

日本刑事法研究丛书 2

○顾问/高铭暄 西原春夫

错误论

□刘明祥/著

中国·法律出版社
日本国·成文堂 联合出版

刘明祥/著

错误论

中国·法律出版社
日本国·成文堂 联合出版

图书在版编目(CIP)数据

错误论·刘明祥著. —北京:法律出版社,1996.9

(日本刑事法研究丛书)

ISBN 7-5036-1951-1

I. 错… II. 刘… III. 刑法—错误—理论—研究 N.D914

中国版本图书馆CIP数据核字(96)第14782号

日本刑事法研究丛书

错误论 刘明祥 著

出版/中国·法律出版社 日本国·成文堂

经销/新华书店

印刷/北京宏伟印刷厂

开本/850×1168毫米 1/32 印张/10 字数/243千

版本/1996年8月第1版 1998年8月第2次印刷

印数/2,001—4,000

社址/北京市广外六里桥北里甲1号(100073)

Tel/63271646 63266781

社址/〒162 東京都新宿区早稻田鶴卷町514

Tel/81-3-3203-9201(代表)

81-3-3203-9224(編集直通)

出版声明/版权所有,侵权必究。

书号:ISBN7-5036-1951-1/D·1586

定价:18.00元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

《日本刑事法研究丛书》总序

人类文明发展的一个重大契机,是不同文化的冲击、弥补、淘汰与融和;法律文化与制度的发展,也是如此。而中日两国长达1200年间的法律文化的交流与发展,则是这一认识较生动的说明。

日本从八世纪初开始学习和接受唐朝的律令,成为律令制国家。在后来的最高学府“大学寮”中一直设有专门研究中国律令的“明法道”一科。平安末年以来,该科为坂上与中原两家研究传授,世代相继。江户时代对于明律及清律更为活跃,并成论著,如荻生徂徕所著《明律国字解》等。中华法系对于日本法理与法制的影响一直延伸到明治维新后的初期立法,如《假刑律》和《新律纲领》等。即使从明治六年开始,日本完全转向师从欧洲大陆刑法,其对于中华法系作为历史的研究也并未松懈。对于中国法制史的研究,到今天为止,日本学者的水平仍然为不少中国学者所称道。

日本刑法理论与制度对中国较全面地发生影响始于晚清。清朝末年,西风东渐,仿效欧洲法律、创制新律以强国,势成必然。而在如何采撷西法方面,日本为中国提供了很好的借鉴。日本旧制,本依中国唐法,明治以后,改用欧法,从而国势日盛,一

跃成为东亚强国。中国当日之情势与日本往日正复相似,因此,沈家本被任命为修订法律大臣后,首先聘请日本法学家冈田朝太郎等人来华讲学,并帮同考订刑律,于1907年8月纂成中国历史上第一部采用近代刑法体制和原则的刑法典草案——《大清新刑律草案》。《大清新刑律》于1910年12月15日颁布,虽因辛亥革命而不及施行,但对后世影响深远。自此乃至今日,不少中国学人东渡扶桑,学习和研究日本的刑法学说和判例。

在中国人民大学国际刑法研究所的发起下,一些曾在和正在日本学习或者进行过访问研究的中国中青年刑法学者组织和编修了这套《日本刑事法研究丛书》。这些中青年学者都具有较长时间刑法学专业研究的背景和较强的日语能力,而且,都与相关的日本刑法学者保持着比较密切的联系。这些条件都为这套丛书的内容与质量奠定了一个比较好的基础。

幸运的是,这套丛书的编辑与出版,从一开始就得到了两家著名法律专业出版社——中国法律出版社与日本图书出版株式会社成文堂的大力支持与帮助。没有它们共同的合作与努力,本书是不可能这样理想地呈现在读者面前的。借此机会,我们在此对它们表示衷心的感谢。

