

责任原则、预防政策与违法性认识

陈璇

【摘要】在摒弃“不知法不免责”观念的前提下,应将违法性认识确定为犯罪故意的组成部分。理由在于:其一,以我国《刑法》第14条的规定为基点,从规范的故意概念出发,故意的认识对象不能脱离行为的违法性;其二,违法性认识错误的可谴责性并非自始高于事实认识错误;其三,责任说对责任原则所作的软化处理,难以经受合宪性解释的考验。违法性认识的具体判断方法是:第一,根据“双层次理论”,在将违法性认识对象确定为法律规范的前提下,行为人具备违法性认识的最低标准,是他对立法者据以订立禁止规范的行为反价值性有所认知。第二,不能过于狭窄地理解违法性认识的现实存在形式,违法性认识完全可以借助脱离了语言载体的事物性思考来得以实现。

【关键词】违法性认识;责任原则;刑事政策;一般预防;故意

【作者简介】陈璇,中国人民大学法学院副教授,中国人民大学刑事法律科学研究中心研究员,法学博士。

【原文出处】《清华法学》(京),2018.5.89~111

【基金项目】本文系国家社科基金青年项目“刑法中紧急权的体系与解释研究”(批准号:15CFX036)的阶段成果。

一、问题、素材与思考路径

在当代中国,一方面,以现代工商业社会为基础的国家制定法与传统社会中的乡规民俗难免存在冲突;另一方面,经济发展与对外开放又使得中国处在人口频繁流动的时期,不论是农村居民进入城市还是外国人进入中国,都不可避免地会引发大量因法律认知不足而违法的现象。是故,公民的法律意识便成为法哲学在探讨法治实现模式与路径时难以回避的议题;法律认识的欠缺是否以及如何影响公民的刑事责任,也就成为刑法理论中备受关注的话题。^①

或许是因为在相当长的时间里,我国的审判实践极少涉及违法性认识的问题,故具有研究价值的判例寥若晨星,以致学界苦于“巧妇难为无米之炊”,无从结合鲜活的案例精细地开发和总结违法性认识判断的方法与规则。但是,近年来,“村民逮蛤蟆被判刑”、“大学生掏鸟窝被判10年”、“老太摆射击摊获刑”之类的案件频频见诸媒体、屡屡牵动社会神经,

使得违法性认识的研究获得了较为丰富的实践素材。在此,笔者选出下列5个典型案例以作本文分析之用。

[案例1]:2006年8月7日,被告人加某(马里共和国国籍)在广州白云机场找到即将乘坐某次航班出境的阿马杜·桑某和阿卜杜·乌杜,委托他们将两个装有光盘的行李箱带回加蓬,以便将光盘在加蓬出售牟利。阿马杜·桑某和阿卜杜·乌杜出境时走无申报通道,未向海关申报任何物品。海关关员在对其托运行李进行检查时,查获光盘1471张。经鉴定,其中1426张光盘属淫秽物品。法院认定加某犯走私淫秽物品罪,判处有期徒刑1年,并处罚金人民币5000元,刑满后驱逐出境。在案件审理过程中,加某及其辩护人提出:“被告人加某存在着事实认识和法律认识的错误,加蓬国政府对销售淫秽物品没有禁止,以致被告人加某误以为该行为在我国亦是得到政府允许的,因而将淫秽光盘误以为如普通衣物一样无须申报,不具有犯罪的主观故意。”^②

[案例2]:2005年初,被告人杨某某(印度尼西亚共和国国籍)、甘某某(马来西亚联邦国籍)在英属维京群岛注册成立DIRECTFOREX.ASIA INC(中文名:德福亚洲公司),并在境外租借ICTS期货保证金交易平台。2006年8月,杨某某注册成立上海德琛投资顾问有限公司(以下简称德琛公司),经营范围为投资咨询、企业管理。2006年9月4日至2009年1月14日期间,为牟取非法利益,在未经国家有关主管部门批准的情况下,杨某某、甘某某通过设立网站宣传、德琛公司业务员随机拨打电话号码等方式招揽客户从事外汇、黄金等保证金交易。愿意投资的客户可以至德琛公司,德琛公司以德福亚洲公司名义与客户签订客户交易协议书,客户也可以登录公司的网站申请开户。客户将投资款汇入德福亚洲公司在香港东亚银行的账户后,可登录德琛公司、德福亚洲公司提供的ICTS交易平台进行外汇、黄金、白银、SP500股指、原油保证金交易。德福亚洲公司共收取945名客户保证金美元1163万余元,收取交易佣金美元305万余元。法院认定杨某某、甘某某犯有非法经营罪。在案件审理过程中,被告人及其辩护人提出,保证金交易在中国境外并不受禁止,两被告人主观上并不明知其所从事的保证金交易为我国法律所禁止。^③

[案例3]:2014年7月6日7时许,被告人汪某某在河南省确山县留庄镇谭楼村任庄西组捕猎蟾蜍,被当场查获蟾蜍87只,及捕猎蟾蜍的工具,经确山县林业技术工程师鉴定,本次查获的蟾蜍种类为中华蟾蜍。根据《国家保护的有益的或有重要经济、科学研究价值的陆生野生动物名录》中的蟾蜍科种类,中华蟾蜍属于国家保护的有益的或者有重要经济、科学研究价值的陆生野生动物。河南省林业厅于2000年3月2日将确山县列入河南省禁猎区域。法院认定汪某某犯非法狩猎罪,判处拘役三个月。^④

[案例4]:2014年7月14日左右的一天,被告人闫某某、王某某在辉县市高庄乡土楼村一树林内非法猎捕燕隼12只(国家二级保护动物),后逃跑一只,死亡一只。2014年7月27日,被告人闫某某和王某某在辉县市高庄乡土楼村一树林内非法猎捕燕隼2只及隼形目隼科动物2只,共计4只。法院认定闫某

某、王某某的行为构成非法猎捕珍贵、濒危野生动物罪。在案件审理过程中,两被告人的辩护人提出,二人并不明知猎捕的隼为国家二级保护动物。^⑤

[案例5]:2016年8月至10月,被告人赵某某在天津市河北区李公祠大街附近的海河亲水平台,摆设射击游艺摊位进行营利活动。2016年10月12日22时许,民警在巡查过程中,当场在赵某某经营的摊位上查获枪形物9支及配件、塑料弹等物。经公安局物证鉴定中心鉴定,现场查获的9支枪形物中的6支,为能正常发射、以压缩气体为动力的枪支。一审法院以非法持有枪支罪判处赵某某有期徒刑3年6个月;二审法院维持原判定罪部分,改判被告人有期徒刑3年,缓刑3年。在案件审理过程中,辩护人提出,赵某某“始终认为自己持有的是玩具枪而非真枪,其对行为对象存在认识错误,不具备非法持有枪支犯罪的主观故意。”^⑥

笔者将以责任原则与预防政策的关系为主线,首先对“不知法不免责”的传统观念展开反思;接着,在确定违法性认识对于刑事归责的成立具有意义的前提下,进一步提出并论证违法性认识属于犯罪故意组成部分的观点;最后,结合上述案例探讨判断违法性认识存在与否的具体标准。

二、研究前提的确定:违法性认识具有影响归责的功能

(一)反思责任与预防的关系

责任原则主要包含以下三项规定:①无责任即无刑罚原则。为了克服人类历史早期曾经盛行的结果责任,要求犯罪的成立必须以不法行为可归责于行为人为前提。②责任与不法相对应原则。即,责任的范围必须涵盖不法的所有要素,只有当行为人对不法行为的每一环节和要素均有避免能力时,才能让他为此承担罪责。③责刑相配原则。即,刑罚的幅度不得逾越行为人责任的上限。^⑦

刑法理论往往习惯于将责任和预防看成是相互对立、此消彼长的两个范畴。^⑧但事实上,在现代法治社会中,责任与预防并非完全二元对立。对责任原则的贯彻并不仅仅是基于人权保障的要求,它在相当程度上恰恰是实现犯罪预防的内在需要和必备条件。刑罚的预防机能分为特别预防与一般预防。

前者并不是不择手段地断绝行为人的再犯可能性,而是试图通过促使行为人复归社会,从而避免其重蹈覆辙;后者所指的也不再是“杀一儆百”式的消极恫吓,而是借助刑罚积极地维护公民对法规范的忠诚。无论是对社会的复归还是对法忠诚的维护,均以刑罚的实施能够得到公民的信服和认同为前提。可是,一旦犯罪成立与否不考虑行为人是否具有避免实施不法行为的能力,那么刑罚就背离了公民心中基本的公正观念,国家的预防目标也将最终归于落空。一方面,社会复归的实现离不开行为人自己的配合和参与。如果行为人发现自己并不是因为做了值得谴责的事情才受到制裁,那么他对于自己所遭受的刑罚就不可能心悦诚服,其内心的抵触态度必然会极大地妨碍其再社会化。^⑨另一方面,对法忠诚态度的培养同样也不能仅凭国家对法律的单方推行,而必须建立在公民对法规范由衷表示接受和尊重的基础之上。当社会成员发现,就连毫无过错的人也会面临牢狱之灾时,法秩序在他们眼中就会沦为一个不近情理、纯粹依仗国家强力保障施行的暴政。于是,规范自然就难以获得公民发自内心的信仰。^⑩

结合以上关于责任原则以及责任与预防之间关系的分析,我们会发现,广泛存在于我国刑法理论与实践中的“不知法不免责”观念,存在重大疑问。

(二)告别“不知法不免责”的观念

主张违法性认识错误不影响犯罪成立的观点(简称违法性认识不要说),在我国由来已久、影响深远。自清末开启现代法制建设的进程以后,从1911年的《钦定大清刑律》到1935年的“中华民国刑法”,我国历次刑法草案以及公布施行的刑法典均无一例外地规定不得因不知法令而免除刑事责任,仅可依情节减轻或者免除处罚。^⑪中华人民共和国成立后,1957年6月28日《中华人民共和国刑法草案》(第22次稿)第16条亦曾规定:“对于不知法律而犯罪的,不能免除刑事责任;但是根据情节,可以从轻或者减轻处罚。”^⑫尽管该条款在此后的立法草案以及现行《刑法》中销声匿迹,但它所体现的“不知法不免责”的理念却为刑法学通说所秉承。^⑬目前,通说经过微调后的经典表述是:犯罪的成立原则上无需违法性认识,但当一种行为一向不为刑法所禁止,后在某个特殊

时期或某种特定情况下被规定为犯罪,而行为人对此缺乏了解时,可以例外地排除犯罪故意。^⑭这一立场也得到了审判实践的支持和贯彻。面对被告人或其辩护人提出的不知法的辩解,多数判例要么根本不屑予以置评,要么简单地以一句“不知法律不能免责”或者“违法性认识错误不影响定罪量刑”而予以驳回。^⑮只有少数判例承认违法性认识的欠缺可以成为酌定从轻处罚的情节。^⑯概括起来,支持违法性认识不要说的理由主要有二:其一,法与公众观念的一致性。“我国刑法规范与我国社会的行为价值观、是非观是一致的,危害社会的行为及其结果达到一定严重程度就会被刑法所禁止所制裁,具有正常理智的公民都会了解这一点。”^⑰因此,没有必要要求行为人对其行为的违法性具有明确的认识。其二,法规范的强制性与客观性。法律一经制定颁布,即成为一种客观存在,不论行为人对其是否具有正确认识,它都是全体国民的行为准则。如果行为人可以因为不知法而免刑,则意味着行为人的主观认知能够左右法律规范的效力,这就为犯罪人逃避法律制裁提供了借口。^⑱在笔者看来,违法性认识不要说最为致命的弊端可以概括为以下三个方面:

