

ZHINANZHEN.edu

2003年司法考试教程

行政法学

●根据 2003 年司法考试大纲

张树义 著

中国法制出版社

2003 年司法考试教程

行政法学

张树义 著

中国法制出版社

责任编辑 王淑敏

图书在版编目 (CIP) 数据

行政法学/张树义著. —北京: 中国法制出版社, 2002.12

2003 年司法考试教程

ISBN 7-80182-047-9

I. 行… II. 张… III. 行政法-中国-法律工作者-
资格考核-自学参考资料 IV. D922.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2002) 第 092764 号

2003 年司法考试教程

行政法学

XING ZHENG FA XUE

著者/张树义

经销/新华书店

印刷/中国科学院印刷厂

开本/787×1092 毫米 16

版次/2003 年 2 月第 1 版

印张/5 字数/107 千

2003 年 5 月第 2 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 7-80182-047-9/D·1013

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

丛书共十册 总定价: 270.00 元

增补本 定价: 15.00 元

秉承清华之学风 孕育司法之精英

—清华大学继续教育学院常务副院长康飞宇教授寄语

有人说“司考是一扇金色大门”！司考作为国家选拔法学人才的“头一考”，作为跨入社会精英之列的第一关，业已成为众多习法之人心往而梦寐的追求。随着国家司法考试大纲的公布，金色而辉煌的司考正以匆匆步伐向我们走来。

一矢中的的是每个考生的美好愿望。然而，“风雨司考路”留下了多少艰辛，演绎着几多成败。为了帮助千千万万司考跋涉人，清华大学决定籍名校与现代科技之实力之优势，开办远程司考辅导教育。清华远程教育，现已在全国 31 个省、直辖市、自治区及香港特别行政区内建立了 100 多个远程教学站，形成了覆盖全国的远程教育网络体系。各地远程教学站集视、听、练、问于一身，突破空间和时间的限制，使考生能以最经济的成本，最自由的时间，不到北京就能得到国家一流司考辅导专家的教学与训练。

“大学必有大师”。清华远程司考教育，云集了清华大学、中国政法大学、中国人民大学等首都高校具有多年司考研究与教学经验，且多次参加司考教材编写与命题的专家、教授亲自授课。同时，我们还组织了一批法学博士、硕士作为网络辅导、答疑团队。考生可利用卫星 VSAT 站、宽带网络和 ISDN 与老师专家交流探讨学习中遇到的问题。我们的宗旨是以最佳的师资阵容和一流的教学质量，保证取得最高的应试通过率。

根据国家公布的考试时间，清华远程司考教育，特设三个阶段的辅导计划为：

- 1、基础强化阶段。系统讲解司考大纲规定的各部门法学的内容并进行各单元模测。
- 2、系统提高阶段。讲解重点法条、典型案例、命题规律和解题技巧。
- 3、串讲冲刺阶段。根据临考信息全真模拟考试和卷面内容精解，点明“题眼”。

最后，祝各位考生秉承清华之学风，沐浴清华之师泽，经过清华远程司考教育的砥砺，早日成为祖国法学栋梁之材。

康飞宇

二〇〇三年五月于清华园

2003 年

国家司法考试教程

作者:(排名不分先后)

刑 法	阮齐林	中国政法大学教授、博士
刑事诉讼法	刘 玫	中国政法大学教授、博士
民 法	姚欢庆	中国人民大学副教授、博士
合 同 法	隋彭生	中国政法大学教授
民事诉讼法	杨秀清	中国政法大学副教授、博士
行政法学	张树义	中国政法大学教授
法 理 学	高其才	清华大学教授、博士
宪 法	李元起	中国人民大学副教授、博士
商 法	孟雁北	中国人民大学讲师、博士
经 济 法	魏敬森	中国政法大学副教授
国际私法	李 旺	清华大学副教授
国际经济法	成晚霞	中国政法大学副教授
国 际 法	辛崇阳	中国政法大学副教授
法律职业道德		
与职业责任	王进喜	中国政法大学副教授、博士
司法实务	陈 宜	中国政法大学副教授
法 制 史	丁相顺	中国人民大学讲师、博士

