

世界法学汉译名著

犯罪构成要件理论

[日]小野清一郎

中国人民公安大学出版社



世界法学汉译名著

犯罪构成要件理论

(日)小野清一郎 著



中国人民公安大学出版社

一九九一年·北京

世界法学汉译名著

犯罪构成要件理论

(日)小野清一郎 著

中国人民公安大学出版社出版发行

新华书店北京发行所经销

北京市燕山联营印刷厂印刷

850×1168毫米 1/32 5.5印张 130千字

1991年1月第1版 1991年1月第1次印刷

ISBN 7-81011-289-9/D·236 定价: 2.80元

印数0001—3000册

60661/25

说 明

1983年1月，在中国社会科学院召开的国家“六·五”重点科研项目计划大会上，经过论证并批准，我们承担了《犯罪构成论》法学重点科研项目的课题。为了精心完成这一课题，当时除了收集国内的有关重要资料外，还有计划地组织翻译了一批世界各国著名刑法学者的代表性著作。

《犯罪构成论》科研项目，早已完成，并由法律出版社以精装、平装两种版本出版，受到我国法学界和广大司法工作者的欢迎与好评，而且在1986年10月国家召开的“七·五”社科规划大会上受到表彰，认为“这是我国第一部研究犯罪构成问题的专著”。同时在1988年获得中国人民公安大学优秀科研成果一等奖。此书由樊凤林主编，曹子丹副主编。主要撰写人（依姓氏笔划为序）有：邢同舟、朱育璜、江英杰、李文燕、何秉松、宋涛、陈泽杰、曹子丹、童颜、樊凤林、魏克家。

为了充分发挥我们组织翻译的这批外国刑法学名著的作用，作为我国高等院校刑法学教学和科研单位刑法学研究的参考，我们拟将原译稿进行审校或加工整理，陆续出版，以飨读者。

《犯罪构成要件理论》是其中的一本，该书作者是日本著名刑法学家小野清一郎教授。该书由王泰翻译，本书责任编辑张智辉对照原文对译稿做过部分校订。

国家“六·五”计划法学重点科研项目
《犯罪构成论》撰写组
一九九〇年七月五日

小野清一郎及其犯罪构成要件理论

曹子丹 樊凤林

〈一〉

犯罪构成要件理论，或称犯罪构成理论，是指以刑法规定的具体构成要件为基础而建立起来的犯罪论体系。它是资产阶级反对封建司法而提出的罪刑法定主义的产物。

犯罪构成要件理论，一般认为肇始于德国的贝林格(1866—1932)，而由M·E·麦耶尔加以完善。贝林格在1905年出版的《刑法纲要》第三版和1906年出版的《犯罪的理论》中首先提出他的构成要件理论，M·E·麦耶尔在1915年出版的《刑法总论》对这一理论作了全面而系统地阐述，并作了若干补充和修正，使这一理论得以确立。其间，又有不少德国刑法学者参与研究，以梅兹格(1883—1962)为代表的刑法学者在批判贝林格的构成要件论的基础上提出了新的构成要件论。在社会主义国家苏联，以特拉伊宁(1887—1957)为首的刑法学者也对犯罪构成要件理论进行了富有创造性的研究，而以1938年全苏法学研究所编著的《刑法总则》和1946年特拉伊宁的专著《犯罪构成一般学说》(第三版发表在1957年，有中文译本)为其代表性成果。

在日本，最早引进犯罪构成要件理论的是大场茂马，然而对犯罪构成要件理论系统展开研究的，主要是泷川幸辰(1891—1962)和小野清一郎两位刑法学者。其中尤以小野的研究更为全面、深入，有许多新的见解，独树一帜。《犯罪构成要件理论》即

是他的一部代表性著作。该书也是日本现代理论刑法学中的一部经典性著作，在国内外学术界影响很大，引用频率很高。

〈二〉

小野清一郎，1891年1月1日生于日本岩手县盛冈市。1911年毕业于盛冈第一高等学校大学预科第一部，并直接升入东京帝国大学法律学系。在大学期间曾因病休学二年。由于学习成绩优秀，1917年东京帝国大学毕业时，当时的主座教授、著名刑法学家牧野英一(1878~1970)要留他当自己的助手或研究生，但被有关方面以曾因病休学为由否决了。此后，小野开始转入司法实际工作，经补考司法官合格，1917年9月到东京地方法院任代理检事(检查官)，翌年11月转为检事。对于这段司法实务，小野自己很珍视，认为是产生个人刑法理论特色的源泉。

在任检事期间，曾在牧野英一指导下写了《犯罪的时间和地点》一文，发表在牧野主编的《法学志林》刊物上。借助此文发表，小野被聘为东京帝国大学副教授(兼职)。小野自己认为：“正是这一研究成果，把我引向了构成要件理论的研究”。1919年11月，小野离职去欧洲留学，先到巴黎，1920年转至德国柏林大学，当时德国被誉为“理论刑法学的发祥地”，不但涌现出一批刑法学大家，而且出现了不同特色的理论体系，如贝林格体系，李斯特体系，毕克麦耶体系等。这种全盛时期的刑法理论为小野奠定了雄厚的理论刑法学基础。小野认为，他在留学期间的主要收获，就是学到了以贝林格倡导的犯罪构成要件理论为核心的犯罪论体系。

