



刑法分论争议 问题研究

Research on the Controversial Issues of
Specific Theories of Criminal Law

郑泽善 著



刑法分论争议 问题研究

Research on the Controversial Issues of
Specific Theories of Criminal Law

郑泽善 著

中国人民大学出版社
· 北京 ·

图书在版编目(CIP)数据

刑法分论争议问题研究/郑泽善著. —北京:中国人民大学出版社, 2015. 11
国家社科基金后期资助项目
ISBN 978-7-300-13906-7

I. ①刑… II. ①郑… III. ①刑法-分则-研究-中国 IV. ①D924. 304

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 257154 号

国家社科基金后期资助项目

刑法分论争议问题研究

郑泽善 著

Xingfa Fenlun Zhengyi Wenti Yanjiu

出版发行	中国人民大学出版社		
社 址	北京中关村大街 31 号	邮政编码	100080
电 话	010-62511242 (总编室)		010-62511770 (质管部)
	010-82501766 (邮购部)		010-62514148 (门市部)
	010-62515195 (发行公司)		010-62515275 (盗版举报)
网 址	http://www.crup.com.cn		
	http://www.ttrnet.com (人大教研网)		
经 销	新华书店		
印 刷	涿州市星河印刷有限公司		
规 格	165 mm×238 mm 16 开本	版 次	2015 年 11 月第 1 版
印 张	25.25 插页 2	印 次	2015 年 11 月第 1 次印刷
字 数	435 000	定 价	75.00 元

版权所有 侵权必究 印装差错 负责调换

国家社科基金后期资助项目 出版说明

后期资助项目是国家社科基金项目主要类别之一，旨在鼓励广大人文社会科学工作者潜心治学，扎实研究，多出优秀成果，进一步发挥国家社科基金在繁荣发展哲学社会科学中的示范引导作用。后期资助项目主要资助已基本完成且尚未出版的人文社会科学基础研究的优秀学术成果，以资助学术专著为主，也资助少量学术价值较高的资料汇编和学术含量较高的工具书。为扩大后期资助项目的学术影响，促进成果转化，全国哲学社会科学规划办公室按照“统一设计、统一标识、统一版式、形成系列”的总体要求，组织出版国家社科基金后期资助项目成果。

全国哲学社会科学规划办公室

2014年7月

前 言

本书可以说是作者有关刑法分论的第二本专著，2009年，由人民出版社出版的《刑法争议问题探索》中的大部分内容，也是以中外刑法分论中有争议的问题为探讨对象的。本书以比较研究的视角，选择中外刑法理论中有争议的分则问题进行了探讨。本书的主要内容包括：刑法分论的思考方法、放火罪的处罚根据、故意伤害罪新论、抢劫罪的基本构造、转化型抢劫罪的认定、近亲属间盗窃免于处罚之法理、“毁坏”之界定、网络虚拟财产的刑法保护、诈骗罪中的处分行为、诉讼诈骗、妨害公务罪、滥用职权罪、贿赂罪的认定与处罚等。

本书的主要观点是：

刑法总则和分则可以说是一般与特殊、抽象与具体的关系。但是，严格地说，一般与特殊、抽象与具体的关系并不是对总则和分则关系的恰切表述。刑法分则一般以保护法益为基准进行分类，这样是考虑到理解和适用上的便利。我国刑法理论中的十种分类方法当然有其合理性，但是，按照对个人法益、社会法益和对国家法益的犯罪安排分则体系，或许是一种更为合理的价值取向。研究刑法分则的目的在于掌握解决具体纷争的基准和得出合理结论的方法。在解释刑法条文和解决具体事例的过程中，有需要注意法益保护、一体性评价、基准的明确性、法规范的整合性以及利益衡量原则。

放火罪的保护法益是公共安全，公共安全是指不特定或多数人的生命、健康或财产的安全。行为人烧毁自己的财物本身并不违法，行为人烧毁自己的财物构成放火罪的处罚根据在于这种行为危及公共安全，因此，公共安全应当解释为一种构成要件要素，而行为人有必要认识该罪的构成要件要素之危及公共安全。即便达到独立燃烧的程度，还不能说发生了财产侵害，因此，通说有过于强调危及公共安全而忽视放火罪同时所具有的毁弃、损坏的一面。独立燃烧说将会导致放火罪的既遂时点过于提前而几乎没有成立未遂犯和中止犯的余地。

