

司法考试 历年试题及考点归类精解

2004年版

行政法与行政诉讼法

● 法律考试出版中心 / 组编 ● 张能宝 / 主编

研习历年试题是司法考试复习备考必不可少的重要环节和最佳捷径，本书在全面完整地收录1998—2003年司法考试（律师资格考试）历年试题的基础上，根据复习规律与应试需求，进一步加以归纳总结。全书按考试学科分为8册，各册以知识点为编排顺序，根据考试题型对试题答案逐一详细解析，提示考点所在，阐明答题理由，同时对各学科连续5年的分值分布、已考考点及已考法条列表统计，精辟分析复习技巧。可以帮助考生明确复习重点，了解命题规律，系统把握知识体系，突破疑点、难点、易错点，全方位提高复习效率和应试技巧，是2004年司法考试备考必备用书。



法律出版社

司法考试历年试题及考点归类精解

2004 年版

行政法与行政诉讼法

法律考试出版中心 组编

主 编 张能宝

副主编 杨艳霞 张 玲

撰稿人 李慧琦 李 磊 张 英

张 玲 张能宝 杨艳霞

董 洁 杨平娟 万有志

法律出版社

法律考试出版中心

奉献权威实用精品 搭建考试成功阶梯

司法考试

历年试题及考点归类精解

2004年版

○法理学·宪法·法制史

●行政法与行政诉讼法

○刑法

○民法

○刑事诉讼法

○民事诉讼法与仲裁制度

○商法·经济法

○国际法·国际私法·国际经济法·法律职业道德

目 录

上编 行 政 法

第一部分 1998—2003 年司法考试(律师资格考试)分值分布、命题基本规律

与复习技巧 (1)

一、司法考试(律师资格考试)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、行政法学基本理论 (3)

(一)单项选择题 (3)

(二)多项选择题 (5)

(三)不定项选择题 (8)

(四)已考考点及已考法条归纳 (9)

二、行政处罚法 (9)

(一)单项选择题 (9)

(二)多项选择题 (10)

(三)不定项选择题 (13)

(四)已考考点及已考法条归纳 (14)

三、行政复议法 (14)

(一)单项选择题 (14)

(二)多项选择题 (17)

(三)不定项选择题 (20)

(四)已考考点及已考法条归纳 (24)

四、国家赔偿法 (24)

(一)单项选择题 (24)

(二)多项选择题 (28)

(三)不定项选择题 (34)

(四)已考考点及已考法条归纳 (35)

五、行政监察法 (36)

(一)多项选择题 (36)

(二)不定项选择题 (36)

(三)已考考点及已考法条归纳 (37)

下编 行政诉讼法

第一部分 1998—2003 年司法考试(律师资格考试)分值分布	(38)
第二部分 客观试题归类精解	(38)
一、行政诉讼的受案范围	(38)
(一)单项选择题	(38)
(二)多项选择题	(39)
(三)不定项选择题	(40)
二、行政诉讼的管辖	(43)
(一)单项选择题	(43)
(二)多项选择题	(43)
三、行政诉讼的原告	(46)
(一)单项选择题	(46)
(二)多项选择题	(46)
四、行政诉讼的被告	(47)
(一)单项选择题	(47)
(二)多项选择题	(49)
五、行政诉讼的程序	(50)
(一)单项选择题	(50)
(二)多项选择题	(51)
六、行政诉讼的特殊制度与规则	(52)
(一)单项选择题	(52)
(二)多项选择题	(54)
(三)不定项选择题	(56)
七、行政诉讼的判决与执行	(57)
(一)单项选择题	(57)
(二)多项选择题	(58)
(三)不定项选择题	(61)
八、综合	(63)
不定项选择题	(63)
九、本部分已考考点及已考法条归纳	(66)
第三部分 案例分析题集中精解	(67)
一、试题解析	(67)
二、已考考点及已考法条归纳	(77)

上编 行政法

第一部分 1998—2003 年司法考试(律师资格考试) 分值分布、命题基本规律与复习技巧

一、司法考试(律师资格考试)分值分布

	行政法学 基本理论	行政 处罚法	行政 复议法	国家 赔偿法	行政 监察法	行政 诉讼法	总 计
2003 年	35	2	3	4		19	63
2002 年	7	1	4	9		15	36
2000 年	4	2	10	6		18	40
1999 年	4	5		4	1	13	27
1998 年	2	4	2	12	1	6	27

二、命题基本规律与复习技巧

行政法学是一门理论性和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。从 1998—2003 年行政法学考题分值分布的情况来看,前两年为每年 30 分以下,随后两年则分值增至 40 分左右;2002 年司法考试把行政法和行政诉讼法移到了试卷二,与刑法和刑事诉讼法部分同占半壁江山,大大提高了行政法部分知识在司考中的重要性 and 表现力;到了 2003 年司法考试中,试卷四最后一道关于行政行为合法性与合理性的论述题分值竟达 30 分之巨,令人瞠目,更使行政法部分题目当年所占总分值高达 63 分,成为司考各部门法中举足轻重的“大户”。可见,能否答好行政法学部分的题目,对司考分数特别是试卷二的高分起到至关重要的作用。

