

违法性认识作为责任故意的要素

——基于二阶意志的本土化建构

刘 赫

【摘 要】新古典与目的论结合体系下责任故意与构成要件故意的区分,是解决假想防卫等针对正当化事实前提产生认识错误最为妥当的方案。然而,这种方案在学理上催生出责任故意与违法性认识之间关系的新问题。该问题在我国不受限于境外立法上对故意与违法性认识进行分别规定的法律前提,可以从故意要素的结构和违法性认识的内容两个维度得到妥善处理。在故意要素结构的维度,二阶意志为基础的故意理论与我国《刑法》第14条的实质故意概念具有高度契合性,可以为构成要件故意与责任故意的区分提供学理依据。在违法性认识内容的维度,行为人对法秩序的敌对态度可以在行为人是否“知其所欲、想其所欲”的责任故意公式中得以判断。

【关键词】故意理论;违法性认识;责任故意;二阶意志

【作者简介】刘赫,法学博士,复旦大学法学院师资博士后。

【原文出处】《法学家》(京),2023.6.161~178

【基金项目】本文系中国博士后科学基金第73批面上项目“违法性认识错误的归责机制”(2023M730623)的阶段成果。

一、问题的提出

认识错误历来是刑法释义学中富有争议的话题。它不仅影响着主观要素在犯罪论体系的地位,还与行为人刑事责任承担的效果紧密相关。依据行为人产生认识错误的不同对象,学理上将认识错误区分为违法性认识错误(法律错误)与构成要件错误(事实错误)。但这种经典的学理区分并非毫无争议。有关正当化事由前提的事实错误(容许构成要件错误)在认识错误分类上就产生了明显的学说争论,责任故意则是在这种学说争论中由“法律效果转用之责任说”所提倡的概念。^①然而,责任故意与同处责任阶层的违法性认识之间的关系受到了广泛的质疑。这也成为我国及大陆法系持该学说的学者们不能回避、亟须研究的问题。对这一问题的回答,不仅有利于刑法释义

学在理论上的体系化,亦有助于实践中认识错误案件的规范化解决。

例1:王某垒过失致人重伤案。^②被告人王某垒与友人骑摩托车经过某剧场宿舍大门时,遭遇杨某民等三人酒后寻衅滋事。王某垒被杨某民等三人拦下,并遭遇殴打。后经他人拉架,王某垒逃至宿舍院内开水房附近躲避。而后,杨某民等三人又在同一地点无故拦截追打李某,致其同向宿舍院内躲跑。王某垒误认为李某与杨某民为同伙,又来对其殴打。王某垒在李某接近时踹其一脚,致使后者身体被玻璃划伤。

例2:王某军非法经营案。^③被告人王某军未经粮食主管部门许可及工商行政管理部门核准登记并颁发营业执照,非法向农民收购玉米并转卖牟利,非法经营数额达21万余元、并获利6000

元。一审法院认定,被告人王某军构成非法经营罪,并处罚金;后经再审法院认定,被告人王某军的行为尚未达到严重扰乱市场秩序的危害程度,不具备非法经营罪相当的社会危害性、刑事违法性和刑事处罚必要性,不构成非法经营罪。

上述两个案件的被告人在犯罪主观方面都产生了认识错误。在例1中,被告人王某垒对自身实施正当防卫的对象产生了认识错误,而这种认识错误是否能够排除被告人的犯罪故意则存在疑问。在学理上,被告人王某垒对其行为正当化的事实前提产生认识错误,属于容许的构成要件错误。针对该问题,我国主要存在限制责任理论、法律效果转用的责任理论的争论。^④后者为解决前者在违法层面的错误反过来否定构成要件故意所出现的“回旋飞碟”问题,而在责任层面构建起“责任故意”概念以解决归责逻辑上的回转现象。在例2中,被告人王某军并未对自身从事收购玉米并倒卖的行为涉嫌违反粮食主管部门及工商行政管理部门相关的禁止性法律规范产生认识,并由此产生了违法性认识错误。该问题在我国涉及故意与违法性认识之间的关系问题,主要表现为责任说与故意说之争。^⑤时至今日,违法性认识在我国犯罪论体系位置上的争论仍未休止,没有形成主流意见。

例1与例2在释义学分析框架下属于不同类型的认识错误,各自在类型化认识错误的学说中发展出不同的术语概念以应对犯罪论体系上的理论问题。然而,从认识错误理论体系的角度上来看,容许的构成要件错误和违法性认识错误的研究催生出责任故意与违法性认识之间关系的学理问题。目前,我国学界对认识错误跨类型的体系问题尚缺乏一般性理论研究。研究该问题的意义不仅为认识错误案件在实践中提供规范化依据,更为重要的是通过认识错误跨类型的体系研究,在系统上回答一系列重大的学理问题:(1)梳理故意与违法性认识在犯罪论体系变迁视角下的位置

变化,以及依托错误理论为研究路径展开对故意与违法性认识内容、功能的审视,研究其在多大程度上能与我国传统犯罪故意概念相契合。(2)反思责任故意与违法性认识的理论困境。责任故意在解决容许构成要件错误的方案中具有理论优越性,但当下责任故意面临与同在责任阶层违法性认识之间关系如何的质疑。^⑥这种质疑并未得到主张责任故意的学者的深入回应,^⑦需要进一步研究。

本文的分析路径是,先在刑法释义学体系变迁的角度下分析故意与违法性认识的概念史(下文第二部分),然后,在此基础上论证责任故意概念提出的必要性,结合二阶意志为基础的故意理论,对责任故意与构成要件故意进行学理区分,并对我国犯罪故意的实定法进行释义学重释(下文第三部分),最后,对责任故意与违法性认识之间的关系及其判断公式的刑法适用问题进行回应(下文第四部分),以期推进我国犯罪故意理论的相关研究。

二、故意与违法性认识的概念史:刑法释义学体系变迁之产物

故意与违法性认识^⑧作为行为人犯罪主观方面研究的重要概念,这两者的关系不仅折射出刑法释义学体系上的变迁,还关系着刑法归责的本质,具有牵一发而动全身的理论效果。这也印证着一种著名论断:刑法归责的本质是行为人的主观归责。^⑨犯罪主观方面在刑事责任分析中一直处于最为核心的问题。^⑩这是因为,刑事犯罪与其他违法规范行为的最主要差别在于主观归责的核心位置不同。^⑪在民事法律与公共安全秩序法律中,行为主体的主观归责并不是处于最为核心的位置,而是让位给风险标准的划分与公权力介入的边界问题。虽然故意与违法性认识已经成为被用来分析行为人主观方面的基础性工具概念,但在刑法释义学体系变迁的影响下这二者的概念纠葛从未停止。刑法释义学的体系变迁不仅包括宏

观意义上犯罪论体系的变化,也包括在具体理论问题上诱发刑法释义学中的学说变化。就本文所涉及的故意与违法性认识而言,这二者在概念上的纠葛不仅与犯罪论体系内部要素位置的变化有关(历史成因),还与认识错误类型化导致构成要件错误和违法性认识错误的划分有关(功能诱因)。

(一)犯罪论体系变迁下的历史成因

故意与违法性认识在概念上的纠葛具有久远的历史。故意与违法性认识脱胎于罗马法,并在行动论的影响下二者在犯罪论体系中的位置也发生变化。

1. 概念上的罗马法渊源

早在罗马法中就存在故意与违法性认识之间关系的讨论。乌尔比安主张故意(dolus)与不良的故意(dolus malus)区别应用,这是因为故意(dolus)是个中性词汇,实践中存在良好的故意(gute Vorsätze)^⑫。而后阿奎那在《神学大全》的主张实际上是将dolus理解为dolus malus,这导致在理论上违法性认识是作为故意的决定性要素。^⑬然而,故意与违法性认识的这个关系并未在罗马法中得到一致性的承认。在罗马法中,缺少违法性认识不影响故意(不知法不免责)成为众所周知的原则,但缺少违法性认识也会在很少的情况影响故意的成立。^⑭之所以造成故意与违法性认识之间的复杂关系,是由于罗马法依据规范来源区分了自然的禁止规范与立法者确立的禁止规范。查士丁尼一世主持修订的《学说汇纂》中,将社会中普遍认可的自然法规范与通过立法行为确立的实定法规范进行分离,并规定了不同责任后果。^⑮对于自然的禁止规范而言,推定行为人对自然的禁止规范具有违法性认识,这是因为自然的禁止规范具有被普遍认可性和惩罚的道德基础。而对于非自然的禁止规范,不能推定行为人具有违法性认识。能否在法律上推定行为人具有违法性认识,这与禁止规范惩罚的道德基础息息相关。具体来说,罗马法基于不同行为人的身份赋予了不同知法义

