

犯罪故意中的认识理论新探

于志刚*

内容提要：刑法第14条关于故意犯罪的规定，成为了我国关于犯罪故意的最好注脚。无论在司法解释中还是在刑法理论中，均存在着一种将故意中的“明知”认定为“明确知道”的固化倾向。此种传统的、难以撼动的固化认识，不但混淆了行为人的认识状况同我们证明行为人认识状况的方式之间的本质差异，而且无视“可能知道”这一认识状态的存在。无论在刑法理论上还是在司法实践中，都必须明确提出“可能知道”的认识理论。

关键词：明知 应当知道 可能知道 放任 间接故意

我国刑法第14条明文规定了故意犯罪的概念，即：“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危害结果发生，因而构成犯罪的，是故意犯罪。”据此，我国刑法理论的通说认为，所谓的犯罪故意是指：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危害结果发生的一种心理态度。这是我国关于犯罪故意的一般认识。但是，看似清楚明了的概念，不论在理论上还是在司法实践中都遇到了不少棘手的问题，例如，明知的内容是什么？明知的程度是什么？对于明知如何认定？明知的认定方法是否包括采用事实推定的方法？如果采用事实推定的方法应该达到什么程度？等等。这些问题在遇到刑法分则中的“特定明知”，即毒品犯罪、赃物犯罪、持有型犯罪、运输型犯罪等各罪中对于犯罪对象的“明知”时，更是显得突出。据有学者统计，我国刑法分则中规定“明知”要件的刑法条文有28个，出现30余次，按照明知的内容，大体上可以分为以下几种：对人的明知，对物的明知，对行为的明知以及对某种事实的明知。^{〔1〕}其中，前两者属于对特定对象的明知。^{〔2〕}应当指出，不管在刑法理论上还是在司法实践中，对特定对象的明知都是一个争议极大而且非常棘手的问题。因此，加强针对此类“特定明知”的研究，无疑具有重大现实意义和理论价值。本文将围绕对此类犯罪中特定对象的“特定明知”来研讨。

* 中国政法大学教授。

〔1〕 参见桂亚胜：《故意犯罪的主观构造及其展开》，华东政法学院2006年博士学位论文，第33页。

〔2〕 我国刑法分则中明确要求对特定对象必须“明知”的罪名包括：第144条销售有毒、有害食品罪、第145条销售不符合标准的产品罪、第146条销售不符合安全标准的产品罪、第147条销售伪劣农药、兽药、化肥、种子罪、第148条销售不符合卫生标准的化妆品罪、第171条运输假币罪、第172条持有、使用假币罪、第191条洗钱罪、第194条票据诈骗罪、第214条销售假冒注册商标罪、第218条销售侵权复制品罪、第219条第2款侵犯商业秘密罪、第310条窝藏、包庇罪、第312条掩饰、隐瞒犯罪所得、收益罪、第345条第4款非法收购盗伐、滥伐的林木罪、第350条第2款制造毒品罪、第363条第2款出版淫秽物品牟利罪、第370条故意提供不合格武器装备、军事设施罪、第373条雇佣逃离部队军人罪、第379条战时窝藏逃离部队军人罪、第399条第1款徇私枉法罪、第415条办理偷越国（边）境人员出入境证件罪、放行偷越国（边）境人员罪，共有22个罪名。应当指出的是，上述法条尚且不包括司法实践中要求对特定对象的身份、年龄、法律性质必须“明知”的情况，例如，奸淫幼女罪中对于幼女年龄的明知等。

一、犯罪故意中认识理论的结构分析

中国刑法理论的通说认为,犯罪故意包括认识因素和意志因素两大部分,在认识因素中既包括对犯罪构成事实的认识,又包括规范性评价性的认识,而在认识因素中着重需要解决以下问题:

(一) 什么是犯罪故意中的“明知”

在我国刑法理论和司法解释中,通常将“明知”以一种固化的模式解释为“知道”(明确知道)和“应当知道”,进而将犯罪嫌疑人对于犯罪对象的主观认识,划分为“知道”(明确知道)——应当知道——不知道,然而,由于“明知”包括了“知道(明确知道)”和“应当知道”两种情况,因此以上三种情况归结到底,是“知道”——“不知道”的二分法。这样的认识是值得我们深刻反思的。

1. “明知”是行为人对犯罪构成事实的一种认识状况,而非我们对行为人认识状况的一种判断方式

根据刑法第14条的规定和我国刑法的精神——罪责自负,刑法第14条中的“明知”必然是行为人对犯罪构成事实的明知,而非行为人之外的他人对行为人认识状况的明知。换言之,只有把“明知”限定为行为人自己对犯罪构成事实的一种认识状况,才符合罪责自负原则,否则便是客观归责。另外,还要注意的是行为人对自己所将要实施的犯罪事实的明知,实际上是一种以观念形态反映的即将在现实中发生的犯罪事实的预想,并非对已经发生的犯罪构成事实的认识,这是第一位次的问题;而我们对行为人认识状况的认识或者评价,则是第二位次的问题,也就是归责的问题。我们不能将行为人的认识状况与我们对行为人的认识状况的认定这两个问题相混淆。^{〔3〕}

我们可以将行为人对犯罪构成事实的认识状况即第14条的“明知”,根据认识程度划分为“明确知道”和“可能知道”,而“应当知道”不应该和“知道”(即明确知道)并列。因为“应当知道”正如有学者所言,实际上是一种没有认识到的客观状态,是一种潜在的认识状态,在本质上更像过失,^{〔4〕}是我们对行为人的认识状况进行考察的结果。所以,从逻辑的角度来看,“应当知道”不应该和“知道”相并列。另外,从我国的一系列比较稳定的司法解释的模式来看,其规定的“应当知道”实际上是一种事实推定的方式而非行为人的主观状态。^{〔5〕}换言之,是我们对行为人认识状况的一种判定方式,而非认识状况本身。所以,有学者指出,“应当知道”在立法和司法解释中的运用,犯了词不达意的毛病,即在立法和司法中它是指一种可以推定为“明知”的方式,但是在理论界却引起了歧义,即认为“应当知道”是一种无认识的疏忽状态,因而主张采用不同于现实故意的“推定故意”的概念:推定故意是相对于现实故意而言的;现实故意是指有证据证明的故意,而推定故意是指没有证据能够直接证明,但根据一定的证据可以推定行为人具有某种故意,行为人如果否认自己具有此种故意,必须提出反证。^{〔6〕}而采用事实推定行为人“明知”的情况,既可能推定行为人“明确知道”,也可能推定行为人“可能知道”。但是,司法解释却认为刑法14条的“明知”包括“知道”和“应当知道”,这是有问题的:(1)将两种不同性质的“主观状态”并列在

〔3〕 参见贾宇:《犯罪故意问题》,载赵秉志主编:《犯罪总论问题探索》,法律出版社2003年版,第200页。

〔4〕 参见张明楷:《如何理解和认定窝赃、销赃罪中的“明知”》,《法学评论》1997年第2期。

〔5〕 之所以说应当知道,实质上是一种事实推定,而非一种认识状况,那是因为它表现在司法解释中是靠一系列相关的具有高度盖然性的事实运用逻辑或者经验的方式推知行为人的主观状态的。例如,2000年11月22日最高人民法院《关于审理破坏森林资源刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第10条规定:刑法第345条规定的“非法收购明知是盗伐、滥伐的林木”中的“明知”,是指知道或者应当知道。具有下列情形之一的,可以视为应当知道,但是有证据证明属被蒙骗的除外:(1)在非法的木材交易场所或者销售单位收购木材的;(2)收购以明显低于市场价格出售的木材的;(3)收购违反规定出售的木材的。这也是对推定的故意的规定,为司法实践认定故意提供了法律根据。

