

2010年版

研习历年试题

就是做未来真正考题

统计表明：每年司考重复考查考点高达80%，解读历年试题是复习备考的最佳捷径

司法考试

历年试题及考点归类精解

行政法与行政诉讼法

法律考试中心/组编 张能宝/主编

最新权威版本

本书由法律社连续8年最新增补、修订出版

明确复习重点

整合2005—2009历年试题，归纳提炼，直击考点

节省备考时间

依据最新法规逐题详解，辨析疑难，指导解题技巧

揭示司考方向

全面解密连续5年考试命题规律、考查重点、考查方式



法律出版社

司法考试历年试题及考点归类精解

2010年版

行政法与行政诉讼法

法律考试中心/组编

主 编	张能宝			
副主编	杨艳霞	张 玲	秦华伦	
撰稿人	张能宝	杨艳霞	张 玲	
	秦华伦	刘亚莉	李慧琦	

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

行政法与行政诉讼法:2010年版/张能宝主编;法律
考试中心组编. —北京:法律出版社,2009. 11
(司法考试历年试题及考点归类精解)
ISBN 978-7-5118-0042-8

I. 行… II. ①张…②法… III. ①行政法—中国—法律
工作者—资格考核—解题②行政诉讼法—中国—法律工
作者—资格考核—解题 IV. D922. 1-44 D925. 3-44

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 193189 号

©法律出版社·中国

责任编辑/陈 睿

装帧设计/曹 铀

出版/法律出版社

编辑统筹/法律考试出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/沙 磊

开本/787×1092 毫米 1/16

印张/6.75 字数/211 千

版本/2009 年 11 月第 1 版

印次/2009 年 11 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-0042-8

定价(全 8 册):128.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

上编 行政法

第一部分 2005—2009 年司法考试分值

分布、命题基本规律与复习

技巧 (1)

一、司法考试分值分布 (1)

二、命题基本规律与复习技巧 (1)

第二部分 客观试题归类精解 (3)

一、行政法基础理论 (3)

(一) 单项选择题 (3)

(二) 多项选择题 (11)

(三) 不定项选择题 (16)

(四) 已考考点及已考法条归纳 (17)

(五) 备考提示 (17)

二、行政许可法 (18)

(一) 单项选择题 (18)

(二) 多项选择题 (22)

(三) 已考考点及已考法条归纳 (25)

(四) 备考提示 (25)

三、行政处罚法 (26)

(一) 单项选择题 (26)

(二) 多项选择题 (27)

(三) 不定项选择题 (29)

(四) 已考考点及已考法条归纳 (30)

(五) 备考提示 (30)

四、行政复议法 (31)

(一) 单项选择题 (31)

(二) 多项选择题 (36)

(三) 已考考点及已考法条归纳 (39)

(四) 备考提示 (40)

五、国家赔偿法 (40)

(一) 单项选择题 (40)

(二) 多项选择题 (42)

(三) 不定项选择题 (45)

(四) 已考考点及已考法条归纳 (47)

(五) 备考提示 (47)

六、政府信息公开 (48)

(一) 单项选择题 (48)

(二) 多项选择题 (49)

附:政府采购法、行政监察法、重大动

物疫情应急条例、信访条例 (50)

下编 行政诉讼法

第一部分 2005—2009 年司法考试分值

分布 (55)

第二部分 客观试题归类精解 (55)

一、行政诉讼的受案范围 (55)

(一) 单项选择题 (55)

(二) 多项选择题 (57)

(三) 不定项选择题 (58)

二、行政诉讼的管辖 (59)

(一) 单项选择题 (59)

(二) 多项选择题 (61)

三、行政诉讼参加人 (62)

(一) 单项选择题 (62)

(二) 多项选择题 (64)

(三) 不定项选择题 (67)

四、起诉和受理 (68)

(一) 单项选择题 (68)

(二) 多项选择题 (71)

(三) 不定项选择题 (74)

五、行政诉讼证据 (75)

(一) 单项选择题 (75)

(二) 多项选择题 (78)

六、行政诉讼的特殊制度 (81)

(一) 单项选择题 (81)

(二) 多项选择题 (84)

(三) 不定项选择题 (86)

七、行政案件的裁判和执行 (86)

(一) 单项选择题 (86)

(二) 多项选择题 (92)

(三) 不定项选择题 (95)

八、已考考点及已考法条归纳 (96)

九、备考提示 (97)

第三部分 案例分析及论述题集中精解 (97)

一、试题解析 (97)

二、已考考点及已考法条归纳 (104)

三、备考提示 (104)

第一部分 2005—2009 年司法考试分值分布、
命题基本规律与复习技巧

一、司法考试分值分布

	行政法 基础理论	行政 许可法	行政 处罚法	行政 复议法	国家 赔偿法	行政 诉讼法	总 计
2009 年	10	4	0	1	3	39	57
2008 年	7	2	2	7	5	34	57
2007 年	28	2	5	2	5	21	63
2006 年	40	3	1	1	5	15	65
2005 年	6	6	2	4	2	28	48

注:2005 年,《政府采购法》考 2 分;2006 年,《政府采购法》考 2 分,《行政监察法》考 2 分,《重大动物疫情
应急条例》考 2 分,《信访条例》考 2 分,《治安管理处罚法》考 2 分;2007 年,《行政监察法》考 2 分;
2008 年、2009 年,《政府信息公开条例》均考了 3 分。

二、命题基本规律与复习技巧

行政法是一门理论性与实践性都很强的学科。随着行政法学理论的发展和多部行政单行法律法规的颁布,行政法学的内容也逐渐丰富,在部门法体系中的地位日趋重要。行政法学科的主要特点在于:(1)理论性较强。行政法方面的理论很多,理论难度较大,这也是很多考生在复习司法考试的过程中,认为行政法很难的原因之一。(2)法律规范繁多,且变化多端。由于行政法调整对象的复杂多样性,使得很难有国家统一制定的行政法典。行政法规规范多以单行法的形式出现,其内容涉及国家行政的各个方面,且随着社会形势与政策的变化不断作出调整。这在司法考试上表现为行政法法条很多,涉及面很广,规律性很难把握。(3)行政实体法与诉讼法不分家。与民刑法律规范不同,行政法实际上包括了行政实体法与程序法两方面。司法权对行政权的监督,以及行政活动本身的救济性,使得行政实体法与程序法紧密结合。这在司法考试的命题上表现得尤为明显。

纵观 2005—2009 年的行政法试题,除 2005 年行政法的分值低于 50 分外,行政法题目的分值基本维持在 60 分左右。特别是 2006 年试卷四中出现了一道行政法方面的论述题,分值达到 35 分,使得当年的行政法总分值高达 65 分。一般来说,行政法的客

观题目在试卷二可以占到 35—40 分,其单项选择题与多项选择题的数目基本持平,各维持在 10 道左右,每年的不定项选择题数目基本为两题左右。试卷四基本上每年会有一道行政法的主观题目,或以案例,或以论述的形式作出。历年考题中以案例题居多,内容多为行政诉讼案件,并在其中穿插对行政实体法的考查。行政法的论述题主要为考查行政法的基本原则等理论性问题,需要考生具备一定的行政法理论功底。

