

法律版

F A L U B A N

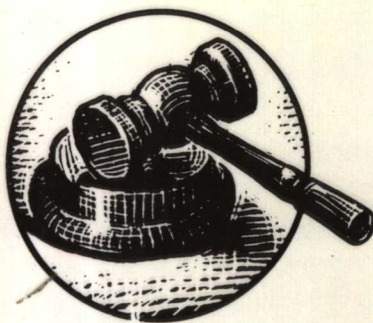
司法考试案例突破教程

SIFA KAOSHI ANLI TUPO JIAOCHENG

行政法与行政诉讼法

法律考试中心 / 组编

姚金菊 / 著



司法考试案例突破教程

行政法与行政诉讼法

法律考试中心 组编

姚金菊 著

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

行政法与行政诉讼法 / 姚金菊著;法律考试中心组编.
北京:法律出版社,2006.4
(司法考试案例突破教程)
ISBN 7-5036-6223-9

I. 行… II. ①姚…②法… III. ①行政法—中国—
法律工作者—资格考核—自学参考资料②行政诉讼法—
中国—法律工作者—资格考核—自学参考资料
IV. ①D922.1②D925.3

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 019558 号

©法律出版社·中国

责任编辑/马丽娟

装帧设计/曹 铖

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/15 字数/443 千

版本/2006 年 3 月第 1 版

印次/2006 年 3 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

苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 7-5036-6223-9/D·5940

定价:26.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

编写说明

三大实体法和三大诉讼法在司考中占据绝对的主体地位,总分值达到了70%至80%。如果能把握好这“六大巨头”,胜利将近在咫尺。这“六大巨头”在整个法律体系中位居基础与核心地位,因此试题难度不断攀升,成为司法考试的“爬坡区”。许多考生都有这样的感觉,复习多遍后,仍然不会做题,这主要是没有理解考点的关键内容。那么,如何突破司法考试的“爬坡区”呢?

其实,很多考生只是缺乏只言片语的点睛指导,正是那关键的点睛之语,可以让考生对考点豁然顿悟,突破自身的极限,帮助考生顺利通过“爬坡区”。

为此,我们特意组织了一批司法考试培训市场的后起之秀,他们活跃于北京各大司法考试培训学校,用他们所积累的培训经验,倾心打造本套丛书,以期对考生理解、记忆和应用法律有所益处,帮助考生顺利通过司法考试。

(一)本书体例

1. [基础理论]:选择重要考点,总结基础理论,突出需要重点记忆的知识点。其中的“易错点提示”,为考生指出了本考点易混淆、出错的知识点,让考生如临课堂,豁然开朗。

2. [突破案例]:练习是通过司法考试的必要途径,尤其是案例练习,突破了简单记忆的局限,培养考生用法条和理论解决实际问题的应用能力。本栏目摘选典型案例,着重于与考点相关、易混淆知识点,例如对于本考点所涉及的基础理论的特殊和例外规定,司法考试中考生很难注意到的思维死角,以及通过横向对比等方式体现的容易出错、混淆的知识点等等,加强考生对于相关知识的深度理解和应用能力,训练考生的答题思路。

3. [突破要诀]:针对司法考试培训中多数考生遇到的瓶颈问题,本栏目从容易混淆和出错处、如何记忆、如何区分等方面进行简要归纳和总结,加深考生对于重点、难点和疑点的记忆与理解。

(二)备战司法考试的建议

1. 注重案例练习的作用。准备司法考试,或者说学习任何东西,要解决的就是三个问题:理解、记忆和应用。理解是前提,记忆是关键,而应用是目的。法律不是用来看的也不是用来学的,而是用来用的。司法考试作为法律职业的资格考试,考查的主要对象并非是高深的法学理论,而是将法律规范运用到具体案例的能力。这在司法考试的试题中表现为:没有名词解释,没有简答,80%的题目都是小案例。因此,编者认为,司法考试成败的关键在于考生是否能够将自己所理解和记忆的法律知识运用到具体的语境中。

案例练习能将法律规范与法律规范、法律规范与具体事实(具体语境)联系起来,在这种穿梭联系的过程中,既可以培养自己的法律逻辑思维,又可以将分散的法律知识整合为一个整体,最终解决法律知识的应用问题。因此,在单纯记忆性考题减少、小型案例题逐渐增多的司法考试中,考生应当明确案例练习的重要性,在记忆、理解法条和基础理论的同时,在案例中灵活应用所学知识,走出复习多遍后仍然不会做题的困境。

