

2003年《行政法与行政诉讼法》指引 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/479/2021_2022_2003_E5_B9_B4_E3_80_8A_c36_479862.htm 指定用书《行政法与行政诉讼法》部分未分编，共20章，总计约32万字。第1 - 8章属于行政法基础理论部分的内容，其中，第6章行政处罚由于已经制定了一部单行法，而成为具体的、可操作的行政法律制度，其他内容均属于行政法学理论的原理、规则部分，这部分内容主要是给后面几个重要的法律制度提供理论前提和背景。第9章阐述行政复议法律制度，第1016章阐述行政诉讼法律制度，第1720章则论及国家赔偿法律制度，这三部分内容均有现行、明晰的成文制定法根据，即行政复议法、行政诉讼法、国家赔偿法及其司法解释。复习、掌握时一定要更多地关注法律规定即法律条文，应结合法律条文来看指定用书，并以条文为准、为最终的依据。重点法条是：指定用书与法规汇编两部分重合的内容。总体上说，大行政法部分由五个方面组成，又可分为两大块内容，一是行政法学基本原理或称行政法基础，一是行政法律制度，这一块又可分为四大行政法律制度，分别是行政处罚、行政复议、行政诉讼与国家赔偿。在去年司法考试中大行政法部分共考了36分，在卷二（可以称为公法卷）中考了25分的选择题，在卷四中有一道11分的案例分析（颇具争议）题。预计2003年司法考试中还会增加分值。总体上说，2003年指定用书相对于2001年指定用书，由于作者大换班，在体系和观点上有较大的变化。但总体上说，除四大行政法律制度外，在行政法原理和规则部分，作者写作时仍突出了法律依据，如公务员的管理制度方面，

更多的是以《国家公务员暂行条例》为依据。又如第三章抽象行政行为部分，更多的是以《立法法》、《行政法规制定程序条例》、《规章制定程序条例》以及《法规规章备案条例》的具体规定为依据。两者相比较主要有以下几个方面的变化：第一，删除了行政行为概述一章，因为其行政法学的理论色彩太浓、内容过于抽象。第二，取消了行政处理一章，大部分内容置于第四章具体行政行为概述的第四节。第三，以行政组织取代了原行政主体的地位，并大大增加了公务员制度的内容。第四，突出了现正在立法的行政强制执行的内容，并将其独立成第五章。第五，缩减了行政复议一章的内容，将原三章的内容缩减为一章。第六，恢复了2000年前指定用书的行政程序一章。第七，通篇未出现“相对人”一词，而代之以立法上使用的“公民、法人或者其他组织”。

相对人是行政法学研究中的一个重要的理论概念，在不同的行政法律制度中有不同的称谓，如可以称为当事人、申请人、被执行人、原告、请求权人等。

第一章行政法概述，主要阐述行政法的基本概念，第一节从行政到公共行政和国家行政的特征引出行政法的概念，从行政法的调整对象、调整方式以及调整功能来理解什么是行政法。一般掌握行政法的两种分类。行政法的特征应重点掌握。第二节行政法的法源，对法律、行政法规、地方性法规和行政规章（包括部门规章和地方规章制定主体）的掌握是重点。目前经国务院批准的较大的市有：齐齐哈尔、吉林、抚顺、鞍山、大连、唐山、邯郸、大同、包头、青岛、淄博、洛阳、淮南、无锡、宁波。上述规范性文件在行政处罚法中（9 - 13条）是设定处罚权的法律依据，见本书506页；在行政复议法及行政诉讼法

