



人大司考丛书



2007司法考试精神和体系 刑法·法理学·法制史的精神和体系

主编 张能宝

知识体系构建

重点问题思考

考查方向提示

重点考点串讲

重点法条归纳

潜心研读20天，提高效率百分百



中国人民大学出版社

人大司考丛书

2007 司法考试精神和体系
刑法·法理学·法制史的精神和体系

主 编 张能宝

副主编 张 玲 杨艳霞 秦华伦

张劲晗 李 磊 刘亚莉

组 编 亿则司法研究中心

中国人民大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

2007 司法考试精神和体系·刑法·法理学·法制史的精神和体系/张能宝主编

北京:中国人民大学出版社,2007

(人大司考丛书)

ISBN 978-7-300-07840-3

I. 2...

II. 张...

III. ①刑法-中国-法律工作者-资格考核-自学参考资料

②法理学-法律工作者-资格考核-自学参考资料

③法制史-中国-法律工作者-资格考核-自学参考资料

IV. D92

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 009019 号

人大司考丛书

2007 司法考试精神和体系

刑法·法理学·法制史的精神和体系

主编 张能宝

出版发行 中国人民大学出版社

社 址 北京中关村大街 31 号

邮政编码 100080

电 话 010-62511242 (总编室)

010-62511398 (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.1kao.net>(中国 1 考网)

经 销 新华书店

印 刷 中煤涿州制图印刷厂

规 格 185 mm×260 mm 16 开本

版 次 2007 年 2 月第 1 版

印 张 33.25

印 次 2007 年 2 月第 1 次印刷

字 数 802 000

定 价 48.00 元

总序：以精神和体系为支点， 你可以将所有部门法轻松“撬起”

——兼论民法的精神和体系

从2002年国家开始第一次司法考试至今，已经有5个年头了。在这5年中，一条鲜明的主线一直贯穿在每年的司法考试中，那就是从对单一法律知识的考查走向对法律知识的综合性考查，从对法律知识的表面性考查走向对法律知识的深层次考查。这一主线每年都在试题中显现，愈来愈鲜明，愈来愈突出。司法考试变难了，难就难在其不仅涉及面加宽，而且考得越来越深，越来越精。由此，在知识上摒弃单一而倡导综合，排除浮浅而追求精深，反对支离破碎而崇尚相互关联，成为司法考试的特点。可以说，在未来的考试中，如果仅有对法律知识的表面性掌握而不能领会法律背后的精神和价值，仅有对法律知识的零散性记忆而缺少对知识的综合性理解和整体性把握，通过考试将非常困难。在这种情况下，如何达到对法律知识更牢固、更本质性的掌握，如何在对知识点理解的基础上加强知识间的联系、对比和区分，如何把众多的法律知识串联成一个整体从而加强知识间的融会贯通，就成为每一个考生所必须面对的问题。为帮助大家有效学习，我们编写了这套《2007司法考试精神和体系》丛书，通过深度串讲，揭示法律知识背后的精神和价值，突出知识的联系、对比与区分，强化知识的关联性，构建知识的体系性。通过这种讲解，使有一定法律基础的考生对法律知识的掌握跃上一个更高台阶，轻松通过司法考试。

所谓法律的精神，不是具体法律制度本身，而是指具体法律制度之中包含的法的价值，是法的根本宗旨。这种宗旨在具体法律制度中通常并不直接显现出来，但它却指导着具体法律制度的展开和运行。本质上，法律的宗旨是一种法律理念或具体制度所坚持的法律原则，这种法律理念或原则是我们透过具体法律制度所真正追求的东西，是具体法律制度被运用后所要明确宣示、积极实现的东西。缺少了法律的价值和宗旨，具体法律制度就失去了灵魂，就变成了呆板、僵化的文字罗列，难以形成一个有机的法律制度群。从这个角度看，具体法律制度只是皮毛，在其背后隐藏着的法律的精神才是部门法的灵魂。如果在学习法律时不能抓住法律的精神，仅仅从具体法律制度到具体法律制度，我们会陷入表面化和舍本逐末的困境。

实践中我们经常发现，不少人尽管对一个部门法已学习了很长一段时间，表面上也掌握了不少具体法律知识，但一旦开始做题，往往仍难以准确定位试题里的关键问题所在，对问题难以进行有效分析；记住的法条很多，但就是不知道该怎么用，该把它们用在什么地方。造成这种现象的主要原因在于，只掌握了法律的皮毛，没有把握住它的宗旨，只记住了表述法律的文字，没有掌握文字背后蕴含的价值——法律的精神。离开法律的精神谈论具体法律知识本身，对法律的理解就只能停留在比较原始的只言片语和生搬硬套阶段，

