

2012 国家司法考试

# 万国授课精华

## 行政法与行政诉讼法

季宏 黄韦博 / 编著



- ★ 一线名师讲义的精华提炼
- ★ 紧扣大纲的经典教材
- ★ 司考征途中的良师益友

中国法制出版社  
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

wan<sup>guo</sup>万国法源

北京万国学校  
中国法制出版社

指定2012年国家司法考试辅导用书

# 2012 国家司法考试

# 万国授课精华

## 行政法与行政诉讼法

季宏 黄韦博 / 编著

浙江工业大学  
图书馆藏书

浙江工业大学图书馆



71841088

中国法制出版社  
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

行政法与行政诉讼法 / 北京万国学校编著.

—北京: 中国法制出版社, 2012. 2

(国家司法考试万国授课精华)

ISBN 978 - 7 - 5093 - 3438 - 6

I. ①行… II. ①北… 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. ①D922.1 ②D925.3

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 000580 号

责任编辑 马 颖

封面设计 李 宁

国家司法考试万国授课精华——行政法与行政诉讼法

GUOJIA SIFA KAOSHI WANGUO SHOUKE JINGHUA——XINGZHENGFA  
YU XINGZHENG SUSONGFA

经销/新华书店

印刷/涿州市新华印刷有限公司

开本/787 × 1092 毫米 16

印张/23.5 字数/426 千

版次/2012 年 2 月第 1 版

2012 年 2 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 3438 - 6

定价: 55.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 66031119

网址: <http://www.zgfs.com>

编辑部电话: 66034242

市场营销部电话: 66017726

邮购部电话: 66033288

## 写在开篇的话

司法考试的辅导教材已经很多，为什么还要多这样一套书呢？要很好地回答这样一个问题自然是取决于读者的认可，而不是作者自我的良好感觉。所以，作为作者之一，我就不在这里进行自我评价，只是将组稿当时发给所有作者的写作要求展示给各位，供各位监督！我相信，如果我们全体作者通过一步步的努力，实现了写作的初衷，这套书自然是有价值的辅导读物！

### 《2012 司法考试万国授课精华》写作要求：

每一个司法考试领域的优秀教师，都必应给我们的学生带来一部复习的精华之作。写作与讲课之间本是相辅相成。当我们的口述作品和书写作品完美结合之时，也就是我们成就学生人生价值、感受自我内心满足之日！我们既为法律人，无论当初的选择是自觉还是被动，今天都有一个宿命：将法律所蕴含的正义精神、专业精神弘扬天下！而今，在中国，竟然没有比司法考试更大、更易实现这一理想的平台！所以，我们期许：这套书不仅有知识，还有精神！

#### 1. 应知必会法条

本章节所学知识必备的法条、司法解释。宜精不宜多，最好的效果是该法条恰是考生掌握特定考点的必读法条，多一条嫌累赘，减一条嫌不足。千万别用法条充字数！那样会被学生骂死的。

#### 2. 知识点讲解

言简意赅、案例充沛是本书特色。

此外，我们还要求语言活泼、案例生动，我们的听众欢声笑语，我们的读者也不甘寂寞！他们已经受够了死板板的法科教材，那些书曾经让他们年轻的人生很灰暗（也曾经灰暗过我们的青春）。

再者，由于个别部门法（如刑法）考试的理论性越来越强，观点已经不是唯一的考点，观点的论证过程变得更重要。所以，知识理论要讲透，还要深入浅出，一看就明白。

#### 3. 解疑释惑

既然有言简意赅的要求，个别疑难点就无法在正文中畅快论述，那就放到这里吧，

这里是疑难点专场。专题性质，可以淋漓尽致地表达。

#### 4. 授课心得

每个优秀的老师在授课过程中，总是在与学生的互动过程中，产生了一些思想的火花或是深深的教学体味，这些思想或者表现为朗朗上口的记忆口诀，或者创造性地成为一个贯穿知识点的笑话（趣味故事），或者是对学生易犯错误的深刻总结。我们希望这能够成为该章节的点睛之处。

