

【司法与实践】

行政犯违法性认识错误不可避免的 司法认定及其处理

张泽涛

【摘要】从实证数据来看,传统的“不知法不免责”仍潜移默化地影响法院处理行政犯违法性认识错误问题:判决书中大多数情况下予以回避,少数情况下采取不一而足的应对。应该将刑法责任主义作为指导实践中处理行政犯违法性认识错误的基本原理。当今世界绝大多数国家均在刑法典或者判例中确立了行政犯违法性认识错误的免责事由。刑法中应该规定行政犯违法性认识错误不可避免时减免责任的条款、刑事立法和司法解释中应该明确规定行政犯违法性认识错误不可避免的具体情形、违法性认识错误不可避免的证明责任,由被告及其辩护律师承担,证明标准应该达到排除合理怀疑的程度、最高人民法院应该颁布一些违法性认识错误的指导性案例,以规范法院的审判活动。

【关键词】违法性认识错误;不可避免;行政法规;排除合理怀疑

【作者简介】张泽涛,法学博士,广州大学法学院教授,最高人民检察院检察理论研究所法治前海研究基地研究员。

【原文出处】《政法论坛》(京),2022.1.179~191

【基金项目】本文系2019年国家社会科学基金一般项目“刑事诉讼法典中刑法因素分析”(项目编号:19BFX104)的阶段性研究成果,受到2020年国家“万人计划”领军人才和2019年中宣部文化名家暨“四个一批”人才项目资助。

按照中外传统的刑事立法以及刑法理论,对于被告人的定罪量刑都是坚持“违法性认识不要说”(即“不知法不免责”),其原因是传统犯罪往往是自然犯(刑事犯),这类犯罪本质上均具有道德可谴责性,如杀人、放火、强奸、抢劫等。自上个世纪末以来,随着风险社会和福利国家时代的到来,传统刑法学已经越来越关注早期化、失范化的行政违法行为,行政违法入罪化是发展趋势。因此,导致犯罪形态发生了根本性变化,由自然犯占绝对优势演化为行政犯占绝对比例,行政犯时代已经全面到来。^①行政犯(法定犯)往往并无道德可谴责性,而是实施了为行政法规所禁止的行为。行政犯是专业性、技术性犯罪,行政法规庞大复杂,从常理、常识和常情难以判断行为是否构成犯罪,甚至“专业知识都无助于彻

底了解刑法的内容。由于犯罪数量的显著增长,甚至那些把大部分职业生涯用在设法解决刑法中纷繁难懂之处的教授和执业律师,都只是熟悉了让我们困惑的法律的小部分而已。”^②“由此导致‘知法推定’的神话破产,未能认识或难以及时认识法律的‘法盲’数量剧增。”^③近年来,司法实践中引起社会民众普遍关注的案件,几乎均与行政犯存在违法性认识错误有关。天津老太赵春华摆摊打气枪案^④、河南大学生掏鸟窝案^⑤、某男子售枪形钥匙扣被警方认定为枪支案^⑥、四川卢某某和谢某某抓猫头鹰^⑦、河南农民汪某逮3只癞蛤蟆27只青蛙案^⑧等系列案件被入罪,一些社会民众表达了不满。导致上述问题的主要原因是:其一,证明行政犯违法性认识错误是一个世界性难题。因为“在所有关于认识错误的领域里,难题

莫过于关于刑法合法性的认识错误。”^①美国学者甚至断言,如果赋予行为人以不知法作为抗辩理由的权利,“法庭将陷入无法解决关于被告人对法律认知程度这个问题的绝望中。”^②我国学者也认为:“违法性认识的证明过程问题在法定犯领域就变得异常复杂和繁琐,乃至成为司法机关一项‘不可能完成的任务’,因而遭到了刻意回避甚至直接否定。”^③其二,对于违法性认识错误不可避免时,虽然刑法学界的共识是应该阻却犯罪事由,但是每个学者的研究视角与法理分析往往存在很大差异,如仅仅是违法性认识错误的内涵,就至少有四种以上的不同理解^④;违法性认识是故意要素还是责任要素、违法性认识与故意犯罪之间的关系等也是分歧极大^⑤;对于违法性认识的判断,有违法性相对说、独立说与从属说等诸种不同观点,甚至还存在违法性一元论与多元论等对立学说。^⑥同时,上述不同的观点在论证过程中往往较为学理和艰深,这样就难以指导司法实践;其三,刑事法一体化的研究还有待于进一步加强,因为“只有将刑法与刑事诉讼法立法密切联系起来,树立整体意识,立法才不会犯两法衔接不畅的错误,才能减少冲突,实现系统性配合。”^⑦

有鉴于此,本文以裁判文书为实证考察对象,分析法院处理行政犯违法性认识错误时所存在的问题及其成因,将刑法责任主义作为基本原理,因为刑法责任主义既可以统摄传统的四构成要件、德日的三阶层以及二阶层体系学说,也能绕开诸如违法性认识错误是故意要素还是责任要素等诸多难以为实务部门所理解的学理争论。同时,责任主义也是贯穿行政执法与刑事司法的普适原则。在此基础上,以刑事法一体化为视角,结合刑事诉讼中的证明理论,建构行政犯违法性认识错误的实体与程序机制。

一、行政犯存在法律认识错误是一种常态化现象

与自然犯不同,行政犯在《中华人民共和国刑法》上体现为空白罪状,是以违反行政法规为前提条件,行政法规纷繁庞杂,又时时废改立;行政执法活动专业性、技术性强,普通人甚至专业人士往往都难以判断是否违反了行政法规,这样就会导致违法性认识错误成为一种常态化现象。

第一,构成行政犯的前提是违反了行政法规,但往往无道德可谴责性。《刑法》(1979年)一共只有区区192条,主要是侵犯人身权和财产权类犯罪,普通人均会认识到这类犯罪的道德可谴责性。因此,对于自然犯只要行为人实施了应受刑罚处罚的行为,即可按照“知法推定”,判断其有主观过错。对此,中外刑法学者基本上没有分歧。如德国学者韦尔策尔指出:“对于刑法典中大量的规范来说,正是因为这些规范所描述的行为令人不可容忍地违反了道德秩序,所以我们才认为它是违法的。在此,对共同体秩序的违反,与对道德秩序的违反是相互重叠的,所以,一旦行为人对后者具有认识可能性,则必然同时意味着对前者也具有认识可能性。”^⑧截至20世纪90年代,我国刑法学界的通说也是如此:对行为人的定罪与量刑“不因主观上的认识错误而发生变化”^⑨,这是“一个不容置疑的原则”^⑩。

行政犯往往无道德可谴责性,且“不考虑是否符合国民的意识(常识)这一视角,那么就不能判断该如何设定犯罪。”^⑪但行政犯是实施了为行政法规所禁止的行为,且达到了严重程度。如《刑法》(2020年)第341条第2款规定:违反狩猎法规,在禁猎区、禁猎期或者使用禁用的工具、方法进行狩猎,破坏野生动物资源,情节严重的,处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者罚金。实践中,非法狩猎罪可能会对一些既没有违反道德又不知悉行政法规者进行定罪量刑。例如,国家临时通过行政法规规定某处山林为禁猎区,而行为人祖祖辈辈都是依靠此山林打猎为生,行为人既不知道该禁止性行政法规,其行为也没有违反所在地区的道德。由于行政犯往往天然欠缺道德可谴责性,甚至当今世界绝大多数国家的“学者们都不愿意承认法定犯是‘真正应受惩罚’的‘真正犯罪’。”^⑫

