

三校名师讲义

2014年版

国 | 家 | 司 | 法 | 考 | 试
三 校 名 师 讲 义

行政法与行政诉讼法

6

三校名师 组编

点石成金

凝聚廿二载名师课堂授业精华

作为三校名师司法考试培训授课专用教材

本书历经廿二年的经典传承

千锤百炼

实至名归

带给您身临其境的名师授业风范

与智者的深邃启迪



中国政法大学出版社

名校名师讲义

2024版

第三版
三校名师讲义

行政法与行政诉讼法



张守文 主编



行政法与行政诉讼法
张守文 主编
中国政法大学出版社
2024年1月第1版
2024年1月第1次印刷
ISBN 978-7-5648-7111-1
定价：49.00元

中国政法大学出版社



2014年版

国 | 家 | 司 | 法 | 考 | 试
三校名师讲义

行政法与行政诉讼法

6

三校名师◎组编

赵 宏◎编著



中国政法大学出版社

2013·北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

国家司法考试三校名师讲义. 行政法与行政诉讼法 / 三校名师组编. —北京:中国政法大学出版社,2013.10
ISBN 978-7-5620-5077-3

I. ①国… II. ①三… 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. ①D92

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 254631 号

出 版 者	中国政法大学出版社
地 址	北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址	北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址	http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社)
电 话	010-58908285(总编室) 58908433 (编辑部) 58908334(邮购部)
承 印	北京鑫海金澳胶印有限公司
开 本	787mm×1092mm 1/16
印 张	20
字 数	450 千字
版 次	2013 年 10 月第 1 版
印 次	2013 年 10 月第 1 次印刷
定 价	49.00 元

编辑委员会

以姓氏笔画为序

马 乐	方 鹏	王 旭	王 利	王晓伟
王 斌	叶晓川	白 斌	任海涛	刘凤科
刘 文	刘 玫	孙文恺	阮齐林	吴 鹏
宋光明	宋桂兰	张 龙	张琮军	张 锋
李仁玉	李文涛	李 佳	李 毅	杜洪波
杨 军	杨 帆(女)	杨 帆(男)	杨秀清	杨 雄
汪华亮	陈 飞	周洪江	房保国	柏浪涛
胡东飞	赵 宏	钟秀勇	徐金桂	晓 耕
殷 敏	高其才	曹兴明	焦洪昌	董 阳
鄢梦萱	戴 鹏			

序 言

行政法历来都是司法考试复习中的难点，不仅之前从未接触过这门学科的同学觉得仿佛陷入规范的迷宫，即便是在本科阶段认真修习过行政法的学生也会发现，司法考试中的行政法也与之之前本科阶段的学习相去甚远，本科教学偏重理论性，而司法考试则强调技术性，本科教学 80% 的时间分配给了行政法，而司法考试中过半篇幅却都为行政诉讼所占据。因此，对所有复习司法考试的同学而言，行政法与行政诉讼法都是全新的学习，也是全新的挑战。

要在挑战中获得完胜，首先要对司法考试行政法部分的分值分布、命题特点有基本了解。对行政法的考查主要在司法考试的第二卷及第四卷。近几年来，行政法在司法考试中所占的分值基本在 55~70 分之间，其中选择题的分值相对稳定。从 2011 年至 2013 年第二卷行政法的卷面分值比例分配来看：基本上单选题 8 题，8 分；多选题 10 题，20 分；不定项选择 4 题，8 分。这样在司法考试第二卷的 150 分中，刑法部分基本占 2/3，而行政法部分基本占据了 1/3。这种比例是比较固定的。另外，从近年的司法考试来看，通常第四卷会有一道有关行政诉讼的案例分析或是有关行政法的论述题，所占分值约为 20 分左右。综上，行政法部分在司法考试中所占的分值比例仅次于民法与刑法部分，已毫无争议地成为司法考试中的重点。

一、行政法的命题特点与考核规律

1. 涵盖知识点较广，在广泛考查的基础上绝对有明显侧重。

从近年来司考中的行政法试题来看，对于行政法部分的考查，覆盖的知识点已越来越广，行政法中所涉及的规范，以及司法考试大纲中列举的知识点几乎都有所体现，这就提醒同学在复习时不能有所偏废，而应对行政法所涉及到的知识点有全面把握。