#### 5. 附录：经典真题解析

删繁就简，精选最有代表性的典型真题，改变死板的写作风格，尽可能用易懂、轻松的方式解读真题，着力体现经典解析，我们期望这种解析的力度，使得他人难以望其项背！

#### 6. 署名

每本教材署执笔者名字，所以光荣属于我们，一不小心毁誉也属于我们。

#### 7. 出版社

交由认真负责，制作能力、发行能力在法律图书界都很优秀的中国法制出版社出版，希望我们提供的内容与中国法制出版社的用心打造是佳偶天成。

这套书凝聚了万国优秀教师数年的心血，代表了万国最新、最高的教学成就，期待着读者的检阅！

最后，对于支持这套书出版并付出巨大努力的中国法制出版社第二编辑室所有编辑表示深深的感谢！

韩友谊

2012年1月8日

## 导 读

行政法学是个令人烦躁、令人沮丧的学科。它不同于民法或者刑法。民刑法的问题，我们似乎每天都能看到、听到，能够在头脑中想象。但行政法似乎与我们很近，因为我们的生活离不开与政府及其部门打交道；但它似乎又与我们很远。这种若即若离的青涩感，让我们总是在行政法大门外徘徊。我们要能入行政法这个门，就必须打破学习民法、刑法的一贯思维，养成行政法独有的思维方式。

民法问题的处理，大多从寻找“请求权基础”着手，其典型问题是：谁可以向谁，依据哪一法律规范，主张哪一权利？而行政法从确定行政行为的合法性着手。依法行政原则是行政法的基本理念，行政法学的主要任务就是以宪法、法律、法规和规章等法规范为基础，审查行政行为的合法性。行政行为合法性的审查，是学习行政法的主要课题。

审查行政行为合法性的顺序是：首先，审查行政机关从事行政活动的法律基础，也就是法律上的授权基础；其次，审查行政行为是否符合法律规定的要件以及授权目的。审查行政行为合法性的方面，包括形式合法性（形式审查）与实质合法性（实质审查）。形式审查是审查行政行为是否由有管辖权的机关作出，以及是否符合行政程序或形式要件等规定；实质审查，是审查行政行为是否符合法律授权的要件、范围及目的。经审查，如果认定合法的，审查工作即告终结；反之，如果认定违法的，基于依法行政原则，我们可以想象，相对人可能提出以下要求：(1)行政机关应停止违法的行为；(2)行政机关已经作出的违法行为应予除去。

对于相对人的要求，行政机关的反应可能有二：(1)行政机关自动停止违法的行为，或者自行除去其违法的行为，违法的状态即因此而除去。必须注意的是，行政机关自行除去违法的行政行为，其本身就属于一种行政行为，故仍有合法性审查的问题，例如撤销行政行为是否违反“信赖保护原则”。(2)行政机关继续违法行为，或者任由违法行为继续存在。在此情形下，我们可以进一步思考：相对人应当遵循何种法律途径寻求法律救济，比如，申请行政复议，请求行政复议机关决定撤销该违法行为，或者提起行政诉讼，请求人民法院裁判撤销违法行为，或者请求赔偿义务机关给予行政赔偿。这就涉及行政复议法、行政诉讼法、国家赔偿法（总称行政救济法）上的问题。这与上述行政行为合法性的审查（它属于行政实体法上的问题）有所不同。但是，行政法问题的讨论和处理，往往兼及实体法与争讼法两方面。

行政法的整个学科体系就是建立在上述逻辑基础之上的。本书的篇章设置也大体遵循上述逻辑。本书不求知识点全面覆盖，只求所分析知识点深入，便于记忆、理解和运用。为此，本书在阐释相关要点时，往往举例说明，遇到相关联的知识点时，也往往进行深入

性的比较。

很多人在学习刑法、民法时明白“理论”的重要，但在学习行政法时却以为只要记住几个法条就可以了。而实际上，行政法基本理论也是研习行政法条文的基础，若没有一定理论基础，死记几个法条是没有任何用处的。因为没有理论的指导，是不会熟练运用法条的。因此，本书相当注意阐释行政法基本理论，在理解某些关键法条时，也一直强调其背后的理论原因。

行政法是在民事法、刑事法的基础上发展起来的，它借用了众多的民事法、刑事法的制度，但在借用的过程又根据行政的特性进行了相应调整。因此，我们在学习行政法过程中，必须注意这种借用现象以及借用变化。这就意味着，我们如果没有一定民事法、刑事法的基础，学习行政法是困难的；但如果我们不注意将行政法与民事法、刑事法进行比较，我们也不能真正理解行政法的特殊之处。

学习行政法，刚开始是个痛苦的过程，但一旦您进入它的殿堂，您就会体会到它的精妙，它的豁达，以及其他种种难于言表的感受。我们也会真正体会到行政法背后的宪政理念，是那么的“高不可及”，但又那么的“平易近人”。

