

论规范性要素场合故意的认识对象

孙运梁

内容提要:我国司法实务中对规范性构成要件要素场合故意认识对象的把握有偏差,一是没有明确区分“自然事实”与“规范性事实”,认为行为人认识到了自然事实就成立故意,导致故意认定的扩大化;二是没有明确区分规范性要素本身与“符合规范性要素的事实”,认为故意的认识对象是规范性要素,导致故意与违法性认识的混同。规范性要素体现为规范的叠加与嵌套,即刑法规范里含有前提性规范,这正是该种要素的复杂之处,也是该场合认定故意的疑难之处。行为人对符合规范性要素的事实的认识,不只是对外在自然事实的认识,还必须对具有客观性、公共性的(要素的)含义有所了解,对要素所指称对象的意义具有认识。犯罪人的故意认识活动就是其主观意识赋予认识对象意义与本质、构造对象的过程。在规范性要素的场合,行为人的认识被感性材料激活,然后构造出规范性的意向对象。故意的认识因素取决于行为人对规范性事实的认识,而不在于对构成要件的文本有认识。对规范性要素本身的认识错误是一种涵摄的错误,可能导致违法性认识错误,但不影响故意的成立。

关键词:规范性构成要件要素 前提性规范 意向对象 规范性事实

孙运梁,北京航空航天大学法学院教授。

一 规范性构成要件要素场合故意的认定误区

刑法上客观不法与故意审查标准具有同一性,在提出客观构成要件要素的同时,也是在确定故意所必须认知的事实范围。也就是说,要成立故意,需要对符合客观构成要件要素的事实情状具有认识。客观构成要件要素分为描述性要素与规范性要素,一般认为,对于描述性事实情状以感官知觉即可认知,而对于规范性事实情状则需要通过精神性理解才可谓认识到。^[1]因而,有无对事实情状的认识,在描述性要素的场合判断较为容易,而

[1] Vgl. Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Aufl. 2006, § 12 Rn. 100.

在规范性要素的场合判断则较有难度。

随着社会生活的快速流变和法学理论的深入发展,立法语言越来越规范化、专业化和技术化,与日常生活语言的距离越来越远,刑法条文中的规范性要素越来越多。根据责任主义和我国刑法关于故意犯罪的规定,成立故意犯罪必须能够认定行为人主观上存在故意,所以,如何认定在规范性构成要件要素场合的故意就成为必须解决的问题。目前理论界和实务界存在两个有待厘清的误区。一是认为故意的认识对象是物理对象,只要有形的、客观的事物存在认识就具备故意。如在贩卖、传播淫秽物品犯罪中,认为行为人认识到行为对象是图片、视频就可以了,只要这些图片、视频经鉴定是淫秽的,行为人就能成立故意犯罪。又如在受到公众关注的诸如“危害珍贵、濒危野生动物案”^[2]“危害国家重点保护植物案”^[3]“非法买卖、持有枪支案”^[4]中,即使行为人不知道其猎捕的动物或采挖的植物属于国家重点保护的动物、植物,不知道其买卖、持有的枪形物属于刑法上的枪支,也被认为具有犯罪的故意。实际上,这是从自然科学的视角看待故意的认识对象。但是,刑法学是一门社会科学,社会科学研究对象是人与人工物,意义和价值对于它们的研究对象来说是构成性的。^[5]刑法学中的“故意”概念也是如此,意义和价值对于“故意”来说也是构成性的。在具备规范性构成要件要素的犯罪里,要成立故意,需要对物品的淫秽性、财物的他人性等规范特征具有认识,这时故意的认识对象不是单纯的物理事实,而是一种规范性事实,当然要求认识者有评价性认识。故意的认识活动不但带有指向性,也具有构造性,在规范性构成要件要素的场合尤其如此。此时,故意的认识对象是符合构成要件要素的规范性事实情状,行为人的认识被感性材料激活,然后构造出规范性的意向对象,它既不是外在于意识的客观存在,也不是内在于主体的纯粹主观存在。

二是没有明确区分“规范性要素”与“符合规范性要素的事实情状”,认为故意是对“规范性要素”的认识。如妨害公务犯罪中,行为人在警察对其实施逮捕时,看到警察出示了逮捕证,但是认为自己没有犯罪,该逮捕行为是违法行为,遂以暴力阻碍警察执行职务。在这种案件中,主张故意是对“规范性要素”本身的认识与主张故意是对“符合规范性要素的事实”的认识,得出的结论是不同的。实际上,案件事实是否符合规范性要素是涵摄问题,这属于司法工作人员的演绎推理活动,不是行为人认识的内容。行为人是否具备故意,考察的是行为人对于事实的认知情况,而不是对构成要件的文本(构成要件要素)有无认识,因而涵摄错误不影响故意的成立。否则是否成立犯罪就取决于行为人的个人法律见解。涵摄错误正是检验故意定义是否妥当的试金石。文献中经常出现将故意定义为行为人对于法定构成要件要素或者对于构成要件实现的认识及意欲。^[6]按照这

[2] 参见广东省饶平县人民法院(2018)粤5122刑初字第302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。

[3] 参见重庆市第二中级人民法院(2019)渝02刑终字第75号刑事判决书;河南省卢氏县人民法院(2016)豫1224刑初208号刑事判决书。

[4] 参见罗灿:《购买仿真手枪能否认定为非法买卖枪支罪——北京市二中院裁定丁英超非法买卖枪支案》,《人民法院报》2009年6月12日第005版;天津市第一中级人民法院(2017)津01刑终41号刑事判决书。

[5] 参见陈嘉映著:《何为美好生活:行之于途而应于心》,上海文艺出版社2015年版,第74页。

[6] Vgl. Kuehl, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 5 Rn. 6.

样的定义,故意的认识对象就是客观构成要件(要素),那么涵摄错误就会阻却故意,因为在涵摄错误时,行为人没有正确认识和理解相关的法定构成要件要素。^[7]但是,对于故意的成立来说,行为人不需要对刑法条文和规范概念具备认识,只要对条文(规范)指涉(包摄)的事实具备认识即可。

本文在揭示规范性构成要件要素本质特征的基础上,拟对上述两个误区的产生原因做出分析,并结合具体案例阐明针对规范性构成要件要素应如何认定故意的认识对象。

二 规范性构成要件要素本质上是“规范套叠”

法教义学属于社会科学,其与其他社会科学的主要区别在于它的规范属性。“法学从本质上说就是一门与规范(即价值评价)打交道的科学。”^[8]作为法教义学研究对象的法律规范中往往包含着大量的规范性概念,这些概念内含着一定的价值标准,要理解这些概念,必须先作出判断。可以说,规范性概念指的是涉及价值判断、评价或者其他抽象事物的法学专业表达,其与有形的现实层面并无必然关联。^[9]规范性概念通常存在于法律条文中,与日常的语言表达有所不同。与之相对,描述性概念则指向某种实在事实,描述了真实的或者类真实的、原则上可为人感知或者经验的客观事物。^[10]

