华旭讲义

2017年
国家司法考试
李佳的行政法

李佳 ◎ 编著

讲义卷

中国政法大学出版社

需要全本请访问 www.ertongbook.com

2017年
国家司法考试
李佳的行政法

李佳 ◎ 编著

讲义卷

中国政法大学出版社
2017 · 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（CIP）数据

2017年国家司法考试李佳的行政法. 讲义卷/李佳编著. —北京：中国政法大学出版社，2017.2
ISBN 978-7-5620-7339-0

Ⅰ.①2… Ⅱ.①李… Ⅲ.①行政法－中国－资格考试－自学参考资料 Ⅳ.①D922.1

中国版本图书馆CIP数据核字(2017)第037312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　23.25
字　　数　580千字
版　　次　2017年2月第1版
印　　次　2017年2月第1次印刷
定　　价　49.00元

前 言

让我们成为更好的自己

不知不觉，我在司考行业摸爬滚打已经8年了。因为自己的懒散，一直没有独立出版书籍，现在摆在大家面前的这本小书是我自己8年来司考教学的一份答卷。我感恩这8年司考给我的一切，我也一直努力地去回报大家，不敢有所懈怠。我可以摸着良心讲，这8年来的每一堂课我都是尽心竭力在讲，不敢说每堂课的效果都好，不敢说让每一个考生都能满意，但真的用心了。同样，对于本书的写作，我也起码可以无愧内心。这本书有如下三大特点：

一、形象通俗

总有同学问我，为什么行政法的题目做不对，可能有两大原因：第一，没有理解。行政法是理解性很强的一个学科，对于众多核心知识点，比如受案范围、被告资格、判决形式其实核心在于理解，而不在于死记硬背法条。第二，理解了没有记住。任何的知识都要最终转化为记忆才行。

如何实现有效的理解并记忆呢？我在教学中探索出了“形象记忆法”。行政法的内容远离大部分考生的生活经验，内容较为抽象、陌生，而形象记忆法就是把抽象的法律原理用生动的生活逻辑，用具有画面感的语言表达出来，将复杂而抽象的行政法理论具体化、形象化、生活化。形象记忆法是有其科学依据的，人的右脑主管形象记忆，是左脑逻辑记忆能力的100万倍。比如，《治安管理处罚法》的简易程序适用条件为“事实清楚、证据确凿，处警告或者200元以下罚款”，这是很难背诵的，本书编写了口诀“一清二白”（一是事实清楚，二是200元以下），提高了记忆的效果。形象记忆法不仅有助于知识的记忆，还有助于知识的理解。比如，何为“联合许可”，有的考生总觉得难以理解，我在无锡专程拍摄了一张政务审批大厅的照片放在书中，考生便不会觉得这个内容遥远、陌生。

读书的时候，我特别崇拜金克木、费孝通、谢怀栻和王名扬等先生，他们无一不是在各自领域内学贯中西的大家，但在他们的书中，却没有让人望而却步的拗口难懂的理论术语，更多的是在用通俗易懂的语言娓娓道来，读后让人能够豁然开朗、神清气爽。我一直认为，把话说得所有人都听不懂很容易，但是把话说得所有人都能听得懂却绝非易事。这些大家深厚的理论素养令我难以望其项背，但是可以成为我等后辈学习模仿的对象。所以，本书在语言风格上，有意保留了一些口语化的色彩，努力让这本书成为一本“自己会讲课的书”，尽量地用通俗的语言，将繁琐而抽象的行政法学讲述清楚，少一些照本宣科，多一

些朴素自然，少一份佶屈聱牙，多一份浅显直白。

写作风格形象通俗并不意味着本书写作态度不严肃。为了让书中的观点少些主观臆断，我翻遍了全国人大、国务院法制办和最高人民法院的权威法律释义的书籍，书中的每一个脚注，绝无二手转引，均源于一手权威资料，在司考书籍中，能做到这一点的应该是为数不多的。比如，“事实清楚、争议不大”是否是行政诉讼协议简易程序的必备要件，法条对其语焉不详，实务中也众说纷纭，本书以司考命题人杨伟东教授在《国家检察官学院学报》2015年第1期上发表的“行政诉讼制度和理论的新发展”论文作为佐证，证明了“事实清楚、争议不大”只是法定简易程序的必备要件，而不是协定简易程序的必备要件。又如，2010年卷二第45题中曾经考查过的信息公开“谁制作，谁公开；谁保存，谁公开”，制作机关和保存机关是否具有先后顺序呢？本书通过对于命题人论文和书籍的挖掘给出了明确的结论——“制作机关具有优先地位”。再如，在考场上应当如何区分给付判决、履行判决和答复判决，本书并没有简单地援引“三大本”的观点一带而过，而是详细查阅了弗里德赫尔穆·胡芬的《行政诉讼法》、林腾鹤的《行政诉讼法》，以及最高人民法院行政庭编著的《中华人民共和国行政诉讼法及司法解释条文理解与适用》后给出了详细的分析结论和可操作的应试策略。这也是本书为了应对司法考试“以案例分析、法律方法检验考生在法律适用和事实认定等方面的法治实践水平”的命题趋势而作出的有益探索。以往的大部分真题，考生只要掌握表层制度规定即可，而近些年来，命题人已经逐步转向对于法条背后的理论的考查，所以考生对于法律规定不仅要知其然，还要知其所以然。

