

05年考友问答集锦:宪法与行政法部分 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/482/2021_2022_05_E5_B9_B4_E8_80_83_E5_8F_c36_482845.htm 1 . 问题：设区的市与较大的市有何关系？答：设区的市与较大的市是有关系的，较大的市肯定是设区的市，但设区的市未必是较大的市。像温州、泉州肯定是设区的市，目前却为成为“较大的市”而拼命向中央申请。关于“设区的市”，我国许多法律都有涉及，相关内容需要具体分析。设区的市一般就是地级市，与县级市相对。较大的市则有不同的含义，《宪法》第30条所说的“较大的市”就是指直辖市之外的“设区的市”，解决的是行政区划问题。而“较大的市”这一法律概念主要用在立法权限问题上，指的是经国务院批准的，可以制定地方性法规与规章的城市。以前，较大的市是一个独立概念。一些没有立法权的地级市，经过国务院特批拥有立法权，才能称作较大的市，像1992年，国务院批准邯郸、本溪成为较大的市。2002年《立法法》出台，包括省会城市、副省级城市、计划单列市、经济特区所在地的市和原本经国务院批准的较大的市，都被统称为较大的市。这个概念的统一，使得较大的市此后成为拥有立法权的城市的统一称谓。 2 . 问题：《全国人民代表大会组织法》第16条规定，有权提出罢免案的主体是三个以上的代表团、十分之一以上的代表；而《全国人民代表大会会议事规则》第39条规定，有权提出罢免案的主体是全国人大主席团、三个以上的代表团、十分之一以上的代表。应以何者为准？答：应当以《全国人大会议事规则》的规定为准，有三类主体可以提出罢免案，包括全国人大主席团

在内。因为《全国人大议事规则》是1989年制定的，而《全国人大组织法》则是1982年通过的，根据后法优于前法的原则，应当以《全国人大议事规则》的规定为准。

3. 问题：请教老师，行政行为所依据的规定违法，如何维护自己的合法权益？如果诉讼，这分为几个诉？答：（1）对于规范性文件，不可诉。可诉的只是具体行政行为。（2）具体行政行为所依据的规定违法的，可以对具体行政行为申请行政复议；如果所依据的规定属于《行政复议法》第7条所规定的“规定”的，可以在申请复议时一并要求审查。（3）如果对具体行政行为提起行政诉讼，不得对具体行政行为所依据的规定同时提起行政诉讼。

4. 问题：公安机关对当事人采取了拘留措施，报经检察院批准逮捕后，检察院在移送法院审判前发现当事人没有犯罪事实，那么当事人提起赔偿的义务机关是谁？请详解法律依据或法理依据。答：《国家赔偿法》第19条第三款规定：“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。”根据该条规定，检察院错误批捕的，检察院为赔偿义务机关。而且，因为最终侵害受害人的决定是由检察机关做出的，依赔偿义务机关后置确定的原则，公安机关也不对此前错误拘留造成的侵害承担赔偿责任。可以参看司法部教材第636页。

5. 问题：行政机关没有被撤销，但其行使的部分职权已被撤销，就其撤销的部分职权，对在撤销前所作的具体行政行为提起诉讼，那么被告是该行政机关，还是现在行使该行政职权的行政机关？答：被告是作出具体行政行为的机关，现在行使该行政职权的行政机关可以作为第三人。《行政诉讼法》第25条第五款规定：“行政机关被撤销的，继续行使其职权的行政机关是

被告。”这里说的是作出原具体行政行为的机关被撤销的情况下，继续行使其职权的行政机关为被告；现在作出原行为的机关没有被撤销，仅仅是其部分职权撤销了，所以就由作出具体行政行为的机关做被告，继续行使其职权的行政机关以第三人身份参加诉讼。这里需要强调的是，确定行政诉讼被告的原则是“谁行为，谁被告”，例外是“谁职权，谁被告”。但遵循后者的前提是，作出具体行政行为的机关已经被撤销。

6. 问题：如何用最直接管用的方法判断公安机关的行政行为是刑事拘留，还是行政强制措施？答：我们知道公安机关拥有双重身份，既是行政机关，又行使一定的司法职权。判断它的行政行为是行政强制措施还是刑事强制措施，比如刑事拘留，要看该机关作出该行为的依据是不是《刑事诉讼法》的规定。只有依照《刑事诉讼法》的有关规定实施的行为才是刑事强制措施，因为实施该行为的目的是为了**保证刑事诉讼的顺利进行**，公安机关实施该行为一般是在刑事立案以后，针对的对象是犯罪嫌疑人。而行政强制措施是为了实现一定行政目的而由行政主体对特定的人或者物做出的以限制权利和课以义务为内容的、临时性的强制行为，针对的对象是公民、法人或其他组织的人身或财产。限制人身自由的行政强制措施，主要方式为：强制带离现场、盘问、强制戒毒、强制隔离治疗等；对财产的行政强制措施，主要手段有：查封、扣押、冻结。