务。例如,对于从事商业活动的人,即使在不知情的情况下实施了违法行为,仍会被追究刑事责任。^⑯而对于实施同样违法行为的女性以及农民,若没有道德上必须知情的理由,可以免除刑事责任。^⑰

简言之,早在罗马法时期,违法性认识与故意就出现概念混用的历史。当行为人的认识对象涉及自然的禁止规范时,违法性认识不是故意的要素;而当认识对象涉及非自然的禁止规范时,违法性认识却又成了故意的要素。

2. 行为理论冲击下的概念变化

故意与违法性认识之间的关系深受行为理论的影响。在因果行为论盛行的古典与新古典犯罪论体系下,行为被认为是行为人在自由意志下、实施引起外部世界因果关系变动的举动。^⑱根据这种观点,只有引起犯罪结果的因果关系才会构成行为的不法;而行为人主观方面则是在责任层面进行判断,与不法的成立无关。“不法是客观的、责任是主观的”成了因果行为论在犯罪论体系上的重要特征。这也导致了故意与违法性认识没有在理论上得到进一步的区分,二者在古典与新古典犯罪论体系中都属于责任阶层。

传统因果行为论在面临具有特定主观意图的犯罪构成要件时,故意在犯罪论体系的位置陷入了难以合理解释的困境。^⑲韦尔策尔在战后所提出的目的行为论受到了学界的支持,其将行为理解为有意识地实现目标的活动。^⑳在目的行为理论下,刑法意义上的行为是行为人基于实现特定构成要件的故意而实施的举动。“目的性”的要素特征促使故意在犯罪论体系中提前到了构成要件阶层,而违法性认识被保留在了责任阶层。故意与违法性认识在犯罪论体系下的分离,可以使得对法律冷漠者不能以缺少违法性认识为由而阻却故意的成立,这有助于刑法的贯彻与执行。在目的行为论与责任理论的结合下,违法性认识未能成为主观不法的要素,但是,由于法定犯的存在,

故意需要认识到这类犯罪行为的违法性,此时故意和违法性认识之间会出现区分的困难。^①

目的行为论在面临不作为犯等理论问题时出现的解释缺陷,使得目的行为论逐渐被否定行为论等其他理论所取代。^②但目的行为论将故意作为主观构成要件、将人的意志纳入不法内容仍被德国主流观点所接受,逐渐发展为“后目的行为论”。^③在面临实践中假想防卫、假想避险等案件时,后目的行为论中对有关正当化事实前提归属于故意、抑或是违法性认识产生了三种不同的解释。严格责任论是由韦尔策尔的支持者所继承,正当化事实前提并不是构成要件故意所涉及的内容,而是属于违法性认识的内容,应当在责任阶层进行处理。^④消极的构成要素论走向二阶层犯罪论体系,主张将正当化事实前提作为整体不法构成要件意义上的认识内容,与构成要件故意的内容相关联。^⑤法律效果转用之责任说作为新古典和目的论结合体系,则坚持在三阶层犯罪论体系内进行改良、承认故意的双重地位,将法敌对和法冷漠的态度作为责任故意的内容。^⑥但构成要件故意与责任故意的区分标准以及后者与违法性认识之间的区别并未得到关注与厘清,这也进一步加剧了在概念体系上的紧张关系。

(二)认识错误类型化的功能诱因

构成要件错误与违法性认识错误的区分是认识错误类型化的标志。而故意与违法性认识为认识错误不同类型的划分提供重要的概念基础。然而,故意与违法性认识如何与认识错误类型化产生联系?以下便围绕故意与违法性认识之间两种具有影响力的典型方案展开。

1.故意包含违法性认识方案

在这种典型方案下,故意包含着实质的违法性认识,要求行为人通过自身行为认识到社会危害性或法益侵害性。考夫曼提出“实质的违法性认识属于故意”的方案,试图将社会危害性用来描述实质的违法性认识,强调社会危害性是对社会

伦理价值的否定。^⑦实质的违法性认识是伴随行为人对犯罪构成要件(构成要件事实)的了解而产生的,行为人在了解的过程中接受着构成要件所传递的刑法规范信息(构成要件故意的呼吁功能)。^⑧现代刑法典中不仅包含更多的空白条款、附属刑法,而且也将更多的危害行为犯罪化。在这种情况下,单纯对构成要件事实的了解并不一定会唤起行为人实质的违法性认识。考夫曼在面临这个问题上坚守责任主义的要求,除了确定行为人的构成要件故意之外,还要额外确定行为人是否意识到了对法益的侵害。^⑨在这个意义上,实质的违法性认识是属于故意的内容。若行为人缺少实质的违法性认识,可能会成立构成要件错误,而非违法性认识错误。

施密特霍伊泽尔提出“故意性”代替“故意”的方案,^⑩其认为故意性作为责任的一个特征,彰显着行为人没有认真尊重其在有意识下行动所侵犯的法益。这种故意性概念包含了现实的违法性认识,并与法益侵害行为及其行为意识有关。行为意识与现实的违法性认识是先后出现的顺序。“存在没有违法性认识的行为意识,但不存在没有行为意识的违法性认识。”^⑪在这个意义上,故意性可以看作行为意识与违法性认识的连接点。只有当行为人在行为时具有现实的违法性认识,才有可能被认为是故意行为。现实的违法性认识体现出行为人有意识地对法秩序,而这也是认定为故意行为的决定性因素。若行为人没有意识地违反法秩序,则只能考虑过失犯的责任。当行为人产生违法性认识错误时,其不存在现实的违法性认识,这会导致排除故意性的法律效果。故而,在故意性概念下,构成要件错误与违法性认识错误具有排除故意的同等法律效果。

2.故意排除违法性认识方案

在这种典型方案下,故意的内容排除违法性认识。即便犯罪构成要件中包含规范性构成要件特征,故意也仅限于行为人对事实的认识,而不以

对法律、社会评价的了解(实质的违法性认识)为前提。

扎费林提出“故意与评价区分”方案,主张故意认识内容应当从法律评价的泥淖之中解脱出来,“故意与评价的过度理解导致不同归责层次的不必要混合。”^⑧其认为,故意应当与所有包含评价色彩的要素完全隔离开来,这是因为诸如“涵摄错误和平行评价都是故意属于责任阶层时代下的产物”^⑨。在故意与责任阶层分离的犯罪论体系发展下,故意不再需要行为人对行为进行评价,仅仅需要对属于法律情况的事实性心理理解。扎费林在这里同意普珀的观点,认为故意并不需要对这种规范性有认识,行为人只要意识到法律特征背后的事实情况即可。^⑩扎费林主张行为人可以对法律术语及背后法律评价不需要有认识,但要需要对在构成要件特征的单个元素进行社会性理解。^⑪这种社会性理解是扎费林借鉴罗克辛的观点,认为故意要求行为人理解其行为的“社会意义”^⑫。扎费林同时论证了这种社会理解与法律评价无关,只与行动过程有关。“对于构成要件故意来说,行为人只要认识到相关的情况以及行为的社会相关性就够了。无论是这种情况被定义成规范与否,行为人都不需要对法规范具有认识。”^⑬在这种方案下,构成要件错误的成立只与行为人对犯罪情状的事实理解有关;而行为人对于评价性的认识内容产生的理解偏差与违法性认识错误有关。

海因里希在扎费林“故意与评价区分”方案的基础上,进一步反对将涵摄错误和规范性构成要件错误纳入排除故意的错误论体系中。“规范性构成要件理论”在例外的情况划出一条不同的界线,将部分有关于法律评价的错误作为构成要件错误,但同时又不明确哪种构成要件要素属于规范性或是属于描述性,这极大地加剧了法律的不确定性。他认为,实践中将这种规范性构成要件错误或关于法律评价的错误作为构成要件错误的例

外情况,是对错误理论的不正确稀释。^⑭此外,海因里希认为,若将规范性构成要件特征视为故意的认识内容,则会导致无法清晰区分构成要件错误和违法性认识错误。^⑮具体来说,由于犯罪构成要件特征不存在纯粹的规范性要素或纯粹的描述性要素,如果再按照主流意见把不正确的法律评估或对构成要件特征意义认识作为“规范构成要件”的法律特征,则会模糊责任理论下构成要件错误和违法性认识错误的区分标准。在这种方案下,故意的内容应仅仅限制在犯罪事实之内,而规范性相关的构成要件特征应纳入违法性认识之中,通过重塑“违法性认识错误不可避免性”的判断体系来限制可罚性的扩张。

三、故意要素结构的二阶化:构成要件故意与责任故意之区分

通过上文分析可知,故意与违法性认识在概念内涵和外延上的交叉,是在历史因素与类型化功能因素综合作用所产生的释义学难题。特别是,当故意概念包含评价性要素时,实质的违法性认识、现实的违法性认识和社会危害性等有关评价性概念就会融入故意概念中,使得故意概念越来越复杂、庞大。这种包含评价性要素内容的故意概念承载了过度的功能,进一步加剧故意与违法性认识之间的复杂关系。^⑯然而,故意与违法性认识是否基于上述原因而在释义学上无法得以区分?被用来解决容许构成要件错误问题的责任故意概念可以为故意与违法性认识的关系问题提供一个新的研究路径。笔者主张,责任故意可以超脱容许构成要件错误问题研究的限制,成为服务于犯罪主观方面的一般性释义学理论。