行政法学部分主要由基础理论、行政处罚法、行政复议法、国家赔偿法和行政诉讼法五大

部分组成(行政监察法 2002 年后未列入大纲),内容繁多而庞杂。在考点的分布上,行政诉讼法是历年的绝对重点,特别是近两年,在 2003 年除论述题外的 33 分中占到 19 分,在 2002 年的 36 分中占到 12 分,占据 1/3 到 1/2 的比例,可见其重要地位。除行政诉讼法外,行政复议法和国家赔偿法也不容忽视,是考查的次重点,其余部分的出题比例基本平衡,复习时应统筹兼顾,不可偏废。

从考题的设计上看,行政法学部分的命题特点主要是:

第一,侧重以案例的形式进行考查,注重知识在实际问题中的灵活应用。行政法学部分的题目相当注重题干中案例情节的设计,使其复杂化,具有干扰性。例如 1999 年试卷一第 36 题,考查国家赔偿的义务机关,案件经历了拘留、批捕、一审、二审、重审、抗诉、再审等诸多程序,情节之设计相当复杂,干扰性极强。同类的题目在 2002 年试卷二第 27 题再次出现,说明了命题者对考生综合运用理论知识分析解决复

杂问题的能力的重视。这就要求我们在复习中不仅要熟练掌握法条的规定,还要特别重视结合实例的运用,锻炼自己判断分析复杂案情和针对案例适用法条的能力。

第二,注重各部分知识点的结合,同时考查多部单行法的规定。这一特点在案例分析题上表现得尤其突出。纵观近年来的案例分析题,几乎没有哪个案例的考查是单纯只涉及一部行政单行法律的范围,多是把行政处罚、行政复议和行政诉讼、行政赔偿结合起来考,有的题目还涉及法条之间的相互引证和相互参考,如2002年试卷二第76题,考查《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》)第1条规定:“根据《中华人民共和国国家赔偿法》第十七条第(二)项、第(三)项的规定,依照刑法第十四条、第十五条规定不负刑事责任的人和依照刑事诉讼法第十五条规定不追究刑事责任的人被羁押,国家不承担赔偿责任。……”对考生融会贯通的能力要求较高。因此,在复习时要有意识地加强对几个单行法之间相关内容的互通和衔接之处的把握,这也离不开结合案例多做练习。

值得注意的是,近两年司法考试的行政法部分考题理论性比往年显著增强,改变了过去直接依据法条设计题目的做法,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。例如,2003年试卷二第25题,要求对内部行政行为及不成熟行政行为作出判定和分析;2003年试卷二第99题,考查到公安机关的刑事侦查行为和具体行政行为在性质上的区分;2002年试卷二第25题、第75题涉及关于行政行为理论的理解,第29题涉及关于行政主体理论的掌握;2002年试卷四第9题则是案例分析题中难度最大的一道题目,理论性极强,涉及行政法学上的“反射性利益”的问题,属于当前行政法学研究中的前沿领域,对考生来说具有相当的解答难度;2003年试卷四第8题更是

以给材料论述题的全新形式、高达30分的分值和800—1000字的字数要求,给予了行政法理论以充分发挥的广阔天地。这一变化体现出了命题者加强对考生理论素养要求的倾向,提醒我们在平时的复习中要注意理论知识的积累。

另外,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》)、《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法律解释的考查力度往往超过对法典本身,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法律解释要投入相当的精力,对其中反复考到的规定要熟练掌握。在此特别要着重提到的是最高人民法院2002年10月新施行的《最高人民法院关于行政诉讼证据若干问题的规定》,由于该规定的出台,行政诉讼证据问题成为2003年司法考试的命题热点,当年即考查了4分之多。该规定是行政诉讼法部分一个非常重要的规定,条文可考性极强,预计在今后的司法考试中仍将是考查重点,因此考生对该规定务必加以重视,认真掌握。

最后还应提及的是,有关行政诉讼法的内容每年必出一道案例分析题。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;而且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,后面的问题都会发生连锁效应,最后全盘皆输。因此,在遇到案例分析题时,考生不要着慌,也不要草草读完题目就急于下笔作答,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,注意表述要条理清楚、逻辑严密。

第二部分 客观试题归类精解

一、行政法学基本理论

(一)单项选择题

1. 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年试卷二第23题)

- 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

【答案】 B

【考点】 地方性法规的审查

【解析】 关于对行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例的合宪性、合法性的监督和审查制度,我国《立法法》第90条规定:“国务院、中央军事委员会、最高人民法院、最高人民检察院和各省、自治区、直辖市的人民代表大会常务委员会认为行政法规、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,由常务委员会工作机构分送有关的专门委员会进行审查、提出意见。前款规定以外的其他国家机关和社会团体、企业事业组织以及公民认为行政法规、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建议,由常务委员会工作机构进行研究,必要时,送有关的专门委员会进行审查、提出意见。”

根据上引《立法法》第90条第2款的规定,本题中,某企业认为地方性法规的规定与劳动

法相抵触,依法可以向全国人大常委会书面提出进行审查的建议。因此B项正确,为应选项。本题直接考查法条的适用,提醒考生对法律条文中的重要规定务必牢记。

【难度系数】 *

2. 某工商局在办理完毕某企业变更法定代表人登记1年之后,发现办理登记的工作人员由于工作疏忽未认真核实有关材料,导致作出了错误的变更登记。在这种情况下,工商局应当如何处理?(2002年试卷二第25题)