德国的学业结束后，小野游历了欧洲。1922年经由美国回到日本。回国后先是参加全国法政议会的工作，著述主要是介绍欧洲各国的刑法、刑事诉讼法的修改情况。在教学上主要兼任法

政大学、中央大学、东北大学的刑法、刑事诉讼法课程。1923年，时年32岁，小野就任东京帝国大学教授，并任高等文官考试委员。

此后，小野致力于刑法理论研究，1928年发表了以《构成要件充足的理论》的重要论文。从1932年开始，着手建立自己的刑法理论体系。他站在客观主义、刑事古典学派的立场上，以批判“新派”刑法理论为发端，树立自己的学术权威。犯罪构成要件理论，是客观主义、刑事古典主义学派中最成功的成果，是其得以稳定的存在于刑法学界的一杆大旗。小野及时地抓住这个宝贵的学术契机，首先同自己的恩师——正以精湛的新派刑法理论在日本刑法学界居压倒优势的牧野英一展开了论战，一举而奠定了自己的学术地位，成为“旧派”刑法理论的杰出代表。

第二次世界大战以后，小野不再任教，主要从事社会活动和刑法理论研究工作。1955年任东京第一律师协会会长，1956年开始任法务省特别顾问，1963年任全国法制审议会刑法委员会委员长，主要领导日本的刑法修订工作。1972年被日本政府授予“文化勋章”，以表彰其长期从事教学和科研的杰出贡献。1986年卒于东京，享年95岁。

〈三〉

小野清一郎的《犯罪构成要件理论》，站在客观主义、刑事古典学派立场上，系统地阐述了犯罪构成要件理论体系，继承并发展了贝林格和M·E·麦耶尔的理论体系。全书12章，分两大部分：第一章至第八章为第一部分，主要是论述构成要件理论与犯罪论的关系，如构成要件与违法性、责任之间的关系，构成要件中的规范要素及主观要素，构成要件中的行为、因果关系，以及构成要件的修正形式（未遂、共犯）和数罪等问题；第九章至第十

第二章为第二部分，着重论述犯罪构成要件在刑事诉讼中的地位、作用及其关系问题。如作为刑事诉讼中指导形象的犯罪构成要件、构成要件与公诉事实及诉讼原因、构成要件与证据法、上诉审的结构与构成要件等问题。小野构筑的犯罪构成要件理论体系，其基本观点，大体上有以下几个方面：

（一）关于构成要件的概念。什么是构成要件，小野提出了自己的构想，他认为：“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了的观念形象（定型），是作为刑法法规中科刑根据的概念性规定”。从这一概念出发，小野指出，构成要件是一个法律概念，是一种将社会生活中出现的事实加以类型化，并且将它抽象为法律上的概念。因此，小野强调，必须把这个法律概念与符合构成要件的具体事实明确地区分开来。与此同时，小野还认为，构成要件作为法律概念，“未免是抽象的，形式的，它与所有法律概念一样，需要加以解释，通过解释来明确构成要件的规范性意义，使其向具体性、实体性靠近”。

（二）关于构成要件的基础。在这个问题上，小野与贝林格、M·E·麦耶尔持相同的观点，认为构成要件来源于刑法分则各条文规定的“罪”，亦即特殊化了的犯罪概念，来源于事实。然后向总则伸展，以“构成要件符合性”的形式与总则中的违法性、有责性一道构成犯罪概念，即“符合构成要件的违法有责行为”。这种构成要件理论思路及其所反映的构成要件的“运动路线”，显然和那种只在总则领域内静态地、观念性地划分出犯罪构成的若干方面的学说是区别的。

（三）关于构成要件的实体。贝林格认为，构成要件是“犯罪类型的轮廓”，梅兹格则把构成要件的实体看成是“特殊的、类型性的不法”或“不法类型”。对此，小野是赞同的。但他进一步提出，构成要件的实体，不仅是一种“犯罪类型”或“不法类型”，也是一种“道义责任的类型”。因为道义责任如同违法性一样，已被

类型化地体现在构成要件之中。构成要件——违法性——道义责任，这三者是紧密联系着的。“构成要件在本质上就一并包含有违法性和道义责任”，这是小野构成要件理论中的一个根本主张。

(四) 关于构成要件的内容性质。构成要件的内容是纯客观的、记述性的行为写实，还是应当包含有规范和人的主观要素？小野是采取有限制地承认后者的立场。他在本书中写道：“我认为，构成要件从其在刑罚法规中发挥机能性质上看，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。”他认为，构成要件是一种从刑法条文中抽象的类型，其中不可避免地具有规范、评价的意义。特别重要的是，小野不同意贝林格、M·E·麦耶尔把行为人主观要素排除在构成要件之外，追求所谓纯客观的行为论，而主张在构成要件中必须加入行为人的主观要素。小野这一主张强调了构成要件内部主客观因素的统一性，扩大了构成要件的内涵，应当看作是对贝林格与M·E·麦耶尔犯罪构成要件论的发展。小野这样重视主观要素的作用，也许是由于他是牧野英一的学生的缘故吧！

