



烟台大学《三元法学文丛》

违法性认识的中国语境展开

李涛 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



烟台大学《三元法学文丛》

违法性认识的中国语境展开

李 涛 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

违法性认识的中国语境展开 / 李涛著. —北京:
法律出版社, 2015
(三元法学文丛)
ISBN 978 - 7 - 5118 - 8409 - 1

I. ①违… II. ①李… III. ①犯罪学—研究—中国
IV. ①D924.114

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 205276 号

©法律出版社·中国

责任编辑/徐蕊

装帧设计/凌点工作室

出版/法律出版社

编辑统筹/法律教育出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京京华虎彩印刷有限公司

责任印制/沙磊

开本/720毫米×960毫米 1/16

印张/13.25 字数/217千

版本/2016年1月第1版

印次/2016年1月第1次印刷

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 - 8409 - 1

定价:45.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

编 委 会

主 任 郭明瑞 房绍坤

委 员 (以姓氏笔画为序)

亓健生 汤 唯 杨立新

汪建成 宋振武 张平华

范李璵 金福海 房绍坤

郭明瑞 唐广良 潘维大

秘书长 刘经靖 徐 蕊

《三元法学文丛》总序

为拥有自己的文库,打造学术品牌,在法律出版社的鼎力支持下,烟台大学法律人推出了《三元法学文丛》。这是一件值得庆贺的事情。

文丛何以得名?盖因烟大校园中心有一湖,名曰“三元湖”。“三元”者含义有三:一者古有连中三元之说;二者,烟大为地方出资,北大、清华援建而成;三者湖面一分为三。三元湖中,三个圆形湖面,心心相连;湖心有岛,湖上横跨小桥,四周翠柳环绕。春来鸟语花香,闲观鱼翔浅底;冬去冰雪沉卧,平增学子嬉戏。聆听着湖畔钟楼里催人振奋的钟声,徜徉于石道上感受着扑面而来的杨柳风,感受到的是远离尘嚣的寂静,读懂的绝对不止湖边图书馆内的老书。

不知不觉中,始建于1984年的烟大法学专业,已走过了30个年头。三十年间,在杨春洗、杨殿升、郭明瑞、汪建成、房绍坤、汤唯、金福海等为代表的烟大法律人的共同努力下,烟大法学已形成了“教研并重、严谨扎实、和谐诚信”的优良传统,整体水平省内领先、部分学科在全国有较大影响力,成为中国法学教育和研究的一方重镇。

三十年间,三元湖见证了烟大法学的风雨历程,分享着烟大法律人的喜悦和失意;见证着办学规模由起初的不足百人而至今天的上千人,送走了一批批朝气蓬勃的学子;见证着法律系办公室由寥寥数间发展到拥有独立庭院的法学楼,期待着法学院的日新月异。变幻的是时空,但不变的是烟大法律人对法学的忠诚和毅力。三元湖可以作证!

三元湖懂得感恩,三元湖水或涌于地下,或来自天上,涓涓溪流滋养着她、滂沱大雨浇灌着她,三元湖用她的一泓清水感谢着天地。三元湖也用她自己建起一座友谊的丰碑,记载下了北大、清华、烟台市及各方力量在创办烟大、建设烟大的丰功伟绩。三元湖畔的法律人广交四海俊杰、贤达,他们的进步凝聚

着朋友的心血。他们的劳动成果又怎能不刻上三元湖的名字,藉此公告世人、报恩于世人?

三元湖是俊秀的,但她懂得领略东门外一望无际的黄海;三元湖是安静的,但她能够听到大海的奔腾不息。俊秀的、安静的三元湖在告诫烟大法律人不要在湖光山色中沉醉,不应在春风细雨中沾沾自喜。《三元法学文丛》是我们身后的路标,它告诉我们前方还有远远的路……

我们荣幸地邀请到了国内及台湾地区十余名学者组成编委会,掌管文丛方略大计;我们将以质量为文丛之生命,以学术性为追求指标,坚持宁缺毋滥的原则;我们期望烟大法律人(文丛的作者包括了烟台大学法学院现任专任、兼任教师及曾经在烟台大学工作的教师,烟大法学院的校友等)能在这一舞台上自信地展示自己,哪怕所展示的还不值得称道;真诚地奉献自己,哪怕所奉献的成果还显青涩;要勇敢地在舞台上走下去,哪怕不知道路在何方。

A handwritten signature in black ink, appearing to read '韩明' (Han Ming), written in a cursive, flowing style.