但考查要点覆盖面的广泛并非意味着行政法的命题就没有重点。从历年的考题来看，行政诉讼部分绝对是行政法考题中的重中之重，行政法部分几乎有一半的考题涉及到行政诉讼部分。考生在复习行政法的过程中，对这一点应特别注意。除行政诉讼法外，《公务员法》、《行政处罚法》、《行政许可法》、《行政强制法》、《行政复议法》、《国家赔偿法》同样是每年必考的内容。而对这些必考规范的考查，基本考点也基本都集中于这些规范中的一级考点。以 2013 年的考题为例，基础理论部分涉及到的行政法的基本原则以及具体行政行为的效力；行政处罚法部分涉及到的治安管理处罚中的听证案件、行政拘留的暂缓执行、行政处罚的种类与设定、处罚时效；行政许可法部分涉及到的许可利害关系人及其权益、行政许可的创设、许可的监督检查；行政强制部分涉及到的强制措施与强制执行的类型、强制措施的设定、强制措施的委托、强制措施的实施程序；政府信息公开条例部分涉及到的政府信息的公开范围、行政机关对应主动公开的信息未予公开的处理；行政复议法部分涉及到的复议前置案件、复议机关的确定、申请复议期限、复议范围；行政诉讼法部分涉及到的行政诉讼原告资格、股份

制企业的起诉问题、受案范围、被告确认、变更判决；国家赔偿法部分涉及到的国家赔偿的范围、行政赔偿义务机关的确认、行政赔偿的程序、国家赔偿中举证责任的分配、刑事赔偿的程序、赔偿委员会的审理程序及对其决定的法定救济方式。这些无疑都是各部法律规范中的一级考点，也是司法考试反复考查的“高频考点”，它们几乎占据了行政法部分80%以上的分值，而这也意味着，只要“准确、熟练”地把握了每部单行法律规范中的一级考点，即便遇见一些复习未涉及到的“盲点”，也绝不会影响通过。

2. 考查综合性强，注重相关知识点之间的结合。

行政法部分的另一命题特点在于考查的综合性很强。考题很少只集中于一个知识点，也很少限定于一部单行法律规范的范围内，比如行政法的许多试题都将行政实体法（如《行政处罚法》、《行政许可法》、《行政强制法》、《政府信息公开条例》）的内容与行政复议、行政诉讼以至行政赔偿等问题相结合考查。

而这种命题特点也跟行政法在内容上互相连接、不可分割的特点密切相关。行政法作为一个学科整体，其基本功能就是规范行政机关依法行政，而整体学科又可划分为主体、行为和救济这三个方面的规范，因此，作为行为规范的行政处罚法、行政许可法与作为后果救济的行政复议、行政诉讼、国家赔偿也就很容易结合起来进行考查。这就要求同学在复习时始终将行政法作为有内在关联的学科整体，并注重各知识点之间的融会贯通，而不能将它们分割起来进行理解。

3. 考题往往以案例形式设计，注重行政法知识要点在实际问题中的运用。

行政法部分的考题，尤其是卷二中选择题的设计，基本上都以案例的形式，结合生活实践对行政法知识要点进行考查。这一点往往为答题带来很大困难。实践中，行政机关的形式纷繁复杂，其行为方式也多种多样，加之试题中的案情设计常带有很大干扰性，这些都常常使同学无所适从。但事实上，无论其案例设计如何令人眼花缭乱，归根到底都不会脱离行政法知识要点。因此，在复习行政法部分时，首先仍是要对各个知识要点有真正的理解和把握，这样在面对复杂的案例设计时，才能迅速敏锐地发现题目的真正“考点”，从而排除干扰，做出正确解答。

