

违法性认识错误的司法困境 与判断方法

以 936 份裁判文书为样本

江璐伊*

摘要 近年来,刑法中“不知法者不免责”的传统观念与责任主义的矛盾日益引发关注,以赵春华非法持有枪支案为代表的一系列司法裁判引发舆论质疑。通过对 936 份裁判文书的整理分析,发现在司法实践中存在着对违法性认识错误的认定标准不一、涵摄范围模糊、责任影响分歧等问题,其根源在于刑法理论体系语境的发展和刑事司法裁判偏差的叠加。在论证违法性认识作为责任要素的功能的基础上,构建分别阻却故意和责任的违法性认识错误“二阶四步”责任体系。此外,结合司法样本及现实困境,需要明确违法性认识错误判断中“违法性”的含义、“认识”的证明和“错误”的范围。

关键词 违法性认识错误 司法困境 责任体系 判断方法

一、问题的提出

传统刑法理论以“不知法者不免责”为基本信条,将违法性认识排除在犯罪要素之外,仅将部分情形作为例外,存在逻辑悖论;司法中“新四大奇案”(气枪案、鹦鹉案、兰草案、玉米案)^{〔1〕}等案件的裁判,进一步加剧了传统观念与责任主义的冲突,引发民众对司法良知和刑

* 北京市第四中级人民法院刑事审判庭法官。

〔1〕 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。

法底线的质疑。^{〔2〕}

[案例1]气枪案:2016年8月至10月,被告人赵春华在天津市某亲水平台摆设射击游艺摊位进行营利活动。2016年10月12日22时许,民警在巡查过程中,当场在赵春华经营的摊位上查获枪形物9支及配件、塑料弹等物。经鉴定,其中6支为能正常发射、以压缩气体为动力的枪支。法院认定,被告人赵春华犯非法持有枪支罪,判处有期徒刑三年,缓刑三年。^{〔3〕}

[案例2]鸚鵡案:被告人王鹏从2014年4月起非法收购、繁殖珍贵、濒危的鸚鵡并出售牟利。2016年4月初,王鹏将其孵化的2只小太阳鸚鵡以500元/只的价格卖给被告人谢田福。2016年5月10日,民警在谢田福经营处查获10只鸚鵡(包括上述2只鸚鵡)。同年5月17日,民警在王鹏租住处查获45只珍贵、濒危的鸚鵡。法院认定,被告人王鹏犯非法收购、出售珍贵、濒危野生动物罪,判处有期徒刑二年,并处罚金人民币三千元;被告人谢田福犯非法收购珍贵、濒危野生动物罪,判处有期徒刑一年六个月,缓刑二年,并处罚金人民币三千元。^{〔4〕}

[案例3]兰草案:2016年4月22日,被告人秦运换在未办理野生植物采集证的情况下,擅自在某林坡上采挖兰草一丛三株,返回途中被民警查获。经鉴定,该兰草系兰属中的蕙兰,属国家重点保护植物。法院认定,被告人秦运换犯非法采伐国家重点保护植物罪,判处有期徒刑三年,缓刑三年,并处罚金人民币三千元。^{〔5〕}

[案例4]玉米案:2014年11月至2015年1月期间,被告人王力军未办理粮食收购许可证,未经工商行政管理机关核准登记并颁发营业执照,擅自无证照违法收购玉米转卖,非法经营数额218288.6元,非法获利6000元。一审法院认定,被告人王力军犯非法经营罪,判处有期徒刑一年,缓刑二年,并处罚金人民币二万元;后经再一审法院认定,被告人王力军的行为尚未达到严重扰乱市场秩序的危害程度,判决其无罪。^{〔6〕}

“新四大奇案”受到广泛质疑的原因在于司法裁判与民众预判在违法性认识问题上存在差距。随着违法性认识受到广泛关注,规范中逐渐加入了对违法性认识的考量,如2022年4月9日起实施的《最高人民法院、最高人民检察院关于办理破坏野生动物资源刑事案件适用法律若干问题的解释》第13条中明确将“对野生动物及其制品的认知程度”作为认定犯罪和裁量刑罚的要素,其中的“认知程度”既包括对野生动物及其制品保护级别的认识,也包括对相关行为是否违反法律、是否构成犯罪的认识。但整体上相关规范表述较为模糊,对于如何在定罪量刑中定位违法性认识、如何认定违法性认识错误及其责任缺少说明,难以应对司法实践中违法性

〔2〕 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,第75页。

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

〔4〕 参见王鹏非法收购、出售珍贵、濒危野生动物案,广东省深圳市中级人民法院刑事判决书,(2017)粤03刑终1098号。

〔5〕 参见秦运换非法采伐国家重点保护植物案,河南省卢氏县人民法院刑事判决书,(2016)豫1224刑初208号。

〔6〕 参见王力军涉嫌非法经营案,内蒙古自治区巴彦淖尔市中级人民法院刑事判决书,(2017)内08刑再1号。

认识错误的相关抗辩,亦难以化解“新四大奇案”中司法裁判与民众预判的冲突。基于此,笔者从936份裁判文书入手,立足于违法性认识错误的司法困境,构建责任体系,明确判断方法,以期规范违法性认识错误的认定与责任。

二、违法性认识错误的司法困境

笔者通过中国裁判文书网,以“违法性认识”“法律认识”分别在刑事裁判文书中进行全文检索,共检索出1252份文书,从中筛选出有效文书936份。^{〔7〕}

(一)困境现状检验

形式上,样本文书说理充分性显著不足:55.13%的样本未回应相关辩护意见,包括部分具有一定合理性的观点;^{〔8〕}23.72%仅以“法律认识错误不影响定罪量刑”为由不予采纳相关意见,说理单一、泛化;11.5%说理简单,说理中存在概括、模糊、隐含于其他说理及无论证等问题。形式上说理相对充分的样本亦存在如下实质问题:

1.涵摄范围模糊

表1 样本中违法性认识错误辩护理由分布说明表

类型		占比(部分样本中提出多个理由)	具体理由	样本数
有事实基础	行为依据	9.62%	行为模式新	31
			行为不常见	52
			新增加犯罪	7
	事实依据	11.75%	职务行为	41
			他人蒙骗	16
			私力救济	5
			偶然事件	4
			无损害结果	7
			有可能合法表象	37
	主体依据	6.94%	年龄大/受教育有限	54
			外国人	4
			生活经历导致观念问题	5
			工作经验欠缺	2

〔7〕 “1252份”为2022年4月26日检索的全部结果。

〔8〕 参见陈明耀、陈丽玲生产、销售假药案,广东省深圳市罗湖区人民法院刑事判决书,(2019)粤0303刑初491号。

有事实基础	制度依据	7.69%	规范矛盾/不明	9
			管理松弛	11
			自己类似行为未被处罚	26
			自己类似行为仅受行政处罚	3
			他人类似行为未被处罚	13
			媒体宣传少	10
	信息依据	10.90%	信赖权威部门	38
			信赖律师	8
			信赖他人	13
			社会大众普遍不认为是犯罪	43
无事实基础	58.33%		546	

第一,事实混同。11.54%的样本在说理中存在混淆违法性认识与事实认识的问题,在回应违法性认识的辩解时仅论证事实认识,缺少从事实认识到违法性认识的论证过程。第二,对象多元。说理中对如何理解违法性认识中的“法”,认识对象是社会危害性、所有法律规范还是刑法存在不同观点,^{〔9〕}在明确表述的样本中分别占比41.5%、36.2%、22.3%。第三,理由泛化。因涵摄范围不清,违法性认识的辩理由泛化,58.33%的样本中被告人不知法的辩解无事实基础;有事实基础的样本中12.3%仅以被告人年龄偏大、受教育程度偏低为由,4.56%以受他人蒙骗、偶然事件等事实认识错误情形作为理由。(如表1)

