

违法性认识错误的不可避免性及其认定

孙国祥*

摘要 基于现代刑法的责任主义原则,域外刑法理论和刑事立法逐渐肯定违法性认识错误对罪责的影响,承认在违法性认识错误不可避免的场所,不知法律可以成为罪责的阻却事由。违法性认识错误的不可避免性成为理论研究的核心。受“不知法律不免罪”的传统原则影响,无论是刑法规定还是刑事司法,各国对违法性认识不可避免性的把握仍十分严苛,几成一种罕见的例外。应当承认,现代刑法规范越来越复杂,公民对法规范的认识也越来越困难。因此,行为人只要在通常的法规范意识支配下,履行了法规范注意义务,但仍难以避免地陷入了违法性认识错误而实施了刑法禁止行为,就应认定为具备违法性认识错误不可避免性而阻却罪责。

关键词 违法性 认识错误 不知法律 阻却罪责

在违法性认识错误对故意或者责任影响的研讨中,历来存在着违法性认识不要说和违法性认识必要说的对峙。在“耗费了人们漫长的时间和巨大的辛劳”后,^{〔1〕}越来越多的学者倾向于相对折衷的违法性认识可能性说,各国立法和判例也在向违法性认识可能性说接近。^{〔2〕}甚至有学者认为,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于当代最

* 南京大学法学院教授。本文系教育部人文社会科学研究项目“经济犯罪刑事政策研究”(项目编号为11YJA820062)阶段性研究成果。

〔1〕 (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,页77。

〔2〕 (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,页201。

先进的刑法制度之列的标志。^{〔3〕}违法性认识可能性,定位于违法性认识错误不可避免场合,阻却责任进而阻却犯罪的成立。因为“当一个人不可能获得对不法的认识时,规范的命令就无法对他发生作用。在这个具体情况中,他就是‘在规范上不可交谈的’;他缺乏那种在行为中不管规范的可交谈性而存在的罪责。”由此,“在禁止性错误中,罪责仅仅存在于有可能获得对不法认识的情况下。”^{〔4〕}此说固然具有合理性,但如何确定违法性认识错误是可避免或者是不可避免的,仍是司法认定的一大难题。本文拟对此作进一步的分析。

一、违法性认识错误不可避免性的提出

“在所有关于错误的领域里,难题莫过于关于刑法合法性的认识错误。”^{〔5〕}刑法理论上的违法性认识错误,有广义和狭义之分。广义的违法性认识错误包括刑法禁止认识错误和刑罚处罚认识错误;狭义的违法性认识错误,仅指行为人对自己的行为是否为刑法所禁止存在着错误,故在理论上也称为禁止错误。行为人认识到自己行为的不法(为刑法所禁止),仍然决意要实施该违法行为,显露了行为人主观上对法的蔑视和敌对态度,进而成为其可谴责性的责任基础。反之,行为人在没有意识到行为为刑法禁止的场合,能否阻却犯罪的成立,历来存在着不同的理论观点。从古代社会就存在的违法性认识不要说到近代社会古典主义刑法理论所倡导的违法性认识必要说,不同的立场反映的是不同的刑法理念。违法性认识不要说,沿袭“不知法律不免罪”的教条式法谚。在我国的司法实务中,该法谚仍被不容辩驳地固守。尽管被告人或者辩护人常常以被告人不知法律(不懂法)作为辩护理由,但法院裁判或者不屑于回应,或者直接予以驳回,如有判决认为,“作为犯罪主观要件的犯罪故意中,不知法律不成立刑法上的抗辩事由。”^{〔6〕}也有判决指出,“对于法律的自我认识,并不能成为影响其构成犯罪并承担刑事责任的因素”。^{〔7〕}违法性认识不要说最重要的意义是强化了国家刑罚权以及法律规则不可动摇的理念。

违法性认识必要说则针锋相对地主张,一个人没有公然违反法律的意识,就没有处罚的理由。如刑事古典学派大师边沁认为,“对不知法者、非故意行为者、因错误判断或不可抗力而无辜干坏事者所适用之刑,都是无效的”,并质疑“在人们不知法的时候,我们如何能要求人们去遵守法律呢?”^{〔8〕}如果说早期的刑法,违法犯罪只限于侵犯特定的被害人以及其他明显的道义违法,由此主张人人知法似乎是有道理的。但在现代社会,曾经支持过刑法的道义一致性消

〔3〕 (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,页260。

〔4〕 (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,页621。

〔5〕 (美)乔治·弗莱彻:《反思刑法》,邓子滨译,华夏出版社2008年版,页535。

〔6〕 参见“浙江省杭州市中级人民法院(2014)浙杭刑终字第266号刑事裁定书”。

〔7〕 参见“北京市第二中级人民法院(2014)二中刑初字第1204号刑事判决书”。

〔8〕 (英)吉米·边沁:《立法理论——刑法典原理》,孙力等译,中国人民公安大学出版社1993年版,页66,164。

失了。一个多元的社会里充斥着影响生活各个领域的刑事制裁,不可能指望每个人都知道什么是刑法,什么不是刑法。这就不能像要求每个人都知道支撑刑法典的道德直觉规则那样要求每个人都知道这些特殊的刑法规定。^{〔9〕}在有些情况下,“专业知识都无助于彻底了解刑法的内容。……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。随着这种混淆性和不确定性的增加,规定把对法律的无知作为正当抗辩事由已成为当务之急。”^{〔10〕}显然,一旦将违法性认识作为故意的认识内容或责任要素,限缩了故意犯罪进而缩小了犯罪圈,有利于人权保障。不过,这一主张尽管用心良善,但一旦采绝对的“不知法者不为罪”原则也带来了理论和实践中的困境:首先,依据行为与故意同时存在的原则,对成立故意而言,要求行为人当时对构成要件要素具有真实和当前的意识。但是,行为人很少会对违法性也有这样的意识。大多数情况下,行为人尽管“知道”其行为不法,但行为时并未现实地想起其行为的不法。“如果我们要求行为人在实施行为当时,必须对行为的违法性具有这种现实的想象,那么,该种意义上的故意行为就根本无法存在。”^{〔11〕}其次,这种阻却故意的理论在某种程度上将鼓励人们漠视法律的存在,因为对法律了解越多的人责任越重(恐怕学习刑法的人责任最重),人们也就缺乏动力去了解法律,更毋宁说去尊重法律。尤其是在刑法规制任务日益繁重的情况下,“试图在实践中完全贯彻‘不知法者不为罪’的观念,在法定犯时代恐怕是相当困难的。”^{〔12〕}况且,从诉讼的证明来看,司法对行为人违法性意识的确证实际上是很困难的,如果对法律的无知可以作为有效的抗辩理由,那么“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”,^{〔13〕}从而使立法者苦心孤诣所确立的法律规则不堪一击。

由此,相对折衷的违法性认识错误不可避免性说应运而生。该说主张,故意的成立不以违法性认识为必要,但如果行为人处于不具有违法性认识可能性(或者说不可避免)的情况下,违法性认识错误就属于阻却责任事由。^{〔14〕}即一方面认为违法性认识错误并不阻却故意的成立,另一方面,将违法性认识错误作为责任要素,将违法性认识错误不可避免性作为责任阻却事由。在德国,几成通说的观点认为:

“行为人认识到,或者能够认识到某一行为具有符合于构成要件的存在属性,仅凭这一点,还不足以肯定该行为具有可谴责性;只有当行为人同时也认识到,或者能够认识到该行为具有违法性时,才能认定该行为是可谴责的。除了关于构成要件实现的认识以及可能性以外,还必须存在关于违法性的认识以及认识可能性。”“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

〔9〕 弗莱彻,见前注〔5〕,页532,538。

〔10〕 (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,页14。

〔11〕 韦尔策尔,见前注〔1〕,页79。

〔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,页26。

〔13〕 (美)约书亚·德雷斯勒:《美国刑法精解》(第四版),王秀梅译,北京大学出版社2009年版,页153。

〔14〕 (日)大谷实:《刑法讲义总论》(新版第2版),黎宏译,中国人民大学出版社2008年版,页312。

反了责任原则。^{〔15〕}

对域外这一折中性的解决方案的实质,我国有学者认为,这是一种“公益”和“私权”的平衡模态,即“考虑到当前人们对被告是否具有违法性认识的确证能力有限这一事实,根据平衡公益和私权的‘最大程度保障私权’原则,违法性认识能否阻却刑事责任这一问题的解决方案应当是以‘向群体性安全利益倾斜’为平衡模态的折衷方案。”^{〔16〕}也有学者指出,这是刑事政策和责任主义之间的一种平衡:

一方面,如果一个人陷入了不可避免的违法性认识错误,那就应当考虑免除或者减少他的责任,这是基于难以谴责的责任主义的理由;另一方面,“如果一个人不具备违法性认识,但他本来有机会和可能认识到法律时,那么他就不能再根据违法性认识错误而享受免除责任的优惠。这不仅是部分地由于这种不去认真对待法律本身也具有可谴责性,更主要是基于刑事政策或规范效力的理由,如果这种因为漠视法律而犯罪的人也能得到充分的原谅,那么刑法呼吁公民忠诚于法或警告潜在犯罪者的一般预防的目的,就无法得到实现。”^{〔17〕}