本书曾在2009年、2010年出版发行。由于种种原因，2011年暂停了。现在呈现在众位读者面前的此书2012年版本，是我们共同修订的。我们的分工是：前十章，由黄韦博负责；后十三章，由季宏负责。在修订中，我们将最新法律（比如《行政强制法》）和司法解释均囊括其中。

我们虽对本书的谋篇布局、观点取舍、材料遴选等思索再三，但因学力有限，遗憾自当难免。不妥之处，恳请读者批评赐教，待再版时修正。

季宏微博：<http://weibo.com/jihong77>

黄韦博微博：<http://weibo.com/u/2173108215>

季宏 黄韦博

2012年2月

## 凡 例

1. 凡属于国家法律、行政法规的,均简称“《某法》”、“《某条例》”等。例如,《中华人民共和国行政复议法》简称为《行政复议法》,《中华人民共和国行政复议法实施条例》简称为《行政复议法实施条例》。

2. 《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》,简称《行诉法解释》;

3. 《最高人民法院关于行政案件管辖若干问题的规定》,简称《行政案件管辖规定》;

4. 《最高人民法院关于行政诉讼证据若干问题的规定》,简称《行诉证据规定》;

5. 《最高人民法院关于审理行政案件适用法律规范问题的座谈会纪要》,简称《座谈会纪要》;

6. 《最高人民法院关于行政诉讼撤诉若干问题的规定》,简称《行诉撤诉规定》;

7. 《最高人民法院关于审理行政许可案件若干问题的规定》,简称《行政许可案件规定》;

8. 《最高人民法院关于审理房屋登记案件若干问题的规定》,简称《房屋登记案件规定》;

9. 《最高人民法院关于审理涉及农村集体土地行政案件若干问题的规定》,简称《集体土地案件规定》;

10. 《最高人民法院关于审理政府信息公开行政案件若干问题的规定》,简称《信息公开案件规定》;

11. 《最高人民法院关于审理反倾销行政案件应用法律若干问题的规定》,简称《反倾销案件规定》;

12. 《最高人民法院关于审理反补贴行政案件应用法律若干问题的规定》,简称《反补贴案件规定》;

13. 《最高人民法院关于审理国际贸易行政案件若干问题的规定》,简称《国贸行政案件规定》;

14. 《最高人民法院关于人民法院执行〈中华人民共和国国家赔偿法〉几个问题的解释》,简称《执行国赔法解释》;

15. 《最高人民法院关于审理行政赔偿案件若干问题的规定》,简称《行政赔偿案件规定》;

16. 《最高人民法院关于民事、行政诉讼中司法赔偿若干问题的解释》,简称《民行诉讼司法赔偿解释》;

17. 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国国家赔偿法〉若干问题的解释(一)》,简称《国赔法解释(一)》;

18. 《最高人民法院关于人民法院赔偿委员会审理国家赔偿案件程序的规定》,简称《赔委会审理案件规定》。

# 目 录

## CONTENTS

|                            |    |
|----------------------------|----|
| 第一章 行政法概述 .....            | 1  |
| 第一节 行政法的概念与特征 .....        | 1  |
| 第二节 行政法渊源 .....            | 3  |
| 第二章 行政法基本原则 .....          | 12 |
| 第一节 合法行政原则 .....           | 12 |
| 第二节 合理行政原则 .....           | 14 |
| 第三节 程序正当原则 .....           | 17 |
| 第四节 高效便民、诚实守信和权责统一原则 ..... | 21 |
| 第三章 行政组织 .....             | 25 |
| 第一节 行政组织与行政主体 .....        | 25 |
| 第二节 行政组织的分类 .....          | 26 |
| 第三节 被授权组织和受委托组织、个人 .....   | 29 |
| 第四章 行政公务员 .....            | 34 |
| 第一节 行政处分的种类、设定与适用 .....    | 34 |
| 第二节 行政处分的决定与申诉 .....       | 39 |
| 第五章 具体行政行为总论 .....         | 44 |
| 第一节 具体行政行为的概念与特征 .....     | 44 |
| 第二节 具体行政行为的合法要件 .....      | 50 |
| 第三节 具体行政行为的效力 .....        | 54 |
| 第四节 具体行政行为的无效与废弃 .....     | 59 |
| 第六章 行政许可 .....             | 66 |
| 第一节 行政许可概述 .....           | 66 |
| 第二节 行政许可的设定与具体规定 .....     | 72 |
| 第三节 行政许可的实施 .....          | 81 |
| 第七章 行政处罚 .....             | 85 |
| 第一节 行政处罚概述 .....           | 85 |
| 第二节 行政处罚的设定与具体规定 .....     | 90 |
| 第三节 行政处罚的实施 .....          | 94 |