2. 认定标准不一

样本中违法性认识错误相关的裁判理由可以划分为5类22种(如表2),其中存在如下问题:

表2 样本中违法性认识错误裁判理由分布说明表

类型		占比(部分样本说理中包括多个理由)	具体理由	样本数
裁判理由	无罪责影响	23.72%	违法性认识错误不影响责任	187
			违法性认识错误不影响故意	35
	事实推定	7.69%	被告人曾供述明知/其他在案证据推定	26
			不知法的辩解与事实不符	17
			被告人事后逃跑	9
			被告人存在逃避监管行为	15
			行政机关曾告知	4

〔9〕 三种观点分别参见龚擘轩组织他人偷越国(边)境案,江西省新余市中级人民法院刑事判决书,(2021)赣05刑终84号;沈康侵犯公民个人信息案,江苏省苏州市吴江区人民法院刑事判决书,(2020)苏0509刑初1666号;欧伟雄诈骗案,广东省佛山市中级人民法院刑事裁定书,(2021)粤06刑终538号。

裁判理由	主体推定	13.46%	成年人推定	32
			一般人明知	26
			从业经历推定	51
			生活经历推定	17
	义务推定	8.12%	未核实法律存在过错	15
			产生怀疑时有查询法律义务	9
			相关事项打击严厉/媒体广泛宣传	7
			法律服务便捷	9
			专业领域应当知法	13
	事实推定	8.55%	未履行相关义务	23
			明知实质危害性	41
			明知事实	18
			有认识可能	16
未说理/直接不采纳辩护意见	55.13%	行为违背一般规律	5	
			516	

第一,简单推定。推定具有违法性认识所依据的事实或理由不充分,如仅以被告人达到刑事责任年龄推定其知法,或未论述依据直接推定被告人“理应”知法。^[10] 第二,逻辑缺失。推定所依据的事实或理由与结论间难以对应,如以被告人曾担任某村森林管理员,或以其购买的动物制品超过店铺经营范围为由,推定其对涉案动物属于国家保护动物有认知能力或具有犯罪故意。^[11] 第三,焦点分化。对违法性认识是考察认识可能还是现实认识存在不同观点,二者间关系亦未厘清,一般来说仅在现实违法性认识存疑时才需考察认识可能,但司法中存在混淆二者关系的情况,如“主观上明知违法性,且不具备违法性认识错误的可能性”^[12]等表述。第四,标准差异。对于违法性认识可能,有的考察大小,有的考察有无;违法性认识错误中可以阻却责任的例外情形是“收到权威答复”还是行为人“努力收集”存在不同观点;^[13]对认识错

[10] 参见石媛银组织、领导传销活动案,广东省深圳市罗湖区人民法院刑事判决书,(2021)粤0303刑初408号。

[11] 参见杨某非法收购珍贵、濒危野生动物、珍贵、濒危野生动物制品、非法储存爆炸物案,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;张某非法收购、出售珍贵、濒危野生动物制品案,甘肃省张掖市甘州区人民法院刑事判决书,(2019)甘0702刑初151号。

[12] 参见徐国红、王某等非法采矿案,江苏省泰州医药高新技术产业开发区人民法院刑事判决书,(2017)苏1291刑初340号。

[13] 参见王云龙、苟朝卿等组织、领导、参加黑社会性质组织案,云南省文山壮族苗族自治州中级人民法院刑事裁定书,(2020)云26刑终250号;李某、姜某非法采矿案,内蒙古自治区呼伦贝尔市中级人民法院刑事裁定书,(2020)内07刑终118号。

误“可避免性”的认定笼统概括,普遍未述及判断标准。

3. 责任影响分歧

第一,与故意关系不清。辩护意见中 18.59%认为存在违法性认识错误可以阻却故意,因而认定为无罪或他罪。裁判说理中普遍认为违法性认识错误与故意无关,样本中仅 1 例认为违法性认识错误可以排除故意,8.33%在故意说理中暗含违法性认识或以事实明知替代对违法性认识辩护意见的回应,实质上将违法性认识纳入故意的认定中。第二,是否影响责任不明。辩护意见中 78.21%将存在违法性认识错误作为责任减轻事由,其中 27.05%以其反映出被告人主观恶性小为由;裁判说理中多持“违法性认识错误不影响定罪量刑”的观点,无因违法性认识而无罪的样本,3.85%的样本将存在违法性认识错误或违法性认识不足作为从宽理由。第三,如何影响刑罚不一。对存在违法性认识错误的被告人,辩护意见中存在免于刑事处罚、减轻处罚、从轻处罚、适用缓刑、属于《刑法》第 13 条“但书”等多种观点。裁判说理中,其一,因违法性认识错误而从宽的样本中,19.44%因其单独从轻处罚,47.22%与其他量刑情节共同从轻处罚,刑罚影响程度整体较小。其二,被判处拘役或三年以下有期徒刑的样本中缓刑适用率为 48.35%,样本的总体缓刑适用率为 32.84%,接近认罪认罚案件的缓刑适用率,^[14]明显高于一般情况;3.21%的样本报最高人民法院核准在法定最低刑以下判处刑罚;部分案件(如天价葡萄案)通过重新进行价格鉴定等其他方式平衡刑罚,表明形式上未因违法性认识错误从宽的案件中可能存在实质上以轻缓的量刑抵消刑罚不当扩张影响的现象,进而带来刑罚适用不均衡的风险;其三,样本中存在如“应当或可以从轻处罚”等矛盾表述。^[15]

(二) 困境原因分析

1. 刑法理论体系语境的“现代化”转型

其一,构成要件符合性上,法益道德性稀释。随着“法定犯时代”的到来,^[16]刑法逐渐从消极法益保护演变为积极风险预防,抽象危险犯与集体法益形成了扩张处罚“合力”,^[17]犯罪的反道德性弱化,犯罪行为侵害的法益与民众生活间关联的直接性减弱,部分规范超出民众掌握与理解的范围。同时,法的不明确是法的抽象性与语言开放性的必然结果,立法只是“半成品”,需要司法进一步“加工”。即便是常见的故意杀人罪,认定中也必然存在棘手的边缘领域,再如正当化事由的判断需经过复杂的利益衡量,因而民众不知法可能与不努力无关。

其二,违法性上,价值观多元发展。随着价值观多元化,对同一行为是否实质违法及社会危害性的有无、程度可能存在不同理解,规范的价值共识减弱。同时囿于法律规范的滞后性,制定时立法者所持的价值理念可能不符合民众当下的认知。

其三,有责性上,个体理性有限。传统刑法理论及其体系的建构很大程度上受到康德哲学

[14] 参见《最高检:今年前三季度认罪认罚案件判缓刑的占 36.6%》,载中国新闻网, <https://baijiahao.baidu.com/s?id=1648263488954007481&wfr=spider&for=pc>,最后访问日期:2022年5月15日。

[15] 参见新沂市高流镇夏塘村村民委员会、王新站等滥伐林木案,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。

[16] 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。

[17] 参见王俊:“法定犯时代下违法性认识的立场转换”,《现代法学》2020年第6期,第181页。

思想的影响,认为“有意选择行为的自由,在于它不受感官冲动或刺激的决定”,^[18]人能够自我选择和自我决定,个体理性是绝对的并将其置于“至高无上”的位置。而随着精神分析学、心理学、犯罪学等实证科学的研究结果逐渐侵蚀了理性主体的高大全形象,^[19]对主体的思考逐渐脱离于自我的范围,人们逐渐认识到人与世界的关系并不是并存的,而是“在之中”,认识到人是与“他人”共在的,^[20]外在因素对个体理性的影响不可避免,个体理性的有限性逐渐得到认可,进而影响个体的知法义务。