(5253条)中均为审理案件或参照适用的依据,见本书503531页。第二节阐述了行政法的基本原则,主要有依法行政原则、行政合理性原则以及行政公开原则。第二章行政组织与国家公务员,第一节行政组织法概述。行政组织的主要形态是行政机关,行政机关又是行政主体的最主要的表现形式。行政主体是一个理论概念,在四部行政基本法中均未使用而仅存在于行政法学理论研究和教学中,但它又是一个非常重要的概念,它是对行政法关系中行政一方当事人资格的抽象和概括,具体说,行政主体应当具备自己的名义、行政权力和独立承担责任三要素。了解和掌握行政组织法和行政机关组织法的基本制度和主要内容。第二节中央国家行政机关和第三节地方国家行政机关的知识,属于宪法和行政法重叠需要掌握的内容,应该一起复习。应该掌握国务院下属部门的知识。第四节实施行政职能的非政府组织应给予特别关注。一是法律、法规授权的组织,这一主体在行政诉讼法第25条、行政复议法第15条、行政处罚法第17条和国家赔偿法第7条中都有规定,在掌握这一节内容时应同时看看后面的相关内容。二是行政机关委托的组织,此时它虽然仅为行为主体而非责任主体,但其仍具有重要的行政法上的意义。对它的规定除上述诉讼法、复议法和赔偿法的相同条文外,在行政处罚法第18、19条中规定的最为详细。第五节国家公务员,为2003年指定用书增加较多的内容,其知识点较多,但需要深刻理解的不多,可以自己设想列出选择题的选项来复习。第三章抽象行政行为,第一节抽象行政行为的概述,抽象行政行为宽于行政立法行为。行政立法仅指制定行政法规和规章,而抽象行政行为还包括规章以下的规定。关于行政规则

的效力等级和应遵循解决冲突的规则应以立法法第78、79、80和82条的规定为准。第二节行政法规和第三节行政规章与具有普遍约束力的决定、命令都是围绕制定权限、制定程序和监督程序三个方面展开阐述的，其法律根据为《立法法》、《行政法规制定程序条例》、《规章制定程序条例》以及《法规规章备案条例》的相关规定。第四章具体行政行为概述，第一节具体行政行为的概念，应注意具体行政行为的法律性、特定性、单方性和外部性四个法律特征。具体行政行为的分类一般掌握。第二节具体行政行为的成立和效力，首先是具体行政行为成立的条件分为主体上、内容上和程序上三个方面。具体行政行为效力的内容为传统的法理上的“三力”，即确定力、拘束力和执行力。关于具体行政行为的无效以及效力的变化（含撤销、废止）注意与民法上的异同及条件上的差别。第三节具体行政行为的一般合法要件最为重要，因为具体行政行为的五项合法要件就是在行政诉讼中人民法院对其进行合法性审查的标准，也是认定其违法而将其撤销的法定条件，对这部分内容的掌握可以说是行政法律制度的核心和精髓。这部分内容一定要以后面行政复议决定的种类及其适用条件（第525526页）以及（602604页）即行政诉讼中一审维持与撤销判决的适用条件一起复习、集中理解掌握，这可以说是行政法与行政诉讼法部分的重中之重。第四节具体行政行为的类型，第一种行政许可是一种全国人大常委会正在立法的问题，也是巩固两年多以来改革行政审批制度成果和履行我国加入WTO承诺的社会热点问题。应给予更多的关注。第二种行政强制措施是在诉讼法、复议法与赔偿法中列举的可以起诉、申请复议与请求赔偿的具体行政行

为中，仅次于行政处罚执法力度的一种独立的具体行政行为，它具有程序性、临时性和可解除性的特点，同时，还具有职权的法定性、目的的多重性、证据的初步性和针对权利的限制性等特点。对第501页的人身及财产的具体措施也应掌握。这次人民政府与卫生行政主管部门为防控“非典”所采取的隔离措施即为行政强制措施。行政强制措施与下一章的行政强制执行一起也正为全国人大常委会制定行政强制法的主要内容。故而作者对行政强制执行另辟一章专门阐述。第三种行政征收，结合这次防控“非典”政府采用了某些行政征收行为。第四种行政裁决是行政机关依据法定职权介入平等主体之间的民事活动行为。第五章行政强制执行，第一节行政强制执行的观念和原则的内容可以一般掌握，第二节行政强制执行的种类重点掌握间接强制执行的代执行与执行罚，其执行主体上既包括行政机关自行执行，也包括人民法院接受行政机关的申请而执行具体行政行为。直接强制执行中对人身、财产及行为的强制方法也应掌握。关于申请法院执行的部分即非诉行政案件的执行见指定用书第609?612页的内容。第三节行政强制执行的程序可一般掌握。第六章行政处罚应重点掌握。在前几年的司考、律考中均占5分左右。第一节对行政处罚概念的理解上应突出处罚目的惩戒、制裁性，它是用损害被处罚人权益的方式来达到教育违法行为人的目的。重点掌握七种法定的处罚罚则、处罚的实施主体、管辖与适用。简易程序的内容要求全部掌握，在教材中一般程序应增加决定的主体及决定的种类的内容，即处罚法38条规定的内容。听证程序则要求对处罚法第42条的内容全部掌握。在处罚的执行内容上，处罚法第46 - 51条的内容也应重点掌