A. 撤销变更登记,恢复到原来的登记状态

B. 吊销企业法人营业执照

C. 撤销企业法人营业执照,对于由此给企业造成的损失予以适当赔偿

D. 注销企业法人营业执照,给予企业适当补偿

【答案】 A

【考点】 吊销、撤销、注销行为的法律含义

【解析】 对企业法人营业执照的吊销、撤销、注销行为具有不同的法律意义。吊销企业法人营业执照是一种行政处罚措施,是对企业有严重违反工商行政管理秩序行为时的制裁。《公司登记管理条例》第十一章“法律责任”部分的条款对吊销企业法人营业执照的适用情形作出了具体的规定。注销企业法人营业执照则不是惩罚性措施,只是一种终结企业法人法律上存在的程序性手续,可以依相对方申请而进行。撤销行为则适用于本不应作出具体行政行为时的情形,《公司登记管理条例》仅对撤销公司登记作了规定。

本题中,错误的变更登记是由于行政机关内部工作人员的疏忽造成,企业法人本身并无

违法行为,法人资格亦无问题,因此谈不上吊销或注销营业执照,只需撤销错误的变更登记,恢复到原来的登记状态即可。故本题当选 A。

[难度系数] *

3. 下列选项中的哪一组是关于行政行为从属性的正确理解?(1999 年试卷一第 3 题)

①行政行为的实施必须有法律依据;②行政行为必须在行政机关首长指令的范围内实施;③行政行为一经作出,相对人必须遵守和服从;④行政行为是受法律约束的行为。

- A. ①③④ B. ①④
C. ②④ D. ①②③④

[答案] B

[考点] 行政行为的从属性

[解析] 从属性也称“执行性”。行政行为的从属性或执行性都是行政行为相对于法律而言的,指行政行为从属于法律,系对法律的执行,必须在法律规定的范围内进行。这一特点主要表现为:(1)行政行为的权限和内容必须符合法律;(2)行政行为必须符合法定程序;(3)行政行为的效力不具有最终性,应当受到法律的监督。可见,本题①④两项符合上述要求,是正确的理解。②项错误,行政行为从属性或执行性是指从属于法律而不是首长个人,执行法律而不是首长指示,是法治而不是人治。③项是就行政行为的效力而言的,指行政行为的拘束力,不是从属性的内容。因此,本题 B 项为应选项。

[难度系数] **

4. 下列选项中的哪一组情形导致行政处罚决定不能成立?(1999 年试卷一第 9 题)

①行政机关作出处罚决定前,未依法向当事人告知应予处罚的事实、理由和依据;

②行政机关拒绝听取当事人的陈述、申辩;

③行政处罚无法定依据;

④行政处罚不遵守法定程序。

- A. ①③ B. ②③
C. ①③④ D. ①②

[答案] D

[考点] 行政处罚成立的要件

[解析] 行政处罚不成立是指行政处罚不具备法定的成立要件,不对外发生法律效力。《行政处罚法》第 41 条规定:“行政机关及其执法人员在作出行政处罚决定之前,不依照本法第三十一条、第三十二条的规定向当事人告知给予行政处罚的事实、理由和依据,或者拒绝听取当事人的陈述、申辩,行政处罚决定不能成立;当事人放弃陈述或者申辩权利的除外。”可见,本题①②两项所列情形被法律规定为行政处罚决定不成立的条件,这是由于行政处罚为一种侵益性的行政行为,对其成立的要求必须加以严格的限制,以保护相对方的正当权益。

又据《行政处罚法》第 3 条规定:“公民、法人或者其他组织违反行政管理秩序的行为,应当给予行政处罚的,依照本法由法律、法规或者规章规定,并由行政机关依照本法规定的程序实施。没有法定依据或者不遵守法定程序的,行政处罚无效。”可见,本题③④项是行政行为无效的法定情形。D 为应选项。

本题提醒我们注意区分行政行为无效和不成条件的区别。

[难度系数] **

5. 下列选项中的哪个组合是关于行政行为确定力的正确理解?(1999 年试卷一第 15 题)

①相对人不得任意擅自改变行政行为;

②行政主体非经法定程序不得任意改变或撤销行政行为;

③相对人必须遵守和实际履行行政行为规定的义务;

④行政行为在行政复议或诉讼期间不停止执行。

- A. ①② B. ②③④
C. ③④ D. ①②③④

[答案] A

[考点] 行政行为的效力

[解析] 行政行为的效力包括公定力、确定力、拘束力和执行力。行政行为的确定力是

指行政行为一经作出并发生法律效力后,非经法定程序,该行政行为不得被任意撤销或者变更。本题中①项是对相对人提出的要求,②项是对行政主体提出的要求,都符合确定力的含义,③项中,相对人负有必须遵守和履行的义务是行政行为拘束力的体现,④项中,复议、诉讼不停止执行是行政行为公定力(也称先定力)的体现。故A为应选项。

[难度系数] * *

(二)多项选择题

1. 关于规章制定,下列说法哪些是正确的?
(2003年试卷二第76题)

A. 起草的规章直接涉及公民切身利益的,起草单位必须举行听证会

B. 部门规章送审稿,由国务院法制机构统一审查

C. 除特殊情况外,规章应当自公布之日起30日后施行

D. 规章应当自公布之日起30日内,由法制机构依法报有关机关备案

[答案] CD

[考点] 规章的制定程序

[解析] 《立法法》第74条规定:“国务院部门规章和地方政府规章的制定程序,参照本法第三章的规定,由国务院规定。”为此,国务院2001年11月16日以国务院令(第322号)发布了于2002年1月1日生效的《规章制定程序条例》,该条例对规章的制定程序作出了具体的规定。