2. 慎用“题海战术”。一些考生走入误区,以为题海战术就能万事大吉,于是不惜代价,购买了各种各样的参考书,期望通过全方位的练习,达到通过司法考试的目的,结果每本参考书都只能走马观花地翻阅,甚至不一定有时间翻阅,花费了大量时间和金钱,却收效甚微。

其实,“万变不离其宗”,无论历届司法考试的题型如何变化,其内容都根源于教材。因此,首先要

抓住教材,才能把握方向。习题的作用在于帮助考生发现自己的薄弱点,巩固自己的记忆,促进对知识的理解。因此,我们的建议是:在教材之外,抓住一本或者一套适合自己的参考书,读透每一个知识点,并在复习后期对真题进行分析和研究,把握出题思路和考点,对于应试有着不可忽视的作用。

3. 勿执著于争议问题。目前,市面上各种司法考试的辅导书可谓层出不穷,各类辅导班如雨后春笋,这为考生准备考试提供了有力的武器。不过,细心的考生会发现,不同图书对同一个试题的解答可能相异,不同辅导教师对个别考点的观点也可能不同,这给考生造成了很大的困惑,有部分考生因此不知道如何面对这样的问题。

对此,我们的建议是:一方面,有争议的考点往往不是司法考试的重点,千万不要执著于个别问题,而影响对整个考试的复习效率。另一方面,就考试本身而言,对于有争议的问题,要以司法部考试中心编审的大纲和最新教材为主,把大纲和教材读透、读薄,是考试制胜的法宝。

4. 权衡放弃的利弊。司法考试确实是一门“放弃”的艺术,考生在复习的时候,应当懂得“放弃”与“选择”,以最少的投入,获得最大的回报。但在实际操作中,放弃容易而艺术难!部分考生单纯地放弃一些小学科,往往导致最容易得到的分数没有得到,而想要得到的分数不一定得到,以致没能通过司法考试。

对此,我们的建议是:首先要明确“放弃”的方向,“放弃”并非是单纯的舍弃,而应当合理支配时间,抓住重点,突破难点。其次,当我们的放弃水平还达不到“艺术”之境界时,那么还是请记住那句话:基本的永远是重要的,最基本的永远是最重要的!

对明天最好的准备就是今天做到最好。衷心祝愿阅读本书的考生能够顺利通过司法考试!

编者

2006年3月

目 录

专题一 行政法基础理论	1
考点1 行政与公共行政、国家行政与社会行政	1
考点2 行政法的法律渊源	2
考点3 行政法的基本原则	3
专题二 行政组织与公务员	5
考点1 行政组织与行政主体	5
考点2 国务院	6
考点3 国务院行政机构	7
考点4 地方国家行政机关的组成和职责权限	11
考点5 地方行政机关的派出机关和派出机构	13
考点6 法律、法规授权的组织	14
考点7 行政机关委托的组织	16
考点8 公务员的职位与级别	17
考点9 公务员的录用与聘用	19
考点10 公务员的交流与回避	21
考点11 公务员的辞职、辞退与退休	22
考点12 公务员的申诉控告	25
考点13 公务员的纪律处分与法律责任	26
专题三 抽象行政行为	30
考点1 抽象行政行为的概念	30
考点2 行政规则的适用	31
考点3 国务院行政法规的制定权限	31
考点4 国务院行政法规的制定程序	33
考点5 国务院行政法规的监督程序	36
考点6 国务院部门规章机关的制定机关和制定权限	36
考点7 国务院部门规章的制定程序和监督程序	38
考点8 地方政府规章的制定机关和制定权限	39
考点9 地方政府规章的制定程序和监督程序	40
考点10 有普遍约束力的决定、命令	43
专题四 具体行政行为	45
考点1 具体行政行为的分类	45