握。关于申请人民法院强制执行的内容可参见本指定用书第609612页的内容。第七章行政合同应理解行政合同的概念并了解几种主要的行政合同。掌握合同的缔结方式与双方当事人的权利、义务。第八章行政程序，第一节行政程序概念和原则是非重点。第二节行政程序的基本制度，了解和掌握听证、信息公开、行政调查、说明理由和行政案卷五大制度及其在行政法律制度中的运用。第九章行政复议。第一节行政复议的概念和原则一般掌握。第二节行政复议的范围是重点，可与本书第542546页行政诉讼的范围、第629631页行政赔偿的范围的内容一起理解掌握。在以相对人受损害的权利界定复议、诉讼和赔偿范围时，复议法最宽，即所有的法律权利均保护；诉讼法次之，即只保护人身权、财产权；赔偿法最窄，即只保护人身权中的自由权、生命健康权以及财产权，且均采用正面规定属于范围和反面否定排除范围的立法技术。对第6条中列举的属于范围的11种案件均应掌握。在关于抽象行政行为是否可以申请复议的问题上，复议法第7条规定是可以对规章以下的其他抽象行政行为在对具体行政行为申请复议时，由申请人一并向复议机关提出审查申请，其理由是该抽象行政行为表现的“规定”的不合法。提起方式为“一并”，而非“单独”。其受理主体为复议机关。在复议的排除范围上还应注意与诉讼法的区别。第三节行政复议参加人和行政复议机关，无论是申请人、被申请人还是第三人、代理人均应结合行政诉讼法的原告、被告、第三人以及代理人 and 赔偿法中的请求权人、赔偿义务机关和代理人一起复习，并注意其立法表述上的异同。第四节行政复议申请与受理。申请与受理上可与行政诉讼法、国家赔偿法的相关规定在比

较中掌握，尤其关注复议法第9条、第31条关于期限立法表述的特殊性。在审理程序上关于审理的方式、不停止执行、行政机关取证的限制、不适用调解以及审理的依据均与行政诉讼的相关问题具有可比性。第五节行政复议的审理决定与执行，它是行政复议结果的表现，是复议机关对具体行政行为进行合法性与合理性审查之后的结论性意见。维持复议决定的条件实际上还应包括未超越与滥用职权。在设定撤销、变更与确认决定条件上，它们适用的实际上是相同的条件。另外，从行政复议法第28条第4项的规定上看，还存在一种与前述可以称为“认定撤销”不同的应该叫作“推定撤销”的撤销，即被申请人未充分履行举证责任后承担的于己不利的“败诉”的法律后果，在教材中应增加推定撤销决定的内容。在维持与撤销的条件上应当结合本书第498500页，及602604页的内容一起掌握。第十五十六章行政诉讼部分。一定要结合2002年3月8日最高人民法院公布的关于行政诉讼法的司法解释即98条来复习，新的司法解释比原115条有很大进展，指定用书对新的司法解释作了全面阐述。另外，行政诉讼部分在司考中除在卷二中有20多分的选择题外，在卷4中还有一道10分左右的案例分析题。在四部行政基本法律中，行政诉讼部分所占分值是最高的，2000年占了21分，可以说是一匹黑马。所以在复习时应投入更多的时间与精力。同时由于有行政诉讼法典和最高院的司法解释，复习时应以这些法律规定为准、为依据。第十章行政诉讼概述，第一节行政诉讼的概念与特征，在当事人的特殊性上应理解行政机关也可能作为相对人而成为行政诉讼的原告，也应掌握行政诉讼与民事诉讼的联系与区别。行政诉讼法的法源可与行政法的法源对

