



中国法学会刑法学研究会
北京师范大学刑事法律科学研究院

联合主办

2006年 第1卷 [总第9卷]

刑法评论

CHINESE CRIMINAL LAW REVIEW

赵秉志 主编

论犯罪故意中的违法性认识 齐文远 熊伟

违法性认识与犯罪故意关系论 谢望原 钱叶六

违法性认识与定罪模式思考 曾粤兴

违法性认识的内容及其判断 黎宏

违法性意识可能性之研究 周光权

国内刑法与国际刑法交叉视角中的违法性认识问题 卢建平

无被害人犯罪非犯罪化研究 黄京平 陈鹏展

我国犯罪成立理论的立体化重构 王志远

现代赦免制度法理探究 阴建峰

死刑罪名考与思 周坤

论“入户抢劫”的司法认定 肖中华

伪造文书罪的基本观念 熊永明

英国刑法“持有”性质的探析与思考 王雨田 周新

贩运人口犯罪的比较法研究 张筱薇



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



中国法学会刑法学研究会
北京师范大学刑事法律科学研究院

联合主办

2006年 第1卷 [总第9卷]

刑法评论

赵秉志 主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

刑法评论. 第9卷/赵秉志主编. —北京:法律出版社, 2006. 8

ISBN 7-5036-6526-2

I. 刑... II. 赵... III. 刑法—研究—丛刊 IV. D914.04-55

中国版本图书馆CIP数据核字(2006)第081761号

© 法律出版社·中国

刑法评论(第9卷)

赵秉志 主编

责任编辑 徐雨衡

装帧设计 乔智炜

开本 787×960 1/16

版本 2006年8月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 莱芜市圣龙印务有限责任公司

印张 24 字数 351千

印次 2006年8月第1次印刷

编辑统筹 法学学术出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

苏州公司/0512-65193110

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 7-5036-6526-2/D·6243

定价:46.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

顾 问 高铭暄 马克昌 王作富 储槐植

编辑委员会主任 赵秉志

编辑委员会委员 (以姓氏音序为序)

陈明华 陈兴良 胡云腾 姜 伟 郎 胜

李希慧 刘宪权 阮齐林 吴振兴 张 军

主 编 赵秉志

副 主 编 张 军 陈兴良

主 编 助 理 刘志伟

编 辑 周少华 王俊平 王雨田 (兼英文翻译)

刑法评论

(第9卷)

顾问 高铭暄 马克昌 王作富 储槐植

编辑委员会主任 赵秉志

编辑委员会委员 (以姓氏音序为序)

陈明华 陈兴良 胡云腾 姜伟 郎胜

李希慧 刘宪权 阮齐林 吴振兴 张军

主编 赵秉志

副主编 张军 陈兴良

主编助理 刘志伟

编辑 周少华 王俊平 王雨田(兼英文翻译)

目录

违法性认识问题专论

论犯罪故意中的违法性认识 / 齐文远 熊 伟	1	
违法性认识与犯罪故意关系论 / 谢望原 钱叶六	16	
违法性认识与定罪模式思考 / 曾粤兴	33	
违法性认识的内容及其判断 / 黎 宏	45	1
违法性意识可能性之研究 / 周光权	58	目
国内刑法与国际刑法交叉视角中的违法性认识问题 / 卢建平	76	录