然而,责任故意概念所面临的质疑必须在理论上得到妥当回应:责任故意概念提出的必要性?责任故意与构成要件故意如何区分?以及责任故意能否适合我国《刑法》所规定的故意概念等问题。

(一)责任故意概念的必要性

受行为理论的影响,故意作为判断行为人对客观构成要件事实的知与欲在犯罪论体系中已经提前进入到了构成要件阶层,而违法性认识则停留在了责任阶层。^①故意概念相关的内容要素是否、有多少还停留在责任阶层的疑问,实质上隐含着学者在违法性认识错误问题上故意说与责任说之争的由来。有关于正当化事由的前提事实发生认识错误的案件讨论,更加凸显故意概念的何种要素仍被保留在责任阶层的疑问。责任故意则是应对该争论而产生的释义学概念。从认识错误跨类型研究的一般性理论上来看,责任故意概念不仅具有解决容许构成要件错误的优越性,还具有保障构成要件故意功能的作用。

1. 责任故意方案的优越性

结合上文所述,在后目的行为论的时期,有关于正当化事由的前提事实产生认识错误的问题在我国与德国的主流学说讨论中发展出三种不同的解释方案,即严格责任论、消极的构成要素论与法律效果转用之责任说。

第一,严格责任论主张故意与违法性认识必须严格进行区分。^②这种观点虽然区分了典型的构成要件错误与违法性认识错误,但是没有对在违法性层面产生的认识错误(例如,容许构成要件错误与容许规范认识错误等)作进一步区分。这也导致了在面临容许构成要件错误时,为了维持犯罪论体系的稳定性,严格将这一问题解释成为责任阶层的问题。^③在这种观点下,行为人实施了符合法定构成要件上的故意行为,但对正当化事由的前提事实却发生认识错误,这不能“回头”阻却构成要件故意的成立,但可以适用违法性认识错误的可避免判断得以处理。该方案忽略了行为人在对实际情况发生认识错误时,其内心依旧希望以守法的方式行事的重要主观特征,这有违责任原则之嫌。^④此外,当行为人因过失产生的认识错误被认为是可避免时,该方案会导致行为人可能承担故意犯的

处罚。这在刑法归责逻辑上是混乱的。

第二,消极的构成要素论主张,不法构成要件是由积极的构成要素(法定构成要件特征)和消极的构成要素(正当化事由)所构成。^⑤行为人对积极的构成要素缺乏故意或对正当化事由缺少认识时,二者在引发排除整体不法构成要件的效果上具有一致性。该方案不仅在德国有不少支持者,在我国也是具有影响力的学说。^⑥在这种观点下,行为人故意的成立不仅需要对法定构成要件特征具有认识,还需要不具有正当化事由。若行为人对正当化事由的前提事实发生了认识错误,可以阻却构成要件故意的成立。消极的构成要素论是限制责任论所分裂出的阵营之一,该阵营超越了三阶层的犯罪论体系。^⑦该方案虽然在容许构成要件错误案件上具有实践应用的便捷性,但是忽略了构成要件阶层与违法性阶层各自的独立性与功能性。消极的构成要素论是将类型化的构成要件与非类型化的正当化事由并列,消解了构成要件阶层的意义。^⑧

第三,法律效果转用之责任说主张,容许构成要件错误并不是使故意不成立,而只是在法律效果上与构成要件错误具有相同的后果。^⑨容许构成要件错误是独立于构成要件错误、违法性认识错误之外的错误类型。在这种观点下,对正当化事由的事实前提发生认识错误并不影响作为行为类型的构成要件故意,而只是排除了责任故意和故意犯的刑罚效果。该方案不仅在德国具有重要影响力,逐渐也被我国学者所关注。^⑩正如作为责任类型的主观过失与在构成要件中确立的过失的行为类型相对应一样,责任故意则是构成要件中的故意行为类型在责任类型上的体现。^⑪这种方案下,行为人实施构成要件的故意行为后,若其对正当化事由的事实前提产生认识错误,不会像早期限制责任论在刑法归责上“回头”否定已经检视过的构成要件故意,也不会像消极构成要素论在刑法归责上混淆构成要件阶层与违法性阶层上的

判断,而是将这种认识错误在责任阶层阻却责任故意的成立,不对行为人科处故意的刑罚后果。相较于前两个方案,法律效果转用之责任说不仅可以解决限制责任论所带来的刑法归责逻辑的混乱,还可以很好地避免消极构成要素论所导致的二阶犯罪论体系。

2. 保障构成要件故意的功能

结合上文所述,责任故意方案不论在犯罪论体系中要素的定位上,还是在刑法适用的裁判逻辑上,相较其他的释义学方案都具有显著的优越性。然而,随着刑法释义学的发展,故意概念将实质的违法性认识、社会危害性等评价要素包含在内,这造成故意概念承载更多的功能。考夫曼所主张实质的违法性认识是属于故意,是将行为的法益侵害作为故意的内容。^⑤这种实质的违法性认识是对行为人在构成要件阶层上的故意提出了更多的额外要求。按照故意概念中“严格镜像”原则,构成要件故意是行为人对刑法规范所传递内容的主观反应。这种在刑法规范和行为人主观反应之间的互动,发挥着构成要件故意所具有独特的呼吁功能。^⑥如果认为实质的违法性认识也属于构成要件层面的故意内容,那么将使得刑法规范和行为人主观反应之间还要增加对规范背后法益保护的额外认知。这样不仅将会减弱构成要件故意呼吁的功能,还会破坏严格的镜像原则,加大对行为人主观归责的难度。施密特霍伊泽尔虽然意识到故意概念的复杂内涵,主张“故意性”取代故意概念,但故意性是以现实的违法性认识为前提。^⑦这种方案将现实的违法性认识融入故意概念中。此时的故意性就成为现实违法性认识的上位概念,这不仅没有脱离原本故意论概念的泥沼,反而将主观归责的内容进一步复杂化。

而责任故意与构成要件故意的分离,可以使这种庞杂故意概念在释义学体系上更加明晰化。构成要件故意应以法定构成要件的事实作为认识对象,这样才满足严格镜像原则的需要。严格镜

像原则是立法机构对犯罪行为进行类型化的规定,并进而保障相关的法益。构成要件故意的认识对象与法定构成要件事实的高度符合性是严格镜像原则的内在要求,这个原则限制刑事司法中可能出现权力滥用以及保障行为人合法性行为的权利自由。^⑧立法机构通过对类型化行为抽象出的犯罪事实,以法定构成要件的方式在刑法典中得以规定。对于个案行为人在构成要件故意上的判断,不需要行为人掌握法典中法律语言及相应的法律意义,只需要在这些法定构成要件在社会适用延伸的领域内判断行为人对具体生活内容的掌握。^⑨一般意义上,犯罪情状在法律上有两个核心内容,一方面是法律规定犯罪行为所侵犯的对象(如人、物、财产等),另一方面则是与此相关的伤害强度等级(如身体虐待、视力丧失、财产毁坏等)。结合特殊犯罪的情形,犯罪情状也包含对犯罪主体(如特殊身份的人员)、犯罪地点(如犯罪频发地)以及犯罪方法(如利用暴力、使用武力、威胁方法)等。^⑩构成要件故意以法定构成要件事实作为认识对象,不仅符合罪刑法定原则的要求,还有利于保障行为人合法行为的权利自由。

简言之,责任故意的出现,是故意概念服务于构成要件阶层和责任阶层不同功能需求的释义学产物,而这也更有利于保障构成要件故意发挥相应的功能。

(二)二阶意志的故意理论方案

构成要件故意与责任故意的区分可以更加清晰反映出故意概念在不同阶层所发挥的作用。在构成要件阶层的故意概念反射着行为人对构成要件事实的知与欲;而在责任阶层的故意概念则体现着行为人主观意志的可谴责性。然而,有学者对责任故意概念充满着不信任,并提出质疑,“如果承认责任故意这个概念,便需要回答责任故意是责任评价的对象,还是责任评价本身?若是责任评价的对象,那么构成要件故意也是责任评价的对象,二者又有何区别?”^⑪笔者认为,二阶意志