行政法部分主要由基础理论、行政许可法、行政处罚法、行政复议法、国家赔偿法和行政诉讼法六大部分组成,并附有一系列其他行政法单行法规,内容繁多。在考点的分布上,行政诉讼法是历年的重点,这不仅表现在行政诉讼法的多项选择题及不定项选择题很多,试卷四的案例题也经常是以行政诉讼案例的形式出现。此外,随着司法考试学理性的增强,行政法基础理论部分的分值也有所上升,特别是《公务员法》等行政组织法与行政立法方面的考点日趋增多。对近年来行政法热点问题的考查也呈上升趋势,如信息公开等。此外,《行政许可法》、《国家赔偿法》也是司法考试的重点所在。《行政处罚法》、《行政复议法》近两年的题目有所减少,往往将其与《行政许可法》及其他单行法律结合起来进行考查,命题设计精巧复杂,注重对相关知识的综合把握。其

他的行政法律规范也不容忽视,如《治安管理处罚法》、《政府采购法》等。大家在复习的过程中应该做到统筹兼顾。

另外,需要提醒考生的是,未来几年内我国将加大对行政单行法的制定及修改力度。《国家赔偿法》的修改、《行政强制法》的制定等都已经提上全国人大常委会的立法议程。对此考生应适当予以关注。

从考题的设计上来看,行政法学部分的命题特点与相应对策如下:

其一,多以案例的形式进行考查,注重法条与知识在实际问题中的灵活应用。作为一门实践性很强的学科,行政法的题目偏好设计复杂的案例,这些案例多由真实案例改编而成,注重考查考生解决实际问题的能力。这就要求考生不仅要熟练掌握法条的规定,还要注重观察现实案例,重视结合实际案例来锻炼自己分析复杂案情和针对案例适用法条的能力。

其二,注重综合考查相关知识点。这一点在案例分析题上体现得尤为明显。纵观近几年的案例分析题,多是将行政许可、行政处罚、行政复议、国家赔偿、公务员规定与行政诉讼法结合起来。如2009年试卷四的行政法案例题,巧妙得将行政处罚、行政复议、行政诉讼与行政赔偿、行政立法结合起来,其考点之多、考查之细、题目设计之巧妙,令人为之赞叹。此外,行政法考点的综合性还体现在,题目设计容易将行政法传统考点与新增法条、其他部门法结合起来。如2009年第43题,将行政强制执行与《土地管理法》的内容综合考查;2007年第81题,考查了《医师资格考试暂行办法》中颁布《医师资格证书》的决定机关;第92题考查了《海关法》中的海关强制执行权;2005年第98题涉及《审计法》中对于审计机关权限的规定。这要求考生平时注重积累,在复习的过程中融会贯通,有意识地将各单行法的规定衔接起来。

其三,行政法考题的理论性逐年增强,新兴热点问题成为考查的重点。近几年行政法考题的设计,改变了过去直接依照法条设计题目的方式,很多题目都需要考生运用行政法的基本理论知识进行分析才能解答。2009年第41题考查行政行为的撤销,第80题则是有关具体行政行为的成立和效力,及其与抽象行政行为的区别;2007年第86、89题,考查有关职务行为的界定。此外,一些行政法理论界的热点问题,如行政组织法、行政程序法等逐渐成为司法考试的重点内容。这表现为对《公务员法》、《机构设置与编制管理条例》、《信息公开条例》等相关法律法规的考查,在司法考试中所占比例逐年增大。在此特

提醒考生在平时的复习中要注意理论知识的积累,关注理论热点问题。

最后,对近一年来新颁布或是修订的法律法规要予以特别注意。特别是新法与旧法规定不同的地方,以及新法的亮点,都易成为考查热点。2008年对《政府信息公开条例》、《行政机关公务员处分条例》的考查即说明了这一点。

另外,从目前的真题来看,对《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《行诉解释》)、《最高人民法院关于人民法院执行〈中华人民共和国国家赔偿法〉几个问题的解释》(以下简称《国赔解释》)、《最高人民法院关于审理行政赔偿案件若干问题的规定》(以下简称《行赔规定》)等几部最高人民法院发布的司法解释的考查力度已大大超过法典本身。这也反映出司法考试的内容日益细致化的趋势,因此,考生复习时对这几部司法解释要投入相当的精力,对其中反复考到的更要熟练掌握。在此要着重提到的是《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《证据规定》)。该规定是行政诉讼制度中一个非常重要的规定,条文可考性极强,2005—2009年几乎每年必考,被认为是司法考试中行政法部分命题设计的“常青树”。考生对该规定务必要加以重视,认真掌握。

还应提及的是,按照多年来的惯例,有关行政诉讼法的内容每年必出一道案例分析题。虽然2006年、2007年试卷四没有出现行政诉讼法的题目而是出了一道行政法的题目,但试卷四考查行政诉讼法的概率仍很高,预计今后试卷四中行政诉讼法内容的题目将如2008年、2009年一样,稳定在每年一道,分值在15分左右。行政诉讼法的案例设计往往侧重于案情在程序上的连贯性、时间上的衔接性、主体之间关系的复杂性,头绪繁多,干扰性强;在问题设计上强调各个问题之间内在的逻辑关联性,常常如果前面的问题答错,后面的问题就会发生连锁效应,最后全盘皆输。因此,在遇到案例分析题时,考生不要着慌,也不要草草读完题面就急于下笔作答,应沉着冷静地弄清案情脉络,通读所有问题,有针对性地分析出程序层次及先后顺序,理清当事人之间的法律关系,明确诉讼的主体、复议机关及赔偿义务机关的资格等,确定适用的法条和理论依据,然后在把握全盘的基础上从容作答,这样往往会取得比较好的效果。

综上所述,考生应在复习行政法的过程中制定适合自己的计划,找准复习技巧,赢得行政法考试的胜利。特此建议如下:

第一,理论先行,学好理论是学好行政法的基础。行政法是一门对理论要求很强的学科,如果不掌握其中的基础理论,融会贯通,就很难把握纷繁复杂的行政法法条。学好行政法理论,是复习行政法的基础。

第二,把握重点法条,是学好行政法的关键。行政法的法条多,内容杂,因此把握重点法条就显得尤为重要。在复习的过程中,应重点把握《行政诉讼法》、《行政许可法》、《行政复议法》、《国家赔偿法》、《公务员法》以及《行政处罚法》,并在此基础上重点关注上述法条中历年考点较多的部分。此外,每年

的增补法条与新修订的法条也是重要的考点。

第三,认真研习历年真题,是攻克行政法考试的核心。司法考试的命题具有很强的规律性,一些主要考点在历年反复出现,这就需要考生认真研读历年真题,摸清命题人的心理,把握命题的规律性。

第四,加强对法律出版社出版的《2010 司法考试精神和体系》中行政法专题的学习。以考点为中心,揭示考点、分解考点、训练考点,加强考点的整体归纳、深度比较和综合串联,突破难点疑点,进行行政法考察内容的系统强化与提高。

第二部分 客观试题归类精解

一、行政法基础理论

(一)单项选择题

1. 下列哪一选项符合规章制定的要求?(2009年试卷二第39题)