在刑法上,对于构成要件要素的分类,其中之一是描述性构成要件要素与规范性构成要件要素。前者记述了物理的或者心理的现实与过程,对于法官来说,根据感知的方法便能判定这种描述性的要素。后者则是以评价作为前提要件,是否该当该种要素,对案件事实做出评价才能判断。^[11]“规范性”的题中应有之义是需要进行评价,在处理具体案件要适用规范性要素时,这种内在蕴含的意思就得以彰显。是否幼女,是否已经结婚,判断的标准是描述性的,也是确定性的。与此不同,利益是否正当,动作是否属于猥亵,场所是否属于住宅,这些事物只能根据评价来决定。这类规范性要素是需要满足价值要求的,其规范性容量必须通过个案评价来完成。评价既可能是适用法律的主体做出的个人的、主观的判断,也可能与普通性的已有评价或者权威专业群体的评价存在密切关联。在一般意义上,评价指的是一种独立的个人评价,而且与其他人的评价性理解要保持协调一致。^[12]正因为评价既是个人的,又要受到普遍性、群体性、主体间性的影响和制约,所以评价往往富有弹性,充满不确定性,这就使得规范性要素表现为不确定概念的一种类型。例如,“淫秽物品”这个要素的内涵就会随着社会价值观念与伦理规则的流变而不断地变化。^[13]规范性要素主要包括以下几类。

[7] 参见蔡圣伟著:《刑法案例解析方法论》(第二版),我国台湾地区元照出版有限公司2017年版,第250页。

[8] [德]伯恩·魏德士著:《法理学》,丁小春、吴越译,法律出版社2013年版,第133页。

[9] Vgl. Kramer, Juristische Methodenlehre, 6. Aufl. 2019, S. 74 f.

[10] 当然,概念使用的法学语境也非常重要。例如,通常认为,自然人的出生、死亡是描述性概念,但是在民法与刑法中,它们的内涵是有所不同的,其内涵界定的标准是受各自规范目的调节的。

[11] Vgl. Mezger, Strafrecht, 3. Aufl. 1949, S. 190 f.

[12] 参见[德]卡尔·恩吉施著:《法律思维导论》,郑永流译,法律出版社2014年版,第136页。

[13] 参见陈兴良:《刑法教义学中的目的解释》,《现代法学》2023年第3期,第162页。

第一,具有法律性质的概念,如内幕交易罪中的内幕信息、知情人员,盗窃罪中作为客体的财物的他人性,妨害公务罪中公务员的职务的合法性,走私罪中的贵金属、珍贵动物,欺诈发行证券罪中的重大虚假内容等。这种规范性要素需要以法律规范评价来补充,如内幕信息、知情人员的范围需要依照法律、行政法规的规定确定;财物是不是他人的,要借助民法的规定进行判断,不借助于财产权规范,就不能把一个物思考成“他人的”;再如职务是否具有合法性,则要借助行政法、刑事诉讼法等进行判断。

第二,价值性的概念,如侮辱、猥亵、毁坏、骚扰、凶器、恐怖、不正当利益、重大损失、徇私舞弊、为非作恶、特别残忍手段、严重不负责任等,这些规范性要素需要以文化或社会规范的评价来补充。^[14]

在区分描述性要素与规范性要素的标准上,恩吉施(Karl Engisch)提出的观点比较有说服力。他认为,从逻辑上而言,只有先前已经存在着一个规范,才可能产生规范性构成要件要素。比如说,只有存在一个社会的规范体系,才会有“猥亵”等概念;只有存在一个法律的规范体系,才会有“他人的”等概念。与此不同的是,人、建筑物等概念对其他的规范体系没有依存性,能够独立存在,所以属于描述性构成要件要素。^[15] 罗克辛(Claus Roxin)对恩吉施的上述主张表达了赞同,他认为,只有以某种规范作为逻辑前提才能思考和认识的要素,方成为规范性构成要件要素。只有坚持这个标准,才能将规范性要素与描述性要素有效区别开来。^[16] 由此可见,规范性构成要件要素本身包含了可对事实作出评价的规范,是以价值、规范为补充的要素,需要在某种规范(前提规范)中固定其意义内容;只有经过司法人员的价值判断,在具有规范逻辑的先决条件下,才能确定其内涵。这种构成要件要素本身表现为法概念或者与价值有关的概念,因而是具有评价必要性的要素。由于规范性构成要件要素具有规范叠加与嵌套的本质特征,即刑法规范里包含着前提规范,这决定了规范性要素的复杂性,也决定了在规范性要素的场合认定故意的认识因素具有较大的难度和争议。

三 规范性要素场合的故意 是对“语词含义”与“意向对象”的认识

法教义学研究必须从本国的法律规定出发。根据我国《刑法》第14条,该规定中的故意并非德日刑法教义学中的“构成要件故意”,而是一种“实质的故意”,因为我国刑法中的故意不仅要认识到行为、结果这些外部形式上的单纯事实,还需要对行为内在的社会

[14] Vgl. Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Aufl. 2006, § 10 Rn. 58; 参见[德]乌尔斯·金德霍伊泽尔著:《刑法总论教科书》(第六版),蔡桂生译,北京大学出版社2015年版,第73页。有学者认为,规范性要素还包括难以在事实上进行评价的概念,如危险犯中的危险性等。参见[日]前田雅英著:《刑法总论讲义》(第6版),曾文科译,北京大学出版社2017年版,第156页。

[15] Vgl. Engisch, Die normativen Tatbestandselemente im Strafrecht, in: Festschrift für Edmund Mezger, 1954, S. 146 f.

[16] Vgl. Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Aufl. 2006, § 10 Rn. 60.

意义以及法益侵害性具有明知。^[17] 故意的认知对象除了与构成要件相关的基础自然事实外,也包含了这些自然事实背后的社会意义,包括行为的内容、社会意义以及危害结果等。行为人对于其中任何一部分欠缺认识,都不成立故意。^[18] 可以说,对于认定犯罪故意的认识因素来说,行为的社会危害性(法益侵害性)是不可或缺的,具有终局性意义。由于规范性构成要件要素内含着价值评价因素,如果行为人只是对单纯的物理事实有认识,则不一定对行为的法益侵害性也具有认知。“我们是文化的人类,并具有意识地对世界采取一种态度和赋予它意义的能力和意志”,这种意义将引导研究者把人类的某些现象“当作有意义的来(肯定地或否定地)对待……对它们的科学兴趣只依赖于这种意义”。^[19] 故意犯罪人对法益采取一种蔑视、敌对的态度,他知道自己行为的社会意义却仍然实施。刑法学者、司法工作者也在探究行为人犯罪故意的意义。因而,“意义”对于研究对象(犯罪故意)与研究者来说,都具有构造性,是脱离不开的。在描述性要素的场合,行为人认识到该要素所涉及的人或物,通常也就认识到了他的行为意义,因此不必在对人或物的认识之外单独强调对意义的认识。但是,在规范性要素的场合,即便对该要素涉及的人或物有认识,也未必能认识到其行为的意义,因而行为人有对意义的认识就值得特别考察。

(一) 语言分析哲学的启发:语词的含义与指称

语言分析哲学区分了概念语词和它的意义(含义)。概念是在对事实的了解中逐步形成的,一个概念是多个经验事实的结晶。概念里蕴含着人们对这个世界的一般性理解,申言之,概念为人们看待世界提供了较为稳定的理解图式。概念是一个桥梁,一边是人们的实际经验、切身体会,一边是语词,概念将这两端连接起来。在还没有产生“淫秽”“证件”“公文”这些具体语词的时候,人们头脑中并非完全不存在这些概念。但是有了这些语词之后,“淫秽”“证件”“公文”等概念就具有了外在的躯壳,从而最终形成了明确的概念。语词是从一个语言共同体漫长历史积累的共同经验中产生的,所以具有一般性和社会性。虽然语词是从人的实际经验中产生的,但是不存在所谓的“私人语言”,也即从个体的经验中不可能形成语言或语词。在语词的引导下,概念就容易取得明确的形式。可以说,语词是概念最明确的形式或者说是最终的形式。语词中内含的共同语族的理解为经验事实结晶为、上升为概念提供了方向。^[20]

