一、刑法基础理论

需要全本请访问 www.ertongbook.com

论刑法中的错误

张 萍

错误，是指人的主观认识与实际的不一致。错误作为不正确的认识，是主观范畴的概念，是一种认识现象；它跟随着人类的活动遍及人类涉足的各个领域，给人类的活动划上了伤感的一笔，使人类的活动变的更为复杂的同时又感染了美学上的悲悯和张力。犯罪作为一种非常重要的社会现象更是无法摆脱错误的纠缠，这不禁为刑法学对犯罪的研究增加了一定的难度。学者们在对犯罪进行考察时，主要以一般单独犯罪的典型形态为研究的对象，例如：甲预谋杀死乙，结果用枪击的方法将乙杀死；而现实生活中的情况要远远的复杂于这种最典型也最简单的形态。事实认识错误就是这种典型形态的复杂化。试看以下案例：

案例一：甲与乙有仇，预谋在乙下夜班的路上将乙杀死。结果由于夜色漆黑，甲将一与乙身材相象的过路人丙误作乙，并将其杀害。那么，甲对丙的死是否承担故意杀人的刑事责任；对乙的预谋杀害的行为是否仍然需要承担刑事责任，承担何种刑事责任。

案例二：行为人为了夺取巡逻的警察甲携带的手枪，在周围没有人影的路上，从甲的背后用自己改装的建筑用的打钉枪进行射击，钉子贯穿甲的左侧胸部偶然又命中前方约 30 米处的道路对面的行人乙，造成

甲乙的重伤，但没有夺取甲的手枪。[①] 那么，行为人对甲的夺取手枪的行为是否应承担故意抢劫既遂的刑事责任，对乙的行为是要承担故意伤害的责任还是过失伤害或者间接故意的刑事责任？

案例三：甲因与乙有仇，为了“教训教训”乙，将乙打成重伤后，乙躺在地上昏迷不醒，甲以为乙已经死去，为了毁尸灭迹将乙投入河中，结果乙溺水而死。那么，甲对乙的死亡是承担故意杀人的既遂责任还是承担过失杀人的责任，或者甲仅仅对导致乙重伤的行为承担故意伤害既遂的刑事责任？

以上是在司法实践中经常遇到的案例，它们共同的特点是都对客观事实发生了认识的错误，并且事实上它们仅仅是事实认识错误的一些典型的例子，而实践中关于事实认识错误的案例还要复杂的多。正如以上案例所提出的疑问，当发生事实认识错误的时候，应当如何认定行为人的一个自然行为，如何建立行为人与其造成的危害结果之间的具有刑事法律意义的关系，如何区分事实认识错误与不能犯、事实欠缺、迷信犯，如何确立事实认识错误与犯罪过失、犯罪未遂等理论问题的关系，等等一系列的问题都是每一个实践中遇到的有关事实认识错误的案件必须解决的问题。

面对纷繁芜杂的现实世界，许多学者不得不发出了“理论是苍白的”的叹息，然而理论研究的每一点进展毕竟会为人们更清晰的认识现实提供一些帮助，从理论上对事实认识错误问题进行深入的探讨毕竟会为人们能更好地把握事实认识错误问题带来新的生机。所以本文试通过对什么是事实认识错误、事实认识错误在刑法学理论体系中的归属如何；什么是事实认识错误的范围；事实错误罪责认定的原则是什么以及目前立法和司法中存在的问题和应当进行的改善是什么等问题进行的粗陋地探讨展开对事实认识错误问题的理论追寻，以期获得一点理论上的豁然开朗之感。

① ［日］木村龟二主编、顾肖荣等译：《刑法学词典》，上海翻译出版公司 1991 年版，第 205 页

一、事实认识错误的概念和理论基础

错误作为一种认识现象，与和它相对的真理一样也能够产生对行为的支配力，从而使得行为结果因错误而在实现的程度上有所不同，并且必然与愿望部分或者全部的不相符合。当这种认识错误与犯罪和刑罚相联系，影响到刑事责任的认定时，就成为传统刑法理论上所研究的刑法意义上的认识错误。

在具体的犯罪中有可能出现的认识错误很多，但是只有与认定刑事责任有关的错误才是刑法上的认识错误，因为确定行为人的刑事责任是研究刑法问题的最终归宿；而承担刑事责任的根据就是行为人的行为具备刑法所规定的犯罪构成。因此，刑法上的认识错误就是指行为人对自己的行为构成某种犯罪所必须的客观方面的一切事实情况以及法律客观存在的某种内容的不正确认识。[①]所以传统上将刑法上的认识错误分为事实错误与法律错误。

