

# 行政犯前置法认识错误问题研究

邵 维 国<sup>\*</sup>

**摘 要:**我国刑法分则条文在描述犯罪客观要件时,如果使用了“非法、违反国家规定、违反规章制度、违反环境保护法、矿产资源法、森林法、土地管理法”等字样,那么这些条文所规定的犯罪类型就是行政犯;而上述“非法”所指向之法、国家规定、环境保护法等,就是行政犯前置法。由于我国传统的犯罪故意学说没有把违法性认识错误区分为行政犯前置法认识错误与刑法规范认识错误两种类型,因此导致对违法性认识错误的主张因立论根据不同而争议不断。行政犯前置法认识错误与刑法规范认识错误有很大的区别。前者属于对犯罪构成事实的认识问题,若其不可避免,则能阻却犯罪故意;而后者是对刑法规范本身的认识问题,即使其具有不可避免性,也不能阻却犯罪故意,只可减免责任。犯罪故意要件符合性应分解为形式符合与实质符合两个层次。其中,行为人对行政犯前置法有认识可能性是实质符合的重要根据。判断行为人对行政犯前置法认识错误能否避免,需运用可行的判断标准和简便有效的方法。

**关键词:**违法性认识      行政犯前置法认识错误      刑法规范认识错误      故意要件形式符合  
故意要件实质符合      社会危害性认识

## 一、问题的提出:2018年“两高”关于涉气枪案批复对犯罪故意理论的发展

虽然天津市的“赵春华非法持有枪支案”<sup>①</sup>已过热议期,但是我们现在来冷静地总结以往的观点,从基本理论层面分析此类案件的出罪机制,似乎更具正本清源之意义。审理该案的人民法院以公安部2007年10月29日发布的《枪支致伤力的法庭科学鉴定判据》为依据,认定赵春华持有的气枪系刑法意义上的枪支。该判决的依据是公安部制定的国家公共安全行业标准,属部门规章。该规章规定,可能导致眼球伤害的玩具枪和气枪,都属于刑法意义的枪支。<sup>②</sup>由于此标准过于严格,因此导致人民

\* 广州大学法学院教授

① 参见潘佳锃、王梦遥、武琳悦:《“天津大妈”非法持枪案改判缓刑》, <http://www.bjnews.com.cn/inside/2017/01/27/4,2019-12-01>。

② 目前,我国人民法院认定枪形物属于《中华人民共和国枪支管理法》规定之枪支的重要标准之一是1.8焦耳/每平方厘米的枪口比动能。这一标准是根据人体最薄弱的部位之一——眼睛——能受到伤害的动力强度而规定出来的。

法院据以作出赵春华构成非法持有枪支罪的判决。但是,这一判决不为公众所接受,甚至引发广泛的社会争议。公众普遍同情赵春华,认为其不应被判有罪。对此,刑法学界也普遍认为此判决不合情理,应当从理论上寻找将该类行为出罪的路径。公众高度关注此案引起了最高司法机关的重视。2018年1月25日最高人民法院、最高人民检察院发布《关于涉以压缩气体为动力的枪支、气枪铅弹刑事案件定罪量刑问题的批复》,以指导人民法院今后应如何审理此类案件。该批复规定,对于非法制造、买卖、运输、邮寄、储存、持有、私藏、走私以压缩气体为动力且枪口比动能较低枪支的行为,在决定是否追究刑事责任以及如何裁量刑罚时,不仅应当考虑涉案枪支的数量,而且应当充分考虑涉案枪支的外观、材质、发射物、购买场所和渠道、价格、用途、致伤力大小、是否易于通过改制提升致伤力,以及行为人的主观认知、动机目的、一贯表现、违法所得、是否规避调查等情节,综合评估社会危害性,坚持主客观相统一,确保罪责刑相适应。

按照上述要求,法官在审理涉气枪案件时,除在客观违法性的认定上要克服唯数量论外,还要在犯罪故意的认定上根据行为人的“主观认知”来判定涉枪案件的性质。这里的“主观认知”,显然不仅指行为人对于涉案枪支之事实本身(是否属于公众理解的枪支、数量、发射的弹丸等)的认知,还应当包括对该事实之法律评价的认知,即对1997年《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)第128条非法持有枪支罪之“非法”的认知。此“非法”之法,就是行政犯前置法,是刑法援引之行政法律、法规。笔者认为,批复作出这样的要求,已经把行为人对行政犯前置法的认知程度提升到犯罪故意成立标准的高度。批复这样规定的目的很明显,就是要求办案人员要根据证据,判断行为人对行政犯前置法有无认识可能性,以防止客观归罪。

我国关于犯罪故意的刑法学通说是:“违法性认识不是故意的要素。认定犯罪故意,不要求行为人明知其行为及结果的违法性;但是这也有例外情况。例如,某种行为一向不为刑法所禁止,后来在某个特殊时期或某种特定情况下为刑法所禁止,如果行为人确实不知道法律已禁止而仍然实施该行为的,就不能说他是故意违反刑法,这种情况下难以认定行为人具有犯罪的故意”。<sup>①</sup>可见,我国刑法学通说只是将违法性认识作为认定犯罪故意的例外情况看待。正是因为我国刑法学通说没有安排违法性认识在犯罪故意中的应有地位,所以导致法官不敢冒险来判定其审理案件的行为人的心态是否属于我国刑法学通说所指的例外情况。由此看来,法官对“赵春华非法持有枪支案”所做出的不为公众所理解的有罪判决,非其本人认识能力之不及,实乃理论之不济。

我们能否根据上述批复的精神,把某种类型的违法性认识作为犯罪故意的实质要素来理解呢?笔者认为不仅能够如此,而且应该如此。其实,违法性认识错误有两种类型:一种是行政犯前置法认识错误,另一种是刑法规范认识错误。前一种类型的违法性认识,应当是犯罪故意的实质要素。根据1997年《刑法》第14条的规定,犯罪故意的认识要素可分为事实性要素和价值性要素。本条“明知自己的行为会发生危害社会的结果”之“危害社会”,就是价值性要素,也就是我们通常所说的社会危害性。因此,在判断行为人的心理态度是否符合犯罪故意要件时,除要判断其是否认识到犯罪客观要件的事实以外,还要重点判断其是否具有社会危害性认识。一般而言,社会危害性的判断标准有两个:一个是违反道德(损害他人的权利或社会利益),另一个是违法。由于道德具有稳定性,因此对快速变动社会中大量行为的社会危害性评价,主要通过判断行为是否违反法律、法规、规章来得出结论。据此,把行为人对行政犯前置法的认识作为行政犯故意的实质要素具有合理性。详言之:第一,符合

