

# 论语义学视角下的法律错误

## ——兼论对强奸罪中的被害人不同意认识错误的性质

杨春然

(中国石油大学 文学院 山东青岛 266520)

**摘要:** 传统划分法律错误的标准总受到诸如规范错误、作为义务错误以及教唆错误等处理的质疑,以至于学界产生了否定法律错误独立性的思想。为了精确反映责任,法律错误存在着独立的必要,而罪刑法定原则要求刑法秉承形式主义,又为其独立提供了规范根据。法律的存在形式是文字符号,但记述的却是社会事实,法律错误实质是法条语意具体化或者事实化的过程中发生的推理错误。当法律记述的对象含有价值事实时,法条语意判断需要价值判断作补充。民法错误不具有独立性,可以将其视为是规范的要素错误,应根据外行人平行评价标准确定其性质。法律错误的边界并非静止不动,随着法律条文的变动,事实错误通常会不断地向法律错误转化。被告人对法律所选择的事实负有更高的注意义务,故法律错误的可责性一般大于事实错误。不过,最后的手段原则使被犯罪化的行为具有碎片性的特征,作为从禁止规范的未遂禁止又不能脱离主禁止规范独立适用,这导致入罪型的法律错误不会像事实错误那样,因未遂禁止而可能受到处罚,即责任主义原则时常会受到限制。

**关键词:** 事实错误; 法律错误; 民法错误; 主禁止规范; 从禁止规范

**中图分类号:** D90-055      **文献标志码:** A      **文章编号:** 1009-8003(2016)06-0124-16

李天一等人的强奸案已尘埃落定,假设诸被告人主张,基于被害人的工作特点以及行为时的相关表现,致使其当时误认为被害人同意与之发生性行为,此构成事实错误,阻却犯罪故意,否定强奸罪的成立,不知该案会怎样处理?其实,英国的Morgan案和MTS案的律师,采用的都是这种辩护思路。<sup>①</sup>在Morgan案中,被害人的丈夫向被告人说:其妻子(被害人)希望与被告人发生性行为,但她有一性癖好,即在性行为过程中,通常以肢体上的反抗表明其对性行为的同意。被告人轻信了被害人丈夫的话。在与被害人发生性行为时,果真遭到了被害人的反抗,但被告人误认为这是其在表达同意。在法庭上,被告人辩称,这构成事实错误,阻却强奸故意,但法院不接受这种辩护,判决被告人构成强奸罪。被告人不服,提起上诉。英国上议院以为,其为法律错误,原审判决并无不当。在MTS案中,被害人邀请被告人到其卧室中,先与被告人发生了接吻等亲密行为,后被告人主动与之发生性行为,被害人未予反抗。事后,被害人报警,被告人受到了强奸罪的指控,辩护人同样以事实错误为由(认为不反抗乃为同意)否定强奸罪的成立。这两个案件虽然已过去多年,但其引起的学界对法律错误问题的讨论一直未曾中断。这些问题主要有:何谓法律错误?其有独立的必要性吗?其与事实错误应如何区分?民法错误如何处理?等等。本文以学界的上述讨论为背景,借助语文学回答这些问题。

### 一、传统的法律错误独立说存在的问题

#### (一) 规范错误对法律错误独立性的挑战

不管是大陆法,还是普通法,通说都认为对法律产生的错误,即是法律错误。由于法律系评价行为

收稿日期: 2016-09-16

基金项目: 该文系作者主持的山东省社会科学规划研究一般项目“法教义学视野中的法律错误研究”(14CFXJ07)的前期成果。

作者简介: 杨春然(1966-),男,山东微山人,法学博士,中国石油大学文学院法律系教授,主要研究方向:刑法学。

<sup>①</sup>参见 Regina v. Morgan, 1976 App. Cas. 182 (H.L. 1976); In re M.T.S., 129 N.J. 422, 609 A.2d 1266 (1992)

的抽象的、具有普适性的标准。因此,对评价标准产生的认识错误就是法律错误。对评价标准所指向的事实或者有关的环境要素产生的不正确认识为事实错误。<sup>①</sup>这样,在本体论上,事实错误与法律错误是不同的。但是,刑法禁止指向的对象并非都是客观事实,当其指向的对象包含着价值判断,特别是法律判断时,这种划分标准之适用就会出现。比如,“他人财物”是盗窃罪的构成要件要素之一。在判断该要素是否成立时,则须援引物权法的规定。但是,如果被告人基于物权法错误,而误认为拿走的他人财物属于自己,则为规范错误。在司法实践中,一般认为其是事实错误,而不是法律错误。<sup>②</sup>团藤解释说,在这里,对法规的无知或者误解,产生了符合犯罪构成要件事实的错误,当对该事实缺乏认识的情况下,阻却故意的成立。<sup>③</sup>而根据传统的划分标准,规范错误就是法律错误,为什么这种规范错误不是法律错误?传统的划分标准是很难回答的。

其实,在现实中,有些刑法错误也被作为事实错误处理,最典型的例证是正当化事由错误。比如,被告人误认为被害人要对自己进行不法攻击,而开枪打死被害人,构成假想的防卫。被告人对被害人行为是否具有违法性产生的认识错误,亦即对正当防卫的法定条件是否具备产生的认识错误,当然是法律错误。<sup>④</sup>如果按照法律错误处理,一则,不知法不免责原则的存在,被告人很可能被认定为有罪;二则,即使根据德国的“不可避免的法律错误”之规定免除或减轻被告人的责任,也存在着以下两个缺陷无法解决:第一,“不可避免”之判断具有很大的主观性,极易滋生刑法威权主义;第二,有可能造成责任与刑罚不对称的现象发生。如后所述,法律错误不影响故意的成立,所以,在上例中,被告人的杀人行为或被评价成为意外事件,或被评价为故意杀人。也就是说,如果正当化事由错误为法律错误,被告人要么被免责,要么在3年至死刑幅度内定罪处罚,这样,被告人就不会存在被判处2年以下有期徒刑的可能。也就是说,由于缺乏过失责任与之衔接,有一定范围内的责任,无法被刑罚所体现。为了能使刑罚较为精确地反映被告人的责任,学界通说认为,这种错误为事实错误。<sup>⑤</sup>具言之,如果被告人的认识是合理的,假想的防卫构成意外事故;如果不合理,则构成过失杀人或者(间接)故意杀人,即,作为正当化事由前提的阙如错误,在犯罪论体系上,属于构成要件错误,而不是法律错误。<sup>⑥</sup>他们解释说,刑法分则中的禁止规范往往是一种法益的化身,违反刑法禁止通常意味着对特定法益的侵犯,因此,除非有法律上的授权(即正当化事由),刑法是不会允许的。当被告人认为法律已允许其触犯杀人禁止时,其必须对允许的条件(即正当化事由)进行认真审查,即法律对被告人有“谨慎举止行为的呼吁”。<sup>⑦</sup>行为人没有适当的理由迎合这种呼吁,进而给他人造成不当的伤害,在理论上就具有一定的可责性,这当然不会排斥过失责任。<sup>⑧</sup>在这里,违法性意识的有无成为故

① Kenneth W. Simons, *Mistake and Impossibility, Law and Fact, and Culpability: A Speculative Essay*, 81 *Journal of Criminal Law and Criminology* pp.447-517 (1990); (日)大谷实《刑法讲义总论》,成文堂1994年版,第358-359页;日本刑法学会编《刑法讲座》(3),有斐阁1969年版,第98页;山中敬一《刑法总论Ⅱ》,成文堂1999年版,第636页;Matthias Neuner, 'General Principles of International Criminal Law in Germany', in Matthias Neuner (ed.), *National Legislation Incorporating International Crimes*, Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag s. 105-120 (2003); WJohannes Wessels & Werner Beulke, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Heidelberg: Muller Verlag s.82 (2002); Nigel G. Foster, *German Law and Legal System*, London: Blackstone Press Limited p.17 (1993)。

② 在德国,事实错误阻却故意,法律错误阻却责任。就盗窃罪而言,民法认识错误属于事实错误的论证,参见[德]克劳斯·罗克辛《德国刑法学》(第1卷),王世洲译,法律出版社2005年版,第317页。需要注意的是,在德日刑法中,通常提到构成要件错误,大致等同于事实错误,参见:Gunther Arzt, *The Problem of Mistake of Law* *BYU L. Rev.* pp.711-732 (1986)。事实上,由于将有些规范错误视为事实错误,再将其与法律错误对应,在逻辑上似有不妥。

③ [日]团藤重光《刑法中的自由意志问题》,载《尾高教授追悼论文集·自由的法理》,有斐阁1963年,第289页;[日]藤木英雄《事实的错误与法律的错误的限度》,载《刑法讲座》(第3卷),有斐阁1963年,第88页以下。

④ [日]曾根威彦《正当化事情の錯誤》,早法五八卷二号(1983),第87-115页。

⑤ 张明楷《刑法学》(第三版),法律出版社2007年版,第183页;[德]克劳斯·罗克辛《德国刑法总论(第1卷)》,王世洲译,法律出版社2005年版,第403页以下;[日]曾根威彦《正当化事情の錯誤》,早法五八卷二号(1983),第87-115页;[日]桥田久《正当化事情の认识とその“可能性认识”》,载《同志社法学》四七卷一号,第318-329页。

⑥ [德]李斯特《德国刑法教科书》,徐久生译,法律出版社2000年版,第296-297页。

⑦ 参见[德]克劳斯·罗克辛《德国刑法学》(第1卷),王世洲译,法律出版社2005年版,第407页;曾根威彦《正当化事情の錯誤》,早法五八卷二号(1983),第87-115页。

⑧ Vgl. Stratenwerth, *Strafrecht, Allg., Teil I*, 3. Aufl., 1981, S.153; [日]桥田久《正当化事情の认识とその“可能性认识”》,载《同志社法学》,四七卷一号,第318-329页;[德]克劳斯·罗克辛《德国刑法学》(第1卷),王世洲译,法律出版社2005年版,第406-407页。