高铭暄

西原君久

1995年6月20日于北京

1995年6月20日于波恩

目

录

总 序	(1)
-----------	-----

第一章 错误论概说	(1)
-----------------	-----

第一节 错误论的基础	(1)
------------------	-----

一、错误的观念	(1)
---------------	-----

二、错误在刑法中的规定	(3)
-------------------	-----

三、错误论在犯罪论体系中的 位置	(5)
---------------------------	-----

第二节 错误的分类	(8)
-----------------	-----

一、几种不同的分类	(8)
-----------------	-----

二、各种分类之评析	(11)
-----------------	------

第二章 事实的错误	(14)
-----------------	------

第一节 事实的错误概述	(14)
-------------------	------

一、事实的错误的概念	(14)
------------------	------

二、事实的错误的立法	(16)
------------------	------

三、事实的错误与故意	(16)
------------------	------

四、事实的错误与过失	(18)
------------------	------

五、事实的错误与事实的欠缺	(19)
------------------------	------

第二节 事实的错误的种类	(21)
--------------------	------

一、构成要件的事实错误、关于	
----------------	--

违法性的事实的错误和关于有 责任性的事实的错误	(21)
二、同一构成要件内的事实 的错误与不同构成要件间的事 实错误	(22)
三、客体的错误、方法的错误和因 果关系的错误	(22)
四、其他类型的事实错误	(23)
第三节 事实的错误论	(25)
一、事实的错误与事实的错误论	(25)
二、关于事实的错误的学说	(26)
三、事实的错误论的取消论	(59)
四、事实的错误论在判例中的运用	(61)
五、比较与评析	(69)
第四节 事实的错误中的特殊问题	(72)
一、事实的错误与故意的个数	(72)
二、因果关系的错误	(88)
第三章 违法性的错误	(103)
第一节 违法性的错误概述	(103)
一、违法性的错误的概念	(103)
二、关于违法性的错误的学说	(105)
三、关于违法性错误的判例动向	(126)
四、关于违法性错误的立法动态	(133)
第二节 违法性意识的内容	(140)

一、违法性意识概述	(140)
二、关于违法性意识内容的学说	(142)
第三节 违法性意识的可能性	(149)
一、违法性意识的可能性概述	(149)
二、违法性意识的可能性的判断	(154)
第四节 事实的错误与违法性的 错误的区别	(163)
一、问题所在与概况	(163)
二、规范的构成要件要素的错误	(169)
三、作为义务的错误	(176)
四、行政犯的禁止事项的错误的	(185)
第四章 违法性阻却事由的错误	(192)
第一节 违法性阻却事由的错误概述	(192)
一、问题所在	(192)
二、关于违法性阻却事由的错误 的学说	(194)
三、违法性阻却事由的错误的分 类	(210)
第二节 违法性阻却事由的错误的具 体类型	(210)
一、违法性阻却事由的积极错误	(210)
二、违法性阻却事由的消极错误	(234)

第五章 期待可能性的错误…………… (247)

第一节 期待可能性的错误概述 … (247)

一、期待可能性的理论与期待

可能性的错误 …………… (247)

二、期待可能性的错误的性质

…………… (249)

三、期待可能性的错误的种类

…………… (249)

第二节 期待可能性的错误的处理

原则 …………… (250)

一、积极的错误的处理原则 …… (250)

二、消极的错误的处理原则 …… (253)

第六章 共犯的错误…………… (255)

第一节 共犯的错误论的基本理论

…………… (255)

一、共犯的错误的概念 …………… (255)

二、共犯的错误的理论基础

…………… (257)

三、共犯的错误的种类 …………… (258)

第二节 共同正犯的错误…………… (259)

一、共同正犯的错误的特点 …… (259)

二、同一构成要件内的共同正犯

的错误 …………… (260)

三、不同构成要件间的共同正犯

的错误 …………… (263)

第三节 教唆犯、从犯的错误…………… (272)

一、教唆犯、从犯的错误的概念

…………… (272)

二、教唆犯、从犯的成立要件与

错误论的关系 …………… (273)

