

2018 徐金桂主观题聚力一小时讲义

新浪微博@行政法徐金桂

一、考情预测

（一）考题类型：

1. 案例分析题；
2. 案例分析+论述题。

（二）试题特点

1. 案例更长、案情更复杂；
2. 事实认定成为重要考查内容；
3. 试题更灵活、更开放，不再直接考查法条规定，而是注重考查在全面分析案情基础上的法律适用和司法实务能力。

二、应对策略

（一）审题

“三步走”

1. 找主体；
2. 找行为；
3. 找利害关系人。

（二）答题

“逆向思维”、“顺藤摸瓜”。

（三）考题预测及答题思路

1. 本案例中行政机关作出的是哪种类型的行政行为？请简答其与某某行为的异同。

答题思路：

（1）通过案情分析确定行为类型，如许可、处罚、强制、公开、行政协议、行政确认、行政征收、行政裁定、行政指导等。

（2）起码从三个角度分析不同行为之间异同：①程序；②内容；③效果。

2. 本案例中行政行为是否合法？为什么？行政机关作出该行为应当采用何种程序？

答题思路：

从事实证据、法律依据、行为程序、是否超越职权、滥用职权、明显不当等角度分析，得出结论。

3. 本案争议的焦点是什么？

答题思路：

从原告诉称、被告辩称及第三人述称中归纳出审理本案需要解决的最重要问题就是争议焦点。

4. 本案例中某某是什么类型的证据？诉讼中对此类证据有何要求？（答题思路参见行政法小蓝本，下同。）

5. 行为是否属于受案范围？

6. 本案属于复议维持还是复议改变还是复议不作为？

6. 原告、被告、第三人资格确定。复议申请人、被申请人、复议机关的确认。特别是经过复议之后被告和第三人的确定。

7. 行政诉讼中的管辖、投诉、飞跃起诉、共同诉讼、简易程序、调解、机关负责人出庭应诉、复议维持共同告、一并审理民事争议和规范性文件、国家赔偿与补偿。

8. 举证责任分配和证明规则。

9. 法院如何判决？

10. 结合本案案情，请运用行政法基本原则（程序正当、诚实守信中的信赖保护、合理行政中的比例原则）评价行政机关的行政行为。或者是谈谈依法治国、法治政府的重要意义和作用。

二、案例

（一）

涉案渔船系钢质渔船，总吨位 169 吨，装备有 4 艘救生艇、1 个救生筏、27 套救生衣，不具备载客旅游的设施和资质。该船于 2014 年 4 月 17 日建造完工，当年 6 月开始运营，所有权人为刘超询。刘超询将该船平时的经营管理交由刘巩固、刘杰岑全权负责。2015 年 1 月，QQ 群（42484947）的群主张健受群内陈朝霞、方序东等多名网友委托，负责联系、办理去西沙海域旅游的事宜，费用统一由张健收取、支付。为联系去西沙旅游船只，张健找到本次活动组织者王林，通过案外人周顺鹏联系到涉案渔船，并议定出海时间及相关费用。2015 年 2 月 21 日晚，涉案渔船承载 11 名船员和 35 名游客从三亚港口出发，2 月 23 日在盘石屿海域附近被巡航中的海警三支队查获。查获时涉案渔船装备有 4 艘小艇、1 个救生筏，27 套救生衣；船上共搭载 46 人，其中游客 35 名，包括船长刘杰岑、大副船长刘巩固在内的船上工作人员 11 名，刘超询未随船出海。出海当天上午，王林委托周顺鹏交给涉案渔船大副刘巩固 3 万元，作为此次出海旅游购买生活补给的费用；王林通过周顺鹏为涉案渔船加油 10 吨，发生费用共 5.5 万元，其中 5000 元由刘巩固支付给周顺鹏，其余 5 万元由张健于当日下午转账给王林，王林再转账给周顺鹏。游客登船后，张健当场交付刘巩固现金 10 万元。涉案渔船被查获后，在文昌市工商局的主持下，刘超询、刘巩固共向游客退款 11 万元。根据文昌市工商局对刘超询、王林等制作的询问笔录，刘超询和王林相互认识，在海警队查获涉案渔船之前曾有过通话，刘超询对于涉案渔船出租给王林搭载游客出海的事实应当是知情的。2015 年 5 月 8 日，海南省海洋与渔业监察总队作出琼渔监察罚（2015）001 号《渔业行政处罚决定书》（以下简称 1 号渔业处罚决定），认定刘巩固利用涉案渔船擅自搭载游客到西沙海域进行旅游的行为，违反《中华人民共和国渔业船员管理办法》第二十一条第八项“不得利用渔业船舶私载、超载人员和货物，不得拾违禁物品”的规定，并依据《中华人民共和国渔业船员管理办法》第四十三条的规定，对刘巩固处以 1 万元的罚款。2015 年 5 月 8 日，文昌市工商局对刘超询作出文工商处字（2015）10 号行政处罚决定（以下简称 10 号处罚决定），依照《无照经营查处取缔办法》第十五条的规定，责令其立即停止违法行为，并对其处以没收违法所得 7 万元，罚款 50 万元的处罚。刘超询不服 10 号处罚决定，申请行政复议。2015 年 7 月 17 日，海南省工商局作出琼工商复（2015）4 号行政复议决定（以下简称 4 号复议决定），维持 10 号处罚决定。2015 年 7 月 9 日，刘超询提起本案行政诉讼。

问题：

1. 文昌市工商局对刘超询作出的责令停止违法行为是什么类型的行政行为？简答其与行政强制执行的区别？
2. 文昌市工商局对刘超询作出的罚款处罚决定是否违反“一事不再罚”？为什么？
3. 本案中的处罚决定应当采取何种程序作出？
4. 如何确定本案的被告？
5. 刘巩固是否是本案行政诉讼的第三人？为什么？
6. 请你总结一下行政复议维持的立法情形？