2013年8月

序

最早认识李涛君,是在1999年秋天。那时我在为院里的统招法律硕士单独开设刑法课。他个子不高,瘦瘦的,上课时在他们9个人中倒是显得不太活跃。真正让我对他熟悉起来,还是通过王志远。

我带了4名99级硕士生:刘芳、王志远、陆敏和冯一文。我让他们每两周读一本书,然后交流读书心得。他们都很好地完成了我交给的任务,志远尤其突出。志远经常给我讲,他自己读书读得很苦闷,读过之后总想找个听众听他唠唠自己的收获。这种听众不太好找,后来就找到了他的老乡李涛。李涛可以耐心地听他讲,听完之后还可以“吹毛求疵”地发表几句评论。这倒使我大为惊异。凭着我的经验,这种可以注意细节的人,如果不钻牛角尖,倒是具有一定的学术发展潜力,因为他们已经展示了自己的学术热情和敏锐的洞察力。后来给99级硕士开设外国刑法课,我与他们的接触逐渐增多。李涛留给我的印象也逐渐清晰、鲜活起来。一个挺老实的山东男孩,为人处世有些天真、木讷,说话时显得比较严肃,总把别人说的话都当了真。根据我的了解,他那几年下工夫读了些书,快速弥补了自己并非科班出身、专业知识不够扎实的缺陷。

由于当时统招的法律硕士人数较少,在他们毕业时也就没有给他们组织单独的毕业论文答辩,而是要求他们跟随自己入学后选定的专业方向的法学硕士们一起答辩。李涛同冯一文一道按照要求参加了刑事法组的答辩。李涛在毕业论文答辩中,表现比较突出,个人的陈述做到了脱稿进行,回答问题比较从容、自信,较为流畅、圆满地回答了答辩组老师提出的问题,最后的答辩成绩被评为“优秀”。

毕业后,李涛到烟台大学法学院任教,自此我也就比较少地听到他的消息。除了一些节日的问候,也就是通过志远零零星星地听到他一些音讯。2005年春,他到长春来,我才又一次见到他。他还是那个样子,就是人长胖了

不少。交谈中,我们几个给他上过课的老师,对他的沉寂表示了批评,认为他不应当这样消沉下去,应当趁着年轻努力奋进。他当即表示,自己要努力考博,并争取我们几位老师的支持。我也鼓励他好好努力,回去后认真准备博士生入学考试。2006年春天,他参加了院里的博士研究生入学考试,最终顺利地考取了博士研究生。

入学之后,他被分到了孙谦教授名下。但由于孙教授公务繁忙,他的3名学生由我负责日常的指导。这样,李涛与我的交流开始增多,我惊喜地发现了他在人际交流上的进步:他不仅与我聊他的学习、工作、家庭,还会与我们家杨先生聊上一通,而不再像以前那样,一说话就声音发颤,脸色变白,两手微微发抖。在确定毕业论文的选题时,他除与孙谦教授进行协商外,还专门征求了我的意见。开始他准备研究刑法中的“比例原则”。我问他,这到底是一个什么题目,“比例原则”究竟包括什么内容。他解释道,韩愈说“物不得其平则鸣”,所以,任何行为在刑法上都应当得到其应有的评价,如它是否应当入罪,如果应当入罪,其刑罚应当如何。这就是他所谓的“比例”。可以看得出,这是一个很有意思的、跨越罪与非罪界限而又关涉罪刑均衡的题目。但最终,考虑到该题目的模糊性,加之行政法中有专门研究“比例原则”的,他还是在我的建议下放弃了这个题目。几经周折,他最后选定了违法性认识作为自己的毕业论文主题。现在这本论文要出版了,就是摆在我面前的这本《违法性认识的中国语境展开》。

