

第一章 构成要件的概念 及其理论机能

犯罪构成要件理论，是指在刑法总论亦即刑法的一般理论中，重视“特殊”构成要件的概念并试图以此为契机来构筑犯罪论体系的一种理论。这一理论，因主张的学者不同，多少会有些差异，但就其以特殊的、具体的犯罪构成要件概念为中心来考虑它的理论机能并以此为基础来构筑一般的犯罪论体系的态度而言，它在犯罪构成要件理论中却是一贯的。我已经说过，构成要件的理论机能，不仅在刑法内部，而且在刑事诉讼法领域也有着涉及体系问题的重要意义。本书在整理和总结我以往关于构成要件理论的论述的同时，考虑到今后学说的发展，对论述不够的地方，做了若干补遗。

所谓犯罪的构成要件，指的是什么？应当

怎样去阐述？这是构成要件理论中构成要件的概念问题。解决这一问题的前提，首先必须是研究其语言上的历史沿革和学说史意义上的发展。关于概念的理论机能和对建立犯罪论理论体系的作用等整体性的观察，则应当放到第二位去进行，因为它们既是最初的问题，也是最后的问题。

关于“构成要件”这个词的历史沿革，我最早在一篇论文《构成要件充足的理论》（昭和三年・1928年）中，曾推测它来自 *Corpus delicti* 一词，后来，通过德国的布伦斯^①（1932年）和哈尔^②（1933年）的研究证明，我的推测没有错。对此，我在后来的一篇论文《构成要件的诉讼法意义》中又提到了。同时，泷川幸辰教授也根据布伦斯的研究做了阐述^③。所以，在此我就没有必要再重复了，只准备简要地叙述一下它的要领和我后来的一些认识。

据哈尔说，在 *Corpus delicti* 这一概念之前，还有一个概念叫做 *Constare de delicti*（犯罪

① Bruns, Kritik der Lehre vom Tatbestand(1932) s. 10.

② Hall, Die Lehre vom corpus delicti(1933) s. 144ff.

③ 泷川幸辰《犯罪论序说》，日本大同书院 1946年版，第 47页。

的确证)，这是在中世纪意大利的纠问程序中所使用的概念。在一般纠问的过程中，首先必须调查是否有犯罪存在（一般纠问），在得到存在犯罪的“确证”之后，方可对特定的嫌疑者进行纠问（特殊纠问）。而 *Corpus delicti* 最初是由意大利刑法学者法利那休斯作为“指示已被证明的犯罪事实的东西”来使用的。传到德国，在普通法时代予以通用。就是说，至此，仍是诉讼法上的概念，它的意义主要是用于证明客观犯罪事实的存在，强调如果没有严格按照证据法则得来的确证，就不得进行特殊纠问（包括拷问）的原则，从而达到限制官衙主义的目的。顺便说一句，这一诉讼法性质的 *Corpus delicti* 概念传到英美法中后，直到现在，在有关口供、辅助证据方面，仍然使用着这一概念。我们在大战结束后都曾经学过。这令人不能不对它的持久生命力感到饶有兴趣。

最早将 *Corpus delicti* 译成德语 *Tatbestand*（构成要件）的，是克拉因（1796年）。他所依据的，无疑是布伦斯和哈尔的研究，因而在克拉因那里，*Tatbestand* 仍然是诉讼法意义的概念。直到斯求贝尔和费尔巴哈之后，它才变成带

实体法意义的概念。正如泷川教授的研究所证明的那样，斯求贝尔与古洛尔曼一起，是 19 世纪初期的主观主义者、特殊预防主义者。他们认为，犯罪的实质是主观上的犯罪意志的表现，犯罪结果不属于 Tatbestand 之内。与此相反，费尔巴哈从一般预防主义、客观主义的立场出发，主张犯罪结果也属于构成要件。我们读起斯求贝尔的书来，觉得诉讼法的味道十分浓厚。所以直到费尔巴哈时，构成要件才明确地被当做实体刑法上的概念来使用。

但是，在 19 世纪的刑法学中，还没有出现与今天完全一致的构成要件理论。Tatbestand 一词仅限于在犯罪事实或法律上制约着成立犯罪的诸条件的意义上加以使用，而且它又被分成了一般构成要件和特殊构成要件，或是主观构成要件和客观构成要件。例如，弗朗克的《注释书》中，最清楚而又直截了当地表现出这一点。他认为，所谓一般构成要件，是指成立犯罪所必需的要素的总和；所谓特殊构成要件，则是各种犯罪所特有的要素。作为一般构成要件，有人的一定态度在内，并且它必须是有意志的行为或者有责任的行为。而有责任，往往说的

