

行政违法性认识错误的性质与处理规则

马春晓^{*}

内容提要 行政犯的双重违法性构造决定了其主观上存在双重违法性认识错误,既存在关于前置行政法律规范的认识错误(行政违法性认识错误),也存在关于刑法规范的认识错误(刑事违法性认识错误)。前者为行政犯所独有,是当前理论争议的焦点。承袭自德日刑法的责任说,以自然犯为原型建构的违法性认识错误处理规则,未能充分兼顾行政犯的双重违法性特征;而故意说则赋予构成要件认识与违法性认识同等的主观归责地位,与既有的犯罪论体系难以兼容。应当认为,行政违法性是行政犯构成要件的必要组成部分,离开行政违法性的“裸的”构成要件事实在不法评价上具有中立性。行为人只有在认识到行政违法性的基础上,才能产生关于刑事违法性的认识。行政违法性认识错误应归为构成要件错误,具有阻却犯罪故意的效果。“新责任说”既保留了责任说关于构成要件认识错误与违法性认识错误的区分,又结合行政犯的特质予以改造,实现了违法性认识错误在自然犯与行政犯中处理规则的统一,是我国统一刑法典模式下较为理想的处理方案。

关键词 行政犯 双重违法性 违法性认识错误 新责任说

目 次

- 一、问题的提出
- 二、行政犯违法性认识错误的特殊性及其问题根源
- 三、故意说对责任说的批评及其问题
- 四、“新责任说”视野下行政违法性认识错误的处理
- 五、结论

^{*} 南京大学法学院副教授,法学博士。本文系2021年度教育部人文社会科学研究青年基金项目“功能主义视域下行政犯归责原理的重构与适用研究”(项目批准号:21YJC820030)的阶段成果。

一、问题的提出

伴随着“行政犯（法定犯）时代”的到来，违法性认识错误问题呈现出前所未有的复杂性与重要性。由于我国刑法缺少关于违法性认识错误的明文规定，^①实践中大量“难办”案件又亟待处理，因此，作为“为说服法官而付出的努力”^②的刑法理论便走在立法的前面：主流学说从“违法性认识不要说”逐步转向责任说，主张违法性认识可能性是独立于故意的责任要素，不可避免的违法性认识错误可以否定责任，以期实现预防政策与责任主义的衡平。^③对于“赵春华非法持有枪支案”等引发舆论关注的热点案件，学理上大多主张基于责任说予以出罪。^④

与责任说在学理上取得通说地位形成鲜明对比的是其在司法实践中所遭受的冷遇。有学者通过对裁判文书的大样本实证研究指出，实务判决坚持违法性认识错误不影响责任的观点与立场，所以没有搜集到因违法性认识错误阻却责任的样本。^⑤具体而言，在自然犯的场合，判决通常认为违法性认识错误不影响犯罪的成立；^⑥在行政犯的场合，则存在一定分歧：有的判决持与自然犯相同的标准，即认为违法性认识错误不能阻却犯罪故意；^⑦但也有部分判决将违法性认识视作故意的内容，欠缺违法性认识可直接否定故意，认为“行政犯故意的成立必须具备违法性认识”^⑧。如果“行为人不存在违法性认识，则主观上不具有犯罪故意”^⑨。尽管最终结论不同，但实务总是围绕着犯罪故意的有无来探讨违法性认识错误问题，这与学理上的责任说将违法性认识视作独立责任要素的体系定位大相径庭。

导致理论与实践错位的根本原因在于，责任说未能回应行政犯中违法性认识错误存在的特殊问题。德国与日本的刑事立法在其总则规定中明确将责任说确立为违法性认

① 1957年《中华人民共和国刑法草案》（修正稿）（第22次稿）第16条曾规定，“对于不知法律而犯罪，不能免除刑事责任；但根据情节，可以从轻或者减轻处罚”。但草案相关内容未被1979年《刑法》采纳。

② [日]平野龙一：《刑法的基础》，黎宏译，中国政法大学出版社2016年版，第191页。

③ 参见张明楷：《刑法学》（第6版），法律出版社2021年版，第324页；周光权：《违法性认识不是故意的要素》，载《中国法学》2006年第1期，第165页；孙国祥：《违法性认识错误的不可避免性及其认定》，载《中外法学》2016年第3期，第702页；车浩：《法定犯时代的违法性认识错误》，载《清华法学》2015年第4期，第22页；陈璇：《责任原则、预防政策与违法性认识》，载《清华法学》2018年第5期，第89页。

④ 参见王钢：《非法持有枪支罪的司法认定》，载《中国法学》2017年第4期，第87页；张泽涛：《行政犯违法性认识错误不可避免的司法认定及其处理》，载《政法论坛》2022年第1期，第185页。

⑤ 参见江璐伊：《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》，载《中外法学》2023年第1期，第185页。

⑥ 参见广东省佛山市中级人民法院（2020）粤06刑终746号刑事裁定书。

⑦ 参见江西省新余市中级人民法院（2021）赣05刑终84号刑事判决书；江苏省淮安市淮安区人民法院（2018）苏0803刑初152号刑事判决书。

⑧ 万志尧、鄧小骋：《杨治山内幕交易案》，载《人民司法·案例》2014年第12期，第22页。

⑨ 江苏省高级人民法院（2019）苏刑再3号刑事判决书。

识错误的一般规则,^⑩但需要注意的是,德日两国均采取了核心刑法与附属刑法分立的立法模式,其总则中关于违法性认识错误的处理规则是以核心刑法中的自然犯罪名为原型的。虽然总则中的规定对于所有具体罪名均具有指导意义,但广泛散见于各类附属刑法中的行政犯的特殊性往往被忽视。缇德曼(Klaus Tiedemann)指出:“德国刑事立法者一方面有意识地将内容广泛的附属刑法规定从刑法典中分离出来,另一方面又在总则中设立了适用于全体刑法领域的一般规则,这不禁令人怀疑,立法者从未考虑过附属刑法的规范多样性及其特殊问题。”^⑪因此,尽管德日刑事立法明确选择了责任说,但对于责任说能否妥善处理行政犯中的违法性认识错误问题,理论仍存在较大争议。^⑫为了回应反对观点的质疑,责任说也不断修正和软化关于违法性认识错误可避免性的判断规则,最终导致可避免性的判断具有较大的不确定性。若未经充分的反思与检讨便直接引入德日的学说用以解决我国行政犯的违法性认识错误问题,无异于“以其昏昏,使人昭昭”。

鉴于此,在借鉴法教义学方法论的同时,找到一个能够妥善解决行政犯违法性认识错误问题的学理方案,并将其逻辑自洽地纳入到我国既有立法体例、司法惯例与刑法知识体系之中,成为当前行政犯理论研究的重要任务。为此,下文将逐次阐释:(1)行政犯的双重违法性构造对应着其主观上存在的双重违法性认识错误,这是行政犯违法性认识错误特殊问题的产生根源;(2)责任说并未正视这种双重违法性认识错误的特殊性而在行政犯领域广受批评,故而故意说在学理上日渐取得有力地位,故意说对责任说的批评存在部分合理性,但其自身也存在无法与既有犯罪论体系逻辑自洽的问题;(3)立足体系性思考,应结合行政犯的双重违法性构造对责任说进行改造,将行政违法性纳入行政犯的构成要件,关于行政违法性的认识错误因而属于构成要件错误,阻却犯罪故意。经改造后的“新责任说”更为契合我国自然犯与行政犯一体化的立法体例与司法现状,能够妥善解决行政犯违法性认识错误问题。

二、行政犯违法性认识错误的特殊性及其问题根源

(一) 行政犯违法性认识错误的特殊性: 双重违法性认识错误

以“行政犯时代的到来”为背景,学理上通常将行政犯违法性认识错误的特殊问题归结于行政犯在道德上的中立性或法益侵害的欠缺性。然而,这些观点对于行政犯违法性认识错误特殊性的成因的讨论都仅触及表象,而未能将其与行政犯的整体规范构造联系起来。

^⑩ 《德国刑法典》第17条规定:“行为人行为时没有认识其违法性,如该错误认识不可避免,则对其行为不负责任。如该错误认识可以避免,则依第49条第1款减轻处罚”;《日本刑法典》第38条第3款规定:“即使不知晓法律,也不能因此认为没有犯罪的故意,但是,可以根据情节减轻处罚”。

^⑪ Klaus Tiedemann, Zur legislatorischen Behandlung des Verbotsirrtums im Ordnungswidrigkeiten- und Steuerstrafrecht, ZStW 81 (1969), S. 871.