|                          |     |
|--------------------------|-----|
| 第八章 行政强制 .....           | 104 |
| 第一节 行政强制措施 .....         | 104 |
| 第二节 行政强制执行 .....         | 109 |
| 第三节 法律责任与救济 .....        | 113 |
| 第九章 行政裁决和行政确认 .....      | 116 |
| 第一节 行政裁决 .....           | 116 |
| 第二节 行政确认 .....           | 124 |
| 第十章 政府信息公开 .....         | 129 |
| 第一节 概 述 .....            | 129 |
| 第二节 方式和程序 .....          | 130 |
| 第十一章 行政复议总论 .....        | 133 |
| 第一节 行政复议概述 .....         | 133 |
| 第二节 行政复议范围 .....         | 137 |
| 第三节 行政复议参加人 .....        | 141 |
| 第四节 行政复议管辖 .....         | 144 |
| 第十二章 行政复议程序 .....        | 153 |
| 第一节 行政复议的申请与受理 .....     | 153 |
| 第二节 行政复议的审理 .....        | 159 |
| 第三节 行政复议决定及其执行 .....     | 164 |
| 第十三章 行政诉讼概述及其受案范围 .....  | 173 |
| 第一节 行政诉讼概述 .....         | 173 |
| 第二节 行政诉讼受案范围 .....       | 177 |
| 第十四章 行政诉讼当事人 .....       | 185 |
| 第一节 行政诉讼原告 .....         | 185 |
| 第二节 行政诉讼被告 .....         | 195 |
| 第三节 行政诉讼第三人 .....        | 209 |
| 第四节 共同诉讼人 .....          | 215 |
| 第十五章 行政诉讼管辖 .....        | 218 |
| 第一节 级别管辖 .....           | 218 |
| 第二节 地域管辖 .....           | 223 |
| 第三节 裁定管辖 .....           | 227 |
| 第十六章 行政诉讼证据 .....        | 231 |
| 第一节 行政诉讼证据的概述及举证责任 ..... | 231 |
| 第二节 举证时限 .....           | 237 |
| 第三节 证据的对质辨认和核实 .....     | 241 |
| 第四节 证据的审核认定 .....        | 243 |

|                                |     |
|--------------------------------|-----|
| <b>第十七章 行政诉讼的法律适用</b> .....    | 248 |
| 第一节 行政诉讼的审理根据 .....            | 248 |
| 第二节 横跨新旧法行政案件的法律适用 .....       | 253 |
| <b>第十八章 起诉与受理</b> .....        | 257 |
| 第一节 起诉与受理概述 .....              | 257 |
| 第二节 起诉期限计算 .....               | 261 |
| 第三节 行政复议与行政诉讼的程序衔接关系 .....     | 267 |
| <b>第十九章 行政诉讼审理中的特殊制度</b> ..... | 278 |
| 第一节 和解撤诉 .....                 | 278 |
| 第二节 不停止执行与财产保全、先予执行 .....      | 282 |
| 第三节 行政诉讼与民事诉讼、刑事诉讼的程序关系 .....  | 284 |
| <b>第二十章 行政诉讼裁判与执行</b> .....    | 289 |
| 第一节 不作为案件的判决方式 .....           | 289 |
| 第二节 合法作为案件的判决方式 .....          | 295 |
| 第三节 违法作为案件的判决方式 .....          | 300 |
| 第四节 变更判决 .....                 | 306 |
| 第五节 行政诉讼执行 .....               | 308 |
| <b>第二十一章 国家赔偿通论</b> .....      | 311 |
| 第一节 国家赔偿概述 .....               | 311 |
| 第二节 国家赔偿的方式 .....              | 316 |
| 第三节 国家赔偿的计算标准 .....            | 320 |
| <b>第二十二章 行政赔偿</b> .....        | 325 |
| 第一节 行政赔偿范围 .....               | 325 |
| 第二节 行政赔偿请求人和赔偿义务机关 .....       | 330 |
| 第三节 行政赔偿程序 .....               | 334 |
| <b>第二十三章 司法赔偿</b> .....        | 341 |
| 第一节 司法赔偿范围 .....               | 341 |
| 第二节 司法赔偿请求人和赔偿义务机关 .....       | 349 |
| 第三节 司法赔偿程序 .....               | 352 |
| <b>附录：经典真题解析</b> .....         | 360 |