在本文看来,责任主义最大程度地考虑了私权(不处罚无知者),刑事政策则强调了规范的一般预防目的(社会利益的维护,有条件地处罚无知者),因此,无论是“公益”和“私权”平衡,还是刑事政策和责任主义的平衡,两者只是视角不同而已。然而,这一折中、平衡的方案虽然是目前刑事立法改革中的发展趋势,^{〔18〕}但其本身是无奈还是最佳选择,其证立的基础仍值得进一步研讨。

二、违法性认识错误不可避免性的判断基准

作为责任阻却事由,违法性认识错误不可避免性的前提是行为人存在着违法性认识错误。如果行为人已经认识到行为违法或者可能违法(可能违法认识,应当直接认定为已经具备了违法性认识),则无需作违法性认识可能性的判断。由于构成要件的故意同时具有责任的推定功能,即只要行为人对犯罪事实有认识,并且具有实现该事实的意思,就可以认定行为人应该具有唤起违法性意识的可能性而促成反对动机。当行为人具有违法性意识可能性,而仍然决意实施行为,则其作为具有谴责的可能性。

违法性认识错误在什么样的情况下是“不可避免”的,这本应是一个规范评价问题。但规范通常只能提供一些抽象标准,如在美国的《模范刑法典》中,称之为“合理信赖”(根据1962年

〔15〕 韦尔策尔,见前注〔1〕,页76,78。

〔16〕 王志远:“在‘公益’和‘私权’之间:违法性认识问题再认识”,《法学家》2015年第1期,页116。

〔17〕 车浩,见前注〔12〕,页31。

〔18〕 我国学者早就指出,境外立法将“不知法律”的范围区分为可避免与不可避免两种情况,对后者或者阻却责任或者阻却处罚,成为现代刑法改革的一个趋向。参见黄风:“若干西方国家修改刑法”,载《法制日报》1988年6月22日,第004版。

美国《模范刑法典》第 2.04 条第 3 款 b 款规定,合理信赖的理由包括成文法或其他成文法规,法院的决定、意见或判决,行政命令或许可和规定该种犯罪的法律解释);在德国刑法中,将其直接表述为“不可避免”(《德国刑法》第 17 条规定:“行为人在实施行为时没有认识其违法性,如该错误不可避免,则对其行为不负刑事责任”);法国刑法将其表述为“无力避免”(《法国刑法典》第 122 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”);在意大利宪法法院的判决中表述为“最大努力”(行为人尽最大努力仍不可能得到对法律规定的正确理解的情况下,行为人不知道法律的具体规定,可以作为排除犯罪的理由);在日本司法判例中,则将其表述为“相当的理由”;在我国台湾地区,称之为“正当理由而无法避免”(台湾地区“刑法”第 16 条规定:“除有正当理由而无法避免者外,不得因不知法律而免除刑事责任”)。概而言之,这些抽象的规定可以归结为:在行为人存在着违法性认识错误的情况下,分析行为人的这个认识错误是否“无可避免”或者“不可克服”,即“不是所有的认识错误都能宽宥违法行为,而只是那些没有过错的认识错误才是可宥理由。评价认识错误是否具备罪责,标准是这个认识错误是否‘无可避免’或者‘不可克服’。”^[19]也即根据当时的情况,如果难以期待行为人实施违法行为时能够唤起其违法性意识,就属于不可避免的违法性认识错误。

各国实务中,对所谓“相当理由”、“无法避免”等抽象的标准都采取了严格判断的立场。如德国最高法院司法判决提出,在行为人没有认识到行为不法时,需要进行“良心紧张”(Gewissensspannung)的判断,即“行为人有义务运用他的全部认识能力和整个伦理世界观,如果这样能够形成对某一特定举止的合法或违法性的判断的话。”^[20]关于如何具体地确定认识错误中的“不可避免”,德国学者指出:

决定性的是基于他的社会地位、个人能力和可以要求于他的调动他的认识能力和法制——道德上的价值观念,行为人是否本来能够认识到行为的不法性质。不能肯定行为在法律上的是否准许性时,存在了解义务。攻击受到保护的法益之前,不熟悉法律者必须在可能的范围内了解法律上的规定;他不得简单依据他不能肯定的自己的判断。如果进行了了解,是否就本来是可能认识法律上的规定和消除认识错误的,需要在个案中仔细审查。咨询了解时所得到的不正确的法律解答,不当然而然的就是对行为人有利;关键的更多是在于行为人是否信赖了该解答的正确性,是否准许将得到的解答视为是值得信赖。依照司法判决,可靠的,只能是有关的、熟悉这方面情况的和不先入为主的能够保证所给予的解答是客观的、负责的个人或者部门。^[21]

韩国学者认为,“行为人没有充分发挥自身的知的认识能力因而没有认识到违法性,其结

[19] 弗莱彻,见前注〔5〕,页 540。

[20] (德)克劳斯·罗克辛:《德国最高法院判例·刑法总论》,何庆仁、蔡桂生译,中国人民大学出版社 2012 年版,页 96。

[21] (德)约翰内斯·韦塞尔斯:《德国刑法总论》,李昌珂译,法律出版社 2008 年版,页 252—253。

果作了错误的行为决定的人应该对避免可能的禁止错误承担责任。尽管调动了知的认识能力,但不具有能够认识行为违法性的可能性时,就成为不可能避免的错误进而被认定为“阻却责任的正当理由。”〔22〕在意大利,宪法法院强调了可能影响可认识性的两个因素,其中一个法律的立法表述方式,另一个则是决定行为人确信行为合法性的特殊原因。前者是指法律本身“内容绝对模糊”或者有关当局对法律规定没有明确而一贯的解释,而使公民根本就无法了解其真实内容。后者是指主体在形成犯罪决意时,处于一种使一般人都可能犯同样错误的特殊条件中,但是,如果主体具有了解法律规定的特殊条件或特殊专业能力,则不存在对法律认识错误具有不可避免性的问题。〔23〕

总体上来看,立法和实务均对违法性认识错误不可避免的认定持一种谨慎的限缩性态度,因为人们的知法守法义务是前提,“文明社会共同体成员,不仅有义务让自己的行为符合法律,而且有义务发现自己的法律义务是什么。”〔24〕在人们缺乏自身的认识能力时,需要一直探寻,直至禁止性的法律规范被发现。这种高标准的要求无疑将免责的不可避免的违法性认识错误视为一种罕见的例外,故而受到了理论的质疑,因为某种意义上,这种过分要求将使“不可避免的禁止性错误就不可能存在了。”〔25〕

本文以为,既然将违法性认识可能性作为罪责要素,那么责任判断的主要依据就是行为人个人的认识能力,即“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个人的能力。”〔26〕但如前所述,完全依据行为人个人的认识能力来做判断,在某种程度上又将鼓励人们漠视法律的存在。在现代社会,国民的法律意识应以高标准来要求,不知法律本身就存在先在的过错,因而也就不能完全以行为人的个人认识能力作为依据。妥当的方法,是以行为人个人的认识能力为基础,兼顾社会中一般人的认识能力。可以将“本来是否可以认识”作为一般标准,“本来是可以认识的”,应认定其具有违法性认识可能性,反之,则认为其违法性认识错误具有不可避免性。而是否属于“本来可以认识”,则需要从以下三个方面进行分析。

首先,是否存在影响法规范正确认识的客观障碍。①刑法规范虽然创设了公民守法的义务,但法规范本身提供的信息应该是清晰的。在法规范提供的信息不清晰甚至相互混淆的情况下(例如,对某行为的性质存在着相互矛盾的司法解释),权威部门向社会提供了不正确的法规范信息,使普通国民(一般人)也会对法规范的正确判断发生障碍,此时,行为人自然也不知道其有遵守法律的义务。所以,在美国《模范刑法典》中,当法律的公开宣示具有瑕疵时,如规范尚未公布或不能在此行为之前通过其他合理途径获得此规范的内容,或者当被告合理信赖官方的法律声明,但后来此法律被宣告无效或存在谬误时,就认为这种法律的的公开宣示存在

〔22〕 (韩)金日秀、徐辅鹤:《韩国刑法总论》(第11版),郑军男译,武汉大学出版社2008年版,页384。

〔23〕 帕多瓦尼,见前注〔3〕,页260。

〔24〕 弗莱彻,见前注〔5〕,页542。

〔25〕 参见罗克辛,见前注〔4〕,页621。

〔26〕 张明楷:《刑法学》(第4版),法律出版社2011年版,页303。

着缺陷,可以成为免除刑事责任的辩护事由。^[27] ②是否存在影响行为人正确认识法规范的特殊障碍。例如,在现代社会,每个人都生活在法规范罗织的法网中,法律变化频繁,对一个久居山林狩猎为生的老人而言,由于法规范信息传播的障碍,他未必知道某一地区的野猪也是受保护的野生动物,他猎杀野猪的行为应视为不可避免的违法性认识错误。