(一)事实认识错误的名称确立

由于把“事实错误”与“法律错误”中的“事实”与“法律”意义作为区分两种错误的标准不够准确，在战后随着刑法理论的进一步发展，人们又将错误分为“构成要件的错误”与“禁止的错误”。因此，事实错误又被称为构成要件的错误、构成要件事实的错误。[②] 在我国由于在刑法理论上与西方国家存在着很大的差别，关于犯罪构成要件概念的内涵与其他国家存在着很大的差异，因而目前多使用事实错误的名称。但是，笔者认为，由于错误虽然表现为行为上的偏离，但归根结底是认识的范畴，是行为人在认识过程中对客观事实情况发生了错误的认识；事实认识错误归根结底也不过是从主观心理上来研究行为人的罪过的，因此与刑法上研究的行为人的主观方面的认识相联系，称为事实认识错误更加合理。

① 时明春：《刑法上的错误的理论与实践》，兰州大学出版社 1989 年版，第 5 页。

② ［日］木村龟二主编、顾肖荣等译：《刑法学词典》，上海翻译出版公司 1991 年版，第 257—258 页。

另外，在关于事实认识错误与法律错误的界限区分上，很多学者认为事实认识错误不应该包含那些带有法律评价性质的事实的认识错误。[①] 但从“不允许法律的错误”或“不允许对法律的无知”的古老的罗马古谚看，法律的认识错误应指行为人在对作为违法性认识的必要事实有正确认识的基础上，对行为的违法性本身产生错误认识的情况。因此，“事实认识错误既包括对有关符合构成要件的事实的认识错误，也包括对作为违法性认识前提条件的有关事实的错误认识。其中的事实既可能是纯记述性的事实，也可能是具有规范意义的事实。”[②] 笔者认为“行为人只要对犯罪事实本身发生了错误认识，不管是否会导致行为人对行为的法律性质及法律评价的错误认识，都应归属于事实错误的范畴。’[③] 而且这样划分就使事实认识错误与法律错误成为互不兼容的两个概念，有助于研究在逻辑上的合理和操作上的便捷。基于这一点认识，阻却违法性事由的认识错误就应当归属于事实认识错误，因为阻却违法性事由的认识错误虽然是对其行为的法律评价产生了错误的认识，但这一错误认识的产生是由于行为人对行为时的客观事实情况发生了错误认识导致的，所以应当被置于事实认识错误研究的范围中。

（二）事实认识错误的概念

关于事实认识错误的概念，在各国刑法中的规定有所不同。在英美法系国家，事实认识错误作为一种抗辩理由，是对事实情况的误解，它的产生是由于行为人虽意识到某一事实存在的可能性但对于该事实是否确实存在或不存在作了错误的推断，从而使行为人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，因而可以抗辩。根据这种概念，广义的未遂、过失以及阻却违法事由都属于事实认识错误的范围。而大陆法系国家则一般表述为，事实认识错误是行为人主观认识的事实与现实发生的客观事实不一致，其中阻却违法事由的错误则属于单独的一种类型，或者属于禁止性错误。在台湾基本还是采用了大陆法系

① 冯军：《刑事责任论》，法律出版社 1996 年版，第 153—154 页。
② 田宏杰：《违法性认识研究》，中国政法大学出版社 1998 年版，第 76 页。
③ 同上

需要全本请访问 www.ertongbook.com

国家的分类和定义，主要将事实认识错误分为构成要件错误和禁止错误。“构成要件的错误称为‘构成事实之错误’，乃指行为人主观上认识之内容与构成要件之客观构成事实不相符合而言。易言之，即行为人主观上所认识之构成犯罪之事实与客观发生之构成犯罪之事实不相一致。’①

在我国对于事实认识错误也存在多种定义的表述，一种观点认为：事实认识错误是指“行为人在实施危害行为的过程中对犯罪的事实情况的歪曲反映”。② 还有一种观点认为：事实认识错误是指“行为人对其所实施的危害社会的行为的犯罪构成客观方面的事实因素的不完全反映’③。还有的观点认为：事实认识错误是指“行为人所认识的事实与现实发生的事实在刑法评价上有重大差别”④。综合国内外关于事实认识错误的定义，笔者认为给事实认识错误下一个确切的定义的关键是要确定事实认识错误的特征和范围，关于这一点在后文中将进行详细的论述；在充分认识事实认识错误的特征和范围的基础上，可以将之定义为：所谓事实认识错误就是指行为人对犯罪本身的事实认识不正确，也就是行为人预想犯罪的危害结果与实际发生犯罪的危害结果不一致。⑤

