

违法性认识错误与构成要件认识错误的界分

——以法规范性要素认识错误为焦点

刘之雄

【摘要】构成要件认识错误与违法性认识错误的划分,取代传统上事实认识错误与法律认识错误的分类,代表着认识错误分类功能化的合理发展趋势。但违法性认识错误与构成要件认识错误的界限混淆,对解读违法性认识错误的犯罪评价意义造成了困扰。其症结在于,理论上未能厘清违法性认识同构成要件的法规范性要素认识之间的关系。违法性认识错误限于抽象的违法性认识欠缺,不影响主观归责;行为人对不法行为的法规范性构成要素缺乏认识,属于构成要件认识错误,阻却犯罪的故意。贯彻刑法责任主义原则的恰当路径,不是将违法性认识或违法性认识可能性作为归责条件,而是将不法构成要件的法规范性要素纳入故意的认知范畴。

【关键词】犯罪故意;违法性认识错误;构成要件认识错误;规范性要素;主观归责

【作者简介】刘之雄,中南民族大学法学院教授。

【原文出处】《法学评论》(武汉),2020.5.55~65

【基金项目】本文系中央高校基本科研业务费专项基金重点项目“违法性认识在犯罪评价中的意义研究”(项目编号:CSZ18001)的阶段性研究成果。

一、范畴述要与问题聚焦

传统刑法理论将行为人的认识错误现象化地分为事实认识错误和法律认识错误两大类。这一分类以错误对象所处的领域是事实领域还是法律评价领域为标准,而非着眼于认识错误对于犯罪评价的意义,因而不具备犯罪评价上的类型化功能。鉴此,当代德国刑法理论已经抛弃这种传统分类,代之以构成要件认识错误(行为构成认识错误^①)与违法性认识错误的划分。^②后一种分类着眼于两类认识错误在犯罪评价中的不同意义,代表着认识错误分类功能化的合理发展趋势。但违法性认识错误与构成要件认识错误的界限,是刑法理论尚未完全厘清的问题。当代刑法学中有关违法性认识在犯罪论中的意义和地位之争,正是根源于违法性认识错误与构成要件认识错误的界限混淆。其症结在于,理论上将违法性认识错误与涉及法律评价的规范性构成要素

认识错误(以下简约为“法规范性要素认识错误”)混为一谈。鉴此,本文以法规范性要素认识错误的类型归属为焦点,通过厘清法规范性要素认识错误同违法性认识错误以及同构成要件认识错误之间的关系,进一步明确构成要件认识错误与违法性认识错误的界限,从而为合理界定犯罪故意以及正确看待违法性认识错误的归责意义奠定必要的理论前提。

鉴于违法性认识错误与构成要件认识错误的划分在国内学界尚非主流,^③有必要对其基本范畴作简要说明,并梳理其同传统分类之间的差异。在此基础上再聚焦于本文的核心问题。

(一)违法性认识错误述要

纳入当代刑法学研究范畴的违法性认识错误,单指不法行为人对其行为的违法性缺乏认识,理论上也称为禁止性错误。其既可以表现为行为人对其行为被法律所禁止全然无知,譬如行为人误认为同

精神病妇女“自愿”性交并不违法;也可以是行为人虽然认识到通常情况下行为的违法性,但错误地认为自己的行为有正当理由因而被法律所允许,譬如错误地认为自己作为父亲,有权利虐待自己的孩子。^④至于行为人将其合法行为误认为违法,则属于合法性认识错误,且不涉及犯罪评价问题,因而不属于违法性认识错误的研究范畴。

违法性认识错误不同于传统刑法理论上的“法律认识错误”。后者的外延更为宽泛,不仅包含违法性认识的欠缺以及前述合法性认识错误,而且还包括对行为违反何种具体法律产生的认识错误,以及对犯罪构成中涉及法律规定的规范性要素(如财产所有权、法律上的婚姻、国家重点保护植物等)的认识错误。亦有著述从犯罪认知的角度将法律认识错误区分为假想的犯罪、假想的不犯罪、行为人对自己行为的罪名和罪刑轻重的误解等类型。^⑤可见,法律认识错误是一个内涵和外延相对模糊的术语,理论上对其理解亦多有歧义。而当代刑法学上的违法性认识错误仅指违法性的认识欠缺,其错误仅限于对自己行为不违法的抽象评价。因此,不能将违法性认识错误与所谓法律认识错误混为一谈。

需要指出,违法性认识错误的误解对象是行为的违法性,而违法性有其确定的内涵,即指向行为同法律的关系。违法性认识错误的具体内涵就是没有意识到自己的行为违反法律要求的作为或者不作为义务。唯有在这种意义上,违法性认识错误才能作为刑法学上的一个规范的范畴加以讨论。至于部分学者为了圆说某种主张,将违法性认识异化为违反社会伦理道德(所谓“前法律规范”)的认识,或者异化为只需要认识到违法评价的实质根据的所谓“实质违法性认识”等做法,都将导致违法性认识和违法性认识错误的内涵偏离其本来的意义,使得有关违法性认识以及违法性认识错误的刑法理论研究误入歧途。^⑥

(二)构成要件认识错误述要

构成要件认识错误,是一个直接关系犯罪故意的范畴。不法行为的故意,以不法行为人对其行为的认知为成立条件之一。这一认知的具体内容,就是法律对该不法行为设置的全部客观构成要素。也

就是说,只有当行为人对不法行为得以成立的全部客观要素具有认知时,才可能具备犯罪的故意。反之,如果行为人对不法行为的客观构成要素缺乏认知,就排除其犯罪故意。这种对不法行为的客观构成要素缺乏认识并因而排除犯罪故意的情形,即为构成要件认识错误。^⑦这表明,构成要件认识错误的范畴,完全对应于犯罪故意的认知范围。