^⑫ Vgl. Ulrich Weber, Das Wirtschaftsstrafrecht und die allgemeinen Lehren und Regeln des Strafrechts, ZStW 96 (1984), S. 376, 393.

第一,行政犯违法性认识错误的特殊性并非源于其道德上的中立性。一般认为,行政犯违法性认识错误问题的特殊性源于其区别于自然犯的特质。加罗法洛认为,自然犯侵犯了怜悯和正直两种人类最基本的道德情感,^⑬而行为的反社会性、反道义性又被当作认识违法性的重要渠道。因此,在自然犯的场所,行为人基于常理常情便可以通过认识该当构成要件的事实来形成关于自己制造了不法的认识。^⑭相反,行政犯在伦理道德上通常是价值中立的,只是由于法律的专门规定而被禁止,^⑮行为人即使认识到该当构成要件的事实,也很难就此形成关于违法性的认识。可见理论最初认为,行政犯违法性认识错误问题之所以特殊,是因为行政犯在伦理道德层面的中立性导致构成要件的呼吁功能(Apellfunktion)难以实现。但是,以是否具有反伦理性来界定自然犯与行政犯,不仅标准本身具有流动性,导致理论穿透力有限,更是混淆了犯罪学和刑法学的范畴,将反伦理性与违法性混为一谈。这并不符合现代刑法理论关于犯罪本质和责任非难本质的基本理解。既然刑法上的责任是基于法秩序而非伦理秩序进行的非难,那么以是否具有反伦理性来推断作为责任要素的违法性认识是否存在显然是难以成立的。

第二,行政犯违法性认识错误的特殊性也并非因为行政犯缺少法益侵害的实质内涵。随着研究的深入,理论的关注点转到了对行政犯不法内涵的阐释上。有学者提出,行政犯违法性认识错误的特殊问题是由自然犯和行政犯在不法内涵上的差异所决定的。朗格(Richard Lange)认为,在核心刑法的罪名中,可以明确区分出实质违法性与形式违法性,前者是指侵害特定的法益,而后者则是指违反法规范,这是责任说得以明确区分构成要件认识错误与违法性认识错误的前提。相反,附属刑法中的罪名并不具有法益侵害性,只是违反了法规范,其实质不法内涵恰恰在于对法规范的不服从。因此,在这些罪名中,构成要件认识错误与违法性认识错误难以区分,责任说便丧失了适用的前提。朗格因而提出了区别说,认为对于核心刑法中的自然犯应采责任说,而对于附属刑法中的行政犯则应采故意说。^⑯缙德曼持类似见解,指出“在不法程度上,附属刑法中的罪名往往仅具有轻微的不法内涵。在核心刑法领域可以借助构成要件的呼吁功能,当行为人认识到自己行为实现了构成要件时,可以推定其具有违法性认识;而在附属刑法领域,前置行政法律规范作为补充规范发挥着不法类型化的功能,行为人必须对此具有积极的认识,处以故意犯的刑罚才具有正当性”^⑰。

然而,认为行政犯与自然犯在不法本质上的差异在于是否存在实质法益侵害性的见解,与我国当下的行政犯立法与理论均不相符。实际上,这一观点源自德国早期“质的差异说”,以行为是否侵犯个人法益为标准,区分自然犯与行政犯、核心刑法与附属刑法。

^⑬ 参见[意]加罗法洛:《犯罪学》,耿伟、王新译,中国大百科全书出版社1996年版,第67页。

^⑭ 参见前注③,孙国祥文,第709页。

^⑮ 参见[日]曾根威彦:《刑法学基础》,黎宏译,法律出版社2005年版,第4页。

^⑯ Vgl. Richard Lange, Der Strafgesetzbuch und die Schuldlehre: Zugleich ein Beitrag zum Unrechtsbegriff bei Zuwiderhandlungen, JZ 1956, S. 73-79.

^⑰ Klaus Tiedemann, Zum Stand der Irrtumslehre, insbes. im Wirtschafts- und Nebenstrafrecht, FS-Geerds, 1995, S. 106.

随着行政犯理论的发展,学界逐渐认识到,违反秩序的行为绝非表明其涉及的规范“不包含法益”。相反,现代国家决不能允许将有秩序的行政行为从受保护的法益中剔除出去。^⑮当前主流的行政犯理论并不认可行政犯不侵犯法益而只具有形式违法性的观点。退一步而言,即使德国、日本的立法中可能存在部分单纯不服从的行政犯,我国刑事立法中也并不存在与之对应的行政犯。德国、日本在行政法规、秩序违反法中规定了一些为保障行政实效性的行政犯,比如违反申报义务、违反登记义务等行为,学理上称之为“形式犯”,而我国则是通过行政强制、行政命令与行政处罚等保障行政的实效性。我国的行政犯具有与自然犯相同的社会危害性、刑事违法性和应受处罚性等犯罪基本特征,这种自然犯、法定犯一体化的立法体例与“定性+定量”的犯罪认定模式决定了我国的行政犯只能是对法益造成侵害或危险的实质犯。

第三,行政犯违法性认识错误的特殊性根源于其双重违法性的规范构造。行政犯在规范构造上明显区别于自然犯的特征是双重违法性。^⑯这种双重违法性不仅是“既违反行政法律规范又违反刑法规范”的并列关系,而且是“因为违反了行政法律规范,所以违反了刑法规范”的位阶关系。违反前置行政法律规范、具有行政违法性是行为成立犯罪、具有刑事违法性的必要前提,离开前置行政法律规范的补充,刑法规范的内涵则是空白的。因此,行政犯在构成要件层面需要通过设置空白要素以援引前置行政法律规范来补充其实体内容。即使刑法条文字面没有发生变化,通过修改前置行政法律规范也可以实现处罚范围的限缩或扩张。

基于主客观相统一原则,与这种客观上的双重违法性相对应,行政犯主观上的违法性认识也具有双重性:既涉及关于前置行政法律规范的认识(即行政违法性认识),也涉及关于刑法规范的认识(即刑事违法性认识)。在客观上,行政违法性是刑事违法性的前提;故在主观上,行政违法性认识的存在也是刑事违法性认识产生的前提。行政违法性认识错误是行政犯独有的问题,在自然犯中并不存在,这便使得以自然犯为原型的责任说在处理行政犯时常常捉襟见肘。

(二) 双重违法性认识错误的实践表现

如前所述,行政犯违法性认识错误问题的特殊性在于,不同于自然犯仅涉及刑事违法性认识,行政犯则同时涉及行政违法性认识与刑事违法性认识,且行政违法性认识是刑事违法性认识产生的前提。近年来,有关行政犯的争议性案件中,违法性认识错误的突出难题往往表现为,行为人正是因为缺少关于行政违法性的认识,进而难以产生刑事违法性认识。以下几个案例即为典型。

[案例1]“卢氏县兰草案”中,被告人秦某某在未办理野生植物采集证的情况下,采挖兰草一丛三株,经鉴定,采挖的兰草为蕙兰,秦某某被判成立《刑法》第344条非法

^⑮ 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2017年版,第86-87页。

^⑯ 参见黄河:《行政刑法比较研究》,中国方正出版社2001年版,第99页。

采伐国家重点保护植物罪。^{②①} 本案中,秦某某主观上存在两重认识错误:其一,他不知道自己采挖的兰草被规定在《国家重点野生保护植物名录》中;其二,他不知道自己的采挖行为被《刑法》第344条所禁止。前者为关于前置行政法律规范的认识错误,而后者为关于刑法规范的认识错误,且前者是后者形成的原因。

[案例2]“超标电动自行车案”中,被告人林某醉酒驾驶一辆电动自行车,经鉴定,林某血液酒精含量为179.04mg/100ml。法院认定林某驾驶的电动自行车已经符合摩托车的技术条件,属于机动车,林某的行为构成危险驾驶罪。^{②②} 司法实践中,对于超标电动车是否属于法律意义上的机动车存在分歧,既有认为超标电动车不属于机动车的判决,也有与本案一样根据《机动车运行安全技术条件》(GB7258-2012,以下简称《机动车国标》)肯定超标电动车属于机动车的判决。在这种情况下,行为人的违法性认识错误分为两个层面:其一,由于不知道《机动车国标》的规定而不知道超标电动车属于机动车;其二,在前者的基础上无法认识到自己违反了危险驾驶罪背后的刑法规范。

