

2017年 法律硕士联考 专题讲座

郭志京 / 主编

法学与非法学均适用

决胜法硕的基本技巧

2017 年法律硕士联考专题讲座

郭志京 主编

一、法硕考试的一般规律

考试的规律从不同角度观察会得出不同的结论，在这里笔者以特定一个知识点（考点）作为研究对象来揭示命题者会从哪些方面、在什么层面上来考查，也就是有考点，对同一知识点而言，可以沿两个思路观察，一是从考查方式即命题思路来观察，二是从考查的规律方面来看考试。

（一）知识点的考查方式

对同一知识点的考查不外乎从以下方面进行。

（1）从广度上考查

从广度上考查某一知识点实际上是从客观的命题考查该知识点的外围情况，具体包括相关的两个方面。

①就知识点在整个知识体系、主要指其所在的那个系统（中）的位置，在某一事物应先看其位置，对有些知识点的认识在法上最重要的是要进行系统化，将其置于整个系统中才能看出其本质和特征。因此对知识点的体系把握是认识知识点的根基，也是能力命题者所倚重。

②就知识及其相近知识点为关系，由于事物往往存在着很大的相关性，对相关联的知识点进行区分，并认识认识事物本质特征的一步，对某一具体知识点的认识也一样，对某知识点总是存在着与其很相似的相关知识，故而命题者很容易从这方面考查。

（2）从深度上考查

从深度上考查知识点实际上就是对知识点本身进行的考查，具体就可分为相关的两个方面。

①从不同的角度考查该知识点，从不同角度对同一事物进行观察，研究，会得出对该事物不同方面的认识，因此要全面认识一个事物，只能从抓住一面或一个角度而忽视其他面，且然如此，否则就是片面认识，这和从一个知识点也一样，从不同的角度对其把握才能全面理解它，从不同的角度考查一个知识点有着很重要的考查。

②通过该知识点考查命题者对世界认识的目的在于改造世界，这就要求必须感性认识！并理性认识！其认识的过程，即是对事物的认识，它要通过本身系列的发展过程，所有认识过程它都有它自己的过程，只

中国人民大学出版社

·北京·

图书在版编目 (CIP) 数据

2017 年法律硕士联考专题讲座/郭志京主编. —北京: 中国人民大学出版社, 2016. 3
ISBN 978-7-300-22563-0

I. ①2… II. ①郭… III. ①法律-研究生-入学考试-自学参考资料 IV. ①D9

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2016) 第 042101 号

2017 年法律硕士联考专题讲座

郭志京 主编

2017 Nian FaLü Shuoshi Liankao Zhuanti Jiangzuo

出版发行	中国人民大学出版社	邮政编码	100080
社 址	北京中关村大街 31 号		
电 话	010—62511242 (总编室)	010—62511770 (质管部)	
	010—82501766 (邮购部)	010—62514148 (门市部)	
	010—62515195 (发行公司)	010—62515275 (盗版举报)	
网 址	http://www.crup.com.cn		
	http://www.lkao.com.cn (中国 1 考网)		
经 销	新华书店		
印 刷	北京市鑫霸印务有限公司		
规 格	185 mm×260 mm 16 开本	版 次	2016 年 4 月第 1 版
印 张	47.25	印 次	2016 年 4 月第 1 次印刷
字 数	1 087 000	定 价	99.00 元

决胜法硕的基本技巧

(代前言)

一、法硕考试的一般规律

考试的规律从不同角度观察会得出不同的结论，在这里笔者以特定一个知识点（考点）作为研究对象来揭示命题者会从哪些方面、多大深度上来考查。综观所有考法，对同一知识点而言，可以沿两个思路观察，一是从考查方式的角度来看考法，二是从考查的规律方面来看考法。

1. 对同一知识点的考查方式

对同一知识点的考查不外乎从以下方面进行：

(1) 从广度上考查

从广度上考查某一知识点实际上是从宏观的角度考查知识点的外围情况，具体包括相关的两个方面。

①该知识点在整个知识体系（主要指其所在的那个系统）中的位置。观察一事物应先看其位置，对有些知识点的认识实质上最重要的是要进行系统化，将其置于整个系统中才能看出其本质和特征，因此对知识点的体系把握是认识知识点的基础，故往往为命题者所青睐。