弗雷格(Gottlob Frege)认为,语词只是一个名称。关于词(名称)的指称,是指与其对应的实实在在的对象,即客体。在名称与真正的对象之外,还有第三种因素作为中介,将名称和对象打通,这就是名称的意义或含义。^[21] 也就是说,存在着以下逻辑结构:名称(词、符号)——含义(意义)——指称(对象、客体)。含义的领域是一个客观的、公共的

[17] 参见张明楷著:《刑法学(上)》(第六版),法律出版社2021年版,第339页。

[18] 参见蔡圣伟著:《刑法案例解析方法论》(第二版),我国台湾地区元照出版有限公司2017年版,第249页。

[19] [德] 马克思·韦伯著:《社会科学方法论》,韩水法、莫茜译,中央编译出版社1999年版,第31页。

[20] 参见陈嘉映著:《哲学·科学·常识》,中信出版社2018年版,第184-185页。

[21] 参见[德] 弗雷格著:《弗雷格哲学论著选辑》,王路译,王炳文校,商务印书馆2006年版,第95页;书杰著:《哲学100问:人,诗意地栖居》,华文出版社2019年版,第167页。

领域,我们通过这个共通共享的领域,就能相互理解。我们对对象的把握,要通过中间共享的“含义”领域来完成。当刑法规定“淫秽物品”“证件”“公文”时,其实要表达的是这些词背后的含义,人们之所以能理解刑法的意思,是因为人们能理解这些词的含义、理解这些实物对象。简单来说,一个词(名称)的指称就是指实实在在的对象,而含义则是对象所代表的意义,这是一个客观的、公共的、可以被所有人共享的,因而也可以被所有人理解的领域。

是否具备对客观构成要件要素之含义的理解和对指称对象意义的认识,成为故意成立的关键。“意义”对于人来说是非常重要的,因为它体现了每个人与自然、社会、他人甚至自己的各种错综复杂的关系,如实践关系、文化关系、历史关系、心理关系等。“它是人类交往的纽带,文化传播的桥梁,自我实现的媒介。”^[22]离开了“意义”,人类社会将终止发展,以致不复存在。我们难以想象一个失去了意义的社会将会是何种状态。我国学者指出,在自然和社会中意义普遍存在,但是意义始终是以人类为中心的,已经定格于人类精神社会的基本元素,这也决定了各种人文科学均会关注意义,在某种程度上与意义发生关联。^[23] 韦尔策尔(Hans Welzel)认为,“就规范行为状况的故意而言,光有对事实基础的认识尚不够,它还要求行为人对该行为状况的实体内容具有与法律判断相平行的认识。如果行为人没有认识到行为状况在社会生活中所具有的实体意义内容,那他就缺少构成要件的故意。”^[24]在规范性要素的场合,行为人对符合规范性要素的事实的认识,不只是对物体的认识或者对外在的自然事实的认识,还必须对具有客观性、公共性的(要素的)含义有所了解,对要素所指称对象(构成要件事实)的意义具有认识(如图1所示)。例如,要具有贩卖、传播淫秽物品罪的故意,仅仅对图片、文字具有认识是不够的,还要认识到这些图片、文字所具有的文化属性和社会意义。

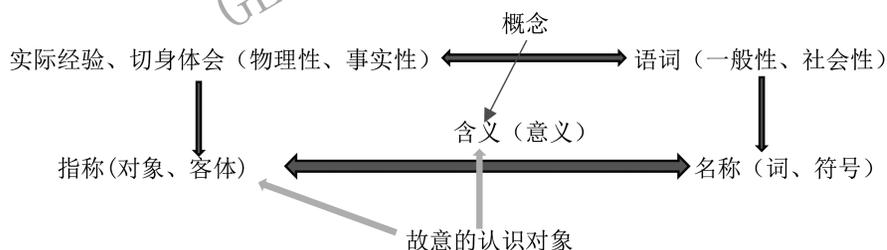


图1 语言分析哲学揭示的故意认识对象

规范性要素涉及价值和规范评价,如何判断行为人是否对规范性要素的含义和指称对象的意义具有认识? 行为人不是法律专业人士,不可能要求他对表述规范性要素的语词具有认识,如果要求行为人必须对刑法中关于“淫秽物品”的规定有认识才能成立故

[22] 刘安刚著:《意义哲学纲要》,中央编译出版社1998年版,第1页。

[23] 参见陈兴良:《刑法教义学中的语义解释》,《法学》2023年第10期,第62页。

[24] [德]汉斯·韦尔策尔著:《目的行为论导论——刑法体系的新图景》(增补第4版·中文增订版),陈璇译,中国人民大学出版社2024年版,第93页。

意,那显然是荒谬的。李斯特早就认识到,对于立法者创制出来的法学概念,普通民众往往感到陌生,不易理解,因为已经超出了他们的知识范围;但是法律工作者能够又快速又准确地理解这些概念。如果知道法律规定的“故意”是什么才能成立犯罪,那么唯有法律工作者才可能去实行犯罪。构成要件中使用的法学概念往往对应于日常生活中的具体名词,也与立法者作出的社会或文化评价密切相关。对于具体人的认识活动来说,这些社会生活中的具体名词以及评价都是通用的。例如,德国刑法规定了“文书”,这个法律概念在理论上存在争议,对于一般人来说不易知晓,行为人故意实施文书犯罪时,不必知道这个概念,只要他知道该物件在法律事务中承担某种功能就够了。再如《德国刑法典》第 242 条规定了“他人的动产”,此时不要求行为人明确认识到法学的、民法中的财产概念,只要行为人认识到他人对该物品拥有排他性支配权就可以了。行为在法律上如何定性以及行为具有怎样的抽象概念特征,不是行为人故意的认识内容。故意犯罪的行为人需要认识的是事实和法律关系,它们决定了行为的法益危害性,立法者在制定犯罪构成要件时对它加以抽象从而形成了相关的法学概念。^[25] 这就涉及“外行人的平行评价理论”。^[26]

“外行人的平行评价理论”是德国学者麦茨格(Edmund Mezger)首先倡导的,他认为,所谓“行为人认识到构成要件要素的社会意义”不是指要求行为人像法律专业人士那样去认识有关法律概念,而是指行为人在其所属的外行人领域的角度上,在与法律专业人士平行评价的意义上对有关法律概念所欲表达的社会意义有所认识,也就是说,作为法学外行人,行为人对本人行为中所内含的、引起立法者将该行为规定为犯罪的特殊意义具有认识。^[27] 准确地说,应该是与行为人一样同属于非专业人士所做出的平行评价。^[28] 既然是“平行”评价,必然意味着有两种相互对照的评价,存在着两种相类似的认识活动,即法律专家对法律概念的认识、理解与外行人对基础事实的认识、理解在方向上是一致的,对这两种认识活动能够等同对待。^[29] 一般人、外行人对法律概念含义的认识就是对于与法律专业评价相平行(对应)的社会性评价的认识。例如,在贩卖、传播淫秽物品罪中,行为具备了与作为法律专业评价的“淫秽”平行存在的作为社会性评价的“低俗”这一点的认识,就对于淫秽物品的含义具有了认识。要确定“平行”评价是什么,就有必要确定在一个地方、领域中一般人是如何理解的。可以说,一般人之间的平行性评价包含以下两层含义,即法官的法评价与一般人的社会性评价的平行以及一般人内部(平常人之间)的平行。^[30] “外行人的平行评价”也被译为“一般人的对照评价”,韦尔策尔称为“行为人意识中的对照判断”。^[31] 罗克辛认为,“一般人的对照评价”的意思在于“理解”而不是“评

[25] 参见[德]弗兰茨·冯·李斯特著、埃贝哈德·施密特修订:《李斯特德国刑法教科书》,徐久生译,北京大学出版社 2021 年版,第 228-229 页。

[26] Vgl. Kuehl, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 5 Rn. 93; Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Aufl. 2006, § 12 Rn. 101.

