



机械司法与客观归罪之破局

——以非法狩猎罪的司法限缩为视角

罗翔

【内容摘要】 在非法狩猎罪等涉及保护动物的案件中，机械司法与客观归罪的现象非常严重，必须根据罪刑法定原则和罪过理论在主客观两个层面对犯罪进行限缩。客观上，非法狩猎罪所援引的前置法要进行必要的限缩，刑法上的禁用的工具、方法不能超越《野生动物保护法》所列举的类型。在实质上，非法狩猎罪是实害犯而非危险犯。无论是在禁猎区或者禁猎期单纯使用禁用的工具或者方法狩猎，都不能直接论以犯罪；非法狩猎罪和危害珍贵、濒危野生动物罪是互斥关系，并非竞合犯。在主观上，必须坚持罪过原则。非评价性错误是事实认识错误，评价性错误则是法律认识错误，前者属于构成要件的阻却事由，辩护人只需要承担合理怀疑的提出责任和说服责任；后者则属于责任阻却事由，辩护人需要承担优势证据的说服责任。总体而言，坚持道义责任论是机械司法与客观归罪的破局之道。

【关键词】 非法狩猎罪 事实认识错误 法律认识错误 道义责任论

【作者】 罗翔，中国政法大学刑事司法学院教授。（北京 100091）

【基金项目】 国家社科基金一般项目“没收之国际刑事司法协助机制研究”（18BFX073）；中国政法大学校级基金项目“刑法中的道德主义”（20ZFD82001）

弹弓打一只麻雀构成犯罪吗？直觉告诉笔者这不太可能，毕竟这是笔者儿时的娱乐项目之一，然而看到司法实践中大量的判例以及相关法律规定，^①笔者产生了困惑。《刑法》第341条规定了非法狩猎罪：“违反狩猎法规，在禁猎区、禁猎期或者使用禁用的工具、方法进行狩猎，破坏野生动物资源，情节严重的，处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者罚金。”非法狩猎罪的犯罪对象是珍贵、濒危野生动物以外的其他野生动物，也即有重要生态、科学、社会价值的陆生野生动物，俗称“三有动物”。2000年8月1日，原国家林业局发布了《国家保护的有益的或者有重要经济、



科学研究价值的陆生野生动物名录》，该名录列举了 1591 种野生动物，其中鸟纲有 707 种，树麻雀和山麻雀位列其中。

2000 年 11 月 17 日最高人民法院《关于审理破坏野生动物资源刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(以下简称“旧野生动物司法解释”)规定了可以构成非法狩猎罪的三种情况:(1)非法狩猎野生动物二十只以上的;(2)违反狩猎法规,在禁猎区或者禁猎期使用禁用的工具、方法狩猎的;(3)具有其他严重情节的。2022 年 4 月 9 日发布的《最高人民法院、最高人民检察院关于办理破坏野生动物资源刑事案件适用法律若干问题的解释》(以下简称“新野生动物司法解释”)对非法狩猎罪的入罪方式进行了修改,规定了四种情况属于非法狩猎情节严重,可以构成犯罪:(1)非法猎捕野生动物价值一万元以上的;(2)在禁猎区使用禁用的工具或者方法狩猎的;(3)在禁猎期使用禁用的工具或者方法狩猎的;(4)其他情节严重的情形。^②比较新旧司法解释,其实就是把之前数量入罪改为了价值入罪模式。旧野生动物司法解释认为,只要非法狩猎“三有动物”二十只以上的,一律构成犯罪。但新野生动物司法解释却将数量改为了价值,非法猎捕野生动物一万元以上的才构成犯罪。但是,新旧司法解释都认为无论在禁猎区还是在禁猎期,只要使用禁用的工具、方法狩猎,就可以直接认定为情节严重而构成犯罪,无需考虑数量或价值。

新野生动物司法解释关于价值入罪模式的修改适度收缩了刑罚权,这无疑是值得肯定的。但它可能会给民众带来一个误解,即认为野生动物的价值就是由市场交易价格认定,然而两者实际上可能相差悬殊。根据 2017 年 9 月 29 日原国家林业局《野生动物及其制品价值评估方法》的规定:“野生动物整体的价值,按照《陆生野生动物基准价值标准目录》所列该种野生动物的基准价值乘以相应的倍数核算。国家一级保护野生动物,按照基准价值的十倍核算;国家二级保护野生动物,按照基准价值的五倍核算;地方重点保护的野生动物和有重要生态、科学、社会价值的野生动物,按照所列野生动物基准价值核算。”这也是为什么司法实践中出现了大量的鸚鵡案,虽然一只鸚鵡(如小太阳鸚鵡)的市场价格仅几百元,但是在定罪量刑中却被鉴定为一万元一只。理由是鸚鵡的基准价值是 2000 元,由于它属于二级保护动物,要乘以五倍系数,所以每只野生鸚鵡都按照 10000 元计算。而按照新野生动物司法解释,购买两只野生鸚鵡也可能构成危害珍贵、濒危野生动物罪。^③此外,根据《陆生野生动物基准价值标准目录》的规定,麻雀属于雀形目的其他种,基准价值为 300 元/只,而只要属于“三有动物”,所有的鸟最少都值 300 元。这样算来,非法猎捕几只麻雀就可能构成非法狩猎罪。

然而,新旧司法解释一致认为,只要违反狩猎法规,使用了禁用的工具、方法狩猎,无论在禁猎区还是禁猎期猎捕“三有动物”,即便一只也可直接认定为情节严重,这就意味着在禁猎区或者禁猎期,使用了禁用的工具、方法猎捕一只山麻雀或树麻雀,就可能构成非法狩猎罪。那什么是禁猎区、禁猎期呢?新的《野生动物保护法》(2022 年 12 月 30 日第十三届全国人大常委会对《野生动物保护法》进行了修正,新法将于 2023 年 5 月 1 日起施行。如果没有特别说明,本文所引用的《野生动物保护法》均为最新的法律规定。)第 12 条第 2 款规定:“省级以上人民政府依法将野生动物重要栖息地划入国家公园、自然保护区等自然保护地,保护、恢复和改善野生动物生存环境。对不具备划定自然保护地条件的,县级以上人民政府可以采取划定禁猎(渔)区、规定禁猎(渔)期等措施予以保护。”同时,该法第 24 条规定了禁用的工具、方法,即禁止使用毒药、爆炸物、电击或者电子诱捕装置以及猎套、猎夹、捕鸟网、地枪、排铳等工具进行猎捕,



