

国家统一司法考试参考用书

2003 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

张树义 主编

北 京 大 学 出 版 社

**2003 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**

主 编 张树义

北京大学出版社
北 京

图书在版编目(CIP)数据

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/张树义主编. —北京:北京大学出版社, 2003. 4

ISBN 7-301-06192-7

I. 司… II. 张… 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. D92

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 012774 号

书 名: 2003 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

著作责任者: 张树义 主编

责任编辑: 王茂华

标准书号: ISBN 7-301-06192-7/D·0720

出版者: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区中关村 北京大学校内 100871

网 址: <http://cbs.pku.edu.cn> 电子信箱: zpup@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

排 版 者: 兴盛达打字服务社 82715400

印 刷 者: 北京大学印刷厂

发 行 者: 北京大学出版社

经 销 者: 新华书店

787 毫米×1092 毫米 16 开本 11.875 印张 290 千字

2003 年 4 月第 1 版 2003 年 4 月第 1 次印刷

定 价: 17.00 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,翻版必究

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》。丛书共分七卷，分别是法理学与宪法学卷、刑法学卷、民法学卷、诉讼法学卷、商法学与经济法法学卷、国际公法学、国际私法学与国际经济法法学卷。

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1月

本卷前言

在司法考试中,行政法与行政诉讼法属于比较难掌握的。说其难,可能并不在于其内容本身有多复杂,原因可能是我们对其陌生。惟其陌生,解答有关问题时,往往不得要领。其实,如同对于民事活动,我们每日每时都在亲身体验一样,对于行政活动,我们每日每时也都会有所接触,只不过因为不是我们自己在实施,更多地是在受动,所以也就缺少切身的体验。但任何事情都有规律可以遵循,本书的目的即在于揭示一些行政活动的规律,以助考生顺利过关。

行政法学与行政诉讼法学部分大致可以分为五个部分:行政主体、行政行为、行政复议、行政诉讼与国家赔偿。每一部分都有一些重点、难点和疑点。

与民事活动不同的是,行政活动是由一个庞大的组织系统在从事,其间有各种不同的机关:中央人民政府、地方各级人民政府,而各级政府又由诸多部门组成。面对如此复杂的组织系统,在实际活动中,经常产生的问题就是如何认定,它们在法律上的地位。行政法学中提出了行政主体这一概念,以解释诸多组织机构从事活动这一现象。鉴于考生对行政机关的设置比较陌生,本书中我们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,然后运用行政主体理论进行分析。

复杂的机构也就必然产生复杂的行为。行政行为部分的内容虽然很多,但就司法考试而言,所需掌握的东西并不是很多。这不仅是因为行政行为部分所占分值比例不高,同时也是因为有《立法法》与《行政处罚法》两个单行法律的存在,本就不高的分值也大多集中于这两个法律之中。这就要求考生应当将它们作为重点。此外,应当结合行政诉讼、行政复议来把握行政行为的内容。

说到行政复议与行政诉讼,应当说它是司法考试中的重中之重。因为在历年考试中所占分值比例中具有绝对优势。这其实一点也不奇怪,因为司法考试的主要题型是案例分析,案例就意味着涉诉,而其分析也就与行政复议与行政诉讼有关。只不过对这两块,建议考生以行政诉讼为主,以行政复议为辅。因为行政复议与行政诉讼许多内容相同,因此,在了解行政诉讼的基础上,顺带着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。本书即本着这样一个原则处理行政复议的相关内容。

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的约束,如果被诉行政行为损害其权益的话,那么还会引起损害赔偿的要求。因此,案例分析中也就可能会涉及到国家赔偿问题。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,也是经常涉及到的内容。

也许最为重要的是,国家活动与民事活动有着不同的逻辑,这是贯串全部行政活动的一条主线。按照“路径相关”的原理,它潜在地支配着行政活动的规则。从本书的内容中去领悟国家活动的逻辑,当获得了这样一种“悟性”之后,你可能就取得了通往胜利之门的“钥匙”。

