



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

国家社科基金后期资助项目

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，有必要注意法益保护、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伤害故意，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同的禁止规范，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、诈骗罪中财产损失之立法现状·····	216
二、财产损失中的“财产”概念·····	218
三、有关财产损失中“损害”之中外学说·····	221
四、诈骗罪中财产损失之具体认定·····	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”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。

被广泛采用,1794年的普鲁士普通邦法、1810年的法国刑法典都对犯罪采用这种分类方法。不过,这种分类的缺陷是:首先,在刑法学领域,个人法益是否就是纯粹的私法益,有待探讨。早在古罗马时期,人们就认为,对个人的犯罪就是对整个社会的犯罪,因此,个人法益也可以被视为公法益,或者说在刑法这一公认的公法领域讨论公法益和私法益的区分意义并不是很大。其次,近代以来的政治哲学和社会理论都强调国家和社会的界分,它们的构成方式、运作模式、对个人的意义都不相同,将国家和社会纠结在一起对于抑制日益强大、难以撼动的国家“利维坦”,对于扶植市民社会、扩大个人生存空间都不利。再次,针对国家的犯罪和针对社会的犯罪明显不同,前者直接威胁政权组织体本身的存在,后者危及国家管理、保护之下的个人集合体而非国家体制本身。^①

综合说是近年来出现的一种观点,这种主张的理论根据是:首先,日本刑法第218条之保护责任者遗弃罪,抛开社会伦理义务,就无法明确该罪的特征。其次,单靠保护法益,则无法恰切地分类刑法分则。因为各种犯罪类型都有某种意义上的犯罪学(刑事法学)特征,如果不考虑这种犯罪学或刑事法学特征,无法完成刑法各论的体系化。^②但是,这种主张有以下致命缺陷:第一,就把握犯罪类型时考虑违反社会伦理义务这一点而言,这并非单纯的刑法分则问题,因为这一问题不仅事关刑法和道德的关系问题,也与理解违法性的本质之结果无价值一元论和行为无价值、结果无价值二元论具有密切的关联性。^③第二,在各种犯罪类型中,确实有一些显现了犯罪学特征的犯罪类型,问题是,即便是这些犯罪类型,也不能离开法益而进行分类,从解释论的视角而言,只能将法益作为基本出发点区分犯罪类型。也就是说,对于日常生活中频繁发生的犯罪类型,基于社会实际情况进行探讨,对刑法分论的解释论来说是一个不容忽视的分类方法,问题是,如果彻底贯彻这种分类方法,不得不导致以下结局:与刑法分则所规定的条文相比,在现实生活中发挥作用的多数属于特别刑法,因此,理应将特别刑法作为分类的对象。但是,特别刑法是刑法典的例外或修正,因此称之为“特别”,如果将特别刑法作为分类的对象,不得不说这种分类方法远离了刑法的基本研究对象。^④由此可见,这种观点并不可取。

① 参见周光权:《刑法各论》,北京,中国人民大学出版社,2008,第6页。

② 参见〔日〕川端博:《集中讲义刑法各论》,成文堂,1999,第7页。

③ 有关这一问题的详细情况,可参见郑泽善:《刑法总论争议问题比较研究I》,北京,人民出版社,2008,第190页以下。

④ 参见〔日〕川端博:《集中讲义刑法各论》,成文堂,1999,第8页。

本书基本倾向于三分说，即必须将法益相对地划分为个人法益、社会法益和国家法益。如果否定这种区分，那么，只能说所有的犯罪都是侵犯国家法益的犯罪，因为今天的刑法归根结底是国家刑法，是国家为维护一定范围内的法秩序所制定的行为准则。直接针对社会或个人的侵害行为最终都指向了国家，比如生产、销售有毒有害食品，对经济秩序和公共安全都有所威胁，对个人身体有害，对于这种犯罪从国家的立场看如果任其蔓延也会动摇统治权威。由此可见，将所有的犯罪都界定为侵害国家法益的行为是最稳妥的观点。问题是，这种主张无助于刑法分论体系的构建。^①

我国刑法分则对犯罪采用的是简明的分类方法，将犯罪共分为 10 类，依次是：危害国家安全罪；危害公共安全罪；破坏社会主义市场经济秩序罪；侵犯公民人身权利、民主权利罪；侵犯财产罪；妨害社会管理秩序罪；危害国防利益罪；贪污贿赂罪；渎职罪；军人违反职责罪。我国刑法分则对犯罪进行分类的标准是犯罪的同类客体；对各类犯罪以及各种具体犯罪的排列标准主要是各类犯罪的社会危害程度。我国刑法理论中的这种分类方法当然有其合理性，但是，是否有必要借鉴国外的分类法，是一个有待探讨的问题之一。正如有观点所指出的那样，“我国的罪刑各论体系一直与刑法分则体系保持一致，但应肯定的是，按照对个人法益的犯罪、对社会法益的犯罪与对国家法益的犯罪安排罪刑各论体系，是一种合理的价值取向”^②。

三、刑法分则思考方法中的几项原则

一般地说，学习刑法分则的目的在于掌握刑法的基本原理、原则、概念、条文以及学说，根据这些知识分析具体案例，掌握解决具体纷争的基准和能够得出合理结论的“推定”“判断”能力。在解释刑法条文和解决具体事例的过程中，有必要留意以下几项基本原则。^③

（一）法益保护的特定原则

既然刑法的目的在于“法益保护”，犯罪的本质在于“法益侵害”，那

^① 参见周光权：《刑法各论》，北京，中国人民大学出版社，2008，第6页。

^② 张明楷：《刑法学》，4版，北京，法律出版社，2011，第577页。

^③ 参见〔日〕大塚裕史：《刑法各论的思考方法》（新版），早稻田经营出版，2007，第2页以下。

么，在刑法解释论层面，不应忽视把握和理解处罚某一种犯罪时，刑法要保护的法益是什么这一点。刑法中的具体犯罪类型，根据所保护法益的归属主体，一般分为保护个人法益的犯罪、保护社会法益的犯罪和保护国家法益的犯罪。^①因此，在界定具体犯罪时，首先有必要明确某一种犯罪所保护的法益究竟是什么。

