

第一章 刑法中的错误概说

第一节 刑法中错误问题的历史沿革

一、英美刑法中错误问题的历史沿革

英美刑法上的“不知或错误”(Ignorance or Mistake)简称为“错误”是指行为人对事实或者法律没有认识(不知)或者主观认识同事实本身或法律本身不一致(错误)。

英国法中的错误问题起源于 Ignorantia juris non excusat, ignorantia facti excusat 这一古老的罗马法原则,其原意是:法的不知不得抗辩,事实的不知得以抗辩。^{〔1〕} 赫尔(Hale)认为:“在英国,法的不知对于有辨别力、达到一定年龄且精神正常者,不得提出抗辩。这是因为他们当然应该知悉法律,并且也是被推定知悉法律的,其不知不得作为辩解的理由。然而在某种场合,事实的不知(ignorantia facti)却可以作为辩解的理由 因为这种不知往往使其行为本身在道德上成为非任意的(involuntary)行为。^{〔2〕}”这就是说,事实错误之所以成为免责的理由,是因为基于这种错误的行为是非任意的行为,而这种非任意的行为是不能认为可以产生法律上的效果的。这一点其实是来源于亚里斯多德

〔1〕 参见〔日〕佐藤昌彦著《牧野刑法学说研究》良书普及会,1981年版,第58页。

〔2〕 参见〔日〕佐藤昌彦著《牧野刑法学说研究》良书普及会,1981年版,第58页。

的思想，即根据尼各马克伦理学，人的行为分为任意行为（voluntary）和非任意行为（involuntary），只有前者才是可以在道德上、法律上进行评价的对象。〔1〕

“不允许法律的错误”（error iuris neminem）、“不允许对法律的不知”（ignorantia iuris neminem）是英美判例所确立的原则。在英国历史上就曾有巴洛勒特案的著名判例。该案被告巴洛勒特是法国人，他在英国参与杀人决斗，尽管杀人决斗在当时在法国不受处罚，并且他误认为英国也是如此，但英国法院仍然以“不允许法律的错误”为由判决他有罪。在美国，也有关于安索妮案的判例，在纽约州还没有承认妇女具有选举权时，安索妮却在纽约州国会议员的选举中投了票。但是，在投票前，安索妮听律师说纽约州的法律违反了宪法，而且选举监督官也告诉她有选举权。尽管如此，安索妮还是被判决为有罪。英美的判例之所以曾经如此极端地维持“不允许法律的错误”的原则，主要是考虑到所谓公共的利益。〔2〕美国法院曾在有关案件的判决中指出：“‘不允许对法的不知’的原则是适用于所有刑事诉讼的原则，是刑事程序中最古老、最有价值的原则之一。没有这一原则，法院就无法维持刑法的有效执行。在某个特殊事件中适用这一原则也许会显得过于苛刻，然而，我们无法表明、甚至无法想象对这一原则的修正。”〔3〕

但是，进入 20 世纪之后，“不允许对法律的不知”的原则开始动摇，特别是在美国，一些例外的判例纷纷出现。法院对由于信赖法院的判例、信赖公务机关的解释、或者信赖法律专家的意见，而误认为自己的行为合法的被告人作无罪判决者不在少数。例

〔1〕 参见〔日〕佐藤昌彦著《牧野刑法学说研究》，良书普及会，1981 年版，第 58 页。

〔2〕 参见赵秉志新编《刑法新探索》，群众出版社，1993 年版，第 243 页。

〔3〕 转引自福田平著《违法性的错误》有斐阁，1984 年版，第 267 页。

如，关于怀特案的判例就很具有代表性。怀特是一个实际上不具有投票权的人，他事先征求选举登记官的意见，选举登记官告诉他有选举权。因此，怀特误认为自己有选举资格而作了登记。原审法院判决被告有罪。但州最高法院认为，被告人按照选举资格审查官的决定行使“选举权”如果认为其有罪，这未免过于苛刻，因而撤销了原审法院的判决。^{〔1〕}在1957年蓝波特案中，法院事实上也承认了“不知法律”在特定情况下可以“免罪”。据1920年洛杉矶市一项规定，“任何被判过刑的人在洛杉矶市逗留超过五天的，须向警察部门登记；其他公民，在一个月之内进入该市五次以上的，也须登记。违反者应受到监禁和罚金的处罚。”被告人蓝波特夫人因违反此项法律而被定罪判刑。被告人以根本不知道有这项法律为辩护理由而上诉到联邦最高法院。联邦最高法院以被告人不可能知道这项法律为由撤销了原审法院的判决，发回重审。加利福尼亚州最高法院以洛杉矶市该项法律同州的有关法令相冲突而裁定中止此案。^{〔2〕}英国对法律的无知和错误认识不能成为辩护理由的规则，比其他许多国家执行得更严格。但是，如果一个人合情合理地信赖律师或代理人提供的认为行为不触犯刑律的劝告而实施了行为，适用这个原则就显得不合情理。正因为如此，现在已经有人提出，这种情况应当成为被告人对被控行为进行辩护的理由；目前，相信错误的劝告而又有理由时，在判决中只能表现为减刑。^{〔3〕}

