

2006年司法考试模拟试卷第一套卷四答案与解析 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/482/2021_2022_2006_E5_B9_B4_E5_8F_B8_c36_482121.htm

第一部分：简析题。本部分共7题75分

一、(本题10分) [参考答案与解析] 1. 根据《民法通则》的规定，诉讼时效期间分为两类，其一是普通时效，期间为2年；其二为特殊诉讼时效，期间为1年。在本案例中，应当适用普通诉讼时效，故A公司向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间为2年。 2. 本案例中最后的诉讼时效应从1999年9月20日起开始计算。根据民法通则的规定，诉讼时效因提起诉讼、当事人一方提出要求或者同意履行义务而中断，从中断时起，诉讼时效期间重新计算。本案中1999年9月20日A公司曾派人到B公司要求偿还价款，引起诉讼时效的中断，而之后在起诉前，A公司未再向B公司提出要求，所以本案中诉讼时效应从1999年9月20日计算。根据对第1问的回答，本案应当适用2年的诉讼时效，因此A公司在2001年7月5日向人民法院起诉没有超过诉讼时效，被告B公司以原告的请求已经过了诉讼时效为理由进行抗辩不能成立。 3. 原告A公司提起诉讼，使诉讼时效再次中断。 4. B公司不可以要求返还已经支付给A公司的价款。根据民法通则的规定，超过诉讼时效期间，当事人自愿履行的，不受诉讼时效限制。诉讼时效经过只是使得权利人丧失了胜诉权，但权利人实体上的权利并不因时效而消失。故B公司主动履行债务后，不能以诉讼时效已过为由再追回价款。 二、(本题12分) [参考答案与解析] 1. 《合伙企业法》第51条规定：合伙人死亡或者被依法宣告死亡的，对该合伙人在合伙企业中的财产份额享有合法

继承权的继承人，依照合伙协议的约定或者经全体合伙人同意，从继承开始之日起，即取得该合伙企业的合伙人资格。合法继承人不愿意成为该合伙企业的合伙人的，合伙企业应退还其依法继承的财产份额。合法继承人为未成年人的，经其他合伙人一致同意，可以在其未成年时由监护人代行其权利。根据以上规定，如AB一致同意，且C之继承人愿意，C之继承人可成为合伙人，否则该份额应予分出。

2. 《担保法解释》第79条规定：同一财产法定登记的抵押权与质权并存时，抵押权人优先于质权人受偿。同一财产抵押权与留置权并存时，留置权人优先于抵押权人受偿。由此可见留置权优先于抵押权，而该经过登记的抵押权优先于质权。

3. 《担保法》第75条规定：下列权利可以质押：(一)汇票、支票、本票、债券、存款单、仓单、提单；(二)依法可以转让的股份、股票；(三)依法可以转让的商标专用权，专利权、著作权中的财产权；(四)依法可以质押的其他权利。由此，提单依法可以质押。《担保法解释》第101条规定：以票据、债券、存款单、仓单、提单出质的，质权人再转让或者质押的无效。由此，提单质权人不得转质。综上，M公司依法享有质权、享有优先受偿权，而M公司将提单转质给H公司的行为是无效的，因而H公司不能享有质权，因而也不能优先受偿。

4. 优先受偿权是法定的权利，人身损害赔偿金(住院费)并没有被法律规定为有优先受偿权的债权，因而其无优先受偿权。但是债务人合伙企业也不能主张抵销。《合同法》第99条规定：当事人互负到期债务，该债务的标的物种类、品质相同的，任何一方可以将自己的债务与对方的债务抵销，但依照法律规定或者按照合同性质不得抵销的除外。当事

人主张抵销的，应当通知对方。通知自到达对方时生效。抵销不得附条件或者附期限。《合同法》第100条规定：当事人互负债务，标的物种类、品质不相同的，经双方协商一致，也可以抵销。依据这样的规定，享有法定抵销权的前提是该债务的标的物种类、品质相同的。而依据最高人民法院《合同法解释(一)》第12条规定：合同法第73条第1款规定的专属于债务人自身的债权，是指基于扶养关系、抚养关系、赡养关系、继承关系产生的给付请求权和劳动报酬、退休金、养老金、抚恤金、安置费、人寿保险、人身伤害赔偿请求权等权利。人身伤害赔偿请求权属于专属于人身的权利，因而与一般的财产债权不属于同一品质、种类的债权，当事人一方不得行使法定抵销权。

