序条例》是关联性的法律法规,考生往往重视立法法,而忽视关联法规。然而,有关的内容已经出现几次了,希望能够引起高度的重视。

【答案】 B

【分析】 《行政法规制定程序条例》第 31 条第 1 款规定:“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。”因此,B 项正确,C 项错误。《行政法规制定程序条例》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。”故 A 项错误。《行政法规制定程序条例》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。”故 D 项错误。

【常见错误】 陷阱①——混淆对行政法规的抽象解释和具体解释。

陷阱②——混淆“各级政府”与“省级政府”。

2. 下列哪一选项是关于具体行政行为拘束力的正确理解?(2006 年卷二第 40 题—单选)

- 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

【知识点】 具体行政行为的效力

【命题思路】 具体行政行为的效力在行政法的基本理论中居于重要地位,它包括三个方面的含义,非常抽象,也非常容易混淆。本题考查基本理论问题,没有法条依据。

行政法考试的一个特点是与法理学、宪法学的结合,法理性很强,考生应对行政法的法理部分深刻理解。

【答案】 C

【分析】 具体行政行为的效力包括确定力、拘束力和执行力。确定力是指具体行政行为不得争议、不得更改的效力,具体行政行为因此取得不可撤销性。拘束力是指具体行政行为一经生效,行政机关和相对人都必须遵守,其他国家机关和公民都必须予以尊重的效力。执行力是指使用国家强制力迫使当事人履行义务的效力。因此,②和③符合拘束力的含义,C项正确。至于①是确定力,④是执行力,所以A、B、D是错误选项。

【常见错误】 陷阱①——对具体行政行为效力的理解不全面,混淆了拘束力和确定力。

陷阱②——误以为具体行政行为的效力只是针对相对人。

3. 下列哪种做法符合《公务员法》的规定?(2006年卷二第49题—单选)

- 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

【知识点】 公务员的职务升降、交流、职位聘任和申诉

【命题思路】 公务员法常考的知识点都是非常细致的规定,考生要记牢,认清其细微的差别。

【法条导读】 公务员法的内容,易理解而难于准确记忆。但是,司法考试往往就针对细节出题,所以不能怕辛苦,要拿出绣花的精神,好好记忆。

【答案】 B

【分析】 《公务员法》第63条规定:“国家实行公务员交流制度。公务员可以在公务员队伍内部交流,也可以与国有企业事业单位、人民团体和群众团体中从事公务的人员交流。交流的方式包括调任、转任和挂职锻炼。”因此,B项正确。

《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。”故A项错误。

《公务员法》第97条第2款规定:“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。”故C项错误。

根据《公务员法》第90条规定,公务员对处分、辞退或者取消录用、降职、定期考核定为不称职、免职、申请辞职提前退休未予批准、未按规定确定或者扣减工资福利待遇以及法律、法规规定可以申诉的其他情形,可以提出申诉。故D项错误。

【常见错误】 陷阱——没有清楚认识到基本称职与不称职及对人事处理决定申诉的范围,

很多考生选择了D项。

4. 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年卷二第93题—不定选)
- 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

【知识点】 公务员的申诉、工资福利保险、惩戒

【命题思路】 公务员法的问题,在理论上没有什么深度,但是非常琐碎,考生稍不留心就会犯错。建议考生对细节严格把握。

【法条导读】 惩戒是公务员法最重要的内容之一,它涉及公务员的其他权利义务关系的展开,所以围绕惩戒有很多考点。

【答案】 A、B、C、D

【分析】 《公务员法》第90条第1款规定:“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。”可见,降级处分属于公务员可以申诉的范围。但是,时间点的起算是“知道”人事处理决定而不是“接到”人事处理决定,故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。”故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职务和级别,其中受记过、记大过、降级、撤职处分的,不得晋升工资档次。”所以,王某受处分期间不得晋升级别。另外,第74条第4款规定:“公务员在定期考核中被确定为优秀、称职的,按照国家规定享受年终奖金。”也就是说,年终奖金与考核结果有关,与处分没有关系。故C项错误。

《公务员法》第59条第2款规定:“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。”故D项错误。

【常见错误】 陷阱——难点是降级处分期间能不能享受年终奖金,其实处分和年终奖金没有直接关联。

5. 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 年卷二第 43 题—单选)