犯罪故意所须的认知,不止于对构成要件事实的感知,还需要行为人理解其行为性质,即该行为在法律评价上作为非难根据的行为意义。实质地看,刑法针对不法行为的禁止性规范,目的在于保护某种特定的利益或价值(法益),因而不法行为对特定法益的危害性,乃是其被刑法非难的实质根据。因此,行为对特定法益的危害性乃是行为人具备犯罪故意所须认知的行为性质。这种行为性质乃是罪刑规范设置不法构成要件的核心指向。而用以说明行为的法益危害性的构成要件要素,并不限于事实性要素,也包括基于社会评价的规范性要素,或者说,行为的法益危害性是由行为的事实要素和规范性要素共同说明的。因此,犯罪故意所须认知的构成要件要素在刑法理论上被归纳为两类:一类是基于感官感知的事实性要素(所谓描述的构成要件),如非法猎捕珍贵野生动物罪中的“动物”、非法采伐国家重点保护植物罪中的“植物”、爆炸罪中的“爆炸”等;另一类是基于社会评价规范得以理解其含义的规范性要素,如“淫秽”“侮辱”“人格尊严”“公共安全”等。只有当行为人对其不法行为客观方面全部的事实性要素和规范性要素具有认识时,才可能认定其具备犯罪故意。反之,如果行为人对影响行为性质的任何事实性要素或者规范性要素的认知缺乏,皆属于排除犯罪故意的构成要件认识错误。^⑧

构成要件认识错误不同于所谓事实认识错误。一方面,行为人对构成要件中规范性要素的认识欠缺所致的构成要件认识错误,超越了事实认识错误的范畴。譬如,非法猎捕珍贵野生动物罪的“珍贵”,就不是一个基于感官感知的事实判断问题,而是基于法规范的理解问题,如果行为人对动物的珍贵性缺乏认知,就超越了事实认识错误的范畴,当属于所谓法律认识错误的领域。另一方面,事实认识错误

不一定涉及构成要件认识错误。譬如,行为人误将张三当作李四杀害,属于事实认识错误的范畴,但由于张三和李四的生命都处于故意杀人罪的罪刑规范的保护范围,对行为人而言,并不缺乏对杀人行为构成要件的认识,因而不属于构成要件认识错误。正因为如此,我们可以说构成要件认识错误排除犯罪故意,但不能说事实认识错误都排除犯罪故意。

(三)问题聚焦

区分违法性认识错误与构成要件认识错误,目的在于明确两者在犯罪评价中的不同意义。构成要件认识错误排除犯罪故意,乃是刑法学的共识,但违法性认识错误对于犯罪评价的意义,则是刑法学上一个极具争议的问题。传统刑法学以“不知法者不免责”为基本信条,将违法性认识排除在犯罪要素之外,否定违法性认识错误的犯罪评价意义。但基于现代刑法出现大量法定犯立法之背景,学术上出现了将违法性认识或违法性认识的可能性作为犯罪要素纳入犯罪评价体系的主张,并形成了将违法性认识作为故意要素的严格故意说、将违法性认识的可能性作为故意要素的限制故意说、将违法性认识只作为法定犯的故意要素的区别说、将违法性认识及其可能性作为罪责要素的责任说等不同的理论流派。^⑨这些理论流派之间及其同传统刑法学立场之间的理论聚讼,成为当代刑法学的学术热点。^⑩

其实,关于违法性认识错误对于犯罪评价意义的学术争议背后,隐藏着一个基础性问题,即违法性认识错误与构成要件认识错误的界限不明。其中的焦点是,法定罪状中诸如“枪支”“国家重点保护植物”“珍贵野生动物”以及“违反枪支管理规定”“违反国家规定”等涉及法规范的因素,究竟是属于犯罪故意中构成要件认知的范畴,还是属于违法性认识的范畴?或者说,行为人对其缺乏认识,究竟是属于构成要件认识错误还是违法性认识错误?如果对此不能形成恰当而一致的认识,探讨违法性认识错误的刑法意义就缺少共许的理论前提,有关的理论研究就只能陷入自说白话的境地。

以赵春华非法持有枪支案^⑪引发的学术争鸣为例,对于赵春华声称其一直认为持有的是玩具枪而非真枪,因而并不知道其行为违法这一辩解,学界对

其认识错误的类型及其刑法意义就存在显著的认识分歧。江溯将法律意义上的“枪支”以及“违反枪支管理规定”理解为规范性犯罪构成要素,将行为人对此缺乏认识视为构成要件认识错误,从而得出行为人欠缺犯罪故意的结论。^⑫刘艳红同样将法律意义上的枪支视为故意的认识要素,但却将其理解为违法性认识的内容,得出行为人因欠缺违法性认识而不具备犯罪故意的结论。^⑬陈璇将违法性认识作为故意的要素,以难以认定该案行为人具有非法持有枪支的违法性认识为由,否定犯罪故意的成立。^⑭陈文昊、陈雪将行为人对“枪支”的认识,分解为对“射击道具具有杀伤力”的违法事实认识和对违法事实的违法性评价认识,视前者为犯罪的故意要素,视后者为违法性认识并以其可能性为责任要素,认为行为人对前者具有认识,不排除故意,只是未认识到行为的违法性,存在违法性认识错误,但由于其在不知是否违法的时候完全可以向公权力机关求证和核实,因此不能以缺乏违法性认识可能性为由阻却责任。^⑮劳东燕认为,赵春华既存在构成要件认识错误,也存在违法性认识错误。因为非法持有枪支罪的故意,要求行为人对所持枪支符合《枪支管理法》规定的“足以致人伤亡或者丧失知觉”这一“法律因素”具有认知,但赵春华一直认为涉案枪支是玩具枪,属于构成要件认识错误,由此可排除其犯罪的故意。同时,赵春华不可能具备枪支方面的知识,客观上也缺乏了解枪支方面相关规定的机会与可能性,不会将射击用枪与刑法上的枪支联系起来,应当认定赵春华存在不可避免的违法性认识错误,从而排除责任。^⑯

上述争议表明,理论上对于违法性认识错误的犯罪评价意义所持的不同立场,往往同持论者对于违法性认识错误及构成要件认识错误的不同界定相关联。这也正是违法性认识理论长期陷入学术困局的原因所在。因此,清晰地界分违法性认识错误与构成要件认识错误,尤其是恰当界定法规范性要素认识错误的类型归属,对于完善主观归责理论乃至犯罪论体系,具有重要意义。

