

国家统一司法考试参考用书

2009年司法考试

重点、难点、疑点精解丛书

刑法学卷

(修订版)

附：2004年—2008年司法考试分类真题解析

阮齐林 编著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

2009 年司法考试 重点、难点、疑点精解丛书 刑法学卷

(修订版)

附：2004 年—2008 年司法考试分类真题解析

阮齐林 编著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

2009 年司法考试重点、难点、疑点精解丛书·刑法学卷(修订版)/阮齐林编著. —北京: 北京大学出版社, 2009. 4

ISBN 978-7-301-06191-6

I. 2… II. 阮… III. 刑法—法的理论—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(2003)第 012816 号

书 名: 2009 年司法考试重点、难点、疑点精解丛书·刑法学卷(修订版)

著作责任者: 阮齐林 编著

责任编辑: 李卫红

标准书号: ISBN 978-7-301-06191-6/D·0719

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn> 电子信箱: wxy@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752817 出版部 62754962

印 刷 者: 世界知识印刷厂

经 销 者: 新华书店

787 毫米×1092 毫米 16 开本 31.5 印张 786 千字

2003 年 3 月第 1 版 2009 年 4 月第 8 版 2009 年 4 月第 1 次印刷

定 价: 55.00 元

未经许可, 不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有, 侵权必究

举报电话: (010)62752024 电子信箱: fd@pup.pku.edu.cn

出版说明

李白诗云：蜀道难，难于上青天。凡参加过2002年全国司法考试的考生们无不感受了司法考试之难。全国36万考生，只有2.4万考生通过考试。而且，通过分数线仅为240分。全国民族自治地区和国家级贫困县的分数线仅为235分。许多考生奋斗数载，有的甚至从黑头发考到白头发，也未能通过考试，足见司法考试之难。

司法考试难在哪里？为什么许多考生皓首穷经，不能破解司法考试之谜？为什么有的考生能够一考中的，犹如囊中取物，从此平步青云？我们通过组织具有多年律考、司法考试教学经验的老师进行研讨发现，关键在于掌握司法考试中的重点、难点和疑点问题。司法考试涉及的法律条文，据不完全统计，近2万多条。司法考试涉及的学科涵盖法学14门核心课程。在浩瀚的法学知识海洋中，如果对司法考试的重点把握不准，对司法考试的难点无法破译，对司法考试的疑点缺少研究，自然就像漂泊在大海中的孤舟上的船翁，茫茫然不知所向，只能望洋兴叹。

为了落实依法治国的伟大方略，更为了帮助考生准确地把握司法考试中的重点、难点、疑点，直面考试并顺利通过考试，我们邀请了多年从事律考和司法考试命题、辅导、大纲编写和教材编写的具有丰富经验的教授们，编写《2003年司法考试重点、难点、疑点精解丛书》。丛书共分8卷，分别是宪法学·法理学与法制史学卷、刑法学卷、民法学卷、刑事诉讼法学卷、民事诉讼法学卷、商法学与经济法卷、行政法学·行政诉讼法学卷、国际公法学·国际私法学·国际经济法学卷。

本套丛书具有以下特点：

1. 权威性。其表现在丛书各卷浓缩教材，解析重点，解惑难点，探讨疑点。各卷丛书的撰稿人均为资深教授，如刑法的阮齐林教授、宪法的焦洪昌教授、行政法与行政诉讼法的张树义教授、民法的李仁玉教授，其他教授因尊重本人意愿，在此不予列明。

2. 新颖性。本套丛书列出考试重点、考试难点、考试疑点，并通过例解的方式予以解答，使考生达到事半功倍的效果。

3. 准确性。在对重点、难点、疑点的分析中，不仅语言简洁，而且分析到位，以达到解惑之目的。

古人云：种瓜得瓜，种豆得豆。拥有和阅读本套丛书，领悟司法考试的精髓，播下成功的种子，必能结出胜利的果实！

北京大学出版社

2003年3月

修 订 说 明

鉴于近年司法考试考生的情况和要求发生了较大变化,本书在内容和体例上都做了较大的改进。其宗旨突出两点:

一、与考生已有资料、知识的互补性。近年的考生一般已受过法学本科教育,手中已有刑法学教材,脑中已有系统的刑法学知识。本书修订中尽量删除与考生已有资料、知识重复的内容,着重讲解考试涉及到的而考生较为欠缺的知识,如考生对“刑法注释”的基本概念、原理较为生疏,特增加第一章“正条和构成要件·构成要件要素”、并设专章(第二章)解说“刑法解释的概念和分类”,给考生补强这方面知识。

二、与考题、考点的互动性。本书修订注重从考题中提炼知识点,通过考题加强对知识点的把握。根据近年司法考试的动态,突出考点,把重要的考点提炼出来专门重点介绍,把一些基础知识、过渡性的解说置于章节的末尾,作为参考。

在突出上述“互补性”、“互动性”的同时,也给本书的“体系性”或“系统性”带来不利的影响。读者可能会因为本书与自己熟悉的教材体例不一致,而感到有所不便。另外,本书对考生应有的基础知识尽量略去,这也可能会使有的读者感到不便。为了解决这个问题,修订时在有些章节前特意加上“导言”,作些说明和铺垫。通过“导言”可以帮助读者与既有的知识体系顺利“接轨”。

