

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

刘 之 雄^{*}

摘要:违法性认识以及违法性认识可能性并非犯罪要素。对犯罪构成中包含法规范评价要素的故意犯罪而言,故意所须认知的是行为构成的法规范要素,而非抽象的违法性认识;行为人对不法行为的法规范要素的认识欠缺,属于行为构成认识错误,而非违法性认识错误。将违法性认识作为犯罪的故意要素或者作为法定犯的故意要素,以及将违法性认识可能性作为故意要素或者作为责任要素的理论主张,皆缘于将违法性认识混同于对行为构成的法规范要素的认识,从而将违法性认识错误与行为构成认识错误混为一谈,进而带来不可逾越的理论及实践障碍。试图借助所谓“实质违法性认识”或者“社会危害性认识”来摆脱“违法性认识必要说”理论困境的努力也会白费。在犯罪故意中认识要素的核心指向是行为对特定法益的危害性,而非抽象的社会危害性。

关键词:违法性认识 犯罪故意 行为构成错误 罪责 社会危害性认识

一、违法性认识的刑法学理论之流变

违法性认识以及违法性认识可能性在犯罪评价体系中的意义和地位,是当代刑法学中备受关注但极具争议的话题。

传统刑法学理论的持有者以“不知法者不免责”为基本立场,认为违法性认识的欠缺不影响犯罪的成立。其理由是:不知法不具有正当性;法律具有客观性,其效力不能受制于行为人是否认识;违法性认识是否存在也是司法难以证明的问题。^①但是,这一传统立场因现代刑法不断扩张法定犯立法而面临挑战。

由于某些法定犯立法偏离了传统社会的伦理认知,使得实施刑事违法行为的行为人有可能因为不了解相关法律,而不能理解其行为被法律所赋予的社会意义,因此引发下述刑法学问题:一个虽然实施了刑事违法行为但对其行为在法律评价上的意义全然无知者,对其能否以故意犯罪处以刑罚?例如,对一个因不知道国家有关禁令而在自己承包的山林中采伐红豆杉(国家重点保护植物)的行为人,能否以非法采伐国家重点保护植物罪科处刑罚?就主观责任而言,结论应当是否定的。因为非法采伐国家重点保护植物罪在主观上所应具备的,是违反国家规定采伐国家重点保护植物的故意,而非仅采伐某种植物的故意。这就是说,此类故意犯罪的故意包含对法规范评价内容的认知。这种作为故意要素的对法规范评价内容的认知,被刑法学理论抽象表述为违法性认识,于是,重新定位违法性认识的刑法意义成为刑法学的一个新课题,由此开启从否定违法性认识作为犯罪要素的传统立场,转向违法性认识的故意理论并进而转向违法性认识的罪责理论之流变。

违法性认识的故意理论由德国学者宾丁创立。宾丁认为,违法性认识是故意成立的一个条件,即只有

^{*} 中南民族大学法学院教授

基金项目:中央高校基本科研业务费专项资金重点项目(CSZ18001)

^① 参见张明楷:《刑法格言的展开》,法律出版社1999年版,第207~209页。

在行为人借助违法性意识实施行为时,才认定故意罪责(“故意理论”因此而得名)。① 其后的理论又演进分化为“严格故意说”“限制故意说”“自然犯与法定犯区别说”等不同的学说。

持“严格故意说”者认为,故意的成立以违法性意识的现实存在为必要,只有行为人在行为时确实意识到自己行为的违法性的,才能认定为故意。如果行为人在行为时缺乏违法性认识,即否定故意。如果行为人对缺乏违法性认识错误存在过失,那么在刑法规定了过失犯的场所,按过失犯处罚。②

持“限制故意说”者认为,故意的成立所需要的并非违法性认识,而是违法性认识的可能性。行为人即使没有认识到自己行为的违法性,但只要其具有认识自己行为违法的可能性(即存在违法性错误的过失),也不影响故意的成立。③

持“自然犯与法定犯区别说”者认为,自然犯(刑事犯)的犯罪故意无须违法性认识,但法定犯(行政犯)的成立以违法性认识为必要。因为自然犯在被刑法规定为犯罪之前,就已经属于反社会的行为,只要行为人对犯罪事实有认识,就表现出反社会的性格。而法定犯的行为原本不是犯罪,只是国家出于政策的考虑将其设置为犯罪,故行为人在认识到犯罪的事实之外,还需要认识到行为的违法性,才表现出反社会的性格。④

但“故意理论”存在难以逾越的理论及实践障碍,故在其发源地德国已被违法性认识的罪责理论(以下简称“罪责理论”)所取代。

“罪责理论”建立在大陆法系国家阶层式犯罪论体系的基础上。该理论是在第二次世界大战以后基于对“故意理论”的批判而逐步在德国刑法学上确立其主流地位的,并被德国刑法所采纳。⑤ 根据该理论,违法性认识及其可能性并非不法行为构成要件故意或者过失的要素,而是犯罪的责任要素。故在当代德国刑法教义学上,与德国刑法的明文规定相一致,违法性认识及其可能性被作为责任要素发挥犯罪评价功能:欠缺违法性认识不阻却行为构成故意;虽然欠缺违法性认识但有认识可能性的,减轻责任;欠缺违法性认识且缺乏认识可能性的,阻却责任。⑥

截至目前,源自德国的“故意理论”及其后的“罪责理论”在部分大陆法系国家和地区产生了不同程度的影响。在东亚,韩国刑法以及我国台湾地区“刑法”现已采纳“罪责理论”。⑦ 日本的司法判决大多采纳“违法性认识不要说”的传统立场,但在学术上,有不少学者持“严格故意说”,且近年来“罪责理论”的影响力日增。⑧ 在英、美等国的学界,也存在关于“法律错误”是否影响“犯意”的争论,但主流的学说仍然谨守“不懂法不是辩护理由”的传统立场。⑨

在我国国内学界,近年来“故意理论”与“罪责理论”的影响日盛。受20世纪日本刑法学理论的影响,“严格故意说”在我国得到不少学者的支持。例如,冯军认为:“只要论及犯罪的成立问题,就无例外地要求行为人具有违法性认识(过失犯的场所,要求有违法性认识的可能性)”。⑩ 贾宇主张:“违法性认识应成为

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610~611页。

② 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389页。

③ 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390~391页。

④ 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387页。

⑤ 《德国刑法典》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。”《德国刑法典》,徐久生、庄敬华译,中国法制出版社2000年版,第48页。

⑥ 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316~320页、第609~612页。

⑦ 参见[韩]李在祥:《韩国刑法总论》,[韩]韩相敦译,中国人民大学出版社2005年版,第288页;林钰雄:《新刑法总论》,台湾元照出版有限公司2009年版,第338页。

⑧ 参见[日]大塚仁:《刑法概说》,冯军译,中国人民大学出版社2003年版,第390~392页;[日]山口厚:《刑法总论》,付立庆译,中国人民大学出版社2018年版,第261~264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95~100页。需说明的是,英、美等国刑法也承认某些“法律错误”可以否定“犯意”,但否定“犯意”的“法律错误”实属大陆法系国家刑法学理论上的“行为构成错误”,而非“违法性错误”。

