

違法性認識的定位：“釋法中心論”之故意說

趙天琦*

摘要 違法性認識定位理論中，故意說和責任說在規範依據上分別以“釋法中心論”和“立法修正論”為路徑。然而，責任說與我國刑法中的實質故意概念不能自治，缺乏刑法上的規範根據，具有淪為危險控制工具的風險。故意說與我國《刑法》第14條實質故意的概念相契合，通過對刑法分則中“明知”的解釋、對社會危害性認識與違法性認識關係的厘清，既能在我國刑法體系中確立具有緩和規制效果的違法性認識的恰當定位，也能有效避免處罰的漏洞。應破除線型邏輯，重視社會危害性認識與違法性認識之“交叉關係”。在類型化思維指導下，根據不同的認知狀況，可推導出假性的違法性認識錯誤、未必的違法性認識與真正的違法性認識錯誤，對每種情形進行分類處理是實現違法性認識司法接納的有效路徑。

關鍵詞 違法性認識 體系定位 釋法中心論 故意說 類型化方案

一、引言

中國刑法語境下，起初在違法性認識“要或不要”的爭議上，由於犯罪論體系的差別，傳統四要件犯罪論體系難以容納違法性認識的存在，違法性認識不要說成為主流。經過德日階層論引發的體系性改造後，我國違法性認識理論的發展基本延續了德日刑法理論的脈絡。但迄今為止，中國刑法在違法性認識“怎麼要”的定位問題上仍未達成一致。我國學者早期的研究通常將違法性認識的定位理論分類為：無限制否定說、限制否定說、肯定說。^[1]爾後，進一步發展為違法性認識不要說、違法性認識必要說、違法性認識可能性必要說。由於前期研究對此已有充分梳理，故不再一一贅述，僅將目

* 趙天琦，四川省社會科學院法學研究所助理研究員，法學博士。

本文系四川省哲學社會科學重點研究基地四川省犯罪防控研究中心資助課題“輕罪案件的刑事一體化治理研究”（項目編號：FZFK23-06）的階段性成果。

[1] 無限制否定說認為，違法性認識與犯罪成立無關；限制否定說認為，違法性認識一般不是故意的內容，在特殊或個別情況下，缺乏違法性認識不具有犯罪故意；肯定說認為，違法性認識是故意的內容。參見馮軍：《刑事責任論》，法律出版社1996年版，第220頁。

光聚集在當前我國針鋒相對的故意說和責任說之上，兩種立場在理論的規範依據上分別以“釋法中心論”與“立法修正論”為路徑。故意說主張以《刑法》第14條“故意”為依據對違法性認識進行解釋論上的闡釋；責任說的主流意見主張修正刑法總則，增加類似“禁止錯誤”的規定，或者將《刑法》第16條作為規範根據。

總體上，當前關於違法性認識定位的立場之爭著眼於解決以下問題：一是如何彌補處罰的漏洞，防止優待法冷漠者；二是如何保證違法性認識理論的獨立，發揮其限制故意責任範圍的功能；三是如何在技術上進行理論構建，進而克服前述問題，實現理論的司法接納。目前，起源於德國的責任說在我國居於相對領銜的地位。但與此同時，“新四大奇案”^[2]的出現使行政犯的司法困境一再顯現，這一理論也飽受現實非議，對其淪為“純粹危險控制工具”的質疑引發了學界對違法性認識定位的再追索：在我國現有規範體系下，如何理解違法性認識（可能性）與故意的關係？如何將違法性認識融入進我國刑法知識體系之中，發揮其對行政犯定罪量刑的緩和規制功能？

二、我國責任說的語境再檢視

關於如何理解故意與違法性認識之關係，責任說主張，刑法故意的內容只包括對構成要件事實的認識，違法性認識不是故意的必備要件，只要具有違法性認識可能性即可。這一理論的立論根據是目的論犯罪論體系下“構成要件錯誤”和“禁止錯誤”相區分的理論模型。即，故意被分割為不法故意與違法性認識可能性，主觀要素被分割於不法和責任兩個階層。認識犯罪事實的意義並不在於其本身，而在於通常能夠喚起違法性認識。不法故意認識的“事實”是指從中喚起違法性認識，形成反對動機，可以期待行為人放棄行為的事實。^[3]也就是說，對構成要件事實的認識具有故意“提訴機能”。^[4]

我國責任說論者移植了上述見解，認為在應然立場上違法性認識及其可能性應被作為消極意義上的責任要素，^[5]提倡在我國刑法中嚴格區分故意與違法性認識，前者是事實判斷範疇（評價的對象），後者是規範判斷範疇（評價本身）。論據是，在違法性認識理論的母國——《德國刑法典》第16條規定故意的內容是“構成要件所規定的情狀”（“行為情狀”）；第17條則規定了獨立的“禁止錯誤”。^[6]“違法性認識不是故意的要素，但是它在犯罪論體系中仍然有一席之地，應當將其作為‘責任要素’看待”。^[7]我國責任說論者在系統梳理德國史料之後，^[8]大都傾向於接

[2] “新四大奇案”是指“趙春華非法持有槍支案”“王力軍非法經營案”“河南農民採摘蘭草案”和“深圳大學生售賣鸚鵡案”。

[3] [日]松原久利「違法性の錯誤に関する一考察(一)——違法性の意識可能性の判断基準」同志社法学34卷3號(1992年)102頁參照。

[4] 故意“提訴機能”是指認識到犯罪事實的人，獲得了喚起違法性認識的直接契機來面對規範，因此會受到比過失犯更重的非難。[日]小池直希「故意の提訴機能」の史的展開とその批判的検討(1)——心理的責任要素としての故意理解について」早稻田法學96卷2號(2021年)226頁參照。

[5] 參見屈學武：《中國刑法上的免責機制反思——從違法性認識錯誤切入》，載《法治研究》2018年第1期，第68頁。

[6] 參見蔡桂生：《違法性認識不宜作為故意的要素——兼對“故意是責任要素說”反思》，載《政治與法律》2020年第6期，第111-121頁。

[7] 周光權：《刑法總論》（第二版），中國人民大學出版社2011年版，第176頁。

[8] 參見柏浪濤：《錯誤論的新視角》，中國民主法制出版社2020年版，第229頁；參見江潮：《論犯罪故意在三階層體系

受“故意不是責任要素”的見解。

然而，我國刑法中故意的內容包含違法性認識，是由歷史地長期形成的法律文化所決定的。長久以來，包含價值判斷的故意概念並沒有產生解釋論上的誤區。責任說的引入，將對我國刑法故意的實質內容產生巨大衝擊。一方面，責任說將故意的認識內容完全純化為構成要件事實的認識；另一方面，不得不在我國《刑法》第14條之外尋找解決違法性認識錯誤的規範根據。目前，理論上關於責任說在我國刑法中的實現途徑包括兩類：主流意見持“立法修正論”，主張改造我國犯罪論體系，將違法性認識放置於責任要素之中，在總則中設置獨立的類似“禁止錯誤”的條款。^[9]另一種觀點認為，改造我國犯罪論體系並無必要，應當促成心理責任論向規範責任論轉變，將我國《刑法》第16條視作責任說的規範根據。然而，上述方案是否具有可行性，需要在我國刑法的語境中進行本土化檢視。^[10]

（一）我國“實質故意”概念的語境澄清

依據我國法律文化傳統，刑法中的“故意”向來被認為是實質化、規範化的概念。“危害社會”不僅是對“結果”的修辭，而且指向規範違反（危害行為）與法益侵害（危害結果）。賈宇指出，我國故意概念較之域外刑法的歷史進步在於納入了“行為人對自己行為的價值評判”。^[11]換言之，我國故意概念說明了故意責任的主觀基礎。所謂“實質”，是指故意概念包含了對行為和結果“危害社會”的否定性價值評價。^[12]因此，責任說論者為適應其理論的證成，不得不將我國刑法中的故意概念加以改造。

