

2009年法律硕士联考

最新试题分析及考点解析

(含5年命题精脉和题型要义)

主编 曾宪义 韩大元



 中国人民大学出版社

D920.4/22

:2009

2008

2009年法律硕士联考 最新试题分析及考点解析

主编 曾宪义 韩大元

 中国人民大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

2009 年法律硕士联考最新试题分析及考点解析/曾宪义, 韩大元主编. 3 版

北京: 中国人民大学出版社, 2008

ISBN 978-7-300-07228-9

I. 2...

II. ①曾...②韩...

III. 法律-研究生-入学考试-自学参考资料

IV. D9

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 056401 号

2009 年法律硕士联考最新试题分析及考点解析

主编 曾宪义 韩大元

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	2006 年 6 月第 1 版 2008 年 5 月第 3 版
印 张	22.25	印 次	2008 年 5 月第 1 次印刷
印 数	507 000	定 价	38.00 元

版权所有 侵权必究 印装差错 负责调换



目 录

5 年 (2004~2008 年) 考点解析——命题精脉和题型要义	1
第一部分 刑法学	3
第二部分 民法学	27
第三部分 法理学	48
第四部分 中国宪法学	64
第五部分 中国法制史	77
 最新试题分析及经典试题回放	 89
第一部分 刑法学	91
第二部分 民法学	171
第三部分 法理学	234
第四部分 中国宪法学	278
第五部分 中国法制史	319

5年（2004~2008年）考点解析 ——命题精脉和题型要义

为了帮助考生掌握各学科的备考方向，本书拟将各学科的命题要点和基本命题规律以精要的形式进行概括，供考生参考。

本综述分为五部分，每一部分又从命题精脉和题型要义两个方面来阐述，其中，命题精脉主要是针对选择题的命题要点展开的评述，同时兼顾其他题型的命题要点；题型要义主要是针对其他题型展开的评述。命题要点精炼、简洁、针对性强，能够帮助考生把握命题方向，进行有针对性的复习。

第一部分 刑法学

如果我们将刑法学的内容按体例区分, 2004~2008 年法律硕士考试中, 刑法总论考了 219 分, 刑法各论考了 156 分。具体而言, 各个部分的考试分值分别为: 刑法论 (13 分)、犯罪构成 (37 分)、正当防卫和紧急避险 (7 分)、故意犯罪的停止形态 (28 分)、共同犯罪 (40 分)、一罪与数罪 (11 分)、刑罚论概述 (26 分)、量刑 (48 分)、刑罚执行和消灭 (13 分)、各论概述 (1 分)、危害国家安全罪 (2 分)、危害公共安全罪 (17 分)、破坏社会主义市场经济秩序罪 (14 分)、侵犯公民人身权利民主权利罪 (41 分)、侵犯财产罪 (51 分)、妨害社会管理秩序罪 (6 分)、贪污贿赂罪 (12 分)、渎职罪 (2 分)。综合 5 年的考试情况, 出题频率最高的内容分别为: 侵犯财产罪、量刑、共同犯罪、侵犯公民人身权利、民主权利罪和犯罪构成, 这五部分内容占 5 年考查分值的 61%。

一、命题精脉

(一) 总论

1. 刑法论

本部分一般以选择题形式对考生进行考查, 2008 年考试辨析题中“见危不救罪”还涉及罪刑法定原则。本部分命题要点一般集中在罪刑法定原则和刑法的效力范围上, 刑法的概念、任务、特征、体系等内容, 并非考查的重点。就选择题而言, 命题要点包括: (1) 刑法解释包括立法解释、司法解释和学理解释。(2) 刑法基本原则包括罪刑法定原则、适用刑法人人平等原则和罪责刑相适应原则三项。其中, 罪刑法定原则考查频率最高, 其他两项原则很少考查。罪刑法定原则要求法律适用要从旧兼从轻, 行为后法律仅在其处罚较轻时适用。禁用习惯法、判例法、类推、重法溯及既往、不明确罪状以及不确定刑

罚。(3) 刑法空间效力包括属地原则、属人原则、保护原则和普遍原则。我国采属地原则为主, 其他原则为补充的综合性原则。注意: 1) 熟记《刑法》第 8~10 条的规定。2) 将各类管辖内容区分开。(4) 刑法的溯及力采用从旧兼从轻原则。从旧为主, 从轻是例外, 在新旧刑法规定一致时, 应当适用旧法, 即刑法不溯及既往, 除非新法对犯罪人有利, 即不认为是犯罪或者处刑较轻。

2. 犯罪构成

(1) 犯罪的概念和特征。本部分至今尚未命题。选择题的命题要点仅限于犯罪的最基本特征, 而其他特征则很少考查。在犯罪特征中, 行为的社会危害性是犯罪的最基本特征。

(2) 犯罪构成。本部分选择题的命题要点一般集中在犯罪构成要素和犯罪构成类别的判定上。对于犯罪的构成要素, 一般也仅限于掌握犯罪构成包括的构成要素, 对构成要素的具体内容则很少考查。本部分命题要点包括: 1) 犯罪构成包括主体、主观方面、客体和客观方面四要素。其中, 犯罪客体揭示了犯罪的实质特征, 因而是决定犯罪社会危害性的首要因素。2) 基本犯罪构成(基本由刑法分则规定)和修正犯罪构成(刑法总则修正规定, 包括故意犯罪停止形态的修正和共同犯罪形态的修正)。如强奸罪为分则规定的标准犯罪构成, 但强奸未遂之“未遂”则为总则规定的修正犯罪构成。3) 标准犯罪构成(条文对普通危害行为所规定的犯罪构成)和派生犯罪构成(以普通犯罪构成为基础形成的加重或减轻的犯罪构成)。如“以勒索财物为目的”为绑架罪的标准犯罪构成, “杀害被绑架人的, 处死刑”为派生犯罪构成之加重犯罪构成。

