

刑法规范二重性视阈下犯罪故意的认定

● 童伟华*

【内容摘要】 尽管刑法规范具有二重性,但根据立法目的、法益保护方式及刑法机能、运行模式等,刑法首先是行为规范,其次才是裁判规范。基于裁判规范的属性、内容和运行机制,司法工作者根据事后认定的客观要件事实推定犯罪故意,容易忽视犯罪故意的内涵属性,得出不合理的结论。行为规范视阈下,司法工作者会基于一般人的立场,从行为人行为时意思出发,判断对其有无非难的可能性,有利于发挥刑法的行为规制机能及判断行为人的规范意识,贯彻责任主义原则和培育公众对刑法的信仰,可以克服单一裁判规范视阈下犯罪故意认定的问题。应当基于刑法规范二重性视阈,兼顾事后和事前的判断,根据一般人的立场,考虑行为人个人情况、行为实施的样态方式和背景等因素认定犯罪故意。

【关键词】 裁判规范 行为规范 犯罪故意

一、问题的提出

尽管我国刑事立法和刑法理论都强调定罪应当主客观相统一,然而,近年来我国刑事司法实践对行为人的犯罪故意等主观罪过认定形式化,没有在实质上贯彻刑法责任主义原则。司法实践中,行为人虽然有“故意”,但没有与法规对立的态度,缺乏道义上和法律上的非难可能性的,也被认定有“犯罪故意”。这一做法背离了普通人的正常法感觉和朴素正义感,“当有意图的损害并没有反映出行为人的恶意,且没有辩护事由可以利用时,这就存在明显可能的不公正。”^[1]这也给刑法的施行造成了困惑。

案例 1:某工地上开挖掘机的工人在施工过程中发现一条蟒蛇,该蟒蛇当时嘴巴受伤流血,工人将其抓获后打算杀了吃肉。被告人张某以 500 元的价格向工人购买了该蟒蛇。该蟒蛇伤口愈合后,

* 作者单位:海南大学法学院。本文系作者主持的国家社会科学基金后期资助项目“刑法规范二重性视阈下存疑有利被告人研究”(编号:20FFXB71)的阶段性成果。

[1] 参见[英]威廉姆·威尔逊:《刑法理论的核心问题》,谢望原等译,中国人民大学出版社 2015 年版,第 163 页。

张某将其放生到水库边。但十多天后该蟒蛇又爬回张某家附近,于是张某将其抓起来放在铁笼中饲养,准备过些时候放生。经司法机关委托的机构鉴定,该蟒蛇属于国家一级保护珍贵濒危野生动物。张某辩称确实不知道蟒蛇属于珍贵濒危野生动物,且他是出于保护的目饲养蟒蛇,不知道这也是违法的行为。法院判决认定张某无视国家法律,构成非法猎捕珍贵、濒危野生动物罪。^[2]案例2:杨某系由某省文化厅命名的五道古火会代表性传承人。2016年初,该村过庙会时杨某组织部分村民制造烟花药。公安机关得知后查获烟花药15千克及用烟花药制作的“梨花瓶”成品200个(每瓶含1.46千克烟花药)与其他原料、工具。经鉴定,这些烟花药具有爆燃性。杨某称只是想传承作为非物质文化遗产的五道古火会,政府也认可他作为传承人的身份。他制造烟花药已经20多年,有关部门从未说过不允许。一审法院以非法制造爆炸物罪判处其有期徒刑4年6个月,二审也认定其构成犯罪,但改判免于刑事处罚。^[3]

上述两个案例具有共同特点:一是被告人的行为形式上都符合相应罪名的客观要件。案例1中,涉案蟒蛇根据相关规定属于国家一级保护珍贵濒危野生动物,张某也存在“抓”蟒蛇的行为;案例2中,杨某制造了烟火,经鉴定该烟火也属于刑法上的“爆炸物”,杨某客观上存在制造爆炸物的行为。二是被告人都具有“故意”。无论张某“抓”蟒蛇,还是杨某制造烟花药都是故意,法院则根据行为人的“故意”,直接认定行为人具有“犯罪故意”。三是被告人都并不具有与刑法规范对立的意识和态度。案例1中张某不知道自己养的是刑法保护的珍贵濒危野生动物,其目的也是保护野生动物,主观上没有将其行为与“非法猎捕珍贵、濒危野生动物”联系起来;案例2中杨某未认识到制造的烟火属于刑法上的“爆炸物”,同时认为自己实施的是传承非物质文化遗产的合法行为,不是在“制造爆炸物”。四是被告人对行为性质的认识与一般人并没有什么不同。一般人也难以认识到他们的行为是刑法禁止的行为,甚至认为他们的行为有益于社会,故上述判决引起了公众的不解和对被告人的同情。

上述类型案件的处理在我国司法实践中并非个案。例如,近年影响颇大的“王力军非法经营案”“赵春华非法持有枪支案”,即是受到社会普遍关注的同类案件。司法实践中,此类案件的被告人如以不存在“犯罪故意”为由进行抗辩,往往难以获得支持。这也说明,我国刑事司法实践中存在一定程度的以结果等客观要件事实为重心,轻忽犯罪故意等主观罪过的客观化归罪倾向。导致该问题的一个不可忽视的原因是,司法工作者主要基于单一的裁判规范视阈认定犯罪故意等主观罪过。裁判规范作为事后的判断,对应的是结果无价值,司法工作者重视以结果为中心的客观要件事实,倾向于从行为人对客观要件事实的认识中推定主观罪过。这种以对客观要件事实的认识为重心的犯罪故意推定模式,可能与行为人行为时的真实意思不符,也容易忽视行为人是否有反规范的意识。如果司法工作者兼顾行为规范的视阈,就可以有效避免这一问题。行为规范重视刑法的行为规制机能,对应的是行为无价值,它是事前的判断,关注行为人在何种意思支配(或支配可能)下实施客观行为而产生危害结果。对于行为规范而言,人的行为之不法只有在同时考虑行为人之主观时方有作为人的行为的意义,单纯的、外在的、物理的人之身体动静并不为法秩序所关注,只有在其中掺入行为人的主观内容后才使之与法益侵害建立联系。^[4]行为规范视阈下,司法工作者会基于行为人的立场,从行为人行为时意思出发,判断对其有无非难的可能性,从而更好地认定有无犯罪故意。例如,防卫致人死亡的

[2] 参见海南省三亚市中级人民法院(2019)琼02刑初100号刑事判决书。

[3] 参见河北省石家庄市中级人民法院(2017)冀01刑终557号刑事裁定书。

[4] 参见陈子平:《刑法总论》,元照出版公司2017年版,第242页。

案件,单一裁判规范视阈下,司法工作者更多地关注行为致人死亡等客观要件事实,根据行为人对客观要件事实的认识推定行为人有无犯罪故意,行为人行为时有无防卫意思,则未受到应有的重视。这也是司法实践中较少认定正当防卫的原因之一。如果兼顾行为规范视阈,重视行为人基于何种主观意思实施了致人死亡的行为,在主客观要件认定上就不会有失偏颇,更不至于因向客观要件倾斜而轻易否定正当防卫。

基于上述认识,本文拟首先对刑法中行为规范和裁判规范的关系进行探讨,在此基础上阐释单一裁判规范视阈下犯罪故意认定的缺失,进而论证结合行为规范视阈认定犯罪故意的合理性。最后,本文将就刑法规范二重性视阈下如何认定犯罪故意提出若干建议。^[5]

二、刑法中行为规范与裁判规范的关系

刑法规范既是行为规范也是裁判规范,具有二重性。前者是指向普通公民发出警示,告知其何种行为为刑法所禁止;后者是指为司法工作者依法裁判提供充足的指引。^[6]行为规范和裁判规范尽管在大多数场合都以同一刑法条文为载体^[7],但在一些方面还是有所不同,某些情况下会发生分离。

(一)行为规范与裁判规范的不同

行为规范的受众是一般人或普通人,裁判规范的受众是司法工作者。除此之外,两者在机能、内容和判断时点三个方面都不相同。

其一,行为规范和裁判规范的机能不同。刑法的目的是保护法益,刑法对法益的保护通过创设一般人行动预期的行为规范来实现,即通过行为规制预防法益被侵害,这也是刑法中行为规范的机能。刑法中裁判规范的机能则是通过认定和惩罚犯罪维持行为规范,保障行为规范得到遵守,从而间接保护法益。