4. 近年内新颁布的法律法规往往是考试的热点。

虽然《公务员法》、《行政处罚法》、《行政许可法》、《行政复议法》、《行政诉讼法》、《国家赔偿法》已经成为司法考试行政法部分每年必考的重点，但从历年的司考中仍可以总结出以下考查规律：每年大纲新增的考点，或是新颁布的法律规范，往往是当年司考命题的热点。以《国家赔偿法》为例，该法在1996年颁布后直至2010年才进行大幅度修改，而《国家赔偿法》的修改部分在2011年和2012年的考查都占到了近10分的分值；再如《行政强制法》，该法自2012年颁布施行，是行政法领域最新的行为法律规范，而2012和2013年的真题中有近10分的部分涉及行政强制。在2013年的考题中，分值上涨幅度最大、最为突出的部分是《政府信息公开条例》，对政府信息公开案件的审理几乎成为对这一单行法考查的唯一重点，分值也高居13分，这一点也与最高人民法院于2011年颁布施行《关于审理政府信息公开案件若干问题的规定》这一新的司法解释有关。这些都不断提示同学，应在复习时对那些大纲中新增加的法律法规给予特别关注。

二、行政法的复习方法与应试策略

1. 明确学科的基本立场，注重学习的体系化。

行政法的主要功能在于规范行政机关依法行政，简言之，行政法就是规范行政机关、保护相对人合法权益的法律规范。这是所有行政法律规范的指导思想，也是我们学习和复习行政法时应持的根本立场。在这一立场下重新翻看行政法的法律规范，就会对行政法规范有深刻理解，在复习时也会有基本方向。例如，大部分行政法规范都会侧重规定行政机关在行政管理活动中应履行的义务，诸如《行政处罚法》中的程序规则，《行政许可法》中的程序规则，这些规则的目的就是通过规范行政机关的行政程序，来达到监督行政机关依法行政的目的，而这些规范也恰恰是司法考试中的命题重点。这一立场也同样有利于我们快速消化并记忆法条。例如，《行政复议法》第9条规定，“公民、法人或其他组织认为具体行政行为侵犯其合法权益的，可以自知道该具体行政行为之日起60日内提出行政复议申请，但是法律规定的申请期限超过60日的除外”；而对于复议机关的审理期限，《行政复议法》第31条则规定，“行政复议机关应当自受理申请之日起60日内作出行政复议决定；但是法律规定的行政复议期限少于60日的除外”。前者是“超过60日除外”，后者是“少于60日除外”，很容易混淆，但考生在记忆时只要把握“保护相对人的合法权益”这一基本立场，就会很快记住这两个完全相反的法条。

在展开具体内容学习时，同学同样应注意学科的体系化。如上文所述，行政法的主要功能和目的即在于规范行政机关依法行政，保护相对人的合法权益。而对行政机关的规范主要包括三个方面，这三个方面也因此构成了行政法学的整体框架体系：其一，主体规范，即规范行政活动主体的法律资格、行政机关的职权范围，这部分包括行政主体理论、公务员法；其二，行为规范，即规范行政活动的实体和程序规则，这部分包括行政处罚、行政许可、行政强制、政府信息公开；其三，救济后果规范，即行政机关违法行使行政职权后，相对人可采取的救济途径，或者说法律对行政机关合法行使行政职权的法定监督方式，行政复议法、行政诉讼法和国家赔偿法均属于这一序列。只有清晰了解行政法整体的学科体系，以及即将学习到的每部单行法律规范在行政法整体框架中的归属位置，才能克服大部分同学在学习行政法时都经常碰到的知识凌散、法条杂乱的障碍。体系化的学习也避免了同学在复习单行法律规范时，割裂它与其他法律法规以及行政法基础理论之间的联系。

2. 注重基础理论的理解消化，建立理论与规范间的有效衔接。

许多同学在进行行政法部分的复习时，往往抛开基础理论，而直接依据法条，但又发现行政法部分的法律法规复杂多变，难以理出头绪。事实上，对于司法考试《大纲》中所列举的基础理论绝对不能弃之不理，因为基础理论是正确掌握法律法规的重要前提，两者之间紧密相连。例如，行政主体理论的把握，对理解《行政复议法》中的被申请人认定、行政诉讼中的被告确定、行政赔偿中的赔偿义务机关都具有指导意义；行政行为的分类，尤其是具体行政行为和抽象行政行为的区分，是正确把握行政诉讼受案范围的重要标准。总之，对行政法基础理论的清晰理解和认识会使对法条具体内容的掌握事半功倍。否则，即便同学花了大量时间记忆法条，在面对真题时效果也会大打折扣。

