

犯罪故意概念中的“危害社会”： 规范判断与归责机能

曾文科*

内容提要：“危害社会”是我国刑法故意概念中最具特色的表述。在规范责任论下，故意的判断不再是单纯的事实认定，而是规范评价。故意概念中的“危害社会”表明，进行故意归责时，行为人必须具有形成反对动机的可能性。成立故意犯罪时，只要求行为人明知构成要件事实；“危害社会”不是明知的内容，其只是对行为或结果属性的修饰或表达。应当根据法规范标准说，立足行为时，以行为人认识的内容为判断素材，由作为法规范总和的国家，对“危害社会”作出符合科学法则的判断。成立故意犯罪时，行为人不必具有现实的违法性认识，形式违法性认识可能性只是用以判断实质违法性认识可能性的资料。“危害社会”为实质违法性认识可能性在故意概念中留下了一席之地，因此不必在故意之外再讨论违法性认识可能性问题。

关键词：犯罪故意 危害社会 违法性认识

一、“危害社会”是故意概念的解释关键

众所周知，我国已进入法定犯立法活性化时代。在评价法定犯的主观方面时，一直以来最困扰学界与司法工作人员的问题之一，当属故意与违法性认识（可能性）的关系。解决该问题的前提是，准确把握我国刑法中的故意概念。关于犯罪故意的理解，刑法理论上呈现出纷繁复杂的学说争议。在评判学说优劣时，除了考虑观点本身的逻辑性与解决问题的合理性，还必须考虑观点本身与本国刑法规定的契合度。^{〔1〕}我国刑法第14条第1款规定：“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。”该款是关于故意犯罪的总则性规定，可以说通过立法方式定义了故意概念。

横向对比看，日本刑法第38条第1款只笼统规定，“无犯罪意思的行为，不处罚。但是，法律有特别规定时，不在此限”，未明确规定故意的内容。德国刑法虽然没有明确规定故意的内容，但其第16条第1款规定，“行为时未认识该当构成要件之事实者，无故意。该行为

* 中国政法大学刑事司法学院副教授。

本文系霍英东教育基金会高等院校青年教师基金资助项目“新时代非刑罚性犯罪制裁措施改革的理念、路径与方案”（项目编号171078）的阶段性研究成果，并得到中国政法大学青年创新团队项目资助。

〔1〕 在解决故意相关问题时，以“不采所谓‘结果无价值’论的德国刑法乃系大陆法系之鼻祖，其在欧亚大陆法律传统中有着不可忽略的深远影响”为由，当然采取德国主流学说的立场（参见蔡桂生：《违法性认识不宜作为故意的要素——兼对“故意是责任要素说”的反思》，《政治与法律》2020年第6期，第111页），并不妥当。

是否以过失论, 不受影响”; 其第 17 条第 1 句规定, “行为时欠缺不法意识且无法避免者, 无罪责”。综合这些规定可知, 德国刑法区分了构成要件错误与禁止错误, 构成要件事实是故意的认识内容, 不法意识则不是。我国台湾地区“刑法”则明确界定了故意的内容, 其第 13 条规定: “行为人对于构成犯罪之事实, 明知并有意使其发生者, 为故意。行为人对于构成犯罪之事实, 预见其发生而其发生并不违背其本意者, 以故意论。”故意的认识内容仅限于“构成犯罪之事实”, 而不包括对该事实的评价。不难看出, 我国故意概念的特色在于, 并非单纯要求行为人明知自己的行为会发生作为事实的结果, 而是要求行为人明知自己的行为会发生具有某种属性的结果, 即“危害社会”的结果。

纵向比较看, 自清末修律起, 中国刑法开始了现代化进程, 有关犯罪故意的规定也呈现出不同样貌。最初, 在 1905 年《刑律草案(稿本)》中采用的是上述日本刑法模式, 即单纯规定故意是成立犯罪的条件之一, 并不明确其内容。这种状况一直持续到 1918 年。当年《刑法第二次修正案》以“原案于故意及过失之范围未尝确定, 解释上一伸一缩, 即易出入人罪, 其关系非浅。且故意与过失法家学说各有不同, 若不确定其范围, 匪独律文之解释不能画一, 而犯人之处罚尤患失平”为由, 采用与上述我国台湾地区“刑法”相同的模式。这一模式也为后来 1928 年民国时期旧刑法与 1935 年《中华民国刑法》所采用。^[2] 及至中华人民共和国成立后, 在 1950 年 7 月《中华人民共和国刑法大纲草案》、1954 年 9 月《中华人民共和国刑法指导原则草案(初稿)》以及其后《中华人民共和国刑法草案》各稿中, 虽然表述略有不同, 但都明确规定了故意概念, 且在规定故意的内容时均采用了“危害社会的结果”或“社会危害结果”等表述。1979 年刑法第 11 条的规定则与现行刑法第 14 条的内容完全一致。^[3] 不难看出, 我国刑法的一大特色正是明确规定故意概念, 并将“危害社会”的结果, 而不仅是构成犯罪的事实, 规定为故意的内容。

总之, 无论横向对比还是纵向比较, “危害社会”乃我国刑法故意概念的解释关键。但是, 围绕“危害社会”这一要素, 许多关键问题没有得到令人满意的回答。比如, 为什么认识到行为会发生“危害社会”的结果才能说具有犯罪故意? “危害社会”只是对行为或结果属性的描述, 还是与行为、结果同为故意的认识内容? “危害社会”的评价以何者为判断素材、以何者为判断标准? 不对这些基础问题作出合理回应, 所构建的故意理论就只能是脱离本国刑法文本的空中楼阁。一旦妥当把握了故意概念中“危害社会”的应有之义, 就有可能从正面探寻出一条处理故意与违法性认识(可能性)关系问题的新路径, 而不再受困于德日刑法学依托错误理论处理该问题的学说迷局。因此, 本文首先明确我国故意概念中“危害社会”的存在意义与判断方法, 然后将研究所得应用于故意与违法性认识(可能性)关系问题的处理, 进一步阐明“危害社会”在故意论中的解释学价值。

二、“危害社会”与反对动机形成可能性

(一) 规范责任论下对故意的理解

根据行为人实施犯罪的主观要素, 犯罪分为故意犯和过失犯。关于故意犯和过失犯在评价

[2] 参见黄源盛:《晚清民国刑法史料辑注》, 台湾元照出版有限公司 2010 年版, 第 23 页, 第 630 页, 第 884 页, 第 1191 页。

[3] 关于中华人民共和国成立后各刑法草案中犯罪故意的规定, 参见高铭暄、赵秉志编:《新中国刑法立法文献资料总览》, 中国人民公安大学出版社 2015 年版, 第 74 页以下。

上的不同，行为无价值论者主张故意、过失是违法要素（或者同时也是责任要素），故意犯和过失犯在违反法规范的程度存在区别。^{〔4〕}结果无价值论即本文赞同的立场则认为故意、过失与违法性无关，属于责任要素；故意杀人与过失致人死亡的法益侵害性相同，只是可谴责性存在高低之分。^{〔5〕}

在学术史上，责任论经历了从心理责任论到规范责任论的变迁。前者认为当行为人具备一定的心理状态（如对事实的明知或预见）时就有责任，后者则还要求须具有他行为可能性。^{〔6〕}问题是，规范责任论是在心理状态之外另要求一些规范性的责任要素，还是将规范性评价也贯彻到心理状态中从而对该要素作规范性改造？质言之，是否有必要在责任要件中区分出事实性要素与规范性要素？对此，陈璇认为，“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。”^{〔7〕}与此相对，周光权则指出，“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”；“在故意、过失内部，本身只含有事实认识的内容，不含有规范评价的内容”。^{〔8〕}