考点2 具体行政行为的成立	46
考点3 具体行政行为效力的种类	46
考点4 具体行政行为的无效、撤销和废止	47
考点5 具体行政行为的一般合法要件	48
考点6 具体行政行为的类型	49
考点7 行政合同	50
专题五 行政强制	51
考点1 行政强制措施	51
考点2 行政强制执行的种类	52
考点3 行政强制执行的程序	52
专题六 行政许可	54
考点1 行政许可的概念	54
考点2 行政许可的设定原则	54
考点3 行政许可的设定权限和形式	55
考点4 行政许可的设定程序	57
考点5 行政许可的实施机关	58
考点6 行政许可的申请与受理程序	59
考点7 行政许可的审查与决定程序	61
考点8 行政许可实施的听证程序	63
考点9 行政许可实施的变更与延续程序	63
考点10 行政许可实施的特别程序	64
考点11 对被许可人的监督检查及法定义务	65
考点12 对行政许可的撤销和注销	66
专题七 行政处罚	69
考点1 行政处罚的原则和种类	69
考点2 行政处罚的设定	70
考点3 行政处罚的实施机关	71
考点4 行政处罚的管辖	73
考点5 行政处罚的适用	73
考点6 行政处罚的简易程序	76
考点7 行政处罚的一般程序	77
考点8 行政处罚的听证程序	78
考点9 行政处罚决定的不成立与无效	79
考点10 罚款决定的执行程序	79
考点11 治安管理中的行政调解	80
考点12 治安管理中的没收违法所得、没收非法财物	81
专题八 政府采购	82
考点1 政府采购法适用范围	82
考点2 政府采购对象	83
考点3 政府采购当事人	84

考点4 公开招标与邀请招标采购方式	85
考点5 竞争性谈判、单一来源采购和询价采购	85
考点6 政府采购合同	86
考点7 质疑与投诉	87
专题九 行政应急	88
考点1 行政应急概念	88
考点2 突发事件应急报告与信息发布制度	88
考点3 突发事件应急预案的决定程序	89
考点4 法定传染病的宣布	90
考点5 突发公共卫生事件的应急措施	90
专题十 对行政的监督和权利救济概述	92
考点1 行政监察机关	92
考点2 行政监察权限	93
考点3 行政监察程序	94
专题十一 行政复议	98
考点1 行政复议范围	98
考点2 行政复议的附带审查	100
考点3 行政复议的参加人	101
考点4 行政复议机关	102
考点5 行政复议申请的转送制度	106
考点6 行政复议的审查和处理	107
考点7 行政复议的审理方式	108
考点8 行政复议决定程序	109
考点9 对行政规定和行政依据争议的审查和处理	109
考点10 行政复议决定	111
考点11 行政赔偿决定	112
考点12 行政复议决定的执行	113
专题十二 行政诉讼概述	115
考点1 行政诉讼概念和特征	115
考点2 行政诉讼与民事诉讼、刑事诉讼关系	116
考点3 行政诉讼的具体行政行为合法性审查原则	117
专题十三 行政诉讼受案范围	118
考点1 行政诉讼受案范围概述	118
考点2 侵犯法律规定的经营自主权案件	119
考点3 行政机关不履行法定职责的案件	120
考点4 行政机关违法要求履行义务的案件	121
考点5 法律、法规规定的其他行政案件	121
考点6 司法解释中所规定的属于行政诉讼受案范围的案件	123
考点7 国家行为	124

考点 8 抽象行政行为	125
考点 9 行政机关对行政机关工作人员的奖惩、任免等决定	125
考点 10 由行政机关最终裁决的具体行政行为	126
考点 11 公安、国家安全等机关依照刑事诉讼法的明确授权实施的行为	127
考点 12 不属于行政诉讼受案范围的其他案件	128
专题十四 行政诉讼管辖制度	131
考点 1 行政诉讼的主管	131
考点 2 行政诉讼级别管辖	131
考点 3 一般地域管辖	132
考点 4 经复议案件的地域管辖	133
考点 5 限制人身自由的行政强制措施的管辖	135
考点 6 不动产案件的管辖	136
考点 7 管辖权异议	136
专题十五 行政诉讼参加人	138
考点 1 行政诉讼参加人和当事人	138
考点 2 行政诉讼原告的确认	138
考点 3 行政诉讼原告资格的转移	144
考点 4 行政诉讼被告的确定	145
考点 5 被告不适格的处理	150
考点 6 行政诉讼第三人	151
考点 7 共同诉讼人	152
专题十六 行政诉讼程序	153
考点 1 起诉	153
考点 2 受理	156
考点 3 第二审程序	156
考点 4 再审案件的审理	157
专题十七 行政诉讼证据制度	159
考点 1 书证、物证和视听资料	159
考点 2 证人证言	160
考点 3 鉴定结论	161
考点 4 勘验笔录、现场笔录	162
考点 5 被告的举证责任	163
考点 6 原告的举证责任和举证权利	166
考点 7 人民法院调取证据	166
考点 8 行政诉讼证据的质证	167
考点 9 行政诉讼证据的保全	168
考点 10 证据的审核认定	168
考点 11 证据的证明效力	169
专题十八 行政诉讼审理的特殊制度	171
考点 1 行政诉讼中的法律适用	171