由于我国刑法只规定一个故意伤害，因而当行为人出于轻伤的故意导致他人重伤结果时，应当怎样处罚，不仅在刑法理论中没有一个统一的基准，在司法实践中也是见仁见智。实施暴力行为，导致被害人重伤或死亡的，应当属于故意伤害罪的结果加重形态。在故意伤害的情况下，即便有被害者的承诺，由于作为伤害的社会意义并没有变更，因而不能阻却构成要件的符合性。但是，基于被害人承诺的违法性的阻却，在某种情况下可以成立。阻却违法性的判断，应当根据被害人处分自己身体的安全这一法益是否具有社会相当性而进行。针对同时伤害的情况，不应认定为共同伤害。

我国的通说认为，以非法占有为目的，使用暴力、胁迫或其他方法，强行劫取公私财物构成抢劫罪。抢劫罪除侵犯他人财产之外，还侵犯他人的人身权利。抢劫罪中的暴力、胁迫，是否有必要达到一定的程度，通说一般没有论及，原因在于同样的暴力行为对不同被害人的心理产生不同影响。通过暴力、胁迫手段压制被害者的反抗，强取财物成立抢劫罪。在这里，是否压制反抗不仅有必要，也是关键的要件之一。换言之，抢劫罪是通过暴力、胁迫压制被害者的反抗，强取财物的行为。

有关转化型抢劫罪的主体，各国刑法规定有所不同。大部分国家刑法只限于盗窃罪，我国刑法还包括诈骗、抢夺罪。诈骗罪能否转化为抢劫罪或有无必要将其纳入转化型抢劫罪的范畴，有待探讨。转化型抢劫罪的成立，需要盗窃行为与暴力、胁迫行为之间的紧密关联性，两者之间的关联性一般由实施这两种行为的场所、时间、距离的远近所决定。转化型抢劫罪的既遂、未遂的判断，以侵犯人身的暴力、胁迫行为本身作为区分基准不尽合理；而以盗窃既遂、未遂作为该罪的既遂、未遂的区分基准，理论上难以自圆其说。转化型抢劫罪虽然不属于典型的不纯正身份犯，但将其理解为不纯正身份犯相对合理。

基于“法不介入家庭”的思想，对于近亲属间的盗窃，与其动用国家刑罚权，不如在家庭内部通过协商解决。近亲属间的盗窃之所以减免处罚，是基于刑事政策，而不是将减免处罚的根据求之于不构成犯罪。在近亲属间盗窃的情形下，确实存在某种意义上的消费共同体关系。在这种亲属关系之下，就不应要求行为人仍然遵守与社会上一般盗窃罪等等的禁止规范，而可以对其要求遵守与社会上的规范相比相对缓和的禁止规范。从刑事政策的角度来说，解决近亲属间盗窃问题，与其适用刑罚，毋宁在近亲属间内部解决，这样，不仅相对容易，也可以节省更多的司法资源。

故意毁坏财物罪，是指故意毁灭或者损坏公私财物，数额较大或者情

节严重的行为。毁坏这一词语作为日常用语，确实意味着物理意义上的破坏。问题是，缘何物理意义上的破坏作为侵害财产犯罪的关键要素而被适用于司法实践。侵犯财产罪的处罚根据并不在于物理意义上的破坏本身，而在于破坏使所有者失去了对该财物的使用价值。毁坏并不限于物理意义上的破坏，而在于失去或减少作为财产的效用。故意毁坏财物罪的认定，应当从其效用的失去或减少这一视角出发，作为财产犯罪的一环进行全面理解。

应当对网络虚拟财产进行刑法保护，关于这一点，在我国的刑法学界已经基本达成了共识。但是，针对侵犯网络虚拟财产犯罪的行为，究竟应以什么罪名进行处罚，目前还有相当程度的争议。虚拟财产属于计算机信息系统中的数据之一，但是，电子数据只是虚拟财产自然物理属性的体现，不但虚拟财产能和现实世界的财产进行交换，而且市场上也形成了一个成熟的交易机制。因此，这些虚拟财产已经超越了电子数据本身而具有了财产的属性。