5. 运输公司丢失两件货物，并没有构成根本违约，当事人无权解除合同，也无权拒付全部运费，但根据前引《合同法》第99条，当事人可以主张抵销，此系法定抵销权，因而X公司可以将货物丢失的损失在运费中扣除，剩余部分应当支付给运输公司。

6. 《担保法》第84条规定：因保管合同、运输合同、加工承揽合同发生的债权，债务人不履行债务的，债权人有权留置。法律规定可以留置的其他合同，适用前款规定。当事人可以在合同中约定不得留置的物。依此规定，在运输合同情形下，可以有留置权的存在。

7. 《合同法》第142条规定：标的物毁损、灭失的风险，在标的物交付之前由出卖人承担，交付之后由买受人承担，但法律另有规定或者当事人另有约定的除外。本题中合伙企业和X公司关于货物的交付是代办托运，X公司支付运费，虽然运输合同由合伙企业签订，但是对于合伙企业与X公司的买卖合同来说，在合伙企业将货物交承运人后即完成了交

付，货物在运输途中丢失与合伙企业无关，X公司不能向合伙企业主张货物损失的赔偿责任，而只能让运输人承担损害赔偿赔偿责任，这是物权的债权保护方法。8.《合同法》第116条规定：当事人既约定违约金，又约定定金的，一方违约时，对方可以选择适用违约金或者定金条款。由于定金责任与违约金责任不能并用，因此当事人应当选择一个来行使权利。如果适用违约金，那么依照第114条规定，当事人可以约定一方违约时应当根据违约情况向对方支付一定数额的违约金，也可以约定因违约产生的损失赔偿额的计算方法。约定的违约金低于造成的损失的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以增加；约定的违约金过分高于造成的损失的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以适当减少。当事人就迟延履行约定违约金的，违约方支付违约金后，还应当履行债务。该条第2款规定，约定的违约金低于造成的损失的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以增加，因而本题中就违约金部分，应当增加至损失额2万元，虽然不适用定金责任，但是定金原数额还是应当返还，所以总计可以要回2(违约金，含增加额) 2(定金原数额)=4万元。如果适用定金责任，那么：依《担保法》第91条规定：定金的数额由当事人约定，但不得超过主合同标的额的20%。本题中约定定金2万元，超过了主合同标的的20%，超过部分无效，即有效定金为 $8 \times 20\%$ ：1.6万元，而0.4万元为无效的定金，适用双倍返还的定金罚则，那么可以要回 1.6×2 (定金罚则) 0.4(无效定金) 2(损失)=5.6万元。《担保法》第89条规定：当事人可以约定一方向对方给付定金作为债权的担保。债务人履行债务后，定金应当抵作价款或者收回。给付定金的一方不履行约定的

债务的，无权要求返还定金；收受定金的一方不履行约定的债务的，应当双倍返还定金。9．依照上题阐述的原理，如果没有损失则最多可以要回 1.6×2 (定金罚则) 0.4 (无效定金) $=3.6$ 万元。10．依据前引《合同法》第114条第2款规定，违约金过分高于损失的，可以请求法院或仲裁机构予以适当减少，本题中如果没有损失，参照合同标的，1万元的违约金可以视为过分高于损失，而合伙企业有权提出异议。11．《合同法》第93条规定：当事人协商一致，可以解除合同。当事人可以约定一方解除合同的条件。解除合同的条件成就时，解除权人可以解除合同。《合同法》第97条规定：合同解除后，尚未履行的，终止履行；已经履行的，根据履行情况和合同性质，当事人可以要求恢复原状、采取其他补救措施，并有权要求赔偿损失。依此，合同双方可以约定单方享有解除权的条件，在X公司行使解除权以后，合同解除，尚未履行的不再履行，但由于合同被解除，而不能适用定金和违约金条款，当事人可以要求赔偿损失，并可以要求返还定金，即可以要回 2 (损失) 2 (定金原数额) $=4$ 万元。三、(本题12分)