前言

一、备战司法考试的方法

(一) 研习历年试题

历年试题对应试参考价值最大。做一做历年试题,一方面了解司法考试的特点,以便正确选择备考资料和方法;另一方面测一测自己还有什么不足,予以弥补。如果问:限选一种资料备考该选什么?我的建议是:历年试题!通过试题了解考试特点对备战司法考试极端重要。有志于通过司法考试者一定要充分利用考试机会进行实战演练,短短两天的实战演练可能会使未来的备考变得轻松、高效。不要总想着等准备好了再报考,一次通过,这样的想法要不得。

在方法上,着重了解历年试题考查的知识点和考查的角度,不要太在意答案。时过境迁个别答案可能过时,这不奇怪,只是不要被过时结论所误导。千万不要因为个别答案过时而丧失研习历年试题的兴趣。

虽然每年试题的风格有所不同,但通过了解多年试题得出的总体印象,不会有太大的偏差。所以,全面、深入研习多年的试题,甚至从1986年开始举办律师资格考试以来的历年试题,是掌握考试特点的有效途径。

(二) 熟读法条、司法解释

司法考试就是考法律条文的理解和应用,那么法条自然是考试的核心知识点。司法解释,则是对法条适用中疑难而常见问题的解释。因为如果不难,不必解释;如果不普遍,则不必以司法解释的形式来解决。而法律适用普遍而疑难的问题,从来都是考试的重点、要点。

阅读法条、司法解释与阅读刑法学教材一类的资料具有互补作用。教材都是围绕着法条阐述的,说得直白一点,就是对法条的学理解释。因此,一本全面系统的教材实际已经包含了法条和司法解释的基本内容,二者是一致的。通过教材,也能掌握法条、司法解释的内容。不过,二者的表达方式毕竟不同,法条、司法解释更为朴实、直接、精练,直接阅读,等于是换一个与教材不同的角度进行掌握,效果更好。

(三) 适当看一点案例、做一点练习

对于初学者,由经验丰富的教师编写的供法学院校学生使用的教学案例集或案例教程,比较合适。对于程度较高者,也可以看一看命题老师或权威学者编写的教材,这对于正确把握难点和争议点很有帮助;或者看一看法院编写的案例集,如最高法院出版的《人民法院案例选》或《刑事审判参考》一类的刊物,这对于弥补司法经验不足的缺陷具有重要的作用。不过这些判例选集对案情处理和对法律要点评说不够简明,读起来有些费力。

此外,就是适当做一点练习。首先还是反复练习历年试题,烂熟于胸了,再找点其他题练。市面上有很多专门针对司法考试的练习题、模拟题,可找一本练练手。大家想一想应对高考、托福考试的方法,“题海战术”不可或缺。司法考试也可沿用此战法。选择练习题或练习册的原则是:①选那种与历年试题风格最接近的;②选那种按照学科(比如刑法学、民法学)分类,按照学科体系顺序编排的。这种练习体例的好处是,可有效把知识点与练习结合起来,通

过练习巩固知识点,通过知识点指导练习。这才是最好的题海战术。那种把各科试题混编的模考体例,只是到最后“冲刺”阶段才有必要。

二、司法考试试题分析

(一) 2006 年刑法学试题考点和特点

2006 年刑法试题考点相对集中,难度较大,与 2004 年、2003 年、2002 年这几年试题的风格接近,与 2005 年的反倒有较大差异。

2006 年度卷二刑法学题型和分值没有变化,还是 40 题 60 分,与 2005 年的相同。但是在卷四分析题部分分值有所增加,案例分析 26 分主要内容是刑法学的,论述题 35 分,选作题之一是刑法学的。

卷二选择题考点分布情况如下:

1. 总则:① 罪刑法定原则;② 刑法解释的知识;③ 不作为犯;④ 因果关系;⑤ 行为和因果关系知识;⑥ ★相对刑事责任年龄;⑦ 间接故意;⑧ ★认识错误;⑨ 排除犯罪性事由;⑩ 侵犯人身权利罪及排除犯罪行的事由;⑪ ★犯罪形态;⑫ 单位犯罪主体;⑬ 想象竞合犯;⑭ ★刑期起算;⑮ 自首、立功;⑯ 缓刑适用;⑰ 累犯和假释;★⑱—⑳ 共同犯罪及其责任、自首、立功。

2. 分则:① 交通肇事罪;② 使用假币罪;③ 抢劫罪和绑架罪的认定;④ ★过失致人死亡罪;⑤ ★强奸罪的认定及处罚;⑥ 数罪并罚的分则规定;⑦ ★抢劫罪认定、处罚;⑧ 敲诈勒索罪;⑨ 诈骗罪与盗窃罪认定;⑩ ★盗窃、诈骗、职务侵占罪的认定;⑪ ★牵连、竞合行为的处罚;⑫ ★侵犯财产罪的认定;⑬ ★脱逃罪;⑭ ★贩卖毒品罪的认定;⑮ ★包庇罪;⑯ ★挪用公款罪的立法解释;⑰ ★分则法定的从重处罚情节;⑱ 受贿罪。

