

刑事法学研究丛书

7

违法性认识研究

田宏杰 著

中国政法大学出版社

刑事法学研究丛书

7

违法性认识研究

田宏杰 著

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

违法性认识研究/田宏杰著.-北京:中国政法大学出版社,1998.4

(刑事法理论研究文丛)

ISBN 7-5620-1661-5

I. 违… II. 田… III. 刑法-研究

IV. D914.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字(98)第 10323 号

著 者 田宏杰

责任编辑 徐 波

责任校对 张步勇

出版发行 中国政法大学出版社

经 销 全国各地新华书店

承 印 国家统计局印刷厂

开本 787×960 1/32 4.25 印张 67 千字

1998 年 5 月第 1 版 1998 年 5 月第 1 次印刷

ISBN 7-5620-1661-5/D·1620

印 数:0,001-5,000 册 定价:8.00 元

社址:北京市海淀区西土城路 25 号

邮编:100088 电话:62229803 或 62228801

声明:1. 版权所有,侵权必究。

2. 如有缺页、倒装,由本社发行科负责退换。

法律顾问:北京地平线律师事务所律师 吴允

学术功底·问题意识·研究方法

(代总序)

陈兴良

“刑事法学研究丛书”是北京大学刑事法理论研究所组织编写的一套丛书,由我担任主编。在“刑事法学研究丛书”的策划过程中,如何把握这套丛书的学术价值追求,始终是我所思考的一个问题。这套丛书以刑事法理论作为研究范围,表明我们对实现刑事一体化的研究模式的不懈努力。由于刑事法各学科研究进展上的不平衡性,刑法必然成为研究的重点。当然,我们也将兼顾刑事诉讼法、监狱法、刑事侦查学、犯罪学以及其他刑事法学科,尤其注重刑事法理学的研究。尽管刑事比各学科处于不同的发展水平上,很难采用同一的尺度来衡量。但是,我们还是可以从专业槽这一视角出发,作为考量刑事比各学科发展程度的一个标尺。可以说,凡是建立了严密的专业槽的学科,由于形成了一套学术规范与专业话语,因而达到了一定的学术成熟程度。而那些没有建立起严密的专业槽的学科,或者各人自说自话,缺乏学术上的沟通;或者任人置喙,缺乏严谨的学术规范,因而处于一种相对幼稚的程度。在这种情况下,建构并完善刑事法的专业槽就成为提

升刑事法理论水平、推进刑事法理论研究的一个关键问题。

建构刑法学的专业槽，这是我一直呼吁并反复强调的一个命题，它关系到一个学科的生存与发展。这个命题同样适用于刑事法学各学科，乃至适用于法学各学科。专业槽如何得以生存？或许在我以往的论述中都语焉不详。本人愿藉为刑事法理论研究生丛作序之机，对这一问题加以细致阐述，我们这套丛书的学术价值追求也正蕴含其中。在我看来，专业槽的建构与学术功底、问题意识、研究方法休戚相关。倘若这三个问题不能得到彻底解决，专业槽的建构只能是一种奢望。

一、学术功底：专业槽建构之基础

建构专业槽的意蕴乃在于研究根源的专门性问题，而研究专门学术问题则要求研究者要有基本的学术功底，使本人所从事业的专业成为为之奋斗终身的事业。

学术功底一词，非三言两语所能说清。但刑事法研究所需要的学术功底涵括以下内容当无可质疑：对刑事法规范及其适用的熟悉、对刑事法基本原理的掌握以及对影响刑事法演变的人文背景知识的关怀。

刑事法的学术功底其实与学者的使命观紧密相

联。学者的使命观不同，则其所应奠定的学术功底的重点亦有所不同。以注释法典、关注法典在实践中的命运为己任的学者，应当具有深厚的刑事法基本理论的功底。以关心刑事法的价值蕴含、研究刑事法的形而上的问题为趣旨的学者，则应当对近现代以来中、西方的人文主义思潮了然于胸，对哲学、伦理学、社会学、心理学、政治学、人类学乃至生物学等人文社会科学广泛涉猎和细致梳理，便是其学术功底的题中之义。唯其如此，才能思考近现代以来，西方法治国的刑事法观念何以无法在中国扎根？中国当前在很大程度上借用西方刑事法话语所搭建的刑事法大厦（刑事法规范和刑事法理论）之功能发挥应当克服哪些障碍等关乎刑事法理论生存基础与发展趋势的宏观问题。