（三）事实认识错误的理论基础

应该说，关于事实认识错误的理论在刑法学的发展中占有一席之地不是一时之事了。从罗马法时就有了这一理论。古老的谚语“Ignorantia juirs non excusat，ignoratia facti excusat，即法的不知不得抗辩，事实的不知得以抗辩”，⑥ 折射了理论古老的风韵。更为令人惊叹的是，当很多理论在历史的大浪淘沙中消失了的时候，这一理论仍然在世界很多国家适用，不仅英美法系的国家接受，大陆法系的国家同样接受；虽然有些国家对之进行了立法，有些国家没有进行立法，有些国家的学者主

①林山田：《论错误》，载《军法专刊》第 27 卷第 12期
② 《中国刑法词典》中国学林出版社 1989年版，第 221 页。
③甘雨沛等主编：《犯罪与刑罚新论》，北京大学出版社 1991 年版，第 224 页
④刘明祥：《刑法中错误论》，中国检察出版社 1999 年版，第 51页
⑤ 阮齐林：《论刑法中的错误》，载于《法学研究》 1998 年第 18卷第 1 期。
⑥ 刘明祥：《刑法中错误论》，中国检察出版社 1999 年版，第 1页。

张在理论体系中给它一定的位置，有些国家的学者主张将关于事实认识错误的理论分解到其他的理论中去，但这一原则所表现的精神却始终被人们认可并坚持。

追究事实认识错误的理论能够古老而常新的原由，笔者认为还要归功于这一理论蕴涵的鲜明的伦理品性和其本身所具有的坚实的伦理学基础。它考察人的内心和意志，把责任与人的精神世界联系在一起，更为深入的探讨行为的价值。“应当承认，刑法应切中人的意志（且不论其是否自由）进行调控、受惩罚的犯罪应界定为有罪过的行为这一基本思路以及大体上围绕这一思路建立其的现代刑法的定罪量刑体系，（尽管不无相左的做法和理论），其不仅从短期功利遏制犯罪的角度是十分有效的，而且从深远处考察也是同人本主义的哲学、伦理学、政治学等人文科学的基本精神相协调的”，“个人承担刑罚的责任，……除了别的条件外，依照法律得根据于一定的心理条件，这是我们和所有进步法律制度的特征。从否定的角度讲，这些心理条件最好表述为免责条件”①。

追寻该理论产生的理论根源还要追溯到古老的罗马法时代。在古罗马，其所有的法律思想都来源于古希腊哲学家的思想，尤其是亚里士多德。根据亚里士多德的伦理学，人的行为被分为任意行为和非任意行为，法律能够评价的仅仅是人的任意行为，而对事实认识错误这样的非任意行为是不能从法律上进行评价的。另据学者的研究认为，思想最初产生在民法的领域，是后来被刑法所接受的。② 在随后的历史进程中，这一理论程中不仅没有褪色，反而得到了古典刑法学派的发展。在当时的社会背景下，随着经济的发展、社会的进步，人类对自身存在的反省日益强烈，对自身精神本性的认识也日益全面，并且人类确证精神活动的技术手段日益增多，人们有更多的条件将注意力从行为本身转向人们的内心，于是“自由意志论”登上了历史的舞台。古典刑法学派就是以康德和黑格尔为代表建立起了刑法上的自由意志学说。他们认为：犯罪

① 冯亚东：《理性主义与刑法模式》，中国政法大学出版社 1999年版，第 103 页。

② ［日］大塚仁著、冯军译：《犯罪论的基本问题》，中国政法大学出版社 1993 年版，第 194 页

是出于自由意志。人是有理性的，人的意志是自由的，犯罪就是有自由意志的个人违反理性的绝对命令的行为，因此有自由意志的人对犯罪负有责任。虽然，他们的理论因为强调绝对命令而具有不合理的一面，但他们的理论将人的自由意志所带来的自由选择与道德的选择联系在了一起，从而使人的自由意志行为具有了道德评判的价值，建立起了刑事责任的伦理基础。从此人们建立起这样的确信：“法律规范是只能以意志自由为前提的，……只有在人具有实施其他行为的可能性即根据自己的自由意志对自己的行为进行选择时，才有法律规范存在的余地；只有以意志自由为前提，刑法才不致失去道义性；刑法只要还采用刑罚，只要刑罚还带有惩罚的属性，还会造成人的痛苦，那就必须以人的意思自由为前提……’① 事实认识错误正是这样来演义人类行为的自由意志选择性和人的只对自己自由意志选择的任意性行为承担道义责任和刑事责任的原理的。也只有这样才能最大限度的保证刑法的公正。

