

· 2011年版 ·



GUOJIASIFAKAOSHI

国家司法考试

行政法与行政诉讼法要义

吴 鹏/编著



中国政法大学出版社



2011年版

国家司法考试

行政法与行政诉讼法要义



中国政法大学出版社

2011·北京

图书在版编目 (CIP) 数据

国家司法考试行政法与行政诉讼法要义: 2011年版 / 吴鹏编著. —北京: 中国政法大学出版社, 2011. 4

ISBN 978-7-5620-3928-0

I. 国… II. 吴… III. ①行政法-中国-法律工作者-资格考试-自学参考资料②行政诉讼法-中国-法律工作者-资格考试-自学参考资料 IV. D922. 1

中国版本图书馆CIP数据核字 (2011) 第064396号

书 名 国家司法考试行政法与行政诉讼法要义

GUOJIA SIFA KAOSHI XINGZHENGFA YU XINGZHENG SUSONGFA YAOYI

出版发行 中国政法大学出版社 (北京市海淀区西土城路 25 号)

北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088 fada.sf@sohu.com

<http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)

(010) 58908433 (编辑部) 58908325 (发行部) 58908334 (邮购部)

承 印 固安华明印刷厂

规 格 787 × 1092mm 1/16

印 张 13.75

字 数 300 千字

版 本 2011 年 5 月第 1 版 2011 年 5 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978-7-5620-3928-0/D · 3888

定 价 22.00 元

声 明 1. 版权所有, 侵权必究。

2. 如有缺页、倒装问题, 由印刷厂负责退换。

前言

Preface

一、行政法的总体结构

行政法的总体逻辑是：首先，官管民，即行政管理，行政主体（官）对行政相对人（民）作出行政行为（事）。其次，民告官，如果发生行政争议，“民”对“官”可以通过行政复议、行政诉讼、行政赔偿三种途径来寻求救济。通俗地说，行政法就是六个字：“官管民，民告官”。

在以上四个程序（行政管理、行政复议、行政诉讼、行政赔偿）中，“官”、“民”、“事”是基本一致的，只是名称发生了变化。“民”在行政管理中叫“行政相对人”，在行政复议中叫“申请人”，在行政诉讼中叫“原告”，在行政赔偿中叫“赔偿请求人”；“官”在行政管理中叫“行政主体”，在行政复议中叫“被申请人”，在行政诉讼中叫“被告”，在行政赔偿中叫“赔偿义务机关”；“事”主要表现为“具体行政行为”，属于行政复议受案范围、行政诉讼受案范围、行政赔偿范围。一句话，“两个人一件事，四个程序统一”。即行政法的总体结构：214→2个人、1件事、4个程序。

如下表所示：

	程序	官	民	事
官管民	行政管理	行政主体	相对人	行政行为
民告官	行政复议	被申请人	申请人	行政行为
	行政诉讼	被告	原告	行政行为
	行政赔偿	赔偿义务机关	赔偿请求人	行政行为

二、行政法的命题特点

行政法在司法考试中的分值比例一般为10%，60分左右。其中客观题一般是40分，主观题一般是20分左右。2006年行政法因为出现论述题，分值高达75分。作为“五大法”之一，行政法在司法考试中的地位不可小视。

在行政法体系内部，行政处罚法、行政许可法、行政复议法、行政诉讼法和国家赔偿法集中了绝大部分考题，尤其是行政诉讼法，号称是行政法考试的“半壁江山”，占一半左右的分值。

行政法的命题，有几个特点：①综合性。考单一法律、单一法条的题目越来越少，越来越多的题目涉及一部法律的几个法条，甚至是几部法律的几个法条。综合性也是整个司法考试的命题趋势。②理论性。近年来的考试加强了对行政法理论的考查，如2003年司法考试卷四的论述题，要求用行政的合法性与合理性原则分析一个案例，2006年再次考

了一道合法性、合理性原则的论述题，2007年考了信赖保护原则，2010年又考了一道合法性、合理性的论述题。很多考题没有法条依据，直接考查法理。即使是有法条依据的题目，也不是简单考查法条的记忆，而是着重考查法条背后的法理依据。③应用性。与过去简单地根据法条设计试题不同，越来越多的试题直接根据真实的案例改编而成，尤其是论述题。2003年的论述题就照搬了广东省的一个案例。行政法与现实结合非常紧密，涉及大量热点问题，考论述题的可能性比较大。