意犯和过失犯的分界线。<sup>①</sup> 这种解释至少有两个方面的问题:其一,被告人误认为自己可以进行正当防卫,而正当防卫的条件并不存在,此与被告人误认为自己行为不违法(不知法)而实际上违法是相同的,为什么前者为事实错误,而后者为法律错误呢?这是不能解释的。其二,更为重要的是,被告人很明显有杀人的故意,至于其杀人是为了自我保护,还是为了其他的什么目的,均无法否定被告人具有杀人的故意,毕竟行为的目的和行为的故意,是两个不同的心理现象,其间通常是互不影响的,但在这里却出现了例外,即,为什么会存在过失致人死亡罪的可能呢?这同样很难回答。总之,根据传统的划分标准,正当化事由错误在本质上更接近于法律错误,而实际上却按照事实错误的机制进行处理,这是很难解释的。

## (二) 从故意的内容看法律错误独立性存在的问题

德国法认为,事实错误可以阻却故意成立,而法律错误不具备此功能,当其具有不可避免性时,有可能阻却责任,<sup>②</sup>原因有:其一,罪刑法定原则意味着犯罪是由立法者事先通过立法程序确定的,与被告人自己对法的认识无关,比如,被告人拿走出租车上乘客的遗失物,自认为自己触犯了刑法第270条,实际上触犯了刑法第264条(即包摄错误),应按照盗窃罪定罪量刑,即被告人的认识无意义。不知法不免责原则意味着被告人对法的认识不影响其责任。这两个原则相结合则表明,作为犯罪之构成要素的故意,只要求被告人对构成犯罪的客观事实存在着一定程度的认识,无须对设置该罪的法律存在着认识。<sup>③</sup>其二,如果法律错误阻却的对象是故意,则会得出即使不合理的法律错误也会影响故意成立的结论,这无疑是在鼓励人们不知法,显然是荒唐的;其三,如果采纳合理的法律错误可以阻却故意,不合理的法律错误不阻却故意,此则意味着处于“合理”与“不合理”之间的法律错误,很难再有影响被告人故意(进而影响责任)的机会了。因此,刑法中的故意通常只包括对事实的认识,不包括对法律评价方面的认识。所以,从故意的内容看,应坚持法律错误与事实错误的区分。然而,这种观点却存在着以下的问题:

1、作为义务认识错误。除了作为之外,不作为同样可以构成犯罪。比如,被告人看到儿子溺水,能救而不救,小孩死亡,构成不作为的故意杀人罪。但是,如果被告人不救人是因为其误认为父母没有救助孩子的法定义务,情况就不同了。德国法院认为,对救助义务的明知和对事实的明知是相同的,都构成故意的内容。<sup>④</sup>根据这种观点,不管被告人认识到溺水者是自己孩子,但误认为自己没有救助义务,还是误认为溺水者是邻居家的孩子,自己没有救助义务,两者的法律评价并没有什么不同。被告人不知道自己有助救义务,也就没有杀人的故意(尽管可能存在着过失),所以,被告人没有认识到溺水者是自己孩子(事实错误)和知道是自己的孩子但误认为自己没有救助的义务(法律错误),都不构成故意犯罪。<sup>⑤</sup>在日本,有人认为小孩之父没有认识到是自己的孩子,则是没有认识到自己具有保护人的地位,属于构成要件错误(即事实错误),可以阻却故意;相反,如果知道是自己的孩子,但没有认识到救助义务的存在,则属于法律错误,即采用二分法。不过,即便其为法律错误,这种观点认为,其阻却的对象仍是故意,而不是责任,即,从故意的内容看,两种错误实质相当,阻却的对象都是故意。<sup>⑥</sup>

故意排斥违法性意识的规范根据,是犯罪该当性内容的客观性和事实性。不作为犯的该当性之判断并非完全依据刑法(分则中的)禁止,作为义务及对其的明知为不作为犯的必要的构成要件要素。在上述例子中,被告人没有或不知救助义务的存在,则不符合(不作为)故意杀人罪的该当性。由于救助义务与作为其根据的“法”存在着密不可分的联系,这造成不作为犯的该当性无法像作为犯那样,尽可能地保持客观性,排斥价值判断。事实上,不作为犯的违法判断并非事实判断,其本身包含着法律判断或价值判断。宾丁早在1916年就发现了这一点,据此提出了不法意识是故意的一个内容,被告人缺

①[日]大塚仁《刑法概説(総論〔改訂版〕)》,有斐阁1986年(昭和61年)第403页以下;[日]福田H大塚《対談刑法総論(下)》,有斐阁1987年(昭和62年)第57页以下。

②参见《德国刑法》第16、17条的规定。

③See Rollin m. Perkins & Ronald N. Boyce, Criminal Law, pp.832-8348 (3rd ed. 1982).

④Bundesgerichtshof, Gr.Sen., St., W. Ger., 16BGHSt 155(1961); G.STRATENWERTH, 直接提出,应当对法律错误和构成要件错误平等对待,而构成要件错误大致相当于事实错误。参见: Schweizerisches Strafrecht: Allgemeiner, Teil I, § 14. N.40 (1982).

⑤在过去,通说认为是法律错误,参见[日]牧野英一,《刑法总论上卷》(全订版),有斐阁1958年(昭和33年)第426页;也有人认为,这是事实错误,参见[日]中森《关于保证人说》,载《法学论丛》1963年(第84卷)第4号。

⑥参见[日]中森《关于保证人说》,载《法学论丛》1963年(第84卷)第4号。

乏不法意识 故意不成立。<sup>①</sup> 而且 这种思想事后也得到了一些法院的认可 ,比如 ,1946 年 ,基尔州高等法院在判决中明确指出 ,违法性意识属于故意的内容。<sup>②</sup> 在这种思想影响下 ,德国有关故意的理论认为 ,应对被告人对不法的明知和对其他要素( 事实要素) 的明知平等对待 ,这又被称之为平等处理原则。<sup>③</sup> 这样 ,法律错误也存在着阻却故意的可能 ,此则意味着 ,至少对于不作为犯而言 ,从故意的内容看 ,法律错误与事实错误是不能区分的。

2、教唆错误和帮助错误。被告人教唆或者帮助他人实施犯罪 ,而自己不参与犯罪的实行 ,一般会按照共犯的规定 ,将实行犯的责任扩张到教唆犯和帮助犯的身上。但是 ,教唆者、帮助者和实行犯一旦对行为的法律性质产生不正确的认识 ,这种扩张很有可能受到干扰。原因是 ,根据共犯理论 ,教唆犯或者帮助犯可能会被评价为构成要件错误或者事实错误 ,否定教唆犯或者帮助犯的犯罪故意 ,而对于实行犯 ,则有可能被评价为法律错误 ,阻却的对象最多是责任。<sup>④</sup> 如甲乙刚从一个允许购买脏物的国家移民到一个不允许购买脏物的国家。甲劝说乙以低价购买脏物 ,乙自己购买之。对于甲而言 ,这种错误为构成要件错误 ,即使这种错误不具有合理性 ,也有可能阻却故意; 而乙则属于法律错误 ,即使这种错误具有一定的合理性 ,一般来说 ,其很可能也要对此承担刑事责任。同样的错误 ,前者被视为是事实错误 ,阻却故意 ,而后者被视为是法律错误 ,最多只能降低责任 ,传统划分法律错误的标准很难解释。

### (三) 从理论上法律错误独立性存在的问题

传统划分法律错误的标准 ,建构在法律与事实本体论不同的基础之上的。那么 ,法律与事实有没有明确的边界呢? 一百多年前 ,塞耶指出 ,法律是由法官依职权所适用的规则或者标准构成 ,其明显不同于生活中的一些事实现象。后来他放弃了这种观点 ,认为法律本身其实也是一种事实 ,即在本体论上 ,两者并没有什么不同。<sup>⑤</sup> 四十年后 ,威廉姆斯指出 ,事实是能被人感官所感知的东西 ,法律只是人们大脑中的一种理念 ,故两者在本质上是不同的 ,即 感官可感知性成为事实与法律的划分标准。随后 ,他也否定了这种区分 ,因为在现实中 ,有一些非法律的东西并不能为人们的感官所感知 ,比如 ,被告人的主观心理态度 ,其只能依据感官感知的其他事实进行推断 ,亦即 ,被告人的主观心理与法律极为相似 ,这个标准并不能将两者区分开; 再者 ,至少在某些方面 ,法律也是人们所感知的对象之一 ,亦是一种事实。<sup>⑥</sup> 正是基于这些认识 ,很多学者反对对法律错误与事实错误进行区分。比如 ,凯尔曼指出 ,法律错误与事实错误的区分 ,只是为了掩盖法律体系中的人们不愿意面对的问题 ,并不是他们本身有什么不同。<sup>⑦</sup> 比如 ,被告人误将某湖区为非禁渔区而捕捞。一方面 ,划分禁渔区边界的内容不具备法律的普适性特征 ,另一方面 ,该边界的存在形式为法令。因此 ,对于捕捞地点是否处于法律所禁止的区域产生认识错误 ,就很难说其性质是什么。由于两种错误的边界模糊 ,在责任的层面上对两者进行划分 ,实际上没有任何的法律意义 ,而且 ,至少在目前 ,没有证据证明法律错误与事实错误之间存在一条明确的边界。<sup>⑧</sup>

法律错误与事实错误的不可分 ,还具体表现为所有的法律错误都与事实有关 ,其要么是对法律所指向的事实认识不正确 ,要么是对法律的含义有不正确的理解 ,但两者可以相互转化 ,并非本质不同。比如 ,被告人误认为枪里面没有子弹而瞄准他人并扣动扳机 ,致人死亡。这种错误既可以看作是事实错误 ,即对枪支里面有没有子弹此种事实产生认识错误 ,也可以将其视为法律错误 ,因为在被告人看来 ,由于该“枪”里没有子弹 ,所以 ,其并不属于“具有致人死亡危险的武器”的范畴 ,这里的“枪”与“玩具”无异 ,或者说 ,其瞄准并扣动“扳机”的并非是“武器”层面上的“枪” ,这就成了法律错误。如果说两者真的有什么不同的话 ,那也是纯粹基于现实的考虑 ,并非两者真的在含义方面有什么不同 ,即 ,法律错误与

①Ralf Glandien , Der Verbotsirrtum im Ordnungswidrigkeitenrecht und im Nebenstrafrecht , S. 51( 2000) .

