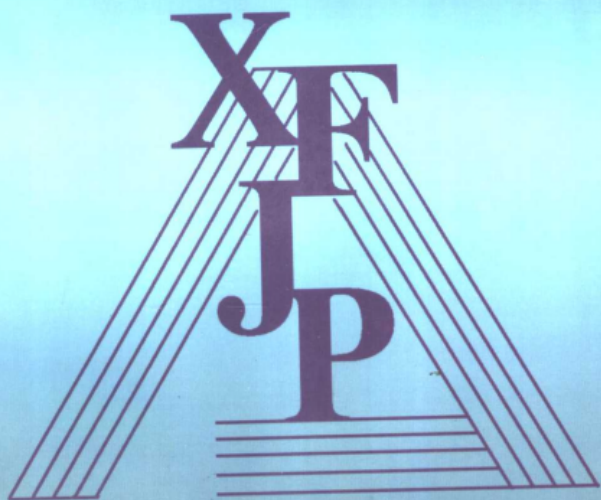


● 刑法精品文库 ●

刑法中错误论

刘明祥 著



中国检察出版社



● XINGFA JINGPIN WENKU ●

刑法精品文库书目

罪数形态论
中国刑法思想
刑事立法的理论与技巧
刑事司法解释论
刑事责任制度研究
犯罪故意论
刑法中错误论
刑法中的正当化行为
财产刑研究
量刑研究
缓刑与假释
侵犯人身权利罪研究
“六害”治理论
近代西方刑法学说史略
中国刑法简史

ISBN 7-80086-355-7



9 787800 863554 >

ISBN 7-80086-355-7

D · 356 定价：19.50元



刑法中错误论

刘明祥 著

中国检察出版社

京新登字 109 号

图书在版编目 (CIP) 数据

刑法中错误论/刘明祥著.

—北京: 中国检察出版社, 1996. 5

ISBN 7-80086-355-7

I. 刑…

II. 刘…

III. 错误-刑法-研究

IV. D914

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (96) 第 02883 号

刑法中错误论

刘明祥著

中国检察出版社出版发行

北京市东城区东总布胡同 10 号

新华书店经销

兵器工业出版社印刷厂印刷

850×1168 毫米 32 开 9.75 印张 250 千字

1999 年 1 月第二版 1999 年 1 月第二次印刷

印数: 2001—5000

ISBN 7-80086-355-7/D·356

定价: 19.50 元

《刑法精品文库》编委会

主 任 梁国庆

委 员 (以姓氏笔划为序)

马克昌 王作富 宁汉林

苏惠渔 苏德永 何秉松

高铭暄 梁国庆 储槐植

总 序

《刑法精品文库》是一套涉及古今中外刑法理论的学术丛书，由法学界九位著名专家组成编委会，组织国内七所法学院校从事刑法理论与教学的资深教授和中青年后起之秀撰稿，中国检察出版社出版发行。受编委会委托，我将出版这套丛书的有关情况作些说明。

自1980年《中华人民共和国刑法》实施以来，我国刑法学界气氛活跃，硕果累累，发表了许多学术论文，出版了众多教材、案例分析及有关参考书，还有不少专著问世。当然，由刑法学专著组成的学术丛书并不多见。法学界的专家学者认为，当前我国刑法学的理论研究，已进入全面发展的阶段。今后刑法学界应该就刑法理论和实践问题，作更深层次的探讨，出更多高品位的学术著作。基于此种共识，亦为推动我国刑法学的发展，我们决定组织撰写一套学术丛书。

经过编委会的几番磋商，最后确定这套丛书在选题方面，以研究现代刑法理论为主，兼顾对古代和近代刑法理论的历史考察；总结我国刑法学理论制度为主，兼顾介绍国外对我有参考借鉴意义的学术观点和著作；以刑法基本理论为主，兼顾刑事司法实践；以刑法总论的课题为主，兼顾刑法各论的问题。力求通过整套丛书反映刑法理论的最新成果，填补刑法学领域的某些空白，为国家的刑事立法和司法实践提供借鉴，为刑法学的教学和科研提供参考资料，为构筑和完善我国刑法科学的理论体系添砖加瓦。