二、法定罪状中的法规范性要素梳理

如前所述,不法行为的构成要件不仅包含事实

性要素,还包含规范性要素。规范性要素的内容,是基于社会规范的评价。从其规范渊源看,有些规范性要素是以社会伦理、社会通念等一般的社会生活规范作为评价根据。例如“侮辱”“猥亵”“淫秽”“歧视”等,就是以社会生活的伦理观念为评价根据的。此类规范性要素,虽然由刑法明文规定,但刑法并没有且难以界定其内涵与外延,必须借助于社会生活规范理解之,也就是说,社会生活规范乃是刑法中此类规范性要素的解释依据。这也意味着刑法对于社会生活规范的开放性。还有一类规范性要素则以其他部门法规范为判断依据,如法律意义上的“枪支”“婚姻”“证据”“公私财物”“禁渔期”“禁渔区”“未经批准”“擅自”“滥伐”“珍贵文物”以及某些不法罪状中的“违反……规定”等,此即本文所称的法规范性要素。法规范性要素虽由刑法明文规定,但其具体内涵和范围须通过其他部门法规范得以明确。刑法理论往往将此类需要借助其他法律规范得以界定的要素,称为“空白罪状”。但所谓“空白”,是仅就刑法未明确此类要素的具体内涵和外延而言。事实上,此类规范性要素的具体范围和判断标准,在相关法律、法令中具有明确的依据,司法中通过参见相关法律规范得以具体界定之,故又称“参见罪状”。

对于前一类不依赖于其他法律规范作为评价依据的规范性要素而言,并不涉及违法性认识问题,故行为人对其欠缺认识,在当代刑法理论中被视为构成要件认识错误,而无关违法性认识错误。与此不同,法规范性要素以其他法律规范为评价依据,行为人对这类要素的认识就可能同违法性认识相交织。因此,行为人对法规范性要素的认识错误,在错误类型上的归属,就是需要专门研究的问题。此为后话。这里首先对法定罪状中的法规范性要素予以系统梳理,以便为后续研究奠定必要的基础。

从我国刑法的规定看,法规范性要素在罪状中的表述有两种方式。最常见也更可取的表述方式,是直接对不法行为所须具备的法规范性要素作明确规定。譬如《刑法》第128条规定的(持有、私藏)“枪支”(依据枪支管理法认定),第341条规定的(猎捕)“国家重点保护的珍贵、濒危野生动物”(依据野生动物保护法规认定),第264条规定的(盗窃)“公私财物”

(依据民法认定的“他人财物”),第282条规定的“国家秘密”(依据国家保密法认定)等,都是在法定罪状中作为不法行为的构成要素得以明确规定。

另一种表述方式,是将某一特定的法规范性要素隐含在“违反……法规”“违反……规定”的抽象表述中(以下简称“违反式表述”)。譬如,《刑法》第344条规定的“违反国家规定,非法采伐、毁坏珍贵树木或者国家重点保护的其他植物”,其中的“违反国家规定”并非一种抽象的违法性评价。其所谓“国家规定”,绝非泛指,而是有其特定内涵,即指采伐行为须经国家有关管理部门批准。故法条中“违反国家规定”的确切内涵,就是“未经主管部门批准”(或“未经授权”)。在这里,“未经主管部门批准”就是构成非法采伐、毁坏国家重点保护植物罪的一个法规范性要素。只是这一要素未被明确表达,而是隐含在“违反国家规定”的抽象表述中。因此,如果将《刑法》第344条的罪状表述为“未经授权,采伐、毁坏珍贵树木或者国家重点保护的其他植物”,不仅可行,而且更为具体而明确。同样,《刑法》第128条关于非法持有、私藏枪支、弹药罪的罪状规定中,所谓“违反枪支管理规定”,也不是抽象的违法性评价,或者泛指违反枪支管理规定的任何规范,而是特指持有、私藏枪支、弹药的行为“未经授权”这一特定的法规范内涵。这一法规范内涵乃是非法持有、私藏枪支、弹药罪的法规范性要素。在我国刑法分则中,通过类似的违反式表述,隐含表达犯罪的法规范性要素的规定,是较为常见的。从立法技术的角度看,这种抽象的表述方式虽然包含了犯罪所需的法规范性要素,但不够具体、明确,并造成下文所述的界分构成要件认识错误与违法性认识错误的困扰。比较而言,类似《刑法》第174条、179条那样将犯罪的法规范性要素具体化为“未经国家有关主管部门批准”,是一种更好的选择。

需要指出,法条中的违反式表述,并非都具有实际意义。如果犯罪所须的法规范性要素在法定罪状中已有具体而明确的规定,则法条中的违反式表述对定罪就失去了意义。现举三例说明之:例一,《刑法》第340条规定的非法捕捞水产品罪,其法定罪状已经明确了捕捞水产品行为须“在禁渔区、禁渔期或

者使用禁用的工具、方法”等基于水产资源保护法规确定的规范性要素,这些要素已然为司法提供了对行为定性的具体标准,故法条中“违反保护水产资源法规”的规定,对定罪就失去了实际意义。例二,《刑法》第222条规定的虚假广告罪,其罪状已经将不法行为明确描述为“利用广告对商品或者服务作虚假宣传”,其中的“虚假宣传”这一规范性要素已经作为行为定性的标准之一被明文规定,故法条中再强调行为“违反国家规定”,实属多余。例三,《刑法》第230条规定的逃避商检罪,其法规规范性要素已经在“将必须经商检机构检验的进口商品未报经检验而擅自销售、使用,或者将必须经商检机构检验的出口商品未报经检验合格而擅自出口”的罪状描述中得以明确,故法条中“违反进出口商品检验法的规定”就不再具有隐含式规定行为要素的作用,而只具有指引意义,即指出界定法规规范性要素的法律依据。但从立法简洁的要求看,这样的指引亦属多余。因为不言而喻的是,“必须经商检机构检验的商品”“擅自进口”“擅自出口”等规范性要素,只能是依据《进出口商品检验法》界定。