3. 卷四案例分析和论述题

(1) 案例分析主要是盗窃、侵占、抢劫、抢夺、诈骗等财产罪和拐骗儿童罪等侵犯人身罪的认定。

(2) 论述题,涉及罪刑法定原则和法律解释。

(二) 2007 年度司法考试刑法学试题的特点和启示

1. 考查知识点较为集中,难度有所增加

本年度刑法学试题分值约占 80 分,其中卷二单选 20 题 20 分;多选 15 题 30 分;不定项 4 题 8 分;卷四案例 1 题 22 分。

1. 本年度刑法学考点分布显著特点是“考点集中”于刑法基本制度和常见罪。总则的考点大量集中在:(1) 刑法总则的基本制度、原理如共犯、罪数与数罪并罚、自首立功上;(2) 分则常见罪如抢劫、盗窃、侵占、诈骗、贪污、受贿、挪用公款、绑架、非法拘禁上。这两项内容相加的分值接近 70 分,占刑法学全部分值的 80% 以上。相反,第三章经济犯罪、第六章妨害社会管理秩序罪、第九章渎职罪虽然共占分则罪名半数以上,但在试题中却只有寥寥 6 分,而国事罪和军职罪仅有个别选项涉及,可忽略不计。因为考点集中,没有什么生僻的知识点,考生考后感觉良好。

2. 难度有所增加。难度增加一方面与考点集中有关,因为集中在基本点、重点上,考生比较熟悉,势必需要增加点难度;另一方面,与增加了试题的综合性和干扰性有关。生僻的知识点较少,考生感觉都是熟悉的问题,考后感觉不错,估计得分率未必很高。

对考生的启示是：基本的永远是重点这依然不变。总则基本内容是罪刑法定、不作为、故意过失认定、认识错误、相对刑事责任年龄、正当防卫、预备未遂中止、共犯、罪数和数罪并罚、死刑、自首立功、缓刑假释、累犯，以及总则量刑情节和处罚原则。分则基本内容是侵犯财产罪、侵犯人身罪、贪污贿赂罪、金融诈骗罪、非法经营罪、妨害司法的犯罪、重大责任事故罪、交通肇事罪等。与这些内容有关的法条、司法解释应当深入细致掌握。

不过，仍应适当兼顾知识面。今年考点高度集中，来年则不一定有这么集中。因此，复习刑法学依然要适当照顾知识面。因为如果主考方觉得今年考点太集中，可能在明年就有意识分散考点。抓重点不等于放弃全面，考查生僻的知识点往往比较简单，只要知道可有效拿分。

2. 加强了试题的综合性

一个试题或一个选项不单纯考查一个知识点，而是涉及数个知识点，加强了试题的综合性，例如单选第5题：甲为杀害仇人林某在偏僻处埋伏，见一黑影过来，以为是林某，便开枪射击。黑影倒地后，甲发现死者竟然是自己的父亲。事后查明，甲的子弹并未击中父亲，其父亲患有严重心脏病，因听到枪声后过度惊吓死亡。关于甲的行为，下列哪一选项是正确的？A. 甲构成故意杀人罪既遂；B. 甲构成故意杀人罪未遂；C. 甲构成过失致人死亡罪；D. 甲对林某构成故意杀人罪未遂，对自己的父亲构成过失致人死亡，应择一重罪处罚（答案A）。就本题而言，若甲父是直接中弹而亡的，则属于同一构成要件事实认识错误（同质错误），根据“法定符合说”可简单认定不阻却甲对其父亲之死承担故意罪责，仍然成立故意杀人罪既遂。但题中节外生枝又称甲父“惊吓而死”，多出个因果关系的判断。如果考生该题考查的两个知识点之一发生错误判断，都可能会得出杀人未遂或过失致人死亡的错误选择。再例如多选第55题：李某以出卖为目的偷盗一名男童，得手后因未找到买主，就产生了自己抚养的想法。在抚养过程中，因男童日夜啼哭，李某便将男童送回家中。关于李某的行为，下列哪些选项是错误的？A. 构成拐卖儿童罪；B. 构成拐骗儿童罪；C. 属于拐卖儿童罪未遂；D. 属于拐骗儿童罪中止（答案BCD）。本题涉及两个知识点：其一拐卖儿童罪的形态（既遂、未遂、中止）；其二是除构成拐卖儿童罪外是否还构成拐骗儿童罪。考生一般能正确认定是拐卖儿童罪既遂不是中止、未遂，但难以决断构成一罪还是二罪。拐卖儿童罪形态认定之外加上个罪数认定，综合性加强。

对考生的启示是：适当培养综合运用知识解答问题的能力。特别注意打通“定罪”结论与总则基本原理、制度的关系，比如上面的“A. 甲构成故意杀人罪既遂”的“定罪结论”，对总则知识而言意味着甲的行为：（1）与其父死亡有因果关系；（2）对其父死亡结果承担故意罪责；（3）甲只有一行为只构成一罪。本题既涉及认识错误又涉及因果关系知识的运用。

