

违法性认识错误可避免性： 可罚性本质与规范性判断

刘 赫*

摘要 在刑法适用的层面,违法性认识错误的关键在于该认识错误是否具有可避免性。错误可避免性判断是对行为人产生违法性认识错误进行刑法归责的教义学方案。该问题尚未在我国《刑法》中得以明文规定,但能够在可避免性的本质和可避免性的判断两个层面得到合理回应。在可避免性的本质层面,认识错误情形的可罚性基础不在于行为人的义务违反或管辖责任,而在于行为人未使用的不法洞察力。在可避免性的判断层面,认识错误所涉及刑法规范的公开性与明确性应当作为可避免性的规范前提,与错误可避免性的个体审查一并纳入到规范性判断的教义学框架中。

关键词 违法性认识错误 可避免性 规范理论 不法洞察力 管辖责任

一、问题的提出

伴随法定犯时代的到来,“违法性认识错误问题呈现前所未有的复杂性”。〔1〕我国刑法理论的相关研究,多聚焦在违法性认识错误阻却故意、或阻却责任的争论上,进而形成了“违法性认识故意说”与“违法性认识责任说”的学说对峙。〔2〕这种旷日持久的学说争论,致使在我国难以就违法性认识的体系性定位问题形成通说。但在刑法适用的层面,违法性认识错误案件的处理路径却愈加清晰,即判断该错误是否具有可避免性。然而,这种错误可避免性的理论

* 复旦大学法学院师资博士后。本文系中国博士后科学基金第73批面上资助项目“违法性认识错误的归责机制”(项目编号:2023M730623)的阶段性研究成果。

〔1〕 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23页。

〔2〕 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;陈兴良:《教义刑法学》(第3版),中国人民大学出版社2017年版,第452页。

研究却未受到应有的重视。对错误可避免性的研究,不仅有利于在理论上回应行为人产生认识错误的可责性依据,还有助于实践中违法性认识错误案件的规范化处理。

例1:王某站、何某州滥伐林木案。^{〔3〕}被告人王某站在2017年为落实市政府《大规模绿化行动方案》,以村委会名义要求栗某杰砍伐规划区域内的树木,并承诺由村委会办理许可证。而后,栗某杰将特定区域的树木卖给何某州,并由何某州实施砍伐行为。法院认定王某站、何某州构成滥伐林木罪。

例2:赵某华非法持有枪支案。^{〔4〕}被告人赵某华在2016年8月至10月期间,在天津市某公园内摆设射击娱乐摊位从事经营活动。而后被巡查民警发现,并当场查获赵某华摊位的9支枪形物及塑胶弹等配件。法院判定查获的9支枪形物中有6支为刑法意义上的枪支,进而认定赵某华构成非法持有枪支罪。

上述两个案件的被告人都主张产生了违法性认识错误。但能否以此要求减轻或免除相应的刑事责任,我国司法实践和刑法理论在这一问题的回答上产生了分歧。我国司法实践在应对违法性认识错误的案件时,仍旧恪守“不知法不免责”原则。^{〔5〕}在例1中,法院裁判认为,被告人何某州基于自身从事砍伐生意的经验,其所产生的违法性认识错误是可以避免的,不能以此免除刑事责任;同样在例2中,被告人赵某华认为自己持有的是玩具枪、不知自己持有的是刑法意义上的枪支,法院以一般公众认识能力作为违法性认识的判断标准,否定了上述主张,并认定被告人具有犯罪故意。借由实践中层出不穷的违法性认识错误案件,我国刑法教义学研究逐渐重视违法性认识的本质属性问题,并形成了责任说与故意说之争。由于理论上对该问题存在严重分歧,这导致司法实践陷入困境。特别是,司法机关对这类违法性认识错误案件大都作出的有罪结论,进一步催化了公众对刑法归责合理性的质疑。^{〔6〕}

社会公众对这类案件司法裁判的质疑,恰恰暴露出“不知法不免责”原则与法定犯时代下责任主义之间的矛盾。针对该问题,我国学理上存在从“违法性认识的体系定位研究”转向“违法性认识归责机制研究”的趋势。^{〔7〕}然而,这种刑法适用技术层面的学说转向,不仅面临回避违法性认识本质属性研究的质疑,^{〔8〕}还在刑法教义学中催生出了可避免性的理论问题:①违法性认识错误与可避免性概念之间的关系为何。②可避免性概念又何以形塑着违法性认识错误的刑法归责机制。

本文的分析路径是,先在违法性认识错误的教义学研究中寻找可避免性概念的体系性定

〔3〕 参见王某站、何某州等滥伐林木案,江苏省宿迁市宿城区人民法院刑事判决书,(2019)苏1302刑初751号。

〔4〕 参见赵某华非法持有枪支案,天津市第一中级人民法院刑事判决书,(2017)津01刑终第41号。

〔5〕 “不知法不免责”原则来源于罗马法的法谚“事实错误无罪责,而法律错误有罪”,vgl. Claus Roxin, Über Tatbestands- und Verbotsirrtum, FS Tiedemann, 2008, S. 375.

〔6〕 参见江璐伊:“违法性认识错误的司法困境与判断方法”,《中外法学》2023年第1期,第180页。

〔7〕 车浩明确提出,违法性认识错误的问题应当从理论宣扬阶段迈向可避免性判断的技术构建阶段,参见车浩,见前注〔1〕,第32页。

〔8〕 参见柏浪涛:“违法性认识属性之争:前提、逻辑与法律依据”,《法律科学》2020年第6期,第18页。

位(下文第二部分),然后在可避免性的本质维度,论证认识错误情形的可罚性基础在于行为人未使用的不法洞察力(下文第三部分),最后在此基础上,将认识错误所涉及刑法规范的公开性与明确性作为规范前提,与个体审查一并纳入到可避免性判断的教义学框架中(下文第四部分),以期完善既有的归责机制。

二、违法性认识错误与可避免性概念

自1979年《刑法》颁布以来,我国《刑法》中所规定的犯罪形态发生了显著的变化。在犯罪形态的数量上,自然犯占据优势地位逐渐演变为法定犯占绝对比重。^{〔9〕}罗马法上“不知法不免责”的传统原则已经难以与当下我国法定犯在犯罪形态上占据主导地位的现实相适应。^{〔10〕}基于这种社会现实和立法变化,^{〔11〕}我国刑法理论逐渐重视违法性认识错误所产生的刑法归责问题。针对于该问题,我国学界在教义学体系框架下发展出两种分析路径:其一,违法性认识的本体论研究;其二,错误归责的方法论研究。前者以违法性认识与故意之间的关系作为研究对象,探讨违法性认识在教义学体系内的本质属性。^{〔12〕}后者以刑罚正义与责任理论作为研究目标,试图在刑法适用的层面构建起违法性认识错误的归责机制。这两种教义学分析路径看似是“理论—技术”不同导向下的产物,二者互相排斥。然而,可避免性概念可以消除这两种分析路径的鸿沟。就本文所讨论的可避免性概念而言,其是脱胎于违法性认识本质属性之争(本体论研究),但又服务于违法性认识错误归责机制构建(方法论研究)的产物。

(一)可避免性概念的产生:违法性认识属性之争

近年来,以新四大奇案^{〔13〕}为代表的违法性认识错误案件在我国刑法理论中掀起新一波的研究浪潮。对此,我国学界围绕故意与违法性认识之间的关系展开了对违法性认识属性的教义学争论。相较于德国故意理论是以错误论为路径依赖所构建的教义学体系,我国《刑法》第14条对犯罪故意作出了明文规定,“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”。针对于该条款,我国学界目前存在两种激烈对峙的教义学分析方案。其一,违法性认识故意说主张,我国犯罪故意包含行为人所产生的违法性认识。^{〔14〕}其二,违法性认识责任说主张,我国犯罪故意仅仅是行为人对结果的事实认识,并不包含对结果的危害性认识。^{〔15〕}

〔9〕 参见李运平:“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3版。

〔10〕 参见车浩,见前注〔1〕,第25页。

〔11〕 参见何荣功:“轻罪立法的实践悖论与法理反思”,《中外法学》2023年第4期,第953页。

〔12〕 参见刘赫:“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”,《法学家》2023年第6期,第165页。

