

不知法能否免于刑事责任？

——信赖保护立场引导的违法性认识判断标准

王若思

摘要 违法性认识理论司法适用困境的成因是我国《刑法》没有明确规定违法性认识是犯罪成立要素，并且司法实践中尚无违法性认识及其可能性如何影响故意和过失成立的具体操作标准。基于信赖保护的刑事政策立场，违法性认识理论必须在中国刑法自主知识体系中获得妥当位置。中国《刑法》中违法性认识是故意和过失共同的成立要素，这可以从《刑法》对故意和过失的规定中找到规范依据，并且在犯罪论体系上也具有合理性。将法定犯按照主体是一般人还是专业人，以及主观构成要件是故意、过失还是故意和过失可以分为五类。针对五类法定犯分别提出违法性认识及其可能性的程度如何影响故意和过失成立的判断标准，进而实现紧密契合现代中国社会发展需要和中国《刑法》规定的违法性认识理论范式构建。

关键词 违法性认识 信赖保护 故意 过失 犯罪论体系

作者王若思，吉林大学法学院副教授（吉林长春 130012）。

中图分类号 D9

文献标识码 A

文章编号 0439-8041(2026)03-0102-14

一、问题的提出

古罗马法律格言“不知法不免责”在现代刑法的语境下早已不再绝对，当下需要探讨的是不知法何以免责。理论上对此问题的关注主要聚焦在违法性认识错误理论如何在认定犯罪过程中发挥阻却犯罪成立的作用。我国司法实务界对此显然采取保守谨慎的立场，例如在社会上产生较大舆论反响的“赵春华非法持有枪支案”^①“王鹏非法收购、出售珍贵、濒危野生动物案”^②等等。这并非司法实务工作者固守固有理念抱残守缺所致，根本原因在于违法性认识错误理论在我国现有立法和司法框架体系内距离落地尚有相当长的路要走。

具体原因在于，第一，我国《刑法》规范没有关于法律认识错误、违法性认识错误、社会危害性认识错误的直接表述，这也是早期主流观点违法性认识不要说^③的重要立论依据。缺乏直观、具体的法规范明文规定使得司法实务界不敢大胆启用违法性认识错误阻却犯罪成立。

第二，我国尚无违法性认识及其可能性如何影响故意和过失成立的具体标准。当前我国学界关于违法性认识错误的研究已经脱离了早期的违法性认识不要说走向了违法性认识必要说，并取得了相当多的成果，这些成果多集中在如何让违法性认识错误以尽可能符合我国《刑法》条文的前提下被纳入犯罪论体系中。形成了故意说和责任说之争。“责任说”是主流学说，认为违法性认识是责任要素，不影响故意成立，如果行为

^① 参见天津市第一中级人民法院（2017）津01刑终41号刑事判决书。

^② 参见深圳市中级人民法院（2017）粤03刑终1098号刑事判决书。

^③ 参见高铭喧：《刑法学原理》，北京：中国人民大学出版社，1993年，第126页。

人不具有违法性认识或违法性认识可能性，那么在责任阶层出罪或者减免刑罚。^①“故意说”认为违法性认识是故意成立的评价性要素，行为人不具备违法性认识或者违法性认识可能性，那么行为人不成立故意，在刑法分则规定过失犯罪的情况下可以成立过失犯罪。^②“责任说”和“故意说”之争都是在为违法性认识错误阻却犯罪成立安置一个合适位置，然而现有学说并未积极下沉到违法性认识错误避免可能性判定标准的研究之中，学者们也直言阐释违法性认识的证明是极为困难的。^③

欲激活违法性认识错误理论的司法适用，应当以保护信赖关系的视角来升级对现代刑法的认知，结合我国《刑法》规定锚定违法性认识在犯罪论中的体系位置，在此基础上构建违法性认识错误不可避免性的判断标准。

二、以信赖保护解读违法性认识的必要性与可行性

（一）必要性：现代刑法需要以保护信赖为刑事政策基本立场

当前，中国社会正在向风险社会急剧变迁，党的二十大报告中16次提到“风险”，91次提到“安全”。这表明应对风险社会已经成为我国党和政府执政的重要目标。而现有刑法理论对风险社会的回应以被动姿态企图堵截风险，导致风险刑法的理论出现困境，主要表现在：第一，对“风险”外延的理解局限于相对具体可控的技术型风险，忽略后现代社会风险的人为性与复杂性，使得研究无法回应多元类型风险。第二，未明确界定“风险”内涵，在此前提下把“风险”置于犯罪构成理论之中，给犯罪构成理论带来极大的不确定，形成风险刑法被风险“反制”的次生危机。

疏通风险刑法僵局必须转换思路，现代性社会的反思理论或可提供借鉴。吉登斯指出现代性具备三大动力机制，分别是时空分离、“脱域”、反思性。其中时空分离是指因技术发展，过去大多数情况下的空间维度都受“在场”支配，现代性的降临通过对“缺场”的各种要素孕育，日益把空间从地点分离了出来，从而促动了现代性第二动力机制“脱域”过程的初始化。^④所谓“脱域”指的是“社会关系从彼此互动的地域性关联中，从通过对不确定的时间的无限穿越而被重构的关联中‘脱离出来’”^⑤。现代社会“脱域”机制的两种类型，第一种是象征标志（symbolictokens），例如象征财富的符号是货币，第二种是专家系统（expert system），例如修建房屋的建筑师。^⑥“脱域”机制的运行促使反思机制开展，反思性是指人类连续不断地对行为及其情境的监测过程^⑦，“社会实践总是不断地受到关于这些实践本身的新认识的检验和改造，从而在结构上不断改变着自己的特征”^⑧。可以说现代性社会的特征是由反思活动阐发。

上述三大现代性动力，时空分离促动“脱域”发生，反思性提炼“脱域”机制运行的实践经验，可见现代性社会运转的核心动力在于“脱域”。而“所有的脱域机制（包括象征标志和专家系统两方面）都依赖于信任”^⑨。因此可以说信任才是现代性社会运转中最重要的动力来源。

① 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；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；刘霜、赵浩森：《违法性认识的理论争议与实践判定》，《辽宁大学学报（哲学社会科学版）》2020年第6期；蔡桂生：《违法性认识不宜作为故意的要素——兼对“故意是责任要素说”反思》，《政治与法律》2020年第6期；李兰英、傅以：《网络金融犯罪中违法性认识错误可避免的司法判断》，《南京大学学报（哲学·人文科学·社会科学）》2021年第5期；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》，《中外法学》2023年第1期；刘涛：《违法性认识可能性判断的系统论证》，《江海学刊》2023年第5期；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。

② 参见刘之雄：《违法性认识错误与构成要件认识错误的界分——以法规范性要素认识错误为焦点》，《法学评论》2020年第5期；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；曾文科：《犯罪故意概念中的危害社会：规范判断与归责机能》，《法学研究》2021年第5期；石佳宇：《不法归属视野下违法性认识的功能论证——兼论〈刑法〉第14条之规范解释》，《南大法学》2023年第4期；夏朗：《论严格故意说之于刑事政策：从对立走向统一——以违法性意志为路径》，《政治与法律》2023年第11期。

③ 参见陈兴良：《违法性认识研究》，《中国法学》2005年第4期；周光权：《违法性认识不是故意的要素》，《中国法学》2006年第1期；刘霜、赵浩森：《违法性认识的理论争议与实践判定》，《辽宁大学学报（哲学社会科学版）》2020年第6期。

