

目的论对葡萄牙刑法中违法性错误制度影响之梳理

张伟键¹

(葡萄牙科英布拉大学 法学院)

摘要:

本文探讨葡萄牙刑法中有关违法性错误之规范体系,并聚焦于目的论对其结构与理解所带来的深远影响。目的论刑法学派,主张故意与过失应属犯罪构成要件该当性阶层之要素,而非如传统理论所认定,仅为有责性阶层之内容。此一理论重塑了犯罪理论三阶层架构中各阶层之界线,并促使违法性错误的处理由构成要件该当性阶层及有责性阶层两方面进行判断。

关键词: 目的论; 故意理论; 责任理论; 违法性错误; 价值评价

1. 目的论于当代刑法体系中的影响

在探讨刑事责任中对违法性之错误(erro sobre a ilicitude)的规范体系时,有必要了解目的论(Finalismo)在当代刑法理论中的深远影响。所谓“目的论”,是对德国刑法学者 Hans Welzel²所提出的行为理论体系之通称,其核心涵盖行为(acção)、违法性(ilicitude)与有责性(culpa)三大范围。此理论基本上为刑法领域所设计,并已被广泛引入葡萄牙刑法体系,进而成为构成犯罪通论之重要理论基础。

关于行为的界定,在 Hans Welzel 提出其目的论观点之前,学界主要奉行两种理论:即古典学派(concepção naturalista)与新古典学派(concepção normativista)之行为概念³。古典学派于十九世纪兴起,其认为行为系指与行为人意志具有因果关系之身体动作,并足以引起外部世界之变化,此种定义着重于行为外在、客观层面的描绘。新古典学派约于二十世纪初期发展,其所主张之行为概念,一方面延续古典学派之观点,认为行为须为与行为人意志具有因果关联,且足以引起现实世界变化之身体动作;另一方面则引入规范性要素,强调行为须同时构成对刑法所保护之特定法益的侵害。此种理论转向,标志着行为概念由传统之自然主义因果模型,逐步演进为结合规范评价与价值判断之复合型理论架构。由此可见,无论是古典学派或新古典学派,行为在其体系中均仍被视为一种单纯的因果过程。

根据 Hans Welzel 之见解,所谓行为应理解为一种具有目的性之活动行为(actividade final),而非单纯的因果过程⁴。亦即,行为必然以行为人所预先设想的心智计划为前提,该计划包括对特定目的之选择,

¹ 作者简介:中国澳门人,葡萄牙科英布拉大学刑法学硕士。

² Hans Welzel, Das neue bild des strafrechtssystems, 1961. Apud. Jorge Ribeiro de Faria, Algumas notas sobre o Finalismo no Direito Civil, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra 1993, p.71.

³ Jorge de Figueiredo Dias, Direito Penal Parte geral, tomo I, Coimbra Editora, 2007, p.235-248.

⁴ Hans Welzel, Das neue bild des strafrechtssystems, 1961, p.1. Apud. Jorge Ribeiro de Faria, Algumas notas sobre o Finalismo no Direito Civil, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra 1993, p.71.

并选择能实现该目的之适当手段⁵。所以行为必然以默认之目的为导向，意在达成特定结果，并须存有目的与手段之间之对应关联。

此理解方式使我们得以区辨“目的行为”（ação final）与“单纯因果性之自愿行为”（ação voluntária causal）两者之间之差异。前者以默认目的为导向，具有内在之目的结构；而后者则仅系行为人之意志与外界变化之间存在因果联系，缺乏行为之主观目的性。行为概念的演变对后来构成要件该当性与有责性之判断标准产生深远影响，特别是违法性错误在有责性阶层中的定位与评价，尤具关键意义。

