

以实质故意论破解事实错误与法律错误的 区分难题:以环境犯罪为例

陈洪兵^{*}

【摘要】国外通常不在刑法典中对犯罪故意下定义,而我国刑法第14条第1款规定“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”,采一种实质的故意概念。无论采平面式还是阶层式的犯罪构成体系,事实错误与法律错误的区分的实质均在于能否肯定故意犯罪的成立。就猎捕、杀害珍贵和濒危野生动物而言,可根据行为人的职业、知能水平、行为的地点、时间、次数等因素,判断是否可能认识到所捕杀对象的野生性、稀少性、要保护性特征,即有无实质的违法性意识,是否达到了值得以故意犯罪予以非难的程度。

【关键词】事实错误;法律错误;实质的故意;环境犯罪

一、问题的提出

世界各国刑法理论都承认事实错误(亦称构成要件的错误)与法律错误(即违法性的错误,也称禁止的错误)的分类,无论在故意与违法性认识的关系上采故意理论(严格故意说和限制故意说)还是责任理论(严格责任说与限制责任说),^①都承认事实错误与法律错误的法律效果明显不同,故而都主张严格区分二者。二者在概念上的区别似乎很明确,但事实上并非如此,尤其是在含有一定评价因素的规范的构成要件要素以及行政犯的认识错误中,究属阻却故意的事实错误还是不影响故意成立的法律错误,未必容易确定。^②例如,在日本两个著名的所谓“狸·貉案”和“姆马(もま)·姆萨萨比(むささび)案”中,基本案情均是误以为所捕杀的是当地俗称的动物“貉”或“姆马”,而非《狩猎法》所禁止的“狸”或“姆萨萨比”,但日本最高法院却认为,前者属于事实错误而阻却故意,后者属于

^{*}法学博士,东南大学法学院教授,211189。本文是江苏省社科基金“环境刑法适用与体系构建研究”(16FXB004)阶段成果。

^①在故意与违法性认识的关系问题上,故意理论中的严格故意说认为,违法性的意识是故意的要素,因而违法性的错误阻却故意,限制故意说则认为,即使欠缺现实的违法性意识,但如果具有违法性的意识的可能性,就不阻却故意;责任理论将违法性意识的可能性作为与故意相区别的责任要素对待,只有在违法性错误不可避免时才阻却责任,否则只能减轻责任,其中,严格责任说将违法阻却事由的错误视为违法性错误,限制责任说则将违法阻却事由的认识错误作为事实错误对待。参见[日]山口厚:《刑法总论》,东京:有斐阁,2016年,第265—266页。

^②参见张明楷:《外国刑法纲要》,北京:清华大学出版社,2007年,第252页;[日]大谷实:《刑法讲义总论》,东京:成文堂,2012年,第348页。

法律错误而不影响犯罪故意的成立。^①对这两个判例,学界评价也大相径庭,有认为均属于法律错误,有主张均为事实错误,有声称前者属于事实错误、后者属于法律错误,因而两个判例结论并无矛盾,等等。^②在我国司法实践中,对于被告人有关不明知所猎捕、杀害的是国家重点保护的珍贵、濒危野生动物的辩解,法院在判决中,要么模糊处理、不予回应,^③要么采取推定的方法,如认为“上诉人杨某^④运输时已知道所运是野生动物,其行为发生在野生动物保护法立法之后,应当知道这些野生动物受国家保护”^⑤,要么主张“不知法不免责”,如认为“其主观不明知所猎杀的灰鹤属国家二级保护动物并不能成为其犯罪的理由,更不属法定从轻处罚之情节”^⑥。又如虽然我国刑法理论通说主张关于公务行为的合法性的认识错误属于事实错误,阻却故意,不成立妨害公务罪,^⑦但“总体而言,我国司法实践对公务行为的合法性问题采取了忽视的态度,即认为对公务行为合法性的认识错误不影响妨害公务罪故意的认定”^⑧。

国外通常不在刑法典中直接对犯罪故意下定义,而我国刑法第14条第1款明文规定,明知自己的行为会发生危害社会的结果,却希望或者放任这种结果发生的,是犯罪故意。因而,无论采平面式的犯罪构成体系还是采阶层式的犯罪构成体系,事实错误与法律错误的区分,实质还是在于能否肯定故意犯罪的成立。是故,要想破解事实错误与法律错误区分难题,必须立足于我国犯罪故意的规定。

