



刑法论丛

CRIMINAL LAW

REVIEW VOL. 38

◆ 赵秉志 / 主编

◆ 北京师范大学刑事法律科学研究院 / 主办

本卷要目

犯罪构成专栏

【彭文华】

犯罪构成的符号学分析

中国刑法

【道格拉斯·胡萨克】

论广义主观罪过与报应论理想

【莫洪宪 张 昱】

酌定量刑情节在死刑案件中的适用及其完善
国际刑法

【王秀梅 陈 朗】

论国际刑事辩护“平等武装”原则

刑事执行法

【阴建峰 丁 宁】

刑事禁止令问题研究

犯罪学

【刘广三 李艳霞】

从符号互动论解读民营企业犯罪

刑事政策

【莱默·拉赫蒂著 卢建平 朱贺译】

刑事政策与刑事司法的国际化与欧洲化的趋势
——对比较研究的挑战

刑法论丛

THE UNIVERSITY OF CHICAGO

100



100

2014年第2卷

第38卷

刑法论丛

CRIMINAL LAW

REVIEW VOL. 38

■ 高铭暄 / 学术顾问

■ 赵秉志 / 主编

■ 阴建峰 / 副主编

■ 张磊 袁彬 黄晓亮 / 专业编辑

■ 北京师范大学刑事法律科学研究院 / 主办

中文社会科学引文索引 (CSSCI) 来源集刊



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

刑法论丛. 2014 年第 2 卷: 总第 38 卷 / 赵秉志主
编. —北京: 法律出版社, 2014. 10
ISBN 978 - 7 - 5118 - 6933 - 3

I. ①刑… II. ①赵… III. ①刑法—文集 IV.
①D914.04 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 222726 号

刑法论丛(2014 年第 2 卷·
总第 38 卷)

赵秉志 主编

责任编辑 易明群
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 17.125 字数 490 千

版本 2014 年 6 月第 1 版

印次 2014 年 6 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 固安华明印业有限公司

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 6933 - 3

定价:48.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

	〔犯罪构成专栏〕	
1	犯罪构成的符号学分析	彭文华
33	构成要件的概念与机能 [日]松宫孝明 著 张小宁 译	
54	犯罪论体系与构成要件的机能 ——松宫孝明教授“构成要件的概念 与机能”一文评析	张小宁
	〔中国刑法〕	
69	刑法文义解释探究	王海桥 曾 磊
83	外国人犯罪的刑事立法思考	黎杰翠
110	论广义主观罪过与报应论理想 [美]道格拉斯·胡萨克 著 姜 敏 译	
150	预见防卫初论 ——以正当防卫现时性要件之反思 为线索	黄静野

170	宽严相济刑事政策视阈下的自由刑 改革问题	敦 宁
196	酌定量刑情节在死刑案件中的适用 及其完善	莫洪宪 张 昱
228	垄断行为犯罪化问题研究	马志萍
242	商业秘密刑事保护的价值取向及实现 路径	刘 秀 关振海
261	论虚拟空间刑事法网之扩张与克制 ——以《网络诽谤解释》为背景的 分析	庄乾龙
286	财产犯罪的法益 ——以刑法与民法之关系为视角	胡东飞
	〔外国刑法〕	
314	日本二十世纪初的治安立法与治安 体制研究	王良鹏 周振杰
336	法国社区矫正制度概览	张亚平
	〔比较刑法〕	
372	不定期刑之知识论考察	张洪成
	〔国际刑法〕	
389	论国际刑事辩护“平等武装”原则	王秀梅 陈 朗
407	《罗马规约》中的“间接正犯”与“指挥官责任” ——以巴希尔案为研究视角	李海滢 刘 洁
426	探寻防止种族灭绝罪的对策方案 ——以犯罪构成和形成原因为切入点	王吉春
	〔刑事执行法〕	
450	刑事禁止令问题研究	阴建峰 丁 宁

〔 犯罪学 〕

- 504 从符号互动理论解读民营企业家
犯罪 刘广三 李艳霞

〔 刑事政策 〕

- 520 刑事政策与刑事司法的国际化与欧洲化的趋势
——对比较研究的挑战
..... [芬兰]莱默·拉赫蒂 著 卢建平 朱 贺 译
- 537 稿 约

CONTENTS

[Special Column for Constitution of Crime]

