招摇撞骗罪与诈骗罪关系新论

王志祥*

摘要:就招摇撞骗罪与诈骗罪的关系而言,我国理论界存在“牵连犯说”“想象竞合说”和“法条竞合说”3种学说。“牵连犯说”显然是不能成立的。“想象竞合说”以招摇撞骗罪的构成要件不包含骗取财物的内容为前提,而该前提也是不能成立的。招摇撞骗罪侵犯的法益除国家机关的威信及正常活动之外,还包括财产利益在内的自然人或者单位的合法权益。在冒充国家机关工作人员骗取数额较大以上财物的场合,从实质上看,仅存在侵害一个法益的事实。招摇撞骗罪与诈骗罪之间存在法条竞合关系,这种竞合关系不属于特别关系,而属于交叉关系。对此,应当依据“重法优于轻法”的原则,依照处罚较重的规定定罪处罚。

关键词:招摇撞骗罪 诈骗罪 想象竞合 法条竞合 重法优于轻法

1997年修订的《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)第266条规定了诈骗罪,第279条规定了招摇撞骗罪。招摇撞骗罪的客观方面表现为以假冒的国家机关工作人员的身份进行炫耀,利用人们对国家机关工作人员信任,骗取非法利益的行为。诈骗罪的客观方面表现为虚构事实、隐瞒真相,骗取数额较大的公私财物的行为。这样,在冒充国家机关工作人员骗取的非法利益系公私财物的场合,便涉及如何区分招摇撞骗罪与诈骗罪之间关系的问题。对此,长期以来,在我国刑法学理论中存在不同的学说,在我国刑事司法实践中也存在不同的做法。其中的焦点问题是招摇撞骗罪与诈骗罪之间的关系究竟是想象竞合还是法条竞合以及在理解为法条竞合的情况下如何把握其处理原则的问题。实际上,想象竞合与法条竞合的区分以及法条竞合的处理原则是我国刑法学理论界多年来争论不休的话题,而关于招摇撞骗罪与诈骗罪之间关系的争论则系该话题的缩影。因此,对该问题的讨论,有助于推进对刑法竞合论的研究。笔者在就与该问题有关的不同学说予以述评的基础上,对招摇撞骗罪与诈骗罪之间的交叉竞合关系及“重法优于轻法”的处理原则加以证成,并对适用“重法优于轻法”原则所引发的违背1997年《刑法》第266条后半段的规定和罪刑法定原则的疑问予以解答,以期对刑法竞合论中所存在的难题的解

* 北京师范大学刑事法律科学研究院教授、博士生导师
基金项目:国家社会科学基金资助项目(21BFX009)

决有所裨益。

一、关于招摇撞骗罪与诈骗罪关系的理论述评

(一)关于招摇撞骗罪与诈骗罪关系的不同学说

通过对相关研究成果进行分析可以看出,关于招摇撞骗罪与诈骗罪的关系,我国刑法学界存在以下3种不同的学说。

其一,“牵连犯说”。持该说者认为,冒充国家机关工作人员骗取财物的,系以骗取财物为目的,且行为人所采用的手段行为同时符合招摇撞骗罪的构成要件,因而属于牵连犯的情形。对此,依据牵连犯的处断原则,应当择一重罪论处。行为人骗取财物数额不大的,应以招摇撞骗罪论处。^①

其二,“想象竞合说”。持该说者认为,招摇撞骗罪与诈骗罪所侵犯的法益不同,前者侵犯对国家机关的公共信赖,后者侵犯财产权。冒充国家机关工作人员骗取数额较大的财物的,明显侵害了立法者设立两个罪名保护的法益,应当认定成立想象竞合。只有认定成立想象竞合,明示行为同时构成招摇撞骗罪与诈骗罪,只不过适用一个较重的法定刑,才能够对行为的不法内容进行全面评价,实现对两种犯罪的一般预防和特殊预防的目的。因此,行为人仅偶然骗取少量财物的,不影响对其行为进行招摇撞骗罪的认定;若行为人骗取财物的行为满足数额较大、数额巨大或者数额特别巨大标准的,则成立招摇撞骗罪与诈骗罪的想象竞合。对此,应从一重罪处断。^②

其三,“法条竞合说”。持该说者认为,在冒充国家机关工作人员骗取财物的场合,招摇撞骗罪与诈骗罪之间存在法条竞合关系。在持该说者的内部,就对在此种情况下的法条竞合应当如何处理而言,又有不同的意见。一种意见是,虽然诈骗罪与招摇撞骗罪之间存在普通法与特别法的法条竞合关系,但是对于“骗”可以作量上的区别对待。对同一个词在保持其内涵一致的情况下作量上的限制,与我国刑法的规定之间并不存在冲突。从1997年《刑法》第279条关于招摇撞骗罪的表述可以看出,该罪只能包括骗取财物数额较大、数额巨大或者有其他情节严重的情形,与之相对应的法定刑为10年以下有期徒刑。这样,在10年以下有期徒刑的法定刑幅度范围内,就存在招摇撞骗罪与诈骗罪之间的重叠关系问题。对行为人所实施的处在重叠关系范围内的行为,应当以招摇撞骗罪定罪处罚。这符合“特别法优于普通法”原则。对行为人实施的处在重叠关系范围之外的、骗取财物数额特别巨大或者有其他特别严重情节的行为,则应当以诈骗罪定罪处罚,对于行为人冒充国家机关工作人员的行为应当作为从重情节进行评价以实现罪刑均衡。^③另一种意见是,就招摇撞骗罪与诈骗罪之间法条竞合的处理而言,在一般情况下,应以招摇撞骗罪定罪处罚,但对于前述处在重叠关系之外的行为,则应当以处罚较重的诈骗罪定罪处罚。^④ 这

