



桑磊法考

2026

主客一体

系统精讲 内部讲义

# 行政法与行政诉讼法

中国政法大学博士 福州大学法学院副教授 李年清

【考点 5、考点 24-33】

内部资料  
注意保密

## ★★★ 考点 5 行政规范性文件

### 相关法条及司法解释

《行政法规制定程序条例》第 4 条、第 10 条第 2 款、第 12 条、第 13 条、第 14 条第 3 款、第 18 条、第 21 条、第 22 条、第 24 条、第 25 条、第 31~36 条、第 39 条

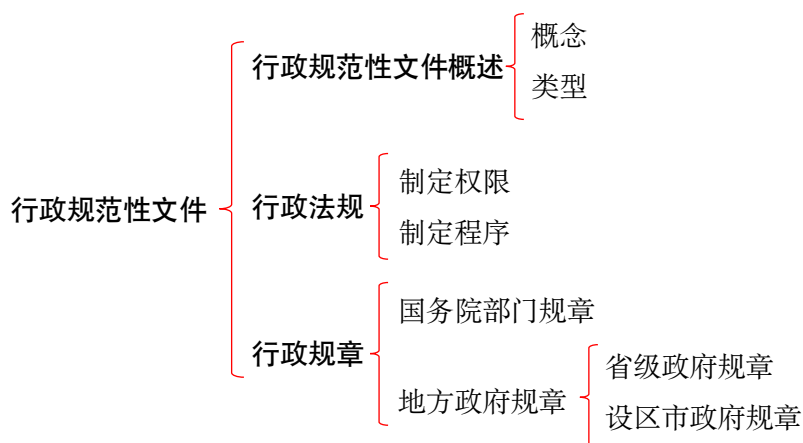
《规章制定程序条例》第 3 条第 2 款、第 7 条、第 9 条、第 14 条、第 16 条第 1 款、第 27 条、第 29~33 条

### 客观命题分析

本考点的内容属于每年必考内容，分值为 2 分。考查的难度较低，容易得分，复习该部分性价比较高。复习方法注重知识点细节，反复背诵，精确记忆。2025 年、2024 年、2023 年考查行政规章的制定程序；2022 年考查行政法规的制定程序；2021 年考查规章的备案。

本考点的重点难点包括：(1) 行政规范性文件的判断标准；(2) 行政法规的制定程序；(3) 行政规章的制定程序；其中，行政法规的制定程序和行政规章的制定程序必考其一。另外，对于行政规范性文件 and 行政行为的区分必须掌握，这两个概念是行政法的核心概念，涉及到行政诉讼法受案范围的掌握，在主观题考试中会涉及。

### 考点解析



## 一、行政规范性文件的概述

### （一）行政规范性文件的概念

行政规范性文件是指行政机关运用行政职权，针对不特定对象制定的可以反复适用的行政管理文件。

行政规范性文件的判断标准

- 不特定性 → 该行为作出之时想要约束的对象范围是不明确的
- 可以反复适用性 → 该行为针对同等情况可以反复适用

行政规范性文件不特定性的判断时间截点：**行为作出之时去判断**，看想要约束的对象范围是否没有明确固定下来。如果范围能够明确，有特定性；如果范围不能够明确固定下来，就没有特定性。

**【例】**北京市政府发布文件称，行人闯红灯的，罚款 10 元；行人骑着非机动车闯红灯的，罚款 20 元。该规范性文件针对的对象具有不特定性，因为有多少行人会闯红灯在该文件发布之时不可能事先确定；此外，该规范性文件只要没有被废止可以反复适用。因此，北京市政府的行为属于行政规范性文件。

### （二）行政规范性文件的类型

行政规范性文件的类型主要有三类：

①行政立法：行政法规、行政规章。

②国务院发布的具有普遍约束力的决定和命令。（效力低于行政法规，高于部门规章，且可以作为部门规章的制定依据）

**【例】**2021 年 9 月 26 日，国务院决定废止《计划生育技术服务管理条例》《社会抚养费征收管理办法》《流动人口计划生育工作条例》三部行政法规。根据国务院的该决定，征收社会抚养费已经被取消。

③国务院部门和地方政府及其部门制定的规范性文件，即规章（不含）以下的规范性文件，俗称红头文件。

**★ 注意：**规章以下（不含）的规范性文件（俗称红头文件）的制定程序参照《规章制定程序条例》执行。

## 二、行政法规

|      |      |   |   |
|------|------|---|---|
| 制定权限 | 制定机关 | 国务院   |   |
|      | 权限范围 | ①执行法律规定的事项<br>②宪法第 89 条规定的国务院行政管理职权的事项<br>③全国人大及其常务委员会授权的事项 [法律绝对保留事项不得授权制定行政法规]<br><b>[提示]</b><br>①授权决定应当明确授权的目的、事项、范围、期限以及原则等,且被授予的权力不得转授<br>②授权期限 <b>不得超过 5 年</b> ,但是授权决定另有规定的除外<br>③国务院应在 <b>期限届满的 6 个月以前</b> 报告实施情况,并提出是否制定有关法律或继续授权 |   |
|      | 遵循原则 | ①制定政治方面法律的配套行政法规,应当按照有关规定及时报告党中央<br>②制定经济、文化、社会、生态文明等方面重大体制和重大政策调整的重要行政法规,应当将行政法规草案或者行政法规草案涉及的重大问题按照有关规定及时报告党中央   |   |
|      | 名称   | ①一般情况下的行政法规:“条例”“办法”“规定”<br>②经授权制定的行政法规:“暂行条例”“暂行规定”  |   |
| 制定程序 | 立项   | 立项工作计划  | ①国务院法治部门(司法部)拟订国务院年度立法工作计划,报 <b>党中央、国务院</b> 批准后向社会公布<br>②国务院法治部门应当向社会公开征集行政法规制定项目建议<br>③拟列入当年完成审查的立法项目的,还应当已经向国务院报送行政法规草案送审稿,且有关方面对送审稿规定的主要制度没有较大争议<br>④国务院年度立法工作计划在执行中 <b>可以根据实际情况予以调整</b> |
|      |      | 报请立项  | 国务院有关部门认为需要制定行政法规的,向国务院报请立项   |
|      |      | 报请立项需要说明情况  | ①依据的党的路线方针政策和决策部署<br>②立法项目的必要性和可行性<br>③所要解决的主要问题<br>④拟确立的主要制度及预期实施效果<br>⑤有关风险评估及防范应对措施<br>⑥已开展的工作情况   |
|      | 起草   | 起草主体  | ①由国务院组织起草,由国务院的一个部门或几个部门具体负责起草工作,也可以由国务院法治部门(司法部)起草或组织起草<br>②起草专业性较强的行政法规,起草部门可以吸收相关领域的专家参与起草工作,或委托有关专家、教学科研单位、社会组织起草   |

|  |  |                      |   |
|--|--|----------------------|---|
|  |  | <p>听取意见</p>          | <p>①起草行政法规，应当广泛听取有关机关、组织、人大代表和社会公众的意见</p> <p><b>②起草与经营主体生产经营活动密切相关的行政法规，应当听取有关企业和行业协会商会的意见</b></p> <p>③听取意见可以采取召开座谈会、论证会、听证会等多种形式</p> <p>④应当将行政法规草案及其说明等向社会公布，征求意见；但是，涉及国家安全，或者遇有紧急情形等，经国务院决定不公布的除外</p> <p>⑤向社会公布征求意见的期限<b>一般不少于 30 日</b></p> |
|  |  | <p>咨询论证</p>          | <p>涉及如下<b>重大利益调整事项的，应当进行论证咨询：</b></p> <p>①社会公众普遍关注的热点难点问题</p> <p>②经济社会发展遇到的突出矛盾</p> <p>③减损公民、法人和其他组织权利或增加其义务</p> <p>④对社会公众有重要影响的事项</p>  |
|  |  | <p>工作协调</p>          | <p>①起草部门应当就涉及其他部门的职责，与有关部门充分协商</p> <p>②涉及部门职责分工、行政许可、财政支持、税收优惠政策的，应当征得机构编制、财政、税务等相关部门同意</p> <p>③加强立法时机、立法预期实施效果等的评估，并与宏观政策取向保持一致，注重为基层减负</p>  |
|  |  | <p>重大决策</p>          | <p>涉及有关管理体制、方针政策等需要国务院决策的重大问题提出解决方案，报国务院决定</p>  |
|  |  | <p>前置评估</p>          | <p>①向国务院报送送审稿前，<b>应当送国务院法治部门进行前置评估</b></p> <p>②国务院法治部门应当提出前置评估意见</p> <p>③起草部门应当认真研究处理，并在报送国务院的材料中对前置评估意见研究处理情况作出说明</p>  |
|  |  | <p>送审稿的<br/>签署</p>   | <p>①向国务院报送行政法规送审稿，由起草部门主要负责人签署</p> <p>②几个部门起草的行政法规送审稿，由该几个部门主要负责人<b>共同</b>签署</p>  |
|  |  | <p>报送<br/>送审稿</p>    | <p>①起草部门报送行政法规送审稿时，<b>应当一并报送送审稿的说明和有关材料</b></p> <p>②<b>修改行政法规的，还应当报送修改前后的对照文本</b></p> <p>③起草行政法规，涉及几个部门共同职责需要共同起草的，应当共同起草，达成一致意见后联合报送送审稿</p>  |
|  |  | <p>送审稿说<br/>明的内容</p> | <p>①立法的必要性、可行性，主要思路，确立的主要制度</p> <p>②征求有关机关、组织和公民意见的情况，各方面对送审稿主要问题的不同意见及其协调处理情况</p> <p>③拟设定、取消或者调整行政许可、行政强制措施的情况</p> <p>④风险评估及防范应对措施等</p>  |

|    |                 |  |
|----|-----------------|--|
|    | 有关材料内容          | <p>①依据的党的路线方针政策和决策部署</p> <p>②所规范领域的实际情况和相关数据，实践中存在的主要问题，与有关行政法规协调和衔接情况</p> <p>③拟设定、取消或者调整行政许可、行政强制措施的论证材料</p> <p>④有关评估报告、调研报告、考察报告、国内外的有关立法资料等</p>   |
| 审查 | 审查主体            | 国务院法治部门（即司法部）  |
|    | 征求意见            | <p>①应当发送国务院有关部门、地方政府、有关组织和专家等各方面征求意见</p> <p>②国务院有关部门、地方人民政府应当在规定期限内反馈书面意见，并加盖本单位或者本单位办公厅（室）印章</p> <p><b>③国务院法治部门认为送审稿中涉及合宪性问题的，应当征求全国人民代表大会常务委员会有关工作机构意见</b></p> <p>④将送审稿或者修改稿及其说明等向社会公布，征求意见。向社会公布征求意见的期限一般不少于30日</p> |
|    | 咨询论证            | <p>①行政法规送审稿涉及重大利益调整的，国务院法治部门<b>应当进行论证咨询</b></p> <p>②论证咨询<b>可以</b>采取座谈会、论证会、听证会、委托研究等多种形式</p>   |
|    | 可以组织听证会         | <p>有如下情形的，国务院法治部门<b>可以</b>举行听证会，听取意见：</p> <p>①行政法规送审稿涉及重大利益调整或存在重大意见分歧</p> <p>②对公民、法人或其他组织的权利义务有较大影响</p> <p>③人民群众普遍关注的</p>   |
|    | 协调意见            | <p>①国务院有关部门对送审稿有不同意见的，国务院法治部门应当进行协调；对有较大争议的重要立法事项，<b>可以</b>委托有关专家、教学科研单位、社会组织进行评估</p> <p>②不能达成一致意见的，应当将争议的主要问题、有关部门的意见以及国务院法治部门的意见报<b>国务院领导协调</b>或者<b>国务院</b>决定</p>  |
|    | 缓办 <b>或者</b> 退回 | <p>①制定行政法规的基本条件尚不成熟或者发生重大变化的</p> <p>②有关部门对送审稿规定的主要制度存在较大争议的</p> <p>③未就涉及部门职责分工、行政许可、财政支持、税收优惠政策的规定征得机构编制、财政、税务等相关部门同意的</p> <p>④按照本条例有关规定公开征求意见的</p> <p>⑤上报送审稿等材料不符合要求的</p>   |
|    | 形成草案            | 国务院法治部门应当认真研究各方面的意见，与起草部门协商后，对送审稿进行修改，形成行政法规草案和对草案的说明  |
|    | 上报国务院           | <p>①行政法规草案由<b>国务院法治部门主要负责人</b>提出提请国务院常务会议审议的建议</p> <p>②对调整范围单一、各方面意见一致或依据法律制定的配套行政法规草案，可以采取传批方式，由<b>国务院法治部门</b>直接提请国务院审批</p>   |

|    |   |   |  |
|----|---|---|--|
| 决定 | 方式  | ①由国务院常务会议审议<br>②由国务院审批  |  |
|    | 说明情况  | 国务院常务会议 <b>审议</b> 时，可以由 <b>国务院法治部门</b> 或 <b>起草部门</b> 进行说明   |  |
| 公布 | 签署  | [原则上] 国务院法治部门（司法部）根据国务院对行政法规草案的审议意见，对行政法规草案进行修改，形成草案修改稿，报请总理签署 <b>国务院令</b> 公布施行<br>[有例外] 有关 <b>国防建设</b> 的行政法规，可以由国务院总理、中央军事委员会主席共同签署，以 <b>国务院、中央军事委员会令</b> 公布 |  |
|    | 应当公布的载体   | ①国务院公报<br>②中国政府法制信息网<br>③ <b>全国范围内发行的报纸</b>   |  |
|    | 标准文本  | 在国务院公报刊登的行政法规文本为标准文本  |  |
| 施行 | 一般情形  | 自 <b>公布之日起 30 日</b> 后施行   |  |
|    | 特殊情形  | 涉及国家安全、外汇汇率、货币政策的确定以及公布后不立即施行将有碍行政法规施行的，可以自公布之日起施行  |  |
| 备案 | 在 <b>公布后的 30 日</b> 内由 <b>国务院办公厅</b> 报 <b>全国人大常委会</b> 备案 |   |  |
| 解释 | 国务院解释   | 适用情形  | ①行政法规的规定需要进一步明确具体含义的<br>②行政法规制定后出现新的情况，需要明确适用行政法规依据的 |
|    |   | 申请者   | 国务院各部门和省级人民政府  |
|    |   | 解释主体  | 国务院  |
|    |   | 操作程序  | 国务院法治部门研究拟订行政法规解释草案，报国务院同意后，由国务院公布或由国务院授权国务院有关部门公布   |
|    |   | 效力  | 行政法规的解释与行政法规具有同等效力                                   |
|    | 国务院法治部门（司法部）解释  | 适用情形  | 属于行政工作中具体应用行政法规的问题                                   |
|    |   | 申请者   | 国务院部门法制机构和省级人民政府法制机构（司法厅/局）                          |
|    |   | 解释主体  | 国务院法治部门（司法部）   |
|    |   | 操作程序  | 国务院法治部门可以研究答复；其中涉及重大问题的，由国务院法治部门提出意见，报国务院同意后答复       |
|    |   | 效力  | 适用于行政工作中的具体问题  |

|    |              |   |
|----|--------------|---|
| 备注 | 配套规定         | ① 行政法规明确要求对专门事项作出配套的具体规定的，国务院有关部门应当自行政法规施行之日起 1 年内作出规定<br>② 行政法规对配套的具体规定制定期限另有规定的，从其规定<br>③ 国务院有关部门未能在期限内作出配套的具体规定的，应向国务院说明情况   |
|    | 暂时调整<br>暂停适用 | ① <b>国务院</b> 可以就行政管理等领域的特定事项，决定在一定期限内或部分地方暂时调整或暂时停止适用行政法规的部分规定<br>② 国务院有关部门应当会同相关地方人民政府对行政法规暂时调整或者暂时停止适用情况及时进行评估论证<br>③ 对实践证明可行、需要修改有关行政法规的，按立法程序办理；对实践证明不宜调整、需要恢复施行行政法规有关规定的，由国务院有关部门报请国务院决定 |
|    | 立法评估         | 司法部或国务院有关部门可以组织对有关行政法规或其中的有关规定进行立法后评估，并把评估结果作为修改、废止有关行政法规的 <b>重要参考</b>  |
|    | 法规清理         | ① 国务院法治部门报国务院同意后及时组织开展行政法规清理工作<br>② 国务院有关部门可以根据工作需要，向国务院法治部门提出行政法规清理建议  |

★ **注意：**《立法法》施行以前，按照当时有效的行政法规制定程序，经国务院批准、由国务院部门公布的行政法规也属于有效的行政法规。例如：《外国人来华登山管理办法》于 1991 年 7 月 31 日经国务院批准，1991 年 8 月 29 日由国家体育运动委员会发布施行。《外国人来华登山管理办法》的性质属于行政法规。

### 三、行政规章

|          |         |   |
|----------|---------|---|
| 部门<br>规章 | 制定机关    | ① 国务院组成部门<br>② <b>直属机构</b> （如国家金融监督管理总局、国家市场监督管理总局、证监会等）<br>③ 法律规定的机构（如国家保密局，《保密法》第 41 条授权） |
|          | 制定权限    | ① 无上位法依据，部门规章不得设定减损公民、法人和其他组织权利或增加其义务的规范<br>② 无上位法依据，不得增加本部门的权力或减少本部门的法定职责                  |
|          | 报请立项    | 部门工作机构  |
|          | 决定      | ① 部务会议（如工信部、司法部）<br>② 委员会会议（如国家发改委、国家卫健委）   |
|          | 应当公布的载体 | ① 国务院公报或部门公报<br>② 中国政府法制信息网<br>③ 全国范围内发行的报纸   |
|          | 标准文本    | ① 本部门公报；② 国务院公报   |
|          | 备案      | <b>公布后 30 日内由制定机关的法制机构向国务院备案</b>  |

|                            |         |   |
|----------------------------|---------|---|
| 地<br>方<br>政<br>府<br>规<br>章 | 制定机关    | ①省级政府；②设区的市政府（含自治州政府）<br>③立法法授权的市政府：海南儋州市、广东东莞市和中山市、甘肃嘉峪关市                          |
|                            | 制定权限    | ①设区的市政府规章的立法权限：针对城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护、基层治理等事项<br>②无上位法依据，不得设定减损公民、法人和其他组织权利或增加其义务的规范 |
|                            | 报请立项    | ①政府部门；②下级政府   |
|                            | 决定      | ①政府常务会议<br>②政府全体会议  |
|                            | 应当公布的载体 | ①本级人民政府公报<br>②中国政府法制信息网<br>③本行政区域范围内发行的报纸   |
|                            | 标准文本    | 本级人民政府公报  |
|                            | 备案      | ①省级政府规章由省级政府的法制机构（司法厅/局）向本级人大常委会和国务院备案<br>②设区市政府规章由司法局报省级人大常委会、本级人大常委会、国务院和省级政府备案   |

## 真题解析

**例：**为了规范上市公司证券发行行为，保护投资者合法权益和社会公共利益，证监会于2023年2月发布《上市公司证券发行注册管理办法》（以下简称《办法》）。下列哪一选项是正确的？（2024年回忆版）

- A. 没有法律依据，部门规章不得设定减损公民、法人和其他组织权利或增加其义务的规范
- B. 公布后30日内由制定机关的办公机构向国务院备案
- C. 该《办法》公布时，应当载明通过日期、公布日期、施行日期
- D. 该《办法》可以在行政诉讼中请求法院附带审查其合法性

**答案：**\_\_\_\_\_（1）

### 选项分析：

部门规章规定的事项应当属于执行法律或者国务院的行政法规、决定、命令的事项。没有法律或者国务院的行政法规、决定、命令的依据，部门规章不得设定减损公民、法人和其他组织权利或者增加其义务的规范，不得增加本部门的权力或者减少本部门的法定职责。可知，部门规章的制定依据有：法律、行政法规、国务院的决定和命令。只要有“法律、行政法规、国务院的决定和命令”三个中的任何一个作为依据，就可以设定减损公民、法人和其他组织权利或者增加其义务的规范。A选项错误。