在具体犯罪类型中，部分犯罪所保护的法益非常明确，因此，并不存在争议。比如，故意杀人罪的保护法益是“生命”，遗弃罪的保护法益是生命、身体的安全。但是，盗窃罪的保护法益究竟是所有权还是占有权，非法侵入住宅罪的保护法益是居住权还是居所的平稳权，在中外刑法理论中有激烈的争论。在认定这种犯罪时，针对所保护的法益理解的不同，得出的结论往往截然不同，因此，有必要明确所要保护的法益，这便是法益保护的特定原则。

比如，有关盗窃罪，我国的通说认为，所谓盗窃罪是指以非法占有为目的，秘密窃取数额较大的公私财物的行为。对此，刑法理论界一般认为，盗窃罪中的“窃取”意味着财物从所有人、保管人控制之下转移到盗窃者手中。其犯罪对象是国有、集体所有或公民私人所有的财物，犯罪行为通过作用于犯罪对象，侵犯的法益是公私财产的所有权。^②而在大陆法系的刑法理论界，关于盗窃罪保护的法益，有着极其广泛深入的研究，存在着“本权说”“占有说”以及“平稳占有说”的争论。本权说认为，盗窃罪是通过排除他人对财物的支配，建立新的由自己或第三者支配关系来侵害他人所有权的犯罪。财物由他人支配即他人占有是盗窃罪成立的要件，但占有本身并不是法益。比如，在他人只是为自己保管财物的情况下，即使窃取了该财物，由于被害者是自己而不是他人，因而不能成立盗窃罪。占有说则认为，鉴于民法不仅保护本权，同时也保护从本权独立出来的占有权，因此，刑法上的占有也可以理解为具有独立意义的一种法益。民法和刑法上的占有应当作为独立出来的法益加以保护，本权的推定只应在这一基础上进行，否则，很难期待安定的社会秩序。如果以欠缺本权为由允许侵害他人的占有，等于是在放纵无秩序的私人之间的争斗。也就是说，盗窃罪规定的机能不仅仅在于保护所有权，其重点应当在于保护

^① 如前所述，我国刑法分则对犯罪的分类，采用的是简明的分类方法，将犯罪共分为 10 大类。这一点虽然与国外通说的三分说有所不同，但是，我国的 10 大类的分类方法，也可以将其归纳为侵害国家、社会、个人法益三大类。

^② 参见高铭暄、马克昌主编：《刑法学》，5 版，北京，北京大学出版社、高等教育出版社，2007，第 504 页。

财物之占有状态下的财产秩序。因此，盗窃的犯罪对象并不限于他人的所有物，其重点更应该是他人占有的财物，即他人占有财物之状态本身。平稳占有说是为了克服本权说和占有说的缺陷而出现的学说，意在既不扩大也不缩小盗窃罪的处罚范围。这种学说又可以分为两种情况，一种是以本权说为基础的平稳占有说，另一种是以占有说为基础的平稳占有说。

本权说又称所有权说，这种学说存在以下几点缺陷：第一，根据这种学说，对于盗窃自己所有而由他人合法占有的财物的行为，不能认定为盗窃罪，因而缺乏合理性。第二，根据所有权说，对于盗窃他人占有的违禁品的行为，难以认定为盗窃罪，因为这种行为没有侵犯占有者的所有权。通说认为这种行为侵犯了国家的财产所有权，但事实上并非如此。所有权取得的具体时间应以交付的时间为标准来确定。所谓交付，是指将具体的财产或所有权凭证转移给他人的行为。就没收而言，国家现实地实施了没收行为时，才取得对所没收之物的所有权；在国家应当没收而还没有没收的情况下，国家对应当没收之物实际上并没有所有权。第三，所有权说难以回答故意毁坏他人非法占有的财物应如何处理的问题。例如，甲盗窃了乙所有的一辆摩托车，藏在自己的室内，丙故意毁坏了甲所占有的该摩托车。根据所有权说，丙的行为成立犯罪，是因为最终实质上侵害了乙的财产所有权整体。因此，不仅甲的行为侵害了乙对摩托车的所有权整体，而且丙的行为也侵害了乙对摩托车的所有权整体。然而，既然甲的行为已经侵害了乙对摩托车的所有权整体，那么丙的行为就不可能再侵害乙对摩托车的所有权整体。^①

由于财物是所有权人自主占有，因而处在具体联系中的其他事物是他人享有所有权的其他财物，行为人所（欲）影响或者改变的是所有权人对其财物的所有权。但是，由于所有权的归属并不因为财物的占有状态被非法改变而发生转移，盗窃行为虽然偷去财物，却永远也不能剥夺所有权人在法律上的所有权，因而受到侵犯的实际上只是所有权人对财物的占有权。尽管在所有权的权利行使中，所有权人不一定通过实际占有财物的方式来行使使用权、收益权和处分权，但是，在财物被盗走、财物实际的占有状态被非法改变了的情况下，丧失占有则意味着所有权人再行使其所有权将会变得很困难，甚至往往使所有权人实际上不可能再行使所有权的其他权能。由此，可以说所有权人丧失其对财物的占有权就等于丧失了所有权。可见，盗窃他人所有的财物，盗窃行为所（欲）影响或者改变的实际

^① 参见张明楷：《刑法学》，2版，北京，法律出版社，2003，第744页以下。

上是他人对财物的占有状态，这才是“事物可以感觉的那一面”，这一面反映的正是事物的本质——盗窃罪所侵犯的法益的本质。^①由此可见，“所有权说”的缺陷是过于缩小盗窃罪的处罚范围，“占有说”基本上是正确的，但是，该说的不足点是过于扩大盗窃罪的处罚范围，因此，“保护占有说”相对合理。

另外，部分犯罪类型的保护法益并不限于一个法益。在这种情况下，首先有必要明确主要法益，在此基础上，还要明确主要法益和次要法益之间的关系。比如，放火罪的保护法益是不特定或者多数人的生命、健康和重大公私财产。可见，放火罪的保护法益首先是“生命健康”，其次是“重大公私财产”，在这里，两者的关系便成为问题。在认定放火罪的既遂时，解释“烧毁”概念两者之间的关系至关重要。独立燃烧说侧重的是针对“生命健康”的法益，与此相反，侧重“重大公私财产”这一法益的学说则是效用丧失说。另外，在侧重“生命健康”的基础上，考虑“重大公私财产”的学说是重要部分独立燃烧说；而在重视“重大公私财产”的基础上，考虑“生命健康”的学说则是部分损坏说。由此可见，界定“烧毁”时，取不同学说，结论将截然不同。