的故意理论方案能够为构成要件故意与责任故意的区分提供新的研究路径。

1. 哲学基础

二阶意志的故意理论是以哲学命题上的二阶意志决断作为其理论的哲学基础。“人”的概念作为哲学研究的重点,斯特劳森所提出的主张代表了当下主流的哲学观点。他们将“人”解释为一种具有意识责任和肉体性质的类型实体。^⑨意识责任和肉体性质在判断动物群体中作为“人”的标准并不足够充分。这是因为除了人以外,还有其他诸如灵长类的动物同样具有精神和肉体双重性质。人的概念之所以可以成为重要的哲学基础问题,这是源于人类对自身在生物界定位的好奇。作为人类中的单独个体,与其他人的区分有助于更好地认识自己。

美国学者则进一步认为,人与生物界之间的本质区别在于意志结构的差异。^⑩正如上面所提及,灵长类的动物和人类都具有精神和肉体的双重属性。因而,诸如原始的欲望和动机并不是人类与生物界其他动物区分的本质差异。灵长类的动物也可以拥有原始的欲望和动机。甚至,灵长类的动物也可以通过所谓的“学习”产生相应的反射弧,在“思考”的基础上实施动作。这种理论将灵长类动物和人类所具有原始欲望和动机定义成为“属于一阶的欲望”。^⑪然而,这种“属于一阶的欲望”只是简单地实施或不实施某些事的欲望。

“A 想要 X”公式可以对“属于一阶的欲望”进行描述。其中,公式中的“A”代表着动作发出的主体,“Xs”则代表着对行为的描述。但是,这个公式不能满足分析人类社会的需要。这个公式只能阐释 A 实施特定行为的一种原因可能性。这个公式的主要缺点在于,其并不能说明“Xs”这个欲望对 A 实施行为的影响程度。一方面,当“Xs”只是 A 众多欲望之一,并且不是最重要的欲望时,即便 A 会实施其他行为,但“A 想要 Xs”这个公式仍是正确的。另一方面,“A 想要 X”也传达着促使 A 实施

行为的欲望是 X,或 A 实施行为是受到 X 的推动。^⑫在这一层面上,前一种体现出“众多可能得欲望”,而后一种情况则是一种“有效的行动欲望”。只有第二种情况下,将 A 推动到行动阶段的有效欲望才是人类意志结构中值得特殊关注的研究点。

对于这种将 A 推动到行动阶段的有效欲望,可以在“A 想要 X”公式的二次代迭中发现。此时,这个公式中的“X”代表着“属于一阶的欲望”。在这种情况下,A 同样会有两种可能:其一,A 是仅仅想要以拥有“属于一阶的欲望”为目的;其二,A 是以“属于一阶的欲望”在行动中变得有效为目的。^⑬这种理论将第二种情况称作为“二阶意志”或者“属于二阶的愿望”。“一个人要么是单纯的拥有某种欲望,要么是想让某种欲望成为他的意志,就有了二阶欲望。”^⑭基于此,他将“人”定义为,“不仅是具有一阶欲望,而且具有二阶意志的实体概念”^⑮。“二阶意志”是人类区别其他动物的特别意志结构。只有在人具有“二阶意志”情况下,才具有自由意志的可能性。

这种理论将拥有“属于二阶的愿望”的“放任者”和“合格的人”进行了概念上的区分。“放任者”是指那些拥有“属于一阶的欲望”,不具有“二阶意志”的实体。其中,放任者的种类包括了具有欲望的所有非人类的动物、年幼的儿童及特定成年人群。这些放任者的本质特征是在于他们不关心意志结构的行为。两个毒瘾案例可以很好地阐述放任者概念。假设存在两个在生理状况都同样受到周期性毒瘾影响的成年人,其中一个人是不情愿的上瘾者,而另一个人是放任者。^⑯对于不情愿的上瘾者而言,他具有两个冲突的“属于一阶的愿望”,即他想要使用毒品(生理需求)和他不想使用毒品(心理需求)。但在这些“属于一阶的愿望”之外,他具有一个“二阶意志”,即他希望将心理需求(他不想使用毒品)纳入自己的意志结构。而对于放任者而言,他的行为是直接出于他“属于一阶的

愿望”。然而,他并不具有一个“二阶意志”,即他不关心推动自身行为的欲望是否来自他自身所希望行动的愿望。

虽然“二阶意志”是在哲学上对道德责任问题的讨论内容,但是“二阶意志”对刑法的责任研究也有重要意义。刑法上的责任研究应当从精神鉴定和心理咨询解放出来,回归到规范上进行讨论,即责任是以认识能力、控制能力和决定能力为依据的。^⑥具体来说,“二阶意志”中隐含着对行动故意的认识是责任中认识能力的内容;^⑦而“属于二阶的欲望”更是一种反思性的自我评价能力,^⑧这与责任中控制能力相关联。因此,“二阶意志”不仅标志着责任阶段的开始,更应该成为责任概念中重要的内容。

2. 第一阶的知与欲(构成要件故意)

在“二阶意志”的哲学基础上,构成要件故意可以在刑法体系中被建构为“第一阶的认识和意志”。相较于哲学上的“二阶意志”中初始层级是描述人的原始动机或欲望,刑法上的“第一阶的知与欲”则是排除评价性相关内容要素后的构成要件故意。这是因为,以事实性认知为基础的构成要件故意不仅与“二阶意志”的初始层级在事实上都具有先发性的特征,还在对行为人相关的刑事责任审查上具有优先的顺序。

行为人的知与欲在传统刑法理论中被认为是个人不法的核心,构成了主观不法的一般特征与构成要件结果上主观归属的基础。^⑨犯罪故意在释义学上被解构为行为人对构成要件事实的心理活动。“行为人的故意是在了解所有客观事实情况下实现犯罪构成要件的意愿。”^⑩第一阶的知与欲是将传统理论中行为人的知与欲在认识对象范围进行了限缩,仅仅保留了事实认识因素。

在第一阶的知和欲中,构成要件故意排除了评价性相关的内容,仅限于对犯罪情状、行为和因果关系等事实性认识的相关内容。第一,构成要件故意需要行为人对犯罪情状有认识,而不需对

客观处罚条件有认识。犯罪情状是在“严格镜像”原则要求下,将法定构成要件在社会适用领域内具体生活内容的相关事实纳入故意对象之中。^⑪具体来说,犯罪情状包含法律规定犯罪侵犯的对象、伤害等级、犯罪主体、犯罪意图、犯罪地点及犯罪方法等要素在内。第二,构成要件故意包含行为人对“承载意志的动作”(行为)的认识。^⑫承载意志下的动作之所以会成为刑法理论中的行为,是因为它将行为人与犯罪构成要件连接在一起,并成为行为人责任成立的前提。刑法中的行为概念并不是承载着对行为人整个犯罪情况的澄清功能,而是将能够进入刑事责任审查对象的动作与人类应激动作、胁迫行为等其他的动作进行区分。第三,构成要件故意也应该包含行为人对因果关系的认识。因果关系是关于行为和结果之间在自然法则上的联系。^⑬而刑法上的因果关系则是危害行为和危害结果之间引起和被引起的关系。因果关系实际上是以行为入头脑中意识过程为核心的事实问题,因而,因果关系不涉及评价性的要素,可以被纳入构成要件故意中来。同时,行为人对这种因果关系的态度,也可以由此判断出行为人的主观恶意。

3. 第二阶的知与欲(责任故意)

我国刑法理论在犯罪故意问题上存在“认识论”与“意志论”之争。这种争论的焦点在于意志因素是否在犯罪故意成立的判断中起作用。^⑭然而,笔者认为“认识论”与“意志论”之争需从哲理上加以还原。所谓认识论与意志论之间的分歧,实质上是客观意志论与主观意志论之间的对决。^⑮在犯罪故意理论中,客观与主观之间、认识与意志之间的争论应当谨慎对待。^⑯若将行动的决意理解为意志因素,在这个意义上,所有的认识论者都可以被认为是意志论者。^⑰责任故意概念是以哲学上的二阶意志理论作为基础,并坚持了犯罪故意理论中意志必要说的理解。

哲学上的二阶意志理论把推动行为实施的有

效欲望和无效欲望的区分提升到了第二层次。二阶意志的故意理论则是,将行为人反思性的自我评价能力通过第二阶的知与欲得以判断。^⑨当对行为人进行刑事责任审查时,构成要件故意需要检视行为人对构成要件事实的知与欲,而责任故意需要检视行为人主观意志的可谴责性。只有当行为人同时具有构成要件故意和责任故意时,行为人才有可能成立故意犯罪。第二阶的知与欲,是判断行为人对构成要件故意在责任阶层上能否被归责的关键。二阶意志的故意理论将第二阶的判断公式表达为,是否行为人“知其所欲、想其所欲”。^⑩不难发现,第二阶的知与欲是以行为人第一阶的所欲为基础进行逻辑迭代的尝试,进而构建起对行为人认知分析的逻辑闭环理论。所以,在责任故意的释义学框架下,推动行为的二阶意志是刑法归责的关键因素。这体现出责任故意概念将行为人的意志作为可谴责性的基础。