1. 以极端的国家主义立场将责任原则束之高阁

违法性认识错误是否具有减免刑事责任的意义,这实质上涉及在国家和公民之间对风险加以分担的问题。^⑲“不知法不免责”观念所预设的前提却是:“律例既已颁布,人民即有应知之义务。”^⑳即,法律一经国家颁行,不论该规范是合情人理、晓畅易懂还是荒诞不经、佶屈聱牙,对其内容进行理解和认知的责任均全部落在公民身上,公民有可能在不知法的情况下误施违法行为的风险,也随即一律由行为人个人承担。然而,这一前提本身恐怕难以成立。

首先,就法律的归责判断来说,之所以能够就一个已经出现的行为对行为人展开规范上的责难,必然是因为他本可避免实施该行为,而这种可避免性又是以行为人对于该行为具有认识或者认识的可能性为前提的。^㉑根据前述责任原则中的责任与不法相对应原则,既然作为刑法上归责判断对象的不法指的是经过构成要件类型化了的违法行为,^㉒违法性是不法行为不可或缺的组成部分,那么行为人对于

行为的法律属性是否有认识,就必然会对归责的成立与否产生影响。在现代法治国中,责任原则以及旨在贯彻该原则的归责判断,对于防止国家一般预防措施的无限扩张发挥着不可替代的关键作用。可是,违法性认识不要说却试图绕开归责判断的关卡,将国家主义的政治立场推向不受约束的极致,这就不可避免地会导致责任原则虚无化以及公民个体工具化的恶果,纵容国家仅仅为了宣示规范的至高无上、仅仅为了向其他社会成员证明某一法律的存在,便不惜以牺牲公民的尊严为代价将欠缺责任者锒铛入狱。

其次,即便国家为法律的普及作出了巨大的努力,也不能以此为由取消公民因不知法而免责的可能。或许在国家看来,当它已经通过各种方式尽到了普法之职、为公民知法创造了便利条件时,因不知法而带来的不利后果就理应由公民自己承担,犯法者也就没有理由以自己不知法为托词请求免责。当我们谈到“不知法不免责”的观念在我国刑法理论和实务中大行其道时,也不能忽视一个重要的背景。即,自1949年新中国成立以后,无论是宪法还是各部门法的起草,均体现出对立法用语平民化、大众化的强烈追求,国家极为重视条文表述的简明与平易,务求让普通百姓读得懂、记得住。^③但是,这并不能成为强硬实行公民知法推定的充分理由。第一,不论法律在措辞表述上如何贴近百姓,它归根结底仍然是专业技术和专业思维的高度结晶,不可能与普罗大众的想法、认知完全若合符节。在我国立法已基本跨越20世纪80年代“宜粗不宜细”的阶段,不可逆转地朝法律规范完备化、专业化和精细化方向发展的当今,尤为如此。第二,人们对某种事物的熟知程度,与其说是由该事物好不好懂所决定,不如说取决于该事物与人们切身利益和需求的关联程度。若非真的卷入纠纷或者官司缠身,不论法律的文笔如何优美清新、朗朗上口,甚至如《法国民法典》那样被文豪奉若典范,一般公民大多既没有精力也没有兴趣去日日诵念、研习那浩如烟海的法典条规。因此,即便国家真正做到普法到村、到户甚至到人,要求公民尽知法律都是不现实的。

2. 将法规范的客观效力与归责问题相混淆

违法性认识错误涉及的是归责问题,它与法规

范的客观效力无关。某个行为是否与法律相抵触,和行为人能否为某个违法性负责,这是分属不同层次的两个问题。一个行为无罪,既有可能是因为它本身就合法,也有可能是由于它虽然违法,但不可归责于行为人。任何一种肯定违法性认识与犯罪成立有关的学说,都是以承认行为人的行为不被法律所容许为前提的。探讨违法性认识错误,只不过是在这个前提之下进一步解决能否将该违法行为归责于行为人的问题。既然如此,相关规范作为公民行动准则所具有的客观效力,就没有遭受无视与挑战。尊重法律的效力,并不等于非要作出有罪判决;只要根据法律认定某一行为违法,规范的效力就得到了充分保障。在根据规范确定行为违法与认定行为人有罪之间,并不存在直通的轨道,其间还有一个归责判断的环节。违法性认识不要说,恰恰就是有意无意地屏蔽了归责环节,试图以维护规范效力的名义直接抹杀违法性认识可能具有的归责功能。

3. 将“事实上的可能性”与“规范上的应然性”相混淆

是否应当赋予某一要素以犯罪成立要件的地位,与在具体案件中应当采用何种方法去推断某一犯罪成立要件是否得到了满足,是需要严加区分的两个问题。前者位于实体法的层面,它取决于犯罪论中的规范思考;后者则属于程序法的范畴,它与某种事实出现的概率大小直接相关。违法性认识不要说恰恰将二者混为一谈。

第一,所谓“法律与公众的是非道德观念一致”,这至多只能说明,公民具有违法性认识的可能性极高,故在司法实践中,只要行为人对构成要件事实有正确认识,基本上就可以认定他同时具备了违法性认识。但是,不论这种可能性有多高,也不论建立在此基础上的推定有多确定,都无法从中推导出违法性认识不属于独立归责要件的结论。

更何况,在现代社会中,“法律与道德观念完全重合”这种论断本身就难以成立。在社会生活高度单一和稳定的历史时期,法律规范与千百年积淀形成的公众日常观念几近完全契合。然而,在社会分工日益精细、社会关系日渐复杂的今天,随着法定犯的数量呈几何式增长,法律与道德相联系的紧密程

度已大为稀释。^④事实上,通说后来出现的微调就足以说明这一点。

第二,违法性认识不要说念兹在兹的是“要避免授被告人以柄、为其借口不懂法律逃避刑事责任提供方便”。但这明显是一种有罪推定的思维。在行为人是否知法尚未确定之时,司法机关又是如何断定他是“以不懂法律为借口”的呢?假如真的能够认定行为人是“借口不懂法律”,那就说明他至少已经认识到自己的行为有可能是违法的;在此情况下,又哪里还有违法性认识错误的问题呢?因此,防止犯罪人轻易地逃脱法律制裁,这不能通过削减归责要件,而应当借助在刑事诉讼中建立合理的推理机制的方式来实现。

借用中国古代先贤的两句古训:“不教而杀谓之虐”^⑤、“不教而诛,刑繁而邪不胜”^⑥,恰好可以点出不知法不免责做法所带来的恶果:其一,侵犯公民的尊严与自由;其二,因为难以获得公众的认同而最终无法实现一般预防的效果。因此,我国刑法学应当彻底摒弃“不知法不免责”的旧有观念,承认违法性认识对于刑法归责判断所具有的意义。

三、责任原则的坚守:违法性认识具有参与规制故意的机能

(一)违法性认识的体系定位问题

在肯定违法性认识属于归责要件的前提下,需要进一步确定它在犯罪论体系中的地位。对此,主要有两种可选的方案:①故意说。该说主张将违法性认识归入故意的认识要素。这样一来,违法性认识错误就和构成要件事实认识错误具有相同的意义。一旦行为人缺少违法性认识,即可阻却故意的成立;若行为人本来有能力避免违法性认识错误,则在刑法处罚相应过失行为的情况下,对其以过失定罪处罚。^⑦②责任说。该说认为,违法性认识是独立于故意、过失以外的责任要素。据此,故意只要求行为人对构成要件事实有正确的认知,违法性认识的欠缺并不阻却故意的成立。当违法性认识错误具有避免可能性时,对行为人仍应以故意犯论处,但可以从轻、减轻处罚;当违法性认识错误不可避免时,行为人因责任阻却而无罪。^⑧

违法性认识的体系定位,不是一个仅仅涉及形

式美观的枝蔓性问题,而是直接关乎预防与责任之间平衡的具体实现。如果对故意说和责任说进行比较,我们会发现,对违法性认识作不同的定位会直接影响处罚范围的宽窄。当行为人缺少违法性认识且该错误不可避免时,故意说和责任说最终都会得出无罪的结论,只不过前者的出罪根据是行为既无故意亦无过失,后者的出罪根据则在于纯粹的责任阻却。但是,当行为人在本可以避免的情况下出现违法性认识错误时,责任说的处罚可能性将明显高于故意说。因为,根据故意说,只要行为人出现了违法性认识错误,就从根本上排除了成立故意犯的可能;一旦刑法未规定相应的过失行为可罚,行为人即归于无罪。然而,如果采用责任说,由于违法性认识错误不能阻却故意,所以故意犯的成立已成定局,行为人脱罪的可能性也随即被彻底断绝,他所能获得的最好结局也只是减轻处罚而已。^⑨由此可见,究竟是把违法性认识归于故意还是将之列为独立的责任要件,这并非只涉及“往哪儿摆”的位置之争,而是事关违法性认识错误出罪能力的大小这一实质性问题,故不可等闲视之。

(二)违法性认识是故意的组成部分

究竟是将违法性认识视为故意的组成部分还是独立的责任要素,首先涉及犯罪故意的成立范围,直接影响到认识错误的处理规则,本质上又关乎对于责任原则的态度。故此,这里就有三个核心问题需要探讨:①故意的认识对象理应包含哪些内容?②对于事实认识错误与违法性认识错误应当一视同仁还是分而治之?③能否在贯彻责任原则的同时对该原则进行软化处理,从而使责任与预防的天平朝向更加有利于后者的一侧倾斜?

