

2004年版

国家司法考试推荐用书

国家司法考试 名师大讲堂

国家司法考试命题研究组 审定

行政法与行政诉讼法

张建中 著

■ 命题方向

在剖析各科历年考情与命题趋势的基础上，对该学科的2004年命题作出预测，并就此为广大考生提出针对性较强的复习备考策略。

■ 考点精华

以最新考试大纲为经，以重点法条和司法解释为纬，找出找准考试重点进行权威解读，从不同角度凸现司法考试之精华。

■ 精选范例

详尽解析典型真题，权威阐述命题范围、命题重点、命题思路、命题角度及命题趋势，以便考生“知己知彼、百战不殆”。

■ 好题精练

各科都编写了大量的预测试题，并逐一作了详细解析，以便考生举一反三，有效进行高密度、高强度的针对性训练。

■ 标准预测试卷

严格按照最新考试大纲精心编写两套标准化押题试卷，集中凸显考试的新内容、新趋势，让考生进行实战演习，及时查漏补缺。

人民日报出版社

2004 年版国家司法考试推荐用书

国家司法考试名师大讲堂

行政法与行政诉讼法

国家司法考试命题研究组 审定

张建中 著



人民日报出版社

图书在版编目(CIP)数据

国家司法考试名师大讲堂·行政法与行政诉讼法/国家司法考试命题研究组编.
—北京:人民日报出版社,2004.2

ISBN 7-80153-815-3

I. 国...

II. 国...

III. 法律工作者—资格考核—中国—自学参考资料

IV. D92

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 009144 号

书 名:国家司法考试名师大讲堂·行政法与行政诉讼法

责任编辑:郑秉宏

选题策划:朱小平

出 版 者:人民日报出版社(北京金台西路 2 号/邮编:100733)

发 行 者:新华书店

印 刷 者:北京金华印刷有限责任公司

字 数:224 千字

开 本:787×1092 1/16

印 张:8.75

印 次:2004 年 2 月 第 1 次印刷

书 号:ISBN 7-80153-815-3/D·137

定 价:18.00 元

司考新突破 名师大讲堂

(出版前言)

为帮助参加 2004 年国家司法考试的广大考生快捷高效地进行备考复习,及时把握命题方向,全面掌握考试内容,透彻理解考核重点、难点与疑点,我们特地组织中国政法大学、中国人民大学法学院、北京大学法学院、清华大学法学院等单位一批司法考试辅导名师,共同精心编写了这套丛书。

本书严格按照最新考试大纲分科编写,共分为 10 分册:《法理学、宪法、法制史、法律职业道德》、《刑法》、《刑事诉讼法》、《民法》、《民事诉讼法》、《行政法与行政诉讼法》、《商法》、《经济法》、《国际法、国际私法、国际经济法》、《标准预测试卷》。各科内容均由相应学科的辅导名师亲自撰写。各分册体例与特点如下:

◆**命题方向** 在剖析各科历年考情与命题趋势的基础上,对该学科的 2004 年命题作出预测,并就此为广大考生提出针对性较强的复习备考策略。

◆**考点精华** 以最新考试大纲为经,以重点法条和司法解释为纬,找出找准考试重点,从不同角度凸现司法考试之精华,并对其中的难点内容进行权威系统的解读,益于广大考生快速掌握。

◆**精选范例** 在对历年有代表性的考试真题进行详尽解析的基础上,对司法考试的命题范围、命题重点、命题理念、命题思路、命题角度及命题趋势等进行了总结概括,以便考生“知己知彼、百战不殆”。

◆**好题精练** 根据以上各部分总结出的命题规律,各科都编写了大量的预测试题,并逐一作了详细解析,以便考生进行高密度、高强度的针对性训练,巩固对考点的理解与掌握,并能举一反三。

◆**标准预测试卷** 严格按照最新考试大纲精心编写的两套标准化信息模拟试卷,不仅基本涵盖了各科的考核要点,强调对“易混、易漏、易误、易错”知识点的考查,而且集中凸现了考试的新内容、新趋势,并通过对答案的详尽解析,让考生明晰并掌握司法考试的答题思路、解题方法与应试技巧。