方塘法考免费提供更多主观题资料，请关注微信公共账号banmoonlaw

（二）

2006年7月14日，惠州市林业局作出惠林罚书字[2006]第06号《林业行政处罚决定书》（以下简称06号处罚决定书），对林新民（工作单位中科电站）于2003年至2005年期间超出批准擅自占用林地以及毁坏林木的行为予以罚款。2007年11月10日，中科电站向广东省林业厅提出使用林地申请。广东省林业厅经审核，于2008年2月29日向中科电站作出粤林地许准[2008]163号《使用林地审核同意书》，同意中科电站使用龙门县南昆山生态旅游区管理委员会的林地3.87公顷（58亩）。并要求中科电站按照有关规定办理建设用地审批手续，依法缴纳有关占用征用林地的补偿费用，建设用地批准后，需要采伐林木的，要依法办理林木采伐许可手续。2013年3月29日，信访人林财胜向广东省林业厅反映2006年龙门县南昆山生态旅游区管理委员会和中科电站非法占用林地、盗伐林木事项。广东省林业厅经过审查，于2014年4月15日对惠州市林业局作出粤林函[2014]197号通知，决定撤销上述06号处罚决定书，请惠州市林业局将案件移交森林公安机关侦查处理。2014年4月23日，广东省林业厅对中科电站作出粤林审撤字[2014]1号《撤销行政许可决定书》，内容为：“本机关于2008年2月29日准予你单位水电站建设项目使用南昆山管委会林地3.87公顷的许可事项（粤林地许准[2008]163号）。后经调查，发现你单位2007年申请办理使用林地手续时存在以下问题：未经批准便擅自使用该处林地；擅自使用的林地面积已达到刑事立案标准；惠州市林业局对你单位作出的06号处罚决定（该行政处罚决定已于2014年4月15日被撤销）存在以行政处罚代替刑事处罚的情形。根据《中华人民共和国行政许可法》（以下简称行政许可法）第六十九条第一款第四项之规定，以及《国家林业局征占用林地审批通知》的要求，现决定撤销该行政许可事项。撤销该行政许可后，已根据原行政许可建设的项目保留现状，待刑事案件结案后再作处理。”2014年5月21日，龙门县公安局对惠州市林业局作出龙公（森）不立字[2014]00003号不予立案通知书，其中内容为：“你单位于2014年4月25日提出/移送的中科电站非法占用农用地案，我局经审查认为中科电站的行为不构成犯罪，根据《中华人民共和国刑事诉讼法》第一百一十条之规定，决定不予立案”。中科电站对广东省林业厅作出的上述撤销行政许可决定不服，申请行政复议，复议机关作出维持决定后，其提起本案诉讼。

附：本判决相关法律依据

1. 《中华人民共和国行政许可法》

第五条第一款设定和实施行政许可，应当遵循公开、公平、公正的原则。

第七条公民、法人或者其他组织对行政机关实施行政许可，享有陈述权、申辩权；有权依法申请行政复议或者提起行政诉讼；其合法权益因行政机关违法实施行政许可受到损害的，有权依法要求赔偿。

第八条公民、法人或者其他组织依法取得的行政许可受法律保护，行政机关不得擅自改变已经生效的行政许可。

行政许可所依据的法律、法规、规章修改或者废止，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。

第十六条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。

法规、规章对实施上位法设定的行政许可作出的具体规定，不得增设行政许可；对行政许可

条件作出的具体规定，不得增设违反上位法的其他条件。

第六十九条第一款有下列情形之一的，作出行政许可决定的行政机关或者其上级行政机关，根据利害关系人的请求或者依据职权，可以撤销行政许可：

- (一) 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；
- (二) 超越法定职权作出准予行政许可决定的；
- (三) 违反法定程序作出准予行政许可决定的；
- (四) 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；
- (五) 依法可以撤销行政许可的其他情形。

《国家林业局关于涉嫌犯罪的非法占用林地项目办理征占用林地审核审批手续有关问题的通知》(林资发[2007]30号，以下简称《国家林业局征占用林地审批通知》)要求：“一、对涉嫌犯罪的征占用林地项目，凡尚未依法进行刑事处罚的，各级林业主管部门不得办理审核同意或批准的行政许可决定，有关林业主管部门应当根据《行政执法机关移送涉嫌犯罪案件的规定》(国务院第310号令)，及时将项目所涉案件移送司法机关……”

一、问题：

1. 本案被诉撤销许可决定是否适用法律错误？
2. 本案被诉撤销许可行为是否违反法定程序？
3. 《国家林业局征占用林地审批通知》属于何种类型的行政行为？行政诉讼中是否可以申请附带审查？如果该通知不合法，法院应当如何处理？
4. 本案如何确定被告？
5. 本案举证责任如何承担？
6. 法院应当如何判决？

二、请结合案情，运用行政法基本原则，对行政机关的行政行为进行评价。

答题要求：

- (1) 运用所掌握的行政法学知识和相关的社会知识阐述考生的观点和理由；
- (2) 说理充分，逻辑严密，语言流畅，表述准确；
- (3) 字数不少于600字。

三、参考案例

案例一：

2016年5月9日，北京市朝阳区平房地区办事处向筹备组下发通知，主要内容为请筹备组在5月15日前做好如下工作：一是将委托投票业主的委托材料整理后交给筹备组长；二是5月15日投票结束后，由居委会协助地方主管部门对委托投票行为的真实性逐一进行核实，要求提供委托材料是依照《中华人民共和国民事诉讼法》关于委托代理相关规定提出的，是甄别委托投票行为是否真实、合法、有效的必备条件；三是将制定的选举业委会计票规则材料提交地区主管部门；四是地区主管部门将严格按照北京市住建委【2010】739号文件第五条规定履行相关职责。通知最后注明：所有委托投票行为经核实均符合委托代理法律规定，地区主管部门将提请天鹅湾社区居委会组织召开居民代表会议，并在筹备组成员、部分业主代表、居民代表的共同见证下取出被封存的票箱，同时进行现场计票。筹备组中属于业委会候选人的成员不得参与计票过程。

