



2023年刑法主观题真题（回忆版）试题及答案解析 徐光华

【案情】

迟某向陈某谎称自己被银行列入黑名单，无法申请银行卡，遂向陈某买银行卡。陈某明知迟某可能是利用该银行卡进行电信网络诈骗，但仍然将银行卡卖给迟某，后迟某果然利用该银行卡进行电信网络诈骗犯罪。（事实一）

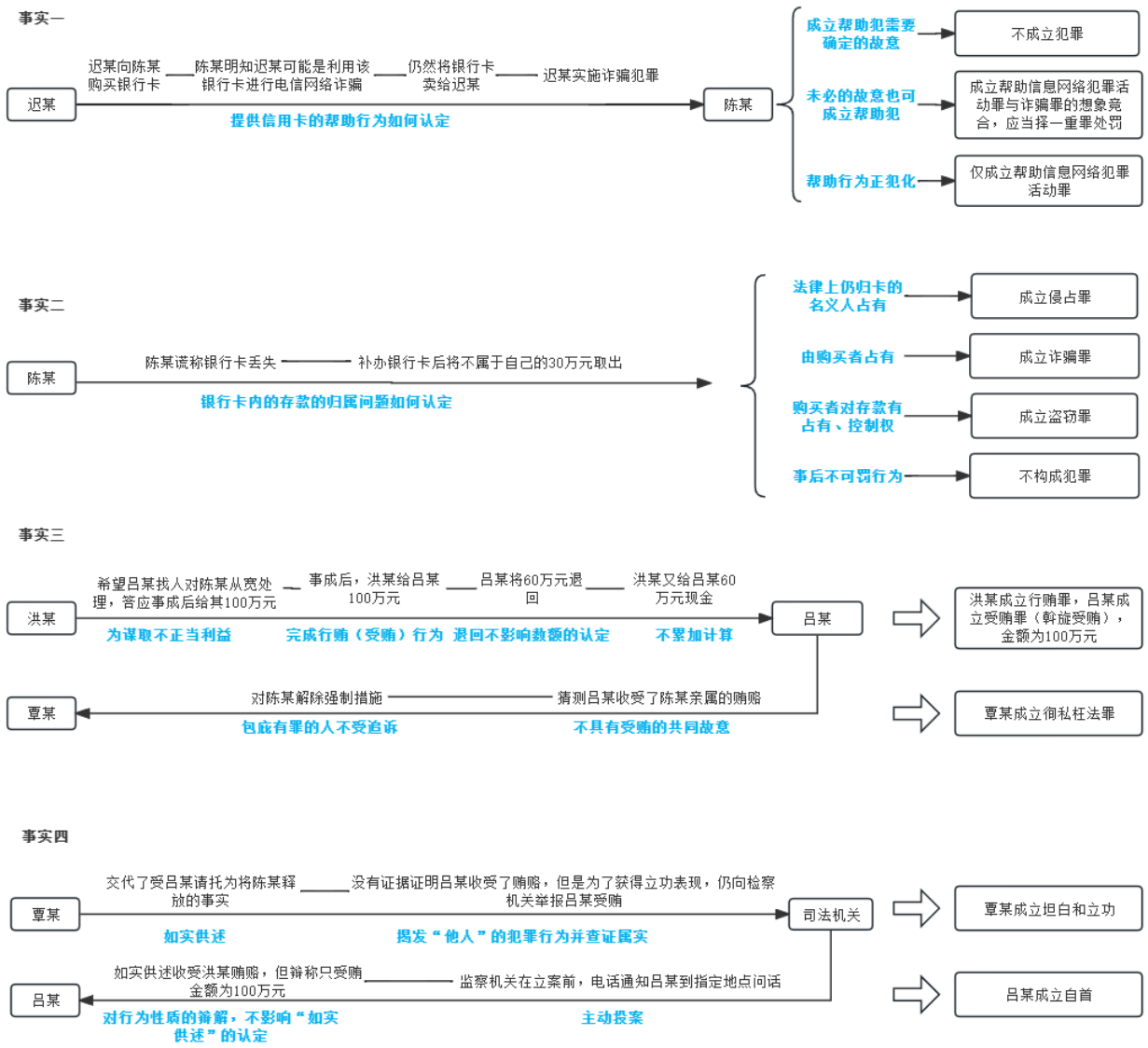
陈某通过手机银行短信得知多人向该银行卡汇入资金共30万元，陈某向银行工作人员谎称自己银行卡丢失，重新补办该银行卡并将30万元现金取出。事发后，陈某被公安机关采取强制措施，并移交检察机关。（事实二）