<sup>①</sup> 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2007年版,第116页。

1997年《刑法》第14条的规定;第二,符合当今社会急剧变化从而使得人们离开法就无法判断自己行为性质的现实;第三,能使法官在判断故意要件符合性时,必须考察行为人对行政犯前置法有无认识可能性,以实现实质正义;第四,法官出于刑法学理论的要求,对与“赵春华非法持有枪支案”类似的案件做出罪处理时不会畏首畏尾。下文将全面、深入地揭示上述结论的理论和实践根据。

## 二、我国违法性认识与犯罪故意关系的争议及解决前提

### (一)违法性认识与犯罪故意关系的争议及产生的原因

对于违法性认识与犯罪故意之间的关系,我国刑法学界存在巨大的争议。持“责任要素说”者主张,违法性认识不是故意的要素,而只是故意之外的一种责任要素。<sup>①</sup>而持“故意要素说”者则主张,违法性认识是犯罪故意的要素,欠缺违法性认识,就不能构成犯罪故意。<sup>②</sup>也有学者从另一个方面来论证此种观点,认为社会危害性认识不应作为故意成立的条件,相比之下,违法性认识更应成为故意的必要条件。<sup>③</sup>而持“量刑情节说”者主张,应放弃违法性认识在犯罪论体系的位置之争,只要解决好违法性认识的技术问题就行,重点是解决在何种情况下不予追究行为人的刑事责任才是合理的。<sup>④</sup>显然,这一学说是“责任要素说”的变通说法。其实质是把欠缺违法性认识作为犯罪成立之后的一种从宽量刑情节,特别是免于刑罚处罚的情节。

上述争议的产生,归根到底,是不区分违法性认识错误之不同类型所致。其实,违法性认识错误有两种不同的类型:一种是行政犯前置法认识错误,另一种是刑法规范认识错误。

行政犯前置法认识错误,是指行为人对刑法分则条文中“非法、违反国家规定、违反环境保护法、违反规章制度、违反矿产资源法、违反森林法、违反土地管理法”等字样所指向的法律、法规,根本无法知道或产生重大误解的情况。例如,1997年《刑法》第128条援引了“枪支管理规定”,并将违反此规定作为构成非法持有枪支罪的前提条件。此“枪支管理规定”,就是行政犯——非法持有枪支罪——的前置法。

刑法规范认识错误,是指行为人对自己行为的基础性价值——社会危害性——已有认识,只是对该行为能否构成犯罪产生认识错误的情形。例如,官员的情妇向他人索贿,误认为自己不是国家工作人员因而不构成犯罪;丈夫在离婚诉讼期间强行与妻子发生性关系,自认为夫妻关系存续期间,其行为不成立强奸罪;教师误认为自己有体罚学生的权利,在体罚过程中致学生伤害也不构成犯罪。<sup>⑤</sup>上述行为人对于自己的行为是否构成犯罪的理解确有错误,都误认为不构成犯罪,但是,他们无疑都已经认识到自己的行为具有侵害他人权利或社会利益的性质,即他们都具有社会危害性认识。

行政犯前置法认识错误与刑法规范认识错误存在如下重大区别:(1)导致发生认识错误的原因不同。前者的行为人,因其行为并不直接侵害他人权利或社会利益,故若其不查找相关法律、法规,则无法认识到其行为的社会危害性;而后者的行为人,已经知道其行为的社会危害性,因为其行为明显侵害他人权利或社会利益,只是根据别的理由,误判了其行为能否构成犯罪。如上述案例中的教师,认

① 参见张明楷:《刑法学》,法律出版社2011年版,第302页。

② 参见陈兴良:《违法性认识研究》,《中国法学》2005年第4期。

③ 参见贾宇:《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。

④ 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。

⑤ 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。

为其有权体罚学生,即使体罚导致伤害也不构成犯罪。(2)应承受道义谴责的程度不同。前者的行为人根本没有认识到其行为的社会危害性,因而应承受的道义谴责程度很低;而后者的行为人已经认识到自己行为具有损害他人权利或社会利益的性质,即认识到行为的社会危害性,因此应承受的道义谴责程度相对要高一些。(3)与犯罪故意的关系不同。因为行为人对行政犯前置法的认识状况属于对犯罪构成事实的认识,所以该认识是行政犯故意的实质要素,司法机关认定犯罪故意时必须查明这一要素。如果司法机关能够认定行为人对行政犯前置法确有认识错误,从而致使其缺乏社会危害性认识,那么应认定该错误阻却犯罪故意。<sup>①</sup>而后者却不是犯罪故意的要素。在后者的情况下,由于行为人已经认识到自己行为的社会危害性,因此其即使对评价自己行为的刑法规范有误解,也不能阻却犯罪故意。这表明后者只是独立于犯罪故意之外的责任要素。(4)能否阻却犯罪成立不同。前者的行为人如果不可避免地陷入行政犯前置法认识错误,那么就不成立犯罪故意,从而能在犯罪主观要件上阻却犯罪成立。而后者却不能阻却犯罪成立,只能在构成犯罪的情况下,视情节从轻或减轻刑罚。当然,若其确系不可避免,则也可免除刑罚。

正是由于我国以往各种犯罪故意学说没有区分违法性认识错误的上述两种类型,因此导致各种学说立论根据不同,进而导致他们的主张相去甚远。如果弄清了上述两种违法性认识错误的类型,那么就会得出如下统一的结论:行政犯前置法认识错误可能阻却犯罪故意,而刑法规范认识错误不能阻却犯罪故意。

## (二)将行政犯前置法认识作为行政犯故意的实质要素是争议解决的前提

行政犯前置法与案件事实的联系十分紧密,前者是后者是否具有社会危害性的形式化标志。行为人只有认识到自己的行为违反行政犯前置法,才能认识到自己行为的社会危害性。所以,行政犯前置法认识应是行政犯故意的实质要素。

首先,从立法看,根据1997年《刑法》第14条的规定,犯罪故意的认识要素由两部分构成:一是对行为自然事实的认识;二是对行为社会危害性的认识,即对行为价值的认识。对行为事实的准确认识,仅是正确评定行为价值的前提。行为人只有对自己行为之价值——社会危害性——有认识,并决意实施该行为,才应承受道义谴责。据此可以肯定,我国刑法规定的犯罪故意,必须建立在对行为之社会危害性有认识的基础上。而在行政犯的场合,行为人对前置法的认识状况,直接决定了其对行为社会危害性认识的有无。