在不法要件中细分该当客观构成要件的事实性要素以及对客观事实的违法性评价要素，或许有一定道理，即一方面通过该当构成要件的事实性要素勾勒出大致的犯罪类型，以满足罪刑法定原则的要求；另一方面通过对客观事实的违法性评价要素来维持法秩序的统一性。但是，在责任要件中区分事实性要素和规范性要素并不存在上述实益，只会留下割裂评价素材和对素材的评价这一缺点，进而影响判断的经济性。另外，即便是该当构成要件的所谓事实性要素，因受可罚的违法性论、客观归责论等的影响，大多也带有规范评价色彩。例如，作为财产犯罪对象的“财物”不能是价值极其轻微的财物，实行行为必须具有导致结果发生的危险的属性，犯罪结果必须能够客观上归属于行为人，等等。因此，在规范责任论下，责任是指对该当构成要件的违法行为的非难可能性，责任要件中的各要素都应当为“非难可能性”这一规范评价奠定基础。

如此一来，在规范责任论的视角下，较之过失犯，之所以故意犯违反法规范的程度更高或者非难可能性更大，并不仅仅因为故意犯对犯罪行为与结果等客观事实具有认识与容认，而且因为故意犯明明更容易形成反对动机（不实施犯罪行为即可），行为人却仍然突破法规范的要求实施犯罪，因而更加值得谴责。前田雅英指出，“在故意中，比起‘认识到了’，责任的核心转移到了‘尽管认识到了却没有形成反对动机来打消犯罪的念头’这一点上。”^{〔9〕}例如，甲瞄准乙的头部开枪将其击毙（案例1）。甲之所以应当承担故意杀人罪的刑事责任，并不仅仅因为甲认识到“正在扣动扳机”（行为）以及“乙的生命从有到无”（结果）这两项事实，而且因为甲能够更容易地形成“不扣动扳机”（不实施杀人行为）的反对动机。当甲选择继续

〔4〕 参见周光权：《刑法总论》，中国人民大学出版社2021年版，第150页；〔日〕井田良：《講義刑法学·総論》，有斐阁2018年版，第168页。

〔5〕 参见张明楷：《刑法学》上册，法律出版社2021年版，第327页；〔日〕西田典之：《刑法総論》，弘文堂2019年版，第225页。

〔6〕 参见车浩：《责任理论的中国蜕变——一个学术史视角的考察》，《政法论坛》2018年第3期，第71页以下；张明楷：《外国刑法纲要》，法律出版社2020年版，第165页。

〔7〕 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，第98页。

〔8〕 周光权：《违法性认识不是故意的要素》，《中国法学》2006年第1期，第171页。

〔9〕 〔日〕前田雅英：《刑法総論講義》，东京大学出版会2019年版，第155页。

实施扣动扳机的行为时，就突破了故意杀人罪中“不得杀人”的规范要求，从而可以故意杀人罪来谴责甲。

故意具有提诉机能（Appellfunktion），即行为人通过其认识的事实有可能唤起违法性认识，从而不去实施犯罪行为。倘若行为人认识到这些可使责任非难成为可能的事实，却仍然实施相应行为，则说明其存在形成反对动机的余地，能够追究其故意犯罪的刑事责任。^[10]正是在此意义上，我国刑法第14条第1款“所记述的明显是一个更具实质性和规范性的故意概念”，^[11]除了要求行为人认识到作为事实的犯罪结果，还要求该结果的发生在评价上不是价值中立的，而是具有负面价值的即危害社会的。总而言之，在规范责任论下，故意的判断不再是单纯的事实认定（故意心态），而是规范评价，即能否将犯罪结果在主观上归属于具有反对动机形成可能性的行为人（故意归责）。

（二）关于“危害社会”的既有见解

值得进一步追问的是，为了留有形成反对动机的余地，是否需要行为人对“危害社会”这一行为或结果的属性也具有认识？若不需要，这种“危害社会”的属性应否纯客观地判断？对于这些问题，既有的见解大体可归纳为以下两种立场。

客观标准说主张，成立故意时，只要求行为人明知自己的行为会发生作为事实的构成要件结果；“危害社会”只是对行为或结果属性的修饰或表达，其并不是明知的内容；行为与结果客观上被刑法规范评价为有危害社会的属性就足够了。采取这种立场的学者，多特别指出故意概念中明知的内容是该当构成要件的事实性要素。^[12]

行为人标准说主张，成立故意时，除了要求行为人明知自己的行为会发生作为事实的构成要件结果，还要求行为人明知“危害社会”这一属性（实质违法性、法益侵害性）；“危害社会”是行为人本人对所实现的构成要件结果的评价。采取这种立场的学者，多特别指出“无违法性阻却事由的认识”属于犯罪故意中认识因素的内容。^[13]该立场沿袭自苏联刑法理论，认为“无论是直接故意，还是间接故意，主体都认识到了自己行为的社会危害性，预见到了结果对社会所具有的危害性”。^[14]

这两种立场的分歧在于，如何确定“危害社会”的判断素材和判断标准。在典型的故意犯罪案件中，两种立场不会产生结论上的不同。如前述案例1中的甲，不仅认识到了作为构成要件事实的被害人死亡结果，而且开枪导致死亡结果这一事实在客观上具有危害社会的属性，甲本人也能认识到这一事实的危害社会属性。因此，无论采用客观标准说还是行为人标准说，甲都存在形成反对动机即不开枪的可能性，其逃脱不了故意杀人罪的刑事责任。但是，当有危害社会的属性在客观评价与行为人主观认识之间不一致时，这两种立场会得出不同结论，并

[10] 参见[日]山中敬一：《刑法总论》，成文堂2015年版，第315页。

[11] 前引[7]，陈璇文，第99页。

[12] 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》，《清华法学》2009年第2期，第65页；蔡桂生：《论故意在犯罪论体系中的双层定位——兼论消极的构成要件要素》，《环球法律评论》2013年第6期，第71页；陈兴良：《教义刑法学》，中国人民大学出版社2017年版，第465页；贾宇：《犯罪故意研究》，商务印书馆2020年版，第82页；前引[4]，周光权书，第152页。

[13] 参见黎宏：《刑法学总论》，法律出版社2016年版，第185页；曲新久主编：《刑法学》，中国政法大学出版社2016年版，第104页；高铭暄、马克昌主编：《刑法学》，北京大学出版社2017年版，第108页；付立庆：《刑法总论》，法律出版社2020年版，第195页；前引[5]，张明楷书，第338页。

[14] [苏]别利亚耶夫、科瓦廖夫主编：《苏维埃刑法总论》，马改秀、张广贤译，群众出版社1987年版，第150页。

暴露出各自的弊端。

一方面，客观标准说的主要问题在于，难以妥当处理假想防卫案件。例如，甲误以为乙正举枪试图射杀丙，实际上乙只是拿着玩具枪与丙开玩笑，甲出于保护丙生命的目的向乙投掷砖块将其砸死（案例2）。根据行为人标准说，由于甲意在实施为刑法所允许的、保护法益的正当防卫行为，没有认识到自己行为的实质违法性（危害社会的属性），所以甲不具有杀人的故意，至多只能追究其过失致人死亡的刑事责任。而根据客观标准说，由于甲认识到“正在向他人头部投掷砖块”（行为）以及“乙丧失生命”（结果）这两项构成要件事实，且投掷砖块致乙死亡的事实客观上具有危害社会的属性，所以会得出甲具有杀人故意的结论。但是，以故意杀人罪追究甲的刑事责任难以令人接受。于是，像假想防卫这样，在出现容许性构成要件错误的案件中，行为无价值论者为得出合理结论多主张采用“二重故意”理论，将故意区分为作为主观构成要件要素的故意与作为责任要素的故意。^[15]根据该理论，首先肯定案例2中的甲具有构成要件故意，然后在责任阶段再否定甲具有故意杀人的非难可能性，转而筛查过失犯的成立条件。^[16]