^① 参见苏长青、章志祥:《刑法导论》(下册),中国人民大学出版社2000年版,第674页。

^② 参见黎宏:《刑法学各论》,法律出版社2016年第2版,第353页;张明楷:《刑法学》,法律出版社2021年第6版,第1358页。

^③ 参见王林才、缪中兴:《招摇撞骗罪与诈骗罪中的“骗”可作量上的区分》,《检察日报》2011年6月17日。

^④ 参见高铭暄、马克昌主编:《刑法学》,北京大学出版社、高等教育出版社2022年第10版,第533~534页。

种意见在一定程度上得到了相关司法解释和司法解释性文件的支持。^①

(二)“牵连犯说”与“想象竞合说”之否定

笔者认为,就招摇撞骗罪与诈骗罪的关系而言,“牵连犯说”与“想象竞合说”均不能成立。

1.“牵连犯说”之否定

一般认为,就牵连犯的成立而言,要求行为人以实施某一犯罪为目的,而其实施的方法行为或结果行为又构成其他犯罪。由此可见,具有牵连关系的数个行为触犯不同的罪名是牵连犯成立的必备条件。这就意味着,牵连犯要求具有牵连关系的数个行为均能够独立构成犯罪。而在冒充国家机关工作人员骗取财物的场合,虽然行为人所实施的冒充国家机关工作人员的行为与骗取财物的行为之间具有手段行为与目的行为的牵连关系,但是这两种行为并不符合牵连犯成立所必须具备的具有牵连关系的数个行为均能够独立构成犯罪的条件。由于单纯冒充国家机关工作人员的行为并未被我国刑法分则规定为犯罪,因此,认为冒充国家机关工作人员骗取财物的行为成立牵连犯纯属无稽之谈。与此相类似的情形在抢劫罪的场合同样有所反映。虽然抢劫罪的客观方面所包括的强制方法与强取财物之间存在手段行为和目的行为的牵连关系,但是这两种行为中的手段行为未必均能够独立构成犯罪,如轻微暴力的手段行为就是如此。这样,就不能认为以强制手段强取财物的行为成立牵连犯。

2.“想象竞合说”之否定

“想象竞合说”以招摇撞骗罪与诈骗罪侵犯的法益不相同为前提,即前者侵犯的法益是国家机关的威信及正常活动,不包括财产利益,后者侵犯的法益则仅包括财产利益。“两罪的法益并不存在包含关系。”^②对此,我国立法机关的相关人士指出,就招摇撞骗罪而言,其骗取的对象是除财产以外的其他利益,如地位、待遇、荣誉等,其侵害的法益并不包括财产利益。对于以骗取财物为目的而冒充国家机关工作人员的行为,应当以诈骗罪定罪处罚。^③据此,在行为人骗取数额较大以上财物的场合,“如果仅认定为招摇撞骗罪,就没有评价行为对财产的不法侵害内容;如果只认定为诈骗罪,就没有评价行为对国家机关公共信用的不法侵害内容。只有认定为想象竞合,在判决中明示行为触犯上述两个罪名,只是适用一个重法定刑,才能全面评价行为的不法内容”。^④

但是,将骗取财物行为排除在招摇撞骗罪构成要件的内容之外,是经不起推敲的。一方面,根据1997年《刑法》第279条的规定,招摇撞骗罪的客观行为要素既包括“冒充国家机关工作人员

^① 2011年3月1日,最高人民法院、最高人民检察院发布的《关于办理诈骗刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第8条规定:“冒充国家机关工作人员进行诈骗,同时构成诈骗罪和招摇撞骗罪的,依照处罚较重的规定定罪处罚”。该解释作出如此规定,系基于如下考虑:“实践中,有些犯罪人冒充国家机关工作人员进行诈骗,且诈骗财物的数额特别巨大,如仍按招摇撞骗罪定罪量刑(最高法定刑为10年有期徒刑),显然不符合罪责刑相适应的刑法基本原则。此种情形实质属于诈骗罪与招摇撞骗罪的竞合,故应依照处罚较重的规定定罪处罚”。胡云腾、周加海、刘涛:《〈关于办理诈骗刑事案件具体应用法律若干问题的解释〉的理解与适用》,《人民司法》2011年第9期。此外,2021年12月16日最高人民法院、最高人民检察院、公安部发布的《关于依法惩治招摇撞骗等违法犯罪行为的指导意见》第4条规定:“冒充国家机关工作人员或者军人招摇撞骗,同时构成非法吸收公众存款罪、集资诈骗罪、合同诈骗罪、组织、领导传销活动罪、诈骗罪的,依照处罚较重的规定定罪处罚”。

^② 李晓明:《刑法学分论》,北京大学出版社2017年版,第309页。

^③ 参见郎胜主编:《中华人民共和国刑法释义》,法律出版社2011年第5版,第503页。

^④ 张明楷:《刑法学》,法律出版社2021年第6版,第646~647页。

员”，又包括“招摇撞骗”，两者之间存在手段行为与目的行为的关系。这里的“招摇撞骗”包含骗取财产、地位、荣誉、待遇以及玩弄女性等利益的内容。1997年《刑法》第279条并未对招摇撞骗的对象作出不包括财产利益的限制。将招摇撞骗的对象限定为财产利益以外的其他利益，并不符合1997年《刑法》第279条规定的文义。在实践中，大量的招摇撞骗案件都涉及骗取财物的问题。并且，相关的司法解释和司法解释性文件也明确认可招摇撞骗的对象包括财物。^① 笔者注意到，在阐述招摇撞骗罪的犯罪构成时，坚持“想象竞合说”的学者指出：“招摇撞骗，是指以假冒的身份进行炫耀、欺骗，但不以骗取某种利益为要件”。^② 这实际上系基于适应观点论证的需要而人为地对招摇撞骗的含义进行了截取。如果仅出于爱慕虚荣而非为了骗取利益，招摇过市、炫耀身份，那么就不涉及“撞骗”的问题。这样，一旦离开不法利益，“撞骗”就会显得空洞无物，由此就不可能对其内容进行准确的界定，这同脱离财物就不可能对诈骗罪中的“骗取财物”进行准确界定是一样的道理。另一方面，坚持“想象竞合说”的学者在其早期出版的刑法学教科书中指出，1997年《刑法》第279条规定的招摇撞骗罪原则上不能评价骗取财物的情形；即便认为该罪可以评价骗取财物的情形，也不能认为其可以评价骗取数额较大的财物的情形。否则，就容易对准确区分招摇撞骗罪与诈骗罪造成困扰。^③ 持这种观点者将招摇撞骗行为侵犯利益的范围限定为数额较大的财产以外的利益。这里的问题是，名誉、荣誉、地位、感情等利益都可以成为招摇撞骗行为侵犯的利益，数额较大的财产这种常见的利益反而不能成为招摇撞骗行为侵犯的利益，这是极不协调的。并且，以骗取财物的数额作为区分标准，将骗取财物数额较小的情形纳入招摇撞骗的范围，将骗取财物数额较大以上的情形排除在招摇撞骗的范围之外，在逻辑上也很难说得通。以被侵犯的财产利益一旦达到数额较大以上的程度就应当直接按照诈骗罪定罪处罚作为理由，将数额较大以上的财产利益排除在招摇撞骗罪侵犯的利益之外，实际上系人为地限制了法条竞合的成立范围。而只有将数额较大以上的财产利益纳入招摇撞骗罪侵犯的利益范围，才会使得刑法从不同的方面对财产利益的保护趋于严密。