---

(1) C

部门规章公布后30日内由制定机关的法制机构而不是办公机构向国务院备案。B选项错误。

为了便于公众了解规章的内容和顺利施行，公布部门规章的命令应当载明该规章的制定机关、序号、规章名称、通过日期、施行日期、部门首长署名以及公布日期。C选项正确。

只有规章以下（不含）的行政规范性文件，也就是红头文件，在行政诉讼中才可以要求法院附带审查，而本题《上市公司证券发行注册管理办法》属于证监会制定的部门规章，不属于红头文件，不能要求法院附带审查。D选项错误。

## 主客一体

### ★★★★★ 考点 24 行政复议的受案范围

#### 相关法条及司法解释

《行政复议法》第 2 条、第 11~13 条、第 56~59 条

《行政复议法实施条例》第 9 条



## 客观命题分析

本考点往年考查较少，近年有所考查，2024 年、2025 年考查行政复议与行政诉讼的衔接关系。考生应掌握当事人对行政协议案件、不予赔偿决定以及不受理学位申请、不授予学位或者撤销学位行为、列入严重失信主体名单决定或者失信惩戒措施不服申请行政复议的，属于行政复议的受案范围。

重点难点包括：(1) 行政复议和行政诉讼的衔接关系；(2) 行政规范性文件在行政复议中的附带审查。

## 主观命题分析

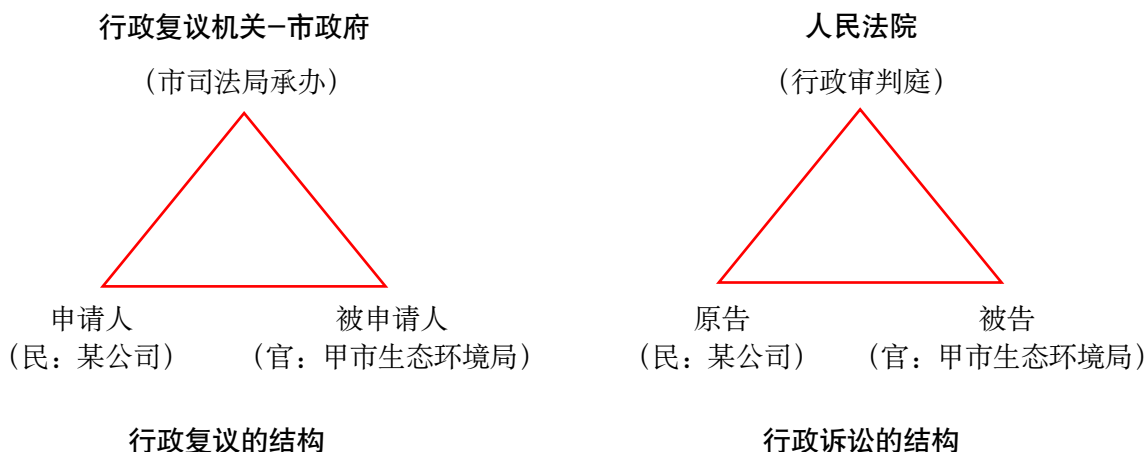
本考点在主观题中尚未考查。考生需要掌握行政协议案件属于行政复议的受案范围。

## 考点解析

### 一、行政复议的概念

行政复议，是指公民、法人或者其他组织认为行政机关的行政行为侵犯其合法权益，向行政复议机关提出行政复议申请，行政复议机关对行政行为进行合法性和适当性审查，并作出复议决定的活动。

**【例】**某省甲市生态环境局以某公司超标排放大气污染物为由给予罚款 2 万元，该公司向甲市政府申请行政复议。行政复议机构甲市司法局经审查认定该公司没有超标排放大气污染物，原处罚决定事实认定错误，行政复议机关甲市政府遂作出复议决定，撤销了甲市生态环境局的罚款决定。



### 二、行政复议的范围

#### (一) 行政行为标准

公民、法人或者其他组织认为**行政行为**侵犯其合法权益，可以向行政复议机关提出行政复议

申请。因此，只有对行政行为不服申请行政复议的，才属于行政复议的受案范围。

**★ 注意：**行政复议既可以审查行政行为的合法性，也可以审查行政行为的适当性。而行政诉讼只审查行政行为的合法性。

## （二）肯定列举案件

对下列行政行为不服的，可以申请行政复议：（1）行政许可；（2）行政处罚；（3）行政强制措施；（4）行政强制执行；（5）行政确认，例如工伤认定或者不予受理工伤认定申请的决定；（6）行政征收及其补偿决定；（7）行政征用及其补偿决定；（8）不履行法定职责；（9）行政裁决；（10）行政给付；（11）政府信息公开决定；（12）滥用行政权力排除或者限制竞争的行政行为；（13）行政协议；（14）行政机关作出的不予赔偿决定或者赔偿决定。；（15）列入严重失信主体名单决定或者失信惩戒措施；（16）不受理学位申请、不授予学位或者撤销学位行为；（17）教育行政部门就学校开除学籍和退学处理决定作出的申诉处理决定；（18）在公务员或者参照公务员法管理的工作人员录用工作中对报考者违纪违规行为作出的处理决定。

以上肯定列举案件，同行政诉讼受案范围的肯定列举，故不再详细展开论述。

## （三）否定列举案件

对下列行为不服的，不能申请行政复议：（1）个人行为；（2）民事行为；（3）国家行为；（4）刑事司法行为；（5）仲裁行为；（6）行政机关公务员履行公职过程中殴打行政相对人的行为；（7）协助法院执行行为，但是超越裁判文书的执行范围、采取违法手段执行的除外；（8）行政调解；（9）行政指导；（10）过程性行为；（11）重复处理行为；（12）部分行政确认案件，例如交通事故责任认定书；（13）信访办理行为；（14）行政规范性文件；（15）内部行为。

以上否定列举案件，同行政诉讼受案范围的否定列举，故不再详细展开论述。

## （四）行政复议中规范性文件的附带审查

行政复议既可以审查行政行为，还可以附带审查规章以下（不含规章）的行政规范性文件，即红头文件也可以在行政复议中附带审查其合法性。

**★ 注意：**规章以下（不含规章）的行政规范性文件，即红头文件可以在行政复议中附带审查其合法性，但不审查其适当性。

### 1. 行政复议附带审查行政规范性文件的范围

可以在行政复议中附带提请审查的行政规范性文件具体包括：

- （1）国务院部门的规范性文件；
- （2）县级以上地方各级人民政府及其工作部门的规范性文件；
- （3）乡、镇人民政府的规范性文件；
- （4）法律、法规、规章授权的组织的规范性文件。

**★ 注意：**行政法规、国务院发布的具有普遍约束力的决定命令、部门规章、地方政府规章，均

不得在行政复议中附带审查。

## 2. 行政复议附带审查行政规范性文件的构成要件

行政复议附带审查行政规范性文件应同时满足下列的构成要件：

(1) 附带审查的对象：作为行政行为**依据**的规章（不含）以下的行政规范性文件。

(2) 附带审查的方式：**附带**于行政行为提请审查，不得单独起诉行政规范性文件。

(3) 附带审查的提出时间：申请人可以在对行政行为申请复议时一并提出；申请人在提出复议申请时尚不知道该行政行为所依据的规定的，也可以在复议申请被受理之后、行政复议决定作出之前再行提出。

## 3. 行政复议机关审查行政规范性文件的程序

行政复议机关附带审查行政规范性文件应当遵守下列的程序：

(1) 有权审的自己审，无权审的须转送

申请人提出对有关规范性文件的附带审查申请，行政复议机关有权处理的，应当在30日内依法处理。

行政复议机关无权处理的，应当在7日内转送有权处理的行政机关依法处理。接受转送的行政机关应当自收到转送之日起60日内，将处理意见回复转送的行政复议机关。



### 主观小案例

**例：**刘某对杭州市自然资源与规划局依据省自然资源与规划厅的规定作出的一项行政处罚决定不服，向杭州市政府申请行政复议，同时要求审查该规定的合法性。

**问题：**杭州市政府应如何处理？为什么？

**答案：**应当转送浙江省政府处理。行政复议机关无权处理附带审查的规范性文件的，应当在7日内转送有权处理的行政机关依法处理。

**答案解析：**根据《行政复议法》第56条规定，申请人依照本法第13条的规定提出对有关规范性文件的附带审查申请，行政复议机关有权处理的，应当在30日内依法处理；无权处理的，应当在7日内转送有权处理的行政机关依法处理。本题中，省自然资源与规划厅的规定作为处罚决定的依据，可以在行政复议中予以附带审查。杭州市政府作为行政复议机关无权处理该规范性文件，应当在7日内按照法定程序转送有权处理的行政机关即浙江省政府依法处理，浙江省政府应当在60日内依法处理。

(2) 听取制定机关意见后审查

行政复议机关有权处理有关规范性文件或者依据的，行政复议机构应当自行政复议中止之日起3日内，**书面通知规范性文件的制定机关就相关条款的合法性提出书面答复**。制定机关应当自收到书面通知之日起10日内提交书面答复及相关材料。

行政复议机构**认为必要时，可以要求规范性文件的制定机关当面说明理由**，制定机关应当配合。

#### 4. 行政复议附带审查行政规范性文件的结果

##### (1) 规范性文件合法的

行政复议机关认为规范性文件相关条款合法的，在行政复议决定书中一并告知。

##### (2) 规范性文件违法的

行政复议机关认为规范性文件相关条款违法的，决定停止该条款的执行，并责令制定机关予以纠正。

### 知识拓展

申请人即使在行政复议中没有提出附带审查规范性文件的，行政复议机关在对被申请人作出的行政行为进行审查时，认为作为该行政行为的依据不合法，行政复议机关自己有权处理的，应当在30日内依法处理；无权处理的，应当在7日内转送有权处理的行政机关或者其他国家依法处理。也就是说，行政复议机关也可以依职权主动审查作为行政行为依据的规范性文件，而且不限于规章以下的规范性文件，还包括规章。

**【例】**金某对杭州市政府依据杭州市政府的某规章作出的一项行政处罚决定不服，向浙江省政府申请行政复议。本案，浙江省政府作为行政复议机关若认为作为该行政处罚依据的杭州市政府规章违反上位法的，浙江省政府应当在30日内依法处理。

#### (五) 行政复议与行政诉讼的衔接关系

|                      |   |
|----------------------|---|
| 复议<br>诉讼<br>自由<br>选择 | 除非法律法规规定必须先申请行政复议的，当事人可以自由选择申请复议还是提起诉讼<br><b>【备注】</b><br>①既提起诉讼又申请行政复议的，由先立案的机关管辖；同时立案的，由当事人选择<br>② <b>已经申请行政复议，在法定复议期间内又向法院提起诉讼的，法院裁定不予立案</b><br>③向法院提起行政诉讼，法院已经依法受理的，不得申请行政复议   |
| 复议<br>前置<br>但不<br>终局 | ① <b>行政确权</b> 侵犯其他主体 <b>已经取得的</b> 自然资源权利案件（行政确权：许可、裁决、确认）<br>②部分涉及纳税争议的行政行为案件（交不交、谁来交、交多少、怎么算）<br>③涉及禁止和限制经营者集中的行政行为案件<br>④ <b>申请政府信息公开，行政机关不予公开的案件（包括全部不予公开和部分不予公开）</b><br>⑤ <b>当场作出行政处罚决定的案件</b><br>⑥ <b>行政机关未履行法定职责的案件（仅指消极不作为：在法定期限内未受理、受理后不予答复或者不履行相应法定职责的情形）</b><br><b>【记忆规则：资源纳税反垄断，政府当场不作为】</b> |
| 复议<br>终局             | ①《出入境管理法》第64条：出入境公安机关针对外国人作出的相关决定<br>出入境公安机关针对外国人/境外人实施的继续盘问、拘留审查、限制活动范围、遣送出境措施不服的，可以依法申请行政复议，该行政复议决定为最终决定<br>②《行政复议法》第26条：国务院的复议决定<br>对省部级单位作出的行政行为不服，可以选择复议或诉讼，若复议，向原机关申请；复议后仍不服的，可以诉讼，也可以向国务院申请裁决，该裁决为最终决定   |

★ **注意：**行政相对人申请政府信息公开，行政机关不予答复、逾期答复、答非所问或者答复内容为该政府信息客观不存在的，不需要复议前置，可以直接提起行政诉讼。

★ **注意：**积极不作为案件，比如行政机关明确答复不予受理、明示拒绝履行、不完全履行、不予许可、不认定为工伤等，不需要复议前置，可以直接提起行政诉讼。

### 知识提升

复议前置案件经过复议程序实体处理，才能视为经过复议。复议机关对复议申请不予答复，或作出程序性驳回复议申请的决定，不能视为已经经过复议，未经复议当然不能直接对原行政行为提起行政诉讼。行政复议前置案件，复议机关不予答复、作出程序性驳回复议申请决定，当事人只能对复议机关的不予答复、不予受理行为依法提起行政诉讼，无权直接起诉原行政行为。直接起诉原行政行为的，法院裁定不予立案；已经立案的，法院裁定驳回起诉。

## 真题解析

**例：**某律师事务所律师王某由于存在私自接受委托和收费的违法行为，区司法局给予其警告处罚。王某不服，申请行政复议。行政复议机关作出维持决定。王某不服，以区司法局为被告诉至法院。下列哪些选项是正确的？（2024年回忆版）

A. 区司法局应当告知王某先向行政复议机关申请复议，对复议决定不服的，可以向法院提起行政诉讼

B. 王某应当向区政府申请行政复议

C. 王某申请复议的期限为60日

D. 法院应当追加行政复议机关为本案的第三人

**答案：**\_\_\_\_\_（1）

### 选项分析：

应当复议前置的行政行为，若当事人未经复议直接提起行政诉讼的，法院裁定不予立案。A选项正确。

对本级人民政府工作部门作出的行政行为不服申请行政复议的，本级人民政府是行政复议机关。例如：以成都市生态环境局为被申请人的案件，复议机关是成都市人民政府。当然，考生需要注意有一个例外：对履行行政复议机构职责的地方人民政府司法行政部门的行政行为不服的，可以向本级人民政府申请行政复议，也可以向上一级司法行政部门申请行政复议。例如杭州市司法局针对李某作出的罚款3万元，李某不服该处罚决定申请行政复议的，复议机关为杭州市人民政府或者浙江省司法厅。本题，对区司法局的警告处罚决定不服申请行政复议的，王某既可以向区政府申请行政复议，也可以向市司法局申请复议。B选项错误。

（1） AC

公民、法人或者其他组织认为行政行为侵犯其合法权益的，可以自知道或者应当知道该行政行为之日起60日内提出行政复议申请；但是法律规定的申请期限超过60日的除外。C选项正确。

在复议维持案件中，原告只起诉原行政机关或者复议机关的，法院应当先通知原告追加被告。原告不同意追加的，法院应当将另一机关列为共同被告。本题，属于复议维持案件，区司法局和行政复议机关应当是共同被告。王某仅起诉区司法局的，法院应当通知王某追加行政复议机关为共同被告；原告拒绝追加的，法院应当将行政复议机关列为共同被告。D选项错误。

## ★★ 考点 25 行政复议的当事人

### 相关法条及司法解释

《行政复议法》第 16、17 条

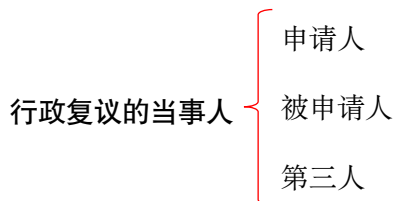
《行政复议法实施条例》第 12—14 条、第 16—18 条

### 客观命题分析

本考点在法考中考查较少。2024 年考查行政复议中的第三人；2020 年考查未成年人作为申请人的判断。

重点难点包括：(1) 未成年人作为行政复议中的申请人和其法定代理人的区别；(2) 个体工商户、合伙企业案件中申请人的确定；(3) 被申请人的确定以及被申请人不得仅委托律师参加复议的规定。

### 考点解析



#### 一、行政复议的申请人

行政复议申请人的确定规则，与行政诉讼原告确定规则是相同的。

##### (一) 申请人

与被申请行政行为有法律上利害关系的公民、法人或其他组织，可以申请行政复议，作为行政复议中的申请人。

**★ 注意：**有权申请行政复议的公民为无民事行为能力人或者限制民事行为能力人的，其法定代理人可以代为申请行政复议。

申请人可以委托 1~2 名代理人代为参加行政复议。

符合法律援助条件的申请人申请法律援助的，法律援助机构应当为其提供法律援助；申请法律援助的，应当向行政复议机构所在地或者行政争议发生地的法律援助机构提出申请。

**【例】**方某因为与白某发生冲突，用砖头砸向白某儿子小白（9 周岁），致其脚部受伤。经法医鉴定构成轻微伤。县公安局决定对方某处以行政拘留 10 日的处罚。方某申请行政复议，白某是否为本案的第三人？本案，与方某行政复议案件的结果有利害关系的是受害人小白，小白是行政复议的第三人。由于小白只有 9 周岁系未成年人，需要小白的法定代理人白某代为参加复议。因此，小白是行政复议案件的第三人，而不是白某，白某是第三人小白的法定代理人。

## （二）申请人资格的转移

有权申请行政复议的公民死亡的，其近亲属可以申请行政复议。

有权申请行政复议的法人或者其他组织终止的，其权利义务承受人可以申请行政复议。

## （三）代表人

同一行政复议案件申请人人数众多的，可以由申请人推选代表人参加行政复议。

代表人参加行政复议的行为对其所代表的申请人发生效力，但是代表人变更行政复议请求、撤回行政复议申请、承认第三人请求的，应当经被代表的申请人同意。

## （四）申请法律援助

### 1. 股份制企业案件

公司的法定代表人、股东会、董事会有权以公司的名义申请行政复议。

### 2. 个体工商户案件

以营业执照上登记的经营者为申请人。

### 3. 合伙企业案件

应当以依法登记的企业为申请人，由执行合伙事务的合伙人代表该企业参加行政复议。

其他合伙组织申请行政复议的，由全体合伙人共同申请行政复议。

### 4. 不具备法人资格的其他组织案件

由该组织的主要负责人代表该组织参加行政复议。

没有主要负责人的，由共同推选的成员代表该组织参加行政复议。

### 5. 涉及社区类案件

业主委员会认为行政行为侵犯业主共有利益的，可以以自己的名义申请行政复议。

业主委员会不申请复议或者未成立业主委员会的，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以自己的名义申请行政复议。

## 6. 农村承包经营户案件

以土地承包经营权证等证书上记载的人、在承包合同上签字的人或者农村承包经营户内全体成员推选的成员代表为申请人。

## 7. 农村集体经济组织案件

农村集体经济组织、依法代行农村集体经济组织职能的村民委员会、村民小组可以以自己的名义申请行政复议。

上述主体不申请行政复议的，半数以上的农村集体经济组织成员可以以农村集体经济组织、村民委员会或者村民小组的名义申请行政复议。

## 二、行政复议的被申请人

### （一）确定规则

行政复议被申请人的确定规则，与行政诉讼被告的确定规则大体相似。确认行政复议的被申请人，一般也是看两点：一看是否具备行政主体资格；二看申请人是否针对其提出了申请，但特殊情况下存在例外。

### （二）一般案件

公民、法人或者其他组织对行政行为不服申请行政复议的，作出行政行为的行政机关或者法律、法规、规章授权的组织是被申请人。

### （三）其他特殊案件被申请人的确定

#### 1. 共同行政行为案件

两个以上行政机关共同作出行政行为的，这些行政机关为共同被申请人。

行政机关与法律法规规章授权的组织以共同的名义作出同一行政行为的，该行政机关和法律法规规章授权的组织为共同被申请人。

行政机关与其他组织以共同名义作出同一行政行为的，行政机关为被申请人，其他组织可以作为第三人参加行政复议。

#### 2. 委托实施行政行为案件

行政机关委托的组织作出行政行为的，委托的行政机关是被申请人。

#### 3. 行政机关被撤销或者职权变更的案件

作出行政行为的行政机关被撤销或者职权变更的，继续行使其职权的行政机关是被申请人。

#### 4. 派出机构/内设机构/临时机构的案件

获得法律法规规章授权的，派出机构/内设机构/临时机构自己为被申请人

未经法律法规规章授权的，设立派出机构/内设机构/临时机构的行政机关为被申请人。

#### （四）委托代理人

被申请人应当指定1至2名工作人员作为代理人参加行政复议，不得仅委托律师担任代理人。

### 三、行政复议的第三人

行政复议第三人，是同被申请的行政行为有利害关系，参加行政复议的其他公民、法人或者其他组织。

行政复议期间，行政复议机构认为申请人以外的同被申请行政复议的行政行为或者行政复议案件处理结果有利害关系的公民、法人或者其他组织，可以通知其作为第三人参加行政复议。第三人也可以自己申请参加行政复议。

