

论“违法性认识”的重新定位

肖洪

(重庆大学法学院,重庆 400044)

摘要:“违法性认识”学说主要有四种观点,但这四种观点实际殊途同归,都是要求构成故意犯罪需要具备社会危害性的认识,“违法性认识”作为一个构成犯罪故意的要素来说可以不必存在。因此,应该重新定位“违法性认识”在中国刑法中的地位和作用,“违法性认识”仅指“刑事违法性认识”,欠缺“违法性认识”不再作为一个认定是否构成犯罪的情节,而是作为行政犯一个量刑从轻或减轻情节。

关键词:违法性认识;刑事违法性认识;量刑情节

中图分类号:D914 **文献标志码:**A **文章编号:**1008-5831(2012)05-0097-05

一、中国现有“违法性认识”作用评价

对“违法性认识”在刑法中的地位和作用,中国刑法理论中主要形成以下四种观点。

第一种观点坚持大陆法系法谚“不知法不赦”^①原则,认为“违法性认识”不是犯罪故意的构成要素,行为人不能以不知道法律的规定免责。并且认为,在中国,只要行为人认识到了社会危害性,就反映了行为人所具有的主观恶性,没有必要再要求行为人必须具备“违法性认识”。况且由于法盲众多,以“违法性认识”作为犯罪故意的构成要素,会将这些法盲排除在故意犯罪之外,不符合中国司法实际^[1]。

第二种观点认为,认识行为的违法性一般来说不是犯罪故意的内容,仅仅只要求行为人具有社会危害性的认识足以构成犯罪故意,但不能绝对化。根据行为人的具体情况,如果某种行为一向不为刑法所禁止,后来在某个特殊时期或某种特定情况下为刑法所禁止,而行为人确实不知道法律已禁止而仍实施该行为的,就不能说他是故意违反刑法,也就欠缺社会危害性的认识,就无法认定行为人具有犯罪的故意^[2]。

第三种观点认为,“违法性认识”是犯罪故意中的构成要素,如果行为人欠缺“违法性认识”,将阻却犯罪故意的成立^[3]。犯罪故意中的认识只能是违法性的认识,而不是社会危害性的认识,认识社会危害性应以违法性作为客观参照标准^[4]。

第四种观点认为,“违法性认识”和社会危害性认识二者只要具备其一,就可以认定犯罪故意成立。这样将解决不具有社会危害性认识,但具有“违法性认识”的信仰犯问题^[5]。

收稿日期:2012-04-16

作者简介:肖洪(1975-),男,四川宜宾人,重庆大学法学院副教授,博士,硕士研究生导师,重庆市荣昌县人民检察院副检察长,西南政法大学毒品犯罪与对策研究中心研究人员,主要研究方向为刑法基础理论与实践。

①“不知法不赦”这句法谚的内容是:“在作为主观的犯罪成立要件的犯意中,不要求认识到自己行为的违法性”。参见张明楷《刑法格言的展开》,法律出版社2003年版,第199页。

综上所述,第一种观点和第二种观点都主张“违法性认识”不是犯罪故意的构成要素,构成犯罪只需要具备社会危害性认识即可。因此,在中国没有必要进行“违法性认识”探讨。第三种观点主张“违法性认识”是犯罪故意的构成要素,如果行为人欠缺“违法性认识”,将阻却犯罪故意的成立。第四种观点则是折衷观点,主张“违法性认识”和社会危害性的认识实际上只要具备其中之一即可。