根据我的掌握,这些年来,围绕着违法性认识,学界出版了不少论文,也出版了几本相关的专著,有些还在学界产生了广泛的影响与共鸣,如贾宇教授的那篇《犯罪故意概念的评析与重构》。而在2005年西南政法大学召开的第二届“全国中青年刑法学者论坛”就以违法性认识作为讨论的主题。既然如此,本书的存在价值何在?在我看来,其独特之处在于如下几点:

第一,在大量占有资料的基础上,通过对评价性认识的历史嬗变之考察,得出了一个新奇的结论:在古代,无论中国还是西方社会,处罚犯罪人一般也要求行为人具有某种评价性认识,但该评价性认识并非违法性认识,而是某种前法律规范的伦理性认识或宗教戒律之认识。这就大大颠覆了我们通常的印象。与此同时,本书还对古代社会中不要求违法性认识之历史合理性给出了简要说明。

第二,本书力图证明在现代法治条件下,违法性认识(及其可能性)存在的必要性,提出了违法性认识的四条理论依据:罪刑法定原则的必然延伸、规范责任论的内在要求、刑法的规制机能的逻辑前提及一般预防之需要。通过

对于违法性认识各种观点的分析、比较,借助于违法性认识确立的价值前提及对于违法性认识前提概念之考察,结合中国的刑法理论体系框架,得出了违法性认识的概念:违法性认识为行为人对于自己行为及其构成要件结果违反刑法规范的认识。

第三,本书通过如下论证完成了对社会危害性认识的批判:通过现代哲学反对本质主义及形而上学概念的事实,提出以本质主义为基础的社会危害性理论与现代哲学观念相冲突;由于社会危害性自身尚不足以区分犯罪与其他关联行为,指出了作为犯罪本质属性的社会危害性与本质可以界分事物的内在规定性之间的矛盾;社会危害性混淆了立法论与解释论的视角,不恰当地以立法论视角代替了解释论的视角;以社会危害性理论作为犯罪的本质属性,必将由于社会危害性不明确而导致公民行为萎缩从而与罪刑法定精神追求相龃龉的结果。同时,基于认识论中通过现象认识本质的一般原理和不同主体间进行交流的一般途径的理论,指出应当以违法性认识取代社会危害性认识。

第四,在关于违法性认识的体系地位问题上,提出违法性认识及其可能性为过失中结果预见义务和结果回避义务之间的连接点,违法性认识及其可能性以刑事责任能力为基础,同时它们又成为期待可能性的前提的观点。

第五,违法认识之所以受到否定,最重要的原因是出于功利主义的考量,担心出现放纵犯罪的结果。所以,本书以一章的篇幅来处理违法性认识及其可能性的认定问题。本书提出,违法性认识的认定应当由控方负责举证,但可以通过推定的方法来有效降低其证明难度;在违法性认识可能性的认定中,应当转换思路,先对于罕见的违法性错误不可避免的情况进行认定,除此,则行为入违法性错误都可能避免,亦即行为人都具有违法性认识之可能性。

当然,本书也存在一些瑕疵,是需要作者将来进一步思考和认真研究的,也许可以作为其下一步的学术增长点:

第一,在对于评价性认识历史嬗变的考察中,对于西方资料的占有显然还存在不足。或者是由于西方法制史资料收集的困难,这章内容中关于西方的原始资料与中国古代的法制史料相比较,显得比较单薄,更多的是一种理论的论证。这就在一定程度上减弱了文章的说服力。

第二,在第二章第一节中,违法性认识中的“法”被界定为“抽象的、价值的、整体的法”,但紧接着又将违法性认识理解为“行为入对自己行为及构成要件结果违反刑法规范之认识”。可以看出,这后面的违法性认识中的“法”应当为具体的刑法规范。如此,前后对于“法”的理解存在紧张关系,对于违法性认识的界定没有能够满足理论的自洽性要求,缺乏逻辑上的一致性。

