



西北政法大学刑事法律科学文集（一）

刑事法治的理论 展开与程序构建

西北政法大学刑事法律科学研究中心
刑事法学院

编



陕西新华出版传媒集团
陕西人民出版社

西北政法大学刑事法律科学文集（一）

刑事法治的理论展开与程序构建

西北政法大学刑事法律科学研究中心 刑事法学院 编

陕西新华出版传媒集团
陕西人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

刑事法治的理论展开与程序构建 / 西北政法大学刑事法律科学研究中心、刑事法学院编. —西安: 陕西人民出版社, 2017

ISBN 978 - 7 - 224 - 12214 - 5

I. ①刑… II. ①西… III. ①刑法—中国—文集
IV. ①D924. 04 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017) 第 080396 号

刑事法治的理论展开与程序构建

编 者 西北政法大学刑事法律科学研究中心 刑事法学院
出版发行 陕西新华出版传媒集团 陕西人民出版社
(西安北大街 147 号 邮编: 710003)

印 刷 西安市建明工贸有限责任公司
开 本 787mm × 1092mm 16 开 29.75 印张 1 插页
字 数 622 千字
版 次 2017 年 5 月第 1 版 2017 年 5 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 978 - 7 - 224 - 12214 - 5
定 价 62.00 元

编委会名单

主 编 贾 宇

副 主 编 王政勋 冯卫国

编 者 顾德镛 付玉明 刘仁琦

执行主编 顾德镛

责任编辑 付玉明

编者的话

西北政法大学刑事法律科学文集(一)——《刑事法治的理论展开与程序构建》,在西北政法大学刑事法律科学研究中心与刑事法学院的领导及各位研究人员的共同努力下,终于编纂出版了。

本书汇编了2015年底前多位研究人员在CSSCI等权威期刊发表的33篇学术论文,这些研究成果在理论界都具有较大影响,有些被人大《复印报刊资料》、《中国社会科学文摘》等刊物转载。本书分为刑事法治的理论展开与刑事法治的程序构建两大部分,涉及的论题较为广泛,且均属于刑事法学研究的前沿课题,对于实践具有较强指引作用。从这些论文可以看出,西北政法大学刑事法学的研究者们均以刑事法学理论、立法及实践中的问题为导向,以司法需求、理论进步为出发点潜心治学的精神,反映了西北政法大学刑事法学研究者们深厚的理论基础与卓越的科研能力。

这些成果有的已经被我国相关立法所吸纳,有些为完善我国刑事法律制度提出了良善建议,故西北政法大学刑事法律科学研究中心与刑事法学院决定将这些论文结集出版,以彰显西北地区的法学研究特色,也可为同行交流、学生学习提供充足素材。

谨此向各位作者表示衷心的感谢!

二〇一六年十一月

目 录

上编 刑事法治的理论展开

范畴理论与刑法解释立场	王政勋 / 001
诠释学视域下的刑法解释学	付玉明 / 019
现代风险社会中危害性原则的角色定位	王耀忠 / 043
抽象危险犯的概念诠释与风险防控	陈京春 / 055
危险犯中危险状态的判断	舒洪水 / 073
成文法制度下罪刑法定原则的确证与强化	
——“刑事案例指导制度”与中国刑事法治建设	杨 磊 / 094
我国刑法中“其他”用语之探究	王耀忠 / 105
犯罪故意概念的评析与重构	贾 宇 / 121
犯罪故意的规范释明与事实认定	
——以“复旦投毒案”为例的规范分析	付玉明 / 133
经验而非逻辑:责任主义量刑原则如何实现	冉巨火 / 146
论期待可能性之理论定位及在我国的实现路径	喻贵英 / 160
单位犯罪之恒定与代罚制之检讨	喻贵英 / 169
死刑的理性思考与现实选择	贾 宇 / 178
国际公约框架内的死刑限制	郭 洁 / 191
俄罗斯死刑状况论析	杨 磊 / 198
军事刑法何以特殊	冉巨火 / 207
论“毒驾”不应入罪	褚宸舸 / 222
刑事一体化视野下的利用影响力受贿罪研究	陈京春 / 240
犯罪控制与社会参与	
——构建和谐社会背景下的思考	冯卫国 / 255

- 当前暴恐犯罪的特点分析和态势评估 王政勋 / 265
- 我国新疆地区恐怖主义犯罪的刑事法规制研究 舒洪水 / 292
- 未成年人刑事被害的特征研究
- 以 S 省的统计为例 褚宸舸 / 318