7. 问题：为什么专题讲座里面第284页的例题说，纪某是某地级市公安局局长，妻子刘某不得担任该市监察局局长？他们不是两个机关吗？答：《公务员法》第六十八条第一款定：“公务员之间有夫妻关系、直系血亲关系、三代以内旁系血亲关系以及近姻亲关系的，不

得在同一机关担任双方直接隶属于同一领导人员的职务或者有直接上下级领导关系的职务，也不得在其中一方担任领导职务的机关从事组织、人事、纪检、监察、审计和财务工作。”因为市公安局长和市监察局局长都是市政府的组成人员，都在同一机关??市人民政府中，受同一领导人??市长的领导，从而产生任职冲突，需要任职回避。

8．问题：工伤认定可以提起行政诉讼或者行政复议吗？答：国务院《工伤保险条例》第五十三条规定：“有下列情形之一的，有关单位和个人可以依法申请行政复议；对复议决定不服的，可以依法提起行政诉讼：（一）申请工伤认定的职工或者其直系亲属、该职工所在单位对工伤认定结论不服的……”。根据上述条文第（一）项，工伤认定属于行政确认，依法可以申请复议和提起行政诉讼（复议前置）。

9．问题：交通事故认定是否属于行政确认？答：交通事故认定不属于行政确认。所谓行政确认，是指行政主体依法对相对方的法律地位、法律关系或者法律事实进行判断，赋予特定法律效果的具体行政行为。行政确认作为具体行政行为之一种，与其他种类的具体行政行为一样都具有公定力、确定力和拘束力。而关于交通事故认定，《道路交通安全法》第七十三条规定：“公安机关交通管理部门应当根据交通事故现场勘验、检查、调查情况和有关的检验、鉴定结论，及时制作交通事故认定书，作为处理交通事故的证据。交通事故认定书应当载明交通事故的基本事实、成因和当事人的责任，并送达当事人。”据此，交通事故认定书仅仅是处理交通事故的证据。既然是“证据”，根据有关诉讼法的规定，只有查证属实，经审查属实，才能作为定案的根据。也就是说，交通事故认定没有具

体行政行为所具有的公定力、确定力和拘束力。因此，交通事故认定不属于具体行政行为，当然也谈不上属于行政确认了。

10．问题：其他法规中关于行政复议的规定与《行政复议法》不一致时，应按哪一个？答：《行政复议法》第四十二条规定：“本法施行前公布的法律有关行政复议的规定与本法的规定不一致的，以本法的规定为准。”另外，行政复议法施行以后，新颁布的法律（全国人大及其常委会制定的规范性文件）关于行政复议的规定与行政复议法的规定不一致的，按照新颁布的法律处理（新法优于旧法，特别法优于一般法）。如果行政法规／地方性法规关于行政复议的规定，与行政复议法的规定不一致的，适用行政复议法的规定，除非行政复议法允许法规作特别规定（法律的效力高于法规）。

11．问题：区公所、街道办事处能否成为复议机关？答：依据《地方人大和地方政府组织法》第68条的规定，区公所和街道办事处是分别经过设立机关的上一级人民政府批准，作为设立机关的派出机关。区公所和街道办事处因而具备行政主体资格，能够作出一定的具体行政行为，并承担相应的法律后果。如果对它们作出的具体行政行为不服的，依据《行政复议法》第15条第1款第（一）项的规定，是向设立该派出机关的人民政府申请行政复议。由此，得出结论：区公所和街道办事处不能成为行政复议机关，只能做行政复议的被申请人。

12．问题：禁止性规范和强制性规范是同一层意思吗？答：“禁止性规范”和“强制性规范”不是一回事。“强制性规范”除了包括“禁止性规范”外，还有“命令性规范”。禁止性规范的特点在于对规范的内容，当事人不得依其意志自由变更，自由变更的或与禁止性规范相违背的依