然而，“二重故意”理论未必适合我国。第一，我国刑法第14条明确给出了故意的定义，在此之外另立一个故意概念未必妥当。第二，“二重故意”理论几乎只在容许性构成要件错误的情形中才讨论责任故意，在其他情形中则只对构成要件故意进行判断。为了解决某个特定问题而将故意一分为二，其合理性存在疑问，有损犯罪论体系的统一性。第三，之所以需要先认定构成要件故意再否定责任故意，是因为支持“二重故意”理论的学者主张构成要件故意是违法要素。当正犯假想防卫时，为了在限制从属性原理下追究未出现假想防卫情况的其他共犯的刑事责任，必须首先肯定正犯具备了包括构成要件故意在内的所有违法性要素。但是，如果将故意定位为责任要素，那么正犯是否出现假想防卫情况都不会影响共犯对正犯违法性的连带。反过来看，“二重故意”理论的出现恰好说明，故意不只是对事实的主观认识，不可以只评价为（甚至不必评价为）违法要素，还应当包含规范的非难可能性评价。因此，认定案例2中的甲具有杀人故意，要么（作为最终结论）不合理，要么（作为中间结论）不必要。

另一方面，若将行为人标准说应用到案件中，往往会因行为人偏执的想法、确信或者根本没有思考过或来不及思考行为是否具有侵害法益的性质，而不当限缩故意的成立范围。例如，甲为了让乙摆脱吸毒、卖淫的不良习性，即便遭到乙的强烈反对，仍然强行将乙关押在屋内禁闭长达半年之久（案例3）。根据客观标准说，由于甲认识到了非法拘禁乙、剥夺其人身自由的事实，且该事实客观上不满足正当防卫等违法阻却事由的要件，具有危害社会的属性，所以甲具有非法拘禁罪的故意。与此相对，根据行为人标准说，甲虽然认识到了非法拘禁乙的事实，但甲完全是为乙着想，认为拘禁乙半年以换取戒除不良习性的效果于乙有利，主观上不存在危害社会的认识，所以甲不具有非法拘禁罪的故意。对此，黎宏主张以刑事违法性的认识替代包含道德内容的对社会危害性的认识，以违法性认识对含义模糊的“社会危害性认识”作出限定，试图说明大义灭亲的激情犯或者政治、宗教上的确信犯也具有犯罪故意。^[17]该主张确实对“危害社会”的认识程度作了有益限定，即“有关社会危害性的认识，并不仅仅只是

[15] 采用行为无价值论却反对“二重故意”理论、否定“责任故意”概念的见解，参见柏浪涛：《错误论的新视角》，中国民主法制出版社2020年版，第345页以下。

[16] 关于“二重故意”理论的详细讨论，参见前引[12]，蔡桂生文，第67页以下。

[17] 参见前引[13]，黎宏书，第187页。

对一般具有社会危害性的事实的认识，而必须是对与该种刑罚效果相称的事实的认识，即对值得处以该种刑罚的事实具有认识”。^[18] 尽管如此，该主张仍然是以行为人本人作为“危害社会”的判断标准。当行为人真诚地确信其用心良苦的行为是为刑法所容许时，根据黎宏的观点，由于行为人对其行为不属于排除社会危害性事由不具有认识，故应当否定行为人有犯罪故意。^[19] 但是，如果将法益衡量完全交由行为人自行判断，放弃客观标准，那么几乎所有犯罪人都会主张自己的行为是为了实现某个更大的利益，不应被认定为犯罪。

综上所述，故意概念中的“危害社会”表明，进行故意归责时，行为人必须具有形成反对动机的可能性。既有的观点不能妥当划定故意归责的范围，并且一直以来对“危害社会”的理解存在偏差，必须探寻一种新的理解方式。

三、“危害社会”的判断方法

（一）法规范标准说的理论构成

刑法学中关于某个概念的判断方法，主要由三方面要素构成：判断时点、判断素材与判断标准。^[20] 具体到故意的判断，由于犯罪故意必须存在于结果出现之前，甚至是实行行为着手之前，所以对故意概念中包括“危害社会”在内各要素的判断，必须立足于行为时而不是裁判时，对此应无争议。在理解“危害社会”时，客观标准说的问题在于，未考虑到反对动机的形成在很大程度上取决于行为人对行为与结果的认知情况，将“危害社会”的判断素材完全建基于客观事实。与此相对，行为人标准说的问题则在于，无论要求行为人认识到一般意义上的社会危害性，还是要求行为人认识到达到动用刑法来应对程度的刑事违法性，都着眼于以行为人本人对行为与结果性质的评价为标准来决定是否进行故意归责，却忽视了故意归责的主体不是行为人而是国家。简言之，客观标准说在判断素材上存在缺陷，行为人标准说则在判断标准上存在不足。

因此，必须将故意概念中的“危害社会”理解为不同于客观法益侵害、以行为人的认识内容为基础而进行的评价；并且，这种评价不同于行为人本人的评价，而是作为法规范总和的具体国家指导理念之下的评价。^[21] 在违法性判断中，是以现实发生的事实为素材，判断行为客观上是否造成了危害社会的结果。而在故意归责中，是以行为人认识的内容为素材，判断主观上能否因行为人认识的内容可评价为“危害社会”（具有违法性）从而形成反对动机。两者只是在判断素材上存在差别，在判断行为人主观上认识的内容能否评价为“危害社会”时，其评价标准与违法性判断标准是一致的。例如，以前述案例2中甲认识的内容即“乙正举枪试图射杀丙”为判断素材，甲试图实现的乙死亡的结果并非危害社会的结果，而是法规范所

[18] 黎宏：《结果本位刑法观的展开》，法律出版社2015年版，第32页。

[19] 参见黎宏：《刑法总论问题思考》，中国人民大学出版社2016年版，第246页。

[20] 当然，形式上还存在判断主体这一要素。但严格来说，判断主体与判断时点、判断素材及判断标准并不是同一层面的独立要素。判断主体的区别在事实上的确存在：当刑法发挥裁判规范的作用时，由裁判者担任概念的判断主体；当刑法发挥行为规范的作用时，由行为人担任概念的判断主体。可是，无论裁判者还是行为人，对同一概念作出规范判断时，应遵循相同的判断时点、素材与标准。如在因果关系相当性的判断、过失犯预见可能性基准的判断等问题中，常常争论行为人标准、一般人标准等，这看似是判断主体的区别，实则为判断标准的差异。

[21] 在此借鉴了佐伯千仞在阐述期待可能性判断中的国家标准说时所使用的表述。参见[日]佐伯千仞：《刑法における期待可能性思想》，有斐阁1947年版，第334页。

允许的正当防卫结果，所以甲欠缺杀人故意。又如，以前述案例3中甲认识的内容即“乙身染吸毒、卖淫等不良习性”为判断素材，立足国家立场来评价，为了帮人改过自新而在未经他人有效同意的情况下剥夺他人人身自由的，在法规范中不能评价为具备违法阻却事由。所以，甲认识到的非法拘禁事实在法规范评价下具有危害社会属性，应当认定甲具有犯罪故意。换言之，既然在违法性判断中不考虑行为人的动机以及行为人本人对行为性质的评价，那么在判断故意概念中的“危害社会”时，也不能把行为人的所谓善良动机等纳入考虑。

