



新起点备战 2006 司法考试系列丛书
总策划：张合功

一线名师亲笔力作

按最新法规编著

名师教案

行政法与行政诉讼法篇

吴 鹏 编著

知识产权出版社

新起点备战 2006 国家司法考试系列丛书

名师教案

行政法与行政诉讼法篇

吴 鹏 编著

知识产权出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

名师教案·行政法与行政诉讼法篇/吴鹏编著. —北京: 知识产权出版社, 2006. 3
(新起点备战 2006 国家司法考试系列丛书/张合功策划)

ISBN 7-80198-511-7

I. 名... II. 吴... 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. D92

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2006) 第 013083 号

内容介绍

作者将司法考试中行政法与行政诉讼法的全部考点列入本书, 删除了考试中不会出现的知识点, 并结合例题对考点进行分析, 突出了考试中的重点、难点, 为考生备考提供便利、提高效率。

新起点备战 2006 国家司法考试系列丛书

名师教案 行政法与行政诉讼法篇

吴 鹏 编著

责任编辑: 陆彩云

责任校对: 韩秀天

封面设计: 徐 芸 鞠洪深 张 帆 鞠小英

责任出版: 杨宝林

出版发行: 知识产权出版社

社 址: 北京市海淀区马甸南村 1 号

邮 编: 100088

网 址: <http://www.cnipr.com>

邮 箱: bjb@cnipr.com

发行电话: 010-82000893 82000860 转 8101

编辑邮箱: lcy@cnipr.com

编辑电话: 010-82000733 82000860 转 8110

发行传真: 010-82000893

印 刷: 北京市密东印刷有限公司

编辑传真: 010-82000733

开 本: 787mm × 1092mm 1/16

经 销: 新华书店及相关销售网点

版 次: 2006 年 3 月第 1 版

印 张: 12.5

字 数: 283 千字

印 次: 2006 年 3 月第 1 次印刷

ISBN 7-80198-511-7/D·402

定 价: 25.00 元

如有印装质量问题, 本社负责调换。



吴 鹏

中国人民大学法学院行政法博士、硕士生导师，著名的司法考试辅导教师，长期潜心研究司法考试。在国内学术期刊上发表论文数十篇。主编司法考试教材和辅导用书八本。授课风格**生动幽默、深入浅出、简洁实用**，自创独特的教学方法，有效帮助考生掌握行政法知识体系和得分技巧。他提出的“**司法考试辅导有效性理论**”和“**关联法条**”的概念，在司法考试辅导界具有深远的影响，引领了司法考试的辅导和学习。



总策划：张合功

新起点学校校长，著名考试辅导专家。国家司法考试“五重密集式多遍训练模式”首创者，卷四模版型写作第一人，讲课风趣幽默、亦庄亦谐，信息量大，应试性极强，倡导和打造了中国“最有效”的司法考试培训机构，是新起点一道亮丽的风景线。

写在前面的话

通过司法考试，取得法律职业资格证书是所有法科学子、法律职业者与法律爱好者的共同梦想，每年都有数以十万计的考生为之努力拼搏。但是，由于法学学科的博大精深和司法考试的选拔性考试的特点，每年能够跨越这道门槛的只是少数的幸运儿。司考之难，众所周知，能够选择参加司法考试的人，完全可以被称之为勇士，俗语讲得好，狭路相逢勇者胜，但我们却不得不面对每年都有众多的考生壮志难酬，所作的努力全部付之东流的残酷现实。

在 2005 年全国司法考试中，有近 1/3 的考生是一年就通过了的；有近 2/3 的考生是二年通过的；二年以上通过的考生仅仅占不到 5%。这个数据告诉我们，司法考试已经不再神秘，只要方法得当，完全可以一举通过考试。

应付司法考试，从三个方面去考虑即可：知识点、考点、应试技巧。

假若司法考试有 3000 个知识点的话，那么能够用来考试的考点最多有 1000 个，假若我们能掌握这 1000 个考点中的 400 个（这是很容易实现的），再学会 20% 的应试技巧，就可以轻松过关。实际上，一个系统的司法考试训练，将会在 60 天左右使大家起码掌握 600 个考点和 30% 的应试技巧，这样你的成绩应该在 400 分左右，通过司法考试岂不是犹如探囊取物？