有觀點從論證“故意不是責任的要素”來說明從邏輯上作為責任要素的違法性認識不是故意的要素。其論證思路是將故意視作責任評價的對象，而不是責任本身，即有責性不是包含具體要素的實體概念，而是評價過程（對包括故意在內的違法事實的評價）。^[13]其論證視角立足規範責任論，將心理事實完全排除在故意之外。然而，應當注意的是，階層論體系作為一種犯罪評價模式，其工具意義在於通過對犯罪要素的解構與分層，為司法判斷提供可檢驗的清單。有責性是就行為人是否承擔責任的非難性考察，雖說對違法事實的評價是責任判斷的一個過程，但最終指向的是責任的有無，以及能否予以責任非難的結果。承認構成要件故意，並不能就此在責任階層將對心理狀態的評價掏空。故意、過失本就是對行為人是否承擔責任以及責任大小的評價。將故意放在違法性階層也好，放在有責性階層也好，只是犯罪論體系的結構差異，並不能以目的論犯罪論體系的結構來徹底否認“故意作為責任要素”的體系。這種論證邏輯是在目的論犯罪論體系的內部進行自我推演，或許還不足以成為完全否認違法性認識是故意內容的充分理由。

且縱覽德日違法性認識理論定位之爭的發展歷程，可以發現，責任說已然開始從實踐中總結經驗，反思完全純化的構成要件故意概念的合理性，進而試圖從構成要件故意“提訴機能”角度論證

中的地位》，載《法學論壇》2022年第1期，第64頁。

[9] 參見周光權：《違法性認識不是故意的要素》，載《中國法學》2006年第1期，第165-175頁。

[10] 參見吳學斌：《規範責任論視野下的違法性認識與違法性認識的可能性》，載《清華法學》2009年版第2期，第60-70頁。

[11] 參見賈宇：《犯罪故意研究》，商務印書館2020年版，第50頁。

[12] 我國刑法故意概念通常被認為包含“知”與“意”兩方面，“明知自己的行為會發生危害社會的結果”是認識因素，“希望或放任這種結果發生”是意志因素。參見賈宇：《犯罪故意研究》，商務印書館2020年版，第76頁。

[13] 參見柏浪濤：《錯誤論的新視角》，中國民主法制出版社2020年版，第341-342頁。

故意責任較之過失責任更重的理由。由於難以說明對行政犯中構成要件事實的認識（尤其是價值較為抽象的“制度事實”）就一定能夠引發行為人對違法性的認識，故意“提訴機能”在解釋行政犯故意責任更重的過程中矛盾重重。另外需要說明的是，心理責任論與規範責任論屬於進階關係，而不是悖反關係。因此，有責性是對違法事實的評價，責任故意也是對規範違反心理的評價，承認故意是違法要素或是責任要素都不妨礙我國實質故意概念的存在意義。當然，倘若從承認故意“二重性”的角度，也可說明違法性認識不應定位在故意之外，即構成要件故意與責任故意的區分，並不影響違法性認識成為責任故意的要素。也就是說，將構成要件故意作為評價的對象，將責任故意作為對構成要件故意的評價，在實質故意概念的邏輯體系中也是恰當的。

歸根結底，如果要將我國刑法中的故意從一個包含心理評價、價值評價的概念徹底改造為一個全然與心理性、評價性無關的，類似於德國刑法中故意的概念，或許難以契合我國刑法的具體語境。

（二）責任說規範根據的正當性難題

責任說在我國刑法中缺乏準確的規範適用根據。關於責任說的實現路徑，第一種“立法修正論”表明，責任說要嵌入我國刑法之中，惟有通過立法修改，在故意概念之後增設類似德國禁止錯誤的條款。否則，從目前我國《刑法》第14條故意內容包含價值評價的現實來看，照搬德國刑法理論是行不通的。但筆者認為，在修改總則時機尚不成熟的情況下，更宜對現行刑法進行解釋論上的規範詮釋，以更好地應對實務中理論適用的需求。

針對第二種以《刑法》第16條為根據的意見，首先應當澄清的一點是，並非只有責任說以規範責任論為前提，事實上自賓丁以來的故意理論本就是建立在規範責任論之上，這種批評並不恰當。再者，如果將第16條看作是違法性認識可能性的規範根據，會落入混淆故意與過失的誤區。因為，倘若在不具有違法性認識可能性的場合適用第16條，那麼在具有違法性認識可能性的時候則是“出於故意或者過失”，同時滿足《刑法》第14條和第15條的條件。如此一來，責任說表面是要區分故意和違法性認識可能性，實際上是通過違法性認識可能性來混淆了故意與過失。加之，第16條是關於“不可抗力與意外事件”的條款，如果將不具違法性認識可能性認為是“不能抗拒或者不能預見的原因”，明顯是將事實與規範作為一個整體在對待。按照這種理解，此處“不能預見的原因”也應當包含著對行為違法性的預見可能性。這對於責任說區分故意和違法性認識的結構體系而言，或許是相去甚遠。因此，即使我們在理論上早已接受了階層論的基本構造，但徹底拋棄“責任故意”的做法仍然與我國刑法的規範構造存在體系衝突，極大壓縮了理論的適用空間。

（三）責任說成為“危險控制工具”的風險

責任說的前提預設是行為人有“契機”認識行為的違法性，而不是“消極地讓自己持續陷於欠缺或懷疑不法意識的狀態”。對此，有學者對責任說可能淪為“危險控制工具”表示高度懷疑。^[14]“危險控制工具”的價值取向是刑法工具主義，即為了實現一定目的，刑法被作為可操控、施行和利用的工具。^[15]在違法性認識問題上，這種觀念將導致故意犯認定範圍的擴大。

在韋爾策爾看來，存在隨時可以現實化的“認知”（違法性認識可能性）就足夠了。違法性認識不需要“現實性”，具有兩層含義：一是排除心理層面的認識活動；二是試圖建立一套純粹客觀的

[14] 參見古承宗：《重新檢視不法意識於犯罪體系的功能與地位》，載劉明祥、張天虹主編：《故意與錯誤論研究》，北京大學出版社2016年版，第314-317頁。

[15] 參見謝望原：《謹防刑法過分工具主義化》，載《法學家》2019年第1期，第88頁。

可能性標準。我國責任說論者關於違法性認識為何不需要“現實性”的看法，延續了德日理論的基本論斷。周光權認為，如今法治社會的發展使知法管道得以拓寬，職業者既會關心經濟利益，也會重視行政取締法規等政策法規的相關規定。在行政犯領域，當行為人認識了犯罪事實時，原則上也可以做出行為人認識到違法性的事實上的推定。^[16]柏浪濤指出，基於答責原則，責任非難指向的是“法規範的可交談性”，人們只需處於可交談、可被呼籲的狀態，這種狀態是內化於心的知法意識。^[17]蔡桂生從國家治理實效角度認為，不宜對不知法者予以放任，只要行為人從事一定職業或業務上，就能基本知曉法。^[18]可見，根據責任說，行為人“誤認法律”比起“誤認構成要件”更值得非難。理由是，由於社會生活的變動性使得人們對於事實的認知更容易出錯，錯誤認識事實比錯誤認識法律的可譴責性更低。換言之，法規範具有相對的穩定性，人們可以借助多種手段去學習與認知，出現法律錯誤更不值得被原諒，誤認法律不發生阻卻故意的效果。因而，責任說“自始就特別期待個人正確認識法律”，在違法性認識錯誤的情形下，行為人對事實存在認識，卻“有意識地實現構成要件”，比沒有認識到在做什麼的構成要件錯誤更值得處罰。^[19]然而，這樣的理解其實是對行為人賦予了特別期待的知法義務，在形式上雖有維護權威主義、防止法冷漠者的實效，實質上卻是一面加重公民的知法負擔，一面回避公權力應當承擔的普法義務。

首先，行政犯中認識法律並不比認識事實更容易，反而在認識具體的禁止事項上更為複雜。例如，人們認識到香樟樹是什麼並不難，但要知道香樟樹是“國家重點保護植物”，若不借助規範的指引，則較為困難。當然，相較於構成要件事實認識錯誤，行為人“知法”過程中可以做到盡可能勤勉地去探詢行為是否適法，但這並不代表兩種錯誤的法律效果就應當完全不同。責任說從本質上講，仍然是一種立足社會防衛的觀點，在國家和個人之關係上傾向於強調個人的“知法義務”，帶有“刑法萬能主義”的色彩。