第三,第五章对于违法性认识及其可能性的认定,论述仍显单薄。事实上,作者主动触及该问题,足以说明作者已经认识到违法性认识及其可能性的认定,是关涉违法性认识必要性是否可以得到承认(尤其是实务部门的承认)的重要问题。令人遗憾的是,书中对于该问题的处理稍显差强人意,还有进一步加强的空间。希望作者以后在此多下工夫,为违法性认识的全面承认彻底扫清障碍。

瑕不掩瑜,虽然本书存在上述瑕疵,但总体上而言,是一本合格的著作,当年博士论文答辩时答辩委员会给出的“良好”的评价是合适的。我很欣慰地看到本书即将出版,也希望李涛可以以此为契机真正实现自己在事业上的突破与创新。

是为序。

李 洁

2014年7月10日于长春

前 言

一、本书题目的缘起

在各个部门法的比较中,有一个有趣的现象,刑法中有所谓的违法性认识理论存在,而民法和行政法中则没有对应的理论。何以如此?众所周知,古罗马法中有句法律格言,“不知法律不免责”。表面看起来,这句法律格言和违法性认识的要求相冲突,果真如此?为什么当时会有这样的格言存在,其历史合理性何在?现代的违法性认识存在的理论基础又是什么?本书可以视为对上述问题进行解答的一种自觉的理论尝试。

或许本书在较大程度上为一本务虚的著作,因为我国刑法中事实上不存在对违法性认识规定的规定,而是明确规定了对社会危害性认识的要求。社会危害性认识与违法性认识是什么关系?真的如有的学者所说,社会危害性认识是违法性认识的中国化表述?

在承认违法性认识必要性的前提下,其在犯罪论体系中地位如何,尤其是在中国现有的理论框架下,它应当处于什么位置?不同类型的犯罪对违法性认识的要求有无差别?如果不具备违法性认识,甚至也不具有其可能性,又会对犯罪的成立产生何等影响?

无论国内国外,在违法性认识的要求上,仍存有否定性观点。其论证的重要依据为一种纯粹功利主义的思想,是出于对司法实践的忧虑。否定论者认为,如果要求违法性认识,则会成为犯罪人逃避刑罚惩罚的借口,因为他们自己单纯地对违法性认识矢口否认就可以成为免责的理由。假使承认违法性认识为犯罪成立的必备要素,就必然会导致上述恶果?是否有一种可行的方案,既满足对违法性认识的要求,又堪遏制该后果?

上述问题,要回答清楚,殊非易事。学界早已有人开始做这些工作,也有了几本专著和数十篇论文。值得提及的是,其中有数以十计的硕士学位论文和一篇博士论文,甚至2005年在西南政法大学召开的第二届“全国中青年刑

法学者论坛”就以违法性认识作为讨论的主题,事后又出版了以违法性认识为名的专题论文集。但总体来看,理论界只是在近几年才开始真正重视对违法性认识的研究,之前只有一些零散的研究片段。如此,违法性认识理论中仍然存在许多有待深入探讨和研究的问题,就是再正常不过的事情。在此种对违法性认识的研究仍然稍显单薄的情况下,违法性认识的研究也就并非一个完全过时的理论话题。基于此,笔者选取了违法性认识作为自己的写作内容。同时,考虑到犯罪成立要素的定位与犯罪成立理论体系息息相关,而中国目前的犯罪论体系,无论是与以德国、日本为代表的大陆法系国家之犯罪论体系相比较,抑或与以英国和美国为代表的英美法系国家的犯罪论体系相比较,均有其特殊性,如此就会影响到违法性认识在犯罪论体系中的定位,而本书的落脚点恰恰在于中国的违法性认识问题研究,所以书名定为《违法性认识的中国语境展开》。虽然并非妄自菲薄,但不得不承认,以笔者的自身学养,不敢奢求多少“突破性”进展。但毕竟在该问题上曾经进行了大量的思考,有了一点小小的心得体会。笔者不揣浅薄,甘愿将自己的心得捧出,以期抛砖引玉。倘若在某些点上,可以激起学界的兴趣,则已经远远超乎笔者想象了。在笔者看来,本书中提问题要多过回答问题,也仅仅是在该理论上,又发现了两三个问题点,且尝试着给出自己的不成熟回答,或者是对于一些学界已有问题试图给出自己的回答,仅此而已。