比掌握。行政诉讼法的立法目的可以概括为：通过人民法院正确、及时审理行政案件，监督被告依法行使行政职权从而保护原告合法权益。第二节行政诉讼的基本原则应该突出掌握的是：1、独立行使审判权原则；2、合法性审查原则，这个原则界定了司法审判权与行政权的关系，是行政诉讼的一条“红线”；3、当事人法律地位平等原则；4、合议原则，无独任制；5、人民检察院实行法律监督原则。第十一章行政诉讼受案范围历来为律考、司考的重点，关于受案范围的立法指导思想与立法技术请参见行政复议法与国家赔偿法这部分内容的阐述，这三个法的范围部分都是从哪些行为和哪些权利两者结合的角度为加以规定的。哪些行为即行政诉讼法第11条第一款列举的7种行为；哪些权利即行政诉讼法现实所保护的人身权与财产权。受案范围列举的几种行为应与行政复议法第6条的11项规定对比掌握。应该指出的是，对第二项行政强制措施正确的立法含义即指对人身自由的限制和对财产流通的限制，如查封、扣押、冻结等。在起诉不作为案件应尤其注意最高院新司法解释第39条确立的期间。在侵犯其他人身权、财产权的案件中要特别关注行政确权、行政裁决、行政给付和证明行为引起的案件。在不受理的排除事项中行政终局裁决行为与国家行为，即为前面书中的两种特殊行政行为，应重点掌握新司法解释明确规定的不予受理的几种行为：1、刑事侦察行为；2、调解和仲裁和和行为；3、行政指导行为；4、重复处理行为；5、未对相对人的权利义务产生实际影响的行为。第十二章行政诉讼管辖，第一节行政管辖概述是非重点。第二节级别管辖中应重点掌握中级人民法院管辖的五类案件，以及最高院可以管辖自己认为应当由本院

审理的案件。第三节地域管辖中一般地域管辖是行政案件由最初作出具体行政行为的行政机关所在地的人民法院管辖，而非被告所在地的法院管辖，把一般地域管辖概括为“原告就被告”或被告所在地法院管辖都是错误的。对17条可以作几层意思的分析：一是未经复议的案件；二是经复议维持的案件；三是法条中经复议改变的案件，此时既可以由最初作出具体行政行为的行政机关所在地人民法院管辖，也可以由复议机关所在地人民法院管辖。两类特殊地域管辖的案件，一为限制人身自由的行政强制措施的案件，二为关于不动产的案件也应重点掌握。第四节裁定管辖重点掌握管辖权异议，因为最高院新的司法解释第10条对此有了明确的规定。第十三章行政诉讼参加人，这部分内容主要探讨除法院以外的具有诉讼主体资格和地位的行政诉讼的参与者。外延范围从窄到宽有：当事人、参加人、参与人和其他人几个概念。第一节概述总体上一般掌握，对司法解释中关于诉讼代表人的规定给予关注。第二节原告和第三节被告的部分是历来律考、司考的出题点与出题眼，这是考的行政案件双方当事人的主体资格问题，即谁是矛盾、纠纷双方权利、义务的适格承担者。这部分内容应结合行政复议中的申请人、国家赔偿的请求人的相关规定和原理阐述一起复习。对原告资格的掌握应重点理解“认为……侵权”者与“有法律上的利害关系”。关注原告资格转移的两种情况。在第562页原告资格的确认的标题下阐述了最高人民法院新的司法解释从第1418条对几种原告情形的规定。这部分内容一定要结合案例准确掌握。第三节被告应结合行政复议的被申请人、国家赔偿中的赔偿义务机关的相关规定和原理一起掌握。对被告的理解上应突出

经法院确认即“经人民法院通知其应诉的”这层意思。具体的被告的确认应以行政诉讼法第25条的5款规定以及新司法解释的第19、20、21、22和23条的规定为准。这是历年考试中出题频率最高的知识点。第四节第三人，首先要与本书第520页关于行政复议中的第三人相比较。第三人问题较为复杂，它不是原告、被告，也不是证人、代理人，它是以自己的名义参加到他人业已开始的诉讼中来，目的是为了维护自己的合法权益，其基本方式是自己主动申请或被人民通知。对第568569页列举的几种第三人应该理解、掌握，尤其是基于对新司法解释23条规定的第6种第三人也应重点掌握，即法院认为应当追加的被告，原告不同意追加的，只能通知其作为第三人参加诉讼。第五节共同诉讼人是当事人非1比1时的特殊情况，分为必要的和普通的共同诉讼两种，这一点与民事诉讼法无异。第六节诉讼代理人可以一般掌握，对新司法解释第25条关于委托的事项和权限问题应给予关注。第十四章行政诉讼程序，第一节起诉与受理，这是在“进口”程序上的原告应具备的静态和动态的条件及其法院对其的审查与接受。在起诉部分最主要是起诉的条件，这些条件应包括四方面：一是一般条件，即行政诉讼法第41条规定的条件；二是时间要件，即起诉必须在法定的期间内提出第574575页关于期限的规定，对最高人民法院关于新的司法解释新的规定，应给予特别关注，其中不服复议决定的起诉时效期间应以行政诉讼法第38条规定的15日为准。在法律考试中考时间是最容易出题的，一个正确、三个错误的干扰项问法不同可以作单选题也可作多选题。另外，关于期间的单位与计算应参照民事诉讼法执行。三是程序要件，即书上第575576页讲的与