其二,行为规范和裁判规范的内容不同。日本刑法学者高桥则夫认为,与行为规范相关的问题包括行为、实行行为、作为行为的危险、故意(对实行行为性质的认识)、过失(预见可能性或事前的结果回避可能性)、行为无价值等,与裁判规范相关的问题包括结果、作为结果的危险、因果关系、故意(对结果发生的认识)、结果无价值等。此外,犯罪的未完成形态、共犯等也属于裁判规范的问题。^[8]根据他的观点,行为规范的故意主要是对实行行为性质的认识,裁判规范的故意主要是对结果发生的认识。本文原则上同意高桥则夫的观点,但同时认为,与行为规范相关的问题还应包括违法性认识的可能性或违法性意识,它是行为规范得到遵守的必要条件。至于期待可能性,本文倾向于认为其应当属于与裁判规范相关的问题。例如,不论是否受胁迫,行为规范都要求人们不得实施犯罪行为,当行为人受到胁迫而实施刑法禁止实施的行为时,对行为的责任评价最终就只能由法官事后判断,即属裁判规范的领域。^[9]

[5] 本文重点讨论在刑法规范二重性视阈下应基于什么样的立场和思路认定犯罪故意,犯罪故意的具体构造不是本文的重点研究对象。

[6] 参见[美]富勒:《法律的道德性》,郑戈译,商务印书馆2005年版,第121页。

[7] 刑法规范主要以刑法为载体,但也存在例外。例如,超法规的违法性阻却事由虽然没有规定在刑法条文中,但应当允许其作为法官定罪时的裁判规范。至于行为规范,本文初步认为应当以刑法条文为载体,因为行为规范是人们行动的指南,不能要求一般人基于刑法没有规定的内容去实施或不实施某种行为。

[8] 参见[日]高桥则夫:《规范论和刑法解释论》,戴波、李世阳译,中国人民大学出版社2011年版,第18页。

[9] 参见王永菡:《论刑法上行为规范与裁判规范的分离》,载《清华法学》2015年第5期,第150页。

其三,行为规范和裁判规范的判断时点不同。由于行为规范是面向一般人的预防法益侵害的规范,因而对与行为规范相关的诸问题是事前判断。裁判规范是司法工作者面对业已发生的事实适用的规范,故对与裁判规范相关问题的判断是事后的判断。“在一般人对规范的认识和法官对规范的理解不一致时,是站在事后裁判的立场还是站在行为时的立场,得出的结论也截然不同。”〔10〕

(二)行为规范与裁判规范的分离

如前所述,行为规范和裁判规范在受众、机能、内容等方面不同,两者会发生分离。

一种情形是,由于两类不同规范的受众在专业素养方面的差别,对同一刑法规定的理解可能产生分歧,从而发生行为规范与裁判规范的分离。〔11〕这种分离可以称为“主观上的分离”。以“赵春华非法持有枪支罪一案”为例,对赵春华摆设射击摊位营业的气枪,在一般人看来,“不会认为大街小巷的玩具枪射击类游戏摊位所使用的都是法律所禁止的、具有高度危险性的枪支。”〔12〕然而,裁判规范视阈下,司法工作者根据公安部发布的规范性文件,认定该枪形物具有一定致伤力和危险性,属于枪支。〔13〕这样,对于非法持有枪支罪中“枪支”的含义,两者就发生了分离。

第二种情形是,由于行为规范与裁判规范功能上的差别,导致以同一条文为载体的行为规范与裁判规范内容不一致。这种不一致可以称为“客观上的分离”。具体而言,行为规范主要是向一般人提供刑法上“当为不当为”的行为模式,重在向一般人指明行为的方向,而不是为了让一般人严格甄别什么样的行为构成什么样的罪。裁判规范则不一样,它是刑法为司法工作者提供的定罪量刑的指针,司法工作者必须遵循定罪个别化要求,严格区分此罪与彼罪,否则就违反了罪刑法定原则。例如,《刑法》第129条规定,“依法配备公务用枪的人员,丢失枪支不及时报告,造成严重后果的,处3年以下有期徒刑或者拘役。”立法者在此确立的行为规范是“依法配备公务用枪的人丢失枪支后应及时报告”,而不是“禁止丢失枪支后不及时报告造成严重后果”,因为这样会让人误会为,“即使丢失枪支,但只要没有造成严重后果”,就没事了。刑法对“造成严重后果”的规定,是对司法工作者认定犯罪的具体标准和要求,属于裁判规范的内容。

第三种情形是,由于行为规范与裁判规范在判断时点等方面的不同,对事实及其性质的认识等发生的分离。行为规范是事前的判断,遵循主观支配客观的模式;裁判规范是事后的判断,遵循客观推定主观的模式。故而,行为人行为时认识到的事实及其性质,司法工作者事后判断时未必如此。例如,行为人行为时认为紧迫的不法侵害正在发生,基于防卫的意思致加害人重伤,司法工作者基于事后的客观判断,认为加害行为当时已不存在,认定行为人是伤害的故意而不具有防卫的意思。于是,在客观事实相同的情况下,由于判断的时点不同、面临的具体场景不同,司法工作者对行为人主观认识的判断就不同于行为人的认识。

行为规范与裁判规范的分离,并非立法者有意所为,而是基于客观原因,具有一定的必然性。因此,司法工作者认定犯罪时,应自觉考虑行为规范的属性和特点,尽可能实现裁判结论的妥当性。

(三)行为规范与裁判规范的地位

由于行为规范和裁判规范会发生分离,对两者地位的认识无疑会对刑法适用产生影响:如果认为刑法首先是行为规范其次才是裁判规范,司法工作者适用刑法时就应当同时基于行为规范的视阈认

〔10〕 同上注,第149页。

〔11〕 参见张明楷:《行为规范与裁判规范的分离》,载《中国社会科学报》2010年11月23日,第10版。

〔12〕 参见江湖:《规范性构成要件要素的故意及错误》,载《华东政法大学学报》2017年第6期,第54页。

〔13〕 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。

定犯罪;如果认为刑法首先是裁判规范其次才是行为规范,司法工作者认定犯罪时就会主要基于裁判规范的视阈,而不太会考虑刑法作为行为规范的属性和特点。

一种观点认为,刑法首先是裁判规范其次才是行为规范。如日本刑法学家小野清一郎指出,刑法规范主要(首先)是裁判规范,是对现实发生的犯罪进行裁判的基准,这是刑法规范的最主要功能。^[14]我国刑法学者黎宏教授认为,现代社会刑法规范首先是裁判规范而不是行为规范,因为刑法要遏制的是国家,适用刑法的是司法工作人员,应该采用与裁判规范对应的结果无价值。^[15]张明楷教授也认为,刑法规范首先应当是裁判规范而不是行为规范,因为刑法条文直观地表现出来的首先是对裁判者的指示和命令。例如,《刑法》第261条规定,“对于年老、年幼、患病或者其他没有独立生活能力的人,负有扶养义务而拒绝扶养,情节恶劣的,处5年以下有期徒刑、拘役或者管制。”这一规定首先表现为裁判规范,它指示司法工作人员如何认定和处罚遗弃罪。^[16]他还指出,“理论界都是将刑法作为裁判规范进行解释的,都是为了给法官、检察官提供刑法适用的理论工具,而不是为了‘普法’。”^[17]这种观点与主张刑法规范是纯粹裁判规范的“一元的规范论”没有什么实质差别。在“一元的规范论”看来,刑法“只能作为单纯的法效果来理解”,^[18]基本不考虑刑法的行为规制机能,也不会考虑行为规范视阈下一般人的立场。

