

《行政法学》

**复 习 笔 记**

# 行政法概述

## **行政法与行政法学**

1. **行政的含义**
2. **概念**

国家行政机关依法对国家和社会公共事务进行组织管理的活动

1. **行政的分类**
2. 形式意义上的行政和实质意义上的行政
3. 规制行政与给付行政
4. 积极行政与消极行政
5. 负担行政与授益行政
6. 权力行政与非权力行政
7. **行政的特征**
8. 行政具有执行性、行政的目的具有公益性
9. 行政的活动具有整体性与能动性
10. 行政具有过程性、法定性、裁量性
11. 行政具有效率性，行政具有受监督性
12. **行政法的概念**

**（一）概念**

行政法是创设行政组织和行政权，规范行政权的存在与行使，对行政权的行使后果实施监督和救济的法律规范和原则的总称

1. **行政法体系**

总论—行政主体理论—行政行为理论—行政救济与监督理论

**（三）行政法的特点**

1、形式上没有一部完整、统一的法典

2、内容多、范围广，富于变动性、缺乏相对稳定性、技术性强

3、体系上实体法与程序法交织在一起，没有明显的界分

**三、行政法的法律渊源**

**（一）一般法律渊源**

成文法、习惯法、判例法、国际法

**（二）我国法律渊源**

宪法、法律、行政法规、地方性法规、部门规章、地方政府规章、国际条约和惯例、法律解释

1. **法律渊源之间的效力等级关系**
2. 层级效力
3. 不同层级规范的效力
4. 规范效力冲突的处理说明

PS：

1. 行政法所规范的行政：行政法所规范的行政是指公共行政；行政法上的行政以形式意义的行政为主，以实质意义的行政为补充
2. 越权无效是英国行政法的基本原则
3. 国家行政的主要特征：具有国家职权性、执行性、公共性、积极直接性。

## 第二节 行政法律关系

**一、行政关系与行政法律关系**

1、行政关系概念：是指行政主体因从事行政管理活动包括行使行政权的活动和基于实现国家或社会只能的目的所从事的公共管理活动而与行政相对人以及其他相关主题形成或因之引发的各种社会关系

2、行政关系形态：组织关系、行为关系、行政救济或监督关系

（1）行为关系：即因行政主体的行政活动而引发的行政关系

（2）组织关系：即行政系统与其他国家机构系统之间以及行政系统内部不同机关之间的权力配置关系

（3）行政救济或监督关系：即因行政活动违法或不当而产生的纠错、弥补关系

3、行政法律关系概念：是指行政关系经行政法规范调整后形成的行政法上的权利义务关系

**二、行政法律关系的分类**

**（一）对内与对外的行政法律关系——根据法律关系主体不同**

1、对内行政法律关系：是指因行政权力作用于行政系统之内而在该系统内发生的各种行政关系

2、对外行政法律关系：是指在行政系统之外，行政主体与行政相对人（公民或组织）之间形成的行政法律关系

**（二）原生与派生的行政法律关系——根据法律关系形成原因不同**

1、原生的行政法律关系：是指因行政活动而直接形成的行政法律关系

2、派生的行政法律关系：是指因行政活动而后引发的行政法律关系

**（三）单一与多重的行政法律关系——根据构成要素复杂程度不同**

1、单一行政法律关系：即符合基本构成要素的一个行政法律关系，通常表现为关系双方都只有一个当事人、权利义务只有一对，客体单一

2、多重行政法律关系：即法律关系的各要素特别是主体和内容表现出复杂性

**三、行政法律关系的主体**

**（一）行政主体**

1、概念：依法享有行政职权或负担行政职责，能够以自己的名义对外行使行政职权且能够对外独立承担法律责任的国家行政机关和法律法规授权组织

2、行政主体要件：行政主体必须享有行政职权；行政主体必须能够以自己的名义对外行使行政职权；行政主体必须能够对自己的行为独立承担法律责任

3、行政主体分类：国家行政机关主要包括各级人民政府和县级以上各级人民政府的组成部门；法律法规授权主体

**（二）行政相对人**

1、概念：是指行政主体在行使行政职权或履行行政职责作出行政行为时所直接针对的公民、法人或其他组织

2、广义概念：直接和间接相对人（行政第三人）

3、公民、法人或其他组织作为行政相对人，除了应当具备一般的民事权利能力和行为能力外，有时还需具备行政法规范规定的特殊条件

**（三）行政第三人**

概念：是指与行政主体针对行政相对人做出的行政行为有利害关系的其他公民、法人或组织

**四、行政法律关系的内容、客体、特征与变动**

**（一）行政法律关系的内容**

1、概念：是指行政法律关系主体各方以及利害相关人所享有或者行使的权利（权力）和所承担的义务的总和

2、行政主体有着与其地位相适应的行政上的权利义务

**（二）行政法律关系的客体**

行政法律关系的客体是指行政法律关系主体双方的权利义务所指向的对象；从本质而言，可以作为行政法律关系客体的是体现一定利益的载体，一般包括物、精神财富和行为

**（三）行政法律关系的特征**

1、行政主体是恒定一方

2、主体双方之间的权利义务内容具有不对等性

3、权利义务内容具有法律的预先规定性

4、行政主体的权利义务具有重合性

5、行使争议主要通过行政程序裁决，也可以行政复议，行政诉讼等救济程序裁决

**（四）行政法律关系的变动**

1、行政法律关系的变化形态有产生、变更和消灭三种

2、行政法律关系的产生、变更和消灭必须具备一定前提和条件

# 行政法的基本原则

## 概述

1. **行政法基本原则的概念与意义**
2. 概念：是指指导行政法的制定、执行、遵守以及解决行政争议的基本准则，贯穿于行政立法、行政执法、行政司法和行政法制监督等各个环节
3. 特征：普遍性、实用性、价值性
4. 意义：揭示行政法的主要矛盾和本质，界定行政法发展的框架和方向；指导和规范行政法规范的制定、执行、司法适用等实践活动；弥补行政法规范的漏洞，完善行政法体系
5. **行政法基本原则体系**

我国行政法的基本原则应全面适用于行政主体及其活动、职权职责与监督、权利与救济等基本范畴，因而包括依法行政原则、行政合理性原则、程序正当原则、诚实守信原则、高效便民原则和监督与救济原则

## 依法行政原则

1. **职权法定**
2. 依法行政原则概念：或称行政法治，是各国行政法的共同理念或基本原则，其基本含义在于行政机关和其他行政公务组织必须依法行使行政权或者从事行政管理活动。
3. 职权法定：是依法行政原则的基本要求之一，是指国家行政机关以及其他组织的行政职权，必须由法律予以规定或授予
4. 情形：一种是行政机关组织法规定的职权，由组织法分配或划定了行政机关与其他国家机关之间的权限、行政机关相互之间的职权范围；二是单行的法律规定了哪些事项由何行政机关或组织管辖
5. **法律优先**

1、法律优先：又称消极的依法行政，是指行政活动均不得与民意代表机关制定的法律相抵触，即法律优先于行政

2、含义：一方面含有规范位阶的意义，凡行政活动在位阶上均低于法律，即法律的效力高于行政行为；另一方面，行政行为至少不得与法律规定相违背

1. **法律保留**

法律保留：又称积极的依法行政，与职权法定的内涵存在一定重合与交叉，具体是指行政机关的行为必须有明确的法律授权，法律无明文授权即无行政。在这里法律是狭义的，仅指全国人大及其常委会制定的法律。对某些事项，没有法律授权时行政机关就不能为之，否则就属于违法

## 行政合理性原则

1. **比例原则**
2. 概念：起源于德国，最初只适用于警察行政领域，后被扩充至行政诸领域，被视为宪法和行政法上的原则，根据德国的法制经验，比例原则具体由三个子项构成：适当性、必要性和衡量性
3. 适当性：是对行政行为的目的所作的要求，即行政行为的作出要适合于目的的实现，或者说不得与目的相悖离。在这里，目的既包括行政的一般目的，也包括法律授权的特点目的
4. 必要性：是从手段上对行政行为所做的要求，它是指行政行为不超越实现目的之必要程度，也即为达成目的面对多种可能选择的手段，须尽可能采取对人民利益影响最轻微的手段。必要性的基本要求在于，使用“最不激烈手段”（在诸多可选择的手段中选择对公民权益损害最少者）或者“最温和手段”
5. 衡量性：又称狭义比例原则或平衡原则，是指手段应按目的加以衡量，即任何干涉措施所造成的的损害应轻于达成目的所获得的利益，才具有合法性。换言之，行政机关在作出行政行为时，面对多种可能选择的手段，对手段的选择应按目的加以衡量
6. **平等对待**
7. 平等对待是人类生活中相互交往的基本原则，也是行政主体在履行职责、行使裁量权时必须遵循的原则。
8. 平等对待的基本含义是，非有正当理由不得为区别对待，即非歧视原则。
9. 在行政法领域，平等对待的具体要求主要表现在：行政主体应平等对待行政相对人；国家应平等对待行政主体与行政相对人

## 第四节 程序正当原则

**一、行政公开**

1、阳光是最好的防腐剂。同理，行政过程公开透明也是预防行政主体恣意、滥权和腐败的有效手段。行政公开是现代社会行政活动所遵循的一项基本原则，具有重要的意义

2、意义：行政公开可以实现公民的知情权，满足公民对信息的需要；有利于公民对行政事务的参与，增强公民对行政机关的信赖；有利于防止行政腐败；

**二、程序公正**

1、程序公正：是法律正义的基本内涵。在救济程序领域，程序公正的基本要求有两个：一是任何人不得做自己案件的法官；二是任何人在受到不利对待时应当给予其陈述和辩护的机会

2、程序公正的意味：行政机关工作人员不得处理与自己有利害关系的行政案件；听取利害相关人的意见；说明理由；不得单方解除。

**三、公众参与**

1、公众参与：是指作为行政相对人的公民、法人或其他组织有权参与行政过程，有权对行政主体即将作出的行为表达意见，而且该等意见应当获得行政主体的尊重。

2、公众参与行政原则的基本要求主要表现：

（1）信息公开透明

（2）充分保障公众的参与机会

（3）给予当事人陈述与申辩的机会

（4）应当建立保障公众参与权实现的救济机制

## 第五节 诚信原则

**一、诚实守信**

1、行政主体不得为了自身的利益、欺骗行政相对人，不得“钓鱼执法”和“养鱼执法”，违反法律、法规、政策的初衷和目的

2、政府在制定法律、政策、决定和作出承诺前，必须充分考虑各种复杂的情形，听取多方意见，在慎重考虑的基础上作出决定

3、行政主体必须依法行政，不得任意反悔

4、法律规范应具有稳定性和不可溯及性。法治要求法律规范具有稳定性与连续性、可靠性与可预测性

5、行政活动应具有真实性与确定性。行政主体作出行政活动，应出于真实的目的和意图，意思表示真实、准确，真实性不只适用于行政法律行为，也应包括行政事实行为。虚假、错误的行政行为造成公民合法权益损害的，行政主体负有赔偿责任

**二、信赖保护**

1、信赖保护原则：是传统法理中的诚实信用原则、法律安定性原则以及人民基本权利保障原则等综合演化而成。它是指人民基于对国家公权力行使结果的合理信赖而有所规划或举措，由此而产生的信赖利益应受保护。

2、信赖保护原则主要包括两个方面的内容：一是指信赖保护的适用条件；二是信赖保护的法律效果

3、信赖保护的使用要件

（1）须有信赖基础，即须行政机关作出了一定的行政行为，如命令或决定，否则就没有人民信赖的基础

（2）须有信赖表现，人民须因信赖行政行为而有客观上具体表现信赖的行为，如安排其生活或者处置其财产。如果纯属人民的主观愿望或期待而没有已生信赖的客观事实表现，尚不足以主张信赖保护

（3）须信赖中的保护，人民的信赖须值得保护，如果信赖有瑕疵而不值得保护，即适用无信赖保护原则

4、信赖保护的法律效果：可分为存续保护与财产保护，且两者之间存在选择关系

（1）存续保护：系指不论现存法律状况是否合法，为稳定人民所信赖的法律状况，维持原来信赖基础。这主要适用于授益行政行为

（2）财产保护：即以适当的财产补偿来减轻行政相对人因合理信赖所造成的损失

## 第六节 高效便民原则

**一、高效原则**

1、高效便民：是指行政机关应依法高效率、高效益地行使职权，最大程度地方便人民群众，从而更好地服务于人民和实现行政管理的目标

2、高效原则：即以最低成本在最短时间内创造出更多的成果

3、高效原则在行政法上的基本要求

（1）精简机构、裁减冗员，降低公共行政的人力成本

（2）公共行政必须坚持为民服务的宗旨，以满足人民的真实需求为施政方向，坚持从实际出发，量力而行

（3）行政决策、行政决定必须进行成本效益核算，禁止采取得不偿失的行政活动

（4）公共行政应当严格遵循法定时限，禁止拖拉

（5）改进行政工作作风，消除非法设置的人为障碍和前置条件

**二、便民原则**

1、概念：是指民众能够方便获得行政主体提供的公共服务

2、便民原则的基本要求

（1）保障民众以最低成本和最便利方式获取公共信息

（2）行政机关的办公场所应当尽可能接近服务对象，减少民众获取公共行政服务的成本

（3）行政事权和行政人员应当尽可能下放到基层

（4）将分散于不用行政部门但又密切相关的行政事项在程序上尽可能一体办理

（5）应当健全服务咨询制度，及时、准确、全面解答民众的咨询和疑问

（6）在特殊情况下，如服务对象丧失行动能力等，应当提供上门服务。

## 第七节 监督与救济原则

**一、监督原则**

1、概念：即监督行政的原则，是指有权国家机关、公民、法人或者其他组织对行政机关或其他组织的行政活动有权进行监督与问责。基于权责一致和有权必有监督的要求，监督原则主要包括监督与责任两个方面的内容

2、监督的主要表现：自觉接受他律监督；加强行政内部层级监督和专门监督。

3、责任主要表现为：行政机关有责任依法行使职权；对违法、不当行为及其他造成公民或组织权益损害的行为应承担责任；问责。

**二、救济原则**

1、“有权利必有救济”“无权利即无救济”，可以说是一条法律公理，在行政活动中，行政机关极易给行政相对人的权益造成损害，如果没有对因其违法或不当的行政活动造成损害的弥补与救济；行政公权力就会“任性”地行使，从而使人民的权益处于一种危险状态。因此，从保障人民的合法权益角度出发，必须给予 公民或组织在其合法权益受到行政违法或不当侵害的情况下享有充分的救济

2、处于行政相对人地位的公民、法人或其他组织的救济权利，主要包括申请行政复议权、提请行政诉讼权、要求赔偿权或补偿权以及救济过程中的相应权利等；这些救济权的行使及实现，在我国主要通过行政复议、行政诉讼、国家赔偿与补偿制度来保障

PS：

1. 实施合法行政原则是行政活动区别与民事活动的重要标志
2. 合理行政原则既与合法行政原则并列，又是合法行政原则的补充
3. 行政机关公开的信息应当准确，是诚实守信这一行政法原则的要求

# 第三章 行政组织法

## 第一节 概述

**一、公共行政组织与行政机关**

**（一）公共行政组织**

1、概念:公共行政组织是指承担公共行政事务、行使行政权力或履行公共职能的组织。

2、公共行政组织的情况：

（1）公共行政组织是一个集合的概念，由行政机关和其他社会组织构成

（2）公共行政组织是承担公共行政事务、行使行政权力或履行行政职能的组织

（3）公共行政组织的形态多样，包括由各级人民政府及职能部门构成的国家行政组织；也包括承担部分公共事务的社会行政组织，如农村自治组织、行业组织和履行公共职能的公益事业单位

3、公共行政组织的分类：

（1）根据其组织属性的不同，可分为国家行政组织和社会行政组织

（2）根据其管理权限的不同，可分为管理型的行政组织和服务型或自治型的行政组织

**（二）行政机关**

1、概念：是指依法设置的承担行政事务、实现行政目的并能独立对外进行管理的基本组织体

2、行政机关的情况：

（1）行政机关是一个集合概念，指两人以上的组织体，不是指某一职位

（2）行政机关存在的目的是承担行政事务、实现行政目标

（3）行政机关依据宪法和行政组织法设置，使用行政编制

（4）行政机关可依法独立对外管理，其法律后果最终归于国家

3、行政机关的分类：

（1）根据管辖事务和行政权限的宽窄，可分为中央行政机关和地方行政机关

（2）根据功能的不同，可分为决策类行政机关、执行类行政机关和监督类行政机关

（3）根据存续时间的长短，可分为常设行政机关和非常设行政机关

**二、行政组织法的界定**

1、概念：是调整公共行政组织、建构现代公共行政秩序的法律规范的总称

2、对行政组织法的理解：

（1）是调整公共行政组织的法律规范的总称

（2）主要规定公共行政组织的法律地位、行政职能、权力机构和运行机制等

（3）目的是建立现代公共行政秩序，实现对公共行政组织的系统控制

3、我国现行行政组织法的法律渊源：宪法对行政组织的规定；法律对行政组织的规定；行政法规或地方性法规对行政组织的规定

**三、行政组织法的分类**

1、按照行政组织法适用范围划分：中央行政组织法和地方行政组织法

2、按照行政组织法调整对象划分：国家行政组织法和社会行政组织法

3、按照行政组织法调整内容划分：行政组织实体法和行政组织程序法

**四、行政组织法的地位与功能**

**（一）行政组织法的地位**

就外部而言，行政组织法为外部行政权力的运行提供了正当性的支持。行政组织法还在一定程度上决定着行政法律责任的追究。

对行政组织系统内部的设置安排以及对行政机关及权限的规定，为行政行为责任的承担提供了法律依据，也为行政案件的处理提供了审查标准

1. **行政组织法的功能**
2. 为公共行政的组织提供法律支持
3. 建构合理的行政组织实体制度
4. 保障公共行政组织程序的民主、科学与正当

## 第二节 行政组织法律制度

**一、行政职能设置**

1、行政职能：是指政府或其他行政组织承担的公共事务及应履行的行政职责

2、政府的行政职能：国家安全职能、经济职能、社会职能、文化职能、生态环境保护职能

3、国家安全职能：是指国家政权、主权统一和领土完整，人民福祉、经济社会持续健康发展和其他重大利益相对处于没有危险或不受内外威胁的状态，以及保持这种可持续安全状态的能力。