这种立足行为时，以行为人认识的内容为素材，以法规范（国家）为标准，判断故意概念中“危害社会”的方法，笔者称为法规范标准说。如前所述，故意概念中的“危害社会”具有归责机能，即“危害社会”承担着规范责任论下判断行为人反对动机形成可能性的任务。法规范标准说顾及了归责的主体（国家）与被归责的对象（行为人），^[22]同时满足了“主观”与“归责”的需要：第一，“主观”决定了必须以行为人对事实的认识作为判断素材，从而确保形成反对动机的认识基础，故有别于客观标准说。第二，“归责”意味着必须以法规范（国家）为判断标准，而不是以行为人自己的评价来判断是否“危害社会”，故不同于行为人标准说。我国刑法第14条第1款中“明知自己的行为会发生危害社会的结果”这一表述，正是通过将评价对象（行为和结果）与对对象的评价（危害社会）结合在一起，构筑了一个既包含行为人心理上的事实认识，又包含国家有关反对动机形成可能性的评价的规范故意概念。^[23]

这种区分判断素材与判断标准分别考虑行为人与国家的做法，有利于妥当区分处理有关正当化事由错误的案件。正当化事由的错误大体分为两类：一类是正当化事由本身的错误，即行为人错误地理解了正当化事由的要件，把准确认识到的事实错误地归入了正当化事由的要件。另一类则是正当化事由前提事实的错误，即因行为人发生事实上的错误认识，致其误以为满足正当化事由的要件。例如，行为人误以为只要存在不法侵害，无论不法侵害是否具有紧迫性，相应的反击行为都属于正当防卫的，就属于正当化事由本身的错误。行为人误以为发生了紧迫的不法侵害从而假想防卫的，则属于正当化事由前提事实的错误。在德日刑法学界，关于正当化事由本身的错误，一般按照违法性错误来处理；而关于正当化事由前提事实的错误，究竟是定位为事实错误还是违法性错误，抑或是独立的第三种错误，存在激烈争论。^[24]在法规范标准说下，这两种错误存在明显区别：正当化事由本身的错误是有关“危害社会”判断标准的错误，不直接影响故意的认定；正当化事由前提事实的错误则是有关判断素材的错误，会产生直接否定犯罪故意的效果。具体而言，发生正当化事由本身的错误时，行为人并未对客观发生的任何事实有错误认识，对是否构成正当化事由的错误理解，反映的是行为人自身对“危害社会”的评价有误。可是，“危害社会”的评价是由国家根据法规范作出的，与行为人自身的评价无关。与此相对，发生正当化事由前提事实的错误时，国家据以评价是否“危害社会”的判断素材受到了行为人错误认识的影响。比如，误以为面对不法侵害（现实危险）而实施

[22] 正如判断期待可能性时一样，不能只关注期待的一方（国家）或被期待的一方（行为人），而是要在两方的紧张关系中把握期待可能性的有无与程度。参见张明楷：《期待可能性理论的梳理》，《法学研究》2009年第1期，第74页；[日]山口厚：《刑法总论》，有斐阁2016年版，第270页；[日]松原芳博：《刑法总论》，日本评论社2017年版，第226页。

[23] 主张过失的认定是事实要素与规范要素相结合的观点，参见陈毅坚：《过失犯归责构造之反思与重构》，《国家检察官学院学报》2021年第4期，第123页。

[24] 参见[日]曾根威彦：《刑法原论》，成文堂2016年版，第414页以下。

防卫（避险）行为的，若以行为人主观上认识的内容为判断素材，则并不欠缺正当防卫（紧急避险）的要件，反映到故意的认定上，就不能说行为人明知的内容能被国家评价为会发生“危害社会”的结果。

综上所述，根据法规范标准说，成立故意时，只要求行为人明知构成要件事实；“危害社会”不是明知的内容，其只是对行为或结果属性的修饰或表达，是由国家针对行为人的认识内容而作出的规范评价。虽然“危害社会”本身不是明知的内容，但行为人对构成要件事实的明知，为国家作出是否“危害社会”的评价提供了基础性的判断素材。

（二）危害有无的判断需符合科学法则

法规范标准说能够很好地说明，当行为人就自身行为的客观属性存在错误评价时，若行为人认识的内容在法规范评价中并不具有“危害社会”的属性，则排除故意的成立（如假想防卫式杀人）；反之，仍然构成故意犯罪（如大义灭亲式杀人）。但是，法规范解决的是价值问题，作为价值判断的前提，还存在危害有无的事实判断。法规范标准说下对是否“危害社会”的判断，不能违背危害有无的事实。例如，朝着人的头部开枪的行为之所以会被评价为“危害社会”，是因为一般人都能认识到开枪射击头部会致人死亡这一科学法则。

可是，当行为人认识到的内容有无危害，根据一般人的看法和按照科学法则会得出不同结论时，应以何者为标准？试对比以下一组案例：A以为花生糖可以杀人，于是将花生糖投入B的饮料中，具有特殊体质的B饮用花生糖水后因过敏猝死，但A不知B有此特殊体质（案例4）；A以为花生糖可以杀人，却误将砒霜当作花生糖投入B的饮料中，B饮用后毒发身亡（案例5）；A本想以砒霜杀人，却误将花生糖当作砒霜投入B的饮料中，具有特殊体质的B饮用花生糖水后因过敏猝死（案例6）；A根据一般人的看法误以为硫磺可以杀人，却误将花生糖当作硫磺投入B的饮料中，具有特殊体质的B饮用花生糖水后因过敏猝死，事后查明，服用与本案中花生糖等量的硫磺根本不会致人死亡（案例7）。

首先要明确，因果关系具有客观性。上述四例中A的行为与B的死亡结果在客观上均有条件关系，且B的特殊体质存在于A的行为之前，不属于能够中断因果关系的介入因素。所以，上述各例中A向B的饮料中投放各种物质的行为与B的死亡结果之间均存在因果关系，B的死亡结果客观上应归属于A。问题是，能否追究A故意杀人罪既遂的刑事责任。单从主观上看，A均有杀人的意图，但仅凭此尚不足以认定A有杀人故意。否则，A试图杀害B，驱车前往B家途中闯红灯撞死路人，事后查明死者正是B时（案例8），也会得出A故意杀人既遂的结论，这明显不当。

在案例4与案例5中，无论客观上投放的是花生糖还是砒霜，A认识的内容均为“投放花生糖给体质正常的人饮用”。根据法规范标准说，在判断杀人故意中的“危害社会”时，就应当以“投放花生糖给体质正常的人饮用”这一事实作为判断素材。此时，无论按一般人的看法，还是按照科学法则，都不会得出“投放花生糖给体质正常的人饮用会发生危害社会的结果”这一结论，因此两例中A均不明知自己的行为会发生“危害社会”的结果，A欠缺杀人故意。与此相对，案例6中，由于A认识的内容是“投放砒霜”，在一般人或科学法则看来，都会得出“投放砒霜给人饮用会发生危害社会的结果”这一结论，所以即便B并非被砒霜毒死，也能认定A有杀人故意。

案例4、5、6中一旦确定行为人主观认识的内容后，按照一般人看法得出的判断与根据科学法则得出的判断是一致的。与此不同，案例7中作为判断素材的A的主观认识为“投放硫磺”，但投放硫磺给人服用是否会发生危害社会的结果，一般人的看法与科学法则之间存在冲

突。按照一般人的看法，服用硫磺后会致人死亡，应当认定 A 有杀人故意。而按照科学法则，既然服用硫磺根本不可能致 B 死亡，A 就不明知自己的行为会发生“危害社会”的结果，从而欠缺杀人故意。