其次,是否存在影响法规范正确认识的行为人主观障碍。德国学者指出,“在考虑具体的行为人在其角色中相应的法律义务的前提下,其个人能力和知识便是判断可避免性的标准”,^[28]是有无正确认识法律的主观基础性条件。如前所述,罪责的判断首先是个别的,即根据行为人个人的能力进行判断。对于一些对社会反映迟钝者(如部分年老者、缺乏文化知识者或者生活在偏僻地区的人),就需要考虑他们的法规范认识能力的有无和高低。如果处于极度低下的情况下(如果是偏僻地区的文盲),行为人缺乏认真思考自己行为合法性的基础性条件,应当进一步审查其违法性认识的可能性。而相反,具有通常认知能力的人,如无特别的理由,则可推定行为人具有对违法性的认知,无需进行违法性认识可能性的专门判断。例如,上诉人因虚开增值税专用发票而被一审定罪量刑,上诉理由之一是“没有意识到会触犯法律”,对此,法院裁定认为,“增值税专用发票必须按照国家规定如实开具,方能客观反映交易双方的经营业务活动和纳税人应税或已纳税的真实情况。上诉人以正常的认知能力及生活经验,完全应当也能够认识到虚开增值税专用发票的违法性问题。”^[29]这一判决理由实际上认为,既然从事经营活动,就应该了解经营活动中相关发票管理的法律规定,也有充分的机会去了解相关法规,行为人“本来可以认识的”,没有尽力认识,没有在具备相关法律知识的前提下从事经营行为,本身就是可谴责的。具体而言应当考虑:①考察行为人的教育背景和职业情况。一般人虽然无法直接认识法规范的真实含义,但如果行为人“具有了解法律规定的特殊条件或者特殊专业能力的,则不存在对法律认识错误具有不可避免性的问题。”^[30]②行为人实施行为时有无获取法律信息的机会。现实生活中,个体在社会地位、文化程度上的差异导致个体的认识能力有高有低,这也是一种客观存在。尤其是对那些与现代社会方式存在紧密联系的法规,有些人或许是缺乏认知能力的。如果确实存在低于一般人认识能力的情况(如没有多少文化知识),应当承认其违法性认识能力比较低。

再次,行为人有无尽到法规范的注意义务。在现代社会中,虽然无法期待每个人都成为法律专家(即使法律专家通常也只知道部分法律而已),但可以期待每个人都应当尽到法规范的注意义务,^[31]社会也为这种认识提供了各种机会(律师制度等都为行为人提供了发现法律的

[27] (美)道格拉斯·胡萨克:《刑法哲学》,姜敏译,中国法制出版社2015年版,页384。

[28] (德)乌尔斯·金德霍伊泽尔:《刑法总论教科书》(第六版),蔡桂生译,北京大学出版社2015年版,页272。

[29] 参见浙江省杭州市中级人民法院,见前注〔6〕。

[30] 帕多瓦尼,见前注〔3〕,页260。

[31] 法规范的注意义务通常只是一般的道德上的义务,不知法本身并不会引发法律上的后果。

机会)。“如果具体的事实情况为行为人提供了咨询、了解法律的机会,那么产生有责之禁止错误的根据仅在于,他没有或没有充分地去咨询、了解。”〔32〕换句话说,行为人虽然没有认识到违法性,但如果有机会了解法律,行为人却疏虞这样的机会,则行为人存在着先在的过错,不能否定违法性认识的可能性。如果机会不存在,则违法性认识错误可能属于不可避免的。〔33〕

总之,在期待“本来能够认识”的场合下,违法性认识错误不能阻却犯罪,只有在行为人的违法性认识能力低,又存在着某种难以克服的认识障碍时,才有可能阻却犯罪成立。

三、违法性认识错误不可避免性的司法认定

基础性的判断基准确定以后,针对具体的案件,对违法性认识错误是否可以避免,仍需要作进一步的分析。借助于传统的自然犯与法定犯分类,违法性认识错误不可避免性的司法认定可作如下分析。

(一)对自然犯:可直接推定行为人违法性认识错误是可避免的

自然犯,是指借助社会伦理规范就可知道行为违法性的犯罪。在某种意义上,自然犯是以千百年来人们共同的社会实践以及共同的道德规范为依据,其犯罪是被立法所表述而不是立法所制定的。没有刑法规定的形式,人们(社会上的一般人)根据前法性意识(实定法生成之前的自然法)认识到行为的“反伦理性”,进而认识到行为的违法性,换句话说,对自然犯的违法性认识,应该建立在道德直觉的“知法推定”基础上。对此,刑法学者们的主张高度一致。如德国梯德曼教授指出,诸如暴力犯罪等自然犯的“合规范”的呼唤,通过构成要件的事实行为人就能够得到感受。〔34〕日本学者牧野英一教授认为,犯意乃系反社会的意思;一定的意思是否系反社会的意思,乃先于法律之规定。换言之,一定的行为,因系反社会的,故在法律上加处以处罚。〔35〕美国刑法学家弗莱彻教授也强调,“如果某人没有意识到强奸或者杀人是违法的,人们可以正当地期待一个心理疾患证明,以便说明这是一个可信的主张。”〔36〕德国韦尔策尔教授也进一步分析认为:“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

〔32〕 韦尔策尔,见前注〔1〕,页94。

〔33〕 对此,罗克辛教授认为,“当行为人自己本能地或者通过第三人的提示、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”,这三种情况应视为有审查法律状况的“机会”。“在所有‘三种’机会都不存在时,没有认识到自己举止行为不法的行为人,就必须由于不可避免的禁止性错误而得到原谅。”参见罗克辛,见前注〔4〕,页626。

〔34〕 (德)克劳斯·梯德曼:“西德经济刑法——第一和第二经济犯罪法之检讨”,许玉秀译,《刑事法杂志》1988年第2期,页78。

〔35〕 转引自洪增福:《刑事责任之基础》,台湾刑事法杂志社1988年版,页108。

〔36〕 弗莱彻,见前注〔5〕,页531。

他对前者也具有认识可能性。”〔37〕

由此,实务中一些归属自然犯的犯罪行为,尽管行为人可能存在着违法性认识错误(或者行为人以此作为辩解理由),但应推定该错误是可以避免的。如生产、销售伪劣产品的犯罪,生产、销售有毒、有害食品的犯罪,伪造货币的犯罪等,不但为社会伦理所不齿,而且在任何类型的社会中都是被禁止的。对这些行为的伦理评价和法律的判断基本是一致的,对这类犯罪实际上不会或者应推定不会发生不知法律的认识错误。纵然有人不知具体的刑法条文对某种行为的定罪量刑是如何规定的,但他们对这些行为的社会性否定评价即行为的社会危害是明知的,根据有责任能力之人的一般刑法意识,他们也应清楚这些行为是法律所禁止的,这也就具备了违法性认识(或者说可以直接推定具有违法性认识可能性),可能以不知道法律为由阻却责任。〔38〕换句话说,此类犯罪,只需要行为人认识到构成要件的事实就推定其具有违法性认识可能性。〔39〕

(二)对法定犯:违法性认识错误是否不可避免应作具体分析

随着法定犯时代的到来,“犯罪形态在数量变化上由传统的自然犯占绝对优势演变为法定犯占绝对比重这样的局面。”〔40〕法定犯不以维护传统伦理道德为目的,而是侧重于现代社会秩序的维护。法定犯通常存在于附属刑法与经济刑法中,但“在附属刑法与经济刑法中,允许的界限经常是这么难以辨认”,容易陷入禁止性错误。〔41〕换句话说,没有相关刑法规范的认知,对一些经济行为的不法性质,仅仅根据传统的社会伦理(常识、常情、常理)无法做出直接的判断,容易产生认识上的错误。由此,一个基本的经验性结论是,“法定犯的相应激增,使法律认识错误的问题变得越来越突出。”〔42〕我国学者也指出,“随着大量超出核心领域的、仅凭日常普通人的生活常识难以轻易而知的法定犯规定不断涌现,修法频率日益加快,价值观逐渐多元,法律秩序边界的不稳定程度也渐次提升。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。”〔43〕因此,在德国,首次在刑法上允许援引禁止错误的法律诞生于联邦参议院颁布的《禁止错误条例》,该条例出台的背景是经济刑法法规的大量出现,民众对其不甚了解,但却因违反法律而遭受制裁,由此,确定了在错误不可避免的情况下,行为

〔37〕 韦尔策尔,见前注〔1〕,页93。

〔38〕 参见孙国祥:“论不知法律不免罪”,《江苏行政学院学报》2002年第4期,页104。

〔39〕 意大利刑法学者指出,虽然“自然犯”一般不存在可原谅的认识错误问题。对这类规定认识错误也不应“先验地”一概而论。例如,一个刚到意大利不久的外国人,与直系姻亲发生了性关系,就可能因确实不知道《意大利刑法典》第564条规定的乱伦罪的具体内容而免于处罚,因为根据其所所在国家的法律,直系姻亲间的性关系并不属于乱伦罪的范围。参见帕多瓦尼,见前注〔3〕,页261。

〔40〕 储槐植:“要正视法定犯时代的到来”,载《检察日报》2007年6月1日,第003版。

〔41〕 (德)克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论》(第2卷),王世洲等译,法律出版社2013年版,页29。

〔42〕 胡萨克,见前注〔27〕,页376。

〔43〕 车浩,见前注〔12〕,页26。

人对其行为不负责任的原则。^{〔44〕}对此,美国司法裁判中形成的规则是“如果该行为本身不是一个不法行为,只是由法规规定为不法行为,那么如果不明知所打算的行为违反法律的话,不法的必要意图就不存在。”^{〔45〕}