A. 某省政府所在地的市政府将其制定的规章定名为“条例”

B. 某省政府在规章公布后60日向省人大常委会备案

C. 基于简化行政管理手续考虑,对涉及国务院甲乙两部委职权范围的事项,甲部单独制定规章加以规范

D. 某省政府制定的规章既规定行政机关必要的职权,又规定行使该职权应承担的责任

[答案]*

[考点] 规章制定的要求

[解析] 关于A项,《规章制定程序条例》第6条规定,规章的名称一般称“规定”、“办法”,但不得称“条例”。由此可知,省政府所在地一级的市政府制定的规章不得定名为“条例”,A项错误。根据《行政法规制定程序条例》第4条的规定,行政法规的名称一般称“条例”,也可以称“规定”、“办法”等。国务院根据全国人民代表大会及其常务委员会的授权决定制定的行政法规,称“暂行条例”或者“暂行规定”。国务院各部门和地方人民政府制定的规章不得称“条例”。所以,只有行政法规才可以称为“条例”,规章不得称为“条例”。

关于B项,《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。另根据《立法法》第89条的相关规定可知,部门规章和地方政府规章报国务院备案;地方政府规章应当同时报本级人民代表大会常务委员会备案;较大的市的人民政府制定的规章应当同时报省、自治区的人民代表大会常务委员会和人民政府备案。所以,省政府规章应当在公布之日起30日内,而不是公布后60日,向省人大常委会备案,B项错误。

关于C项,《规章制定程序条例》第8条规定:“涉及国务院两个以上部门职权范围的事项,制定行政法规条件尚不成熟,需要制定规章的,国务院有关部门应当联合制定规章。有前款规定情形的,国务院有关部门单独制定的规章无效。”由此可知,涉及国务院多个部门职权范围的事项,须由这些部门联合制定规章,而非由一个部门单独制定规章,否则构成越权,C项错误。C项“基于简化行政管理手续考虑”是容易对考生造成诱导的干扰项。

关于D项,《规章制定程序条例》第4条第2款规定:“制定规章,应当体现行政机关的职权与责任相统一的原则,在赋予有关行政机关必要的职权的同时,应当规定其行使职权的条件、程序和应承担的责任。”规定行政机关职权的同时,明确其应承担的责任,这是规章制定的基本原则,D选项正确。

[难度系数] *

*为强化对真题考点的思考,应广大考生要求,我们在每题后不再直接列明答案,相关答案请参见每页右下角注释,全书体例同。——编者注

单选 1. D

2. 下列哪一做法不属于公务员交流制度?
(2009 年试卷二第 42 题)

- A. 沈某系某高校副校长,调入国务院某部任副司长
- B. 刘某系某高校行政人员,被聘为某区法院书记员
- C. 吴某系某国有企业经理,调入市国有资产监督管理委员会任处长
- D. 郑某系某部人事司副处长,到某市挂职担任市委组织部副部长

[答案] _____²

[考点] 公务员交流制度

[解析] 《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。”第 64 条规定,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可以调入机关担任领导职务或者副调研员以上及其他相当职务层次的非领导职务。在此,需要特别界定出国有企业事业单位从事公务人员的范围。国家公务,是指国家在政治、经济、军事、文教、卫生、体育、科技等各个领域实施的组织、领导、监督、管理等活动,它具有国家权力性、职能性和管理性的特点。公务是与普通的劳务相区别的。所谓劳务,泛指一切以劳力为主从事生产性、经营性、社会服务性的活动。它与公务的根本区别在于:这种活动不具有国家权力性、职能性和管理性。例如高校的副校长代表国家,从事高校管理、学位授予、国际交流等公务性活动,因此与普通的高校行政人员不同,是国有事业单位从事公务的人员。国有企业的经理根据国家的委派,作为国有企业的管理者从事国有企业的生产经营活动,属于国有企业从事公务的人员。本题 A 项中沈某作为高校副校长调入国务院某部任副司长,这属于事业单位从事公务的人员调入机关担任领导职务。C 项中国有企业经理吴某调入市国有资产监督管理委员会任处长,属于事业单位从事公务的人员调入机关担任领导职务。上述两种调任均属于公务员交流制度中的调任制度。所以 A 项、C 项被排除。

《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。”D 项中郑某作为某部人事司副处长,到某市挂职担任市委组织部副部长,符合选派公务员到下级

机关挂职锻炼的规定,属于公务员交流制度中的挂职制度,所以 D 项不当选。

关于 B 项,高校的行政人员,是在高校中从事劳务活动的人员,高校普通行政人员所从事的职业活动,主要是靠提供劳力来实现的,是在管理者的组织、领导、监督、管理之下进行的,他们并不代表国家从事享有法律规定职权的管理活动,不属于国有事业单位从事公务的人员。而区人民法院书记员作为基层法院系统的普通工作者,也并不属于《公务员法》第 64 条中所规定“领导职务或者副调研员以上及其他相当职务层次的非领导职务”的范畴,所以刘某被聘为区人民法院书记员不属于调任。而且刘某不属于履行公职的公务员范畴,被聘为区人民法院书记员意味着他改变了与原单位的人事关系,所以不属于《公务员法》第 66 条规定的挂职。那么,这是否属于公务员交流中的转任呢?《公务员法》第 65 条规定:“公务员在不同职位之间转任应当具备拟任职位所要求的资格条件,在规定的编制限额和职数内进行。对省部级正职以下的领导成员应当有计划、有重点地实行跨地区、跨部门转任。对担任机关内设机构领导职务和工作性质特殊的非领导职务的公务员,应当有计划地在本机关内转任。”由此可知,转任需要在公务员范围内进行,即由某一公务员职位转为其他公务员职位,而如上所述,刘某作为高校行政人员不属于公务员的范畴,因此不属于公务员交流中的转任。综上所述,刘某作为高校行政人员被聘为区人民法院书记员并不属于公务员交流的范围,B 项当选。

[难度系数] * *

3. 村民陈某在本村建一住宅。镇政府认定其非法占用土地,违反《土地管理法》,作出拆除房屋、退还土地的决定,随后将房屋强制拆除。陈某向法院提起诉讼,请求撤销镇政府的决定、确认拆除行为违法。关于镇政府的权力,下列哪一选项是正确的?
(2009 年试卷二第 43 题)

- A. 有权作出拆除决定,但无权强制执行
- B. 有权作出拆除决定,也有权强制执行
- C. 无权作出拆除决定,也无权强制执行
- D. 无权作出拆除决定,但可以强制执行

[答案] _____³

[考点] 行政决定的作出与强制执行

[解析] 《土地管理法》第 77 条规定,农村村民未经批准或者采取欺骗手段骗取批准,非法占用土地建住宅的,由县级以上人民政府土地行政主管部门责令退还非法占用的土地,限期拆除在非法占用的土地上新建的房屋。超过省、自治区、直辖市规定的标准,多占的土地以非法占用土地论处。由此可

知,只有县级以上人民政府土地行政主管部门,才有权针对村民非法占用土地建住宅的行为,作出退还土地、限期拆除房屋的决定,而镇政府无权对此作出决定。所以A项、B项错误。