(3) 犯罪客体。犯罪客体分为一般客体、同类客体和直接客体。直接客体又分为简单客体和复杂客体。在上述客体类型

中, 考试中选择题的命题要点一般集中在同类客体上, 对于其他类型的客体则很少考查。本部分命题要点为: 在犯罪客体类型中, 同类客体是刑法分则对犯罪分类的主要根据, 其最显著的作用就是以此构建刑法分则体系。

(4) 犯罪客观方面。本部分选择题的命题要点一般集中在危害行为部分, 而危害行为中又以不作为为考查频率最高, 在 2008 年考试中, 以辨析题的形式对不作为进行了考查。危害结果、刑法上的因果关系以及犯罪的时间、地点和方法等并非考查的重点内容。就选择题而言, 命题要点包括: 1) 犯罪客观方面的要素包括危害行为、行为对象、危害结果以及犯罪的时间、地点、方法等。其中, 危害行为为必要要素, 其余为选择要素。2) 危害行为。①分为作为和不作为。考试中一般考查不作为。②构成不作为犯的前提条件。行为人负有某种特定义务且能够履行该义务, 如果不履行该特定义务, 就会造成或者可能造成危害结果。如果行为人不负有实施某种特定义务的行为, 即便造成危害结果, 也不构成犯罪。③不作为的义务来源包括法律明文规定的义务、职务或者业务要求的义务、合法行为引起的义务和先行行为引起的义务。④纯正的不作为犯和不纯正的不作为犯。前者是只能由不作为的形式实现的犯罪, 如遗弃罪。后者是可以由作为也可以由不作为实现, 但行为人却以不作为的形式实现的犯罪。如故意杀人罪, 可以作为形式实现; 若以不作为形式实现, 则构成不纯正的不作为犯。

(5) 犯罪主体。本部分为考查的重点内容, 其命题特点是考查频率高、考查的知识点分散, 除法条分析题外, 考查方式涉及各类题型, 案例题往往结合刑法分则综合出题。就选择题而言, 命题要点包括: 1) 一般主体和特殊主体。特殊主体只是针对该犯罪的单独实行犯而言, 教唆犯和帮

助犯不受特殊主体身份的限制。具有特殊身份的人和不具有特殊身份的人共同犯罪的,按照有特殊身份的人构成的犯罪定罪处罚。如行为人与国家工作人员实施贪污罪的,以贪污罪共犯论处。行为人与公司、企业或其他单位人员勾结实施职务侵占罪的,以职务侵占罪共犯论处。公司、企业或其他单位中,不具有国家工作人员身份的人与国家工作人员勾结,分别利用职务便利,共同将本单位财物非法占为己有的,按照主犯的犯罪性质定罪。

2) 刑事责任能力。

① 精神状态对刑事责任能力的影响。精神病人在不能辨认或者不能控制自己行为的时候造成危害结果的,经法定程序鉴定确认,不负刑事责任;间歇性精神病人在精神正常的时候犯罪,应当负刑事责任;尚未完全丧失辨认或者控制自己行为能力的精神病人犯罪的,应当负刑事责任,但可以从轻或者减轻处罚;醉酒的人犯罪,应当负刑事责任。

② 刑事责任年龄。不满 14 周岁的人,完全不负刑事责任,若教唆不满 14 周岁未成年人犯罪的,系间接正犯,应依其所犯之罪从重处罚;已满 14 周岁,只对故意杀人、故意伤害致人重伤或者死亡、强奸、抢劫、贩卖毒品、放火、爆炸、投放危险物质罪负刑事责任;已满 16 周岁的人,对一切犯罪行为负刑事责任;已满 14 周岁不满 18 周岁的人犯罪,应当从轻或者减轻处罚;已满 14 周岁不满 18 周岁的人盗窃未遂或者中止的,可以不认为是犯罪;已满 16 周岁不满 18 周岁的人盗窃自己家庭或者近亲属财物的,或者盗窃其他亲属财物但其他亲属要求不予追究的,可以不按犯罪处理;对已满 14 周岁不满 16 周岁的人犯罪一般不判处无期徒刑;除刑法规定应当附加剥夺政治权利外,对未成年人犯罪一般不判处附加剥夺政治权利;未成年人犯可以并处没收财产或者罚金的犯罪,一般不判处财产刑。

③ 又聋又哑的人或者盲人犯罪,可以从

轻、减轻或者免除处罚。

3) 单位犯罪。

① 如果个人为进行违法犯罪活动而设立的公司、企业、事业单位实施犯罪的,或者公司、企业、事业单位设立后,以实施犯罪为主要活动的,不以单位犯罪论处。盗用单位名义实施犯罪,违法所得由实施单位犯罪的个人私分的,依照刑法有关自然人犯罪的规定定罪处罚。

② 处罚原则。双罚制为原则,单罚制为例外,即单位犯罪的,对单位判处罚金,并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员判处刑罚,刑法分则和其他法律有规定的,依照规定(强迫职工劳动罪、违规披露、不披露重要信息罪、妨害清算罪等少数几种为单罚制)。

