论刑法中的认识错误

阮齐林*

一、错误的概念和分类

刑法中的认识错误，是指行为人对自己实施的犯罪构成事实或者对自己行为的社会危害性质，主观认识与客观实际不一致。所谓犯罪构成事实，指刑法分则以罪状形式所表述的客观事实；所谓行为的社会危害性质，指行为对社会利益的损害，其标志或认识途径是不被法律秩序所允许。也即社会、法律意义上的负价值。

对刑法中的错误可以作广义和狭义的理解。广义的理解，不仅包括认识与实际的部分不一致，也包括对实际发生的事情完全无认识的情况。根据广义的理解，错误论应是故意论和过失论派生的特殊问题，即发生错误在何种情况下排除故意，在何种情况下排除过失。狭义的理解，仅指认识与实际部分不一致的情况。根据狭义的理解，错误论在体系上应仅是故意论派生的特殊问题，故意（本体）论阐述认识与实际在一致情况下（无错误）故意的成立问题，错误论说明认识与实际不一致的情况下，对故意的成立产生何种影响的问题。

对错误不宜作广义的理解而应作狭义的理解。错误论在体系上应作为故意论派生的特殊问题，其主旨在于解决发生错误是否排除在因错误对实际发生的事实成立故意，或者对该事实具有社会危害性发生认识错误，是否排除承担故意罪责。因为一切过失都可以归结为认识错误，所以错误对过失而言是一般性问题而非特殊性问题。既然错误乃是过失问题中应有之义，自然不必于过失论之后再另予特别讨论。倘若对错误作广义理解，难以界定过失论与错误论的范围，难以明确错误论的主旨，亦难以避免体系上的重复。我国绝大多数论著都将错误论置于故意论和过失论之后，这种体系上的定位表明了对错误都有意无意地作了广义的理解。[1] 其结果不可避免地导致了错误种类（范围），尤其是事实错误种类的膨胀，导致错误论主旨的含糊不清。

关于错误论的立法依据。在国外，刑法学中的错误论往往是以本国的刑事立法为依据的。例如，日本刑法第38条（关于故意、过失条款）规定："（2）对于本应从重处罚的罪行，如果犯人在犯罪时不知情的，不得从重处罚。（3）不得因不知法律而认为没有犯罪故意。但根据情节可以减轻处罚"。德国1979年新刑法第16条规定："（关于事实情况的错误）（1）行为人在行为时，

---

* 中国政法大学副教授。

〔1〕 例如，"行为人的认识错误问题，是犯罪构成主观方面的一个特殊而重要的问题"。引自马克昌主编：《刑法通论》，武汉大学出版社1991年版，第347页。

对于犯罪的法定构成事实所属情况欠缺认识的，不成立故意行为，但对过失行为的可罚性不产生影响。(2)行为人在行为时误认为有可成立较轻法规所定犯罪构成事实之情况的，只按较轻法规处罚其故意行为。"第17条规定："(违法性的错误)行为人在行为时，欠缺为违法行为的认识，且此认识错误是不可避免的，其行为无责任。如系可避免的，得依第49条第1项减轻其刑"。其他如法国、意大利、挪威、波兰等国均有类似的规定。刑事立法关于错误的规定，是刑法学错误论的重要根据，对错误的概念、分类、效果及其在理论体系中的位置具有重要的影响。

关于错误的分类。传统的理论把错误划分为事实认识错误和法律认识错误两类。所谓事实错误一般指行为人所认识到的犯罪事实与实际情况不一致，包括对犯罪构成事实的认识错误和违法性阻却事由的事实认识错误，后者在我国被称为"行为性质"的错误，如"假想的防卫"。所谓法律错误，一般指对法律的不知或误解。在西方，犯罪论多采用"构成要件符合性——违法性——有责性"的三要件体系。传统的见解认为，违法是客观的；责任是主观的，把故意仅仅作为责任的形式和内容，因此无论是事实错误还是法律错误，都仅属于责任论中的问题。事实错误可以免责，而法律错误不得免责。新的见解认为，故意并非仅为责任要素，也是违法性要素进而是构成要件要素，从而把故意区分为构成要件故意、责任故意乃至违法性故意。构成要件的故意，简称故意，以对构成要件事实的认识为中心。责任故意，以违法性意识为中心。[2]在新见解流行后，简单地把事实错误和法律错误随着故意的区分在体系上分离开来，即事实错误作为故意论的特殊问题，法律错误作为责任(故意)论的特殊问题，并未彻底解决问题。因为新见解对故意的精细区分，使错误的传统分类显得粗糙，以致事实错误与法律错误界限不明确的矛盾更加突出。这首先表现在违法阻却事由的事实错误的性质，究竟是事实错误还是法律错误？更进一步的问题是，它究竟阻却故意还是阻却责任？其次，还表现为规范要素认识错误的性质问题。对于诸如"淫秽物品"、"他人财物"之类含有较多社会意义的规范要素的认识，不单是"有无"的事实认识，还包括对事物的社会、法律意义的判断。当行为人贩卖的是淫秽书刊而自认为不是淫秽书刊的场合，究竟属于事实错误还是法律错误？确有难解之处。鉴于上述种种原因，西方学者对错误的分类作了一些调整，把错误分为构成要件事实错误和违法性错误(亦称禁止性错误)，前者特指对构成要件性事实的认识错误，属于故意论的反面问题，其主旨是解决这种错误是否阻却故意；后者指对行为是否为法规范所禁止的不知或误解，属于(故意)责任的反面问题，其主旨在于解决是否阻却(故意)责任。[3]至于违法性阻却事由的错误，被划入违法性错误之中。[4]亦有学者主张，它应是一个独立的错误种类。[5]

新分类与旧分类的相同点是：构成要件性错误在性质上仍是事实错误；违法性错误在性质上仍是法律错误。二者的不同之处主要是由体系上的差异派生出来的。以构成要件事实认识、容忍为中心内容的故意，其反面问题的错误只能是构成要件性事实错误；难以容纳违法性阻却事由的事实错误；以违法性意识为中心内容的(故意)责任，其反面问题的错误称为违法性错误

〔2〕参见日本裁判所书记官研修所编：《刑法概说》，1990年版，第15页以下；大塚仁：《犯罪论的基本问题》，冯军译，中国政法大学出版社1993年版，第188页以下。

〔3〕关于错误的分类及其与体系的关联，参见前引大塚仁书，第194页以下。

〔4〕关于违法阻却事由的归类，参见福田平、大塚仁：《日本刑法总论讲义》，李乔、文石等译，辽宁人民出版社1986年版，第126页；林山田：《刑法通论》，1986年版，第180页以下。

〔5〕大塚仁称其为"关于违法性的事实的错误"。参见前引〔2〕，第225页。

或禁止性错误自然更为确切，它表明这种错误的中心并非是对法律具体规定的不知或误解，而是对自己的行为是否一般性地被法规范所禁止（不允许、否定）的不知或误解。如果将新分类与体系的新见解联系起来看，就会发现新分类与旧分类的差别并非仅是称呼的略有不同，它是整个犯罪理论新进展的一个组成部分。德国1979年新刑法关于错误的规定就是受新分类影响的立法例，同时，这一立法例又是对新分类十分有力的支持。