3. 关注单行法律的特点要点，深刻领会法条内在的逻辑关联。

司法考试实践性、灵活性强的特点要求我们在复习时充分重视法条，准确全面地理解法条，而对于行政法部分的法条的复习要特别注意把握重点和每部法律法规极具“特

色”的部分，因为这些部分往往都是司法考试的考查重点。例如，行政诉讼中的许多制度源于民事诉讼，但又有其特殊之处，例如行政诉讼的受案范围，在刑事诉讼和民事诉讼中无所谓“受案范围”，对于案件的分析，往往直接切中实质部分，但在对行政诉讼案件的分析中，首先要解决的就是这起案件是否属于行政诉讼受案范围的问题。再如，行政诉讼中的管辖、被告确认、行政诉讼与行政复议的衔接、案件进入审理程序后行政诉讼独特的举证制度、案件的判决形式，这些内容均与民事诉讼有重大差异。而这些都需要我们在复习时给予特别关注。

对法条的复习还应注意规范内在的逻辑关联。任何一部法律都并非简单的规范累积，在规范与规范之间都存在内在的逻辑关联。同学在复习司法考试时应注意法条的学习，但这种学习并非简单的记忆，如果不能发现并领会这些法条内在的逻辑关联，那么所有的记忆成果在面对设计稍显复杂的考题时，也会功亏一篑。而了解并领会法条内在的逻辑关联，不仅会帮助同学克服上述缺陷，也会在相当程度上帮助同学迅速记忆法条。例如，在《行政复议法》中有关复议机关确认的法条数量众多，但这些法条背后都有一条清晰的逻辑主线：“复议机关原则上是被申请人的上一级机关”，因此，复议机关的确定问题又会回溯为复议中被申请人的确认问题，而被申请人的确认又可回溯为行政主体的判断问题。当明白了这些内在逻辑后，需要同学记忆的部分就只剩下了特殊情形的规定，而一般规定完全依循上述逻辑就可得出。

4. 有效利用历年真题，熟悉常见考点和考查方式。

司法考试的复习过程中，理论、法条和真题三者都绝不能偏废。历年真题首先会让同学熟悉司法考试的风格特点，做到在具体复习前“心中有数”；其次，对历年真题的反复演练也会在很大程度上，使同学对行政法中的高频考点有足够准确的认知和熟练的把握。但对真题的演练并不能仅限于“打过照面”，要反复揣摩常见考点，尤其是命题人对常见考点的惯常考查方式，才是对真题最有效的利用方式。如前文所述，司法考试重复率很高，对一些重要的考点每年都重复考查；但这种“重复性高”还体现在另一方面，对同一考点的考查方式也常常重复。例如，行政拘留的暂缓执行是《治安管理处罚法》中的一级考点，但对这一问题的考查基本上都涉及同一问题：被处罚人是否只要申请复议或提起诉讼，公安机关就应暂缓执行行政拘留决定。再如，复议前置案件是《行政复议法》中的一级考点，而复议前置案件中有一类是涉及自然资源所有权、使用权的案件，对这类案件的考查也基本上都采取同一方式：是否行政案件只要涉及自然资源所有权、使用权，就应复议前置？因此，对历年真题的反复揣摩、认真归纳，可以帮助同学迅速发现考题中的考点，敏锐识破考题中的“陷阱”，并最终大幅提高做题的准确率。

5. 密切关注《大纲》的变化，对大纲中的新增法条给予高度重视。

虽然行政法法条部分的考察重点历年都集中在《行政诉讼法》、《行政复议法》、《国家赔偿法》等上，但正如我国的行政法制建设与与时俱进，司考大纲也会随时将该年度颁布施行的重要行政法律法规列入考查内容，所以同学也要密切关注《大纲》中的考点变化，尤其对大纲中新增的法条给予高度重视。

三、本书特色与阅读指导

本书力求全面准确地解析司法考试行政法的考试要点，并在清晰阐释学基础原理的同时，突出应试性和针对性。书中各章覆盖了行政法部分涉及的所有知识点和考点，但

为减轻同学的复习负担，对各部分的要点都尽量用精简的语言予以阐释，必要时还大量附以图表作为说明。

在体例安排上，本书每章和每个问题几乎都包含“知识要点”、“重点法条”、“考点归纳”、“真题练习”四个部分。“知识要点”在于铺陈和介绍相关问题的基础原理，“重点法条”则将这一问题涉及的法条进行了体系化归纳，而“考点归纳”则是作者根据长期的辅导经验，对每个问题的考点及考查方式进行的细致总结，这部分是本书的特点，也是本书精髓；而“真题练习”部分选取的真题则是近年司法考试中最具代表性的真题，这些真题的演练旨在使同学进一步巩固每部分的知识要点，认识重点法条，理解考点归纳，从而检验自己的掌握程度。