第二,对于行为人的行为是否构成行政违法,往往只有行政执法机关才能予以认定。与作为通才性的公安司法机关不同,“行政执法分工较细,其工作人员对应不同职能,专业化程度高。”^⑬与此相应,各类行政“规范就变得越多——倘若没有规范,有机团结是不可能的,或不完善的。”^⑭从各国行政法规的立法数量来看,均已经远超其他所有部门法的总和。^⑮

分工的专业化以及行政法规的庞大复杂,使得国家必须设置专业的行政执法机关来查处行政违法行为。

行政法规是国家政策的及时反映,“政策与立法相比,往往更具有超越最高的专业性”^③,因此,不但不同领域的行政法规数量庞杂,而且同一领域的行政法规的专业性也极强。仅以非法集资行为为例,调整非法集资的中央和地方行政法规共有1033部(中央层面47部,地方层面986部)。^④上述行政法规中既有效力层级与时效差异,内容上也存在一些冲突。按照《防范和处置非法集资条例》(2020年)的规定,对于非法集资案件,必须由县级以上人民政府处置非法集资部门牵头,会同市场监督管理局、人民银行、公安机关、人民检察院、证监、电信、保险、物价、外汇、网监等诸多行政执法部门共同查处。若仅仅依靠公安司法机关,往往无法对是否属于非法集资行为作出精准判断。近年来,党中央、国务院、最高人民法院、最高人民检察院、公安部、人民银行总行、市场监督管理总局、税务总局、环保部等联合或者单独颁发了上百部“行刑”衔接的规范性文件,其中主要原因之一是行政犯的定罪量刑必须依靠行政执法机关行政不法的前置性认定。^⑤

行政法规会因为政策的调整而时时废改立。与刑法的稳定性和明确性相比,“行政法规的特点是性质复杂、反映社会现象最快、变化最为频繁,形式广泛且数量众多。”^⑥这是因为行政法规是国家政策的快速反映,而“政策总是针对特定的问题,以时间和条件为转移。我们知道,任何政策都是针对一定时空条件下的特定问题制定的。”^⑦这样不同时期、不同地域的行政规范就会产生重大差异。

之所以对行政犯罪采取空白罪状的立法例,其主要原因是:其一,由于“后现代刑法”的最主要特征之一是专业性,^⑧专业问题只能交由专业的行政法规予以规范,即“立法者喜欢参照另一个非刑事的法律文件,而对该文件的违反将受到刑事制裁。”^⑨其二是为了妥善处理刑法的稳定性和行政法规变动不居的矛盾,按照有些学者的说法就是:“当行政犯采用空白刑法立法方式时,将犯罪构成要件的一部分或全部委托给行政管理法规来补充,可以克服成文法典

的稳定性与社会生活的变化所导致的行政管理法规及行政违法的变化之间的矛盾。”^⑩

行政犯往往只能由专业人员才能进行取证和认证。公安司法机关对行政犯进行追诉和审判,必须依赖于行政执法阶段收集的证据材料,因为只能通过专业技术人员予以收集和认定。2012年《刑事诉讼法》第52条第2款(2018年《刑事诉讼法》第54条第2款)首次明确规定:“行政执法机关在行政执法和查办案件的过程中收集的物证、书证、视听资料、电子数据等证据材料,在刑事诉讼中可以作为证据使用。”对于该条款的立法原意是:“涉及的证据材料范围是物证、书证、视听资料、电子数据等实物证据”^⑪,鉴定意见以及专业性报告等言词证据不属于可以使用的证据范围之列。但是除《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》第75条(2021年修订)中与刑事诉讼法保持了一致以外,《人民检察院刑事诉讼规则》(2019年修订)和《公安机关办理刑事案件程序规定》(2020年修订)均作了扩张性解释,范围涵盖到了各种专业性检测报告、技术性认定等鉴定意见,环保部、市场监督管理总局、税务总局等颁布的所有涉及“行刑”衔接的规范性文件中,也均是如此。刑事司法实践中,对于属于言词证据种类的鉴定意见以及各类专业性报告,在刑事诉讼中基本上均是予以采信。笔者以《刑事诉讼法》第54条第2款的条文规定作为关键词检索北大法宝案例库,共搜集到案例234起。统计显示,行政执法程序中收集的鉴定意见以及各类专业性认定意见书只有2起未予采信。^⑫

总之,对于行政犯,绝大多数民众不可避免地会产生法律认识错误,甚至“即使对那些熟悉法律的人士而言,也会因事实认识错误,包括合理的事实认识错误,如对其行为是否属于刑法禁止范畴的事实认识错误,要对相应的行为承担责任。只要该行为符合某罪的物理维度和精神维度的要求就构成该罪,这样通过该类规范扩大了应受惩罚行为的范围。”^⑬

二、行政犯“违法性认识错误”司法适用中存在的问题以及法理上的应对之道

从实证数据来看,判决书中涉及行政犯违法性认识错误的案例,呈现逐年上升趋势;绝大多数违法

性认识错误对于定罪与量刑没有实质影响,只有极少数案件被从轻处罚或者判决无罪。司法实践中的现状可以反映出两个问题:其一,行政犯违法性认识错误如何定罪量刑逐渐引起了一些法官的重视;其二,传统针对自然犯的“违法性认识不要说”依然潜移默化地影响着刑事司法。对此,笔者认为,如果以刑法上的责任主义作为处理行政犯认识错误的基本原理,则既能为我国传统的四构成要件理论、德日的三阶层体系以及二阶层体系等各种学说所接受,也能绕过一些难以为司法实务部门理解的各种学理争论,同时也可以将公法领域的普适原则——责任主义贯穿到行政执法与刑事司法中,有利于指导司法实践。

(一)行政犯“违法性认识错误”的数据分析

以“违法性认识错误”作为关键词检索北大法宝案例库,时间段为2007年1月至2020年12月,共搜集案例924起,排除判决书不全以及重复性案例之外剩下906起。下文针对这906起案例进行比较分析。

1. 这类裁判文书呈现逐年上升趋势,且主要集中在东南沿海等经济发达地区

第一,2013年之前判决书中涉及行政犯违法性认识错误的案例极少。2013年前这类案件一共只有13起,占总数的1.4%。2013年之后每年以5%~10%递增,只是2019年相比2018年降低了大约10%。导致这一现象的主要原因是:其一,随着刑法学界对于行政犯违法性认识错误的逐步深入,司法实务部门已经意识到传统“违法性认识不要说”的不足;其二,仍然坚持“不知法不免责”会导致判决书欠缺说服力,难以为被告人以及社会民众所接受;其三,近年系列行政违法甚至没有构成行政违法的案件入罪后所产生的不当舆情,^⑤使得司法实务部门不会一律以“不知法不免责”进行简单化处理。