3. 试题大量结合了“罪数和数罪并罚”的内容，考查“恰当”处理案件的能力

例如单选第16题：陈某向王某声称要购买80克海洛因，王某便从外地购买了80克海洛因。到达约定交货地点后，陈某掏出仿真手枪威胁王某，从王某手中夺取了80克海洛因。此后半年内，因没有找到买主，陈某一直持有80克海洛因。半年后，陈某将80克海洛因送给其毒瘾很大的朋友刘某，刘某因过量吸食海洛因而死亡。关于本案，下列哪一选项是错误的？A. 王某虽然是陈某抢劫的被害人，但其行为仍成立贩卖毒品罪；B. 陈某持仿真手枪取得毒品的行为构成抢劫罪，但不属于持枪抢劫；C. 陈某抢劫毒品后持有该毒品的行为，被抢劫罪吸

收,不另成立非法持有毒品罪;D. 陈某将毒品送给刘某导致其过量吸食进而死亡的行为,成立过失致人死亡罪(答案D)。本题的关键点是C与D之间的选择。抢劫毒品而后持有的,是否应当数罪并罚呢?如果考生没有事先从书本或课堂上获得明确的结论,根据罪数一般原理排除C项需要丰富的经验和灵活运用能力。因为司法解释一再强调抢劫违禁品后又因为利用该违禁品构成犯罪的,应当数罪并罚,其实这限于贩卖等“处分”行为又构成其他罪,仅仅是“持有”行为,属于其抢劫行为当然结果行为被吸收,类似如为抢劫财物而误得枪支并且没有得到财物的,对其通常只定一罪,要么定抢劫罪要么定非法持有枪支罪。如果事后又有非法出售的行为,则成立数罪。陈某将毒品“赠送”他人,这种“赠送”行为在刑法中没有规定为一种毒品犯罪行为,不存在成立其他罪。“D. 陈某将毒品送给刘某导致其过量吸食进而死亡的行为,是否成立过失致人死亡罪”?陈某将毒品送给有吸食毒品经验的正常人,并无反常之处。受赠人如何吸食、是否会因吸食过量而死亡,应由受赠人自己负责。将受赠人因吸食过量而死亡归咎于赠送毒品人,显然违背常理。对此问题做出正确判断需要相当的经验或良好的意识。恐怕只有能坚定排除本题ABC选项的考生才能下决心选择D。类似涉及罪数和数罪并罚的选择题还有第5、12、16、19、53、54、57、61、63、65、94、95题,共13题24分之多!这还不包括案例题中涉及的罪数考点。大量考题都牵扯上“罪数”问题,这是历来考试中没有过的。而这恰恰是综合性强,初学者最害怕、最难把握的考点。

对考生的启示是:1. 适当培养“统筹”处理案件的能力,根据法定构成要件来评价案件犯罪事实(行为),真正做到“完整评价”或恰如其分的评价(处罚)。既不能“重复评价”(或“重复处罚”。“一事两罚”),也不能“遗漏犯罪事实”。法条竞合、想象竞合、牵连、吸收、法定加重犯等不并罚,就包含解决这个问题基本观念和原理。2. 统筹处理案件的经验 and 良好意识不是一下子能养成的,作为一个补救办法就是尽量多地熟悉各种具体“类型”,举一反三,解决这类问题,比如多选第57题:关于罪数的认定,下列哪些选项是正确的?A. 甲使用暴力强迫赵某与自己进行商品交易,造成赵某重伤。对甲的行为应以故意伤害罪与强迫交易罪实行并罚;B. 乙借用李某的摩托车后藏匿不想归还。李某要求归还时,乙谎称摩托车被盗。乙欺骗李某的行为不单独构成诈骗罪;C. 丙为杀人而盗窃枪支,未及实施杀人行为而被抓获,丙的行为构成故意杀人(预备)罪与盗窃枪支罪的想象竞合犯;D. 丁盗窃信用卡并使用的行为,属于盗窃罪与信用卡诈骗罪的吸收犯(答案BC)。对于本题,如果考生运用想象竞合、牵连、吸收的观念、处理原则自己来临时推导结论,难有成算。如果考生事先对本题的各选项及其结论已经熟知,倒是能轻易拿分。因此“原理与实例”结合起来一并掌握是简便易行的对策。在每一个原理之下积累掌握大量实例,会取得相得益彰的效果,实例会加深对原理的掌握,原理进一步指导认定实例。这也相当于积累起“二手”经验。

4. 加强了考查的深度和细致程度

例如第10题B. 广告商乙在拍摄某减肥药广告时,以肥胖的郭某当替身拍摄减肥前的画面,再以苗条的影视明星刘某作代言人夸赞减肥效果。事后查明,该药具有一定的减肥作用。乙是否构成虚假广告罪?答案乙不构成虚假广告罪,原因是成立该罪须“情节严重”,乙因不够情节严重不成立犯罪。初学者往往很难考虑得这么细致。再如第65题B. 国家机关工作人员乙在退休前利用职务便利为钱某谋取了不正当利益,退休后收受了钱某10万元。尽管乙与钱某事前并无约定,是否应以受贿罪论处?答案是不应以受贿罪论处。“事后受贿”构成受贿罪