[参考答案与解析] 1．B区人民法院有管辖权。因为依照《行政诉讼法》第18条的规定，对限制人身自由的行政强制措施不服而提起的诉讼，由被告所在地或者原告所在地人民法院管辖。而A区和B区分别是A区公安局和乙某的所在地，故两区法院均对本案有管辖权。根据《行政诉讼法》第20条的规定，两个以上人民法院都有管辖权的案件，原告可以选择其中一个人民法院提起诉讼。因此，乙某能向A区人民法院提起行政诉讼。2．乙某能在起诉时一并提起赔偿诉讼。该附带赔偿诉讼并非必须在起诉时提起，也可以在本案的诉讼过

程中提起。3. 如果乙某单独就损害赔偿提出要求，B区人民法院不应该受理。根据《行政诉讼法》的规定，单独就损害提出请求的，应该先由行政机关解决。对行政机关的处理不服的，可以向人民法院提起诉讼。因此乙某如单独提出赔偿请求应由A区公安分局先行处理。4. B区人民法院要求A区公安分局于2002年1月6日以前提出答辩状是错误的。根据《行政诉讼法》第43条的规定，人民法院应当在立案之日起五日内，将起诉状副本发送被告。被告应在收到起诉状副本之日起十日内向人民法院提交作出具体行政行为的有关材料，并提交答辩状。因此，B区人民法院应该要求A区公安分局在收到起诉状副本十天后，即2001年12月31日前提交答辩状，其要求在十五日内提交答辩状是错误的。5. 应该准许乙某撤诉。乙某撤诉系出于自愿，是基于A区公安分局改变其违法具体行政行为的情形，没有违背社会公共利益，依法应当准许。6. 本案如果进入审理，拘留的合法性应该由A区公安分局证明。因为我国《行政诉讼法》第32条明确规定，被告对作出的具体行政行为负有举证责任，应当提供作出该具体行政行为的证据和所依据的规范性文件。B区人民法院应当作出撤销判决。

四、(本题10分) [参考答案与解析] 1. 李某可以向法院申请支付令。因为符合申请支付令的条件：一、债权人与债务人没有其他债务纠纷；二、支付令能够送达债务人。而且这是属于给付金钱的申请。李某可以向杨某居住地的基层人民法院申请支付令。根据《民事诉讼法》第189条的规定：“债权人请求债务人给付金钱、有价证券，符合下列条件的，可以向有管辖权的基层人民法院申请支付令：一、债权人与债务人没有其他债务纠纷的；二、支付令能够送达债

务人的。”以及《民诉意见》第215条的规定：“债权人向人民法院申请支付令，符合下列条件的，人民法院应予受理，并在收到申请后五日内通知债权人：请求给付金钱或汇票、本票、支票以及股票、债券、国库券、可转让的存款单等有价证券的；请求给付金钱或者有价证券已到期且数额确定，并写明了请求所根据的事实、证据的；债权人没有对待给付义务的；支付令能够送达债务人的。”可以看出，李某可以向杨某住所地的基层人民法院申请支付令。

2. 杨某的异议不能成立，因为他提出的异议不是针对债务本身，法院应裁定驳回异议。根据《民诉意见》第221条的规定：“依照民事诉讼法第一百九十二条的规定，债务人在法定期间提出书面异议的，人民法院无须审查异议是否有理由，应当直接裁定终结督促程序。债务人对债务本身没有异议，只是提出缺乏清偿能力的，不影响支付令的效力。债务人的口头异议无效。”由于他的异议并没有针对债务本身，所以法院应裁定驳回异议。

3. 法院的送达人应当邀请有关基层组织或者所在单位的代表到场，说明情况，并在送达回证上写明拒收事由和日期，由送达人、见证人签名或盖章，视为送达。如果见证人不愿签字或盖章，送达人可以在送达回证上记明情况，把送达文书留在受送达人住所。根据《民事诉讼法》第79条的规定：“受送达人或者他的同住成年家属拒绝接民事诉讼文书的，送达人应当邀请有关基层组织或者所在单位的代表到场，说明情况，在送达回证上记明拒收事由和日期，由送达人、见证人签名或者盖章，把诉讼文书留在受送达人的住所，即视为送达。”以及《民诉意见》第82条的规定：“受送达人拒绝接受诉讼文书，有关基层组织或者所在