“知其所欲、想其所欲”的责任故意,需要行为人对构成要件实现的规范意义产生认知与意欲。具体来说,“知其所欲”需要行为人认识到构成要件实现的规范意义。而这种规范意义是指与构成要件实现相关的评价性要素,即社会危害性。构成要件故意与责任故意分别承载着目的要素和行为反价值要素。“目的要素包含着对客观构成要件要素及其内容含义和行动意愿的认识;而行动反价值要素则是基于对社会危害性的认识,即构成要件实现的社会危险。”^⑪我国刑法理论中有不少观点认为社会危害性概念具有内涵混乱、外延模糊的缺点,进而对社会危害性概念持怀疑和否定态度。^⑫笔者认为,社会危害性概念不仅揭示了构成要件行为在规范意义上的本质,也填充了实质违法性认识的内容。“当社会信任的基础被某种违反价值的行为造成损害时,社会中的法律会将其作为社会关系的基础予以保护。”^⑬社会文化形态所体现出的价值被视为共同生活的基本法律要求。对于行为人而言,若其意识到重大的价值违

反,或是伤害了国家社会中共同生活的基本价值,或是意识到违反国家强制性秩序时,实质的违法性认识便由此而生。^⑭实质违法性认识与社会危害性认识之间具有同质性,互为表里。社会危害性概念虽然具有一定程度的伦理色彩,但并不必然缺乏可操作性。行为人的社会危害性认识可以被纳入“知其所欲、想其所欲”的判断公式之中。

本文所主张“第二阶的知和欲”的判断,可以通过涉毒的经典案例得以展现:甲乙丙三人在事实上都通过了交易行为获得了毒品,但甲乙丙三人在主观上存在巨大差别。对于甲来说,他相信了交易对方的话,甲误以为从事交易的对象是糖,而事实上是可卡因;对于乙来说,他痛恨毒品和自己的毒瘾,但是他的毒瘾难以克制;对于丙来说,他喜欢毒品并与自己的毒瘾和谐相处。

依照“知其所欲、想其所欲”的责任故意判断公式,可以对甲乙丙三人的主观方面进行更加清晰地判断。对于甲来说,他认识到交易物为白粉状的事实特征,满足第一阶的认识,但其认为交易物并非毒品,进而实施了交易行为,甲对交易行为欠缺第二阶的认识,即甲不知其所欲;对于乙来说,他对交易对象是毒品具有明确的认识,但是由于没能战胜自己的毒瘾,导致乙对交易行为欠缺第二阶的意志,即乙不想其所欲;对于丙来说,他既清楚交易对象是毒品,也没有对自己的毒瘾产生冲突意志,他具有第二阶的知与欲,即丙知其所欲、想其所欲。通过对甲乙丙三人在第二阶知与欲上的对比,甲和乙都在第二阶的知与欲上有所欠缺,这种欠缺会导致行为人在刑法归责上完全免除或部分减轻责任。而丙拥有完整的第二阶知与欲,故丙对其所实施的行为具有完全的故意责任。

同样,责任故意的判断公式可以对具有精神障碍的人和确信犯实施的行为进行分析。对于具有精神障碍的人和确信犯来说,他们是基于某种极端的想法实施行为。他们的整个思维和行为都

重大偏离了社会所认可的一般价值。在这种情况下,他们显然不是缺乏控制能力,而是缺乏对不法的认识能力。按照“知其所欲、想其所欲”的责任故意判断公式,具有精神障碍的人和确信犯是认同自身的意志,但并不(真正)知道自身想要什么,即他们“虽想其所欲,但不知其所欲。”

(三)我国《刑法》故意概念的释义再分析

与德国故意理论依托错误论加以释义分析的路径不同,我国《刑法》第14条明确规定了犯罪故意概念,“明知自己的行为会发生危害社会的结果,并且希望或者放任这种结果发生,因而构成犯罪的,是故意犯罪。”针对该条款,我国学界目前存在三种释义学分析的方案值得进一步讨论。其一,违法性认识必要说主张,犯罪故意的要素包含行为人对行为违法性认识。^⑤其二,违法性认识不要说主张,犯罪故意的要素仅是事实上的结果认识,排除对结果的危害性认识。^⑥其三,违法性认识推定说主张,对构成要件事实的认识就可以在原则上推定违法性认识的存在。^⑦

针对第一种观点“违法性认识必要说”,依据《刑法》第14条的规定,行为人故意的成立需要明知自身行为会发生危害社会的结果,并希望或者放任这种结果发生的心理态度。^⑧这种观点实际上从《刑法》第14条的立法表述直接推导出来,将行为的社会危害性认识纳入故意结构之中。在提倡这种观点的学者中主张,“违法性认识问题的关键不在于阻却责任还是故意,而是在于何种情况下不追究行为人的责任才是合理的。”^⑨该论点虽然揭示了违法性认识问题在我国与其陷入体系地位争论的泥淖,不如将讨论焦点集聚在如何达到合理的刑法适用效果上。但是,该观点却忽视违法性认识与故意在释义学体系上各自的功能与意义。此外,工具化导向的违法性认识与故意概念终究会使得概念的内涵与外延变得更加不确定,甚至走向概念的虚无主义。

针对第二种观点“违法性认识不要说”,犯罪

故意是独立的责任要素,“不要求行为人现实地认识到形式的违法性”^⑩。这种观点认为,犯罪故意是行为人针对构成要件事实上的知与欲,而构成要件事实相关的社会危害性认识属于规范性评价,“它通过立法者的立法和司法者的裁判来完成,并不要求行为人必须认识。”^⑪尚不论该观点背后折射出构成要件故意依旧在责任阶层的严格故意说,已经在德国因与责任理论相左,而被理论和实务所抛弃或修正,^⑫单论该观点脱离了实定法依据,对我国《刑法》所规定的犯罪故意进行了不当限缩就值得进一步商榷。我国《刑法》第14条采取了实质故意的概念。^⑬行为人针对构成要件事实上的知与欲仅仅是揭示了一种有关于构成要件故意的心理性活动,而该观点却忽视实质故意概念所包含对社会危害性认识的评价性心理活动。

针对第三种观点“违法性认识推定说”,违法性认识只是对《刑法》第14条含义模糊的社会危害性认识概念的限定描述,而不能与危害行为、危害结果并列作为犯罪故意的认识对象。违法性认识原则上是根据对构成要件事实认识得以推定,只有在例外情况下,“可以根据行为人当时所处的环境等具体事实,通过事实推定,来判断其是否确实不具有违法性意识。”^⑭该观点出于刑事责任审查便宜性的角度,将作为犯罪故意认识对象的行为、结果与限定该行为、结果性质的社会危害性合并判断,只有在认识错误的情况下才例外检视违法性认识的存在与否。这无疑是混同了构成要件阶层与责任阶层上刑事责任审查的步骤与要素,牺牲了阶层体系在刑法归责的体系性与逻辑性。

我国《刑法》所规定的犯罪故意概念既包括了对构成要件的认识因素与意志因素,还包括对行为性质的危害性评价因素。有学者主张,“我国《刑法》第14条规定的对社会危害性的认识,乃是不法意识,有别于事实性的故意,二者应予以区分,以防止法冷漠者凭借且欠缺不法意识而不成立故意犯。”^⑮笔者同意该观点对我国犯罪故意进

行事实性故意与违法性认识区分的基本立场。这种观点可以进一步推导出,犯罪故意是涵盖事实判断与价值判断的统一性概念。^⑥具体来说,对构成要件的认识与意志是行为人在事实层面上心理性故意的描述,而对行为性质的“危害社会”认识则是行为人在价值层面上进行规范评估的心理活动。从这个角度来看,事实层面的心理性故意与价值层面上的规范性心理活动并不当然地具有相关性关系,即具有心理性故意并不必然代表行为人具有“危害社会”的认识。在上文所述有关于“违法性认识必要说”的观点中,其所使用的“故意”概念是《刑法》第14条所规定的实质故意概念;而“违法性认识不要说”的观点中,其所使用的“故意”是有关构成要件在责任阶层反映出的心理性故意。这两种观点所使用的故意概念不仅不在同一语义范畴上,还可能在释义学阶层的体系定位出现混乱。“违法性认识必要说”忽视了我 国实质犯罪故意概念中事实心理性故意的独立意义,而“违法性认识不要说”脱离了我国实定法上对实质犯罪故意概念的释义学依据。因而,事实上的心理性故意与价值上的规范性认识这两者如何在释义学体系中找到合理的体系性定位尤为重要。

