

# 2011 年司法考试

重点、难点、疑点精解丛书 (修订版)

## 行政法学·行政诉讼法学卷

附：2006—2010 年司法考试分类真题解析

张树义 主编

紧扣司法考试大纲  
精解司法考试重点  
全由司法名家编著

浓缩司法考试内容  
剖析司法考试难点  
集权威性 针对性

解惑司法考试疑点  
分析性于一体



北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS

**2011 年司法考试**  
**重点、难点、疑点精解丛书**  
**行政法学·行政诉讼法学卷**  
(修订版)

附：2006—2010 年司法考试分类真题解析

主 编 张树义



**北京大学出版社**  
PEKING UNIVERSITY PRESS

## 图书在版编目(CIP)数据

2011年司法考试重点、难点、疑点精解丛书·行政法学·行政诉讼法学卷(修订版)/张树义主编. —10版. —北京:北京大学出版社,2011.4

(司法考试重点、难点、疑点精解丛书)

ISBN 978-7-301-18691-6

I. ①2… II. ①张… III. ①法律工作者—资格考试—中国—自学参考资料②行政法学—中国—法律工作者—资格考试—自学参考资料③行政诉讼法—法的理论—中国—法律工作者—资格考试—自学参考资料 IV. ①D92

中国版本图书馆CIP数据核字(2011)第048377号

书 名: 2011年司法考试重点、难点、疑点精解丛书·行政法学·行政诉讼法学卷(修订版)

著作责任者: 张树义 主编

责任编辑: 陈 敦

标准书号: ISBN 978-7-301-18691-6/D·2825

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路205号 100871

网 址: <http://www.pup.cn> 电子信箱: [wxy@pup.pku.edu.cn](mailto:wxy@pup.pku.edu.cn)

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62758164 出版部 62754962

印 刷 者: 河北滦县鑫华书刊印刷厂

经 销 者: 新华书店

787毫米×1092毫米 16开本 21.75印张 540千字

2003年3月第1版 2011年4月第10版 2011年4月第1次印刷

定 价: 38.00元

---

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

举报电话: (010)62752024 电子信箱: [fd@pup.pku.edu.cn](mailto:fd@pup.pku.edu.cn)

## 本 卷 前 言

在司法考试中,行政法与行政诉讼法部分属于比较难掌握的内容。说其难,原因并不在于其内容本身的复杂,而在于我们对行政活动的陌生。惟其陌生,解答有关问题时,往往不得要领。其实,如同我们每时每刻都在亲身体验的民事活动一样,行政活动也是无时不往、无处不在的。只是因为我们没有机会主动的实施而更多地受动——少了生活中的切身体验,自然就多了考试里的切肤之痛。但正所谓“工欲善其事,必先利其器”,对任何事物的掌握都以寻找规律为要义。本书的目的即在于揭示行政活动的一般规律,以助考生顺利过关。

大体上说,考试中与行政法和行政诉讼法相关的知识点可以分为六个部分:行政法基本理论、行政主体、行政行为、行政复议、行政诉讼与国家赔偿。每一部分都有相应的重点、难点和疑点。

基本理论主要涉及的是基本原则,基本原则关乎行政法的精髓,它涉及对整个行政法的理解,更为重要的是,司法考试的简答题、论述题多出于此,如信赖保护原则、比例原则等。

行政活动是由一个庞大的组织系统在从事,而这个组织系统包括各种不同的机关:中央人民政府、地方各级人民政府,各级政府设置的诸多部门。如此复杂的组织系统,在实际活动中经常遇到的问题就是如何认定它们在法律上的地位。行政法学提出了行政主体这一概念,以解释诸多机构组织从事行政活动这一现象。鉴于考生对行政机关的设置比较生疏,本书用重墨对政府机构作了一番描述。基于形象的把握,才可能有抽象的思维。对于考生来说,重要的是先要对政府机构设置有所了解,然后才能运用行政主体理论对实际问题进行分析。今年的考试大纲新增《公务员法》,考生应结合主体理论进行复习。因为行政活动的从事贯穿着这样一个逻辑:国家——行政主体——公务员。