2016年6月12日，天鹅湾社区居委会出具情况说明，记载有2016年4月1日召开第一季度居民代表会议，会上过半数居民代表提议并举手表决通过，对大部分业主之前按规则和方案进行投票的票箱予以封存，保障已投票业主的合法权益等内容。2016年8月5日，朝阳区政府制作的谈话笔录中，天鹅湾社区党委书记连雅曼亦有内容相同之陈述。

2016年4月27日，朝阳区政府收到天鹅湾小区业主王大锤提交的《行政复议申请书》。

2016年5月10日，朝阳区政府作出《行政复议限期补正通知书》（朝政复通字【2016】第240号），要求复议申请人规范表述其行政复议请求，并提供平房地区办事处作出具体行政行为的证据。2016年5月12日，王大锤重新提交《行政复议申请书》，复议请求为：请求确认平房地区办事处于2016年5月9日下发对天鹅湾小区业委会筹备组的通知违法。2016年5月19日，朝阳区政府作出《行政复议申请受理通知书》（朝政复受字【2016】第240号），受理了前述复议申请。2016年5月19日，朝阳区政府作出《行政复议答复通知书》（朝政复受字【2016】第240号），通知平房地区办事处提交书面答复并提交作出具体行政行为的证据、依据和其他有关材料。2016年5月29日，平房地区办事处向朝阳区政府提交《行政复议答复书》、授权委托书、相关证据等。朝阳区政府工作人员于2016年8月5日对天鹅湾社区党委书记连雅曼进行谈话并制作《谈话笔录》，并向平房地区办事处调取了相关材料。2016年7月8日，朝阳区政府作出《行政复议延期审理通知书》（朝政复通字【2016】第240号），告知行政复议决定延期60日作出。2016年8月9日，朝阳区政府作出复议决定，驳回王大锤的复议申请，并向复议当事人进行了送达。王大锤不服，诉至法院。

材料：

1. 《中华人民共和国居民委员会组织法》第二条及第十条的规定，居委会是居民自我管理、自我教育、自我服务的基层群众性自治组织，向居民会议负责并报告工作。
2. 《北京市物业管理办法》第四条规定：“街道办事处、乡镇人民政府负责对辖区内业主大会、业主委员会的成立及活动进行协助、指导和监督，协调处理纠纷。”
3. 《北京市住宅区业主大会和业主委员会指导规则》第五条第一款规定：“街道办事处、乡镇人民政府应当依据法律、法规、规章和本规则，本着依法行政、合理行政、程序正当、高效便民、权责统一、政务公开的原则对业主大会、业主委员会的成立及活动提供协助、指导和监督。”

问题：

1. 平房地区办事处于2016年5月9日下发对天鹅湾小区业委会筹备组的通知是否属于行政复议受案范围？为什么？

答：不属于行政复议受案范围。

因为行政指导是指行政机关在其职责范围内为实现一定的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、提醒等不具有国家强制力的一种行政行为，本案中平房地区街道办事处的行为属于履行法定职责的行为，对筹备组工作进行协助指导监督，并没有强制力，该行为属于行政事实行为，不属于具体行政行为，不属于行政复议受案范围。

2. 如果小区业主共有权益被行政行为侵害，应当以谁的名义提起行政诉讼？

答：业主委员会以自己的名义提起行政诉讼。

根据最高人民法院关于适用《中华人民共和国行政诉讼法》的解释 第十八条业主委员会对于行政机关作出的涉及业主共有利益的行政行为，可以自己的名义提起诉讼。业主委员会不起诉的，专有部分占建筑物总面积过半数或者占总户数过半数的业主可以提起诉讼。

3. 本案的被告是谁？

答：本案是复议不作为，原告选择告，告原机关，原机关是被告，告复议机关，复议机关是被告。

因为本案中的行政行为不属于行政复议受案范围，当事人申请复议之后，复议机关驳回复议申请视为复议机关不作为，根据相关法律规定，经过复议的案件，复议不作为，当事人仍然

不服的，可以选择告。既可以不服原行为告原机关，也可以不服复议决定告复议机关。

4. 本案中，复议机关的复议行为是否合法？为什么？

答：本案复议机关的复议行为不合法。

原因：（1）通知补正时间不合法，当事人申请材料不全或者表述不清，复议机关须在5日内书面通知补正，本案中2016年4月27日收到申请，2016年5月10日告知补正，超出5日；

（2）受理时间不合法，复议机关对于符合条件的复议申请须在5日内受理，本案中2016年5月12日补正复议申请，2016年5月19日予以受理，超过5日；

（3）作出决定不合法，行政复议机关须自受理之日起60日内作出决定，法律规定少于60日的除外，经复议机关负责人批准，可延长期限（最多不超过30日），本案中延期60日作出，违法。

案例二

生命科技公司是从事特殊营养食品、药品生产销售的企业法人。2011年1月，省食药监局颁发《药品生产许可证》，许可生命科技公司生产片剂、硬胶囊剂（含青霉素类、头孢菌素类），颗粒剂（含青霉素类），散剂，酒剂，糖浆剂的药品。2011年至2015年，生命科技公司多次向浙江省新昌县华星胶丸厂、新昌县瑞香胶丸有限公司购进空心胶丸用于制造胶囊剂药品等。2015年4月，食药监总局公告了浙江省新昌县华星胶丸厂等企业存在严重违法违规行为。中山市食品药品监督管理局（中山食药监局）对生命科技公司进行多次检查，依法对生命科技公司库存的浙江省新昌县华星胶丸厂、新昌县瑞香胶丸有限公司等生产的空心胶囊及该司使用该空心胶囊生产的胶囊剂药品进行查封和现场抽样。经广州市药品检验所检验，生命科技公司生产的5个品种共7批次胶囊剂药品检验项目中铬含量超过国家标准规定。中山食药监局向生命科技公司依法送达了上述检验报告书，生命科技公司在法定期限内未对检验报告提出异议。