学术前沿

无被害人犯罪非犯罪化研究 / 黄京平 陈鹏展	86
------------------------	----

专题论坛

我国犯罪成立理论的立体化重构 / 王志远	108
现代赦免制度法理探究 / 阴建峰	158

立法研究

死刑罪名考与思 / 周 坤	187
---------------	-----

司法实务

论“入户抢劫”的司法认定 / 肖中华	198
伪造文书罪的基本观念 / 熊永明	219

域外法治

-
- 英国刑法“持有”性质的探析与思考 / 王雨田 周 新 245
- 贩运人口犯罪的比较法研究 / 张筱薇 260

刑法学者

-
- 伍柳村教授 / 黄晓亮 278
- 梁华仁教授 / 杨子良 287

新书评价

-
- 如何构建刑罚目的?
——评韩轶教授的《刑罚目的的建构与实现》 / 汪明亮 297

全国刑法年会

-
- 繁荣发展的刑法学研究事业
——中国法学会刑法学研究会 2005 年年会开幕致词 / 赵秉志 314
- 在中国法学会刑法学研究会 2005 年年会上的开幕词 / 马克昌 333
- 在中国法学会刑法学研究会 2005 年年会上的闭幕词 / 高铭暄 335
- 中国法学会刑法学研究会 2005 年年会研讨综述 / 李希慧等 337
- 中国法学会刑法学研究会 2005 年年会简报 / 莫洪宪等 350

动态与信息

-
- 第三届中韩刑法学术研讨会综述 / 武小凤 363

违法性认识问题专论

编者按

犯罪故意究竟是一种单纯的主观心理状态还是应包含规范性评价要素?如果肯定其中应包含规范性评价要素,那么究竟这种规范性评价是社会危害性认识,还是违法性认识,抑或其他规范的评价性认识?对这些问题的科学回答,关系到犯罪故意的判定理论及由其影响的立法与实践能否契合现代国家的法治追求,以及能否实现刑法保障人权与保护社会机能的有机统一与互动平衡。真理愈辩愈明,相信本刊组织的以下讨论会对违法性认识问题研究的进一步深化产生积极的影响。

●论犯罪故意中的违法性认识

齐文远* 熊伟**

〔摘要〕 违法性认识,是指行为人对自已的行为是否违反刑法规范的认识,这一问题历来是刑法学界争论的焦点。在外国刑法理论中“不知法律不免责”是一条古老的规则。但是,随着社会生活的日益复杂,这一规则面临着一些争论与问题。本文在介绍外国刑法有关理论的同时,联系我国的理论观点进行讨论,肯定了社会危害性认识(实质违法性认识)是犯罪故意的认识内容,并且指出一国的刑法理论在特定的历史条件下

* 中南财经政法大学法学院教授、法学博士、博士生导师,北京师范大学刑事法律科学研究院兼职教授,中国法学会刑法学研究会常务理事。

** 中南财经政法大学法学院助教。

总是处于由实质违法性认识向形式违法性认识发展的动态过程之中。

〔关键词〕 违法性认识 社会危害性认识 动态发展过程

一、违法性认识之理论聚讼

所谓违法性认识,就是行为人对于自己的行为不被法律所准允的认识。换言之,意即行为人对自己行为是否违法的认识。违法性认识的渊源最早可以追溯到一句古老的罗马格言,即“不知法律不免责”。这条格言所表达的内容是一项原则:“在作为主观的犯罪成立要件的犯意中,不要求认识到自己行为的违法性。”^①“不知法律不免责”,在相当长时间内一直是英美法系国家审判实践上的铁则。但是,进入20世纪之后,随着社会生活的日益复杂,这一原则开始动摇了。例如,在美国一些例外的判例纷纷出现,尤其是《模范刑法典》第204条第3项明文规定:“确信其行为在法律上不构成犯罪时,在两种场合可以作为抗辩的理由:第一,行为人不规定之罪之制定法或成文法规之存在,且至实行追诉之行为时,其法令尚未公布或未能知悉其法令存在之状况时;第二,基于相当的理由,信赖法律规定、法院的判决或裁定、行政命令或公务机关的正式解释等。”受《模范刑法典》的影响,美国一些州的刑法也先后增加了法律错误在一定条件下可作为辩护理由的条款。^②这些条款的诞生,从而抛弃了刑事立法和判例长期奉行的“任何人不可被认为不知法律”的根深蒂固的传统。大陆法系国家以往一直坚持“不知法律不免责”,但现在许多国家也放弃了这一绝对原则,承认在一定条件下由于法律认识的错误可以减免责任。德国《刑法》第17条规定:“行为人在实施行为时缺乏实行不法的认识,如果他不能避免这种错误,那么他就是无责任地行动的;如果行为人能够避免该种错误,那么可以根据第49条第1款轻处刑罚。”日本《刑法》第38条规定:“即使不知法律,也不能据此认为没有犯罪的故意,但可以根据情状减轻其刑。”该规定的意旨仍然在于形式违法性认识不要说,但是,对于形式违法性认识的错误,却承认可以作为从轻处罚的理由。从“不允许法律错误”的绝对原则到“在特殊情况下的例外”,昭示着人类对犯罪认识