⑩ 冯军:《刑事责任论》,法律出版社1996年版,第227页。

犯罪故意的必备要件。”^①陈兴良指出：“违法性认识首先应当作为犯罪故意的规范评价要素加以讨论。”^②田宏杰强调：“在任何场合，只要涉及犯罪故意成立与否的认定，就必须考察行为人是否具有违法性的认识。”^③刘艳红总结道：“违法性认识与违法性认识可能性递进式地归属于故意和过失要素……如果行为人具备违法性认识可能性，但是由于违反注意义务而没有认识到行为的违法性，成立过失犯；如果行为人具备违法性认识，则成立故意犯罪。”^④

而“罪责理论”在我国学界的影响也随着德文文献的大量译介而逐渐增大。例如，王钢基于不法与责任是犯罪构成体系两大支柱的理论预设，明确提出“违法性认识是认定犯罪成立必不可少的责任要素”。^⑤但是，我国刑法学的犯罪构成体系并非递进式的阶层构造，被视为责任要素的违法性认识及其可能性在这一体系中的归属，成为理论上的困扰。鉴此，学界出现了改造我国刑法学理论体系的呼声。周光权青睐三阶层犯罪论体系，提出“将故意和违法性认识分开，将其作为有责性当中并列的要素，是未来中国刑法学理论改造需要考虑的问题”。^⑥童德华提出了在刑事责任论中处理违法性认识的主张，即“将刑事责任论作为独立于犯罪论的范畴，就可以考虑在刑事责任论部分评价和处理违法性认识问题”。^⑦吴学斌认为，改造我国的犯罪论体系并无必要，“违法性认识的可能性完全可以置于主观构成要件之下，作为超法规的主观要件”。^⑧彭文华主张将违法性认识纳入责任能力范畴，认为违法性认识能力当属于辨认能力之一，不可避免的违法性错误应视为丧失违法性的责任能力。^⑨车浩通过对国内学术史的考察得出的结论是，关于违法性认识的理论已经不再是违法性认识是否必要及其体系地位之争，而是进入到“针对违法性认识错误的免责机制展开研究”，只是由于立法的缺位与司法的不作为，使得缺乏违法性认识的案件出罪无门。^⑩上述不同主张的共同点是，将违法性认识及其可能性视为犯罪故意和过失之外的罪责要素。

关于违法性认识在犯罪论中的地位之争，既关系到犯罪论体系的构造，又关系到具体案件的司法认知，如“赵春华非法持有枪支案”^⑪的司法判决引发争议，学界对行为人是否具有主观罪责就有多种解读。刘艳红认为，行为人欠缺违法性认识因而阻却犯罪故意。^⑫李翔主张，行为人存在禁止性错误并因此阻却责任。^⑬陈文昊等人主张，行为人存在违法性认识的可能性因而不影响犯罪故意和罪责。^⑭江溯主张，行为人存在构成要件错误因而阻却犯罪故意。^⑮魏哲哲认为，“不知法律不宽恕”是一项重要的法律原则，法律的权威性和强制性决定了任何人不能以不知法律为由逃避法律责任。^⑯凡此种种，可谓观点林立。因此，对违法性认识以及违法性认识可能性的刑法意义，亟待从理论上予以澄清。

① 贾宇：《论违法性认识应成为犯罪故意的必备要件》，《法律科学（西北政法学院学报）》1997年第3期。

② 陈兴良：《违法性认识研究》，《中国法学》2005年第4期。

③ 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。

④ 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》，《扬州大学学报（人文社会科学版）》2015年第4期。

⑤ 王钢：《非法持有枪支罪的司法认定》，《中国法学》2017年第4期。

⑥ 周光权：《违法性认识不是故意的要素》，《中国法学》2006年第1期。

⑦ 童德华：《违法性认识在犯罪构成中的地位——两种意义的不要说和必要说的对话》，《山东警察学院学报》2012年第1期。

⑧ 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。

⑨ 参见彭文华：《论阻却犯罪的违法性错误》，《政治与法律》2005年第3期。

⑩ 参见车浩：《责任理论的中国蜕变——一个学术史视角的考察》，《政法论坛》2018年第3期。

⑪ 该案的基本案情是，2016年8月至10月12日，赵春华在天津市某地摆设气球射击摊位进行营利活动。公安机关巡查时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”。一审人民法院认定赵春华的行为构成非法持有枪支罪，判处有期徒刑3年6个月。二审人民法院维持了该案的有罪判决，改判有期徒刑3年，缓刑3年。参见天津市河北区人民法院（2016）津0105刑初442号刑事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》，《东南大学学报（哲学社会科学版）》2017年第1期。

⑬ 参见李翔：《立场、目标与方法的选择——以赵春华案为素材刑法解释论的展开》，《东方法学》2017年第3期。

⑭ 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》，《中国刑警学院学报》2017年第3期。

⑮ 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》，《华东政法大学学报》2017年第6期。

⑯ 参见魏哲哲：《枪支之争，折射普法欠账》，《人民日报》2017年1月11日。

二、违法性认识的概念辨识与内涵界定

(一)对违法性认识的不同解读

违法性认识本是一个普通的概念,但刑法学界对这一概念的认识颇有争议。争议主要围绕违法性认识的对象展开。理论上的解释大致分为3种学说:一是“违反前法律规范的认识说”,二是“违反法律规范的认识说”,三是“可罚的违法性认识说”(也称“刑事违法性认识说”)。^①3种学说显现的认识差异,是在不同的学术立场下因解释策略的需要所造成的。

站在“自然犯与法定犯区别说”的立场上看,违法性认识只能在其本来的意义上理解之。因为在持该种学说者看来,法定犯的故意所需要的而自然犯的故意所不需要的,正是对违反法律规范的认识。但是,如果站在“严格故意说”的立场上看,那么就需要对违法性认识的对象作宽泛解释,将其扩张至伦理道德等社会文化规范(“前法律规范”)。因为只有这样,那些欠缺(本意上的)违法性认识的故意犯罪才能借由“前法律规范”认定其犯罪故意;否则,就会导致放纵犯罪的消极后果。然而,这样的解释已经偏离违法性认识的基本含义。正因如此,持“严格故意说”的日本学者大塚仁干脆直言:“‘违法的认识’之用语是不正确的”。^②

如果是把违法性认识的可能性作为故意要素(“限制故意说”)或者作为责任要素(“罪责理论”),由于要证明的是违法性认识的可能性,那么对违法性认识也无须做宽泛的解释。因为按照持上述学说者之见解,证明行为人存在违法性认识的可能性,是借由行为人具有认识行为的反规范性或者危害性的“机会”加以说明的。如此,“违反法律规范的认识说”与“违反前法律规范的认识说”之间的差异,因最终证明对象的趋同而得以消除。