其次,从理论上分析,虽然立法规定犯罪故意的认识要素之一是社会危害性而不是违法性,但是社会危害性与违法性之间具有里与表的关系。一般而言,能直接认识到行为的社会危害性,当然就已经认识到行为可能具有违法性;但在涉及行政犯的案件中,由于行为人不能直接认识到行为的社会危害性,因此就需要谨慎地判断其行为是否违法,并通过查询相关法律、法规来判断其行为的性质。这时行政犯前置法就成为判断行为社会危害性的依据。

当今社会急剧变革,导致行为社会危害性的内涵和判断标准不断发生变化。原本属于犯罪的行为,可能由于时势变迁而不再具有社会危害性,从而应作非罪化处理;反过来,原本无社会危害性的行为,出于社会治理的需要,新颁布的法律却规定该行为违法。一般而言,违法的标识度比社会危害性的识别度更具稳定性和明确性。于是,认识到行为的违法性便成为认识社会危害性的前提。正是从这种意义上讲,陈兴良教授认为:“社会危害性认识只不过是刑法使用的特定用语,其法理上的含

<sup>①</sup> 参见谢望原、柳忠卫:《犯罪成立视野中的违法性认识》,《法学评论》2003年第3期。

义应当是指违法性认识”。<sup>①</sup>

无独有偶,虽然意大利刑法学理论对犯罪故意的认识要素是否应该包含对社会危害性的认识也有很大的争议,但是肯定的观点是强有力的。<sup>②</sup>持该种观点的学者主张,根据《意大利刑法典》第43条第1款的规定,应当得出肯定性的结论:认识到行为的社会危害性是构成犯罪故意的必备要素。<sup>③</sup>该学者进而认为,《意大利刑法典》第47条第3款规定的非刑事法,实质上是指犯罪构成中的规范性因素,对这样的非刑事法律认识错误,会使行为人误将构成犯罪的行为视为另一种性质的行为,从而引起对构成要件事实的认识错误。<sup>④</sup>这里所谓刑法典中的非刑事法,就类似于我国刑法学理论中所说的行政犯前置法。这种前置法是行为事实是否具有社会危害性的表征。

最后,就缓解法秩序统一与人权保障之间的冲突而言,将行为人对行政犯前置法的认识纳入行政犯故意的实质要素之中,可以在很大程度上降低因我国刑法未明文规定“不可避免的违法性错误可以减免刑责”的条文,从而可能给国民带来实质不公正的风险。其缓解路径如下:在行政犯的场所,行为人对行为社会危害性的认识往往需凭借其对前置法的认识来得出结论。如果其对行政犯前置法认识产生错误,且这种错误具有不可避免性,从而导致其不能获得社会危害性认识,那么其心态就不能被认定为行政犯的故意。

### 三、行政犯前置法认识错误能否避免的判断在犯罪故意成立体系中的地位

前文已经得出如果行政犯前置法认识错误具有不可避免性,那么就能阻却犯罪故意成立的初步结论,但此结论尚缺乏深入的体系性论证。要解决这一问题,首先,必须把握犯罪故意要件形式符合判断与实质符合判断的关系;其次,必须把对行政犯前置法认识错误能否避免的判断纳入犯罪故意要件实质符合判断之中。

#### (一)犯罪故意要件形式符合判断与实质符合判断

##### 1.犯罪故意要件形式符合判断

犯罪故意要件形式符合判断,是指仅仅判断行为人对自己行为的自然事实是否有认识的评价活动。这里所谓“自然事实”或称“裸事实”,是指暂时撇开价值属性的事实。换言之,在这一阶段,评价者先不要考虑行为人是否认识到行为事实的违法性或社会危害性。据此,如果行为人对自己行为的自然事实有认识,并且希望或放任这一事实可能导致的结果发生,那么就表明其心态在形式上符合犯罪故意要件。例如,1997年《刑法》第236条规定,强奸罪的客观要件是“以暴力、胁迫或者其他手段强奸妇女”。在判断行为人的心态是否具有强奸罪的故意时,在形式符合判断阶段,司法者只需要判断行为人是否认识到:其行为是使用暴力、胁迫或其他违背妇女意志的手段而与之性交的行为,其行为对象是妇女。如果行为人认识到这些事实并且仍然决意实施这样的行为,那么就表明其心态在形式上符合强奸罪的故意要件。

犯罪故意要件形式符合判断的要旨有两点:一点是必须先撇开行为事实的价值属性(是否危害社

① 陈兴良:《违法性认识研究》,《中国法学》2005年第4期。

② 参见[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206页。

③ 该条款规定:“当行为人对于因作为或者不作为而引起的、法律据以确定重罪是否成立的损害结果或者危险结果有所预见并且希望成为其作为或者不作为的后果时,重罪是故意的或者有意的。”

④ 参见[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243页。

会、是否违法等),另一点是先不要考察行为人法律意识如何、法律认知能力如何。判断行为人对其行为的自然事实是否有认识,主要查明行为人对如下要素是否有认识:(1)行为的自然性质。所谓行为的自然性质,是指行为在物理意义上是一种什么样的行为。例如,拿刀杀人、持枪抢劫别人的东西等。(2)行为对象。这包括行为所针对的是什么人或何种物。例如,拿刀杀的是什么人,抢劫的是他人的什么财物等。(3)行为结果。该结果既指行为的自然结果,也指行为人预期的结果。例如,杀人可导致被害人死亡的结果,盗窃可导致他人财物丢失、行为人因此而占有该财物的结果等。(4)其他要素。这主要是指行为的时间、地点、方法等。

在认定犯罪故意时,之所以设定形式符合判断的阶段,并要求司法者必须首先完成这一阶段的判断任务,然后才能进行犯罪故意要件实质符合判断,是因为这样设置更加有利于准确地评估价值。在认识的阶段上,把事实与价值暂时分离,可以使评价者更加清晰地认识自己的思维路径,从而提升认识事实和评估价值的精准度。当然,这种分离只是为了特别明确不同阶段的评价任务而刻意设定的,其目的是让评价者先把自然事实搞清楚,然后才能评估价值。如果不把自然事实与价值属性暂时分离、分别考查,那么评价者很可能会“眉毛胡子一把抓”,理不清思路和考察对象,容易犯错误。

## 2. 犯罪故意要件实质符合判断

犯罪故意要件实质符合判断,是指在完成犯罪故意要件形式符合判断之后再判断行为人对自己行为的社会危害性是否明知的评价活动。1997年《刑法》第14条规定:“明知自己的行为会发生危害社会的结果,并且希望或放任危害结果发生的,是犯罪故意。”据此,认定行为人的心态成立犯罪故意,必须认定其对行为的社会危害性具有明知。