②Werner Georg Tischler , Verbotsirrtum und Irrtum ueber Normative Tatbestandsmerkmale , S. 104( 1984) .

③Gunther Arzt , The Problem of Mistake of Law BYU L. Rev .pp.711-732( 1986) .

④同③。

⑤James Bradley Thayer , " Law and Fact" in Jury Trials , 4 HARV. L. REV .pp.152-153( 1890) .

⑥参见 Glanville Williams , Criminal Law: The General Part p. 287( 1961) .

⑦参见 Mark Kelman , Interpretive Construction in the Criminal Law , 33 STAN. L. REV. pp630-633( 1981) .

⑧参见 Paul Robinson , Criminal Law Defenses ,West Publishing Co .pp.264- 380 ( 1984) .

事实错误在本质上是统一的。<sup>①</sup>

## 二、法律错误在语义学层面上的重构

### (一) 法律错误独立的必要性和可行性

由于有很多人法律错误与事实错误区分产生了怀疑,因此,对于法律错误的独立性,或者说其与事实错误的关系,学界出现了四种不同的观点。(1)等值说。这种观点认为,法律错误与事实错误应同等对待。(2)自由说。这种观点认为,不知法或法律错误只要具有合理性,就可以否定犯罪或阻却部分责任。<sup>②</sup>但是,被告人对事实的责任形式与对法律的责任形式是两个不同的问题。对一般的犯罪而言,前者的责任要求高于后者,只有当前者采用过失责任时,两者的责任形式才有可能等同。(3)折中说。这种观点认为合理的法律错误有时可以阻却责任,事实错误无此要求。这里的“有时”意味着其包含很多不同的学说。有人认为,对于法定犯,合理的法律错误才影响定罪,自然犯不适用;有人认为,合理的不知法影响定罪,但是,法律错误即使合理,也无此效果,因为知道某一法律存在的被告人,有彻底正确了解其内容的义务;还有人认为,合理的法律错误并不一定会影响责任,只有少量的、由于合理的相信法官或政府对法律的解释而产生的法律错误,才能影响责任。<sup>③</sup>对于事实错误,在定罪量刑时,通常认为其无须符合“合理性”的要求。(4)传统的保守说,其认为法律错误永远不能作为辩护事由而存在,即彻底坚持“不知法不免责”原则,对法律错误采用严格责任的立场;对事实错误采用合理性的标准,即坚持过错责任原则。

纵观这四种不同的观点,后三种观点,很明显会坚持法律错误与事实错误区分的立场,即使对于等价说而言,至少对于有些案件,也需坚持事实错误和法律错误的区分,否则会产生很大的麻烦,理由有:其一,对重罪而言,其法律后果(即刑罚)特别严厉,所以,其对责任的要求通常比较高。如果事实错误与法律错误平行对待,那么,在绝大多数情况下,则会造成不合理的法律错误也会影响犯罪的成立,此有鼓励人们不知法的嫌疑。其二,如果认为只有合理的法律错误才能阻却责任,当事实错误与法律错误不予区分时,那么,此则会得出只有合理的事实错误才会影响定罪量刑、不合理的事实错误不会影响定罪量刑的结论,也就是说,刑法仅支持过失责任,排除故意责任的存在,这不仅与实证法的规定(以故意犯为主)不符,<sup>④</sup>而且,也与刑法中存在着大量的严厉的刑罚之事实不符。其三,从入罪错误和犯罪未遂的角度看,事实错误与法律错误之间也是应当区分的。首先,上面四种不同的观点都是以出罪为其视角的。但从入罪的角度看,否定前者,却很难得出后者成立的结论。比如,自由说认为,合理的法律错误可以阻却责任,不过,由此却不能得出不合理的法律错误不能阻却责任(即被告人构成犯罪未遂)的结论。假设被告人误认为15周岁的乙女为“幼女”,与之发生合意性性行为构成犯罪,但其却决定以身试“法”,与乙女发生了合意性的性行为,即使这种认识极不合理,被告人也不构成犯罪。如果不坚持两种错误的区分,这种纯粹假想犯有可能会构成犯罪未遂。

传统的划分标准很难将法律错误与事实错误进行区分,主要是其忽视了法律与事实的关系,即法律的内容是社会事实,法律与事实之间是形式与内容的关系。<sup>⑤</sup>法律是立法者通过语言的形式所选择的,并提醒社会公众要特别加以注意的事实,因此,对法律与事实进行区分,有可能陷入法律与事实所选择事实的划分的泥潭之中。其实,在认识错误的领域内,法律与事实的区分实质上是指立法者通过立法程

<sup>①</sup>Larry Alexander, Inculpatory and Exculpatory Mistakes and the Fact/Law Distinction: An Essay in Memory of Myke Bayles, 12 LAW AND PHIL, p.52(1993).; Patient 指出,法律错误与事实的错误之间的区分,完全是虚拟的,并非真实存在。Mistake of Law--A Mistake?, 51 J. OF CRIM. L. 1987, 326. Dressler, J., Understanding Criminal Law. (4th ed.). Newark: LexisNexis pp.186-187(2006).

<sup>②</sup>Schumann, H. Criminal Law, in M. Reimann & J. Zekoll, Introduction to German Law (2nd ed.). The Hague: Kluwer Law International pp. 399-400 (2005).

<sup>③</sup>Model Penal Code § 2.04(3).

<sup>④</sup>Husak, D. & von Hirsch, A. Culpability and Mistake of Law, in Action and Value in Criminal Law (Shute, Gardner, & Horder eds. 1993). Oxford University Press. pp.160-165(1993).

<sup>⑤</sup>Joseph Raz, Ethics In The Public Domain Oxford: Oxford University Press pp.210-211(1994); Mark Greenberg, How Facts Make Law, 10 Legal Theory, 157-198(2004).

序所选择的事实与没有选择事实之间的区分,一则,由于人们对法律所选择的事实负有更高的注意义务,因此,对两者进行区分在一定程度上能反映被告人的责任大小,即两者具有区分的必要性;二则,虽然两者在本体论上具有一致性,但是,前者是立法者通过语言选择的结果,即两者在认识论上存在着不同,即两者能够区分。

法律颁布生效后,其便独立于立法者,法律所选择的事实仅仅受制于法律的表达方式(即单词或句的语意)和法律受众一般性的理解能力。法律受众的理解能力是一种抽象的存在,只能寄身于法律条文之中,无法独立存在,所以,法律条文的语言形式是立法者所选择事实的唯一显性载体,也构成法律适用的唯一的客观限制。因此,边沁在很早之前就指出,法律是文字符号的集合体。<sup>①</sup>不过,这种观点曾一度受到以哈特为代表的学者们的批评。他们指出,有很多具有强制执行力的行为规范,立法者并未以文字符号的方式向社会明示,但这并不能否定其为法律的事实。这种现象在普通法中非常普遍,即使在民法法系,也无法完全将其排除。<sup>②</sup>不过,哈特的质疑并不能适用于刑法,原因是罪刑法定原则的“行为控”和“权力控”双重诉求,一方面使得习惯法很难寄身于刑法之中的,另一方面,使得法律语言形式获得独立的价值,对法律条文语言形式的过分依赖,成了刑法有别于民法的一大特征。由于刑法秉承形式主义,这使得法律条文所记述的事实与一般的客观事实开始分离,此为法律错误独立存在提供了根据。因此,要揭示法律错误的边界,只能从法律存在形式(即法律条文)的语意着手,在认识论的范畴内,借助语义学的原理进行,这也是法教义学的基本要求。

## (二) 法律错误在语义学层面上的重构

从语义学的角度看,法律条文语意形式(表现为字词或语句)与类型化的社会事实(即法律条文记述的对象,又被称为概念事实)之间是一种指代关系,而概念事实与特定的事实之间,又存在着一般与特殊、抽象与具体的关系。从立法的角度看,该特定的事实与法律条文语意所指代的对象(即类型化的事实)之间是等价值的,也与特定的字词或语句是等价值关系,即特定的事实与相应的法律条文之间是可以相互推导的。如果被告人推导失败(如误解了法律),或者未做推导(如不知法),即未按习俗或社会既定的方式,对制定法的条文语意和特定的具体事实之间的等值关系进行推导,就是语意错误或法律错误,由此所得出的错误结论在法律上自然是无效的,这构成法律错误通常不影响定罪量刑的语义学原因。具言之,法律错误是指被告人在行为时依据其个人的经验,应当推导出其行为符合法律条文的规定,被告人没有做出这样的判断的情况,或者说,它是指被告人应意识到自己的行为是法律条文语意的现实化和具体化,而没有意识到的情况。比如,法律规定“武器”范畴内的“枪支”,是指能高速发射子弹的物体。<sup>③</sup>如果被告人在行为时已经意识到某物能够高速发射子弹,却没有得出该物属于“武器”范畴中的“枪支”的判断,则构成法律错误。相反,对仿真的枪支而言,其不能高速发射子弹,不管其外观多么逼真,也必然会被排斥在“武器”的范畴之外。当被告人将不能高速发射子弹的仿真枪等同于“枪支”时,同样构成法律错误。

法律实际上以语言的形式记述着多数人观念中或想象中的立法选择,具体事实与概念事实之间的等价性判断或推导,在相应的法律生效之后、法院审判之前就已确立。此外,这种等价值判断建立在一般人的认识基础之上,即被告人应像一般人那样做出判断,这是因为,从语义学的角度看,法律条文“语意”存在着语境依赖问题,即要求联系其他人(一般人)的理解能力解释法律用语所描述的事实的外延。如果被告人未像一般人那样,对自己行为的违法性(即自己行为与法律条文记述的对象的契合性)做出正确判断,而是误认为两者是不等值的,就等于不知法或误解法律用语的语意,所以,构成法律错误。与之不同,在行为时,被告人不应当认识到其行为符合特定法律条文的语意,即被告人认识到的事实并非处于法律条文所描述的事实范围之内,被告人实际上也没有认识到的,则为事实错误。<sup>④</sup>比如,

<sup>①</sup>Stanford Encyclopedia of Philosophy: Law and Language <http://plato.stanford.edu/entries/law-language/> (2015.3) .