三、同一构成要件内的教唆犯、 从犯的错误	(275)
四、不同构成要件间的教唆犯、 从犯的错误	(279)
第四节 不同共犯形式间的错误 ...	(290)
一、共同正犯与从犯间的错误	(290)
二、教唆犯与从犯间的错误	(291)
第五节 共犯与间接正犯间的错误	(293)
一、问题所在	(293)
二、间接正犯与教唆犯的错误	(295)
三、间接正犯与从犯的错误	(300)
 主要参考文献	(302)
作者后记	(307)
编委后记(卷末)	(308)

第一章 错误论概说

第一节 错误论的基础

一、错误的观念

所谓错误,是指表象(意思)与现实(结果)的不一致。在现实生活中,人们难免会犯错误,如看错了,想错了,做错了,等等。当这种错误给他人造成损害时,就会受到他人或一定的社会组织的非难,并要承担相应的责任。如果只是损害了自己的利益(未给他人造成损害),那就只能是自食苦果,而不会受其他的惩罚。

在错误与犯罪相关联的场合,就成为刑法中的错误问题。由于犯罪的成立以行为人有故意或过失为条件,刑法又

以处罚故意行为为原则,以处罚过失行为为例外,并且故意罪的处罚明显重于过失罪。那么,错误是否影响故意乃至犯罪的成立,将对行为人刑事责任的轻重及其有无产生重要影响,因而成为刑法中错误论的研究课题。

一般认为,当行为人的意思与结果不一致即发生错误时,不能要其对结果负故意责任。但是,错误的程度有轻有重,只要有错误,不管轻重如何,都不让其对结果承担故意责任,那显然是不合理的。因为,“人不是神,在经营日常的社会生活时,会反复出现无数的错误。在实施犯罪行为时也一样,会看出存在数不清的错误。但是,并非所有的错误都具有刑法上的意义。把轻微的错误一一提出,不仅无益,而且繁琐。在刑法上应当作为问题的错误,应当像贝林格和李斯特所指出的那样限于重要的(wesentlich)东西上。”^①

另外,错误的主体是人,大多认为仅限于行为人。但也有学者认为,还包括被害人或第三者。例如,西原春夫指出:“刑法分则中有要求被害人或第三者产生错误才能成立的犯罪。最典型的是诈欺罪,要求行为者的欺骗行为的结果使被欺骗者陷于错误,并实施处分行为。”还有信用毁损罪、伪计业务妨害罪等,一般以有引起第三者陷于错误的行为为条件。这些都属于事实的错误的范围,有必要纳入刑法错误论中来研究。^②

在日本,错误理论,源远流长。学者们大多认为,它由来源于“不允许法律的错误,但允许事实的错误(error iuris nocet, error facti non nocet)”这一古罗马法的原则。日本近现代的错误理

① 参见大塚仁著、冯军译:《犯罪论的基本问题》,中国政法大学出版社1993年版,第196-197页。

② 参见西原春夫:《刑法における错误の理论》,载《法学セミナー》1982年第7期第22页。

论,则在很大程度上吸收或借鉴了德国刑法理论的研究成果。当然,在某些方面也作了进一步的发展。

二、错误在刑法中的规定

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项是关于事实的错误的规定,第3项则是关于法律的错误的规定。

对于上述法律条文,学者们有不同解释。大多数学者认为,刑法第38条第2项的规定,指出了当原来打算犯轻的甲罪,但却发生了重的乙罪的结果时的处罚原则。不过,它仅仅只说明不能以重的乙罪的刑罚处罚,至于是定甲罪还是定乙罪,并不明确(判例既有按甲罪定罪的,也有按乙罪定罪的)。此外,这一规定未指明原来打算犯重的甲罪而实际发生了轻的乙罪的结果,以及甲乙两罪法定刑相同但构成要件不同的情形的处理原则,因此,对这些情形如何处理,就得用错误理论来加以说明。