[案例3]“二类医疗器械案”中,2015年7月起,被告人卞某累计生产、销售SE系列生物能量仪182台,合计金额人民币92万余元。经国家食品药品监督管理总局复函认定,该SE系列生物能量仪属于第二类医疗器械。检察机关认为,卞某违反国家规定,未经许可经营法律、行政法规规定的限制买卖物品,扰乱市场秩序,情节严重,其行为已构成非法经营罪。^{②③} 本案中,被告人在主观上存在两重认识错误:其一,不知道该生物能量仪属于行政法上的二类医疗器械;其二,不知道自己的行为违反了非法经营罪背后的刑法规范,而且正是因为第一重错误的存在才引起了第二重错误。加之,前置行政法律规范的修订程序相对简单、变动较为频繁,在刑法条文不变的情况下也会导致处罚范围的频繁调整,而行为人无法及时获取有关法律规范变动更新的信息,便会产生认识错误。

[案例4]“知名小吃案”中,丁某某多年来一直生产销售当地知名小吃油葱粿,于1998年申报福建名小吃时便公开注明油葱粿含有硼砂,并一直延续这一传统做法。2008年国家禁止在食品中添加硼砂,但丁某某及其公司对此并不知情,直到被工商部门查处后才认识到行政法规发生变动。^{②④} 本案中所涉及的有害物质硼砂是在2008年才被禁止添加的,在此之前,被告人甚至还将添加硼砂作为当地知名小吃的制作方法向有关部门进行申报。可见被告人对“禁止添加硼砂”的前置行政法律规范缺少认识,也正是因为对这一前置行政法律规范存在认识错误,他才无法认识到自己的行为违反了生产、销售有毒、有害食品罪背后的刑法规范。

[案例5]“非法捕捞水产品案”中,被告人熊某某在禁渔期、禁渔水域非法捕捞水产品,且捕获了国家重点保护的野生鱼类胭脂鱼1条,被认定成立《刑法》第340条非法捕捞水产品罪。熊某某在上诉时辩称自己不知道禁渔期的具体期限,也没有捕捞胭脂

^{②①} 参见河南省卢氏县人民法院(2016)豫1224刑初208号刑事判决书。

^{②②} 参见最高人民法院刑一、二、三、四、五庭主编:《刑事审判参考》(总第94集),法律出版社2014年版,第10-15页。

^{②③} 参见“上海市闵行区人民检察院诉卞飞非法经营案”,载《最高人民法院公报》2022年第11期,第44-48页。

^{②④} 参见厦门市思明区人民法院(2017)闽0203刑初763号刑事判决书。

鱼的故意。^{②④}在这起案件中,特定时间、特定水域的禁渔规定是由农业部门的行政法律规范所设定的,经常发生变动。相比于较为稳定的刑法规范,行为人主观上更加难以对此有确切的认识。

(三) 问题焦点在于行政违法性认识错误

当前关于行政犯违法性认识错误问题的学说众说纷纭,整体上大致分为责任说、故意说与区别说三类观点。其中,责任说为当前我国与德日的理论通说,主张区分构成要件认识与违法性认识,将违法性认识可能性作为独立的责任要素,在违法性认识错误不可避免时方可阻却责任。

对于责任说而言,行政违法性认识错误与刑事违法性认识错误并不存在根本性区别,两者同属于违法性认识错误,适用相同的规则,均仅影响责任,不否定犯罪故意。其中,行政犯的特殊性只体现为,前置行政法律规范内容庞杂、变动频繁,更难以以为未经专业法学训练的外行人所认识,因而需要降低刑法对其认识可能性的要求,放松可避免性的判断标准。^{②⑤}车浩教授指出,在行政犯领域,特别是某些具有“行政附属性”的构成要件中,条文本身不能自动地满足行为可罚性的要求,而是要借助行政法上的某些规定。若客观上有查明法律的机会而行为人没有努力查明,则错误可以避免;若行为人虽经努力也未能查明,则错误属于不可避免。^{②⑥}这一见解仅注意到了行政犯认识错误在主观层面的表象,而未能注意到其与行政犯客观规范构造之间的内在关联,进而导致该观点尽管在形式上为行政违法性与刑事违法性设置了统一的规则,但在违法性认识错误可避免性的判断标准上却又区别对待:在自然犯的场所,可避免性的判断主要诉诸行为人的良心紧张,根据行为人在良心紧张时能否认识到行为的违法性进行判断;而在行政犯的场所,则诉诸行为人是否履行了事前的咨询义务。看似一元的处理规则下,实际上暗含了两套不同的处理逻辑,其实只是将自然犯与行政犯在违法性认识错误问题上客观存在的差异转移到了责任说的内部,最终导致可避免性的判断标准暗藏内在的二元性。

与之相对,近年来逐渐取得有力地位的故意说则走向另一个极端,既不区分行政违法性认识与刑事违法性认识,甚至也不区分构成要件认识与违法性认识,而是批评责任说将犯罪故意简化为本体论意义上的事实故意,剥离了故意作为归责要素所具有的规范意义,提出只有彻底拆除横亘于故意与违法性认识之间的高墙,才能真正获得规范化的故意概念。^{②⑦}概言之,故意说选择将违法性认识错误问题纳入规范化的故意中统一处理。

区别说则认为,对于违法性认识错误,在核心刑法中仍可以沿用责任说,但在附属刑法中,故意说则是更为妥当也更为符合现实需要的。^{②⑧}在行政犯的问题上,区别说与故意说的主张其实是一致的。因此,下文将论述的焦点集中在故意说与责任说的对立上。

^{②④} 参见重庆市第三中级人民法院(2017)渝03刑终146号刑事裁定书。

^{②⑤} 参见前注③,孙国祥文,第702页。

^{②⑥} 参见前注③,车浩文,第36页。

^{②⑦} 参见前注③,陈璇文,第98页。

^{②⑧} Vgl. Klaus Tiedemann (Fn. 11), S. 874.

三、故意说对责任说的批评及其问题

故意说主张故意的内容既包括对实现构成要件之事实的认识,也包括对该事实在刑法上所受评价的认识,因此没有必要区分构成要件认识错误与违法性认识错误,两者均可以否定故意。其理由在于,构成要件认识错误和违法性认识错误在对待法规范的忠诚态度方面,并无本质的区别。而且,我国《刑法》第14条第1款规定的是一个实质性和规范性的故意概念,它与责任说所主张的事实故意概念并不一致。^{②⑨}故意作为刑事归责的要素,应当在实质可谴责性的意义上来理解。只有将违法性认识纳入故意的内容之中,才能最终实现故意的实质化。构成要件认识与违法性认识具有同等的归责意义,故既不应设立不同的认识标准,也不应赋予两种认识错误以不同的法律效果。同时,为避免行为人以不知法来推卸责任而导致处罚漏洞,还有学者引入了“未必的违法性认识”概念,主张只要行为人认为自己的行为可能违法,即可肯定违法性认识。^{③⑩}

应当认为,在目的理性刑法思潮的影响下,刑法学整体上呈现出规范化、实质化与功能化的发展趋势。故意说通过将违法性认识纳入故意概念之中来实现故意的规范化与实质化,是顺应这一趋势的体现。同时,故意说有效支撑了实践中的判决结论,有其合理性的一面,但其具体论点不乏可商榷之处。

(一) 故意说与当前犯罪论体系难以完全兼容

故意说的立论基础在于,主观归责层面上构成要件事实与该事实的违法性评价应当具有同等地位。构成要件认识错误与违法性认识错误也应当同等地具有阻却犯罪故意的效果。然而,这一观点与当前刑法犯罪论体系之间是难以完全兼容的。