本书在编写过程中,难免存在一些错漏不当之处,恳请广大读者批评指正。最后,衷心祝愿广大读者顺利通过 2004 年司法考试。

国家司法考试命题研究组
2004 年 2 月

目 录

【命题方向】	(1)
考情趋势	(1)
名师对策	(2)
【考点精华】	(3)
一、行政组织与公务员	(3)
二、行政行为	(3)
三、行政处罚	(5)
四、行政许可	(6)
五、行政复议	(21)
六、行政诉讼	(22)
七、国家赔偿	(27)
【精选范例】	(30)
一、行政法	(30)
2003 年考题	(30)
2002 年考题	(36)
2000 年考题	(40)
1999 年考题	(41)
二、行政诉讼法	(41)
2003 年考题	(41)
2002 年考题	(48)
1999 年考题	(52)
1997 年考题	(52)
1996 年考题	(53)
【好题精练】	(53)
一、行政法	(53)
(一)单项选择题	(53)
(二)多项选择题	(63)
(三)不定项选择题	(68)
二、行政诉讼法	(71)
(一)单项选择题	(71)
(二)多项选择题	(76)
(三)不定项选择题	(79)
三、案例分析题	(85)
【答案诠释】	(101)
一、行政法	(101)
(一)单项选择题	(101)

(二)多项选择题.....	(108)
(三)不定项选择题.....	(112)
二、行政诉讼法	(113)
(一)单项选择题.....	(113)
(二)多项选择题.....	(116)
(三)不定项选择题.....	(119)
三、案例分析题	(112)

行政法与行政诉讼法

【命题方向】

考情趋势

行政法基本理论

年份	单项选择题	多项选择题	不定项选择题	案例分析题	总 分
2003 年	1	2			3
2002 年	1	2		4	7
2000 年	1			2	3

行政处罚法

年份	单项选择题	多项选择题	不定项选择题	案例分析题	总 分
2003 年	1	0.5	1		2.5
2002 年		1			1
2000 年	1	1		2	4

行政复议法

年份	单项选择题	多项选择题	不定项选择题	案例分析题	总 分
2003 年	3	0.5			3.5
2002 年	1	1.5	1		3.5
2000 年	2	2	6		10

行政诉讼法

年份	单项选择题	多项选择题	不定项选择题	案例分析题	总 分
2003 年	2	6	4	8	20
2002 年	4	4.5	5	4	17.5
2000 年	4	5	5	4	18

国家赔偿法

年份	单项选择题	多项选择题	不定项选择题	案例分析题	总 分
2003 年	1	3			4
2002 年	1	3		3	7
2000 年	2				2

名师对策

行政法与行政诉讼法是司法考试重点考核的内容之一,特别是近年来,随着一系列新法及司法解释的颁布实施,其所占比重有所增加。在考核内容方面,行政法部分也有很大的变化。1996、1997 年以前律考对概念原理和实务是并重的,近几年则越来越趋向于实务题。所谓实务题,是指根据法律条文出的实例题。这类题在案例分析题中是让考生自己去分析作答,而在选择题中则是出题者已给出了分析项,考生只需作出判断与选择。司法考试对行政处罚法、行政复议法、国家赔偿法、行政诉讼法等考核,目前基本都是采用这一形式出题的。这也就是说,行政法部分根据法条出的题构成了试题的主体,差不多达到 90% 以上,甚至更高一些,而考相关概念和原理等理论的试题已越来越少。

针对这一命题趋势,复习行政法内容时,当然要以法条为主,包括行政处罚法、行政复议法、国家赔偿法及行政诉讼法的条文,不仅要记住法条,而且要对其内涵作出透彻的理解,全面掌握。这样去复习,既有一定的头绪,又能突出重点,省时省力。在具体内容方面,行政诉讼法有许多与民法、刑法相通的地方,如一些基本原则制度、管辖、回避、代理、证据以及审判程序等等,中间都存在相同或相似的规定,对这些内容,在复习时只需留意一下,没必要花太多的时间去琢磨。当然,三大诉讼法也有各自的特点,有各自的特殊规定,这部分是司法考试重点考核的对象,必须重点复习。在复习时,不仅要记住这些不同的规定,还应将它们进行比较,弄清楚为什么会作出不同的规定。如行政诉讼中的举证责任问题,不适用调解原则等等。

【考点精华】

一、行政组织与公务员

1. 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。

2. 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,当然,也要对此承担责任。

3. 公务员

公务员与行政主体之间是一种职务委托关系,是按照委托关系的原理或规则处理的。但由于公务员具有双重身份:公务员和公民个人,由此导致其双重行为的存在:个人行为 and 公务行为或执行职务的行为,而双重行为的责任承担有所不同,个人行为由个人负责,职务行为则由国家承担责任,故必须对此加以区分。区分公务员的行为是个人行为还是职务行为,主要的标准是该行为是否在执行职务的过程中,与执行职务是否有联系,同时辅之以时间、地点、行为的外观或形式等因素,综合判断。