同一行政复议案件第三人超过10人的，推选2至5名代表人参加行政复议。

应当向行政复议机关提交由全体申请人签名、盖章或按指印的推选书。

第三人可以委托1~2名代理人代为参加行政复议。

行政复议机构通知第三人参加行政复议，而第三人不参加行政复议的，不影响行政复议案件的审理。

**★注意：**在行政复议中，申请人、第三人可以委托1~2名律师、基层法律服务工作者或者其他代理人代为参加行政复议。

## 真题解析

**例：**方某因为与白某发生冲突，用砖头砸向白某儿子小白（9周岁），致其脚部受伤。经法医鉴定构成轻微伤。县公安局决定对方某处以行政拘留10日的处罚。方某申请行政复议。下列哪些选项是错误的？（2020年回忆版）

- A. 因未成年人受到伤害，对方某应从重处罚
- B. 因方某申请行政复议，应先中止执行行政拘留决定
- C. 方某应向县政府申请行政复议
- D. 白某作为行政复议中的第三人

**答案：**\_\_\_\_\_（1）

#### 选项分析：

《治安管理处罚法》没有规定未成年人作为受害人的需要对违法行为人从重处罚。是否需要给违法行为人从重处罚，一般应当考虑违法行为的性质、危害后果、主观过错等。A选项错误，当选。

行政拘留处罚暂缓执行需要符合以下4个条件：①适用情形：被处罚人不服拘留处罚决定，申请复议或提起诉讼的、遇有参加升学考试、子女出生或者近亲属病危、死亡等情形的；②提出暂缓执行拘留的申请；③公安机关认为暂缓执行拘留不致发生社会危险；④按每日拘留200元的

---

（1） ABD

标准交纳保证金，或由被处罚人或其近亲属提出担保人。本题中，方某仅对拘留处罚起诉，保证金或者保证人都没有，还不符合行政拘留暂缓执行的条件。B选项错误，当选。

对本级人民政府工作部门作出的行政行为不服申请行政复议的，本级人民政府是行政复议机关。例如：以成都市生态环境局为被申请人的案件，复议机关是成都市人民政府。本题中，对县公安局实施的行政行为不服申请行政复议的，县政府是复议机关。C选项正确，不当选。

同申请行政复议的行政行为有利害关系的其他公民、法人或者其他组织，可以作为第三人参加行政复议。本题中，与方某行政复议案件的结果有利害关系的是受害人小白，小白是行政复议的第三人。由于小白只有9周岁系未成年人，需要小白的法定代理人白某代为参加复议。因此，小白是行政复议案件的第三人，而不是白某，白某是第三人小白的法定代理人。D选项错误，当选。

## 主客一体

# ★★★★★ 考点 26 行政复议机关 与行政复议机构

## 相关法条及司法解释

《行政复议法》第 24~28 条

《行政复议法实施条例》第 4 条、第 32-33 条

## 客观命题分析

本考点在法考中占据重要地位，属于每年必考内容，考生要相当注意。考查分值 2 分。2019 年~2025 年考查行政复议机关的判断，其中，2024 年考查地方政府一般工作部门作为被申请人时复议机关的判断以及司法局作为被申请人时复议机关的判断。

重点难点包括：(1) 地方人民政府工作部门作为被申请人时复议机关的确定；(2) 派出所作为被申请人时复议机关的确定；(3) 司法局作为被申请人时复议机关的确定；(4) 行政复议机构与行政复议机关的职能分工。

## 主观命题分析

本考点在主观题中尚未考查。考生需要掌握地方人民政府工作部门作为被申请人时复议机关的确定、派出所作为被申请人时复议机关的确定。

## 考点解析

行政复议机关与行政复议机构

- 行政复议机关
- 行政复议机构

### 一、行政复议机关（盖章作出行政复议决定）

#### （一）地方本级人民政府作为复议机关

- (1) 对本级人民政府工作部门作出的行政行为不服的；
- (2) 对本级人民政府依法设立的派出机关作出的行政行为不服的；
- (3) 对本级人民政府管理的法律、法规、规章授权的组织作出的行政行为不服的；
- (4) 对本级人民政府工作部门管理的法律、法规、规章授权的组织作出的行政行为不服的；
- (5) 对县级以上地方各级人民政府工作部门依法设立的派出机构依照法律、法规、规章规定，以派出机构的名义作出的行政行为不服的行政复议案件。

(6) 对直辖市、设区的市人民政府工作部门按照行政区划设立的派出机构作出的行政行为不服，申请行政复议的，市人民政府和派出机构所在地的区人民政府均是行政复议机关。

**【例 1】** 以成都市生态环境局为被申请人的案件，复议机关是成都市人民政府。

**【例 2】** 以杭州市西湖区灵隐街道办事处为被申请人的案件，复议机关是杭州市西湖区人民政府。

**【例 3】** 以广州大学（率属于广州市人民政府）为被申请人的案件，复议机关是广州市人民政府。

**【例 4】** 以杭州市律师协会（归杭州市司法局管理）为被申请人的案件，复议机关是杭州市人民政府。

**【例 5】** 以上杭县公安局蛟洋乡派出所为被申请人的案件，复议机关是上杭县人民政府。

**【例 6】** 杭州市生态环境局萧山分局作出的行政行为，既可以向杭州市人民政府申请行政复议，也可以向杭州市萧山区人民政府申请行政复议。

#### （二）地方人民政府司法行政部门作为被申请人时的复议机关

对履行行政复议机构职责的地方人民政府司法行政部门的行政行为不服的，可以向本级人民政府申请行政复议，也可以向上一级司法行政部门申请行政复议。

**【例】** 对宁波市司法局作出的行政行为不服，申请行政复议的，行政复议机关是宁波市人民政府或者浙江省司法厅。



### 主观小案例

**例：**三德律师事务所与委托人金某签订以工伤赔偿与否作为收费条件，并约定了收费方式、收费比例的风险代理《民事委托代理合同》，某省甲市司法局给予三德律师事务所警告的行政处罚。三德律师事务所不服该处罚决定，申请行政复议。

**问题：**本案行政复议机关如何确定？为什么？

**答案：**甲市人民政府或者省司法厅是行政复议机关。对地方人民政府司法行政部门的行政行为不服的，可以向本级人民政府申请行政复议，也可以向上一级司法行政部门申请行政复议。

**答案解析：**根据《行政复议法》第28条规定，对履行行政复议机构职责的地方人民政府司法行政部门的行政行为不服的，可以向本级人民政府申请行政复议，也可以向上一级司法行政部门申请行政复议。本题中，三德律师事务所对某省甲市司法局的处罚决定不服，申请行政复议的，甲市人民政府或者省司法厅是行政复议机关。

### 知识提升

对宁波市司法局作出的行政行为不服，可以向宁波市人民政府申请行政复议，此时，宁波市人民政府是行政复议机关，案件交由行政复议机构宁波市司法局承办审理。此时，当事人担心宁波市司法局自己审理自己本单位的案件，可能无法做到公平公正。故《行政复议法》给了当事人两个选择，对宁波市司法局作出的行政行为不服的，既可以向宁波市人民政府申请行政复议，也可以向浙江省司法厅申请行政复议。

### （三）获得法律法规规章授权的行政机关的内设机构作为被申请人时的复议机关

对行政机关设立的内设机构经法律、法规、规章授权，以自己名义作出的行政行为不服的，向设立该机构的行政机关申请行政复议；该行政机关不具有行政复议职责的，向对该行政机关有管辖权的行政复议机关申请行政复议。

**【例】**以县公安局交警大队为被申请人的案件，复议机关是县公安局；若县公安局不承担行政复议职责的，由县政府作为行政复议机关。

### （四）省级政府作为行政复议机关

省、自治区、直辖市人民政府同时管辖对本机关作出的行政行为不服的行政复议案件。

**【例 1】**对浙江省人民政府作出的行政行为不服，申请行政复议的，复议机关是浙江省人民政府。

**【例 2】**对新疆维吾尔自治区人民政府作出的行政行为不服，申请行政复议的，复议机关是新疆维吾尔自治区人民政府。

**【例 3】**对重庆市人民政府作出的行政行为不服，申请行政复议的，复议机关是重庆市人民政府。

### 知识提升

对省级人民政府作出的行政行为不服，申请行政复议的，省级人民政府自己是复议机关。对省级人民政府作出的行政复议决定不服的，可以向人民法院提起行政诉讼；也可以向国务院申请裁决，国务院作出的裁决具有终局性，不可以提起行政诉讼。

## （五）省级以下地方人民政府作为被申请人时行政复议机关的确定

对省级以下地方人民政府以自己的名义作出行政行为不服的，向上一级地方人民政府申请行政复议。

**【例】**以武汉市人民政府作为被申请人的案件，复议机关是湖北省人民政府。

## （六）国务院部门作为行政复议机关

国务院部门管辖下列行政复议案件：

（1）对本部门作出的行政行为不服的；

（2）对本部门依法设立的派出机构依照法律、行政法规、部门规章规定，以派出机构的名义作出的行政行为不服的；

（3）对本部门管理的法律、行政法规、部门规章授权的组织作出的行政行为不服的。

**【例 1】**对交通运输部作出的行政行为不服，申请行政复议的，复议机关是交通运输部。

**【例 2】**对财政部湖北监管局（系财政部的派出机构）作出的行政行为不服，申请行政复议的，复议机关是财政部。

**【例 3】**对中国政法大学（系教育部直属高校）作出的行政行为不服，申请行政复议的，复议机关是教育部。

## （七）两个国务院部门共同作为被申请人的案件

对两个以上国务院部门共同作出的行政行为不服的，可以向其中任何一个国务院部门申请行政复议，由作出行政行为的国务院部门共同作出行政复议决定。

**【例】**以生态环境部和农业农村部为共同被申请人的案件，可以向生态环境部或者农业农村部中任一机关提出行政复议申请，由生态环境部和农业农村部共同作出行政复议决定。

## （八）垂直领导部门作为被申请人时的复议机关

垂直领导部门作为被申请人的，由被申请人的上一级主管部门作为复议机关。

垂直领导部门，包括金融、外汇、海关、税务、国安、海警等部门。

**【例 1】**以中国人民银行福建省分行为被申请人的案件，复议机关是中国人民银行。

**【例 2】**以国家外汇管理局甘肃分局为被申请人的案件，复议机关国家外汇管理局。

**【例 3】**以厦门海关为被申请人的案件，复议机关是海关总署。

**【例 4】**以杭州市税务局为被申请人的案件，复议机关是浙江省税务局。

**【例 5】** 以成都市国安局为被申请人的案件，复议机关是四川省国安局。

**【例 6】** 以福建海警局为被申请人的案件，复议机关是中国海警局。

### （九）垂直领导部门共同作为被申请人时的复议机关

对海关、金融、外汇管理等实行垂直领导的行政机关、税务机关、国家安全机关与其他行政机关共同作出的行政行为不服的，可以向其中一个有管辖权的行政复议机关申请行政复议，由有管辖权的行政复议机关共同作出行政复议决定。

**【例】** 以大连市税务局和大连市市场监督管理局为共同被申请人的案件，可以向辽宁省税务局或者大连市政府中任一机关提出复议申请，由辽宁省税务局和大连市政府共同作出行政复议决定。

#### 行政复议机关的确定

| 被申请人  | 复议机关  |
|---|---|
| ① 地方政府的工作部门<br>② 地方政府的派出机关<br>③ 地方政府管理的法律法规规章授权的组织<br>④ 地方政府工作部门管理的法律法规规章授权的组织<br>⑤ 地方政府工作部门设立的派出机构 | 本级政府  |
| 地方政府司法行政部门  | ① 本级政府<br>② 上一级司法行政部门   |
| 获得法律法规规章授权的行政机关的内设机构  | ① 向设立该机构的行政机关申请行政复议<br>② 该行政机关不具有复议职责的，向对该行政机关有管辖权的行政复议机关申请行政复议 |
| 省级政府  | 省级政府  |
| 省级以下地方人民政府  | 上一级地方人民政府   |
| ① 国务院部门<br>② 国务院部门的派出机构<br>③ 国务院部门管理的法律、行政法规、部门规章授权的组织  | 国务院部门   |
| 两个国务院部门共同作出的行政行为的   | ① 可以向其中任何一个国务院部门申请行政复议<br>② 由作出行政行为的国务院部门共同作出行政复议决定             |
| 垂直领导机关 [金融、外汇、海关、税务、国安、海警]  | 上一级垂直领导机关   |
| 金融、外汇、海关、税务、国安与其他行政机关共同作出的行政行为的   | ① 可以向其中一个有管辖权的行政复议机关申请行政复议<br>② 由有管辖权的行政复议机关共同作出行政复议决定          |

## 二、行政复议机构

### (一) 概念

行政复议机构是指行政复议机关办理行政复议事项的机构。

### (二) 职责

行政复议机构依照行政复议法及其实施条例的规定，履行下列职责：

1. 受理行政复议申请；
  2. 组织开展行政复议调解；
  3. 审理行政复议案件，拟定行政复议决定；
  4. 办理行政复议附带审查规范性文件合法性的事项；
  5. 办理行政复议附带提出的行政赔偿等事项；
  6. 按照职责权限，指导、监督下级行政复议机构依法履行行政复议职责；
  7. 按照职责权限，督促被申请人、其他有关行政机关依法履行行政复议决定书、调解书、意见书；
  8. 办理行政复议案件统计、行政复议决定抄告事项；
  9. 研究行政复议工作中发现的问题，及时向有关机关提出改进建议，重大问题及时向行政复议机关报告；
  10. 法律、法规规定的其他事项。
- 国务院行政复议机构（司法部）可以发布行政复议指导性案例。

## 真题解析

**例：**因房屋在城区规划范围内被征收，项某以平邮信件的方式向市自然资源与规划局申请公开涉及项目地块的控制性详细规划。市自然资源与规划局作出答复，告知项某所申请公开的政府信息不存在。项某不服，提起行政诉讼。下列哪一选项是正确的？（2022年回忆版）

- A. 市自然资源与规划局收到申请之日为该局信件签收之日
- B. 项某须对申请公开政府信息的存在承担举证责任
- C. 市自然资源与规划局有权要求项某对申请公开的政府信息与其自身特殊需要有关作出说明
- D. 如果项某对市自然资源与规划局的答复不服申请行政复议的，应当向市政府申请行政复议

**答案：**\_\_\_\_\_（1）

**选项分析：**

---

（1） D

本题，项某是以平邮信件的方式申请政府信息公开，由于平邮信件无须签收，应当以是双方确认之日作为收到政府信息公开的时间。A 选项错误。

在行政诉讼中，由被告对被诉行政行为的合法性承担举证责任。本题，市自然资源与规划局应当对被诉答复的合法性承担举证责任，举证证明已经尽到合理的检索、查找义务，法院才会支持被告答复的合法性。如果被告举证证明自己已经尽到合理的检索、查找义务，而原告又能够提供政府信息初步存在的线索，则被告政府信息不存在的主张，法院则不予支持。B 选项错误。

2019 年新《政府信息公开条例》取消了申请政府信息公开“三需要”原则，即申请人所申请的信息应当基于“自身生产、生活、科研等特殊需要”（三需要），已经取消了。也就是说，申请人申请政府信息公开不需要告知政府用途。C 选项错误。

对本级人民政府工作部门作出的行政行为不服申请行政复议的，原则上本级人民政府是行政复议机关。例如：以成都市生态环境局为被申请人的案件，复议机关是成都市人民政府。本题，对市自然资源与规划局的答复不服申请行政复议的，市政府是复议机关。D 选项正确。

## 主客一体

### ★★★★★ 考点 27 行政复议的程序

#### 相关法条及司法解释

《行政复议法》第 20~23 条、第 31~35 条、第 39 条、第 41 条、第 48~53 条、第 87 条

《行政复议法实施条例》第 26 条、第 28 条、第 30 条、第 31 条、第 37 条、第 38 条、第 39 条、第 46 条、第 52 条

#### 客观命题分析

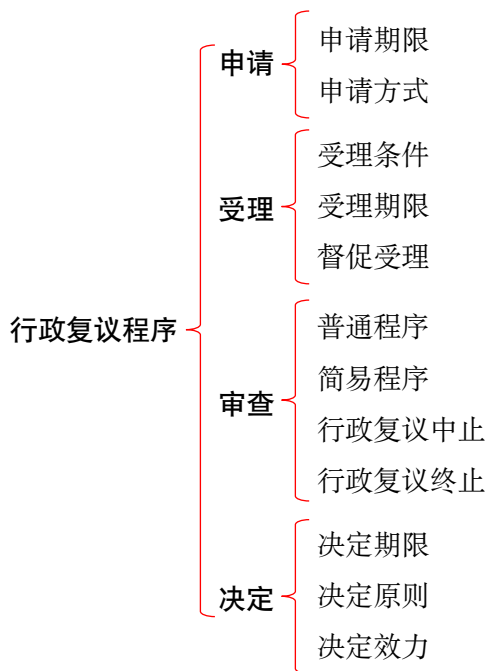
本考点在法考中占据重要地位，属于每年必考内容，考生要相当注意。考查分值 4 分。2019 年~2025 年考查行政复议的程序，尤其是申请期限、听证制度、咨询制度、抄告制度、复议中止和终止的区别。

重点难点包括：(1) 行政复议申请期限的计算；(2) 简易程序的适用；(3) 听证程序的适用；(4) 行政复议委员会咨询意见的效力；(5) 行政复议中止和终止的区别。考生复习上述内容，需要反复阅读《行政复议法》《行政复议法实施条例》核心法条。

#### 主观命题分析

本考点在主观题中可考性比较强。2025 年考查行政复议机构审理案件听取当事人意见的方式。考生需要掌握申请期限的计算、听证程序、行政复议委员会咨询程序、简易程序、复议中止。

## 考点解析



行政复议程序分为申请、受理、审理、决定四个阶段。

### 一、申请

申请环节是行政复议程序的开始，主要掌握：

#### (一) 申请期限

##### 1. 期限

(1) 如果被申请的行政行为是作为的，其申请期限按以下规则起算：

①全知道：自知道行为之日起 60 日内提出行政复议申请，法律规定的申请期限超过 60 日的除外。

②全不知：自申请人实际知道或者应当知道行为之日起 60 日内提出行政复议申请，但是因不动产提出的行政复议申请自行政行为作出之日起超过 20 年，其他行政复议申请自行政行为作出之日起超过 5 年的，行政复议机关不予受理。

③知一半：作出行政行为时，未告知申请人申请行政复议的权利、行政复议机关和申请期限的，申请期限自其知道或应当知道申请行政复议的权利、行政复议机关和申请期限之日起计算，但是自知道或应当知道行政行为内容之日起最长不得超过 1 年。