单位的代表及其他见证人不愿在送达回证上签字或盖章的，由送达人在送达回证上记明情况，把送达文书留在受送达人住所，即视为送达。”所以法院应该按上述程序作送达。4．他可以申请公示催告。因为汇票属于可以背书转让的票据，而且是因为被盗，符合申请公示催告的条件。人民法院受到申请后，应审查并决定是否受理。决定受理的，要通知支付人停止支付；不符合条件的，7日内裁定驳回申请。根据《民事诉讼法》第194条规定：“人民法院决定受理申请，应当同时通知支付人停止支付，并在3日内发出公告，催促利害关系人申报权利。公示催告的期间，由人民法院根据情况决定，但不得少于60日。”以及《民诉意见》第227条的规定：“人民法院收到公示催告的申请后，应当立即审查，并决定是否受理。经审查认为符合受理条件的，通知予以受理，并同时通知支付人停止支付；认为不符合受理条件的，七日内裁定驳回申请。”所以，人民法院应作上述处理。五、(本题10分)[参考答案与解析] 1．可以对刘某某先行拘留。《刑事诉讼法》第61条规定：公安机关对于现行犯或者重大嫌疑分子，如果有下列情形之一的，可以先行拘留：(一)正在预备犯罪、实行犯罪或者在犯罪以后即时被发觉的；(二)被害人或者在场亲眼看见的人指认他犯罪的；(三)在身边或者住处发现有犯罪证据的；(四)犯罪后企图自杀、逃跑或者在逃的；(五)有毁灭、伪造证据或者串供可能的；(六)不讲真实姓名、住址、身份不明的；(七)有流窜作案、多次作案、结伙作案重大嫌疑的。2．《刑事诉讼法》第37条第2款规定：“辩护律师经人民检察院或者人民法院许可，并且经被害人或者其近亲属、被害人提供的证人同意，可以向他们收集与

本案有关的材料”。本案中辩护律师未通过检察机关，直接找被害人了解案情的作法是错误的。

3．不正确。根据《刑事诉讼法》第182条规定：“被害人及其法定代理人不服地方各级人民法院第一审的判决的，自收到判决书后5日以内，有权请求人民检察院提出抗诉。人民检察院自收到被害人及其法定代理人的请求后5日以内，应当作出是否抗诉的决定并且答复请求人。”将被害人的诉讼地位上升为当事人，但为了避免上诉权的滥用而增加二审法院的负担和冲击上诉不加刑的二审原则，对被害人未赋予其独立上诉的权利。被害人必须向人民检察院请求提出抗诉，检察机关审查后符合抗诉的条件并提出抗诉时，才能引起二审程序。

4．根据《刑事诉讼法》第142条第1款、第2款和第140条第4款的规定及司法实践情况，我国的不起诉有三种：依法不追究刑事责任的不起訴，称为法定不起诉；依法不需要判处刑罚或者免除刑罚的不起诉，称为酌量不起诉；证据不足的不起诉，称为疑案不起诉。条件分别是：(一)犯罪嫌疑人的行为在法律上构成犯罪或者证据足以证实犯罪不是犯罪嫌疑人所为的；(二)情节显著轻微、危害不大，不认为是犯罪的；(三)犯罪已过追诉时效期限的；(四)被特赦令免除刑罚的；(五)依照刑法告诉才处理的犯罪，没有告诉或者撤回告诉的；(六)犯罪嫌疑人死亡的；(七)其他法律规定免予追究刑事责任的。于某无共同犯罪的故意和行为，情节显著轻微、危害不大，不认为是犯罪，检察机关依法作出不起訴决定。

5．不起訴的效力是诉讼终止即终结案件，表明犯罪嫌疑人不应当或不需要承担刑事责任。对犯罪嫌疑人是一种无罪的处理，应当制作正式的法律文书。

六、(本题10分) [参考答案与解析]