中山食药监局监督销毁了生命科技公司生产的铬超标胶囊剂产品利福平胶囊160盒。2015年5月31日生命科技公司召回氨苄西林胶囊68盒。中山食药监局经调查核实，生命科技公司生产的利福平胶囊、阿莫西林胶囊、奥美拉唑肠溶胶囊、氨苄西林胶囊、头孢拉定胶囊5个品种共7个批次铬超标胶囊剂药品货值金额共573232.20元，违法所得共538277.55元。

2015年8月24日，中山食药监局到生命科技公司办公场所送达了行政处罚事先告知书、听证告知书，告知生命科技公司拟对其作出的处罚决定的事实理由、依据及生命科技公司享有的陈述、申辩权和要求听证的权利，因生命科技公司拒绝签收，中山食药监局留置送达。生命科技公司于2015年8月29日向中山食药监局邮寄一份签署日期为2015年8月28日的听证申请，中山食药监局未组织听证。2015年8月31日，中山食药监局依据国家食药监总局的通知作出中药行罚180号行政处罚决定：1. 没收生产的劣药氨苄西林胶囊68盒；2. 没收销售劣药的违法所得538277.55元；3. 处生产的劣药货值金额三倍的罚款1719696.60元；4. 吊销生命科技公司药品生产许可证。2015年11月2日，生命科技公司提起行政复议，在复议机关作出维持决定后向法院提起行政诉讼。

问题：

1. 本案中行政机关一共作出了几个具体行政行为？
2. 本案中中山食药监局的行政行为是否合法？
3. 本案的复议机关如何确定？
4. 本案的管辖法院如何确定？

为帮助大家获取更多主观题资料，请关注微信公共账号banmoonlaw

5. 如果生命科技公司向法院申请一并审查国家食药监总局的通知，法院应当如何处理？

6. 本案法院应当作出何种判决？

问题：

1. 本案中行政机关一共作出了几个具体行政行为？

答：本案中行政机关一共作出 7 个具体行政行为。

分别是：省食药监局颁发《药品生产许可证》的行为、食药监总局公告的行为、中山市食药监局的查封行为、中山食药监局在中药行罚 180 号行政处罚决定中的没收行为、罚款行为和吊销许可证行为、复议维持行为。

2. 本案中中山食药监局的行政行为是否合法？

答：本案中中山食药监局吊销生命科技公司药品生产许可证行为违法。

因为颁发该许可证的机关为省食药监局，依据法律规定，行政许可决定应当由行政许可机关、其上级机关或被越权的法定的许可机关撤销或吊销，故本案应当由发证机关省食药监局撤销，中山市食药监局作为下级机关，无权吊销。

3. 本案的复议机关如何确定？

答：本案被申请人是中山市食药监局，因此复议机关既可以是中山市人民政府，又可以是省食药监局。

4. 本案的管辖法院如何确定？

答：从级别管辖上，本案属复议维持案件，由原机关确定级别管辖，即以市食药监局确定级别管辖，因此应当由基层法院管辖。

从地域管辖上，本案属经过复议的案件，因此应当由原机关即中山市食药监局所在地法院和复议机关即中山市人民政府或省食药监局所在地法院管辖。

综上，对本案有管辖权的法院是中山市食药监局所在地基层法院、中山市人民政府所在地基层法院或省食药监局所在地基层法院。

5. 如果生命科技公司向法院申请一并审查国家食药监总局的通知，法院应当如何处理？

答：①经审查认为规范性文件不合法的，不作为法院认定行政行为合法的依据，并在裁判理由中予以阐明。

②作出生效裁判的人民法院应当向规范性文件的制定机关提出处理建议，并可以抄送制定机关的同级人民政府、上一级行政机关、监察机关以及规范性文件的备案机关。

③规范性文件不合法的，人民法院可以在裁判生效之日起三个月内，向规范性文件制定机关提出修改或者废止该规范性文件的司法建议。规范性文件由多个部门联合制定的，人民法院可以向该规范性文件的主办机关或者共同上一级行政机关发送司法建议。接收司法建议的行政机关应当在收到司法建议之日起六十日内予以书面答复。情况紧急的，人民法院可以建议制定机关或者其上一级行政机关立即停止执行该规范性文件。

④法院认为规范性文件不合法的，应当在裁判生效后报送上一级法院进行备案，涉及国务院部门、省级行政机关制定的规范性文件，司法建议还应当分别层报最高法院、高级法院

备案。

⑤法院院长对本院已经发生法律效力的判决、裁定，发现规范性文件合法性认定错误，认为需要再审的，应当提交审判委员会讨论。最高法院对地方各级法院已经发生法律效力的判决、裁定，上级法院对下级法院已经发生法律效力的判决、裁定，发现规范性文件合法性认定错误的，有权提审或者指令下级法院再审。

（本题具有综合性，请大家结合具体案情，按需作答。）

6. 本案法院应当作出何种判决？

答：①驳回原告对没收和罚款的诉讼请求，同时判决驳回对复议维持决定的诉讼请求。
②判决撤销吊销生命科技公司药品生产许可证行为，同时撤销复议机关对复议决定的维持决定。

案例三

2017年8月31日，A市B县国土资源和房产管理局向县政府报送《关于收回国有土地使用权的请示》，请求收回该县永阳东路与塔山中路部分地块土地使用权。9月6日，B县政府作出《关于同意收回永阳东路与塔山中路部分地块国有土地使用权的批复》。B县国土资源和房产管理局收到该批复后，没有依法制作并向原土地使用权人送达收回土地使用权决定，而直接交由县土地储备中心付诸实施。王大锤的房屋位于被收回使用权的土地范围内，其对B县人民政府收回国有土地使用权批复不服，提起行政复议。2018年9月20日，复议机关作出《行政复议决定书》，维持B县政府的批复。王大锤仍不服，以B县政府为被告提起行政诉讼，请求法院撤销B县政府上述批复。