二、主题的目的和意义

本书紧紧围绕着违法性认识,再结合中国的刑法框架进行展开,主要是力图对如下几个方面的问题进行回答,以廓清学界存在的争议:一是如何看待古罗马法的“不知法律不免责”和现代的违法性认识要求,古代人治社会和现代法治社会在该问题上果真水火不容、针锋相对?二是我国古代社会对于评价性认识的问题如何看待,立法上如何体现社会主流观念,为什么会形成此种局面?三是试图给出中国刑法体系下的违法性认识的定义,尤其是意图彻底厘清违法性认识与社会危害性认识的关系。四是对违法性认识进行理论定位,确定其在犯罪论体系中的地位及其与相关概念的关系。五是违法性认识错误的具体类型,它们对于行为人刑事责任具有何等影响?最后,也是最有挑战性的一个问题为如何在司法实践中来认定违法性认识,或者在不具有现实的违法性认识的情况下,如何认定违法性认识的可能性?

笔者认为,解决好上面的几个问题,至少会具有如下两方面的积极意义:

首先就是其积极的理论意义。一是有助于扭转我们对于古人的偏见。我们强调现代法治社会的历史进步意义,诚然这是不容否认的事实,但在某些事

项上的进步远不如我们所想象的那般巨大,在违法性认识上即是如此。经过审慎思考,许多时候得出与常识大相径庭之结论其实不足为奇。在评价性认识的问题上,古代社会并不像我们以往认为的那般野蛮,古人和现代人的做法之差距并非宽如鸿沟,所不同的只是在于评价性认识的表现形式。二是有助于促进我国刑法学界和国外同行的理论对话。现代国家尤其是以德国、日本为代表的大陆法系国家认可违法性认识及其可能性是犯罪成立要件,立法中对此也有所体现;英美法系国家虽然有“不知法律不免责”的传统,但在该问题上也出现了松动。而我国刑法中并没有对于违法性认识的明文规定,相反,我国规定了社会危害性认识。如此,厘清违法性认识与我国刑法规定的社会危害性认识的关系就是一个关系到我国学界如何与国际接轨,如何与国外同行在相同理论平台上进行对话的严肃理论问题,而并非仅仅是字词游戏。三是有助于我国犯罪论理论体系的重构。在对违法性认识进行研究的过程中,始终无法绕过犯罪成立理论体系,这就为学界作为当前研究重点、热点和难点的中国犯罪论体系的重构又提供了新的素材。认真地研究违法性认识,显然可以使我们的犯罪论体系更具有有一种自洽性,更好地符合现代法治精神的要求。四是有助于加深对于关联概念的认识与理解。任何概念都不是孤零零的存在,都存在一批关联概念。对于一个概念的深入研究,必将惠及其关联概念。所以,研究违法性认识的过程,毫无疑问会加深对其关联概念的理解,如故意和过失的概念,或者会得出一些令人耳目一新的结论也未可知。

其次为其实践意义。刑法学毕竟不是单纯的理论玄学,相反,它是实践性最强的法学部门学科之一。刑法理论不仅仅是为了理论而理论,还要考虑到司法实践的运作。某一刑法理论,即便逻辑上没有破绽,可以自圆其说、自成一体,但如果缺乏司法实践要求的可行性,就如同老鼠欲往猫颈上系铃铛一般,恐怕对于刑法学而言也只是聊胜于无的理论。以往违法性认识在中国之所以饱受非议,在很大程度上源于它及其可能性认定的困难。而本书的最后一部分在广泛借鉴国外理论及实践的基础上,试图为我国刑事司法实践中如何认定违法性认识及其可能性提供解答。最后的结果可否令人满意固然难以预料,但至少可以视为笔者在这方面的理论自觉。