〔13〕 参见梁根林:“违法性认识的命运:中国与德国”,载梁根林等主编:《责任理论与责任要素》,北京大学出版社2020年版,第137页。

〔14〕 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150页。

〔15〕 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78页。

第一种观点“违法性认识故意说”认为,犯罪故意的成立应满足《刑法》第14条的明文规定,行为人需要明知行为会产生危害社会的结果,并对这种结果持有希望或放任的心理态度。^[16]违法性认识在我国刑法教义学语境下,是对含义模糊的社会危害性认识概念进行的限定描述。原则上,违法性认识是基于行为人对构成要件事实认识的推定而产生的,只有在例外情况,“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”。^[17]这种观点实际上是从《刑法》第14条的内容直接推导而出,将社会危害性认识纳入到犯罪故意的内涵里。

第二种观点“违法性认识责任说”主张,犯罪故意是独立的责任要素,不需要行为人对行为的形式违法性产生现实的认识。^[18]具体来说,犯罪故意的对象仅仅是客观事实意义上的结果而已,与该结果相关的危害性特征需要通过立法者的立法与司法者的裁判得以判断,而不需行为人对此具有认识。^[19]有学者进一步提出“法规范标准说”,犯罪故意的成立是仅仅将行为人认识的事实作为判断素材,而将以国家设定的法规范作为判断标准。^[20]这种观点是对我国《刑法》第14条所规定的犯罪故意进行限缩性解释。

我国刑法理论围绕故意与违法性认识之间的关系形成了壁垒鲜明的学说对峙。究其原因,“违法性认识故意说”与“违法性认识责任说”所使用的是不同语义内涵的故意概念。“违法性认识故意说”中的故意概念是一种实质的故意,^[21]该概念将事实判断与价值判断涵盖于一身。^[22]而“违法性认识责任说”所使用的故意概念,则是行为人对构成要件事实投射在责任阶层的心理性故意。这两种学说对犯罪故意概念的不同解释,致使二者难以在同一的教义学框架下进行对话。然而,这两种学说在对犯罪故意概念解释上都存在不容忽视的弊端。“违法性认识故意说”忽视了实质犯罪故意概念中心理性故意的独立意义,而“违法性认识责任说”则脱离了我国《刑法》第14条对实质犯罪故意概念的实定法前提。

鉴于这两种学说都难以对违法性认识的本质问题进行妥当回答,违法性认识可能性学说逐渐为学界所关注。^[23]后者认为,犯罪故意的成立不要求行为人具有违法性认识,但若行为人因不具有违法性认识可能性而产生的认识错误,则可以阻却责任的成立。^[24]我国学者指出,违法性认识可能性是行为人主观上在行为时,能够认知到行为违反刑法规范的盖然性。^[25]相较于“违法性认识故意说”和“违法性认识责任说”深陷违法性认识在教义学体系定

[16] 参见陈兴良,见前注[2]。

[17] 黎宏:《刑法总论问题思考》,中国人民大学出版社2007年版,第259页。

[18] 参见张明楷:《刑法学》(第5版),法律出版社2016年版,第321页。

[19] 参见车浩,见前注[1],第41页。

[20] 参见曾文科:“犯罪故意概念中的‘危害社会’”,《法学研究》2021年第5期,第166页。

[21] 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。

[22] 参见江溯:“论犯罪故意在三阶层体系的地位”,《法学论坛》2022年第1期,第73页。

[23] 参见孙国祥:“违法性认识错误不可避免性及其认定”,《中外法学》2016年第3期,第704页。

[24] 参见(日)大谷实:《刑法讲义总论》(第2版),黎宏译,中国人民大学出版社2008年版,第312页。

[25] 参见屈学武:“中国刑法上的免责机制反思”,《法治研究》2018年第1期,第71页。

位争论的泥淖。违法性认识可能性学说重点解决的是,在刑法适用层面,如何处理行为人产生违法性认识错误的责任承担问题。该学说是在“公权”和“私益”的平衡下,依据可避免性的标准区分为阻却责任的违法性认识错误和不阻却责任的违法性认识错误。^{〔26〕}故而,在刑法归责中,违法性认识可能性与错误可避免性具有一致性。“违法性认识可能性这一概念本身是形式的,它只有通过错误是否可以避免的实质性审查和判断后,才可能得出是否存在认识可能性的结论。”^{〔27〕}同样,在德国刑法理论中,违法性认识可能性也是错误可避免性判断的核心内容。若行为人合理地运用自身知识,能够对行为的不法性具有认识可能性,就成立可避免的违法性认识错误。^{〔28〕}然而,我国有学者认为违法性认识可能性和错误可避免性是两个不同的问题,二者不能等同处理。^{〔29〕}这种观点忽视了违法性认识可能性与错误可避免性之间的关联。违法性认识可能性学说本身具有应用导向的强属性,其需要通过错误可避免性的判断而得以解决行为人的责任承担问题。因而,在违法性认识错误的归责机制内部,二者互为表里、不能被分割。

(二)可避免性概念的定位:认识错误的归责基础

错误的可避免性概念脱胎于违法性认识属性问题的争论,同时又作为违法性认识可能性学说的核心要素,服务于违法性认识错误归责机制的构建。然而,可避免性概念在违法性认识错误的刑法归责体系中处于何种地位?该问题亟需刑法理论予以回应。笔者主张,可避免性概念应当作为认识错误的归责基础,其不仅彰显着行为人产生认识错误的可谴责性,还满足功能主义下责任概念的需要,更发挥着填补故意理论处罚漏洞的功能。

其一,可避免性概念彰显出认识错误的可谴责性。行为人的主观认知在刑事责任分析中占据核心地位,这是因为刑法归责的本质是针对行为人进行的主观归责。^{〔30〕}相较于民事、行政等法律规范将风险分担标准划分与公权力介入边界作为归责的核心问题,刑法规范则是以行为人的主观恶性作为可谴责性的基础。就主观归责来说,对行为人产生违法性认识错误在规范上进行责难,是因为行为本可以避免认识错误的发生。^{〔31〕}而这种可避免性来源于刑法规范对行为人的期待。行为人产生的违法性认识错误,本质上是行为人与刑法规范期待之间发生了认知偏差。^{〔32〕}刑法规范对行为人认知内容的期待,不仅要求认识到规范本身,还包括认识到规范相关的事实。具体来说,行为人既要“对‘行为影响到的法律关系’产生正确的设

〔26〕 参见王志远:“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,第125页。

〔27〕 车浩,见前注〔1〕,第32页。

〔28〕 Vgl. Johannes Wessels/Werner Beulke/Helmut Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil, 50. Aufl., 2020, Rn. 680.

〔29〕 参见刘之雄:“违法性认识的刑法学理论异化与常识回归”,《法商研究》2019年第4期,第100页。

〔30〕 Vgl. Klaus Lüderssen, Das moderne Strafrecht, StV 2004, S. 100.

〔31〕 参见陈璇:“责任原则、预防政策与违法性认识”,《清华法学》2018年第5期,第93页。

〔32〕 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90页。

想,还要对“将要实施行为的情况”以及“对行为重要相关的事实要素”产生正确的认识。^[33]换言之,若行为人对上述内容产生了认知偏差,则说明其未能满足刑法规范的期待。如果行为人未能满足刑法规范期待的情形是可以避免的,那么这种认识错误的可谴责性就由此产生。

其二,可避免性概念满足功能主义下责任概念的需要。错误可避免性概念是伴随违法性认识可能性学说的发展而产生的。违法性认识可能性与现实的违法性认识是相对应的教义学概念。^[34]前者在事实上没有对行为的违法性产生认识,而后者在事实上则对行为的违法性产生认识。显然,违法性认识可能性已经与心理责任论的责任概念相悖,后者主张责任产生于行为人与其行为之间的心理事实。^[35]当行为人具有违法性认识可能性时,其本身并不存在心理责任论意义上对违法性认识的现实认识。同样,违法性认识可能性也无法在规范责任论的责任概念中找到根据。规范责任论下的责任概念是以行为人实现构成要件行为而彰显出对法规范的敌视态度作为可责性依据。^[36]当行为人具有违法性认识可能性时,其本身并未产生彰显敌视态度的违法性认识。然而,违法性认识可能性能够在功能责任论找到可谴责的依据。该论者认为,责任是基于积极一般预防的刑罚目的下保障刑法规范有效性所设定的标准。^[37]行为人在事实上虽未产生违法性认识,但借由违法性认识错误的可避免性判断,可以对行为人潜在的违法性认识进行主观归责。此时,行为人所承担的刑事责任是为了满足刑事政策和一般预防的需要,而可避免性概念则成为满足功能主义下责任概念的产物。