在一般情况下,行为人认识到自己行为的自然事实就能认识到该行为是否具有社会危害性。如果行为人认识到行为的社会危害性仍决意实施,那么就说明其具有主观恶性。但是,在特殊情况下,情况却并非如此。例如,1997年《刑法》第341条规定,非法猎捕珍贵、濒危野生动物罪的客观要件是“非法猎捕国家重点保护的珍贵、濒危野生动物”。多年来,某地农民一直抓当地产的青蛙来卖钱,以补贴家用。这种行为过去一直没有受到法律的禁止。在相关环境法规将这种青蛙规定为珍贵、濒危野生动物以后,当地农民仍然抓这种青蛙卖钱,这时他们的心态是否成立非法猎捕珍贵、濒危野生动物罪的故意呢?笔者认为,这要看他们是否认识到抓这种青蛙的行为具有社会危害性。要判断这一点,法官需要判断他们对于1997年《刑法》第341条规定之“非法”有无认识可能性。由于农民以前一直抓这种青蛙而没有受到法律的禁止,当地群众普遍认为抓这种青蛙是社会允许的,并且这些农民地处农村,不具有认识相关环境法规的可能,因此,这些农民的心态在实质上不符合犯罪故意要件。这个事例说明,判断行为人心态是否符合犯罪故意要件,仅做出形式符合判断是不够的,还必须根据行为人对行政犯前置法有无认识来判断其心态是否在实质上符合犯罪故意要件。行为人对自己行为的自然事实有认识,仅是其行为成立犯罪故意的基础;而其认识到自己行为的社会危害性,才是成立犯罪故意的实质要件。但是,在此例中,行为人对社会危害性是否有认识,取决于其对刑法所援引的环境保护法是否有认识可能性。只有认定行为人知道或可能知道刑法所援引之环境保护法,才能判定其对行为的社会危害性有认识。

## (二)行政犯前置法认识错误能否避免的判断属于犯罪故意要件实质符合判断

在社会新常态下,如果行为人不知道自己的行为会损害他人权利或社会利益,那么其就有义务努力去查明这一点。如果其能这样做,那么就表明其是一个有规范意识的人。社会是否允许某种行为,往往是通过相关法律规范等来表达的。法无禁止,即为社会所允许。所以,违法是社会不允许的同义

语,而社会不允许又是社会危害性的表达形式。德国法学家李斯特最早提出形式违法性与实质违法性的范畴,并认为对行为的法律评价有两种研究方法:形式违法性是指违反国家法规、违反法制要求,而实质违法性是指社会危害性。<sup>①</sup>形式违法是社会危害性的表征或标准。如果行为人对自己行为之违法性具有认识可能性,那么其就能够认识到自己行为的社会危害性。其既然认识到自己行为的社会危害性仍然实施行为,就表明其具有主观恶性,其心态成立犯罪故意。在判断行政犯故意是否成立的过程中,应当重点查明如下两点:(1)着重查明行为人对自己行为的社会危害性有无明知;(2)如果对前项既得不出肯定结论,也得不出否定结论,那么就应着重判断行为人与自己行为相关的行政犯前置法有无认识可能性。如果具有这种可能性,那么就能认定行为人具有行政犯故意;如果不具有这种可能性,那么就应认定行为人犯罪故意不成立。

对于直接损害他人权利或社会利益的行为,行为人只要认识到行为的自然事实,就能认识到该行为的社会危害性。但是,社会变革日新月异,国家的行政立法如雨后春笋般出台,导致违法和犯罪的情况日益复杂化,普通公民用已有的知识和素来养成的道德观念,难以判断其行为是否有社会危害性。在特殊情况下,尤其是行为人实施的行为并不直接侵害他人权利或社会利益时,其极有可能因为对行政犯前置法的无知或误解,而不知道其行为的社会危害性。此时,仅依靠“不知法不免责”的原则难以维持司法公正。例如,前文所述之赵春华,虽然其认识到自己持有的是社会公众理解的枪支,也知道该枪支发射的子弹类型和枪支数量,但是其对这些枪支的杀伤力是否达到公安部规章所规定的标准、是否属于国家管控的枪支并不知晓。根据一般人的认识能力和当时的客观环境推断,其不可能认识到公安部规章的相关规定。这种对规章(行政法)的无知,导致其不可能认知持有这样的枪支具有社会危害性。对社会危害性不可避免之无心态,在实质上就不符合犯罪故意要件。

### (三)对行政犯前置法认识状况加以判断的功能

#### 1.能预防因法条概括性而导致的形式与本质脱离从而刑及无辜

任何对于规范或概念的语言描述都同时具有限定性和概括性是人类语言的规律。刑法对于犯罪故意要件的规定(描述)也不例外。我们先来分析其限定性。1997年《刑法》第14条规定的限定性表现在:该规定将“没有认识到危害结果可能发生”,或者“虽然认识到危害结果可能发生但反对该结果发生”的心态,刚性地排除在犯罪故意要件之外,从而把犯罪故意要件的范围进行了限定。我们再来分析其概括性。1997年《刑法》第14条的规定,很可能把在文字含义上符合犯罪故意要件的类型但在实质上不具有社会危害性认知的心态,也划入犯罪故意要件的范围。例如,某猎人一直在山中以猎杀一种动物作为其生活来源。在其观念中,其猎杀动物与农民种庄稼是一样的。在某一个时间,国家的行政法律规范把其经常猎杀的动物种类列入国家重点保护的珍贵、濒危野生动物目录。根据1997年《刑法》第341条的规定,非法猎捕、杀害国家重点保护的珍贵、濒危野生动物的行为,构成非法猎捕、杀害珍贵、濒危野生动物罪。从文字含义分析,猎人对于其捕杀野生动物的行为具有明知的认识要素,也具有希望的意志要素,在形式上符合犯罪故意要件,但是我们再进行犯罪故意要件实质符合判断就会发现,由于猎人并不知道国家行政法律规范的存在,不可能认识到其猎杀的动物是国家重点保护的珍贵、濒危野生动物,进而不可能认识到其行为是违法的,更不可能知道其行为具有社会危害性,因此其心态在实质上并不符合犯罪故意要件。此事例说明,根据犯罪故意要件实质符合判断的要求,将类似案件的行为人不可能认识到行政犯前置法的情况作为阻却犯罪故意的事由,具有实质公正