考生普遍反映，行政法是“天下第一难考”中最难的科目，是难上加难。行政法理论性强，不好理解，也不好记忆。好容易理解记住了，题目又做不对，因为综合性、应用性太强。考生的问题主要有三个：①不熟理论。不熟悉法理学、宪法，对行政法特有的逻辑规律没有把握。比如“控权法”思想，行政法是控制行政权、保障公民权的法，不理解这一点就不可能理解法律条文。不理解，当然就记不住，也就不会用。②不懂实践。不熟悉行政机关的体系和行政行为运作的模式，对于行政活动的实践没有“感觉”。比如行政机关之间的关系、工作部门的职能等等，十分的混乱和庞杂。即使是生活中经常见到的行政机关和行政行为，人们也难以准确地说出一二三来。③不愿动手。行政法的理论和实践问题，要想在短时间内突破，没有针对性训练一定不行。很多考生做题太少，没有形成行政法思维，考试时，对题目就是没感觉，只好瞎撞瞎编，甚至干脆放弃。

三、2011年复习要旨

行政法虽然难学，但是决不能灰心放弃。工欲善其事，必先利其器。只要掌握窍门，加强训练，行政法考一个好分数还是不难的。

1. 划分阶段。行政法最重要的资料有三个：一是教材，二是法条，三是真题。对这三个资料，考生要把时间分为三个阶段，每个阶段各有重点。第一阶段，以教材为主，兼顾法条，主要是理清体系和原理，形成知识框架。第二阶段，以法条为主，教材为辅，大量做题，目的是落实细节、加强应用。第三阶段，以法条为主，研究真题，目的是强化法条记忆、提高解题技巧。教材方面，建议考生买辅导名师的讲义，体系化和实用性比官方用书要强许多。这里强调指出，贯穿三个阶段、三个材料的红线是“考点”，即常考的知识点。不论哪个阶段，也不论哪本材料，考生都要弄清考点，把常考的知识点弄透。准备司法考试就是准备考点，三个阶段循序渐进，三个材料反复学习，落脚点都在考点上。

2. 弄清体系。从总体上说，行政法可以分为五个部分：行政主体、行政行为、行政复议、行政诉讼与国家赔偿。①行政主体、行政行为可以称为行政法的总论，它们不是命题的直接重点，往往被忽略，但这恰恰是考生最大的误区。因为总论是基础，理论基础没有打好，应用部分就无从谈起。作为理论基础，行政主体和行政行为的内容必须牢牢掌握。②行政复议、行政诉讼、国家赔偿，可以称为行政法的分论，属于行政救济法，是命题的直接重点。对于这三个部分，要弄清楚它们之间的共性。比如，行政复议和行政诉讼在当事人、受案范围、证据、决定（判决）等方面是基本一致的，而国家赔偿也有与行政复议、行政诉讼相同或相似的部分，比较一下更容易理解和记忆。此外，对比行政诉讼法和民事诉讼法，也能提高学习的效果。

3. 抓大放小。准备司法考试不可能面面俱到，所以要在全面的基础上抓重点，“全面撒网，重点捕鱼”。从历年真题中可以看出，行政法中的重点法律是《立法法》、《行政处罚法》、《行政许可法》、《行政复议法》、《行政诉讼法》及其解释、《国家赔偿法》及其解

释，要重点突破。至于《公务员法》、《政府信息公开条例》、《行政法规制定程序条例》、《规章制定程序条例》，是非重点法律，但也要理解记忆，因为近年都有6分左右的考题。对于重点和非重点的法律，都要进一步找出重点内容，重点掌握，同时熟悉法条背后所隐含的理论。我一贯反对“重点法条”的提法，它误导考生只学习重点法条，其他的可以不管，这个思想看似功利实用，实则害人不浅。