对每位学习法律的同学而言，司法考试都是必须应对的挑战，它的复习不仅需要投入大量的时间精力，还需要有效安排，统筹规划，这种耗时良久的复习无疑是“痛苦难捱”的。但我更愿意同学将其看作是一场有趣且有用的智力游戏。在这场游戏中，我们记忆规范、琢磨规律、发现陷阱、破解难题；在这场角逐中，我们不仅会感受辛苦艰难，同样也会欣喜地体会知识增长的乐趣；而伴随复习的深入，我们更会意识到，司法考试对于每位学习法律，且未来旨在从事法律职业的同学而言，不仅是必要的“身份证明”，也是相当有用的“职业培训”，因为它会在很大程度上弥补我们之前学习的不足，填充我们之前知识的欠缺。因此，同学们在认真准备的同时也尝试下“快乐司考”，或许备考心情和效率都会有所不同。

目 录

第一章	行政法基础理论	(1)
第一节	行政与行政法 / 1	
第二节	行政法的法律渊源 / 3	
第三节	行政法的基本原则 / 6	
第四节	行政组织与行政主体 / 13	
第五节	行政行为理论 / 21	
第二章	公务员法	(30)
第三章	行政处罚	(43)
第一节	行政处罚的总则 / 43	
第二节	行政处罚的种类与设定 / 49	
第三节	行政处罚的程序 / 53	
第四节	治安管理处罚法 / 60	
第四章	行政许可	(76)
第一节	行政许可的适用范围与设定 / 76	
第二节	行政许可的实施机关 / 81	
第三节	行政许可的程序 / 83	
第四节	行政许可的监督与检查 / 93	
第五节	行政许可案件的审理 / 98	
第五章	行政强制法	(105)
第一节	行政强制的类型与设定 / 105	
第二节	行政强制措施的实施和程序 / 108	
第三节	行政强制执行的程序 / 115	
第六章	政府信息公开条例	(125)
第一节	政府信息公开的主管部门及主要原则 / 125	
第二节	政府信息公开的范围与方式 / 126	
第三节	政府信息公开的程序 / 130	
第四节	政府信息公开的监督与救济 / 134	
第五节	政府信息公开案件的审理 / 136	
第七章	行政复议法	(142)
第一节	行政复议范围 / 142	

第二节	行政复议的参加人与复议机关 / 148
第三节	行政复议与行政诉讼 / 158
第四节	行政复议的申请、受理与审理 / 163
第五节	行政复议的决定与执行 / 171

第八章 行政诉讼法 (180)

第一节	行政诉讼的基本原则 / 180
第二节	行政诉讼的受案范围 / 182
第三节	行政诉讼的管辖 / 190
第四节	行政诉讼当事人 / 200
第五节	起诉与受理 / 216
第六节	证据制度 / 225
第七节	行政诉讼的法律适用 / 242
第八节	行政诉讼中的特殊制度与原则 / 244
第九节	行政诉讼的一审判决 / 253
第十节	行政诉讼的二审与再审程序 / 261
第十一节	法院判决、裁定和赔偿判决书的执行 / 266

第九章 国家赔偿法 (270)

第一节	国家赔偿的构成要件与归责原则 / 270
第二节	行政赔偿 / 274
第三节	刑事赔偿 / 282
第四节	国家赔偿的方式和标准 / 296

第一章 行政法基础理论

复
习
提
要

本章涉及行政法的基础理论，是展开行政法学习的基本前提。行政法的基础理论涉及：行政法的基本概念，包括行政法中的“行政”以及行政法；行政法的法律渊源；行政法的基本原则；行政组织与行政主体理论；行政行为理论。其中“行政与行政法”是要求考生首先明确行政法的基本功能和学科框架，而行政法的法律渊源、行政法的基本原则、行政组织与行政主体理论、行政行为理论，则是行政法中的核心理论，司法考试都会涉及。其中，行政法的基本原则和行政行为理论更频繁出现于近年行政法基础理论部分的考查中，而行政组织与行政主体理论、行政法的法律渊源则与行政法之后的诸多内容息息相关，是准确和熟练掌握其他知识要点的基本前提。

