

# 正当化事由的事实前提错误

——  
基于故意论系统思考的研究

丁胜明 著

西南政法大学 刑法学术文库

 法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

西南政法大学  
刑法学学术文库

# 正当化事由的事实前提错误

——基于故意论系统思考的研究

丁胜明  
著



 法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

## 图书在版编目(CIP)数据

正当化事由的事实前提错误：基于故意论系统思考的研究/丁胜明著. —北京：法律出版社，2016. 6

ISBN 978 - 7 - 5118 - 9697 - 1

I. ①正… II. ①丁… III. ①刑法—研究—中国  
IV. ①D924.04

中国版本图书馆CIP数据核字(2016)第155755号

©法律出版社·中国

责任编辑/徐蕊

装帧设计/凌点工作室

出版/法律出版社

编辑统筹/法律教育出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京京华虎彩印刷有限公司

责任印制/沙磊

开本/A5

印张/8.125 字数/197千

版本/2016年6月第1版

印次/2016年6月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话：

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号：ISBN 978 - 7 - 5118 - 9697 - 1

定价：29.00元

(如有缺页或倒装，中国法律图书有限公司负责退换)

# 西南政法大学刑法学术文库

## 编辑委员会

主任：梅传强

委员：（按姓氏笔画排序）

王利荣 石经海 卢有学

朱建华 李永升 陈 伟

袁 林 高维俭

## 总 序

---

歌乐葱葱,嘉陵滔滔。当历史的车轮跨入2013年之际,伴随着中华人民共和国的铿锵脚步和西南政法大学的风雨征程,西南政法大学刑法学科走过了六十年的峥嵘岁月。六十年,对于一个人而言意味着花甲之年,但对一个学校和学科而言却正当壮年。在这个具有历史性意义的癸巳年,由西南政法大学刑法学科组办的“西南政法大学刑法学术文库”诞生了,我们以这种特殊的方式向走过的光辉岁月致敬,向即将迎来的全新征程启幕。

六十年一甲子,走过的是匆匆脚步,留住的是辉煌记忆。1953年,西南政法大学刑法学科由四川大学、重庆大学、云南大学、贵州大学等西南著名高校法律系的刑法学科合并组建而成。在六十年的发展历程中,以邓又天、董鑫、伍柳村、赵长青、高绍先、李培泽、朱启昌等为代表的老一辈学者,以陈忠林、邱兴隆等为代表的中年学者,辛勤耕耘、默默奉献,为本学科的发展奠定了坚实的基础。特别是改革开放以来,本学科取得了一个又一个骄人的成绩,1981年成为全国最早获得硕士学位授权的刑法学科之一,1995年被评为省部级重点学科,2001年成为我国西部地区唯一的刑法专业博士学位授权点。经过几代人的薪火相传和不懈努力,西南政法大学刑法学科已经成为具有雄厚学科基础和优良学术传统、在全国发挥重要影响并且具有一定国际知名度的省部级重点学科。

本学科历来注重学术著作的产出,在过去十年间,曾以“西南刑事法与毒品犯罪研究文库”、“西南毒品问题研究文库”等为丛书名,出版发行了一系列的著作,展示了西南政法大学刑法学人的良好形象。但是,由于原有丛书中的每部著作分属于不同出版社出版,每本著作在版式、体例、风格等方面并不完全统一,在一定程度上影响了丛书所应具有的社会价值。2013年年初,为大力加强学科建设,承蒙法律出版社的盛情支持,西南政法大学刑法学科决定积极整合学科力量,将本学科拟出版的优秀著作纳入“西南政法大学刑法学术文库”(以下简称“文库”),以学术文库的形式公开出版发行。“文库”将延续“西南刑事法与毒品犯罪研究文库”等既往丛书的基本精神,秉承思想交流与学术创新的基本宗旨,着力打造学术精品,展示西南政法大学刑法学人形象,献礼中国刑法学术发展。