《行政诉讼法》第66条规定:“公民、法人或者其他组织对具体行政行为在法定期限不提起诉讼又不履行的,行政机关可以申请人民法院强制执行,或者依法强制执行。”由此可知,行政机关的强制执行,必须在有法律明确规定的情况下才可以进行。而《土地管理法》中并没有赋予行政机关强制拆除违法占地所建房屋的权力,因此镇政府无权强制执行。故D项错误,C项为正确选项。

[难度系数] **

4. 关于地方政府机构设置和编制管理,下列哪一选项是正确的?(2009年试卷二第50题)

A. 政府机构编制管理机关实行省以下垂直管理体制

B. 地方政府在设置机构时应当充分考虑财政的供养能力

C. 县级以上政府的行政机构可以要求下级政府设立与其业务对口的行政机构

D. 地方事业单位机构设置和编制管理办法,由国务院机构编制管理机关审核发布

[答案] _____⁴

[考点] 地方政府机构设置和编制管理

[解析] 关于A项,根据《地方各级人民政府机构设置和编制管理条例》第4条规定可知,我国实行统一领导、分级管理的机构编制管理体制。统一领导,指的是国务院统一领导各级人民政府的机构编制管理工作,制定全国性的机构编制管理法律法规和方针政策,由国务院机构编制管理机关负责组织实施、具体落实和监督检查,并具体指导和协调地方各级人民政府的机构编制管理工作。分级管理,指的是县级以上地方各级人民政府在国务院的统一领导下,负责本地区的机构编制管理工作,制定符合本地实际的地方性法规和政策,由同级机构编制管理机关负责组织实施、具体落实和监督检查,并具体指导和协调下级人民政府的机构编制管理工作。而垂直管理是相对于分级管理而言的,垂直管理的部门脱离地方政府管理序列,不受地方政府监督机制约束,直接由省级或者中央主管部门统筹管理。政府机构编制管理机关是实行中央统一领导下的地方分级管理体制的,这种管理体制是不同于A项所说的“省以下垂直管理体制”的,所以A项错误。

关于B项,《地方各级人民政府机构设置和编制管理条例》第6条规定:“依照国家规定的程序设置

的机构和核定的编制,是录用、聘用、调配工作人员、配备领导成员和核拨经费的依据。县级以上各级人民政府应当建立机构编制、人员工资与财政预算相互制约的机制,在设置机构、核定编制时,应当充分考虑财政的供养能力。机构实有人员不得突破规定的编制。禁止擅自设置机构和增加编制。对擅自设置机构和增加编制的,不得核拨财政资金或者挪用其他资金安排其经费。”B项中“地方政府在设置机构时应当充分考虑财政的供养能力”正是对本条规定的表述。

关于B选项,很多考生提出异议,认为政府机构设置和编制应该实行全国统一的制度,在设置机构、核定编制时考虑财政供养能力会导致发达地区机构臃肿、编制过多,而欠发达地区缺乏基本的机构设置和人员配置。这种观点是错误的,设置机构、核定编制“充分考虑财政供养能力”是建立在严格依照国家程序标准进行的基础之上的。根据上述第6条第1款的规定,依照国家规定的程序设置机构和核定编制,是具体实施机构编制管理工作的原则。地方政府在实施机构编制管理的过程中,必须遵从中央的统一领导,人员的考录调整、经费拨付以机构编制部门批准的机构和编制数为依据,机构实有人员限定在规定的编制范围内,并禁止擅自设置机构和增加编制的行为。这意味着地方政府机构编制管理工作是严格按照程序及标准进行的,“充分考虑财政的供养能力”并不意味着地方政府可以根据财政能力的大小随意设置机构,以致发生不同地区间编制失调的问题。同时,不同地区间情况有所不同,各地方政府实施机构编制管理过程中的具体工作,也会呈现各自不同的特点,出现各自不同的问题。如发达地区、人口较多地区的行政事务相对较多,其具体的机构设置也就相对复杂,编制也会相对较多,其地方财政也足以承担这样的机构编制;欠发达地区、人口稀少的地区行政事务相对较少,理应灵活地精简机构编制,避免编制冗繁的状况给财政带来较大的压力。综上所述,B项为正确选项。

关于C项,《地方各级人民政府机构设置和编制管理条例》第7条规定:“县级以上各级人民政府行政机构不得干预下级人民政府行政机构的设置和编制管理工作,不得要求下级人民政府设立与其业务对口的行政机构。”县级以上政府的行政机构不得要求下级政府设立与其业务对口的行政机构,这是法律明确规定的,C项错误。

关于D项,《地方各级人民政府机构设置和编制管理条例》第29条规定:“地方的事业单位机构和编制管理办法,由省、自治区、直辖市人民政府机构编

制管理机关拟定,报国务院机构编制管理机关审核后,由省、自治区、直辖市人民政府发布。事业编制的全国性标准由国务院机构编制管理机关会同国务院财政部门和其他有关部门制定。”地方的事业单位机构和编制管理办法,其审核与发布主体是不同的,发布主体应为省级人民政府。D项中认为该办法的审核与发布均由国务院机构编制管理机关负责,这一观点是错误的。

【陷阱点拨】 本题的第一个陷阱是“地方政府在设置机构时应当充分考虑财政的供养能力”,很多考生认为这一表述过于绝对,实则是犯了主观主义的错误,没有结合第6条的完整规定加以全面考虑该选项表述的合理性。本题的第二个陷阱出现在D项,将地方事业单位机构设置和编制管理办法的审核与发布均列为国务院机构编制管理机关的职权范围,然而其审核与发布的主体实则并不同一。很多考生由于审题不仔细,没有注意到这一细微差别,以致认为本项正确。本题提醒考生应注意仔细审题、全面掌握法条内容,展开理性分析,避免犯主观主义的错误。

【难度系数】 * * *

5. 关于行政机关公务员处分的说法,下列哪一选项是正确的?(2008年试卷二第39题)

- A. 行政诉讼的生效判决撤销某行政机关所作的决定,即应给予该机关的负责人张某行政处分
- B. 工商局干部李某主动交代自己的违法行为,即应减轻处分
- C. 某环保局科长王某因涉嫌违纪被立案调查,即应暂停其履行职务
- D. 财政局干部田某因涉嫌违纪被立案调查,即不应允许其挂职锻炼

【答案】 _____⁵

【考点】 违法违纪行为及其适用的处分

【解析】 《行政机关公务员处分条例》于2007年6月1日起施行。这是新中国成立以来第一部全面、系统、完整、具体地规范行政机关处分工作实体和程序的专门行政法规。

关于A选项,《行政机关公务员处分条例》第16条规定:“行政机关经人民法院、监察机关、行政复议机关或者上级行政机关依法认定有行政违法行为或者其他违法违纪行为,需要追究纪律责任的,对负有责任的领导人员和直接责任人员给予处分。”本条是关于单位违法违纪的规定。单位违法违纪,是指行政机关及其内设机构、派出机构经单位领导班子集体研究决定或者由负责人员决定实施的违法违纪行为。人民法院判决撤销行政机关的决定,是对该行