三、本书的核心观点

在古代社会中,无论中国还是西方,虽然不存在违法性认识之要求,却有形形色色的其他评价性认识要求存在,而作为问题的违法性认识是到了近现代社会才成为一个真正的问题。违法性认识应当理解为行为人对于自己行为及其构成要件结果违反刑法规范之认识。从现代法治精神限制政治国家对市

民社会的过度干涉出发,考虑到罪刑法定原则的延伸、规范责任论的内在要求、刑法规制机能发挥作用的逻辑前提以及一般预防尤其是积极的规范预防论对于法律规范内化(规范的确立)的目标追求,违法性认识对于故意犯罪的成立是必要的。在中国当前的刑法语境下,虽然存在社会危害性认识的明文规定,但违法性认识仍然是必要的,而社会危害性认识则因为其内在的缺陷并不足取。在我国现行的犯罪论理论框架之下,违法性认识(及其可能性)只能作为故意和过失中的一种规范性要件而存在。而且它与责任能力和期待可能性也都发生关系,其以前者为基础而又成为后者的前提。如果发生违法性错误,则对于行为人的刑事责任产生影响,像假想防卫这种因为对于客观事实有不正确认识而对违法性产生误解的情况,应当以过失犯罪或意外事件论处。违法性认识的认定是可行的,可以由控方以推定的方式来进行举证;而违法性认识的可能性之认定可以通过认定违法性错误不可避免的情况加以解决。总之,通过一套可行的制度设计与操作,可以在尊重公民个人的主体性地位、保障公民的权利、防止公共权力的恣意干涉与避免放纵犯罪的追求之间达致相对的平衡。

四、本书的研究方法

考虑到在该论题上,国外的研究相对比较深入,大陆法系的论理精深而英美法系尤其是美国的做法则对于举证责任的分配比较具有可操作性,所以本书主要采用比较借鉴的方法进行研究。当然,比较并不只是在横向的维度上展开,在纵向上的发展变化也会有所提及。毕竟现实都是由历史决定的,只有通晓了历史,才可以更好地理解现实。所以,本书是在横向和纵向两个维度上展开比较研究的。

目 录

前 言	(1)
第一章 评价性认识的历史嬗变	(1)
第一节 评价性认识的古代形态	(2)
第二节 评价性认识的近现代形态	(31)
第三节 作为问题的违法性认识	(46)
第二章 违法性认识的概念	(48)
第一节 违法性认识的理论依据	(48)
第二节 违法性认识的前提概念	(52)
第三节 违法性认识的内容	(65)
第三章 违法性认识的体系地位	(87)
第一节 违法性认识与故意	(87)
第二节 违法性认识与过失	(110)
第三节 违法性认识与责任能力、期待可能性	(121)
第四章 违法性错误	(125)
第一节 违法性错误的概念	(125)
第二节 违法性错误的类型	(136)
第五章 违法性认识及其可能性之认定	(151)
第一节 违法性认识之认定	(151)
第二节 违法性认识可能性之认定——违法性错误的可避免性	(171)
结 语	(180)
参考文献	(182)
后 记	(191)

第一章 评价性认识的历史嬗变

纵观人类社会的历史,可以发现一个有趣的现象:人类经常面临相似乃至相同的问题,但缘于所处历史阶段及其社会背景、文化传统诸方面的差异,人们往往给出不同的解答。在人类社会的发展中该现象已屡见不鲜,一再上演,并且必将随着人类社会的脚步继续出现。作为人类社会重要组成部分的法律现象,也验证了这一规律。例如,处罚犯罪人是否需要行为人对自已的行为之违法性具有认识?通过对古今中外的历史考察,该规律就得以呈现。当然,诚如上文所言,由于社会背景、文化传统等方面的不同,古今中外对此的回答并不完全相同。甚至,在面临相似问题时,使用的术语都存在差异。因此,“违法性认识”很难涵盖这一问题的历史形态,所以在本章中将使用“评价性认识”这一“违法性认识”的上位概念,盖因“违法性认识”作为一种“评价性认识”,^[1]不证自明。