笔者认为，此时应采用科学法则进行判断。第一，科学法则具有明确性，而一般人的看法过于模糊，甚至“一般人”的标准本身就难以确定。第二，当深谙药理的行为人使用某种罕见的毒物 x 杀人时，提取出行为人的认识内容“投放物质 x”作为判断素材，若不按照科学法则进行评价，而是考虑一般人的看法，就完全可能因一般人根本不知该物为何物而难以决断甚至作出错误判断。第三，倘若对案例 7 的事实稍作改变，如 A 按其犯罪计划投放了硫磺，B 服下后毫无症状，此时就转化为不能犯的情形（案例 7'）。两种情形中 A 的主观认识是一样的，A 是否有故意的结论也应当一致。对于不能犯的可罚性问题，如果立足客观主义立场，采用修正的客观危险说，着眼于行为是否导致法益有受到侵害的紧迫危险，^[25]那么在案例 7' 中由于客观上不存在致 B 死亡的具体紧迫危险，最终 A 不构成故意杀人罪未遂。“故意既称为对实现构成要件的知与欲，行为人就必须认识客观上有实现构成要件可能的事实，如果行为人所认识的事实，不是客观上可能实现构成要件的事实，故意即不成立”。^[26]案例 7' 中连杀人的法益侵害性都没有，也就欠缺相应的杀人故意。^[27]既然案例 7' 中不能认定 A 有杀人故意，案例 7 中的 A 也同样不具有杀人故意。该结论与案例 7 中依据科学法则得出 A 不明知自己的行为会发生“危害社会”的结果从而欠缺杀人故意的结论，是一致的。^[28]

最后仍需注意的是，由于故意必须存在于实行行为当时，所以即便按照科学法则来评价行为人试图实施的行为是否“危害社会”，这种评价仍然是立足于行为时而非裁判时。也就是说，故意概念中的“危害社会”，是指根据科学法则判断行为人试图实施的行为在行为时具有侵害法益的高度盖然性，而非具有侵害法益的必然性。例如，甲本想将 10g 毒药 a 投入乙的饮料中，却错投了 10g 毒药 b，最终乙中毒死亡；事后查明，毒药 a 的一般致死量为 12g，毒药 b 的一般致死量为 3g（案例 9）。本案中的判断素材是甲认识的内容，即“投放 10g 毒药 a”。即便按照科学法则判断，由于行为时被害人身体状况的细微差异，10g 毒药 a 也具有致人死亡的高度危险，所以仍然能够将“投放 10g 毒药 a”的行为评价为具有侵害他人生命的高度盖然性、会发生“危害社会”的结果，甲具有杀人故意。倘若事后查明，毒药 a 的一般致死量为 100g，10g 毒药 a 造成人死亡的概率极低甚至趋近于零，那么该案就与前述案例 5 没有本质区别，应当认为甲没有认识到自己的行为会发生“危害社会”的结果，甲不具有杀人故意。

综上所述，为了合理划定故意归责的范围，判断故意概念中的“危害社会”时应采用法规范标准说。法规范标准说没有超出我国刑法第 14 条规定文本可能具有的含义。“明知自己的行为会发生危害社会的结果”，可以拆解为以下三层含义：（1）行为人明知自己的行为会发

[25] 参见前引 [22]，山口厚书，第 290 页；前引 [22]，松原芳博书，第 336 页；前引 [5]，西田典之书，第 332 页。

[26] 劳东燕：《刑法中的客观不法与主观不法——由故意的体系地位说起》，《比较法研究》2014 年第 4 期，第 73 页。

[27] 申言之，包括迷信犯在内的不能犯除了客观上没有侵害法益的具体危险，主观上也不具有与之对应的犯罪故意。只不过由于判断犯罪是否成立时遵循从客观到主观、从违法到责任的顺序，不能犯在客观违法层面就不成立犯罪未遂，故不必再对故意进行判断。

[28] 在本文看来，不能犯问题中判断是否存在对法益的“危险”与故意概念中判断是否“危害社会”，二者只是判断素材不同（前者以事后查明的所有客观情况为判断素材，后者以行为人认知的内容为判断素材），判断标准（科学法则）和判断时点（行为时）是一致的。也正因为如此，在不能犯问题中基于行为人认识的内容来判断有无作为未遂犯结果的危险，这种做法有混淆客观构成要件要素判断与故意判断之嫌。

生作为构成要件事实的结果；(2)“危害社会”是法规范对行为人认识到的行为与结果的评价，而不是行为人明知的内容；(3)行为人认识的内容在行为时可以合科学法则地被评价为具有“危害社会”的属性。

四、“危害社会”与违法性认识问题

明确我国犯罪故意概念中“危害社会”的存在意义与判断方法，有利于简洁明了地处理故意与违法性认识（可能性）的关系问题。关于该问题，德日刑法学中呈现出纷繁复杂的学说对立局面，其复杂程度取决于有关犯罪故意的具体刑法规定状况。例如，在将故意的认识内容明确限定为“构成犯罪之事实”的我国台湾地区，以及区分构成要件错误与禁止错误的德国，要将违法性认识（可能性）完全解释进故意概念，无疑存在巨大障碍，所以责任说成为通说，严格区分故意与违法性认识（可能性）。^[29]与此相对，日本刑法没有明确规定故意概念，其第38条第1款中的“犯罪意思”既可以理解为单纯对构成要件事实的认识，也可以解释为包含不法意识。所以，围绕故意与违法性认识（可能性）的关系，日本学者间的分歧相比德国、我国台湾地区要更大。^[30]

既然我国刑法第14条明确给出了故意的定义，且没有将故意的内容限定于该当构成要件的事实，而是介入了“危害社会”这一评价性用语，那么，一方面在解释学上就没有必要深陷域外学说争鸣，反复讨论不符合我国刑法故意概念规定的理论学说；另一方面则应从“危害社会”出发，直接讨论故意与违法性认识（可能性）的关系。简言之，二者的关系如何，其实是故意概念中的“危害社会”在解释学上的具体应用问题。

（一）成立故意犯罪不需要行为人具有现实的违法性认识

关于故意与违法性认识（可能性）的关系，以往的讨论主要集中于以下三个问题：(1)违法性认识（可能性）中的“违法性”是指形式违法性（对刑法规定或其背后刑法规范的违反），^[31]还是实质违法性（法益侵害性或客观的社会危害性）；(2)成立故意犯罪，行为人必须具有现实的违法性认识，还是只需要违法性认识可能性；(3)行为人欠缺违法性认识（可能性）时是否还存在犯罪故意，或者说违法性认识（可能性）是否独立于故意之外。^[32]从反对动机形成可能性的角度看，故意概念中的“危害社会”不要求行为人将违法性本身作为现实的认识对象，而是由国家以行为人认识的内容为素材，对是否“危害社会”作出规范

[29] Vgl. Claus Roxin/Luis Greco, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 5. Aufl., 2020, § 21 Rn. 8; Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996, S. 452; 黄荣坚：《基础刑法学》下，台湾元照出版有限公司2012年版，第657页；林钰雄：《新刑法总则》，台湾元照出版有限公司2018年版，第342页。

[30] 参见[日]高山佳奈子：《故意と違法性の意識》，有斐阁1999年版，第53页以下；[日]高橋則夫：《刑法総論》，成文堂2018年版，第376页以下。

[31] 虽然刑法规定不同于刑法规范，但在涉及违法性认识问题时，几乎无人主张要求行为人认识到具体违反了刑法的哪个条款。表述为认识到违反“刑法规定”还是“刑法规范”，没有太大差别，都意味着认识到行为不为刑法所允许，故本文统称为形式违法性的认识。

[32] 严格故意说认为违法性认识是故意的要素，行为人欠缺现实的违法性认识时不具有故意。与之相对，限制故意说与责任说认为，只要行为人存在违法性认识的可能性就可以构成故意犯罪。不存在违法性认识的可能性时，限制故意说否定故意，责任说则在认定故意的前提下否定责任。另外，违法性认识不要说仅表达了成立故意犯罪不需要违法性认识这层意思，而没有进一步回答是否需要违法性认识的可能性。所以，只有严格故意说完全站在违法性认识不要说的反面，限制故意说与责任说都可以看作是对违法性认识不要说的完善。

