

非法学

2011年法律硕士联考

最新试题分析及考点解析

 中国人民大学出版社



2011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

中国人民大学出版社

· 北京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

2011 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

北京: 中国人民大学出版社, 2010

ISBN 978-7-300-11979-3

I. ①2...

II. ①曾... ②韩...

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 (2010) 第 061411 号

2011 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

2011 Nian Falü Shuoshi Liankao Zuixin Shiti Fenxi ji Kaodian Jiexi

出版发行 中国人民大学出版社

社 址 北京中关村大街 31 号

电 话 010-62511242 (总编室)

010-82501766 (邮购部)

010-62515195 (发行公司)

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

印 张 27.25

字 数 619 000

邮政编码 100080

010-62511398 (质管部)

010-62514148 (门市部)

010-62515275 (盗版举报)

版 次 2006 年 6 月第 1 版

2009 年 5 月第 4 版

印 次 2010 年 4 月第 1 次印刷

定 价 55.00 元

版权所有 侵权必究

印装差错 负责调换

目 录

7 年 (2004~2010 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	30
第三部分 法理学	59
第四部分 中国宪法学	76
第五部分 中国法制史	91
最新试题分析及经典试题回放	105
第一部分 刑法学	107
第二部分 民法学	198
第三部分 法理学	276
第四部分 中国宪法学	334
第五部分 中国法制史	388
后记	427

7年（2004~2010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。命题要点精练、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。

15

[illegible]

第一部分 刑法学

综合7年的考试情况,刑法总论部分约占刑法学总分值的60%,刑法各论部分约占刑法学总分值的40%。出题频率较高的内容主要集中在犯罪构成、共同犯罪、量刑、侵犯公民人身权利和民主权利罪、侵犯财产罪和贪污、贿赂罪,据统计,这六部分内容约占7年考查分值的68%。

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。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、类推、重法溯及既往、不明确罪状以及不确定刑罚。(3)刑法空间效力原则包括属地原则、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。

2. 犯罪构成

(1)犯罪的概念和特征。本部分仅在2009年考试中,以单选题的形式考查过一次。选择题的命题要点一般集中在两点:1)犯罪的特征包括严重的社会危害性、刑事违法性和应受刑罚惩罚性三个方面,其中最基本、最实质的特征是严重的社会危害性。2)对《刑法》第13条(犯罪的概

念)中“但书”的理解。“但是情节显著轻微危害不大的,不认为是犯罪”规定的意义在于:可以缩小犯罪或刑事处罚的范围,从而避免给一些轻微的危害行为打上犯罪的标记,有利于行为人改过自新。

(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“以勒索财物为目的绑架他人”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。本部分内容一般以选择题和简答题的形式进行考查。就选择题的命题要点而言,一般集中在三点:1) 犯罪客体的分类及其标准。按照范围的大小,可以将犯罪客体分为一般客体、同类客体和直接客体三类。其中,直接客体又可以分为简单客体和复杂客体。2) 各类犯罪客体所指向的对象。在犯罪客体的类型中,一般客体是指一切犯罪共同侵害的客体,在我国,犯罪的一般客体,就是刑法所保护的作为整体的社会主义社会利益。同类客体是某一类犯罪所共同侵犯的客体。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。就简答题而言,考生要掌握犯罪客体和犯罪对象的区别。对于犯罪客体和犯罪对象的区别,也可以通过选择题的形式进行考查。

(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。如果行为人不负有履行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,拒不执行判决、裁定罪等。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。3) 危害结果。从广义上看,任何犯罪都有危害结果,刑法上的危害结果仅指狭义上的危害结果,即危害结果并非所有犯罪的共同要件,而只是某些犯罪的必备要件,因而危害结果属于犯罪客观方面的选择性要素。一般而言,只有刑法规定的以某种特定的危害结果为构成要件的犯罪(即结果犯)才存在危害结果,且只有这些犯罪的完成形态(过失犯罪当然不存