4、经济职能：是指政府在经济领域进行规划、调解、监管和服务，以促进国民经济的发展。在政府的职能系统中，经济职能具有基础地位。

（1）经济调节：通过经济、法律和行政手段对经济结构和经济运行进行调控，以促进经济发展

（2）市场监管：政府通过对市场主体的准入和经营活动的监督管理，确保市场竞争公平、开放有序，具体包括对经济活动的规范、监督和对违法行为的查处职能

（3）市场培育：市场建设主要通过产业链的打造、基础设施的建设和人文法治环境的提升来推动

（4）国企管理

5、社会职能：是指政府通过法律等手段对社会利益进行调节，提公共服务，并对社会进行管理，以促进社会和谐稳定

6、文化职能：是指政府为了满足人民日益增长的文化生活的需要，促进文化繁荣和文化产业的发展，依法对文化事业所实施的管理

7、生态环境保护职能：是指政府为了保护资源和生态环境，保障国家的可持续发展，通过规划、设定标准、监督和处罚等手段对生态环境进行保护和管理。

**二、政府间的关系**

**（一）政府间纵向关系**

中央政府和地方政府的关系主要在以下六个方面：

1. 中央与地方的事权、财权、规划权、组织权和立法权的配置
2. 地方政府的诉求表达机制
3. 中央政府对地方政府的领导制度
4. 中央政府对地方政府的控制制度
5. 中央政府与地方政府的合作机制
6. 中央政府与地方政府的纠纷解决机制

**（二）政府间的横向关系**

1、在法律上，我国政府间的横向关系并不清晰，但在管理实践中，政府横向间的往来很多，发生着各种关系，比较典型有三种

2、合作关系：改革开放后，为满足经济发展的需要，横向政府间展开了很多区域合作

3、竞争关系：为更好地吸引投资，给予辖区内居民更好的发展机会，改善民生，地方各级人民政府都要向上级政府争取更好的政策、项目、资金和改革权。在资源有限的情况下，地方政府的竞争关系因实际需要而产生，尽管这种竞争关系在法律上并不明确，也缺乏竞争程序的规定，但在现实中的博弈却十分激烈。

4、帮扶关系：比较发达的地方对相对不发达地区在人、财、物方面给予帮助，这种帮助有的是按照中央的安排和决定进行的，也有的是自愿对落后地区进行帮扶

**三、社会行政组织制度**

**（一）基层自治制度**

按照《村民委员会组织法》和《居民委员会组织法》的规定，基层自治组织承担两方面的公共事务；一方面是受政府委托或协助政府完成的事务，如公共卫生、人民调解、治安保卫等。另一方面是基层自治事务，如开展服务性、公益性、互助性的活动，维护村民合法权益等。

至于基层自治组织在行政法上是否具有行政主体地位，则取决于法律法规的授权。从国家治理的角度考虑，基层自治组织作为一类社会行政组织，应确认其行政主体地位

**（二）公益事业单位的自治管理**

公益事业单位是指国家为举办公共事业而建立的、使用事业编制的单位

实践中，公益事业单位承担两方面的职能：一方面是根据法律法规授权或受政府委托履行教育和医疗等公共服务和其他公共职能。另一方面又具有一定程度的自治管理职能

1. **社会自治制度**

社会自治制度是指社会组织自我服务和自我管理的制度

目前，我国虽然制定了《社会团体登记管理条例》《民办非企业单位登记管理暂行条例》《基金会管理条例》等行政法规，但社会自治的许多重要问题尚未在法律上解决，这些社会组织在行政法上的地位、治理结构、管理范围以及纠纷解决适用何种诉讼程序都不十分清晰，加强社会组织立法已经变得十分紧迫。

**四、行政编制制度**

**（一）编制、行政编制和事业编制**

1、广义的编制：是指一个组织的职能，规格，该组织内部机构设置、各类机构的配置，人员定额和各类人员的比例机构等

（1）该组织的地位、职能、规格以及和其他组织的关系

（2）该组织内部机构的设置情况，包括内部机构规模和比例

（3）组织人员的定额、各类人员机构以及领导职数等

2、狭义的编制：是指一个组织的人员定额、各类人员结构及领导职数

3、我国编制主要分为行政编制、事业编制、社会团体编制、企业编制和军队编制。

4、广义的行政编制是指国家系统中从事公共事务的行政机关和其他组织的设置、规格、职能、内部机构、人员规模和结构比例等的总和

5、狭义的行政编制：仅指使用行政经费、从事公共事务的人员的总和。

6、行政编制的特点：行政编制是从事公共事务的行政机关和其他组织的编制，行政编制还包含了职能设置和隶属关系等；行政编制的核心内容是内部机构设置、人员规模和结构以及领导职数等；行政编制的组织及人员费用全部由国家财政支出

7、广义的事业编制：是指政府为发展社会事业，提供公共服务、增进社会福利，通过国家财力建立的各种事业机构的设置、结构和人员规模的总和

8、狭义的事业编制：是指使用事业经费、履行公共职能的人员的总和

**（二）行政编制法的界定和作用**

1、行政编制法是规范行政编制的法

2、行政编制法是对行政编制管理实务的规范，涉及行政编制管理的主体、权限、标准和程序等内容。

3、行政编制法主要是对政府系统内部事务的规范，不直接涉及相对人的权利义务。

**（三）行政编制法的主要内容**

1、行政编制管理的基本原则和主要精神

2、行政编制管理主体

3、行政编制管理事项

4、行政编制管理的标准

5、行政编制管理的程序、法律责任。

## 第三节 行政主体

**一、行政主体的概念**

**（一）概念**

1、行政主体：是指依法享有行政职权，以自己的名义行使行政职权，并独立承担法律责任的组织。

（1）行政主体是组织，不是个人

（2）行政主体是依法享有行政职能的组织

（3）行政主体有权代表国家和社会组织独立行使职权

（4）行政主体能够独立参加行政诉讼

2、行政主体不同于行政组织：行政组织是承担公共职能的行政机关的集合体，而行政主体则是具有独立对外管理职能的行政机关和法律授权组织的概称。

3、行政主体不同于行政机关：行政机关是行政组织中承担公共事务的基本组织体；行政机关是一个法律术语，而行政主体为法学概念，是对依法能独立对外管理的组织的抽象概括

**（二）行政主体与其他相关概念的关系**

行政主体与行政机关主体、行政主体与行政机关、行政主体与行政公务人员

**二、行政主体的类型**

1、根据行政职权的来源：职权行政主体和授权行政主体

（1）职权行政主体：是依据宪法和组织法的规定，在其成立时就具有行政职权并取得行政主体资格的组织

（2）授权行政主体：是因宪法、组织法以外的法律、法规的规定而获得行政职权，取得行政主体资格的组织。

2、根据管辖范围的不同：中央行政主体和地方行政主体

（1）中央行政主体：是行使职权的范围及于全国的组织

（2）地方行政主体：是行使职权范围及于一定行政区划的组织

（3）地方行政主体是代表国家在所在区域行使行政职权

3、根据行政主体组织结构的差异和行使职权的对象不同：

（1）地域行政主体：是指以行政地域为基础，行使行政职权的范围和行政地域相联系的组织

（2）公务行政主体：指承担某项公务，不以地域为基础的组织

三、**行政主体资格的认定**

1、行政资格的概念：是指作为行政主体应当具备的条件

2、行政主体的组成要件：是作为行政主体的组织自身应具备的条件。行政机关作为行政主体的组成要件包括以下内容

（1）行政机关的设立有法律依据，属于国家行政机构序列

（2）行政机关已有法定编制和人员

（3）行政机关已有独立的行政经费预算

（4）行政机关已具备必要的办公要件

3、法律法规授权组织或其他社会组织作为行政主体应具备法人资格

4、行政主体的法律要件：是作为行政主体在法律上应具备的资格条件。包括：依法享有行政职权，以自己的名义实施行政行为和独立承担法律后果

**四、行政授权与行政委托**

**（一）行政授权**

1、概念：是指行政机关以外的组织经法律法规授权，以自己的名义对外管理，并承担法律后果的制度

2、行政授权是行政机关以外的组织承担行政职能的法律制度

3、行政授权是指经过法律、行政法规和地方性法规把行政权力授予行政机关以外的组织实施

4、经行政授权的组织是以自己的名义对外管理，并独立承担其法律责任。

（1）只是形式意义上的责任：即成为行政复议的被申请人、行政诉讼的被告

（2）被授权组织有义务纠正违法行为，至于其造成的损害结果，真正的责任承担者是国家，即国家承担赔偿责任

**（二）行政委托**

1、概念：是指行政机关根据管理的需要，依法委托其他组织或个人实施行政行为，其后果归属于委托的行政机关

2、行政委托的形式：依法委托、自行委托

3、行政委托是行政机关之外的组织参与实施具体行政任务的法律制度

4、行政委托是源于行政机关的委托，不是立法直接授权

5、行政委托中受委托组织是以委托行政机关的名义对外行使权利，履行行政职责，其法律后果由委托的行政机关承担

**五、行政机关的含义及特点**

1、含义：行政机关是指依据宪法和组织法的规定而设立的依法行使行政权力，对国家各项行政事务进行组织和管理的国家机关

2、特点：是履行行政职能的专门国家机关；是依据宪法和组织法而设立；其成立时即具有行政主体资格；有一定的组织机构和公务员编制

3、国家行政机关的种类

（1）职能活动的地域范围：中央行政机关和地方行政机关

（2）职能权限：一般权限行政机关和专门权限行政机关

（3）职能活动的系统范围：外部行政机关与内部行政机关

**六、其他行政主体的含义及特点**

1、含义：是指除行政机关以外依照法律、法规具体授权的规定取得行政主体资格的组织

2、特点：是除行政机关之外的组织；依法律、法规的授权而取得行政主体资格；其主体资格的取得与组织机构的设立不同步

3、行政职权：是指行政主体依法所享有的对某个领域或者某方面行政事务按照一定方式进行组织与管理的行政权力

4、行政职权的特征:公益性；优先性；先行有效性；不可自由处置性；强制支配性；单方性

（1）行政优先权是指行政主体在行使行政职权时享有的优惠条件，包括优先处置权、获得社会协助权、推定有效权

（2）行政职权的设定是国家依法授予行政机关以非固有行政职权的活动

5、行政职责：是指行政主体在行政活动中必须遵守和履行的法定义务

**七、行政公务人员概述**

**（一）行政公务人员的概念**

行政公务人员是指基于一定的行政公务身份而代表行政主体行使行政职权，履行行政职责的工作人员

1. **行政公务人员的范围**
2. 国家公务员：是指依法履行公职，纳入国家行政编制，由国家财政负担工资福利的工作人员
3. 在行政法上，公务员指行政公务员：即国家行政机关中依法履行行政公职，具有行政编制，由国家财政负担工资福利的除工勤人员以外的工作人员
4. 其他行政公务人员：是指除行政公务员以外的行政公务人员
5. 受委托人的范围要广于行政公务人员，主要有：行政机关、公务组织与社会组织、个人。行政公务人员是指公务员和其他行政公务人员

**（三）行政职务关系**

1、行政职务关系的含义：是指行政公务人员基于一定的行政职务而在任职期间与行政主体之间形成的权利义务关系

2、行政职务关系的特征：本质上是一种国家委托关系；内容是行政职务方面的权利与义务；是特殊的劳动关系；属内部行政法律关系。

3、行政职务关系的内容：是行政法所规定的行政机关与公务员之间的权利义务

PS：

1. 行政权限就是行政职权的界限
2. 行政协助只能是行政行为，在我国尚无系统明确的法律规定
3. 两个以上行政主体既可以共同行政主体的名义，也可以各自独立的名义开展行政协助
4. 省级以上人民政府是有权批准设立派出机关的地方人民政府
5. 市辖区、不设区的市人民政府，经上一级人民政府批准，可以设立若干街道办事处作为派出机关
6. 《行政处罚法》中规定的受委托组织必须是依法成立的管理公共事务的事业组织

# 第四章 公务员法

## 第一节 概述

**一、公务员**

1、公务员的概念：是指依法履行公职、纳入国家行政编制、由国家财政负担工资福利的工作人员

2、公务员的法律特征

（1）公务员必须是依法履行公职的人员

（2）公务员必须是依法定方式和程序任用的人员

（3）公务员必须是纳入国家行政编制的人员

（4）公务员必须是由国家财政负担工资福利的工作人员

3、公务员的种类：中国共产党各级机关的工作人员；各级人民代表大会及其常务委员会机关的工作人员；各级行政机关的工作人员；中国人民政治协商会议各级委员会机关中的工作人员；各级审判机关中的工作人员；各级检察机关中的工作人员；各民主党派和工商联的各级机关的工作人员

4、参照公务员管理的事业单位：政府系统行使行政职能的事业单位；党委系统担负党的领导机关工作职能的事业单位

**二、品位分类与职位分类**

1、品位分类：是以“人”为中心进行的古老的人事分类制度；根据公务员个人所具备的资历、学历、职务、身份等条件来确定公务员的录用、考核、培训、晋升和工资福利待遇（英国公务员制度为代表）

2、职位分类：是一种以“事”为中心进行的人事分类制度；是指将适合分类的各种职位、按照工作性质、难易程度、责任大小和所需人员的任职资格条件而进行的职位类别等级系统的划分（美国公务员法律制度确定）

3、现代还有高级公务员（强调通才加专才，以适应高级的决策类公务员的需求）和聘任制公务员（强调运用灵活用人制度吸收社会精英人才参与国家管理）

4、我国设置有综合管理类、专业技术类、行政执法类、领导职务、非领导职务

## 第二节 公务员的义务与权利

**一、公务员的义务**

1、概念：是指法律规定的公务员基于身份必须做出某种行为或者不得作出某种行为的限制与约束

（1）积极义务：是指公务员必须依法履行的作为义务

（2）消极义务：是指公务员必须履行的不作为义务

2、基本内容：

（1）忠于宪法，模范遵守、自觉维护宪法和法律，自觉接受中国共产党领导；

（2）忠于国家，维护国家的安全、荣誉和利益；

（3）忠于人民，全心全意为人民服务，接受人民监督；

（4）忠于职守，勤勉尽责，服从和执行上级依法作出的决定和命令，按照规定的权限和程序履行职责，努力提高工作质量和效率；

（5）保守国家秘密和工作秘密；

（6）带头践行社会主义核心价值观，坚守法治，遵守纪律，恪守职业道德，模范遵守社会公德、家庭美德；

（7）清正廉洁，公道正派；

（8）法律规定的其他义务

3、公务员义务的注意事项：公务员执行公务时，认为上级的决定或者命令有错误的，可以向上级提出改正或者撤销该决定或者命令的意见；上级不改变该决定或者命令，或者要求立即执行的，公务员应当执行该决定或者命令，执行的后果由上级负责，公务员不承担责任；但是，公务员执行明显违法的决定或者命令的，应当依法承担相应的责任

**二、公务员的权利**

1、概念：是指公务员基于身份和职责，在行使职权、执行公务或者日常工作中依法所享有的能够做出或者不作出一定行为，或要求他人为或不为一定的能力和资格

2、基本内容：获得履行职责应当具有的工作条件；非因法定事由、非经法定程序，不被免职、降职、辞退或者处分；获得工资报酬，享受福利、保险待遇；参加培训；对机关工作和领导人员提出批评和建议；提出申诉和控告；申请辞职；法律规定的其他权利。

3、公务员权利的救济

（1）公务员的申诉：是指公务员对机关做出的涉及本人权益的人事处理决定不服，依法向原处理机关、同级公务员主管部门、作出该人事处理的机关的上一级机关或者监察机关提出重新处理的请求，由受理机关重新进行处理的活动和制度

（2）公务员的控告：是指公务员对机关及其领导人员的失职渎职、打击报复、栽赃陷害、以权谋私以及其他侵害自己合法权益的违法乱纪行为，依法向上级行政机关或者有关的专门机关提出指控，要求其进行处理的活动和制度