须以“事前约定”为要件,这在“审理经济犯罪案纪要”有规定,也是相当细致的问题。第94、95题(不定项选择)中,甲将公款挪用给乙进行营利活动,乙却将该公款用于贩卖毒品的非法活动,对此的答案是:(1)甲乙构成挪用公款的共犯;(2)甲属于挪用公款进行营利活动,乙属于挪用公款进行非法活动。这是“审理挪用公款案解释”中的规定。第20题:D负有管理职责的国家机关工作人员发现他人非法从事天然气开采、加工等违法活动而不予查封、取缔,致使国家和人民利益遭受重大损失的,对此答案应是《办理盗窃油气、破坏油气设备等刑事案件的解释》第7条规定:以滥用职权罪或者玩忽职守罪定罪处罚。另外案例分析题中涉及绑架与抢劫的区别,也是相当疑难的。

对考生的启示是:需要通过大量的练习来发现、熟悉、巩固这些法律和司法解释的细微之处。

5. 总则的犯罪形态、共犯、罪数的基本制度、原理与分则具体罪的特殊性结合进行考查

例如:多选第64题:王某担任辩护人时,编造了一份隐匿罪证的虚假证言,交给被告人陈小二的父亲陈某,让其劝说证人李某背熟后向法庭陈述,并给李某5000元好处费。陈某照此办理。李某收受5000元后,向法庭作了伪证,致使陈小二被无罪释放。后陈某给陈小二10万美元,让其逃往国外。关于本案,下列哪些选项是错误的?A.王某的行为构成辩护人妨害作证罪;B.陈某劝说李某作伪证的行为构成妨害作证罪的教唆犯;C.李某构成辩护人妨害作证的帮助犯;D.陈某让陈小二逃往国外的行为构成脱逃罪的共犯(答案BCD)。本题看似考查共犯问题,其实是因为有分则特别规定,导致总则共犯一般规定不适用。A中王某构成辩护人妨害作证罪。见第306条(辩护人妨害作证罪),B中陈某指使他人作伪证构成妨害作证罪,见第307条(妨害作证罪);C中李某是证人身份,向法庭作伪证应为伪证罪。D陈某给钱让陈小二逃往国外的行为有可能是偷越国边境罪的教唆犯或窝藏罪,不可能是脱逃罪。因为脱逃罪主体限于依法被关押的人,而陈小二不处于被关押状态,不可能成立脱逃罪。

对考生的启示是:总则中的共犯、形态、罪数等基本原理的应用往往有“特殊情况”,这种“特殊情况”往往是考查的重点之一。“分则有特别规定”是形成这种“特殊情况”的常见原因,比如上题“教唆”证人作伪证、“帮助”他人妨害作证,不成立共犯(帮助犯、教唆犯),是因为分则已经将这样的帮助、教唆行为规定为辩护人妨害作证罪、妨害作证罪,导致不适用共犯一般规定。类似的情形不仅在共犯方面而且在形态、自首、罪数与数罪并罚方面也大量存在。例如单选第12题:关于强奸罪及相关犯罪的判断,下列哪一选项是正确的?A.甲欲强奸某妇女遭到激烈反抗,一怒之下卡住该妇女喉咙,致其死亡后实施奸淫行为。甲的行为构成强奸罪的结果加重犯;B.乙为迫使妇女王某卖淫而将王某强奸,对乙的行为应以强奸罪与强迫卖淫罪实行数罪并罚;C.丙在组织他人偷越国(边)境过程中,强奸了被组织的妇女李某。丙的行为虽然触犯了组织他人偷越国(边)境罪与强奸罪,但只能以组织他人偷越国(边)境罪定罪量刑;D.丁在拐卖妇女的过程中,强行奸淫了该妇女。丁的行为虽然触犯了拐卖妇女罪与强奸罪,但根据刑法规定,只能以拐卖妇女罪定罪量刑(答案D)。B是第358条的加重犯;D是第140条的加重犯,都不应实行数罪并罚。C不属于第318条组织偷越国(边)境的加重犯,应数罪并罚。只有A稍难判断。若仔细分析A的表述发现甲是“一怒之下”卡住该妇女喉咙,致其死亡,似乎表明甲的心理发生变化,萌生了杀意,并在“杀意”支配下卡死被害人,所以可认为成立故意杀人罪。另外因为本题是单选题,其中的BD属于法定加重犯,C不是法定加重犯,答案

十分明确,自然不考虑其他选项,更不用纠缠A的对错。

由此对考试技巧有所启示,遇到十分模糊难断的选项不要过分纠缠,赶快看看其他选项有没有合适的,借助单选只有一个正确选项;多选必须有两个以上正确选项的规则,从技术上对疑难选项进行肯定或排除的判断。

6. 试题中涉及一些新观点、新问题,甚至尚未形成定说的见解

例如一:第57题(多选)D.丁盗窃信用卡并使用的行为,属于盗窃罪与信用卡诈骗罪的吸收犯(答案:D错)D错在何处实在不好说。因为学说上对吸收犯的理解就不太一致,有广义有狭义;还因为学者对刑法规定“盗窃信用卡后又使用的行以盗窃论”的性质理解不统一。有法律拟制说,牵连关系说,结合犯说,事后不可罚行为说。答案认为D错,猜想起来可能采取法律拟制说。这为张明楷教授所主张,认为盗窃信用卡因卡自身的价值微不足道,不成立犯罪,只有其后冒用卡的行为才可能成立犯罪,既然只有一个用卡行为成立犯罪,不存在数罪不成其为吸收犯也不成其为牵连犯。这是法律特别规定把特定方式(盗窃)获得信用卡的信用卡诈骗行为以盗窃罪论处。(参见张明楷著:《诈骗罪与金融诈骗罪研究》,清华大学出版社2006年版,第691—696页)。

