

2026 年第一阶段模考—刑法试题解析

一、试题（满分 31 分）

案情：

赵某欲实施网络诈骗，遂找到自己的朋友钱某，并谎称为了自用需要借用其银行卡。钱某明知赵某是利用自己的银行卡进行网络诈骗，仍将自己的银行卡借给赵某。但是钱某在赵某已经把卡号给了被害人杨某之后，由于心中害怕，遂又找到赵某将银行卡要回。在钱某取回银行卡后，发现被害人杨某向其银行卡里转账 18 万。钱某认为赵某不敢报案，于是前往附近的 ATM 机将卡内的 18 万元分批取走。（事实一）

赵某得知钱某将卡内资金取出后，向钱某索要，遭到钱某拒绝。赵某遂找到周某与李某，并向二人谎称钱某欠其 18 万元迟迟不还，指使二人绑架钱某的孩子钱小小（3 岁）向钱某索要钱财，并叮嘱二人不要伤害孩子。二人得手后，将钱小小拘禁在郊外一处院落中。赵某遂联系钱某，声称钱小小在自己手里，不交出 18 万的话，就会“撕票”。在周某外出买饭时，因钱小小吵闹，李某殴打钱小小，失手将其打成重伤。之后钱某报警，警方在时隔 36 小时后成功将钱小小解救。（事实二）

赵某外出回来的路上，看到孤身一人的刘某，趁其不备，上前抢夺其背包，并马上逃走。刘某边追边喊，追了 900 米后，抓住赵某。赵某为了抗拒抓捕，掏出随身携带的管制刀具将刘某捅成重伤后逃走。（事实三）

之后警方在网上对三人发布了通缉令，三人感到走投无路，相继到当地公安机关投案，并如实供述犯罪经过。但赵某辩称自己并未最终取得诈骗杨某所得，不构成诈骗罪的既遂；李某辩解称钱小小受到的重伤只是自己过失导致，并没有伤害的故意。（事实四）

问题：

1. 事实一中，钱某明知赵某意图实施网络诈骗，仍为其提供个人银行卡，请分析钱某的行为性质和犯罪形态，并说明理由。

2. 结合事实二，请分析周某的行为性质，并说明理由。

3. 事实二中，关于赵某的行为，辩护律师认为其构成非法拘禁罪，公诉人认为其构成绑架罪，请分别说明理由。

4. 事实二中，关于李某伤害钱小小的行为，有观点认为构成故意伤害罪，也有观点认为构成非法拘禁罪和过失致人重伤罪，应数罪并罚。请分别说明两种观点的理由。

5. 事实三中，关于赵某的行为，辩护律师认为其构成普通型抢劫和故意伤害罪，检察官认为其构成抢劫罪的结果加重犯。请分别说明两种观点的理由。

6. 事实四中，赵某是否构成自首？为什么？

二、总体命题思路

本题考查了诈骗罪共犯与帮助信息网络犯罪活动罪的区分、非法拘禁罪与绑架罪的区分、非法拘禁罪的结果加重犯与转化犯、抢劫罪的认定、实行过限、自首的认定等考点，具有一定难度。虽然每一问所考查的具体知识点不同，但大体上要遵循的解题思路仍是：先客观后主观，客观主观相统一；涉及二人以上共同实施犯罪的，先正犯后共犯。其中，第三、四、五问系观点展示题，但与以往不同，命题人通过设问已经提供了方向，因此考生不仅需要了解可能存在的不同观点，更要掌握不同观点背后的法律或理论依据。第五问作答难度较大，考生往往难以识别该问的考点实际上是转化型抢劫的前提条件认定上存在的不同观点。

三、答案精讲

1. 事实一中，钱某明知赵某意图实施网络诈骗，仍为其提供个人银行卡，请分析钱某的行为性质和犯罪形态，并说明理由。

答案：钱某构成帮助信息网络犯罪活动罪和诈骗罪共犯，想象竞合（或择一重罪）。钱某客观上实施了向赵某提供银行卡帮助其接收网络诈骗犯罪所得的行为，主观上明知赵某利用网络对他人实施诈骗而提供帮助，构成诈骗罪的共犯。同时，其行为也符合帮助信息网络犯罪活动罪的犯罪构成，依照处罚较重的规定定罪处罚。钱某虽中途表示退出，但并未切断帮助行为与杨某财产损失结果的因果关系，成立犯罪既遂。

难度：难

考点：诈骗罪、帮助信息网络犯罪活动罪、共同犯罪

命题和解题思路：本题主要考查的是帮助信息网络犯罪活动罪与诈骗罪共犯的区分。正确解答本题的关键是掌握理论和实践中有关二者区分的一般标准，即主观上行为人对被帮助人实际实施的具体犯罪行为是否明知、双方是否存在明确的意思联络，客观上是否存在共同犯罪行为、对诈骗犯罪的作用及行为人与被帮助者的关系等。同时，本题还考查了共同犯罪与犯罪的完成形态，对此在明确钱某成立诈骗罪的共犯而非共同正犯的基础上，根据钱某是否彻底消除帮助行为与诈骗结果之间的因果关系，可得出钱某的犯罪形态。

答案解析：

“两高一部”《关于办理帮助信息网络犯罪活动等刑事案件有关问题的意见》第8条规定：为他人利用信息网络实施诈骗等犯罪收购或者组织、招募、介绍人员提供银行账户、支付账户、电话卡、物联网卡、互联网账号等，事先通谋或者形成较为稳定配合关系的，按照电信网络诈骗等信息网络犯罪的共同犯罪处罚。需要说明的是，上述规定针对的是“卡头”“卡商”等群体，并不包括只是提供银行卡账户的“卡农”。因此，针对“卡农”，判断其行

为构成帮助信息网络犯罪活动罪还是诈骗罪的共犯，应根据“两高一部”《关于办理电信网络诈骗等刑事案件适用法律若干问题的意见》第4条第3项，即明知他人实施电信网络诈骗犯罪，提供信用卡、资金支付结算账户、手机卡、通讯工具的，以共同犯罪论处。因此，若行为人明知他人利用网络实施诈骗犯罪，但仍然听从他人指令，为他人提供信用卡，使他人得以顺利对被害人实施诈骗，自愿参与帮助他人共同实施诈骗行为，与诈骗罪犯在犯意上形成联络，可以诈骗罪的共犯定罪处罚。因此，区分帮助信息网络犯罪活动罪和诈骗罪共犯，关键在于行为人是否对被帮助人实施诈骗行为明知，是概括的犯罪故意还是具体的犯罪故意。具体到本题，首先根据《刑法》第287条之二的规定，钱某的行为符合帮助信息网络犯罪活动罪的犯罪构成；其次明知赵某是利用自己提供的银行卡接受网络诈骗犯罪所得，与赵某之间存在诈骗他人财物的共同故意，且其行为对赵某顺利实施网络诈骗起到了关键助力，构成诈骗罪的共犯。因此，根据《刑法》第287条之二第3款规定，实施帮助信息网络犯罪活动罪行为，同时构成其他犯罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。