二、技术流

司法考试是以法条为中心的考试，但是考生阅读法条的时候却总觉得索然无味，脑子里记忆了一堆法条，上了考场还是不会做题，这是因为我们没有弄清楚什么法条需要记忆，法条的什么部分需要记忆。复习时没有详略和重点，上考场后也就无法有效挖掘题目中的有效信息。对此，我提出了“逆向思维”技术流路线的应试方法，借助对于真题背后命题规律的挖掘，发现有效考点，做到“像命题人一样去思考”。

（一）知识的安排全面覆盖，有详有略

本书以“三大本”为写作主线，尽量实现知识点的全覆盖，有些“三大本”语焉不详的重点考点，本书也根据江必新、信春鹰等实践部门领导和应松年、张树义、胡建淼出版的权威书籍和论文加以扩充。比如，什么是《行政诉讼法》第29条规定的“同案件处理结果有利害关系的第三人”很多书籍对此语焉不详，本书根据最高人民法院梁凤云法官2015年新出版的《新行政诉讼法讲义》对此进行了详细阐述。对于重点考点中的每一个细节，本书力求做到绝不漏网，比如，本书对“行政首长出庭制”的讲解中，通过【细节1】到【细节5】的讲述，保证穷尽命题人可能设题的各种角度，可以做到任命题人千变万化，我自从容应对。

该细节分析的时候绝对一丝不落，该精简讲述的时候，绝不拖泥带水。对于非考试化、纯粹学理讨论的知识点，尽量做到以精炼的语言表达清楚即可，指导本书详略安排的唯一标准是命题人在历年真题、“三大本”、学术书籍和论文中表达出的观点和态度。比如，“一事不再罚”知识点的讲解，本书就摒弃了纯粹学理化的讨论，而是按照“三大本”的观点将知识点处理为“一事不再罚是指对当事人的同一个违法行为，不得给予两次以上罚款的行政处罚”，对于这样的简化处理，本书的态度是：一必须做到有权威依据，二简化处

需要全本请访问 www.ertongbook.com

理并不意味着偷工减料，对于“一事不再罚”可能涉及的各种命题角度，本书通过4个案例的形式一网打尽，绝不漏网。

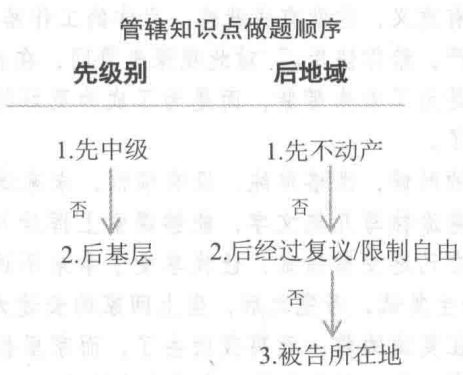
本书在每章结尾部分的【命题规律】和【真题分布情况】就是引导同学熟悉真题的命题规律，让命题规律指导考生的复习，真正做到“像命题人一样去思考”，做到有的放矢地有效复习，合理地安排复习的详略和顺序。这一部分内容是本书的精华，考生应当在每章内容学习完毕后，再对照该内容重新检视自己的学习是否存在偏差，是否抓住了重点。

（二）在本书的章节顺序安排中，也体现了“技术流”的风格

书籍章节顺序的安排应当体现循序渐进的思路。比如，本书并没有按照法条顺序将“管辖”放在“原告”和“被告”知识点之前，如果无法确定被告，以什么标准来确定管辖法院的级别与地域呢？就像我在本书中明确表达的“被告”是“管辖”的逻辑前提，所以，在本书的章节安排上作出了相应的调整。又如，本书并没有将“行政复议制度”一章安排在行政诉讼法内容之前，行政复议法脱胎于行政诉讼，大多数内容和行政诉讼的规定是完全一致的。此时，如果将行政复议部分放在行政诉讼之前，如果就行政复议部分全面展开、详细论述，会浪费考生的时间，但如果行政复议部分“蜻蜓点水”地简单论述，考生阅读时又容易如坠云雾。基于这样的考虑，本书将“行政复议制度”一章放置在行政诉讼法后，列表对比两种救济制度的差别之处，再有针对性地进行讲解，既可以节省考生时间，也有利于考生全面掌握复议制度的重点内容。