## 第一章 行政法概述

### 第一节 行政法的概念与特征



#### 知识点讲解

#### 一、行政法概述

##### (一) 公共行政与私行政

我们在学习民法的时候总是要发一个追问：究竟什么是民法？民法即调整平等主体间人身权、财产权关系的法律规范。我们在学习行政法的时候也会发一个追问：究竟什么是行政法？行政法是调整行政关系的法，而所谓的行政关系是指在行政活动中形成的一切社会关系。那究竟什么是行政呢？因此理解行政的含义是学习行政法的逻辑起点。

所谓行政，是指一个组织的“执行”或“管理”活动。行政根据目的不同划分为公共行政和私行政，公共行政是以追求公共利益为目的的管理活动，而私行政是以追求私益为目的的管理活动。例如政府要求“公务员办证要对老百姓微笑并露出八颗牙齿”，是为了维护公共利益的公共行政；而某养老院要求其员工做到“所有人都是你爹妈，你是所有人的孙子”则属于为追求私益的私行政。行政法所调整的行政仅仅指公共行政。即追求公共利益的管理活动，而以追求私益为目的的私行政不受行政法调整，主要受民法、商法调整。

##### (二) 国家公行政与社会公行政

行政法所调整的以追求公共利益为目的的公共行政包括：国家公行政、社会公行政。国家公行政是指国家行政机关的行政管理活动，工商、税务、城管、公安等行政机关的管理活动均属国家公行政。而社会公行政则指社会组织为维护公益而从事的管理活动，包括公共事业组织的行政（例如高校、博物馆、动物园）、群众性自治组织（例如村民委员会、居民委员会）的行政、团体性自治组织（例如律师协会、体育协会、消费者协会）的行政以及其他形式的公共行政。在现代社会当中，除国家承担大部分公共管理职能外，国家还通过法律法规授权部分社会公共组织承担公共管理职能。如高校对在校期间同居的大学生不予颁发毕业证、学位证，村委会规定出嫁女儿不予发放土地补偿金，也是不对等的主体之间为了维护公益而产生的管理活动，理应受到行政法的调整，否则就会形成行政法治的阳光照射不到的阴影，形成法制下的新专制。因此，国家行政机关和法律法规授权的组织所从事的公共管理活动均属于行政法调整的范围。

#### 二、行政法的特征

行政法律规范的重要特征有以下几个方面：

第一,缺乏统一完备的实体法法典。实体行政法律规范一般不集中地规定于一个法典式法律文件中,而是分散地规定于不同行政领域和不同法律效力等级的法律文件中。这主要是由于国家行政管理内容的复杂多变和管理层次繁多,难以在一个法律文件中作穷尽性列举规定。

第二,行政职权职责的统一性。行政机关的权利义务在行政法上表现为行政职权和行政职责。行政职权和行政职责都有依法履行的必要。行政机关在取得公共职权后,不能像民事主体行使民事权利那样进行处分,否则会构成渎职、失职或不作为违法。

第三,行政法律规范立、改、废的经常性。由于国家行政管理内容经常更新,所以行政法律规范处于经常化的变动过程之中。行政管理所面临的是日新月异的社会需求,成文法多数是在总结过去经验基础上概括形成的,难以对后来发生的事情准确预料,国家行政机关又不能像民事主体那样以自主协商的方式来确定行政权利义务,这就给实行依法行政带来困难。解决这个问题的出路之一就是建立行政法律规范立、改、废经常化的机制。行政法的稳定性主要体现为行政法律规范立、改、废机制的稳定性。

### 三、行政法的体系

行政法调整范围的广泛性决定了不可能通过编撰法典加以整合,只能以一系列的单行法律法规加以规定。凡是有法典的部门法都比较容易把握体系,翻开法典的目录则该部门法的体系一目了然,但行政法没有法典,所以把握体系相对困难,知识点显得庞杂。行政法虽然没有法典,但并不意味着没有体系,我们应该从理论上把握行政法的体系。