事实上，将骗取财物行为排除在招摇撞骗罪构成要件的内容之外，与对招摇撞骗罪侵犯的法益的认识不到位存在密切的关联。在我国刑法学理论中，即使前述坚持“法条竞合说”的学者也认为，招摇撞骗罪侵犯的法益是“国家机关的威信及正常活动”。^④ 这实际上仅指明了招摇撞骗罪中的“冒充国家机关工作人员”行为侵犯的法益的内容，而并没有顾及招摇撞骗罪中的“招摇撞骗”行为侵犯的法益的内容。我国刑法设立招摇撞骗罪的目的既包括保护以假冒国家机关工作人员的手段所侵犯的国家机关的威信及正常活动，也包含保护招摇撞骗罪所侵犯的自然人或单位合法权益。而在没有顾及招摇撞骗罪侵犯法益的内容的情况下，骗取财物是否属于招摇撞骗罪构成要件的内容就显得无关紧要了。

笔者还注意到，有论者为了解决将冒充国家机关工作人员骗取数额特别巨大财物的行为认

^① 2005年6月8日，最高人民法院公布的《关于审理抢劫、抢夺刑事案件适用法律若干问题的意见》第9条第1项规定，行为人冒充正在执行公务的人民警察“抓赌”“抓嫖”，没收赌资或者罚款的行为，构成犯罪的，以招摇撞骗罪从重处罚。2021年《关于依法惩治招摇撞骗等违法犯罪行为的指导意见》第1条规定，冒充国家机关工作人员，骗取财物、荣誉、地位、待遇、感情等，符合1997年《中华人民共和国刑法》第279条规定的，以招摇撞骗罪定罪处罚。

^② 张明楷：《刑法学》，法律出版社2021年第6版，第1357页。

^③ 参见张明楷：《刑法学》，法律出版社1997年版，第804页。

^④ 参见高铭喧、马克昌主编：《刑法学》，北京大学出版社、高等教育出版社2022年第10版，第533页。

定为构成1997年《刑法》第279条规定的招摇撞骗罪会造成违背罪责刑相适应原则的难题,认为1997年《刑法》第279条根本不包括骗取财物数额特别巨大的情形。因此,行为人骗取数额特别巨大财物的行为,属于一行为触犯数法益的想象竞合的情形。对此,应当依照属于重法的1997年《刑法》第266条的规定予以处理。^①但是,想象竞合的成立以行为触犯数个罪名为前提。既然该论者认为行为人骗取数额特别巨大财物的行为不构成招摇撞骗罪,那么,该行为就仅构成诈骗罪。这样,想象竞合的成立也就无从谈起。并且,依据这种观点,冒充国家机关工作人员骗取数额巨大财物的行为,能够包含在与招摇撞骗罪情节严重的情形相对应的加重构成范围内加以评价,而与该行为相比危害性更大的冒充国家机关工作人员骗取数额特别巨大财物的行为反而不能包容在该加重构成的范围内进行评价。这种观点实在令人无法接受。

在骗取财物不可能从招摇撞骗罪构成要件的内容中予以剥离的情况下,将冒充国家机关工作人员骗取财物的行为认定为构成招摇撞骗罪,就不会出现上述坚持“想象竞合说”的学者所提及的“如果仅认定为构成招摇撞骗罪,就没有评价行为对财产的不法侵害”的问题。实际上,将该行为认定为可以构成招摇撞骗罪,既涉及行为对国家机器的威信及正常活动进行不法侵害的评价,也兼顾了行为对财产进行不法侵害的评价。^②因此,并不会出现成立想象竞合时所要求的以招摇撞骗罪或诈骗罪的规定均不能对行为的不法内容进行全面评价的问题。这样,“想象竞合说”就不能得到支持。

由此可见,在关于招摇撞骗罪与诈骗罪关系的上述3种学说中,“牵连犯说”和“想象竞合说”均是不能成立的。如此一来,如果一定要在上述3种学说中选择最具合理性的一种学说,那么就非“法条竞合说”莫属了。对此,尚需要进行具体的论证。

二、“法条竞合说”之证成

(一)招摇撞骗罪与诈骗罪的关系:交叉关系的法条竞合

如上所述,招摇撞骗罪的构成要件包含骗取财物的内容,其侵犯法益包括财产利益。这样,在冒充国家机关工作人员骗取数额较大以上财物的场合,从表面看,行为侵犯了数个法益,触犯了招摇撞骗罪与诈骗罪两个罪名,似乎成立想象竞合,但是,从实质看,行为只侵犯了立法者设立招摇撞骗罪所保护的法益(国家机关的威信和正常活动以及自然人或单位合法权益)。因为在这种场合,财产利益属于自然人或单位合法权益的实质内容。如果认为财产利益属于自然人或单位合法权益以外独立的法益,那么就意味着后者属于完全虚无的东西而没有任何实质内容。

在此,可以联系以杀人故意实施放火行为侵犯的法益进行进一步的讨论。主张“想象竞合说”的学者指出,在行为人采用放火的手段意图实现杀人目的的场合,该行为人仅实施了一个放火的犯罪行为,但该行为却具有危害公共安全和剥夺他人生命的双重属性,该行为同时符合放火罪与故意杀人罪的构成要件。因此,以杀人的故意实施放火行为并危害公共安全的,成立想象竞合犯。^③笔者认为,在以杀人的故意实施放火行为并危害公共安全的情况下,从表面看,一个行