关于规章起草阶段的听证程序,国务院《规章制定程序条例》第15条规定:“起草的规章直接涉及公民、法人或者其他组织切身利益,有关机关、组织或者公民对其有重大意见分歧的,应当向社会公布,征求社会各界的意见;起草单位也可以举行听证会。”可见,依本条规定,除起草的规章直接涉及公民切身利益之外,还需要有关方面对其有重大意见分歧;并且起草单位依法是“也可以”举行听证会而不是“应当”举行听证会,即听证会并非法定必经程序,因此A项错误,不应入选。

关于规章的送审制度,《规章制定程序条例》第18条第1款规定:“规章送审稿由法制机构负责统一审查。”此处的法制机构是指作为规章制定主体的行政机关中的法制机构。根据本法第11条规定,具体负责规章制定工作的是“国务院部门法制机构,省、自治区、直辖市和较大的市的人民政府法制机构(以下简称法制机构)”。可见,部门规章送审稿,依法应由该部门的法制机构负责审查,而不是由国务院法制机构统一审查。因此B项错误,不应入选。关于B项,考生应当理解,国务院部门作为规章立法权的主体,本身就有权决定和发布规章,其制定的规章依法只需向国务院备案,而不需由国务院审查其内容。应由国务院法制机构负责审查的是行政法规的送审稿。对此,《立法法》第59条第1款规定:“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。”考生应当注意区别规章和行政法规在制定主体和有关程序上的不同。

关于规章的公布和施行,《规章制定程序条例》第32条规定:“规章应当自公布之日起30日后施行;但是,涉及国家安全、外汇汇率、货币政策的确定以及公布后不立即施行将有碍规章施行的,可以自公布之日起施行。”可见,除法定特殊情况外,规章应当自公布之日起30日后施行。因此C项正确,为应选项。

关于规章的备案制度,《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。”可见,规章应当自公布之日起30日内由法制机构依法报有关机关备案。因此D项正确,为应选项。

国务院《规章制定程序条例》于2002年1月1日生效,是一部较新的行政法规,虽未列入2003年司法考试的必读法律法规之列,但本题的考查提醒我们,对于指定汇编虽未收入但与大纲内容有密切联系的重要法律法规,复习中涉及时也要有必要的了解和掌握。

[难度系数] * *

2. 按照《立法法》和相关法律的规定,下列哪些机关或者机构具有制定规章的权力?(2003年试卷二第77题)

- A. 国务院办公厅
- B. 国家体育总局
- C. 国务院法制办公室
- D. 审计署

[答案] BD

[考点] 规章的制定权

[解析] 关于规章制定权的主体,《立法法》第71条第1款规定:“国务院各部、委员会、中国人民银行、审计署和具有行政管理职能的直属机构,可以根据法律和国务院的行政法规、决定、命令,在本部门的权限范围内,制定规章。”可见,国务院各部委、中国人民银行、审计署和国务院直属机构依法都具有制定规章的权力。

本题中,国务院办公厅和国务院法制办公室都属于国务院的内部行政机构,不是独立的行政主体,没有对外作出行政行为的权能,当然更不具有制定规章的权力。因此AC项均不应入选。B项国家体育总局属于国务院直属局,具有国家体育事务方面的行政管理职能,依上引立法法的规定,在本部门权限范围内有权制定规章。因此B项正确,为应选项。至于D项审计署,是《立法法》第71条所明文规定的规章制定权的主体之一,因此当然为应选项。

[难度系数] *

3. 关于行政机关和机构的设立,下列哪些说法是不正确的?(2002年试卷二第69题)

- A. 经国务院批准,省人民政府可以设立行政公署
- B. 经市公安局批准,县公安局可以设立派出所
- C. 经全国人大常委会批准,国务院可以设立直属机构
- D. 经市人民政府批准,县人民政府可以设立区公所

[答案] BCD

[考点] 行政机关和机构的设立

[解析] 注意本题是选非题。

《地方组织法》第68条规定:“省、自治区的人民政府在必要的时候,经国务院批准,可以设立若干派出机关。”

县、自治县的人民政府在必要的时候,经省、自治区、直辖市的人民政府批准,可以设立若干区公所,作为它的派出机关。

市辖区、不设区的市的人民政府,经上一级人民政府批准,可以设立若干街道办事处,作为它的派出机关。”

行政公署是省级人民政府的派出机关,根据上引法条第1款,其设立由国务院批准,A项正确。区公所是县级人民政府的派出机关,根据上引法条第2款,其设立由省级人民政府批准,故D项不正确,为应选项。

又据《国务院组织法》第11条规定:“国务院可以根据工作需要和精简的原则,设立若干直属机构主管各项专门业务,设立若干办事机构协助总理办理专门事项。……”可见国务院设立直属机构得到法律的直接授权,无须经全国人大常委会批准。故C项不正确,为应选项。

又据《公安派出所组织条例》第1条规定:“……市、县公安局可以在辖区内设立公安派出所。公安派出所是市、县公安局管理治安工作的派出机关。”可见县公安局依法可以在辖区内设立公安派出所,无须经市公安局批准。故B项不正确,为应选项。