复杂的机构必然产生复杂的行为。行政行为部分的内容虽然庞杂,但就司法考试而言,所需掌握的东西并不是很多。考试中行政行为部分所占分值比例并不高,且大都集中在对《立法法》、《行政处罚法》、《行政许可法》等几个单行法律的考查。考生除了将上述单行法作为重点复习外,还应当注意结合行政诉讼、行政复议这条主线来把握行政行为的内容。去年的重要单行法——《治安管理处罚法》应作为复习的重点来把握。其原因除了司法考试中考生熟知的“新法优于旧法”外,这一法律本身极强的实践性、与我们日常生活的密切相关性也使之成为命题的热点。



“有权利必有救济”。可能或业已受到行政行为影响的公民权利如何得到救济,使我们探讨行政复议与行政诉讼制度成为必要。司法执业的实践性决定了救济制度理所当然地要成为执业资格考试的重头戏,在历年试题中所占分值比例具有绝对优势。不过对这两部分内容,我们建议考生在学习时以行政诉讼为主,以行政复议为辅。因为行政复议法几乎可以说是行政诉讼法的翻版,行政复议较之于行政诉讼,在许多原理上是相通的,在实践中是相容的。因此,学生可以在了解行政诉讼的基础上,将行政复议的相关内容作一比较,把握住行政复议的特殊性即可。学生复习时可以将重点放在行政复议不同于行政诉讼之处。本书即本着这样一个原则处理行政复议的相关内容。新颁布的《行政复议法实施条例》和最高人民法院《行政案件管辖若干问题的规定》是今年新增的内容。“新”往往是考点所在,尤其是其中有许多变化,需要考生注意,如提级管辖、异地管辖等。

当然,国家赔偿部分也是非常重要的。对于公民来说,他提起行政诉讼的目的首先在于免受被诉行政行为不利后果的约束,但如果被诉行政行为违法且损害其合法权益的话,那么损害赔偿请求的提出就不可避免。因此,考试也自然会涉及国家赔偿问题。诸如国家赔偿责任构成要件、赔偿范围以及赔偿方式与计算标准等,历来是考察的重点。

也许最为重要的是,我们试图通过本书探求一种方法,一个与民事活动相区别的国家活动的逻辑起点。找到这一方法,从起点出发,就不会偏离行政活动的主线。当你从本书中领悟到这些,并进一步将所悟化为所得,相信距离成功已不是太远。

张树义

2009年3月 于法大寓所

## 出版说明

李白诗云：蜀道难，难于上青天。凡参加过2002年全国司法考试的考生们无不感受了司法考试之难。全国36万考生，只有2.4万考生通过考试。而且，通过分数线仅为240分。全国民族自治地区和国家级贫困县的分数线仅为235分。许多考生奋斗数载，有的甚至从黑头发考到白头发，也未能通过考试，足见司法考试之难。

司法考试难在哪里？为什么许多考生皓首穷经，不能破解司法考试之谜？为什么有的考生能够一考中的，犹如囊中取物，从此平步青云？我们通过组织具有多年律考、司法考试教学经验的老师进行研讨发现，关键在于掌握司法考试中的重点、难点和疑点问题。司法考试涉及的法律条文，据不完全统计，近2万多条。司法考试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，如果对司法考试的重点把握不准，对司法考试的难点无法破译，对司法考试的疑点缺少研究，自然就像漂泊在大海中的孤舟上的船翁，茫茫然不知所向，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、疑点，直面考试并顺利通过考试，我们邀请了多年从事律考和司法考试命题、辅导、大纲编写和教材编写的具有丰富经验的教授们，编写《2003年司法考试重点、难点、疑点精解丛书》。丛书共分8卷，分别是宪法学·法理学与法制史学卷、刑法学卷、民法学卷、刑事诉讼法学卷、民事诉讼法学卷、商法学与经济学卷、行政法学·行政诉讼法学卷、国际公法学·国际私法学·国际经济法学卷。

本套丛书具有以下特点：

1. 权威性。其表现在丛书各卷浓缩教材，解析重点，解惑难点，探讨疑点。各卷丛书的撰稿人均为资深教授，如刑法的阮齐林教授、宪法的焦洪昌教授、行政法与行政诉讼法的张树义教授、民法的李仁玉教授，其他教授因尊重本人意愿，在此不予列明。