1. 不论是从刑法理论还是从我国《刑法》的规定来看,故意的认识对象都不应当是与违法性评价相割裂的纯粹事实

首先,在刑法上,什么是故意、什么是过失,这不能仅仅依据日常生活中的习惯用语,而必须借助这两种主观要素的规范意义来加以界定。众所周知,刑法对故意犯的处罚力度明显高于过失犯。不论是主张四要件犯罪构成还是支持阶层式犯罪论体系者,也不论是将故意、过失置于责任当中还是将之放

在构成要件之中者,人们都一致认为,之所以存在上述处罚力度上的差异,根源在于故意所体现的可谴责性高于过失。^③刑法上的责任非难不是以某个价值中立的任意事件的避免可能性,而是以受到法秩序禁止的不法行为的避免可能性为其基础。^④既然刑法中的故意承载了最高层级的责任非难,那它就不可能是一个与价值判断绝缘的纯粹心理要素;^⑤单纯对于构成要件事实的认知,并不足以支撑犯罪故意的规范内涵。

其次,将故意的认识对象限定在构成要件事实之上的做法,也难以真正贯彻始终。最能说明这一点的,莫过于以下两个问题:

第一,容许性构成要件的认识错误。以假想防卫为例,支持责任说的绝大多数学者提出,在此情况下,由于行为人始终都以为自己在实施正当行为、始终都抱着忠诚于法的态度去行事,其可谴责性无法与故意相提并论,故应当对责任说作出例外的“限制”,使假想防卫至多只能成立过失犯。限制责任说的出现,已经表明构成要件故意并不足以完整地建构起犯罪故意的内容,从而也在事实上打破了责任说所宣扬的对构成要件事实的知和欲能够一锤定音决定行为人责任形式的神话。

第二,法定犯中的违法性认识错误。持责任说的学者也不得不承认,对于附属刑法中的大量法定犯来说,由于单纯认识到构成要件事实还不足以使行为人产生抑制自己实施不法行为的动机,违法性认识的具备是行为人获悉其行为受到禁止的唯一途径,故就该类犯罪而言,责任说的信服力较之于故意说便相形见绌。^⑥面对这一困境,责任说的支持者们提出了两套解决方案。其一,罗克辛(Roxin)等人主张,无论对于自然犯还是法定犯均应一律坚持责任说,但在法定犯的场合,可以借助违法性认识错误的避免可能性这一标准,结合具体案件情况更大幅度地给予行为人减轻处罚乃至出罪的优待。罗克辛本人称之为“柔和的责任说”。^⑦不难看出,该说在不触动故意成立的前提下,将合理减免行为人刑事责任希望全部寄托在法官对责任的实质性裁量之上。这一见解存在不小的疑问。因为,责任形式本来就与责任的严重程度密切相连。但在该说看来,即便

对于那些可谴责程度极低甚至无可非难的侵害行为,也完全可以首先确定故意的成立,尔后再依据实质判断来调节其刑事责任。这种做法不但导致法官可以抛开法定责任形式的框架,在不受监控的暗箱内主宰责任的高低和有无;更为重要的是,它切断了故意与实体责任之间的关联,使之完全沦为一个空洞无物的概念外壳。可是,既然责任说也并不否认,故意的成立表明行为将受到最高程度的非难,那么完全不具有或者仅具有轻度可谴责性的人,又何以能够被评价为故意犯呢?其二,有鉴于此,以蒂德曼(Tiedemann)为代表的部分学者主张:对于大量的法定犯来说,刑法对构成要件的描述与法价值判断的联系过于微弱,仅凭它尚不足以为推定行为的法律属性提供充分的基础,只有结合相关的禁止性或命令性的行政法规范,才能使人们认识到行为的违法性。在这种情况下,应当将违法性认识纳入故意的认识对象之中。这种观点实际上就在法定犯的领域中倒向了故意说。^⑧但是,令人费解的是,原本在自然犯中游离于故意之外的违法性认识,为何在法定犯中就突然摇身一变成立故意的组成部分了呢?在不同的犯罪中违法性的辨认难度存在差异,这只能说明,在不同的犯罪中出现违法性认识错误的几率有别,或者在不同犯罪中违法性认识错误的避免可能性有异,却不能使违法性认识的归责意义发生质变。

从以上两个问题我们可以看出,在责任说的主流观点中,故意的认识内容已呈现不断扩大的趋势,它正以或明或暗的方式渐渐突破构成要件事实的范围。如果我们回顾一下教义学的发展史,便不难发现,导致这一现象的根源在于故意概念的本体论基础与故意概念的规范性发展需要之间的矛盾。由责任说与目的行为论在历史上的密切关系所决定,在其产生之初,责任说对故意的理解是站在本体论基础之上的。在目的行为论看来,行为的目的性与构成要件故意在本质上是同一的。^⑨这样一来,故意概念就被牢牢地锁困于事实存在的桎梏之中。只要是有意识地伤害他人身体的举动,就必定是符合故意伤害罪构成要件的行为;很难理解这样的行为居然还有可能成立过失致人重伤罪。^⑩可是,随着刑法理

论日益朝目的理性的方向发展,故意概念已无法再拘泥于事实本体和日常用语,而必须根据实质的可谴责性这一规范标准来加以建构。于是,人们逐步发现,一个在事实上有意导致他人重伤的行为被规范地评价为过失致人重伤罪,丝毫不足为奇。责任说的每一次被“限制”或者出现“例外”,无不体现出故意认识内容与违法性之间关系的拉近,也可以被理解为故意概念在规范论思想的推动下对其先天本体论束缚的挣脱。责任说不惜放弃体系的前后一贯性施行上述变革,其意图无非在于竭力保证故意的认识对象具备唤起行为人违法性认识的功能,从而使被认定为故意的心理事实能够体现出较高的可谴责性。殊不知,“脱离了不法意识的构成要件故意是不可能具有呼吁功能(Apellfunktion)的:某个行为人或或许现实地认识到了10件或者15件‘事实’,但如果不结合联结该事实的秩序原则,即法的评价,那么这些缺少了内在意义的事实就根本无法发出呼吁。”^⑧因此,只有彻底拆除横亘于故意与违法性认识之间的高墙,才能真正获得规范化的故意概念。

第三,不能认为,故意与违法性认识一个是评价的对象、另一个则是对对象的评价,二者性质迥异、无法兼容。

不少主张责任说的学者为了能够将事实故意和违法性认识从本质上区别开来,进而达到将事实认识错误与违法性认识错误区别对待的目的,便提出了故意是责任非难的对象、违法性认识则是责任非难本身的命题。^⑨可是,这种看法似乎存在误会,它把违法性认识所涉内容的性质与违法性认识本身的性质混淆在了一起。

就认识的内容来说,事实故意与违法性认识当然有着根本的差异。前者涉及的是违法性判断的对象,即构成要件事实;后者涉及的则是违法性评价本身。但是,不能仅仅因为违法性认识中含有评价因素,就想当然地把它与刑法中的价值判断范畴等量齐观。因为,犯罪论中的所有规范评价,不论是针对行为的违法性还是针对行为人的可谴责性,都是根据国家法秩序的目的,而不是依照行为人本人的想法来展开的。然而,在违法性认识中,对行为合法与否作出评价的主体却恰恰不是法规范,而是行为人

自己。^⑩可见,尽管责任非难与违法性认识表面上来看都涉及评价,但此评价实非彼评价。凡是行为人的内心状态,不管它是关于对某种事实的认知还是涉及某种价值评判,都只能成为法律评价的素材,而不可能被当作法律评价的标准。因此,对构成要件的了解也好,对违法性的认知也罢,既然它们所反映的都是行为人的某种心理事实,那么二者都只能是规范据以向行为人发出非难的基础。^⑪

第四,责任说所持的事实故意概念与《德国刑法》的规定大体一致,却难以和我国《刑法》保持协调。因为,从《德国刑法》第16条第1款关于事实认识错误的规定可知,故意的成立只需行为人认识到“属于法定构成要件的某种情状”即可。然而,按照我国《刑法》第14条第1款的规定,犯罪故意的成立要求行为人“明知自己的行为会发生危害社会的结果”。由其中“危害社会的”一词所决定,该条款所记述的明显是一个更具实质性和规范性的故意概念。^⑫

2. 违法性认识错误的可谴责性,并非自始高于事实认识错误

如果要对事实认识错误与违法性认识错误适用不同的归责标准,那就必须假定这两种认识错误存在本质上的差异。^⑬但这一假定是难以成立的。

第一,在对待法规范的态度方面,违法性认识错误者与事实认识错误者并无本质的差别。

行为人对于法规范的忠诚度是决定其责任大小的重要指标;而法忠诚度的高低又取决于形成反对动机的可能性。形成反对动机的可能越低,则表明行为人防止自己实施违法行为的难度越高,故其违抗法规范的意志就越弱;反之,形成反对动机的可能越高,则意味着行为人防止自己实施违法行为的难度越低,故其违抗法规范的意志也就越强。在责任说看来,尽管事实错误与法律错误都会引起行为人对行为之法律属性发生误认,但正是引起方式的间接和直接之别决定了二者责任程度的差异。在事实错误中,由于该错误遮蔽了行为的危险性,导致行为人连违法性判断的事实基础,即自己究竟在干什么、其举动是否会侵害法益都毫不知晓,故离分析行为违法与否的问题还相距甚远,反对动机的形成也根本无从谈起。可见,“若行为人在对真实的事实情

状发生误认的情况下实施了行为,那么他本身仍然是忠诚于法的;他本来是希望遵从法之要求的,只是因为对实际情况产生了错误认识,才使得这一目标归于落空。”^④然而,在法律错误中,行为人对行为符合构成要件的事实已有明确无误的认知,而构成要件所反映的正是某种法益侵害行为,这就表明行为人是明知自己正在侵害法益的情况下实施违法行为的。于是,行为人在没有遭受来自事实认识方面干扰的情况下,直接来到了究竟是选择我行我素还是恪守法令的十字路口,他距离认识到自己的行为违法已近在咫尺,故法律也就有理由认为他已经处在较强反对动机的包围之下,有义务对自己的行为是否违法进行更为谨慎的审核。^⑤可是,这一见解的前提,即“发生认识错误的行为人离违法性判断越近,其责任程度就越高”的命题本身就值得商榷。

首先,“违法性认识错误是否存在”和“对于已经存在的违法性认识错误该如何处理”,是两个不同的问题。不可否认,由于构成要件事实具有推定违法的机能,故当行为人对构成要件事实已有认知时,他也极有可能已经意识到自己的行为违法。但这只能说明,在刑事诉讼的证明过程中,法官能够以较高的概率推断行为人具备了完整的违法性认识。然而,我们在探讨违法性认识错误是否应当适用不同于事实认识错误的处理规则时,却分明是以行为人已经对违法性发生了误判为前提的。一旦确认某人出现了违法性认识错误,就意味着他对自己行为的合法性深信不疑,完全不曾察觉还存在行为违法的可能;反过来说,假若行为人已经意识到自己的行为具有违法的可能,那就不能认为他存在违法性认识错误。^⑥判断某一公民是否忠诚于法秩序,关键是看他在意识到自己的行为有触犯法规范之虞时,是即刻悬崖勒马还是依然一意孤行。按照这个标准,违法性认识错误者和构成要件事实认识错误者对于法规范的忠诚度并无二致。当我们说某一公民对规范采取了敌视态度时,一定是以他排除反对动机、执意与法律相对抗为前提的,而反对动机的形成,又以行为人对其行为的违法性预先有所知晓为前提。无论是事实认识错误还是法律认识错误,恰好都缺少这一前提,故在这两种错误中行为人的法忠诚态度并无

差别。

其次,仅凭行为人认识到法益损害事实这一点,尚不足以认定违法性认识错误的责任程度高于事实认识错误。刑法理论已经普遍承认,刑法的任务并不是使法益免遭一切损害,而是在利益衡量的基础上对那些无法为法秩序所容忍的法益侵害行为加以禁止。正是由于某些法益侵害行为得到了法规范的容许乃至肯定,故完全可能出现行为人虽然对其行为的法益侵害性有所认知,但仍坚信自己是沿着忠诚于法的方向行进的情形。限制责任说的出现足以说明这一点。多数持责任说的学者并不打算将自己的立场贯彻到底,而是试图想方设法地将假想防卫者的罪过形式调整为过失。这就说明,对法益侵害事实的认识无法确保行为人必然能够担当故意罪的责任非难。责任说作出这种变通的实质理由据说在于:“若某人是在误以为存在某种正当化事由的情况下实施了行为,那么在他看来,自己的行为与那些根本不想实现构成要件之人的行为一样无可指摘;他所误以为存在的那种情境,阻碍了警示和反对动机的形成。”^⑦可是,违法性认识错误的行为人不同样也是自认为其行为无可指摘、进而在反对动机失灵的情况下实施了侵害行为吗?同样都是既认识到行为具有法益侵害性、又对行为是否受到法规范禁止存在误解的情况,为何容许性构成要件的认识错误可以与构成要件事实错误相等同,而违法性认识错误就只能永远被排除在过失犯的适用范围以外呢?