说明:增补本包括法制史同步测试题。

作者承诺

鉴于多年来司法考试(律考)辅导用书出现的种种不规范现象,如教授挂名主编,实际由研究生编写,甚至盗用知名司法考试辅导专家的名义出版书籍,我们认为这些做法都极大地损害了考生利益,为了促进司法考试图书市场的健康发展,并表示我们做精品司法考试图书的决心,特郑重声明如下:

署有本人名字的内容均由本人亲自编著,本人对此内容负责。

作者签名:

陈桂林 刘斌

姚欢庆 陈树义 柏青涛

张树义 沈才 李元超

薛峰 魏敬崇 李四生

成映霞 李崇阳 陈宜 丁树斌

前 言

为帮助考生实现学的快、抓的准、过得过的司法考试目标，我们组织了一批长期在司法考试辅导一线的专家、教授，在总结多年教学经验与研究成果的基础上，反复构思、辛勤笔耕，最终将这套丛书呈献在广大读者的面前。本丛书的特点是：

一、专家亲笔，单科编撰

本套丛书作者均为中国政法大学、中国人民大学、清华大学中长期从事司法考试教学辅导的专家、教授。本丛书实行单学科编著制，每学科自始至终由专家单人编撰。从而避免了一个教授主编众研究生撰稿，或一个主编担纲所有学科的情况。保证了辅导用书的针对性、准确性和权威性。

二、三星提示，轻重分级

本书中各知识点按轻重提示，并标注星级。其中，一星为注意点，二星为次重点，三星为重点，重要程度依次递增，考生可一目了然，迅速扣准“题眼”，提高复习效率，缩短复习时间。

三、跟踪辅导，来信必复

本中心组织了十八位教授和十六位研究生的辅导团，对考生进行全程跟踪辅导。凡购买本丛书并将购书回执卡寄回的考生，将自动成为本中心的会员。对于该考生在司法考试备考过程中遇到的问题，均可来信咨询。我们承诺：来信必复，有问必答，实行彻底的跟踪辅导（该活动到2003年司法考试前结束，详见实施细则）。

北京法大育才文化交流中心主任 夏温波
北京指南针教育培训中心主任

2003年5月于法大法苑

丛书介绍^①

《司法考试教程》

本套教程共分十册(另有增补本《法制史》),涉及司法考试全部学科,根据2003年司法考试应试要求编写,重点突出、解释清楚、简洁。在每个学科中,先对整个学科的框架结构进行总结,使考生可以先从整体上把握该学科的体系。对每一章节的编写过程中,以考点为中心,先概括要点及难点,对其内容进行分析,并适当结合案例、法条进行说明(在可能的情况下,采用图表的形式)。

《国家司法考试历年试题精解》

1. 在每一学科开始处,以图表列明该学科在历年中的分值及这些分值在各个题型中的分布(让考生对其学科地位及主要考查方式有宏观的把握)。

2. 以考查知识点为中心进行编写,每个知识点用三星标出(其重要性程度、考查角度及频率,一目了然)。

3. 每一题目按“【参考答案】、【考查知识点】、【解题思路和依据】、【应注意的问题】”(使考生在每一题目中汲取充分信息,达到最大的利用)。

《国家司法考试同步测试题》

各部门法按各章节顺序配有单元测试题,供学员自我测试,检验学习效果,及时调整学习方法和方向,并带着问题进入下一阶段学习。

《国家司法考试案例教程》

每个案例按以下层次进行编写,务求翔实深入,举一反三。

1. 对整个题目的解题思路及法律关系做出简要叙述(使考生了解基本思路,掌握入手方法)。

2. 给出参考答案(以阅卷标准给出,让考生了解采分点,提高解题得分率)。

3. 对每个题目逐步进行分析,提供解答依据(使考生认识逐步深入,达到深层掌握、灵活运用)。

4. 最后将案例有关知识点及法条的联系和区别列出(使考生能够对知识点进行横向、纵向联系,提高其综合运用能力)。

《国家司法考试重点法条解析》

本书在进一步精益求精、重中取重基础上,将近年司法考试(含律考),涉及必考、常考的法条选入,并加入此外一些重要法条。法条解析不仅包括基本法律,还包括相关的司法解释内容,并按基本法律的顺序编写,编写时将法条分成纯记忆型和理解运用型两种:

1. 纯记忆型:在重点词下划____(使考生抓住关键点,避免因记忆不清而丢分)。

2. 理解应用型:分两部分,①提示法条特点和掌握的方法。②提醒相关法条及知识点间的联系和区别(使考生通过纵横联系达到更深入的理解)。

^① 个别学科的体例有适当调整。

目 录

作者承诺	(1)
前言	(1)
丛书介绍	(1)
绪言：司法考试行政法与行政诉讼法之概述	(1)
第一部分：行政主体	(2)
一、行政主体的概念	(2)
二、行政主体的种类	(4)
三、行政主体与国家公务员	(5)
第二部分：行政行为	(7)
一、行政行为的概念	(7)
二、行政行为的分类	(8)
三、行政立法	(9)
四、行政处理	(11)
五、行政处罚	(13)
六、行政合同	(17)
第三部分：行政复议与行政诉讼	(21)
一、行政诉讼的受案范围	(21)
二、行政诉讼的管辖	(27)
三、行政诉讼参加人	(30)
四、诉讼程序及特殊规则	(36)
五、行政诉讼的结案	(46)
第四部分：国家赔偿	(51)
一、国家赔偿概述	(51)
二、国家赔偿的范围	(52)
三、国家赔偿主体	(56)
四、国家赔偿程序	(59)
五、国家赔偿方式与计算标准	(61)
答疑实施细则	(65)
购书回执	(67)

绪言：司法考试行政法与行政诉讼法之概述

行政法是关于公共行政的法律，所谓公共行政是指国家行政机关对公共事务进行组织与管理的法律，行政活动在本质上是行使权力的活动。所谓权力，就是一种可以强制他人服从的力量。作为公共秩序的维持者，公共利益的维护者的行政机关应当享有履行职责的必要权力。但权力的运用也产生了许多法律问题，权力毕竟具有强制性质，可能对公民、法人或其他社会组织的利益造成一定的损害，引来行政上的纠纷。在某种意义上，这种纠纷几乎是不可避免的，由此也就引出了对行政活动进行法律规范、约束的必要性。如果行政权力没有控制，不依法行政，就不会形成稳定的社会秩序。正是行政活动的权力本质使公共行政与行政法联系起来。

行政法是关于行政权力的授予、行使，以及对行政权力进行监督和对后其后果予以补救的法律规范的总称。行政法的核心是对行政权力的控制，就控制权力而言，行政法是规范行政权力的组织、行政权力的活动，以及对权力行使的后果进行补救的法律。行政权力必然有其承担者，当然首先应对作为行政权力承担者的行政组织加以规范。行政权力的行使表现为行政行为。行政行为可以改变公民、法人的地位，需要遵循一定的规则和程序。诸如行政机关应当享有哪些权力，依据这些权力可以采取何种行为，采取这些行为方式应当遵循何种程序等，都需要在法律上予以明确。既然行政权力的运用会影响甚至损害相对人的权益，作为规范行政权力的行政法就必须考虑权力行使所产生的后果，有权力必有救济，有权力也必有制约。一旦行政活动侵犯或损害相对人的权益，必须提供救济的途径。通过上述三方面的规范，实现行政法的目的——依法行政，确认或建立符合人民利益和意志的行政法律秩序。

综上所述，行政法与行政诉讼法在社会生活中有着重要的地位，因而在司法考试中，行政法与行政诉讼法占有重要位置。而且相比于民法等部门法，行政法较为难以理解。就司法考试的特点而言，行政法与行政诉讼法部分基本可以分为：行政主体、行政行为、行政复议、行政诉讼与国家赔偿五个部分。