政机关行政行为部分或全部违法的认定,根据上述规定,对于需要追究纪律责任的,对负有责任的领导人员和直接责任人员给予处分。首先,考生应该注意该条中规定的“需要追究纪律责任的”,这意味着并不是所有人民法院判决撤销其行政行为的行政机关都构成单位违法违纪。其次,考生应当清楚单位违法违纪的责任承担人不是该单位负责人,而是负有责任的领导人员和直接责任人员。选项A错在没有表明“需要追究纪律责任”和错误认定单位违法违纪责任承担人,因此不应选。

对于B选项,《行政机关公务员处分条例》第14条第1款规定:“行政机关公务员主动交代违法违纪行为,并主动采取措施有效避免或者挽回损失的,应当减轻处分。”可知,工商局的干部李某仅仅主动交代自己的违法行为,而没有主动采取措施有效避免或挽回损失,并不构成应当减轻行政处分的法定情形。而根据该法第13条的规定:“有下列情形之一的,应当从轻处分:(一)主动交代违法违纪行为的;(二)主动采取措施,有效避免或者挽回损失的;(三)检举他人重大违法违纪行为,情况属实的。”工商局的干部李某主动交代自己的违法行为构成的是应当从轻处分的法定情形。因此,B选项错误,不应选。

对于C选项,该法第38条第1款规定:“行政机关公务员违法违纪,已经被立案调查,不宜继续履行职责的,任免机关可以决定暂停其履行职务。”即暂停履行职务仅限于:行政机关公务员涉嫌违法违纪,已经被立案调查,不宜继续履行职责的情况下适用。一般来说,不宜继续履行职责的情况是指:如被调查人继续履行职务会妨碍案件调查工作的正常开展;再如,已有证据能够证明被调查人有严重违法违纪行为,甚至涉嫌构成严重犯罪,在这种情况下如果继续让被调查人履行职务就会给行政机关的形象带来严重破坏,因此应当对被调查人采取暂停履行职务的措施。可见,并不是只要行政机关公务员因涉嫌违法违纪被立案调查就应暂停其履行职务,因此,C选项以偏概全的说法是错误的,不应选。

对于D选项,该法第38条第2款规定:“被调查的公务员在违法违纪案件立案调查期间,不得交流、出境、辞去公职或者办理退休手续。”挂职锻炼是交流的一种方式,财政局的干部田某因涉嫌违纪被立案调查,为保证调查工作顺利进行,不应允许其办理手续挂职锻炼。因此,D选项正确。

【难度系数】 * *

6. 关于行政法规制定程序的说法,下列哪一选项是正确的?(2008年试卷二第41题)

- A. 行政法规的制定程序包括起草、审查、决定

和公布,立项不属于行政法规制定程序

B. 几个部门共同起草的行政法规送审稿报送国务院,应当由牵头部门主要负责人签署

C. 对重要的行政法规送审稿,国务院法制办经国务院同意后向社会公布

D. 行政法规应当在公布后 30 日内由国务院法制办报全国人大常委会备案

[答案]_____6

[考点] 行政法规制定程序

[解析] 关于 A 选项,根据《立法法》第 57—61 条的规定,行政法规的制定程序包括:立项、起草、审查、决定和公布,大体遵循立法程序。此外,《行政法规制定程序条例》第 2 条规定:“行政法规的立项、起草、审查、决定、公布、解释,适用本条例。”可见,立项属于行政法规的制定程序,故 A 选项错误,不应选。

关于 B 选项,根据《行政法规制定程序条例》第 15 条规定:“起草部门向国务院报送的行政法规送审稿,应当由起草部门主要负责人签署。几个部门共同起草的行政法规送审稿,应当由该几个部门主要负责人共同签署。”由此可知,几个部门共同起草的行政法规送审稿报送国务院,应当由这几个部门的主要负责人共同签署,而不是由牵头部门主要负责人签署。因此,B 选项错误,不应选。

关于 C 选项,根据《行政法规制定程序条例》第 19 条第 2 款规定:“重要的行政法规送审稿,经报国务院同意,向社会公布,征求意见。”由此可知,C 选项正确,为应选项。

关于 D 选项,根据《行政法规制定程序条例》第 30 条规定:“行政法规在公布后的 30 日内由国务院办公厅报全国人民代表大会常务委员会备案。”可见,行政法规在公布后的 30 日内是由国务院办公厅报全国人大常委会备案,而非国务院法制办。因此,D 选项错误,不应选。

[难度系数] *

7. 关于合理行政原则,下列哪一选项是正确的?(2008 年试卷二第 46 题)

A. 遵循合理行政原则是行政活动区别于民事活动的主要标志

B. 合理行政原则属实质行政法治范畴

C. 合理行政原则是一项独立的原则,与合法行政原则无关

D. 行政机关发布的信息应准确是合理行政原则的要求之一

[答案]_____7

[考点] 行政合理性原则

[解析] 行政法上行政合理性原则的确立,与

政府行政自由裁量权的存在发展,以及人们对行政自由裁量权认识的深化,特别是对其控制意识的加强有关。行政合理性原则一般包括:第一,公平公正。行政机关实施行政管理,应当遵循公平、公正的原则,要平等对待行政管理相对人,不偏私、不歧视。第二,考虑相关因素。行使自由裁量权应当符合法律目的,排除不相关因素的干扰。第三,符合比例原则。比例原则的基本涵义是:行政主体实施行政行为时应当兼顾行政目标的实现和保护行政相对人的合法权益,如果为了实现行政目标可能对相对人权益造成某种不利影响时,应使该不利影响限制在尽可能小的范围和限度,使二者处于适度的比例。也就是说,行政机关所采取的措施和手段应当必要、适当;行政机关实施行政管理可以采用多种方式实现行政目的的,应当避免采用损害当事人权益的方式。

关于 A 选项,行政活动是国家行政主体依法对国家和社会事务进行组织和管理的活动的总称,它由行政法规范和调整。民事活动是指民事主体实施的、旨在实现其民事利益的、受到民法调整和评价并产生相应民事法律后果的法律活动。二者主要的区别是法律关系的性质和受调整的法律规范不同。因此,A 选项错误,考生很容易排除。

关于 B 选项,法治可以分为形式法治和实质法治。虽然形式法治与实质法治都旨在建立一种理性的法律秩序,但两者在价值取向上有明显不同。形式法治强调的是“依法治国”(rule by law),对法治的工具式使用;重视法律的普遍性、稳定性和逻辑一致性等形式要件,对于法律的内容和精神价值并不关心,甚至排斥道德和伦理等考虑;要求法官在司法中遵循法律的字面和逻辑含义,反对根据实质正义的某些原则进行自由裁量。因而它有法律形式主义之称。实质法治强调的是“法的统治”(rule of law),把法治作为一种价值;强调法律内容和适用必须以保护人权和自由为归宿,任何个人或机构都不能制定剥夺基本人权和自由的法律。行政合理性原则要求行政行为的内容要客观、适度、合乎公平正义的法律理性,追求法律内在价值的实现,可见属于实质法治。因此,B 选项正确。