(6) 犯罪主观方面。本部分为考查的重点内容,其命题特点是考查频率高、题型广,除了法条分析题外,可以出各类题型,特别是在 2006 年考试中,还以案例题的形式对属于同一法律性质的对象认识发生错误后,应当如何定罪量刑进行了考查。本部分命题要点一般围绕着犯罪各类主观形态的区分和认识错误的定性对考生进行考查。因此,区分直接故意、间接故意、过于自信的过失和疏忽大意的过失以及掌握行为人认识错误对罪行的影响等内容是考生顺利作答选择题的关键。至于本部分其他内容,诸如犯罪动机、目的、意外事件等,考查频率较低。就选择题而言,命题要点包括:

1) 犯罪主观方面的要素包括故意、过失、目的、动机等。其中,故意和过失为必要要素。

2) 罪过。只要行为人有主观的故意或者过失,就有罪过,就应当对损害负刑事责任。故意和过失为罪过形式。我国采取罪过责任原则。但坚持罪过责任原则,并不意味着反对“主观归罪”。

3) 无罪过事件包括意外事件和不可抗力两种。行为在客观上造成了损害结果,但不是出于故意或者过失,而是由于不能抗拒或者不能预见的原因引起的,不是犯

罪。4) 故意和过失。故意分为直接故意和间接故意, 过失分为疏忽大意的过失和过于自信的过失。对于故意犯罪, 行为人应当负刑事责任; 对于过失犯罪, 法律有规定的才负刑事责任, 即只有在造成法定损害结果时才处罚过失行为。判断行为人的犯罪心理状态为选择题常考的知识点, 对此总结如下: 行为人认识到必然性, 又实施行为, 为直接故意(希望发生); 行为人认识到可能性, 仍为直接故意, 但若放任结果的发生, 则为间接故意(任其发生); 如果行为人轻信能够避免危害结果发生而让结果发生为过于自信的过失(不希望发生); 如果行为人麻痹大意导致危害结果发生则为疏忽大意的过失(认识不到发生)。

5) 认识错误。①包括法律上的认识错误(误以为行为构成犯罪或者不构成犯罪, 或者误以为此罪刑为彼罪刑)和事实上的认识错误(对客体、对象、手段、因果关系认识错误和行为偏差)。②处理法律上认识错误的原则是: 行为人的刑事责任依法判定, 不因主观上的认识错误而发生变化。③处理事实认识错误的基本原则是: 行为人预想事实与实际发生事实法律性质相同的, 行为人仍应对损害结果承担故意之责; 行为人预想事实与实际发生事实法律性质不同的, 行为人对因认识错误发生的损害结果不负故意之责, 但仍对实施的行为承担故意之责。④若行为人对犯罪对象认识错误, 但对犯罪客体认识没有错误, 则对刑事责任不发生影响; 手段的认识错误, 不影响罪过的成立, 但若危害结果没有发生, 行为人只负犯罪未遂的刑事责任; 若行为人对客体认识错误, 则依行为人主观认识的客体种类定罪, 因此, 对客体的认识错误, 最有可能排除某种犯罪故意的发生。

3. 正当防卫和紧急避险

本部分内容考查方式包括选择题和简答题, 选择题的命题要点主要集中在正当

防卫、防卫过当、事后防卫和假想防卫的判定上。紧急避险的出题频率要低于正当防卫。命题方式一般是在备选项中混入正当防卫、假想防卫或防卫过当等情形, 并依此要求考生作出是否为正当防卫或应否承担刑事责任的判断。此外, 考生还应当熟记《刑法》第20、21条的规定。就选择题而言, 命题要点包括:

(1) 正当防卫。

1) 成立条件。①起因: 发生不法侵害行为。②时间: 不法侵害正在发生。③对象: 对不法侵害行为人实行。④主观: 为了国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产或其他权利免受不法侵害。⑤限度: 不能超过必要限度且造成重大损害。

2) 特别防卫。对正在进行行凶、杀人、抢劫、强奸、绑架以及其他严重危害人身安全的暴力犯罪, 采取防卫行为, 造成不法侵害人伤亡的, 不属于防卫过当, 不负刑事责任。

3) 防卫过当。①防卫过当应当负刑事责任, 但应当减轻或免除处罚。②防卫过当一般表现为过失, 个别情况下表现为故意(只能是间接故意)。③防卫过当本身不是罪名, 而是法定减轻、免除处罚的情节。④防卫过当一般为过失, 事后防卫一般为故意。对于事后防卫, 直接按照其构成的具体犯罪定罪处罚, 而不应当按照防卫过当处理。

4) 对于假想防卫, 行为人有过失的且刑法有规定的, 为过失犯罪; 行为人没有过失的, 属于意外事件。如果行为人存在故意心理状态, 不存在假想防卫的问题。

(2) 紧急避险。

1) 成立条件。①起因: 有危险发生。②时间: 危险正在发生。③对象: 第三人的合法利益。④主观: 使合法利益免受危险。⑤限制: 必须在不得已情况下实施。⑥限度: 不能超过必要限度造成不应有的损害。⑦特别例外限制: 不适用于职务上、业务上负有特定责任的人。

2) 紧急避险超过必要限度造成不应有损害的, 应当负刑事责任, 但应当减轻或免除处罚。

4. 故意犯罪的停止形态

除了法条分析题外,本部分的考查方式包括各类题型,案例题一般结合刑法其他知识点综合考查。选择题的命题要点一般集中在各类停止形态的区分、判定、分类、处罚原则上,此外,考生不仅应当熟记《刑法》第22~24条的规定,还应当通过大量的练习来巩固本部分知识。就选择题而言,命题要点包括:

(1) 犯罪既遂。认定标准采取构成要件说,其形态包括结果犯(如故意杀人罪)、危险犯(如放火罪)、行为犯(如强奸罪)和举动犯(如参加黑社会性质组织罪、传授犯罪方法罪)。它们的具体既遂标准不同。结果犯要求行为必须造成特定结果;危险犯只要求造成特定的危险,即使没有达到犯罪人的预期目的或者造成犯罪结果,也认为是既遂;行为犯只要求行为人将特定行为实行完毕,即使没有实现犯罪目的或者造成犯罪结果,也认为是既遂。

(2) 犯罪预备、犯罪未遂和犯罪中止仅存在于直接故意犯罪形态中,而间接故意犯罪和过失犯罪不存在停止形态。即便在直接故意犯罪中,也并非都存在这些停止形态。

(3) 犯罪预备。1) 犯罪预备与犯意表示的区别在于,犯意表示仅停留在思想表露的范畴,并未实施预备行为。2) 预备行为(如为谋杀他人而雇佣杀手)和实行行为(如为谋杀他人而投毒)的关键区别在于能否直接侵害犯罪客体。但有一个例外,即将预备行为作为实行行为,从而将预备行为直接规定为实行犯的实行行为,该类犯罪就是参加恐怖组织罪。3) 对于预备犯,可以比照既遂犯从轻、减轻处罚或者免除处罚。

(4) 犯罪未遂。1) 犯罪未遂和犯罪预备的关键区别在于是否着手实行犯罪,即一个是“准备实行”,一个是“开始实行”。2) 犯罪既遂与犯罪未遂区别的关键在于犯

罪的实行行为是否具备了刑法分则规定的特定犯罪的全部构成要件,而不在于是否发生了实际的犯罪结果或者是否达到了行为人所预期的犯罪目的。3) 实行终了的未遂(把实现犯罪意图必要的行为实施完毕的未遂)和未实行终了的未遂(没有把实现犯罪意图必要的行为实施完毕的未遂)。4) 能犯未遂(有可能达到既遂的未遂)和不能犯未遂(因事实认识的错误不可能达到既遂的未遂)。不能犯未遂包括工具不能犯未遂和对象不能犯未遂。5) 迷信犯、愚昧犯(不为罪,不处罚)和不能犯未遂(构成犯罪的,按照未遂犯处罚)的区别。6) 对于未遂犯,可以比照既遂犯从轻或者减轻处罚。

(5) 犯罪中止。1) 预备行为、实行行为、实行行为完毕及结果发生之前的整个犯罪过程都可发生犯罪中止。2) 自动、彻底、有效防止犯罪结果的发生为犯罪中止的基本特征。3) 犯罪未遂与犯罪中止区别的关键在于是否是行为人出于主观意愿自动地放弃犯罪。4) 对于中止犯,没有造成损害的,应当免除处罚;造成损害的,应当减轻处罚。

5. 共同犯罪

本部分是考查的重点内容,历年试题都会涉及,命题频率较高。据统计,近5年考试中,涉及共同犯罪的辨析题考查过3次,而有4年的案例题中都或多或少对共同犯罪有关的知识点进行了考查。本部分考查方式涉及各类题型,案例题一般结合知识点综合考查。就选择题而言,命题要点包括:

(1) 不构成共同犯罪的情形。包括:①共同过失;②故意和过失;③无意思联络的同时犯;④实行过限(超出共同犯罪的犯罪);⑤事先无通谋的窝藏、包庇、窝赃、销赃;⑥间接正犯。

(2) 分类。1) 任意共同犯罪(二人以上共同实施的可由一人单独实施的犯罪)

和必要共同犯罪（必须由二人以上才能实施的犯罪）。必要共同犯罪分为聚合型共同犯罪（如聚众斗殴罪）和集团型共同犯罪（如组织、领导、参加黑社会性质组织罪）。任意共同犯罪适用刑法总则的规定，必要共同犯罪适用刑法分则的规定。2）事前通谋共同犯罪和事前无通谋共同犯罪。3）简单共同犯罪和复杂共同犯罪。简单共同犯罪中，只有实行犯；复杂共同犯罪中，因存在分工而表现为组织犯、帮助犯、教唆犯和实行犯。4）一般共同犯罪（没有特殊组织形式）和特殊共同犯罪（三人以上组织的犯罪集团）。

（3）种类和刑事责任。1）主犯。①包括犯罪集团的首要分子，具体犯罪中起组织、策划、指挥作用的犯罪分子和其他共同犯罪中起主要作用的犯罪分子三类。②主犯不一定是首要分子，首要分子也不一定是主犯。③对于组织、领导犯罪集团的首要分子，按照集团所犯的全部罪行处罚；对于其他主犯，应当按照其所参与或者组织、指挥的全部犯罪处罚。2）从犯。对于从犯，应当从轻、减轻或免除处罚。3）胁从犯。对于胁从犯，应当按照他的犯罪情节减轻处罚或者免除处罚。4）教唆犯。①教唆他人犯罪的，应当按照他在共同犯罪中所起的作用处罚。②教唆犯未必都是主犯，起主要作用的，按主犯处罚，起次要作用的，按从犯处罚，但教唆犯一般是主犯。③如果被教唆的人没有犯被教唆的罪，即教唆（本身）未遂，对于教唆犯，可以从轻或者减轻处罚。④教唆不满18周岁的人犯罪的，应当从重处罚。此外，教唆已满14周岁不满16周岁的人实施不负刑事责任之罪（如盗窃罪）的，教唆人也单独定罪。⑤教唆不满14周岁的人或无刑事责任能力的精神病人犯罪的，系间接正犯，对教唆者单独以犯罪论处，但不必从重处罚。⑥在转化型抢劫中，教唆人的行为性质不发生转化，但应当认定被