首先,在故意概念的界定上,刑法理论除少数观点主张认识说外,通说采取意志说,认为故意由认识因素和意志因素组成。对于构成要件事实,行为人主观上不仅要有认识,而且应有意欲。而对于构成要件事实的违法性评价,则至多要求认识或认识的可能性,无需单独考察行为人主观上对于违法性这一法律评价的意志与态度。既然故意说认为,构成要件事实与其违法性评价具有同等的主观归责意义,那么在将违法性纳入到故意认识对象之后,故意说也必须说明,对于该评价行为人应当持何种意志态度才能成立故意。倘若故意说认为,对于构成要件事实既需要认识因素也需要意志因素,而对违法性评价则仅需要认识因素即可,则恰恰说明两者在主观归责层面的意义并不相同,区别对待两者的认识错误在刑法归责体系上有其必要性。

其次,故意说急于赋予违法性认识错误以阻却故意的效果,却忽略了反面违法性认识错误的处理,陷入了仅关注问题解决而忽略体系协调的思考误区。在错误论中存在反面推论(Umkehrschluss):如果某个错误会对行为人不利,那么这种错误的反面错误

^{②⑨} 参见前注③,陈璇文,第99-100页。

^{③⑩} 参见王俊:《法定犯时代下违法性认识的立场转换》,载《现代法学》2022年第6期,第180页。

便会对行为人有利；如果某个错误对行为人有利，这种错误的反面错误便会对行为人不^{③①}。具体到两类认识错误上，例如甲误将乙当作野兽打死时，属于构成要件错误将排除故意，是对行为人有利的错误；而相反的情况，甲误将野兽当成了乙而射杀，便是一种反面的构成要件错误，甲应成立故意杀人罪的未遂，这是对行为人不利的认识错误。相反，甲不知道重婚构成犯罪属于违法性认识错误，不能排除故意，是对行为人不利的错误；甲误以为通奸构成犯罪而故意实施，则属于反面的违法性认识错误即幻觉犯，便不成立犯罪未遂，这是对行为人有利的错误。^{③②}按照反面推论原理，当故意说将违法性认识作为故意的必要内容时，虽然可以使得违法性认识错误具有阻却故意的效果，但如此一来，反面的违法性认识错误也要被纳入犯罪未遂中，进而得出幻觉犯可罚这一明显有违常识的错误结论。事实上，反面构成要件错误成立可罚的犯罪未遂，而反面违法性错误属于不可罚的幻觉犯，恰恰说明在既有刑法体系中，构成要件认识与违法性认识在主观归责层面的意义并不相同。故意说试图赋予违法性认识错误以否定犯罪故意的效果，最大限度地实现出罪，却忽略了这将给错误论带来的体系性紊乱。

（二）以“未必的违法性认识”堵截处罚漏洞的效果较为有限

鉴于一般性地承认欠缺违法性认识具有否定故意的效果可能会带来轻纵犯罪的危险，故意说将间接故意适用于违法性认识领域，以堵截可能存在的处罚漏洞，此即“未必的违法性认识”^{③③}。该观点认为，“违法性认识既包括知道行为一定违法，也包括知道行为可能违法”^{③④}。“在行为人具有不法怀疑却没有履行咨询义务，仍然实施行为时，可以认为其具有未必的违法性认识，从而成立间接故意，并不会直接降格为过失。”^{③⑤}但是，“未必的违法性认识”原本是责任说中提出的概念，以将违法性认识错误作为独立的责任减免事由为理论前提。德国司法实务在判决中承认了这一概念，当行为人“认识到自己的行为可能会违反法律规定，并在意志中接受了这种可能性时，就不能辩称自己欠缺违法性认识”^{③⑥}。既然故意说被认为相比于责任说更有可能轻纵犯罪，又如何可能通过嫁接一个由责任说提出的概念来实现彻底堵截处罚漏洞的效果呢？

事实上，“未必的违法性认识”概念只是将“认识到行为可能违法”的不法怀疑与“没有认识到行为违法”的违法性认识错误区分开来，并不能避免在故意说中行为人可能通过主张自己不知法来免除故意犯罪的责任而产生的处罚漏洞。此外，在不法怀疑的场合，认识到“自己的行为可能违法”往往与法律问题的争议性与不确定性相对应，在

^{③①} 参见〔德〕英格博格·普珀：《法学思维小学堂：6堂法律人的思维训练课》，蔡圣伟译，北京大学出版社2011年版，第126-127页。

^{③②} 参见〔德〕乌尔斯·金德霍伊泽尔：《刑法总论教科书》（第6版），蔡桂生译，北京大学出版社2014年版，第246-247，291页。

^{③③} 〔日〕松原久利：《未必的违法性认识——关于违法性认识可能性与期待可能性》，赵天琦译，载《南大法学》2021年第4期，第150页。

^{③④} 前注^③，陈璇文，第107页。

^{③⑤} 前注^{③⑥}，王俊文，第185页。

^{③⑥} BGHSt 27, 197 (201 f.).

最高司法机关就争议问题尚未作出一般性裁决之前,“未必的违法性认识”理论认为公民有义务通过咨询来消除这种不法怀疑,实际上是让公民来承受因法律适用的不确定性而造成的风险。这将在事实上限制公民的行动自由,因为为了避免构成犯罪,守法公民就需要选择根据对自己行动自由限制最大的法律解释来安排自己的行为。^{③7}

(三) 将违法性认识纳入故意之中并非故意概念规范化的必由之路

在当今目的理性导向的犯罪论体系中,犯罪成立的各要素均应在归责的意义上作规范化的理解。然而,欲实现这种规范化,将违法性认识纳入故意概念之中并非唯一正确的选择。

首先,故意说认为责任说采用的是本体性的事实故意概念,缺乏规范的归责内涵,这一批评仅适用于目的行为论犯罪论体系基础上的责任说,而并不适用于当前目的理性刑法体系下的责任说。诚然,责任说发轫于目的行为论,与韦尔策尔创立的犯罪论体系存在密切的关系。韦尔策尔以本体论意义上的故意概念为基础,提出以构成要件认识错误与违法性认识错误的区分来取代事实错误与法律错误的区分。^{③8}然而,“从一个体系中所获得的知识完全可以在另一个体系中得到恰当的安置”^{③9}。当前占据主流的犯罪论体系并没有全盘接受目的行为论体系,而只是接纳了其中的部分观点。具体到错误论,通说虽然接受了构成要件认识错误与违法性认识错误的区分,却未采纳韦尔策尔关于两者的区分标准,也没有全盘接受他关于故意以及构成要件认识应作事实性理解的主张。例如,在容许构成要件认识错误上,韦尔策尔主张严格责任理论,认为关于正当化事由前提事实的认识错误属于违法性认识错误;而德国的主流观点却主张限制责任理论,认为该错误应类推适用《德国刑法典》第16条的规定,排除责任故意;普珀、罗克辛等学者更是主张引入整体不法构成要件概念,认为容许构成要件认识错误应当阻却不法故意。^{④0}这表明,即使接受了构成要件认识错误与违法性认识错误的区分,也未必采取事实故意的概念,消解故意的规范归责意义。

其次,“故意概念缺少规范的归责意涵”与其说是责任说的缺陷,毋宁说是目的行为论体系本身的方法论缺陷。与以因果行为论为基础的古典犯罪论体系、新古典犯罪论体系一样,目的行为论在建构犯罪论体系时采用的是存在论的方法论。^{④1}在目的行为论中,不仅故意被简化为事实故意,作为故意认识对象的客观构成要件的内容也在很大程度上被去规范化。例如,韦尔策尔提出了“开放的构成要件”概念,他将刑法条文中出现的“非法”“违法”等指示法规范、法义务的要素归入违法性阶层,相应地将关于法义务的认识错误归入违法性认识错误。^{④2}这样的区分虽然清晰,但许多罪名一旦离开“非

^{③7} Vgl. Ingeborg Puppe, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2019, § 19 Rn. 9-11.

^{③8} 参见[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,第86-87页。

^{③9} 前注^{③1},英格博格·普珀书,第180页。

^{④0} Vgl. Ingeborg Puppe (Fn. 37), § 19 Rn. 18.