〔6〕 参见陈兴良:《“应当知道”的刑法界说》,《法学》2005年第7期。

一起,容易引起人们的混淆;(2)将“应当知道”作为“明知”的一种形式,实际上是将“明知”扩大解释的结果,但是在实质上却违反了罪刑法定原则。〔7〕

2. “明知”的内容是什么

“明知”的性质是一种行为人自身的一种主观认识状态,但是,这种主观的认识内容要素是什么呢?笔者认为,认识的内容大体上分为两个层次,一个是行为人对犯罪构成事实的认识,即事实层面的认识,另一个则是对犯罪构成事实规范评价层面的认识。前者包括对行为、行为的后果、行为与后果的因果关系等因素的认识,而后者则牵涉到对社会危害性的认识或者违法性的认识。但是这并不是本文要论说的重点,本文将着重探讨刑法分则中的“明知”。然而这里有个问题,刑法总则第14条中的“明知”同刑法分则的“明知”是否一回事?如果不是一回事,两者之间又有怎样的差别?

对此,学界有两种观点。一种观点认为,刑法分则中对特定对象的明知(即特定明知)不同于刑法总则中的明知。理由主要有三点:(1)刑法分则中的特定明知,是以对特定对象的明知为唯一内容的,而刑法总则中的明知则是以危害后果的明知为核心,不局限于对犯罪对象的明知。换言之,刑法总则的认识范围要广于刑法分则中的明知;(2)刑法分则中的明知仅仅强调行为人的认识因素,其未必与希望、放任等意志因素联系在一起,而刑法总则中的明知,则不但是一种认识因素,而且这种认识因素必然和希望、放任等意志因素相联系;〔8〕(3)刑法分则中的明知是成立该罪名的前提和基础,但是要成立该罪名,不但需要满足刑法分则中的特定明知,而且也要符合刑法总则中的明知。换言之,要成立该罪名,不但需要对刑法分则特定对象的明知,而且还要在此基础上满足刑法总则对其他要素明知的要求,只有这样才能成立该罪的犯罪故意。〔9〕因而两者实际上是一种特别与一般的关系。有学者认为,特定的明知系作为基本主观要件之一种基础,一般明知则系一种特定主观要件。犯罪须具备此特定主观要件时,刑法分则之明知为第一次明知,刑法总则之明知为第二次明知。有第一次之明知,未必即有第二次之明知。但如果没有第一次明知,则不可能有第二次明知。易言之,有了第一次明知,才可能有第二次明知。如在掩饰、隐瞒犯罪所得、收益罪中,行为人只有明知自己窝藏、代为销售的是赃物,才能进一步明知自己的行为是窝赃、销赃行为,明知自己的行为会发生妨害司法机关正常活动的危害结果;如果不明知是赃物,行为人根据有关事项,判断出自己窝藏、代为销售的可能是犯罪的赃物,则不可能明知行为的性质与危害结果。在本罪中,两种“明知”具有直接联系,但又不可等同。〔10〕而另一种观点则认为,分则关于“明知”的规定,大多属于注意规定,即提醒司法工作人员特别注意,即使分则没有“明知”的规定,也应根据总则关于故意的规定,确定必须明知的事实。换言之,删除刑法分则条文中的“明知”字样,并不影响这些犯罪故意的性质。我们也可以通过刑法总则与分则的关系来认识。〔11〕

那么,应当怎样看待我国刑法分则中的明知呢?笔者认为第一种观点比较合理。理由是:(1)刑法总则中的“明知”是指对自己所要实施的行为将要引起的危害结果的认识,是对自身的一种明知。而刑法分则中的“明知”虽然也有对自身的明知,但是更多的是对外界的认识,如对于赃物的认识等。〔12〕(2)刑法总则中的“明知”是对即将实施的危害行为所要导致的危害结果的一种预想,而刑法分则中的“明知”则是对现存事实的一种认识,〔13〕所以两者在认识的预见程度上存在

〔7〕 参见前引〔4〕,张明楷文。

〔8〕 参见杨芳:《犯罪故意研究》,中国人民公安大学出版社2006年版,第178页。

〔9〕 同上书,第177页以下。

〔10〕 参见前引〔4〕,张明楷文。

〔11〕 参见赵秉志主编:《主客观相统一:刑法现代化的坐标——以奸淫幼女型强奸罪为视角》,中国人民大学出版社2004年版,第311页。

〔12〕 参见前引〔1〕,桂亚胜文,第36页。

〔13〕 同上文。

重大的差别。(3) 因为刑法分则中的“特定明知”是以特定的犯罪对象为唯一认识内容的,而且只要认识到该特定对象的事实属性即可,不需要对其规范属性做出认识。这是因为该特定对象本身已经集中表明了严重的社会危害性或者违法性,比如毒品、枪支等。但是,这并不是说不必对该特定对象的规范属性做出认识,而是说这种对特定犯罪对象的规范属性的认识是属于总则明知要解决的问题。(4) 刑法分则中的“明知”并不只是对刑法总则中“明知”的重申。因为刑法分则对特定犯罪对象的认识具有自己特定的内容和属性,而这些是不同于刑法总则中明知的根本区别所在。而且,要成立该罪名,必须在行为人的认识状况同时满足特定明知和一般明知的前提下,才能成立。所以,鉴于这两者之间的区别,我们不能用刑法总则中的一般明知来代替分则中的特定明知。

3. 如何认定明知

必须指出,行为人的认识状况是一回事,而我们对行为人的认识状况的认识又是一回事。那么我们为什么要认识行为人的认识状况?我们怎样认识行为人的认识状况呢?对于第一个问题而言,我们之所以要认识行为人的认识状况,是为了准确地认定行为人的主观恶性,为了做到罪责自负,从而避免客观归罪,以及更好地实现刑法的目的。那么我们如何认定行为人的明知呢?一般地说,行为人的主观认识是见之于客观的东西,客观的东西是行为人主观认识的客观化。所以,我们要认定行为人的主观认识状况就必须依靠客观的事实,即依据客观事实推断主观认识状况,从而做到主客观相一致,而主客观相一致也就是我们证明行为人主观认识的最高标准和目的。对犯罪人的主观明知的认识也是如此。在刑法学上对行为人主观明知的认定通常有两种途径:^[14]其一,通过证据加以证明。这又分两种情形,一种情形是行为人明确供认的情况下,这样可以用口供直接证明行为人的明知,但是也不能唯口供是准,还需结合其他证据加以辅证;另一种情形是行为人拒不承认自己明知,这时就需要通过结合所有有关证据从而形成一个证据链条,进而证明行为人的明知。这就是所谓的“知道”。其二,通过事实推定的方式证明行为人的明知即“应当知道”。这两者之间的区别在于,前者是通过法定的证据证明行为人的认识状况,而后者在于通过法定证据以外的客观事实并以人的理性逻辑和经验等为依据,从这些事实中推断出行为人应该具有的认识状况,而这些事实即据以推断的事实和将要推断的事实本身具有极强的盖然性联系或者共同属性。因而从本质上说,这两种判定方式只有程度上的差别,而无实质上的区别,即在这两种情况下我们都是以客观事实判断行为人主观认识的,都是一种技术认定或推定方式。因而从这一点来说,这两者都可以归结为“知道”的范畴。然而从“知道”的程度而言,它客观上包括“明确知道”和“可能知道”。但是在我国,却往往把“知道”解释为“明确知道”,这是有严重问题的。因为,“应当知道”这种推定方式,不但能够适用于“明确知道”,也能够适用于“可能知道”。而实际上,有的司法解释中所确定的据以推断“明确知道”的情形,从其所列举的情形来看,并不能达到可以确定明知的程度,而只能达到“可能知道”的程度。例如,2007年11月8日颁布的关于印发《办理毒品犯罪案件适用法律若干问题的意见》的通知中规定认定行为人“知道或者应当知道”的几种情形中,其中第5款规定:为获取不同寻常的高额或不等值的报酬而携带、运输毒品的。从这一款来看,司法解释所规定的情形并不能达到使人确信行为人明确知道其行为对象就是毒品。因为就上述第5款而言,行为人当时对其所携带的或者持有的是毒品的主观认识,很可能只是一种怀疑,而别人并没有告诉他,他也没有去查证,因此是否为毒品,行为人也拿不准,而只是一种猜测,处于一种可能认识的状况,即认识到该物品可能是毒品。所以,一律将“应当知道”的情形适用于“明确知道”,是有严重问题的。