第二,这类案件主要分布在东南沿海等经济发达地区。从上述案件的区域分布来看,主要集中在广东、上海、江苏、浙江等经济发达地区,占比达85%以上。如广东、江苏、浙江、上海分别为83件、61件、72件、65件。中西部地区尤其是民族地区如青海、西藏、甘肃、宁夏等地均是个位数,分别为4件、6件、8件、3件。造成上述现象的主要原因是:其一,经济发

达地区的法学教育资源雄厚,人才储备充足。行政犯违法性认识错误问题是近年来刑法学界才予以关注的话题,因此,往往只有年轻一代的法律人才对该问题有所认识。中西部地区“由于自然条件艰苦、生态环境脆弱、经济发展相对滞后,西北边疆地区很难吸引中东部发达地区的人才,主要依靠本地区高校培养和输送。”^⑥“但西部法学教育还很薄弱。”^⑦由于中西部地区的法治人才短缺且知识结构相对老化,这些地方的公安司法人员以及律师往往对行政犯违法性认识错误缺乏深入了解,也就不会在判决书中予以提及。其二,刑事案件辩护率偏低的省份,判决书中涉及行政犯违法性认识错误的案例相对较少。由于行政犯属于专业性犯罪,被告人根本无法从存在违法性认识错误这个角度提出抗辩,往往只能依靠辩护律师,但中西部的律师辩护率较低。有学者从实证的角度得出结论:“民族地区的辩护率畸低,或许反映了地区经济相对不发达、交通状况较差和地区辩护资源不充分对辩护率的综合影响。”^⑧虽然随着2017年《关于开展刑事案件律师全覆盖试点工作的报告》以及2018年《关于扩大刑事案件律师辩护全覆盖试点范围的通知》的推行,刑事案件中被告人的律师辩护已经大幅提升了,“但是总体来看,现在刑事辩护法律援助尚没有达到应有的广度和深度,同保证司法公正、满足人民需求还有相当大的距离。”^⑨

2. 大部分违法性认识错误对定性量刑没有影响,少部分影响量刑,极个别情况下对定罪和量刑均有影响

第一,对于违法性认识错误的辩护理由,法院通常不予回应或者以“违法性认识错误不影响定罪量刑”为由进行答复,少数情况下会在判决书中论证被告人的违法性认识错误是可以避免的。在906起判决书中,共850份判决书没有影响定罪量刑,法院对于辩护律师提出被告人存在违法性认识错误的处理方式分为三种:其一,301份判决书中法官未予回应;其二,307份判决书中是以不影响定罪量刑为由简单予以应对;其三,242份判决书中进行了说理分析,认为被告人不存在违法性认识错误。这类判决书的理由主要是分为两类:第一种是法院认为从普通人的常理、常识、常情即可推断所实施的行为存在违法

性。如冯军等组织、领导传销活动案^⑩；另一种情形是，法院认为特殊的职业门槛决定了被告人应该对所实施的行为违法具备认知条件。如贾有军、刘克文非法吸收公众存款案^⑪。

第二，47份裁判文书中不影响定罪，但从轻量刑。47份裁判文书中认为虽然存在违法性认识错误但不属于不可避免，因此，不影响定罪但在量刑上予以从轻。如新沂市高流镇夏塘村村民委员会、王新站等滥伐林木罪。^⑫该份判决书在上述47份裁判文书中，属于说理较为充分的。其他46份文书中，基本上均是以“违法性认识不足”等表述简单回应，然后判决可以酌情从轻处罚。

第三，9起案件影响了定罪量刑。具体分为三种情形：(1)指控罪数或数行为中的一罪或某个别行为存在违法性认识错误。指控数罪中一罪因为存在违法性认识错误被判无罪。如牛春杏诈骗罪和危险驾驶罪，该案中检察机关指控被告人犯危险驾驶罪和诈骗罪，法院采纳了被告人及其辩护律师的辩护意见之一：鉴于目前法律法规对超标机动自行车的属性未作明确规定，有关部门又没有按照机动车进行管理，被告人欠缺违法性认识，因此，按照主客观相统一的原则，被告人的危险驾驶罪指控不成立。^⑬陈洪柱非法经营案则属于数行为中一或数个行为因存在违法性认识错误被判无罪的情形；^⑭(2)如果被告人对于公诉人的指控罪名存在违法性认识错误，若被指控的行为构成其他罪名，法院会直接予以变更。如张宝刚交通肇事案；^⑮(3)单罪中存在违法性认识错误，直接判决无罪。在906起案例中，因为被告人的行为存在违法性认识错误直接判无罪的现象仅有1例(顾某非法经营案)。^⑯

(二)刑法上的责任主义与行政犯法律认识错误的认定

1. 以刑法上的责任主义作为处理行政犯违法认识错误的基本原理，既能为传统的四要件以及三阶层、二阶层体系等理论接受，也可以绕开诸如违法性认识错误是故意要素还是责任要素等诸多艰深的学理争论。刑法上的责任主义(*nulla poena sine culpa*，即“没有责任就没有刑罚”)是与罪刑法定主义以及行为主体理论相提并论的，是保障国民权利与

自由的近代刑罚的基本原理之一。其含义是，对于行为人的行为，只有在具备责任能力且存在故意或过失的主观过错，能够对行为人进行非难时才肯定该行为人之责任的原则。其基本要求包括两个方面：其一，责任是刑罚的基础；其二，刑罚应当与责任的量相当。^⑰德国的刑法理论之所以对全世界的刑法学研究产生了深远影响，其主要贡献之一就是刑法责任主义理论。汉斯·韦尔策尔作为德国责任主义集大成者，他的行为与责任理论最终成为整个刑事责任理论的基石，^⑱其经典论断是：“当行为人对违法性完全没有认识的可能性时，我们绝对不可就违法的行为决意对他进行谴责……否则，就从根本上违反责任原则。”^⑲日本的刑法理论深受德国影响，“要将刑罚予以正当化，仅凭行为人实施了侵害行为这一点还不够，还要求行为人对该行为负有责任。行为人若无责任就不能受处罚，这一原则就是责任主义。”^⑳“若认可无责任之处罚，人们就会总是处于遭受处罚的恐怖之中，也会导致其行动的萎缩，因此，责任主义就是，通过只处罚基于故意或过失的行为，以保障对自己的行为预测可能性。”^㉑英美传统的刑法文化虽然与韦尔策尔的理论并不完全相容，但是美国的“通说认为，刑事责任的条件是：(1)行为；(2)意图；(3)行为和意图的结合。不仅如此，人们断言，(4)对社会共同体的危险和(5)对公共领域的侵犯是犯罪行为的一般特征。”^㉒无论对“意图”作何种理解，其含义主要是针对行为人主观责任过错则是毋庸置疑的。在我国传统的四要件构成理论体系中，犯罪的主观方面所包含的故意或者过失，也是从主观过错责任这个角度来判断。因此，刑法的责任主义统摄我国传统犯罪构成四要件理论、德日的三阶层体系(符合性、违法性、有责性)以及两阶层体系(不法与责任)、英美的刑法理论。