下编 刑事法治的程序构建

- 大陆法系国家刑事再审理由对中国之借鉴 焦悦勤 / 329
- 域外刑事证据能力契约制度之比较 宋志军 / 340
- 论我国刑事诉讼客体的内容
- 案件事实及其法律评价的双重确定 刘仁琦 / 359
- 刑事合意证明模式研究 宋志军 / 371
- 刑事诉讼案件公开的反思与重构 姚 剑 / 385
- 刑事司法权的时间规限:释义、特征、形式 姚 剑 / 395
- 论我国检察机关公诉裁量权的多元化 魏 虹 / 409
- 赋权与规制:我国检察机关撤回起诉制度之构建 魏 虹 / 423
- 浅谈生效判决的权威性及其支撑要件
- 以刑事诉讼法为视角 杨 恪 / 438
- 我国法院变更罪名研究
- 以公诉事实同一性理论为基础的实体条件设定 刘仁琦 / 446
- 我国合适成年人参与刑事诉讼制度的缺失及其完善 焦悦勤 / 459

上编 刑事法治的理论展开

范畴理论与刑法解释立场

王政勋*

内容提要 根据认知语言学、家族相似性原理,刑法范畴不是特征范畴,而是以典型原型为核心事实所建立起来的原型范畴。所以,刑法范畴都有明确的核心和不明确的边缘,无法用共同的语义特征来描述内部所有成员。在进行刑法解释、考察差的样本是否归属于某刑法范畴时,必须将该样本和典型原型进行实质性的对比,根据其相似度确定其是否属于该范畴。在该过程中立法原意、刑法的字面意义均提供不了帮助,而只能留给法官行使自由裁量,由法官根据具体语境并结合自己的前见对文本进行客观解释、实质解释。

关键词 刑法解释 客观解释 家族相似性 原型范畴 核心事实

客观解释和主观解释是刑法解释的基本立场,到底采用何种立场,是刑法的理解和解释过程中首先要解决的问题,也是刑法学中最基本的问题之一。我国学者有采主观解释立场的^①,有采主观与客观相结合的折中立场的^②,近年来多数学者则采客观解释立场^③。但这些研究多从规范刑法学角度研究该问题,未能在更为宏观的视野下把握刑法解释立场。

本文拟以认知语言学中的范畴理论为分析工具,对刑法解释到底应采客观解释立场还是主观解释立场进行论证。

* 作者简介:王政勋,男,汉族,陕西洋县人,西北政法大学教授,法学博士。

① 王平. 论刑法解释的有效性 [J]. 法律科学,1994(2):32;李国如. 罪刑法定视野中的客观解释 [M]. 北京:中国方正出版社,2001:71.

② 梁根林. 罪刑法定视域中的刑法适用解释 [J]. 中国法学,2004(4):123、124.

③ 张明楷. 刑法分则解释原理 [M]. 北京:中国人民大学出版社,2004:106;张明楷. 从生活事实中发现法律 [J]. 法律适用,2004(6):31;陈兴良. 罪刑法定司法化研究 [J]. 法律科学,2005(4):46.

一、家族相似性与原型范畴

人通过对世界的认知切分世界,对世界的切分导致了语言的模糊性。语言的模糊性的根源在于人切分世界时概念化、范畴化、类属化的活动。概念即范畴,“范畴不仅是人类通过对客观世界进行分类所获得的各种范畴标记的意义,而且也是人类认知和思考的根本方式”^①。自亚里士多德以来,人类对范畴的认识一直停留在特征范畴的范围内。亚里士多德所建立的经典范畴理论的基础是根据特征进行的概括,它的基本假定是:范畴是根据一组充分必要特征/条件来下定义的。这种理论还有以下这些假定:(1)特征是两分的,某一范畴具有或没有某一特征泾渭分明;(2)范畴之间有明确的边界;(3)同一范畴内的成员地位相等。这种根据共有特征而概括出来的范畴就是特征范畴。比如,数学上的素数就是一个特征范畴,只要属于这一范畴的整数都有这样一个特征:只能被1和它本身整除。^②在特征范畴中,事物的属性是范畴的决定因素——它是根据共同的属性建立起来的,共同属性是一系列充分必要条件,是抽象的包容物;事物、现象要么在范畴之内——如果它充分且必要地具有范畴的特征,要么在范畴之外;为同一范畴所包容的事物、现象地位平等,范畴所属的每一事物、现象都平等地分享着该范畴的特征和属性,范畴是明白无误、界限分明的。