(二) 故意中的“会”是什么意思

根据刑法理论的通说,所谓明知自己的行为会发生危害社会的结果,是指明知自己的行为必然或者可能发生危害社会的结果。简而言之,这里的“会”包括必然和可能。然而,除此之外,我们

[14] 参见前引[4],张明楷文。

还应该看到,这里的“会”其实指的是对行为和结果之间关系的认识,因而它同对行为、结果、行为对象的认识有所不同。不过有学者认为,“会发生”用“必然”与“可能”表述不太确切,而建议修改为“一定发生”与“可能发生”,并认为使用“必然发生”往往会让人误解,起码不能自圆其说。例如,行为人主观认为必然发生的某种危害结果,实际可能并未发生,表明行为人对客观事物的必然性规律产生错误认识,违背了必然法则,而采用“一定发生”,突出了行为人的主观判断。^{〔15〕}对此,有学者评价到:行为人的认识以自我认识为标准,行为人明知自己的行为会发生危害社会的结果,而希望或放任这种结果发生的是行为人意识状态中的行为或者说是认识中的行为,认识中的行为不一定是实际发生的行为。因此,我国有学者将认识的实质理解为“认识符合说”,即犯罪故意中的“明知”是指行为人行为时对自己希望或放任中的行为是否具有某罪特有的客观性质的明确认识。行为人的行为在客观上是否会发生危害社会的危害结果与行为人是否认识到自己的行为会发生危害社会的结果是两回事,行为人认识到必然会发生的危害结果可能并没有发生。

如前所述,这里的“明知”包括行为人“知道”和“可能知道”这两种不同程度的认识状况。^{〔16〕}与此相关,如果我们联系“会”的含义,便可以在逻辑上推出以下几种故意的认识状况,即“知道”自己的行为必然发生或者可能发生危害社会的结果,以及“可能知道”自己的行为必然发生或者可能发生危害社会的结果。而之所以会出现这种状况,尤其是对可能知道自己的行为必然发生或者可能发生危害社会的结果这种状况,一方面在于我国刑法对认识内容的规定是以行为人对危害结果的认识为核心的缘故,另一方面则在于“可能知道”表示的是一种认识的状况,而这里的“会”表示的是行为人对客观的因果关系在内心的一种判断,既然是一种判断,那么这种判断可能正确地反映了现实中或者即将发生的因果关系,也可能错误地反映了现实中或者即将发生的因果关系。即使正确地认识到了因果关系,对因果关系的认识或者预见程度本身也有着程度上的区别。所以,和“明确知道”同质的“可能知道”,也会出现认识事实的必然发生或者可能发生,而这种认识状况本身就反映了认识的非确信性、非唯一性和模糊性。所以,上述组合完全可以成立,并且认识因素并不是故意的本质,而意志因素才是故意的本质,与认识因素具有相对独立性的意志因素完全可以在不同的认识状况上成立犯罪故意。

以上就是我国故意因素中有关认识因素的基本理论,虽然还有许多问题存在争议,但是认识的理论基本结构还是完整的,但也有许多问题很不完善,需要我们解决。

二、“可能知道”的存在可能性及其刑法意义

如前所述,通常在认识上把“明知”做了一个僵化的理解,并且把“明知”和“应当知道”或者把“知道”与“应当知道”相并列,这都是有问题,是没有理解事物本质和它们之间关系的表现。在澄清了以上的问题后,接下来必须要面对的另外一个问题是:“明知”是否包括“可能知道”?“可能知道”在刑法中有什么存在的意义?

(一)“可能知道”存在的可能性

笔者认为,“明知”包括“可能知道”,“可能知道”是“明知”的一种表现形态,具体理由如下:

1. 从语源学的角度看“可能知道”

有观点严厉地批判了将刑法第14条的“明知”理解为“明确知道”的僵化模式,主张“明知”

〔15〕 参见高铭喧:《刑法学原理》(第2卷),中国人民大学出版社1993年版,第40页。

〔16〕 参见卢进伟:《犯罪故意认识因素研究》,郑州大学2007年硕士学位论文,第43页。

不是确知，其包括知道、认识到、意识到或者怀疑到等多种含义。^{〔17〕}从词源意义来考察，有学者指出，所谓明知，即明明知道，显然或确定如此。因此，一般认为，“明知”指“明确地知道”即“确知”，是确确实实地知道，是完全知道。客观地讲，人的认识程度是有深浅之别的，可以是全部知道，也可能是基本知道，也可能是基本不知道，还可能是确实不知道。^{〔18〕}所以，就明知本来的认识程度来讲，其内部本身完全可划分为“明确知道”和“可能知道”，即“明确知道”是指一种达到行为人内心可以确信的认识状态，而“可能知道”只是达到了行为人内心的一种盖然性认识、或然性认识或者概括认识程度。因而，刑法中的“明知”应包括“明确知道”和“可能知道”两种情况。

2. 从逻辑分析的差异看“可能知道”

不管在我国立法上还是在司法解释中，将“明知”与“应当知道”或者将“知道”与“应当知道”相并列都是有问题的，不科学的。“明知”是一种认识状态，而“应当知道”犯了词不达意的毛病，实际上在我国是一种事实推定的方式，但是司法解释又将其与“知道（明确知道）”相并列，实际上是将其作为认定行为人“明确知道”的一种推定方式。因而就产生了两个问题：其一，司法解释实际上只确定了一种认识状况即“知道（明确知道）”，但是，实际上关于认识的状态却缺少了其中一环，而这固有的一环既不同于“明确知道”，也不同于“不知道”，那就是“可能知道”；其二，既然“应当知道”是一种事实推定的方式，那么，基于这种推定方式所推导出的结果既可能是“明确知道”，也可能是“可能知道”，而将推定的结果只确定为“明确知道”，不符合逻辑也不符合实践状况。因此，行为人对犯罪对象的认识在客观上可以分为三种情况：知道（明确知道）—可能知道—不知道。

3. 从认识因素与意志因素的关系看“可能知道”

