

刑法一阮齐林老师点评

2008 年司法考试刑法部分的命题主要有以下特点：

一、分值有所增加

与往年相比，2008 刑法学试题所占分值有较大增加。卷二选择题部分共 42 题 64 分：其中单选题 20 个 20 分，多选题 15 个 30 分，不定项选题 7 个 14 分，共 64 分。卷四分析论述题部分 45 分，其中案例分析一题 20 分，分析论述一题 25 分。两部分相加共 109 分。分析论述题 25 分是作为法理学和刑法学的选答题，如果算做半道刑法题，则刑法学所占分值也可算为 97 分。与往年刑法学试题占 80 分左右相比，分值有较大增长。刑法学分值既然约占整个分值六分之一，考生在备战 2009 年司法考试时应予重视。

二、考点中规中矩

就考查的知识点而言，与往年相比没有明显变化，仍然是基本的、常见的知识点：

1. 总则部分有：(1)罪刑法定原则；(2)犯罪构成要素分类；(3)不作为；(4)因果关系；(5)故意、过失；(6)认识错误；(7)相对刑事责任年龄；(8)正当防卫、紧急避险；(9)自救行为、被害人同意；(10)犯罪预备、未遂、中止、既遂的认定；(11)共犯成立、共犯人的分类和责任；(12)罪数中的法定加重犯、营业犯、事后不可罚行为、想象竞合犯、吸收犯；(13)单位犯罪认定；(14)有期徒刑、拘役、管制、剥夺政治权利等刑罚的执行。
2. 分则部分有：(1)第二章危害公共安全罪中：故意杀人罪与投放危险物质罪区别，实际是“公共安全”概念的掌握；失火罪与重大责任事故罪、危险物品肇事罪的区别；交通肇事罪；(2)第三章经济犯罪中：高利转贷罪和对非国家工作人员行贿罪；骗取出口退税罪和虚开增值税发票罪；信用卡诈骗罪；提供虚假证明文件罪；(3)第四章侵犯人身权利罪中：非法拘禁罪、虐待被监管人罪的加重犯；强迫职工劳动罪；绑架罪；拐卖妇女儿童罪；(4)第五章侵犯财产罪中：抢劫罪、盗窃罪、侵占罪、诈骗罪的认定；(5)第六章扰乱社会秩序罪中：盗窃国家机关印章罪；妨害公务罪与拒不执行判决、裁定罪、故意伤害罪的想象竞合；传播淫秽物品牟利罪；传播淫秽物品罪；聚众淫乱罪；贩卖毒品罪的要件；(6)第七章贪污贿赂罪中：贪污罪与私分国有资产罪的区别；贪污罪与挪用公款罪区别；行贿罪；受贿罪。
3. 在考点方面较显著变化是：共同犯罪的所占分值下降，妨害社会秩序管理罪和贪污贿赂罪比重有所增加，这种变化主要是卷四的两个刑法学试题考点变化造成的。

三、考查角度更重视基本原理和实际案例

1. 更重视刑法原理。这表现在：(1)罪刑法定原则对刑法条文解释（或刑法适用）的指导作用，如卷四分析论述题，卷二单选第 20 题的刑法解释、多选第 51 题记述性和规范性构成要件要素辨识等；(2)犯罪故意的认识内容及其成立，如单选第 2 题故意的内容；多选第 54 题的法定符合说与具体符合说区分；单选第 4 题缺乏违法性认识可能性阻却犯罪故意；(3)排除犯罪性事由，如单选第 5 题被害人承诺，不定项第 93 题正当防卫的对象范围（不法侵害）等。罪刑法定原则与刑法解释，故意的认识内容与认识错误，排除犯罪性事由等属于刑法学原理，外国学说非常重视且研究深入。在这次考试中也作了较为细致的考查。

2. 更重视结合实际。这表现在卷四的案例题和分析论述题均取材于司法实务中的实例，如卷四案例分析第二题，徐某和顾某在国企改制中隐瞒国有资产侵吞案，就属于前一段时间国企改制中实践中遇到的案件，还有卷四第七题的两个裸聊案，也是最近实际生活中发生案例。还如（单选第 16 题）甲于灾后第二天从他人被大雪压塌房屋中拿走 2 万元现金，是构成盗窃罪还是侵占罪？在汶川地震时，对进入灾区从他人垮塌房屋废墟中拿走财物的行为，法院当即以盗窃罪从重处罚。知道这样的判例，可简单得出正解。盗窃罪与侵占罪区别的要点在于对象是否属于脱离占有之物。因遭灾害垮塌房屋废墟下的财物，在一定时间内仍应认为是他人占有之物，属于盗窃罪的对象。

