

【法学研究】

违法性认识错误理论的反思与革新

马松建 孙靖珈

摘要:犯罪行为与社会基本伦理之间的对立有时比较模糊,“法律认识错误不免责”引起的罪责刑不相适应问题以及更深层次的责任主义与一般预防之间的矛盾不容忽视。关于违法性认识的学说代表不同的法系特征和法益保护倾向。在我国四要件犯罪构成体系中定位违法性认识要面对诸多矛盾,对该问题的讨论很容易陷入“革新犯罪构成”的死胡同,违法性认识错误则被忽视。对违法性认识错误进行解构,方能创设可行、高效的矛盾解决方案。

关键词:违法性认识错误;犯罪构成;责任主义;刑事政策

中图分类号:D924.1

文献标识码:A

文章编号:1003-0751(2020)04-0063-05

2015年发生的“大学生掏鸟案”引起媒体和公众热议,议论焦点是立法不明、立法严苛带来罪责不均衡问题。该案中犯罪嫌疑人闫某自述“只知道行为是违法,但不知道后果有多严重”,辩护律师提出了事实认识错误(掏的是喜鹊窝)和违法性认识错误(经查是无危动物)的问题,法官依据闫某的网络聊天记录及贩卖方式等证据,没有采纳辩护意见。^①类似的案例还有很多,如2016年发生的“天津大妈摆气枪射击摊案”中行为人的违法性认识问题被舆论忽略。为何看似主要存在违法性认识问题的案件被聚焦在罪责刑不均衡问题上?违法性认识问题与罪刑法定原则有怎样的联系?处罚无违法性认识者极不合理,完全坚持责任主义又会轻纵犯罪,责任主义与刑事政策之间的冲突该如何调节?违法性认识是包含在故意之中,还是与故意并列归属于责任的其他要素?如果违法性认识属于责任的其他要素,则其对责任的影响存在有或无两种结果还是多个幅度的结果?这些问题,是本文试图回答的。

一、问题的提出

违法性认识错误引起的矛盾往往被过度简化为

证明问题,但实际上,由于违法性认识本身缺乏足够的理论支撑,导致其在进入证明阶段之前就被搁置在责任认定之外。合理裁断违法性认识的关键在于发现隐藏在现实矛盾之后的理论根源,从而明确违法性认识在犯罪构成中的应有定位。唯有如此,才能解决违法性认识错误在实践中的证明问题。

1. 责任主义与一般预防之间的矛盾

在责任主义立场下,违法性认识错误当然地阻却责任,无论这种错误来源于权威机构还是律师,其都阻却犯意的产生,意味着行为人不具备可谴责性。只有将不知法的风险分配到个人身上,才能更好地实现一般预防的目的。“使问题复杂化的恰恰是,在分配不知法的风险时,责任主义原则并没有被贯彻到底。”^②在“不知法不免责”的基础上,责任主义在违法性认识方面没有被提及的必要。也正是在这种风险分配方式下,使个人完全承担不知法的风险,这样要求过于苛刻。在此情形下,产生了责任主义与一般预防之间的冲突。责任主义是报应刑的产物,这一点排斥了其与一般预防在同一问题上合理共存。责任主义与一般预防似乎是不可共生的两个原则,在处理违法性认识问题上究竟应该怎样调和

