



北京师范大学刑事法律科学研究院
刑法学研究总整理文库

总主编 赵秉志

刑法中的错误

专题整理

陈琴
杨会新
编著



中国人民公安大学出版社



北京师范大学刑事法律科学研究院

刑法学研究总整理文库

总主编 赵秉志

刑法中的错误专题整理

陈 琴 杨会新 编著

中国人民公安大学出版社

· 北 京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

刑法中的错误专题整理/陈琴, 杨会新编著. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2010. 9

(北京师范大学刑事法律科学研究院刑法学研究总整理文库)

ISBN 978 - 7 - 5653 - 0196 - 4

I. ①刑… II. ①陈… ②杨… III. ①刑法—中国—文集

IV. ①D924. 04 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 188410 号

刑法中的错误专题整理

XINGFAZHONG DE CUOWU ZHUANTI ZHENGLI

陈 琴 杨会新 编著

出版发行: 中国人民公安大学出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷: 北京泰锐印刷有限责任公司

版 次: 2010 年 9 月第 1 版

印 次: 2010 年 9 月第 1 次

印 张: 10.75

开 本: 880 毫米 × 1230 毫米 1/32

字 数: 332 千字

印 数: 1 ~ 3000 册

书 号: ISBN 978 - 7 - 5653 - 0196 - 4/D · 0146

定 价: 32.00 元

网 址: www.cppsups.com.cn www.porclub.com.cn

电子邮箱: cpep@public.bta.net.cn zbs@cppsu.edu.cn

营销中心电话: (010) 83903254

读者服务部电话 (门市): (010) 83903257

警官读者俱乐部电话 (网购、邮购): (010) 83903253

教材分社电话: (010) 83903259

公安图书分社电话: (010) 83905672

法律图书分社电话: (010) 83905745

公安文艺分社电话: (010) 83903973

杂志分社电话: (010) 83903239

电子音像与数字出版分社电话: (010) 83905727

本社图书出现印装质量问题, 由本社负责退换

版权所有 侵权必究

北京师范大学刑事法律科学研究院
刑法学研究总整理文库
编 委 会

学术顾问 高铭暄 马克昌 王作富
储槐植

主 任 赵秉志

副 主 任 卢建平 李希慧

编 委 (按姓氏音序排列)

黄 风 李汉军 刘志伟

王秀梅 王志祥 吴宗宪

张远煌

北京师范大学刑事法律科学研究院
刑法学研究总整理文库
编 辑 部

主 任 刘志伟（兼）

副主任 黄晓亮 张 磊

成 员 刘 科 袁 彬 李山河

苏明月 蒋 娜 彭新林

总 序

新中国刑法学在新中国成立初期创建之后，虽然曾因政治运动出现过一段时间的停滞，但在党的十一届三中全会后开始复苏，并逐步走上了繁荣发展的道路。尤其是近 20 多年来，刑法学研究更是突飞猛进，成果迭出，成就斐然，从而成为我国法学领域公认的最为发达的主要学科之一。在新中国刑法学创建以来的近 60 年间，共出版著作近 3000 部，发表论文数万篇。面对如此丰硕的研究成果，总结其成就，反思其得失，从而为刑法学的进一步开拓发展提供导向，显得异常迫切。这就需要加强对数十年来刑法学研究成果的系统整理，将体现刑法学发展和具有重要学术价值的代表性研究成果，从发表在数以百计的报刊和文集上的浩如烟海的论文中精选出来，按照专题汇编成册，从而为今人的研究、学习提供便利，也为后人保留有代表性的研究资料。

以高铭暄、赵秉志教授为首的北京师范大学刑事法律科学研究院的刑法学研究团队，在潜心刑法理论研究的同时，历来都非常重视刑法学研究资料的整理和汇集，多年来在这方面曾推出了数部非常有影响的学术资料荟萃书籍。例如，《新中国刑法学研究综述（1949—1986）》（高铭暄主编，河南人民出版社 1986 年版）、《刑法修改研究综述》（赵秉志