因此，如何掌握知识点，理清考点，洞悉应试技巧，是取得司法考试成功的关键！

新起点司法考试培训中心在研究司法考试命题规律的基础上，提出的五重密集式多遍习题训练模式，是目前状态下训练大家知识点、考点和应试技巧的最有效方法和基本保证。

五重：第一重：每周必练系列，约 500 道题左右，由教研一组独立组题；

第二重：校长测验，约 500 道题左右，由教研二组单独命题；

第三重：习题课，约 2000 道题左右，由新起点教授团队命题；

第四重：模拟考试，约 1000 道题左右，由新起点特聘专家命题；

第五重：考前点题，约 800 道题，由特邀嘉宾命题。

这样，五重训练的精选习题量将多达 5000 题以上，涵盖 80% 以上应试考点，五大命题团队互相配合又互不干扰，这里的很多习题你将来会在考试中遇到。

密集式：第一，每周有必练系列；第二，每周有校长测验；第三，每周有测验讲评。既训练做题速度又训练答题准确度和应试技巧。

多遍：通过新起点五大命题团队精选的 5000 题左右的密集训练，司法考试所常考的知识点、考点以及必须的应试技巧将重复得到 7~10 遍的训练。

本套丛书根据 2006 年司法考试大纲，从教材、法条、真题、主观题四个方面对司法考试的重难点知识进行了全方位的扫描与梳理，本套丛书的特点有两个：

第一，本书的作者既是国内知名法学高校的中青年学者，更重要的是全部来自司法考

试辅导的第一线，都是多年从事司法考试辅导的名师。美国的大法官霍姆斯曾经说过，法律的生命不在于逻辑，而在于经验。但司法考试辅导却是一项对逻辑和经验要求都非常高的工作，本套丛书作者兼具扎实的理论功底和丰富的辅导经验，他们最熟悉法学的特点，最了解考生的需要，也最了解应试的规律，因而成为本套丛书作者的合格人选。

第二，司法考试之难，很大程度上来自考试内容巨大庞杂与备考时间又相对有限的矛盾。本套丛书通过系统地梳理概括，把让人望而生畏的教材与法条由厚变薄，仅仅以考点为线索，保证涵盖80%考点，同时也保证了重要知识点无一遗漏。换句话说，如何为考生减负，让他们能够以最少的投入获得最大的收获，是全套丛书的主要目的。

本套丛书由知识产权出版社出版，在组稿过程中得到中国政法大学民商法硕士段波先生的大力协助，在此深表感谢。

知识产权出版社

北京新起点学校

2006年3月

写一本好的讲义给考生

作者自序

司法考试辅导书中，最权威的是“指定教材”和“法规汇编”。但是由于编写体例和编写思路的限制，这两套书都不能真正满足考生应考的需要。

“指定教材”的编写模式与高等学校的法学教材没有区别，为了照顾体系的完整和初级考生的需要，偏重说理，实用性不足，写进了很多司法考试根本不会考察的内容。这样，使得许多考生把握不住重点和考点，浪费了大量的时间，做无用功。同时由于该教材由不同的老师编写，前后重复、观点冲突、考点遗漏的现象非常严重，影响了教材的可信度。

“法规汇编”中收录的法规太多，有些法规缺乏可考性，司法考试很少涉及或者从来不涉及。更大的弊端是法规本身的混乱。法律自身的散乱、冲突，法律和司法解释脱节、抵触。法规的混乱，带来理解上的混乱，使考生无法形成系统、正确的认识，严重地影响了学习的效率。

因此，判断一本好的讲义的标准就在于对指定教材和法规汇编的扬长避短，吸取其长处，克服其弊端。本讲义是作者长期从事司法考试辅导的经验总结，试图最大限度地将指定教材和法规汇编糅合在一起，为考生备考提供便利、提高效率。