在英美的刑事立法中，对“不允许对法律的不知”的原则进行限制的倾向是明显的。在英国，已有某些单行法律承认“不允

〔1〕 参见〔日〕木村光江著《主观的犯罪要素的研究》，东京大学出版社，1992年版，第86页。

〔2〕 参见储槐植著《美国刑法》，北京大学出版社，1987年版，第134页。

〔3〕 参见鲁珀特·克罗斯等著，赵秉志等译《英国刑法导论》，中国人民大学出版社，1991年版，第49页。

许对法律的不知”有适用上的例外。例如，《1946 年法律文书法》第 3 条规定，如能证明在被指控的犯罪实施期间，文书局还没有发行这种法律文件，这就是被指控犯有该罪的人的一个辩护理由。除非能够证明在所提出的犯罪实施期间，已经通过适当方式把该文件的大意通知了公众和与之直接有关的人，或者通知了被告人。^{〔1〕}另外 英国 1989 年的刑法草案第 21 条也有关于法律错误影响刑事责任的例外规定，即在法律作了规定的场合或能够否定犯罪的主观要件的情况，影响被告人的刑事责任。

在美国，模范刑法典第 2·04 条第（3）项明文规定，确信其行为在法律上不构成犯罪时，在两种场合可以作为抗辩的理由：第一，行为者不知规定犯罪之制定法或成文法规之存在，且至实行被追诉之行为时，其法令尚未被公布或在未能知悉其法令存在之状况时；第二，基于相当的理由，信赖法律规定、法院的判决或裁定、行政命令或公务机关的正式解释等。受模范刑法典的影响，美国一些州的刑法也先后增加了法律错误在一定条件下可作为辩护理由的条款。例如，伊利诺斯州刑法典规定，“行为人合理地相信他的行为不构成犯罪”的法律错误在以下四种场合可作为辩护理由：（1）这个罪是由尚未公布的而且行为人也不知道的行政法规或决议规定的，或者虽已公布但依据实际情况他是不可能知道的；（2）行为人行为的根据是后来决定被废除的法规；（3）行为人行为的根据是后来被撤销的法院决定或意见；（4）行为人行为的根据是由有解释权的官员对规定犯罪的法律、决议或行政法规所作的正式解释。但是，应该看到，现代美国立法对待法律错误的态度同传统原则相比，虽然有所松动，出现了比较灵活的态度，但是，可作为免罪辩护的理由多以法律明文规定为限，因而，作为免罪辩护的领域仍然是狭窄的，而且在诉讼上也规定了某些限

〔1〕 参见鲁珀特·克罗斯等著 赵秉志等译《英国刑法导论》 中国人民大学出版社，1991 年版，第 49 页。

制。〔1〕

“事实错误可以抗辩”，这是英美判例确立的另一个原则。但是，这一原则也有适用上的例外，并不是说所有对事实的不知或错误的情形，都可以作为抗辩的理由。一般来说，如果被告人由于不知或误解某种事实，从而导致其不具有起诉方所必须予以证明的犯罪意图、主观放任或犯罪意识，就可成为一种抗辩理由，并且法律不要求误解必须是合理的。这一点已由英国《1967年刑事审判法》第8条确定下来，并且在“检察官诉摩根”一案中得到了上议院绝大部分议员的肯定。如果被告人在实施违法行为时，虽然具有被控罪行所要求的主观意图但他这样做是出于某种误解，从而导致他相信存在着一些将会给他提供某种抗辩的事实。这种抗辩可能是必要的自卫之类的一般抗辩，也可能是特定罪行所具有的特定抗辩。在这种场合，只有被告人对事实的误解合乎情理时，才能免除其刑事责任。在仅有过失就足以构成犯罪的场合，如果被告人对犯罪行为某一要素的过失又被起诉方所证明，那就只有在证明其对该犯罪行为要素的误解是合理的情况下，才能宣判被告无罪。但是，在严格责任罪中，只要具备了犯罪客观方面的要件，犯罪即可成立，被告人对事实的不知或认识错误即使非常合理，也不能成为辩护理由。这是因为对于这类案件来说，被告人的犯罪意图如何，是不需要证明的，在某些情况下，甚至被告人没有任何过错，也仍然被认为没有辩护理由。〔2〕