故意的本质在学说中有各种各样的主张，主要有认识说和意志说，而在认识说和意志说内部又有各种各样的观点。一般认为，故意的本质因素在于意志因素而不在于认识因素，而在意志因素中不希望说或者容忍说又是目前的通说。所以，“可能知道”作为“明知”的一种认识状况，既可以存在于直接故意中也可以存在于间接故意中，因为“可能知道”是“明知”的一种表现形式，那么对这种认识状况既可以希望也可以放任。但是，这种情况只存在于一般明知之中，而不能存在于对特定对象的明知中。例如，对于非法运输毒品的行为人，对于自己运输的物品里面夹杂着毒品，有着一种可能性的认识，虽然不能确定是毒品，但是知道可能会是赃物、毒品、枪支等违禁品或者某种不好的东西，然而行为人为了争取运输费，而不愿、不敢、也不想对里面夹带的物品进行求证或者证实，而对这种夹带的物品抱着无所谓的态度进行运输，结果在其后的运输过程中被查获，经查证里面夹带的东西就是毒品。那么行为人对里面夹带的毒品的认识显然是一种概括性认识，是一种不确定又不排除的认识状态，因而对这种特定对象的认识状况是无法抱有希望态度的，而只能持有放任态度。换言之，行为人的这种认识状况显然是间接故意的形态：其一，从认识因素来讲，“明知自己的行为”指的是明知自己所实施的是一种运输行为，且行为人认识到所运输的对象可能是毒品（或者其他国家禁止或者严格控制的特定物品，例如枪支）或者行为人认识到他所运输的物品里可能夹藏有毒品等特定物品，但是，行为人不敢、不愿、也不想去加以求证或证实，只是为了达到其他的目的，例如获取运输费而加以运输。其二，从意志因素上讲，这里的放任因素，指的是对犯罪对象事实属性的放任，行为人对他所运输的物品是否为毒品等违禁物品，抱着无所谓的态度，无论其最终是否为违禁品等均不违反其主观心态，反正完成运输的任务即可。因而这是典型的间接故意，即为了追求某一合法目的，而实施了某种行为，但是在追求这个目的过程中却放任了另一个危害结果的发生。

4. 从“应当知道”与“可能知道”的差异看“可能知道”

〔17〕 参见张寒玉：《毒品犯罪主观“明知”的认定》，《人民检察》2007年第21期。

〔18〕 参见前引〔1〕，桂亚胜书，第33页。

在笔者看来,“应当知道”只是用以证明行为人主观认识状态的一种事实推定方式,是行为人之外的人基于证据之外的客观事实而对行为人主观认识状态的一种判断,必须指出的是,它本身并不是一种行为人主观上的认识状态。而“可能知道”,是相对于“知道(即明确知道)”而言的,是一种程度较低的明知状态,但是它仍属于行为人主观明知的范畴,并非推断行为人认识状况的一种方式。因而两者之间存在着本质上的差别。进一步来说,“应当知道”作为一种推定行为人认识状态的方式,一方面可以推断出行为人的认识状况是“明确知道”,也可以推断行为人的认识状况是“可能知道”。所以,仅就这一点而言,我们不能把“应当知道”混同于“可能知道”,“可能知道”有其独立存在的必要性。

(二)“可能知道”存在的意义

“可能知道”的重新发现和提出,尤其对于刑法分则中的“特定明知”,具有重大的现实意义和理论意义。理由如下:

1. “可能知道”的提出有助于犯罪故意中认识理论的细化、完善,有助于刑法故意概念的科学化

刑法中的“明知”是行为人的一种主观上的认识状态,而不是他人的评判对象,更不是一种用以推定行为人主观认识状态的方式。而我国刑事立法和司法解释却将“明知”和“应当知道”或者把“知道”与“应当知道”并列,共同作为故意的认识形式。这是有问题的,也是极不合理的。而“可能知道”的提出,使得“明知”的含义和形式更加符合逻辑和条理,即“明知”可以分为“知道(即明确知道)”和“可能知道”,而不是将“知道”与“应当知道”并列或者把“明知”和“应当知道”并列。另外,以前的故意概念中只有“明确知道某种行为必然或者可能发生某种危害社会的结果”,而“可能知道”的提出,丰富了故意的认识理论,即存在着可能知道某种行为必然发生或可能发生某种危害社会的结果这种情形。而对刑法分则中的特定明知,可能知道某种对象或者知道某种对象可能具有某种属性,而对该属性予以放任的,也可以构成间接故意。但是,这种间接故意的认识因素的核心不是行为而是犯罪对象,其意志因素中放任的不是行为的结果而是犯罪对象的某种属性。所以,“可能知道”既完善了故意中的认识理论,同时也对传统的故意概念提出了挑战。

2. “可能知道”的提出,合理地分担了司法机关和行为人的举证责任

“可能知道”不管是对于刑法总则中的一般明知还是对于刑法分则的特别明知,尤其对刑法分则的特别明知,只要求行为人知道某个特定的犯罪对象可能具有某种事实属性,或者说,只要求行为人对于该对象是否具有某种事实属性具有概括性认识即可,不需要确定或者唯一的认识,因为拥有了这种可能性认识,也就初步表明了行为人的主观恶性,^[19]同时也就具备了归责的可能性。因为刑法分则特定明知的对象往往集中表明了社会危害性或者违法性。因而,在认定行为人的主观认识状态时,并不是都要求对主观状态的认定必须达到“明确知道”的程度,如果能证明达到“可能知道”的程度也可,因为这样也能表明主观恶性和归责的要义。相反,如果我们在认定行为人的主观状态时都需要达到“明确知道”的程度,这在行为人矢口否认并且拒不招供的情况下,无疑使公诉机关承担了过于苛刻甚至过剩的举证负担,而这种负担对于追究行为人的刑事责任是不必要的,也是一种浪费。^[20]因此,对行为人主观认识状态的认定只需要达到“可能知道”的程度即可,这样可以合理地分担举证负担,从而也能避免刑法在面对毒品犯罪等特定对象类犯罪时过于软弱和无奈的尴尬局面。

三、“可能知道”的界说

前面我们论证了“可能知道”存在的可能性和意义,但是“可能知道”的具体含义是什么,仍

[19] 参见前引 [17], 张寒玉文。

[20] 参见贾宇:《论犯罪故意的事实认识》,《法制与社会发展》1997年第3期。

然是个未明的问题。为了适应以及改善目前的司法境遇，我们必须对“可能知道”的含义做出科学而合理的界定。由于“可能知道”也可能存在于刑法的一般明知中，因而它同一般明知的含义基本相同，不同的只是在于认识程度上的不同，所以没有必要单独地介绍。但是，“可能知道”对于刑法分则中的特定明知，具有重要的意义，有必要予以重新认识。下面将围绕“特定明知”来反思“可能知道”的具体含义。

(一)“可能知道”是对特定犯罪对象的认识状况

客观地讲，“可能知道”本质上是对特定犯罪对象的认识状况。这一表述有两层含义：

1. “可能知道”是一种认识状况，从而区别于事实推定的方式

“可能知道”相对于“明确知道”而言，是刑法第14条中“明知”的一种表现形式，所以，它是行为人的一种主观认识状况，^{〔21〕}它不同于对行为人认识状况的认定方式。而“应当知道”则是对行为人主观认识状况的一种事实推定方式，其本身并不是主观的认识状况。所以，“可能知道”和“应当知道”不属于同一范畴，两者之间有着本质的差别。