[难度系数] **

4. 刘某因超载被公路管理机关执法人员李某拦截,李某口头作出罚款200元的处罚决定,并要求当场缴纳。刘某要求出具书面处罚决定和罚款收据,李某认为其要求属于强词夺理,拒绝听取其申辩。关于该处罚决定,下列哪些说法是错误的?(2002年试卷二第75题)

- A. 该处罚决定不成立,刘某可以拒绝
- B. 该处罚决定违法,刘某缴纳罚款后可以

申请复议或者提起诉讼

C. 该处罚决定不成立,刘某缴纳罚款后可以申请复议或者提起诉讼

D. 该处罚决定无效,刘某可以拒绝

[答案] BD

[考点] 行政行为的成立、生效与合法要件

[解析] 《行政处罚法》第33条规定:“违法事实确凿并有法定依据,对公民处以五十元以下、对法人或者其他组织处以一千元以下罚款或者警告的行政处罚的,可以当场作出行政处罚决定。……”第34条规定:“执法人员当场作出行政处罚决定的,应当向当事人出示执法身份证件,填写预定格式、编有号码的行政处罚决定书。行政处罚决定书应当当场交付当事人。”第49条规定:“行政机关及其执法人员当场收缴罚款的,必须向当事人出具省、自治区、直辖市财政部门统一制发的罚款收据;不出具财政部门统一制发的罚款收据的,当事人有权拒绝缴纳罚款。”

因此,本案中执法人员当场口头作出罚款200元的处罚决定,且不依法出具书面处罚决定和罚款收据,属于严重的程序违法。但同时还应注意同法第41条规定:行政机关及其执法人员在作出行政处罚决定之前,不依照本法第31条、第32条的规定向当事人告知给予行政处罚的事实、理由和依据,或者拒绝听取当事人的陈述、申辩,行政处罚决定不能成立;当事人放弃陈述或者申辩权利的除外。据此,该处罚行为虽然程序违法,但由于执法人员拒绝听取当事人的陈述、申辩,已经导致行政处罚决定依法不能成立。既然不满足成立的法定形式要件,则法律上尚不存在该具体行政行为,违法或无效这些进一步判定的问题就更谈不上了。在此情形下,相对人有权拒绝接受处罚,也可以提起诉讼或复议。因此本题应判定为行政处罚决定不成立处理,AC项正确,BD项应选。

此题理论性较强。

[难度系数] * * *

5. 依照有关法律规定,具有法人资格的社

会团体应当自批准成立之日起60日内向登记管理机关备案,登记管理机关自收到备案文件之日起30日内发给《社团登记证书》。社团登记管理机关的上述行为是下列哪种行为?(1999年试卷一第49题)

A. 依职权行政行为

B. 要式行政行为

C. 自由裁量行政行为

D. 羁束行政行为

[答案] BD

[考点] 行政行为的分类

[解析] A项中,社会团体应当先向登记管理机关递交备案文件,登记管理机关收到备案文件后才发给《社团登记证书》,而不是依职权主动发给证书,所以该行为为依申请的行政行为,不是依职权的行政行为。

B项要式行政行为与非要式行政行为相对,是指必须具备法定形式要件才能发生法律效力行政行为。本题中社团登记管理机关的行为依法必须以颁发《社团登记证书》的形式作为,所以是要式行政行为。B为应选项。

CD项自由裁量行政行为与羁束行政行为相对,是指行政机关没有自由选择的余地,只能严格依照法律规定的范围、条件、形式、程度、方法等作出行政行为。本题中依法律规定,社团登记管理机关收到备案文件后必须发给《社团登记证书》,没有其他选择的余地,故为羁束行政行为而非自由裁量行政行为。D为应选项。

[难度系数] *

6. 下列的哪些组织不享有行政主体资格?(1998年试卷一第50题)

A. 接受乡政府委托从事计划生育管理工作的村委会

B. 税务局稽查大队

C. 国家工商行政管理局商标评审委员会

D. 市政府行政复议办公室

[答案] ABD

[考点] 行政主体资格

[解析] 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。通过这个概念可以看出构成行政主体需要具备权(行政职权)、名(以自己的名义)和责(自己承担法律责任)三个要件。由此可见:

A项中,村委会接受乡政府委托从事计划生育管理工作,属于被委托的组织,被委托的组织是以委托者的名义而不是以自己的名义行使行政职权,不能自己对外承担法律责任,因而不具有行政主体资格。

B项中的税务局稽查大队和D项中的市政府行政复议办公室都是内部组织,它们都不以自己的名义对外行使行政职权,前者是以税务局的名义,后者是以市政府的名义对外作出决定,同时它们自己也不能对外承担法律责任,故不享有行政主体资格。

C项商标评审委员会是《商标法》授权的组织,它以自己的名义行使法律授予的处理商标争议的职权,并自己承担由于行使职权而引起的法律责任。因此,商标评审委员会依法享有行政主体的资格。

注意本题是选非题。

【难度系数】 **

7. 下列哪些活动形成的关系属于行政法律关系?(1998年试卷一第81题)

- A. 公安局给所属干警纪律处分
- B. 税务局干部上街宣传税法
- C. 财政局取消不合法的收费项目
- D. 人民法院审查工商局处罚决定

【答案】 ACD

【考点】 行政法律关系

【解析】 行政法律关系是指由行政法规范所调整的行政关系,一般包括内部行政法律关系、行政管理法律关系和监督行政法律关系三大类。本题A项公安局给所属干警纪律处分属于内部行政法律关系;C项是行政管理法律关系中的抽象行政法律关系,财政局是行政主体,行政相对方是不特定的多数人;D项是监督行政法律关系中的行政诉讼法律关系,以司法