第一部分：行政主体

(★★★) 一、行政主体的概念

司法考试之行政主体，首先需要把握的是行政主体的概念。在我们日常生活中，经常听说的是行政机关、行政组织，以前行政法学采用的也是行政机关、行政组织的概念。但近几年，行政法学开始用行政主体概念取代了行政机关、行政组织的提法。为什么要取代呢？行政主体是抽象的概念，你可能不知道具体所指，说行政机关、行政组织很具体，大家都知其所指。其实，采用抽象的行政主体概念，来取代具体的行政机关、行政组织的提法，是基于实践的需要。在行政诉讼实践中，曾经发生过这样一个案例，表明用行政主体取代行政机关、行政组织的必要性。

陕西勉县新铺乡工商所接到药店收购药材的人的举报，有药贩来推销药材——红参，怀疑其是假红参，即向工商所举报。工商所将该药贩找来，将其所贩卖的药材扣押，要求其回去提供药材购进的合法证明，结果，药贩走后一去不复返。工商所将药材扣押一断时间后，见药贩不回，便将所扣押药材卖了，所得货款一半入账，一半几个干部私下就给分了。无巧不成书，恰巧赶上年底陕西勉县人大组织药品管理部门检查药品管理法实施情况，发现市场上有假红参出售，寻根溯源，得知该药材为工商所所卖，鉴于工商所销售假药，违反了药品管理法，药品管理机关对工商所作出处罚，一是罚款，二是没收违法所得。工商所以对处罚不服，以药品管理机关为被告提起行政诉讼。法院收到该案件后，有两种不同意见：一种意见认为行政处罚属于行政诉讼受案范围，法院应该受理；另一种意见认为，此案是行政机关告行政机关，而行政诉讼法规定公民、法人、其他组织作为行政诉讼的原告，行政机关只能作被告，不能作原告，因此，人民法院不应受理此案。对于这个案件的解释就必须引进行政主体，从法律上讲，行政机关具有双重身份，民事主体和行政主体，在大多数场合下，行政机关是以行政职权的享有者的行政主体身份出现，实施行政活动，但也不排除行政机关在某些场合是以民事主体的身份出现，如到商店购买办公用品、租借办公用房等。在本案中，工商所即是以民事主体身份出现的，因为它从事的是一种民事买卖活动，而药品管理机关是以行政主体的身份出现的，因为它运用的是行政职权——处罚权。作为民事买卖活动，要接受有关行政机关的管理，药品管理机关完全有权对工商所的民事买卖活动进行处理，而作为民事主体的工商所，也当然有权对处罚不服而提起行政诉讼。因此，本案如果从主体角度进行分析，勉县法院第二种观点显然是不成立的，也正是这一个案例，提醒我们在行政法当中对行政机关、行政组织的研究应当从行政主体角度切入。那么，什么是行政主体呢？

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。行政法首要的问题是谁有资格进行管理，即有管理者主体资格。对于行政主体的概念没有必要死记硬背，关键是要把握它的几个要素。这些要素是我们判断一个组织是不是行政主体的几个标准。

第一个要素是作为行政主体必须享有行政职权。一个组织是否是行政主体，首先看它是

否享有行政职权。国家立法机关、司法机关不是行政主体，因为它不享有行政职权。行政机关之所以成为行政主体，主要是因为它享有行政职权。既然作为行政主体关键是看是否有行政职权，行政主体也就不限于行政机关，某些社会组织如果法律法规授予它行政职权，它也会因这种授权而取得行政主体地位。前段时间，在北京掀起了一股告学校热，北京科技大学学生状告北京科技大学、北京大学博士生状告北京大学，北京科技大学和北京大学都是作为行政诉讼的被告，原因就在于它所作出的行为都是行使国家法律法规授予它的行政职权，因而，是作为行政诉讼的被告。所以，我们判断一个组织是不是行政主体，首先看的不是它是否行政机关，而是它是否享有行政职权。