其四,刑罚上,责任主义转型。关于刑罚正当化根据,长期存在报应刑论(报应理论)和目的刑论(功利理论)之争。立足于报应导向的责任主义,不知法可以作为减轻或免除责任的理由,而立足功利导向的刑法规制,“不知法免责”将带来难以估量的漏洞与风险。虽然占据主流的责任主义代表了个体正义,但其难以应对日益扩张的社会风险,因而“启蒙以来的责任主义刑法正被迫做出重大调整,日益以规制为己任”。^[21]而当规制成为刑罚的首要理由时,责任原则的防线便难以坚守。因而违法性认识错误的司法困境折射的正是责任主义转型中与刑法规制间如何结合、限制与制衡的难题。

2. 刑事司法裁判偏差的“副作用”叠加

其一,观念上,结果责任的司法惯性。我国司法中普遍存在刑罚轻重与损害结果直接关联的倾向,刑罚观念上也侧重打击和威慑功能,行为人主观和主体情况对刑罚的影响相对较小,进而忽视违法性认识问题。

其二,方法上,理念和技术混为一谈。因违法性认识难证明及“给犯罪者提供借口”而否认其刑法意义,是对实然技术问题和应然刑罚理念的混淆,应对技术问题的关键是针对现实司法困境设定可行的判断方法。同时在信息快速传播的今天,可能因不知法而免责的范围非常有限,自然犯中一般无适用空间,法定犯中行为人大部分为专业从业人员,亦难以适用不知法的抗辩。

其三,根本上,司法实质判断不足。罪刑法定原则的目的是限制刑罚权以防止其不当扩张,而非使刑事司法裁判沦为技术性的涵摄对应,刑事司法裁判不仅要对行为是否符合构成要件进行形式判断,更要进行实质判断。一方面,司法是细化规范的过程,既包括法律意旨、法律原则、普适价值,也要以社会生活(常识、常理、常情)、法律所产生的土壤(历史、国家和社会环境等)为根基;另一方面,司法需对个案中的社会危害性和个体责任进行实质判断。而现阶段,我国刑事司法的实质判断更多地表现在量刑阶段而非定罪阶段,如赵春华非法持有枪支案中通过适用缓刑而非认定无罪以实现个案公正。司法实质判断的弱化将“助长法律形式主义的

[18] (德)康德:《法的形而上学原理——权利的科学》,沈叔平译,商务印书馆1991年版,第13页。

[19] 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151页。

[20] 参见(德)马丁·海德格尔:《存在与时间读本》,陈嘉映编著,生活·读书·新知三联书店1999年版,第67页。

[21] 劳东燕,见前注[19],第158页。

偏执,放纵法律实证主义的道德冷漠”。〔22〕

其四,衔接上,行政规范直接适用于刑事司法。我国刑法中诸多空白罪状需诉诸行政规范,刑事司法中普遍直接将相应行政规范作为裁判依据,但二者规范保护目的、处罚严厉程度显著不同,此举实际上将刑事立法权分散并下放,这必然导致刑罚的不正当扩张。如以2007年发布的《枪支杀伤力的法庭科学鉴定判据》中规定的“比动能大于等于1.8焦耳/平方厘米”直接作为刑法中枪支的认定标准,受到了广泛的质疑与批判。

综上,通过检验发现,司法样本整体上采取刻意回避甚至完全拒绝违法性认识错误作为责任阻却或减轻事由的态度,〔23〕具体认定中存在诸多分歧,由此引发诸多质疑。其原因在于时代发展带来的语境变化下传统理论的失灵和司法惯性的羁绊。因而对于违法性认识,一方面,要厘清其在刑法理论体系中的地位;另一方面,要充分考虑现有困境、避免司法惯性。

三、违法性认识作为责任要素的功能

关于违法性认识错误是否影响责任,存在持肯定观点的违法性认识必要说和持否定观点的违法性认识不要说,从价值、逻辑、经济三个视角来看必要说均有其合理性:

(一)价值分析:国家主义和自由主义的分野

不要说立足于国家主义,认为知法守法是公民的义务,如果不知法可免责,而行为人是是否知法又难以证明,任何人都可以此来狡辩,必然难以保障公共秩序,也“将鼓励人们对法律的漠视”,〔24〕其追责基础在于违反规范,是一种严格责任;而必要说立足于自由主义,认为知法是向公民追责的前提,其追责基础在于违法意志,是一种过错责任。二者的差异实质上涉及国家和公民间风险分担的问题,采哪种观点取决于国家对“误触”法律的公民持何种态度。

笔者认为在现今语境下必要说更为适用,原因在于:其一,不要说建立在国家权威扩张带来的绝对知法推定之上,其动力源于政策向下对秩序的维护,但刑罚功能的实现以其实施得到公民的信服和认同为前提,〔25〕遵纪守法依靠的是日积月累的道德教化。因而从长期来看,采不要说对于无违法性认识的潜在犯罪人并无显著威慑作用,不知法的人又何谈“漠视”法律,“投入”不知法民众自由的同时无法有效“产出”秩序;而采必要说可以推动国家和公民对违法性认识问题的关注,进而促进法律的普及和宣传。以此观之自由主义实际上是更长期的国家主义。其二,从不成文法到罪刑法定,再到期待可能性等责任要素的讨论,责任评判视角从完全客观发展为主客观并重,责任原则逐渐替代了结果主义,伦理的文化意识愈细腻,道义责任

〔22〕 高鸿钧:“现代法治的困境及其出路”,载高鸿钧、马剑银主编:《社会理论之法:解读与评析》,清华大学出版社2006年版,第498页。

〔23〕 参见梁根林,见前注〔1〕,第139页。

〔24〕 Joshua Dressler, *Understanding Criminal Law*, New York: LexisNexis, 2006, p. 181.

〔25〕 参见陈璇:“责任主义、预防政策与违法性认识”,《清华法学》2018年第5期,第92页。

的理念就愈彻底,这是作为文化性质的法的必然发展方向。^[26] 必要说符合保障公民自由、限制国家权力的法治发展理念;而不要说虚化了责任原则,难以防止国家一般预防措施的无限扩张,公民可能发展成为国家宣示规范效力的“工具”。其三,“不教而诛谓之虐”的古训由来已久,公民不知法有可能是国家不教之过,不应将不利后果全部转嫁于个人。在法律体系日益复杂化、专业化、精细化的现代社会中,不要说更加不具有正当性。其四,不要说中不知法本身应受谴责的观点与法定犯时代的规范现状、规范的有限性和文字的歧义性间难以调和,且单纯以政策为由拓宽犯罪圈有违背罪刑法定原则之嫌。其五,从其他国家的发展趋势来看,不要说逐渐“软化”,英美法系中部分判例认可行为人在“真诚的误解”“善意的努力”等情况下可以否定犯罪所要求的心理;^[27]大陆法系中德、意、法、日等国均明文规定一定情形下违法性认识错误可以免除或减轻刑事责任,必要说逐渐成为主流。