帮助犯在提供帮助后，如果主动停止帮助，及时阻止实行犯实施犯罪或者有效防止犯罪结果发生的，可以构成犯罪中止。如果帮助犯在实行犯着手前主动退出犯罪，且已消除其帮助行为与犯罪结果之间的因果关系的，则属于预备阶段的中止。如果帮助犯仅是自行退出，而没有消除已提供的帮助与犯罪结果之间的因果关系的，则属于犯罪既遂。如果帮助犯为消除已提供的帮助付出了诚挚的努力，但仍未能阻止实行犯实施犯罪或者有效防止犯罪结果发生的，虽构成犯罪既遂，但在量刑时对帮助犯为积极阻止犯罪付出的努力应作适当考虑，可以从轻处罚。据此，钱某虽在赵某着手实施诈骗行为之后主动退出诈骗犯罪，但没有有效防止杨某财产损失结果发生，因此不能成立犯罪中止，而是属于犯罪既遂。

2. 结合事实二，请分析周某的行为性质，并说明理由。

答案：周某构成非法拘禁罪。周某主观上是为了帮助赵某索取债务而非法拘禁钱小小，不具有非法占有他人财物的目的，不构成绑架罪。李某导致钱小小重伤的行为，属于实行过限，周某不对重伤结果负责。

难度：中

考点：非法拘禁罪、绑架罪、共同犯罪

命题和解题思路：本题主要考查了勒索财物型绑架罪和索债型非法拘禁罪的区分，难度不大。考生解答此题的关键是把握绑架罪与非法拘禁罪的本质区别，即行为人主观上是否有勒索他人财物或满足其他不法要求的目的。同时，本题还附带考查了共同犯罪中实行过限的判断问题，关键在于重伤结果是否在二人共同拘禁故意范围内。

答案解析：

绑架罪是指以勒索财物或满足其他不法要求为目的，绑架他人作为人质的行为，因此成立本罪，行为人主观上只能出于故意，必须具有勒索财物或满足其他不法要求目的。这里的勒索财物实际上就是非法占有他人财物的目的。如果不具有这种心理状态，则不能构成绑架罪。周某和李某受赵某欺骗，将与钱某具有抚养关系的钱小小非法拘禁作为人质，主观上是为了帮助赵某索取债务，不应被认定为绑架罪。根据《刑法》第238条第3款的规定，行为人为索取债务非法扣押、拘禁他人的，只构成非法拘禁罪。此外，周某和李某在共同实施非法拘禁行为过程中，李某单独实施致钱小小重伤的行为，超出了二人共同非法拘禁的故意范围，周某对此不承担刑事责任。

3. 事实二中，关于赵某的行为，辩护律师认为其构成非法拘禁罪，公诉人认为其构成绑

架罪，请分别说明理由。

答案：构成非法拘禁罪的理由是：赵某为了索取法律不予保护的债务，仍适用第 238 条第 3 款的规定，仅构成非法拘禁罪。

构成绑架罪的理由是：赵某为索取非法债务，以杀害钱小小进行威胁，成立绑架罪。

难度：难

考点：非法拘禁罪、绑架罪

命题和解题思路：本题考查的仍是非法拘禁罪与绑架罪的区分，只不过与第 2 题设问角度不同，本题主要围绕为索取非法债务而拘禁与债务人有共同关系的第三人，以杀害人质为由索要财物，是否构成绑架罪展开观点展示。对此，理论上存在不同观点，解题的关键在于绑架罪更加严重，其保护的不仅是他人的自由，还包括安全。因此，若以杀害或者伤害人质对第三人进行威胁的，则可能构成绑架罪。

答案解析：

根据《最高人民法院关于对为索取法律不予保护的债务非法拘禁他人行为如何定罪问题的解释》，被告人与被害人之间存在债务，但该债务系赌债、高利贷或者嫖资等法律不予保护的非法债务，行为人为索取此类非法债务而实施扣押、拘禁他人的行为，因债务是客观存在的，应当以非法拘禁罪定罪处罚，同时也应确认行为人主观上的索债目的。尽管赵某为了索要自己诈骗所得，也应认为主观上系索取债务的目的，不构成绑架罪，仅成立非法拘禁罪。

行为人为了索取非法债务或者单方面主张的债务，以实力支配、控制被害人之后，以杀害或者伤害被害人进行威胁的，不再成立非法拘禁罪，而是成立绑架罪。本案中，18 万元是诈骗所得，赵某为索取不受法律保护的债务，唆使周某和李某控制了钱小小，并以杀害（撕票）相威胁，成立绑架罪。

4. 事实二中，关于李某伤害钱小小的行为，有观点认为构成故意伤害罪，也有观点认为构成非法拘禁罪和过失致人重伤罪，应数罪并罚。请分别说明两种观点的理由。

答案：观点一的理由是：《刑法》第 238 条第 2 款后半段规定系法律拟制，即行为人在非法拘禁实行行为外实施暴力过失致人重伤、死亡的，转化为故意伤害罪（致人重伤）、故意杀人罪。

观点二的理由是：《刑法》第 238 条第 2 款后半段规定系注意规定，即若想成立非法拘禁罪的转化犯，要求行为人主观上对重伤结果或死亡结果系故意。李某殴打钱小小致其重伤的行为，主观上对重伤结果系过失，符合过失致人重伤罪的犯罪构成，与先前构成的非法拘禁罪数罪并罚。

难度：难

考点：非法拘禁罪的转化犯

命题和解题思路：本题主要考查的非法拘禁罪转化犯的理解与适用。正确的解题思路是根据《刑法》第 238 条第 2 款后半段规定的性质来作答，即系注意规定还是法律拟制。对此，理论上存在不同观点，这也就决定了考生需要准确将理论依据与最终结论正确对应起来。

答案解析：

根据《刑法》第 238 条第 2 款后半段的规定，犯非法拘禁罪，使用暴力致人伤残、死亡的，依照本法第 234 条、第 232 条的规定（故意伤害罪、故意杀人罪）定罪处罚。在理论上，这一规定通常被称为非法拘禁罪的转化犯。对此规定的性质，理论上存在不同理解。

一种观点认为此规定系注意规定。注意规定，是指在刑法已作基本规定的前提下，提醒司法人员注意、以避免司法人员忽略的规定。注意规定只是对基本规定的重申，只具有提示性。即使没有注意规定，也存在相应的法律依据（按照基本规定处理）。据此，若成立非法拘禁罪的转化犯，则要求行为人主观上对致人伤残、死亡具有故意，即本来就符合故意伤害罪、故意杀人罪的犯罪构成。李某在非法拘禁实行行为之外，另行使用暴力殴打（一般认为殴打并非伤害的故意）钱小小，主观上对重伤结果系过失，此时不适用非法拘禁罪的转化犯规定，也不成立非法拘禁罪的结果加重犯，原因是重伤与拘禁行为本身并无因果关系。因此，李某的行为符合过失致人重伤罪和非法拘禁罪的犯罪构成，因李某存在两个行为，构成两个罪名，应数罪并罚。

另有观点认为此规定系法律拟制。法律拟制，是指刑法将原本不符合某种规定的行为也按照该规定处理，也即有意将不同的行为等同视之。据此，即使行为人在非法拘禁过程中实施暴力，过失致人伤残、死亡的，也适用转化犯规定，被拟制为故意伤害罪、故意杀人罪。李某在非法拘禁实行行为之外，另行使用暴力殴打被拘禁人钱小小，主观上对重伤结果系过失，此时因非法拘禁罪和故意伤害罪都是侵犯人身犯罪，适用转化犯条款，被拟制为故意伤害罪（致人重伤）一罪。