④⑥ 参见安东尼·吉登斯：《现代性的后果》，田禾译，南京：译林出版社，2011年，第16、19页。

⑤⑦⑧⑨ 安东尼·吉登斯：《现代性的后果》，田禾译，第18、32、34、23页。

刑法是规定犯罪与刑罚的法律，现代性社会所需要的现代性刑法，也可以用“脱域”机制来进行解构与观察。第一，刑法语境中最典型的象征符号就是刑法本身。包括刑法在内的所有法律都是需要民众动用“抽象能力”^①才能予以遵守和信赖的规范。民众遵纪守法，不是因为法律文本本身能够直接传达威慑力，而是民众知道法律的制定经由国家严格的立法程序并且具有正义性，刑法的适用由国家司法机关实施并有强制力予以保障具有有效性，因而民众才信赖刑法。第二，刑法语境中的专家系统是司法机关以及律师、行政官员等法律专业人士。民众服从法官的判决，相信律师以及行政官员就专业问题的答复，并不是因为相信某个具体的人，而是相信这些专业人士曾经接受过的法学专业教育，以及专业人士所隶属的司法或者行政系统。因此可以说，现代性刑法能够发挥社会治理的效能，核心动力也来源于民众对于刑法制度的信任。正如有学者指出，“在现代社会，法律对信任的建立非常重要，法律可以形成一种制度信任”^②。同样法律如果制定不当、适用不当，也会破坏民众对制度的信任，这侵蚀的是民众的自由权利。民众不知道如何行为举止是适当合法的，宁愿选择静止，那么社会就会停滞不前。因此，现代性社会所需要的现代刑法应当以保护民众对刑法的信赖为刑事政策的基本立场。

（二）可行性：违法性认识理论围绕保护信赖构筑内容

从违法性认识不要说到违法性认识必要说的过渡，已经展现了现代刑法以保护信赖为导向，保护民众对国家法律制度赋予个人足够的行动自由空间之信赖。但是国家赋予民众的自由也是有范围限度的。因为一旦赋予某个人过多的权限，就会压缩其他人的权限。那么，如何划定民众可以信赖的范围，就是在反向划定因行为不当需要归入刑法评价的范围，谋求国家主义和自由主义之间的平衡。对这一问题有以下四种观点，我们可以从中看出对民众课以知法守法义务范围宽窄之不同将导致入罪圈的大小不同。观点 1 将违法性认识的对象理解为前法律的规范。即只要具有“反社会的认识”“道德危害性的认识”“违反作为法规范的基础的国家、社会的伦理规范的认识”，简单来说，如果行为人认为自己的行为有些“亏心”，根据此说即为具备违法性认识。^③目前此观点为极少数说。

观点 2 将违法性认识的对象理解为法秩序。违法性认识的对象包含任何法律，刑法、民法、行政法、经济法，不限于刑法，这是违法性一元论的观点，目前是德国和日本学界的通说^④，我国学界也支持者众多，有学者指出行政犯中的非刑法规范在不法归属的层面是犯罪故意的评价对象^⑤，“只要行为人具有前违法之不法认识，即可认定行为人具有违法性认识”^⑥，“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”^⑦。

观点 3 将违法性认识的对象理解为刑法。^⑧包含对刑法中禁止规范和评价规范的认识，但是不包含对刑法中刑罚可罚性、法定刑的认识。当行为人只能认识到自己的行为违反民法、行政法，而不能认识到自己的行为违反刑法时，那么就不具备违法性认识，不成立故意或者能够阻却责任。这是目前我国学界主流的观点。^⑨

观点 4 将违法性认识的对象理解为可罚的违反刑法的认识。“不仅包括刑法违反的认识，而且包括可能作为具体的可罚的违法的认识这种意义上的‘可罚的刑法违反的认识’。”^⑩这种对刑法认识的程度已

① “抽象能力”一词来源于吉登斯对民众相信货币信用的解释。参见安东尼·吉登斯：《现代性的后果》，田禾译，第 23 页。

② 张维迎：《信息、信任与法律》，北京：生活·读书·新知三联书店，2003 年，第 13 页。

③⑧ 参见松原芳博：《刑法总论重要问题》，王昭武译，北京：中国政法大学出版社，2014 年，第 202、203 页。

④ 参见恩斯特·贝林：《构成要件理论》，王安异译，北京：中国人民公安大学出版社，2006 年，第 102—103 页；约翰内斯·韦塞尔斯：《德国刑法总论》，李昌珂译，北京：法律出版社，2008 年，第 231 页；大谷实：《刑法讲义总论》（新版第 5 版），黎宏、姚培培译，北京：中国人民大学出版社，2023 年，第 350 页。

⑤ 参见石佳宇：《不法归属视野下违法性认识的功能论证——兼论〈刑法〉第 14 条之规范解释》，《南大法学》2023 年第 4 期。

⑥ 参见田宏杰：《走向现代刑法：违法性认识的规范展开》，《政法论坛》2021 年第 1 期。

⑦ 马春晓：《行政违法性认识错误的性质与处理规则》，《中国法学》2023 年第 6 期。

⑨ 参见张明楷：《刑法学》（第 6 版），北京：法律出版社，2021 年，第 413 页。

⑩ 张明楷：《刑法学》（第 6 版），第 414 页。

经在观点3之上进一步向前，对于法定刑以及行为是否达到了“罪量”等要求都要有法官一般的分辨能力。有少部分学者支持此观点。

上述四种观点从观点1到观点4，对公民违法性认识对象的理解不同，那么为公民提供的不知“法”可免责的范围不同，那么公众信赖法律制度的范围就有所不同。当采取第一种观点，公民知“法”的内容，是社会通行的道德感、公认的道德标准，那么作为社区一员、社会一分子、人类命运共同体之一，当然默认知晓社会公德。这种观点极大地损害了公民对公权力赋予公民个人行动自由的信赖，无论做错什么，只要公民是生活在社会中的“普通人”，都会被刑法责罚，采取此标准几乎没有人被认为是不知“法”。这种观点极大损害公民对公权力的信赖。而采取观点4，公民知“法”的内容，要精通到从掌握一门裁判规则的角度掌握刑法实定法规范，包含刑罚可罚性和法定刑，表面看似强人所难，对行为人的知法标准调高，但实际上是免除了社会上除了法官、司法官员、法学老师以外所有社会公众的知法守法义务，因为这些人不会被认为能够掌握刑法通达到知晓刑罚可罚性和法定刑。这种观点由于过于松弛，也损害民众对于刑罚之威慑，背离刑罚抑制犯罪的目的追究刑法上的责任^①，无法实现刑罚成为上文中提到的“易感触”的力量。

需要探讨的是观点2和观点3，这两种观点目前支持者众多。二者的争议即在于，如果行为人明知道自己的行为违反民法或者行政法等非刑法的法律，但是认为自己的行为没有违反刑法，那么是否可以以违法性认识或者违法性认识可能性不存在而阻却犯罪成立？例如行为人只是拖欠债务，在其观念内认为自己的行为可能成立损害赔偿的对象，但是不会成为刑罚的对象，“处罚这种行为，只会让其认为，自己遭受处罚是一种偶尔的不幸，这样反而会降低刑罚的铭感力”^②。对此问题也可以进一步从刑罚的目的角度出发。刑罚的目的有消极的一般预防和积极的一般预防。消极的一般预防是指通过刑罚的威吓来预防一般民众犯罪。积极的一般预防，是指通过刑罚的施加，使公众因为刑法规范的有效性而产生安全感，以此维护公众对刑法规范的信赖与忠诚。^③“在我国，某件东西要让民众重视、信赖乃至忠诚，这件东西必须‘够格’或‘够一定级别’，否则可能‘不太被当回事’。这也是一种现实的大众心理。”^④而这种动用到刑罚以维护的法规范，它的层级应该到刑法，还是止步于民法或行政法？从“术业有专攻”的角度应当认为，由于只有触犯刑法才能发动刑罚，触犯民法和行政法不足以启动刑罚干预的机制，并且当前我国的行政犯立法活跃度明显，公民不都是法律专家，但凡犯错就入刑是对普通人的过分苛责，是国家刑罚权对公民自由的僭越。^⑤故而应当采用观点3，即违法性认识的对象是指刑法，狭义的刑法规范。