二、事实错误与法律区分的基准

关于二者的区分基准,刑法理论上主要存在如下代表性观点:第一种观点主张,通过刑罚法规的错误与非刑罚法规的错误进行区分。^⑨这曾是德国帝国法院所采用的的区别基准,日本以往也有判例表示支持。^⑩该说的问题在于:(1)认为有关伪造文书罪中的“文书”性质的误认,属于刑罚法规的错误而不阻却故意,这明显不合理;(2)刑罚法规与非刑罚法规的区别本身,对于故意的成立与否,并不具有意义;(3)误以为对子女的伤害属于法律允许的惩戒权范畴,究系刑法的错误(刑罚法规的错误)还是民法的错误(非刑罚法规的错误),未必明确。^⑪第二种观点提出,在事实错误的场合,一般人大大体上不能产生违法性意识,而在法律错误的场合,虽对能够产生违法性意识的事实具有认识,却由于错误而认为不违法。^⑫该说虽被指责因立足于故意理论而存在故意理论的固有缺陷,^⑬但笔者认为,根据对能够产生违法性意识的事实本身存在认识与否,来把握事实错误与法律错误的区分,可谓抓住了区分二者的关键。第三种观点认为,具有对犯罪事实的认识才承担故意责任的实质意义在于,只有存在这种认识才有可能唤起行为人的违法性意识并形成反对动机,因而,在能够唤起违法性意识从而形成反对动机的事实认识上存在错误的,属于事实错误,相应地,尽管对事实本身存在认识,但误认为是

①参见日本大判大正14·6·9刑集4卷378页;大判大正13·4·25刑集3卷364页。

②参见[日]西田典之:《刑法总论》,东京:弘文堂,2010年,第250页。

③参见湖南省郴州市苏仙区人民法院(2014)郴苏刑初字第169号刑事判决书;甘肃省宕昌县人民法院(2013)宕刑初字第71号刑事判决书;云南省绿春县人民法院(2000)绿刑初字第14号刑事判决书。

④为尊重当事人的隐私,本文所引裁判文书中的名字尽量用“某”代替。

⑤参见广东省佛山市中级人民法院(2003)佛刑终字第430号刑事裁定书。

⑥参见河南省郑州市中级人民法院(2009)郑刑一终字第407号刑事裁定书。

⑦参见高铭暄、马克昌主编:《刑法学》,北京:北京大学出版社、高等教育出版社,2016年,第525页;张明楷:《刑法学》(下),北京:法律出版社,2016年,第1034页。

⑧丁胜明:《公务行为合法性认识错误问题的教义学分析》,《法学》2016年第4期。

⑨参见[日]高山佳奈子:《故意与违法性的意识》,东京:有斐阁,1999年,第170页。

⑩参见最判昭25·12·26刑集4卷13号2885页。

⑪参见[日]大塚仁:《刑法概说(总论)》,东京:有斐阁,2008年,第468页。

⑫参见[日]藤木英雄:《刑法讲义总论》,东京:弘文堂,1975年,第217页。

⑬参见张明楷:《外国刑法纲要》,北京:清华大学出版社,2007年,第254页。

法律上所允许的,系法律错误。^①该说虽然被指责忽视了对违法阻却事由的前提事实的错误,^②但笔者倒是认为,该说触及了故意责任的实质和区分事实错误与法律错误的根本。只有因为认识错误而未能唤起违法性意识进而形成反对动机的,才不能以故意责任进行非难。故而可以认为,该观点契合了我国刑法中关于犯罪故意的规定。第四种观点声称,应根据是对事实的认识错误还是对规范的评价产生错误来区分二者。也就是说,事实错误是行为人通过对事实的认真观察和仔细判断就能克服,而违法性的错误需要行为人通过对刑法规范的进一步了解方能克服;即使行为人不知道构成要件中记述的概念本身,但如果知道要素的形状、机能、效果、社会有害性或者法益侵害性时,也能认定故意。例如,即便行为人不知道“甲基苯丙胺”这一名称,但通过其形状等特征而知道它属于“滥用后会形成身体、精神的依赖,而可能对个人、社会带来重大恶害的药物”,就可以认定故意。这基本上属于一种通说观点。^③该说看到了能否肯定故意,在于行为人是否认识到了行为的社会有害性或者法益侵害性,而接近我国刑法中犯罪故意的规定,因而具有一定的合理性。该说的不足在于,未能明确说明区分事实错误与法律错误的实质在于,能否认定为具有犯罪故意从而进行非难。

