

2010 年 司 考 之 路 系 列

国家司法考试

行政法·宪法

新东方北斗星司法考试研究中心◎主编 | 赵宏 雷振◎编著

司考名师辅导经验总结 追踪司考改革新动向
精彩授课内容书面展示 引领应试复习高效化

考点结构·重点法条·理论解析·真题演练



电子工业出版社
PUBLISHING HOUSE OF ELECTRONICS INDUSTRY

<http://www.phei.com.cn>

未经许可，不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。
版权所有，侵权必究。

图书在版编目 (CIP) 数据

国家司法考试·行政法·宪法/新东方·北斗星司法考试研究中心主编；赵宏，雷振编著.
北京：电子工业出版社，2010.3

(2010 年司考之路系列)

ISBN 978-7-121-10432-9

I. 国… II. ①新… ②赵… ③雷… III. ①行政法—中国—法律工作者—资格考核—自学参考资料
②宪法—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 (2010) 第 029885 号

策划编辑：周琰

责任编辑：周琰 特约编辑：周华 叶皓彤

印刷：北京市天竺颖华印刷厂

装订：三河市鑫金马印装有限公司

出版发行：电子工业出版社

北京市海淀区万寿路 173 信箱 邮编 100036

开本：787×1 092 1/16 印张：20 字数：525 千字

印次：2010 年 3 月第 1 次印刷

定价：46.00 元

凡所购买电子工业出版社图书有缺损问题，请向购买书店调换。若书店售缺，请与本社发行部联系，
联系及邮购电话：(010) 88254888。

质量投诉请发邮件至 zlts@phei.com.cn，盗版侵权举报请发邮件至 dbqq@phei.com.cn。

服务热线：(010) 88258888。



序

2009年司法考试已经尘埃落定,2010年备战司考的战鼓正在咚咚作响。李白诗云“蜀道难,难于上青天”,许多考生奋斗数载,有的甚至青丝变白发,也未能通过司法考试,足见司法考试之难。

司法考试难在哪里?为什么有的考生皓首穷经,不能破解其中之谜;而有的考生能一考中的,犹如囊中取物,从此平步青云?我们通过组织具有多年司法考试教学经验的老师进行研讨发现,关键在于考生能否精准掌握司法考试中的重点、难点和疑点问题。据不完全统计,司法考试涉及的法律条文共2万多条,涉及的学科涵盖法学14门核心课程。在浩瀚的法学知识海洋中,如果对重点把握不准,对难点无法破译,对疑点缺少研究,自然就像漂泊在大海上的孤舟,茫然不知所向,只能望洋兴叹。

为了落实依法治国的伟大方略,更为了帮助考生准确地把握司法考试中的重点、难点和疑点,直面考试并顺利通过,我们邀请了多年从事司法考试命题、辅导、大纲编写和教材编写的具有丰富经验的教师,精心撰写了《2010年司考之路系列》丛书。本丛书共10本,包括《国家司法考试·理论法学与论述题写作》、《国家司法考试·国际法》、《国家司法考试·商法·经济法》、《国家司法考试·宪法·行政法》、《国家司法考试·刑法》、《国家司法考试·刑事诉讼法》、《国家司法考试·民法》、《国家司法考试·民事诉讼法》、《国家司法考试·重点法条解读》和《国家司法考试·配套单元练习》。

本丛书具有以下特点:

1. 全部考点掌中宝

本丛书集司考名师辅导经验总结、司考改革新动向、精彩授课内容和高效率应试复习于一体,按照大纲的考试要求,列出考点及2010年预测考查的考点,其中八本教材以“重点法条+考点解析+真题演练”的结构编排,《国家司法考试·重点法条解读》以“重点法条+法条精解+真题示例”的结构编排,《国家司法考试·配套单元练习》以“答案+考点+解析”的结构编排。方便考生携带,帮助考生随时记忆司法考试重点内容,提高复习的命中率。

2. 考点解析很周到

本丛书在保持学科体系完整的前提下,对考点精华内容进行了概括和提炼,且及时反映大纲、教材的最新变化,使新增内容一览无余。辅导名师的补充讲解,深度挖掘、突出重点,重点讲解、辨析考试要点及难点,略讲一般知识,不讲不具可考性的内容,繁简得