（三）注重纯粹的应试技巧

考生在考场上会做错题目，除了没理解、没记忆的原因外，还可能是因为应试技巧的匮乏。技术流的应试思维既注重知识本身的讲授，也重视纯粹应试技巧的点拨。比如，在面对一道行政处罚法的题目时，我们该如何判断用一般法《行政处罚法》，还是用特别法《治安管理处罚法》答题呢？本书给出了相应的应试技巧。又如，某道题目是考查行政诉讼法的管辖部分，本书除了讲述知识点本身，还用图示和题目的形式讲解了应试技巧：



1. 根本顺序：“先级别，后地域”。既不要合二为一，合并考虑；也不要颠倒顺序。

2. 级别顺序：先中级，后基层。

3. 地域顺序：最先考虑的是是否是不动产案件；如果不是，接着考虑的是两种次特殊情形，是否是经过复议的案件或者是否是限制人身自由案件；如果还不是，最后按照“原告就被告”的逻辑，确定由被告所在地法院管辖。

三、体系化

要把握好行政法的基本体系，掌握行政法的体系性以及知识点之间的内在脉络性，要真正理解行政法的核心脉络，并做到融会贯通。虽然司法考试是“赢在细节”的考试，但千万不要忽略了对于学科体系的把握，否则，很容易“只见树木，不见森林”。本书也很注重体系性的建构，每一章均有本章基本框架介绍，在章与章之间也注重知识点的循序渐进以及知识点之间的回环呼应，比如，在第五章具体行政行为概述中我会特别提示考生：“本章内容非常重要，本章知识既是行政实体法的总纲，也是后续行政诉讼法和行政复议法的基础。当我们讲到行政诉讼法和复议法时，会用到本章中的大量知识，同学们一定要认真复习。”在第十一章行政诉讼参加人中，我会提示考生：“行政实体法和行政救济法存在密不可分的内在联系，本节内容大部分在第二章中均已经讲授，考生应认真学习了行政主体的知识后，再来学习被告的知识。”所以，建议考生在阅读时，应当遵循循序渐进的学习规律，最好不要跳跃式阅读，应该按照本书的章节顺序，由浅入深地来进行学习。

虽然，我已尽心竭力了，但由于内外部多种原因，自己的小书远远没有达到让自己满意的程度，更不敢期望读者能够满意，现在只盼能勉强及格，也算对大家对我的抬爱和对自己的职业良知有一份交代了。如果广大考生在阅读过程中发现本书的疏漏或错误之处，恳请在我的新浪微博中提出，感激不尽！（地址：http://weibo.com/u/1552849431，@行政法李佳）

再说几句书籍之外的话，也算这8年的另外一份答卷。

有考生曾经问过我，通过司考有什么意义？这是个很难回答的问题，就像“人为什么要活着”一般令人难以回答。我一直认为人是一种被悬挂在自己所织就的意义之网上的动物。意义更多的来源于自己主观上的赋予，而不是外在的某种给定。人生的不同阶段，能够感受到不一样的东西，对于某个事件的意义的体会也会有所不同。偶然看到龙应台写给她儿子安德烈的一段话：“孩子，我要求你读书用功，不是因为我要你跟别人比成绩，而是，我希望你将来会拥有选择的权利，选择有意义的工作、有时间的工作，而不是被迫谋生。当你的工作在你心中有意义，你就有成就感。当你的工作给你时间，不剥夺你的生活，你就有尊严。成就感和尊严，给你快乐。”对此我深表赞同，在我看来，我们努力不一定是为了锦衣玉食，也不一定是为了衣朱带紫，而是为了成为更好的自己，那个自我感觉更有生命价值的自己，这就够了。

说说我自己吧。年轻的时候，性格单纯、没有烦恼，未来遥远的没有形状，那时候梦想就是读个博士，能够随意涂抹写几笔文字，能够课堂上挥斥方遒。但后来发现自己的梦想实在是太自私了，父母自己忍受着清贫，让我享受了本来不该属于我的学术生活。2009年5月13日，我参加博士生复试，考完之后，坐上回家的长途大巴，给母亲打电话时才得知，卧床5年的父亲已经在复试的前一天离我而去了，而家里担心影响我的学业，都瞒着没敢告诉我。生活就像故事一般，归家的路，成了奔丧的路。“子欲养而亲不待”在别人看来是一句凄美的话，在我看来，是一种永远无法抹去的痛，一种永远无法弥补的遗憾。8年了，但这份痛与遗憾一直无法淡去。也就是从那时候开始，我决心为了家人做点什么，去撑起家庭，尽到一个男人的责任。这就是我司法考试职业生涯的开始，一个两耳不闻窗外事的“书呆子”，转型到司考这个利欲场中摸爬滚打，谈何容易？一次次受挫，一点点成长，终于让自己成为社会需要的那个“李佳”，不甘的时候，难熬的时候，我就会想，我不