(二)逻辑分析:民众法律预判和司法裁判的偏差

法律超验权威的根源并非立法者的意志,而是民众朴素的道德期待。^[28] 从民众所遵从的最基本道理到法律规范,正向的过程即为立法,反向的过程即为司法,因而民众既是遵守法律的主体,也是制定法律的主体。基于此,认为可以要求公民行动一致,但不能要求公民“心心相印”的观点^[29]即切断了法律与民众间的内在联系。具体来看,法律是行为规范(公民行为的引导)和裁判规范(司法遵循的准则)的统一,理想情境下一般人、特定行为人对行为的法律预判与司法裁判是一致的,但实践中三者的偏差不可避免,唯一的纽带即为民众的道德期待。而随着社会发展,三者间偏差逐渐增大。一方面,立法、司法可能与道德存在偏差。罪与罚,或是正义,都是人类孕育发展的概念,是一种工具性的安排,目的在于增添福祉。罪与罚的形式和内容都和资源的多少有关,正义刻度有时也要关注社会愿意负荷多少成本。^[30] 同时,有些规则可能是在许多备选的规则之间选择其一,性质上并没有道德成分。另一方面,法律与道德间的联系逐渐稀释。在过去法律所禁止的内容通常也违反一般道德准则,但现今保护集体法益规范的增多使得部分行为与损害间宏观上的因果链条难以直接被民众从个体微观视角感知。上述偏差极易导致公民的法律误判,如采不要说要求所有公民在任何情况下都知法,“是一种国家的‘蛮不讲理’”,^[31]进而降低法律的道德信誉和约束水平;而采必要说可以在司法中对法律与道德的偏差进行实质性检验,检验法律是否与生活经验相抵触、是否侵扰公民正常生活。

[26] 参见(日)小野清一郎:《犯罪构成要件理论》,王泰译,中国人民公安大学出版社2004年版,第32—33页。

[27] 如1933年美国United States v. Murdock案,该案中被告人被指控“有意”不提供税务信息,法庭认为,国会并不会认为一个人因真诚的误解了税法的规定而应当成为犯罪人;在1949年美国Long v. State案中,法院认为被告人在实施行为前曾做了善意的努力,在他相信自己努力的结果而诚实地实施了行为的情形下,将被告人作为犯罪人处罚是明显的不公正。参见陈世伟:“三大法系违法性认识比较研究——我国刑法中违法性认识的另一种解读”,《河北法学》2006年第3期,第106页。

[28] 参见罗翔:《圆圈正义》,中国法制出版社2019年版,第52—53页。

[29] 参见柏浪涛:“违法性认识的属性之争:前提、逻辑与法律依据”,《法律科学》2020年第6期,第20页。

[30] 参见熊秉元:《法经济解释》,东方出版社2017年版,第88页。

[31] 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。

(三)经济分析:刑罚和自由的成本效益考量

立足于功利主义,从成本来看,采必要说负担的成本是对偶然犯罪者的宽容导致的刑罚威慑效果减弱,可能放任知法犯法但以不知法为辩解的行为人;采不要说的成本是确不知法的行为人自由和国家的监禁支出。二者的成本亦互为对方的收益。

在责任范围的划定上要考量公民对不法行为的情感和对不法行为放任不管时所产生的社会效果,从而达到民众丧失最小的自由,司法投入最少的资源,实现最好的社会秩序和权益保护,即刑罚范围的“边际均衡点”。基于此,对于违法性认识,应采必要说的原因在于:其一,不要说在负担成本的同时难以获得预期收益。一方面,作为责任本质的非难可能性来源于行为人本可避免实施不法行为,其选择的基础是对行为的认知。同时是价值评价而非事实评价使得行为人具备了刑法意义上的可谴责性,因而对存在违法性认识错误的行为人进行归责的基础欠缺;另一方面,人的认识有限,往往采取大多数人的选择,应将惩罚限定在一般人“能力之所及”。相应的,刑法预防效果建立在社会成员危险预测的经验之上,^[32]在普遍不知法的情况下,行为人会认为刑罚是“意外”所得,对于其他不知法的人亦无威慑效果,预防犯罪作用难以实现,也难以得到民众的信服和认同。其二,采不要说实际上为民众设置了知法义务,因而必然因民众精研法律带来社会资源的损耗。如果民众在行为时不能遵从自己的认知,必须在每一个行为前进行合法性查证,那么法律将从保护民众的“盾牌”演变为束缚自由的“枷锁”。其三,采必要说可能存在采纳知法者不知法辩解的失误,但这种判断的失误比未作判断的不要说引起的失误要少的多。实际上,在信息传播方式多样化的今天,能够以不知法作为辩解的案件仅为少数,采必要说放纵知法者的概率远小于采不要说惩罚不知法者的概率。更为重要的是,放任知法犯法者的可能可以通过改良举证责任、细化责任体系等方式予以限制,不能仅以证明困难为由降低归责门槛。综上,不要说难以获得预期收益,还需负担额外成本,而必要说可以通过技术手段减少成本。在法律未普遍被认知的情况下,采必要说更接近刑罚范围的“边际均衡点”。

四、违法性认识错误认定的“二阶四步”

在必要说的基础上,存在故意说与责任说的争论,故意说又可分为严格故意说和限制故意说。严格故意说认为违法性认识错误可阻却故意的成立;限制故意说认为即使欠缺违法性认识,只要具备认识可能即可认定故意;责任说认为违法性认识错误不能阻却故意,仅可阻却或减轻责任。^[33]上述争论的本质是违法性认识在刑法理论体系中的地位问题,分析的起点是违法性认识的含义。

(一)违法性认识错误责任体系的二阶划分

[32] 参见古承宗:“风险社会与现代刑法的象征性”,载《科技法学评论》第10卷第1期,元照出版社2013年版,第141页。

[33] 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,第23页。

1. 违法性认识与事实认识

违法性认识本质上是对行为、结果与法律规范间“相对关系”的认识。“法”有两层含义,一个是价值性的、抽象的法,一个是规则性的、具体的法。相应地,违法性认识可以分为对行为、结果在法律上是否被禁止(实质违法性)的认识和对应受何种处罚(形式违法性)的认识。

人的认识存在一个过程,事实认识、实质违法性认识、形式违法性认识三者逐层深入,后者建立在前者的基础上。具体来看,事实认识是对事实意义上行为、结果的客观过程的认识;实质违法性认识是对社会意义上行为、结果是否可能受一定程度否定性评价、进而可能被法律规范所禁止的认识;形式违法性认识是对规范意义上行为、结果可能受何种处罚的认识。当行为人主观认识与客观现实存在差异时,在各阶段分别产生事实认识错误、实质违法性认识错误和形式违法性认识错误,后二者共同组成了违法性认识错误,可进一步划分为禁止错误(误以为规范未禁止)和容许错误(误以为被规范所容许)。以非法持有枪支行为为例,完整的事实、实质违法性、形式违法性认识分别对应:认识到持有的管状物可以发射弹丸等客观要素,认识到持有的管状物可能属于被管控的“枪支”,认识到持有管控“枪支”可能受刑罚处罚。在司法实践中,一般而言只要持有的管状物客观上属于“枪支”,同时被告人认识到该管状物可以发射弹丸等物质,即可认定其主观上为故意。此处暗含的逻辑是:行为具备客观违法性的,只要行为人具有事实认识,即认定其具有违法性认识,忽视了事实认识与违法性认识的差异。原因在于原有事实认识、法律认识的二分边界不清,在“事实认识”的概念中包含了实质违法性认识。

亦有观点认为可划分为构成要件认识错误和违法性认识错误,分别阻却故意和责任,但依此观点对于规范构成要件要素(如非法、违反……法律/法规等空白罪状)的认识难以认定归属,在混淆领域为考量刑罚效果而发展出了诸多例外,当例外过多时将瓦解划分本身的合理性。而按上述三分,规范要素可能影响实质、形式违法性认识的属于违法性认识的对象,不影响的仅作为客观超过要素。