行政复议程序的承接与协调，关于此问题可以参见本书第522页的内容；四是形式要件，即指起诉原则上应有书写规范的起诉书。人民法院的审查侧重于前述四大起诉条件以及是否符合“一事不在理”的要求。关于受理，最高人民法院的司法解释第32条有不同于以往的新规定，请给予特别的关注，即受诉人民法院自收到起诉状之日起7日内（因起诉状内容欠缺而责令原告补正的，从人民法院收到补正材料之日起计算）既不立案，又不作出裁定的，起诉人可以向上一级人民法院申诉或起诉。上一级人民法院认为符合受理条件的，应当予以受理；受理后可以移交或指定下级人民法院审理，也可以自行审理。

第二节行政诉讼的第一审程序。行政诉讼的第一审程序重点掌握管辖异议的处理、开庭前审查与调整诉讼参加人等问题。第三节第二审程序和第四节审判监督程序重点掌握最高法院司法解释中相关的新规定。

第十五章行政诉讼的特殊制度与规则。第一节行政诉讼证据，第一个大问题概念及种类，在法定的七种证据形式中应重点掌握第584页的现场笔录，这是一种行政诉讼中特有的证据形式，其表现形式是行政工作人员单方面的文字记载，但需要相对人的签字。关于规范性文件是否证据，法学界尚有争论，但是可以肯定的是，如果被告不能提供作出具体行政行为所依据的规范性文件，则肯定要导致败诉的法律后果。第二个大问题举证责任是重点内容，应从败诉的风险、法律的假设和裁判规则上来理解，它已不是诉讼当事人的诉讼权利与义务的问题，而是法院作出承担举证责任一方当事人不能充分举证时必然承担于己不利的、败诉的法律后果的裁判规则。关于举证责任的分担，行政诉讼法第32条以及新司法解释第26条规定由被告

承担。同时，新的司法解释第27条规定了四种由原告负责举证的情况。第三个大问题提供证据的要求，应结合2002年7月26日最高人民法院的发布的关于行政诉讼证据若干问题的规定的相关内容来复习。该规定对每一种证据提交的要求都作了详细规定。第四个大问题调取和保全证据、第五个大问题证据的对质、辨认和核实以及第六个大问题证据的审核认定都应以上述最高人民法院关于证据的若干规定为依据。第二节行政诉讼的法律适用，第一个大问题法律适用的含义一般掌握。第二个大问题法律适用的规则，根据行政诉讼法第52条的规定人民法院审理行政案件应当以法律、行政法规和地方性法规（自治条例和单行条例）为依据。关于规章的参照适用，根据行政诉讼法第53条第1款规定，人民法院审理行政案件参照适用部门规章与地方政府的规章。如果说法律、法规是作为人民法院审理行政案件必须适用的义务，而规章的参照适用则是一种权利，即人民法院对合法的规章可以参照适用，对不合法或不完全合法的规章人民法院有拒绝适用、灵活处理的余地。第三个大问题法律冲突的适用规则。这些冲突及其选择适用规则在2000年3月15日通过的立法法中有所规范和调整，可以参见立法法第78、79、80、82、83条规定的内容。第四个大问题WTO规则的适用问题，一般情况下WTO规则在我国行政诉讼中仅具有间接适用力，特殊情况下，具有直接适用性。第三节行政案件审理中的特殊制度。一为撤诉，要与后面第五个大问题一审期间被告改变行政行为相联系，重点掌握司法解释第50条的内容。缺席判决、财产保全与先予执行、审理程序的延阻以及合并审理可一般掌握。关于第六个大问题具体行政行为的停止执行与否的问题