① 张明楷:《刑法格言的展开》,法律出版社1999年版,第207页。

② 刘明祥:《刑法中错误论》,中国检察出版社1999年版,第4页。

不断深化的理性思辨,同时也为我们更好地研究违法性认识相关问题提供了空间。

(一) 国外主流学说及其评析

违法性认识与犯罪故意进而与行为人的刑事责任具有非常密切的联系,如何认识违法性认识在犯罪故意成立中的地位,与一国刑事法治息息相关,也是各国刑法理论聚讼不休的一个重要问题。在犯罪故意内容是否包括违法性认识的问题上,国外刑法学界存在以下争议:

1. 违法性认识不要说

此说认为,故意的成立只要犯罪事实的认识就足够了,不需要违法性认识或违法性认识的可能性,因此违法性认识错误不阻却故意,法律的不知或误解不影响行为人的刑事责任。违法性认识不要说从心理责任论的理念出发,认为行为人若具备责任能力就一般可以推定行为人具有违法性认识。因而只要有构成要件中事实的认识就成立故意;若以违法性认识作为故意成立的必要条件,则有放纵罪犯之嫌。

2. 故意说

与违法性认识不要说相对应的是故意说。故意说又可分为严格故意说和限制故意说。严格故意说认为,现实的违法性认识是故意的要件,违法性错误当然阻却故意。但是行为人关于违法性的错误存在过失时,如果有处罚相应过失的法律规定,就成立过失犯;如果没有相应处罚规定或者对违法性错误不存在过失,则不成立犯罪。限制故意说则认为,只要有违法性认识的可能性就成立故意,没有违法性认识的可能的场合,则阻却故意。

对于严格故意说的批判通常集中在以下几个方面:首先是针对常习犯而言,因为注定多次犯案,其违法性认识大大磨灭或降低了;其次是针对激情犯而言,在激情之中往往缺乏违法性认识;最后是针对确信犯而言,因为确信犯认为自己的行为是正当的,因而其谈不上违法性认识。一言以蔽之,严格故意说最大缺陷在于认为行为人缺乏违法性认识就阻却故意,容易使某些罪犯得以逃脱而得不到相应的惩罚。限制故意说提出违法性认识可能性概念在一定程度上弥补了严格故意说的不足,但限制故意说在理论上具有不彻底性:第一,它认为成立故意不需要有现实的违法性认识,只需要有违法性认识的可能性,然而没有现实的违法性认识,

行为人就“不可能基于这种意识形成想停止犯罪的反对动机,因而,严格地说难以看出行为人积极违反刑法规范的人格态度,认为有故意就不妥当”。^①第二,违法性认识可能性本来应是过失的要素,在此把其拿来作为故意的要素,混淆了刑法理论上区分故意与过失的标准。

3. 违法性的过失(法律的过失)准故意说

这种学说主张,故意的成立原则上以认识违法性为必要,但在发生违法性认识的错误即不具有违法意识而又有过失的场合,则应作为一种“违法性的过失”与故意同样对待。该学说从故意的成立以认识违法性的必要这种严格故意说的立场出发来展开自己的理论。他们认为,违法性的错误本来是阻却故意的,是属于过失的范畴,但是它又不同于事实的过失。事实的过失是对事实本身没有认识,而违法性的过失则是对事实有认识,只是未认识其违法性。^②从中不难看出,违法性的过失在本质上虽然是过失,但在结果上应作为故意处理。但是,违法性的过失准故意说把本来属于过失的情形与故意同样处理,这是值得商榷的。