禁止使用夜间照明行猎、歼灭性围猎、捣毁巢穴、火攻、烟熏、网捕等方法进行猎捕，但因物种保护、科学研究确需网捕、电子诱捕以及植保作业等除外。前款规定以外的禁止使用的猎捕工具和方法，由县级以上地方人民政府规定并公布。归纳而言，无论是禁猎（渔）区、禁猎（渔）期，还是禁用的工具、方法，县级以上地方人民政府都有权进行补充规定。

根据 2021 年 11 月 1 日《北京市禁止猎捕陆生野生动物实施办法》的规定：“本市行政区域内全域为禁猎区，全年为禁猎期。”同时，该办法也对禁用的工具、方法进行了规定：“除法律规定的禁止的猎捕方法以外，本市同时禁止使用粘网、弹弓、地弓、弩，以及其他非人为直接操作并危害人畜安全的猎捕装置。本市同时禁止使用诱捕、挖洞、设陷阱的猎捕方法，禁止捡拾野生动物的卵（蛋）。”这样看来，在北京用弹弓打麻雀，打一只就可能构成非法狩猎罪，甚至捡拾一颗麻雀蛋也可能构成犯罪。这种法律的机械推理合理吗？从客观上看，定罪量刑的关键要素可以由地方人民政府，甚至县级人民政府规定吗？从主观上看，如果行为人确实不知道何为禁猎（渔）区、禁猎（渔）期、禁用的工具、方法，或者不知麻雀是“三有动物”，是否会影响主观罪过？这些问题都值得慎重思考。

罪刑法定与客观限缩

罪刑法定是刑法中的基本原则，只是它经常被误写为“罪行法定”。不幸的是，这似乎描述出了当前包括非法狩猎罪在内的法定犯的现状，即法定犯在客观构成要素上一般都会使用空白罪状的表述方式，认定犯罪必须援引刑法以外的部门法；犯罪的核心要素不再由刑法直接规定，而是转由行政法规规定。

（一）形式上的限缩

对于法定犯，如何在形式上限缩所援引的行政法规规定，是一个悬而未决的问题。严格的罪刑法定原则并不允许在刑法以外有第二性的法源作为定罪量刑的依据，但是当前很少有国家采取如此严格的立场。社会生活瞬息万变，不可能指望刑法规定珍贵动物的具体种类，划定禁猎（渔）区、禁猎（渔）期的范围，所以现实主义的做法是接受在刑法以外存在其他补充性的法源，只是应对补充性法源必须进行一定的限制。1997 年《刑法》第 96 条规定：“本法所称违反国家规定，是指违反全国人民代表大会及其常务委员会制定的法律和决定、国务院制定的行政法规、规定的行政措施、发布的决定和命令。”由此可见，部门规章和地方性法规不能作为补充性法源。

作为一种入罪要素，法定犯中的“违反国家规定”“违反某某规定”“非法”等空白罪状都必须符合《刑法》第 96 条的规定。非法狩猎罪必须以《野生动物保护法》的相关规定作为前置法。《野生动物保护法》规定了非法狩猎行为的法律责任，同时在多个条文申明“构成犯罪的，依法追究刑事责任”。对于非法狩猎罪而言，其构成要素除了显性的空白罪状——违反狩猎法规，还有大量的隐性空白罪状，如禁猎区、禁猎期或者禁用的工具、方法等概念在《刑法》中并无明确规定，而是由《野生动物保护法》规定。然而，《野生动物保护法》却授权省级以上人民政府依法划定相关自然保护地，对不具备划定相关自然保护地条件的，则授权县级以上人民政府划定具体的禁猎（渔）区、禁猎（渔）期。根据该法第 20 条规定：“在自然保护地和禁猎（渔）区、禁猎（渔）期内，禁止猎捕以及其他妨碍野生动物生息繁衍的活动，但法律法规另有规定的除外。”因此，自然保护地属于禁猎（渔）区。同时，《野生动物保护法》列举了禁用的工具、方法，但是也授权

县级以上地方人民政府可以在所列举的范围外规定其他禁止使用的猎捕工具和方法。这就不可避免地会导致定罪量刑的实际依据降格为低层级的规范性文件，这并不合理。

根据《立法法》规定，地方政府规章是由省、自治区、直辖市以及设区的市的人民政府根据法律、行政法规和地方性法规所制定的普遍适用于本区域内的行政规范；而县级人民政府无权制定地方政府规章，其制定的只是行政法规范中层级最低的其他规范性文件。同时，按照国务院《法规规章备案规定》，县级人民政府制定的规范性文件无需报国务院备案。^④定罪量刑的关键依据却无备案程序，以至民众很难便捷地查询全国各地区的禁猎（渔）区、禁猎（渔）期以及禁用的工具、方法。在写作本文之前，笔者对此也知之甚少。很多地方的禁猎（渔）区、禁猎（渔）期以及禁用的工具、方法的规定都不一致，有的是全面禁止，有的是部分禁止，还有的则是分时段分区域禁止。比如，2018年湖南省人民政府发布的《关于禁止猎捕野生动物的通告》，规定自2018年8月1日起至2023年7月31日止为禁猎（捕）期，全省行政区域为禁猎（捕）区域。也许是考虑到湖南属于传统的渔业大省，不可能全面禁止捕鱼，所以禁渔期和禁渔区则是由县级人民政府具体规定。以湖南耒阳（县级市）为例，禁捕区为该市辖区内耒水干流（上自永兴交界处下至衡南交界处）和春陵水干流（上自大坝下至衡南交界处）；禁捕期暂定10年，即2020年8月1日零时至2030年7月31日24时，^⑤但当地公众可能并不清楚此项规定。

《野生动物保护法》的授权性规定可以视为一种“立法授权”，但按照行政规范性文件制定的一般程序，授权制定的规范应报授权机关备案，也要接受授权机关的事后审查。鉴于禁猎（渔）区和禁猎（期）的规定与定罪量刑高度相关，按照《立法法》的权限划分规则，涉及限制人身自由的行政处罚和刑罚的事项都应由法律规定。因此，所有禁猎（渔）区和禁猎（渔）期的规定都应该报《野生动物保护法》的制定机构也即全国人大常委会备案，并接受全国人大常委会的审查。同时，所有禁猎（渔）区和禁猎（渔）期都应该在全国人大常委会、国务院野生动物保护部门的网站上能够让公众便捷地查询。