表面上看,上述第一、二种观点和第三种观点相互对立,第四种观点是折衷观点,但实际上这四种观点殊途同归,主要原因是对违法性概念理解不一。

第一、二种观点都认为“违法性认识”是指刑事违法性认识。国外也有很多学者主张“违法性认识”仅仅指刑事违法性认识^②,日本学者野村稔就认为“违法性的意识是指关于自己的行为被刑法规范判断为无价值,即违反刑法规范或为刑法上所不容许的意识。它不是指一定要意识到违反各条刑法规范”^[6]。然而要求行为人实施故意犯罪时必须具备刑事违法性的认识,则是不现实的,将导致绝大多数犯罪人以不知道刑法规定为借口来逃避法律制裁,因此,第一、二种观点坚决反对将“违法性认识”作为犯罪故意的构成要素。根据刑法第14条对故意犯罪的规定,行为人仅仅具有社会危害性的认识,即只要求行为人明知其行为及行为结果的危害性,而没有要求行为人明知行为及结果的刑事违法性就可以认定具备了故意的要素。第一、二种观点虽然反对“违法性认识”,但承认社会危害性的认识是犯罪故意的构成要素。同时,第二种观点还主张如果某种行为一向不为刑法所禁止,后来在某个特殊时期或某种特定情况下为刑法所禁止,而行为人确实不知道法律已禁止而仍实施该行为的,此时,行为人就以为该行为仍然为法律所允许,就欠缺社会危害性的认识,就无法认定行为人具有犯罪的故意。

相反,主张第三种观点的学者由于担心有些行为人确实不知道法律的规定,如果将其定罪量刑,将对行为人不公平,不利于保障公民的人权。但是,如果仅仅限制在不知道刑法的规定就免责,这样将导致大量犯罪人逃避法律制裁。因此,第三种观点认为,违法性是指实质的违法性,“违法性认识”是指行为人认识到自己的行为违法,为法律所不允许,这里的法律是指法律整体或法律秩序,既包括刑法规范,也包括其他法律规范。“违法性认识”是犯罪故意中

的构成要素,如果行为人欠缺“违法性认识”,将阻却犯罪故意的成立^[3]。“违法性认识”的内容在主张“违法性认识”是犯罪故意构成要素的学者之间也存在争议:一是违反一切规范说,认为只要行为人具有违反道德规范的意识,就应该视为有“违法性认识”;二是违反法律规范或法律秩序说,认为“违法性认识”是违反一切法律规范和法律秩序的意识;三是刑事法规说,认为“违法性认识”仅仅是指行为人认识到自己的行为违反刑法或刑事规范^[7]。但是,主流观点还是将“违法性认识”内容界定为意识到自己的行为有社会危害性的违法行为^{[8]148}。根据“违法性认识”内容的界定,只要行为人具备了社会危害性认识,就可以说具备了违法性的认识,才可能成立犯罪故意。因此,刑事法规说实际上已经等同于违反法律规范或法律秩序说。

第四种观点主张“违法性认识”和社会危害性认识二者只要具备其一,就可以认定犯罪故意的成立。认为这样将解决不具有社会危害性认识,但具有“违法性认识”的信仰犯和大义灭亲问题。笔者认为,信仰犯是自己认为自己的行为有利于社会,这样,表面上似乎就不具备社会危害性的认识。但是,判断是否具有社会危害性不能仅以行为人自己的想法判断,应该以行为人认识到的社会一般人将如何看待这个问题为判断标准。一般来说,信仰犯虽然相信自己的信仰有利于一般人,但也知道社会上的一般人大多不相信、不理解其信仰,故其强制推行自己的信仰对现阶段的一般人可能是一种危害。因此,信仰犯在行为时可以说是具有社会危害性认识的。大义灭亲行为表面上也是行为人认为自己的行为不具有社会危害性,是为国家除害,但是自从国家和法律诞生以来,国家就反对这种私力救济方式,因为私力救济将导致国家公权力丧失,产生“冤冤相报”的无序化,是对国家和公民权利的更大侵害。因此,对应该被处罚的被害人,国家反对任何人代替国家行使处罚权利,即使该被害人的直系亲属也不行。故大义灭亲行为以个案来说表面上可能不具有社会危害性,但这种行为整体上来说对国家法律秩序和社会是有侵害的,是具有社会危害性的。国内有学者对此论述到:“社会危害性与违法性是统一的,刑法上的违法性是社会危害性的法律标志,既然认识到违法性,就表明认识到了社会危害性。因为任何人都

