

A Guide to Criminal Justice

姜伟/主编

本集要目

【司法实务】

普通法条、特别法条的确定与适用

侵占罪认定中的关键问题

不起诉裁量权的运用及制约刍议

——对浙江省不起诉现状的考察

【证据运用】

以投放危险物质方式故意杀人案件中遇到证据问题的原因分析及其对策

一起死刑改判无罪案件的证据分析

——评析胡亚弟等三人抢劫案

【法律释义】

《关于全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》适用解读（上）

【疑案剖析】

内外勾结窃取银行现金行为之定性研究

——以高金有案为视角

总第18集

刑事司法指南



法律出版社

LAW PRESS CHINA

刑事司法指南

总第18集

姜 伟/主编

彭 东 王 军 黄 河/副主编



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

刑事司法指南. 2004年. 第2集. 总第18集/姜伟主编.
—北京: 法律出版社, 2004. 6
ISBN 7-5036-4966-6

I. 刑… II. 姜… III. ①刑法—研究—中国
②刑事诉讼法—研究—中国 IV. ①D924.04②D925.204

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 053361 号

法律出版社·中国

责任编辑/张 锐

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社

编辑/法律应用出版社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/陶 松

开本/A5

印张/6.625 字数/158千

版本/2004年7月第1版

印次/2004年7月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

法律应用出版分社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/yingyong@lawpress.com.cn

读者热线/010-63939648

传真/010-63939650

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

传真/010-63939777

客服热线/010-63939792

网址/www.chinalawbook.com

电子邮件/service@chinalawbook.com

中法图第一法律书店/010-6399781/9782

中法图北京分公司/010-62534456

中法图上海公司/021-62071010/1636

中法图苏州公司/0512-65293270

中法图深圳公司/0755-83072995

中法图重庆公司/023-65382816/2908

书号: ISBN 7-5036-4966-6/D·4684

定价: 15.00 元

刑事司法指南

总第18集

顾问委员会

总 顾 问：高铭暄 陈光中 王作富

顾 问：（以姓氏笔划为序）

龙宗智 刘绍武 张 军 陈卫东

陈兴良 郎 胜 南 英 胡安福

赵秉志

编辑委员会

主 编：姜 伟

副 主 编：彭 东 王 军 黄 河

编 委：（以姓氏笔划为序）

王 健 白贵泉 史卫忠 李树昆

李景晗 张凤艳 贺湘君 侯亚辉

聂建华 黄卫平 路 飞 鲜铁可

通讯编委：苗生明 杨 宏 马和琴 赵春改

王国宏 杨树林 吕景文 胡秋华

沙 莎 季 刚 陈剑虹 陈海鹰

杨健民 欧秀珠 王景凤 王环海

刘建国 刘光圣 潘爱民 徐新励

周 腾 许玉民 周家模 吴永胜

孙志红 王成刚 常雁翎 陈新生

朱绍银 苟军德 张彩霞 胡万章

勇 扎

执行编委：史卫忠 侯亚辉 卜大军 孙铁成

卢宇蓉 吕卫华

目 录

【司法实务】

- 普通法条、特别法条的确定与适用 张明楷(1)
侵占罪认定中的关键问题..... 周光权(37)
不起诉裁量权的运用及制约刍议
——对浙江省不起诉现状的考察
..... 陈海鹰 吕 献 柴志华 徐建峰(56)

【证据运用】

- 论刑事诉讼中的言词证据..... 段后省(72)
以投放危险物质方式故意杀人案件中遇到
证据问题的原因分析及其对策..... 潘爱民 欧阳昊(88)
从杨某故意杀人一案谈证据采信问题
..... 郭 煜 戚发政 刘 平(99)
一起死刑改判无罪案件的证据分析
——评析胡亚弟等三人抢劫案..... 陈 煦(111)

【法律释义】

- 《关于全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》
适用解读(上) 苗有水 侯亚辉(122)
《关于在林木采伐许可证规定的地点以外采伐本单位

- 或者本人所有的森林或者其他林木的行为如何适用法律问题的批复》的理解与适用…………… 李洪江(156)
- 《关于税务机关工作人员通过企业以“高开低征”的方法代开增值税专用发票的行为如何适用法律问题的答复》的理解与适用…………… 汪永乐(161)

【疑案剖析】

- 内外勾结窃取银行现金行为之定性研究
——以高金有案为视角…………… 陈兴良(167)
- 为谋取单位利益故意违背事实作枉法裁判是否构成徇私枉法罪…………… 李莉安 刘士豪(190)