判断。所以，现实的违法性认识不是故意的内容。但进一步需要讨论的是，对于成立故意犯罪而言，现实的形式或实质违法性认识是否属于独立于故意之外的必备要素。

一方面，要求行为人必须现实地认识到形式违法性，显然不合理。的确，我们与“不知法不免责”的时代已渐行渐远，绝对的知法推定早已动摇，各国采取种种制度技术以求取刑法规制与责任主义之间的平衡，试图在国家与公民之间分配风险。^[33] 诚如车浩所指出的，“在观念上要破除‘不知法者不免责’与‘不知法者不为罪’二元对立的观念误区，明确违法性认识错误并不必然导致无罪的法律后果，两者之间没有‘直通车’。换言之，不知法者未必不免责，不知法者也未必不为罪。”^[34] 可见，对追究行为人的刑事责任而言，是否认识到形式违法性并不重要。而且，事实上故意犯无论如何也不可能都属于“知法犯法”，以行为人没有认识到自己的行为违反刑法为由否定非难可能性，无异于给犯罪人指明了如何逃脱刑事责任的路径，激励一般人不去了解刑法。

另一方面，成立故意犯罪，要求行为人现实地认识到实质违法性，也存在不合理之处。将实质违法性的认识作为故意的要素来对待，虽然有利于在假想防卫案件中得出否定犯罪故意的结论，但是，当行为人执拗地认为自己的行为有益，得出与国家立场不同的法益衡量结论时（情形一，如确信犯），或者对实质违法性不假思索时（情形二，如激情犯），就难以说明行为人现实地认识到了实质违法性。值得注意的是，有学者以上述两种情形为例论证形式违法性的认识而非实质违法性的认识才是故意的内容。^[35] 笔者赞成实质违法性认识不是故意的内容，但同时主张形式违法性认识也不是故意的内容。虽然习惯上表述为对违法性的“认识”，但实际上是行为人的价值评判，其不同于对事物的单纯表象（Vorstellung）。正如前文在“危害社会”的判断方法部分所论证的，对形成反对动机而言，评价的主体或者说标准不是行为人而是国家（法规范）。所以，行为人对违法性的现实认识与国家是否应以故意责任来非难行为人，没有必然联系。即便人们具备了确证违法性认识的相当认知能力，也不必因此走向违法性认识必要说的立场。^[36]

此外，针对上述情形一，陈璇认为，行为人对法律规范的认知具有优先地位，行为的反价值性只是借以判断违法性认识的工具，“违法性认识只是对法律规范的一种认知，而不是规范的信仰；它的具备只要求行为人知其行为受到法律禁止即可，并不要求他对法律的价值追求也表示衷心认同。”^[37] 可是，无论认识到行为的反价值性，还是对法律规范有认知，都服务于行为人能否形成反对动机这一判断，很难说何者优先。另外，刑法理论也承认超法规的违法阻却事由，当行为人基于执拗的想法（如认为大义灭亲虽然没有被刑法明文允许，却符合刑法的内在精神）或者对正当化事由本身的错误认识，确实没有认识到其行为违反刑法规范或侵害法益时，直接放弃故意归责并不妥当。

针对上述情形二，陈璇则主张，违法性认识中的“认识”除了通过语言性思考（Sprach-

[33] 参见劳东燕：《责任主义与违法性认识问题》，《中国法学》2008年第3期，第158页以下；前引〔7〕，陈璇文，第92页以下。

[34] 车浩：《法定犯时代的违法性认识错误》，《清华法学》2015年第4期，第28页。

[35] 参见冯军：《刑事责任论》，法律出版社1996年版，第225页；前引〔19〕，黎宏书，第237页。

[36] 有学者以目前尚欠缺确证行为人是否具有违法性认识能力为由，主张违法性认识必要说不具有可行性，转而将重点转向违法性认识的可能性。参见王志远：《在“公益”与“私权”之间：违法性认识问题再认识》，《法学家》2015年第1期，第127页。

[37] 前引〔7〕，陈璇文，第107页。

denken) 获得, 还可以通过事物性思考 (Sachdenken) 获得: “违法性认识可能无法以清晰的文字、完整的语句展现出来, 或许只能处于行为人注意力光照范围以外的昏暗地带, 但这绝不会妨碍它的现实存在”。^[38] 的确, 在心理学和语言学上承认事物性思考有巨大价值, 但刑法学中讨论违法性认识 (可能性) 是为了给行为人形成反对动机奠定基础。如果通过事物性思考, 违法性认识最终仍然 “只能处于行为人注意力光照范围以外的昏暗地带”, 那么如何能够期待这种所谓的 “认识” 发挥提诉机能? 换言之, 这种处于 “昏暗地带” 的认识即便在心理学、语言学上有其存在意义, 但在刑法学中其不能等同于对违法性的现实认识。既要处罚激情犯, 又要求行为人具有现实的违法性认识, 恐怕二者不可兼得。总之, 对于成立故意犯罪而言, 现实的违法性认识是一个过高且不必要的要求。

(二) 故意概念包含了违法性认识可能性

故意概念中的 “危害社会”, 是以法规范为标准, 判断行为人形成反对动机的可能性是否达到值得以故意犯罪归责的程度。问题是, 这一判断与以往讨论的形式或实质违法性认识可能性, 是什么关系? 在 “危害社会” 之外, 是否还有必要讨论违法性认识可能性?

1. “危害社会” 与实质违法性认识可能性的关系

首先, 实质违法性认识可能性内在于故意的要素。^[39] 这是因为, 虽然认定故意时只需要行为人认识相关事实, 不需要行为人本人形成 “危害社会” 的评价, 但只有当行为人根据其认识的内容具有实质违法性认识可能性时, 才有形成反对动机的余地, 从而控制住自己不去实施导致危害社会结果的行为。我国刑法第 14 条中的 “危害社会” 这一关键用语, 为实质违法性认识可能性在故意概念中留下了一席之地, 因此不必在故意之外再讨论违法性认识可能性。换言之, 当国家以行为人认识的内容为素材作出 “危害社会” 的规范判断时, 正意味着行为人存在实质违法性认识可能性。例如, 被告人黄某某将约 60 粒安眠药喂给被害人黎某某服下, 后用棉垫捂住被害人面部, 再用丝巾勒住被害人脖颈致其死亡 (案例 10)。本案中, 被害人系被告人次子, 出生时即患有先天性智力障碍疾病, 无语言能力, 日常生活无法自理; 被告人自被害人出生患病以来即悉心照顾, 长达 46 年; 案发前, 被告人因患有心脏病和高血压疾病, 担心身体状况恶化后无法继续照料被害人, 遂试图杀死被害人以解脱其无人照料之苦。法院认定被告人犯故意杀人罪, 判处有期徒刑 3 年、缓刑 4 年。^[40] 虽然被告人的杀人行为系出于母爱, 具有善良动机, 但不能因其本人没有现实地认识到自己的行为 “危害社会” 而否定犯罪故意。以被告人认识的内容 (结束其子的生命) 为判断素材, 由国家按照违法性的判断标准看, 仍然可以评价为故意概念中的 “危害社会”, 这说明被告人具有实质违法性认识可能性。反过来, 当欠缺实质违法性认识可能性时, 司法者也不必引入超法规责任阻却事由, 可径直以我国刑法第 14 条为准绳否定故意犯罪的成立。^[41]