（二）一体性评价原则

在考虑刑法分则的具体事例时，根据行为所发生的时间顺序，逐一探讨究竟符合哪一个罪名的构成要件。所谓分则问题“无非是将具体事例套进相关罪名的构成要件之中”说的正是这一层意思。需要注意的是，在分析具体事例时，存在形式上虽然属于两个行为，但在实质上属于一个行为的情况。在这里，将数个行为评价为“一个行为”的基准便成为问题，这就是一体性评价的原则。

一体性评价原则，主要有以下三种判断基准^②：第一，法益侵害的同一性，即数个行为在本质上侵害了一个法益。数个行为虽然侵害的是一个法益，但这一点并不能决定属于一个行为，因此，法益侵害的同一性不过是一体性评价的一个条件。第二，客观关联性，即数个行为之间需要有客观关联性，要有较强的因果关联性。只有数个行为具有因果关联性，原因

^① 参见蔡英：《盗窃罪犯罪客体及对象研究》，载《西南政法大学学报》，第7卷第4期，2005年8月，第97页。

^② 参见〔日〕大塚裕史：《刑法各论的思考方法》（新版），早稻田经营出版，2007，第12页以下。

和结果之间具有较强的因果关系，才能作为一个行为进行违法性评价。另外，肯定数个行为之间的因果关联性时，有必要确认数个行为之间时间、场所上的紧密性。第三，主观关联性，即数个行为之间要有主观上的关联性，即要有较强的意思上的关联性。只有在数个行为之间存在关联性时，才有可能作为一个责任对其进行评价。肯定数个行为之间的主观关联性，数个行为之间一定要有始终如一的意思上的关联性。可见，将数个行为评价为一系列行为还是没有关联的不同行为，其判断基准包括法益侵害的同一性、客观关联性和主观关联性三个方面。这种思考方法不仅事关判断成立一罪还是数罪问题，也有助于判断究竟成立何罪的问题，是一个极为重要的原则。

例如，X 多年交往的恋人移情别恋于 A，基于这种“夺爱之恨”，X 有一天将 A 杀害，并从 A 的口袋里取走了装有现金的钱包。这一问题事关“死者占有”的问题。有关死者的占有归属问题，迄今为止，在我国刑法理论界很少有人研究。在有关遗忘物的扩大解释问题上，有学者提到：“对遗忘物作扩大解释，还可以对没有实施加害行为的第三者在他入死后拿走其生前所携带财物的行为性质进行判断。将死者的财物认定为非他人本意而偶然丧失占有的遗忘物，就可以将取得财物者的行为认定为侵占遗忘物。倘不如此解释遗忘物，就只能认定其无罪，可能导致结局上的不合理。”^① 关于死者的占有归属，在大陆法系的刑法理论界争议极大，一般分为肯定说与否定说，而否定说的内部又有分歧。肯定说认为：杀害被害人后，如果取走了被害人所持有的财物，不仅杀害被害人的行为者，即使是与杀害行为没有关联的第三者取得被害人的财物，均构成盗窃罪。^② 而否定说又分为死者的占有否定、盗窃罪成立说与死者的占有否定、盗窃罪否定说。

死者的占有否定、盗窃罪成立说主张：由于行为人通过杀害被害人，在侵害被害人生前的占有基础上取得了被害人生前所持有的财物，因而如果通盘考虑这一系列的行为，应当肯定盗窃罪的成立。^③ 这种主张着眼于被害人生前的占有，强调通盘考虑一系列行为：如果取得财物者的是杀害被害人的行为者，则成立盗窃罪；而如果取得财物者是与杀害行为没有关

① 周光权：《侵占罪疑难问题研究》，载《中国刑法学精萃》（2003 年卷），北京，机械工业出版社，2004，第 418 页。

② 参见〔日〕小野清一郎：《新订刑法讲义各论》，有斐阁，1950，第 245 页。日本的判例一般支持肯定说，即杀害被害人后取得被害人生前的财物时，成立盗窃罪。

③ 参见〔日〕团藤重光：《刑法纲要各论》，创文社，1990，第 572 页。

联的第三者，那么，只能成立侵占罪而非盗窃罪。这种主张将占有理解为，“在社会观念上，处于排除他人支配的状态”，如果被害人死亡后经过了相当长的时间，尸体腐烂后难以辨认或者尸体已经白骨化，就可认定被害人生前所持有的财物并非死者继续占有；而被害人死亡后所经过的时间不长，就应视被害人所持有的财物的占有仍在继续，因此，如果这时取得被害人的财物则构成盗窃罪。另外，这种主张又认为，被害人生前在居所保管的财物，即使被害人死亡后经过了相当长的时间，尸体已经白骨化，或者被害人被埋葬在居住地以外的地方，如果取得被害人生前的财物，就构成盗窃罪。这种主张通过客观把握占有概念，肯定没有占有主体的占有状态，强调占有侵害这一行为无价值性而肯定盗窃罪的成立，因此，实质上可以归类于死者占有肯定说。^①而死者的占有否定、盗窃罪否定说则认为：由于死者既没有对财物的支配意思也没有事实上支配财物的能力，另外，如果取得财物者事前不存在取得的意思，就不应将一系列的行为视为一个整体，即通盘考虑，因而取得死者的财物者是杀害被害人的行为者也好，还是与杀害行为无关的第三者也罢，均成立侵占罪而非盗窃罪。^②