目的论行为概念（ação finalista）自提出以来，始终面临一项在理论层面上备受争议且难以充分响应之批评。在过失犯之情形，法益虽遭受侵害，然而该结果并非行为人所预设之目的。换言之，法益之侵害，并非源于以该结果为目标之目的行为，而仅系行为人未遵守法律秩序所课以之注意义务所致⁶。然而该批评仅在将“目的”狭义理解为行为人所意欲达成之最终结果（fim último），并忽略行为过程中可能存在之中介性目的（fins intermédios）时，始有成立之可能。依据 Hans Welzel 之见解，过失行为亦无碍其作为目的性的行为，即使行为人并未以结果的发生为其最终目的，若行为人的行为系源于一中介性目的，例如违反其所应遵守之注意义务（finalidade intermedia da violação de dever de diligência），该作为亦构成目的性行为。换言之，虽然行为人并非以结果实现为终极目标，但其行为中若包含违反注意义务之中介性目的，则该作为仍构成一种目的性活动，足以纳入目的论行为概念之内涵⁷。

在理论发展之初，目的论原系针对作为行为（积极行为）所建构；但人类行为与社会现实本质上错综复杂，难以仅以积极作为涵括全部情状。依具体个案之事实情节，有时行为人仅透过不作为，即足以实现其所欲达成之目的。举例言之，设若一人于水中溺水求救，而行为人明知其可轻易递给救生圈以挽救其生命，却选择不为，原因即在于其主观上欲致对方于死地。在此情境中，虽系不作为，然其行为依然具有预设目的，并以该目的指导其行动选择。所以，对 Hans Welzel 之行为理论有必要延伸解释，即一切人类行为，无论系积极作为（ação）或系消极不作为（omissão）皆可由行为人预先设定之主观目的所引导，进而构成具有目的性特征之行为。

目的论（finalismo）对犯罪论⁸带来重要的结构性变革。行为人之意图，即主观要素，应在构

⁵ Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal Parte geral, tomo I*, Coimbra Editora, 2007, p.285-292, 336-339; Jorge Ribeiro de Faria, *Algumas notas sobre o Finalismo no Direito Civil*, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* 1993, p.75

⁶ Jorge Ribeiro de Faria, *Algumas notas sobre o Finalismo no Direito Civil*, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* 1993, p.79-81; Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil VIII Direito das obrigações*, p.437.

⁷ Jorge Ribeiro de Faria, *Algumas notas sobre o Finalismo no Direito Civil*, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* 1993, p.81.

⁸ “犯罪論之三要素”即某種行為要構成犯罪，必須具備構成要件的該當性、不法性和有責性三種要素。Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal Parte geral, tomo I*, Coimbra Editora, 2007, p.262-283.

成要件该当性（tipicidade）阶层加以评价，而非如传统理论所主张的仅于有责性阶层中讨论。换言之，构成要件不应仅以刑法分则所规定的犯罪行为的外部的轮廓，以客观性要素作为唯一判准，亦须依犯罪行为本身之性质与其所内含之主观要素加以界定。正是行为中所含之主观构成要素，构成了判断是否该当于构成要件之基础。于故意犯中，故意（dolo）构成构成要件该当性之要素；于过失犯中，对注意义务的违反则同样属于构成要件阶层中之核心内容⁹。正是目的论（finalismo）引入了一种全新的观点，重新界定了行为、构成要件、违法性与罪责作为犯罪理论核心的概念。

依据 Hans Welzel 之目的论，故意与过失不再属于有责性构成要素之范畴，而应专属于构成要件阶层加以审查。于此架构下，有责性阶层所保留者，仅为纯粹之规范性评价，其核心在于可非难性之判断（juízo de censurabilidade），即对行为人之意志或整体行为所作之价值批判，其成立以行为人对行为具有违法性意识为前提。而心理层面内容，即故意（dolo）或过失（negligência），在此理论中已不再属于有责性阶层。然而葡萄牙学者 Figueiredo Dias 则持不同立场，该学者仍肯定故意与过失在有责性阶层中之评价意义。并区分“构成要件之故意”（dolo do tipo），此乃指行为人对构成罪状之事实之认知与意欲，与“有责性之故意”（culpa dolosa），即行为人对刑法所保护价值所采取之敌对或漠视态度；同理，亦区分“构成要件之过失”（negligência do tipo），系指对行为人可遵守且有义务遵守之注意义务之违反，以及“有责性之过失”（culpa negligente），系指行为人对刑法上注意义务所抱持之轻率、不在意之心理态度¹⁰。