可见，无论学者的旨趣存在多么大的差异（我们应当以极为宽容的态度承认并允许这种差异的存在），但有一点是共同的，都需要深厚的学术功底。而这种学术功底，正是学者们藉以解决刑事法在司法适用和理论成长方面所遇到的各种难题的唯一资源。没有深厚的学术功底，便没有刑事法研究，更没有刑事法理论的独立品格。如此，学者便沦为立法（刑事法条文）的奴隶，刑事法理论便傍依于刑事法规范而无自立的根基。培育深厚的学术功底，为刑事法专业槽的形成提供了一道栅栏。

正是在这个意义上，我强调：学术功底是刑事法专业槽建构的基础。

二、问题意识：专业槽建构之关键

问题意识是指学者发现问题、思考问题、质疑问题、把握问题、解决问题的敏锐感和自觉性。

建构刑事法理论的专业槽，需要研究者有一定的学术功底，但仅此显然是不够的。不善于发现问题与思考问题，研究者所积累的知识就成了一堆没有生命的东西，至多会成为一个收藏丰富的书库。面对发现的问题去思考，并寻求解决问题的路径，刑事法理论才可能呈现动态的发展态势。

问题意识的主旨在于强调直面问题又超越问题。直面问题是指对刑事法在其司法适用中显露出来的疑难问题，学者都应当尽量提供一套可供操作的答案，超越问题是指学者们应当在解决司法实践问题的过程中阐释刑法精义，促进刑事法理论的更新，而不致困囿于一时一事。直面问题是重要的，否则刑事法研究就可能是闭门造车、纸上谈兵。超越问题更是丝毫都不能忽略，否则刑事法理论只能停留在低水平重复的层面上；数十年如一日地一筹莫展。在就同近些年的刑事法研究中，学者们始终没有回避司法实践中的问题，各种各类的刑事法著作也都把重点放在解决这些问题上，这是值得充分肯定的。但是我们在超越问题上做得明显不够。翻开数十本刑事法著作，内容重复甚至绝对雷同者十

之八九，创新（内容与形式上）之作寥若晨星。在刑事法著作充斥书肆这种虚假的繁荣背后，隐藏着的是理论的苍白与贫乏。而这种现象的出现，一方面是由于学术上的惯性或惰性使然；另一方面是由于我们力之所不逮，其中问题意识的缺乏当占极大成份。

如果说学术功底的形成主要靠学习和培养，那么问题意识的形成则主要仰赖于思考和追问。没有一种刨根究底式的学术追问精神，问题意识的形成绝对无从谈起。而追问精神又与激烈的、规范化的学术论争有着天然的亲和性。我不能不承认，就同刑事法理论研究中并不缺乏学术论争。但是，在我看来这种论争的层次性是有限的：我们习惯于自塑一套概念以瓦解别人的理论范式（表现最充分的是刑法因果关系原理），由于出发点不同结论自然不同，最终结果是谁也无法说服谁。我们习惯于简单地在赞成与反对之间加以选择并进行表决，而缺乏系统的批判和说明。我们更多地愿意选择私下里或课堂上的“口诛”，而不推崇见诸文字的“笔伐”。这些学术论争偏好都在一定程度上销蚀着追问精神，使问题意识难以普遍形成。因此，提倡并强调一种公开的、公平的、公正的刑事法学术论争是重要的并且迫在眉睫。只有在激烈的但又是规范的论争氛围中，学者的反思性见解才能形成，问题意识才能越来越浓厚。

因此，我所提倡的有助于问题意识生成的学术

论争是一种反思性或者说是追问式的论争，而不是低水平重复式循环着的无谓的概念之争，也不是人们耳熟能详的观点的简单对比式论争。反思性学术论争主张所有的理论问题都应当在一个大多数人可以接受的前提下，在公开的场合以公开（诉诸文字）的方式进行讨论。这种讨论丝毫不意味着人们要顺从通行的见解，也不去强制人们接受别人的观点，而是要求人们反思和追问刑事法存在的根基和其他任何一个或大或小的、人们业已作为常识或公理加以接受的理论观点。然后，在这种共识的不断瓦解中，重新形成刑事法的理论范畴，以实现刑事法理论共识的批判性重塑。