^① 参见蒋玲:《竞合论中形式实质二分说之提倡》,《甘肃政法学院学报》2013年第4期。

^② 当然,如后所述,这并不意味着对于冒充国家机关工作人员骗取财物的行为只能认定构成招摇撞骗罪。

^③ 参见张明楷:《论以危险方法杀人案件的性质》,《中国法学》1999年第6期。

为侵犯了数个法益,触犯了故意杀人罪与放火罪两个罪名,似乎成立想象竞合犯,但行为在实质上仅侵犯了一个法益。因为作为放火罪法益的公共安全是指不特定或者多数人的生命、健康或者重大公私财产的安全。在作为放火罪法益的公共安全具体表现为不特定或者多数人生命安全的场合,其与作为故意杀人罪法益的生命权就处在重合状态。可以说,在这种场合,生命权这一法益属于公共安全的具体表现。而如果认为生命权属于公共安全以外独立的法益,那么公共安全就会显得空洞无物。对此,可能会有人认为,故意杀人罪的犯罪对象是特定的人,而在以放火手段意图实现杀人目的的场合,犯罪对象是不特定的人或者多数人。因此,故意杀人罪的规定与放火罪的规定之间不可能存在法条竞合关系;以杀人的故意实施放火行为并危害公共安全的,只能成立想象竞合犯。但是,就将故意杀人罪的犯罪对象通过限制解释的方法限定为特定的人能否成立而言,是存在疑问的。一般而言,立法者设立故意杀人罪保护的法益是他人的生命权。这里的“他人”,理应既包括特定的人,也包括不特定的人。这样,对不特定的人的生命权,就既可以由在立法中通过设置故意杀人罪的规定提供保护,也可以由在立法中通过设置危害公共安全犯罪的规定加以保护,因此便使得我国刑法对人的生命权的保护趋于严密和有力。而如果认为立法者设立故意杀人罪保护的法益是特定的人的生命权,那么就会使得我国刑法对生命权的保护有失周全和乏力。事实上,认为设立故意杀人罪保护的法益是特定的人的生命权,系为否定故意杀人罪的规定与放火罪的规定之间存在法条竞合关系即基于观点论证的需要而进行的人为限定。同理,在交通肇事致人死亡的场合,作为过失致人死亡罪法益的生命权属于作为交通肇事罪法益的交通运输安全的具体内容,两者处在重合状态。因此,交通肇事致人死亡的行为在实质上仅涉及侵害一个法益的事实,侵犯了一个犯罪的法益。

行为究竟是侵犯一个罪名保护的法益还是侵犯数个罪名保护的法益,系区分想象竞合与法条竞合的关键标准。具体而言,在法条竞合的场合,从表面看,行为触犯了数个罪名,侵犯了数个罪名保护的法益,但由于以数个罪名中的其中一项规定就可以对行为的不法内容进行全面的评价,因此,从实质看该行为只侵犯了某一个罪名保护的法益。而在成立想象竞合的场合,行为在实质上侵犯了数个罪名保护的法益,以数个罪名中的任何一项规定均不可能对行为的不法内容进行全面的评价。这正如坚持“想象竞合说”的学者所指出的,应当以适用单个法条能否充分、全面地评价行为的不法内容作为区分法条竞合与想象竞合的标准。^① 据此,行为人实施的冒充国家机关工作人员骗取数额较大以上财物的行为,体现的便是招摇撞骗罪与诈骗罪的法条竞合关系,而非想象竞合关系。

事实上,法条竞合是法律条文的竞合,是法条的现象形态;想象竞合是犯罪行为的竞合,是犯罪的现实表现形态。法条竞合是由犯罪侵犯的社会关系的错综交织以及法律的交错规定造成的,法条之间的这种联系不以犯罪的发生为转移。^② 在判断法条竞合是否存在的场合,只需从逻辑上对数个法条所描述的构成要件进行分析即可得出结论。如果存在重合的部分,那么就可以肯定法条竞合关系的存在,而进行这种判断完全可以脱离具体的案件事实。无论何种法条竞合,其形成竞合的底层逻辑均为法条规定的构成要件之间存在重合的部分。然而,想象竞合则完全

^① 参见张明楷:《张明楷刑法学讲义》,新星出版社2021年版,第276页。

^② 参见陈兴良:《刑法适用总论》(上卷),中国人民大学出版社2006年第2版,第712页。

形成于偶然发生的个案的法益侵害事实(结果)的叠加,与法条或者构成要件本身的关系无关。^①由此,通过对 1997 年《刑法》第 266 条、第 279 条的规定进行分析,从招摇撞骗罪和诈骗罪的构成要件存在重合部分,也可以得出两者之间存在法条竞合关系的结论。根据 1997 年《刑法》第 266 条的规定,诈骗公私财物,数额较大的,构成诈骗罪。根据 1997 年《刑法》第 279 条的规定,冒充国家机关工作人员招摇撞骗的,构成招摇撞骗罪。这里的“诈骗公私财物,数额较大的”,当然包括“冒充国家机关工作人员骗取数额较大公私财物”的情形。这样,行为人冒充国家机关工作人员骗取数额较大的公私财物的行为,就同时触犯了招摇撞骗罪和诈骗罪的规定。

从类型看,招摇撞骗罪与诈骗罪之间的法条竞合并非特别法条与普通法条的竞合(特别关系的法条竞合),而是交叉竞合。具体而言,就诈骗罪的成立而言,我国刑法并未对其手段行为进行过多的限制,因而作为招摇撞骗罪客观行为要素的“冒充国家机关工作人员”行为就同样可以包含在诈骗罪的手段行为之中。如此说来,规定诈骗罪的法条可谓普通法条,规定招摇撞骗罪的法条可谓特别法条。招摇撞骗罪中的骗取各种利益包括作为诈骗罪结果要素的骗取财产利益的情形。这样,规定诈骗罪的法条就可谓特别法条,规定招摇撞骗罪的法条就可谓普通法条。既然“两罪已是互为特别法与普通法的关系,再去区分谁是谁的普通法,谁是谁的特别法,几乎是不可能的事了”。^②因此,就规定诈骗罪和招摇撞骗罪的法条而言,很难说哪一个法条是普通法条,哪一个法条是特别法条。事实上,招摇撞骗罪与诈骗罪之间法条竞合关系的形成,“并非立法者以某一犯罪为基础,基于某种特殊保护需要,加以必要限制所致,而是社会关系错综复杂,立法者在作刑法规定时,由于立法技术的局限性,难免出现的一种交叉竞合之结果”。^③笔者注意到,有学者在讨论招摇撞骗罪与诈骗罪的界限时,提出了“某种行为触犯该法条就必然触犯另一法条,想不触犯都不可能”这一判断法条竞合关系成立的标准。^④应该说,这一标准仅考虑到法条竞合中法条之间存在特别关系的情形,而没有顾及法条竞合还包括法条之间存在交叉关系的情形,因而该标准是不能成立的。

值得注意的是,对特别关系的法条竞合与交叉关系的法条竞合应当予以严格区分。我国刑法规定的法条(犯罪构成要件)之间的关系表现为中立、对立、包容、交叉 4 种类型。包容关系是指一犯罪构成要件的内涵完全包含另一犯罪构成要件的内涵,在外延上两罪呈现大小圆关系的情形。交叉关系是指构成要件存在部分重合、外延呈现交叉圆关系的情形。只有在这两种关系存在的场合,才可能形成法条竞合。^⑤这里所说的包容关系也就是特别关系。由此可见,基于法条关系类型的不同,虽然特别关系的法条竞合与交叉关系的法条竞合均涉及犯罪构成要件的重合问题,但是两者是不能混为一谈的。而“我国一些仅承认特别关系的学者,并没有彻底否定交叉关系的法条竞合,而是将部分交叉关系的法条竞合纳入特别关系中”。^⑥在将交叉关系纳入特别关系范围的情况下,会导致出现错误地将“特别法优于普通法”这一特别关系的法条竞合的法律适用原则适用于分析交叉关系法条竞合处理的现象。