4. 责任说

该学说认为,违法性认识及违法性认识的可能性并非故意的要素,而是与故意不同的独立的责任要素。违法性认识错误与故意的成立无关,只不过在不能避免此种错误的场合阻却责任;而在可能避免的场合,仍然构成故意犯,只是可以减轻责任。从本质上来看,责任说与限制故意说是相同的,并没有实质的差别,其实际处理效果也相同。

(二)我国刑法理论界关于违法性认识的探讨

我们知道,大陆法系国家在讨论违法性的本质时,提出了两个概念:形式的违法性与实质的违法性。形式的违法性是指违反国家法规、违反法制要求或禁止规定的行为。实质的违法性是指危害社会(反社会行为)。大陆法系国家刑法理论在通常场合所说的违法性,则是形式的违法性与实质的违法性的统一。我国《刑法》第14条规定:“明知自己的行为会发生危害社会的结果,并且希望或放任这种结果的发生,因而构成犯罪

① [日]大塚仁:《犯罪论的基本问题》,冯军译,中国政法大学出版社1993年版,第222页。

② 刘明祥:《错误论》,中国法律出版社、日本成文堂1996年联合出版,第116~117页。

的,是故意犯罪。”从对故意犯罪的定义中不难看出,在我国刑法中,故意的成立要求行为人“明知自己的行为会发生危害社会的结果”。据此不难看出,这里明知的内容应当包括对行为的性质即行为人对自己行为的社会危害性的一种认识。显然,我国刑法理论所讲的违法性,只是相当于上述形式的违法性,而社会危害性的概念,则大体相当于上述实质的违法性。^①因此,违法性认识也自然包括两个方面:一是对自己行为违反法律法规或禁止的认识(形式的违法性认识);二是对自己行为社会危害性的认识(实质违法性认识)。

在肯定了违法性认识是犯罪故意成立的要素,同时违法性认识包括两个方面的含义的前提下,我们需要进一步探讨的是,我国刑法中的犯罪故意成立究竟是要求行为人认识到形式的违法性还是实质的违法性?还是二者兼而有之?这在我国刑法理论界一直以来都存有争议。

1. 肯定说。该说认为,“要成立犯罪的故意,行为人不仅应认识行为的社会危害性,同时也应包括认识行为的(形式)违法性”。^②这种观点认为形式违法性与实质违法性二者是相互依存的关系。两者联系紧密,认识到其中一者而忽视另一者是不妥的,因而犯罪故意的成立要求对二者都有认识。也有学者指出犯罪故意的因素应同时具备实质违法性认识与形式违法性认识,又认为对于形式违法性认识也允许有例外。该论者强调,从法律意义上说,(形式)违法性认识不是犯罪故意所必需的。因为在现实生活中,对于刑法条文掌握十分娴熟的人毕竟是个别的,如果要求每个人都对自己行为的法律性质认识得一清二楚,否则就以不知法律而免除其刑事责任,这样势必放纵犯罪,不利于保护社会利益。

2. 否定说。该说认为“(形式)违法性认识和实质违法性(社会危害性)认识都与故意的成立与否无关,只有犯罪构成事实才应成为故意唯一的明知内容”。^③此种观点从国家或阶级的立场出发,认为行为人对违法性的认识只代表个人看法,不代表国家立场。因而行为人对形式违法性和实质违法性认识都不影响犯罪成立,起决定作用的是犯罪构成事实。

① 张明楷:《刑法格言的展开》,法律出版社1999年版,第219~220页。

② 齐文远:“论犯罪的故意”,湖北财经学院硕士论文1985年印,第18页。

③ 李心鉴:“刑法中违法性错误与故意的关系”,载《政治与法律》1990年第5期。

该学说曾是我国刑法学界的通说,但随着社会以及刑法学本身的发展,我国学界在此学说的基础之上给予修正,提出了折衷说,即认为违法性认识一般不是犯罪故意的内容,但在特殊或个别情况下是犯罪故意认识的内容。在这样特殊的情况下,如果缺乏违法性认识,就不能成立犯罪故意。如原来并非法律所禁止的行为,一旦通过特别法律法规规定为犯罪,在这个法律实施的初期,行为人不知道这种法律的存在,从而没有认识到自己行为的违法性的情况是存在的。根据行为人的具体情况,如果行为人确实不知道法律的存在,从而认为自己触犯法律的行为是合法的,那就不应该认为行为人具有犯罪故意。