其三,可避免性概念填补犯罪故意理论的处罚漏洞。对行为人进行主观归责时,犯罪行为的着手时刻总是决定性的审查时间点。这种着手时刻需要行为人主观方面与客观方面满足同时性原则的要求。同时性原则是犯罪故意理论中的重要定罪原则,其要求主观与客观的构成要件、违法性与责任等必须在时间上重合,否则故意犯罪将退化为非理性的犯罪概念。^[38]然而,诸如激情犯、快速犯,行为人完全不可能在行为时意识到禁止性规范。即使是经过短暂思考后实施的犯罪行为,行为人也很难在行为过程中对禁止性规范作出反应。这些情况都给同时性原则带来挑战,这往往会引发犯罪故意定罪上的处罚漏洞。错误可避免性概念在这个问题上将犯罪故意与不受不法评价影响的行为联系起来,通过违法性认识可能性(潜在的违法性认识)作为该类故意犯罪行为可罚性的责任基础,来满足犯罪故意理论中的同时性原则。可避免性概念只要求行为人有能力意识到行为的不被允许性,并将这种能力作为独立的责任要

[33] Vgl. Karl Binding, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. IV, 1872, S. 530 f.

[34] 我国刑法理论中所使用的“违法性认识可能性”概念,在德国刑法教义学体系中被称为“潜在的不法意识”,并与“现实的违法性认识”相对应,vgl. Bernd Heinrich, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl., 2014, Rn. 552.

[35] Vgl. Reinhard Frank, Über den Aufbau des Schuldbegriffs, 1907, S. 3.

[36] Vgl. Urs Kindhäuser/Till Zimmermann, Strafrecht Allgemeiner Teil, 9. Aufl., 2020, § 21 Rn. 7.

[37] Vgl. Günther Jakobs, Das Schuldprinzip, 1993, S. 26 f.

[38] Vgl. Christoph Safferling, Vorsatz und Schuld, 2008, S. 245.

素。^[39]若行为人错误地认为自己的行为是被允许的,或者行为人根本没有意识到行为的可允许性或被禁止性,这种情况下的违法性认识错误可以借由可避免性概念为行为人在规范上构建起的潜在违法性认识,进而填补同时性原则要求下所产生的处罚漏洞。

三、错误可避免性的可罚性本质

可避免性概念在违法性认识错误的教义学研究中,已然跨越违法性认识本质属性之争的限制。“错误可避免性直接关联着对行为人实施行为的可罚性判断。”^[40]笔者主张,只有厘清错误可避免性的本质,才有可能依据这种性质和功能完善既有的可避免性判断标准。然而,错误可避免性及其可罚性本质在理论上的联系需要得到进一步回应:可避免认识错误的可罚性基础是基于义务侵害?抑或是来源于管辖责任?还是在于行为人未使用的不法洞察力?

(一)义务侵害说的处罚扩张

我国刑法理论主流观点认为,“我国刑法规范与我国社会的行为价值观、是非观是一致的,危害社会的行为及其结果达到一定严重程度就会被刑法禁止所制裁,正常理智的公民都会了解这一点”。^[41]这种观点背后隐含了,社会公民对刑法禁止性规范的知法推定。当行为人对达到某种危害社会程度行为及其结果有认识时,行为人应当对该行为及其结果在刑法规范上的意义负有知法义务。“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。”^[42]在违法性认识错误领域,行为人的知法义务表现为“要看错误的发生是否是由于行为人未能履行合理的注意义务”。^[43]这种合理的注意义务体现在行为人实施构成要件行为时,对行为可能涉及违反相关刑法规范的谨慎查证义务。换言之,错误可避免性的可罚性基础在于行为人未履行相关的知法义务。同样,德国刑法理论通说观点认为,可避免违法性认识错误的可罚性在于行为人违反了法律咨询和法律审查的义务。^[44]在这种观点下,违法性认识错误的产生是因为行为人未能充分履行自身的法律义务,进而对自身实施构成要件行为欠缺在刑法规范上的认识。

然而,错误可避免性的义务侵害与一般过失犯中的义务侵害能否等同视之,我国刑法理论研究中鲜有涉及。笔者认为,这二者的义务侵害具有本质差异。在传统过失犯理论中,义务侵害的可罚性基础在于行为人没有按照义务的要求实施或者不实施特定行为,并且造成了危害结果。^[45]错误可避免性中义务侵害的可罚性基础,并不在于行为人通过履行相关法律咨询

[39] Vgl. Reinhart Maurach, Deutsches Strafrecht, 3. Aufl., 1965, S. 400; und auch Hans Welzel, Das deutsche Strafrecht, 9. Aufl., 1965, S. 150 f.

[40] Heiko Lesch, Die Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums, JA 1996, S. 607.

[41] 高铭暄、马克昌主编:《刑法学》,北京大学出版社、高等教育出版社2022年版,第104页。

[42] (美)乔治·弗莱彻,《反思刑法》,邓子滨译,华夏出版社2008年版,第542页。

[43] 劳东燕,见前注[14],第156页。

[44] Vgl. BGHSt 2, 201; BGHSt 37, 67.

[45] 参见周啸天,“义务犯理论的反思与批判”,《法学家》2016年第1期,第151页。

或审查义务后,达到无损害结果发生的效果,^[46]而在于行为人通过义务履行而彰显出的主观态度。若行为人以合理手段履行法律咨询或审查义务后仍旧产生了违法性认识错误,行为人这种积极遵守法规的主观态度将会影响可避免性的判断。具体来说,行为人基于遵守法律规范的积极态度作出法律咨询或审查行为超过一定的门槛要求,这种违法性认识错误就会被认定为不可避免,进而免除行为人的刑事责任。这种门槛要求在不同案件中都各有差异,难以在可避免性体系中构建起统一标准。德国联邦最高法院试图通过自然法角度为这种门槛行为的义务来源进行论证,“行为人对于其所要实施的行为,要先进行合法性思考”。^[47]德国联邦最高法院对行为人所提出门槛行为的要求是基于自然法下社会契约论的推理。沃尔夫冈·弗里施(Wolfgang Frisch)明确赞同这种来源于自然法的知法义务。其认为,只有社会中每个人都确保自己的行为符合法秩序时,法秩序才能发挥有效的导向性作用。^[48]赫尔穆特·韦伯(Helmuth Weber)进一步将错误可避免性中知法义务的判断具体化。其主张,行为人自己的生活领域和职业领域是进行相关法律咨询或审查义务的起点,错误可避免性的判断需要取决于行为人在社区生活中地位所具有的法律认识。^[49]

义务侵害学说下,行为人积极的知法义务决定了错误可避免性的可罚性。笔者认为,义务侵害说会导致扩大处罚范围,难以合理解释违法性认识错误可避免性的可罚性基础。其一,义务侵害说所赋予行为人的知法义务过于沉重。处于社会公民地位的行为人,难以切实履行如此广泛的知法义务。就现代刑法而言,规范性构成要件被大量地使用在法定犯的构造之中。“法定犯作为一定的社会现象,其本身不一定蕴含着法律所禁止的性质或者社会所责难的性质。国家之所以认为这种行为是犯罪行为,完全是出于某种行政的社会政策的需要。”^[50]行为人在日常的社会生活中对法定犯鲜有认知,这大大降低了行为人履行对相关法定犯知法义务的可能性。其二,义务侵害说中的知法义务难以依据自然法角度从社会契约论推导而出。尽管在社会契约中,公民向国家让渡自身部分的独立性,以实现自身与其他公民的平等相处。^[51]但是,公民并未因权利出让而失去自由,反而是通过权利出让所确立的法律状态,进一步获取行动自由。康德就国家和公民之间的关系问题回应道,个人在国家中牺牲的是与生俱来的一部分外在自由,个人只是抛弃了粗野、无法律状态的自由,以便在法律的依附关系中找到不被剥削的自由。^[52]广泛的知法义务恰恰限制了行为人作为公民在国家中的行动自由。其三,义务侵害说扩大了错误可避免性概念适用空间。义务侵害说认为错误可避免性不在

[46] Vgl. He Liu, *Rekonstruktion des Verbotsirrtums: Die einheitliche Irrtumslehre*, 2023, S. 146.

