

# 犯罪故意的认定：违法性认识可能性

◆杨艳

(武警警官学院 四川成都 610200)

摘要：违法性认识是认定故意犯罪中的一个重要问题，在刑法理论上存在不知法者不免责与不知法者可免责两派观点的对峙。本文通过掏鸟案和射击摊案两个案件的切入，对故意犯罪是否以违法性认识可能性为前提进行观点梳理，重点分析了我国刑法理论中关于违法性认识的立场。本文认为，违法性认识可能性是认定故意犯罪的前提。当然，如何认定行为人是否具有违法性认识可能性应遵循外行人领域的平行评价理论，结合具体个案案情进行具体分析。

关键词：故意犯罪；违法性认识可能性

一、问题的提出：两个案例引发的思考：2015年和2016年两则新闻媒体的报道引起了社会舆论的轩然大波。一则是《大学生掏鸟案获刑十年半》，一则是《天津大妈街头摆射击摊，获非法持有枪支罪被判刑三年半》。本文在这里不议论关于此案媒体的选择性或标题党的报道，只是试图分析这两个案子在法律层面上引发的争议问题。一个小小的掏鸟案居然被判刑十年半<sup>①</sup>，一个生活中我们在公园司空见惯的打气枪居然被定性为非法持有枪支罪<sup>②</sup>，这引起舆论一片诧异和哗然，这两个案件判决的正当性和合理性成为了舆论的焦点。在这两个案件中，关于闫啸天猎捕和收购燕隼（10支司法鉴定解释即认定为情节特别严重<sup>③</sup>）的事实、赵春华摆射击摊有6支被鉴定为枪支的事实，双方均无争议，争议的焦点主要在于案件中的行为人是否构成犯罪，是否具有犯罪的故意。引起笔者注意的是，在闫啸天掏鸟案中，闫啸天是否明知其所猎捕的鸟为燕隼，是否明知自己所猎捕的鸟为国家保护动物是案件的主要辩护争议点。另外，在赵春华射击摊案中，赵春华作为一个普通老百姓，是否知道自己摊位上的气枪属于枪支，是否有非法持有枪支罪的故意也存在争议。在刑法上都属于故意犯罪，两罪在主观方面的表现均为故意。那么，这两个案件汇总的当事人是否有犯罪的故意呢？

二、犯罪故意是否以违法性认识为前提：两种观点。犯罪故意的成立是否以具有违法性认识为前提，有违法性认识错误能否阻却故意，在刑法界主要有两种不同的观点。一种是以有着相同法律渊源的英美法系为代表，他们是“不知法者不免责”的坚定拥护者，他们认为，法律认识错误不阻却故意，在他们看来，法律的颁布即是一种告知，自有法律以来，不允许对法律的无知，国家按照通行方式颁布法律之后，便期待公民知道法律。虽然美国司法实践判例中对于这一原则的坚持有些松动和例外情形的出现，但是总体上，英美两国还是认为，“不知法不能作为抗辩事由”。另一种是德国、法国、日本以及瑞士等国，主张不知法律可以免责，他们在刑法条文中明确规定了一定特殊情形下的违法性认识错误可以免除或者减轻行为人的刑事责任。<sup>④</sup>

三、我国刑法立场：不知法者不免责。我国刑法第十四条对于故意犯罪的规定是：“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。”从刑法条文关于故意犯罪的法律规定可以看出，故意犯罪在认识因素上需要行为人明知自己行为会发生危害社会的结果，也就是行为人要意识到自己行为的社会危害性。那么，故意犯罪究竟需不需要行为人认识到自己行为的违法性呢？在刑法第14条关于犯罪故意的定义中可以得知，我国刑法条文对于犯罪故意是否包含违法性认识并没有明确，但是对于犯罪故意包含社会危害性的认识是十分明确的。但是纵观中国司法实践，特别是通过研究我国刑法理论界犯罪的三大特征我们可以看出，构成犯罪必须具备三个特征：社会危害性、刑事违法性、应受刑罚处罚性。由于不具有社会危害性的行为是不应该具有刑事违法性的，故社会危害性与刑事违法性两者之间原本不存在冲突。所以，在本文看来，认定犯罪故意，需要行为人认识到法律条文文明确的行为的社会危害性，也就是实质违法性，同时因为刑法把一切具有严重社会危害性的行为规定为犯罪就是一种形式违法性的体现，因此本文同时也认为，认定犯罪故意，需要行为人认识到自己行为的违法性，需要行为人具有违法性认识的可能，注意，在这里是违法性认识的可能，而不要求行为人明确的知道，自己的行为究竟在多大程度上违反刑法，又该适用哪种法定刑，毕竟，对于法律的严格适用始终是司法机关应当遵循的任务。作为普通民众，不要求必须熟悉刑法的具体规定，乃至熟悉具体犯罪的具体法定刑。据此，该案判决合理性存疑的根本所在应当是闫啸天、