通过对评价性认识的全方位历史考察,本章勾勒出评价性认识的历史演变轨迹。这就为后面对违法性认识必要性的讨论奠定了厚重的历史基础,使其不至于显得太过突兀。

[1] 自然,“评价性认识”这一术语并非笔者首创。就笔者所知,至少早在2002年,学界已经有人使用该术语。依据赵秉志教授的观点,“行为人对构成要件的事实的评价性认识,是指行为人在行为前或行为时对自己行为是否具有社会危害性或是否违反法律的主观上的自我评价”[参见高铭喧主编:《刑法专论》(上编),高等教育出版社2002年版,第263页]。当然,在本章中,评价性认识的外延要广于赵教授的定义,这点在下文中有明确的体现。

第一节 评价性认识的古代形态

一、古代西方社会的“不知法律不免责”^{〔1〕}

自古罗马法以来,“不知法律不免责”^{〔2〕}(也有的译为“不知法律不宽恕”、“不知法律不赦”、“法律错误不被允许”、“不知法律不免罪”、“法律的错误不宥恕”^{〔3〕}、“对法律的不知不得作为抗辩理由”^{〔4〕}等)(*Ignorantia juris non excusat. Ignorantis legis non excusat. Ignorance of the law is no excuse.*^{〔5〕})就成为西方社会中最广为人知的一句刑法格言。^{〔6〕}随便翻开一本法律词典,我们就可以发现一个与之相关的拉丁语词条群:^{〔7〕}

Ignorantia excusatur, non juris sed facti. (所谓以不知作抗辩,仅指对事实的不知,并非指对法律的不知。)

Ignorantia facti excusat, ignorantia juris non excusat. (对事实的不知可作为抗辩理由,对法律的不知则不能作为抗辩理由。)

Ignorantia juris haud excusat. (对法律的不知绝对不得作为抗辩理由。)

Ignorantia juris neminem excusat. (Ignorantia legis neminem excusat. 任何人不得以对法律的不知作为抗辩理由。)

Ignorantia juris quod quisque tenetur scire, neminem excusat. (对所有人均应知之法律不知者不得以之为抗辩。)

Ignorantia praesumitur ubi scientia non probatur. (不能证明知道者,即被推

〔1〕 本节内容,多处借鉴吸收了清华大学张明楷教授的研究成果,在此谨表谢意(参见张明楷:《刑法格言的展开》,法律出版社2003年版,第199~217页)。

〔2〕 张明楷:《刑法格言的展开》,法律出版社2003年版,第199页。

〔3〕 蔡枢衡:《中国刑法史》,中国法制出版社2005年版,第182页。

〔4〕 薛波主编,潘汉典总审订:《元照英美法词典》,法律出版社2003年版,第658页。

〔5〕 亦有学者将该格言表述为“*Ignorance of law is no excuse.*”,不知典出何处,参见储槐植:《美国刑法》,北京大学出版社2005年版,第70页。从与其他文献的对比来看,笔者认为,该学者可能是在上文中脱漏了“*the*”这一单词,因为按照有些论者的观点,“人人都应当知道其本国的法律,不能以不知道法律规定作为抗辩理由。这里的法律(笔者按:*the law*)仅指其本国法律,不包括外国法”,参见薛波主编,潘汉典总审订:《元照英美法词典》,法律出版社2003年版,第658页。

〔6〕 Arnold H. Loewy, *Criminal Law*, Law Express, 2004, p. 141.

〔7〕 薛波主编,潘汉典总审订:《元照英美法词典》,法律出版社2003年版,第658~659页。