当，重点突出，直击命题核心。使考生在很短的时间内就可读完，但需要反复阅读，以便记忆。

3. 习题演练不可少

通过“真题演练”，把握考查的重点。本丛书将知识点分门别类地放在不同的部门法中；而在每一部门法内部，又依考查内容的不同，将试题再作细分。每道试题前面标明了试题的出处，以便考生精确查找。需要说明的是，因篇幅所限，可从“重点法条”和“考点解析”中直接查找到答案的习题，这里没有展开解释。

古人云：种瓜得瓜，种豆得豆。拥有和阅读本丛书，领悟司法考试的精髓，播下成功的种子，必能结出胜利的果实！

穷数位名师之功，本丛书的面世自然令编者激动，但囿于能力所限，瑕疵断不可免。如有需要改进之处，敬请广大考生指正和海涵。

新东方北斗星培训学校校长

胡俊军

2010年3月



目录 | CONTENTS

行 政 法

第一讲	行政法基础理论	6
考点一	行政与行政法	6
考点二	行政法的法律渊源	7
考点三	行政法的基本原则	9
考点四	行政组织与行政主体	13
考点五	行政行为理论	16
第二讲	《公务员法》	21
考点一	公务员的范围与职位分类	21
考点二	公务员管理制度	21
第三讲	《行政处罚法》	28
考点一	行政处罚的总则	28
考点二	行政处罚的种类与设定	32
考点三	行政处罚的程序	34
考点四	行政处罚的执行	37
考点五	治安管理处罚法	39
考点六	《治安管理处罚法》与原《治安管理处罚条例》的区别	42
考点七	《治安管理处罚法》中其他值得注意的问题	45
第四讲	《行政许可法》	47
考点一	行政许可的适用范围	47
考点二	行政许可的设定	48
考点三	行政许可的实施机关	51
考点四	行政许可程序	52
考点五	行政许可的听证	57

	考点六 特殊的行政许可程序	59
	考点七 许可的监督与检查	59
第五讲	《行政复议法》	63
	考点一 行政复议范围	63
	考点二 抽象行政行为的审查	65
	考点三 复议机关的确定	67
	考点四 行政复议的申请人、被申请人与第三人	71
	考点五 行政复议与行政诉讼的关系	72
	考点六 复议的申请、受理与决定	77
第六讲	《行政诉讼法》	85
	考点一 具体行政行为合法性审查原则	85
	考点二 受案范围	86
	考点三 管辖	92
	考点四 行政诉讼当事人	97
	考点五 起诉与受理	108
	考点六 一审、二审与再审程序	116
	考点七 证据制度	121
	考点八 行政诉讼的法律适用	135
	考点九 行政诉讼中的特殊制度与原则	137
	考点十 行政诉讼的判决种类	145
	考点十一 非诉案件的执行	151
	考点十二 法院判决、裁定和赔偿判决书的执行	156
第七讲	《国家赔偿法》	158
	考点一 国家赔偿的构成要件与归责原则	158
	考点二 行政赔偿范围	160
	考点三 赔偿请求权人与行政赔偿义务机关	161
	考点四 行政赔偿程序	163
	考点五 刑事赔偿范围	167
	考点六 刑事赔偿的赔偿义务机关	170
	考点七 刑事赔偿程序	173
	考点八 民事、行政案件赔偿	175
	考点九 国家赔偿的方式和标准	177
第八讲	《政府信息公开条例》	180
	考点一 政府信息公开的主管部门及其主要职责	180
	考点二 政府信息公开的原则	180
	考点三 政府信息公开的范围	181
	考点四 政府信息公开的方式	184
	考点五 政府信息公开的程序	184
	考点六 政府信息公开的监督与救济	187