(2) 如果被申请的行政行为是不作为的，其申请期限按以下规则起算：

①有规定履行期限的，自履行期限届满之日起计算；

②没有规定履行期限的，自行政机关收到申请满 60 日起计算；

③当事人在紧急情况下请求行政机关履行法定职责，行政机关不履行的，可以立即申请复议。

## 2. 期限的计算

行政复议申请期限的计算，依照下列规定办理：

①当场作出行政行为的，自行政行为作出之日起计算。

②法律文书直接送达的，自受送达人签收或者拒绝签收之日起计算。

③邮寄送达的，自受送达人在邮件签收单上签收之日起计算；没有邮件签收单的，自受送达人在送达回执上签名之日或邮政机构记载的受送达人签收之日起计算。

④以电子方式送达的，自法律文书到达受送达人指定的特定系统之日起计算，法律、行政法规另有规定的除外。

⑤依法通过公告形式告知受送达人的，自公告规定的期限届满之日起计算。

⑥行政机关作出行政行为时未告知公民、法人或者其他组织，事后补充告知的，自该公民、法人或者其他组织收到行政机关补充告知的通知之日起计算。

⑦被申请人能够证明公民、法人或者其他组织知道或者应当知道行政行为的，自证据材料证明其知道或者应当知道行政行为之日起计算。

## 3. 期限的扣除

行政机关未依法告知应当复议前置，申请人未经行政复议直接向法院提起行政诉讼的，自提起行政诉讼之日至法院驳回起诉裁定送达之日的期间不计入行政复议申请期限。

## (二) 申请方式

### 1. 书面申请

申请人书面申请行政复议的，可以采取当面递交、邮寄或传真等方式提出，有条件的行政复议机构可以接受以电子邮件形式提出的申请。

申请人通过互联网渠道提交的申请材料符合法定要求的，行政复议机关不得要求另行提供纸质材料。

国务院行政复议机构（司法部）通过统一的行政复议信息化平台，为公民、法人或者其他组织申请、参加行政复议提供便利，提高行政复议工作质效。

行政复议活动通过信息网络平台在线进行的，与线下行政复议活动具有同等法律效力

### 2. 口头申请

申请人口头申请行政复议的，复议机构应当当场制作行政复议申请笔录交申请人核对或者向申请人宣读，并由申请人签字确认。

### 3. 提交申请

原则：直接向行政复议机关提交行政复议申请。

例外：对当场作出或者依据电子技术监控设备记录的违法事实作出的行政处罚决定不服申请行政复议的，可以通过作出行政处罚决定的行政机关提交行政复议申请。行政机关收到行政复议申请后，应当及时处理；认为需要维持行政处罚决定的，应当自收到行政复议申请之日起5日内转送行政复议机关；认为行政处罚决定违法或者不当，需要自行纠正的，应当自收到行政复议申

请之日起 5 个工作日内采取撤销、变更行政处罚决定等方式予以纠正，并将有关情况告知申请人和行政复议机关。自行纠正后，申请人仍坚持对原行政处罚决定申请行政复议的，行政机关应当告知申请人向有管辖权的行政复议机关申请行政复议。

### 知识提升

之所以此两种情形可以通过原机关提交复议申请，是因为这两种情形作出的行政处罚决定本身容易出错，通过原机关提交复议申请，相当于给了原机关一次自我纠正错误的机会，同时也方便当事人申请行政复议。

## 二、受理

### （一）受理条件

行政复议申请符合下列条件的，应当受理：

1. 有明确的申请人和符合规定的被申请人。
2. 申请人与行政行为有利害关系。
3. 有具体的行政复议请求和理由。
4. 在法定申请期限内提出。
5. 属于行政复议法规定的行政复议范围。
6. 属于收到行政复议申请的行政复议机构的职责范围。
7. 其他行政复议机关尚未受理同一行政复议申请，法院尚未受理同一主体就同一事实提起的行政诉讼。

行政复议机关受理行政复议申请，不得向申请人收取任何费用。

### （二）受理期限

复议机关收到行政复议申请后，应当在 5 日内进行审查，视情况作出如下处理：

1. 对不符合前款规定的行政复议申请，行政复议机关应当在审查期限内决定不予受理并说明理由。
2. 不属于本机关管辖的，还应当在不予受理决定中告知申请人有管辖权的行政复议机关。
3. 行政复议申请的审查期限届满，行政复议机关未作出不予受理决定的，审查期限届满之日起视为受理。
4. 行政复议申请材料不齐全或者表述不清楚，无法判断行政复议申请是否符合规定的，行政复议机关应当自收到申请之日起 5 日内一次性书面通知申请人补正。申请人应当自收到补正通知之日起 10 日内提交补正材料。无正当理由逾期不补正的，视为申请人放弃行政复议申请，并记录在案。

### （三）督促受理

公民、法人或者其他组织依法提出行政复议申请，行政复议机关无正当理由不予受理、驳回申请或者受理后超过行政复议期限不作答复的，申请人有权向上级行政机关反映，上级行政机关应当责令其纠正；必要时，上级行政复议机关可以直接受理。

### （四）复议管辖的变通

#### 1. 上审下

上级复议机关对下级复议机关管辖的行政复议案件，认为属于下列情形之一的，可以决定提级审理：

- （1）涉及重大社会公共利益或者有重大影响；
- （2）属于新类型案件，且案情重大、疑难、复杂；
- （3）具有法律适用指导意义；
- （4）确有必要提级审理的其他情形。

上级复议机关决定提级审理的，应当通知下级复议机关于5个工作日内移送案件材料，并书面告知当事人。

行政复议审理期限自上级行政复议机关收到案件材料之日起重新计算。

#### 2. 下转上

下级复议机关对本机关管辖的行政复议案件，认为需要由上级行政复议机关审理的，可以报请上级复议机关决定，报请提级审理期间不计入行政复议案件办理期限。

### （五）错列被申请人的处理

行政复议机构应当告知申请人变更被申请人。

申请人不同意变更或变更后所列被申请人仍不符合规定的，行政复议机关决定不予受理并说明理由。

### （六）驳回行政复议申请

行政复议申请有下列情形之一的，行政复议机关已经受理的，应当决定驳回行政复议申请：

- （1）行政复议请求明显缺乏事实和法律依据，经释明后申请人仍然坚持申请行政复议；
- （2）申请人所请求履行的法定职责或者给付义务明显不属于行政机关权限范围；
- （3）申请人提出的行政复议申请所涉及行政行为的法律效力已经被人民法院作出生效裁判、调解书确认。

申请人没有新的事实和理由，就同一事项再次申请行政复议的，行政复议机关告知申请人不再处理，并记录在案。

## 三、审理

### (一) 普通程序

#### 1. 文书送达

行政复议机构应当自行政复议申请受理之日起 7 日内，将行政复议申请书副本或者行政复议申请笔录复印件发送被申请人。

被申请人应当自收到行政复议申请书副本或者行政复议申请笔录复印件之日起 10 日内，提出书面答复，并提交作出行政行为的证据、依据和其他有关材料。

**【考点点拨】** 申请原级行政复议的案件（即省部级单位作出行政行为的案件），由原承办行政行为有关事项的部门或者机构提出书面答复，并提交作出行政行为的证据、依据和其他有关材料。

#### 2. 审理人员

适用普通程序审理的行政复议案件，应当由 2 名以上行政复议人员参加。

初次从事行政复议的人员，应当通过国家统一法律职业资格考试取得法律职业资格。

#### 3. 审理方式

适用普通程序审理的行政复议案件，行政复议机构应当当面或者通过互联网、电话等方式听取当事人的意见，并将听取的意见记录在案。因当事人原因不能听取意见的，可以书面审理。

#### 4. 组织听证

##### (1) 听证范围

审理重大、疑难、复杂的行政复议案件，行政复议机构应当组织听证。

行政复议机构认为有必要听证，或者申请人请求听证的，行政复议机构可以组织听证。

##### (2) 组成人员

听证由 1 名行政复议人员任主持人，2 名以上行政复议人员任听证员，1 名记录员制作听证笔录。

##### (3) 听证程序

于举行听证的 5 日前将听证的时间、地点和拟听证事项书面通知当事人。

申请人无正当理由拒不参加听证的，视为放弃听证权利。

被申请人的负责人应当参加听证。不能参加的，应当说明理由并委托相应的工作人员参加听证。

##### (4) 听证笔录

经过听证的复议案件，应当根据听证笔录、审查认定的事实和证据，作出复议决定。

行政复议听证程序的适用

- 应当组织 → 重大、疑难、复杂案件
- 可以组织 → 其他案件行政复议机构可以组织听证

听证笔录的案卷排他效力

应当根据听证笔录、审查认定的事实和证据，依法作出行政复议决定

## 5. 提请咨询

### (1) 咨询组织

国务院部门可以根据行政复议工作实际情况设立行政复议委员会。

县级以上各级政府应当建立相关政府部门、专家、学者等参与的行政复议委员会。可设主任、副主任，由本级人民政府、本级行政复议机构负责人等担任。

### (2) 咨询情形

审理行政复议案件涉及下列情形之一的，行政复议机构应当提请行政复议委员会提出咨询意见：

- ①重大、疑难、复杂的案件。
- ②专业性、技术性较强的案件。
- ③省级政府作为被申请人的案件。
- ④行政复议机构认为有必要的案件。

### (3) 履责形式

行政复议委员会通过召开行政复议委员会全体会议、案件咨询会议等形式履行相关职责。

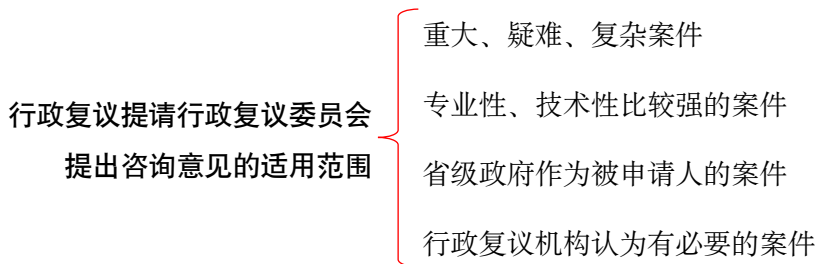
### (4) 咨询记录

行政复议机构应当记录行政复议委员会的咨询意见。

### (5) 咨询效力

行政复议机构报请行政复议机关签发行政复议决定时，应当附具行政复议委员会咨询意见，并对行政复议委员会咨询意见的采纳情况作出说明；不采纳行政复议委员会咨询意见的，应当说明理由。

行政复议机关应当将咨询意见作为作出行政复议决定的重要参考依据。



**咨询意见的效力**

将咨询意见作为作出行政复议决定的重要参考依据

### 6. 合并审理

因同一行政行为或者同类行政行为发生的行政复议案件，有下列情形之一的，行政复议机关可以决定合并审理：

(1) 两个以上行政机关分别对同一事实作出行政行为，公民、法人或者其他组织不服，向同一行政复议机关申请行政复议；

(2) 行政机关就同一事实对多个公民、法人或者其他组织分别作出行政行为，公民、法人或者其他组织不服，分别向同一行政复议机关申请行政复议；

(3) 在行政复议期间，被申请人对申请人作出新的行政行为，申请人不服，向同一行政复议机关申请行政复议；

(4) 行政复议机关认为可以合并审理的其他情形。

决定合并审理的案件，行政复议机关可以合并作出行政复议决定。

### 7. 责令恢复审理

行政复议期间，行政复议机关无正当理由中止行政复议的，上级行政机关应当责令其恢复审理。

### 8. 证据

#### (1) 现场勘验

行政复议期间需要现场勘验的，有关单位、人员应当予以配合。现场勘验所用时间不计入行政复议审理期限。

#### (2) 鉴定意见

涉及专门事项需要鉴定的，当事人可以申请行政复议机构委托鉴定机构进行鉴定。

行政复议机构审查同意的，组织当事人协商确定具备相应资格的鉴定机构。

协商不成的，由行政复议机构指定。鉴定费用由当事人承担。

鉴定所用时间不计入行政复议审理期限。

### (3) 证据要求

被申请人在行政程序中依法要求申请人或者第三人提供证据, 申请人或者第三人无正当理由未予提供, 但在行政复议程序中提供的证据, 行政复议机关不予采纳。

当事人在调解过程中对协商条件、方案等所作的认可, 不得在其后行政复议案件审理过程中作为对其不利的证据。

## 9. 举证责任

被申请人对其作出的行政行为的合法性、适当性负有举证责任。

有下列情形之一的, 申请人应当提供证据:

(1) 认为被申请人不履行法定职责的, 提供曾经要求被申请人履行法定职责的证据, 但是被申请人应当依职权主动履行法定职责或者申请人因正当理由不能提供的除外;

(2) 提出行政赔偿请求的, 提供受行政行为侵害而造成损害的证据, 但是因被申请人原因导致申请人无法举证的, 由被申请人承担举证责任;

(3) 法律、法规规定需要申请人提供证据的其他情形。

## 10. 适用依据

行政复议机关依照法律、法规、规章审理行政复议案件。

行政复议机关审理民族自治地方的行政复议案件, 同时依照该民族自治地方的自治条例和单行条例。

## (二) 简易程序

### 1. 适用范围

#### (1) 法定案件

事实清楚、权利义务关系明确、争议不大的下列案件, 可以适用简易程序:

- ① 被申请行政复议的行政行为是当场作出;
- ② 被申请行政复议的行政行为是警告或者通报批评;
- ③ 案件涉及款额 3000 元以下;
- ④ 属于政府信息公开案件。

#### (2) 合意案件

当事人各方同意适用简易程序的案件, 可以适用简易程序。

### 2. 文书送达

适用简易程序审理的行政复议案件, 行政复议机构应当自受理行政复议申请之日起 3 日内, 将行政复议申请书副本或者行政复议申请笔录复印件发送被申请人。

被申请人应当自收到行政复议申请书副本或者行政复议申请笔录复印件之日起 5 日内, 提出书面答复, 并提交作出行政行为的证据、依据和其他有关材料。

### 3. 审理人员

适用简易程序的, 可以由 1 名行政复议人员审理。

#### 4. 审理方式

适用简易程序审理的行政复议案件，可以书面审理。

5. 适用简易程序审理的行政复议案件，行政复议机构认为不宜适用简易程序的，经行政复议机构的负责人批准，可以转为普通程序审理。

### （三）行政复议中止

行政复议期间有下列情形之一的，行政复议中止：

1. 作为申请人的公民死亡，其近亲属尚未确定是否参加行政复议；
2. 作为申请人的公民丧失参加行政复议的行为能力，尚未确定法定代理人参加行政复议；
3. 作为申请人的公民下落不明；
4. 作为申请人的法人或者其他组织终止，尚未确定权利义务承受人；
5. 申请人、被申请人因不可抗力或者其他正当理由，不能参加行政复议；
6. 依照行政复议法规定进行调解、和解，申请人和被申请人同意中止；
7. 行政复议案件涉及的法律适用问题需要有权机关作出解释或者确认；
8. 行政复议案件审理需要以其他案件的审理结果为依据，而其他案件尚未审结；
9. 行政复议机关无权审查规范性文件，需要转交有权机关审查，审查结论尚未作出
10. 需要中止行政复议的其他情形。

### （四）行政复议终止

行政复议期间有下列情形之一的，行政复议机关决定终止行政复议：

1. 申请人撤回行政复议申请，行政复议机构准予撤回。
2. 作为申请人的公民死亡，没有近亲属或者其近亲属放弃行政复议权利。
3. 作为申请人的法人或者其他组织终止，没有权利义务承受人或者其权利义务承受人放弃行政复议权利。
4. 申请人对行政拘留或者限制人身自由的行政强制措施不服申请行政复议后，因同一违法行为涉嫌犯罪，被采取刑事强制措施。
5. 由于作为申请人的自然人死亡或者法人终止的原因导致行政复议中止，满 60 日中止的原因仍未消除的，该复议程序终止。

## 四、决定

### （一）决定主体

行政复议机关依法审理行政复议案件，由行政复议机构对行政行为进行审查，提出意见，经行政复议机关的负责人同意或者集体讨论通过后，以行政复议机关的名义作出行政复议决定。

## （二）决定期限

原则：适用普通程序审理的行政复议案件，行政复议机关应当自受理申请之日起 60 日内作出行政复议决定；但是法律规定的行政复议期限少于 60 日的除外。情况复杂，不能在规定的期限内作出行政复议决定的，经行政复议机构的负责人批准，可以适当延长，并书面告知当事人；但是延长期限最多不得超过 30 日。

例外：适用简易程序审理的行政复议案件，行政复议机关应当自受理申请之日起 30 日内作出行政复议决定。

**[考点点拨]** 通过行政复议机关指定的互联网渠道申请行政复议的，行政复议申请材料到达特定系统之日，为行政复议机关收到行政复议申请之日。

## （三）决定原则

行政机关不得作出对申请人更为不利的复议决定，但是第三人提出相反请求的除外。

## （四）决定形式

行政复议机关作出行政复议决定，应当制作行政复议决定书，并加盖行政复议机关印章。行政复议决定书一经送达，即发生法律效力。

## （五）决定抄送

县级以上地方各级人民政府办理以本级人民政府工作部门为被申请人的行政复议案件，应当将发生法律效力的行政复议决定书、意见书同时抄告被申请人的上一级主管部门。



### 主观小案例

**例：**某市生态环境局至某医院进行现场检查，发现该医院安装的水污染处理设施处于断电状态，医疗污水未经处理直接排入市政管道。市生态环境局决定对该医院作出 10 万元罚款的处罚决定。医院申请行政复议，市政府经听证后作出复议维持决定。

**问题：**市政府是否应当根据听证笔录作出复议决定？为什么？

**答案：**应当根据听证笔录作出复议决定。经过听证的行政复议案件，行政复议机关应当根据听证笔录作出行政复议决定。

**答案解析：**根据《行政复议法》第 61 条第 2 款规定，经过听证的行政复议案件，行政复议机关应当根据听证笔录、审查认定的事实和证据，依照本法作出行政复议决定。行政复议的听证笔录具有案卷排他效力，不能在听证程序结束后再收集证据来作为行政复议决定的依据。

## 真题解析

**例：**吴某因交通事故产生治疗费用 13 万元，在侵权人孙某赔偿了 30% 后，向市医保中心申请

予以报销。市医保中心根据该市医保局制定的《城乡居民基本医疗保险和大病保险待遇保障政策》（以下简称《保障政策》）的相关规定，认为吴某的治疗费用不属于市医保报销的范围，遂作出不予核准报销的决定。吴某不服，向市政府申请行政复议，同时请求一并审查《保障政策》的合法性。对此，下列哪一说法是正确的？（2025年回忆版）

- A. 吴某应当以书面的方式申请行政复议
- B. 针对一并审查《保障政策》的请求，市政府应当在30日内进行处理
- C. 若经审查确认《保障政策》相关条款违法，市政府应当向市医保局提出修改或者废止的建议
- D. 吴某可以向市政府申请先予执行医疗保险金

**答案：**\_\_\_\_\_（1）

**选项分析：**

吴某申请行政复议，可以书面申请；书面申请有困难的，也可以口头申请。A选项“吴某应当以书面的方式申请行政复议”犯了过于绝对化的表述错误。A选项错误。

《保障政策》是市医保局制定的规章以下的规范性文件，作为不予核准报销决定的依据，可以在行政复议中附带审查。市政府作为行政复议机关，有权处理市医保局制定的规章以下规范性文件的合法性，应当在30日内处理完毕。B选项正确。

市政府如认为《保障政策》相关条款违法，应决定停止该条款的执行，并责令市医保局予以纠正。C选项错误。

目前，先予执行制度在我国《行政诉讼法》中有所规定，在《行政复议法》中并未规定先予执行制度。D选项错误。

## 主客一体

### ★★★★ 考点 28 行政复议的结案

#### 相关法条及司法解释

《行政复议法》第61~63条、第65条、第67条、第69条、第73~77条、第79条第2款  
《行政复议法实施条例》第55~57条、第61条、第69条

#### 客观命题分析

本考点较为重要，有一定考查频率。2025年考查行政复议的审理、行政规范性文件的附带

---

(1) B

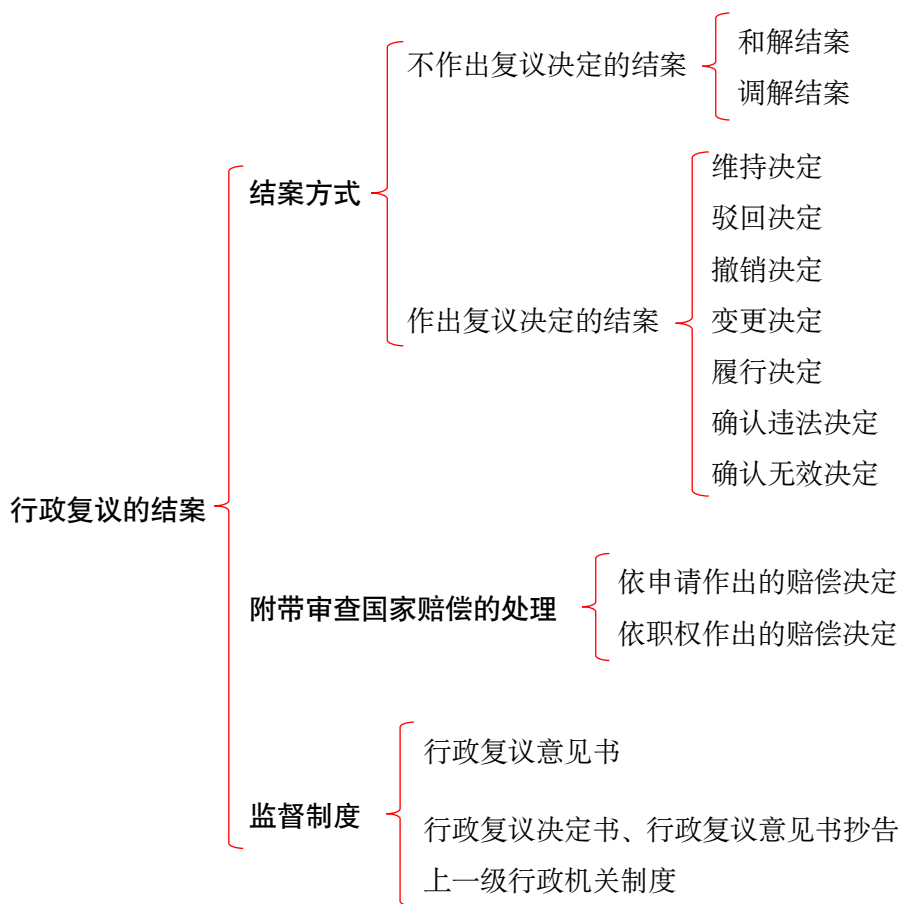
审查；2024 年考查行政复议中的调解、红头文件在行政复议中的附带审查、被申请人不履行生效复议决定的执行。