不过,不知法律不等于没有认识的可能性,是否阻却责任,仍应根据情况作是否“本来可以认识”的具体分析。

1. 违法性认识错误可避免的情况

我国学者认为,在行为人对法的状况产生疑问的时候,行为人没有真正考虑该疑问而是轻率地相信该行为具有合法性;知道要在法的特别规制领域进行活动的时候(如从事证券业务的雇员,对证券犯罪具有违法性认识的可能性);知道其行为侵害基本的个人、社会法益时,均应认定行为人具有违法性认识的可能性,不能阻却责任。^{〔46〕}换句话说,任何人在实施行为的时候,均应该有一定的法制意识,特别是对法的状况存在着疑问的情况下。这实际上已经为进一步了解法律提供了契机,行为人不应该对法律视而不见。没有相当的理由,违法性认识错误不能阻却罪责。

(1)行为人的法规范意识已经被唤醒(即对自己行为是否违法存在着疑问),行为人就应该尽到谨慎澄清的义务;在有疑问并没有得到权威释疑的情况下,不去努力探寻法律的评价,仍然实施法所不允许的行为,不能阻却责任。在对适法性存有疑问时,行为人应负有谨慎释明的义务,例如到有权解释的官方部门进行咨询。

如果行为人在存有疑问之时进行了相关咨询,但却是非官方的咨询,如行为人在事前就其行为性质已经咨询过律师或法律学者的意见并得到了合法性的肯定,这最终能否阻却责任?理论上意见不一。对此,罗克辛教授认为:

没有经过法学教育的公民通常在咨询一名熟悉法律的人,大多数情况下是律师之后,那种可能发生的禁止性错误就应当是不可避免的。……如果人们要求这位寻求建议的人应当先审查一下这名律师是否精明或者是否具有专门知识,那就太过分了。他对这种要求是缺乏能力的。更准确地说,公民必须能够相信:一名通过了各种必要考试的律师,就能够给自己提供可以信赖的法律意见。^{〔47〕}

日本学者松原芳博教授也指出:“考虑到国民与公共机关之间的通道尚无充分的保障,对于按照特定个人的见解而实施行为的情形,就不应全面否定免责。尤其是,律师是国家公认的法律服务的提供者,属于将法律信息传递给国民的最为现实的存在,因此,在信赖律师见解的

〔44〕 (德)克劳斯·梯德曼:“德国经济刑法导论”,周遵友译,载赵秉志主编:《刑法论丛》(第34卷),法律出版社2013年版,页18。

〔45〕 哈佛法律评论编辑部:“刑法的发展:犯罪共谋”,王桂萍译,载《哈佛法律评论——刑法学精粹》,法律出版社2005年版,页155。

〔46〕 参见张明楷,见前注〔26〕,页303。

〔47〕 参见罗克辛,见前注〔4〕,页627。

场合,除了存在可质疑其信用性的特别证据的情形之外,就应该认为,应阻却责任。”〔48〕在美国的一些州,允许被告以合理信赖其律师的错误建议而实施行为作为抗辩事由。〔49〕在韩国,“大法院也作出判决认为,信赖专利律师关于是否违反专利法的解答时,信赖律师及公务员关于是否存在债权的解答时”,均构成违法性认识错误不可避免的正当理由。〔50〕但也有学者持相反的观点,如法国学者认为,“在涉及如何理解法院裁定决定的意义范围时,如行为人本可以向法院请求解释但并未这样做,仅仅是由诉讼代理人提出的见解,即使是书面见解,也不能允许诉讼当事人援用其受到不可避免的错误认识的误导。”〔51〕在各国实务中,法律和判例一般并不承认信赖律师可以成为违法性认识错误不可避免的正当理由。如在美国,“《模范刑法典》和普通法一样,并不承认将信赖私人律师的建议作为抗辩理由。”即使信赖执法人员的建议,但该执法人员是“以非官方身份提出的建议”,也不得作为抗辩理由。〔52〕在德国,《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了一种意见’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’。”〔53〕

本文认为,一般情况下,律师或者法律专家学者的意见仅仅是个人意见,但法律专家和律师具有法律的专门知识,本身为社会提供法律服务,因此,对普通人来讲,他们的意见确实具有可信赖的一面。但是另一方面,律师和法律专家又可能因缺乏中立的立场而有所偏颇,他们常常为了商业利益而故意对法律作偏颇性、误导性的解释。因此,相信律师或者法律专家的意见和建议并不当然可以作为违法性错误的阻却责任理由,只有在专家或者律师的意见能够得到价值中立立场的认定时,并且该专家确实是该领域的专家(不是泛泛而谈的法律专家或者什么都“精通”的律师),相信这样的意见才可能阻却责任。反之,“若行为人在智力和良心上已经有了一定的紧张,从而轻微地认识到他的举止可能是不容许的,那么,即便他得到辩护人的(错误)的信息,也不足以认定该错误是不可避免的。”〔54〕例如,在用股权转让的方式转让土地使用权是否合法这个问题上,行为人存有疑虑时,可能咨询过律师或者其他法律界的实务人士或者法律专家,并可能得到不具有违法性的肯定回答,但该行为实际上是一项规避法律的违法行为,因为《宪法》第10条第4款禁止侵占、买卖、出租或者以其他形式非法转让一切土地。即使在民法上,由于该合同的背后掩盖了非法目的,也应属于无效的合同。因此,该行为不能阻却责任。此外,在获得法律专业人士的帮助时,若该专业人士对该行为的适法性也表现出了某种怀疑,则显然仅相信对自己有利的意见也不能成立阻却责任的理由。

〔48〕 松原芳博,见前注〔2〕,页209。

〔49〕 参见胡萨克,见前注〔27〕,页385。

〔50〕 金日秀等,见前注〔22〕,页386。

〔51〕 (法)卡斯东·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,页396。

〔52〕 弗莱彻,见前注〔5〕,页549。

〔53〕 参见罗克辛,见前注〔4〕,页627。

〔54〕 金德霍伊泽尔,见前注〔28〕,页273。

行为人对行为适法性存有疑问时,通过自己研读法律,根据自己研读后对法律的理解认识自己行为的法律性质,例如国家工作人员研读受贿罪的法律规定时,认为必须收受了请托人的金钱、物品才构成犯罪,与请托人出资雇请的妓女嫖宿则不构成受贿,此种错误认识同样不影响对行为人受贿行为的定罪。因为规范指引作用的前提是对规范的正确理解,这种理解常常需要对规范本身进行专业解读,行为人在缺乏专业知识的情况下,其个人的理解本不值得信赖;而且行为人在已经对行为适法性存有疑问的情况下,本应该谨慎行事,而不应该相信自己对法律的一知半解。

(2)行为人虽然不知道刑法的具体规定,但其行为模式具有明显的违法性和危害性。理论上的通说认为,不法意识并非指行为人必须精确地认识其行为违反哪项法律条款,也不是对于行为可罚性的认识(即不要求对刑罚效果的认识),只要行为人了解行为是法律所禁止的、与整体社会生活秩序相抵触的即可。“如果犯罪分子在犯罪时误以为其行为最多算是违规,而不是犯罪,这种认识错误作为事由来讲也是没有分量的。这种情况尤其可能出现在从违规转入刑法中的新罪名。”^[55]我国学者也认为,“在高度分工的现代社会里,普通公民不可能像法律职业者那样整天关注法律,因而,只要求行为人认识到行为客体的基本功能,而无须认识到其法律专业含义,是合乎社会现实的。”^[56]例如,行为人使用虚假的贷款资料申请贷款,申请人虽然不知道《刑法修正案(六)》已经规定了骗取贷款罪,但使用虚假的贷款资料申请贷款本身就具有违法性,刑事违法性与行政(民事)违法也没有绝对的界限,故行为人的行为仍应构成骗取贷款罪。又如,建筑承包商故意拖欠民工的工资,建筑商虽然不知道《刑法修正案(八)》已经规定了拒不支付劳动报酬罪,但拖欠工资的行为具有民事违法性,也就可以认定行为人是具有违法性认识可能性的。

(3)在以从事某种职业或者所担任的某种职务作为主体构成要素的犯罪中,行为人的犯罪活动与其所从事的职业或者担任的职务密切相关,对特定职业活动或职务行为进行特别规制的法律,应直接推定行为人具有认识可能性。对此,罗克辛教授指出:

当行为人虽然知道,自己将要在其中活动的那个领域正好处于一种特殊的法规范的规定之下,但仍然没有努力去获取必要的法知识时,一种禁止性错误通常也是可以避免的。……公民不需要认识那种在这些职业和行业领域中适用的、有些冷僻和非常特殊的规范;但是,在这些领域中工作的人,当他们违反有关条文时,就必须考虑故意构成行为的刑事惩罚,虽然他们并没有认识到这种行为。^[57]

对于具有特定职责的人而言,专门的法律知识是履行该职责的前提,如果不知道与该职责相关的法律规范,就存在先前过错,换句话说,这种认识错误本是可以避免的,不得借口不知法