科学研究与人才培养是学科建设的两翼。西南政法大学刑法学科具有数量规模庞大、年龄结构合理、学历水平优化、学缘结构合理的学科团队,他们积极投身于教学科研任务一线,近年来在科研项目立项、学术论文发表、科研成果获奖等方面成绩斐然,在科学研究方面取得了优异的成绩。此外,本学科在大力加强科学研究的同时,也着力于人才培养。自2001年获得博士学位授权点以来,本学科已培养了近百名博士,他们活跃在法学理论和司法实务的各个领域,他们所取得的成绩在一定意义上也是本学科所取得的成绩。为此,“文库”将立足本学科,主要出版本学科教学科研人员的优秀著作;同时,“文库”也将选择本学科培养且已经毕业的部分博士的学位论文或其他优秀学术著作出版。为了发挥“文库”的学术价值和社会效应,体现学术丛书的性质,“文库”将采取不定期常年出版的形式,对于拟出版的著作由“文库”编辑委员会审定同意后出版,每本著作连续编号,力争将“文库”打造成为规模较大、质量上乘、影响广泛的学术精品。

“人能弘道,非道弘人。”法治之路是中国这个古老的东方大国

在饱经沧桑历史之后作出的选择,时至今日,法治中国已经成为法律人矢志不渝的共同追求。诚然,法治之路不会一马平川,甚或还会荆棘塞途。但是,涓涓细流,汇聚成潮,只要每一个人都用心去尽一份力,梦想终会成真。回顾改革开放30余年的发展历程,从很多领域无法可依到中国特色社会主义法律体系已经建成,法治从艰难起步到健步前行。这份成绩的得来,凝聚着包括法律人在内的无数国人多年的追求和心血,其中,不乏法学理论界的鼓与呼。

时光荏苒,30年前乃至20年前学术著作匮乏的情形已经不复存在。在这样一个“知识爆炸”的时代,也许每天都有新的著作出版,也许每天都有新的观点出现,也许每天都有无数人在研究同一个问题,但这一切并不会抹杀理论研究的意义,更不会否定法学理论研究对中国法治实践的意义。事实上,对于当下中国而言,法治实践对法学理论的呼唤不是削弱而是加强了,处于深刻转型和社会变迁进程中的中国,有太多的现实问题需要理论关注与研究,这是法学理论界无可推卸的责任,也是每一个法学理论工作者应有的社会担当。我们不奢望“文库”成为夜幕下的灯塔,而更愿其作浩瀚苍穹中一颗闪闪的星星,用朴实无华的光芒照耀行进中的中国法治。因此,“文库”的出版将呈现每一个作者对当下中国刑法理论与实践问题的关注和思考,为学术交流搭建一个有益的平台,用文字和思考对中国法治发展献出自己的绵薄之力。

得益于六十年的学术积淀,西南政法大学刑法学科历史厚重、师资雄厚、门类齐全、基础良好,积极加强和推进学科建设具有良好的基础。但是,我们深知,在新的历史条件下,本学科的发展面临着诸多新的挑战与困难,加强学科建设刻不容缓。我们期待着“文库”的出版发行能够为国内外同行了解和认识本学科提供一个窗口,也期待着国内外同行能够以“文库”为平台加强与本学科的沟通交流,国内外同行和广大读者的真知灼见将是我们进一步加强学科建设的重要力量。

学术的生命在于争鸣,思想的火花源于碰撞。我们热切期盼学界同仁以及广大法律工作者为本丛书建言献策,努力推动丛书的发展完善,共同守护我们的精神家园,共同促进共和国法治事业的健步前行。

西南政法大学刑法学术文库编辑委员会  
2013年5月



## 序

---

丁胜明的著作《正当化事由的事实前提错误——基于故意论系统思考的研究》一书即将由法律出版社出版,该书是在丁胜明的博士论文的基础上修订而成的。在该书出版之际,作为丁胜明博士论文的指导老师,我感到十分高兴。

根据丁胜明的界定,正当化事由的事实前提错误,是指客观上不存在正当化事由的事实前提,行为人却误认为其存在的情形,最典型的是假想防卫。在我国刑法学界,正当化事由的事实前提错误一语还是较为生疏的,但对于假想防卫等情形却是极为熟悉的。当然,正当化事由的事实前提错误的范围极为广泛,除了正当防卫起因的认识错误——假想防卫以外,还包括正当防卫对象的认识错误——对无辜第三者的错误防卫,以及正当防卫时间的认识错误——基于认识错误的事前防卫或者事后防卫,等等。对于这些正当防卫中的认识错误情形,我国学者并没有将其概括为正当化事由的事实前提错误,而是分散在正当防卫的各个条件中进行讨论。例如,我国学者都是将假想防卫作为不具备正当防卫的前提条件的一种情形加以界定的,理所当然地将其纳入正当防卫中加以讨论。虽然在讨论的时候,也涉及对假想防卫属于事实认识错误的定性,但并没有在认识错误问题中给予其一席之地。事实认识错误主要讨论构成要件的事实认识错误,而未讨论正当化事由的事实前提错误,那么,正当化事由的