是主观的构成要件，是与客观的、外部的构成要件相对立的^①。弗兰克的上述观点，被认为是19世纪的通说。在这个时期，虽有构成要件的概念，但并没有考虑它的特殊理论机能，所以还不是今天这种意义上的构成要件理论。

可是，在这个时期，构成要件却超出了刑法学的领域，被当做一般法学的概念来使用了，以致在哲学、心理学等文献中，也偶尔可以看到这个词。在一般法学上，则由于一定的法律效果发生，而将法律上所必要的事实条件的总体，称之为“法律上的构成要件”。我国的民法学者，把它称为“法律要件”。在刑法学上，犯罪的构成要件，其理论性只是它其中的一种情况——因为在历史上，刑法中最早出现的构成要件概念是采用一般法学的思维方式得出的。但是必须注意的是，按照一般法学的用法，构成要件一词仅仅意味着是法律上的、抽象的、观念性的概念。与此相反，在心理学等方面，在使用“Tatbestand”一词时，基本上指的是事实性的东西。我认为这莫如说是从古时的

^① Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich(17. Aufl. 1926)

主要是诉讼法意义上的用法那里沿袭下来的（这个用法是德国的 Tatbestand 的用法，不是我国哲学家和心理学家所使用的“构成要件”一词）。

二

Tatbestand 的概念从诉讼法转向实体法，进而又被作为一般法学的概念使用，而且，已经从事实意义的东西变为抽象的法律概念。特别是在刑法学中，它被分成一般构成要件和特殊构成要件两个概念。这主要是因为刑法中，从罪刑法定主义原则出发，将犯罪具体地、特殊地加以规定是非常重要的（在民法中也有特殊的构成要件——如买、卖、赁、贷、借、不法行为等——但这种特殊化与刑法相比显得松散得多，尤其是契约，内容是可以变更的）。

然而，着眼于这种特殊化了的构成要件（亦即具体构成要件）的重要性，产生了“不仅仅把它视为刑法各论上的东西，而且可以作为构筑刑法总论即刑法一般理论体系之基石”的努力。这一努力从贝林格开始，由 M. E. 麦耶尔大

体上完成。而这就是所说的构成要件理论。此后，经过梅茨凯尔、琴诺尔、布伦斯等学者的不断努力，又出现了所谓的“新构成要件论”。虽然他们是继承贝林格和麦耶尔的，但在某种意义上，却是后退了。所以，就基本方面而言，还是贝林格和麦耶尔的理论更为重要。

关于贝林格和麦耶尔的理论，已经屡次三番地被讨论过。我认为，其重点在于必须把握住刑法分则中被特殊化（具体化）的构成要件，并且成立犯罪必须符合这种意义的构成要件（构成要件相符性）；不仅如此，刑法总论中的诸问题，如违法性、责任、未遂犯、共犯、一罪和数罪等方面的理论，也应与构成要件的概念联系起来加以解决。我认为，这就是构成要件概念的意义或理论机能。应当以此为基石，构筑犯罪一般理论的体系。

我国谁最早使用“构成要件”一词，一时还搞不清楚，不过“犯罪的构成要素”这个词，在旧刑法时代就已经使用了。我认为它恐怕是法兰西法学 *éléments constitutifs du délit* 的译语。可见，我国的构成要件理论也吸收了一

定的法兰西法学的传统。在法国，旧制度下就已使用“Corps du délit”一词，其用法主要也是诉讼法性质的。大革命以后的《治罪法》（1808年）中，在关于现行犯罪的规定里，使用了这个词。该规定说：在有现行犯的场所，检察官必须及时到现场确认有 Corps du délit，并搜集必要的证据（《治罪法》第 32 条）。此外，在刑法学中，说明没收对象时，也用过 Corps du délit 一词（与我国《刑法》第 19 条第 1 款的“构成犯罪行为之物”相似）。然而，作为犯罪的理论，奥尔特兰已在使用着“faits coustitutifs（构成事实）”一词，卡洛也使用了“éléments Constitutifs（构成要素）”一词；它们与德国刑法学上的“一般构成要件”意思基本相同。不过，Tatbestand 是单数形，带有作为一个整体和统一的观念形象的意思。相反，éléments Constitutifs 则是复数形，只不过意味着是各个要素的集合。

受奥尔特兰的影响，巴苏奈特在我国旧刑法草案中，将此观念用于有关错误的规定上。如旧《刑法》第 77 条第 2 款“不知可成立犯罪之事实而犯之者，不论其罪”即是。“可成立犯罪之事实”在巴苏奈特的草案里，写做：Cir-

constances Constitutives de' infraction，这无非就是奥尔特兰的“犯罪构成事实”，而巴苏奈特在他的《注释书》中更明确地使用了这个词^①。