2. 责任主义也是现代行政法领域应该遵循的基本原理，处以行政处罚的前提条件是行为人主观上必须存在过错。近年来，一些行政法学者已经充分认识到，应受行政处罚行为的构成要件是该当性、违法性、有责性三个判断标准。^㉓该构成要件中第三个判断标准(有责性)也是检验行政相对人是否具有非难性(有责性)，譬如核实相对人是否具有主观上的过

错等。这大致是应受行政处罚行为成立要件的基本轮廓,与刑法学中犯罪成立要件理论如出一辙。目前,这一判断标准正为德国、奥地利、希腊、荷兰、葡萄牙、我国台湾地区所沿用。^⑤尤其需要指出的是,行政处罚以行为人存在主观责任过错为前提要件的观点,已经为《中华人民共和国行政处罚法》(2021年)采纳。该法第33条第2款增设规定:“当事人有证据足以证明没有主观过错的,不予行政处罚。法律、行政法规另有规定的,从其规定。”从行政执法与刑事司法实体衔接的角度来看,责任主义应该成为贯穿行政处罚与刑罚的主线。

3. 责任主义便于指导公安司法机关的操作实践。鉴于“‘责任主义’要求将具有主观罪过作为行为人入罪的前提,从而避免前现代的‘结果归责’;要求将行为人基于自由意志选择违法行为作为定罪、归责的前提(规范意义上的罪过心态可谴责),则是为了避免无效的刑罚可能带来的‘反效应’”^⑥。因此,如果将责任原理贯彻到对行政犯的侦查、起诉、审判程序中,公安司法机关在对待司法个案时,就能根据具体案件中行为人存在违法性认识错误的责任大小作出更为公正的处理,且说理时简便易行,绕开了违法性认识错误是故意要素还是责任要素等诸多争论不休的问题,也容易为社会民众以及被追诉人一方接受。

具体而言,在裁判文书中应以刑法上的责任主义为依据,如果被告人及其辩护律师提出了存在违法性认识错误,应该提供证据予以证明该认识错误属于不可避免或者行为人已经采取了防范措施,办案人员在证明责任与证明标准上行使适度的裁量权,以判断被告人是否存在违法性认识错误以及主观过错责任的比例大小,从而认定被告人是否构成犯罪以及应否从轻处罚。同时,以责任主义原理为依据,也便于裁判文书的说理分析。按照有些学者的说法就是:“倘若将责任主义构建为判断法律错误是否成为抗辩事由的唯一标准,也即坚持责任主义原则的绝对效力,则违法性认识问题的处理就会简单得多,其规则也会相对明确。”^⑦以赵春华的非法持有枪支案予以说明。笔者认为,学界以及普通社会民众之所以认为赵春华不构成犯罪,其原因并不是该案的辩护律师所提出的两点抗辩理由:其一,公安

部颁布的《公安机关涉案枪支弹药性能鉴定工作规定》属于部门规章,不应作为认定涉案气枪是否属于枪支的依据;其二,涉案气枪的鉴定检材、鉴定程序存在问题。其关键的原因在于以赵春华的知识背景以及生活阅历,无法认识到摆摊的气枪属于公安机关禁止的枪支种类,且赵春华每月还向市场监督管理局缴纳500元的管理费。因此,赵春华对于非法持有枪支存在不可避免的违法性认识错误,主观上没有责任过错,按照刑法责任主义,赵春华的行为不构成犯罪。

三、比较法视野中行政犯违法性错误“不可避免”的理论与实践

笔者同意车浩教授的观点:“从违法性认识的必要性,转向违法性认识错误可避免性的判断。这可能是目前国内刑法学界挣脱现有研究的瓶颈束缚的发力点,也是能够被实务界逐渐接受法律认识错误的突破口。”^⑧下文中拟比较当今世界其他国家的立法与司法实践,作为建构我国行政犯违法性认识错误免责的制度借鉴。

1. 对于行政犯的违法性认识错误应予以免责事由,绝大多数国家和地区的立法中均确立了“无可避免”或者“不可克服”等原则性规定。^⑨如《德国刑法》第17条规定:“行为人行行为时没有认识其违法性,如该错误认识不可避免,则对其行为不负责任。如该错误认识可以避免,则依第49条规第1款规定减轻处罚。”^⑩《法国刑法》第122-3条规定:“证明自己系由于其无力避免的对法律的某种误解,认为可以合法完成其行为的人,不负刑事责任。”^⑪《奥地利刑法典》第9条第1款也规定:“行为人因法律上的认识错误而未认识到行为不法,如果该错误认识不可避免,则对其行为不负责任。”^⑫美国的《模范刑法典》则将法律认识错误的免责事由表述为“合理信赖原则”。总之,虽然各个国家对行政犯违法性认识错误可免责的条文表述并不完全一致,但前提条件是共同的:行为人违法性认识错误不可避免。

2. 各个国家对违法性认识错误“不可避免”的认定均是持谨慎态度。绝大多数国家在认定违法性认识错误不可避免时通常更为重视官方的专业性意见,律师提出的法律意见往往不能作为“不可避免”

的抗辩事由。如《奥地利刑法典》第9条第2款规定：“如果行为人虽然不了解有关规定，但根据其职业、工作或其他情况，有义务认识该规定的，则其法律上的认识错误应受刑责……”^④2004年生效的《芬兰刑法典》第4章第2条的“免责事由”中明确规定：“如果犯罪人错误地认为其行为是合法的，而且如果该错误基于以下原因而被认为是明显可恕的，则应被免除刑事责任：(1)法律的公布有瑕疵或有错误；(2)法律内容不明确；(3)官方的错误意见；或者(4)与此相似的其他意见。”^⑤美国《模范刑法典》中规定了行政犯法律认识错误的“合理信赖”原则：“(1)他信赖的是官方错误的法律声明；(2)法律声明出现在法律条文、司法判决、行政命令或行政授权许可或对法律的解释、实施、执行负有职责的政府官员或机构的官方解释中；(3)这个信赖是合理的。”^⑥

需要特别指出的是，对于律师的意见，大多数国家认为不属于法律认识错误不可避免的抗辩事由。按照《美国模范刑法典》的规定，可以信赖的必须是“事后被确定无效或者错误的官方法律声明”。“这便排除了对律师意见的信赖，也排除了执法人员以非官方身份提出的建议的信赖。”^⑦德国的《联邦最高法院刑事判例集》也认为：“行为人不能通过‘自己从一名熟悉法律的人那里获得一种意见’这个理由，来‘避开’那种‘自己有义务作出的关于合法或者不法的决定’，这个意见因此就是不合适的。”^⑧

3. 一些特殊行业中的行政性规范，不能成为该从业行为人违法性认识错误的辩护事由。在德国，对于特定行业中的从业人员，不能以不知道禁止性规范作为抗辩事由。如一个开银行或者食品店的人，一个经营客店或者驾驶重型卡车穿过市区的人，都知道法律上存在一些禁止性规范。即使他们对这些冷僻和非常特殊的规范确实存在认识错误，也不能成为法律认识错误的抗辩事由。^⑨美国联邦最高法院针对兰伯特案件所确立的信赖原则，虽然对于普通市民的违法性认识错误具有指导意义，但是针对特殊从业者却是例外。例如假设行政法规中要求药剂师对所开出的危险药品必须书面记载，若药剂师因不知道该行政法规而没有进行书面记载，即使该行为人的违法性认识错误具备了兰伯特案件所确