[38] 前引 [7], 陈璇文, 第 111 页。

[39] 有学者立足于我国传统四要件犯罪构成体系, 主张 “应将违法认识可能性置于犯罪故意之中进行考察, 如果缺乏违法认识可能性则阻却犯罪故意, 危害行为不能构成刑事犯罪”。参见赵运锋: 《违法认识可能性理论的检讨与反思》, 《东方法学》2020 年第 6 期, 第 107 页。

[40] 参见广东省广州市越秀区人民法院 (2017) 粤 0104 刑初 1111 号刑事判决书。

[41] 有学者将我国刑法第 16 条中的 “不能预见的原因” 解释为形式违法性认识可能性的实定法依据 (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, 第 27 页)。这种试图为理论上的概念寻找实定法依据的做法值得肯定, 但诚如该学者所承认的, 上述解释合理与否还需论证。本文不认可形式违法性认识可能性作为独立责任要素的地位, 所以没有必要为其专门寻找实定法依据。

周光权主张在方法论上将违法性认识从故意中切割出来，他指出：“故意犯和过失犯比较起来看，故意犯往往具有现实的、具体的违法性认识，藐视法律的意思更为强烈，所以需要给予较为严厉的责任非难。过失犯大多只具有违法性认识可能性，行为人藐视法律的意思并不强烈，所以责任非难的程度应当较故意犯为轻。”^[42]可是，倘若不是因为违法性认识（可能性）内在于故意、过失的判断中，故意犯与过失犯为何会在违法性认识（可能性）上表现出上述“往往”“大多”这样的倾向？其实，周光权也认可从实在论的角度看，“行为人单纯认识犯罪事实，尚不足以对其进行追究责任的道义非难，必须在行为人明白知晓自己所为是法律所不允许而仍然为之时，才能对其进行道义非难。构成事实认识基础上的违法性认识，使得行为人可以形成抑制犯罪的反对动机，但其超越这种动机，实施违法行为。这就是故意犯的本质。”^[43]

通过“危害社会”将实质违法性认识可能性，而非现实的违法性认识纳入故意概念的做法，或许会面临以往对限制故意说的批判，即有将过失犯罪升格为故意犯罪之嫌。笔者认为这种担忧大可不必。无论故意犯罪还是过失犯罪，均是从国家立场出发对行为人的某种心理状态表达非难、谴责之意。要求行为人在行为时具备认识实质违法性的可能性，正是为了给国家表达非难态度奠定基础、提供契机。所以，实质违法性认识可能性是共通于故意、过失的要素，表现为我国刑法第14条、第15条中的“危害社会”这一表述。^[44]但是，绝不能因为二者具备同一共通要素就断言二者一致，也不能因两个概念存在共通之处就批判说混淆二者。故意与过失除了在对构成要件事实的认识与意欲方面存在区别，基于行为人明知或应知的事实不同，二者在认识实质违法性、形成反对动机的可能性方面也存在差异。例如，在前述案例2假想防卫的情形中，追究甲故意杀人罪的刑事责任时，应当以甲“现实”认识到的“乙正举枪试图射杀丙”这一事实作为判断素材，否定甲具有实质违法性认识可能性，从而甲不具有杀人故意。与此相对，在追究甲过失致人死亡的刑事责任时，则应当以甲“能够”认识到的内容作为判断素材。当甲能够认识到不存在防卫情状时，在“乙拿着玩具枪与丙开玩笑”的情况下，甲存在形成反对动机不开枪的可能性，因此甲具有致人死亡的过失。当甲完全不可能认识到真实情况时，则仍然以“乙正举枪试图射杀丙”作为判断素材，甲不具有形成反对动机不开枪的可能性，此时甲连致人死亡的过失都没有。

2. 形式违法性认识可能性与实质违法性认识可能性的关系

进一步需要追问的是，通过“危害社会”将实质违法性认识可能性纳入故意概念之后，是否还有必要独立判断形式违法性认识可能性。有关形式违法性认识可能性的讨论，主要发生在法定犯领域，在自然犯中几乎不讨论该问题。究其原因，刑法规制的都是侵害法益、具有实质违法性的行为，“自然犯罪的实质是对最基本道德的违反，具有明显的犯罪性。在这种情况下，只要认识到是在实施自然犯罪，其违法性认识亦在其中。因此，所谓自然犯不要求违法性认识，实际上是推定自然犯具有违法性认识”。^[45]可是，为什么自然犯中需要通过实质违法性认识来推定行为人至少具有形式违法性认识可能性？其逻辑或许在于，无论自然犯还是法定犯，成立故意犯罪的条件应当一致。法定犯的法益侵害性难以通过伦理道德感来把握，倘若行

[42] 前引〔8〕，周光权文，第170页。

[43] 前引〔4〕，周光权书，第250页。

[44] 认为过失罪过同样应以违法性意识或者违法性意识的可能性为要件的观点，参见林亚刚：《论过失中的违法性意识》，《中国法学》2000年第2期，第130页。

[45] 陈兴良：《违法性认识研究》，《中国法学》2005年第4期，第137页。

为人欠缺形式违法性认识可能性,就难以形成反对动机。既然法定犯中需要考虑形式违法性认识可能性,自然犯中就也必须考虑该要素。

法定犯中虽然要求形式违法性认识可能性,但这种可能性不是行为人认识的对象,而是根据行为人的认识内容与认知能力,由国家(法规范)评判其有无和高低。^[46]一般认为,出现违法性认识错误具有合理根据时,如咨询了有关主管部门后获得“行为不违法”的答复,就不存在违法性认识可能性。反之,出现违法性认识错误不具有合理根据时,如从事特定活动却因懒惰、懈怠对刑法规定持“不求甚解”的态度,就仍然存在违法性认识可能性。^[47]判断发生违法性认识错误的根据合理与否,实际上就是在判断行为人是否因存在形式违法性认识可能性而有可能认识到自身行为的法益侵害性,进而存在形成反对动机的可能性。这与前文阐述的故意概念中“危害社会”的判断方法是一致的。

例如,事前已咨询海关得到不需缴纳关税的回复后,未申报海关直接将货物从国外运入国内的(案例11),行为人不仅不可能认识到通关行为违反我国刑法第153条的规定,也不可能意识到自己的行为具有破坏海关制度、造成关税收入损失的实质违法性,也就不可能产生将进口货物申报海关的反对动机,不明知行为会发生“危害社会”的结果。即便主张形式违法性认识可能性独立于故意之外的学者,如张明楷也承认,“考虑行政犯的特点以及我国刑法关于犯罪故意的明文规定,如果因为误解行政管理法规,导致对行为的社会意义与法益侵害结果缺乏认识的,应认定为事实认识错误,阻却故意的成立。”^[48]换言之,因欠缺形式违法性认识可能性而导致不能认识到实质违法性时,应当直接否定故意。^[49]与此相对,在未实际取得国土部门许可的情况下,以公司曾经出现过的越界开采以补缴资源费方式解决的惯常思维方式,直接安排工作人员进行排险施工从而涉及界外开采的案件(案例12)中,^[50]被告人长期从事矿产资源开采,明知对于涉及矿区界外部分的矿石开采需经国土部门许可,所以被告人不仅可以认识到自己的行为违反我国刑法第343条第1款的规定,而且对破坏矿藏资源这一实质违法性具有认识可能性,能够产生在实际获得国土部门许可前不进行界外采矿的反对动机。