考点2 撤诉	172
考点3 缺席判决	173
考点4 财产保全与先予执行	174
考点5 审理程序的延阻	175
考点6 行政诉讼被告在一审期间改变具体行政行为的处理	176
考点7 具体行政行为的停止执行	177
考点8 行政诉讼附带民事诉讼	178
专题十九 行政诉讼裁判制度	180
考点1 维持判决与驳回诉讼请求判决	180
考点2 撤销判决	181
考点3 履行判决	183
考点4 变更判决	184
考点5 确认判决	185
考点6 行政诉讼二审裁判	186
考点7 行政诉讼再审判决	187
考点8 行政诉讼裁定和决定	188
专题二十 行政诉讼执行制度	189
考点1 行政诉讼的执行	189
考点2 行政诉讼中的非诉执行	190
专题二十一 国家赔偿概述	193
考点1 国家赔偿责任的特征	193
考点2 国家赔偿与国家补偿	193
考点3 国家赔偿与民事赔偿	194
考点4 国家赔偿责任的构成要件	194
专题二十二 行政赔偿	196
考点1 行政赔偿的构成要件	196
考点2 行政赔偿的范围	197
考点3 行政赔偿请求人	198
考点4 行政赔偿义务机关	199
考点5 单独提出赔偿请求的行政赔偿程序	200
考点6 一并提出赔偿请求的程序	201
考点7 行政赔偿案件的审理	202
考点8 行政追偿的条件	204
专题二十三 司法赔偿	205
考点1 司法赔偿概念、特征	205
考点2 刑事司法赔偿的范围	206
考点3 民事、行政司法赔偿范围	208
考点4 国家不承担赔偿责任的情形	209
考点5 司法赔偿义务机关	210

考点6 司法赔偿确认程序	211
考点7 司法赔偿复议程序	214
考点8 司法赔偿决定程序	214
考点9 司法追偿程序	215
专题二十四 国家赔偿方式、计算标准和费用	216
考点1 国家赔偿的方式	216
考点2 人身权损害赔偿的计算标准	216
考点3 财产权损害赔偿的计算标准	218
考点4 国家赔偿费用	219
专题二十五 时效制度	221
考点1 行政处罚的追诉时效	221
考点2 行政许可的期限	221
考点3 行政复议、行政诉讼和国家赔偿期限	222

专题一 行政法基础理论

考点 1 行政与公共行政、国家行政与社会行政

【基础理论】

1. 行政活动广泛存在于社会之中,包括公共行政和普通行政。二者在主体、目的和手段上均不相同。公共行政的主体原则上是国家,普通行政主体一般为私人企业;公共行政以满足公共利益为目的,不以营利为目的,普通行政则以营利为目的;公共行政可以采取普通行政中所没有的强制性手段。

2. 行政法中的行政并非指称所有的行政,而是其中的公共行政部分。公共行政由公共行政组织实施,目的在于满足公共利益,可以采取强制性手段。公共行政包括国家行政、公共事业组织行政、地域性自治组织行政、团体性自治组织的行政和其他公共行政。

3. 公共行政主要是指国家行政。国家行政是指国家行政机关行使国家行政职权、履行国家行政职能的活动。国家行政作为公共行政的主要内容,具有国家职权性(可以使用国家强制力)、执行性从属性(执行法律和权力机关的意志,从属于立法)、公共性(以服务于公共利益为目的)和积极直接性(可主动进行;直接规定特定人的权利义务)。

除了国家行政之外,公共行政还包括社会行政。社会行政是国家行政机关之外的行政组织为实现公共利益、履行公共行政职能的活动。

4. 公共行政的分类:

(1)形式行政与实质行政。凡是行政机关所进行的职能活动都属于形式行政,包括行政机关的抽象行政行为 and 具体行政行为;凡是制定规则和裁决争议案件以外的执行性活动都属于实质行政,不论其实施主体是否为行政机关。我国行

政法意义上的国家行政主要是指形式行政。

(2)负担行政与授益行政。负担行政与授益行政以行政机关与相对人间的权利义务关系为依据划分。负担行政对相对人的人身财产等权益予以剥夺、限制,如行政处罚;授益行政则给予相对人某种权益,如行政许可。