2. 违法性错误之制度

在此脉络下，本文将探讨有关“违法性错误”（erro sobre a ilicitude），即欠缺对行为违法性意识（falta da consciência da ilicitude）的问题。该问题于学说上引发两种理论立场之对立，即故意理论（teoria do dolo）与责任理论（teoria da culpa）之争。前者属于传统见解，将违法性错误视为故意之否定；而后者则根据目的论体系，将其归属于有责性阶层加以评价。

在进一步探讨故意理论与责任理论对违法性错误处理之分歧与对立之前，有必要先回顾历史上对法律错误之传统理解。早在罗马法时期，即已确立明确见解：法律错误对行为人并无阻却效果，亦即“不知法者，不免责”。此一原则延续至今，长期以来构成法律体系中之基本立场，认为倘行为人对其行为之违法性欠缺认识，原则上仍应对其行为所生法律效果负责，该错误不得阻却其法律责任。此一立场亦见诸于葡萄牙现行《民法典》第六条¹¹规定，原则上虽采取「不知法不免责」之理念，但对于特定情形亦设有例外，其中部分例外规定则体现在葡萄牙《刑法典》之中。

⁹ Ibidem.

¹⁰ Ibidem, p.318-323, 622 e seguintes.

¹¹ 葡萄牙民法典第六條“任何人對法律之不知或錯誤解釋，不構成其不遵守法律之合理理由，且不免除其承受法律所規定之制裁”。

由此可见，若将刑罚加诸于一个对违法性确实无从知悉之行为人，在某些例外情况下系会构成对有责性原则之违反，亦即背离“无责任即无刑罚”的基本刑法理念¹²。

根据故意理论见解，主观要素，即故意与过失，均属于有责性阶层，并作为两种不同类型的责任形式加以评价。依此理论，故意（*dolo*）不仅包含对构成要件事实之认识与意图（*elemento representativo e volitivo do dolo*），尚须包括对行为不法性的意识（*elemento intelectual do dolo*），亦即对其行为的负价值的认识（*desvalor jurídico da conduta*）。换言之，若行为人欠缺对其行为不法性的认识，将排除故意的成立，因此仅能以过失之规定加以评价¹³。

责任理论，作为目的论体系之延伸，将行为人的主观要素视为属于构成要件该当性（*tipicidade*）阶层之判断要素。依此理论，只要行为人对构成要件事实具有认识并出于意图，即属故意，犯罪原则上即为故意犯。至于其是否认识行为之不法性，则非故意成立所必须。此种“违法性意识的欠缺”，仅在有责性阶层中判断可谴责性才加以评价。换言之，评价重点在于：行为人对违法性错误，即欠缺违法性意识，是否属可谴责之错误。若该违法性错误为可谴责者，则不妨碍故意犯之成立；反之，若该错误欠缺可谴责性，即属无责任情形，行为人不得为故意犯所责¹⁴。此一理论固然具体系性，然仍难以回避若干批评。依据目的论的见解，行为人对违法性欠缺认识，并不影响其故意之成立，仅于该错误难以谴责时，始有阻却罪责之可能。

然而，此种狭义责任理论见解（*teoria da culpa estrita*）在某些情境中可能导致过于严苛，引致不公平的结论。举例：A 与 B 明知其友人 C 极易受到惊吓，遂预谋进行恶作剧，二人身着黑衣、头戴面具，并持有一把仿真手枪（以制造恐慌。在 C 突遭惊吓之际，其出于自卫本能，误认 A 所持为真枪，遂开枪射击，导致 A 死亡。在刑法中此即属一种“阻却事由”之事实状况错误（*erro sobre os pressupostos fáticos da causa justificativa*）。依狭义责任理论见解，在此情况中仍应认定 C 具有故意，并成立故意杀人罪的构成要件该当性。然一而此种结论，明显忽视行为人基于具体情境所产生之对行为的违法性合理错误，其处理方式显属不当，有失刑法应有之正义。

有鉴于此，学说上出现一种折衷立场，主张在此类情形中，应排除故意之成立，行为人仅应依过失负刑事责任。此即所谓“限制责任理论”（*teoria da culpa limitada*）¹⁵。如前所述，违法性意识之问题，原则上系属有责性阶层评价，并非构成要件之故意（*dolo do tipo*）成立的要件。但实际上，在此类错误情境中，并非行为人于伦理或价值意识上有所缺陷（*deficiência na consciência ética*），亦无背离刑法价值（*desharmonia com os valores jurídicos penais*），而仅系因其就现实状

¹² João Curado Neves, *A problemática da Culpa nos Crimes Passionais*, Coimbra Editora, 2009, p.140.

