**专题六 行政复议的程序与结案（8：30-9：12）**

**五、行政复议的结案**

**（一）作出复议决定的结案方式**

1．被申请人获胜的决定

（1）维持决定。行政行为认定事实清楚，证据确凿，适用依据正确，程序合法，内容适当的，行政复议机关决定维持该行政行为。

（2）驳回决定。行政复议机关受理申请人认为被申请人不履行法定职责的行政复议申请后，发现被申请人没有相应法定职责或者在受理前已经履行法定职责的，决定驳回申请人的行政复议请求。

2．申请人获胜的决定

（1）撤销决定

行政行为有下列情形之一的，行政复议机关决定撤销或者部分撤销该行政行为，并可以责令被申请人在一定期限内重新作出行政行为：①主要事实不清、证据不足；②违反法定程序；③适用的依据不合法；④超越职权；⑤滥用职权。

注意：行政复议机关责令被申请人重新作出行政行为的，被申请人不得以同一事实和理由作出与被申请行政复议的行政行为相同或者基本相同的行政行为，但是行政复议机关以违反法定程序为由决定撤销或者部分撤销的除外。

（2）变更决定【五星考点，必考】

行政行为有下列情形之一的，行政复议机关决定变更该行政行为：①事实清楚，证据确凿，适用依据正确，程序合法，但是内容不适当；②事实清楚，证据确凿，程序合法，但是未正确适用依据；③事实不清、证据不足，经行政复议机关查清事实和证据。

注意：行政复议机关不得作出对申请人更为不利的变更决定，但是第三人提出相反请求的除外。

（3）履行决定

被申请人不履行法定职责的，行政复议机关决定被申请人在一定期限内履行。

（4）确认无效

行政行为有实施主体不具有行政主体资格或者没有依据等重大且明显违法情形，申请人申请确认行政行为无效的，行政复议机关确认该行政行为无效。

（5）确认违法

①依法应予撤销，但是撤销会给国家利益、社会公共利益造成重大损害；

②程序轻微违法，但是对申请人权利不产生实际影响；

③行政行为违法，但是不具有可撤销内容；

④被申请人改变原违法行政行为，申请人仍要求撤销或者确认该行政行为违法；

⑤被申请人不履行或者拖延履行法定职责，责令履行没有意义。

**（二）调解结案与和解结案**

1．调解结案

当事人经调解达成协议的，行政复议机关应当制作行政复议调解书，经各方当事人签字或者签章，并加盖行政复议机关印章，即具有法律效力。

调解未达成协议或者调解书生效前一方反悔的，行政复议机关应当依法审查或者及时作出行政复议决定。

2．和解结案

当事人在行政复议决定作出前可以自愿达成和解，和解内容不得损害国家利益、社会公共利益和他人合法权益，不得违反法律、法规的强制性规定。

当事人达成和解后，由申请人向行政复议机构撤回行政复议申请。行政复议机构准予撤回行政复议申请、行政复议机关决定终止行政复议的，申请人不得再以同一事实和理由提出行政复议申请。但是，申请人能够证明撤回行政复议申请违背其真实意愿的除外。

**六、行政复议决定的执行**

**（一）被申请人不履行复议决定的执行**

被申请人不履行或者无正当理由拖延履行行政复议决定书、调解书、意见书的：

（1）行政复议机关或者有关上级行政机关应当责令其限期履行；

（2）并可以约谈被申请人的有关负责人；

（3）予以通报批评。

注意：被申请人不履行或者无正当理由拖延履行行政复议决定书、调解书、意见书的，申请人不得申请法院强制执行。

**（二）申请人不履行复议决定的执行**

由作出行政行为的行政机关依法强制执行，或者申请人民法院强制执行。

**专题七 行政处罚的设定与实施（9：12-10：40）**

**一、行政处罚的创设（从无到有）**

法律：所有种类

行政法规：可以创设除限制人身自由以外的行政处罚

地方性法规：可以创设除限制人身自由、吊销营业执照以外的行政处罚（可以设定暂扣营业执照）

部门规章：可以创设警告、通报批评或罚款，罚款限额由国务院规定

地方政府规章：可以创设警告、通报批评或罚款，罚款限额由省级人大常委会规定

**二、行政处罚的规定（从粗到细）**

不得增加或者减少应予行政处罚的违法行为；不得增加或者减少行政处罚的种类；不得上调或者下调行政处罚的幅度

**三、行政处罚的补充设定（从有到全）**

（1）行政法规补充创设：①法律对违法行为未作出行政处罚规定②行政法规为实施法律，可以补充创设行政处罚③拟补充创设行政处罚的，应当通过听证会、论证会等形式广泛听取意见④须向制定机关作出书面说明