就实质的故意论而言,日本学者前田雅英提出了一种将违法性意识的可能性在实质的故意中予以消解的学说。该说将否定故意的错误限于有关犯罪事实重要部分的错误,故谓之实质的故意概念;只要对可能予以故意非难的犯罪事实具有认识,就肯定故意的成立;相应地,所谓违法性意识的可能性,因在故意论中消解,而丧失独立存在的意义;在欠缺违法性意识的可能性的极为例外的情形,可以期待可能性论处理。^④该说受到的指责是,该说以违法性的意识取代事实的认识,不可避免地得出具有违法性的意识或者可能性就具有故意的结论。^⑤

本文认为,前田雅英教授的实质的故意概念契合了我国刑法第14条第1款犯罪故意的规定。因为所谓“明知自己的行为会发生危害社会的结果”,实际上是指行为人明知自己的行为会发生符合构成要件的法益侵害结果或者危险结果,可见“我国刑法中的故意是一种实质的故意概念,即并不是认识到行为与结果的单纯事实(外部形态)就成立故意,还必须认识到行为的社会意义与法益侵害(危险)结果”,由此,“可以认为,故意的成立要求行为人认识到实质的违法性”。^⑥日本学者西田典之也认为,所谓事实错误,是指对于包括“含义的认识”这一意义上的犯罪事实(构成要件该当事实)缺少认识;在前述所谓“狸·貉案”和“姆马(もま)·姆萨萨比(むささび)案”这类案件中,“如果行为人具有对象动物属于稀有动物这一认识,即便作为‘含义的认识’也已经足够了,因而可以肯定存在故意”;对于“穿凉鞋案”^⑦,“只要行为人对自己穿凉鞋驾车以及这种行为的危险性存在认识,即可肯定存在故意”。^⑧

日本学者松原芳博也指出,“作为对犯罪事实之认识的故意,包含对各个构成要件要素的‘含义的认识’”;就前述所谓“狸·貉案”和“姆马(もま)·姆萨萨比(むささび)案”这类案件而言,只要行为人对所捕获动物的“野生性”、“稀少性”、“作为资源的要保护性”,这种属性存在认识,就足以认定行为人存在对故意的成立所必要的要素的“含义的认识”,而能肯定故意的成立;至于“禁止在特定区域超车的案件”,由于“根据《道路交通安全法》第30条,属于禁止超车区域的十字路口、隧道、铁路路口等,由于这些地点本身就具有为超车行为的危险性直接奠定基础的天然特征,因而只要对该场所的形状存

①参[日]大谷实:《刑法讲义总论》,第348—349页。

②参见[日]山中敬一:《刑法总论》,东京:成文堂,2015年,第721页。

③参见[日]团藤重光:《刑法纲要总论》,东京:创文社,1990年,第313页;[日]大塚仁:《刑法概说(总论)》,东京:有斐阁,2008年,第465页;张明楷:《刑法原理》,北京:商务印书馆,2011年,第298—299页。

④参见[日]前田雅英:《现代社会と实质的犯罪论》,东京:东京大学出版会,1992年,第224页。

⑤参见[日]町野朔:《意味的认识について》(上),警研61卷11号6页。

⑥张明楷:《刑法学》(上),北京:法律出版社,2016年,第258页。

⑦参见日本东京高判昭和38·12·11高刑16卷9号787页。

⑧参见[日]西田典之:《刑法总论》,东京:弘文堂,2010年,第247、250、251页。

在认识,就可以认定存在故意”,如果系“通过设立路标等而规定为禁止超车区域的场所,由于仅凭该场所的形状还不足以表征超车行为的危险性,因此故意的认定就应通过对标识的认识与否来判断”。^①德国学者罗克辛也提出,“故意在现行刑法的意识方面,是作为对社会意义的认识来构想的,而不是作为法学上的禁止来构想的。”^②德国学者金德霍伊泽尔也认为,“要成立故意,行为人必须对构成要件中以概念性的要素的方式所指称的那些具体的案件事实情况的特征有相应的认识”;就记述的构成要件要素而言,行为人“必须已经认识到相应的自然特征的存在”,就规范的构成要件要素而言,行为人“必须还要理解该要素的法律或社会之功能,因而,在具有规范性构成要件要素时,行为人必须认识到所涉客体的所承担的相关实际用途,才能成立故意”。^③