^②刑事违法性认识就是西方刑法学界所称的形式违法性认识,是指对刑法规范违反的认识。实际上西方很多学者也主张违法性认识是指形式违法性认识而不是实质违法性认识,如“违法性认识不要说”这一派都是这样主张的。参见刘明祥《错误论》,法律出版社、日本成文堂出版社1996年版,第105页。

知道法律禁止的行为是危害社会的行为,立法者不可能禁止对社会有利的行为。称‘大义灭亲’是正义行为,只是看到了其中的一面,但这种行为的行为危害性是有目共睹的,行为人不可能没有认识到。因此,认识到了违法性,不可能没有认识到行为的危害性。”^[9]第四种观点实际上也可以归结为,行为人只要具备社会危害性的认识,就具备“违法性认识”,才可以成立犯罪故意。

总之,上述四种观点实际上都是主张行为人只有具备社会危害性认识,才能认定为故意犯罪;如果行为人不具有社会危害性认识,就不能认定为故意犯罪。因此,上述四种观点最终认定“违法性认识”在中国刑法中没有存在价值。当然,也有学者主张社会危害性认识是一个政治概念^[10],一个需要价值评判的概念,要求行为人认识不合适^[4]，“违法性认识”比社会危害性认识更具有法律特征。但是,笔者认为,在社会危害性认识已被中国刑法学界和司法界约定俗成成为法律术语的前提下,用社会危害性认识反而比“违法性认识”更能表达其内容。因此,没有必要生搬硬套地以“违法性认识”概念来取代已经约定俗成的社会危害性认识概念。

二、对“违法性认识”的重新定位

笔者认为,“违法性认识”在中国刑法中不应该被排斥,而应具有一片自己的天地,因此,应该重新界定其地位和作用。

有一个案例:某乡村妇女甲上街买菜时,发现有人在卖四川山鹧鸪肉,虽然甲听说买卖山鹧鸪肉违法,但想到买卖青蛙也违法却照常有人买来吃,而且山鹧鸪肉没有吃过,想买来尝尝鲜。于是,甲就购买了五只死的山鹧鸪,后遭人举报被捕。按照刑法相关规定,甲构成非法收购珍贵野生动物制品罪,被判处有期徒刑10年。甲说,早知道买点山鹧鸪肉会判处这么重的刑罚,就不会买了。

这个案例是典型的法盲犯罪案例。在这个案例中,甲在买卖四川山鹧鸪肉时,已经具有社会危害性的认识或主张“违法性认识”成为犯罪故意必备要件的学者所称之为违法性的认识,根据学术界观点,甲已经构成故意犯罪,按照法律的规定定罪量刑,法院的判决无可厚非。但是,笔者认为,在这个案件中,甲作为一个农村妇女,只知道买卖四川山鹧鸪肉是

违法的,可能在她心目中,被抓住只是批评一顿,最多罚款了事,就像买卖青蛙一样,不可能还要判刑,更不知道要判这么重的刑罚。对于这样的法盲犯罪人判处这么重的刑罚是否太过分呢?是否能被广大老百姓所接受?反过来说,在现有的刑法框架下,如果觉得对甲判刑太重,想要对其从轻或减轻处罚,法律依据又何在呢?

笔者认为,在本案中妇女甲没有任何法定或者酌定从轻、减轻处罚的情节,如果认为对甲的处罚过重,甲唯一可原谅的理由就是甲不知道购买四川山鹧鸪肉是犯罪,而且购买五只以上就是“情节特别严重”,会被判处有期徒刑10年以上有期徒刑。也就是说,甲唯一值得谅解的理由就是其在完全不具有刑事违法性的认识、完全不知道这种行为构成犯罪的的基础上实施的犯罪,其犯罪没有体现对法律极端敌视、蔑视态度。