Semiotics Analysis of Constitution of Crime	Peng Wenhua	1
The Concept and Functions of Tatbestand		
..... Matsumiya Takaaki Translated by Zhang Xiaoning		33
The Crime System and the Functions of Tatbestand		
—The Analysis about Professor Matsumiya's Paper		
..... Zhang Xiaoning		54

[Chinese Criminal Law]

On the Literal Interpretation of Criminal Law		
..... Wang Haiqiao & Zeng Lei		69
The Criminal Legislation of Foreign Crimes	Li Jieui	83
“Broad” Culpability and the Retributivist Dream		
..... Douglas Husak Translated by Jiang Min		110
Primary Treatise on Anticipatory Self-defense		
—Rethinking the Requirement of Imminence	Huang Jingye	150
On Reform of the Freedom Penalty in the Vision of the		
Criminal Policy of Temper Justice with Mercy	Dun Ning	170
The Application and Perfection of Discretionary Circumstances		
of Sentencing in the Death Penalty Cases		
..... Mo Hongxian & Zhang Yu		196
Study on Monopoly Criminalization Problems	Ma Zhiping	228
The Value Orientation and Realization Path of Criminal		

Protection of Trade Secrets and Suggestions	Liu xiu & Guan Zhenhai	242
The Study on the Expansion and Restraint of Criminal Dragnet in the Virtual Space —the Analysis on the Background of <i>Internet Defamation</i> <i>Interpretation</i>	Zhuang Qianlong	261
On the Legal Interests of Crimes against Property [Foreign Criminal Law]	Hu Dongfei	286
Studies on Japanese Legislation on and System of Public Security Administration in the Beginning of Twentieth Century	Wang Liangpeng & Zhou Zhenjie	314
An Overview of the French Community Correction System	Zhang Yaping	336
[Comparative Criminal Law]		
Research on the Knowledge of the Aperiodicity Penalty	Zhang Hongcheng	372
[International Criminal Law]		
On Principle of “Equality of Arms” in International Criminal Defense	Wang Xiumei & Chen Lang	389
Indirect (co) Perpetration and Responsibility of Command and Other Superiors in Rome Statute —From the Perspective of Bashir Case	Li Haiying & Liu Jie	407
The Exploration of Countermeasure of Avoiding of the Crime of Genocide —Through the Constitution of Crime and All Aspects of Reason	Wang Jichun	426
[Criminal Enforcement Law]		
Research on Some Problems of Criminal Prohibition	Yin Jianfeng & Ding Ning	450

[Criminology]

Interpretation of Private Entrepreneur Crimes from the Standpoint of Theory of Symbolic Interaction	Liu Guangsan & Li Yanxia	504
---	--------------------------	-----

[Criminal Policy]

Towards Internationalization and Europeanization of Criminal Policy and Criminal Justice —Challenges to Comparative Researches	Ramio Lahti Translated by Lu Jianping & Zhu He	520
Notice to Contributors		537

〔犯罪构成专栏〕

犯罪构成的符号学分析

彭文华*

目 次

- 一、结构主义符号学与犯罪构成论体系
- 二、犯罪构成要件的符号学分析
 - (一)符号学的基本范畴
 - (二)犯罪构成的基本范畴
 - (三)犯罪构成要件的符号学分析
- 三、犯罪构成逻辑范式的符号学分析
 - (一)似是而非的逻辑:犯罪构成要件或者要素的判断次序
 - (二)符号逻辑与犯罪构成论体系的逻辑范式
 - (三)分解式犯罪构成论体系
 - (四)合成式犯罪构成论体系
- 四、犯罪构成模式的符号学分析
 - (一)解构主义方法论及其对法学研究的影响
 - (二)本土特色的犯罪构成模式是司法实践的必然选择

符号学将事物看成一个符号系统,通过对符号的内部结构、构成要

* 苏州大学王健法学院教授,法学博士,博士后。

素及其内在关系和机理等加以分析,揭示事物的本质。目前,符号学已成为人文社会学科领域具有广泛影响的学科。犯罪构成作为认定犯罪成立的标准和依据,是由犯罪构成要件通过一定的关系组成的体系,将之看作认定犯罪的符号系统是实至名归的。本文立足于结构主义符号学,拟对犯罪构成的本质特征和内在机理加以正本清源,以期深化人们对犯罪构成论体系的认识和理解。