长期以来,理论与实务之所以主张严格区分事实错误与法律错误,是因为人们习惯于认为二者在非难可能性上存在明显差异。其实,“事实与法律的正确认识可能性并无绝对的差异,不论行为人系误认事实或误认法律,最终都是否定法秩序所设立的价值标准,二者仅是途径不同,而不是程度的差异,所以法秩序对于二者的反应程度也不应存在绝对的差异”。换言之,当“行为人不认识构成要件事实时,就没有认知到其行为侵害他人法益而为法律所禁止,其着手实行并非有意地违反法律的行为准则”。与之不同,“行为人在正确认识构成要件事实时,原则上就会知道其行为侵害他人法益而为法律所禁止,其着手实行意味着有意违反法律的行为准则”。^④

综上,我国刑法总则中只有犯罪故意的规定,而且是一种实质的故意概念,而无事实错误与法律错误处理的条款,二者只是理论上的分类,我们不应纠缠于二者的区分,而应根据行为人对外在环境、状况等事实的观察、了解,能否认识到其行为的社会有害性,是否值得以刑法上的故意予以非难。质言之,“是否值得以刑法上的故意予以非难,才是事实错误与法律错误相区别的实质基准”^⑤。诚如黎宏教授所言:“事实认识错误和法律认识错误实际上是一体的,没有必要分开”。也就是说,“如果行为人对事实认识的程度达到了让其产生危害社会即违法的意识的话,就可以说行为人对事实的认识是真实的,并不存在错误”,反之,“如果行为人虽然对事实具有认识,但该种认识没有达到让其产生危害社会意识的程度的话,可以说,行为人对事实的认识是不真实的,存在错误。”易言之,“这种错误,形式上看,虽说是法律认识错误,但说到底,还是属于事实认识错误。”^⑥

下面结合涵摄的错误、规范的构成要件要素的认识错误与行政犯的认识错误进行具体分析。

三、涵摄的错误

涵摄的错误,也称包摄的错误、归类的错误、适用的错误,是指行为人错误地解释构成要件要素,误以为自己的行为不符合构成要件要素的情形,故而是一种解释的错误。^⑦例如,误以为释放他人笼中小鸟,或者放掉他人车胎中的空气的行为,不属于“毁坏”财物,不成立故意毁坏财物。刑法理论一般认为,涵摄的错误不属于事实错误,而属于一种法律错误,不阻却故意。^⑧涵摄的错误是一种解释错

①参见[日]松原芳博:《刑法总论》,东京:日本评论社,2013年,第245、247、248页。

②[德]克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论》(第1卷),王世洲译,北京:法律出版社,2005年,第318页。

③[德]乌尔斯·金德霍伊泽尔:《刑法总论教科书》,蔡桂生译,北京:北京大学出版社,2015年,第254、255页。

④薛智仁:《禁止错误法律效果之初探:为故意理论辩护》,刘明祥、张天虹主编:《故意与错误论研究》,北京:北京大学出版社,2016年,第248、249页。

⑤[日]前田雅英:《刑法总论讲义》,东京:东京大学出版会,2015年,第164页。

⑥黎宏:《刑法学总论》,北京:法律出版社,2016年,第212页。

⑦参见张明楷:《刑法原理》,北京:商务印书馆,2011年,第297页。

⑧参见[日]前田雅英:《刑法总论讲义》,东京:东京大学出版会,2015年,第178页;林钰雄:《新刑法总则》,中国台北:元照出版有限公司,2014年,第205页。

误,不影响犯罪故意的成立,这是理论上的共识,但问题是,如果错误地将事实错误归入涵摄的错误,则会不当扩大故意犯的成立范围。例如,日本学者日高义博将前述“狸·貉案”和“姆马(もま)·姆萨萨比(むささび)案”均归入涵摄的错误,进而根据这种错误认识是否超出行为人所属的外行人领域的平行评价,得出前者属于不具有责任故意的违法性错误、后者属于具有责任故意的违法性错误的结论。^①