还需要关注的是,刑法分则条文中大量出现的“非法”之表述,其内涵和意义应区分以下两种情况:一是与违反式表述一同出现,属于同语反复。譬如《刑法》第128条在指明行为“违反枪支管理规定”的同时,又重复表述“非法”持有、私藏枪支、弹药。在这里,“非法”之表述实属多余。二是用以排除正当化事由,表达的是“行为缺乏法律允许的事由”之内涵。譬如《刑法》第208条规定的“非法购买增值税专用发票”,第238条规定的“非法剥夺他人人身自由”,第252条规定的“非法开拆他人信件”等,其中的“非法”所具有的内涵,就是行为缺乏法律允许的正当事由,以此将合法行为排除在犯罪之外。

实质地看,后一类“非法”之表述同违反式表述具有相同的意义,两者皆用以排除正当化事由,从而限定不法构成要件的范围。至于其隐含的具体规范内涵是属于构成要件要素的范畴,还是属于正当化事由(违法阻却事由)的评价范畴,则涉及犯罪论体系中构成要件同正当化事由的关系问题。这种关系从本质上说,就是两种不同视角对同一问题的分析。

譬如非法持有枪支罪中的“违反枪支管理规定”和非法拘禁罪中的“非法”,其所隐含的规范内涵,既可以从正面视其为不法行为的构成要素,即不法行为以无合法事由作为构成要素;也可以从反面视其为正当化事由的排除,即将那些具有法定事由的正当行为排除在不法行为之外。这两种视角的认知对象及其结论是完全一致的。这正是大陆法系刑法理论从传统的三阶层犯罪论体系(构成要件、违法、罪责)逐渐转向二阶层犯罪论体系(不法、罪责)的内在根据。因此,违反式表述和“非法”表述所隐含的规范性要素,究竟是定位于不法行为的构成要素,抑或定位于正当化事由范畴的学术之争,对不法行为的界定而言,并无实质意义。

三、法规规范性要素认识错误的属性辨析

行为人对其行为涉及的法规范性要素缺乏认识,即为法规规范性要素认识错误。例如,在禁渔区捕捞水产品的行为人并未意识到其捕捞行为处于禁渔区;采伐植物的行为人误认为其采伐的珍稀植物属于主管部门核准的采伐范围;被吊销医师执业资格者在有关工作人员延误告知的情况下继续行医;珍贵文物的所有人将文物赠送给外国人却不知道珍贵文物哪怕是赠送出口也须获得有关部门批准。上述情形中,行为人均欠缺对构成犯罪所须的某些法规规范性要素的认识。此类认识错误究竟属于构成要件认识错误,还是属于违法性认识错误,抑或两者兼属,在刑法学上存在不同认识,也是国内学界未予足够关注的问题。

(一)法规规范性要素认识错误与构成要件认识错误

如前所述,犯罪故意的对象是构成要件的全部客观要素,行为人对不法行为的任一事实性要素或者规范性要素的认识欠缺,皆属于构成要件认识错误。其中的规范性要素,不仅包括诸如“侮辱”“淫秽”“人格尊严”等基于社会生活伦理的规范性要素,也包括涉及行为性质判断的法规范性要素。这是因为,如果法规范性内容被刑法设置为某种不法行为的要素,就意味着该种行为的性质是有赖于法规范评价才能得以判断的,这就是说,如果行为人对其不法行为的法规范性要素缺乏认识,就不可能认识到

其行为的法益危害性,也就不可能存在犯罪的故意。因此,如果不法行为的构成包含法规范性要素,则该要素就是故意的认知对象;行为人对该要素的认知欠缺,就属于构成要件认识错误,从而阻却犯罪故意。譬如,行为处于禁渔区、禁渔期是非法捕捞水产品罪的构成要件要素,如果捕捞水产品的行为人未认识到其行为处于禁渔区或者禁渔期,就属于构成要件认识错误,并因此排除其非法捕捞水产品的犯罪故意。同样的,违反式表述中隐含的法规范性构成要件要素也是故意的认知对象,行为人对其认知欠缺也属于构成要件认识错误。譬如,虽经有关部门批准采伐国家重点保护植物的行为人,却对批准采伐的范围发生误解,而采伐了超出批准范围的国家重点保护植物,其客观上属于“违反国家规定”(即“未经主管部门批准”)的采伐,由于行为人对超出批准范围(即未经主管部门批准这一违反国家规定的规范性要素)缺乏认识,属于构成要件认识错误,应排除其非法采伐、毁坏国家重点保护植物的犯罪故意。总之,无论是法条明文规定的法规范性行为要素,还是隐含在违反式表述中的法规范性行为要素,只要行为人对其缺乏认识,就属于构成要件认识错误,排除犯罪故意。

将不法行为的法规范性要素作为故意的认知对象,并因此将行为人对该要素的认识错误视为构成要件认识错误,在德国当代刑法理论中已经成为共识。有著述明确指出,构成要件中所包含的法概念,如财产、文书、婚姻、公务员等,皆属于构成要件认识错误的对象,如果行为人对其缺乏认识,即认定缺乏故意。^⑤例如,对存在纳税义务的认识错误,就排除了逃税罪的故意;同样,一种违反赡养义务的故意,是以行为人认识到自己有赡养义务为条件的。^⑥如果刑法规定中出现的“违法地”或者“未经许可地”等表述成为不法行为的构成要件要素时,行为人对其缺乏认识,就属于阻却故意的构成要件认识错误。^⑦

需要指出,前述无意义的违反式表述(未包含具体的规范性要素),不属于犯罪故意的认知要素;行为人对其欠缺认知,就不是构成要件认识错误。譬如,虚假广告罪的罪状已经明确将广告的虚假性设置为犯罪的规范性要素,法条中的“违反国家规定”