另一种观点则认为,刑法首先是行为规范其次才是裁判规范。如在哈特看来,刑法的主要机能在于第一次性地指引市民的行动。只有当犯罪行为实行结束,前述指引机能已无法发挥作用时,才需要法官来履行确认规则已被违反并对犯罪人施以制裁的任务。^[19]德国刑法学者耶赛克等也指出,刑法秩序由立法者的意志表示所构成,要求法成员(国民)为特定行为,刑法规范在社会上首先发挥的作用即是它对每一个人的行为产生指引,由此也可看出其作为行为规范具有首先的意义。当然,从刑法对行为人的行为还将进行事后评价的意义上说,其也是裁判规范。^[20]我国也有学者明确主张刑事立法主要是行为规范,“刑法立法的核心功能在于通过设定刑法法规,确立基本的行为准则供人们遵守,并对违反该准则的行为予以制裁”,^[21]“刑法规范同时具有行为规范与裁判规范的性质,但以行为规范性为主。”^[22]本文原则上赞同刑法首先是行为规范其次才是裁判规范,亦即,行为规范是第一性规范或基础性规范,裁判规范是第二性规范,理由如下。

其一,基于刑法立法目的。立法者制定刑法规范时首先是将刑法规范作为行为规范对待的。例如《刑法修正案(八)》在《刑法》第133条后增设了“危险驾驶罪”作为第133条之一,“醉酒驾驶机动车的,处拘役,并处罚金。”从立法背景可知,该规定首先是为国民提供禁止酒后驾车的行为规范,而不是首先为给法官提供一个制裁醉驾者的裁判规范。只有当行为人违反行为规范的时候,醉驾条文才会成为司法工作者定罪量刑的裁判规范。

[14] 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23页。

[15] 参见黎宏:《行为无价值论批判》,载《中国法学》2006年第2期,第168页。

[16] 参见张明楷:《刑法学》(上),法律出版社2016年版,第26页。

[17] 参见张明楷:《明确性原则在刑事司法中的贯彻》,载《吉林大学社会科学学报》2015年第4期,第26-27页。

[18] [日]高桥则夫:《规范论和刑法解释论》,戴波、李世阳译,中国人民大学出版社2011年版,第2页。

[19] 参见[英]哈特:《法律的概念》,许家馨、李冠宜译,法律出版社2011年版,第88页。

[20] 参见[德]汉斯·海因里希·耶塞克、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292-293页。

[21] 参见付立庆:《论刑法用语的明确性与概括性》,载《法律科学(西北政法大学学报)》2013年第2期,第97页。

[22] 参见陈家林:《论我国刑法学中的几对基础性概念》,载《中南大学学报(社会科学版)》2008年第2期,第205页。

其二,基于刑法保护法益的方式。如前所述,刑法与民法的目的都是保护法益,但在刑事犯罪中,被侵害的法益往往无可挽回。例如,故意杀人罪或故意伤害罪的场合,已经发生被害人死亡或身体机能受到损害的结果,即使对被告人判处刑罚,已造成的损害也无法恢复到原状。因此在刑法中,“法益保护主要是事前性的或预防性的法益保护”,^[23]“刑法是通过事前性地提示比如作为‘禁止杀人’这一行为要求的行为规范来保护法益的。”^[24]民法尽管也具有预防性机能,但它往往作为一种事后的救济手段。例如,在侵权造成损害的场合,当事人完全可以在事后实现损害填补。由此可见,与民法相比,刑法更加倚重行为规范机能的发挥,刑法裁判规范在法益保护方面是间接的、第二性的。

其三,基于刑法的自由保障机能。尽管刑法作为裁判规范具有限制司法权的功能,但只有将刑法首先作为行为规范,才能从根本上保障国民的自由和人权。即使主张刑法主要是裁判规范的学者也指出,“为了保障人权,不致障碍国民的自由行动,不致使国民产生不安感,就必须使国民事先能够根据成文法预测自己行为的性质与后果,必须事先明确规定犯罪与刑罚。”^[25]为国民提供行为预测的可能性和限制法官滥用司法权,是保障国民自由和人权的两个向度,但前者是后者的基础,只有当一般人了解到什么是“当为”“不当为”时,才可能限制法官的恣意妄为。如果将刑法作为单一的裁判规范,刑法就会成为司法工作者的“内部垄断资料”,一般人的自由和人权就难以得到保障了。

其四,基于刑法的运行模式。刑法首先依赖行为规范发挥作用,行为规范是第一次法,裁判规范是第二次法。所谓第一次法是指不为一定的有害行为或为一定的有益行为的法,如果人们没有遵守第一次法的命令或禁止规范,则给予其一定的制裁,这便是裁判规范或第二次法。^[26]因此,行为规范是刑法的基础性规范,是刑法运行的根基。诚如有的学者所言,如果认为一项规范是刑法规范,那么,作为前提的预设必然是该项规范违反了一项行为规范。^[27]

其五,基于刑法发挥作用的方式。刑法作为行为规范在日常生活中发挥作用,作为裁判规范只是偶尔发生作用,只有当有人违反行为规范的时候,刑法的裁判规范机能才能显现,因此,刑法作用的发挥主要是依靠其作为行为规范而不是依赖其作为裁判规范。日常生活中绝大多数人的行为都符合行为规范的要求,终其一生都不会犯罪,裁判规范的适用机会相比行为规范要少得多。

综上所述,刑法首先是行为规范,行为规范是刑法的第一性规范或基础性规范,裁判规范是行为规范的保障,是刑法中的第二性规范。刑法不是为惩罚而惩罚,而是通过惩罚犯罪来督促一般人遵守行为规范。行为规范是目的,裁判规范是手段,裁判规范作为手段服务于行为规范这一目的。

三、单一裁判规范视阈下犯罪故意认定中的问题

司法工作者的职责是根据已经发生的事实认定犯罪、适用刑罚,因此首先面对的是裁判规范。但是,基于单一的裁判规范视阈认定犯罪,与两类规范的地位、作用和运行机制严重不符。其中一个比

[23] 参见[日]高桥则夫:《规范论和刑法解释论》,戴波、李世阳译,中国人民大学出版社2011年版,第7页。

[24] 同上注,第45页。

[25] 参见张明楷:《刑法学》(上),法律出版社2016年版,第46页。

[26] 参见黎宏:《不作为犯研究》,武汉大学出版社1997年版,第94页。

[27] See Luís Duarte D' Almeida, Separation, But Not of Rule, in Paul H. Robinson, Stephen P. Garvey & Kimberly Kessler Ferzan eds., Criminal Law Conversations, Oxford University Express, 2009, p.17.

较突出的问题是,裁判规范的运行机制是司法工作者事后从客观推定主观,而行为规范的运行机制是行为人事前的主观支配客观行为,不同规范视阈下犯罪故意的认定会有所不同。由于刑法首先是行为规范,单一裁判规范视阈下犯罪故意的认定可能会有所缺失。也许有人会反驳说,单一裁判规范视阈下,也是以刑法的相关规定为裁判依据,既然刑法已经对犯罪故意等罪过的规范内涵作了规定,该规定也自然构成了裁判规范的内容。他们也许还会反驳说,主张刑法主要是裁判规范的,也都坚持认定犯罪须主客观相统一,因此,即便在单一裁判规范视阈下,也不会就犯罪故意等罪过的认定产生问题。然而,本文认为,基于裁判规范的属性、内容和运行机制,司法工作者在单一裁判规范视阈下,更加侧重于认定是否存在违反刑法规范的客观要件事实,并根据事后认定的客观要件事实推定犯罪故意等主观罪过,遵循的是客观中心主义立场,在犯罪故意的认定上容易产生一些问题。

(一)易于向客观主义倾斜而致使不当扩大处罚范围

裁判规范与客观主义具有天然的相通性,这是由于裁判规范是事后的判断,司法工作者面对的首先是客观事实,以客观事实的认定为中心,通过客观推定主观。故认为刑法主要是裁判规范的学者,一般主张刑法适用应当向客观主义倾斜,在犯罪论中更重视客观因素。论者提出,刑法应当向客观主义倾斜的好处是,通过对行为及其实害的重视,将刑法的处罚范围限定在违反刑法的犯罪行为内,防止刑罚权的恣意发动,以充分保障国民的自由。^[28]这种观点还主张除共犯外,主观主义在犯罪论的其他领域成立犯罪的范围相较于客观主义要广。^[29]然而恰恰相反的是,向客观主义倾斜意味着行为符合客观要件的前提下,相对轻视行为人的犯罪故意等主观罪过,从而发生某种程度的客观化归罪倾向,导致定罪圈的不当扩张。实际上,向客观主义倾斜的刑法观如同向主观主义倾斜的刑法观一样,都不能发挥自由保障机能,两者不过是从不同的面向扩大刑法的处罚范围罢了。