笔者认为,涵摄的错误只限于刑法理论界所公认的放走笼中小鸟、放掉车胎中的空气、杀死他人的宠物等是否属于“毁坏”财物这类极为有限的对构成要件解释错误的情形,对于绝大多数的认识错误,应回归到是否值得以犯罪故意进行非难的实质的故意论轨道予以处理。如后所述,就猎捕珍稀动物而言,不应首先将行为人的认识错误归入涵摄错误,进而得出是否阻却责任故意的结论,而应根据行为人实施时的外在状况,分析行为人猎捕动物时是否产生社会危害性意识,是否值得以犯罪故意予以非难的结论。就公务行为的合法性认识而言,也不易首先归入涵摄错误,进而判断是否阻却故意,而应根据行为时的状况,判断行为人对于公务行为合法性的误认是否存在合理的根据,得出是否具有妨害公务的故意的结论。就传播淫秽物品中的“淫秽物品”的认识错误,也不应归入涵摄的错误,进而判断是否阻却故意,而应根据行为人的知能水平,判断行为人是否认识到一般人会认识到物品的淫秽性,进而得出是否具有传播淫秽物品罪的故意的结论。就封条的有效性的误认而言,同样不应归入涵摄错误,进而判断是否成立故意,而应根据行为时的状况,判断行为人是否认识到封条的有效性,进而认识到毁坏封条会产生妨害国家的诉讼保全制度的危害结果,而认定行为人是否具有非法处置查封的财产罪的故意。总之,不能以涵摄错误的“标签”代替是否具有犯罪故意的实质判断,而应根据行为时的状况,判断行为人是否认识到了行为的有害性,是否值得以刑法上的故意予以非难。

四、规范的构成要件要素的错误

相对于记述的构成要件,在规范的构成要件场合,立法者只是提供了评价的导向,或者说只是赋予了价值的形式,而具体的评价需要法官根据一定的标准来完成。^②一般而言,理论上所讨论的规范的构成要件要素的错误,通常包括行为人对“淫秽性”、财物的“他人性”、公务行为的“合法性”等发生误认,倘若行为人对这些要素的社会意义缺乏认识,应属于阻却故意的事实错误,否则仅系不阻却故意的违法性错误。^③

国外刑法理论上所谓外行人领域的平行评价,^④其实就是指一般人的认识水平。例如,就“淫秽性”的认识而言,并不需要像法律专家那样,认识到属于刑法第367条第1款所界定的“具体描绘性行为或者露骨宣扬色情的淫秽性的书刊、影片、录像带、录音带、图片及其他淫秽物品”的程度。也就是说,即便行为人自以为其所贩卖的并非淫秽物品,也非黄色、下流物品,甚至认为是具有一定科学价值的艺术作品,但是,“只要行为人认识到了一般人会认为其贩卖的为淫秽物品,且事实上也是淫秽物品,就可以认定行为人认识到了自己所贩卖的是淫秽物品,进而成立故意犯罪”^⑤。

一般认为,财物的“他人性”系规范的构成要件要素。例如,行为人误认为盗窃罪的对象仅限于他人单独占有的财物,不包括共同占有的财物,故而擅自变卖与他人共同占有的财物。由于成立盗窃罪,并不要求行为人认识到民法上“共有”的含义以及刑法上盗窃罪中的“共同占有”的含义,而只需

^①参见[日]日高义博:《刑法总论》,东京:成文堂,2015年,第333页。

^②参见张明楷:《规范的构成要件要素》,《法学研究》2007年第6期。

^③参见[日]高桥则夫:《刑法总论》,东京:成文堂,2013年,第366页。

^④参见[日]山口厚:《刑法总论》,第205页。

^⑤张明楷:《犯罪构成体系与构成要件要素》,北京:北京大学出版社,2010年,第217页。

认识到所变卖的对象系与他人的“共有物”这种社会意义即足够,故不影响盗窃罪的成立。^①

关于公务行为的“合法性”的认识错误,刑法理论上存在不同的观点:一是认为公务行为合法性的错误属于事实错误,阻却故意,不成立犯罪;二是认为公务行为的合法性只是妨害公务罪的客观处罚条件,因此不是故意的认识对象;三是认为公务行为的合法性属于一种违法要素,因而对公务行为合法性的误认还属于违法性错误;四是认为认识到合法性的基础事实的,成立故意,但对合法性本身的认识属于违法性认识,不是故意的认识内容,但欠缺认识可能性时阻却责任,这可谓二分说。^②