## 第三节 公务员的进入与退出机制

1. **公务员的录用**
2. 公务员录用：是指国家机关按照一定条件和程序吸收公民进入公务员系统而使其获得公务员身份的一种人事制度
3. 公务员录用的原则：公平原则、平等原则、竞争原则、择优原则、德才兼备原则
4. 公务员录用的积极条件：具有中华人民共和国国籍；年满十八周岁；拥护中华人民共和国宪法，拥护中国共产党领导和社会主义制度；具有良好的政治素质和道德品行；具有正常履行职责的身体条件和心理素质；具有符合职位要求的文化程度和工作能力；法律规定的其他条件
5. 公务员录用的消极条件：曾因犯罪受发过刑事处罚的；曾被开除公职的；由法律规定不得录用为公务员的其他情形
6. 公务员考试招录的主要环节：发布招考公告、审查报考申请、对审查合格者进行考试、报考资格复审考察、体检、公示拟录用人员名单、审批备案、试用。
7. **公务员的职务任免**
8. **公务员的任职**
9. 概念：是指由任免权的机关根据有关的法律规定和任职条件，在其权限范围内，依照法定的程序任用公务员担任某一职务
10. 世界各国公务员的任职制度主要有：任职制、委任制、聘任制、考任制

（1）任职制：即通过民主选举确定任用对象的方式。（分为直接选任和间接选任两种）

（2）委任制：由任免机关在人民权限范围内直接决定人选后，委派其担任一定职务

（3）聘任制：由用人单位通过契约聘用工作人员

（4）考任制：通过考试来选拔任用对象

3、我国公务员的任职方式主要是选任制和委任制，同时部分职务实行聘任制

4、委任制公务员，应当予以任职的情形

（1）被录用的人员，试用期满合格的

（2）调入的；转换职位任职的

（3）晋升或降低职务的

（4）因其他原因职务发生变化的

5、公务员任职的程序：提名、考察、任命、归档

6、涉及国家秘密的职位不实行聘任制；聘任制采取公开招聘或直接选聘的方法聘任公务员

（1）公开招聘：是指机关向社会公开招聘公务员，参照公务员考试录用的程序来确定聘任人员的方式

（2）直接选聘：是机关直接与符合条件的人员签订聘任合同

7、公务员职位聘任以公开招聘为原则，直接招聘为例外。应签订聘任合同（人事行政合同）。

8、公务员聘任合同的特征：

（1）签订聘任合同的主体是机关与公务员

（2）聘任合同的内容是确定机关与公务员的权利义务

（3）聘任合同采用书面形式

（4）聘任合同的签订与履行须遵循平等自愿、协商一致的原则

9、聘任合同必备内容：合同期限、职位及其职责要求、工资、福利、保险待遇、违约责任等

10、机关根据工作需要，经省级以上公务员主管部门批准，可以对专业性较强的职位和辅助性职位实行聘任制

**（二）公务员的免职**

1、概念：是指有任免权的机关根据有关法律规定的免职条件，在其任免权限范围内，通过法定程序免去公务员担任的某一职务

2、选任制公务员的免除情形：

（1）公务员在任期届满后不再连任

（2）任期内辞职

（3）任期内被罢免/被撤职

3、委任制公务员的免除情形

（1）因转换职位而免除原职务

（2）因晋升或降低职务而免除原职务

（3）离职学习期限超过一年或者因健康原因不能坚持正常工作一年以上

（4）已到退休年龄，主管机关不再留任

（5）因受撤职处分而免除其职务

（6）因其他原因导致职务发生变化

4、公务员免职的程序：由所在单位、上机或其他有权机关提出拟免职的建议；任免机关人事部门对免职事由进行审核；按照管理权限，由任免机关审批；发布免职令，并在一定范围内公布

**三、公务员的退出机制**

**（一）公务员的辞退**

1、概念：是指机关依照法律、法规规定的条件和程序，在法定的管理权限内作出的解除其与公务员之间任用关系的行为

2、公务员应被辞退的情形

（1）在年度考核中，连续两年被确定为不称职的

（2）不胜任现职工作，又不接受其他安排的

（3）因所在机关调整、撤销、合并或者缩减编制员额需要调整工作，本人拒绝合理安排的

（4）不履行公务员义务，不遵守公务员纪律，经教育仍无改变，不适合继续在机关工作，又不宜给予开除处分的

（5）旷工或者因公外出、请假期满无正当理由逾期不归连续超过15天，或者一年内累计超过30天的

3、公务员不得辞退的情形

（1）因工致残，被确认丧失或者部分丧失工作能力的

（2）患病或者负伤，在规定的医疗期内的

（3）女性公务员在孕期、产期、哺乳期内的

（4）法律、行政法规规定的其他不得辞退的情形

**（二）公务员的辞职**

1、公务员辞职分为辞去公职和辞去领导职务

（1）公务员辞去公职：是指公务员依照法律、法规的规定，自愿申请终止其与所人直机关的任用关系；是公务员本人不愿意或不适宜继续在机关工作

（2）公务员辞去领导职务：是指担任领导职务的公务员依照法律、法规的规定，自愿申请辞去或因其他法定事由而被迫辞去所担任的领导职务（因公辞去领导职务、自愿辞去领导职务、引咎辞去领导职务、责令辞去领导职务）

2、公务员不得辞去公职的情形

（1）未满国家规定的最低服务年限的

（2）在涉及国家秘密等特殊职位任职或离开上述职位不满国家规定的脱密期限的

（3）重要公务尚未处理完毕，且须由本人继续处理的

（4）正接受审计、纪律审查或涉嫌犯罪，司法程序尚未终结的

（5）法律、行政法规规定的其他不得辞去公职的情形

**（三）公务员的退休**

1、概念：是指公务员达到一定年龄，工作时间达到一定年限或者丧失工作能力，依据国家规定办理有关手续，离开工作岗位，由国家给予生活保障的行为

2、强制退休：是指公务员在达到国家规定的退休年龄或者完全丧失工作能力时，不论其自愿与否，必须依法办理退休手续，离开原工作岗位

3、自愿退休：是指具备法定退休条件的公务员，根据本人的自愿申请而离开公务员队伍

4、可提前退休的条件

（1）工作年限满30年的

（2）据国家规定的退休年龄不足5年，且工作年限满20年的

（3）符合国家规定的可以提前退休的其他情形的

## 第四节 公务员的激励机制

**一、公务员的物质保障**

**（一）工资**

1、概念：是指国家根据法律规定和按劳分配原则，以货币形式对公务员的劳动所支付的报酬

2、我国公务员实行国家统一的职务与级别相结合的工资制度，工资的内容包括基本工资、津贴、补贴和奖金

**（二）福利**

概念：指按照国家有关法律法规和制度的规定，以政府各种收入（主体是公共财政收入）为资金来源，由政府机关遵循公平原则分配给公务员，除其工资以外的用以满足其某些特定的物质和精神需求，以保证和改善其生活质量并体现其应有社会地位的各种报酬的总称

**（三）保险**

1、概念：是指国家对因生育、年老、疾病、伤残和死亡等原因，暂时或永久丧失劳动能力的公务员给予的物质保障

2、公务员保险主要包括：医疗保险、生育保险、退休保险、失业保险、工伤保险等

**二、公务员的考核**

概念：是主管机关依据有关法律法规的规定，按照管理权限对公务员的思想道德、工作能力、工作态度与工作业绩等进行考察和评价，以此作为对公务员进行奖惩、培训、辞退以及调整职务、级别和工资福利待遇等的依据的制度

1. **公务员的奖励**

概念：是指机关按照法定程序对工作表现突出、有显著成绩和贡献的公务员个体或公务员集体所给予的精神或物质上的利益

1. **公务员的责任**
2. **行政责任**
3. 公务员承担行政责任的方式是行政处分：即公务员主管部门对违反纪律的公务员依法给予的惩戒
4. 公务员处分的条件（同时具备）：有违纪行为存在；违纪行为尚未构成犯罪，或虽构成犯罪，但依法不追究刑事责任；主观上有过错，即违纪行为是出于公务员的故意或过失。（违纪情节轻微且未造成不良后果的，给予批评教育，可免于处分）
5. 公务员处分形式：警告、记过、记大过、降级、撤职、开除
6. 公务员处分的程序：调查、告知、陈述和申辩、作出处分决定，书面通知

**（二）刑事责任**

1、概念：是指公务员因违反刑事法律基于公务员身份所负有的法律义务，而应承担的不利后果

2、以公务员身份为构成要件的犯罪：贪污贿赂犯罪、渎职犯罪、其他具有国家机关工作人员身份才能构成的犯罪

3、以公务员身份为量刑情节的犯罪

**（三）追偿责任**

概念：是指在国家赔偿中，公务员对导致国家赔偿的国家侵权行为有故意、重大过失或其他法律规定的情形，赔偿义务机关在进行赔偿后，责令其承担部分或全部赔偿费用的责任

**（三）问责制度**

**五、公务员的职务升降**

1、公务员职务晋升程序

（1）民主推荐、确定考察对象

（2）组织考察，研究提出任职建议方案，并根据需要在一定范围内进行酝酿；

（3）按照管理权限讨论决定；按照规定履行任职手续

2、公务员降职：指机关降低公务员现任职务级别，它一般同时意味公务员职权职责范围内的缩小和工资、福利等方面待遇相对降低

PS：

1. 公务员定期考核中被确定为不称职的，按照规定程序降低一个职务层次任职。对定期考核不称职的，可以依法申诉。
2. 机关聘任合同的签订不需批准程序仅须报同级主管部门备案
3. 公务员应从轻处分的情形：
4. 主动交代违法违纪行为的
5. 主动采取措施，有效避免或挽回损失的（应减轻处分）
6. 检举他人重大违法违纪行为，情况属实的
7. 公务员可增设《公务员法》明确规定的职位之外的职位类别
8. 公务员只要是不以执行公务为目的，无论以何种名义而为的行为都是个人行为
9. 公务员交流的方式为转任和调任
10. 公务员任职回避的规定

（1）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，不得在同一机关双方直接隶属于同一领导人员的职位或者有直接上下级领导关系的职位工作，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。

（2）公务员不得在其配偶、子女及其配偶经营的企业、营利性组织的行业监管或者主管部门担任领导成员

（3）公务员担任乡级机关、县级机关、设区的市级机关及其有关部门主要领导职务的，应当按照有关规定实行地域回避

8、聘任制公务员因聘任合同发生争议，可向人事争议仲裁委员会申请仲裁

9、内设机构、议事协调机构等，除非由法律、法规或规章明确授权，一般不具有行政主体资格，他们的设立只需所属行政机关同意即可

10、被辞退的公务员，可以领取辞退费或根据国家有关规定享受失业保险

11、国务院设立直属机构无须经全国人大常委会批准

12、公安局可以依法在辖区内设立派出所（派出机构）

13、聘任合同期限为1年至5年。聘任合同可以约定试用期，试用期为1个月至12个月

14、国家对行政机关中初次从事行政处罚决定审核、行政复议、行政裁决、法律顾问的公务员实行统一法律职业资格考试制度，由国务院司法行政部门商有关部门组织实施。

# 第五章 行政行为概述

## 第一节 行政行为的概念与分类

**一、行政行为的概念**

**（一）行政行为的含义**

1、行政行为：是指行政主体及其工作人员或者行政主体委托的制或个人实施的产生行政法律效果的行为

2、行政公务行为：是指行政公务人员代表行政主体行使行政职权和履行行政职责的行为

3、行政公务行为确认的标准：时间要素、名义或标志要素、公益要素、职权职责要素、命令要素

**（二）行政行为的特征**

1、课堂：从属法律性、单方性、强制性、无偿性、服务性

2、书上：公务性、从属法律性、裁量性、权力性

（1）公务性：行政行为是公务行为，是为社会提供“公共物品”，为全体国民提供公共服务的行为；对相对人通常都是无偿的，是非营利目的的

（2）从属法律性：行政行为是执行法律的行为，从而必须依据法律，从属于法律

（3）裁量性：行政行为虽然必须依法而行，必须有法律根据，但法律并未也不可能将行政行为的具体内容都予以严密的规范

（4）权力性：行政行为是行政主体代表国家，以国家名义实施的执法行为。

**二、行政行为的分类**

**（一）行政立法行为、行政执法行为与行政司法行为**

1、分类依据：以行政行为内容是制定普遍性规范、还是执行法律、法规，实施行政管理，或者是裁决争议、解决纠纷为标准

2、行政立法行为：是指行政主体依准立法程序制定行政法规、规章的行为

3、行政执法行为：是指行政主体为执行法律、法规依法定执行程序实施的各种行政管理行为

4、行政司法行为：是指行政主体依准司法程序裁决争议、解决纠纷的各种行为

**（二）抽象行政行为与具体行政行为**

1、分类标准：以行政行为对象是否特定为标准

2、抽象行政行为：是指行政主体针对不特定行政管理对象实施的行政行为。表现为行政立法和行政规范性文件

3、具体行政行为：是指行政主体针对特定行政管理对象实施的行政行为。主要体现为具体行政决定

**（三）羁束行政行为与裁量行政行为**

1、分类标准：以受法律规范拘束的程度为标准

2、羁束行政行为：是指法律规范对其范围、条件、标准、形式、程序等作了较详细、具体、明确规定的行政行为

3、裁量行政行为：是指法律规范仅对行为目的、行为范围等作一原则性规定，而将行为的具体条件、标准、幅度、方式等留给行政机关自行选择、决定的行政行为

**（四）依职权行政行为与应请求行政行为**

1、分类标准：以其启动是否需要行政相对人先行申请为标准

2、依职权行政行为：是指行政主体直接依法律、法规规定的行政职权，而无须以行政相对人先行申请为启动条件而实施的行政行为

3、应请求行政行为：是指行政行为的启动要以行政相对人的申请为前提条件；相对人不提出申请，行政主体即不能实施相应行为

4、某种行政行为是依职权直接实施还是应相对人请求实施，通常都由法律、法规预先规定

**（五）授益行政行为与负担行政行为**

1、分类标准：以其对行政相对人利益的不同影响为标准

2、授益行政行为：是指行政主体依法授予行政相对人权利或免除相对人义务的行为（行政许可、行政给付）

3、负担行政行为：是指行政主体加予行政相对人义务或对相对人给予处罚、制裁的行为

**（六）附款行政行为与无附款行政行为**

1、分类标准：以有无限制条件为标准

2、附款行政行为：是指其效力附有一定条件限制的行政行为。限制条件一般包括时间条件、期限条件、作为条件、不作为条件

3、时间条件包括：始期条件与终期条件

（1）始期条件：是行政主体规定行政相对人只能从某一时间起方能做出某种行为

（2）终期条件：是行政主体规定相对人至某一时间必须终止某种行为

4、期限条件：是行政主体规定相对人只能在某一期限内做出某种行为

5、作为条件：是行政主体规定相对人必须做出某种行为，相应行政行为（如批准、许可、授予、免除等）才能生效

6、不作为条件：是行政主体规定相对人不得做出某种行为，否则相应行政行为即时效。

7、无附款行政行为：是指其效力不负有条件限制的行政行为，即行政主体作出相应行政行为不附加其他条件，相应行政行为只要符合法定标准和要求即生效，并且在行政行为延续过程中，只要行政相对人不违反法定标准、要求，该行政行为即一直有效而不终止

**（七）要式行政行为与非要式行政行为**

1、分类标准：以有无法定形式要求为标准

2、要式行政行为：指法律、法规规定必须以某种方式或形式进行的行政行为

3、非要式行政行为：指法律、法规未规定一定具体方式或形式，而允许行政机关根据情况自行选择适当方式或形式进行的行政行为

4、行政行为还可分为：单方行政行为与双方行政行为、一般行政行为与准行政行为、独立行政行为与附属行政行为、最终行政行为与过程行政行为等。

PS：

1. 依职权行政行为包括：行政处罚、行政征收、行政指导
2. 行政行为法律要素不包括：行政行为必须有法律依据、行政行为必须依法作出、行政行为必须在程序上符合法律并具有法律效力
3. 行政行为的内容：赋予权益或设定义务；剥夺权益或免除义务；确认法律事实或法律地位

## 第二节 行政行为的合法要件

**一、行政行为主体合法**

**（一）行为主体是行政主体**

行政行为必须由行政主体作出，无论是其他国家机关还是社会组织、团体、企事业单位、没有法律、法规、规章的授权，都无权作出行政行为

1. **行政行为的实施者以行政主体的名义实施行政行为**

要确定行政行为的主体合法，首先必须确定行为是否确实为行政主体所为，行为实施者是否根据行政主体指派或委托，代表行政主体，以行政主体名义实施相应行为

1. **合议制机关的行为通过合议程序作出**

合议制机关的行为应通过相应会议的讨论、审议，并且相应会议有法定人数出席，相应决定有法定票数通过

**二、行政行为权限合法**

**（一）行为在行政主体的行政权范围内**

行政行为合法除了要求行为主体必须是行政主体以外，还要求行为必须在行政主体的行政权范围以内

1. **行为不侵越其他行政部门的权限**

行政行为权限合法除了要求行政主体的行为必须属于行政权外，还要求行政主体的行为不超出本部门的职权而侵越其他行政部门的权限

1. **行为不侵越上机行政部门的权限**

行政行为权限合法除了要求行政主体的行为不得“横向越权”外，还要求不得“纵向越权”

