

2010年法律硕士联考

最新试题分析及考点解析

(含2004—2009年命题精脉和题型要义)

主编 曾宪义 韩大元

4

 中国人民大学出版社



2010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

2010

中国人民大学出版社
• 北京 •

图书在版编目 (CIP) 数据

2010 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. 4 版

北京: 中国人民大学出版社, 2009

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 (2009) 第 062224 号

2010 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	邮政编码	100080
社 址	北京中关村大街 31 号		
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.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	2006 年 6 月第 1 版 2009 年 5 月第 4 版
印 张	24.5	印 次	2009 年 5 月第 1 次印刷
印 数	556 000	定 价	45.00 元

版权所有 侵权必究

印装差错 负责调换

郑 重 声 明

曾宪义教授等主编的《法律硕士联考最新试题分析及考点解析》一书，是广大考生首选的法硕联考用书，该书以其名师的底蕴、翔实的内容、权威的解析等，深受广大考生的欢迎，成为法硕联考的畅销书。

正因为该书的畅销，其也成为一些不法之徒盗印盗销的重点。盗版行为在侵害作者和出版者权益的同时，也因其印装粗劣、错漏百出，使考生蒙受金钱损失、精力损失，甚至误导考生，毁掉考生考研前程。

多年来，我们一直与盗版行为作着艰苦的斗争，并让一些盗版者受到了应有的处罚。今年，我们将进一步加大打击盗版的力度，并利用包括法律在内的一切手段，让盗版者受到严惩。

请广大考生认准以下防盗版特征：(1) 封面防伪标带密码网上注册查真伪。(2) 封面压有带人大出版社社标的压纹。

为保障您和您尊敬的老师的合法权益，请将您掌握的盗版者信息告诉我们。

举报电话：010-62515275

编辑电话：010-62511915

咨询电话：010-62511349

电子邮箱：lkao2005@163.com

中国人民大学出版社授权律师
北京市洪范广住律师事务所
徐 波

2009年4月

事半功倍 获取高分

联
重
吉

法律硕士联考竞争激烈，有目共睹。如何取胜？专业课必须获取高分。如何获取高分？应该做到：（1）梳理专业课必考法条，学会分析与运用。（2）熟悉各类型案例，掌握案例分析方法，提高运用理论解决实际问题的能力。（3）分析当年考题，甄别重要考点与一般考点，掌握命题大方向。

重要法条+经典案例+最新考题=高分

《法律硕士联考重要法条释解》

本书选取联考相关法条，去粗取精，进行分析和解释；比较易混淆知识点，揭示出题点；精编练习题。书后附中国法制史经典古文释解和法理学经典论述题释解，为攻克古文分析题和论述题难点提供解决之道。

《法律硕士联考专业基础课必备 经典案例分析》

本书针对专业基础课的案例分析题做文章，分刑法学和民法学两编，各编又分一般经典案例和复杂经典案例两大部分。第一部分为一般经典案例，依据章节知识点编排，遵循由易到难的原则，适合打基础。第二部分为复杂经典案例，有一定的难度，可能不单纯考查某个知识点，而是涉及多个知识点。一般案例和复杂案例中有的难度接近真题。每个案例都配有详细解答和分析。

《2010年法律硕士联考最新试题分析及考点解析》

本书以最新真题为“内核”，“解构”试题，分条析疑，将命题中万变不离其宗的核心知识点呈现在您的面前。同时，本书还与相关历年试题链接，使您在复习中增强记忆，实现“循环往复”，顾此不失彼。

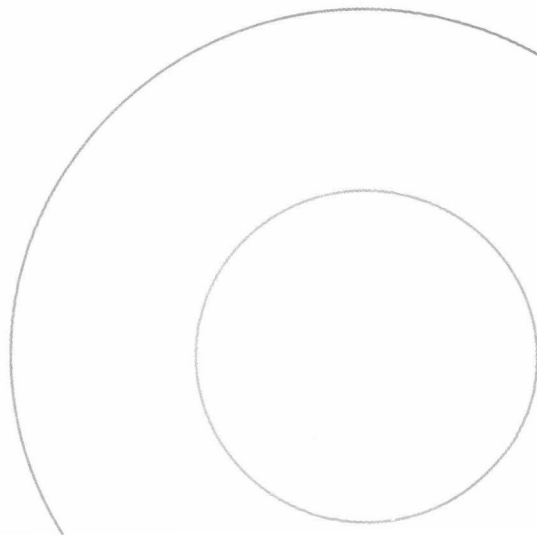


6 年 (2004~2009 年) 考点解析——命题精脉和题型要义	1
第一部分 刑法学	3
第二部分 民法学	30
第三部分 法理学	53
第四部分 中国宪法学	70
第五部分 中国法制史	84
 最新试题分析及经典试题回放	 97
第一部分 刑法学	99
第二部分 民法学	182
第三部分 法理学	255
第四部分 中国宪法学	301
第五部分 中国法制史	349
 后记	 383

6年(2004~2009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。



第一部分 刑法学

如果我们将刑法学的内容按体例区分, 2004 年~2009 年法律硕士考试中, 刑法总论考了 270 分, 刑法各论考了 180 分。具体而言, 各个部分的考试分值分别为: 刑法论 14 分、犯罪构成 60 分、正当防卫和紧急避险 8 分、故意犯罪的停止形态 42 分、共同犯罪 46 分、一罪与数罪 13 分、刑罚论概述 34 分、量刑 55 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 24 分、侵犯公民人身权利民主权利罪 41 分、侵犯财产罪 53 分、妨害社会管理秩序罪 7 分、贪污贿赂罪 18 分、渎职罪 2 分。综合 6 年的考试情况, 出题频率最高的内容分别为: 犯罪构成、量刑、侵犯财产罪、共同犯罪、故意犯罪的停止形态和侵犯公民人身权利、民主权利罪, 这六部分内容占 6 年考查分值的 66%。

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,以单选题的形式对考生考查过一次。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对考生实施考查。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实施考查。

(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，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单位犯罪的主体包括公司(如有限责任公司、股份有限公司、国有独资公司等)、企业、事业单位(如出版社、高等院校等)、机关、团体(如各类协会、学会等)。②如果个人为进行违法犯罪活动而设立公司、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。③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,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、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对考生实施了考查。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) 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“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为预期的犯罪目的。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6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。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）。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。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6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) 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 $\frac{1}{2}$ 。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 $\frac{1}{2}$ 。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。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。

(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。1) 没收财产是剥夺犯罪分子个人现实所有财产的一部或者全部，而不是没收因犯罪所得的财产，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，除了法条分析题外，考查方式包括各类题型。近6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