国外虽有判例认为公务行为合法性的认识错误,属于一种违法性错误而不阻却故意的成立,^③但刑法理论上一般认为,公务行为的“合法性”属于一种不成文的规范的构成要件要素;对于违法性基础事实的认识错误,属于事实错误而阻却故意,例如误以为警察未出示逮捕令而进行抵抗的,不具有故意;而对公务行为本身的合法性评价的认识错误,属于违法性错误,不阻却故意,例如行为人虽然认识到警察出示了逮捕令,但认为自己并未犯罪,逮捕行为属于违法行为,进而予以抵抗的,则属于违法性错误,不阻却故意的成立。^④

如前所述,虽然我国刑法理论通说认为,公务行为合法性的认识错误阻却妨害公务罪的故意,但司法实践中,基本上认为公务行为合法性的误认不影响妨害公务罪的成立。国内最近有学者撰文指出,公务行为合法性评价本身当然属于故意的认识对象,不过,只要行为人对于公务行为合法性的认识达到了其所属领域的外行人的认识程度,就应当认为行为人具备了对这种要素的认识。^⑤

笔者认为,从我国目前公务员滥用国家公权力的现象还较为普遍,加之民众因为官员强拆、腐败等现象的影响,民众对于公务行为本身缺乏信任,故而,一方面,应将妨害公务罪的故意限于直接故意,即排除间接故意成立妨害公务罪的可能;另一方面,对于公务行为合法性的误认存在一定根据的,通常应阻却妨害公务罪的成立,只有对明显属于合法执行公务而行为人采取严重暴力等极端手段予以对抗的,才有可能成立妨害公务罪。

五、行政犯中的认识错误

虽然国内外刑法理论均认为,国家重点保护的珍贵、濒危野生动物、禁猎区、禁猎期等属于客观的构成要件要素,而属于行为人的认识对象,缺乏认识的,属于事实认识错误而阻却故意犯罪的成立,但司法实践中要么无视被告人关于不明知的辩解,要么判例结论相互矛盾。例如,日本曾发生“狸·貉案”与“姆马(もま)·姆萨萨比(むささび)案”两个著名的案件。在“狸·貉案”中,被告人误以为所猎捕的是当地俗称为“貉”的动物,而非《狩猎法》所禁止猎捕的“狸”。其实“貉”与“狸”属于同一种动物。日本大审院判决认为,“被告人并未意识到,《狩猎法》所禁止捕获的‘狸’中也包括俗称为‘貉’的动物,因而在十字‘貉’与作为禁止对象的‘狸’属于不同动物这一信念之下,捕获了‘貉’,显然,被告人对于捕获《狩猎法》所禁止的‘狸’缺乏认识”,因而属于一种事实的错误。^⑥而在“姆马(もま)·姆萨萨比(むささび)案”中,被告人猎捕了当地俗称“姆马(もま)”的动物,但那实际上系《狩猎法》所禁止猎捕的动物“姆萨萨比(むささび)”。对于此案,日本大审院却认为,“虽然‘姆萨萨比

①参见[日]山中敬一:《刑法总论》,东京:成文堂,2015年,第719页。

②参见丁胜明:《公务行为合法性认识错误问题的教义学分析》,《法学》2016年第4期;[日]山中敬一:《刑法总论》,第717—718页。

③参见日本大判昭和7·3·24刑集11卷296页。

④参见[日]西田典之:《刑法总论》,东京:弘文堂,2010年,第248页;[日]大谷实:《刑法讲义总论》,第165页。

⑤参见丁胜明:《公务行为合法性认识错误问题的教义学分析》,《法学》2016年第4期。

⑥参见日本大判大正14·6·9刑集4卷378页。

（むささび’与‘姆马（もま）’属于同一种动物，但被告人并不知道二者系同一动物，也就是相信猎捕姆马（もま）’的行为并不构成犯罪而加以捕获，此种情况下，被告人是知道法律所禁止猎捕的‘姆萨萨比（むささび）’（即‘姆马（もま）’）是‘姆马（もま）’而加以捕获，即对于犯罪构成所必须的事实的认识并无任何欠缺，只是不知道其行为属于违法行为而已”，因而一种违法性的错误。^①