2. 新颖性。本套丛书列出考试重点、考试难点、考试疑点，并通过例解的方式予以解答，使考生达到事半功倍的效果。

3. 准确性。在对重点、难点、疑点的分析中，不仅语言简洁，而且分析到位，以达到解惑之目的。

古人云：种瓜得瓜，种豆得豆。拥有和阅读本套丛书，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！

北京大学出版社

2003年3月

## 2011 年修订版说明

本套丛书在 2003 年首版以来,得到了社会各界,特别是广大考生的充分肯定。在 2010 年司法考试成绩公布以后,许多考生电话、电传我社,认为这套丛书的出版对广大考生来说,是一福音。从前经过多年司法考试鏖战的考生,在阅读本套丛书之后,发现自己有顿悟之感,找到了破解司法考试之谜的方法,成功通过了 2010 年的司法考试。

为了答谢广大考生对本套丛书的厚爱,并帮助参加 2011 年司法考试的广大考生成功通过今年的司法考试,我社决定修订再版本套丛书。在本次修订再版过程中,丛书每卷仍由原权威作者担纲,以保证本套丛书的权威性。为了使广大考生,把握司法考试之脉搏,真正理解司法考试中重点,解惑司法考试中难点,领悟司法考试中的疑点,在修订再版时,增加了 2006 年至 2010 年司法考试真题分析的内容。依据 2011 年司法考试大纲的变化,以及近一年来我国现行法律法规的变化,各卷作者对重点、难点、疑点内容进行了增删和调整,对相关练习及其解答和分析也进行了相应的调整。

真心希望阅读和拥有本套丛书的考生,在 2011 年的司法考试中,围着幸运,拥着成功,伴着喜悦,并从此谱写人生的美丽诗篇!

北京大学出版社

2011 年 2 月

# 目 录

## 上 篇

|                      |       |
|----------------------|-------|
| 第一部分 行政法概述           | (3)   |
| 一、重点问题分析             | (3)   |
| 二、难点问题解惑             | (7)   |
| 三、疑点问题探讨             | (12)  |
| 四、历年试题精解             | (15)  |
| 第二部分 行政行为            | (24)  |
| 一、重点问题分析             | (24)  |
| 二、难点问题解惑             | (38)  |
| 三、疑点问题探讨             | (51)  |
| 四、历年试题精解             | (56)  |
| 第三部分 行政复议            | (81)  |
| 一、重点问题分析             | (81)  |
| 二、难点问题解惑             | (89)  |
| 三、疑点问题探讨             | (97)  |
| 四、历年试题精解             | (101) |
| 第四部分 行政诉讼            | (109) |
| 一、重点问题分析             | (109) |
| 二、难点问题解惑             | (120) |
| 三、疑点问题探讨             | (135) |
| 四、历年试题精解             | (148) |
| 第五部分 国家赔偿            | (199) |
| 一、重点问题分析             | (199) |
| 二、难点问题解惑             | (203) |
| 三、疑点问题探讨             | (209) |
| 四、历年试题精解             | (211) |
| 附录 行政法与律师事务·法律文书制作部分 | (224) |

## 下 篇

|            |       |
|------------|-------|
| 第一部分 相关练习  | (229) |
| 第二部分 答案及分析 | (286) |

# 上 篇





# 第一部分 行政法概述

## 一、重点问题分析

### (一) 行政的概念

行政法概述一章主要解决的是行政法入门必须掌握的基本原理。行政法基本原理无非围绕三个问题：一是什么是行政法；二是为什么要有行政法；三是行政法的基本原理。通常，行政法的基本原理在司法考试中并不重要，它只对理解行政法的内容不可缺少。但近年司法考试的简答论述题等主观性题出现并逐年增多，论述题主要考查考生对基本原理的把握。因此，此部分内容需要考生注意。

“行政”的概念是学习和理解行政法的逻辑起点性。行政法所调整的行政范围并不是通常意义上的一般行政，而是特指公共行政，即国家行政机关为实现国家目的，运用制定法规、规章、政策、命令、监督制裁等方式对国家公共事务进行组织和管理的行为。公共行政不同于一般行政。公共行政作为一种国家职能活动、旨在执行国家法律，实现国家目的和公共利益，以此维护公共秩序和增进公共福祉。一般行政的对象是自身事务，其宗旨在于实现并维护自身利益。公共行政是在宪政背景之下国家权力分立的产物，立法、司法与行政职能的适当分工是公共行政存在的前提条件。作为执行国家法律和权力机关意志的公共行政具有从属性，即从属于国家法律和权力机关之下。公共行政的从属性为行政法的产生和发展提供了可能性和基础，也是现代行政法治成长的动机和目的所在。