- 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

【知识点】 行政立法的适用与监督权限

【命题思路】 法律规范的适用与备案既是立法法的重要内容,在历年的司法考试中都会有所涉及。命题者主要是考查考生对相关法条的记忆程度。

【法条导读】 关于规范性文件的适用和备案,《立法法》第 85 条、第 86 条、第 88 条作了明确的规定,考生要注意法律规范的位阶。

【答案】 C

【分析】 根据《立法法》第 86 条第 1 款第 2 项的规定,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。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。注意,必须是行政法规之间对“同一事项”新的一般规定与旧的特别规定不一致的,由国务院裁决,故 B 项错误。根据《立法法》第 88 条第 3 项的规定,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。所以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,C 项正确。根据第 7 项的规定,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,必要时可以撤销授权。所以被授权机关制定的法规违背授权目的的,并不是一定要撤销授权,故 D 项错误。

【常见错误】 陷阱①——认为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,一律由国务院作出最终裁决,而忽视由全国人民代表大会常务委员会裁决的情形。

陷阱②——行政法规新的一般规定与旧的特别规定发生冲突时,只有是对“同一事项”的规定不一致的,才由国务院裁决。

6. 下列有关行政法规和规章的哪一种说法是正确的? (2005 年卷二第 49 题—单选)

- 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

【知识点】 行政法规和规章的制定程序

【命题思路】 行政法规和规章的制定程序,既可以以《立法法》的知识点出现,也可以在行政法学中加以考查。本题考查的就是行政法规和规章的起草程序,考生在复习相似的内容时,一定要加强记忆。只要能牢记相关的法条,这样的问题难度不是很大。

【法条导读】 行政法规和规章的制定程序,《立法法》以及《行政法规制定程序条例》和《规章制定程序条例》都作了规定。考生在掌握这些法条时,首先要牢固记忆,并且准确记忆法律条文的表述,其次就是在记忆的基础上注意理解,领会法条的精神。

【答案】 D

【分析】 《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 条规定:“行政机关实施行政许可和对行政许可事项进行监督检查,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。行政机关提供行政许可申请书格式文本,不得收费。行政机关实施行政许可所需经费应当列入本行政机关的预算,由本级财政予以保障,按照批准的预算予以核拨。”所以,行政机关对行政许可事项进行监督检查收取费用须由法律法规规定, B 项错误。

根据《行政法规制定程序条例》第 10 条的规定,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组织起草。所以,行政法规并非全部由国务院起草,国务院部门也能成为行政法规的起草单位, C 项错误。

《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, D 项正确。

【常见错误】 陷阱①——认为涉及两个以上国务院部门职权范围的事项,应该属于国务院制定行政法规的范围,各部门不得制定规章。

陷阱②——混淆行政法规的制定和起草主体,认为行政法规既然是国务院制定的,所以行政法规的起草单位也必须是国务院,国务院部门不得成为起草单位。

7. 下列哪些做法不符合有关公务员管理的法律法规规定? (2005 年卷二第 90 题—多选)

A. 县公安局法制科科员李某因 2002 年和 2004 年年度考核不称职被辞退

B. 小王 2004 年 7 月通过公务员考试进入市法制办工作,因表现突出于 2005 年 1 月

转正

C. 办事员张某辞职离开县政府,单位要求他在离职前办理公务交接手续

D. 县财政局办事员田某对单位的开除决定不服向县人事局申诉,在申诉期间财政局应当保留田某的工作

【知识点】 公务员的辞职、辞退制度

【命题思路】 公务员的辞职辞退制度是公务员法的重要内容,建议考生在记忆的基础上加深理解。

【法条导读】 关于公务员辞职辞退的法律制度,《公务员法》第32条、第83条、第86条作了具体的规定,考生在掌握公务员辞职辞退制度时,一定要严格按照法条的规定记忆,尤其是要注意法律条文的技术性规定。

【答案】 A、B、D

【分析】 《公务员法》第83条规定:“公务员有下列情形之一的,予以辞退:(一)在年度考核中,连续两年被确定为不称职的;(二)不胜任现职工作,又不接受其他安排的;(三)因所在机关调整、撤销、合并或者缩减编制员额需要调整工作,本人拒绝合理安排的;……”李某因2002年和2004年年度考核不称职,不是连续两年被确定为不称职,所以不应该被辞退,故A项错误。

《公务员法》第32条规定:“新录用的公务员试用期为一年。试用期满合格的,予以任职;不合格的,取消录用。”小王2004年7月通过公务员考试进入市法制办工作,在2005年1月转正还没有达到试用期1年,故B项错误。