<sup>②</sup>H.L.A.Hart, *The Concept of Law*, Oxford: Clarendon Press, p.84(1994 2nd ed) .

<sup>③</sup>Larry Alexander, *Inculpatory and Exculpatory Mistakes and the Fact/Law Distinction: An Essay in Memory of Myke Bayles*, 12 LAW AND PHIL, p.52(1993) .

<sup>④</sup>参见 Kevin Jon Heller, *The Cognitive Psychology of Mens Rea*, 99 J. Crim. L. & Criminology, pp.317-379 (2008-2009) .

被告人不应知、实际上也不知其持有的物具有高速发射子弹的功能,或者其有理由认为该物不具有高速发射子弹的功能(而事实上并非如此),从而没有推断出其其为枪支的,就不属于法律错误,因为被告人所知的事实不属于“枪支”的概念语意所指向的事实范围。这样,事实错误是指未受法律条文的语意所指向的对象特征或条件之误解影响的认识错误,其并不涉及法律条文的语意。

在前面提到的 MTS 案中,女方邀请男方(被告人)到自己的床上,脱掉外衣,主动与之接吻,并不想发生性行为,而男方不这么想。根据法律规定,当时的情形既不能排除女方“同意”与男方发生性行为,也不能排除“不同意”发生性行为。从被告人的角度看,一方面,“女方主动发起的亲密接触”使其有权认为女方“同意”发生性行为,被告人认识到的被害人的行为不符合“被害人不同意”的语意,即使被害人不同意与之发生性行为,也不能说被告人对“被害人不同意”的语意产生认识错误,所以,这不可能为法律错误,只能定性为事实错误。另一方面,女方已给“自愿的亲密接触=对性行为的同意”之判断科处了限制,男方是不知道的,因该限制并非源自于法律,是女方自己设定的。男方不知该限制与法律条文的语意无涉,当然为事实错误。相反,上述判断之限制如果源自于法律,比如,法律规定,只有女方明示的“同意”才有效,被告人不知,基于亲密接触而推导出女方对性行为的“同意”,则是对法律规定(即只有明示的同意才是有效的同意)产生的语意错误,此为法律错误。

对于 Morgan 案而言,性行为发生过程中,被害人的肢体反抗,很明显应被翻译为“被害人不同意”。<sup>①</sup>从语义学的角度看,将被害人的肢体反抗仅因其丈夫的担保而等价于“同意”,明显具有严重的不合理性,因被告人应认识到被害人对该性行为是不同意的,因此,被告人的错误系法律推理错误,或对“同意”的语意产生了误解。或许有人认为,被害人丈夫的担保,使被告人有理由推定“被害人的反抗”为“同意”与之发生性行为的意思表示,所以,被告人实质是对被害人的实际态度产生了误解,并不涉及“同意”的法律语意问题,因此,此系事实错误。然而,这种观点成立须具备一个前提,即,反抗可以构成语义学层面上的“同意”的语意内容,这种前提显然是不存在的,否则,这无异于说交通法上的“红灯”语意包含着“绿灯”的内容。故被告人是对“同意”的语意产生了误解,所以是法律错误。

如前所述,有人在本体论上否定法律错误的存在,即根据传统的错误划分标准,被告人误认为枪里没有子弹而扣动扳机致人死亡的,既可认定为法律错误,也可以认定为事实错误。然而,从语义学的角度区分法律错误与事实错误,则能避免上述问题。比如,被告人认为枪里没有子弹,于是,就认为其持有的并不是“有致人死亡危险”意义上的“枪支”,但被告人的个人认识并不影响“有致人死亡危险”意义上的“枪支”的客观语意。被告人在行为时知道其持有的物具有高速发射子弹的功能,有致人死亡的危险,如被告人认为该枪是空枪,不具有致人死亡的危险,属于玩具枪,此时,其则需要对该结论进行证实,比如,事前须对其进行检查,排除其内有子弹,从而否定其会高速发射子弹,导致他人死亡,因为枪里有子弹是一种正常的状态,即,被告人需要尽一定的注意义务,被告人未尽该注意义务,就排除一支枪具有致人死亡的危险,无疑属于语意错误,或者说是法律错误。相反,如果被告人尽了注意义务,没有发现该枪里面有子弹,被告人推导出该枪不是武器,则不属于语意错误的范畴,构成事实错误。然而,排除标的物里面有子弹所尽的注意义务与尊重生命权的注意义务并非是一回事,前者属于枪支管理法科处的注意义务,后者属于“杀人禁止”规范科处的注意义务,后者的注意义务程度较高,故被告人满足了枪支管理法所科处的注意义务,并不一定满足“杀人禁止”规范所科处的对他人生命权的注意义务,也就是说,被告人的事实错误即使否定了被告人使用枪支射击他人的故意,其仍有对此承担过失责任的可能。<sup>②</sup>因此,语义学上的法律错误的定义能够经受住理论的质疑。

### (三) 法律错误定义的限制性

不可否认,以语义学为根据定义法律错误,也有一定的局限性,其主要体现在:(1)条文语意的不完整性。法律条文之语意反映了立法者对特定事实的认识,这种认识有可能存在着这样或那样的缺陷,而这

<sup>①</sup>参见 Kyron Huigens, *Virtue and Criminal Negligence*, 1 BUFF. CRIM. L. REV., 431, 437 (1998).

<sup>②</sup>刑法禁止条文所保护的法益不同,触犯之后的法律后果通常不一样,于是,证明标准也就各不相同,这实际体现了对法条注意义务程度的不同。参见杨春然《刑法的边界研究》,中国人民公安大学出版社2013年版,第264-265页。



种缺陷有时会对错误性质之认定带来麻烦。比如,立法者借助字词赋予“枪支”以特定的含义(即下定义),这种定义实质上是一种法律推理规则,即将特定的特征、条件或功能(如能高速发射子弹),借助生活常识(甚至有时是社会伦理)视为判断特定物(是否是枪支)的法律标准。这种法律定义总具有一定的时空局限性,比如,现在有人发明了一个物体,它能够高速发射子弹,但该子弹却不能离开该物内部的一个密封仓,该物显然不能构成“枪支”。被告人基于上述认识而认为该物不是枪支,则不会构成法律错误。其实,法律为概念下定义,几乎都存在这方面的问题。<sup>①</sup>(2)字词语意具有不稳定性,在理论上当然会影响法律条文所规制的事实范围。(3)需要价值判断做补充。由于社会生活极为复杂,在判断特定的事实与法律条文所记述的事实是否等值时,可能无法完全排除价值判断,否则单纯地依据语义学认定法律错误范围,所得出的结论有可能背离法律所明示的目的。Garner v Burr 案的判决就是一个典型的例证。<sup>②</sup>根据当时的法律,为了避免对公路的路面造成损害,禁止装有非充气式车轮的车辆上路。被告人认为装有铁轮的鸡笼不属于车辆,于是,在拖拉机的牵引下上路行驶,因此受到刑事指控。一审法院认为被告人无罪,理由是鸡笼并不是“车辆”,因为根据字典的解释,“车辆”是指借助轮子或者轨道运输人或者物的交通工具,而且车辆购置税法中的“车辆”不包含装有轮子的禽舍。因此,被告人的行为并不触犯该法律禁止,被告人无罪。然而,二审法院认为,字典给“车辆”所下的定义并没有涉及到本案中的鸡笼是否是车辆的问题,字典中的词义旨在于对字词在一般情况下的使用特点进行介绍,至于装有轮子的鸡笼是否包含在该词的语意之内,既没有肯定也没有否定。由于该法律禁止设置的目的是为了保护公路的路面免受非充气式车轮的损害,所以,拖拉机或者摩托车所牵引的装有铁轮的鸡笼,应当视为是“车辆”,因此,一审法院对“车辆”的理解过于狭窄,与该法的目的不符。二审法院显然通过立法目的将价值判断引入到法律语意的确定之中,即突破了“车辆”一词本身含义,将任何依靠轮子行走并有可能危及公路路面的东西,都视为是车辆。这种判断显然脱离了语义学。

其实,拉兹等人早就发现,法律除了记述客观事实之外,有时也记述价值事实。<sup>③</sup>比如,在我国刑法中,伪造货币禁止、用危险方法危害公共安全禁止等等,记述的仅仅是相应刑法禁止所要保护的法益(立法目的),其并未明确所要禁止的行为的具体特点。至于这些法律条文禁止的对象是什么?只能根据所保护的法益,结合实际情况进行价值判断。然而,价值判断与语意判断不同,其本身具有的开放性的特征,这与刑法秉承的形式主义似有冲突。不过,由于这种价值判断源自于法律条文的语意,即,这些条文记述的是价值事实,而不是客观事实,因此,其之存在并不能表明语意判断本身有什么问题,而是立法选择的结果。

### 三、法律适用错误

在学界,有学者认为,除了法律错误和事实错误之外,还存在着一个中间范畴,即法律适用错误,它是指法律规范适用于具体事实而产生的错误,这种错误的可责性低于法律错误,大于事实错误。<sup>④</sup>那么,这种中间型的认识错误是否真的存在呢?

#### (一) 民法错误

不同法错误又被称为法律事实错误,其又有民法错误、行政法错误之分。由于国际社会主要采用二元化的法律结构,不承认行政法的独立地位,故通常将其称之为民法错误。<sup>⑤</sup>有学者指出,民法错误有别于传统的法律错误和事实错误,是一种独立类型的认识错误,主要理由有:

首先,不同法错误往往涉及的是事实问题,而非法律(刑法)问题。这种观点主要体现在对 Morissette

<sup>①</sup>参见 Friedrich Waismann, Verifiability in Logic and Language pp.119-129 (Antony Flew, ed., 1st 1968).

<sup>②</sup>Garner v Burr [1951] 1 KB 31.

<sup>③</sup>Joseph Raz, Ethics In The Public Domain Oxford: Oxford University Press p.212(1994).