[55] (匈)珀尔特·彼得:《匈牙利新〈新法典〉述评》,郭晓晶、宋晨晨译,上海社会科学院出版社2014年版,页106。

[56] 蔡桂生:《构成要件论》,中国人民大学出版社2015年版,页285。

[57] 罗克辛,见前注〔4〕,页626。

律而阻却责任。例如,金融机构的工作人员对违法票据予以承兑,不能以不知道票据法的规定或者刑法的规定而阻却责任,因为特定的职业就是建立在知道相关法律这一基础之上的。

2. 不可避免的违法性认识错误

不可避免的违法性认识错误是指根据行为时的情况,行为人没有认识的可能性,相当于存在着不可预见的原因。至于如何具体判断,罗克辛教授指出,“在刑事政策上合理的是,依照规范的尺度,当以善良目的行事的具有正常程度的法忠诚,正如对于每个人一般情况下可以期待的那样,此时便可以认定禁止错误不可避免。这样,在具体案件中基本上就排除责任。”^[58]换句话说,在一个具体案件中,尽管行为人存在着禁止性认识错误,但能够体现或者满足了通常的社会对行为人的“法忠诚要求”,就应该阻却责任的存在。

(1) 行为人虽然实施了违反“国家规定”的行为,但主观上不仅不知道法律,而且也缺乏主观恶性,不具有伦理上的可谴责性,此种情况下的不知法律应能够阻却责任的成立。现实生活中,对于一些具有行政犯特征的犯罪,不知法的情况可能更多些。正如梯德曼教授所指出的,与自然犯不同,“就经济刑法之‘技术的’法规范而言,唯有对规范有认识,方能感受合规范行为之召唤。”^[59]匈牙利最高法院的判决也认为,一些带有行政特征的刑法规定,“如果只是不经意间纯属偶然地违反了平常对其来说都很难接触到的那种复杂的行政规范条款的话,有时在有充分依据时,是可以将其判为对行为社会危害性的认识错误的。”^[60]特别是在行为人有充分的理由认为自己有权实施刑法禁止性行为的情况下,行为人并没有对抗法律反而表现出对法律的尊重,此时,处罚的规定是不需要的。对此,《瑞士刑法》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或免除处罚。”^[61]

在我国,相关司法解释也有类似的阻却犯罪规定。“两高”、海关总署2002年印发的《办理走私刑事案件适用法律若干问题的意见》中提到“关于走私犯罪嫌疑人、被告人主观故意的认定问题”时,明确规定“行为人明知自己的行为违反国家法律法规,逃避海关监管,偷逃进出境货物、物品的应缴税额,或者逃避国家有关进出境的禁止性管理,并且希望或者放任危害结果发生的,应认定为具有走私的主观故意。”易言之,如果行为人不明知自己行为的违法性,即使客观上有违反海关进出境管理规定的行为,也不能以走私犯罪处理。又如,现阶段我国民营企业的公司治理水平普遍不高,在家族性的企业中,公(企业)私(企业主个人)不分现象突出,企业主将公司的资金用于个人消费或者挪作个人使用的情况十分普遍,他们并没有意识到行为的违法性,如果硬要纳入刑法的规范评价,以职务侵占或者挪用资金犯罪处理,那么并不一定符合行为人的主观认知。

(2) 行为人相信政府部门答复或者相信具有公信力机构的认定而陷入违法性错误。在行

[58] 罗克辛,见前注〔4〕,页20。

[59] 梯德曼,见前注〔34〕,页78。

[60] 彼得,见前注〔55〕,页103。

[61] 《瑞士刑法典》,徐久生译,中国法制出版社1999年版,页4。

为人对某种行为是否合法存有疑问时,得到了值得一般人信赖的公共机关对于该疑问的解答的场合下,不可能期待行为人更多地考虑行为的违法性问题,所以,基于该解答而陷入违法性错误的场合,就应该排除其责任。例如,在日本,被告人 X(石油联盟会长)与 Y(石油联盟供需委员会委员长)相互共谋有关 Z(石油联盟)的业务,调整了相关石油精炼公司的原油处置量,对此,检方认为此行为实质上限制了原油交易领域的竞争,违反了《独占禁止法》,而对 X、Y、Z 提起了公诉,但东京高等裁判所认为,被告人的上述行为是在当时的通产省的行政指导之下实施的,公平交易委员会对此也未采取任何措施,因而应该说,被告人误信自己的行为阻却责任性是基于相当的理由,应阻却故意。^{〔62〕}这是因为,“作为广义的期待可能性判断的一环,是以期待方即国家与被期待方即行为人之间的紧张关系为前提的,如果国家机关一方面采取允许实施该行为的态度,另一方面又将该行为作为犯罪来处理,这属于将国家的失误转嫁给国民,不仅被告人难以接受,反而还会损害对国家的信赖。”^{〔63〕}在韩国,理论上也认为,“具有许可或认可权的部门因进行错误的法解释,致使行为人对其所作出的无需进行许可或认可的意思表示产生信赖时,不存在违法性认识。因此,行为人的禁止错误是不可能避免的。”^{〔64〕}在意大利,行为的实施得到有关主管机关的措施或意见(包括非正式的意见),或者有关主管机关对该种行为长期持容忍态度,从未进行过干预,在司法实践中应排除主体对轻罪的罪过。^{〔65〕}

在我国,行为人因为相信政府部门对行为性质适法性的认定,能否阻却法律责任,并没有特别的讨论。一些司法判决并不考虑行为人的这一认识错误。例如,在改制过程中,相关人员如果没有申报企业资产评估基准日到改制企业重新登记日之间(改制期间)的利润,一些司法机关就将其作为贪污罪加以认定。实际上,当地为了完成突击性的改制任务,对改制期间的经营情况并没有做出特别要求,相关人员认为“两不找”(盈亏都与原改制企业无关)是政府的态度,而且大多数企业的改制也是这样处理的,据此,行为人相信自己的处理是合法的,对此追究刑事责任是违背责任原则的。

此外,相信一些具有官方背景的组织对行为性质的认定而实施的违法行为,例如,人民调解委员会是依法设立的调解民间纠纷的群众性组织,但无疑具有一定的官方背景,行为人因为相信了其调解协议的有效性(实际上该协议是无效的)而违反了相关法律规定,能否阻却违法,也颇有疑问。例如,自诉人李某诉称,自己与被告人王某一按农村习俗结婚,婚后生育四个子女。在未与自诉人办理离婚手续的情况下,王某一与被告人余某以夫妻名义同居生活。二被告人的行为应以重婚罪追究刑事责任。被告人王某一、余某辩称,自诉人李某与被告人王某一的婚姻关系已于 2006 年 7 月 22 日由乡人民调解委员会调解解除,因二被告人均不懂法律,认

〔62〕 参见(日)西田典之:《日本刑法总论》(第 2 版),王昭武、刘明祥译,中国人民大学出版社 2013 年版,页 214。

〔63〕 松原芳博,见前注〔2〕,页 208。

〔64〕 金日秀等,见前注〔22〕,页 386。

〔65〕 帕多瓦尼,见前注〔3〕,页 258。

为该调解协议具有法律效力,故不构成重婚罪。法院判决认为,自诉人与王某一的婚姻虽然经人民调解委员会调解而解除婚姻关系,但因人民调解委员会的调解协议不具有解除婚姻关系的法律效力,双方的婚姻关系在法律上尚未解除。被告人王某一和被告人余某尽管存在着法律认知错误,但二人行为已构成重婚罪。^{〔66〕}显然,二被告人存在着法律认识错误,即认为既然经调解委员会调解解除王某一与自诉人的婚姻后,他们以夫妻名义共同生活不是重婚。从形式上来讲,离婚要经过一定的法律程序才能成立:协议离婚的,要通过婚姻登记机关领取离婚证;法院判决离婚的,需要有法院的生效判决。但在边远地区,人们缺乏一定的法律知识,人民调解委员会又是在政府的指导下工作的,当事人也就相信了它的权威性以及协议的有效性。设想,如果他们知道这种调解离婚是无效的,怎么还会多此一举通过调解协议离婚呢?因此,被告人对这种半官方性质的信赖是值得保护的,其违法性认识错误具有不可避免性,应该阻却二被告人重婚罪的成立。

(3)行为人相信司法判决而错误适用法律。法律规则并不完全存在于法律文本中,行为的法律性质可以从司法机关的裁判信息得到验证。不过,法院判决尽管代表了法律,但法院的判决并不总是正确的也是一个现实。如果是因为相信判决而错误地理解了法律,从而误认为自己行为合法的情况,能否阻却责任?在英美法系国家,司法判决具有法源的地位,因此,美国《模范刑法典》2.04条将司法判决作为合理信赖的事由之一。^{〔67〕}对此,美国学者指出,因为“人们能通过观察究竟哪些行为受到制裁,从而了解规则的真正含义。……如果从执行法律规则的官员的视角判断,每个人都实施[a]行为,并且实际上没有人受到谴责或责罚,那么就会得出[a]完全没有违反规则的结论,且该结论具有强有力的根据——无论‘书本上的法律’是怎么规定的。”^{〔68〕}韩国学者也指出,“判例是值得一般人信赖的。这是因为,其内容具有很高的正当性,而且能够充足秩序的任务。因此,不能期待行为人甚至要审查判例的内容是否与法律相一致。”^{〔69〕}我国台湾地区的学者也认为,“由于法院之判决、判例具有一定之威信与法的效力,以及各级政府等公家机关之解释对于一般国民而言亦具有高度之信赖,因此,发生适用错误时,通常可认为具有正当理由,而无违法性意识可能性。”^{〔70〕}不过,在对同一事实存在着相互不同的判决时,相信了错误的判决而行事,应作何处理?对此,日本学者认为,“因为判决具有一定的权威和法形成力,所以在信赖和自己的行为相同事实的判例的场合,是没有违法性意识的可能性的。在上、下级法院的判决相对立而相信前者时,也同样如此。”^{〔71〕}而韩国学者认为,应区分不同情况进行处理。如果多数的不同判决是由同级法院作出的,即使行为人对有利于自身的某种判决产生信赖,也不能认定其信赖价值。多数的不同判决是由不同审级的法院