一、结构主义符号学与犯罪构成论体系

结构主义是20世纪中期以后在语言学、人文社会科学领域最常用的研究方法。瑞士哲学家皮亚杰认为,结构是一个由种种转换规律组成的体系,是可以形式化的。^① 结构主义承诺提供一套严密、精确的方法和某种希望,这样就能在寻求科学性的征程上取得决定性的进展。^② 结构主义有广义与狭义之分。狭义的结构主义即指结构主义本身;广义的结构主义包括结构主义和后结构主义。后结构主义又称解构主义,虽然某些观点与结构主义是相对的,但由于滋生于结构主义的土壤中并与之同宗同源,固亦可归于结构主义之列。“如果说在结构主义那里,社会、人类等还是讨论的主题,而后结构主义则转向了更加细微的问题。诸如语言问题和符号问题的研究,以致老结构主义者列维斯特劳斯不屑一顾地把后结构主义称之为‘微型结构主义’。”^③

瑞士语言学家索绪尔是用结构主义研究符号学的代表性人物。他从语言入手,将语言看成是一个表达概念的符号系统,并从结构方面来分析、研究语言。“符号学将告诉我们是什么构成了符号,什么规则在

① 参见[瑞士]皮亚杰:《结构主义》,倪连生、王琳译,商务印书馆1984年版,第2~3页。

② 参见[法]多斯著:《结构主义史》,季广茂译,金城出版社2011年版,导论第1页。

③ 伍启明:“结构主义批判——后结构主义述评”,载《哲学研究》1987年第9期。

支配它。”^①与索绪尔不同的是,列维-斯特劳斯将人类学作为符号学的一个分支。“本人的角色是表达人类学家的观点。因此,我想告诉语言学家们,我从你们那里获益匪浅,不仅在全体会议上,或许更多的是在参加同时举行的语言学研习班期间,我亲眼得见语言学者在那些跟人类学一样仍属人的科学的研究中达到了何种精确、细致和严谨的程度。”^②解构主义认同事物是一个符号系统,但对结构主义的关系论在一定程度上进行了颠覆和改写,其代表人物是法国哲学家德里达。在结构主义论者看来,包括语言、人类在内的事物均有一个不变的结构,德里达对此并不赞同。他认为,只要断定了这样的结构的存在,势必就要认定两者之间有中心与边缘的区分,并以此建立起一种等级的制度与秩序。德里达否认存在这样的等级关系和中心主义,并对其中的等级制度与秩序进行颠覆,把它们的秩序颠倒过来,并对其加以改写,这便是“解构主义”。^③

符号学的应用并不局限于哲学、语言学和人类学,而是广泛地应用于人文社会科学领域,法学也不例外。“如果法律话语借助一种法律语法和一部法律词典(语和词典乃是言语的两个组成部分),我们就可以说法律话语是以信息—话语形式(*forme de messages-discours*)表现的法律言语以及法律符号学。”^④将符号学的方法运用于法律领域,就有了符号学法学。系统地将符号学应用法律研究是本世纪的事,开创人包括G.卡林诺夫斯基、A. J. 格雷马斯、E. 兰多夫斯基和A - J. 阿尔努依德等。而形成理论规模的符号学法学只是20世纪80年代的事情,其中

① [瑞士]索绪尔:《普通语言学教程》,刘丽译,中国社会科学出版社2009年版,第19页。

② [法]列维-斯特劳斯:《结构人类学》,张祖建译,中国人民大学出版社2006年版,第65页。

③ 参见陈嘉明:《现代西方哲学方法论讲演录》,广西师范大学出版社2009年版,第150页。

④ [法]格雷马斯:《符号学与社会科学》,徐伟民译,百花文艺出版社2009年版,第78页。

突出的代表人物是英国的 B. S. 杰克森和美国的 R. 柯文尔森。^①在我国法学界,有学者将符号学应用于知识产权法学领域,^②还有学者应用符号学分析司法问题。^③将结构主义符号学应用于法学诸领域,对于深入认识和理解部门法概念的内在结构和根本特征,以及本土法学如何应对外来法律文化的影响和冲击,具有重要的理论价值与现实意义。