是一个人在战斗，为了自己的家庭，为了心中更高的梦想，一切都是值得的。现在倒回去看这8年，我的奋斗有什么意义呢？第一，承担了一个男人对家庭应该承担的责任。第二，感谢司考，让我能自由而怡然地活着，让我的生命里充满了阳光和爱。这一切就像我的老师张树义教授在《旅行的意义》前言中所说的："在一个浮躁喧嚣、功利充斥的社会，要想保持独立的人格，必有一定的物质作为基础。"第三，梦想的火花并没有熄灭，它还在那里，顽强地燃烧着，散发着淡淡的光和热，我坚信是梦想总要实现的，哪怕它再遥远。过去的8年，生活教会了我懂得如何为成为那个更好的自己而努力。

我一直很喜欢一句话："如鱼饮水，冷暖自知。"你有你的生活，我有我的世界，其中的各种滋味，怕是只有身在其中的自己才能体会得到吧，只有自己才能赋予生命最佳的诠释。努力做自己生活的主人吧！生活并不相信眼泪，你所能做的只是含着眼泪接受它。

未来的一年，2017年，让我们一起为成为那个更好的自己而努力！

李 佳

2016年11月20日于G7588高铁上

目 录

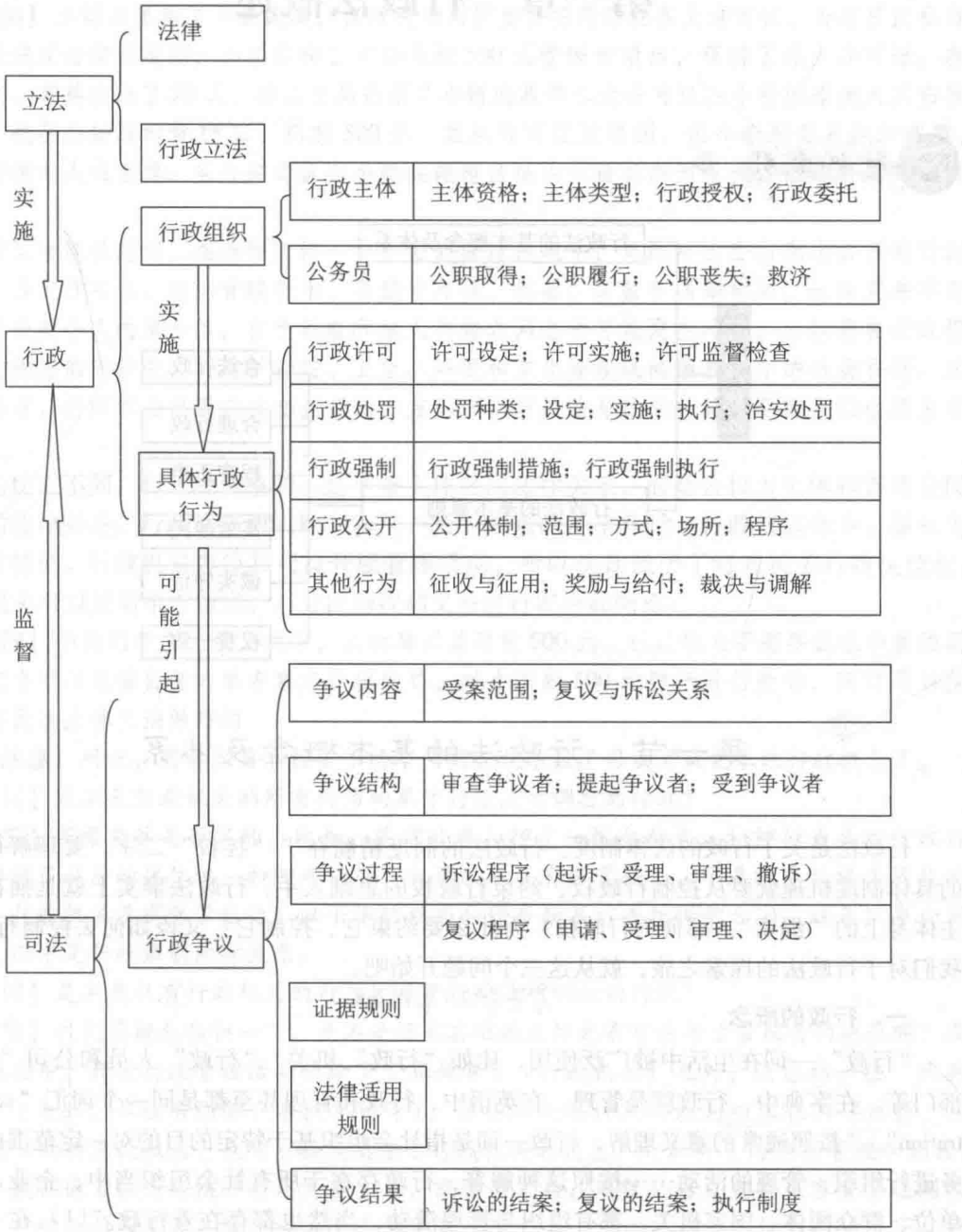
前 言 …… 1
第一章 行政法概述 …… 2
第一节 行政法的基本概念及体系 …… 2
第二节 行政法的基本原则 …… 9
第二章 行政主体 …… 18
第三章 公务员法 …… 35
第四章 抽象行政行为 …… 52
第一节 抽象行政行为概述 …… 52
第二节 行政法规制定程序 …… 53
第三节 行政规章的制定程序 …… 59
第五章 具体行政行为概述 …… 65
第一节 具体行政行为的概念 …… 66
第二节 具体行政行为的成立和效力 …… 76
第三节 常见的行政行为概述 …… 85
第六章 行政许可 …… 93
第一节 行政许可的概述 …… 93
第二节 行政许可的设定与具体规定 …… 99
第三节 行政许可的实施 …… 102
第四节 行政许可的监督检查 …… 109
第七章 行政处罚 …… 115
第一节 行政处罚概述 …… 115
第二节 行政处罚的设定与具体规定 …… 119
第三节 行政处罚的实施 …… 122
第四节 治安管理处罚实施 …… 133
第五节 行政处罚的执行 …… 136
第八章 行政强制 …… 140
第一节 行政强制概述 …… 141