主编, 中国人民公安大学出版社 1990 年版)、《刑法争议问题研究》(赵秉志主编, 河南人民出版社 1996 年版)、《新中国刑法学五十年》(高铭暄、赵秉志主编, 中国方正出版社 2000 年版)、《新中国刑法学研究历程》(高铭暄、赵秉志主编, 中国方正出版社 2002 年版)、《刑法学的新动向》(刘志伟主编, 中国人民公安大学出版社 2005 年版)等。“删繁就简三秋树, 标新立异二月花”, 这些书籍简明扼要地概括了中国刑法学理论研究的实际状况, 反映出刑法学理论研究的最新动态, 揭示了刑法学术研究的前沿问题, 既为刑法学理论研究提供了资料方面的便利, 免除了研究者披沙拣金、查找适合资料这一皓首穷经的辛苦, 又汇集各家学说, 避免了研究者冥思苦想的观点却是前人已有之说的无谓劳动, 从而有利于研究者激发学术思想的火花。

为承袭前述著作的成功经验, 汇集近年刑法学术的前沿论述, 赵秉志教授等学者在中国人民大学刑事法律科学研究中心工作时, 即曾酝酿编撰一套系统整理新中国成立以来刑法学研究成果的著作, 但因故未能付诸实施。2005 年 8 月, 赵秉志教授、卢建平教授等数位学者首批加入北京师范大学并创建了全国首家实体性的刑事法律科学研究院。随后, 经过多次研究和论证, 决定组织精干队伍, 编撰出版“北京师范大学刑事法律科学研究院刑法学研究总整理文库”。该套文库将刑法学各个重要问题的有关内容分别编辑成册, 系集专题述评、代表性论文精选、研究论著索引为一体的大型学术工具书。它既是全面展示新中国刑法学研究成果的重要窗口, 也是刑法学研究者、学习者从事刑法学研究和学习的捷

径，还将为刑事法实务工作者集中提供权威或有价值的指导或参考。为保证本文库高质量地及时出版，北京师范大学刑事法律科学研究院刑法学研究团队给予了高度的重视，并精诚团结，投入了大量的时间和精力。并聘请研究院名誉院长高铭暄教授、研究院特聘顾问教授马克昌、王作富、储槐植先生担任本文库的学术顾问，组成了由院长赵秉志教授担任主任，常务副院长卢建平教授、中国刑法研究所所长李希慧教授为副主任，黄风教授、张远煌教授、吴宗宪教授、刘志伟教授、王秀梅教授、李汉军教授、王志祥教授为成员的编委会，负责文库的策划、作者的确定以及指导解决编写过程中遇到的重要问题。设立由刘志伟教授兼任主任，讲师黄晓亮博士、张磊博士为副主任，刘科博士、袁彬博士、李山河博士、苏明月博士、蒋娜博士、博士生彭新林为成员的编辑部，负责协调有关编辑与出版事宜。文库的编写队伍主要由北京师范大学刑事法律科学研究院的研究人员和部分博士后、博士生以及中国人民大学法学院刑法专业部分博士生组成。其每一册均由对相应专题有研究专长或研究兴趣的教师、博士生或近年毕业的博士担任编著者。考虑到本文库涉及刑法学总论、各论中的数十个专题，编著工程浩大，耗费时间也长，经过与中国人民公安大学出版社协商，决定根据各个专题的性质、完成的进度、文稿的规模分批出版，成熟一批出版一批。近两年来，基于各位编著者、审定者的辛勤工作，在中国人民公安大学出版社的大力支持下，刑法学研究总整理文库已有 18 本付梓问世，成为刑法学理论研究的重要参考，受到了刑法学界诸多专家学者以及读者朋友的热

烈欢迎与好评。我们将以此为动力，一如既往地勤勉工作，不断推出高质量的专题整理作品。

最后，需要说明的是，“北京师范大学刑事法律科学研究院刑法学研究总整理文库”是以公开发表的论文和出版的著作作为基础编写而成的，没有广大论文与著作原作者的辛勤劳动，就不会有本书的问世，在此向他们表示衷心的感谢与崇高的敬意；受编写者的学术素养、概括与总结能力以及编写和出版时间等因素的限制，本书论著原作者观点的概括和介绍难免有不准确、不妥当之处，尚祈广大作者和读者谅解。同时，也欢迎广大读者多提宝贵意见，以便我们在今后的编写修订工作中不断改进。