目 录

上 篇

第一部分 行政主体	(3)
一、重点问题分析	(3)
二、难点问题解惑	(7)
三、疑点问题探讨	(11)
第二部分 行政行为	(15)
一、重点问题分析	(15)
二、难点问题解惑	(20)
三、疑点问题探讨	(25)
第三部分 行政复议	(29)
一、重点问题分析	(29)
二、难点问题解惑	(37)
三、疑点问题探讨	(45)
第四部分 行政诉讼	(49)
一、重点问题分析	(49)
二、难点问题解惑	(60)
三、疑点问题探讨	(74)
第五部分 国家赔偿	(89)
一、重点问题分析	(89)
二、难点问题解惑	(94)
三、疑点问题探讨	(101)

下 篇

第一部分 相关练习	(105)
第二部分 答案及分析	(148)

上 篇

第一部分 行政主体

一、重点问题分析

(一) 行政主体理论的意义和方法

行政主体理论在行政法学中具有奠基性的地位,它是理解全部行政法的基础与前提。因此,行政主体是行政法学中的一个难点,也是历年司(律)考命题的重点。考生弄通这一理论关键要把握以下三个方面:

1. 行政主体理论的产生及其地位

行政主体问题也就是行政管理的资格问题。即:谁有资格进行行政管理?人们应该服从谁的管理?一旦行政行为造成相对人的损害应当由谁来承担责任?对于这些问题的回答便衍生出了行政法学的一系列概念:行政行为的实施主体、行政复议的被申请人、行政诉讼的被告,国家赔偿义务机关(行政赔偿义务机关、行政赔偿诉讼被告)等。这些概念建立在一个共同的基础——行政主体理论之上。因此,考生要把握这一系列概念就必须从把握行政主体理论入手。

在我国行政法上,人们最初只是从行政机关或者行政组织的角度来认识和把握行政管理主体一方,如我国的《中华人民共和国行政诉讼法》、《行政复议法》等都直接使用了行政机关这一概念。但在实务中,行政机关概念并不能解决行政法上的主体问题。有一例为证:某县新铺乡工商所接到群众举报,称有人推销假红参,遂进行查处并将药材扣押。旋即要求药贩提供合法进货证明。孰料,药贩一出工商所大门就再没有音信。工商所见药贩一去不复返,便将所扣押的药材卖给了药店。恰遇县药品管理等机关进行药品市场大检查,发现了工商所销售假药的违法行为,即对工商所做出了没收非法所得和罚款的行政处罚。工商所不服,诉至法院。结果法官们对是否受案产生了两种不同意见:一种认为,行政处罚属于法院受案范围,应予受理;另一种则认为不能受理。理由是,行政诉讼为“民告官”,本案原告和被告都是行政机关,是“官告官”,显然与行政诉讼“原被告恒定”的规则相冲突。此案十分典型地反映了行政机关这一概念在实务中的局限性。因此,客观上要求人们必须寻找一个新的理论来取代行政机关这一概念。行政主体理论正是基于实践的需要和对行政机关的反思而提升出来的,它是对行政机关或者说行政组织的法律抽象。

2. 如何把握行政主体的概念与特征

所谓行政主体,是指享有行政职权,能以自己的名义行使国家行政职权,做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。其中包括行政机关和法律、法规授权的组织。而行政主体的特征,也就是判断一个组织是否具备行政主体资格的标准。有关这些标准可以用一个公式表示为:行政主体=“三者”统一体,即:行政职权的享有者、行政行为的实施者、法律责任的承担者三合为一。

第一,行政主体必须是行政职权的享有者。在考试中常以选择题的方式来考查考生对这

一特征的掌握。

例:请判断以下选项中哪些具有行政主体资格?()