第二节　行政强制的种类和设定 …… 147
第三节　行政强制措施的实施 …… 151
第四节　行政强制执行的实施 …… 159
第九章　政府信息公开 …… 172
第十章　行政争议法总论 …… 180
第十一章　行政诉讼参加人 …… 188
第一节　行政诉讼被告 …… 188
第二节　行政诉讼的原告 …… 199
第三节　行政诉讼第三人 …… 206
第四节　共同诉讼、诉讼代表人与诉讼代理人 …… 211
第十二章　行政诉讼的管辖 …… 213
第一节　管辖的一般原理 …… 213
第二节　裁定管辖 …… 223
第十三章　行政诉讼的受案范围 …… 227
第一节　受案范围概述 …… 227
第二节　具体行政行为可受案 …… 228
第三节　行政合同可受案 …… 236
第四节　部分抽象行政行为可附带性受案 …… 238
第十四章　行政诉讼的程序 …… 242
第一节　起诉和受理 …… 243
第二节　行政诉讼审理程序 …… 251
第三节　行政诉讼审理中的特殊制度 …… 256
第四节　行政诉讼与其他诉讼交叉案件 …… 265
第十五章　行政诉讼的证据 …… 273
第十六章　行政诉讼的法律适用 …… 287
第十七章　行政诉讼的裁判与执行 …… 291
第一节　一审判决 …… 291
第二节　二审判决 …… 303
第三节　行政诉讼的裁定和决定 …… 304
第四节　行政诉讼的执行 …… 306
第十八章　行政复议制度 …… 308
第一节　行政复议受案范围 …… 308
第二节　行政复议参加人和行政复议机关 …… 308
第三节　行政复议程序 …… 314

第四节 行政复议的证据和法律适用制度 …… 321
第五节 行政复议的决定 …… 321
第十九章 国家赔偿 …… 328
第一节 国家赔偿总论 …… 328
第二节 行政赔偿 …… 331
第三节 司法赔偿 …… 338
第四节 国家赔偿方式、标准和费用 …… 351
主要参考书目 …… 357