值得一提的是，英美国家的“事实错误可以抗辩”，在具体适用上有一个例外的原则即犯意转意原则。这一原则是英国法院在16世纪的判例中所确立的。它主要适用于打击错误的场合，例如，某人意图杀甲对甲开枪射击，因枪法不准而误中未预料到的乙。行

〔1〕 参见储槐植著《美国刑法》北京大学出版社，1987年版第134页。

〔2〕 参见鲁珀特·克罗斯等著赵秉志等译《英国刑法导论》中国人民大学出版社，1991年版，第62—68页。

为人本来是具有杀害甲的犯意，但却杀死了乙，这种事实错误不能成为辩护理由，应该视其杀人犯意由甲转移到了乙身上，对乙构成杀人既遂罪。^{〔1〕}在英国，犯意转移原则也可能适用于对象错误的场合。例如 被害人意图杀害甲 携枪来到甲宅 正好乙从甲家里出来 被告人误认为是甲而对其开枪射击 结果将乙打伤。本来，普通法上的谋杀罪以对实际的被害人具有杀害意图为要件。但是，法官认为按照犯意转移原则，本案被告人对乙具有杀害的犯意，因而可以成立谋杀未遂罪。^{〔2〕}不过，英美国家的犯意转移原则仅适用于同一类型的犯罪，即行为人意图实施的犯罪与实际发生的犯罪在构成要件上相同时才能适用。如果二者是不同类型的犯罪，如意图杀甲的马，结果未击中马却误将甲杀死，这就不能适用犯意转移原则，也就是不能认为被告人对甲构成谋杀罪。^{〔3〕}

应该指出，英美刑法理论上，过去曾长期把犯意转移作为一个不可动摇的原则加以阐述。但是，六十年代以来，随着责任主义的兴盛，以威利姆斯 (Williams) 为代表的一些学者对犯意转移原则展开了批判，认为这一原则是客观主义的产物，在未遂理论不发达的历史时期具有一定的合理性。然而现在的未遂理论已相当发达，关于未遂犯的立法已经出现一个多世纪，如果仍然坚持这一原则，显然不合时宜。^{〔4〕}尽管犯意转移原则受到了一些学者的批判，但这种批判并未对刑事立法和司法实践产生多大影响，英国 1985 年刑法草案第 28 条、1989 年刑法草案第 24 条都基本上承袭了传统的犯意转移原则。

〔1〕 参见 [日] 木村光江著《主观的犯罪要素的研究》 东京大学出版社，1992 年版，第 135 页。

〔2〕 参见 [日] 木村光江著《主观的犯罪要素的研究》，东京大学出版社，1992 年版 第 127—128 页。

〔3〕 参见 [日] 木村光江著《主观的犯罪要素的研究》，东京大学出版社，1992 年版 第 128—129 页。

〔4〕 参见 [日] 木村光江著《主观的犯罪要素的研究》 东京大学出版社，1992 年版，第 136—138 页。

二、德日刑法中错误问题的历史沿革

在德国，一般认为，刑事立法和司法都是按罗马法原则，把刑法中的错误分为事实错误和法律错误两类，实行区别对待。就立法而言，德国（不包括东西德并存时期的东德）历史上共有两部统一的刑法典，一部是 1871 年德意志帝国刑法典；另一部是 1975 年德意志联邦共和国刑法典。其中，1871 年刑法典仅对事实错误作了规定，而对法律错误未作明文规定。之所以如此，是因为这部刑法典是以 1851 年普鲁士刑法典为蓝本制定的，而普鲁士刑法典对法律错误未作规定。但是，传统的立法和判例一直是以罗马法原则为根据，把错误分为事实错误和法律错误，并认为违反法规的认识不能作为处罚的前提，因此，法律错误不阻却故意。不过，这主要是对刑罚法规的错误而言；至于非刑罚法规的错误，则当作事实错误来处理，可以阻却故意。这种把法律错误区分为刑罚法规的错误和非刑罚法规的错误的作法，又可以追溯到 1855 年的撒克森刑法，该法第 95 条就是这样规定的。受其影响，德意志帝国法院的判例在处理这类案件时，就沿用了撒克森刑法第 95 条对法律错误的区分办法，并认为刑罚法规的错误不阻却故意，非刑罚法规的错误作为事实错误处理，阻却故意。〔1〕