赵春华有无违法性认识可能性。

在闫啸天案件中，判断闫啸天是否构成非法猎捕珍贵、濒危野生动物罪的关键，就需要判断他是否具有非法猎捕珍贵、濒危野生动物罪的故意，也就是闫是否知道所猎捕的鸟是燕隼，是国家保护动物。“这个时候要使用外行人领域的平行评价的理论。文盲都可能不知道‘濒危’是什么意思，所以不要求行为人用刑法用语来思维。我经常讲我在看卷宗时看到的笔录内容。所以，就有关珍贵濒危野生动物的犯罪而言，只要行为人认识到这种动物很少见、很独特、很奇怪、很值钱等等，就可以认为行为人认识到了这种动物是珍贵濒危野生动物。”<sup>⑤</sup>同理，在赵春华案件中，赵春华明知其用于摆摊经营的枪形物具有一定杀伤力和危险性，无法通过正常途径购买获得而擅自持有，即认定为有违法性认识可能性，具有主观故意。

四、小结：每一个我们在生活中司空见惯的事情，却在突然有一天被刑法问责，媒体大肆的宣传报道，以及社会舆论的激烈质疑和讨论，都更像是一次形式违法性的普法。

## 参考文献：

- [1]张明楷：《刑法格言的展开》，北京大学出版社2012年版，376-392页。
- [2]马荣春、陈志颖：《违法性认识：“赵春华涉枪案”出罪之切入》，《河南财经政法大学学报》2018年第1期。
- [3]陈兴良：《违法性认识研究》，《中国法学》2005年第4期。

## 注释：

- ①2014年7月14日左右的一天，被告人闫啸天、王亚军在辉县市高庄乡土楼村一树林内非法猎捕燕隼12只（国家二级保护动物），后逃跑一只，死亡一只。2014年7月18日，被告人闫啸天、王亚军卖到郑州市7只，以150元的价格卖给被告人负某某燕隼1只。被告人闫啸天独自卖到洛阳市2只。2014年7月27日，被告人闫啸天和王亚军在辉县市高庄多土楼村一树林内非法猎捕燕隼2只及隼形目隼科动物2只，共计4只。2014年7月26日，被告人闫啸天从河南省平顶山市张某某手中以自己QQ网名“兔子”的名义收购凤头鹰1只（国家二级保护动物）。一审法院认定被告人闫啸天、王亚军的行为构成非法猎捕珍贵、濒危野生动物罪；被告人闫啸天的行为构成非法收购珍贵、濒危野生动物罪，判处闫啸天有期徒刑10年半，判处王亚军有期徒刑10年。
- ②2016年8月至10月，天津老太赵春华在天津市河北区李公祠大街海河亲水平台附近摆设射击摊位进行营利活动。同年10月12日22时许，赵春华被公安机关巡查人员查获，当场收缴枪形物9支及配件等物。经天津市公安局物证鉴定中心鉴定，涉案9支枪形物中的6支为能正常发射、以压缩气体为动力的枪支。赵春华于2016年12月27日被天津市河北区人民法院以非法持有枪支罪判处有期徒刑3年6个月。二审改判其有期徒刑3年，缓刑3年。
- ③我国刑法第三百四十一条第一款规定：“非法猎捕、杀害国家重点保护的珍贵、濒危野生动物的，或者非法收购、运输、出售国家重点保护的珍贵、濒危野生动物及其制品的，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金；情节严重的，处五年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；情节特别严重的，处十年以上有期徒刑，并处罚金或者没收财产。”
- ④如《德国刑法典》第17条规定行为人行事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。”法国在1992年《刑法典》第122条第3款中规定，“能证明自己系由于其无力避免的对法律的某种误解，本可以为合法完成其行为的人，不负刑事责任”。
- ⑤张明楷：《刑法的私塾》，北京大学出版社2017年版，第157页。

作者简介：杨艳（1991—），女，武警警官学院助教，硕士，研究方向：刑法学。