

司法考试行政法反复出现的重难点 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/292/2021\\_2022\\_\\_E5\\_8F\\_B8\\_E6\\_B3\\_95\\_E8\\_80\\_83\\_E8\\_c67\\_292658.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/292/2021_2022__E5_8F_B8_E6_B3_95_E8_80_83_E8_c67_292658.htm)

行政法是一门理论性和实践性都很强的学科。随着行政法学理论的发展和多部行政单行法律的颁布，行政法学的内容也逐渐丰富，在部门法体系中的作用日趋重要。总体来看，行政法部分的内容是相对较为抽象的，这在一定程度上增加了它的答题难度。但是

，从往年的司法考试情况来看，行政法部分实际上存在着一些相对较为固定的考点，这些考点实际上也是行政法部分的重点和难点，对这些重要考点的理解和掌握，将在相当大程度上提升我们的应考成绩。

一、行政行为的成立、生效与合法问题行政行为的成立、生效与合法是不同层面的问题。相关主体所做出的行为，只有在它已经构成行政行为的情形下，才能够进而谈得上对相对人的有效、无效以及该行为的合法与违法问题。如果一个行为根本就不构成行政行为，就无所谓有效、无效以及合法、违法的问题。这个考点往往和行政处罚法第四十一条的规定结合在一起，进行并行的考核。

例如，1999年试卷一中的第9题。该题目设计的基本情形是：下列选项中的哪一组情形导致行政处罚决定不能成立

？（ ） 行政机关作出行政处罚决定前，未依法向当事人告知应予处罚的事实、理由和根据； 行政机关拒绝听取当事人的陈述、申辩； 行政处罚没有法定依据； 行政处罚不遵守法定程序。显然，这个题目考察的是行政处罚法第四十一条中的行政处罚行为成立要件的问题，在答题理念上必须注意行政行为成立和行政行为合法、违法的区分。该考点在

2002年试卷二中的第75题中再次出现。该题目设计的基本情形是：刘某因超载被公路管理机关执法人员李某拦截，李某口头作出罚款200元的处罚决定，并要求当场缴纳。刘某要求出具书面处罚决定和罚款收据，李某认为其要求属于强词夺理，拒绝听取其申辩。关于该处罚决定，下列哪些说法是错误的？（ ）

A．该处罚决定不成立，刘某可以拒绝；  
B．该处罚决定违法，刘某交纳罚款后可以申请行政复议或者提起诉讼；  
C．该处罚决定不成立，刘某交纳罚款后可以申请复议或者提起诉讼；  
D．该处罚决定无效，刘某可以拒绝。

与1999年试卷一中的第9题相比较，该题目更为紧密地将行政处罚法第四十一条和前述所说理论结合了起来。

## 二、行政复议与行政诉讼关系中的复议前置问题

所谓的复议前置，是指行政争议发生以后，相关人必须先向法定的行政复议机关申请复议，对复议决定不服再向人民法院提起行政诉讼，不允许在未经复议的情形下直接向人民法院起诉。目前，行政复议法第三十条第一款、治安管理处罚条例第三十九条以及税收征收管理法第八十八条第一款对此都做了明确的规定。行政复议法第三十条第一款规定：公民、法人或者其他组织认为行政机关的具体行政行为侵犯其已经依法取得的土地、矿藏、水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂、海域等自然资源的所有权或者使用权的，应当先申请行政复议。对行政复议决定不服的，可以依法向人民法院提起行政诉讼。税收征收管理法第八十八条第一款规定：“纳税人、扣缴义务人、纳税担保人同税务机关在纳税上发生争议时，必须先依税务机关的纳税决定缴纳或者解缴税款及滞纳金或者提供相应担保，然后可以依法申请行政复议；对行政复议

决定不服的，可以依法向人民法院起诉。治安管理处罚条例第三十九条规定：被裁决受治安管理处罚或者被侵害人不服公安机关或者乡（镇）人民政府裁决的，在接到通知后五日内，可以向上一级公安机关提出申诉，由上一级公安机关在接到申诉后五日内作出裁决；不服上一级公安机关裁决的，可以在接到通知后五日内向当地人民法院提出诉讼。在2000年的试卷一第85题中，对税收征收管理法第八十八条第一款中的关涉纳税问题的复议前置进行了考核，在同年试卷一第83题中还涉及到了治安管理处罚条例第三十九条中的复议前置问题。