关于法律错误问题，在德国刑法学说史上，最早对判例所采取的传统观点提出异议的是费尔巴哈（A·T·Feuerbach）。他从道义责任论的立场出发，主张故意之中包含有违法性的意识。因为人生来有追求愉快、避免痛苦、计较利害得失的本性。有承担责任的人都知道犯罪之后要受到惩罚，他往往会想到未实行犯罪所感受的痛苦比因实施犯罪而受到处罚所带来的痛苦要小，因而控制自己不实施犯罪。这种心理强制就起到了一般预防的作用。正

〔1〕 参见〔日〕佐藤昌彦著《牧野刑法学说研究》，良书普及会，1981 年版，第 29—30 页。

因为刑罚具有抑制违法行为的效果，知道刑法的规定或知道自己的行为违法，是行为具有可罚性的前提条件，所以，把违法性意识作为故意的要素，也就成为费尔巴哈的“心理强制说”的必然结论。这一结论明显带有反对中世纪法院给不知法律的国民以严厉惩罚的司法专制的色彩，包含有保障个人自由的启蒙思想，并且与“不知法律不赦”的罗马法原则相悖。但是，由于费尔巴哈在主张违法性意识是故意的要素的同时，又认为可以广泛推定一般人都是知道法律的，因此，其思想具有内在的矛盾性和不彻底性。^{〔1〕}不过，费尔巴哈把“违法性意识”的概念放到了确定行为人责任要件的中心位置，这在学说史上具有重要意义。此后，在德国刑法学中，法律错误被视为是与违法性意识紧密联系在一起的问题，两者时常被作为同意语而替换使用。这一思想后来又经过宾丁（Binding）的进一步发展在德国扎下根来。宾丁更加明确地指出，违法的认识是故意的要件，如果欠缺违法的认识，不论出于何种理由，都不能认为故意成立。另外，只要不曲解刑法（指 1871 年刑法第 59 条的规定，就不能说这一规定只是把事实错误视为有法律意义；这一规定并不是按照“不知法律不赦”的罗马法原则制定的。因为这一原则只是在罗马私法的范围内适用，把它移入刑法之中，并作为法律错误不阻却故意的理论根据，是德国普通法的学说、立法、判例的错误。^{〔2〕}

当然，在德国刑法学说史上，关于法律错误问题，也有众多学者对传统观点持肯定态度。其中不仅有旧派的学者，而且有新派的代表。德国新派的主要代表者李斯特（Franz V. Liszt）的观点就与传统观点基本上一致。他从社会防卫的立场出发，着眼于行为人的危险性格，认为行为人只要对犯罪事实有认识就足以说

〔1〕 参见〔日〕福田平著《违法性的错误》，有斐阁，1981年版，第3—4页。

〔2〕 参见简明《论刑法上的错误》，武汉大学硕士论文，1985年印。

明他有故意，违反法规的认识对于认定行为人的反社会性没有必要，因而不是故意成立的要件。不过，他不赞成判例把法律错误区分为刑罚法规错误和非刑罚法规错误的作法。他认为刑罚法规是其他法规的保护法，当然要借用其他法规的概念，这样，也就难以区分刑罚法规和非刑罚法规了。〔1〕

在德国的刑事立法史上，关于法律错误问题，曾展开过激烈的争论。本世纪初的刑法改正运动中，站在传统立场上的卢克斯（Lucus）和代表新思潮的希伯勒（Hipple）之间的论战就是例证。1906年，德国为了全面修改1871年的刑法，组成了一个委员会。该委员会于1909年提出了第一个修改草案。这个草案与1871年刑法正好相反，仅对法律错误作了规定，而对事实错误未作规定。该草案第61条规定：“行为者对非刑罚法规或者对其适用发生错误，误认为该行为是被许可的时，不成立故意，但是结果若是基于过失时，则成立过失。行为者对刑罚法规发生错误，误认为该行为是被许可的时，关于其处罚，法院得适用有关未遂的规定（有关减轻的规定）”这种把法律错误区分为刑罚法规错误和非刑罚法规错误，并把前者作为减轻事由的规定，没有体现出好不容易才写进草案中去的 *Bewußtsein der Rechtswidrigkeit* 这一概念的意义。草案所持的这种妥协态度，又遭到了学界的激烈反对。为了对草案进行再修改，1911年又组织了一个刑法委员会。该委员会的第一读会提出维持上述草案的规定，但第二读会却提出了一个相反的决议。该决议提出，不能把法律错误区分为刑罚法规错误和非刑罚法规错误，而应该合二为一，对其设立不同的处理方法，从减轻处罚直至免除处罚。对于第二读会的决议，任第一读会议长的卢克斯极力反对，他从刑事政策的立场寻求立论的根据，认为法律错误是责任问题。而任委员会委员的希伯勒则站出来进

