

全国中青年刑法学者专题研讨会文集

Seminars on Criminal Law

违法性认识

陈忠林 主编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

全国中青年刑法学者

Seminars on Criminal Law

违法性认识

陈忠林 主编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

违法性认识/陈忠林主编. —北京:北京大学出版社, 2006. 9
(全国中青年刑法学者专题研讨会文集)
ISBN 7-301-11059-6

I. 违… II. 陈… III. 犯罪学-研究 IV. D917

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 109004 号

书 名: 违法性认识

著作责任者: 陈忠林 主编

责任编辑: 苑 媛 王 晶

标准书号: ISBN 7-301-11059-6/D·1568

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027
出版部 62754962

电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

印 刷 者: 北京汇林印务有限公司

经 销 者: 新华书店

650 毫米×980 毫米 16 开本 25.5 印张 435 千字

2006 年 9 月第 1 版 2006 年 9 月第 1 次印刷

定 价: 39.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

总 序

“全国中青年刑法学者专题研讨会”不是一个学会,而是一个每年举行的学术论坛。迄今已经举办过两届:首届是2004年11月26日至27日在北京大学深圳研究生院举办的“刑法方法论专题研讨会”;第二届是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”。两届研讨会的论文集即将付印出版,我受邀作序,却之不恭,因而从命,此乃本序之所由来也。

当前我国每年召开的学术研讨会多如牛毛,如果每会必到,一会一文,就会耗费一个学者全部的精力,因而可能沦为“会议学者”。可悲的是,我国这样的“会议学者”并非罕见。但凡“会议学者”,大多没有自己的学术计划,更无学术追求与学术使命,而是被各种会议的议题牵着鼻子走,其文大多为应景之作,毫无学术创新可言。这样的学术会议除培养一批“会议学者”以外,其实并无太大的学术价值。现在,随着国际交流的加强,国际学术研讨会又开始盛行,诸如世界法律大会之类,不一而足,因而“会议学者”又升格为“国际会议学者”,以参加各种国际会议为荣。对于学术会议的频繁举行,我是颇有微词的,也不以缺席为耻。实际上,一些大型的学术会议,动辄数百人,各种来自不同领域,具有不同背景,怀有不同目的的人聚合在一起,除了“交结老朋友,认识新朋友”的交谊功能以外,学术氛围已经淡而又淡,学术功能也就退居末位。我以为,学术是一种个人的志业,写作更是一种个体化的行为。先有个人的“自思”,才有公众的“共思”。“共思”是以“自思”为前提的。若无前者则无后者。我并不否认学术交流的重要性及其对于个人研究的启迪性,但我国目前如此频繁、如此庞杂的学术会议,却与学术的宗旨与会议的初衷相去甚远。除了造就一些华威先生式的“会议学者”以外,我们的某些学术会议又复有何用?

当然,我并不是学术会议的虚无主义者,对于学术活动也不是一概的否定论者。只是对当下的某些以学术之名举行而无学术之实的学术会议,有所不满而已。大概与我有同感的学者不在少数,因而我们几位中青年刑法

学者凑在一起,想举办一次我们想参加的学术会议。这一动议由来已久,在我的印象中至少可以追溯到1996年的乐山刑法学年会。当时,张绍谦、冯亚东、贾宇、吴振兴、游伟等人,可能还有其他人,但我已经回想不起来了,对张绍谦和冯亚东是印象较为深刻的。当时张绍谦还在郑州大学法学院担任院长,有职务上的便利可以利用,想在次年召集一个小型的学术研讨会,讨论刑法基本理论问题。当时的设想很有吸引力,把与会者拉到某风景旅游区,可以携带家属,边游览边讨论,颇有些亚里士多德田园学派之遗风。可惜张绍谦很快想要调离郑州大学法学院,此一调动过程持续数年之久,会议的预想终于未遂。此后,冯亚东又在2002年发起在成都开会,当时冯亚东刚从四川大学法学院调到西南财经大学法学院,为创牌子,院里拨了点经费,预定在2003年5月中旬,先到成都开会,然后到海螺沟、稻城等听到地名就令人向往的风景区旅游,谓之会议的延续。没想到人算不如天算,2003年春季一场席卷全国的非典,又使这次冯亚东已辛苦筹划许久的学术会议告吹。可谓一波三折。我也于1998年从中国人民大学法学院调到北京大学法学院任教。到了2004年这一年,恰逢百年院庆,院里拨了5万元作为刑法学科举办学术庆典活动的经费,这才想起重圆那个做了近八年的学术会议的梦。这次天遂人愿,首届全国中青年刑法学者专题研讨会终于在深圳研究生院召开。这当然获益于派驻深圳研究生院的北大法学院副院长梁根林教授,他的全力筹办使会议能够圆满成功。在深圳会议上,约定第二届会议由西南政法大学承办,西南政法大学法学院院长陈忠林教授主持。在陈忠林教授的筹划下,第二届会议也获得圆满成功。如果不出意外,第三届会议将在2006年9—10月间在北京大学深圳研究生院举行,届时德国著名刑法学家克劳斯·罗克辛将受邀与会,和我国中青年刑法学者共同讨论犯罪构成体系的问题。外国学者的介入,使全国中青年刑法学者专题研讨会具有了涉外因素,这是可喜可贺之事。