第二个要素就是必须要能够以自己的名义实施活动。在实际的行政活动中，由于行政机关、行政组织是非常庞大复杂的组织系统，到底谁具有主体资格，要看谁能以自己的名义实施行为，比如说，县公安局是县政府的组成部门，县公安局内部又设有治安科、刑侦科、法制科等，治安管理处罚一般是由治安科作出，但是对此处罚不服，应该以县公安局为被告，因为治安科是县公安局的内部组成机构，它是以县公安局的名义作出的处罚。县公安局虽然是县政府的组成机构，但县公安局在法律上是能够以自己的名义作出治安管理处罚的，因而，不能以县政府作为被告，而应以县公安局作为被告。因此，面对层级隶属的庞大的复杂的行政组织系统，我们要确定行政主体就必须看谁在法律上能以自己的名义作出行政行为，谁就具有行政主体资格。所谓以自己的名义，说句通俗话，就是作出一个决定，签你的名，盖你的章，从法律上讲，就是能够依照自己的意志，独立地作出一个决定。我不用向别人请示，也不用获得其他机关批准，可以独立作出。当然，这里的能够以自己的名义作出决定是指法律上具有这种行为能力，而不是事实上以谁的名义。

第三个要素是作为行政主体必须是能够承担实施行政活动所产生的责任的组织。在实际行政活动中，经常有某些组织虽然在实施行政活动，但是最后责任并不由它承担，比如说治安联防队，它的职责是维持某一地方的社会治安，在履行这一职责的过程中，它虽然享有职权，实施活动，但最后不是由它来承担责任，而是由委托它的公安局，因为它与公安局之间存在着委托关系。按照委托关系原理，受托者必须要以委托者的名义实施活动，最后的责任要由委托者承担。治安联防队就不是行政主体。

以上就是我们要把握的三个要素，这三个要素也是我们判断一个组织是否是行政主体的三个标准，简单地归纳，所谓行政主体，就是行政职权的享有者，行政活动的实施者，行政责任的承担者，三者合一，就是行政主体。

下面我们可以用行政主体概念和我们通常所说的行政机关作一些比较。通过二者的比较，更丰富我们对行政主体概念的理解。行政机关与行政主体之间至少有以下三点区别：

第一，并非所有的行政机关都能成为行政主体。成为行政主体的主要是行政机关，但并非所有的行政机关都能成为行政主体。比如说，国务院原来有一个行政机关叫电子工业振兴办，它是行政机关，但却不具有行政主体资格。电子工业振兴涉及到若干行政机关，财政部要出钱，因为电子工业振兴需要资金的支持，国家科委要立项，因为没有科研上的重大突破，很难振兴电子工业，原来的电子工业部，现在的信息产业部要主抓，单纯依靠哪一个部门，都无法振兴电子工业。为此，国务院专门成立了电子工业振兴办，这样一个协调性机关，它并不具有对外可以行使的职权，只具有内部协调的功能。因而，它不是行政主体，或者说不具有行政主体资格。

第二，并非行政机关在所有场合都以行政主体的身份出现。前面我们讲过，行政机关在

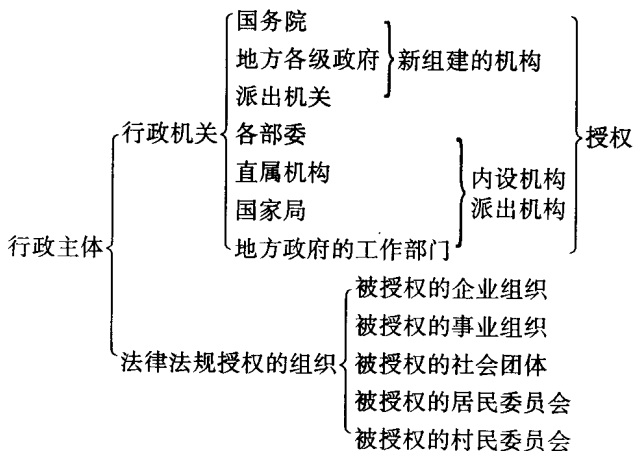
法律上具有双重身份，即行政主体和民事主体，在大多数场合下，行政机关是以行政主体的身份出现，但也不排除行政机关可以从事民事买卖活动，如购买办公用品，在这种活动中，它是以民事主体的身份出现。以不同的身份出现，应遵守不同的行为规则，必须区分这两种身份，行政法所关注的是行政机关的行政主体资格。