2. “可能知道”是对特定犯罪对象的认识，从而区别于刑法中的一般明知

“可能知道”是对于特定犯罪对象的认识状况，它不同于刑法中的一般明知。因为刑法中的一般明知是以行为的危害后果为核心的认识状况，它并不局限于行为的危害后果，同时也包括对犯罪对象的认识，但是对犯罪对象的认识不是行为人主观认识的必要要素而是选择要素。即使犯罪对象是行为人要认识的犯罪构成要素，但是在一般明知中，对于该犯罪对象的明知不但需要对该对象的事实属性的认识，也需要对其法律属性的认识，这是认识双重属性的体现和要求。但是，对于特定对象的“可能知道”，只需要其认识到该特定对象的事实属性即可，而不需要对其法律属性的认识，这也是刑法中特定明知和一般明知的关系的要求。而且，“可能知道”的认识因素是以特定对象的事实属性为核心的，同时联系到行为人的意志因素，对特定犯罪的意志因素也只能认定为放任，而且该放任是针对特定的犯罪对象而言的。

具体就我国刑法中的特定明知而言，这种特定对象主要表现为：幼女、赃物、假币、伪劣商品、毒品、盗伐或者滥伐的林木、淫秽物品等。在这些特定的犯罪对象中，有些对象如幼女，基于人类一般的理性而值得刑法加以保护；而有的特定对象，比如毒品、伪劣商品、假币等，本身就集中表明了严重的社会危害性或者违法性。这里的问题是，特定明知的成立需要认识到该特定对象的法律属性吗？或者说需要认识该特定对象被刑法所禁止吗？对此问题，笔者认为，这其实是一个犯罪故意的成立需不需要违法性认识的问题。对此学界出现了各种各样的学说。笔者倾向于违法性认识必要说，因为如果不需要违法性认识，则刑法中的故意就不能和日常生活中的故意相区别，后者缺少的是一种规范性的评价尤其是在行为犯的场合；即使能加以区别，刑罚作为一种重大的苦，必须要有与之相适应的主观上较大的恶；刑法基于谦抑性，只要在社会能够容忍的最低限度内能够有效地防卫社会即可，如果行为人不是明知违法而故意违法，刑法就不宜也没有必要去干涉这种行为。而这种违法性认识在有行为对象的情况下，行为对象的性质也就决定了行为的性质。进一步说，行为对象的法律属性就能决定行为的法律属性；在刑法分则的特定明知中，该特定对象由于集中表明了某种严重的社会危害性或者违法性，因而对该特定对象的认识也就能决定行为人主观恶性以及刑法谴责的必要性，而且也只有建立在对特定对象有认识的基础上，行为人的行为才能成为刑法中的特定行为。这一点在对特定对象的明知中可能更加重要。比如在嫖宿幼女案件中，幼女是个客观事实，对幼女的年龄只要认识她可能在十四岁以下即可认定为特定明知，不需要再对其法律属性的认识——刑法只禁止嫖宿十四岁以下的幼女。但是，笔者并不是说不主张在特定明知的犯罪故意中不需要对特定对象的法律属性或者行为违法性的认识，只是说这种认识是一般明知要加以解决的问题。即成立该

〔21〕 参见谢治东：《论犯罪故意中的认识因素》，《黑龙江省政法管理干部学院学报》2003年第5期。

罪的故意需要在满足特定明知的基础上还要满足一般明知的要求，而总则中的明知是需要认识该对象的法律属性，否则不能成立该罪名的明知。另外，有些特定对象如假币、毒品和赃物等，对它们的认识不但需要对事实属性的认识，也需要对其规范属性的认识，而且往往对事实属性的认识是对法律属性的认识为前提的。因为这些特定对象的属性是以法律为准并由法律所赋予的。所以，在这些特定对象的明知中，特定对象的法律属性和事实属性往往很难区分，有时两种认识是同步进行的。

（二）“可能知道”是对特定犯罪对象的概括性认识

“可能知道”之所以叫“可能知道”，就在于它对特定犯罪对象的认识状况的非确定性，但是，这种非确定性表示的是行为人对特定犯罪对象的一种概括性认识，即有个大体性的认识，而不是毫无认识。因此，可以说行为人处于“可能知道”的状况时，其认识状况并不是毫不知道，而是有一定的认识程度，这种认识程度使行为人对该特定的犯罪对象能够产生一定的怀疑或者猜测，但是，行为人为了另一目的的实现，却对该犯罪对象的事实属性持排除不管的状态，因而在一定的程度上可以认为是一种冒险投机心理。而且，这种投机冒险的心理实际上已经反映了行为人对整个社会秩序与法秩序的蔑视或漠视。虽然如此，行为人却并不顾及该对象本身可能是违法的或者不好的东西，只是怀抱侥幸心理，希望自己不要被查获，如果被查获，不但行为人所追求的某种合法或者不合法的目的不能实现，而且会给自己惹来麻烦。所以说，这种为了追求其他非犯罪的目的，而在有可能认识到特定犯罪对象的事实属性时所具有的冒险投机心理，显然符合间接故意的认识状况，应该认定为间接故意的明知。

我们还可以从另一个方面来谈概括性认识，也就是对犯罪对象的认识程度问题。刑法学界关于认识程度的学说主要有具体符合说、法定符合说和抽象符合说。在一般情况下，犯罪故意中明知的内容是什么？对此，大陆法系刑法理论中存在以下三种学说：一是具体符合说，认为行为人所明知或者预见的犯罪构成事实，与实际发生的事实完全一致时，才构成犯罪故意。如果行为人所明知或者预见的构成犯罪的行为，与实际发生的事实不符，则阻却故意。二是抽象符合说，认为行为人所明知或者预见的构成犯罪的行为，与实际发生的犯罪事实存在抽象的一致时，不论明知或者预见的犯罪事实和实际发生的犯罪事实的具体差别和罪质轻重，均对行为人明知或者预见的犯罪事实以故意犯罪论处。三是法定符合说，认为行为人明知或者预见的犯罪构成事实与实际发生的犯罪事实在法定构成要件内一致时，行为人明知或者预见的犯罪事实构成故意犯罪。^{〔22〕}对于以上学说，笔者认为：具体符合说不论在理论上来说还是在实践上来说都不具有合理性，几乎没有人采用；法定符合说要求行为人认识到特定犯罪对象的性质要与法律规定的性质相同，实际上是要求行为人对该犯罪对象的性质有个确定性的认识，这在无形中拔高了司法机关对行为人认识状况的证明标准并增加了其举证负担，所以该学说不合理的。对于抽象符合说的主张，笔者基本上持赞同的态度。理由是：（1）所谓的“明知”，并不是确知，而是指“明确知道”和“可能知道”，而“可能知道”表现在对特定的犯罪的认识上，就是对特定犯罪对象的性质的概括性认识，而这种概括性认识就是抽象符合说所要求的认识程度；（2）抽象符合说所要求的对特定犯罪对象的概括性认识实际上就是间接故意的认识程度的一种，对特定犯罪对象的这种认识能够成立间接故意的认识；（3）如前所述，行为人只要对该特定的犯罪对象具有概括性认识或者可能知道其是违法的或者不好的东西时，就具有了漠视社会秩序或法律秩序的主观恶性，也就具备了归责的基础和可能性，进行主观上的归责并不要求行为人明确知道该犯罪对象的具体性质；（4）抽象符合说合理地判定了行为人对犯罪对象的认识程度，比较合理地界定了司法机关和行为人的举证负担，有利于刑法机能的发挥并且不会危及行为人的人权。