5. 事实三中，关于赵某的行为，辩护律师认为其构成普通型抢劫和故意伤害罪，检察官认为其构成抢劫罪的结果加重犯。请分别说明两种观点的理由。

答案：

观点一的理由是：《刑法》第 269 条规定的“犯盗窃、诈骗、抢夺罪”中的抢夺罪是指罪名，赵某携带凶器抢夺他人财物，构成抢劫罪，事后为抗拒抓捕对刘某故意伤害，不能成立转化型抢劫，而是抢劫罪与故意伤害罪，数罪并罚。

观点二的理由是：《刑法》第 269 条规定的“犯盗窃、诈骗、抢夺罪”中的抢夺罪是指行为，赵某携带凶器抢夺他人财物，事后为抗拒抓捕对刘某故意伤害，符合转化型抢劫的成立条件，构成转化型抢劫，且属于致人重伤的结果加重犯。

难度：难

考点：抢劫罪

命题和解题思路：本题主要考查对转化型抢劫认定存在的不同观点，即“犯盗窃、诈骗、抢夺罪”是指的罪名还是行为。对此，考生容易误从转化型抢劫成立的另一个条件，即“当场”的认定，来展开观点展示。尽管题干中特别强调“900 米后追上”，但这并不影响当场的认定，因为刘某是持续追捕，因此这一点上并不存在争议。

答案解析：

根据《刑法》第 269 条，“犯盗窃、诈骗、抢夺罪，为窝藏赃物、抗拒抓捕或者毁灭罪证而当场使用暴力或者以暴力相威胁的，依照本法第二百六十三条的规定定罪处罚。”对于这里的“犯盗窃、诈骗、抢夺罪”是指罪名还是行为，存在不同观点。

按照字面含义理解，行为人只有着手实施构成盗窃罪、诈骗罪、抢夺罪的实行行为时，为抗拒抓捕等三种目的，当场使用暴力或以暴力相威胁，才能构成转化型抢劫罪。根据《刑法》第267条第2款：“携带凶器抢夺的，依照本法第二百六十三条的规定定罪处罚。”“携带凶器抢夺”，是指行为人随身携带枪支、爆炸物、管制刀具等国家禁止个人携带的器械进行抢夺或者为了实施犯罪而携带其他器械进行抢夺的行为。赵某携带管制刀具抢夺刘某财物的行为，构成抢劫罪，并不符合前述转化型抢劫的成立条件，因此对于赵某的行为，只能构成普通抢劫罪和故意伤害罪，数罪并罚。

若认为“犯盗窃罪、诈骗罪、抢夺罪”并非仅指的是罪名，而是包括针对财物的盗窃、诈骗、抢夺行为，那么赵某携带凶器抢夺后，在逃跑过程中为抗拒抓捕而当场使用暴力，构成抢劫罪，且重伤结果与抗拒抓捕行为之间具有因果关系，构成抢劫罪致人重伤的结果加重犯。

6. 事实四中，赵某是否构成自首？为什么？

答案：构成自首。根据有关司法解释，赵某犯罪后逃跑，在被通缉过程中，主动投案的，属于“自动投案”；赵某对自己行为性质的辩解不影响自首的成立；投案动机不影响其自动投案的认定。

难度：中

考点：自首

命题和解题思路：本题主要考查的是自首成立条件之一“如实供述”的具体认定。对于自首，考生应当按照“自动投案”和“如实供述”两个要件逐一进行判断。“自动投案”判断的核心就是行为人是否主动自愿将自己置于所投机关或个人的控制之下；“如实供述”判断的核心是是否能够足以证明行为人具有真诚悔罪的表现。

答案解析：

自首分为一般自首与特别自首。一般自首是指犯罪分子犯罪以后自动投案，如实供述自己罪行的行为。特别自首，也称为准自首，是指被采取强制措施的犯罪嫌疑人、被告人和正在服刑的罪犯，如实供述司法机关还未掌握的本人其他罪行的行为。自首的本质在于犯罪分子悔罪，自动供述其犯罪事实并承担相应法律后果，这在一定程度上表明了自首犯人身危险性的减小。

根据《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》第1条，犯罪后逃跑，在被通缉、追捕过程中，主动投案的，应当视为自动投案。因此，赵某属于自动投案。

根据《最高人民法院关于被告人对行为性质的辩解是否影响自首成立问题的批复》，犯罪以后自动投案，如实供述自己的罪行的，是自首。被告人对行为性质的辩解不影响自首的成立。赵某对自己实施了网络诈骗行为供认不讳，其认为自己的诈骗所得被他人占有，自己并未实际控制，因此提出了犯罪形态系未遂，并非对犯罪事实的否认，只是对行为性质的辩解，不影响自首的认定。

需要注意的是，在司法实践中，自动投案的动机多种多样，有的是出于真心悔罪；有的是为争取宽大处理，希望法院在量刑时能从轻处理；有的是基于亲友规劝和压力而勉强投案；有的是走投无路，基于巨大的精神压力和物质窘迫而不得不投案。所有这些动机均不影响对其自动投案的认定。

评分细则（共 31 分）

1-6 题满分为：6 分 4 分 4 分 4 分 8 分 5 分

1. 构成帮助信息网络犯罪活动罪和诈骗罪共犯（2 分），想象竞合（或答择一重罪）（1 分）。主观上系具体的犯罪故意（或答明知实施的是网络诈骗犯罪）（1 分）。犯罪形态为既遂（1 分）。帮助行为与财产损失结果有因果关系（1 分）。

2. 构成非法拘禁罪（2 分）。主观上为帮助索取债务而非法拘禁他人，不具有非法占有他人财物的目的（或答具有索取债务的目的）（1 分）。实行过限，不对重伤结果负责（1 分）。

3. 观点一：为索取法律不予保护的债务，仍构成非法拘禁罪（2 分）。

观点二：为索取非法债务，以杀害人质进行威胁，成立绑架罪（2 分）。

4. 观点一：系法律拟制（1 分）。在非法拘禁实行行为外暴力过失致人重伤的，转化为故意伤害罪（1 分）。

观点二：系注意规定（1 分）。主观上对重伤结果系过失，符合过失致人重伤罪（1 分）。

5. 观点一：“犯盗窃、诈骗、抢夺罪”中的抢夺罪是指罪名（2 分）。携带凶器抢夺，构成抢劫罪（1 分）。事后抗拒抓捕，构成故意伤害罪（1 分）。

观点二：“犯盗窃、诈骗、抢夺罪”中的抢夺罪是指行为（2 分）。携带凶器抢夺，事后为抗拒抓捕伤害，构成转化型抢劫（1 分）。属于致人重伤的结果加重犯（1 分）。

6. 构成自首（2 分）。在被通缉过程中，主动投案的，属于“自动投案”（1 分）。对自己行为性质的辩解不影响自首的成立（1 分）。投案动机不影响其自动投案的认定（1 分）。