维特根斯坦提出的语言游戏说、范畴的家族相似性理论颠覆了经典的特征范畴理论。维特根斯坦在《哲学研究》中提出,“例如,试考虑下面这些我们称之为‘游戏’(Spiel)的事情吧。我指的是棋类游戏,纸牌游戏,球类游戏,奥林匹克游戏,等等。对于所有这一切,什么是共同的呢?请不要说‘一定有某种共同的东西,否则它们就不会都被叫做‘游戏’——请你仔细看看是不是有什么全体所共同的东西。——因为,如果你观察它们,你将看不到什么全体所共同的东西,而只看到相似之处,看到亲缘关系。再看一看纸牌游戏,你会发现,这里与第一组游戏有许多对应之处,但有许多共同的特征丢失了,也有一些其他的特征却出现了。当我们接着看球类游戏时,许多共同的东西保留下来了,但也有许多消失了。我们可以用同样的方法继续考察许许多多其他种类的游戏,可以从中看到许多相似之处出现而又消失了的情况。这种考察的结果就是:我们看到一种错综复杂的互相重叠交叉的相似关系的网络:有时是总体上的相似,有时是细节上的相似。”“我想不出比‘家族相似性’更好的表达式来刻画这种相似关系:因为一个家族的成员之间的各种各样的相似之处:体形、相貌、眼睛的颜色、步姿、性情等等,也以同样方式互相重叠和交叉。——所以我要说‘游戏’形成一个家族。”^③

根据维特根斯坦的论述,人类建立范畴的基础是相似性而不是共同性,一事物、现

① 吴世雄,陈维振. 范畴理论的发展及其对认知语言学的贡献 [J]. 外国语,2004(4):35.

② 袁毓林. 词类范畴的家族相似性 [J]. 中国社会科学,1995(1):157.

③ 〔奥〕维特根斯坦. 哲学研究 [M]. 李步楼,译. 北京:商务印书馆,1996:47-48.

象与另一个事物、现象之间的相似之处使其同处于一个范畴之中,但其相似之处未必为范畴中的其他成员所共享;范畴各成员之间存在着互相重叠、交叉的相似关系之网;范畴中的成员越多,各成员的相似之处将越少。正是这种相似关系——类似于人类家族成员间的那种相似关系——才维持了该范畴的存在。所以,在人们赖以认知世界的日常语言中,范畴具有这样一些属性:(1)无法用一组共同的语义特征来描述一个语义范畴内的所有成员;(2)语义范畴的边界是开放的,无法对其加以明确界定;范畴的边界、范围是变化的、不固定的,随着世界的变化和人们认知模型的改变,原来属于该范畴的事物可能被剔除出去,原来处于范畴核心的可能被边缘化;(3)范畴内各成员的地位不平等,在范畴中存在着中心和边缘、典型原型和非典型原型、好的样本和差的样本,范畴实际上是围绕着该范畴内的典型原型、核心事实建立起来的,范畴内的其他事物和该典型原型、核心事实存在着程度不一的相似性;与典型原型、核心事实的相似性越多,就越处于该范畴的中心,越少的,就越处于边缘;如果某一事物、现象既与此一范畴有一定的相似性,又与彼一范畴有一定相似性,它就处于两个范畴之间的边缘位置,人们就会为其到底属于哪一范畴发生争论。

家族相似性理论准确揭示了人类的认知规律。在语言产生之时,生存在世界上的人类在和世界打交道的过程中发现很多事物、现象之间有相似性,于是以自己最熟悉的事物、现象为原型,将与其相似的事物、现象范畴化、类属化,对世界归类,为世界“立法”,从而产生了语言世界,使现实世界由无序走向有序。人并不是从先验的概念出发去认识事物的,而是依靠经验,依靠人类的整体经验,“近取诸身,远取诸物”,建立起了语言这一可能世界。语言世界和现实世界并不是一一对应的,语言对现实世界的反映是通过人的认知为中介的,人在认知过程中范畴化、类属化的活动以最简省的语言、最小的思维加工得到了最大的认知效果。

人接触到某类事物中的某一种具体事物时对其第一印象越深刻,越被反复强化,该印象就越容易成为刻板印象,成为认识该类事物中其他事物的标准样板。在该样板中,人的认知会分析、归纳出其显著特征,忽视或略去一些细节,使该显著特征成为核心事实。这样,人们往往以典型原型的显著特征作为这类事物的基本特征、属性,作为其他事物是否属于该类事物的判断标准——具有典型原型的显著特征的属于该范畴,不具有该显著特征的事物则不属于,在“是”与“不是”之间不存在中间状态,“是”与“不是”也没有程度上的差异。