第三，成为行政主体的并不限于行政机关。前面所讲过的北京大学作为行政诉讼的被告，它为什么能坐在行政诉讼的被告席上呢？因为它在行政法上具有行政主体的地位。学校在编制管理上属于事业单位，并不是行政机关，但它可能因法律法规的授权而成为行政主体，类似的还有企业、社会团体等组织，它们虽然也不是行政机关，但并不排除它们可能成为行政主体。所以，成为行政主体并不限于行政机关。

（★★）二、行政主体的种类

但是，行政主体毕竟是一个抽象的概念，下面我们要用这种抽象的概念回到实际的行政组织以及实际的行政活动中，来看一看到底有哪些行政主体，这就是行政主体的种类。行政主体主要有两类：行政机关与法律法规授权的组织。下面是关于行政主体的图示：

行政主体图示



结合上表，对行政主体的认定，需要注意区别以下几个概念：

一是行政机关与行政机构。行政机关是指依宪法或行政组织法的规定而设置的行使国家行政职权的国家机关。具体包括国务院、地方各级人民政府、各部委、直属机构、国家局以及地方各级政府的工作部门，还有派出机关等，他们在行政法上都具有行政主体地位。行政机构则是行政机关的内部组成机构，包括内设机构、新组建的机构和派出机构等，作为一个行政机关的内部机构，他们在行政法上不具有行政主体地位。

二是授权与委托。通常情况下，行政机关的内部机构之所以不具有行政主体地位，因为其是接受行政机关的委托。但并不排除行政机关的内部机构可能具有行政主体资格，这就是法律法规的授权。授权与委托的区别在于：（1）职权来源不同，授权的情况下，职权来源于法律法规的授予，而委托的情况下，职权则来自于行政机关的委托决定或命令；（2）职权的性质不同，授权所获得的权力具有可以独立行使的性质，而委托所获得的职权不能独立行

使；(3) 责任承担不同，既然授权所获得的职权在性质上可以独立行使，则其行为的责任应由接受授权的组织承担，而委托所获得的职权不能独立行使，则其行为的责任就应当由委托者承担。

正因为授权与委托有上述区别，所以其他非国家行政机关的组织经法律、法规授权也可以行使一定的行政职权，与行政机关一样也具有行政主体的地位。行政机关委托行使一定行政职权的组织本身不具有行政主体的地位，其行使行政职权的行为责任归属于委托的行政机关，委托行政机关是相应行政行为的主体。

三是所谓以自己的名义，能否以自己的名义是判断一个组织是否具有行政主体资格的重要标准，但以自己的名义是指法律上具有这种能力，而不是形式上以自己的名义。授权实际上意味着赋予这种能力，可以以自己的名义作出具体行政行为，因而其具有行政主体资格，而委托关系中，受托者必须以委托者的名义，因而受托者不具有行政主体资格。

(★★) 三、行政主体与国家公务员

有关行政主体的第三个问题，就是行政主体与公务员的关系。公务员与行政主体是一个很复杂的问题，有很多规则和原理，往往一个案例分析涉及到这些规则和原理。公务员与国家或其所在机关到底是什么关系呢？

公务员与国家或其所在机关之间的关系在行政法上定义为职务委托关系。国家公务员接受国家的委托，担任国家行政职务，即与国家之间产生一种法律关系——国家职务关系。国家为使公务员有效地完成工作任务，赋予其各种相应的职务上的权利，同时，公务员接受国家的委托，就必须履行其职责，努力完成工作任务，这是公务员对国家应当履行的义务。这种职务关系，在法律上其性质为委托关系，它是按照委托关系的原理来处理的。国家公务员代表行政机关，以所在行政机关的名义行使国家行政职权，其行为的结果归属于相应的行政机关。外部行政管理法律关系是行政机关与作为行政相对人的个人、组织发生的关系，而不是国家公务员与相对人发生的关系。国家公务员在行政管理关系中并非作为一方当事人出现，不具有一方当事人的资格。在行政诉讼中，国家公务员既不能作原告，也不能作被告，不具有诉讼当事人的地位。根据行政诉讼法的规定，只有公民、法人或其他组织认为行政机关具体行政行为侵犯其合法权益时，才能提起行政诉讼取得行政诉讼的原告资格；只有作出具体行政行为的行政机关或通过行政复议改变原具体行政行为的复议机关才能被诉和取得行政诉讼被告的资格。