<sup>④</sup>George p. Fletcher, Rethinking Criminal Law (1978) p.686; Dutile and Moore, Mistake and Impossibility: Arranging a Marriage Between Two Difficult Partners, 74 N W. U. L. R EV pp.171-181 (1979).

<sup>⑤</sup>杨春然《刑法的边界研究》,中国人民公安大学出版社2013年版,第196-211页; Gerald f. Leonard, Rape, Murder And Formalism: What Happens if We Define Mistake Of Law? 72 U. Colo. L. Rev. P.590 (2001).



案的讨论中。<sup>①</sup>在该案中,被告人狩猎时,发现长满杂草的广场上有一堆锈色斑斑的金属,误认为这是他人丢弃的垃圾,而装车出售。事实上,该地早归属于他人,且周围有不允许随便进入的告示,被告人因疏忽而没看到。被告人受到盗窃罪的指控。盗窃罪为故意犯,要求被告人须明知或应知被盗之物在法律上归属于他人。根据民法,公共场所无人管领之财物可视为抛弃物,但该地事实上并非是公共场所,被告人无权将其视为是无主物而实行“先占”取得。由于被告人疏忽未看到告示,才发生了错误判断。法院认为,此构成事实错误,可以阻却故意的存在,否定盗窃罪的成立。然而,如果被告人知道该堆金属并非处于公共场所,不过,这里常有不特定人出入,且该物长期一直无人管理,被告人误认为其为抛弃物而占有。依据民法,该物属于土地所有人或使用人所有,那么,此则构成民法错误,但仍应按照事实错误处理。因为这种认识错误与上面的认识错误的对象完全相同,即,该堆金属的权利人是谁?只不过原因不同:一个是事实错误,一个是民法错误,其实都是权利认识错误,民法错误与事实错误价值相当。<sup>②</sup>由于民法错误在法理上属于规范错误,而这里又被当作事实错误处理,故被称为“准事实错误”。<sup>③</sup>

其次,刑法的可预测性要求对民法错误进行不同的处理,主要理由有:其一,如果将民法错误视为是法律错误,盗窃罪保护的是他人的财产权,而物权法的全部任务就是描述财产权(即物权)的范围,这样,盗窃禁止就会包含着整个物权法的内容,或者说,物权法成了盗窃罪之法律构成的一部分;同理,其他的大量的民事、行政法规也会通过类似的方式融入到刑法之中,最终会导致刑法变得极为庞杂,其之可预测性或明确性将会大大降低,罪刑法定原则就成了一句空话。其二,尽管非刑事法律在表达刑法禁止方面可能很有价值,但公民社会不能容忍过于复杂的刑事法律的存在,否则意味着任何人都有做“法律专家”的义务,这无疑是对公民自治权的一种变相剥夺。其三,的确,需要给人们科处了解刑法的义务,但是,通过刑罚迫使人们去猜测婚姻法或其他非刑事法律是如何规定的,则是是有问题的。<sup>④</sup>错综复杂的法律规定,对一般人而言,无异于是一个个犯罪陷阱。<sup>⑤</sup>以刑罚之痛,迫使人们避开这些陷阱,绝对是不公平的,因为这会导致很多非常想遵纪守法的人,由于不能确定自己行为的法律性质而受到刑事追究。<sup>⑥</sup>总之,为了提高刑法的警示作用,明确人们自治权的范围,罪刑法定原则必然会把民法错误排除在传统的法律错误之外。

最后,立法者在制定民事法律时,根本没有考虑其被刑法化的问题。如果将其视为是刑法的一部分,一方面会否定民法的独立性。另一方面,民法刑法化还存在着很多技术上的障碍无法克服,一则,在形式上,民法规范内部充斥着诸多的习惯法,其外在形式显得极为松散,刑法对此是无法容忍的;<sup>⑦</sup>二则,在两者的目的上,刑法着重于对违反者的惩罚,民法旨在于分配损失或者权利(即定价),这导致两者有不同的证明标准,如果混同,两种规范很难协调。<sup>⑧</sup>基于上述考虑,所以,民法错误是第三种不同类型的认识错误,其同时有别于传统的法律错误和事实错误。

学界也有人认为,民法错误的本质是法律要素错误,法律错误则是整个法条(适用法)错误。<sup>⑨</sup>“适用法”(如盗窃禁止)是由若干个法律要素构成的,在技术层面上,适用法与其法律要素的语意往往具有不同的道德价值,而后者的含义有时则需要参考不同法予以确定。如果不同法(或民法)极为复杂,被告人由于对其产生认识错误从而实施了违法行为,此时,用刑法处罚被告人则是不公平的。如果民法错误独立存

①Dressler, J., *Understanding Criminal Law*. (4th ed.). Newark: LexisNexis p.521(2006).

②参见 Richard J. Bonnie Et Al., *Criminal Law*, (1997) p.134; Glanville Williams, *Criminal Law: The General Part*, pp.332-341, (2d ed. 1961).

③Ibid pp.365-366.

④George P. Fletcher, *Rethinking Criminal Law* (1978) p.740.

⑤参见 United States v. Baker, 63 F.3d 1478, 1491-92 (9th Cir. 1982).

⑥Ibid pp.332-334.

⑦参见 John C. Coffee, Jr., *Paradigms Lost: The Blurring of the Criminal and Civil Law Models -- And What Can Be Done About It*, 101Yale L. J. p.1875(1992).

⑧参见杨春然《论惩罚性赔偿的证明标准》,载《证据科学》2012年第4期; Robert Cooter, *Prices and Sanctions*, 84Columbia Law Review, pp.1523-1561(1984).

⑨Kenneth W. Simons, *Mistake and Impossibility, Law and Fact, and Culpability: A Speculative Essay*, 81Journal of Criminal Law and Criminology, pp.447-517(1990).

在,一则,有利于将刑罚只适用于具有道德可非难性的行为;二则,有利于调和阻却责任的法律错误与“不知法不免责原则”的紧张关系。<sup>①</sup>然而,承认不同法错误的独立性,却存在着以下的问题无法解决:

第一,如果说不同法错误的本质是权利认识错误,那么,为什么其不能适用于重婚罪与伤害罪?同样,对大麻属于毒品的规定、胎儿在一定范围内应视为人的规定等等,产生的认识错误,为什么也不按照准事实错误处理?<sup>②</sup>民法错误独立说无法回答。比如,根据德国民法典,继子女与继父母的关系会保持一生。如果继父与继女之母离婚后,由于对民法不知而与继女发生性行为,其仍然构成乱伦罪。德国法院认为,被告人对继父女关系之规定缺乏明知,不足以否定乱伦罪中所蕴含的、对具体违法的明知。<sup>③</sup>因此,要坚持民法错误独立说,就必须对属于法律错误的民法错误和属于事实错误的民法错误进行区分,否则,民法错误很难作为一种独立的错误类型而存在。对此,有人曾提出了“便宜原则”,他们认为,根据误解的对象所涉及的是犯罪问题,还是与犯罪有关的一般法律背景问题(即条件问题),进行确定,前一种民法错误属于法律错误,后一种民法错误属于事实错误。<sup>④</sup>但是,犯罪与其成立的条件是一个整体,是很难区分的,比如,强奸罪中的被害人不同意要素,很难定性为是犯罪问题,还是犯罪成立的条件问题。还有学者以复杂性与否,对民法错误进行分类。<sup>⑤</sup>这一标准较第一种观点有较强的现实性,但是,“复杂性”本身具有明显的相对性或模糊性,因为对于某一民法规定而言,其之复杂性程度对被告人、专家和一般人,是不一样的,到底应采用哪种标准?复杂性说是不明确的。

第二,认为刑法比民法更通俗易懂,缺乏根据。刑法中存在着空白罪状、引证罪状,其之含义的确定,可能比一些民法条文要复杂的多。再者,这种观点还会否定刑法错误构成事实错误的可能性。比如,在美国的Bray案中,被告人被指控犯有“重犯持有枪支罪”,但被告人辩称,其的确在其他的州犯过罪,但对该罪构成重罪是不知情的。法院认为,被告人存在着法律错误,该错误构成事实错误,可以否定犯罪的成立。<sup>⑥</sup>这种法律显然是不同法域的刑法,而不是民法错误,而这种错误则却像民法错误那样,可以否定犯罪故意的存在。

第三,也是最重要的,法院更多用善意或不可避免性,承认不同法错误的法律意义,至于错误的对象是民法、行政法规,还是刑法,并不重要,即,不同法错误或民法错误对这种认识错误并不具有标签意义。事实上,当民法对一些权利未做具体规定时,法院则往往借助习惯或字典,确定特定要素语意的范围。如果被告人对这些权利产生认识错误,没有人会将其称之为习惯错误或字典错误。从这个角度看,民法错误不应成为一种独立的错误类型。

第四,因法律要素的独立性而支持民法错误独立性的观点,最大的缺陷是隔裂了适用法与法律要素之间的联系。事实上,适用法与其构成要素之间具有统一性,一则,适用法离不开法律要素,后者是前者的表现形式,比如,奸淫幼女禁止,只有“幼女”有具体的语意时,该规范才能有意义,亦即,适用法的语意对其要素的语意具有依赖性。二则,法律要素的语意会受到其语境的限制,即,同一法律要素在不同的语境下,或者说在不同的法律条文中,可能有不同的语意,其中,“故意”是最典型的例证。一般来说,故意是作为犯罪的责任的要素而存在的,除我国外,很多国家的法律通常都不规定其含义是什么,主要原因就是在不同的语境下,其往往有不同的含义。比如,在共同犯罪中,共犯的“故意”与实行犯的“故意”在内容上可能就不相同。对于教唆犯和帮助犯而言,“教唆”和“帮助”的语意,会使处于缺省状态的“故意”的语意含有“不良目的”(即违法性意识)等方面的内容。但对实行犯而言,其之故意的内容通常并不包含“不良目的”。<sup>⑦</sup>也就是说,在大多数情况下,共犯与实行犯的故意的内容是不同的。罗宾逊

①ibid p.499-501.

②Glanville Williams, Criminal Law: The General Part p.367 (2d ed. 1961).

③Bundesgerichtshof, W, GER. 22 BGHSt 314(1969); Bundesgerichtshof, W. Ger., 10 BHSSt 35(1956).