二、行政行为

直接考核本考点的情况并不多见,但不论考核行政处罚法、行政复议法,还是考核国家赔偿法、行政诉讼法,都会涉及行政行为的内容,尤其是具体行政行为。

1. 行政行为的概念

所谓行政行为是指行政主体运用行政职权对外所实施的,具有法律意义、产生法律效果的行为。行政行为遵循行政法规则,引起行政诉讼的后果,因此,从行政机关的活动中界定出行政行为十分重要。界定可以采用以下三个标准:一是主体标准,行政行为应当是行政主体所为的行为;二是职权标准,行政行为应当是运用行政职权所为的行为;三是法律标准,行政行为应当是具有法律意义、产生法律效果的行为。法律意义是指对他人的权利义务产生影响。

2. 行政行为的分类

(1) 抽象行政行为和具体行政行为。

抽象行政行为,是指行政主体以不特定的人或事为对象所实施的行为。一般以规范性文件的形式表现出来,有时也以非规范性文件表现,如针对不特定人或事的一次性适用的决定、通知等。

具体行政行为,是指行政主体以特定的人或事为对象所实施的行政行为。具体行政行为一般包括行政许可行为、行政确认行为、行政奖励行为、行政征收行为、行政给付行为、行政处罚行为、行政强制行为、行政裁决行为等。它主要为有书面形式的行政决定,如行政处罚决定书、行政许可证、行政强制执行书等,也有非书面形式的行政决定,如口头警告、紧急措施等。

(2) 羁束行政行为与自由裁量行政行为。

羁束行政行为,是指由法律法规对行政行为的范围、条件、形式、程序、方法等都作了详细、明确而具体的规定,行政主体只能依据法律法规的规定,不能自行选择裁量而作出的行政行为。

自由裁量的行政行为,是指法律法规对行政行为的范围、条件、形式、程序和方法等未作详细、具体而明确的规定,行政主体可以在法律法规规定的幅度或范围内,或在符合立法目的和原则的前提下,根据具体情况自行选择、裁量所作出的行政行为。

羁束行政行为和自由裁量行政行为的划分主要是依据法律条文的内容来确定,当法律条文有明确具体规定时为羁束行政行为,否则为自由裁量行政行为。

(3) 依职权行政行为与依申请行政行为。

依职权行政行为是指由行政主体依法定职权主动实施而无须行政相对人申请启动的行政行为,此种行为又称主动的行政行为或积极的行政行为。例如,公安机关依法对行政违法人进行治安处罚,税务机关依法对纳税义务人征收税款,物价部门依法对经营部门进行物价检查等等。

依申请行政行为是指行政主体必须根据行政相对人的申请才能实施的行政行为,此种行为又称被动的行政行为或消极的行政行为。例如,工商机关颁发营业执照、环境部门颁发排污许可证等等,都是以行政相对人的申请为前提条件,即行政相对人的申请是行政行为开始的先行程序。

(4) 要式行政行为与非要式行政行为。

要式行政行为,指法律、法规规定必须具备某种方式或形式才能产生法律效力的行政行为。而非要式行政行为,指法律、法规未规定行为的具体方式或形式,行政主体可以自行选择和采取适当的方式或形式进行,并可产生法律效力的行政行为。

(5) 外部行政行为和内部行政行为。

按行为所针对的对象与行政主体是否有行政隶属关系为标准,行政可分为外部行政行为和内部行政行为。外部行政行为是指行政主体对社会上的公民、法人或其他组织所实施的行政行为,如行政处罚、行政强制、行政许可等。内部行政行为是指行政主体对其系统内的行政组织和公务员所实施的行政行为,如上级行政机关对下级行政机关工作的检查与监督、行政机关对公务员的奖励和惩处等。

3. 行政行为的效力

行政行为效力由确定力、拘束力和执行力构成。

行政行为的无效,指行政行为有明显或重大违法情形,自始不产生法律效力。

行政行为具有如下情形的,可视为无效行政行为,行政相对人可以以其无效为由拒绝执行,有权机关也可宣布该行为无效:①行政主体不明确或行政主体严重超越职权或受胁迫而作出的行政行为;②行政行为有重大或明显的违法情形;③行政行为有犯罪情形或将导致相对人犯罪;④行政行为没有可能实施。