判断标准有时也要考虑公共性。行政权力是行政活动的内核，有时隐而不现。此时应当从“公共性”角度考虑：公共职责、公共利益、公共服务等。凡是有关公共性的活动都属于行政法规范与调整。

公共行政是一个动态的范围，随时空和社会政治经济条件处于变化之中，所以对其做到精确的定义在理论上是是不可能的。为了能够尽量深刻认识“行政”的范围，我们可以借助于公共行政的分类方式：

(1) 积极行政与消极行政：这是根据行政的目的对行政所做的分类，积极行政是指国家机关积极主动的对公共事务实施管理的活动，例如税务行政、环境行政等；消极行政是指国家行政机关尽量控制自身权力的积极判断的能力，尽可能少的实施具体行政，例如警察行政就属于消极行政。此中对公共行政的分类是相对的，例如警察行政虽属于消极行政的范围，但是为了确保公民人身和财产安全，以及维护公共利益的需要，必要时也可积极行政。

(2) 干预行政与给付行政：这是根据行政对相对人权利所产生效果的不同为标准对公共行政的划分。干预行政(又可称为侵害行政)是指以限制公民法人等的权利、自由等方式达到行政目的行政活动。此中行政通常以命令的方式表现于外，必要时可采取强制措施，例如交通管制、禁止通行、征收土地等均属于干预行政。给付行政(又称为服务行政或福利行政)是指行

政机关通过给予公民法人以利益和便利等方式达成行政目的的活动,例如提供社会福利、社会保障、建设道路桥梁、建造住房公园等均属于给付行政的范围。

(3) 权力行政与非权力行政:这是以行政方式的不同为标准对行政所做的分类。权力行政是指通过强制性支配力量实现行政目的的活动,在通常意义上,行政机关的行政活动方式诸如税务行政、警察行政、土地行政、环境行政等都属于权力行政,这是行政的传统形态。非权力行政是指通过劝告、建议、指导、合意等非权力运作的方式实现行政目的的活动,例如,学校医院等公共工程的提供、邮政、供水供电等的提供,都属于非权力的行政,这是公共行政发展的新趋势(可参考本书有关 2002 年司法考试试卷卷四案例分析)。

上述对行政的分类并没有穷尽行政的所有形态,在现实当中,公共行政的运作存在形式意义与实质意义的区分。形式意义的行政,又称机关意义的行政,是根据国家权力分立、职能分工的原理来确定公共行政的范围。立法机关从事立法、创制规则的活动,司法机关从事司法裁判、解决纠纷的活动,行政机关从事行政职能活动。实质意义的行政是以职能活动的权力内容和特点来确定公共行政的范围。制定普遍性行为规则的活动是立法活动,运用法律规范解决法律纠纷或者争议的职能性活动就是司法活动或者是行政司法活动,而通过组织管理方式处理国家及社会公共事务的活动便是行政职能的体现。依照此种观点,行政机关的职能活动大部分是形式意义上的行政,例如行政处罚、许可、征收等,但是随着现代行政的发展,行政机关在实质上从事着立法活动和司法活动,例如制定法规和规章的行为以及进行行政裁决和复议的活动。此外伴随行政方式的多样化趋势,实质意义上的行政还包括行政机关以外的其他社会组织依据授权或委托所从事的部分行政活动。故此,现代行政法上的“行政”概念范围以形式意义的行政为主体,以实质意义上的行政为补充。

## (二) 行政法的概念

行政法是对行政权力的授予、行使以及对行政权力进行监督和对其实效予以补救的法律规范的总称。用以调整在行政权力授予、行使以及监督过程中发生的各种社会关系,尤其是行政权力与公民法人权利之间发生的社会关系。行政法是由大量的各种分散的单行法律文件构成的法律系统,其法律形式包括法律、行政法规、地方性法规、自治条例、单行条例以及规章等,尤以行政法规和规章为多。行政法在整体上没有统一、系统的法典。行政法的基本内容大致上包括行政组织法、行政行为法、行政救济法三大部分。

对于行政法的概念内涵可以从三个层面上进行理解:

(1) 行政法的核心价值是对行政权力的控制。行政权力的运用意味着对公民、法人和其他组织的合法权利造成一定的影响,而且这种影响中必然含有损害的可能性。为了避免或者减少这种损害发生的可能性,就必须对行政权力施加约束和控制。因此,行政法的产生的原始动机便是出于对公共行政之权力属性的不信任与怀疑,制约行政权力天然地成了行政法的核心追求。当然,伴随着公共行政方式的非权力化的趋势,行政法的制约行政权力的价值似乎受到了一定的冲击,其实不然。非权力行政方式的出现和流行适用,同样面临着如何授予权力和如何使之合法化,以免造成滥用,侵害公民、法人和其他组织的合法权利的问题。所以,现代行政法的核心依然是对行政权力的制约和控制。

(2) 行政法是规范承担行政权力的组织、行政权力的活动,以及对行政权力的行使后果进行补救的法律。从行政法的内容观察,其主要有三个方面的内容:

首先,行政权力必须授予一定的载体并形成一定组织形态与体制。行政法对行政权力的制约和控制是通过控制权力的承担者即行政组织的方式实现的,而不能抽象地控制权力。对行政组织的控制必须要明确这些组织的内部活动规则,在法律上的地位、各个组织相互之间的权力分工及权限所在,在何种条件下方可享有行政主体的资格等问题,自然是行政法规范的首要内容。

其次,行政权力的运行是通过体现为行政行为的方式,从而对公民、法人以及其他组织合法权益构成影响。所以,为了防止行政权力有效行使的过程中出现侵害公民法人合法权益的现象,必须对行政权力的行使方式即行政行为提供一套严格的实体规则和程序规则。

最后,行政权力的行使必然要改变或重新确立行政机关与公民、法人或其他组织之间的权利义务关系,必然会对权力的服从者即公民、法人和其他组织的人身和财产权利造成影响乃至损害。有权力必有损害,有损害必有救济。一旦发生行政权力侵害公民、法人或其他组织的合法权益的情形,就应当在法律上赋予相对人申请救济的途径,制止侵权行为、获得损害赔偿的权利。这样才能将行政权力与法律责任结合,使得行政权力处于可控的责任状态,从而使得公民、法人或其他组织的合法权益处于有保障的状态。

(3) 行政法的目的在于实现行政权力运作的法治化,确立良性的行政法治秩序。行政法作为一国法律体系中的构成部分,其规范的领域是国家公共行政的范围,行政的秩序化必然要通过法治化的方式进行,如此才可以建设符合人民利益与国家法治精神的行政制度和秩序。故此,行政法的使命便是实现依法行政,行政权力的行使服膺于法律的主导秩序,保障公民、法人等的合法权益。

### (三) 行政法的法律渊源

原则上成文法是我国行政法的主要法律渊源,不成文法及法律解释也是我国行政法的法律渊源。但是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。我国行政法的渊源种类有:

1. 宪法。

2. 法律。指国家最高权力机关制定的规范性文件,包括全国人民代表大会制定的基本法律和全国人大常委会制定的非基本法律。

3. 行政机关制定的规范性文件。主要包括:国务院依宪法授权制定的行政法规;国务院各部门发布的部门规章;省级政府,省会市政府和国务院批准的较大的市政府以及经济特区市政府制定的地方性规章。

4. 地方性法规和自治条例、单行条例。

5. 国际条约、协定和法律解释。

### (四) 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。行政法的基本原则主要为:合法行政原则、合理行政原则、程序正当原则、高效便民原则、诚实守信原则和权责统一原则。

### (五) 程序正当原则

程序正当原则是程序法治理念在行政法中的重要体现,该原则主要包括:

1. 行政公开原则,主要指的是行政机关应当主动或者根据相对人的申请公开或者使其知晓有关行政活动的情况和资料,除国家法律规定的保密事项以外,行政机关做出的任何行政决定都必须依据已经公开发布的规定,否认从法理上可以认定行政决定没有合法依据。

2. 行政参与原则,指的是行政机关在行使职权、作出行政决定过程中,除遵守法律规定的程序外,应当尽可能为行政相对人提供参与行政活动的机会,确保行政相对人实现程序性权利,提升相对人对行政决定的认可,使行政活动更加符合社会公共利益。