定的信赖原则的诸项要求，而免责的辩护理由依然不能成立。^⑩美国兰伯特判例中确立的信赖原则对日本司法实务产生了很大影响，特殊的职业关系不适用信赖原则，如即使护士是非专业人士，也应该知道医护行业的相关规定。^⑪

4. 对于违法性认识错误的不可避免，由被告人及其辩护律师承担证明责任。当今世界其他国家，如果被追诉方提出违法性认识错误的抗辩事由时，均是由被告人及其辩护律师承担证明责任，也即举证责任倒置。如《法国刑法典》第122-3条规定：“能证明自己系由于其无力避免的对法律的某种误解，认为可以合法完成其行为的人，不负刑事责任。”^⑫对于这种法律认识错误不可避免的情形，《法国刑法典》特别列明了两种情况：其一是行为人专门向行政机关咨询，但行政机关给予了错误的解释；其二是没有颁布规范性文件的情况。仅就行为人专门向行政机关咨询的情形来看，必须由受到追诉的人去援引对法律的错误认识，并且应有受到追诉的人举证证明导致其错误认为“可以如其所为”的各种因素。如果行为人仅仅提出一个简单的说明肯定是不够的，只有提出各种具体的材料才能使法院确信行为人在法律上确实产生了错误认识。^⑬在美国，若被告人主张阻却违法或阻却有责事由时，各州一般规定为被告人是否已提出足够的证据。如果被告人未提出证据，或提出的证据达不到法律规定的程度，法官则指示陪审团不得考虑阻却违法或阻却有责的主张。^⑭

四、完善司法实务中处理行政犯违法性认识错误的四点建议

对于行政犯违法性认识错误，虽然一些实务部门已经认识到可以免除或者减轻行为人的刑事责任，但是绝大多数公安司法机关却没有予以足够重视。笔者认为，立法上必须明确规定行政犯违法性认识错误应予减免刑事责任的条款；最高人民法院应该制定一些代表性的指导性案例，并赋予司法机关一定的自由裁量权，同时在举证责任以及专业性证据的判断上设置配套机制。

(一)刑法总则中应该明确规定行政犯违法性认识错误不可避免时的减免责任条款

除《最高人民法院关于办理涉互联网金融犯

罪案件有关问题座谈会纪要》(以下简称《互联网金融犯罪纪要》)第2条第10款中对行政犯违法性认识错误的免责事由作了规定之外,刑法以及各类司法解释等规范性文件中,对此均没有涉及,这样至少会导致以下四大弊端:首先,与当今法治国家先进的立法经验不相容。因为“承认违法性认识错误也可成为辩护理由,是一国刑法制度得以跻身当代最先进的刑法制度之列的标志”^⑤;其次,导致了立法与理论研究的脱节。我国刑法学界和世界其他国家的刑法学者基本上的共识是:行政犯违法性认识错误不可避免时,应该阻却犯罪事由,免除刑事责任。如果在立法上不体现上述共识性的研究成果,势必会导致立法与理论研究成果的脱节;再次,立法无法回应司法实践的需求。行政犯违法性认识错误的问题已经是司法实务中较为常态化的一种现象,但是除《互联网金融犯罪纪要》之外,立法和司法解释中均没有提及。这样就会导致实务中处理行政犯违法性认识错误既于法无据,公安司法人员也无所适从。立法的核心功能是为了解决实践的需要,正如习近平总书记所指出的:“实践是法律的基础,法律要随实践发展而发展”^⑥;最后,导致了行政处罚与刑罚的失衡。行政处罚和刑事处罚的无缝对接,必须遵循比例原则,该原则要求国家对公民个人实施惩罚时,必须按照行为人主观和客观过错的轻重程度进行区别对待。《行政处罚法》(2021年)第33条第2款增设行为人没有主观过错的,不予行政处罚。如果行政违法行为连行政处罚都不应予以施加,也就从根本上无从谈起刑罚处罚了。

(二)刑事立法和司法解释中应该规定行政犯违法性认识错误不可避免的具体情形

下文中结合我国的刑事司法实践,并适当借鉴其他国家的有益经验,对于行政犯违法认识性错误不可避免的具体情形,提出笔者的初步制度方案。

1. 如果一般人从常理、常识和常情出发,作出审慎判断后仍然不可避免地会发生法律认识错误,此时应该免除刑事责任。虽然社会每个个体的认知水平存在一定差异,但是对普通人而言,对于违法性认识错误是否属于不可避免的判断,还是应该按照与其同类群体的认知水平予以认定。如德国学者洛娃

考斯奇认为,责任是一个客观的标准,或者责任与行为状况相联系、作为可把握的自由活动范围在“一般化的范畴内”来判断。^⑦虽然国内外学者对这种一般人的判断标准还是有不同的看法,如张明楷教授认为:“回避可能性的判断基准,不是一般人,而是具体状况下的行为者本人的能力。由于是责任的判断,所以,不能以平均人能否回避为基准。”^⑧但是,笔者认为,诚然即使是同类群体,其中每个个体也均有一些自身认知上的差异,但只要这种差异不会对行为人的违法性认识错误造成实质性影响,就应该按照这种同类人的认知水平作为判断基准。

2. 特殊的职业或者特定的行业行为,行为人的违法性认识错误应该按照特定职业门槛准入条件作为判断标准。一些特定行业的从业人员,行为人熟悉该领域的各项行政法规是其入行的前提条件,因为“仅仅是这种意识的存在就必须成为一种行为人可以利用的机会,就应当促使他去关心在这里适用的法律条文。”^⑨因此,对于这类人员,其违法性认识错误必须适用特殊的门槛要求,而不宜以普通人的标准进行判断。

3. 官方的解释(行政机关和法院)符合一定条件的前提下,应该视为违法性认识错误不可避免的情形。首先,如果行为人事先咨询了行政机关,后者提出了专业性的书面法律意见之后,法律认识错误可以视为不可避免。《互联网金融犯罪纪要》第2条第10款规定,对于非法吸收公众存款,“实践中还存在犯罪嫌疑人提出因信赖行政主管部门出具的相关意见而陷入错误认识的辩解。如果上述辩解确有证据表明,不应作为犯罪处理,但应当对行政主管部门出具的相关意见及其出具过程进行查证”,查证的内容包括行政主管部门出具意见所涉及的行为与犯罪嫌疑人实际从事的行为是否一致等五种情形。《互联网金融犯罪纪要》的上述规定既借鉴了其他国家的先进立法经验,也契合了我国刑事司法实践的需要。例如在法国,“当企业主要负责人遵守了劳动巡视员的意见时,最高法院便承认其没有责任,因为企业的主要负责人不可能采取另外的作法。”^⑩其次,如果行为人结合类案判决书征求了法院的意见,在符合一定条件下,也可以视为违法性认识错误的免责事