之所以对死者的占有归属问题有争议，是因为，盗窃罪的实行行为是“窃取”，即在违反占有者的意思侵害财物的占有（占有侵害行为）的基础上，将财物转移到自己或第三者的控制之下（占有取得行为）。就上述事例而言，X杀害A时，X并没有盗窃的意思。但是，从客观上看，杀害行为本身除了侵害他人的生命之外还包括侵害占有财物的行为，因为被害人的生命被侵害，如果否定死者的占有，那么，自然也就失去了对财物的占有。认为“占有侵害行为”已经包括在杀害行为的基础上，一并考虑后来的“占有取得行为”，也就是将上述行为视为一系列行为，就会成立盗窃罪。与此相反，如果分别考虑占有侵害行为和占有取得行为，那么，只能成立侵占罪。这就是两种观点争论的焦点。

根据一体性原则分析上述事例的话，首先，客观上看，X的占有侵害行为和占有取得行为，同样侵害了A的占有权（占有权说）和A的所有权（所有权说）这一保护法益，符合法益侵害的同一性；其次，占有侵害行为和占有取得行为不仅发生在同一场所，时间上也是前后发生的，因此，可以肯定客观关联性。两种观点争论的焦点是，占有侵害行为与占有取得行为之间是否有主观上的关联性。成立盗窃罪的观点肯定主观关联

^① 参见〔日〕西原春夫：《犯罪各论》，筑摩书房，1983，第215页。

^② 参见〔日〕大谷实：《刑法讲义各论》，成文堂，1990，第193页。

性，而主张成立侵占罪的观点则否定主观关联性。

笔者认为，在行为者杀害被害人后产生取得死者财物的意思而取得死者财物的情况下，原则上应当否定死者的占有；但是，死者的财物在一般人的观念中，如果仍然可以肯定事实上还处于死者支配范围内的占有状态，那么，就应当肯定行为者取得行为的侵害占有的行为无价值性，因此成立盗窃罪。由于盗窃罪与侵占罪都是对他人财物的非法取得行为，因而其结果的无价值性是相同的——都是对占有者所有权的侵害，但是，两者的行为无价值性却有区别：盗窃罪是针对他人财物的事实性支配，通过秘密窃取的手段排除所有者的支配而肯定其行为的无价值性，而侵占罪却不存在这一点。盗窃罪与侵占罪的法定刑之所以有区别，正是由于存在这种违法性的不同之故。因此，在一般人的观念中，如果财物处于排除他人支配的占有状态时，行为者通过排除支配者的占有而取得该财物，那么，无论是实施杀害被害人的行为者还是与杀害行为没有关联的第三者，其行为均可以成立盗窃罪。在这种情况下，即使财物占有的主体已经死亡而欠缺支配意思，也应肯定成立盗窃罪而非侵占罪。占有财物的当初是否存在占有意思当然是一个不可忽视的关键问题，但是，在通过客观化而已经成立占有状态的情况下，占有意思的存在与否并不重要，也就是说，支配意思的存在在界定占有的成立时不可缺少，但是，当界定占有的继续是否存在时并不重要。因此，被害人死亡后经过了相当长的时间而尸体已经白骨化或无法辨认时，被害人所持有的财物可以认为并非死者占有，但是，在被害人死亡后不久的情况下，死者对所持有的财物的占有应当视为仍在继续，如果这时取得死者的财物，就应肯定盗窃罪的成立。另外，死者生前在居所内保管的财物，即使由于被害人死亡后经过了相当长的时间而尸体已经白骨化，或者死者的尸体被埋葬于居住地之外，该财物应被视为仍然归死者所占有，因而取得该财物时就应肯定盗窃罪的成立。^①

（三）基准的明确性、合理性原则

区别一个犯罪和另一个犯罪，一般称之为构成要件的犯罪个别化机能；区别犯罪行为和非犯罪行为，称之为构成要件的非犯罪行为排除机能；充分发挥这些机能则需要设定解释的基准。尤其是在罪刑法定主义原则之下，解释构成要件时，应当明确判断的基准，这就是基准的明确

^① 参见〔日〕野村稔：《刑法中占有之含义》，载〔日〕阿部纯二等编：《刑法基本讲座》，第5卷，法学书院，1993，第79页以下。

性原则。解决某一具体问题时，选择相应学说的关键就是这一基准的明确性。基准的明确性，不仅有助于论证自己的观点，也有助于反驳不同的学说。

如前所述，有关死者的占有归属，在大陆法系的刑法理论界争议极大，一般分为肯定说与否定说，而否定说的内部又有分歧。肯定说认为：杀害被害人后，如果取走了被害人所持有的财物，不仅杀害被害人的行为者，即使是与杀害行为没有关联的第三者取得被害人的财物，均构成盗窃罪。而否定说又分为死者的占有否定、盗窃罪成立说与死者的占有否定、盗窃罪否定说。之所以对死者的占有归属问题有争议，是因为，盗窃罪的实行行为是“窃取”，即在违反占有者的意思侵害财物的占有（占有侵害行为）的基础上，将财物转移到自己或第三者的控制之下（占有取得行为）。就前述之事例而言，X杀害A时，X并没有盗窃的意思。但是，从客观上看，杀害行为本身除了侵害他人的生命之外还包括侵害占有财物的行为，因为被害者的生命被侵害，如果否定死者的占有，那么，自然也就失去了对财物的占有。认为“占有侵害行为”已经包括在杀害行为的基础上，一并考虑后来的“占有取得行为”，也就是将上述行为视为一系列行为，就会成立盗窃罪。与此相反，如果分别考虑占有侵害行为和占有取得行为，那么，只能成立侵占罪。这就是两种观点争论的焦点。在这里，“视为一系列行为”的判断基准本身就有缺乏明确性之嫌。

判断基准必须明确，但是，并非明确所有问题就能够得以解决。判断基准的内容还要合理，这便是基准的合理性原则。比如，在受委托保管封装物、包装物的过程中，直接占有封装物、包装物，或者打开封装物、包装物，取得内容物的，应当如何定性，是一个极有争议的问题。这一问题的关键是：对封装物或特别包装（加锁或封固）的财物，委托他人保管或运送，其财产的占有权归谁所有？^①对此，有三种不同的主张：一是分别占有说。这种学说认为，整个包装物归受托人占有，但其包装物内的物体归委托人所有。因为委托人对内容物特别加锁或包装后，对物体的支配可能性之手段犹存，支配可能性就存在，自然其具有现实支配力；基于成立占有关系的事实上支配说，一般社会观念认为其在事实上能够支配者，都不失为占有，并不以事实上的管理、占有为必要。受托人在保管、运送包装物的途中，对于整个封装物因运送业务本身而占有，但封装物内的财