事实前提错误为什么能够阻却故意呢？对此问题，传统理论并没有给出令人信服的理由。

正当化事由的事实前提错误，在刑法理论上也称为违法性事实的认识错误。所谓违法性事实的认识错误是指并不存在违法性阻却事由的事实，例如正当防卫中并不存在正在进行的不法侵害，但行为人误认为存在违法性阻却事由的事实，并基于这种错误认识而实施了正当化事由行为的情形。例如，假想防卫或者假想避险等。关于刑法中的认识错误，传统的刑法理论中经典的分类是分为事实错误与法律错误。那么，这种正当化事由的事实前提错误，究竟是事实错误还是法律错误呢？对此，在刑法理论上存在不同的理解。显然，这种违法性事实的错误不能等同于违法性错误。因为，违法性错误是对行为是否具有违法性的认识错误，但违法性事实的错误则不是对行为是否具有违法性的认识错误，而是对违法性的前提事实的认识错误。从这个意义上说，违法性事实错误属于事实错误而非法律错误。但传统理论所说的事实错误是指构成要件的事实错误，而违法性事实并不是构成要件事实。因此，将违法性事实错误理解为事实错误也存在问题。在这种情况下，刑法理论上出现了第三类错误的观点，认为违法性事实错误是独立于事实错误与法律错误的第三种错误形式。以上种种观点的聚讼，表明这个问题在刑法教义学上的复杂性。

在本书中，丁胜明回顾了处理正当化事由的事实前提错误的两种径路，指出：“从传统理论的脉络来看，解决正当化事由的事实前提错误问题主要有否定故意（或故意效果）和有条件的正当化两大思路”。就这两大思路而言，有条件的正当化的思路显然是不可取的。因为在正当化事由的事实前提错误情况下，根本就不存在引发正当化事由的客观基础，因此也就不能对这种情形予以正当化。由此，丁胜明肯定了阻却故意的思路。现在的问题是：正当化事由的事实前提错误为什么能够阻却故意，这才是本书所要回答的问题。

对于正当化事由的事实前提错误的体系性地位的确定,是将其纳入错误论还是故意论,这是丁胜明在本书中所要处理的一个问题。如前所述,传统理论是将其作为一个事实认识错误问题,根据错误理论进行处理的。尽管其结论是正确的,但错误论并不能从根本上解决正当化事由的事实前提错误阻却故意的根据问题。在这种情况下,丁胜明提出了该书的核心观点,即正当化事由的事实前提错误属于故意论的问题,只有在故意论的框架下,才能为正当化事由的事实前提错误阻却故意提供逻辑根据。丁胜明认为:“只有在故意论中明确了故意概念的功能,才能确定故意的认识对象,进而判断正当化事由的事实前提是否是故意的认识对象的一部分,然后,反过来,就回答了正当化事由的事实前提错误是否阻却故意。”这样,问题就聚焦到了故意的认识对象这个问题上。这里所说的故意,是指构成要件的故意,而非责任故意。构成要件的故意的认识对象受到构成要件的限制,因为,构成要件具有故意规制机能。凡是纳入构成要件的内容,都是故意所要认识的对象。那么,故意的认识对象是否只限于构成要件的内容呢?丁胜明在本书中揭示了故意的认识内容应该是为违法性奠定基础的事实,这是一种直抵事物本质的做法。在丁胜明看来,故意的认识内容是不法事实,也就是所有为行为的违法性奠定基础的事实,而三阶层体系中的构成要件事实和正当化事由的事实前提都是为行为的违法性奠定基础的事实,这已毫无争议。因此,正当化事由的事实前提,也就是故意的认识对象,反过来,正当化事由的事实前提错误,也就阻却故意。对于这一结论,我是完全赞同的。当然,更值得称道的是本书的逻辑推演过程,充分体现了刑法教义学的精致和完美。在本书中,丁胜明主要处理的是正当化事由的事实前提错误为什么阻却故意的问题,至于正当化事由的事实前提错误是否成立过失,本书认为要结合过失犯的条件,判断行为人对此是否有认识可能性,如果回答是否定的,就阻却过失,如果答案是肯定的,就成立过失,在刑法处罚相关过失的情况下,成立过失犯。