<sup>①</sup> 参见[德]冯·李斯特:《德国刑法教科书》,徐久生译,法律出版社2006年版,第201页。

之意义。

## 2. 避免因行政刑法激增而带来的法与道德分离从而罚及无辜

当今社会技术创新日新月异并因此带来社会急剧改变,导致新问题不断涌现。国家为治理和管控社会,不但在国家层面制定了大量的行政法律、法规、规章,而且通过采用扩大地方立法权限的方式来推动地方用法治手段管理社会。这不仅会导致国家行政法律、法规、规章、地方性立法数量的激增,而且也可能导致不同地区行政法律规范之间的冲突日益增多。人们一如既往地生活,可是管理他们的法律、法规却激烈变动甚至发生冲突。这极易造成法与道德分离的结果。例如,行为人在甲地区实施某种行为,该地区的行政法律规范对此类行为并无规定,而法无规定便是允许。后来,他到乙地区实施同样的行为,而根据该地区的行政法律规范,其行为却是违法的。行为人在不可能知道乙地区行政法律规范的情况下,按照自己素来养成的道德意识仍然实施相同的行为,却违反了乙地区的行政法律规范。于是在该案例中就产生了法与道德分离的问题。由于我国刑法规定的许多犯罪之成立,是以严重违反行政法律规范为前提的,因此行政法律规范的变动间接地带来犯罪成立条件的变动。在此种情况下,如果行为人因不知或误解相关行政法律规范而被处以刑罚,那么就等于其主观无恶却被定罪。这显然不合情理。不知法不免责,在法制建设的初期能较好地改善法制环境,给潜在的违法行为人以较大的威慑,但是,到了社会急剧变动带来行政刑法规范激增的当今时代,再机械地适用此原则,可能会给大多数被动适应社会变动的普通公民带来主观无辜却被判刑的巨大风险。因此,刑法学理论应当在犯罪故意要件符合性判断中,设立一个实质地审查行为人有无社会危害性认识的阶段。这一阶段的审查任务之一,就是查明行为人对行政犯前置法有无认识可能性。如果查明其无认识可能性,或者说其认识错误不可避免,那么就应当认定其心态不成立犯罪故意。

## 四、行政犯前置法认识错误不可避免阻却行政犯故意的外国法借鉴

### (一) 大陆法系国家的立法模式

不少大陆法系国家的刑法典都设专条对违法性认识错误加以规定。大体说来,主要有如下几种模式:

第一,将非刑事法认识错误与刑法规范认识错误分别规定的模式。即对两者用不同的法条加以规定,以明确它们之间的界限。此种模式的立法,明确将非刑事法认识错误列为故意的要素(要件),而对刑法规范认识错误则另外看待,将其作为故意之外的独立责任要素。例如,1998年《德国刑法》第15条第1款规定:“行为人行为时对法定构成要件缺乏认识,不认为是故意犯罪,但要对其过失犯罪予以处罚”。根据该规定,因非刑事法认识错误导致对法定构成要件缺乏认识,能阻却犯罪故意。该法第17条规定:“行为人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条第1款减轻处罚。”<sup>①</sup>德国学者认为,该条规定的事项,属于刑法规范认识错误,不能阻却犯罪故意,但当其不可避免时,可免除责任;当其可避免时,可减轻处罚。其理论根据是刑法规范认识错误涉及违法性意识。虽然对其到底是故意的要素还是独立的责任要件存在很大的争议,但是独立的“责任要件说”仍是通说。<sup>②</sup>

<sup>①</sup> 《德国刑法》,徐久生等译,中国法制出版社2000年版,第48页。

<sup>②</sup> 参见[德]汉斯·海因里希·耶赛克等:《德国刑法教科书》,徐久生译,中国法制出版社2001年版,第538~539页。



类似的立法例还有《意大利刑法典》。该法典第5条规定：“任何人不得以对刑事法律的不知为理由要求宽宥。”但是，1988年3月24日，意大利宪法法院以第364号判决宣告此条规定违反《意大利宪法》第2条、第3条、第25条第2款、第27条第1款、第3款以及第73条第3款。其理由是：对于刑事法律不可避免的不知是应当免责的。而该法典第47条第3款则规定：“对于刑事法律以外的法律发生认识错误，当该错误导致对构成犯罪的行为发生错误时，排除可罚性。”<sup>①</sup>意大利著名刑法学家帕多瓦尼认为，该款的规定主要是解决因非刑事法认识错误引起行为人对于犯罪事实的认识发生错误的问题。此时，对于非刑事法的认识属于对构成要件事实的认识，是犯罪故意的要件。如果对非刑事法认识错误导致对犯罪事实的认识错误，那么在任何情况下都不成立犯罪故意；但是，刑法规范认识错误没有排除犯罪故意的效力，<sup>②</sup>它只是表明对行为人的可责性降低。当这种认识错误不可避免时，或可免除责任。

第二，用同一法条的不同段落分别规定非刑事法认识错误与刑法规范认识错误之模式。例如，1994年《瑞典刑法典》第9条规定：“误解行为被允许而实施犯罪行为，由于在宣布刑法规定时的错误而引起误解，或者由于其他原因，行为明显可原谅的，不处罚”。<sup>③</sup>此条第1段规定的事项宜理解为非刑事法认识错误，而第2段规定的事项则是刑法规范认识错误。

第三，仅规定非刑事法认识错误可减免刑责的模式。《奥地利刑法典》第9条规定：“（1）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。（2）对于行为人及任何人而言，很容易认识行为不法，或者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指责……”<sup>④</sup>2004年生效的《芬兰刑法典》第4章“免责事由”第2条规定：“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）与此类似的其他原因。”<sup>⑤</sup>在上述《奥地利刑法典》的法条中，因“职业、工作或其他情况有义务认识”之法，显然是指行业规定、职业规范、特别之行政取缔法等非刑事法。在上述《芬兰刑法典》的法条中，“法律的公布有瑕疵或有错误”“法律内容不明确”“官方的错误意见”等情况涉及的法，亦明显是指非刑事法。该模式的立法表明，行为人只有在非刑事法认识错误的情况下，因该种错误导致其对自己行为是否具有社会危害性无法判断，才减免刑责。

第四，采证明责任倒置的模式。即让行为人提供证据证明其对法律的误解系不可避免。例如，《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”。<sup>⑥</sup>但是，该条款对被误解之法到底是非刑事法还是刑法并未加以区分。

第五，仅规定对违法阻却事由之认识错误才减免刑责的模式。例如，《韩国刑法》第16条规定：“误认为自己的行为依法令不构成犯罪，如其误认确有正当理由者，不予处罚”。<sup>⑦</sup>《瑞士联邦刑法典》