②该知识点与相近知识点的关系。由于事物往往存在着很大的相似性，对相似事物间的仔细区分、辨认是认识事物关键性的一步。对某一具体知识点的认识也一样，许多知识点总是存在与其极相似的相关知识点，故命题者很容易从这方面考查。

(2) 从深度上考查

从深度上考查知识点实际上是就知识点本身进行的考查，具体也可分为相关的两个方面。

①从不同的角度考查该知识点。从不同角度对同一事物进行观察、研究，会得出对该事物不同方面的认识，因此要全面认识一个事物，不能只抓住一面或一个角度而忽视其他面、其他角度，否则就是片面认识。认识一个知识点也一样，从不同角度对其把握才能全面理解它。从不同的角度考查一个知识点是最常见的考法。

②透过该知识点考查隐藏在其背后的法理、原理。认识世界的目的在于改造世界，这就要求要从感性认识上升到理性认识，从对一般的认识揭示出共同的规律，因此对事物的认识就一定要透过本身看到其反映的规律。法学上所有制度之规定必有支撑它的法理。只

有弄清了这个法理,才能更好地理解该规定,因此考查知识点背后的法理就成为常见的考试方式。

为了更好地说明上述理论,现以法理学上一个主要考点——法律规则为例。若从广度上考查,一方面可以考其体系化位置,如法律规则是法律的要素之一,是最主要的要素,它的许多性质代表着法律的性质,缺少了法律规则,就不能形成法律。另一方面可以考其与相关知识点的关系,如与法律原则、法律条文、法律规范、法律部门等的关系。若从深度上考查,一方面可以考从不同的角度认识法律规则,这些角度包括法律规则的概念、分类、结构三方面。另一方面可以考其背后的法理,即法律的本质和特征、法律作用的实质等,因为法律规则为什么会有某种模式都是与法的两方面本质分不开的。

当然,需要说明的是,上述对知识点的考查规律是就所有考点而言的,对某一知识点的考查不会对上述方面都予以考查。因此具体到一考点究竟会从哪些方面考查需要进行个体考虑,有些考点最容易从广度上考,有些考点最容易从深度上考,有些考点均有可能,这也是重点知识点几乎每年都考,但是角度不断变化的原因。因此,要具体分析才能把握,但是总有一部分考点特别是主要考点并不容易把握,而且往往是在不同题型中有不同考法,这就要求考生备考时要顾及各个方面。

2. 考查的规律

(1) 重点知识点成为历年考查的主要对象

首先,重点知识点占有所有知识点的比例不超过三分之一,但所占分值超过了三分之二。因此,重点知识点成为历年考查的主要对象。

其次,对同一知识点的考查具有反复性。重点知识点不但每年都考,而且在同一年不同题型中重复考查。不过,甚为明显的一个特点是:考点重复,但角度不断变化。因此,对同一知识点,一定要从多角度掌握。

(2) 难点是体现试题区分度的关键

对一般知识点的考查因为具有“普及性”,因此并不能体现试题的区分度,也不能拉开考生间的距离。对难点的考查既能够说明考生学习的方法,又能反映学习的深度,从而体现进一步学习的潜力,完成通过考试选拔考生的任务。因此,有一部分试题必须要体现较好的区分度,对难点的考查恰好可以满足这一要求。

(3) 其他知识点的考查都和重点、难点有关

从表面看,似乎对非重点、难点的考查也占了很大比例,但仔细分析就会发现,这些所谓的一般知识点,大都和重点、难点知识点有关。要么是与重点、难点处于同一系统中,要么是和重点、难点容易混淆,需要作出对比。因此,单独考查非重点的可能性极小,原因在于单纯考查这些知识点没有实际意义。

二、对准备应考的启发

1. 抓住了重点、难点就等于抓住了关键——重点、难点在分值上的决定性意义

从上面的分析可以看出,重点、难点尽管在数量上占很小的比例,但在分值上却占了很大比例,因此抓住了这些重点、难点就等于抓住了关键。从现实看,由于受时间和精力限制,绝大部分考生不可能掌握所有的考点,在有限的时间内只能掌握部分考点是一个普遍现象。面面俱到不仅没有可能,也没有必要。为了提高效率,最明智的办法是抓住重