第一节 行政与行政法

一、行政

行政法中的“行政”为国家行政，即国家行政机关行使行政职权、实现国家行政职能的活动。这种行政首先具有公共性，是行政机关基于公共利益而实施的活动，其范围和对象都是公共事务；其次是职权性，行政权发动的逻辑与私人活动不同，必须有授权基础，其职权要么来源于组织法上的直接规定，要么来源于法律、法规或规章的授予；再次是行政活动通常是对宪法与法律的执行与实施，是将抽象的法律规范具体落实于个案。

特别提示

关于行政法中的“行政”，在理解辨识上需注意如下问题：

1. 实施行政活动的主体一般是具有行政权的主体，但并非所有行政主体所为的活动均为行政活动。行政权主体以民事主体身份所为的行为，为学理上的“私经济行为”，即民事法律行为，应受民事法律规范调整，而不受行政法规范调整。
2. 公共行政中有一类行为在学理上称之为“政府行为”或“国家行为”，即具有高度主权性、政治性的行为，此类行为原则上也不属于行政法研究的范畴。与此相应，《行政诉讼法司法解释》亦规定，“国务院、中央军事委员会、国防部、外交部等根据宪法和法律的授权，以国家的名义实施的有关国防和外交事务的行为，以及经宪法和法律授权的国家机关宣布紧急状态、实施戒严和

总动员等行为”不属于行政诉讼的受案范围。

3. 另值得注意的是,在我国,公安机关、国家安全机关具有双重属性,既是行政管理机关,又是刑事侦查机关。因此,公安机关和国家安全机关的活动既包含行政管理活动,也包含刑事侦查活动,后者亦不属于行政法的调整范围。如《行政诉讼法司法解释》所规定,“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”,不属于行政诉讼的受案范围。

4. 并非只有行政机关所为的行为才是行政活动,法律、法规可授权行政机关以外的其他组织行使某些特定的行政职权。如《行政处罚法》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”、《行政许可法》第23条规定,“法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织,在法定授权范围内,以自己的名义实施行政许可”;行政机关也可将自己的行政管理职权委托他人行使,如《行政处罚法》第18条规定,“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符合规定条件的组织实施行政处罚”。

二、行政法

行政法是调整行政关系的法律规范的总和。

1. 行政管理关系的特点。行政法调整的行政关系主要是行政机关在行政管理活动中与相对人之间的法律关系,这种关系有别于民事主体之间的平等关系,其主要特征在于权利义务分配的不对等,以及行政的单方意志性及强制性。反映在实体上,行政机关享有强制性的行政职权,相对人则处于被管理者的地位,行政机关做出行政决定无须征得相对人的同意,相反,如相对人不履行行政决定中的义务,行政机关还有权借助国家强制力迫使其履行。但在程序上,行政机关却并没有民事主体一样的“程序选择”自由,它必须严格遵守法律规定的各种行政程序,而行政机关的程序义务对相对人而言,正是其程序权利,因此,如果说在行政管理关系中,行政机关的实体权利(力)多而义务少,那么在程序上则恰恰相反。

2. 行政法的特点。不同于民法、刑法等部门法,大部分国家都不存在统一的行政法典,有关行政法的法律规范散见于各种法律规范中。行政法不存在统一法典的原因,主要在于行政法的调整对象复杂多样,很难用统一的规范对其予以调整,而且部分行政关系的稳定性低,变动性大,因此也不宜用统一的法典进行规范。但另一方面,很多国家都出台了统一的《行政程序法》,尝试对纷繁复杂的行政关系通过统一的程序规则予以调整和规范,而这也是行政程序在行政法中格外重要的原因。

3. 行政法的功能。正因为权利义务分配的不对等,以及行政机关在行政管理活动所处的优势位置,行政法的主要功能和目的即在于规范行政机关依法行政,防止其滥用行政权力,侵犯相对人的合法权益。