我以为,全国中青年刑法学者专题研讨会最大的特点在于:小规模、专题性、开放式和争辩化。这也是我们设计的初衷,现在按照我个人的理解阐述如下:

小规模,是相对于大规模或者超大规模的学术会议而言的。小规模之小,约在20—30人左右,超出50人就不属于小规模,100人以上可谓大规模,1000人以上可谓超大规模。在我看来,会议之规模大小恰与会议之学术含量成反比:会议规模越大则学术含量越小,反之亦然。从首届和第二届全国中青年刑法学者专题研讨会的规模来看,均未超过30人,第二届只有

20 人左右。唯有会议规模小,才有深入探讨某一问题的可能。因此,小规模是首先需要坚守的一条底线。

专题性,是相对于漫无议题式的研讨活动而言的。每个学术会议都号称有中心议题,但不是中心议题过于宽泛,就是存在多个中心议题,因而使学术讨论难以集中深入。全国中青年刑法学者专题研讨会以单一性专题和小专题为中心议题,不作泛泛而论,而是有感而发。我们设想以后每年的专题设计为刑法教科书中的三级标题甚至四级标题,以某一核心概念为主题,例如第二届的违法性认识即为范例。由于专题小,非有专门研究者与会不能有发言权,由此提高了会议的专业槽,将“会议学者”拒之门外。

开放式,是相对于封闭式而言的,包括议题开放和与会人员开放。全国中青年刑法学者专题研讨会是一个开放的论坛,凡对某一议题有兴趣者均可参加。它不是一个专门的学术机构,因而是“无组织”;它又遵循一定的学术规范,因而是“有纪律”。这种“无组织有纪律”式学术会议规则能够使之长久地坚持下去。当然,这里的开放式还指会议向举办地的同学开放,首届会议在北京大学深圳研究生院召开时,参加旁听的法律硕士多达百人,同学们还向与会者提问,展开互动。第二届会议在西南政法大学召开时,参加旁听的刑法专业硕士生和博士生也有数十人,由此增添了会议的“人气”,又使会议附带地收获“教学”的功效,可谓一举多得。

争辩化,是相对于以往会议只有发言没有交锋的状况而言的。在会议进行当中,学者之间可以就某一问题展开充分而深入的观点争辩,甚至不乏脸红耳赤之状,一改学者的温良恭俭之风。尤其是陈忠林教授、冯亚东教授、冯军教授,均以好争善辩而著称于会,可惜没有实况录像,未与会者无缘一睹争辩时各位教授的风采。

学术会议的学术性不仅贯穿在会议当中,更重要的是体现在会议达成的共识上。从已经召开的两届会议来看,初步达成了某种共识。尤其是第二届关于违法性认识的讨论,尽管对于违法如何理解、违法性认识的体系性地位等问题尚有分歧,但与会者一致认为违法性认识是归责要素,这就是一个学术共识。我甚至想,能否每次会议都由主办者起草一份“关于×××问题的决议”,亦或是“宣言”,以免会后遗忘,也告未与会者周知。

我们的会议名称为“全国中青年刑法学者专题研讨会”,似有排斥老年刑法学者之嫌。当时起名的初衷有自谦之意,只是少数中青年学者的造次,未敢惊动刑法学界的老一辈学者。当然,有老年刑法学者参与指导则更是会议之幸矣。首届会议有北大法学院德高望重的储槐植教授、张文教授与

会,使会议大为增色。当然,我们也有年老的那一天,届时会议名称仍为“全国中青年刑法学者专题研讨会”,会议的主体将是那时的中青年刑法学者,而我辈则将退居二线矣。

以上感言,率性而随意,不文不白,不三不四,亦可为序乎?是为序也!