陈某被采取强制措施后，陈某的母亲洪某向财政局局长吕某请托，希望吕某找人对陈某从宽处理，并答应事成后给予100万元的报酬。吕某向公安局局长覃某请托，覃某心想吕某肯定收受了陈某亲属的贿赂或者准备接受贿赂，于是以陈某不清楚事实为由，对陈某解除强制措施。陈某被解除强制措施后，洪某交给吕某存有100万元的银行卡。三个月以来，吕某使用该银行卡消费了40万元，担心长期使用洪某名下的银行卡会引起怀疑，遂将该银行卡还给洪某。洪某觉得吕某在此事上帮了大忙，报酬不能太少，于是将剩下的60万元现金取出，又送给吕某，吕某收下。（事实三）

一年后，覃某被人举报，检察机关对覃某依法采取强制措施。覃某向检察机关交代了受吕某请托为将陈某释放的事实。虽然覃某没有证据证明吕某收受了洪某贿赂，但是为了获得立功表现，仍向检察机关举报吕某受贿，检察机关询问覃某是否有证据，并告知如果没有证据证明吕某受贿将成立诬告陷害罪。覃某表示如果吕某没有收受贿赂，自己愿意承担诬告陷害罪的刑事责任。后检察机关将线索移交给监察机关，监察机关在立案前，电话通知吕某到指定地点问话。吕某到达指定地点后如实供述收受洪某贿赂，但辩称只受贿金额为100万元。（事实四）

【问题】

1. 事实一中，关于陈某的行为定性，在刑法理论中有几种观点（至少写出三种）？你的观点和理由是？
2. 事实二中，关于陈某的行为定性，在刑法理论中有几种观点（至少写出三种）？你的观点和理由是？
3. 事实三中，洪某、吕某和覃某的行为各犯何罪？各自的犯罪数额是多少？
4. 事实四中，如何认定吕某和覃某的量刑情节？





【答案】

问题1—事实一中，关于陈某的行为定性，在刑法理论中有几种观点（至少写出三种）？你的观点和理由是？

答案：

陈某明知迟某可能利用自己的银行卡实施电信诈骗犯罪，依然出售银行卡给迟某的行为定性，存在以下不同观点：

（1）第一种观点认为，陈某的行为属于中立的帮助行为，**不成立犯罪**。

理由：这种观点认为，成立帮助犯要求具有**确定的故意，仅具有不确定的故意还不充分**。^①虽然《刑法》已经将帮助信息网络犯罪活动的行为规定为独立的罪名（帮助信息网络犯罪活动罪），但对本罪明知认定依然要遵循成立帮助犯的一般要求。这有助于限制帮助行为入罪的范围，否则诸多日常生活中的帮助行为、经营行为，行为人主观上也可能认识到会被他人用于犯罪，这都可能会被作为犯罪处理，会导致处罚范围扩张。

本案中，陈某仅仅是明知迟某**可能利用**该银行卡实施电信诈骗犯罪，**而非确信**迟某必然实施电信诈骗犯罪。因此，陈某仅**具有不确定的犯罪故意，不成立可罚的帮助犯**。^②