点、难点，舍弃考查频率极小的考点。

2. 精通了关键就基本上掌握了全部——重点、难点在理解上的决定性意义

所谓的基础，无非是两个，一是掌握较广泛的知识，二是对重点、难点有更深理解能力。这两个基础相互间有影响，但以后者为检验复习效果的标尺。实际上我们平常讲的精通一门学科并不是精通该学科的所有知识点，而是要精通关键知识点。可以说，精通一门学科往往是从精通某些关键点开始的，这个关键点一旦掌握，学习其他知识点就容易多了。相应地，不精通这些关键点，就不能说是精通了该门学科。这就是所谓的纲举目张，以点带面。因此，考生在备考中，务必将掌握重点和难点、系统化知识点为重要任务。在系统化的基础上掌握重点和难点才能以不变应万变。

这里有必要澄清的是：有一种观点认为，由于绝大多数考点都不是太难，因此，“应该以学习基本知识点为主，不宜花时间攻破那些考查频率很低的难点”。这种认识表面上看似很有道理，实则是对难点在帮助理解其他知识点之功效的理解不到位的体现。实际上，不掌握关键就不可能真正掌握其他考点，也不可能真正掌握全面。

三、对考生的要求及考生面临的困境

（一）对考生的要求

对知识点从广度和深度两方面进行考查不是命题者的随意创造，更不是其个人偏好使然，而是由哲学上认识事物的基本方法和目的决定的。认识事物要从内外两个方面进行，才能更好地对该事物加以把握，只有从这一事物的表面看到其本质，从该事物的存在悟出其反映的客观规律，才是认识事物的目的。考试对知识点的考查就是考查对知识点的认识程度，这种考查要求考生在学习时必须达到以下要求。

1. 必须要学到位，即从广度和深度两方面进行，其中深度是关键

命题者最了解一般考生习惯于从哪些角度认识该知识点而往往忽视其他角度，正是因为命题者从考生最容易忽视的方面考查常见的知识点，于是就有了看似熟悉却不能准确作答之现象。另外除了从理论上掌握知识点以外，还要能达到一定程度上的灵活运用，这都需要精深掌握知识点。

2. 必须学会“输入”的方式

与考试是一种“输出”过程相反，复习的过程是一个不断输入和储存的过程，往往为考生所忽视的一个问题就是对知识点只顾理解和记忆，却想不到会对其如何考查，从而要么是面面俱到，浪费时间，要么是顾此失彼，掌握的东西偏偏不考，考查的东西偏偏没有掌握。这正是因为考生没有以最有利于考试的方式输入和储存。恰如我们日常生活放置一物品时总以最有利于我们将来使用的方式放置，而不是把它随意乱扔一样，学习知识点的过程中，考生一定要时刻想到考试，从而以最有利于考试时便于检索和利用的方式把知识点输入和储存在大脑之中。

3. 应具备五种能力

（1）“加工整理”能力

即对教材（指《指南》）所述内容加工处理，变成能方便于考试的东西，这就要做到四化，即体系化、量化（序号化）、简化、转化。其中体系化就要对知识点进行系统化，将其置于它应处的系统中去观察。量化就是要运用数字序号将对某一问题的论述整体进行

分解,形成一个数字化体系。简化就是要对每一个论据论点用最核心的简单词语加以概括,以便记忆。转化就是要将教材上的论述变成考试能用的东西。

(2) 深刻理解能力

考试能力从理解方面讲实际上就是对深刻理解能力的要求,对有些知识点如果从深度上考,就主要考查考生对这些知识点的理解深度。因此考生必须要通过自己或借助老师及工具书培养这种从表面看到本质的能力。

(3) 准确记忆能力

心理学研究表明记忆的效果与人的聪明程度没有直接关系,而关键取决于记忆的方法,因此考试对考生的一个主要要求就是要具备一定准确识记能力,其中与记忆能力密切相关的就是加工整理能力和理解能力,记忆能力要求考生在加工整理和理解的基础上对重要考点具备再现能力。

(4) 迁移转化能力

认识事物本身只是手段不是目的,认识事物的目的是建立事物之间的联系。正如一个机器零件,将其置于不同的位置该零件的存放位置就会不同,其所起的作用也会不同,也就是说要认识一个事物就是要学会这种迁移能力。

(5) 灵活应用能力

书本上所讲的理论毕竟与实际生活有一段距离,主要是因为其具有抽象性、概括性。因此,懂得了理论不等于就会在现实中灵活运用。综观历年考题,特别是近年考题都非常侧重考查应用能力,即使是选择题,大多也以应用的方式出现,因此考查应用能力将是考试的一个主要目标。

(二) 考生存在的主要问题

不同的考生存在的问题也许大不相同,但在以下方面普遍存在着问题,主要有:

1. 重点不明确,平均使用精力

面对法学五科那么多内容,许多考生难以区分重点与非重点,从而对每个知识点都使用同样的方法,平均使用精力,造成时间紧张。重点内容没有得到强化,因而会影响复习效率。造成这一问题的原因有两个:一是宏观上区分不出重点知识点,二是微观上不明确具体知识点的考查方式和考查题型,从而抓不住关键点和关键方面。

2. 不能很好加工整理知识点

书本上的知识点不等于考试能够使用的东西,因此整个学习的关键就是要将整个书本加工整理成考试能利用的“成品”。这一点是许多考生的最薄弱环节。

3. 学习不到位,欠缺准确性

考查对知识点掌握的到位性、准确性是考试最常见的考查方式,也是最能考查考生水平的方式。这里的到位性,具体到某一知识点就是要从“广”、“深”两方面掌握。从历年考生答题情况看,很多考生不是纯粹不懂哪一知识点,关键是不能从各方面完整认识该知识点,这就是不到位,同时也造成了缺乏准确理解和记忆。造成这一问题的主要原因是考生对“到位性”的认识不够清楚,又加上缺乏系统化思维,从而始终不能做到心中有数,读书时习惯于简单地从前到后,从而只能形成零碎、独立的点,而难以建立起知识点之间的联系。

四、复习对策——抓住关键、夯实基础，以不变应万变

从以上分析可以看出，重点、难点在考试中的意义不但在于其在分值上占有很大的比例，而且在于其直接影响对其他知识点的理解。同时又由于时间和精力所限，考生又不可能全面掌握所有知识点，因此，抓住关键，夯实基础，以不变应万变就成为考生备考的基本策略。

针对考试规律、考试对考生的要求、考生存在的主要问题，如何寻找对策就是考生最为关心的问题，这里作一总结，希望对考生有所帮助。

1. 一个“抓住”，即抓住要害，学习到位

考生一定要注意对书本知识点的理解，要从“广”、“深”两方面进行，一定要做到系统化、量化、简化、转化。这不仅是方便复习的需要，更是考试方便的需要。面对成堆的知识点，如果不能做到分割量化，不但不能很好理解记忆该知识点，而且不可能做到灵活运用知识点。同时考生对重点、难点一定要作深刻理解，不但从广度上，还要从深度上去认识考点，要明确它的真正含义和制度价值。

2. 两个培养

第一是培养良好的学习习惯。要勤于动手，养成读书时加工整理的能力。要勤于动脑，复习过程中，一方面对难点要深悟其义，彻底弄清。另一方面要时刻想到考试，按照考试的要求复习，以最有利于考试的方式将知识点输入和储存于大脑。第二是要培养应试的敏感度。考生在复习时要处处、时时考虑考试要求和考查方式，做到考什么就学什么，怎样考就怎样学习。

3. 三个区分

第一是区分重点和非重点，提高复习效率。重点与非重点之区分的根据有二：一是按照知识点在知识体系中的位置（重要性）确定，二是根据考查的几率来确定。二者多数情况下一致，也有不一致的情形，只有区分了重点与非重点，才能集中精力攻破重点，巩固重点，做到事半功倍，提高复习效率。第二是区分考查方式和考查题型，加强复习的针对性。考试对该知识点如何考、考何种题型在具体知识点上是大体可以确定的，考生只有基本上把握了该知识点的考查方式和考查题型后，才能做到有针对性地学习，从而克服盲目性和平均使用力量。第三是区分不同阶段，这是考生最难做到的一点。一般来讲，法硕复习应分两大阶段：第一阶段是练基本功阶段，这一阶段又可分为五个小阶段，第二阶段是提高考试能力阶段，它是在基础已定的情况下，如何做到最好发挥，具体见表 0—1。

表 0—1

复习阶段	核心任务	复习方法
练基本功	全面系统阶段 构建系统，形成初步印象，弄清各知识点间关系	从整体、宏观角度把握知识体系
	加工整理阶段 把知识点变成应考能力	将知识点系统化、量化、简化、转化
	强化提高阶段 在“四化”基础上，突破难点，强化重点	通过练习、听课等方式主攻难点、重点
	记忆转化阶段 把加工整理和强化提高的考点转化到大脑	采用各种方法记忆需要记忆的考点
	应用巩固阶段 巩固需要理解和需要记忆的考点	通过一定量练习，防止遗忘
提高考试能力阶段	让已定的基本功发挥最大功效	通过实际“演习”一方面把握时间，另一方面反复演习考试技巧，积累考试经验