2. 实质违法性认识与故意

犯罪故意与过失是单纯的主观心理状态还是包含了规范评价要素,分别对应心理责任论与规范责任论两种观点,^[34]现有通说为心理责任论,认为“(最终)不法并非因为其被禁止而成为不法,而是因为其是不法而被禁止”,^[35]犯罪故意以认识犯罪事实为已足,不包括违法性认识。而笔者认为故意中应当包含实质违法性认识,原因在于:

第一,从法律规范来看,根据《刑法》第14条的规定,认定故意不仅要求行为人具有事实认识,同时需认识到行为的社会危害性。关于社会危害性认识与违法性认识的关系,存在相同说和相异说两种观点,亦有观点认为应由违法性认识替代故意中非规范的社会危害性认识。^[36]笔者认为从民众视角来看社会危害性认识可以等价于实质违法性认识。社会危害性是划定犯

[34] 参见陈兴良:《刑法研究》(第八卷),中国人民大学出版社2021年版,第412页。

[35] (德)弗兰克·彼得·舒斯特:“德国法中的禁止错误”,梁奉壮译,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70页。

[36] 参见冯军:《刑事责任论》,法律出版社1996年版,第226页。

罪圈的基础,刑事立法中根据抽象的法(社会危害程度)制定具体的法(法律规定),因而从民众视角观之,可能违反法律的行为必然具有一定社会危害性,具有一定社会危害性的行为极有可能是触犯法律的,可以说实质违法性是从法的立场来评价的社会危害性,社会危害性是从民众视角理解的实质违法性,二者实际上构建了法律与民众沟通的桥梁。

第二,从故意本质来看,“一旦脱离法秩序的评价,行为人对自然事实的认知本身没有刑法上的意义”,^[37]而人的认知“需要外界的信息输入才可以进行工作”,^[38]不清楚禁止规范就不能自由地决定反对不法,因而实质违法性认识错误和事实认识错误反映出行为人对法的忠诚度并无不同。同时,由于规范中道德性的弱化阻断了从构成要件符合性推定行为违法性的直接性,对行为进行评价所依据的价值有些并不能直接从社会常识中推断得出,因而司法中长期以来普遍采用的以事实认识替代或包含违法性认识判断的方法不再适用。在对法律的错误理解足以掩盖行为人为的社会意义时就会产生排除故意的后果,^[39]缺乏实质违法性认识的不具有完整的故意认识要素,进而应当承认法律过失与事实过失可能具有相同效果,这也符合民众对故意的理解。

第三,从责任体系来看,故意说与责任说的区分不仅在于去罪化根据不同,更重要的是对于具有违法性认识可能但缺少现实违法性认识的,前者可能排除故意,后者至多减免责任。笔者认为对于仅具有事实认识而缺少实质违法性认识的应当排除故意,原因在于:其一,不法行为对特定法益的危害性是刑法非难的实质根据,因而行为对特定法益的危害性应属于故意的认知内容。尤其对于法定犯,事实结果通过损害公共利益产生危害社会的结果,仅具有事实认识难以推导出行为人可以认识到“危害社会的结果”,而剔除了价值判断的心理认知不足以承载“故意”所代表的最高层级的责任非难。其二,规范的目的在于保护法益,实践中对规范的认识程度一般以认识到实质违法性为已足,如对“保护动物”一般需认识到其可能属于受法律保护的范围。其三,假想防卫属于实质违法性认识错误中的容许错误,通说认为属于过失犯,可见实质违法性认识是认定故意的一环。

3. 形式违法性认识与责任

责任的核心在于行为人主观上对法益保护的背反程度,其基础在于自由意志,虽然受到环境、生理等外在因素的影响,但在具有实施合法行为可能时实施不法行为,具有法谴责的必要性。没有自由意志就没有选择,没有选择就没有责任,因而基于故意、过失属责任要素的通说立场,^[40]责任能力影响选择能力、主观认识决定了选择前提、期待可能性说明了选择空间、目的动机体现了选择程度,四者均通过影响基于自由意志的选择进而影响责任。在此基础上,因

[37] 薛智仁:“禁止错误法律效果之初探——为故意理论辩护”,载刘明祥、张天虹主编:《故意与错误论研究》,北京大学出版社2016年版,第268页。

[38] (英)理查德·沃特利:《犯罪心理学:犯罪为何会发生》,马皑、宋业臻译,中国法制出版社2019年版,第24页。

[39] 参见(德)克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论(第2卷)》,王世州等译,法律出版社2013年版,第625页。

[40] 参见张明楷:《刑法学》,法律出版社2021年版,第323页。

并非所有具有实质违法性的行为均纳入刑法规制,可能受到立法技术、司法资源等多种因素的影响,所以认识到实质违法性的行为人亦可能误认为无需承担责任,存在形式违法性认识错误。而形式违法性认识是用于抑制犯罪意思决定的前提,是否存在认识错误影响行为人的选择,应当作为责任要素。

综上,实质违法性认识属于故意要素,通过影响故意的认定影响责任,而形式违法认识影响行为人的选择前提,属于独立的责任要素。

(二)违法性认识错误责任的认定思路

对于责任主义与刑法规制间的冲突,二者本不应置于天平的两端,因为责任本就是功能化的概念,其设置初衷即包含了追求公共秩序和社会福祉的目的。一方面,虽有观点认为以对他人的影响决定对特定被告人的惩罚是不公正的,^[41]但“微观”个体正义只是诸多价值之一,必须与秩序、安全等相协调,这实际上是整体的“宏观”正义;另一方面,采绝对的责任主义减轻不知法公民的责任对努力了解法律的公民是不公平的,因而“只有在功能主义的责任概念之下”,^[42]或者从“受原则制约的实用主义”的角度,将责任主义与刑法规制结合起来,才能有效缓解违法性认识错误的现实司法困境。

现实违法性认识的判断存在如下困境:一是难以证明,二是难以避免行为人以不知法为借口逃避罪责。基于此,有观点提出以违法性认识可能作为平衡“刑事政策和责任主义要求的技术方案”,^[43]即“不是心理意义上的必须具有,而是规范意义上的或能具有”。^[44]一方面将公民的知法义务限定在有认识可能的范围中;另一方面,在无现实违法性认识的情况下,也可以基于具有认识可能但未履行知法义务而承担责任,在认识到模糊的“不当性”并产生怀疑时,公民即负有排除怀疑的义务,如其仍继续,对违法属“放任”心态,从而促使公民努力达到一般的违法性认识水平。结合上述实质、形式违法性认识影响责任的不同路径,无实质违法性认识可能的因排除故意、过失而无责任,无形式违法性认识可能的因缺乏责任要素而无责任。这符合我国《刑法》第 16 条的规定,“无违法性认识可能”属于“不能预见的原因”,亦符合德日缺乏违法性认识可能可阻却责任的通说。^[45]

在此基础上,笔者认为对有违法性认识可能的应进一步区分现实违法性认识的有无:对于实质违法性,存在认识可能而无现实认识的,表明行为人应当预见到行为、结果的社会危害性但未能预见,符合《刑法》第 15 条规定的疏忽大意的过失。进而疏忽大意的过失可以分为两种:一是应当预见但未预见行为、结果间的事实因果流程,二是应当预见但未预见行为、结果的

[41] 参见陈兴良,见前注[34],第 436 页。

[42] 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 30 页。

[43] 同上注。

[44] (德)梯德曼:“附属刑法中的构成要件错误与禁止错误”,林东茂译,《政大法学评论》1994 年第 50 期,第 71 页。

[45] 德国通说参见(德)汉斯·海因里希·耶赛克、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 540 页;日本通说参见金光旭:“日本刑法中的违法性的认识”,载冯军主编:《比较刑罚研究》,中国人民大学出版社 2007 年版,第 57 页。