（2）第二种观点认为，陈某的行为**成立帮助信息网络犯罪活动罪与诈骗罪的想象竞合，应当择一重罪处罚**。

理由：

首先，这种观点认为，成立帮助犯要求行为人主观上具有犯罪故意即可，**既包括确定的故意，也包括未必的、不确定的故意**。

本案中，陈某明知他人可能将银行卡用于犯罪而向其提供银行卡，主观上有帮助他人犯罪的故意，客观上有提供银行卡的行为，成立帮助信息网络犯罪活动罪。

其次，陈某的“帮助”行为在客观上对他人的电信网络诈骗起到了帮助作用，陈某对此主观上也有认知，**应成立诈骗罪的帮助犯**。

最后，陈某属于一行为触犯了数罪名，系想象竞合，应当择一重罪处罚。

【相关案例】

^① 陈洪兵：《中立的帮助行为论》，载《中外法学》2008年第6期。例如，五金店店员徐某明知毛毛买菜刀可能用于杀害妻子，但也可能是用于切菜，仍然将菜刀卖给毛毛，即使毛毛后来杀害了妻子，也不宜以故意杀人罪的帮助犯论处。

^② 这种观点的合理性在于，有利于限制刑法的处罚范围，尤其是部分日常生活行为（卖菜刀、借用银行卡行为），如果仅因有被用于犯罪的风险，就过度地用刑法制裁，会在相当程度上制约人们的日常生活行为。

实务中几乎没有案例支持这一观点。但是，在实务中，这种情况由于行为人主观恶性不大，且仅出售一张银行卡社会危害性较小，可能以行为人犯罪情节显著轻微，危害不大为由不予起诉。例如，金某某在明知自己的银行卡可能被用于实施犯罪的情况下，依然将自己名下的一张银行卡出售给他人。后他人利用该卡实施了网络诈骗活动。检察院认为，金某某的行为已经构成帮助信息网络犯罪活动罪，但由于情节显著轻微，且认罪认罚，因此最终不予起诉。参见浙江省金华市婺城区人民检察院婺检刑不诉（2021）20394号不起诉决定书。



实务中有部分案例支持这一观点。例如，韦明军明知韦虹昌可能利用其出售的电话卡实施电信诈骗犯罪，仍然通过各种方式收购电话卡，并以每张90元的价格贩卖给韦虹昌。后韦虹昌利用这些电话卡诈骗他人，获利40万元。在本案中，法院认为韦明军的行为是帮助信息网络犯罪活动罪和诈骗罪的想象竞合，最终以较重的诈骗罪定罪处罚。^①

(3) 还有一种观点认为，陈某的行为**仅成立帮助信息网络犯罪活动罪**。

理由：

首先，这种观点认为，成立帮助犯要求行为人主观上具有犯罪故意即可，既包括确定的故意，也包括未必的、不确定的故意。客观上，需要**考察行为人的行为是否违反了业务行为的要求**。例如，银行的职员即便明知客户为实施诈骗等犯罪的支付结算申请银行卡，仍为其是为了用于实施诈骗等犯罪的支付结算而为其办理银行卡，但只要身份信息真实，客户符合申领的条件而为其办理的，银行职员的行为就没有超出业务的许可，不可能认定为帮助信息网络犯罪活动罪。^②

本案中，陈某**不具有出售银行卡的资格**，陈某明知自己没有出售银行卡的资质，依然将银行卡提供给迟某，其**行为超出正当业务行为的范畴**。因此，陈某成立帮助信息网络犯罪活动罪。

其次，《刑法》第287条之一将帮助信息网络犯罪活动的行为规定为独立的罪名，这一立法目的是将帮助行为**正犯化**。因此，对于陈某的行为无须再认定为是具体犯罪（如诈骗罪）的帮助犯。

综上，陈某的行为成立帮助信息网络犯罪活动罪。

(4) 我支持第三种观点，陈某的行为**仅成立帮助信息网络犯罪活动罪**。

对于明知他人实施电信诈骗行为而提供帮助是否成立诈骗罪的共犯，实务中有观点认为，应当以是否**“事先通谋”**为判断标准。^③也就是说，如果售卡人仅仅依靠出售银行卡获利，没有与诈骗犯罪人事先通谋的话，则不构成诈骗罪的共犯，仅仅以帮助信息网络犯罪活动罪论处即可。

并且，刑法将帮助信息网络行为规定为独立的罪名，立法目的就是欲给相关犯罪（如诈骗、网络赌博、网络传播淫秽物品等）的帮助行为规定为独立的罪名，原则上应遵循这一特别规定优先。