第二,具有实施违法行为的较高危险,这并不是提升行为人责任的充分理由。

有的学者认为,事实认识错误者之所以对行为的法律属性产生误认,不过是因为他一时对构成要件事实有所失察,其本人的价值观却毕竟仍与法律完全一致,故行为人实施违法行为只具有偶然性;但是,在违法性认识错误的场合,由于行为人在内心已经形成了与国家法秩序南辕北辙的另一套世界观,故他就具有了持续、反复破坏规范的危险性。这便是两种错误的可谴责性存在差异的根源。^⑧但这种观点恐怕难以成立。理由有二:①行为人对某一法律欠缺认识,并不意味着他的思想意识就必然与整体法秩序相忤逆。任何的违法性认识错误都是针对

个案来说的,故我们只能认定行为人就某一项具体的规范缺少与法秩序相一致的理解,而无法得出他在整体上具有违法人格的结论来。②行为人对某一法律的错误认识固然会使他具有反复实施某个具体违法行为的可能性,但这至多只属于一种客观的危险状态而已,不能仅以此为根据断言行为人应当承担更程度的责任,否则就有滑向社会责任论的危险。要求行为人为自己的某一危险性格承担责任的前提必须是,他对该危险性格的生成负有过错。于是,在尚未结合个案确定行为人因不知法而具有的违法风险是否可归责于他本人之前,我们无法笼统地断言他的责任程度自始就高于事实认识错误者。

第三,不可一概地认为违法性认识错误比事实认识错误更易于得到避免。

有一种看法认为,之所以需要将事实错误和法律错误区别对待,是因为两者在避免可能性上存在显著差异。^④该观点大致是基于这样一种考虑:外部事实的世界向来是人类孜孜探索和力求认知的对象,由于它受到诸多复杂的因果法则和自然规律的支配,故普通人在其面前比较容易陷入无知和错误的境地;但是,规范的世界则是人类自身的创造物,法律就是建立在人类共同价值的基础之上,故对于任何一名在该价值观念耳濡目染下成长起来的正常公民,法秩序都有理由期待他避免出现对法律的无知。这一说法存在两个问题:一则,它重蹈了前述将“错误的有无”和“错误应如何处理”这两个问题相混淆的覆辙。即便承认违法性认识错误比事实认识错误更易得到避免,也只能说明前者成立的几率低于后者,却无法证明,在错误已经切实出现的情况下,前者的可谴责性必定高于后者。二则,随着法律的专业门槛不断提高、适用于不同行业和领域的法律条文激增,不通过专门学习就能轻易知法懂法的时代早已过去;与此同时,随着科学知识的普及,人们对客观事物运行规律的了解达到了前所未有的水平。^⑤于是,完全可能出现某个事实为普通人了如指掌、而某项法律却反而鲜为人知的现象。比如,甲作为老练的猎户,或许只要在扣动扳机前一刻稍加注意,即可准确辨别出眼前的动物并非普通野兔;但对于世代居于深山老林中的乙来说,要知道猎捕雪兔

已为国家所明文禁止,却殊为不易。既然事实认识错误与违法性认识错误在避免的难易程度上并无绝对的差距,那么两者所体现的责任也就不存在截然的高下之分。

3.在违法性认识错误的问题上对责任原则进行“软化”处理,并无令人信服的理由

(1)责任说并未充分地贯彻责任原则。

责任说的许多支持者强调,由于该说承认犯罪的成立须以行为人具备违法性认识的可能性为前提,故它能够与责任原则保持一致。譬如,周光权教授提出:“行为人知道行为违法,仍然实施类似行为,当然值得非难;行为人如果稍加注意,就能够认识到违法性,但行为人却疏于认识,藐视法律的存在,就是具有违法性认识可能性,也值得加以非难。”^⑥

不可否认,与完全置违法性认识于不顾的“不知法不免责”原则相比,责任说毕竟在一定程度上回应了责任原则的要求;毋庸置疑,当一个违法性认识错误者本来有可能正确地认识法律时,他当然是值得谴责的。但是,责任原则不仅要求犯罪的成立必须以行为人具有可谴责性为前提,而且还要求犯罪人所受的刑罚必须与他的非难可能性相适应。因此,如果立法者或者司法者为可谴责程度较低的行为配置了较高的刑罚,那么这种有违比例原则的做法势必同样为责任原则所不容。可见,决定责任说能否真正符合责任原则的要害在于:将仅具有违法性认识可能性的行为人与具有现实违法性认识的行为人置于同等层次的法定刑之下,对前者也同样施以故意犯之刑,这与行为人的可谴责性程度究竟是否相符?^⑦当行为人具有现实的违法性认识时,他直接违反了作为犯罪构成要件之基础的行为规范。这时,规范向其发出谴责的根据就在于他具有敌视法秩序的态度。然而,如前所述,一旦行为人欠缺违法性认识,他就必然相信自己正遵循法秩序指引的方向前行,故在其内心并无丝毫违抗法规范的意念。当行为人原本有能力避免该错误时,规范对他展开谴责的根据并不是他实施行为当时具有法敌对的态度,而在于行为人违反了为确保其具备遵守行为规范之能力而设置的注意义务。由此可见,前一种情形是“知法犯法”,行为人所违反的是任何公民都必须一

体遵守的最基本的要求;后一种情形则是“不意误犯”,行为人所违反的只是公民在忠诚于法的前提下需要进一步满足的更高的要求。所以,现实的违法性认识与潜在的违法性认识所体现的可谴责性具有本质性的差异。^③将两者不加区分、一律以故意犯论处的做法,违背了责任原则中责刑相配的要求。^④正因为如此,连一些主张责任说的学者也不得不坦陈,该说“会在一定意义上违背刑法‘责任主义’的原则要求”。^⑤

(2)责任说对责任原则的偏离缺少正当化根据。

既然责任说对违法性认识的定位会在一定程度上软化对责任原则的贯彻,而这又将对公民的个人自由带来限制,那么该说就必须在理论上为自己找到一个正当化的理由。但在我看来,责任说迄今为止所作的尝试似乎都很难说是成功的。

第一,对违法性认识的证明过于困难?王志远教授认为:“在当下人类的认知能力有限,还无法完全有效确证被告人是否具有违法性认识的情况下,如果被告人辩解称自己没有违法性认识,根据刑事诉讼法要求排除合理怀疑的证明标准,可能只有作出无罪判决,这不仅为真正的犯罪人逃脱罪责提供了一条经济而且简单的路径,同时也将使社会的有效维护收到很大程度的削弱。”^⑥但是,证明困难并不是违法性认识独有的问题。由于心理事实无法通过直接证据来加以证明,故“人心难测”是司法机关在认定主观要素时必然普遍面临的问题。即便是对构成要件事实的认识也不例外。但没有人会因此而主张,只要行为人有能力正确认识构成要件事实,就足以认定其具有故意。事实上,国家侦查起诉机关的证明能力相对于完全揭示事实真相的需要来说有所不足,这恐怕是人类司法活动中一个永恒的困境,至少在相当长的一个历史时期内都不可能完全消弭。当惩治犯罪遭遇证明困难时应何去何从,现代法治国家已经通过确立罪疑惟轻、罪疑从无的原则给出了明确的价值抉择。因此,不能以证明困难为借口随意降低刑法归责判断的门槛。

第二,出于一般预防之刑事政策的需要?与上一点相关联,有一种颇为流行的观点主张:“如果法秩序在消解规范效力和责任原则之间的紧张关系时

片面地倾向于后者,从而对欠缺规范认知这一事实情节不加限制地作出有利于行为人一方的考量,那么刑法禁止性命令的社会效力就会遭受极大的削弱。”^⑦“基于刑事政策或规范效力的理由,如果这种因为漠视法律而犯罪的人也能得到充分的原谅,那么刑法呼吁公民忠诚于法或警告潜在犯罪者的一般预防的目的,就无法得到实现。”^⑧这就提出了一个问题:当责任原则与预防犯罪的刑事政策发生冲突时,能否委屈前者以迁就后者呢?

目前,刑法理论已普遍接受了“只有允许刑事政策价值选择进入刑法体系中去,才是正确之道”^⑨的理念。但另一方面,一旦某项宪法或者法律原则的确立本身就是为了防止国家以犯罪预防之名过度侵犯公民自由,那么该原则就成为刑事政策参与塑造刑法教义学时不可逾越的红线,是一般预防目的在刑法解释中施展拳脚时不得突破的条框。具备这一限制功能的既包括明定于《刑法》第3条中的罪刑法定原则,也包括具有宪法根据的责任原则。换言之,“只有当刑法解释是在责任原则的框架内展开的时候,对刑事政策视角的运用才是正当的。”^⑩人们有理由担心,如果在违法性认识的问题上,允许以刑事政策之需迫使责任原则妥协让步,那又怎么保证责任原则在其他领域不会同样在刑事政策的重压下屡屡遭遇被侵蚀甚至牺牲的命运呢?正是由于责任原则参与构建了法治国实现自由保障的最后防线,所以不论是“一般预防”还是“规范证立”都不能构成对该原则加以限制的理由,无论是对该原则的公开无视还是对它的暗中规避都是难以容忍的。

四、预防政策的实现:违法性认识之具体判断方法的展开

将违法性认识定位在故意之中,使得责任原则在责任与预防的天平中获得了其应有的权重。但是,正如美国最高法院大法官阿瑟·戈德堡所言:“尽管宪法保护个人权利不受侵犯,它却不是一份自杀契约。”^⑪因此,要使上述观点真正获得司法实践的接纳,还必须进一步打消人们对其预防犯罪实效上的疑虑,必须切实证明它有能力避免带来过大的处罚漏洞。这便有赖于对违法性认识的具体认定方法展开“深加工”。在此,笔者将重点探讨两个问题:一是

违法性认识应以什么作为其对象?二是对违法性的认识需要达到多高的明确程度?