行政法在理论上根据调整内容的不同可以划分为三大体系:行政组织法、行政行为法、行政监督法。行政组织法是用于调整行政组织的组建和分权法律规范,如国务院组织法、编制条例、公务员法均属于行政组织法;行政行为法是用于调整行政组织行政职权行为的法律规范,如行政许可法、行政处罚法、政府信息公开条例均属于行政行为法;行政监督法则是对行政权予以监督、对行政权违法或不当予以纠正的法律规范,如行政诉讼法是规范人民法院监督行政机关、行政复议法是规范上级行政机关监督下级行政机关、国家赔偿法是规范国家机关违法予以赔偿的问题。

从动态上来把握行政法的体系,行政组织法把从事行政管理活动的施工队——行政组织组建起来并对内部进行合理分权。我们在大街上看到行政机关写的标语就可以判断出行政组织法对该机关是如何分权的:如司机同志你妈喊你安全驾驶——公安局,严禁随地大小便违者没收工具——城管局。行政组织法把行政组织这个施工队组建以后就要施工,行政组织在施工当中的要求就是行政行为法。如有醉酒者当街耍酒疯闹事,警察接到报警后到现场不是开完罚单让他继续疯,而是要采取一个行政强制措施——约束,先制止该违法行为,而做约束的“施工”则应该按相应的施工要求来做:只能使用警绳而不能使用手铐、脚镣。如果行政组织这个施工队在施工当中瞎搞胡来,违法或不当,则用行政监督法予以监督纠正。在学习行政法的过程中,应该注意每看完书或听完课都要在纸上画一个图表,按组织法、行为法、监督法的体系将所学的行政法知识做一个归类整理的工作,打一个框架体系,这样行政法的知识点才不会混淆,慢慢你会发现三大体系之间的知识点是有联系的,是一个动态的整体,这样的学习才会有高空俯瞰、融会贯通的效果。

## 第二节 行政法渊源



### 应知必会法条\*

#### 《宪法》

**第六十二条** 全国人民代表大会行使下列职权：（三）制定和修改刑事、民事、国家机构的和其他的基本法律；

**第六十七条** 全国人民代表大会常务委员会行使下列职权：（二）制定和修改除应当由全国人民代表大会制定的法律以外的其他法律；（三）在全国人民代表大会闭会期间，对全国人民代表大会制定的法律进行部分补充和修改，但是不得同该法律的基本原则相抵触；

**第八十九条** 国务院行使下列职权：（一）根据宪法和法律，规定行政措施，制定行政法规，发布决定和命令；

**第一百条** 省、直辖市的人民代表大会和它们的常务委员会，在不同宪法、法律、行政法规相抵触的前提下，可以制定地方性法规，报全国人民代表大会常务委员会备案。

**第一百一十六条** 民族自治地方的人民代表大会有权依照当地民族的政治、经济和文化的特点，制定自治条例和单行条例。自治区的自治条例和单行条例，报全国人民代表大会常务委员会批准后生效。自治州、自治县的自治条例和单行条例，报省或者自治区的人民代表大委员会批准后生效，并报全国人民代表大会常务委员会备案。

**第九十条第二款** 各部、各委员会根据法律和国务院的行政法规、决定、命令，在本部门的权限内，发布命令、指示和规章。

#### 《立法法》

**第八条** 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。

**第九条** 本法第八条规定的事项尚未制定法律的，全国人民代表大会及其常务委员会有权作出决定，授权国务院可以根据实际需要，对其中的部分事项先制定行政法规，但是有关犯罪和刑罚、对公民政治权利的剥夺和限制人身自由的强制措施和处罚、司法制度等事项除外。

**第五十六条** 国务院根据宪法和法律，制定行政法规。

行政法规可以就下列事项作出规定：（一）为执行法律的规定需要制定行政法规的事项；（二）宪法第八十九条规定的国务院行政管理职权的事项。

应当由全国人民代表大会及其常务委员会制定法律的事项，国务院根据全国人民代表大会及

\* 本书收录的应知必会法条，均经过仔细筛选，仅保留重要条款，对非重点条款作了删节，下同。

其常务委员会的授权决定先制定的行政法规,经过实践检验,制定法律的条件成熟时,国务院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。