五、关于本书——“专题讲座”的特点及体例说明

1. 本书的特点

(1) 专题性——以点带面、兼顾广度，实现知识点的纵向联系

本书选取法硕考试中最常考的各个专题，并以这些专题为突破口，把与其相关的知识点全部以体系化的形式进行加工整理，从而以点带面，建立知识体系，让考生在相互联系中全面理解和掌握相关考点。

(2) 深度性——深度理解，以深度为主，实现学习到位的目标

本专题讲座的最大特点不在于全面，而在于精深。在保持与大纲所要求的范围相一致的前提下，本书对每个专题都作了较有深度的讲解，力争让考生对该专题所涉及的知识点有一个更高的认识和彻底的理解，实现学习到位的目标。

(3) 针对性——面向考试、直击考点，实现从理论到应用、从学习到考试的飞跃

本书各专题的解析都直接面向考试要求，明确告诉考生该知识点的常见考法，以实现学习的针对性和实用性。根据考试对考点的不同要求，有些侧重于讲，有些侧重于练，以实现理论和运用的结合。

(4) 不变性——夯实基础，掌握根本，实现以不变应万变

本书所有专题都是考试大纲要求掌握的重点和难点，都是各个学科最基本的知识点，是每年考试中最常见的考点。只要考生掌握了这些考点，就夯实了基础，掌握了根本，不管命题的形式和角度如何改变，考生都会做到以不变应万变。

2. 体例说明

本书的每个专题都采用边讲解边举例的方式，以使考生在学习的过程中一方面看出该知识点的考查方式和深度，另一方面，能够通过具体翔实的例子，真正掌握并运用该知识点。具体包括：

第一部分：考试方向点拨。本部分主要是对各专题所涉及的知识点进行总结，简要分析这些考点的考试方式和特点，明确告诉考生复习技巧。

第二部分：重点、难点解析。本部分是各专题的核心部分，主要从考试特点入手，全面分析重点，深度解析难点，同时，尽量以点带面，把相关的知识点都放在重点、难点的背景下一并掌握。

3. 关于本书的使用

本书适用于法学和非法学两类考生。法学和非法学两类考生应掌握的知识点稍有不同，法学类考查的范围略广于非法学类，法学类独有的考查内容（在讲座中已注明）往往是基础性理论问题，对相关考点的理解和运用有一定帮助，因此建议非法学类考生也了解这部分内容，这也是本书将两类考试的考点放在一起讲述的用意。

由于本书起点较高，对相关考点作综合性处理，体系不完全一致于大纲体系，在讲述重点、难点时往往有一定深度，因此具备一定基础后使用本书效果最佳。

周望、李守良、陈敦、杨顺义、邓江源、杨琴、刘志强、胡振东参加了本书的编写，在此表示感谢。

目 录

第一部分 刑法学

第一讲	刑法与犯罪概论	3
第二讲	犯罪的一般（共同）构成	13
第三讲	犯罪的特殊构成	46
第四讲	排除犯罪的事由——正当防卫和紧急避险	80
第五讲	刑罚论	85
第六讲	刑法各论概述	124
第七讲	危害安全类犯罪	130
第八讲	破坏管理秩序犯罪	144
第九讲	侵犯公民人身权利、民主权利罪	178
第十讲	侵犯财产罪	199
第十一讲	特殊主体犯罪	215
第十二讲	危害国防利益罪和军人违反职责罪	234

第二部分 民法学

第一讲	民法概论	237
第二讲	民事法律关系总论	243
第三讲	民事法律关系的主体	252
第四讲	民事法律事实	270
第五讲	物权	301
第六讲	债权	345
第七讲	人身权	398
第八讲	知识产权	405
第九讲	亲属权——婚姻家庭与继承	423

第十讲 侵权责任	447
----------------	-----

第三部分 法理学

第一讲 法学、法理学和法的概论	465
第二讲 法律的核心	477
第三讲 法律的系统（体系）（分类）	497
第四讲 法律解释与法律推理	515
第五讲 法律关系	523
第六讲 法律责任	534
第七讲 法律的运行	543
第八讲 法与社会	563
第九讲 法治	586
第十讲 法理学基本范畴界分	597