① 参见陈洪兵:《中国式的刑法竞合问题研究》,中国政法大学出版社 2016 年版,第 152 页。

② 韩光军、杨新红:《诈骗罪与招摇撞骗罪竞合关系之论证》,《湖北社会科学》2008 年第 4 期。

③ 韩光军、杨新红:《诈骗罪与招摇撞骗罪竞合关系之论证》,《湖北社会科学》2008 年第 4 期。

④ 参见马克昌主编:《百罪通论》,北京大学出版社 2014 年版,第 906 页。

⑤ 参见陈洪兵:《中国式的刑法竞合问题研究》,中国政法大学出版社 2016 年版,第 126~127 页。

⑥ 蔡鹤等:《中国刑法语境下的法条竞合研究》,人民出版社 2019 年版,第 350 页。

主张招摇撞骗罪与诈骗罪之间的关系属于想象竞合的学者指出,在承认想象竞合的明示机能的前提下,就不能认为存在交叉关系的竞合属于法条竞合,这种情况只能成立想象竞合。所谓想象竞合的明示机能,是指由于行为人的行为具有数个不法内容,在判决宣告时,必须将其一一列出,做到充分、全面评价,以便行为人与一般人能够从判决中得知什么样的行为构成数个犯罪,进而有利于实现特殊预防与一般预防的刑罚目的。^① 这里的问题是,如上所述,交叉竞合的形成,源于刑法对法益多侧面的保护。因此,在交叉竞合的场合,行为人的行为实质上仅侵犯了一个罪名保护的法益,而并不涉及其实质上具有数个不法内容的问题。这样,就只需要适用其所触犯的数个法条中的其中一个法条就可以对该行为的不法内容进行充分的评价。

(二)交叉关系法条竞合的处理原则:重法优于轻法

与特别关系的法条竞合属于逻辑性的法条竞合有所不同的是,交叉关系的法条竞合属于评价性的法条竞合。依据法条竞合形成的原理,日本学者将法条竞合分为逻辑性的法条竞合与评价性的法条竞合。在法条之间存在特别关系的法条竞合中,特别规定要比一般规定存在逻辑上的适用优先性。因而,其属于逻辑性的法条竞合。在其他关系的法条竞合中,则需要既考虑具体情况,又考虑价值判断的结果。这样,其他关系的法条竞合就属于评价性的法条竞合。^② 特别关系的法条竞合是立法者有意而为的一种法条竞合。由于存在特别关系的法条之间在逻辑上存在特别法条与普通法条的关系,因此,应当尊重立法本意,对其适用“特别法优于普通法”原则予以处理。而在交叉关系法条竞合的场合,存在竞合关系的法条之间并不存在逻辑上的特别法条与普通法条的关系,竞合关系是基于立法上错综复杂的硬性规定而产生的,故就其法律后果而言,“只能适用一个重法条,其他法条被排斥适用”。^③ 具体而言,由于在这种场合并不存在何谓特别法条、何谓普通法条的问题,因此“特别法优于普通法”这一特别关系法条竞合的法律适用原则在交叉关系法条竞合的场合就没有用武之地。在这种情况下,根据罪责刑相适应原则的要求,应当依据“重法优于轻法”原则即选择适用处罚较重的法条定罪处罚,由此就可以对行为人的行为进行充分的评价。对此,我国有学者指出,在交互竞合的情况下,无论司法者采用存在竞合关系的数个法条中的哪一条对个案事实进行评价,均可以达到对该事实进行准确评价的目的,而在法律没有特别规定法条适用的规则时,择一重罪,更能体现立法者对该行为社会危害性所持的否定态度。^④

需要强调的是,虽然肯定交叉关系法条竞合和否定交叉关系法条竞合所涉及的情形属于法条竞合与肯定其属于想象竞合的法律后果没有差异,即均是适用重法,但是这并不能成为否定交叉竞合与想象竞合区分必要性的强有力的理由。在交叉竞合的场合,适用重法进行处罚并不是适用想象竞合处断原则的结果,而是从刑法保护法益的目的看应该这样做。基于此,认为没有必要严格区分法条竞合与想象竞合,只要构成要件之间存在“竞合”关系,就从一重处罚的“大竞合论”的观点^⑤是不应当得到支持的。

① 参见张明楷:《刑法学》,法律出版社2021年第6版,第644~646页。

② 参见[日]泷川幸辰:《犯罪论序说》,王泰译,法律出版社2005年版,第169页。

③ 张明楷:《刑法学》,法律出版社2021年第6版,第646页。

④ 参见陈兴良:《刑法适用总论》(上卷),中国人民大学出版社2006年第2版,第721页。

⑤ 参见陈洪兵:《中国式的刑法竞合问题研究》,中国政法大学出版社2016年版,第3页。

(三)“重法优于轻法”原则的具体适用

在承认招摇撞骗罪与诈骗罪之间存在交叉关系法条竞合的前提下,就“重法优于轻法”原则的具体适用而言,有学者指出,当冒充国家机关工作人员骗取财物的数额没有达到特别巨大的程度时,规定招摇撞骗罪的 1997 年《刑法》第 279 条是重法,因为其没有数额较大的限制,而且在刑种上较 1997 年《刑法》第 266 条规定的诈骗罪多了剥夺政治权利,因而应以招摇撞骗罪论处。但在冒充国家机关工作人员骗取财物数额巨大的场合,1997 年《刑法》第 266 条是重法,因为其法定刑较高。^① 上述观点并不完全符合 1997 年《刑法》第 266 条和第 279 条规定的实际情况。

在此,笔者结合冒充国家机关工作人员骗取财物数额的不同情况对在招摇撞骗罪与诈骗罪存在交叉竞合场合的重法选择适用问题进行讨论。

在行为人骗取财物的数额没有达到较大程度的情况下,由于诈骗罪的成立有数额较大的限制,因此不涉及构成诈骗罪的问题,诈骗罪与招摇撞骗罪的交叉竞合关系是不存在的,对行为人的行为应当直接以招摇撞骗罪予以定罪处罚。

在行为人骗取财物的数额达到较大以上程度的场合,往往涉及招摇撞骗罪与诈骗罪的交叉竞合问题。以下结合 1997 年《刑法》第 266 条规定的诈骗罪的 3 个法定刑幅度所对应的情形对该问题展开讨论。