^① 有关这一问题的详细论证，可参见郑泽善：《刑法争议问题探索》，北京，人民出版社，2009，第354页以下。

物，仍为委托人占有，并不能由受托人所自由支配，如果其将包装物打开，窃取包装物内的财物，就与侵占整个包装物有所不同，因此，应当构成盗窃罪。^① 批判这种学说的观点认为，分别占有说可能导致罪刑关系的失衡：受托人取得整个包装物，构成性质较轻的侵占罪；只抽取其中一部分财物，反而构成法定刑更重的盗窃罪。^② 二是委托人占有说。整个包装物及其内部财物均由委托人持有，受托人侵占包装物整体或抽取内容物，均构成盗窃。^③ 三是受托人占有说。整个包装物以及其内容物均由受托人占有，受托人侵占包装物整体或抽取内容物，均只构成侵占罪。因为整个包装或加锁的财物既已交付受托人保管或运输，其能支配物之全体，自然就支配包装物内的内容物。这是合乎情理的。持有包装物之人，随时可能破坏包装或门锁取出内容物，处于可以自由支配其持有物内部物品的状态中。

采用哪一种学说，就涉及判断基准的合理性原则问题。笔者认为，对加封或上锁容器内的财物的占有控制关系与对一般财物的占有控制关系相比，的确是一个很特殊的问题，特殊的问题就应特殊对待，不应局限在一般的财物占有控制关系的模式中寻找答案。如果认为加封或上锁的容器内的财物只受委托人的占有控制，那么，如何理解受托人在对整个容器的占有控制过程中对容器内财物的影响？整个容器是由容器本身加上容器内的财物组成的，受托人对整个容器的占有控制必然要涉及内部的财物，因此，认为容器内的财物与受托人无关是很难说得通的。而如果认为加封或上锁的容器内的财物作为整个容器的一部分，都归受托者占有控制，那么，又如何理解受托人对于封存在容器中的财物，显然没有自由控制或支配力的状态？笔者认为，对加封或上锁的容器整体来讲，显然只受受托人占有控制；至于封存在容器内的财物，实际上是在委托人和受托人的共同占有控制之下。之所以说委托人占有控制封存的财物，是因为委托人在容器上加封或上锁的行为，就意味着委托人仍控制着封存的财物，特别是相对于受托人，这种加封或上锁限制着受托人控制封存财物的自由，因此，委托人把容器整体交付受托人后，并没有失去对封存财物的占有控制。而说受托者也占有控制着封存的财物，是因为受托者对容器整体的占有控制自然包括对封存财物的控制，特别是相对于受托人与委托人之外的第三者

① 参见〔日〕前田雅英：《刑法各论讲义》，东京大学出版社，1989，第225页。

② 参见〔日〕川端博：《刑法各论概要》，成文堂，1992，第157页。

③ 参见〔日〕团藤重光：《刑法纲要各论》，创文社，1990，第570页。

来讲,受托人对封存财物的占有控制就更明显。虽然委托人和受托人共同占有控制封存的财物,但两种控制的具体情况则大不相同:受托人对封存财物的控制是一种不完全、不自由的控制状态,是要受到委托人控制封存财物方式的限制,也就是受托人必须以封存的方式对财物进行控制,如果受托人超越了这种控制限度,受托人自然也就失去了对封存财物的控制权。^①因此,受托人如果取得封存物的内容物,由于共同占有控制者的一方侵犯了另一方的占有控制,因而应构成盗窃罪;而于取得封存物整体的情形则构成侵占罪。

(四) 法规范的整合性原则

由于刑法通过严厉的刑罚对行为人进行制裁,因而只有在通过刑法以外的其他法规范无法充分保护法益时,作为法益保护的最后手段而动用刑法。这就是刑法的补充性原则。比如,即便没有履行债务偿还而给债权人带来财产上的损害,一般不会成立犯罪。这是因为契约当事者之间的利益,原则上应当通过民法予以解决,通过刑法对财产进行保护只是一种例外之故。^②可见,即便是其他法规范中的违法行为,基于刑法的谦抑性原则而在刑法上并不属于犯罪行为。那么,在其他法规范中属于合法的行为,能否在刑法上作为犯罪行为而对其处罚?如果肯定这一点,有可能破坏法秩序的统一性。因为如果把在刑法以外的法规范中属于合法的行为,在刑法中作为违法行为而予以禁止,一般国民就不知应当基于怎样的基准行动,进而会导致限制行动自由的结局。法秩序原则上应当统一,不同的法领域不能分别进行价值判断。因此,在刑法解释时,一定要注意该解释是否与其他法律规范发生矛盾。这便是法规范的整合性原则。

在刑法理论中,违法性概念在整个法领域是否应当统一理解,或者是否应在不同法领域分别加以理解,是一个有争议的理论问题。有关这一问题的争论,最初是以不同法领域之间违法性是否存在本质上的不同,在作为犯罪成立的要件之违法性中,可罚的违法性概念是否有必要存在的形式进行的。围绕这一争论,主张违法性判断在整个法秩序中应当统一加以理解的违法一元论倾向于违法的统一性;与此相反,主张刑法中的违法性是以是否值得处罚为前提,因此,刑法中的违法性不同于民法、行政法中的

^① 参见董玉庭:《盗窃罪研究》,北京,中国检察出版社,2002,第130页。

^② 参见〔日〕大塚裕史:《刑法各论的思考方法》(新版),早稻田经营出版,2007,第13页。

违法性的违法多元论则倾向于违法的相对性。

违法性在其根本上，在法秩序的整体当中应当统一，但是，其形式具有各种各样的类别和轻重阶段。也就是说，违法一元论并不意味着在其他法领域中的违法行为，在刑法领域一定也要处罚。一个行为作为犯罪受到处罚，一定要具备相应的“质”和“量”，即要具备可罚的违法性。^①法秩序的统一性与违法判断的相对性问题，在刑法中，主要体现在以下两个方面：第一，符合构成要件的行为，如果在民法和其他行政法中并不构成违法，那么，是否在刑法中也属于正当行为？第二，民法或行政法中的违法行为，如果符合刑法上的构成要件，该行为在刑法上是否也具有违法性而应当处罚？就第一个命题而言，如果对在其他法领域中并不违法的行为，在刑法中予以处罚的话，这是令人难以忍受的矛盾评价，与作为社会政策的最后手段的刑法补充性发生矛盾，因此不应处罚。而对第二个命题来说，由于在为了实现一定目的而使用各种法律手段，按照比例原则所使用的各种法律手段合乎目的的情况下，基本上就应排除目的论的考虑，保证比例原则的落实，因而对其必须予以否定。^②