(一)违法性认识中的“违法性”

1. 双层次理论的提出

在违法性认识内容的问题上,我国刑法理论素有法律规范说与社会危害性说之争。^④然而,两派的某些争论实际上并无太大的必要。因为,在探讨违法性认识的内容时,我们本来就需要区分以下两个层次的问题:第一,违法性认识的对象应当是什么?第二,在确定了认识对象之后,法律要求行为人对其认识达到何种水平?前者是一个定性问题,对它的回答必须立足于刑法专业的角度、以责任的本质为根据;后者则是一个实际操作问题,在分析它的时候需要关照公民的普遍认知能力,从而实现规范判断与外行人认知之间的沟通。事实上,对于许多日常的认知活动来说,也都既需要明确认识对象,又需要照顾认识主体现实的认知水平。例如,为了让小孩养成自觉平衡膳食的良好习惯,父母免不了要给他讲述一番多吃蔬菜水果有益健康的道理。可是,由于3、4岁的幼童无论在知识储备还是理解能力上都有限,所以我们就不能对他讲一大堆诸如水果中的维生素C有助于促进身体代谢、蔬菜中富含的胡萝卜素能在人体内转变为维生素A进而有利于维持正常视力之类只有成人才能领悟的营养学原理,而只能以孩子日常所经见和熟悉的事物来告诉他,不多吃蔬菜水果会生病、不舒服、要打针吃药等等。一旦孩子明白了这一点,那么尽管他实际认识到的内容远不及父母的丰富、准确和深刻,我们还是可以说,就幼童这一特定的交流对象来说,他对平衡膳食的道理有了正确的认知。同理,对于违法性认识而言:

(1)违法性认识的对象必须是法规范。

任何一种非难都与其所在领域内的特定规范相对应。道德和宗教的非难所针对的必定是违反伦理准则和宗教戒律的客观行为和主观意识;法律非难所针对的则自当是违反法律规范的客观行为及主观意识。^⑤既然刑法中的责任是最为严厉的一种法律非难,那么要使行为人的主观可谴责性达到值得国家动用刑罚手段来加以回应的程度,当然就要求他必须认识到或者有可能认识到相关行为违反了法规

范,而非别的规范。

(2)只要行为人对作为立法根据的行为反价值性有所认知,即可肯定违法性认识的具备。

法律规范是用专业语言表达出来的,而公众的思考和理解却是以日常语言为载体的,双方在思维方式、言说风格等方面差异巨大;绝大多数未经严格法学训练的公民不可能对法律规范的存在、内容及适用范围具有准确、清晰的认知。因此,如果认为违法性认识应当达到对法律规范有确切认知的水平,那恐怕只有法学专家才有可能具备违法性认识。^⑥于是,这就向我们提出了一个问题:关于违法性认识的判断,怎样才能在遵守责任原则的前提下与外行人有限的知法水平相协调呢?

“归责乃是法官与行为人(被告人)之间的一个交流过程。这一交流过程不仅仅确定了行为人的想法,更重要的是它建立起了行为人的理解水平与法官的理解水平之间的对应关系。”^⑦从这个角度来说,故意的认定实际上也是一个外行人认识与法律规定相互比对交流的过程。其核心问题在于:行为人的认识究竟与法律关于犯罪要件的规定在多大范围和程度上沟通一致后,国家即可以故意犯的形式对他加以谴责呢?例如,行为人自己认识到的事实是“面前站着张三”、“眼前摆着李四的钱包”,仅此我们还无从知道他是否具有了刑法意义上的故意。法官只有将行为人用日常语言所表达的认知进行规范化、抽象化的重述之后,才会发现它可以与刑法上故意杀人罪中的“人”以及盗窃罪中的“他人财物”实现一致。正是因为行为人对具体被害人的误认并不会阻碍这种沟通一致的达成,故正如刑法学界所公认的那样,同一构成要件范围内的对象认识错误不影响故意的成立。

在判断违法性认识的存否时,司法者同样需要来回往返于外行人和法律人的观念世界之间,力图实现二者的交流与沟通。诚如哈贝马斯在论及有效沟通的条件时所言:“言说者必须选择一个可领会的(verständlich)表达以便说者和听者能够相互理解。”^⑧处在两个不同世界的人若是固执地坚持唯我独尊、自说自话,则永远无法相互接近、彼此理解;双方要实现沟通,就必须尝试从对方的立场出发换位思考,

以对方易于接受的方式表达。我们一方面需要挖掘行为人日常理解中所包含的规范内容,另一方面则需要将法律专业用语所包含的实质内容“翻译”成接近于日常话语的表达。为此,有必要通过观察法律规范的生成过程来寻找促使两种语言世界相互接近的途径。立法者总是首先从鲜活、多彩的社会生活中发现法律规制的素材,将那些有害于社会稳定和发展的行为加以搜集、选取,然后再通过提炼、总结和抽象,运用立法技术和专业术语制定出对相关行为加以禁止和制裁的成文规范。在这一过程中,最难以以为大众认知、理解的,是经过了层层专业工序淬炼处理后形成的法律“成品”。但是,法律规范的“原料”,即某种行为在社会生活中对具体法益的有害性以及由此体现出的反价值性,却往往易于为民众所感知。人们或许不知道容留他人吸毒的行为已被规定为犯罪,但大都能意识到该行为对他人消费毒品产生了促进作用,而毒品的泛滥将危害国民的身体健康、引发各种社会问题;人们不一定了解使用假币的行为违法,却懂得用假币来进行交易会助长伪造货币的现象,从而损害国家货币的公共信用。正是由于行为的这种反价值性既是法律规范形成的源头和基础,又贴近于外行人的生活 and 意识,其一头联结着法律专业世界的“阳春白雪”,另一头联结着日常观念世界的“下里巴人”,故它可以成为求取法律语言与外行民众认知之最大公约数的工具,从而也就可以成为联通二者的桥梁。

事实上,将认识到作为立法依据的行为反价值性作为确定违法性认识存在的最低标准,这一方法具有立足本土立法的基础。《刑法》第14条并未将违法性认识明确列为故意的内容,只是规定“社会危害性”属于故意的认识对象。在不少持违法性认识必要说的学者看来,这是立法上的一个缺憾。^⑥不过,在笔者所持的双层次理论看来,完全可以认为:一方面,立法者认识到,犯罪故意的内容仅有构成要件事实是不够的,还必须包含行为的法律属性;另一方面,考虑到普通公民对法律的实际认知能力有限,立法者遂将社会危害性确立为在行为人无法确知法律的情况下判断违法性认识的标准。这样一来,现行《刑法》关于犯罪故意的规定不仅不会成为违法性认

识必要说的障碍,反而能为其提供规范上的依据。

2. 需要说明的三个问题

(1) 将行为的实质反价值性作为认定违法性认识之有无的标准,丝毫无损于法治国的自由保障机能。

有学者在批判社会危害性说时提出这样的担忧:由于社会危害性的范围远远大于违法性,它所依据的并不是明确的法律规范,而是包括了伦理道德在内的漫无边际的社会规范,故以社会危害性的标准来认定违法性认识的做法有违罪刑法定原则。^⑦对此,笔者作出以下回应:

首先,对社会危害性的认识与对单纯道德违反性的认识是可以截然区分开来的。因为,如前所述,违法性认识中要求行为人认识到的反价值性,并非任意的有害性,而是促使立法者将该行为确定为违法或者犯罪行为等特殊危害性。所以,并非只要行为人认识到某行为“不好”,就足以具备违法性认识。无论是从《刑法》第2条的规定还是从我国刑法理论的主流学说来看,社会危害性本质就是不被容许的法益侵害性。正是由于任何的违法犯罪行为都是以可能给特定的利益造成损害为成立前提的,所以,若行为人仅仅意识到其行为违反道德,那么他对行为有害性的认识就无法与立法者对该行为有害性的判断形成对接,自然也就不可能认定他具有违法性认识。

其次,公民对违法性的认识不同于法官对违法性的判断,罪刑法定原则所约束的是后者,而非前者。的确,社会危害性的范围不可能与法律禁止的范围完全吻合。法只是从众多侵害法益的行为中遴选出一部分作为其禁止和制裁的对象。然而,问题在于:其一,只要归责判断是一个需要在法律和外行人之间进行沟通的过程,那么判断者就不能固守在专业的世界中自说自话,而必须俯下身去体察一名外行公民对法律的既有认知水平,必须寻找到一个尽管从专业的角度来看不足以准确无误地划定违法的边界、却能够联通法律与外行人认知的纽带。其实,这一思考方法在如何判断行为人对于罪量要素和规范要素是否存在认识的问题上,已经获得了多数学者的认可。例如,通说认为,一方面,所盗财物“数额较大”是盗窃罪的构成要件要素,属于本罪故

意的认识对象,但另一方面,行为人无须像法官那样精确地认识到数额较大的具体司法标准,只需知道自己所窃取的并非价值微薄的财物即可。^⑥很明显,如果从刑法专业视角来看,“不是价值微薄的财物”当然不足以精确地界定“数额较大的财物”的内涵,但似乎并没有人以违反罪刑法定原则为由反对上述解释。其二,刑法学之所以必须遵守罪刑法定原则、将违法性与社会危害性严格区分开来,是因为唯有如此才能防止法官仅以社会危害性为根据擅行法外入罪。但在违法性认识的判断中,却完全不存在类似的危险。因为,根据不法先于责任、客观先于主观的犯罪认定顺序,违法性认识判断的展开是以行为已在客观上被确定为违法为前提的。^⑦虽然行为人认识到了通奸、避税和散布犯罪方法的社会危害性,但由于这些行为早在客观构成要件阶段就已经被排除在了犯罪成立范围之外,故根本没有进行违法性认识判断的必要,也就不存在以违反罪刑法定原则的方式不当扩张处罚范围的风险。

(2)正是因为法律规范是违法性认识对象的本体,行为的反价值性则只是借以判断违法性认识的工具,故对于确定违法性认识的成立而言,行为人对法律规范的认知具有优先的地位。

具体来说:①一旦行为人对其行为违反法律规范有了确切的认识,则不论他对该行为的社会危害性作何评判,均应一律认定其具有违法性认识。据此,确信犯和“大义灭亲”的问题即可迎刃而解。作为社会的一员,确信犯和大义灭亲者对于其行为为国家法秩序所不容这一点有着确定无误的了解,他们之所以仍执意实施该行为,纯粹是因为相信自己所信奉的道德观念或者宗教信条比国家的法律更为正义和崇高,故也应当具有更高层级的正当性。可是,违法性认识只是对法律规范的一种认知,而不是

对法律规范的信仰;它的具备只要求行为人知其行为受到法律禁止即可,并不要求他对法律的价值追求也表示衷心认同。^⑧因此,既然任何一个正常的人都知道杀人与国法相悖,那么不论行为人个人自认为该行为将会给社会带来多大的福祉,都不足以否定其违法性认识的存在。^⑨只有当行为人对法律规范本身欠缺认识时,才有必要退而求其次,考察行为人对作为立法依据的行为反价值性是否有所了解。