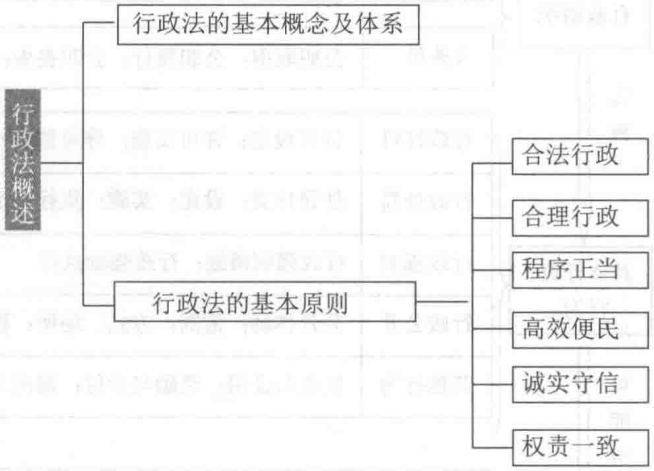
需要全本请访问 www.ertongbook.com

行政法学体系图


立法
法律
行政立法
实施
行政
行政组织
行政主体
主体资格；主体类型；行政授权；行政委托
公务员
公职取得；公职履行；公职丧失；救济
实施
具体行政行为
行政许可
许可设定；许可实施；许可监督检查
行政处罚
处罚种类；设定；实施；执行；治安处罚
行政强制
行政强制措施；行政强制执行
行政公开
公开体制；范围；方式；场所；程序
其他行为
征收与征用；奖励与给付；裁决与调解
监督
可能引起
司法
行政争议
争议内容
受案范围；复议与诉讼关系
争议结构
审查争议者；提起争议者；受到争议者
争议过程
诉讼程序（起诉、受理、审理、撤诉）
复议程序（申请、受理、审理、决定）
证据规则
法律适用规则
争议结果
诉讼的结案；复议的结案；执行制度

第一章 行政法概述

知识索引



第一节 行政法的基本概念及体系

行政法是关于行政的法律制度。行政法的制度精髓在于“控权”二字，要理解行政法的具体制度机理就要从控制行政权、约束行政权的思维入手，行政法事实上就是捆在行政主体身上的“绳索”。那何为行政权？为什么要约束它、控制它？又该如何去控制行政权？我们对于行政法的探索之旅，就从这三个问题开始吧。

一、行政的概念

“行政”一词在生活中被广泛使用，比如“行政”机关、“行政”人员和公司“行政”部门等。在字典中，行政就是管理。在英语中，行政和管理甚至都是同一个词汇“administration”。“按照通常的意义理解，行政一词是指社会组织基于特定的目的对一定范围内的事务进行组织、管理的活动……按照这种解释，行政存在于所有社会组织当中，企业、事业单位、群众团体、国家机关，都有组织与管理活动，当然也都存在着行政。”[1] 在一般意义上，公司给员工发放工资，学校教务给学生排课、组织考试都是行政。但并不是所有的管理活动均为行政法意义上的“行政”，行政法所调控的行政，是指公共行政，也就是行政主体为了公共利益，对公共事务的组织和管理活动。每个人都希望自己能够随心所欲，但

〔1〕 张树义、张力：《行政法与行政诉讼法学》，高等教育出版社 2015 年版，第 11 页。

整个人类社会需要秩序，不可能存在不受限制的自由，政府对公民的行为予以适度的管理和控制是非常有必要的，政府的管理活动就是“行政”，行政权力的触角伸向了公民社会的方方面面，“行政”其实距离我们生活并没有那么遥远。

【例】小新家里养了一条藏獒，但居民养狗需要公安局颁发养犬许可证，否则居民私自养狗是违反法律规定的，小新在向公安局缴纳500元管理费用后，获得了养犬许可证。养犬期间，藏獒咬伤了20人，县公安局吊销了小新的藏獒养犬许可证。小新因驱使犬只伤害他人，被县公安局拘留15日、罚款500元。虽然许可证被吊销，但小新深爱着他的藏獒，不忍转送他人或杀掉，后公安局认为小新在规范区域内无证饲养烈性犬，于是将藏獒强制捕杀。

考生可能没想到，在养狗这样一个平常的身边话题中，竟然可能会出现这么多的行政行为：养犬许可证、缴纳管理费用、吊销许可证、拘留、罚款和强制捕杀。这其实并不奇怪，社会是个人的集合体，自己利益和他人利益之间总是可能发生冲突，所以需要行政机关作为秩序的守护者，去维护治安、卫生、环境和文化等领域健康和安宁的社会秩序。这就意味着，行政权会出现在社会生活的方方面面，行政法与民法一样，距离我们生活并不遥远。

与民法不同，行政法调整的不是平等主体之间法律关系，而是公权力主体和普通公民之间的法律关系。行政法强调一种“官”“民”关系的不平等性，行政权以命令、服从为其主要特征。行政机关为公共利益开展管理活动，所以法律赋予了行政机关行政优位权，行政机关可以凭借单方意志，对公民的权利义务进行安排和调整。

【例】小新同学在文物上刻字，文物局对其罚款500元。行政机关不需要征求小新的同意，完全可以凭借自身的单方意志作出处罚，对小新的500元财产进行处分，而这是其他平等的民事主体无法做到的。

【注意】对此，同学只要掌握如下两个问题，就掌握了司法考试要求的行政概念了。

【问】是不是行政机关的所有行为均属于行政法所调控的行政？

【答】答案自然是否定的。比如，某市政府扣押了一批电动车，扣押行为属于行政行为，体现了政府的优位权。扣押车辆后，由于政府没有保管条件，于是就委托停车场代为保管。行政机关没有保管能力，以平等的姿态和停车场签订委托保管合同，这是民事合同关系，而不是行政强制法律关系。