① 《意大利刑法典》，黄风译，中国政法大学出版社1998年版，第6页。

② 参见[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241页。

③ 《瑞典刑法典》，陈琴译，北京大学出版社2005年版，第47页。

④ 《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4页。

⑤ 《芬兰刑法典》，肖怡译，北京大学出版社2005年版，第18页。

⑥ 《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。

⑦ 《韩国刑法》，[韩]金永哲译，中国人民大学出版社1996年版，第3页。

第 20 条规定:“行为人有足够的理由认为,他有权为该行为的,法官以自由裁量减轻处罚(第 46 条)或免除刑罚。”<sup>①</sup>在上述两个法条中,将“依法令实施行为”“有权实施行为”理解为违法阻却事由由似乎更合理一些。

第六,明确规定不知法不阻却故意但可视情节减轻处罚的模式。例如,《日本刑法典》第 38 条第 3 款规定:“即使不知法律,也不能据此认为没有犯罪的故意,但可根据情节减轻处罚。”<sup>②</sup>不过,在司法实践中却出现了不少从“违法性不要说”向“违法认识可能性说”转变的判例。<sup>③</sup>从 1965 年开始,日本的下级法院不断根据“限制故意说”或“责任说”作出“在违法性错误上,具有相当理由的场合,就不成立犯罪”的判决。此后,日本最高法院在 1978 年和 1987 年的两个判决中都肯定了在具有相当理由的场合,若没有违法性认识则不成立犯罪的见解。<sup>④</sup>

## (二)英美国家的判例和理论指引的趋势

英国的判例和理论把违法性认识错误分为如下 3 种情况,并赋予不同的法律效果。

第一,自然犯的行为人对刑法规范的认识错误。这种错误不是辩护的理由,因为了解行为是法律禁止的,通常不是犯意的一部分。<sup>⑤</sup>如果行为人用这种不知法的理由进行辩护,反倒对他不利。较有影响的判例如下:一名巴格达人被控在英国港湾停泊的船上实施同性恋犯罪,他辩解不懂英国法律,同性恋在他的国家是合法的。但是,他的辩解没有被作为辩护理由。一名法国人在英国进行了一场决斗,但他并不知道英国法律禁止决斗。即便如此,他仍被判处犯谋杀罪。上述案例中的行为,都有共同的基础,即它们当时在大多数国家看来都是不合道德规范的行为。亦即上述案例中的犯罪都是自然犯。<sup>⑥</sup>

第二,法定犯的行为人对前置法的认识错误。这种错误如果有正当理由,那么可以作为辩护理由。其理论根据是,对于不太严重的犯罪,由于其社会危害性很小,因此人们会自然而然地不把这样的行为视为犯罪。这类行为往往没有什么道德的成分,而与现代社会出台了大量缺乏道德内涵的立法有关。例如,一个人因不懂法而超价销售货物,不能说其违反道德规范。在英国,对道德上无过错的人定罪,必须证实定罪的正当性。因而,证实这种正当性的各种规则应运而生。<sup>⑦</sup>

第三,将对民法的认识错误与对刑法的认识错误区别对待。“犯罪行为的定义可能是这样的,以至于因为存在与蓄意和轻率相关的某一要素的法律错误,导致行为人主观并不能构成蓄意和轻率。”<sup>⑧</sup>对于这样的案例,行为人对法律的认识错误不管合理与否,均可构成辩护的理由。例如,行为人被控蓄意或轻率损害他人财产罪,而行为人真诚地相信财产是自己的。这种认识错误就能否定蓄意和轻率,成为辩护的理由。1974 年,英国法院对“史密斯案”<sup>⑨</sup>就是这样判决的。这也就是说,当行为人有充分的理由认为,其有权实施这样的行为,其主张有正当理由,并且刑法关于犯罪的定义要求

① 《瑞士联邦刑法典》,徐久生译,中国法制出版社 1999 年版,第 5 页。

② 《日本刑法典》,张明楷译,法律出版社 1998 年版,第 20 页。

③ 参见周光权:《刑法总论》,中国人民大学出版社 2011 年版,第 173 页。

④ 参见[日]大谷实:《刑法总论》,黎宏译,法律出版社 2003 年版,第 262 页。

⑤ 参见[英]J·C·史密斯、[英]B·霍根:《英国刑法》,李贵方等译,法律出版社 2000 年版,第 247 页。

⑥ 参见[英]J·C·史密斯、[英]B·霍根:《英国刑法》,李贵方等译,法律出版社 2000 年版,第 96 页。

⑦ 参见[英]J·C·史密斯、[英]B·霍根:《英国刑法》,李贵方等译,法律出版社 2000 年版,第 98 页。

⑧ [英]J·C·史密斯、[英]B·霍根:《英国刑法》,李贵方等译,法律出版社 2000 年版,第 98 页。

⑨ 参见[英]J·C·史密斯、[英]B·霍根:《英国刑法》,李贵方等译,法律出版社 2000 年版,第 98 页。

行为人无权实施这样的行为才构成犯罪时,其有权实施行为的主张可以作为辩护的理由。当然,这项原则仅仅适用于犯罪的定义中。即这样的原则仅适用于“刑法援引之民法上的概念”,而不适用于刑法概念。假如甲通过诈骗从乙处获得财物并交给知道事实真相的丙,丙处理赃物属于犯罪。其不能以不知道处理盗窃之赃物属于犯罪为由进行辩护。因为盗窃是一个刑法概念而不是一个民法概念。<sup>①</sup>

虽然美国司法界一直坚守不知法不宽恕的信条,但是在法律变动频繁的现实情况下,一律以此信条为准则可能对个别情况特殊的行为人而言极不公正。所以,美国也通过一些有影响的判例来纠正这一做法。这些判例实际上是不知法不宽恕原则的例外。

第一,对官方法律解释合理信赖而免责的判例。作出此类判决的法官认为,如果被告人的犯罪行为是基于对规定犯罪的法律负有解释、执行和实施职责的个人和公共组织对相关法律作出的错误解释或说明而实施的,那么被告人不负刑事责任。换言之,基于对官方解释的合理信赖而产生的法律认识错误是一种辩护理由。<sup>②</sup>