关于 C 选项,行政合理性原则是与行政合法性原则相并列的一项基本原则,而且又是对行政合法性原则的补充。因此,选项 C 显然错误,不应选。

关于 D 选项,行政机关发布的信息应准确,行政机关对此没有自由选择的余地,只能依法作出该行政行为,属于羁束行政行为,是行政合法性原则的要求而非行政合理性原则的要求。因此,D 选项不正

确,不应选。

[难度系数] * *

8. 关于行政法规,下列哪一选项是正确的?
(2007年试卷二第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

[答案] _____ 8

[考点] 行政法规

[解析] 行政法规是国务院依宪法授权制定的规范性文件,它是行政机关行使职权时重要的法律渊源。《立法法》、《行政处罚法》、《行政许可法》中都有许多关于行政法规的规定。关于A项,根据《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。”可知行政法规不能设定限制人身自由的行政处罚,选项A错误。

关于B项,《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。”行政法规对法律设定的行政许可作出具体规定时不能增设行政许可,故选项B认为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是错误的。

关于C项,《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。”是对法条的直接考查,正确,应选。

关于D项,《立法法》第85条规定:“法律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一般规定与旧的特别规定不一致,不能确定如何适用时,裁决主体应该是国务院,而国务院法制办只是

其办事机构,并不具有主体资格,故选项D错误。

[难度系数] * *

9. 下列关于行政法规解释的哪种说法是正确的?
(2006年试卷二第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

[答案] _____ 9

[考点] 行政法规的解释

[解析] 《行政法规制定程序条例》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。由此,对行政法规条文本身需要作出补充规定的,由国务院进行解释,B项表述符合规定,为应选项。

对于A项,该《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。结合第31条,国务院各部门根据国务院的授权进行的活动仅是公布行政法规解释,并无权解释行政法规,只能在必要时向国务院提出解释行政法规的要求。A项认为国务院各部门可以根据国务院授权解释行政法规,显然错误。

C项容易引起混淆,1981年6月10日通过的《全国人民代表大会常务委员会关于加强法律解释工作的决议》对司法解释权问题作出了明确的规定。该决议第2条规定:凡属于法院审判工作中具体适用法律、法令的问题,由最高人民法院进行解释。凡属于检察院检察工作中具体适用法律、法令的问题,由最高人民检察院进行解释。最高人民法院和最高人民检察院的解释如果有原则性的分歧,报请全国人民代表大会常务委员会解释或决定。由此可见,最高人民法院的司法解释权仅限于审判工作中具体适用法律和法令的问题。其并无权对行政法规进一步明确界限的问题进行解释,而根据第31条,此时的解释权仍归国务院,因此,C项错误,不当选。

对于D项,《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。由此可见,对具体应用行政法规的问题,只有省级政府的法制机构可以请求国务院法制机构进行解释,并不是各级政府都有权请求,省级以下政府并无此权,同时有权请求的是省级政府的法制机构,并不是省级政府。D项错误。

[难度系数] * *

10. 下列哪一选项是关于具体行政行为拘束力的正确理解?(2006年试卷二第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

[答案] _____¹⁰

[考点] 具体行政行为的效力

[解析] 具体行政行为的效力一般包括拘束力、执行力和确定力。

具体行政行为的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。对于已经生效的具体行政行为,不但对方当事人应当接受并履行义务,作出具体行政行为的行政机关不得任意更改,而且其他国家机关也不得以相同的事实和理由再次受理和处理该同一案件,其他社会成员也不得对同一案件进行随意的干预。根据以上对具体行政行为拘束力的解释,“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”及“相对人必须遵守和实际履行具体行政行为规定的义务”都是具体行政行为拘束力所要求的,因此②③应选。

具体行政行为除具有拘束力以外,还具有确定力和执行力。确定力是指已生效行政行为具有不受任意改变的法律效力。因此,选项①的表述“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”属于具体行政行为确定力的表现,而题目问的是对具体行政行为拘束力的正确理解,所以①项不符合题意,不当选。需要注意的是,具体行政行为具有确定力要求相对人不得任意改变具体行政行为,而不是“相对人不得改变具体行政行为”,如果相

对人认为其存在违法情形,可以在法定期限内向法定机关提起异议。

具体行政行为的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,这是具体行政行为具有国家意志性的体现。《行政诉讼法》第44条规定:“诉讼期间,不停止具体行政行为的执行。但有下列情形之一的,停止具体行政行为的执行……”《行政复议法》第21条规定:“行政复议期间具体行政行为不停止执行;但是,有下列情形之一的,可以停止执行……”可见,“具体行政行为在行政复议或行政诉讼期间不停止执行”是具体行政行为执行力的表现,而不是具体行政行为拘束力的表现,而且选项叙述得也不够严密,并不是在任何情况下,具体行政行为于行政复议或行政诉讼期间都不停止执行。所以④项不符合题意。综上,本题答案为C。

[难度系数] * *

11. 下列哪种做法符合《公务员法》的规定?(2006年试卷二第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确定为基本称职不服,向有关部门提出申诉

[答案] _____¹¹

[考点] 公务员的考核、交流、职位聘任、控告申诉制度

[解析] 对于A项,《公务员法》第34条规定:公务员的考核分为平时考核和定期考核。定期考核以平时考核为基础。第37条规定:定期考核的结果作为调整公务员职务、级别、工资以及公务员奖励、培训、辞退的依据。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。据此,只有在定期考核中被确定为不称职,才能降低一个职务层次任职,而卫生局副局长李某在定期考核中被确定为基本称职,此时不能对其降低一个职务层次任职。因此,A项的做法不符合《公务员法》的规定,不当选。

对于B项,《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。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。公务员交流制度是《公务员法》中一项较有特色的规定,挂职锻炼是公务员交流的方式之一,公务员可以到国有企业事业单位进行挂职锻炼,注意此处仅限于到国有的企事业单位进行挂职锻炼,而不能到非国有单位进行锻炼。由此,B项中市税务局干部沈某到该市国有企业挂职锻炼一年符合《公务员法》的规定,为应选项。

对于C项公务员的职位聘任制度,《公务员法》第95条规定:机关根据工作需要,经省级以上公务员主管部门批准,可以对专业性较强的职位和辅助性职位实行聘任制。前款所列职位涉及国家秘密的,不实行聘任制。《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。此处涉及合同“备案”与“批准”的区别。合同的备案是合同在签订、变更或者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”。C项中市组织部门是同级公务员主管机关,但应当报其“备案”而不是报其“批准”,所以C项错误,不当选。

对于D项公务员的申诉控告制度,《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30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15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30日内直接提出申诉:(1)处分;(2)辞退或者取消录用;(3)降职;(4)定期考核定为不称职;(5)免职;(6)申请辞职、提前退休未予批准;(7)未按规定确定或者扣减工资、福利、保险待遇;(8)法律、法规规定可以申诉的其他情形。上引法条中公务员可以提起申诉的事项并不包括在定期考核中被确定为基本称职一项,只有公务员在定期考核中被确定为不称职,才有权向有关部门提起申诉。因此,D项不符合公务员法的规定,不当选。

【难度系数】 **

12. 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年试卷二第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