【问】是不是只有行政机关的行为才属于行政法所调控的行政？

【答】我们将概念转换一下，是不是还有其他的主体也有可能居于管理者的地位呢？在现代社会中，开展行政管理活动的除了“正规军”（行政机关）之外，还包括一些“民兵组织”（企业、非政府组织、事业单位等），这些本来无行政权能的组织在取得法律、法规、规章的特别授权后，也可以扮演类似于行政机关的角色，对社会生活进行管理和调控。比如，我们通常认为地铁公司是民事主体，乘客买票后，地铁公司负责将乘客安全送到目的地，地铁公司和乘客之间一般为平等的民事法律关系，不过，在一些特别的情况下，地铁公司也有可能扮演类似行政机关的角色；例如，《无锡市轨道交通条例》规定：携带严重异味、易污损设施物品乘车的，由地铁公司处以300元以上500元以下罚款。此时，无锡市地铁公司就拿到了权力的“尚方宝剑”，扮演着类行政机关的管理者角色了。

类似的，《江苏省风景名胜区管理条例》授权苏州园林景区可以对在景区内乱扔垃圾的违法行为作出处罚，此时，苏州园林景区事实上与行政机关又有什么区别呢？

承上文，行政可以分为国家行政和社会行政两种类型。传统上，国家是公共行政的主要承担者，国家行政机关有权进行强制性和支配性的管理，此乃国家行政。另外，国家还设置国有事业和企业单位履行公共服务和其他公共职能，在现代社会中，出现了公共行政多元化现象，除行政机关外，大量的公共部门，甚至一些民营部门，通过各种形式承担和履行公共职能，提高了公共行政的效率，此乃社会行政。但需要注意的是，并不是所有的企事业单位和非政府组织均能够成为行政主体。不过，它们只有在取得特别法的专门授权之后，才能够扮演行政主体的角色。

【例】我们经常能够见到这样的公示牌："此处禁止吸烟，违者罚款50元。"这样的罚款是不是行政行为呢？如果该公示的落款为"村东头的张大妈"，张大妈能成为行政主体吗？一则她不是行政机关，二则她也没有取得特别法的授权，所以，这一定不是真正的处罚，至多算作民事惩戒。

二、行政法控权的方式

在理解了行政的概念后，我们就找到了"何为行政权""为什么要约束、控制行政权"这两个问题的答案。接下来，我们来回答第三个问题"该如何去控制行政权"，行政法对行政组织的控权主要方式是"合法行政"。合法究竟是合谁的法？谁在行政？如果行政组织的行为不合法，怎么办？

需要了解权力分工的知识，才能回答这一系列的问题。在传统的权力分工思维中，立法机关负责立法，由它来制定规则，再用法律规则约束行政主体；行政机关负责执法，由它实现立法机关的意志，将抽象的法律规则转化为具体的生活实践，所以，行政权又被称为执行权，执行立法机关立法规则的权力，法律怎么规定，行政机关就怎么执行；司法机关负责监督，对行政机关违法行政行为予以纠偏。[1]

【形象记忆】立法机关就像铺设铁轨的，它来决定火车的行驶路线；行政机关就是开火车的，法律规定的"铁轨"让它朝东，它就朝东，让它朝西，它就朝西；法院就是电子监视器，监督火车是否脱离立法机关为它铺设的轨道。

（一）行政法的法律渊源

行政法的法律渊源，是关于行政法律规范表现形式的制度。通俗来说，行政法法律渊源就是"合法行政"合的"法"是什么？行政组织权力的效力来源是什么？如前所述，在现代社会中，立法主体日益多元化和分散化，我国行政法的成文法法律渊源的种类，根据法律文件的制定机关和等级效力具体如下：

1. 宪法。宪法中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，都属于行政法的法律渊源。宪法的规定在行政法的法律渊源体系中具有最高法律效力。

2. 法律。法律指全国人民代表大会及其常务委员会制定发布的基本法律和普通法律。法律中关于行政组织、行政管理活动和对行政机关监督的规范，属于行政法的渊源。法律是我国行政法的主要法律渊源，它可以根据宪法对各种国家行政事务作出规定，它的适用

〔1〕 理解了上述内容，就真正理解了"依法行政"。不过，就像考生在学习宪法、法理学时了解到的，现代社会立法权、行政权和司法权之间的界限变得有些模糊，权力与权力的边界并不像传统观念中那么泾渭分明，最大的变化就是在现代社会中，立法主体有所扩充，不仅立法机关能立法，行政机关和司法机关也分享了一定的立法权。

范围大、效力等级高。

3. 行政法规。行政法规指由国务院根据宪法和法律，按照行政法规的制定权限和制定程序发布的规范性文件。行政法规可以根据宪法和法律的规定对国家行政事务作出规定。在效力等级和规定范围上，行政法规仅次于法律。