(二)易于将事后从客观事实推定的故意认定为行为时的故意

单一裁判规范视阈下,司法工作者常基于裁判时认定的客观结果推定行为人有无犯罪故意,而不是基于行为时点的具体场景进行判断,然而,在裁判时点,司法工作者从客观事实出发推定的行为人的故意,未必是行为时点行为人的真实意思。比较典型的是,司法实践中认定正当防卫案件行为人的主观方面时,对造成重大损害结果的,倾向于认定防卫者存在犯罪故意。至于行为时点防卫者面临的客观可能的风险,以及行为人基于此客观可能的风险而产生的主观认识,在单一裁判规范视阈下往往被忽视。由此造成的结果是,原本应成立正当防卫的案件,由于否认行为人的防卫意思而被作为故意犯罪处理。

(三)易于将对客观事实的事后评价推定为行为人对行为性质的认识

单一裁判规范视阈下片面重视结果无价值,容易将司法工作者事后对行为性质的认识和评价推定为行为人行为时对行为性质的认识和评价。上述“张某非法猎捕珍贵、濒危野生动物案”即是其适例。公安机关委托的鉴定意见认为,该蟒蛇属于国家一级保护珍贵濒危野生动物,司法工作者于是认为:既然蟒蛇经鉴定属于国家一级保护珍贵濒危野生动物,而张某又明知自己抓的是蟒蛇,就应当认定张某就认识到了其行为性质是“猎捕珍贵、濒危野生动物”。然而,蟒蛇是当地常见蛇类,根据张某的教育背景、职业经历和生活环境等情况,他确实没有认识到蟒蛇是珍贵、濒危野生动物,也不可能认识到自己行为的性质。由此可见,单一裁判规范视阈下,司法工作者往往不会基于行为人的立场,就

[28] 同上注,第99页。

[29] 参见藤木英雄:《刑法的争点》,有斐阁1987年版,第7页。

行为人对行为性质的认识进行具体考察,而是倾向于将自己对行为性质的事后评价推定为行为人对行为性质的认识。

(四)易于根据行为人对客观事实的认识推定违法性意识

单一裁判规范视阈下,司法工作者倾向于根据行为人对客观事实的认识,直接认定行为人有无违法性意识。这是由于,裁判规范重视结果无价值,有无法益侵害结果至为重要,既然发生了法益侵害结果,行为人又认识到该法益侵害结果,行为人就应具有违法性意识。还是以上述“张某非法猎捕珍贵、濒危野生动物案”为例,法院判决书在指出行为人实施了猎捕珍贵、濒危野生动物的客观事实后指出,“被告人张某无视国家法律……”,构成非法猎捕珍贵、濒危野生动物罪。然而,本案张某即便实施了刑法禁止的行为,从张某个人教育背景、职业经历、生活环境及当时的情况来看,他确实没有违法性认识的可能性,认定其“无视国家法律”并无依据。由于行为人是否具有违法性意识,是与行为规范而不是与裁判规范相关的问题,基于单一的裁判规范视阈判断行为人的违法性意识自然会产生问题。

(五)易于将“故意”直接认定为“犯罪故意”

如前所述,单一裁判规范视阈下,行为人对行为性质的认识、行为人是否具有违法性意识常受到忽视,犯罪故意的规范属性和实质内涵没有得到应有的重视,通常意义上的“故意”常被认定为“犯罪故意”。例如,前述“张某非法猎捕珍贵、濒危野生动物一案”“杨某非法制造爆炸物一案”即是典型的例子。

犯罪故意等罪过的本质,不仅仅是认识客观事实并予以实现的心理态度,更重要的是与法对立的心理和规范态度。^[30]根据我国《刑法》第14条,“故意犯罪”是指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。其中的“明知”不仅要求行为人认识到行为的自然属性——发生结果,更要求行为人认识到行为的社会属性——发生“危害社会的结果”^[31]。换言之,我国《刑法》规定的“犯罪故意”既包括认识客观要件事实的心理态度,也包括危害社会的规范态度,^[32]与通常意义上的“故意”含义明显不同,因为后者不一定包含危害社会的规范态度。例如,假想防卫的场合,防卫者出于防卫的意思杀死加害人的,属于通常意义上的“心理故意”而非“犯罪故意”。因为在假想防卫的场合,行为人认为自己造成的结果不是“危害社会”的结果而是法律允许的结果。

需要说明的是,德日等大陆法系国家刑事立法和刑法学说一般不使用“犯罪故意”而是使用“故意”这一概念,但是德日的“故意”不同于我国刑法中的“犯罪故意”。例如,德国《刑法典》总则没有明确规定故意的定义,德国刑法理论认为德国《刑法典》将行为的具体情状和将情状评价为不法作了区分,对故意而言只要对行为的具体情状有认识即可。至于将事实情状评价为不法,并对这种不法有所认识属于罪责意识,不是故意的范畴。没有不法意识属于不影响故意的罪责问题。^[33]“一个不具有从规范中要求认识这种可能性的人,在规范上就是不可交谈的”,^[34]应当否定其罪责。日本《刑法典》第38条第1项规定,“没有犯罪意思的行为,不处罚……”该条使用了“犯罪意思”而未使用“犯罪故

[30] 犯罪过失的本质则有所不同,不是表现为与法规范积极对立的人格态度,而是漠视规范或不注意规范。

[31] 参见冯亚东:《违法性认识与刑法认同》,载《法学研究》2006年第3期,第115页。

[32] 有人认为本条规定是对“结果”的认识而不是对“行为性质价值评价”的认识。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80-92页。本文认为该条规定既包含了对结果价值评价的认识,也包含了对行为性质价值评价的认识。

[33] 参见[德]乌尔斯·金德霍伊泽尔:《刑法总论教科书》,蔡桂生译,北京大学出版社2015年版,第134页。

[34] 参见[德]克劳斯·罗克辛:《刑法学总论》(第1卷),王世洲译,法律出版社2005年版,第610页。

意”这一表述,日本刑法实务和学术上则使用了“故意”而非“犯罪故意”这一概念。日本刑法学通说认为,“故意”包括构成要件故意和责任故意。^[35]构成要件故意是对客观的构成要件该当事实及其意义的认识。^[36]对“意义”的认识,主要是指对规范的构成要件要素的认识。^[37]至于责任故意,通说认为必须以构成要件的故意为基础,此外还包括具有违法性认识的可能性和期待可能性。^[38]日本刑法实务则认为,违法性意识的可能性是故意的要件,违法性的错误具有相当理由则阻却故意,此即“限制故意”说。“限制故意说”接近实质的“责任故意说”。^[39]由于德日刑法中的责任故意包含违法性认识的可能性这一要素,实质上也是强调与刑法对立的规范态度。

由此看来,我国刑法中的“犯罪故意”不同于德日刑法学的“故意”而是接近德日刑法中的责任故意,只不过前者表现为“危害社会”的规范态度,后者表现为敌视法律的规范态度,二者都表明了行为人规范意识的缺乏,在大多数场合并无实际的差别。^[40]那么,我国刑事司法实践中为何基于通常意义上的故意推定犯罪故意。本文认为,这与单一裁判规范的判断视阈紧密相关。

首先,单一裁判规范视阈下,司法工作者没有基于社会一般人或行为人的立场,而是将司法工作者本人对客观事实的价值评价作为行为人对客观事实的价值评价。一些案件中,司法工作者认为行为人有与规范对立的意识,但包括行为人在内的一般国民则未必有此认识。例如,前述“张某非法猎捕珍贵、濒危野生动物案”,判决书认为张某“无视国家法律”,具有犯罪故意。然而,基于一般人的立场,张某购买和饲养险些被民工吃掉的蟒蛇,并没有反规范的意识,不应认定其有犯罪故意。