3. 择一论。择一论的主张者们认为应当在形式的违法性认识或实质的违法性认识中取其一作为犯罪故意成立要素。

有学者认为,将形式违法性认识作为故意成立的要素是可取的。他们认为,“社会危害性”是一种事实特性,是“危害社会”的客观事实和社会对这种事实的特殊属性所做出的概括和评价的统一。社会危害性已非单纯的客观实在,而是现实的行为事实和社会对这一事实所做的价值判断的统一。而犯罪故意的认识内容是行为人对自己行为的有关情况的主观认识,而不是社会对其行为所做的价值判断。因而被看做价值判断的社会危害性不是犯罪故意的认识因素,而其判断依据只能是形式违法性。^①也有学者指出,认定犯罪故意是为了确定故意犯罪的主观责任根据,而这种责任根据的出现,不仅是由于“你知道要造成危害结果,你还要希望或者放任这种结果的发生”,所以具有可责难性;而且首先是由于“你知道你的行为是被法律所禁止的危害行为,你还要决意这种行为”。前民主德国学者曾做过恰当的概括,即“行为人对某种否定社会的、为刑法所禁止的行为的决定,是犯罪行为之罪过的本质特征”。^②因此,认定犯罪故意只要求行为人认识到其行为是为法律所禁止的就已足,这时追究行为人故意犯罪责任的主观基础已经具备,再要求行为人具有社会危害性认识完全是不必要的“画蛇添足”之举。^③

① 田宏杰:《违法性认识研究》,中国政法大学出版社1998年版,第36~37页。

② [德]约翰·列克沙斯、约阿希姆·伦内贝格:“民主德国刑法理论中的若干问题”,深圳大学学报编辑部1988年印,第62页。

③ 单明、史卫忠:“论行为犯主观方面的特征”,载《中国刑事法杂志》2001年第1期。

另有部分学者认为,作为犯罪故意认识因素只能是实质违法性——社会危害性,并且指出社会危害性是形式违法性的实质内容,形式违法性是社会危害性在法律上的表现形式固然不错,但二者是第一层次与第二层次的问题。其中社会危害性是第一层次上的问题,它体现了最基本的非善恶的内容;形式违法性是第二层次也即是更高一个层次的问题,它解决的是在众多具有社会危害性的行为中,哪些行为才能在法律上规定为犯罪,即社会危害性的规范性问题。普通人对社会危害性一般有所认识,而对形式违法性并不十分清楚,因而不能苛求行为人去认识形式违法性。如若这样,就会给犯罪者逃避惩罚提供借口,从而导致刑法的实施困难和目的的难以实现。^①

此外,还有一种变相的择一说。持此观点的学者认为形式违法性认识和实质违法性认识应当并重,都是犯罪故意的认识要素。行为人只要认识到其中之一,抑或是对二者都有认识就成立犯罪故意。^②

二、实质违法性认识——犯罪故意的认识内容

学术贵在争鸣,学术研究不大适合“沉默是最有力的反抗”定律。而且学术争鸣不同于街头争吵的逻辑,不能仅凭对方的错误与缺点来证明自己的主张完美无缺。事实上,别人的错误不等于自己的绝对正确。在我们看来,刑法理论是个性与共性的矛盾体,任何国家的刑法理论都是为解决本国特有的现实问题而建立起来的。^③对实质违法性和形式违法性认识的反思与批判必然是一种矛盾的反思,是一种包含肯定的否定,是一种自我扬弃。可以说,恰恰是这种在矛盾中对有限真理的永无止境的探索赋予了理论研究的无限生命与现实意义。