在本案中，陈某仅仅是怀疑出售的银行卡会被用于违法犯罪活动，并没有对迟某的犯罪活动具有清晰的认知。并且，陈某也没有事先参与迟某的诈骗犯罪活动。因此，陈某的行为仅成立帮助信息网络犯罪活动罪，而不成立诈骗罪的帮助犯。

【相关案例】

实务中有部分案例采取了这种观点。例如，被告人付昊在已经实际意识转移的钱款可能“不干净（涉及

^① 广西壮族自治区宾阳县人民法院（2020）桂0126刑初305号刑事判决书。

^② 陈洪兵：《帮助信息网络犯罪活动罪的“口袋化”纠偏》，载《湖南大学学报（社会科学版）》2022年第2期。

^③ 薛璐璐：《电信网络诈骗犯罪中“掐卡”行为的认定》，载《中国检察官》2023年第4期。



网络犯罪资金）”的情况下，仍将银行卡提供给他人用以实施网络犯罪，并从中获取相应报酬。法院认为结合本案的现有证据，尚不足以证实被告人付昊与诈骗犯罪分子具有共谋、协商等共同诈骗的犯罪故意，且付昊对犯罪分子诈骗谁、如何实施诈骗的并非全部知晓。因此，付昊的行为不成立诈骗罪的共犯。但是，根据现有的证据材料，能够认定三被告人在已实际意识到钱款可能涉及犯罪资金的情况下，仍向他人提供银行卡并从中获利，且该行为对诈骗犯罪起到重要作用，达到情节严重。最终，法院认定付昊的行为成立帮助信息网络犯罪活动罪。^①

问题2—事实二中，关于陈某的行为定性，在刑法理论中有几种观点（至少写出三种）？你的观点和理由是？

答案：

关于陈某谎称银行卡丢失后，挂失银行卡将30万元现金取出的行为如何定性，存在以下不同观点：

（1）一种观点认为，陈某的行为构成**侵占罪**。

理由：银行卡内的存款在**法律上仍属于原主人（卡的名义人）占有**，原卡主人（陈某）以非法占有为目的，将自己占有的卡内存款据为己有，构成侵占罪。

这种观点主要是考虑到，对于卡内存款，名义人握有卡，就能够在**法律上较为自由地支配卡内存款**，进而肯定其对卡内存款的占有。

（2）另一种观点认为，陈某的行为构成**诈骗罪**。

理由：陈某卖出银行卡后，**银行卡内的存款由购买者（迟某）占有**。银行工作人员具有处分本行银行卡债权的权限，原卡主人（陈某）采取挂失补办的行为欺骗了银行工作人员，使其陷入认识错误处分了买卡者迟某的债权（迟某对银行的取款权），因此陈某构成诈骗罪，属于**三角诈骗**的情形。

或者认为，**银行卡内的存款由银行占有**，陈某已经出售了自己的银行卡，也不再对卡内的存款有支配、占有权。陈某以非法占有为目的，欺骗银行的工作人员，成立诈骗罪，系**普通诈骗罪**。

（3）还有一种观点认为，陈某的行为构成**盗窃罪**。

理由：这种观点认为，用于存款的银行卡及密码均在买卡者（迟某）的手中，**买卡者对该存款属于事实上的支配状态**，对该笔存款具有占有权、控制权。

陈某以非法占有为目的，在迟某不知情的情况下，以挂失补卡存款的方式转移了存款的占有，属于秘密窃取行为，构成盗窃罪。

（4）还有一种观点认为，属于犯罪后的处分赃分的行为，系**事后不可罚行为**，**不构成犯罪**。

^① 辽宁省新民市人民法院(2021)辽0181刑初152号刑事判决书。



理由：

首先，事实一中，陈某明知迟某可能事实电信诈骗犯罪，依然为其提供银行卡的行为，与迟某构成诈骗罪的共同犯罪（或帮助信息网络犯罪活动罪）。

其次，陈某将卡内30万元取出，系将其诈骗犯罪所得取出，处分赃物的行为，应认定为是事后不可罚行为。

（5）我支持**侵占罪**的观点。^①

理由：由于**我国对银行卡实行实名制**，必须由本人携带身份证才能申领，银行卡内资金交易的权利、义务由持证申领人享有和承担，即银行卡申领人（名义人）被视为银行卡的全部权利的所有人，其具有支配、使用卡内全部资金，冻结卡内资金，申请挂失及停止银行卡的使用等各项权利。因此，**无论谁持有银行卡，卡内资金都应认为由申领人占有**。申领人挂失后将资金取出的，属于侵吞本人占有的他人财物，成立侵占罪。