诈骗罪中的处分行为是没有记载的构成要件要素，是区分盗窃罪和诈骗罪的关键。处分行为，是指被害人基于认识错误而“自愿”地交付财物或处分财产性利益的行为。诈骗罪的成立需要有处分意思，但是，作为处分行为的主观要件，被骗者应当认识到何种程度，即处分意思究竟包括哪些内容，便有待探讨。处分意思的内容是要求财产处分者对所处分财产的性质、种类、数量、价值有完全的认识，还是只要认识到财产的外形的转移即可，抑或只要具有某种中间形态的认识内容即可？其实，只要被骗者认识到自己的行为是把某种财产转移给对方占有，而根据自己的“自由”意思作出这种决定，就应当认为已经具备了处分意思的内容。

妨害公务罪的行为对象虽然是国家机关工作人员等，但是，该罪所要保护的并非上述人员本身，而是通过上述人员执行的国家机关或相关部门的职能，即保护公务的公正、顺利进行才是该罪的保护法益。因此，妨害公务罪的行为对象和保护对象是不同的。妨害公务罪中的暴力，是指不法行使有形力，即向他人当面实施有形力，但并不限于向身体直接实施暴力行为，间接暴力及毁损相关公务人员周边财物的行为也应包括在内。威胁，是指告知足以使他人产生畏惧感的恶害，但应限于使他人的人身、财产安全感受到被侵害的情况。至于告知恶害的内容、方法没有限制。从妨害公务罪的性质看，暴力、威胁行为只要达到足以妨害公务的执行即可，本罪属于抽象危险犯。

受贿罪的保护法益是职务行为的公正性和社会对这种公正性的信赖。

公务员的职务行为，对于国家立法、司法、行政作用的正确发挥、公正运用不可或缺，公务员为他人谋取利益，其他人没有得到这种利益，但仍然要承受公务行为不正行使的后果，因此，本罪的保护法益首先是职务行为的公正性。同时，即便职务行为是公正行使的，与职务相关联的公务员如果收受贿赂，国民对公务的信赖感就会丧失，公务的正确行使就会受到损害或会产生这种危险。贿赂的范围应当包括与职务相关的非法报酬或不正当利益，即贿赂包括金钱、物品以及财产性利益等能够满足人们需求和欲望的有形、无形的利益。

本书分为 20 个专题，加上《刑法争议问题探索》中的 15 个刑法分论的专题，刑法分论中的大部分有争议的问题，通过这 35 个专题得到了相对系统的梳理和探讨。当然，刑法分论中还有一些有争议的问题。本书中的部分专题曾经在不同期刊上发表过，而本书中的大部分内容在研究生的教学过程中进行过讨论。本书主要是以研究生为主要对象而撰写的，当然，也可供研究人员参考。本书中的部分观点还有很多不成熟之处，作者衷心期待广大读者和学界同人提出不足之处，以便进一步进行深入的研究。另外，在本书的立项、出版以及校正、定稿过程中，中国人民大学出版社方明老师、南开大学法学院博士生车剑锋、陈国坤以及硕士生米珍枢、刘雯、殷碧霁等同学付出了辛勤的劳动，在此表示衷心的感谢。

作者

2015 年 8 月

目 录

第一章 刑法分论的思考方法	1
一、刑法分则与总则的关系	1
二、法益的分类以及在分则中的意义	5
三、刑法分则思考方法中的几项原则	7
四、结语	20
第二章 放火罪的处罚根据	22
一、放火罪中的“公共安全”之意义	22
二、“烧毁”的意义	29
三、我国刑法第 114 条与第 115 条之关系	35
四、结语	38
第三章 危险驾驶罪的处罚范围	40
一、危险驾驶罪的罪过形式	41
二、危险驾驶罪与“但书”的关系	47
三、危险驾驶罪的处罚范围——基于抽象危险犯处罚根据之实质说的限制	50
四、结语	59
第四章 故意伤害罪新论	61
一、伤害行为之意义	62
二、伤害罪中的故意	69
三、被害者的承诺	72
四、同时伤害	75
五、故意伤害罪的认定	76
第五章 抢劫罪的基本构造	83
一、抢劫罪的保护法益	83
二、暴力、胁迫之内涵	87
三、抢劫罪与近似罪的区别	92