例如二:第59题(多选)B.偷税罪是一种不履行纳税义务的行为,只能由不作为构成(答案B错)。这多少才在争议。根据法理,偷税是“当为而不为”,只能由不作为(不履行纳税义务)构成未尝不可。但是,我国刑法为了区分偷税行为与偷税罪的界限,在条文中对逃避纳税义务行为方式做了限制,规定以特定“作为”方式逃避纳税义务才认为构成犯罪(参见第201条)因此有人说我国刑法上偷税罪往往是一种需要用作为方式才能构成的不作为犯。大约是因为这个缘故B算错。不过这种说法存在疑问,涉及“不作为犯”以及只能以“不作为”行为构成之“不作为”行为的理解。把刑法中限制不作为犯惩罚范围的条件当做构成要件行为自身是不妥的。若按照本题参考答案的标准,刑法中恐怕不存在不作为犯或只能以不作为行为构成的犯罪,比如遗弃罪,刑法规定以“情节恶劣”为要件,什么样的表现算是遗弃“情节恶劣”?恐怕往往是行为人积极地采取了各种各样的逃避履行抚养义务的行为。按照这样理解同题C也不成立,甚至连D也不成立。

例如三:第19题(单选)无业人员甲通过伪造国家机关公文,骗取某县工商局副局长职位。在该局股级干部竞争上岗时,甲向干部乙声称:“如果不给我2万元,你这次绝对没有机会。”乙为获得岗位,只好送甲2万元。关于对甲的行为的处理意见,正确答案是:C。对甲的行为以伪造国家机关公文罪与受贿罪实行并罚。假如甲是名副其实的副局长,其索财(2万元)行为无疑是受贿罪,问题是甲副局长职位是骗取的,其职务形式合法实质不合法,这是否影响受贿罪的成立?这对于大多数考生来说这是个新问题。因为甲实际担任着副局长的职务、确实行使着副局长的职权,实际具有国家工作人员身份存在可利用的职权,所以照样可成立受贿罪。

例如四:陈某抢劫出租车司机甲,用匕首刺甲一刀,强行抢走财物后下车逃跑。甲发动汽车追赶,在陈某往前跑了40米处将其撞成重伤并夺回财物。关于甲的行为性质,下列哪一选项是正确的?A.法令行为;B.紧急避险;C.正当防卫;D.自救行为(答案C.正当防卫)。其中主要是C与D之间的选择令人感到为难。“正当防卫”、“自救行为”均属于“紧急行为”。二者的区别在于:正当防卫针对正在进行的不法侵害在来不及获取公权力保护的紧急情况下的

自卫行为;自救行为是法益已经受侵害的人在来不及通过正常法律程序救济的情况下,运用自己的力量恢复其权益的行为。本题的关键在于对法益的侵害是正在进行中还是已经过去。若认为不法侵害正在进行中,应当适用正当防卫;若认为不法侵害已经结束之后的自力恢复权利的行为,应当适用自救行为。不法侵害已经结束还是正在进行原则上可根据是否既遂判断,但是不法侵害人盗窃、抢夺、抢劫已取得财物但尚未脱离作案现场时,“尽管盗窃已经既遂,但尚未确立对财物的完全占有,并不属于过去的侵害”。据此“追赶上去夺回财物的行为可以构成正当防卫”。^① 根据这样的观点,C 正当防卫正确。如果是在事后因情况紧急自力恢复被侵害法益的行为,属于自救行为。

例如五:第1题(单选)A. 甲为抢劫而殴打章某,章某逃跑,甲随后追赶。章某在逃跑时钱包不慎从身上掉下,甲拾得钱包后离开。甲的暴力行为和取得财物之间存在因果关系(答案:不存在因果关系)。这多少存在模糊之处,若把甲抢劫的“暴力行为”理解为也包括“随后追赶”,则似乎应当认为有因果关系。对“甲的暴力行为”到底应当做何种理解呢?我认为应作“广义”理解,因为甲在抢劫的意图支配下实施的“殴打”、“追赶”举动均是甲一个抢劫行为有机组成部分。不宜将甲的一个抢劫行为分割为“殴打”和“追赶”两个行为分别认定其与取财的因果关系。另外,对甲的行为评价为抢劫既遂更为合理自然。若认为没有因果关系,则只能分别评价为抢劫未遂和侵占,不未到。

对考生的启示是:司法考试试题中偶尔也会出现尚未形成定说的观点,或者考生感到陌生的提法,或者存在对题中事实有不同的理解各评价,对此,考生应当正确对待。这样的问题,无论谁来解答都不敢说一定能和标准答案一致。这种不确定性是司法考试的一部分,形成的原因可能是多种多样的,可能是出题人熟悉的话题和结论,忽视了其普及的程度;也可能是为了测试一下考生的知识面和灵活应变的能力而有意为之。但是,考生一定要注意,不必斤斤计较这样的疑难问题,更不要在这方面耗费过多的精力。因为这毕竟只占试题不到十分之一的分值,且任何人都没有答对的把握。考生还是应当把主要精力放在掌握基本原理、常用法条、司法解释上,掌握这些准绳足以涵盖 90% 以上的考查知识点。