其一,在冒充国家机关工作人员骗取财物数额较大的情况下,对应的诈骗罪的法定刑幅度是“3 年以下有期徒刑、拘役、管制,并处或者单处罚金”(基本犯的情形),而对应的招摇撞骗罪的法定刑幅度则包括“3 年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利”(基本犯的情形)和“3 年以上 10 年以下有期徒刑”(情节严重的情形)两种情形。如果认为对冒充国家机关工作人员骗取财物数额较大的行为可以适用“3 年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利”这一招摇撞骗罪的法定刑幅度进行评价,那么就意味着对既侵犯财产利益又侵犯国家机关威信及正常活动的行为所能够判处的最高刑罚是 3 年有期徒刑。这与诈骗罪基本犯的法定最高刑保持了一致。而诈骗罪是单纯侵犯财产利益的犯罪,这样,对于行为人实施的冒充国家机关工作人员骗取数额较大财物的行为以诈骗罪的基本犯论处,就遗漏了该行为对于国家机关威信及正常活动侵犯的应有评价。而对于该行为以招摇撞骗罪的基本犯论处,则意味着对于行为人骗取财物未达到数额较大程度(骗取少量财物)的行为与达到数额较大程度的行为进行了同等评价。因此,从有利于贯彻罪责刑相适应原则的角度看,应当认为行为人实施的冒充国家机关工作人员骗取数额较大财物的行为属于招摇撞骗情节严重(情节加重犯)的情形。此时,应当适用的招摇撞骗罪的法定刑幅度是“3 年以上 10 年以下有期徒刑”。这样,在行为人实施的骗取数额较大财物的行为构成招摇撞骗罪与诈骗罪交叉竞合的场合,适用“重法优于轻法”原则的结果就应当是以招摇撞骗罪对行为人的行为予以定罪处罚。

其二,在行为人骗取财物数额巨大或者有其他严重情节的场合,对应的诈骗罪的法定刑幅度是“3 年以上 10 年以下有期徒刑,并处罚金”,而对应的招摇撞骗罪的法定刑幅度是“3 年以上 10 年以下有期徒刑”(情节严重的情形)。此时,招摇撞骗罪与诈骗罪的主刑是一致的,但后者多出了并处罚金的附加刑,故后者属于重法。因此,在行为人冒充国家机关工作人员骗取财物数额巨大或者有其他严重情节的行为构成招摇撞骗罪与诈骗罪交叉竞合关系的场合,适用“重法优于轻

^① 参见陈兴良:《刑法适用总论》(上卷),中国人民大学出版社 2006 年第 2 版,第 717 页。

法”原则的结果就应当是以诈骗罪对行为人的行为予以定罪处罚。

其三,在冒充国家机关工作人员骗取财物数额特别巨大或者有其他特别严重情节的情况下,对应的诈骗罪的法定刑幅度是“10年以上有期徒刑或者无期徒刑,并处罚金或者没收财产”,对应的招摇撞骗罪的法定刑幅度则仍然是“3年以上10年以下有期徒刑”(情节严重的情形)。此时,招摇撞骗罪的法定最高刑(10年有期徒刑)明显低于诈骗罪的法定最高刑(无期徒刑),后者明显属于重法。因此,在行为人冒充国家机关工作人员骗取财物数额特别巨大或者有其他特别严重情节的行为构成招摇撞骗罪与诈骗罪交叉竞合的场合,适用“重法优于轻法”原则的结果仍然应当是以诈骗罪对行为人的行为予以定罪处罚。

由此可见,除骗取财物数额较大的情形外,对行为人冒充国家机关工作人员骗取财物的行为构成招摇撞骗罪与诈骗罪交叉竞合关系的情形,适用“重法优于轻法”原则的结果均是依照诈骗罪对行为人的行为予以定罪处罚。

三、适用“重法优于轻法”原则引发疑问的消解

由于对招摇撞骗罪与诈骗罪交叉竞合依据“重法优于轻法”原则进行处理,涉及违背1997年《刑法》第266条后半段的“本法另有规定的,依照规定”和罪刑法定原则的疑问,因此要论证对招摇撞骗罪与诈骗罪交叉竞合关系的情形适用“重法优于轻法”原则的合理性,还有赖于对这两个疑问的消解。

(一)违背“本法另有规定的,依照规定”疑问的消解

在此,首先涉及对招摇撞骗罪与诈骗罪交叉竞合适用“重法优于轻法”原则是否违背1997年《刑法》第266条后半段的“本法另有规定的,依照规定”的疑问。前述主张“法条竞合说”的部分论者正是基于对“本法另有规定的,依照规定”的考量,认为招摇撞骗罪只包含骗取财物数额较大和数额巨大或者有其他情节严重的情形,而并不包括骗取财物数额特别巨大或者有其他情节特别严重的情形。因此,对行为人骗取财物数额特别巨大或者有其他情节特别严重的情形,便可以顺理成章地以诈骗罪的规定予以定罪处罚,以满足贯彻罪责刑相适应原则的需要。^① 前述主张“想象竞合说”的学者认为,规定诈骗罪的1997年《刑法》第266条明示:“本法另有规定的,依照规定”,意味着只能采取“特别法优于普通法”原则,即诈骗行为符合其他条文规定的,应当依照其他条文的规定予以定罪处罚。这样,在招摇撞骗罪的规定与诈骗罪的规定形成交叉竞合的场合,如果适用“重法优于轻法”原则,那么就存在违反1997年《刑法》第266条规定的问题。^② 因此,为了忠于1997年《刑法》第266条中的“本法另有规定的,依照规定”的原意,学者们总是有意或无意地将一行为触犯数罪名(如招摇撞骗罪与诈骗罪)的关系解读为想象竞合,从而“名正言顺”地适用“重法优于轻法”原则。^③

如上所述,招摇撞骗罪的规定与诈骗罪的规定之间并非特别法条与普通法条的关系,而是交

^① 这里的问题是,对不法程度较轻的情形能够包含在招摇撞骗罪的犯罪构成中加以评价,而属于同一行为类型的不法程度较重的情形反而被排除在招摇撞骗罪的犯罪构成之外,从在逻辑上讲是不能自洽的。

^② 参见张明楷:《刑法学》,法律出版社2021年第6版,第1358页。

^③ 参见陈洪兵:《中国式的刑法竞合问题研究》,中国政法大学出版社2016年版,第3页。

又关系。在1979年《刑法》关于诈骗罪的规定中,并没有“本法另有规定的,依照规定”这一内容。立法者在1997年《刑法》第266条关于诈骗罪的规定中增加该内容,系基于集资诈骗罪等特殊诈骗类犯罪从诈骗罪中分离出来、独立成罪的立法实际情况的考虑而作出的选择。这样,1997年《刑法》第266条中的“本法另有规定的,依照规定”就明显系针对特别关系的法条竞合而言的,是对“特别法优于普通法”原则的表达。这里的“另有规定”,其实就是指“另有特别规定”。对此,我国立法机关的相关人士指出:“本条所说的‘本法另有规定的’,是指刑法对某些特定的诈骗犯罪专门作了具体规定,如分则第3章第5节规定的金融诈骗罪,第204条规定的骗取出口退税罪、第224条规定的合同诈骗罪等”。^①既然规定招摇撞骗罪的1997年《刑法》第279条不是1997年《刑法》在第266条规定的诈骗罪之外设置的特别法条,前者就不属于后者“本法另有规定”中的“另有规定”所指的情形。这样,在招摇撞骗罪的规定与诈骗罪的规定存在交叉竞合的场合适用“重法优于轻法”原则,就不违背1997年《刑法》第266条后半段的规定。