另外，我国刑法对侵占罪所规定的法定刑显著低于其他财产犯罪（盗窃罪、诈骗罪等），侵占罪还系自诉案件，其主要原因在于侵占罪是**行为人“利用机会”犯罪**，而其他财产犯罪是**“没有机会去创造机会”犯罪**。就本案而言，陈某是法律上的持卡人，虽然已经将卡售出，但其仍然在法律上可以通过挂失、网上银行、电话银行等方式较为便利地取得该卡内存在，属于“利用机会”实施犯罪，成立侵占罪更为妥当。

【相关案例】

本题中的事实一与事实二均来源于真实案例：2019年下半年，陈某、丁某结伙，在怀疑师某在境外从事赌博、网络诈骗等违法犯罪活动的情况下，仍将陈某本人办理的多套银行卡材料，以300元一套的价格出售给师某。经查，上述银行卡被境外诈骗分子用于诈骗活动，诈骗流水金额共计50余万元。

陈某发现上述银行卡内有资金进出的情况后，便与丁某商议，意图通过挂失方式共同非法取得上述钱款。2019年9月9日、2020年7月31日，陈某发现其出售给网络诈骗团伙的该张中信银行卡内分别转入人民币1万元、2万元，遂将上述银行卡挂失，并取走卡内的人民币1万元、2万元，分给丁某0.6万元。

最终，法院认定陈某、丁某构成帮助信息网络犯罪活动罪（出售银行卡）、盗窃罪（挂失取回本人已经出售的银行卡中的存款），两罪并罚，判处陈某有期徒刑1年6个月并处罚金5000元，判处丁某有期徒刑1年2个月并处罚金4000元。^②

^① 实务中有**部分案件采取了侵占罪的观点**。例如，曹成洋的邻居王玉申找到曹成洋及其家人，与曹成洋商定，用曹成洋及其家人的身份证办理四张招商银行卡供王玉申的亲戚张聪转账使用，并许诺每张卡给曹成洋200元的“好处费”。后曹成洋不愿意将其母亲杨春梅名下的招商银行卡继续提供给张聪使用，遂与杨春梅等人到招商银行淄博分行将以杨春梅名义开立的银行卡挂失并冻结了账户内资金，曹成洋在此过程中得知该账户内有人民币50万元资金，便将50万元现金取走。淄博市张店区人民法院认为，该案应系告诉才处理的侵占案，遂依照《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》第一百八十一条第六项之规定，裁定本案终止审理。参见《刑事审判参考》第938号：曹成洋侵占案。

^② 薛璐璐：《电信网络诈骗犯罪中“掐卡”行为的认定》，载《中国检察官》2023年第4期。



问题3—事实三中，洪某、吕某和覃某的行为各犯何罪？各自的犯罪数额是多少？

答案：

（1）洪某的行为成立**行贿罪**，行贿金额为**100万元**。

首先，洪某为了谋求不正当利益，**向国家工作人员吕某行贿**成立行贿罪。^①

其次，洪某将100万元的银行卡交给吕某，就已经完成了行贿、受贿行为，系权钱交易，应认定为行贿罪既遂。事后吕某将60万元银行卡退回的行为，也不影响行贿罪、受贿罪犯罪数额的认定。行贿、受贿金额均为100万元。

再次，洪某再将吕某退回的银行卡取出现金60万元，送给吕某的行为，系对犯罪对象（赃物）的另一种交付方式，应整体评价为行贿金额100万元。

（2）吕某的行为成立**受贿罪（斡旋受贿）**，受贿金额为**100万元**。

首先，斡旋受贿是指国家工作人员利用本人职权或者地位形成的便利条件，通过其他国家工作人员职务上的行为，为请托人谋取不正当利益，索取请托人财物或者收受请托人财物的行为。在本案中，吕某身为财政局局长，通过覃某为洪某谋取不正当利益，成立受贿罪（斡旋受贿）。