4. 地方性法规。地方性法规指由省、自治区、直辖市人民代表大会及其常委会，设区的市（这个概念后文会专门解释）人民代表大会及其常委会，按照地方性法规制定权限和制定程序发布的规范性文件。设区的市，比如山东省济南市、威海市、潍坊市和泰安市等地的人大及其常委会，在城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护等方面可以制定地方性法规，在等级效力上，地方性法规低于宪法、法律和行政法规；在地域效力上，其效力范围也仅限于本行政区域以内。

5. 民族自治条例和单行条例。民族自治条例和单行条例指我国民族自治地方的人民代表大会按照自治条例和单行条例的制定权限和制定程序发布的规范性文件。它们可以在一定范围内对民族自治地方的行政事务作出规定。在规定范围和等级效力上有两方面内容：一是可以将当地民族的政治、经济和文化的特点作为制定依据；二是依据当地民族的特点依法对法律和行政法规的规定作出变通规定。在地域效力上，民族自治条例和单行条例的效力范围仅限于民族自治地方的行政区域以内。

6. 行政规章。行政规章分为国务院部门规章和地方政府规章。它们可以在一定范围内对行政事务作出规定。

部门规章，是指国务院组成部门和具有行政管理职能的直属机构，按照规章制定权限和制定程序发布的规范性文件。在规定范围上，部门规章应当规定属于执行法律或者国务院行政法规、决定命令的事项。在效力方面，部门规章等级效力低于法律和行政法规，地域效力可以及于全国。

地方政府规章，是指省、自治区和直辖市、设区的市人民政府（这个概念后文会专门解释），根据地方政府规章的制定权限和制定程序发布的规范性文件。设区的市，比如山东省济南市、威海市、潍坊市和泰安市等地的政府，在城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护等方面可以制定地方政府规章，比如威海市的人大有权在这些事项上制定地方性法规，对应的，威海市政府就有权制定政府规章。在效力方面，地方政府规章等级效力低于法律、行政法规和地方性法规，地域效力限于本行政区域。

7. 国际条约和协定。我国参加的国际条约和国际协定，如果规定了我国行政机关的权利义务，是否可以直接作为国内行政法的渊源，需要根据实际内容进行确定。

8. 法律解释。法律解释指法律的规定需要进一步明确具体含义的，或者法律制定后出现新的情况，需要明确法律依据的情形，由法定机关根据法定程序对法律作出的解释。法律解释有相应的法律效力，是行政法的法律渊源之一。

【注意】本部分内容和法理学有部分重合，考生可以一并学习掌握，但这些内容是行政法后续知识的基础，考生必须烂熟于心。前面内容出自司法部司法考试中心编撰《国家司法考试辅导用书》（以下简称三大本）的标准表达，但内容稍显庞杂，其实，考生只需要记忆以下两个图即可。

- 规范性法律文件
  - 1. 立法系统
    - ①法律
    - ②地方性法规
      - 省法规
      - 地级市市法规
    - ③自治条例单行条例
  - 2. 行政系统
    - ①行政法规（国务院制定）
    - ②部门规章（国务院下属部委制定）
    - ③地方规章（省政府、地级市政府）
      - 省规章
      - 市规章
    - ④其他规范性文件
  - 3. 司法系统——最高人民法院、最高人民检察院制定的司法解释

图 1-1 行政法的成文法律渊源

【知识点拨】

这个图表侧重于记忆，不需要太多理解，唯一需要解释的概念为“其他规范性法律文件”，三大本中将其称为“有普遍约束力的决定、命令”，指的是行政机关针对不特定的主体发布的具有反复适用效力的行政规范性文件。通俗地说，就是由行政机关制定的层次最低、效力最弱、制定程序最为随意的规范性法律文件。考生可以用排除法确定其他规范性文件，除了行政法规和规章外，剩下的由行政机关制定的规范性法律文件，就是其他规范性文件了。由于其他规范性文件层次低、效力弱，所以它的制定主体也相当多元，只要拥有行政职权的行政组织都有权力制定该文件，上至国务院下至乡政府，当然，也包含公安局、土地局等政府的职能部门。

【例】如果杭州市政府想将网约车问题通过立法解决，它可以制定什么规范性文件呢？答案为规章和其他规范性文件，重要的事情制定规章加以规范，不重要的事情制定其他规范性文件加以规范。如果杭州市交通局如果想将网约车问题通过立法解决，它可以制定什么规范性文件呢？答案只为其他规范性文件，因为杭州市交通局无权制定规章以上的规范性文件，所以，它制定的只能是其他规范性文件了。



图 1-2 规范性法律文件的效力层次

【知识点拨】

1. 在法律文件的效力上“宪法>法律>行政法规”这属于法律常识。

需要全本请访问 www.ertongbook.com