是为序！

吴 鹏

2006年3月于世纪城

目 录

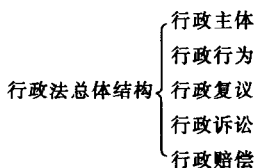
第一章 行政法概述	(1)
第一节 行政法的基本概念	(1)
第二节 行政法的法律渊源	(3)
第三节 行政法的基本原则	(4)
第二章 行政组织与国家公务员	(7)
第一节 行政组织与行政主体	(7)
第二节 行政机关	(8)
第三节 被授权组织和被委托组织	(11)
第四节 国家公务员	(11)
第三章 抽象行政行为	(16)
第一节 行政行为	(16)
第二节 抽象行政行为	(18)
第四章 具体行政行为	(24)
第一节 具体行政行为的定义和分类	(24)
第二节 具体行政行为的成立与效力	(25)
第三节 具体行政行为的一般合法要件	(28)
第四节 具体行政行为的类型	(29)
第五章 行政许可	(31)
第一节 行政许可的概述	(31)
第二节 行政许可的设定	(32)
第三节 行政许可的实施机关	(34)
第四节 行政许可的实施程序	(35)
第五节 行政许可的费用	(41)
第六节 监督检查	(41)
第七节 法律责任	(44)
第六章 行政强制执行	(46)
第一节 行政强制执行的观念和原则	(46)
第二节 行政强制执行的种类	(46)
第三节 行政强制执行的程序	(47)
第七章 行政处罚	(49)
第一节 行政处罚的观念和原则	(49)
第二节 行政处罚的种类与设定	(50)

第三节 行政处罚的实施机关、管辖与适用	(51)
第四节 行政处罚的决定程序	(55)
第五节 行政处罚的执行程序	(59)
第八章 行政合同	(62)
第一节 行政合同的概念和种类	(62)
第二节 行政合同的基本制度	(62)
第九章 政府采购	(64)
第一节 政府采购概述	(64)
第二节 政府采购当事人	(65)
第三节 政府采购方式	(65)
第四节 政府采购程序	(66)
第五节 政府采购合同	(68)
第六节 质疑与投诉	(69)
第七节 监督检查和法律责任	(69)
第十章 行政程序	(70)
第一节 行政程序的概念和原则	(70)
第二节 行政程序的基本制度	(70)
第十一章 行政应急	(72)
第一节 行政应急概述	(72)
第二节 行政应急措施	(73)
第三节 行政应急类型	(73)
第四节 突发公共卫生事件应急条例	(74)
第十二章 行政复议	(77)
第一节 行政复议的概念和原则	(77)
第二节 行政复议范围	(78)
第三节 行政复议参加人和行政复议机关	(79)
第四节 行政复议的申请与受理	(83)
第五节 行政复议的审理、决定和执行	(87)
第十三章 行政诉讼概述	(94)
第一节 行政诉讼的概念和特征	(94)
第二节 行政诉讼法	(95)
第三节 行政诉讼的基本原则	(95)
第十四章 行政诉讼的受案范围	(97)
第一节 行政诉讼受案范围概述	(97)
第二节 应予受理的案件	(99)
第三节 不予受理的案件	(103)
第十五章 行政诉讼的管辖	(108)
第一节 行政诉讼管辖概述	(108)
第二节 级别管辖	(109)