- A. 县级人民代表大会
- B. 省人民政府
- C. 清华大学
- D. 县纪律检查委员会

答案是BC。结合本题,考生可以从以下两个方面把握“行政职权的享有者”这一特征:一是国家机关的性质。在国家机关体系中,只有行政机关可能成为行政职权的享有者,其他国家机关如立法机关、司法机关和军事机关等因不担负行政职能,故不享有行政职权,不是行政主体。本题A项即属于此。二是行政职权的来源。“法无明文规定不得为”是行政机关进行行政活动的通则。我国的国家行政职权,是通过宪法、政府组织法和具体法律、法规或规章来赋予的。其中,行政机关的行政职权源于宪法或政府组织法的规定,本题B项即是。被授权组织的行政职权源于具体法律、法规的授权,C项即为之。只要前述法明文规定可以行使行政职权的,即为行政职权的享有者。企业、事业单位或社会团体等被授权的组织不是国家机关,其本职也不是履行行政职能,但由于法律、法规授予其行政职权而使它们获得行政主体地位。如本题D项的县纪检委,其本职是进行党纪监督,因为没有法律、法规授权,故只能行使其本职而不能行使行政职权。而C项的高校,其本职是教书育人,由于国务院学位条例授予其学位授予权而取得行政主体资格。

此外,还有一个值得考生关注的问题是关于具体授权的形式。见例题:

以下所列选项中哪些行为属于行政授权?()

- A. 《植物检疫条例》规定:县级以上各级农业、林业部门所属的植物检疫机构负责执行国家的植物检疫工作
- B. 《治安管理处罚条例》规定:警告、50元以下的罚款可以由公安派出所裁决
- C. 《道路交通管理条例》规定:警告、50元以下的罚款、吊扣2个月以下驾驶证的处罚,可以由交通警察队裁决
- D. 市公安局发文规定,授权水上派出所可以对水上治安违法行为人做出拘留的处罚决定

答案是ABC。D项不属于行政授权,应视为委托。依据是最高人民法院《关于执行〈行政诉讼法〉若干问题的解释》第21条的规定:行政机关在没有法律、法规或者规章规定的情况下,授权其内设机构、派出机构或者其他组织行使行政职权的,应当视为委托。

总之,判断一个组织是否享有行政职权,只能依据宪法、法律、法规或规章的规定。

第二,行政主体必须是行政活动的实施者,且必须在法律上能以自己的名义进行活动。所谓“以自己的名义”,就是能够依照自己的意志独立地做出处理决定,而无须向其他机关请示或经批准。也就是具有法定的署名、盖章权。这一特征也常成为命题的“题眼”。例如1998年律师资格考试(卷一)多项选择第50题:

下列选项中所列哪些组织不享有行政主体资格?()

- A. 接受乡人民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

本题答案是ABD。有关本特征考生应注意把握以下两点:其一,“能以自己的名义”,是指在法律上具有这种行为能力,即法律规定其有署名权,而不是事实上具署其名。假如本题D

项市政府复议办公室以自己的名义做出复议决定,事实上具署其名,但由于缺乏法律上的依据则仍不能认为其能以自己的名义进行活动;其二,许多组织或个人虽然行使行政职权,但均不能以自己的名义。比如:A项受委托的组织,B项行政机关内设机构以及行政机关的派出机构,未经法定程序新组建的机构和国家公务员等。因此,凡没有法定署名权的机构或组织,不论其事实是否署名,均非行政主体。

第三,行政主体必须是法律责任的承担者。是否承担行政活动所产生的责任,乃是判断一个组织是否为行政主体重要标准。能够承担责任者是行政主体,不能承担责任者就不是行政主体。理解这一特征也有两个方面的问题值得注意:一是要注意以下两种委托关系。首先是国家与公务员之间的职务委托关系。国家公务员虽然行使国家行政职权,实施行政行为,但他们对自己行使职权的行为并不对外承担法律责任,而是由其所在的行政机关承担责任。其次是委托行政机关与受委托的组织之间的委托关系。如治安联防队,它接受公安机关的委托从事公务活动,根据委托的原理,受托人只能以委托人的名义实施活动,由此而产生的法律责任也完全由委托人承担。故受委托实施行政行为的公务员和被委托的组织均不是行政主体。二是要注意承担责任的形式。有人把财政经费作为判断一个组织能否承担法律责任的标准,认为有独立经费的即属于责任承担者,无独立经费的则不属于责任承担者。这种观点显然受了民事主体理论的影响,是不正确的。所谓法律责任的承担者,是指能否作为行政复议的被申请人、行政诉讼的被告、国家赔偿义务机关等,能成为以上主体的即是法律责任的承担者。至于国家赔偿的经费是由国库支付,以国库作后盾,不成其为是否承担责任的标准。