社会危害性。对于形式违法性,存在认识可能的,有无现实违法性认识的行为人之间“可供取舍的可能性”(alternative possibilities)不同,体现出对法益保护的背反程度不同,因而参照有现实违法性认识的情况,无违法性认识的应当减轻责任(从轻或减轻处罚),对其归责的根据不是现实的违法意志,而是违反了(认识到实质违法性时应当提高的)注意义务。需说明的是,如果在案证据能证明行为人具有现实违法性认识,例如聊天记录中显示行为人知道相关规范,可以直接否定违法性认识错误的存在,仅在依据现有证据行为人违法性认识的现实状态存疑时,才需进行上述推定。

综上,在行为人的违法性认识存疑时,需进行违法性认识推定。具体而言,推定中各类型违法性认识错误的责任可以按照如表3所示“四步法”逐一认定,因无实质违法性认识的一定没有形式违法性认识,无违法性认识可能的亦无须评判现实违法性认识,为避免重复评价,某一步为“×”的则停止后续步骤:

表3 违法性认识错误责任认定“四步法”说明表

	违法性认识可能		现实违法性认识		法律后果
实质违法性	第 一 步	√	第 二 步	√	故意
		√		×	(法律)过失
		×		×	无责任
形式违法性	第 三 步	√	第 四 步	√	无责任
		√		×	减轻责任
		×		×	减轻责任

实质违法性		形式违法性		法律后果
违法性认识可能	现实违法性认识	违法性认识可能	现实违法性认识	
√	√	√	√	故意—负担责任
√	√	√	×	故意—减轻责任
√	√	×	—	故意—无责任
√	×	—	—	过失
×	—	—	—	无责任

上述方法可直接应用于行为人在事实层面是故意的情形,在事实层面为过失时应区分有认知的过于自信的过失和无认知的疏忽大意的过失。^[46]一方面,过失犯的可责性源于其未履行相关义务(包括预见义务和结果避免义务),而违法性认识影响其义务履行,因而无论在事实层面是故意还是过失均应考察违法性认识可能,无则无需负担责任。另一方面,因疏忽大意

[46] 参见田宏杰:《违法性认识研究》,中国政法大学出版社1998年版,第68—69页。

的过失中行为人无现实认知,无需考察现实违法性认识;而对于过于自信的过失,具有认识可能的需进一步考察现实违法性认识,同时现实的实质违法性认识错误仅阻却故意,不影响过失的认定,因而仅需考察现实的形式违法性认识,有则不影响责任,无则减轻责任。

五、违法性认识错误的判断方法

错误类抗辩事由是“从消极的立场考察的责任理论”,^[47]违法性认识错误判断的核心是如何平衡责任主义和刑法规制,重新在国家 and 民众之间分配不知法的风险。

(一)判断基础:“违法性”的含义

实质、形式违法性认知中“违法性”的含义不同。对于前者,存在违反伦理道德、反社会性、行为的反价值性等多种观点,笔者认为实质违法性认识不仅需认识到行为在社会意义上应受否定性评价,亦需认识到行为的不正当性达到一定程度,可能被法(包括刑法和其他法律规范)所禁止。原因在于:其一,刑罚是最严厉的惩罚手段,适用刑罚的行为人对法益保护的背反程度亦应达到一定程度。法未禁止即可行,法律之外的道德评价领域是公民的自由选择、自我追求的范围,利用法律漏洞亦是公民“优越的权利”,^[48]国家不能要求公民的所有行为均符合道德,仅能要求其不违反法律而已;其二,行为是否纳入刑法规制涉及立法技术问题,行为不当性仅是立法的一个考量因素,发生频率、威慑效果、司法成本等均可能影响刑罚范围,如毒驾入刑的争论,而这难以通过逻辑推导进行认知;其三,不当行为可能“被法所禁止”符合民众对社会危害性的认知,从而使实质违法性与《刑法》第14条的规定相衔接。而形式违法性的“违法”对应“被刑法所禁止”,刑法和其他规范评价的行为不当性存在一定差距,对此的认识直接反映了行为人对保护法益的背反程度,因而仅认识到行为可能违反法律但未认识到违反刑法的,可在责任上予以减轻。

(二)判断技术:“认识”的证明

符合逻辑的责任体系在司法中未必能达到预期效果,要兼顾逻辑与实效需要合理划定证明责任、标准和内容。

证明责任上,鉴于是否知法一般仅为本人所知,相关证据一般掌握在辩方手中,控方难以证明;且与事实认识不同,违法性认识难以通过客观因果律进行推断,是否存在“认识错误”较之是否存在“认识”更易证明;同时大部分案件不存在违法性认识争议,将其作为积极责任要素将极大提高案件办理的成本和难度,因而“推定公民知法”是刑事司法必不可少的“假想”,违法性认识属于消极责任要素。具体而言,因“构成要件是违法性同时也是责任的类型化”,^[49]控方一般仅需证明行为符合构成要件即可推定行为人具有违法性认识,不需单独证明,辩方提出被告人存在违法性认识错误的应负举证责任。

[47] (日)泷川幸辰:《犯罪论序说》,王泰译,法律出版社2005年版,第107页。

[48] 参见梁根林,见前注[1],第140页。

[49] (日)大塚仁:《犯罪论的基本问题》,冯军译,中国政法大学出版社1993年版,第39页。

证明标准上,违法性认识属主观认知,实践中难以达到排除合理怀疑的证明标准,且仅作为消极责任要素,因而达到高度盖然性标准即可。

证明内容上,违法性认识问题的核心是明确在何种情况下免除或减轻行为人的刑事责任是合理的。对于认识可能,在立法中作为“原料与成品”的一般人认知和法律规范,在转化的过程中不可避免地产生偏差,因而在司法还原的过程中需考量一般人的认知。同时,违法性认识可能的判断实质上是“同类”知法义务的划定,因而应当考察法律规范与同类一般人认知的符合性(通说为“外行人领域的平行评价标准”),即法规范的“可交谈性”。对于现实认识,有违法性认识可能表明行为人负有知法义务,因而存在现实违法性认识错误的行为人具有过错,因此个人单纯不知法的辩解不足以减轻责任,否则将出现越关注法律责任越重的悖论。只是基于法律规范与现实生活的复杂性及确不知法的行为人与知法犯法者在违法意志上的区分,在行为人虽不知法但其行为达到对其设定的合理期待时可以减免其责任,即法规范的“可期待性”,同时考虑到行为人否认知法的便捷性和证明知法的困难性,应对减免理由进行严格限制。

(三)判断标准:“错误”的范围

1.违法性认识可能的判断

违法性认识可能的判断中法规范的“可交谈性”评价的是行为人的同类一般人是否知法,具体而言可从以下两个层面展开:

(1)反向:行为不当性可感知度

样本中共涉及71个罪名,其中仅10.9%为自然犯,因违法性认识错误而减轻责任的均属法定犯。理论上,自然犯、法定犯中违法性认识的判断显著不同已达共识,在此基础上提出的区分说认为仅在法定犯中考量违法性认识错误。而区分说的问题在于,自然犯与法定犯的划分标准本身即存在形式说(以是否将违反行政法规作为前置条件为标准)、实质说(以是否违反伦理道德为标准)、混合说(兼采二者)等不同观点,加之“伦理道德”含义泛化,观念变化带来的法定犯向自然犯的转化(亦有观点认为属“自然犯和法定犯的竞合”,^[50]如污染环境罪)等原因,区分说实际上仅适用于部分典型罪名,常见的贪污贿赂等犯罪的归属亦存在争议,^[51]样本中19.87%的罪名归属存在争议。