语言学、心理学的研究表明,人总是想以最少的认知努力获得最大的认知效果。人对事物、现象的类属化活动以最省力的方式使世界走向有序,使人可以通过认知熟悉事物而认知不熟悉的事物,节省了认知成本,达到了最优认知效果,但却容易产生认知偏差。如小孩认为鸟都会飞,因而会认为蝴蝶、蜜蜂等都是鸟,由于企鹅、鸵鸟不会飞,小孩很难认为企鹅、鸵鸟也属于鸟类。但随着经验的不断积累、知识的不断增加,人们对范畴内各事物、现象之间的放射形链状结构的认知越来越全面,这时原来形成的刻板印象就会发生改变,使人对事物类属的认识、经验更准确、更丰富,随着孩子的长大,蜜蜂、

蝴蝶会被他从鸟类中排除出去,企鹅、鸵鸟、鸡等差的样本会进入他的心理词典中的“鸟”的类属之下。所以,“一个名称的意义有时是通过指向它的承担者来说明的”^①,各种典型的和不典型的,好的样本和差的样本,共同定义着、说明着“鸟”的内涵。

特征范畴是形而上学的体现,其中很多“特征”——包括“本质特征”——其实都是通过归纳得出的,“天鹅都是白色的”“鸟都会飞”在未发现例外之前都被认为是该类属的本质特征,但当发现反例之后,该特征就会被修改;针对不同特征的反例越多,原来基于刻板印象总结出的“特征”存在的几率越小,最终人们会发现很难总结出能够涵盖该类属中所有事物的特征,某些事物之所以同属一类,是由于彼此之间存在着相似性,而不是由于其存在共同性,不是由于其分享了基于不完全归纳、基于刻板印象而提出的“特征”“属性”。

一般认为,特征范畴和原型范畴虽然互相矛盾,但它们分别有利于说明不同现象:特征范畴对说明科学概念可能是合理的,但原型范畴对说明日常概念显然更加合理。^②

维特根斯坦家族相似性理论的提出、原型范畴概念的确定,改变了人们以前热中的特征范畴,对哲学、语言学、法学等各个学科都产生了重大影响。

分析哲学由逻辑语义哲学转向日常语言哲学,维特根斯坦启动了这一转向。在日常语言哲学看来,对于我们在日常生活中碰到的很多情况,事先定义得毫厘不爽的概念都派不上用场;日常语言中的词语、概念的多义性是一种丰富性而不是含混性,一个语词在不同语境中意义的变迁是自然概念的本质而不是偶然具有的缺陷;应该重视对日常语言的研究,通过对日常语言的分析,可以达到对哲学更为准确的理解,从而建立更加靠得住的哲学理论。^③ 日常语言哲学信奉家族相似性学说,如奥斯汀就认为,同类事物的不同项目之间当然是相似的,甚至是极为相似的,但它们之间绝不可能是同一的。一个项目(如一个事态)之属于一个类型乃是意味着它“非常像那些标准的事态”,因此,个项与类之间的关系实际上仍然是个项之间的相似关系,个项属于类,但不能完全并入“类”之中,因为尽管它可能非常像那些标准事态,但总有差异的方面要存留下来作为自身的独一无二的个性。^④ 在赖尔、奥斯汀、塞尔、斯特劳森等学者的努力下,日常语言哲学蔚为大观,在英美哲学领域产生了重大影响,并启动了分析哲学向语言哲学的转向。

家族相似性学说对语言学产生了重大影响,很多学者以该理论对许多语言现象进行了研究,认为在语言、语言学中都存在着家族相似性现象,语言、语言学中的范畴是原型范畴而不是特征范畴。如札德(又译为“查德”)为了清晰地说明某一模糊义位中心明确、边缘模糊的状况,提出了隶属度的概念。他曾经列了一个表示英语“中年”这个义位的状况的表:

-
- ① [奥] 维特根斯坦:《哲学研究》[M]. 李步楼,译,北京:商务印书馆,1996:31.
② 黄希庭,郑涌:《心理学十五讲》[M]. 北京:北京大学出版社,2005:205.
③ 陈嘉映:《语言哲学》[M]. 北京:北京大学出版社,2003:217、227.
④ 杨玉成:《奥斯汀:语言现象学与哲学》[M]. 北京:商务印书馆,2002:46.