^{④1} 参见[德]克劳斯·罗克辛:《刑事政策与刑法体系》(第2版),蔡桂生译,中国人民大学出版社2011年版,第67页。

^{④2} 参见前注^{③8},汉斯·韦尔策尔书,第88页。

法”“违法”“未经许可”等表述,其余要素所建构的往往是一个价值中立的构成要件,难以承担构成要件的违法性征表机能。韦尔策尔将这种价值中立的构成要件称为“开放的构成要件”。但之后犯罪论体系的发展并未采纳上述开放的构成要件理论,而是坚持认为构成要件应具有征表违法性的功能,“不能征表违法性的构成要件,无疑意味着构成要件的‘自我否定’”^⑬。张明楷教授正确地指明了开放的构成要件理论与故意认识对象的关系,“开放的犯罪构成理论,实际上是将需要补充的构成要件要素,从构成要件转移到违法性中,从而将其排除在故意的认识对象之外,但这并不妥当”^⑭。山口厚则认为这一理论最终服务于“扩张故意犯的成立进而扩张处罚范围”^⑮。可见,目的行为论中的事实故意概念,是开放的构成要件理论将部分待填补的要素从构成要件阶层转移到违法性阶层之后的结果,这涉及到目的行为论本身看待构成要件的方法论眼光,而不应脱离该体系的方法论孤立地批评事实故意概念缺少规范意涵。

最后,在当下目的理性导向的刑法体系中,非法性、违法性等要素也可以成为构成要件要素,进而成为故意的认识对象。这通常取决于具体罪名的构成要件解释。金德霍伊泽尔指出,在法律条文规定中,“违法的”这个字眼有时是构成要件要素,有时是对“违法性”这一普通犯罪要素的多余提示。^⑯我国学者也认为,刑法条文中的违法、非法要素既有可能是一般违法性的提示,也有可能是空白构成要素。^⑰

综上,故意说将构成要件事实所受到的违法性评价全体纳入到故意认识对象的范围内,意在藉此实现故意的规范化与实质化,顺应了当前犯罪论体系朝着功能化、规范化方向发展的整体趋势,其对责任说所固守的事实故意概念的批评也具有部分合理性。但是,一方面,构成要件事实与违法性评价在主观归责层面的地位和意义并不完全一致。对于构成要件事实,行为人主观上不仅需具备认识因素,还需具备希望或放任的意志因素,而对于违法性则并没有要求意志因素,将两个主观内容要求不同的要素纳入统一的故意概念之中,徒增概念的混淆。另一方面,在功能主义导向的刑法体系中,所有犯罪成立的条件都共同服务于刑事归责的目标而必须朝着规范化、实质化的方向发展,但这并不意味着区分具体成立要素并在诸要素之间设计阶层体系是错误的,也不意味着必须将所有的要素融入一个浑然一体的统一概念之中。同理,区分构成要件认识与违法性认识、构成要件认识错误与违法性认识错误也并不必然导致故意概念无法规范化与实质化。基于主客观相统一的基本原则,应当认为,欲实现故意的规范化与实质化,关键在于客观构成要件的规范化与实质化,而非简单地放弃构成要件认识与违法性认识之间的区分。

^⑬ 蔡桂生:《构成要件论》,中国人民大学出版社2015年版,第291页。

^⑭ 前注^③,张明楷书,第153页。

^⑮ [日]山口厚:《刑法总论》(第3版),付立庆译,中国人民大学出版社2018年版,第34页。

^⑯ 参见前注^⑫,乌尔斯·金德霍伊泽尔书,第256页。

^⑰ 参见张明楷:《正确适用空白刑法的补充规范》,载《人民法院报》2019年8月8日,第5版。

四、“新责任说”视野下行政违法性认识错误的处理

当前各种理论主张的目标都在于为行政违法性认识错误问题的处理寻找最为妥善的方案,而对此的理想方案应满足如下三项标准:(1)在证立行政违法性认识错误具有出罪效果的同时,能够有效避免可能出现的其他处罚漏洞;(2)充分考虑行政犯的双重违法性这一特殊规范构造;(3)以我国统一的刑法典为逻辑前提,形成能够一以贯之地适用于自然犯与行政犯的统一规则。妥善且全面地回答上述三个问题需要贯彻体系性思考的基本要求,刑法学固然不能忽视个案的特殊性,“但法律科学必须成为并且保持其作为一种真正的体系性科学。因为只有体系性的认识秩序才能保证对所有的细节进行安全和完备的掌控,从而不再流于偶然和专断”^{④8}。

(一)行政违法性作为故意的认识对象

如前所述,行政犯违法性认识错误问题的特殊性源于行政犯的双重违法性构造,实践中因违法性认识错误问题而产生争议的案件大多表现为,行为人因欠缺行政违法性认识而无法产生刑事违法性认识。无论是责任说软化可避免性的判断标准,还是故意说将违法性认识纳入故意的内容,均旨在解决行政犯的这一特殊问题。

结合行政犯的规范构造,可能成为故意的认识对象包括以下三个部分:(1)实现客观构成要件的事实;(2)该事实的行政违法性;(3)该事实的刑事违法性。理论分歧的核心在于故意认识对象的范围:责任说主张,故意的认识对象仅限于实现客观构成要件的事实,而违法性认识的对象则包括构成要件事实的行政违法性和刑事违法性;相反,故意说则认为故意的对象应包括全部三个部分,即实现客观构成要件的事实、构成要件事实的行政违法性和刑事违法性。

责任说认为,在自然犯中构成要件事实具有呼吁机能,行为人在认识到实现构成要件的事实时就能产生关于刑事违法性的认识。而在行政犯中,构成要件事实所具有的行政违法性为行政犯所独有,责任说以自然犯为原型因而难以妥善应对行政犯这一特点,其应对策略只是修正与软化可避免性的判断标准,最终造成该标准在分别适用于自然犯与行政犯时存在二元性。这也是故意说对责任说的有力批评。

故意说彻底取消了构成要件认识与违法性认识的区分,以最简单直接的方式赋予所有违法性认识错误以否定故意的效果,最大限度地实现了出罪的目标,且结合我国《刑法》第14条的规定也存在一定的解释空间。在行政犯罪名增加的立法趋势下,该主张逐步成为一种有力说。但是,故意说主张构成要件认识与违法性认识对于主观归责而言同等重要,只有取消两者的区分,将违法性认识纳入故意的内涵之中才能实现故意的规范化。然而,正如前文所论述的,故意实质化的前提是客观构成要件的实质化,不应孤立地看待事实故意概念的问题。

^{④8} 前注^{④1},克劳斯·罗克辛书,第7页。

因此,无论是在德国还是在日本刑法理论上都出现了责任说与故意说之间的中间路线,即认为在行政犯中,故意的认识对象包括实现客观构成要件的事实与该事实的行政违法性,而该事实的刑事违法性仍属于故意之外的内容。在德国刑法理论中,库伦(Lothar Kuhlen)主张回归德国帝国法院时期的判例立场^④,区分刑法上的法律错误与刑法之外的法律错误,并将后者归为事实错误,可以否定故意。^⑤莫姆森(Carsten Momsen)则指出,对于具有行政从属性的罪名,其成立以行政违法性为前提条件,该行政违法性属于故意的认识对象。^⑥而日本刑法理论也在对故意的实质解读中得出了与德国学者相似的结论。前田雅英指出,故意必须是“对能从中意识到该罪的违法性的事实的认识”,而行政刑罚法规的特点则在于经由法规的制定才决定其违法内容。仅凭对该当构成要件的“直接(裸)的事实的认识”,在相当多的情形中,一般人不能知晓其行为的违法性。^⑦西田典之亦认为,有别于自然犯,行政刑罚法规中的犯罪事实很多情况下具有价值中立的性质,属于“无色的事实”,并不具有唤起行为人的违法性意识之可能性。^⑧日本的部分判例也认为,某种行为仅在一定区域内才被禁止和处罚时,要成立故意应认识到该行为处于被禁止的区域内。^⑨这不仅包括了对该区域所处地理位置本身的认识,也包括了对在该地理位置上存在禁止性规定的认识。

我国刑法理论上也出现了类似的主张,认为关于行政违法性的认识错误可以排除故意,而关于刑事违法性的认识错误则仅能减免责任。^⑩田宏杰教授主张,狭义的违法性认识错误,仅指前置法不法性认识错误,属于事实错误,决定故意的有无;广义的违法性认识错误,则指传统的刑事违法性认识错误,属于法律错误,影响责任的轻重。^⑪张明楷教授认为,考虑到行政犯的特点以及我国刑法关于犯罪故意的明文规定,如果因为误解行政管理法规,导致对行为的社会意义与法益侵害结果缺乏认识的,应阻却故意。^⑫

上述观点虽然在概念范畴的使用上存在差异,但其核心观点是一致的,即有别于责任说的传统观点,认为在行政犯中,行政违法性认识错误在根本上有别于刑事违法性认识错误,应赋予其阻却犯罪故意的效果。但是,为了论证这一观点,现有的思考停留在对犯罪故意这一主观要件的实质解读上,例如日本学者前田雅英主张实质故意概念,而德国学者弗里施(Wolfgang Frisch)则认为应当从故意犯被处以更高刑罚的正当理由角度来解释错误论中的疑难问题,检讨在发生某种认识错误时,处以故意犯的刑罚是否仍然

^④ Vgl. RGSt 20, 177; RGSt 28, 195; RGSt 36, 359.