法无效。命令性规范是要求法律关系主体应当从事一定行为的规范，即规范必须为一定行为的义务的规范。13. 问题：行政机关的派出机关和派出机构有什么区别？答：派出机关是由有权地方人民政府在一定行政区域内设立，代表设立机关管理该行政区域内各项行政事务的行政机构。派出机构是由有权地方人民政府的职能部门在一定行政区域内设立，代表该设立机构管理该行政区域内某一方面行政事务的行政机构。派出机关有三类：第一，是省、自治区人民政府设立的派出机关（行政公署）。设立的主要条件是“在必要的时候”和“经国务院批准”；第二，是县、自治县的人民政府设立的区公所，设立的主要条件是“在必要的时候”和“经省、自治区、直辖市的人民政府批准”；第三，是市辖区、不设区的市的人民政府设立的街道办事处，设立的主要条件是“经上一级人民政府批准”。派出机构，主要是根据部门行政法的规定设立并赋予行政职权。部门行政法根据有关行政领域的具体情况对派出机构的设置和职权作出规定。派出机构在日常生活中则很多，例如派出所、工商所。派出机关和派出机构最大的区别在于，派出机关是独立的行政主体，能够独立承担责任，而派出机构则不是独立的行政主体，不能以自己的名义行使权力，除非它有法律法规的明确授权。14. 问题：如何认识自然资源的所有权的归属问题？答：要特别注意《宪法》第9条第1款中几类自然资源所有权人的差别。其中，森林、山岭、草原、荒地、滩涂既可以属于公民所有，也可以属于集体所有，但矿藏、水流只能属于国家所有，即全民所有。另外，《水法》第3条第2款规定，农业集体经济组织所有的水塘、水库中的水属于集体所有。15. 问题

：派出所做出的50元以上的罚款是授权行政行为还是受委托的？比如：甲因与人斗殴，被云水区公安派出所作出罚款200元的行政处罚。甲不服，可（ ） A．向云水区政府申请复议 B．向市公安局申请复议 C．向市政府申请复议 D．向云水区公安分局申请复议 答案是A D。可我认为，派出所不是只有作出警告和50元以下罚款决定的权利吗？题中罚款额是200元，应当属于受分局的委托的行政行为，故派出所是以分局的名义作出的处罚，应以分局为被申请人。这样答案就是BC。对吗？答：派出所比较特殊，它自身的权利是罚款权，不管罚多少，都是它自身的；它受委托作出的处罚是行政拘留。所以，在派出所罚款200元的情况下，行政主体仍然是派出所。根据《行政复议法》第15条第1款第（二）项，“对政府工作部门依法设立的派出机构依照法律、法规或者规章规定，以自己的名义作出的具体行政行为不服的，向设立该派出机构的部门或者该部门的本级地方人民政府申请行政复议”。因为派出所是区公安分局设立的，所以可以向区公安分局申请行政复议。需要注意的是，与县公安局隶属于县人民政府不同，区公安分局直接隶属于市公安局，它并不是区政府的职能部门，所以，不能向区人民政府申请复议。同时，市政府也不是区公安分局对应的同级人民政府，所以不能向市人民政府申请行政复议。所以，这道题设计的不太好。

16．问题：《行赔规定》第3条规定，对于行政机关及其工作人员在行使行政职权时，实施了对人身所采取的暴力或伤害或造成财产损害的其他违法行为的非具体行政行为时，赔偿义务机关拒不确认致害行为违法的，赔偿请求人可直接提起行政赔偿诉讼。怎样理解这里的“非具体行政行为”

呢？是什么意思？答：《行赔规定》第3条所说的“非具体行政行为”是指行政事实行为中的行政暴力行为。行政机关的暴力行为已经丧失了行政行为（法律行为）的性质，是严重违法的行为。其实，行政机关的行为，以是否对外发生法律效力为标准，可以划分为行政法律行为和行政事实行为。行政法律行为是指行政主体作出的以对外发生法律效力为目的的行政行为，包括抽象行政行为、具体行政行为、行政合同。行政事实行为，是指行政主体作出的对外不具有法律效力，但事实上也会对行政相对方权利和义务造成一定影响的行政行为。行政事实行为又有多种，如行政机关日常的维持、建设行为、咨询和通告行为等等，其中重要一项就是行政暴力行为。《国家赔偿法》第3条第（三）（四）（五）项，以及第4条第（四）项所规定的几类国家机关违法使用武力的行为都是行政事实行为中的行政暴力行为，会引起国家赔偿责任。需要注意的是，《行赔规定》第3条所说的“非具体行政行为”并不是抽象行政行为，抽象行政行为也是行政法律行为，并且不会引起国家赔偿责任；而这里所说的“非具体行政行为”根本就不是行政法律行为。