第四部分 中国宪法学

第一讲 宪法基本理论	607
第二讲 国家基本制度	624
第三讲 公民的基本权利和义务	644
第四讲 国家机构	659

第五部分 中国法制史

第一讲 立法	685
第二讲 行政立法	700
第三讲 刑事立法	705
第四讲 民事立法	719
第五讲 经济立法	732
第六讲 司法制度	734

第一部 分

刑法学

第一讲

刑法与犯罪概论

【考试方向点拨】

刑法学第一章——导论部分考查内容集中在两方面，即刑法的基本原则与效力范围，而且是每年必考的知识点。这两个知识点都需要具备一定的法学知识才比较容易掌握，因此对初学法律的考生来说也是难点。对刑法的基本原则，考生重点掌握各原则的表现，尤其是罪刑法定原则和罪责刑相适应原则。对于刑法的空间效力范围，考生应当主要从确立刑法空间效力范围的四大原则和域内、域外效力的关系上入手，采取一般与特殊规定结合的方法加强理解和记忆，关于时间效力则重点掌握刑法的溯及力。其他知识点如刑法的形式、刑法的特征、刑法的任务和机能、刑法的解释都比较简单，考查方式也比较直观，考生一般掌握即可。由于刑法的基本原则特别是罪刑法定原则极其抽象概括，而且贯穿于刑法的全部，对初学者来说，由于对具体犯罪和刑罚的熟悉程度有限，往往无法真正掌握，因此必须将其与犯罪的概念和特征联系起来，通过其在具体的犯罪和刑罚中的运用（具体的例子），方能有一个宏观体系化和微观形象化的理解。故将犯罪的概念和特征也纳入本讲，与刑法的基本原则特别是罪刑法定原则结合在一起讲述。

【重点、难点解析】

一、刑法的基本原则

刑法的基本原则是刑事实体法所特有的并贯穿于刑事立法和刑事司法之中的基本准则。1997年3月14日修订的《刑法》在第3条、第4条、第5条中明确规定了刑法的三项基本原则，即罪刑法定原则、刑法适用平等原则、罪责刑相适应原则。

（一）罪刑法定原则

1. 含义及内容

罪刑法定原则是指“法无明文规定不为罪”，“法无明文规定不受处罚”。其基本内容包含以下三个方面：其一是法定化，即犯罪和刑罚必须事先由法律作出明文规定，不允许法官自由擅断。其二是实定化，即对于什么行为是犯罪以及犯罪所产生的具体法律后果，都必须作出实体性的规定。其三是明确化，即刑法条文必须用清晰的文字表述确切的意

思,不得含糊其辞或模棱两可。

2. 运用

对罪刑法定原则往往进行间接考查,考生必须要结合犯罪的三大特征来理解,从而明确:有些行为具有严重的社会危害性,但是如果在刑法中没有与之相对应的规定犯罪构成的具体条文,则只能按无罪处理。例如:甲将中学生(男 15 岁)骗至其住处后卖给乙作为砖工,甲的行为构成何种罪?表面上看,这种行为肯定具有严重的社会危害性,似乎应当受到刑事处罚。但是,仔细看看刑法分则,如果行为发生在 1997 年之后,那么这种行为单独不能构成犯罪,因为 1997 年刑法修订时已经将拐卖人口罪变为拐卖妇女、儿童罪,这里的儿童是指不满 14 周岁者。当然,如果在此过程中,伴随有伤害、非法拘禁等行为的,可能会构成相应的犯罪。但是,就这种采用一般的诱骗方式拐卖 14 周岁以上的男性来说,不构成犯罪,这体现的就是罪刑法定。

在理解罪刑法定原则时应注意:罪刑法定原则贯穿于刑法的全部,除了总则外,关键最终要落实到体现犯罪三个特征(尤其是刑事违法性和应受刑罚惩罚性)的刑法分则中。要正确运用罪刑法定原则,就必须熟悉刑法分则的具体规定,如关于单位犯罪、过失犯罪、犯罪的完成形态、罪数(特别是结果加重犯)等问题。以单位犯罪为例,如果不熟悉刑法分则的具体规定,仅凭行为和社会危害性有时很难判断,例如:某工厂长期亏损,为降低生产成本,扭转亏损局面,经单位领导集体研究决定偷电。于是该厂采用挖地道的方式把本厂用电线路搭接到经过该厂附近的公共输电线上,致使国家电网损失 30 余万元。在这种情况下,虽然该厂的行为完全符合单位犯罪的一般特征,但是否构成单位犯罪,关键要看刑法分则的规定。刑法分则没有规定单位可以成为盗窃罪的主体(类似的还有诈骗罪、抢夺罪等),因此只能按照个人犯罪,直接处罚相关负责人。最高人民法院 2002 年 7 月 8 日《关于单位有关人员组织实施盗窃行为如何适用法律问题的批复》也规定:单位有关人员为谋取单位利益,组织实施盗窃行为,情节严重的,依据《刑法》第 264 条所规定的盗窃罪追究直接责任人员的刑事责任。