〔1〕 参见〔日〕牧野英一著《刑法研究》（第一卷），有斐阁，1928年版，第25页。

行反驳，指出法律错误归根到底是犯意的问题。如果不对其成为处罚的根据问题进行考察，就不可能处理好这一问题。由于 1914 年德国卷入了第一次世界大战，结果战败。之后，又发动第二次世界大战，再次战败。在这近 40 年的时间内，德国乃到整个世界都处于大变动时期，德国的刑法改正运动被迫中断，当年开展的这场争论也在未出现任何结果的情况下无声无息了。〔1〕

二次大战之后从 1953 年起，德国以刑法修改委员会为中心，又恢复了刑法典的修订工作。前期只是部分修改，至 1969 年开始全面修订，先后公布了总则、分则。1975 年合并为《德意志联邦共和国刑法典》。该刑法典与 1871 年刑法典不同，它既规定了事实错误，又规定了法律错误，其中第 17 条是关于法律错误（违法性之错误）的规定，即“行为入于行为之际，欠缺为违法行为之认识，且此认识错误系不可避免者，其行为无责任。如系可避免者，得依第 49 条第 1 项减轻其刑。”一般认为，该条文是以责任说为理论基础制定的。也就是，违法性认识不是故意的要素，而是责任的要素，违法性错误不影响故意的成立，但是，当这种错误不可避免时；阻却责任，如果错误可以避免，则酌情减轻其责任。

在处理法律错误的问题上，如果所述，德国旧大审院所采取的态度是“刑罚法规的错误不阻却故意，非刑罚法规的错误阻却故意。”但是，二次大战以后，西德法院碰到了一些关于法律错误的复杂案件。例如，相信战时的经济法令在战后当然失效而实施了违反该法令的行为；安乐死事件〔2〕中行为人相信秘密命令具有与法令同等的效力，杀害精神病患者等的行为是法令所允许的；在

〔1〕参见〔日〕佐藤昌彦著《牧野刑法学说研究》，良书普及会，1981 年版，第 30—32 页。

〔2〕这里的安乐死是指根据 1939 年 9 月 1 日希特勒的秘密命令，以安乐死之名杀害不治之症的精神病者和其他无用者（Ballastexistenz）的事件。

将反对纳粹政府的人、收听外国广播的人、怀疑纳粹战争正当性的人向盖世太保密告的所谓密告事件中，密告者虽然知道被密告者会受到纳粹机关的纠问、拷打，有很多人被折磨死，却仍然进行了密告，战后，密告者被以对人道的犯罪之名受到审判，但密告者认为，从当时的法律来看，被密告者是可罚的，法律允许密告反对国家的人。如何解决上述情形中行为人的刑事责任，乃是战后西德法院所面临的难题。1952年3月18日联邦法院刑事联合部对一个案件的决定中，从理论上对违法性的认识问题作了精彩的回答：“刑罚以责任为前提条件，所谓责任就是非难可能性。……责任非难的内在根据在于，人被赋予了自由地进行有责任的伦理性自我决定的素质，固而有能力服从法律，反对不法，使自己的行态（Verhalten）符合法律当为的规范，避免实施被法律所禁止的事。……在人是自由地进行有责任的伦理性决定中，能够决定服从法、反对不法的前提条件是知道法和不法。知道自己自由地决定的事情是不法的人却实施了不法，就是有责地实施了行为。……在禁止的错误场合，行为人并非处在能够决定反对不法的状态。当然，并非所有的禁止的错误都阻却责任非难。认识的欠缺在某种程度上是能够消除的。人，既然被赋予了自由地进行伦理性自我决定的素质，那么，在任何时候都要求其作为法律共同体的一员作出合法的行为、避免不法这种有责任的决意，只有在明显地不能认识是不法的时候才不能要求其履行这一义务。……如果从各种情况来看，行为人作出了应该期待的良心紧张仍然不能认识其行为的不法时，其错误就是不能克服的，其行为对行为人来说就是不能避免的，就不能对行为人加以责任非难。反之，如果使良心相当地紧张就能够认识行为的不法时，禁止的错误就不阻却责任，但可以适应其良心缺乏紧张的程度减轻责任非难。所谓违法性的意识，既不是可罚性的认识，也不是对包含着禁止的法律规定的认识。但是，另一方面，行为人只知道其行为应该受到伦理的非难是不够的。虽然不要求行为人进行法技术的判断，却