机关为监督主体。因此,三项皆为应选项。B项不是行政法律关系,因为税务局干部上街宣传税法属于法制宣传活动,不具有行政管理或监督行政管理的内容,不是税务局行使法定职权、职责的活动,不属行政法规范的调整范围,所以不应选。

【难度系数】 **

(三)不定项选择题

根据行政法学对行政机关的分类理论,下列哪些选项是正确的表述?(1999年试卷一第76题)

- A. 乡政府是一般权限行政机关
- B. 地区行署是省政府的派出机关
- C. 审计局是专业性行政机关
- D. 国家税务总局是国务院的工作部门

【答案】 AB

【考点】 行政机关的分类

【解析】 关于A项,根据行政机关权限的性质,行政机关分为一般权限行政机关与部门权限行政机关。一般权限行政机关是指权限全面,涉及各个行政领域和各种行政事务的行政机关,如国务院和地方各级人民政府;而部门权限行政机关是指权限仅涉及特定行政领域和特定行政事项的行政机关,如国务院各部委、地方人民政府的各工作部门。A项乡政府是基层人民政府,所以应为一般权限行政机关。A项正确。

B项地区行署不是一级人民政府,而是省政府的派出机关,其他政府派出机关还有区公所和街道办事处。所以B项也正确。

C项审计局所管理的客体是综合性的、跨部门、跨行业的行政机关,因而是职能性行政机关,而不是专业性行政机关。后者管理的客体是专门性、部门性和行业性的,如铁路局、卫生管理局等。所以C项错误。对不熟悉职能性行政机关和专业性行政机关的区分的考生,本项易选错。

D项国家税务总局是国务院的直属机关,而不是其工作部门。故D项也错误。

【难度系数】 ***

(四)已考考点及已考法条归纳

考查次数	已考考点	已考法条
*	行政法律关系	
*	行政机关和机构的设立	《地方组织法》第 68 条 《国务院组织法》第 11 条
*	行政机关的分类	
*	行政主体资格	
*	行政行为的从属性	
**	行政行为的分类	
****	行政行为的成立和生效要件	《行政处罚法》第 3、34、41、49 条
**	行政行为的效力	
*	行政行为的法律意义	
*	行政许可和行政确认	
*	地方性法规的审查	《立法法》第 90 条
*	规章的制定程序	《立法法》第 59、74 条 《规章制定程序条例》第 15、18、32、34 条
*	规章的制定权	《立法法》第 71 条

二、行政处罚法

(一)单项选择题

1. 李某自 1997 年 4 月起开始非法制造、贩卖匕首,至次年 1 月停止。1998 年 8 月公安机关根据举报发现了李某的违法行为。下列哪一种说法是正确的?(2003 年试卷二第 26 题)

- A. 对李某违法行为的追究时效应从 1997 年 4 月起算
- B. 公安机关不应对李某予以处罚
- C. 李某系主动停止违法行为,可以从轻处罚
- D. 若李某配合查处违法行为,应当减轻处罚

[答案] B

[考点] 行政处罚的追究时效

[解析] 关于行政处罚的追究时效,《行政处罚法》第 29 条规定:“违法行为在二年内未被发现的,不再给予行政处罚。法律另有规定的除外。前款规定的期限,从违法行为发生之日起计算;违法行为有连续或者继续状态的,从行

为终了之日起计算。”另外,对于违反治安管理行为的追究时效,我国《治安管理处罚条例》第 18 条规定:“违反治安管理行为在六个月内公安机关没有发现的,不再处罚。前款期限从违反治安管理行为发生之日起计算,违反治安管理行为有连续或者继续状态的,从行为终了之日起计算。”可见,根据《行政处罚法》的规定,一般违法行为的追究时效为 2 年,但对于违反治安管理行为的追究时效,应适用《治安管理处罚条例》的特别规定,即为 6 个月。

根据《治安管理处罚条例》第 20 条第(3)项规定,非法制造、贩卖、携带匕首等管制刀具的,属于妨害公共安全行为,处 15 日以下拘留、200 元以下罚款或者警告。可见,本题中李某非法制造、贩卖匕首属于违反治安管理行为,追究时效依法应为 6 个月。李某的违法行为自 1997 年 4 月开始延续至次年 1 月停止,根据上引《治安管理处罚条例》第 18 条第 2 款的规定,行为有连续或者继续状态的,追究时效从行为终了之日起计算,因此对李某违法行为的追究时效应从 1998 年 1 月起算,至 1998 年 7 月为止,可知 A 项错误。又因公安机关于 1998 年 8 月始发现李某的违法行为,已超过法律规定的追究时效,因此公安机关不应再对李某予以处罚,可见 B 项正确,为应选项。

本题 CD 项均为干扰项,既然公安机关依法不应对李某予以处罚,也就不再存在从轻、减轻处罚的问题。

[难度系数] ***

2. 王某回国携带应申报物品而未向海关申报,海关认定王某的行为构成走私,对王某作出没收物品,并罚款 1000 元人民币的处罚。海关的上述处罚是否正确?(2000 年试卷一第 22 题)

- A. 是错误的,只能实施没收物品的处罚
- B. 是错误的,只能实施罚款 1000 元的处罚
- C. 是错误的,只能在没收与罚款中选择一种实施处罚
- D. 是正确的,不违反一事不再罚的原则