【问题征答】

- 2003年“问题征答”解答…………… 鲜铁可(196)

【司法实务】

普通法条、特别法条的确定与适用

张明楷*

目 次

- 一、普通法条与特别法条概述
- 二、特别关系的确定
- 三、特别法条的适用前提
- 四、特别法条内容不周全的处理

罪数论中的重要问题之一是法条竞合理论^①，法条竞合中最基本的现象是普通法条与特别法条的关系。本文拟就普通法条、特别法条的确定与适用等问题发表一些看法。

* 清华大学法学院教授，博士生导师。

① 我国较早的刑法学教科书没有讨论法条竞合问题，新近的一些刑法学教科书往往将法条竞合作为分则问题或者犯罪论中的定罪问题予以说明，而没有置于罪数论；即使在罪数论中讨论，也只是为了说明想象竞合犯与法条竞合的区别。不在犯罪论（罪数论）中讨论法条竞合，可能是因为在法条竞合的情况下，行为原本只成立一罪，之所以形式上触犯了多个法条，是由于分则的错综复杂规定所致，而不是行为本身所

一、普通法条与特别法条概述

刑法分则的许多条文之间存在着普通法条(普通规定)与特别法条(特别规定)的关系;这种关系导致法条之间形成竞合关系。刑法理论一般认为,普通法条与特别法条的关系,是法条竞合的一种表现形式。法条竞合,是指一个行为同时符合了数个法条规定的犯罪构成,但从数个法条之间的逻辑关系来看,只能适用其中一个法条,当然排除适用其他法条的情况。

现实社会中的犯罪现象千姿百态,有的犯罪行为是另一犯罪行为的一部分,有的犯罪行为的一部分也是另一犯罪行为的一部分。错综复杂的犯罪现象,反映在刑事立法上便是错综复杂的规定。在刑法上,此一法条规定的犯罪,可能是另一法条规定的犯罪的一部分;或者此一法条规定的犯罪的一部分,可能是另一法条规定的犯罪的一部分。这就导致一个犯罪行为可能同时符合数个法条规定的犯罪构成。例如,军人故意泄露国家军事秘密的行为,既符合刑法第398条的故意泄露国家秘密罪的构成要件,又符合刑法第432条的故意泄露军事秘密罪的构成要件。在这种情况下,由于行为人客观上只有一个行为,主观上只有一个罪过,行为符合数个法条规定的犯罪构成是由刑法错综复杂的规定所致,故不可能同时适用数个法条,只能适用其中一个法条。

一个犯罪行为同时符合数个法条规定的犯罪构成的现象,不仅客观存在,而且具有刑法上的根据。例如,刑法第235条规定:“过失伤害他人致人重伤的,处三年以下有期徒刑或者拘役。本法

致。其实,罪数论的其他情形都是基于刑法规定,否则难以展开讨论。例如,如果没有刑法总则与分则中关于连续犯的一些间接规定,或者如果刑法规定将连续犯以数罪论处,刑法理论是不可将连续犯作为科刑上一罪讨论的。想象竞合犯、集合犯、吸收犯也可以在刑法分则中找到规定。另一方面,罪数论并不只是讨论数罪,而是要讨论一罪、数罪以及介于一罪与数罪之间的各种情形。法条竞合属于一罪的情形,理当属于罪数论的内容。正因为如此,德国、日本、意大利的刑法理论都在罪数论中讨论法条竞合问题。

另有规定的,依照规定。”该规定表明,如果某种行为虽然符合过失致人重伤罪的构成要件,但又符合其他法条规定的犯罪构成要件的,则应依其他法条论处,不再适用刑法第 235 条。这里所谓的“另有规定”就是特别规定,所谓“依照规定”即依照特别规定论处。这不仅肯定了法条竞合的存在,而且肯定了法条竞合时只能适用其中一个法条。