1. **行政行为内容合法**
2. **行政行为有事实根据且证据确凿**

行政行为内容合法必须以有事实根据为前提

1. **行政行为正确适用依据**

行政行为的依据包括法律、法规、规章和其他规范性文件

1. 首先是指正确把握法律规范的效力位阶
2. 其次是指正确选择与相应行政行为相适应的法律规范
3. 最后指全面适用法律规范
4. **行政行为合乎立法目的**
5. 行政行为内容合法，除了要求行政行为须有事实根据、证据确凿和正确适用依据外，还要求行政行为须合乎立法目的
6. 行政主体实施行政行为，应是为了实现相应立法所欲达到的目的，而不应以权谋私，通过行政职权的行使去实现自己的某种私利
7. **行政行为程序合法**
8. 行为符合法定方式
9. 行为符合法定步骤、顺序
10. 行为符合法定时限
11. **行政行为的构成**
12. 构成：行政主体享有行政职权，具有行政主体资格；行为主体有行使行政职权的行为；行为产生了法律后果；行为已经作出并为相对人知晓
13. 行政行为的合法条件：行为主体合法、行为权限合法、行为内容合法、行为程序合法、行为形式合法

## 第三节 行政行为的效力

**一、行政行为效力的内容**

行政行为的效力：是指行政行为成立后，对行政相对人，行政主体以及其他组织、个人所具有的法律上的效力，主要包括公定力、确定力、拘束力和执行力

1. **行政行为的公定力**
2. 概念：是指行政行为已经作出，除非有重大、明显的违法情形，即假定其合法有效，任何机关、组织和个人未经法定程序，均不得否定其法律效力
3. 无论国家权力机关还是人民法院，或者上级行政机关，对于未依法定程序撤销（包括废止、宣布无效）的行政行为，都不得否定其效力
4. **行政行为的确定力**
5. 概念：是指行政行为作出后，除非有重大、明显的违法情形，即发生法律效力，行政主体本身非经法定程序不得变更、撤销或废止
6. 行政行为的确定力主要是针对行政主体而言，目的主要在于防止行政主体反复无常，任意变更、撤销、废止其已作出的行政行为，导致对行政相对人权益的损害
7. 行政相对人超过行政复议和行政诉讼期限后，不得对该行为申请行政复议或提起行政诉讼，即使在复议、诉讼期间，相对人非经法定程序，亦不得停止对该行为确定的义务的履行
8. **行政行为的拘束力**
9. 概念：是指行政行为生效后，作为行政相对人的个人、组织都要受爱行为的约束，履行该行为确定的义务，不得作出与该行为相抵触的行为
10. 行政行为的约束力及于行为的直接对象；也及于行政行为非直接对象的个人、组织；不仅及于作为行政相对人的个人、组织，同时及于行政主体本身。
11. **行政行为的执行力**

概念：是指行政行为生效后，行政相对人必须自觉履行相应行为确定的义务，如其拒绝履行或拖延履行，相应行政主体可以依法采取强制措施，强制相对人履行，如果相应行政主体不具有采取某种强制措施的法定权力，该行为主体可以依法申请人民法院强制执行

**二、行政行为的生效**

**（一）一般抽象行政行为的生效**

1、经相应行政机关会议讨论决定

2、经相应行政机关行政首长签署：首长签署是所有抽象行政行为生效的必备要件

3、公开发布：公开发布也是所有抽象行政行为生效的必备要件

4、行为确定的生效日期已到：抽象行政行为一般自公布之日起生效，有的抽象行政行为在公布时确定的生效日期到达时方生效（如自公布之日起30日或60日生效）

**（二）具体行政行为的生效要件**

1、行政主体作出行政决定：是行政主体正式向行政相对人做出的一种产生法律效力的意思表示，是具体行政行为生效的必要要件。（某种特殊情况，行政主体在紧急情况下可以不以事前作出行政决定为其生效要件）

2、行政决定已送达行政相对人：有当面送达、留置送达、邮寄送达、公告送达四种方式。

（1）当面送达：是行政主体将行政决定文书直接送交受送达人（送达场所可以是行政机关所在地，也可以是受送达人住所地或其他场所），由受送达人在送达回证上记明收到的日期，并签名或盖章。

（2）留置送达：是指受送达人或他的同住成年家属拒绝接收行政决定文书，行政主体邀请有关基层组织或所在单位的代表到场，说明情况，在送达回证上记明拒收事由和日期，由送达人、见证人签名或盖章，把行政决定文书留在受送达人的住所，即视为已送达

（3）邮寄送达：是指行政主体向行政相对人直接送达行政决定文书有困难，通过邮局邮寄送达；邮寄送达回执上注明的收件日期为送达日期

（4）公告送达：是指受送达人下落不明，或采用当面送达、留置送达、邮寄送达均无法送达的，行政主体将行政决定有关内容予以公告；公告送达通常确定一个期限，期限一到即视为送达

3、附款行为所附条件成熟：分为附款行为与无附款行为

（1）无附款行为自行政决定送达相对人即生效

（2）附款行为则要待行为所附条件成熟时方生效

4、行政行为不成立的后果:

（1）行政相对人可以不受该行为的约束，行政主体也不能因相对人不履行该行为确定的义务而对相对人采取强制执行措施或给予相对人行政处罚

（2）行政相对人不能对该行为申请行政复议或提起行政诉讼，行政救济主体可不受理相对人就相应行政行为提起的行政救济请求

（3）不具备生效要件或生效要件缺损的行政行为对行政相对人合法权益产生实际不利影响，相对人可以请求行政救济主体确认相应行为无效，并请求赔偿相应行为造成的损失

**三、行政行为的失效**

**（一）行政行为的撤销**

1、行政行为撤销的条件

（1）行政行为合法要件缺损：合法行政行为必须具备四个要件主体合法、权限合法、内容合法、程序合法

（2）行政行为不适当：不适当的行政行为也是可撤销的行政行为；不适当是指相应行为具有不合理、不公正、不符合现行政策、不合时宜、不合乎有关善良风俗习惯等情形

2、行政行为撤销的法律后果：

（1）相应行政行为通常自撤销之日起失去法律效力，撤销之前仍有效；对于为相对人设定义务或对相对人作出不利处理的行政行为，只要相应行为不是相对人过错造成的，撤销的效力应追溯到行政行为作出之日

（2）如果行政行为的撤销时因行政主体过错造成的，且相应行政行为是授益行政行为，撤销的效力可不追溯到行政行为作出之日。但如因社会公益的需要必须使行政行为的撤销效力追溯到行为作出之日，由此给相对人造成的一切实际损失则应由行政主体予以赔偿

（3）如果行政行为的撤销是由行政相对人的过错或行政主体与相对人的共同过错所引起的，那么行政行为撤销的效力应追溯到行为作出之日

**（二）行政行为的废止**

1、行政行为废止的条件

（1）行政行为所依据的法律、法规、规章、政策经有权机关依法修改、废止或撤销，相应行为如继续存在，则与新的法律、法规、规章、政策相抵触

（2）行政行为所依据的客观情况发生重大变化，原行政行为继续存在将不利于或损害国家、社会公共利益

（3）行政行为已完成原定目标、任务，实现了其历史使命，从而没有继续存在的必要，行政行为自然终止。

2、行政行为废止的法律后果

（1）行政行为自废止之日起失效，行政主体在行为废止之前通过相应行为已给予行政相对人的利益、好处不再收回；行政相对人依原行为已履行的义务不能要求行政主体予以赔偿或补偿

（2）行政行为的废止如果是因法律、法规、规章、政策的废、改、撤或客观情况的变化，为了公共利益的需要而实施的，那么对此种废止给行政相对人的合法利益造成的损失，行政主体应予以补偿

**（三）行政行为的无效**

1、视为无效行政行为的情形

（1）行政行为具有特别重大的违法情形

（2）行政行为具有明显的违法情形

（3）行政行为的实施将导致犯罪

（4）没有可能实施的行政行为

（5）行政主体受胁迫作出的行政行为

（6）行政主体不明确或明显超越相应行政主体职权的行政行为

2、行政行为无效的法律后果

（1）行政相对人可不受该行为拘束，不履行该行为确定的任何义务，即具有抵制权，并对此种不履行不承担法律责任

（2）行政相对人可在任何时候请求有权国家机关（行为机关的上级机关、权力机关、人民法院）宣布该行为无效

（3）有权国家机关可在任何时候宣布相应行政行为无效，因为无效行政行为不具有公定力和确定力

（4）行政行为被宣布无效后，行政主体通过相应行为从行政相对人处所获取的一切均应返还相对人；所加予相对人的一切义务均应取消；对相对人所造成的一切实际损失，均应赔偿

# 第六章 行政立法

## 第一节 行政立法概述

**一、行政立法的概念**

1、行政立法：是指国家行政机关依法定权限和法定程序制定行政法规和规则的活动

2、行政立法是从属性立法，而不是制定源法律规范的立法，不是宪法立法权意义上的立法

3、行政立法动态意义：指行政机关制定行政法规和规章的活动

4、行政立法静态意义：指行政机关通过行政立法程序所制定的行政法规和规章

5、行政立法既具有立法的性质，是一种从属性立法行为（准立法行为），又具有行政的性质，是一种抽象行政行为。

6、行政立法的立法性表现：

（1）代表国家，以国家名义制定要求人们遵守的行为规则

（2）行政立法所立之法属于法的范畴，具有法的基本特征，即普遍性、规范性和强制性

（3）行政立法必须遵循准立法程序：必须经过起草、征求社会公众意见、政府或政府部门相应会议审议通过、行政首长签署公布等准立法程序。

7、行政立法的程序：编制立法工作计划、起草、征求和听取意见、审查、决定与公布

**二、行政立法的分类**

**（一）职权立法和授权立法**

1、分类标准：根据其权力的来源不同

2、职权立法：是行政机关直接根据宪法和组织法的授权，为执行相应法律、法规或为形式相应行政管理职权，而进行的行政立法

3、授权立法：是行政机关根据国家权力机关的特别授权，就本应由国家权力机关制定法律或地方性法规的事项而进行的行政立法

**（二）中央行政立法和地方行政立法**

分类标准：依据行使行政立法权主体的不同

**（三）执行性立法和创制性立法**

1、分类标准：依其内容不同为标准

2、执行性立法：立法根据是特定法律、行政法规或上级行政规章，如果没有具体的特定法律文件作为根据，行政机关不能任意进行执行性立法；通常即明确指出该行政立法的具体法律根据

3、创制性立法：是特定法律、法规或权力机关决议的授权；创制性立法所调整的事项应在相应的法律、法规或权力机关决议的授权范围之内

## **第二节 行政立法的效力**

**一、行政立法的效力范围**

**（一）行政立法的空间效力**

国务院的行政法规和国务院规章效力的范围及于全国，而省、自治权、直辖市和设区的市、自治州的人民政府的规章的空间效力一般仅及于相应行政管辖区域

**（二）行政立法对于行政机关的效力**

1、下级行政机关必须执行上级行政机关的法规、规章，不得作出与上级行政立法不同的规定；

2、上级行政机关及行政首长认为下级行政机关的行政立法不妥，应通过法定程序撤销或责令下级行政机关自行撤销。

**（三）行政立法对于其他国家机关的效力**

1、对于行政机关就行政管理发布的行政法规和规则，其他国家机关也有遵守的义务

2、人民代表机关可以根据宪法和法律，撤销违法的行政立法

3、人民法院在行政诉讼中有审查和不适用违法行政规章的权力

**（四）行政立法对于公民、法人和其他组织的效力**

1、行政立法效力范围及于全国公民，而不论其在境内还是在境外；也及于处于本国境内的外国人和无国籍人，但依照国际惯例或法律明确规定不适用的除外

2、就每一个具体的行政法规、规章来说，其效力决定于颁布机关的管辖权限和立法内容

3、任何社会团体和企事业组织，包括外资、合资企业，无论是法人组织还是非法人组织，只要在中国境内，都必须遵守中国的行政立法，行政立法具有普遍的约束力

**二、行政立法的生效与失效**

**（一）行政立法的生效要件**

1、经享有相应行政立法权的行政机关审议通过

2、经行政首长签署

3、公开发布

**（二）行政立法的生效时间**

1、行政立法在公布一段时间后生效（通常自公布之日起30日后）

2、自公布之日起生效

3、原则上不具有溯及力，但为了更好地保护公民、法人和其他组织的权利和利益而作的特别规定除外

**（三）行政立法的失效**

1、授权法规定的授权时效届满

2、新法废除旧法

3、行政立法因规定的社会事实已消灭或效果已完成而失效

4、在法规清理中宣布相关行政法规和规章的废止

5、行政立法被有权机关撤销

**三、对行政立法的监督**

**（一）法律、规章的备案**

1、法规规章应在公布后30日内备案

2、行政法规报全国人大常委会备案

3、部门规章和地方政府规章报国务院备案，地方政府规章应当同时报本级人大常委会备案，省级以下地方政府规章应当同时报省级人大常委会和人民政府备案

4、根据授权指定的法规应当报授权决定的机关备案

**（二）改变或撤销法规、规章的条件**

1、超越权限的

2、下位法违反上位法规定的

3、规章之间对同一事项的规定不一致，经裁决应当改变或撤销一方的规定的

4、规章的规定被认为不适当，应当予以改变或撤销的

5、违背法定程序的

**（三）改变或撤销法规、规章的权限**

1、全国人大常委会有权撤销同宪法和法律相抵触的行政法规

2、国务院有权改变或者撤销不适当的部门规章和地方政府规章

3、地方人大常委会有权撤销本级人民政府制定的不适当规章

4、省级政府有权改变或撤销下一级人民政府制定的不适当规章

5、授权机关有权撤销被授权机关制定的超越授权范围或违背授权目的的法规、规章、必要时还可撤销授权

**（四）对法规、规章进行监督审查的程序**

1、提出审查要求或建议

2、专门委员会和常委会工作机构审查

3、向制定机关提出审查意见、研究意见

4、全国人大常委会委员长会议和常委会会议审议

5、全国人大有关的专门委员会、常委会工作机构对审查、研究情况进行反馈与公开

## 第三节 行政规范性文件

**一、行政规范性文件的含义**

1、行政规范性文件：是指行政法规、规章以外的行政机关发布的规范性文件。

2、行政规范性文件是国家行政机关为执行法律、法规和规章，对社会实施行政管理，依法定权限和法定程序发布的规范公民、法人和其他组织行为的具有普遍约束力的政令

**二、行政规范性文件的种类**

1、享有行政立法权的行政机关发布的

2、不享有行政立法权的国务院的工作机构发布的

3、不享有行政立法权的地方人民政府及其工作部门发布的

**三、行政规范性文件的法律效力**

1、在行政管理领域内

（1）对作为行政相对人的公民、法人和其他组织具有拘束力和执行力

（2）对行政机关本身具有公定力和确定力

（3）行政规范性文件既是行政复议机关审理复议案件的依据，又是行政复议的客体

2、在行政诉讼领域

（1）行政诉讼当事人可以以行政规范性文件作为论证相应具体行政行为违法或合法的根据

（2）公民、法人或者其他组织认为行政行为所依据的行政规范性文件不合法，在对行政行为提起行政诉讼时，可以一并请求对该规范性文件进行审查

（3）人民法院在审理行政案件中，经审查认为合法，可在裁判文书中引用，如认为不合法，则不作为认定行政行为合法的依据，并向制定机关提出处理建议

PS：

1. 行政法规的决定程序依照国务院组织法的有关规定办理
2. 行政法规在公布后的30日内由国务院办公厅报全国人民代表大会常委会备案
3. 行政法规中属于行政工作中具体应用行政法规的问题应由国务院法制办研究回复
4. 地方政府规章的制定权限涉及：指定根据；规定事项
5. 除特殊情况外，规章应当自公布之日起30日后施行
6. 国家机关、社会团体、企业事业组织、公民认为规章同法律、行政法规相抵触的，可以向国务院和省、自治区人民政府书面提出审查的建议

# 第七章 授益行政行为

## 第一节 行政给付

**一、行政给付的概念与特征**

1、概念：系指行政主体根据相对人的申请，依据国家法规，考虑相对人的具体条件，而决定无偿给予一定财务的行政行为

2、特征：财物性、单向性、无偿性、依申请性

**二、行政给付的形式与制度**

**（一）行政保障制度**

行政保障制度包括：发给牺牲、病故的军人、警察以及国家公务人员家属的抚恤金；发给革命残疾军人的抚恤金；发给烈军属、复员退伍军人的生活补助费等；发给退职人员的离退休金；对低于最低生活保障标准的城市居民提供生活保障费等。

**（二）行政救助制度**

1、灾害救济制度：洪涝灾害救济、防震减灾救济、地质灾害救济、森林火灾救济、突发公共卫生事件救济

2、社会救济制度：主要包括对城市生活无着的流浪乞讨人员救助和农村特困户救济

**（三）行政补助制度**

由行政补贴制度、行政助长制度两大类组成，前者包括对不可移动文物保护的补贴，扑救森林火灾人员医疗与抚恤、粮食生产补贴、增加农民收入的补贴、促进就业补贴

**（四）行政奖励制度**

1、概念：指由行政机关对为国家、社会和人民作出突出贡献或者模范遵守法纪的相对人依法给予物质的或精神的奖励的具体行政行为。

2、精神奖励不属于行政给付，物质奖励才属于行政给付

3、我国的行政奖励分为做出贡献类奖励与举报有功类奖励

## 第二节 行政确认

**一、行政确认的概念与特征**

概念：指行政主体依法对行政相对人的法律地位，特定法律关系或有关法律事实进行甄别和确证，并依法定方式予以宣告的行政行为

1. **法律性**
2. 行政确认并不产生、变更或消灭具体法律关系，不像行政处罚、许可、强制、征收等行政行为那样直接创设或改变行政相对人的权利义务状态，而只是对既存法律关系、法律地位、法律事实等进行确认。
3. 实际上，行政确认所确证的是具有法律意义的社会关系和事实，它是由享有行政确认权的行政主体，依照法定权限、程序、标准、形式等作出的行政行为，具有公法效力，是行政相对人据以主张权利、对抗第三人的举出根据
4. **独立性**