不能在法律精神的指导下将具体知识连成一个整体,形成对法的价值、法的宗旨的根本性认识,不能以更深邃的眼光透视试题中的法律现象,揭示相关问题的实质,从而难以从本质上剖析相关法律现象、解决相关法律问题。由此,面对司法考试,我们需要掌握的不仅仅是具体法律知识,更重要的是掌握包含在具体法律知识之中的法律的精神,它是指导具体法律制度的灵魂。复习司法考试的关键,乃是透过具体法律知识洞察到相关的法律精神,进而在法律精神的统领下指导具体法律制度的运行。这样,我们才能得法律之要领,才能从容面对数以千万计的具体制度而不乱,才能面对复杂多变的试题而游刃有余,因为“万变不离其宗”。

民法作为一个大的部门法,包含以下以民法为例进行说明。近2000个法条,但这近2000个法条却只是围绕民法的四种精神展开,都是为贯彻和实现民法的这四种价值和宗旨服务的。民法的四种精神是:(1)平等主体性。不管是普通的人格权、身份权,还是与之相关的婚姻关系、继承关系、监护关系,不论是静态的物权关系,还是动态的债权关系,民法予以规范和调整的均是平等主体之间的关系。试题中如果出现非平等主体间的人身或财产关系,那肯定不是民法方面的问题。如果当事人以地位不平等的模式建立了一个民事法律关系,那这个民事法律关系一定是有瑕疵的。(2)意思自治性。行为人的意思直接决定着是否参与民事法律关系,以什么样的方式参与,和什么样的人参与,以何种程度参与,任何人对此均不得进行强迫,否则,该种行为就是有瑕疵的,它要么无效,要么可变更、可撤销。(3)诚实信用性。民法以整个社会的诚实信用为基础,仰赖行为人始终以诚实信用的方式参与民事法律关系。不诚实会导致欺诈,不守信用会导致违约,这些会造成行为人人力、财力的浪费,与社会发展奉行的经济、效益原则相违背,对此民法予以反对,并要求不诚实、不守信用者承担相应的法律责任。(4)公平交易性。不管当事人之间是利益一致的,还是存在利益冲突,从共生共存和谐发展的角度出发,民法倡导公平原则,否定乘人之危,排斥显失公平,规范重大误解,肯定情势变更……不管一道民法试题中的行为是什么样的民法行为,它必须服从上述的四种民法精神,如果背离了这些民法精神,则一定存在着违法之处,由此也一定会被民法否定,产生相应的民事责任。

这样,从民法的精神入手,我们就能从宏观上彻底把握到底什么是民法,能够深刻领会一系列民事法律知识所展现出来的民法的精神和灵魂。通过把握民法的精神,我们会发现,一个一个的民事法律制度规定的具体方向可能不同,但它们在本质上是统一的,都是围绕着民法的精神有机构建;每一个民事法律制度都是从民法的精神中派生出来,都实现着、展示着这些精神。实践中,如果当事人间的民事法律关系不符合民法的精神,违背了民法追求的价值和宗旨,那么它的法律效力就会存在瑕疵,它的履行或实现就会打上这样或那样的折扣。这样,在民法精神的指导下,面对具体民事法律纠纷或民法试题,我们就会快速准确地发现它们的根本问题所在,进而利用具体民事法律知识,有效解决纠纷或者答题。即使是最复杂、最疑难的民法试题,也概莫能外。比如2006年司法考试试卷三第1题,运用民法精神里的意思自治规则,我们可以有效排除D项。因为在通常情况下,一个人邀请另一个人去游泳,绝不意味着他有对另一个人的溺水死亡承担责任的意思,而后者接受前者的邀请,也并不意味着后者在接受邀请时有要求前者对自己的溺水而亡承担民事责任的意思。所以D项“甲应同事乙之邀前往某水库游泳,因抽筋溺水身亡”,如果在甲、乙之间产生民事责任,成立民事法律关系,就违背了民法意思自治的精神。由此,D项不

能成立民事法律关系。

谈到具体法律制度，又要涉及另外一个名词——法律的体系。所谓法律的体系，从外在形式看，指的是由具体法律知识联结成的一个有机的知识结构整体；从内在本质看，指的是具体法律知识相互结合融会贯通，实现法律的精神，体现法的价值宗旨，进而推动建立合法而不是非法的民事关系的动态过程。法律的体系是一个纽带，它将深层的法律的价值宗旨和外在的具体法律知识联系在一起，彼此关联，构成一个有机整体。法律的体系是一座桥梁，它让法律的价值之间、具体法律知识之间、法律的价值与具体法律知识之间相互沟通，相互影响，共同推进，展现出整体的系统的功能。缺少法律的体系，具体法律知识将是孤立的、零散的、支离破碎的。构建不出法律的体系，不管记住了多少具体法律知识，这些具体法律知识都将是一盘散沙，难以对之进行有机结合与灵活运用。

实践中，不少人经常会有这样的困惑：为什么把法条背得那么熟，一做题却仍感觉无从下手？导致这种现象的主要原因除了可能没有领会法律的精神外，另外一个原因就是孤立地看待法条、孤立地学习法条，不能站在法律体系的高度审视和对待具体法律制度，不能在法律体系的全局中摆正具体法律知识的位置，不能发现它们的联结点。其实，法律就是一张“网”，具体法律制度只不过是这张网上的一根线或一个点，单凭一根线或一个点，往往难以捆缚“猎物”，也肯定发挥不出一张网的“收放和捕获功能”。而只有将一根一根的线和一个一个的点定位下来，理清它们的联结关系，“网”才能得以形成。法律体系的建立过程，其实就是法律知识之网的结成过程。而只有形成了法律知识之网，我们才有能力将一道一道的试题作为“猎物”捆缚在我们的网中。

