

北大刑法博士文丛(6)

B E I D A X I N G F A B O S H I W E N C O N G

陈兴良 总主编



DA XINGFA BOSHI WENCONG

违法性认识理论研究

◎于洪伟 著

WEIFAXING RENSHI LILUN YANJIU



中国人民公安大学出版社

北大刑法博士文丛 (6)

陈兴良 总主编

违法性认识理论研究

于洪伟 著

中国人民公安大学出版社

·北 京·

图书在版编目 (CIP) 数据

违法性认识理论研究/于洪伟著. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2007.4

(北大刑法博士文丛; 6)

ISBN 978 - 7 - 81109 - 685 - 9

I. 违… II. 于… III. 犯罪学—研究 IV. D917

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 043178 号

违法性认识理论研究

WEIFAXING RENSHI LILUNYANJIU

于洪伟 著

出版发行: 中国人民公安大学出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

经 销: 新华书店

邮政编码: 100038

印 刷: 北京蓝空印刷厂

版 次: 2007 年 4 月第 1 版

印 次: 2007 年 4 月第 1 次

印 张: 7.375

开 本: 880 毫米×1230 毫米 1/32

字 数: 185 千字

印 数: 0001 ~ 3000 册

ISBN 978 - 7 - 81109 - 685 - 9/D · 645

定 价: 18.00 元

本社图书出现印装质量问题, 由发行部负责调换

联系电话: (010) 83903254

版权所有 侵权必究

E-mail: cpep@public.bta.net.cn

www.phcpps.com.cn

www.porclub.com.cn

总序

《北大刑法博士文丛》即将由中国人民公安大学出版社陆续出版。作为主编，我感到十分高兴。随着法学教育的发展，每年毕业的博士生人数越来越多，博士论文作为获得博士学位的前提，成为一种学术成果的重要载体，受到学界的高度重视。博士论文的水平，也成为衡量一个博士点的质量高低的重要指数。在这种情况下，在已经答辩通过的博士论文中，择其优者经过修订予以出版，也是对学术界的一种贡献。北京大学刑法学博士点是我国培养刑法学专业博士生的一个重要基地，自1990年建点以来，已经培养了数十名博士生，并曾经系统地出版过博士论文集。这次在中国人民公安大学出版社出版的《北大刑法博士文丛》是这一出版活动的延续。我在主编本文丛的时候，择优入选博士论文，主要基于以下三个标准：

一是选题新。刑法学是一门发展较为成熟的部门法学科，到目前为止博士论文已有数百篇，已经出现一些重复选题的现象。因此，在选题上如何出新，就是一个值得研究的问题。入选本文丛的博士论文，我要求选题一定要新。这里的新，既指没有相同选题的博士论文，更指开启新的学术领域。陈旧的选题是很难在内容上出新的。因此，选题新就成为入选的一个基本前提。

二是观点新。博士论文虽然力求通过，但仍然给学术创新留下了一定的空间。如果在观点上都是一些陈词滥调，没有任何独创之处，就不可能成为一篇好的博士论文。因此，观点新是对博

士论文的一个基本要求。这里的观点新，就是指论文在内容上具有一定的原创性，而不是资料堆砌或者文献综述。应该说，这是一个较高的要求。当然，观点新也并非是指标新立异，而是要在承接前人研究成果基础之上的推陈出新，这就要求作者具有扎实的学术基础。

三是表述新。表述虽然只是一个形式问题，但我以为也是必须引起我们充分重视的。长期以来，我们在刑法理论研究中已经形成了某种固定的程式，按照这种程式写出来的论文在表述方法上是十分陈旧的，给人一种似曾相识之感，缺乏新意。我一直倡导一种新的表述方法，能够给人以别开生面之感觉。表述是一种文字功夫，虽然只是学术的载体和外表，但好的表述使你的观点更引人入胜，更具有吸引力。