在我国实定法基础上,二阶意志的故意理论方案可以使我国实质犯罪故意概念在阶层体系中的定位更加清晰。《刑法》第14条所规定的“犯罪故意”,不仅要求行为人对具有危害性认识,还要求具有“明知”“希望或放任”的认知与意欲要素。在二阶意志的故意理论方案中,“第一阶的知与欲”所代表的构成要件故意排除了行为人对评价性要素的认知,仅仅要求对构成要件事实产生认知与意欲。而这种在构成要件阶层的“第一阶的知与欲”与我国《刑法》第14条中所表述在事实层面上的心理性故意具有高度的理论契合性。而“第二阶的知与欲”所代表的责任故意需要行为人对构成要件实现的规范性意义产生认识与意欲,

而这也彰显着行为人主观意志的可谴责性在责任阶层占据核心地位。这种“第二阶的知与欲”与我国《刑法》第14条中对行为性质“危害性”的限定描述,都是行为人对构成要件行为进行评价性的心理活动。换言之,我国犯罪故意中对行为性质“危害性”的认识与责任故意在概念的内涵与功能上具有一致性。故而,笔者在本文主张“违法性认识重构说”,将实质违法性重构作为责任故意的要素,并与构成要件故意共同构成我国实质的犯罪故意概念。

四、违法性认识与责任故意判断的统一化

违法性认识虽未在我国刑法中得以明确规定,但是,受大陆法系刑法理论的影响,这一概念逐渐被学界接受和使用。本文所主张的“违法性认识重构说”,将实质违法性作为责任故意的要素是在概念上对其进行还原。然而,违法性认识与责任故意在理论上的联系需要得到进一步的回应:违法性认识与责任故意的关系为何?以及作为责任故意要素的违法性认识如何在刑法适用中得以应用等问题。

(一)违法性认识与责任故意的关系

陈兴良教授曾对这一问题作出论断,“构成要件故意是指行为人对构成要件事实的表象和认容,而责任故意是指关于违法性的事实和违法性的意识。”^⑦笔者赞成责任故意与违法性认知之间理论联系,但该观点在“把目的论体系下意志因素解释为违法性的意识”方面存在误解。违法性认识与责任故意在二阶故意理论方案中可以减少二者概念在犯罪论体系变迁中的论证泥淖。笔者认为,违法性认识与责任故意互为表里,二者在理论内涵与功能上具有高度一致性。

1. 理论内涵的一致性

违法性认识与故意概念作为犯罪主观方面分析的重要工具性概念,排除在不同犯罪论体系下概念的交叉,二者在本质上都是对自身行为的一种心理状态。其中,行为人对行为性质产生的危

害性认识(亦即违法性认识)在刑法理论中被赋予了价值和规范两个层面的属性。其一,违法性认识在价值层面的属性体现在行为人内心的原始价值感。这种原始的价值感是行为人在与外界环境中零散获得的,“良知是个人通过反思,而认识到某些集体规范的存在及其有效性。”^⑧当行为人实施不法行为时,这种原始的价值感以良知的形式存在于行为人的心理,促使行为人采取或不采取某些行动。这种产生的原始价值感就是行为人关于行为不法的实质性认识。其二,违法性认识在规范层面的属性体现在行为人对社会价值秩序的心理感知。这种社会价值秩序是由无数个人的价值经验所形成的群体道德和法律规范,它会促使行为人将自身行为与社会期待进行比对。行为人行行为产生的评价意识体现出违法性认识的规范属性。

实质的违法性认识是行为人基于内化的社会价值而对自身行为产生的心理感知。“这种包含了道德、伦理和社会危害性的相关社会价值都会成为影响行为人心理变化的关键连接点。”^⑨形式的违法性认识本质上是基于构成要件实现和法律要求之间的冲突而产生的,需要行为人对行为不法与法秩序之间的关系进行评价。^⑩不难发现,无论是实质的违法性认识,还是形式的违法性认识,都需要行为人对行为性质在价值和规范的层面进行评价性心理活动。如前文所论证,构成要件故意是行为人对构成要件相关事实上的心理性故意,而责任故意是行为人对构成要件实现的规范性意义产生认识与意欲。责任故意与构成要件故意根本的区别在于行为人是否需要对其行为进行规范性评价的心理活动。在这个角度上,实质的违法性认识、形式的违法性认识与责任故意在行为人进行规范评价性的心理活动上具有相同的内容要素。因而,学界上关于实质的违法性认识和形式的违法性认识的讨论可以纳入并充实责任故意概念的内容。

2. 阶层判断功能的一致性

违法性认识作为行为人对其行为性质在价值和规范等层面进行评价的心理活动,往往体现着行为人主观可谴责。行为人的主观归责在刑法归责中占有核心地位,其主观可谴责性来源于行为人对法规范的敌视或轻蔑态度。这是因为,行为人通过不法行为彰显自身对法规范的敌视态度,进而破坏法规范的有效性,动摇社会其他民众对法规范的信赖感和认同感。^⑪在现代国家中,公民具有双重地位属性,其不仅作为法规范的接受者,还作为法规范制定的参与者。^⑫因此,公民应当对法规范抱有诚实态度。行为人伴随犯罪行为的实现而产生的违法性认识,是破坏法规范不诚实的表现,而这也恰恰是主观可谴责性产生的基础。

在阶层释义学体系中,违法性认识是责任阶层重要的判断要素。通过判定行为人具有违法性认识,该过程包含了两个层面的内容:其一,行为人具有理解法规范的能力。法规范在社会中指引行为人实施适法行为,而行为人伴随社会化的过程也具备对法规范指引进行回应的能力。其二,行为人完成了评价性的心理活动。行为人通过将自身行为与法规范的指引行为进行比对,并结合自身原始价值感,对自身行为的性质进行规范性评价。

违法性认识的判断过程与责任故意发挥的功能具有一致性。违法性认识的判断实质上是对责任阶层上行为人认识能力、控制能力和决定能力的综合考量。如前文所论证,责任故意中“知其所欲”隐含着对构成要件行为意向的认识,这与责任阶层中认识能力的判断相关;而责任故意中“想其所欲”表现为对构成要件事实在规范上的反思性自我评价能力,这与责任阶层中控制能力的判断相关。基于此,违法性认识与责任故意在责任阶层具有同质化的判断功能。

(二)责任故意判断公式的刑法应用

违法性认识作为充实责任故意概念的要素,可以使得“知其所欲、想其所欲”的责任故意判断

公式在理论内涵上更加丰富。在传统法律效果转用之责任说的方案中,责任故意在刑法归责体系中的应用性受到了批评。有学者质疑,“二重故意理论几乎只有在容许性构成要件错误的情形中才讨论责任故意,其他情形中则只对构成要件故意进行判断。为了解决某个特定问题而降故意一分为二,其合理性只存在疑问,有损犯罪论体系的统一性。”^⑩

然而,本文所主张二阶意志的故意理论方案已经对责任故意的内容、判断公式在理论上进行构建。责任故意不再局限于容许性构成要件错误的情形,还在对行为人刑事责任审查上赋予了一般性应用的可能。对行为人进行刑法归责时,认识能力和控制能力共同构成了责任阶层的核心要素。“知其所欲、想其所欲”的责任故意判断公式是以认识能力、控制能力作为出发点,为刑法归责中责任阶层判断提供了积极标准。^⑪其一,在“知其所欲”的判断层面,需要行为人对构成要件实现的规范性意义产生认识。若行为人不“知其所欲”,则会在个体的认知内容与社会的要求上存在巨大差异,这将影响行为人在责任阶层认识能力的成立。对于行为人发生认识错误的一般情况,其在事实和规范上认知的偏差会导致“不知其所欲”,进而会影响认识能力的判断。其二,在“想其所欲”的判断层面,若行为人不“想其所欲”,则会在意志上产生厌恶感、抵抗情绪,行为人在行动层面就缺少控制能力的指引。就这种有限的行为自主性而言,行为人的责任能力也会降低。若行为人为“想其所欲”,则会在意志上产生顺从感、积极情绪,行为人在行动层面就有控制能力的指引。而对于精神障碍、确信犯的特殊情况,其所产生的意志认同肯定了控制能力的存在,但需要对其在认识能力上进一步判断。

前文所引的王某垒过失致人重伤案、王某军非法经营案可以在本文主张的责任故意的释义学框架下,对故意是否成立的问题得到妥当处理。

在王某垒过失致人重伤案中,王某垒在遭遇醉汉团伙寻衅滋事躲避到角落后,对迎面跑来的第三人实施反击行为造成了第三人损害的结果。^⑫王某垒认为自身实施的反击行为属于正当防卫,明显对正当化事由的事实前提产生了认识错误。在责任故意的释义学分析框架下,对于向第三人实施的反击行为而言,行为人虽然具有对故意伤害罪构成要件行为在事实层面的认识与意欲,但由于其对实现反击行为的性质在规范上评价上产生认知偏差,故行为人不具有“知其所欲”的责任故意,不能承担故意犯的刑事责任。^⑬同样,在王某军非法经营案中,王某军知悉自身未办理收购玉米相应的行政资质,向农民收购玉米并转卖牟利。^⑭王某军虽然对自身在行为法意义上欠缺资质的事实具有认识,但没有认识到收购玉米并转卖的行为具有刑事违法性。在责任故意的释义学分析框架下,行为人虽然具有对非法经营罪构成要件行为在事实层面具有认识和意志,但由于其对收购玉米并转卖行为在刑法规范的禁止性意义缺少认识,故行为人“不知其所欲”、不具备在责任阶层的责任故意,在主观归责上缺少可谴责性。