从另一个角度讲，事实认识错误的伦理品性使它更加具有了刑法理论研究的意义。因为它“既可能影响罪过的有无与罪过的形式，也可能影响行为人所实施的行为是犯罪既遂还是未遂，还可能影响共犯的成立’②，所以说它是刑法学中十分重要的理论。在我国刑法学理论中虽然承认“事实认识错误”的存在，但并没有明确它的理论归属，事实认识错误经常与故意、过失、未遂、既遂等不同理论领域的问题混为一谈；并且，在许多文章中，将事实认识错误与不能犯、迷信犯、事实欠缺等概念混同。至于事实错误的分类和罪责认定的原则更是十分混乱，包括了“从轻处罚原则，按牵连犯从一重处罚原则，连续犯的处罚原则，结合犯的处罚原则及数罪并罚的原则”③ 以及按想象竞合犯从一重处罚的处理原则。如此种种恰恰说明了理论上研究的欠缺，因此，对之进行深入的理论探讨是十分有必要的。研究事实认识错误的根本目的就是确定行为人的主观恶性程度，实现刑罚的特定化、具体化，更好的以

① 许发民：《论刑法的伦理品性》，载《法律科学》1997年第4期。
② 张明楷：《刑法学》（上），法律出版社1996年版，第354页。
③时明春：《刑法上的错误的理论与实践》，兰州大学出版社1989年版，第45页。

最佳程度的刑罚改造好犯罪分子。

二、事实认识错误的理论沿革

由于事实认识错误本身既不是一个完整的制度，也不是一个具有鲜明的独立性的理论，虽然作为犯罪论中的一个无法回避的问题，各国刑法理论都给予了一定的理论关怀，但单独将其作为一个理论问题进行探讨的专门论著却屈指可数，该问题往往依附和生存在其他的理论论著之中。因此，它从何而来，向何而去的来龙去脉与其他一些理论问题相比就显得有些扑朔迷离，难以把握。今天我们要考察它的历史只能从各国的法典和对于其他理论研究的专著中去寻找它的蛛丝马迹。由于各国的法律文化、语言等因素的不同使各国在理论的表述和实践的操作上表现出较大的差别；但各国在存在差异的前提下，同一法系的国家又表现出很大的相似性，因此在对该理论问题进行历史的考察时，笔者将分别不同的法系进行论述。

（一）英美法系事实认识错误的理论沿革

以判例和习惯为主要法律渊源的英美法系国家的犯罪构成理论采用二元化的模式，又被称之为“双层模式的犯罪构成”①。在英美法系国家的犯罪构成理论中，“犯罪由两方面的内容构成：一是犯罪本体要件，包括犯罪行为和犯罪心态；二是责任的充足要件，即合法辩护的理由。犯罪本体要件是刑事责任的基础，具备犯罪本体要件时，若无合法辩护理由，即可成立犯罪。责任充足要件是在具备犯罪本体要件的基础上，进一步说明行为人在具备何种条件时可以不负刑事责任。而在责任充足要件的规定上，不是采取正面规定的方法，而一般是将排除或限制责任的事由类型化，在具备这样的事由时，即可减免责任”②。事实认识错误就属于可以辩护的理由——错误。从理论的归属上来讲属于犯罪构成的第二层次——责任的充足要件。