并不隐含该罪的其他法规范性要素,故行为人所需要认知的规范性要素是广告的虚假性,而“违反国家规定”并非故意的认知要素,行为人对其缺乏认识,就不属于构成要件认识错误。再如,《刑法》第330条将“供水单位供应的饮用水不符合国家规定的卫生标准”设置为妨害传染病防治罪的行为之一,其中的“不符合国家规定的卫生标准”属于犯罪故意所须认知的法规范性要素,而法条由“违反传染病防治法的规定”,就超越了该罪故意的认知范畴,行为人对其缺乏认识,就不属于构成要件认识错误,而只能视为违法性认识错误。

(二)法规范性要素认识错误与违法性认识错误

法规范性要素认识错误与违法性认识错误之间,既存在可能的关联,又不能混为一谈。

对于缺乏传统伦理基础的行政犯而言,对其构成要件中法规范性要素的理解在很大程度上依赖于对相关规定的了解,行为人对构成要件的法规范要素认识错误往往与违法性认识错误相伴相随。一个不知道是在禁渔区、禁渔期捕捞水产品的行为人,或者一个不知道蟾蜍是国家保护动物而捕杀的行为人,通常就不会意识到自己行为的违法性。反过来说,行为人对构成要件中法规范性要素的认识,往往伴随着违法性认识。譬如,一个非法持有枪支的行为人,如果他认识到自己持有的是须经国家批准才能持有的国家管制枪支,但却未经批准而持有,通常也就意味着他意识到自己的行为不被法律所允许。但是,这并不意味着法规范性要素认识错误与违法性认识错误可以等同视之,也不意味着法规范性要素认识必定依赖于违法性认识。

两者之间的区别,在于认识错误所指向的认识内容不同。违法性认识指向行为违法的抽象评价,其核心要素是行为整体同法律之间的抽象关系,故违法性认识错误仅仅是行为人没有认识到自己的行为背离法律的要求,而不必涉及违反法律的具体规范内容。与此不同,对构成要件中法规范性要素的认识错误,其未认识的是由相关法律规范所赋予且被刑法设置为构成要件要素的规范性意义内容。例如非法采伐国家重点保护植物罪,成立犯罪故意所须认知的法规范性要素,包括采伐的植物被“国家重

点保护”以及采伐须经国家许可但其未经许可而采伐(法条中所谓“违反国家规定”的具体内涵),如果行为人对此缺乏认识,就属于欠缺法规范性要素认识的构成要件认识错误,阻却犯罪故意。再如逃避商检罪,其构成要件的法规范性要素包含未经检验的进口商品、出口商品乃是“必须经商检机构检验”的商品,以及依照商品检验法的规定,行为人对该类商品的销售、使用、出口是“擅自”(即未经允许)的。如果行为人对这些法规范性要素缺乏认识,就属于构成要件认识错误,阻却犯罪故意。

两者之间不仅存在上述区别而不应相互混淆,而且也不存在必然的依存关系而不可相互替代。一方面,行为人对构成要件的法规范性要素具有认识,并不意味着他一定具有违法性认识。譬如,对于一个盗窃他人非法占有物的行为人而言,他虽然认识到所窃的财物属于他人财物(法条中所谓“公私财物”),但如果他是在“黑吃黑不犯法”的意识支配下行事的,就缺乏违法性认识。对于一个未经批准砍伐红豆杉的行为人而言,他虽然知道红豆杉是国家重点保护植物,但他不一定把未经批准的采伐行为同违法关联起来,因为在他看来,砍伐自己承包山林中的一棵树还不至于达到“犯法”的程度。对于一个帮助涉嫌犯罪的近亲属毁灭证据的行为人而言,他虽然知道毁灭的是能够证明案件事实的“证据”,但如果他是基于“亲属相隐理所当然”的观念而行为,就不一定认识到自己行为的违法性。另一方面,行为人具有违法性认识不代表他对构成要件的法规范性要素具有认识。譬如,行为人基于窃取他人的仿真玩具枪(如射击气球用的游戏枪)的故意实施盗窃,但经鉴定,其所窃的“玩具枪”因具有一定的杀伤力而属于国家管制枪支的范畴。此种情形中,行为人虽然具有违法性认识,但就盗窃枪支罪而言,则没有认识到法律意义上的“枪支”这一法规范性构成要素,属于构成要件认识错误,并因而排除其盗窃枪支罪的犯罪故意。

上述分析表明,构成要件的法规范性要素属于犯罪故意的认知内容,如果行为人对其缺乏认识,当属于构成要件认识错误。这种错误不同于抽象的违法性认识错误,后者不属于犯罪故意的认知范畴。

尽管在现实中,行为人对法规范性要素的认识错误与违法性认识错误往往同时出现,但阻却故意的是前者而非后者。也因此,当两种错误各自单独出现时,能影响犯罪故意成立的,只能是构成要件的法规范性要素认识错误,而抽象的违法性认识错误则无关犯罪故意的认定。

需要指出,对于不法行为的构成而言,法规范性要素并不具有普遍意义。只有当刑法明文将某种法规范性要素设置为不法行为的要素时,该不法行为的构成要件才包含法规范性要素。相应的,也只有这种包含法规范性要素的故意不法,才以行为人对法规范性要素的认识作为故意成立的条件。这正是区分法规范性要素认识错误同违法性认识错误的意义所在,也是本文立场不同于严格故意说的关键所在。严格故意说由于将法规范性要素认识错误混同于抽象的违法性认识错误,进而将违法性认识视为各种犯罪故意的成立条件,不仅于法无据,而且存在不恰当地缩小故意犯罪范围并造成司法困扰之弊端。

四、混淆构成要件认识错误与违法性认识错误的观点之批判

由于未能正确把握法规范性要素认识与违法性认识的关系,理论上存在两种对于认识错误类型的误解:一是将本属于构成要件认识错误的法规范性要素认识错误,归入违法性认识错误的范畴;二是将违法性认识作为犯罪故意的认知要素,从而将违法性认识错误混同于构成要件认识错误。这导致了关于违法性认识错误对于归责意义的两种错误主张。