此外,公共行政还可以分为积极行政与消极行政、干预行政与给付行政等。

易错点提示:(1)并非国家行政机关从事的所有活动都属于公共行政的范围。

(2)并非所有公共行政都由国家行政机关进行。国家行政机关之外的组织也可能从事公共行政。

【突破案例】

1. 下列活动中属于行政法调整范围的是:

- A. 某营利性公司对其内部经理人员进行调整
- B. 某行政机关购买办公用品
- C. 证券监督管理委员会对京都期货经纪有限公司发布责令整改通知书
- D. 某国家控股公司对其工作人员进行处罚

【答案】C

【解析】行政法调整公共行政。公共行政是研究行政法的起点,公共行政的范围直接决定了行政法的研究对象和调整范围。公共行政不等于国家行政,而是由国家行政和社会行政构成。是否属于公共行政可以从目的、组织和手段三个方面判断。

普通行政(包括以营利为目的的企业行政、民营非营利组织的行政等)不属于行政法调整范围。营利企业的内部管理活动一般都属于普通行政,对其内部人员的调整即属于普通行政;国家控股公司仍然属于营利性企业,对其工作人员的处罚行为属于普通行政。

行政机关既可能从事公共行政活动,也可能

从事民事活动。行政机关购买办公用品属于以平等民事主体身份所从事的民事活动,并非公共行政,不属于行政法调整的范围。

证监会虽然不是行政机关,但以公共利益为目的,履行公共行政职能,同样属于行政主体。其发出责令整改通知书的行为行使了行政权力,属于公共行政,为行政法的调整范围。

【突破要诀】判断某一行政是否属于公共行政,需要注意:凡是营利性企业的行政均不属于公共行政;并非行政机关的所有活动都属于公共行政,其还可以民事主体身份进行民事活动;行政机关之外的社会组织的活动也可能属于公共行政。

2. 下列活动中属于形式行政的是:

- A. 全国人大常委会通过公务员法
- B. 最高人民法院录用人员考试
- C. 司法部制定规章
- D. 检察院对其内部行政人员的职务进行调整

【答案】C

【解析】形式行政是国家行政的主要内容。形式行政是指行政机关的所进行的行政活动,行政机关以外的其他国家机关的行政活动不属于形式行政,而是实质行政。

我国国家机关包括国家权力机关(全国以及地方各级人大及人大常委会)、国家行政机关和司法机关(人民法院和人民检察院)。国家权力机关制定法律法规、司法机关裁判案件、实施法律监督,不属于任何意义的国家行政(包括形式行政或实质行政)。从实质行政来看,立法机关和司法机关所进行的行政性质的活动如其调整内部组织机构、录用工作人员的活动也可属于国家行政。这与我国公务员法中所确定的公务员范围相对应。A 选项中全国人大常委会通过公务员法的行为既不属于形式行政也不属于实质行政;BD 选项中的最高人民法院和检察院都不是行政机关,活动均不属于形式行政,但其录用人员考试、调整内部人员职务的行为属于实质行政。

行政机关在国家机关中数量最广,是行政主体的主要部分。行政机关在进行执法活动的同时,还存在着立法、司法性质的活动,如行政立法行为(行政法规、规章的制定)、行政司法行为(行政复议、行政裁判)等。从形式行政来看,行政机关进行的立法、司法性质的活动也属于国家行

政。凡是行政机关所进行的公共行政都属于形式行政范畴。C 选项中的司法部属于行政机关,制定规章的行为属于形式行政。

【突破要诀】(1)公共行政主要是指国家行政。国家行政主要是指形式行政,同时实质行政对形式行政起补充作用。因此,权力机关和司法机关的组织活动也可能成为国家行政的内容。

(2)行政机关进行的活动包括行政立法、行政执法和行政司法活动都属于形式行政。

(3)各级人大及其常委会制定法律法规、法院裁判案件、检察院实施法律监督,既不属于形式行政也不属于实质行政;但这些国家机关所进行的行政性质的活动如调整内部组织机构、录用工作人员的活动属于实质行政。

考点 2 行政法的法律渊源

【基础理论】

1. 行政法的法律渊源是指形式渊源。行政法渊源包括成文法渊源和不成文法渊源。

2. 行政法的成文法渊源包括宪法、法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、行政规章(部门规章和地方规章)、国际条约和协定、法律解释。原则上成文法是我国行政法的主要法律渊源。