对于上述两个判决，有学者认为，两个案件应该均属于违法性错误。^②有学者声称，应该均属于事实的错误。^③也有主张两个判例并不矛盾，因为既然社会一般观念上均将“姆萨萨比（むささび）”与“姆马（もま）”看作同一种动物，因而社会一般人的认识向被告提出了直面规范认识的问题，只是行为人不知道该动物属于禁止猎捕的动物而加以捕获而已，因而属于单纯的违法性错误，并不阻却故意的成立。^④笔者认为，认为两个判例不矛盾的观点显然混淆了实体认定与程序上证明的问题。因为讨论的前提就是行为人的误认存在合理的根据，如果一般人都能认识到属于同一种动物，则行为人所谓的误认可能属于“狡辩”。如果行为人有合理的根据认为法律所禁止猎捕的动物与当地所俗称的动物并非同一动物，则说明行为人没有认识到所猎捕对象的“社会意义”，没有认识到自己行为的社会危害性，应当阻却故意。但如果行为人根据对猎捕的时间、场所等外在环境状况的观察、分析，不难认识到所猎捕的对象属于稀少、可能需要重点保护的野生动物，则应认定行为人具有实质的违法性的意识，即“明知自己的行为会发生危害社会的结果”而仍然为之，因而具有实质的故意，应成立犯罪。^⑤

不过，我国司法实践中对于行为人将国家重点保护的珍贵、濒危野生动物误认为一般野生动物的案件，判决书中并未重视说理。例如“捕杀灰鹤案”，被告人高某等人携带渔网、电机、砍刀、菜刀等工具，驾车到黄河中捕鱼，偶然听见灰鹤的叫声，便用土炮向灰鹤开了一炮，当场打死三只，高某又用腰带将另外一只受伤的灰鹤勒死。经河南省林业鉴定中心鉴定，该四只灰鹤均为国家二级重点保护野生动物，一审以非法杀害珍贵野生动物罪，判处高某有期徒刑五年。高某上诉称，其不明知所猎杀的灰鹤属国家二级保护动物。二审法院认为，“其主观不明知所猎杀的灰鹤属国家二级保护动物并不能成为其犯罪的理由，更不属法定从轻处罚之情节”，因此裁定驳回上诉、维持原判。^⑥

当然，实践中对于被告人辩称不知所走私、猎捕、杀害、运输、出售的是国家重点保护的珍贵、濒危野生动物或者其制品，不明知是在禁猎区、禁猎期狩猎，不明知所采伐、毁坏、收购、运输、加工、出售的是国家重点保护的植物或者其制品等案件，法院大多不予回应。^⑦例如“误杀黑熊案”，被告人魏某用自制的火枪在自家豆子里猎杀黑熊一只，后将黑熊以12500元价格出售给他人。被告人辩称“他家豆子地经常被野猪糟蹋，那天晚上他到豆子里，以为是野猪糟蹋豆子就开了一枪，第二天去看，才发现打死的是黑熊，后来听说能卖一万多元，就联系人卖掉了。”法院对被告人的辩解未予回应，而是认定被告人魏某的行为构成非法猎捕、杀害、出售珍贵、濒危野生动物罪。^⑧

固然，由于列入国家重点保护野生动物名录的国家一、二级保护野生动物，以及列入《濒危野生动植物种国际贸易公约》附录一、附录二的野生动物的物种清单，“‘其内容专业性极强、名目繁多’，一般人是难以全面了解。在出现认识错误的情况下，就应该充分考虑行为人违法性认识的可能性，在不具备专业知识，不经意触犯法律的情况下，应当承认其具有违法性认识错误不可避免性，从而阻却犯