(二) 被授权的组织和被委托的组织之比较

除行政机关外,其他组织在一定条件下也可以行使行政职权。其中包括被授权的组织和被委托的组织两类。考生应重点把握这两类组织之间的相同点和不同点。

所谓被授权组织,就是指依据法律、法规授权而行使特定行政职能的非国家机关组织。所谓被委托组织,则指接受行政机关委托行使一定行政职权的非国家机关的社会组织。

被授权组织与被委托组织的相同点有三:

(1) 二者都是非国家机关组织。被授权和被委托组织都不是国家机关组织,都只在得到法律或法规授权或行政机关委托时才具有行政职权,除此它依然是一般的民事主体,在执行其本身职能时均不具有行政主体地位。

(2) 都只行使一定的行政职权而非行使一般行政职权。法律、法规授权组织仅限于法律、法规明确规定的某项职权或某一事项;被委托组织也只能行使行政机关委托的,并且依据法理是可以委托其他组织行使的某种行政职权。如行政处罚、代征、代收税金等。有些行政职权,根据法理只能由行政机关自己行使,而不允许委托非行政机关的组织行使,如行政立法权、限制公民人身自由的行政处罚或行政强制措施权,以及颁发营业执照及重要的行政许可权等。

(3) 二者的范围大致相当。被授权组织主要包括:事业组织、社会团体、基层群众自治组织和企业组织四种。一般认为,被授权组织的范围大致相当于行政机关委托行使行政职权的组织的范围。当这些组织得到法律、法规授权时即成为法律、法规授权组织。当法律、法规未授权,而是行政机关委托它们行使一定行政职权时,它们即为被委托组织。在实务中,群众性治安保卫组织和某些私人组织也常受行政机关委托行使某些行政职权。

被授权组织与被委托组织的不同点有四:

(1) 权力来源不同。被授权组织取得行政职权是基于法律、法规授权;被委托组织取得行政职权则是基于行政机关的委托。

(2) 获得职权的程序不同。被授权组织获得行政职权是通过立法程序;被委托组织获得行政职权则一般通过行政程序。

(3) 要求的条件不同。法律、法规对被授权组织的条件目前没有规定;而被委托的组织的具体法律、法规则有相应的规定。如行政处罚法规定,行政机关依照法律、法规或规章的规定,可以在其法定权限内委托其他组织实施行政处罚,但受委托的组织必须符合以下三个条件:一是属于依法成立的管理公共事务的事业组织;二是具有熟悉有关法律、法规、规章和业务的工作人员;三是对违法行为需要进行技术检查或者技术鉴定的,应当有条件组织进行相应的技术检查或者技术鉴定。

(4) 法律地位不同。被授权组织在行使所授权权时,具有与行政机关相同的行政主体地位,可以自己的名义行使所受职权,并自己承担该行为的法律责任;而被委托组织则只能以委托行政机关的名义,而不能以自己的名义行使职权,由此对外产生的法律责任也不是由其本身承担,而是由委托的行政机关承担。

(三) 国家公务员范围的界定

国家公务员,是指国家依法定形式和程序任用的,在中央和地方各级国家行政机关中工作的,依法行使国家行政职权,执行国家公务的人员。国家公务员的范围在考试中通常以多项选择题或任意选择题的形式出现。考生可以用国家公务员的三个特征作为判断是否公务员的标准:

第一,国家公务员是经法定形式和法定程序任用的人员。所谓法定方式,即宪法、组织法、国家公务员法和其他有关法律规定的形式。所谓法定程序,就是宪法、选举法、国家公务员法和其他有关公务员任用的法律、法规规定的程序。凡经过以上法定方式和法定程序任用的即属于国家公务员,否则就不属于国家公务员。

第二,国家公务员是在各国家行政机关中工作的人员。国家公务员不包括企事业单位中的国家干部以及社会团体、立法机关与司法机关中的工作人员。

第三,国家公务员是指行政机关中行使国家行政职权、执行国家公务的人员。国家公务员并不包括国家行政机关中的工勤人员。

(四) 行政机关侵犯公务员权益时的救济途径

公务员如果认为自己的权益受到侵害,应当通过什么途径获得救济?也就是国家以什么方式为国家公务员提供保护?对于来自公众的侵害,国家在民事和刑事法律上均有较为严密的保障措施。但对于来自行政机关的侵害,则有所不同。通常认为,防止行政机关对公务员侵害的保护措施包括行政和司法两种手段。在国外,许多国家的公务员认为行政机关侵犯其权益所具有的最有效的保护手段,是向法院提起诉讼。在我国,公务员不能向人民法院提起诉讼,只能依特别途径解决。

(1) 公务员管理条例规定,公务员的职务关系受法律保障。公务员一经任用,非因法定事由,非经法定程序不得随意被解职或受行政处分。

(2) 公务员认为行政机关的决定侵犯其权益可以提起申诉。《中华人民共和国行政复议

法》第8条第1款明确规定：“不服行政机关做出的行政处分或者其他人事处理决定的，依照有关法律、行政法规的规定提出申诉。”《中华人民共和国行政监察法》第37条规定：“国家公务员和国家行政机关任命的其他人员对主管行政机关做出的行政处分决定不服的，可以自收到行政处分决定之日起30日内向监察机关提出申诉，监察机关应当自收到申诉之日起30日内做出复查决定；对复查决定仍不服的，可以自收到复查决定之日起30日内向上一级监察机关申请复核，上一级监察机关应当自收到复核申请之日起60日内做出复核决定。”

(五) 行政处分针对的对象和职务变动的性质

行政处分，是国家行政机关内部对公务员实施的一种惩戒措施。国家通过对违反法律法规或职业道德、纪律的公务员给予适当的行政处分，以维持国家职务关系的稳定与正常。然而，需要注意的是，行政处分所针对的对象不是公务员的人身而主要是职务关系。是对职务关系的变动，即对之产生变更或消灭的后果。行政处分共分为警告、记过、记大过、降职、降级、撤职、开除公职七种。其中：前六种处分形式是职务关系的变更，而开除则是最严厉的处分措施，是职务关系的解除，意味着公务员和国家之间的职务关系从此而消灭。

二、难点问题解惑

(一) 中央行政机关之间的关系及其法律地位

与地方行政机关相比，中央行政机关的组成、设立程序及其在行政法上的地位更为复杂。也是考生容易混淆且经常丢分的地方。为了方便考生，我们罗列了一张详表，大家可一目了然。

中央行政机关的组成及其法律地位详表

组成与权限	组成成员	设立程序	地位
1. 国务院：最高国家权力机关的执行机关，最高国家行政机关。职权：管理全国行政事务，有权制定行政法规。	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。	全国人大选举，对其负责，受人大及其常委会监督。	行政主体
2. 各部委：国务院的工作部门。 职权：执行国务院行政法规、决定、命令并依此行使职权，在职权范围内就自己所管辖的事项，有权制定部门规章。	30个：外交部、国防部、国家发展和改革委员会、教育部、科技部、国防科工委、国家民委、公安部、安全部、监察部、民政部、司法部、财政部、人事部、劳动和社会保障部、国土资源部、建设部、铁道部、交通部、信息产业部、水利部、农业部、商务部、文化部、卫生部、国家人口和计划生育委员会、中国人民银行、审计署、国有资产监督管理委员会、中国银行业监督管理委员会。实行部长、主任负责制。	总理提出，人大决定，在人大闭会期间，由人大常委会决定。	行政主体