我们仍以民法为例，来看一下法律体系的功能。虽然民法包含的具体法律制度较多，但从体系的角度看，民法仅表现出三方面的特点：以民事法律关系为主线，以民事权利义务为核心，以民事责任为补充。

首先，民法以民事法律关系为主线。民事法律关系的产生、变更或终止，是民法得以发挥调节作用的基础，如果一个行为不能成立民事法律关系，民法将无用武之地。由此，彻底掌握民事法律关系的内容，判断是否形成了合法的民事法律关系，就成为学好民法的关键性前提，成为解答民法试题的基础。总体上看，民事法律关系包括三个方面的内容：第一，产生诱因（表现为民事法律事实）。它解决的是什么原因导致民事法律关系产生、变更或终止的问题。没有它的出现，不可能产生出具体的民事法律关系。民事法律关系的产生诱因表现为两种现象：其一是事件（与人的意志无关的现象），其二是行为（基于人的意志的现象）。第二，构成要素。它解决的是民事法律关系在结构上由哪几个部分组成的问题。没有适当的构成要素，民事法律关系也将不能产生。民事法律关系的构成要素有三个：其一是主体，即民事法律关系是由什么样的人参与的。它包括自然人、法人和其他组织。由此，自然人、法人并不是民法中的两个孤立章节，它们解决的实际上是什么样的人可以成为民事法律关系的主体问题。没有合格的主体，就不会存在合法的民事法律关系。其二是客体，即民事法律关系所指向的对象。它包括物、行为和智力成果。这就是我们在民法中大谈物的分类、行为的分类、智力成果的分类的原因，因为它们是民事法律关系的客体。没有它们，即使存在主体，民事法律关系也将无从建立或有效实现。其三是内容，即民事法律关系所包含的权利义务关系。它包括民事权利和民事义务两个部分。民事权利和民事义务让主体和客体相互关联，让民事法律关系最终落到实处。只有内容合法，

民事法律关系才能有效成立或实现。第三,表现形式。它解决的是民事法律关系以什么样的客观上可感知的形态表现出来的问题。如果没有具体的表现形式,民事法律关系就只能是一个抽象的概念,难以操作、难以规范。民事法律关系的表现形式可以从两个角度理解:其一是静态形式,表现为外在的呈现状态,即口头形式、书面形式等;其二是动态形式,表现为运动着的行为,即民事行为和事实行为,而民事行为又包括民事法律行为、可变更民事行为、效力待定民事行为、无效民事行为等。每一个具体的民事法律关系都由这三方面的内容构成,缺一不可,做任何一道试题我们首先都要仔细甄别这些民事法律关系的构成。

其次,民法以民事权利义务为核心。民法调整的是平等主体间的人身关系和财产关系,这种调整是以设定民事权利、明确民事义务的方式进行的。民事权利得以保护,民事义务得以履行,建立民事法律关系的目的也就实现了,当事人的法律纠纷也就解决了,利益追求也就实现了。民事权利包含多种类型,从宏观上看,主要包括人身权、物权、知识产权和债权。人身权是民事主体对自己的人身所享有的权利,物权是民事主体对自己的财产所享有的权利,知识产权是民事主体对自己的智力成果所享有的人身性权利与财产性权利的综合,债权是民事主体对自己的人身权、物权、知识产权遭受侵害或通过另一民事主体的约定而享有的权利。其中,人身权又包括人格权、身份权及其他相关权利,物权又包括所有权、用益物权和担保物权等,知识产权(著作权、专利权、商标权)又包括知识产权人身权和知识产权财产权,债权又包括侵权之债、合同之债、不当得利之债和无因管理之债。民法就是一部权利法,人身权、物权、知识产权和债权,不仅每一种都是一个系统,而且相互联系构成一个更大的民事权利系统,各项民事法律制度也正是以它们为中心具体展开。没有无权利的义务,也没有无义务的权利,不管在什么情况下,民事权利与民事义务总是相互制约、相伴相随的。对于民事义务,最典型的分类就是法定义务和约定义务两种。如果是侵权行为,它违反的就是法定义务;如果是违约行为,它违反的就是约定义务。在与民事权利的对应过程中,民事义务要么表现为积极的作为,要么表现为消极的不作为,但不管怎样,只有通过民事义务的履行,民事权利才能真正实现。所以,换一个角度,我们也可以说,民法也是一部义务法。民法,就是在一系列的民事权利和民事义务的交织转化中运行发展的。具体到一道民法试题里,是否产生了民事权利,产生了何种民事权利,是否形成了民事义务,形成了何种民事义务,都是我们在做题前需要考虑的。