达到以上三个标准的博士论文，才是优秀的博士论文，这是我对本文丛入选标准的一点看法。我期待有更多的优秀博士论文能够入选。当然，由于出版资源有限，我们每年只能出版三至五本，这些博士论文应该是北京大学刑法学博士论文中的佼佼者。本着宁缺毋滥的原则，我将严格把关，力争使本文丛的博士论文在质量上达到较高的学术水平。尤其是在论文的选题上，我将更侧重于前沿性的理论问题。博士论文的出版，对于培养学术新人来说，是一项功德无量的工作。对于那些立志将来献身学术研究的博士生来说，博士论文将是他/她的第一本个人专著。对于那些投身司法实践工作的博士生来说，博士论文也许是他/她的最后一本甚至是唯一的一本个人专著。因此，包含个人心血的博士论文能够出版，这是一件幸事。对此，我是深有体会的。想到十多年前，我出版本人博士论文时的艰难，更为自己能够为学生们的博士论文的出版助一臂之力而感到快慰。

最后，我还要感谢中国人民公安大学出版社对本文丛出版所给予的大力支持。中国人民公安大学出版社在刑事法学术著作出

版方面成绩卓著，已经成为刑事法学术著作出版的“重镇”，本文丛的出版就是一个明证。

是为序。

陈兴良

谨识于北京锦秋知春寓所

2004年6月20日

序

陈兴良

违法性认识是刑法中的一个重要理论问题，也是一个理论难题。于洪伟同志知难而进，选择违法性认识作为博士论文的题目，并且较为圆满地通过了论文答辩，令人高兴，现在，于洪伟的《违法性认识理论研究》一书即将付梓出版，嘱我为序，义不容辞。

随着博士生招生规模的逐年扩大，博士论文的选题越来越难，对于这一点，我在博士生指导工作中也深有感触。任何一个学科的知识范围总是有限的，以刑法学科为例，全国各院校以每年近百人的规模招收博士生，就刑法总论而言，一年就可以将二级标题的题目做一遍，两年就可以将三级标题的题目做一遍，就刑法各论而言，如果每个罪名写一篇博士论文，不到五年就可以把我国刑法中的罪名写完。在这种情况下，博士论文的重复选题就不可避免。于洪伟在选题的时候，也碰到了这个问题，如果他自己没有主见或者缺乏定力，光是一个博士论文的选题就会使人精疲力竭，好在他一直对违法性认识问题有兴趣，在选题上并没有太费周折，但如何把握这个问题，却颇见一个人的学术功力。

违法性认识，基本上是一个大陆法系刑法理论的概念。以往我国刑法理论虽有所介绍，但深入的研究还较为匮乏，只有个别的小册子，例如，田宏杰博士的《违法性认识研究》（中国政法大学出版社1998年版）。在论文写作过程中，于洪伟对资料进行了系统的梳理，因为违法性认识主要是大陆法系的理论话语，有

必要对德日的违法性认识理论现状进行深入的了解。于洪伟参加了2005年10月25日至26日在西南政法大学举办的“违法性认识专题研讨会”，并向大会提交了“论违法性认识的概念”的论文，收入研讨会论文集于2006年由北京大学出版社结集出版。通过参加学术研讨会，使于洪伟进一步开阔了理论视野，为博士论文的写作奠定了扎实的理论基础。

在于洪伟的博士论文中，关于违法性认识的讨论，尤其是引入我国刑法理论的时候，遇到的一个重大问题就是故意说与责任说的争论。这个问题与犯罪论体系有关，即使是在采用三阶层犯罪论体系的德日刑法理论中也存在争论。我国采用的是四要件的犯罪构成体系，引入违法性认识这一要素以后，就涉及它在犯罪构成体系中的地位问题。我个人认为，违法性认识无疑是一种归责要素，在有责性作为独立的构成要件的前提下，当然应该把违法性认识纳入到有责性要件中去，但在我国目前的四要件的犯罪构成体系中，心理事实与主观归责是不加区分的。在这种情况下而不得已将违法性认识当作犯罪故意的构成要素，是有一定道理的，在这个意义上，似乎也是一种故意说，但它与德日刑法理论中的故意说又存在差异，对此，有必要加以区分。我主张对我国的犯罪构成体系进行改造，赞同引入大陆法系的犯罪论体系，在这个意义上，我又站在了责任说的立场上。在博士论文中，于洪伟对目前我国的犯罪构成体系是否能够容纳违法性认识是存在疑问的，认为引入违法性认识存在制度性障碍。这个问题当然是值得讨论的，但于洪伟在违法性认识这一具体问题的讨论中，能够从犯罪论体系的整体上予以关照，是值得肯定的一种研究方法。