“可成立犯罪之事实”这一概念，在明治二十三年的旧《刑事诉讼法》第 203 条中，用来规定有罪判决的理由，并且沿用到新《刑事诉讼法》第 335 条。我所以将构成要件概念的理论机能扩展到刑事诉讼法方面，多少也是出自这段历史因缘。

进入现行法时代，我国的刑法学主要是学习德国的刑法学。泉二新熊博士的《日本刑法论》仍在一般构成要件的意义上使用“犯罪的要素”一词，尚看不出受贝林格以后的构成要件理论的影响。跟他不一样，大场茂马博士在《刑法总论》中，使用了“犯罪构成要素”和“犯罪构成事实”二个词，前者是一般构成要件的意思，后者是具体构成要件的意思。正是这个“犯罪构成事实”，才是今天的构成要件理论中被重视的构成要件概念。大场博士引用了贝林格的著作，并且受到他的影响。尤应指

^①小野清一郎《旧刑法とポアソナートの刑法学》，第 18 页。

出的是，尽管大场博士没有将构成要件理论展开论述，但是他仍然可以说是我国构成要件理论的先驱者。

此后，开始对构成要件理论展开论述的，是泷川幸辰教授和我，我们在时间上前后相差无几，几乎是同时进行的。泷川教授除了最近的《刑法讲话》以外，最早是在被收入日本评论社《法学全集》中的一部著作《刑法总论》（昭和四年一月）里开始的，而我的《构成要件充足的理论》是登载于《祝贺松波先生六十诞辰论文集》（昭和三年一月）之上的。所以，若以发表时间来论，我差不多比他早出一年来。尤其是，泷川教授在上述《刑法总论》之前，虽然在论文中使用过“构成要件”一词，但并没有说明它是什么。可是，我的论文《犯罪的时间与地点》（大正十二年）中，不但已经使用了这个“构成要件”及“构成事实”的词，而且把它作为决定犯罪时间与地点的概念性契机。所以，实际上我的构成要件理论应当说从这个时候就开始了。然而，尽管如此，我们两人几乎同时致力于构成要件理论的研究，各自提出了自己的看法，这才是应当注意的事实。

后来的宫本博士与再后的佐伯博士所说的“违法类型”，实质上也是指的是构成要件，只是避而不用“构成要件”这个词罢了。

三

进而我们从学说史的角度，看看应当怎样在理论上给构成要件确定概念。

第一，我们在构成要件理论中所指的构成要件，是法律上的概念。这个“构成要件”本身必须与符合构成要件的事实明确地区分开来。我后面还要谈到，构成要件，是一种将社会生活中出现的事实加以类型化的观念形象，并且进而将其抽象为法律上的概念。如此一来，它就不是具体的事实。德语中的 Tatbestand 一词不仅用来表示法律上的构成要件，也有符合要件的事实的意思。这是因为在历史上它曾经作为诉讼法上的用语，主要指的是事实性的东西。因此，在学说中，为了将它明确起来，贝林格主张把一种叫做“概念性的” Tatbe-

stand，其他的叫做“具体性的” Tatbestand^①。麦耶尔则主张，把一种称为“法律性的” Tatbestand，其他的叫“事实性的” Tatbestand。在日本语中，为了避免混淆而把一个叫做构成要件，其他的叫构成事实。把构成要件这一事物故意地叫成构成事实，即使不错，起码也是不恰当的。构成要素一词在这时没有使用，但是，Tatbestand 是一种观念形象，虽然它由各个概念性的要素组成，但却是一种将这些要素整体化了的观念。所以我认为，表述这一观念还是使用“构成要件”一词较为妥当，尽管它也并不是十全十美的。

第二，构成要件理论中的构成要件，即是刑法各条中规定的“罪”，亦即特殊化了的犯罪概念。换言之，它就是特殊构成要件，而不是一般构成要件的意思。从一般构成要件——这个概念是否有必要存在也是值得怀疑的——方面来看，构成要件相符性，即要有符合构成要件的事实，这是它的一个要素，此外，再去考虑违法性和道义责任等问题。构成要件作为

① Beling, Die Lehre vom Verbrechen(1906) s. 111.

② M. E. Mayer, Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts(1915) s. 3

特殊性规定的概念，在某种程度上是具体的，但是作为法律上规定的概念，它又未免是抽象的、形式的，它与所有法律观念一样需要加以解释。正是构成要件的解释方法，成为刑法的解释方法中最重要的一个问题。必须通过解释来明确构成要件的规范性意义，并由此而使构成要件的抽象性、形式性向具体性、实体性靠近。

第三，问题在于，什么是构成要件的实体。所谓构成要件是“犯罪类型的轮廓”，是贝林格最初的见解，我以为这是非常正确的。构成要件就是把社会生活中的事实类型化，进而把它作为一种法律上的定型概念规定下来。麦耶尔不采用这种类型概念，但梅茨凯尔却认为构成要件是“特殊的、类型性的不法”或“不法类型”^①。他的这种概念，在区别构成要件相符性与违法性时，显得模糊不清，但其认为构成要件的实体是不法类型这本身无疑是正确的。我进一步提出，它还是一种道义责任的类型，不过对此将在以后再详细谈及。由于构

① Mezger, Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände(1926)s. 6.