（三）“可能知道”与犯罪故意中意志因素的关系

〔22〕 参见马克昌：《比较刑法原理》，武汉大学出版社2002年版，第283页以下。

“可能知道”作为刑法第14条的“明知”的一种形态，它与希望和放任也必然存在着某种联系。如前所述，“可能知道”包含在刑法的一般明知中，因而它也可以与希望或放任因素组合而成为新的故意状况，例如，可能知道自己的行为必然或者可能发生某种危害结果，而希望或者放任其发生。这种组合在理论上和逻辑上都可以成立。因为“可能知道”表示的是行为人对自己行为造成的危害结果的某种联系的认识，是一种主观的东西，而行为与结果的关系即因果关系本身是客观的，但是作为行为人的认识对象，这种因果关系在行为人的认识状况中可能发生变化，即原本必然的因果关系在行为人的认识中变成偶然的因果关系认识，而原本客观的偶然的因果关系也有可能变成必然的因果认识。换句话说，行为人对这种因果关系的认识实际上是对意图发生的行为所引起的危害结果的一种预想。^{〔23〕}所以，这种认识状况和意志状况的组合是成立的。

但是，这种“可能知道”与刑法分则中的特定明知相联系来考虑时，“可能知道”这种认识状况只能与特定的犯罪对象相联系，这种与特定犯罪对象的联系就表现为对该特定对象的概括性认识，而在此种情况下，行为人能够希望该特定对象是刑法所要规定的犯罪对象吗？换句话说，行为人在对特定犯罪对象的认识处于可能知道的情况下，能够成立直接故意吗？笔者认为不能，因为行为人既然对特定的犯罪对象只能达到可能知道的程度，这就说明行为人并不明确知道该特定对象在实际上具体是什么或者应当是什么，所以在此情况下也就决定了行为人只能对该特定对象持放任的状态，而不能是希望式的追求型意志。因为这种认识程度就决定了行为人在意志上不可能产生希望的意志态度，否则不具有意义，也难以想象，除非该犯罪对象本身成为了行为人行为的目的，但是在此种情况下显然就不是“可能知道”的问题了。在前例中，行为人可能知道运输的物品中夹藏毒品，但是为了获取运输费，而对其运输的物品的性质持排除不管的状态加以放任，这就是典型的“放任”，而不可能是“希望”。当然，如果行为人不是为了运输该批货物获取运费，而是为了在运输的过程中想占有这些货物中夹藏的“毒品”，则此时行为人的直接目的是占有货物中“毒品”，如果最后查证是毒品的话，这时假定刑法规定了“非法侵占毒品罪”的特定明知，则完全可以成立直接故意的“非法侵占毒品罪”；但是，由于目前我国刑法没有规定此类罪名，因而此种情况能否成立一般意义上的侵占罪都成了问题，因为刑法对于违禁品的所有权是不保护的，因此侵占代为保管的违禁品并不会构成侵占罪。此时，只能以行为人后来事实上所占有的物品的种类来最终决定构成何罪，属于枪支的，可能构成非法持有枪支罪；属于毒品的，可能构成非法持有毒品罪。此时，行为人的直接目的是侵占这些物品，对于此类物品的侵占是直接故意。

也有学者对此持有异议，认为在可能知道对象为违法的或者坏的东西情况下，即行为人根据有关事实判断可能知道物品的性质时，既可以成立直接故意也可成立间接故意，并以窝赃、销赃罪为例加以论证：所谓“明知”是赃物，包括明知肯定是赃物与明知可能是赃物。明知肯定是赃物，是指行为人根据有关事项，判断出自己窝藏、代为销售的肯定是犯罪所得的赃物，不会是其性质不同的财物。在这种情况下，只能是直接故意犯罪。明知可能是赃物，是指行为人根据有关事项，判断出自己窝藏、代为销售的可能是犯罪的赃物，但是，又不能充分肯定是赃物。例如，行为人根据财物的数量、种类、价值等，认识到财物的来源可能不正常，就属于一种可能是赃物的判断。在这种情况下，如果行为人对危害结果持希望态度，就是直接故意；如果对危害结果持放任态度，则是间接故意。因此，行为人对赃物的认识不要求是确定的，只要认识到或许是赃物即可。换言之，窝赃、销赃罪的故意，既可以是确定的故意，也可以是不确定的故意。不能为了将窝赃、销赃罪限定在直接故意之内，便将“明知”限定为明确肯定是赃物。这种做法不符合刑法总则关于故意犯罪的规

〔23〕 参见梅传强：《犯罪故意中明知的涵义与内容——根据罪过实质的考察》，《四川师范大学学报》（社会科学版）2005年第1期。

定,不利于打击窝赃、销赃罪。^{〔24〕}那么在可能知道特定对象事实性质的情况下,行为是既可以构成直接故意又可以构成间接故意,还是只能构成间接故意呢?

客观地讲,此种观点和笔者的主张一样,都承认“可能知道”这种认识状况的存在,但是不同的是:该观点是把对犯罪对象性质的“可能认识”和在该认识状态下所要实行的行为即将引起的危害结果的意志因素联系起来考虑的,而笔者的主张却是对特定犯罪对象的可能性认识与对犯罪对象性质的放任意志直接相联系来考虑的。这里的关键在于,在刑法中是否存在对特定犯罪对象存在放任这一刑法故意?刑法第14条的危害结果的含义到底是什么?对此,笔者认为,该观点把对特定对象的可能性认识 and 在该认识基础上所将要实施的行为引起的危害结果相联系是正确的,但是,这里的一个关键就在于,这里的危害结果到底是什么?仍然以窝赃、销赃罪为例,当该观点中的危害结果是指行为所要引起的构成要件以外的结果时,其实它在固守刑法总则第14条的权威性和合理性,其实质是行为人对危害结果有无认识、是否要求其认识是一回事,法律在构成要件的客观方面是否以一定的危害结果作为必要要件是另一回事,不能因为法律不以危害结果为必要要件,否定行为人主观上对一定的危害结果必须有认识。^{〔25〕}但是,正如有学者所批评的那样,此种观点认为一切犯罪类型都要求认识到犯罪结果,有违罪刑法定原则,既无必要也无意义。^{〔26〕}然而应当指出的是,当这一观点中的危害结果是指放任窝赃、销赃行为完成的话,那么该观点就和笔者的观点实际上是一致的。因为虽然笔者在此只强调了认识到特定犯罪对象的可能性并放任了该特定犯罪对象的性质,但是接下来在此认识上发生了容忍该行为发生的意志也只能是放任,换言之就是间接故意,而不可能是直接故意。换言之,对特定对象的可能性认识或者概括性认识也就必然导致行为人对行为或者行为结果的放任。所以,这里的症结在于对刑法第14条中的危害结果的科学界定。笔者认为,由于该条是对犯罪故意的权威阐释,所以该条中危害结果也应该是即将发生的危害结果在行为人认识中的预想,而该认识最大的作用便是为定罪提供主观归责的基础,所以这里的危害结果应该是定罪的危害结果,换言之就是构成要件性结果,因而它实际上是对于结果犯而言的,但是这里的结果既包括结果犯中的结果,也包括具体危险犯罪中的结果,即不限于实害结果。