重点难点包括：(1) 变更决定的适用，尤其是内容不适当和未正确适用依据的理解判断；(2) 撤销决定的适用，尤其是适用的依据不合法的理解判断；(3) 维持决定与驳回决定的区分适用。

## 主观命题分析

本考点在主观题中尚未考查。考生需要掌握变更决定与撤销决定的区分适用、调解。

## 考点解析



### 一、行政复议的结案方式

|                  |             |  |
|------------------|-------------|--|
| <p>和谐<br/>结案</p> | <p>调解结案</p> | <p>① 行政复议机关办理行政复议案件，可以进行调解</p> <p>② 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</p> <p><b>③ 行政复议调解书经各方当事人签字或签章，并加盖行政复议机关印章，即具有法律效力</b></p> <p>④ 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及时作出行政复议决定</p> |
|------------------|-------------|--|

|       |      |   |
|-------|------|---|
|       | 和解结案 | <p>①当事人在自愿、合法的前提下可以达成和解</p> <p>②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</p> <p>③准予撤回行政复议申请的，行政复议程序终止，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</p>   |
| 申请人获胜 | 变更决定 | <p>①内容不适当的</p> <p>②未正确适用依据的（依据本身合法）</p> <p>③事实不清、证据不足，经行政复议机关查清事实和证据的</p> <p>[“内容不适当”的具体情形]</p> <p>①违背行政管理目的</p> <p>②超过必要限度</p> <p>③对相同情况的当事人不平等对待</p> <p>④其他不适当的情形</p> <p>[“未正确适用依据”的具体情形]</p> <p>①错误适用依据具体条款</p> <p>②应当适用法律位阶更高的依据，而适用法律位阶较低的依据</p> <p>③应当适用特殊规定，而适用一般规定</p> <p>④应当适用多个依据，而只适用部分依据</p> <p>⑤未明确适用依据</p> <p>⑥其他未正确适用依据的情形</p>                               |
|       | 履行决定 | 被申请人不作为错误，但履行仍有现实意义   |
|       | 撤销决定 | <p>①主要事实不清、证据不足的</p> <p>②违反法定程序的</p> <p>③适用的依据不合法的（依据本身不合法）</p> <p>④超越职权的</p> <p>⑤滥用职权的</p> <p>[“依据不合法”的具体情形]</p> <p>①适用的依据尚未生效</p> <p>②适用的依据超越制定主体权限</p> <p>③适用的依据违反上位法的规定</p> <p>④其他适用的依据不合法的情形</p> <p>[提示 1] 行政行为适用的依据不合法，但有合法依据可以适用且符合行政复议法可以适用变更决定的情形的，行政复议机关可以作出变更决定</p> <p>[提示 2] 责令被申请人重新作出行政行为的，被申请人应当在法律、法规、规章规定的期限内重新作出行政行为；法律、法规、规章未规定期限的，重新作出行政行为的期限为 60 日</p> |
|       | 确认无效 | 行政行为有重大且明显违法的情形   |
|       | 确认违法 | <p>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</p> <p>②程序轻微违法，但是对申请人权利不产生实际影响</p> <p>③行政行为违法，但是不具有可撤销内容</p> <p>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</p> <p>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</p>  |

|            |                    |  |
|------------|--------------------|--|
| 被申请人<br>获胜 | 维持决定               | 被申请人行为合法   |
|            | 驳回决定               | ① 不应受理的案件<br>② 对不作为的申请不成立  |
|            | 【备注】<br>行政协议<br>案件 | ① 被申请人不依法订立、不依法履行、未按照约定履行或违法变更、解除行政协议的，行政复议机关决定被申请人承担依法订立、继续履行、采取补救措施或赔偿损失等责任<br>② 被申请人变更、解除行政协议合法，但是未依法给予补偿或补偿不合理的，行政复议机关决定被申请人依法给予合理补偿 |
| 备注         | 复议<br>意见书          | ① 在复议期间，复议机关在办理行政复议案件过程中，发现被申请人或者其他下级行政机关的有关行政行为违法或者不当的，可以制作行政复议意见书<br>② 有关机关应当将纠正违法或者不当行政行为的情况通报行政复议机关                                  |



### 主观小案例

**例：**某公司存在畜禽养殖废弃物未经处理直接向环境排放的违法行为，甲市生态环境局对该公司作出 21000 元的处罚决定。该公司不服，申请行政复议。甲市政府经审理认为该处罚决定事实不清、证据不足。

**问题：**甲市政府能否作出变更决定？为什么？

**答案：**甲市政府可以作出变更决定。行政行为存在事实不清、证据不足，经行政复议机关查清事实和证据的，可以作出变更决定。

**答案解析：**根据《行政复议法》第 63 条第 1 款规定，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。

## 二、行政复议中附带审查国家赔偿的处理

行政复议的赔偿决定包括两种类型：一是依申请作出的；二是依职权作出的。

### （一）依申请作出的赔偿决定

申请人在申请行政复议时一并提出行政赔偿请求，行政复议机关对依照《国家赔偿法》的有关规定应当不予赔偿的，在作出行政复议决定时，应当同时决定驳回行政赔偿请求。

对符合《国家赔偿法》的有关规定应当给予赔偿的，在决定撤销或者部分撤销、变更行政行为或者确认行政行为违法、无效时，应当同时决定被申请人依法给予赔偿；确认行政行为违法的，还可以同时责令被申请人采取补救措施。

### （二）依职权作出的赔偿决定

申请人在申请行政复议时没有提出行政赔偿请求的，但是行政复议机关在依法决定撤销或者部分撤销、变更罚款，撤销或者部分撤销违法集资、没收财物、征收征用、摊派费用以及对财产

的查封、扣押、冻结等行政行为时，应当同时责令被申请人返还财产，解除对财产的查封、扣押、冻结措施，或者赔偿相应的价款。

### 三、行政复议的监督制度

1. 行政复议机关在办理行政复议案件过程中，发现被申请人或者其他下级行政机关的有关行政行为违法或者不当的，可以向其制发行政复议意见书。有关机关应当自收到行政复议意见书之日起 60 日内，将纠正相关违法或者不当行政行为的情况报送行政复议机关。

2. 行政复议机构在行政复议工作中发现法律、法规、规章、规范性文件实施中带有普遍性的问题，可以制作行政复议建议书，向有关机关提出完善制度和改进行政执法的建议。

3. 县级以上地方各级人民政府办理以本级人民政府工作部门为被申请人的行政复议案件，应当将发生法律效力的行政复议决定书、意见书同时抄告被申请人的上一级主管部门。

## 真题解析

**例：**某公司开展建设项目，向市生态环境局申请环境影响评价。该公司在未通过环境影响评价的情况下开始项目建设，市生态环境局经听证后给予其罚款 50 万。该公司不服，向市政府申请行政复议。后双方达成调解协议，市政府制作行政复议调解书。下列哪些选项是正确的？（2024 年回忆版）

- A. 环境影响评价的性质为行政许可
- B. 市生态环境局应当根据听证笔录作出罚款决定
- C. 行政复议调解书经双方当事人签字即具有法律效力
- D. 该公司拒不履行生效行政复议调解书的，市生态环境局可以强制执行

**答案：**\_\_\_\_\_（1）

#### 选项分析：

“先买票，后上车”是行政许可。即行政相对人向行政机关提交申请材料，行政机关经过审核，发现符合法定条件的，准予其从事特定活动的行为。本题，行政相对人开展对环境有影响的建设项目，应当先通过环境影响评价。没有获得环境影响评价许可，无法获得建设工程规划许可证，不得开展建设项目，且没有获得环境影响评价许可，也将无法获得项目的排污许可证。因此，环境影响评价属于行政许可。A 选项正确。

为了避免听证流于形式，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处罚决定。B 选项正确。

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。C 选项，复议调解书经双方当事人签字即具

---

(1) AB

有法律效力，犯了表述不够严谨的错误。C 选项错误。

申请人不履行生效的行政复议调解书，若行政复议机关自己有强制执行权的，由行政复议机关依法强制执行；若行政复议机关没有强制执行权的，申请人民法院强制执行。本题，对于罚款，市生态环境局没有划拨的直接强制执行权，需要申请人民法院强制执行。D 选项错误。

## ★★★ 考点 29 行政复议的执行

### 相关法条及司法解释

《行政复议法》第 70 条

### 客观命题分析

本考点在法考中考查较少。2024 年考查行政复议中被申请人不履行生效复议决定的执行。

重点难点包括：被申请人不履行生效复议决定、调解书的执行。

### 考点解析

行政复议的执行

- 被申请人不履行生效复议决定书、调解书的执行
- 申请人不履行生效复议决定书、调解书的执行

#### 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

申请人、第三人逾期不起诉又不履行行政复议决定书、调解书的，或者不履行最终裁决的行政复议决定的，按照下列规定分别处理：

1. 维持行政行为的行政复议决定书，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；

2. 变更行政行为的行政复议决定书，由行政复议机关依法强制执行，或者申请人民法院强制执行；

3. 行政复议调解书，由行政复议机关依法强制执行，或者申请人民法院强制执行。

## 真题解析

**例：**某公司申请延续天然气供应特许经营权，区审批局作出不予延续决定。该公司不服，申请行政复议。经行政复议机关批准，行政复议机构延长审理期限后，撤销了区审批局不予延续决定，并要求区审批局在一定期限内重新作出处理。下列哪些选项是正确的？（2024 年回忆版）

- A. 区审批局作出不予延续决定前应当组织听证
- B. 区审批局作出不予延续决定应当经负责人集体讨论
- C. 延长审理期限的，应当书面通知申请人
- D. 若区审批局拒不履行复议决定，公司可以申请法院强制执行

**答案：**\_\_\_\_\_（1）

### 选项分析：

根据《市政公用事业特许经营管理办法》第 16 条规定，特许经营期限届满，主管部门应当按照法定程序组织招标，选择特许经营者。《行政许可法》也没有规定不予延续许可决定需要组织听证。A 选项错误。

根据《行政处罚法》第 57 条第 2 款规定，对情节复杂或者重大违法行为给予行政处罚，行政机关负责人应当集体讨论决定。《行政许可法》没有规定作出准予许可或者不予许可、不予延续许可决定需要行政机关负责人集体讨论决定。B 选项错误。

适用普通程序审理的行政复议案件，行政复议机关应当自受理申请之日起 60 日内作出行政复议决定；但是法律规定的行政复议期限少于 60 日的除外。情况复杂，不能在规定期限内作出行政复议决定的，经行政复议机构的负责人批准，可以适当延长，并书面告知当事人；但是延长期限最多不得超过 30 日。C 选项正确。

被申请人应当履行行政复议决定书、调解书、意见书。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，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，并可以约谈被申请人的有关负责人或者予以通报批评。本题，区审批局拒不履行生效的复议决定的，区人民政府或者市审批局可以责令区审批局限期履行复议决定，约谈其主要负责人，并予以通报批评。D 选项错误。

---

（1） C

## ★★ 考点 30 国家赔偿的概述

### 相关法条及司法解释

《国家赔偿法》第 2 条

### 客观命题分析

国家赔偿的概述，尤其是国家赔偿的构成要件是学习和掌握国家赔偿法的基础知识。在法考中一般不直接考查，却是学好国家赔偿法的基石。

重点难点：(1) 主体要件；(2) 结果要件；(3) 因果要件。

### 考点解析

#### 一、国家赔偿与国家赔偿责任

##### (一) 国家赔偿的概念和特征

##### 1. 国家赔偿的概念

国家赔偿是指国家对国家机关及其工作人员行使职权造成的损害给予受害人赔偿的活动。

国家赔偿与国家补偿不同：

国家赔偿是国家机关及其工作人员**违法或错误地行使职权给当事人造成损害承担的赔偿责任**；

国家补偿是国家对国家机关及其工作人员的**合法履职行为给当事人造成的损失给予的补偿**。

**【例 1】** 张某租用农贸市场一门面从事经营。因赵某提出该门面属于他而引起争议，市场监督管理局违法扣缴张某的营业执照，致使张某停业 2 个月之久。张某在市场监督管理局返还营业执照后，提出赔偿请求。国家应当赔偿张某停产停业期间必要的经常性费用开支，例如门面租赁费、停业期间依法缴纳的税费等。

**【例 2】** 李某租用一商店经营服装。区公安分局公安人员驾驶警车追捕时，为躲闪其他车辆，不慎将李某服装店的橱窗玻璃及模特衣物撞坏。事后，区公安分局与李某协商赔偿不成，李某请求国家赔偿。本案，区公安分局不应作为赔偿义务机关，因为该公安人员的行为不是违法行使职权，应按行政补偿解决。

##### 2. 国家赔偿的特征

**虽然侵权行为是由不同的国家机关及其工作人员实施的，但是，承担责任的主体不是这些机关及其工作人员，而是国家。国家对受害人给予的赔偿来自国库。**

## （二）国家赔偿责任的特征

国家赔偿的一个显著特点就是由国家承担法律责任，最终支付赔偿费用，由法律规定的赔偿义务机关履行具体赔偿义务，实施侵权行为的公务人员并不直接对受害人承担责任和履行赔偿义务。国家是抽象主体，不可能履行具体的赔偿义务，一般由具体的国家机关承担赔偿义务，因此，形成了“国家责任、机关赔偿”的特殊形式。

## 二、国家赔偿的构成要件

|    |      |  |
|----|------|--|
| 主体 | 行政赔偿 | ① 国家行政机关及其工作人员<br>② 法律法规授权组织及其工作人员<br>③ 行政机关委托的机关、机构和组织及其工作人员                                  |
|    | 司法赔偿 | ① 公安机关② 检察机关③ 法院④ 国家安全机关⑤ 军队保卫部门⑥ 看守所  |
|    | 监察赔偿 | <b>监察机关及其工作人员行使职权</b><br>[在《监察法》第 67 条和《监察法实施条例》第 280 条、第 281 条规定了监察赔偿]                        |
| 行为 | 职权性  | 行使职权的行为导致的损害由国家赔偿；若是个人行为则国家不赔  |
|    | 可归责性 | ① 违法归责：违反法律规范； <b>未尽合理义务</b><br>② 结果归责：错捕/错判/羁押场所死亡或者丧失行为能力的                                   |
| 结果 | 人身权  | ① 人身自由权 <b>【人身自由赔偿仅限于受到实际羁押，被错误管制、监视居住、缓刑的则不赔】</b><br>② 生命健康权 <b>【包括刑讯逼供和殴打等暴力行为以及虐待导致的损害】</b> |
|    | 财产权  | 只赔偿直接损失，不赔偿可期待的利润、利益   |
|    | 精神损害 | 侵害人身权伴随产生精神损害的，予以精神损害赔偿 <b>【前提：侵犯了人身权】</b>   |
| 因果 | 判断   | ① 针对作为：行为与损害具有直接相关<br>② 针对不作为：违反对特定当事人的义务  |
|    | 证明   | ① 原则上：谁主张，谁举证<br>② 有例外：被限制人身自由期间死亡或丧失行为能力的，由羁押机关证明受害人死亡或丧失行为能力与其羁押行为没有因果关系，否则需要承担赔偿责任          |
| 法律 | 前提   | 法有规定才赔   |

## 主客一体

### ★★★ 考点 31 行政赔偿

#### 相关法条及司法解释

《国家赔偿法》第 8~9 条、第 13~14 条

《最高人民法院关于审理行政赔偿案件若干问题的规定》第 3 条、第 10 条、第 11~13 条、第 17 条、第 23~24 条、第 26 条、第 28~29 条

#### 客观命题分析

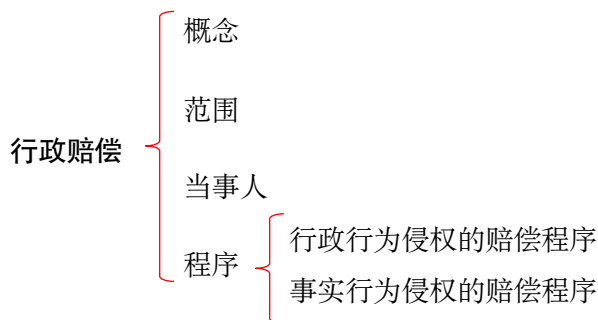
本考点有一定考查频率。2025 年、2024 年和 2020 年考查行政赔偿诉讼。

重点难点包括：(1) 行政赔偿的范围；(2) 行政赔偿程序。

#### 主观命题分析

本考点在主观题中有一定考查频率。2023 年考查损害事实举证责任的分配；2021 年考查一审遗漏赔偿请求二审如何处理；2020 年考查行政赔偿的范围；2018 年考查行政赔偿的范围和损害事实的举证责任分配。考生需要掌握行政赔偿的范围、行政赔偿程序。

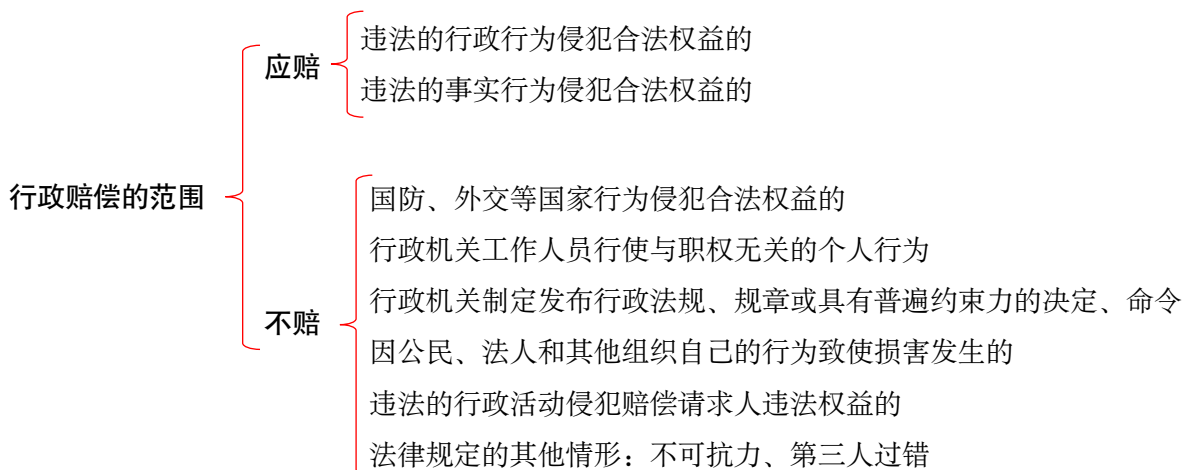
#### 考点解析



## 一、行政赔偿的概念

行政赔偿是指行政机关及其工作人员在行使职权过程中违法侵犯公民、法人或其他组织的合法权益并造成损害，国家对此承担的赔偿责任。

## 二、行政赔偿的范围



### 主观小案例

**例：**2015年8月20日，县交通局接到上报，获知富花公路平麻路段出现塌方，安排王某和黎某去查看，发现塌方约有4000立方米。王某用手机拍了照片并向领导汇报了情况，但未设置警示标志和绕行标志。8月22日19时，田某在通过该路段时，发生大面积山体滑坡，被掩埋死亡。田某之父田某福向法院起诉，要求确认县交通局在事故路段没有及时设置警示标志和绕行标志的行为违法并要求国家赔偿。