再次,民法以民事责任为补充。民事责任的补充作用是相对于民事权利义务的核心地位而言的,体现为民法对不履行或不适当履行民事义务行为的补救甚或惩罚。仅仅明确民事权利和民事义务是不够的,为了确保民事权利的实现、民事义务的履行,规定具有强制执行力的违反民事义务的民事责任是非常必要的。民事责任在类型上主要包括财产责任与非财产责任,无限责任与有限责任,按份责任、连带责任与补充赔偿责任,过错责任、无过错责任与公平责任等。因为有了民事责任的规制和震慑,大部分民事义务才得以顺利履行,相对人的民事权利才得到完整彻底的保护。当然,只有在民事义务被非正常履行的情况下,民事责任才会从幕后走向前台。通常,它只是处于“休眠”的状态之下。与民事责任紧密关联的还有一个重要的民事制度——诉讼时效问题。诉讼时效影响和制约着民事权利的实现和运行。“法律不保护权利的睡眠人”,如果权利人任由他的权利处于睡眠状态,那么经过一定的期间后,相关权利将不能得到法律的强制性保护。由此,民事责任实际上

就是在我们确认当事人的一个行为成立了合法的民事法律关系，形成了相应的民事权利，违背了相应的民事义务后应承担的法律后果，一个正常履行的民事法律关系是不可能产生民事责任的。而民法试题中考得比较多的也是民事责任的承担问题。

通过这样的分析，我们会发现，民法的具体知识虽然很多，但它们并不是彼此分离的；它们是一个整体，是一个体系；它们为民事法律关系的主线所贯穿，服务于民事权利义务这个中心，再经由民事责任进行补充，从而形成一个完整的民法制度整体。在这个整体中，人身与财产相关联，主体与客体相关联，权利与义务相关联，行为与责任相关联，各具体制度环环相扣，虽相互独立但却彼此依存，共同构成民法的整体知识群。在这里，通过建立体系，我们把民法构建成了一张网，具体法律知识被放在了网中央。这样在做民法试题时，虽然我们仍可能简单地用到具体法律制度，但我们更多的时候应该是将具体法律制度放在民法体系这张网中，通过主体、客体，权利、义务，行为、责任等的综合性分析，对试题本身的法律问题进行层层分解，全方位剖析，这样试题中包含的种种民事法律关系就会随着这张网的展开而暴露无遗。通过这张网，我们会发现，所谓复杂疑难的民法试题，只不过是多包含了几层民事法律关系，多涵盖了几种不同的民事权利、民事义务，多涉及了几种不同的民事责任，而不管多么复杂的民事法律纠纷，其实质仍然是主体、客体，权利、义务，行为、责任等的交织。由此我们可以说，只要有了民法体系这张网，应对民法问题，足矣！

还以2006年司法考试试卷三第1题为例，领会了这里民法体系的第一个分支——民事法律关系的构成，就可以有效解决其他三个选项。只要掌握了民事法律关系的成立必须要具有民事权利和民事义务的内容，就可以排除A项和B项。因为A项“甲与乙约定某日商谈合作开发房地产事宜”只是约定要商谈，可能谈成，也可能谈不成，在约定商谈时根本没有任何的合作开发方面的民事权利义务产生，不具备构成民事法律关系的要素，没有形成民事法律关系。B项“甲对乙说：如果你考上研究生，我就嫁给你”表面上看好像形成了民事权利义务关系，但实际上则不然。因为如果民事权利义务关系成立，那就有了法律强制保护、强制履行的效力，但由于婚姻自由，即使将来乙考上研究生而甲不嫁给乙，甲也不受法律的强制执行必须要嫁，乙也不能享有强制娶甲的权利。由此，B项中并不存在所谓的民事权利与民事义务，不能成立民事法律关系。C项“甲不知乙不胜酒力而极力劝酒，致乙酒精中毒住院治疗”，甲对乙的酒精中毒有过错，他应当预见到一个人的酒量是有限的而没有预见到，依法应承担侵权责任，二人间的赔偿的民事权利和民事义务明确，成立民事法律关系。

基于上述的思考、构想和期望，便有了读者面前的这套《2007司法考试精神和体系》丛书。

本套书对所有部门法进行精深串讲，重点考点难点全面系统突破。本套书分成四本：《民商法的精神和体系》、《刑法·法理学·法制史的精神和体系》、《诉讼法·经济法的精神和体系》、《宪法·行政法·国际法的精神和体系》。每本书以部门法为单位分成两块内容进行讲解。首先，是部门法精神和体系，从宏观上精练介绍指导该部门法建立的最基本、最重要的法的价值和宗旨，用图表的方式勾勒出该部门法详细的知识结构体系。其次，以专题为单位从微观上对部门法重点考点进行精深讲解。每个专题包含五个部分：（1）知识体系构建：用图表的形式勾勒出该专题更具体的知识结构体系；（2）重点问题思