四、对策

1. 加强刑法学基本原理的学习和运用，其中包括：(1) 刑法的目的（保护法益和自由，其中包含公共权力干预公民自由的界限）；(2) 罪刑法定原则的内容、实质与刑法的解释、适用；(3) 犯罪的本质，即社会危害性或侵害法益；(4) 犯罪客观方面的行为（含不作为）、危害结果及其因果关系；(5) 犯罪主观面的，故意的内容（认识要素、意志要素）和本质（有违法意识）；(6) 主、客观方面统一的学说，（认识错误的）法定符合说、具体符合说、违法性认识可能性必要说；(7) 其他排除犯罪性事由；(8) 共犯的成立、共犯人种类和责任（一部行为全部责任）；(9) 单位犯罪成立的条件（单位名义+单位利益）；(10) 分则重要法条（或罪名）中构成要素解析。给出一个刑法分则条文，要求对其关键概念（犯罪构成要素）进行解析、适用，将逐渐成为考试的重要方式。
2. 适当了解司法实务和生活中的案例。卷四的两个刑法题，均来自实际的案例，在国企改制中管理层购买国有资产时隐瞒国有资产并侵吞的，就定性为贪污，因在过户前案发，定贪污未遂。关于“裸聊”的两个案例，媒体有广泛的报道：案例一北京家庭主妇张某在家中用视频与多人进行网络裸聊，曾被涉嫌聚众淫乱罪提起公诉，日前被撤诉，彰显法治精神。案例二浙江衢州女子方某从事“裸聊”生意，收取费用计 2.4 万元。被法院以“传播淫秽物品牟利罪”判处有期徒刑 6 个月，缓刑 1 年，并处罚金 5000 元。这两个案例在网上随处可见。如果事先了解这样的实例，知道处理结果，就能把握答题的正确方向。法律与社会生活密切相关，适当关心一下热点案例及其处理情况，有时会有意外的收获。
3. 刑法原理与生活情理具有一致性。有的试题考查的刑法原理相当深入细致，考生感到非常陌生，但却意外地发现答对并不难。例如（08 卷二单选 4）甲以书面形式向法院咨询自己的某种经营行为是否违法，法院正式书面答复该行为合法。其实该经营行为是违反刑法的。甲是否成立犯罪？正解是“B. 甲没有违法性认识的可能性，所以不成立犯罪”。这是一个“法律认识错误”是否排除犯罪故意的问题。“违法性认识”是故意的认识内容之一，因为犯罪故意应受谴责的核心是“明知不可为而为之”。通常，行为人有（犯罪）的事实性认识，即可推定具有违法性认识，比如认识到自己窃取他人财物，杀伤他人，自然知道自己的行为是犯法的（有违法性认识）。因为达到一定年龄的人受过道德教化和法制教育，当然知道窃取、杀伤是犯法的事情。不过，如果行为人没有认识行为犯法的可能性，则可推翻这种推定，意味着行为人缺乏违法性认识而不具备犯罪故意。考生对这样复杂的理论可能并不了解，但是按常情判断可简单找到正解，甲“以书面形式向法院咨询，法院正式书面答复该行为合法”，法院答复的权威性不容置疑，令甲确信自己的行为不犯法的情况下才实施该行为，显然不具有“犯法”的故意，不成立故意犯罪。还如（卷二单选 3）甲想杀害身材高大的乙，打算先用安眠药使乙昏迷，然后勒乙的脖子，致其窒息死亡。由于甲投放的安眠药较多，乙吞服安眠药后死亡。对此，下列哪一选项是正确的？正解是“C. 甲已着手实行杀人行为，应认定为故意杀人既遂” 这题涉及“构

成要件事实的提前实现”，相当细致复杂。虽然甲预定的杀人计划是“先麻翻、再勒死”，但其麻翻被害人乙的预备行为提前实现了预期的构成要件结果（杀死），应当认定为故意杀人罪既遂。但是从情理上讲，甲杀害乙的作案过程中出现了小小的意外（死亡结果提前发生），这种小小的意外不妨害成立故意杀人罪的既遂。因为行为人有杀害乙的意思并实施了相应的行为最终造成的死亡结果，且该死亡结果与其行为有因果关系，杀人既遂的结论最为合理。考生不一定懂“构成要件事实的提前实现”的理论，但根据常识、情理，可“自发”找到正解。可见，在遇到“疑难”问题时，遵循“法律不悖情理”往往能求得正解。其次是“平衡”，C 故意杀人罪既遂，与“法定符合说”和“因果关系错误”不影响罪责的通说，在结论的合理性上保持一致。

4. 基本的、常见的知识点永远是重要的。因此，仍然要通过“历年”考题而不仅仅是今年考题反映出的考点，备战来年的司考。在掌握基本常见考点、考察方式的基础上，适当注意今年考题的特点和风格。从主考方（出题方）的角度，使考题富于变化是体现出题水平、提高测试质量要求之一；对考生而言，根据历年试题反映的考试特点确定复习思路才是明智的。