在上述观点2和观点3进行辨析的过程中，运用的这种刑罚发动必要性和正当性的探讨，其本质也是在探讨如何从国家主义和自由主义之间寻求一种平衡，以保护民众对国家公权力的信赖。正如博登海默指出的：“法律生于社会和它的统治者之间的紧张与调整。它既不是像奥斯丁想的，由上压下的，亦不是像埃利希相信的，由下长大。‘社会’若无统治者，产生的不是法律，只是无政府制。统治者，若无社会抑制，产生的不是法律，只是专制。唯有社会和它的统治者之间的契约，斗争与妥协才会产生无政府制与专制之间的中道或平衡，这个我们称为法律。”^⑥在关于违法性认识对象的几番观点之争中，能看到的是违法性认识或者违法性认识可能性阻却责任的成立，是国家主义和自由主义平衡的居中结果，目前的通说虽然是第三种观点违法性认识为对刑法的认识，但是不代表这种观点成为定见一成不变，根据社会的需要还会有或宽或严的调整。目前通说的观点是保证民众对国家治理的有效性、对刑法规范正当性信赖的最优解，当然，学理上争论的过程充分表达以保护这种信赖为导向，这种信赖保护的本质即“人性里孕育着爱好秩

① 参见张明楷：《刑法学》（第6版），第414页。

② 松原芳博：《刑法总论重要问题》，王昭武译，第203页。

③ 参见周光权：《刑法学的向度——行为无价值论的深层追问》，北京：法律出版社，2014年，第262—263页。

④ 柏浪涛：《德国附属刑法的立法述评与启示》，《比较法研究》2022年第4期。

⑤ 参见柏浪涛：《德国附属刑法的立法述评与启示》，《比较法研究》2022年第4期。

⑥ 博登海默：《博登海默法理学》，潘汉典译，北京：法律出版社，2015年，第179页。

序和有秩序的关系的欲望”^①。

由上可见，违法性认识探讨的主要内容与对民众的信赖保护有关，违法性认识理论围绕保护信赖构筑内容，以信赖保护来解读违法性认识理论具有可行性。

三、中国刑法中违法性认识应属于主观构成要件要素

现代刑法保障公民的行动自由，保障公民对法秩序的信赖，基于此立场站位，违法性认识必要说取代了违法性认识不要说，成为构成犯罪的要素。而对于违法性认识的体系位置，有以下四种观点。

观点 1，将故意置于责任阶层，认为违法性认识是故意成立的要素。^②

观点 2，将故意置于责任阶层，认为违法性认识是故意以外的责任要素。观点 2 可以进一步细分为两种观点。第一种观点，将故意区分为构成要件故意和责任故意。^③ 第二种观点，将故意完全放置在责任阶层，不存在构成要件的故意。^④

观点 3，将故意置于该当性阶层，认为违法性认识是故意成立的要素。^⑤

而对于什么是可以阻却故意成立的违法性认识，观点 3 内部存在观点分歧，有学者指出不再区分规范性构成要件要素、空白构成要件中的事实错误和违法性错误。^⑥ 另有学者仍然坚持区分。^⑦

观点 4，故意置于该当性阶层，认为违法性认识是责任要素。^⑧ “构成要件故意只是对于‘故意责任’的‘间接证明’。”^⑨ “责任故意”的概念应予以摒弃，混淆了责任评价对象与责任评价本身。^⑩

上述四种观点能够代表违法性认识存在于犯罪论体系的所有可能性。探讨违法性认识应当存在于犯罪论体系的何种位置，并非只涉及“往哪儿摆”的位置之争，而是事关违法性认识错误出罪能力的大小这一实质性问题，不可等闲视之。^⑪ 如何将违法性认识错误这一理论纳入我国的刑法学知识体系和司法实践，需要结合我国《刑法》的实然规定，以及违法性认识在犯罪论体系中的应然位置进行探讨。

（一）违法性认识作为主观构成要件符合我国《刑法》规定

1. 我国《刑法》不具备将违法性认识作为责任要素的依据。

将违法性认识作为责任要素是德国、日本的主流学说，“责任说”的重要依据就在于该体系定位符合德、日大陆法系刑法的现行规定。以德国刑法为例，《德国刑法典》中并没有关于故意的具体规定，《德国刑法典》第 15 条规定“本法只处罚故意行为，但明文规定处罚过失行为的除外”。德国刑法的立法者没有接受“故意”“蓄意”和“明知”概念，故意的本质和内容必须从《德国刑法典》第 16 条、第 17 条关于错误的规定和从故意和过失的对比中通过推论来理解。而关于违法性认识错误的规定体现在《德国刑法典》第 17 条，该条规定“行为人行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”。可见德国刑法并没有对违法性认识存在于构成

① 博登海默：《博登海默法理学》，潘汉典译，第 180 页。

② 参见恩斯特·贝林：《构成要件理论》，王安异译，第 102—103 页；弗兰茨·冯·李斯特：《李斯特德国刑法教科书》，徐久生译，北京：北京大学出版社，2021 年，第 236 页。

③ 参见高桥则夫：《刑法总论》，李世阳译，北京：中国政法大学出版社，2020 年，第 326 页；前田雅英：《刑法总论讲义》（第 6 版），曾文科译，北京：北京大学出版社，2017 年，第 157 页；大谷实：《刑法讲义总论》（新版第 5 版），黎宏、姚培培译，第 344 页。

④ 参见福田平、大塚仁：《刑法总论 现代社会と犯罪》，东京：有斐阁，1979 年，第 267 页；西田典之：《日本刑法总论》，刘明祥、王昭武译，北京：中国人民大学出版社，2007 年，第 193 页；张明楷：《刑法学》（第 6 版），第 418 页。

⑤ 参见陈兴良：《教义刑法学》（第 3 版），北京：中国人民大学出版社，2017 年，第 578 页。

⑥ 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。

⑦ 参见江潮：《规范性构成要件要素的故意及错误——以赵春华非法持有枪支案为例》，《华东政法大学学报》2017 年第 6 期。

⑧ 参见汉斯·海因里希·耶塞克、托马斯·魏根特：《德国刑法教科书（上）》，徐久生译，北京：中国法制出版社，2017 年，第 603 页。

⑨ 约翰内斯·韦塞尔斯：《德国刑法总论》，李昌珂译，第 230 页。

⑩ 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。

⑪ 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。

要件故意中留有解释余地，而是将违法性认识错误作为在成立故意之后评价行为人是否具备有责性的要素。

而我国《刑法》关于犯罪故意和有责性、违法性认识错误等内容的规定现状，和上述德国刑法有重大区别。第一，我国《刑法》第14条规定了故意犯罪的构造：“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。”第二，我国《刑法》并无关于违法性认识错误如何出罪或者减免责任的直接规定。第三，我国《刑法》没有法条直接表明可以容纳期待可能性等超法规责任阻却事由。那么违法性认识错误阻却犯罪的成立想获得我国《刑法》的规范支撑，能且只能通过第14条来实现，需要将“危害社会”的明知也就是对社会危害性的认识解释成，除了包含对构成要件事实的认识还包括对违法性的认识。

2. 我国《刑法》犯罪故意概念中的社会危害性即为违法性。

那么在此就有必要探讨社会危害性认识与违法性认识是什么关系。学界主要有三种观点，第一种观点认为社会危害性认识就是违法性认识^①，第二种观点认为，犯罪故意的认识包含形式的违法性认识和实质的违法性认识，刑法第14条“危害社会”的明知为形式违法性认识可能性和实质违法性认识可能性在故意概念中留下了一席之地。^②第三种观点认为，形式违法性包含了实质违法性（社会危害性）的评价，“当讨论违法性的认识问题时，这里的‘违法性’应是指作为二阶评价的形式违法性（禁止性），而非作为一阶评价的实质违法性（社会危害性）”^③。上述第二、第三种观点在解决违法性认识问题时本质上与第一种观点无异。两种观点都是在区分形式违法性和实质违法性的前提下又让社会危害性认识的范围包含形式违法性和实质违法性认识的全集。这说明，违法性认识可以在我国《刑法》第14条犯罪故意中的社会危害性认识中被容纳，因而有学者指出“故意说”在此具有优势，我国《刑法》第14条关于故意的规定便是违法性认识的法条依据。^④