至于看起来更为严格的“刑事违法性认识说”,则借助所谓“实质违法性”认识的解释,实质地取消了违法性认识要素。实质违法性与形式违法性的划分,源自德国刑法学理论。所谓形式违法性,是指违反了法规规定的作为义务或不作为义务。所谓实质违法性,是指对相关法规所保护的法益产生了不利影响。^③德国学者李斯特将违法性区分为形式违法性与实质违法性,是作为对行为进行法律评价的两种方法看待的,而非指两种不同种类的违法共存。^④在此种观点之下,形式违法性仅指行为同法律规范之间的形式关系,实质违法性则指向行为违法的实质根据。因此,“形式的违法性与实质的违法性,并非彼此对立的观念,由于实质的违法性在违法性的判断上,可以补充形式的违法性的不足,故两者可谓相辅相成,而不相互抵触”。^⑤然而,在大陆法系国家关于违法性认识的刑法学理论解释中,却出现了剥离形式违法性与实质违法性的观点,认为违法性认识并不是指知道形式的法律规定,而是指有实质的违法性认识。^⑥如果照此理解,把形式违法性认识从认知内容中去掉,只要求认识到违法评价的实质根据即可,那么“刑事违法性认识说”就同“违反前法律规范的认识说”趋于一致了。若一个同患精神病的妇女非强制性发生性关系的行为人并不知道该行为被法律评价为犯罪(形式的刑事违法性),但常识告诉他,患精神病的妇女因缺乏行为能力,谈不上“自愿”性交(违背妇女意志性交的实质违法性),因而同其发生性关系违背社会伦理(前法律规范),则无论是按照“刑事违法性认识说”还是按照“违反前法律规范的认识说”,都会得出行为人有违法性认识的结论。可见,借助所谓“实质违法性”概念,“刑事违法性认识说”也能达到“违反前法律规范的认识说”一样的效果。

(二)违法性认识的应然内涵

① 参见刘明祥:《刑法中错误论》,中国检察出版社2004年版,第23~241页。

② [日]大塚仁:《刑法概说》,冯军译,中国人民大学出版社2003年版,第393页。

③ 参见[德]汉斯·海因里希·耶赛克、[德]托马斯·魏根特:《德国刑法教科书》,徐久生译,中国法制出版社2001年版,第287~288页。

④ 参见[德]弗兰茨·冯·李斯特:《德国刑法教科书》,徐久生译,法律出版社2000年版,第201页。

⑤ 林山田:《刑法通论》(上册),北京大学出版社2012年版,第193页。

⑥ 参见刘明祥:《错误论》,法律出版社、东京成文堂1996年联合出版,第143~146页。

要探讨违法性认识的刑法意义,就需要严谨地界定违法性认识,即在“违反法律的认识”这一严格意义上理解之,而不能将其泛化为违反“前法律规范”的认识;否则,就会混淆法律与社会伦理道德之间的界限。实际上,否定违法性认识的规范评价意义,结果将是“与违法性意识不要说别无二致”。^①果真如此,不如直接探讨“反社会规范意识”或者其他什么意识的刑法意义,全无必要假借违法性认识之名。

对违法性认识也不能从所谓“实质违法性认识”的意义上理解。行为的违法性只有在形式与实质的统一中才得以成立,而对行为违法性的认识只能指向行为与法律的关系。如果把这种关系从认识内容中排除,那么就根本没有违法性认识可言。虽然从认识论的角度看,违法性有形式的特征和实质的内涵,但并不存在所谓“形式违法性与实质违法性”之分。即使是转译外文术语,也不能将所谓形式违法性与实质违法性视为可以分离的两种违法性。而上述那种将违法性认识解读为“实质违法性认识”的主张,恰恰是通过将所谓形式违法性从违法性认识中剥离出去,以消除其将违法性认识作为故意要素或者责任要素所遇到的理论障碍,其结果却是走向自己的对立面,即取消了违法性认识的犯罪评价意义。

在德语中所谓违法性认识中的法是一种抽象的整体意义上的法,而非指具体的制定法。^②因此,违法性认识只是行为人对其行为违反法律的一种抽象评价,而不需要对违反何种具体法律有认知。

(三)违法性认识与社会危害性认识

行为人认识到自己的行为违法与认识到自己的行为危害社会,是两种不同的认识。但是,在学术界存在“坚持社会危害性认识与违法性认识相一致”的观点,认为“认识到社会危害性却没有认识到违法性,或者认识到违法性却没有认识到社会危害性,这只是一种逻辑上的分析,在现实生活中其实并不存在”。^③

违法性认识不应同社会危害性认识混为一谈。首先,两者的认识内容不同,不能借助所谓实质违法性术语偷换概念。其次,虽然在许多情况下两种认识相伴相随,但两种认识相分离的情形,并非逻辑上的分析,而是真实的客观存在。例如,嫖娼行为人或者聚众淫乱行为人虽然知道自己的行为违法,但可能坚信自己的行为并不危害社会。至于行为人只有社会危害性认识而欠缺违法性认识的情形是否客观存在,只需要明白法律并不全面禁止所有危害社会的行为这一道理就够了。

将两者合二为一的观点,其实是要用社会危害性认识的判断替代违法性认识的判断,以此消除将违法性认识作为犯罪故意要素所面临的解释困境及证明上的难题,圆其将刑事违法性认识作为故意要素之说。但既然如此,也就意味着将社会危害性认识作为犯罪故意要素就够了,全无必要将违法性认识作为故意要素并借助社会危害性认识来说明之。顺便说一句,将抽象的社会危害性认识作为犯罪故意要素的主张也不成立。

三、违法性认识与犯罪故意的关系考察

考察违法性认识同犯罪故意的关系,将直接回答违法性认识是否故意要素的问题,也为下文分析违法性认识可能性的犯罪评价意义奠定基础。

(一)犯罪故意的对象及内涵

1997年《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)第14条将“明知自己的行为会发生危害社会的结果”作为犯罪故意的认知内容。这一规定将行为结果作为故意的对象,是建立在传统刑法主要针对结果犯立法的认识基础上。对现代刑法中大量的行为犯而言,从发生危害结果的意义上理解犯罪故意就说不通了。例如,非法持有枪支罪在主观上只要求具有“未经许可持有枪支”的故意,而非要求具有发生某种危害结果的故意。

故意的基本对象其实是行为。当人们使用“故意行为”这一说法时,就已然表明故意的指向:故意就是

^① 参见[日]山口厚:《刑法总论》,付立庆译,中国人民大学出版社2018年版,第263页。

^② 参见张健一:《知识论上的违法性认识研究——兼论社会危害性认识的归宿》,载赵秉志主编:《刑法论丛》2017年第2卷,法律出版社2017年版,第176~178页。

^③ 陈兴良:《违法性认识研究》,《中国法学》2005年第4期。

行为对自己行为的认知与意志。就故意犯罪而言,故意就是实施刑法所禁止的不法行为的故意。这既是常识,也是域外刑法学理论的通常见解。大陆法系国家刑法学理论中的故意概念,就是围绕“行为构成”展开的。^①