二、试题（满分 31 分）

案情：

2023 年 3 月，周某致电刘某，谎称自己是公安人员，告知其涉嫌电信诈骗，需要将其存款取出，转移到公安机关指定的账户，并告知会有公安人员上门取钱。刘某信以为真，将钱取出。周某预计刘某已取出现金，便将真相告诉同伙武某并安排其前往刘某家中取钱。在武某前往取钱的过程中，刘某感觉周某可能是骗子，心生疑虑，遂将现金存回银行，并离开家。武某到达刘某家中，未找到现金，便将刘某价值 6000 元的香烟取走。武某返回后，未告知周某自己取得了香烟。（事实一）

2023 年 4 月，周某使用相同的方法对李某实施诈骗。李某上当受骗后，将 30 万元现金取出放在家中，后临时有事外出。周某安排知情的武某前往李某家中取钱。武某到达李某家中，发现无人，便将 30 万元现金取走。武某未告知周某自己是在无人看守的情况下取得现金，只是告知其已取得款项。周某误以为是诈骗取款。（事实二）

2023 年 12 月，武某因盗窃香烟被公安机关抓获，公安机关发现武某盗窃香烟价值 6000 元，但未发现周某和武某的诈骗事实。武某的母亲王某找到公安局局长郑某，请求郑某修改香烟价值鉴定，并答应给郑某 30 万元好处费。郑某按照王某的要求将香烟的金额认定为零，

武某未被起诉。王某将自己名下存有 30 万现金的银行卡交给郑某，并告知郑某密码，郑某收到卡后一直未使用，也未修改密码。一个月后，王某查询到该卡现金还在，前往银行挂失，并将 30 万现金转至自己名下另一张银行卡。（事实三）

后周某因其他案件涉嫌故意伤害罪被公安机关抓获。拘留期间，周某主动如实供述了自己之前在事实一、事实二中对刘某和李某分别实施诈骗的犯罪事实，并交代了其知情的武某参与的犯罪事实。（事实四）

问题：

1. 就事实一，辩护人认为周某构成诈骗罪预备，公诉人认为周某构成诈骗罪未遂，请分析各自理由。

2. 就事实二，武某的行为构成何罪，请说明理由。

3. 就事实二，公诉人认为周某构成诈骗既遂，应当对 30 万元承担法律责任。辩护人认为周某构成诈骗未遂，不应对其 30 万元承担法律责任。请分别说明公诉人和辩护人的理由，并说明你的观点和理由。

4. 就事实三，关于郑某的行为性质，是构成受贿罪既遂还是受贿罪未遂，请分别阐述不同观点的理由。

5. 就事实三，针对王某将款项转回自己账户的行为，第一种观点认为，王某不构成犯罪；第二种观点认为，王某构成侵占罪；第三种观点认为，王某构成盗窃罪。请说明各自理由。

6. 就事实四，周某是否构成自首和立功？请说明理由。

二、答案精讲

1. 就事实一，辩护人认为周某构成诈骗罪预备，公诉人认为周某构成诈骗罪未遂，请分析各自理由。

答案：辩护人观点的理由：本案的具体诈骗计划，只能通过被害人当场处分交付才能实现取财结果，故只有被害人将要立即处分交付财物时，才能认定行为人实施了诈骗实行行为。由于刘某又将现金存回银行，对财产法益没有造成紧迫、现实的危险，不能认为进入了诈骗罪的着手实行阶段，而只能成立诈骗罪的预备。

公诉人观点的理由：行为人已经着手实行诈骗罪客观构成要件的行为，即虚构事实或隐瞒真相。本案中周某已经打电话实施了虚构事实的行为，应当认定此时周某实施了诈骗实行行为。周某在实施打电话虚构事实的诈骗实行行为之后，被害人及时察觉，因意志以外的原因而未得逞，构成犯罪未遂。

难度：难

考点：犯罪预备与未遂的区分

命题和解题思路：本题主要考查的是诈骗罪预备与诈骗罪未遂的区分，对此考生不仅需要掌握着手实行认定的不同观点，还需要结合诈骗罪的保护法益即财产权来作出最终判断。通过控辩双方的观点展示，更是进一步告诉考生，就刑法主观题来说，多种观点都要掌握，只要没有深入、全面地掌握理论，答题就势必如同在“黑暗中摸索”。

答案解析：

本题涉及着手实行的认定标准，对此，我国传统理论持形式的客观说，即着手实行就是开始实行刑法分则所规定的某一犯罪构成客观要件的行为。而根据实质的结果说，由于犯罪的本质是侵犯法益，没有侵犯法益的行为不可能构成犯罪，也就不可能成立未遂犯，因此，犯罪未遂只能是具有侵害法益的紧迫危险的行为。

按照“形式的客观说”，可将行为人“骗人”，即周某对被害人实施虚构事实的行为，认定为诈骗实行行为。周某在实施打电话虚构事实的诈骗实行行为之后，被害人及时察觉，因意志以外的原因而未得逞，根据《刑法》第23条，构成犯罪未遂。即便不能将周某虚构事实的行为认定为诈骗实行行为，仍可将武某入户欲取财的行为认定为诈骗实行行为。因二人系共同犯罪，均构成诈骗罪未遂。

按照“实质的结果说”，本案的具体诈骗计划，只能通过被害人当场处分交付才能实现取财结果，故只有被害人将要立即处分交付财物时，才能认定行为人实施了诈骗实行行为。周某虽对被害人实施了虚构事实的行为，但被害人刘某还未当场处分交付财物，周某仅是为了诈骗实行而制造条件，实施的是诈骗预备行为，根据《刑法》第22条，构成犯罪预备。共同犯罪人武某虽入户欲取财，但系明知被害人不在家、不会有处分交付行为而入户，入户行为应当认定为盗窃实行行为，而不是诈骗实行行为。并且，被害人刘某家中并不存在该诈骗的行为对象，没有财物被骗走的紧迫危险，因此入户之前的行为系诈骗预备行为。

2. 就事实二，武某的行为构成何罪，请说明理由。

答案：构成盗窃罪。李某取现后还未实际转移占有，武某假冒公安人员去取钱的行为仍系诈骗实行行为的延续。因李某不在家，武某转而实施盗窃，系犯意转化，构成盗窃罪的既遂和诈骗罪未遂，以盗窃罪既遂论处。

难度：难

考点：财产处分行为

命题和解题思路：本题直接问武某的行为构成何罪，实际上考查的是财产处分行为。武某趁李某外出，采取秘密窃取的方式，排除被害人对财物的占有，并建立自己的占有，因此，构成盗窃罪。

答案解析：李某从银行取出 30 元现金的行为，只能认为主观上有转移财物占有的意思，但客观上还没有转移财物的占有，财物仍属于李某占有，因此，不能认为李某已经实施了财产处分行为，知情的武某假装公安人员，去李某家中准备取钱的行为系诈骗罪实行行为的延续（即便其打算一言不发就取走钱，也属于默示方式的诈骗），但其到李某家后，发现家中无人，便转而实施了盗窃行为，此时，系犯意转化，成立盗窃罪的既遂和诈骗罪的未遂（承继的共犯）的想象竞合犯，从一重处理，应以盗窃罪的既遂来认定。

3. 就事实二，公诉人认为周某构成诈骗既遂，应当对 30 万元承担法律责任。辩护人认为周某构成诈骗未遂，不应对其 30 万元承担法律责任。请分别说明公诉人和辩护人的理由，并说明你的观点和理由。