第三节	地域管辖	(110)
第四节	裁定管辖	(113)
第十六章	行政诉讼参加人	(115)
第一节	行政诉讼参加人概述	(115)
第二节	行政诉讼的原告	(116)
第三节	行政诉讼的被告	(120)
第四节	行政诉讼的第三人	(124)
第五节	共同诉讼人	(125)
第六节	诉讼代理人	(126)
第十七章	行政诉讼程序	(127)
第一节	起诉与受理	(127)
第二节	行政诉讼的第一审程序	(130)
第三节	行政诉讼的第二审程序	(131)
第四节	行政诉讼审判监督程序	(133)
第十八章	行政诉讼的特殊制度与规则	(135)
第一节	行政诉讼证据	(135)
第二节	行政诉讼的法律适用	(144)
第三节	行政案件审理中的特殊制度	(146)
第四节	涉外行政诉讼	(151)
第十九章	行政案件的裁判与执行	(154)
第一节	行政诉讼的判决、裁定与决定	(154)
第二节	行政诉讼的执行与非诉行政案件的执行	(160)
第二十章	国家赔偿概述	(165)
第一节	国家赔偿	(165)
第二节	国家赔偿法	(166)
第三节	国家赔偿责任的构成要件	(166)
第二十一章	行政赔偿	(169)
第一节	行政赔偿概述	(169)
第二节	行政赔偿范围	(170)
第三节	行政赔偿请求人和赔偿义务机关	(171)
第四节	行政赔偿程序	(174)
第二十二章	司法赔偿	(178)
第一节	司法赔偿概述	(178)
第二节	司法赔偿范围	(178)
第三节	司法赔偿请求人和赔偿义务机关	(181)
第四节	司法赔偿程序	(184)
第二十三章	国家赔偿方式标准和费用	(187)
第一节	国家赔偿的方式	(187)
第二节	国家赔偿的计算标准	(188)
第三节	国家赔偿费用	(190)

第一章 行政法概述

【本章导读】行政法这一门课的总体结构是五大块，即行政主体、行政行为、行政复议、行政诉讼、行政赔偿。如下图所示：



本章是行政法概述，主要阐述行政法的基本概念、法律渊源和基本原则。这些都是行政法最基础的问题，必须深刻地理解和把握。尤其是基本原则，是贯穿行政法的一条红线。

在这一部分，我们要理解行政法的“控权法”结构，即行政法是控制行政权、保障公民权的法，这是行政法最核心的价值和最突出的特点。

第一节 行政法的基本概念

一、行政和行政法的概念

（一）行政法的概念

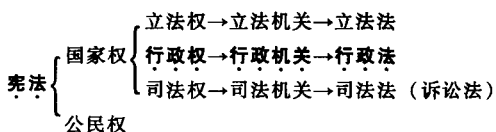
1. 行政法是指调整由于国家行政管理而发生的行政关系的法律规范的总称。
2. 行政法的本质是“控权法”，即控制行政权、保障公民权的法。其理由是：

（1）宪法是“控权法”：控制国家权、保障公民权的法。

（2）根据三权分立的学说，国家权被一分为三：立法权、行政权和司法权，分别交由立法机关、行政机关和司法机关行使。

（3）根据宪法，制定立法法，控制立法权；制定司法法（诉讼法），控制司法权；制定行政法，控制行政权。

如下图所示：



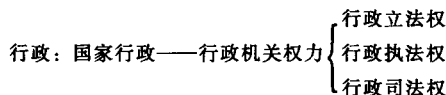
（二）行政的概念

行政，即公共行政，是指行政机关行使行政权实现行政职能的活动。

早期的三权分立学说，是三个机关各自行使三个权力。随着社会的发展，行政机关也得到了一部分立法权和司法权。所以，行政法所研究的行政是指形式行政，即以行政机关

作为划分标准的行政。只要是行政机关从事的职能活动都可以被认为是行政活动，无论它们是制定规则的、处理具体事项的还是裁决争议案件的活动。行政权也因此包括三个权力：行政立法权、行政执法权、行政司法权。

如下图所示：



二、行政法的基本内容

（一）行政法的结构之一

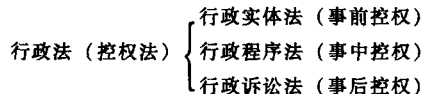
行政法可以分为行政实体法、行政程序法和行政诉讼法。

1. 行政实体法，是“授权法”，即授予行政机关权力的法。行政机关行使权力，必须有法律的明确授权，“无法律无行政”。（这与公民权恰恰相反，“法无禁止即自由”。）行政实体法是事前控权的法。