收稿日期:2020-01-23

作者简介:马松建,男,郑州大学法学院副院长、教授,博士生导师,法学博士(郑州 450001)。

孙靖珈,男,郑州大学法学院博士研究生(郑州 450001)。

两者的关系?事实上,在违法性认识理论中两者的碰撞是完全可以避免的。

责任主义原则产生伊始是为了防止完全依据客观行为和结果进行责任裁断,后来出现了“恶意”“故意”“过失”等概念。德国学者迈耶提出的规范责任论认为,“即使存在责任能力、故意、过失,如果不存在事实合法行为的期待可能性等规范因素,就不能非难行为人”^③。责任主义原则可以在责任认定时解决责任有无的问题,排斥完全客观责任的产生,但在量刑阶段却不具备足够的韧性以满足罪责刑相适应的要求。“责任主义原则只是为责任提供了必要的理念,但是,我们要寄希望于这种理念的确定就可以确定最终的宣告刑,则犯下了最常识性的错误,因为量刑涉及责任刑和预防刑,司法实践中需要突破责任刑的情况非常常见。”^④违法性认识不仅涉及责任有无的问题,还涉及责任大小的问题。一方面,责任主义原则下行为人意志自由为违法性认识错误阻却责任提供了合理依据,也为处罚有违法性认识的行为人提供了正当依据。另一方面,除了责任的有无,违法性认识的程度及其产生原因也对责任的大小产生影响,这为一般预防提供了存在空间。为实现一般预防目的,违法性认识可以在责任认定后对宣告刑的确定产生一定影响,通过责任要素细化使最终的刑罚更接近罪责刑相适应的要求。问题在于,在责任确定之后,如何依据一般预防对责任进行合理分配?我国现行刑法中的刑罚结构是否足以将责任合理分配?答案是不容乐观的。犯罪化是近年来刑罚改革的主要趋势,但刑罚结构的调整却跟不上犯罪化的步伐。“以《刑法修正案(九)》为例,共增设罪名 20 个,同时通过增设行为主体、对象、方式等方法扩充了旧罪的适用范围。但是我国刑罚体系中的五种主刑和三种附加刑在实际运作中,存在着结构性缺陷,死刑过重,生刑过轻,轻重悬殊,极大地限制刑罚功能的发挥。”^⑤同时,劳动教养制度的废除使治安处罚与刑罚之间失去了缓冲地带,大量主要针对人身危险性的罪名被规定到刑法中,加剧了刑罚的结构性矛盾。正因为此,责任的分配更应从责任要素本身寻找答案。

违法性认识理论具备足够大的空间使责任主义与一般预防在其中调和,但要错开责任确定和责任分配的层次,避免产生矛盾。不能完全站在责任主义立场,以致大量无法查明违法性认识的犯罪行为

逃脱制裁,也使行为人在对自己行为的合法性产生疑问时急于咨询或确认自己行为的合法性。同时,一般预防不能忽视报应刑对行为人可谴责性的要求,不能忽视违法性认识对行为人可谴责性的影响。

2. 罪责刑不均衡问题

我国 1997 年《刑法》实施以来,刑事立法取得长足进步,立法方式更加科学化,立法内容更加丰富,刑罚改革不断跟进。立法机关为解决“轻刑过重,重刑过重”等问题,通过出台刑法修正案等立法活动,提高了死刑适用门槛,废除了 22 种罪名的死刑,建立了终身监禁制度,完善了社区矫正制度,优化了轻刑的执行。与此同时,由于罪名的增设、入罪门槛的降低、犯罪行为方式的增加等原因,犯罪圈覆盖的领域迅速扩张,仅增设罪名就多达 56 个且集中于经济、金融等领域的行政犯罪。因行为人缺乏违法性认识而引起的关于罪责刑不均衡的争论频繁见诸报端,与犯罪圈扩大、行政犯增多存在某种联系。

笔者以 2009 年以来以行为人缺乏违法性认识为辩护理由的 314 个刑事案件的判决书和裁定书为样本进行统计发现,2013 年以来该类案件数量急剧增加且集中在经济较为发达、金融市场较为开放繁荣的浙江、广州、江苏、上海、北京等地,这些地方该类案件占全部案件的近半数。值得注意的是,2013 年全国人大常委会通过了《关于废止有关劳动教养法律规定的决定》,2014 年该类案件从 4 件激增至 37 件。随后,我国《刑法》通过降低入罪门槛等方式将一些社会危害性轻微的行为纳入罪名体系,但与此相对应的刑罚体系改革却没有到位。“劳动教养制度废除前,我国采用的是刑罚、治安管理处罚和劳动教养的三级制裁体制。刑罚和治安管理处罚主要是针对客观行为及行为的客观危害性;劳动教养主要是针对行为人的 人身危险性。劳动教养就是介于刑罚与治安管理处罚的中间地带,形成了轻重有序的有机制裁体制。”^⑥劳动教养制度废除后,原属该制度规制的行为类型向刑罚和治安管理处罚分流,在分流过程中行为本身的可谴责性与刑罚体系不相适应。这些行为多具备行为人对违法性认识模糊的特性,这是当前违法性认识问题引起刑事司法实务部门和刑法理论界关注的原因。除了刑罚体系改革,罪责刑不相适应问题的解决方式也要更多地关注责任要素对行为人可谴责性的影响。

以样本案件发生地为要素进行分析发现,行为

人违法性认识错误的发生频次与金融经济发展速度、所在地区与外界的交互程度有密切联系。特别是金融领域风险的大量存在使很多行为游走在罪与非罪的边缘,行业默许规则与地方特殊行政管理方式使违法性认识更难判断。在有些情况下,行政管理措施与刑法规定相交织使违法与犯罪的界限并不明确,金融经济发展所要求的自由度和参与度使刑法以“莽撞”的形象介入该领域,由此产生诸多为人诟病的结果(包括罪责刑不均衡)。违法性认识的风险不能完全由个人承担,这一点必须予以重视。