，即诉讼法第44条规定的起诉效果的问题，也就是起诉对具体行政行为的影响力，原则上其不能产生阻止具体行政行为继续要求满足与实现的效力，但例外情况也可以停止具体行政行为的执行。这部分内容可以参见本书第523页的内容，同时还可比较复议法第21条与诉讼法第44条关于停止执行的几种情况。关于第八个大问题行政诉讼附带民事诉讼和参见司法解释第61条的规定。第四节涉外行政诉讼，原告或第三人具有涉外因素的即为涉外行政诉讼。涉外行政诉讼因遵循主权原则、同等原则、对等限制原则以及适用国际条约的原则。最后一个原则又涉及到WTO规则的适用。第十六章行政案件的裁判与执行，第一节行政诉讼的判决、裁定与决定。第一审判决是行政诉讼法的重要内容，也是司法考试应掌握的重中之重，它可以形象地称为“出口”，即一个行政案件的胜败诉即从此得到体现，它是原告诉请的与被告欲捍卫的以及法院审查的焦点，这部分内容可以参见本书第498 - 500页以及第525 - 526页的阐述。由于人民法院审理行政案件的核心是审查被诉具体行政行为的合法性，所以合法的要予以维持（确认合法），违法的要予以撤销（确认违法），故而维持判决与撤销判决是行政诉讼的两种基本判决。新的司法解释又增加了对原告诉讼请求的实体上驳回判决以及确认判决，这些是应该重点掌握的。具体说来，维持判决的条件除：1、证据确凿；2、适用法律、法规正确；3、符合法定程序外，还应该有无超越和滥用职权。撤销判决的类型及其条件是重中之重，这5个条件分别是：1、主要证据不足；2、适用法律、法规错误；3、违反法定程序；4、超越职权；5、滥用职权。这5项的具体内含及司法实践中的标准也应掌握。新司法

解释第53、54条以及第59条的内容也应一并掌握。履行判决主要是针对行政不作为而设定的一种判决。变更判决则主要是针对显失公正的行政处罚设定的一种判决，同时受司法解释第55条规定的限制。至于新增加的从实体上驳回原告诉讼请求的判决不同于程序上的驳回起诉，它主要是直接作出否定原告诉讼请求的一种实体判决，关于其适用的法定条件参见新司法解释第56条规定的四种情况。确认合法与违法的确认判决也是新的司法解释增加的，在行政行为合法但又不宜判决维持或驳回原告诉讼请求的，则可以用确认合法或有效的判决。而根据司法解释第57条第2款和第58条的规定，具体行政行为的违法而又无法判决撤销的，或撤销会给国家利益和公共利益带来重大损失的，则可以作出确认违法的判决。这几种新增加的判决是重点内容。二审判决与再审判决应注意新的司法解释增加的相关内容，如第70、71、78、79和80条的规定。裁定及其适用范围尤其是前三种可以上诉的裁定应特别关注，第13种准许或不准许执行行政机关的具体行政行为也应引起注意。决定可一般掌握。

第二节行政诉讼的执行与非诉行政案件的执行

这一节包括了性质不同的两种执行程序，前者是诉后的执行，即对生效裁判或其他法院作出的行政法律文书的执行；后者则是未经诉讼由法院执行行政机关的具体行政行为的执行程序。两者性质不同，主体之间的法律地位也不同。

第一个大问题行政诉讼的执行

首先要从概念和特征上理解，在执行主体上突出行政机关，也可以作为执行机关，这是与民事诉讼的重大区别。执行依据即包括行政判决书、裁定书，也包括行政赔偿判决书和调解书，在执行对象上既包括物、行为也包括人身。重点掌握对行政机