三、掌握刑法学的要领

(一) 不同的内容,需要掌握的程度是不同的,有的需要深入细致地掌握,有的只需要浅浅地了解。如同所有的考试一样,刑法学测试有“点”和“面”的问题。所谓“点”,即重点、基本点。属于点的知识,是历年必考的;对“点”的知识,着重测试掌握的深度和综合运用能力。与此相应,考生对点的知识应当有深入细致的掌握。所谓“面”,是指知识面。对面的知识,着重测试考生的掌握知识范围的广度,问题虽然较偏但很简单。与此相应,考生除掌握重点以外,也应当对刑法学有较为广泛的了解。属于面的知识,哪些考哪些不考,则具有很大的偶然性,全凭概率了。

(二) 刑法学重点内容

总则:(1) 相对刑事责任年龄;(2) 间接故意与过于自信的区别;(3) 法律和事实认识错误;(4) 不作为和因果关系;(5) 防卫过当、假想防卫、事后防卫;(6) 故意犯罪的形态(预备、未遂、中止、既遂);(7) 共同犯罪(共犯认定、共犯人分类和责任、部分共犯中止的要件等);(8) 罪数与数罪并罚;(9) 财产刑和剥夺政治权利刑的适用;(10) 自首、坦白、立功的认定及其

^① [日]西田典之著:《日本刑法总论》,刘明祥、王昭武译,中国人民大学出版社 2007 年版,第 122 页。

处理原则;(11) 缓刑、减刑、假释;(12) 追诉时效。

分则:(1) 侵犯财产罪;(2) 侵犯人身权利罪;(3) 贪污贿赂罪;(4) 其他:放火罪、投放危险物质罪、破坏电力设备罪、交通肇事罪;金融诈骗的犯罪、妨害司法的犯罪、聚众斗殴、寻衅滋事罪;徇私枉法罪、民事、行政枉法裁判罪、执行判决裁定失职罪、执行人员滥用职权罪。

其他问题其他罪名往往属于面的问题,适当记点法律条文就可以了。碰上算运气。当然,掌握的面越宽、越扎实,碰上并答对的机率越高、越有成算。所谓“一分耕耘、一分收获”。

(三) 掌握刑法重要内容的角度

总论部分重点与分论部分的重点之间的关系如何?

(1) 法条竞合关系:如诈骗罪与其他诈骗罪的区分,盗窃罪、诈骗、抢夺、毁坏财物罪与其他包含盗窃、诈骗等相应方式的犯罪如贪污、职务侵占、伪劣商品等罪的区别。

(2) 数罪并罚问题,如想象竞合、牵连、吸收关系、结果加重犯,如盗窃与破坏易燃易爆设备罪、电力设备罪的竞合、伪造与诈骗行为的牵连等。这方面经常测试一些法律和司法解释的特殊规定,如拐卖妇女又强奸的、暴力抗拒缉私、缉毒的、受贿又徇私枉法的、绑架又杀害人质的、保险诈骗又杀害被保险人的等等。

(3) 共犯关系,如盗窃、诈骗与窝藏、包庇罪、赃物罪的界限。

(4) 形态关系,常见罪如盗窃、诈骗、抢劫、强奸、杀人的预备、未遂、中止、既遂问题。

一些属于“面”范围内的罪名,往往是因为与总论的重点有关系而被测试,如组织偷越国边境罪中的数罪并罚问题。

(四) 应注意的常见犯罪的界限

(1) 盗窃、诈骗、抢劫、杀人、伤害、绑架与相关犯罪的界限。

(2) 犯罪的转化,如盗窃、诈骗、抢夺使用暴力转化为抢劫,携带凶器抢夺以抢劫论,非法拘禁、虐待被监管人、刑讯逼供、聚众斗殴等致人伤残死亡的,转定杀人、伤害罪。

(3) 侵犯财产罪与利用职务上便利侵犯财产罪的界限,如盗窃与职务侵占、贪污罪的界限。

(4) 侵犯财产与侵犯人身交织的犯罪界限,如抢劫、绑架与杀人、伤害、敲诈勒索的界限等。

学习方法提示

一、研习历年试题

历年试题对应试的参考价值最大,是了解考试重点和特点不可或缺的途径。看一看、做一做历年试题,一方面了解司法考试的特点,有针对性地选择复习资料、确定方法;另一方面测一测自己还有什么不足,予以弥补。

虽然每年试题的风格有所不同,但通过了解多年试题得出的总体印象,不会有太大的偏差。

二、熟读重要的法条和司法解释

“以事实为根据、以法律为准绳”。司法考试题考查方式主要是给出案例(事实),让考生依据法律准绳解答。掌握这“准绳”自然是关键。司法解释,则是对法条适用中疑难而常见问题的解释。因为如果不难,不必解释;如果不普遍,则不必以司法解释的形式来解决。而法律适用中普遍而疑难的问题,从来都是重点、要点。