問題是，一旦預設了相關職業者、從業者應當具有知曉法的可能性，違法性認識理論對於行政犯的緩和規制功能也就無從發揮，反而遮蔽了不知法義務的分配。例如，如今廣泛暴雷的新型傳銷既利用我國“熟人社會”特點，通過“拉人頭”“代理費”“回購返利”等模式進行違法犯罪，又增添了投資、理財、福利等合法外殼，甚至經由權威機構或專家學者參與論證其模式的“合法性”。在這類犯罪中，事實認識與法律認識相互交織，對於傳銷行為鏈條上的從業者，是否僅憑其從業行為就可一概“推定”其具有違法性認識可能性呢？如果以論者提出的由於客觀情況變化，而導致出現例外阻卻責任的情形，那麼，這種例外情形本就屬於違法性認識錯誤的情形。如此一來，實務中留給違法性認識理論司法接納的空間幾乎沒有。例如，在“楊秀琴非法吸收公眾存款罪”中，^[20]判決採用責任說立場，一方面肯定行為人無法準確判斷行為是否違法，另一方面又徑直否認

[16] 參見周光權：《違法性認識不是故意的要素》，載《中國法學》2006年第1期，第174頁。

[17] 參見柏浪濤：《違法性認識的屬性之爭：前提、邏輯與法律依據》，載《法律科學》2020年第6期，第26頁。

[18] 參見蔡桂生：《違法性認識不宜作為故意的要素——兼對“故意是責任要素說”反思》，載《政治與法律》2020年第6期，第119頁。

[19] 參見薛智仁：《禁止錯誤法律效果之初探》，載劉明祥、張天虹主編：《故意與錯誤論研究》，北京大學出版社2016年版，第245-248頁。

[20] 判決認為，“違法性認識並非犯罪故意的一般認識內容，違法性認識錯誤並不能阻卻犯罪故意的認定。違法性認識可能性是責任阻卻事由，行為人對其行為違法性存在認識可能時，行為人的違法性認識錯誤並不能阻卻責任；只有行為人對其行為違法性的認識錯誤不可避免時，行為人的違法性認識錯誤才能成為責任阻卻事由。作為一個非法律專業人士，楊秀琴可能對中輕公司採用‘租後返租’模式出租龍某商鋪是否違法不能作出正確的判斷，但並不影響對其犯罪故意的認定”。參見浙江省紹興市柯

違法性認識錯誤產生故意責任的阻卻效果。這樣的判決結果明顯是在沒有客觀證據支撐的前提下，寬泛地“假設”行為人具有違法性認識可能性，違背了責任主義原則。此外，司法中常用的說理還包括將“心智健全的成年人”等同於“具有違法性認識可能性”。^[21]這類案例的司法邏輯正如責任說所認為的那樣，出於刑事政策上的考慮，認識法律比認識到事實狀況應當更為輕鬆。^[22]責任說將罪責評價導向一種“假設性”的理解方式，是一種擬制的想像過程。^[23]事實上，責任說將故意的認識內容局限於構成要件事實認識，早已不滿足行政犯的規制現狀。“在責任說的主流觀點中，故意的認識內容已呈現不斷擴大的趨勢，它正以或明或暗的方式漸漸突破構成要件事實的範圍”。^[24]

再者，責任說利用故意“提訴機能”縱向比較責任大小，缺乏合理性。在定罪、量刑上沒有設置輕重配比的差異，對完全的違法性認識和僅存在違法性認識可能性的情形同等對待。就這一點而言，責任說並未厘清未必的違法性認識（對行為產生不法懷疑的情形）與相關概念之間的差異。而是以“可能性”推定故意，籠統解決了責任故意的判斷問題。責任說看似將違法性認識作為了獨立的責任要素而特別對待，實則消解了其在犯罪論體系中的重要地位，進而在司法認定中沒有體系化構建一套有效反映行為人現實規範意識與責任之間關聯的判斷規則。特別是在行政犯中，責任說對故意責任和過失責任籠統認定，使違法性認識之於定罪、量刑的緩和規制功能極大受限。因為在具有故意責任“可能性”時就能完全肯定故意犯的成立，而在大多數僅承認故意責任的行政犯中，原本可能因過失責任而出罪的行為，被擴大認定為故意犯。如此看來，理論界對故意說長久以來持有的“姑息養奸”的批判，實際是一種偏見，^[25]責任說淪為危險控制工具的風險，更值得警惕。

最後，從制度保障體系來看，我國並沒有建立完善法律釋明制度與程序，既然沒有知法途徑的制度保障，如何合法、合理地為公民附加“探詢義務”，成為關係到責任說理論正當性的問題。值得注意的是，2001年日本引入了“無異議函制度”（no-action letter），即“法令適用事前確認程式”，旨在實現規則的明確化，作為鏈接公共機關法律解釋的保障。這一制度規定經營者可就準備實施行為的合法性與是否需要獲得行政許可預先向行政機關提出諮詢，受諮詢機關原則上在30日以內作出答復並通過公開官網發佈答復內容。根據這一制度，如果公民進行了對規範適用前的相關程式性詢問，並且基於合理信賴而行事的，應當被認為具有相當的理由，屬於可免責的違法性認識錯誤。^[26]“無異議函制度”的構建遵循了信賴保護原則，充分保障了行為人的知法契機。在我國行政體系下，若無相應配套制度確立相應的義務，行政機關往往不會以正式檔形式為公民個人出具相關答復或意見。現實中，公民知法困難時，法律適用資訊的官方獲取渠道可能並不那麼通暢。一面是行政犯紛繁複雜的前置法，^[27]加深了知法困難，另一面是官方解釋不易獲取，最終的不利後果仍加

橋區人民法院（2015）紹柯刑初字第959號刑事判決書。

[21] 參見貴州省安順市平壩區人民法院(2019)黔0403刑初83號刑事判決書；參見江蘇省無錫市濱湖區人民法院(2018)蘇0211刑初3號刑事判決書。

[22] 參見蔡桂生：《違法性認識不宜作為故意的要素——兼對“故意是責任要素說”反思》，載《政治與法律》2020年第6期，第114頁。

[23] 參見古承宗：《重新檢視不法意識於犯罪體系的功能與地位》，載劉明祥、張天虹主編：《故意與錯誤論研究》，北京大學出版社2016年版，第316-317頁。

[24] 陳璇：《責任原則、預防政策與違法性認識》，載《清華法學》2018年第5期，第98頁。

[25] 參見陳璇：《責任原則、預防政策與違法性認識》，載《清華法學》2018年第5期，第102頁。

[26] 參見[日]佐伯仁志：《制裁論》，丁勝明譯，北京大學出版社2018年版，第43頁。

[27] 需要說明的是，我國刑法對違法性認識內容的爭議集中於“刑事法規範說”與“整體法規範說”，並隨著行政犯的擴

之於公民之上。就這一點而言，責任說發展中的配套制度顯然是不夠的，將違法性認識可能性充當為故意的實體必然導致實務中理論功能的蛻化。故而，從法治邏輯角度，行政犯的責任判斷不考慮現實的違法性認識是匪夷所思的。

綜上所述，故意是否是責任的要素，只是基於不同階層論體系的要素安置問題，這一爭論在我國違法性認識理論定位問題中也許應當適當懸置。為更好地發揮違法性認識的歸責功能，研究的方向應當是結合我國刑法規定，具體闡明故意概念中社會危害性認識與違法性認識的關係，以及如何充分發揮違法性認識對於故意犯（尤其是行政犯）緩和規制的構建意義。

三、我國故意說的解釋論證成

責任說與我國刑法規範之間存在體系構造上的矛盾，試圖以違法性認識可能性作為故意犯成立的條件，削弱了違法性認識緩和規制行政犯的功能。如今，行政犯中事實與價值之間的關聯性受到重新審視。值此契機，再探故意說的合理性也進入到研究者的視野之中。