结论

违法性认识与故意在概念上的纠葛是在久远的历史背景下和认识错误类型化过程中产生的刑法释义学难题。而这也吸引着众多刑法学者对违法性认识与故意在体系上的定位问题前赴后继地进行释义学研究。但是,在行为人犯罪主观方面的研究中,违法性认识与责任故意的关系问题却鲜被提及和分析。诚然,责任故意概念在刑法释义学体系中一经提出,便饱受批评与质疑。本文基于责任故意方案在容许性构成要件错误处理中具有优越性以及保障构成要件故意的功能性角度,论证了提倡责任故意概念的必要性。责任故意概念在学理上面临两大难题:其一,责任故意与构成要件故意的区分;其二,责任故意与违法性认识在责任阶层的区分。针对第一个难题,本文认

为在二阶意志的故意理论下,可以通过“第一阶的知与欲”和“第二阶的知与欲”对构成要件故意和责任故意进行合理区分,并且这种区分能够服务于我国《刑法》第14条所规定实质故意概念的释义学分析。针对第二个难题,本文认为责任故意与违法性认识在理论内涵和阶层判断功能上具有高度同质性,可以将违法性认识重构作为责任故意的要素,行为人对刑法规范的敌视态度可以借由“知其所欲、想其所欲”的责任故意公式进行判断。

注释:

①我国刑法理论中对法律效果转用之责任说在责任阶层构建起的故意,存在责任故意(Schuldvorsatz)与故意责任(Vorsatzschuld)的概念之争,本文采责任故意与故意责任等同说(Vgl. Bernd Heinrich, Strafrecht AT, 4. Aufl., Stuttgart: Kohlhammer, 2014, Rn. 559, 1140)。本文使用的责任故意,既可与构成要件故意呼应体现出故意的双层功能定位,也可按照等同说的观点应用在法律效果转用之责任说中。

②参见北京市石景山区人民法院(2007)石刑初字第25号刑事判决书。

③参见内蒙古自治区巴彦淖尔市临河区人民法院(2016)内0802刑初54号刑事判决书。

④该问题在我国具有影响力的学说是周光权教授主张的限制责任理论,其认为行为人在主观方面是为了制止不法侵害、构成要件层面的故意从规范的角度上被抵消了(参见周光权:“行为无价值论与主观违法要素”,《国家检察官学院学报》2015年第1期,第90页)。同时,蔡桂生副教授所主张的法律效果转用之责任论受到越来越多的认可,其认为行为人虽然在构成要件故意上是成立的,但基于主观上存在的正当化事由,不具有可谴责性,进而欠缺罪责故意(参见蔡桂生:“论故意在犯罪论体系中的双层定位”,《环球法律评论》2013年第6期,第74页)。

⑤在我国,周光权教授主张违法性认识不属于故意的内容,而是独立的罪责要素,其认为违法性认识是一种区别于故意的规范性判断(参见周光权:“违法性认识不是故意的要素”,《中国法学》2006年第1期,第165页)。而劳东燕教授主张违法性认识属于故意的内容,其认为违法性认识是我国犯罪故意中社会危害性认识的内容(参见劳东燕:“责任主义与

违法性认识问题”,《中国法学》2008年第3期,第166页)。

⑥参见王俊:“违法性认识理论的中国立场”,《清华法学》2022年第5期,第72页。

⑦蔡桂生副教授在回应故意责任体系定位的相关质疑时,探讨了其与违法性认识可能性的关系问题。参见蔡桂生:“刑法中假想正当化的责任效果:法律效果转用之责任说的辨析、质疑及回应”,《中国社会科学院研究生院学报》2021年第1期,第63页。

⑧出于中文语境上交流便利的考虑,本文采用违法性认识与不法意识等同说。笔者未直接以“不法意识(违法性认识)”的并列形式进行表达(参见江溯:“论犯罪故意在三阶层体系中的地位”,《法学论坛》2022年第1期,第64页),而是使用“违法性认识替代不法意识”的表达方式。

⑨Vgl. Klaus Lüderssen, "Das moderne Strafrecht", Strafrechtidiger, 2004, S. 100.

⑩Vgl. Jochen Bung, "Der subjektive Tatbestand", in Hilgendorf/Kudlich/Valerius(Hrsg.), Handbuch des Strafrechts. Bd. 2, Heidelberg: C.F. Müller, 2019, S. 288.

⑪Vgl. Klaus Lüderssen(Fn. 9), S. 100.

⑫Vgl. Joachim Hruschka, "Wieso ist eigentlich die eingeschränkte Schuldtheorie eingeschränkt?", in Festschrift für Claus Roxin, Berlin: De Gruyter, 2001, S. 441.

⑬Vgl. Joachim Hruschka(Fn. 12), S. 442.

⑭罗马法上“不知法不免责”为我国学界所熟知,很多学者以此得出罗马法中传统原则与法定犯时代的责任主义不相适应的论断(参见车浩:“法定犯时代的违法性认识错误”,《清华法学》2015年第4期,第22页;陈烨:“法定犯违法性认识必要说:我国现行刑事立法框架下如何坚守”,《政治与法律》2017年第8期,第52页),而这种论点却忽视了在罗马法中也存在“不知法免责”的情况。

⑮Vgl. Theodor Mommsen, Römisches Strafrecht, Cambridge: Cambridge University Press, 2010, S.92.

⑯Dig. 39, 4, 16, 5: licet quis se ignorasse dices, nihilominus eum in poenam vectigalis incidere divus Hadrianus constituit.

⑰Dig. 22, 6, 9 pr.: (feminae)sicubi non est delictum, sed iuris ignorantia non laeduntur.

⑱Vgl. Bernd Heinrich(Fn. 1), Rn. 96 f.

⑲Vgl. Christoph Wolf, Error facti et error iuris. Die Vorsatzirrelevanz des Rechtsirrtums, Tübingen: Mohr Siebeck, 2019, S.42.

⑳Vgl. Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, 50. Aufl., Heidelberg: C. F. Müller, 2020, Rn. 139.

㉑Vgl. Heiko H. Lesch, "Dogmatische Grundlagen zur Behandlung des Verbotssirrtums", Juristische Arbeitsblätter, 1996,

S. 346.

② Vgl. Claus Roxin/Luís Greco, Strafrecht AT, 5. Aufl., München: C. H. Beck, 2020, §8 Rn. 19.

③ 后目的行为论(Postfinalistische Ansätze)在目的行为论的影响下发展出了三个方向:第一,大部分韦尔策尔的学生延续目的行为论的研究路径,倡导人的不法论;第二,消极的构成要素论引发了激烈的讨论;第三,相关功能罪责论在此基础上进一步发展。Vgl. Christoph Safferling, Vorsatz und Schuld, Tübingen: Mohr Siebeck, 2008, S.81.

④ Vgl. Hans Joachim Hirsch, "Über Irrungen und Wirrungen in der gegenwärtigen Schuldlehre", in Festschrift für Harro Otto, Köln: Heymann, 2007, S. 307f.

⑤ Vgl. Urs Kindhäuser/Till Zimmermann, Strafrecht AT, 9. Aufl., Baden-Baden: Nomos, 2020, §29 Rn. 20 ff.

⑥ Vgl. Wilhelm Gallas, "Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen", Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 1955, S.38 f.

⑦ Vgl. Arthur Kaufmann, "Einige Anmerkung zu Irrtümern über den Irrtum", in: Festschrift für Karl Lackner, Berlin: de Gruyter, 1987, S.188.

⑧ Vgl. Naka Yoshikatsu, "Die Appellfunktion des Tatbestandsvorsatzes", Juristen Zeitung, 1961, S.210 f.

⑨ Vgl. Arthur Kaufmann(Fn. 27), S.190.

⑩ 施密特霍伊泽尔基于现有释义学上故意概念的复杂性,在教科书和论文中都使用了故意性(Vorsätzlichkeit)以代替故意(Vorsatz)。

⑪ Eberhard Schmidhäuser, Strafrecht AT, 2. Aufl., Tübingen: Mohr Siebeck, 1984, § 7 Rn. 36.

⑫ Christoph Safferling(Fn. 23), S. 153.

⑬ Christoph Safferling(Fn. 23), S. 57.

⑭ Vgl. Ingeborg Puppe, "Tatirrtum, Rechtsirrtum, Subsumtionsirrtum", Goldammer's Archiv für Strafrecht, 1990, S. 145.