有关骗取不法原因给付行为是否构成诈骗罪，是理解上述问题的切入点之一。笔者认为，对这一问题应当从财产罪保护法益的视角出发进行探讨。按照所有权说^③，交付者的财产处分行为为法律所禁止，应当将其财产利益排除在法律保护范围之外，从而惩治、取缔类似行为。同时，由于受法律所保护的财产不存在，财产上的损害就无从谈起，财物交付者对这些财物都没有返还请求权，因而骗取不法原因给付的行为不能构成诈骗罪。但是，如果按照占有权说，民法和刑法对占有权的保护应当持不同的态度，民法上不予保护的不法给付，在刑法上仍然可能成立对占有关系的侵害。笔者倾向于占有说。民法以保护平等主体的合法财产权为宗旨，基于不法原因的占有在民法上难以进行保护。但是，刑法以保护法益为目的，认定是否成立犯罪要考虑有无法益侵害的存在。在欺诈他人，使之不法给付时，如果对方没有受骗，就不会处分财物；正是因为欺骗了对方，从而骗取不法给付的，有欺诈行为，有对方交付行为，对方的交付导

① 有关这一问题的详细论证，可参见郑泽善：《法秩序的统一性与违法的相对性》，载《甘肃政法学院学报》，2011（4），第60页以下。

② 参见〔日〕曾根威彦著、黎宏译：《刑法学基础》，北京，法律出版社，2005，第214页以下。

③ 在我国的刑法理论界，通说认为侵犯财产罪的保护法益是公私财物的所有权。其实，这种表述不够完整，应当是所有权和部分占有权。

致其财产损害，从而侵犯了财产罪所保护的占有状态本身，所以，刑法要最终保护财产上的所有权和其他本权，就必须先对占有关系实施保护。所以，在基于欺骗人的行为而交付的财物是“不法原因给付”时，应当成立诈骗罪。^①

（五）利益衡量原则

在刑法分论的思考方法中，最后一项原则便是利益衡量原则。所谓的利益衡量原则，是指如果某一个侵害法益的行为具有某种价值，那么就有必要衡量该法益和被侵害的法益，如果前者优于后者，就不处罚该侵害法益行为的原则。刑法所处罚的并非所有侵害法益的行为，它处罚的只是其中的一部分，因此，如果侵害法益的行为是为了实现社会意义上有益的行为，那么，就不应处罚这种行为。

利益衡量原则，有时在构成要件层面成为问题，有关妨害执行公务罪中职务行为合法性判断基准就是典型问题之一。有关职务行为合法性的判断基准，在大陆法系的刑法理论界，主要有以下三种观点的对立^②：

第一种观点是公务员标准说。这种观点认为，职务行为是否合法的判断应当以执行该职务行为的公务员为基准，既然公务员的行为属于抽象权限，那么，公务员认为合法而实施，就应视该行为为合法。理由是：公务员具有属于抽象权限的，针对特定事实是否可以执行职务的判断权限，因此，即便公务员的判断并不符合客观事实，也应将其视为合法行为。主观说的立论基础是试图保护该罪所规定的“主观上的合法性”，但是，如果将合法性交给公务员的主观而进行判断，不仅有可能助长公务员的恣意，更有可能偏向于国家利益而侵害个人权益，会导致职务行为的合法性要件形同虚设的结局。因此，现在几乎没有支持这种观点的学者。

第二种观点是一般人标准说。这种观点认为，根据行为当时的具体情况，如果一般人认为是合法的，那么，应当将这种职务行为视为合法。理由是：既然将职务行为的合法性理解为规范性构成要件要素，那么，妨害公务罪的成立，就有必要对行为者要求在公务员合法执行该公务时对其进行妨害，但是，由于刑法属于一种“行为规范”，因而其判断应当以一般人是否认为合法为基准。这种观点的立论基础是保护“合法公务之外观”。

^① 参见陈兴良、周光权：《刑法学的现代展开》，北京，中国人民大学出版社，2006，第640页。

^② 参见〔韩〕金日秀、徐辅鹤：《刑法各论》，6版，博英社，2004，第301页。

但是，“一般人这一基准本身，作为合法性的判断基准极为含糊；并不精通法律法规的一般人，针对公务员执行公务的情形，绝大部分一般人都会认为是合法的，因此，其结论与主观说并没有多大的区别”^①。这可以说是折中说的致命缺陷。

第三种观点是裁判官标准说。这种观点认为，由于职务行为的合法性属于行为本身内在的法律性质问题，因而应由法院通过解释法律法规进行客观判断。这是韩国、日本等国的通说，也是判例所取的立场。^② 我国的主流观点也倾向于这种观点。^③ 但是，在客观说的内部，有关合法性的判断时点，又有行为时标准说和裁判时标准说的对立。行为时标准说主张，职务行为的合法性，应当根据职务行为时的具体情况进行客观判断。与此相反，裁判时标准说则主张，应当以裁判时掌握的所有材料为基础，进行事后客观判断。