我國大多數故意說論者都注重在故意概念中探討社會危害性認識與違法性認識的關係。^[28]其共識在於我國刑法中的故意概念應當包含違法性認識。在關於違法性認識與其可能性的問題上，基本延續了將違法性認識作為故意、過失“分水嶺”的核心論點。陳興良指出，“違法性認識首先應當作為犯罪故意的規範評價要素加以討論，這是違法性認識錯誤阻卻責任的邏輯前提。”^[29]馮軍認為，無例外地要求行為人具有違法性認識。^[30]劉豔紅將違法性認識與違法性認識可能性視為遞進式地歸屬於故意和過失要素。^[31]在筆者看來，以“釋法中心論”為立場，行政犯違法性認識在我國刑法中的體系定位應當被包含於實質故意概念之中。

（一）立足我國《刑法》第14條的解釋論路徑

最近的研究中，故意說論者更加注重犯罪（尤其是行政犯）的治理效果，主張從出罪功能上證成故意說的合理性。^[32]在具體路徑上，第一種觀點認為，違法性認識是責任故意的要素。陳璇以責任與預防之關係為線索，結合我國《刑法》第14條的規定，從規範的故意概念出發，系統論證了違法性認識屬於故意。陳璇沒有追隨“責任說”的熱潮，而是客觀地立基於責任主義的立場，主張重視違法性認識參與規制故意的機能，富有洞見地指出，純粹對於事實的認識尚不能夠完全充當故意的

容開始強調“前置法規範說”的地位。本文的觀點是，從行政犯的本質、法的規範屬性、行政犯的形式以及行政犯的出罪區間四個方面作考量，行政犯違法性認識之“法”應當是“實定禁止/命令法規範”。

[28] 關於“違法性認識必要說”，第一種觀點主張以社會危害性作為違法性認識的內容；第二種觀點主張違法性認識應與社會危害性認識同時具備；第三種觀點認為違法性認識應成為故意的必要條件，而社會危害性認識不應作為故意成立的條件。這種理論內部的分歧，主要圍繞社會危害性和違法性認識之關係而展開。參見謝望原、柳忠衛：《犯罪成立視野中的違法性認識》，載《法學評論》2003年第3期，第25-26頁。

[29] 陳興良：《違法性認識研究》，載《中國法學》2005年第4期，第141頁。

[30] 參見馮軍：《刑事責任論》，法律出版社1996年版，第227頁。後期，馮軍吸收了雅各布斯的觀點更加強調“違法性不僅僅是行為具有侵害法益的性質，而且是在行為中表現了行為人不忠誠於法規範的態度”。參見馮軍：《責任論的現狀和課題》，載梁根林、高豔東、[德]埃裏克·希爾根多夫編《責任理論與責任要素》，北京大學出版社2020年版，第59頁。

[31] 參見劉豔紅：《違法性認識的體系性地位——刑民交叉視野下違法性認識要素的規範分配》，載《揚州大學學報（人文社會科學版）》，2015年第4期，第21頁。

[32] 參見屈學武：《中國刑法上的免責機制反思——從違法性認識錯誤切入》，載《法治研究》2018年第1期，第60頁。

規範內涵，澄清了“故意理論”的體系邏輯、出罪功能以及與我國刑法規定的法規範契合性。^[33]第二種觀點認為，違法性認識屬於不法故意的內容。王俊以黑格爾關於“行為包含意志”的論點為立場，認為行為規範的實效發揮依賴於規範接收主體對禁令的認識，作為“意志實現”的內容，違法性認識應當作為不法要素。^[34]第三種觀點認為，違法性認識可能性是可消解於故意的要素。曾文科通過分析《刑法》第14條中“危害社會”的含義，指出違法性認識可能性不在故意之外，我國故意中“危害社會”的概念之中已蘊含有“實質的違法性認識可能性”。^[35]

應當認為，第一種觀點更具合理性，即違法性認識的對象是構成要件事實的規範意義，違法性認識本身是故意責任的要素。理由在於，第一，故意責任和過失責任的區別在於故意犯的可譴責性高於過失犯，違法性認識的有無、大小最終都指向歸責結果。違法性認識的本質在於行為人主觀上對法的悖反，如果承認構成要件故意與責任故意在我國實質故意概念中的區分，那麼前者是對構成要件行為的知與欲，後者則是對行為人知法狀況的客觀評價。第二，違法性認識不宜作為不法要素。構成要件該當性、違法性是對客觀行為的評價，構成要件故意則是對行為實現意思的評價。而違法性認識作為一種主觀認知要素，是超越客觀行為的反對動機形成意思。第三，違法性認識可能性當然被包含於故意之內，但如果將違法性認識可能性完全消解於故意之中，而不深究違法性認識及其可能性與故意、過失體系定位之關聯，本質上是回避了這一問題，轉而採取違法性認識不要說，並不妥當。

此外，我國相關司法解釋性文件也將“不知法”的判斷作為了責任階層主觀故意的考察內容。例如，2017年《最高人民檢察院關於辦理涉互聯網金融犯罪案件有關問題座談會紀要》第9條、第10條關於“非法吸收公眾存款的主觀故意”認定的意見顯然是在違法性認識體系立場上採取了故意說的立場。根據該紀要，原則上根據行為人進行的金融活動相關從業經歷可以認定其“應當知曉”相關法律，在證明行為人主觀故意時，可以收集相關證據證明其提出的“不知法”抗辯不成立。換言之，如果沒有證據證明行為人提出的“不知法”的辯解不成立，就不得認定具有故意。即，缺乏違法性認識，具有阻卻故意的效果。

值得關注的是，在“梁某斌等非法經營案”^[36]中，廣東省深圳市羅湖區人民法院對我國刑法中違法性認識的定位和判斷標準作出了理論評述與立場選擇，判決書中一項爭議焦點為“被告人是否主觀明知的問題”。該判決闡述了自然犯和行政犯的區分原理和標準，指出這種區分的實益在於對違法性認識錯誤問題的處理，並確立了兩個基本立場：第一，違法性認識是影響行政犯主觀故意的內容，認識錯誤影響行為人的責任評價。第二，判斷行為人違法性認識的存在與否應採用“一般人標準”。這一判決是我國司法機關首次對行政犯中的違法性認識爭議進行正面論述。判決明確將行政犯的違法性認識定位為故意要素，且改變了以往對主觀責任的“推定”，而是通過檢方舉證、法院認定（推論）的形式對主觀故意予以了詳細分析。非法經營罪作為一項兜底性質的行政犯，極其容易出現違法性認識爭議，本判決對相關事實、法理的分析與論述，值得借鑒參考。

[33] 參見陳璇：《責任原則、預防政策與違法性認識》，載《清華法學》2018年第5期，第89頁。

[34] 王俊提出了三個基本論斷：一是行政犯時代的故意理論應當被啟動；二是破除故意理論存在處罰漏洞的方法是厘清未必的違法性認識與法律過失的區別；三是沒有必要區分事實錯誤與違法性認識錯誤。參見王俊：《法定犯時代下違法性認識的立場轉換》，載《現代法學》2020年第6期，第186-187頁。

[35] 參見曾文科：《犯罪故意概念中的“危害社會”：規範判斷與歸責機能》，載《法學研究》2021年第5期，第170-174頁。

[36] 參見廣東省深圳市羅湖區人民法院(2008)深羅法刑一初字第338號刑事判決書。

（二）我國刑法中的“明知”與違法性認識

我國刑法故意概念使用了“明知”作為對行為人認識狀態的要求，在解釋論上存在“知道”“應當知道”“可能知道”三種理解。除刑法總則第14條使用“明知”以外，刑法分則涉及“明知”的罪名中，絕大部分為故意犯，僅“強令、組織他人違章冒險作業罪”和“教育設施重大安全事故罪”為過失犯罪。此兩處“明知”的內容指向過失犯注意義務的來源，其餘罪名中的“明知”則作為故意犯的提示性規定，表明過失行為不構成犯罪。問題是，在“明知”被解釋為“應當知道”或“可能知道”的場合下，是否意味著對“知法”可以進行推定。^[37]

筆者認為，應當通過厘清法律推定的實體法意義和程序法意義，對刑法中“明知”內容和程度與違法性認識之關係予以細化分類。

1. “知道或者應當知道”不等同於“知法推定”