二、违法性认识错误的理论分析

由于违法性认识错误属于行为人的主观意识,所以相当多的观点认为,如果要求确认行为是否构成犯罪时考虑是否存在违法性认识错误,司法实践中就根本无法操作,犯罪人也可以以不知法为由逃脱罪责。但是,事实认识错误同样具有主观性,为何没有因此产生“不知事实者不免责”的现象?因为事实认识错误在犯罪构成中具有毋庸置疑的定位,使其对犯罪是否成立合乎逻辑地产生影响,忽略事实认识错误就会直面客观归罪问题;违法性认识错误则不同,由于内容的复杂性,它所带来的后果不仅是责任的有无,还有责任的大小。在大陆法系国家,违法性认识错误多被放在主观构成要件中的“故意”下进行研究,但尚无统一的理论,各种学说差别很大,大概可以归纳为以下四种。

1. 违法性认识不要说

根据该学说,对于行政犯来说,行为人主观上没有强烈的反社会伦理性,其行为的刑法评价与道德评价并不相同。日本学者美浓部达吉认为:对行政犯处罚是由于其违犯法律或命令以及禁止令,而行为自身不涉及社会的好恶性。^⑦因此,从行为人对社会伦理道德或共同价值观念的违反中并不易作出违法性认识的判断。同时,现实中随着行政犯罪多发,不仅不知法的可能性增多,不知法的原因也不再仅仅源于行为人的过错,还可能是有权机关的错误解释、行政法规的变更等,因此,不知法并不绝对代表着行为人对法秩序的轻视。证明违法性认识面临困难不能成为犯罪成立的主要原因。主观构成要件与事实性错误的证明也具有困难性,却并不影响其阻却犯罪的成立。违法性认识不要说主要源于知法推定思想,而后者已经失去了生存的土壤。

2. 严格故意说

该学说完全站在了违法性认识不要说的对立面。我国台湾地区学者韩忠漠认为:“行为人除对该当于刑法上犯罪类型之事实有所认识外,犹须认识行为之违法性,亦即知其所为之无价值而有违法之感,斯为必要。依过去流行见解,以为故意之构成,只需认识客观犯罪事实,即为已足,毋庸认识行为之违法。然故意责任具高度非难性,自须行为人有违反法律之一般认识,或至少知其所为缺乏法律上正当性,始足当之。反之,若行为人不知其行为系法所不许,且不可得而知之,是即无违反法律秩序之意识,尚难谓有犯罪故意。”^⑧该观点对成立故意的条件要求过于严苛,依照该要求,因行为人自身过错而产生违法性认识错误的犯罪行为没有处罚依据。依照严格故意说,当我国刑法中对某种过失行为没有相应的处罚措施时,会产生明显的可罚性漏洞。坚持该学说,会在不知法律不免责的传统思想之外产生另一个极端的不知法律者无罪的思想。

3. 区分说和限制故意说

这两种学说都是意在缓和矛盾的折中观点。区分说指出了行政犯罪较之自然犯罪的特殊性,认为行政犯罪本身并不具有反社会性,其行为无价值的判定源于国家法律规定,行政犯罪领域故意的成立要求行为人对其行为的违法性有确定的认识。这其实就是一种严格故意说,同样存在严格故意说的缺陷。限制故意说认为:“要进行责任的非难的话,行为者自己意识到他所打算去实施的行为违反刑法规范(违法性)这一点即使不是必要的,也至少应该是可能的。在此意义上,只要没有违法性意识的可能性,作为规范的报应的责任的非难就不能施加于行为者了。”^⑨该学说主张从人格态度的反规范性中寻找故意责任的本质,为行为人主观原因(对法秩序的轻视等)造成违法性认识错误的犯罪行为提供处罚依据。该学说带来了另一个问题,即行为人最终确实产生了违法性认识错误,但其在行为时并没有形成使行为停止的动机,因而反规范性并不明显,这种情况下认定行为人对行为具有故意是不公平的。

在很多学者的罪过分析模式中,故意与过失是完全对立的关系:同一行为的罪过形式不会包括故意与过失两种;行为人的罪过形式只能表现为故意或过失,没有缓冲空间。违法性认识则有多种表现形式,这使其在故意中不能以原貌存在,只能被限定