1．虽然马某、

李某和夏某三人一同实施了盗窃行为，但三人中仅马某和李某的行为构成共同犯罪，夏某的行为不构成犯罪。理由如下：

根据我国《刑法》第13条之规定，所谓犯罪，是指一切具有社会危害性、依照刑法应当受到刑罚处罚的行为(情节显著轻微，危害不大的除外)，而按照《刑法》第17条第2款的规定，已满14周岁不满16周岁的人，只有在犯故意杀人、故意伤害致人重伤或者死亡、强奸、抢劫、贩卖毒品、放火、爆炸、投毒罪的，才应当负刑事责任，除此之外的行为均不应承担刑事责任。本案中夏某在与马某和李某一同实施盗窃行为时只有15岁，按照《刑法》上述规定，盗窃行为不属于不满16周岁的人应当承担刑事责任的行为，故夏某的行为不构成犯罪，当然也不构成与马某和李某二人的共同犯罪。李某在犯罪时虽只有17岁，但根据我国《刑法》第17条第1款之规定，已满16周岁的人犯罪，应当负刑事责任。故李某的盗窃行为构成了犯罪。同时，李某与马某之间有共同的犯罪故意，故二人构成共同犯罪。

2．首先，应当指出，按照前述《刑法》第17条第2款之规定，已满14周岁不满16周岁的人，在故意伤害致人重伤或者死亡时，应当负刑事责任。故夏某将警察打成重伤的行为，已经构成犯罪，应当承担刑事责任。至于马某和夏某二人将警察打成重伤的行为是否构成共同犯罪，则应视二人在实施伤害行为时是否有共同故意，即犯意上的联络而定。如果二人实施伤害行为时并没有犯意联络，而仅是以各自的行为同时伤害了同一个警察，则二人的行为不构成共同犯罪，而仅是构成所谓的“同时犯”；反之，若是在实施伤害行为时二人之间有犯意联络，则构成共同犯罪。

3．许某收购电缆的行为构成盗窃罪的共犯。许某的行为

之所以以盗窃罪的共犯论处而不以收购赃物罪论处，是因为根据刑法的有关理论，如果销赃前收购人与他人有通谋，他人作案后由收购人帮助销赃的，则构成帮助他人实施犯罪的共犯，不属于收购赃物罪。4．如上所述，李某和夏某分别构成了犯罪，依法应当承担刑事责任。但我国《刑法》第17条第3款明确规定：“已满14周岁不满18周岁的人犯罪，应当从轻或者减轻处罚。”故对于李某和夏某，在处罚时均应依法从轻或者减轻处罚。5．对马某应当以盗窃罪和故意伤害罪两个罪名实行数罪并罚。虽然我国《刑法》第269条规定，犯盗窃、诈骗、抢夺罪，为窝藏赃物、抗拒抓捕或者毁灭罪证而当场使用暴力或者以暴力相威胁的，依照本法第263条的规定即按照抢劫罪定罪处罚。但就本案情形而言，虽然马某的暴力行为是为了抗拒抓捕，但该行为并不是在盗窃的现场当场实施的，而是在盗窃行为已经实施完成后的销赃过程中实施的，故不应当按照第269条规定的盗窃罪的转化罪名，即抢劫罪定罪处罚，而应当按照盗窃罪和其在抗拒抓捕的过程中实施的伤害行为的性质分别论处。那么，马某在抗拒抓捕的过程中实施的伤害行为到底应当定故意伤害罪还是妨害公务罪呢？从表面来看，马某的伤害行为同时符合了这两个罪的特征，但其伤害行为是作为妨害公务罪的一种手段实施的，属于牵连犯，应择一重罪处罚。由于妨害公务罪的法定最高刑为3年以下有期徒刑，其处罚显较故意伤害罪的处罚轻，故马某的伤害行为应按故意伤害罪论处。

七、法律文书题(本题11分) [参考答案与解析] 刑事上诉状 上诉人(原审被告)：梁浩，22岁，广西柳州市人，住址：柳州市材料厂家属院，2000年8月2日被逮捕，现被关押在x x x看守所。上诉人因