其实,即便是法定犯,倘若能够直接认定行为人具有实质违法性认识可能性,就没有必要再考虑形式违法性认识可能性。以“考虑行为人是否认识到其行为具有法益侵害性”为标准,^[51]判断有无形式违法性认识可能性,实乃多此一举。例如,三名被告人商量到深圳市大鹏新区某水库捕鱼,到达水库路段准备下沟捕鱼时,被在此保护区巡防的深圳市市级自然保护区森林巡防员发现;巡防员当场警告不要在林区水库内捕捉野生动物,三名被告人无视警告,继续下沟猎捕;后三名正在猎捕的被告人被当场抓获,现场缴获已被猎捕的蛙类39只,其中37只为国家二级重点保护珍贵、濒危野生动物虎纹蛙,2只为国家“三有”保护动物黑斑蛙(案例13)。法院认为,三名被告人被巡防员当面警告后却无视警告继续下水库捕猎,且涉案猎捕地点系深圳市大鹏半岛市级自然保护区,其应当知道有存在国家重点保护野生动物的可

[46] 参见前引〔6〕,张明楷书,第218页;前引〔10〕,山中敬一书,第711页。

[47] 参见李涛:《违法性认识的中国语境展开》,法律出版社2015年版,第177页。

[48] 前引〔5〕,张明楷书,第422页。

[49] 黎宏主张,成立犯罪故意必须具有刑事违法性认识,但不必将其作为故意中的独立要素;当“行为人对自已行为是否违法的误认,足以影响其对自己行为性质的理解”时,应当排除行为人的犯罪故意。参见前引〔13〕,黎宏书,第186页,第211页。

[50] 参见浙江省绍兴市越城区人民法院(2019)浙0602刑初346号刑事判决书。

[51] 参见于洪伟:《违法性认识理论研究》,中国人民公安大学出版社2007年版,第158页。

能，即其应具备违法性认识可能性，故三人构成非法猎捕珍贵、濒危野生动物罪（现为危害珍贵、濒危野生动物罪）。^[52] 本案案发地点处于自然保护区内且经巡防员警告，三名被告人完全可以认识到猎捕行为会破坏珍贵、濒危野生动物资源，凭此即可认定其有形成反对动机的可能性，不必再追问行为人能否意识到自己的行为被刑法禁止。同理，被告人在政府准备栽树而挖的树洞洞口看见碎瓷片后，下洞横向挖掘并捡拾到一些碎瓷片和一个碎瓶嘴（所挖盗洞位于国家重点文物保护单位吉某窑遗址的保护范围内），构成盗掘古文化遗址罪（案例14）。^[53] 本案中，被告人可能确实不明知吉某窑遗址保护范围的具体边界，但其挖掘的洞穴位于“吉某窑遗址公园内”“吉某窑作坊后面”。由此可以认定行为人能够认识到其挖掘行为会毁坏文化遗址与文物，从而形成不在此处挖掘的反对动机，故不必再追问行为人能否意识到刑法不允许盗掘古文化遗址。

如此一来，法定犯中要求行为人须具有形式违法性认识可能性，虽然有一定道理，但形式违法性认识可能性只是用以辅助判断实质违法性认识可能性的资料，而非独立的责任要素。在自然犯中，以行为人认识到了自己行为的法益侵害性为由来说明自然犯中的形式违法性认识可能性，^[54] 就更显画蛇添足。例如，被告人隐瞒德州扑克比赛的具体规则、赛事进程、赛事收取高额报名费及发放高额奖金等具体情况，向体育局申报赛事，获批后采用收取高额报名费换取筹码、重复报名参赛等手段，以德州扑克的形式从事赌博，并从中抽头渔利，构成开设赌场罪（案例15）。^[55] 本案中，被告人虽然获得了主管机构的批准，但其提交的申请材料却隐瞒了重要信息。该隐瞒行为反映出，被告人认识到其组织的德州扑克比赛违反法律法规，如实申报不可能获批（被告人具有形式违法性认识可能性），以及被告人能够认识到其组织的比赛不是普通的体育竞技，具有开设赌场的社会危害性（被告人具有实质违法性认识可能性）。对于认定开设赌场罪的责任要件而言，实质违法性认识可能性是关键，形式违法性认识可能性只是用于补强实质违法性认识可能性的资料。

综上所述，成立故意犯罪，不要求行为人具有现实的违法性认识，形式违法性认识可能性也不过是用以辅助判断实质违法性认识可能性的资料，实质违法性认识可能性则通过“危害社会”这一要素而被纳入故意概念。如此一来，无论是出于对事实的误认还是对违法性的误解，均是通过影响行为人的主观认识来左右国家对其反对动机形成可能性的判断，在这一点上二者具有共通性。^[56] 另外，虽然通过“基于本人认识形成反对动机的可能性”这个统一原理，可将违法性认识的可能性与对构成要件事实的认识一并纳入故意概念，但在规范地评价行为人有无他行为可能性、是否值得动用刑法予以谴责时，还要受到其他诸多要素的影响。例如，基于辨认能力形成反对动机的可能性、基于控制能力不实施行为的可能性以及基于客观状况期待行为人不实施行为的可能性等。所以，责任能力、责任年龄与期待可能性仍然是独立于

[52] 参见广东省深圳市龙岗区人民法院（2018）粤0307刑初468号刑事判决书。

[53] 参见江西省吉安市中级人民法院（2013）吉中刑一终字第106-1号刑事判决书。

[54] 参见前引[34]，车浩文，第41页。

[55] 参见江苏省南京市鼓楼区人民法院（2016）苏0106刑初4号刑事判决书。

[56] 将法律认识错误与事实认识错误均纳入犯罪故意的判断中，恰好说明错误论与故意论是一体两面的。当然，在刑事政策上可以说，“较之于不法性上的认识错误，对于事实情况的认识错误应受更缓和的评价”（前引[1]，蔡桂生文，第114页），所以事实认识错误与法律认识错误在影响实质违法性认识可能性认定的方式、程度上的确存在差异。但是，从责任主义的基本立场看，着眼于行为人形成反对动机的可能性，“违法性认识错误的可谴责性，并非自始高于事实认识错误”（前引[7]，陈璇文，第99页）。

故意之外的责任要素。也就是说，即便按照本文的主张规范地理解故意概念中的“危害社会”，也不会使责任要件判断丧失层次性，不会导致整个责任要件坍塌为臃肿的单一责任要素。

结 语

故意概念中的“危害社会”回应了规范责任论下“进行故意归责时行为人须具有形成反对动机的可能性”这一要求，使故意的判断从单纯的事实认定走向了规范评价。“危害社会”也在故意概念中为实质违法性认识可能性留下了一席之地，为处理故意与违法性认识（可能性）的关系指明了方向。“危害社会”不是行为人明知的内容，但在立足行为时由作为规范总和的国家对是否“危害社会”作符合科学法则的判断时，须以行为人认识的内容作为判断素材。总而言之，“危害社会”乃我国刑法犯罪故意概念中最具特色之处，在构建我国的故意论时不能脱离这一立法表述所限定的解释框架。

Abstract: In Chinese Criminal Law, “harmfulness to society” is the most characteristic expression in the concept of intention. Under the theory of normative culpability, to judge whether the actor intentionally committed a crime is no longer a simple fact-based judgment, but a normative judgment. “Harmfulness to society” shows that when consequences can be attributed to an actor, the actor must have the possibility of forming opposed motives. Intention means that the actor needs to know the facts, but he is not required to know whether his act is harmful to society. “Harmfulness to society” is used only to describe the nature of the act or the result. Norm standard theory means that, according to the laws of science, the state (as the total sum of norms) should use the facts recognized by the actor as judgmental materials to judge whether the act is harmful to society. Intention does not require the actor to know whether his act is prohibited by criminal law. The possibility of formal illegal consciousness is just the material used to judge the possibility of substantial illegal consciousness. “Harmfulness to Society” has already covered the possibility of substantial illegal consciousness, and there is no need to discuss the possibility of illegal consciousness beyond the intention.

Key Words: criminal intention, harmfulness to society, illegal consciousness