其次，**受贿数额应以“权钱交易”当时的数额为准**，即应以获得该财产性利益当时的价值计算受贿金额。在本案中，洪某第一次行贿时交付给吕某100万元的银行卡。因此，受贿数额应以100万元计算。

再次，吕某将存有60万元的银行卡退还给洪某的行为，不影响受贿100万元的金额计算。国家工作人员收受请托人财物后及时退还或者上交的，只有在该国家工作人员**不具有受贿故意**时，退还行为才能够否定受贿罪的成立。^②吕某是担心暴露而将60万元的银行卡退回，吕某的退还行为并不影响之前受贿的金额。

最后，吕某后续收受60万元现金的行为，不应当作为新的受贿行为进行累加计算。^③

对于受贿人将贿金退还后再次收受的情形如何认定受贿金额：如果受贿人两次收受财物的行为都是因为**同一请托事项**，并且退回的财物与后来收受的财物之间**具有同一性**，则说明后一次的收受不能够成立新的受贿行为，不需要将前后两次受贿金额进行相加计算。^④

【相关案例】

^① 可能有同学会认为，洪某是对有影响力的人行贿，因为本案中，收受银行卡的吕某（财政局局长）并没有直接利用职务上的便利，而是通过覃某（公安局局长）。

这种理解是错误的。无论是利用影响力受贿罪，还是对有影响力的人行贿罪，所要求的“有影响力的人”是指：有影响力影响国家工作人员、但自身不具有国家工作人员身份的人。本案中，吕某（财政局局长）本身是国家工作人员，不属于“有影响力的人”。无论其利用自身的职务上的便利收受他人财物，还是通过斡旋影响其他国家工作人员，进而收受他人财物，均构成受贿罪。相应的，请托者构成行贿罪。

^② 张明楷：《受贿罪中收受财物后及时退交的问题分析》，载《法学》2012年第4期。

^③ 参见张明楷：《刑法学》，法律出版社2021年版，第1610页。

^④ 理论上也有不同观点，认为既然第一次收受100万元银行卡的行为已经构成受贿罪的既遂，那么后续收受60万元现金的行为就应当属于新的受贿行为。因此，这种观点认为受贿金额应当叠加计算，为160万元。



2013年6月，A市B局党组成员、副局长李某（分管财务和政府采购等工作）应C电梯销售公司股东、法定代表人罗某请托，利用职务上的便利，帮助C公司顺利承接B局电梯采购安装工程，并于同年8月收受罗某所送10万元。2013年10月，A市开展领导干部违规插手工程项目专项治理活动，李某因担心被查处，将10万元退还罗某。2014年5月，李某以购房为由向罗某要回其中的5万元。

对于李某的受贿金额，法院认为，首先，李某客观上明确提出希望能从之前退的10万元中拿回5万元用于买房，罗某表示同意，说明双方主观上均认识到该5万元是包含在之前的10万元之中。在李某看来，之前罗某已经答应送给自己10万元，前期退钱是有所担心和顾虑，并非不想要，这次只是重新要回来一部分，故李某主观上除了收受10万元的故意外，未另起犯意产生新的收受5万元的故意。

其次，罗某向李某提出的请托事项只有一个，即承接B局电梯采购安装工程，该请托事项在李某的帮助下已经顺利实现，为此罗某送给李某10万元，权钱交易的过程非常清晰。李某提出要回5万元并非因为罗某提出了新的请托事项，因此未产生新的权钱交易。

最后，李某要回的金额没有超过10万元，两笔金额的同质性较为明显。因此，法院最终认定本案李某的受贿金额应当认定为10万元。^①

（3）覃某的行为构成徇私枉法罪。

首先，徇私枉法罪，是指司法工作人员对明知是有罪的人而故意包庇不使他受追诉的行为。

本案中，覃某身为公安局局长，属于司法工作人员。并且覃某为了包庇陈某，故意以陈某不清楚事实为由作无罪处理并解除强制措施。因此，覃某的行为成立徇私枉法罪。

其次，覃某的行为不成立受贿罪的共犯。

特定关系人或者特定关系人以外的其他人如果成立受贿罪的共犯，均要求特定关系人或者特定关系人以外的其他人与国家工作人员存在通谋。^②在本案中，覃某只是猜测吕某可能收受了贿赂，并非与吕某之间具有通谋的共同故意。因此，覃某的行为不成立受贿罪的共犯。