问题意识，恰恰生成于反思性学术论争的过程中又推动着这种论争。因此，它与健康的学术论争之间呈现出一种功能互现的关系。

三、研究方法：专业槽建构和保证

长期以来，我们没有摆正学术研究中方法论建设的地位，这也许是我国刑事法理论因袭有余、创新不足，因而处于一种低水平重复与徘徊的境况的重要原因之一。

刑事法研究的方法绝非单一，更非唯一，有数种方法论上的方案可供我们选择。而且各种方法用好之后，均可殊途同归。但是，长期以来我们最擅

长并津津乐道于注释方法。注释方法如果将规范放到广阔的人文背景和社会环境中去观照，去发现并揭示深藏于法条中的微言大义，当是一种大可褒扬的方法。但倘将注释方法庸俗化，将对法条的注疏与字典对词条的解释等而视之，实在是刑事法研究中的自戕行为。而且，注释方法形成的是一种概念法学。在这种概念法学的范式之中，结论的得出过多地依赖逻辑推演。无疑，逻辑推演有助于一气呵成，使分析更有条理，思路更为清晰。但以逻辑推演为主要特征的注释方法的单一化使用，则有使研究方法千篇一律之虞，给刑事法著作带来呆板的貌状。由此顺理成章地是：在绝大多数刑事法著作中，其结构大抵是概念、特征、意义、历史等，再辅之以适当的分析。照搬这种分析框架写起刑事法著作来自然简单方便。但是，一方面它使刑事法著作教科书化，使人难以判断我国刑事法理论到底是否已经从教科书时代脱身出来；另一方面，这种研究方法极大地压抑了人的原创能力和精神活力。更为重要的是，注释方法使刑事法研究流于纸上谈兵，与社会现实生活相隔绝，从而窒息了刑事法理论的学术生命。

因此，我呼吁刑事法研究方法的更新和多元。当然，首应声明，我丝毫没有否认注释方法的绩效的意思，反而主张对注释方法创造性地运用，引入哲学解释学的理论，使注释方法现代化。而且，在此基础上，我认为应当探索其他研究方法，尤其是

法社会学方法。在刑事法思想史上，刑事实证学派的出现自然是理念上的推陈出新，但同时也是方法论上的变革。因为刑事古典学派在方法论上的局限性是显而易见的，其所运用的逻辑推演方法与我们目前广泛采用的方法何其相似！而刑事实证学派则力主方法论的更新。撇开刑事古典学派与刑事实证学派在基本理念上的孰是孰非不论，刑事实证学派在方法论改革上所作的尝试和努力显然是值得肯定和记取的。

方法论的更新与多元，尤其是法社会学方法的运用，意味着将改变或者减少从理论上的这个概念到那个概念的推导，而将关注的目光更多地投向司法实践，投向现实生活，投向受到刑罚处罚的被告人和受到犯罪侵害的被害人，关注具有普遍意义的个人（案），使刑法成为关涉人的学问，关涉社会的学问，而不是纯粹的逻辑演释与理论思辩。因此，方法论的变革意味着一定的丧失：有着牢固的注释方法思维定势的人对于这种方法论的更新，可能会有一个适应的过程。在此过程中，学术著作会有所减少，学术繁荣程度会有所降低。但是，在我看来，这种丧失是必要的，也是暂时的。以必要的、暂时的丧失为代价，换取的是刑事法理论的新生。

在《刑法哲学》一书的题记中，我曾经说我们这个时代是一个反思的时代。当时我主要是从价值观这个角度考虑的。今天，我仍然要说，这是一个

反思的时代，我主要从方法论这个角度强调这种反思性。因为随着刑事法理论不断发展，研究方法如果一如其旧不进行革新，刑事法理论难有质的突破与飞跃，这个问题已经日渐显彰。

有必要在这里指出，只要学者们在学术功底、问题意识、研究方法这三个方面多下功夫，取得一些实质性进展，刑事法专业槽的建构是可能的。但与此相关的一个问题是：专业槽的建构过程及其结果是不是意味着一个话语霸权的形成与扩张？建构专业槽的确隐藏着剥夺他人研究刑事法的自由的危险。但是，我们应当换一个视角来认识这个问题，即专业槽不是一个封闭的桎梏，而是一个开放的系统。刑事法专业槽的建成意味着我们承认、欢迎并接纳那些具有深厚的学术功底、敏锐的问题意识而又追求方法论变革的学者（包括非刑事法的人文学者）所提出的所有观点，就正如世界各国的刑事法学者都没有任何理由矢口否认作为非刑事法学者的福科的刑罚史研究的价值一样。至于那些没有达到上述刑事法专业槽要求的人对于刑事法理论圣殿可能会不得其门而入。但只要经过努力，达到了刑事法理论研究的最低限度的学识要求，当然可以登堂入室。就此而言，只能说是刑事法理论的门槛高了，但其大门是始终向一切热心于刑事法研究的人敞开的，难道不是如此吗？