[27] Vgl. Mezger, Strafrecht, 3. Aufl. 1949, S. 328.

[28] 参见[日]山口厚著:《刑法总论》(第 3 版),付立庆译,中国人民大学出版社 2018 年版,第 203 页。

[29] Vgl. Maurach/Zipf, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 8. Aufl. 1992, § 22 Rn. 49.

[30] 参见[日]高桥则夫著:《刑法总论》,李世阳译,中国政法大学出版社 2020 年版,第 154 页。

[31] Vgl. Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, S. 76.

价”,所以韦尔策尔使用的概念更为贴切。^[32]

在实际操作中,只能根据一般的社会生活常识来确定故意明知的内容,如果严格按照法律或者其他专业的知识来限定故意的认识内容,就会极大缩小故意的范围。^[33] 在典型的盗窃情形中,行为人不会单独作出民法上的评价,而是急迫地依据当前客观的事实状况实施盗窃行为。比如,物品放置在被害人的保险箱里,那么它就属于被害人而不是无主物。他人的财产这一法律情况就存在于行为人的观念中。^[34] 对法律欠缺特别知识的一般人,虽然不能像法官那样判断,但是有必要按照其作为一般人的社会常识,在其通常能够知道的范围内认识法律的意义,在没有这种认识时,就不能说有对意义的认识。布鲁斯(Steve Bruce)认为,在社会科学里,“说明的观念不止于确认社会行为的常规样式,它还要求我们有所理解,在这方面,社会科学家一开始就有巨大优势——他们与研究对象共享同样的生理和心理,在文化上也共享很多东西”。^[35] 刑法研究者(以及法官)与犯罪人在文化、心理上具有同构性、类似性,所以也容易理解犯罪人的故意认识活动,只能要求犯罪人像一般人、外行人那样认识自己行为的对象、结果及其社会意义,不可能要求他们进行专业的、准确的认知。

在哈贝马斯(Juergen Habermas)的“交往行为理论”中,社会中不同个体实施交往行为的合理性根据,在于主体之间在言语商谈的论证过程中相互同意、赞同和遵守的规范以及价值理念。^[36] 因此,在法治社会中,法律规范的有效性和正当性在于,其反映了公民在平等商谈的程序中达成的对某种价值、规范或秩序的共识。在规范性要素的场合,这种共识就是符合规范性要素的事实的社会性意义,包括客体所处的法律关系或其承担的实际功能等。因此,如果缺乏这种共识,或者本身不存在这种共识(一般人认识不到、理解不了这种社会性意义),行为人就不能认识到自己的行为正在破坏整体法秩序、危害社会、侵害法益,对其进行谴责和非难就是没有根据的。因此,为了认识某一规范性要素的特征和含义,需要对相关的行为客体(指称对象)的社会或法律功能有必要的了解。主流观点将这种必要的了解称为外行人的价值观。^[37] 对于如何理解那些由法律规则所决定的规范性要素的特征和含义,这种外行人的价值观是尤其适用的。原因在于,我们不能期待外行人拥有精确的法律知识,也不能要求他知道法律概念的规定,只要行为人理解了相关规则的本质目标,理解了法律概念所指称对象的社会意义,那么,就具备了故意的认识因素。

[32] Vgl. Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Aufl. 2006, § 12 Rn. 101. 有德国学者认为,在规范性构成要件要素的场合,最好先别提及外行人的平行评价这一公式,它会在区分事实与评价时带来混乱,诱使人们错误地认为,评价错误也可以为行为人推卸责任。参见[德]英格博格·普珀著:《德国刑法总论:以判例为鉴》(第四版),徐凌波、喻浩东译,北京大学出版社2023年版,第119页。

[33] 参见[德]汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特著:《德国刑法教科书(上)》,徐久生译,中国法制出版社2017年版,第397页。

[34] 参见[德]弗兰克·彼得·舒斯特:《德国法中的禁止错误》,梁奉壮译,载梁根林、高艳东、[德]埃里克·希尔根多夫主编《责任理论与责任要素》,北京大学出版社2020年版,第76页。

[35] [英]史蒂夫·布鲁斯著:《社会学的意识》,蒋虹译,译林出版社2010年版,第15-16页。

[36] 参见[德]尤尔根·哈贝马斯著:《交往行为理论》(第一卷),曹卫东译,上海人民出版社2018年版,第173、426、427页。

[37] 参见[德]乌尔斯·金德霍伊泽尔著:《刑法总论教科书》(第六版),蔡桂生译,北京大学出版社2015年版,第255页。

也就是说,只要行为人具有平行评价意义上(社会一般意义上)的认知就够了。例如,贩卖“神仙水”行为,虽然行为人不能准确认识到他贩卖的饮料“神仙水”是列入《精神药品品种目录》的含氯胺酮成分的液体,但只要行为人知道“神仙水”能致人精神亢奋、神志不清,在市场不能公开、正常交易,那他就应知道该物品是国家管制的精神类药品,他就对该物品属于“毒品”具备了认识。

(二)现象学的启发:意识的构造性与意向对象

传统观点是人的认识应当与对象相一致,对象(客体)在意识之外,意识去认识它,如同是把它接纳到自身之中,在这个意义上,意识只是一个消极的容器。^[38]但康德(Immanuel Kant)颠覆性地指出,对象应当与人的认识相一致。康德进行了“哥白尼式转向”,他认为,意识具有能动性,它为自己建构了对象;意识中有先天的形式,这规定了事物必须按照这个形式向人呈现;在这个意义上,人是为自然立法。^[39]在康德等学者研究的基础上,现象学创始人胡塞尔(Edmund Husserl)认为,意识(认识)指向的不是经验世界中实在的、物理意义的东西,而是“意向的对象”,其存在于人的意识领域之中,在意识活动中被构建起来。^[40]例如,“你想到一张淫秽的图片”,“淫秽的图片”是在你“想”这个意识行为中被勾勒出来的形象,是你通过“想”对其赋予意义的一种描绘。在认识活动中,意识领域构造出了一个认识的对象。认识对象是被意识的意向性勾画出来并显现在人的意识领域中的对象。这与学界传统的反映论不同,在反映论看来,意识是对客观对象的反映,主观的意识被动接受客观事物。先要存在一张淫秽的图片,然后人的头脑中才产生“这是一张淫秽的图片”的意识。现象学改变了这种传统的看法,现象学主张意识具有双重性,即指向性与构造性。意识一定指向某种对象,这个对象是在指向发生的过程中,在意识领域被“构造”出来的意向对象,是在意识领域里呈现出来的,一种被赋予意义与本质的载体,是意识领域的意向相关物。^[41]认识活动就是意识赋予对象意义与本质、构造对象的过程。意识具有积极的构造功能,这种构造能力是意识自带的,在意识中内在发生。