我国的刑法学说首先应考虑立足于我国的刑事立法、司法及理论体系划分并界定错误的种类。我国的刑法学说对错误一直采用传统的分类和解释，最近亦有学者采用新的分类与解释。[6]但是不论采用新分类还是旧分类或者提出其他的分类，都应当提出法律和理论根据，使我国刑法学中的错误论与我国立法相联系，与我国的理论体系协调一致。

我国刑法规定了故意的一般概念但没有规定错误问题。就现有的刑法规定而言，错误论虽然不似日、德等国那样有直接的法律根据，但有间接的法律根据。这个法律根据就是刑法第11条规定的故意犯罪概念。由于错误属于故意的反面问题，所以通过刑法上的故意概念可以解释错误论的一些基本问题。我国刑法第11条规定："明知自己的行为会发生危害社会的结果，并且希望或者放任这种结果发生，因而构成犯罪的，是故意犯罪。"我国学说一般从认识因素与意志因素两方面解释犯罪故意心态。关于认识因素，一般认为两项内容是必要的：其一是对犯罪构成事实的认识；其二是对行为社会危害性的认识。由此逻辑地引伸出相反的命题，即行为人在犯罪构成事实上或者在行为的社会危害性质上发生认识错误，是否影响成立犯罪故意，这就是错误论的命题。由此还可以逻辑地引伸出两种错误的类型；其一是犯罪构成事实的认识错误，其二是行为社会危害性质的认识错误。前者是一种事实性认识错误；后者是一种行为的社会、法律意义的认识错误。在刑事立法中，分则以罪状形式表述的各种事实都具有社会危害性，事实与价值（性质）是高度统一不可分离的。当行为人对犯罪构成事实有认识，一般足以推定对行为的社会危害性质有认识。但是不能排除社会实际生活中出现违反这种推定情况的可能性。只要承认故意犯罪必须对事实和性质两项内容均有认识，那么作为其反面问题的错误，划分出犯罪构成事实错误与社会危害性错误就是有法律依据和实际意义的。

将我国刑法上的错误种类，分别称为犯罪构成事实的错误和社会危害性的错误，实质上是抛弃事实错误和法律错误的传统分类，采纳犯罪构成事实错误和违法性错误（禁止性错误）的新分类。作出这样的选择，除有上述刑法第11条的根据之外，还有以下的理由：

首先，使划分出的错误种类与犯罪故意要素的对应关系更为具体、明确。成立犯罪故意以有犯罪构成事实认识和社会危害性认识为不可缺之要素，与此相对应的，就是犯罪构成事实和社会危害性两种认识错误。把错误的种类与故意的认识要素具体"挂钩"，是在体系上确定错误论的位置、主旨以及进行富有实效讨论的基础。

其次，有助于对错误论尤其是法律错误论进行富有实效的讨论。我国的理论一贯主张犯罪故意需要认识社会危害性，但不必要认识"违法性"。对故意的成立与否而言，研究这种意义的"违法性"错误显然缺乏针对性，以致我国的法律错误论主旨不明、实益不大，回避了需要解决的问题。因此确立一个与故意认识要素"挂钩"的社会危害性认识错误，取代空洞的法律认识错误，是使有关错误问题的讨论更具实效性的重要步骤。

第三，有利于"排除行为社会危害性事实的认识错误"的归类。这种错误的性质徘徊于事实

〔6〕 参见何秉松主编：《刑法教科书》，中国法制出版社1995年版，第226页。

与法律错误之间。如果将事实错误明确为犯罪构成性事实错误，将法律错误明确为社会危害性错误，那么就比较容易确定这种错误的归宿。

本文采纳了"构成要件事实错误、违法性错误"的新分类，却对后者改称"社会危害性错误"，其中的重要原因之一是中外刑法理论对违法性一词理解不同。在西方学说中，"违法性"是三大犯罪构成要件之一，对其含意虽有形式违法性论与实质违法性论之争，但趋于调和，公认违法性是形式与实质的统一。从它的地位、作用看，构成要件符合性侧重解决形式违法，违法性则侧重解决实质违法，即行为是否侵害法益为整体法秩序所不容。[7] 法定或非法定的违法性阻却事由之违法性，即在此意义上使用，否则非法定(或超法规)的违法性阻却事由便不可能被承认。作为故意责任要素之一的违法性意识之违法性也在这一意义上使用。从内容及在理论体系中的地位、作用看，西方学说中的"违法性"与我国学说中的"社会危害性"意思最为接近。我国刑法及其学说广泛使用的是社会危害性一词而不是违法性一词，这表现出我国刑法和学说重视揭示犯罪实质的倾向。在我国刑法理论中由于广泛地使用社会危害性的概念，使违法性一词既无地位又不规范，除了在表示犯罪基本特征时使用并有较确切的含意外，基本上看不到它的踪影。从客观方面的危害行为、危害结果到主观方面的明知自己的行为会发生危害社会的结果乃至正当防卫等排除社会危害的行为等，都采取实质性的社会危害性概念，而不使用违法性概念。偶而涉及违法性，往往侧重的是其形式意义，与西方学说中的违法性概念相去甚远。中外理论对违法性的不同理解，在我国理论上引起了不少的歧义、误解。为了全面地揭示违法性错误应有的实质内容，明确它与犯罪故意的关系，在我国刑法理论上，以社会危害性错误取代违法性错误的表述是必要的。

应当指出的是，西方学说采用新分类，与故意被分为构成要件故意和责任故意的体系见解有很大的关系。我国的学说历来主张统一地把握犯罪故意(故意与故意罪责的统一)，因此在我国的理论上采取何种分类与体系上的见解无关。

综上所述，我国刑法上的认识错误应是指行为人对自己实施的犯罪构成事实或者对自己行为的社会危害性质，主观认识与客观实际不一致。它是由刑法上的故意所引伸出的反面问题，其主旨在于解决发生认识错误是否影响犯罪故意的成立。刑法上的错误可以划分为犯罪构成事实的认识错误和行为社会危害性质的认识错误。关于排除社会危害性行为的事实错误，可归入行为社会危害性质认识错误之中。

二、犯罪构成事实的认识错误

犯罪构成事实的认识错误，指在故意犯罪过程中，行为人实际造成了与其预想不一致的犯罪构成事实。它是由故意的必要认识内容之一(即对犯罪构成事实有认识)所派生出的错误类型。其主旨在于解决行为人对与其预想不一致的事实能否成立犯罪故意。其要点如下：

第一，这类错误是在故意犯罪过程中发生的。如果行为人本无犯意，而实际造成了非预想

〔7〕 关于违法性概念的论述，如"违法性指行为侵害法益等，客观地看违反整体法秩序"；"形式上违反法规不是违法。"参见前引〔2〕《刑法概说》第29页。关于违法性的概念及实质与形式违法性之争论，参见木村龟二：《刑法总论》，有斐阁1973年版，第236页以下。洪福增：《刑法理论之基础》，1977年版，第235页以下；陈朴生：《刑法专题研究》，国立政法大学法律学系法学丛书(十九)，1988年版，第38页。

性危害结果的，属过失论的一般问题。因为在这种场合，不涉及是否成立犯罪故意。这是对错误作狭义理解所应得出的结论。

第二，这里所说的“犯罪构成事实”，与故意论作为故意认识内容之一的犯罪构成事实是同一的概念。关于成立排除社会危害性行为的事实错误，不属犯罪构成事实错误。我国学界历来将这种错误纳入“事实错误”之中。根据这种错误的事实性质，把它归入“事实错误”未尝不可。但在作了犯罪构成事实错误的限定之后，就不宜再把它包括进去了。