行政犯中的“明知”不意味著可以任意以違法性認識可能性充當故意實體，仍然以現實違法性認識作為故意的認識內容。關於什麼是“明知”，我國大部分立法解釋、司法解釋將其解釋為“知道或應當知道”。在立法解釋中，2014年全國人大常委會關於非法收購國家重點保護的珍貴、瀕危野生動物及其製品的立法解釋認為“明知”是指“知道或者應當知道”。^[38]在其他司法解釋中，“明知”的類型包括：第一，直接規定“知道或者應當知道”。^[39]第二，以列舉方式規定視為“應當知道”的具體情形，^[40]或附加“但有證據證明確屬被矇騙的除外”“但有相反證據或者能夠作出合理解釋的除外”。例如，走私、販賣、運輸毒品犯罪和破壞森林資源刑事案件相關司法解釋採用了此類表述。^[41]第三，較為特殊的是，2013年《關於依法懲治性侵害未成年人犯罪的意

[37] 值得注意的是，《刑法修正案（十一）》將原《刑法》第219條“侵犯商業秘密罪”中的“明知或應知”改為“明知”。這一改動也說明在立法上推定“應當知道”的做法已被及時糾偏。

[38] 2014年全國人民代表大會常務委員會《關於〈中華人民共和國刑法〉第三百四十一條、第三百一十二條的解釋》規定：“知道或者應當知道是國家重點保護的珍貴、瀕危野生動物及其製品，為食用或者其他目的而非法購買的，屬於刑法第三百四十一條第一款規定的非法收購國家重點保護的珍貴、瀕危野生動物及其製品的行為。知道或者應當知道是刑法第三百四十一條第二款規定的非法狩獵的野生動物而購買的，屬於刑法第三百一十二條第一款規定的明知是犯罪所得而收購的行為”。之後，最高人民法院、最高人民檢察院、公安部、司法部《關於依法懲治非法野生動物交易犯罪的指導意見》作出了相同的規定，即“知道或者應當知道是國家重點保護的珍貴、瀕危野生動物及其製品，為食用或者其他目的而非法購買，符合刑法第三百四十一條第一款規定的，以非法收購珍貴、瀕危野生動物、珍貴、瀕危野生動物製品定罪處罰。”

[39] 2000年最高人民法院《關於審理為境外竊取刺探收買非法提供國家秘密情報案件具體應用法律若干問題的解釋》第五條規定：“行為人知道或者應當知道沒有標明密級的事項關係國家安全和利益，而為境外竊取、刺探、收買、非法提供的，依照刑法第一百一十一條的規定以為境外竊取、刺探、收買、非法提供國家秘密罪定罪處罰。”

[40] 2003年最高人民法院、最高人民檢察院、公安部國家煙草專賣局《關於辦理假冒偽劣煙草製品等刑事案件適用法律問題座談會紀要》第二條規定：“‘明知’，是指‘知道或應當知道’。有下列情形之一的，可以認定為‘明知’：1、以明顯低於市場價格進貨的；2、以明顯低於市場價格銷售的；3、銷售假冒煙用註冊商標的煙草製品被發現後轉移、銷毀物證或者提供虛假證明、虛假情況的；4、其他可以認定為明知的情形。”

[41] 2007年最高人民法院、最高人民檢察院、公安部《辦理毒品犯罪案件適用法律若干問題的意見》中第二條規定：“走私、販賣、運輸、非法持有毒品主觀故意中的‘明知’，是指行為人知道或者應當知道所實施的行為是走私、販賣、運輸、非法持有毒品行為。具有下列情形之一，並且犯罪嫌疑人、被告人不能做出合理解釋的，可以認定其‘應當知道’，但有證據證明確屬被矇騙的除外：（一）執法人員在口岸、機場、車站、港口和其他檢查站檢查時，要求行為人申報為他人攜帶的物品和其他疑似毒品物，並告知其法律責任，而行為人未如實申報，在其所攜帶的物品內查獲毒品的；（二）以偽報、藏匿、偽裝等蒙蔽手段逃避海關、邊防等檢查，在其攜帶、運輸、郵寄的物品中查獲毒品的；（三）執法人員檢查時，有逃跑、丟棄攜帶物品或逃避、抗拒檢查等行為，在其攜帶或丟棄的物品中查獲毒品的；（四）體內藏匿毒品的；（五）為獲取不同尋常的高額或不等值的報酬

見》^[42]中規定，對於已滿十二周歲不滿十四周歲的被害人，通過對客觀情況綜合考察“可能是”幼女的，視為“明知”；而性侵害不滿十二周歲的幼女在任何情況下都被視為行為人屬“明知”。應當認為，除了在不滿十二周歲幼女的情況下將“明知”作為一種不可反駁的推定之外，其餘情形都存在提出相反證據的可反駁空間。

作為一種主觀認識狀況，在解釋將“明知”確定為“知道或者應當知道”的情況下，“應當知道”被視為具有法定效力的“強制性推定”。^[43]需要澄清的是，既然法定推定可以提出反駁的證據，那麼“應當知道”只能解釋為法規範意義上的推定，不能被解釋為等同於事實上的“可能知道”。即使第一種情形直接規定“明知”為“知道或應當知道”，且沒有附加例外情形，也可以提出合理的解釋理由，推翻法律上的推定。例如，《關於依法懲治非法野生動物交易犯罪的指導意見》^[44]雖然將“明知”解釋為“應當知道”，但同樣要求設置了例外情形。就現有司法解釋對“明知”的規定而言，僅有“明知”十二周歲的幼女的規定不僅是強制性推定而且是不可反駁的推定。

總之，我國刑法關於“應當知道”“可能知道”的規定，在解釋論上存在實體法和證據法上的可反駁性，“有證據證明確屬被矇騙的除外”可以成為阻卻故意的合理理由。另外，解釋論上，“明知”的內容包括事實與規範兩方面，即可反駁的理由包括不知事實^[45]與不知法兩種情形。理論界普遍承認構成要件事實是“明知”的對象，但如前文所述，我國刑法中的實質故意包括事實與規範兩方面，行為人主觀方面的違法性認識（對行為法律性質的評價）也應當成為“明知”的內容。

2. “明知”的程度與違法性認識

責任階段，故意與過失的區分核心在於認識因素。^[46]關於“明知”的程度，縱向可分為現實

而攜帶、運輸毒品的；（六）採用高度隱蔽的方式攜帶、運輸毒品的；（七）採用高度隱蔽的方式交接毒品，明顯違背合法物品慣常交接方式的；（八）其他有證據足以證明行為人應當知道的。2023年最高人民法院《關於審理破壞森林資源刑事案件適用法律若干問題的解釋》第七條規定：“認定刑法第三百四十五條第三款規定的‘明知是盜伐、濫伐的林木’，應當根據涉案林木的銷售價格、來源以及收購、運輸行為違反有關規定等情節，結合行為人的職業要求、經歷經驗、前科情況等作出綜合判斷。具有下列情形之一的，可以認定行為人明知是盜伐、濫伐的林木，但有相反證據或者能夠作出合理解釋的除外：（一）收購明顯低於市場價格出售的林木的；（二）木材經營加工企業偽造、塗改產品或者原料出入庫台賬的；（三）交易方式明顯不符合正常習慣的；（四）逃避、抗拒執法檢查的；（五）其他足以認定行為人明知的情形。”

[42] 2013年最高人民法院、最高人民檢察院、公安部、司法部《關於依法懲治性侵害未成年人犯罪的意見》規定：“知道或者應當知道對方是不滿十四周歲的幼女，而實施姦淫等性侵害行為的，應當認定行為人‘明知’對方是幼女。對於不滿十二周歲的被害人實施姦淫等性侵害行為的，應當認定行為人‘明知’對方是幼女。對於已滿十二周歲不滿十四周歲的被害人，從其身體發育狀況、言談舉止、衣著特徵、生活作息規律等觀察可能是幼女，而實施姦淫等性侵害行為的，應當認定行為人‘明知’對方是幼女”。

[43] 一般認為，程序上之“推定”分為法律推定（強制性推定）與事實推定（允許性推定），前者是指根據基礎事實導出可反駁的假定事實的一種法律規定；後者則是根據案件的實際情況，由法官根據事實酌定權而做出的推定。參見龍宗智：《推定的界限及適用》，載《法學研究》2008年第1期，第110-116頁。