本书的主题涉及犯罪论体系中故意论与错误论的关系问题。一般认为,错误论是故意论的反面。其实,仅仅说是反面,还不足以揭示故意论与错误论的关系。应该说,故意论是错误论的前提与基础。刑法中的事实错误问题永远是以故意的认识对象为前提的,因此,故意的认识对象的范围确定,对于错误论问题的解决具有至关重要的意义。传统的故意论只是将构成要件阶层的构成要件要素纳入故意认识对象的范围,而根据丁胜明的研究,不仅如此,而且违法性阶层的正当化事由的事实前提也应当纳入故意认识对象的范围。在这种情况下,在错误论中,才能认为那些对正当化事由的事实前提发生错误认识的情形阻却故意,从而从根本上解决了正当化事由的事实前提错误之所以阻却故意的根据问题。

丁胜明的这本书虽然是以正当化事由的事实前提错误为主题,但并不是就事论事,而是站在故意论的高度展开论述,并且涉及故意在三阶层的犯罪论体系中的地位问题。随着目的行为论的兴起,故意被逐出责任论而前置到构成要件之中,成为主观的构成要件要素。在这种情况下,在构成要件中处理故意问题,当然也就不可能将正当化事由的事实前提纳入故意的认识对象之中。由此,丁胜明有力地论证了故意应当是责任的事实性要素而不是构成要件要素的观点,对此,我也是赞同的。将故意确定为责任要素,就可以避免飞镖现象,即在构成要件阶层认定行为人具有故意之后,再在违法性阶层,对假想防卫等情形认定存在事实认识错误而阻却责任故意,再回过头来讨论是否构成过失致人死亡罪的问题。<sup>[1]</sup> 丁胜明在本书中,虽然讨论的主题是正当化事由的事实前提错误问题,但其实是在讨论故意论问题,甚至是在讨论整个犯罪论体系的问题,可以说是一种以小见大的论文写作方式的生动体现。

---

[1] [日]西田典之:《日本刑法总论》,刘明祥、王昭武译,中国人民大学出版社2007年版,第54页。

丁胜明硕士毕业于西南政法大学，师从梅传强教授，在硕士学习期间打下了扎实的刑法专业基础。在北大法学院攻读博士学位期间，丁胜明学习了日语并达到了较高的水平，从而获得到日本北海道大学联合培养的机会赴日访学，接触到了第一手的日文资料，为博士论文的写作奠定了厚重的知识基础。经过辛勤地写作，丁胜明顺利地完成了博士论文，并获得了评审和答辩专家的肯定。从本书的内容可以看出，本书结构合理，逻辑清晰，资料翔实，论述充分，表现出较高的学术水准。现在，丁胜明回到其母校——西南政法大学任教，为今后的学术发展开启了一条康庄大道。在本书出版之际，我预祝丁胜明在学术道路上走得更远。

是为序。

陈兴良 谨识于北京海淀锦秋知春寓所  
2016年4月23日

# 目 录

---

前 言 .....	( 1 )
<b>第一章 问题所在与理论谱系 .....</b>	<b>( 3 )</b>
第一节 概念的界定 .....	( 3 )
第二节 问题的核心 .....	( 7 )
第三节 学说谱系 .....	( 10 )
<b>第二章 错误论层面的解决方案 .....</b>	<b>( 15 )</b>
第一节 认识错误分类法的历史变迁 .....	( 16 )
第二节 事实错误说 .....	( 39 )
第三节 严格罪责说 .....	( 44 )
第四节 准构成要件错误说 .....	( 64 )
第五节 消极的构成要件要素理论 .....	( 69 )
第六节 故意罪责阻却说 .....	( 102 )
第七节 罪责故意阻却说 .....	( 109 )
本章小结 .....	( 118 )
<b>第三章 违法性层面的解决方案 .....</b>	<b>( 120 )</b>
第一节 有条件的正当化说 .....	( 120 )