第三，这类错误论的主旨在于：确定对因错误而实际发生的非预想的犯罪构成事实是否成立故意。明确这一主旨，对划分错误论与故意（本体）论的范围，简明而有实效地讨论犯罪构成事实错误，具有重要的意义。考察故意犯罪过程中的错误不难发现，相对于行为人的主观认识有两个事实：其一是行为人预想实现的犯罪事实；其二是因错误而实际发生的事实。对于预想实现的犯罪事实，由于行为人本来就有犯罪故意，所以不论发生错误与否，也不论得逞与否，都应认定具有犯罪故意。假如因错误而实际发生的事实不是犯罪构成事实，如为杀人而杀死了一条价值不大的狗。因为杀死一条普通的狗不具有刑法上的重要性，不必考虑对因错误而发生的事实追究刑事责任，自然不必研究行为人对杀死狗一事是何种心态。所以这样的错误并无作为错误问题特别加以讨论的必要，直接按行为人原犯意定罪处罚即可。因错误致死狗而未致死人的，是单纯的犯罪未遂问题。只有当行为人预想实现一个犯罪构成事实并且因错误实际发生了一个非预想的犯罪构成事实，才有作为错误问题研究的必要。因为认定行为人在故意犯罪过程中对非预想的犯罪构成事实的心态，有一定的特殊性，不能为故意论的一般内容所包容。

为了明确错误论的主旨，维护错误论作为故意论特别问题的地位，简化错误的种类并对错误问题进行切实而有成效的讨论，[8] 有必要将下列情况从错误论中排除出去：

（一）在故意犯罪过程中，行为人虽有认识错误，但并未因错误而实际造成非预想的犯罪构成事实。较典型的如：因错误而发生的手段不能犯和对象不能犯。前者如误将白糖当砒霜而用于投毒杀人的；后者如将男人误认为女人而强奸的，撬开保险柜而其中空无一物的等等。在这些事例中，行为人虽有认识错误，但只因认识错误而未实现预想的犯罪，并未因错误而实际造成非预想的犯罪构成事实。属典型的故意犯罪未遂问题，不必作为错误论问题讨论。其实这类因错误而发生之“不能犯”，值得特别讨论的地方不在主观方面而在客观方面。对“不能犯”应否追究刑事责任，取决于其行为在客观上是否具有造成危害结果的可能性。如具有现实的可能性，就追究未遂罪责；如不具有现实可能性（如迷信犯），则不宜追究刑事责任。至于主观方面的犯意总是存在的，没有什么可争议的。

（二）在故意犯罪过程中虽然因错误而发生了非预想的事实，但该事实不属犯罪构成事实。例如行为人为了杀人却因错误而误杀了一条狗或一头猪的。由于非预想的事实不具有刑法上的重要性，不存在要行为人对这一事实负刑事责任的问题，所以也不必作为错误论的事例予以讨论。需要说明的是，在外国刑法中杀死一条普通的家犬一般认为是器物毁坏罪的构成事实，而在我国则一般不认为是毁坏财物罪的构成事实。

（三）主要应由故意本体论解决的某些犯罪构成事实认识错误的事例。我国的有些论著还

---

〔8〕 有的学者指出：“这种错误（指事实错误——引者注）种类繁多，相当复杂。”见张明楷：《犯罪论原理》，武汉大学出版社 1991 年版，第 305 页。其实，造成“种类繁多，相当复杂”的原因，很大程度上在于对错误论的主旨不明，缺乏一个界定事实错误种类的基准。

将下述事例作为错误论问题：不知是赃物而代人运输、保管、销售的；不知是现役军人的配偶而与之结婚或同居的(对象自身性质的错误)；不知自己患有严重性病而卖淫嫖娼的(主体认识的错误)；不知是禁渔区、禁渔期而捕捞水产品的(特定时空条件的错误)。[9] 这类"错误"的事例似应通过对犯罪故意要件的正面阐述加以说明。故意的认识因素，主要是对犯罪构成事实存在(有无)的认识，但对某些含有社会、法律意义的事实(或因素)，还包括对其社会、法律意义的认识，如赃物、严重性病、淫秽物品等因素。各种犯罪的犯罪故意在其认识内容和程度上都有特定的要求。行为人的认识符合特定要求的，成立该罪的故意。行为人因"误解"而致认识不符合特定要求的，不成立该罪的故意。此时的"误解"与没有具体犯罪故意的认识是一回事，并无特别的意义。有特定的认识才能成立故意，无特定的认识不能成立故意，此乃故意成立的一般性问题。倘若这类"错误"的事例也纳入错误论中，势必会扩大错误论的范围和种类，造成错误论与故意论的重叠交叉，淹没掉错误论的主旨和特殊性。

综上所述，并非所有的事实性错误都属于犯罪构成事实错误论的范围。狭义的犯罪构成事实错误应具有三个特征：(1)在故意犯罪过程中发生的；(2)主观认识与客观实际不一致；(3)与主观认识不一致的客观实际是一个犯罪构成事实或者具有刑法上重要性的事实。无犯意而因错误导致危害结果的，属过失论范畴；虽有犯意并发生认识错误，但未实际发生任何非预想性危害结果的，属故意犯罪形态论的范畴。犯罪构成事实错误论的主旨是解决行为人对非预想性犯罪构成事实是否也成立犯罪故意的问题，换言之，行为人本有犯意，因错误而致发生原犯意预想以外的犯罪构成事实时，该错误是否妨碍把非预想的事实归责于行为人的故意犯罪行为。行为人预想之内的犯罪事实是否实现不是错误论的焦点。但是预想的犯罪事实如果已经实现，对非预想的犯罪事实的罪责应单独评价。

三、犯罪构成事实认识错误的种类

按照上述对犯罪构成事实认识错误的狭义理解和把握，犯罪构成事实认识错误只有以下三种情况：

(一)对象辨认错误，即在故意犯罪过程中，行为人由于对侵害对象发生辨认上的错误，以致侵害了非预想的犯罪性对象。例如：甲意图杀乙，却误认丙为乙而将丙射杀。

(二)对象打击错误，即在故意犯罪过程中，行为人由于行为(方式、方法)出现差误而侵害了非预想的犯罪性对象。例如甲意图杀乙并瞄准乙射击，却命中了乙身旁的丙。

有的论著认为，对象打击错误只是行为上的差误，故不属于事实认识错误的范围。[10] 这种观点是值得商榷的。第一，行为差误并非与认识错误无关，在因行为差误而致打击错误的场合，行为人只是对预想侵害的对象辨认有误，这并不排斥行为人对自己能力的估量(如枪法)、对使用方法、工具的认识(如枪支、炸弹的性能)以及对侵害对象周围环境的认识发生错误。因对象

〔9〕 参见前引〔6〕，何秉松书，第229页以下。此外日本学者大塚仁将这类情况称为"规范性构成要件要素的错误"，并认为对"淫秽性"之类规范要素本身属性的误认，应属于事实错误，对规范要素本身的属性有认识但误以为不违法的，属于法律错误。参见前引〔2〕第212页以下。我国学者刘明祥亦持类似的见解，参见《论事实错误与法律错误的区别》，《法学评论》1995年第4期。