通过本案的描述,笔者认为,用中国通说的“社会危害性认识”或者“违法性认识”都无法为犯罪嫌疑人甲提供任何免责或者从轻、减轻处罚的理由,因为犯罪嫌疑人甲具有“社会危害性认识”,认识到这种行为是违法的,是会给社会带来危害结果的。但是,在这个案件中对犯罪嫌疑人甲判处有期徒刑确实太重了,笔者试图利用欠缺“刑事违法性认识”作为对甲从轻或减轻处罚的理由。笔者认为,应将“刑事违法性认识”在刑法中的地位和作用重新定位,应当考虑在行政犯(法定犯)^③中,不把欠缺“刑事违法性认识”作为阻却故意犯罪的理由,而是作为对犯罪人行为从轻或减轻处罚的理由,即欠缺“刑事违法性认识”不再作为一个是否构成犯罪的因素,而是作为一个从轻或减轻处罚的量刑情节。

因此,如果重新定位“违法性认识”在刑法中的地位和作用,“违法性认识”的含义就应该是行为人认识到自己的行为违反刑法规范,是仅指“刑事违法性认识”。“违法性认识”的内容就是对违反刑法规范的认识。其结论是:欠缺“刑事违法性认识”是对行政犯(法定犯)的犯罪人从轻或减轻处罚的理由。

其实,这种观点在国外也有学者支持。以日本刑法为例,日本刑法第38条第3项规定:“不得因不知法律而谓无犯罪意思,但依情状得减轻其刑。”日本刑法学界中支持“违法性认识必要说——严格故

^③笔者这里只是针对行政犯而言,因为行政犯是以严重违反行政规范为前提,由于行政法规可能“朝令夕改”,法规数量浩如烟海,而且各个时代的规定又都不同,要普通公民知晓这么多随时可能变更的行政法规,无异于强人所难。因此,公民由于不知道行政规范而导致违反行政法规乃至违反刑法是完全可能的。相反,笔者认为自然犯就不能以不知道刑法规范为理由要求减轻处罚,因为自然犯的犯罪行为是公认的严重违反伦理道德规范,自古以来几乎在任何时候、任何国家都会认定为犯罪的行为。因此,作为社会一员的公民一般不可能不知道自然犯的行为是构成犯罪的,也就不可能以不知道刑法规范为之辩护。对这种明知故犯的人当然不可能从轻、减轻处罚。

意说”的学者认为,日本刑法中第38条第3项中的“法律”二字,不是指“法”而是指“法规”,该条文原意是故意的成立不以知道刑罚法规的规定为必要(它不是关于“违法性认识”的规定);“但书”是指由于不知道刑罚法规的规定,虽然有“违法性认识”,但对违法性程度的认识有困难的,可以减轻刑罚^{[8]111-112}。因此,按照“违法性认识必要说——严格故意说”的观点,如果一个行为人虽然具有“违法性认识”^④,但确实不具有“刑事违法性认识”,甚至具有“刑事违法性认识”,但对刑事违法性严重程度的认识有困难的话,就可以减轻处罚。

有学者可能担心,如果将欠缺“刑事违法性认识”作为一个可以从轻或减轻刑罚的量刑情节的话,将成为犯罪人逃避刑事责任的借口,所有犯罪人都可能以不知道刑法规范的规定为由来逃避刑事责任。这样对知晓刑法法规的犯罪人也不公平,认真学习刑法规范的犯罪人却必须要承担更重的责任,将不利于法治的宣传和法治国家的建立,将导致对犯罪人的处罚失效。按道理来说,所有公民都应该知道刑法规范,因为刑法规范已向全社会公布,不知道刑法规范只能是行为人自己的责任,就应该承担这种后果,而不应该要求国家来承担相应责任从而减免刑罚,这就是古罗马法谚“不知法不赦”的来源。

但是,如果犯罪人真的不知道国家刑法规范的规定,真的不知道某种行为构成犯罪,是否对这种不具有“刑事违法性认识”的犯罪人就真的完全没有原谅的理由呢?笔者认为,对这种确实不知道刑法规范的法盲犯罪人,尤其是行政犯,应当具有一定原谅的理由,而且刑法规定这种原谅理由不仅不会导致犯罪人逃避制裁,还能体现刑法的公平、合理、人道化。