其次,裁判规范倾向于采取犯罪故意推定的模式,从客观发生的无价值的事实推定行为人主观上存在犯罪故意,而不是从行为人立场出发,还原行为人真实的主观认识,再据此认定有无犯罪故意。例如“王力军非法经营一案”,王力军确实未根据法律规定办理粮食经营许可证和工商营业执照就进行粮食收购活动,司法工作者基于这一事实推定王力军具有非法经营罪的犯罪故意。但王力军认为,他所在的地方几百人收购粮食都没有办理粮食收购许可证,一般人都不会想到收购农民多余的玉米还要办理收购许可证,更不会意识到有益于农民的行为还具有刑事违法性。司法工作者显然没有考虑王力军和一般人对此可能具有的认识,完全基于客观的事实认定王力军有非法经营罪的犯罪故意。

最后,裁判规范是事后的判断,司法工作者无论对行为性质还是违法性的判断都更为“客观”。然而,受制于行为时的具体环境,行为人在当时未必能认识到行为的性质从而形成反对动机。如“赵春华非法持有枪支案”,在当时的情况下,她确实没有意识到用来摆射击游戏地摊的气枪是刑法规定的“枪支”,一般人也难以认识到这就是“刑法上的枪支”,否则也不至于一审判决引起舆论哗然。案发后,司法机关根据公安部制定的《枪支性能的检测方法》鉴定认为,赵春华持有的枪形物所发射弹丸的枪口比动能大于1.8焦耳/平方厘米,符合枪支的认定标准。但是,由于《枪支性能的检测方

[35] 也有少数学者认为“故意”就是构成要件要素,不承认所谓责任故意,例如西原春夫教授、川端博教授即持该种见解。参见[日]齐藤信治:《刑法总论》,有斐阁1993年版,第109页。

[36] 参见西田典之:《刑法总论》,弘文堂2006年版,第196、198页。

[37] 参见齐藤信治:《刑法总论》,有斐阁1993年版,第109页。

[38] 同上注,第109页。

[39] 参见西田典之:《刑法总论》,弘文堂2006年版,第226页。

[40] 当然二者还是有所区别的。德日刑法学中的有责性判断包括期待可能性这样的消极责任要素,但期待可能性属于客观的责任要素,而犯罪故意属于纯粹的主观要素,期待可能性无论如何也不可能归入犯罪故意中,即使在日本刑法实务中,“限制故意”也不认为故意包括期待可能性。

法》认定枪支的标准很低,包括赵春华在内的一般人在行为时点确实难以认识到这可能是“枪支”,即使是司法工作者,也要鉴定以后才知道该枪形物符合“枪支”的标准。司法工作者基于单一裁判规范视阈,将事后的鉴定意见作为赵春华行为时的认识,就赵春华的“犯罪故意”得出了不合理的结论。

四、基于行为规范视阈认定犯罪故意的意义

如前所述,刑法是裁判规范,但首先是行为规范,认定犯罪不但要依据裁判规范,而且要结合刑法作为行为规范的属性和特点。行为规范面向的是包括行为人在内的一般人,犯罪故意是行为人的犯罪故意,因此,兼顾行为规范视阈认定犯罪故意具有重要意义。

(一)有利于发挥刑法的行为规制机能

裁判规范接近于日本刑法学者高桥则夫所言之制裁规范,他指出,“确实,可以从制裁规范的存在推导出行为规范的存在,但是被禁止的行为和被允许的行为的界限以及被保护的权利领域的确定是不能从制裁规范中产生的。”^[41]故此,一般人对行为界限的认识,以及基于该认识而产生的行为决意,都只能依据行为规范本身。犯罪违反的是行为规范而不是裁判规范,只有结合行为规范认定犯罪故意,才符合犯罪故意的本质属性,才能发挥刑法的行为规制机能。

行为规范通过对行为的控制实现预防犯罪保护法益的目的。“法律以禁止行为为目标,以防止其导致危害结果”,“结果本身并不违法,被禁止的不是结果而是行为,法律不能禁止结果,因为行为并不是其唯一的原因。”^[42]例如,发生人死亡的结果,原因可能多种多样,如果是故意杀人导致被害人死亡,只能说杀人行为是非法的,而不能说人的死亡结果是非法的。行为规范的规制机能应当通过控制违法行为本身而不是通过控制结果来实现。

由于行为规范的受众是一般人,要期待一般人不实施违法行为,刑法条文的含义就应当由一般人而不是司法工作者赋予。一般人都未认识到相关行为属于刑法禁止的场合,通常情形下就不能认定行为人具有挑战刑法的规范态度,不能认定其具有犯罪故意。基于行为规范的视阈解释刑法条文,在刑法的具体适用上考虑一般人对刑法规定的理解,进而判断行为人是否具有犯罪故意,体现了犯罪是对行为规范的违反这一特点,有利于发挥刑法的行为规制机能,从而实现刑法保护法益的目的。

(二)有利于判断行为人的规范意识

诚如有的学者所言,“行为规范是发动行为人的行为意思的东西,而行为意思是发动行为的动态的意思,由行为意思确定行动的方向并决定行为的意义。”^[43]这里的“行为意思”体现了“规范意识”,通过它表明行为人对规范的忠诚态度。在反规范的意思支配下实施的构成要件行为,“明确地表明了行为人对于法律规范的错误态度。”^[44]行为规范视阈下认定行为人有无反规范意识,具有天然的合理性。

首先,以作为规范受众的一般人的立场为基准,认定行为人有无反规范意识,有利于一般人理解和接受规范的要求。由于行为规范与裁判规范的分离,一般人对规范及与之关联事实的理解与司法

[41] 参见[日]高桥则夫:《规范论和刑法解释论》,戴波、李世阳译,中国人民大学出版社2011年版,第8页。

[42] 参见 Zielinski, Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, Duncker & Humblot, 1973, S. 20.

[43] 参见[日]高桥则夫:《规范论和刑法解释论》,戴波、李世阳译,中国人民大学出版社2011年版,第49页。

[44] 参见[德]乌尔斯·金德霍伊泽尔:《刑法总论教科书》,蔡桂生译,北京大学出版社2019年版,第210页。

工作者可能存在差异。司法工作者不能在事后仅仅根据自身的立场,就判断行为人有无反规范意识,而应考虑一般人的立场,从行为人的经历背景出发,判断其有无反规范意识,否则可能得出不合情理的结论。例如,在杨某非法制造爆炸物一案中,杨某作为五道古火会这一非物质文化遗产的传承人,制造烟火药 20 余年,其行为也得到政府认可。虽然事后经鉴定杨某制造的烟火达到爆炸物的认定标准,杨某也是故意制造的,但不能仅仅基于此就推定杨某具有反规范意识。如果结合杨某的身份、职业、经历及五道古火会的传承背景,一般人都会认为杨某绝对不是在与规范对立的意识下实施的上述行为。

其次,规范意识是行为时的规范意识,结合行为时点的具体情况判断行为人有无反规范意识,体现了行为人的真实意思,也符合“行为与故意同在”的责任原则。事后的判断固然专业而理性,然而行为人行为时面临的具体情况与司法工作者面对案件的情况可能有所不同。基于行为规范视阈,立足于行为时点,可以更好地还原行为时的背景,更好地判断行为人的真实意思。

再次,基于行为人对行为性质的认识判断规范意识,体现了犯罪故意的社会属性。对行为性质的认识,本质上是认识到行为的社会意义。例如,贩卖淫秽物品时,行为人只有认识到自己贩卖的物品有淫秽性,才能认识到行为的性质,才可能实施符合刑法规范要求的行为。如果行为人对行为性质都没有认识,就说明他没有认识到行为的社会意义,更不用说理解行为的刑法意义。这种情形应当认定其构成事实错误,阻却犯罪故意。