④Meade, J, The Legal And Practical Implication Of The Stanly Adams Case, 37 N. Ir. Legal Q. pp. 370-395 (1986).

⑤Kenneth W. Simons, Mistake and Impossibility, Law and Fact, and Culpability: A Speculative Essay, 81Journal of Criminal Law and Criminology pp.457-459(1990).

⑥参见 Bryan v. United States, 524 U.S. 184, 193 (1998).

⑦Wayne r. Lafave & Austin w. Scott Jr., Criminal Law § 6.4(e)(5) p.408(2d ed. 1986).

曾解释说,刑法中的禁止分为主禁止与从禁止,由于后者离法益侵害之现实性和紧迫性较远,故其之要素“故意”语意中含有“违法性的认识”。<sup>①</sup>这就是法律错误一般不会阻却实行犯的故意,而有时能否定教唆犯和帮助犯故意的语义学根据。

尽管法律要素的具体语意通常受制于其所处的语言环境,但是,法律要素自身在语义学上仍有一定的独立性,否则字词典就没有任何法律意义了,而只是说其之含义有可能不能离开其语境。这样,法律错误实际存在着适用法错误(如对法条的存在不知)和法律要素错误之分,而民法错误属法律要素错误的范畴,只不过不能因其含义需要援引民法进行解释而使民法错误获得独立性而已。<sup>②</sup>

## (二) 规范的要素错误

在理想状态下,刑法条文中所记述的事实应当明确、具体,事实上,在刑法条文中,有很多要素(或概念)的语意所指对象,具有抽象性和模糊性的特征,需要求助于社会的一般常识、生活伦理,甚至其他法律,才能确定该语意所指对象的范围,这就是所谓的规范的要素。对于规范的要素,比如,盗窃罪中的“他人财物”,当作为客观构成要件要素时,其之范围则须参考民法的规定才能确定,并不能根据法律条文的描述确定其所指向的对象范围;当其作为故意的内容时,则很难完全按照民法的规定确定该要素所指向的事实范围,而是应结合被告人的认识和一般人的理解能力确定其外延,这也是语义学的基本要求。而这恰恰与德国法院所主张的外行人平行评价标准完全是契合的。根据外行人平行评价标准,如果外行人对规范的要素(比如淫秽物品)的理解与法律对该规范的要素的规定完全平行,或者说,两者之间是可以比附的,就推定被告人对该规范的要素是明知的,被告人对此产生错误则为法律错误。相反,如果外行人对规范的要素的理解与法律对该规范的要素的规定不平行,被告人发生了错误认识,则为构成要件错误或事实错误。

规范的要素记述的内容包含着价值事实,因此,在司法实践中,外行人标准主要通过以下两个具体路径实现的:其一,采取语义学的方式,即将刑法条文中的规范的要素翻译成外行人的语言;其二,采取伦理的方式,即将刑事违法转变为道德不当,亦即,将外行人对规范的要素的理解置于道德判断之下。<sup>③</sup>当然,这两种方法所得出的结论通常是不会矛盾的,所以,在实践中,这两种方法往往同时适用。

第一,外行人概念的含义以及其与刑法条文之间的关系,充满了极大的不确定性,以此为标准划分两种错误,很容易模糊两者的边界,从而有可能造成法官打着外行人的旗号,为所欲为。<sup>④</sup>

第二,外行人标准实际上是伦理标准,而非法律标准,其会在一定程度上否定刑法与道德、民法的区分。批评者认为,根据外行人标准,对行为违反伦理的明知和对行为违反民法的明知,都会被视为是对行为之违法性的明知。<sup>⑤</sup>于是,刑事可罚性就不再是明知的内容了,即从明知的角度看,刑事违法行为应当无条件地等同于不道德的行为和民事违法行为,这显然忽视了刑法与民法或者道德之间在量上的不同。<sup>⑥</sup>因此,不附加任何条件地将道德、民法等同于刑法的做法是不妥的。<sup>⑦</sup>事实上,刑法本身具有谦抑性,也要求使刑法与民法、道德等区别开来。比如,被告人误将用于实验的“天价葡萄”当作普通的葡萄进行盗窃,是不能按照其本来的价格而追究其刑事责任的。<sup>⑧</sup>这种批评是有一定道理的,据此我们认为,外行人平行评价标准不仅有质的要求(即反伦理),至少对某些犯罪而言,该标准还须有量的要求

①刑法分则中绝大多数禁止都属于主禁止规范,其能独立适用;法总论中的禁止,如教唆禁止、不作为犯禁止、未遂禁止等,其不能独立适用,只能借助主禁止规范才有法律意义,故被称为从禁止规范。参见杨春然《论正当化事由与免责事由—兼论行为规范与裁判规范的解构》,载《中国刑事法杂志》2015年第2期;Paul H. Robinson, Rules of Conduct And Principles Of Adjudication, 57 The University Of Chicago Review pp.729-771(1990)。

②Wayne r. Lafave & Austin w. Scott Jr., Criminal Law § 6.4( e) ( 5) p.409( 2d ed. 1986)。

③Gunther Arzt, The Problem of Mistake of Law BYU L. Rev pp.711-732( 1986)。

④J. Baumann & U. Weber, Strafrecht; Allgemeiner Teil, Heymann, 1985 S. 425( 9th ed, 1985)。

⑤[日]佐伯千德《四訂刑法講義(總論)》,有斐閣1981年(昭和56年),第252页。

⑥[日]石井徹哉《故意的内容之「违法性」の意識—行政取締法規違反における問題を中心》,载《早稻田法学会誌》1989年(第39卷),第9页。

⑦参见F.-C. Schroeder, Strafgesetzbuch: Leipziger Kommentar § 17 n.7( 10th ed, 1980); G. ARZT, STRAFRECHTSKLAUSUR, S.95( 4th ed, 1984)。

⑧参见国内的天价葡萄案(<http://baike.sogou.com/v54096832.htm>, 2015年1月20日访问)与天价兰花案([http://www.shm.com.cn/ytwb/html/2007-07/29/content\\_913474.htm](http://www.shm.com.cn/ytwb/html/2007-07/29/content_913474.htm), 2015年1月20日访问)的处理就是两个典型的例证。

(严重反伦理性)。其实,在我国刑法中,很多犯罪都存在着“情节”性的犯罪构成要件要素,比如“情节严重的”或“数额较大的”等等,这些要素的语意显然包含着“量”的要求,而至于“量”的大小,必然会受制于外行人的理解。

正当化事由错误、教唆错误、帮助错误或不作为犯错误也可以被视为是规范的要素错误,理由有:一,可以将这些错误的对象视为是法律要素,二,则,这些法律要素之认定需要借助价值判断才能完成。就拿假想的防卫来说,正当防卫之法律规定本身很复杂,里面包含着很多的价值判断,故可以视为是规范的要素。<sup>①</sup>对于特定的事实是否符合正当防卫的法律规定,当外行人无法做出判断时,假想的防卫就会被评价为事实错误。当然,也不排除其构成法律错误的可能,比如,没有任何理由将过路的游客误认为是劫匪而实施的“正当防卫”。前面提到的教唆错误例证中,对于教唆人而言,教唆的对象要素,即(“教唆他人)犯罪的”,显然包含着价值判断,故为规范的要素,对其产生认识错误,当然应适用外行人标准进行定性,其既可能被评价为事实错误,也有可能被评价为法律错误。但对于被教唆人而言,由于不知法而实施被教唆的行为(如进入当地市场购买赃物),则属于适用法错误,是一种典型的法律错误,因此,教唆人与被教唆人对实行行为之违法性产生认识错误,评价有可能不同。

### (三) 事实错误引起的法律错误

事实与法律之间是相互联系的,法律错误往往会造成事实错误,相反,有时事实错误也会造成被告人对刑法的内含或外延产生认识错误。比如,一妇女在入关时,由于外观上极为相似,误将物品清单上的A物错看成了B物。B物价值昂贵,须报关交税。于是,在入关时,被告人故意将其隐藏于包中,不予报关,被海关人员发现。最后查明,此为A物,价值极低,无需报关交税。<sup>②</sup>再比如,被告人知道当政府渔政大楼上悬挂红色的旗帜时,则禁止捕鱼;当变成绿色旗帜时,则允许捕捞。但是,被告人一时色盲,误将绿色看成了红色,其仍下海捕鱼。<sup>③</sup>

这两个例子都是由事实错误造成被告人误认为自己正在实施违法行为,有人认为这构成事实错误。就拿第二个例子来说,被告人知道国家已明确规定:悬挂红旗时,不得下海捕鱼。其实,当时是允许捕捞的,被告人之所以认为这是违法的,这是其个人的原因(即色盲)所致,进而故意实施了“违法”行为。被告人知道所禁止的行为类型,所以不是法律错误,构成事实错误。不过,我们认为,被告人的认识错误是被告人对犯罪法定的构成要件要素产生不正确的认识,这种错误在表面上涉及事实,实质与法律边界有关,只不过这种法律边界(或者法律的语意)向社会公开的方式比较特殊而已。在现代社会之前,这也是最为常见的法律公布方式,比如,在古罗马,当时法律的公布,就是通过执政官向公众面对面的口头宣读实现的。公民听错了,与现代人误解了刑法典的某一段话是没有区别的,这都不能看作是事实错误。其实,将旗帜的颜色看错,与将交通信号灯颜色看错无异,这也与听错了执行官口传的命令、误解法律条文的意义是完全一样的,都应构成法律错误。就第一个例子而言,被告人误将A物看成B物,这与将“绿灯”看成“红灯”是一样的,也应视为法律错误。<sup>④</sup>

由此可见,所谓的中间型的错误或者法律适用错误其实并不存在,其要么是对某一法律要素产生的认识错误,要么是对法律的存废或者颁布产生的认识错误,或者说,其仅仅是法律错误或者事实错误的一种表现形式而已。

## 四、事实错误向法律错误的转化

### (一) 抽象规范的具体化

规范由抽象变得具体,主要体现为法律条文的细化,这往往会造成事实错误变成法律错误。比如正

<sup>①</sup>Mitchell N. Berman, Justification and Excuse, Law and Morality, 53Duke Law Journal, pp. 1-77 (2003).