在完成形态与未完成形态问题)才存在危害结果。一般而言:①所有的过失犯罪都要求发生法定的物质性危害结果才构成犯罪,如过失致人死亡罪,必须发生死亡结果才能构成该罪。②某些故意犯罪把发生法定结果规定为构成要素,如丢失枪支不报罪,生产、销售劣药罪等。③有些犯罪,以出现某种特定的危害结果作为既遂标准,例如,故意杀人罪发生了死亡结果才认为既遂。④有些条文规定如果犯罪行为发生了某种严重的危害结果,则加重其法定刑,如抢劫、强奸致人重伤、死亡等。⑤以发生某种结果的可能性(危险)作为犯罪既遂要件,如破坏交通工具罪,以足以使交通工具倾覆、毁坏为该罪既遂条件。4)刑法上的因果关系。①刑法上的因果关系具有客观性、相对性、必然性和复杂性四个特点。②没有刑法上的因果关系,则不能把危害结果归咎于行为人。但有了刑法上的因果关系,并不一定追究行为人的刑事责任,因为还有其他条件影响着刑事责任的承担,如要考虑主体资格、行为人是否有主观罪过,等等。其中,有无罪过对是否承担刑事责任影响最大。③不作为与危害结果之间存在因果关系。5)犯罪的时间、地点和方法。犯罪的时间、地点和方法只是某些犯罪必不可少的条件,例如,无论在何时、何地、以何种方式放火、杀人、强奸、抢劫,均与犯罪构成无关,但是,“禁猎期”、“禁猎区”、“使用禁用的工具、方法”却成为非法狩猎罪的构成要件。因而,犯罪的时间、地点和方法属于选择性要素。

(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。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 周岁的未成年人犯罪的,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。这里主要掌握已满 14 周岁不满 16 周岁的人所犯的 8 种犯罪:第一,故意伤害罪仅仅包括故意伤害致人重伤与故意伤害致人死亡,不包括轻伤。第二,上面提到的故意杀人、故意伤害致人重伤或者死亡,不仅仅包括故意杀人罪、故意伤害罪,还包括以故意杀人罪、故意伤害罪论处的情形。例如,《刑法》第 238 条规定了非法拘禁罪,对于非法拘禁罪,已满 14 周岁不满 16 周岁的人犯非法拘禁罪不负刑事责任,但在非法拘禁过程中致人重伤、死亡的,按照故意杀人罪或

者故意伤害罪论处。那么,已满14周岁不满16周岁的人,对在非法拘禁过程中的杀害、重伤行为,也应当负刑事责任。《刑法》第17条第2款规定的8种犯罪,是指具体犯罪行为而不是具体罪名。第三,对于毒品犯罪,已满14周岁不满16周岁的人仅对贩卖毒品罪负刑事责任,而对其他毒品性犯罪则不负刑事责任。第四,8种犯罪中不含盗窃罪。第五,不要将抢劫罪(含转化型抢劫)记忆成抢夺罪。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单位犯罪不等同于法人犯罪,单位犯罪的主体要比法人犯罪宽泛。法人犯罪仅仅是单位犯罪的一部分,我国刑法也没有将单位界定为必须具有法人资格,除了不具有法人资格的私营、独资企业按照自然人犯罪来处理外,即使不具有法人资格,只要是一个合格的单位,无论是公司、企业,还是事业单位、机关和团体,就可以作为单位犯罪的主体存在。②单位犯罪的主体包括公司、企业、事业单位、机关和团体。既包括国有、集体所有的公司、企业、事业单位,也包括依法设立的合资经营、合作经营企业和具有法人资格的独资、私营等公司、企业、事业单位。单位的分支机构或内设机构也可以成为单位犯罪的主体。以单位的分支机构或者内设机构、部门的名义实施犯罪,违法所得亦归分支机构或者内设机构、部门所有,应当认定为单位犯罪。③不以单位犯罪论处的情形。第一,为了进行违法犯罪活动而设立公司、企业、事业单位的。这种情况下如果设立公司、企业是为了实施违法犯罪的目的,则按照个人犯罪而不是以单位犯罪论处。如为了走私活动而成立公司的,为了生产、销售伪劣产品而出资设立企业的,等等。第二,公司、企业、事业单位设立后,主要进行违法犯罪活动的,也按照个人犯罪处理。第三,构成单位犯罪必须是为了单位的利益,假如不是

为了单位利益,而是打着单位利益的招牌进行私分或从事其他犯罪活动的,这是自然人犯罪,而不是单位犯罪。例如,以单位名义买凶杀人的,以单位名义实施盗窃的,这只能处罚直接责任人。④处罚原则。对单位犯罪的处罚采取双罚制,单罚制为例外,即既处罚单位又处罚其他直接责任人员,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。单罚制为例外的情形如强迫职工劳动罪和雇佣童工从事危重劳动罪。