三、适当做一点练习

大家想一想应对高考、托福等考试的方法,“题海战术”不可或缺。司法考试也可沿用此战法。首先是练“真题”;其次是“假题”(模拟题)。练题时一定要注意练习题与知识点、法律点的“互动”,即一方面运用知识点解答练习题;另一方面通过练习加强对知识点的掌握。不必斤斤计较个案的结论、钻牛角尖。

四、加强刑法学基本原理的学习和运用

1. 刑法的目的保护法益和人权;2. 罪刑法定原则的内容、实质与刑法的解释(法律适用);3. 犯罪的本质,即社会危害性或侵害法益;4. 犯罪客观面:行为(含不作为)、危害结果及其因果关系;5. 犯罪主观面:故意的内容(认识要素、意志要素)和本质(有违法意识);6. 主、客观面相一致,(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、期待可能性;7. 其他排除犯罪性事由;8. 共犯的成立(部分犯罪共同说)、共犯人种类(主犯从犯·胁从犯·教唆犯)、责任(一部行为全部责任)和处罚原则;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。

五、注意掌握的角度

(一) 总论部分的重点与分论部分的重点之间的联系

1. 法条竞合关系。如诈骗罪与其他诈骗罪的区别,盗窃罪、诈骗罪、抢夺罪、故意毁坏财物罪与其他包含盗窃、诈骗等相应方式的犯罪如贪污,职务侵占,生产、销售伪劣商品等犯罪的区别。

2. 数罪并罚问题。如想象竞合、牵连、吸收关系、结果加重犯,如盗窃与破坏易燃易爆设备罪、破坏电力设备罪的竞合,伪造与诈骗行为的牵连等。这方面经常测试一些法律和司法解释的特殊规定,如拐卖妇女又强奸的,暴力抗拒缉私、缉毒的,受贿又徇私枉法的,绑架又杀害人质的,保险诈骗又杀害被保险人的,等等。

3. 共犯关系。如盗窃、诈骗与窝藏、包庇罪,掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪的界限。

4. 形态关系。常见罪如盗窃、诈骗、抢劫、强奸、杀人的预备、未遂、中止、既遂问题。

一些属于“面”范围内的罪名,往往是因为与总论的点有关系而被测试。如组织偷越国(边)境罪中的数罪并罚问题。

(二) 常见犯罪类型的界限

1. 盗窃、诈骗、抢劫、杀人、伤害、绑架与相关犯罪的界限。

2. 犯罪的转化。如盗窃、诈骗、抢夺使用暴力转化为抢劫;携带凶器抢夺以抢劫论;非法拘禁、虐待被监管人、刑讯逼供、聚众斗殴等致人伤残死亡的,转化为故意杀人罪、故意伤害罪。

3. 侵犯财产罪与利用职务上便利侵犯财产罪的界限。如盗窃与职务侵占、贪污罪的界限。

4. 侵犯财产与侵犯人身交织的犯罪界限。如抢劫、绑架与杀人、伤害、敲诈勒索的界限等。

(三) 从考试试题特点和题型角度掌握

1. 大的案例分析题往往是总论部分的点与分论部分的点的结合。即常见犯罪类型与共犯、形态、罪数(相竞合、牵连、转化等)、责任年龄、间接故意、认识错误、累犯、自首、立功、数罪并罚结合在一起。

2. 任选题则不一定是“点”上的问题,往往测试“面”上的问题。大约出这种题目的目的之一就是检测考生的知识面。

六、适当了解司法实务和生活中的案例。如2008年试题卷四的两个刑法题,均来自实际的案例,在国企改制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。

七、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(2008年卷二单选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。虽然甲预订的杀人计划是“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,甲杀害人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。

刑法总论

目 录

前 言	(1)
-----	-----

第一编 刑法总论

第一章 刑法与刑法学	(3)
第一节 刑法的目的	(3)
第二节 刑法学解析刑法的概念·思路·方法	(6)
第二章 正条和构成要件·构成要件要素	(10)
第一节 正条与正犯→直接正犯·间接正犯	(11)
第二节 正条和构成要件·构成要件要素	(12)
第三节 正条的扩张(修正)	(17)
第四节 正条(构成要件·正犯)的类型	(20)
第三章 刑法解释的概念和分类	(25)
第一节 刑法解释	(25)
第二节 注意规定·拟制规定	(28)
第三节 有关刑法解释的其他知识	(31)
第四章 罪刑法定原则的内容和价值基础	(33)
第五章 犯罪的概念和分类	(39)
第六章 犯罪构成一般要件	(42)
第一节 犯罪客观要件	(42)
第二节 犯罪主体	(56)
第三节 犯罪主观要件	(66)
第四节 犯罪客体	(91)
第七章 排除犯罪性行为	(93)
第一节 排除犯罪性事由的概述	(93)
第二节 正当防卫	(93)
第三节 紧急避险	(101)
第四节 学说和情理上的排除犯罪性行为	(103)
第八章 故意犯罪的未完成形态	(107)
第一节 概述	(107)
第二节 犯罪未遂	(109)
第三节 犯罪预备	(117)
第四节 犯罪中止	(121)