考：通过两个以上的问题启发大家对该专题重点考点进行思考和分析；（3）考查方向提示：提示和总结该专题知识在历年试题中的考查规律和考查重点，明确考查方向；（4）重点考点串讲：以重点考点为中心对该专题知识进行深度串讲，凸现法的价值和宗旨，加强联系、对比和区分，对重点考点实施连环式案例训练与突破；（5）重点法条归纳：突出该专题重点考点知识与法条规定的有机结合。五部分内容由总到分，再由分到总，由深入浅，再由浅入深，从宏观入手构建知识体系，强化知识的系统性、关联性，从微观入手深度挖掘，强化纵横比较，加强知识的联系和区分，凸现法的精神，辅之以连环案例的层层推进，从而帮助有一定法律基础的考生形成和强化对考试所涉法律知识更加高屋建瓴的认识，促进阶段性提升，实现跨越式推进，以轻松通过司法考试。

本书使用过程中如有疑问，请登录亿则司法研究中心网站“司考释疑”版块咨询，网址 www.chinayize.com。

通过对人类法律发展历史和法治实践的分析，我们可以发现：法律，并不仅仅是一种强制性制度，也不只是一种实现公平与正义的简单力量。法律是一种信仰。发挥出这种信仰的力量，我们的经济将发展得更快，我们的社会生活将会更加和谐，我们中华民族这朵弥久的智慧之花也将会开放得更加鲜艳明亮。由此，我想到了我们法律人应当具有的精神，想到了我们法律人的责任。时代的发展和民族的振兴要求我们将崇高的法治理想上升为民众普遍的法治信念，将内心的法治追求转化为外在的法治实践。让我们勇往而无畏，大步向前！

张能宝

2007年1月于北京

目 录

上篇	刑法的精神和体系	1
专题一	刑法的基本原则	4
专题二	刑法的适用范围	9
专题三	犯罪构成	15
专题四	正当行为	47
专题五	故意犯罪的停止形态	59
专题六	共同犯罪	75
专题七	一罪与数罪	91
专题八	刑罚论	103
专题九	危害公共安全罪	155
专题十	破坏社会主义市场经济秩序罪	176
专题十一	侵犯公民人身权利、民主权利罪	231
专题十二	侵犯财产罪	259
专题十三	妨害社会管理秩序罪	281
专题十四	贪污贿赂罪	324
专题十五	渎职罪	352
中篇	法理学的精神和体系	363
专题一	法的基本概念之一：法的定义	366
专题二	法的基本概念之二：法的要素	369
专题三	法的基本概念之三：法的渊源与分类	374
专题四	法的基本概念之四：法的效力	378
专题五	法的基本概念之五：法律体系	381
专题六	法的基本概念之六：法律关系	383
专题七	法的基本概念之七：法律责任	390
专题八	法的起源	395
专题九	法的历史类型	398
专题十	法的继承与移植	401
专题十一	法的传统	404
专题十二	法的现代化	408



专题十三	法治	411
专题十四	法的作用	414
专题十五	法的价值	418
专题十六	法的创制（立法）	422
专题十七	法的实施	427
专题十八	法律解释与法律推理	433
专题十九	法与社会之一：法与经济	438
专题二十	法与社会之二：法与政治	442
专题二十一	法与社会之三：法与其他社会规范	446
专题二十二	法与社会之四：法与人权	450
下篇	法制史的精神和体系	453
	外国法制史的精神与体系	455
专题一	罗马法	456
专题二	英美法系	460
专题三	大陆法系	463
专题四	两大法系的综合比较	467
专题五	各国宪法制度比较	469
专题六	各国司法制度的比较	472
专题七	《法国民法典》与《德国民法典》的比较	475
	中国法制史的精神与体系	477
专题一	中国古代法律思想的源头——西周时期的法律思想	478
专题二	中国古代的法典及其沿革	481
专题三	中国古代刑法适用原则的变化	487
专题四	中国古代罪名的发展变化	491
专题五	中国古代的刑罚发展变化	494
专题六	中国古代的契约、婚姻与继承	498
专题七	中国古代的诉讼制度	501
专题八	中国古代司法机关的变化	505
专题九	中国古代其他法律制度	508
专题十	清末预备立宪和清末修律	511
专题十一	民国时期的宪法	515
后记		519

上篇 刑法的精神和体系

刑法是关于犯罪、刑事责任与刑罚的法律，其基本内容就是规定怎样的行为是犯罪及应予以怎样的刑罚。现代刑法既是保护社会的法律，又是保障人权的法律，其既具有法益保护的机能，又具有保障自由的机能。这一点鲜明地体现在刑法的基本原则——罪刑法定原则上。罪刑法定原则要求法律没有明文规定为犯罪行为的，不得定罪处刑；法律明文规定为犯罪行为的，必须依法定罪处刑；犯罪与刑罚都要由法律预先明确规定。罪刑法定原则使刑法成为国家与公民之间的契约，公民应当在法律的界限内活动，国家也不得逾越法律的界限对无罪的公民进行非法追究或者对有罪的公民滥施刑罚。