第一,认为如果刑法规范已向全社会公布,所有公民就都有责任知道刑法规范的规定,这是“以国民必须知道法、当然知道法这种拟制为前提,是一种极强的权威主义立场。但是,这种权威主义不仅与近代刑法的基本观念难以调和,而且不适合想广泛保障国民基本人权的宪法的理念”^{[8]106}。现代社会的刑法规范不仅有多如牛毛的刑法条文,在行政犯中,还有一大堆需要借助其他浩如烟海的行政法规才能掌握的空白规范,如果不是专门的法律人才,作为普通

公民不可能真正完全知道所有关于行政犯的刑法规范内容。因此,公民确实不知道某种行政犯的刑法规范的时候经常出现。笔者认为,在考虑是否对不具有“刑事违法性认识”的犯罪人从轻、减轻处罚时必须严格区分行政犯和自然犯。自然犯如杀人、放火、爆炸、强奸、盗窃等犯罪,自古以来都是犯罪,也被各国政府都规定为犯罪,因此,作为一个公民,不可能不知道这些行为构成犯罪。对于这种自然犯的犯罪嫌疑人而言,即使自己辩称“不知法”,也不应该对其从轻、减轻处罚,否则每个犯罪嫌疑人都可以辩称自己“不知法”而要求从轻、减轻处罚,这也就是古罗马法谚“不知法不赦”的本来含义。但是,在行政犯中,有些犯罪行为在中国古代不仅不是犯罪,还是国家鼓励的行为,如武松打虎的英雄事迹至今还为民众所传颂。因此,对于某些行政犯而言,由于古时可能没有作为犯罪,世界各国不一定都作为犯罪,一般公民只要自己不从事或者亲戚、朋友没有人从事这方面的工作,就很可能根本没有意识到这种行为的严重社会危害性,就更不可能知道这种行为构成犯罪。严惩这些行政犯,只会导致民众对法律不认同,认为法律处罚太严,从而增加对法律的不尊重、对社会的对抗。

第二,犯罪是“蔑视社会秩序最明显最极端的表现”。当行为人已经知道某种行为构成犯罪,还要去实施该犯罪行为对抗社会的时候,就体现了行为人对社会秩序的极端蔑视,体现了行为人最恶劣的主观恶性,自然应该按照法律规定严惩不怠,这就是“知法犯法,罪加一等”的含义^⑤。相反,如果行为人不知道某种行为构成犯罪,虽然知道自己实施该行为是不对的,但仅仅以为是一般违法行为,行为人并不想要实施犯罪行为,这样行为人就没有完全蔑视和对抗社会的态度,其主观恶性相比前一种“知法犯法”的人自然要轻一些,其犯罪性质就相对要轻一些,对其从轻或减轻处罚也无可厚非。

第三,罪刑法定原则的基本要求是什么样的行为是犯罪,对该行为应当予以什么样的处罚,不仅事先要在刑法中加以规定,而且还必须有明确的规定,以使公民能够预测自己行为的后果,以保障公民的人权。相反,既然存在公民确实不知道某种刑法规范的情形,那么当犯罪人对刑法规范确实不知晓时

④在中国,也可以理解为具有社会危害性的认识。

⑤笔者认为,“知法犯法,罪加一等”并不是对认真学习刑法规范的犯罪人的不公平待遇,当行为人在明知法律规定的前提下,仍然执意去实施犯罪行为,这不正好说明了行为人对国家法律的严重对抗态度吗?这时相比不知道法律而犯法的人对知法犯法者加重处罚也能被接受。当然,现代社会已经不再提倡“知法犯法,罪加一等”,但是,“知法犯法,罪加一等”的原理应该被接受,因此,对“不知法犯法”的行为人,反过来想,似乎就应该“罪减一等”。