至于禁用的工具、方法，《野生动物保护法》做出了明确的规定，但同时也授权县级以上地方人民政府可以在规定之外进行补充。《野生动物保护法》第24条第1款列举了禁用的工具和方法，第2款授权县级以上地方人民政府可以规定其他方法。但是，在该法第48、49条所规定的法律责任中，仅对违反第24条第1款的行为做出了行政处罚和刑事处罚的规定，对于违反第24条第2款的行为，没有任何处罚规定。换言之，县级以上地方人民政府根据第24条第2款规定的禁用工具或方法只是一种行政指导或建议，既不能作为行政处罚的依据，更不能作为刑事处罚的前提。禁用的工具、方法是非法狩猎罪、非法捕捞水产品罪定罪的关键性要素，无论是在禁猎（渔）区，还是在禁猎（渔）期，只要针对“三有动物”或水产品使用了禁用的工具、方法，形式上就都可以构成犯罪。因此，刑法意义上的禁用的工具、方法，不能超越《野生动物保护法》所列举的类型。

事实上，新野生动物司法解释对于非法捕捞水产品罪中的禁用的工具、方法也采取了限缩解释，即限缩为“使用电鱼、毒鱼、炸鱼等严重破坏渔业资源的禁用方法或者禁用工具捕捞的”。如果没有达到和电鱼、毒鱼、炸鱼具有等价值性的严重破坏渔业资源的方法，即便符合《野生动物保护法》第24条第1款所列举的方式，也不能作为定罪量刑的依据，更不用说县级以上地方人民政府所做的行政指导。比如有些地方的规定是：“禁止在本市辖区内的任何水域电鱼、炸鱼、毒鱼，禁止在本市辖区内制造、销售、使用“‘地笼’‘拖网’等‘绝户网具’”。^⑥显然，单纯地



使用“地笼”“拖网”等“绝户网具”，并不必然属于非法捕捞水产品罪中的禁用的工具、方法。

（二）实质上的限缩

非法狩猎罪是法定犯。法定犯与行政犯是两个不同的概念，后者只有行政不法，只是违反行政管理秩序的不法行为，但前者除了行政不法，还有刑事不法。因此，对于法定犯而言，除了对于行政管理秩序的违反，还必须侵犯了法益。非法狩猎罪属于刑法分则第六章妨害社会管理秩序罪第六节破坏环境资源保护罪中的个罪。因此，它所侵犯的同类法益是环境法益。环境法益是一种超个人法益，这种超个人的法益并非单纯的行政管理秩序，它必须遵循法益还原理论，还原为无数个人法益的集合，最终归结于对个人法益的保护。^⑦这种归结可以获得包括科学在内的经验法则的支持，从而为民众所认同。

生物多样性与个人利益密切相关，食用野生动物也可能传播疾病，这些都在经验法则上可以得到证实。然而，环境法益是一种累积性法益，只有当累积突破了损害的临界线，才会构成公共损害，阻碍人人共享的利益。人类千百年来都猎捕野生动物，所有的家禽家畜最初都是野生动物，刑法的惩罚不能忽视社会生活的相当性。合理的解决之道并非一律采取刑事禁止的方式，而是可以采取执照管理制度，通过行政许可的方式合理利用野生动物资源。刑法的作用只是保障性的，为执行权威命令提供后备性惩罚。^⑧因此《野生动物保护法》规定的处罚有阶梯性，从行政处罚到刑事惩罚逐级上升，而非一步到位动用刑事处罚。无论是针对国家重点保护野生动物，还是非重点保护野生动物，《野生动物保护法》都规定了没收猎获物、猎捕工具和违法所得，吊销特许猎捕证、罚款等一系列行政处罚，只有万不得已才能动用刑罚。

根据旧野生动物司法解释，即便猎捕、运输、出售、收购一只国家重点保护野生动物，也构成危害珍贵、濒危野生动物罪，这就让《野生动物保护法》关于行政处罚和刑事处罚的阶梯设置完全失灵，混淆了行政不法与刑事不法的界限。这也是为什么新野生动物司法解释对其做出了调整，将数量入罪模式修改为价值入罪模式，这使大约75%价值较小的动物不再“一只入刑”。^⑨但是，对于非法狩猎罪，无论在禁猎（渔）区，还是在禁猎（渔）期，只要针对“三有动物”使用了禁用的工具、方法，根据新野生动物司法解释的规定，依然可以构成犯罪。这显然也忽视了《野生动物保护法》所规定的处罚阶梯。^⑩考虑到相当多的地方普遍将所在区域划定为禁猎区、禁猎期，禁用的工具、方法也就成为处罚的关键要素，因此对于在禁猎（渔）区、禁猎（渔）期，同时使用禁用的工具、方法猎捕非国家重点保护野生动物，首先应该进行行政处罚，不宜直接动用刑罚。

有必要对非法狩猎罪进行实质上的限缩。作为入罪要素的“破坏野生动物资源，情节严重的”，并非一个可有可无的赘词，它应该理解为实害犯，而非危险犯。是否破坏了野生动物资源的实害结果要从事后的角度进行客观判断，同时要达到情节严重的程度。无论是在禁猎区使用禁用的工具或者方法狩猎，还是在禁猎期使用禁用的工具或者方法狩猎，都不能直接论以犯罪，必须要看其在客观上是否实际破坏了野生动物资源，并且达到情节严重的程度。这里的情节严重可以按照新野生动物司法解释规定的价值入罪标准。在禁猎区、禁猎期单纯使用禁用的工具或者方法狩猎，野生动物价值不足一万元的，都不应该以犯罪论处。^⑪单纯从逻辑上来看，在禁猎区、禁猎期单纯使用禁用的工具或者方法狩猎，如果没有捕获野生动物，或者捕获的野生动物价值不足一万元，似乎属于非法狩猎罪的未完成形态（未遂或者预备），但是法条中的“情节严重”可以理解为客观处罚条件，如果缺乏这个条件，就不能成立犯罪，自然也不成立犯罪

的未完成形态。

值得一提的是，2020年2月24日全国人大常委会《关于全面禁止非法野生动物交易、革除滥食野生动物陋习、切实保障人民群众生命健康安全的决定》（以下简称《野生动物决定》）规定：“凡《中华人民共和国野生动物保护法》和其他有关法律禁止猎捕、交易、运输、食用野生动物的，必须严格禁止。对违反前款规定的行为，在现行法律规定基础上加重处罚。”但是，罪刑法定原则禁止原则性的加重处罚，除非有分则条文诸如情节加重犯、结果加重犯的明确规定。1997年《刑法》取消了总则中加重处罚的规定，所以《野生动物决定》的加重处罚规定对于刑法没有约束力。《刑法》属于基本法，层级要高于《野生动物保护法》，《野生动物决定》并未提及《刑法》，这也意味着该决定的立法意图只是为了加大相关行政处罚的力度，而并非施加过重的刑罚评价。