行政行为无效的法律后果:①被确认无效的行政行为自始不发生法律效力;②行政相对人

可以不受无效行政行为的拘束,并有权提出异议;③有权的国家机关可以在任何时候审查并宣布相应行政行为的无效,而不受时效的限制;④行政主体因该无效行政行为而取得利益均应返还相对人,并对由此给相对人带来的损失承担赔偿责任。

三、行政处罚

由于单行行政处罚法的存在,加之行政处罚大量存在,涉诉较多,历来作为考试重点。行政处罚部分着重把握三个问题:一是处罚设定权的划分。在行政处罚法中分别确定不同的规范性文件有不同的处罚设定权。二是行政处罚的具体适用,包括处罚的种类、管辖、处罚的减轻、免除等。三是处罚的程序,包括简易程序和一般程序,尤其是一般程序中的听证程序。

1. 行政处罚的设定权

行政处罚的设定权,指通过立法,对出现何种情况、在何种条件下、应给予何种处罚予以规定的权利。

(1)法律的行政处罚设定权。法律可以设定各种行政处罚,限制人身自由的行政处罚只能由法律规定。这里的“法律”是指全国人大及其常委会制定的规范性文件。

(2)行政法规的行政处罚设定权。其“设定权”包括两个方面:①创制或创设,即行政法规可以设定除限制人身自由以外的行政处罚;②具体化,即法律对违法行为已经作出行政处罚规定,行政法规需要作出具体规定的,必须在法律规定的给予行政处罚的行为、种类、幅度的范围内规定。

(3)地方性法规的行政处罚设定权。其“设定权”包括可以设定除限制人身自由、吊销企业营业执照以外的行政处罚和法律、行政法规对违法行为已经作出行政处罚规定,地方性法规需要作出具体规定的,在法律、行政法规规定的范围内,对行政处罚的行为、种类、幅度予以规定。

(4)规章的行政处罚设定权:

①部委规章的行政处罚设定权。《行政处罚法》第12条规定:“国务院部、委制定的规章可以在法律、行政法规规定的给予行政处罚的行为、种类和幅度的范围内作出具体规定。”“尚未制定法律、行政法规的,前款规定的国务院部、委制定的规章对违反行政管理秩序的行为,可以设定警告或者一定数量罚款的行政处罚。罚款的限额由国务院规定。”

②国务院授权的直属机构的行政处罚设定权。《行政处罚法》第12条第3款规定:“国务院可以授权具有行政处罚权的直属机构依照本条第1款、第2款的规定,规定行政处罚。”这表明,直属机构,一般情况下不具有行政处罚设定权,只有基于国务院的授权才能享有一定的处罚设定权,即规定警告和罚款的行政处罚。并且,这有条件的、有限的处罚设定权还要接受进一步的限定——罚款的具体限额由国务院规定。

③地方政府规章的行政处罚设定权。《行政处罚法》第13条规定:“省、自治区、直辖市人民政府和省、自治区人民政府所在地的市人民政府以及经国务院批准的较大的市人民政府制定的规章可以在法律、法规规定的给予行政处罚的行为、种类和幅度的范围内作出具体规定。”“尚未制定法律、法规的,前款规定的人民政府制定的规章对违反行政管理秩序的行为,可以设定警告或者一定数量罚款的行政处罚。罚款的限额由省、自治区、直辖市人民代表大会常务委员会规定。”

2. 行政处罚的一事不再罚原则

一事不再罚原则是指针对行政相对人的一个违法行为,不能给予多次处罚。一事不再罚

的内容包括两个方面:

(1)针对同一个违法行为,不能给予两次以上的同一种类的行政处罚。具体包含两层意思:

①针对同一个违法行为,一个处罚主体或者多个处罚主体不能依据同一个法律规范再次作出处罚。

②针对一个违法行为,一个处罚主体或者多个处罚主体不能根据不同的法律规范作出同一种类的处罚。

(2)违法行为构成犯罪的,行政机关必须将案件移送司法机关,依法追究刑事责任;违法行为构成犯罪,人民法院判处拘役或有期徒刑时,行政机关已经给予当事人行政拘留的,应当依法折抵相应刑期,人民法院处罚金时,行政机关已经给予当事人罚款的,应当折抵相应罚金。

3. 行政处罚的简易程序

适用简易程序必须符合下述条件:①违法事实确凿;②有法定依据;③给予较小数额罚款或者警告的行政处罚。

所谓较小数额的罚款,是指对公民处以 50 元以下、对法人或者其他组织处以 1000 元以下罚款。行政执法人员在行政执法过程中发现相对人实施的行政违法行为后,如认定相应行为符合上述法定条件,即不必适用调查取证程序,也不必更换时间和地点,可以立即当场予以处罚。