(这种不知晓的最主要原因是法律太庞杂或者由于国家宣传不够导致公民根本不可能了解那么多法律,公民自然就不可能依据刑法规范来预测自己行为后果并规范自己行为),如果对犯罪人的犯罪行为完全不原谅,不减轻一点处罚,那就没有体现罪刑法定原则所要求的以公民能够预测自己行为后果为基础尊重公民基本人权的核心理念。如果这时公民无法预测自己行为后果,根本不知道自己的行为将导致严重的刑罚处罚,那么刑法对其进行严重处罚就是对公民基本人权的尊重。尤其行政犯对许多民众来说是非常陌生的犯罪,一般的民众根本意识不到这种行为是犯罪,而国家宣传短时间之内又根本不可能面面俱到、家喻户晓,强求公民都知晓行政犯的存在和规定是不现实的,那仅仅是一种幻想。民众由于不知晓而无法预测后果的行为,国家法律对其处理时尤其要慎重,不能为了片面保护某种国家需要保护的利益而用剥夺公民最基本人权的刑罚来宣传、教育和保护这种利益,这不符合人权保障观念,也不符合罪刑法定原则的基本要求。

当然,对犯罪人是否具有“刑事违法性认识”,并不是以犯罪人自己的阐述作为判断标准,而是由司法机关以犯罪人的认识能力为基准判断其是否知道刑法法规。司法机关在判断犯罪人是否具有“违法性认识”时,其判断资料主要是根据在犯罪行为时犯罪人的具体情况,再结合犯罪人的认识能力、生活环境、法律修养、社会地位、职业经历等个人因素,而且考虑国家和地方对法律的宣传、当地对这种类型案

件判决的宣传情况等判断犯罪人是否具有“违法性认识”。

综上,笔者认为,对行政犯中的法盲犯罪,即犯罪人虽然意识到某种行为是不对的,可能是一般的违法行为,但确实不知道该种行为构成犯罪,即欠缺“刑事违法性认识”,就应该从轻或减轻处罚,这样更有利于实现刑法对人权的保障,体现刑法的人性化,使刑法更具人情味,使民众更能接受刑法。

参考文献:

[1]樊凤林.犯罪构成论[M].北京:法律出版社,1987:122.
 [2]高铭暄,马克昌.刑法学(上编)[M].北京:中国法制出版社,1999:205.
 [3]陈兴良.陈兴良刑法学教科书[M].北京:中国政法大学出版社,2003:83.
 [4]贾宇.犯罪故意概念的评析与重构[J].法学研究,1996(4):54.
 [5]童伟华,李希慧.违法性认识在故意犯罪成立中的地位[J].石油大学学报,2003(5):21
 [6]野村稔.刑法总论[M].全理其,何力,译.北京:法律出版社,2001:304.
 [7]刘明祥.刑法中违法性认识的内容及其判断[J].法商研究,1995(4):76-77.
 [8]刘明祥.错误论[M].北京:法律出版社//东京:日本成文堂出版社,1996.
 [9]张明楷.刑法学[M].2版.北京:法律出版社,2003:228.
 [10]李海东.刑法原理入门[M].北京:法律出版社,1998:8.

On Re-position “Knowledge of Illegality”

XIAO Hong

(School of Law, Chongqing University, Chongqing 400044, P. R. China)

Abstract: There are four perspectives on the “knowledge of illegality”, but the four perspectives are actually the same thing. They are requested to need understanding of the social harm with constituting a deliberate crime. So “knowledge of illegality” as a element to constitute a crime could not exist. It should therefore be re-positioned “knowledge of illegality” position and role in China’s criminal law. “Knowledge of illegality” refers only to “criminal knowledge of illegality”. The lack of “knowledge of illegality” is no longer as a circumstance determining a crime, but as a circumstance with sentencing mitigation or mitigating in the executive crime.

Key words: knowledge of illegality; criminal knowledge of illegality; circumstance with sentencing

(责任编辑 周沫)