（三）体系性限缩

《刑法》第341条第1款规定了危害珍贵、濒危野生动物罪，第2款规定了非法狩猎罪，这两个罪名在逻辑上是竞合关系，还是互斥关系？这是一个非常值得研究的问题。根据新野生动物司法解释，猎捕珍贵野生动物，如果价值不足二万元，不构成危害珍贵、濒危野生动物罪。但是在禁猎区、禁猎期或者使用禁用的工具、方法进行狩猎的，破坏野生动物资源，非法猎捕野生动物价值一万元以上的，构成非法狩猎罪。比如，行为人在禁猎区、禁猎期或者使用禁用的工具或者方法，捕获一只亚历山大野生鸚鵡。这种鸚鵡属于二级保护动物，按照《陆生野生动物基准价值标准目录》，野生鸚鵡的基准价值是2000元，二级保护动物乘以五倍系数，每只野生鸚鵡按照一万元计算。这种行为不构成危害珍贵、濒危野生动物罪，但它是否构成非法狩猎罪呢？从逻辑上来看，非法狩猎罪中的“破坏野生动物资源”自然也包括珍贵、濒危野生动物资源，非法狩猎罪和危害珍贵、濒危野生动物罪似乎存在竞合关系。然而，如果只是从形式上理解两个罪名的逻辑关系，那可能出现非常荒谬的结论，也使新野生动物司法解释限缩刑罚权的努力落空。“一只入罪”的传统模式将以竞合犯兜底适用的逻辑卷土重来，司法活动将沦为机械的逻辑运算。

刑法学界曾经有过形式解释论与实质解释论的争论，争论的焦点就是在法条竞合的情况下，如果特别法无法适用，能否以普通法兜底适用。^⑩竞合犯兜底适用在逻辑上似乎没有问题，但这种推论容易导致刑罚权极度扩张，使刑法中绝大多数罪名的设置都变得没有必要，因为总有一些基础性罪名可以作为普通法兜底适用。比如生产、销售伪劣产品罪的入罪标准是销售金额五万元，有些实质解释论者认为，生产、销售伪劣产品罪和诈骗罪是法条竞合关系，如果同时符合两罪的构成要件，特别法优于普通法，以特别法生产、销售伪劣产品罪论处。若没有达到特别法的入罪条件，如仅生产销售伪劣产品四万元，那就可以普通法诈骗罪兜底适用，因为诈骗罪的入罪标准是价值三千元至一万元以上。然而，生产、销售伪劣产品罪的基本刑是二年以下有期徒刑或者拘役，而诈骗罪的刑罚反而更高。这样就会出现非常荒谬的现象，如果生产销售伪劣产品的销售金额达到了入罪标准（五万元）可构成较轻的特别罪生产、销售伪劣产品罪，但如果销售金额没有达到入罪标准，则构成量刑较重的诈骗罪。还有些实质论者则不断扩张想象竞合的范围，认为生产、销售伪劣产品罪和诈骗罪是想象竞合关系，这就意味着在同时符合生产、销售伪劣产品罪和诈骗罪构成要件的情况下，本来就应该按照重罪论处。司法实践按照所谓的特别罪论处的做法在他们看来原本就是错误的，故在不符合生产、销售伪劣产品罪的情况下，自然更应按照诈骗罪论处。

无论哪种实质解释论的立场都将导致司法活动成为随意揉捏的“橡皮泥”，演化为重刑主义的逻辑游戏。因此，危害珍贵、濒危野生动物罪和非法狩猎罪不是竞合关系，既非法条竞合，也非想

象竞合，两者是互斥关系。危害珍贵、濒危野生动物罪的犯罪对象是珍贵、濒危野生动物，非法狩猎罪的犯罪对象则是珍贵、濒危野生动物以外的其他野生动物。在不构成危害珍贵、濒危野生罪的情况下，也不能以非法狩猎罪兜底适用，罪法定原则关于形式解释论的立场应该被捍卫。^⑬

罪过原则与主观限缩

无罪过不为罪，现代刑法早已告别客观归罪的历史。然而，在包括非法狩猎罪在内的野生动物类犯罪中，当行为人以出现认识错误缺乏罪过为辩护理由时，却很少得到司法机关的认可。刑法中的错误理论被忽视，客观归罪比想象中还要严重，实有反思之必要。

（一）非法狩猎罪等野生动物类犯罪中的错误类型

第一，事实认识错误与法律认识错误。关于认识错误，传统的分类是区分为事实认识错误和法律认识错误，前者是对构成要件事实的不正确认识，后者则是对行为法律意义的错误认识。这两种错误在非法狩猎等犯罪中都非常普遍。前者如行为人以为在杀鸡，其实在杀野鸡，野鸡属于“三有动物”，这就是典型的事实认识错误。在“陈某某非法运输珍贵、濒危野生动物案”中，被告人陈某在S省X市经营鸟铺，平时雇请巫某运送鸟类。一日陈某某在Y省R市联系到一批鸚鵡，遂打电话雇请巫某将这批鸟运回X市，电话中并未告诉巫某该批鸟是鸚鵡。巫某驾驶货车接到该批鸚鵡装车后驾车驶往X市，后被公安机关民警当场查获。经民警现场开箱检查，发现471只鸚鵡，品种为亚历山大鸚鵡。^⑭检察机关指控被告人陈某某、巫某犯非法运输珍贵、濒危野生动物罪，但在宣判前，检察机关撤回了对被告人巫某的起诉。一审法院后以非法运输珍贵、濒危野生动物罪判处陈某某十年有期徒刑，陈某不服提起上诉，二审法院维持原判。^⑮在本案中，巫某不知道所运的鸟类是鸚鵡，这显然属于事实认识错误，对此认识错误，刑法理论没有争议地认为，该错误可以否定故意。从检察机关最后的撤诉也可看出，司法机关对这种认识错误的处理尊重了刑法理论。

法律认识错误更为常见，绝大多数被告人都会以不知法来辩解。在“珠某某等非法猎捕珍贵、濒危野生动物案”中，被告人珠某某等三人从丹巴县相约，来到巴塘县莫多乡措松绒村猎捕鸚鵡，珠某某、格某两人上山，共非法猎捕鸚鵡35只（幼鸟），拥某因不会爬树在家负责喂养捕来的鸚鵡，三人猎捕得手后准备将鸚鵡卖往成都。后在运输鸚鵡途中被公安人员抓获。经鉴定，三人所猎捕的鸚鵡为大紫胸鸚鵡，属国家二级重点保护动物。被告人珠某某辩称自己是文盲、不懂法，因一念之差触犯了法律，但法院没有采纳，以非法猎捕珍贵、濒危野生动物罪判处珠某某十年有期徒刑，格某八年有期徒刑，拥某四年有期徒刑。^⑯珠某某等三人提起上诉，二审法院维持原判。^⑰本案被告人的辩解就是一种法律认识错误，不知此行为为法律所禁止。