不过也有学者指出我国《刑法》第16条关于意外事件和不可抗力的规定作为将违法性认识放置于责任阶层的规范依据。理由是将我国《刑法》第16条的“不是出于故意或者过失”解释为“不是出于故意违法或者过失违法”，亦即不是故意违反法规范或者过失违反法规范，而是缺乏认识法规范的可能性。^⑤这种观点具有一定合理性，然而相比于用我国《刑法》第14条和第15条来容纳违法性认识，用《刑法》第16条不可抗力和意外事件来解读违法性认识的观点绕了更远的路。在我国当前，期待可能性能否用《刑法》第16条作为出罪依据都尚有争议，《刑法》第14条和第15条中能够容纳违法性认识的情形下，还要单设置责任阶层，“改造现行犯罪论体系”^⑥。故将违法性认识作为责任阻却要素，属于舍近求远的解决方案。正如陈兴良教授所指出的如果采用三阶层的犯罪论体系，对于违法性认识当然采取“责任说”。但由于我国是四要件犯罪构成体系，所以只能放在构成要件阶层。^⑦因而可以排除上述观点1、观点2和观点4。

（二）违法性认识作为主观构成要件在犯罪论体系上具有合理性

观点3将故意置于该当性阶层，认为违法性认识是故意成立的要素。笔者在此观点基础上认为结合我国《刑法》，违法性认识是故意和过失成立共通的要素，我国《刑法》第14条规定了故意，故意之中的社会危害性认识和第15条过失犯罪中对危害社会结果发生的疏忽大意而没有预见，或者已经预见而轻信能够避免都可以容纳违法性认识错误。

1. 故意的判断包含违法性认识要素符合规范责任论的发展方向。

从学术史的发展上看，故意和过失的判断不只是事实评价，也要包括规范评价符合规范责任论。规范

① 参见陈兴良：《违法性认识研究》，《中国法学》2005年第4期。

② 参见曾文科：《犯罪故意概念中的“危害社会”：规范判断与归责机能》，《法学研究》2021年第5期。

③ 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（西北政法大学学报）》2020年第6期。

④ 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。

⑤ 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（西北政法大学学报）》2020年第6期。

⑥ 陈兴良、周光权：《刑法学的现代展开》，北京：中国人民大学出版社，2006年，第204页。

⑦ 参见陈兴良：《教义刑法学》（第3版），第578—579页。

责任论相比于心理责任论的变化，不只是在心理事实要素的基础上要增加规范评价的要素，更为重大的变化是在判断心理事实是要和规范评价同时进行，“随着刑法理论日益朝目的理性的方向发展，故意概念已无法再拘泥于事实本体和日常用语，而必须根据实质的可谴责性这一规范标准来加以构建”^①。这在行政犯或者法定犯大量在立法中出现的实定法背景下就更具有实用意义。例如刑法当中涉及的淫秽物品犯罪，如何解读“淫秽”，行为人需要对所走私或者售卖物品具备“淫秽”的属性有所了解，那么“淫秽”作为规范构成要件要素，对其判断必然和事实判断不可分离。不过有反对观点指出，“规范责任论是在心理责任论的基础上融入了规范分析，并不意味着对作为心理事实的故意、过失概念要加入规范判断的内容”^②，反对观点试图把存在论意义上多数情况下具有水乳交融状态的事实和规范评价截然分开，固然具有理论上的科学性，然而在实践中很难操作。

在错误论中最为典型的区分事实评价和规范评价的难题是事实认识错误和违法性认识错误（又或者禁止错误、法律认识错误）的区分。例如有学者指出关于填补空白的规范的客观要素的错误是构成要件错误，关于填补规范的错误是禁止错误。构成要件错误阻却故意，禁止错误减免责任。以非法狩猎罪为例，非法狩猎罪的空白构成要件要素是违反保护期的规定，关于保护期的时间界限或关于日期的错误是构成要件错误，关于禁止在保护期狩猎的错误则是禁止错误。两种不同错误的处理方式不同。^③然而，明知保护期时间而看错日期去狩猎和不知道处于保护期时间去狩猎，这二者没有本质区别。即便日历不是法律，但已经是全球通行的时间规则，这种对通行时间规则的不在意，是对全人类社会共识性规则的背反，其对社会秩序满不在意的态度或者说恶意未必轻于忽略了对保护期日期的查询。并且从证据角度讲，但凡狩猎保护期狩猎的行为人说自己知道保护期的法律规定，但是看错打猎当天日期，如此这般辩解即可以阻却故意，这也给行为人狡黠脱逃罪责留有空间。因而笔者认为，强行区分事实认识错误和违法性认识错误在多数涉及空白罪状、规范性构成要件要素的认识错误中几乎不具有可行性。既然事实认识错误和违法性认识错误难以区分，那么违法性认识错误（或者违法性认识可能性的缺乏）应当和事实认识错误一样发挥阻却故意的功能，这符合规范责任论的发展方向。

2. 违法性认识作为故意和过失判断的共同要素不产生处罚漏洞。

在明确违法性认识应该作为主观构成要件要素，并且是故意的构成要件之后，下一步要讨论的问题是违法性认识是否也是过失犯罪的主观构成要件。“故意说”受到“责任说”的最大指摘在于“故意说”会造成处罚漏洞。然而本文认为可以将违法性认识错误作为故意和过失共同的成立要素，不会造成处罚漏洞。

第一，过失犯的构造和故意犯一样包含违法性认识可能性。过失犯罪要求行为人对危害结果的发生应当预见而没有预见，或者已经预见而轻信不会发生。这种对违反法律的认识就自然包含在对危害结果的预见可能性之中。例如我预见到我不遵守交通规则，闯红灯，会上新闻被曝光是一种结果，而我预见到我不遵守交通规则会导致撞伤正在按信号灯过马路的行人，才是交通肇事罪中认定过失所需要预见到的内容。因而过失犯中的预见可能性必然包含违法性认识，只是这种认识不需要真实存在已然发生，是违法性认识可能性即可。正如考夫曼认为，“对于不法意识亦有同样的意义，行为人在其行为的时点，不是通过特别的法律想象，而是被其对于行为的社会、人性的意义的认知所影响，他是在行为者的意识阶层——社会伤害性的意识，一般几乎均认为，那不需要是一个清楚的认识，只要是一个‘非反射的意识’、一个‘边缘的意识’，一个‘持续相伴的意识’就足矣”^④。可见无论是故意犯罪还是过失犯罪，都表现出了“社会伤害性的意识”，而过失犯罪的这种意识未必是一种清楚的认识罢了。那么即便行为人实施过失犯罪，在保证法律的安定性，保障公民对法秩序的信赖的前提下，也要求行为人需要对自身行为是触犯法律的至少