问题在于如何理解不法行为的故意:行为人对其行为达到怎样的认知,才具有不法行为的故意?理论上对此是通过法定的行为构成要素加以说明的,认为故意的对象是不法行为全部的客观构成要素,包括法律所要求的事实性要素和规范性要素。^②也就是说,行为人只有认识到行为构成的全部客观要素而行为的,才具备不法行为的故意;否则,就属于对行为构成的认识错误,排除故意。至于在刑法描述的客观罪状中,哪些属于不法行为的构成要素,理论上则是根据具体罪状作列举式说明。然而,列举式说明会面临如下理论障碍:作为故意对象的行为构成要素与超越故意范畴的所谓客观处罚条件的区别何在?这是迄今为止人们仍然争论不休的问题。^③

故意的认识因素不应止于对行为构成客观要素的罗列,而是要揭示其实质内涵,即对行为性质的认知。这种行为性质,不是指行为的违法性质或者犯罪性质,而是指行为的“归罪性过程所体现的社会意义内容”,^④即立法上作为犯罪化根据的社会意义内容——对某种特定利益或价值的危害性。这就是说,对那些直接侵害刑法保护的利益或价值的故意犯罪而言,故意所须认知的行为意义,就是行为对该种利益或价值的侵害性。例如,对故意伤害罪而言,故意的内涵就是损害他人身体健康;对放火罪而言,故意的内涵就是放火危害公共安全;对扰乱法庭秩序罪而言,故意的内涵就是干扰法庭审判。须指出的是,行为犯罪化的根据并不限于对某种利益或价值的直接侵害,有些行为被刑法犯罪化,只在于其具有损害某种现实利益或价值的可能性,因而其不法内涵并不包含对该种现实利益或价值的直接侵害。对这类故意犯罪而言,故意所须认知的行为性质,就只能从行为据以犯罪化的规范根据上去理解,而不要求对损害某种利益的可能性具有认识。例如,非法持有枪支罪实质的犯罪化根据是对公共安全的危险,但在立法上,这种危险只是作为立法理由的一种抽象推定,而非作为犯罪要素,因而非法持有枪支罪的故意就无须认定行为人对危害公共安全的认识,只要行为人认识到是未经允许持有枪支这一行为意义即可。此外,有些不法行为类型,就像诈骗罪、盗窃罪那样,其犯罪化根据还包含特定的行为方式,使得该种行为方式成为行为性质的界定因素,因此,其故意所须认知的行为性质就包含特定的危害方式。

如果借用“方法论的法益”^⑤概念,那么不妨将犯罪的故意所须认知的行为性质学术性地概括为“法益危害性”。这种方法论的法益是在刑法教义学意义上使用之,即作为刑法分则规范保护的特定利益或价值之代称,其功能是工具性的,既用以指代所谓侵害犯的立法所保护的某种现实的生活利益和价值,也用以指代某些刑法规范直接保护的观念性价值或制度性价值,如侮辱尸体罪立法所保护的尊重死者尊严的社会伦理,遗弃罪立法所保护的抚养家庭成员的责任,非法持有枪支罪立法所直接保护的关于枪支管制禁令的相关规范性内容。若从这种刑法教义学的方法论意义上界定法益,则每一种犯罪都危害特定的法益。从此种意义上讲,犯罪故意的实质内涵就是危害特定法益的故意。此乃界定作为故意对象的行为构成要素的核心根据:一个不知道是“他人财物”(行为对象)而拿走的行为人,当然不可能意识到侵害了他人财产利益,因而就不具有盗窃罪的故意;一个不知道自己是在禁渔区(行为地点)捕捞水产品的行为人,当然不可能认识到其行为侵害了国家保护的水产资源,因而就不具有非法捕捞水产品罪的故意;一个未意识到自己“拘禁”(行为手段)了他人的行为人,也就是没有认识到其行为侵害了他人的的人身自由,因而就不具有非法拘禁罪的故意。所有这些为故意所须认知的行为构成要素,皆归于行为的法益危害性这一行为意义。

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328页。

② 参见[德]汉斯·海因里希·耶赛克、[德]托马斯·魏根特:《德国刑法教科书》,徐久生译,中国法制出版社2001年版,第356页。

③ 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690~700页;梁根林:《刑法总论问题论要》,北京大学出版社2018年版,第299~310页。

④ 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317页。

⑤ 方法论的法益与现实论的法益是对法益的两种理解。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77~81页。

至于对危害结果的认知与法益危害性认识之间的关系,亦是如此。就结果犯而言,对危害结果的认知已经统一于法益危害性认识之中。例如,实施故意杀人行为的对杀人行为的法益危害性(侵害他人生命)的认知,就是对致人死亡这一结果的认知;如果行为人未意识到行为会致人死亡,那么就不能说行为人认识到自己的行为是杀人。因此,结果犯的结果并非独立于行为认知之外的故意的对象,而是行为认知的内容,即为行为的法益危害性认识所包含。但是,如果某种法定的结果并不能被不法行为的法益危害性所涵摄,那么就不属于犯罪故意的认知范畴。例如,丢失枪支不报罪中的“造成严重后果”,并不能被“不尽及时报告丢失枪支的义务”这一行为性质所涵摄,因而不属于该罪故意的认知范畴。

(二)违法性认识与法益危害性认识

如果说犯罪故意的认识因素在实质内涵上指向行为的法益危害这一社会意义的话,那么违法性认识与犯罪故意的关系就需要在其同法益危害性认识的关系中得以说明。

从立法层面上看,法益危害性这一法律上的行为意义评价,有两种不同的获取途径:一种是基于社会伦理评价的法律确认,另一种是不依赖于社会伦理评价的法律赋予。

在传统刑法学领域,罪责规范通常建立在社会共同体基本的社会伦理之上,人们对犯罪行为的社会意义(危害某种社会认可的利益或价值)的认知,植根于社会传统文化之中。刑法将该行为规定为犯罪,就是将已为社会观念认可的某种利益或价值提升为刑法上的法益,同时将该行为反价值的社会评价上升为法律的评价,即行为的法益危害性。在这种情况下,人们对行为的法益危害性认知并不依赖于对法律规定的知晓。例如侮辱罪,人们并不是基于法律的规定理解该行为的社会意义,而是因为人们都需要获得他人的尊重,并基于这种需要懂得任何人都不应冒犯他人的人格尊严,而法律正是基于这样的社会观念而将侮辱行为纳入禁止的范畴。就这类故意犯罪而言,人们对其法益危害性的认识既不是一定包含违法性认识,也不以违法性认识为必要,因此,其犯罪故意的认定无关违法性认识。