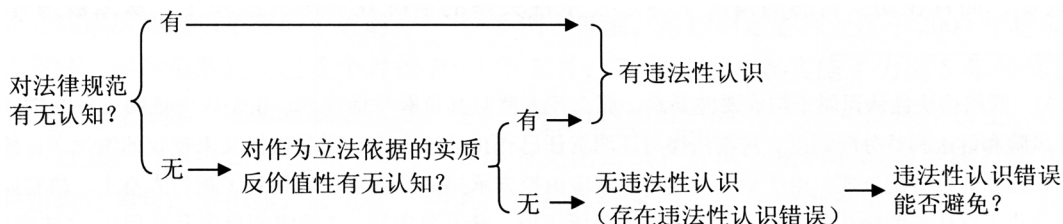
(3)违法性认识既包括“知道行为一定违法”,也包括“知道行为可能违法”。

由于犯罪故意有直接故意和间接故意之分,故违法性认识的表现形式就不仅限于行为人确信其行为违法。一旦行为人怀疑其行为有可能与法律相悖,他就有义务立即停止行为,查明其法律属性;若行为人在未排除违法怀疑的情况下执意实施了该行为,那就表明他是有意识地漠视法律提出的要求,对于触犯法规采取了一名忠诚于法的公民不该采取的容任态度,故同样可以肯定违法性认识的具备。^⑩

行文至此,有必要将双层次理论关于违法性认识有无的具体判断步骤加以总结:第一步,考察行为人对相关的法律规范有无认识。若有,则可直接认定行为人具备违法性认识;若无或存疑,则进入下一步。第二,考察行为人对立法者据以制定相关法律法规的行为的反价值性是否具有平行认知。若有,则仍可以肯定违法性认识的存在;若无或存疑,则应得出行为人无违法性认识的结论,随后进入关于违法性认识错误能否避免的判断。概括图示如下。

3. 考量因素与具体操作

接下来,需要探讨的是双层次理论下违法性认识的具体判断。对于违法性认识的认定,离不开依靠间接证据进行推论的方法。^⑪在进行推论时需要关注的事实因素包括:①行为人对相关领域的熟悉



程度。如果行为人专门从事某种职业活动经年,那么由其所受的专业培训和从业经验等因素所决定,他比较容易辨别该职业领域内行为的法律性质。特别是,当有证据证明行为人曾经阅读、学习过相关领域内的法律法规时,就可以推断他具有违法性认识。例如,长期从事政法工作的领导干部,应当是知道泄露处于侦查阶段之案件情况的行为违反了保密法;^⑤多年经营钢材贸易的人熟悉国家税收征管制度,故应当已经认识到虚开增值税专用发票的行为违法。^⑥②行为人的生活、工作的地域环境。行为人所处地区是开放还是闭塞、是现代还是传统,会影响其获取、接受法律理念及法律知识的难易。③行为人对于遭受处罚是否有亲身经历或者耳闻目睹。若行为人为本、近亲属或有其他密切关系者曾因同样的犯罪受到过制裁,则基本可以肯定违法性认识的存在。④行为人是否有意采取了隐蔽、秘密的行为方式。如果行为人选择暗中实施行为,则说明他具有逃避法律责任的意识,故大致可以推断他认识到了该行为不被法律所允许。

以下,笔者根据违法性认识的难易程度将刑法中的犯罪划分为三种类型,并结合本文开头所选取的案例展开分析。

(1)违法性认识与社会日常观念高度一致。

“杀人者死,伤人者刑,是百王之所同也,未有知其所由来者也。”^⑦就杀人、强奸、盗窃、诈骗等犯罪而言,无论是违法性抑或其实质反价值性几乎是天经地义、万世不易的。所以,只要是达到了刑事责任年龄、精神正常的公民在对构成要件事实有正确认识的情况下实施了相关行为,均可认定其具有违法性认识。

(2)违法性认识有赖于对刑法(或治安管理处罚法)规定的了解。

某些行为虽然被国家规定为犯罪,甚至也位于传统意义上的自然犯之列,但立法者所认识到的法益侵害性与人们的日常观念有一定距离。例如,17周岁的行为人在与13周岁的女孩相恋的过程中,征得其同意后与之发生性关系。^⑧《刑法》第236条之所以规定该行为依然成立强奸罪,是考虑到少女缺乏决定性行为的能力,故需要给予更为全面和周密的

保护。但是,从不少法律外行人看来,既然性行为完全是基于双方自愿,特别是当少女本人实际上已具有接近于成人的身体和心智发育水平时,该行为就不至于犯法。由于这类行为的法益侵害性不像第(1)类那样能自然天成地与外行人的认识相契合,故公民对其行为违法性的了解在很大程度上就需要依赖于对刑法规范的认知。如果相应的案件发生在较为偏远、落后的地区,行为人的受教育程度较低,而且在少女自愿的情况下与之发生性关系的情况在周围曾经发生,从未被追究过法律责任,那么基本上可以认定行为人缺少违法性认识。反之,如果案件发生在信息较为畅通、观念较为现代的区域,行为人受教育程度较高,那么认定其具有违法性认识的可能性就会显著增大。

就案例1来看。我国《刑法》之所以将走私淫秽物品的行为规定为犯罪,是因为该行为违背了社会当中性的羞耻感,不利于维护正常的性行为秩序。被告人加某对其走私之物属于淫秽物品这一点是有正确认识的,而淫秽物品的制作、流通是否得到允许,与一国的文化观念密切相关。如果被告人已在中国生活过一段时间,甚至曾经接触过光盘、书刊的销售活动,那么他从周围人对于性的态度、公开出版物和文化市场的状况以及新闻媒体关于扫黄打非的报道中,就能很容易地了解到中国社会的性文化和性心理,从而知道传播、贩卖淫秽物品在中国是被视为有害的,至少是很可能受到禁止的。在此情况下,就应当推定违法性认识的成立。但是,假如加某来华不久,对中国的社会、政治和文化知之甚少,而且在其过往生活环境里,淫秽物品的流通向来与其他日常用品的交易一样合法,那就难以认定他具有违法性认识。

(3)违法性认识有赖于对补充性前置法的了解。

诸如杀人、伤害之类的行为,由于其反社会性一目了然,能够阻却违法的是极其例外的情况,故刑法分则在描述其构成要件时就不再提及违法性。但是,有不少犯罪,如果离开了法律的特别规定,其行为事实本身就只是一种价值中立的活动,无法自动地彰显出危害社会的属性。例如,从事证券、期货、保险业务本身都可能是正常的职业活动;吸收公众

存款完全可能成为市场经济条件下的一种融资手段;狩猎、持枪也可能是某些居民日常生活所必要的活动。在此,相关的行政法就是用于辨别该类行为法律属性的“试纸”,只有借助于它才能显示出这类行为合法与违法的不同色彩。有鉴于此,刑法分则对该类犯罪往往采用了空白罪状的形式加以规定,即在行为事实前冠以“非法”、“违反……法律(法规)”等表述,从而将判断行为违法与否之具体标准的设定权委诸行政法。欲最终确定犯罪不法的内容,就必须借助罪状所援引的相关前置法对该空白加以填充。于是,就此类犯罪来说,违法性认识的产生只能来自对相关法律的认知。

来看案例2。有两项证据足以证明被告人明知其从事的保证金交易活动违法:其一,被告人向工商机关登记的经营范围仅为投资咨询、企业管理,但被告人打着投资咨询公司的名义非法组织境内居民参与境外外汇保证金交易活动。从经验上来看,只有当被告人知道组织保证金交易活动违法时,他才会以得到许可的业务为掩护去实施该活动。其二,公安机关在被告人个人电脑及办公抽屉内查获了有关部门禁止从事此类交易的规范性法律文件。这进一步证明被告人对行为的法律属性应当是有所了解的。^③就案例3来说,虽然河南省林业厅于2000年将确山县列为禁猎区,但迟至案发前仅5个月的2014年2月,河南省才首次实施了为期5年的禁猎期。当地居民对上述禁猎决定普遍缺乏认知,他们世代猎捕蟾蜍并未受到任何警告和禁止。在地方政府未履行充分公示与告知之职的情况下,作为文化知识和资讯手段均有限的乡民,汪某某既难以觉察该行为与法律相悖,又认识不到该行为具有严重破坏野生动物资源的危害性,故无法认定其具备违法性认识。但案例4的情况则与之不同。负责审理该案的法院曾经通过媒体披露,闫某某和王某某不但在百度贴吧上发布过买卖鹰隼的信息,而且都是“河南鹰猎兴趣交流群”的一员。^④如果这一点查证属实,那就说明,被告人对于鹰隼类野生动物具有超出一般人的较强辨别能力,其知识和经验足以使其知道自己猎捕的并非普通鸟类,而是(至少可能是)国家保护的稀有物种。在此情况下,法院认定其具有违法性

认识的结论就是恰当的。最后,在案例5中,法院认定枪支的依据是由公安部发布的《枪支致伤力的法庭科学鉴定判据》(2008年实施)和《公安机关涉案枪支弹药性能鉴定工作规定》(2010年)。根据该规定,“对不能发射制式弹药的非制式枪支,……当所发射弹丸的枪口比动能大于等于1.8焦耳/平方厘米时,一律认定为枪支。”被告人赵某某所持的6支射击用枪的枪口比动能从2.17到3.4焦耳/平方厘米不等。在本案发生之前,鉴于应持有仿真枪而获罪的案件频现,主张这一枪支认定标准过低并建议予以修改的呼声已日渐高涨。^⑤在公安部的上述规定依然有效的情况下,刑法解释论固然可以考虑摆脱对行政法规的完全依赖,使刑法上的枪支认定标准立足于行为危害公共安全的危险程度,从而直接认定被告人所持有的并不是非法持有枪支罪中的枪支。^⑥不过,即便肯定被告人所持有的是刑法意义上的枪支,也难以认定她具有非法持有枪支罪的违法性认识。因为:其一,摆摊射击长期以来都是遍布我国城乡的一种常见娱乐方式,一般人极难将其与非法持枪、危害公共安全等概念联系在一起。其二,在一般人看来,《刑法》之所以禁止公民私自持有枪支,必然是因为它具有明显高于一般器械的杀伤力,易于致人伤亡。事实上,《枪支管理法》第46条规定的“足以致人伤亡或者丧失知觉”,以及公安部2001年发布的《公安机关涉案枪支弹药性能鉴定工作规定》第3条所提出的大约以16焦耳/平方厘米的枪口比动能为界的强制认定标准,均与公众的常识基本相符。但是,2008年新的枪支鉴定判据将非制式枪支的认定标准陡然下调至原来的约九分之一。据专家测算,枪口比动能为1.8焦耳/平方厘米的气枪不会破损皮肤,只会伤害裸露的眼睛,^⑦故这种枪无法使人感受到它具有超出菜刀、砖块等一般日用品的危险性。可见,该认定标准大大脱离了普通人对枪支的理解,导致立法者关于行为危害性的评价无法与一般公民的认知沟通一致。

(二)违法性认识中的“认识”