对此,笔者认为,不同类别的不法行为间不当性可感知度不同,与之相对的行为人存在违法性认识错误的空间亦不同,这实际上是自然犯和法定犯区分说的基础。一般认为,行为不当性可直接被感知的为自然犯,不能直接被感知而依赖对法规范的认识的为法定犯。问题在于不同行为的不当性可感知度形成的是一个连续的区间,而区分说只关注区间的两端,区间中部的行为因划分不明而存在适用困难。

抛开自然犯、法定犯的形式二分,其实质在于只有行为不当性可感知度较低的才有认定违

[50] 参见陈兴良:“法定犯的性质和界定”,《中外法学》2020年第6期,第1470页。

[51] 认为贪污贿赂犯罪属自然犯的观点,参见张明楷:“贪污贿赂罪的司法与立法发展方向”,《政法论坛》2017年第1期,第6页;认为属法定犯的观点,参见杜文俊、陈超:“贪污贿赂犯罪的刑罚配置模式探究——基于法定犯时代的重构”,《上海政法学院学报》2020年第5期,第117页。

法性认识错误的空间。行为不当性可感知度受三方面因素影响：一是侵害法益的伦理性，二是造成损害结果的直接性，三是损害结果与民众生活的关联性。对于杀人、抢劫等具有明显道德过错的行为，行为直接导致损害结果且与民众生活紧密相关，行为不当性可感知度极高，无须讨论违法性认识问题。与之相对的，对于危害性与特定的文化观念相关（如“淫秽物品”的认定）或涉及到集体法益（如猎捕野生动物）的行为，通过影响社会风尚或生态环境间接影响民众生活，行为不当性可感知度较低，个体难以通过自身的道德观念或逻辑推演认知行为的不当性，此类行为才可能涉及违法性认识错误。

（2）正向：同类不知法普遍性

对于行为可感知度较低的，进一步考察行为人同类不知法的普遍性，只有同类一般人普遍（至少过半数）不知法的，方可否定违法性认识可能。何为“同类”，笔者认为认知产生于经历，因而认知层面上的“同类”可以对应为“同经历”。具体而言，在判断中首先以具有相似生活、学习、从业经历的一般人的知法情况作为一般要素，其次考察相关规范内容是否存在争议、其普法情况和修正频率、涉案问题的专业相关度、行业监管情况等具体要素，最后结合涉案行为是否常见、是否偏离一般情况、行为人是否采取隐蔽措施、事后是否逃跑、前相似行为的处罚情况等个案要素，综合考察知法可能。

实质违法性认识可能上，如王某某、余某重婚案中，王某某经当地人民调解委员会调解解除婚姻关系后与余某以夫妻名义同居生活，因被告人所处地区较为偏远，认为人民调解委员会的调解具有法定离婚效力，且当地居民普遍难以认知经调解离婚后与他人同居行为的实质违法性，可以据此认定二被告人对重婚行为无实质违法性认识可能。^{〔52〕}形式违法性认识可能上，如天价葡萄案中，盗窃行为不当性的可感知度较高，且盗窃葡萄总重约 47 斤，已超过了道德调整的“小偷小摸”范畴，可认定具有实质违法性认识可能。但在一般人的观念中葡萄的单价较低，普遍不知上述行为可能受刑罚处罚，因而无形式违法性认识可能。

除上述要素外，判断中可能涉及到更广泛的因素，如民众的法律素质、网络覆盖率、法治教育覆盖率、企业合规情况等。其中，企业合规是今后可深入探索的领域，可尝试在金融、网络、医疗等专业领域将其与违法性认识的判断相对接。一方面，存在违法性认识争议的往往涉及某一专业领域，企业合规的开展和落实情况可为行业内行为人违法性认识的判断提供证据，缓解证明难题；另一方面，可以发挥行业监管的力量，引导企业完善内部规章制度，明确从业人员知法范围，预防类似案件的发生。

2. 现实违法性认识的判断

现实违法性认识的判断中法规范的“可期待性”要求行为人达到被期待的知法标准，首先需考察行为人是否属于涉公共利益的专业领域从业人员，其注意义务高于一般情形：

（1）反向：涉公共利益专业领域的排除

如果行为人属于一般生活领域外的涉公共利益专业领域的从业人员，在其专业领域内应当推定行为人具有现实违法性认识。特定专业领域（如证券、药品等）有一定的准入门槛，承担

〔52〕 参见王某某、余某重婚案，云南省广南县人民法院刑事判决书，（2014）广刑初字第 138 号。

相应的工作即表明行为人了解相关规范,以此为信任基础降低交流成本、提高行业效率;当涉及公共利益时,行为人有更高的注意义务,即便在行为时确有合理理由不知法,如临时顶替他人工作等,亦不可减免责任。原因在于:其一,行为人未达到行业标准具有可归责于个人的过错,该推定可参照过失犯中的“超越承担罪责”理论,归责基础在于不了解规则的行为人本可以不实施危险行为却选择实施,违反了前置的不作为义务。^[53]其二,其被善意第三人期待可以通过请示等方法在工作中作出正确选择,因而不能因此减轻责任。其三,从风险分配来看,应“将避免风险的责任放在那些参与非法交易之前至少有机会得知存在为保护消费者所施加的条件的人,而不是把危险放在完全无助的无辜公民身上。”^[54]如在杨乙洲、甘绩林非法经营案中,二被告人违规向 945 名客户收取保证金 1163 万余美元,从事外汇等保证金交易,二被告人均为外国国籍,辩称不了解中国法律。在中国境内成立公司的经营者普遍会了解相关经营规范,且二被告人从事的业务明显超过公司的经营范围,存在实质、形式违法性认识可能。同时,因从事的业务属公共专业领域,可推定二被告人具有现实违法性认识,且在案证据显示在被告人办公地找到相关规范文件,因而相关辩解不影响责任认定。^[55]

(2) 正向:无期待可能性或减责相当性

实质、形式违法性认识错误阻却责任的效果不同,认定标准上亦需进行阶梯性的划定。对于实质违法性,认定为无现实认识的可以阻却故意,因而必须严格限制认识错误的认定,只有当行为人尽最大努力仍未正确理解法律,即无知的期待可能性时方可认定为无现实的实质违法性认识,意大利和法国刑法中亦有类似的免责规定。^[56]原因在于行为人不应为能力范围外的法律认识可能承担责任。具体而言,理由包括:其一,信赖有关权威机关的意见。信赖私人意见不足以认定为合理理由,因为解释法律的权利属于国家,允许信赖私人意见有害于法制度的统一性,且可能为“收买的认识错误”提供空间。^[57]其二,法律规定存在矛盾,行为人信赖其中之一而实施不法行为。其三,前相似行为经认定不属于犯罪。其四,行为动机不足以引起合法性怀疑。一般而言,违法性的疑惑在原则上足以否定违法性认识错误,在获得澄清前行为人应避免实施可能违法的行为,除非具有急迫事项无法期待其等待到澄清之时。而人们对某种事物的认识程度取决于与切身利益和需求的关联程度,^[58]行为动机不足以引起合法性怀疑的可排除知法义务。如刘学莲非法种植毒品原植物案中,被告人生活在某山区,自述听说鸦片可以治疗牲畜拉肚子而种植罂粟。实质违法性认识可能上,需考察当地居民对罂粟的普遍认知情况,即便假设具有认识可能,如果被告人有证据证明其仅为治疗牲畜拉肚子种植罂

[53] 参见车浩,见前注[42],第 35 页。

[54] *United State v. Dotterweich*, 320 U.S. 277 (1943).