### 三、对部委规章和地方政府规章不一致情况的处理

2004年国家统一司法考试大纲行政法部分第三章第一节抽象行政行为部分有一个考点：行政规则的适用。行政规则是抽象行政行为的活动的结果。行政法规、部门规章、地方政府规章和有普遍约束力的行政决定、命令，构成行政规则体系。所谓行政规则的适用，是指上述行政规则在适用中的相互关系及其处理原则。从效力等级上来看，依照立法法第八十二条的规定，部门规章之间、部门规章与地方政府规章之间具有同等效力，在各自的权限范围内适用。那么，如果在司法实践中，出现了部门规章与地方政府规章不一致的情况，又该如何处理呢？对此，立法法第八十六条第一款第三项和行政诉讼法第五十三条第二款对此做了规定。行政诉讼法第五十三条第二款规定：人民法院认为地方人民政府制定、发布的规章与国务院部委制定、发布的规章之间不一致的，由最高人民法院送请国务院作出裁决。针对两类规章之间冲突的解决方式，是司法考试中反复考试到的一个重点。例如，1996年试卷一中的第37题就直接考试了行

政诉讼法第五十三条第二款的规定，该题目直截了当地提出：人民法院审理行政案件的过程中，发现地方规章与部门规章不一致时，应当选择下列哪种做法？显然，这完全是针对行政诉讼法第五十三条二款的。令人惊奇的是，与其完全相同的一个考题在2000年试卷一的第18题中再次出现，由此可见该考点在司法考试中的重要性。

#### 四、行政复议机关改变原具体行政行为的含义

行政复议机关对被诉具体行政行为经过审查后，有可能作出一个维持原具体行政行为的决定，也有可能作出改变原具体行政行为的决定。那么，什么叫做改变原具体行政行为呢？对此，行诉法司法解释第七条做了说明，该条规定：复议决定有下列情形之一的，属于行政诉讼法规定的“改变原具体行政行为”：1．改变原具体行政行为所认定的主要事实的；2．改变原具体行政行为所适用的规范依据且对定性产生影响的；3．撤消、部分撤消或者变更原具体行政行为的处理结果的。该解释对“改变原具体行政行为”含义的说明，对于判定行政诉讼中的管辖和行政诉讼中的被告有重大的意义，是司法考试中一个反复出现的考点。依照行政诉讼法第十七条的规定，经复议的案件，复议机关改变原具体行政行为的，也可以由复议机关所在地人民法院管辖。显然，对“改变原具体行政行为”含义的理解，就成为行政诉讼法第十七条管辖得以最终确定的前提。

2000年试卷一中的第53题集中体现了这一点。在行政诉讼被告的确定方面，行政诉讼法第二十五条第二款规定：复议机关改变原具体行政行为的，复议机关是被告。显然，在对被告确定的时候，也必须准确理解“改变原具体行政行为”的含义。这一点，在2000年试卷一的第88题中就

反映了出来。杨某受某厂指派在本县范围内收购茶叶 2 万斤。厂方提供了介绍信、营业执照副本；杨某收购后未向税务机关纳税。县税务局知悉后即作出决定，杨某需缴纳增值税 5 0 0 0 余元；杨某不服，认为自己是接受其厂的指派、与该厂是委托关系，其税款应当由厂方缴纳；县税务局未采纳杨某的意见，坚持要求杨某缴纳。请回答（ 1 ）（ 6 ）题；

（ 1 ）在此情况下，杨某应当如何处理？（ ） A . 杨某可以直接向法院提起行政诉讼； B . 杨某可以先提起复议，对复议决定不服再起诉； C . 杨某必须先经过复议，不经复议不得起诉； D . 杨某可在复议与诉讼之间任意选择。（ 2 ）如果杨某提起复议申请，应以何者为复议机关？（ ） A . 县税务局； B . 县税务局所属的县政府； C . 市税务局； D . 县政府法制局。（ 3 ）如果复议审查认定杨某与厂方关系委托代理关系，对此复议机关应作何处理？（ ） A . 撤销县税务局要求杨某纳税的决定； B . 撤销并责令县税务局重新作出处理决定； C . 直接变更县税务局行政处理决定； D . 确认县税务局纳税决定违法的复议决定。（ 4 ）如果经复议后，下列什么情况下由复议机关做被告（ ） A . 复议机关维持原纳税决定的； B . 复议机关改变原纳税决定的； C . 复议机关改变原纳税决定所认定的主要事实，但对决定内容并无改变的； D . 复议机关确认原纳税决定违法的。

五、依照刑法第十七条、第十八条规定的不负刑事责任的人被羁押时的国家赔偿国家赔偿法第十七条第二项规定：依照刑法第十四条、第十五条（实际是新刑法第十七条、第十八条）的规定不负刑事责任的人被羁押的，国家不承担赔偿责任。但是，国家赔偿法有关司法解释第一条对此作了补充说明：根据国家赔