[47] BGHSt 2, 201.

[48] Vgl. Wolfgang Frisch, *Schwächen und Notwendigkeit einer Revision der Lehre vom Unrechtsbewusstsein*, GA 2017, S. 706.

[49] Vgl. Helmuth Weber, *Grundriss des deutschen Strafrechts*, 2. Aufl., 1948, S. 123.

[50] 马克昌主编:《犯罪通论》(第3版),武汉大学出版社2010年版,第333页。

[51] Vgl. Christine Löw, *Die Erkundigungspflicht beim Verbotsirrtum nach § 17 StGB*, 2002, S. 69 f.

[52] Vgl. Immanuel Kant, *Matephysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, in: Bernd Ludwig (Hrsg.), *Philosophische Bibliothek*, 4. Aufl., 2018, S. 135.

于行为人法律咨询或审查的结果,而是取决于行为人实施法律咨询或审查的行为本身。^[53]这种观点背后放弃了“错误可避免”和“法律咨询或审查义务”之间的假定因果关联。若行为人没有进行法律咨询或审查行为就视为违反知法义务,不论行为人通过法律咨询或审查行为会获得何种信息,其本身就会导致可避免的违法性认识错误。义务侵害说会扩大“可避免错误”的适用空间、压缩“不可避免错误”的适用空间,进而导致刑事处罚范围的扩张。

(二)管辖责任说的适用不当

管辖责任说近来被我国学者在论证防卫行为能否构成先前行为的问题上而受到了广泛关注,其主张通过厘清防卫人的管辖责任分配情况来确定刑法归责的根据。^[54]在违法性认识错误领域,管辖责任说认为,“若行为人对该认识错误具有管辖责任时,该认识错误则是可避免的”。^[55]换言之,错误可避免性是行为人基于自身认知缺陷而产生的管辖责任。^[56]这种对违法性认识错误的管辖责任,一方面是来源于行为人对法规范的守法意愿,另一方面是与刑法规范上的责任分配息息相关。

其一,错误可避免性的可罚性基础取决于行为人的守法意愿。“刑法规范应当得到每个社会成员的普遍遵守,行为人承担责任的原因是由于未充分遵守相应规范而导致的。”^[57]这种守法意愿是行为人心理因素在规范上的体现。进一步说,行为人对违法性认识错误的责任不在于行为人心理性的理解状态,而在于对守法意愿能否实现所进行的规范判断。若行为人在守法意愿上的认知缺陷是基于自身精神疾病、认知能力等原因,行为人对错误可避免性的管辖责任也会相应减轻或免除。若行为人在守法意愿上的认知缺陷是由于自身对法律的敌视或漠视,进而没有为守法意愿作出努力,行为人对错误可避免性的管辖责任也随之产生。为避免守法意愿概念过度规范化的倾向,雅各布斯提出守法意愿应与行为人具体的“生活领域”相结合,进而判断行为人对违法性认识错误的管辖责任。^[58]这种生活领域是指行为人实施习惯性行为所需要的特定能力或知识,包含生活行为、工作行为等在内。在特定的生活领域情况下,若行为人未能及时更新知识或能力,导致无法为守法意愿在规范上作出充足准备,行为人对这种可避免的违法性认识错误具有管辖责任。

其二,错误可避免性的可罚性基础与刑法规范上的责任分配息息相关。“可避免性概念是规范意义上的术语,它是对行为人产生认识偏差原因的可归责性所进行的规范设定。”^[59]管辖责任说下的可避免性本身并不是心理学意义上的概念,它不以行为人在行为时的主观心理状态作为判断依据。相反,可避免性概念应当与行为人个体的心理要素保持一定距离。与传

[53] Vgl. Werner Schneider, Die Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums, 1964, S. 44 f.

[54] 参见赵雪爽,《论防卫人的救助义务》,《法学研究》2023年第2期,第113页。

[55] Günther Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1991, § 19 Rn. 35.

[56] Vgl. Lesch (Fn. 40), S. 607.

[57] Jakobs (Fn. 55), Rn. 36.

[58] Vgl. Jakobs (Fn. 55), Rn. 39 f.

[59] Gerhard Timpe, Normatives und Psychisches im Begriff der Vermeidbarkeit eines Verbotsirrtums, GA 1984, S. 68.

统熟人社会结构不同,现代社会是允许大量匿名存在的陌生人社会结构。在陌生人社会中,行为人个体与其他社会成员产生行为关系的性质并非仅由个体主观心理设想所决定,而是取决于法律上具有客观普遍约束力的规定。^{〔60〕}海科·莱施(Heiko Lesch)在这个现实基础上认为,可避免性概念是刑罚权发动的社会必要性问题,在规范上对出现的违法性认识错误进行可避免与不可避免的区分。^{〔61〕}换言之,在不影响刑法社会功能的情形下,错误可避免性概念为了确保规范的有效性,允许行为人在一定程度上对相关规范欠缺认知或产生认知偏差。错误可避免性在本质上是对行为人在刑法规范上划定了相关的责任领域。

然而,何种刑法规范可以被视为行为人的责任领域?持管辖责任说的学者,进一步将整个刑法规范体系划分为核心规范领域与边缘规范领域。^{〔62〕}核心规范领域体现着国家社会秩序的基本价值与基本特性,每个社会化公民都应掌握或学习相关规范内容。行为人在核心规范领域内产生的认识错误是可以避免的,故而对核心规范领域的认知偏差具有管辖责任。边缘规范领域已经不是依据国家社会秩序的基本价值所决定的,而是仅仅依据立法机构的决定就可以产生或改变的刑法规范。边缘规范不能像核心规范一样通过社会化过程准确地传达到规范受众。因而,行为人对边缘规范产生的违法性认识错误,不能全部归咎到行为人的责任领域内,而是需要进一步区分“特定技术知识范围”和“开放性知识范围”。^{〔63〕}对于从事需要特殊技术知识领域的行为人而言,需要保持对相关实定法规范的认知更新。否则,行为人对这类规范内容产生的违法性认识错误将被视为可避免的,需要此种认识错误承担管辖责任。而对于开放性知识范围而言,行为人无需对相关实定法规范进行特别咨询或审查,此类违法性认识错误的管辖责任可以通过一般人标准对错误可避免性问题进行判断。

管辖责任说下,可避免错误的可罚性在于行为人在责任领域内出现的认知偏差,即刑法规范对行为人的责任分配。笔者认为,管辖责任说会导致错误避免性判断的宽松化与责任领域的不确定性。其一,管辖责任说下的错误可避免性判断标准过于宽松。雅各布斯以行为人具体的“生活领域”作为基础,对相应的守法意愿进行判断。然而,这种“生活领域”几乎涵盖了社会生活的方方面面,行为人总是对这种生活领域的规范知识负有管辖责任。其二,管辖责任说对行为人责任领域划分的不稳定,进而危及法的确定性。管辖责任说将责任领域划分为核心规范领域与边缘规范领域。然而,这种责任领域的区分并不稳定。莱施将具体的社会状况变化纳入规范领域划分的依据。^{〔64〕}若社会情势发生变化,或者通过社会学和犯罪学对某类行为的危害性产生认识变化,那么相关刑法规范会从边缘领域快速滑入核心领域。管辖责任说依据不同规范领域来判断行为人对错误是否具有避免性。在社会情势剧变的当下,核心规范领域也会随之快速改变。行为人难以对核心规范领域进行清晰认知,进而丧失自身对责任领

〔60〕 Vgl. Ingeborg Puppe, Tatirrtum, Rechtsirrtum, Subsumtionsirrtum, GA 1990, S. 167.

〔61〕 Vgl. Lesch (Fn. 40), S. 607 f.