现代心理学和语言学的研究表明:尽管语言是思维最主要、最有效的依托,但却不是其唯一的载体,现实当中存在着非语言形式的思维。^⑧人在成长

的过程中,会随着生活阅历的增多,积累、储存起与各种具体情形相关联的图像式记忆。日后一旦相应的情形再现,人就可以立即唤起这些回忆、直接对事物本身展开思考,而无须以语言作为中介,甚至在某些情况下会达到“只可意会不可言传”的境界。有学者称之为“事物性思考”(Sachdenken),以此区别于“语言性思考”(Sprachdenken)。^④例如,当客居海外的游子在异国猛然看见了门福、春联和鲜红的中国结时,他的脑海中一定会迅速闪现出家乡的景致、家人的面容以及春节时“千门万户曈曈日,总把新桃换旧符”的喜庆场面,这一切均不假思索、油然而生,任何的语言都是多余的。只有当旁人问起:“您的家乡是什么样子”、“家人都好吗”以及“你们怎么过农历除夕”的时候,他才需要有意识地组织语言去进行精确的描述。我们大概都有这样的体验,即越是对于那些浅显、直观和熟识的事物,我们越容易产生事物性思考;而越是对于那些复杂、抽象和陌生的事物,我们就越是需要依赖于语言性思考。由于事物性思考省去了调取和组织语言的环节,故其运转的速度和效率必然远远高于语言性思考。因此,瞬间的决定和选择,往往无法借助语言性思考来进行,却完全能够通过事物性思考来完成。

虽然违法性认识的对象是法律规范,但它并不要求行为人像法学专业人士那样去了解纷繁的法律概念、从事复杂的法律推理,而是只要求它形成与法规相一致的实质价值评判,即认识到立法者据以制定禁止性规范的行为的实质反价值性即可。尽管对概念本身的理解只能经由语言性的思考,但存在于概念之中的价值观念却完全能够借助直观感受、以事物性思考的形式得以呈现。^⑤例如,当一个玻璃水杯从桌上坠落时,我们会近乎本能地冲上前试图将其接住。在这一瞬间,人的大脑中并没有出现“不能让杯子摔碎”之类的语词,但过往的经验已经把杯子支离破碎、责备之词迎面袭来等代表着不利后果的图像储存在了我们的记忆中。这些图像在此刻经由突发情境的刺激迅速浮现在我们眼前,使我们不经语言而感知到,水杯掉落所引起的结果将受到消极和负面的评价。同理,当行为人在与他人争执的过程中情绪失控,抄起一把椅子朝对方身上砸去时,

或许由于其心智完全被满腔怒火和复仇冲动所占据,故他不可能清楚地告诉自己:“打人是犯法的”。但是,无故打人后受到惩处、唾骂的图像却早已通过日常经验深深地烙在了行为人的记忆中。于是,在行为人实施伤害行为的一刹那,与该行为的否定性评价相联系的那些形象记忆便会无言地伴随而至。

由此可见,在激情犯或者瞬间犯罪的场合,违法性认识可能无法以清晰的文字、完整的语句展现出来,或许只能处于行为人注意力光照范围以外的昏暗地带,但这绝不会妨碍它的现实存在。

五、结语

正如晚近的刑法修正案所体现的那样,面对中国社会转型期所出现的种种冲突和危险,刑法在一定意义上已经逐渐从古典时代消极保护法益的最后手段,演变为积极抗制风险的优选工具。在这一背景下,为了达到有效治理社会的目标、为了昭示法律的存在,国家总是本能地倾向于减少归责要件对刑罚权的发动所形成的羁绊。正因为如此,尽管责任原则贵为具有宪法位阶的铁律,但其贯彻之路却并非坦途,它时时面临着被架空和虚置的危险。^⑥不知法不免责的观念以及将潜在违法性认识等同于现实违法性认识的观点在理论和实务界的盛行,正说明了这一点。但是,在结果责任的强大惯性和预防性刑事政策的巨大吸引力面前,人们似乎应当认识到:

第一,社会成员普遍发自内心地认同和信仰法律规范,这是法治社会的必要条件;欲实现这一条件,不能采取单纯恐吓以及对惩罚欲望无度迎合的方式,而必须借助于公正的刑罚。只有当国家对公民作为独立个体所享有的尊严给予充分的尊重时,只有当国家自律地将惩罚严格限定在公民力所能及的范围之内、并且使之对应于行为人所谴责的程度时,规范才能真正赢得公民的信赖,并因此得到证立。

第二,对违法性认识之归责功能的承认,固然不能以导致国家刑罚权的瘫痪为代价;但要满足这一诉求,完全可以求助于对违法性认识的判定技术进行精细加工和纵深发展的方法,而不应采取背弃责任原则、淘汰归责要件的手段。

*2017年9月9日,笔者就本文的主要内容在“第四届中德刑法学术研讨会”上做过主题报告。

衷心感谢梁根林教授的邀请,刘艳红教授和蔡道通教授的主持,以及叶良芳教授、乌尔斯·金德霍伊泽尔(Urs Kindhäuser)教授和扬·C.约尔登(Jan C.Joerden)教授的点评与提问。

注释:

①近20余年来,我国刑法学界关于违法性认识问题的代表性著作主要有姜伟:《犯罪故意与犯罪过失》,群众出版社1992年;田宏杰:《违法性认识研究》,中国政法大学出版社1998年;刘明祥:《刑法中错误论》,中国检察出版社2004年;陈忠林主编:《违法性认识》,北京大学出版社2006年;于洪伟:《违法性认识理论研究》,中国人民公安大学出版社2007年;刘明祥、张天虹主编:《故意与错误论研究》,北京大学出版社2016年;李涛:《违法性认识的中国语境展开》,法律出版社2016年。

②广东省广州市中级人民法院(2007)穗中法刑二初字第5号刑事判决书。

③上海市高级人民法院(2010)沪高刑终字第79号刑事裁定书。

④河南省确山县人民法院(21014)确刑初字第00262号刑事判决书。

⑤河南省新乡市中级人民法院(2015)新中刑一终字第128号刑事裁定书。

⑥天津市第一中级人民法院(2017)津01刑终41号刑事判决书。

⑦ Vgl. Arthur Kaufmann, Schuld und Prävention, FS-Wassermann, 1985, S.890.

⑧ Vgl. Hans Joachim Hirsch, Das Schuldprinzip und seine Funktion im Strafrecht, ZStW 106(1994), S.758.

⑨ Vgl. Arthur Kaufmann(Fn.7), S.891.

⑩这样看来,认为“只有站在报应刑的立场上,才可能合乎逻辑地推理出责任主义原则”,“刑罚的预防功能无法解释责任主义的基础”(车浩:《法定犯时代的违法性认识错误》,《清华法学》2015年第4期,第26-27页)的观点,可能还有进一步斟酌的余地。

⑪例如,《钦定大清刑律》(1911年)第13条第2款,《暂行新刑律》(1912年)第13条第2款,“中华民国刑法”(1928年)第28条,“中华民国刑法”(1935年)第16条。参见赵秉志、陈志军编:《中国近代刑法立法文献汇编》,法律出版社2016年,第216、254、559、695页。

⑫高铭喧、赵秉志编:《中国刑法规范与立法资料精选》,法律出版社2013年,第302页。

⑬高铭喧主编:《刑法学》,法律出版社1982年,第159页。

⑭王作富:《中国刑法研究》,中国人民大学出版社1988年,第160-161页;高铭喧主编:《刑法学原理》(第2卷),中国人民大学出版社1993年,第36-38页;马克昌主编:《犯罪通论》,武汉大学出版社1999年,第336-337页。

⑮同前注②;天津市高级人民法院(2014)津高刑二终字第23号刑事裁定书;河南省郑州市中级人民法院(2014)郑刑二终字第233号刑事裁定书;浙江省杭州市中级人民法院(2014)浙杭刑终字第266号刑事裁定书。

⑯云南省思茅地区中级人民法院(1994)思刑终字第67号刑事裁定书;福建省厦门市湖里区人民法院(2010)湖刑初字第408号刑事判决书。

⑰高铭喧、马克昌主编:《刑法学》,北京大学出版社、高等教育出版社2016年,第107页。

⑱甘雨沛等主编:《犯罪与刑罚新论》,北京大学出版社1991年,第139-140页。

⑲劳东燕:《责任主义与违法性认识问题》,《中国法学》2008年第3期,第154页。

⑳沈家本等奏进呈《刑律(总则)草案》折(1907年10月3日),载同前注①,赵秉志、陈志军编书,第69页。

㉑ Vgl. Urs Kindhäuser, Gefährdung als Straftat, 1989, S.18, 62 ff.

㉒张明楷:《刑法学》,法律出版社2016年,第107页。

㉓最典型的例证是,在最高领导人的亲自倡导下,1954年《宪法》的条文有意识地避免使用“为、时、应、得、其、凡”等案牍文,而是尽量改为“是、的时候、应当、可以、他们或它的、任何或一切”等近于口语的表达。参见毛泽东:《在宪法起草委员会第一次会议上的插话》,《党的文献》1997年第1期,第12页;韩大元:《“五四宪法”的历史地位与时代精神》,《中国法学》2014年第4期,第33-34页。

㉔有的学者据此提出,我国已进入了一个“法定犯时代”。参见李运平:《储槐植:要正视法定犯时代的到来》,载《检察日报》2007年6月1日,第3版。

㉕《论语·尧曰》。

㉖《荀子·富国》。

㉗刘明祥:《刑法中违法性认识的内容及其判断》,《法商研究》1995年第3期;贾宇:《论违法性认识应成为犯罪故意的必备要件》,《法律科学》1997年第3期;同前注①,田宏杰书,第94页;冯军:《刑事责任论》,社会科学文献出版社2017年,第218页。司法实践中也存在类似的观点,参见卢建平、田兴洪:《一种违法性认识理论的新主张及其在涉林案件犯罪故意认定中的具体运用》,《中南林业科技大学学报(社会科学版)》2007年第4期,第13-14页。

㉘在德国,自1952年3月18日联邦最高法院表态赞同责任说之后,该说在学界和判例中均取得了绝对支配性的地位,最终也为1975年新刑法总则第17条所采纳。Vgl. Ulfrid Neumann, Die Schuldlehre des Bundesgerichtshofs-Grundlagen, Schuldfähigkeit, Verbotsirrtum, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof.

Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. IV, 2000, S.95 f.; Hans-Joachim Rudolphi, in: Systematische Kommentar StGB, 7. Aufl., 2002, §17 Rn.1.近年来,责任说在我国也成为一种相当有力的学说。参见吴学斌:《规范责任论视野下的违法性认识与违法性认识的可能性》,《清华法学》2009年第2期,第63页以下;周光权:《刑法总论》,中国人民大学出版社2012年,第175页以下;同前注⑩,车浩文,第28页以下;同前注②,张明楷书,第322页;孙国祥:《违法性认识错误的不可避免性及其认定》,《中外法学》2016年第3期,第704-705页。尤其值得注意的是,最近我国已有判例明确接受了责任说的立场。例如,有判例指出:“杨某对其与中轻公司行为的违法性存在认识错误,不影响其犯罪故意的认定,亦不阻却其责任。违法性认识并非犯罪故意的一般认识内容,违法性认识错误并不能阻却犯罪故意的认定。违法性认识可能性是责任阻却事由,行为人对其行为违法性存在认识可能时,行为人的违法性认识错误并不能阻却责任;只有行为人对其行为违法性的认识错误不可避免时,行为人的违法性认识错误才能成为责任阻却事由。”(浙江省绍兴市柯桥区人民法院刑事判决书,(2015)绍柯刑初字第959号。)

②Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Aufl., 2006, §7 Rn. 44f.