与传统社会不同,现代刑法中出现了大量的法定犯立法,其中有些罪刑规范保护的法益纯粹是基于社会的功利性政策而由立法者所确定的,因而缺乏社会伦理基础。这意味着此类犯罪的法益危害性是不以社会伦理观念为基础的法律赋予并依赖法律得以标记的。这使得人们对其社会意义的认识高度依赖于对法律的了解。只有经过较长的时间,这种由法律赋予的行为意义逐步变成一种普遍的社会观念,其与违法性认识的关联也随之弱化,就像人们知道自己不能逃避纳税义务一样。在这种情况下,如果行为人确实因为不知法而没有认识到自己行为的法益危害性,也就缺乏对行为构成的认知,从而排除犯罪的故意。例如,一个砍伐红豆杉的人并不知道红豆杉被纳入国家重点保护植物的范围,不知道自己是在采伐国家重点保护植物,因而缺乏对行为意义的认知,也就欠缺犯罪故意。在这里,犯罪故意的成立的确依赖行为人对相关法规要素的认知。但是,即使存在这种关联,也不意味着违法性认识是故意的要素。这里的关键问题是,要把故意所需的对规范性行为要素的认知与对抽象的违法性认识区别开来。

由于按照刑法学理论的基本常识,不法行为的构成要素包括描述性的事实要素和评价性的规范要素,因此,对犯罪的故意而言,“认识就意味着在感官上感觉到了描述性的构成行为情节,在思想上理解了规范性的构成行为情节”。^①从实质看,只要是对界定行为的法益危害性这一行为性质不可缺少的因素,包括罪状中包含法规评价的要素,皆属于故意的认知范畴,如果对其欠缺认识,那么就属于行为构成错误,排除故意。例如,如果行为人没有认识到其持有的是国家管制的“枪支”,那么就不可能认识其行为的法益危害性,也就不存在非法持有枪支的犯罪故意。同理,行为人没有认识到采伐的是“国家重点保护植物”,就意味着对其行为的法益危害性缺乏认知,也就不存在非法采伐国家重点保护植物罪的犯罪故意。在这里,故意所需的对行为构成中的法规要素的认识同违法性认识之间虽有联系,但不能混为一谈。从认知内容看,前者所要认识的是由法律确定的具体规范内涵;后者所认识的则是行为与法律之间的联系,即行为违法的抽象评价。以非法采伐国家重点保护植物罪为例,其故意所须认知的法规内容是:(1)采伐的植

^① [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。

物是“国家重点保护的植物”，(2)采伐未经授权(法条中“违反国家规定”的实际内涵)。犯罪的故意所须认知的正是这种规范要素，而非行为的违法性评价。这种认知内容的差异，意味着两者并不一定同时存在于行为人的认识中。譬如，行为人虽然认识到其损毁的是“国家保护的名胜古迹”，但是不一定认识到其损毁行为违反法律，因为在行为人看来，名胜古迹并不一定都通过法律提供保护，或者法律并未将所有的损毁行为都规定为违法行为。退一步讲，即使认为对法规范要素的认识总是伴随着违法性认识，但就犯罪的故意而言，也只需要认定行为人对具体的法规范要素的认识，而没有必要且不应当把抽象的违法性认识作为故意要素。

在此还有必要进一步说明刑法分则条文中“违反……规定”“违反……法规”“非法”之类的规定与犯罪故意所须认知的法规范要素之间的关系。从其意义上看，此类规定分3种类型。第一类包含不法行为构成的法规范要素，其特定的规范内涵属于故意的认知范畴。例如，非法采伐国家重点保护植物罪的“违反国家规定”，其实际所指的是采伐行为未经许可这一规范内涵，属于该犯罪的故意须认识的规范要素。第二类是对行为违法的抽象评价，不属于故意的认知范畴，其对犯罪的认定没有实际意义。例如，虚假广告罪的罪状中虽然有“违反国家规定”的表述，但对该罪的故意而言，只要广告主、广告经营者、广告发布者具有“利用广告对商品或者服务做虚假宣传”的故意就够了，而无须对“违反国家规定”有认识。妨害传染病防治罪中的“违反传染病防治法的规定”亦是如此，以其中“供水单位供应的饮用水不符合国家规定的卫生标准”为例，就犯罪故意的成立而言，只要行为人认识到其供应的饮用水不符合国家规定的卫生标准即可，而“违反传染病防治法的规定”对该犯罪行为的故意而言，并无意义。这也清晰地反映出故意所需的对不法行为的法规范要素的认识与对抽象的违法性认识之间的差异。第三类如非法拘禁罪中的“非法”那样，涉及正当化事由的排除，表达的是“除正当化事由外”之意。至于正当化事由的排除与违法性认识之间的关系将在下文予以说明。

(三)违法性认识与正当化事由认识

犯罪的故意还与对正当化事由的认识相关联。某人将一个举锤袭击自己的不法侵害人打伤，虽然其认识到自己在损害对方的人身健康，但其正当防卫的意图会否定犯罪的故意。即使该行为人的行为属于假想防卫，如其想象中的“不法侵害人”其实是举着一个充气塑料锤开玩笑地吓唬他，其“防卫”行为也会因为存在正当化事由错误，^①导致排除犯罪的故意。这意味着犯罪故意所须认知的法益危害性，是以“排除了正当理由”为预设的。因为如果行为人是在“有正当理由”的想象中行为，那么就意味着在其观念中损害的利益或价值在社会评价上是允许被牺牲的。这表明有“正当理由”的认识形成了对法益危害性认识的反向评价。由于正当化事由涉及法律的规范评价，因此仍不能将违法性认识纳入犯罪故意之中。

正当化事由得以成立的主观条件以及正当化事由错误，涉及的是对行为得以正当化的事实根据及其社会意义的认知，而不是行为是否合法的抽象评价。例如，基于权利人承诺(被害人承诺)的正当行为，行为人主观上只需要认识承诺得以成立的条件即可，如基于财产权利人承诺毁坏其财物的行为人，只要认识到该财物属于承诺人所有，且其承诺是真实自愿的即可，而无须对其行为是否合法有明确的认识。同理，正当防卫的行为人只要认识到自己是对正在侵害合法权益的侵害者实施防卫行为即可，即使其在防卫时存在可能违法的不安心理，也不会因此否定其成立正当防卫的主观条件。因此，行为人对正当化事由的认识错误不同于对违法性的认识错误。

这里需要把正当化事由错误与允许性界限错误^②(正当化根据的界限错误)区别开来，后者指的是行为人为其行为建立了一种并不存在的正当化基础，误将其在法律上未予正当化的行为理解为正当行为。在此种情形中，行为人错误认识的内容是其行为被法律允许的抽象评价，而没有排除其危害(客观上受刑法保护的)某种利益或价值的社会意义认识，因而属于违法性错误，不影响故意犯罪的成立。

^① 正当化事由错误又称允许性行为构成错误。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410页。

^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410页。

(四)“严格故意说”之批判

“严格故意说”将违法性认识混同于对行为构成的法规范要素认识,从而将违法性认识作为故意要素。这会遭遇不可逾越的理论及实践障碍。具体而言:

第一,把违法性认识作为故意要素,意味着只有行为人在行为时意识到行为违法,才能对其以故意犯罪论处。然而,正如有的学者所言,行为人在行为时往往不对其行为的违法性进行追问与思考,尤其是在临时起意的犯罪或激情犯的场所。^① 这就会将大量在行为时缺乏违法性意识的故意犯罪不恰当地排除在刑事责任范围之外。即使将判断时点从行为时往前推移,在诸如出卖自己的孩子、聚众淫乱、斡旋受贿、大义灭亲等案件中,行为人对其行为违法缺乏认识的情形并不鲜见。持“严格故意说”者对此多采取回避的态度,显然难言客观、严谨了。

第二,把违法性认识作为故意要素,意味着违法性认识成为故意犯罪认定中司法审查的普遍要求。这既不符合司法实际,也不具有现实可能性。因为缺乏违法性认识是一种极为常见的辩护理由,但要证明行为人在行为时存在违法性认识不具现实可能性。“假如被告人说:‘我不知道法律上规定这种行为为犯罪。’被告人的这句话是不需要再有另外的证据证明的,因为他本人就是证据。”^② 对此,一种常见的辩解是诉诸所谓“事实推定”,认为具备刑事责任能力的行为人对犯罪构成事实有认识但却不知道违法的事例极为罕见,“在刑事审判活动中,只要有证据证明行为人对犯罪事实有认识,即可在事实上推定行为人存在违法性认识”。^③ 然而,作如此辩解显然欠妥。首先,从行为人对事实的认识推定其有违法性认识,不具备经验证明的基础。在法律文献浩如烟海的当今社会,不要说普通公民,就是法学专家也会存在大量的法律盲区。其次,既然承认有可能出现对构成要件事实有认识但不知违法的情形,无论其是否极为罕见,就说明推定并不完全可靠。再次,如果遵从此种推定,那么就意味着司法人员只需要认定行为人对构成要件事实有认识即可,也就意味着将违法性认识作为故意要素并无现实意义。最后,事实推定不同于法律推定:后者是由立法者确立的转移证明责任的立法推定,司法机关无须承担证明责任;而事实推定是一种司法证明方法,这种方法是建立在一定事实基础上的推论(而非法律推定),须由控方承担证明责任,而非无须证明。如果将事实推定混同于无须证明的法律推定,那么就混淆了证明机制与推定机制的界限,从而破坏法治、损害无罪推定原则。^④

第三,法律作为一种客观秩序,其效力不应当受行为人主观认识所左右,但按照“严格故意说”之要求将会得出如下荒谬结论:行为人认为其行为违法,就是故意犯罪;行为人不认为其行为违法,就不是故意犯罪。这意味着,“在很大程度上,故意理论把刑法规范的有效性置于规范接受人的处置之中……受到惩罚的不再是立法者使用刑罚加以威胁的,而是个人认为应当被禁止的”。^⑤ 这样的结论将导致一种负面的刑事政策效果,即人们对法律的认识努力被抛弃了,并且未被人们认识的法律规范就在实践中变为无效了。^⑥

第四,对故意犯罪而言,一个对违法性无认识的行为人,在可谴责性程度上不见得比有违法性认识的行为人更轻。例如,根据《德国刑法》的规定:“一个从绝对无关紧要性出发而不关心法律的人,在其违章行为的案件中,是不应当判得比那种故意对此不予理会的人更轻的”。^⑦ “严格故意说”把违法性认识作为犯罪故意的要素,实际上就是把行为人对规则的不服从当作故意罪责的实质根据,偏离了当代责任理论的基本认识。

① 参见王莹:《论法律认识错误——德国禁止错误理论的变迁及其对我国犯罪构成理论改造的启示》,载陈兴良主编:《刑事法评论》第24卷,北京大学出版社2009年版,第225页。

② 储槐植:《美国刑法》,北京大学出版社1996年版,第96页。

③ 田宏杰:《违法性认识研究》,中国政法大学出版社1998年版,第54页。

④ 参见龙宗智:《推定的界限及适用》,《法学研究》2008年第1期;张云鹏:《论推定对刑事诉讼证明责任分配的影响》,《中国刑事法杂志》2006年第5期。

⑤ [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611页。

⑥ 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612页。

⑦ [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611页。

正因为“严格故意说”存在上述问题,所以后期的违法性认识理论把关注的焦点转移至违法性认识的可能性。

四、违法性认识可能性对犯罪评价的意义分析

“严格故意说”把违法性认识的可能性作为过失要素,“限制故意说”把违法性认识的可能性作为故意要素,而“罪责理论”把违法性认识的可能性作为责任要素。这些不同的学说可统称为“违法性认识可能性必要说”。但是,这些学说都不可接受。

(一)“违法性认识可能性必要说”的理论之弊

1.将违法性认识可能性作为过失要素的理论谬误

“严格故意说”把违法性认识可能性作为犯罪的过失要素,既脱离司法实际,又会导致将疏忽大意的过失排除在过失范围之外的错误结论。因为对行为人来说,违法性认识可能性的判断时点是行为时而非行为后,但就疏忽大意的过失行为而言,行为人对其行为违法的判断是以发生危害结果为前提的,因为行为人只有在危害结果发生后才可能意识到其行为的违法性,而在行为时根本不可能产生违法性认识。例如,对一个因专注射杀猎物而不幸射伤他人的猎人而言,只有当其意识到可能伤害他人的结果时,才有可能意识到行为的违法性;如果其缺乏对伤害他人这一结果的认识,那么就根本不可能产生对行为的违法性认识。这样,按照“严格故意说”的逻辑,疏忽大意的过失就不复存在。仅此一点,就足以说明这种学说不可接受。

2.将违法性认识可能性作为故意要素的理论谬误

“限制故意说”将违法性认识可能性而非违法性认识作为犯罪的故意要素,混淆了犯罪的故意与过失这一对基本范畴。众所周知,认识可能性是疏忽大意的过失要素,而故意需要的是认识,而非认识可能性。因此,如果从故意的角度看违法性认识,那么能作为其要素的只能是违法性认识本身,而不能是违法性认识可能性。无论如何,人们不会接受这样的观念:违法性的过失(能认识而没有认识)是犯罪的故意要素。因此,把违法性认识可能性作为故意的要素,已经违背人们界定故意的基本常识。这也是德国刑法学从“故意理论”最终转向“罪责理论”的原因所在。

3.将违法性认识可能性作为罪责要素的理论谬误

罪责理论将违法性认识及其可能性作为罪责要素,但罪责范畴也不能为违法性认识及其可能性提供解释空间。就过失犯罪而言,如同前述“严格故意说”把违法性认识可能性作为过失犯罪的过失要素所存在的问题一样,将违法性认识可能性作为罪责要素,也会得出疏忽大意的过失犯罪没有罪责的错误结论。因此,下文只重点分析违法性认识可能性对故意犯罪的罪责评价意义。

大陆法系国家三阶层犯罪论体系中的罪责是个极具争议的概念。按“规范责任论”这一主流的责任理论,罪责指向意志形成的可谴责性。然而,“可谴责性”的实质根据却成为理论难题,学术界因此形成多种主张,至今仍然处于相互竞争中,难有定论,以至于“把罪责看成对刑法没有用处的或者应当完全加以拒绝的批评并不罕见”。^① 其实,为三阶层犯罪论体系中的“罪责”寻找实质根据是一件无法完成的任务。