职务委托关系只是说明公务员与国家之间关系的性质，这样一种性质的关系，到了实践中，立刻遇到一个问题，就是公务员的双重身份问题，上述案例也正是集中在这一问题。公务员上班穿上警服是国家公务员，下了班，换上便衣是普通公民，一身二任，由双重身份导致双重行为。穿上警服，执行职务，是执行职务行为；换上便服，到商店买东西，是个人行为。两种行为集于一身，但却是按照不同的规则，所带来的结果也有所不同。个人行为应由个人承担责任，执行职务的行为应由国家或所在机关承担责任。因此，必须要对两种身份、两种行为加以区分。这两种身份、两种行为如何区分？以什么样的标准来区分？就是行政法必须加以解决的问题。

在行政法上，对国家公务员执行公务的行为和非执行公务的行为加以区分十分必要，实践中通常综合考虑下述四种因素：(1) 时间因素。公务员在上班时间实施的行为，通常可以

认为是公务行为。反之，公务员在下班以后实施的行为则一般视为个人行为；（2）岗位因素。公务员在其工作岗位上实施的行为通常认为是公务行为，反之，公务员离开工作场所实施的行为则多视为个人行为；（3）职责因素。公务员非在上班时间和工作场所实施的行为如与其职责有关，通常亦可认为是公务行为；反之，如其行为既非在上班时间和工作场所实施，又不能证明相应行为与其职责有关，则应认为该行为是个人行为；（4）命令因素。公务员依行政首长命令、指示或委托实施的行为通常可以认为是公务行为，反之如果其行为既无首长命令、批示、指示或委托依据，又非在上班时间、工作场所实施或能证明与其职责有关，则应认为该行为是个人行为。上述四个方面的因素或标准应当综合考虑，并不存在绝对的、惟一的标准。

第二部分：行政 行 为

行政行为部分的内容很多，但主要把握的问题有以下几个：行政行为的概念、与行政诉讼相关的行政行为、行政立法和行政处罚。

(★★★★) 一、行政行为的概念

关于行政行为，首先要明确的是行政行为的概念，因为行政机关的活动是由多种性质不同的活动组成，行政行为只是其中一部分，这部分才可能引起行政诉讼的后果，至于其他性质的活动，如民事行为，它是和民事诉讼有关。在司法考试中，明确行政行为的概念是一个前提性问题，我国行政诉讼范围的确定是以行政行为为前提。因而，就有必要明确行政机关的活动中，哪些是行政行为。

通常行政行为是指行政主体实施的产生法律效力的行为。这种行为是行政主体所有行为中的一个部分，而不是全部。行政行为应当具备以下要件才能成立：(1) 主体要件。行政行为必然是行政主体的行为。行政主体包括行政机关以及法律法规授权的组织。(2) 职权要件。行政行为是行政主体行使行政职权的行为。行政职权是行政行为的核要素。如果具备行政主体资格，但是没有行使行政职权，也不是行政行为。例如行政机关购买办公大楼的行为是民事行为，而不是行政行为。(3) 法律要件。行政行为是产生一定法律后果的行为。这种法律后果主要表现为行政行为对于相对人的权利义务发生影响。如行政许可赋予相对人某种资格，行政处罚剥夺相对人的权利等。