本丛书的编辑出版，正是基于建构刑事法专业槽的上述考虑，同时也是建构刑事法专业槽的努力

之一。中国政法大学出版社副社长李传敢、总编室主任丁小宣独具法眼，积极促成、推动了这套刑事法理论研究生丛书的出版。中国人民大学法学院刑法专业博士研究生周光权参与丛书的策划并承担了大量出版联络工作，其意殊为可喜。这套丛书以小题大作为特色，追求纯正的、精致的学术品格。著述大抵有以下几种情形：小题小作、大题大作、大题小作、小题大作。小题小作，似乎过于促狭，作文可以，出书不宜。大题大作，乃大家手笔，我辈凡人可望不可及。大题小作，最不足道，容易流于肤浅。小题大作，选取刑事法理论中的一个概念、范畴、命题，并且要尽可能小的基于概念、范畴、命题，进行深入的挖掘、使之成为本问题的前沿性成果。虽然每本书的篇幅不超过 10 万字（5 万字以上），与现今动辄数十万，乃至上百万字的著作而言，篇幅小得可怜。但这种篇幅与选题相比较，又确是一种大作，是一种足够大的篇幅。例如，一个教科书中只用几百字解说的范畴，在丛书中作为一个专题，将用 5—10 万字的篇幅去展开细论，是为小题大作。正是这种小题大作，最需作者的学术功底。同时，这种小题大作式著作的积累，对刑事法理论中的基本概念、范畴与命题的逐个梳理，必将从整体上改变刑事法理论研究的范式与框架，推动刑事法专业槽的建立。刑事法理论研究生丛书向全国刑事法研究者开放，将以每年 10 本的进度推出。凡是符合丛书的学术规范与编辑宗旨的著作均可入

选，尤其欢迎刑事法各专业的硕士生、博士生将本人的论文选题与文丛挂钩。凡达到标准者，我们将优先出版。

最后，我想说明的是，我上面所提出的建构专业槽的一系列标准是近乎苛刻的。我想自我检讨的是，我本人所从事的研究也远远没有达到这些标准，尽管对此孜孜以求。但我认为，取法乎上，仅得其中，我国的刑事法研究应当悬置更高的要求。收入刑事法理论研究的各书如果严格地用前述标准衡量，完全合格者寥寥。但是，选择这些书出版，是因为它们确都各有特色，每本书都从小题作起，以小见大，凸显了作者在一定程度上所具有的问题意识，体现了研究方法上的某些创新，反映了作者各自较为厚实的学术功底。同时，这些论书的出版，表明我们鼓励踏踏实实的研究、提倡方法论的探索、促进问题意识的形成的切切之情。

是为序。

1997年12月1日谨识于
北京海淀塔院迎春园寓所

刑事法学研究丛书

主编

陈兴良

刑事法学研究丛书
7

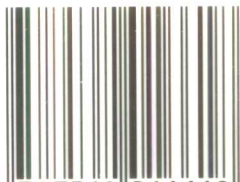
责任编辑：徐 波

装帧设计：魏宏生

ISBN 7-5620-1661-5

D·1620 定价：8.00元

ISBN 7-5620-1661-5



9 787562 016618 >

D9
603

目 录

一、引言	(1)
(一) 违法性认识的历史沿革	(1)
(二) 违法性认识的界定	(10)
二、违法性认识与犯罪主观方面	(23)
(一) 关于违法性认识的学说	(23)
(二) 社会危害性认识不是犯罪故意的 认识要素	(35)
(三) 犯罪故意的认识内容应当是违法 性认识	(44)
(四) 违法性认识的可能性是一切犯罪 过失的共同特征	(58)
三、违法性错误	(70)
(一) 违法性错误概说	(70)
(二) 违法性错误的分类	(81)
(三) 违法性错误处理原则	(89)
四、违法性认识的司法认定与立法完善	(95)
(一) 违法性认识的司法认定	(95)