需要行为人在与自己的思维世界相适应的一般性评价中认识行为的不法性。”这样，联邦法院刑事联合部的回答表明：故意犯的成立，除了对事实的认识外，还需要意识行为是不法的；禁止的错误，在不能避免时就阻却责任，在能够避免时不阻却责任，但可以使责任减轻，这无疑是否定了过去的大审院在对待法律错误问题上的强硬态度。〔1〕

关于事实错误，德国 1871 年刑法典和 1975 年刑法典均有明文规定。其中，1871 年刑法典第 59 条规定：“（一）行为人在犯罪时，如对于法律所定构成犯罪事实要件的情况的存在并不知悉，或者对于加重处罚的情况的存在并不知悉者，此项情况不应归行为人负责。（二）处罚过失犯罪时，以犯人的不知情并非由于应归责的过失为限，始适用第一项的规定。”1975 年刑法典第 16 条（关于事实情况之错误）规定：“（一）行为人于行为之际，对于犯罪之法定构成事实所属情况欠缺认识者，不成立故意行为，但于过失行为可罚性不生影响。（二）行为人于行为之际误认有可成立较轻法规所定犯罪构成事实之情况者，惟依较轻法规处罚其故意行为。”两部刑法典虽然都原则规定事实错误可以阻却故意，但对客体错误、〔2〕方法错误〔3〕等具体事实错误并未作列举规定。这是因为德国 1871 年刑法典是以 1851 年普鲁士刑法典为蓝本制定的，而普鲁士刑法在第 44 条的规定中，全盘否定错误的意义，认为在事实错误的场合，均成立故意犯。因而，对客体错误、方法错误等具体事实错误没有必要作具体规定。另外，在当时，撒克森刑法第 95 条，奥尔登堡刑法第 55 条，汉诺威刑法第 45 条，

〔1〕 参见赵秉志主编《刑法新探索》群众出版社，1993 年版 第 247—249 页。

〔2〕 德日刑法理论中的客体错误相当于我国刑理论中所指的对象错误。

〔3〕 德日刑法理论中的方法错误与我国刑法理论中的打击错误、行为差误同义。

巴伐利亚刑法第 47 条等，也都规定事实错误不阻却故意，并且都未提及客体错误、方法错误等具体错误类型。虽然普鲁士刑法曾试图对方法错误设特别的规定，如 1843 年的刑法草案第 53 条规定，在方法错误的场合，行为人对意图的结果负故意责任，对没有意图的结果，根据情况如有过失，则承担过失责任，并按数罪并罚的规定处罚。但是，在 1845 年的改正草案中删除了这一规定。这样，以普鲁士刑法为蓝本制定的 1871 年德国刑法典自然也就没有关于客体错误、方法错误等具体错误类型的特别规定了。^{〔1〕}而 1975 年的德国刑法典，又是在修订 1871 年刑法典的基础上诞生的，它继承了旧刑法处理事实错误的传统。

在德国刑法理论上，事实错误主要分为三种类型：（1）客体错误（目的物错误）；（2）方法错误（打击错误）；（3）因果关系错误。对这三种类型的错误，又都是以故意为中心而展开论述的。其中，关于客体错误与方法错误是否阻却故意以及是否有必要区别对待，是事实错误问题争论的焦点。

客体错误和方法错误在法律上是否具有相同意义？这是早在中世纪意大利学派中就有争议的问题。德国十七、十八世纪的通说是把客体错误与方法错误作同样看待，认为都成立故意罪的既遂犯。但是，十九世纪以后，盖斯地丁（Gesterding）提出了新的观点，他认为，在客体错误的场合，行为者虽有误认，但在行为的瞬间，明显地具有对行为指向的特定对象实施侵害行为的意图。例如，在杀人罪中，行为者在行为的瞬间具有杀害成为其对象的特定人的意图，因而，不能免除其故意杀人的责任。但是，在方法错误的场合，并没有意思和行为之间的内在联系。行为人虽已着手实行行为，但却对直接指向的对象之外的对象造成了危害结果。因而，对此至多只能追究过失责任。在这里盖斯坦丁用故意