第九讲	《信访条例》	189
考点一	信访的基本原则	189
考点二	信访机构与主要职责	189
考点三	信访渠道	190
考点四	信访工作的程序	191

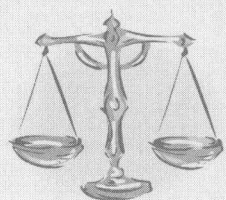
宪 法

第一讲	宪法的基本理论	199
考点一	宪法的概念和特征	199
考点二	宪法的本质与基本原则	201
考点三	宪法与宪政	202
考点四	宪法的分类	203
考点五	宪法的发展历史	204
考点六	我国现行宪法的四次修正（宪法修正案）	207
考点七	宪法在建设社会主义法治国家中的作用	210
第二讲	宪法的变迁	212
考点一	宪法的制定	212
考点二	宪法的渊源与宪法的结构	213
考点三	宪法规范	216
考点四	宪法效力	217
考点五	宪法解释	218
考点六	宪法修改	220
考点七	宪法实施保障	222
第三讲	公民及其基本权利	229
考点一	国籍的取得、丧失、与恢复	229
考点二	选举制度的基本原则	231
考点三	选举的组织	234
考点四	选举的程序	236
考点五	代表的罢免、辞职、补选和制裁	240
考点六	政治自由与狭义的政治权利	243
考点七	人身权利	244
考点八	经济社会文化权利	247
考点九	基本权利效力和基本权利限制的界限	252
第四讲	官员及其任免制度	253
考点一	中央主要官员及其任免	253
考点二	地方主要官员及其任免	257
第五讲	国家权力的横向配置	262
考点一	国家机构概述	262



考点二	权力机关之组织	263
考点三	权力机关之活动：提案制度、会议制度	267
考点四	权力机关之程序	272
考点五	国家元首（国家主席）	275
考点六	行政机关	276
考点七	军事机关与司法机关	283
第六讲	国家权力的纵向配置	287
考点一	一般地方制度	287
考点二	特别行政区制度	289
考点三	特区法律体系	293
考点四	民族区域自治制度	296
第七讲	《立法法》	299
考点一	立法分工与权限	299
考点二	规范性法律文件的效力位阶	303
考点三	规范性法律文件的效力冲突	304
考点四	立法审查	306
附录	本书主要法律文件全、简称对照表	311





行政法

对行政法的考查主要在司法考试的第二卷和第四卷中。近几年来,行政法在司法考试中所占的分值基本在50~60分之间,其中选择题的分值相对稳定。从2005年至2009年第二卷行政法的卷面分值比例分配来看,基本上单选题12题12分,多选题11题22分,不定项选择3题6分。这样,在司法考试第二卷的150分中,刑法部分约占2/3,而行政法部分基本占据了1/3。这种比例是比较固定的。另外,从近几年的司法考试来看,通常第四卷会有一道有关行政诉讼的案例分析或是有关行政法的论述题,所占分值约为10分。综上,我们可以看出,行政法部分在司法考试中所占的分值比例仅次于民法与刑法部分,成为司法考试中的重点内容。

一、行政法的命题特点

1. 命题涵盖知识点较广,在广泛考查的基础上有明显侧重。

从近几年司考的行政法试题来看,行政法部分考查覆盖的知识点越来越广泛,行政法中所涉及的法律,以及司考大纲中列举的知识点几乎都有所体现,这就提醒考生在复习时不能有所偏废,应对本部分涉及的知识点有一个全面把握。

但考查知识点覆盖面广并非意味着行政法的命题就没有重点。从历年的考题来看,行政诉讼部分绝对是行政法考题中的重中之重,几乎有一半的考题涉及到行政诉讼部分。考生在复习行政法的过程中,对这一点应特别注意。除《行政诉讼法》外,《行政复议法》、《行政处罚法》、《国家赔偿法》(行政赔偿部分)也几乎每年必考。《行政许可法》自2004年颁布以来,一直是出题热门,因此要予以特别关注。

2. 考查综合性强,注重相关知识点之间的结合。

行政法部分的另一命题特点是考查的综合性很强。考题很少只集中于一个知识点,也很少可以限定在一部单行法律规范的范围内,比如行政法的许多试题都将行政实体法(如《行政处罚法》、《行政许可法》)的内容与行政复议、行政诉讼以至行政赔偿等问题相结合考查。

而这种命题特点也跟行政法在内容上互相关联、不可分割的特点密切相关。因为作为实体法的行政许可、行政处罚与作为救济方式的行政复议、行政诉讼和国家赔偿,往往很容易结合起来进行考查,很多时候还会涉及其他部门法的相关内容。这就要求我们在复习时注重各知识点之间的融会贯通,而不要将它们分割开来理解。

3. 考题往往以案例形式设计,注重行政法知识要点在实际问题中的运用。

行政法部分的考题,尤其是第二卷中选择题的设计越来越倾向于以案例的形式,结合生活实践对行政法的知识要点进行考查。这一点往往为答题带来很大困难。

实践中,行政机关的形式纷繁复杂,其行为方式也多种多样,试题中的案情设计常有很大的干扰性,使考生无所适从。但事实上,无论其案例设计如何令人眼花缭乱,归根到底都不会脱离行政法知识要点。因此,在复习行政法部分时,首先要对各个知识要点有真正的理解和把握,同时注重结合实例,这样在面对复杂的案例设计时,才能拨云见日,敏锐地发现题目的真正“考点”,排除干扰,正确解答。