(一)将法规范性要素认识错误归入违法性认识错误的观点之批判

有学者基于事实认识错误与法律认识错误的传统分类,主张将违法性认识与犯罪故意相分离,并将违法性认识可能性归入责任要素,即“先通过事实错误的认定判定行为人的故意成立与否,而后再通过违法评价认识可能性的认定判定行为人是否具有责任。”“第一个问题是事实层面上的,第二个问题是规范层面上的。”譬如非法持有枪支罪,在犯罪故意的层面只需要认定行为人对“射击道具的杀伤力”这一事实具有认识,就可以肯定行为人的犯罪故意。至

于这种具有杀伤力的道具是否属于法律意义上的枪支,则属于规范评价层面上的认识可能性判断问题,属于责任评价的范畴。^③

上述观点将犯罪故意的认知范畴限定在纯事实的领域,从而将构成要件的法规规范性要素排除在犯罪故意的认知对象之外,而视其为违法性认识的对象。这不仅混淆了构成要件认识错误与违法性认识错误的界限,也是对犯罪故意的严重误解。前述刑法学原理表明,犯罪故意的认知对象是构成要件的全部客观要素,包括事实性要素与规范性要素。即使这种规范性要素是以相关法律为评价依据,也仍然是故意的认知对象,行为人对其缺乏认知,就无犯罪故意可言。一个不知道处于禁渔区、禁渔期的捕捞者使用非禁用的工具捕捞水产品,就不能认定其非法捕捞水产品罪的故意。一个不知道红豆杉属于国家重点保护植物而采伐其承包山林中的红豆杉的人,就不能认定其非法采伐国家重点保护植物罪的故意。同样,一个不知道自己持有的是国家管制枪支,而视其为玩具枪的行为人,就不存在非法持有枪支罪的故意。背离这一原理,就难免误入歧途。譬如,对于赵春华非法持有枪支案,上述观点的持论者基于行为人认识到“射击道具的杀伤力”这一事实,而肯定了其具备非法持有枪支罪的故意,同时认为行为人对“射击道具”是否属于法律意义上的“枪支”缺乏认识时,没有向公权力机关求证和核实,表明其未尽到对自己的行为是否违法“进行确证”的注意义务,因而不能以缺乏违法认识可能性为由阻却责任。^④如此,赵春华的行为就该按非法持有枪支罪论处了。这样的结论与司法判决的结论保持一致,但却背离了刑法学原理和社会常识。如果照此逻辑,不仅赵春华,而且所有使用该枪支射击气球的人都是可罚的了。

这种错误主张的症结在于,持论者未能正确把握构成要件认识错误与所谓事实认识错误,以及违法性认识错误与所谓法律认识错误的关系,从而把违法性认识错误扩张为法律认识错误,使得本属于构成要件认识错误范畴的法规规范性要素认识错误,被纳入违法性认识错误的评价领域。须知,以德国为代表的当代大陆法系刑法理论之所以舍弃传统的

事实认识错误与法律认识错误的划分,代之以构成要件认识错误与违法性认识的划分,其理论旨趣恰在于将各种认识错误中那些能阻却故意的错误整合为一个统一的范畴,即构成要件认识错误。这一范畴一方面将那些不影响故意成立的事实认识错误(如误将张三当作李四杀害)排除在外,另一方面将构成要件的规范性要素(包括法规规范性要素)作为其错误对象。如此,构成要件认识错误的对象就包含了事实性要素与规范性要素两个领域;而违法性认识错误的对象就仅限于对行为违法的总体评价层面了。因此,如果试图借鉴当代德国刑法理论探讨违法性认识与犯罪故意的关系,就不能将违法性认识错误泛化为法律认识错误。

(二)将违法性认识错误混同为构成要件认识错误的观点之批判

曾经在部分大陆法系国家产生较大学术影响的违法性认识的故意理论(所谓“严格故意说”),把违法性认识作为犯罪故意的认知要素,把违法性认识错误视为阻却犯罪故意的事由。尽管这一理论在其发源地德国已经式微,但其得到了国内部分学者的支持。^⑤陈璇最近的研究成果,就结合理论与实务坚定地重申了这一理论主张。他认为,刑法中的故意,并非与价值判断绝缘;违法性是不法行为不可或缺的组成部分,行为人是否认识其行为的法律属性,就必然对归责产生影响。因此,“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”,而必须借助规范意义加以界定。这就是说,故意既包含对事实的认识,也包含违法性认识,或者说,违法性认识错误与事实认识错误同样阻却犯罪故意。^⑥照此理解,行为人对不法构成要件的认识,需要同时认识到行为事实与行为的违法性。如此,则违法性认识也属于构成要件认知的范畴;违法性认识错误同事实认识错误一样,也应当归属于构成要件认识错误。这一主张意味着,违法性认识错误与构成要件认识错误之间是种属关系,两者的界限就不复存在了。

不难发现,上述主张是将违法性认识错误当作与事实认识错误相对应的范畴,其认知未能摆脱传统刑法理论关于法律认识错误与事实认识错误分类的窠臼,且实际上将违法性认识错误与法律认识错

误等同视之。不得不说,持论者对相关概念之间的关系,存在认识偏差,即未能厘清作为犯罪故意认知对象的事实要素、规范性要素及其同违法性评价之间的关系,错误地把犯罪故意的认识因素两分为对行为事实的认识和对行为违法的认识。这样的认知中,不仅构成要件中某些超越事实和法律范畴的规范性要素(如侮辱、商业秘密、商业信誉等)失去了作为故意认知对象的资格,而且犯罪故意的认识因素中对法规规范性行为要素的认识,也与违法性评价认识混为一谈。简言之,作为犯罪故意认知对象的法规规范性要素被错误地抽象为违法性评价。这正是“严格故意说”的主张者坚持将违法性认识纳入犯罪故意认知范畴的症结所在。