问题：

1. 本案中B县政府作出的《关于同意收回永阳东路与塔山中路部分地块国有土地使用权的批复》是否属于行政诉讼受案范围？为什么？
2. 王大锤应当向哪个行政机关申请行政复议？
3. 王大锤是否应当先申请行政复议，对复议决定不服才能提起行政诉讼？为什么？
4. 你认为本案的争议焦点是什么？
5. 对王大锤的起诉，法院应当如何处理？

问题：

1. 本案中B县政府作出的《关于同意收回永阳东路与塔山中路部分地块国有土地使用权的批复》是否属于行政诉讼受案范围？为什么？

答：属于受案范围。

本案中该批复虽属于B县政府内部行政行为，但却交由县土地储备中心直接付诸实施，使得内部行政行为外部化，并影响了行政相对人的权利义务关系变化。所以该批复已经演变为具体行政行为，属于行政诉讼的受案范围。

2. 王大锤应当向哪个行政机关申请行政复议？

答：本案被申请人是B县政府，因此复议机关应当为市政府。

3. 王大锤是否应当先申请行政复议，对复议决定不服才能提起行政诉讼？为什么？

答：不需要。

依据行政复议法规定，自然资源复议前置的条件是当事人认为行政机关的确权性行政

行为侵犯其已有的自然资源所有权或使用权，应当先申请行政复议，对复议决定不服的再提起行政诉讼。本案行政行为属于对国有土地所有权的行政征收，并不属于行政机关作出的确权性具体行政行为损害相对人已依法取得的自然资源的所有权或使用权的情形，因此不需要复议前置。

4. 你认为本案的争议焦点是什么？

答：本案的焦点是 B 县政府的批复行为是内部行政行为还是外部行政行为，是否属于受案范围。（开放性题目）

5. 对王大锤的起诉，法院应当如何处理？

答：本案属于复议机关维持的案件，王大锤遗漏了复议机关作为共同被告，因此法院应当通知王大锤追加复议机关，如果拒绝追加，法院则应将复议机关列为共同被告。

案例四

原告王大锤诉称：2015 年 5 月 20 日，其在吉安市吉州区井冈山大道电信营业厅办理手机号码时，吉安电信公司收取了原告 50 元卡费并出具了发票。原告认为吉安电信公司收取原告首次办理手机号码的卡费，违反了《集成电路卡应用和收费管理办法》中不得向用户单独收费的禁止性规定，故向被告吉安市物价局申诉举报，并提出了要求被告履行法定职责进行查处和作出书面答复等诉求。被告虽然出具了书面答复，但答复函中只写明被告调查时发现一个文件及该文件的部分内容。答复函中并没有对原告申诉举报信中的请求事项作出处理，被告的行为违反了《中华人民共和国价格法》《价格违法行为举报规定》等相关法律规定。请求法院确认被告在处理原告申诉举报事项中的行为违法，依法撤销被告的答复，判令被告依法查处原告申诉举报信所涉及的违法行为。

被告吉安市物价局辩称：原告的起诉不符合行政诉讼法的有关规定。行政诉讼是指公民、法人、其他组织对于行政机关的具体行政行为不服提起的诉讼。本案中被告于 2015 年 7 月 3 日对原告做出的答复不是一种具体行政行为，不具有可诉性。被告对原告的答复符合《价格违法行为规定》的程序要求，答复内容也是告知原告，被告经过调查后查证的情况。请求法院依法驳回原告的诉讼请求。

法院经审理查明：2015 年 5 月 28 日，原告王大锤向被告吉安市物价局邮寄一份申诉举报函，对吉安电信公司向原告收取首次办理手机卡卡费 50 元进行举报，要求被告责令吉安电信公司退还非法收取原告的手机卡卡费 50 元，依法查处并没收所有电信用户首次办理手机卡被收取的卡费，依法奖励原告和书面答复原告相关处理结果。2015 年 5 月 31 日，被告收到原告的申诉举报函。2015 年 7 月 3 日，被告作出《关于对罗镭荣 2015 年 5 月 28 日〈申诉书〉办理情况的答复》，并向原告邮寄送达。答复内容为：“2015 年 5 月 31 日我局收到您反映吉安电信公司新办手机卡用户收取 50 元手机卡卡费的申诉书后，我局非常重视，及时进行调查，经调查核实：江西省通管局和江西省发改委联合下发的《关于江西电信全业务套餐资费优化方案的批复》规定：UIM 卡收费上限标准：入网 50 元每张，补卡、换卡：30 元每张。我局非常感谢您对物价工作的支持和帮助”。原告收到被告的答复后，以被告的答复违法为由诉至法院。

问题：

1. 吉安市物价局对举报答复的行为是否可诉？为什么？
2. 王大锤对其举报行为是否具有原告资格？为什么？
3. 吉安市物价局对举报答复的行为是否合法？为什么？

为帮助大家获取更多主观题资料，请关注微信公共账号 banmoonlaw

4. 法院应当作出何种类型的判决？
5. 《集成电路卡应用和收费管理办法》属于何种类型的立法文件？该文件制定过程中的向社会公布有何要求？
6. 王大锤认为《关于江西电信全业务套餐资费优化方案的批复》规定不合法，是否有权申请法院一并审查？法院如果认为该批复可能不合法，应当如何处理？

1. 吉安市物价局对举报答复的行为是否可诉？为什么？

答：可诉。

因为此行为属于行政机关的不作为，依据《价格法》和《价格违法行为举报处理规定》的规定，物价局是依法作出《答复》的行政主管部门。本案中王大锤作为消费者向物价局举报，物价局应当依法展开调查并作出处理，而本案中物价局并没有针对举报进行处理，属于典型的行政机关不作为。