行政确认不是其他行为的一个环节或附属的程序行为，而是一种独立的行政行为

1. **复合性**

一个完整的行政确认行为是由确证和对外公示两个环节复合而成的，确证是行政确认的前期环节，对外告示是行政确认的后期环节

1. **多样性**

行政确认在功能、主体、对象、形式等方面表现出多样性

**二、行政确认的分类**

**（一）以是否主动实施为标准**

1、依职权的行政确认：是指行政主体根据法定职权对特定法律关系、法律事实等予以确认的行为

2、应申请的行政确认：是指行政主体回应行政相对人的申请或其他方面的请求对特定法律关系和法律事实等进行确认的行为

**（二）以确认内容为标准**

1、对身份的确认：是指对公民、法人和其他组织在法律关系中的地位的确认

2、对能力的确认：是指对公民、法人和其他组织是否具有从事某种行为的资格或能力的证明

3、对事实的确认：是指对公民、法人和其他组织的实体权利的确认

**（三）以确认形式为标准**

1、认定：是指对行政相对人已有法律地位、权利义务或法定事项是否符合法律要求进行判定和确认

2、证明：是指对法律关系存在状态或法律地位、法律事实的真实性、合法性等进行明确肯定和请确认

3、登记：是指在政府有关登记簿册中记载法定事项，依法明确某种法律事实或确认某种法律关系的存在、变更或消灭，并依法予以正式宣告

4、鉴定：是指对特定的法律事实或客体的性质、状态、质量等进行的客观评价

**三、行政确认的原则**

1、依法确认原则：要求行政主体在法定权限范围内，遵循法定程序，依据法定标准，并以法定形式开展行政确认活动；

2、客观公正原则：是对法律地位、法律事实和法律关系的甄别与证明，需要建立在对确认对象的客观把握基础上，尤其是面对权属争议，权益冲突时，必须坚持实事求是，客观公正地开展行政确认活动，防止行政主体的主观臆断和偏见。

3、行政效率原则;是特定权利义务关系获得权威确证从而取得对世效力的重要手段，也是特定法律事实得以明确从而获得社会公认的重要方式。因此，要遵循行政效率原则，稳定社会关系和公共秩序

**四、行政确认制度**

1、行政确认设定：是指国家机关通过制定法律规范创设行政确认的活动

2、行政确认实施的基本程序：管辖与启动—审查与调查—确认与证明—异议与救济

## 第三节 行政许可

**一、行政许可及立法**

**（一）行政许可的概念与特征**

1、概念：是指行政机关根据公民、法人或者其他组织的申请，经依法审查、准予其从事特定活动的行为

2、行政许可的特征：事先性、赋权性与解禁性、依申请性、法定性。

**（二）行政许可法及立法形式**

1、概念：广义而言，是指由国家制定的用以规范行政许可的设定与实施的法律规范之总和；狭义，就是指2003年的《行政许可法》

2、行政许可立法主要由分散式与集中式；一般来说，集中式的立法比分散式的立法要显得成熟与科学

**（三）行政许可法的立法宗旨与基本原则**

1、立法宗旨：即为了规范行政许可的设定和实施，同时为了实现公民利益与公共利益的统一

2、基本原则：合法原则；公开、公平、公正原则；便民原则；救济原则；信赖保护原则；监督原则

**（四）行政许可的分类**

1、法定分类：普通许可、特许、认可、核准、登记

普通许可：对相对人行使法定权利或从事法律没有禁止但附有条件的活动的准许，即禁止的解除；一般没有数量控制；符合条件即应当予以准许

2、行为许可与资格许可；权利性许可与附义务许可；有数额限制许可与无数额限制许可；长期许可、短期许可与临时许可

**二、行政许可事项及其设定**

行政许可的功能：控制危险、配置资源、提高社会公信力

1. **可以设定行政许可的事项**《行政许可法》第12条
2. 直接涉及国家安全、公共安全、经济宏观调控、生态环境保护以及直接关系人身健康、生命财产安全等特定活动，需要按照法定条件予以批准的事项；
3. 无数量限制；行政机关只审查申请者的申请条件，对符合法定条件者给予许可
4. 必须直接涉及国家安全、公共安全、经济宏观调控、生态环境保护以及直接关系人身健康、生命财产安全等
5. 赋予公民、法人或其他组织从事有限自然资源开发利用、公共资源配置以及直接关系公共利益的特定行业的市场准入等，需要赋予特定权利的事项；
6. 功能在于赋予有限自然资源开发利用、公共资源配置以及直接关系公共利益的特定行业的市场准入等权利
7. 一般有数量控制；具有对价性，相对人被许可获得特定权利后，需支付一定的对价

3、提供公众服务并且直接关系公共利益的职业、行业，需要确定具备特殊信誉、特殊条件或者特殊技能等资格、资质的事项；

4、直接关系公共安全、人身健康、生命财产安全的重要设备、设施、产品、物品，需要按照技术标准、技术规范，通过检验、检测、检疫等方式进行审定的事项；

5、企业或者其他组织的设立等，需要确定主体资格的事项；（主体设立登记或行为登记都属于行政许可，但权属登记与人身关系登记不属于行政许可）

6、法律、行政法规规定可以设定行政许可的其他事项。

**（二）可以不设定行政许可的事项**《行政许可法》第13条

1、公民、法人或者其他组织能够自主决定的；

2、市场竞争机制能够有效调节的；

3、行业组织或者中介机构能够自律管理的；

4、行政机关采用事后监督等其他行政管理方式能够解决的。

**（三）行政许可的设定**

1、概念：是指有权机关在无上位法规定的情况下，为防止公民、法人或其他组织从事某种活动损害公共利益或他人利益，以“立法”形式建立的针对公民、法人或其他组织的活动进行事前抑制的制度

2、基本原则：依法设定原则；公共利益与个人利益协调原则；适度原则

3、法律的设定权：法律可以设定《行政许可法》第12条所列的事项；设定上述事项时，必须以它们无法通过第13条规定的方式加以规范为条件

4、行政法规的设定权：行政法规设定第12条所列的事项，必须符合以下两个条件

（1）通过第13条方式无法规范的

（2）尚未制定法律的

5、地方性法规的设定权：

（1）通过第13条的方式无法规范的；尚未制定法律和行政法规

（2）在内容上，不得设定应当由国家统一确定的公民、法人或其他组织的资格、资质的行政许可；不得设定企业或其他组织的设立登记及其前置性行政许可

（3）在效力上，设定的行政许可，不得限制其他地区的个人或企业到本地区从事生产经营和提供服务，不得限制其他地区的商品进入本地区市场

6、行政许可设定的程序控制机制：听取意见制度；说明理由制度；定期评价制度

**（三）行政许可的规定**

1、行政许可的规定：是指在上位法已经设定行政许可的前提下，在上位法设定的许可范围内作具体化规定的行为

2、行政法规可以在法律设定的行政许可事项范围内，对实施该行政许可作出具体规定；地方性法规可以在法律、行政法规设定的行政许可事项范围内，对实施该行政许可作出具体规定；规章可以在上位法设定的行政许可事项范围内，对实施该行政许可作出具体规定

3、行政许可规定的内容的限制

（1）不得超越设定法所规定的行政许可事项范围

（2）不得改变实施行政许可的机关

（3）不得增设实施行政许可的条件

**三、行政许可的实施机关**

实施行政许可的机关：是指依法具体实施行政许可权的组织，或称实施行政许可的主体

1. **拥有行政许可权的行政机关**
2. 行政许可应当由行政机关实施的原则，必须由国家行政机关依法行使，是为了保证国家公权力的严肃性；
3. 不是任何行政机关都具有实施行政许可的资格，它的权力来自法律、行政法规和地方性法规；临时许可，也可来自国务院决定或省级人民政府规章
4. 行政机关必须在法定职权范围内实施行政许可
5. **法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织**
6. 行政许可应当由行政机关实施，但在得到法律、法规授权的条件下，具有管理公共事务职能的组织也可以实施行政许可
7. 法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织，在法定授权范围内，以自己的名义实施行政许可。被授权的组织适用本法有关行政机关的规定。
8. 主体必须是具有管理公共事务职能的组织
9. 这些组织必须得到法律、法规的授权
10. 被授权的组织以自己的名义实施行政许可
11. 被授权的组织适用《行政许可法》有关行政机关的规定
12. **受委托的行政机关**

1、 行政机关在其法定职权范围内，依照法律、法规、规章的规定，可以委托其他行政机关实施行政许可。委托机关应当将受委托行政机关和受委托实施行政许可的内容予以公告。

2、委托行政机关对受委托行政机关实施行政许可的行为应当负责监督，并对该行为的后果承担法律责任。

3、受委托行政机关在委托范围内，以委托行政机关名义实施行政许可；不得再委托其他组织或者个人实施行政许可。

（1）委托方是依法被设定拥有行政许可权的行政机关，受委托方也是行政机关

（2）委托方的委托行为必须在法定职权范围内进行

（3）委托许可须以法律、法规、规章的规定为前提

（4）受委托许可的机关在委托范围内，以委托行政机关名义实施行政许可，行为效果归属于委托方行政机关

（5）受委托方行政机关应当将委托信息公开并监督受委托机关的许可行为

（6）受委托机关不得再行将许可委托给其他组织或个人

**四、行政许可的一般程序**

**（一）申请**

1、行政相对人从事特定活动，依法需要取得行政许可的，应当向行政许可机关提出申请；申请人除依法应当亲自到行政机关办公场所所提出行政许可申请外，还可以委托代理人提出行政许可申请

2、行政许可申请可以通过信函、电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件等方式提出

3、申请人申请行政许可，应当如实向行政机关提交有关材料和反映真实情况，并对其申请材料的真实性负责；行政机关不得要求申请人提交与其申请的行政许可事项无关的技术资料和其他材料

**（二）受理**

1、申请事项依法不需要取得行政许可的，应当即时告知申请人不受理；

2、申请事项依法不属于本行政机关职权范围的，应当即时作出不予受理的决定，并告知申请人向有关行政机关申请；

3、申请材料存在可以当场更正的错误的，应当允许申请人当场更正；

4、申请材料不齐全或者不符合法定形式的，应当当场或者在5日内一次告知申请人需要补正的全部内容，逾期不告知的，自收到申请材料之日起即为受理；

5、申请事项属于本行政机关职权范围，申请材料齐全、符合法定形式，或者申请人按照本行政机关的要求提交全部补正申请材料的，应当受理行政许可申请。

6、行政机关受理或者不予受理行政许可申请，应当出具加盖本行政机关专用印章和注明日期的书面凭证

**（三）审查**

1、审查申请材料：行政机关应当对申请人提交的申请材料进行审查；对申请人提交的申请材料进行审查把关是行政许可实施机关的法定职责；如果审查错误导致许可决定错误，行政许可机关应当承担相应的责任

（1）形式审查：申请人提交的申请材料齐全、符合法定形式，行政机关能够当场作出决定的，应当当场作出书面的行政许可决定

（2）实质审查：根据法定条件和程序，需要对申请材料的实质内容进行核实的，行政机关应当指派2名以上工作人员进行核查

2、听取申请人、利害关系人的意见：行政机关对行政许可申请进行审查时，发现行政许可事项直接关系他人重大利益的，应当告知该利害关系人；申请人、利害关系人有权进行陈述和申辩。行政机关应当听取申请人、利害关系人的意见

1. **听证会**

必须举行听证会的情形：

1. 法律、法规、规章明文规定应当听证的；行政许可机关举行这类听证会，应当事先向社会公告。
2. 行政许可机关认为需要听证的；行政许可机关举行这类听证会，应当事先向社会公告。
3. 申请人、利害关系人要求听证的
4. 行政许可直接涉及申请人与他人之间重大利益关系的，行政机关在作出行政许可决定前，应当告知申请人、利害关系人享有要求听证的权利；
5. 申请人、利害关系人在被告知听证权利之日起5日内提出听证申请的，行政机关应当在20日内组织听证。
6. 听证的程序：

（1）行政机关应当于举行听证的七日前将举行听证的时间、地点通知申请人、利害关系人，必要时予以公告；

（2）听证应当公开举行；

（3）行政机关应当指定审查该行政许可申请的工作人员以外的人员为听证主持人，申请人、利害关系人认为主持人与该行政许可事项有直接利害关系的，有权申请回避；

（4）举行听证时，审查该行政许可申请的工作人员应当提供审查意见的证据、理由，申请人、利害关系人可以提出证据，并进行申辩和质证；

（5）听证应当制作笔录，听证笔录应当交听证参加人确认无误后签字或者盖章。

（6）行政机关应当根据听证笔录，作出行政许可决定。

**（五）决定**

1、申请人的申请符合法定条件、标准的，行政许可机关应当依法作出准予行政许可的书面决定

2、不符合法定条件、标准的，行政许可机关应当作出不予许可的书面决定

3、依法作出不予行政许可的书面决定的，应当说明理由，并告知申请人享有依法申请行政复议或提起行政诉讼的权利

**（六）期限**

1、能够当场作出许可决定的，就当场作出许可决定

2、不能当场作出许可决定的，应当自受理行政许可申请之日起20日内作出行政许可决定。20日内不能作出决定的，经本行政机关负责人批准，可以延长10日，并应当将延长期限的理由告知申请人。但是，法律、法规另有规定的，依照其规定。

3、对于统一办理或者联合办理、集中办理的，办理的时间不得超过45日；45日内不能办结的，经本级人民政府负责人批准，可以延长15日，并应当将延长期限的理由告知申请人。

4、依法应当先经下级行政机关审查后报上级行政机关决定的行政许可，下级行政机关应当自其受理行政许可申请之日20日内审查完毕。但是，法律、法规另有规定的，依照其规定。

5、行政机关作出准予行政许可的决定，应当自作出决定之日起10日内向申请人颁发、送达行政许可证件，或者加贴标签、加盖检验、检测、检疫印章

6、行政机关作出行政许可决定，依法需要听证、招标、拍卖、检验、检测、检疫、鉴定和专家评审的，所需时间不计算在本节规定的期限内。行政机关应当将所需时间书面告知申请人。

**五、行政许可的特别程序**

**（一）对特许程序的特别规定**

1、特许：是指行政机关代表国家向申请人转让原本属于国家的资源或专营权的许可行为；关系到有限资源的开发利用、公共资源的配置以及直接关系公共利益的特定行业的市场准入等权利

（1）有限资源的开发利用：是指对包括土地、森林、草原、水流、矿产、海域等在内的自然资源的开发利用

（2）公共资源的配置：是指对公共运输线路和电信资源等有限公共资源的配置

（3）直接关系公共利益的特定行业的市场准入：指企业被许可进入电力、铁路、民航、通信、石油、烟草等行业从事相关经营活动

2、行政机关应当通过招标、拍卖等公平竞争的方式作出决定。但是，法律、行政法规另有规定的，依照其规定。

3、行政机关通过招标、拍卖等方式作出行政许可决定的具体程序，依照有关法律、行政法规的规定。

4、行政机关按招标、拍卖程序确定中标人、买受人后，应当作出准予行政许可的决定，并依法向中标人、买受人颁发行政许可证件。

5、行政机关违反本条规定，不采用招标、拍卖方式，或者违反招标、拍卖程序，损害申请人合法权益的，申请人可以依法申请行政复议或者提起行政诉讼。

**（二）对认可程序的特别规定**

1、认可：是指行政机关赋予公民特定资格、赋予法人或其他组织特定资格、资质的行政许可

2、依法应当举行国家考试的，行政机关根据考试成绩和其他法定条件作出行政许可决定；

3、赋予法人或者其他组织特定的资格、资质的，行政机关根据申请人的专业人员构成、技术条件、经营业绩和管理水平等的考核结果作出行政许可决定。但是，法律、行政法规另有规定的，依照其规定。

4、公民特定资格的考试依法由行政机关或者行业组织实施，公开举行。行政机关或者行业组织应当事先公布资格考试的报名条件、报考办法、考试科目以及考试大纲。但是，不得组织强制性的资格考试的考前培训，不得指定教材或者其他助考材料。

**（三）对核准程序的特别规定**

1、核准：是指行政机关对某种物品是否达到特定技术标准、经济技术规范的判断、确定

2、对于直接关系公共安全、人身健康、生命财产安全的重要设备、设施、产品、物品；应当按照技术标准、技术规范依法进行检验、检测、检疫，行政机关根据检验、检测、检疫的结果作出行政许可决定。

3、行政机关实施检验、检测、检疫，应当自受理申请之日起5日内指派2名以上工作人员按照技术标准、技术规范进行检验、检测、检疫。不需要对检验、检测、检疫结果作进一步技术分析即可认定设备、设施、产品、物品是否符合技术标准、技术规范的，行政机关应当当场作出行政许可决定。