“梁浩盗窃巨款案”，不服广西柳州市中级人民法院2000年11月1日X X刑初字第X号刑事判决，现提出上诉。请求事项：

1．原审判决书认定我犯有盗窃罪，我承认。但我在盗窃时，没有想到提包会有那么多的巨款。我的本意只是想偷点钱，玩乐一下，从没有想犯那么大案子。因此，把提包偷来后，发觉内有8万多块钱，心里是非常害怕的，事已至此，骑虎难下，才一错再错。我国刑法坚持“主客观一致”的归罪原则，我在主观上没有盗窃巨额财产的故意，不应该承担盗窃巨额财产的刑事责任。

2．案发后、我主动归还赃款，没有造成太大的损失。归案后，认罪态度较好，表现一直较好，依照法律规定，可以酌情予以从轻、减轻处罚。

3．我虽然是在解除劳教后三年内犯罪，依法应从重处罚，但我自解除劳教后，表现一直较好，这次只是由于一念之差，才铸成大错。综上所述，希望二审法院能对案情重新进行审查，本着罪刑相一致的原则，对上诉人处以较轻的刑罚。此致 广西高级人民法院 上诉人：梁浩 代书人：X X X律师事务所 律师：X X X 2000年X月X日 附项：1．本上诉状副本X份 2．证人X X X、X X X住址X X X

第二部分：分析题。本部分共1题，25分。

八、(本题25分) [参考答案与解析] 乙的行为在我国在实践中依受贿罪的共犯论处，但是这种处理到目前为止，尚缺乏相应的法律依据和理论。犯罪构成是刑法的主要理论之一，它是刑法规定的，决定某一行为的社会危害性及其程度，而为该行为成立犯罪所必须具备的一切客观要件与主观要件的有机整体。犯罪构成具有法定性、主客观同一性和社会危害性。根据刑法理论的通说，犯罪构成有四个方面的共同要件，即犯罪客体、犯罪客观方面、犯罪主体与犯罪主观要件

。我国刑法第385条规定，国家工作人员利用职务上的便利，索取他人财物，或者非法收受他人财物，为他人谋取利益的，是受贿罪。国家工作人员在经济往来中，违反国家规定，收受各种名义的回扣、手续费，归个人所有的，以受贿罪论处。第388条规定，国家工作人员利用本人职权或者地位形成的便利条件，为请托人谋取不正当利益，索取请托人财物或者收受请托人财物的，以受贿罪处。这是我国刑法关于受贿罪规定，其中包括经济受贿和斡旋受贿等以受贿罪处的情形。受贿罪侵犯的客体是国家机关的声誉和国家工作人员职务行为的廉洁性。客观方面表现为利用职务上的便利，索取他人财物或者非法收受他人财物，为他人谋取利益的行为。受贿有两种基本形式，一是利用职务上的便利，索取他人财物，即索贿；二是利用职务上的便利非法收受他人财物，为他人谋取利益的。受贿罪的主体是特殊主体，是国家机关工作人员。受贿罪的主观方面是具有受贿的故意。国家机关工作人员的家属能不能单独成为受贿罪的主体，我国法律中未有明确规定。在国外的刑法理论中，将之称为“身份共犯”，将其归为适格主体的共犯。我国最高人民法院曾做出过一个关于贪污罪和盗窃罪的司法解释，规定公务员的家属与公务员一同犯罪的，作为公务员的共犯论处。但这一规定对公务员的其他犯罪是否有约束力，亦没有相关的说明。且我国刑法已废除了类推的适用，因此，只以犯罪构成的理论来看，公务员的妻子不构成犯罪。但是现实中这种犯罪比比皆是，事实上大家都不作任何考虑地认为这种行为构成了犯罪，主要是认为其社会危害性极其严重，具有可惩罚性。由此可见，犯罪构成的理论对于是否构成犯罪，还需要进一步地完善