特别提示

行政法的主要功能在于规范行政机关依法行政,这是所有行政法律规范的指导思想,也是我们认识行政法应持的基本立场。简言之,行政法就是规范行政机关、保护相对人合法权益的法律规范。在这一立场下重新翻看行政法的法

律规范,就会对行政法有更深入的了解,在复习时也会有了方向:例如,大部分行政法规范都会侧重于规定行政机关在行政管理活动中应履行的义务,诸如《行政处罚法》中的程序规则,《行政许可法》中的程序规则,这些规则的目的就是通过规范行政机关的行政程序,来达到监督行政机关依法行政的目的,因此这些规范也成为司法考试中命题的重点;再如,《行政复议法》第9条规定,“公民、法人或其他组织认为具体行政行为侵犯其合法权益的,可以自知道该具体行政行为之日起60日内提出行政复议申请,但是法律规定的申请期限超过60日的除外”;而对于复议机关的审理期限,《行政复议法》第31条则规定,“行政复议机关应当自受理申请之日起60日内作出行政复议决定;但是法律规定的行政复议期限少于60日的除外”。前者是“超过60日除外”,后者是“少于60日除外”,很容易混淆,但考生在记忆时只要把握“保护相对人的合法权益”这一基本立场,就会很快记住这两个完全相反的法条。

4. 行政法的学科体系。如上文所述,行政法的主要功能和目的即在于规范行政机关依法行政,保护相对人的合法权益。而对行政机关的规范主要包括三个方面,这三个方面也因此构成了行政法学的整体框架体系:其一,主体规范,即规范行政活动主体的法律资格、行政机关的职权范围以及行政机关与内部公务员的职务委托关系;其二,行为规范,即规范行政活动的实体和程序规则;其三,救济后果规范,即行政机关违法行使行政职权后,相对人可采取的救济途径,或者说法律对行政机关合法行使行政职权的法定监督方式。

在这种功能指向下,行政法的学科框架以及每一部单行行政法规在行政法框架中的归属也如下文所示:

- (1) 行政主体部分:(行政主体理论、《公务员法》)
- (2) 行政行为部分:(行政行为理论、《行政处罚法》、《治安管理处罚法》、《行政许可法》、《政府信息公开条例》、《行政强制法》)
- (3) 行政救济部分:(《行政复议法》、《行政诉讼法》、《国家赔偿法》)

特别提示

大部分同学之所以会觉得行政法复习起来繁杂凌乱的原因就在于,在展开具体内容的学习前并未在脑中建立起有关行政法学科的整体框架,因此所学的具体内容也无法因此明确定位。而清晰了解行政法的功能价值,整体的学科体系,以及即将学习到的每部单行法律规范在行政法整体框架中的归属位置,是克服这一问题的最好方法。

第二节 行政法的法律渊源

一、行政法的法律渊源

法律渊源是法律的具体表现形式。与其他部门法不同,行政法的法律渊源相对而言较为复杂,包括宪法、法律、行政法规、地方性法规、部门规章、地方政府规章、自治条例、单行条例以及其他规范性文件。这些法律文件的制定主体和效力等级分别如下:

1. 宪法。宪法是国家根本大法，具有最高的法律效力，任何立法性文件都不能与宪法相抵触。

2. 法律。行政法中的法律大多为“狭义的法律”，专指全国人大和全国人大常委会制定的法律。通常的法律文件名称上均为“XX法”，诸如《公务员法》、《行政处罚法》、《行政许可法》、《行政复议法》、《行政诉讼法》等。法律在效力上仅次于宪法，而高于其他一切立法文件。

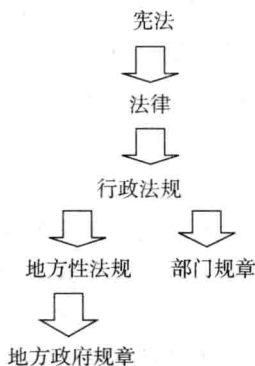
3. 行政法规。行政法规由国务院制定，内容主要涉及行政管理事务。行政法规的效力低于宪法与法律，而高于其他立法文件。

4. 地方性法规。地方性法规由省级（省、自治区、直辖市）人大及其常委会、省会所在地的市的人大及其常委会、经济特区市的人大及其常委会，以及国务院批准的较大的市的人大及其常委会制定，其效力低于宪法、法律、行政法规。其中省会所在地的市的人大以及较大的市的人大及其常委会制定的地方性法规，效力还低于其所在地的省级地方性法规。