〔62〕 Vgl. Löw (Fn. 51), S. 56.

〔63〕 Vgl. Lesch (Fn. 40), S. 609.

〔64〕 Vgl. Löw (Fn. 51), S. 57 f.

域的判断,这也瓦解着管辖责任产生的基础。

(三)未使用不法洞察力学说

规范理论下的归责体系是由归责对象与归责标准所构成的。^{〔65〕} 义务侵害说、管辖责任说以及未使用不法洞察力学说,都是不同角度下对归责标准进行建构,并以此充实着“可避免性概念”的内涵。然而,未使用不法洞察力学说并未延续前两种学说的研究路径。该说重视行为人个体能力在归责体系中的作用,主张错误可避免性的可罚性基础在于,行为人能够利用自身洞察力认识到具体行为的违法性。我国有学者指出,违法性认识可能性是责任阶层的要素,由此产生的错误可避免性判断也应当以行为人自身的认识能力为基础,同时兼顾社会中一般人的认识能力。^{〔66〕} 但同时,我国也有学者坚持主张责任判断是主观、个别化的过程。故而,回避可能性不能以一般人标准作为判断基础,而应当以具体状况下行为人自身的能力作为判断基准。^{〔67〕} 然而,这两种观点尚需就行为人自身能力在理论上进行概念化解构后,再论证其可罚性基础。

未使用不法洞察力学说将错误可避免性的可罚性与行为人所具有的能力在理论上直接进行规范上的关联。这种行为人的规范能力是指,行为人可以认知到相关法律义务,进而在自由意志下趋利避害,避免实施违法行为的洞察能力。^{〔68〕} 该学说虽然也将法律义务纳入考量范围,但并不意味着在可罚性基础上与义务侵害说相同。恰恰相反,义务违反在未使用不法洞察力学说中被认为是行为人侵害的后果,而非行为人可罚性的原因。未使用不法洞察力学说对错误可避免的可罚性基础(行为人自身能力)问题,围绕良心紧张的考察、归责能力的使用以及信息确认的动机等三个方面在理论上进行回应。

其一,不法洞察力与良心紧张的考察。未使用不法洞察力学说下,错误可避免性概念摒弃了心理责任论的观点,不再认为可罚性基础是行为人对危害结果的心理关系。^{〔69〕} 行为人承担可避免性错误的责任基础是,经过良心紧张后,行为人对其违法性意志形成的可谴责性。德国联邦最高法院将良心紧张作为可避免性判断的重要内容。^{〔70〕} 然而,“良心紧张并非传统教义学理论中所认为具有独立地位的认知手段,而只是意识的初始阶段”。^{〔71〕} 具体来说,行为人通过良心紧张这个阶段,就会导致对行为产生相关的不法怀疑。而这种不法怀疑则会进一步促使行为人使用咨询或审查的手段对行为的违法性进行判断。倘若行为人的行为是在无害

〔65〕 行为能力与动机能力作为归责标准的核心要素影响着故意的成立, vgl. Urs Kindhäuser, Der Vorsatz als Zurechnungskriterium, ZStW 96 (1984), S. 9 ff.

〔66〕 孙国祥、车浩采取“行为人自身能力与一般人标准相结合”的观点,参见孙国祥,见前注〔23〕,第707页;车浩,见前注〔1〕,第32—35页。

〔67〕 参见张明楷,见前注〔18〕,第323页。

〔68〕 Vgl. Joachim Rudolphi, Unrechtsbewusstsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums, 1969, S. 195.

〔69〕 Vgl. Dieter Strauss, Die Richtlinien der Rechtsprechung für die Vermeidbarkeitsprüfung beim Verbotsirrtum, 1968, S. 124.

〔70〕 参见孙国祥,见前注〔23〕,第706页。

〔71〕 Strauss (Fn. 69), S. 57 f.

计划下实施的,那么良心紧张也不会在行为人意识形成阶段所产生。换言之,行为人产生的良心紧张是其不法洞察力的表征。施特劳斯将不法洞察力与良心紧张的考察纳入到错误可避免性的两大设问之中。^[72] 在第一步设问中,需要检验行为人对行为计划违反禁止性规范的认识程度。只有当行为人没有直接或者间接的违法性认识时,才需要对错误的可避免性进行判断。在第二步设问中,需要检验行为人是否认识到行为与法律规定的一致性,即良心紧张产生的基础。若行为人产生了良心紧张,错误可避免性的判断需要进一步结合行为人所实施的法律咨询或查询行为。通过这两步对错误可避免性的设问判断,行为人能否产生的良心紧张直接关联着行为人是否具有不法洞察力。

其二,不法洞察力与归责能力的使用。未使用不法洞察力学说,将不法洞察力视为行为人所具有的重要归责能力。这种归责能力是行为人产生规范违反意识下的推定结果。若行为人没有产生规范违反意识,需要借由可避免性标准进行个案判断是否具备归责能力。维尔纳·施耐德(Werner Schneider)在这个基础上,进一步对一般性责任能力与无错误避免能力作了区分。^[73] 一般性责任能力是行为人对违反行为规范的认识能力,这种能力是在行为时就被推定存在的。而行为人具有一般性责任能力,并不当然具有错误避免能力。故而,无错误避免能力是指,行为人虽然具有一般性责任能力,但出于其他原因缺乏对行为违反规范产生认识的能力。在错误可避免领域,需要借由个人能力和行为背景两个因素来判断是否具有不法洞察力。一方面,行为人的个人能力依赖于心理生物属性的发展与社会化的完成。行为人的个人能力直接决定了,其能否接收规范传递的信息。另一方面,行为背景因素是考察行为人在特定场域下,是否拥有认识行为相关法律规范的可能性。行为背景将行为人已知的相关情况作为基础,进而能促使行为人产生违法性审查的动机。通过对个人能力和行为背景等两方面要素的审查,行为人所具有的不法洞察力可以成为错误可避免的归责基础。

其三,不法洞察力与信息确认的动机。错误可避免领域下的不法洞察力,牵涉到行为人能够在多大程度上依据个人能力对行为的实质违法性进行认识。“行为人的不法洞察力是行为人主观上辨认不法行为的重要能力基础。”^[74] 在主观认知不法的过程中,行为人所具有的不法洞察力促使其拥有进行信息确认的动机。未使用的不法洞察力学说,将错误可避免性与信息确认的动机建立起规范化的联系。当行为人没有利用客观上的可能性,无法运用自身的思考或者信息咨询对行为的违法性进行判断,此时的违法性认识错误被认为是可以避免的。而当行为人在行为时不存在客观上对行为的违法性或行为的法律质量产生怀疑的理由时,其所产生的认识错误则被认为是不可避免的。^[75] 不难看出,可避免性是依靠行为人在客观上的信息确认或咨询的可能。而这种可能是来源于对行为人对信息确认或咨询动机的判断。换言之,行为人除了客观上拥有意识到行为违法性的可能性之外,还需要存在一个有意义的动机,

[72] Vgl. Strauss, (Fn. 69), S. 121 ff.

[73] Vgl. Schneider (Fn. 53), S. 39.

[74] Vgl. Rudolphi (Fn. 68), S. 200.

[75] Vgl. Rudolphi, (Fn. 68), S. 206 f.