〔10〕 参见前引〔6〕，何秉松书，第233页；前引〔8〕，张明楷书，第306页。

辨认错误而误中非预想的对象，固然是事实认识错误，因其他方面的认识错误（能力、方法、工具、环境等）而误中非预想的对象，并非是与认识无关的纯客观性的行为差误。第二、事实错误论之中的错误，其焦点不在于行为人对预想性犯罪事实的心理态度（因为这种犯意是客观存在而毫无争议的），而在于行为人对非预想性犯罪事实的心理态度。换言之，错误论之所谓主观认识与客观实际不一致，重点在于行为人的主观预（设）想，与实际发生的（非预想的）犯罪事实不一致。而错误论的主旨就是要解决这"不一致"的情形是否妨碍对非预想性犯罪事实成立故意。无论是对象辨认错误还是对象打击错误都有这种意义上的主观认识与客观实际的不一致，都要解决这不一致的情形是否妨碍故意成立的问题。二者在错误论上的共同点，使得不承认行为差误是事实认识错误的论著，也不得不在认识错误之后还是要对行为差误作出介绍和评论。既然把行为差误当作事实认识错误的一种情况并无大的理论障碍，同时又有着共同性的问题需要解决，那么何必要把它排斥在外呢？主张简明而富有实效地解决事实错误论问题，一方面应把没有特殊性的"错误"排除在外，另一方面应把所有值得特别研究的错误问题包容在内。

（三）因果关系的认识错误，即在实施故意犯罪过程中，行为人实现了预想的危害结果，但导致该危害结果的因果进程与行为人预想的不一致。例如：甲卡乙的脖子致昏迷，然后抛尸井中，致乙溺死。甲以为乙是被卡死的，而实际上乙是被抛入井中溺死的。

四、犯罪构成事实认识错误的罪责认定

认定这类错误的罪责，是依法对行为人主观认识与客观实际不一致的心理事实作出的评价。在发生错误的场合，行为人预想实现某事实，却实际发生了非预想的事实，在心理事实的层面上出现了主观认识与客观实际的不一致。认定错误的罪责就是依法（犯罪构成）对这主客观不一致的心理事实作出评价。评价的焦点是：非预想性犯罪事实与行为人预想实现的犯罪事实在法定犯罪构成的意义上是否具有一致性，如果具有一致性，那么，主客观在心理事实层面上不一致的情况，不妨碍行为人对非预想性事实承担故意罪责；反之，则阻碍承担故意罪责。

我国已有判例表示出这样的立场。吉林省高级人民法院关于"吴振江欲杀其叔而误杀其父案"的判决具有代表性。该案的基本事实是：被告人吴振江欲杀其叔，在其叔与其父交谈之际，举起木棒朝其叔头部打击，被其叔躲过，致木棒击中回头正欲制止吴振江行凶的其父的头部，造成其父死亡。这是一起典型的打击错误的实例。对此，吉林省高级法院认为："被告人既有杀人的故意，又有杀人的行为和将人杀死的后果，虽未达到其犯罪目的，但不影响故意杀人罪的成立"。此判例的评析人指出："我们认为，行为符合犯罪构成是行为人承担刑事责任的唯一根据，解决行为误差的刑事责任问题……只能以主观要件与客观要件相统一的犯罪构成为标准……对于故意杀人罪来说，法律并不以特定的对象和特定的结果为构成要件，被告人无论是杀死其叔还是杀死其父，其法律性质是相同的，都是故意非法地剥夺他人生命的行为，对此应以故意杀人罪既遂论处。"[11]

法院的意见和判例评析人的见解，都明确表达了这样的观点：对打击错误应以犯罪构成为标准认定行为人对误击对象应承担的罪责。日本的判例也表示出类似的观点，并被称之为"法定符合说"。所谓法定符合说是指，犯罪故意的认定（或事实错误是否阻却故意的认定），不以行

〔11〕《人民法院案例选》，人民法院出版社1993年版（总第5辑），第21页以下。

为人的认识与实际发生的事实在具体细节上一致为标准，而应当以符合法定的构成要件为标准。行为人(预想)认识到的犯罪事实与现实发生的事实在法定范围内一致，就能够认定对该现实发生的事实成立犯罪故意，不需要在心理事实上的具体的一致。[12] 日本学者也普遍认为法定符合说运用于事实错误大体是妥当的。[13]

根据犯罪构成事实错误在法定犯罪构成上的意义，即法律性质，可以把它们划分为同一犯罪构成范围内的事实错误和非同一犯罪构成范围的事实错误。

(一)同一犯罪构成范围内的事实错误

所谓同一犯罪构成范围内的事实错误(以下简称同一性质的错误)是指行为人预想实现的犯罪事实与实际发生的非预想的犯罪事实，都属同一犯罪构成性质的事实。换言之，二者在行为人的心目中虽然是不一致的，但在法定犯罪构成的性质上是一致的，如果属于同一性质的错误，原则上不妨碍认定行为人对非预想的犯罪事实负故意罪责。

关于同一性质的对象错误，例如甲意图杀害乙，因为误认丙为乙而杀死了丙；或者甲意图杀害乙并朝乙瞄准射击，却偏偏命中了乙身旁的丙。前例属对象辨认错误；后例属对象打击错误。在上述两例中，由于行为人有杀人的意思(杀乙)，并且认识到杀人的事实(杀丙)，符合杀人罪犯罪构成的非法剥夺他人生命的特征。至于实际被杀害的是乙还是丙，只是具体事实方面的枝节性差异，不妨碍认定行为人对实际被杀害的人具有非法剥夺他人生命的意思。

在对象辨认错误的场合，虽然一般不会在预想和非预想侵害对象上同时都发生损害结果，但是在对象打击错误的场合，则可能在预想和非预想侵害对象上同时发生损害结果，因此，需要分别结果发生的不同情况，明确定罪处罚问题：

1. 行为人仅对误击对象造成实际损害而未对预想侵害对象造成任何实际损害。如行为人意图射杀甲却误中了乙，在甲身上没造成任何实际的损伤。在这种场合，如果行为人对乙的死亡存在间接故意，应认定行为人对甲成立故意杀人罪未遂和对乙成立故意杀人罪既遂。因为行为人对甲、乙均有杀人的故意。如果行为人对乙没有间接故意，则认定行为人只对乙成立一个故意杀人罪的既遂。因为行为人只有一个故意杀人的意思。前者是处断上的一罪(想象竞合犯)；后者是单纯的一罪。区分这两种情况并非毫无意义。因为在现实生活中发生的打击错误，确有对误击对象有间接故意的情况。如朝两个挨得很近的人射击，也有对误击对象不存在间接故意心态的情况，如吴振江欲杀其叔误击其父案。对这两种情况作出不同的评价，即前者评价为想象竞合犯，后者评价为单纯的一罪，能够恰如其分地说明二者的社会危害性程度。

2. 对意图侵害对象和非意图侵害对象造成了同样的危害结果。如行为人意图杀害甲，一枪却击毙了甲、乙二人或者击伤了甲、乙二人。对这样的情况，日本判例认为行为人对甲、乙均应成立故意杀人罪。反映这一立场的判例之一是：行为人意图杀害其叔母A，朝A刺十余刀，同时没有预期地刺伤了A怀抱的幼儿B，致A、B死亡。日本大审院判决行为人对A、B均成立杀人罪。判例之二是：行为人为了劫取警察A佩带的手枪，用自己改装的建筑用射钉枪对A背部射击，钉子贯穿A的左侧胸部又偶然地命中了前方约30米处的行人B，致A、B均负重伤，但未能夺取手枪。日本最高裁判所判决行为人对A、B均成立强盗杀人罪未遂。判决站在法定符合说的立场上指出："既然在杀人的意思之下实施了杀害行为，那么，结果发生在犯人没有认识