¹³ Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal Parte geral, tomo I*, Coimbra Editora, 2007, p.535-543.

¹⁴ Ibidem.

¹⁵ Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal Parte geral, tomo I*, Coimbra Editora, 2007, p.535-543; Jorge Ribeiro de Faria, *Algumas notas sobre o Finalismo no Direito Civil*, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* 1994, p.194-195.

况之认识有所错误，以致未能获得足以形成违法意识的完整事实信息。亦即，其所欠缺者，并非价值衡量之能力，而系对现实的事实信息理解不足所致。基于此，限制责任理论的支持者主张，应比照处理构成要件事实错误（*erro sobre os pressupostos de facto do tipo*）之模式，亦即应排除其故意（*dolo do tipo*）。此一理论立场，正是葡萄牙刑法所采之制度。根据《葡萄牙刑法典》第 16 条第 1 款后段及第 2 款规定¹⁶，前者涉及对禁止性规范的错误，而行为人必须对禁止有所认识方能合理意识到事实之不法性；后者则指行为人就阻却事由之事实状况有错误。此二者均属行为人对行为欠缺违法性意识的情况，而立法者亦将此类因错误认知现实而生的违法性错误，比照适用于构成要件事实错误的制度，即排除构成要件该当之故意（*dolo do tipo*）。理由在于，在这三类错误中，其共通本质皆为因信息不全所致对现实状况的错误认知。总结而言，限制罪责理论（*teoria da culpa limitada*）主张：欠缺违法性认识，原则上属于有责性阶层加以审查，惟当该错误系因行为人对事实信息有所欠缺所致时，则应于构成要件该当性阶层排除故意的成立。

另外按照“限制责任理论”主张，若行为人对于现实状况具备完全且正确之认识，亦即其已掌握足以形成对其行为之违法性意识所需之一切客观现实信息，但于具体案件中，行为人最终仍未达成对违法性的认识，此种情形并非属于对现实的错误认识（*erro na percepção da realidade*），而系对行为之价值评价的错误（*erro de valoração*），系源于其伦理意识本身之缺陷。在这种情况下，该理论认为，只有当该违法性错误，即对刑法之负价值欠缺认识，属不可谴责者，行为人才不具非难性，进而阻却罪责，最终不负刑事责任¹⁷。此为《葡萄牙刑法典》第 17 条所规定¹⁸。

3. 违法性错误之可谴责性

论及责任理论，有必要就违法性错误是否具可谴责性之进行探讨。在德国刑法理论中，主流学说主张以“可避免性”（*Vermeidbarkeit*）¹⁹作为判断错误可谴责性的标准。换言之，行为人对其行为欠缺违法性意识是否值得谴责，取决于该错误在具体情境下是否为行为人所能避免。若该错误本可避免，则行为人欠缺违法意识即属可谴责，反之则否。倘若于具体情境中，行为人对其行为的违法性欠缺认识，系基于其确实无从接触或获知相关法律信息，致该错误属不可避免，则欠缺违法意识不可能对行为人作出谴责，进而阻却责任。相反，若行为人于具体情境下原本具有潜在的可能性认识该行为的违法性，亦即，倘若其有所查询或进一步探究，即可得知该行为属违法，

则此种对违法性意识的欠缺即属可谴责。理由在于行为人本应可以意识到行为的不法性，却因不愿求知而怠于了解，错误属可避免者，所以行为人欠缺违法意识应受谴责。

¹⁶ 葡萄牙刑法典第十六條第一款“對一罪狀之事實要素或法律要素之錯誤，阻卻故意；如行為人必須對禁止有所認識方能合理意識到事實之不法性，則對該禁止之錯誤，亦阻卻故意”第二款“上款之規定包括對事物狀況之錯誤，如該事物狀況之出現係阻卻事實之不法性或行為人之罪過者”。

¹⁷ Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal Parte geral, tomo I*, Coimbra Editora, 2007, p.535-543

¹⁸ 葡萄牙刑法典第十七條“行為時並未意識到事實之不法性，而就該錯誤係不可譴責行為人者，其行為為無罪過”。

¹⁹ João Curado Neves, *A problemática da Culpa nos Crimes Passionais*, Coimbra Editora, 2009, p.143.