或压缩。以“非法猎捕珍贵、濒危野生动物罪”为例,行为人的违法性认识错误可能出现多种形态。比如,行为人认识到捕猎相关动物违犯行政法规但没有认识到违犯刑法,此时按照违法性认识不要说,会将行政违法性与刑事违法性的可谴责性混同;按照严格故意说或区分说,会完全否认行政违法性认识的可谴责性。再如,虽然行为人没有认识到捕猎行为的违法性,但其急于求证行为的合法性,此时违法性认识处于一个看似尴尬的地位。故意概念需要牢牢扎根于本体论,却在规范论思想的引导下脱离事实本体,特别是“对于大量的法定犯来说,刑法对构成要件的描述与法价值判断的联系过于微弱,仅凭它尚不足以为推定行为的法律属性提供充分的基础,只有结合相关的禁止性或命令性的行政法规范,才能使人们认识到行为的违法性”^⑩。从违法性认识不要说到严格故意说,意味着“知法推定”在犯罪化中作用的削减;区分说和限制故意说使责任主义与一般预防之间的矛盾有所缓和。违法性认识错误无法与事实错误一样应然地产生责任阻却的效果,其应当产生多幅度的法律效果。

在我国一元化的立法模式下,行政犯大量出现使得行刑交叉问题更加突出,给司法实践中的罪过认定造成混乱。违法性认识理论应解决由此带来的罪刑不均衡问题,而不是在混乱中强行确定自己的地位。因此,应当始终肯定违法性认识在故意中的定位,同时设法在现有的罪过分析模式中避免扰乱犯罪故意成立的本来逻辑,从而发挥违法性认识理论的价值和意义,使学界对责任主义与一般预防之争服务于刑法的改革与优化。

三、违法性认识错误的概念解构

实践中司法机关能够采纳的错误类抗辩事由大多是事实认识错误,对于违法性认识错误则以“不阻却故意的成立”“不影响犯罪的构成”“不能因此免责”等理由不予采纳,因为违法性认识错误的定位模糊,司法实践中缺乏可操作的方案。为解决这一问题,发挥违法性认识理论的作用,应当重点考虑两个路径:从内容上明确并完善违法性认识理论,解决违法性认识的证明难题。两者应当是相辅相成的。无论怎样完整、明确的证据都需要运行在一个合理的制度框架内,对违法性认识的判断应当坚持个别与一般相结合、主观与客观相结合的原则。可

以将违法性认识错误分为两种类型、三种情况,为相关责任判定提供平缓的幅度。

1.完整的违法性认识错误

完整的违法性认识错误包括两种情况:一种是行为人没有对行为的合法性产生任何怀疑,也没有机会检验自己的行为是否具有违法性;另一种是行为人由于客观原因导致违法性认识错误,其对法秩序的违反并没有恶意。对于完整的违法性认识错误,应当认定其阻却故意的成立。第一种情况下行为人对行为的合法性没有任何怀疑,因而不会试图去查询自己的行为是否违法。这种情况大多是由于信息闭塞,行为人认识能力欠缺造成的。行为人对法秩序没有任何敌对性,应当以违法性认识错误为由认定其不存在犯罪故意。另一种情况下行为人违法性认识错误的产生是客观原因所致,在我国主要有两种情形:一是行为人所信赖的法律已经失效或修改,其在短时间内未能了解新的规定;二是行为人违法性认识错误的产生是由于对有权机关的合理信赖。对于行政犯来说,其首先违反的是行政法规所规定的行政秩序,而有权机关通常负责维护行政秩序,行为人对有权机关的信赖值得保护,基于这种信赖的违法性认识错误不会产生违法性认识的可能性,也没有对法秩序的敌对性,应当作为阻却故意成立的抗辩事由。

2.有瑕疵的违法性认识错误

行为人对行为的合法性产生疑问,因急于查明行为是否合法而阻却了违法性认识的形成,此即有瑕疵的违法性认识错误。有瑕疵的违法性认识错误意味着违法性认识的可能性一直存在,这种认识错误带有对法秩序的轻视,值得予以非难。但是,由于违法性认识错误确实存在,所以对行为人应从轻或减轻处罚,从轻或减轻处罚的幅度应当以行为人对法秩序的态度为标准。对于这种态度的判断,应当采取个体化的标准。有瑕疵的违法性认识错误所表现出的对法秩序的轻视程度受个人的认知能力、文化水平等因素影响,从责任主义立场出发,需要明确行为人由于特殊原因与一般人的行为标准存在差异。当犯罪行为属于专业领域时,是否应当以行业的一般要求为标准认定行为人对法秩序的轻视程度?对此,有学者认为,“法定犯、行政犯的构成,客观上只能是那些自己的生活与该种行为有较多联系的行为人才有可能。例如,偷税罪、抗税罪的行为人