近年来,我国犯罪构成理论的学派之争呈现出百花开放态势。针对传统的四要件平面犯罪构成论体系(以下简称四要件平面体系),不少学者受德日阶层犯罪构成论体系的启发,认为其平面特征存在难以克服的缺陷,主张建立阶层犯罪构成论体系。其中,既有学者主张直接移植日本通行的三要件阶层犯罪构成论体系(以下简称三要件阶层体系),也有学者主张犯罪构成由犯罪客观(违法)要件和犯罪主观(责任)要件两个不同层次的要件组成(以下简称二要件阶层体系)。这些见解大大丰富并发展了理论体系本身,对于开拓人们的视野也很有帮助。遗憾的是,无论是坚持传统的四要件体系还是主张重构的三阶层体系或二阶层体系,^④均立足于学科本身,围绕犯罪构成要件的内容以及如何排列组合展开,侧重从形式上分析平面体系与阶层体系的利弊,难免有所不足。

当前,将结构主义符号学应用于犯罪构成理论研究中,具有如下积极意义:

首先,具有方法论上的创新性。以往学者们在研究犯罪构成时,往往立足于刑法学本身就事论事。这样做有时也可以达到精益求精的效果,但毕竟受制于学科的局限,难以全方位、多视角地看待问题,因而在

① 参见徐爱国:“欧洲结构主义符号学法学的几个侧面”,载《中外法学》1998年第4期。

② 参见彭学龙:“商标法基本范畴的符号学分析”,载《法学研究》2007年第1期。

③ 参见舒国滢:“从司法的广场化到司法的剧场化——一个符号学的视角”,载《政法论坛》1999年第3期。

④ 三阶层体系以陈兴良教授为代表,主张犯罪构成由犯罪构成该当性、违法性和有责性三个处于不同层次的要件组成。二阶层体系以张明楷、黎宏教授为代表,主张犯罪构成由犯罪客观要件和犯罪主观要件两个有着先后次序的要件组成。

很多方面留下遗憾。结构主义符号学作为人文社会科学领域最常用的研究方法,若应用于犯罪构成理论研究,可以使我们进一步从哲理渊源上认识并深入、透彻地理解犯罪构成。这从方法论上讲无疑是创新。

其次,符合刑事立法、刑事司法和刑法理论认定犯罪的需要。根据结构主义符号学,人们对犯罪的认识是由犯罪体现出来的各种外在形象开始的。这些外在表现被客观地反映到人的头脑中形成观念形象。通过对这些来源于客观世界的犯罪观念形象加以归纳、整理并进行储存,人们据以将外在行为与思维的认识和需要形成彼此对应的映像。这些映像以犯罪构成要件为基础,具体可以通过行为、结果、对象、故意、过失、目的、动机等因素表现出来,所有这些因素的结合即为判断犯罪成立的符号——犯罪构成。“当立法者对生活中的诸多危害行为加以评价归类之后,就以刑事违法性的形式开列出一个犯罪清单;即立法者通过抽象思维,把握住生活中千姿百态的危害行为‘类型化’的共同特征,以符号化的概念系统进行表述,做出此类与彼类的差别性规定。”^①同样,理论工作者和法官也不可能脱离立法所确定的“符号化的概念系统”建构犯罪构成论体系和认定犯罪。在罪刑法定原则的指导下,理论工作者必须根据立法所确定的犯罪构成基本框架和内容来构建犯罪构成论体系,理论解说同样不能脱离刑法条文的目的和意旨。法官更是要忠实地秉承刑法规定,根据立法确定的由各种要件或要素组成的认定犯罪成立的符号系统来评价具体行为是否构成犯罪。因此,将犯罪构成看作是立法者、刑法理论家和法官判定犯罪成立的符号系统,既符合刑事立法规定,也符合刑事司法和刑法理论认定犯罪的要求。

再次,有利于深化学派之争。不少学者之所以要重构犯罪构成论体系,主要原因在于四要件平面体系在适用过程中滋生一些问题如不能合理解释正当防卫等排出犯罪性事由为何不构成犯罪,并认为阶层犯罪论体系能够避免其中的缺陷。应当说,重构者的某些论点是中肯的。问题在于,阶层犯罪论体系本身也存在不少缺陷。例如,德日三要件阶层论体系就难以合理解释情节显著轻微、危害不大的行为因何不