4. 近年内新颁布的法律法规往往是考试的热点。

虽然《行政处罚法》、《行政复议法》、《行政诉讼法》和《国家赔偿法》已经成为司考行政法部分每年必考的重点,但从历年的司考中也可以总结出考查规律,即每年行政法



部分都会或多或少地涉及当年新颁布的重要行政法律法规。例如《行政许可法》于2004年7月1日起施行,自2004年以来的第二卷中,每年都会出现相当比重的有关行政许可部分的考题;再如《公务员法》、《政府采购法》、《行政监察法》、《突发公共卫生事件应急条例》、《信访条例》等新法均在每年的行政法考题中有所体现。因此,考生在关注重点法条和基础理论的同时,对该年度内新颁布的行政法律法规,尤其是《大纲》中列举的,也应当给予适当关注。

二、行政法的复习技巧

1. 注重基础理论的理解和融会贯通,并在此基础上训练正确的解题思路。

许多考生在进行行政法部分的复习时,往往抛开基础理论,而直接依据法条,但又发现行政法部分的法律法规复杂多变,难以理出头绪。事实上,对于司考《大纲》中所列举的基础理论绝对不能弃之不理,因为基础理论是正确掌握法律法规的重要前提,两者之间是紧密联系的。例如行政主体理论的把握,对理解《行政复议法》中的被申请人认定、行政诉讼中的被告确定、行政赔偿中的赔偿义务机关都具有指导意义;行政行为的分类,尤其是具体行政行为和抽象行政行为的区分,是正确把握行政诉讼受案范围的重要标准。对行政法基础理论的清晰理解和认识,会使对法条具体内容的掌握事半功倍。否则,在面对复杂的案例设计时,会不知所措,无法辨识其中的真正“考点”。

2. 充分重视《大纲》中所列举的法条,注意把握重点和特点。

司法考试实践性和灵活性强的特点,要求我们在复习时充分重视法条,准确、全面地理解法条。而对行政法部分法条的复习,要特别注意把握重点和每部法律法规极具特色的部分,因为这些部分往往是历年司考的考查重点。

行政诉讼中的许多制度源于民事诉讼,但又有其特殊之处,我们应当将注意力集中于行政诉讼极具特色的制度。例如行政诉讼的受案范围,在刑事诉讼和民事诉讼中无所谓“受案范围”,对于案件的分析,往往直接切中实质部分,但在对行政诉讼案件的分析中,首先要解决的就是这起案件是否属于行政诉讼受案范围的问题。再如行政诉讼中的管辖、被告确认、行政诉讼与行政复议的衔接、案件进入审理程序后行政诉讼独特的举证制度、案件的判决形式、案件在判决之后的执行等,这些极具特色的行政诉讼制度都是考查的重点。

3. 对各个单行行政法律法规的复习,应注重其衔接性,切忌彼此割裂。

前面已经讲过,行政法的考题设计综合性很强,许多考题都很少只限定在一部单行法律法规的内容中。例如某个相对人受到行政机关违法的行政处罚,案件的实体内容本身涉及《行政处罚法》;该相对人不服,申请行政复议,这又将《行政复议法》的相关内容牵扯近来;如果该相对人对复议结果仍然不服,或者复议机关在规定期限内未作答复,相对人又会提起行政诉讼,在涉及行政诉讼问题时,又往往会涉及行政诉讼与行政复议的衔接;相对人有可能在提起行政诉讼的同时,提起行政赔偿请求,这又涉及《国家赔偿法》行政赔偿部分的内容。因此,在对单个行政法律法规复习时,绝对不能割裂它与其他法律法规及行政法具体理论的联系。但要做到统筹兼顾,心中有数,还需要在平时多下工夫,多归纳和总结。