① 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。

② 周光权：《违法性认识不是故意的要素》，《中国法学》2006年第1期。

③ 参见江溯：《规范性构成要件要素的故意及错误——以赵春华非法持有枪支案为例》，《华东政法大学学报》2017年第6期。

④ 阿图尔·考夫曼：《法律哲学》（第2版），刘幸义等译，北京：法律出版社，2011年，第150页。

要具备认识可能性，这是行为人成立过失犯罪的基本条件。因而违法性认识可能性是故意和过失成立的共同的判定要素。

第二，所谓处罚漏洞并不存在，对于只规定了故意犯罪，没有规定过失犯罪的行政犯，从刑事政策来讲有两种可能：第一种是立法者只处罚具有违法性认识或者具有高概率的违法性认识可能性的行为，而对于违法性认识可能性较低或者对于危害结果发生意志和意愿薄弱的行为不作为犯罪处理。例如非法持有枪支罪，只处罚故意持有枪支的行为，对于过失持有枪支的行为不予处罚。这种情况下所谓的只处罚故意而无法处罚过失的刑法处罚漏洞，代表立法者在适当提高入罪门槛，扩大公民的自由行动范围，减少对行为法律评价结果的不可预期性；第二种是立法者将具有违法性认识和具有违法性认识可能性的主观心理状态通通归入到故意犯罪之中，对故意的证明标准变低。例如非法出租、出借枪支罪，如果行为人辩称新来单位刚配枪支不了解枪支管理相关规定，那么裁判者轻易不会认同这种辩解，默示根据法律只要具备持枪资格的人，根据常理都应该知道枪支管理规范。因而这一类犯罪不可能存在过失的犯罪心理。一旦出现都推定为故意犯罪。这种情况下所谓的处罚漏洞也根本不存在。

第三，既有故意犯罪也有过失犯罪的法定犯类型，将违法性认识作为认定成立故意或者过失之后的责任要素，反而无法实现故意和过失的梯度衔接。例如《刑法》第396条故意泄露国家秘密罪、过失泄露国家秘密罪，可以是故意罪责也可以是过失罪责，如果在该当性阶层，考察行为人主观心理时不考虑行为人的违法性认识可能性，认定主观构成是故意，再到责任阶层审查以违法性认识错误作为阻却责任事由进行审查时，采取严格责任说，不具备违法性认识直接定罪，不可能有回溯到构成要件阶层再去审查是否成立过失犯罪的判断思路。而采取限制责任说，认为违法性认识可能性的缺乏也可以作为阻却责任的要素，那么如果违法性认识可能性极其低微，不认为是故意犯罪，也再无可能回溯到之前的构成要件阶层审查是否成立过失犯罪。因而将违法性认识放置在故意和过失主观构成要件的审查过程当中，是具有合理性的，能够使得故意和过失的主观构成要件具有梯度递减性的衔接可能性。

综上，本文认为，违法性认识或者违法性认识可能性是主观构成要件要素，可以是判定成立犯罪故意和犯罪过失的共同要素。

四、违法性认识错误不可避免性判定标准的构建

学界普遍指出对违法性认识的证明是极其困难的^①，因而司法实践中违法性认识否定论一直居于主流。所以将违法性认识理论作为成立犯罪的消极要素，必须对于判定标准进行构建。这可以从信赖保护的立场出发构建判定思路。

刑法保护公民的信赖有两点，第一，公民自身遵守法律，则不会被刑罚处罚，第二，其他人碍于刑罚的威慑，也会遵守法律，不会僭越损害他人权利。违法性认识理论鲜明体现刑法保护公民信赖利益，当行为人具备违法性认识或者认识的可能性，而拒不遵守法律，则表示出了对法规范的蔑视或者轻视，具备这一要素才能对行为人予以惩罚。而行为人不具备违法性认识或者认识的可能性，则不需要对行为人予以惩罚，也是对公民信赖的保护。那么通过违法性认识理论，实现现代刑法保护的公民信赖之目的，就需要技术上的处理，需要在保护公民信赖法律不会剥夺自身自由，以及威慑其他妄图或者已经僭越他人自由空间的不法行为，在二者之间寻求平衡。寻求平衡的方式，在违法性认识的判断中，应当结合不同类型人群对法律认识之差异，划定他们应当了解和遵守法律的义务范围。

为了观察我国《刑法》中的法定犯立法现状，笔者以“非法”“违反”“不符合”“未取得”“禁止”为关键词在我国《刑法》分则全文中搜索，共计找到102个法条。笔者观察这102个法条涉及的罪名虽然都是法定犯，但是对行为人的职业身份和专业认识程度要求不同。即便同样是法定犯，违反或者不符合国

^① 参见陈兴良：《违法性认识研究》，《中国法学》2005年第4期；周光权：《违法性认识不是故意的要素》，《中国法学》2006年第1期；刘霜、赵浩森：《违法性认识的理论争议与实践判定》，《辽宁大学学报（哲学社会科学版）》2020年第6期。

家法律法规的规定，其中一类法定犯是针对专业人，另一类是一般人。

针对专业人的法定犯，《刑法》对行为主体的职业身份和专业技能程度都要求较高，其中，第一种，对职业身份要求高的法定犯，例如《刑法》第 396 条私分国有资产罪，行为主体是国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体的直接负责的主管人员和其他直接责任人员，第二种，对专业技能程度要求高的法定犯，例如《刑法》第 336 条非法行医罪，此类型法定犯，行为主体之所以能成为行为主体，前提就是对国家法律法规，行业内部规则或者技术应当具有深入了解。职业身份取得的要求高、业务技能掌握程度专业的人，法律赋予其自由活动的自由相应变少，这也符合权利义务对等的基本规律。

针对一般人的法定犯，有两种情况，第一种，对职业身份要求不高的法定犯，例如《刑法》第 225 条非法经营罪，这不是特殊主体犯罪，社会主义市场经济中参与经济活动主体的准入资格范围宽泛，个体工商户、合伙企业等商事主体资格容易取得，社会公众参与市场经营的门槛较低。第二种，对专业技能程度要求不高的法定犯，例如《刑法》第 133 条交通肇事罪，现在取得交通道路驾驶资格证的人越来越多，驾驶汽车不是特种行业，而是生活技能。经统计，针对一般人的法定犯有 45 个。

在此需要说明三点，第一，笔者对一般人和专业人的分类主要考虑某些技能的普及以及从业身份的获得门槛低，相应地职业技能培训周期也短，如道路驾驶技术，又如市场营销行业，因而将从业门槛低的行业划定为一般人即可从事的行业。或许此分类会有争议，笔者坚持这种区分的原因在于法定犯时代行政法规浩繁，要求人人都是专业人士必然会苛责民众，损伤民众对个人自由行动空间安定感的信赖，影响民众积极参与社会生活的热情，因而要适当放宽一般人的范围。第二，针对一般人的法定犯也可能由具有职业身份或者专业技能程度高的行为人实施，在这种情况下归责原则，对违法性认识是否阻却故意的判定则根据针对专业人的法定犯的归责标准。第三，法定犯只是讨论违法性认识理论适用比较具体的场合，在非法定犯情形下也可能出现违法性认识理论的适用问题，本文分为专业人和一般人的不同归责标准的规则设置，一样可以适用于非法定犯场合。

接下来根据罪名的主观心理是故意还是过失，或者既包含故意也包含过失予以进一步分类。正常来讲应该可以分成六类，然而笔者发现针对一般人的法定犯，并不包含既可以由故意也可以由过失成立的类型。这样就分为五类。见表 1：