这套丛书，不仅选题所涉领域广泛，而且以资料广博、思想深邃、富有创见为特色。另外，为贯彻百花齐放、百家争鸣的方针，丛书未设统一的总主编，每一本书均自成体系，又各有其特

色。并且各书之间可能在某些学术观点上有所对立。这在我看来，既是难免的，也是允许的，甚至在某种程度上也是有益的。因为真理越辩越明，学说之争势必带来学术的繁荣，推动学术的发展。

《刑法精品文库》的出版问世，得益于一些著名刑法学专家、教授的积极参与，他们不仅参加了编委会，做了大量细致有效的组织工作，而且承担了一些专著的撰稿、主编或审定重任，使丛书的质量得到了保证。一批中青年刑法博士和学者，以锐意进取、勇于开拓的精神勤勉工作，为丛书注入了新鲜血液，使之焕发出勃勃生机。中国检察出版社注重社会效益，积极支持学术著作出版，为丛书提供了经济保障。所有这些都是应该在这里深表谢意的。

《刑法精品文库》虽含“精品”二字，也难能皆为精品；即便是称得上精品的著作，也难免会有某些疏漏。不当之处，敬请读者批评指正。但是，多出高品位高质量的刑法学著作，是我们的愿望和宗旨。若本丛书的出版，能够成为引玉之砖，并在不久的将来，使我国的刑法学研究进入精品迭出的时代，为建设社会主义法制国家有所作为，那么，为之欣慰者就远远不止是这些献身于刑法学事业的人们了。

梁国庆

一九九六年四月

序

刑法中的错误不仅影响行为人的罪过形式、刑事责任，而且也涉及犯罪的既遂或未遂；因而刑法理论一直给予应有的关注。有些国家在刑法典中还对基于错误实施的行为的责任问题明文作出规定。但在刑法学中关于“错误论”在许多方面都存在分歧而没有得到很好解决。

首先，关于错误的定义就众说纷纭，莫衷一是。前苏联学者基里钦科认为：“错误应当理解为：行为人对于所实施的行为的社会危害性和那些组成某种犯罪构成重要因素的情况的不正确观念。”H. A. 别利亚耶夫等指出：“错误是犯罪主体对它所实施行为的法律评价或事实情况的错误认识。”日本学者中山研一提出：“所谓错误，指客观的事实与行为人的主观的认识不一致”。正田满三郎说：“所谓错误，在一般意义上指主观的认识或预见与认识的对象或能够观察的预见之实现的客观事实之间的不一致。”我国台湾学者刘清波认为：“错误者，主观之认识与客观之事实不相符合之状态也。申言之，行为人对于犯罪事实之认识，所明知与所预见者不一致也。”不少学者仅从一般意义上给“错误”下定义，而未触及刑法中错误的特殊性。在从刑法中错误的特殊性上下定义时，由于对错误的分类的观点不一，以致对“错误”的定义也有差异。

其次，对错误的分类的见解更为分歧。关于错误的分类，西方刑法理论通说历来根据“不知法律不赦”这一罗马法原则，将刑法中的错误分为事实错误和法律错误两类。通说之外，尚有不同分类的主张。二战以后，德国刑法学者目的的行为论创始人威尔哲尔(Welzel)主张应以构成要件的错误与禁止的错误的分类取