①储槐植：《美国刑法》，北京大学出版社 1996 年版，第 51 页。

②李洁：《三大法系犯罪构成论体系性特征比较研究》，载陈兴良主编《刑事法评论》（第 2 卷）第 436 页

英美法系国家的事实认识错误理论主要来源于古老的罗马法原则：Ignorantia juirs non excusat，ignoratia facti excusat ，即法的不知不得抗辩，事实的不知得以抗辩。但是，作为普通法上的一种辩护理由的事实认识错误必须符合一定的限制条件，主要包括：（一）从程序上来说，必须经过被告人的请求。因为认可错误可免除危害行为的罪责就是允许法庭审查被告人的心理活动，因此应当由被告人负举证责任。（二）从法律的要求来看，事实认识错误必须符合以下几个条件： 1. 所发生的事实认识错误必须是真实的。“这种错误须具有这种特点，即想象的情况如是真实的，则将排除把所指控的罪责归之于实施其行为的行为人。’① 2. 这种错误必须是合理的。也就是说，被告人必须提出证据以合理的表明自己确实犯了认识上的错误的辩护理由是真实的。如果他提出的理由并不能够被一般人接受为产生错误的理由，则法庭将以其错误是不合理的为理由驳回其请求。3. 这种错误必须是有关事实的而不是有关法律的问题，排除有关法律评价的事实的认识错误。 4. 在适用严格责任的犯罪中不能以错误为理由进行辩护。“在实行严格责任的绝大部分情况下，通行的观点是只要具备了犯罪行为方面的某些特定因素，那么，被告人对事实的无知或认识的错误（不管这种错误多么合理），就不能成为辩护的理由，这是因为，对于具备这种特定因素的案件来说，被告人的犯罪意图如何，是不需要证明的。’②

在英美法系，具体到每个国家又有自己的特点，因此笔者选择两个具有代表性的国家进行论述。

1. 英国

在英国，所谓事实认识错误是指被告一方由于对事实误解，而不再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，因此这种对事实的误解就成为抗辩的理由，被称之为“错误”。但是从立法上

① ［英］J·W·塞西尔·特纳著、王国庆、李启家等译：《肯尼刑法原理》，华夏出版社1989年版，第 63 页。

② ［美］鲁珀特·克罗斯、菲利普·A·琼斯著、赵秉志等译：《英国刑法导论》，中国人民大学出版社 1991 年版，第 68 页。

来看，由于英国是“老牌”的普通法国家，其刑法由成文或不成文的刑罚法规组成，没有综合的刑法典，所以这一理论并没有在有关的法律文件中进行规定，而是作为传统习惯法得以遵循。

从事实认识错误的范围和处理原则来看，在英国刑法的理论中，其事实认识错误既可以发生在故意犯罪的情况下，也可以发生在过失犯罪的情况下。[①] 也就是说，“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己之类的一般抗辩，也可能是特定罪行所具有的特定抗辩”，但无论如何都可以排除其故意，而过失情况下的错误要排除过失的罪过则需要一定的条件，即“如果对犯罪行为某一要素的过失足以成为刑事责任的基础，而这一过失又被起诉方证明，那么只有在证明被告人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”。[②] 另外，在事实认识错误排除故意的基本原则的前提下，在英国还存在一个具体适用上的例外的原则，即“犯意转移原则”。根据刘明祥教授对日本学者木村光江的《主观的犯罪要素的研究》一书的研究，该原则确立于 16 世纪的英国法院判例中，主要适用于相同性质犯罪的打击错误或对象错误的场合，指行为人的主观意图在发生错误的情况下转移到实际的行为对象的身上。这一原则在本世纪 60 年代由于责任主义和未遂理论的发展而遭到了许多学者的批判，但并未影响该原则在刑事司法甚至刑事立法中的使用。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。[③]

2. 美国

在美国，其刑法是以英国刑法为蓝本，完全继承了普通法发展起来的。由于美国采用联邦共和制的国家体制，其刑法事实上是指 48 个州

① [美] 鲁珀特·克罗斯、菲利普·A·琼斯著、赵秉志等译：《英国刑法导论》，中国人民大学出版社 1991 年版，第 63—65 页

② 同上，第 63 页，第 65 页。

③刘明祥：《刑法中错误论》，中国检察出版社 1999 年版，第 6 页

需要全本请访问 www.ertongbook.com

规定的犯罪与刑罚的总和。到 20 世纪受到大陆法系的影响，制定法倾向加强，各州都开始制定自己的综合性法典。特别是 1953 年美国法律协会开始研究制定统一的刑法典，经过 10 年努力，于 1962 年制定出美国《模范刑法典》。至此美国也有了一部统一的刑法典。