认识活动体现为意向性,意向性的结构体验包含了两个层次,即感性的层面和意向的层面。在意识领域中,意向的发生和发展过程如下:首先某种感性材料刺激主体的感官,从而为意向发动奠基,这也决定了意向对象的纯粹被给予性,但人对感性材料的直观认知只能从某一角度或部分角度进行,感性材料呈现在人面前的只是它的部分内容。具备了感性材料的奠基,意识就会主动出击,将已显现的材料内容“拽进”意识领域,进而激活感性材料中尚未显现的内容并赋予意义,从而使未显现的部分得以呈现。其后,人的意识领域中就呈现出对象的整体面貌,即一个完整的意向对象。不仅感性材料中已经显现的部分在其中,先前未显现的那部分也在其中。通过对意向活动的结构分析,可以看出意识自

[38] 参见[丹麦]丹·扎哈维著:《胡塞尔现象学》,李忠伟译,商务印书馆2022年版,第16页。

[39] 参见周国平著:《西方哲学史讲义(下)》,深圳出版社2023年版,第97页。

[40] 参见[德]埃德蒙德·胡塞尔著:《现象学的观念》,倪梁康译,商务印书馆2018年版,第131页;书杰著:《哲学100问:人,诗意地栖居》,华文出版社2019年版,第298页。

[41] 参见[美]罗伯特·索科拉夫斯基著:《现象学导论》,张建华、高秉江译,上海文化出版社2021年版,第61页;倪梁康著:《胡塞尔现象学概念通释》(增补版),商务印书馆2016年版,第336页;书杰著:《哲学100问:人,诗意地栖居》,华文出版社2019年版,第300页。

身拥有激活和构造的能力:在某一角度的感性材料奠基之后,使未显现的对象本质显现出来,勾勒出意识对象。

总结来说,意向对象具有内在的超越性,不必从外部世界中寻找它的本质。意识超越了所有感知活动,将呈现在人面前的不充分、不完整的感性材料,通过意向活动构造出一个充分的、完整的对象。这个意向勾画、构造的过程,就是意识给予对象完满的本质与意义的过程。^[42]由此可见,意向对象既非客观的存在物,也不是纯粹主观的存在。它一方面需要感性材料奠基、发动,另一方面又超越了感性材料,是不依赖于主观感觉经验的存在。

按照上述现象学基本原理,以行为人对淫秽物品的认识为例,可以具体考察行为人在故意犯罪中的认识活动。首先,行为人看到了一些图片,上面显示着许多不穿衣服的女孩子,这是行为人对感性材料的直观认知,作为感性材料的图片呈现给他的只是图像信息。其次,有了这些感性材料的奠基,行为人的意识就会主动出击,统摄这些感性信息,他就会思考这些图像的意义,根据他的知识、经验和价值观,他的意识会进行意向活动,激活感性材料中未显现出来的内容并赋予意义,构造出一个完整的、有意义的意向对象。具体来说,意识的意向性将这些图片的“淫秽性”勾勒和揭示出来,从而超越了那些感性的图像,将图像未能显现的意义与本质呈现出来。最终行为人意识中形成了一个“淫秽物品”的意向对象,从而完成了关于图片的认识活动。在这个过程中,认识真正指向的并不是物理意义的那些图片,而是意识领域中构建出来的意向对象(淫秽物品)。它不是意识从外部接纳过来的,而是意识的意向性勾画出来的,是意识赋予其意义与本质。这是一种内在的超越,毋须从外在世界去寻求本质。可见,犯罪人的故意认识活动就是他的主观意识赋予对象意义与本质、构造对象的过程。这要归功于意识自带的构造能力。

四 规范性要素场合故意的认识对象是规范性事实

(一) 事物的规范性特征是规范性要素场合故意的认识对象

在理论上区分描述性构成要件要素与规范性构成要件要素,对于故意的判断具有重要意义。故意包括认识因素与意志因素,在故意认识因素的认定上,行为人被要求对于与客观构成要件要素相关联的事实情状必须有所认识。根据上文的分析,描述性要素与规范性要素在内涵上具有本质的区别,由此决定了对符合二者的事实情状的认识活动表现出不同的特点。具体来说,对符合描述性要素的事实情状,凭借感官即可认识。如故意杀人罪的故意,只要行为人看见自己射击的对象是甲、乙、丙这样的具体的人,就认识到了符合“人”这个要素的事实情况,这体现为对于自然的、外部的事实的感性、物理性认识。但是对符合规范性要素的事实情状,是无法通过感官感知加以辨认的,要借助于更高级的认识活动,根据法律规范、社会规范作出评价,才具备了认识因素。如行为人知道自己没

[42] 参见[爱尔兰]德尔默·莫兰著:《现象学:一部历史的和批评的导论》,李幼蒸译,中国人民大学出版社2017年版,第187页;[美]维克多·维拉德-梅欧著:《胡塞尔》,杨富斌译,中华书局2014年版,第42页;书杰著:《哲学100问:人,诗意地栖居》,华文出版社2019年版,第305页。

有获得专营专卖许可而销售烟草制品,才对符合“非法”要素的事实情状具备了认识;行为人知道自己伪造的是表明国家机关某种意思的文件,才对符合“公文”要素的事实情状具备了认识。这体现为一种评价性和价值性认知。

人或事物除了具有自然特征,在社会生活中,还具有各种规范特征。这种以规范性要素刻画的特征也属于事实的范畴。如汽车是否属于他人,不是该事物对象本身的自然特征,但在成立盗窃等故意犯罪的场合,行为人对此必须有认识。只有根据法律的或社会的规则才能认定这些规范性特征,因此,具有规范性特征的客体必然涉及某种法律关系或者在社会生活中发挥某种功能。若要认识这样的规范性特征,就有必要理解相关规范性要素所指明或者暗含的法律关系或者社会功能。可以说,在规范性要素的场合,行为人要成立故意,必须对客体所处的法律关系或者承担的实际功能有所认识。^[43]

由自然特征所形成的行为事实被称为自然事实,由规范性特征所形成的行为事实被称为制度性事实。制度性事实同样属于事实而非评价。^[44]不但物理世界的自然事实属于刑法中的事实,而且由包括法律在内的各种社会规范所创制的制度性事实,^[45]亦即对社会成员具有重要性的事实,^[46]也被纳入刑法上事实的范畴。所以,不管是自然事实还是制度性事实,只要是判断客观构成要件符合性所要求的,都是构成要件事实,都是成立故意需要认识的对象。这有点类似于刑事诉讼中的客观真实与法律真实,刑事诉讼活动不可能去追求客观真实,而是根据已有的证据去证明法律真实。“以事实为根据”指的是以查明的法律事实为根据。由于法学是一门规范科学,它所关注的事实蒙上了一层规范的色彩。在规范性要素的场合,行为人对构成要件事实(制度性事实)的认识,不只是对于外在事实的认知,还包括对其内在社会意义(前提性规范)的精神性理解,即符合规范性要素的事实与前提性规范是一体的,行为人需要借助对前提性规范的理解和认知才能认识事实。若缺乏对前提性规范的认识和理解,则阻却故意的成立。这是由上文所发现的规范性构成要件要素的本质特点决定的,即刑法中的规范性要素是“规范套叠”,刑法规范里嵌套着前置性规范、社会性规范。由此决定了,符合刑法规范性构成要件要素的事实属于制度性事实、规范性事实。例如在法律规范性构成要件要素的场合,行为人的认识对象必须包括某种法律关系,正确的法律观念属于对相关事实情状精神上的正确理解,否则就存在事实认识错误。也就是说,如果对于法律关系的正确认识是理解相关事实的社会意义的前提,那么对构成要件所援引、涉及的法律(前置法)的错误认识,就属于构成要件认识错误,会影响故意的成立。例如,侵占罪的对象是“他人的”财物,这关系到蔑视刑法之外的民法规制效力,即物品属于他人所有,这种规制效果在现实生活中具有独立意义。如果行为人认为处分的是自己的物品,那么他不知道自己的行为有什么不妥,对他人

[43] 参见[德]乌尔斯·金德霍伊泽尔著:《刑法总论教科书》(第六版),蔡桂生译,北京大学出版社2015年版,第255页。

[44] Vgl. Puppe, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2019, § 19 Rn. 46.