4. 密切关注《大纲》的变化,对大纲中新增加的法律法规给予特别关注。

虽然行政法法条部分考查的重点历年都集中在《行政诉讼法》、《行政复议法》、《国家赔偿法》和《行政处罚法》上,但正如我国的行政法制建设与时俱进一样,司考《大

纲》也会随时将该年度颁布施行的重要行政法律法规列入考查内容，所以我们要对《大纲》中新增加的法律法规给予特别关注。如上所述，2004 年颁布施行的《行政许可法》充分体现了市场经济对政府“放松管制”、放宽市场准入的要求，是行政法领域的一部重要法律规范。该法一经颁布，马上成为司考行政法部分的热点，所占分值可以与《行政处罚法》相提并论。2006 年 1 月 1 日施行的《中华人民共和国公务员法》和 2006 年 3 月 1 日施行的《治安管理处罚法》，在相关领域也同样具有重要意义，并在 2006 年的司法考试中有所体现。

三、本书行政法部分的宗旨、特点与阅读指导

本书行政法部分力求全面、准确地解析司考行政法与行政诉讼部分的要点，书中各专题几乎覆盖了行政法部分可能涉及的所有知识点。

1. 在体例安排上，每讲都包含本讲概要、重点法条、考点解析、真题演练四个部分。这样的体例安排适应了司考实践和复习要求，使考生能在重点法条与法理之间建立关联。

2. 本书的作者根据长期辅导司考的经验，对每个部分的考点都进行了归纳和总结，这样更便于考生深入掌握知识要点，理解考查重点和命题思路，提升应试能力。

3. 穿插于法条与讲解中的近十年的司考真题，也便于考生进一步把握司考要点，检验自己的掌握程度。



第一讲 行政法基础理论

【本讲概要】 行政法的基本概念；行政法的法律渊源；行政组织与行政主体理论；行政行为理论。

考点一 行政与行政法

法学理论

1. 行政法中的“行政”为国家行政，即国家行政机关行使行政职权，实现国家行政管理职能的活动。这种行政首先具有公共性，是行政机关基于公共利益而实施的活动，其范围和对象都是公共事务；其次是职权性，行政权发动的逻辑与私人活动不同，必须有授权基础，其职权要么来源于组织法上的直接规定，要么来源于法律、法规或规章的授予；再次，行政活动通常是对宪法与法律的执行与实施，是将抽象的法律规范具体落实于个案。

(1) 实施行政活动的主体一般是具有行政权的主体，但并非所有行政主体所为的活动均为行政活动。行政权主体以民事主体身份所为的行为为学理上的“私经济行为”，即民事法律行为，应受民事法律规范调整，而不受行政法律规范调整。

(2) 公共行政中有一类行为学理上称之为“政府行为”或“国家行为”，即具有高度主权性、政治性的行为，此类行为原则上不属于行政法研究的范畴。与此相应，《若干解释》亦规定：国务院、中央军事委员会、国防部、外交部等根据宪法和法律的授权，以国家的名义实施的有关国防和外交事务的行为，以及经宪法和法律授权的国家机关宣布紧急状态、实施戒严和总动员等行为，不属于行政诉讼的受案范围。

(3) 值得注意的是，在我国，公安机关、国家安全机关具有双重属性，既是行政管理机关，又是刑事侦查机关。因此，公安机关和国家安全机关的活动既包含行政管理活动，也包含刑事侦查活动，后者亦不属于行政法的调整范围。如《若干解释》规定，公安、国家安全机关等依照刑事诉讼法的明确授权实施的行为，不属于行政诉讼的受案范围。

(4) 并非只有行政机关所为的行为才是行政活动，法律、法规可授权行政机关以外的其他组织行使某些特定的行政职权，如《行政处罚法》第17条规定，法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织可以在法定授权范围内实施行政处罚。《行政许可法》第23条规定，法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织，在法定授权范围内，以自己的名义实施行政许可。行政机关也可将自己的行政管理职权委托他人行使，如《行政处罚法》第18条规定，行政机关依照法律、法规或规章的规定，可以在其法定权限内委托符合规定条件的组织实施行政处罚。

2. 行政法是调整由于国家行政管理行为发生的行政关系的法律规范的总和。行政法主要是调整行政机关在行政管理活动中与相对人之间的法律关系，这种关系有别于民事主



体之间的平等关系，主要特征在于权利义务分配的不对等。在实体上，行政机关享有强制性的行政职权，而相对人则处于被管理者的地位；但在程序上，行政机关并没有民事主体那样的“程序选择”自由，必须严格遵守法律规定的各种行政程序，而行政机关的程序义务对相对人而言，正是其程序权利。

3. 正因为权利义务分配的不对等，以及行政机关在行政管理活动中所处的优势位置，行政法的主要功能和目的即在于规范行政机关依法行政，防止其滥用行政权力，侵犯相对人的合法权益。对行政机关的规范主要包括三个方面：