偿法第十七条第二项的规定，依照刑法第十四条、第十五条（实际为第十七条、第十八条）规定不负刑事责任的人被羁押，国家不承担赔偿责任；但是对起诉后经人民法院判处拘役、有期徒刑、无期徒刑或死刑并已执行的上列人员，有权依法取得赔偿。判决确定前被羁押的日期依法不予赔偿。从往年考试的情况来看国家赔偿法有关司法解释第一条所做的补充是一个反复出现的考点。例如，在1998年试卷一的第7题中就涉及到了这个考点。该题目的基本情况是：1995年1月5日，钱某因盗窃嫌疑被公安机关刑事拘留。1995年6月1日，法院以盗窃罪终审判处钱某有期徒刑三年。1997年1月，经复查发现钱某犯罪时尚不满16周岁，法院根据刑法规定改判无罪，予以释放。钱某被释放后请求国家赔偿。请问：应当如何处理？在所提供的选项中，考生需要判断国家承担的赔偿责任是应该从1995年6月1日算至1997年1月呢？还是应该从1995年1月5日算至1995年6月1日？根据国家赔偿法有关司法解释第一条的补充，显然应该选择前者。在2002年试卷二的第76题中，该考点再次出现。该题目中设计的一个问题是：王某因犯盗窃罪被判处三年有期徒刑，刑罚执行二年后经审判监督程序被认定犯罪时不满14周岁而不负刑事责任，那么，国家对此是否承担赔偿责任？依据国家赔偿法有关司法解释第1条的规定，国家显然应该承担赔偿责任。1、认为下列规定不合法，在对具体行政行为申请复议时，可一并向复议机关提出对该项规定的审查申请：（一）国务院部门的规定；（二）县级以上地方各级人民政府及其工作部门的规定；（三）乡镇人民政府的规定。以上规定不含国务院部

委规章和地方政府规章。2、自知道该具体行政行为之日起60日内提出复议申请，但法律规定的申请期限超过60日的除外。

3、有权申请行政复议的公民死亡的，其近亲属可申请复议；同申请复议的具体行政行为有利害关系的其他公民、法人或其他组织，可以作为第三人参加行政复议；申请人申请行政复议，可以书面、也可以口头申请。

4、对省、自治区人民政府依法设立的派出机关所属的县级地方人民政府具体行政行为不服，应向该派出机关申请行政复议。

5、对国务院部门或省、自治区、直辖市人民政府的具体行政行为不服，应向作出该具体行政行为的国务院部门或省、自治区、直辖市人民政府申请复议。对复议决定不服的，可向法院提起行政诉讼，也可以向国务院申请复议，国务院依照行政复议法规定作出最终裁决。

6、对政府工作部门依法设立的派出机构依照法律、法规或规章的规定，以自己名义作出的具体行政行为不服，应向设立该派出机构的部门或该部门的地方人民政府申请复议。

7、对于有行政复议法第15条所列情形之一的(派出机关、派出机构、共同、法律法规授权的、被撤消的)，申请人也可以向具体行政行为发生地的县级地方人民政府申请复议，由接受申请的县级地方人民政府，自接到该复议申请之日起7日内，转送有关行政复议机关，并告知申请人。

8、法律、法规规定复议为必经程序的，公民、法人或其他组织可自收到不予受理决定书之日起或复议期满之日起15日内，依法起诉。

9、复议期间具体行政行为不停止执行，但有下列情形之一的可以停止执行：(一)被申请人认为需要；(二)复议机关认为需要；(三)申请人申请，复议机关认为其要求合理，决定停止执行；(四)法律规定。

10、被申请人应

当自收到申请书副本或申请笔录复印件之日起十日内提出书面答复。11、申请人、第三人可以查阅被申请人提出的书面答复、作出具体行政行为的证据、依据和其他材料，但涉及国家秘密、商业秘密或者个人隐私的行政复议机关有权拒绝。12、在复议过程中，被申请人不得自行向申请人或其他有关组织和个人收集证据。13、一并提出对有关规定的审查申请的，复议机关有权处理的，应在30日内依法处理；无权处理的，应在7日内依法转送。有权处理的行政机关应在60日内依法处理。处理期间，中止对具体行政行为的审查。14、复议机关审查具体行政行为时认为其依据不合法，有权处理的，应在30日内依法处理；否则应在7日内转送有权机关处理。处理期间中止对具体行政行为的审查。15、复议机关责令被申请人重新作出具体行政行为的，被申请人不得以同一事实和理由作出与原具体行政行为相同或基本相同的具体行政行为。16、公民、法人或者其他组织认为行政机关的具体行政行为侵犯其已依法取得的自然资源所有权或使用权的，应先申请行政复议，对复议决定不服可起诉。17、根据国务院或省、自治区、直辖市人民政府对行政区划的勘定，调整或者征用土地的决定，省、自治区、直辖市人民政府确认自然资源所有权或使用权的行政复议决定为最终裁决。18、变更具体行政行为的行政复议决定，由行政复议机关依法强制执行或申请法院强制执行；维持具体行政行为的复议决定，则由作出具体行政行为的行政机关完成上述行为。19、受害的公民死亡，其继承人和其他有扶养关系的亲属可要求赔偿。20、经复议机关复议的，最初造成侵权行为的行政机关为赔偿义务机关，但复议机关决定加重损害的，复议机关对加重的