(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,例如在2006年考试中,曾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。2009年考试中,还对“无罪过就无犯罪”这一论断以辨析题的形式进行了考查;并以案例题的形式对故意犯罪的停止形态及其刑事责任的判定进行了考查。本部分命题要点一般围绕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；对于过失行为，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，但结果发生的为过于自信的过失（不希望发生）；如果行为人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）。总之，直接故意和间接故意的区别表现在认识因素、意志因素和特定的危害结果上。两种过失的区别主要体现在对危害结果有无认识上；而过于自信的过失和间接故意的区别主要体现在对危害结果发生的认识程度上。

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条、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：不能明显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。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（危险既可以来源于不法侵害的危险，也可以来源于自然灾害、动物侵袭等）。②时间：危险正在发生（危险是客观存在的、正在发

生的,具有紧迫性,但不能假想避险)。

③对象:第三人的合法权益(紧急避险是为了保全一个较大的合法权益而不得已将危险转嫁给另一个较小的合法权益)。

④主观:必须为了使合法权益免受损害。

⑤限制条件:必须在迫不得已情况下实施。

⑥限度:不能超过必要限度(紧急避险损害的合法利益必须小于所保护的合法利益,而不能等于或大于所保护的权益)。

2) 特别例外限制:不适用于职务上、业务上负有特定责任的人。

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。例如,2009年考试中,案例题就是将本部分内容中有关犯罪预备、迷信犯结合共同犯罪等知识点进行了考查。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,即行为人的行为完整地实现了刑法分则条文所规定的全部犯罪构成事实。犯罪既遂是刑法分则所规定的某种犯罪构成的完成形态,也是依照分则条文规定的法定刑进行处罚的标准形态。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) 应当认定为预备行为的情形。常见的预备行为包括练习犯罪手段、犯罪前调查、排除障碍、勾引共犯等。此外,途中行为(犯罪人尚在前往犯罪地点途中的情况)、尾随行为(行为人为尾随被害人伺机侵害的情况)、守候行为(犯罪人埋伏或等候在预定地点准备实施加害行为的情况)、寻找行为(犯罪人公然或秘密寻找预定的犯罪对象欲加害的情况),这些都是预备行为,而不是实行行为。4) 对于预备犯,可以比照既遂犯从轻、减轻或者免除处罚。

(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“开始实行”,一个是“准备实行”。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、实行行为完毕到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7年考试中,涉及共同犯罪的辨析题考查过3次,而有5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。就选择题而言,命题要点包括:

(1) 不构成共同犯罪的情形。1) 共同过失犯罪不构成共同犯罪,但有一个例外,根据司法解释,交通肇事后,乘客等指使肇事司机逃逸致人死亡的,以共犯论处。2) 一方为故意,一方为过失不构成共同犯罪。3) 实施犯罪时故意的内容不同不成立共同犯罪。如一个出于杀人故意,一个出于伤害故意,不成立共犯。4) 缺乏共同故意的同时犯不成立共犯。5) 实行过限不属于共犯。即超出共同故意之外的犯罪行为,对超出部分只能由实行该种犯罪的人独自负责。6) 事前无通谋的但事后提供帮助的帮助犯,对此不构成共犯,对于这种事后帮助行为应单独定罪。7) 片面共犯不是共犯。8) 间接正犯(间接实行犯)不是共犯。分两种情况:第一,利用没有责任能力或没有达到责任年龄的人去实行犯罪。如教唆13岁的未成年人放火或利用精神病人杀人。第二,利用不知情人的行为。如利用不知情的邮递员运送毒品的。

(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)。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(仅指三人以上组织的犯罪集团)。

(3) 种类和刑事责任。1) 主犯。①包括组织、领导犯罪集团进行犯罪活动的人和共同犯罪中起主要作用的人。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。4) 共同犯罪中赃值的计算。共同犯罪所得赃值的计算, 应当在各共同犯罪人应对共同犯罪的整体行为及其危害结果负刑事责任的基础上, 再根据各共同犯罪人在共同犯罪中所起的作用, 区分出主犯、从犯、胁从犯和教唆犯, 分别按照刑法规定的相应处罚原则, 予以处罚。例如, 某贩毒集团共卖 10 万克海洛因, 对该集团的首要分子应当按照贩卖 10 万克海洛因处罚; 其他成员按照参与的数量处罚。再例如, 甲、乙共同盗窃一辆汽车, 价值 10 万元, 销赃得款 4 万元, 各分得 2 万元。甲、乙均按盗窃数额 10 万适用刑罚。