(1) 主体规范，即规范行政活动主体的法律资格、行政机关的职权范围以及行政机关与内部公务员的职务委托关系；

(2) 行为规范，即规范行政活动的实体和程序规则；

(3) 行政救济，即行政机关违法行使行政职权后，相对人可采取的救济途径，或者说法律对行政机关合法行使行政职权的法定监督方式。

4. 在这种功能指向下，行政法的学科框架及每一部单行行政法规在行政法框架中的归属包括：

(1) 行政主体部分：（行政主体理论、《公务员法》、《行政监察法》）

(2) 行政行为部分：（行政行为理论、《行政处罚法》、《治安管理处罚法》、《行政许可法》、《政府信息公开条例》、《信访条例》）

(3) 行政救济部分：（《行政复议法》、《行政诉讼法》、《国家赔偿法》）

考点解析

行政法的主要功能在于规范行政机关依法行政，这是所有行政法律规范的指导思想，也是我们认识行政法应持的基本立场。简言之，行政法就是规范行政机关、保护相对人合法权益的法律规范。在这一立场下重新翻看行政法的法律规范，就会对行政法有更深入的了解，在复习时也会有了方向：例如，大部分行政法规规范都会侧重于规定行政机关在行政管理活动中应履行的义务，诸如《行政处罚法》中的程序规则，《行政许可法》中的程序规则，这些规则的目的就是通过规范行政机关的行政程序，来达到监督行政机关依法行政的目的，因此这些规范也成为司法考试中命题的重点。再如，《行政复议法》第9条规定，公民、法人或其他组织认为具体行政行为侵犯其合法权益的，可以自知道该具体行政行为之日起60日内提出行政复议申请，但是法律规定的申请期限超过60日的除外，而对于复议机关的审理期限，《行政复议法》第31条则规定，行政复议机关应当自受理申请之日起60日内作出行政复议决定；但是法律规定的行政复议期限少于60日的除外。前者是“超过60日的除外”，后者是“少于60日的除外”，很容易混淆，但考生在记忆时只要把握“保护相对人的合法权益”这一基本立场，就会很快记住这两个完全相反的法条。

考点二

行政法的法律渊源

法学理论

法律渊源是法律的具体表现形式。与其他部门法不同，行政法的法律渊源相对而言较为复杂，包括宪法、法律、行政法规、地方性法规、部门规章、地方政府规章、自治条



例、单行条例以及其他规范性文件。这些法律文件的制定主体和效力等级简述如下：

1. 宪法。宪法是国家根本大法，具有最高的法律效力，任何立法性文件都不能与宪法相抵触。

2. 法律。行政法中的法律大多为“狭义的法律”，专指全国人大和全国人大常委会制定的法律。通常的法律文件名称上均为“××法”，诸如《公务员法》、《行政处罚法》、《行政许可法》、《行政复议法》、《行政诉讼法》等。法律在效力上仅次于宪法，而高于其他一切立法文件。

3. 行政法规。行政法规由国务院制定，内容主要涉及行政管理事务。行政法规的效力低于宪法与法律，而高于其他立法文件。

4. 地方性法规。地方性法规由省级（省、自治区、直辖市）人大、省会所在地的市的人大以及较大的市的人大及其常委会制定，其效力低于宪法、法律、行政法规。其中省会所在地的市的人大以及较大的市的人大及其常委会制定的地方性法规，效力低于其所在地的省级地方性法规。

5. 部门规章。部门规章由国务院各部门制定，制定主体不仅包括国务院的各部、各委员会，还包括国务院的直属机构等。部门规章在效力等级上低于宪法、法律和行政法规。但《立法法》并未对部门规章与地方性法规效力的高低作出规定，原则上部门规章适用于全国，而地方性法规仅适用于本地区，如部门规章的规定与地方性法规的规定不一致时，首先由国务院进行裁决，国务院认为应当适用地方性法规的，则适用地方性法规；国务院认为应当适用部门规章的，须上报全国人大常委会作出最终裁决。

6. 地方政府规章。地方政府规章由省级地方政府、省会所在地的市的人民政府以及较大的市的政府制定，效力低于宪法、法律、行政法规和本级及本级以上地方性法规。地方政府规章，无论是省级地方政府规章，还是较大的市的地方政府规章，在效力上都与部门规章平行，两者的区别也仅在适用范围上存在不同。部门规章适用于全国，而地方政府规章仅适用于地方，当两者发生冲突时，由国务院进行裁决。