答案：公诉人的理由是：诈骗罪中被害人处分财物的行为，包括将其放置在特定地方，李某已经基于被骗产生的错误认识处分了财物，周某教唆武某取得财物，诈骗罪已经得逞，成立既遂。

辩护人的理由是：李某客观上并没有转移占有给周某安排取款的人，其将财物放置在家中的行为，并未失去对财物的控制，因此，武某取得财物的行为构成盗窃罪，阻断了周某的诈骗行为与结果之间的因果关系。周某成立诈骗罪未遂。

我认为成立诈骗罪未遂，依照前述观点，李某无处分行为，武某构成盗窃罪，取财结果系武某盗窃罪所得，与诈骗行为没有因果关系，因此周某不构成诈骗罪既遂。周某虚构事实的行为系诈骗实行行为，周某构成诈骗罪未遂。

难度：难

考点：财产处分行为

命题和解题思路：本题与上一题具有相关性，从解题技巧来看，如果要给辩护人的观点找理由，则只能认为武某的行为成立盗窃罪，切断了周某的诈骗行为和财物取得之间的因果关系。而如果要给公诉人的观点找理由，只要认为武某的行为成立诈骗罪，那么就不可能认为周某构成诈骗罪的未遂。

答案解析：

公诉人认为成立诈骗罪既遂的理由是：处分行为之转移财物占有，可以是直接转移给

行为人或第三人占有，也可以是将财物放置在行为人能够随时立刻取得的地方，换言之，取得财物不限于直接从被害人手中获得财物。周某对李某实施诈骗行为后，李某已经陷入处分财物的错误认识中，其主观上有转移财物占有的意思，客观上已经按照周某的要求，将30万元放在家中等待周某所安排的人来取，此时，可以认为李某基于被骗，产生了错误认识，进而在该错误认识支配之下，实施了客观的处分财物行为。武某取走财物的行为，可以认为是诈骗罪中取得财物的行为。因此，周某的行为符合诈骗罪的构成要件，成立诈骗罪的既遂。

辩护人认为周某构成诈骗未遂的理由是：李某虽然主观上有转移财物占有的意思，但由于财物仍在李某家中，客观上还没有转移财物的占有，财物仍属于李某占有，因此，不能认为李某已经基于被骗而实施了处分财物的行为，即转移财物的占有。周某获得的财物，是基于武某通过秘密窃取所获得的，该介入行为切断了诈骗行为与结果之间的因果进程，因此，周某所取得财物的行为与其实行的诈骗行为之间没有因果关系，只能成立诈骗罪的未遂。

4. 就事实三，关于郑某的行为性质，是构成受贿罪既遂还是受贿罪未遂，请分别阐述不同观点的理由。

答案：观点一：郑某构成受贿罪未遂，理由是：国家工作人员收受银行卡后，虽已取得银行卡的控制，但并未取得卡中款项的实际控制。由于银行卡是行贿人以自己名义办理的，其亦可变更密码、挂失或者抽回卡内钱款，导致国家工作人员丧失对卡内钱款的实际控制，因此应以未遂论处。

观点二：郑某构成受贿罪既遂，理由是：如认为对于银行卡中对应的款项，名义存款人作出处分意思的，控制状态随之转移，行贿人将银行卡交付给受贿人，并提供了完整信息使其可以随时取现或消费的，应当认为信用卡中款项已归受贿人控制。因此，本案郑某构成受贿罪既遂。

难度：难

考点：受贿罪既遂的认定

命题和解题思路：本题具有一定难度，考生不仅要掌握受贿罪的既遂标准即实际控制说，更要会结合具体情形对“实际控制”作出不同解释。同时，因本案涉及银行卡，本题实际上还隐藏考查了考生对银行存款占有不同观点的了解，这也正是解答本题的关键。

答案解析：

本题涉及收卡型受贿的既遂标准，以及银行卡中款项占有的认定问题。受贿罪的既遂标准是控制财物的结果。关于收受银行卡型受贿案的既未遂，原则上依据《最高人民法院最

高人民检察院关于办理商业贿赂刑事案件适用法律若干问题的意见》第8条“收受银行卡的，不论受贿人是否实际取出或者消费，卡内的存款数额一般应全额认定为受贿数额”。

若认为行贿人将银行卡送给国家工作人员，并提供了完全充分的信息，足以保证受贿人完全取出卡内存款或者消费，国家工作人员随时可以取出存款或者刷卡消费的，银行卡中对应款项的控制权便已转移。即使行贿人暂时未取出款项，或由于银行方面的原因如技术故障，或者由于受贿人自身操作问题如记错密码等导致暂时不能取出存款或者消费的，但随时可消除障碍的，仍应认定为受贿既遂。

但行贿人送卡后抽回存款或者以挂失等方式阻碍受贿人取款或者消费的，受贿数额以受贿人已经取款或消费的数额计算。受贿人因行贿人的上述行为未能取出或消费的部分，按受贿未遂论处。

这是因为，银行卡中对应的款项的占有状态，实然状态归银行占有，名义存款人仍享有合法返还权。国家工作人员收受银行卡后，虽已取得银行卡的控制，但并未取得卡中款项的实际控制。由于银行卡是行贿人以自己名义办理的，其亦可变更密码、挂失或者抽回卡内钱款，导致国家工作人员丧失对卡内剩余钱款的实际控制，因此对剩余部分应以未遂论处。综上，观点一认为本案中郑某构成受贿罪未遂。

如认为对于银行卡中对应的款项，名义存款人作出处分意思的，控制状态随之转移，即应当直接适用前述司法解释，行贿人将银行卡交付给受贿人，并提供了完整信息使其可以随时取现或消费的，应当认为信用卡中款项已归受贿人控制。因此，也有观点认为本案郑某构成受贿罪既遂。

5. 就事实三，针对王某将款项转回自己账户的行为，第一种观点认为，王某不构成犯罪；第二种观点认为，王某构成侵占罪；第三种观点认为，王某构成盗窃罪。请说明各自理由。

答案：观点一的理由是：王某是用自己身份证办理的银行卡，就对银行的债权和现金来说，均没有转移给郑某，因此，王某转账行为，不构成犯罪。

观点二的理由是：银行卡中钱款实际由银行占有，名义存款人王某仍享有合法返还权。赃物（受贿、行贿赃款）可成为侵占罪对象。因此被害人是郑某（或国家）；从银行占有转归王某占有，转移占有的行为不构成犯罪；但转移占有之后再侵吞，将代为保管的他人财物非法占为己有，构成侵占罪。

观点三的理由是：王某用银行卡及卡内资金贿赂郑某，事实上转移了资金占有，其重

新补卡并转账的行为，违反郑某意志，排除郑某对资金的占有，建立了自己的占有，构成盗窃罪。

难度：难

考点：招卡行为后转账行为的定性

命题和解题思路：本题主要考查了实践中常见的招卡行为后转账行为的定性争议，对此考生不仅要了解不同结论，更要掌握不同结论背后的推理过程。解答此类题目，仍然要按照财产犯罪推理的基本步骤展开，即被害人是谁，犯罪对象是什么，转移占有前的占有状态和行为手段。