表 1 法定犯主体及主观方面法律规定分类表

主体	主观心理	罪名
一般人	类型 1 故意 (42 个罪名)	第 128 条第 1 款非法持有、私藏枪支、弹药罪；第 133 条之一危险驾驶罪；第 142 条之一妨害药品管理罪；第 159 条虚假出资、抽逃出资罪；第 163 条第 2 款非国家工作人员受贿罪；第 165 条第 2 款非法经营同类营业罪；第 166 条第 2 款为亲友非法牟利罪；第 219 条侵犯商业秘密罪；第 222 条虚假广告罪；第 225 条非法经营罪；第 228 条非法转让、倒卖土地使用权罪；第 230 条逃避商检罪；第 234 条之一第 3 款组织出卖人体器官罪；第 244 条之一雇用童工从事危重劳动罪；第 253 条之一侵犯公民个人信息罪；第 255 条打击报复会计、统计人员罪；第 262 条之二组织未成年人进行违反治安管理活动罪；第 297 条非法携带武器、管制刀具、爆炸物参加集会、游行、示威罪；第 322 条偷越国（边）境罪；第 325 条非法向外国人出售、赠送珍贵文物罪；第 332 条妨害国境卫生检疫罪；第 334 条之一非法采集人类遗传资源、走私人类遗传资源材料罪；第 337 条妨害动植物防疫、检疫罪；第 339 条非法处置进口的固体废物罪；第 340 条非法捕捞水产品罪；第 341 条危害珍贵、濒危野生动物罪；第 341 条第二款非法狩猎罪；第 341 条第三款非法猎捕、收购、运输、出售陆生野生动物罪；第 342 条非法占用农用地罪；第 342 条之一破坏自然保护地罪；第 343 条非法采矿罪；第 343 条第二款破坏性采矿罪；第 344 条危害国家重点保护植物罪；第 344 条之一非法引进、释放、丢弃外来入侵物种罪；第 345 条第二款滥伐林木罪；第 350 条非法生产、买卖、运输制毒物品、走私制毒物品罪；第 389 条第二款行贿罪；第 391 条对单位行贿罪；第 393 条单位行贿罪；第 396 条私分国有资产罪；第 396 条第二款私分罚没财物罪；第 135 条生产、销售不符合安全标准的食品罪
	类型 2 过失 (3 个罪名)	第 133 条交通肇事罪；第 139 条消防责任事故罪；第 330 条妨害传染病防治罪

续表1

主体	主观心理	罪名
专业人	类型3 故意 (43个罪名)	第125条第1款非法制造、买卖、运输、邮寄、储存枪支、弹药、爆炸物罪；第125条第2款非法制造、买卖、运输、储存危险物质罪；第126条违规制造、销售枪支罪；第128条第2款非法出租、出借枪支罪；第134条第2款强令、组织他人违章冒险作业罪；第134条之一危险作业罪；第145条生产、销售不符合标准的医用器材罪；第146条生产、销售不符合安全标准的产品罪；第148条生产、销售不符合卫生标准的化妆品罪；第180条第4款利用未公开信息交易罪；第184条金融机构工作人员受贿的犯罪及其处罚；第185条之一第2款违法运用资金罪；第186条第一款违法发放贷款罪；第186条第二款违法发放贷款罪；第188条违规出具金融票证罪；第189条对违法票据承兑、付款、保证罪；第190条逃汇罪；第235条之一第二款侵犯公民个人信息罪；第285条非法侵入计算机信息系统罪；第285条第二款非法获取计算机信息系统数据、非法控制计算机信息系统罪；第286条第一款破坏计算机信息系统罪；第286条第二款破坏计算机信息系统罪；第288条扰乱无线电通讯管理秩序罪；第327条非法出售、私赠文物藏品罪；第329条第二款擅自出卖、转让国有档案罪；第334条非法采集、供应血液、制作、供应血液制品罪；第336条非法行医罪；第336条第二款非法进行节育手术罪；第338条污染环境罪；第355条非法提供麻醉药品、精神药品罪；第384条挪用公款罪；第385条第二款受贿罪；第401条徇私舞弊减刑、假释、暂予监外执行罪；第403条滥用管理公司、证券职权罪；第405条徇私舞弊发售发票、抵扣税款、出口退税罪；第405条第二款违法提供出口退税凭证罪；第407条违法发放林木采伐许可证罪；第410条非法批准征收、征用、占用土地罪、非法低价出让国有土地使用权罪；第420条军人违反职责罪；第427条指使部属违反职责罪；第435条逃离部队罪；第442条擅自出卖、转让军队房地产罪；第437条擅自改变武器装备编配用途罪
	类型4 故意+过失 (5个罪名)	第398条故意泄露国家秘密罪+过失泄露国家秘密罪；第432条故意泄露军事秘密罪+过失泄露军事秘密罪；第408条之一食品、药品监管渎职罪
	类型5 过失 (9个罪名)	第131条重大飞行事故罪；第132条铁路运营安全事故罪；第134条第1款重大责任事故罪；第135条重大劳动安全事故罪；第135条之一大型群众性活动重大安全事故罪；第136条危险物品肇事罪；第137条工程重大安全事故罪；第331条传染病菌种、毒种扩散罪；第436条武器装备肇事罪

在上表分为两大类五小类的基础上，笔者对各类型违法性认识或者违法性认识可能性的判定标准逐一讨论。

(一) 针对一般人的法定犯应当采取严格故意说

针对一般人的法定犯，根据对其主观构成要素规定为故意还是过失，可以分成两类，分别是表一中的类型1和类型2。类型1是针对一般人规定的法定犯，只能由故意犯罪心理实施，采取严格故意说。类型2是针对一般人规定的法定犯，只能由过失犯罪心理实施，具有违法性认识的可能性即构成过失心理。针对一般人的法定犯，处理方式上实质是采取严格故意说。这种标准设定的合理性可以从对严格故意说的质疑之回应得到证明，毕竟否定之否定即为肯定。

反对观点对严格故意说提出了以下疑问：首先，行政法规中规定了大量的行政犯，如果要求故意的成立必须有违法性的认识，那么，当行为人不知道或者忘记了行政法规时（这种情况很多），便不构成故意犯罪，行政法的目的就不可能实现。其次，根据这一学说，对违法性的认识错误常常阻却故意，但又承认能成立过失。这样，行为人对犯罪事实具有认识态度时，只是因为缺乏违法性的认识而成立过失，这会导致概念上的混淆。^①

笔者认为上述针对严格故意说的反对观点，是在没有对法定犯是针对专业人还是没有那么专业的一般人进行区分的情形下做出的。当确定仅在针对一般人的法定犯，并且是故意犯罪中持严格故意说，上述疑问便很好化解。第一，行政法规被一般人遗忘或者理解错误是有可能的，例如第133条之一危险驾驶罪的适用场景中可能出现，作为一般人的机动车驾驶人，对于红绿灯新增的指示方式或者某路口的新变更驾驶规则并不了解，也有可能出现，在酒驾入刑初期，行为人对于小区内道路是否属于公共交通道路存在误解，在上述这些情况下若确认行为人具有危险驾驶罪的故意，那么就是过分苛责。第二，在不成立故意犯罪的情形下，当

^① 参见张明楷：《刑法格言的展开》（第3版），北京：北京大学出版社，2013年，第384页。

某罪名规定了过失犯罪，那么判断行为人对于行为的违法性是否具有认识可能性，有则成立过失犯罪，无则出罪，这不是概念上的混淆，而是根据罪刑法定原则，在有规定过失犯罪的情形下，比照故意犯罪降低了违法性认识所要达到的程度。因而在将法定犯中一般人即有可能实施的犯罪抽出来单独设立以严格故意说为判断故意的标准具有合理性。以下对严格故意说在类型 1 和类型 2 的具体适用展开举例说明。

1. 类型 1：一般人主体以故意为主观构成要件的法定犯。

一般人主体以故意为主观构成要件的法定犯，行为人需要对不法行为的违法性质具有认识，而不是认识可能性，只有在具有认识的情况下，才能认定行为人具有实施犯罪的故意。当行为人没有不法认识，不能成立故意。

针对一般人的法定犯，证明行为人主观违法性认识需要结合其过往经历判断。例如在大学生掏鸟案中^①，被告人闫某天和王某军掏鸟窝，两次共掏得 16 只鸟，其中逃跑一只，死亡一只，剩余部分被售出获利 1080 元，案发后查明二人所出售鸟类系国家二级保护动物。二人行为被认定成立非法猎捕珍贵、濒危野生动物罪，二人分别被判处有期徒刑十年六个月和十年。本案中辩护人提出二被告人不具有“明知”，被告人闫某天辩称自认为掏的是喜鹊的窝。然而结合全案证据来看，被告人具有违法性认识，即便二被告人不是从事野生动物保护工作的专职人员，但是被告人之一闫某天是“河南鹰猎兴趣交流群”的一员，曾经收购凤头鹰又在网上出售，并专门标注“阿穆尔隼”，因而闫某天和王某军是有指向性针对性地猎捕珍稀鸟类进行贩卖。除非二人能举出证据证明，相信了某权威意见，该意见指出阿穆尔隼不是珍贵、濒危野生动物，唯此才有可能排除罪责。因而本案应当认定成立故意犯罪。