〔12〕 星野英一等编：《判例六法》，有斐阁1991年版，第1092页(故意之七)。另参见前引〔2〕，大塚仁书，第203页。

〔13〕 前田雅英：《具体性事实的错误》，《法学教室》1992年第7期(总第142期)，第37页。

的人身上时，也应说对该结果有杀人的故意。”有的学者虽然赞成法定符合说，但对判决结果有异议。他们认为，在行为人对误击对象有未必故意的场合，因为对A、B均有故意，判定对A、B均成立故意罪是合理的。但是在行为人对误击对象B没有未必故意的场合，因为行为人只有一个杀人(杀A)的故意，却认定对A、B均成立故意杀人罪是不合理的(日本的理论和实践认为上述两判例中的行为人对误击对象B没有未必故意)。他们认为，上述两判例中的行为人已经实现了预期的犯罪，就不属于错误论范围的问题。因为错误论是故意论的例外，它解决的问题是：行为人没有使意图侵害的对象发生预想的结果，却在另一非预想的对象上发生了结果，那么能否把这非预想对象上发生的结果归责于行为人的故意行为？所以，当行为人预想的犯罪结果被实现就不存在错误的问题了。又造成非预想性危害结果的，属于一个完整无缺的故意犯罪所产生的过剩结果，对此只需研究行为人对过剩结果有无过失。基于这样的见解，他们认为就上述两个判例而言，第一例的行为人对A应成立杀人罪；对B有过失就成立过失致死罪；第二例的行为对A成立强盗杀人罪(未遂)；对B成立过失致伤罪。因两例中的行为人均属一行为数结果，应按想象竞合犯处断。[14]

学者的见解是有道理的。在意图侵害对象和非预想侵害对象都遭到同样损害的场合，由于行为人原犯罪故意已实现或在一定程度上实现了，也就是说已有特定的危害结果要归责于原故意行为了，那么就不应当再考虑把非预想结果归责于原故意行为。而应分别考虑：如果行为人对误击对象上发生的非预想结果有间接故意的，对预定侵害对象和非预定侵害对象均成立故意罪；如果行为人对非预想结果没有间接故意，那么对预想侵害对象成立故意罪，对非预想侵害对象成立过失罪。虽然最终都要以想象竞合犯按一罪处断，但在犯罪成立阶段，有必要明确是对两个危害结果均承担故意罪责，还是对其中的一个结果承担故意罪责，而对另一个结果承担过失罪责。

3. 对非预想侵害对象造成了构成要件的结果，而对预想侵害的对象只造成了一定程度的损害，尚未造成构成要件性结果的。例如：行为人意图射杀甲而同时误中了乙，致甲负伤而致乙死亡。对于这样的情况，行为人如果对乙的死亡存在间接故意，那么对甲应成立杀人罪(未遂)；对乙应成立杀人罪(既遂)，按想象竞合犯处断。如果行为人对致乙死亡不存在间接故意，那么首先应当明确：行为人以一个杀人的故意(杀甲)并实施了一个杀人行为，且造成了一个人的死亡结果(乙死亡)，按照法定(构成要件)符合说，对乙的死亡应成立故意杀人罪(既遂)。其次，由于已经把杀死了一个人(乙)的结果归责于原故意行为了，那么就不宜再让行为人对致甲负伤的结果负故意罪责。换言之，应让行为人对致甲伤害的结果负过失责任，即成立一个杀人罪既遂(对乙)和一个过失重伤罪(对甲)，按想象竞合犯处断。如果对甲的伤害未达重伤程度的，应作为量刑情节考虑。

关于同一性质的因果关系错误。刑法中规定的一些犯罪要求实际发生特定的结果为既遂(结果犯)，因此成立结果犯的既遂，不仅需要行为与结果存在因果关系，还需要行为人对这一因果关系有认识。结果犯的因果关系首先是经犯罪构成法定化的因果关系，它是以社会生活中一种现象经常引起另一种现象的经验为基础的。因此，有无因果关系的认识，应根据这种社会生活上的一般经验加以判断。行为人的预想与实际的因果关系进程不一致，没有超出犯罪构成所确定的一般经验范围的，属于同一性质的因果关系错误，不阻却负故意既遂罪责。

---

〔14〕 关于日本的这两个判例及学者评论，参见前引〔2〕，大塚仁[illegible]第204页以下。

一般认为,同一犯罪构成性质的因果关系的认识错误主要有两种类型:

1. 行为人既定的犯罪行为实现了既定的危害结果,但因果进程与行为人预想的不一致。例如:行为人用刀将甲砍落到湍急的河流中,致甲溺死。行为人预定用刀砍杀甲,而实际上致甲溺死。由于刀砍人落水致死是常见之事,行为人明显能认识到其间的因果关系。至于具体细节上的不一致,不妨碍故意罪既遂的成立。

2. 行为人实施的既定的行为没有实现预想的结果,但误以为已实现了预想结果,进而实施了第二个行为,才产生了预想的结果。关于这种类型,人们常举之例是:行为人意图杀甲,卡甲的脖子直至认为甲已死亡,实际甲未被卡死。然后为匿尸而抛"尸"井内,致甲溺死。有些国家刑法中规定有遗弃尸体罪,在司法习惯上认为杀人后弃尸的行为不属事后不可罚的行为。因此杀人、弃尸在法律评价上是两个行为,应各自独立构成犯罪(牵连犯)。在这些国家的学说中,自然将这样的例子作为一种因果关系错误的类型。我国刑法未将遗弃尸体规定为罪,对杀人后的弃尸行为不必单独评价,自然也不必单列为一种因果关系错误的类型,其实可以把它视为第一种类型。

在国外的学说中,因果关系的错误是否阻却故意的问题,主要集中在第二种类型上。"如果观察行为人实际的犯罪意思,可以看到有杀人的意思和遗弃尸体的意思。因而,如果根据具体符合说,可以把犯罪区分为两个,成立杀人罪未遂和过失致死罪"。[15]但是根据法定符合说,从整体上把握行为人的一系列行为,可以看出相当的因果关系,不阻却成立故意杀人罪既遂。

在我国的学说中已直截了当地把杀人和弃尸视为一行为,那么无论是卡脖子致死还是抛尸井中致死不过是同一杀人行为过程中的细节,在这样的细节上发生认识错误,不妨碍将死亡结果归责于行为人的故意杀人行为。

结果加重犯的因果关系的错误问题,不属错误论的范围。因为法律对加重结果不限定于故意心态。无论有无故意,都是在结果加重的法定刑范围内处罚。

(二)非同一犯罪构成范围的事实认识错误

这种错误是指在故意犯罪过程中,行为人意图实现的犯罪事实与因错误而实际发生的犯罪事实属于不同性质的犯罪构成范围。由于因错误而发生的犯罪事实已超出了原犯意意图实现的犯罪构成的范围,因此原则上妨碍把因错误而发生的犯罪事实归责到原故意犯罪行为上去,即阻却对因错误而发生的事实成立故意罪。例如,行为人有杀人的意思,却因认识或打击错误而杀死了珍稀野生动物的;或者相反,意图猎杀珍稀野生动物因辨认或打击错误而杀死了人的。杀人与杀野生动物,属于不同犯罪构成的事实,不能将致死野生动物的结果归责于故意杀人的行为,也不能将致人死亡的结果归责于故意猎杀野生动物的行为。对于原意图实现的犯罪因错误而未实现的,成立故意罪(未遂);对于因错误而实际发生的危害事实,如有过失并且应负刑事责任的,成立过失犯罪,按想象竞合犯处断。