2. 王大锤对其举报行为是否具有原告资格？为什么？

答：具有原告资格。

依据法律规定，举报人为了自身的合法权益，向行政机关进行举报，行政机关不受理或受理后，对处理结果不满意，可以起诉。

本案中王大锤为了自身的合法权益，向物价局进行举报，物价局受理后未作出处理决定，王大锤可以作为原告。

3. 吉安市物价局对举报答复的行为是否合法？为什么？

答：不合法。

因为物价局的答复只是引用了文件的具体内容，并没有针对举报进行相应的处理，属于典型的行政不作为。

4. 法院应当作出何种类型的判决？

答：履行判决。

法院应当判决撤销物价局的答复，并责令物价局在法定期限内重新予以处理，并予以答复。

5. 《集成电路卡应用和收费管理办法》属于何种类型的立法文件？该文件制定过程中的向社会公布有何要求？

答：部门规章。

部门规章的草案应当向社会公布，征求意见，不得少于 30 日，涉密的除外。

部门规章的送审稿可以向社会公布，征求意见，不得少于 30 日。

6. 王大锤认为《关于江西电信全业务套餐资费优化方案的批复》规定不合法，是否有权申请法院一并审查？法院如果认为该批复可能不合法，应当如何处理？

答：该文件属于规章以下的规范性文件，原告有权申请法院一并审查。

法院应当听取文件制定机关的意见，如果文件制定机关要求出庭陈述，应当准许。

案例五

2004年1月13日，萍乡市土地收购储备中心受萍乡市肉类联合加工厂委托，经被告萍乡市国土资源局（以下简称市国土局）批准，在萍乡日报上刊登了国有土地使用权公开挂牌出让公告，定于2004年1月30日至2004年2月12日在土地交易大厅公开挂牌出让TG-0403号国有土地使用权，地块位于萍乡市安源区后埠街万公塘，土地出让面积为23173.3平方米，开发用地为商住综合用地，冷藏车间维持现状，容积率2.6，土地使用年限为50年。萍乡市亚鹏房地产开发有限公司（以下简称亚鹏公司）于2006年2月12日以投标竞拍方式并以人民币768万元取得了TG-0403号国有土地使用权，并于2006年2月21日与被告市国土局签订了《国有土地使用权出让合同》。合同约定出让宗地的用途为商住综合用地，冷藏车间维持现状。土地使用权出让金为每平方米331.42元，总额计人民币768万元。2006年3月2日，市国土局向亚鹏公司颁发了萍国用（2006）第43750号和萍国用（2006）第43751号两本国有土地使用证，其中萍国用（2006）第43750号土地证地类（用途）为工业，使用权类为出让，使用权面积为8359平方米，萍国用（2006）第43751号土地证地类为商住综合用地。对此，亚鹏公司认为约定的“冷藏车间维持现状”是维持冷藏库的使用功能，并非维持地类性质，要求将其中一证地类由“工业”更正为“商住综合”；但市国土局认为维持现状是指冷藏车间保留工业用地性质出让，且该公司也是按照冷藏车间为工业出让地缴纳的土地使用权出让金，故不同意更正土地用途。2012年7月30日，萍乡市规划局向萍乡市土地收购储备中心作出《关于要求解释〈关于萍乡市肉类联合加工厂地块的函〉》中有关问题的复函，主要内容是：我局在2003年10月8日出具规划条件中已明确了该地块用地性质为商住综合用地（冷藏车间约7300平方米，下同）但冷藏车间维持现状。根据该地块控规，其用地性质为居住（兼容商业），但由于地块内的食品冷藏车间是目前我市唯一的农产品储备保鲜库，也是我市重要的民生工程项目，因此，暂时保留地块内约7300平方米冷藏库的使用功能，未经政府或相关主管部门批准不得拆除。2013年2月21日，市国土局向亚鹏书面答复：一、根据市规划局出具的规划条件和宗地实际情况，同意贵公司申请TG-0403号地块中冷藏车间用地的土地用途由工业用地变更为商住用地。二、由于贵公司取得该宗地中冷藏车间用地使用权是按工业用地价格出让的，根据《中华人民共和国城市房地产管理法》之规定，贵公司申请TG-0403号地块中冷藏车间用地的土地用途由工业用地变更为商住用地，应补交土地出让金。补交的土地出让金可按该宗地出让时的综合用地（住宅、办公）评估价值减去的同等比例计算，即 $297.656\text{万元} \times 70\% = 208.36\text{万元}$ 。三、冷藏车间用地的土地用途调整后，其使用功能未经市政府批准不得改变。亚鹏公司于2013年3月10日向法院提起行政诉讼，要求判令被告将萍国用（2006）第43750号国有土地使用证上的地类用途由“工业”更正为商住综合用地（冷藏车间维持现状）。撤销被告“关于对市亚鹏房地产有限公司TG-0403号地块有关土地用途问题的答复”中第二项关于补交土地出让金208.36万元的决定。

问题：

1. 亚鹏公司与市国土局签订的《国有土地使用权出让合同》是何种类型行政行为？是否属于行政诉讼受案范围？为什么？

2. 市规划局向市土地收购储备中心作出《关于要求解释〈关于萍乡市肉类联合加工厂地块的函〉》中有关问题的复函是何种类型行政行为？是否属于行政诉讼受案范围？为什么？

3. 2013年2月21日，市国土局向亚鹏书面答复属于什么行为？是否合法？为什么？

4. 法院应当如何判决？

为瑞达法考免费提供更多主观题资料，请关注微信公共账号banmoonlaw

5. 你认为本案中市国土局的行为违反了行政法哪一基本原则？该原则对行政执法有何要求？

1. 亚鹏公司与市国土局签订的《国有土地使用权出让合同》是何种类型行政行为？是否属于行政诉讼受案范围？为什么？

答：《国有土地使用权出让合同》是行政协议。

属于行政诉讼受案范围。

因为行政协议是行政机关在行政管理过程中为了维护公共利益与公民、法人或其他组织协商一致以建立、变更消灭行政法上的权利义务关系。本案中的《国有土地使用权出让合同》是市国土局与亚鹏公司订立的协议，影响到了亚鹏公司的行政法意义上的权利义务关系，所以属于行政诉讼的受案范围。