问题4—事实四中，如何认定吕某和覃某的量刑情节？

答案：

（1）吕某的行为成立自首。

首先，吕某的行为属于“主动投案”。犯罪嫌疑人在接到监察机关的电话通知后，其人身自由尚未受到

^① 张可家：《收受财物退还后又要求回如何认定受贿金额》，载《中国纪检监察报》2020年8月19日第8版。

^② 在斡旋受贿中，斡旋人与被利用的国家工作人员在主观责任层面并没有共同收受贿赂的意思。斡旋人借助被利用者的职务之便实现了自己的受贿罪，因此构成刑法第388条规定的受贿罪，而被利用者只是可能构成滥用职权犯罪。参见黎宏：《受贿犯罪保护法益与刑法第388条的解释》，载《法学研究》2017年第1期。



限制，可以选择拒不到案，甚至可以选择逃跑，其能主动到案接受调查，表明其具有认罪悔改、接受惩罚的主观心态，具有归案的自动性和主动性，属于自动投案。^①

其次，吕某如实供述收受洪某贿赂的行为属于“如实供述”。如实供述要求犯罪分子供述事实问题即可。虽然吕某辩解自己的受贿金额100万元贿款，无论最终法院是认定100万元还是160万元，吕某的辩称属于对行为性质的辩解，不影响吕某“如实供述”的认定。

综上，吕某的行为成立自首，可以从轻或减轻处罚。其中，犯罪较轻的，可以免除处罚。

【相关案例】

2004年3月某天晚上10时许，被告人王春明在青州市造纸厂路口西鑫胜配货站门前，盗窃田永忠停放在此处的海陵二轮摩托车1辆，经鉴定该车价值1960元。同年5月份，被告人王春明在得知该车车主是田永忠后，向田永忠索要500元现金后将摩托车退还给了田永忠。同年5月14日，被告人王春明被传唤到公安机关后，主动交代了上述犯罪事实。

山东省青州市人民法院认为，犯罪嫌疑人经传唤后，自主选择的余地还是很大的，其可以选择归案，也可拒不到案甚至逃离，而其能主动归案，就表明其有认罪悔改、接受惩罚的主观目的，即具有归案的自动性和主动性。最高人民法院《关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》中尚有“犯罪后逃跑，在通缉、追捕过程中，主动投案的”视为自动投案的规定，而仅仅受到传唤便直接归案的，反而不视为自动投案，于法于理都不通，也不符合立法本意。因此，法院最终认定王春明经传唤后主动投案的行为成立自首。^②

（2）覃某的行为成立坦白和立功。

首先，覃某交代自己徇私枉法的事实的行为成立坦白。

本案中，覃某在已经被采取了强制措施之后，如实供述了自己受吕某请托将陈某释放的事实。因此，覃某的行为成立坦白，可以从轻处罚。

其次，覃某揭发吕某受贿的事实的行为成立立功。

成立立功，要求行为人揭发“他人”的犯罪行为并查证属实。如果行为人揭发的是自己与同案犯的共同犯罪的事实，则行为人的揭发行为不能成立立功。

本案中，覃某在被采取强制措施后，主动揭发了吕某受贿的犯罪事实。由于覃某和吕某不成立受贿罪的共犯，因此覃某揭发吕某受贿的事实，不属于揭发自己与同案犯的共同犯罪的事实。并且，虽然覃某未提供相应证据证明吕某的受贿事实，但经过事后查证，覃某的揭发内容属实。

因此，覃某的行为成立立功，可以从轻或减轻处罚。

^① 刘志强：《“接民警电话通知到案”能否认定自首》，载《检察日报》2019年4月23日，第3版。

^② 参见《刑事审判参考》第354号：王春明盗窃案。