5. 部门规章。部门规章由国务院各部门制定，制定主体不仅包括国务院的各部、各委员会，还包括国务院的直属机构等。部门规章在效力等级上低于宪法、法律和行政法规。

6. 地方政府规章。地方政府规章由省级地方政府、省会所在地的市的人民政府，经济特区市政府以及较大的市的政府制定，效力低于宪法、法律、行政法规和本级及本级以上地方性法规。

二、法律规范的效力位阶



1. 宪法是国家根本大法，具有最高的法律效力。

2. 法律在效力上仅次于宪法，而高于其他一切立法文件。

3. 行政法规的效力低于宪法与法律，而高于其他立法文件。

4. 地方性法规效力低于宪法、法律、行政法规。其中省会所在地的市的人大以及较大的市的人大及其常委会制定的地方性法规，效力还低于其所在地的省级地方性法规。

5. 部门规章在效力等级上低于宪法、法律和行政法规。

6. 地方政府规章效力低于宪法、法律、行政法规和本级及本级以上地方性法规。

7. 《立法法》并未对部门规章与地方性法规效力的高低做出规定，原则上部门规章适用于全国，而地方性法规则仅适用于本地方，如部门规章的规定与地方性法规的规定

不一致时,首先由国务院进行裁决,国务院认为应当适用地方性法规的,则适用地方性法规;国务院认为应当适用部门规章的,须上报全国人大常委会作出最终裁决。

8. 地方政府规章,无论是省级地方政府规章,还是较大市的地方政府规章,在效力上都与部门规章平行,两者的区别也仅在适用范围不同。部门规章适用于全国,而地方政府规章仅适用于地方,当两者发生冲突时,由国务院进行裁决。

特别提示

行政法的法律渊源尽管是行政法中的基础性理论,但却涉及部门法中的许多具体考点。考生必须牢记各类法律渊源的制定主体和效力等级,由此在学习部门法时才不致混淆。司考内容以及具体单行法中有关行政法法律渊源的部分包括:

(1) 行政处罚、行政许可的创设(参阅后文的行政处罚设定图与行政许可设定图)。《行政处罚法》和《行政许可法》中分别规定了不同法律文件对于行政处罚与行政许可的设定权(包括创设权与规定权),考生在识记这些内容各类法律文件的设定权时,同样应牢记这些法律文件的制定主体,以免试题出现变通。

(2) 行政诉讼的受案范围。《行政诉讼法》第12条第(4)项规定,“法律规定由行政机关最终裁决的具体行政行为”不属于行政诉讼的受案范围,行政诉讼司法解释补充规定,此处的“法律”专指全国人大及全国人大常委会制定的法律,即“狭义上的法律”。

(3) 行政主体资格的判断。下文中会涉及,我国的行政主体除行政机关外,还包括法律、法规授权的行政机关以外的组织,即所谓“法律、法规授权组织”,这里的“法律、法规”即全国人大及全国人大常委会制定的法律、国务院制定的行政法规和地方人大及其常委会制定的地方性法规。但行政机构(内设机构、新增机构和派出机构)除有法律、法规授权外,如有规章授权,即部门规章和地方政府规章的授权也可以成为行政主体。

(4) 行政诉讼中的法律适用。《行政诉讼法》第52条规定,“人民法院审理行政案件,以法律和行政法规、地方性法规为依据”;《行政诉讼法》第53条规定,“人民法院审理行政案件,参照国务院部、委根据法律和国务院的行政法规、决定、命令制定、发布的规章以及省、自治区、直辖市和省、自治区的人民政府所在地的市和经国务院批准的较大的市的人民政府根据法律和国务院的行政法规制定、发布的规章”,据此,行政诉讼中法律适用的原则就是“以法律、法规为依据”,“参照规章”。

(5) 行政机关的强制执行权。《行政强制法》第13条规定,“行政强制执行由法律设定。法律没有规定行政机关强制执行的,作出行政决定的行政机关应当申请人民法院强制执行”。

●【经典考题】

下列关于行政处罚设定的表述正确的是:①

A. 山东省人民政府有权设定责令停产停业的行政处罚

① D