值得注意的是,对于不同犯罪构成间的事实错误,遇两犯罪构成间在性质上有某种程度重合情况的,应在重合的限度内,认定具有犯罪故意。例如,意图窃取财物而误窃枪支的,二者虽属不同的犯罪构成事实,但在财物的限度内二者是重合的,因此行为人应在窃取财物的限度内成立故意犯罪,即应成立盗窃罪(既遂)。对误窃枪支的事实,不承担故意罪责。

---

〔15〕 参见前引〔2〕,大塚仁书,第207页。

五、行为社会危害性的认识错误

行为性质的认识错误是指行为人对自己的行为是否具有社会危害性主观认识与客观实际不一致。这种错误类型的法律依据是我国刑法第11条对犯罪故意认识因素的要求，即成立犯罪故意需要对行为的社会危害性有认识。其主旨是要解决行为人对自己行为社会危害性的误解，是否妨碍行为人承担故意罪责。

所谓社会危害性认识是对行为的社会、法律意义否定性评价的认识(对负价值的认识)，它与违法性认识实际上是一致的。行为规范(价值)是由国家、社会主导的，其中最主要的是由国家以法律形式宣布的。因此行为的社会、法律意义上的负价值，既是法律所禁止的，也是对社会利益、秩序有损害的，二者是统一不可分割的。社会危害性认识与违法性认识本是同一的，那么社会危害性认识错误与违法性认识错误也应是同一的。之所以称社会危害性错误而不称违法性错误，如前所述，一是因为"社会危害性"在我国刑事立法上有较明确的依据，二是因为"违法性"一词在我国理论中常取其形式意义，容易引起误解。

这里所称的社会危害性认识错误与我国刑法理论中一般理解的"法律上的错误"是有些差别的，至少在考虑问题的侧重点上有所差别。在西方国家的理论乃至立法中，由称"法律上的错误"转称"违法性错误"或"禁止性错误"，不是一个名称的简单转换，而是对"法律错误"的把握向实质化、具体化的转换。法律上的错误可作广义和狭义的理解。广义的法律错误，指一切不知或误解法律规定的情况，包括不知或误解法律具体规定的情况，如不知或误解违反了行政法还是刑法，或者虽知是犯罪但不知处罚如何等情况，甚至还所括所谓"假想的犯罪"。狭义的理解则特指违法性错误或禁止性错误，即不知或误解了自己的行为是为法律所一般性禁止或不允许的。[16] 过去，在"不知法律不免责"格言的支配下，对法律错误的把握是相当粗放的。随着现代社会中经济、行政的禁令罚则日益增多，对不知法律的具体情况一律不加区别地、绝对地不免责显得过于苛刻，可能会惩罚无辜。由此导致了法律错误议论中心的形成，即法律错误可不可免责？在何种情况下免责？与此相对应，在理论体系上，故意被分别把握为构成要件故意和责任故意，而责任故意的中心内容是违法性意识。这个"违法性"与作为犯罪成立一般要件之一的"违法性"是同一的，其实质意义是对整体社会法秩序或共同生活秩序的违反或破坏(实质的违法性论)。在责任论中违法性意识是否责任(故意)的必要要素成为争议的焦点，由此形成了(违法性意识)不要说、必要说、和折衷说(自然犯不要、行政犯必要)。法律错误的议论中心与责任要素的议论中心在违法性意识上联结到一起。必要说认为，违法性意识是责任要素，因法律错误而欠缺违法性意识的阻却责任。折衷说认为，有违法性意识的可能性是责任要素，因法律错误而欠缺违法性意识可能性的，阻却责任。在这种意义上，违法性意识的理解日趋实质化和具体化。例如："对犯罪事实实际认识且也具有做坏事这样的违法意识，当然可能非难，作为一般人如当然认为是坏事且认识犯罪事实，也可能非难"[17] 在这里违法意识竟至被理解为有做坏事的认识。在这样的背景下，对法律错误作广义的形式的理解，几乎成为不关痛痒的泛泛之论，所以发生了由称"法律错误"向称"违法性错误"、"禁止性错误"的转变。即法律错误的中

〔16〕 参见前引〔2〕，《刑法概说》，第56页以下。

〔17〕 前田雅英：《故意论的新展开》，载《法学教室》1992年第5期(总第140期)，第54页。

心实际是关于不知或误解行为是否为法秩序所禁止或允许的情况，它是与作为责任要素的违法性意识直接关联的那部分法律错误。至于一般意义上的对法律具体规定的不知或误解，无形中作为常识，被置于法律错误的议题之外。基于同样的道理，这里所称的社会危害性认识错误就是要侧重于同作为故意认识要素的社会危害性认识直接关联的那种认识错误，而不是与故意成立无关的广义的法律错误。

在我国的刑法理论中，对法律上的错误一般作广义的、形式的理解。由于囿于不知法律不免责的见解(同时，这与对违法性的习惯上的形式理解不无关系)，我国刑法理论上关于法律错误的中心仍然主要围绕着具体刑法规定的不知和误解进行议论。我国的一些论著提到社会危害性的认识是故意的必要因素，但同时又指出成立犯罪故意要求有社会危害性认识但不要求有刑事违法性认识，明显地把二者分割开来。这种见解在我国理论上是很普遍的。其结果，不仅使刑事违法性应有的意思遭到了严重的误解，而且割断了法律错误与故意论联结的最有价值的纽带——社会危害性认识，使法律错误论象断线的风筝一般无所依附，成为可有可无的空泛之论。这大约也是我国刑法理论中关于法律错误的理论备受冷落的重要原因之一吧。

不能赞成把刑事违法性认识和社会危害性认识、(一般)违法性认识区别开来的观点。[18]我国关于犯罪一般概念的理论一贯认为刑事违法性、社会危害性和一般违法性三者是不一致、有区别的，这种见解虽然能够成立，但是据此推论三种认识在错误论中应予严格区别的观点却是不必要、不切实际的。

社会危害性认识归根到底是说明犯罪人反社会、反规范的思想意识问题。既然承认它是成立故意所必要的认识因素，那么围绕着故意成立与否，就应谈论与它最为相称的认识与错误问题，这个问题应当是包括(一般)违法性的认识与错误在内的对违反整体法秩序的认识与错误，而不限于刑事违法性的认识与错误。因为前者显然能包容后者，至少使后者成为低一个层次的问题。社会主义社会法律秩序是一个整体，当我们确定罪与非罪的时候，确实需要十分谨慎地在这个整体中区别刑事违法与一般违法，但是当我们确定是否成立犯罪故意的时候，即在考虑行为人有无反社会、反规范的意识的时候，应当考虑的是行为人对社会主义社会整体法律秩序有无冲突对立的意识，即有无一般违法性认识。单独考虑对整体法秩序的一部分(刑事法)是否持冲突、对立的意识是不全面的，也是不必要的。在理论上提出一个极端狭窄的"刑事违法性认识"的概念，并且把法律错误严格限制在这个范围内，使法律错误的领域内，只讨论欠缺一种极高程度的违法认识如何不影响故意的成立，却不讨论欠缺成立故意所必要的那种违法认识如何影响故意的成立，这种现象令人费解。产生这种现象的原因，一方面大约是囿于法律错误不免责的结论，另一方面是受刑事违法性与一般违法性严格区别观念的约束。其实，在违法性认识上，应当谈论的是对社会整体法秩序的违法性认识问题，此时把刑事违法性与一般违法性作为整体法秩序把握是妥当的。起码可以说，在法律错误的领域内，这种意义的违法性认识错误是更为深入、更有实际意义的问题。