4. 务虚务实。首先，要重视对行政法理论的学习。行政法与宪法、法理学的关系非常密切，理论性非常强。行政法是动态的宪法，同时也是充满哲学的学科。司法考试改变了过去偏重法条测试的做法，越来越强调理论知识的考查，前三卷客观题对“主观化”的强调，第四卷论述题、分析题等新题型的出现，都说明了这一点。其次，要重视对社会热点问题的关注，要了解行政机关的结构、行政行为的方式，要思考行政案件的特殊性，提高对行政法的感性认识。反复练习历年真题，耐心推敲历年真题，提高综合分析的能力，是务虚和务实相结合的好方法。题目不在于多而在于精，历年真题就足够了，但是要自己动脑子，不要只简单地看真题解析。

吴鹏

2011年5月

Contents

目录

行 政 法

第一章 行政法概述	/1	第六章 行政处罚	/56
第二章 行政组织与公务员	/8	第七章 行政强制	/72
第三章 抽象行政行为	/22	第八章 行政合同和行政给付	/75
第四章 具体行政行为概述	/31	第九章 行政程序与政府信息公开	/77
第五章 行政许可	/38	第十章 行政复议	/82

行 政 诉 讼 法

第十一章 行政诉讼概述	/103	第十七章 行政案件的裁判与执行	/175
第十二章 行政诉讼的受案范围	/107	第十八章 国家赔偿概述	/190
第十三章 行政诉讼的管辖	/118	第十九章 行政赔偿	/194
第十四章 行政诉讼参加人	/127	第二十章 司法赔偿	/200
第十五章 行政诉讼程序	/141	第二十一章 国家赔偿方式标准和费用	/207
第十六章 行政诉讼的特殊制度与规则	/151		

行政法

第一章 行政法概述

考点要述

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，它是贯穿行政法的一条红线，也是司法考试关注的重点，三次出现论述题——2003年30分、2006年35分、2007年25分，十分重要。

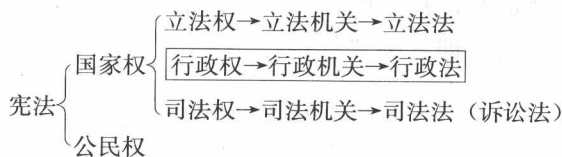
在这一部分，要理解行政法的“控权法”结构，即行政法是控制行政权、保障公民权的法，这是行政法的核心价值和突出特点。行政法就是围绕着“控权法”的思想展开的。

考点详述

一、行政法的基本概念

(一) 行政和行政法的概念

1. 行政法的概念。行政法是控制与规



2. 行政的概念。行政，即公共行政，是指行政机关行使行政权（公权力）实现行政职能的活动。这里的“行政机关”是个广义的概念，还包括被授权组织，即行使行政权的企事业单位、社会团体等组织。“公共行政”的反义词是私人行政，主要指企业内部的行政。

根据早期的三权分立学说，三个机关分别行使三个权力。随着社会的发展，行

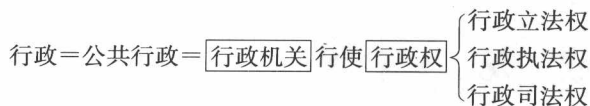
范行政权的法律规范的总称。

行政法的本质是“控权法”，即控制行政权、保障公民权。①宪法是“控权法”，控制国家权、保障公民权。②根据三权分立学说，国家权被一分为三，即立法权、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；制定行政法，控制行政权；制定司法法（诉讼法），控制司法权。

如下图所示：

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的标准，只要是行政机关行使公权力的活动就可以被认为是行政，无论它们是制定规则（行政立法）、执行规则（行政执法），还是裁决行政、民事纠纷（行政司法）。所以，行政权可进一步分化为三个权力，即行政立法权、行政执法权和行政司法权。

如下图所示：



(二) 行政法的基本内容

1. 行政法的结构之一：行政实体法、行政程序法和行政诉讼法。

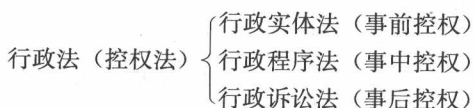
(1) 行政实体法，是“授权法”，即授予行政机关权力的法。行政机关行使权力，必须有法律的明确授权，“法无授权即禁止”（这与公民权恰恰相反，“法无禁止即自由”）。行政实体法是事前控权的法。