促使行为人可以在事实上能够把握这种客观上的可能性。在错误可避免的领域,信息确认的动机在主观归责中起到了关键作用,其能将不法洞察力与可罚性基础进行有效连接。

四、错误可避免性的教义学判断

我国既有教义学研究中忽视错误可避免性的体系定位和可罚性基础等本质问题。对上述问题的研究,不仅有助于合理地划分可避免性和不可避免性之间的界限,还有利于正确地处理可罚性和不可罚性之间的关系。未使用不法洞察力学说,将行为人自身能力作为错误可避免性的本质特征是在规范上对其进行还原,并在个人能力和规范要求之间达到平衡。然而,未使用不法洞察力学说对错误可避免性判断在理论上的影响需要得到进一步的回应:错误可避免性判断的教义学架构为何,以及错误可避免性何以在刑法适用中进行判断。

(一)错误可避免性的规范前提

错误可避免性在规范上体现着国家对行为人出现违法性认识错误的容忍或接受。在这个基础上,错误可避免性也需考虑违法性认识错误所涉及的刑法规范。在罪刑法定原则下,刑法规范的公开性与明确性构成错误可避免性成立的规范前提。^[76]

1. 刑法的公开性

约翰·加德纳(John Gardner)在哈特的“法治理想化”基础上主张,受法律约束的人可以信赖地接受法律的指导,将违反法律的后果纳入可能采取行为的思考中,并进而采取避免违反法律的行为。^[77]国家对刑法的公开义务是行为人对刑事责任承担的关键。故而,施加刑事责任的前提是行为人能够发现刑法规范的内容,并将其纳入实际的考虑中。国家和公民之间应当建立起良性的互动关系。在社会生活中的公民应当作出努力,履行相应的知法义务;而同时国家也应当有义务提供更多的刑法规范或刑法修改的信息,进而使公民的知法义务更加容易。在国家与公民的关系互动中,公民对国家的义务是公民将个体权利让渡给国家的结果;而国家相应的要为公民的各种利益与自由提供安全保障。国家所负担的义务不仅要确保刑法规范是确定、稳定的,还要求刑法规范是被充分公布的。^[78]回归到错误理论的领域内,刑法公开义务在避免性检验中发挥重要作用。当国家就某项具体的刑法规范已经履行这种公开义务,行为人对该项刑法规范出现的错误认识或无认识就可以被认为是可避免的。这是因为,国家履行公开义务后,行为人应当可以满足规范期待的要求。^[79]

2. 刑法的明确性

我国学者指出,“从罪刑法定引申出来的明确性原则是对刑法立法的要求,明确性原则具

[76] Vgl. Liu (Fn. 46), S. 163.

[77] See John Gardner, “Introduction,” in H. L. A. Hart, *Punishment and Responsibility*, 2nd ed., Oxford: Oxford University Press, 2008, p. xxxvi.

[78] See Andrew Ashworth, *Positive Obligations in Criminal Law*, New York: Bloomsbury Publishing, 2015, p. 84.

[79] See John Gardner, *Offences and Defences*, Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 124.

有其独立的价值”。〔80〕法定犯时代下,规范性构成要件在立法中被大量使用,这对刑法明确性造成冲击。规范性构成要件相较于记述性构成要件而言,〔81〕前者具有更强的开放性特征。〔82〕这种特征要求行为人以社会一般观点和自身经验作为规范性构成要件的认知基础,而刑法归责中难以依据“一般人”标准来判断规范性构成要件的具体认知内容。刑法规范的明确性只能是“最大可能的明确”,而非“绝对的、毫无异议的明确”。“刑法规范具有一定程度的不确定是不可避免的,因为立法者使用的所有词语都可以有很多种解释。”〔83〕这是由立法者理性的有限性和法律文本用语的有限性所导致的。德国语义哲学家指出,“语义整体主义受限于以下事实,语句或语言所组成的段落是不具备可确定性的整体”。〔84〕故而,刑法规范的相对明确性需要立法者在刑法典文本选择上使用具有共识性的核心术语概念,还要求在立法时对规范性构成要件使用上遵守以下限制:其一,记述性构成要件使用的优先性。记述性构成要件比规范性构成要件具有更强的明确性特征。记述性构成要件不仅便于行为人对犯罪构成要件的理解,进而提高其对犯罪后果的可预测性;还能限制法官在司法裁判时自由裁量权的无限扩张,进而保障公民的行动自由不受侵犯。其二,规范性构成要件使用的补充性。只有当记述性构成要件无法完成对犯罪行为类型化的要求时,立法者才可以使用规范性构成要件对类型化的犯罪行为进行补充性规定。

(二)错误可避免性的个人审查

错误可避免性的个人审查在刑法教义学上,呈现出心理学为主的判断模式与规范为主的判断模式之间的分歧。在前者的判断模式中,是以行为人对犯罪行为的设想作为个人可避免性的判断基础;而在后者的判断模式中,是以规范标准和行为人心理状态结合作为个人可避免性的判断标准。〔85〕笔者认为,这两种教义学方案在错误可避免性判断路径上的差异,是基于刑法对认识错误进行归责的不同角度。具体来说,心理化的教义学方案是以行为人的设想作为基础,主观心理要素在刑法归责上发挥了重要作用。而规范化的教义学方案则是在规范上以行为人的期待作为基础,可避免性判断实质上是对行为人认识内容进行规范化的评估。然而,刑法归责的极端客观化会忽视行为人主观方面在归责中的作用,甚至会导致行为人主体在刑法归责中的消失。正如乌尔弗里德·诺伊曼(Ulfrid Neumann)在规范效力和罪责原则之间矛盾上的论断,“一个希望同时满足罪责原则与预防需求的教义学方案,必须将审查义务的规范性时刻与个人能力的心理化时刻相结合”。〔86〕故而,本文所主张的未使用不法洞察力学说,将错误可避免的判断路径与个案中行为人现实认识的心理要素相结合。错误可避免的个

〔80〕 陈兴良:“刑法教义学中的形式理性”,《中外法学》2023年第2期,第289页。

〔81〕 参见马克昌,见前注〔50〕,第94页;陈兴良,见前注〔2〕,第166页。

〔82〕 Vgl. Safferling (Fn. 38), S. 139.

〔83〕 Claus Roxin/Luis Greco, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 5. Aufl., 2020, § 5 Rn. 69.

〔84〕 Jochen Bung/Markus Abraham, Sprachphilosophie: Davidson und Brandom, in: Sonja Buckel (Hrsg.), Neue Theorien des Rechts, 2020, S. 91.

〔85〕 Vgl. Manso Porto, Normkenntnis aus belastenden Gründen, 2009, S. 21.

〔86〕 Ulfrid Neumann, in: NK-StGB, Bd. 1, 5. Aufl., 2017, § 17 Rn. 59.

人审查中应当是建立在行为人个体实际认知的基础上,并对认识错误产生的归责原因进行规范化判断。

1. 可避免性的主观前提

行为人欠缺违法性认识并不能导致对其犯罪行为的宽宥。^{〔87〕}事实上,司法裁判只是对造成行为人认知缺失的原因在刑法归责上进行可避免性的审查。虽然错误可避免性判断可以通过对认知缺失的原因进行规范化评估,但行为人的认知范围才是认知缺失的判断前提。未使用不法洞察力学说强调,将错误可避免性审查建立在行为人主观认识的心理事实基础上。这种心理事实是由行为人的“不法洞察”和“必要动机”所决定的。

其一,行为人的“不法洞察”应以其个体的认识能力作为基础。不法洞察在刑法归责体系中表现为对不法的理解能力。刑法理论的归责体系是采取刑事责任年龄规定和心理状态排除的方式,来判断行为人是否具有洞察能力。“这种刑事责任设定和成熟度判断并存的刑事责任能力体系实质上构建了一种原则与例外的关系,即原则上满足一定的年龄推定具有刑事责任能力,若未满足成熟的判断标准则作为例外排除具有刑事责任能力。”^{〔88〕}在立法上,我国《刑法》第17条对最低刑事责任年龄作出规定,这实际上是将年龄与刑事责任能力进行连接。我国《刑法》第18条基于行为人心理状态的情况,将精神疾病等产生的认知障碍作为排除刑事责任能力的事由。德国刑法理论中已经形成了有关不法洞察的教义学判断规则。其中,《德国刑法典》第19条规定了,刑事责任年龄从14周岁起算。对于已满14周岁的未成年人能否承担刑事责任能力,则需要结合《德国青少年法庭法》第19条所规定的发展状况进行判断。在成年人的情况下,刑事责任能力的排除事由被规定在《德国刑法典》第20条。德国刑法理论借助疾病的法律概念,结合精神病学结论和个人法律地位,对不法洞察的能力基础进行全面评估。

其二,行为人的必要动机是可责性的前提。错误可避免中的必要动机是指,行为人基于客观上的条件,能够利用自身的思考或信息,进而对行为不法产生认识的诱因。若行为人在行为时没有产生这种必要动机,没有对行为合法性再度思考,此时认识错误的出现可以被认为是不可避免的。^{〔89〕}这种必要动机是在对行为人逐案判断中产生的,并不存在一般性判断规则。具体来说,当行为人对行为所涉及相关法律规范的有效性产生质疑,行为人总是具有进行法律检查的必要动机。这是因为法律规范作为国家立法机构所制定的,法律可以为自身进行合法性与有效性的推定。正是基于法律的这种特征,使得行为人在确信自己行为与法律真实效力之间具有法律检查的必要动机。而当行为人对行为涉及法律规范的范围产生认识错误时,行为人进行法律检查的必要动机则要依据案件情况进行具体分析。

2. 可避免性的主观动因

错误可避免性中的主观动因,是在行为人具有主观前提的基础上,促使其内心进行不法认

〔87〕 Vgl. Safferling (Fn. 38), S. 224.