关的执行措施，特别是司法解释增加的对行政机关主要负责人或直接责任人的罚款。执行程序中的一年和180日的申请期限应给予特别关注。执行阻却、执行完毕与执行补救也要关注。第二个大问题非诉行政案件的执行。这一执行程序的执行主体仅仅指人民法院，是人民法院基于行政机关的申请执行其具体行政行为，宏观上两者关系的定位应该是一种公务协助的关系。此时执行的依据是行政机关作出的表现为具体行政行为的行政处理决定，而执行的前提是相对人在法定期限内，既不提起行政诉讼也不履行具体行政行为所确定的义务。在申请人方面司法解释有新的规定，即不仅仅限于作出行政处理的行政机关，在行政机关裁决平等主体民事争议情况下其权利人、继承人和权利承受人在某些情况下也可以申请人民法院才能执行于己有利的行政裁决，这一点是尤其要予以关注的。由于我们国家对行政机关赋予行政强制执行权持非常谨慎的态度和作法，实践中只有少数行政机关具有执行权，大部分行政机关则需要借助法院的执行权去实现其具体行政行为所确立的义务，这是非诉执行存在的实践基础。关于非诉执行的管辖问题，新司法解释规定由申请人所在地的基层人民法院受理也是一个与以往规定的重大不同点，旧的司法解释规定非诉执行案件由“被执行人”所在地的基层法院管辖。关于非诉案件的申请期限也与旧的规定不同，行政机关申请的是180日，权利人申请的则是在上述180日届满后的90日内提出。这几项应予以特别关注。同时新的司法解释第92、94条规定的保全、第93条规定的审查主体、第95条规定的裁定不准予执行的“三个明显”的条件也应重点掌握。第十七章至二十章属于国家赔偿法的内容，这部分内容在

近几年律考、司考中所占分值较高（513分），考生应更多地投入时间与精力复习。第十七章国家赔偿概述，第一节国家赔偿责任重点理解国家赔偿的概念、国家赔偿责任的特征、国家赔偿与行政赔偿、司法赔偿的关系，国家赔偿与民事赔偿、国家补偿的区别。第二节国家赔偿法是非重点。第三节国家赔偿责任的构成要件，这一问题十分重要，它虽没有表现为集中的条文规定，但又是把握任何一个具体的国家赔偿案件的钥匙。作者概括为主体要件、行为要件、损害结果要件和法律要件四个要件。掌握第618620页公务员执行公务行为的标准，是理解国家赔偿法第5条、第17条区分公务员的个人行为还是职权行为的前提和基础。另外，国家赔偿的归则原则也应在概述一章阐述为违法，现作者置于行政赔偿一章来讲，内容在第627628页。“违法”原则在国家赔偿法中有四个具体的表述：一是违法；二是非法；三是违反国家规定；四是错误。第十八章行政赔偿，第一节行政赔偿概述一般掌握。第二节行政赔偿的范围是重点。前已述及，范围问题在三大责任法律制度即复议法、诉讼法和赔偿法的规定遵循的是一个立法指导思想，采用的也是相同的立法技术表述，即均包括正面规定属于范围的内容和反面否定排除不属于范围的内容。在正面规定属于范围的内容方面有两个立法角度，一是基于具体行政行为或行使职权行为的微观法理分析而列举的行政行为的种类，即哪些行为？二是基于对相对人权利的性质的分析而决定保护哪些层次的权利，即哪些权利？两者的结合形成了复议、诉讼和赔偿范围的具体规定。属于赔偿范围内的事项有人身权、财产权两大类，其中人身权又有第3条第1、2项的自由权和第3、4、5项的生命健康权的列

举规定，而对两种权利又都有概括的“其他方法”的规定。侵犯财产权在第4条1 - 3项列举规定后也有第4项概括的“其他”的规定。第5条则属于否定的排除的规定。应该指出的是除上述第5、17条法定的不属于赔偿范围事项外，根据立法精神和解释下述行为仍不属于国家赔偿的范围：1、立法与其他抽象行为；2、军事行为；3、公有公共设施的设置欠缺和管理不善，即公共不动产的瑕疵，这在我国内地不属于国家赔偿的范围，而在我国台湾地区和西方国家肯定属于国家赔偿的范围；4、国立的铁路、民航、医院等国企在其业务中造成的损害；5、正当防卫；6、紧急避险；7、不可抗力；8、人民法院在民事、行政诉讼中的错判，但是人民法院依职权的保全措施、强制措施和执行措施错误的应给予赔偿。人民法院在民事、行政诉讼中的错判的纠正，其权利、义务的返还是在当事人之间进行的，故法院不承担赔偿责任，而上述三种措施是人民法院依职权或依申请面对单一当事人作出的，如果错误的应由法院赔偿（见国家赔偿法第31条及最高人民法院2000年9月14日通过的《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》，该司法解释共14条，于2000年9月21日生效；），当然，保全措施中让对方当事人提供担保的除外。