笔者也注意到,对于“本法另有规定的,依照规定”是否属于对“特别法优于普通法”原则的表达问题,有学者持否定态度,认为其属于提醒适用重法的补充性条款。依据该学者的观点,我国刑法分则规定“本法另有规定的,依照规定”,是为了实现罪刑相适应的目标,有必要提醒司法人员在基本规定之外,还存在能够对该行为进行评价的其他处罚更重的条文,不能忽略对重法条的适用。^②笔者认为,单从1997年《刑法》第266条后半段和其他条文关于特殊诈骗犯罪的规定看,这种观点就是不成立的。依据这种观点,在诈骗罪这一普通犯罪之外所有关于特殊诈骗犯罪的规定均属于处罚较重的规定。但是,1997年《刑法》第198条规定的特殊诈骗犯罪——保险诈骗罪的法定最高刑为15年有期徒刑,1997年《刑法》第224条规定的合同诈骗罪和其他金融诈骗犯罪的法定最高刑均为无期徒刑。与诈骗罪的法定刑进行比较,这些罪的法定刑要么低于诈骗罪,要么与诈骗罪保持一致,而均不涉及诈骗罪这一普通犯罪之外的特殊诈骗犯罪的规定属于处罚较重的规定的问题。其实,立法者想要表达“重法优于轻法”的意思,完全可以在法条中明确采用“本法另有处罚较重规定的,依照规定”这样的措辞。

此外,有学者为解决对招摇撞骗罪与诈骗罪的交叉竞合适用1997年《刑法》第266条后半段的规定所造成的罪刑失衡难题,主张将“本法另有规定的,依照规定”通过适用补正解释的方法,将其理解为“本法另有规定的,依照‘较重’规定”。^③这实际上是将“本法另有规定的,依照规定”解读为关于“重法优于轻法”原则的规定。但是,依据1997年《刑法》中表述“重法优于轻法”原则的规定,立法者使用的是有前(两)款行为,同时(又)构成其他犯罪的,“依照处罚较重的规定定罪处罚”这样的措辞。^④在同一部法律中,立法者在表述“重法优于轻法”原则时,不可能使用两种迥然不同的表述。并且,从文义看,“本法另有规定的,依照规定”中涉及的两处“规定”应当是指同一规定。也就是说,“本法另有规定的,依照规定”,是指“本法另有特别规定的,依照该特别规

^① 王爱立主编:《中华人民共和国刑法条文说明、立法理由及相关规定》,北京大学出版社2021年版,第996页。

^② 参见陈洪兵:《中国式的刑法竞合问题研究》,中国政法大学出版社2016年版,第133~138页。

^③ 参见晋涛:《“本法另有规定的,依照规定”的补正解读》,《中州大学学报》(社会科学版)2015年第3期。

^④ 例如,2020年12月26日,全国人大常委会通过的《中华人民共和国刑法修正案(十一)》增加的1997年《中华人民共和国刑法》第236条之一第2款规定:“有前款行为,同时又构成本法第236条规定之罪的,依照处罚较重的规定定罪处罚”。

定罪处罚”。但是,“本法另有规定的,依照‘较重’规定”中涉及的两处“规定”则未必是指同一规定。也就是说,“本法另有规定”中的规定既可能是“较重”的规定,也可能是“较轻”的规定。在“本法另有规定”中的规定属于“较轻”规定的情况下,“本法另有规定的,依照‘较重’规定”中的两处规定就并不是同一规定。由此可见,将“本法另有规定的,依照规定”通过适用补正解释的方法将其理解为“本法另有规定的,依照‘较重’规定”,存在论证者基于论证需要而随意曲解前者中“规定”文义的问题。

笔者还注意到,有学者为避免适用1997年《刑法》第266条后半段的规定造成罪刑不相适应的问题,主张将其理解为诈骗罪的特别关系法条竞合的法律适用原则的规定,而并不适用于诈骗罪的择一关系法条竞合的处理。进而,该学者认为,对招摇撞骗罪与诈骗罪之间这种择一关系的法条竞合,无法适用“特别法优于普通法”原则,而应当适用“重法优于轻法”原则。^①在此,将1997年《刑法》第266条后半段的规定理解为适用于具有特别关系的法条竞合,是值得肯定的。但是,为了将“重法优于轻法”原则用来处理诈骗罪与招摇撞骗罪之间的关系而将该关系理解为择一关系,则是值得商榷的。择一关系,是指一个行为符合的数个构成要件具有彼此排斥关系的情况。例如,关于盗窃罪的规定与关于侵占罪的规定之间就存在择一关系。在存在择一关系法条竞合的场合,只能适用其中一个法条规定的构成要件,而排斥其他法条规定的构成要件的适用。这样,数个构成要件之间实际上就并非存在重叠关系,而是非此即彼的关系。这并不符合成立法条竞合必须具备的、一个行为符合的数个构成要件之间具有重合关系的条件。就被认为属于典型择一关系示例的盗窃罪与侵占罪之间的关系而言,既然两者之间存在非此即彼的关系,那么,行为构成盗窃罪,就意味着行为不构成侵占罪;反之亦然。这样一来,就不可能认为盗窃罪与侵占罪之间存在一个行为既符合盗窃罪规定又符合侵占罪规定的法条竞合关系。因此,如果认为诈骗罪与招摇撞骗罪之间存在择一关系,那么就意味着两者之间存在不可能同时成立的排斥关系。如此一来,就不存在两者之间法条竞合关系得以形成的基础。