2. 市规划局向市土地收购储备中心作出《关于要求解释〈关于萍乡市肉类联合加工厂地块的函〉》中有关问题的复函是何种类型行政行为？是否属于行政诉讼受案范围？为什么？

答：复函属于内部行政行为中的公文来往。

不属于行政诉讼的受案范围。

因此公文来往没有对外生效，没有影响到当事人的权利义务关系。

3. 2013年2月21日，市国土局向亚鹏书面答复属于什么行为？是否合法？为什么？

答：书面答复属于对行政合同单方的根本性的变更。

不合法，因为行政机关作出的行政行为，随意变更合同的条款，违反了诚实信用原则，属于滥用职权。

4. 法院应当如何判决？

答：法院应当（1）责令国土局在合理期限内将土地使用证“工业”更正为“商住用地”；（2）撤销补交208.36万元的土地出让金的决定。

5. 你认为本案中市国土局的行为违反了行政法哪一基本原则？该原则对行政执法有何要求？

答：违反了诚实信用基本原则，违反了信赖保护原则。

该原则对行政执法的要求：非因法定事由并经法定程序不得随意撤销、变更已生效的行政行为，为了公共利益的需要，可以按照法定程序撤回或者变更已生效的行政行为，但是对当事人因此受到的信赖利益的损失要予以补偿。

案例六

原告戴世华诉称：原告所住单元一梯四户，其居住的801室坐东朝西，进户门朝外开启。距离原告门口0.35米处的南墙挂有高1.6米、宽0.7米、厚0.25米的消防栓。人员入室需后退避让，等门扇开启后再前行入室。原告的门扇开不到60至70度根本出不来。消防栓的设置和建设影响原告的生活。请求依法撤销被告济南市公安消防支队批准在其门前设置的消防栓通过验收的决定；依法判令被告责令报批单位依据国家标准限期整改。

万塘法考免费提供更多主观题资料，请关注微信公共账号banmoonlaw

被告济南市公安消防支队辩称：建设工程消防验收备案结果通知是按照建设工程消防验收评定标准完成工程检查，是检查记录的体现。如果备案结果合格，则表明建设工程是符合相关消防技术规范的；如果不合格，公安机关消防机构将依法采取措施，要求建设单位整改有关问题，其性质属于技术性验收，并不是一项独立、完整的具体行政行为，不具有可诉性，不属于人民法院行政诉讼的受案范围，请求驳回原告的起诉。

法院经审理查明：针对戴世华居住的馆驿街以南棚户区改造工程 1-8 号楼及地下车库工程，济南市公安消防支队对其消防设施抽查后，于 2011 年 11 月 21 日作出济公消验备[2011]第 0172 号《建设工程消防验收备案结果通知》。

材料一：

《中华人民共和国消防法》第四条规定：“县级以上地方人民政府公安机关对本行政区域内的消防工作实施监督管理，并由本级人民政府公安机关消防机构负责实施。”

《消防法》第十三条规定：“按照国家工程建设消防技术标准需要进行消防设计的建设工程竣工，依照下列规定进行消防验收、备案：……（二）其他建设工程，建设单位在验收后应当报公安机关消防机构备案，公安机关消防机构应当进行抽查。依法应当进行消防验收的建设工程，未经消防验收或者消防验收不合格的，禁止投入使用；其他建设工程经依法抽查不合格的，应当停止使用。”

《公安部建设工程消防监督管理规定》第三条第二款规定：“公安机关消防机构依法实施建设工程消防设计审核、消防验收和备案、抽查，对建设工程进行消防监督。”

第二十四条规定：“对本规定第十三条、第十四条规定以外的建设工程，建设单位应当在取得施工许可、工程竣工验收合格之日起七日内，通过省级公安机关消防机构网站进行消防设计、竣工验收消防备案，或者到公安机关消防机构业务受理场所进行消防设计、竣工验收消防备案。”

第二十五条规定：“公安机关消防机构应当在已经备案的消防设计、竣工验收工程中，随机确定检查对象并向社会公告。对确定为检查对象的，公安机关消防机构应当在二十日内按照消防法规和国家工程建设消防技术标准完成图纸检查，或者按照建设工程消防验收评定标准完成工程检查，制作检查记录。检查结果应当向社会公告，检查不合格的，还应当书面通知建设单位。建设单位收到通知后，应当停止施工或者停止使用，组织整改后向公安机关消防机构申请复查。公安机关消防机构应当在收到书面申请之日起二十日内进行复查并出具书面复查意见。”

问题：

1. 建设工程消防验收备案结果通知是什么类型行政行为？请简答行政许可与行政确认的区别。

方塘法考免费提供更多主观题资料，请关注微信公共账号banmoonlaw

答：建设工程消防验收备案结果通知属于行政确认。

行政许可是行政机关在行政管理过程中接受当事人的申请，通过审查，赋予当事人从事某种活动、进行某种行为的资格或者能力的行为，是对一般禁止的例外。行政确认是行政机关在行政管理过程中，经过甄别，对当事人之间的法律关系、法律地位、法律事实，进行的确定、认可和证明。二者的区别主要体现在以下几个方面：（1）程序上，行政许可只能依申请，而行政确认既可以依申请也可以依职权；（2）内容上，行政许可授予当事人的是一种从事某种活动、进行某种行为的资格或能力，而行政确认是对当事人的法律关系、法律地位、法律事实进行的确定、认可和证明。（3）法律效果上，行政许可是“面向未来”的，当事人在取得行政许可之后才能从事某种活动或进行某种行为，而行政确认是“总结现状”的，是对目前已有的、既存的法律关系、法律地位和法律事实的确定、认可和证明。

2. 建设工程消防验收备案结果通知是否属于行政诉讼受案范围？

答：属于行政诉讼受案范围。

本案中，正是因为公安消防机构的验收合格的结果，使得建筑工程能够投入使用，相反，如果验收结果不合格，则将停止使用。可见，该验收备案结果直接建立了当事人行政法意义上的权利义务关系，是行政确认，属于典型的具体行政行为，依法属于行政诉讼的受案范围。