答案解析：

就存款等银行账户中资金的权属、占有，理论上存在不同观点：

从“实然”层面上讲，如果把存款（储蓄）合同理解为种类物借款合同或借用合同，则存款人一旦将现金存入银行，就与银行形成了债权债务关系，存款人是债权人，银行是债务人。存折是债权凭证，而不是现金本身。债权所指向的现金，实然状态归银行占有，而不是归存款人占有；但名义存款人享有相应数额的债权。亦即：现金归银行占有，存款人占有财产凭证、债权。

从“应然”层面上讲，银行账户内的货币资金归属于名义存款人。当然，少数观点将存款（储蓄）合同理解为保管合同，或者消费寄托（保管）合同，则应当认为存款（或对应数量资金）的所有权归名义存款人，而银行作为保管人仍对现金直接占有。

还有少数观点认为：如果名义存款人将银行账户借给第三人使用的，或者第三人获取账户后使用的，银行账户中的资金，归账户的实际使用人占有。

依照前述最后一种少数观点，认为王某在将银行卡中的钱款转走之时，对于卡中的钱款，还未归受贿人郑某控制，郑某不构成既遂，则钱款仍归行贿人王某控制、占有、所有，王某不构成犯罪。从而，王某无罪。

如认为银行卡中钱款实际由银行占有，名义存款人王某仍享有合法返还权；并且认为赃物（受贿、行贿赃款）可成为侵占罪对象。则被害人是郑某（或国家）；从银行占有转归王某占有，转移占有的行为不构成犯罪；但转移占有之后再侵吞，将代为保管的他人财物非法占为己有，根据《刑法》第 270 条，构成侵占罪。

如认为银行卡中钱款由郑某占有，并且认为赃物可成为盗窃罪对象。则王某在原占有人郑某不知情的情况下转移占有，系秘密窃取的盗窃行为，根据刑法第 264 条，构成盗窃罪。

6. 就事实四，周某是否构成自首和立功？请说明理由。

答案：构成特别自首。周某已经被采取强制措施，但其如实供述司法机关还未掌握的诈骗罪的事实，且交代了同案犯武某的犯罪事实，成立特别自首。

不构成立功。周某系交代其知情的武某参与诈骗的犯罪事实，并没有交代武某共同犯罪以外的事实，不成立立功。

难度：中等

考点：自首和立功的认定

命题和解题思路：本题难度不大，基本属于送分题。对此，只要考生熟悉相关司法解释的具体规定，就可正确作答。即使未掌握具体规定，也可以结合自首制度的立法目的，作出正确解答。另外，从题目来看，只是让说明是否构成自首和立功的理由，并不需要写观点展示。

答案解析：

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》（1998）第1条规定：“共同犯罪案件中的犯罪嫌疑人，除如实供述自己的罪行，还应当供述所知的同案犯，主犯则应当供述所知其他同案犯的共同犯罪事实，才能认定为自首。”本案中，周某除了如实供述自己的罪行外，还交代了同案犯武某的共同犯罪事实，因此，成立自首。

该解释第5条规定：“根据刑法第六十八条第一款的规定，犯罪分子到案后有检举、揭发他人犯罪行为，包括共同犯罪案件中的犯罪分子揭发同案犯共同犯罪以外的其他犯罪，经查证属实；提供侦破其他案件的重要线索，经查证属实；阻止他人犯罪活动；协助司法机关抓捕其他犯罪嫌疑人（包括同案犯）；具有其他有利于国家和社会的突出表现的，应当认定为有立功表现。”第六条规定：“共同犯罪案件的犯罪分子到案后，揭发同案犯共同犯罪事实的，可以酌情予以从轻处罚。”本案中，周某除了交代武某的共同犯罪事实外，并没有揭发武某的其他犯罪行为，因此，不成立立功。

评分细则（共31分）

1-6 题满分分别为：4分 5分 7分 4分 7分 4分

1. 辩护人理由：刘某又将现金存回银行对财产法益没有造成紧迫、现实的危险（或者根据着手认定结果说）（1分），不构成着手实行（1分）。

公诉人理由：在通话中实施了诈骗话术（或者根据着手认定形式客观说）（1分），行为已经着手实行（1分）。

2. 构成盗窃罪（1分）。李某取现后还未实际转移占有（1分）。武某假冒公安人员去取

钱的行为仍系诈骗实行行为的延续（1分）。犯意转化（1分）。以盗窃罪既遂论处（1分）。

3. 公诉人理由：李某将财物放置在特定地点（1分），已经基于错误认识处分了财物（1分）。

辩护人理由：李某客观上并没有转移占有给周某安排取款的人（1分），未丧失对财物的控制（1分）。

我的观点：诈骗罪未遂（1分）。李某无处分行为（1分）。武某盗窃阻断了周某诈骗与结果之间因果关系（1分）。

4. 观点一：未遂（1分）。丧失对卡内钱款的实际控制（1分）。

观点二：既遂（1分）。受贿人已实际控制卡内全部资金（1分）。

5. 观点一：王某用自己身份证办理的银行卡（1分），对银行的债权和现金均没有转移给郑某（1分）。

观点二：银行占有卡内钱款，王某享有返还请求权（1分）。赃物可以成为侵占罪对象（1分）。王某将代为保管郑某的财物占为己有（1分）。

观点三：王某行贿事实上转移了资金占有（1分），重新补卡排除了郑某对资金的占有（1分）。

6. 构成特别自首（1分）。如实供述司法机关还未掌握的诈骗罪事实（1分）。

不构成立功（1分）。没有交代武某共同犯罪以外的事实（1分）。

三、试题（满分 32 分）

案情：

迟某向陈某谎称自己被列入黑名单，无法申领信用卡，需购买银行卡。陈某猜到迟某购买银行卡是要用于诈骗，但仍向其售卖了一张自己的银行卡，后迟某果然利用该银行卡进行电信网络诈骗。（事实一）

不久后，陈某收到短信提醒，得知银行卡内有 30 万元入账。陈某猜到是迟某诈骗所得，遂以银行卡丢失为由向银行办理挂失手续，后补办卡并取现。经调查确认，陈某银行卡里的钱确为迟某进行信用卡诈骗所得。公安机关遂对陈某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，陈母洪某为了捞人，向财政局局长吕某请托，希望吕某帮忙救其儿子，并答应事成后给予 100 万元的报酬。吕某向公安局副局长覃某请托，覃某猜到吕某可能收取了陈某亲属的贿赂或者准备收受受贿，但担心吕某对自己不利，于是以陈某不清楚事实为由撤销案件。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。之后三个月，吕某使用该银行卡消费了 40 万元，但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。洪某觉得此事吕某帮了大忙，报酬不能太少，于是将剩下的 60 万元现金取出，送给吕某。（事实三）

一年后，覃某被人举报。在其被采取强制措施后，覃某向检察机关交代了受吕某请托为陈某作无罪处理的事实。虽然覃某没有证据证明吕某收受了贿赂，但为了立功表现，仍向检察机关举报吕某。监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收受受贿将成立诬告陷害罪。覃某表示如果吕某没有收受受贿，自己愿意承担诬告陷害罪的刑事责任。检察机关将线索移交给监察机关，监察机关立案前电话通知吕某到指定地点问话，吕某如实供述收受洪某贿赂，但辩称只收受了 60 万元。（事实四）