由。法院作为国家唯一享有审判权的机关,针对法律问题尤其是此前的类案判决书所作出的解释,无疑应该具有权威性。因此,如果行为人在检索法院的类案判决并征求了法院的意见之后,再实施其行为,这种情况下若触犯了刑法规定,显然属于违法性认识错误不可避免的情形。

4. 律师的专业性意见不应该成为法律认识错误不可避免的辩护理由。其原因主要是基于三个方面:首先,大多数国家的立法和实务中均没有将律师的专业性意见作为法律认识错误不可避免的辩护理由。从借鉴其他国家的立法和实务经验来看,我国似乎也不宜将律师的专业性意见作为认定行为人违法性认识错误不可避免的辩护理由;其次,如果将律师的专业意见作为违法性认识错误不可避免的辩护理由,会对司法公正造成负面影响。美国学者认为,如果将律师意见作为违法性认识错误无法避免的情形,实质上就是“赋予最不受尊重的法律执业者事实上豁免未然犯罪人的巨大权力,而这将产生灾难性的结果,通过由无知的、有偏见的或者可收买的建议者所把守的大门,为具有犯罪倾向者开通了逃避刑事指控的一种途径。”^⑩这一论断实际上也是对我国目前律师队伍整体职业道德水平的现状描述,自从2020年7月开展政法队伍教育整顿活动以来,基本上每一个落马法官的背后都牵扯出一大批执业行为失范的律师;再次,从国家法律制度的统一性与刑法解释权的国家专属性来看,也不应该将律师意见作为违法性认识错误不可避免的情形。法律的适用必须齐整划一,国家享有对刑法专属的解释权,律师只是为社会民众提供法律服务的职业个体,“即使是律师、法律学者及专家,也不属于对刑罚法规的解释、运用、执行负有法律责任的司法工作人员,如果允许信赖私人意见而实施行为,就有害于法制度的统一性。”^⑪

5. 行为人因跨不同地域而导致违法性认识错误不可避免时,可以成为不可避免的辩护理由。对此,可以区分为两种情形:一种情形是,跨我国不同省份的情形。行政法规的政策性和地域性强,不同省份之间的地方性行政法规往往存在冲突。如果某个地区的行政法规允许实施某类行为,而另一地区的行

政法规视其为违法,行为人只知道前一个地方的行政法规,便确信其在后一行政区实施相同的行为并不违法,那么行为人的行为就应该判定其违法性认识错误不可避免^⑫;另一情形是,刚入境的外国人对我国的行政法规并不了解。因为不同的国家给同类行为制定的规范并不一定相同。法律规范体系完全不同的外国人,进入中国时间过短,可能对自己的行为违法一无所知。^⑬此时,因该外国人确实不知道中国的行政法规,应该认可其法律认识错误不可避免的辩护理由。

另外,对于有些被告人及其辩护律师以违法性认识错误不可避免作为辩护理由的,如果在审理中发现被告人在实施行为之前自身已经尽了一些努力,或者存在其他的客观原因,但是因主观上还存在一些责任而违反了前置性行政法规,此时,法院应该按照刑法责任主义的要求,以责任程度的大小酌情从轻、减轻处罚。

(三)明确规定违法性认识错误不可避免的证明责任与证明标准

首先,对于行为人提出的违法性认识错误不可避免的辩护理由,由被告人及其辩护律师承担证明责任,既符合刑事诉讼法的制度及其机理,也与司法解释以及实务中的做法保持了一致。其一,与刑事诉讼法的规定是并行不悖的。虽然《刑事诉讼法》第51条明确规定由控诉方承担证明责任,但是控诉方承担证明责任本质上是推翻无罪的“推定”,而被告人主张违法性认识错误不可避免,这是其反驳控诉的权利,按照“谁主张、谁举证”的刑事证明责任的分配机理,被告人及其辩护律师此时就必须承担证明主张成立的义务;其二,证明责任倒置是刑法、司法解释以及司法实务中认可的例外情形。虽然由控诉方承担证明责任是原则性规定,但立法、司法解释以及司法实务中却有证明责任倒置的例外性做法。如巨额财产来源不明罪、非法持有型犯罪、严格责任犯罪的证明责任均是由被告人及其辩护律师承担。非法吸收公众存款罪作为典型的行政犯罪,《互联网金融犯罪纪要》第2条第10款中也明文规定,若被告人提出违法性认识错误不可避免,必须确有证据予以证明,否则仍应认定为被告人具有非法吸收公众存

款罪的主观故意。

其次,排除合理怀疑是被告人及其辩护律师抗辩违法性认识错误不可避免的证明标准。各个国家和地区对于违法性认识错误不可避免的证明标准,均是从严把握,以防行为人以违法性认识错误不可避免作为借口逃避刑事制裁。例如在美国,对于违法性认识错误不可避免的辩护理由,“如果控方有责任证明抗辩理由不成立,则陪审团必须认定抗辩理由的存在,而且如果控方无法排除合理怀疑证明抗辩理由不成立,则陪审团应宣告被告人无罪。”^⑧在我国,被告人的法律认识错误的抗辩理由及其证据必须达到“不可避免”。具体而言,如果以违法性认识错误不可避免作为辩护理由,辩护方必须从被告人的阅历、知识背景、生活经验、职业特点以及前期所作的诸多努力,举证证明行为人的违法性认识错误不可避免,形成证据闭合链,达到排除合理怀疑的程度。控诉方只需要通过反证的方式,针对证据链中的某一个环节进行举证和反驳,从合理怀疑的角度论证被告人违法性认识错误存在可以避免的可能性,那么被告人的行为应该承担刑事责任。

(四)最高人民法院应该遴选和编撰一些违法性认识错误的指导性案例

自从2010年《最高人民法院关于案例指导工作的规定》(以下简称《案例指导规定》)颁布以后,最高人民法院陆续制定了《〈关于案例指导工作的规定〉实施细则》(以下简称《案例指导实施细则》)《关于统一法律适用加强类案检索的指导意见》(以下简称《类案检索意见》)等系列规范性文件。对于行政犯违法性认识错误问题,由于这类案件的共性很明显,也是较为符合最高人民法院指导性案例入选标准的,因此,最高人民法院应该增加遴选这些代表性案例,以指导具体的司法实践。

1. 行政犯违法性认识错误的代表性案件,较为符合最高人民法院指导性案例的入选标准,也便于检索。自2010年至今,最高人民法院只公布了26个刑事案件的指导性案例,暴露出了类案裁判规则供给不足的短板。^⑨对于行政犯违法性认识错误而更是如此,因为截至目前,指导性案件中有且只有一起涉及违法性认识错误(指导性案例第147号:张永明、毛

伟明故意损毁名胜古迹一审刑事判决书^⑩)。同时,从指导各级法院的审判实践来看,行政犯违法性认识错误的案件极易操作,因为《案例指导实施细则》《类案检索意见》中所强调的“关键词检索”,各级法院只须敲入“违法性认识”即可。

2. 对于实践中经常出现的违法性认识错误的五种情形,最高人民法院应当按照类型化的方式各选定一起指导性案例。针对行政犯违法性认识错误的五种情形,即普通人常理、常识和常情;特殊的职业或者特定的行业行为;官方的(行政机关和法院)解释;律师的专业性意见以及跨不同法域等,最高人民法院应当分别选定典型的指导性案例,以规范下级法院的审理。