“北京师范大学刑事法律科学研究院
刑法学研究总整理文库”编委会

2008年8月18日

目 录

上编 研究述评

一、关于“刑法中的错误”的研究概况	(3)
(一) 我国古代对刑法中的错误规定概况	(4)
(二) 我国民国时期对刑法中的错误规定概况	(6)
(三) 新中国成立后至 20 世纪 70 年代末对刑法中的错误 研究概况	(7)
(四) 我国 20 世纪 70 年代末至 20 世纪 80 年代末 90 年代 初对刑法中的错误研究概况	(8)
(五) 我国 20 世纪 80 年代末 90 年代初以后对刑法中的错 误研究概况	(9)
二、关于“刑法中的错误”研究的主要问题及观点概述	(11)
(一) 刑法中的错误的含义	(11)
(二) 刑法中的错误的研究意义	(12)
(三) 错误问题的存在领域	(13)
(四) 刑法中错误的分类	(14)
(五) 事实错误与法律错误的区分标准	(22)
(六) 事实错误的处理原则	(32)
(七) 对象认识错误与不能犯问题	(40)

(八) 因果关系认识错误问题	(43)
(九) 共犯中的错误	(49)
(十) 法律错误的处理原则	(54)
三、关于“刑法中的错误”研究的整体评价	(59)

下编 代表性论文精选

因果关系错误与刑事责任浅析	陈泽宪	(67)
论我国刑法中的能犯未遂与不能犯未遂	赵秉志	(70)
刑法上认识错误的概念及分类	陈明华	(77)
“不能犯”质疑	利子平	(84)
罪行轻重的认识错误与定罪量刑	薛进展	(88)
错误中的正当化与免责问题研究	高铭暄 钱 毅	(92)
论刑法中的因果关系错误	刘明祥	(114)
危险性的判断与不能犯未遂犯	顾肖荣	(123)
论共同实行犯的事实错误	刘明祥	(137)
论英美刑法中关于法律认识错误的处理原则	张明楷	(147)
论刑法中的认识错误	阮齐林	(158)
论刑法中“行为性质错误”	杜 澎	(184)
对象错误条件下犯罪既遂的认定问题研究		
——对一例故意杀人案的定性分析	倪培兴	(194)
不能犯问题研究	黄卿堆	(209)
不能未遂犯论争：“客观危险说”批判	郑军男	(220)
不能犯的判断方法：危险概念的理性探析	张德友	(233)
被害人承诺与认识错误	郭理蓉	(244)
论期待可能性错误	田鹏辉	(253)

刑法中的危险及其判断：从未遂犯和不能犯的区别

出发 黎 宏 (261)

我国刑法中的不能犯界说：以危险判断学说为基准

..... 廖万里 (276)

论阻却犯罪的违法性错误 彭文华 (291)

不能犯未遂构成特征新论 郭天武 (301)

析教唆犯与间接正犯之间认识错误的认定与处理

——以部分的主客观相统一原则为立场 许发民 (312)

附录 论著索引 (323)

上编 研究述评

一、关于“刑法中的错误”的研究概况

刑法学一直处于百家争鸣的状态，而其中的错误理论更是如此。错误的问题直接切入刑法基础理论上的难点——主观面与客观面的对应问题，或许我们可以称之为刑法上一个根本的难题。无论大陆法系还是英美法系的学者，都认为错误理论是相当重要并且非常困难的理论。

就错误理论与责任理论的关系及重要性而言，日本学者泷川幸辰认为，“错误理论不是从责任理论推导出来的结论，它就是一种责任理论，即‘从消极的立场来考察的责任理论’。因而错误理论在与责任概念及责任程度有关系的范围内，并不主张某些特殊的东西，而是你要有一个完整的责任理论的话，就不能没有错误理论。错误理论对于责任理论虽然不过是一种补充性质的东西，但是要把有关责任的问题全都从正面论述，在事实上是有困难的，必定会有某些问题被忽略了。从这方面来讲，同责任理论并列地讨论错误理论，从表里两个方面来明确责任的本质，就是很实际的——且不论理论上如何。”^①

美国学者乔治·P. 弗莱彻认为，如果“从各种刑法典的具体细节以及语言上的变化差异中超脱出来”，那么各国刑法事实上都会面临有关 12 个问题的争论。这些通用的问题以及基本的区别，就是刑法的语法。他所归纳的 12 个问题，其中之一就是有关错误的问题。判断错误与刑事责任的关联，是“困难而又微妙的事情”，“处在刑