四、相关案例评析	96
第六章 转化型抢劫罪新探	103
一、转化型抢劫罪的主体	104
二、转化型抢劫罪的行为	106
三、转化型抢劫罪的既遂与未遂	111
四、转化型抢劫罪与共犯	114
第七章 近亲属间盗窃免予处罚之法理	119
一、近亲属间盗窃免予处罚之理论根据	120
二、近亲属范围之界定	125
三、近亲属关系错误	128
四、相关指导性案例	129
第八章 刑法中的“毁坏”之界定	137
一、问题的提出	137
二、中外学说概观	138
三、效用侵害说的相对合理性	142
四、相关指导性案例	145
第九章 事后不可罚行为与共罚的事后行为	153
一、问题的提出	153
二、事后不可罚行为之法律性质	155
三、事后不可罚行为之理论依据及认定	158
四、结语	168
第十章 网络虚拟财产的刑法保护	170
一、问题的提出	170
二、网络虚拟财产的概念及我国法律规制之现状	171
三、国外对网络虚拟财产的刑法保护	176
四、网络虚拟财产的刑法保护	180
五、结语	191
第十一章 诈骗罪中的处分行为	193
一、诈骗罪中处分行为之意义	194
二、有关处分意思必要与否的争论	198
三、处分意思之内容	202
四、处分行为的具体判断	204
五、结语	214
第十二章 诈骗罪中的财产损害	216

一、诈骗罪中财产损害之立法现状	216
二、财产损害中的“财产”概念	218
三、有关财产损害中“损害”之中外学说	221
四、诈骗罪中财产损害之具体认定	226
五、结语	234
第十三章 诉讼诈骗新论	235
一、问题的提出	235
二、中外学说概观	236
三、诉讼诈骗处罚之处罚根据	240
四、结语	252
第十四章 财物与财产性利益	254
一、问题的提出	254
二、财物	256
三、财产性利益	259
四、财物与财产性利益之关系	264
五、结语	273
第十五章 背信罪	275
一、背信罪的立法沿革	276
二、背信罪的本质	278
三、背信罪的基本构造	280
四、增设背信罪之必要性	287
第十六章 妨害公务罪新论	298
一、妨害公务罪的保护法益及行为对象	298
二、职务行为的合法性	301
三、妨害公务罪中的暴力、胁迫行为	307
四、相关案例评析	312
第十七章 滥用职权罪	315
一、滥用职权罪的保护法益	315
二、滥用职权行为	317
三、犯罪主体	322
四、主观方面	325
第十八章 受贿罪的保护法益及贿赂之范围	336
一、有关受贿罪保护法益的中外学说	336
二、有关贿赂范围的中外学说	340

三、受贿罪的保护法益及贿赂的界定·····	342
四、结语·····	353
第十九章 受贿罪与“利用职务上的便利”·····	355
一、大陆法系刑法理论中的相关学说·····	355
二、我国刑法理论中的相关主张·····	359
三、受贿罪中“利用职务上的便利”之类型、判断基准·····	363
第二十章 法秩序的统一性、相对性与刑法分论·····	376
一、刑法中的财产概念·····	377
二、盗窃罪的保护法益——本权说与占有说·····	380
三、正当权利的行使与恐吓·····	383
四、妨害公务罪中的“职务行为的合法性”·····	386
主要参考文献·····	391