3. 不成文法渊源有行政惯例、判例、解释、原则和学说等。

易错点提示:目前我国有两部关于法律解释的立法构成我国行政法的渊源,分别为 2000 年公布的立法法和 1981 年全国人大常委会公布的《关于加强法律解释工作的决定》。

【突破案例】

下列关于我国行政法渊源的说法不正确的一项是:

- A. 行政法以调整国家行政权力为核心,因此,行政法的法律渊源不包括国际条约和协定
- B. 行政法的法律渊源包括成文法渊源和不成文法渊源,我国行政法渊源主要是指成文法渊源

C. 民事法律法规中的某些规定也可能成为行政法的法律渊源

D. 我国加入世界贸易组织之后,世界贸易规则也成为我国行政法成文法渊源的组成部分

【答案】A

【解析】行政法以调整国家行政权力为核心,

这是正确的,但不能因此认为行政法的法律渊源不包括国际条约和协定。A选项的说法有误。我国已经签订了一系列国际条约和协定,其中涉及行政权力和义务内容的,都构成我国行政法的成文法渊源,如我国加入的一系列国际人权公约和世界贸易规则中有关政府权力义务的规定均属于行政法的渊源。D选项中认为世界贸易规则构成行政法成文法渊源是正确的。

我国行政法的法律渊源主要是指成文法渊源,但不限于成文法渊源,还包括不成文法渊源。B选项说法正确。我国尚未正式承认解释之外的不成文法渊源,但行政惯例和判例在事实上发挥作用;而随着行政法理论和实践的发展,行政法的基本原则和学说等的不成文法渊源的地位正在逐步获得肯定。

行政法的法律渊源包括法律、法规和规章等。民事、刑事法律法规中可能包含行政法规范的内容,构成行政法渊源;而行政机关所制定的行政法规或者规章也可能对相关民事问题予以规定,成为民法渊源。民事法律法规是从内容上对于法律法规进行分类的,并不排除该法律法规在形式上构成行政法的渊源之一,C选项的说法是正确的。

【突破要诀】(1)我国行政法的法律渊源主要是指成文法渊源,但不限于成文法渊源,还包括不成文法渊源。国际人权公约和世界贸易规则中有关政府权力义务的规定均属于行政法的渊源。

(2)行政法的法律渊源要同行政诉讼中的法律适用相联系。

考点 3 行政法的基本原则

【基础理论】

行政法的基本原则是贯穿行政法律制度始终、反映行政法本质的共同性规则。我国行政法的基本原则包括:

1. 合法行政原则。这是行政法的首要原则。行政机关必须遵守现行有效的法律;行政机关应当依照法律授权活动。

2. 合理行政原则。行政决定应当具有理性,尤其是在裁量性活动中,要遵循公平、公正原则,考虑相关因素原则和比例原则。

3. 程序正当原则。包括行政公开原则;公众参与原则;回避原则。

4. 高效便民原则。包括行政效率原则;便利当事人原则。

5. 诚实守信原则。包括行政信息真实原则;保护公民信赖利益原则。《行政许可法》中规定了信赖利益保护原则。

6. 权责统一原则。包括行政效能原则和行政责任原则。

易错点提示:注意合理行政原则中的比例原则以及诚实守信原则中的公民信赖利益保护原则。

【突破案例】

某市交警大队新兴巡警中队的3名交警,在国道上设卡拦截过往车辆,并对一辆金杯农用车进行疯狂追赶,用自己开的轿车撞击农用车,致使农用车翻入沟内,撞到树上,车内两个农民一死一伤,追赶的交警车也翻入沟内,3名交警受伤。当时驾车的交警王某说,他们之所以追车,是因为农用车没有牌照,怀疑是盗抢车辆。而幸存农民陈玉龙则一再声明,这辆农用车是他们两人从沈阳买来的二手车,各种手续齐全。如果交警所说属实,有证据怀疑农用车是盗抢车辆,则按照行政法的哪个原则,其行为仍应受到否定评价?