行政处罚决定书应当当场交付当事人,这是行政处罚简易程序的法定要件。执法人员不得少于两人的规定,仅在行政调查或检查中适用,而这是一般程序中才会出现的情况。简易程序中显然不可能有这么高的要求。

四、行政许可

1. 不适用行政许可法的审批事项

(1)有关行政机关对其他机关的人事、财务、外事等事项的审批。

(2)行政机关对其直接的事业单位的人事、财务、外事等事项的审批。

(3)实践中不适用行政许可法的事项。

①上级行政机关基于行政隶属关系对下级行政机关有关请示、报告事项的审批。

②行政机关以出资人身份对国有企业资产处置等事项的审批。

③行政机关确认财产权利以及其他民事关系的登记,主要包括产权登记(包括抵押登记)、结婚登记、个人身份登记等。

2. 行政许可法定原则

(1)行政许可应依法定事项设定。

设定行政许可的范围是:①直接涉及国家安全、公共安全、经济宏观调控、生态环境保护以及直接关系人身健康、生命财产安全等特定活动,需要按照法定条件予以批准的事项;②有限自然资源开发利用、公共资源配置以及直接关系公共利益的特定行业的市场准入等,需要赋予特定权利的事项;③提供公众服务并且直接关系公共利益的职业、行业,需要确定具备特殊信誉、特殊条件或者特殊技能等资格、资质的事项;④直接关系公共安全、人身健康、生命财产安全的重要设备、设施、产品、物品,需要按照技术标准、技术规范,通过检验、检测、检疫等方式进行审定的事项;⑤企业或者其他组织的设立等需要确定主体资格的事项以及法律、行政法规规

定可以设定行政许可的其他事项。

(2) 行政许可应依法定权限设定。

根据《行政许可法》的规定,法律可以设定行政许可;尚未制定法律的,行政法规可以设定行政许可,必要时,国务院可以通过发布决定设定行政许可;尚未制定法律、行政法规的,地方性法规可以设定行政许可;尚未制定法律、行政法规和地方性法规的,因行政管理需要,确需立即实施行政许可的,省级人民政府的规章可以设定临时性的行政许可;除此之外的其他规范性文件一律不得设定行政许可。

另外,《行政许可法》对地方性法规和省级人民政府规章设定行政许可还规定了一些限制条件。如,地方性法规和省级人民政府规章不得设定有关资格、资质的行政许可,不得设定企业或者其他组织的设立登记及其前置性行政许可;地方性法规和省级人民政府规章设定的行政许可不得限制其他地区的个人或者企业到本地区从事生产经营和提供服务,不得限制其他地区的商品进入本地区市场。

(3) 行政许可应依法定程序设定。

从性质上说,行政许可设定行为是一种立法行为,因此,享有法定权限的机关设定行政许可必须遵守《立法法》、《行政法规制定程序条例》以及《规章制定程序条例》等法律法规中有关立法程序的规定。此外,还必须遵守《行政许可法》第19条规定的起草听证、论证程序和第20条规定的对已设定许可的评价程序。设定主体违反法定程序设置许可的,将被有权机关根据相应法律、法规撤销。

3. 依法许可原则

(1) 行政许可应依法定种类实施。

行政机关实施行政许可,只能就依法已经设定的许可种类实施,不得对法定范围以外的事项乱许可。对从事某项活动,法律、法规、国务院决定或者省级人民政府规章都没有规定必须经过许可的,任何行政机关都不得擅自对从事该项活动实施许可,否则,就等于非法设定许可。

(2) 行政许可应依法定权限实施。

行政机关只能在法定权限范围内实施可行政许可,否则,即构成越权。根据《行政许可法》第22条、23条和24条的规定,行政许可由具有行政许可权的行政机关在其法定职权范围内实施;法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织,在其法定授权范围内,以自己的名义实施行政许可;行政机关在法定权限范围内,依照法律、法规、规章的规定,可以委托其他行政机关实施行政许可;受委托行政机关在委托范围内,以委托行政机关名义实施行政许可。行政机关实施行政许可的权限一方面由相应行政组织法确定,另一方面由设定行政许可的相应行政管理法确定。