事实认识错误就规定在《模范刑法典》的总则中，被称为“mistake of fact”，指行为人对自己行为的事实情况的错误认识，是范围比较广泛的辩护理由。在美国注重事实认识错误在司法实践中的适用，将其根据是否影响犯罪意图和刑事责任分为四类：1. 可以免罪的事实错误。对于那些只有具备法律特别要求的心理态度才能构成犯罪的，如果发生了事实认识错误就可以作为免罪的辩护理由。2. 可以减罪的事实认识错误。根据有关刑事法律规范的规定，某些事实认识错误虽然不能作为免罪辩护的理由，但可以降低处罚等级。3. 加重罪责的事实认识错误。如果不发生事实错误就不成立犯罪或成立较轻的犯罪，而一旦发生这种事实认识错误就成立犯罪甚至成立较重的罪。4. 根据犯意转移原则和严格责任原则不能辩护的事实认识错误。[①] 在美国的这种分类直接将事实认识错误与刑事责任联系在一起，便于司法实践中的操作，也将其二元论的犯罪论体系联系的更为紧密了。

（二）大陆法系事实认识错误的理论沿革

在大陆法系中又因各国的法律文化的不同而分为三个较有代表性的体系，一个是以德、日为代表的德日体系，一个是以法国为代表的法国体系，一个是斯看的那维亚地区为代表的北欧诸国的体系。[②] 在此仅对在刑法理论上有较大代表性和突出影响的德国、日本和法国、意大利的事实认识错误理论进行介绍。

1. 德国、日本

大陆法系国家都非常重视理论的逻辑研究，在刑法理论上尤以德国和日本为最。两国都非常注重对犯罪理论的研究，因此错误作为犯罪论

① 储槐植：《美国刑法》，北京大学出版社 1996 年版，第 97—100 页

② 李洁：《三大法系犯罪构成论体系性特征比较研究》，载陈兴良主编《刑事法评论》（第 2 卷），第 418 页。

体系中的一个问题也被给予了很大的关注，形成了丰富的错误理论。

在以往的德国刑法理论中的错误被分为“事实的错误”（error facti；Tatirrtum）和“法律的错误”（error iuris；Rechtsirrtum），并被解释为“法律的错误不阻却故意，事实的错误阻却故意”（Error iuris nocet，error facti non nocet）。① 后来麦耶（M·E·Mayer）在因果关系论基础上提出了三要件犯罪构成体系，将犯罪成立须符合的三个层次的条件设立为：1. 构成要件符合性；2. 违法性；3. 有责性，犯罪构成体系的理论大大发展，学者们提出了“构成要件性错误”（Tatbestandsirrtum）和“违法性错误”（Rechtswidrigkeitsirrtum）的分类。二战后，在因果关系论基础上的目的行为论兴起，在原来构成要件的符合性条件上加进了主观因素，违法性条件是客观的内容，有责性条件则规定为主观的内容；这样以来，故意和过失就既是构成要件的要素又是责任的要素（“所要指出的是，作为构成要件要素的故意过失，与作为责任要素的故意过失，并不是两种不同的故意过失。”②）。所以，在此理论基础上又提出了“构成要件错误”（Tatbestandsirrtum）和“禁止性错误”（Verbotsirrtum）的分类。这种分类被大多数学者所接受，并在 1975 年的刑法典中得以固定下来。这种学说传到日本后，被日本学者接受并进一步认为：构成要件的错误与事实错误，禁止性错误与法律错误在实质内容上没有什么区别，只是后一种分类的概念更加明确。③

在德国，1871 年和 1975 年的刑法典中都对事实认识错误进行了规定。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 条的规定为：“（1）行为人行为时对法定构成

① ［日］大塚仁著、冯军译：《犯罪论的基本问题》，中国政法大学 1993 年版，第 194 页

② 张明楷：《外国刑法纲要》，清华大学出版社 1998 年版，第 131 页

③ ［日］木村龟二等著、顾肖荣等译：《刑法学词典》，上海翻译出版公司 1991 年版，第 257 页

要件缺乏认识，不认为是故意犯罪，对其过失犯罪要处罚。（2）行为人行为时误认为具有较轻法定构成要件的，对其故意犯罪只能依较轻法规处罚。”两部法都没有对事实认识错误的具体表现形式进行规定，仅仅是就其处理的原则进行了规定。但是德国刑法理论中关于事实认识错误的具体类型的研究却非常的丰富。在德国事实错误主要包括对象错误、打击错误、因果关系错误，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认识错误争论的焦点。