刑法的体系围绕罪刑法定原则展开：只有罪与刑都法定，刑法才能既通过惩罚犯罪保护社会，又通过限制国家刑罚权保障人权，包括保护犯罪人的合法权益。刑法的内容分为两大部分：犯罪论与刑罚论。犯罪论规定犯罪的构成要件，包括犯罪成立的积极要件与消极要件。积极要件就是犯罪构成的四个要件：犯罪客体、犯罪主体、犯罪主观要件、犯罪客观要件。消极要件就是正当行为，包括正当防卫、紧急避险、法令行为、业务行为、被害人的承诺、推定的被害人的承诺等。犯罪的典型形态是一个犯罪主体实施一个犯罪行为，侵犯一个犯罪客体，构成一罪，犯罪既遂。犯罪还存在非典型形态，这就是未完成形态、共同犯罪形态和数罪形态，这三部分内容也是犯罪论的重要组成部分。要掌握犯罪论，最重要的是要把握“主客观相一致原则”，无论是对犯罪是否成立的认定、共同犯罪的认定还是犯罪未完成形态的认定都离不开这个原则。

根据刑罚的运行过程可以将刑罚论分为四个部分：刑罚的概念、目的、体系，刑罚的裁量制度，刑罚的执行制度，刑罚的消灭制度。现代刑法认为刑罚虽然直接体现为惩罚犯罪，但其最终目的是改造犯罪人，预防犯罪。因此，我国刑法确立了“罪刑相适应”的量刑原则。它要求刑罚既要与犯罪人的罪行相适应，还要与犯罪人应承担的刑事责任相适应，在量刑时必须兼顾行为的社会危害性与行为人的危险人身危险性。未成年人从轻处罚的制度、自首制度、立功制度、减刑制度等都是这一量刑原则的反映。

刑法总则对犯罪、刑事责任和刑罚作出一般性规定，刑法分则对各类、各种犯罪的刑事责任和刑罚作出具体规定。我国刑法分则以犯罪的同类客体为标准将犯罪分为十大类，即刑法分则的十章。分则的第三章和第六章章下分节，可以看出这些章规定的犯罪存在次一层次的同类客体，其他章虽然没有明确分节，但其实也是按次一层次的同类客体排列的。例如，第二章“危害公共安全罪”就可以分为以危险方法危害公共安全的犯罪，破坏

公用工具、设施危害公共安全的犯罪，实施恐怖、危险活动危害公共安全的犯罪，违反枪支、弹药管理规定的犯罪和重大责任事故类犯罪。掌握这些次一层次的同类客体，就掌握了这一类犯罪的主要特征。例如，刑法分则第三章“破坏社会主义市场经济秩序罪”的第四节是“破坏金融管理秩序罪”，第五节是“金融诈骗罪”，那么第四节的犯罪都不具有非法占有目的，第五节的犯罪都具有非法占有目的。掌握了这一特征，我们就很容易掌握贷款诈骗罪与高利转贷罪的区别、集资诈骗罪与非法吸收公众存款罪的区别。

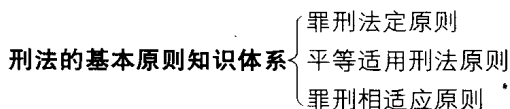
刑法条文虽然繁多，但其实相对简单，因为刑法毕竟只有一部系统的法律，比起民法、经济法这些有若干部单行法律的部门法来，其实已经好了很多。俗话说“站得高才能看得远”，只有从刑法的精神和体系这个更高的层次来掌握刑法，才能获得事半功倍的效果。在开始学习前对刑法的体系就“胸有成竹”，再在学习中逐渐添加相关的知识点，不但可以将知识点记忆得更准确，而且可以做到触类旁通。只有掌握了刑法的精神与体系，才能化繁为简，透过现象看到本质，从而学习得更为轻松，掌握得更为透彻！