^⑤ Vgl. Lothar Kuhlen, Die Unterscheidung von vorsatzausschließendem und nicht vorsatzausschließendem Irrtum, 1987, S. 370.

^⑥ Vgl. Carsten Momsen, in: Satzger/Schluckebier / Widmaier, Strafgesetzbuch Kommentar, 2. Aufl. 2014, § 15 Rn. 14.

^⑦ 参见[日]前田雅英:《刑法总论讲义》(第6版),曾文科译,北京大学出版社2017年版,第151、159页。

^⑧ 参见[日]西田典之:《日本刑法总论》(第2版),王昭武、刘明祥译,法律出版社2013年版,第219页。

^⑨ 参见前注^④,山口厚书,第205页。

^⑩ 参见邵维国:《行政犯前置法认识错误问题研究》,载《法商研究》2020年第1期,第157页。

^⑪ 参见田宏杰:《走向现代刑法:违法性认识的规范展开》,载《政法论坛》2021年第1期,第68页。

^⑫ 参见前注^③,张明楷书,第422页。

是正当的。^{⑤⑧}我国学者顾肖荣教授也认为,在行政犯的场所,有了规范的认识以后,才会产生合规态度的要求,因此,行政犯的故意须以对于补充规范的认识为前提。^{⑤⑨}

上述理由都是从故意这一主观要素本身出发,试图论证行政违法性认识错误阻却故意,但无论是从我国传统上坚持的主客观相统一的定罪原则、客观判断先于主观判断的刑法适用原理,还是从德日刑法理论强调的构成要件具有故意规制机能的角度看,故意概念的实质化都并非孤立存在,而应被理解为构成要件实质化的结果。正是因为客观构成要件的实质化,才带来了主观故意概念的实质化。实质故意概念认为,故意的认识对象“是能够从中意识到违法性的事实”^{⑥①},应该重视在行政犯中如何划定认识的“事实”这一非常重要而又非常困难的问题^{⑥②}。但是,既然构成要件具有划定故意认识对象范围的规制机能,便不应存在游离于构成要件之外的故意认识对象,实质故意概念所认为的“能够从中意识到违法性的事实”应当被理解为经过实质化解释的客观构成要件本身。若要将前置行政法律规范作为“能够从中意识到违法性的事实”的一部分,便需要在对行政犯罪名进行具体解释时,将前置行政法律规范纳入行政犯的构成要件之中。换言之,仅在主观层面对故意进行实质解释是不够的,而必须将前置行政法律规范理解为行政犯客观构成要件的必要组成部分,这是使行政违法性认识错误能够阻却犯罪故意的关键逻辑前提。

(二) 前置行政法律规范是行政犯构成要件的必要组成部分

与故意说不同,将行政违法性纳入故意认识对象的做法,并未取消构成要件认识错误与违法性认识错误的区分,而只是在责任说的基础上,将行政违法性纳入行政犯的构成要件之中,既维系了自然犯与行政犯在认识错误处理规则上的统一性,又兼顾了行政犯的双重违法性特点,在此意义上可称之为“新责任说”。旧责任说的问题并不在于区分了构成要件认识错误与违法性认识错误,而在于过于僵化地在纯粹的、“裸的事实”的意义上理解行政犯的构成要件,进而将行政违法性认识错误划入违法性认识错误之列。个中问题在于,旧责任说以自然犯为原型,未能注意到行政犯的特殊性。新责任说将行政违法性纳入构成要件之中,主要基于如下理由:

第一,构成要件应当具有征表违法性的机能,而在行政犯中离开行政违法性便只有“裸的”、价值上中立无色的自然事实,难以独自承担征表违法性的机能。这是由行政犯双重违法性的规范构造所决定的,行政违法性是刑事违法性的前提,必须借助行政违法性才能准确阐明其刑事违法性的内涵。这在构成要件层面体现为,立法者在行政犯中设置空白要素来衔接行政法律规范与刑法规范,只有援引前置行政法律规范的内容才能完整地呈现符合构成要件的事实所具有的不法内涵。普珀指出,在行政犯中,区分构成要件认识错误与违法性认识错误的前提在于正确理解行政犯的构成要件。当行为人对前

^{⑤⑧} Vgl. Wolfgang Frisch, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1. Aufl. 2022, § 3 Rn. 45.

^{⑤⑨} 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,第 43 页。

^{⑥①} 前注^{⑤②},前田雅英书,第 159 页。

^{⑥②} 参见前注^{⑤③},西田典之书,第 219 页。

置行政法律规范产生认识错误时,尽管这是一个关于禁止性规范的认识错误,但这一禁止性规范通过空白要素成为了行政犯构成要件不可分割的一部分。对于行政犯中用以连接前置行政法律规范与刑法规范的空白要素,行为人不仅要认识到自己实现了前置行政法律规范的构成要件,还应认识到自己实现了该空白要素本身。^{⑥2} 行为人只有在理解构成要件意义的前提下,其行为才是故意的。而在空白要素的场合,空白要素的意义是由描述性内容和规范意义共同构成的,空白条款若离开作为补充规范的前置行政法律规范的构成要件则欠缺描述性内容,若离开空白要素则欠缺规范意义。因此,要成立行政犯的故意,既要认识到实现前置行政法律规范的事实,也要认识到前置行政法律规范本身。^{⑥3} 弗里施指出,在空白要素的场合,只有当行为人认识到法律(由刑法和刑法之外的补充规范共同组成)所提及的特殊的法益侵害时,行为人才具有故意。为此,除了要具有关于特定事实的认识外,还要存在关于特定价值判断的认识,即来自补充规范的意义。^{⑥4} 以我国《刑法》第340条非法捕捞水产品罪中“禁渔区”“禁渔期”的概念为例,离开禁渔规定的特定空间区域、时间经过只是中立无色的事实,只有结合行政法律规范中的禁止规定,该特定时间、空间才具有建构不法的意义。正因如此,柏浪涛教授指出,当前置行政法律规范用于说明构成要件要素的含义时,对于该补充规范本身的认识错误应当属于构成要件认识错误。^{⑥5}

第二,不能简单地以事实与规范来僵化地划分构成要件认识与违法性认识,在构成要件实质化趋势下,构成要件中本就包含了越来越多的规范性要素,而且所谓的“事实”既包括外在世界的自然事实,也包括由各种社会规范所建构的制度性事实(institutionelle Tatsachen)。^{⑥6} “制度性事实同样属于事实而非评价。”^{⑥7} 具体到行政犯领域,用以塑造行政犯不法的前置行政法律规范的存在本身也是一项制度性事实,是构成要件的组成部分,理应成为行政犯故意的认识对象。

在各国司法实践中,行政犯的认识错误大都表现为,因为没有认识到前置行政法律规范,而无法产生有关刑事违法性的认识。如前述[案例1]“卢氏县兰草案”中,由于《刑法》第344条危害国家重点保护植物罪中的重点保护植物应根据《国家重点保护野生植物名录》来确定,而行为人对于重点保护野生植物名录这一前置行政法律规范没有认识,因而无法认识到自己的行为在刑法上被评价为违法。与该案件类似,在德国的“进口米格21战斗机案”中,被告人出于收藏的目的从波兰进口了一架经过非军事化处理的退役战斗机,但该战斗机内还有完整的推进器。《德国战争武器管制法》第22a条禁止未经许可进口战争武器的行为,其中战争武器概念需援引该法附录中《战争武器名录》

^{⑥2} Vgl. Ingeborg Puppe, in: Nomos Kommentar zum StGB, 6. Aufl. 2023, § 16 Rn. 65-66.