问题：

1. 就事实一，关于陈某行为的性质，刑法理论中有几种观点（至少写出三种）？你的观点和理由是什么？
2. 就事实二，关于陈某行为的性质，刑法理论中有几种观点（至少写出三种）？你的观点和理由是什么？
3. 就事实三，洪某、吕某、覃某三人分别构成何罪？为什么？各自的犯罪数额是多少？
4. 请阐述事实四中吕某和覃某的定罪量刑情节，并说明理由。

二、答案精讲

1. 就事实一，关于陈某行为的性质，刑法理论中有几种观点（至少写出三种）？你的观点和理由是什么？

答案：有如下观点：

观点一：成立诈骗罪的片面帮助犯。陈某明知迟某进行诈骗活动，依然提供帮助，既成立诈骗罪的片面帮助犯，也成立帮助信息网络犯罪活动罪，想象竞合，择一重罪。

观点二：仅成立帮助信息网络犯罪活动罪。陈某猜到迟某实施电信诈骗，进而为其提供支付结算等帮助，符合该罪的构成要件。

观点三：不成立犯罪。若认为帮信罪中的“明知”是对具体犯罪事实有明确清晰的认知，仅对犯罪事实的可能性具有猜测性的大概认知，不能认定为“明知”，不能成立帮信罪。

我认为，帮助犯故意，也可以是片面的单向意思，且可以是概括故意。因此，应成立诈骗罪的片面帮助犯和帮助信息网络犯罪活动罪的想象竞合犯，从一重处罚。

难度：难

考点：诈骗罪、帮助信息网络犯罪活动罪、片面的帮助犯

命题与解题思路：本题中，命题人要求至少答出三种观点，这是法考刑法主观题中首次出现的新情况。从内容上，本题涉及帮助信息网络犯罪活动罪、诈骗罪共犯的认定，前者之前在法考中相对较为生僻，考生容易忽视，但近年来逐渐成为法考命题的热点，考生应当关注。解答此题的关键，一方面要掌握诈骗罪共犯和帮信罪可以同时成立，另一方面还要识别隐藏的考点，即片面的帮助犯是否成立帮助犯。

答案解析：

帮助信息网络犯罪活动罪是新增罪名，我国《刑法》第287条之二规定，明知他人利用信息网络实施犯罪，为其犯罪提供互联网接入、服务器托管、网络存储、通讯传输等技术支持，或者提供广告推广、支付结算等帮助，情节严重的行为。近年来在司法实践中该罪往往容易与和诈骗罪的共犯等发生混淆。

如认为帮助信息网络犯罪活动罪的正犯故意，可以是片面的单向意思；并认为只需对犯罪事实的可能性有大概认知，即可认定为“明知”，可成立概括故意。陈某单方面猜想迟某可能进行电信诈骗而仍将银行卡卖给迟某，可认为其主观上具有帮助信息网络犯罪活动罪的正犯故意。明知迟某利用信息网络实施犯罪，为其犯罪提供帮助，根据《刑法》第287条之二第一款，构成帮助信息网络犯罪活动罪。

同时，如认为帮助犯故意，也可以是片面的单向意思，且可以是概括故意。则陈某帮助迟某诈骗，主观上具有片面帮助故意，可认为具有诈骗罪的帮助故意，根据《刑法》第266条、第27条，构成诈骗罪的帮助犯。根据《刑法》第287条之二第三款，应当择一重处。

如认为帮助信息网络犯罪活动罪的正犯故意，可以是片面的单向意思，陈某可构成帮助

信息网络犯罪活动罪的正犯。如果认为帮助故意必须双向意思联络，则片面帮助故意，不能构成帮助故意，则陈某不构成诈骗罪的帮助犯。

如认为无论是正犯故意，还是帮助犯故意，都必须对具体犯罪事实有明确清晰的认知，仅对犯罪事实的可能性具有猜测性的大概认知，不符合《刑法》第14条（故意）的规定，不能认定为“明知”，不能成立犯罪故意。陈某虽在客观上实施了帮助信息网络犯罪活动的行为、诈骗罪的帮助行为，但主观上不认为具有帮助信息网络犯罪活动罪的正犯故意、帮助犯故意，不构成犯罪。

2. 就事实二，关于陈某行为的性质，刑法理论中有几种观点（至少写出三种）？你的观点和理由是什么？

答案：有以下观点：

观点一：构成侵占罪。理由是：银行卡中钱款实际由银行占有，名义存款人陈某仍享有合法返还权。赃物（诈骗所得）可成为侵占罪对象。因此被害人是迟某（或国家）；从银行占有转归陈某占有，转移占有的行为不构成犯罪；但转移占有之后再侵吞，将代为保管的他人财物非法占为己有，构成侵占罪。

观点二：构成盗窃罪。理由是：陈某将银行卡出售给迟某，事实上转移了资金占有，其重新补卡并转账的行为，违反迟某意志，排除迟某对资金的占有，建立了自己的占有，构成盗窃罪。

观点三：构成诈骗罪。理由是：如认为卡中的资金归银行（或国家）占有，陈某隐瞒真相，欺骗银行工作人员，通过挂失并取款的手段取得存款，成立诈骗罪。

我认为陈某将归其本人即账户主人占有（或陈某享有资金给付的请求权）的、基于不法原因的代为保管物，据为己有，构成侵占罪。

难度：难

考点：诈骗罪、侵占罪、盗窃罪

命题与解题思路：本题较为复杂，具有相当的难度。对此，考生应当识别“掐卡”类型案件定性争议的背后，实际上是对银行卡存款占有的不同观点。只要沿着此方向，再结合财产犯罪的基本推理步骤，即被害人、犯罪对象、占有状态、行为手段，便可正确解答此题。

答案解析：

本题中，陈某的行为有观点争议，涉及银行卡内资金占有状态的认定、基于不法原因的代为保管物可否成为侵占罪对象、共同犯罪与盗赃问题。

如认为“存款的占有归银行”（实然状态），名义存款人享有资金返还权。则陈某即使已将银行卡（非法）出售给迟某，但客观上已汇入陈某银行卡账户的资金30万元，归银行占有；但账户主人陈某，享有资金的返还请求权。陈某将银行占有的该资金转归其本人占有，转移占有的行为，系无因行为及合法行为，不构成诈骗罪。

之后，陈某代为保管、迟某诈骗所得30万元赃款，可认为是基于不法原因的代为保管物。如认为基于不法原因的代为保管物，可成为侵占罪对象，则根据《刑法》第270条，陈某将其据为己有，构成侵占罪。

如认为银行账户内的货币资金归属于名义存款人（或者认为资金给付的请求权属于名义存款人），则陈某将归其本人即账户主人占有（或陈某享有资金给付的请求权）的、基于不法原因的代为保管物，据为己有，同样构成侵占罪。