6. 一罪和数罪

本部分会涉及各类题型, 但偏重于选择题。据统计, 近 7 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。如盗割正在使用的通信电缆, 既符合盗窃罪的犯罪构成, 也符合破坏公用电信设施罪的犯罪构成, 构成盗窃罪和破坏公用电信设施罪, 但因只有一个犯罪行为, 故依据择一重罪处断的原则, 以破坏公用电信设施罪论处。(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实施某一犯罪, 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。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) 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。

(3) 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。

(4) 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。

(5) 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。3) 被判处无期徒刑的犯罪人在判决执行以前的羁押时间不得折抵刑期。4) 对已满14周岁不满16周岁的人一般不判处无期徒刑。未成年犯罪人只有罪行极其严重的,才可以适用无期徒刑。

(6) 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。

(7) 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。

(8) 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的期限改为 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。

(9) 没收财产。1) 没收财产是剥夺犯罪分子个人现实所有财产的一部分或者全部, 而不是没收因犯罪所得的财产, 对因犯罪所得的财产, 应予追缴或者责令退赔。2) 没收财产不同于没收供犯罪使用的物品。对犯罪分子在犯罪中使用的本人财物应当没收, 这里的“没收”与作为附加刑的“没收财产”含义不同。3) 在判处没收财产的时候, 不得没收属于犯罪分子家属所有或者应有的财产。4) 没收财产以前犯罪分子所负的正当债务, 需要以没收的财产偿还的, 经债权人请求, 应当偿还。

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, 考查方式包括各类题型。近 7 年考试中, 仅简答题就考查过 3 道, 每年的案例题一般也会涉及量刑问题。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。为了考生复习的便利, 现将选择题的命题要点概括如下:

(1) 量刑情节。1) 以刑法是否就量刑情节及其功能作出明确规定为标准, 量刑情节可分为法定情节和酌定情节。2) 以法定情节的性质和适用范围为标准, 法定情节又可分为总则性情节和分则性情节。从功能上看, 法定情节有从重、从轻、减轻和免除处罚的情节。“从轻”与“从重”都是在法定刑幅度内判处刑罚, 而“减轻”则是在法定刑幅度下判处刑罚。“免除处

罚”的前提是作有罪宣告的免除, 而不是无罪的免除。3) 酌定情节有以下几种: 犯罪的动机、手段、时间、地点, 犯罪所侵害的对象、损害结果, 犯罪分子的一贯表现和犯罪后的态度, 等等。

(2) 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。

(3) 自首。1) 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。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。2) 成立特别自首的条件。①成立特别自首的主体必须是被采取强制措施的犯罪嫌疑人、被告人和正在服刑的罪犯。②必须如实供述司法机关还未掌握的本人其他罪行。3) 认定自首应当注意的问题：①犯有数罪的犯罪嫌疑人仅如实供述部分犯罪的行为，认定为自首。②对于共同犯罪的自首，犯罪分子自动投案之后，不仅要交代自己的犯罪行为而且还要交代同案犯的共犯行为才能认定为自首。③没有自动投案，在办案机关调查谈话、讯问、采取调查措施或者强制措施期间，犯罪分子如实交代办案机关掌握的线索所针对的事实的，不能认定为自首，虽然没有自动投案，但具有以下情形之一的，以自首论：第一，犯罪分子如实交代办案机关未掌握的罪行属于不同种罪行的；第二，办案机关所掌握的线索针对的犯罪事实不成立，在此范围之外犯罪分子交代同种罪行的。④过失犯罪可以适用自首。4) 单位自首。单位犯罪案件中，单位集体决定或者单位负责人决定而自动投案，如实交代单位犯罪事实的，或者单位直接负责的主管人员自动投案，如实交代单位犯罪事实的，应当认定为单位自首。单位自首的，直接负责的主管人员和直接责任人员未自动投案，但如实交代自己知道的犯罪事实的，可以视为自首；拒不交代自己知道的犯罪事实或者逃避法律追究的，不应当认定为自首。单位没有自首，直接责任人员自动投案并如实交代自己知道的犯罪事实的，对该直接责任人员应当认定为自首。注意两点：①单位犯罪之后，只有经过单位的领导机构集体研究决定，并派其中成员自动向司法机关投案，主动交代罪行的，才是单位自首；②由于本人畏罪而投案自首的，不应当认定为单位自首，而是个人自首。5) 对自首犯的处理。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。

(4) 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。

(5) 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。并科原则主要适用于主刑和附加刑之间。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。①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