(二) 违背罪刑法定原则疑问的消解

除了上述违背“本法另有规定的,依照规定”的疑问,对招摇撞骗罪与诈骗罪的交叉竞合适用“重法优于轻法”原则,还会面临违背罪刑法定原则的疑问。

具体而言,在交叉关系法条竞合的场合,依据“重法优于轻法”原则适用处罚较重的法条予以定罪处罚,面临着在特别关系法条竞合的场合所存在的不适用“特别法优于普通法”原则而例外地补充适用重法所造成的违反罪刑法定原则的质疑。对于在特别关系法条竞合的场合能否例外地适用重法的问题,有学者认为,当一个行为同时触犯同一法律的普通法条与特别法条时,在法律明文规定按照重罪定罪量刑和法律虽未明文规定适用普通法条但也未作禁止性规定,且适用普通法条的规定更能体现罪刑相适应原则的情况下,应当适用“重法优于轻法”原则予以定罪量刑。^②对此,笔者认为,在法律没有明文规定依据普通法条定罪量刑的情况下,以贯彻罪刑相适应原则为理由例外地对特别关系的法条竞合适用普通法条予以定罪量刑,的确面临违反罪刑法定原则的疑问。立法者之所以在普通法条之外专门增设特别法条,是因为即便在符合普通法条规定的情况下,依然不能排除某种行为基于具有某种(些)特殊情况而具备类型上的特别意义。

^① 参见陈兴良:《判例刑法学》(上卷),中国人民大学出版社2009年版,第509~510页。

^② 参见张明楷:《法条竞合中特别关系的确定与处理》,《法学家》2011年第1期。

“普通法条和特别法条之间不是轻法和重法的关系,而是原则法与例外法的关系,即普通法条和特别法条的效力孰优孰劣的问题。出于各种复杂的立法考虑,特别法条轻于普通法条的情况实属正常。但即便特别法条的处罚轻,其法律效力仍然优于普通法条。”^①这样,在特别关系法条竞合的场合,在法律没有明文规定依据普通法条定罪量刑的情况下,依据“重法优于轻法”原则而例外地适用普通法条予以定罪量刑,就抹杀了立法者在普通法条之外设立特别法条所赋予的特别意义,将普通法条的效力凌驾于特别法条的效力之上。如此一来,特别法条将形同虚设,其通过设置构成要件所体现的特别犯罪的法律定型性将无从得以凸显。总之,在特别关系法条竞合的场合,“重法优于轻法”原则不能成为特别关系法条竞合法律适用的补充原则。

在此,存在罪刑法定原则与罪刑相适应原则相冲突的问题。具体而言,在特别关系的场合,在普通法条属于重法而特别法条属于轻法的情况下,一方面,适用普通法条予以定罪处罚,不符合罪刑相适应原则的要求,而适用特别法条予以定罪处罚,则能够体现罪刑相适应原则的要求;另一方面,适用特别法条予以定罪处罚,符合罪刑法定原则的要求,而适用普通法条予以定罪处罚,则违背罪刑法定原则的要求。这样,就在特别关系的场合、在普通法条属于重法而特别法条属于轻法的情况下是适用特别法条还是适用普通法条予以定罪处罚的问题而言,是依据罪刑法定原则还是依据罪刑相适应原则,就会得出不同的结论。对此,笔者认为,虽然罪刑法定原则和罪刑相适应原则均处在刑法基本原则的位置,但是从两者的位阶关系看,前者是处于第一位的,而后者是处在第二位的。可以说,没有罪刑法定原则作为前提,罪刑相适应原则是不可能实现的。基于此,日本学者甚至将罪刑相适应原则作为罪刑法定原则新增的内容进行讨论。^②这样,在罪刑法定原则与罪刑相适应原则相冲突的场合,就应当维护罪刑法定原则而牺牲罪刑相适应原则。正如我国学者在论述从旧兼从轻原则与罪刑相适应原则相冲突时所指出的,在进行法律适用时,从旧兼从轻是罪刑法定原则的重要体现。即使其适用可能导致量刑畸轻的结果,也是为维护罪刑法定原则应付出的代价,而不能以贯彻罪刑相适应原则为理由采取其他做法。换言之,应当以从旧兼从轻原则作为确定法条适用的第一准则,然后再考虑如何实现罪刑相适应原则。^③因此,在特别关系的场合,在普通法条属于重法而特别法条属于轻法的情况下,基于优先贯彻罪刑法定原则的要求,应当适用“特别法优于普通法”原则,从而选择适用特别法条、排斥例外地选择适用普通法条予以定罪处罚。

不过,在交叉关系法条竞合的场合,由于法条之间并不存在普通法条与特别法条的关系,因此,适用作为重法的普通法条予以定罪处罚就不会面临违反罪刑法定原则的疑问。实际上,如上所述,交叉关系法条竞合并不涉及哪一个法条属于普通法条、哪一个法条属于特别法条的问题。这样,对其适用重法加以评价,就不会出现在特别关系的场合因适用作为重法的普通法条而引发的抹杀立法者在普通法条之外专门设立特别法条而赋予的特别意义因而违背罪刑法定原则的疑问。因此,适用重法,恰恰体现了对其所涉及的行为的充分评价。这可谓在符合罪刑法定原则要求的同时也兼顾了罪刑相适应原则的要求。

① 周光权:《法条竞合的特别关系研究——兼与张明楷教授商榷》,《中国法学》2010年第3期。

② 参见马克昌:《比较刑法原理》(外国刑法学总论),武汉大学出版社2002年版,第76页。

③ 参见张明楷:《终身监禁的性质与适用》,《现代法学》2017年第3期。

四、结 语

招摇撞骗罪的构成要件包括骗取财物的内容,该罪侵犯的法益包含财产利益。在冒充国家机关工作人员骗取数额较大以上财物的场合,行为在实质上仅侵犯了一种法益,招摇撞骗罪与诈骗罪之间交叉关系的法条竞合由此得以形成。对此,应当适用“重法优于轻法”原则进行处理。这既满足了罪刑相适应原则的要求,也不违反罪刑法定原则。虽然我国相关的司法解释没有指明招摇撞骗罪与诈骗罪之间竞合关系的性质,但是其坚持适用“重法优于轻法”原则的立场是值得肯定的。

Abstract: As far as the relationship between the crime of cheating and bluffing and the crime of swindling is concerned, there are three different views in theory: the theory of implicated offense, the theory of imaginary concurrence and the theory of concurrence of articles of law. The theory of implicated offense is obviously untenable. The theory of imaginary concurrence presupposes that the constitutive elements of the crime of cheating and bluffing do not include the content of swindling property. This premise cannot be established. In addition to the prestige and normal activities of the state organs, the legal interests of the crime of cheating and bluffing also include legal rights and interests of natural persons or units. The acts of pretending to be functionaries of state organs and swindling property whose amount is not less than relatively large one actually involve only one fact of infringement of legal interests. There is a concurrent relationship between the crime of cheating and bluffing and the crime of swindling. This kind of concurrence does not belong to the concurrence of special relations, but belongs to cross concurrence. In this regard, in accordance with the principle that severe law is superior to gentle law, the provisions of heavier punishment should be applied.

Key Words: crime of cheating and bluffing, crime of swindling, imaginary concurrence, concurrence of articles of law, severer clauses should be preferred to lenient clauses

责任编辑 田国宝