第二，归类错误的归属。构成要件事实包括描述性构成要件要素和规范性构成要件要素，前者不需要进行价值判断，是一种“裸”的要素，如故意杀人罪中的“人”，而后者则需要进行价值判断，如传播淫秽物品罪中的“淫秽物品”。对于描述性构成要件要素的认识错误属于事实认识错误自不待言，但是对于规范性构成要件要素的认识错误如何定性则比较复杂。有些学者认为，有关规范性构成要件要素的认识错误属于归类错误（Subsumtionsirrtum），又被称为包摄的错误或涵摄的错误，即对感官认识到的客观事物在规范评价（归类）上出现了误解。对于归类错误，应当遵循“在外行领域的平行性评价”，^⑱只要行为人所属的常人具备这种评价性的认识就不能否定

故意，但是如果不具有这种平行性评价，和行为人一样的一般人都无法认识到事物的社会意义，那就可以排除构成要件故意。^⑩

这种错误在非法狩猎等犯罪中最为常见。在大多数案件中，尤其当行为人猎捕的是诸如壁虎、麻雀、癞蛤蟆等常见动物，或者售卖的是常见的宠物，行为人通常都会辩称不知道该动物属于法律上的珍稀动物或“三有动物”。比如轰动一时的“小太阳鹦鹉”案，王某主张自己对所出售的人工驯养的鹦鹉归属于刑法上的珍稀动物并不知情。^⑪在某种意义上，归类错误是事实认识错误与法律认识错误的中间类型，但是这种精致的理论真的有存在的必要吗？

首先，规范性构成要件要素和描述性构成要件要素不好区分。两种构成要件要素是根据司法机关是否要进行价值判断来进行区分的。比如刑法学界习惯认为，故意杀人罪中的“人”、拐卖妇女罪中的“妇女”等，都是无需进行价值判断的描述性构成要件要素，而聚众淫乱罪中的“淫乱”则是需要进行价值判断的规范性构成要件要素。但是，故意杀人中的“人”实际上也存在价值判断。“人”的始期是采取“独立生存可能说”“阵痛开始说”还是“独立呼吸说”，“人”的终期是采用“心脏停止说”还是“脑死亡说”？这都存在价值判断。如果一位医生对没有办准生证的新生儿注射毒针导致孩子死亡（准生证案），而医生却真诚地认为只有办了准生证出生的孩子才属于法律上的人，这是什么认识错误呢？又如，行为人拐卖人妖（拐卖人妖案），但却误认为人妖就是女性，那又是何种认识错误呢？同时，在规范性构成要件要素中也有事实问题，比如英语盲帮朋友卖盗版书籍，朋友并未告诉其该书籍是英文版淫秽小说，被告人一直认为贩卖的是四六级辅导材料（四六级辅导材料案）。这是事实认识错误还是法律认识错误呢？因此，没有必要区分规范性构成要件要素和描述性构成要件要素，因为所有的事实都可能带有规范评价的成分。无论在描述性构成要件要素还是规范性构成要件要素中，只要是评价性的错误就不属于事实认识错误。在准生证案和拐卖人妖案中，行为人出现了评价性错误，故非事实认识错误；而在四六级辅导材料案中，行为人则是一种非评价的事实认识错误。

其次，归类错误是社会性的评价错误，法律认识错误则是法律意义的评价错误，两者并无本质区别，没有必要进行区分。反对意见可能有两点：一是有人认为法律认识错误是一种禁止错误，它是对某种行为是否为法律所禁止出现的误解，而不是对客观事实归属的误解。错误地认为自己所贩卖的“淫秽物品”不属于淫秽物品，这不是禁止错误，但如果误认为“贩卖淫秽物品”属于立法者所容忍的雅痞，才是禁止错误。禁止错误比归类错误的错误性质更离谱，更不能被原谅。二是认为社会评价与法律评价是两种不同的评价，不能混为一谈。然而，归类错误和禁止错误都是评价性错误，两者并无本质区别。比如行为人知道珍稀野生动物不能买卖，但却误认为人工驯养的鹦鹉不属于珍稀野生动物，这是归类错误，是对人工驯养的动物是否属于法律上的“野生动物”的评价错误。但是，行为人根本不知道法律禁止猎捕珍稀禽类则是禁止错误，这是对法律评价的错误认识。归类错误与禁止错误的界限非常模糊。比如在准生证案中，医生知道法律禁止杀人，但却错误地认为只有有准生证的“人”才属于法律意义上的人，这种所谓的归类错误和禁止错误又有什么区别呢？又如医生对濒死病人实施安乐死，他认为这不是法律所禁止的杀人行为，这既可以看成是归类错误（对行为是否属于故意杀人的评价错误），也可以看成是禁止错误（对法律是否禁止这种杀人行为的评价错误）。

最后，社会评价与法律评价虽然不同，法律只是对人最低的道德要求，因此法律的否定评价一定要窄于社会的否定评价。人皆曰可杀，法律独怜之，这并没有问题。但是人皆曰义人，法却

不容情，那可能就存在大问题。对于社会所谴责的行为，法律可以保持克制，但是对于社会所鼓励的行为，法律的惩罚应该谨慎。因此，对于非法狩猎罪，不管是按照社会评价，一般人无法知晓所在区域属于禁猎区，还是按照法律评价，一般人认为法律并不禁止在该区域打猎，性质其实都应该一样，都可否定故意的成立。必须说明的是，归类错误的出现原本是为了限缩刑罚权。在历史上，法律上的认识错误不能排除故意。因此，学说上出现了归类错误，认为只要这种错误评价符合“外行人的价值观”，^②就可以排除故意，试图限缩法律认识错误不免责教义的适用范围。但是，随着德国刑法理论的发展，不免责教义逐渐被抛弃，归类错误也没有存在的必要。1975年德国《刑法典》第17条明确规定：“行为人行为时没有认识到其违法性，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，则可减轻处罚。”^③以不可避免性作为法律认识错误是否免责的标准其实和“外行人的价值观”大同小异，没有必要再进行区分。

总之，与其保持一个模糊的区分标准，不如干脆否定这种区分。许多人为的概念区分都没有必要，比如边沁对理论和实践的区分，在詹姆士·斯蒂芬看来就是一种古老的谬论，他认为这会导致理论家和实干家的人为对立。^④因为所有的理论都有实践价值，所有的实践也都有理论意义。因此，没有必要区分规范性构成要件要素和描述性构成要件要素，也没有必要对归类错误与禁止错误进行区别，只要是评价性的认识错误都可以视为法律认识错误，而非评价性的认识错误则是事实认识错误。