（2）地方性法规补充创设：①法律、行政法规对违法行为未作出行政处罚规定②地方性法规为实施法律、行政法规，可以补充设定行政处罚③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④须向制定机关作出书面说明

**四、行政处罚的管辖规则**

**1．级别管辖**

行政处罚由县级以上地方政府具有行政处罚权的职能部门管辖，但法律、行政法规另有规定的除外。

省、自治区、直辖市（设区政府无权）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．地域管辖**

行政处罚由违法行为发生地（包括主要违法行为实施地、其相关行为的实施地，以及直接违法结果的发生地）的行政机关管辖。法律、行政法规、部门规章另有规定的，从其规定。

**3．管辖权争议的解决**

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。

**4．行刑衔接**

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。

**五、行政处罚的实施规则**

**1．不处罚情形**

（1）无责任能力者不处罚：不满14周岁的未成年人、不能辨认或者不能控制自己行为的精神病人和智力残疾人是无行政责任能力人。

（2）情节轻微者不处罚：违法情节轻微并能及时纠正，并没有造成危害后果的。

（3）首违轻微者不处罚：初次违法且危害后果轻微并及时改正的。

（4）无主观过错者不处罚：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。

（5）过时未罚者不处罚：违法行为自发生之日起2年内未被发现的，不处罚。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。

注意：违法行为发生后，在违法行为导致的危险状态具有连续性的，则只要该危险一直持续，行政机关就可以作出行政处罚。

**2．应当从轻或者减轻处罚的情节**

符合下列情形之一的，应当从轻或者减轻处罚：

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。

**3．一事不再罚**

对同一个当事人的同一个违法行为，不得给予2次以上罚款的行政处罚。（不同种类处罚可以）

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（择一重处罚）。

**4．处罚与刑罚的折抵**

违法行为构成犯罪，法院判处拘役或者有期徒刑时，行政机关已经给予当事人行政拘留的，应当依法折抵相应刑期。

违法行为构成犯罪，法院判处罚金时，行政机关已经给予当事人罚款的，应当折抵相应罚金；行政机关尚未给予当事人罚款的，不再给予罚款。

也就是说，在一个行为同时构成行政违法和刑事犯罪，并受到行政处罚和刑事处罚的情况下，应当将行政拘留折抵相应的拘役和有期徒刑的刑期，或将行政罚款折抵相应的刑罚罚金。但是，行政处罚中的没收不能与刑罚上的没收相折抵。

**5．过罚相当**

行政机关依法对行政相对人的违法行为实施行政处罚时，应遵循过罚相当原则行使自由裁量权。即行政机关实施行政处罚必须以事实为依据，与被处罚人所实施违法行为的事实、性质、情节以及社会危害程度相当；所科处罚种类和处罚幅度及其减免要与被处罚人的违法过错程度相适应。

**6．责令改正**

行政机关实施行政处罚时，应当责令当事人立即改正或者限期改正违法行为。

责令改正违法行为，不具有制裁惩戒性，不是行政处罚，而是行政命令。

**7．裁量基准**

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。

**8．无效的行政处罚**

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。

违反法定程序构成重大且明显违法的，行政处罚无效。

**六、行政处罚的实施程序**

**（一）一般规则**

1．先查证后处罚

行政机关应当先查明违法事实才能给予行政处罚，即先查证，后处罚。

2．执法公示

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。

3．正当程序

（1）作出处罚决定前告知当事人拟作出的行政处罚内容及事实、理由、依据。

（2）告知当事人享有陈述、申辩等权利；否则，不得作出处罚决定，当事人明确放弃陈述申辩权利的除外。

（3）对当事人提出的事实、理由和证据，应当进行复核；成立的，行政机关应当采纳。

（4）不得因当事人陈述、申辩而给予更重的处罚。

4．回避规则

（1）主动回避：行政执法人员与案件有利害关系可能影响公正执法的，应当回避。

（2）申请回避：由行政机关负责人决定是否回避。决定作出之前，不停止调查。

**（二）一般程序**

1．立案：符合立案标准的，行政机关应当及时立案。

2．调查

（1）主体要求。由具有行政执法资格的执法人员实施。执法人员不得少于2人，法律另有规定的除外。执法人员在调查或者进行检查时，应当主动向当事人或者有关人员出示执法证件。当事人或者有关人员有权要求执法人员出示执法证件。询问或者检查应当制作笔录。