〔66〕 参见“云南省广南县人民法院(2014)广刑初字第138号刑事判决书”。

〔67〕 德雷斯勒,见前注〔13〕,页162。

〔68〕 胡萨克,见前注〔27〕,页520。

〔69〕 金日秀等,见前注〔22〕,页387。

〔70〕 陈子平:《刑法总论(上)》,台湾元照出版公司2005年版,页328。

〔71〕 大谷实,见前注〔14〕,页317-318。

作出的,应该对上位的审级法院的判决给予更高的信赖价值与秩序价值。^[72]

在我国,相信法院的错误判决能否作为不可能性认定,值得进一步研究。例如,现阶段,一些地方在认定受贿犯罪的过程中,大都不把收受烟酒作为受贿认定,久而久之,似乎形成了一种不成文的裁判“规则”。国家工作人员甲相信这样的错误判决之后,自己也接受请托人送的大量烟酒,是否就能以不知法律为由阻却责任?本文认为,法院的生效判决来自于法律,相当于对法律的权威解释,本身具有法规范的引导作用。因此,一个人因为信赖法院的判决,认为自己的行为合法(或者不为刑法禁止)而实施了相关违法行为的,应认为其违法性错误具有不可避免性,从而阻却责任的成立。但是,如果针对相同行为具有不同的判决,尤其是上一级的法院对该行为作出了相反的评价,或者说基层法院的相反判决得到上级法院的某种肯定,例如通过指导性案例或者最高法院的公报予以登载,则表明行为人所信赖的个案判决并不可靠,行为人既然是以案例为依据,就具有注意到这些相反案例的可能性。例如,上例收受烟酒的行为确实有不构成犯罪的判决,但也有作为受贿指控并认定为有罪的判决,行为人没有注意到认定有罪的判决而片面相信了不构成犯罪的判决,不能阻却犯罪的成立。实际上,在日本,即使学者主张相信无罪判例而实施的行为应不具有违法性意识,日本最高裁判所在相关判决中却持相反的立场,即尽管行为人是因相信行为当时的最高裁判所无罪判决才实施行为的,最高裁判所仍判定行为人有罪。只有行为人信赖判例,因而相信自己的行为合法,对此存在相当理由的,才能认定行为人缺少犯罪的意思。^[73]由此,只有相信了一个稳定的错误的司法判决,才能作为违法性认识不可能性的认定。

(4)由于法律本身的规定不明确,行为人在实施某种行为时,基于对法律的研读或者相关咨询后,相信自己行为缺乏刑事违法性的,即使行为人的行为可以入罪,也宜作不可避免的违法性认识错误认定。例如,被告人邵某,仔细研究了刑法条文,并向懂法的朋友请教,在确认发放高利贷“只违法不犯罪”后,注册成立了投资公司,以公司名义放高利贷。检察机关指控邵某在未取得金融产品经营许可的情况下,向社会公众高息放贷,并在部分讨债过程中存在暴力行为,其行为涉嫌非法经营罪。法院审理后认为邵某违反国家规定,未经许可,便向社会公众高息放贷,扰乱市场秩序,情节严重,构成非法经营罪。^[74]实际上,高利贷行为是否属于非法经营行为,理论界也有不同观点。虽然有司法机关将该行为纳入了非法经营罪这个“口袋”里,但应当考虑行为人有无违法性认识错误,在存在认识错误的情况下,应考虑有无认识的可能性。被告人仔细研究了法律条文,确实没有发现高利贷入罪的规定,同时又咨询了法律界人士,得到了不具有刑事违法性的结论。应该认为,行为人已经尽到了法规范的注意义务,应阻却犯罪的成立。

[72] 金日秀等,见前注〔22〕,页387。

[73] 参见西田典之,见前注〔62〕,页215。

[74] 智敏:“南京首起高利贷入罪案追踪”,《民主与法制》2011年第5期,页27—29。

四、事实错误与违法性认识错误的区别

由于通说将事实错误与违法性认识错误定位于两种不同性质的错误,相比较而言,违法性认识错误“通常要比与为不法提供根据的状态相关的构成要件错误还要不可原谅。”^{〔75〕}由此导致处理原则截然不同。构成要件要素的事实错误针对的是犯罪故意,直接阻却故意的成立,在有过失且法律有规定的情况下成立过失犯罪;而违法性认识错误,针对的是罪责,原则上不阻却故意的成立,只是在不可能认识的情况下才阻却责任。基于此,违法性认识错误阻却犯罪成立的判断标准远比事实错误阻却故意成立的标准要严格。

一般情况下,事实错误与违法性认识错误不难区分,主要是看对法规范中的事实要素存在着错误还是对适用事实的法规范本身存在着错误。例如,甲男不知乙女患有精神病而与之发生性交,应属于事实认识错误。而甲男明知乙女患有精神病,但认为只要乙女同意或者乙女的父母(或其他监护人)同意,自己的行为就不是犯罪,这是法律认识错误。但是从法律适用就是“规范与事实的妥协”的过程来看,规范与事实之间的区别有时并不明晰。例如,在德国,律师如果在同一“法律纠纷”中为双方当事人提供咨询,就是一种犯罪。在某一交通肇事案件中,一名律师针对犯罪指控为加害者进行辩护,又在随后的民事程序中为被害人进行保险诉讼。该律师声称,这是不同的事项,不属于“同一纠纷”。按照法院的解释,该律师的行为属于在“同一纠纷”中为当事人代理,其本人的理解是错误的,但这是属于构成要件的错误还是法律错误?如果是前者,排除故意,由于该行为没有过失犯罪,则排除犯罪。但联邦最高法院认为应属于法律错误,因为该错误与对事实的法律评价有关,而与事实是什么无关。^{〔76〕}这种细微的区别“尤其是在需要对对象的认识进行一定评价的规范的构成要件要素中,以及在只有通过法的规制,相关事实才会具有犯罪色彩的行政取缔法规中,有关实施的认识与有关法规范的知识(认知)实际上是相互交错在一起的。”^{〔77〕}因此必须予以仔细的界定。

(一)规范的构成要件要素的认识错误

构成要素有记叙(描述性)的要素和规范的要素之分。由于规范的构成要素将事实与法律评价融为一体,行为人在对规范的构成要素认识错误的情况下,是事实认识错误还是法律认识错误,常常引起争议。例如,在日本,在“散布猥亵文书罪”中有关文书“猥亵性”之错误系法律错误还是事实错误这一问题上,就存在着不同认识。虽然判例认为这一错误是违法性认识错误,但理论上也认为它应属于事实要素的范围,只不过对该要素需要加以解释和补充(通常以所谓一般人的评价为标准),如果行为人对“淫秽性”没有认识,就应属于事实认识错误,阻却犯罪故意的成立。因为“对于欠缺此种意义认识之行为,已经不可说意图实现构成要件结果。

〔75〕 金日秀等,见前注〔22〕,页383。

〔76〕 参见弗莱彻,见前注〔5〕,页542。

〔77〕 松原芳博,见前注〔2〕,页204。

……应认为对构成要件故意之成立,欠缺认识必要事实,故为阻却故意。”〔78〕在我国,也有类似的争议,如《刑法》第152条走私淫秽物品罪,要求行为人对走私对象的“淫秽性”应当有认识。若是行为人将“淫秽物品”当作非淫秽物品予以走私,是属于事实错误还是法律错误?如果系事实错误,则阻却走私淫秽物品犯罪的故意;如果系法律认识错误,则看行为人是否具有认识的可能性,只要具有认识的可能性,一般情况下不阻却犯罪的成立。“两高”和海关总署《关于办理走私刑事案件适用法律若干问题的意见》中“关于行为人对其走私的具体对象不明确的案件的处理问题”规定:“走私犯罪的嫌疑人主观上具有走私犯罪故意,但对其走私的具体对象不明确的,不影响走私犯罪构成,应当根据实际的走私对象定罪处罚。但是,确有证据证明行为人因受蒙骗而对走私对象发生错误认识的,可以从轻处罚。”最高法院2006年印发的《走私解释(二)》第5条对此又作了进一步的明确规定:“对在走私的普通货物、物品或者废物中藏匿《刑法》第151条、第152条、第347条、第350条规定的货物、物品,构成犯罪的,以实际走私的货物、物品定罪处罚;构成数罪的,实行数罪并罚。”“两高”2014年《关于办理走私刑事案件适用法律若干问题的解释》第22条沿用了上述解释的规定。这些解释内容基本上体现了该错误系法律认识错误的精神。但实务中对此不无质疑,因为“从定罪原理分析,对于主观认识与实际犯罪对象不同的情形,一律以实际对象定罪,违背了主客观相统一原则,也与《刑法》第14条关于故意犯罪的规定不符。”〔79〕