但是如果行为人不可能有机会知道自己的行为违反刑法，那么即可以排除故意犯罪。例如，2011 年 5 月 1 日《刑法修正案（八）》开始施行，醉驾入刑。2011 年 5 月 1 日一男子张三服刑 3 年有期徒刑完毕出狱，出狱后一个人去餐馆吃饭喝闷酒，饭毕开车回家，途中被警察拦截，经检测血液酒精含量达到醉驾入罪标准。假设张三在狱中没有机会得到普法教育知晓醉驾入刑，出狱当天也未与外人交流，且未使用智能手机，无渠道知道醉驾入刑这一刑事立法更新，那么行为人就无违法性认识可能性，阻却故意的成立，不能作为犯罪处理。

2. 类型 2：一般人主体以过失为主观构成要件的法定犯。

一般人主体以过失为主观构成要件的法定犯，行为人需要对不法行为的违法性质具有认识可能性，即成立过失。如果行为人完全没有违法性认识可能性，则排除过失的成立。在法定犯中此类型仅有三个罪名，分别是：第 133 条交通肇事罪、第 139 条消防责任事故罪、第 330 条妨害传染病防治罪。这三个罪名都可以由不具有职务上特殊身份和业务上特殊技能的一般人实施。这些犯罪，只要行为人具有违法性认识的可能性，那么就可以确认具备过失的犯罪心理。需要注意的是，这类犯罪中行为人对行为的危害性的认知，不可能达到确切的违法性认识的水平（100%的违法性认识），因为过失行为的危险流具有盲目性，所以其与结果之间的因果关系也具有盲目性。^②一旦行为人对行为及其结果具备违法性已经有确切地认识了，即不再具有盲目性，就意味着行为人对结果发生可能性的概率判断已经达到了较高水平，这种情况行为人不成立过失犯罪，应当成立故意犯罪。

（二）针对专业人的法定犯应当采取限制故意说

针对专业人的法定犯应当采取限制故意说，相对于严格故意说，降低了成立故意的门槛，降低了证明标准。限制故意说以违法性的意识作为故意的要素，但是这种意识只需要表现出“法盲目性”“法敌对性”这种潜在的意识即可。^③“有意识反抗法律者，表明一个认真的国民背弃对受刑法保护的法益的尊重要求。”^④所以限制故意说，相比于严格故意说，降低了证明标准，更为严苛。从保护信赖关系的角度解读，国家权力赋

① 河南省辉县市人民法院（2014）辉刑初字第 409 号刑事判决书；河南省新乡市中级人民法院（2015）新中刑一终字第 128 号刑事裁定书。

② 参见柏浪涛：《构成要件错误的本质：故意行为危险的偏离》，《法学研究》2018 年第 3 期。

③ 参见西田典之：《日本刑法总论》，刘明祥、王昭武译，第 193 页。

④ 陈兴良：《违法性认识研究》，《中国法学》2005 年第 4 期。

予公民个人一定的履行职务和实施业务技能的空间，那么这类专业人士即被国家赋予了信赖，行为人需要以严谨认真履行职责回馈国家赋予的信赖，同时也能让社会公众相信国家选定的专业人士实施相应职务或者施展相应技术，这种专业人士在吉登斯的理论中被称为“脱域”机制里的专家系统^①，在蒂利的理论中被称为“政府代理人”^②，而民众信赖政府代理人，信赖专家系统，则是社会治理能够顺利展开的媒介，不能或缺。为了保护这种信赖，必须对专业人士设置更高的对职业规范、技术规范的遵守义务。

1. 类型3：专业人主体以故意为主观构成要件的法定犯。

专业人主体以故意为主观构成要件的法定犯，只要行为人具备违法性认识可能性，哪怕只是1%的认识可能性，也认定行为人具备故意。表一中类型3共计有43个罪名，或者是具有职务身份，或者是具备专业技能，正因为具备职务身份或者专业技能，作为社会运转过程中的“专家系统”组成部分，得到了社会公众的信赖，因为职务身份和专业技能也得到了更多的资源和机会，所以立法者必然呼唤这类人必须具备更强的规范遵守性，法忠诚性，那么刑事法进行的回应就是对专业人为主体的法定犯，证明其具有故意的标准降低，仅具备违法性认识可能性即可，这也正是类型3严于类型1的原因。

具备职务身份的法定犯，例如第184条金融机构工作人员受贿罪、第188条违规出具金融票证罪的行为主体是银行或者其他金融机构的工作人员，行为主体具备职业身份的前提就是通过了岗前关于专业业务和个人品行的组织考察，因而才能获得机构信赖从事相关业务。行为人因获得岗位而能得到薪资酬劳，为了能继续在岗位履行职责必须要不断学习行业规范，更新规范认知。这是其履职的前提，故这类人通常都具备违法性认识可能性。

行使专业技能的法定犯，例如第125条非法制造、买卖、运输、邮寄、储存枪支、弹药、爆炸物罪，属于特种行业，从事特种行业的人必须要对该行业之风险及其规避有所了解，所以一般推定行为人一旦从事这一行业即具有违法性认识可能性。在王召成等非法买卖、储存危险物质案中，王召成等人因生产需要，在未依法取得剧毒化学品购买、使用许可的情况下，约定由王召成出面购买氰化钠。案件争议点之一在于氰化钠是否属于危险物质。最高人民法院、最高人民检察院《关于办理非法制造、买卖、运输、储存毒鼠强等禁用剧毒化学品刑事案件具体应用法律若干问题的解释》明确了毒鼠强等五种禁用剧毒化学品系“毒害性物质”，其中并不包含氰化钠。但是有些物质虽然国家没有明令禁止，性质仍然属于“毒害性物质”，甚至毒害性更大。^③ 氰化钠就是属于这类对人体、环境具有相当大毒害性与危险性的物质。根据本文观点，本案如果被告人对其行为，以不知道氰化钠是剧毒物质提出抗辩，抗辩不能成立。应当认定具有犯罪故意。

2. 类型4：专业人主体以故意和过失为主观构成要件的法定犯。

专业人主体以故意和过失为主观构成要件的法定犯，需要衡量行为人违法性认识的可能性程度。大概率具有违法性认识可能性则为故意，小概率具有违法性认识可能性则为过失。这类罪名有3个，表一中类型4所列三个法条五个罪名，分别是：第398条故意泄露国家秘密罪、过失泄露国家秘密罪，第432条故意泄露军事秘密罪、过失泄露军事秘密罪，第408条之一食品、药品监管渎职罪。这三个罪名是可以兼容故意和过失两种罪责的。

至于类型4中各个罪名故意心理和过失心理的区分，这涉及间接故意和过于自信的过失之间的区分。其中违法性认识可能性作为故意和过失共同的成立要素，若以数量衡量50%的概率即为二者分水岭，50%以上概率具有违法性认识，则有可能成立故意犯罪，1%~49%概率具有违法性认识，则有可能成立过失犯罪。而如何确定概率，则需要结合接触国家秘密、军事秘密以及负责食品、药品监管的专业人士其业务能力以及日常工作态度，如果日常业务能力较强能够履行本职工作，那么则可以确定行为人泄露国家秘密、军事秘密、食品药品监管的渎职是故意而为。如果日常业务能力较低，已经不胜任专业工作，则有可能成立过失犯罪。