**第六十三条** 省、自治区、直辖市的人民代表大会及其常务委员会根据本行政区域的具体情况和实际需要,在不同宪法、法律、行政法规相抵触的前提下,可以制定地方性法规。

较大的市的人民代表大会及其常务委员会根据本市的具体情况和实际需要,在不同宪法、法律、行政法规和本省、自治区的地方性法规相抵触的前提下,可以制定地方性法规,报省、自治区的人民代表大会常务委员会批准后施行。省、自治区的人民代表大会常务委员会对报请批准的地方性法规,应当对其合法性进行审查,同宪法、法律、行政法规和本省、自治区的地方性法规不抵触的,应当在四个月内予以批准。

省、自治区的人民代表大会常务委员会在对报请批准的较大的市的地方性法规进行审查时,发现其同本省、自治区的人民政府的规章相抵触的,应当作出处理决定。

本法所称较大的市是指省、自治区的人民政府所在地的市,经济特区所在地的市和经国务院批准的较大的市。

**第六十四条** 地方性法规可以就下列事项作出规定:

- (一) 为执行法律、行政法规的规定,需要根据本行政区域的实际情况作具体规定的事项;
- (二) 属于地方性事务需要制定地方性法规的事项。

除本法第八条规定的事项外,其他事项国家尚未制定法律或者行政法规的,省、自治区、直辖市和较大的市根据本地方的具体情况和实际需要,可以先制定地方性法规。在国家制定的法律或者行政法规生效后,地方性法规同法律或者行政法规相抵触的规定无效,制定机关应当及时予以修改或者废止。

**第六十五条** 经济特区所在地的省、市的人民代表大会及其常务委员会根据全国人民代表大会的授权决定,制定法规,在经济特区范围内实施。

**第六十六条** 民族自治地方的人民代表大会有权依照当地民族的政治、经济和文化的特点,制定自治条例和单行条例。自治区的自治条例和单行条例,报全国人民代表大会常务委员会批准后生效。自治州、自治县的自治条例和单行条例,报省、自治区、直辖市的人民代表大会常务委员会批准后生效。

自治条例和单行条例可以依照当地民族的特点,对法律和行政法规的规定作出变通规定,但不得违背法律或者行政法规的基本原则,不得对宪法和民族区域自治法的规定以及其他有关法律、行政法规专门就民族自治地方所作的规定作出变通规定。

**第七十一条** 国务院各部、委员会、中国人民银行、审计署和具有行政管理职能的直属机构,可以根据法律和国务院的行政法规、决定、命令,在本部门的权限范围内,制定规章。

部门规章规定的事项应当属于执行法律或者国务院的行政法规、决定、命令的事项。

**第七十二条** 涉及两个以上国务院部门职权范围的事项,应当提请国务院制定行政法规或者由国务院有关部门联合制定规章。

**第七十三条** 省、自治区、直辖市和较大的市的人民政府,可以根据法律、行政法规和本省、自治区、直辖市的地方性法规,制定规章。

地方政府规章可以就下列事项作出规定:(一)为执行法律、行政法规、地方性法规的规定需要制定规章的事项;(二)属于本行政区域的具体行政管理事项。



## 知识点讲解

### 一、宪法

宪法是由特别的机关所制定的国家根本大法，宪法本身并非严格意义上的行政法，但宪法中对行政有直接或者间接意义的规定相当多。例如，关于国家机构的任务和原则，关于行政机关与其他国家机关的相互关系，关于行政机关组织和活动的规定。因此，宪法构成行政活动以及行政法的基础和标准。

宪法的价值决定以及基本原则，须经立法机关制定法律予以具体化，成为直接适用的法规范。但立法者须受宪法拘束，不得制定与宪法相抵触的法律。对实施法律的行政机关、司法机关，宪法也直接发生效力。行政机关、司法机关不仅应依照宪法精神解释及适用普通法规范，而且在欠缺使宪法具体化的普通法规范时，应当直接以宪法作为其活动标准。

### 二、法律

#### (一) 法律概述

法律是全国人大及其常委会制定的，针对不特定人并能够反复适用的法规范。但全国人大及其常委会制定、通过的规范性文件，未必是法律。全国人大常委会对宪法、法律的解释，也属于规范性文件，但其内容仅是对现行宪法、法律规定内涵的阐明，并非创造法规范，故不属于“法律”。在程序上，全国人大常委会制定、通过的法律，由国家主席公布；而全国人大常委会的法律解释则由全国人大常委会自行发布公告予以公布。