考点解析

1. 行政法的法律渊源尽管是行政法中的基础性理论，但却涉及部门法中的许多具体考点。考生必须牢记各类法律渊源的制定主体和效力等级，这样在学习部门法时才不致混淆。司考内容以及具体单行法中有关行政法法律渊源的部分包括：

（1）行政处罚、行政许可的创设（参阅后面的行政处罚设定图与行政许可设定图。《行政处罚法》和《行政许可法》中分别规定了不同法律文件对于行政处罚与行政许可的设定权（包括创设权与规定权），考生在识记各类法律文件的设定权时，同样应牢记这些法律文件的制定主体，以免试题出现变通。

（2）行政诉讼的受案范围。《行政诉讼法》第12条第4项规定，法律规定由行政机关最终裁决的具体行政行为不属于行政诉讼的受案范围，《若干解释》补充规定，此处的“法律”专指全国人大及全国人大常委会制定的法律，即“狭义上的法律”。

（3）行政主体资格的判断。我国的行政主体除行政机关外，还包括法律、法规授权的行政机关以外的组织，即所谓“法律、法规授权的组织”，这里的法律、法规即全国人大及全国人大常委会制定的法律、国务院制定的行政法规和地方人大及其常委会制定的地方性法规。但行政机构（内设机构、新增机构和派出机构）除有法律、法规授权外，如有规



章授权，即部门规章和地方政府规章的授权，也可以成为行政主体。

(4) 行政诉讼中的法律适用。《行政诉讼法》第52条规定，人民法院审理行政案件，以法律和行政法规、地方性法规为依据。《行政诉讼法》第53条规定，人民法院审理行政案件，参照国务院部、委根据法律和国务院的行政法规、决定、命令制定、发布的规章以及省、自治区、直辖市和省、自治区的人民政府所在地的市和经国务院批准的较大的市的人民政府根据法律和国务院的行政法规制定、发布的规章。据此，行政诉讼中法律适用的原则就是“以法律、法规为依据”，“参照规章”。

(5) 行政机关的强制执行权。《若干解释》第87条规定，法律、法规没有赋予行政机关强制执行权，行政机关申请人民法院强制执行的，人民法院应当依法受理。法律、法规规定既可以由行政机关依法强制执行，也可以申请人民法院强制执行，行政机关申请人民法院强制执行的，人民法院可以依法受理。即行政机关只有具备法律、行政法规、地方性法规的授权时，才有强制执行权，否则必须申请人民法院强制执行，而不能自行强制执行。

2. 近年来，行政法规与行政规章的制定程序成为考察热点，考生在复习时也应予以特别注意。

考点三 行政法的基本原则

法学理论

1. 合法行政原则

合法行政是所有行政活动必须遵循的首要原则，其他原则都可以理解为是这一原则的扩展与延伸。合法行政原则的具体要求如下：

(1) 职权合法。行政机关必须在法律规定的权限范围内活动，即行政活动必须有法律的授权，行政机关的活动逻辑与公民个体的活动逻辑不同，对于行政机关而言，“法律无授权则为禁止”，而对于公民个体而言，“法律无禁止即为自由”。

(2) 内容合法。行政机关实施行政管理必须严格按照法律规定的诸项内容进行，要做到事实清楚，证据确凿，适用法律、法规正确。

(3) 程序合法。这一点又体现出行政机关与公民个体的不同。对于公民个体而言，在从事民事活动时，只要没有法律的强行性规定，均可自由选择行为程序；但对于行政机关而言，必须严格遵守法律规定的程序规则。

2. 合理行政原则

合理行政原则是指所有的行政活动，尤其是行政机关有裁量权的活动，都必须符合合理性。具体而言包括：

(1) 平等原则。即行政机关应平等对待所有当事人，不能有所偏颇。

(2) 符合法律授权的目的。行政机关在实施行政活动时，只能考虑法律授权的目的，而不能考虑与此无关的其他因素。

(3) 符合比例原则。“比例原则”是行政法中的专业术语，具体而言是指行政机关在进行行政管理活动时，其手段和目标必须符合比例，他所选择的手段对于目标的达成必须是必要的，而且在各种可以实现其目标的手段中，应选择对当事人权利影响最小的手段。