续表

3. 直属机构: 国务院主管各项专门业务的机构。职权:具有自己主管的专门行政事务,可在主管的事项范围内,对外发布命令、指示。	共 17 个: 海关总署、税务总局、环保总局、民航总局、广播电影电视总局、体育总局、统计局、工商行政管理局、新闻出版署(版权局)、林业局、技术监督局、药品监督管理局、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。	由国务院根据工作需要和精简的原则设立,无需其他机关批准。	行政主体
4. 办事机构: 协助总理办理专门事务的机构。属于内部管理机构。	共有 6 个: 外事办、侨务办、港澳办、法制办、经济体制改革办、国务院研究室。	由国务院根据工作需要和精简的原则设立。	不是行政主体
5. 部管局: 主管有关行业或领域行政事务的国家局。	共 18 个: 粮食储备局、国内贸易局、煤炭工业局、机械工业局、冶金工业局、烟草专卖局、外国专家局、国家海洋局、国家测绘局、国家邮政局、国家文物局、中医药管理局、外汇管理局、出入境检验检疫局、保密局、国家航天局、国家原子能机构、国家语委。		行政主体
6. 事业单位	共 10 个: 新华社、中科院、社科院、工程院、国务院发展研究中心、国家行政学院、地震局、气象局、证监会、保险监督管理委员会。		被授权后是行政主体

上表的关键在于掌握各具体机关的法律地位。其中有以下问题值得考生注意:一是要注意国务院办事机构和未经法律、法规授权的国务院的事业单位都不具备行政主体资格。二是要注意区别带“局”字的机关或单位。在国务院直属机构和部管局以及国务院事业单位中都有称之为局的机关或组织。但它们的法律地位相差甚远:直属机构中的局与部、委具有相同的法律地位,可以制定部门规章;部管局或国家局一般都具有行政主体资格,但无权制定规章;事业单位中的局,只在经法律、法规授权的情况下才具有行政主体资格,即只可能成为被授权组织。

(二) 公务员职务行为与个人行为的识别标准

国家公务员具有公私双重身份。即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。由于双重身份而导致了双重行为,这就是公务员的公务行为与个人行为。所谓国家公务员的公务行为,即国家公务员履行行政职责,以国家行政机关的名义对社会实施管理的行为。而公务员的个人行为,则是公务员以公民身份实施的、非履行行政职责的行为。为什么要对公务员的行为作如此区分?如此区分的意义又是什么呢?其主要原因就在于,这两种不同的行为要遵循不同的法律规则,并发生不同的法律后果,其法律责任的归属也完全不同。国家公务员的公务行为由国家或其所在行政机关承担责任,个人行为则由公务员个人承担责任。也正因为如此,国家公务员公务行为与个人行为的区分,也就成了历年考试的一个重要知识点。如 2000 年卷一单选第 17 题:

某市公安局刑事警察赵某下班期间发现有人斗殴,即予以制止。正巧打架的马某与赵某有隙,便对赵某出言不逊。赵某大怒,拔枪将马某击伤。下列关于赔偿责任正确的说法是:

()

- A. 应由赵某赔偿,因其行为属于与行使职权无关的个人行为
- B. 应由赵某赔偿,因其是刑事警察,无治安管理职权,且是在下班时间做出
- C. 应由公安局赔偿,因赵某的行为是在执行职务
- D. 应由公安局赔偿,因赵某的行为属于违法使用武器、警械造成公民身体伤害的情形

本题答案是 A。

在实务中,通常以下列四种因素作为区分公务行为和个人行为的标准:(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要结合以下其他因素加以判断。(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。公务员非在上班时间内或在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时间内或工作场所实施,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,又非在上班时间内、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。