(四)“可能知道”与罪过的关系

所谓的罪过,是指从行为人的主观方面出发而对行为人进行主观归责的一种主观状态,包括故意和过失两种形态。以承认“可能知道”的主观认识状况为基础而成立的犯罪故意,能够为归责提供一个坚实的基础:(1)“可能知道”和“明确知道”都属于“知道”的范畴,两者都能为犯罪的成立奠定一个可以用刑罚责罚的主观认识状况,两者在这一点上是没有区别的。唯一区别的是,“可能知道”对特定对象的认识程度处于较“明确知道”为弱的程度,因而可以用“不确信”、“不清楚”、“怀疑”等字词来表达,但是这种程度上的区别在罪过的认定上只是程度上的区别而无质上的区别,这种程度上的区别仅仅在行为人刑事责任承担的量上才有存在意义。因为,刑法中的罪过只是为谴责行为人提供一个主观上的依据,只要这个依据能够反映行为人的主观过错和主观恶性,并且这种主观恶性和主观过错能够同日常生活上的故意相区别就行。而对特定对象的“可能知道”,由于特定对象的属性,即这种特定对象本身具有很强的社会重要性或者值得社会保护性,或者具有巨大的社会危害性或者违法性,所以一旦行为人对这种特定对象有了“可能是”的认识时,也就具备了刑法中的罪过特质。(2)“可能知道”与“明确知道”本身都反映了行为人同质的主观恶性,即对社会秩序的漠视或者对法律的蔑视。(3)对特定对象的可能知道完全可以构成间接故意,从这个层面上来说,“可能知道”这种认识因素在故意中的地位并不如意志因素重要。所以,“可能知

〔24〕 参见前引〔4〕,张明楷文。

〔25〕 参见陈兴良:《刑法哲学》,中国政法大学出版社2004年版,第169页。

〔26〕 参见贾宇:《犯罪故意概念的评析与重构》,《法学研究》1997年第4期;参见前引〔20〕,贾宇文。

道”完全可以成为罪过的一种认识状况。

综上,我们详细地探讨了“可能知道”的涵义。但是,仍然有一种观点认为,以“可能知道”为基础的认识状况而对行为人进行归责,有重大的不适当性:仍以非法运输毒品罪为例,行为人是一名以运输谋生的专职司机,当他人把某种货物托付给行为人并让行为人代为运输,如果该人并没有告诉行为人货物的事实性质,而行为人通过综合事实的判定而怀疑该货物为某种不好的东西或者违禁品时,行为人并没有去查证或证实而对该货物持漠然的态度时,并不能认为他的主观状态就是刑法上的主观故意。因为行为人没有义务去求证这些货物的具体性质,或者说认定行为人应该查证货物的具体事实性质的根据是什么并不明确也不妥当。对于许多以运输谋生的司机来说,社会不能期待或者强求行为人全部都去查证货物的具体性质。另外,行为人不去求证货物具体事实性质而对此持漠视的态度,其主观可责性很弱,我们不能以此来认定行为人的刑事责任。对于此种观点,笔者认为:(1)认定行为人主观故意的成立与否并不需要对相关义务的认定。即故意是主观状态的问题,牵扯到主观恶性的问题,而义务是客观方面的问题,牵涉到客观社会危害性的有无以及危害程度问题。所以,两者之间互不影响。即使两者之间有联系的话,行为人作为从事运输的专职司机,当然负有使自己的运输行为不被他人利用从事非法活动的义务,也有防止自己的行为发生危害社会结果的义务。而从更扩大意义上来说,行为人在行使权利时,比如从事运输业务时,从权利义务相统一的角度来看,在行使权利的同时也负有一定的义务,那就是不得危害社会 and 他人。而且就间接故意来说,很难说行为人对放任发生的危害结果的防止具有什么明确的法律根据。(2)也有观点认为:要求行为人对自己从事的行为所要涉及的特定对象具有明确认知,不具有期待可能性。笔者认为,此种主张完全不成立。道理很简单,就像行为人不能为了谋生而去偷去抢一样。更何况期待可能性在我国刑法中地位若何,仍然是个有争议的问题,例如,它是主观罪过存在的前提性事实,还是罪过中的一个原则性因素,或者是罪过中的一个例外性因素?因此不能以此为根据去论证“可能知道”这个认识状况的可责性。(3)“可能知道”这种很弱的认识状况是否能够对此加以归责?对此,笔者认为,“可能知道”同“明确知道”都属于“明知”的范畴,两者只存在程度上的差别而不存在本质上的差别,因此两者都可以成为归责的基础,唯一的区别就在于可责性程度的轻重。另外,当一个行为能够由“明确知道”这种认识状况构成犯罪故意时,那么“可能知道”与“明确知道”的这种程度上差别能够成为否认建立在“可能知道”这种认识程度上的犯罪故意的可责性理由吗?比如,明知是毒品而运输和可能知道是毒品而加以运输,两者的客观危害性是完全相同的,唯一区别的就在于主观恶性程度。而在我国刑法中,行为的客观社会危害性是决定定罪、量刑的主要依据,而主观恶性的程度只在量刑上才具有意义。因此,笔者认为,以“可能知道”为认识基础的故意能够为刑法上的可责性提供基础。因而上述反面的疑虑和担心都是不必要的,也是不合理的。“可能知道”这种认识状况完全可以表明行为人的主观可责性,可以进行归责,建立在此基础上的犯罪故意不是一种过度防卫社会的刑法规定。

四、司法实践视野中的“可能知道”

笔者认为,特定明知中“可能知道”理论的提出,不但在一定程度上纠正了对我国刑法犯罪故意中认识理论的错误理解,进一步完善了我国犯罪故意中的认识理论,并且“可能知道”理论的提出也确实反映了实践中复杂多样的认识状况,在一定程度上更加贴切地反映了司法的现状,满足了司法上对毒品犯罪等特定犯罪严厉、有效打击的要求,符合宽严相济的刑事政策。但是,如何应用“可能知道”的理论去解决刑法分则中特定明知的认定?这涉及到如何反思我们曾经严厉批判过的某些司法解释,以及正在发生实效的某些地方性司法意见的问题。

(一)“可能知道”的司法反思及其推广

在实践层面上如何采用可能知道的理论来解决刑法分则的特定明知,有些司法解释和地方高院的司法意见已经做出了可贵的探索。最高人民法院《关于构成嫖宿幼女罪主观上是否需要具备明知要件的解释》(高检发释字[2001]3号)规定:“行为人知道被害人是或者可能是不满十四周岁幼女而嫖宿的,适用刑法第三百六十条第二款的规定,以嫖宿幼女罪追究刑事责任。”可见这个司法解释摒弃了“知道”或者“应当知道”的推定法,而采取了“知道”和“可能知道”这两种认识状况。虽然,这个司法解释当初发布时在法学界引起了巨大的风波,遭到了包括法理学家在内的许多学者的严厉批判。但是,现在回过头来看这个司法解释,以“可能知道”的认识理论来审视的话,似乎曾经出现的“一边倒”的批判仍有可商榷之处,该司法解释确有合理之处。应当指出,“可能知道”理论的采用在地方司法机关的有关文件中也有所体现,并且在发生着实效。例如,上海市高级人民法院2000年《关于审理毒品案件具体应用法律若干问题的意见》(沪高法(2000)312号)第4条第1款就将运输毒品案件中的明知以外的主观认识方式分为两种情况:其一,如果没有足够的证据证实行为人在主观上明知是毒品,则只要行为人对于毒品的性质有概括性认识,即只要认识到可能是“毒品”即可;其二,如果确有证据证实行为人不知是毒品,而系受蒙骗实施运输毒品行为的,则不能认定为犯罪。就该司法意见而言,之所以采用“可能知道”的理论来解决有关毒品运输的案件,一方面是因为“可能知道”的理论有利于刑事诉讼的高效进行,另一方面是这种对特定对象的“可能知道”的认识程度也能反映行为人的主观可归责性,符合公正的要求。因此,笔者认为,要比较彻底地解决我国刑法分则中特定明知的问题,也必须运用司法解释和地方司法意见的方式,统一规定,统一认识,统一实践,只有这样,才能既保障社会秩序,又保障行为人的人权;既保障司法正义的实现,又保证司法效率的提高,从而实现两者之间的平衡。