明确了行政行为的概念，下面我们就需要回到实践中来看一看，根据上面所讲的三个要件，行政机关的哪些活动属于行政行为。首先以主体作标准，行政机关的全部活动可以分为：具有行政主体资格的行政机关所为的行为和不具有行政主体资格的行政机关所为的行为。行政行为就是指那些具备行政主体资格的行政机关所为的行为。如果以主体作标准，恐怕我们还要加上一块，就是法律法规授权的组织所为的行为。它们虽然不是行政机关，但具有行政主体资格，因而所为的行为可能是行政行为。第二以职权作标准，可以把行政机关的活动一分为二。一部分是包含着行政职权运用的行为，一部分是不包含着行政职权运用的行为。如民事行为，行政机关到商店购买办公用品、租借办公用房，这种活动不能动用行政职权，必须按照民事的等价有偿规则实施。第三以法律作标准，行政机关的全部活动可以分为具有行政法意义的行为和不具有行政法意义的行为。如事实行为，中央气象局的气象台每天向全国广播天气预报，它是一种事实行为，只不过是將一天的天气变化、气温高低、风力大小陈述于你，哪一个公民的权利、义务也不会因为这种行为受到影响，它只告诉你一个客观事实，并不具有法律意义。通过上述三个要素，我们对全部行政机关的活动进行分解，就可以知道哪些是行政行为。

(★★) 二、行政行为的分类

尽管我们作了种种排除,在行政机关的活动中区分出非行政行为,但所剩这部分行政行为,内容仍然非常复杂,我们要进一步地加以区分,就是行政行为的分类。行政行为的分类很多,但我们着重掌握的是几种具有实际意义的分类。

(★★) 一、抽象行政行为和具体行政行为

抽象行政行为一般在两种意义上使用。一是静态意义上的抽象行政行为,指行政机关制定的具有普遍约束力的规范性文件,例如国务院的行政法规;二是动态的抽象行政行为,指行政机关制定具有普遍约束力的规范性文件的活动,例如国务院制定行政法规的行为。一般情况下这两种意义上的含义是通用的,不予以区别。具体行政行为是指行政主体针对特定的对象,就特定的事项作出的处理决定。具体行政行为与抽象行政行为相比,具有特定性和直接性,对于特定对象的权利义务直接发生影响;并且调整对象是特定的对象。例如行政处罚、行政许可、行政强制执行等属于具体行政行为。

(★) 二、羁束行政行为和自由裁量行政行为

根据法律规定的行政主体的权限范围不同,可以将行政行为分为羁束行为与自由裁量行为。羁束行政行为是指法律明确规定了行政行为的范围、条件、形式、程序等,行政机关没有自由选择的余地而作出的行政行为。自由裁量行政行为是指法律仅仅规定行政行为的范围、条件、幅度和种类等等,由行政机关根据实际情况决定如何适用法律而作出的行政行为。

此种分类的意义首先在于行政机关是否有自由裁量权,对其实施行政行为时要求不同,羁束行为只能严格依照法律;而自由裁量行为则可以根据实际情况,在法定幅度和范围内自由决定;其次,在行政诉讼中司法审查的程度不同,行政诉讼审查行政行为的合法性,只有在行政处罚显失公正时,才成为司法审查的情况;第三,行政赔偿的范围。在行政赔偿中适用违法赔偿原则,羁束行为违法造成的损失应当予以赔偿;自由裁量行为无法审查其合理性,即使造成损失,国家也不承担赔偿责任。

(★) 三、应申请的行为和依职权的行为

根据行政主体行使职权的前提条件不同,可以将行政行为分为应申请的行政行为和依职权的行政行为。应申请的行为是行政机关以相对人的申请为前提条件,行使行政权力而作出的行政行为。没有相对人的申请,行政机关不能主动为之。如行政许可。依职权的行政行为是行政机关主动行使行政权力而作出的行政行为,不需要有相对人的申请启动行政程序,而是行政机关根据自己的判断主动行使权力。行政行为大多都是依职权的行为,如行政处罚等。此种分类的意义:首先,依职权的行政行为与应申请的行政行为的开始程序不同;其次,依职权的行为和应申请的行为在行政程序中举证责任的分配不同,依职权行政行为一般由行政机关主动调查证据,因此由行政机关承担举证责任;但应申请的行政行为,行政机关审查相对人提供的证据是否充分,一般由相对人承担举证责任。