一般多与工商、税务机关打交道;侵犯著作权犯罪的行为人一般只能是从事文化、出版工作或与之联系密切的人”^⑩。行政犯罪的相关规章制度繁杂,不容易被一般人所熟知,但从事相关职业的行为人是义务知晓的,应当按照行业内部的一般标准来判断该行为人的主观认识。在该行为人确实存在法律认识错误的情况下,由于其工作环境与其犯罪行为之间的关联度较高,所以其对法秩序的轻视程度自然要高于一般人,对其从轻、减轻处罚的幅度也应减小。“在特殊的社会领域中设立专门性规范,能够有利于以一种典型的方式降低可能升高的风险,使得人们能够在这些领域中行动。如果进入了这些领域,从事相应的工作,就必须具备相应的了解并遵守相关规范的能力。”^⑪在这种制度下,只有完整的违法性认识错误才能阻却故意的成立。有瑕疵的违法性认识错误因行为人对违法性认识错误的产生有过错,故存在可罚性,其虽然不能阻却故意的成立,但可以作为减轻刑事责任的情节。

四、结语

违法性认识对行政犯罪责任的影响已得到普遍承认。区分说肯定违法性认识作为行政犯罪中故意的成立要件,同理,因为行政犯相对于自然犯的反社会伦理性较为模糊,在对其他犯罪事实认识正确的情况下并不能以此推定行为人具有违法性认识。随着刑法规制性的加强及刑事政策的广泛应用,刑法的功能趋向于管理和稳定社会秩序,将知法的全部施加给公民是极其苛刻的。行政犯一旦涉及经济、行政等领域,公众就会表现出对“法律认识错误不免责”理论的强烈抵触,同时对司法人员在处理

相关案件中采取的“法律认识错误不免责”做法产生疑问。解决这一问题既要明确违法性认识的含义,夯实司法实践的理论根基;也要重视相关制度构建,使公众信服司法。故意概念中应然地包含违法性认识,这是刑法理论完善过程中不可回避的事实。只有肯定违法性认识在故意中的定位,才能正确对待违法性认识的内容,从而在司法实践中科学运用相关理论。刑法学中的概念应当在使用过程中不断完善,我们不能固守某一学说,相关学说也应当作出符合时代价值的实质性判断。关于违法性认识,最亟待解决的并不是证明问题,而是其内容和轮廓的理论完善问题。违法性认识的证明应当吸取有利于发挥其价值的理论精华,摒弃无实际意义的杂音,真正体现其内涵和功能。

注释

- ①参见毛玲玲、崔志伟:《“掏鸟案”:对不知法者不能一概而论》,《法制日报》2016年12月15日。②劳东燕:《责任主义与违法性认识问题》,《中国法学》2008年第3期。③参见冯军:《刑事责任论》,法律出版社,1996年,第5页。④姜涛:《责任主义与量刑规则:量刑原理的双重体系建构》,《政治与法律》2014年第3期。⑤陈兴良:《宽严相济刑事政策研究》,中国人民大学出版社,2007年,第14页。⑥陈超:《劳教制度废除后的刑法结构调整及程序建构》,《人民法院报》2014年2月17日。⑦参见金泽刚、黄明儒:《日本有关行政犯性质的学说及其评析》,《政治与法律》2004年第6期。⑧韩忠漠:《刑法原理》,中国政法大学出版社,2002年,第143页。⑨[日]野村稔、全理其:《刑法总论》,何力译,法律出版社,2001年,第303页。⑩陈璇:《责任原则、预防政策与违法性认识》,《清华法学》2018年第5期。⑪贾宇:《论违法性认识应该成为犯罪故意的必备要件》,《法律科学》1997年第3期。⑫车浩:《法定犯时代的违法性认识错误》,《清华法学》2015年第4期。

责任编辑:林 墨

Reflection and Innovation on the Theory of Errors in Cognition of Illegality

Ma Songjian Sun Jingjia

Abstract: The contradiction between criminal behavior and social basic ethics is sometimes vague. The problem of incommensurability of criminal responsibility and punishment caused by "The error of illegal cognition is not exempt from liability" and the contradiction between the deeper sense of responsibility and general prevention cannot be ignored. The theory of illegal cognition represents different characteristics of legal system and protection tendency. In the system of four elements of crime constitution in our country, we face more contradictions in defining the illegal cognition. The discussion of this problem is easy to fall into a dead end of "innovating the constitution of crime", and the error of illegal cognition is ignored. Only by deconstructing error of illegal cognition can we create a practical, scientific and efficient solution to the contradiction.

Key words: error of illegal cognition; constitution of crime; responsibility doctrine; criminal policy