^{⑥3} Vgl. Ingeborg Puppe (Fn. 37), § 19 Rn. 29.

^{⑥4} Vgl. Wolfgang Frisch (Fn. 58), § 3 Rn. 45.

^{⑥5} 参见柏浪涛:《规范性构成要件要素的错误类型分析》,载《法商研究》2019年第1期,第92页。

^{⑥6} 参见前注^{⑤1},英格博格·普珀书,第10页。

^{⑥7} Ingeborg Puppe (Fn. 37), § 19 Rn. 46.

进行补充。根据该名录的规定,除了战斗机本身外,战斗机的推进器也在该名录上。普珀指出,本案被告人的认识错误表现为,由于不知道《德国战争武器名录》上有战斗机推进器这一前置行政法律规范,而无法产生自己违反了进口战争武器罪的违法性认识。行为人关于《德国战争武器名录》的认识错误属于构成要件错误,应当否定故意。^{⑥⑧}在这些案件中,行为人只有认识到前置行政法律规范中相关禁止性规范的存在,才能真正理解自己行为所实现的构成要件意义,从而产生具有实质可谴责性的犯罪故意。

第三,前置行政法律规范与刑法规范在国家整体法秩序中处于不同的位阶。现代意义上的“不知法不免责”建立在绝对的知法推定基础上,^{⑥⑨}国家有义务仅根据法律来进行处罚,而公民则有义务知晓法律,因此,推定每个人都知道法律的规定^{⑦⑩}。而现代社会中频繁变动且日益复杂的法律规定使得以知法义务为基础的绝对知法推定受到了动摇。^{⑦⑪}德国理论在帝国法院时期虽然主张绝对的知法义务,但其中的法仅限于刑法,通过区分刑法上的法律错误与刑法外的法律错误,将后者排除在公民的知法义务之外。而旧责任说虽然通过放松可避免性标准降低了对公民知法义务的要求,但公民知法义务的对象却从刑法扩展到了国家法秩序全体。这在行政犯中意味着,公民不仅需要认识到刑法规范,还需要认识到前置行政法律规范,而后者内容更为广泛、复杂、变动频繁且往往具有高度的专业性,与民众的普遍认识乃至法情感均存在一定的距离。与之相对,核心刑法中的刑法规范则包含了对于社会共同体而言具有基础性的规范。每一个受过正常社会化训练的公民即便不知道刑法典的具体内容,也都被期待从对于犯罪构成要件成立的事实条件的认识中推断出实现这一要件是具有违法性的。^{⑦⑫}朗格指出:“核心刑法所包含的刑法规范是社会共同体文化的基础组成部分,而附属刑法中的规范则仅仅是社会秩序的体现。”^{⑦⑬}此外,根据我国《立法法》所设定的效力位阶,刑事法律规范属于必须由全国人民代表大会制定的基本法律,而前置行政法律规范或属于由全国人大常委会制定的其他法律,或是由行政机关出于行政管理的需求而制定的行政法规甚至是部门规章,其效力等级低于刑法规范。“对于繁复庞杂的行政法律规定,要求每一个公民都具有基本的认识,或及时地进行查询,则过于严苛。”^{⑦⑭}

(三)“新责任说”在司法适用中的具体展开

如前所述,新责任说是在旧责任说区分构成要件认识与违法性认识的框架下,通过实质解释行政犯的构成要件,将前置行政法律规范的存在本身纳入到行政犯的构成要件之内,从而使行政违法性认识错误作为构成要件认识错误发挥阻却故意的效果。行为人只有具备行政违法性认识时,才具备相应罪名的犯罪故意。在个案处理中,当行为人对

^{⑥⑧} Vgl. Ingeborg Puppe, Anmerkung zum BGH, Urteil vom 22.07.1993 - 4 StR 322/93 (LG Bielefeld), NStZ 1993, S. 596.

^{⑥⑨} 参见劳东燕:《责任主义与违法性认识问题》,载《中国法学》2008年第3期,第150页。

^{⑦⑩} Vgl. Joachim Vogel, in: Leipziger Kommentar zum StGB, 12. Aufl. § 16 Rn. 3.

^{⑦⑪} 参见前注^③,车浩文,第26页。

^{⑦⑫} Vgl. Ingeborg Puppe (Fn. 62), § 16 Rn. 66.

^{⑦⑬} Richard Lange (Fn. 16), S. 78.

^{⑦⑭} Ingeborg Puppe (Fn. 62), § 16 Rn. 66.

行政违法性认识提出辩解时,司法机关必须综合全案证据予以积极查明。我国司法实践在该类问题的处理上也正发生着转变,特别是2022年4月9日最高人民法院、最高人民检察院发布的《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条明确将“对野生动物及其制品的认知程度”作为认定犯罪和量刑的重要要素,虽然这一表述尚不够明确,但可以为“新责任说”的适用提供相应的规范文本空间。

在[案例3]“二类医疗器械案”中,涉及的罪名是《刑法》第225条非法经营罪。该罪是典型的行政犯,以违反国家规定作为本罪成立的必要条件。在非法经营罪中,特定领域中国家规定的存在应被作为该罪构成要件的一部分加以理解。相应地,行为人只有具备对相关前置行政法律规范的认识才能具有非法经营罪的犯罪故意。当行为人主观上缺少对该类规范的认识,即存在行政违法性认识错误时,意味着缺乏对于客观构成要件的认识,应当否定犯罪故意。该案中,行为人主观上由于不知道自己所生产的生物能量仪被归为二类医疗器械,受到相关前置行政法律规范的规制,从而无法产生非法经营罪的犯罪故意。尽管该案判决最终认为,国家食品药品监督管理局的行政认定不能作为非法经营罪的成立依据,通过否定客观构成要件而出罪,但退一步而言,即使肯定了行政认定作为定罪依据,行为人主观上的行政违法性认识错误也足以否定犯罪故意,从而实现出罪。

与之类似,[案例5]“非法捕捞水产品案”中,被告人在上诉时辩称自己不知道禁渔期的具体期限。“禁渔期”同样是一项空白要素,这一要素只有经由行政机关禁渔规定的补充才得以具有实质内容。离开行政机关的禁渔规定,特定时段、水域只具有事实性的时间、空间意义,难以单独形塑非法捕捞水产品罪的客观不法。因此,应当将行政机关禁渔规定的存在理解为非法捕捞水产品罪构成要件的必要组成部分,行为人对此有积极的认识才具备本罪的犯罪故意。本案的裁判理由也从侧面印证了这一点,尽管法院未采纳上诉人的辩护理由,但其驳回的理由不是“不知法不免责”、违法性认识不影响犯罪故意,而是通过客观证据证明了被告人主观上对“禁渔期”具备相应的认识,进而证成其犯罪故意,裁判的论证无疑是妥当的。

与前述显性的空白要素不同,[案例1]“卢氏县兰草案”涉及的则是隐性的空白要素。该案中被告人秦某某涉嫌《刑法》第344条危害国家重点保护植物罪,其中“国家重点保护植物”是一项隐性的空白要素,离开《国家重点保护野生植物名录》的规定,便无法赋予行为人采伐植物的行为以不法内涵。也就是说,行为人主观上须认识到自己所采伐的植物被《国家重点保护野生植物名录》所规定,才能具有该罪的犯罪故意。因此,本案一审判决回避了被告人秦某某存在行政违法性认识错误这一关键问题,判处其有期徒刑3年,缓刑3年的裁判结论确属不当。

与之类似的还有[案例4]“知名小吃案”,该案中被告人所涉罪名为《刑法》第144条生产、销售有毒、有害食品罪。物质的毒害性原本是一个需要刑法独立判断的要素,但在司法实践中,有毒有害性的认定标准往往依赖于前置行政法律规范。2021年最高人民法院、最高人民检察院发布的《关于办理危害食品安全刑事案件适用法律若干问