行为的社会危害性认识与违法性认识是不可分离的。社会危害性无非是对行为社会意义

〔18〕 关于刑事违法性认识与非刑事违法性认识区别的观点，参见高铭暄主编：《刑法学原理》，第2卷，中国人民大学出版社1993年版，第120页。此外，最近在我国亦有学者反对这种区别的观点，指出："把违法性认识解释为关于违反法律规范或法律秩序的意识较合适，即不能把它限定在认识行为违反刑法的范围"，并作出了精辟的阐述。参见刘明祥：《刑法中违法性认识的内容及其判断》，《法商研究》1995年第3期。

的否定评价，而这种评价不是凭空进行的，必须以一定的行为准则（规范）为依据。这个依据就是国家以一定的形式所确立的行为准则，即法律规范。行为人是否认识到自己行为的社会危害性或者说是否认识到自己行为是“坏”的、“恶”的、“有害”的，总是要参照法律规范来判断，[19]即从是否为法律所允许的角度来判断。因此违法性认识与社会危害性认识是不可分割的。那种认为故意以有社会危害性认识为必要而不以有违法性认识为必要的观点，或者认为没有社会危害性认识不成立故意，而没有违法性认识不妨碍成立故意的观点，都有意无意地把二者分离开来，这是不恰当的。倘若深究什么是社会危害性认识，可以回答认识到“有害”，倘若进一步追问，凭什么认识到有害？恐怕不能诉诸行为人或法官的感觉，也不能诉诸道德规范，而只能诉诸法律规范，即通过是否为法所允许的途径来认识。社会危害性虽然是事物的实质，但在司法领域中，对实质的认识一旦脱离法律形式的认识，就会无从入手也会无所依据，使严谨的法律问题变得捉摸不定。正是在这个意义上讲，称“违法性认识”、“违法性认识错误”或许更为直接明了。严格意义上的违法性认识错误即禁止性错误与本文所称社会危害性认识错误是等价的、不可分离的。

六、社会危害性认识错误的种类

这类认识错误可以分为以下两类：

（一）因对法规的不知或误解，而误以为自己的行为不具有社会危害性。它包括以下两种情况：（1）因不知有关法规的存在而以为自己的行为不是被法律所禁止的；（2）虽知道有关法规，但以为自己的行为不属于该法规所禁止的情况。前者是法律的不知，后者是法律的误解，都可能导致欠缺社会危害性认识。

这里所说的被法律所禁止或不被法律所允许之“法律”，是包括刑事法在内的法律整体，即我国社会主义社会的整体法秩序，不单指刑事法。行为人对自己的行为是违反刑事法还是违反一般法的不知或误解，属于对具体法律规定的不知或误解，对有无社会危害性认识不产生影响。例如，重婚既是刑法所禁止的，也是婚姻法所不允许的，行为人重婚，只要认识到重婚一般意义上被法所禁止就认为有社会危害性认识，换言之只要认识到我国法律不许一夫多妻或一妻多夫就属于知道自己的行为是被法律所禁止的。无须特别考虑行为人对重婚被刑法所禁止一事有无认识。同样的道理，行为人只要知道侵犯著作权是侵权行为（民事违法），即使他对新颁布的《关于惩治著作权的犯罪的决定》一无所知，也属于知道自己的行为是法所不允许的。因为这一点就足以说明行为人的反社会、反规范的意识。在这种场合，还应特别考虑行为人是否知悉新颁布的刑事法令、是否知道侵犯著作权要负刑事责任。在我国的行政、经济法中，由于大量使用行政、经济的制裁手段（如治安管理处罚、工商行政管理处罚、海关处罚、违反税法的处罚等），有的还相当严厉，这导致我国刑事违法行为都已具有极为明显的社会危害性，孤立地谈论刑事违法性的认识或错误，未免脱离实际。

（二）排除行为社会危害性事实的认识错误，即客观上并不存在成立排除社会危害性的事

---

[19] 关于违法性认识与社会危害性认识的关系，亦有相反的观点，即通过社会危害性认识来认识违法性。参见前引[1]，马克昌书，第312页以下。从认识的角度讲，这种观点颠倒了违法性认识与危害性认识的关系。在法制社会中，法律应是评判（行为）是非的唯一标准，对实质的认识必须凭借一定的（法律）形式。

实,行为人误以为存在,而采取了自认为是没有社会危害性的正当行为。其典型的例子是"假想的防卫"和"假想的避险"。

关于这种错误的性质,外国学者展开了激烈的争论,当把错误划分为事实错误与法律错误时,争论焦点就是它应属于事实错误还是法律错误;当把错误划分为犯罪构成事实错误与违法性错误(禁止性错误)时,又争论它属于犯罪构成事实错误还是违法性错误。这种错误确有其特殊性。一方面,它是事实性错误,另一方面,它又是关于违法性的错误而非构成要件性的错误。在坚持法律错误不免责的背景下,考虑这种错误的事实性质和可以免除故意罪责的结论,一般将它归入事实错误之中。在违法性错误可以免除故意罪责的背景下,考虑到已把事实错误限定为构成要件事实错误和违法错误不绝对不免责,一般把它划入违法性错误之中。因为一方面,犯罪构成事实错误已难以包容这种违法性的事实错误,另一方面,把它划入违法性错误也不致得出不当的结论。从体系上讲,犯罪构成事实错误是构成要件符合性的问题,而关于违法性阻却事由的错误是违法性的问题。如果承认构成要件符合性和违法性之间质的差别,就不宜把这两种错误放到一起。

在我国,一直将这种错误归入事实错误之中。即使主张采用犯罪构成事实错误和违法性错误划分方式的学者,仍然将其划入犯罪构成事实错误之中。[20]

本文主张把错误划分为犯罪构成事实的错误和行为社会危害性认识错误。因此也主张相应地把排除行为社会危害性事实的认识错误划入社会危害性认识错误中。我国学者称这种错误为"行为性质的错误",可见十分看重它对行为社会危害性缺乏认识。将其归入社会危害性错误之中,符合其主要特征。此外,在刑事立法和理论体系上均把正当防卫、紧急避险等排除社会危害性行为当作犯罪构成论的反面问题。因此把这种错误与犯罪构成事实认识错误分别把握,在体系上也是妥当的。

七、对社会危害性认识错误的评价

成立故意需要行为人对社会危害性有认识,因此,没有社会危害性的认识理应能够排除故意罪责。但是作为故意成立反面问题的社会危害性认识错误是否能评价为欠缺故意所需要的社会危害性认识、排除故意罪责,则不能不考虑以下两个前提:

第一、对犯罪构成事实有认识足以推定对社会危害性有认识。刑法分则以罪状形式规定的犯罪事实均具有较高的社会危害性,尤其是我国刑法,已把大量的治安、行政、经济违法行为排除在外,使我国刑法中规定的犯罪均具有更高的社会危害程度。从认识的角度讲,具有极明显的社会危害性。行为人客观上实施构成要件的行为,主观上对该行为事实有认识,很难想象对自己行为的性质会缺乏认识。我国的刑法理论历来主张统一地把握法定构成事实及其危害性。西方刑法理论虽然把法定构成事实与违法性(其实质是社会危害性问题)分别把握,但认为构成要件有推定违法的功能,两种理论异曲同工,都可说明行为人有犯罪构成事实的认识,足以推定对社会危害性有认识。对社会危害性认识的标志或途径是对违法性的认识,即对行为是被法律所禁止的认识。

---

〔20〕 前引〔6〕,何秉松书,第230页。也有学者认为,这种错误虽然是行为性质的认识错误,但导致其行为性质认识错误的前提是事实错误,因此仍应属于事实错误。这不失为有力的说法。参见前引〔9〕,刘明祥文。

第二、公民应当知法、守法。从发挥刑法的规范公民行为、维护社会秩序的作用考虑，完全有理由要求公民应当知道什么样的行为是法律所禁止或不允许的。因此当行为人实施了构成要件的行为并且有事实认识时，一般不必考虑行为人对社会危害性有无认识，也不接受对社会危害性有认识错误的辩解。

根据上述两个前提，认定犯罪故意，一般只需认定行为人对犯罪构成事实有认识，不必证明、认定行为人对社会危害性有认识，也不接受欠缺社会危害性认识的辩解。换言之，社会危害性认识错误在审判实践中对故意的成立一般不发生影响。由于我国现行刑事法所规定的犯罪具有较高程度或极为明显的社会危害性，得出这样的结论更具现实意义。另一方面，在观念上却不能不承认："推定"并不等于完全真实；"知法义务"也不等于公民都有完全知法的能力，依据"推定"和"知法义务"得出的社会危害性认识错误一般不影响故意的结论，也不能否定成立故意以有社会危害性认识为必要。因此在行为人对社会危害性发生认识错误并且有充分的理由足以推翻这种"推定"和"知法义务"的场合，即行为人能充分证明这种"推定"在他所处的具体情况下是不真实的，"知法义务"在他所处的具体情况下是不合理的，他确实没有认识到行为的社会危害性，就应当排除成立故意罪责。如果行为人不能推翻这两个前提，则不能排除成立故意罪责。

主张违法性错误可以免责的学者，一般以自然犯和法定犯的划分为基础谈论违法性错误的评价问题。他们认为对于自然犯和法定犯同样都需要提出足以推翻这种推定的证据，才能否定有违法性意识。对于自然犯来说，由于犯罪事实的认识与违法性意识之间有当然的联系，在诉讼中要推翻这种推定是极其困难的；对于法定犯来说，相对要容易一些。[21] 在违法性错误评价问题上区别自然犯与法定犯的观念无疑具有理论和实践意义。这种区别的观念已引起我国学者的注意，并有人撰文对法定犯违法性错误的判断问题进行了论述。[22]

把"法律错误不免责"的原则推向事实化、绝对化是不恰当的。这个原则其实也是建立在"推定"和"知法义务"基础上的。如果仅仅停留在这一层面上把握这一原则无疑是正确的，但把这一原则推向绝对，排斥任何情况下免责的可能性，就等于把"推定"当作了真实，把"知法义务"变成了事实上人人都有能力及事实上知法。

把这一原则绝对化在理论上说不通。日本有学者指出：站在责任主义的立场上，应当以有违法性意识可能性为追究故意罪责的必要条件，即使事实上欠缺违法性意识也无免责的余地，未免过于强调国家的权威而使责任主义不能贯彻到底。[23] 我国学者根据刑法第11条的规定，普遍认为有社会危害性认识为成立犯罪故意的必要因素。如果将其贯彻到底就不能完全排斥违法性认识错误有免除故意罪责的余地。可能有人会认为，危害性认识错误有免除故意罪责的余地而违法性认识错误无免除故意罪责余地。我认为危害性认识与违法性认识是同一事物不同的表述，二者不可分离。前者离开了后者便失去了具体把握的途径，成为名存实亡的问题；后者如果脱离前者，便会成为空洞的问题。

把这一原则绝对化在实践中也是行不通的。日本的判例为了维护刑法中法律错误不免责

〔21〕 参见前引〔2〕，大塚仁书，第221页以下。

〔22〕 参见前引〔18〕，刘明祥文。本文未从区分自然犯、法定犯的角度论述社会危害性认识错误的评价问题，主要有两个原因，其一，自然犯、法定犯的划分在我国刑法理论中尚未被普遍接受；其二，自然犯、法定犯的界限不易确定。

〔23〕 参见前引〔2〕，大塚仁书，第220页以下；前引〔4〕，福田平、大塚仁书，第124页。

的规定,一贯坚持不免除故意罪责的立场。但是在法网日益严密的时代,法定犯的法律错误问题不能不加以考虑。有时为了追求判决的合理性,不得不将某些属于违法性错误的情况认定为事实错误,以避免对确实缺乏违法性意识的行为人追究刑事责任。这种"暗渡陈仓"的办法,使有的学者不禁感叹:(对公共浴池无许可证营业案)我原以为是法律错误而最高裁判所却认定为事实错误。这个判决表明,故意有无的判断是决定事实错误与法律错误区别的内在的东西,进而,故意有无的判断与无许可营业罪的违法性认识的可能性的判断不无关系。[24] 有的学者则率直地指出,这是判例既要维护刑事立法又要追求合理性所采用的变通办法。[25] 德国1967年新刑法则确认:违法性错误如果是不可避免的,无罪责;如果是可能避免的,减轻处罚。在立法上正式承认违法性错误有免责的余地。1994年3月1日起生效的新《法国刑法典》第122—3条规定:"能证明自己系由于其无力避免的对法律的某种误解,认为可以合法完成其行为的人,不负刑事责任。"对于这一规定,该刑法典的原编者特加注解作了以下说明:"对法律的某种误解,是一项全新的规定,它动摇了法国法律一个根深蒂固的传统,抛弃了以下格言:'任何人都不被认为不知法律'……判例认为:违法行为人不知其行为违法当罚'不能成为辩护理由',援用'不知道法律对犯罪意图并无影响'……这种僵化的做法反映了刑事司法观念中某种过时的特点。"[26]法国的最新刑事立法也正式承认了违法性错误有免责的余地。我国刑法对法律错误问题未作明确规定,而对犯罪故意则规定以有社会危害性认识为必要,因此可以根据故意的规定来肯定社会危害性认识错误(或违法性认识错误)有免除故意罪责的余地。

需要说明的是:法律错误不免责或者其对立的命题法律错误可免责之"免责"的含意,既包括免除故意罪责也包括免除过失罪责。由于本文主张对错误论作狭义理解,即把错误论仅当作故意论的反面问题,所以在此只论及社会危害性认识错误是否可以排除故意罪责的问题。至于它是否也可以排除过失罪责的问题,以本文对错误论体系的见解,应属于过失论的范畴,故在此不予讨论。[27]

---

〔24〕 参见前引〔17〕,前田雅英文。

〔25〕 参见前引〔2〕,大塚仁书,第227页。

〔26〕 罗结珍译:《法国刑法典》,中国人民公安大学出版社1995年出版,第9页注。

〔27〕 关于过失犯罪的违法性认识及其判断问题,刘明祥在《刑法中违法性认识的内容及其判断》一文中已作了较详细的论述。