⑮ Vgl. Christoph Safferling(Fn.23), S. 141.

⑯ Vgl. Claus Roxin/Luís Greco(Fn. 22), § 12 Rn. 10.

⑰ Christoph Safferling(Fn. 23), S. 143.

⑱ Vgl. Bernd Heinrich, "Der Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale", in: Festschrift für Claus Roxin, Berlin: De Gruyter, 2011, S. 456.

⑲ Vgl. Bernd Heinrich(Fn. 38), S.464.

⑳ Vgl. He Liu, Rekonstruktion des Verbotsirrtums, Baden-Baden: Nomos, 2023, S.68.

㉑ Vgl. Hans Joachim Hirsch, "Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre", Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 1982, S.263; Armin Kaufmann, "Tatbestandseinschränkung und

Rechtfertigung", Juristen Zeitung, 1955, S.38.

㉒ Vgl. Hans Welzel, Das deutsche Strafrecht, Berlin: De Gruyter, 1947, S. 167.

㉓ Vgl. Bernd Heinrich(Fn. 1), Rn. 1066.

㉔ Vgl. Arthur Kaufmann, "Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen", Juristen Zeitung, 1954, S. 653; Werner Hardwig, "Resension", Juristen Zeitung, 1961, S. 269.

㉕ 消极的构成要素论方案在德国受到了考夫曼(Kaufmann)、哈德维希(Hardwig)等学者支持,参见注④。该方案也在我国受到广泛关注,成为有影响力的学说,获得了张明楷、周光权、柏浪涛等学者的支持,参见张明楷:《刑法学》(上),法律出版社2016年版,第280页;注④,周光权文,第78页;柏浪涛:“违法性认识的属性之争:前提、逻辑与法律依据”,《法律科学》2020年第6期,第25页。

㉖ 参见注④,蔡桂生文,第73页。

㉗ Vgl. Peter Bringewat, Grundbegriffe des Strafrechts, 3. Aufl., Baden-Baden: Nomos, 2018, Rn. 327.

㉘ Vgl. Bernd Heinrich(Fn. 1), Rn. 1134.

㉙ 法律效果转用之责任说方案在我国受到蔡桂生、江溯等学者的支持。参见注④,蔡桂生文,第75页以下;注⑦,江溯文,第72页等。

㉚ Vgl. Wessels/Beulke/Satzger(Fn. 20), Rn. 755.

㉛ Vgl. Arthur Kaufmann(Fn. 27), S. 188.

㉜ Vgl. Naka Yoshikatsu(Fn. 28), S. 210.

㉝ Vgl. Eberhard Schmidhäuser(Fn. 31), Rn. 36.

㉞ Vgl. Christoph Safferling(Fn. 23), S. 119.

㉟ Vgl. Karl Engisch, Untersuchung über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, Berlin: Aalen, 1964, S.67.

㊱ Vgl. Gunnar Duttge, "Vorsatz", in Hilgendorf/Kudlich/Valerius(Hrsg.), Handbuch des Strafrechts. Bd. 2, Heidelberg: C. F. Müller, 2019, S.335.

㊲ 同注④,柏浪涛文,第25页。

㊳ See Peter Frederick Strawson, Individual: An Essay in Descriptive Metaphysics, London: Routledge, 1959, pp. 101-102.

㊴ Vgl. Harry G. Frankfurt, "Willensfreiheit und der Begriff der Person", in: ders. Freiheit und Selbstbestimmung, Berlin: Akademie, 2001, S. 66.

㊵ Vgl. Harry G. Frankfurt(Fn. 60), S. 67.

㊶ Vgl. Harry G. Frankfurt(Fn. 60), S. 68.

㊷ Vgl. Jochen Bung, Wissen und Wollen im Strafrecht, Frankfurt: Klostermann, 2009, S. 259.

㊸ Harry G. Frankfurt(Fn. 60), S. 71.

㊹ Harry G. Frankfurt(Fn. 60), S. 75.

㊺ Vgl. Harry G. Frankfurt(Fn. 60), S. 73.

⑥Vgl. Jochen Bung, "Rekonstruktion der Schuld", in: Festschrift für Walter Kargl, Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag, 2015, S. 66.

⑧Vgl. Jochen Bung(Fn. 63), S. 262.

⑨Vgl. Harry G. Frankfurt(Fn. 60), S. 67.

⑩Vgl. Manuel Cancio Meliá, "Zur Funktion der subjektiven Tatseite", in: Festschrift für Jürgen Wolter, Berlin: Duncker & Humblot, 2013, S. 293 f.

⑪Wessels/Beulke/Satzger(Fn. 20), Rn. 313.

⑫Vgl. Karl Engisch(Fn. 56), S.68.

⑬Vgl. Walter Kargl. Handlung und Ordnung im Strafrecht. Berlin: Duncker & Humblot. 1991. S.2.

⑭Vgl. Claus Roxin/Luís Greco(Fn. 22), §11 Rn. 15.

⑮参见陈磊：“类型学的犯罪故意概念之提倡——对德国刑法学故意学说争议的反思”，《法律科学》2014年第5期，第196页。

⑯参见许玉秀：《主观与客观之间：主观理论与客观归责》，法律出版社2008年版，第92页。

⑰Vgl. Claus Roxin/Luís Greco(Fn. 22), §12 Rn. 73.

⑱参见劳东燕：“犯罪故意理论的反思与重构”，《政法论坛》2009年第1期，第86页。

⑲Vgl. Jochen Bung(Fn. 63), S.262.

⑳Vgl. Jochen Bung(Fn. 67), S.67.

㉑Harro Otto, Grundkurs Strafrecht: Allgemeines Strafrecht-lehre, 4. Aufl., Berlin: De Gruyter, 1992, S. 208.

㉒参见黎宏：《刑法总论问题思考》，中国人民大学出版社2007年版，第73页。

㉓Harro Otto(Fn. 81), S.210.

㉔Vgl. Eberhard Schmidhäuser, "Über Aktualität und Potentialität des Unrechtsbewusstseins", in Festschrift für Hellmuth Mayer, Berlin: Duncker & Humblot, 1965, S.329.

㉕参见注⑤，劳东燕文，第166页。

㉖参见注⑤，周兴权文，第169页。

㉗参见注⑫，第259页。

㉘参见陈兴良：《教义刑法学》，中国人民大学出版社2017年版，第452页。

㉙参见注⑤，劳东燕文，第166页。

㉚同注④⑥，张明楷书，第321页。

㉛同注⑭⑮，车浩文，第41页。

㉜Vgl. Claus Roxin/Luís Greco(Fn. 22), §21 Rn. 6.

㉝参见注⑥，第72页。

㉞同注⑫，第259页。

㉟同注④⑤，蔡桂生文，第71页。

㊱参见注⑧，第73页。

㊲同注⑫⑬，第455页。

㊳Ulfrid Neumann, "Verbotsirrtum und sonstige Irrtümer", in Hilgendorf/Kudlich/Valerius(Hrsg.), Handbuch des Strafrechts. Bd. 2, Heidelberg: C. F. Müller, 2019, S. 973.

㊴He Liu(Fn. 40), S.44.

㊵Vgl. He Liu(Fn. 40), S.54.

㊶参见周光权：《刑法学的向度》，法律出版社2014年版，第201页。

㊷Vgl. Urs Kindhäuser/Till Zimmermann(Fn. 25), §21 Rn. 9.

㊸曾文科：“犯罪故意概念中的‘危害社会’”，《法学研究》2021年第5期，第163页。

㊹Vgl. Jochen Bung(Fn. 67), S.71.

㊺参见注②。

㊻王某垒过失致人重伤案在责任故意的释义学框架下，得出责任故意和基于正当化前提事实认识错误的后果(缺乏法敌对意识)一致的结论；本文核心观点认为，责任故意与违法性认识(法律规范的认识)一致。这看似责任故意概念在体系上混淆了“事实—法律”认识错误的二元区分。然而，笔者所主张的责任故意概念可以对“事实—法律”认识错误进行统一分析。这是建立在“每一个事实认识错误都在原则上可以重构为法律认识错误”(参见注⑦⑧，S.69)，每一个事实认识错误都会引发行人在法律规范层面上的认识错误(参见刘赫：“‘事实—法律’认识错误二分法的批判与重塑”，《清华法学》2023年第5期，第77页)。

㊼参见注③。

参考文献：

[1]劳东燕：“责任主义与违法性认识问题”，《中国法学》2008年第3期。

[2]蔡桂生：“论故意在犯罪论体系中的双层定位”，《环球法律评论》2013年第6期。

[3]陈兴良：《教义刑法学》，中国人民大学出版社2017年版。

[4]柏浪涛：“违法性认识的属性之争：前提、逻辑与法律依据”，《法律科学》2020年第6期。

[5]Jochen Bung, Wissen und Wollen im Strafrecht, Frankfurt: Klostermann, 2009.