笔者认为,犯罪故意的成立,要求行为人认识到社会危害性(实质的违法性),是理所当然的;而是否要求行为人认识到自己的行为是法律规范所禁止的,即形式违法性认识,在现阶段则是需要探讨的问题。因为在

^① 刘艳红、万桂荣:“论犯罪故意中的违法性认识”,载《江海学刊》2003年第5期。

^② 童伟华、李希慧:“违法性认识在故意犯罪成立中的地位”,载《石油大学学报》2003年第10期。

^③ 齐文远、周详:“社会危害性与刑事违法性关系新论”,载《中国法学》2003年第1期。

一个人都重视学法、知法因而对法律较为熟知的社会里,形式违法性认识作为一种规范评价标准的优点确实能够完全发挥出来,在这种情况下只须坚持形式违法性认识的标准即可,无须也不宜再采用社会危害性认识的标准。但是在现实生活中,对刑法条文掌握得十分娴熟的人毕竟是个别的,即使是司法工作人员,甚至是刑法学专家,对某些刑法条文的理解还存在着争议。从某个角度来说,无论是对刑法规范的解读还是就刑法学理论的科学抽象与演绎,学界大多见仁见智,即各人基于不同的刑法价值观及对规范的不同解释方式,可能得出有别于他人甚至众人的规范解读结论或理论观点。因为每个人都不能超越他所处的境况。每个人的见识、视阈、思想和判断,都受制于他的文化背景、他所属的社会共同体的价值观念,乃至他的人生经验历程。当前与犯罪有关联的两个现象需要我们重视:一是成文法的刑法规范越来越多。例如1997年修改刑法,制定了条文总数很多的刑法典,然后又在较短的时间内制定了多个刑法修正案,最高司法机关还先后颁布了多个司法解释,所以,对犯罪的判定活动越来越精密化。二是刑法学理论的系统化、体系化追求越来越强烈。随着德、日及英美刑法理论的引进,以及我们对中国传统刑法理论的反思和创新,刑法理论更加精致、抽象、复杂,对犯罪的解释活动越来越精巧化。这些变化和趋势归结起来,其共同特征为:随着与刑法有关的国家力量和专家力量的日益膨胀,刑法的实务与理论都日益脱离公众,似乎成为普通公众看不懂的东西。^① 反观我国的现实情况却是:据统计,我国还有20%左右的文盲和半文盲。“法盲”虽然没有统计,估计可能比文盲更多一些。在当前条件下要求人们都明知自己的行为是不是违法犯罪,并将明知违法作为故意的组成因素,从而将“法盲”排除于故意犯罪之外,是不现实的,也是脱离我国实际的。^② 因此,在我国目前将形式违法性认识纳入犯罪故意认识内容的观点值得商榷。

综上所述,笔者以承认现实之问题为前提,肯定实质违法性(社会危害性)认识在犯罪故意成立中的价值。

① 周光权:“论刑法的公众认同”,载《中国法学》2003年第1期。

② 赵秉志:“应合理界定犯罪故意的认识内容——解析违法性认识是否属于犯罪故意之内容”,载 <http://www.bianhu.com.cn/html/2004-4-29/2004429211104.htm>。