(3) 行政许可应依法定条件实施。

《行政许可法》第18条规定,设定行政许可,应当规定行政许可的条件。行政许可的本质就是行政机关经审查对符合法定条件的申请人所给予的一种准许,其以规定有明确的许可条件为前提。行政机关实施行政许可,只能依法定条件进行,既不能增加,也不能减少法定条件,既不能向不具备法定条件的行政相对人发放许可,也不能向许可申请人要求法定条件以外的条件。

(4) 行政许可应依法定方式实施。

关于行政许可的办理方式,法律规定有的是强制性的,有的是指导性和可裁量性的。对于强制性的方式,行政机关必须遵循;而对于指导性和可裁量的方式,行政机关则应根据法律的

目的,选择最便民、最有效率的方式实施。

(5)行政许可应依法定程序实施。

《行政许可法》对申请与受理、审查与决定、听证、期限、变更与延续等行政许可程序作了比较详细、比较全面的规定,既有一般规则(《行政许可法》第四章第一至五节),也有特别规则(《行政许可法》第四章第六节)。行政机关实施行政许可,应遵循这些程序。

当然,其他有关单行法律、法规、规章也有一些关于行政许可程序的规定,这些程序只要符合《行政许可法》的原则、精神,不违反《行政许可法》的明确规定,行政机关在实施相应行政许可时亦必须遵循。否则,亦构成行政违法。

4. 救济原则

《行政许可法》第7条规定了行政许可的救济原则。公民、法人或其他组织在《行政许可法》法律关系中的救济权包括三个层次:

(1)陈述权和申辩权。陈述权和申辩权主要在许可实施过程中行使,公民、法人或其他组织在申请行政许可时,在行政机关审查自己的申请材料时,在行政机关对自己实施被许可行为进行监督检查时,均可向行政机关陈述自己的观点、主张、所基于的事实根据、法律根据以及其他理由,以争取行政机关作出对自己有利的行为;在行政机关可能对自己作出不利的行为时,或告知自己某种对其不利的事实、理由时,则可向行政机关提出申辩,指出和论证行政机关欲作出的行为可能的错误,所依据的事实、理由包含的虚假成分或根本不成立,辩明自己的清白,以避免行政机关作出对自己不利的行为。

(2)申请行政复议和提起行政诉讼权。公民、法人或其他组织的这一权利通常是在行政机关对其作出某种不利决定之后行使的。例如,行政机关拒绝受理自己的许可申请、行政机关作出不准予许可的决定,行政机关作出注销、收回、撤销或吊销自己许可证的决定,行政相对人均可依据《行政复议法》或《行政诉讼法》对之申请行政复议或者提起行政诉讼。

(3)请求行政赔偿权。公民、法人或其他组织的这一权利是在行政机关对其作出某种违法行为(包括许可决定行为或非决定行为、作为或不作为),侵犯了其合法权益并造成了其损害后行使的。例如,行政机关对符合许可条件的申请人违法作出拒绝准予许可的决定,行政机关对许可申请不予答复或违反许可法定期限,拖延办理许可和作出许可决定,行政机关违法作出注销、收回、撤销或吊销许可证的决定,等等,对于行政机关的这些行为,凡是给相对人造成了损害的,相对人均可依据《国家赔偿法》向行政机关请求国家赔偿或向人民法院提起行政赔偿诉讼。

5. 信赖保护原则

《行政许可法》第8条在我国法律上第一次确立了信赖保护原则。信赖保护原则是诚信原则在行政法领域的运用,是现代行政法基本原则之一。但是,在《行政许可法》之前,我国行政法对这一基本原则一直缺乏明确的规定。这次《行政许可法》将信赖保护原则在总则中明确加以规定,并将这一原则的基本内容同时载入法条,这不仅对于解决我国行政管理中的上述问题,保护公民、法人和其他组织的合法权益,而且,从长远来说,对于在我国确立政府诚信原则,建立法治政府、诚信政府亦是很有意义的。

信赖保护原则的基本含义是:当行政相对人对行政行为形成值得保护的信赖时,行政机关不得随意撤销或者废止该行为,否则必须合理地补偿行政相对人对信赖该行政行为有效存续而获得的利益。信赖保护原则在行政许可法中主要体现为,公民、法人和其他组织依法获得的行政许可受法律保护,行政机关不得任意改变(包括撤销)已经生效的行政许可。

《行政许可法》第8条确定的行政许可信赖保护原则主要有三层意思:

(1)行政机关的行政许可决定一经作出并生效,非有法定事由和依法定程序,不得擅自废止或改变;

(2)行政机关只有在下述情形下,才能废止或改变已经生效的行政许可决定:①行政许可所依据的法律、法规、规章修改或者废止;②准予行政许可所依据的客观情况发生重大变化的,且基于公共利益,需要变更或者撤回已经生效的行政许可。