，或者我国法律在一些特定的犯罪中应该给予特别的规定。

第三部分：论述题。本部分共2题，50分。九、(本题25分)[解答提示] 本案的核心问题是超市是否有权作出“偷一罚十”的规定，是否有权实施罚款。这一问题与行政处罚的设定权与实施权有关。行政处罚具有限制或剥夺公民、法人和其他组织的权利及利益的内在特征，因此，世界各国无不对行政处罚的设定问题在法律上作出严格的限制。我国行政处罚法规定，公民、法人或者其他组织违反行政管理秩序的行为，应当给予行政处罚的，依照本法由法律、法规或者规章规定，并由行政机关依照本法规定的程序实施。除法律、法规和规章外，其他规范性文件不得设定行政处罚。在我国，法律由全国人大及其常委会制定，行政法规由国务院制定，地方性法规由各省、自治区、直辖市的人大及其常委会和省会市、较大的市的人大及其常委会制定，部门规章由国务院各部、委制定，地方政府规章由各省、自治区、直辖市政府和省会市、较大的市的政府制定，行政法规、地方性法规、规章，均不能与法律相抵触。以上国家机关通过法的相应形式可以设定行政处罚，其他任何机构一律不许在规范性文件中设定行政处罚。处罚的设定权属于立法权的一部分，我国的行政处罚法将其严格限定在法律、法规和规章的范围内。行政处罚的实施权实际上是指行政处罚的执法权。而行政处罚由具有行政处罚权的行政机关在法定职权范围内实施。行政机关实施行政处罚必须符合以下三个条件：第一，必须是履行外部行政管理职能的行政机关。第二，依法取得特定的行政处罚权。外部行政机关虽然拥有行政管理权，但是，它并不必然地享有行政处罚权，行政机关所享有的行政处罚权必须

经法律、法规特别授予。第三，必须在法定职权范围内实施。根据行政处罚法的相关规定，我国行政处罚的实施机关包括拥有行政处罚权的行政机关，综合执法机关，法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织，以及行政机关委托的组织。其中，受委托的组织必须具备以下三个条件：依法成立的管理公共事务的事业组织；具有熟悉有关法律、法规、规章和业务的工作人员；对违法行为需要进行技术检查或者技术鉴定的，应当有条件组织进行相应的技术检查或者技术鉴定。行政处罚的设定权与实施权是两种性质不同的权力。因此，创设某项行政处罚的行政机关一般不得拥有实施该项行政处罚的权力。行政处罚的设定权与实施权应当基本分离。两者的基本分离，可以防止行政机关滥设和滥施行政处罚权，保护相对方的合法权益。

十、(本题25分) [解答提示] 公安机关下达罚款指标严重违反法律规定，也极其不合理。在实践中，公安机关下达罚款指标往往成为滥用执法权力、产生腐败的重要原因，因此，必须采用各种措施解决公安机关经费短缺的问题，严禁公安机关下达罚款指标。对此可从下面几个方面分析：

1、公安机关下达罚款指标的做法既不符合公安机关自身业务的特点，也有悖于实事求是精神。首先案件的发生具有不确定性。一个区域一段时期受多种因素影响，案件数量有时增加有时减少，有时持续不发案，所以定指标是不顾客观实际的“一刀切”失去了指导工作的本意；其次同比指标的增减升降不能如实的反映一个科室的工作成绩，完成指标多少也不能全面衡量一个干部的政治、业务素质高低及能力大小；再次，公安机关不是生产单位，无须提出指标来加以考核，更不能以“指标”完成来判断。

2、公

安机关下达罚款指标往往与“提成”相挂钩。然而，公安机关非经营单位，这种“多劳多得”的提成做法产生的效应是追求收费，致使干部接案时影响正常办案，追求数量保证不了办案制量，并且极容易出现乱罚款的现象；使有的干部为完成超额指标，在执法中该少罚的多罚，该轻罚的重罚，甚至不该罚的也千方百计的找借口罚，违反国家的法律。3、定“指标”与搞“提成”的做法，实质上就是以合法的名义把公共权力变成少数人、少数单位牟取私利的工具，是对法治精神和程序公正的挑战和践踏，它违背了实事求是的精神，违反了党的纪律与行政纪律，影响了执法的严肃性与公正性，助长了不正之风，与我们的法治目标背道而驰，应坚决杜绝！4、根据目前我国的实际情况，要根除公安机关下达罚款指标的做法，非常重要应当采取措施解决公安机关经费短缺的问题。因此，应当把公安机关的经费纳入国家经费由国家进行统筹安排。这是避免公安机关违法乱罚款创收的根本措施，也是执法公正的根本性保障。100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com