关于规范性构成要素认识错误的情况下,该错误的性质如何确定,德国学者做了较为详细的分析和论证。韦尔策尔教授指出:

两种错误类型之间的关键区别,并不在于事实概念与法律概念之间的对立,而是在于构成要件与违法性之间的区分。如果某人取走了他人的一件财物,因为他误以为该财物是自己的,那么此人就陷入了构成要件错误之中(他并不知道自已取走的是他人的财物)。但如果某人误认为自己享有取走他人财物的自助权(例如,他作为债权人,针对有支付能力的债务人享有自助权),那他就对行为的违法性产生了错误认识。若某人不知在自己藏匿的财物之上设定有质权,那他对行为状况产生了错误;如果他知道这一点,但却误以为自己享有解除羁束的权力,那他就处在禁止错误之中。〔80〕

罗克辛教授分析认为,“构成要件错误和禁止错误的区分,并不等于行为事实错误和法律错误的区分,因为即使在构成要件错误的场合,也可以出现法律错误(‘他人的’!)。关键的是,是错误认识了违法性的(事实性或法律性)前提条件(则成立构成要件错误),还是认识到了这

〔78〕 川端博:《刑法总论二十五讲》,余振华译,中国政法大学出版社2003年版,页117。

〔79〕 参见“应志敏、陆毅走私废物、走私普通货物案——在走私犯罪案件中,如何认定行为人对夹藏物品是否具有走私的故意以及对走私对象中夹藏的物品确实不明知的,是否适用相关规范性文件中根据实际走私对象定罪处罚的规定”,载最高人民法院刑事审判庭第一、二、三、四、五庭主办:《刑事审判参考》2013年第2集(总第91集),法律出版社2013年版,页5—6。

〔80〕 韦尔策尔,见前注〔1〕,页87。

个前提条件,而只是没有意识到其违法性(则成立禁止错误)。”〔81〕在教科书中,他举例分析,行为人如果不知道自己所拿的东西正处在他人的所有权之下,而是认为这个东西是出于自己的所有权之中的,那么他就缺乏对盗窃罪中的‘他人’这个构成行为情节的认识,也因此缺乏故意,他就不能由于盗窃而受刑事处罚。而以威胁要揭发他人有违反道德的行为而让他人归还借款,行为人并没有认为自己的行为符合《德国刑法》第204条第2款中“恐吓”罪中的“卑鄙”性,而认为是一种合适性的手段。这种认识错误不是排除故意的错误,而是一种禁止性(法律)错误。如果人们在这里承认一种构成行为错误,那么,人们对于刑事可罚性的决定,就会仅仅取决于行为人主观性的、在可能的情况下完全不合情理的不法评价本身。〔82〕金德霍伊泽尔教授则指出,“若要认识到规范性构成要件要素的特征,必须还要理解该要素的法律或者社会之功能。因而,在具有规范性构成要件要素时,行为人必须认识到所涉客体的所承担的相关实际用途,才能成立故意。”〔83〕也就是说,行为人在没有理解规范性要素法律与社会功能的情况下产生的错误,属于事实错误,反之,在理解了规范性要素的法律与社会功能后,产生的评价错误,则是法律认识错误。

如何认定行为人对高度抽象性的规范构成要素的社会和法律功能有无认识呢?在德国,“按照主流见解,人们将这种必要的了解称为外行人的价值观。……因为人们不可以期待外行人拥有精确的法律知识,这样,只要行为人理解了相关规则的本质性的目标,那么,就足以成立故意。”〔84〕或者说,“这里,不要求行为人了解上述概念的法律定义(否则的话就只有法学家才能故意犯罪了),只要求行为人认识到立法者想要使刑法规范的保护涉及何种事实即可。”〔85〕

显然,德国学者精细分析的观点值得借鉴。在犯罪构成中具有规范性要素的情况下,如果行为人主观上对该规范性要素的社会和法律意义完全没有认识,则属于事实错误的范围,从而阻却犯罪故意的成立。如果行为人主观上对该要素本身的社会和法律意义有认识,只是对自己行为是否在规范性要素的涵摄范围发生了错误,则属于违法性认识错误,一般不影响故意的成立,只是在罪责层面,需要考察“由涵摄错误而引起的禁止错误当时是否可以避免。”〔86〕例如,原告甲女与被告乙男的离婚诉讼,经审理后一审法院作出判决,支持了原告的离婚诉求。原、被告当庭都表示不上诉。判决送达后的第五天,甲女就迫不及待地持一审判决与丙男到区民政局登记结婚。然而,乙男在上诉期届满之前依法提起了上诉,同时向法院提起刑事自诉,要求追究甲女和丙男重婚罪的刑事责任。此案中,甲女对有配偶的情况下不能与他人结婚的法律没有认识错误,只是认为离婚判决后,自己已经属于单身,有权利与他人结婚,并没有认识

〔81〕 罗克辛,见前注〔20〕,页98。

〔82〕 罗克辛,见前注〔4〕,页318—319。

〔83〕 金德霍伊泽尔,见前注〔28〕,页255。

〔84〕 金德霍伊泽尔,见前注〔28〕,页255—256。

〔85〕 (德)汉斯·海因里希·耶塞克、托马斯·魏根特:《德国刑法教科书(总论)》,徐久生译,中国法制出版社2001年版,页356。

〔86〕 金德霍伊泽尔,见前注〔28〕,页258。

到判决未生效前自己仍属于法律上“有配偶”的人,这应属于对有无配偶的事实认识错误。此种认识错误一旦确定,应成功阻却重婚故意的成立。又如,甲男在与乙女婚姻存续期间,又与丙女同居生儿。甲男认为,只有在自己有配偶又与他人登记结婚的情况下,才构成重婚,自己只要不与丙女登记结婚,就不属于重婚。甲男对重婚概念的理解是狭窄的,从社会上外行的一般人看来,有配偶与他人长期同居,生儿育女,实际上过的就是一夫二妻的生活。尽管刑法中重婚罪的认定也不以登记结婚为必要条件,但行为人并不需要对重婚罪的概念有精确的掌握,只需要行为人认识到他与丙女事实上如同夫妻一样生活,即使他认为这不是法律上的重婚。这种错误实际上是重婚涵摄范围的错误(行为本来在重婚的涵摄范围内误认为不在该范围),涵摄错误是“对于法定概念(法律上的定义)之范围的错误认识,并不影响构成要件故意的成立。”^{〔87〕}由此,甲男属于法律认识错误,不影响重婚故意的成立。又如前例中,行为人将淫秽物品作为普通货物、物品而实施了走私行为,由于淫秽物品与普通货物、物品的社会和法律意义不一样,淫秽物品不能涵摄普通货物,行为人没有认识到该物品系淫秽物品,则属于事实认识错误,应阻却走私淫秽物品罪的成立。

(二)对前置性的行政法律认识错误

法定犯常常存在着前置性的法律法规,典型的如在条文中明确规定“违反……法规”作为犯罪前提。处理这类犯罪,一般需要查明行为人是否知道有无违反相关法规以及法规的内容。但在查明行为人对前置法确实存在着认识错误的情况下,此种认识错误是事实认识错误,还是违法性认识错误?例如,根据德国破产刑法的规定,行为人应于“规定时间内出具”商业财务报表(《德国刑法典》第283条第7b项),但行为人在由其支配的时间这一认识上产生错误,这是属于《德国刑法》第16条规定的排除故意的构成要件错误,还是属于《德国刑法》第17条规定的禁止错误(违法性认识错误)?理论上认同的普遍性规则是:“对于(其补充作用之)构成要件所规定的某种行为状况的错误,属于构成要件的错误;对于起填补作用之规范本身的错误,则属于对受到禁止这一属性的认识错误。”^{〔88〕}易言之,如果行为人没有认识补充空白构成的法律的存在,那么就只能根据《德国刑法典》第17条确定法律错误的存在;如果行为人对补充空白构成的行为特征存在着认识上的错误,那么就不存在故意,行为人就处于《德国刑法典》第16条规定的行为构成错误的情况之中。例如,行为人没有按规定时间出具商业财务报表,如果行为人提出他不知道自己负有出具商业财务报表的义务,那么就是对补充空白罪状的法律存在着错误,属于法律上的错误。如果行为人提出,他没有提出商业财务报表是因为税务顾问已经保证将准时出具商业财务报表,则属于行为构成错误,应阻却故意的成立。^{〔89〕}匈牙利刑法学者也认为,“如果犯罪行为的特定部分规定是由相关行政管理条例来完成的,则基于此行政管理条例运作的当局决议也可以作为社会危害性认识错误的判定基础,例如,在与偷税漏税相