《公务员法》第86条规定:“公务员辞职或者被辞退,离职前应当办理公务交接手续,必要时按照规定接受审计。”张某辞职离开县政府,单位要求他在离职前办理公务交接手续,符合法律规定。故C项正确。

《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。”田某对单位的开除决定不服向县人事局申诉,在申诉期间财政局不停止对人事处理的执行。故D项错误。

【常见错误】 陷阱①——认为只要是公务员被两次确定为不称职,就属于应该被辞退的法定情形,而法律规定是“连续”两年被确定为不称职才属于被辞退的情形。

陷阱②——认为公务员在申诉期间应该暂停人事处理决定的执行,因此县财政局办事员田某对单位的开除决定不服向县人事局申诉,在申诉期间财政局应当保留田某的工作。

8. 关于国家行政机构,下列哪些说法是不正确的?(2004年卷二第74题—多选)

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

【知识点】 国务院的行政机构和国务院的组成部门

【命题思路】 本题考查的是国务院行政机构的辨认问题。由于国务院行政机构组成的复杂性和多样性,广大考生对此不是很熟悉,命题者喜欢考查这个知识点。

【法条导读】 关于国务院的行政机构,《国务院行政机构设置和编制管理条例》作了明确具体的规定,其中第6条规定了国务院行政机构的具体划分以及各机构的具体权限和工作职责;第14条规定了国务院行政机构的司级内设机构与处级内设机构的增设、撤销或者合并的程序性问题。

【答案】 A、C、D

【分析】 A项中,国家粮食局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、行业指导的行政机构,因此不属于国务院直属机构,而属于部门管理的国家局。

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。

C项中,根据国务院行政机构设置和编制管理条例的规定,财政部的司级内设机构的增设应该由国务院机构编制管理机关审核方案,报国务院批准,而不是由财政部审核,国务院机构编制管理机关批准。

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,不是国务院的组成部门。

【常见错误】 陷阱①——把国家粮食局与国家工商行政管理局、海关总署、国家税务总局相混淆,认为其属于国务院直属机构。

陷阱②——把国务院行政机构的司级内设机构的增设与处级内设机构的增设的决定机关相混淆,认为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。

9. 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年卷二第100题 不定选)

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

【知识点】 国家公务员的任职和辞职制度

【命题思路】 国家公务员任职和辞职的法律制度是公务员制度的重点内容,也是历年来司法考试的热点之一。

【法条导读】 关于国家公务员的任职和辞职规定,注意新法和旧法的区别,这些变动的地方往往是司法考试命题的重点。

【答案】 A、B、D(B、C、D)

【分析】 《公务员法》第42条规定:“公务员因工作需要要在机关外兼职,应当经有关机关

批准,并不得领取兼职报酬。”换句话说,公务员在机关内的兼职不再受到限制。因此,A项正确(本书中的部分题目笔者见解与司法部答案不一致,角注中将笔者的答案与司法部答案均列出,括号中为笔者答案,全书同)。

《公务员法》第53条第14项规定,公务员不得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。因此,B项错误。

《公务员法》第102条第1款规定:“公务员辞去公职或者退休的,原系领导成员的公务员在离职三年内,其他公务员在离职两年内,不得到与原工作业务直接相关的企业或者其他营利性组织任职,不得从事与原工作业务直接相关的营利性活动。”教育培训中心属于营利性的事业单位,高某不得在3年内去任职。故C项错误。

《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。”王某属于第2项规定的情形,不得辞职,故D项错误。

【常见错误】 陷阱——认为任何国家公务员经辞职后可以出国,而没有考虑到有关国家安全和重要机密等职位公务员的特殊规定。

10. 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年卷二第23题—单选)

- 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

【知识点】 地方性法规冲突时的审查主体

【命题思路】 不同层次法律规范性文件之间的冲突的解决程序问题是《立法法》的重要内容,也是历年司法考试的一个考查重点。考生大多注意到国家机关认为行政法规、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,而容易忽视社会团体、企事业单位和公民也有对规范性文件的审查建议权。

【法条导读】 关于对行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例同宪法或者法律相抵触时的解决程序,《立法法》第90条规定了两种解决方法:一是国务院等有权的国家机关可以向全国人大常委会书面提出审查要求;二是其他国家机关和社会团体、企事业单位及公民可以向全国人大常委会书面提出审查的建议。要注意的是,提出审查的要求和建议必须是书面的。