[55] 参见杨乙洲、甘绩林非法经营案,上海市高级人民法院刑事裁定书,(2010)沪高刑终字第 79 号。

[56] 1988 年意大利宪法法院第 364 号判决中认为,行为人尽最大努力仍不能得到对法律规定的正确理解的,可以排除犯罪;1994 年《法国刑法典》第 122—3 条:“能证明自己系由于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。”

[57] 参见张明楷,见前注[40],第 302 页。

[58] 参见陈璇,见前注[25],第 94 页。

粟,不是为制造毒品牟利,此情形中被告人不足以产生怀疑行为合法性的动机,可认定为不具备现实的实质违法性认识。^[59]

对于现实的形式违法性认识,因仅影响责任轻重,可进一步降低认定标准,一般而言行为人不识法的理由具有减轻责任的相当性即可。如果将其限于信赖权威机关或尽个人最大努力,那么一方面实际上要求个体在行为前必须进行合法性查证,社会生活会停顿下来,^[60]另一方面现实的形式违法性认识在实践中将难以发挥作用。而如何判断减责的相当性,对此,贯彻“功能主义的责任概念”,笔者提出以“责罚比”作为判断依据,其中“责”为不知法的理由可以减轻责任的合理性,“罚”为今后以类似理由逃避刑罚的可能性及所带来的社会成本,如前者大于后者,即“责罚比”大于1的可以作为减责理由,反之不能作为减责理由。具体而言,减责理由包括长期居住地与行为地法律冲突、所处环境等原因致信息闭塞、行为符合通常程序、行为不常见/模式新/新增加为犯罪、能够合逻辑地解释行为不违法、历史遗留因素等。如许霆盗窃案中,盗窃行为的不当性可感知度较高,但因其取款行为符合通常程序,属于足以减轻刑事责任的合理原因。^[61]随着普法、执法力度的加强,相应地能够以违法性认识错误为由进行抗辩的空间将越来越小,以此实现“错误”范围的不断自我更新、修正与进化。

六、检 验

在构建违法性认识错误的责任体系、明确判断方法后,需进一步通过案例检验上述构想在司法中的有效性。

气枪案中,对于实质违法性认识可能,持有游艺类枪支行为的不当性可感知度较低,与赵春华同样通过摆设射击游艺摊位进行营利活动的经营者及射击摊位的消费者,普遍难以认识到游艺类枪支属于刑法上的枪支及持有该类枪支可能被法律所禁止或可能受刑罚处罚,可以认定为不具有实质违法性认识可能,进而阻却故意、不构成犯罪。

鹦鹉案中,破坏野生动物资源行为的不当性可感知度较低,但被告人王鹏养殖涉案鹦鹉持续一段时间,且供述知道涉案鹦鹉是国家保护动物,买卖需要办理相关许可证,具有实质违法性的认识可能和现实认识。对于形式违法性认识,针对被告人王鹏出售小太阳鹦鹉的行为,虽然被告人具有一定专业知识,但涉案鹦鹉均为人工繁育且繁育技术已较为成熟,实际上形成了一定的交易市场,包括部分通过大型电商平台等形式上的合法途径进行交易的情形,买卖人数较多,交易价格也较低。同时,无许可证买卖小太阳鹦鹉直接触犯的是行政管理法规,被告人存在不知道行为触犯刑法的可能。基于现有在案证据,被告人王鹏可以基于上述理由证明与其相似的饲养者普遍难以认识到买卖人工繁育的小太阳鹦鹉可能受刑罚处罚,不具有形式违

[59] 参见刘学莲非法种植毒品原植物案,云南省思茅地区中级人民法院刑事判决书,(1994)思刑终字第67号。

[60] 参见罗克辛,见前注[39],第625页。

[61] 参见许霆盗窃案,广东省广州市中级人民法院刑事判决书,(2008)穗中法刑二重字第2号。

法性认识可能,进而阻却责任、不负刑责。而在与之相似的“大学生掏鸟案”中,证据显示被告人曾多次在网上发布买卖鹰隼信息,并加入鹰隼兴趣交流群,有一定的专业知识,具有实质违法性的认识可能和现实认识。在形式违法性方面,涉案鹰隼均为野生,野生鹰隼在日常生活中较为少见,猎捕具有一定难度,被告人曾一次猎捕 12 只,且被告人在侦查阶段对其主观明知有过稳定供述并能够与其他证据相印证,可认定被告人能认识到行为可能受刑罚处罚,且无其他足以减轻刑事责任的合理理由,因而相关辩解不影响责任认定。

兰草案和玉米案中,行为不当性可感知度均较低,且同类一般人普遍不知涉案行为可能触犯法律,被告人不具有实质违法性认识可能,进而阻却故意、不构成犯罪。上述案例与文中其他相关案例的检验情况汇总如表 4:

表 4 典型案件适用本文违法性认识错误责任体系的法律后果说明表

典型案件	案 号	本文责任体系				责任认定
		实质违法性		形式违法性		
		认识可能	现实认识	认识可能	现实认识	
气枪案	(2017)津 01 刑终 41 号	×	—	—	—	无罪
鹦鹉案	(2017)粤 03 刑终 1098 号	√	√	×	—	无罪
兰草案	(2016)豫 1224 刑初 208 号	×	—	—	—	无罪
玉米案	(2017)内 08 刑再 1 号	×	—	—	—	无罪
大学生掏鸟案	(2015)新中刑一终字第 128 号	√	√	√	√	负担责任
王某某、余某重婚案	(2014)广刑初字第 138 号	×	—	—	—	无罪
天价葡萄案	—	√	√	×	—	无罪
杨乙洲、甘绩林非法经营案	(2010)沪高刑终字第 79 号	√	√	√	√	负担责任
刘学莲非法种植毒品原植物案	(1994)思刑终字第 67 号	√	×	—	—	无罪
许霆盗窃案	(2008)穗中法刑二重字第 2 号	√	√	√	×	减轻责任

经过检验,采上述责任体系和判断方法所得结论符合民众观念,同时可以有效缓解违法性认识错误的司法中责任主义和刑法规制的矛盾。

法律永远不能忽视民众朴素的道德情感,在法律专业化的今天,“社会利益脱离个人利益而成为单独利益”,^[62]法律不仅承载了道德,也融入了社会利益与专业知识,违法性认识的讨

[62] (日)西原春夫:《刑法的根基与哲学》,顾肖荣等译,中国法制出版社 2020 年版,第 83 页。

论关乎责任主义的坚守与公民自由的保障。对违法性认识的关注,亦是对立法可交谈性的检验,进而促进司法执法、普法知法,营造更为浓厚的法治氛围。

Abstract: In recent years, the contradiction between the traditional concept of “ignorance of the law excuses no man” and the responsibility doctrine in criminal law has attracted increasing attention. A series of judicial adjudication, represented by the case of Zhao Chunhua in which the suspected was convicted of illegally holding guns, spurred public criticism. Through analyzing 936 relevant judicial documents, it is found that there are some problems in the judicial process of errors in cognition of illegality, such as ambiguous scope of coverage, different identification standards and disparity in the impact of responsibility. The reason lies in the development of the context of the criminal law theoretical system and the superposition of the deviation of criminal judicial judgment. On the basis of demonstrating the function for cognition of illegality as element of responsibility, in order to standardize the identification and responsibility of errors in cognition of illegality, on the one hand, based on the sorting out of the relationship between cognition of illegality and fact, and the division of cognition of illegality between substantial and formal, possibility and reality, it is necessary to build a “second-level, four-step” responsibility system for hindering intention and responsibility separately under the framework of existing relevant laws and regulations. On the other hand, combined with judicial samples and practical difficulties, we should clarify the meaning of “illegality”, the proving of “cognition” and the scope of “errors”.

Key Words: Errors in Cognition of Illegality; Judicial Dilemma; Responsibility System; Judgment Method

(责任编辑:车 浩)