- A. 合法行政原则 B. 程序正当原则
C. 比例原则 D. 信赖保护原则

【答案】C

【解析】比例原则是德国行政法上的“帝王条款”,被称为实质意义的行政法治原则。在我国比例原则日益受到重视。比例原则包含三个子原则:第一,适当性原则。行政主体采取的措施及方法应有助于行政目的、目标的实现,行政行为对于行政目标是适当的。第二,必要性原则,又称最温和原则。行政行为应以达到行政目的、目标为限,不能给相对人造成过度的不利影响,在有多种可以达致行政目标的手段和方法可选择时应选择对相对人权益损害最小者,不能超过必要的限度。第三,相当性原则。行政主体采用的方法对相对人造成的损害不得与要实现的目的显失均衡,应慎重权衡其目的达到的利益与侵及的相对人的权益二者之间孰轻孰重。

比例原则运用的领域非常广泛,要注意结合比例原则的三个子原则对案件进行具体分析。本案中交警不顾执法目的,在有多种方式可以达到执法目的的情况下,采用明显超过必要限度的方式进行执法,以致造成重大事故,这正是对比

例原则的违背。因此,交警的行为仍应受到否定评价。

[突破要诀]运用行政法基本原则分析实际问题是司法考试考查的重点,在司法考试的主观题中尤其要注意应用。考生欲提高这一分析能力,要注意社会上对于一些热点问题的关注以及相关评论和分析,掌握合法行政原则的内容、合理行政原则中比例原则的内容以及诚实信用原则中信赖利益保护原则的内容,并能联系实际,以原则来分析之。

(1)比例原则包括适当性、必要性和相当性三个子原则。

(2)信赖利益保护原则是指经合法性和安定性、公共利益和个人利益的权衡,如果存在值得保护的信赖,行政机关不得撤销违法的行政行为,或者只能在给予合理补偿的前提下才能撤销。信赖保护原则的实质是建立人民对政府的信任,因此适用于一切行政领域。信赖利益保护原则在《行政许可法》中已经规定。

专题二 行政组织与公务员

考点 1 行政组织与行政主体

【基础理论】

1. 行政活动需要行政组织来实施。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的组织。行政组织的典型和主要形态是国家行政机关。

2. 行政组织法是关于行政组织的设置、编制、行政权限以及国家公务员录用和管理的规则。

3. 行政主体是指能够以自己名义实施公共行政管理职能并承受一定法律后果的国家行政机关和社会组织。行政主体不仅包括行政机关,也包括非政府组织。我国行政主体制度形成源于实践的需要。

4. 判断某一行政组织是否为行政主体,主要从以下两个方面把握:

(1) 享有行政职权。第一,职权来源。行政主体的职权源于宪法或行政组织法规定,或是经法律、法规授权而取得,除此不能认为享有职权。第二,取得方式。行政职权取得方式限于法律、法规明确规定,如果没有明确规定,或者不是行政法规或者地方性法规以上文件的规定,就不能认为享有行政职权。

(2) 在法律上能以自己的名义行使行政职权。行政组织享有的行政职权能够在法律上而非是事实上以自己的名义而非其他行政组织的名义行使。这样就排除了受委托组织、行政机关内部机构、派出机构成为行政主体的可能。这一特征往往体现在对外文书上的署名上。

易错点提示:有的观点认为行政主体能够自己承担法律责任,即以该行政组织能够单独作为行政复议被申请人、行政诉讼被告和国家赔偿的义务机关来判断该组织具有行政主体资格。这就陷入了循环定义。独立承担法律责任是行政组织具有行政主体资格的后果,而并不是判断行

政组织是否具有行政主体资格的标准。

【突破案例】

1. 关于行政组织、行政主体,下列选项中正确的说法是:

A. 行政机关和行政主体共同构成行政组织的典型和主要形态,其中行政主体成因主要是便利行政复议与行政诉讼

B. 派出所作为公安局的派出机构,也具有行政主体资格。

C. 行政组织的重要特征是以实施者的独立名义从事行政活动和承担相关法律责任

D. 邮电局有开通“120”电话的权力,但其并不属于行政机关,因而并不具有行政主体资格

【答案】B

【解析】行政机关与行政主体都属于行政组织,其中行政机关而非行政主体是行政组织的典型主要形态。行政主体的形成主要是便利行政复议与行政诉讼。A 选项不完全正确。

行政机关是行政主体,但并非所有的行政机关都是行政主体。行政机关的内设机构、派出机构在得到法律法规授权的情况下才可以成为行政主体。B 选项公安派出所是市、县公安局管理治安工作的派出机构,可以决定警告、500 元以下的罚款,具有行政主体资格。