[44] 2020年最高人民法院、最高人民檢察院、公安部、司法部《關於依法懲治非法野生動物交易犯罪的指導意見》第九條：“實施本意見規定的行為，在認定是否構成犯罪以及裁量刑罰時，應當考慮涉案動物是否系人工繁育、物種的瀕危程度、野外存活狀況、人工繁育情況、是否列入國務院野生動物保護主管部門制定的人工繁育國家重點保護野生動物名錄，以及行為手段、對野生動物資源的損害程度、食用涉案野生動物對人體健康的危害程度等情節，綜合評估社會危害性，確保罪責刑相適應。相關定罪量刑標準明顯不適宜的，可以根據案件的事實、情節和社會危害程度，依法作出妥當處理”。

[45] 這裏的不知“事實”即構成要件“意義的認識”，是行為符合構成要件的必要條件。

[46] 參見鄭超：《論故意與過失的犯罪論體系性地位——古典立場的堅持與修正》，載《中外法學》2021年第5期，第1368頁。

的認識、不確定的認識以及可能的認識。根據犯罪實現意思不同，故意分為直接或間接故意；與之相對，以認識因素為區分標準，違法性認識則分為違法性認識與未必的違法性認識。^[47]故意的認識因素中，違法性認識是對規範賦予行為價值的認識側面，體現了行為人對規範的認同或背離程度，其“知”反應其“惡”。然而，責任說認為，違法性認識可能性有程度之分，即在認識到事實之時，藉由構成要件故意“提訴機能”，違法性認識的可能性越大越應當承認故意責任。但鑒於故意“提訴機能”的局限性，至少在行政犯中“明知”行為違法性的可能性難以有大小之分，往往只是以“一般人”為參考的擬制結果。換言之，如果沒有現實的“知”，何來其“惡”的程度之分。而根據故意說，僅在行為人具有現實的違法性認識時才能成立故意犯罪，根據認識程度的不同，區分了違法性認識的程度，並對應“明知”認識程度的遞進式分類。當然，責任說指責這種現實程度的證明是困難的。但是，證明困難不是實體法設立判斷類型和標準首要考量的因素，而是訴訟證明的的工作，不宜模糊違法性認識程度的界限，放低故意犯的入罪標準。

3. “明知”的形式與違法性認識

自施密特霍伊澤區分了“語言的思考”和“事物的思考”以來，故意中“明知”的認知形式就成為與語言性、事物性和心理性相關的問題。從心理學和語言學的角度，“語言的思考”是指思考者與他人乃至自己言說過程而完成的思考。與此相反，“事物的思考”是指不依賴於語言而與事物本身相關聯的思考，它是基於伴隨著形象的回憶，通過直接體驗事物來完成的。“語言的思考”是一種復述式、構建式的心理活動；而“事物的思考”則是一種接近習慣的、具有實踐經驗性的縮略式思維過程。對此，阿圖爾·考夫曼認為，沒有語言就不可能意識化思維，即使在激情犯的情況下，行為人也是通過縮短形式的語言進行思維的。^[48]通常而言，人們對法的體驗基本以生活實踐為基礎，對行為的知法判斷大都可以脫離具體的文本、語言等語境而存在。也就是說，“知法與否”往往是一種經驗的、潛在的、內化的狀態。例如，行為人看到紅燈，就會知道道路交通法上禁止通行的規則。這種形象到抽象的過程是出於認知的慣性，大多數時間禁止規制效力的發揮有賴於內化於心的事物性思考，而不是完全的語言的思考。“我們大概都有這樣的體驗，即越是對於那些淺顯、直觀和熟識的事物，我們越容易產生事物性思考；而越是對於那些複雜、抽象和陌生的事物，我們就越是需要依賴於語言性思考”。^[49]從“明知”的形式上，我們通常是將行為即刻的思考過程作為考察點，違法性認識“現實性”的判斷只要具有對行為違法的“事物的思考”即可。那種腦海中一閃而過的“行為違法”的明示或隱喻，都能成為存在違法性認識的證明。

四、社會危害性認識與違法性認識之“交叉關係”

社會危害性認識與違法性認識的關聯性是一個具有中國特色的刑法問題。故意說論者認為，我國《刑法》第14條關於“故意”的概念之中包含著違法性認識。由於刑法明文使用了“明知自己的行為會發生危害社會的結果”，因此違法性認識與社會危害性認識之關係成為被重點討論的問題。

[47] 未必的違法性認識是指，當行為人對自己行為的違法性產生懷疑，但因法律狀態不明、沒有明確的法律資訊或者判例、其他法律資訊產生衝突而無法確切判斷其行為是否適法或違法。參見[日]松原久利：《未必的違法性認識——關於違法性認識可能性與期待可能性》，趙天琦譯，載《南大法學》2021年第4期，第151頁。

[48] [日]增田豐「故意・錯誤問題への認知科学的ストラテジー」法律論叢61卷6號（1989年）6頁參照。

[49] 陳璇：《責任原則、預防政策與違法性認識》，載《清華法學》2018年第5期，第110頁。

我國犯罪故意中的“社會危害性”借鑒了蘇俄刑法典中故意的概念，即以一般人立場為基礎的“是非善惡”為價值判斷標準，這一概念具有強烈的政治色彩且不完全以法規範為前提。理論界主張這一概念不能充分擔當犯罪故意標準的理由是：其一，缺乏規範品質。“社會危害性”只能說明為什麼社會普遍承認的規則、條理能夠成為規範，但不意味著所有具有社會危害性的行為都是犯罪。這一概念以日常化、政治化的用語替代了規範表述，其內涵寬泛地涵括了道德、倫理評價等範疇，即使是不具刑事違法性的道德瑕疵行為也可能被認為具有社會危害性。其概念的模糊性、缺乏指示機能等缺陷存在擴張犯罪疆界的危機，失去了法與道德的界限。尤其是在行政犯時代，法與道德既不完全合一，亦未完全分離，二者在他律與自律、外在與內在、合法性與合道德性上具有顯著差異。有學者甚至直指行政犯“法益性的欠缺”，“社會危害性”概念難以應對現實的多變性，尤其是出於社會管理目的創設的新的秩序規則。^[50]其二，混淆了立法者立場與行為人立場。“社會危害性”是無產階級時代的刑法學家從階級統治立場對犯罪本質的揭示，這一定義立足於立法者、法學家而非一般人的認識視角。^[51]“社會危害性認識”涉及的是以實質理性為基本理念的立法活動。^[52]上述批判觀點指出了行政犯時代“社會危害性”概念的規範性“失語”。正因為這一缺陷，刑法理論要求一個更加規範化的概念來充當故意的實體，社會危害性概念的局限也成為違法性認識理論出現的外部動因。^[53]與此相對，“違法性認識”概念最大的優勢在於建立在規範論的話語體系之上，用規範的價值為事實賦值，將可譴責的主觀責任聯結於法規範的評價之上。二者在內涵上存在交叉部分，在外延上又有所區分。刑法理論上有必要進一步明晰其差異，細化分析在行為人認識錯誤場合，兩種認識差異對行為人故意的影響。

（一）已有理論觀點及評述

早期故意說論者對社會危害性認識與違法性認識的關係存在兩種見解：“同一說”認為，二者互為表裏，故意既包括社會危害性認識又包括違法性認識。從實質違法性角度，二者是同一的^[54]“區別說”認為二者不能等同，一種觀點屬於違法性認識不要說，主張行為人應當具備社會危害性認識，不需要具備違法性認識；^[55]另一種觀點主張故意中的社會危害性概念應當被違法性認識所替代。^[56]社會危害性不是、也不可能是犯罪故意的認識內容，犯罪故意的認識內容應當是、也只能是違法性認識。^[57]

最近的研究在前述兩種路徑基礎上發展出以下三種新觀點：

第一，“一體兩面說”認為，違法性認識和社會危害性認識分別對應著形式違法性與實質違法性。我國《刑法》第14條之“故意”是事實與規範的統一，社會危害性的內涵是實質違法性，對應