第三，对前置法规范的认识错误。德国帝国法院曾经采取的标准是，对于刑罚法规的认识错误是法律认识错误，不阻却故意的成立，但是对于非刑罚法规的认识错误则属于事实认识错误，阻却故意的成立。但是这种立场很难得到贯彻。^⑤在非法狩猎罪这类法定犯中，构成要件的关键要素取决于前置法的规定，对于前置法规范的认识错误与对刑法本身的认识错误并无本质区别。比如，行为人在A市猎杀20只野猪，但他不知道A市全域禁猎。有学者认为这是一种事实认识错误，^⑥这并不恰当。行为人对于评价的事实基础（A市）并无错误认识，他只是对此事实的规范属性，也即A市在法律中是否属于禁猎区产生了错误认识。这虽然是对行政法规定的错误认识，但其实也是对行为在刑法上是否被禁止的一种错误认识。因此，这是一种评价性错误，属于法律认识错误。当然，如果行为人知道A市禁猎，但B市不禁猎，于是去B市打猎，但却误去了A市，这才属于事实认识错误。

（二）事实认识错误与证明责任

对于事实认识错误，刑法理论普遍认为可以排除故意，但司法机关客观归罪的痕迹却比较严重。比如奸淫幼女中对年龄的认识错误，这是一种典型的事实认识错误。2003年1月23日最高院曾作出《关于行为人不明知是不满十四周岁的幼女双方自愿发生性关系是否构成强奸罪问题的批复》，称“行为人确实不知对方是不满十四周岁的幼女，双方自愿发生性关系，未造成严重后果，情节显著轻微的，不认为是犯罪”。而2013年2月26日最高人民法院《关于废止1997年7月1日至2011年12月31日期间发布的部分司法解释和司法解释性质文件（第十批）的决定》宣布废止该司法解释，理由是“与刑法的规定相冲突”。其实，2003年最高人民法院的司法解释并无不当，它不过是对事实认识错误排除故意这个罪过原则的运用。事实上，当前大量的司法解释经常把故意解释为“知道或应当知道”，导致许多地方的司法实践部门将本是故意的犯罪等同于过失犯罪。之所以出现这种情况，一个很重要的原因在于理论界没有很好地说明事实认识错误的体系性地位及其证明责任。相当多的刑法学者赞同法益侵犯说，这种立场一般不承认主观违法要素，因此一

一般都会否定主观构成要件要素的存在,认为故意、过失是责任要素,不承认构成要件故意、过失和责任故意、过失的区分。^⑤正是这种立场让人们很难接受推定故意的合理性,对事实认识错误的证明责任也缺乏清醒的认识,最终导致司法实践很难认可事实认识错误的存在。

我国刑法广泛存在推定故意的情况,司法解释关于推定故意的规定比比皆是,大量司法解释将故意解释为“应当知道”,这正是一种推定故意。^⑥然而,如果不区分构成要件故意与责任故意,推定故意的合理性很难得到说明。^⑦构成要件故意属于构成要件该当性中的证明内容,应由控方承担提出责任和说服责任,“构成要件故意”是一种客观判断,控方只要证明一般人“应当知道”就完成了证明责任,而“责任故意”是一种个别化的判断,必须由辩方承担提出责任甚至说服责任。当控方根据一般人的常理推定行为人“应当知道”,就完成了初始的证明责任,证明责任于是转移至辩方,如果辩方不能提出优势证据证明自己并不知情,就应承担败诉的后果。

如果不区分构成要件故意和责任故意,那么事实认识错误就是一种责任阻却事由,控方只要证明存在客观不法,就可以推定被告人具有责任,因此辩方必须承担事实认识错误的提出责任和优势证据的说服责任。这对辩方而言几乎是不可能完成的任务,也使得实践中事实认识错误这种辩护理由被消解。但是,如果承认构成要件故意和责任故意的区分,那么事实认识错误只是一种构成要件本身的排除事由,辩方只需承担合理怀疑的提出责任,只要辩方的主张能够引起合理怀疑,证明责任就转移到控方,控方必须超出合理怀疑地否定辩方事实认识错误的辩解。^⑧这样一来,事实认识错误就可成为被告人的一种重要辩护理由。

(三) 法律认识错误与证明责任

对待法律认识错误,普通法系最初基本上遵循古罗马传统——不知法不免责,但后来有所松动。1962年美国法学会出台的《模范刑法典》给出了两种免责事由:一种是官方错误解释导致的法律误解;另一种是法律无从知晓,如法律尚未公布或者没有合理生效。^⑨大陆法系的德国则以可避免原则作为法律认识错误可否免责的标准,只要认识错误一般人无法避免,就可以豁免罪责。如前文所言,这和归类错误中“在外行领域的平行性判断”标准并无二致。^⑩“不知法不免责”是典型的功利主义,将“遏制犯罪行为、促进有序的司法运作、维持规则之治的至上性等社会利益,置于无道德罪过即免受惩罚的个人权利之上”,^⑪要求公民知法守法的推定带有强烈的国家主义色彩,它和尊重个人自由的立场存在一定的差距。因此,当前刑法界普遍认为,应当从“不知法不免责”转变为“不知法可不罚”。^⑫在自然犯中法律认识错误是可以避免的。但是,对于非法狩猎罪这类法定犯,如果一般人都很难避免出现认识错误,这种错误就应该否定行为人的罪责。在“珠某某等非法猎捕珍贵、濒危野生动物案”中,珠某某三人是居住在山区的农民,可能确实不知捕捉鸚鵡的行为被法律所禁止,和他们一样的一般人很难避免发生这种认识错误,如果他们能提供优势证据证明存在认识错误,这种错误就应否定他们的犯罪故意。总之,无论是归类错误,还是禁止错误,对于行为人的这种评价错误,司法机关在认定犯罪时既不能遵循行为人自身的价值观,也不能强推法律的价值观,而应该尊重道德生活所赋予的一般人的通常价值观。

法律认识错误是一种责任阻却事由。符合构成要件的行为推定具备违法性和有责性,也自然推定行为人具备违法性的认识。以“小太阳鸚鵡案”为例,控方只要证明王某明知是鸚鵡而进行出售就可以推定王某具备危害珍贵、濒危野生动物罪的可责性。如果王某要辩解自己出现了法律认识错误,那么他不仅要承担提出责任,还要承担优势证据的说服责任。显然,在本案中王某长期从事鸚鵡的买卖,所以很难说他不知道买卖珍稀鸚鵡是法律所禁止的,对于这种禁止错误他没