法条竞合的主要或基本表现形式,是普通法条与特别法条的关系。从形成原因上看,普通法条与特殊法条的法条竞合表现为以下情况:(1)因犯罪主体的特殊性而设立特别法条,形成普通法条与特别法条的竞合。如军人战时造谣惑众,动摇军心的行为,既符合刑法第 433 条的战时造谣惑众罪的犯罪构成,又符合刑法第 378 条的战时造谣扰乱军心罪的犯罪构成。(2)因犯罪对象的特殊性而设立特殊法条,形成普通法系与特别法条的竞合。如与现役军人配偶结婚的行为,既符合刑法第 258 条的重婚罪的犯罪构成,又符合刑法第 259 条的破坏军婚罪的犯罪构成。(3)因犯罪目的的特殊性而设立特殊法条,形成普通法条与特别法条的竞合。如以牟利为目的传播淫秽物品的行为,既符合刑法第 363 条第 1 款规定的传播淫秽物品牟利罪的犯罪构成,又符合第 364 条规定的传播淫秽物品罪的犯罪构成。(4)因犯罪手段的特殊性而设立特殊法条,形成普通法条与特别法条的竞合。如冒用他人名义签订合同骗取财物的行为,既符合刑法第 224 条规定的合同诈骗罪的犯罪构成,又符合刑法第 266 条规定的诈骗罪的犯罪构成。(5)因危害结果的特殊性而设立特别法条,形成普通法条与特别法条的竞合。如交通肇事致人死亡的,既符合刑法第 233 条规定的过失致人死亡罪的犯罪构成,又符合刑法第 133 条规定的交通肇事罪的犯罪构成。(6)同时因手段、对象等特殊性而设立特别法条,形成普通法条与特别法条的竞合。如以特定手段诈骗贷款的行为,既符合刑法第 266 条规定的诈骗罪的犯罪构成,又符合第

193条规定的贷款诈骗罪的犯罪构成。

从法律上看,法条竞合表现为两种情况:(1)一个行为同时符合相异法律中的普通刑法与特别刑法。“相异法律”指仅从形式上而言不是一个法律文件,但实质上都是刑法。(2)一个行为同时触犯同一法律的普通法条与特别法条。如前述第(1)至(6)种情况。^①

普通法条与特殊法条竞合时,只能适用一个法条,但适用哪一个法条,则必须确立一定的原则。

首先,一个行为同时符合相异法律之间的普通刑法与特别刑法规定的犯罪构成时,应严格依照特别法优于普通法的原则论处。

在上述情况下,之所以严格依照特别法优于普通法的原则论处,是由特别刑法与普通刑法的关系决定的。普通刑法,是在一般范围内普遍适用的刑法,特别刑法,是在特定范围内适用的刑法,特别刑法的效力,或者仅及于具有特定身份的人,或者仅及于特定地域,或者仅及于特定犯罪。国家在普通刑法之外又制定特别刑法,是为了惩治特定犯罪,保护特定的法益。其用意是将特定犯罪依特别刑法论处,从而对特定的法益予以特殊保护。所以,行为符合特别刑法的规定时,应适用特别刑法,而不适用普通刑法。否则,特别刑法就丧失了应有意义。

其次,一个行为同时符合同一法律的普通条款与特别条款规定的犯罪构成时,应依具体情况与法律规定,分别适用特别法优于普通法、重法优于轻法的原则。

同一法律内部条文之间,也可能存在普通法条与特别法条的关系。这种情况既会发生在普通刑法之内,也会发生在特别刑法之内。普通法条是指在一般场合普遍适用的刑法条文(款);特别法条是指在普通法条基础上附加特定条件、在特别场合适用的法

^① 对法条竞合还可能作其他分类。

条(款)。定罪量刑时应视具体情况与法律规定采取不同原则。

当一个行为同时触犯同一法律的普通法条与特别法条时,在通常情况下,应依照特别法条优于普通法条的原则论处。这也是因为,立法者在普通法条之外又设特别法条,是为了对特定犯罪给予特定处罚,或因为某种犯罪特别突出而予以特别规定。因此,行为符合特别法条时,应按特别法条的规定论处。

当一个行为同时触犯同一法律的普通法条与特别法条时,在特殊情况下,应适用重法条优于轻法条的原则,^①即按照行为所触犯的法条中法定刑最重的法条定罪量刑。这里的“特殊情况”是指以下两种情况:第一,法律明文规定按重罪定罪量刑。例如,刑法分则第三章第一节第149条第2款规定:“生产、销售本节第一百四十一条至第一百四十八条所列产品,构成各该条规定的犯罪,同时又构成本节第一百四十条规定之罪的,依照处罚较重的规定定罪处罚。”该节第140条规定的是生产、销售一般伪劣产品的行为,第141条至第148条规定的是生产、销售特定伪劣产品的行为。因此,第140条是普通法条,第141条至第148条是特别法条。行为既符合特别法条又符合普通法条的规定时,原则上依照特别法条的规定定罪量刑;但如果普通法条处罚较重时,则按照普通法条的规定定罪量刑。第二,法律虽然没有明文规定按普通法条规定定罪量刑,但对此也没作禁止性规定,而且按特别法条定罪不能做到罪刑相适应时,按照重法条优于轻法条的原则定罪量刑。从我国刑法的规定来看,许多特别法条规定的犯罪并不轻,但其法定刑轻于普通法条的法定刑,如果绝对地采取特别法条优于普通法条的原则定罪量刑,就会造成罪刑不均衡的现象。在这种情况下,只要刑法没有禁止适用重法条,或者说只要刑法没有指明适用