年龄	40	41	42	43	44	45	46	47	48	49	50	51	52	53
属于某个集合的程度	0.3	0.5	0.8	0.9	1	1	1	1	1	0.9	0.8	0.7	0.5	0.3

札德以 1 表示某一义位属于某模糊子集,以 0 表示不属于该模糊子集,0.3,0.5,0.7,0.8,0.9 等是表示属于的程度。这就是说被调查人认为 44—48 岁的人毫无疑问属于“中年”,而对 43 岁以下及 49 岁以上的人是否属于“中年”,则越来越多的人持否定态度。^① 袁毓林基于特征范畴和原型范畴的理论框架,研究后认为汉语词类范畴具有家族相似性。^② 吴世雄、陈维振认为语义范畴具有家族相似性。^③

文学研究者认为,文学是一个家族而非一个种类,文学的“家族相似性”使我们将一些具有相关特征的现象(诗歌、小说、戏剧、美文等)通称为“文学”。这些特征有用韵、分行排列、讲故事、虚构、修辞、戏剧性、作家签名、由文学机构出版等等,所以,文学的内部关联是家族相似性关联而非种类共性关联。文学的“本质”不是作为种类共性的“实然性本质”,而是作为价值形态的“应然性本质”。^④

家族相似性理论对法学研究也产生了重大影响。日常语言学派的哲学家如奥斯汀等都是牛津大学教授,和同在牛津的法学院教授哈特关系很深,哈特的法理学深受牛津日常语言学派的影响,他所提出的法律的“确定性核心和非确定性边缘两重性”“空缺结构”等^⑤,都体现出和维特根斯坦、日常语言哲学的学术渊源。哈特的《法律的概念》在中国法学界产生了较大影响,在法学译著类著作中引证率排名第 12^⑥,其中的“空缺结构”等术语也为中国法学界所熟悉。大陆法系法学家提出了和原型范畴理论相似的类型理论,认为“类型一方面与抽象一般的概念相异,一般概念,透过一个有限数量的‘特征’被加以‘定义’(被限制),并因此——依康德的意思,与直观相对。类型在它与其真实接近的以及可直观性、有对象性来看,是相对的不可以被定义,而只能被‘描述’。它虽然有一个确定的核心,但却没有确定的界限,以至于对于一个类型存在的特征‘轮廓’或多或少有所缺少。……概念是封闭的,而类型则是开放的。……要将类型精确地描述是不可能的,描述只能够尽量靠近类型,它无法对最细微的细节加以掌握。因为类型往往较抽象定义的概念内容更丰富、更人文、更有意义、更可直观性”^⑦。拉伦茨也探讨了类型在法学方法中的意义,认为“法学只能以下述方式来进行:先探求——由多数法规范有意义之结合状况所显现之——类型的‘主导形象’,然后以此为基准来解释

① 贾彦德. 汉语语义学 [M]. 北京: 北京大学出版社, 1999: 324—325; 伍铁平. 模糊语言学 [M]. 上海: 上海外语教育出版社, 1999: 68.

② 袁毓林. 词类范畴的家族相似性 [J]. 中国社会科学, 1995(1): 154—170.

③ 吴世雄, 陈维振. 论语义范畴的家族相似性 [J]. 外国语, 2004(4): 14—19.

④ 余虹. 在事实与价值之间——文学本质论问题论纲 [J]. 天津社会科学, 2006(5): 93.

⑤ [英] 哈特. 法律的概念 [M]. 张文显, 等译. 北京: 中国大百科全书出版社, 1996: 123、13、130.

⑥ 朱苏力. 也许正在发生 [M]. 北京: 北京大学出版社, 2004: 66.

⑦ [德] 考夫曼. 法律哲学 [M]. 刘幸义, 等译. 北京: 法律出版社, 2004: 190—192.

个别规范”^①。考夫曼、拉伦茨的著述近年来深受中国法学界的认可和喜爱。类型理论与原型范畴的内容几乎完全一致,也是对特征范畴(概念理论)的超越。

二、刑法中的概念属于原型范畴

我国刑法学界目前对原型范畴、类型化等术语仍然比较陌生。我以“原型范畴”为主题、篇名、关键词、摘要在中国期刊网上进行模糊检索和精确检索,均未发现相关刑法学论文;对于“类型化”,也只检索到两篇文章,即张文、杜宇的《刑法视域中“类型化”方法的初步考察》(《中外法学》2002年第4期)和《再论刑法上之“类型化”思维》(梁根林主编《刑法方法论》,北京大学出版社2006年版),但其中既未出现“原型”“家族相似性”等术语,也未引用维特根斯坦的观点。储槐植教授提出了“罪数不典型”的观点,其弟子白建军论述了“刑法不典型”问题,“不典型”的表述和“家族相似性”“原型范畴”暗合,如“罪数不典型,是指犯罪要件组合数不标准形态。在内涵上,罪数不典型就是既非典型一罪也非典型数罪而被当作(立法规定为或者司法认定为)一罪处罚的犯罪构成形态”^②,“刑法不典型是指,与抽象刑法概念、规范、原则之间内容上相关,方向上相反,并与其代表性现象之间距离较大的刑法现象”^③,均承认概念(范畴)存在“代表性形象”(核心事实、原型)、其边缘存在模糊状态的事实,但这两篇文章并未自觉运用“原型范畴”的术语,文章也没有引用哲学、语言学方面的相关论文,而且白文还认为刑法不典型并非刑法中的常见现象。