第三节行政赔偿请求人和赔偿义务机关，这一部分内容与行政复议的申请人与被申请人、行政诉讼的原告与被告一同比较复习。第四节行政赔偿程序，应以以下三点作为统领来理解：一是协议、协商与处理程序；这是赔偿请求人与赔偿义务机关双方的协议、协商程序，其中赔偿义务机关应首先对行使职权的行为合法与否加以确认，已确认为合法的则不可能谈到赔偿方式与金额。如确认违法但协

商不成立的，赔偿义务机关可以作出处理决定；二是在行政复议与行政诉讼程序中一并提出并实现赔偿请求，这完全要依照前述两个法律制度的规定执行。应该指出的是，复议、诉讼针对的是行政行为法律效力作出的判定而赔偿问题是解决金钱所有权关系的转移，这是两个不同性质的请求权，后者依附于前者；三是行政赔偿诉讼程序，此时仍由人民法院行政庭审理，是一种特殊的行政诉讼，在举证责任、是否适用调解等问题上有自己的特殊性。第十九章司法赔偿，第一节司法赔偿概述一般掌握。第二节司法赔偿范围包括刑事赔偿与法院在民事、行政诉讼中的赔偿两部分。关于刑事赔偿范围第15、16和17条的规定上也采取了上述与行政赔偿相同的立法技术。关于人民法院民事、行政诉讼中的赔偿参见上述司法解释。第三节司法赔偿请求人和赔偿义务机关，比照行政赔偿中的请求人来理解，只是多表现为自然人。但刑事赔偿的义务机关最富有自己的特色应给予特别关注，如第654页关于对没有犯罪事实的人错误逮捕的，谁是赔偿机关，捕前先行拘留的，公安机关还应不应该赔偿？第四节司法赔偿程序，在理解司法赔偿程序上应在以下三个程序上来把握，并且第二个复议程序是提起人民法院赔偿委员会决定程序的必经程序。这三个阶段是：一协议、协商与处理程序，这一点与行政赔偿程序无异；二复议程序，这不是行政复议而是作出引起刑事赔偿职权行为的上一级机关复议赔偿案件，或称司法复议；三设在中级人民法院以上的赔偿委员会的决定程序，人民法院赔偿委员会不公开也不开庭审理案件、作出的决定且“一审终审”。第663665页司法追偿程序应与前边第638639页行政追偿的程序比较复习。第二十章国家

赔偿方式、标准和费用。第一节国家赔偿的方式，国家赔偿的方式可以概括为：一、金钱赔偿为原则；二、返还财产、恢复原状为例外；三、在极个别情况下运用消除影响、恢复名誉、赔礼道歉，即国家赔偿法第30条规定的情形。第二节国家赔偿的计算标准应重点掌握。国家赔偿标准的确立，使国家赔偿法从民法确立赔偿标准与损害相当的原则中脱离出来，完全有自己的运行轨迹和规则，已不是民法的特别法。确立国家赔偿的标准考虑的有两个因素：一是与国家财政状况相当；二是与人民的生活水平大致相当。故而人身自由权与生命健康权的赔偿标准是以上年度职工平均工资来计算的，侵犯人身自由权的赔偿标准是以上年度的年职工平均工资除以254天得出的日平均工资计算的，即被违法剥夺或限制多少天的人身自由即按前述的日平均工资给予赔偿。侵犯生命健康权的赔偿标准除对医疗费实报实销外，误工费、残疾赔偿金和死亡赔偿金仍以年职工平均工资的最高五倍、十倍和二十倍来计算。侵犯财产权的赔偿标准参见国家赔偿法第28条的规定，其中，关于吊销许可证和营业执照、责令停产停业违法的赔偿停业期间必要的、经常性费用开支最富特色。第三节国家赔偿费用，国家赔偿费用列入各级财政预算，由各赔偿义务机关先对外垫支后再向同级财政申请“报销”核拨。另外，对国家赔偿案件不收费，对国家赔偿费用不征税。来源：中国法院网 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