针对认为刑法第38条第2项是关于事实的错误阻却故意的规定的传统观点,有的学者提出了不同意见,认为刑法第38条第1项是关于无“犯意”即在原则上不予处罚的规定,同条第2项是以有犯意为前提的,第1项与第2项的不同,仅仅只是在“犯意”的存在与否上(而不是在“故意”的存在与否上)。因此,事实的错误并不阻却故意,在存在故意的前提下,认识的事实与发生的事实之间有刑的轻重差别的场合,“不能以重罪处断”,这就是刑法第38条第2项的含义。由于该条文规定“犯重罪而于犯罪时不知其重者不得从其重罪处断”,这就意味着事实错误以实际发生的结果比行为人认识的事实“重”为要件,如果实际发生

的结果比行为人认识的事实轻,则不成其为事实错误,也没有适用刑法第38条第2项的余地。^①

对于刑法第38条第3项,日本学者围绕违法性意识是否属于故意要件的问题,作出了种种不同的解释。其中,“违法性意识不要说”认为,刑法第38条第3项所规定的是法律上的错误不能阻却故意的成立,但书部分规定了因为法律上的错误而没有违法性意识,虽然不能阻却故意的成立,但是,当存在应予宽恕的理由时,可以减轻刑罚。“违法性意识必要说”认为,刑法第38条第3项的规定意味着故意的成立未必一定要知道各种法律的明文规定,它与违法的意识无关;但书的制定,是因为有时候不知道法律上的规定可能会使违法性的判断产生困难。“违法性的过失准故意说”认为,刑法第38条第3项的规定表明,故意不须要对刑罚法规有认识,同时,又指明了有关不知道违法性的过失的责任,即应按故意处理,但是“依情状得减轻其刑”。“违法性意识可能性说”认为,刑法第38条第3项的规定意味着不知道法律规定并不能妨碍故意的成立,它不是有关违法意识的规定,即使在有违法意识可能性的场合,如果因为认识有困难而缺乏违法意识时,非难可能性将减小,但书即适用此种场合。“责任说”认为,刑法第38条第3项肯定了法律上的错误与故意是否存在无关,但书明确规定了当有法律上的错误而不存在违法意识时,其责任要比有违法意识时轻,因而可以减轻其刑罚。^②

一般认为,法律的错误与违法性的错误是具有相同意义的概念,因此日本学者大多认为,刑法第38条第3项既可以说是

① 参见齐藤信幸著:《刑法における错误论の研究》,成文堂1989年版,第262—263页。

② 参见木村龟二主编、顾肖荣等译《刑法学词典》,上海翻译出版公司,1991年版,第252—253页。

关于法律的错误的规定,也可以认为是处理违法性错误的根据。但是,最近有学者提出了不同意见,认为应该将法律的错误与违法性的错误区别开来,刑法第38条第3项中的“法”是指“法律”或“刑罚法规”,在不知这种法律(即出现法律错误)的场合,不阻却故意的成立,但如果这种不知有充分的理由,则可以减轻责任。至于违法性的错误是否阻却故意,应该如何处理,该条文并未作明文规定,只能按照有关的错误理论来解决。^①

三、错误论在犯罪论体系中的位置

传统观点认为,故意是对犯罪事实的认识或容认,错误则是行为人的主观认识与客观现实不一致。在出现错误的场合,行为人主观上认识的事实是否能满足故意的要件,就成为错误论的研究课题。正是在这种意义上,一些学者认为,“错误论是反面的故意论”,是对故意论加以延长或展开的理论。错误论在犯罪论体系中的位置,自然也就与故意论联系在一起了。

二战前的刑法学中,故意是被专门作为责任的要素(或责任形式)看待的,错误问题当然也被放在责任论中来研究。又由于故意是一种比过失明显要重的责任形式,所以,在错误是否阻却故意的问题上,学者们大多持慎重态度。

但是,一般认为,构成要件具有使犯罪类型化的机能,而在某些场合,如果不把故意作为构成要件的要素,就不能把不同的犯罪区分开来,很难说构成要件是犯罪类型。例如,杀人罪与过失致死罪,在客观上都有引起被害人死亡的行为,所不同的是前者是出于故意,后者是基于过失。如果不把故意视为构成要件的要素,显然不能说杀人罪与过失致死罪的构成要件是犯罪类型。