仔细考察就会发现,刑法中绝大多数概念都属于原型范畴,都具有家族相似性的特点;质言之,刑法中相当多的概念都存在着“空缺结构”,都存在着“中心的确定性与边缘的模糊性”,其中所包含的事物、现象中都存在着“好的样本”和“差的样本”。

(一) 以刑法总则为例

下面以刑法总则第13条至21条共9个条文中有关犯罪的基本规定为分析样本,对其是否属于原型范畴逐一进行考察。

第13条犯罪概念中,许多词语本来就属于原型范畴,如危害、主权、财产、权利、法律等;构成犯罪的行为和“情节显著轻微危害不大”的一般违法行为更属于原型范畴,犯罪行为的典型样本是杀人、强奸、抢劫等常见的犯罪行为,一般违法行为的典型样本是未造成伤害后果的打人、超速行驶、贪小便宜等民事侵权行为或行政违法行为,但有一些行为则处于犯罪行为和一般违法行为之间,既和典型的犯罪有相似性,又和典型的一般违法行为有相似性,其认定具有模糊性,这也是为什么理论界对“情节犯”“犯罪构成的定量因素”一再下大功夫进行探讨的原因,是实践中对于某行为的社会危害性是

① [德] 拉伦茨. 法学方法论 [M]. 陈爱娥,译. 北京: 商务印书馆,2003: 344.

② 储槐植. 罪数不典型 [J]. 法学研究,1995(1): 72.

③ 白建军. 论刑法不典型 [J]. 法学研究,2002(6): 113.

否达到犯罪程度、它到底是犯罪还是一般违法行为而大费思量的原因。

第14条的明知、行为、发生、危害、结果、希望、放任等词语都属于原型范畴,其意义通过特征描述难以周全;第15条的应当、预见、行为、发生、危害、疏忽大意、轻信、避免等也都属于原型范畴。间接故意、直接故意、疏忽大意的过失、过于自信的过失,也都属于原型范畴,人们以其典型样本确立了这些概念,但一些心理事实却很难归入故意、过失之中,以致学者提出了“复合罪过”的概念;^①故意中其中一些内容也很难归入直接故意、间接故意这两个范畴,因而学者提出了“容忍故意”的概念。^②

第16条的行为、造成、损害、结果、故意、过失、不能抗拒、不能预见、原因、犯罪都是原型范畴;过失和意外事件、不可抗力之间也存在中间的过渡状态。

第17条的犯罪、故意杀人、故意伤害致人重伤或者死亡、强奸、抢劫、贩卖毒品、放火、爆炸、投毒、从轻、减轻、管教、必要的时候都属于原型范畴,它们的界限、边缘是不确定的。该条文中的“已满16周岁”“已满14周岁不满16周岁”“已满14周岁不满18周岁”“不满16周岁”表面上不是典型范畴,其界限好像是清楚的,但由于存在一年是365天还是366天的差异,由于“周岁”从生日之后第二天算起的通行做法体现了价值选择而不是事实考量,并不符合“科学”的计算办法,这几个年龄范畴仍然存在不确定的边缘——虽然该边缘的范围并不大,因而它们仍然属于原型范畴。由于大量原型范畴出现在条文表述中,所以该条文对责任能力的规定总体上属于原型范畴。

第18条的精神病人、不能辨认、不能控制、行为、时候、造成、危害结果、间歇性、精神正常的时候、犯罪、尚未完全丧失、能力、醉酒、确认、责令、家属、监护人、看管、医疗、必要的时候、强制医疗、从轻、减轻都属于原型范畴,有中心和边缘之分,有核心事实和非核心事实。

第19条的又聋又哑、盲人、犯罪、从轻、减轻都属于原型范畴。

第20条关于正当防卫的规定中,公共利益、财产、权利、正在进行、不法侵害、制止、行为、造成、损害、正当防卫、明显、必要限度、重大、损害、减轻、行凶、杀人、抢劫、强奸、绑架、其他、严重危及、人身安全、暴力、犯罪、伤亡,均属于原型范畴;理论界激烈争辩正当防卫的条件、正当防卫和防卫过当的界限等问题,但多难达成共识,实务界处理涉及正当防卫案件时往往觉得非常棘手,正说明在特征范畴的框架下研究、认识该问题的不可行性。