有优势证据。但是，王某长期销售的是自己繁殖驯养的鹦鹉，一般人很难将家养繁殖与野生动物对应起来。这个认识错误是一般人难以避免的。王某的这种主张能够达到优势证据的说服责任，可以否定其犯罪故意。（详见下表）

错误类型		体系地位	证明责任	归责标准	案例
事实认识错误 (非评价错误)		构成要件阻却事由	辩方提出存在事实认识错误的合理疑点，控方应超越合理怀疑进行反驳。	行为人的主观标准	巫某运输珍稀动物案
法律认识错误(评价错误)	归类错误	责任阻却事由	控方只要超出合理怀疑地从一般人立场证明行为人具备构成要件故意，就推定其具有违法性和有责任。辩方要承担存在法律认识错误(责任故意阻却事由)的提出责任和优势证明的说服责任。	一般人可否避免	小太阳鹦鹉案
	禁止错误	责任阻却事由			珠某某等非法猎捕珍贵、濒危野生动物案

结语：刑法知识话语体系的反思

对于非法狩猎罪等保护野生动物资源的犯罪，必须坚持罪刑法定和罪过原则。在客观上，对于法定犯所援引的前置法要进行必要的限缩。《野生动物保护法》授权地方人民政府规定禁猎区、禁猎期的规定是一种授权立法，相关规范性文件必须报授权机关备案，接受授权机关的审查。至于刑法上禁用的工具、方法，不能超越《野生动物保护法》所列举的类型。在实质上，《野生动物保护法》的处罚规定具有阶梯性，既有行政处罚，又有刑事处罚。定罪量刑不能忽视前置法的处罚阶梯。非法狩猎罪是实害犯，要从事后的角度客观判断行为是否破坏了野生动物资源，并达到了情节严重的程度。无论是在禁猎区或者禁猎期单纯使用禁用的工具或者方法狩猎，都不能直接论以犯罪。在主观上，对于非法狩猎等犯罪，必须坚持罪过原则处理认识错误问题。认识错误包括事实认识错误和法律认识错误，归类错误没有存在必要。非评价性的错误都是事实认识错误，评价性错误则是法律认识错误，前者属于构成要件的阻却事由，辩护人只需要承担合理怀疑的提出责任和说服责任，但后者则属于责任阻却事由，辩护人需要承担优势证据的说服责任。客观归罪是法治不发达的产物。但是为什么在法治昌明的今天，司法实践部门依然保留着客观归罪倾向呢？除了司法机械主义的懒惰以外，一个重要的原因可能是当前的刑法知识话语体系对传统的罪过原则以及道义责任论的松动。^④

相当多的学者认为，刑法应当告别过去的主观主义刑法，采取客观主义刑法。在这些学者看来，认定犯罪应当先考虑客观再考虑主观。严格说来，先主观还是先客观，都只是一种逻辑上的安排，与司法经验并不相符。司法实践从来都是在主观和客观之间往返进行，思考主观问题离不开客观，认定客观也离不开主观。过分地割裂主观与客观，片面地强调先客观再主观，很有可能导致司法机关作出客观判断后就不再思考主观问题，或者直接以客观事实推定主观心态，将缺乏主观心态的举证责任转由辩方承担，因为主观的东西总是难以琢磨的。事实上，“刑法主观主义”和“刑法客观主义”不过是刑法思维的两个极端，真理往往在两者之间。把一种理论人为贴上对立的标签，然后分别站队，这其实是一种片面化的思维方法。我国的刑法理论

早已超越了单纯的“主观主义”和“客观主义”。刑法必须坚持主客观相统一，认定犯罪既要考虑客观上的行为，也要考虑主观上的罪过。

当前刑法学界的主流立场是法益侵犯说，法益理论以超个人法益为法定犯提供了全面的辩护。如果司法机关不能从道德规范中去探究法益的内涵，法律将成为对民众苛刻的命令，司法则会沦为冰冷的法律机器。法益侵犯说在责任根据上反对道义责任论，坚持法律责任论。在他们看来，只能根据法律而不能根据伦理道德判断行为人是否具有责任。^⑤按照这个观点，只要行为人的行为根据法律是违法的，即便在道德上可得宽恕，也无法免责，司法也就无力对立法进行任何纠偏。法律责任论是一种典型闭路循环——行为人的行为为什么应当谴责？因为这是法律规定的。为什么法律要谴责这种行为？因为它是违反法律的行为。如果抛弃道义责任论，按照法益侵犯说，几乎所有非法狩猎的案件都侵犯了野生动物管理秩序，都具有法律上可谴责性。当然，道义责任论从来主张以道德作为入罪依据的积极道德主义，而是倡导以道德作为出罪依据的消极道德主义。道德所谴责的不一定是犯罪，但道德所鼓励的行为则是正当化行为（justification），道德所容忍的行为则系可得宽恕事由（excuse）。刑法虽是一种专业性知识，但这种知识绝不能抛弃民众的常情常感常识。在我国的司法实践中，司法机关总是倨傲地认为，民众必须接受法律所推行的价值观，而忘记了法律的价值观本身来源于民众朴素的道德期待。法律只是道德的载体，权力意志不能任意产生道德规则。道德在法律之上，法律及立法者的意志在道德之下。法律的超验权威不是人的理性所创造的，而是写在历史、文化、传统和习俗中，写在活生生的社会生活之中。只有坚持道义责任论，认为责任的非难必须是道德伦理上的否定评价，机械司法才可能被避免。离开道德规范的源泉，凭空产生的法益理论如何能从立法上控制处罚范围？司法者又从何处去限制立法专断？无视道义责任论的法益理论也就不可避免会成为权力专横的工具。因此，必须回归传统，坚持道义责任论，只有被道义谴责的行为才可归责。

法律有其超验的根源，立法者的意志并非最高意志，在其上至少还有道德，立法者绝非道德权威的化身。任何法律制度都注定存在缺陷，“人们的愚蠢，软弱和无知，在所有人类制度中都留有深深的烙印，就像其他任何时代和地点一样，他们现在仍然清晰可见”。^⑥作为法律源头的道德是对法律权威的必要约束。刑法的合理性不是来自形而上学的推理，而是来自它所服务的道德观念。如詹姆士·斯蒂芬所言，如果社会没有毫不含糊地普遍谴责某事，那么你不可能对它进行惩罚。公正的法律惩罚必须取得在道德上占压倒优势的多数数的支持，因为“法律不可能比它的民族更优秀，尽管它能够随着标准的提升而日趋严谨”。^⑦

注释：

① 内蒙古自治区额尔古纳市中级人民法院（2018）内0784刑初40号刑事判决书；沈阳市辽中区人民法院（2017）辽0115刑初34号刑事判决书；另可参见被告人徐某某非法狩猎案，该案为2020年6月4日杭州法院发布的环境资源审判十大典型案例之四。