③高铭喧主编:《刑法专论》,高等教育出版社2006年,第246-247页;莫晓宇:《知与恶:犯罪故意中的违法性认识》,《法学评论》2006年第4期,第29页;同前注②,张明楷书,第246页。

④Vgl. Eberhard Schmidhäuser, Der Verbotsirrtum und das Strafgesetz (§16 I Sarz 1 und §17 StGB), JZ 1979, S.367.

⑤Vgl. Arthur Kaufmann, Das Schuldprinzip, 2. Aufl., 1976, S.135; Günther Jakobs, Dolus malus, FS-Rudolphi, 2004, S.119 f.

⑥Vgl. Claus Roxin(Rn.29), §21 Rn.10.

⑦Vgl. Claus Roxin, Über Tatbestands- und Verbotsirrtum, FS-Tiedemann, 2008, S.389; Wolfgang Joecks, in: Münchener Kommentar StGB, 3. Aufl., 2017, §17 Rn.93.

⑧Vgl. Klaus Tiedemann, Zum Stand der Irrtumslehre, insb. im Wirtschafts- und Nebenstrafrecht, FS-Geerds, 1995, S.109.类似的见解, Vgl. Ingeborg Puppe, Tatirrtum, Rechtsirrtum, Subsumtionsirrtum, GA 1990, S.145 ff; Rolf Dietrich Herzberg, Zur Eingrenzung des vorsatzausschließenden Irrtums (§16 StGB), JZ 1993, S.1017 ff.

⑨Vgl. Wilhelm Gallas, Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen, ZStW 67(1955), S.6.

⑩Vgl. Armin Kaufmann, Tatbestandseinschränkung und Rechtfertigung, JZ 1955, S.39.

⑪Günther Jakobs, System der strafrechtlichen Zurechnung, 2012, S.56.

⑫周光权:《违法性认识不是故意的要素》,《中国法学》2005年第1期,第171页。

⑬Vgl. Joachim Hruschka, Wieso ist eigentlich die "eingeschränkte Schuldtheorie" "eingeschränkt"?, FS-Roxin, 2001, S.449.

⑭Vgl. Günter Spendel, Das Unrechtsbewußtsein in der Verbrechenssystematik, FS-Tröndle, 1989, S.99.

⑮在这个问题上,我国现行《刑法》与1935年“中华民国刑法”(及我国台湾地区现行“刑法”)大异其趣,从而导致两者在与责任说的兼容可能性上存在明显差别。按照后者第13条第1款的规定,故意的成立只要求“行为人对于构成犯罪之事实,明知并有意使其发生”即可。

⑯Vgl. Claus Roxin, Die Behandlung des Irrtums im Entwurf 1962, ZStW 76(1964), S.604.

⑰BGHSt. 3, 105(107); ähnliche Formulierungen schon in BGHSt. 2, 194(197).

⑱Vgl. BGHSt. 3, 105(107); Joachim Vogel, in: Leipziger Kommentar StGB, 12. Aufl., 2006, §15 Rn.39; Walter Gropp, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl., 2015, §13 Rn.71.

⑲Vgl. Heinz Koriath, Überlegungen zu einigen Grundsätzen der strafrechtlichen Irrtumslehre, Jura 1996, S.123.

⑳Claus Roxin(Rn.29), §14 Rn.66.

㉑Vgl. Claus Roxin(Rn.43), S.604.

㉒Vgl. Klaus Rinck, Der zweistufige Deliktsaufbau, 2000, S.471.

㉓薛智仁:《禁止错误之法律效果:为故意理论辩护》,《政法法学评论》第142期(2015年),第165-166页。

㉔同前注③,周光权文,第168页。

㉕Vgl. Winrich Langer, Vorsatztheorie und strafgesetzliche Irrtumsreglung-Zur Kompetenzabgrenzung von Strafgesetzgebung, Verfassungsgerichtsbarkeit und Strafrechtswissenschaft, GA 1976, S.211; Heinz Koriath(Fn.46), S.124; Georg Freund, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 2009, §4 Rn.76 ff.

㉖Vgl. Heinz Koriath(Fn.46), S.124 f; Benno Zabel, Aktuelle Begründungs- und Anwendungsprobleme in der Dogmatik zu §17 StGB, GA 2008, S.49.

㉗刑法学界似乎有一个先入为主的成见。即,仿佛一谈起故意说,就是一副宽大无边、姑息养奸的形象。不少学者认为,一旦将现实的违法性认识视为故意的要素,就会得出“不知法一律不为罪”的结论。同前注①,车浩文,第28页;同前注③,孙国祥文,第704页。对此,有两点需要说明:①故意说只是认为不知法者与故意犯之刑的谴责不相当,故不成立故意罪,而不是认为不知法者完全不受谴责、一概无罪。当行为人有能力避免自己陷于不知法的状态时,他对于不法构成要件的实现具有过失,故在刑法处罚相应过失犯罪的情况下,就可以对行为人以过失犯论处。唯有当刑法不处罚过失犯时,才会得出行为人为无罪的结论。②人们总是习惯于指责故意说不当地限缩了处罚范围。但问题是,决定合理处罚范围的标准又是什么呢?一旦刑法未将某种过失行为纳入可罚的范

围,那就说明在立法者看来,过失实现该类不法之行为的可谴责性本来就没有达到值得动用刑罚来加以回应的程度。因此,即便在这种情形下,也不能说不知法者不为罪的处理结论放纵了犯罪。

⑤王志远:《在“公益”与“私权”之间:违法性认识问题再认识》,《法学家》2015年第1期,第127页。

⑥同上,第126页。

⑦Ulfrid Neumann, in: Nomos Kommentar StGB, 5. Aufl., 2017, §17 Rn.54.

⑧同前注①,车浩文,第31页。类似的论述, Vgl. Hans-Joachim Rudolphi(Fn.28), §17 Rn.2a; Wolfgang Joecks(Fn.34), §17 Rn.6.

⑨[德]罗克辛:《刑事政策与刑法体系》,蔡桂生译,中国人民大学出版社2011年,第15页。

⑩Eberhard Schmidhäuser(Fn.31), S.368.

⑪[美]波斯纳:《并非自杀契约——国家紧急状态时期的宪法》,苏力译,北京大学出版社2010年,题记。

⑫支持法律规范说的代表性文献有贾宇:《犯罪故意概念的评析与重构》,《法学研究》1996年第4期,第129页;同前注②,冯军书,第215页以下。主张社会危害性说的代表性文献,同前注②,刘明祥文,第76页;陈兴良:《违法性认识研究》,《中国法学》2005年第4期,第135页。

⑬Vgl. Hans-Joachim Rudolphi, Unrechtsbewußtsein, Verbotssirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums, 1969, S.60.

⑭刘艳红、万桂荣:《论犯罪故意中的违法性认识》,《江海学刊》2003年第5期,第125页;齐文远、熊伟:《违法性认识研究》,载同前注①,陈忠林主编书,第131页。Vgl. M. E. Mayer, Rechtsnormen und Kulturnormen, 1903, S.28; Arthur Kaufmann, Das Unrechtsbewußtsein in der Schuldlehre des Strafrechts, 1985, S.100.

⑮Arthur Kaufmann, Die Parallelwertung in der Laiensphäre, 1982, S.37.

⑯[德]哈贝马斯:《交往与社会进化》,张博树译,重庆出版社1988年,第3页。

⑰同前注⑩,高铭喧主编书,第264页;同前注②,冯军书,第214页。

⑱同前注②,贾宇文,第130页;黄京平、陈毅坚:《试论我国犯罪构成中的违法性认识》,载同前注①,陈忠林主编书,第209-210页;同前注⑩,莫晓宇文,第29-31页;黎宏:《刑法总论问题思考》,中国人民大学出版社2007年,第248页以下;同前注⑤,王志远文,第121页;同前注②,冯军书,第215页以下;Vgl. Ulfrid Neumann(Fn.57), §17 Rn.15.

⑲张明楷:《论盗窃罪故意的认识内容》,《法学》2004年第11期,第69页;王作富主编:《刑法分则实务研究》,中国方正出版社2013年,第938页。

⑳Vgl. Arthur Kaufmann(Fn.64), S.155.

㉑Vgl. Günther Jakobs, Das Schuldprinzip, 1993, S.18.

㉒Vgl. Friedrich-Christian Schroeder, in: Leipziger Kommentar StGB, 11. Aufl., 1994, §17 Rn.23; Hans-Joachim Rudolphi(Fn.28), §17 Rn.12.

㉓既然违法性认识属于构成要件要素,那么控方就对其负有举证责任。正是因为证明责任制度本质上是一种风险和诉讼利益分配制度,故在法律对证明责任已作出明确分配、同时法律又未授权的情况下,任何法官均无权改变这种分配方式。由于刑事推定将原本应由控方承担的证明责任转移到了被告人身上,故它原则上必须在获得了立法的明确认可之后,方能为司法者所运用。参见龙宗智:《推定的界限及适用》,《法学研究》2008年第1期,第114页;周光权:《明知与刑事推定》,《现代法学》2009年第2期,第113页。因此,对于违法性认识存在与否的证明责任依然应由控方负担,只是由于它属于一种主观心理事实,难以通过直接证据加以证明,故可以由法官根据各种客观事实,运用经验和逻辑法则来进行推断。

㉔江苏省高级人民法院(2001)苏刑二终字第161号刑事裁定书。

㉕同前注⑮,天津市高级人民法院刑事裁定书。

㉖《荀子·正论篇》。

㉗相关案件,参见潘从武、计野:《少年和未满14岁女孩谈恋爱并发生关系被判强奸》,载法制网2013年9月23日, http://www.legaldaily.com.cn/index/content/2013-09/23/content_4869019.htm?node=20908。

㉘沈燕、荣学磊:《杨乙洲等非法经营案:组织境内居民参与境外期货、外汇交易构成非法经营罪》,《人民司法·案例》2011年第8期,第16页。

㉙沈海平:《掏鸟窝被重判为何引发争议》,载《检察日报》2015年12月9日,第7版。

㉚彭千郡:《仿真枪是枪吗?》,载《检察日报》2016年8月10日,第5版。

㉛沈海平:《认定枪支,司法标准应具有独立性》,载《检察日报》2016年8月17日,第5版。

㉜卢义杰、杜珂:《“调高枪支认定标准”是否可行》,载《中国青年报》2016年2月23日,第6版。

㉝伍铁平:《语言与思维关系新探》(增订本),上海教育出版社1990年,第24页以下。

㉞Vgl. Eberhard Schmidhäuser, Über Aktualität und Potentialität des Unrechtsbewußtseins, FS-Hellmuth Mayer, 1966, S.325 ff.

㉟Vgl. Eberhard Schmidhäuser(Fn.84), S.329; Harro Otto, Der Verbotsirrtum, Jura 1990, S.647.

㊱关于责任原则在我国刑事立法、司法、理论中贯彻不足的种种表现,参见冯军:《刑法中的责任原则:兼与张明楷教授商榷》,《中外法学》2012年第1期,第60-66页。