①参见日本大判大正13·4·25刑集3卷364页。

②参见[日]日高义博：《刑法总论》，第332页；[日]西田典之：《刑法总论》，第250页。

③参见[日]西原春夫：《刑法における错误の理论（总论）》，《法七》329号15页。

④参见[日]大谷实：《刑法讲义总论》，第166页。

⑤参见[日]松原芳博：《刑法总论》，第247页；[日]西田典之：《刑法总论》，第250页。

⑥参见河南省郑州市中级人民法院（2009）郑刑一终字第407号刑事裁定书。

⑦参见湖南省郴州市苏仙区人民法院（2014）郴苏刑初字第169号刑事判决书；甘肃省宕昌县人民法院（2013）宕刑初字第71号刑事裁定书。

⑧参见甘肃省宕昌县人民法院（2013）宕刑初字第71号刑事裁定书。

罪的成立”^①。也就是说,对于此种对象性质的认识错误的案件,无论是认定为阻却故意的事实错误,还是作为具有不可避免性的违法性错误对待,都需要结合具体案件中行为人的知能水平、职业、行为的地点、时间、交易的场景、价格等因素,综合判断行为人关于对象性质的认识错误有无合理的根据。例如,在国家自然保护区,或者林区附近持专业狩猎工具猎捕、杀害野生动物,以较高的价格、秘密地进行野生动植物及其制品的交易,多次猎捕、杀害、收购、运输、出售、走私珍贵、濒危野生动物、国家重点保护的植物及其制品等,应当认定行为人明知对象的性质,进而肯定故意犯罪的成立。

在“捕杀灰鹤案”中,由于行为人并非专门去猎捕野生动物,而是去黄河捕鱼时偶然听到灰鹤的叫声,如果地点不是处于自然保护区附近,行为人也仅此一次猎杀灰鹤,则难以认定行为人认识到了对象属于珍贵、濒危野生动物,故应否定故意犯罪的成立。在“运输、出售巨蜥、穿山甲案”^②中,从行为人交易的方式、价格,不难看出行为人熟知运输、出售的巨蜥和穿山甲的珍贵性、稀少性、要保护性,故应肯定故意犯罪的成立,但判决书中不应简单粗暴地认为“上述人杨某运输时已知道所运是野生动物,其行为发生在野生动物保护法立法之后,应当知道这些野生动物受国家保护”,而应具体说明推定明知的理由。在“误杀黑熊案”中,如果行为不是发生自然保护区或者林区周围,因为是在自家豆子地里用火枪枪杀,故行为人关于“他家豆子地经常被野猪糟蹋,那天晚上他到豆子地里,以为是野猪糟蹋豆子就开了一枪,第二天去看,才发现打死的是黑熊”的辩解,是可信的,不应肯定故意犯罪的成立。

综上,对于环境犯罪中所规定的珍贵、濒危野生动物、国家重点保护的植物及其制品这些特殊对象,只能根据行为人的职业、知能水平、行为实施时的场景、时间、交易的方式、价格、是多次实施还是偶然实施等因素,判断行为人有无可能认识到对象的野生性、稀少性、要保护性等属性,有无可能认识到行为的社会危害性,有无实质的违法性意识,是否值得以犯罪故意进行非难,进而认定构成犯罪。

(责任编辑:杨嵘均)

Distinguishing Mistake of Fact from Mistake of Law by Substantive Intention: Taking Environmental Crimes as an Example

CHEN Hong-bing

Abstract: Criminal intention, seldom clearly defined in foreign laws, is described in Clause 1 of Article 14 in the Criminal Law of People's Republic of China as follows: an intentional crime refers to a crime committed by a person who clearly knows that his act will produce socially dangerous consequences but who wishes or allows such consequences to occur. This is actually a concept of substantive intention. Whether it is a flat or hierarchical system of crime, the distinction between the mistake of fact and the mistake of criminal law lies in the possibility of identifying an intentional crime. As for catching or killing rare and endangered wild animals, we can determine whether it is possible for the party involved to recognize such features of the animal he or she is hunting as whether it is a wild animal, scarce in number and in need of protection according to such factors as his or her occupation, knowledge level as well as the location, time and frequency of the hunting. That is, the criteria should be whether the suspect has a criminal intention and whether his or her intention is legally wrong enough to be condemned.

Key words: mistake of fact; mistake of law; substantial intention; environmental crime

^①孙国祥:《违法性认识错误的不可避免性及其认定》,《中外法学》2016年第3期。

^②参见广东省佛山市中级人民法院(2003)佛刑终字第430号刑事裁定书。