② 参见《最高人民法院、最高人民检察院关于办理破坏野生动物资源刑事案件适用法律若干问题的解释》第7条。

③ 《新野生动物司法解释》第6条规定：“非法猎捕、杀害国家重点保护的珍贵、濒危野生动物，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，价值二万元以上不满二十万元的，应当依照刑法第三百四十一条第一款的规定，以危害珍贵、濒危野生动物罪处五年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金。”

④ 地方人民政府规章（按照《立法法》规定，现已改为地方政府规章）由省、自治区、直辖市人民政府统一报国务院备案，地方人民政府规章是指由省、自治区、直辖市以及省、自治区人民政府所在地的市和经国务院批准的较大的市的人民政府根据法律和行政法规按照规定程序所制定的普遍适用于本地区行政管理工作的规定、办法、实施细则、规则等规范性文件的总称，它并不必然包括县级以上地方人民政府做出的规定。



- ⑤⑥ 耒阳市人民政府《关于全市重点水域实行全面禁捕的通告》(耒政通〔2020〕29号)。
- ⑦ 黄荣坚:《基础刑法学(上)》,北京:中国人民大学出版社,2009年,第16—17页。
- ⑧ 乔尔·范伯格:《刑法的道德界限(第一卷)》,方泉译,北京:商务印书馆,2013年,第257页。
- ⑨ 周加海、喻海松、李振华:《〈关于办理破坏野生动物资源刑事案件适用法律若干问题的解释〉的理解与适用》,《人民司法》2022年第13期。
- ⑩ 《野生动物保护法》第46条规定:“在相关自然保护区、禁猎(渔)区、禁猎(渔)期猎捕非国家重点保护野生动物,未取得狩猎证、未按照狩猎证规定猎捕非国家重点保护野生动物,或者使用禁用的工具、方法猎捕非国家重点保护野生动物的,由县级以上地方人民政府野生动物保护主管部门或者有关保护区域管理机构按照职责分工没收猎获物、猎捕工具和违法所得,吊销狩猎证,并处猎获物价值一倍以上五倍以下的罚款;没有猎获物的,并处二千元以上一万元以下的罚款;构成犯罪的,依法追究刑事责任。”
- ⑪ 检察机关对于类似案件往往使用相对不起诉的现实做法,如佛坪县人民检察院佛坪检刑不诉〔2022〕1号不起诉决定书。
- ⑫ 参见张明楷:《诈骗罪与金融诈骗罪研究》,北京:清华大学出版社,2006年,第342—343页。
- ⑬ 陈兴良:《形式解释论的再宣示》,《中国法学》2010年第4期。
- ⑭ 云南省永仁县人民法院(2015)永刑初字第60号刑事判决书。
- ⑮ 云南省楚雄彝族自治州中级人民法院陈某某运输珍贵、濒危野生动物一案二审刑事裁定书,(2016)云23刑终17号。
- ⑯ 四川省巴塘县人民法院珠某某等非法猎捕珍贵、濒危野生动物案一审刑事判决书,(2014)巴法刑初字第02号。
- ⑰ 甘孜藏族自治州中级人民法院珠某某等非法猎捕珍贵、濒危野生动物一案二审刑事裁定书,(2014)甘刑终字第8号。
- ⑱ 罗克辛:《德国刑法学总论(第1卷)》,王世洲译,北京:法律出版社,2005年,第317页。
- ⑲ 大冢仁:《刑法概说(总论)》,冯军译,北京:中国人民大学出版社,2003年,第197页。
- ⑳ 付焱:《深圳男子卖2只珍稀鸚鵡被判五年》,《北京青年报》2017年5月7日,第2版。
- ㉑ 金德霍·伊泽尔:《刑法总论教科书》,蔡桂生译,北京:北京大学出版社,2015年,第255页。
- ㉒ 《德国刑法典》,徐久生、庄敬华译,北京:中国法制出版社,2000年,第48页。
- ㉓⑳㉔ 詹姆斯·斯蒂芬:《自由·平等·博爱》,冯克利、杨日鹏译,南昌:江西人民出版社,2016年,第83页,第176页,第111页。
- ㉕⑳㉖ 张明楷:《刑法学(上)》,北京:法律出版社,2016年,第325—325页,第326页,第242—243页。
- ㉗ 张明楷:《行为无价值论的疑问》,《中国社会科学》2009年第1期。
- ㉘ 值得一提的是,2013年10月23日最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部联合出台的《关于依法惩治性侵害未成年人犯罪的意见》再次重申了推定故意的合理性和年龄认识错误的客观存在,该规范性文件指出:“对于不满12周岁的被害人实施奸淫等性侵害行为的,应当认定行为人‘明知’对方是幼女。对于已满12周岁不满14周岁的被害人,从其身体发育状况、言谈举止、衣着特征、生活作息规律等观察可能是幼女,而实施奸淫等性侵害行为的,应当认定行为人‘明知’对方是幼女。”
- ㉙ 有结果无价值论者就认为司法解释中所说的“应当知道”是一种过失责任,把过失解释为故意是违反罪刑法定原则的。张明楷:《刑法分则的解释原理(上)》,北京:中国人民大学出版社,2011年,第159页。
- ㉚ 罗翔:《犯罪构成与证明责任》,《证据科学》2016年第4期。
- ㉛ Joshua Dressler, *Understanding Criminal Law*, Lexisnexis, 2006, pp181-183.
- ㉜ 如日本“狸、貉事件”和“鼯鼠事件”。狸和鼯鼠都是日本《狩猎法》规定的保护动物,但行为人却出现了认识错误。在“狸、貉事件”中,行为人误认为当地通称为“貉”的动物与狸不同加以捕获,但当地大多数人都认为貉狸不同。而“鼯鼠事件”正好相反,行为人捕获当地称为“獾玛”的动物,不知道“獾玛”就是“鼯鼠”,而当地人一般都知道“獾玛”与“鼯鼠”就是同一种动物。在第一个案件中,被告被判没有故意而在第二个案件中,法官却认为被告成立故意犯罪。在第一个案件中,行为人的认识没有偏离社会一般观念,属于无法避免的错误,故不成立故意,而在第二个案件中,行为人的认识有违社会一般观念,属于可以避免的错误。西田典之:《日本刑法总论》,刘明详、王昭武译,北京:中国人民大学出版社,2007年,第200—201页。
- ㉝ 劳东燕:《“不知法不免责”准则的历史考察》,《政法论坛》2007年第4期。
- 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。
- ㉟ 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。

编辑 孙冠豪