第一章 刑法分论的思考方法

刑法一般由总则和分则组成。总则主要规定刑法的任务、基本原则、适用范围以及犯罪成立的一般法律条件、刑罚裁量和执行的原则与方法。分则主要规定犯罪的具体内涵、责任要素和处罚效果，提供尽可能精准、清晰的“罪刑关系”，以落实罪刑法定主义原则，实现刑法的一般预防功能，全面保护法益。“分则通过解释、适用具体的犯罪构成要件和其法律效果之刑事制裁，系统规定各种犯罪类型，依此来探究刑法规范所追求的法律秩序之意义。分则的主要任务就是通过分析犯罪的具体构成要件，明确刑法规范的保护目的。”^① 刑法总则和分则共同构成规范体系，唇齿相依，缺一不可。刑法分则好似一片方圆数万公顷的森林，其中长满各种不同类型的树木，再加上茂密的矮灌木，假如没有刑法总则的帮助，经由刑法总则理论的概念化和系统化的导引，则无论是学习刑法的人还是适用刑法的司法者，往往不是会发生见树不见林的谬误，就是在茂密的森林中迷失方向，而不知要走向何方或走上错误之路。^②

一、刑法分则与总则的关系

刑法总则规定犯罪与刑罚的一般原则、原理，分则规定具体的犯罪以及其法定刑，因此，总的来说，总则规定与分则规定大体上是一般与特殊、抽象与具体的关系。但是，严格地说，一般与特殊、抽象与具体的关系并不是对总则和分则关系的完整表述，因为总则的大部分规定并没有抽象出分则的全部内容，或者说没有全面抽象分则的规定。原则上，如果没有分则的规定就不能适用总则的规定。“需要注意的是，这并不是说总则

① 〔韩〕金日秀、徐辅鹤：《刑法各论》，6版，博英社，2004，第3页。

② 参见林山田：《刑法各罪论》（上册），修订5版，作者发行，2005，第37页。

的规定依据分则的规定而需要具体化过程,而是说适用总则的规定需要分则规定来进行补充。刑法分则的本质就在这种关系中得到明确。由此可见,刑法总则的规定与分则的规定并非普遍性和特殊性的关系,更不是具有普遍性的总则中,作为普遍性的具体化过程而演绎出分则来。”^①也就是说,与民法中的债权总则和分则的关系不同,刑法总则与分则的关系并非体系上的上下位关系,总则与分则是既有区别又需要相互补充的关系。刑法总则中规定的因果关系、犯罪未遂、共犯论等规定并非分则的上位概念,而是修正可罚性的一种补充概念。另外,分则中的绝大部分规定,只有和总则的规定一并适用,才能成为完整的规范。比如,分则中有关未遂犯的处罚规定,就不能离开总则中有关未遂的相关规定。

目前,区别刑法总则和分则是各国刑法理论界的一种趋势,即便是在没有刑法总则而只有刑法分则的英美法系,部分学者指出传统法律体系存在的缺陷。因此,在刑法分则的研究过程中,不仅有必要重视总则与分则的区别及关联性,而且不应忽视体系上的完整性。总则和分则虽然在概念上有所区别,但是,在内容和机能上却相互补充和制约,并依此构成一个统一的整体。两者之间是一种不可或缺的相互补充关系,并非上下位关系。由于分则是具体或特别规定,因而分则完全可能在总则要求之外另设特别或例外规定。所以,不能要求分则规定完全“符合”总则规定。

分则规定不同于总则的一般规定时,应当认为是分则的特别或例外规定,而不能简单地否定分则的规定。比如,刑法第241条第6款规定:“收买被拐卖的妇女、儿童,对被买儿童没有虐待行为,不阻碍对其进行解救的,可以从轻处罚;按照被买妇女的意愿,不阻碍其返回原居住地的,可以从轻或者减轻处罚。”针对这一规定,不能认为这一条款违反了总则的一般规定。事实上,这一条款是基于刑事政策的理由以及为了更好地保护妇女、儿童的人身自由所作的特别规定。^②同样,针对刑法第390条第2款“行贿人在被追诉前主动交待行贿行为的,可以从轻或者减轻处罚”的规定,不应认为,该行为不是犯罪中止,因此规定适用中止的法律效果是错误的;该行为虽然可以认定为自首,但总则只是规定对犯罪较轻的自首可以免除处罚,故该规定违反总则关于自首的规定。因为该规定除