① 冯亚东、胡东飞:“犯罪构成模型论”,载《法学研究》2004年第1期。

构成犯罪。这样一来,立足于所主张的理论的优点而指责另一方理论的缺陷,就成为学者们支持各自的理论主张的最有力的依据。这样的学派之争“有可能连篇累牍地充满了‘争论’,但是毫无结果,至多磨快了自己的武器,各抒己见”。^①应用结构主义符号学原理,通过对犯罪构成的内部结构、犯罪构成要件、要素及其逻辑范式等加以分析,能够从形式与实质层面全方位剖析犯罪构成,避免了就事论事的不足,有利于深化学派之争,推动学科发展。

最后,有利于对外来刑事法律文化辩证扬弃。四要件平面体系自前苏联引入我国,很快成为刑法学界的通说。虽然有不同观点,但均局限于平面范围内犯罪构成要件内容的增减,不足以撼动四要件平面体系的权威地位。随着对外交流特别是与德、日为主的大陆法系国家的刑法学交流日益频繁,传统犯罪论体系受到了来自德日的阶层犯罪论体系的强烈冲击。客观地说,适当借鉴外来刑事法律文化的优点,弥补传统犯罪构成理论的不足,不失为可取的研究方法。但是,在多大程度上借鉴外来法律文化以及如何处理其与本土法律文化的关系,并不容易把握和处理。结构主义符号学既有对固有符号系统维系与呵护的关注,又有对固守既定的符号系统的检讨与反思,更有对跨学科、跨文化交流的重视,因而在本土法律文化遭受外来法律文化冲击时,能够客观、理性地分析问题、解决问题。因此,将结构主义符号学应用于犯罪构成论体系的研究,有利于人们对外来法律文化辩证扬弃,进而理性看待平面与阶层两种不同类型的犯罪构成论体系,不至于顾此失彼、失之偏颇。

二、犯罪构成要件的符号学分析

(一) 符号学的基本范畴

索绪尔的符号学有两个基本范畴:能指和所指。“语言符号的单

^① [德]卢曼:《社会的法律》,郑伊倩译,人民出版社2009年版,第3页。

位,不是一个物或一个名,而是一个‘概念’和一个‘音响形象’。……音响形象是感官性的,从这个意义上讲,如果有时我们把它称为‘物质的’,那么就和这个结合体中的另一面——概念是相对的,因为总体上来看概念更抽象。”^①其中,“音响符号”便是能指,“概念”即为所指,符号便是由能指和所指组成的整体。“我们保留‘符号’这个词来指称这个整体,把‘概念’和‘音响形象’分别用‘所指’和‘能指’代替。”^②索绪尔的贡献不仅在于明确了符号的能指和所指,还在于对两者的关系以及符号的特征等做出了精确的评价。

索绪尔的语言符号学中的概念基本上都是两两相对的,具有典型的二元对立特征如语言与言语、共时性与历时性。^③能指和所指也是这样的一组对立范畴。这种对立不仅表现在能指和所指本身属于两个不同的要素,还表现在它们在符号这个整体中也是对立存在的。“这两个术语的好处在于,既能表明它们之间的对立,又能表明它们及其所属的整体间的对立。”^④正是因为能指与所指是对立存在的,才使得它们各自都具有独立的意义,不至于相互混淆。当然,能指与所指之间的对立与差异,并不必然导致矛盾和冲突,两者在符号系统中又是统一的。根据结构主义符号学的观点,客体是超现实的,作为记号的意指职能而存在,但同时又存在于认识的现实主体之外,主体和客体相互作用的基本形式是结构。主体只有通过组成符号关系网的先天符号结构才能理解客体,因为通过这些关系就能实现主体与客体的统一。^⑤这表

① [瑞士]索绪尔:《普通语言学教程》,刘丽译,中国社会科学出版社2009年版,第80页。

② [瑞士]索绪尔:《普通语言学教程》,刘丽译,中国社会科学出版社2009年版,第81页。

③ 参见陈嘉明:《现代西方哲学方法论讲演录》,广西师范大学出版社2009年版,第127页。

④ [瑞士]索绪尔:《普通语言学教程》,刘丽译,中国社会科学出版社2009年版,第81页。

⑤ 参见[苏]P. 特罗非莫娃:“今日法国结构主义”,载《国外社会科学》1982年第6期。