刑法的知识总体系	总则	基本原则	基本原则：罪刑法定原则、平等适用刑法原则、罪刑相适应原则
			刑法的适用范围：空间效力、时间效力
			犯罪构成：犯罪客体、犯罪主体、犯罪主观要件、犯罪客观要件
			排除犯罪性的行为：正当防卫、紧急避险、其他正当行为
			故意犯罪的未完成形态：预备、未遂、中止
			共同犯罪：共同犯罪的成立、共犯的种类及刑事责任
			一罪与数罪：罪数判断标准、实质的一罪、法定的一罪、处断的一罪
			刑罚的体系：五种主刑、四种附加刑
			刑罚的裁量：自首、立功、累犯、数罪并罚、缓刑
			刑罚的执行：减刑、假释
	分则	犯罪论	刑罚的消灭：诉讼时效
			危害公共安全罪：以危险方法危害公共安全的犯罪辨析，破坏公用工具、设施危害公共安全的犯罪辨析，实施恐怖、危险活动危害公共安全的犯罪辨析，违反枪支、弹药管理规定的犯罪辨析，交通肇事罪、重大责任事故类犯罪辨析
			破坏社会主义市场经济秩序罪：生产、销售伪劣商品犯罪辨析，走私犯罪辨析，妨害对公司、企业的管理秩序犯罪辨析，破坏金融管理秩序犯罪辨析，金融诈骗犯罪辨析，危害税收征管犯罪辨析，侵犯知识产权犯罪辨析，扰乱市场秩序犯罪辨析
			侵犯公民人身权利、民主权利罪：侵犯生命、健康权利的犯罪辨析，侵犯妇女、儿童的合法权利的犯罪辨析，非法拘禁罪与绑架罪辨析，侮辱罪与诽谤罪、强制猥亵、侮辱妇女罪辨析，侵犯公民民主权利犯罪辨析，侵犯公民婚姻家庭权利的犯罪辨析
			侵犯财产罪：抢劫罪、盗窃罪、诈骗罪、抢夺罪、侵占罪、职务侵占罪、敲诈勒索罪
			妨害社会管理秩序罪：扰乱公共秩序犯罪辨析，妨害司法犯罪辨析，妨害国（边）境管理犯罪辨析，妨害文物管理犯罪辨析，危害公共卫生犯罪辨析，破坏环境资源保护犯罪辨析，毒品犯罪辨析，组织、强迫、引诱、容留、介绍卖淫罪辨析，制作、贩卖、传播淫秽物品犯罪辨析
			贪污贿赂罪：贪污罪、挪用公款罪、贿赂犯罪辨析
			渎职罪：渎职罪的主体，一般国家机关工作人员的渎职犯罪辨析，特定部门工作人员的渎职犯罪辨析

专题一

刑法的基本原则

知识体系构建



重点问题思考

为了验证“笨狗熊”的说法能否成立，大学生刘某先后两次把掺有火碱、硫酸的饮料，倒在了动物园饲养的狗熊身上和嘴里，造成3只黑熊、1只马来熊和1只棕熊受到不同程度的严重伤害。上述三种动物被《濒危野生动植物种国际贸易公约》列为国际一级保护动物。

(1) 刘某伤熊案发生后，各界对该案的定性争议很大。事件刚刚发生时，几乎所有的人都认为刘某的行为构成“非法猎捕、杀害珍贵、濒危野生动物罪”。这种看法是否正确？为什么？

【答案】 这种看法不对。因为刘某的行为既不属于猎捕，也不属于杀害，动物园的熊虽然是国际一级保护动物，但不是野生动物。根据罪刑法定原则，刘某不构成此罪。

(2) 那么，从刑法的规定来看，刘某的行为和非法猎捕、杀害珍贵、濒危野生动物行为最相类似，能否把“猎捕、杀害”扩大解释为包括“伤害”，把“野生动物”扩大解释为包括“圈养动物”？

【答案】 不能。这样的解释超出了人们的预测可能性，属于类推解释。法律禁止有罪类推，这样解释是违反罪刑法定原则的。

(3) 有学者提出对刘某的行为应当以“故意毁坏财物罪”论处，因为熊是动物园的财物。有人则表示反对，认为财物只能是无生命的物体。某报纸则报道说，某法学教师认为将刘某按照“破坏生产经营罪”处理比较合适，在一片“喊打”声中，也有少数人表示了不同意见。某法学教授认为，“刑法上的伤害、虐待都是针对人的，而非动物。按照罪刑法定原则，这里确实存在法律空白。”请问，对于刘某的行为，法律是否有空白？能否以故意毁坏财物罪定罪？

【答案】 刘某的行为的实质是虐待动物、伤害动物，从这一点来看，法律确实存在空白，我国刑法没有规定虐待动物罪和伤害动物罪。但是，刘某的虐待、伤害行为同时损害了熊的身体健康。熊作为动物园的财产，其健康受损给动物园造成了财产损失。因此，对刘某可以以“故意毁坏财物罪”追究刑事责任。

法院判决被告人刘某犯故意毁坏财物罪，免于刑事处罚。

这样的定罪其实是有些尴尬的。该案之所以引起人们的巨大关注，就是因为行为人残忍地伤害了有生命的动物，但最终却以“故意毁坏财物罪”定罪。这说明我国刑法在动物

保护的立法上确实存在缺陷。但在法律有缺陷时，不能为了获得实质的公正而类推解释法律，只能在法律的框架之内定罪处刑。依据现行法律，只有以故意毁坏财物罪定罪才符合罪刑法定原则。

▣ 考查方向提示

刑法的基本原则是刑法精神的体现。要掌握刑法，必须先掌握刑法的基本原则。

刑法的基本原则是指刑法本身所具有的，贯穿于刑法始终的，具有全局性、根本性的准则。基本原则具有刚性的约束作用，违反基本原则的定罪、量刑都是错误的。

刑法的基本原则有三个：罪刑法定原则、平等适用刑法原则、罪刑相适应原则。近年的司法考试加强了对基本原则的考查，开始考一些较为深入的理论问题，对这一趋势应当予以重视。

需要注意的是，“主客观相统一原则”也是一个很重要的刑法原则。它要求我们在对一个行为进行评价时，既不能只看主观要素，也不能只看客观要素，而应当把二者结合起来。在定罪上，尤需强调这一原则，我们经常说的“反对客观归罪”、“反对主观归罪”都是这一原则的体现。虽然它没有被明文规定在刑法中，不属于法定的基本原则，但大家一定要掌握这一原则。