3. 对于遴选的代表性案例,最高人民法院应该进行编撰,统一格式,明确释法说理时应该关注的事项。对于行政违法性认识错误的指导性案例,最高人民法院在编撰时应该统一格式:被告人及其辩护律师提出行为人存在违法性认识错误,对于该主张,应该由被追诉方承担举证责任,且必须达到排除合理怀疑的证明标准。辩方所列举的证据为证据某、证据某某,等等,控方反驳的证据为证据某、证据某某,等等。本合议庭经过审理认为,被告人及其辩护律师的辩护理由已经达到(未达到,列明理由)排除合理怀疑的证明程度,被告人存在(不存在)违法性认识错误不可避免,按照责任主义,应该(不应该)免除刑事责任。对于被告人及其辩护律师的举证没有达到排除合理怀疑程度的,撰写格式稍作调整,注意列明未达到的理由,以及被告人做了哪些努力以避免自己的行为触犯法律,但并不属于不可避免的情形,根据刑法责任主义,对被告人的行为从轻或者减轻处罚。

4. 应该充分发挥指导性案例在创设新的司法规则的功能。对于行政犯违法性认识错误来说,各种类型的典型指导性案例,无疑是创制了一些应该参照执行的司法规则,这些司法规则在经过归纳与提炼之后,既与刑法和刑事诉讼法的基本原理相吻合,也简明扼要,切中裁判要旨,与通常的法律条文的表述方式基本一致。因此,笔者认为,如果在立法上规定处理行政犯违法性认识错误的相关规则时,应该

充分发挥指导性案件在创设司法规则方面的功能,实现从经验规则到法律规则的良性转换。

结语

行政犯是以违反了行政法规为前提条件,行政法规专业性、技术性强,数量庞大复杂,且时时废改立。同时,行政犯往往又天然欠缺道德可谴责性。因此,行政犯违法性认识错误就会成为一种常态化现象。对于行政犯违法性认识错误不可避免时,虽然中外刑法学者都认为应该阻却犯罪事由,但在我国的刑事司法实践中,针对传统自然犯的“违法性认识不要说”一直对公安司法机关产生着潜移默化的影响。从裁判文书的实证分析来看,对于行政犯是否存在违法性认识错误以及应否减免刑事责任,绝大多数情况下法院要么回避,要么以“不存在违法性认识错误”予以回应;少数情况下对定罪量刑造成了实质影响,此时法院往往以“违法性认识不足”进行简单应对,个别情况下进行了不一而足的说理分析。造成上述现象的主要原因之一是,虽然目前中外刑法学界对行政犯违法性认识错误的研究较为深入,但每个学者论证的角度以及法理分析却存在很大差异,且过于学理和艰深,难以指导司法实践。当今世界绝大多数国家和地区在刑法典或者判例中均确立了行政犯违法性认识错误的免责事由,只是尺度相对审慎。随着行政犯时代的全面到来,应该借鉴其他国家的立法经验,并结合我国的刑事司法实践,将刑法责任主义作为指导公安司法机关处理行政犯违法性认识错误的基本原理,完善处理行政犯违法性认识错误的制度设置。具体而言,刑法中应该明确规定行政犯违法性认识错误不可避免的具体情形、违法性认识错误不可避免的证明责任由被告人及其辩护律师承担,证明标准应该达到排除合理怀疑的程度、最高人民法院应该颁布一些违法性认识错误的指导性案例,以规范法院的审判活动,然后将成熟的经验上升到立法中。

注释:

①参见刘艳红、周佑勇:《行政刑法的一般理论》(第2版),北京大学出版社2020年版,第1页。

②[美]道格拉斯·胡萨克:《过罪化及刑法的限制》,姜敏

译,中国法制出版社2015年版,第14页。

③车浩:《法定犯时代的违法性认识错误》,《清华法学》2015年第4期。

④参见天津市河北区人民法院(2016)津0105刑初442号刑事判决书。

⑤参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。

⑥参见沈明磊、庄绪龙:《法定犯时代刑法如何避免“行政化倾向”》,《法治现代化研究》2019年第4期。

⑦参见四川省宜宾市翠屏区人民法院(2016)川1502刑初493号刑事判决书。

⑧参见河南省确山县人民法院(2016)豫1725刑初323号刑事判决书。

⑨[美]乔治·弗莱彻:《反思刑法》,邓子滨译,华夏出版社2008年版,第535页。

⑩[美]约书亚·德雷斯勒:《美国刑法精解》(第4版),王秀梅译,北京大学出版社2009年版,第153页。

⑪陈焯:《法定犯违法性认识必要说:我们现行刑事立法框架下如何坚守》,《政治与法律》2017年第7期。

⑫参见贾济东:《外国刑法学原理(大陆法系)》,科学出版社2013年版,第299页。

⑬参见邵维国:《行政犯前置法认识错误问题研究》,《法商研究》2020年第1期。

⑭参见刘艳红:《论法定犯的不成为构成要件要素》,《中外法学》2019年第5期。

⑮雷连莉:《刑法与刑事诉讼法关系再认识:困境及出路》,《湘潭大学学报(哲学社会科学版)》2011年第6期。

⑯[德]汉斯·韦尔策尔:《目的行为论导论——刑法理论的新图景》(增补第4版),陈璇译,中国人民大学出版社2015年版,第93页。

⑰杨春洗、杨敦先主编:《中国刑法论》,北京大学出版社1994年版,第94页。

⑱高铭喧主编:《刑法学原理》(第2卷),中国人民大学出版社1993年版,第132页。

⑲[日]前田雅英:《刑法总论讲义》(第6版),曾文科译,北京大学出版社2017年版,第4页。

⑳[美]道格拉斯·胡萨克:《过罪化及刑法的限制》,姜敏译,中国法制出版社2015年版,第164-165页。

㉑[美]劳伦斯·鲍姆:《从专业化审判到专门法院》,何帆、方斯远译,北京大学出版社2019年版,第1页。

㉒[法]埃米尔·涂尔干:《社会分工论》,渠敬东译,生活·读

书·新知三联书店出版社2000年版,第365页。

②③参见刘艳红、周佑勇:《行政刑法的一般理论》(第2版),北京大学出版社2020年版,第86页。

②④[美]肯尼斯·卡尔斯·戴维斯:《裁量正义》,毕洪海译,商务印书馆2009年版,第40页。

②⑤统计数据来源:北大法宝“法律法规”栏,最后访问时间为2021年9月4日。

②⑥参见张泽涛:《构建认定行政违法前置的行政犯追诉启动模式》,《中国法学》2021年第5期。

②⑦同注②③,第86页。

②⑧刘金福:《浅谈创造性执行政策》,《学理论》2011年第5期。

②⑨参见[法]米海依尔·戴尔玛斯-马蒂:《刑事政策的主体体系》,卢建平译,法律出版社2004年版,第1页。

③⑩同上注,第4页。

③⑪刘艳红、周佑勇:《行政刑法的一般理论》(第2版),北京大学出版社2020年版,第77-78页。

③⑫全国人大常委会法制工作委员会刑法室编:《关于修改中华人民共和国刑事诉讼法的决定》,北京大学出版社2012年版,第49页。

③⑬参见新疆维吾尔自治区吐鲁番市中级人民法院(2015)吐鲁刑终字第66号刑事裁定书和福建省高级人民法院(2020)闽刑申18号审查与审判监督刑事通知书,上述两起案件中,均是因为鉴定程序严重违反行政执法程序的要求而导致在刑事诉讼中未予采信。