第二节 二元的严格罪责说 .....	(125)
本章小结 .....	(135)
<b>第四章 故意的体系地位 .....</b>	<b>(137)</b>
第一节 解决正当化事由的事实前提错误问题的场域 .....	(137)
第二节 故意不是构成要件要素 .....	(141)
第三节 故意是罪责要素 .....	(163)
本章小结 .....	(186)
<b>第五章 故意的构造:故意和过失的区别 .....</b>	<b>(188)</b>
第一节 驱逐情绪性要素 .....	(189)
第二节 认识说之肯定 .....	(194)
本章小结 .....	(197)
<b>第六章 故意的认识内容 .....</b>	<b>(199)</b>
第一节 作为故意的认识对象的事实性要素的范围 .....	(200)
第二节 违法性认识不是故意的内容 .....	(206)
第三节 社会危害性认识不是故意的内容 .....	(217)
本章小结 .....	(224)
<b>第七章 结论:正当化事由的事实前提错误阻却故意 .....</b>	<b>(225)</b>
<b>参考文献 .....</b>	<b>(229)</b>
<b>后 记 .....</b>	<b>(239)</b>

## 前 言

---

正当化事由的事实前提错误在刑法上具有何种效力,一直是理论争议的焦点问题之一。对于这一问题的解决方案,关涉到犯罪论体系的多个层面。在传统上,大部分学者都将此问题放在错误论领域来解决,但也有一小部分学者认为此种错误类型有可能成立正当化事由。在错误论领域的解决方案中,受到错误分类法的更新换代和故意的体系地位变动的影 响,先后出现了多种学说。事实错误说认为,正当化事由的事实前提错误具有直接阻却故意的效果,但是事实错误说没有说明事实错误阻却故意的根据;严格罪责说认为,此种错误是违法性错误,不具有阻却故意的效果,但严格罪责说并没有正确理解故意的认识内容与违法性认识之间的关联性,混淆了事实前提错误与违法性错误之间的界限;准构成要件错误说没有说明类推适用构成要件错误的根据,会产生回旋飞碟现象,而且在缺乏法条依据的我国无法适用;消极的构成要件要素理论正确地理解了构成要件和正当化事由的关系,但是并没有彻底说明正当化事由的事实前提错误阻却故意的理由,而且在没有相关法律规定的我国同样无法适用;故意罪责阻却说创造了一个令人难以理解的概念,导致了过失犯中存在故意这样自相矛盾的局面;罪责故意阻却说拆分了故意概念,欠缺对故意的统一理解,也同样会陷入过失犯中存在故意的逻辑困境。而在违法性层面的解决方案中,无论认为正当化事由的事实



前提在何种条件下能够成立正当化事由,都会直接模糊不法和罪责的区别,并且会引发难以解决的实务问题。

正当化事由的事实前提错误问题从根本上来说是认定故意的认识对象的范围问题,而这只有依靠错误论的反面即故意论才能得到彻底地解决。故意并不是违法要素,也不能因为故意是行为的一部分或者具有类型化功能就认为故意是构成要件要素。故意是罪责要素,这是因为罪责的本质是在有自由意志的情况下做出了实施法益侵害行为的意志决定,而他行为可能性是意志是否自由的标准,故意是识法可能性的要素,因而是他行为可能性的条件,所以是罪责的要素。故意和过失的区别并不在于情绪性要素,而在于对不法内容是否具有认识,不法内容的范围,是决定正当化事由的事实前提错误是否阻却故意的唯一标准。

故意需要认识到所有为行为的违法性奠定基础的事实,只有认识到这样的事实,才可能期待行为人进一步利用其获得与行为有关的规范知识的机会,来判断自己的行为是否违法,进而形成守法动机。故意也只需要认识到为行为的违法性奠定基础的事实,而不需要认识到违法性。这一方面是延续历史传承的需要,同时也符合故意概念的日常语义,但从根本上讲,是因为对不法事实的认识和违法性认识在罪责构造中发挥着不同的功能。故意犯处罚重于过失犯的根据在于,相对于过失犯而言,其识法可能性更高,因而也就具有更高的他行为可能性。在行政犯充斥刑法的当代,法的责任论已经代替了道义责任论,因此,社会危害性认识也不是故意的内容。由于故意需要且仅仅需要认识到为行为的违法性奠定基础的所有事实,而正当化事由的事实前提正是从消极的侧面为行为的违法性奠定基础,所以,正当化事由的事实前提就是故意的认识对象,而关于这一事实前提的错误,也就具有阻却故意的效果。在对这一错误具有过失,且刑法处罚相关过失的情况下,成立过失犯。