（2）保存证据与证据的使用。行政机关在收集证据时，如遇证据可能灭失或者以后难以取得的情况，经行政机关负责人批准，可以先行登记保存，并在7日内及时作出处理决定。（先行登记保存属于行政强制措施）

（3）电子技术的运用。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。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。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。

3．审核

有下列情形之一，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。

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。

4．决定

行政处罚的决定应当由行政机关的负责人作出，对于复杂、重大的处罚案件，需要由行政机关的负责人集体讨论作出决定。

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（从旧兼从轻原则）。

行政机关应当自行政处罚案件立案之日起90日内作出行政处罚决定。法律、法规、规章另有规定的，从其规定。

具有一定社会影响的行政处罚决定应当依法公开。

公开的行政处罚决定被依法变更、撤销、确认违法或者确认无效的，行政机关应当在3日内撤回行政处罚决定信息并公开说明理由。

5．送达

行政机关决定给予行政处罚的，应当制作加盖本机关印章的处罚决定书，并向当事人送达。行政处罚决定书应当在宣告后当场交付当事人；当事人不在场的，应当在7日内依照民事诉讼法的有关规定送达。

当事人同意并签订确认书的，行政机关可以采用传真、电子邮件等方式，将行政处罚决定书等送达当事人。

**（三）简易程序**

1．适用条件

（1）违法事实确凿并有法定依据。

（2）处罚种类和幅度分别是对公民处以200元以下，对法人或者其他组织处以3000元以下的罚款或者警告的。

2．特殊规则

（1）当场决定。由执法人员在当场查明事实之后，无须报送行政机关的负责人，而是自己当场作出处罚决定。

（2）当场送达。执法人员不得少于2人，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。

**（四）听证程序**

1．适用条件

（1）适用范围：行政机关拟作出下列行政处罚决定，应当告知当事人有要求听证的权利，当事人要求听证的，行政机关应当组织听证：①吊销许可证件；②责令停产停业、责令关闭；③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；④降低资质等级；⑤限制从业；⑥其他较重的行政处罚。

（2）启动方式：被动启动，也就是依申请启动。行政机关将要作出“吊这个大款，降资质、限从业”等行政处罚决定前，应当告知当事人有申请听证的权利。当事人在5日内依法提出听证要求的，行政机关应当举行听证会。

2．程序要求

（1）期限。

①申请期限：申请人、利害关系人，应当在被告知听证权利之日起5日内提出听证申请。

②告知期限：行政机关应当于举行听证的7日前将举行听证的时间、地点通知申请人。

（2）回避。行政处罚的当事人认为主持人与该处罚案件有直接利害关系的，有权申请回避。在听证前已经参与处罚案件调查的工作人员不能担任听证主持人。

（3）内容。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。

（4）代理。当事人既可以亲自参加听证，也可以委托1～2人代理。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。

（5）笔录。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。听证结束后，行政机关应当根据听证笔录作出决定。行政处罚听证会笔录具有案卷排他效力。

（6）公开。除涉及国家秘密、商业秘密或个人隐私外，听证应当公开举行。

（7）费用。当事人不承担行政机关组织听证的费用，该费用由行政机关承担。

**专题八** **行政协议（10：40-11：30）**

**一、行政协议的判断**

行政协议是指行政机关为实现行政管理或公共服务目标，与公民、法人或者其他组织协商订立的具有行政法上权利义务内容的协议。

1．主体要素：行政协议必须一方当事人为行政机关。

2．目的要素：行政协议必须是为了实现行政管理或者公共服务目标。

3．内容要素：协议内容必须具有行政法上的权利义务内容。

4．意思要素：行政协议双方当事人必须协商一致。

**二、行政协议的特征**

1．公法特征：行政性。签订行政协议的目的是行政机关在行政管理过程中为了实现公共利益；行政机关在协议履行过程中，行政机关享有行政优益权，可以为了保证公共利益的需要，单方变更、单方解除行政协议，同时给行政相对人造成损失的，需要给予合理的补偿。