两种主张的根本对立，主要体现在错误逮捕犯罪嫌疑人时结论上的不同。比如，深夜，巡逻中的警察甲，发现杀人现场站着一名衣服上有血迹的乙，于是就向乙询问相关情况。由于乙的回答有所暧昧，加上杀人凶器就在乙的脚下，甲于是断定乙就是杀人犯而准备逮捕。其实，偶然路过杀人现场附近的乙，见有人倒在血泊中，于是想救助被害人，但是，万万没有想到有人想逮捕自己，因此，基于本能进行反抗的同时，伤害了警察甲。在这种情况下，根据行为时标准说，实施逮捕行为当时，如果存在能够肯定乙就是杀人犯的客观情况，即便事后发现乙并非杀人犯，只要逮捕行为没有违反刑事诉讼法所规定的相关条款，那么，错误逮捕行为也属于合法的职务行为。因此，乙的行为有可能成立妨害公务罪。与此相反，如果根据裁判时标准说，既然事后已经判明是错误的逮捕，由于警察的判断有错误，因而在是否成立妨害执行公务罪的关系上，警察的行为属于“违法”的职务行为。也就是说，乙的行为不符合妨害公务罪的构成要件。虽然乙的行为有可能符合故意伤害罪的构成要件，由于成立正当防卫因而阻却违法性。

笔者倾向于行为时标准说，理由是：职务行为的合法性要件，应当属于该行为作为职务行为应否得到法律上的肯定问题，因此，理应根据行为当时的具体情况进行客观判断。如果考虑到裁判时得以判明的事后所有情

① 〔日〕西原春夫：《刑法各论》，成文堂，1991，第419页。

② 参见〔韩〕金日秀、徐辅鹤：《刑法各论》，6版，博英社，2004，第858页。

③ 参见周光权：《刑法各论》，北京，中国人民大学出版社，2008，第352页。

况的话，不仅有过于轻视保护公务之嫌，如果根据裁判时标准说，即便是刑事诉讼法上的合法行为，也有可能成立妨害执行公务罪，这种结论显然不尽合理。^①也就是说，首先，既然法律、法规以行为当时情况为前提肯定职务的执行，那么，职务行为的合法性应当以行为当时为基准进行判断，将行为当时合法的行为，根据事后判断将其视为违法，有破坏法秩序统一性之嫌。其次，针对逮捕现行犯的行为人而言，要求考虑所有事项，绝不能出现错误逮捕，这不仅不大可能，且极有可能导致影响逮捕现行犯人之需要，因此，以行为时点为判断基准并不违反刑事诉讼法的合法逮捕，即便事后判明是错误逮捕，从刑事司法的视角而言，仍是一种值得保护的职务行为。

四、结语

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法律条件、刑罚裁量和执行的原则和方法；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”。总则与分则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与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。

刑法分则一般以保护法益为基准进行分类，刑法典也以保护法益为顺序进行编排，这样有助于理解和适用。有关刑法分则体系化的具体方法，在大陆法系的刑法理论界，有两分说、综合说和三分说的对立。我国刑法分则对犯罪采用的是简明的分类方法，将犯罪分为危害国家安全罪等 10 大类。我国刑法理论中的这种分类方法当然有其合理性，但是，按照对个人法益的犯罪、对社会法益的犯罪与对国家法益的犯罪安排罪刑各论体系，或许是一种更为合理的价值取向。

一般地说，学习刑法分则的目的在于掌握刑法的基本原理、概念以及学说，根据这些知识分析具体事例，掌握解决具体纷争的基准和能够得出合理结论的“推定”“判断”方法。在解释刑法条文和解决具体事例的过程中，有必要留意以下几项原则：第一，法益保护的特定原则。由于刑法

^① 参见〔日〕井田良：《刑法各论》，弘文堂，2002，第198页。

的目的在于“法益保护”，因而在刑法解释论层面，怎样把握和理解处罚一种犯罪时刑法所要保护的法益是什么，即，在界定具体犯罪时，首先有必要明确某一种犯罪所保护的法益究竟是什么这一点。第二，一体性评价原则。在考虑刑法分则的具体事例时，根据行为发生的时间顺序，逐一探讨符合哪一个罪名的构成要件。在分析具体事例时，存在形式上虽然属于两个行为，实质上却属于一个行为的情况。在这里，将数个行为评价为“一个行为”的基准便成为问题。第三，基准的明确性、合理性原则。区别一个犯罪和另一个犯罪，一般称之为构成要件的犯罪个别化机能；区别犯罪行为和非犯罪行为，称之为构成要件的非犯罪行为排除机能。充分发挥这些机能需要设定解释的基准。尤其是在罪刑法定主义原则之下，解释构成要件时，应当明确判断的基准。第四，法规范的整合性原则。由于刑法通过严厉的刑罚对行为人进行制裁，因而只有在通过刑法以外的其他法规范无法充分保护法益时，作为法益保护的最后手段动用刑法。即使在其他法规范中属于违法的行为，基于刑法谦抑性原则，在刑法上有可能不属于犯罪。法秩序原则上应当统一，不同的法领域不能分别进行价值判断，因此，在刑法解释时，一定要注意该解释是否与其他法律规范发生矛盾。需要注意的是，这只是相对的，而不是绝对的。第五，利益衡量原则。如果某一个侵害法益的行为具有某种价值，那么就有必要衡量该法益和被侵害的法益，如果前者优于后者，就不处罚该侵害法益行为。刑法所处罚的并非所有侵害法益的行为，它处罚的只是其中的一部分，因此，如果侵害法益的行为是为了实现社会意义上有益的行为，那么，就不应处罚这种行为。

第二章 放火罪的处罚根据

放火罪，是指故意放火烧毁公私财物，危害公共安全的行为。放火罪的保护法益是不特定或多数人的生命、健康和重大公私财产。公私财产的对象包括生产设施、公共建筑以及其他公私财产。我国刑法第 114 条将放火与爆炸、决水、投放危险物质等犯罪并列，放在刑法分则第二章“危害公共安全罪”中；并规定只要实施放火行为，不管烧毁的对象是自己的财产还是他人的财产，也不管是否造成了损害结果，只要客观上危害公共安全，均构成放火罪。这充分表明我国刑法首先将放火罪视为危害公共安全的危险犯。但是，从刑法第 115 条第 1 款的规定来看，在放火致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失的情况下，这一条文与故意伤害罪、故意杀人罪以及故意毁坏财物罪的法定刑有所不同，因此，放火罪又具有实害犯的性质。有关放火罪的处罚根据之“公共安全”的意义以及“烧毁”的界定等，在中外刑法理论中，均有不同程度的争议。