**问题：**本案国家是否需要承担赔偿责任？为什么？

**答案：**需要承担。县交通局未及时设置警示标志和绕行标志的行为，构成不履行法定职责。县交通局不履行法定职责与田某的死亡有因果关系，国家对于田某的死亡应当承担国家赔偿责任。

**答案解析：**依照《公路法》第43条第2款：“县级以上地方人民政府交通主管部门应当认真履行职责，依法做好公路保护工作，并努力采用科学的管理方法和先进的技术手段，提高公路管理水平，逐步完善公路服务设施，保障公路的完好、安全和畅通。”《公路安全保护条例》第47条第1款：“公路管理机构、公路经营企业应当按照国务院交通运输主管部门的规定对公路进行巡查，并制作巡查记录；发现公路坍塌、坑槽、隆起等损毁的，应当及时设置警示标志，并采取措施修复。”第53条第1款：“发生公路突发事件影响通行的，公路管理机构、公路经营企业应当及时修复公路、恢复通行。设区的市级以上人民政府交通运输主管部门应当根据修复公路、恢复通行的需要，及时调集抢修力量，统筹安排有关作业计划，下达路网调度指令，配合有关部门组织绕行、分流。”从上述规定来看，交通局及其下属公路管理机构具有对公路进行巡查，并制作巡查记录；发现公路坍塌、坑槽、隆起等损毁的，及时设置警示标志，并采取措施修复；加强对

公路的保护，保障公路的完好、安全和畅通等法定职责。本案中，事故发生前，县交通局在8月20日接到上报公路塌方消息后，就派出工作人员到塌方路段进行查勘，但工作人员确实存在未及时设置警示标志和绕行标志的行为，构成不履行法定职责。需要注意：不完全履行法定职责亦构成不履行法定职责。县交通局不履行法定职责与田某的死亡有因果关系，国家对于田某的死亡应当承担国家赔偿责任。

### 三、行政赔偿的当事人

#### （一）行政赔偿请求人

行政赔偿请求人是行政赔偿法律关系中的权利人一方，其规则包括：

##### 1. 赔偿请求人资格的确定

行政赔偿请求人资格，包括本来的请求人资格与经转移的请求人资格。

###### （1）本来的请求人资格

谁受到了国家侵权行为的侵害，谁就有资格要求国家赔偿。

###### （2）经转移的请求人资格

受害的公民死亡的，其**继承人、其他有扶养关系的亲属、支付受害公民医疗费和丧葬费等合理费用的人**有权替代死者要求国家赔偿。

**★注意：**在公民死亡时，其国家赔偿请求人资格的转移与行政诉讼原告资格的转移有所不同。在行政诉讼中，当本来具有原告资格的公民死亡时，有权替代死者提起诉讼的是其近亲属及其他具有扶养、赡养关系的亲属。

受害的法人或其他组织终止，其权利承受人替代其要求国家赔偿。

##### 2. 请求权行使的时效

国家赔偿请求人请求国家赔偿的时间有期限上的限制，这就是国家赔偿的请求时效。

###### （1）一般时效

**一般为2年**，自受害人知道或应当知道国家机关及其工作人员的行为侵犯其权利之日起计算，但被限制人身自由的期间应扣除。赔偿请求人在请求时效的最后6个月内，因不可抗力或其他障碍不能行使请求权的，时效中止。从中止时效的原因消除之日起恢复计算。

###### （2）特殊时效

受害人如果通过行政复议或行政诉讼一并提出赔偿请求的，适用行政复议、行政诉讼的有关时效。行政复议即为复议申请期限，一般是60日；行政诉讼即为起诉时限，一般是6个月。

#### （二）行政赔偿义务机关

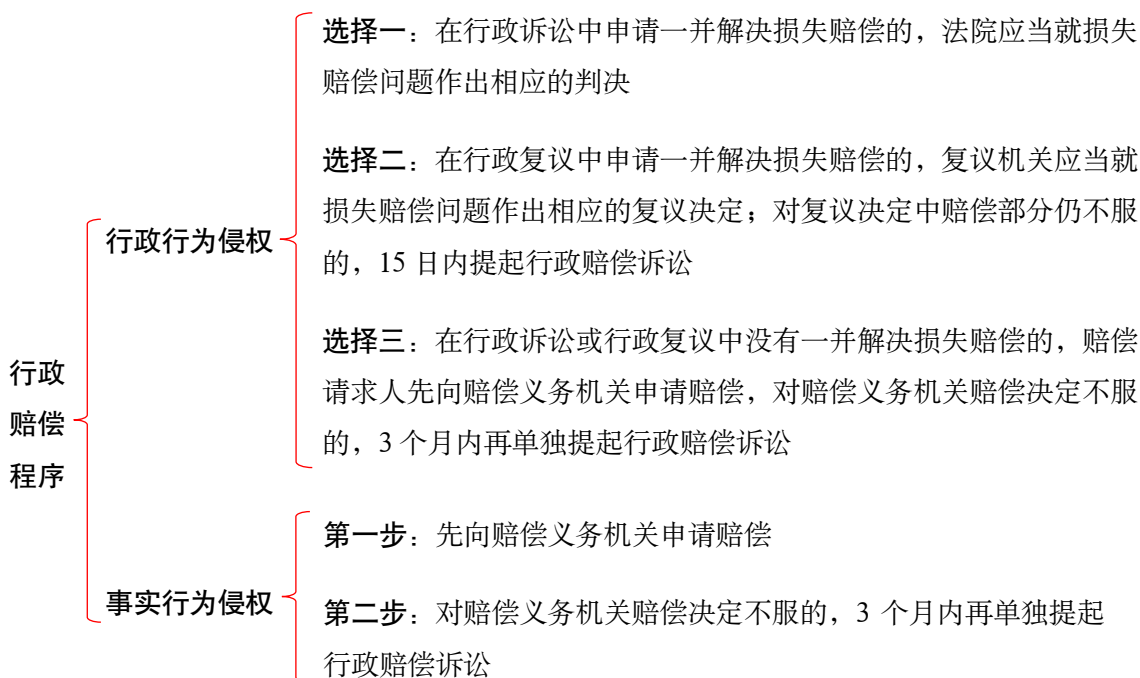
|    |  |
|----|--|
| 原则 | <ul style="list-style-type: none"> <li>①有行政主体资格</li> <li>②谁致害，谁赔偿</li> <li>③内设机构、派出机构不作赔偿义务机关</li> </ul> |
|----|--|

|        |  |
|--------|--|
| 原机关赔偿  | 复议维持案件，原行政行为违法造成损失的，应当由作出原行政行为的行政机关承担赔偿责任                                  |
| 复议机关赔偿 | ① 复议维持案件，因复议程序违法给原告造成损失的，由复议机关承担赔偿责任<br>② 复议改变案件，复议决定加重损害的，复议机关对加重部分履行赔偿义务 |
| 申请机关赔偿 | 申请法院强制执行行政行为，由于执行根据错误的，由申请机关赔偿   |

## 四、行政赔偿的程序

### (一) 行政赔偿程序概览

|        |  |
|--------|--|
| 行政行为侵权 | <p><b>【方案一】</b> 在提起行政诉讼中一并解决赔偿，法院对损失赔偿问题作出相应的判决</p> <p><b>【方案二】</b> 在申请行政复议中一并解决赔偿，复议机关对损失赔偿问题作出相应的复议决定；若对复议决定中的赔偿部分仍不服的，可以 15 日内向法院提起行政赔偿诉讼</p> <p><b>【方案三】</b> 没有在行政诉讼或行政复议中一并解决赔偿的，先向行政赔偿义务机关申请赔偿，对行政赔偿义务机关不予赔偿或作出的赔偿决定仍不服的，3 个月内向法院单独提起行政赔偿诉讼</p> <p><b>注意：</b> 行政行为未被确认为违法，当事人提起行政赔偿诉讼的，法院应当视为提起行政诉讼时一并提起行政赔偿诉讼</p> |
| 事实行为侵权 | 先向行政赔偿义务机关申请赔偿+3 个月内向法院单独提起行政赔偿诉讼  |



**温馨提示**

若行政行为侵权，受害人未经复议或者诉讼就行政行为的违法性先行确认，对赔偿义务机关的赔偿决定不服单独提起行政赔偿诉讼的，视为一并对行政行为提起行政诉讼

## （二）行政赔偿义务机关先行处理程序（先向行政赔偿义务机关申请赔偿）

|    |  |   |
|----|--|---|
| 申请 | 方式   | ①书面申请：递交赔偿申请书<br>②口头申请：书写有困难，可委托他人代书；也可口头申请   |
|    | 请求时效   | <b>请求期限为2年</b> ，自其（应）知道侵权行为之日起计算，但被羁押等限制人身自由期间不计算在内。最后6个月内，因不可抗力不能行使请求权，时效中止          |
| 受理 | ①当面递交申请书的，应当当场出具加盖本机关专用印章并注明收讫日期的书面凭证<br>②申请材料不全的，应当当场或者在 <b>5日内一次性告知</b> 赔偿请求人需要补正的全部内容 |   |
| 决定 | 期限   | 自收到申请2个月内，作出是否赔偿的决定   |
|    | 决定   | ①决定赔偿的，应制作赔偿决定书，并自作出决定10日内送达赔偿请求人<br>②决定不予赔偿的，应自作出决定10日内书面通知赔偿请求人，并说明理由               |
|    | 救济途径   | ①未作赔偿决定， <b>自期限届满3个月内</b> 向法院提起行政赔偿诉讼<br>②已作赔偿决定，如不服的，可在 <b>决定之日起3个月内</b> 向法院提起行政赔偿诉讼 |

## （三）行政赔偿诉讼

|      |  |
|------|--|
| 原告   | ①受违法的行政活动损害的公民、法人或者其他组织<br>②受害的公民死亡， <b>其继承人和其他有扶养关系的人</b> 可以提起行政赔偿诉讼<br>③受害的公民死亡， <b>支付受害公民医疗费、丧葬费等合理费用的人</b> 可以提起行政赔偿诉讼<br>④法人分立、合并、终止，承受其权利的法人可以提起行政赔偿诉讼  |
| 被告   | ①实施违法行政活动的行政机关或者法律法规规章授权的组织是被告<br>②两个以上行政机关共同实施侵权行政行为造成损害的，共同侵权行政机关为共同被告<br><b>【备注】</b> 若赔偿请求人坚持对其中一个或者几个侵权机关提起行政赔偿诉讼，以被起诉的机关为被告，未被起诉的机关追加为第三人<br>③原行政行为造成赔偿请求人损害，复议决定加重损害的，复议机关与原行政行为机关为共同被告<br><b>【备注】</b> 赔偿请求人坚持对作出原行政行为机关或复议机关提起行政赔偿诉讼，以被起诉的机关为被告，未被起诉的机关追加为第三人<br>④行政机关申请法院强制执行其行政行为，因据以强制执行的行政行为违法而发生行政赔偿诉讼的，申请强制执行的行政机关为被告 |
| 起诉条件 | <b>【行政行为已在行政复议或者行政诉讼中被确认为违法，并符合下列条件的，可以单独提起行政赔偿诉讼】</b><br>①原告具有行政赔偿请求资格<br>②有明确的被告<br>③有具体的赔偿请求和受损害的事实根据<br><b>④行政赔偿义务机关已先行处理或者超过法定期限不予处理</b><br>⑤属于法院行政赔偿诉讼的受案范围和受诉法院管辖<br>⑥在法律规定的起诉期限内提起诉讼   |

|                  |  |
|------------------|--|
| 起<br>诉<br>期<br>限 | <p><b>【提起行政赔偿诉讼的起诉期限】</b></p> <p>①行政诉讼一并请求行政赔偿的起诉期限：原告提起行政诉讼时一并请求行政赔偿的，适用行政诉讼法有关起诉期限的规定</p> <p>②经过复议提起行政赔偿诉讼的起诉期限：原告仅对行政复议决定中的行政赔偿部分有异议，自复议决定书送达之日起 15 日内提起行政赔偿诉讼</p> <p><b>【注意】</b>行政机关作出有赔偿内容的行政复议决定时，未告知起诉期限的，起诉期限从原告知道或者应当知道起诉期限之日起计算，但从知道或者应当知道行政复议决定内容之日起最长不得超过 1 年</p> <p>③单独提起行政赔偿诉讼的起诉期限：受害人自行政赔偿义务机关作出赔偿或者不予赔偿决定之日起 3 个月内向法院提起行政赔偿诉讼</p> <p><b>【备注】</b></p> <p>①原告在第一审庭审终结前提起行政赔偿诉讼，符合起诉条件的，法院应当依法受理；原告在第一审庭审终结后、宣判前提起行政赔偿诉讼的，是否准许由法院决定</p> <p>②原告在第二审程序或者再审程序中提出行政赔偿请求的，法院可以组织各方调解；调解不成的，告知其另行提起行政赔偿诉讼</p>                                    |
| 举<br>证<br>责<br>任 | <p><b>【一般损害事实的举证责任分配】</b></p> <p>①行政赔偿诉讼中，原告应当对行政行为造成的损害提供证据</p> <p>②因被告的原因导致原告无法举证的，由被告承担举证责任</p> <p>③对于原告主张的生产和生活所必需物品的合理损失，应当予以支持</p> <p>④对于原告提出的超出生产和生活所必需的其他贵重物品、现金损失，可以结合案件相关证据予以认定</p> <p><b>【被限制人身自由期间受到身体伤害的举证责任分配】</b></p> <p>原告主张其被限制人身自由期间受到身体伤害，被告否认相关损害事实或者损害与违法行政行为存在因果关系的，被告应当提供相应的证据证明</p>  |
| 判<br>决           | <p><b>【连带责任】</b></p> <p>①两个以上行政机关共同实施违法行政行为，应当承担连带赔偿责任</p> <p>②行政机关及其工作人员与第三人恶意串通作出的违法行政行为，应当承担连带赔偿责任</p> <p>③两个以上行政机关分别实施违法行政行为造成同一损害，每个行政机关的违法行为都足以造成全部损害的，各个行政机关承担连带赔偿责任</p> <p><b>【按份责任】</b></p> <p>①由于第三人提供虚假材料，导致行政机关作出的行政行为违法，法院应当根据违法行政行为在损害发生和结果中的作用大小，确定行政机关承担相应的行政赔偿责任；行政机关已经尽到审慎审查义务的，不承担行政赔偿责任</p> <p>②由于第三人行为造成损害的，应当由第三人依法承担侵权赔偿责任；第三人赔偿不足、无力承担赔偿责任或者下落不明，行政机关又未尽保护、监管、救助等法定义务的，法院应当根据行政机关未尽法定义务在损害发生和结果中的作用大小，确定其承担相应的行政赔偿责任</p> <p>③由于不可抗力等客观原因造成损害，行政机关不适当履行法定义务导致未能及时止损或者损害扩大的，法院应当根据行政机关不适当履行法定义务行为在损害发生和结果中的作用大小，确定其承担相应的行政赔偿责任</p> |

## 真题解析

**例：**高某未获得《道路运输经营许可证》从事货物运输，区交通局遂扣押其货车。高某不服，提起行政诉讼。法院经审查认为可能存在行政赔偿，告知高某可以一并提起行政赔偿诉讼。下列哪一选项是正确的？（2024年回忆版）

- A. 高某应当在第一审开庭前提起行政赔偿诉讼
- B. 法院没有义务告知高某可以一并提起行政赔偿诉讼
- C. 若高某提供财产担保的，区交通局应当解除扣押
- D. 若扣押违法的，对于货车停运期间的营运损失属于直接损失，国家应当给予赔偿

**答案：**\_\_\_\_\_（1）

### 选项分析：

原告在第一审庭审终结前提起行政赔偿诉讼，符合起诉条件的，人民法院应当依法受理；原告在第一审庭审终结后、宣判前提起行政赔偿诉讼的，是否准许由人民法院决定。可知，原告在第一审庭审终结前提起行政赔偿诉讼，符合起诉条件的，人民法院应当依法受理。A选项错误。

人民法院应当为“人民”。原告提起行政诉讼时未一并提起行政赔偿诉讼，人民法院审查认为可能存在行政赔偿的，为了实质化解行政争议和案结事了，应当告知原告可以一并提起行政赔偿诉讼。B选项错误。

《行政强制法》并没有规定行政相对人提供财产担保的，行政机关应当解除扣押。C选项错误。

机动车停运期间的营运损失属于直接损失。营运车辆被行政机关违法扣押期间产生的营运损失也属于直接损失。营运损失，是指车辆停运期间可以获得的合理收入，需要受害人提供证据证明车辆通常的运营收入情况，以确定具体的赔偿数额。D选项正确。

## ★★★★★ 考点 32 司法赔偿

### 相关法条及司法解释

《国家赔偿法》第17条、第19条、第21条、第23~25条、第28~30条

《最高人民法院 最高人民检察院关于办理刑事赔偿案件适用法律若干问题的解释》第2条、第6~7条、第17条

### 客观命题分析

本考点在法考中占据重要地位，属于每年必考内容，考生要相当注意。考查分值2分。2019

(1) D

年~2025 年考查刑事司法赔偿，涉及限制人身自由案件刑事司法赔偿范围、赔偿义务机关、赔偿程序。

重点难点包括：(1) 限制人身自由的刑事司法赔偿范围；(2) 刑事赔偿义务机关；(3) 刑事司法赔偿程序。

## 考点解析

### 一、司法赔偿的概念

司法赔偿是指司法机关及其工作人员在行使侦查权、检察权、审判权和监狱管理职权时给公民、法人或者其他组织的生命、健康、自由和财产造成损害的，国家应当承担的赔偿责任。

**【例】** 李某涉嫌盗窃，被刑事拘留 40 日后公安机关撤销案件，因无罪超期羁押，国家应当给予司法赔偿。

### 二、司法赔偿的范围

#### (一) 刑事司法赔偿的范围

##### 1. 人身损害赔偿

刑事赔偿中的人身损害赔偿包括三类：

##### (1) 人身自由权损害

在刑事诉讼活动中，造成公民人身自由权损害的司法行为主要是刑事强制措施与人身自由刑。

刑事强制措施包括拘传、拘留、逮捕、取保候审、监视居住等，人身自由刑主要包括管制、拘役、有期徒刑、无期徒刑等。

**对于刑事赔偿中的人身自由赔偿，以当事人有无受到实际羁押为标准，如果对当事人人身自由的限制不是通过实际羁押的方式来进行的，国家不承担赔偿责任。**比如当事人被取保候审、监视居住、管制、缓刑、保外就医的，由于没有受到实际羁押，对于这部分国家不承担赔偿责任。

首先，刑事拘留的赔偿范围。

下列刑事拘留的情形应当赔偿：

- ① 违反刑事诉讼法刑事拘留的。
- ② 按照刑事诉讼法刑事拘留，但超期羁押，最后作了无罪处理的。

**【例】** 维多涉嫌盗窃被刑事拘留 66 日，最终公安局作了无罪处理。由于对犯罪嫌疑人的羁押期限一般为 14 天，涉及流窜作案、结伙作案、多次作案的可以延长到 37 天，维多属于无罪被超期羁押，国家应当给予赔偿。

下列刑事拘留的情形不予赔偿：

- ① 按照刑事诉讼法刑事拘留，没有超期羁押，最终作了无罪处理的。
- ② 按照刑事诉讼法刑事拘留，超期羁押，最终作了有罪处理的。

**【例】** 利娅涉嫌组织卖淫被刑事拘留 50 日，检察院提起公诉后，法院作出的生效判决认定利娅构成组织卖淫罪，判处有期徒刑 6 年。本案虽然利娅在刑事拘留阶段存在超期羁押，但是利娅最终被法院判决有罪，且根据我国刑法的规定，羁押一日可以折抵有期徒刑一日。因此，国家对利娅在判决前超期羁押部分不予赔偿。