最后,基于行为人的违法性意识判断规范意识,是犯罪故意的本质要求。犯罪故意是责任的非难和谴责,刑法上的责任同时也是社会规范责任,“社会规范责任论以在责任谴责对一般人以及犯人将来的意思决定不可能具有影响的场合,就不能被正当化为宗旨,以向前看的责任概念为前提。”^[45]而这又以行为人具有违法性意识为前提,“只有当其存在行为人内心的场合,才会面临规范问题,才有可能判断自己的行为是不是违法。”^[46]尤其值得注意的是,法定犯的伦理意义较为稀薄,尤其容易产生违法性认识方面的问题,^[47]因为,“越是不能按照伦理常识去领会的规范内容,越容易引起错误,因此值得谅解,可以排除或减轻罪责。”^[48]

(三)有利于贯彻责任主义原则

裁判规范重视客观要件事实的地位和作用,行为规范则强调行为人主观方面的意义,定罪应兼顾客观要素和主观要素。司法工作者兼顾行为规范视阈认定犯罪故意,体现了刑法责任主义的要求。

有的学者认为,客观主义与主观主义存在不可调和的矛盾,难以将二者完全调和起来,故犯罪成立的客观方面与主观方面也必然存在冲突,因而产生向哪个方面倾斜的问题。^[49]本文认为,侧重于客观方面的事实判断在前(当然也不可避免地会涉及主观要素),侧重于主观方面的事实判断在后(同样也不可避免地涉及客观要素),原则上前者成立才有必要判断后者,既不存在必然向哪个方面倾斜的问题,而且也不应当向哪个方面倾斜。因为无论是向客观主义倾斜,还是向主观主义倾斜,都会导致犯罪圈不当扩张。我国刑法向来提倡主客观相统一原则,这一主张当然是正确的,然而这一提法的

[45] 参见[日]曾根威彦:《刑法学基础》,黎宏译,法律出版社2005年版,第47页。

[46] 同上注,第195页。

[47] 参见王俊:《销售无害违规药品行为的出罪机制重构——以违法性认识为视角的分析》,载《苏州大学学报(哲学社会科学版)》2021年第4期,第110页。

[48] 参见林东茂:《刑法综览》,中国人民大学出版社2009年版,第190页。

[49] 参见张明楷:《新刑法与客观主义》,载《法学研究》1997年第6期,第95页。

实际意义有限,它只是宣示了定罪同时需要客观要件与主观要件,而未能对两者的关系作出科学定位。^[50] 陈兴良教授提出以法益原则和责任原则取代主客观相统一原则。法益原则意味着只有法益受到侵害的情况下才能受到刑罚处罚,责任原则是对主观要素进行实质审查的原则,以非难可能性为中心,以归责合理性为依据,以期待可能性为标准。^[51] 这一主张将责任主义原则摆到了与法益保护原则等同的应有地位,值得肯定。

法益保护原则和责任主义原则,须同时依赖裁判规范和行为规范贯彻。如前所述,裁判规范与行为规范都分别包含了客观要素和主观要素,只不过侧重点有所不同。裁判规范以结果无价值为指引,体现了以结果为中心,有助于法益侵害的客观判断;行为规范以行为无价值为指引,体现了以行为为中心,而行为又以人的意思为中心,有助于责任的判断。就犯罪故意的认定而言,基于裁判规范,如果行为人对结果尚且无认识,自然排除通常意义上的故意;基于行为规范,行为人虽然对结果有认识,但对行为性质无认识,或缺乏违法性意识的场合,也不能认定其存在责任故意或犯罪故意。

实践中,司法工作者首先考虑的是有无侵犯法益的结果发生、结果是否由行为导致、行为人对结果的发生有无认识等,这是犯罪成立判断的前提性问题,也符合裁判规范作为事后判断规范的认知规律。然而,如果认定犯罪仅着眼于裁判规范,而不结合行为规范,责任主义原则就难以得到贯彻。因为,行为人认识到结果未必对实行行为的性质也有认识,2006年发生的“许霆盗窃金融机构案”即是其适例。许霆利用ATM机取款系统的错误,以非法占有为目的共计取款17.5万元。他对银行发生财产损失的结果应有认识,但他确实没有认识到自己行为的性质是“盗窃金融机构”。本案一审以盗窃金融机构判处其无期徒刑,引起了很大的争议,发回重审后仍然定性盗窃金融机构,但根据案件的特殊情况,报最高人民法院批准在法定刑以下改判5年有期徒刑。^[52] 在本文看来,虽然许霆认识到行为的性质是盗窃,但没有认识到其性质是“盗窃金融机构”,故不能按照盗窃金融机构来处理。基于责任主义原则,在行为人认识到实施的是较轻的普通盗窃犯罪,但实际上实施的是盗窃金融机构这一较重犯罪的场合,应按照其认识到的普通盗窃量刑。

(四)有利于培育公众对刑法的信仰

由于行为规范与裁判规范受众不同,单纯基于裁判规范视阈认定犯罪故意,极有可能与包括行为人在内的一般人的认识发生偏离。如果行为人实施了司法工作者认为根据刑法规范应当禁止,但一般人认为根据刑法规范不应禁止的行为,也不能认定行为人有违反规范的意思,因为一般人不可能像司法工作者那样认识和理解刑法及评价相关事实。背离一般人对刑法的普遍认知认定犯罪故意,人们就会惧怕刑法,权利和自由就会受到不应有的限制,从而对刑法产生敌视的态度。

司法工作者应同时基于行为规范的视阈,从一般人的视角判断行为人对客观发生的事实及其性质的认识和评价,这是人们服从刑法的前提。诚如拉兹所言,“在一定意义上,人们遵守法律就是不违反法律。但是,仅当某人遵守法律的部分理由属于他的法律认知时,他才遵守了法律。因此,如果法律被遵守,它应当有指引其主体行为的能力。”^[53] 伯尔曼也提出,“除非人们觉得那是他们的法律,否则就不会尊重法律,”^[54] 他还认为与其他所有语言表述一样,法律规范的意义来自其被描述或书写的

[50] 参见陈兴良:《刑法学的编年史》,法律出版社2019年版,第432页。

[51] 同上注,第432页。

[52] 参见广东省广州市中级人民法院(2008)穗中法刑二重字第2号刑事判决书。

[53] 参见[英]约瑟夫·拉兹:《法律的权威》,朱峰译,法律出版社2005年版,第186页。

[54] 参见[美]伯尔曼:《法律与宗教》,梁治平译,商务印书馆2012年版,第35页。

语境中。^[55]而这样的语境是经由一般人参与所形成的大众语境,只有在大众语境中诠释法律的意义,人们才有遵守刑法的能力。罗尔斯也提出了法治的“当为”或“能为”原则,即制定的法律能够获得遵从,法律所要求的是一般人能做到的。^[56]上述学者的主张实际源自合法性与司法之间深刻的亲和性,在富勒看来,这种亲和性的缘由在于二者所拥有的共同的品质——它们都是借助众所周知的规则来行动的。这些规则是法律的内在道德之要求,不仅要为公众所知晓,还应当在实践中得到司法人员的遵循。^[57]司法工作者只能根据一般人所知晓的法律文字的意义作出决定,因为,不仅法律的外在表述由生活之情理构成,法律的内在终极力量也最终源于民众的普遍认同,否则法律将成为限制公民权利的利维坦。^[58]

尊重人们对刑法的理解,就要尊重刑法作为行为规范的属性和特点。不但一般人要遵守行为规范,司法工作者在处理案件的时候也要尊重行为规范。只有结合行为规范的要求,认定行为人有无违反规范意识,进而认定犯罪故意等主观罪过,才能让一般人消除守法的困惑,在刑法面前产生安全感,从而树立对刑法的信仰。这对刑法的施行非常重要,因为“没有信仰的法律,将退化为僵死的法条”,^[59]在刑法信仰缺失的情况下,无论其所发挥的是自由保障机能还是行为规制机能,都将大打折扣。

五、如何结合行为规范认定犯罪故意

基于上述分析,本文认为对犯罪故意的认定不能只是基于裁判规范视阈,而应当基于裁判规范与行为规范双重视阈,对行为人的犯罪故意进行全面的、具体的、实质的判断。由于我国司法实践中认定犯罪故意多基于裁判规范视阈,成为问题的主要是司法工作者如何兼顾行为规范视阈认定犯罪故意。法规范以人为对象,对“人的意思”起作用,所以违反规范的是“人的意思”。基于行为规范视阈认定犯罪故意,有助于了解行为人因何作出意思决定,该意思决定的具体内容是什么,该意思决定是否值得非难。具体而言,须基于一般人的立场,结合行为人的特定意思,行为人的经历经验,行为人实施行为的样态和方式,行为人实施行为的背景等认定犯罪故意。