^① 参见齐藤信辛著:《刑法における错误论の研究》,成文堂1989年版,第263页。

正因为如此,战后的刑法学,就把故意从责任论移到了违法论乃至构成要件论中,一般把作为构成要件要素的故意,称之为“构成要件的故意”;作为违法要素的故意,称为“违法故意”;作为责任要素的故意,则称为“责任故意”。这样一来,随着故意的观念的转变,错误在犯罪论体系中所处的位置也发生了较大的变化。

不过,直到今天,关于故意在犯罪论体系上的位置,日本刑法理论上仍有分歧。概括起来,主要有以下几种观点:第一种观点认为,故意不是责任要素而是违法要素,是作为违法行为类型的构成要件的要素;第二种观点认为,故意既是违法要素也是责任要素,是作为违法有责行为类型的构成要件的要素;第三种观点认为,故意不是违法要素只是责任要素,是作为违法有责行为类型的构成要件的要素;第四种观点认为,故意不是违法要素只是责任要素,由于构成要件有使犯罪类型化的机能,所以,故意是犯罪类型的要素,而不是构成要件的要素。^①简而言之,关于故意究竟是构成要件要素、违法要素,还是责任要素的问题,主要有“构成要件要素和违法要素说”、“构成要件要素和责任要素说”、“构成要件要素、违法要素和责任要素说”以及“责任要素说”等不同主张。

如果认为故意仅仅只是责任要素,那么,错误在犯罪论体系中的位置,自然只是属于责任论的范畴,无论是事实的错误,还是违法性的错误,都应放在责任论中来研究。要是认为故意是构成要件要素和责任要素,则应分别在构成要件论和责任论中来研究错误问题,即在构成要件论中研究构成要件的错误(或事实的错误),在责任论中考察禁止的错误(或违法性的错误)。假如认为故意既是构成要件要素,又是违法要素和责任要素,对错误问题原则上当然应在构成要件论、违法论和责任论中分别加以

^① 参见内藤谦著:《刑法讲义总论(下)》,有斐阁1991年版,第393—394页。

考察。

在日本,认为故意是构成要件要素的主张,现在占支配地位。因此,影响构成要件故意成立的构成要件的错误,应在构成要件论中研究的观点,自然也处于通说的地位。另外,由于通说认为,故意同时又是责任的要素,与责任故意相关的错误,当然应放在责任论中来研究。问题是与责任故意相关的错误,除了违法性的错误之外,是否包括关于违法性的事实的错误,这在理论上存在争议。持肯定态度者中,有的认为,关于违法性的事实的认识,即行为人认识、预见到自己的行为具备给违法性奠定基础的事实,是责任故意成立的要件。如果实际上不存在违法阻却的事实而行为人误以为存在(如本来不存在不法侵害但行为人误以为存在而实行防卫的假想防卫),就是关于违法性的事实的错误(或违法阻却事由的错误、正当化事由的错误),因为这种错误而没有认识违法性的事实时,那就阻却责任故意的成立(也有论者认为是阻却责任成立)。持否定态度者则认为,违法阻却事由是消极的构成要件要素,违法阻却事由的错误(或关于违法性的事实的错误),属于构成要件的错误的范畴,应该在构成要件论中探讨。^①

一般认为,只要承认存在构成要件性故意,那么,往往也会承认与这种故意相关的错误,有可能阻却构成要件性故意;同样道理,承认存在责任故意的论者,通常也认为与责任故意相关的错误,有可能阻却责任故意。但是,认为存在违法故意的论者,不一定认为与违法故意相关的错误会阻却违法故意。例如,大塚仁认为,应该在违法性中检讨的故意,称之为“违法故意”,主要是从违法性的程度上而论的。由于构成要件与违法性比构成要件与责任的联系更为紧密,一般来说,有构成要件故意也就必定有

① 参见大塚仁著《刑法の焦点I》,有斐阁1984年版,第20—23页。