陈兴良

谨识于北京海淀锦秋知春寓所

2005年11月16日

CONTENTS 目 录

“违法性认识研讨会”实录

欢迎词 /	3
第一主题 违法性认识的概念 /	5
第二主题 违法性认识是否有存在的必要 /	37
第三主题 违法性认识在刑法体系中的地位 /	57
第四主题 违法性认识的认定 /	82

会议论文

第一部分 违法性认识概说

违法性认识研究 / 陈兴良	105
违法性认识研究 / 齐文远 熊 伟	124
违法性认识与刑法认同 / 冯亚东	136
论违法性认识 / 马荣春	146
论违法性认识的概念 / 于洪伟	153
域外刑法违法性认识辨析及其与社会 危害性认识之比较 / 唐稷尧	165
三大法系违法性认识比较研究 ——兼论“普通公民懂法”神话之破灭 / 陈世伟	179

第二部分 违法性认识在刑法体系中的地位

试论我国犯罪构成中的违法性认识 / 黄京平 陈毅坚	202
---------------------------	-----

CONTENTS 目 录

论违法性意识的本质及其在我国犯罪论 体系中的地位 / 何承斌 万志鹏	215
犯罪故意的成立:违法性认识还是社会 危害性认识 / 马家福	233
应重新定位“违法性认识”在我国刑法中 的作用 / 肖 洪	244
违法性认识不要论 / 王培斌	252

第三部分 违法性认识与故意犯罪

论违法性认识应成为犯罪故意的必备要件/ 贾 宇	259
违法性意识与犯罪故意的关系 / 周光权	271
违法性意识的可能性应是认定故意的要素/ 李邦友	289
违法性认识与犯罪故意关系论/ 谢望原 钱叶六	302
论犯罪故意中的违法性认识/ 李永升 王 博	317
论故意犯罪的违法性认识 / 吴仁碧	340
违法性是犯罪故意的认识内容吗? / 吴念胜 廖 瑜	346
论违法性认识在责任概念的构成中的地位 ——从《德国刑法典》第 17 条说开去/ 周国文	358

CONTENTS 目 录

第四部分 违法性认识的认定

略论违法性认识的几个问题 / 李希慧 简永发	370
违法性认识与定罪模式思考 / 曾粤兴	378
论违法性认识的内容及其认定 / 黎 宏	389

“违法性认识研讨会”实录*

时间:2005年10月25日至26日

地点:西南政法大学

主办:西南政法大学法学院

* 根据录音整理,已经本人审阅,整理者为西南政法大学刑法研究生姜敏(博士)、涂国虎、章栋、张红良、王金凤、于垒、周丹、蒋东、戚猛山、赵胜年、张静波、姜壮志等。

欢 迎 词

陈忠林

在这里开一个以中青年刑法学者为主体的专题研讨会,是多年来一直在与一些有相同想法的学者酝酿的事情。去年,应邀参加北京大学法学院在深圳举办的“刑法方法论专题研讨会”,会上与陈兴良教授商定,今年的会议由我们主办。经过几个月的筹备,以“违法性认识”为专题的“全国中青年刑法学者专题研讨会”,终于在我们西南政法大学召开了。从今天到 26 号,这个会议将持续两天,内容将分为违法性认识的概念、违法性认识的必要性、违法性认识的体系地位和违法性认识的认定四个主题。由于司法部召开项目专家评审会等原因,有很多原打算参会的人没来。但是,现在来参会的人中,已经聚集了全国中青年学者中相当一部分精英。我个人认为,对“违法性认识”问题感兴趣的人,即使不是精英中的精英,恐怕也应该是精英中相当精英的人。因为这个问题涉及面非常广,理论性非常强,对这个问题感兴趣的人,我想,都应该是对刑法理论研究比较深并真心热爱刑法研究的人。