关于共同犯罪,对于协助、帮助、教唆等行为,从表面看可以和与之相应的犯罪行为构成共同犯罪,但如果刑法明确将这种行为规定为独立罪名(如协助组织卖淫罪、帮助毁灭证据罪、传授犯罪方法罪等),要按照相应的犯罪而非共同犯罪处罚。相反,有些行为根本不具备共同犯罪的特征,但也可能构成共同犯罪,如交通肇事后,单位主管人员、机动车所有人、承包人、乘客等指使肇事人逃逸致使被害人因得不到救助而死亡的,以交通肇事罪的共犯论处。再如关于罪数的规定,一个以上的犯罪行为(数行为)是否需要数罪并罚在刑法分则中并没有完全坚持统一的标准,因此首先需要看具体的规定。

例 1 下列做法中不违背罪刑法定原则要求的是()

- A. 重法效力溯及既往
- B. 法律规定不确定的刑罚
- C. 轻法效力溯及既往
- D. 适用类推解释

答案: C

解析: 本题从表面上考查罪刑法定原则,实际考查法律的溯及力与罪刑法定的关系。罪刑法定是指犯罪和刑罚都必须事先由法律作出明文规定,法无明文规定不为罪也不受罚。由此可见,法律规定不明确的刑罚、适用类推解释都违背了罪刑法定原则。法的溯及

力是指新法对其生效以前的行为具有约束力，由此可知法溯及既往违背罪刑法定原则。刑法之所以规定轻法具有溯及力，完全是从保护行为人的角度出发的，它是罪刑法定原则的例外，严格地说它不违背罪刑法定原则的精神而不是不违背罪刑法定原则的要求，从罪刑法定本身不能得出轻法有溯及力。当然重法效力溯及既往肯定是违背这一原则要求的。

例2 下列选项中，符合罪刑法定原则的有（ ）

- A. 犯罪与刑罚必须由立法明确规定 B. 禁止重法效力溯及既往
C. 禁止采用习惯法 D. 禁止对犯罪人判处不定期刑

答案：ABCD

解析：本题考查重法效力溯及既往。罪刑法定原则即“法无明文规定不为罪”，“法无明文规定不受处罚”。ACD 三项表述显然正确。本题的难点是如何理解罪刑法定与法效力溯及既往的关系。从理论上说罪刑法定就要求法不能溯及既往，但不能说罪刑法定原则就禁止法效力溯及既往，因为轻法效力溯及既往与罪刑法定原则在目的上具有相通性，因此二者具有相容性。重法效力溯及既往与罪刑法定原则相违背。故 B 也正确。

例3 甲（15 周岁）拐骗一名男孩，准备将其出卖，后因小孩哭闹不止，甲对其进行殴打，造成重伤。甲的行为构成（ ）

- A. 绑架罪 B. 拐卖儿童罪
C. 故意伤害罪 D. 非法拘禁罪

答案：C

（二）刑法适用平等原则

这一原则一般不会成为考查的对象，因此本书对其不展开详细讲解，只特别说明一点，即刑法适用平等原则在司法中的适用并不否定因法定量刑情节或酌定量刑情节的差异而导致同性质的犯罪在判定刑罚上有区别。刑法适用平等原则在行刑中也并不否定刑罚个别化。

（三）罪责刑相适应原则

1. 基本含义

罪行大小与刑事责任的大小、刑罚轻重应当相称，重罪重判，轻罪轻判。犯罪人的罪行（包括主客观方面）是其承担刑事责任的前提，刑罚则是行为人负刑事责任的法律后果，罪行的轻重直接影响刑事责任的大小，刑事责任的大小又决定着刑罚的轻重。