当初，于洪伟面临多种就业选择，在征求我的意见时，我是力主他到高校从事教学科研工作的。现在，于洪伟已经在中央财经大学法学院从事刑法教学科研工作，这个岗位对他的科研水平

提出了更高的要求，我期望在博士论文出版以后，于洪伟能有更多的佳作问世。

是为序。

谨识于北京海淀锦秋知春寓所

2007 年 1 月 21 日

目 录

导 言	1
第一章 违法性认识理论概述	8
一、违法性认识理论的历史背景	8
(一) 不知法律不免责原则及其影响	8
(二) 不知法律不免责原则的动摇	13
二、违法性认识理论的历史沿革	25
(一) 德日的违法性认识理论观点	25
(二) 我国的违法性认识理论观点	37
(三) 小结	43
第二章 违法性认识	45
一、违法性认识的概念	45
(一) 违法性认识概念的特征	45
(二) 专业人的违法性认识概念之评析	55
(三) “违反前法律的规范的意识”说之评析	63
(四) “违反可罚的刑法的意识”说之评析	66
(五) “一般的违法性的意识”说之评析	69
二、违法性认识的分类	74

违法性认识理论研究

(一) 确定的违法性认识与不确定的违法性认识	74
(二) 具体的违法性认识与潜在的违法性认识	77
(三) 推定存在的违法性认识与认定存在 的违法性认识	79
 第三章 违法性错误	84
一、违法性错误的概念与范围	84
(一) 违法性错误的概念	84
(二) 违法性错误的范围	96
二、违法性错误的表现形式	102
(一) 因不知法律产生的违法性错误	102
(二) 因误解法律产生的违法性错误	108
 第四章 违法性认识可能性	118
一、违法性认识可能性的概念	118
(一) 违法性认识理论的立场之争	118
(二) 相对的法律规范认知义务观点的合理性	122
(三) 违法性认识可能性概念之提出	136
二、违法性认识可能性的意义	138
(一) 违法性认识可能性与故意犯罪	139
(二) 违法性认识可能性与过失犯罪	146
三、违法性认识可能性的判断	150
(一) 违法性认识可能性的判断标准概述	150
(二) 违法性认识可能性的具体判断	156

第五章 违法性认识问题的体系性地位·····	164
一、违法性认识理论的完整性·····	164
(一) 违法性认识理论完整性的含义 ·····	164
(二) 违法性认识理论完整性的重要意义 ——以英美犯罪论体系为考察对象 ·····	165
二、违法性认识问题在犯罪论体系中的定位·····	172
(一) 故意说与责任说之争 ——违法性认识问题在德日与我国 犯罪论中的体系定位 ·····	173
(二) 故意说与责任说争论问题的本质 ·····	179
(三) 责任说的合理性 ·····	192
(四) 我国违法性认识问题体系定位的 理论误区及解决方案 ·····	196
主要参考文献·····	210
后 记·····	219

导 言

一、问题的提出

古老的不知法律不免责原则深刻而持久地影响了刑法：在刑事司法方面，世界各国的司法实践曾经普遍地坚持这个原则；在刑事立法方面，许多国家的刑法典曾经甚至时至今日依旧明文规定：不知法律或者法律错误不能免除刑事责任与刑罚。然而，近代以来，随着刑事立法的迅速膨胀，法定犯的数量激增，司法实践因严格地坚持不知法律不免责原则而出现了许多不公正的判例，促使刑法开始逐渐否定这一原则。目前，许多国家的刑法典都站在相对主义的立场上对严格的不知法律不免责原则进行了修正，明确规定一定条件下的违法性错误或者法律错误可以减轻甚至阻却刑事责任。在我国刑法理论和德日刑法理论中，关于违法性认识及其可能性对于成立犯罪的意义，存在着异常复杂的违法性认识理论观点之争。德日刑法理论中有五种主要观点：（1）违法性认识不要说；（2）社会危害性认识必要说；（3）违法性认识必要说（严格故意说）；（4）自然犯—法定犯区别说；（5）违法性认识可能性说（又分为限制故意说与责任说）。我国自有的违法性认识理论观点将违法性认识和社会危害性认识两个概念对立起来，讨论两者对于成立犯罪故意的必要性，主要存在三种不同主张：（1）违法性认识不要说；（2）社会危害性认识必要说；（3）社会危害性认识—违法性认识共同必要说。此外，在借鉴德日刑法理论的基础上，还形成了以下两种违法性认识理