^① [韩]金日秀、徐辅鹤:《刑法各论》,6版,博英社,2004,第5页。

^② 参见张明楷:《刑法分则的解释原理》,北京,中国人民大学出版社,2004,第39页。

具有法律理由外，还具有刑事政策上的理由。

总则中有许多一般原则、一般概念。这种一般原则、一般概念不仅指导总则的规定和对总则的解释、适用，而且指导分则的规定和对分则的解释、适用。比如，刑法第14条和第15条规定：“故意犯罪，应当负刑事责任”；“过失犯罪，法律有规定的才负刑事责任”。针对这两个规定，不应离开规范意义而单纯以形式上的、文字上的意义进行理解。也就是说，故意犯罪不需要法律规定也可以追究刑事责任，过失犯罪则需要法律规定，或者说，不能对故意犯罪实行罪刑擅断主义，而对过失犯罪实行罪刑法定主义。因为上述规定的含义是：由于刑法分则条文通常只是描述具体犯罪的客观要素，一般没有说明主观要素，因而在刑法分则条文没有规定过失可以构成该罪的情况下，只有故意行为才能构成该罪。比如，刑法第141条生产、销售假药的，处3年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金；对人体健康造成严重危害或者有其他严重情节的，处3年以上10年以下有期徒刑，并处罚金；致人死亡或者有其他特别严重情节的，处10年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑，并处罚金或者没收财产。针对刑法的这一条款，一般人并不知道这里的生产与销售是仅限于故意行为，还是同时包括过失行为，因为在实践中完全可能因为过失而生产、销售假药。但是，一旦联系刑法第14条与第15条的规定，一般人就会明白：由于该条并没有明文规定过失可以成立生产、销售假药罪，因而只有行为人出于故意时，该行为才能成立本罪。

总则虽然指导分则，但分则完全有可能作出例外规定，因此，总则有时出现本法分则另有规定的，依照分则的表述。另外，即便刑法总则没有这种表述，也完全有可能出现分则的例外规定。在这种情况下，不能认为分则的规定违反了总则。如前所述，总则与分则的相互补充关系，决定了总则不可能将分则的内容纳入总则，分则必然出现一些例外规定。比如，刑法第23条第2款规定：“对于未遂犯，可以比照既遂犯从轻或者减轻处罚。”那么，是否存在由于分则已经为未遂犯规定了独立的法定刑，因而不需要适用该条款的例外情形？关于这一问题，在我国的刑法理论界尚未达成共识。刑法分则有不少条文，起先规定了危险犯，后来规定了实害犯或结果加重犯。如果认为刑法分则规定的犯罪均以既遂为模式，那么，危险犯便以发生危险为既遂标准，则可能存在例外情形。但是，如果认为危险犯不以发生危险为既遂标准，就不存在例外情形。例如，刑法第116条、第117条分别规定了破坏交通工具罪、破坏交通设施罪，“足以使火车、汽车、电车、船只、航空器发生倾覆、毁坏危险，尚未造成严重后果

果”的情形。尚未造成严重后果包括造成轻微后果和没有造成任何后果。如果认为,上述犯罪仍以造成了交通工具的倾覆、毁坏为既遂标准,那么,第116条、第117条规定的就是未遂犯或者其中至少包含了未遂犯;既然分则对未遂犯已经规定了独立的法定刑,那么,就不能再适用总则关于未遂犯从轻、减轻处罚的规定。本书倾向于后一种立场。

刑法第27条规定了从犯及其处罚原则,其中包括帮助犯。但是,刑法分则也可能将帮助行为规定为独立犯罪。比如,刑法第358条第3款规定:为组织卖淫的人招募、运送人员或者有其他协助组织他人卖淫行为的,处5年以下有期徒刑,并处罚金;情节严重的,处5年以上10年以下有期徒刑,并处罚金。如果刑法没有规定本罪,对于协助组织他人卖淫的,应认定为组织卖淫罪的共犯。但是,刑法考虑到这种行为的严重危害程度,避免将本罪主体以从犯论处而从轻、减轻或免除处罚,从而导致刑罚畸轻现象,便将协助组织他人卖淫的行为规定为独立犯罪。“据此,协助组织他人卖淫的行为与组织他人卖淫的行为,不构成共同犯罪,应当分别定罪量刑处罚。不能认为刑法第358条的上述规定违反总则关于共同犯罪的原理,因为分则不是总则的演绎,相反,总则是分则的抽象,另外,为了实现处罚的合理性,分则完全可能作出与总则不同的特别规定。”^①