代事实错误与法律错误的分类。他说：“构成要件的错误是关于法律上构成要件的客观的行为情况的错误。……禁止的错误是在完全知道构成要件实现的场合（从而存在完全的构成要件的故意）关于行为的违法性的错误。构成要件的错误与禁止的错误的决定性的差异，不是关系于事实与法概念的对立，而是关系于构成要件——违法性的区别。”此说提出后，得到不少学者赞同。日本学者福田平论述说：“事实的错误与法律的错误中的‘事实’、‘法律’的意义，作为错误的区别的标准是不正确的。特别是，法律的错误是多义的，……从而使错误论陷于无用的混乱。……改变事实的错误与法律的错误的分类，以犯罪成立的要件为标准，把关于成为构成要件内容的客观的事实（构成要件的客观的要素）的错误，称为构成要件的错误；关于行为在法律上不被允许的错误的，称为禁止的错误（违法性的错误）可以说是比较妥当的。”正田满三郎、我国台湾学者林山田等均持同样观点。一些学者纷纷采取这一对“错误”的新的分类方法。另一方面，仍有一些学者采取事实错误与法律错误的传统分类：日本刑法理论研究会主编的《现代刑法学原论（总论）》中指出：“在此，将问题区分为二，整理为客观与主观的不一致由关于事实本身的认识而生的场合（事实的错误），与由关于违法性认识而生的场合（法律的错误）……”该书仍将错误分为事实的错误与法律的错误两类。日本著名刑法学家团藤重光、植松正均采这种分类。内田文昭则将错误分为如下三类：一、事实的错误——误想防卫等；二、法律的错误；三、其他错误——关于期待不可能性的事实错误等。前苏联学者基里钦科将刑法中的错误分为：一、对于行为的社会危害性的错误；二、对于组成犯罪构成因素的情况的错误；三、法律的错误或法律上的错误。我国台湾学者蔡墩铭在其《刑法总论》中设“错误之分类”专题，将“错误”分为：一、构成要件错误；二、违法性错误；三、因果关系错误。此外还有其他不同的分类。至于事实的错误如何分类，法律的错误如何分类，更是意见繁多，言人人殊。

再次，关于“错误”的学说以及“错误论”在刑法学中的地位，看法均不一致。为避免繁琐计，不再一一赘叙。由上所述，关于“错误”观点的分歧，已不难窥见。

我国刑法学在刑法中的错误问题上受苏联刑法学较大的影响。我国高校刑法学教材，通常将刑法中的错误称为“行为人在法律上和事实上认识的错误”，或称“刑法上的认识错误”，分为在法律上的认识错误和在事实上的认识错误，放在犯罪主观方面一章或一节中的最后论述。但一些关于刑法中错误的硕士学位论文，在“错误”的定义和分类上，都对传统的观点提出质疑，并发表了自己的见解。刑法中的错误论在我国刑法理论上受到挑战。

鉴于刑法中错误论的重要性和理论上的对此问题的分歧，我所指导的博士研究生刘明祥副教授，在攻博期间，毅然选择“刑法中的错误论”作为自己博士学位论文的题目，期望在这一难题的研究上有所突破。题目确定后，他不辞辛劳远出调查，收集资料，复印文献，认真钻研，深入思考，兢兢经年，始行脱稿。论文结构严谨，行文通畅；旁征博引，资料丰富；论证适当，内容充实；思想开拓，颇有新意。在答辩时受到专家学者的好评，同时听取了一些有益的意见。答辩之后，作者进行了认真的修改和较多的补充，然后送中国检察出版社出版。我认为这是一本具有相当理论深度的刑法专著，尽管书中的论点，未必尽善；但它弥补了我国刑法学界尚缺“错误”论专著的不足，具有开拓创新精神，不论对刑法理论的深入探讨，或对司法实践的研究案例，都具有参考意义。因而特缀数语，向广大读者推荐。是为序。