③⑭[美]道格拉斯·胡萨克:《过罪化及刑法的限制》,姜敏译,中国法制出版社2015年版,第28页。

③⑮张泽涛:《构建认定行政违法前置的行政犯追诉启动模式》,《中国法学》2021年第5期。

③⑯郑高键:《西部政法院校卓越法治人才培养模式的探索和实践》,载杨宗科主编:《法学教育研究》(第28卷),法律出版社2020年版。

③⑰周佑勇:《高等法学教育如何实现内涵式发展》,《北京航空航天大学学报(社会科学版)》2018年第2期。

③⑱左卫民、张瀚瀚:《刑事辩护率:差异化及其经济因素分析——以四川省2015-2016年一审判决书为样本》,《法学研究》2019年第3期。

③⑲陈光中、张益南:《推行刑事辩护法律援助全覆盖问题之探讨》,《法学杂志》2018年第3期。

④⑰参见广东省深圳市中级人民法院(2013)深中法刑二终字第929号刑事判决书。

④⑱参见山东省菏泽市中级人民法院(2017)鲁17刑终306号刑事裁定书。

④⑲参见江苏省宿迁市宿城区人民法院(2019)苏1302刑初751号刑事判决书。

④⑳参见安徽省亳州市中级人民法院(2019)皖16刑终532号刑事判决书。

④㉑参见辽宁省沈阳市和平区人民法院(2019)辽0102刑初1014号刑事判决书。

④㉒参见安徽省阜南县人民法院(2017)皖1225刑初258号刑事判决书。

④㉓参见江苏省高级人民法院(2019)苏刑再3号刑事判决书。

④㉔参见[日]甲斐克则:《责任原理与过失犯论》,谢佳君译,中国政法大学出版社2016年版,第1页。

④㉕参见[美]乔治·弗莱彻:《反思刑法》,邓子滨译,华夏出版社2008年版,第317页。

④㉖[德]汉斯·韦尔策尔:《目的行为论导论——刑法理论的新图景》(增补第4版),陈璇译,中国人民大学出版社2015年版,第78页。

④㉗[日]松原芳博:《刑法总论重要问题》,王昭武译,中国政法大学出版社2014年版,第18页。

④㉘同上注,第19页。

④㉙[美]约书亚·德雷斯勒:《美国刑法精解》(第4版),王秀梅译,北京大学出版社2009年版,第87页。

④㉚参见熊樟林:《行政处罚上的空白要件及其补充规则》,《法学研究》2012年第6期。

④㉛参见王世洲:《罪与非罪之间的理论与实践——关于德国违法秩序罚的几点考察》,《比较法研究》2000年第2期。

④㉜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1期。

④㉝劳东燕:《责任主义与违法性认识问题》,《中国法学》2008年第3期。

④㉞车浩:《法定犯时代的违法性认识错误》,《清华法学》2015年第4期。

④㉟参见[美]乔治·弗莱彻:《反思刑法》,邓子滨译,华夏出版社2008年版,第540页。

⑤⑰《德国刑法典》,徐久生等译,中国法制出版社2000年版,第48页。

⑤⑱《法国刑法典》,罗结珍译,中国人民公安大学出版社1995年版,第9页。

⑤⑲《奥地利联邦共和国刑法典》,徐久生译,中国方正出版社2004年版,第5页。

- ②同上注,第4页。
- ③[芬]芬兰刑法典,肖怡译,北京大学出版社2005年版,第18页。
- ④[美]约书亚·德雷斯勒:《美国刑法精解》(第4版),王秀梅译,北京大学出版社2009年版,第162页。
- ⑤同注①,第549页。
- ⑥[德]劳克斯·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627页。
- ⑦同上注,第626页。
- ⑧同注⑦,第158页。
- ⑨参见[日]甲斐克则:《责任原理与过失犯论》,谢佳君译,中国政法大学出版社2016年版,第95页。
- ⑩《法国刑法典》,罗结珍译,中国人民公安大学出版社1995年版,第8-9页。
- ⑪参见[法]斯特法尼等:《法国刑法总论精义》,罗结珍译,中国政法大学出版社1998年版,第395-396页。
- ⑫参见王兆鹏:《刑事举证责任理论》,《台大法学论丛》第28卷第4期。
- ⑬[意]杜里奥·帕多瓦尼:《意大利刑法学原理》,陈忠林译,法律出版社1998年版,第260页。
- ⑭习近平:《论坚持全面依法治国》,中央文献出版社2020年版,第19页。
- ⑮参见[德]格吕恩特·雅科布斯:《行为责任刑法——可能性描述》,冯军译,中国政法大学出版社1997年版,第15页。
- ⑯张明楷:《刑法学》,法律出版社2011年版,第303页。
- ⑰[德]劳克斯·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626页。
- ⑱[法]斯特法尼等:《法国刑法总论精义》,罗结珍译,中国政法大学出版社1998年版,第395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。
- ⑳张明楷:《刑法学》,法律出版社2011年版,第303页。
- ㉑参见邵维国:《行政犯前置法认识错误问题研究》,《法商研究》2020年第1期。
- ㉒参见周光权:《刑法总论》,中国人民大学出版社2011年版,第178页。
- ㉓[美]约书亚·德雷斯勒:《美国刑法精解》(第4版),王秀梅译,北京大学出版社2009年版,第68-69页。
- ㉔参见孙海波:《类案检索在何种意义上有助于同案同判?》,《清华法学》2021年第1期。
- ㉕参见江西省上饶地区(市)中级人民法院(2018)赣11刑初34号刑事判决书。

Judicial Determination and Handling of Inevitable Illegal Cognition Mistake of Administrative Commitment

Zhang Zetao

Abstract: Judging from the empirical data, the traditional doctrine "no exemption from the law without knowing the law" subtly influences the court to deal with the problem of the cognition error of administrative violation of law: it is avoided in most cases, and in a few cases, different responses are taken. The responsibility doctrine of criminal law should be taken as the basic principle to guide the handling of the cognition error of administrative offence. The vast majority of countries in the world today have established the exemption of the wrongful cognition of administrative offence in the criminal code or legal precedents. Relief of liability clause should be clearly stipulated in the the criminal law when administrative illegality cognition mistake is inevitable. The criminal legislation and judicial interpretations should clearly stipulate the specific situation of the inevitable cognition mistake of administrative offence. The burden of proof on inevitable illegality cognition errors shall be borne by the defendant and his lawyer. The standard of proof should reach the level of beyond reasonable doubt. The Supreme People's Court should issue some guiding cases of errors in cognition of illegality to regulate the trial activities of the courts.

Key words: Errors in Cognition of Illegality; Inevitably; Administrative Regulations; Beyond Reasonable Doubt