17. 问题：行政诉讼撤诉后还能复议吗？向法院起诉后撤诉了，但仍在复议期内，这时可以申请复议吗？如对复议不服，还能向法院起诉吗？同时，之前的提起诉讼的行为表明你已经放弃了复议的权利，所以当然也不能再复议了。这种说法对吗？答：这种说法是不正确的。对于可申请行政复议、可提起诉讼的案件，当事人有选择的自由。《行政复议法》第16条第2款规定的“公民、法人或者其他组织向人民法院提起行政诉讼，人民法院已经受理的，不得申请行政复议”，是指当事人不能既向法

院起诉，又申请行政复议。但在当事人撤诉的情形，当事人既然放弃了诉讼的救济渠道，当然可以申请行政复议，之前的起诉行为并不能表明当事人放弃了申请复议的权利。需要注意的，当事人既然撤诉，如果复议的结果是维持原具体行政行为的，当事人也不能再次起诉。只有当复议机关改变了原具体行政行为，当事人对改变后的具体行政行为不服的，才可以提起诉讼。

18. 问题：人大对人大常委会、主席团、国务院、中央军委、最高院、最高检、各专门委员会提出议案，主席团是不是都必须列入会议议程？还是可以列入大会议程？

答：《立法法》：第十二条 全国人民代表大会主席团可以向全国人民代表大会提出法律案，由全国人民代表大会会议审议。全国人民代表大会常务委员会、国务院、中央军事委员会、最高人民法院、最高人民检察院、全国人民代表大会各专门委员会，可以向全国人民代表大会提出法律案，由主席团决定列入会议议程。

第十三条 一个代表团或者三十名以上的代表联名，可以向全国人民代表大会提出法律案，由主席团决定是否列入会议议程，或者先交有关的专门委员会审议、提出是否列入会议议程的意见，再决定是否列入会议议程。专门委员会审议的时候，可以邀请提案人列席会议，发表意见。

《全国人大组织法》：第九条 全国人民代表大会主席团，全国人民代表大会常务委员会，全国人民代表大会各专门委员会，国务院，中央军事委员会，最高人民法院，最高人民检察院，可以向全国人民代表大会提出属于全国人民代表大会职权范围内的议案，由主席团决定交各代表团审议，或者并交有关的专门委员会审议、提出报告，再由主席团审议决定提交大会表决。

第十条 一个代表团或者三十名

以上的代表，可以向全国人民代表大会提出属于全国人民代表大会职权范围内的议案，由主席团决定是否列入大会议程，或者先交有关的专门委员会审议、提出是否列入大会议程的意见，再决定是否列入大会议程。由以上规定可知，全国人大常委会、国务院、中央军委、最高院、最高检、各专门委员会提出的议案，主席团都必须列入会议议程。需要注意的是，全国人大常委会、国务院、中央军委、最高院、最高检、各专门委员会的地位与一个代表团或者三十名以上代表的地位是不同的。前者都是权势机关，人大主席团不可能不把他们的议案列入会议议程。相对而言，一个代表团或者三十名以上的代表，他们的议案能够被列入大会议程，完全看主席团的意思了。

19．问题：我想问一下特别行政区基本法的效力范围。有的人说是在全国有效，而有的人说只在特区适用。谁的对啊？答：特别行政区基本法在全国范围内有效。首先，特别行政区基本法是全国人大制定的，能够在全国范围内有效。其次，特别行政区基本法中规定了全国人大、全国人大常委会与国务院对特别行政区享有的职权，而这三机关都在内地。再次，特别行政区基本法中规定了特别行政区是我国领土不可分割的部分，专章规定了中央与特别行政区的关系，这些显然要求全国人民和相关机关都遵守。

20．问题：专题讲座中说司法部的规章与江苏省人民政府规章及南京市人民政府规章有同等效力，那么我想问问，是不是说江苏省人民政府与南京市人民政府的规章也有同等效力呀？答：不是这样的。司法部与江苏省人民政府规章及南京市人民政府之间不存在领导或监督的问题，大家的规章“井水不犯河水”，各自在自己范围内发布、适用。如果适用中有冲

突，由其共同上级机关国务院裁决。而江苏省人民政府与南京市人民政府存在领导、监督关系，前者规章为后者规章的上位法，效力高于后者。需要注意的是，我们《立法法》上有个悖论：部门规章效力等于省级政府规章效力；部门规章效力等于较大的市政府规章效力；但是，省级政府规章大于本行政区域内较大的市政府规章。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