马克昌

1995年3月20日

目 录

第一章 刑法中错误概说	(1)
第一节 刑法中错误问题的历史沿革	(1)
一、英美刑法中错误问题的历史沿革	(1)
二、德日刑法中错误问题的历史沿革	(7)
三、中国刑法中错误问题的历史沿革	(20)
第二节 刑法中错误的概念	(26)
一、刑法中错误的定义和范围	(26)
二、刑法中错误的特征	(32)
第三节 刑法中错误的分类	(34)
一、外国刑法理论上关于错误的分类	(34)
二、我国刑法理论上关于错误的分类	(36)
三、各种分类辨析	(38)
第二章 事实错误	(48)
第一节 事实错误概述	(48)
一、事实错误的概念	(48)
二、事实错误的种类	(51)
三、关于事实错误的学说及其评析	(59)
四、处理事实错误的基本原则	(74)
第二节 客体错误与对象错误	(78)
一、客体错误	(78)
二、对象错误	(82)
第三节 手段错误	(90)
一、手段错误的概念	(90)

二、手段错误的种类及其处理原则	(93)
第四节 行为性质错误	(95)
一、行为性质错误概述	(95)
二、行为性质积极错误的典型形式——防卫错误	(101)
三、行为性质消极错误的典型形式——偶然防卫	(132)
第五节 打击错误.....	(144)
一、打击错误的概念和特征.....	(144)
二、打击错误的性质.....	(146)
三、打击错误的处理原则.....	(148)
四、打击错误与对象错误的区别.....	(159)
第六节 因果关系错误.....	(163)
一、因果关系错误的概念和范围.....	(163)
二、关于因果关系错误的学说与评析.....	(165)
三、因果关系错误的种类及处理原则.....	(168)
第三章 法律错误.....	(173)
第一节 法律错误概说.....	(173)
一、法律错误的概念.....	(173)
二、法律错误的种类.....	(174)
第二节 法律错误与故意的关系.....	(185)
一、问题所在.....	(185)
二、资产阶级刑法理论上关于法律错误与故意之 关系的学说及评析.....	(185)
三、我国刑法理论上关于法律错误与故意之关系 的争论.....	(194)
第三节 违法性认识的内容及其判断.....	(211)
一、违法性认识的内容.....	(211)

二、违法性认识的判断·····	(215)
第四节 事实错误与法律错误的区别·····	(221)
一、问题所在·····	(221)
二、区分标准·····	(222)
三、几类疑难案件的区分·····	(224)
第四章 共同犯罪中的错误 ·····	(231)
第一节 共同犯罪中的错误概述·····	(231)
一、共同犯罪中错误的概念·····	(231)
二、共同犯罪中错误的种类·····	(233)
三、处理共同犯罪中错误的原则·····	(234)
第二节 共同实行犯的错误·····	(235)
一、共同实行犯的法律错误·····	(235)
二、共同实行犯的事实错误·····	(236)
第三节 教唆犯和帮助犯的错误·····	(248)
一、教唆犯和帮助犯的法律错误·····	(248)
二、教唆犯和帮助犯的事实错误·····	(250)
第四节 间接实行犯的错误·····	(264)
一、间接实行犯的错误的范围·····	(264)
二、间接实行犯的错误的处理·····	(265)
第五章 不作为犯罪中的错误 ·····	(270)
第一节 不作为犯罪中的错误概述·····	(270)
一、不作为犯罪中的错误的概念·····	(270)
二、不作为犯罪中的错误的种类·····	(271)
第二节 不作为犯罪中的法律错误·····	(271)
一、不作为犯罪中的法律错误的概念·····	(271)
二、不作为犯罪中的法律错误的表现形式·····	(272)
第三节 不作为犯罪中的事实错误·····	(273)

一、不作为犯罪中的事实错误的概念·····	(273)
二、不作为犯罪中的事实错误的表现形式及处理 原则·····	(274)
第六章 刑法中错误的立法及其完善·····	(280)
第一节 事实错误的立法及其完善·····	(280)
一、外国刑法关于事实错误的立法及其评析·····	(280)
二、关于完善我国刑法中的事实错误的立法建议 ·····	(283)
第二节 法律错误的立法及其完善·····	(284)
一、外国刑法关于法律错误的立法及评析·····	(284)
二、关于完善我国刑法中的法律错误的立法建议·····	(291)
主要参考文献·····	(295)
后记·····	(300)

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过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，这未免过于苛酷，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事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。