但是,鉴于一系列司法解释已经将“知道”与“应当知道”并列在一起,并且认为两者就是“明知”的两种形态,换言之就是两种同质而不同形态的主观认识;而且,这种认识模式在司法解释中已经获得了前后一致的肯定,也获得了刑法理论界广大学者的接受和认可,因而要一下子按照笔者“可能知道”的观点来操作也不太现实。因而,只能采用一种变通的方法,首先由各个地方的高院出台相应的司法意见,将14条的“明知”解释为“知道”即“明确知道”和“可能知道”,而且明确这两者的性质是一种主观的认识状况,而非一种事实推定方式。在司法解释中将“知道”和“应当知道”并列的情形很多,但是,我们应该认识到“知道(明确知道)”和“应当知道”之所以要并列在一起,是因为两者在运用客观事实证实行为人的主观认识状况上是一致的,换言之其共同本质在于其都是认定行为人主观认识状况的推定方式,即“知道”是一种法律上的证据推定,而“应当知道”则是一种事实推定。但是“应当知道”作为事实推定,并不一定仅仅是对行为人“明确知道”这种认识状况的推定,也可能是对行为人“可能知道”这种认识状况的推定。换言之,现行“应当知道”的情形,不但适用于明确知道的推定,也适用于可能知道的推定,也就是说现行的应当知道的推定情形中包括可用于推定可能知道存在的事实。

如果条件成熟,在认识和理解比较一致的时候,最高司法机关可以在司法解释的层面明确规定,即“明知”包括“知道”和“可能知道”,“应当知道”只是一种事实推定方式而非主观认识,“应当知道”这种事实推定方式也同样用于可能知道。在以前司法解释中“知道”与“应当知道”的并列,只是证据推定和事实推定这两种证明行为人主观认识的方式的并列,而非主观认识状况的并列。除此之外,司法解释应该借鉴吸收地方据以推定行为人认识状况的基础事实,以作为推断的前提和基础。并且这种推定事实应该具备以下特征:(1)这种推定的前提是不能依照法定的证据“认定”行为人的主观认识状况,这是“推定”存在的前提,即“认定”是主客观相一致的最高证明标准,而“推定”则是主客观相一致的很高证明标准,能认定的情况下应尽量认定,否则不存在推定的前提;(2)推定的基础事实要与被证明的事实存在某种常态联系或者某种高度的盖然性联

系，通常当推定基础事实存在时，在绝大多数的情况下，被推定的事实也是存在的；^{〔27〕}（3）推定只是对行为人的主观认识状况的一种推测方式，所以，应该允许被告人反证，^{〔28〕}如果被告人提出了优势证据证明自己确实不知的话，则不应该认定行为人故意的存在。

（二）“可能知道”与无罪推定原则并不冲突

最后一个必须指出的问题是，以“可能知道”来认定行为人的主观罪过，并且允许行为人以反证的方式来证明自己确实不知而不构成犯罪的模式，是否有违无罪推定原则？因为有人 would 认为这样的推定实际上就是说“如果犯罪嫌疑人或者被告人不能证明自己不知，那么行为人就是明知的”，那么，这样的一种判断方式实际上是把无罪的举证责任变相地转移到了行为人一方，是违背无罪推定原则的，因而实质上就是一种有罪推定。

笔者认为：其一，就这种推定方式的反证而言，并没有转嫁证明责任。这种反证实际上是行为人对国家所推定自己“明确知道”或者“可能知道”的一种“反驳”，而非证明责任的转移。换言之，这种反证在行为人反证成功时可以使行为人的“知道”这种认识状况被否定，而反证不成功的话，也并不能当然证明行为人就是知道的。同时，无罪推定的相反一面是有罪推定，即在没有证据的情况下推定行为人有罪，而“可能知道”则是在有充分证据能够证明行为人主观认识上是“可能”“知道”的，因此是在证据基础上的推定。基于此，行为人的反证是对证据的否定，应当视为一种诉讼上的反证权利，而不是证明责任的转嫁。其二，无罪推定原则在本质上是对行为人在刑事诉讼中法律地位的宣示，体现着刑事诉讼的一种基本价值和理念，虽然也体现者一定的技术规则，但更多的是价值论范畴内的问题。而事实推定则是刑事诉讼中证明案件事实的一种判断方式，带有更多的技术性。同时，无罪推定原则是刑事诉讼的起点，而事实推定是刑事诉讼过程中证明案件某些事实的一种方式，因而它最后推定的结果可能是推定成立，也可能不成立。但是不管这种推定的结果是什么，都不会影响无罪推定这个基本理念问题。换句话说，就是无罪推定原则并不排斥刑事诉讼中的某些情况下的有罪推定和有罪确认。^{〔29〕}因而两者在本质上是不同的，可以共存，互不影响。其三，无罪推定原则是法律上的一种假定，这种假定是刑事诉讼的起点，表现在疑难案件中就是疑罪从无，从最终的效果上来说表现为无罪和有罪，因而其是一种程序上的原则，而非实体上的原则，不同于最后的认定，是可以推翻的假定。^{〔30〕}而事实推定是刑事诉讼中的一个过程，是一个收集证据的过程，如果收集到了足够的证据，则行为人可以被认定为有罪，如果没有足够的证据，则可能无法认定罪行成立。^{〔31〕}两者之间的关系就像无罪推定原则和侦查假说之间的关系一样。所以，可以看见两者之间其实是不矛盾的。因而，我们可以说，事实推定这种方式适用于主观状态的认定时，也不会违背无罪推定的法律原则。其四，必须指出的是，目前刑法理论和司法解释所广泛认可和适用的“应当知道”的推定，也存在相同问题，并存在于多个司法解释的规定之中，却并没有引发关于违反无罪推定原则的忧虑。例如，2000年11月22日最高人民法院《关于审理破坏森林资源刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第10条规定，“刑法第345条规定的‘非法收购明知是盗伐、滥伐的林木’中的‘明知’，是指知道或者应当知道。具有下列情形之一的，可以视为应当知道，但是有证据证明属被蒙骗的除外：……”。而这里所谓的“有证据证明属被蒙骗的除外”的解决模式，应当说可以同样适用于“可能知道”。

〔27〕 参见前引〔8〕，杨芳书，第501页、第497页。

〔28〕 参见前引〔4〕，张明楷文。

〔29〕 参见杨柳青：《对“无罪推定原则”的辨析》，《西华师范大学学报》（社会哲学版）2007年第1期。

〔30〕 参见汪建成：《从逻辑理性到价值理性的转变——论无罪推定原则的适应性》，《人民检察》2005年第11期。

〔31〕 参见梁玉霞：《无罪推定原则的价值选择与理念调适》，《河北法学》2005年第12期。