【答案】 D

【考点】 一事不再罚原则的含义

【解析】 “一事不再罚”原则是指针对相对人的同一个违法行为,不能给予两次以上同一种类的行政处罚。这里的两次以上是指次数时间先后上的重复,不能一罚再罚,而不是指多种责任种类不能并科。本题中海关没收走私物品和罚款 1000 元人民币,是针对其违法行为的性质作出的包含两种不同责任形式的一次处罚,两种不同种类的处罚分别起到了抵消其违法后果和对其实施法律制裁的作用,这种罚种上的并处与重复处罚意义上的再罚不同,因此不违反“一事不再罚”的原则。

解答本题关键在于正确理解“一事”和“再罚”的含义。

【难度系数】 **

3. 行政机关对于重大违法行为给予较重的行政处罚时,在证据可能灭失的情况下,下列选项哪个是正确的?(1999 年试卷一第 33 题)

A. 经行政机关负责人批准,可以先行封存证据

B. 经行政机关集体讨论决定,可以先行扣押证据

C. 经行政机关负责人批准,可以先行登记保存证据

D. 经行政机关负责人批准,可以先行登记提存证据

【答案】 C

【考点】 行政处罚决定程序中证据的保全

【解析】 《行政处罚法》第 37 条第 2 款规定:行政机关在收集证据时,可以采取抽样取证的方法;在证据可能灭失或者以后难以取得的情况下,经行政机关负责人批准,可以先行登记保存,并应当在 7 日内及时作出处理决定,在此期间,当事人或者有关人员不得销毁或者转移证据。本题即法条的直接适用,可见 C 为应选项。

AB 两项的封存和扣押属于对财产的行政强制执行措施,其直接目的是为了阻止当事人转移、隐匿财产,而不是为了搜集和保全证据;

D 项中的提存是民法中的术语,是指由于债权人的原因无法交付债的标的物时,债务人以将债的标的物提交有关机关保存的形式履行债务,从而消灭债权债务关系的民事法律制度,与证据保全无关。

本题提醒我们要注意相似制度和概念的区别应用。

【难度系数】 ***

4. 某直辖市人民政府根据国务院的授权,决定由城建规划局统一行使有关行政机关的行政处罚权,但下列哪一项职权是根据《行政处罚法》的规定不能由城建规划局行使的?(1998 年试卷一第 13 题)

A. 环境保护局的罚款权

B. 工商行政管理局的吊销营业执照权

C. 土地管理局的没收权

D. 公安局的拘留权

【答案】 D

【考点】 行政处罚权的行使

【解析】 《行政处罚法》第 16 条规定:“国务院或者经国务院授权的省、自治区、直辖市人民政府可以决定一个行政机关行使有关行政机关的行政处罚权,但限制人身自由的行政处罚权只能由公安机关行使。”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。”

可见,只有 D 项行政拘留权是由《行政处罚法》明确规定保留给公安机关专属行使的权力,其他任何行政机关都无权行使。这是因为行政拘留是对公民的基本权利——人身自由的剥夺,因此其行使主体的范围应当受到特别严格的限制,不能随便授予。

本题是上引第 16 条规定的授予某一行政机关综合处罚权的情形,被授权的行政机关依法有权实施除拘留权外的行政处罚权,因此 ABC 项的权利均可由其行使。

【难度系数】 *

(二)多项选择题

1. 我国《种子法》规定,违法经营、推广应当审定而未经审定的种子的,可处以 1 万元

以上5万元以下罚款。某省人民政府在其制定的《某省种子法实施办法》中规定,违法经营、推广应当审定而未经审定通过的种子的,可处以3万元以上5万元以下罚款。下列说法哪些是正确的?(2003年试卷二第70题)

A.《实施办法》超越了《种子法》的规定,无效

B.《实施办法》没有超越《种子法》的规定,有效

C.国务院若认为《实施办法》超越了《种子法》的规定,有权予以撤销

D.受处罚人不服处罚申请行政复议的同时,可以对《实施办法》一并请求审查

[答案] AC

[考点] 地方政府规章的行政处罚设定权限

[解析] 关于地方政府的规章立法权限,《立法法》第73条规定:“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。地方政府规章可以就下列事项作出规定:(一)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)属于本行政区域的具体行政管理事项。”因此,本题中某省人民政府为执行我国《种子法》的规定,制定《某省种子法实施办法》,该《办法》符合立法法关于地方政府规章的制定规定,依法应属于地方政府规章。

该省人民政府在其制定的《某省种子法实施办法》中规定了有关罚款事项。关于地方政府规章的行政处罚设定权限,《行政处罚法》第13条规定:“省、自治区、直辖市人民政府和省、自治区人民政府所在地的市人民政府以及经国务院批准的较大的市人民政府制定的规章可以在法律、法规规定的给予行政处罚的行为、种类和幅度的范围内作出具体规定。尚未制定法律、法规的,前款规定的人民政府制定的规章对违反行政管理秩序的行为,可以设定警告或者一定数量罚款的行政处罚。罚款的限额由省、自治区、直辖市人民代表大会常务委员会规定。”可见,为执行法律、法规而制定的地方政府