〔87〕 韦尔策尔,见前注〔1〕,页95。

〔88〕 韦尔策尔,见前注〔1〕,页89。

〔89〕 王世洲:《德国经济犯罪与经济刑法研究》,北京大学出版社1999年版,页94—95。

关的案件中,如果犯罪分子对税务法规定出现认识错误,并且税务机关的决议可以为这一认识错误提供确切依据,则犯罪分子有可能被免除罪责。”〔90〕

我国学者对此存在着不同的分析。一种观点认为,空白罪状的规范大都是“人为性”的法规。在这种场合,有了规范的认识以后,才会产生合规范态度的要求。所以,对“行政犯”而言,应以违法性意识作为认定故意的前提,即要求对“空白刑法规范”有认识。〔91〕相当于将前置法的错误与事实错误作同样处理,阻却故意的成立。另一种观点认为,对前置法的认识错误应认定为法律认识错误,“应确立违法性认识在犯罪构成中应有的地位,行为人缺乏对‘违反国家规定’的违法性认识的,应阻却或减轻其刑事责任。”〔92〕第三种观点认为,就以违反行政管理法规为前提的犯罪而言,行为人对符合行政管理法规的禁止事项的认识错误,属于事实认识错误;对禁止事项的评价错误,属于法律认识错误。事实认识错误当然影响故意的成立,但法律认识错误不影响故意的成立,而且只有在不可避免的情况下,才影响责任。例如,只要行为人认识到了自己违法发放贷款的客观事实,仍然发放贷款,就具有违法发放贷款的故意。但是,即使行为人认识到自己的行为侵犯了某种法益,但合理地相信自己的行为并不被行政管理法规与刑法所禁止(违法性的错误不可避免时),就不具有非难可能性。〔93〕

笔者认为,在对前置法发生错误认识的情况下,简单地将其归类为事实错误,缺乏妥当性。一方面,行为人只要在行为时没有认识到前置法的存在,就阻却故意的成立,其实践效果无疑是失之过宽,虚置了刑法规范;另一方面,也混淆了法律认识错误与事实认识错误的界限。在以违反某种行政管理法规为前提的犯罪中,该行政法规的禁止性规定与刑法禁止性规定具有一致性,只不过某种行为的性质需要行政法规与刑法结合起来进行整体评价而已,如果对行政法规不了解或者对其中的规范本身理解错误,应归属于法律认识错误而不是事实错误。例如,行为人尽管不知道依照《药品管理法》“未经批准生产、进口”的药品属于“假药”,而其生产、销售行为法律评价为生产、销售假药的行为,在此错误支配下实施了生产、销售行为,并不阻却生产、销售假药罪的故意成立。同样,行为人认为假药就是非药品,认为自己销售的是具有治疗效果的药品,虽然没有经过批准进口,但不属于假药,属于对规范涵摄范围的理解错误,也归属于法律认识错误的范围,不阻却故意的成立。只需要分析行为人违法性认识的可能性;没有认识可能性,则阻却责任。又如,行为人不知道从事资金支付结算业务要经过国家批准,“未经国家批准非法从事资金支付结算业务”的行为属于非法经营行为,但这属于法律认识错误,并不阻却犯罪故意的成立。

不过,行为人不是对前置法本身而是对前置法规定的某种事实情况存在认识错误,而该事实情况又是行为成立犯罪的客观要素时,则该错误就属于事实认识错误,应阻却故意的成立。

〔90〕 彼得,见前注〔55〕,页106。

〔91〕 参见顾肖荣等:《经济刑法总论比较研究》,上海社会科学院出版社2008年版,页43。

〔92〕 刘德法、尤国富:“论空白罪状中的‘违反国家规定’”,《法学杂志》2011年第1期,页15。

〔93〕 张明楷:《刑法分则的解释原理(下)》(第2版),法律出版社2011年版,页552。

例如,同样是销售假药的案件,如果行为人认为自己经销该种药品已经被批准进口,故销售了该药品,实际上该种药品并没有批准进口,由于是否批准只是一种事实情况,与评价无关,故行为人的错误反映了对前置法规定的某种事实情况(即药品是否已经被批准进口)存在着错误认识,应阻却销售假药罪的故意成立。又如,走私珍贵动物、珍贵动物制品罪中的关于“珍贵动物”的种类,是指列入《国家重点保护野生动物名录》中的国家一、二级保护野生动物和列入《濒危野生动植物种国际贸易公约》附录一、二级保护野生动物以及驯养繁殖的上述物种。关于这些名录和公约中的物种清单,有学者指出:

其内容专业性极强、名目繁杂,如果不是从事进出口相关事务的专门人士,一般是难以全面了解的,出现对于这些国家法律、规定的认识错误是极有可能的。如行为人携带美丽硬仆骨舌鱼从海关出境,其可能认为美丽硬仆骨舌鱼不属于国家保护野生动物而在种属上只是普通的观赏鱼,所以没有申报,然而美丽硬仆骨舌鱼却是列入《濒危野生动植物种国际贸易公约》附录一的重点保护濒危野生动物,虽然行为人知道其携带的鱼是美丽硬仆骨舌鱼,但却不了解《濒危野生动植物种国际贸易公约》的法律规定,因而属于对法律的认识错误。对由于法律的认识错误而导致的行为的处理,一般仍作为犯罪来对待,……行为人的行为应该认为构成了走私珍贵动物罪。^{〔94〕}

反之,如果朋友送其一条美丽硬仆骨舌鱼,行为人认为就是一条普通的热带观赏鱼,那么此时应属于对事实的认识错误,阻却走私珍贵动物罪的故意。

需要注意的是,涉及到前置法的犯罪,构成要件往往具有一定的开放性,违法性认识可能性以及事实错误的认定,不应掌握过苛过严,因为“法定犯、行政犯的构成,客观上只有是那些自己的生活与该行为有较多联系的行为人才有可能”,^{〔95〕}尤其是一些针对特定领域的专业性的行政法规,其内容很难达到众所周知的程度,行为人“如果只是不经意间纯属偶然地违反了平常对其来说都很难接触到的那种复杂的行政规范条款的话,有时在有充分依据时,是可以将其判为对行为社会危害性认识错误的。”^{〔96〕}如走私珍贵动物中的物种清单,既然“其内容专业性极强、名目繁杂”,一般是难以全面了解,在出现认识错误的情况下,就应该充分考虑行为人违法性认识的可能性,在不具备专业知识,不经意触犯法律的情况下,应当承认其具有违法性认识错误不可避免性,从而阻却犯罪的成立。

五、结 论

综上,尽管违法性认识可能性作为罪责要素已经成为理论界的共识,立法也开始承认违法性认识错误不可避免的情况下应作为责任阻却事由,但立法和实务对违法性认识错误不可避

〔94〕 张大春:《走私罪研究》,中国海关出版社2004年版,页124—125。

〔95〕 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,页64。

〔96〕 彼得,见前注〔55〕,页103。

免性的认定标准模糊、抽象及严苛,实际上虚置了该罪责要素和阻却事由,这反映了人们对该罪责要素的作用仍有一定的保留与犹疑,毕竟以保障人权为主旨的责任主义与以一般预防为目标的刑事政策之间存在着冲突。相对而言,以行为人个人的认识能力为基础,兼顾社会中一般人的认识能力的“本来是否可以认识”具有合理性和可操作性,也兼顾了责任主义原则与刑事政策目标。从是否存在法规范正确认识的主观、客观障碍以及行为人有无尽到通常的法规范注意义务三个方面分析行为人是否“本来是可以认识”,如果能够得出行为人已经满足了社会对其“法忠诚要求”,就应当作不可避免性的认定。

抽象的标准运用于具体的司法,对违法性认识错误可进行类型化的分析。现实生活中,人们对行为性质判断的标准是多样的,道德等规范乃至人之常情都能起到行为适法性的判断作用。对于自然犯而言,传统社会伦理规范与刑法的禁止性规定的重合以及价值判断的一致性,导致了自然犯的违法性认识应实行道德直觉的“知法推定”。法定犯的违法性认识错误,分为可以避免和不可避免两种情况,在行为人的法规范意识已经被唤醒,或者行为的模式具有明显的违法性和危害性等情况,属于可避免的认识错误;如果因为不知道法律而导致伦理上不具有可谴责性,或者行为人相信政府部门答复或者相信具有公信力机构的认定而陷入违法性错误,或者因为法律本身的规定不明确而陷入违法性认识错误等,则应认定为不可避免的认识错误。而对具有双重违法性质的犯罪,涉及到对前置法不了解或者对其中的规范本身理解错误,同样属于违法性认识错误。前置法的复杂性和专业性,导致违法性认识可能性程度低,因而司法对错误不可避免性的认定不应过严。

Abstract: According to the principle of culpability, which is the basement of the modern criminal law, the mistake of law is gradually recognized as a limitation of criminal culpability. A mistake of law defense is relevant, when it is inevitable. Therefore, the criminal law theories focus on the standard, under which a mistake of law can be regarded as inevitable. Based on the principle of Ignorantia juris non excusat (the ignorance of law is no excuse), however, a mistake of law is only considered as inevitable in some rare exceptions, which are seldom seen in the theory and practice. It is to be recognized that, it is getting more difficult for the citizen to have the knowledge of law along with the increasing complication of the specific prohibition in the modern criminal law. This article argues that the criminal liability of the defendant is to be excluded based on the mistake of law, when he takes all the reasonable measures to recognize the content of specific prohibition of law under a general consciousness of law, but the mistake is still inevitable.

Key Words: Unlawfulness; Mistake; Ignorance of Law; Exclusion of Criminal Liability

(责任编辑:江 溯)