(一)结合行为人的“特定意思”判断心理故意

单一裁判规范视阈下,司法工作者主要关注客观要件事实,并倾向于从客观要件事实推定行为人的心理故意。诚然,行为人的主观意思,在很多情况下固然可以经由客观要件事实来推定,但在某些场合,客观要件事实未必真实地反映行为人的特定心理状态。因而,在一些场合,司法工作者基于单一的裁判规范视阈推定行为人的心理故意,可能与行为人的实际心理并不相符。

以入户抢劫为例,根据司法解释的规定,行为人不但需要有入户抢劫的客观行为事实,而且必须具有实施入户抢劫或其他财产犯罪的故意。现实中,客观要件事实与行为人的特定意思可能发生分离。例如,行为人入户时只有强奸的意思而无侵犯他人财产的意思,但行为人入户以后临时起意产生了抢劫的意思并实施了抢劫行为。虽然呈现出来的客观事实是入户抢劫,但行为人不是在入户侵犯财产的意思支配之下实施的抢劫行为,客观要件事实与行为人的特定意思发生了分离。如果司法工

[55] 同上注,第76页。

[56] 参见[美]约翰·罗尔斯:《正义论》,何怀宏等译,中国社会科学出版社1988年版,第229-230页。

[57] 参见[美]富勒:《法律的道德性》,郑戈译,商务印书馆2005年版,第182页。

[58] 参见冯亚东:《违法性认识与刑法认同》,载《法学研究》2006年第3期,第117页。

[59] 参见[美]伯尔曼:《法律与宗教》,梁治平译,商务印书馆2012年版,第39页。

作者根据已发生的入户抢劫的客观要件事实推定行为人有入户抢劫的故意,就会与行为人的心理故意不符。因此,对于行为人有无入户抢劫的故意,应基于行为规范的视阈,着眼于行为人实施相应行为的特定意思。而行为人的特定意思,与入户抢劫的客观要件事实可能没有关联,一些情况下须通过客观要件事实之外的事实来证实。那么,如何基于行为规范视阈认定行为人的“特定意思”。

其一,应结合行为人本人的供述和辩解。在司法工作者和行为人之间建立对话和沟通机制,有利于最大限度地接近客观事实。既然指控行为人违反了行为规范的要求,就有听取行为人辩解的义务。况且,“法官对于摆在他面前的这桩案子而言,仅仅是一个陌生人,当事人最了解案情。当事人的参与能使法官的决定比当事人不参与‘更’正确。”^[60]

其二,应结合与行为人相关的背景事实判断行为人的特定意思。例如,被告人是一名泥瓦工,在高楼层施工时想起儿子突发重病住院,郁闷烦躁之下无意识地将一块半截砖扔出去,结果将一名行人砸成重伤。如果只是根据案发时的客观要件事实,易于认定行为人是放任结果发生的间接故意。但如结合行为人的言词证据,并查证其家人突发重病住院这一背景事实,就有一定的理由认定行为人扔砖头时心思集中于突发重病住院的儿子,是本能的情绪宣泄,没有放任严重结果发生的意思,属于应当预见而没有预见到结果发生的疏忽大意的过失。

其三,结合行为人实施该行为的“动机事实”判断行为人的特定意思。所谓“动机事实”,即形成动机的相关事实。动机属于深层次的心理态度,对故意或目的等其他主观要素产生影响。例如,行为人不断举报他人向国家工作人员行贿,然而证据不是很充分,于是向行贿人打电话谎称掌握了其行贿的证据,如同意给付自己若干封口费则不向有关部门举报,意图以“封口费”凭证作为举报的证据。本例中,如果只是根据向他人索要“封口费”这一敲诈勒索罪的客观要件事实,即认定行为人具有敲诈勒索罪的犯罪故意,显然不符合事实,因为行为人索要封口费的动机是将“封口费”作为举报他人行贿的重要凭证。根据行为人不断地举报,以及行贿因行为人举报被查证属实的事实,可以证明行为人索要财物的动机是为了获取相关举报凭证,而不是以非法占有他人财物为目的,故应否定其敲诈勒索的犯罪故意。

实践中许多案件,行为人的主观意思都难以通过客观要件事实体现出来。尤其是未遂犯的心理故意,在许多场合难以单纯通过客观要件事实去推定。例如,撬别人家的门时被发现,行为人是盗窃的故意还是非法侵入住宅的故意,仅仅通过撬门行为本身难以断定,还必须依据客观要件之外的事实证据判断行为人的特定意思。

(二) 结合行为实施的方式或样态判断行为人对行为性质的认识

犯罪故意意味着行为人与刑法规范对立的人格态度,在对行为的性质都缺乏认识的场合,行为人当然不具有反规范的态度。裁判规范视阈下,对于行为人是否认识到行为性质,司法工作者往往根据行为人对构成要件事实的认识来推定,但也可能产生一些问题。因为行为人对构成要件事实的认识,不能完全等同于其对行为性质的认识,前者属于心理事实,后者则体现了行为人的规范态度。一些案件中,即便行为人故意实现了构成要件事实,由于某种原因可能对行为性质没有认识,也不能认定其有犯罪故意。由于行为人的主观可以影响到客观性的行为无价值,即行为的样态、行为的类型等^[61],反过来,根据行为实施的样态和方式,也有助于发现行为人对行为性质的认识。

[60] 参见[日]谷口安平:《程序公正》,载宋冰主编:《程序、正义与现代化》,中国政法大学出版社1998年版,第372-373页。

[61] 参见[日]高桥则夫:《规范论和刑法解释论》,戴波、李世阳译,中国人民大学出版社2011年版,第49页。

案例3:某区人民法院审理的“张某非法出售猕猴一案”中,被告人辩称其不知道出卖的是国家保护的野生动物,但法院认为被告人在出卖猕猴时故意选择偏僻地点躲避公安机关侦缉,说明其有逃避法律责任的意图,应当认定其明知猕猴是国家保护的野生动物,存在犯罪故意。^[62]本案司法工作人员之所以判断张某对行为性质有认识,就是基于张某出售猕猴时躲避公安机关这一行为样态。张某出卖猕猴时躲避公安机关侦查,说明他认识到出卖猕猴属于法律禁止的行为,据此认定行为人存在犯罪故意是合理的。

反之,前述“赵春华非法持有枪支案”,从赵春华持有气枪的行为方式和样态来看,可以认定其并没有认识到其持有的是《刑法》禁止持有的枪支。赵春华是在繁华的天津市河北区李公祠大街摆设射击摊位,她显然认为自己持有的就是一般的气枪。因为作为一名正常人,不可能在大庭广众之下公然实施违法犯罪行为。由此看来,根据行为实施的样态或方式,判断行为人对行为性质或行为社会意义的认识,具有重要的参考意义。

(三)以行为人情况及行为附随情状作为违法性意识推定的基础

行为人是否存在违法性意识属于存在论上的问题,一般认为违法性意识应当通过推定的方法加以证明,但是根据什么予以推定,涉及推定的素材或基础。裁判规范视阈下,一般基于行为人故意或过失实施的构成要件事实推定行为人具有违法性意识。但也应当考虑到,违法性意识毕竟属于行为规范的领域,应当基于行为规范的视阈考虑违法性意识推定的素材或基础。

基于行为规范的视阈考虑违法性意识推定的素材或基础,应当结合行为人的出生、职业、教育情况、生活经历等情况,必要时还应当结合行为附随情状。行为的附随情状是行为人实施的构成要件行为之外的关联事实。通过行为附随情状,有助于推定行为人有无违法性意识。在我国司法实践中,司法工作者结合行为人个人情况及行为附随情状判断行为人是否有违法性意识,也有其例。