教唆人实施了被教唆之罪。

（4）共同犯罪其他要点。1）共同犯罪与犯罪停止形态。①共同犯罪中，一人使犯罪既遂的，共同犯罪整体既遂；如果整体未遂，共同犯罪人都成立未遂。②共同犯罪中，一人成立犯罪中止的，其效力不及于其他共犯。典型例子包括：甲教唆乙杀丙，乙杀丙过程中因丙的哀求而中止犯罪，乙为犯罪中止，甲为犯罪未遂；甲教唆乙杀丙，后甲后悔而劝乙不要杀丙，但乙仍然杀了丙，此时，甲、乙都是犯罪既遂；甲教唆乙杀丙，后甲后悔而劝乙不要杀丙，乙从之，此时，甲、乙都是犯罪中止；甲教唆乙杀丙，后甲后悔而劝乙不要杀丙，乙非要杀丙，行凶过程中被甲制止，此时，甲是犯罪中止，乙是犯罪未遂。2）共同犯罪和自首。共同犯罪人自首的，不仅要如实供述自己的罪行，还要供述其他犯罪人的罪行，否则不成立自首。3）共同犯罪和立功。共同犯罪人如实供述同案犯共同犯罪事实的，不为立功，但揭发同案犯其他犯罪事实的，为立功，如果协助司法机关将同案犯缉拿归案的，也为立功。

6. 一罪和数罪

本部分会涉及其他各类题型，但偏重于选择题。据统计，近5年考试中，除了2004年联考案例题对牵连犯略有涉及外，其余题目都是以选择题形式考查的，命题要点一般集中在对构成特征的认定上，尤其是对想象竞合犯和牵连犯构成特征的认定考查频率较高。值得注意的是，考试中与本部分内容有关的多选题尽管较少，但往往较难，一般很难选对。考生要多做这方面的练习题。就选择题而言，命题要点包括：（1）法条竞合的处理原则。一般情况下特别法条优于普通法条适用；法律有特别规定的依规定，如重法条优于轻法条适用。（2）实质一罪。1）包括继续犯（持续犯）、想象竞合犯和结果加重犯。其中，结果加重犯考查频率较低。2）继续犯。其

基本特征在于犯罪行为与犯罪行为所造成的不法状态同时处于持续状态之中。继续犯不同于状态犯。继续犯(如非法拘禁罪、非法持有枪支罪)的犯罪行为与不法状态一直存在于整个犯罪过程中,状态犯(如诈骗罪)的不法状态发生于犯罪行为终止之后,不存在于整个犯罪过程中;继续犯是犯罪行为与不法状态同时继续,而状态犯仅为不法状态的继续。3)想象竞合犯。即具有数个罪过,数个危害结果,侵犯了数个犯罪客体,触犯了数个罪名,但由于行为人仅仅实施了一个行为,所以在本质上想象竞合犯是实质的一罪。(3)处断一罪。1)包括连续犯、牵连犯和吸收犯。其中,吸收犯考查频率较低。2)连续犯的基本特征是基于同一或者概括的犯罪故意,连续多次实施数个犯罪行为并触犯相同罪名。连续犯不同于继续犯。3)牵连犯的基本特征是行为人以实施某一犯罪为目的而实施数个具有牵连关系的行为中,其方法行为或结果行为又触犯其他罪名。想象竞合犯和牵连犯的标志性区别就是,想象竞合犯中,行为人实施的是一个行为,而牵连犯中,行为人实施了数个具有牵连关系的行为。

7. 刑罚论概述

本部分内容包括刑罚的概念、目的、体系和种类等内容,考查方式包括选择题、简答题、辨析题和案例题,但考试中一般将选择题命题方向集中在刑种及其适用上,至于刑罚的概念、特征、目的以及刑罚体系及其特点,一般不作为选择题或案例题的考查方向,但可以作为简答题、辨析题的考查方向,不过本部分内容以辨析题方式进行考查的知识点很少。就备考而言,熟悉刑法有关条文及强化记忆至关重要。就选择题而言,命题要点包括:

(1)刑罚体系。包括主刑和附加刑。主刑包括死刑、无期徒刑、有期徒刑、拘役和管制;附加刑包括剥夺政治权利、没

收财产、罚金和驱逐出境。主刑不能附加适用,附加刑附加于主刑之后,对外国人犯罪,特别规定了驱逐出境。

(2)定罪免刑方式(《刑法》第37条)。免除刑罚,是对犯罪分子做有罪宣告,但免除其刑罚处罚。适用免除处罚情节的前提,是行为人的行为已构成犯罪。没有被法院判处刑罚,包括不认为是犯罪因而没有判处刑罚的情形以及免除刑罚的情形。

(3)管制。1)管制应当遵守的规定(《刑法》第39条)。2)期限。①3个月以上2年以下。②数罪并罚不能超过3年。③被判处管制的犯罪分子被减刑时,减刑以后实际执行的刑期,不能少于原判刑期的 $1/2$ 。3)刑期计算。从判决执行之日起计算,判决执行前先行羁押的,羁押1日折抵刑期2日。4)执行机关:公安机关。

(4)拘役。1)期限。①1个月以上6个月以下。②数罪并罚不能超过1年。③拘役减刑后实际执行的刑期不能少于原判刑期的 $1/2$ 。2)刑期计算。从判决执行之日起计算,判决执行前先行羁押的,羁押1日折抵刑期1日。3)执行机关:公安机关。

(5)有期徒刑。1)期限。①6个月以上15年以下。②数罪并罚不能超过20年。③被判处死缓的犯罪分子,2年期满后减为无期徒刑,在死缓期间若有重大立功表现,2年后可减为15年以上20年以下有期徒刑。④减刑后实际执行的刑期不能少于原判刑期的 $1/2$ 。2)刑期计算。从判决执行之日起计算,判决执行前先行羁押的,羁押1日折抵刑期1日。