<sup>②</sup>Kenneth W. Simons, Mistake Of Fact Or Mistake Of Criminal Law? Explaining And Defending The Distinction, The Journal of Criminal Law and Criminology, Vol. 81, No. 3, pp. 447-517 (1990).

<sup>③</sup>Larry Alexander, Inculpatory and Exculpatory Mistakes and the Fact/Law Distinction: An Essay in Memory of Myke Bayles, 12 LAW AND PHIL, pp. 49-50 (1993).

<sup>④</sup>Westen, P. Impossible Attempts: A Speculative Thesis, 5 Ohio St. J. Crim. L., p. 535 (2008), 第13页。

当防卫,我国1979年刑法规定,面对不法侵害,被告人只能使用“适当”的方法(不能防卫过当)进行防卫,才能使行为获得正当性。此处的“适当”标准就极为模糊、抽象,需要法官根据案件的具体情况进行判定。我国1997年刑法,对正当防卫进行了细化,将其区分为特殊防卫和一般防卫。这样,被告人对正当防卫的判断标准产生认识错误,新规定有可能使原来的事实错误变成法律错误,比如,被告人向正在实施盗窃的人开枪,其误认为这构成“正当防卫”。根据原来较为模糊的标准,其有可能被认定为事实错误而阻却故意,因为这无法排除外行人认为这种防卫具有“适当性”的可能性。1997年刑法对特殊防卫(即为具有生命危险的暴力防卫)确立了一种更为具体、更为严格的法律标准。根据这种新规定,被告人的这种认识只能被评价为法律错误。

当然,刑法规范更加明确化、具体化,有时也会产生一些麻烦,比如,被告人故意将一个骑摩托车从事抢夺的犯罪嫌疑人杀死。如果被告人主张其当时误认为被害人欲抢劫自己,有可能构成事实错误,阻却犯罪的故意,或者构成意外事件,或者构成过失致人死亡罪;相反,如果被告人主张,其当时误认为可以合法地剥夺抢夺犯的生命(法律错误),这种错误则很难对被告人的责任产生影响。<sup>①</sup>根据原来较为抽象的标准,对于这两种情况,法院可以根据外行人标准决定其是法律错误,还是事实错误,现在,法院的这项自由裁量权没有了。这样,有法律知识或得到更好的法律服务的被告人,有可能从该制度中获得较大的收益,这对没有获得良好法律服务的被告人而言,可能是不公平的。在过去,法官则可以通过改变错误的性质,解决这种不公平问题。现在,法官的该自由裁量权不存在了。

## (二) 刑法禁止规范的发展

刑法禁止规范的发展,实质上是判断行为出入罪标准的变化,这种变化会对一些认识错误的性质产生一定的影响。现在以强奸罪的构成要件要素“被害人不同意”的判断标准的变化为例,揭示法律规范的发展对错误性质的影响。

对于强奸罪而言,其之构成要件要素“被害人不同意”,从形式上看,既是主观要素,也是消极要素,故很难迎合证据规则的诉求,为此,在立法时,大多数国家都通过一定的立法技术将该要素客观化和积极化。按照时间顺序,其主要有三种不同的立法形式:其一,以“被害人反抗”表述“被害人不同意”,即在性行为发生过程中,被害人反抗是“不同意”物理表征;其二,以“被告人的暴力或暴力相威胁”为“被害人不同意”的典型物理表征。前一种立法形式立足于被害人的行为,后一种立法形式立足于被告人的行为,但其本质是相同的,即采纳的是“不同意即是不同意”标准。根据该标准,被害人只要有口头上的“反抗”,就能认定“被害人不同意”的存在;相反,如果被害人对性行为保持沉默,则视为同意。然而,随着女权主义的兴起,有的国家开始放弃“不同意即是不同意”标准,改采“同意才是同意”的标准,即被害人的沉默应视为是“被害人不同意”,目的在于加强对妇女性自决权和免于胁迫、强制及暴力权的保护。最典型的例证是英国的MTS案。在该案中,法院认为,只有被害人明确表达了其愿意或允许与被告人发生性行为时,才能认定存在着法律意义上的“被害人同意”,这就是所谓的“明示”标准。根据原来的标准,强奸罪保护的法益应是妇女免遭暴力或暴力相威胁的自由;而根据新标准,除了上述法益外,强奸罪之规定还保护妇女选择性行为的自由。

从“不同意即是不同意”标准变成“同意才是同意”的标准,从表面上看,产生变化的仅是该罪的客观要素,即在形式上降低了该罪的客观要求,被告人即使未使用暴力或暴力相威胁,也有可能构成强奸罪。其实,这还降低了犯罪对被告人的主观要求,因为如果被告人将被害人的“沉默”或“模棱两可”看成是法律上有效的“同意”,根据前两个标准,被告人主观上是无可责性的,而根据最后一个标准,被告人主观上则具有可责性。有人对此提出质疑,认为新标准对被告人对被害人“不同意”要素的主观可责性要求太低了。<sup>②</sup>因为在性行为发生过程中,如果被害人消极被动,一言不发,至少有时被告人可以合理地认为其是同意的,但根据新标准,被告人主观上却具有可责性。事实上,有很多妇女对性行为希望以暧昧、含蓄的方式表达其主观上的“同意”。第三个标准实际上是将对“不同意”产生的过失性的事实

<sup>①</sup>Gerald f. Leonard, Rape, Murder And Formalism: What Happens if We Define Mistake Of Law? 72 U. Colo. L. Rev. P.590 (2001).

<sup>②</sup>ibid pp. 576-587.

错误,甚至是合理的错误,变成了法律错误,亦即其对强奸罪中的“不同意”要素,实际采用的是过失责任,甚至是严格责任,显然有违责任主义原则的诉求。

支持者解释说,新标准仅仅规定了一种新的“同意”形式而已,即,只有妇女明确表达了允许的情况下,性行为才具有合法性。也就是说,其只涉及犯罪的客观构成要件要素,并不涉及主观要素问题。如果妇女主观上愿意,但其并未将这种愿意明确表达出来,这种“同意”在法律上是不合格的。法律提出这样的要求并不新鲜,这在医学界早已司空见惯。比如,当病人没有明确表示其愿意做手术时,即使其私下早已或多次明确表示愿意接受手术治疗,也不能构成病人法律上有效的“同意”。<sup>①</sup>批评者指出,根据这种观点,妇女(作为非主动方)只能采用明示的方式表达“同意”,这无疑否定了个人选择表达“同意”方式的自由,尤其在现实中,有很多人不愿意明确表达对性行为的态度,尽管其内心可能是同意的。但支持者认为,这样做并不过分,考虑一下那些内心的确不愿意,但基于各种原因只得保持沉默,或者不能明确拒绝的被害人由此受到的伤害,这是完全值得的。<sup>②</sup>

现在假设被告人与既没有用口头或身体进行反抗,也没有明确表示“同意”的人发生性行为,被告人误认为存在着“被害人同意”,其实,被害人是不同意的。这种错误究竟是事实错误,还是法律错误呢?根据原来的两个标准,可能被认定为事实错误,阻却故意,但根据新标准,却只能是法律错误,即使这种错误具有合理性,法官也会认为其一般不会影响责任,理由是被告人的行为已经侵犯了被害人的性的自决权,且其也应意识到这一点,即被告人主观具有可责性。这就是说,刑法的变化有可能使先前会影响责任的事实错误,变成了没有法律意义的法律错误。当然,这有利于防止被告人以事实错误为由逃避法律的惩罚。

### (三) 新禁止的出现

一般来说,新禁止规范的出现,也会引起事实错误和法律错误边界的变动,使原来的事实错误变成了法律错误。比如,被告人向未成年人提供烈酒,未成年人喝酒后犯罪,比如醉驾。如果法律未明确禁止成年人向未成年人提供烈酒,被告人可以主张事实错误,否定自己有加功于未成年人犯罪的故意,从而否定自己构成共犯。然而,如果刑法对此已作了明确的禁止,这种认识错误就变成了法律错误。具言之,被告人没有意识到提供烈酒行为之危害性,在新禁止生效之前,可能被评价为事实错误,阻却被告人的共犯责任;在这种新的刑法禁止生效后,则会被评价为法律错误,通常不会影响被告人的共犯责任。

此外,新禁止的出现还会影响其他禁止规范的适用范围,比如,在我国刑法修正案(八)生效前,被告人没有意识到酒后开车会伤害他人而醉酒驾驶,结果发生交通事故,致人死亡。被告人如对此危害结果无认识,可能会被评价为事实错误,阻却犯罪故意,构成交通肇事罪。但该规定生效后,被告人对醉驾的后果无认识,则构成法律错误,其将不会再影响故意的成立。这样,如果醉驾致人死亡,被告人有可能构成故意杀人罪或其他严重犯罪,而非交通肇事罪了。

## 五、法律错误与出入罪的关系

法律错误与事实错误的划分,主要是为定罪量刑服务,而定罪量刑一般只受制于两个因素,即行为的社会危害性和行为人的主观可责性。那么,法律错误与事实错误的区分是否有利于反映这两个因素呢?如前所述,法律错误与事实错误的区分建构在法律条文的语意基础之上的,而出入罪受制于行为人的行为危害性与主观可责性,在表面上看,两者似乎与出入罪之间缺乏关联性,其实不然。

在学界,有人认为,当法律所描述的对象具有唯一性,不具有普适性时,法律错误有可能与事实错误混同,不宜再作区分。<sup>③</sup>比如,当地政府将当年狩猎期的开始日规定为10月15号。甲乙两人同在合法狩猎期(即10月15号)狩猎,甲误认为这是狩猎期的前一天,即欲在10月14日进行非法狩猎。甲对法律规定或者其语意没有产生认识错误,而是对当时的具体时间产生认识错误,故属于事实错误。乙误认

<sup>①</sup>Schulhofer, S. Taking Sexual Autonomy Seriously. 11Law & Phil. pp 74-75(1992).

<sup>②</sup>Schulhofer, S. Unwanted Sex: The Culture of Intimidation and the Failure of Law. Cambridge: Harvard University Press, p. 270 (1998).