【答案】 12

【考点】 行政立法的适用和监督权限

【解析】 关于A项,根据《立法法》第86条第1款第2项的规定可知,当地方性法规与部门规章对同一事项的规定不一致时,先由国务院提出意见,如果国务院认为应适用地方性法规,则适用地方性法规的规定;如果国务院认为应适用部门规章,则应当提请全国人大常委会裁决,而并非一律由国务院作出最终裁决。这是因为地方性法规由地方人大制定,属于地方立法机关立法;而部门规章由国务院各直属工作部门制定,属于中央行政机关立法。在法律层级上,法规高于规章;而在地域管辖上,中央又高于地方,所以地方性法规与部门规章基本属于同一效力层级,不互论谁高谁低。如果二者之间发生了适用争议,裁决权应分别在各自的上级机关——全国人大常委会和国务院。基于效率的考虑,《立法法》规定先由国务院提出意见,但国务院只有权决定不适用自己的直属部门制定的部门规章,无权决定不适用地方人大制定的地方性法规。所以如果国务院认为应适用部门规章,不适用地方性法规,则还需由全国人大常委会作出裁决。因此A项错误。

关于B项,《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。第85条规定:法律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。可见,法的适用效力实行从高、从新、从特的原则,即高位法优于低位法,新法优于旧法,特别法优于一般法。行政法规都是由同一机关即国务院制定的,当不同行政法规之间出现特别规定与一般规定不一致时,如果相关行政法规是同时实施的,或是新的特别规定与旧的一般规定不一致时,则依法应适用特别规定,

无须经过裁决;只有当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,才需要由国务院作出裁决。因此 B 项错误。

关于 CD 项,《立法法》第 88 条规定:改变或者撤销法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章的权限是:

(1)全国人民代表大会有权改变或者撤销它的常务委员会制定的不适当的法律,有权撤销全国人民代表大会常务委员会批准的违背宪法和本法第 66 条第 2 款规定的自治条例和单行条例;

(2)全国人民代表大会常务委员会有权撤销同宪法和法律相抵触的行政法规,有权撤销同宪法、法律和行政法规相抵触的地方性法规,有权撤销省、自治区、直辖市的人民代表大会常务委员会批准的违背宪法和本法第 66 条第 2 款规定的自治条例和单行条例;

(3)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;

(4)省、自治区、直辖市的人民代表大会有权改变或者撤销它的常务委员会制定的和批准的不适当的地方性法规;

(5)地方人民代表大会常务委员会有权撤销本级人民政府制定的不适当的规章;

(6)省、自治区的人民政府有权改变或者撤销下一级人民政府制定的不适当的规章;

(7)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。

由上引第 3 项可见,部门规章和地方政府规章不适当的,国务院有权予以改变或者撤销。因此 C 项正确,为应选项。

由上引第 7 项可见,被授权机关制定的法规超越授权范围或者违背授权目的的,授权机关有权撤销所制定的法规,必要时可以撤销授权,而非应当一并撤销授权。因此 D 项错误。

[难度系数] **

13. 下列有关行政法规和规章的哪一种说法是正确的?(2005 年试卷二第 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

[答案] _____¹³

[考点] 行政立法的权限

[解析] 关于 A 项,《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。可见,国务院有关部门依法可以联合制定规章对跨部门事项作出规定,A 项错误。

关于 B 项,《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。可见,行政机关对行政许可事项进行监督检查收取费用的,须由法律、行政法规规定,而不是法规规章。B 项错误。

关于 C 项,《立法法》第 57 条规定:行政法规由国务院组织起草。国务院有关部门认为需要制定行政法规的,应当向国务院报请立项。同法第 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。可见,国务院负责行政法规起草的组织、领导,而负责具体起草工作的是国务院有关部门等起草单位,起草单位完成起草后,将草案报送国务院法制机构审查修改,最终通过后由国务院发布。实践中,国务院部门不仅可以,而且经常成为行政法规的起草单位,因此 C 项错误。

关于 D 项,《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。可见,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。因此 D 项正确,为应选项。

[难度系数] *

(二)多项选择题

1. 关于具体行政行为的成立和效力,下列哪些选项是错误的?(2009 年试卷二第 80 题)

A. 与抽象行政行为不同,具体行政行为一经成立即生效

B. 行政强制执行是实现具体行政行为执行力的制度保障

C. 未经送达领受程序的具体行政行为也具有法律约束力

D. 因废止具体行政行为给当事人造成损失的,国家应当给予赔偿

[答案] _____¹

[考点] 具体行政行为的成立和效力

[解析] 行政行为的成立,是指行政行为应当

具备哪些要件,才能构成行政行为,具备行政行为的效力。具体行政行为的成立,需要具备三要件:(1)主体要件:行为主体必须具有行政主体资格;(2)实质要件:行为本身应具有行政管理的内容,且需产生直接的法律效果;(3)形式要件:通常情况下应以书面形式为之,但也不排除书面之外的其他意思表示形式。行政行为成立后,行政机关不能随意改变所作行为,但此时的行政行为还不能对行政相对人产生效力,行政行为对行政相对人产生效力是在其生效之后。

行政行为的生效,是指行政行为成立后,对相对人发生效力,产生确定力、拘束力或者执行力。不同类型的行政行为,其生效方式也有所不同,大致包括以下四种:(1)即时生效:行政行为一经作出即具有效力,对行政相对人立即生效。即时生效行政行为的作出与其生效在时间上几乎是统一的,一般表现为行政机关采取的强制措施或是紧急处理行为。(2)公告生效:行政机关将行政行为的内容采取公告或者宣告等有效形式,足以使行政相对人知悉行政行为的内容,该行政行为才开始对行政相对人发生效力。公告方式所针对的是不特定的多数相对人,或者相对人虽然明确,但是所在地不明确,而难以对其告知行政行为的内容。(3)送达生效:行政行为采用行政决定或者其他书面形式作出时,在将书面文书送达给相对人时始发生效力。(4)附条件生效:行政行为本身附有生效的日期或条件,在该期限届满或者条件具备时,该行政行为发生效力。一般来说,抽象行政行为针对不特定的多数人和事作出,所以抽象行政行为成立后需要采用公告的方式,使相对人知悉该抽象行政行为的内容之后方可生效。具体行政行为根据其行为类型的不同,分别采用上述四种不同的生效方式。一经成立即为生效的具体行政行为,只是具体行政行为中的一小部分,主要包括行政机关采取的强制措施、紧急处理行为或是利用简易程序作出的行政行为。并非所有的具体行政行为都是一经成立即生效的,例如在行政执法中普遍存在的行政处罚、行政许可等具体行政行为,在行政行为成立后都需要送达行政相对人方可生效。A项的说法过于绝对,是错误的。

生效的具体行政行为会对行政主体及行政相对人发生效力,即行政行为的确定力、拘束力和执行力。确定力是指有效成立的行政行为,非依法定程序和方式不得随意变更或撤销,并具有不可争辩力。拘束力是指行政行为成立后,其内容对行政机关及行政相对人均产生法律上的约束力,行政双方必须遵守和服从。执行力是指具体行政行为生效后,行