(3)行政机关依法变更或废止已经生效的行政许可,由此给公民、法人或者其他组织造成财产损失的,应当依法给予补偿。目前我国关于行政补偿的法律还很不完善。因此,要实现《行政许可法》确立的这一基本原则,我们还应该尽快健全和完善有关行政补偿方面的立法。

6. 可以设定行政许可的具体事项

《行政许可法》第12条第(一)至第(五)项是关于可以设定行政许可事项的规定,具体包括以下范围:

(1)特定活动的进行。

《行政许可法》第12条第(一)项规定,如果相对人的某项活动直接关系到国家安全和公共利益的维护、宏观经济调控的进行、生态环境的保护以及他人的人身健康或者生命财产安全,那么享有设定权的主体可以对之设定许可,相对人须在经行政主体许可后方能进行上述活动。

(2)获得特定权利。

《行政许可法》第12条第(二)项规定,对于有限自然资源的开发利用和有限公共资源的有效配置以及直接关系公共利益的特定行业的市场准入等事项,可以设定行政许可。

(3)获得特定资质、资格。

《行政许可法》第12条第(三)项规定,对于提供公共服务并且直接关系到公共利益的职业、行业,如果需要确定具备特殊信誉、特殊条件或者特殊技能等资格、资质的,许可设定权的享有主体可以规定,相对人只有在具备了一定的资格、资质后方能从事某些职业和行业。

(4)须检验、检疫以及检测的事项。

《行政许可法》第12条第(四)项规定,对于直接关系公共安全、人身健康及生命财产安全的重要设备、设施、产品、物品,如果需要达到一定的技术标准或技术规范,行政许可的设定主体可以规定上述设备、设施、产品或者物品等只有在通过检验、检测、检疫,具备了相应的技术标准或规范后方能销售、设计、安装、建造或投入使用。

(5)获得主体资格。

《行政许可法》第12条第(五)项规定,行政许可权的设定主体可以规定,企业或者其他组织的设立需满足一定条件,在条件满足后方可具备相应主体资格。

7. 可以不设行政许可的事项

《行政许可法》第13条是对行政许可设定事项的一种相对“否定式”规定。采用“否定式”的立法模式规定设立行政许可的事项的范围,可以防止具有无限扩张特性的行政权向公民、法人和其他组织的自治私权领域的渗透,促进行政机关从传统的万能政府、管理型政府向服务型政府的转变,促进市民社会的充分发展。

(1)公民、法人或者其他组织能够自主决定的。

(2)市场竞争机制能够有效调节的。

(3)行业组织或者中介机构能够自律管理的。

(4)行政机关采用事后监督等其他行政管理方式能够解决的。

8. 行政许可设定权

(1) 法律与行政法规的行政许可设定权。

《行政许可法》第14条第(一)款规定:“本法第十二条所列事项,法律可以设定行政许可。尚未制定法律的,行政法规可以设定行政许可。”

法律是全国人大及其常委会制定的规范性文件,是宪法之下效力层次最高的规范性文件,它可以设定各种形式的行政许可。只要法律对《行政许可法》第12条规定的可以设定行政许可的五类事项没有设定行政许可,行政法规就可以对这五类事项设定行政许可,也可以对这五类事项以外的事项设定行政许可。反之,在法律对这五类事项或者其中的某一类事项已设定了行政许可的情况下,行政法规在该事项上则不再享有行政许可设定权,但其享有行政许可的规定权,即有权对实施该行政许可作出具体规定。

(2) 国务院决定的行政许可设定权。

根据《行政许可法》第14条第(二)款的规定,国务院在必要时可以通过发布决定的方式设定行政许可。但同时,又作了两个方面的限制:一是,国务院通过发布决定的方式设定行政许可只有在“必要时”方可为之,即在确有需要的情况下,才可以采用这种方式;二是,通过发布决定设定的行政许可实施后,除临时性行政许可事项外,应当及时提请全国人民代表大会及其常务委员会制定法律,或者自行制定行政法规。

在《行政许可法》制定过程中,对于部门规章是否应当享有行政许可设定权的问题产生过很大争议。全国人大法律委员会经过研究认为:国务院在行政审批制度改革中,决定取消国务院部门规章的行政许可设定权,主要的考虑是各部门不宜“自我授权”,为本部门或者本系统设定和扩大权力。至于各部门已经发布的确需继续实施的行政许可,在《行政许可法》施行后,可以由国务院制定行政法规予以确认。