罪责评价不能脱离罪过心理。如果说罪责指向行为人主观的可谴责性的话,那么这种可谴责性实际上是多种评价因素的统一。其中,不法行为的故意或者过失乃是主观可谴责性的核心根据,没有这种故意或过失,就没有主观上的可谴责性可言。但是,这种故意或过失作为罪责根据还受到行为人的责任能力等其他因素的制约。这些制约因素在罪责评价中发生作用的机理和根据其实各不相同。责任能力是犯罪的故意和过失得以成立的基本前提;其中的辨认能力是主观罪过中认识因素的前提条件,而控制能力则是主观罪过中意志因素的前提条件。因此,责任能力作为罪责要素的根据,在于这种能力的欠缺将会否定犯罪的故意和过失。正是建立在责任能力基础上的犯罪的故意或者过失,构成可谴责性的判断根据。一般而

^① [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562~573页。

言,这种根据的具备意味着罪责条件的充足。但是,如果行为时存在不能合理期待行为人避免不法(期待不可能)的特殊情势,那么这种情势也应当对罪责评价发挥作用。不过,这类评价因素不同于责任能力,并不影响犯罪的故意和过失的成立,只是基于刑法的宽容精神和刑罚必要性的考量而被作为可能的免责事由,而免责的实质根据也需要分别考察,如德国刑法中“免责的紧急避险”作为免责的事由是基于对人性的关照以及对刑罚必要性的考量,而“期待不可能”作为过失领域排除罪责的根据则主要是鉴于人类理性能力的局限性。总之,作为犯罪成立条件的罪责根据需要从3个层面予以把握:作为罪过心理之前提条件的责任能力,在责任能力基础上形成的不法行为的故意或者过失,不能合理期待行为人避免不法的宽宥事由。只有全面把握这3个层面的根据及其相互关系,才能获得对罪责的正确认识。

上述简要分析为考察违法性认识可能性是否属于故意犯罪的罪责要素提供了框架。首先,从罪过心理要素看,前述已经表明,违法性认识可能性并非故意犯罪的故意要素。其次,从故意心理得以形成的前提条件看,虽然有些犯罪的不法构成包含法规范要素,而行为人对这种规范要素的认识通常以违法性认识为前提,但这并不意味着违法性认识如同责任能力那样,是承担故意罪责的责任根据。因为犯罪故意与责任能力不可分离,任何时候都不能无视责任能力而认定犯罪故意;而行为构成的法规范要素虽然可能依赖于对相关法律的了解得以认知,但这种认知可以脱离违法性认识而独立评价,因而只要认定行为人对行为构成的法规范要素有认识就已足够。如果已经认定存在这种认知后再去考察有无违法性认识可能性,那么无异于画蛇添足。例如非法持有枪支罪,只要行为人认识到未经允许持有国家管制的枪支且没有正当化事由,就具备该罪的故意,而绝无再考察行为人是否存在违法性认识可能性之必要。最后,从作为免责事由的角度看,一旦认定行为人的行为成立故意,也就不存在将违法性认识可能性欠缺作为可宽宥的免责事由之余地。例如,对一个猎杀东北虎的猎人而言,如果其知道东北虎属于国家保护的珍贵动物,并且不存在正当化事由,那么就具备非法猎捕珍贵野生动物的不法行为故意并因此而具有罪责,而不存在将欠缺违法性认识可能性作为免责事由之余地。如果其因世居深山而不知道东北虎是国家保护的珍贵动物,那么就意味着其欠缺非法猎捕珍贵野生动物的犯罪故意(行为构成错误),并因此而直接否定行为的犯罪性质。

总之,我们既不能从三阶层犯罪论体系中的罪责概念符合逻辑地演绎出违法性认识的可能性,也不能从罪责评价的功能上发现将违法性认识可能性作为罪责要素的实际意义。相反,把违法性认识可能性作为犯罪要素,还会导致从理论上否定疏忽大意过失犯罪的错误结论。

(二)“违法性认识可能性必要说”的实践之困

把违法性认识可能性作为犯罪要素,意味着违法性认识可能性将成为司法审查的普遍要求。这不仅背离司法常识,而且还会陷司法于困境。因为违法性认识可能性之判断,并不具有经验证明上的有效性。例如,对同患有精神病的妇女发生性关系的行为人,司法者该如何判断其具有违法性认识可能性呢?从主观罪责个别化判断的角度看,这几乎是不可能证明的。如果缺乏经验证明的可靠性,那么“就必须根据‘罪疑有利被告’的原则,总是导致宣告无罪”。^①

为了避免出现这种局面,违法性认识可能性之判断被导向了行为人对自己行为的违法性审查义务上,就像德国联邦最高法院曾经主张的那样,每个人都应当在行为之前审查其行为的合法性。然而,这是违背生活逻辑的不现实要求。“如果每个自然人在自己的措施之前都必须进行法律性思考,那么,社会生活就一定会停顿下来。”^②不仅如此,这种要求意味着在任何情况下行为人都缺乏违法性认识可能性,从而也就取消了违法性认识可能性审查的实践意义。

鉴此,有学者提出了一种相对缓和的违法性审查的义务要求:只有当行为人对行为的违法性存在查明真相的“机会”时才具有违法性审查的义务。这种“机会”包括3种情况:“当行为人自己本能地或者通过

① [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563页。

② [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。

第三人的提示、通过自己的思考或者阅读专业刊物而产生怀疑时;当行为人虽然怀疑,但是仍然知道,自己是处于一个由法律详细和特殊地规定的领域中活动时;以及当行为人知道,自己的举止行为会给个人或者公众带来损害的时候。”^①一言以蔽之,当行为人对其行为可能违法有怀疑或者认识到其行为的危害性时,就确立了违法性认识可能性基础。但是,这一观点也不成立。

首先,违法性认识可能性与避免违法的审查义务是两个不同的问题,不能用对后者的判断替代对前者的判断;避免违法是每个公民的义务,但并非每个人在每种情况下都具有违法性认识可能性。其次,这一观点并没有解决违法性认识可能性的判断难题,只是把难题转移到3种“机会”的判断上,但所谓“机会”仍然是一个难以用经验证明的问题。例如,如何证明行为人本能地或者通过思考对自己的行为产生怀疑?最后,通过对所谓“机会”的证明来替代对违法性认识可能性的证明已经偏离问题的本质,或者说,即使存在查明违法性真相的“机会”,也不能说明行为人具有违法性认识可能性。假如同患精神病的妇女发生性关系的行为人辩称,知道自己的行为不道德,但不知道也不可能知道其行为是违法的,其甚至在行为前去查阅了相关法律的规定,没有发现哪个法条明文规定同患精神病的妇女发生性关系是违法的;至于其行为在法律解释上被当作强奸罪,则更是其难以知晓的,因为其只是一个初识文字的农民,而不是法律专家。面对这样的辩解,对违法性认识可能性的判断就不会得出一个令人信服的结论。