3. 原审法院对原告的起诉不裁不立，原告如何获得救济？

答：原审法院对于原告的起诉，在7日内既不立案，又不作出裁定的，原告可以向上一级法院起诉，上一级法院认为符合起诉条件的，应当立案、审理，也可以制定其他下级法院立案审理。

4. 被告应当如何应诉？

答：被告公安消防支队的负责人应当出庭应诉。如果有法定事由不能出庭应诉的，应当书面说明理由，并应委托相应的工作人员出庭。

5. 本案能否适用简易程序审理？如果可以，如何适用？

答：从适用简易程序的法定条件来看，本案不符合条件；但如果本案当事人协商一致，同意适用简易程序的，可以适用简易程序。

如果本案适用简易程序，可以由一名审判员独任审理，在立案之日起45日内审结案件，而且可以用简便的方式进行通知和送达。其中，以简便方式送达的开庭通知，未经当事人确认或者没有其他证据证明当事人已经收到的，法院不得缺席判决。另外，以简便方式送达的是裁判文书之外的法律文书。

方塘法考免费提供更多主观题资料，请关注微信公共账号banmoonlaw

案例七

王大锤等 18 人系浙江省衢州市柯城区卫宁巷 1 号衢州府山中学教工宿舍楼的住户。2017 年 12 月 9 日，衢州市发展计划委员会根据建设银行衢州分行的报告，经审查同意衢州分行在原有的营业综合大楼东南侧扩建营业用房建设项目。同日，衢州市规划局制定建设项目选址意见，衢州分行为扩大营业用房等，拟自行收购、拆除占地面积为 205 平方米的府山中学教工宿舍楼，改建为露天停车场，具体按规划详图实施。18 日，衢州市规划局又规划出衢州分行扩建营业用房建设用地平面红线图。20 日，衢州市规划局发出建设用地规划许可证，衢州分行建设项目用地面积 756 平方米。25 日，衢州市国土资源局请示收回衢州府山中学教工宿舍楼住户的国有土地使用权 187.6 平方米，报衢州市人民政府审批同意。同月 31 日，衢州市国土局作出衢市国土(2017)37 号《收回国有土地使用权通知》，并告知王大锤等 18 人其正在使用的国有土地使用权将收回及诉权等内容。该《通知》说明了行政决定所依据的法律名称，但没有对所依据的具体法律条款予以说明。王大锤等 12 人不服，申请行政复议，复议机关维持原行为后，提起行政诉讼。

问题：

1. 本案行政复议机关如何确定？为什么？

答：本案行政复议机关为浙江省政府。

本案中，衢州市国土局经过衢州市政府审批同意作出《收回国有土地使用权通知》，属于下级行政机关经过上级行政机关批准作出行政行为的情形，应以批准机关即衢州市政府作被申请人。根据《行政复议法》规定，县级以上人民政府作被申请人的，其上一级人民政府为复议机关。因此，衢州市政府作被申请人时，复议机关为浙江省政府，所以本案行政复议机关为浙江省政府。

2. 本案的被告如何确定？为什么？

答：本案被告是衢州市政府和浙江省政府。

本案是经过复议的案件，复议机关浙江省政府作出的是复议维持的决定，所以本案应以原行政机关衢州市政府和复议机关浙江省政府作为共同被告。

3. 法院对未起诉的其他 6 人，如何处理？

答：本案是针对同一个行政行为提起的行政诉讼，属于必要共同诉讼。必要共同诉讼中遗漏必要共同原告的，法院应当追加未起诉的其他 6 人为共同原告参加诉讼，如果该 6 人仍然不愿意参加诉讼，法院则不能强行追加。如果该 6 人既不起诉，也不放弃自己的实体权利的，法院将其列为第三人。

方塘法考免费提供更多主观题资料，请关注微信公共账号banmoonlaw

4. 本案的管辖法院如何确定？为什么？

答：从级别管辖的角度来看，本案是经过复议的案件，应由原机关即市政府确定本案的级别管辖，县级以上人民政府作被告，应当由中级人民法院管辖。所以，本案应由中级人民法院管辖。从地域管辖的角度来看，本案虽然是经过复议的案件，但本案是收回国有土地使用权的案件，涉及不动产的物权变动，属于典型的不动产案件，应由不动产所在地法院管辖。

综上所述，本案的管辖法院应为该被收回土地所在地中级人民法院。

5. 本案中建设银行衢州分行是什么诉讼地位？享有什么诉讼权利？

答：本案中建设银行衢州分行是第三人，其与本案的被诉行政行为之间存在利害关系，与案件审理结果也有利害关系，所以其为本案的第三人。

建设银行衢州分行作为本案的第三人，有以下诉讼权利：（1）进行举证、质证、委托代理人；（2）可以附条件的上诉，即法院判决其承担义务或减损其权益的，第三人有权依法提起上诉。（3）附条件的申请再审，即第三人因不能归责于本人的原因未参加诉讼，但有证据证明发生法律效力判决、裁定、调解书损害其合法权益的，可以自知道或者应当知道其合法权益受到损害之日起6个月内，向上一级法院申请再审。

6. 衢州市国土局作出衢市国土(2017)37号《收回国有土地使用权通知》是否合法？为什么？

答：不合法。

依据法律规定，行政机关作出行政行为，应当准确地列明其所依据的法律规范，要具体到法律的条款。但本案中，市国土局只说明了所依据的法律名称，未将具体的条款予以说明，所以是不合法的。

7. 《收回国有土地使用权通知》的合法性由谁承担举证责任？

答：本案是经过复议的案件，复议机关作出的是维持决定，《收回国有土地使用权通知》是原机关作出的行政行为，其合法性应由原机关市政府和复议机关省政府共同承担举证责任，可以由一个机关实施举证的行为。

8. 法院如何判决？

答：法院应当判决撤销原行为，同时撤销复议决定，并可以责令原机关重新作出行政行为。