鉴于某些司法案例被学者用来支撑违法性认识作为故意要素的理论主张,^③这里有必要结合这些案例做具体分析。

例一:马里共和国公民加某在广州白云机场委托他人将装有光盘的两个行李箱带往加蓬,打算在加蓬将光盘出售牟利。受托人出境时走无申报通道,未向海关申报任何物品。海关人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。在案件审理过程中,加某及其辩护人提出:加蓬国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,因而误以为淫秽光盘如普通衣物一样无须申报,不具有犯罪的故意。法院认定加某犯走私淫秽物品罪并判处刑罚。^④

此案涉及的走私淫秽物品罪,其主观要件是具有走私淫秽物品的故意,并以牟利或者传播为目的(主观的超过要素)。走私淫秽物品的故意之成立,要求行为人认识到行为对象是须向海关申报的淫秽物品,其认识内容包含两项规范要素,即物品的淫秽性和向海关申报的行为义务。其中的“淫秽”是一个文化范畴,属于伦理性规范要素,包含性文化禁忌的内容。该案中,加某委托他人携带的光盘数量巨大且用于经营牟利,故其至少对光盘作为货物须向海关申报的义务应当是有认识的。至于其是否具有走私淫秽物品的故意,则取决于下述两个事实的认定:一是加某是否意图将光盘混同于随身衣物并利用受托

人逃避海关检查;二是加某是否知道光盘内容并理解其淫秽性这一包含性文化禁忌的规范内涵。后者的判断较为复杂,需要结合加某的生活经历及其所处的文化环境(包括在中国的生活经历)进行认定。如果加某对光盘内容触犯文化禁忌的淫秽性具有认知并试图逃避海关监管,就应当认定其具有走私淫秽物品的故意,否则,就属于构成要件认识错误,阻却故意。这就是说,该案中决定犯罪故意能否成立的,是行为人是否存在构成要件认识错误,而非抽象的违法性认识错误。

例二:印度尼西亚公民杨某某和马来西亚联邦公民甘某某于2005年初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,杨某某注册成立以投资咨询、企业管理为经营范围的上海德琛投资顾问有限公司。2006年9月4日至2009年1月14日,杨某某、甘某某为牟取非法利益,在未经国家有关主管部门批准的情况下,通过设立网站进行宣传等方式招揽客户,从事外汇、黄金等保证金交易。德福亚洲公司共收取945名客户的保证金1163万余美元,收取交易佣金305万余美元。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。法院认定杨某某、甘某某犯非法经营罪并判处刑罚。^⑤

此案涉及的非非法经营罪,其主观故意所须认知的,并非抽象的违法性,而是具体的经营行为“违反国家规定”的特定规范性内容。就该案件而言,杨某某、甘某某未经国家主管部门批准,招揽客户从事外汇、黄金等保证金交易,触犯刑法第225条第1项之规定,即“未经许可经营法律、行政法规规定的专营、专卖物品或者其他限制买卖的物品”,其主观故意需要认知的规范要素,是外汇、黄金属于国家规定的专营、专卖物品或者限制买卖的物品,以及组织他人交易的行为未经许可。尽管对这两项法规规范性要素的认识与违法性认识高度关联,但法理上应当将两者区别开来,作为非法经营罪主观故意要素的只能是构成要件的法规规范性要素,而非抽象的违法性认识。

例三:汪某某于2014年7月6日在河南省确山县

留庄镇谭楼村捕猎蟾蜍,被当场查获。经鉴定,查获的87只蟾蜍种类为中华蟾蜍,为《国家保护的有益的或者具有重要经济、科学研究价值的陆生野生动物名录》中的蟾蜍科种类,属于国家保护的有益的或者具有重要经济、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并判处刑罚。^⑦

此案涉及的非法狩猎罪,其主观故意所须认知的内容,是“在禁猎区、禁猎期或者使用禁用的工具、方法进行狩猎”这一包含法规范性要素的犯罪要件,而非抽象的违法性。在该案中,汪某某捕猎蟾蜍的行为被法院认定为非法狩猎罪的客观根据,是其所捕捉的蟾蜍属于《国家保护的有益的或者具有重要经济、科学研究价值的陆生野生动物名录》中的蟾蜍科种类,且河南省林业厅将确山县列入河南省禁猎区域。照此逻辑,意味着行为人必须认识到其捕捉的蟾蜍是国家保护的野生动物且其行为地属于禁止猎捕该种蟾蜍的区域,才能认定其具有非法狩猎的犯罪故意。这就是说,作为犯罪故意认知内容的,是与法律相关的规范性要素,而非抽象的违法性。

例四:闫某天、王某军于2014年7月先后两次在辉县市高庄乡土楼村的树林内非法猎捕国家二级保护动物燕隼共计14只及隼形目隼科动物2只。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。法院认定闫某天、王某军犯非法猎捕珍贵、濒危野生动物罪。^⑧

此案涉及的非法猎捕珍贵、濒危野生动物罪,其故意的成立所须认知的是猎捕对象属于国家保护的“珍贵、濒危野生动物”以及猎捕行为不具有正当化事由。故该案中的行为人闫某天、王某军是否具有非法猎捕珍贵、濒危野生动物的犯罪故意,取决于其是否认识到猎捕的燕隼是国家保护的珍贵、濒危野生动物,而不是取决于是否具有抽象的违法性认识。

例五:赵春华非法持有枪支案。(前文已有介绍)

此案涉及的非法持有枪支罪,其故意的成立所须认知的是,持有物属于国家管制的“枪支”,以及持有行为未经许可。就该案而言,决定行为人是否具有犯罪故意的,是行为人对持有物属于“枪支”以及

持有“枪支”须经国家允许这两项法规范性要素是否具有认识,而非行为人是否具有抽象的违法性认识。如果行为人认识到其持有物属于国家管制枪支且未经允许而持有,就应当认定其具有非法持枪的故意,具备主观归责的根据。否则,就属于构成要件认识错误,排除其犯罪故意。