题的解释》第9条规定,所谓有毒有害的非食品原料,是指“(一)因危害人体健康,被法律、法规禁止在食品生产经营活动中添加、使用的物质;(二)因危害人体健康,被国务院有关部门列入《食品中可能违法添加的非食用物质名单》《保健食品中可能非法添加的物质名单》和国务院有关部门公告的禁用农药、《食品动物中禁止使用的药品及其他化合物清单》等名单上的物质;(三)其他有毒、有害的物质”。由于有毒有害物质的认定要根据前置行政法律法规进行判断,该要素在一定程度上转变为依赖行政法律规范认定的空白要素。在构成要件要素认定上采取形式性的行政标准,虽然便利了司法认定,但也存在过罪化的风险。^⑦要纠正这种过罪化现象,虽然首先应当在解释立场上强调刑法的独立性,摆脱行政从属性对刑法解释的影响。但在司法实践依赖前置行政法律规范的思维惯性下,也可以考虑通过否定主观故意实现部分案件的出罪处理。特别是许多涉及特定行业技术规范的行政法律规范会随着技术的进步而发生调整。比如2014年国家卫生计生委等五部门曾联合发文对含铝食品添加剂的使用作出调整,酸性磷酸铝钠等三种含铝的食品添加剂不再用于食品加工和生产,而在此之前含铝的食品添加剂被广泛用于各类面食制品的生产中。对于普通民众而言,难以及时了解掌握此类专业性极强的行政法律规范变动信息,因而有可能在特定的时空下产生认识错误。“知名小吃案”便是如此。该案判决中,特别提到“本案生产销售过程具有一定历史原由等情节”,被告人于1998年申报了福建省知名小吃,而硼砂是在2008年被《卫生部办公厅关于通报食品中可能违法添加的非食用物质毒性说明的函》所禁止。如果证明被告人出于对行政部门授予的知名小吃称号的信赖而并不知晓前述规定,则应否定其具有生产、销售有毒、有害食品罪的犯罪故意。反之,若要认定犯罪成立,则应当通过相应的客观证据,比如市场监督管理部门有相关的传达会议、有上门告知的记录,或者有过相关的监督、检查等,证明被告人实际存在对于最新行政法律规定的认识,从而排除其辩解。

[案例2]“超标电动自行车案”的问题则更为复杂,在前述隐性的空白要素中,司法实践至少对于国家重点保护植物、有毒有害的非食品原料等客观构成要件要素的解释达成了一致意见,而对于超标电动自行车是否属于机动车的问题,实践中争议极大,尚未形成共识。这类案件首先需要解决的是客观上超标电动车是否属于《刑法》第133条之一意义上的机动车。肯定超标电动车属于机动车的观点,主要借助了《机动车国标》对于摩托车技术条件的规定。但是《机动车国标》只是从产品质量的角度设定了机动车这一产品应当满足的技术条件与质量标准,其自身并不包含“超标电动车应当按照机动车管理、遵守机动车所应遵守的一系列交通规则”的行政规范。如果要成立危险驾驶罪,交警部门应根据行政法律规范对超标电动车参照机动车进行管理,要求骑行人员持有机动车驾驶证、缴纳交强险,并严格遵守机动车所应遵守的交通规则等,以此让超标电动车的驾驶者充分认识到上述行政法律规范,此时电动车的驾驶者才能具备危险驾驶罪的犯罪故意。否则,在案发后根据《机动车国标》径直认定为犯罪的做法并不具有合理性。该

^⑦ 参见孙国祥:《构成要件行政性标准的过罪化风险与防范》,载《法学》2017年第9期,第68页。

案的裁判理由也特别指出,危险驾驶罪是行政犯,不仅要求行为人认识到自己在驾驶的事实,而且要求行为人认识到自己驾驶的 vehicle 属于法律意义上的机动车。目前醉酒驾驶超标电动自行车或者驾驶超标电动自行车追逐竞驶的行为人普遍不具有构成危险驾驶罪所需的违法性认识,如对这种行为追究刑事责任,就违背了主客观相统一的定罪原则。

五、结 论

第一,行政犯违法性认识错误问题的特殊性源于行政犯特殊的客观规范构造。由于行政犯具有双重违法性,且行政违法性是刑事违法性的前提,实践中行政犯违法性认识错误问题的核心争议通常表现为,行为人因为欠缺关于行政违法性的认识而难以形成关于刑事违法性的认识。这是行政犯领域独有的问题,在自然犯中并不存在。因此,以自然犯为原型的责任说在适用于行政犯时往往捉襟见肘。责任说并非针对行政犯时代的违法性认识错误问题而提出,反而是行政犯的违法性认识错误对传统的责任说提出了挑战。学界试图通过继受责任说的观点来解决行政犯的违法性认识错误问题,存在问题意识上的错位。

第二,故意说批评责任说剥离了犯罪故意所具有的规范归责意涵,主张为实现故意的规范化必须取消构成要件认识与违法性认识的区分。然而,并不是只有彻底取消构成要件认识与违法性认识的区分才能实现故意的规范化。而且,故意说通过引入未必的违法性认识理论堵截可能存在的处罚漏洞,实际上是将因法律解释不确定而产生的不利益加诸于个体行为人之上,反而有滑向绝对知法义务的危险。从体系性思考出发,故意的实质化、规范化不能脱离客观构成要件的实质化与规范化而孤立地理解。在构成要件实质化、规范化、功能化的刑法理论趋势下,即使将故意的内容限定于构成要件认识,所得到的也并非目的行为论意义上的纯粹事实故意概念,这是由当前构成要件内涵的规范化所决定的。解决行政犯认识错误的关键,应定位于正确理解行政犯的客观构成要件及其规范构造。

第三,责任说的问题并不在于区分构成要件认识错误与违法性认识错误,而在于僵化地理解行政犯的构成要件,进而片面地将行政违法性认识错误归入违法性认识错误之中。在构成要件规范化、实质化的整体趋势下,行政犯的构成要件与前置行政法律规范密不可分。离开前置行政法律规范的禁止性规定,“裸的”自然事实难以实现构成要件的违法性征表机能和建构行政犯所特有的不法意义。因此,应当将前置行政法律规范的存在作为行政犯构成要件的必要组成部分,行政犯所具有的行政违法性是认定刑事违法性的前提,只有结合前置行政法律规范,实现客观构成要件的事实才具有了刑事违法的属性。相应地,行为人也只有在认识到行政违法性的前提下,才能产生关于刑事违法性的认识。无论是从构成要件实质化的视角,还是从故意概念实质化的视角看,对行为人主观上关于行政违法性的认识错误,都应当作为构成要件认识错误来处理,肯定其具有否定故意的效果。而在行为人具备行政违法性认识的基础上,对行为是否具有刑事违法

性存在认识错误的,仍属于违法性认识错误,仅具有减免责任的效果。这一“新责任说”结合行政犯在行政违法性认识上的特殊性对责任说进行了改造,同时又保留了责任说关于构成要件认识错误否定故意、违法性认识错误减免责任的一般规则,实现了自然犯与行政犯处理规则的统一,在统一刑法典的立法体例下是对行政违法性认识错误问题相对理想的处理方案。

Abstract: The structure of the dual illegality of administrative crimes determines that there are two kinds of mistake in illegality in administrative crime, which includes mistake in understanding the pre-administrative legal norms (mistake in understanding administrative illegality) and mistake in understanding criminal law norms (mistake in understanding criminal illegality). The former is unique to administrative crimes and is currently the focus of theoretical controversy. The theory of responsibility inherited from German and Japanese criminal laws was initially based on the treatment rules for natural crimes, which failed to fully take into account the nature of the dual illegality of administrative crimes. Meanwhile, the theory of intent gives equal subjective responsibility to the cognition of constitutive elements and illegality, which is incompatible with the existing criminal theory system. It should be recognized that administrative illegality is a vital constituent element of administrative crimes and that the ‘bare’ facts of constituent elements of crimes which leave administrative illegality are neutral in the evaluation of illegality. Individuals can only develop a recognition of criminal illegality based on subjective recognition of administrative illegality. Mistakes in understanding administrative illegality should be classified as the mistake of constituent elements which could exclude the criminal intent. This ‘neo-theory of responsibility’ retains the distinction between mistakes in constituent elements and illegal cognition in the theory of responsibility, and combines it with the characteristics of administrative crimes to transform the theory of responsibility, achieving unity in handling rules for natural crimes and administrative crimes, making it an ideal solution under the unified criminal code model in China.

(责任编辑:王 楷)