▣ 重点考点串讲

第一款 罪刑法定原则

罪刑法定原则是刑法最重要的原则，其经典表述是“法无明文规定不为罪，法无明文规定不处罚”。它要求犯罪与刑罚都要事先由法律明确规定。对本原则首先要掌握法律没有明文规定为犯罪的行为，无论社会危害性多么严重，都不得定罪处罚；其次要掌握其派生原则：禁止习惯法、禁止绝对不定期刑、禁止有罪类推、禁止重法溯及既往。

需要注意的是对派生原则的限制：不是彻底禁止不定期刑，而是禁止绝对的不定期刑；不是禁止一切类推，而是禁止有罪类推；不是禁止一切法律溯及既往，而是禁止重法溯及既往。这三个限制说明罪刑法定原则的思想基础是民主与自由。罪刑法定原则是保障公民人权的原則。

例 1 李某 1998 年因为盗窃罪被判处有期徒刑 3 年，2000 年出狱。2004 年 3 月，李某又因抢劫罪被公诉。因为李某是第二次犯罪，法院准备对李某的抢劫罪从重处罚。

(1) 请问法院这样做是否合法？

【答案】 法院这样做合法，其法律依据是《刑法》第 65 条关于对累犯从重处罚的规定。

(2) 李某的盗窃罪已经执行完毕，这样从重处罚是否是对盗窃罪的重复处罚？

【答案】 这不属于重复处罚。法院仅是对累犯所犯的新罪在新罪的法定刑幅度内从重处罚，并没有再次处罚盗窃罪。对累犯从重处罚的理由在于：罪刑相适应原则是刑法的基本原则，根据该原则，刑罚不仅要和罪犯的罪行相适应，还要和罪犯的人身危险性相适应。李某在刑满释放后 5 年内再次犯罪，说明其人身危险性比较大，必须给予较重的处罚才能起到预防其再次犯罪的作用。

例2 关于罪刑法定原则及其内容，下列哪一选项是正确的？

- A. 罪刑法定原则禁止类推解释与扩大解释，但不禁止有利于被告人的类推解释
- B. 罪刑法定原则禁止司法机关进行类推解释，但不禁止立法机关进行类推解释
- C. 罪刑法定原则禁止适用不利于行为人的事后法，但不禁止适用有利于行为人的事后法
- D. 罪刑法定原则要求刑法规范的明确性，但不排斥（不明确的）规范的构成要件要素

【答案】 C。本题理论性较强，涉及很多理论术语。本题主要考查了罪刑法定原则内容的变迁。罪刑法定原则从产生至今，内容发生了很大变化。包括：①产生了明确性原则；②允许有利于被告的类推解释；③允许有利于被告的溯及既往；④允许法定刑的相对不定期。

选项A前半句话是错误的。现代罪刑法定原则禁止类推解释（有利于被告的类推解释例外），但不禁止扩大解释。如何区分扩大解释和类推解释一直是刑事司法实践和理论研究中的难题。通说认为，扩大解释就是不超过公民预测可能性、体现法律真实含义的解释，类推解释则是超出公民预测可能性的解释。

选项B显然是错误的。罪刑法定原则并不仅仅是约束司法机关的原则，立法机关也要受其约束。

选项C是正确的，这就是刑法在溯及力问题上的“从旧兼从轻原则”。

选项D是错误的。刑法规范的明确性是指规定犯罪的法律条文必须清楚明确，使人能准确地了解罪与非罪、此罪与彼罪的界限。规范的构成要件要素是指需要法官通过规范的、评价的价值判断才能认定的要素，例如“猥亵”、“情节严重”等。由于其需要法官的主观评价，所以有一种观点认为这种构成要件要素都是不明确的，因此认为“罪刑法定原则要求刑法规范的明确性，但不排斥（不明确的）规范的构成要件要素”。这是错误的，规范的构成要件要素并不是不明确的，恰恰相反，它们也都是明确的。如果一个规范的构成要件要素是不明确的，它同样不符合罪刑法定原则的要求，应该被废除。所以刑法规范的明确性和规范的构成要件要素之间并不是对立的关系，选项D错误。

重点法条归纳

《刑法》

第三条 法律明文规定为犯罪行为的，依照法律定罪处刑；法律没有明文规定为犯罪行为的，不得定罪处刑。

第二款 平等适用刑法原则

法律面前人人平等是我国宪法确立的社会主义法治的基本原则。它是指适用法律平等，而不是指立法平等。

平等适用刑法包括平等地保护所有人的合法权益，平等地追究所有犯罪的人的刑事责任。平等适用刑法体现在刑事司法的各个方面，它包括定罪平等、量刑平等和行刑平等。

例 大学生刘某伤熊案件发生后，社会各界议论纷纷，很多人认为应该从重处罚刘某。但是，人民法院判决被告人刘某犯故意毁坏财物罪，免于刑事处罚。