五、余论

区分行为人对构成要件的法规范性要素认识错误与违法性认识错误,对于犯罪故意理论和犯罪论体系的构造具有极为重要的意义。如果将两者混为一谈,刑法学必将陷入两种错误之一而不能自拔。其一,如果持传统的违法性认识不要说的立场,并将法规范性要素认识错误混同于违法性认识错误,就会错误地扩张故意犯罪的范围,使那些欠缺构成要件的法规范性要素认识的行为无法被合理地排除在故意犯罪之外(就像赵春华非法持枪案的司法判决那样),从而背离刑法责任主义原则。其二,如果为了避免像赵春华非法持枪案的司法判决那样的错误,将违法性认识作为犯罪故意的必备要素(严格故意说),或者将违法性认识可能性作为罪责要素,不仅理论上无法自圆其说,而且背离社会常识和司法实际,陷司法于困境之中。^⑨因此,对于构成要件涉及法规范性要素的故意犯罪而言,贯彻刑法责任主义原则的恰当路径,不是将违法性认识或者违法性认识的可能性纳入犯罪评价体系,而是将构成要件的法规范性要素纳入故意的认知范畴。在此前提下,违法性认识及违法性认识错误对于犯罪构成的意义将不复存在,困扰刑法学界的关于违法性认识在犯罪论体系中的地位问题也将迎刃而解。是故,“不知法律不免责”这一古老的法律格言,如果修改为“不知违法不免责”,就是我们应当坚守的法律信条。

注释:

①两种称谓是学界对德语词汇 Tatbestandsirrtum 的不同译法。“构成要件”及“构成要件认识错误”的译法更早流行于日本及国内学界,而近年来有学者采用“行为构成”的译法。在汉语中,“行为构成”更能体现其作为不法行为要素集合体

的意涵。但鉴于“构成要件”更为常用,本文亦采用之。

②参见[德]克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论》(第1卷),王世洲译,法律出版社2005年版,第316页以下;[德]汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特:《德国刑法教科书》(总论),徐久生译,中国法制出版社2001年版,第368页以下。

③国内教材和著述通常采用法律认识错误与事实认识错误的分类。参见高铭暄、马克昌主编:《刑法学》,北京大学出版社、高等教育出版社2017年版,第123-126页;陈兴良主编:《刑法总论精释》,人民法院出版社2016年版,331-341页;冯军、肖中华主编:《刑法总论》,中国人民大学出版社2011年版,第199-202页;曲新久:《刑法学》,中国政法大学出版社2009年版,第104-106页。

④同前注②,克劳斯·罗克辛书,第609、616页。

⑤同前注③,高铭暄、马克昌主编书,第123-124页。

⑥参见刘之雄:《违法性认识的刑法学理论异化与常识回归——基于解读犯罪故意实质内涵的分析》,载《法商研究》2019年第4期。

⑦同前注②,克劳斯·罗克辛书,第316页;[德]冈特·施特拉腾韦特、洛塔尔·库伦:《刑法总论I——犯罪论》,杨萌译,法律出版社2006年版,第118页。

⑧同前注②,汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特书,第369页。

⑨参见陈家林:《外国刑法通论》,中国人民公安大学出版社2009年版,第385-392页。

⑩德国刑法学界作为倡导将违法性认识纳入犯罪评价体系的理论发源地,其主流理论经历了从严格故意说、限制故意说向责任说的转向,并对部分大陆法系国家或地区产生了较大影响。但违法性认识对犯罪评价的意义,迄今仍是学术界具有高度争议性的话题。在国内,近年来对违法性认识和违法性认识错误的归责意义及其刑法学地位问题,也开展了广泛的学术争鸣。

⑪基本案情是,2016年8月至10月12日期间,赵春华在天津市某地摆设气球射击摊位进行营利活动。公安机关在巡查过程中从赵春华经营的摊位上查获黑色枪形物9支、疑似枪支弹夹15个及圆形塑料BB弹一罐,经天津市公安局物证鉴定中心鉴定,涉案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。一审法院认为,赵春华违反国家枪支管理制度,非法持有枪支,其行为已构成非法持有枪支罪,判处有期徒刑三年六个月。二审法院维持了赵春华犯非法持有枪支罪的有罪判决,判处其有期徒刑三年,缓刑三年。分别参

见:天津市河北区人民法院(2016)津0105刑初442号判决书和天津市第一中级人民法院(2017)津01刑终41号刑事判决书。

⑫参见江溯:《规范性构成要件要素的故意及错误——以赵春华非法持有枪支案为例》,载《华东政法大学学报》2017年第6期。

⑬参见刘艳红:《“司法无良知”抑或“刑法无底线”?——以“摆摊打气球案”入刑为视角的分析》,载《东南大学学报》(哲学社会科学版)2017年第1期。

⑭参见陈璇:《责任原则、预防政策与违法性认识》,载《清华法学》2018年第5期。

⑮参见陈文昊、陈雪:《从赵春华非法持有枪支案看刑法中的违法认识》,载《中国刑警学院学报》2017年第3期。

⑯参见劳东燕:《法条主义与刑法解释中的实质判断——以赵春华持枪案为例的分析》,载《华东政法大学学报》2017年第6期。

⑰同前注②,汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特书,第369页。

⑱同前注②,克劳斯·罗克辛书,第319页。

⑲参见[德]乌尔斯·金德霍伊泽尔:《刑法总论教科书》,蔡桂生译,北京大学出版社2015年版,第256页。

⑳同前注⑮,陈文昊、陈雪文。

㉑同前注⑮,陈文昊、陈雪文。

㉒参见刘艳红:《违法性认识的体系性地位——刑民交叉视野下违法性认识要素的规范分配》,载《扬州大学学报》(人文社会科学版)2015年第4期;陈兴良:《违法性认识研究》,载《中国法学》2005年第4期;田宏杰:《违法性认识研究》,中国政法大学出版社1998年版,第57页;贾宇:《论违法性认识应成为犯罪故意的必备要件》,载《法律科学》1997年第3期。

㉓同前注⑭,陈璇文。

㉔同前注⑭,陈璇文。

㉕详见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。

㉖详见上海市高级人民法院(2010)沪高刑终字第79号刑事裁定书。

㉗详见河南省确山县人民法院(2014)确刑初字第00262号刑事判决书。

㉘详见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。

㉙系统的批判性分析,参见前注⑥,刘之雄文。