[50] 參見劉豔紅：《“法益性的欠缺”與法定犯的出罪——以行政要素的雙重限縮解釋為路徑》，載《比較法研究》2019年第1期，第97頁。

[51] 參見賈宇：《犯罪故意概念的評析與重構》，載《法學研究》1996年第4期，第126-127頁。

[52] 參見聞志強：《明知、社會危害性認識與違法性認識》，載《北方法學》2019年第2期，第61-62頁。

[53] 參見莫曉宇：《知與惡——犯罪故意中的違法性認識》，載《法學評論》2006年第4期，第40頁。

[54] 參見唐稷堯：《域外刑法違法性認識辨析及其與社會危害性認識之比較》，載《現代法學》2006年第3期，第134頁。

[55] 參見姜偉：《罪過形式論》，北京大學出版社2008年版，第117頁；姜偉：《犯罪故意與犯罪過失》，群眾出版社1992年版，第145頁。

[56] 參見賈宇：《犯罪故意概念的評析與重構》，載《法學研究》1996年第4期，第129-131頁；參見賈宇：《論違法性認識應成為犯罪故意的必備要件》，載《法律科學》1997年第3期，第58-64頁。

[57] 參見田宏傑：《違法性認識研究》，中國政法大學出版社1998年版，第35-58頁。

著“法律正當與否的評價性認識”（刑法意義上），最終影響行為人的責任故意；而違法性認識的內涵則是形式違法性，對應著“法律知曉與否的事實性認識”（前置法意義上），最終影響行為人的構成要件故意。^[58]但是，這種將形式違法性和實質違法性分別對應前置法和刑法的觀點與德國帝國法院時期將違法性認識的對象區分為刑法和刑法以外規範的做法類似。既然認為兩者是“一體兩面”的關係，為何對構成要件故意和責任故意要區別對待，為何只有前者阻卻故意，並不清楚。

第二，“位階關係說”認為，社會危害性認識不能為責任非難提供根據，首先應當進行構成要件該當性的“二階評價”，這種評價是關於形式違法性的認識；其次才是違法階層考察行為是否違反了評價規範，這是關於社會危害性的實質違法性認識，並且關於違法性認識的禁止規範只能是刑事法。該說批判過去關於二者關係的說法是混淆了“認識”與“評價”，進而將二者的邏輯關係重構為：構成要件該當性之“二階評價”（形式違法性認識、規制評價、禁止規範、積極判斷）→違法性之“一階評價”（實質違法性認識、價值評價、評價規範、消極判斷）。^[59]應當認為，該說關於社會危害性是評價規範，違法性認識是命令/禁止規範的整體判斷具有啟發意義。與第一種觀點的相似之處是，均採取了概念間的對應思路，但二者的結論卻完全相反。在“位階關係說”看來，違法性認識的內容是關於刑法禁止性的形式違法性，但“一體兩面說”卻將形式違法性的認識定位於對前置法的認識，其共同點都是承認違法性認識是形式違法性的認識。只是，“位階關係說”既然認為形式違法性包含了實質違法性，二者在認識內容上就應當是包含關係，也就是認識了形式違法性理應就認識了實質違法性，但根據此說的結論卻並非如此。

第三，“實質違法性認識可能性與危害社會性等同說”通過對我國刑法故意“明知”對象中的“危害社會”予以解構，論證了“危害社會”與反對動機形成可能性之間的關係。該說認為，規範責任論視野下，我國《刑法》第14條的故意概念包含對構成要件事實和規範評價的雙重認識，“危害社會”具有“歸責機能”。^[60]這一觀點值得肯定之處是結合我國刑法規範，從解釋論角度對“故意”概念進行了實質解構，承認了故意概念中包含著規範意義上的評價性認識。但值得商榷的是，該說既然承認違法性認識的必要性，卻又將違法性認識從故意中排除出去，僅以“實質違法性認識可能性”充當故意內涵，有混淆故意和過失之嫌。另外，區分“形式的違法性認識可能性”和“實質的違法性認識可能性”或許並不必要，因為“可能性”概念本就是擬制的蓋然性概念，沒有實在的可附著標準，再在一種擬制狀態下區分形式與實質似乎缺乏實益。

（二）破除線型邏輯、注重交叉關係

依筆者之見，“社會危害性認識”與“違法性認識”不是形式與實質的簡單對應，除了在規範品質、評價主體方面存在差異之外，在規範聯結程度和認識義務的來源兩個維度具有交叉性。二者的區別不在於形式與實質的僵化對應，而在於與法規範的聯結程度差異。

[58] 參見田宏傑：《走向現代刑法：違法性認識的規範展開》，載《政法論壇》2021年版第1期，第72頁。

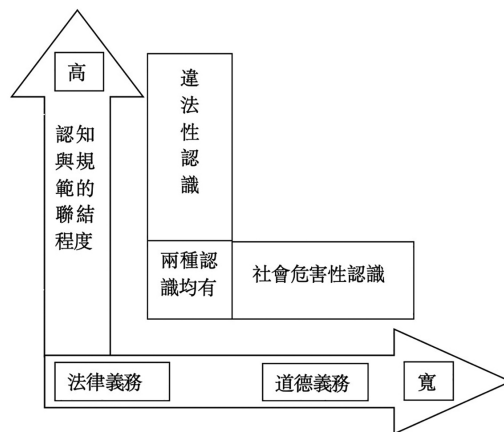
[59] 柏浪濤認為，“形式違法性與實質違法性既不是表面與內容的關係，也不是互不干涉的中立關係，更不是對立排斥關係，而是位階關係。形式違法性（禁止性）包含了實質違法性（社會危害性）的評價”。參見柏浪濤：《違法性認識的屬性之爭：前提、邏輯與法律依據》，載《法律科學》2020年第6期，第20-21頁。

[60] 曾文科批判了既有研究關於“危害社會”的兩種見解：第一，客觀標準說中的“危害社會”是對行為或結果屬性的修飾或表達，不是明知的內容。第二，行為人標準說中的“危害社會”是行為人本人對所實現的構成要件結果的評價，行為人應該明知的內容包括實質違法性、法益侵害性。參見曾文科：《犯罪故意概念中的“危害社會”：規範判斷與歸責機能》，載《法學研究》2021年第5期，第159-174頁。

早在上個世紀90年代賈宇率先提出以違法性認識取代社會危害性價值，時至今日，違法性認識概念在我國刑法理論上已普遍被接受，但二者之關係卻仍不明晰。目前我國刑法學界出現了一種固化形式違法性與實質違法性的趨勢，一是將形式違法性認識等同於對法律條文的認識，將實質違法性認識等同於法律條文以外的法秩序的認識；二是任意切割整體法規範，簡單地將前置法等同於形式違法性，將刑法上的社會危害性等同於實質違法性。但是，此兩種“線型邏輯”推演出來的結論都未能準確揭示違法性認識的內涵。形式與實質的劃分可追溯到李斯特對兩種違法性的區分，形式違法性系行為違反國家規範，實質違法性系行為具有反社會性。然而，在傳統德國刑法上，李斯特並未認為兩者是異質關係，而是針對行為規範無價值判斷的不同考察方法。近代刑法理論上，有觀點主張形式違法性與構成要件該當性相對應，實質違法性與無阻卻違法事由相對應。也有觀點將實質違法性作為補充形式違法性違法判斷不足的存在。^[61]通常所說的形式違法性、實質違法性均是站在裁判者立場，對某一事實評價形式的分類。而事實上，所謂的形式與實質都是對同一客體的描述，不論是形式違法性認識，還是實質違法性認識，之於行為人而言，認識的對象到達行為人時均是一個完整的整體。換言之，站在裁判立場上，我們可以對認識對象、認識過程作出形式與實質的區分，但在行為人立場上，形式違法性認識和實質違法性認識的對象應當是統一的，兩者只是認識程度的不同。

因此，亟需轉變上述線型劃分模式，立體化地考察行為人的認識狀況。筆者認為，二者本質的區別在於“與規範的聯結程度”，“違法性認識”將行為人認識的對象框定於法規範之上，而“社會危害性認識”在描述行為人與規範的關係上則較為鬆散。