〔1〕 参见〔日〕佐藤昌彦著《牧野刑法学说研究》，良书普及会，1981 年版，第 63—64 页。

的方向(*Richtung*)的理论,为解决客体错误与方法错误问题指出了途径。他的观点以后成了通说的理论基础,并为当时的判例所承认,得到了后来的扎卡利亚、鲍威尔、德尔曼、巴尔、迈耶尔等多数学者的支持。〔1〕

但是,十九世纪末,布黎(V·Buri)等人又提出,还是应当把方法的错误作为单一的故意犯。其理论基础是不同对象在法律上具有同一价值。布黎认为,客体错误和方法错误没有区分的必要。例如在杀人罪中,法律并不认为杀人的对象是个别的。虽然从犯人的动机来看是个别地认识对象,但这并不能影响其行为成立既遂。布黎的见解提出不久,康德斯 Coenders 等人又提出了进一步的见解。康德斯是从引起结果的原因出发来提出解决问题的途径。他认为,不需要区分客体错误和方法错误,为了成立杀人罪,犯人只要以杀人的意思实施了杀人的行为就足够了。因为从刑法的基本观念出发,刑法以刑罚面对犯罪毕竟是处罚那些对于犯罪结果的发生所给予原因的行为,所以,其事实是否实现以及如何实现,这只是由偶然的情况决定的,并不是重点所在。法律区分既遂和未遂只是为了认定因偶然性决定或者对达到既遂或达到未遂所发生的刑罚上的差异。在方法错误的场合,虽然其发生的结果并不具体地符合犯人的动机中所认定的个体,然而,其犯罪的意思却已经象法律所规定的那样完成了。如果说在方法错误的场合,其错误对于犯人的主观企图具有重要的关系,那么也必须承认客体错误,也具有同样的关系。因此,不论是客体错误还是方法错误,对于现实发生的结果都应当认为成立既遂。这实际上又回到了德国十七、十八世纪通说的立场上。〔2〕

二十世纪初,贝林格的构成要件论被提倡之后,德国大多数

〔1〕参见〔日〕佐藤昌彦著《牧野刑法学说研究》,良书普及会,1981年版,第65页。

〔2〕参见简明《论刑法上的错误》,武汉大学硕士论文,1985年印。

论者认为，客体错误与方法错误在事实上是有差别的。在客体错误的场合，由于行为者认识的客体与现实侵害的客体在构成要件上具有等价性，因而成立故意犯罪既遂。但在方法错误的场合，行为者意欲侵害的客体未受侵害，实际受到侵害的是未认识的客体，因此，不能认为两者在构成要件上具有等价性。行为者对意欲侵害的客体成立犯罪未遂，对实际侵害的客体成立过失犯，两者属于观念竞合。^{〔1〕}但是 新派的代表人物李斯特 (Liszt) 的观点有所不同，他不是象贝林格那样从故意的形式论来论述问题，而是重视行为者的内心动机过程，并由此来决定故意的成立与否。他认为，故意是对属于法定构成要件的行为事情全体的认识，行为者即使对犯罪要素有正确认识，但如果对具体行为事实的误认对他来说是重要的场合，应排除故意责任。至于何种错误才是重要，是以行为者行为时如果预见到行为事实，是否仍然实施行为为标准的。按照李斯特的主张，无论是客体错误还是方法错误，都应按行为者的具体的动机过程，即错误是否重要来决定故意成立与否。因此，对客体错误与方法错误实行区别对待是不妥当的。^{〔2〕}

第二次世界大战后，在处理事实错误的问题上，“具体化说”成为德国的通说。该说认为故意属责任的要素，故意的成立以认识构成要件的要素为必要。对客体错误和方法错误应该区别对待。至于具体处理原则与战前并无实质差别。^{〔3〕}