论观点：(1) 违法性认识必要说；(2) 违法性认识可能性说。但是，在英美刑法理论中，并不存在复杂的违法性认识理论观点之争，英美刑法理论通过回应“法律错误能否成为有效辩护理由”完成了对相关问题的讨论，其表现形式相当于我国与德日刑法理论中的错误论。法律错误是否可以成为有效辩护的理由？对此，英美刑法理论中存在着绝对主义和相对主义两种基本立场：绝对主义的立场包含肯定说和否定说两种观点，肯定说与我国和德日刑法理论中的违法性认识不要说的观点基本一致，主张绝对地坚持不知法律不免责原则，否定说与我国和德日刑法理论中的社会危害性认识必要说的观点有相同之处，主张实行“不知法律免责”原则；相对主义立场与我国和德日刑法理论中的违法性认识可能性说的观点大致相当，主张原则上坚持不知法律不免责，但是，特定情况下的法律错误可以减轻甚至免除刑事责任。目前，虽然我国刑法学界对违法性认识问题存在着很大的理论争议，但还缺乏关于违法性认识理论的系统性研究，因此，笔者决定将“违法性认识理论研究”作为博士论文题目。

本书的理论意义有二：第一，关于违法性认识理论的系统研究有助于我国违法性认识理论的完善。违法性认识理论观点的异常复杂性深刻地反映出“人为”的理论构建痕迹，举一个简单的例子，日本刑法典第38条作了这样的规定：“没有犯罪故意的行为，不处罚，但法律有特别规定的除外。实施了本应当属于重罪的行为，但行为时不知属于重罪的事实的，不得以重罪处断。即使不知法律，也不能据此认为没有犯罪的故意，但可以根据情节减轻处罚。”^①从字面意义上看，这条法律规定是违法性认识不要说的立法依据，但是，在日本刑法理论中，违法性认识必要说和违法性认识可能性说却都将该条文解释为支持各自观点

^① 《日本刑法典》，张明楷译，法律出版社1998年版，第29页。

的立法根据。例如，在主张违法性认识必要说的学者中，泷川幸臣认为，日本刑法典第38条第3款明文规定“不得因不知法律而认为没有犯罪故意”，意思是明确规定了只要行为人认识行为的反条理性，即使不认识刑罚法规也可以处罚。只是由于一律处罚这样的行为有时恐怕失于严酷，所以又用“但是，可以根据情节减轻其刑罚”的但书来试图加以缓和。^①大塚仁认为，日本刑法典第38条第3项的旨趣是所谓嵌入的错误，不阻却责任故意，并规定了对其特别存在应该宽恕行为人的情状时责任减轻，因而，可以减轻其刑。^②又如，主张违法性认识可能性说的野村稔认为，日本刑法典第38条第3款的“法律”意味着刑罚法规及违法性，规定的是它们与犯意及故意没有关系，而但书规定的是，虽然违法性的意识是可能的，但是实际上却不存在违法性意识的场合下的处理。^③为什么日本刑法理论中的违法性认识不要说、违法性认识必要说和违法性认识可能性说能够将同一法律条文解释成为各自的立法依据？这种现象表明，各违法性认识理论观点之间的差异不是单一层面的，而是多层次的，即不仅涉及对违法性认识和违法性错误等基本概念的理解，也涉及对待违法性错误的基本立场，还涉及违法性认识问题在犯罪论体系中如何定位的问题。因此，本书试图通过对复杂的违法性认识理论观点之争进行全方位、多角度的分析、比较和论证，提出完善我国违法性认识理论的具体方案。第二，关于违法性认识理