[45] 参见[德]英格博格·普珀著:《法学思维小学堂:法律人的6堂思维训练课》(第二版),蔡圣伟译,北京大学出版社2024年版,第14页。

[46] Vgl. Darnstädt, Der Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht, JuS 1978, 441, 443.

的权益有什么妨碍。我们比较两个案件：^[47]

[变卖手镯案一]甲因缺钱要变卖首饰,误将母亲寄放在己处的手镯看成了自己的,予以出售,甲客观上侵占了他人的财物,但主观上没有认识到财物是他人的,因而排除侵占罪的故意。

[变卖手镯案二]乙在母亲去世后,以为未尽赡养义务的弟弟对于母亲的手镯没有继承权,遂将自己保管的母亲手镯擅自变卖,乙误解了民法继承规定而以为自己是手镯的单独所有权人,由于错误的法律观念使他认为该物品是属于自己的东西,所以其对于行为对象是他人的财物欠缺认识,故排除侵占罪的故意。

案例一中,甲是单纯的事实认识错误,即对物理对象的认识错误,把别人的手镯看成了自己的;案例二中,乙是单纯的法律理解错误,对物理对象没有认识错误,知道手镯是母亲的遗产,但对于手镯的法律属性发生了错误认识。二者都没有认识到行为对象是“他人的”财物,故而排除了犯罪故意。

我国刑法中存在大量的具有规范性的要素,如“珍贵、濒危野生动物”“珍贵树木”“毒品”“贵金属”“国家禁止进出口货物、物品”“枪支”等。刑法并没有详细规定成为上述行为对象的具体物品,需要由行政法律法规予以补充,所以这是一种法律评价要素。这非常类似于刑法中的空白要素,可以说是一种隐性的空白要素。所谓的空白要素,是指刑法分则条文罪状中没有对构成要件要素的内容做具体、详细规定,而是指出要援引、参照其他法律法规的规定,也即该要素的内容是由其他法律法规来填充的。^[48]

有观点认为,在空白要素中,行为人的故意只需要认识到补充规范(前置法)的前提事实,但不需认识补充规范本身,所以行为人不知道其行为违反补充规范,也不会阻却故意,至多是违法性认识错误(禁止错误)。^[49]例如,行为人未经许可猎捕红领绿鹦鹉,但是其不知道红领绿鹦鹉是列入行政主管部门公布的《国家重点保护野生动物名录》中的野生动物,这属于不影响故意的违法性认识错误。这种观点的思考过程是,为了确定空白要素的禁止内容,必须通过“连读”的方式,以所援引的刑法以外的补充规范内容来取代空白刑法的要素,行为人的故意只是以空白刑法及补充规范的前提事实为对象。^[50]但是,经过这种“连读”的方式,会导致原先空白要素中的规范性概念被描述性概念取代,使空白要素的规范性意义丧失。^[51]例如,要成立危害珍贵、濒危野生动物罪,行为人需要认识到其所猎捕的动物是政府机关要求保护的珍稀动物,但是在用行政机关公布的具体保护动物名称来取代“珍贵、濒危野生动物”概念之后,该罪的构成要件内容就成为猎捕红领绿鹦鹉等具体动物。对于行为人来说,如果他不知道红领绿鹦鹉是国家重点保护的珍

[47] 以下两个案例参见薛智仁:《禁止错误之法律效果:为故意理论辩护》,我国台湾地区《政大法学评论》2015年第142期,第169页。

[48] 参见张明楷著:《刑法学(上)》(第六版),法律出版社2021年版,第159页。

[49] Vgl. Frister, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2011, § 11 Rn. 38.

[50] Vgl. Vogel, in: Strafrechtsgesetzbuch Leipziger Kommentar, 12. Aufl. 2006, § 16 Rn. 37.

[51] 参见薛智仁:《禁止错误之法律效果:为故意理论辩护》,我国台湾地区《政大法学评论》2015年第142期,第170页。

贵、濒危野生动物,就无从知道其行为的社会意义(法益侵害性),这种认知状态与行为人不知道猎捕的是红领绿鹦鹉没有什么不同。为此,学界越来越多的观点认为,空白要素所援引的补充规范本身也是故意的认识对象,欠缺对补充规范的认识会排除故意的成立。^[52]当然,不可能要求行为人准确认识到补充规范(前置法)的条文规定,如果要求行为人认识到行政机关公布的“重点保护野生动物名录”才能成立故意,显然是不妥当的。只要他对相关法律规定所追求的实质规范目的、相关法律概念所蕴含的社会意义有所认识,就具备了故意的认识因素。这涉及“外行人的平行评价理论”,上文已经做了具体说明。

(二)“规范性要素”本身不是规范性要素场合故意的认识对象

在理论上有一种认识误区,认为在规范性构成要件要素的场合,故意是对“规范性要素”的认识。实际上,“规范性要素”是对构成要件某种组成部分的理论表述,不可能要求行为人去认识。故意的真正认识对象是符合规范性要素的“事实情状”,包括上述的自然事实与制度性事实。因此,有必要将“构成要件”与“构成要件事实”明确区别开来。有学者很早以前就注意到了这个问题,指出构成要件理论中研究的“构成要件”是一个法律上的概念,不能将“构成要件”与“符合构成要件的事实”混淆在一起。^[53]虽然需要依据刑法规范来认定符合构成要件的事实,某种意义上属于法律性的事实,但是毕竟有异于法律规范本身。理论研究和司法实务上要注意“法律规范”和“法律事实”这两个概念的不同。^[54]规范性要素的内涵与外延,最终只能是通过法院作出的法律解释来决定,但这并不意味着要求行为人做出和法院的法律解释同样的判断,那是规范的正确适用问题,否则就导致只有具备高度法律知识的人才可能有故意,这种结论是不妥当的。即便认为某种事实不属于构成要件要素,那也只是单纯的适用错误,不能依据这样的错误就阻却故意。^[55]

西田典之主张,“把规范性要素还原为事实性要素,由此而把对规范性要素的认识界定为事实性认识。构成要件要素不仅仅只有记述的要素,还包括诸如财物的他人性、职务的合法性等规范的要素,因此,要肯定存在故意,当然必须对这些规范的要素也存在认识。问题在于,要肯定存在对规范的要素的认识,必须具有什么样的事实认识呢?在这种场合,包括法律的要素在内,应该将评价性要素尽可能地还原于事实性要素,以这种认识的有无作为判断标准。”^[56]在以上论述中,针对规范性要素的故意,西田典之认为故意的认识对象是“规范性要素”,但又进一步提出需要具有事实认识。本文认为,西田教授不如明确指出,在规范性要素的场合,故意的认识对象是“符合规范性要素的事实”,而不是对要素本身的认识。这样,他就不必主张“把规范性要素还原为事实性要素”“将评价性要素尽可能地还原于事实性要素”了,实际上实现这种“还原”是非常困难的。笔者注意到,在对具体判例的评析中,西田教授又把“符合规范性要素的事实”作为故意的认识对象。他认为,“对于妨害执行公务罪中的职务行为的‘合法性’(不成文的构成要件要素),判例