第二,确立“兰伯特规则”的判例。1957年,美国联邦最高法院在审理“兰伯特案”<sup>③</sup>时确立了一项规则,该规则被认为是不知法不宽恕原则的一种宪法性例外。“兰伯特案”的大致情况是,被告人兰伯特是洛杉矶居民,已经在洛杉矶市居住7年。兰伯特过去曾被判处犯伪证罪。按照美国加利福尼亚州法律的规定,该罪是一项重罪。美国洛杉矶州的一项地方法规要求,被判处过重罪的人,如果在洛杉矶居住5天以上,那么必须向警察局注册。违者将被判处最高6个月监禁,单处或者并处500元罚金。兰伯特从来没有注册过,因为她不知道该项法律的存在。她因为违反注册规定被起诉,一审法院对兰伯特提供的她不知道存在这项法律的辩解不予认可,判决她有罪。美国联邦最高法院裁定对兰伯特的定罪违反美国宪法的正当程序,并撤销了有罪判决。美国联邦最高法院在裁决中认定,不知法不宽恕的普通法原则应当受到正当程序条款的限制。正当程序原则要求国家以公平、适当的方式公布法律,使得公民能够在行为前知晓禁止性法律的存在和内容,即所谓“公平警告”或者“公平告知”。美国联邦最高法院认为,按照正当程序原则,如果对被告人定罪,那么政府就必须证明被告人事先知道她负有向警察局注册的义务,否则不能定罪。

第三,对司法判决合理信赖而免责的判例。法院在对其他案件作出的判决中,可能涉及对法律含义的解释,有时作出裁决的法院会认为先前的裁决错误,而于事后将裁决撤销,下级法院的错误裁决也可能被上级法院撤销。所谓对司法裁决合理信赖,是指如果被告人的行为是因为合理信赖法院的错误裁决,造成对法律错误理解而实施的,那么就应当成为辩护理由。<sup>④</sup>

### (三)对大陆法系国家立法和英美法系国家判例趋同价值取向的借鉴

上述归纳的一些大陆法系国家的立法模式蕴含着如下3个基本趋同的价值取向:

第一,刑法规范认识错误是独立的阻却或减少责任的要素,根据错误产生的原因和程度可分为两种情况,进而其法律效果也不相同:若系不可避免,则可免除责任;若系可避免,则可从轻或减轻刑罚,但不能免除责任。

① 参见[英]J·C·史密斯、[英]B·霍根:《英国刑法》,李贵方等译,法律出版社2000年版,第100页。

② 参见刘士心:《美国刑法中的犯罪论原理》,人民出版社2010年版,第100页。

③ 参见刘士心:《美国刑法中的犯罪论原理》,人民出版社2010年版,第102页。

④ 参见刘士心:《美国刑法中的犯罪论原理》,人民出版社2010年版,第102页。

第二,行政犯前置法认识错误应纳入事实错误之列,若其不可避免,则可阻却犯罪故意。

第三,无论违法性错误是属于行政犯前置法认识错误类型,还是属于刑法规范认识错误类型,只要具有正当理由就可作为减免刑责的事由或情节,只是减免刑责的根据不同。前者以否定犯罪故意成立为根据,后者以降低对行为人意志的责难程度为根据。

英、美两国的一些较有影响的判例和理论认为,特定情形下的违法性认识错误是辩护理由,可以导致被告人无罪。判例指引的趋向是,法律的错误具有不同的类型,应当加以区别对待。美国甚至通过典型判例确立了不知法不免责的宪法性例外原则。英国也出现了将法律错误分为“民法的认识错误”与“刑法的认识错误”进而赋予其不同法律效果的判例,具有较大的理论价值和实践指导意义。

相比之下,我国刑法典并没有设立因违法性认识错误而减免刑事责任的专门条款。这样的立法状况与上述法治发达国家的立法和判例所指引的价值取向相去甚远。世界上不同的国家对于犯罪的认识虽然有差异,但是其趋同性的认识结论总是具有深刻道理的。为了使我国的犯罪故意理论与法治先进国家立法和判例所指引的共同价值取向趋同,在未出台新的刑法修正案以增加专门条款的情况下,较好的办法是将犯罪故意要件符合性判断分解为形式符合判断与实质符合判断,并按先后顺序进行判断。在前一阶段,应仅判断行为人对行为的自然事实有无认识;而在后一阶段,要特别考察行为人是否具有社会危害性认识。凡是审理涉及刑法分则条文用“违反国家规定、非法”等字样描述犯罪客观要件的行政犯案件,司法者都必须考察行为人对行政犯前置法有无认识可能性。因为这一认识状况能直接决定行为人有无社会危害性认识。

## 五、行政犯前置法认识错误不可避免的判断标准和方法

### (一)判断标准

我国刑法并未设立对违法性错误可以从宽处罚的条款。在司法实务中,违法性错误至多是一个在司法习惯上很少适用的酌定情节。在此种情况下,如果不对违法性错误加以分类,只笼统地研究其能否避免,那么实践意义不大。但是,如果我们把违法性错误分成两类并根据其实际作用而确定其功能,那么其中的行政犯前置法认识错误不可避免能阻却犯罪故意;刑法规范认识错误不可避免不能阻却犯罪故意,只可酌情从宽处罚。在此基础上,再研究两者不可避免的判断标准和方法,就具有重大的实践意义。

从操作层面上说,行政犯前置法认识错误能否避免的判断标准应当是:行为人是否具有努力查找相关法律、法规的态度及认识相关法律、法规的能力。即其核心是行为人的“态度”和“能力”。在行政犯的场合,如果行为人对自已行为的事实有认识,只是对自己行为是否违法并不知晓,那么其就应当积极查明相关法律、法规。如果其不做这样的努力,那么就表明其对社会漠不关心。这样的态度,在社会结构相对简单的农业社会和工业社会早期是可以原谅的,但在当今科技高度发达且广泛应用的年代就不可原谅了。因为在当今社会,稳定和秩序是建立在复杂的技术规则和多如牛毛的行政法律规范基础之上的。在这样的社会中生活的人们,时时刻刻都要注意社会对自己行为的限制范围与许可程度,努力了解法律可能对自己行为的评价。如果行为人对其行为是否违法漠不关心,那么这种态度本身就表明其具有主观恶性,在其他条件具备的情况下,就可以认定其具有犯罪故意。

但是,由于行政犯与自然犯的界限并不清晰,因此用法定化、形式化的标准来确定行为人应努力查明其行为可能涉及的法律、法规的范围就显得十分必要。显然,用行政犯前置法来界定这一范围比较妥当。如果刑法分则的条文在描述犯罪客观要件时,使用了“非法、违反国家规定、违反环境保护

法、违反规章制度、违反矿产资源法的规定、违反森林法的规定、违反土地管理法”等字样,那么这些字样所指的就是“行政犯前置法”。这些行政犯前置法,并不是刑法规范本身,而是刑法规范适用之对象——行为事实——所应具备的价值属性,属于行为事实的范畴。对这些前置法产生认识错误,可能引起构成要件事实的错误,即可能导致行为人误把本来具有社会危害性的行为看作没有社会危害性的行为。因此,对行政犯前置法的认识应当是犯罪故意的实质要素。