在前引案例中,有一个行为性质的转换过程。《人民警察法》第 19 条规定:“人民警察在非工作时间,遇有其职责范围内的紧急情况,应当履行职责。”第 21 条又规定:“人民警察遇到公民人身、财产受到侵犯或者处于危难情形,应当立即救助;对公民提出解决纠纷的要求,应当给予帮助;对公民的报警案件,应当及时查处。”据此,人民警察负有制止违法行为的职责。赵某的初衷确实也是前去履行职责,似乎属于违法使用武器、警械造成公民伤害的职务行为。但因马“出言不逊”赵某因个人恩怨动怒用枪,其行为的性质即发生了变化,即由公务行为转化为了个人行为。因此,识别一个行为是否公务行为,应当综合考虑以上四个方面的因素,不能绝对、惟一地使用某一个标准。

(三) 公务员与国家职务委托关系及其运行规则

在国家行政机关、公务员、相对人三者之间涉及两层关系,即外部行政管理关系和内部行政管理关系。国家与相对人之间属于外部行政管理关系,国家与公务员之间则属于内部行政管理关系。所谓国家职务关系,就是国家公务员因接受国家的委托,担任国家行政职务,与国家之间产生的一种法律关系。公务员与国家之间的这种关系,在行政法上定义为职务委托关系。它是按照委托制度的原理来运行的。

国家与公务员之间:国家公务员代表国家或行政机关,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;国家为使公务员有效地实施行政管理,赋予公务员相应的职务权利;公务员受国家的委托必须恪尽职守,依法履行职责义务。

国家与相对人之间:国家的行政职权必须通过公务员来具体实施,公务员的公务行为就是国家或行政机关的行为;相对人则视公务员的公务行为为其所属行政机关的行为,在行政复议、行政诉讼或国家赔偿中,并不以公务员作为一方当事人,而只能以行政机关作为被申请人、被告或赔偿义务机关。

国家和公务员之间的权利义务,构成了国家职务关系的全部内容。一方面,国家要为国家职务关系的主体——公务员提供保护,防止来自公众和行政机关两个方面的侵害;另一方面,国家也要保护职务关系,以防止公务员不依法正确履行职责。

(四) 追偿权及其行使规则

民法上的追偿权,是指在连带债务人中,一人清偿全部债务时,有向其他债务人请求偿还各自应分担部分的权利。其有两个前提,一是有共同债务存在;二是其中一人清偿了全部或超出自己份额的债务。民法追偿权的性质是经济损失的填平补齐,不存在制裁。

行政法上的追偿权,是指行政机关对外承担国家赔偿责任之后,可依法要求有重大过失或故意而造成损害的公务员,承担部分或全部赔偿费用的权利。这种追偿权是职务关系的体现。对外而言,公务员的公务行为是代表其所在行政机关的行为,其行为后果由行政机关承担。但就行政机关内部而言,公务员有忠于职守的义务和正确履行职责的义务,公务员一旦不履行义务,当然不能免除其应承担的责任。但这种追偿权与民法上的追偿权不同,其前提不是行政机关确实已“替人受过”,其性质既不是经济责任的移转更不是损失的填补,而是行政机关对公务员过错行为的一种惩戒。有关追偿权的考试命题方式可以是选择题,也可是案例题。见以下二例:

(1) 追偿权是我国国家赔偿制度的组成部分,但追偿权的行使必须具备一定的条件。

下列选项中哪些是行使追偿权的条件? ()

- A. 追偿权必须在赔偿义务机关赔偿受害人损失之前进行
- B. 行政赔偿义务机关已经赔偿了受害人的损失
- C. 国家机关只能向有故意或重大过失的工作人员行使追偿权
- D. 追偿权只能在赔偿数额范围内进行

答案是:BCD。

(2) 1996年10月11日晚,丁某酒后在某饮食店酗酒闹事,砸碎店里玻璃数块。后经人劝说,丁某承认错误并表示愿意赔偿。此时恰巧碰上某区公安局警察任某、赵某执勤到店里,任某对丁某又推又打,欲将丁某带回派出所处理。在扭推过程中,致丁某跌倒,头撞在水泥地上,造成颅内出血死亡。1997年12月20日,丁某之父向公安局提出行政侵权赔偿。请回答:公安局对受害人赔偿后,可以如何处理? ()