规章,只能在法律、法规规定的给予行政处罚的行为、种类和幅度的范围内作出具体规定。本题中,我国《种子法》规定,违法经营、推广应当审定而未经审定通过的种子的,可处以1万元以上5万元以下罚款;而该省政府规章中规定对同样事由可处以3万元以上5万元以下罚款。对于二者的不一致,作者认为,虽然该规章对罚款的最低限额有所提高,但是仍在《种子法》规定的罚款裁量幅度以内,并未超出法定的罚款上下限。因此,该规章并未违反“在法律、法规规定的给予行政处罚的行为、种类和幅度的范围内作出具体规定”的要求,依法应属有效。然而,本题经公布的答案却选择了A项而非B项,即认为《实施办法》超越了《种子法》的规定而无效。作者以为,此种观点有待商榷。

本题C项是考查对地方政府规章的撤销权。根据《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:……(三)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;”可见,国务院若认为《实施办法》超越了《种子法》的规定,有权予以撤销。因此C项正确,为应选项。

关于D项,根据《行政复议法》第7条规定:“公民、法人或者其他组织认为行政机关的具体行政行为所依据的下列规定不合法,在对具体行政行为申请行政复议时,可以一并向行政复议机关提出对该规定的审查申请:(一)国务院部门的规定;(二)县级以上地方各级人民政府及其工作部门的规定;(三)乡、镇人民政府的规定。前款所列规定不含国务院部、委员会规章和地方人民政府规章。规章的审查依照法律、行政法规办理。”可见,依法可以提起行政复议附带审查的规定中不包括规章。事实上,该项复议附带审查制度只限于对规章以下规范性文件合法性审查。由于本题中的《实施办法》属于省级人民政府规章,所以受处罚人不服而申请行政复议时,不能对《实施办法》一并请求审查。因此D项不应选。

[难度系数] ***

2. 申某家住甲地,在乙地制作盗版光盘经过丙地运输到丁地进行销售。对申某的违法行为要进行处罚,谁有管辖权?(2000年试卷一第58题)

- A. 甲地依法享有处罚权的行政机关
- B. 乙地依法享有处罚权的行政机关
- C. 丙地依法享有处罚权的行政机关
- D. 丁地依法享有处罚权的行政机关

[答案] BCD

[考点] 行政处罚的管辖

[解析] 《行政处罚法》第20条规定:“行政处罚由违法行为发生地的县级以上地方人民政府具有行政处罚权的行政机关管辖。法律、行政法规另有规定的除外。”本题中,乙地是制作盗版光盘的违法行为发生地,丙地是运输盗版光盘的违法行为发生地,丁地是销售盗版光盘的违法行为发生地,故三地的具有行政处罚权的行政机关都有管辖权,BCD均为应选项。

A项甲地是申某的住所地,不是违法行为发生地。

本题提醒我们应注意区分行政和民事、刑事案件中关于管辖权规定的区别。

[难度系数] **

3. 我国的行政执法人员可依行政处罚简易程序进行执法活动,下列选项哪些体现了该程序的特点?(1999年试卷一第64题)

- A. 可以口头作出处罚决定
- B. 可以当场作出处罚决定
- C. 可以不表明身份
- D. 可以少于两人

[答案] BD

[考点] 行政处罚简易程序

[解析] 简易程序与一般程序相对,是针对比较简单的案件设计的简便易行的处罚程序,又称当场处罚程序。

《行政处罚法》对当场处罚的规定见第33条:违法事实确凿并有法定依据,对公民处以50元以下、对法人或者其他组织处以1000元以下罚款或者警告的行政处罚的,可以当场作出行政处罚决定。所以,B项正确,为应选项。

又同法第34条规定:执法人员当场作出行政处罚决定的,应当向当事人出示执法身份证件,填写预定格式、编有号码的行政处罚决定书。行政处罚决定书应当当场交付当事人。可见,当场处罚也必须表明执法人员身份,并出具书面的行政处罚决定书。据此可排除AC项。

同时,相比较于同法第37条对一般程序作出的规定:行政机关在调查或者进行检查时,执法人员不得少于两人,并应当向当事人或者有关人员出示证件。询问或者检查应当制作笔录。可见,一般程序明确要求执法人员不得少于两人,而简易程序对人数未作限制,以此可推断依简易程序当场处罚时执法人员可以少于两人。所以D项也正确。从执法实践看,适用简易程序作出行政处罚决定的案件多是突发性事件,允许执法人员可以少于两人的做法更适应这种灵活性和效率性的要求。

[难度系数] ***

4. 当事人逾期不履行行政处罚决定的,作出处罚决定的行政机关可以采取的措施有哪些?(1999年试卷一第70题)

- A. 每日按罚款数额的3%加处罚款
- B. 依法拍卖查封扣押的财产
- C. 划拨冻结的存款
- D. 申请法院强制执行

[答案] BCD

[考点] 行政强制执行的措施

[解析] 《行政处罚法》第51条规定:“当事人逾期不履行行政处罚决定的,作出行政处罚决定的行政机关可以采取下列措施:

(一)到期不缴纳罚款的,每日按罚款数额的百分之三加处罚款;

(二)根据法律规定,将查封、扣押的财物拍卖或者将冻结的存款划拨抵缴罚款;

(三)申请人民法院强制执行。”

可见,B项拍卖查封扣押的财产和C项划拨冻结的存款以及D项申请法院强制执行均为处罚机关依法可采取的措施。A项的错误在于滞纳金的比率应为3%而不是3‰。

本题提醒我们要注意到法条规定的重要细