(6)无期徒刑。1)可以减刑、假释、特赦,但不适用缓刑。2)必须剥夺政治权利终身,如果减为有期徒刑,剥夺政治权利的期限改为3年以上10年以下。

(7)死刑。1)限制适用。①仅限于罪行极其严重的犯罪分子。②(包括死缓)

不得适用于犯罪时不满 18 周岁的人和审判时怀孕的妇女。③除依法由最高人民法院判决的以外，都应当报请最高人民法院核准。④对于应当判处死刑的犯罪分子，如果不是必须立即执行的，可以判处死刑同时宣告缓期 2 年执行。2) 死缓。①死缓不是独立刑种。②死缓期间从判决确定之日起计算，死缓减为有期徒刑的，刑期从死缓执行期满之日起计算。

(8) 罚金。有关罚金的考查方式仅限于如何适用的问题：1) 民事赔偿优先。承担民事赔偿责任的犯罪分子，同时被判处罚金，其财产不足以全部支付的，或者被判处没收财产的，应当先承担对被害人的民事赔偿责任。2) “单处”罚金，即罚金只能单独适用，而不得附加适用。3) “并处”罚金，即罚金只能附加适用，不能单独适用。4) “单处”或“并处”罚金，既可单独适用，也可附加适用。

(9) 剥夺政治权利。有关剥夺政治权利的考查方式一般集中在期限上。1) 适用情形：①对于危害国家安全的犯罪分子，一律附加剥夺政治权利。②对于故意杀人、强奸、放火等严重破坏社会秩序的犯罪分子，可以附加剥夺政治权利。③对于判处死刑、无期徒刑的犯罪分子，必须剥夺政治权利终身。2) 刑期。①有期徒刑、拘役附加剥夺政治权利的，一般情况下为 1 年以上 5 年以下。②管制附加剥夺政治权利的，期限与管制期限相同（3 个月以上，3 年以下），且同时执行。③死缓或无期徒刑减为有期徒刑的，应当将剥夺政治权利期限改为 3 年以上 10 年以下。3) 刑期计算。从徒刑、拘役执行完毕之日或从假释之日起计算；剥夺政治权利的效力当然施用于主刑执行期间。

(10) 没收财产。没收财产的范围限于犯罪分子个人所有的合法财产。

8. 量刑

本部分内容为重中之重，属于刑法总

论中最重要的部分，除了法条分析题外，考查方式包括各类题型，出题比例很高，以案例题为例，近 5 年考试中，每一道案例题都会涉及量刑问题，涉及的总分值达到 21 分，案例题的考查方向主要集中在自首、立功，其次为缓刑、累犯、数罪并罚等，因此，考生应当强化练习有关的案例习题。为了考生复习的便利，现将选择题的命题要点概括如下：

(1) 累犯。1) 一般累犯。①构成要件：前罪、后罪都是故意犯罪，过失犯罪不构成累犯；前罪、后罪所判刑罚都是有期徒刑以上刑罚；后罪发生在前罪刑罚执行完毕（不包括附加刑）或者赦免以后 5 年之内。②如果在假释考验期内犯新罪，不构成累犯，而应在撤销假释之后适用数罪并罚；如果假释考验期满之后 5 年内又犯新罪，构成累犯。③被判处有期徒刑宣告缓刑的犯罪分子，如果在缓刑考验期满后犯新罪，不构成累犯；如果在缓刑考验期内又犯新罪，不构成累犯，应撤销缓刑，数罪并罚。2) 特别累犯构成要件：前罪、后罪都是危害国家安全犯罪；前后两罪所判刑罚不限于有期徒刑，也不限于单处附加刑；前罪刑罚执行完毕或者被赦免以后，任何时候再犯危害国家安全罪，都构成累犯。3) 累犯不适用缓刑，不得假释。4) 累犯应当从重处罚。

(2) 自首。1) 自首分一般自首和特别自首。2) 成立一般自首的条件。①自动投案。包括犯罪嫌疑人向其所在单位、基层组织或其他有关负责人投案；因伤病或为减轻犯罪后果而委托他人代为投案；以信电方式投案；罪行尚未被司法机关发觉，因形迹可疑被盘问、教育后主动交代罪行；被通缉、追捕过程中主动投案；经查已准备投案，或在投案途中被公安机关捕获；犯罪嫌疑人虽非出于主动，但经亲友规劝、陪同投案；公安机关通知犯罪嫌疑人的亲友，或者亲友主动报案后，将犯罪嫌疑人

送去投案等。但犯罪后被扭送,或被公安机关追捕归案,或追捕过程中无路可逃被当场抓捕的,不属于自动投案。②如实供述自己的罪行。但犯罪嫌疑人自动投案并如实供述自己的罪行后又翻供的,不能认定为自首。3)自首的认定。①犯有数罪的犯罪嫌疑人仅如实供述所犯数罪中部分犯罪的,只对如实供述部分犯罪的行为,认定为自首。②共同犯罪案件中的犯罪嫌疑人,除了如实供述自己的罪行,还应当供述所知的同案犯,主犯则应当供述所知其他同案犯的共同犯罪事实,才能认定为自首。4)单位犯罪可适用自首。5)过失犯罪可适用自首。6)自首的刑事责任。对于自首的犯罪分子,可以从轻或者减轻处罚。其中,犯罪较轻的,可以免除处罚。