以实施者的独立名义从事行政活动和承担相关法律责任是行政主体而非行政组织的重要特征。C 选项的说法混淆了行政主体与行政组织的特征是错误的。

并非只有行政机关才能成为行政主体,履行公共行政职能的非政府组织也可能成为行政主体,但需要取得法律法规的授权。邮电局不是行政机关并不构成其不具有行政主体资格的理由,其同样可能履行公共职能,行使行政权力,如依法开通“120”电话,从而具有行政主体资格。D 选项说法是错误的。

【突破要诀】一般而言,行政机关的派出机构不具有行政主体资格,但取得法律法规授权的派出机构除外。非政府组织依据法律法规授权即具有行政主体资格,如我国的高等院校、邮电、铁路运输、煤气公司和自来水公司等。

2. 以下关于行政主体、行政复议被申请人和行政复议机关说法正确的选项是:

A. 县公安机关委托的治安联防大队对甲进行处罚,甲不服应以治安联防大队为被申请人,县公安机关为复议机关

B. 县公安机关委托的治安联防大队对甲进行处罚,甲不服应以县公安机关为被申请人,县公安机关的上级公安机关法制处为复议机关

C. 对县公安局消防科作出的消防行政处罚决定不服,县公安局为被申请人,其上级公安机关为行政复议机关

D. 对县公安局消防科作出的消防行政处罚决定不服,县公安局消防科为被申请人,县公安局为行政复议机关

【答案】D

【解析】行政复议被申请人是作出被诉具体行政行为的行政机关。行政复议机关是指被申请人的上一级机关。行政复议机关负责法制工作的机构具体办理行政复议事项。只有具有行政主体资格的行政组织方能够成为行政复议被申请人和行政复议机关。

治安联防大队作为受委托组织,不能以自己名义行使行政职权,不是行政主体,不能作为行政复议被申请人,只能由委托组织县公安机关作为被申请人。因此A选项是错误的。

行政复议机关的法制工作机构是复议机关的内部机构,不是行政主体,行政复议机关是行政主体。县级公安机关的上级公安机关而非上级公安机关的法制工作机构作为行政复议机关,上级公安局的法制处只是其内设工作机构,不具有行政主体资格,对外不能以法制处的名义单独行使职权。因此,B选项是错误的。

一般而言,行政机关内设科室都不具有行政主体资格,法律法规授权的除外。而消防科经《消防法》和公安部《关于消防监督机构是否具有行政主体资格及有关问题的批复》等文件授权,具备行政主体资格,可以作为行政复议被申请人。因此,消防科为行政复议被申请人,县公安局为行政复议机关。D选项是正确的。

【突破要诀】(1)判断行政复议被申请人和行政复议机关的前提是该组织是否具有行政主体资格。

(2)消防科经《消防法》和公安部《关于消防监督机构是否具有行政主体资格及有关问题的批复》等文件授权具有行政主体资格。

考点 2 国务院

【基础理论】

国务院属于中央国家机关,是最高国家权力机关的执行机关,是最高国家行政机关。

1. 国务院由总理、副总理、国务委员、各部部长、各委员会主任、审计长、秘书长组成,实行总理负责制。

2. 国务院每届任期同全国人大每届任期相同,为5年。总理、副总理、国务委员连续任职不得超过2届。

3. 国务院会议分为国务院全体会议和国务院常务会议。国务院全体会议由国务院全体成员组成。国务院常务会议由总理、副总理、国务委员、秘书长组成。总理召集和主持国务院全体会议和国务院常务会议。国务院工作中的重大问题,必须经国务院常务会议或者国务院全体会议讨论决定。

4. 国务院对全国人民代表大会负责并报告工作;在全国人民代表大会闭会期间,对全国人民代表大会常务委员会负责并报告工作。

易错点提示:国务院组成人员共包括七类人员,注意不要漏记国务委员、审计长和秘书长。国务院组成人员范围、国务院组成人员中连续任职限制的范围以及国务院常务会议的组成人员范围各不相同。

【突破案例】

下列选项中关于国务院的说法不正确的是:

A. 国务院的组成人员包括总理、副总理、国务委员、各部部长、各委员会主任、秘书长

B. 国务院的组成人员连续任职均不得超过2届

C. 国务院常务会议由总理、副总理、国务委员、秘书长和审计长组成

D. 国务院工作中的重大问题,必须经国务院全体会议讨论决定

【答案】ABCD

【解析】审计署是国务院的重要组成部分,也是近年来司法考试部分的重点。A选项的国务院