在日本，现行刑法在形式上主要参照了 1871 年德国刑法典，内容上大量采用了欧洲 19 世纪 80 年代以来的实证主义和主观主义的主张，以社会防卫论为其理论的基础。刑法典的条文较少。关于事实认识错误在日本刑法典第 38 条第 2 项进行了规定：“对于本应从重处罚之罪，如犯罪人在犯罪时不知情者，不得从重处罚。”① 但在法典之外的研究却存在着十分丰富的理论，并且与德国的事实认识错误理论相互借鉴和吸收，互动发展。在理论研究上争论的焦点与德国相同，主要是放在了客体错误和方法错误对故意成立的影响以及对事实认识错误处理的原则上，并且提出了具体符合说、法定符合说和抽象符合说等理论学说。

2．法国

在法国，犯罪论的构成体系主要是分成两个层次，一是犯罪的特有构成要件，包括事实要件和心理要件；一是刑事责任要件，包括应负刑事责任的主体和不负刑事责任或从轻责任的原因。刑法上的错误属于不负刑事责任或从轻责任的主观原因之一。所谓“行为人对事实的认识错误是指犯罪的某一情节的错误认识。这种错误认识在特定情形与特定条件下或者可以使重罪变为轻罪，或者甚至可以使犯罪完全消失，由此也就使行为人的刑事责任完全消失。’② 法国刑法理论认为，在故意犯罪中，由于犯罪的心理要件是故意，行为人具有在明知行为具有违法性质的情况下实行该犯罪行为并取得结果的意志，所以如果行为人在此种条

① 《德日刑法典》：蔡墩铭译，五南图书出版有限公司民国 82 年版。

② ［法］卡斯东·斯特法尼等著、罗结珍译：《法国刑法总论精义》，中国政法大学出版社 1998 年版，第 396 页

件下发生事实认识错误，故意就不再存在。而在非故意犯罪中，如果犯罪的构成要件是一般过失则事实认识的错误并不能使犯罪的心理要件消失。另外，“如果行为人对其原拟杀害的人是有预谋地实行重罪，那么，对实际受害人，行为人的行为亦构成有预谋的重罪。如果行为人对其想针对的人所实行的行为属于正当防卫，那么，对于其误伤的人，行为人的行为也构成正当防卫”①。

3. 意大利

除德国、日本和法国之外，非常值得一提的是意大利。这个被称为“刑法的故乡和发祥地”的国家的犯罪论体系理论中占主导地位的是犯罪构成三要件说，即在认定具体行为是否构成犯罪的问题上，“首先，要分析犯罪的客观方面，看其是否符合刑法规定犯罪构成（即刑法分则规定的典型事实或日本刑法学中所说的构成要件该当性）；然后，要看行为的实施是否具有正当的理由（违法性）；最后，要查明行为人行为时的心理状态以及是否存在构成可以宽恕行为人的特殊情节（即罪过或所谓‘责任’）”② 错误属于犯罪构成的最后一个层次，是可以排除心理联系的原因。

到目前为止没有哪一个国家的刑法典的总则部分向意大利的刑法典那样规定的无比细致。在意大利，错误被分为对事实的认识错误、排除犯罪性因素的认识错误、和能力错误及偏离犯。所谓对事实的认识错误指对典型构成要件的认识错误，这种错误既包括因事实认识错误本身引起的错误也包括因法律认识错误引起的对事实认识的错误。刑法典第47条规定：对构成犯罪的事实的认识错误排除行为人的可罚性，但因过失引起的错误在实施的行为被法律规定为过失重罪时，不排除可罚性；关于构成某种犯罪的事实的认识错误不排除对另一犯罪的可罚性；在引起对构成犯罪的事实的认识错误时，对非刑法性法律的识错误排除