总之,无论是将违法性认识可能性作为故意或过失要素,还是将其作为罪责要素,都完全脱离司法实际,因而都不可行。

五、对相关问题的进一步澄清

(一)违法性错误与法律认识错误的关系辨析

传统刑法学理论关于法律认识错误与事实认识错误的划分,在德国已经被违法性错误与行为构成错误的划分所取代。^②为避免混淆违法性错误与行为构成错误,有必要对两者的关系予以说明。

违法性错误单指违法性认识的欠缺,因而不同于传统刑法学上的法律认识错误。后者是一个含义更宽泛的概念,既包括违法性认识的欠缺,也包括对行为违反何种法律的认识错误,还包括对不法行为构成中法规范要素的认识错误。在这3种法律认识错误中,第一种属于违法性错误;第二种错误不影响定罪,刑法学理论可以忽略之;第三种错误虽然涉及法规范内容,但实属行为构成错误的范畴,应当与违法性错误区别开来。

对此,国内学界是存在模糊认识的。例如,有人基于法律认识错误与事实认识错误的划分,将法规范要素的认识欠缺当作违法性错误看待,并据此将违法性认识及其可能性纳入罪责范畴。^③如此混淆违法性错误与行为构成错误的认识,在国内学术文献中并不鲜见。

这一问题也存在于对英、美等国刑法学理论中所谓“法律错误”的理解上。例如,某人强行同其认为的“妻子”发生性行为,但实际上他们的结婚仪式在法律上无效,因此其行为违反普通法中“禁止未经同意和除自己妻子之外女性发生性行为”的规定。此类情形,在美国刑法上是被作为可排除犯罪心理要件的法律错误看待的。^④但是,这样的法律错误实际上是行为构成错误而非违法性错误。因此,英、美等国刑法上的法律错误与大陆法系国家刑法上的违法性错误不能相提并论。这是国内学者在讨论英、美等国刑法上的相关问题时需要细察的。

(二)“社会危害性认识必要说”之批判

国内学界在讨论违法性认识的刑法意义时,往往会涉及违法性认识与社会危害性认识的关系问题。

① [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626页。

② 参见[德]汉斯·海因里希·耶赛克、[德]托马斯·魏根特:《德国刑法教科书》,徐久生译,中国法制出版社2001年版,第368页。

③ 参见屈学武:《中国刑法上的免责机制反思——从违法性认识错误切入》,《法治研究》2018年第1期。

④ 参见[美]约书亚·德雷斯勒:《美国刑法精解》,王秀梅等译,北京大学出版社2009年版,第159~160页。

从基本立场看,可大致归纳为如下几种学说:一是否定社会危害性认识必要性的“违法性认识必要说”,^①二是否定违法性认识必要性的“社会危害性认识必要说”,^②三是“违法性认识与社会危害性认识择一说”(犯罪故意只需具备其中之一),^③四是主张“违法性认识只在影响社会危害性认识时才有意义的社会危害性认识必要说”,^④五是社会危害性认识归属故意而违法性认识可能性归属责任的“两分说”,^⑤六是“违法性认识与社会危害性认识相统一的违法性认识必要说”。^⑥这表明,社会危害性认识对犯罪故意的意义,是本文不能绕开的话题。

所谓社会危害性,是一种抽象的社会意义评价。离开法定的具体标准,某种行为是否具有社会危害性就可能是一个见仁见智的主观评价问题。“社会危害性认识必要说”得以立论的一个重要根据,是1997年《刑法》第14条中“明知自己的行为会发生危害社会的结果”这一立法用语。但是,这种观点试图借此将故意内容的法定性作为立论的依据时,并不是从犯罪行为危害特定法益的意义上理解法条中“危害社会”的故意,而恰恰是将抽象意义上的社会危害性纳入故意的认知中,从而将故意的认识内容设定为两部分:一是与行为有关的事实的认识,二是行为人对社会有害性的认识。^⑦殊不知,这种观点在以故意内容的法定性立论时,恰恰是借助抽象的社会危害性概念将犯罪故意的内涵导向超法律的领域——一个由行为人主观评价决定的社会危害性判断,即“行为人根据社会生活中的‘常识、常理、常情’所作出的是非善恶的判断”,^⑧直白地说,就是由行为人在法律之外进行判断。

果真如此,犯罪故意的认识内容就不是取决于法律,而是取决于行为人对自己行为的评价。在这里,“社会危害性认识必要说”的错误就昭然若揭。如果一个人坚信自己参与聚众淫乱的行为并不危害社会,那么按照“社会危害性认识必要说”就会欠缺犯罪故意。同理,一个人坚信老虎对人类社会毫无意义,因而认为其猎捕老虎的行为并无对社会的有害性,也欠缺犯罪故意。或许我们可以借助“常识、常理、常情”进行社会危害性认识的“事实推定”来为“社会危害性认识必要说”解困,但我们无法否定“确信犯”的真实存在。对一个“确信犯”而言,推论代替不了其自身的认识。并且,如果我们无视行为人自身的认识,将所谓“事实推定”普遍化、绝对化,那么就意味着社会危害性认识作为故意的内容没有实际意义。

与上述抽象意义的社会危害性认识不同,笔者主张的犯罪故意的实质内涵,是指向具体行为的被法律化了的社会意义,有其特定的意义(危害特定的利益或价值)。这种意义是基于社会评价的赋予并被法律化的,而非行为人个人的价值赋予。对故意行为来说,行为人对这种社会意义只有认识与否的问题,而不存在对这种社会意义的善恶判断问题。换言之,只要行为人对社会赋予其行为的意义有认识,就是理解其行为性质。因此,一个猎捕珍贵野生动物的行为人,只要其认识到自己是在猎捕国家保护的动物,就是理解自己行为的社会意义,并因此具有不法行为的故意。至于在其认识中,这种猎捕珍贵动物的行为是否真的具有社会危害性,则不是故意的认知内容。

由于在犯罪化的立法过程中,行为的社会意义作为犯罪化评价根据被赋予了法律的意义,这就意味着犯罪故意的实质内涵实际上指向了行为的法律性质——作为法律评价根据的法益危害性,因此,对我国刑法中的“危害社会”之用语只能在具体的法益危害的意义上理解之。

责任编辑 田国宝

① 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》(西北政法学院学报)1997年第3期。

② 参见薛瑞麟:《犯罪故意的明知内容:社会危害性认识还是违法性认识》,《西藏大学学报》(社会科学版)2014年第2期。

③ 参见童伟华:《违法性认识新论》,《华侨大学学报》(哲学社会科学版)2003年第3期。

④ 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。

⑤ 参见张玲玲、裴兆斌、胡宏涛:《违法性认识论》,《南京社会科学》2018年第2期。

⑥ 参见陈兴良:《违法性认识研究》,《中国法学》2005年第4期。

⑦ 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。

⑧ 薛瑞麟:《犯罪故意的明知内容:社会危害性认识还是违法性认识》,《西藏大学学报》(社会科学版)2014年第2期。