政机关依法有权采取一定手段,使行政行为的内容得以实现的效力。执行力是行政行为效力的表现,当行政相对人不履行生效具体行政行为所确定的义务,行政机关可以依职权或申请人民法院强制其履行义务或达到与履行义务相同状态的活动,这种行为称为行政强制执行。我国《行政诉讼法》及多部行政法律、法规都对此做了规定。行政相对人自愿履行生效具体行政行为的,具体行政行为的执行自行得到了实现;行政相对人不履行生效具体行政行为的,就需要行政强制执行制度来保障具体行政行为的执行力的实现。B项正确。

关于C项,如上所述,具体行政行为在生效后才会产生法律约束力。尽管不同类型的具体行政行为,其生效方式有所不同,但是纵观具体行政行为的生效方式,无论是哪种生效方式,都必须具有使相对人了解、明晰该具体行政行为的内容之意。送达领受程序不同于单纯的送达生效程序,送达领受意味着行政机关通过一定的意思表示方式将该具体行政行为的内容传达给行政相对人,使其知晓或推定其知晓了该行政行为的含义和内容。在即时生效中,行政行为一般是当场作生效的,在此种行政行为生效前,行政机关实际上已经通过口头表达或是肢体动作等意思表示方式向相对人传达了该具体行政行为的内容,这也是一种送达受领方式。同样,在公告生效中,尽管行政机关无法直接向具体行政行为的相对人送达该具体行政行为,但是行政机关仍以公告的方式将该行政行为的内容传达到公众之中,在经过合理的公告期后方才推定行政相对人已经知晓该行政行为,这种方式也具备了送达领受的含义。所以,具体行政行为都是由行政机关通过一定的意思表示方式向相对人送达,并经相对人领受或推定相对人已经领受其意思表示之后,方才生效的,只有经过送达领受程序的具体行政行为才发生法律效力, C项错误。很多考生对该选项提出异议,实际上是没有从广义上把握送达领受程序的含义。

关于D项,行政行为的废止,是指因形势或法律、政策的变化,原合法、适当的行政行为已不符合现行法律、政策,或者行政行为已完成其原定目标、任务,故行政主体终止其效力。行政行为废止的原因大致分为三方面:(1)行政行为所依据的法律法规或是政策经有权机关依法修改、废止或者撤销;(2)客观情况发生重大变化,原行政行为的存续会有碍于社会发展,甚至给国家、社会公共利益带来重大损失;(3)行政行为已经完成原定目标、任务,没有继续存在的必要。由此可知,具体行政行为的废止是一种合法行为。根据《国家赔偿法》第2条的规定,

“国家机关和国家机关工作人员违法行使职权侵犯公民、法人和其他组织的合法权益造成损害的,受害人有依照本法取得国家赔偿的权利”,这说明当事人申请国家赔偿的前提是行政机关的行为违法,故因行政行为的废止而给当事人造成损失的不属于国家赔偿的范围。D项错误。值得一提的是,如果具体行政行为的废止是因为前述的原因(1)或者原因(2)引起的,而且这种废止给行政相对人的合法权益造成了较大损失,那么行政机关应当对其损失给予适当的补偿。

[难度系数] * * *

2. 下列哪些选项属于对公务员的处分?(2009年试卷二第82题)

- A. 降级
- B. 免职
- C. 撤职
- D. 责令辞职

[答案] _____²

[考点] 公务员处分

[解析] 《公务员法》第56条规定:“处分分为:警告、记过、记大过、降级、撤职、开除。”A项的降级和C项的撤职属于对公务员的处分,为应选项。B项的免职以及D项的责令辞职属于对官员问责的方式,不属于公务员处分的种类。

[难度系数] *

3. 下列哪些事项属于国务院行政机构编制管理的内容?(2009年试卷二第83题)

- A. 机构的名称
- B. 机构的职能
- C. 机构人员的数量定额
- D. 机构的领导职数

[答案] _____³

[考点] 国务院行政机构编制管理

[解析] 《国务院行政机构设置和编制管理条例》第3章“编制管理”第17条规定:“国务院行政机构的编制依据职能配置和职位分类,按照精简的原则确定。前款所称编制,包括人员的数量定额和领导职数。”第18条规定:“国务院行政机构的编制在国务院行政机构设立时确定。国务院行政机构的编制方案,应当包括下列事项:(一)机构人员定额和人员结构比例;(二)机构领导职数和司级内设机构领导职数。”由此可知,国务院行政机构编制管理的内容包括两个方面:机构人员的数量定额和机构的领导职数,C项和D项正确。

很多考生对本题提出异议,认为ABCD四项均为正确选项。这些考生的理由是,根据《国务院行政机构设置和编制管理条例》第9条第1款的规定:“设立国务院组成部门、国务院直属机构、国务院办事机构

和国务院组成部门管理的国家行政机构的方案,应当包括下列事项:(一)设立机构的必要性和可行性;(二)机构的类型、名称和职能;(三)司级内设机构的名称和职能;(四)与业务相近的国务院行政机构职能的划分;(五)机构的编制。”则机构的类型、名称和职能也都属于国务院行政机构编制管理的内容。上述考生实际上是将“编制”的概念理解为广义上的编制,即认为“各种机构的设置及其人员数量定额、结构和职务配置”都属于编制管理的内容。如果将编制理解为广义上的编制,那么ABCD四项的确都应正确选项。然而,如果仔细分析《国务院行政机构设置和编制管理条例》的立法体例,会发现该《条例》分为五部分:总则、机构设置管理、编制管理、监督检查和附则。《国务院行政机构设置和编制管理条例》将机构设置管理与编制管理作为独立的两章分别作出规定,可见是采纳了狭义的“编制”概念,即只有机构人员的数量定额和领导职数属于编制管理的内容。机构的名称与职能属于机构设置管理的内容,而不是编制管理的内容,因此A项和B项错误。

[难度系数] * *

4. 下列哪些行政机构的设置事项,应当经上一级人民政府机构编制管理机关审核后,报上一级人民政府批准?(2008年试卷二第81题)

- A. 某县两个职能局的合并
- B. 某省民政厅增设内设机构
- C. 某市职能局名称的改变
- D. 某县人民政府设立议事协调机构

[答案] _____⁴

[考点] 地方人民政府的机构设置

[解析] 《地方各级人民政府机构设置和编制管理条例》于2007年5月1日起施行。这是新中国成立以来第一部规范地方机构编制管理的行政法规,填补了地方机构编制管理工作的法制空白。

该法第9条规定:“地方各级人民政府行政机构的设立、撤销、合并或者变更规格、名称,由本级人民政府提出方案,经上一级人民政府机构编制管理机关审核后,报上一级人民政府批准;其中,县级以上地方各级人民政府行政机构的设立、撤销或者合并,还应当依法报本级人民代表大会常务委员会备案。”由此可见,AC选项符合题意,为应选项。

该法第13条规定:“地方各级人民政府行政机构根据工作需要和精干的原则,设立必要的内设机构。县级以上地方各级人民政府行政机构的内设机构的设立、撤销、合并或者变更规格、名称,由该行政机构报本级人民政府机构编制管理机关审批。”可见,省民政厅要增设内设机构,需要报本级人民政府编制管理