在日本，由于大量引进德国的刑事立法和判例的经验、吸取德国刑法学者的理论观点，刑法中错误问题的历史沿革，也与德

〔1〕 参见〔日〕佐久间修著《刑法中的事实错误》，成文堂，1987年版，第17—18页。

〔2〕 参见〔日〕佐久间修著《刑法中的事实错误》，成文堂，1987年版，第24—25页。

〔3〕 参见〔日〕佐久间修著《刑法中的事实错误》，成文堂，1987年版，第27—28页。

国相似。日本现行刑法第 38 条第 2 项规定：“犯重罪而于犯罪时不知其重者不得从其重罪处断。”第 3 项规定：“不得因不知法律而谓无犯罪意思但依情状得减轻其刑。”一般认为，刑法第 38 条第 2 项是关于事实错误的规定，第 3 项是关于法律错误的规定。事实错误阻却故意，法律错误不阻却故意。

关于法律错误，二次世界大战以前，日本的判例采取的原则立场是不阻却故意。例如，在由于地震、火灾使交通隔绝而不知道发布了某法令的场合、在刑罚法令于公布的同时就被施行因此无暇认识其所规定的行为的违法性的场合，以及在相信律师的意见而认为是被允许的从而侵入他人住宅的场合，都被判决为存在故意。^{〔1〕}但是，即使是在战前，日本大审院在对待法律错误上也表现出某种矛盾的态度，即对同样性质的案件，有时解释为事实错误阻却故意，有时解释为法律错误不阻却故意。例如，在“鼯鼠·姆妈事件”中，被告人不知道狩猎法所禁止捕获的“鼯鼠”是“鼯鼠”，而认为是高知县地方方言称之为“姆妈”的动物，进行了捕获。对于此案大审院认为被告人的认识错误是法律错误，不阻却违法狩猎法之罪的故意。但是，在“狸貉事件”中，被告人认为狩猎法所禁止猎的“狸”是“貉”而加以捕获，大审院却认为被告人的错误是事实错误，阻却故意。实际上，上述两个案件中，被告人都不知道自己捕获的动物是禁猎兽。因而不知道自己的行为违反了狩猎法，即缺乏违法性认识，属于法律错误。大审院之所以对同样性质的案件作出不同的判决，乃是想在具体案件中谋求与日本刑法第 38 条之间的调和。也就是，当法官认为，从犯罪的情状来看，处罚被告人是相当的时候，就把“鼯鼠·姆妈事件”中的错误当作法律错误，而觉得处罚显得苛刻时，就把

〔1〕 参见赵秉志主编《刑法新探索》，群众出版社，1993 年版，第 245 页。

“狸貉事件”中的错误当作事实错误。^{〔1〕}二战之后，情况有了很大的变化，日本下级审判决中有不少判例认为，在缺乏违法性认识上存在相当理由时，就阻却故意。最高法院对下级法院的这种判决表示出支持的倾向，只是在对存在所谓“相当理由”的判断上，持非常谨慎、严格的态度。在对“百元纸币模造事件”的判决中，作为第二审的札幌高等法院指出：“在存在特别情况、行为人相信其行为是被允许的、并且其相信并非无理时，根据刑法中的责任主义原则，就不存在法律非难的可能性，应该例外地否定犯罪的成立。”^{〔2〕}

在日本刑法理论上，传统观点也同德国一样，把法律错误区分为刑罚法规错误和非刑罚法规错误两类，并认为前者不阻却故意，后者视为事实错误阻却故意。对这种传统观点最早提出异议的日本学者是牧野英一。他在德国留学（1910—1914年）时亲身经历了德国刑法学界关于这一问题的论争，逐渐感觉到从法规的性质上区分法律错误不妥，便转而从犯罪的性质上去寻求区分的标准，从而提出了“自然犯法定犯区别说”。他在1916年的《日本刑法》一书中，对日本刑法第38条第3项作解释时，提出对法定犯，法律的不知应当成为刑罚减免的事由（而不是减轻的事由）。1919年在“法律的错误与法定犯”一文中，他又进一步提出：犯罪有实质违法的犯罪和形式违法的犯罪两种，在实质违法的犯罪（即违反公序良俗的犯罪）中，行为人只要认识到了犯罪事实，也就能认识其违法性。相反，在形式违法的犯罪中，犯罪只不过具有形式上的违法性，如果对这种形式的违法性没有认识，当然也就不能认为有犯罪故意。换句话说，如果对法规欠缺认识，犯罪也就不能成立。这样，对刑法第38条第3项就应该理解为只适

〔1〕 参见〔日〕大家仁著、冯军译《犯罪论的基本问题》，中国政法大学出版社，1993年版，第227页。

〔2〕 参见赵秉主编《刑法新探索》群众出版社，1993年版，第246页。