- A. 可以进行追偿
- B. 不可以追偿
- C. 可以要求任某承担部分或全部赔偿费用
- D. 可以要求任某和赵某共同承担部分或全部赔偿费用

答案是:AC。(此为2000年律师资格考试卷一任选题第3题第4问)。

因为国家追偿权的性质不同于民事追偿权,从而决定了国家行使追偿权必须遵守一定的规则。结合上述两题我们可对这些规则作一分析:

一是公务员执行职务造成损害的行为必须有主观故意或重大过失。公务员职务行为的过错可以分为三个等级:一般过失、重大过失和故意。追偿权的行使限定在故意和重大过失,一般过失不予追偿。其原因是,国家权力本身就是一种强制他人服从的力量,一旦运用就必定影响相对人的权利和义务。因此,公务员行使国家权力显然具有一定的风险,必然包含着某种损

害的可能。所以制度上应当允许公务员执行职务的行为具有一定的过错,只要这种过错未达到严重程度即可不究。据此,第1例C项为对。而第2例D项则为错,因为一同执勤的赵某并没有故意或重大过失致人伤亡的行为。

二是追偿金额与过错轻重相适应。第2例C项是对的,国家机关可以要求有过错的工作人员承担部分或全部赔偿费用。因为,国家行使追偿权所考虑的并不是已赔偿数额,而是公务员主观过错的轻重。公务员执行职务时的过错越重则追偿越多,反之则越少。第1例D项是对的,追偿数额最大不能超过实际赔偿的金额。

三是要考虑公务员承担赔偿责任的经济能力。设立追偿权目的在于保障国家职务关系,而不在于实际赔偿。并且国家赔偿往往数额巨大,远非公务员个人收入所能承担。因此,国家对公务员行使追偿权必须考虑公务员的个人承受能力,要保证其能够维持基本的生活水平。

三、疑点问题探讨

(一) 行政主体与行政机关的区别

行政主体理论取行政机关而代之,从此行政机关就不再是一个行政法的概念,而成为一个其他用语。虽然行政主体与行政机关有关联,但二者存在着本质的区别。这些区别可以概括为三个“并非所有”:

第一,并非所有的行政机关都能成为行政主体。行政机关只有具备一定的条件才能成为行政主体。某个组织可能是行政机关,但它并不一定就是行政主体。

例如:请判断以下哪些选项不属于行政主体?()

- A. 市机关事务管理局
- B. 市税务稽查大队
- C. 国务院法制办
- D. 市政府政策研究室

答案是ABCD。行政机关中的办公厅、研究室、机关事务管理局之类的内设机构,虽然是行政机关,但仅负责管理、协调行政机关的内部事务,并不对外行使职权,因此不具有行政主体资格。而本题B项和C项之类的内设机构也属于行政机关,可以对外实施行政行为,但它们不是以自己的名义而是以所隶属行政机关的名义,所以,也不是行政主体。

第二,并非行政机关在所有场合都以行政主体的身份出现。这也是历年考试命题热点之一。把握这一特征关键在于分清行政机关的行为的性质。见例题:

下列选项中的行政机关哪些不属于行政主体?()

- A. 税务局向家具厂订购办公桌椅
- B. 城建局与基建队签约建干部宿舍
- C. 工商局销售假药被药品管理局处罚(工商局)
- D. 海洋局对违法用海的水产局处以罚款(水产局)

答案是ABCD。行政机关在法律上具有民事主体和行政主体双重身份。它既可以行政主体的身份从事行政活动,如制定法规、做出处罚等;也可以民事主体的身份从事民事活动,如A项的税务局、B项的城建局、C项的工商局、D项的水产局等。值得注意的是,行政机关在从事民事活动的过程中,也可能因为其行为违法而受到另一行政机关处罚,在此其法律地位不是行政主体而是行政管理相对人。如本题C项中销售假药的工商局,D项中违法用海的水产局等