2. 表现

（1）在我国刑事立法中的具体表现

1) 在刑法总则中确立了一个科学的刑罚体系，将各种刑罚方法依轻重次序加以排列，各种刑罚方法之间相互衔接，为刑事司法中实现罪责刑相适应原则奠定了基础。

2) 在刑法总则中考虑到犯罪行为的社会危害性大小和犯罪人的人身危险性大小，规定了轻重不同的处罚原则。

3) 在刑法分则中根据不同犯罪的社会危害性程度的不同，设立了轻重不同的法定刑。

（2）罪责刑相适应原则在我国刑事司法中的适用

1) 解决好定罪、刑事责任与量刑的对应问题。在定罪准确的前提下，贯彻根据犯罪的事实、犯罪的性质、情节和社会危害程度，依照刑法总则的有关规定和刑法分则规定的法定刑判处刑罚，重罪则刑事责任重大而刑罚亦应趋重，轻罪则刑事责任变小而刑罚亦应趋轻。

2) 解决好量刑的精确化问题。立法中对许多罪的法定刑规定可供选择的刑罚种类较多, 刑罚幅度较宽, 这就要求法官认真贯彻罪责刑相适应原则, 根据个案中罪行的轻重准确确立被告人刑事责任的大小, 继而精确地判处刑罚。

3) 正确适用有关刑罚制度。我国刑法中规定了有关刑罚的制度: 有考虑从轻、从重、减轻、免除刑罚的法定情节制度, 有累犯从重处罚制度, 有自首和立功从轻、减轻、免除处罚制度, 有数罪并罚制度, 有缓刑制度, 还有减刑制度、假释制度等。

3. 罪责刑相适应原则的运用

与罪刑法定原则的“观念性”不同的是, 罪责刑相适应原则主要体现在刑法的具体规定中。因此, 对罪责刑相适应原则主要是熟悉其具体表现, 然后结合刑法中相关的具体制度理解和运用。例如, 甲欲强奸乙, 突然听见有人进来, 于是起身逃跑; 丙欲强奸丁, 遇丁苦苦哀求, 丙起身离开。从客观结果来看, 甲和丙行为的社会危害性没有实质差别。但是, 根据《刑法》第 23 条和第 24 条的规定, 对于丙应当减轻处罚, 而对于甲是可以从轻或减轻处罚。原因就在于甲、丙的主观恶性不一样, 其社会危险性也不同。这就是刑法总则中所规定的犯罪未遂和犯罪中止制度, 其根据在于罪责刑相适应原则。

例 下列选项中, 体现罪刑相适应的是 ()

- A. 刑法关于空间效力范围的规定
- B. 刑法关于怀孕的妇女不适用死刑的规定
- C. 刑法关于享有外交豁免权的外国人的刑事责任的规定
- D. 刑法关于放火罪与失火罪构成要件及法定刑的不同规定

答案: D

二、犯罪概论

对于犯罪概论的考查, 一般只集中在《刑法》第 13 条关于犯罪定义“但书”部分的理解和犯罪的基本特征上, 但对犯罪概念的理解直接影响其他部分的学习, 因此考生必须结合刑法的基本原则、犯罪的基本特征和构成要件, 深刻理解《刑法》第 13 条关于犯罪定义所包含的丰富信息。

(一) 犯罪的定义

1. 关于犯罪的定义, 考生需要理解并结合刑法分则对单个具体犯罪的要求深刻领会《刑法》第 13 条关于犯罪定义的特点。我国刑法中的犯罪定义的特点表现为: (1) 形式与实质相结合的犯罪定义。1) 实质方面, 这一定义科学地揭示了犯罪的社会政治属性和法律特征, 指出犯罪是严重破坏刑法所保护的社会主义社会关系的行为, 具有严重的社会危害性。社会危害性是犯罪的本质属性, 它揭示了犯罪的社会政治本质。2) 形式方面, 该定义明确指出犯罪必须是依照法律应当受到刑罚处罚的行为, 如果一个行为具有一定的社会危害性, 但法律没有规定其为犯罪, 或者没有规定对这种行为的刑罚处罚, 那么就不能认定为犯罪。刑事违法性和应受刑罚惩罚性揭示了犯罪的法律特征, 这一规定是现代法治国家罪刑法定原则的基本要求和必然反映。(2) 定性要求与定量要求的结合。这一定义在对犯罪进行定性描述的同时又设置了定量要求。《刑法》第 13 条“但书”明确规定符合刑法关于犯罪的定性描述的行为, 如果“情节显著轻微危害不大的, 不认为是犯罪”, 从而将虽然