其次，逮捕的赔偿范围。

**下列逮捕的情形应当赔偿：**

- ①对公民采取逮捕措施后，决定撤销案件。
- ②对公民采取逮捕措施后，存疑不起诉/证据不足不起诉的。
- ③对公民采取逮捕措施后，判决宣告无罪终止追究刑事责任的。

**【例】** 区公安分局以郭某涉嫌盗窃为由，于 2017 年 4 月 1 日拘留了郭某。2017 年 4 月 10 日，区检察院批捕。2017 年 8 月 13 日，区检察院认为该案证据不足，最终作了不起诉处理。当日，郭某释放，申请国家赔偿。根据《刑事诉讼法》第 81 条规定，检察院批准逮捕的前提条件是有证据证明犯罪事实，因此，当检察院证据不足就作出批捕决定，最后作了不起诉处理，应当给予国家赔偿。

**下列逮捕的情形不予赔偿：**

- ①对公民采取逮捕措施后，法定不起诉的。
- ②对公民采取逮捕措施后，酌定不起诉的。

**【例】** 县公安局以沈某涉嫌销售伪劣商品罪为由将其刑事拘留，并经县检察院批准逮捕。后县检察院认为沈某的行为属于情节显著轻微、危害不大，不认为是犯罪，最终做了不起诉处理。沈某申请国家赔偿，赔偿义务机关拒绝。本案，县检察院认为沈某的行为属于情节显著轻微、危害不大，不认为是犯罪，最终做了不起诉处理，这是法定不起诉之情形，不属于国家赔偿范围。

**★ 注意：**若检察院批准逮捕后，未说明什么具体原因决定不起诉的，适用结果归责原则，应当给予赔偿。即啥理由都没说，检察院决定不起诉的，赔！

**【例】** 某县公安局以沈某涉嫌销售伪劣商品罪为由将其刑事拘留，并经县检察院批准逮捕。后县检察院决定不起诉。沈某申请国家赔偿，国家应当给予沈某赔偿。赔偿义务机关为县检察院。

**★ 注意：**根据《最高人民法院、最高人民检察院关于办理刑事赔偿案件适用法律若干问题的解释》第 2 条第 2 项的规定，解除、撤销取保候审、监视居住、拘留、逮捕措施后，办案机关超过一年未移送起诉、作出不起诉决定或者撤销案件的，应认定为对犯罪嫌疑人的刑事诉讼程序已经终结，属于“终止追究刑事责任”。此外，根据《最高人民法院、最高人民检察院关于办理刑事赔偿案件适用法律若干问题的解释》第 2 条第 3 项的规定，取保候审、监视居住法定期限届满后，办案机关超过 1 年未移送起诉、作出不起诉决定或者撤销案件的，应认定为对犯罪嫌疑人的刑事诉讼程序已经终结，属于“终止追究刑事责任”。根据《国家赔偿法》第 17 条第 2 项的规定，对公民采取逮捕措施后，决定撤销案件、不起诉或者判决宣告无罪终止追究刑事责任的，属于国家赔偿范围。

**【例】** 2015 年 7 月 17 日，朱某因涉嫌故意伤害罪被县公安局刑事拘留。2015 年 7 月 27 日，被县检察院批准逮捕。2015 年 8 月 20 日，县检察院提起公诉。2016 年 1 月 10 日，县检察院撤

回起诉，县法院裁定准许撤回起诉。2016年1月21日，县公安局向县检察院申请撤回该案，县检察院同意县公安局撤回案件。2016年2月8日，县公安局对朱某变更强制措施为取保候审。2017年2月12日，县公安局决定对朱某解除取保候审。2018年5月8日，朱某申请国家赔偿。根据《最高人民法院、最高人民检察院关于办理刑事赔偿案件适用法律若干问题的解释》第2条第3项的规定，取保候审、监视居住法定期限届满后，办案机关超过1年未移送起诉、作出不予起诉决定或者撤销案件的，应认定为对犯罪嫌疑人的刑事诉讼程序已经终结，属于“终止追究刑事责任”。根据《国家赔偿法》第17条第2项的规定，对公民采取逮捕措施后，决定撤销案件、不予起诉或者判决宣告无罪终止追究刑事责任的，属于国家赔偿范围。本案，赔偿请求人朱某被变更强制措施为取保候审，期满后超过1年多的时间，原案仍未依法作出终结性结论，依法应当认定原案刑事诉讼程序已视为终结（本案视为县公安局撤销了案件），当事人有权就错误限制人身自由的损失要求国家赔偿。

最后，刑事裁判的赔偿范围。

无罪错判要赔，轻罪重判不赔：对于错判，国家对**无罪错判承担赔偿责任，对于轻罪重判，不承担赔偿责任。**

**赔前不赔后：法院判处管制、缓刑、剥夺政治权利等刑罚被改判无罪的，由于没有实际的羁押，国家不承担赔偿责任。但是，赔偿请求人在判决生效前被羁押的，依法有权取得赔偿。**

**【例】**2009年2月10日，王某因涉嫌诈骗被县公安局刑事拘留，同年3月28日，县检察院批准逮捕王某。同年4月10日，县法院以诈骗罪判处王某三年有期徒刑，缓期二年执行。同年5月10日，县公安局根据县法院变更强制措施的决定，对王某采取取保候审措施。王某上诉，同年6月1日，市中级人民法院维持原判。王某申诉，同年12月10日，市中级人民法院再审认定王某行为不构成诈骗，撤销原判。对此，国家是否应当承担赔偿责任？因王某被判无罪，国家应当对王某在2009年2月10日至5月10日期间的损失承担赔偿责任。2009年5月10日之后，由于没有受到实际羁押，因此对于2009年5月10日之后的部分不赔。

**赔后不赔前：如果司法机关对于一个没有刑事责任能力或免于追究刑事责任的人进行了拘留、逮捕，而后又经过法院判处了人身自由刑甚至死刑的，当事人只能就刑罚部分获得赔偿，对于判决前受到的人身自由限制不能获得赔偿。**

**【例】**2006年12月5日，王某因涉嫌盗窃被某县公安局刑事拘留，同月11日被县检察院批准逮捕。2008年3月4日王某被一审法院判处有期徒刑2年，王某不服提出上诉。2008年6月5日，二审法院维持原判，判决交付执行。2009年3月2日，法院经再审以王某犯罪时不满16周岁为由撤销生效判决，改判其无罪并当庭释放。王某申请国家赔偿，赔偿范围如何？本案中，法院经再审以王某犯罪时不满16周岁为由撤销生效判决，根据《最高人民法院关于人民法院执行〈国家赔偿法〉几个问题的解释》第1条的规定，依照《刑法》第14~15条规定不负刑事责任的人和依照《刑事诉讼法》第15条规定不追究刑事责任的人被羁押，国家不承担赔偿责任。但是对起诉后经人民法院判处拘役、有期徒刑、无期徒刑和死刑并已执行的上列人员，有权依法取得赔偿。判决生效并实际执行前被羁押的日期依法不予赔偿。因此，本案中，判决确定的时间是2008年6月5日，因此，国家应当对王某从2008年6月5日到2009年3月2日被羁押

的损失承担赔偿责任。

**★注意：**《最高人民法院、最高人民检察院关于办理刑事赔偿案件适用法律若干问题的解释》第6条规定：**数罪并罚的案件经再审改判部分罪名不成立，监禁期限超出再审判决确定的刑期，公民对超期监禁申请国家赔偿的，应当决定予以赔偿。**

**【例】**2010年1月1日，黄某因涉嫌盗窃罪和抢劫罪被甲市乙区公安分局依法刑事拘留。1月4日，被批准逮捕。2月1日，乙区检察院移送审查起诉。3月5日，乙区人民法院判处黄某盗窃罪和抢劫罪均成立，分别处以有期徒刑一年和三年，判处有期徒刑四年。黄某不服，向甲市中级人民法院上诉。4月25日，甲市中级人民法院维持原判。黄某刑满后申诉，2016年9月8日，甲市中级人民法院启动再审，判决黄某构成抢劫罪，但不构成盗窃罪。黄某申请国家赔偿的，国家是否要承担赔偿责任？数罪并罚经再审改判部分罪名不成立，监禁期限超出再审判决确定的刑期，国家需要承担赔偿责任。本案，黄某盗窃罪不成立，盗窃罪刑期一年这段有期徒刑执行部分需要承担国家赔偿责任。

### (2) 生命权与健康权损害

在刑事诉讼活动中，司法机关及其工作人员给公民造成生命权与健康权损害的，包括三种情况：

①对无罪的人判处死刑并实际执行的。

②刑讯逼供或以殴打、虐待等行为或唆使、放纵他人以殴打、虐待等行为造成公民身体伤害或者死亡的。

③违法使用武器、警械造成公民身体伤害或死亡的。

### (3) 精神损害

司法机关在刑事诉讼活动中对公民造成人身损害，由此引起精神损失的，应当在侵权行为影响的范围内为受害人消除影响，恢复名誉，赔礼道歉，造成严重后果的应支付相应的精神损害抚慰金。

## 2. 财产损害赔偿

财产损害赔偿主要包括两种情况：

①因针对财产的刑事强制措施引起的赔偿，包括违法对财产采取的查封、扣押、冻结、追缴等措施。

②因错误判处并执行财产刑而引起的赔偿，即当事人被判处有期徒刑、没收财产等财产刑，后来经再审改判无罪，但财产刑已经执行的。

## (二) 民事与行政司法赔偿的范围

有关民事、行政司法赔偿的问题，主要规定于《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》当中。根据该司法解释，国家承担的民事、行政司法赔偿责任主要包括以下情况：

### 1. 违法采取排除妨害诉讼的强制措施

法院采取的排除妨害诉讼强制措施，包括训诫、责令具结悔过、司法拘留、司法罚款。这些

强制措施都有被违法实施的可能，但国家只对法院违法采取的拘留和罚款两种措施给予赔偿。

## 2. 违法采取保全措施

法院违法采取的保全措施，包括财产保全措施与证据保全措施，国家对此主要赔偿在保全措施实施过程中，因司法机关及其工作人员实施违法行为而给当事人造成的财产损失。但对于在保全过程中，因申请人的行为、司法机关工作人员的个人行为、被保全人的行为、被执行人的行为、保管人员的行为，以及不可抗力等原因造成的损害，不予赔偿。

## 3. 错误执行生效法律文书

错误执行生效法律文书，是指司法机关及其工作人员对生效的判决书、裁定书、民事制裁决定书、调解书、支付令、仲裁裁决书、具有强制执行效力的公证债权文书、行政处罚决定、行政处理决定等，执行错误的行为，对此国家承担赔偿责任。注意判断国家是否在司法执行问题上承担赔偿责任，**是看执行行为本身是否存在错误**，而不是看作为执行根据的生效法律文书是否存在错误。**如果司法机关正确地执行了错误的生效法律文书，不予赔偿，但应当责令取得财产的人予以返还，拒不返还的予以强制执行**。对于执行过程中因司法机关工作人员的个人行为、被执行人的行为、保管人员的行为，以及不可抗力等原因造成的损害，同样不予赔偿。

## 4. 不法行为造成死亡或伤害

对于司法机关及其工作人员在民事、行政诉讼或者执行过程中，以殴打、虐待等行为或唆使、放纵他人以殴打、虐待等行为造成公民身体伤害或者死亡的，国家应当承担赔偿责任，这与刑事诉讼活动中司法机关及其工作人员不法行为致人伤亡的情况完全相同。

## 5. 违法使用武器警械造成死亡或伤害

对于司法机关及其工作人员在民事、行政诉讼或者执行过程中，违法使用武器、警械造成公民身体伤害或者死亡的，国家也应承担赔偿责任，这与刑事诉讼活动中司法机关及其工作人员违法使用武器、警械致人伤亡的情况也是相同的。

## 6. 精神损害

司法机关在民事、行政诉讼或者执行过程中，对公民造成人身损害，由此引起精神损失的，应当在侵权行为影响的范围内为受害人消除影响，恢复名誉，赔礼道歉；造成严重后果的应支付相应的精神损害抚慰金。

# 三、司法赔偿的当事人

## (一) 赔偿请求人

司法赔偿的请求人，与行政赔偿的请求人适用完全相同的规定。

## (二) 刑事司法赔偿的义务机关

刑事司法赔偿义务机关的确定规则为“后置原则”：由最后一个作出错误的法律文书的机关作为刑事司法赔偿义务机关，即“谁最后一个错了，谁赔”。

|    |   |
|----|---|
| 错拘 | 作出拘留决定的机关为赔偿机关  |
| 错捕 | 作出逮捕决定的机关为赔偿机关  |
| 错判 | ①未生效判决错误：由一审法院作为赔偿机关<br>②生效判决错误：再审改判无罪的，作出原生效判决的法院为赔偿机关 |

**【例】** 甲市乙区公安分局以孙某涉嫌诈骗罪为由将其刑事拘留，并经乙区检察院批准逮捕。后因案情特殊由丙区检察院提起公诉。2006年，丙区法院判处孙某有期徒刑3年，孙某不服上诉，甲市中级人民法院裁定发回丙区法院重新审理。重审期间，丙区检察院经准许撤回起诉，并最终作出不起诉决定。孙某申请国家赔偿。丙区法院是本案的赔偿义务机关，因为丙区法院不应该判决孙某有罪却错误地判决孙某有罪了。丙区法院是最后一个作出错误法律文书的机关，丙区法院是赔偿义务机关。

刑事赔偿义务机关后置的原则仅仅针对限制公民人身自由的行为而言，如果不同的司法机关在刑事诉讼中分别损害了公民的人身自由与其他权利，不适用赔偿义务机关后置的原则。

**【例】** 公安局民警对被拘留的犯罪嫌疑人马某进行了刑讯逼供，而后马某又被检察院批捕，但一审法院以证据不足判决马某无罪。此时应当由检察院赔偿马某被拘留、逮捕期间的损失，而由公安局赔偿对马某刑讯逼供造成的损失，检察院并不吸收公安局对刑讯逼供所承担的国家赔偿责任。

### （三）民事与行政司法赔偿义务机关

人民法院在民事诉讼、行政诉讼的过程中，违法采取对妨害诉讼的强制措施、保全措施或者对判决、裁定以及其他生效法律文书执行错误造成损害的，作出该行为的人民法院为赔偿义务机关。

### （四）其他情形

行使侦查、检察、审判职权的机关以及看守所、监狱管理机关等司法机关的工作人员在行使职权时实施侵权行为的，应当由该工作人员所在的司法机关承担赔偿责任。即侵权行为是通过司法机关工作人员实施的，如通过刑讯逼供或者以殴打等暴力方式以及虐待等非暴力的方式或者唆使、放纵他人以暴力或非暴力的行为造成公民身体伤害或者死亡的，或违法对财产采取查封、扣押、冻结、追缴的，只要这些行为与该工作人员行使职权有关，就由其所在机关承担赔偿责任。

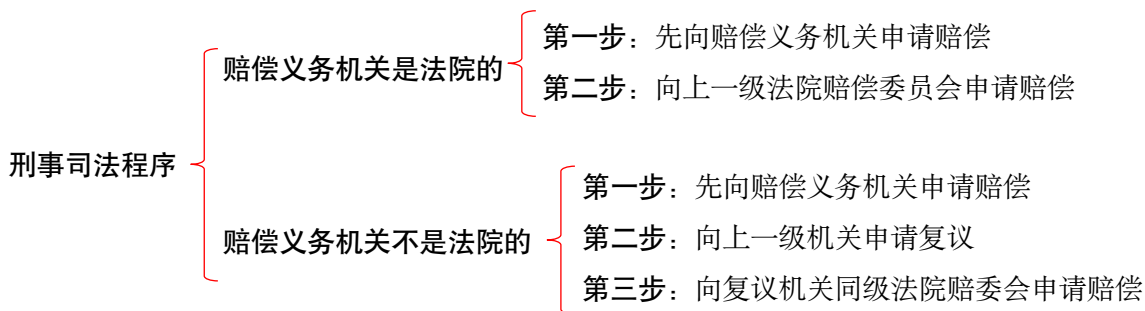
## 四、司法赔偿的程序

### （一）概述

司法赔偿程序与行政赔偿程序性质不同，属于非讼处理程序。司法赔偿程序包括四个环节：自我处理程序、复议程序、赔偿委员会处理程序、赔偿委员会重审程序。

## (二) 具体步骤

|                            |   |
|----------------------------|---|
| <p>一步到位：<br/>赔偿义务机关处理</p>  | <p>①先行程序：应当先向赔偿义务机关提出；当面递交申请书的，赔偿义务机关应当当场出具加盖本机关专用印章并注明收讫日期的书面凭证<br/>②请求时效：请求国家赔偿的时效为 2 年，自其（应）知道侵权之日起计算<br/>③决定期限：应当自收到申请之日起 2 个月内，作出是否赔偿的决定</p>   |
| <p>二步到位：<br/>复议机关处理</p>    | <p>①适用前提：赔偿义务机关不包括法院，比如是公安局、检察院、看守所、监狱<br/>②申请期限：应告知赔偿请求人在 30 日内向赔偿义务机关的上一级机关申请复议；未依法告知，收到赔偿决定之日起 2 年内可以申请复议<br/>③复议期限：应自收到申请之日起 2 个月内作出决定<br/>④救济途径：在收到复议决定之日起 30 日内向同级法院赔偿委员会申请作出赔偿决定</p> |
| <p>三步到位：<br/>赔偿委员会处理</p>   | <p>①赔偿义务机关包括法院，可不经复议直接向该法院的上一级法院赔偿委员会申请<br/>②赔偿委员会原则上<b>实行书面审理，必要时可以听取双方陈述申辩、进行质证</b><br/>③自 3 个月内作出决定，属于疑难复杂重大案件的，经院长批准，可延长 3 个月</p>   |
| <p>四步到位：<br/>赔偿委员会重新处理</p> | <p>①本院院长决定或者上级法院指令重新处理<br/>②最高检 vs 各级法院赔偿委员会；上级检察院 vs 下级法院赔偿委员会<br/>③赔偿委员会应当在 2 个月内重新审查并依法作出决定<br/>④上一级法院赔偿委员会也可以直接审查并作出决定</p>  |



**温馨提示**

最后一个作出错误的法律文书的机关是刑事司法赔偿义务机关

## 真题解析

**例：**2022 年 11 月 1 日，区公安分局以郭某涉嫌盗窃罪为由立案侦查。11 月 6 日，郭某被刑事拘留。11 月 22 日，区公安分局向区检察院提请批准逮捕。11 月 28 日，区检察院以证据不足为由作出不予批准逮捕的决定。2022 年 12 月 3 日，区公安分局变更强制措施为取保候审。2023

年8月27日，区公安分局解除取保候审。2024年9月16日，郭某申请国家赔偿，赔偿义务机关以“郭某的刑事诉讼程序尚未终结，不符合申请国家赔偿的条件”为由，作出不予赔偿决定。下列说法正确的是：（2024年回忆版）

- A. 郭某申请国家赔偿的请求时效为2年
- B. 郭某当面递交申请书的，赔偿义务机关应当当场出具加盖本机关专用印章并注明收讫日期的书面凭证
- C. 国家应当对郭某在2022年11月1日至2023年8月27日期间的损失承担赔偿责任
- D. 郭某自赔偿义务机关作出不予赔偿决定之日起30日内，可以向上一级机关申请复议

**答案：**\_\_\_\_\_（1）

**选项分析：**

在限制人身自由的刑事司法赔偿案件中，赔偿请求人请求国家赔偿的时效为2年，自其知道或者应当知道国家机关及其工作人员行使职权时的行为侵犯其人身权、财产权之日起计算，但被羁押等限制人身自由期间不计算在内。本题，郭某因涉嫌盗窃被批捕，申请国家赔偿的，属于限制人身自由的刑事司法赔偿案件，故请求时效为2年。A选项正确。

赔偿请求人要求赔偿应当递交申请书，赔偿请求人书写申请书确有困难的，可以委托他人代书；也可以口头申请，由赔偿义务机关记入笔录。若赔偿请求人当面递交申请书的，赔偿义务机关应当当场出具加盖本机关专用印章并注明收讫日期的书面凭证。B选项正确。