一、放火罪中的“公共安全”之意义

（一）“公共安全”之含义

危害公共安全罪，顾名思义，是指危害公共安全的犯罪，或者说是制造了公共危险的犯罪。因此，这一类犯罪在大陆法系部分国家的刑法理论中被称为公共危险罪。^①但是，有关“公共安全”或“公共危险”的界定，在中外刑法理论中，有不同观点的对立：

第一种观点认为，所谓公共安全，是指不特定多数人的生命、健康或

^① 参见〔韩〕金日秀、徐辅鹤：《刑法各论》，6版，博英社，2004，第567页；〔日〕山口厚：《问题探究刑法各论》，有斐阁，2005，第226页。

者重大公私财产的安全。^① 这是我国的通说。第二种观点认为，公共安全是指多数人的生命、健康和财产安全，包括不特定多数人和特定多数人，或者说不区分特定还是不特定。^② 第三种观点认为，公共安全是指不特定人的生命、健康或者财产安全。^③ 第四种观点认为，公共安全是指不特定或者多数人的生命、身体或者财产安全。^④ 这是我国的有力说，是日本和韩国的通说。

法益具有作为犯罪构成要件解释之目标的机能，由于“一切犯罪之构成要件系针对一个或数个法益构架而成。因此，在所有之构成要件中，总可以找出其与某种法益的关系。换言之，即刑法分则所规定之条款，均有特定法益为其保护客体。因之，法益可谓所有客观之构成要件要素与主观之构成要件要素所描述之中心概念。准此，法益也就成为刑法解释之重要工具”^⑤。可见，针对刑法意义上的“公共安全”或“公共危险”理解的不同，将会影响对危害公共安全罪的认定范围。

在上述之有关“公共安全”界定的四种观点中，笔者倾向于第四种观点，即公共安全是指不特定或多数人的生命、健康或财产的安全。理由是：

第一，“公共”是相对于“个人”而言的，那么，“公共安全”理应成为与“个人安全”相对应的概念，因此，公共安全应当是指多数人的安全。^⑥ 另外，危害公共安全罪是以公众利益为侵犯内容的犯罪，故应注重行为对“公众”利益的侵犯。刑法规定危害公共安全罪的目的，实际上是将个人法益抽象为社会法益作为保护对象，因此，应当重视其“社会性”。“公众”与“社会性”要求重视量的“多数”，换言之，“多数”是公共安全这一概念的核心，“少数”的场合应当排除在外。^⑦ 由此可见，如果取公共安全是“不特定多数人的生命、健康或者重大公私财产的安全”这一我国的通说，将会不当地缩小危害公共安全罪的成立范围。由于“不特定多数”意味着危害公共安全罪的犯罪对象受到双重限制，不仅是“不特定”，而且必须是“多数”，因而特定的多数人的生命、健康或财产的安全

① 参见王作富主编：《刑法分则实务研究》（上），北京，中国方正出版社，2009，第54页。

② 参见〔日〕立石二六主编：《刑法各论30讲》，成文堂，2006，第248页；赵秉志主编：《刑法相邻相近罪名界定》（上册），长春，吉林人民出版社，2000，第93页等。

③ 参见张小虎：《放火罪之理论探究》，载《河南省政法管理干部学院学报》，2002（4），第79页。

④ 参见张明楷：《刑法学》，北京，法律出版社，2003，第537页。

⑤ 林山田：《刑法特论》（上册），台北，三民书局，1978，第6页。

⑥ 参见胡东飞：《论刑法意义上的“公共安全”》，载《中国刑事法杂志》，2007（2），第53页。

⑦ 参见张明楷：《刑法学》，北京，法律出版社，2003，第538页。

以及不特定少数人的生命、健康或财产的安全，都不属于“公共安全”。这不仅缩小了危害公共安全罪的成立范围，也和我国的司法实践不符。^① 比如，按照我国刑法第133条的规定，交通肇事罪是危害公共安全罪的一种，但是，根据相关司法解释，行为人只要违反交通规则造成事故，导致一人死亡并且是造成事故的主要责任人的，就可以构成该罪，而没有要求一定要造成多数人的死伤才能构成。^② 由此可见，上述第一种观点并不可取。

第二，主张公共安全是指多数人的生命、健康和财产安全，包括不特定多数人和特定多数人的观点，同样存在不当缩小危害公共安全罪成立范围的缺陷。因为，即便放火罪的犯罪对象是不特定的少数人，由于存在向多数人扩展的盖然性，因而这种观点同样会不当地缩小危害公共安全罪的成立范围。

第三，仅仅将“不特定人”的生命、财产安全作为公共安全的上述之第三种观点同样存在缺陷，因为这种观点会将“特定多数人”的生命、财产排除在危害公共安全罪的保护范围之外。“多数人”，即便是特定多数人的生命、健康或者财产安全，理应包括在公共安全之中。其实，我国刑法的相关规定已经体现了这一宗旨。比如，刑法对人的生命、财产的保护，不仅规定有危害公共安全罪，而且规定有故意杀人罪、故意伤害罪、故意毁坏财物罪等。显然，立法者将保护特定的或少数人的生命、财产安全的犯罪与保护多数人或者不特定人的利益的犯罪，通过立法进行了明确的区分。

有关“公共安全”或“公共危险”的判断基准，根据取违法性的本质是结果无价值一元论还是行为无价值、结果无价值二元论，存在应以“针对法益的物理意义上的客观危险”和应以“一般人的危险感”为基准的观点的对立。前者是基于结果无价值一元论的主张，后者则是基于行为无价值、结果无价值二元论的主张。立论于结果无价值一元论的观点认为，放火罪的保护目的并不限于确保社会一般成员的安全感和平稳感，由于放火罪的保护目的在于保障不特定或多数人的生命、身体以及财产的安全，因而危险判断的基准应当是现实存在的客观事项。也就是说，判断基准应当是事后得到判明的事项，即便是行为当时附近居民不可能认识或预见的事项，如果属于行为时存在的事项，那么，理应将其包括在判断基准之中。^③

① 参见黎宏：《论放火罪的若干问题》，载《法商研究》，2005（3），第118页。

② 具体可参见最高人民法院《关于审理交通肇事刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第2条。

③ 参见〔日〕曾根威彦：《刑法的重要问题》（各论），成文堂，1997，第283页。