首先,笔者认为关于社会危害性与形式违法性的关系,应从两个层面上讲,第一个层面是理想的应然层面。在这一层面,社会危害性与形式违法性是统一的,即一定的社会危害性是犯罪的基本属性,是形式违法性的实质内容,形式违法性是社会危害性在刑法上的表现,行为的严重社会危害性是形式违法性的前提,形式违法性是由行为的严重社会危害性所决定的。赞成将行为人对形式违法性的认识作为犯罪故意的认识因素的逻辑出发点是:形式的违法性是社会危害性的表现形式,既然行为人认识到自己行为的社会危害性,则必然认识到其表现形式——形式违法性。但这毕竟是从理想的应然层面来下的结论,认识到行为的社会危害性就一定必然认识到行为的形式违法性吗?我们将从第二个层面——现实层面中寻找答案。在现实层面中,社会危害性与形式违法性之间由于立法技术、语言的特性、人的认识能力、社会生活的复杂多变等因素的影响并非绝对统一的关系,在现实的立法与司法中,或多或少会呈现出社会危害性与形式违法性的对立状态和冲突。认识到行为的社会危害性不一定必然认识到形式的违法性。在这一层面中,社会危害性是前提,它最基本的体现是非善恶的内容,形式违法性是社会危害的上升层次。正如有的学者所指出的,普通的人对法律的规定并不一定会很清楚,但是,但凡精神正常、心智健全者,对某一行为的对错、善恶,一般都会有所认识。正是如此,实践中存在很多行为人认识到自己的行为是有害的,即具备社会危害性,却不知道自己的行为在法律上被规定为犯罪,也即形式的违法性。正是社会危害性的非规范性和形式违法性的规范性,决定了认识前者容易认识后者难。总之,认识到行为的社会危害性,并不意味着行为人必须从特定的法律条款中看出违法性,因为这种认识只能期盼法律工作者才具备。^①

其次,实质违法性(社会危害性)的模糊性并不导致对罪刑法定原则的破坏,而要求形式违法性认识则可能导致放纵罪犯。有学者就指出所谓“社会危害性”是一个相当宽泛而且抽象的概念。其判断可以依据几乎所有成文的或者不成文的、明确的或者不明确的社会规范做出;而且立场不同,标准不同,认识水平不同,对同一行为有无社会危害性及程度的认

^① 刘艳红、万桂荣:“论犯罪故意中的违法性认识”,载《江海学刊》2003年第5期。

识,都必然不同。因而不论是要求行为人正确认识行为的社会危害性还是要求司法人员正确判断行为的社会危害性,都是一件不容易的事情,也是把严肃、规范的判断活动庸俗化、简单化、随意化。从根本上讲,没有明确法律规范为标准的判断都是有违罪刑法定原则的。^①其实社会危害性并不像提倡形式化概念的学者所批判的那样具有“笼统、模糊、不确定性”的缺陷;相反,其在特定历史时期也是具体的、明确的。法律用语的模糊性和不确定性有语言自身的原因,但也有的是立法者的“故意”使之。现实社会中的情况千差万别并且处于不断变化之中,法律不可能穷尽社会生活中的所有现象。法律的稳定性也使法律不可能对现实生活中的变化做出瞬间的反应。因此,法律用语的模糊性为法律解释提供了方法。立法者或者司法者通过对法律术语的解释来适用具体的个案,这也是对罪刑法定原则的应用。社会危害性的模糊性并不必然导致对法治的破坏,主要从以下两个方面来看:从行为人方面来说,行为人对自己行为的社会危害性的认识通常是笼统的、模糊的或者是不确定的。事实上,法律也并不要求行为人对此有精确的认识,这也是符合常理和实践操作的。从另一个方面来说,行为人对自己行为的社会危害性的认识并不起决定作用。对其定罪量刑起决定作用的是司法工作人员对其社会危害性的认识,并且在此基础上司法工作人员还要综合其他各种因素进行整体认识,最后确定这种社会危害性是否应当予以定罪量刑。这一道司法认定程序可以防止社会危害性的模糊性所带来的弊端。应当指出的是,无论是要求形式违法性认识还是实质违法性认识,在司法实践中用之不当都可能导致对罪刑法定原则的破坏,关键要看制度的设计和司法工作人员素质的高低。因为无论是形式违法性还是实质违法性其最终都要司法工作人员予以判断。形式违法性的判断不仅依据法律条文本身,其最终仍需进行实质违法性的判断。因而并不能因为社会危害性(实质违法性)的模糊性和不确定性容易导致对罪刑法定原则的破坏,来否认其作为故意的认识因素。如前所述,采用形式违法性作为故意的认识因素并不一定使得其更具可操作性或标准更为明确。因为形式违法性判断也是司法工作人员的一个价值判断,并且这一判断建立在实质违法性(社会危害性)判断的基

^① 单明、史卫忠:“论行为犯主观方面的特征”,载《中国刑事法杂志》2001年第1期。