<sup>③</sup>Westen, P. Impossible Attempts: A Speculative Thesis. 5 Ohio St. J. Crim. L., pp. 536-537(2008).

为狩猎季从10月16日开始,被告人对事实没有产生认识错误,而对法律规定的时间产生认识错误,属于法律错误。两人犯的都是入罪错误。他们在屠宰麋鹿的过程中被前来祝贺的执法人员抓获。甲乙两人都承认,当时自己认为这不属于狩猎期。根据事实错误与法律错误区分的立场,甲则构成犯罪未遂,乙则不构成犯罪,因为从入罪的角度看,根据现代刑法理论,事实错误有可能引起未遂的责任,而这种法律错误却不能使被告人有罪。从社会危害性的角度看,甲乙两人的行为完全相同;从主观可责性的角度看,甲乙都有相同的违法意志力,或有相同的蔑视法秩序的态度,但是,对甲乙两人却进行不同的处理,显然有违“相似的案件要相似处理”原则和责任主义原则。然而,根据事实不能犯理论,甲也不应受到处罚,这样,对甲乙两人的处罚就一样了。但是,一则,事实不能犯理论本身的争议就很大,二则,即使事实不能犯(不当罚)理论能解决甲乙两人的认识错误问题,也很难妥当地处理丙丁的认识错误。比如,丙丁在禁止狩猎期的最后一天(比如当年的12月15日)狩猎。丙误认为当天为12月16日,这属于事实错误。丁误认为禁止狩猎期的最后一天是12月14日,这属于法律错误。两人犯的都是出罪错误。在这里,丙不构成犯罪,因为事实错误阻却故意;根据传统的事实错误与法律错误区分的观点,丁构成犯罪既遂。丙丁两人行为的社会危害性与主观可责性同样没有多大的差别,采用事实错误与法律错误区别说,则意味着对两人的行为进行不同处理,同样有违“相似的案件要相似处理”原则和责任主义原则,对此,不能犯理论却无法解决。所以,这种观点认为,当法律条文所记述的事实具有具体性,不具有普适性时,两种错误的区分应予否定,或者两种错误混同。

我们认为,这种观点的最大缺陷乃在于其忽视了法律所选择事实的特殊性,即其不同于一般的事实,法律所选择的概念事实对社会有警示功能,被告人负有更高的注意义务。这样,丙(事实错误)可责性小于丁(法律错误),丙不构成犯罪、丁构成犯罪既遂并不违反“相似的案件要相似处理”原则,也不违反责任主义原则。

就第一个例子而言,抛开不可罚的不能犯的情况不谈,根据上述逻辑,相对于甲误认为15日为14日(事实错误)而言,乙认为禁止狩猎期开始日是16日(法律错误),考虑到乙所认识到的“法律”并不存在,至少可以说乙的可责性不会大于甲,即,甲的责任 $\leq$ 乙的责任,而甲的处罚(未遂) $>$ 乙的处罚。由于甲乙两人的社会危害相等,这个结论显然违反了责任主义原则。不过,如前所述,从禁止规范依附于主禁止规范并将主禁止规范的适用范围进行扩张,而扩张的前提须有主禁止规范的存在。<sup>①</sup>在本案中,非法狩猎禁止为主禁止规范,犯罪未遂禁止为从禁止规范。甲误认为10月15日为10月14日,甲主观上的行为显然符合非法狩猎禁止的客观语意,即存在着主禁止规范,因此,甲有可能因犯罪未遂而受到追究。与甲不同,乙所认识到的10月15日并不在非法狩猎禁止期限之内,即被告人意欲违反的主禁止规范并不存在,这样,作为从禁止规范的未遂禁止缺乏适用的前提,因此,乙不存在未遂的问题,否则,违反罪刑法定原则,因为何种行为构成犯罪是由法律事前规定的,而不是被告人自己定的。这与被告人误认为通奸、公开批评政府为犯罪而进行通奸或批评政府是一样的,被告人个人所认为的、刑法所保护的法益,事实上并未获得立法者的认可。因此,当被告人基于违法的故意而违反这种根本不存在的“法”时,是不能对其进行刑罚惩罚的。这就是说,在是否处罚乙的问题上,罪刑法定原则与责任主义原则存在着冲突。不过,就这两个原则来说,罪刑法定原则的位阶高于责任主义原则,因此,应当坚持罪刑法定原则优先的立场,或者说,罪刑法定原则对责任主义原则具有限制作用。<sup>②</sup>由于“最后的手段原则”使得被犯罪化的行为具有碎片化、非连续性的特征,所以,罪刑法定原则会使得责任主义原则也具有碎片化和非连续性的特征。<sup>③</sup>而乙的行为恰恰处于刑法非管制的区域,这样,即使需要追究甲的未遂犯责任,乙也不应当受到处罚。由此可以看出,基于责任主义原则,法律错误和事实错误与出入罪之间存在着密切的联系,不过,对于入罪型的法律错误,由于罪刑法定原则存在,这种联系只是受到一定程度的限制而已。

① Paul H. Robinson, Rules of Conduct And Principles Of Adjudication, 57 The University Of Chicago Review pp.729-771(1990).

② 参见杨春然《刑法学》,华中科技大学出版社2015年版,第12页。

③ 参见 D Husak, The criminal law as last resort, 24 Oxford J Legal Studies(SUMMER) pp.207-235(2004). 本文列举的是非法狩猎罪,倘若把本文的例子转变成奸淫幼女罪(强奸罪),也会出现这种现象,参见 Kenneth W. Simons, Mistake Of Fact Or Mistake Of Criminal Law? Explaining And Defending The Distinction, The Journal of Criminal Law and Criminology, Vol. 81, No. 3, pp. 447-517(1990).



然而,前面提到的由事实错误引起的法律错误处理规则适用于亲告罪,则有可能造成事实错误与法律错误的混同。比如,甲将自己的某一动产交由乙保管,事后,甲打电话向乙索要该财物,但是,乙误将甲的“索要”听成了“赠与”。于是,甲再次向乙索要财物时,乙予以拒绝。被告人乙的错误究竟是事实错误还是法律错误?对于侵占罪而言,被告人拒不返还占有的财物,构成该罪的法定的构成要件要素之一。不过,返还的前提是权利人提出权利请求,此构成被告人的行为符合该要件的前提。也就是说,现行刑法中的侵占禁止的适用力直接受制于权利人(被害人)的态度,所以,侵占禁止是一种附条件的刑法禁止。该条件是由刑法设定的,且以条文的方式存在着,刑法一旦生效,其即刻对社会具有一般的约束力和指导力,因此,该条件所记述的内容有别于一般的事实,即有法律的属性,公民负有更高的注意义务。然而,该条件记述的毕竟是私权利,由于该私权利的行使缺乏必要的程序保障和稳定的形式,被害人的权利主张很难获得与法律相同的规范效果,即,公民对该条件内容(被告人的权利主张)注意义务应低于法律。总之,这种条件介于法律与事实之间,对其产生认识错误,同时具有法律错误与事实错误的属性,即两种错误混同。<sup>①</sup>

## 结语

刑法禁止存在的目的乃在于保护法益,避免危害行为的发生,而触犯刑法禁止的人,通常被认为其主观上具有可责性。但是,行为的危害性与被告人的主观可责性之间并非是一一对应关系,它们间有时会发生断裂,如出现认识错误,从而形成一定的缝隙。对于这种缝隙之处理,有学者强调刑法的社会功能,有学者强调刑法的责任分配机制,也有学者从折中的立场出发,试图调和法益保护原则与责任主义原则的关系。然而,在理论上,学界似乎不应有试图结束这种分歧的野心,而是给法官提供尽可能多的理论,以帮助法官在追求自己内心的刑事正义时,可以寻找到适当的话语凭藉。但是,就我国目前情况而言,至少在刑法的领域内,强调刑法的形式价值,追求形式正义,或许有更大的迫切性和现实性。不过,有一点需要提及,即,本文的论述与《德国刑法典》第16条和第17条的规定并不矛盾,理由很简单,《德国刑法典》的第16条和第17条处在刑法总论之中,其所指向的对象为分论的规定,总论是分论的公约数(或绝大多数分论中的法条遵守的规则),但不是总论的公约数,所以,上述对法律错误在功能层面上的质疑即使成立,也不影响《德国刑法典》第16条和第17条的合理性。

**Subject:** On The Mistake Of Law In The Semantics——Concurrently Discussing the Nature of Mistake of the Victim's Monconsent in Rape

**Author & unit:** YANG Chunran( China University of Petroleum ,Qingdao Shandong 266520 ,China)

**Abstract:** Due to the traditional criteria that draw the distinction of the mistake of law( ML) is always challenged by mistake of civil law ,mistake of defenses ,mistake of obligation to act etc ,some scholars even have denied the idea of ML. In order to reflect the liability accurately ,however ,it is necessary for this distinction.Indeed ,that the objective meanings of terms of law is emphasized with the principle of legality ,constitute the normal base for the independence of ML.From the view of semantics ,ML is the mistake of inference during the meanings of statutory terms instantiating. However ,the mistake of civil law belongs to the mistake of normative factor ,the nature of which is determined with the layman test that is coincidental with the logic of definition of ML in semantics.The boundary line of ML is always moved with the development of legal provisions ,but the general trend may be MFs converting into ML continually.Due to have more obligation to pay attention to the fact choosed with the terms of law ,the culpability of ML is always more than that of mistake of fact( MF) .But not like the MF ,the incriminalized ML can not be punished by the term of attempt ,because the criminalized acts are fragmented for the Ultima ratio ,and the secondary prohibitions depend on the primary prohibitions ,namely ,the libility and punishment have fractures in the area of mistake.

**Key words:** mistake of fact; mistake of law; mistake of civil law; primary prohibitions; secondary prohibitions

[责任编辑: 吴 岩]

<sup>①</sup>Kenneth W. Simons ,Mistake Of Fact Or Mistake Of Criminal Law? Explaining And Defending The Distinction ,The Journal of Criminal Law and Criminology ,Vol. 81 ,No. 3 ,pp. 447-517( 1990) .