第21条关于紧急避险的规定中,公共利益、财产、权利、正在发生、危险、不得已、紧急避险、损害、必要限度、造成、不应有、损害、减轻、本人危险、职务、业务、特定责任等词语均属于原型范畴,“紧急避险”这一制度也因而属于原型范畴。理论界通行的紧急避险是有益于国家和社会的行为、紧急避险必须针对第三者实施、紧急避险所损害的利益

^① 储槐植,杨树文. 复合罪过形式探析——刑法理论对现行刑法内含的新法律现象之解读 [J]. 法学研究,1999(1):50-57.

^② 贾宇. 直接故意与间接故意的新探讨 [J]. 法律科学,1996(2):47.

必须小于所牺牲的利益等观点,其实都是基于对典型样本特征的归纳而形成的刻板印象,是对紧急避险这一原型范畴的认识偏差。

这9个条文规定的内容全部属于原型范畴。这些范畴都具有较大的模糊性,这一范畴和那一范畴之间没有绝对清晰的界限。

(二) 以刑法分则为例

刑法分则共351个条文,本文显然不可能对其一一进行考察。这里我采用抽样法,只考察其中十分之一的条文。如果在所抽样本中均存在大量原型范畴,就可以肯定在刑法分则每一条文中都有大量原型范畴的存在。

通过对尾数的抓阄,我考察尾数为4的刑法分则条文。

条文序号	罪 名	属于原型范畴的关键词 ^①
104	武装叛乱、暴乱罪	组织、策划、实施、武装叛乱、武装暴乱、首要分子、罪行重大、积极参加
114	放火罪等5种犯罪的危险犯	放火、决水、爆炸、投毒、其他危险方法、破坏工厂、矿场、油田、港口、河流、水源、仓库、住宅、森林、农场、谷场、牧场、重要管道、公共建筑物、公私财产、危害、公共安全
124	破坏广播电视设施、公用电信设施罪,过失损坏广播电视设施、公用电信设施罪	破坏广播电视设施、公用电信设施、危害、公共安全、过失
134	重大责任事故罪	工厂、矿山、林场、建筑企业、其他企业、事业单位、职工、不服管理、违反规章制度、强令、违章冒险作业、因而发生重大伤亡事故、造成其他严重后果
144	生产、销售有毒、有害食品罪	生产、销售、食品、掺入、有毒、有害、非食品原料、明知、掺有、造成、严重食物中毒事故、其他严重食源性疾患、人体健康、严重危害、致人死亡、造成、特别严重危害
154	两种后续的走私行为	未经海关许可、未补缴应缴税额、擅自、批准、进口、来料加工、来件装配、补偿贸易、原材料、零件、制成品、设备等保税货物、境内、销售、牟利、特定、减税、免税、货物、物品
164	对公司、企业人员行贿罪	谋取、不正当利益、公司、企业、工作人员、财物、数额较大、数额巨大、单位、直接负责的主管人员、其他直接责任人员
174	擅自设立金融机构罪,伪造、变造、转让金融机构经营许可证罪	未经中国人民银行批准、擅自、设立、其他金融机构、伪造、变造、转让、经营许可证、单位、直接负责的主管人员、其他直接责任人员