[52] 参见王效文:《规范性构成要件错误与禁止错误》,我国台湾地区《台湾本土法学杂志》2008年第103期,第173页。

[53] 参见[日]小野清一郎著:《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11页。

[54] 参见陈兴良:《刑法教义学中的规范评价》,《法律科学》2023年第2期,第29页。

[55] 参见[日]山口厚著:《刑法总论》(第3版),付立庆译,中国人民大学出版社2018年版,第203页。

[56] [日]西田典之著:《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218页。

(大判昭和7·3·24刑集11卷296页)认为这种错误(对合法性的认识错误)也属于违法性的错误”,但“这里的问题也在于,行为人对于违法性的基础事实是否存在认识。具体而言,明明出示了逮捕令,行为人却误信并未出示,这属于事实的错误。反之,即便认识到已经出示了逮捕令,但行为人认为自己并非真正的犯人,因而逮捕行为属于违法行为,这便属于违法性的错误”。^[57] 这里正涉及上文提到的妨害公务犯罪中故意如何认定的问题。在上述分析中,“违法性的基础事实”指的是符合构成要件要素的事实,这是故意的认识对象。所以,当行为人误以为司法人员未出示逮捕令,这是“事实的错误”;当行为人认识到“已经出示了逮捕令”,就对“符合职务行为合法性的事实”具备了认识,也就具备了妨害公务罪的故意。至于“认为自己并非真正的犯人,因而逮捕行为属于违法行为”,这是一种涵摄错误,是对“职务行为合法性”本身理解的错误,“这便属于违法性的错误”,已经不是故意的问题,而是违法性认识可能性的判断问题。由此可见,区分认识的对象是“规范性要素”还是“符合规范性要素的事实”对于故意的认定来说非常重要。

在规范性构成要件要素的场合,故意是对规范性事实情状的精神性理解,这种精神性理解不是指行为人能够将相关事实情状准确地涵摄(Subsumtion,也被译为包摄、归属)于规范要素(法律概念)之下,而是要求行为人对于符合规范性要素的事实,能够理解以这种规范性要素(法律概念)所表达的社会意义内涵。这里涉及涵摄以及涵摄错误的问题。^[58] 涵摄是将特殊归于一般,所回答的问题是,事实是否符合规范的构成要件。从法逻辑的角度来说,涵摄是一个推理的程序,它的两个组成部分即大前提与小前提,法律的构成要件是大前提,而事实中关键信息则构成小前提。^[59] 在涵摄的过程中,需要审查的是,所指称的案件事实是否满足某一规范的构成要件要素,即事实能否被置于规范或者具体的规范构成之下。可见,涵摄方法是一种演绎推理,即将大前提中的应有之义提炼、揭示出来并适用于小前提,或者说,将作为小前提的案件事实涵盖在作为大前提的一般规则之中。在刑法教义学中,涵摄过程就是构成要件该当性的判断过程。^[60] 通常认为,涵摄错误是指涵摄至条文的错误,即不知相关事实可涵摄于某刑法规范之下。^[61] 涵摄错误是对刑法规范概念的理解错误,该问题在本质上是一个对构成要件的解释问题。^[62] 这种法律解释的错误是指行为人虽然对于构成要件相关的事实及其社会意义有正确且完整的认

[57] [日]西田典之著:《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218页。

[58] 前田雅英认为,在涵摄的错误中,存在着对社会性的意义的涵摄(如淫秽概念)与对法律上的意义的涵摄(如物的他人性、职务的合法性)。对社会性意义的涵摄,在诸如淫秽概念这样的情形中成为问题。在此,有必要通过外行人的标准进行评价,涵摄错误时阻却故意。对法律上的意义的涵摄又分为对作为对象事实的非刑罚法规的涵摄问题与对作为评价标准的刑罚法规的涵摄问题,即对行为的法律评价的涵摄问题。对非刑罚法规的涵摄,如对物的他人性、职务的合法性的涵摄,如果发生错误时也仍然要否定故意。与此相对,对刑罚法规的涵摄,诸如“以为借据不是刑法上的文书”这样的情形,对刑罚法规的涵摄的错误不阻却故意。参见[日]前田雅英著:《刑法总论讲义》(第6版),曾文科译,北京大学出版社2017年版,第157页。笔者认为,前田雅英理解的涵摄错误是广义的,而学界一般理解的涵摄错误是狭义的,即前田雅英所说的“对刑罚法规的涵摄的错误”情形。

[59] 参见[德]托马斯·M.J.默勒斯著:《法学方法论》(第4版),杜志浩译,李昊等校,北京大学出版社2022年版,第178页。

[60] 参见陈兴良:《刑法教义学中的演绎推理》,《法制与社会发展》2024年第3期,第82页。

[61] Vgl. Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Aufl. 2006, § 12 Rn. 101.

[62] 参见[德]莱因荷德·齐佩利乌斯著:《法学方法论》,金振豹译,法律出版社2009年版,第142页。

知,却错误地将其所涉及的构成要件做了有利于己的解释,而误以为其行为不符合该构成要件。^[63] 例如,行为人以为只要没有挂狗牌的狗便是无主物,不是“他人的”财物,行为人为人毒杀了这样的狗,认为自己不会成立故意毁坏财物罪。这就是一种涵摄的错误。

康德曾经指出:“如果将制定规则的能力称为理解力,则判断力即是涵摄于规则的能力,也即是说需要识别出某事是否可归属于给定的规则之下。”^[64] 涵摄是一个旨在发现或者创造事实与规范之间关联的思维过程,^[65] 是法律适用者在法律规范与具体的事实状况之间建立的一种联系,^[66] 即一种具体的推导关系。“在法律思维过程中,将通过法律用语所指涉的一般概念等同于具体的情境要素,正是涵摄的意义所在。”^[67] 行为人所认识的事实在解释上是否足以该当不法构成要件,这是一个法律上的价值判断问题,是专属于适用法律的法官所要处理的事情,^[68] 是一个将事实与法律串联起来的专业工作,一般人本来就不能做出准确的法律涵摄。故意是否具备认识因素,取决于行为人是否对符合不法构成要件的事实有认识,而不在于对构成要件的文本(构成要件要素)是否有认识,只有法律适用者(第三人)才需要认识法律文本(构成要件要素)。

如果行为人因为错误的法律涵摄而欠缺违法性认识,则成立违法性认识错误(禁止错误),影响到责任的成立与轻重。若错误不可避免,则免除责任;若错误可以避免,则只能减轻责任。在涵摄错误的场合,行为人对刑法规范的理解往往自以为是,错误通常是避免的。违法性认识错误是关于刑法禁止规范(刑事违法性)的认识错误,^[69] 而事实认识错误则是对符合不法构成要件之事实的认识错误。由于故意意味着对该当于构成要件的事实本身的认识,因此,诸如该事实该当于构成要件、被刑法条文所记述或被刑法所禁止等,都没有被认识的必要。^[70] 当欠缺对这些情况的认识时,都是违法性的认识错误,并不是阻却故意的事实认识错误,与故意的成立与否并无关系。

五 结 语

在规范性构成要件要素的场合,我国司法实践中存在着两个认识误区:一是将自然事实作为故意的认识对象,却没有将规范性事实作为故意的认识对象,使得故意认定的门槛降低,导致了所谓的“新四大奇案”(气枪案、鹦鹉案、兰草案、玉米案),引起舆论一片哗然。二是认为故意的认识对象是“规范性要素”本身(构成要件文本),没有将故意的认识对象明确界定为“符合规范性要素的事实”,这导致故意与违法性认识的关系混淆,未将二者作为不同层次的问题来对待,使得一些案件中违法性认识错误阻却了故意的成立。前一个误区导致该出罪的没有及时出罪,后一个误区导致该入罪的没有入罪。本文在提

[63] 参见蔡圣伟著:《刑法案例解析方法论》(第二版),我国台湾地区元照出版有限公司 2017 年版,第 101 页。

[64] Kant, Kritik der reinen Vernunft, 2. Aufl. 1787, S. 171.