4、行政机关根据检验、检测、检疫结果，作出不予行政许可决定的，应当书面说明不予行政许可所依据的技术标准、技术规范。

**（四）对登记程序的特别规定**

1、登记：是指由行政机关确立个人、企业或其他组织的特定主体资格的行为

2、未经登记从事涉及公众利益的经济、社会活动是非法的；对申请材料只做形式审查，通常当场作出是否准予登记的决定；没有数量限制；没有自由裁量权

3、申请人提交的申请材料齐全、符合法定形式的，行政机关应当当场予以登记。需要对申请材料的实质内容进行核实的，应指派2名以上工作人员进行核查

**（五）对有数量限制许可程序的特别规定**

1、对于有限资源的开发利用、公共资源的配置以及直接关系公共利益的特定行业的市场准入方面的许可，属于有数量限制的许可

2、有数量限制的行政许可，两个或者两个以上申请人的申请均符合法定条件、标准的，行政机关应当根据受理行政许可申请的先后顺序作出准予行政许可的决定。但是，法律、行政法规另有规定的，依照其规定。

**六、行政许可的其他规定**

**（一）行政许可的变更与撤回**

1、行政许可所依据的法律、法规、规章修改或废止，或者准予行政许可所依据的客观情况发生重大变化的，为了公共利益的需要，行政机关可以依法变更或者撤回已经生效的行政许可。由此给公民、法人或者其他组织造成财产损失的，行政机关应当依法给予补偿。

（1）变更：是指对已经生效的行政许可内容的改变

（2）撤回：是指提前收回已经生效的行政许可

2、行政许可变更与撤回的特点

（1）以行政许可所依据的法律、法规、规章修改或废止，或准予行政许可所依据的客观情况发生重大变化为前提

（2）以符合公共利益的需要为标准，即变更与撤回的方向与成都必须符合公共利益的需要

（3）以事后补偿为原则

**（二）行政许可的撤销与注销**

1、行政许可的撤销：是指行政许可机关违法作出许可决定或被许可人以不正当手段取得行政许可的，行政许可机关或其上级机关，根据利害关系人的请求或依据职权，依法取消行政许可的法律制度

2、行政许可撤销的特点；

（1）以行政许可机关违法许可或被许可人违法取得许可为前提：行政机关工作人员滥用职权、玩忽职守作出准予行政许可决定的；超越法定职权作出准予行政许可决定的；违反法定程序作出准予行政许可决定的；对不具备申请资格或者不符合法定条件的申请人准予行政许可的；依法可以撤销行政许可的其他情形。被许可人以欺骗、贿赂等不正当手段取得行政许可的

（2）以行政许可机关或上级行政机关为撤销机关

（3）以利害关系人的请求或依据职权来启动撤销程序

（4）撤销行政许可，该行为自始无效

（5）撤销行政许可所引起的被许可人利益的损害，视不同情况分别处理。对于公共利益造成重大损害的，不予撤销行政许可

3、行政许可的注销：指有关行政机关针对各种效力已消灭的行政许可进行登记，以确认其往后不再具有许可效力的法律制度。属于行政确认。

4、行政许可注销的情形：行政许可有效期届满未延续的；赋予公民特定资格的行政许可，该公民死亡或者丧失行为能力的；法人或者其他组织依法终止的；行政许可依法被撤销、撤回，或者行政许可证件依法被吊销的；因不可抗力导致行政许可事项无法实施的；法律、法规规定的应当注销行政许可的其他情形。

**（三）行政许可的撤回、撤销、注销与吊销**

1、行政许可的撤回：是指行政许可机关在行政许可所依据的法律、法规、规章修改或废止，或准予行政许可所依据的客观情况发生重大变化的前提下，出于公共利益的需要，提前收回行政许可，并对被许可人依法补偿的行政征收行为

2、行政许可的撤销：是指行政许可机关违法作出许可决定或被许可人以不正当手段取得行政许可的，行政许可机关或其上级行政机关，根据利害关系人的请求或依据职权，依法取消行政许可，使其自始就不发生法律效力的行政行为

3、行政许可的注销：是指有关行政登记机关，针对各种效力已消灭的行政许可，依法取消其行政许可，使其往后不再具有效力的行政处罚行为

4、行政许可的吊销：是指行政处罚机关针对相对人违法从事被许可的行为，依法取消其行政许可，使其往后不再具有效力的行政处罚行为

# 第八章 负担行政行为

## 第一节 行政处罚

**一、行政处罚的概念与特征**

1、概念：是指行政机关依法对违反行政管理秩序的公民、法人或其他组织，以减损权益或增加义务的方式予以惩戒的行为；行政处罚的定义明确了行政处罚方式即：减损权益或者增加义务

2、特征：处罚主体法定、处罚对象特定、处罚内容为减损权益或增加义务、处罚性质是制裁

**二、行政处罚的原则**

1、处罚法定原则

2、处罚公正、公开原则

3、过罚相当原则

4、处罚与教育相结合的原则

5、保障相对人权利的原则

6、处罚不能替代原则

**三、行政处罚的种类和设定**

**（一）行政处罚的学理分类：**

申诫罚、财产罚、行为罚、人身罚、能力罚

1. **《行政处罚法》的规定**
2. 警告、通报批评
3. 罚款、没收
4. 暂扣许可证、降低资质等级、吊销许可证、执照
5. 责令停产停业限制开展生产经营活动、责令关闭、限制从业
6. 行政拘留
7. 法律、行政法规规定的其他种类的行政处罚

**四、行政处罚的设定**

1、法律的设定权

2、行政法规的设定权

（1）法律对违法行为已经做出行政处罚规定，行政法规需要作出具体规定的，必须在法律规定的给予行政处罚的行为、种类和幅度的范围内规定

（2）法律对违法行为未作出行政处罚规定、行政法规为实施法律，可以补充设定行政处罚；拟补充设定行政处罚的，应当通过听证会、论证会等形式广泛听取意见，并向制定机关作出书面说明，行政法规报送备案时，应当说明补充设定行政处罚的情况

3、地方性法规的设定权：

（1）法律、行政法规对违法行为已经做出行政处罚规定，地方性法规需要作出具体规定的，必须在法律、行政法规规定的给予行政处罚的行为、种类和幅度的范围内规定

（2）法律、行政法规对违法行为未作出行政处罚规定，地方性法规为实施法律、行政法规，可以补充设定行政处罚，拟补充设定行政处罚的，应当通过听证会、论证会等形式广泛听取意见，并向制定机关作出书面说明，地方性法规报送备案时，应当说明补充设定行政处罚的情况

4、规章的设定权

（1）尚未制定法律、行政法规的，国务院部门规章对违反行政管理秩序的行为，可以设定警告、通报批评或一定数额罚款的行政处罚，罚款的限额由国务院规定

（2）地方政府规章可以在法律、法规规定的给予行政处罚的行为、种类和幅度的范围内作出具体规定

（3）尚未制定法律、法规的，地方政府规章对违反行政管理秩序的行为，可以设定警告、通报批评或一定数额罚款的行政处罚。罚款的限额由省、自治区、直辖市人民常委会规定

（4）国务院部门和省、自治区、直辖市人民政府及其有关部门应当定期组织评估行政处罚的实施情况和必要性，对不适当的行政处罚事项及种类，罚款数额等，应当提出修改或废止的建议

**五、行政处罚的实施机关和处罚**

**（一）行政处罚的实施机关**

1、概念：只根据有关法律的规定，具有行政处罚权并行使行政处罚权的行政机关及法定组织

2、具有行政处罚权的行政机关：具有行政处罚权的行政机关；经特别决定而获得处罚权的行政机关

3、法律、法规授权实施行政处罚的组织

4、行政处罚委托

（1）行政机关依照法律、法规、规章的规定，可以在其法定权限内书面委托符合本法第二十一条规定条件的组织实施行政处罚。行政机关不得委托其他组织或者个人实施行政处罚。

（2）委托书应当载明委托的具体事项、权限、期限等内容。委托行政机关和受委托组织应当将委托书向社会公布。

（3）委托行政机关对受委托组织实施行政处罚的行为应当负责监督，并对该行为的后果承担法律责任。

（4）受委托组织在委托范围内，以委托行政机关名义实施行政处罚；不得再委托其他组织或者个人实施行政处罚。

**（二）相对集中行政处罚权**

1、指国务院或经国务院授权的省级人民政府决定一个行政机关行使有关行政机关行政处罚权的制度

2、国家在城市管理、市场监管、生态环境、文化市场、交通运输、应急管理、农业等领域推行建立综合行政执法制度，相对集中行政处罚权

**（三）行政处罚的管辖**

1、概念：是指行政处罚的实施机关之间对行政违法案件实施行政处罚的权限分工

2、职能管辖：具有行政处罚权的行政机关管辖原则：它表明对行政处罚实施管辖的行政机关，必须是违法行为发生地的县级以上行政机关，该行政机关又必须具有行政处罚职能

3、级别管辖：行政处罚由县级以上地方人民政府具有行政处罚权的行政机关管辖

4、地域管辖：行政处罚由违法行为发生地的行政机关管辖

（1）省、自治区、直辖市根据当地实际情况，可以决定将基层管理迫切需要的县级人民政府部门的行政处罚权交由能够有效承接的乡镇人民政府、街道办事处行使，并定期组织评估。决定应当公布。

（2）承接行政处罚权的乡镇人民政府、街道办事处应当加强执法能力建设，按照规定范围、依照法定程序实施行政处罚。

（3）有关地方人民政府及其部门应当加强组织协调、业务指导、执法监督，建立健全行政处罚协调配合机制，完善评议、考核制度。

5、裁定管辖：两个以上行政机关都有管辖权的，由最先立案的行政机关管辖。对管辖发生争议的，应当协商解决，协商不成的，报请共同的上一级行政机关指定管辖；也可以直接由共同的上一级行政机关指定管辖。

**（四）行政处罚的适用**

1、行政处罚适用的原则：

（1）处罚与责令改正相结合的原则：行政机关实施行政处罚时，应当责令当事人改正或者限期改正违法行为；当事人有违法所得，除依法应当退赔的外，应当予以没收

（2）一事不得再罚款原则：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；同一个违法行为违反多个法律规范应当给予罚款处罚的，按照罚款数额高的规定处罚

（3）罚刑合并原则：违法行为涉嫌犯罪的，行政机关应当及时将案件移送司法机关，依法追究刑事责任。对依法不需要追究刑事责任或者免予刑事处罚，但应当给予行政处罚的，司法机关应当及时将案件移送有关行政机关。行政处罚实施机关与司法机关之间应当加强协调配合，建立健全案件移送制度，加强证据材料移交、接收衔接，完善案件处理信息通报机制

（4）处罚协助：行政机关因实施行政处罚的需要，可以向有关机关提出协助请求。协助事项属于被请求机关职权范围内的，应当依法予以协助

**（五）行政处罚的适用情节**

1、不予处罚的情节：

（1）不满14周岁的未成年人有违法行为的；

（2）精神病人、智力残疾人在不能辨认或者不能控制自己行为时有违法行为的；

（3）违法行为轻微并及时改正，没有造成危害后果的。

2、从轻、减轻处罚情节

（1）主动消除或者减轻违法行为危害后果的；

（2）受他人胁迫或者诱骗实施违法行为的；

（3）主动供述行政机关尚未掌握的违法行为的；

（4）配合行政机关查处违法行为有立功表现的；

（5）法律、法规、规章规定其他应当从轻或者减轻行政处罚的

3、特殊规定：

（1）当事人有证据足以证明没有主观过错的，不予行政处罚。法律、行政法规另有规定的，从其规定

（2）对当事人的违法行为依法不予行政处罚的，行政机关应当对当事人进行教育

（3）行政机关可以依法制定行政处罚裁量基准，规范行使行政处罚裁量权；行政处罚裁量基准应当向社会公布

4、从重处罚情节

**（六）时效制度**

1、违法行为在2年内未被发现的，不再给予行政处罚；涉及公民生命健康安全、金融安全且有危害后果的，上述期限延长至5年。法律另有规定的除外。

2、时效计算：从违法行为发生之日起计算；违法行为有连续或者继续状态的，从行为终了之日起计算。

3、实施行政处罚，适用违法行为发生时的法律、法规、规章的规定。但是，作出行政处罚决定时，法律、法规、规章已被修改或者废止，且新的规定处罚较轻或者不认为是违法的，适用新的规定。

**（七）处罚无效**

1、行政处罚没有依据或者实施主体不具有行政主体资格的，行政处罚无效

2、违反法定程序构成重大且明显违法的，行政处罚无效

**六、行政处罚的程序**

概念：指享有行政处罚权和执行权的机关或组织作出行政处罚决定，对行政违法行为人实施行政处罚的具体方式、方法和步骤

**（一）公示制度**

行政处罚的实施机关、立案依据、实施程序和救济渠道等信息应当公示

**（二）证据规则**

1、公民、法人或者其他组织违反行政管理秩序的行为，依法应当给予行政处罚的，行政机关必须查明事实；违法事实不清、证据不足的，不得给予行政处罚

2、行政机关依照法律、行政法规规定利用电子技术监控设备收集、固定违法事实的，应当经过法制和技术审核，确保电子技术监控设备符合标准、设置合理、标志明显，设置地点应当向社会公布

3、电子技术监控设备记录违法事实应当真实、清晰、完整、准确。行政机关应当审核记录内容是否符合要求；未经审核或者经审核不符合要求的，不得作为行政处罚的证据

4、行政机关应当及时告知当事人违法事实，并采取信息化手段或者其他措施，为当事人查询、陈述和申辩提供便利。不得限制或者变相限制当事人享有的陈述权、申辩权

**（三）回避制度**

1、执法人员与案件有直接利害关系或者有其他关系可能影响公正执法的，应当回避。

2、当事人认为执法人员与案件有直接利害关系或者有其他关系可能影响公正执法的，有权申请回避。

3、当事人提出回避申请的，行政机关应当依法审查，由行政机关负责人决定。决定作出之前，不停止调查。

**（四）告知制度**

1、行政机关在作出行政处罚决定之前，应当告知当事人拟作出的行政处罚内容及事实、理由、依据，并告知当事人依法享有的陈述、申辩、要求听证等权利

2、当事人有权进行陈述和申辩。行政机关必须充分听取当事人的意见，对当事人提出的事实、理由和证据，应当进行复核；当事人提出的事实、理由或者证据成立的，行政机关应当采纳

3、行政机关不得因当事人陈述、申辩而给予更重的处罚

**（五）证据制度**

1、证据包含：书证；物证；视听资料；电子数据；证人证言；当事人的陈述；鉴定意见；勘验笔录、现场笔录

2、证据规则：证据必须经查证属实，方可作为认定案件事实的根据；以非法手段取得的证据，不得作为认定案件事实的根据；行政机关应当依法以文字、音像等形式，对行政处罚的启动、调查取证、审核、决定、送达、执行等进行全过程记录，归档保存

**（六）处罚决定公开、保密、突发事件的从快、从重处罚**

**（七）简易程序**

1、 违法事实确凿并有法定依据，对公民处以200元以下、对法人或者其他组织处以3000元以下罚款或者警告的行政处罚的，可以当场作出行政处罚决定。法律另有规定的，从其规定

2、执法人员当场作出行政处罚决定的，应当向当事人出示执法证件，填写预定格式、编有号码的行政处罚决定书，并当场交付当事人；当事人拒绝签收的，应当在行政处罚决定书上注明

**（八）一般程序**

1、在行政机关负责人作出行政处罚的决定之前，应当由从事行政处罚决定法制审核的人员进行法制审核；未经法制审核或者审核未通过的，不得作出决定：

（1）涉及重大公共利益的；

（2）直接关系当事人或者第三人重大权益，经过听证程序的；

（3）案件情况疑难复杂、涉及多个法律关系的；

（4）法律、法规规定应当进行法制审核的其他情形。

2、行政机关中初次从事行政处罚决定法制审核的人员，应当通过国家统一法律职业资格考试取得法律职业资格

**（九）听证程序**

1、概念：听证是指行政机关公开举行由全部利害关系人参加的，正式听取相对人的陈述、申辩、接受相对人对行政机关手机的证据的质证的程序活动

2、听证程序的适用条件：较大数额罚款；没收较大数额违法所得、没收较大价值非法财物；降低资质等级、吊销许可证件；责令停产停业、责令关闭、限制从业；其他较重的行政处罚；法律、法规、规章规定的其他情形