① ［法］卡斯东·斯特法尼等著、罗结珍译：《法国刑法总论精义》，中国政法大学出版社1998年版，第398页

② ［意］杜里奥·帕多瓦尼、陈忠林译：《意大利刑法学原理》，法律出版社1998年版，第10页

可罚性[①] 所谓排除犯罪性因素的认识错误是指如果行为人有足够的理由认为自己的行为有正当化的事由，则行为不具有故意的性质。刑法典第 59 条第 4 款规定：“如果行为人因错误而认为存在排除刑罚的情节，应作出有利于他的评价。但是，如果属于因过失而引起的错误，在其行为被法律规定为过失重罪时，不排除可罚性。”[②] 而偏离犯指行为人“希望发生”与“实际发生”的结果间的对立，可能完全是由行为实施阶段中的错误造成的情况。它包括三种情况：1，原因偏离，指主体的行为对自己选定的被害人造成了预定的损害结果，但这种结果却是由行为人事先没预见的因果进程引起的；2. 对象偏离，根据刑法典第 82 条第 1 款的规定，指因为实施犯罪的手段错误或其他原因，而对不是危害原指向的人造成了危害的情况；3. 客体偏离，根据刑法典第 83 条第 1 款的规定，指因使用犯罪实施手段错误，或其他原因，引起一个与（行为人）希望的结果不同的结果。可见，意大利对事实认识错误问题十分的重视，从立法上讲则采用了规定基本的处理原则与列举具体的事实认识错误相结合的方式，规定明确而且详尽，便于实践操作。

（三）我国事实认识错误的理论沿革

1. 新中国成立前的刑法中事实认识错误理论

根据蔡枢衡先生对中国古代刑法的研究，《周礼·司刺》中“三宥之法”就是中国古代根据犯人心理决定犯罪轻重的最早的资料记载。据研究，该制度形成于商代或者夏代，成熟于周代。其中的“一宥”，即“不识”就是行为人在行为时对于自己成为犯罪的行为、危害的对象或结果全不了解或了解不够，在这种情况下应当减轻刑罚。这就是最早的刑法上的事实认识错误。

至汉代，将不识、遗忘、误认对象概括为“误”，可能是指关于对象的认识或不认识，以及认识的情况不符实际。[③]“西晋初期，张斐总

① ［意］杜里奥·帕多瓦尼、陈忠林译：《意大利刑法学原理》，法律出版社 1998 年版，第 242 页。

② 同上，246 页。

③ 蔡枢衡：《中国刑法史》，广西人民出版社 1982 年版，第 186 页、187 页

结西晋以前的历史经验，制作了‘意以为然谓之失’这一刑法上错误的概念。西晋以后历代的刑律都沿用这概念。”① 唐、宋、明各朝都对“误”进行了规定，并且明确规定其法定刑轻于故意犯罪。

后来，《大清新刑律》采用日本刑法的立法例，对刑法上错误的概念有所修订，其第 13 条第 2 项规定：“不知法令，不得谓非故意；但因其情节，得减一等或二等。”1928 年刑法第 28 条采用了这种表述方式，1935 年刑法第 16 条改为：“不得因不知法律而免除刑事责任；但按其情节，得减轻其刑。如自信其行为为法律所许可而有正当理由者，得免除其刑。”另外，民国元年的《暂行新刑法》和国民党政府 1935 年制定的刑法，对事实错误也做了相应的规定。《暂行新刑法》第 13 条规定：“犯罪之事实与犯人所知有异者，依下列处断：第一，所犯重于犯人所知或相等者从其所知；第二，所犯轻于所知者从其所犯。” 1935 年《刑法》第 17 条规定：“因犯罪致发生一定之结果，而有加重其刑之规定者，如行为人不能预见其发生时，不适用之。’②

2. 建国后刑法中的事实认识错误理论

新中国成立后，我国的犯罪构成理论体系，主要是在借鉴吸收苏联刑法理论的基础上形成的。在犯罪构成的体系上采取主客观相结合的原则，包括行为人的主体条件、主观方面的认识条件，以及所侵犯的社会关系（法意）和客观方面的行为、危害结果。而错误是作为影响主观上符合犯罪的构成条件的原因之一来进行研究的。应该说，我国刑法对事实认识错误研究的起步较晚，在 1989 年以前根本没有涉及该内容的专门研究，这与我国缺乏对故意的研究是分不开的。直到 1989 年，时明春发表了关于认识错误的第一部专门的论著，刑法上的错误问题才引起了学界的关注，在许多院校的研究生毕业论文中出现了关于这一课题的专论。但从 1989 到 1999 的 10 年，虽然刑法学本身发生了巨大的变化，但该理论的发展却没有多少起色，除了刘明祥先生、何秉松先生等为数不多的学者对错误问题进行过专门的研究外，没有更多的论述。然而

①宁汉林、魏克家：《中国刑法简史》，中国检察出版社 1996 年版，第 119 页。

② 刘明祥：《刑法中错误论》，中国检察出版社 1999 年版，第 25 页

需要全本请访问 www.ertongbook.com