2. 行政程序法，是对行政机关行使权力的方式、方法、时效、顺序的规定，是对行政行为过程的限定。行政程序法是事中控权的法。

3. 行政诉讼法，是“民告官”的法。行政机关违反行政实体法、行政程序法的规定，就可能被司法追究责任。行政诉讼法是事后控权的法。

如下图所示：



（二）行政法的结构之二

行政法可以分为一般行政法和部门行政法两个部分。

1. 一般行政法包括三个部分：

（1）行政组织法：主要规定行政主体的组织、性质、地位、职权，即有关“行政主体”的规定。

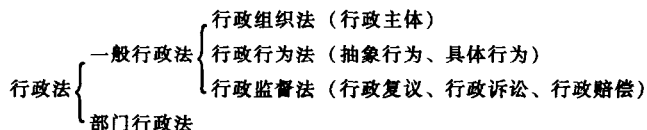
（2）行政行为法：主要规定行政主体行使职权的方式、程序，即有关“行政行为”的规定。

（3）行政监督法：主要规定对行政主体行使职权的行为如何实施监督，即有关“行政复议”、“行政诉讼”和“行政赔偿”的规定。

司法考试教材就是按照一般行政法的逻辑编写的。

2. 部门行政法是有关行政管理的各个部门的法律规范，如教育行政法、交通行政法、卫生行政法。部门行政法不属于司法考试考查的内容。

如下图所示：



第二节 行政法的法律渊源

一、行政法的法律渊源的概念

行政法的法律渊源,即行政法的形式渊源,是指行政法规范的表现形式。原则上,成文法是我国行政法的主要法律渊源,不成文法的法律解释也是我国行政法的法律渊源。但是行政机关的行政惯例、法院的司法裁判以及学者的理论学说不能成为我国行政机关活动的法律根据,也不能成为评价行政活动合法性的准则。

二、行政法法律渊源的主要种类

1. 宪法,即1982年宪法。宪法中关于行政机关的任务和原则、关于行政机关与其他国家机关的相互关系,关于行政机关组织和活动的规定,属于行政法的法律渊源。

2. 法律,指全国人大制定的基本法律以及全国人大常委会制定的普通法律。法律中关于行政组织、行政管理活动和对行政机关监督的规范,属于行政法的法律渊源。

3. 行政法规,指由国务院根据宪法和法律,按照行政法规的制定权限和制定程序发布的规范性文件。

4. 地方性法规,指由省、自治区、直辖市人大及其常委会以及较大的市的人大及其常委会,按照地方性法规制定权限和制定程序发布的规范性文件。“较大的市”包括三个:(1)“省会市”,即省会所在地的市和自治区的首府;(2)“国批市”,即国务院批准的较大的市;(3)“特区市”,即经济特区(深圳、厦门、汕头、珠海)所在地的市。

5. 民族自治条例和单行条例,指我国民族自治地方的人大按照自治条例和单行条例的制定权限和制定程序发布的规范性文件。民族自治地方包括自治区、自治州、自治县三级。

6. 规章,分为国务院部门规章和地方政府规章。

(1) 部门规章,是国务院组成部门和具有行政管理职能的直属机构,按照规章制定权限和制定程序发布的规范性文件。部门规章应当规定属于执行法律或者国务院行政法规、决定、命令的事项。

(2) 地方政府规章,是省、自治区和直辖市以及较大的市的政府,根据地方政府规章的制定权限和制定程序发布的规范性文件。在规定范围上有两方面:一是为执行法律、行政法规、地方性法规的规定需要制定规章的事项;二是属于本行政区域的具体行政管理事项。

7. 国际条约和协定。根据中国加入世界贸易组织文件的相关规定,WTO协定和中国入世文件关于我国行政机关和其他有关机构权利义务的规定,应当转化为中国的国内立法后才能作为行政法的法律渊源予以适用。

8. 法律解释,指法律的规定需要进一步明确具体含义的,或者法律制定后出现新的情况需要明确法律依据的情形,由法定机关根据法定程序对法律作出的解释。法律解释主要包括立法解释、司法解释、行政解释和地方解释。