成要件是特殊化了的犯罪类型，所以它不是能够将分散、繁多的要素都一一分析殆尽的统一性观念形态。可是它的在法律上的概念规定，虽然有限，却是能够予以正确规定的。构成要件 Tatbestand 是比构成要素 éléments constitutifs 更具有具体统一性的概念。

第四，构成要件的内容是否单纯只是记述性的、客观的？或者说，其中是否含有规范要素及主观要素？对此，学术界是有争议的。我认为，构成要件，从其在刑罚法规中所发挥的机能的性质上看，它是客观的、记述性的，然而从其伦理的、法的意义上看，从中又可以找出规范的和主观的要素来。构成要件是记述性的，违法性是规范性的，这是贝林格的想法，原则上这是正确的。可是，虽说构成要件是记述性的，但只要它的实体是类型性的不法，或不法类型，它就带有规范性（或叫反规范性）意味。因而，这一记述关系到价值，包含着评价的意思，就是当然的事理。麦耶尔注意到了在构成要件中含有规范性要素，并且这一点也被梅茨凯尔以后的构成要件理论一般地予以承认。可是，说实话，全面地确认构成要件是与

规范性、价值性相关的记述性的东西，明确地认为它有规范要素，在当时还是个尖端问题。

主观要素，在贝林格及麦耶尔的体系中，是当做责任问题来对待的，并且是排除在构成要件之外的。可见，在刑法各条所规定的罪中，都含有主观要素，这一点比规范要素更为明显。作为体系性的论述方法，把它从构成要件一章中除去，放在责任一章中去论述，是比较方便的。然而从理论上将构成要件看成是客观的，责任看成是主观的，这样区别却是错误的。我提倡，构成要件不仅是违法类型，同时也是责任类型。道义责任本来就是规范性的东西，而不仅仅是主观的、心理性的东西。主要理由，就是不能只在与行为人主观方面有关系的要素上下判断。因此，道义责任以被类型化的形式体现在构成要件中。在这个限度内，这种主观性的东西既属于构成要件，又属于责任。此外，对违法性是否也有被主观要素所决定的情况，人们有些议论。如果认为有主观的违法要素的话，就可以由此出发，肯定即使在作为违法类型的构成要件之中，也有主观要素。

第五，学术界有一种倾向，要把构成要件从实定法的规定中解放出来，专门强调它的类型意义。梅茨凯尔认为构成要件是类型化的不法，他的观点与其说是将构成要件向违法性靠拢，倒不如说将二者看做同一个东西。按梅茨凯尔的说法，所谓违法性，就是构成要件性的不法^①。佐伯千仞博士的“可罚性违法类型”的观点，已经离开了构成要件概念的范畴。贝林格在其晚年，将构成要件放在与违法性及责任相对立的关系中去，称为“指导形象”。泷川教授也同意他的这一观点。我以为，贝林格晚年的构成要件概念，多少已经堕入抽象性的、纯学术性的概念中去，从而失去了实定法的意义。我们的构成要件理论，并不是法实证主义的，但也不应该离开实定法的立场。构成要件概念一旦失去实定法的意义，构成要件理论就不再是实定法的理论，同时也无法保障作为它的特色之一的体系性结构的确实性。

我的构成要件概念，大体已如上述，是内容相当复杂的概念，所以对它赋予简单的定义

① Mezger, Strafrecht, ein Lehrbuch(1932) s. 173 ff.

确实困难。可是，有个定义也许是必要的。所以我将它概括如下：“所谓构成要件，是指将违法并有道义责任的行为予以类型化的观念形象（定型），是作为刑罚法规中科刑根据的概念性规定。”不过，务必请注意的是，问题不在于定义，而在于内容实质。

四

这样的概念，如何在刑法总论的体系性结构中发挥作用呢？我认为，这一概念是在与刑法一般理论的几乎所有重要问题的相互联系中发挥其理论机能的。要对此加以论证，是全部构成要件理论的问题，在这里不能一一说到，所以只想就下列几个主要的方面，做一些概述。

（一）行为符合构成要件，并使所有的构成要件都满足，这是刑事责任的基本条件。不符合构成要件的行为没有刑法上的意义，构成要件不充足的事实，也不能成立犯罪。尤其是在以罪刑法定主义为原则的现代刑法中，构成要件必须要有成文法规的严格规定。