〔88〕 刘赫:“刑事责任年龄的争议、设定与反思”,载《北大法律评论》(第21卷第2辑),北京大学出版社2020年版,第203页。

〔89〕 Vgl. Rudolphi (Fn. 68), S. 207.

知的内在动力。这种主观动因直接影响着行为人能否进一步采取合理的方式履行相关的法律咨询义务。具体来说,行为人需要对其所实施的行为产生良心紧张与规范思考。

其一,良心紧张是对行为人内心活动的心理过程描述。德国联邦最高法院将良心紧张作为可避免性判断的重要概念,并在司法实践中形成了固定的特征。^[90] 行为人的良心紧张,产生于利用其所具有认知和道德价值的精神力量对行为合法性作出判断的时刻。然而,良心紧张公式遭到了不少质疑。诺伊曼认为,良心紧张作为错误可避免的判断标准会导致错误可避免性成立的要求过高。^[91] 托尼奥·瓦尔特(Tonio Walter)则进一步认为,对确信犯和习惯犯而言,良心紧张并不是合适的判断标准。^[92] 笔者认为,良心紧张虽因其判断标准上的缺点而遭受众多质疑,但良心紧张仍可作为行为人能否使用其他手段进行法律咨询的判断因素。良心紧张是基于行为人内心对行为违反道德的强烈反应,在很大程度上能够揭示行为人特定意识形态的特征。

其二,规范思考是行为人内心活动在规范意义上的展现。“规范是法秩序的最小组成部分。”^[93] 刑法规范通过“规范认识的激活”和“规范的自我衍生”两种形态,^[94] 诱发行为人在其内心活动中产生规范思考。规范认识的激活,是指行为人内心已经对相关的法律状况具有认识,在行为时结合相关的事实情况,其通过反思过程能够对法律规范在主观认识中进行再现。这种情况下,行为人对行为的判断实际上是一种法律规范应用的确认。规范的自我衍生则是指,行为人内心对相关法律状况并无认识,需要依据自身的规范储备对相关的行为进行法律规范的评估。具体来说,在规范的自我衍生情况下,行为人可以依据已知禁止或非禁止的行为与计划实施的行为进行比较,进而分析计划实施的行为是否与已知的规范具有一致性。回归到错误可避免性的判断上,规范认识的激活不会引起可避免性的审查,这是因为行为人结合相关的事实情况激活之前储备的规范认识,可以对自身行为进行正确的法律评估。而在规范的自我衍生情况下,行为人可能会发生相关的违法性认识错误。这时就需要对行为人进行错误可避免性的判断。换言之,行为人在规范自我衍生的情况下,就已经在主观上意识到行为所涉及的规范认知缺乏。在这种认识缺乏的基础上,行为人承担着进一步对行为所涉规范的查询义务。若行为人没有履行相关的法律咨询义务而对相关行为产生错误的规范性评估,此时出现的违法性认识错误就是可以避免的。

3. 法律咨询义务的方式

经过对行为人“可避免性的主观前提”和“可避免性的主观动因”的审查,违法性认识错误的可避免判断进入到了相对客观化的阶段。这种客观化判断阶段是审查行为人能否在主观前提和主观动因下履行相应的法律咨询义务。笔者主张,行为人是否履行错误可避免性中的法

[90] 参见车浩,见前注[1],第42页。

[91] Vgl. Neumann (Fn. 86), Rn. 58.

[92] Vgl. Tonio Walter, Der Kern des Strafrechts, 2006, S. 310.

[93] 唐志威:“共犯的举止规范”,《法学》2021年第4期,第163页。

[94] Vgl. Armin Kaufmann, Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, 1954, S. 163 f.

律咨询义务,需要借由行为人自身审查、向具有特定知识的人咨询或向具有法律知识的人咨询等方面综合判断。

其一,行为人自身审查具有优先性。行为人通常在具有主观前提和主观动因下,自行会结合自己对规范的认识或者通过网络、书籍等方式对有可能涉及的规范进行审查。然而,行为人的自身审查虽然具有直接性和便捷性的特征,但由于行为人对系统法律规范的专业知识缺乏,这种自身审查在司法实践中往往被法院认为是没有充分履行义务。这集中体现在行为人曾从事过相关行业,并依据行业知识进行自我审查后所产生的违法性认识错误案件。以我国发生的非法收购珍贵、濒危野生动物案为例,杨某曾经从事过森林管理的职务,依据自身对森林动物知识的了解进行收购行为,进而产生了违法性认识错误。^{〔95〕}法院在类似案件裁判时,认为行为人自我审查并未满足法律咨询义务的要求,这种违法性认识错误具有可避免性。只有与行为人避免法益侵害能力相对应的部分危险,才能被纳入到刑法归责体系中,进而实现一般预防的目的。^{〔96〕}若行为人意识到自身行为可能重大违反实定法规范或造成损害时,在一般预防的要求下,行为人必须谨慎的采用法律咨询的方式履行自身义务。而行为人自身的主观审查远远不能体现行为人尽到了谨慎的法律咨询义务。当行为人开始对自身的行为进行审查后,应及时向有法律知识或特定知识的人进行咨询,才能视为对法律咨询义务的履行。但是,行为人积极的自身审查在错误可避免性判断中仍然具有积极的意义。行为人对自身所具有的特殊能力、或特殊地位所形成的认知范围是可以作为错误可避免性排除的例外情形。

其二,向具有特定知识的人咨询在可避免性判断上具有严格性。行为人向具有特定知识的人咨询,只有在严格的标准下才可以达到排除错误可避免的法律后果。这种特定知识必须是与行为人所实施的行为具有紧密关联的,例如特定行业规范等。法定犯时代下,刑法典中存在大量的空白规范或授权规范等。特别是,“我国《刑法》中行政犯及空白刑法规范的数量创历史最高”。^{〔97〕}这是因为刑法典文本的有限性和保障刑法典的稳定性,需要借由其他的法律规范进行补充。而这些补充的法律规范往往是依据特定行业规范或处理模式所产生的。行为人向具有特定知识的人进行咨询,在特定领域内是可以被排除违法性认识错误的可避免性。例如,德国刑法理论和司法实践将医生作为安乐死咨询意见的可靠信息来源,医生所提供的咨询意见可以作为执行安乐死的重要依据。^{〔98〕}但是,具有特定知识的人所提供的信息应当在错误可避免性判断中进行严格审视。这些特定群体所提供的信息需要具有“依据客观的事实”和“特定知识的信赖度”等特征。第一,具有特定知识的人所作出的咨询意见是需要依据行为人客观提供的事实。若行为人在进行法律咨询时,刻意隐瞒或变更相关事实内容,那么具有特定知识的人所作出的咨询意见就缺少了客观化的依据。这种情形将直接排除行为人援引该咨询

〔95〕 参见杨某非法收购野生动物案,云南省贡山独龙族怒族自治县人民法院刑事判决书,(2016)云3324刑初17号。

〔96〕 参见陈璇,“注意义务的规范本质与判断标准”,《法学研究》2019年第1期,第148—149页。

〔97〕 刘艳红:“空白刑法规范的罪行法定机能”,《中国法学》2004年第4期,第130页。

〔98〕 Vgl. BGH NJW 1995, 204 (205).