因陈某系迟某诈骗罪的共犯，为本犯，不构成掩饰、隐瞒犯罪所得罪。

如认为根据陈某与迟某之间的约定，该30万元，应归银行卡的购买者迟某占有。则陈某在原占有人迟某不知情的情况盗窃该30万元，根据《刑法》第264条，构成盗窃罪。

即使认为陈某与迟某共同占有该款项，在共同占有人不知情的情况，转移占有，也构成

盗窃罪。

若认为 30 万元归银行占有，陈某隐瞒款项系迟某所有的真相，骗取管理人银行处分该笔款项，根据《刑法》第 266 条，构成诈骗罪，系三角诈骗。

3. 就事实三，洪某、吕某、覃某三人分别构成何罪？为什么？各自的犯罪数额是多少？

答案：洪某构成行贿罪。其为谋取不正当利益，给予吕某贿赂，犯罪数额为 100 万。

吕某成立受贿罪（斡旋受贿）和徇私枉法罪教唆犯，从一重。其利用本人地位所形成的便利条件，与没有上下级或制约关系的覃某进行斡旋，收受他人财物，符合受贿罪（斡旋受贿）的犯罪构成。受贿数额为 100 万。理由是：（1）双方都认识到事后又被送回的 60 万元就是之前退回的 60 万；（2）双方并未发生新的请托事项。

覃某成立徇私枉法罪。其系司法工作人员徇私、徇情，对明知是有罪的人而故意包庇不追究其刑事责任。

难度：难

考点：受贿罪、行贿罪、徇私枉法罪

命题与解题思路：本题案情源于张明楷《刑法学》（法律出版社 2021 年版，第 1610 页）以及中国纪检监察报、某省纪委监委网站等案例。应当说，目前司法实践中已经对“行贿后贿赂款退回又被送还”的问题形成了较为统一的认识，即主要看索要行为的发生是否对应新的请托事项。对此，考生不能模糊地认为数额是 100 万或者 160 万，而说不出确切的依据。

答案解析：

考生需注意，本案中所涉问题：行贿一段时间以后，因担心被查而全部或部分退回贿赂款，随后又被送还或主动索回的受贿和行贿数额，可以从三个方面综合分析：

一是看行、受贿双方对之后收受或索要（主动或被动交还）财物的主观态度和认识，如果双方主观上能够认识到之后收受或索要（主动或被动交还）的财物是包含在之前退还的财物之中，则收受或索要的财物不宜单独计入受贿金额，该数额也不宜再重复纳入行贿金额。

二是看收受或索要行为的发生是否对应新的请托事项。如果之前行贿、受贿行为所对应的请托事项已经完成，之后收受或索要行为的发生是基于新的请托事项，说明在之前权钱交易已经完成的情况下又产生了新的权钱交易。此时，就要将事后所收受或索要的数额作为新的行贿与受贿，纳入之前的行、受贿数额内。

三是看索要的财物与退还的财物是否具有同一性。如果事后收受或索要财物的金额超过了之前退还财物的金额，则不具有同一性，之前行贿、受贿的行为无法将之后收受或索要财物的行为评价在内。本案中，由于双方都认识到事后又被送回的 60 万元就是之前退回的 60 万；且双方并未发生新的请托事项。因此，不宜将该 60 万又累计叠加，即行贿数额与受贿数额（斡旋受贿类型）都是 100 万，而不是 160 万元。

覃某所犯徇私枉法罪较为清楚，该罪是指司法工作人员徇私枉法、徇情枉法，对明知是无罪的人而使他受追诉，对明知是有罪的人而故意包庇不使他受追诉，或者在刑事审判活动中故意违背事实和法律作枉法裁判的行为。本案中，覃某的行为属于其中的第二种类型，即明知有罪，但故意以不清楚事实为由撤销案件，使其不受追诉。

4. 请阐述事实四中吕某和覃某的定罪量刑情节，并说明理由。

答案：覃某成立坦白，对于所犯徇私枉法罪，系被采取强制措施之后，才如实供述，不属自动投案，不成立自首，成立坦白。同时成立立功，其检举吕某受贿犯罪事实，经查证属实。

吕某成立自首，对于自己所犯受贿罪，立案前被电话通知到案，属自动投案；如实交代的犯罪数额多于未交代的犯罪数额，应认定为如实供述主要犯罪事实，构成自首，系一般自

首。

难度：中

考点：自首和立功的认定

命题与解题思路：本题依据《关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》，考查了自首和立功的认定。命题者非常注重细节的考查，案情明确指出“立案前电话通知问话”这说明并非拘传，而只是一般的问话，不影响自首中“自动投案”的认定。

答案解析：

最高人民法院 1998 年 5 月 9 日发布的《关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》规定：（一）自动投案，是指犯罪事实或者犯罪嫌疑人未被司法机关发觉，或者虽被发觉，但犯罪嫌疑人尚未受到讯问、未被采取强制措施时，主动、直接向公安机关、人民检察院或者人民法院投案。覃某对于所犯徇私枉法罪，系被采取强制措施之后，才如实供述，不属自动投案，不成立自首；根据《刑法》第 67 条第三款，成立坦白。同时，其举报吕某的犯罪事实，虽没有确切证据（但查证义务并不在举报人，而是侦查机关），但既然检察机关将线索移交给监察机关，且最终经查证属实，则应认定为是立功。

就吕某而言，其只是在立案前被电话通知问话，考生需要注意的是，不能混淆问话与作为刑事强制措施的拘传。拘传只能在刑事立案后，对犯罪嫌疑人或被告人使用，如果是拘传，则不能成立自首。本案中，案情明确指出是在“立案前”“问话”，因此，并不影响自首的自动性。同时，根据《最高人民法院关于处理自首和立功若干具体问题的意见》（法发[2010]60 号）的规定“如实交代的犯罪数额多于未交代的犯罪数额，一般应认定为如实供述自己的主要犯罪事实”，根据《刑法》第 67 条第一款，构成自首，系一般自首。

评分细则（共 32 分）

1-4 题满分为：8 分 8 分 8 分 8 分

1. 观点一：成立诈骗罪的片面帮助犯（1 分）。明知迟某进行诈骗活动而提供帮助（1 分）。

观点二：成立帮助信息网络犯罪活动罪（1 分）。提供支付结算等帮助（1 分）。

观点三：不成立犯罪（1 分）。成立帮信罪需要主观上明确知道（1 分）。

应成立诈骗罪的片面帮助犯和帮助信息网络犯罪活动罪的想象竞合犯（1 分）。帮助犯故意，也可以是片面的单向意思，且可以是概括故意。（1 分）。

2. 观点一：成立侵占罪（1 分）。卡中的资金属于陈某代迟某保管之物（1 分）。

观点二：成立盗窃罪（1 分）。卡中的资金仍属迟某所有（1 分）。

观点三：成立诈骗罪（1 分）。卡中的资金属于国家，欺骗银行工作人员（1 分）。

成立侵占罪（1 分）。将不法原因给付的代为保管物占为己有。（1 分）。

3. 洪某构成行贿罪（1 分）。为谋取不正当利益而贿赂国家工作人员（1 分），犯罪数额为 100 万（1 分）。

吕某成立受贿罪（斡旋受贿）（1 分）。利用本人地位所形成的便利条件收受他人财物（1 分），受贿数额为 100 万（1 分）。

覃某成立徇私枉法罪（1 分）。对明知是有罪的人而故意包庇不追究其刑事责任（1 分）。

4. 覃某成立坦白（1 分），同时成立立功（1 分）。检举吕某受贿事实（1 分）。被采取强制措施后才如实供述（1 分）。

吕某受贿被查证属实（1 分）。吕某成立自首（1 分）。立案前电话通知谈话可以认定为

吕某并未被采取强制措施（1分），如实供述主要犯罪事实（1分）。