^① 参见安东尼·吉登斯：《现代性的后果》，田禾译，第24页。

^② 查尔斯·蒂利：《信任与统治》，胡位钧译，上海：上海人民出版社，2021年，第7页。

^③ 参见陈兴良、张军、胡云腾主编：《人民法院刑事指导案例裁判要旨通纂·上卷》（第2版），北京：北京大学出版社，2018年，第60—61页。

3. 类型 5：专业人主体以过失为主观构成要件的法定犯。

专业人为主体以过失为主观构成要件的法定犯，具备违法性认识可能性即成立过失。类型 5 涉及的罪名有九个，均为严重危及公众生命安全的事故类犯罪。这类犯罪的行为主体为具有业务技能或者职务的专业人士，例如重大飞行事故罪的主体是航空人员，又如重大劳动安全事故罪的主体是劳动生产中的直接负责的主管人员和其他直接责任人员。这些具有专业技能或者职务的专业人士，怠于行使谨慎注意义务而发生事故，需要以过失犯罪对其归责，以起到惩戒疏于履行谨慎义务的专业人士，并确保参与劳动生产的劳动者对自身安全的信赖。

类型 5 中行为人对违法性认识的判定，需要结合对违法性认识可能性的盖然性来判断行为人的主观心理是故意还是过失。以 50% 为分水岭，结合行为人日常履职的业务能力和工作态度表现，违法性认识可能性低于 49% 的成立过失犯罪，违法性认识可能性大于等于 50% 的应当成立其他故意犯罪。劳动安全生产情境中，可能有以下三种情况，第一，资深的工程师、监理明知某行为不符合安全生产规章执意进行，并且知道大概率会发生致使工人死亡的危害结果，这种情形不成立过失犯罪，应当成立故意杀人罪或者以危险方法危害公共安全犯罪。第二，资深的工程师、监理明知某行为不符合安全生产规章执意进行，但是不认为会导致工人死伤的结果发生，这种情况是否构成重大劳动安全事故罪，行为人此处如果辩称自己不希望死伤结果发生已然不能成立，因为明知道违反劳动规章还如此执意实施，就意味着对死伤结果持放任态度。这种情况也应当成立其他故意犯罪的罪名。第三，行为人参与工程担当负责人应当知道劳动生产安全规范而不知，例如新出了规章制度而不知，或者对规章理解有误，导致发生了工程指挥过程的失误，因而酿成了重大责任事故，此种情况属于具有违法性认识可能性但却没能认识到，是对规范认识的过失，违法性认识可能性低于 49%，可以成立重大劳动安全事故罪。

结语

违法性认识理论挑战传统刑法的“不知法不免责”观念，为在现代社会中无法知悉繁杂且变动频繁的法律规范的行为人寻找出罪通道，正符合现代性刑法所追求的保护民众对法律规范乃至其个人行动自由之信赖。本文的讨论正是想让违法性认识理论在我国《刑法》中找到依据，并构建在司法实践中分析违法性认识及其可能性如何影响行为定性的具体规则。通过讨论，本文得出以下结论：

第一，我国《刑法》中违法性认识应属于主观构成要件要素，是故意和过失共同的成立要素。我国《刑法》不具备可供三阶层体系中的责任阶层依托的规范，而现行法中关于故意和过失规定中的“危害社会”即表明故意和过失需要社会危害性认识，而违法性认识或者违法性认识可能性就可以依托社会危害性认识而存在，据此获得现行法规范支持。并且故意和过失的判断包含违法性认识要素符合规范责任论的发展方向，以违法性认识作为故意和过失判断的共同要素还可以避免产生处罚漏洞。

第二，违法性认识及其可能性如何影响故意和过失的成立，不能简单“一刀切”地采取严格故意说或者限制故意说，应当结合我国《刑法》分则的具体规定进行类型化讨论。本文将 102 个法定犯罪名分成 5 类，并分别确定违法性认识及其可能性的判断如何影响故意和过失成立的规则。如表 2 所示：

表 2 我国《刑法》中五类法定犯违法性认识程度表

序号	主体类型	主观要件	违法性认识程度
类型 1	一般人	故意	100%
类型 2	一般人	过失	1% ~ 99%
类型 3	专业人	故意	1% ~ 100%
类型 4	专业人	故意；过失	50% ~ 100%；1% ~ 49%
类型 5	专业人	过失	1% ~ 49%

上述类型化处理违法性认识及其可能性与故意和过失的认定，优点在于：第一，区分一般人和专业人为主体的法定犯其认定主观心理所需要的违法性认识程度，是从国家进行社会治理需求的角度赋予专业人更多

守法义务，有利于保护社会信赖关系。第二，将违法性认识的程度进行划分，实现了故意、过失、无罪的不法程度全覆盖，不会造成处罚漏洞。当然本文的解决构想也存在以下不足，第一，一般人和专业人的区分，笔者仅简单以掌握技能或者从事行业进行区分，例如驾驶汽车属于一般人，而运输危险物质则属于专业人，区分的标准有待进一步明确，并且此标准一定是随着社会经济发展、科技水平的进步而变化，一般人的范围可能越来越大；第二，违法性认识程度的评定指标，100%为具备违法性认识，50%为若干类型中区分故意和过失的分水岭，而1%为违法性认识可能性的最低值，这种评定方式尚停留在需要依靠法官结合现有证据自由心证的方式判断做出。所以笔者坦率承认，本文提出的分类型划段评定成立故意还是过失的方案，是认识论上的推动，但是在方法论上仍有巨大的构建和完善的空间，当然证明方法的探讨就已经从刑法走向了刑事诉论法中证据法学的领域。

笔者认为，上述研究不足的存在，也再次证明了违法性认识理论是刑法学浩瀚理论世界中奇伟瑰怪之所在。言其奇伟，在于违法性认识理论进入刑法便是刑法现代化转型的重要地标，宣示平衡家父主义与自由主义的现代刑法进路；言其瑰怪，在于违法性认识理论需要统合的是体系定位、法规范依托以及证明标准的确定，但凡有一处生变便会得出完全不同的结论。希望本文的研究能够助推这一奇伟瑰怪之景象不再是海市蜃楼，从理论幻象转化为现实规则，促动中国刑法学自主知识体系的构建。

〔本文系作者主持的国家社会科学基金后期资助重点项目“刑法学的现代性反思：以信赖保护为核心展开”（25FFXA001）的阶段性成果〕

（责任编辑：邱小航）

Don't know the Law Can Exemption from Criminal Responsibility?

—— Construction of a Reliance-Protection-Oriented Paradigm
for the Theory of Consciousness of Illegality

WANG Ruosi

Abstract: The judicial application dilemma of the theory of consciousness of illegality lies in the fact that China's Criminal Law does not explicitly stipulate that consciousness of illegality is an element of crime, and there is no specific operational standard in judicial practice regarding how consciousness of illegality and its possibility affect the establishment of intent and negligence. It must be recognized that the incorporation of the theory of consciousness of illegality into the criminal law system is a necessary measure to protect the public's trust in legal norms and even in their freedom of action, as well as an inevitable demand of modern society for a modern criminal law. Moreover, the theory of consciousness of illegality takes the protection of citizens' reliance in their freedom of action as its theoretical foundation and focuses on safeguarding such trust as its primary content. Therefore, it is feasible to explore the theory of consciousness of illegality from the standpoint of reliance protection. From the perspective of criminal policy based on reliance protection, the theory of consciousness of illegality must be appropriately positioned within China's autonomous criminal law knowledge system. In China's Criminal Law, consciousness of illegality serves as a common element for both intent and negligence, which can be derived from the normative basis in the provisions on intent and negligence in the Criminal Law and is also reasonable within the framework of the criminal theory system. Statutory offenses can be categorized into five types based on whether the subject is a layperson or a professional, and whether the subjective element is intent, negligence, or both. For each of these five categories, specific criteria can be proposed to determine how the degree of consciousness of illegality and its possibility affects the establishment of intent and negligence. This approach will facilitate the construction of a theoretical paradigm of consciousness of illegality that closely aligns with the developmental needs of modern Chinese society and the stipulations of China's Criminal Law.

Key words: consciousness of illegality, reliance protection, intent, negligence, criminal theory system