(3)立功。1)掌握《刑法》第68条的规定。2)重大立功中的“重大犯罪”、“重大案件”、“重大犯罪嫌疑人”一般是指犯罪嫌疑人、被告人可能被判处无期徒刑以上刑罚或者案件在全国、省、自治区、直辖市范围内有较大影响等情况。

(4)数罪并罚。就选择题而言,考查方向有二:一是以小案例形式要求考生判断出适用的数罪并罚原则;二是要求考生判断备选项中应当适用数罪并罚的情形。对于第二种考查方式,考生对分则罪名的熟悉程度是作答的关键。命题要点包括:1)数罪并罚的原则包括并科原则、吸收原则、限制加重原则和折中原则。并科原则主要适用与主刑和附加刑之间。限制加重原则主要适用于有期徒刑之间。死刑吸收所有的主刑,无期徒刑吸收所有的自由刑,剥夺政治权利终身吸收有明确期限的剥夺政治权利,没收全部财产吸收没收部分财产。2)我国确立了以限制加重原则为主,以吸收原则和并科原则为补充的混合原则。①限制加重原则,主刑为有期徒刑、拘役、管制时适用此原则。在数个刑期总和以下,最高刑期以上处刑,并有最高刑

期限限制:拘役最多1年,管制最多3年,有期徒刑最多20年。②并科原则,同时判处主刑与附加刑时适用此原则。③吸收原则,数刑中有一个或数个死刑,执行一个死刑;数刑中有一个或数个无期徒刑,执行一个无期徒刑。3)适用数罪并罚的法定时间要求。一人所犯数罪必须发生在判决宣告以后,刑罚执行完毕以前,既不包括已经超过追诉时效的犯罪,也不包括在刑罚执行完毕以后所犯的新罪和发现的漏罪。

4)适用规则。①判决生效前又犯罪的,一律数罪并罚。但宣告前数罪,罪名相同的同种数罪不并罚,涉及犯罪数额的,累计计算。对在服刑期间发现漏罪或者再犯的新罪,以及在缓刑和假释考验期间的漏罪或新罪,适用数罪并罚。②对漏罪的“先并后减”:判决宣告之后,刑罚执行完毕以前,发现判决以前有漏罪的,应当对新发现的罪作出判决,把前后两罪所判处的刑罚,依照《刑法》第69条的规定决定执行的刑罚,已经执行的刑罚应当计算在新判决刑期之内。③对新罪的“先减后并”:在判决以后,犯罪分子在刑罚执行期间又犯新罪,应将新罪所判刑罚和犯罪分子前罪所判处的刑罚没有执行完毕的刑期,依照《刑法》第69条的规定,决定执行的刑罚。

(5)缓刑。1)缓刑的适用对象是判处拘役和3年以下有期徒刑的罪犯。2)累犯不适用缓刑。3)缓刑的考验期限。拘役的缓刑考验期限为原判刑期以上1年以下,但不能少于2个月。有期徒刑的缓刑考验期限为原判刑期以上5年以下,但不能少于1年。4)考验期限计算。从判决确定之日起计算,判决以前先行羁押的日期不能折抵缓刑考验期。5)考察机关:公安机关。6)在缓刑考验期内发现漏罪或犯有新罪的,应当撤销缓刑并实行数罪并罚。7)缓刑效力不及于附加刑。8)对宣告判处缓刑的犯罪分子一般不适用减刑,有重大立功表现的,可以减刑,但减刑后的缓

刑考验期限不能低于缓刑最低考验期限。

9. 刑罚的执行和消灭

本部分考查方式包括除法条分析题以外的各类题型,案例题命题要点一般集中在减刑和假释上,选择题的命题要点较广,但重点比较突出,命题要点包括:

(1) 减刑。1) 适用对象为被判处管制、拘役、有期徒刑、无期徒刑的犯罪分子。2) 实质条件包括可以减刑条件和应当减刑条件(《刑法》第78条)。3) 减刑后实际执行的刑期,判处管制、拘役、有期徒刑的,不能少于原判刑期的 $1/2$;判处无期徒刑的,实际执行的刑期不能少于10年;对于死刑缓期2年执行的罪犯减为无期徒刑、有期徒刑后又减刑的,实际执行的刑期不能少于12年(不含死缓执行的2年)。

(2) 假释。1) 假释的适用对象只能是被判处有期徒刑、无期徒刑(含死缓减为无期徒刑或有期徒刑)的犯罪分子,但对累犯以及因杀人、抢劫、强奸、绑架等暴力性犯罪被判处10年以上有期徒刑、无期徒刑的犯罪分子,不得假释。2) 假释的实质条件为认真遵守监规,接受教育改造,确有悔改表现,不致再危害社会。3) 被判处有期徒刑的犯罪分子,执行原判刑期 $1/2$ 以上,被判处无期徒刑的犯罪分子,实际执行10年以上,才能适用假释。对死缓犯减刑后假释的,其实际执行的刑期不能少于12年(不含死缓执行的2年)。如有特殊情况,经最高人民法院核准,可不受上述执行期限的限制。4) 假释的考验期限,有期徒刑为没有执行完毕的刑期,无期徒刑为10年,考验期从假释之日起计算。5) 在假释考验期内发现漏罪或犯有新罪的,应当撤销假释并实行数罪并罚。6) 犯罪分子被假释后,原判有附加刑的,附加刑仍需执行。原判有附加剥夺政治权利的,附加剥夺政治权利的刑期从假释之日起计算。