部分履行赔偿义务。21、赔偿请求人要求赔偿应先向赔偿义务机关提出。22、赔偿义务机关应自收到申请之日起2个月内给予赔偿；逾期不赔或请求人对数额有异议的，请求人可自期间届满之日起3个月内提起诉讼。（行政赔偿）23、对没有犯罪事实或没有事实证明有犯罪重大嫌疑的人错误拘留的，作出拘留决定的机关为赔偿义务机关。24、对没有犯罪事实的人错误逮捕的，作出逮捕决定的机关为赔偿义务机关。25、再审改判无罪的，作出原生效判决的法院为赔偿义务机关。二审改判无罪的，作出一审判决的法院和作出逮捕决定的机关为共同赔偿义务机关。26、赔偿义务机关应自收到申请之日起2个月内给予赔偿；逾期不赔或请求人对数额有异议的，请求人可自期间届满之日起30日内提请其上一级机关复议。复议机关应在2个月内作出决定。请求人不服的，可在收到复议决定之日起或复议机关逾期不作决定的，可自期间届满之日起30日向复议机关所在地同级人民法院赔偿委员会申请作出赔偿决定。27、侵犯公民人身自由的，每日的赔偿金按国家上年度职工的日均工资计算。28、外国人、外国企业和组织在中国领域要求国家赔偿的，适用[赔偿法]。29、请求国家赔偿的时效为2年，自国家机关及其工作人员行使职权的行为被依法确认为违法之日起计算，但被羁押的期间不计算在内。30、对起诉后经人民法院判处拘役、有期徒刑、无期徒刑和死刑并已执行的依照刑法规定不负刑事责任的人和依照刑事诉讼法规定不追究刑事责任的人，有权依法取得赔偿。判决确定前被羁押的日期依法不予赔偿。31、赔偿请求人单独提起行政赔偿上诉讼的，须以赔偿义务机关先行处理为前提。32、赔偿请求人提起行政赔偿诉讼的请求涉及不动产的，

由不动产所在地人民法院管辖；单独提起的行政赔偿诉讼案件由被告住所地基层人民法院管辖。33、赔偿请求人单独提起行政赔偿诉讼，可以在向赔偿义务机关递交赔偿申请后的两个月届满之日起三个月内提出。34、行政案件原告可在起诉后至人民法院一审内庭审结束前，提出行政赔偿请求。35、法院对赔偿请求人未经确认程序而直接提起行政赔偿诉讼的案件，在判决时应对赔偿义务机关致害行为是否违法予以确认。36、单独受理的第一审行政赔偿案件审限为三个月，第二审为二个月；一并受理的案件审限与该西案件的审限相同。37、国务院或者经国务院授权的省、自治区、直辖市人民政府可以决定一个行政机关行使有关行政机关的行政处罚权，但限制人身自由的行政处罚权只能由公安机关行使。38、行政处罚由违法行为发生地的县级以上地方人民政府具有行政处罚权的行政机关管辖，法律、行政法规另有规定的除外。39、违法行为在二年内未被发现的，不再给予行政处罚。40、当事人要求听证的，行政机关应当组织听证。当事人不承担行政机关组织听证的费用。除涉及国家秘密、商业秘密或个人隐私外，听证公开举行。41、当事人到期不缴纳罚款的，每日按罚款数额的3%加处罚款。42、行政监察的对象：国家行政机关、国家公务员、国家行政机关任命的其他人员；监察业务以上级监察机关领导为主。43、对下列情形，监察机关可以作出监察决定（或者提出监察建议）：（一）违反行政纪律，依法应当给予警告、记过、记大过、降级、撤职、开除行政处分的；（二）违反行政纪律取得的财物，依法应当没收、追缴或者责令退赔的。44、监察机关立案调查的案件，应当自立案之日起六个月内结案，延长的，最长

不得超过一年。45、违反治安管理行为在六个月内公安机关没有发现的，不再处罚。46、对违反治安管理的行为的处罚，由县、市公安局、公安分局或者相当于县一级的公安机关裁决。警告、50元以下罚款，可由公安派出所裁决。在农村没有公安派出所的地方，可由其委托乡（镇）人民政府裁决。47、被裁决受治安管理处罚的人或被侵害人不服的，在接到通知侯日内，可向上级公安机关提出申诉，由上一级公安机关在接到申诉后5日内作出裁决；不服该裁决的，可在接到通知后5日内向当地人民法院提起诉讼。 100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 [www.100test.com](http://www.100test.com)