從橫向認識義務來源範圍來看，社會危害性認識的內容“寬”於違法性認識的內容；而從縱向認識與規範聯結程度來看，違法性認識的程度“高”於社會危害性認識，二者之間屬於交叉關係。也就是說，“社會危害性認識”是外延較廣、內涵較少的概念，在認識義務來源上不僅包括法律義務、還包括倫理道德義務；“違法性認識”是外延較窄、內涵較多的概念，在認識義務來源上主要是法律義務，但在認知程度上較前者更深，需要認識到高於道德義務的法律義務。一般情況下，違法性認識與社會危害性認識具有一致性，通常有違法性認識就一定具有社會危害性認識。但在行政犯場合，較為特殊的是，行為人可能在存在規範違反的認識時，卻沒有認識到行為的社會危害性。



社會危害性認識與違法性認識之關係示意圖

[61] 參見余振華：《刑法違法性理論》，元照出版有限公司2001年版，第68頁。

（三）類型化處理方案

或許會有觀點質疑，既然社會危害性認識和違法性認識在內涵和外延是不同的概念，如何立足“交叉關係說”將違法性認識融入我國《刑法》第14條之中？本文認為，在社會危害性認識與違法性認識重合的部分，二者屬於同質概念；而在不重合部分，實質上是需要行為人認識到行為違法。從上文對二者微觀不同的分析來看，也可以說明違法性認識是更規範、更準確的概念。當然，在具體案件的法律適用中，可能會出現行為人的社會危害性認識與違法性認識不一致的情形，這就需要從正確處理二者關係的角度，通過類型化來解決責任歸屬問題。因此，為避免故意說產生處罰漏洞的問題，下文通過細化違法性認識與社會危害性認識之間的交叉關係，推導出三種具體情形。

1. 假性的違法性認識錯誤

情形之一是：認識到社會危害性，卻沒有認識到行為違反規範，原則上屬於具有違法性認識，在特別情況下或許涉及罪刑法定問題。過去的觀點存在兩種意見。第一種意見認為這種情況屬於典型地違法性認識錯誤，認為這種情況發生的原因在於存在立法漏洞，由於沒有法律的規定，當然就不能使行為人負刑事責任。^[62]第二種意見也認為這種情形成立違法性認識錯誤，但只要具有避免可能性就仍然成立犯罪，進而反向論證了不需要現實的違法性認識。例如，賣淫女明知自己患有性病，但不知“傳播性病罪”而仍從事賣淫活動，不需要行為人認識到刑法規定了相應的罪名。^[63]

本文認為，上述兩種意見均沒有厘清二者的關係，事實上這兩種情形並非真正地違法性認識錯誤，而是成立假性的違法性認識錯誤。針對第一種觀點，在行為人淺層次地認識到了行為的反社會性或悖德性的場合，不能一概認為“鑽法律空子”是公民的權利而阻卻責任。例如，國家機關工作人員的近親屬向他人索賄，但並不清楚刑法規定了“利用影響力受賄罪”。這種情形下，行為人能夠認識受賄行為違法，但對自己的身份發生了錯誤認識，這時行為人並不是真正地不具有違法性認識。社會危害性所表徵的“禁止性”是人們長久以來形成的基本社會行為準則，這種無價值判斷的標準既是文化規範作為一般標準的歸結，也映射出法規範的生成基礎以基本倫理道德為準則。如果能夠在法益侵害稀薄的行政犯中識別出行為的有害性，必然依據道德與法的生成規律（即二者之間無價值評價的“一致性”），應當肯定違法性認識的存在。又如，民事合同中規定了不得欺詐的準則，即使行為人不知串通投標罪，但只要知道自己的欺詐行為是“不合規的”“不得為的”，就足以肯定其背反基本社會價值的心態成立故意。因此，只要人們能夠認識到行政犯中構成要件行為對社會的危害或危險，原則上足以肯定其違法性認識的存在，在因罪刑法定而產生適用疑問時，才屬於例外。

2. 未必的違法性認識

情形之二是：已認識到行為違反規範到或不確定行為是否違反規範，但沒有認識到社會危害性，構成未必的違法性認識。典型如，“陸勇代購假藥案”^[64]中，陸勇明知自己代購的“假藥”沒有取得國家進出口許可，屬於違反法律的情形，但認為藥物具有相同療效而沒有社會危害性。應當說，從實際情況來說，行為人顯然知道自己“不合規”，但仍然以對社會無害而說服自己“不違法”，進而對背反法律抱有輕率心態。這種情形成立對行為產生不法懷疑的未必的違法性認識。但是否應

[62] 參見馮軍：《刑事責任論》，法律出版社1996年版，第225頁。

[63] 參見柏浪濤：《錯誤論的新視角》，中國民主法制出版社2020年版，第226頁。

[64] 參見湖南省沅江市人民檢察院沅檢公刑不訴（2015）1號不起訴決定書；參見杜小麗：《抽象危險犯形態法定犯的出罪機制——以生產銷售假藥罪和生產銷售有毒有害食品罪為切入》，載《政治與法律》2016年第12期，第41頁。

當肯定故意，在行政犯的場合，應當根據行為人的認知程度以及意志放任程度來具體判斷責任的有無及大小。關於司法適用中未必的違法性認識問題的具體處理規則，筆者主張將未必的違法性認識之“後階段”類型化為：客觀不可避免的違法性認識錯誤、因輕信、疏忽導致的違法性認識錯誤、因懈怠、放任而具有違法性認識，這三種情形分別成立無罪、過失與間接故意。^[65]

3.真正的違法性認識錯誤

情形之三是：既無違法性認識，也沒有認識到社會危害性，屬於真正的違法性認識錯誤，應當阻卻故意。典型如“王力軍倒賣玉米案”^[66]中，王力軍既沒有認識到需要辦理糧食收購證的許可程序性規定，也沒有意識到收購玉米會對社會經濟生活造成嚴重的危害性。在這種情形下，王力軍的行為在客觀上和主觀上具有一致性，既沒有違法的知與欲，也沒有造成嚴重危害社會的結果，這種情形屬於典型的行政犯的違法性認識錯誤。也正是因為行政犯危害社會的反價值性較弱，就現代社會而言，一國之內的公民真正缺乏違法性認識的情況會較多出現在行政犯之中。

總之，行政犯中真正的違法性認識錯誤僅限於既缺乏社會危害性認識，也缺乏違法性認識的情況。而在認識到社會危害性或產生不法懷疑的情況下都可能成立故意犯罪。因此，將違法性認識定位於故意之中，並不必然導致處罰的漏洞，厘清二者之間的區別和聯繫，有助於在不同的認識狀態下判斷行為人違法性認識錯誤的類型，進而對每種情形予以合理地區分處理。

Abstract: In the system positioning of illegality cognition, Theory of Intentional and Theory of culpability take the “interpretation centered theory” and the “legislative amendment theory” as the paths respectively. However, Theory of culpability is not consistent with the concept of substantial intent in our criminal law, and lacks the normative basis in criminal law, which risks becoming a tool of risk control tool. The theory of Intentional is consistent with the concept of substantial intention in Article 14 of the criminal law of China. Through the interpretation of “knowing” in the special provisions of the criminal law and the clarification of the relationship between social harmfulness cognition and illegality cognition, it can not only establish an appropriate positioning of illegality cognition with mitigating regulation effect in the criminal law system of China, but also effectively avoid the loophole of punishment. We should break the linear logic and pay attention to the “cross relationship” between social harmfulness cognition and illegality cognition. Under the guidance of typological thinking, according to different cognitive conditions, it is possible to deduce the false illegality error, cognition of non-necessarily illegality, and the true illegality error. Classifying each situation is an effective way to realize judicial acceptance of illegality cognition.

Key words: Illegality Cognition; System Positioning; Interpretation Centered Theory; Theory of Intentional; Typed Scheme

（責任編輯：馬志遠）

[65] 筆者就此問題已撰寫專門文章予以深入分析，因本文篇幅有限，故不再展開討論。

[66] 參見內蒙古自治區巴彥淖爾盟中級人民法院（2017）內08刑再1號刑事判決書。