另一方面“可避免性”此概念应被理解作为一种规范性概念（conceito normativo），对行为人欠缺违法性意识所作的可谴责性评价，应建基于其是否违反一项义务。换言之，错误的可避免性实为之合法性存有信息查证的义务。然而此种义务不仅难以具体界定其内容与范围，亦难以确立其可执行性与可制裁性，所以在理论与实务上皆存疑义。故此，“错误之可避免性”虽然被视为区分错误的可谴责性标准，并明文体现在《德国刑法典》第 17 条之规定中²⁰，然而该标准本身仍饱受部分学说之批评，认为“可避免性”实为一操作上难以具体适用之标准，并于实际案件难以明确地区分何种错误属于应受谴责²¹。关于违法性错误的可谴责性，葡萄牙刑法传统学说²²承袭德国的“可避免性”理论。惟该理论亦遭到批评，理由如前所述，在具体个案中，错误的可避免性难以透过科学或经验法则予以证实。

有见于此，葡萄牙主流学说便采取 Figueiredo Dias 教授的理念，主张违法性错误的可谴责性与否标准在于“当欠缺行为违法性的意识，系出于一种虽属错误但仍正直之意识，即行为人整体上系依循一种忠于法律要求、意欲符合法律秩序之基本态度所形成之认知时，则此种错误即属不可谴责者”。同样地，不可谴责的不法性错误，原则上仅可能发生于具体不法性评价本身存有争议或处于可合理争论之情形中。亦即，唯有在此等情形中，才得以认定：行为人虽陷于错误，但其所表现，系一种根植于对法律规范忠诚态度之正直法意识，显示其整体行为取向并未脱离法秩序所追求之价值内涵²³。

参考文献

- Hans Welzel, *Das Neue Bild des Strafrechtssystems*, 1961
Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal Parte geral*, tomo I, *Coimbra Editora*, 2007
João Curado Neves, *A problemática da Culpa nos Crimes Passionais*, *Coimbra Editora*, 2009
Jorge Ribeiro de Faria, *Algumas notas sobre o Finalismo no Direito Civil*, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 1994
José de Faria Costa, *Direito Penal*, *Imprensa Nacional*, 2017, p. 465 e seguintes.

An Analysis of the Influence of Teleological Criminal Law Theory on the Doctrine of Error of Law in Portuguese Criminal Law

Cheong Wai Kin

This article examines the normative structure of the legal error (error iuris) doctrine within Portuguese criminal law, with particular emphasis on the profound impact that teleological criminal law theory has exerted on its conceptual framework and interpretation. The teleological theory contends that intent (dolus) and negligence constitute elements of the criminal typicality (tipicidade), rather than being confined to the culpability stage as traditionally understood. This theoretical framework reshapes the demarcation between the constituent levels of the tripartite structure of criminal offense theory and necessitates a dual-level assessment of legal errors, requiring analysis at both the level of typicality and the level of culpability.

Keywords: teleology; theory of Intent; theory of Culpability; error of Law; value judgment

²⁰ 德國刑法典第十七條(Parágrafo 17 do StGB) “Fehlt dem Täter bei Begehung der Tat die Einsicht, Unrecht zu tun, so handelt er ohne Schuld, wenn er diesen Irrtum nicht vermeiden konnte. Konnte der Täter den Irrtum vermeiden, so kann die Strafe nach § 49 Abs. 1 gemildert werden”.

²¹ 詳細參見，João Curado Neves, *A problemática da Culpa nos Crimes Passionais*, Coimbra Editora, 2009, p.147-152.

²² José de Faria Costa, *Direito Penal*, Imprensa Nacional, 2017, p. 465 e seguintes.

²³ Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal Parte geral*, tomo I, p.740-747.