^① 国外刑法有明文规定重法优于轻法的立法例,如西班牙刑法第68条;瑞士刑法第68条也肯定了该原则。

轻法条,为了贯彻罪刑相适应的基本原则,就应按照重法条优于轻法条的原则定罪量刑。

根据以上分析,适用重法条优于轻法条的原则必须符合以下三个条件:其一,行为触犯的是同一法律的普通法条与特别法条,否则,应严格适用特别法条优于普通法条的原则。其二,同一法律的特别法条规定的法定刑,明显低于普通法条规定的法定刑,而且,根据案件的情况,适用特别法条违反罪刑相适应原则。其三,刑法没有禁止适用普通法条,或者说没有指明必须适用特别法条。否则,必须适用特别法条。即当刑法条文规定了“本法另有规定的,依照规定”时,禁止适用普通法条,或者虽然没有这样的规定,但从立法精神来看,明显只能适用特别法条时,禁止适用普通法条。后者如,军人实施违反军人职责罪的行为,同时触犯普通法条时,只能适用刑法分则第十章的法条,不得适用普通法条。

二、特别关系的确定

特别关系是指两个法条处于普通规定与特别规定的关系的情况。哪些法条之间具有普通法条与特别法条的关系,在两个法条都属于特别法条时,又如何进一步确定特别法条,这是需要研究的问题。要确定条文之间存在特别关系,首先必须确定两个条文之间是否存在普通规定与特别规定的关系;其次必须区分法条竞合与想象竞合犯、特别关系与补充关系。

特别关系的确定,取决于如何解释两个法条所规定的构成要件。

应当认为,只有A法条的内容不仅完全包含了B法条的内容,而且A法条所规定的构成要件要素多于B法条所规定的要素,或者成立A法条的犯罪需要具备更为严格的条件时,A法条才相对B而言是特别法条。但这又涉及如何解释各法条所规定的构成要件问题,对构成要件的解释差异,会导致特别关系的存在与否。所以,只有根据法条的保护法益、犯罪的基本构造、妥当的

处罚范围解释构成要件,才能合理确定特别关系。值得注意的是,在即使不解释为特别关系也不会存在处罚空隙的情况下,不能随意确定特别关系,否则会导致适用的混乱或者处罚的不公平。

例如,刑法第263条规定了抢劫罪,第239条第1款规定了绑架罪:“以勒索财物为目的绑架他人的,或者绑架他人作为人质的,处十年以上有期徒刑或者无期徒刑,并处罚金或者没收财产;致使被绑架人死亡或者杀害被绑架人的,处死刑,并处没收财产。”这两个法条之间是否存在特别关系,便取决于如何解释其中的“以勒索财物为目的绑架他人”。司法实践中常常出现望文生义的现象,将以勒索财物为目的,“绑架”他人后向“被绑架人”本人索要财物的行为,认定为绑架罪。例如,甲、乙、丙等三人共谋,于某日傍晚使用暴力劫持了下班回家途中的某私有企业出纳A,然后用面包车将A拖至离市中心30余公里的郊外的一间空房内,用手铐将A拘禁在铁窗旁,并对其进行殴打,令其将私有企业保险柜内的现金全部交付给甲等三人。A不同意,甲等三人殴打至午夜12点,A因无法忍受而同意了甲等三人的要求。随后,甲等三人用面包车将A拖至私有企业,A打开保险柜,将7万余元现金交付给甲等三人。对于类似的案件,许多司法机关认定为绑架罪。

显然,将类似案件解释和认定为绑架罪,便导致第239条与第263条产生了特别关系(交叉)。于是产生了以下问题:使用所谓“绑架”方法直接向“被绑架人”勒索财物的,既符合绑架罪的构成要件,也符合抢劫罪的构成要件,那么,这两个罪究竟是什么关系?或者说,规定这两个罪的条文之间究竟是什么关系?应当适用何种原则来处理这种关系?这都是难以回答的问题,于是司法实践中出现了定罪不统一的现象。实际上,上述甲、乙、丙的行为并不成立绑架罪,而是成立抢劫罪。