2．私法特征：合意性。行政协议的签订是在行政主体与公民、法人或其他组织双方意思表示一致的基础上。

**三、行政协议的类型**

肯定列举：政府特许经营协议；土地、房屋等征收征用补偿协议；矿业权等国有自然资源使用权出让协议；政府投资的保障性住房的租赁、买卖等协议；

否定列举：行政机关之间因公务协助等事由而订立的协议（内部行为）；行政机关与其工作人员订立的劳动人事协议（民事合同）

**四、行政协议案件适格的原告**

与行政协议有利害关系的公民、法人或者其他组织。

（1）参与招标、拍卖、挂牌等竞争性活动的公平竞争权人。

（2）被征收征用土地、房屋等不动产的用益物权人、公房承租人。

（3）其他认为行政协议的订立、履行、变更、终止等行为损害其合法权益的人。

**五、被告不得反诉**

法院受理行政协议案件后，被告就该协议的订立、履行、变更、终止等提起反诉的，人民法院不予准许。（相对人如果不履行，行政机关经过法定程序可以向法院申请强制执行）

**六、管辖法院**

当事人有权通过书面协议约定选择与争议有实际联系地点的法院，作为行政协议纠纷解决的管辖法院。

注意：行政协议约定仲裁条款的，法院应当确认该条款无效，但是法律、行政法规或者我国缔结、参加的国际条约另有规定的除外。

**七、起诉期限**

（1）诉行政机关违法变更、解除行政协议的：适用行政诉讼法及其司法解释关于起诉期限的规定。（原则上6个月）

（2）诉行政机关除违法变更、解除行政协议之外的案件：参照民事法律规范关于诉讼时效的规定。

（3）诉行政协议无效的，不受起诉期限的限制，原告随时可以向法院起诉。

**八、可以调解**

法院审理行政协议案件，可以依法进行调解。

**九、举证责任的分配**

（1）被告的举证责任。①具有法定职权。②履行法定程序。③履行相应法定职责。④订立、履行、变更、解除行政协议等行为的合法性。

（2）原告的举证责任。行政协议案件，由原告承担举证责任的情形：原告主张撤销、解除行政协议的，对撤销、解除行政协议的事由原告承担举证责任。

（3）对行政协议是否履行发生争议的，则由负有履行义务的当事人承担举证责任。

**十、判决类型**

**（1）诉行政机关违约的判决。**

被告未依法履行、未按照约定履行行政协议，判决被告继续履行，并明确继续履行的具体内容。

被告无法履行或继续履行无实际意义的，判决被告采取相应的补救措施；给原告造成损失的，判决被告予以赔偿；原告要求按照约定的违约金条款或定金条款予以赔偿的，法院应予支持。

**（2）诉行政机关单方变更、解除行政协议的判决。**

为防止严重损害国家利益、社会公共利益，被告作出变更、解除协议后，原告请求撤销该行为，法院经审理认为该行为合法的，判决驳回原告诉讼请求；给原告造成损失的，判决被告予以补偿。

被告单方变更、解除协议违法，判决撤销或部分撤销，并可以责令被告重新作出行政行为。

被告变更、解除行政协议的行政行为违法，判决被告继续履行协议、采取补救措施；给原告造成损失的，判决被告予以赔偿。

**（3）诉行政协议法律效力的判决。**

行政协议存在重大且明显违法情形的，判决确认协议无效。

行政协议无效的原因在一审法庭辩论终结前消除的，确认行政协议有效。

法律、行政法规规定应当经过其他机关批准等程序后生效的行政协议，在一审法庭辩论终结前未获得批准的，确认该协议未生效。

**（4）诉行政协议订立或者终止的判决。**

原告认为行政协议存在胁迫、欺诈、重大误解、显失公平而请求撤销，经查实的，判决撤销该协议。

原告请求解除行政协议，法院认为符合约定或法定解除情形且不损害他益的，判决解除该协议。