3、听证的程序：

（1）当事人要求听证的，应当在行政机关告知后五日内提出；

（2）行政机关应当在举行听证的七日前，通知当事人及有关人员听证的时间、地点；

（3）除涉及国家秘密、商业秘密或者个人隐私依法予以保密外，听证公开举行；

（4）听证由行政机关指定的非本案调查人员主持；当事人认为主持人与本案有直接利害关系的，有权申请回避；

（5）当事人可以亲自参加听证，也可以委托一至二人代理；

（6）当事人及其代理人无正当理由拒不出席听证或者未经许可中途退出听证的，视为放弃听证权利，行政机关终止听证；

（7）举行听证时，调查人员提出当事人违法的事实、证据和行政处罚建议，当事人进行申辩和质证；

（8）听证应当制作笔录。笔录应当交当事人或者其代理人核对无误后签字或者盖章。当事人或者其代理人拒绝签字或者盖章的，由听证主持人在笔录中注明

4、听证的效力：听证结束后，行政机关应当根据听证笔录，依照本法第57条的规定，作出决定。

**（十）行政处罚的执行程序**

1、复议、诉讼不停止处罚的执行

2、罚缴分离、强制执行

3、当场收缴罚款、缓缴、分期

## 第二节 行政征收与行政征用

**一、行政征收**

**（一）行政征收的概念与特征**

1、概念：行政征收是行政决定的形态之一，也是一种独立的行政行为；是指行政主体依法向行政相对人强制性地收取税费或私有财产的行政行为

2、行政征收的特征：处分性、强制性、非对价性、法定性

**（二）行政征收的种类与基本制度**

1、土地征收

2、房屋征收：是指国有土地上的房屋征收，集体所有土地上的房屋征收，是作为被征收土地附属物按照土地征收程序处理的

3、财产征收：指针对土地和房屋以外的集体财产和个人财产的征收（包括对企业的征收）

4、税的征收：是国家税收机关凭借其行政权力，依法强制无偿取得财政收入的一种手段

5、费的征收：即各种社会费用，是一定行政机关凭借国家行政权所确立的地位，为行政相对人提供一定的公益服务，或授予国家资源和资金的使用权而收取的对价

**二、行政征用**

**（一）行政征用的概念与特征**

1、行政征用：是行政决定的形态之一，是一种独立的行政行为；是指行政主体根据法律规定，出于公共利益的需要，强制性地使用相对人的财产并给予补偿的行政行为

2、特征：非处分性和限制性、强制性补偿性、法定性、应急性

**（二）行政征用与行政征收的比较**

1、行政征用和行政征收都具有强制性和法定性；都由行政主体依据法律单方作出，无须相对人的统一，均由法律直接设定征收或征用项目

2、处分所有权与限制使用权不同

3、补偿原则不同：在行政征收中，征税与征费不发生补偿问题，对其他财产权的征收以补偿为条件；对行政征用来说，完全适用补偿原则，均以补偿为条件

4、是否具有应急性不同

**（三）行政征用的种类和基本制度**

1、对交通工具与通信设备的征用

2、对房屋、场地与设施的征用

3、对劳力的征用

4、对其他财产的征用

**三、行政征收与征用的基本原则**

1、法定原则：

（1）行政征收和征用必须由全国人大及其常委会制定的法律直接设定，法律以下的法规和规章不得直接设定行政征收与征用制度

（2）行政征收和征用的主体、范围、程序还都符合法律规定

2、公益原则、补偿原则

3、合理原则

（1）坚持比例原则：是指行政主体在实施行政征收和征用中，要以相对人财产所受最小损失来实现行政征收和征用所期望达到的目标

（2）坚持平等原则：是指行政主体在实施行政征收和征用中，针对相对人权利损失的补偿要坚持同等情况同等标准

（3）坚持正当原则：是指行政主体在实施行政征收、征用中，应由正当的理由，不允许存在随意性

## 第三节 行政强制

行政强制：是指行政机关为了实现行政目的，对相对人的人身、财产和行为采取的强制性措施；包括行政强制措施和行政强制执行。

**一、行政强制措施**

**（一）行政强制措施的概念和特征**

1、概念：是指行政机关在行政管理过程中，为制止违法行为、防止证据损毁、避免危害发生、控制危险扩大等情形，依法对公民的人身自由实施暂时性限制，或者对公民、法人或者其他组织的财物实施暂时性控制的行为

2、法律特征：是一种限权性行为、一种暂时性行为、一种可复原性行为，一种从属性行为

**（二）行政强制措施的种类和方式**

行政强制措施的种类：限制公民人身自由；查封场所、设施或者财物；扣押财物；冻结存款、汇款；其他行政强制措施。

1. **行政强制措施的设定**
2. 法律对行政强制措施的设定
3. 行政强制措施由法律设定

（2）行政法规和地方性法规也可设定行政强制措施，但必须是尚未制定法律或行政法规，并且分别属于国务院行政管理职权实现的或属于地方性事务，而且对专属法律设定事项不得设定

（3）法律、法规以外的其他规范性文件不得设定行政强制措施

2、行政法规对行政强制措施的设定

（1）行政法规有权设定

（2）条件限制：尚未制定法律，且属于国务院行政管理职权实现的；除法定强制措施和应当由法律规定的行政强制措施以外的其他行政强制措施

3、地方性法规对行政强制措施的设定

（1）地方性法规可以设定查封和扣押两项措施

（2）法律中未设定行政强制措施时，地方性法规不得设定行政强制措施

4、法律、法规以外的其他规范性文件不得设定行政强制措施

**（四）行政强制措施的主体**

1、法律和法规直接设定的行政机关

2、法律和行政法规授权的组织

3、行政强制措施禁止委托原则

**（五）行政强制措施的程序**

1、行政机关实施行政强制措施应当遵守下列规定：

（1）实施前须向行政机关负责人报告并经批准；

（2）由2名以上行政执法人员实施；

（3）出示执法身份证件；通知当事人到场；

（4）当场告知当事人采取行政强制措施的理由、依据以及当事人依法享有的权利、救济途径；

（5）听取当事人的陈述和申辩；制作现场笔录；

（6）现场笔录由当事人和行政执法人员签名或者盖章，当事人拒绝的，在笔录中予以注明；

（7）当事人不到场的，邀请见证人到场，由见证人和行政执法人员在现场笔录上签名或者盖章；

（8）法律、法规规定的其他程序。

2、现场笔录主要指对实施该行政强制措施的过程记录：送达有关行政强制措施的行政决定及签收情况；告知当事人有关权利和方式认主张权益的情况；行政强制措施的实施情况

3、限制人身自由措施的执行程序

（1）当场告知或者实施行政强制措施后立即通知当事人家属实施行政强制措施的行政机关、地点和期限；

（2）在紧急情况下当场实施行政强制措施的，在返回行政机关后，立即向行政机关负责人报告并补办批准手续；

（3）法律规定的其他程序。

（4）实施限制人身自由的行政强制措施不得超过法定期限。实施行政强制措施的目的已经达到或者条件已经消失，应当立即解除。

4、查封扣押措施的程序

（1）关于查封、扣押的对象范围：涉案原则、生活保障原则、第三人权益保障原则、禁止重复查封原则

（2）关于查封扣押的实施程序：行政机关决定实施查封、扣押的，应当制作并当场交付查封、扣押决定书和清单

（3）关于查封扣押的期限：查封、扣押的期限不得超过30日；情况复杂的，经行政机关负责人批准，可以延长，但是延长期限不得超过30日。法律、行政法规另有规定的除外

（4）关于查封、扣押期间的保管和费用：由行政机关保管并承担保管费用

5、冻结措施的执行程序：

（1）相当性原则、禁止重复冻结原则

（2）向金融机构交付冻结通知书；向当事人交付冻结决定书

（3）金融机构协助冻结；冻结期限为30日，延长期限不得超过30日，法律另有规定的除外

（4）冻结的处理和解除：在冻结期限内，行政机关应当作出处理决定或作出解除冻结决定；逾期不接触的，金融机构应当自冻结期满之日起解除冻结

**二、行政强制执行**

**（一）行政强制执行的概念与特征**

1、概念：是指行政机关或者行政机关申请人民法院，对不履行行政决定的公民、法人或者其他组织，依法强制履行义务的行为

2、法律特征：

（1）在主体上，行政强制执行是由国家行政机关或人民法院实施的一种强制行为

（2）在客体上，是有权机关对行政决定的执行

（3）从行为的过程行考察，行政强制执行不是一个暂时性的中间行为，而是一个最终封闭的行为

**（二）行政强制执行的方式**

1、行政机关的方式：加处罚款或滞纳金；划拨存款汇款；拍卖或依法处理查封、扣押的场所设施或财物；排除妨碍、恢复原状；代履行；其他强制执行方式

2、人民法院的强制执行方式：划拨、变价、收入提取；拍卖、变卖；强制交付；迁出房屋；退出土地；代履行；加倍罚息；支付迟延履行金。辅助措施：财产报告、查询、查封、扣押、冻结、搜查、限制出境、在征信系统记录，通过媒体公布不履行义务信息、限制高额消费、法律规定其他措施

**（三）行政强制执行的设定**

1、行政强制执行的设定：指国家立法机关通过法律形式直接赋予有关主体拥有行政强制执行权的立法活动和法律制度

2、重点解决问题：

（1）行政机关还是人民法院行使行政强制执行权

（2）拥有的强制执行权是直接强制执行还是间接强制执行，对人身权的执行还是对财产权的执行

**（四）行政强制执行的主体**

1、行政强制执行体制：执行模式包括单轨制和双轨制

（1）单轨制：行政强制执行权设置给行政机关或司法机关，两者不共享执行权

（2）双轨制：行政强制执行的主体被设有两类，强制执行权由行政机关和司法机关共享

2、执行主体：行政机关（县市人民政府）

（1）行政强制执行只能由法律设定，行政法规、地方性法规和规章等均不得设定行政强制执行

（2）任何对权利的设定，自然包括对权力主体的设定；我国强制执行的主体必须在法律的直接授权下，方可成为主体

3、执行主体：人民法院：在人民法院执行为原则，行政机关执行为例外

（1）最高人民法院和地方各级人民法院具有审理行政案件的职责，同样也具有非诉行政执行，专门法院不具备

（2）非诉行政案件的审理和执行，由行政审判庭承担

**（五）行政强制执行的程序**

1、行政机关实施强制执行程序

（1）条件：当事人负有行政法上义务；该义务已由行政基础决定所确定；当事人逾期不履行该义务；当事人无正当理由履行该义务

（2）基本程序环节：催告和送达；陈述和申辩；记录、复核、处理；强制执行决定；强制执行决定的送达；实施行政强制执行

**三、行政强制措施与行政强制执行的区分标准**

1、行政强制执行，无论是行政机关自身的强制执行，还是行政机关申请人民法院的强制执行，都以当事人在规定期限内不履行行政决定为前提，本质上是行政执行机关（行政机关或人民法院）强制当事人履行义务的行为

2、行政强制措施与行政强制执行的分界标准应当从所履行的“义务性性质”入手

3、针对当事人负有不作为和容忍义务的强制行为，属于行政强制措施；针对当事人负有作为义务的强制行为，属于行政强制执行（是最为关键的内质层次的区分标准）

4、外在标准：

（1）行政强制措施以对行政秩序的保障性为重点功能，行政强制执行以对行业已存在并已生效的实体性、基础性行政决定的执行为主要任务；

（2）行政强制措施具有暂时性、可复原性，属于中间行为；行政强制执行属于最终行为

# 第九章 行政机关的其他行为

## 第一节 行政规划

**一、行政规划的概念与特征**

**（一）行政规划的概念**

1、行政规划：静态上是指为处理行政事务、实施行政事业或制定行政政策而由行政机关确定的行政指导性目标；

2、行政规划：动态上是指行政机关在实施公共事业及其他活动之前综合地提示有关行政目标和制定出规划蓝图以具体明确行政目标，并进一步制定出为实现行政目标所必须的各项政策性大纲的行政活动过程

**（二）行政规划的概念**

1、是用于实行一定政策的手段和工具

2、是实现行政目标的一个过程

3、在时间上，他具有动态展开的要素

4、行政规划的内容具有非完结性和留有一定的余地

5、一般来说，单纯的综合性规划或指导性规划，并不一定要有具体的法律依据，但当行政规划（指拘束性行政规划）的决定将产生各种权利限制的效果时，则必须要有行政作用法上的具体法律根据

6、具有上述特征的行政规划制度，主要由行政规划的主体、对象（客体）、内容、形式等要素构成

**二、行政规划的功能**

**（一）基本功能**

1、行政规划的基本功能：是设定指标性的行政目标来引导相对人以及行政主体自身的行为

2、行政规划基本功能包括：

（1）引导和指导行政相对人的预期和行为

（2）引导、联系和协调其他行政手段（包括行政法律手段）

（3）通过确立科学、合理的行政目标来有效调动行政资源、实施行政活动

（4）通过取得有关行政机关共识和协调行政政策来提高整体行政效率

**（二）行政规划的适用范围**

1、有限运用的行政规划：国防事业、防灾救急、城市管理等方面；表现为国防规划、防灾规划、城市规划等保安性质的行政规划，适用面较窄、政治色彩较浓

2、二战后，行政规划的经济性和社会性大大增强

**三、行政规划的类型**

1、根据规划的主体：中央政府的国家规划、中央各部的行业性规划、地方政府的区域发展规划

2、根据规划内容：经济规划、教育规划、开发规划、产业规划

3、根据规划的时间：长期规划、中期规划、短期规划、年度规划、临时规划

4、根据规划的适用地域：全国规划、大区规划、省规划、市镇规划

5、根据规划事项的范围：综合规划、专题规划

**四、行政规划的确定与实施**

**(一)行政规划的确定程序**

1、行政规划确定程序的概念：行政规划程序大致分为行政规划的确定程序实施程序、监督程序等三大类

（1）其中最主要的是行政规划确定程序(或称为行政规划制定程序，也简称行政规划程序)，它

（2）行政规划确定程序是指行政规划主体作出行政规划行为所必须遵循的方式和步骤的总和，属于特别要式程序。

2、行政规划确定程序的规范形态：宪法中规定的;法律中规定的;法规(法令)中规定的;政府(行政)规章中规定的;一般规范性文件规定的;纲要性文件附带规定的;在政府(行政机关)工作中长期形成并惯常运用的。

3、主要的行政规划确定程序

(1)确定规划主体(行政规划的制定机关)和规划对象(行政规划的范围和主题内容);

(2)调查情况、收集信息、汇总资料和数据

(3)考虑直接有关的利益因素和比较分析相关因素、数据:(4)拟订草案并准备规划的背景说明及有关参考资料;

(5)在官方文件和有关传媒预告出来征求利害关系人和广大民众及专家、专业部门的意见

**(二)行政规划实施中的现实问题与完善路径目前突出的问题和矛盾是:**

1、在行政规划的立法上，以分散立法为主，缺少统一的行政规划基本法的指引;

2、在行政规划的程序上，行政规划确定过程的民主性不足，基本上是在行政机关内部封闭运行，忽视行政相对人的参与作用;

3、在行政规划的内容手段和进度上，科学性、合理性、稳定性亟待加强;

4、在行政规划效果上，行政规划的关系人的合法权益难以得到有效救济和保障，而随意变更规划的行政机关却难被追究法律责任

**（三）行政规划法治化过程中必须重点解决三个方面的问题:**

1、是行政规划的制订依据;是行政规划的确定程序;是行政规划的司法控制

2、行政规划的救济请求权包括:规划存续请求权，规划执行请求权，过渡措施和补救措施请求权，补偿请求权

3、行政规划是基于对未来预测作出的，伴随着不确定性，须适应不断变化的情况做出具有弹性的变更。故对信赖行政规划而获得信赖利益的行政相对人给予保护，与对行政规划进行具有弹性的变更之间，存在冲突且难以通过传统补救机制加以解决，须要创造出更适合行政规划的争讼方法来加以救济

## 第二节 行政调查

**一、行政调查的概念和特征**

1、行政调查：是行政主体依法了解信息、收集证据以确定行政行为事实依据的活动。

2、行政调查可以要求行政相对人保留或者填写有关记录和资料，也可以以一定的措施迫使当事人向行政机关报告，可以通过传唤、询问等方式实施行政调查，也可以通过检查、鉴定等方式进行行政调查。

**（一）行政调查的行政性**

1、行政调查是为特定行政目的而由行政主体实施的活动。行政调查的目的必须是为了实现特定行政目的。

2、行政调查的主体是特定行政机关和法律法规授权组织：具备行政主体资格的任何组织进行的调查都不属于行政调查。立法机关开展的执法检查活动和司法机关进行的司法调查活动等，均不属于行政调查范畴。

**（二）行政调查的法律性**

1、行政调查不同于政府及其部门开展的人口普查、经济普查等活动，这些普查活动对政府规划、行政决策和经济社会发展具有重要意义，但这不是行政法意义上的行政调查。

2、行政调查也不同于为行政决策、行政立法等而开展的调查研究活动。

**（三）行政调查的附属性**

行政调查本身并不是目的，他是行政主体获取信息、收集证据材料以作出行政处罚、许可、强制、征收等行政行为的手段，通常被认为是其他行政行为的一个准备阶段

**（四）行政调查的多样性**

1、行政调查广泛联系着行政处罚、许可、强制、征收、给付等不同性质的行政行为，存在于公安行政、环境行政、反垄断执法等政府行政领域。

2、行政调查主体多元、方式多样

3、注意:不能将行政调查中的检查活动等同于行政检查。通过检查方式进行的调查活动，主要是指行政主体对与违法行为有关的场所、物品、人员等进行查看、搜查或采取强制措施，以获取证据、认定违法事实的活动，它与行政检查不是同一层面的概念。

**二、行政调查的分类**

1、依职权的调查与依申请的调查

2、损益行为中的调查与授益行为中的调查

3、强制性调查与非强制性调查

4、对人的调查、对物的调查和对场所的调查

**三、调查的原则**

依法调查原则、职权调查原则、客观公正原则、参与协助原则、调查保留原则

**四、行政调查程序**

表明身份、告知说明、陈述申辩、时限制度、行政救济

## 第三节 行政检查

1. **行政检查的概念与特征**
2. 广义包括作为行政调查手段的检查活动；狭义：也称行政监督检查，是指行政主体依法单方面强制性实施了解行政相对人遵守法律法规或履行法定义务情况的活动
3. 特征：法定性、独立性、强制性
4. **行政检查的原则**