根据《最高人民法院关于审理司法赔偿案件适用法律若干问题的解释》第2条第2款和《最高人民法院、最高人民检察院关于办理刑事赔偿案件适用法律若干问题的解释》第2条第3项的规定，取保候审、监视居住法定期限届满后，办案机关超过1年未移送起诉、作出不予起诉决定或者撤销案件的，应认定为对犯罪嫌疑人的刑事诉讼程序已经终结，属于“终止追究刑事责任”。根据《国家赔偿法》第17条第2项的规定，对公民采取逮捕措施后，决定撤销案件、不起诉或者判决宣告无罪终止追究刑事责任的，属于国家赔偿范围。本题，赔偿请求人郭某被变更强制措施为取保候审，期满后超过1年多的时间，原案仍未依法作出终结性结论，依法应当认定原案刑事诉讼程序已视为终结（本案视为区公安分局撤销了案件），当事人有权就错误限制人身自由的损失要求国家赔偿。对于限制人身自由的刑事司法赔偿范围仅限于受到错误的实际羁押部分。本题，郭某受到错误实际羁押部分是自2022年11月6日至2022年12月3日，对于该部分损失国家应当承担赔偿责任。而从2022年12月3日至2023年8月27日，为取保候审期间，郭某并未遭到实际羁押，故对该部分国家不承担赔偿责任。C选项错误。

区公安分局最后一个作出错误的法律文书，无罪超期羁押了（一般羁押期限为14日），故区公安分局为刑事司法赔偿义务机关。本题，赔偿义务机关是区公安分局的，赔偿请求人先向区公安分局申请赔偿（第一步），如果不服区公安分局的赔偿决定的，赔偿请求人再向市公安局申请复议（第二步），如果对市公安局复议决定不服的，最后向市中级人民法院赔偿委员会申请赔偿（第三步）。D选项正确。

---

（1） ABD

## 主客一体

# ★★★★ 考点 33 国家赔偿的方式、 计算及费用

### 相关法条及司法解释

《国家赔偿法》第 34 条~第 36 条

《最高人民法院 最高人民检察院关于办理刑事赔偿案件适用法律若干问题的解释》第 19 条

《最高人民法院关于审理民事、行政诉讼中司法赔偿案件适用法律若干问题的解释》第 14、16 条

《最高人民法院关于审理国家赔偿案件确定精神损害赔偿责任适用法律若干问题的解释》第 1 条、第 4~9 条、第 11 条

### 客观命题分析

本考点较为重要。2022 年考查律师费是否属于国家赔偿范围和精神损害赔偿；2020 年~2024 年考查限制人身自由损害赔偿金的计算。

重点难点包括：(1) 侵犯人身自由每日赔偿金的计算；(2) 侵犯财产权的国家赔偿计算；(3) 精神损害赔偿。

### 主观命题分析

本考点在主观题中考查较少，2023 年考了查国家赔偿的计算。考生需要掌握侵害财产权的赔偿、精神损害赔偿。

### 考点解析

#### 一、国家赔偿的方式和计算

##### (一) 国家赔偿计算标准

|                |        |  |
|----------------|--------|--|
| 侵害<br>人身<br>权利 | 限制人身自由 | 支付国家赔偿金，每日赔偿金按照国家上年度职工日平均工资计算<br><b>【备注】“上年度”是指哪一个机关作出的赔偿决定内容没有被更改的，作出该赔偿决定年度的上一年度</b> |
|                | 造成身体伤害 | 医疗费+护理费+误工费<br><b>【备注】</b> 误工的每日赔偿金按照国家上年度职工日平均工资计算，最高额为<br>国家上年度职工年平均工资的 5 倍          |

|        |        |  |
|--------|--------|--|
|        | 劳动能力丧失 | <p>①医疗费+护理费+残疾生活辅助具费+继续治疗费+康复费+残疾赔偿金</p> <p>②一级至四级伤残的，视为全部丧失劳动能力；五级至十级伤残的，视为部分丧失劳动能力</p> <p>③一级至四级伤残的，残疾赔偿金幅度为国家上年度职工年平均工资的10倍至20倍；五至六级的，残疾赔偿金幅度为国家上年度职工年平均工资的5倍至10倍；七至十级的，残疾赔偿金幅度为国家上年度职工年平均工资的5倍以下</p> <p>④造成<b>全部</b>丧失劳动能力的，对其扶养的无劳动能力的人，应当支付生活费</p>   |
|        | 造成公民死亡 | <p>①死亡赔偿金、丧葬费，总额为国家上年度职工年平均工资的20倍</p> <p>②对死者生前扶养的无劳动能力的人，还应当支付生活费</p>   |
|        | 伴随精神损害 | 消除影响恢复名誉、赔礼道歉； <b>后果严重的</b> 同时支付精神损害抚慰金  |
| 侵害财产权利 |        | <p>①能恢复原状的恢复原状；不能恢复原状的，按照<b>损失发生时/侵权行为发生时</b>的市场价格或者其他合理方式计算</p> <p>②应当返还的财产灭失的，按照<b>损失发生时/侵权行为发生时</b>的市场价格或者其他合理方式计算</p> <p>③已经拍卖或者变卖的，给付拍卖或者变卖所得的价款</p> <p>④违法征收征用土地、房屋，法院判决给予被征收人的行政赔偿，不得少于被征收人依法应当获得的安置补偿权益（“赔偿不低于补偿”的行政赔偿原则）</p> <p>⑤吊销许可证和执照、责令停产停业，赔偿停产停业期间<b>必要的经常性</b>费用开支</p> <p><b>【备注】必要的经常性费用开支范围包括：</b>必要留守职工的工资；必须缴纳的税款、社会保险费；应当缴纳的水电费、保管费、仓储费、承包费；合理的房屋场地租金、设备租金、设备折旧费；维系停产停业期间运营所需的其他基本开支</p> <p>⑥返还罚款或没收的金钱，解除冻结的存款汇款的，应当支付银行同期<b>存款</b>利息；应当返还的财产属于<b>金融机构合法存款</b>的，对存款合同存续期间的利息按照<b>合同约定利率</b>计算；返还的财产<b>系国家批准的金融机构贷款</b>的，除贷款本金外，还应当支付该贷款借贷状态下的<b>贷款</b>利息</p> <p>⑦对财产权造成其他损害的，按照<b>直接损失</b>给予赔偿</p> <p><b>【备注】</b>直接损失的范围包括：存款利息、贷款利息、现金利息；机动车停运期间的营运损失；通过行政补偿程序依法应当获得的奖励、补贴等；对财产造成的其他实际损失</p> |

## （二）精神损害的赔偿

|       |   |  |
|-------|---|--|
| 赔偿请求人 | ✓ | 人身权受到侵犯的公民（自然人）  |
|       | × | <p>①公民<b>因财产权受到侵犯</b>请求精神损害赔偿的，<b>法院不予受理</b></p> <p>②<b>法人或者非法人组织</b>请求精神损害赔偿的，<b>法院不予受理</b></p> |
| 不告不理  |   | <p>①赔偿请求人请求国家赔偿但未请求精神损害赔偿的，法院应当向其释明</p> <p>②经释明后不变更请求，案件审结后又基于同一侵权事实另行提出申请的，法院不予受理</p>           |

|                |   |  |
|----------------|---|--|
| 推定赔偿           | ①赔偿义务机关有错误实施侵犯人身权的行为，可以同时认定该侵权行为致人精神损害<br>②但是赔偿义务机关有证据证明该公民不存在精神损害，或认定精神损害违背公序良俗的除外 |  |
| 赔偿方式           | ①消除影响恢复名誉（作为一种责任承担方式，而不是两种责任承担方式）<br>②赔礼道歉<br>③精神损害抚慰金（前提：侵权行为致人精神损害造成严重后果、特别严重后果）  |  |
| 精神损害<br>后果程度认定 | 一般后果  | 侵犯人身权但并未造成严重或者特别严重后果   |
|                | 严重后果  | ①错误被限制人身自由 6 个月以上<br>②受害人经鉴定为轻伤以上或者残疾<br>③受害人经诊断、鉴定为精神障碍或精神残疾，且与侵权行为存在关联<br>④受害人名誉、荣誉、家庭、职业、教育等方面遭受严重损害，且与侵权行为存在关联               |
|                | 特别严重后果  | ①受害人被错误限制人身自由 10 年以上<br>②受害人死亡<br>③受害人经鉴定为重伤或者残疾一至四级，且生活不能自理<br>④受害人经诊断、鉴定为严重精神障碍或者精神残疾一至二级，生活不能自理，且与侵权行为存在关联的                   |
| 赔偿内容           | 一般后果  | 消除影响恢复名誉或赔礼道歉（这两种赔偿方式可单独适用，可合并适用）  |
|                | 严重后果  | 精神损害抚慰金+消除影响恢复名誉或赔礼道歉<br><b>【精神损害抚慰金的标准】</b> 按人身自由赔偿金、生命健康赔偿金总额的 <b>50%以下（包括本数）</b> 酌定   |
|                | 特别严重后果  | 精神损害抚慰金+消除影响恢复名誉或赔礼道歉<br><b>【精神损害抚慰金的标准】</b> 按人身自由赔偿金、生命健康赔偿金总额的 <b>50%以上酌定</b> ；虽然不属于后果特别严重的情形，但是确有证据证明前述标准不足以抚慰的，可以在 50%以上酌定   |
| 赔偿方式的<br>确定程序  | 可以协商  | 赔偿请求人与赔偿义务机关就消除影响恢复名誉、赔礼道歉的具体方式可以进行协商  |
|                | 协商不成<br>作出决定  | 协商不成作出决定的，应当采用下列方式：<br>①在受害人住所地或者所在单位发布相关信息<br>②在侵权行为直接影响范围内的媒体上予以报道<br>③赔偿义务机关有关负责人向赔偿请求人赔礼道歉                                   |
|                | 备注  | ①决定为受害人消除影响恢复名誉或者赔礼道歉的，应当载入赔偿决定主文<br>②赔偿义务机关在决定作出前已为受害人消除影响、恢复名誉或者赔礼道歉，或者原侵权案件的纠正被媒体广泛报道，客观上已经起到消除影响、恢复名誉作用，且符合法律规定的，可以在决定书中予以说明 |

|                |       |   |
|----------------|-------|---|
| 精神损害抚慰金具体数额的计算 | 参考因素  | 精神损害抚慰金的具体数额，应当在兼顾社会发展整体水平的同时，参考下列因素合理确定：<br>①精神受到损害以及造成严重后果的情况<br>②侵权行为的目的、手段、方式等具体情节<br>③侵权机关及其工作人员的违法、过错程度、原因力比例<br>④原错判罪名、刑罚轻重、羁押时间<br>⑤受害人的职业、影响范围<br>⑥纠错的事由以及过程<br>⑦其他应当考虑的因素 |
|                | 少赔/不赔 | 受害人有过错的，可以根据其过错程度减少或者不予支付精神损害抚慰金  |
|                | 计数单位  | ①精神损害抚慰金的数额一般不少于 1000 元；数额在 1000 元以上的，以千为计数单位<br>②赔偿请求人请求的精神损害抚慰金少于 1000 元，且其请求事由符合造成严重后果情形，经释明不予变更的，按照其请求数额支付  |



### 主观小案例

**例：**郭某系某证券公司总经理，因涉嫌盗窃于 2016 年 4 月 1 日被县公安局刑事拘留。2016 年 4 月 16 日，县检察院批捕。2017 年 2 月 13 日，县法院判决郭某构成盗窃罪，有期徒刑四年。郭某上诉，2017 年 12 月 8 日，市中级人民法院维持原判。郭某申诉，2019 年 12 月 10 日，市中级人民法院再审认定郭某不构成盗窃罪，遂撤销原判。当日，郭某被释放。郭某申请国家赔偿。

**问题：**郭某是否可以向国家主张支付精神损害抚慰金？为什么？

**答案：**可以主张精神损害抚慰金。本案中，郭某无罪被羁押 6 个月以上，属于精神损害“后果严重”的情形，可以向国家主张支付精神损害抚慰金。

**答案解析：**根据《国家赔偿法》第 35 条规定，有本法第 3 条或者第 17 条规定情形之一，致人精神损害的，应当在侵权行为影响的范围内，为受害人消除影响，恢复名誉，赔礼道歉；造成严重后果的，应当支付相应的精神损害抚慰金。

### （三）国家赔偿金的支付程序

赔偿请求人凭生效的判决书、复议决定书、赔偿决定书或者调解书，向赔偿义务机关申请支付赔偿金。赔偿义务机关应当自收到支付赔偿金申请之日起 7 日内向财政部门提出支付申请，财政部门应当自收到支付申请之日起 15 日内支付赔偿金。

其程序要点如下：

#### 1. 赔偿请求人向赔偿义务机关请求支付

当赔偿方案确定并生效后，赔偿请求人应当向赔偿义务机关提出书面申请请求支付，请求支付应当提交生效的判决书、复议决定书、赔偿决定书或者调解书，以及赔偿请求人的身份证明。

赔偿请求人书写申请书确有困难的，可以委托他人代书；也可以口头申请，由赔偿义务机关

如实记录，交赔偿请求人和向其宣读，由赔偿请求人签字确认。

### 2. 赔偿义务机关向财政部门提出支付申请

赔偿义务机关应当自受理支付赔偿金申请之日起 7 日内，依照预算管理权限向有关的财政部门提出书面支付申请，并提交以下材料：（1）赔偿请求人请求支付国家赔偿费用的申请；（2）生效的判决书、复议决定书、赔偿决定书或者调解书；（3）赔偿请求人的身份证明。

### 3. 财政部门支付

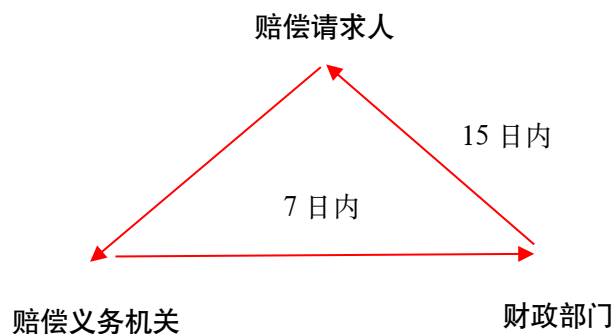
财政部门应当自收到赔偿义务机关支付申请材料后，应当根据情况作出处理决定：

（1）申请的国家赔偿费用依照预算管理权限不属于本财政部门支付的，应当在 3 个工作日内退回申请材料并书面通知赔偿义务机关向有管理权限的财政部门申请。

（2）申请材料符合要求的，收到申请即为受理，并书面通知赔偿义务机关。

（3）申请材料不符合要求的，应当在 3 个工作日内一次告知赔偿义务机关需要补正的全部材料。赔偿义务机关应当在 5 个工作日内按照要求提交全部补正材料，财政部门收到补正材料即为受理。

财政部门应当自受理申请之日起 15 日内，按照预算和财政国库管理的有关规定向赔偿请求人支付国家赔偿费用。财政部门自支付国家赔偿费用之日起 3 个工作日内告知赔偿义务机关、赔偿请求人。



国家赔偿金支付程序

## 二、国家赔偿的费用

### （一）国家赔偿费用的来源和管理

#### 1. 概述

国家赔偿费用是指依照国家赔偿法的规定，向赔偿请求人赔偿的费用。由于国家赔偿是以金钱赔偿为主，其他赔偿方式为辅，因而需要相当的费用。

#### 2. 来源

我国的国家赔偿费用，列入各级财政预算，由各级人民政府按照财政管理体制分级负担。各级人民政府应当根据实际情况，安排一定数额的国家赔偿费用，列入本级年度财政预算。当年需

要支付的国家赔偿费用超过本级年度财政预算安排的，应当按照规定及时安排资金。

### 3. 管理

国家赔偿费用由各级人民政府财政部门统一管理，其管理应当依法接受监督。

## (二) 追偿

追偿是指向赔偿请求人支付了赔偿费用之后，赔偿义务机关依法责令在国家侵权行为中**具有故意或重大过失或具有其他违法情形的工作人员、受委托组织和个人**承担全部或部分赔偿费用的制度。

### 1. 追偿前提

只有在赔偿义务机关承担了赔偿责任，赔偿损失之后，才可以向有关责任者追偿。

### 2. 追偿双方主体

#### (1) 追偿人

由赔偿义务机关代表国家行使追偿权；多个行政主体作为共同赔偿义务机关的，不能共同行使追偿权，应当各自向自己所属的工作人员追偿。

#### (2) 被追偿人

被追偿人是在侵权行为中主观上具有故意或重大过失的工作人员或受委托的组织与个人，一般性的过失构成的损害不用承担责任。

司法追偿的范围相对较小，仅限于三种情况：

①刑讯逼供或者以殴打、虐待等行为或者唆使、放纵他人以殴打、虐待等行为造成公民身体伤害或者死亡的工作人员。

②违法使用武器、警械造成公民身体伤害或死亡的工作人员。

③在处理案件中有贪污受贿、徇私舞弊、枉法裁判行为的工作人员。

限制司法追偿的范围的理由在于，考虑到司法机关工作人员的工作性质较之一般行政机关工作人员更为复杂，更易发生侵权，如果对于一般过错的工作人员也进行追偿的话，可能使其不能顺利履行职责。

### 3. 追偿额度

赔偿义务机关可以根据有关工作人员、受委托的组织或个人的过错程度，决定追偿部分或全部赔偿费用，但追偿额度不得超过赔偿费用的总额。

### 4. 追偿程序

赔偿义务机关作出追偿决定后，应当书面通知有关财政部门。

有关工作人员、受委托的组织或个人应当依照财政收入上缴的规定，上缴应当承担或被追偿的国家赔偿费用。

## (三) 附带处理

对于具有故意或重大过失的责任人员，在进行行政追偿的同时，有关机关应当依法给予处分，

构成犯罪的应当依法追究刑事责任。

被追偿人在追偿过程中可以陈述和申辩自己的意见,不服追偿决定的可以向上级机关或有关的监察、人事机关申诉。

## 真题解析

**例：**2021 年 5 月 11 日，区公安分局以曹某涉嫌寻衅滋事罪为由将其刑事拘留，后区检察院批准逮捕。2021 年 8 月 17 日，区法院判决对曹某判处寻衅滋事罪有期徒刑一年缓刑两年执行，并当庭变更刑事强制措施予以释放。曹某不服，提出上诉。2021 年 10 月 25 日，市中院作出无罪判决。下列哪些说法是正确的？（2022 年回忆版）

- A. 区法院是赔偿义务机关
- B. 国家对有期徒刑一年缓刑两年执行部分不承担赔偿责任
- C. 曹某应该先向区法院提出赔偿请求
- D. 曹某有委托代理律师的，律师代理费属于国家赔偿范围

**答案：**\_\_\_\_\_（1）

### 选项分析：

刑事司法赔偿义务机关实行后置原则：由最后一个作出错误的法律文书的机关承担国家赔偿责任。本题，区法院是最后一个作出错误的法律文书的机关，因为区法院不该作出有罪判决，应该判决无罪或者退回检察院的，因此区法院是本案的刑事司法赔偿义务机关。A 选项正确。

限制人身自由案件的刑事司法赔偿有一个大前提：“无罪错关了才赔”。“无罪”是指公民没有实施犯罪行为或者没有充分确凿的证据证明公民实施了犯罪行为。“关了”是指公民受到了实际羁押，比如拘役、有期徒刑、无期徒刑。如果错误受到的刑罚部分是缓刑、假释、保外就医，由于这部分刑罚的执行没有受到实际羁押，所以国家不承担赔偿责任。本题，区法院判决对曹某判处寻衅滋事罪有期徒刑一年缓刑两年执行，国家对有期徒刑一年缓刑两年执行部分，由于没有受到实际羁押，不承担赔偿责任。B 选项正确。

本题，赔偿义务机关是区法院，应当先向区法院申请国家赔偿，如果对区法院作出的赔偿决定不服，直接向市中院赔偿委员会申请国家赔偿。C 选项正确。

国家侵权行为造成财产损失的，国家赔偿的范围只包括直接损失，不包括间接损失和可得利益的损失，也不包括精神损害的赔偿。本题，曹某委托律师产生的律师代理费，不是国家侵权行为导致的必然的直接损失，故不属于国家赔偿范围。如果律师代理费属于国家赔偿范围的话，岂不是鼓励国家赔偿案件的赔偿请求人都去聘请名律师、贵律师作为代理人，反正最后律师代理费都是国家买单啊！D 选项错误。

---

（1） ABC