紧接着需要解决的问题是,我们用什么标准来认定行政犯前置法错误能否避免?德国学者罗克辛认为,违法认识可能性,亦即违法认识错误的可避免性,取决于3个条件:(1)行为人必须本来有机会对自己行为可能具有的违法性进行思考或者询问。(2)在存在这个机会时,行为人必须完全不去努力查明真相,或者这种努力必须非常不充分,以致从预防的角度看,不能认为排除责任是正当合理的。(3)行为人不顾自己当时已经具有的机会,仅仅在一个过分狭窄的范围内来努力认识法。<sup>①</sup>

依照上述逻辑,行政犯前置法认识错误不可避免的判断标准应当是:(1)行为人没有机会或客观条件去认识相关法律、法规;(2)行为人已经充分努力查找、咨询相关法律、法规(态度),但受自身能力或客观条件限制,仍无法取得正确认识(能力)。

## (二)判断方法

对于直接侵害权利或利益的行为,只要行为人明知自己实施的行为事实,就会明知该行为的社会危害性。但是,对于无法直接判定是否侵害权利或利益的行为,如果刑法将其规定为犯罪时使用了“非法、违反国家规定”等字样来描述犯罪客观要件的,那么法官在审理涉嫌这类犯罪的案件时,就必须查明行为人是否有能力知道行政犯前置法。有学者认为,违法认识可能性只是一个结论,而判断违法性认识错误之不可避免性,才是获得这一结论的技术路径。<sup>②</sup>

那么我们如何判断行政犯前置法认识错误不可避免呢?笔者认为,明示特例是最简单有效的方法。在公民文化水平和法律意识不断提升、获取法律信息越来越便捷的今天,行政犯前置法认识错误虽不可避免,但毕竟是少见的特殊情况。<sup>③</sup>因此,我们完全可以用列举的方法来标明这些特殊情况。一般而言,下列特殊情况能导致行政犯前置法认识错误不可避免:(1)不知道法规的存在。由于通讯不发达、所处地区过于偏僻,或者由于法律规范信息传递上的瑕疵,如法律文件发布不可抗力的延迟,或者由于航海、出国等原因没有看到该法规,行为人可能不知道法规的存在。虽然现代资讯非常发达,法律的发布一般都能及时传达到公民,但是无论教育程度如何发达,社会上总会存在文盲。规定此种特例能够防止将这类人的行为不合理地入罪。(2)司法、行政官员的错误指导。这种指导必须是代表政府的正式指导。值得注意的是,律师的错误指导一般不能作为行政犯前置法认识错误不可避免的原因。这样规定的目的在于防止律师与当事人进行私下交易。律师的指导与司法、行政官员代表政府出具的意见不同。在出具法律意见时,律师是代表私人的;而能够导致行政犯前置法认识错误不可避免的司法、行政官员的意见,必须是代表政府的,其应通过法定的程序,如打报告、经批准等,同时其还要具备法定的形式要件,如盖公章等。(3)法律规范突然改变。行为人根据失效的法规而行

① 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625页。

② 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。

③ 在刑事司法和学术研究领域,定罪量刑的特殊情况往往更需要予以特别关注。可以说,刑法的规则就是研究行为可能不构成犯罪之例外情况的规则。由于刑法是最严格的法律,因此它需要对定罪的特殊情况倍加关注,以严格防止由于定罪的制度和原则不周延而将无辜人的行为入罪。

为,从而对改变后的法规产生违法性认识错误,属于不可避免的情形。<sup>①</sup> (4)法律规范的区域冲突。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。<sup>②</sup> 另外,我国具有地方行政立法权的城市急速扩容,这也很有可能导致不同区域的地方行政法规发生冲突。如果某个地区的地方行政法规允许实施某类行为,而另一地区的行政法规却视其为违法,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,那么此时就应当判定其违法性认识错误是不可避免的。(5)错误裁判的指引。在一般情况下,应当判定行为人基于对错误判决的信赖而产生的错误,是一种违法性认识错误不可避免的原因。<sup>③</sup> (6)以前类似的行为一直被官方默许。行为人自己实施或他人以前曾经实施过类似的行为并没有受到官方的禁止,从而坚信自己实施类似的行为是社会允许的。<sup>④</sup>

## 六、结语

1997年《刑法》第14条规定的犯罪故意要件,由认识要素和意志要素组成。其中,认识要素包括两个层次:一是对行为性质、结果、方法等自然事实的认识,二是对行为事实之价值——社会危害性——的认识。根据评价规则,判断行为人的心态是否符合犯罪故意要件,需经过两个步骤:一是故意要件形式符合判断,即判断行为人对自己行为的自然事实是否有认识;二是故意要件实质符合判断,即判断行为人对自己行为是否具有社会危害性的认识。直接侵害具体权利或利益行为的社会危害性是明显的,而是否侵害权利或利益并不明确的行为,如果刑法分则条文规定此类行为构成犯罪的客观要件,使用了“非法、违反国家规定、违反环境保护法、违反规章制度、违反矿产资源法的规定、违反森林法的规定、违反土地管理法”等字样,那么这些字样指涉的法就是行政犯前置法。如果行为人对这些行政犯前置法的认识错误是不可避免的,那么就表明其不具有社会危害性认识,因而其心态不是犯罪故意。判断行政犯前置法认识错误不可避免的标准,是行为人努力查找、咨询法的态度和认识法的能力。这一标准的具体操作,可以采用明示特例的技术路径。

以往的犯罪故意学说没有特别注意研究行政犯前置法认识错误若系不可避免则能阻却犯罪故意的情况,而只是笼统地研究违法性认识错误在体系中的位置,因而导致各种学说因立论基础不同而主张殊异。其实,刑法规范认识错误与行政犯前置法认识错误的属性和功能都不相同。前者不能阻却犯罪故意但可减免责任,是中外刑法学界和实务界的共识;而后者是对行为事实的认识问题,应归属于对构成要件事实的认识范畴,是犯罪故意的实质要素。对此,1997年《刑法》第14条已有明文规定。由于行政犯前置法认识错误能够导致社会危害性认识阙如,因此如果其不可避免,那么就能阻却犯罪故意。

责任编辑 田国宝

① 参见周光权:《刑法总论》,中国人民大学出版社2011年版,第178页。

② 参见周光权:《刑法总论》,中国人民大学出版社2011年版,第178页。

③ 参见刘士心:《美国刑法中的犯罪论原理》,人民出版社2010年版,第100~102页。

④ 参见周光权:《刑法总论》,中国人民大学出版社2011年版,第178页。