依法检查原则、公开公正原则、合乎比例原则、特别保护原则

1. **行政检查的程序**

立案管辖、告知说明、陈述申辩、说明理由、行政救济

1. **行政检查的类型**

**(一)定期检查和不定期检查**

1、定期检查是指行政检查的事项和时间已经事先告知行政相对人，固定某一期限进行的一种检查方式。

2、不定期检查是指行政检查的事项和时间并未事先告知被检查对象，通过使调查对象促不及防以实现行政目标的一种检查方式。不定期检查在实践中通常表现为突击检查。

**（二）单独检查和联合检查**

1、单独检查是指具有专门行政管理职能的行政主体在其职权范围内实施的检查;

2、联合检查是指具有相同或者类似行政管理职能的行政主体就某一特定事项联合开展的检查。

**（三）专项检查和综合检查**

1、专项检查：是指行政主体就单一事项对行政相对人遵守法律法规情况的检查

2、综合检查：是指行政主体就具有关联性的多个事项对行政相对人就具有关联性的多个事项对行政相对人遵守法律法规情况进行的检查

**（四）对人的检查、对物的检查和对场所的检查**

1、对人的检查涉及行政相对人的人格尊严，比如，我国治安管理处罚法第八十七条规定:“检查妇女的身体，应当由女性工作人员进行。”

2、对物的检查涉及行政相对人的财产权，通过抽样检查能够达到检查目的的，应当进行抽样检查;

3、对场所的检查也涉及住所不受侵犯、隐私权、生产经营权等

4、另外，行政检查还可以根据行政事务的性质或者行政管理的领域进行划分

## 第四节 行政指导

**一、行政指导的概念与特征**

1、概念：是指行政机关在其职能范围内为实现一定行政目的而采取的符合法律精神、原则、规则或政策的指导、劝告、建议等不具有国家强制力的行为

2、特征：非强制性; 主动补充性; 主体优势性;相对单方性;行为引导性;方法多样性:实质合法性; 事实行为性。

**二、行政指导的构成要件**

1、指导主体（指导方）：即作出指导行为的行政机关

2、指导对象（受指导方）：即指导行为所指向的行政相对人

3、指导内容：即指导方为一定行政目的而做出的指向受指导方的指导行为之具体内容

4、指导方式：指导方采取指导行为的具体方式表现各异、种类繁多；可分为抽象的、具体的及抽象具体两可的指导行为

5、指导后果：即受指导方接受或不接受该项行政指导行为可能产生的实际结果

**三、行政指导的程序**

1、发动方式：依申请或依职权

2、调查了解真实情况、确定有无进行指导行为的必要性

3、进行技术指导类的行政指导时，向专家和专业部门咨询论证

4、与有关相对人进行商谈、协商或其他方式的交流，以取得理解、谅解和配合

5、关于指导的时机的规定和做法

6、关于指导行为的目的、内容、负责人员等的告知说明（书面或口头均可）

7、主动或应请求提供与该指导行为有关的文件、资料、数据，供利害关系人和有关方面参考

8、主动听取利害关系人和其他行政相对人的意见

9、提供机会给利害关系人辨明理由、提出意见、并书面记载

10、重大的行政指导行为，还可应相对人申请举行或主动举行听证会、专题审议会

## 第五节 行政协议

**一、行政协议的概念与特征**

1、行政协议：在许多情况下也称为行政合同，是指行政主体与相对人之间为执行公共事务，实现行政管理目标，适用行政法规则，依双方意思表示一致，设立相互权利和义务的协议。

2、行政协议特征:必有一方是行政机关;双方当事人地位不同:目的在于实施国家行政管理目标;双方当事人意思表示一致为成立要件;行政机关享有行政优先权;采取多种法律救济手段。其中许多特征与民事协议有所不同。

**二、行政协议的权利与义务**

**（一）行政主体的主导性权利与义务**

1、对协议履行的指导与监督权

2、对不履行协议义务的相对一方的直接强制执行权

3、作为制裁手段的直接解除协议权

4、对严重违约构成违法的相对方处以行政制裁措施的权利

5、在情势变迁情况下单方变更与解除协议的权利

6、对行政协议的解释权

7、行政主体的义务：向协议他方兑现应给予的优惠或照顾；给予价金；给予单方行为引起的物质损害赔偿。

**（二）行政协议相对一方的权利和义务**

1、行政协议相对一方的权利：获得报酬权；享受优惠或照顾的请求权；给予物质损害补偿或补偿请求权；必要或有益的额外费用偿还请求权；不可预见的意外和特殊困难补偿请求权；统治者行为的补偿请求权

2、义务：履行协议、接受监督和指挥等

**三、行政协议的订立与实施**

**（一）订立行政协议的基本方式**

1、招标：是通过竞标方法，按照一定的标准与政策选择行政协议的相对人

2、协议：是主要签订方式，是双方就协议的内容等进行协商，最终达成一致的书面方式

**（二）订立行政协议的基本程序**

共同协商、听证方式、书面形式、公开信息、说明理由、参与保留、保护第三人

**（三）行政协议的救济制度**

1、司法外救济：协商或由政府出面调处；仲裁；行政复议

2、司法救济：行政诉讼

# 第十章 行政司法

## 第一节 行政司法概述

**一、行政司法的概念**

1、概念：是指法律、法规授权的特定的行政机关按照准司法程序审理特定具体案件，裁决或处理特定争议的活动

2、准司法程序：是指此种程序具有司法程序的某些形式，贯彻司法程序的某些原则，而非完全的行政程序和司法程序

3、特定案件和特定争议：是指法律、法规规定由行政机关审理和裁决的具体案件和争议。

4、专司行政裁判职能的机构仍属于行政机关系统，对主管机关在组织和业务上具有从属性

5、广义的行政司法客体：传统的民事性质的案件；行政案件；行政机关以准司法程序实施某些行政行为（如行政处罚）的案件（本书主要是第一类和第二类部分）

**二、行政司法的主要形式**

**（一）行政裁决**

1、概念：是指行政机关适用准司法程序裁决法律、法规授权行政机关处理特定争议案件的制度

2、主要是民事争议（自然资源使用权或所有权争议、侵权赔偿争议等）也有一些行政争议（关于商标、专利民事争议和行政争议的裁决）

**（二）行政仲裁**

1、仲裁分为民间仲裁和行政仲裁

（1）行政仲裁：是国家行政机关主持或国家行政机关与社会团体共同主持的仲裁

（2）行政仲裁一般以争议一方当事人申请为条件；民间仲裁一般是双方协商确定

2、行政仲裁与行政裁决

（1）行政仲裁更具灵活性和快捷性；其适用的具体程序一般可由当事人协商确定选择；一般实行一裁终局制

（2）行政裁决程序相对确定；非终局裁决，一方当事人不服即可提起诉讼

3、行政仲裁的种类：劳动争议仲裁、社会保险仲裁、农村土地承包经营纠纷仲裁、人事争议仲裁

4、行政仲裁机构：从属于行政机关，是行政机关设置的处理和裁决特定争议案件的专门机构

5、行政仲裁程序

（1）当事人提出行政仲裁的申请：应在60日内提交仲裁申请书；社会调解不是必经程序

（2）行政仲裁的初步审查和受理：一般在7日内作出受理或不予受理的决定；仲裁机关应自立案之日起5日内将申请书副本送达申请人的对方当事人，要求限期提出答辩书和有关证据

（3）仲裁前的准备

（4）调解：处理任何案件前，都必须先行调解

（5）作出仲裁裁决：调解未达成协议或调解书送达前一方或双方反悔的，仲裁机构即应进行裁决；当事人经两次通知，无正当理由拒不到庭的缺席仲裁

**（三）行政调解**

1、概念：行政调解是行政机关为解决争议而主持的调解，是行政司法中运用最多、最普遍的方式

2、行政裁决、行政仲裁大多以调解为前置程序，调解不成方进行行政裁决或行政仲裁；有些争议、纠纷，只能进行调解，调解不成则进行诉讼

3、行政调解是在争议方身后，根据情况和需要组织临时的调解机构，其组成人员除了行政机关的工作人员外，通常还包括争议双方单位的人员以及有关专家

4、行政调解是在争议双方当事人自愿的基础上进行的；行政机关只有在接到一方当事人申请并且另一当事人同意接受的情况下才能进行调解

5、行政调解书一般送达当事人后，即发生法律效力，可申请强制执行；但部分行政调解书不具有终局法律效力

## 第二节 专门行政裁判制度

1. **专门行政裁判结构**

概念：是指专门行使某种特定争议案件的裁决职能的机构，专门 行政裁判机构的设立由相应法律、法规规定

1. **专门行政裁判的受案范围**

专门行政裁判机构只能管辖法律、法规规定的特点领域的争议案件，而无一般司法管辖权

1. **专门行政裁判的程序**
2. 裁决争议申请的提出：须有法律法规的根据；属于相应专门行政裁判机构的主管范围；申请须在法定期限内提出。提出申请，须要提交申请书，有时还须附有关材料、证据
3. 初步审查
4. 作出裁决：一般是非终局的，当事人不服还可向人民法院提起行政诉讼；实行回避制度

# 第十一章 行政应急

## 第一节 行政应急概述

**一、行政应急的概念与特征**

1、概念：是指行政机关组织相关力量对可能发生或已经发生的公共危机事件进行预测、监督、控制和协调处理，以期有效地预防、处理和消除危机，减少损失的有关举措。

2、行政应急的特征

（1）实施行政应急行为的目的是为应对突发事件等特殊问题

（2）实施行政应急行为往往会对常态下的法律规定有所突破

（3）行政应急行为的主体和措施的授权受到严格的法律约束

3、行政应急法制的特点：权力优先性、应急处置性、程序特殊性、社会配合性、救济有限性

**二、行政应急行为的构成要素**

1、构成要素：必须有明确无误的紧急危险存在；行政应急行为的实施必须有明确的法律规定；必须是为了实现预期的合法行政目的

2、行政应急行为合法要件：

（1）必须由有权的国家机关和公务人员依法实施

（2）实施必须符合法律规定的程序，不按法定程序实施，则可通过监督程序撤销该行为

（3）必须在法律规定的范围内实施，不得随意越权

（4）是特定的国家机关和公务人员的职责，如不履行职责，则应承担不作为的相应法律责任

**三、行政应急性原则**

主权性、必要性、合宪性、合法性、公益性、适当性、程序性、比例性、责任性原则

1. **行政应急行为的设定**
2. 概念：即哪一层级的法律规范可以授权行政主体作出行政应急行为；一般认为这应当属于宪法和法律的保留事项，即除非宪法和法律有规定，行政机关不得自行授权作出
3. 设定的方式
4. 是在立法中就行政应急行为的条件、主体、内容、程序等事项作出具体的规定，是广泛适用的方式
5. 是采取确认和宣布进入应急状态的方法，决定执行应急状态下的法律规范，或对紧急状态下某些事项作出统一具体的规定
6. 是授权行政机关判断和确认紧急状态，由行政机关在自身权限范围内决定采取行政应急行为

## 第二节 行政应急的实施

一、**实施行政应急行为基本条件**

1、是必须有法的规定;

2、是必须有法定的实施行政应急行为的情形出现，即要有明确的紧急状态、紧急事件发生。

**二、实施行政应急行为的主体**

1、实施行政应急行为的主体必须由法律规范作出规定或由有权机关决定，否则行为即构成违法或无效。

2、其中首要的是行政应急行为的责任主体;其次是参与主体或配合主体

**三、实施行政应急行为的程序**

1、可省略一般行政程序的步骤等，但必须保留表明身份、说明理由、准予司法复审等最低限度的程序要求

2、行政应急程序适用范围主要有四个方面:

（1）是全国或部分地区被依法宣布进入紧急状态时

（2）是因重大突发事件导致公共危机时

（3）是因重大突发事件导致公共危机时

（4）是法律专门规定适用应急程序的

# 第十二章 监督行政

## 第一节 监督行政概述

**一、监督行政的概念**

1、广义概念：是指国家机关、政治组织、社会组织、社会公众和公民个人等依法对行政机关及其公务员、法律法规授权组织和行政委托组织及其工作人员是否依法行政进行的监督活动

2、狭义概念：是指行政机关实施的监督行政，包括法规规章和规范性文件备案审查、行政执法监督、行政复议等一般监督，以及审计监督等专门监督（仅此具有行政法学意义）

**二、监督行政的特征**

多元性、特定性、独立性、规范性、多样性

## 第二节 行政监督的类型

**一、政治监督**

政党监督行政、政协监督行政

**二、社会监督**

信访监督行政、媒体监督行政

**三、国家机关监督**

国家权力机关监督行政、国家司法机关监督行政、国家监察机关监督行政

## 第三节 行政机关的一般监督

**一、一般监督行政**

1、概念：是指行政机关基于领导与被领导关系对其所属部门和下级行政机关进行的监督，又称为行政机关内部层级监督行政

2、一般监督行政的形式：备案和审查、行政复议、行政执法监督、督查督察

**二、一般监督行政的主体**

1、在行政复议领域，行政复议机关是指拥有行政复议权的各级人民政府及其职能部门

2、行政执法监督机关是指拥有行政执法监督权的各级政府及其职能部门

3、在规范性文件备案审查、行政复议、行政执法监督等一般监督行政中，各级人民政府及其职能部门拥有主体地位和相关权限

**三、一般监督行政的实施机构**

1、具体工作主要由行政机关设立的政府法制工作机构负责实施

2、县级以上人民政府及其职能部门设有政府或部门法制工作机构，负责立法或规范性文件制定的起草、备案审查、行政复议应诉和执法监督等工作。

**四、行政执法监督**

1、行政执法监督职权：调查权、措施权、处理权

2、行政执法监督程序：

（1）立案：应当自发现、交办或受理举报之日起7日内立案调查

（2）调查：应由2名以上行政执法监督人员参加并出示证件开展调查活动；调查处理工作应当自立案之日起2个月内完成，特殊情况可延长最多不得超过3个月

（3）告知

（4）决定

（5）复查：可以在收到处理决定之日起30日内向作出处理决定的行政执法监督机关申请复查

3、行政执法监督机关职责见P267

## 第四节 行政机关专门监督

1. **概念**
2. 概念：审计监督是行政机关专门监督的主要方式
3. 审计监督：是指行政机关的审计部门为了维护国家财政经济秩序，提高财政资金使用效益，促进廉政建设，依法对有关行政机关、国家财政金融机构、企事业单位的财政财务收支活动、经济效益和财政法纪的遵守情况进行的监督活动
4. 审计对象：行政机关、国家财政金融机构、企事业单位以及有关机关、组织主要负责人
5. **审计监督的原则**

依法审计原则、审计报告原则、独立审计原则、客观审计原则

1. **审计机关的职权**

调查权、措施权、处理权

1. **审计监督程序**
2. 准备阶段：确定审计项目工作计划，根据计划确定审计事项组成审计组，并在实施审计3日前，向被审计单位送达审计通知书
3. 实施阶段：审计人员通过审查会计凭证、会计账簿、会计报表，查阅与审计事项有关的文件、资料，检查现金、实物、有价证券，向有关单位个人调查等方式进行审计，并取的证明材料
4. 处理阶段：审计组实施审计后，向审计机关提出审计报告，审计报告报送审计机关前应当征求被审计单位的意见，被审计单位应自接到审计报告之日起10内提出书面意见
5. 审计机关应当将审计机关的审计报告和审计决定送达被审计单位和有关主管机关、单位；审计决定自送达之日起生效
6. 审计机关职责P269-270

# 第十三章 行政复议

## 第一节 行政复议概述

**一、行政复议的性质和特征**

行政复议：是行政复议机关对公民、法人或者其他组织认为侵犯其合法权益的具体行政行为，基于申请而予以受理、审理并作出决定的制度

**(一)行政复议的性质**

1、基于行政主体体系内部的上下级之间领导与被领导的关系，行政复议是公民、法人或其他组织请求上级行政主体对下级行政主体的违法或不当行政行为予以纠正的制度。

2、行政复议不是一种司法制度，也不是一种具有准司法性质的仲裁制度。

3、行政复议是一种层级监督制度。层级监督系基于行政主体体系内部的上下级之间的领导与被领导关系，上级行政主体对下级行政机关的监督。行政复议也是一种权利救济制度。

4、它是基于公民、法人或其他组织的权利保护请求而启动的制度，而不是行政主体依职权启动的制度。

**(二)行政复议的特征**

1、行政复议是一种经申请而启动的制度化程序。行政复议机关作出行政复议决定，必须基于公民、法人或者其他组织的申请。

2、行政复议是对具体行政行为的一种法律救济制度。行政复议机关系基于相对人的申请，对有争议具体行政行为所进行的审查。

**二、行政复议的组织和功能**

**(一)行政复议的组织**

行政复议组织：包括行政复议机关、行政复议机构和行政复议委员会

1、行政复议机构，简称复议机构，是指复议机关内设的负责有关复议工作的机构。

2、行政复议委员会，简称复议委员会，是负责行政复议案件审理工作的组织。

**（二）行政复议的功能**

1、社会稳定表现在法律上就是权利义务关系的稳定。

2、社会稳定需要以公民、法人或者其他组织的合法权益得到保护为前提和目标。

3、社会稳定需要将矛盾消弭于萌芽状态。在任何国家里，公民、法人或其他组织与行政主体之间的纠纷都不可避免。