今天来参加这个研讨会的,有我们中青年这一代杰出的学术代表、来自北京大学法学院的陈兴良教授,最近获得“十大中青年法学家”称号的北京师范大学卢建平教授,中南财经政法大学法学院院长,我校 78 级的校友齐文远教授,我国女性刑法学者中的代表人物,来自吉林大学法学院的李洁教授,西南财经大学的冯亚东教授,云南大学的曾粤兴教授,辽宁大学的赵丙贵教授、西南大学汪力副教授,四川省广安检察院副检察长、西南政法大学法学院李健副教授,西南政法大学法学院研究室主任李永升教授及朱建华教授、王利荣教授、李邦友教授,厦门大学何承斌博士,四川师范大学法学院副院长唐穗尧副教授,南昌师范大学马荣春博士,四川大学的莫晓宇博士,北京大学的于宏伟博士,西南民族大学廖宇老师,西南石油学院的吴念胜老师,广安检察院的甘文超、文海林检察官,湘潭大学万志鹏老师以及西南政

■ 违法性认识 ■

法大学的其他老师和博士生。向会议提交了论文,但因为种种原因没能与会的还有西北政法学院的贾宇教授、中南财经政法大学的李希慧教授、中国人民大学的黄京平教授和谢望原教授、清华大学的周光权教授和黎宏教授等,谨在此对大家的光临表示热烈的欢迎,并向会议提交了论文的其他学者表示衷心的感谢!

今天上午我们的主题是“违法性认识的概念”。主持人是北京大学的陈兴良教授,发言人是我和中南财经大学的齐文远教授。下面有请陈兴良教授主持会议。

第一主题 违法性认识的概念

主 持 人：北京大学法学院 陈兴良教授

主题发言人：西南政法大学法学院 陈忠林教授

主题发言人：中南财经政法大学法学院 齐文远教授

第一单元 主题发言

陈兴良教授：

今天上午我们讨论的主题是“违法性认识的概念”。主要就什么是违法性认识,尤其是什么是违法性进行讨论。我们有两位主发言人,一位是陈忠林教授,另一位是齐文远教授。我们议定的规则是两位主发言人每位发言时间大概是二十分钟。剩下来的时间就围绕本专题进行讨论。参加讨论的不仅有刚才我们介绍的台上在座的老师,而且包括台下所有的同学。我们期望把这个会议开成一个真正的讨论会,而不是一个报告会。下面我们欢迎陈忠林教授首先发言。

陈忠林教授：

谢谢陈兴良教授。

今天上午讨论的主题是“违法性认识的概念”。由于“违法性认识”是对“违法性”的认识,只有先知道什么是“违法性”,才可能知道什么是“违法性认识”,考虑到国内学者在什么是“违法性”上经常将汉语中的“违法性”与大陆法系刑法理论中的“违法性”混用,愿在此谈谈我对大陆法系刑法理论中的“违法性”这一概念的理解,抛砖引玉,希望能得到大家的指正。

众所周知,在大陆法系的刑法理论中,“违法性”是犯罪成立的一个条件,与“构成要件该当性”和“责任”并列,一起构成三段论的德日犯罪论体系。我认为,大陆法系刑法理论中的“违法性”概念以及这个概念中的“法”和“违”,与汉语中的“违法性”以及其中“法”和“违”字的含义是不一样的。

这种区别产生的原因,首先是由于汉语中的“法”,在大陆法系国家语言中有不同的表述方式。大陆法系国家表示“法”的方式和英语不一样,英语中的“law”与汉语中的“法”非常相近,既可表述规律,也可表示规则,既可是法学知识体系的总称,也可是法律规则体系的总和。在大陆法系国家的语言中,汉语中的“法”字通常有两种表述方式。用拉丁语来讲,有 *jus* (或 *juris*) 与 *lege* (或 *lex*) 的区别。其中的 *jus* 表示观念性的法、整体的法、价值意义的法,相当于英语里面的“justice”或“right”,即“公正”或“正确”的意思。*Jus* 这个概念,在德语中是“recht”,在法语里是“droit”,在意大利语中是“diritto”。这些单词,本义都是“直”、“平”、“公正”的意思,都是以什么是“对”、什么是“错”为核心内容。当人们用这些单词来表示汉语中的“法”的时候,主要是指自然法意义的法,价值意义的法。在拉丁语中,表示具体的成文法规规范的单词是“*lege*”或“*lex*”,这两个单词都是指具体的规定、规则。这个意义的“法”,在德语里是“gesetz”,在法语中为“loi”,在意大利语中则是“legge”。大家都知道,罪刑法定原则的拉丁语表述方式是“Nulla Poena Sine Lege”。这里的“*lege*”,就是指的具体的法。将这个表述直译为汉语,意思就是“没有成文的规则,就没有刑罚”。很显然,这个拉丁语表述是不能改成“Nulla Poena Sine Jus”的。如果改了,这个拉丁短语的意思就变成“没有正义,就没有刑罚”了,一个强调形式主义的罪刑法定原则的口号,就成为了一个主张实质主义的法治原则的宣言。