(3) 地方性法规的行政许可设定权。

根据《行政许可法》第15条的规定,只要法律、行政法规对《行政许可法》第12条规定的可以设定行政许可的五类事项没有设定行政许可,地方性法规就可以对这五类事项设定行政许可,在法律、行政法规对某事项已设定行政许可的情况下,地方性法规享有对实施该行政许可事项作出具体规定的权力。行政许可法在赋予地方性法规行政许可设定权的同时,又从以下四个方面对其作了限制:

①地方性法规不得对《行政许可法》第12条规定的可以设定行政许可的五类事项以外的任何事项设定其他的行政许可。

②对应当由国家统一确定的公民、法人或者其他组织的资格、资质的行政许可,地方性法规不得设定,如律师、会计师、医师等的资格。

③地方性法规不得设定企业或者其他组织的设立登记及其前置性行政许可。

④地方性法规设定的行政许可,不得限制其他地区的个人或者企业到本地区从事生产经营和提供服务,不得限制其他地区的商品进入本地区市场。

对地方性法规的行政许可设定权作出这种限制的考虑是:解决实践中利用行政许可搞地区封锁、地方保护的问题,以促进和维护全国统一大市场的培育和形成。

(4) 省级人民政府规章的行政许可设定权。

根据《行政许可法》第15条的规定,在地方政府规章中,只有省级政府规章有行政许可设定权,较大的市的人民政府规章无行政许可设定权。为了防止省级政府滥用法律赋予行政许可设定权,法律对省级政府规章的行政许可设定权作出了较严格的限制:

①必须是在国家尚未制定法律、行政法规和地方人民代表大会及其常务委员会尚未制定地方性法规的情况下,才能以省级政府规章设定行政许可。

②必须是在因本行政区域行政管理上的需要,确需立即实施行政许可的情况下,才能以省级政府规章设定行政许可。

③省级政府规章只能设定临时性的行政许可,其所设立的临时性的行政许可实施满一年需要继续实施的,应当提请本级人民代表大会及其常务委员会制定地方性法规。

④对所设定的行政许可在种类上的限制,即地方性法规和省、自治区、直辖市人民政府规章,不得设定应当由国家统一确定的公民、法人或者其他组织的资格、资质的行政许可;不得设定企业或者其他组织的设立登记及其前置性行政许可。

⑤对所设定的行政许可在内容上的限制,即地方性法规和省、自治区、直辖市人民政府规章设定的行政许可,不得限制其他地区的个人或者企业到本地区从事生产经营和提供服务,不得限制其他地区的商品进入本地区市场。

9. 行政许可实施主体

(1)《行政许可法》第22条是对行政许可实施主体的一般规定。行政机关作为行政许可的实施主体,必须同时具备如下几个条件:

①行政许可的实施主体主要是行政机关。

②实施行政许可的行政机关必须享有行政许可权。

③行政机关必须在法定职权范围内实施行政许可。

(2)授权实施行政许可。

授权是指特定的国家机关通过法律、法规把某些行政权力授予非行政机关的组织行使,使该组织取得了行政管理的主体资格,即可以以自己的名义独立地行使这些权力,也可以以自己的名义独立地承担因行使这些权力引起的法律后果。

(3)委托实施行政许可。

行政机关实施行政许可委托必须依照法律、法规、规章的规定,受委托人只能是其他行政机关。委托行政机关的委托行为并不引起行政职权和职责的同时转移,被委托的行政机关只能在受委托的范围内以委托行政机关的名义行使行政许可实施权。受委托实施行政许可的行政机关在具体实施受委托的行政许可时,并不具有行政主体资格,其实施受委托行政许可的行为的法律后果由委托行政机关承担。

10. 行政许可信息、情报、资料的公开

《行政许可法》第30条规定的要求是,对于法律、法规、规章规定的有关行政许可的事项、依据、条件、数量、程序、期限以及需要提交的全部材料的目录和申请书示范文本等,行政机关除负有公示义务之外,还负有解释、说明的义务,即申请人提出质疑和询问时,行政机关有义务加以如实说明、解释,以保证申请人能够获得准确、可靠的信息,避免发生误解,特别是重大误解。

11. 申请人提出申请

(1)行政许可程序的启动以申请人提出申请为必要。

(2)行政许可申请书。

一个有效的行政许可申请必须具备如下要素:

①申请人必须具有相应的行为能力;

②申请人必须明确作出申请许可的意思表示;