如下图所示：



第三节 行政法的基本原则

行政法基本原则是指反映行政法的本质和基本价值要求、体现行政法各个制度和具体规则的内在联系、调节基本行政关系的共同性规则。行政法的基本原则主要包括：

一、合法行政原则

合法行政是行政法的首要原则，其他原则都是这一原则的延伸。合法行政原则是行政活动区别于民事活动的主要标志。

合法行政原则，在结构上包括两个方面：

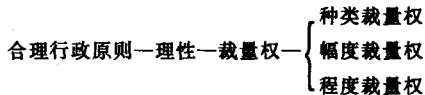
1. 行政机关必须遵守法律，即“依法行政”。行政机关违反法律作出的规定和决定，不能取得法律效力。行政机关不积极执行和实施法律规定的义务，就将构成不作为违法。
2. 行政机关应当依照法律授权活动，即“无法律无行政”。没有法律根据，行政机关不得作出影响公民合法权益或者增加公民义务的决定；否则，就将构成行政违法。

二、合理行政原则

合理行政原则是指行政行为内容要客观、适度，符合公平正义等法律理性。其核心含义，是行政裁量决定应当具有理性基础，禁止行政决定的武断专横和随意。它要求行政行为符合法律的目的，具有合理的动机；考虑相关因素，符合正当程序和最一般的法律正义要求。

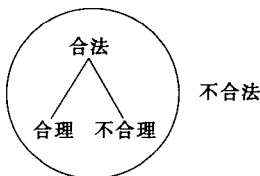
行政合理性涉及行政裁量权。行政裁量权包括三个方面：种类裁量权、幅度裁量权、程度裁量权。

如下图所示：



合法行政原则与合理行政原则之间的关系：合法行政原则与合理行政原则都是行政行为应当同时遵循的原则。从广义上讲，合理行政原则也属于合法行政原则。我们只是在合法行政原则的基础上探讨合理行政原则；也就是说，行政行为应当首先要合法，然后再合理。所以，行政机关的行为包括三种状况：（1）合法、合理；（2）合法、不合理；（3）不合法、不合理。也就是说，不存在“合理、不合法”的状况。

如下图所示：



【例】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 ~ 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）

【讲解】本题考点是合法行政与合理行政的关系。本案是一个真实的案例，“某市”为广州市。广州市出台的治理交通秩序的新举措，是一个抽象行政行为，内容是悬赏举报。据此，广州市交通管理部门对举报交通违章者进行奖励，对交通违章者进行处罚和曝光。这就涉及广州市治理交通秩序新举措的合法性与合理性问题。

但是，本题没有标准答案，因为缺少合法性判断的条件。交通新举措是否符合上位法的规定，题目中并没有予以说明。所以，考生可以自己作出判断。合理性问题同样需要考生的衡量，因为题目中列举了交通新举措的利与弊。如果认为利大于弊，则是合理的；反之，则是不合理。所以答案有三种可能性：（1）合法、合理；（2）合法、不合理；（3）不合法、不合理。这些都属于正确答案。但是，不存在合理但不合法的情形；因为只有对合法行为，我们才讨论其合理性问题。

三、程序正当原则

1. 行政公开原则。除涉及国家秘密、商业秘密和个人隐私外，行政机关实施行政管理应当公开，以实现公民的知情权。

2. 公众参与原则。行政机关作出重要规定和决定，尤其是作出对公民不利的决定，应当听取公民的意见。

3. 回避原则。行政机关履行职责，与相对人存在利害关系的，应当回避。

四、高效便民原则

1. 行政效率原则。行政机关应当积极履行法定职责，禁止不作为或不完全作为；遵

守法定时限，禁止不合理延迟。

2. 便利当事人原则。行政机关在行政活动中增加当事人的程序负担，是行政侵权行为。

五、诚实守信原则

1. 行政信息真实原则。行政机关公布的信息应当全面、准确、真实。

2. 保护公民信赖利益原则。非因法定事由并经法定程序，行政机关不得撤销、变更已经生效的行政决定；因国家利益、公共利益或者其他法定事由需要撤回或者变更行政决定的，要对相对人因此而受到的财产损失依法予以补偿。

六、权责一致原则

1. 行政效能原则。行政机关依法履行法定职责，要由法律、法规赋予其相应的执法手段，保证政令有效。

2. 行政责任原则。行政机关违法或者不当行使职权，应当承担法律责任。