根据通说,抢劫罪是以非法占有为目的,使用暴力、胁迫或者其他方法,当场强行劫取财物的行为。但对“当场”的理解不能过

于狭窄。事实上,甲等三人从市内劫持A,再将其拖至郊外,将A拘禁在空房内,然后又回到私有企业,这些都是“当场”。甲等三人的行为完全符合抢劫罪的构成要件。刑法第239条对绑架罪的规定较为简洁,但解释者应当透过本罪的本质与结构,通过把握相关犯罪、相关条文的关系,正确把握绑架罪的含义。应当认为,绑架罪,是指利用被绑架人的近亲属或者其他人对被绑架人安危的忧虑,以勒索财物或满足其他不法要求为目的,使用暴力、胁迫或者麻醉方法劫持或以实力控制他人的行为。或许有人认为,这一定义没有法律依据,因为刑法第239条并没有如此表述。但做出上述解释也并非没有根据。首先,罪状的文字表述并不等于犯罪构成;只有依据法条对犯罪的描述以及相关条文之间的关系,通过解释才能形成犯罪构成。换言之,犯罪构成与刑法分则的文言并不是同一的。^①因此,不能将刑法分则的文言当作完整的犯罪构成。其次,绑架罪的结构,是绑架他人将他人作为人质;以勒索财物为目的而绑架他人的,也应如此;虽然刑法第239条在文字表述上将绑架分为两种:一是为了取得赎金而绑架他人作为人质,二是为了满足其他不法要求而绑架他人作为人质,但二者的结构完全相同,即都是将被绑架人作为人质。诚然,完全可以将前一种行为归入后一种行为,只是因为前一种行为发生较多,故立法者特意对其做出独立表述,如同刑法总则关于犯罪预备的规定,将属于“制造条件”的“准备工具”做出独立表述一样。因此,行为人并没有将他人作为人质的目的与行为时,就不属于绑架行为。上述甲等三人的行为并没有将A作为人质,而是直接要求A交付财物,故不成立绑架罪。再次,参考旧中国刑法以及其他国家刑法关于绑架罪的规定、刑法理论以及审判实践,可以发现,几乎无一例外地将绑架罪做出了上述解释,而不只是望文生义地理解为“凡是为了勒索财

^① [日]町野朔:《犯罪论的展开I》,东京,有斐阁1989年版,第53页。

物而绑架他人的都是绑架罪”。法学不应是文字法学,刑法学也不应是文字刑法学,而是应通过文字把握其本质。最后,惟有做出上述解释,才可能正确处理抢劫罪与绑架罪的关系:一方面,做出上述解释不会产生漏洞:行为人“绑架”他人后向被绑架人本人索要财物的,成立抢劫罪;行为人“绑架”他人,旨在或者事实上将其作为人质向他人索要财物(赎金)的,成立绑架罪。另一方面,做出上述解释后,绑架罪与抢劫罪之间便没有交叉重叠,不存在特别关系,可以很好地区分两罪之间的界限。

又如,规定招摇撞骗罪的第 279 条与规定诈骗罪的第 266 条之间是否存在特别关系呢?一种观点认为,招摇撞骗罪行为包括骗取财物,而且指出,“在招摇撞骗骗取数额较大的公私财物的情况下,本罪与诈骗罪之间存在法条竞合关系,应按照重法优于轻法的原则适用法条。”^①但是,规定诈骗罪的刑法第 266 条指出:“本法另有规定的,依照规定。”这意味着只能采取特别法条优于普通法条的原则,即诈骗行为符合其他条文规定的,应依照其他条文规定处理。如果采取重法优于轻法的原则,便违反刑法第 266 条的规定。然而,诈骗罪的法定最高刑为无期徒刑,而招摇撞骗罪的法定最高刑为 10 年有期徒刑,如果对冒充国家机关工作人员骗取财物的行为均以招摇撞骗罪论处,则会造成明显的罪刑不均衡现象。因此,应当认为,冒充国家机关工作人员招摇撞骗,不包括骗取数额较大财物的现象。这样解释,既有利于正确处理招摇撞骗罪与诈骗罪的关系,有利于公平处理相关案件,也不至于违反刑法规定。

有的论著针对笔者的观点提出了批判性意见:“刑法典第 279

^① 陈兴良:《刑法疏议》,中国人民公安大学出版社 1997 年版,第 457 页。另参见高铭喧、马克昌主编:《刑法学》,北京大学出版社、高等教育出版社 2000 年版,第 536 页。