案例4:刘某以金盾公司的名义与某报社签订合同,约定合作出版经营《警务周刊》,报社享有每年固定收益分配的18万~19万元,刘某享有完全经营管理权。合同生效后,刘某以邮寄或者上门的方式免费赠送给公安机关刊物,以征订费、建站费、宣传费等形式向单位或个人收取8.77万元。案发前该报社共分得固定收益55.61万元。后新闻出版管理机构认定该刊物属非法出版物。金盾公司、报社及单位的负责人被检察机关以非法经营罪起诉后,法院以缺乏违法性意识等为由判决被告单位和被告人无罪。^[63]本案中,被告人和被告单位出版刊物后长期免费赠送给公安机关,从该附随情状来看,应可以推定被告人和被告单位没有违法性意识。如果被告人或被告单位可能意识到其行为属非法出版,是会将非法出版物免费赠送给公安机关的。一审法院根据行为的附随情状认定被告人和被告单位缺乏违法性意识,较为允当。

其实,前述“杨某非法制造爆炸物案”,也可以根据杨某的个人情况及行为附随情状推定其有无违法性意识。杨某的身份是政府认可的五道古火会非物质文化遗产传人,五道古火会已经延续了千年,而且文化部门每年审查两次,公安局每次都到火会现场维护秩序,媒体也经常报道,很多部门都见证过古火烟花,未曾就此提出过任何问题。^[64]故根据杨某的身份、职业、经历等个人情况及行为实施的附随情状,应当否定其违法性意识。

[62] 参见辽宁省盘锦市兴隆台区人民法院(2019)辽1103刑初145号刑事判决书。

[63] 参见陕西省西安市中级人民法院(2014)西中刑二初字第00089号刑事判决书。

[64] 参见贾潇:《非遗保护遭遇执法监管冲突》,载《检察日报》2017年7月17日,第7版。

(四)以一般人的立场作为判断行为人违法性意识的标准

由于行为规范的受众是社会一般人,在违法性意识的判断上,不是以法律专业人士的认识作为判断标准,而是“以一般人的标准来判断行为人的主体状况在行为当时附随的客观状况下是否具有违法性认识的可能性”。^[65]此处“一般人的标准”是指“行为人所属的外行人领域的平行评价”。这一标准本来是为了解决规范的构成要件要素的认识问题,但规范的构成要件要素的认识与违法性意识都是与人的规范意识相关的问题,两者之间存在紧密的关联,亦可作为违法性意识的判断标准。由于这种判断标准属于外行的评价标准,故只要求一般人认识到刑法规范可能不允许这样做即可。

这里所说的社会一般人或平均人,有的情况下泛指社会上普通人,有的情况下是指行为人所在行业、所在区域同类人。例如,从事建筑行业的人对涉及建筑的法律规范,林区的人对涉及林业和相关环境保护的法律规范较为熟悉,对这些人的违法性意识判断原则上应以同类人为标准。如果行为人所处的行业或地区的人对实施某一行为都具有违法性认识的可能性,一般情况下可推定行为人具有违法性意识。当行为人明显具有不同于一般人特点的时候,例如,行为人刚进入某一行业或某一地区,根据他的个人情况,一般人认为其不可能具有违法性意识的,则应否定其违法性意识。

一般人在某种场合是否具有违法性意识,与刑法条文的明确程度(或涵摄性)有紧密关联。诚如富勒所言,“表述得不够严谨的刑事法律可能会使公民清楚了解这部法律期待它如何行为的可能性降低,但它同时扩大了政府处理其无法事先预见的越轨行为类型的权力。”^[66]基于行为规范的立场,在刑法规定模糊或不严谨的场合,人们要么无所适从,要么认为自己实施的行为不是刑法禁止的行为,从而发生违法性认识错误。在具体案件中,如果这种因为刑法条文的明确程度而产生的认识错误是一般人都可能出现的认识错误,就不能认定行为人有违法性意识。

六、结语

刑法规范主要以刑法条文为载体,通过语言符号表达,“符号表达的有效性前提涉及的是交往共同体当中主体相互之间共同分享的知识背景”。^[67]由于行为规范和裁判规范受众的知识背景存在较大差异,有些案件在裁判者看来可能存在刑法规范对行为者的失效,行为者具有犯罪故意,但在一般人看来则是裁判者精英主义立场的专断。因此,在犯罪故意的认定中建立行为规范和裁判规范的对话沟通机制就至关重要。因为,规范解释的核心含义主要在于通过协商对共识的语境加以明确,规范共识必须是通过交往或商谈而取得的共识。^[68]一方面,实然的行为规范——现实生活中人们普遍认同的主流价值观念为裁判规范的形成提供了底色;另一方面,裁判规范又为应然行为规范提供理念上、方法上的指引,并通过判决的形式向社会大众传达法律的规定、要求和理由,让民众能够充分了解自身行为的社会性质并在此基础上构建新的行为规范。^[69]应当通过这种方式建立行为规范和裁判规范受众的对话和交流机制,尽可能就规范的含义及其适用取得共识。

然而,当下中国大多数刑事判决书存在不说理的通病,人们往往不知道刑事判决书的结论如何得

[65] 参见吴学斌:《规范责任论视野下的违法性认识与违法性认识的可能性》,载《清华法学》2009年第2期,第20页。

[66] 参见[美]富勒:《法律的道德性》,郑戈译,商务印书馆2005年版,第245页。

[67] 参见[德]尤尔根·哈贝马斯:《社会交往行为理论》(第1卷),曹卫东译,上海人民出版社2018年版,第34页。

[68] 同上注,第124页。

[69] 参见冯亚东:《违法性认识与刑法认同》,载《法学研究》2006年第3期,第116-117页。

出,由此形成了裁判规范与行为规范之间沟通的障碍。作为裁判规范受众的司法工作者与作为行为规范受众的一般人话语权的不对等,也影响了两者之间的交流。本来,刑法首先是行为规范,一般人服从规范的核心含义在于满足一种普遍的行为期待^[70],而不是满足司法工作者的期待。因此,在对话的天平上,裁判规范一方可能需要更多地向行为规范一方倾斜,司法工作者应学会基于行为规范的视阈判断行为人对事实和规范的认识。如果行为人在行为时根据社会公众所普遍认同的价值观念——“社区标准”无法认识到其行为的社会危害性,则应以此标准不作故意犯罪处理。只有如此,方能达到尊重民众基本的法感情并增强刑法的民众认同之法律实施效果。^[71]如径直根据所谓的裁判规范作出同“社区标准”相去甚远的判决,不仅将堵塞裁判规范与行为规范之间的沟通之桥,更将让刑法回到“天威难测”之蒙昧当中。^[72]

(责任编辑:焦艳鹏)

Abstract: Although criminal law norms have duality, according to the legislative purpose, the protection of legal interests, and the function and operation mode of criminal law, criminal law is firstly a behavior norm and secondly a judgment norm. Based on the properties, contents and operation mechanism of the adjudicative norms, the judiciary presume criminal intent based on the objective element facts determined afterwards, which is easy to ignore the connotative properties of criminal intent and reach unreasonable conclusions. Under the threshold of behavioral norms, the judiciary will judge whether there is a possibility of criticism based on the general human position and the intention of the perpetrator at the time of the act. Which is conducive to the exercise of the behavioral regulation function of criminal law and the judgment of the perpetrator's awareness of norms. Which is useful to the implementation of the principle of accountability and the cultivation of public faith in criminal law, and can overcome the problems of criminal intent under the threshold of single judgment norm. Based on the duality of criminal law norms, we should take into account both ex post and ex ante judgments, and determine criminal intent based on the position of the general public, taking into account the personal situation of the perpetrator, the manner and context in which the act was committed, and other factors.

Key Words: judgment norm, behavior norm, criminal intent

[70] 参见[德]尤尔根·哈贝马斯:《社会交往行为理论》(第1卷),曹卫东译,上海人民出版社2018年版,第328页。

[71] 这也符合以“美好生活”为愿景,以“良法善治”为目标的中国特色社会主义法治体系的思想内涵。参见廖奕:《中国特色社会主义法治体系的话语生成与思想内涵》,载《苏州大学学报(哲学社会科学版)》2021年第2期,第44-45页。

[72] 参见冯亚东:《违法性认识与刑法认同》,载《法学研究》2006年第3期,第118页。