① [日] 泷川幸臣：《犯罪论序说》，王泰译，法律出版社2005年版，第84页。

② [日] 大塚仁：《刑法概说（总论）》（第三版），冯军译，中国人民大学出版社2003年版，第398页。

③ [日] 野村稔：《刑法总论》，全理其、何力译，法律出版社2001年版，第311页。

论的系统研究有利于促进相关的刑事立法。陈兴良教授指出,关于违法性认识问题,刑法理论显然走在刑事立法的前面。也可以说,刑事立法关于违法性认识的规定是在刑法理论的推动下发展的。^①德国学者也指出,德国1975年刑法第17条的规定出台之前,联邦法院大刑事判决委员会早在1952年3月18日的判决[联邦刑事法院判决2,194(201)]中就已经承认了不可避免的禁止错误免责的原则,这在德国刑法历史中是划时代性的转折点。由于该原则意味着对责任非难要求具有不法意识,因而在刑法理论中进一步完善责任原则的道路被开辟。但是,不法意识在责任概念的构成中的地位,仍然存在着故意理论与责任理论之间的争论,而1975年改革后的德国现行刑法的规定终止了两种理论学说之间的争论。因为新刑法是从区别构成要件错误(第16条)和禁止错误(第17条)的立场出发的,责任理论成为禁止错误规定的基础。该理论认为,根据第17条的规定,可避免的禁止错误不涉及故意问题,只不过可能导致根据第49条第1款对故意犯减轻刑罚。《违反秩序法》中关于禁止错误的新规定(《违反秩序法》第11条第2款),同样是以责任理论为基础的。《军事刑法》第5条第1款规定了禁止错误的特别情形。^②而且,德国刑法第17条规定使用的术语是“违法性错误”而不是其他国家刑法所使用的“法律错误”。由此观之,德国的刑事立法是采纳了责任理论的观点制定的,因此,与故意理论相比,责任理论因得到刑事立法的支持而自然取得了理论上的通说地位。德国刑法关于违法性认识问题的司法、立法与理论研究的历史和现

① 陈兴良:《违法性认识研究》,载《中国法学》2005年第4期,第135页。

② [德]耶赛克、魏根特:《德国刑法教科书》,徐久生译,中国法制出版社2001年版,第539页。

状，充分说明了刑事立法和违法性认识理论之间具有紧密的关联性：一方面，违法性认识理论在一定程度上影响了刑事立法；另一方面，明确的刑事立法规定又平息了各种不同学说之间的激烈争论。我国刑法草案第22稿曾经采取过如下模式：“对于不知法而犯罪的，不能免除刑事责任；但是，根据情节，可以从轻或者减轻处罚。”^①但是，我国1979年刑法和1997年刑法都没有针对违法性认识问题作出明确规定。因此，笔者认为，对违法性认识理论进行系统的研究，能够为我国今后在这方面的刑事立法做好理论上的准备。

二、研究进路

本书的主要研究方法是分析和比较。德国法学家魏德士指出，在科学研究中，问题的提出往往比问题的回答更加困难。因此，正确地提出问题至少与寻找符合事实本质的（“正确的”）答案一样重要。^②笔者认为，本书成功与否的关键，在于能否找到恰当的视角对各违法性认识理论观点进行全面的分析、比较和论证，并在此基础上提出并证成自己的主张。本书分为导言和正文两部分，正文由五章组成，具体内容安排如下：

第一章具有综述的性质，将对违法性认识理论的历史背景和观点之争展开全方位的基础性考察，提炼、概括出我国刑法理论和德日刑法理论中相互对应存在的违法性认识不要说、社会危害性认识必要说、违法性认识必要说和违法性认识可能性说四种主要违法性认识理论观点，作为本文分析、比较和研究的对象。

第二章、第三章的内容涉及各违法性认识理论观点之间的

① 冯军：《刑事责任论》，法律出版社1996年版，第204页。

② [德]魏德士：《法理学》，丁晓春、吴越译，法律出版社2005年版，第15页。