条关于招摇撞骗的规定与刑法典第266条关于诈骗罪的规定,存在着交叉关系,即行为人以冒充国家机关工作人员的手段诈骗他人财物数额较大的行为既触犯了第279条又触犯了第266条,……招摇撞骗罪与诈骗罪的关系不是想象竞合犯,而是法条竞合关系。”^①其实,刑法第279条与第266条是否存在法条竞合关系,取决于如何解释招摇撞骗罪:如果认为招摇撞骗罪不包括骗取财物,则二者之间没有法条竞合关系;如果认为招摇撞骗罪包括骗取财物,则二者之间存在法条竞合关系。既然如此,关键便在于:将招摇撞骗罪解释为包含骗取财物是否合适。笔者持否定回答。

首先,刑法规定诈骗罪是为了保护财产,所以,不管行为人采取何种方法骗取财产,除另有规定的以外,都应以诈骗罪论处;因此,冒充国家机关工作人员骗取财产的,也成立诈骗罪。其次,刑法在诈骗罪之外另规定招摇撞骗罪,是为了保护国家机关的威信及其正常活动;而冒充国家机关工作人员骗取财产的行为,侵犯了更为重要的法益,不应解释为招摇撞骗罪的行为。持上述观点的论著还指出:“从刑法典第279条规定的招摇撞骗罪的罪状中,无法将骗取财物排除出去,而为了处理招摇撞骗罪与诈骗罪的关系将招摇撞骗行为限制解释为不包括骗取财物情况的观点,未免牵强。”^②实际上,招摇撞骗罪的法益决定了可以做出这种限制解释。而主张招摇撞骗包括骗取财物的观点,似乎只是注重了条文中的“骗”字,而忽视了本罪的法益。再次,将招摇撞骗解释为包含骗取财物,就会形成以下局面:即当行为人冒充国家机关工作人员骗取他人财物,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时,因为行为人所犯的不是诈骗罪,难以适用刑法第269条,进而出现不公平的现象:采用其他方法骗取财物

^① 王作富主编:《刑法分则实务研究》,中国方正出版社2001年版,第1236页。

^② 王作富主编:《刑法分则实务研究》,中国方正出版社2001年版,第1237页。

的,可能转化为抢劫,而冒充国家机关工作人员骗取财物的,不能转化为抢劫。或许人们会认为:“这是立法问题,只能通过修改刑法来解决。”其实,只要将招摇撞骗罪解释为不包含骗取财物,便不存在这样的立法问题。解释者没有必要将条文解释得有问题,然后再批评立法或者主张修改刑法。最后,更为重要的理由是,如果认为招摇撞骗罪包含骗取财物,则因为刑法第 266 条明文规定了特别法条优于普通法条的适用原则,而导致处罚上的不公平。对此,持上述观点的论著指出:“至于刑法第 266 条所规定的‘本法另有规定的,依照规定’,我们认为,首先,对这一规定立法者的原意在于将合同诈骗罪、金融诈骗罪与诈骗罪区别开来,并不是对招摇撞骗罪与诈骗罪关系的规定,之所以出现招摇撞骗罪与诈骗罪在处理上的矛盾,其实是立法技术问题;……在招摇撞骗骗取数额较大财物的情况下,招摇撞骗罪与诈骗罪之间存在法条竞合的关系,应按照重法优于轻法的原则处理。”^① 可问题是,是否存在“立法者的原意”? 我们如何知道“立法者的原意”? 既然招摇撞骗罪包括骗取财物,为什么刑法第 266 条的“本法另有规定”仅指合同诈骗罪、金融诈骗罪的规定,而不包括招摇撞骗罪的规定? 我们通过何种信息得知了这一“立法者的原意”? 我们可不可以说,刑法第 266 条的“本法另有规定”的原意是仅包括金融诈骗罪的规定,而不包括合同诈骗罪的规定? 或者可不可以认为,刑法第 266 条的“本法另有规定”的原意是仅包括合同诈骗罪的规定,而不包括金融诈骗罪的规定? 抑或可不可以认为,刑法第 266 条的“本法另有规定”的原意是仅包括招摇撞骗罪的规定,而不包括合同诈骗罪、金融诈骗罪的规定? 答案大概不可能是肯定的。实际上,只要我们将招摇撞骗解释为包含骗取财物,第 279 条关于招摇撞骗的

^① 王作富主编:《刑法分则实务研究》,中国方正出版社 2001 年版,第 1236~1237 页。