^① [日] 泷川幸辰：《犯罪论序说》，王泰译，法律出版社 2005 年版，第 107 页。

法理论上最困难的问题之列”。^①换言之，在存在错误的场合，必须借助错误理论判断刑事责任，错误理论是责任理论的反面。

总体而言，刑法中的错误问题在德国和日本刑法中讨论的多，而且研究的深，对事实错误的关注比法律错误要多。对于事实错误的归责而言，在日本刑法形成了具体符合说、法定符合说和抽象符合说的基本理论脉络，而在这三大学说内，又形成了一些子学说。从整体上看，在这些学说背后都体现了学者基本的刑法价值观念和立场。理论争鸣蔚然壮观，也造成了实践部门适用的“无所适从”。日本实务界对于事实错误的案例，有采用具体符合说，也有适用法定符合说的情况存在。德国实务界的通说一直是具体符合说，但是这并没有妨碍德国学说的不断发展。德国关于事实错误的学说也存在具体理论、等价理论，以及新近流行的犯罪计划理论和实质等价理论。

英美刑法对于认识错误的考量主要在于判断这种错误的认识是否“合理”、用个案的方式来探讨在什么情况下是合理的，从而决定是否否定行为人的罪责，以及否定罪责的效果如何。相对大陆刑法的精巧学说，英美刑法更偏重于功利的刑事政策方面的考虑。

我国对于刑法错误的规定和研究，可以说历史十分悠久，经历了一个漫长的发展过程。以下将分阶段进行简要的介绍。

（一）我国古代对刑法中的错误规定概况

对于刑法中的错误问题，我国自古即有法律的规定。中国古代虽然没有现代刑法中错误问题的有关概念和学说，但是，与此相关的法律规定，在各个不同历史时期都能找到。据现有的史料记载，最早对这一问题作出规定的是《周礼》。蔡枢衡先生在《中国刑法史》中曾经指出，《周礼·秋官·司刺》中有所谓三宥之法，即“一宥曰不谪，再宥曰过失，三宥曰遗忘”。这是对犯罪人实行宽大处理的三种情况。其中，“不谪”和“遗忘”就是现代刑法错误论中所包括的错

^① 参见〔美〕乔治·P. 弗莱彻著：《刑法的基本概念》，蔡爱惠等译，中国政法大学出版社2004年版，第2、3、221页。

误现象。所谓“不识”，按照东汉许慎所著《说文解字》的解释，“识，知也。”不识就是行为人在行为时对于自己成立犯罪的行为、危害的对象或结果，完全不了解或了解不够。所谓“遗忘”，《说文解字》解释为：“遗，亡也”，“忘，不识也。”不识就是不认识。也就是说，遗忘是指对于自己成为犯罪的行为、危害的对象或结果，本来有认识，一时忘记了。《周礼》中的三宥表明：如果认识不符合实际，亦即出现了当时不曾预料的实际；或者事前虽曾正确认识，临时有所忘记，遂致认识不符合实际，对这两种认识错误都应予以宽宥。^①

关于事实错误，中国封建社会大多数朝代的刑法中，在以下两个问题上采取了基本相同的处理原则：^②

一是对于对象错误，大都认为不阻却故意。例如，《唐律疏议》解释说：“数人共谋杀甲，夜中匆遽，乃误杀乙者，科以故杀罪。”唐律对于对象错误的杀人，仍以“故杀”论处的精神，历经宋元明清，一直延续到现在。

二是当行为人认识的事实与客观实际不一致，而刑有轻重之分时，大都采取“所犯重于所知从其所知，所犯轻于所知从其所犯”的原则。对于前者，即认识事实较发生事实为轻者，《唐律》规定：“其本应重，而犯时不知者，以凡论。”《唐律疏议》举例说：“本应重者，假有叔侄别处生长，素不相识，侄打叔伤，官司推间始知，听依凡人斗法。”对于后者，即认识事实比实际发生事实为重的，《唐律》规定：“本应轻者，听从本。”《唐律疏议》举例说：“本应轻者，父不识子，主不识奴，殴打之后，然后知悉，须依打子及奴本法，不可以凡斗而论。”

关于法律错误是否影响罪过及刑事责任的问题，中国古代刑法的

① 参见蔡枢衡著：《中国刑法史》，广西人民出版社1983年版，第185～187页。

② 参见刘明祥著：《刑法中错误论》，中国检察出版社1999年版，第22～23页。