刑法总则第29条第1款规定了共同犯罪中的教唆犯,根据这一规定,教唆犯与已经实施犯罪的被教唆犯构成共同犯罪。但是,分则也可能对某种犯罪的教唆行为作出特别规定,因而导致不再适用总则关于教唆犯的处罚原则。刑法第104条第1款规定:“组织、策划、实施武装叛乱或者武装暴乱的,对首要分子或者罪行重大的,处无期徒刑或者十年以上有期徒刑;对积极参加的,处三年以上十年以下有期徒刑;对其他参加的,处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利。”第2款规定:“策动、胁迫、勾引、收买国家机关工作人员、武装部队人员、人民警察、民兵进行武装叛乱或者武装暴乱的,依照前款的规定从重处罚。”这里的“策动、胁迫、勾引、收买”都是教唆他人实施武装叛乱或者武装暴乱的方式。基于教唆对象的特殊性,刑法将其规定为法定的从重情节,因此,不再适用总则第29条第1款。

只要分则不存在特别或例外规定,在解释分则时,应当注意分则和总则的协调。比如,刑法总则规定犯罪故意的认识因素是“明知”自己的行为会发生危害社会的结果,刑法分则的部分条文对犯罪行为规定了

^① 张明楷:《刑法分则的解释原理》,北京,中国人民大学出版社,2004,第50页。

“明知”的特定内容。这两种“明知”既有联系又有区别。总则中的“明知”^①是故意的一般构成要素，分则中的“明知”则是故意的特定构成要素，只有具备分则中的“明知”，才能产生总则中的“明知”，但分则中的“明知”不等于总则中的“明知”，只是总则中的“明知”的前提。例如，刑法第312条规定的有关赃物的犯罪，以行为人明知是犯罪所得赃物为成立条件：行为人明知是赃物，然后才能明知自己行为的危害性质与危害结果；如果不明知是赃物，则不可能明知自己行为的危害性质与危害结果；如果行为人明知可能是赃物，则意味着行为人明知自己的行为可能是窝藏赃物、收购赃物、转移赃物或代为销售赃物的行为，自己的行为可能产生妨害司法活动的危害结果，倘若行为人放任该结果的发生，便成立间接故意。^②因此，当分则规定以“明知”为要件时，也不排除间接故意的可能性。

二、法益的分类以及在分则中的意义

刑法分则一般以保护法益为基准进行分类，刑法典一般也以保护法益为顺序进行编排，这样是考虑到理解和适用上的便利。有关刑法分则体系化的具体方法，在中外刑法理论界，有“两分说”“三分说”和“综合说”的对立。两分说将犯罪分为侵害公法益的犯罪和侵害私法益的犯罪；综合说主张犯罪类型的分类不能只依靠所保护的法益，除了法益侵害的样态之外，还应考虑社会伦理意义上的违反义务这一侧面，只有这样，才能明确具体内容；三分说将犯罪分为侵害个人法益的犯罪、侵害社会法益的犯罪和侵害国家法益的犯罪，三分说是德、日、韩等国刑法理论中的有力说。

在上述三种分类中，16世纪以来的刑法理论认为个人法益属于私法益，国家、社会法益则属于公法益，因此，主张犯罪可以分为针对公法益的犯罪和针对私法益的犯罪两种。由于国家是社会的一种特殊形态，侵害国家法益的犯罪为侵害社会法益的犯罪所包容。这种主张在18世纪以后

① 不管总则中的明知还是分则中的明知，都是一种现实的认识，而不是潜在的认识，即明知是指行为人已经知道某种事实的存在或者可能存在（如明知自己窝藏的是赃物或者可能是赃物），而不包括应当知道某种事实的存在（不包括应当知道是赃物），否则，混淆了故意和过失。遗憾的是，我国的部分司法解释将“应当知道”解释为“明知”，有违反罪刑法定原则中的禁止类推解释之嫌。

② 参见张明楷：《刑法分则的解释原理》，北京，中国人民大学出版社，2004，第53页。