3. 回避原则,指的是行政机关工作人员在行使职权过程中,与行政相对人有法律上的利害关系时,应当依法回避。

## (六) 高效便民原则

该原则包括行政效率原则和便利当事人原则。行政效率原则要求行政机关积极履行法定职责,禁止不作为或者不完全作为;并且要求遵守法定时限,禁止超越法定时限或者不合理迟延。便利当事人原则主要体现在行政活动中,增加当事人程序负担,是法律禁止的行政侵权行为。

## (七) 权责统一原则

权责统一原则这一原则的基本要求是行政权力和法律责任的统一,即执法有保障、有权必有责、用权受监督、违法受追究、侵权须赔偿。表现在:1. 行政效能原则。2. 行政责任原则。行政效能原则是指行政机关依法履行管理职能,要由法律、法规赋予其相应的执法手段,保证政令有效。责任行政原则,是指国家行政机关必须对自己所实施的行政活动承担责任,整个行政活动应处于一种责任的状态,不允许行政机关只实行政活动,而可以对自己的行为不承担责任。行政责任原则是全部行政法产生的基础,是贯穿所有行政法规范的核心和基本精神。其重要内容包括:① 责任行政原则的基本要求是,政府机关的每一个人都必须对自己的行为负责,不论职位的高低,也不论工作的性质,有行为必有责任;② 责任行政原则要求必须有明确的主体,否则责任行政无法实现;③ 责任行政原则要求将行政机关的各种活动与责任相连,不存在无责任的行政活动;④ 在授予行政机关权力的同时,必须明确相应的责任,无责任即无授权,权力和责任必须一致;⑤ 责任行政原则要求建立实现责任的法律制度,一旦行政机关的活动违法,责任即从法律规定转化为实际状态。

## (八) 行政主体

所谓行政主体是指享有行政职权,能以自己的名义实施行政活动,并承担由此而产生的责任的组织。这一定义中包含着判断一个组织是否行政主体的三个标准:(1) 作为行政主体必须享有行政职权;(2) 作为行政主体必须是能够以自己的名义实施行政活动;(3) 作为行政主体必须能够承担实施行政活动所产生的责任。从实际的行政活动来看,符合上述行政主体的三个标准或者说具备行政主体资格的组织主要包括两类:

### 一、行政机关

行政职权主要为行政机关所享有,行政活动也主要为行政机关所实施。因而,在行政法上具备行政主体资格的组织首先是行政机关。在行政机关这一范畴中,各级人民政府,包括中央人民政府以及地方的省、市、县、乡各级政府在行政法中都具有行政主体资格。此外,各级政府的职能部门或工作部门在行政法上同样也具备行政主体资格。

## 二、法定授权组织

行政职权并非行政机关的专利,行政机关以外的社会组织也会因为法律授予其行政职权而在行政法上具有行政主体资格,享有行政职权,能够以自己的名义实施行政活动,最后,当然也要对此承担责任。如法定授权的企业、事业单位和群众团体,以及居民委员会和村民委员会。只要法律法规授予其行政职权,他们也因为这种授权而具有行政主体的地位。

明确行政主体在行政法上以及司法考试中具有重要意义,其意义表现在:(1) 确定是否具有管理者主体资格;(2) 确定行政行为效力。一个合法有效的行政行为,必须是合格的主体所为;(3) 确定行政诉讼被告。行政诉讼严格讲是以行政主体为被告的诉讼。

## (九) 公务员

公务员,是指依法履行公职、纳入国家行政编制、由国家财政负担工资福利的工作人员。判断是否是公务员的三个标准:(1) 依法履行公职;(2) 纳入国家行政编制,纳入国家行政编制的人员才属于公务员;(3) 国家财政负担工资福利。

由于公务员具有公私双重身份——执行职务时的公务员身份和从事非职务活动时的公民身份。这两种不同的行为遵循不同的法律规则,公务员的公务行为由国家或其所在的行政机关承担责任,个人行为则由公务员个人承担责任。公务员的公务行为和个人行为的区分成为了行政法上和历年司法考试的一个重要知识点。