意见而成立不可避免性错误的法律效果。第二,特殊知识的信赖度是取决于行为人咨询内容的范围与特定知识范围的重合度。若行为人所咨询的内容超过了具有特殊知识的人的知识范围,这种咨询意见就被认定是不可靠的,也不能达到排除错误可避免性的法律效果。

其三,向具有法律知识的人咨询在可避免性判断上具有可信赖性。行为人向具有法律知识的人咨询后所实施行为,大多数情况在司法实践中被认可,进而不成立可避免的违法性认识错误。然而,为了保证具有法律知识的人所做出的咨询意见具有可信赖性,需要同时满足客观性与资格性两个限制条件。第一,具有法律知识的人所提供的咨询意见必须是排除自身利益干扰后的客观意见。在司法实践中,律师或公司内部律师在为了追求个人的利益,会在其他因素影响下,作出有利于咨询人的法律意见。例如,律师可能会为了扩展案件来源、收取更多的咨询费用,进而讨好客户。律师应当基于在司法实践中独立的地位而在提供法律信息中保持客观。^[99]因而,作出法律咨询的人应当在中立的立场利用自身的法律知识作出咨询意见。第二,具有法律知识的人所提供的咨询意见必须是在具有法律职业资格的前提下。具有法律专业资格的人包括法学教授以及律师、法官、检察官等司法从业人员在内。这种法律职业资格对于行为人来说是易于分辨的。在法律专业资格作为背书的情况下,法律信息提供者行为人为人出具的法律专业意见是可以信赖的。

(三)错误可避免性判断的应用

错误可避免性判断是为了解决行为人在发生违法性认识错误后的刑事责任承担问题。违法性认识错误虽然没有在我国刑法中明确规定,但受德日刑法理论的影响,违法性认识错误的可避免性判断逐渐被我国刑法理论界和实务界接受和使用。然而,既往错误可避免性研究多集中在技术层面的构建,这使得错误可避免性的体系构建尚需更多理论层面的支撑。^[100]

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,其主观可谴责性是来源于行为人对法规范的敌视或轻蔑态度。^[101]结合上文所述,错误可避免性的可罚性本质在于行为人未使用的不法洞察力。未使用不法洞察力学说,对行为人进行刑法归责时,要求回到规范化与心理学化相结合的审查路径上。这种规范化与心理学化相结合的判断路径是主观归责理念下的产物。笔者所主张错误可避免性判断的教义学方案应当分为四个步骤进行审查:第一步,判断相关规范的可避免性前提是否存在,即国家是否履行相关刑法规范的公开义务与明确义务;第二步,判断行为人可避免性的主观前提是否存在,即行为人是否具有不法洞察和必要动机;第三步,判断行为人法律咨询义务的主观动因是否存在,即行为人是否发生良心紧张和规范思考;第四步,判断行为人履行法律咨询义务所获得信息是否值得信赖。只有当行为人满足这四步的审查要求,其所产生的违法性认识错误能够被认定为具有可避免性。基

[99] Vgl. Julian Rodenbeck, Die Berufung auf einen Verbotsirrtum als Schutzbehauptung, 2012, S. 211.

[100] 参见柏浪涛,见前注[8]。

[101] Vgl. Kindhäuser/Zimmermann (Fn. 36), § 21, Rn. 9.

于此,行为人才会对这种可避免的违法性认识错误承担刑事责任。

前文所引的王某站、何某州滥伐林木案与冯某组织、领导传销活动案,能够在本文主张的错误可避免性教义学框架下,通过判断是否具有可避免性问题而得以妥当处理。这两个案件的处理结论在既有教义学的可避免性判断框架下,能够被视为管辖责任说与义务侵害说等不同归责标准下的产物。在王某站、何某州滥伐林木案中,法院依据被告人何某州所具有特定职业技能而认定被告人产生了可避免的违法性认识错误。^[102]这种以法律特殊规制和调整生活领域作为可避免性的判断标准,是管辖责任说中刑法规范对行为人责任分配的重要体现。而在冯某组织、领导传销活动案中,法院从普通人知法角度否定了被告人冯某产生不可避免的违法性认识错误的主张。^[103]这种以社会公众一般人作为可避免性的判断标准,是义务侵害说中公民积极知法义务的缩影。既有对这两个案件处理的教义学归责标准,往往忽视或轻视行为人个体在刑法归责的地位,有违责任主义之嫌。然而,将上述案件置于本文所主张的错误可避免性教义学框架下进行审查,则可为这类案件的处理提供新的解决思路。

其一,在何某州案件中,行为人对我国《刑法》第345条滥伐林木罪的禁止性规范产生了违法性认识错误。在错误可避免性的教义学框架下可以对这种认识错误进行如下分析:第一,行为人涉及的刑法规范是禁止违反森林法的情况下滥伐林木,该禁止性规范是符合公开性与明确性的要求,故而存在可避免性的规范前提;第二,行为人从事相关砍伐经营活动,具有相关行为不法的认知能力,可以产生不法洞察和必要动机;第三,行为人与栗某杰达成购买林木并自行砍伐的约定,其在砍伐时能够反思该禁止性规范对行为的规制,即行为人具有规范思考的法律查询动因;第四,行为人在本案中仅进行了咨询审查,其反复向村委会确认砍伐行为的合法性,并得到了肯定回复。综上,本案行为人经由可避免性的规范性审查后依旧产生的违法性认识错误,应认定为不具有可避免性。

其二,在赵某华案件中,行为人对我国《刑法》第128条非法持有枪支罪的禁止性规范产生了违法性认识错误。在错误可避免性的教义学框架下可以对这种认识错误进行如下分析:第一,行为人涉及的刑法规范是禁止行为人持有违反枪支管理规定的枪支,该禁止规范是典型的空白构成要件要素。^[104]本案涉及的“枪支”这一规范性构成要件需要借助行政管理规范《枪支管理法》第5条(填补规范)进行理解。然而,即使行为人依据这种填补规范,仍难以对其所持的枪型物在法律意义上的“枪支”产生认知。这是由于这种填补规范具有开放性的解释特征,需要行为人进行二次判断。这种不明确的刑法规范造成了行为人产生认识错误。综上,本案欠缺错误可避免性的规范前提,行为人由此所产生的认识错误应当被认为不具有可避免性。

[102] 参见前注[3]。

[103] 参见前注[4]。

[104] 参见江溯:“规范性构成要件要素的故意及错误”,《华东政法大学学报》2017年第6期,第55页。

五、结 论

错误可避免性概念虽然脱胎于违法性认识本质属性之争,但却在违法性认识错误判断机制的构建中,其逐渐获得独立的错误论教义学地位,并成为认识错误情形的归责基础。然而,错误可避免性概念的理论问题在既有研究中并未得到应有的关注。相反,由于错误可避免性是伴随违法性认识可能性研究而产生的概念,其在理论上的独立性常常面临质疑:其一,错误可避免性的可罚性本质为何?其二,错误可避免性的规范性判断为何?针对第一个难题,本文认为,错误避免性的可罚性研究中,义务违反说和管辖责任说都会导致处罚范围的扩张,而未使用不法洞察力学说可以在规范要求与个人能力之间达到平衡,并满足罪责原则下刑罚正义的需要。针对第二个难题,本文主张将刑法规范的公开性与明确性作为规范前提,与错误可避免性的个体审查一并纳入到规范性判断体系中,以完善既有的教义学判断标准。

Abstract: In the criminal law theory, it is debated whether the mistake of law negates the criminal intent or the criminal liability. At the level of application, however, the critical question is whether the mistake of law is avoidable or not. In other words, avoidability of the mistake of law is the key in doctrinal analysis to determine criminal liability. However, this has given rise to the theoretical problem on “avoidability”. While this issue has not yet been clearly stipulated in the criminal law, it can be reasonably dealt with in the following two dimensions: the nature of avoidability and the determination of avoidability. On the dimension of the nature of avoidability, the basis for the punishability of the mistake of law is not the breach of duty or responsibility (Zuständigkeit), but the unused ability to observe the unlawfulness (ungenutzte Einsichtsfähigkeit). On the dimension of the determination of avoidability, the openness and clarity of the relevant criminal law should be considered as a normative precondition to determine avoidability, while incorporated into the doctrinal framework of normative judgement together with the individual review of avoidability.

Key Words: Mistake of Law; Avoidability; Norm Theory; Ability to Observe the Unlawfulness; Responsibility

(责任编辑:车 浩)