尽管在德日刑法理论中也可能找到相反的主张,我认为,德日犯罪论体系中“违法性”这个概念中的“法”,应该是指观念性的、整体性的、抽象的、价值性的“法”,而不能像我国很多学者那样将其理解为具体的规则性。从词源上考证,我这里所谈的“违法性”实际上应该是日语,源于德语“*rechtswidrig*”。前面讲过,德语“*rechtswidrig*”中“*recht*”,本来就是以表示法的“公平”、“正义”、“正确”等抽象价值为内容的;在德语中,表示违反具体法规规范的单词是“*gesetzwidrig*”,这才是真正与汉语中的“违法性”一词相应的概念。当然,我们将大陆法系刑法理论中的“违法性”中的“法”,界定为观念、价值、抽象、整体意义的“法”,最主要的原因还不在于这个词的词源,而在于大陆法系刑法理论体系本身的逻辑。

首先,我们可以根据大陆法系犯罪论体系认定“违法性”标准的角度,来说明这个概念中的“法”是价值意义的“法”。大陆法系刑法理论中,认定“违法性”的标准是什么呢?传统德日刑法理论的主流观点认为,“违法性”是指行为符合构成要件,但是不具备正当化理由。这里的“行为符合构成要

件”，是考察某行为是否具有违法性的前提。从德日犯罪论体系的逻辑来看，认定行为是否符合构成要件，是解决行为的构成要件该当性问题。因此，行为符合构成要件的问题，是在认定“违法性”的前一个阶段，即认定行为的构成要件符合性时已经解决了的问题，不是违法性认定这个阶段要解决的问题。所以，在进入“违法性”判断阶段时，认定“违法性”的标准实际上只有一个，即行为不具备阻却违法的事由。“违法阻却事由”，在大陆刑法理论体系中，也被称为“正当化理由”。因此，认定行为具备“违法性”，实际上是说符合构成要件的行为是不正当的。当然，这里的不正当，是从法律的立场上讲不正当，或者说为作为整体的法秩序所不允许。这里的“违法性”判断，显然是一个从法的立场上所作的行为正当不正当的判断，是一个整体性的价值性的判断。因此，从“违法性”认定标准的角度，我们只能得出大陆法系刑法中“违法性”中的“法”，应该是抽象的、整体的、价值意义的“法”的结论。

除“违法性”的认定标准外，大陆法系刑法中“违法性”的证明方式，也可以说明“违法性”中“法”是整体意义的抽象的法。在大陆法系刑法理论的逻辑中，证明行为“违法性”的方式与“构成要件该当性”的证明方式是不同的。后者是要证明行为符合什么刑法条文的哪些规定，而前者则是要证明行为不符合哪些刑法条文的规定。以杀人罪为例，如果我们要证明被告人的行为符合杀人罪的构成要件，就必须证明行为人主观上有杀人故意，客观上有致人死亡的行为。这里的杀人故意和杀人行为都是刑法分则规定的杀人罪必须具备的内容。但是，我们在证明杀人行为的“违法性”时，就得采取一种完全相反的思维过程，我们不是要证明行为人的杀人行为在哪些方面与法律规定相符，而是要证明行为人的杀人行为与法律的规定不相符，要证明行为不存在法律规定的阻却违法事由，要证明行为不符合刑法规定的正当防卫、紧急避险等正当行为的条件。换言之，大陆法系刑法中的“违法性”是一种在只能以“不符合（刑法关于正当化事由的规定）”、“不存在（违法阻却事由）”为标准来证明的东西，只能是一种不能以具体的实在为表现形式的东西，这种东西不可能不是一种抽象的东西。

大陆法系刑法中“违法性”的证明方式，不仅可以说明这种“违法性”中的“法”是抽象的价值的法，同时还可以说明这种“违法性”中的“法”是整体性的法，不是某个具体的法规范。为什么这里的“法”应该是整体性的法，而不是某个具体的刑法规范呢？因为我们在证明行为的“违法性”时，要证明的内容是行为不具备法律规定的正当化理由，而法律关于正当化事由的规