(五) 关于构成要件在刑事诉讼中的地位与作用。对这个问题的，小野用四章的篇幅作了论述，可见其对此问题的重视程度。小野认为，刑事诉讼的进行有实体形成、追诉、程序三条线索，实体形成则是中心环节，是职权主义诉讼的基本内容，而追诉和程序只是为它服务的一种手段。刑事案件中的实体形成，是以某种特定的犯罪构成要件为指导形象进行的，这种实体就不能不是刑事性质的、必须受到刑罚法规处罚的东西，假定其间没有某种构成要件作指导，就不一定是所说的刑事案件。公诉事实，是检察官请求审判时提出的犯罪事实。而犯罪事实，即是犯罪构成事实，也就是应当成立的犯罪事实，因而也就必须是通过犯罪构成

成要件来把握的特定的事实。小野还认为，犯罪构成要件不仅在第一审诉讼中的地位和作用是非常明显的，而且在上诉审的诉讼中同样具有重要地位和作用。“即使上诉审的结构完全是法律审性质的、事后审性质的，犯罪的构成要件仍不失其为诉讼的指导形象”。因为在诉讼关系中，必须以犯罪的构成要件为基础，去考虑案件的单一性和同一性；在纯程序方面，对现行犯的处置、紧急逮捕、拘留等强制处分，都和构成要件事实的轻重有关；必要的辩护、代理人的出庭等，也都和构成要件事实的轻重有关。因此，小野“建议把犯罪构成要件当成整个诉讼的指导形象”。

（六）构成要件与刑事证据的关系。小野认为，刑事追诉的直接目的，在于确认被告人是否把有一定的犯罪事实，最终以对某种符合构成要件的事实达到确实的认识为目标。从证据法的观点来讲，刑事诉讼中的主要证明事项就是构成要件事实。犯罪事实，构成法律上阻却成立犯罪理由的事实和构成加重或减免刑罚理由的事实，都是证明事项。认定事实必须根据证据。不论实体法事实还是诉讼法事实，都必须根据证据来认定。它的心证有必要达到最高度的确信，不得残留合理的疑点。在证据法范围里，职权主义和当事人主义交错在一起，因而小野主张在举证责任的分配中要以犯罪构成要件的概念为标准。

本书在系统阐述小野清一郎的犯罪构成要件理论的过程中，充满着近代刑法科学领域的学说发展资料及其对各种学派、学术的介绍与评价，因此我们可以从中获得许多珍贵的历史资料和学术信息。

（四）

尽管小野清一郎在本书中为我们提供了具有较大参考价值的构成要件理论体系，提供了一些值得借鉴的考察犯罪构成要件的

角度和方法。但是，我们必须清醒地认识到，小野毕竟是资产阶级刑法学者，他所进行的，是对资本主义社会的法律现象的概括，并且在其认识工具和方法论方面，带有一定的阶级局限性和历史局限性。因此，我们只能、也必须站在马克思主义法学立场上，立足于我国实际，批判地吸收其中有益于我们的东西，以建立具有中国社会主义特色的犯罪构成理论。

目 录

第一章	构成要件的概念及其理论机能·····	(1)
第二章	构成要件与违法性和道义责任的关系·····	(12)
第三章	构成要件中的规范要素和主观要素·····	(28)
第四章	构成要件与行为论·····	(40)
第五章	作为构成要件关键之一的因果关系·····	(57)
第六章	构成要件及其修正形式·····	(69)
第七章	构成要件与共犯·····	(82)
第八章	构成要件的各种形态与罪数·····	(100)
第九章	作为刑事诉讼中指导形象的犯罪构成要件·····	(113)
第十章	构成要件和公诉事实及诉讼原因·····	(122)
第十一章	构成要件与证据法·····	(137)
第十二章	上诉审的结构与构成要件·····	(149)

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，我在最早的一篇论文《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（1932年）和哈尔（1933年）的研究证明，我的推测没有错。对此，在我后来的

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。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仍然是诉讼法意义上的概念。直到斯求贝尔和费尔巴哈之后，它才变成带有实体法意义的概念。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作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，有人的一定的态度，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。弗朗克的上述观点，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，被当作一般法学的概念来使用了，以致在哲学、心理学等文献中，也偶而可以看到这个词。在一般法学上，则把为使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，在刑法中，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——例如买、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，产生了把它不仅仅视为刑法各论上的东西而且作为可以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，却是倒退了。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中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》第三十二条）。此外，在刑法学中，说明没收对象时，也用过Corps du délit一词（与我国刑法第十九条第一款的“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 constitutifs（构成事实）一词；长洛也使用了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概念形象的意思。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。如旧刑法第七十七条第二款“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：Circonstances Constitutives de l'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。“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二百零三条中，用来规定有罪判决的理由，并且沿用到新刑事诉讼法第三百三十五条。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”一语，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，大场茂马博士的《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。