^① 这里只研究罪状中使用的词语。

条文序号	罪 名	属于原型范畴的关键词
184	金融机构人员受贿行为	银行、其他金融机构、工作人员、金融业务活动、索取、财物、非法收受、谋取利益、违反国家规定、回扣、手续费、归个人所有、国有金融机构工作人员、委派、公务
194	票据诈骗罪,金融凭证诈骗罪	金融票据诈骗、数额较大、数额巨大、其他严重情节、数额特别巨大、其他特别严重情节、明知、伪造、变造、使用、作废、冒用、签发、空头支票、与其预留印鉴不符、财物、虚假记载、使用、伪造、变造、等、其他、银行结算凭证
204	骗取出口退税罪	假报出口、其他欺骗手段、骗取、数额巨大、其他严重情节、数额特别巨大、其他特别严重情节
214	销售假冒注册商标的商品罪	销售、明知、假冒、商品、销售金额、数额较大、数额巨大
224	合同诈骗罪	非法占有、签订、履行、过程、骗取、财物、数额较大、数额巨大、其他严重情节、数额特别巨大、其他特别严重情节、虚构、单位、冒用、伪造、变造、作废、其他虚假的产权证明、没有实际履行能力、小额合同、部分履行、诱骗、收受、货物、货款、预付款、担保财产、逃匿、其他方法
234	故意伤害罪	故意、伤害、身体、重伤、死亡、特别残忍手段、严重残疾
244	强迫职工劳动罪	用人单位、违反、限制、人身自由、强迫、职工、劳动、情节严重
254	报复陷害罪	国家机关工作人员、滥用职权、假公济私、控告人、申诉人、批评人、举报人、报复陷害
264	盗窃罪	盗窃、公私财物、数额较大、多次盗窃、数额巨大、其他严重情节、数额特别巨大、其他特别严重情节、金融机构、珍贵文物、情节严重
274	敲诈勒索罪	敲诈勒索、公私财物、数额较大、数额巨大、其他严重情节
284	非法使用窃听、窃照专用器材罪	非法使用、窃听、窃照、专用器材、造成、严重后果
294	组织、领导、参加黑社会性质组织罪,入境发展黑社会组织罪,包庇、纵容黑社会性质组织罪	组织、领导、积极参加、暴力、威胁、其他手段、有组织地、违法犯、称霸一方、为非作恶、欺压、残害、群众、严重破坏、经济、社会生活、黑社会性质的组织、黑社会组织、发展、组织成员、国家机关工作人员、包庇、纵容、情节严重
304	故意延误投递邮件罪	邮政工作人员、严重不负责任、故意、延误、邮件、公共财产、国家和人民利益、重大损失
314	非法处置查封、扣押、冻结的财产罪	隐藏、转移、变卖、故意、毁损、查封、扣押、冻结、财产、情节严重

条文序号	罪 名	属于原型范畴的关键词
324	故意损毁文物罪,故意损毁名胜古迹罪,过失损毁文物罪	故意、损毁、国家保护的珍贵文物、被确定为全国重点文物保护单位和省级文物保护单位的文物、国家保护的名胜古迹、过失、严重后果
334	非法采集、供应血液、制作、供应血液制品罪,采集、供应血液、制作供应血液制品事故罪	非法采集、供应、制作、供应、血液制品不符合、国家规定的标准、足以、危害、人体健康、严重危害、特别严重后果、不依照规定、违背其他操作规定、危害、单位、直接负责的主管人员、其他直接责任人员
344	非法采伐、毁坏珍贵树木罪	违反、森林法的规定、非法、采伐、毁坏、珍贵树木、情节严重
354	容留他人吸毒罪	容留、吸食、注射、毒品
364	传播淫秽物品罪,组织播放淫秽音像制品罪	传播、淫秽、淫秽物品、情节严重、组织播放、音像制品、制作、复制、组织播放
374	接送不合格兵员罪	征兵工作、徇私舞弊、接送、不合格兵员、情节严重、造成特别严重后果
384	挪用公款罪	国家工作人员、利用、职务上的便利、挪用公款、使用、非法活动、数额较大、营利活动、不退还
394	接受礼物不交公的贪污行为	国家工作人员、国内公务活动、对外交往、接受、礼物、国家规定、应当、交公、数额较大
404	徇私舞弊不征、少征税款罪	税务机关的工作人员、徇私舞弊、不征、少征、应征税款、致使、遭受重大损失、造成特别重大损失
414	放纵制售伪劣商品犯罪行为罪	生产、销售、伪劣商品、犯罪行为、负有追究责任、国家机关工作人员、徇私舞弊、法律规定的追究职责、情节严重
424	战时临阵脱逃罪	战时、临阵脱逃、情节严重、遭受重大损失
434	战时自伤罪	战时、自伤、逃避、军事义务、情节严重
444	遗弃伤兵军人罪	在战场上、故意、遗弃、伤病军人、情节恶劣、直接责任人员

可以看出,在这 35 个分则条文中,每一条文的罪状表述中都有大量词语属于原型范畴,这些词语广泛分布在行为、结果、因果关系、犯罪对象、数额和情节、主体身份、主观方面等所有犯罪构成要件中。从词性上说,这些属于原型范畴的词语多是名词、动词和形容词,分别表示事物(主体、对象、结果等)、动作(实行行为)、性状(行为程度)等。

以名词为例。这里重点考察在上述条文中多次出现的“财产(财物)”一词。关于财产(财物),外国刑法理论中有有体性说和管理可能性说两种学说,后者又包括事务的管理可能性说和物理的管理可能性说两种观点。在日本,管理的可能性说是理论上