法律分为两种：一般法律和基本法律。基本法律涉及国家的基本制度，如特区基本法、国家赔偿法、行政诉讼法等。基本法律必须由全国人大制定，但全国人大常委会在全国人大闭会期间，基于不违背法律基本原则精神的前提下可以对基本法律作部分修改（特区基本法只能由全国人大制定和修改）。一般法律则属于国家的一般制度，既可以由全国人大制定也可以由全国人大常委会制定。

#### (二) 法律保留事项

法律保留事项，是指只能制定法律的事项。法律保留事项，涉及国家立法权与行政立法权、地方立法权的划分，属于立法体制的范畴，自然应由宪法加以规定。《立法法》第8条所规定的法律保留事项，从一定意义上讲是对宪法意旨的明确阐释。

法律保留事项可以进一步区分为“绝对保留”和“相对保留”。所谓“法律绝对保留事项”，是指必须由全国人大及其常委会以法律加以规定，不得授权任何机关加以规定的事项；反之，法律相对保留事项，是指一般由法律加以规定，但经授权可以由行政法规加以规定的事项。《立法法》第9条“但书”明确列举“犯罪和刑罚、对公民政治权利的剥夺和限制人身自由的强制措施和处罚、司法制度”属于“法律绝对保留事项”。

### 三、行政法规

#### (一) 行政法规概述

行政法规，是指由国务院根据宪法和法律，按照法定权限和法定程序制定、通过的规范性文件。考虑新中国成立后我国立法程序的沿革情况，现行有效的行政法规有以下三种

类型<sup>①</sup>：一是国务院制定并公布的行政法规；二是《立法法》施行以前，按照当时有效的行政法规制定程序，经国务院批准、由国务院部门公布的行政法规，但在《立法法》施行以后，经国务院批准、由国务院部门公布的规范性文件，不再属于行政法规；三是在清理行政法规时由国务院确认的其他行政法规，例如由新中国成立初中央人民政府或者政务院制定、发布并仍有效的规范性文件。

## （二）行政法规的立法权

根据《立法法》第56条，行政法规可以规定的事项有三：

### 1. 执行法律事项

即为执行法律的规定需要制定行政法规的事项，例如为执行《土地管理法》制定《土地管理法实施条例》，为执行《行政复议法》制定《行政复议法实施条例》。这其实是赋予国务院“执行性或补充性立法权”。所谓执行性立法权，是指为执行上位规则制定具体实施细则，其特征是不创设新的权利义务；所谓补充性立法权，是指根据上位规则规定的基本原则和基本制度，对原上位规则需要补充完善的事项作出规定，其特征是在基本原则和基本制度约束下创设一部分补充性的新的权利义务。

### 2. 国务院行政管理职权事项

即《宪法》第89条规定的国务院行政管理职权的事项，例如为行使《宪法》第89条第17项规定的“审定行政机构的编制”的职权而制定《国务院行政机构设置和编制管理条例》、《地方各级人民政府机构设置和编制管理条例》。这其实是赋予国务院自主性立法权。所谓自主性立法权，是指对上位规则尚未直接规定的事项，在根据宪法和组织法规定的管理权限内，根据行政管理的实际需要自主创设权利义务。

### 3. 经授权制定的法律相对保留事项

即经全国人大及其常委会授权的“法律相对保留”事项。国务院据此享有授权性立法权。例如，根据《宪法》第89条第17项，国务院“任免、培训、考核和奖惩行政人员”必须“依照法律规定”，即“任免、培训、考核和奖惩行政人员”属于“法律保留”事项。根据《立法法》第9条，该事项属于“法律相对保留”，即该事项在尚未制定法律前，全国人大及其常委会有权作出决定，授权国务院可以根据实际需要先制定行政法规。实践中，国务院根据授权制定《国家公务员暂行条例》。

## 四、地方性法规

### （一）地方性法规概述

地方性法规，是指由省、自治区、直辖市人大及其常委会和“较大的市”人大及其常委会根据地方社会经济发展的需要，在不同上位法相抵触的情况下制定的在本地方区域内实施的法规。较大的市分为三种：省、自治区的人民政府所在地的市、经济特区所在地的市和经国务院批准的其他较大的市。因为经济规模和人口数量等原因，国务院批准唐山市、大同市、包头市、大连市、鞍山市、抚顺市、吉林市、齐齐哈尔市、青岛市、无锡市、淮

<sup>①</sup> 引自最高人民法院《关于审理行政案件适用法律规范问题的座谈会纪要》。