(3) 追诉时效。1) 追诉期限。法定最高刑不满5年的,经过5年;法定最高刑为5年以上不满10年的,经过10年;法定最高刑为10年以上的,经过15年;法定最高刑为无期徒刑、死刑的,经过20年,若认为20年以后必须追诉的,须报请最高人民检察院核准。上述“以上”包括本数,“不满”不包括本数。2) 起算。从犯罪成立之日(非犯罪着手之日)起计算,若犯罪有继续状态,则从犯罪结束之日起计算;犯罪状态连续的,以最后一次计算。3) 时效中断。在追诉期限内又犯罪的,追诉时效中断,前罪的追诉期限从后罪成立之日起计算。4) 时效延长。人民检察院、公安机关、国家安全机关立案侦查或人民法院受理案件之后,犯罪嫌疑人逃避侦查或审判的,或被害人在追诉时效期限内提出控告,司法机关应予立案而不立案的,不受追诉时效期限的限制。

(二) 各论

1. 罪状、罪名、法定刑

本部分并非重点内容,近5年考试中仅涉及一道与罪状有关的单选题,出题频率极低。应主要掌握罪状的种类(简单罪状、叙明罪状、空白罪状和引证罪状),考试中一般考查叙明罪状。

2. 危害国家安全罪

本部分并非重点内容,考查方式仅限于选择题,考查方向也限于下面所列要点,考查频率很低。命题要点包括:(1) 只要具有组织、策划、实施分裂国家、破坏统一这三种行为之一的,即成立分裂国家罪既遂。(2) 煽动分裂国家罪为行为犯,即只要实施了煽动行为就构成既遂;以煽动方式教唆他人实施分裂国家的行为,以煽动分裂国家罪定罪处罚,而不定分裂国家罪。(3) 有下列行为之一的,以间谍罪论:参加间谍组织或者接受间谍组织及其代理人的任务的;为敌人指示轰击目标的。

(4) 为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密、情报罪中的“境外”，包括境外非间谍性的机构、组织和个人，如果是间谍组织，构成间谍罪；如果机构、组织、个人并非境外性质，则构成故意泄露国家秘密罪。

3. 危害公共安全罪

按照考试大纲的要求，本部分需要掌握的罪名有 14 个，其中包括一个新增罪名，即强令违章冒险作业罪。命题要点一般集中在两个方面：(1) 各类危害公共安全罪与其他侵犯公民人身权利、民主权利罪和各类财产性犯罪的区别。(2) 在危害公共安全罪中，最重要的是交通肇事罪，考生不仅要准确认定交通肇事罪，还要将该罪与其他罪的界限搞清楚，并熟悉交通肇事罪的相关法条。

需要注意的是，本部分内容涉及的罪名很多是危险犯，对于危险犯，只要发生法定损害的现实危险，即可构成既遂。

就选择题而言，本部分命题要点包括：

(1) 放火罪、爆炸罪、投放危险物质罪。1) 区分放火罪、爆炸罪、投放危险物质罪与其他罪的界限，主要看是否危害了公共安全。以放火罪为例：①以放火的方法毁坏公私财物，危害公共安全的，以放火罪论，没有危害公共安全的，以故意毁坏财物罪论。②以放火方法破坏交通工具、设施等，足以影响运输安全的，不以放火罪论，而以破坏交通工具罪、破坏交通设施罪论。③以放火方法致人重伤、死亡，危害公共安全的，以放火罪论，不危害公共安全的，以故意杀人罪、故意伤害罪论。2) 投放危险物质罪和重大环境污染事故罪区别的关键：前罪主观为故意，且不要求有危害结果的发生；后罪主观为过失，客观方面表现为违反规定排放、倾倒、处置放射性、毒害性、传染病病原体等废物，且造成重大事故。

(2) 破坏交通工具罪。本罪系危险犯，

若行为人的行为不至于危害公共安全，应以故意毁坏财物罪或盗窃罪论；若以盗窃的方法破坏正在使用中的交通工具，足以使交通工具发生倾覆、毁坏危险的，构成破坏交通工具罪。

(3) 破坏交通设施罪。本罪和破坏交通工具罪区别的关键是：破坏交通设施罪的对象为正在使用中的交通设施，而不是交通工具。

(4) 组织、领导、参加恐怖组织罪。

1) 如果行为人在组织、领导或参加恐怖活动组织后，具体实施了杀人、绑架、爆炸等犯罪行为的，应当将所实施的具体犯罪和本罪数罪并罚。2) 本罪与组织、领导、参加黑社会性质组织罪区别的关键是：本罪具有政治目的，后罪不具有政治目的。

(5) 劫持航空器罪。本罪为行为犯，而非危险犯，即行为人以暴力、胁迫或其他方法劫持并控制了航空器就构成既遂。劫持航空器致人重伤、死亡或使航空器遭受严重破坏的，处死刑。

(6) 非法制造、买卖、运输、邮寄、储存枪支、弹药、爆炸物罪。1) 本罪和私藏枪支、弹药罪的区别：如果是因非法制造、买卖、运输、邮寄、储存枪支、弹药而持有、私藏枪支、弹药的，应构成本罪，不构成非法持有、私藏枪支、弹药罪。2) 非法制造和非法持有之间有牵连关系，应按非法制造从一重罪论处。

(7) 交通肇事罪。1) 本罪属过失犯罪。2) 本罪只能发生在公共交通中，若在家属大院、车间院落等发生了交通事故，以过失致人死亡罪论。3) 本罪的成立条件。交通肇事具有下列情形之一的，处 3 年以下有期徒刑或者拘役：①死亡 1 人或者重伤 3 人以上，负事故全部或者主要责任的；②死亡 3 人以上，负事故同等责任的；③造成公共财产或者他人财产直接损失，负事故全部或者主要责任，无能力赔偿数额在 30 万元以上的。交通肇事致 1 人