(2) 行政程序法，是“过程法”，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。如果行政机关违反了行政实体法、行政程序法的规定，相对人就可能提起行政诉讼，司法机关也就可能追究行政机关的违法责任。行政诉讼法是事后控权的法。

如下图所示：



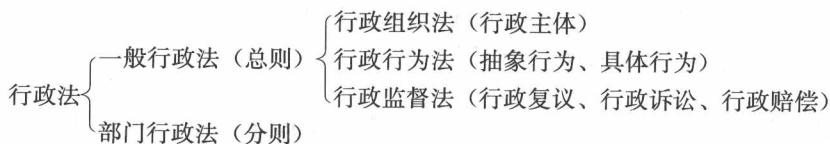
2. 行政法的结构之二：一般行政法（总则）和部门行政法（分则）。

(1) 一般行政法包括三个部分。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。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。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、卫生行政法等。部门行政法不属于司法考试的内容。

如下图所示：



二、行政法的法律渊源

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。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均不能成为我

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。

行政法法律渊源的主要种类：

1. 宪法，即 1982 年宪法。宪法与行政法有着最为密切的联系。宪法中关于行政机关的任务和原则、行政机关与其他国家机关的相互关系、行政机关组织和活动

的规定，均属于行政法的法律渊源。

2. 法律。包括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，是行政法主要的法律渊源。

3. 行政法规。指由国务院根据宪法和法律制定的规范性文件。

4. 地方性法规。指在不抵触上位法的前提下，由省、自治区、直辖市人大及其常委会发布的规范性文件（省法规），以及“较大的市”的人大及其常委会发布的规范性文件（市法规）。“较大的市”包括三种：①“省会市”，即省会所在地的市、自治区的首府；②“国批市”，即国务院批准的较大的市，共有 18 个；③“特区市”，即经济特区所在地的市，包括深圳、珠海、汕头、厦门 4 个。

5. 自治条例和单行条例。也称自治法规，指民族自治地方（自治区、自治州、自治县）的人大发布的规范性文件。自治

条例和单行条例可以依据当地民族的特点对法律和行政法规的规定作出变通规定。自治法规是一种特殊的地方性法规，自治区的自治法规相当于省法规，自治州、自治县的自治法规相当于市法规。

6. 规章。包括两种：①部门规章，是国务院组成部门和直属机构发布的规范性文件。②地方政府规章，是省、自治区和直辖市政府发布的规范性文件（省规章），以及“较大的市”的政府发布的规范性文件（市规章）。

7. 国际条约和协定。其中，WTO 协定和中国人世文件关于行政机关和其他有关机构权力义务的规定，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。

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的，由法定机关根据法定程序作出的解释，主要包括立法解释、司法解释、行政解释等。

如下表所示：

	宪法 法律 行政法规		
自治法规	地方性法规	地方政府规章	部门规章
自治区	省法规 1	省规章 1	部委、直属机构
自治州 自治县	市法规 3	市规章 3	

三、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。

（一）合法行政原则

合法行政原则，也称行政合法性原则，是指行政机关的活动必须遵守法律。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。

合法行政原则的内容包括：

1. 行政机关必须遵守现行有效的法律，即“依法行政”。首先，行政机关的任何决定和规定都不得与法律相抵触，否则就不能取得法律效力。其次，行政机关有义务积极执行和实施法律规定的职责，否则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，也称行政合理性原则，是指行政行为的内容要客观、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，禁止武断专横和随意。

合理行政原则，表现为以下三个原则：

1. 公平公正原则。要平等对待行政管理相对人，不偏私、不歧视。

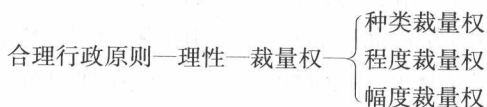
2. 考虑相关因素原则。作出行政决定和进行行政裁量，只能考虑符合立法授权

目的的各种因素，不得考虑不相关因素。

3. 比例原则。①合目的性，行政机关行使裁量权所采取的具体措施必须符合法律目的。②适当性，行政机关所选择的具体措施应当为法律所必需。③损害最小，行政机关可以采用多种方式实现某一行政目的，应当采用对当事人权益损害最小的方式。

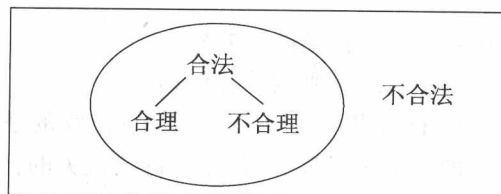
行政合理性涉及到行政裁量权。行政裁量权包括三个方面：种类裁量权、幅度裁量权和程度裁量权。

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，行政行为应当首先合法，然后再合理。所以，行政机关的行为包括三种状况：合法、合理；合法、不合理；不合法、不合理。但是，不存在“合理、不合法”的状况。

如下图所示：



（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。行政机关工作人员履行职责，与相对人存在利害关系时，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程序负担的，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,应当依法承担法律责任。

真题演练解析

1. 关于合理行政原则,下列哪一选项是正确的?(2008/2/46/单选)

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

简析 行政权的行使必须符合法律规定,“法无授权即禁止”,而公民权则是“法无禁止即自由”,所以合法行政原则是行政法的首要原则,是行政活动区分民事活动的主要标志,故A项错误。◎合理行政原则主要适用于行政机关的裁量权,强调行政行为不仅要合法,而且要公平、公正,是合法行政原则的深化,属于实质行政法治的范畴,故B项正确,C项错误。◎“行政机关发布的信息应准确”属于诚实守信原则,不是合理行政原则,故D项错误。

2. 关于行政法的比例原则,下列哪一说法是正确的?(2010/2/39/单选)

A. 是权责统一原则的基本内容之一

B. 主要适用于羁束行政行为

C. 是合法行政的必然要求

D. 属于实质行政法治范畴

简析 比例原则主要是对行政机关行使裁量权的要求,包括合目的性、适当性和损害最小。比例原则是合理行政基本原则之下的小原则,属于实质行政法治的范畴,尤其适用于裁量性行政行为。故BC项错误,D项正确。◎A项是错误的,因为权责统一原则的基本要求是行政权力和法律

责任的统一。

3. 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。)(2003/4/8/论述)

简析 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。这就涉及到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。交通新举措是否合乎上位法的规定,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。

4. 2002年7月,某港资企业投资2.7亿元人民币与内地某市自来水公司签订合作合同,经营该市污水处理。享有规章制定权的该市政府为此还专门制定了《污水处理专营管理办法》,对港方作出一系列承诺,并规定政府承担污水处理费优先支付和差额补足的义务,该办法至合作期结束时废止。

2005年2月市政府以合作项目系国家明令禁止的变相对外融资举债的“固定回报”项目,违反了《国务院办公厅关于妥善处理现有保证外方投资固定回报项目有关问题的通知》的精神,属于应清理、废止、撤销的范围为由,作出“关于废止《污水处理专营管理办法》的决定”,但并未将该决定告知合作公司和港方。港方认为市政府的做法不当,理由是:其一,国务院文件明确要求,各级政府对涉及固定回报的外商投资项目应“充分协商”、“妥善处理”,市政府事前不做充分论证,事后也不通知对方,违反了文件精神;其二,1998年9月国务院通知中已明令禁止审批新的“固定回报”项目,而污水处理合作项目是2002年经过市政府同意、省外经贸厅审批、原国家外经贸部备案后成立的手续齐全、程序合法的项目。

问题:(1)运用行政法原理对某市政府的上述做法进行评论;

(2)结合上述事件论述依法治国和公平正义的法治理念。(2006/4/5/论述)

简析——本题考点是合法行政与合理行政的关系。本案的关键点是法律冲突。①1998年9月国务院通知明令禁止审批新的固定回报项目,2002年7月市政府批准污水处理合作项目,市政府的行政许可是违法的。②市政府通过的规章违反了国务院的通知,抵触上位法的下位法是无效的,所以市政府的立法行为也是违法的,由此而对港方的承诺(行政合同)也是无效的。③2005年2月,市政府废止规章,事实上终止了行政合同,是不合理的。因为没有做充分论证,也没有充分协商。

【注意】本题问了两问,所以考生应当两答。但是很多考生只是简单围绕合法性原则、合理性原则一个问题阐述,没有注意到命题人要求回答两个问题。

5. 据报道,在城市建设中,有的政府部门发出有关土地使用的许可证照后,因法律、法规、规章的修改、废止,或城市规划修改等许可所依据的客观情况发生重大变化,为了公共利益而撤回已生效的许可。也曾有个别地方的政府部门在颁发土地使用证照过程中确有审查不严的问题,为弥补过错而以公共利益需要为由收回已生效的许可;或为了以更高价位将土地出让给他人,而以公共利益需要为由收回已生效的许可。请就上述情况,根据行政法有关原则,谈谈你的看法及建议。

答题要求:①观点明确,论证充分,逻辑严谨,文字通顺;②不少于500字。(2007/4/7/论述)

简析——本题的前半段叙述了有些行政机关为了维护公共利益,在行政许可条件变化后撤回行政许可;后半段介绍了个别行政机关以公共利益为幌子,违法撤销行政许可。题目要求根据行政法有关原则展开,辅导用书中提到了六个原则,与本题有关的主要是合法性、合理性原则,也涉及到诚实守信原则(包括信赖保护原则),考生

可以从中选择一个或几个原则作为回答问题的基准,但是最好用信赖保护原则作答。

【注意】本题的作答要分为两个部分:一是谈看法,二是提建议,缺一不可。

6. 近年来,为妥善化解行政争议,促进公民、法人或者其他组织与行政机关相互理解沟通,维护社会和谐稳定,全国各级法院积极探索运用协调、和解方式解决行政争议。2008年,最高人民法院发布《关于行政诉讼撤诉若干问题的规定》,从制度层面对行政诉讼的协调、和解工作机制作出规范,为促进行政争议双方和解,通过原告自愿撤诉实现“案结事了”提供了更大的空间。

近日,最高人民法院《人民法院工作年度报告(2009)》披露,“在2009年审结的行政诉讼案件中,通过加大协调力度,行政相对人与行政机关和解后撤诉的案件达43280件,占一审行政案件的35.91%”。

总体上看,法院的上述做法取得了较好的社会效果,赢得了公众和社会的认可。但也有人担心,普遍运用协调、和解方式解决行政争议,与行政诉讼法规定的合法

性审查原则不完全一致,也与行政诉讼的功能与作用不完全相符。

问题:请对运用协调、和解方式解决行政争议的做法等问题谈谈你的意见。

答题要求:①观点明确,逻辑严谨,说理充分,层次清晰,文字通畅;②字数不少于500字。(2010/4/7/论述)

简析——本题参照合法性、合理性原则作答。首先,最高人民法院的做法是合法的。有关行政事实的协调、和解,《行政诉讼法》第51条有规定:“人民法院对行政案件宣告判决或者裁定前,原告申请撤诉的,或者被告改变其所作的具体行政行为,原告同意并申请撤诉的,是否准许,由人民法院裁定。”最高人民法院还专门制定了《关于行政诉讼撤诉若干问题的规定》,健全和完善相关的制度。其次,最高法院的做法也是合理的,取得了较好的社会效果,赢得了公众和社会的认可。◎本题属于“开放式”题目,赞成或不赞成均可,但是从题目的文字表述上看,命题人的倾向性意见是希望考生赞成最高法院的做法。

第二章 行政组织与公务员

【考点要述】

本章主要是对行政主体的阐述。行政主体非常复杂，理论性强，头绪多，但是要理清行政法上的法律关系，首先就要弄清行政主体的基本概念和基本关系，2008、2009年《国务院行政机构设置和编制管理条例》、《地方各级人民政府机构设置和编制管理条例》成为新的考试热点。另外，要关注《公务员法》，这是每年必考的内容。2008年又增加了《行政机关公务员处分条例》，是新的考试重点。

【考点详述】

一、行政组织与行政主体

(一) 行政组织

行政组织是指以实现国家行政职能为目的，以行政职位为基本构成单位的组织。

行政组织包括两种：

1. 行政机关，是根据宪法和组织法成立的、行使行政权的组织，一般可以成为行政主体，依法对行政相对人作出行政行为。

2. 行政机构，是行政机关的内部机构，进行行政机关内部的管理，一般不能成为行政主体，除非得到法律、法规或规章的授权（变成了被授权组织）。

如下图所示：

行政组织 { 行政机关（对外）
行政机构（对内）

(二) 行政主体

1. 行政主体的概念。行政主体是指能够以自己的名义（名）行使行政职权（权）并承受行政法律后果（责）的组织。能够成为行政主体的包括行政机关和被授权

组织。^{〔1〕}

如下图所示：

行政主体（名、权、责） { 行政机关
被授权组织

2. 行政主体的特征。

(1) 名：必须以自己的名义。如果 A 行政机关以 B 行政机关的名义实施行政行为，那么基于委托代理关系，B 行政机关是行政主体，A 行政机关不是。

(2) 权：必须行使行政职权。立法机关、司法机关都不享有行政权，不是行政主体。其他社会组织，如企事业单位，一般不能成为行政主体，除非得到法律、法规或规章的授权（变成了被授权组织）。行政机关、被授权组织，只有在行使行政职权（公权力）的时候才是行政主体。如果行使私权力，就是民事主体。

(3) 责：必须能够承担法律后果。行政主体就是能承担法律责任、能当“被告”的组织。不能承担法律责任，就不是行政主体。比如，没有得到授权的行政机构就不是行政主体，因为其不能承担法律后果。

行政主体范畴的作用，是在行政管理、行政复议与行政诉讼中，设置一个代表国家的法律主体。名、权、责三个要素，是互相联系。有名就有权，以自己的名义行使行政权。有权就有责，权力总是伴随着责任。有名、有权、有责，就能做被告，就是行政主体。

3. 行政相对人。行政相对人，是指行政法律关系中与行政主体相对应的另一方

〔1〕 行政主体是一个理论概念，不是一个立法术语。立法上一般用行政机关代指行政主体。本书的讲解，很多时候也采用广义的行政机关概念。

当事人，即行政主体的行政行为影响其权益的利害关系人，包括公民、法人和其他组织。

“公民、法人和其他组织”隐含的意思是，能够成为行政相对人的，不分中国公民、外国人，也不分法人或者非法人组织。一句话，任何人、任何组织都可以成为行政相对人。

“影响”包括直接影响和间接影响，所以相对人可以分为直接相对人和间接相对人。前者是行政行为的直接对象，如行政许可的申请人、行政处罚的被处罚人、行政征收的被征收人。后者是行政行为的间接对象，如行政许可中与申请事项有利害关系的其他人、治安管理处罚中的被害人。为了讲述的方便，本书在行政复议、行政诉讼的章节中称直接相对人为“相对人”，称间接相对人为“相关人”。

【注意】行政法的体系就是围绕“官”和“民”建立起来的，“官”就是行政主体，“民”就是相对人。在行政管理中，“官”对“民”实施了行政行为，如果“民”认为自己的合法权益受到侵犯，就可能引发“民”告“官”的行政复议、行政诉讼和行政赔偿。所以，“官”随时做好了当被告的准备，“民”随时做好了当原告的准备。而且，行政法对“官”的资格作出严格要求，不能做被告就不能成为行政主

体。对“民”的资格不作任何要求，只要受到行政行为的影响就可以寻求救济。这是符合控权法精神的。

二、行政机关

（一）行政机关的概念和分类

行政机关是根据宪法和组织法成立的享有行政权的国家机关。

行政机关的大致分类：

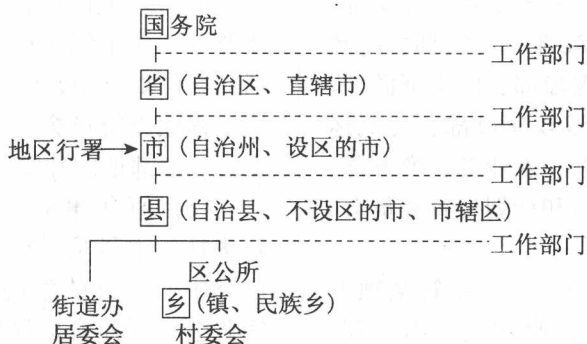
1. 一般行政机关，是指与一级人民代表大会相对应的一级政府，包括国务院、省级政府、市级政府、县级政府、乡级政府，共有五级政府。

2. 专门行政机关，是指一级政府的工作部门（职能部门），具有外部职能，如公安局、民政局、教育局等。

【注意】一级政府里面不具有外部职能的部分，是内部机构，如办公厅、法制办等。

3. 派出行政机关，简称派出机关，是指一级政府派出的行政机关，相当于一级政府。只包括三种：①地区行署，是省、自治区政府经国务院批准设立的，领导县政府；②区公所，是县、自治县政府经省、自治区、直辖市政府批准设立的，领导乡政府；③街道办事处，是市辖区、不设区的市政府经上一级政府批准设立的，指导居民委员会。

如下图所示：



行政机关 { 一般行政机关 (一级政府)
专门行政机关 (工作部门)
派出行政机关 (地区行署、区公所、街道办事处)

还有一个相关的概念是派出机构。派出机构是由政府工作部门派出的行政机构。常考的有“三所”：①公安派出所，由公安局派出。②税务所，由税务局派出。③工商所，由工商局派出。派出机构是一种内部机构，一般没有行政主体的资格，除非得到法律、法规或规章的授权。以上“三所”都得到了相关法律的授权，可以成为行政主体。《治安管理处罚法》授予派出所“警告、500元以下罚款”的权力，《税收征收管理法》授予税务所“2000元以下罚款”的权力。

(二) 中央行政机关

1. 国务院的机构设置。中央行政机关，即国务院及其所属工作部门的总称。

国务院即中央政府，它是最高国家权力机关的执行机关，是最高国家行政机关。主要由以下八部分组成：

(1) 组成部门 (27 个)。主管特定国家行政事务，依法分别履行国务院基本的行政职能，即各部、委 (行、署)，内设司、处两级机构。组成部门的设立、撤销或者合并，由国务院总理提请全国人大决定。包括：外交部、国防部、发展和改革委员会、教育部、科学技术部、工业和信息化部、国家民族事务委员会、公安部、安全部、监察部、民政部、司法部、财政部、人力资源和社会保障部、国土资源部、环境保护部、住房和城乡建设部、交通运输部、铁道部、水利部、农业部、商务部、文化部、卫生部、人口和计划生育委员会、人民银行、审计署。

(2) 直属机构 (16 个)。主管某项专门业务，具有独立的行政职能，内设司、处两级机构。直属机构的设立、撤销和合并，由国务院决定。包括：海关总署、国

家税务总局、工商行政管理总局、质量监督检验检疫总局、广播电影电视总局、新闻出版总署 (版权局)、体育总局、安全生产监督管理总局、统计局、林业局、知识产权局、旅游局、宗教事务局、国务院参事室、国务院机关事务管理局、国家预防腐败局。

(3) 直属特设机构 (1 个)。国有资产监督管理委员会。

(4) 部委管理的国家局 (22 个)。简称“部管局”，主管特定业务，具有行政职能，内设司、处两级或只设处级机构。包括：信访局、粮食局、能源局、国防科技工业局、烟草专卖局、外国专家局、公务员局、海洋局、测绘局、中国民用航空局、邮政局、文物局、食品药品监督管理局、中医药管理局、外汇管理局、煤矿安全监察局、保密局、密码管理局、航天局、原子能机构、语言文字工作委员会、核安全局。

(5) 办公机构 (1 个)，即办公厅。由秘书长领导，内设司、处两级机构。

(6) 办事机构 (4 个)。协助总理办理专门事项，不具有独立的行政职能。包括：侨办、港澳办、法制办、国研室。

(7) 议事协调机构 (29 个)。承担重要业务工作组织协调任务的行政机构。包括：学位委员会、防汛抗旱总指挥部、三峡工程建设委员会、南水北调工程建设委员会、西部地区开发领导小组……

(8) 直属事业单位 (17 个)。包括：新华社、中科院、社科院、工程院、发展研究中心、行政学院、地震局、气象局、银监会、证监会、保监会、电监会、社保基金会、自然科学基金会、台办、新闻办、档案局。