[65] Vgl. Gast, Juristische Rhetorik, 5. Aufl. 2015, Rn. 59 Fn. 1.

[66] 参见[德]伯恩·魏德士著:《法理学》,丁小春、吴越译,法律出版社 2013 年版,第 297 页。

[67] [德]莱因荷德·齐佩尔乌斯著:《法学方法论》,金振豹译,法律出版社 2009 年版,第 141 页。

[68] 参见黄荣坚著:《基础刑法学(上)》(第三版),中国人民大学出版社 2009 年版,第 275 页。

[69] 参见孙运梁:《刑法中违法性认识的应然对象与实然认定》,《法学》2024 年第 12 期,第 79 页。

[70] 参见[日]高桥则夫著:《刑法总论》,李世阳译,中国政法大学出版社 2020 年版,第 153 页。

出这些问题之后,首先,揭示规范性构成要件要素的本质特征;其次,运用语言分析哲学与现象学的基本原理,对规范性构成要件要素场合故意的认识对象进行剖析,指出规范性要素场合的故意是对语词含义与意向对象的认识;最后,将上述哲学层面的分析予以“落地”,进行规范性的教义学分析,指出规范性要素场合故意的认识对象是规范性事实。

第一,规范性构成要件要素表现为规范叠加与嵌套,即“规范套叠”,刑法规范里内含着前提性规范。规范性要素在实质上不同于描述性要素,这也导致在认定规范性要素场合故意认识对象时,容易产生分歧和偏差,因此有必要揭示规范性要素与描述性要素的不同,并对规范性要素场合的故意认识对象进行专门研究,以便厘清误区,供司法实务办案参考。

第二,本文以语言分析哲学与现象学的视角来剖析、揭示规范性要素场合故意的认识对象。已有的研究在该问题上基本只进行教义学研究,即在“刑法之中”研究刑法,而这容易导致视野狭小、循环论证。本文在发现规范性要素本质特征的基础上,试图在“刑法之上”寻找思路、视角,语言分析哲学、现象学的基本原理正好契合该问题的解决,它们在语词分析、意识构造层面深刻揭示了规范性要素场合的故意认识本质。本文没有只浮在哲学层面,而是将语言分析、现象学原理与教义学分析融贯起来。以“贩卖、传播淫秽物品案件”为例,将“语词的含义与指称理论”运用到分析“行为人对规范性事实的认识过程”,并从这个角度阐明“外行人平行评价理论”的合理性。以往的研究只是指出行为人属于外行人,不可能像法律人那样去认识符合规范性要素的事实,而本文在语言分析哲学的启发下,揭示出法律人与行为人一样,都是对规范性要素的“含义”有认识,对规范性要素的“指称对象”(规范性事实)的意义有认识,只不过法律人有额外的、特别的专业认识,即对规范性要素的语词表述本身、对构成要件文本有认识,而对于故意的成立来说,行为人不可能、也不必认识到语词、文本。本文运用现象学基本原理揭示了故意的认识活动,特别是以典型的涉及规范性要素案件“贩卖、传播淫秽物品案件”为例,具体分析了行为人对规范性事实的认识过程。虽然得出的结论与已有的多数学者观点相同,即行为人要成立故意,必须对“淫秽性”(规范性特征)有认识,但从“意识的构造性与意向对象”角度分析、阐明规范性要素场合故意的认识过程,可能正是本文的一个理论贡献。

第三,在规范性要素的场合,符合不法构成要件的事实体现为规范性、制度性事实,这种事实的规范性、制度性是由规范性要素中嵌套的前提性规范决定的。行为人必须对事物的规范性特征具备认识,才可能成立故意。行为人仅仅对物理对象、自然事实具备认识还不足以奠定故意的根基,行为人必须对前提性规范决定的事物社会性、规范性特征具备认识才能充足故意的认识因素。同时,我们要注意,故意的认识对象是“符合规范性要素的事实”,而不是“规范性要素”本身。案件事实符合规范性要素是涵摄问题,是适用法律的司法者需要认识的对象,行为人作为外行人,不可能也不需要认识到。对于构成要件文本(构成要件要素)的认识错误属于涵摄的错误,可能导致违法性认识错误,但不影响故意的成立。涵摄错误是对刑法中规范概念的理解错误,它实际上是一个对构成要件的解释问题。

[本文为作者主持的2023年度国家社会科学基金一般项目“总体国家安全观视域下数据安全的刑法保护研究”(23BFX119)的研究成果。]

On the Cognitive Object of Intent in the Context of Normative Elements

[**Abstract**] Judicial practice in China has exhibited deviations in determining “the cognitive object of intent in the context of normative constituent elements”. These deviations mainly manifest in two aspects: First, there is a failure to clearly distinguish between “natural facts” and “normative facts”, mistakenly equating the perpetrator’s awareness of natural facts with intent, thereby leading to an unjustified expansion of intentional culpability. Second, there is a conflation of “normative elements” themselves with “facts that satisfy normative elements”, erroneously treating the normative elements as the cognitive object of intent, blurring the distinction between intent and illegal cognition. Normative constituent elements inherently incorporate evaluative norms that assess facts, serving as value-supplementing components whose meaning must be anchored in a specific normative framework. Consequently, normative elements exhibit a “nested” normative structure, where criminal norms contain presupposed norms—a characteristic that underscores their complexity and poses challenges in establishing intent. When criminal law employs normative elements such as “obscene materials” or “official documents”, it essentially invokes the socially recognized meanings of these terms. The public’s understanding of legal provisions relies on their grasp of these terms’ meanings and the objects they denote. The perpetrator’s cognition of facts that satisfy normative elements must extend beyond mere physical perception or bare natural facts to encompass an understanding of the objective and publicly recognized meanings of these elements, as well as the significance of the objects (constituent facts) they refer to. The layperson’s comprehension of legal concepts corresponds to their awareness of the social evaluations that parallel legal judgments. The law can only require offenders to recognize the objects, consequences, and social implications of their actions at the same level as ordinary, non-expert individuals, rather than requiring them to possess specialized or precise legal knowledge. The cognitive process of criminal intent involves the perpetrator’s subjective consciousness assigning meaning and essence to the object of cognition, thereby constructing its conceptual framework. What intent truly targets is not the physical entity itself but the intentional object formed within the realm of consciousness. In normative contexts, the cognitive object of intent consists of the normative factual circumstances that satisfy the constituent elements. The perpetrator’s cognition is activated by perceptual data and subsequently constructs a normative intentional object. The cognitive component of intent depends on the perpetrator’s awareness of facts that satisfy the constituent elements, not of the textual formulation of those elements. A mistake regarding the “normative element” itself constitutes an error of subsumption, which may lead to a mistake of law but does not negate the existence of intent. Whether case facts satisfy normative elements is a matter of subsumption, which is a deductive reasoning task for judicial authorities, rather than a part of the perpetrator’s cognitive content.

(责任编辑:贾元)