在实务中,通常把以下四种因素作为区分公务员公务行为与个人行为的标准:(1) 时间。公务员在上班时间实施的行为,通常可以认为是公务行为。而公务员下班以后实施的行为则一般视为个人行为。(2) 岗位。公务员在其工作岗位上实施的行为通常可认为是公务行为。公务员在工作场所以外实施的行为则多视为个人行为。(3) 职责。公务员非在上班時間或非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,如其行为既不是在上班時間或工作场所实施,又不能证明相应行为与其职责有关,则应认为是个人行为。(4) 命令。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。如果其行为既无首长命令、批示、指示或委托依据,又非在上班時間、工作场所实施或不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应当综合考虑,并不存在绝对的、唯一的标准。

## 二、难点问题解惑

随着近年司法考试中论述题的“登场”,行政法的基本原理成为考查的重点。行政法的基本原理的理解首先应从一个“公”字入手,公共活动不同于私人活动,区别主要在于“权力”二字。公共权力与私人权利运行规则不同,对于公民来说,“法无禁止即自由”,而对于公共权力运行,则是“无法律即无行政”,所以依法行政成为行政法的基本原则。在此原则下,合法行政、合理行政成为必然要求。而从政治活动的哲学基础讲,诚实信用或信赖保护、权责统一便成为其存立基础。重要的是,考生要从这些行政法的基本原则角度“体悟”行政法的基本原理。

### (一) 合法行政原则

合法行政原则,是指行政机关行使行政权力,管理公共事务,必须有法律授权,并依据法律规定。依法行政原则是行政法上最重要的原则,现代法治国家的行政法学可以说是基于实行

依法行政原则而建立起来的。

公民的活动与行政机关的活动在法律上有不同的要求。对于公民来说,凡是法律所不禁止的,即是公民可以做的,所谓“法无禁止即自由”。行政机关的活动则不然,任何行政活动都必须要有法律根据,必须符合法律规定,正所谓“无法律即无行政”。这是因为,行政活动是行政机关运用行政权力的活动,权力即意味着对他人的强制,而强制他人不能由行政机关自己决定,应当由法律决定。专制统治与民主政治的区别即在于此。“合法行政”,即“行政机关实施行政管理,应当依照法律、法规、规章的规定进行;没有法律、法规、规章的规定,行政机关不得作出影响公民、法人和其他组织合法权益或者增加公民、法人和其他组织义务的决定”。

依法行政原则关涉到行政与法的关系,依法行政原则包括法律优位与法律保留二原则。

1. 法律优位原则。亦即消极意义的依法行政原则,是指一切行政活动都不得与法律相抵触。它并不要求行政活动具有明确的法律依据,只要行政机关不实施与法律规定不一致的行为即符合该原则的要求。法律优位原则包括两个方面的内容:

(1) 法律的效力等级高于行政立法。法律是指全国人民代表大会制定的规范性文件,根据《立法法》第79条规定,法律的效力高于行政法规、地方性法规和规章。

(2) 一切行政活动都不得与法律相抵触。这里所说的行政活动是指行政机关为履行职务而实施的一切活动,具体包括行政机关制定具有普遍约束力的规范性文件的行政行为,以及行政机关针对特定的对象和事件作出的具体行政行为。而“法律”,是指一切具有法律效力的有关行政管理的法律规范,即一切构成行政法律渊源的法律规范,包括宪法、法律、行政法规、自治条例和单行条例、地方性法规和行政规章。一切行政活动不得与法律相抵触。

2. 法律保留原则。是指在涉及公民权利义务等事项方面,只有法律明确授权,行政机关才能实施相应的管理活动。法律优位原则仅仅要求行政活动不与法律和法规相抵触,而法律保留原则进一步要求行政活动必须具有法律明确的授权,否则即构成违法,其要求显然比法律优位原则严格,因此法律保留原则又称为积极的依法行政原则。

法律保留可分为宪法意义上的法律保留和行政法意义上的法律保留。前者的法律保留是指在国家法律体系内,一些重大的事项只能由国家人民代表机关以正式法律的形式规定,而不能由其他国家机关特别是行政机关代为规定。我国《立法法》第8条规定:“下列事项只能制定法律:(一)国家主权的事项;(二)各级人民代表大会、人民政府、人民法院和人民检察院的产生、组织和职权;(三)民族区域自治制度、特别行政区制度、基层群众自治制度;(四)犯罪和刑罚;(五)对公民政治权利的剥夺、限制人身自由的强制措施和处罚;(六)对非国有财产的征收;(七)民事基本制度;(八)基本经济制度以及财政、税收、海关、金融和外贸的基本制度;(九)诉讼和仲裁制度;(十)必须由全国人民代表大会及其常务委员会制定法律的其他事项。”行政法意义上的法律保留是指行政机关实施的除制定行政法规、行政规章和其他规范性文件之外的其他行政活动,主要包括以下内容:第一,任何行政职权的存在都必须基于法律的授权;第二,行政职权与行政职责统一。对行政机关来讲,行政职权同时就是行政职责,必须合法行使,不得放弃。

## (二) 行政合理性原则

行政合理性原则指行政机关行使权力,作出行政行为的内容要符合客观、适度,以及公平正义的法律理念。行政合理性原则的存在是建立在客观事实的要求之上的。由于社会事务纷



繁复杂、变化万千,行政活动就必须灵活机动地应对多变的社会现实。作为立法者,其制定的法律规范也不可能对行政权力在现实中运作的每一个环节都设定具体的要求。法律规范在面对社会现实的迅速变化时,其本身所存在的漏洞便显示无疑。是此,法律规范就必然要给行政权力的行使留有一定的自由空间,即行政自由裁量权。行政机关在行使权力的过程中,应当根据事实的要求对行为的方式、范围、种类、幅度等享有一定的权衡和选择权。正是由于行政自由裁量权的存在,所以要求行政机关在行使权力时不仅要符合法律的形式主义要求,更要符合实质正义的要求,即在法定的范围之内合理正当地作出行政行为。规范化的行政合理性原则中包含公平公正原则、相关考虑原则和比例原则。其中比例原则作为现代行政法的在宪法精神指引下发展起来的新近法律原则,需要考生们特别注意。

比例原则是出于对行政权力行使的分寸与限度的审慎思考和对公共利益二者之间关系的辩证思考。比例原则的意义在于其设法确定公民的合法权益为了公共利益的要求而被牺牲是确有必要且正当的;换言之,比例原则要求行政机关行使权力不可逾越必要的限度,而应当采取对其所追求的法律目的而言最具有适当性的方式和手段,行政主体实施行政行为应当兼顾国家行政目的实现和公民自由权利保护双重价值追求。如果国家行政目的的实现可能对公民权利自由造成不利影响,则这种不利影响应当被限制在尽可能小的范围和限度之内,二者应当处于适当的比例。依照一般通说,比例原则的内涵至少包含三项子原则:适合性原则、必要性原则和法益相称性原则。

(1) 适当性原则,是指行政机关所采取的措施必须能够实现行政目的或至少有助于目的的达成,并且是正确的手段。即是在目的与手段的关系上必须是适当的。适用适当性原则其实并不是说在开始选择就预定行政行为是否为合适的,而是说只要目标的实现有抽象的可能性就可以了,行政机关所采取的方式和手段只要在客观具有合适性就充足了。

(2) 必要性原则,又称为最温和方式原则,是指行政机关在行使权力时,当面临存在多个都可以实现法律目的的方式和手段时,必须选择对公民权利侵害最小的方式和手段。必要性原则隐含的前提条件存在若干个适合于实现法律目的的方法,如果不存在这种方法的多样化和选择性,必要性原则所要求的最小侵害的限度就无法实现。

(3) 法益相称性原则,是要求行政机关在行使权力时即使采取了适当且必要的手段以试图实现其所代表的公共利益时,如果该手段所侵害的公民的利益与所要实现的公共利益相比较显然不当,换言之,受侵害的公民权利所表现的利益显然大于行政机关所欲加以保护的公共利益时,行政机关就应该在方法和目的之间作出合理的裁量和判断,不得因为公共利益的需要而以损失公民私人利益为代价。

### (三) 诚实守信原则(信赖保护原则)

该原则要求行政主体必须做到行政信息真实原则和信赖保护原则。其中信赖保护原则也是现代行政法的发展起来的新原则,在我国的行政立法实践中已经对该原则作了条文化表述(《行政许可法》第8条),在此需要考生对信赖保护原则的理论内涵有基本认识。

由于行政行为具有确定力,行政行为一旦作出在法律上就被推定为合法有效,法律因此就要求相对人对此行政行为予以信赖。基于此信赖的存在,法律应当保护相对人基于信赖所产生的利益,禁止行政机关随意变更行政行为,防止对相对人合法权益造成损害,这是信赖保护的基本内涵。其具体的要求有: