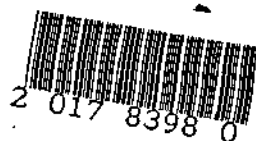


世界法学汉译名著

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），是作为刑法规则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有所区别的。

（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 and 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。

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，若以最早发表论，我差不多正好比他早出一年来。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12年）中，已经不但使用了这个“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，我们的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”Tatbestand，其他的叫做“具体性的”Tatbestand。梅耶尔则主张，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——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

一种法律上的定型概念规定下来。梅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”。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象。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，从其在刑法规则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。这原则上是正确的。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，是当作责任问题来对待的，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，即是构成要件性的不法。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”。浅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），是作为刑法法规中刑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。

（二）行为的违法性，是在一般法律秩序中对行为的规范性评价问题。并不是所有的违法行为都要受处罚，它只是宣布，只有那些被构成要件所定型化的行为，才是可罚的。违法性本身的范畴比构成要件要大，是“超构成要件性”的。违法性的阻却，足以阻却“构成要件性的违法”。可是，若被构成要件类型化了的违法性被阻却时，却只不过是阻却了它的可罚性。

（三）行为人的道义责任，是对实施违法行为的人进行的、从道义上非难其所实施的行为的规范性判断。正是这一道义非难，才是刑法中责任的真正根据，因此而应把它称为道义责任。然而，它又与构成要件有关并被限定了内容。尤其对故意犯罪而言，只有当行为人认识到构成要件性的事实并故意行动时，他才有责任。在这个意义上，构成要件制约着道义责任。所以，责任的阻却自然足以阻却构成要件性的责任。

（四）未遂犯和共犯，是修正构成要件的一般形式。未遂犯罪和共犯中的“实行”，是实现构成要件性质的行为。而未遂犯和共犯是对于并没有达到充分满足每个构成要件的行为设立的

修正构成要件的一般性定型形式，从而依据被修正了的构成要件的充足，来成立犯罪。

(五) 一罪、数罪，应当以构成要件的充足为标准来决定。构成要件充足一次的行为为一罪，充足二次的行为就是二罪。也有虽属符合构成要件的数个行为，但总括起来只不过充足一次构成要件的场合。这种情况是由构成要件的特殊性观念形象决定的。德国刑法学中硬要把它当作一个行为来考虑，是徒劳无益的。

(六) 诉讼法方面所谓的“应当成立犯罪的事实”(刑事诉讼法第二百五十六条第三款、第三百三十五条)必须理解为符合构成要件的事实，亦即犯罪构成事实。我认为，起诉书中所特定的并为判决中所确认的事实，总是已被构成要件把握的事实。刑事程序中形成实体的全过程，都是以刑法分则相应条款的构成要件为指导形象进行的。因为新刑事诉讼法要求有特定的诉因，所以诉讼完全是在构成要件的范围内活动的。判决必须确认其符合构成要件的事实，而这又必须由证据来完成。所以我主张，“应当成立犯罪的事实”之确定，必须经过特别严格的证明。以新刑事诉讼法为根据的证据法已经更加强调了这方面的重要性。

(七) 刑事诉讼法中的案件管辖，要由构成要件性事实的轻重来决定；属于地域管辖之一的犯罪地裁判籍，也要由犯罪事实即构成要件性事实的发生地点来确定；公诉时效的期限及起算点，也要由构成要件性事实来确定。所有这些，在过去我写的《犯罪的时间及地点》中都是重点所在。此外，合并管辖、诉讼系属、既判力等各种关系中，决定其重要性的、案件的单一性与同一性的因素，都是以构成要件为基准的。即使在纯程序问题上，如紧急逮捕、现行犯的处置、拘留等，也都被构成要件性事实的轻重所限制；必要的辩护，代理人的出庭，也都是根据构成要件性事实的轻重。所以，构成要件概念在诉讼法中，起着非常重要的作用。



第二章 构成要件与违法性和道义责任的关系

构成要件与违法性和道义责任之间，存在着什么样的实体性、体系性的关系，不能不是刑法学中一个最根本的问题。在这些关系中，比较重要的，又是实体性关系，体系是服务于实体而不是由实体来决定的，何况在著作中，体系一般只是从叙述的方便上安排的顺序，并没有绝对一成不变的顺序。“构成要件——违法性——责任”的体系，是由M·E·麦耶尔创始的。在德国刑法学和我国刑法学中，它指导着体系方面的思路，即使是那些在阐述时并不采用上述体系顺序的刑法学者，也多半受到这种体系性思路的支配。最近，连我国的司法实践和判例也受到这一思路的指导。情况越是如此，我们越是必须研究构成要件的实体，明确它与违法性和道义责任的关系。

按照贝林格的想法，构成要件是纯客观的、记叙性的，也就是说，构成要件是刑罚法规所规定的行为的类型，但这种类型专门体现在行为的客观方面，而暂且与规范意义无关。构成要件相符性与违法性和责任完全没有关系。一件事符合构成要件，而它是否违法或是否有责任，则完全是另外的问题。规范的违法性和主观的责任问题，应与构成要件相符性分别审查，构成要件充其量不过是记叙性的、客观的东西。这就是贝林格的观点，就是在麦耶尔那里，这一观点也没有多大的变化。但是，麦耶尔承认在法律上的构成要件中，有规范性要素和主观性要素。可是，麦

耶尔这里所说的规范要素，例如盗窃“他人的财物”、陈述“虚伪的事实”，并不是真正的构成要件要素，实际上只不过是违法性的要素。还有，他看作是主观要素的，例如年轻的医生以猥亵的目的去抱住妇女的腰，也是应当看作违法性要素的东西（它必须与责任要素加以区别）。结果，麦耶尔一方面笼统地承认法律上的构成要件中有规范性要素和主观性要素，另一方面，实际上却又提出一些不属于构成要件而应属于违法性的东西来，仍然维持了构成要件只具有无价值的记叙性和客观性的观点。

贝林格、麦耶尔的理论，单纯地把构成要件看作是刑罚法规上的东西，把它从行为规范中分离开来。这种观点，来自宾丁格的规范理论。宾丁格把他所说的“规范”，即一般国民的行为规范与“刑罚法规”严格加以区别。他认为，刑罚法规不是规定规范的，而是属于应当在审判中适用的法规、是规定了因其适用而应受处罚的行为范围的法规。贝林格就以宾丁格的这种规范理论为前提，并通过他自己的论述，使其更加明确。随后，贝林格的这一观点由麦耶尔全盘继承下来。同时，因为麦耶尔舍弃了贝林格的“犯罪类型”的观点，从而把构成要件更加具体化了。

贝林格和麦耶尔的这种以为构成要件是纯客观的、记叙性的思想倾向，如果再往上溯，可以说是萌芽于康德以来的所谓“道德的主观性、法律的客观性”的思想和一般所说的“保障个人自由”的自由主义思想。在学说上，他们除了宾丁格的规范理论之外，也受到了耶林格的客观违法论的影响。然而不管怎么说，以客观的、记叙性的构成要件概念为基本，首先把握住符合构成要件的行为，进而再去考虑它的违法性和责任，这种思考过程，与现代刑事审判中的审理过程是一致的，是反映了构成要件理论的实践品格的。

二

但是，构成要件果真与规范或反规范（违法性）没有关系吗？或者，二者必须要区别，但作为构成要件所规定的行为属于反规范，从而不必以违法为前提了呢？麦耶尔业已考虑到了二者的关系，认为构成要件相符性是违法性的认识根据或凭证。就是说，如果有符合构成要件的行为，仅此即可以推定为违法，二者的关系就如同烟和火的关系一样。除了在个别情况下能够证明具备阻却违法性的原由之外，符合构成要件的行为即是违法行为。这是麦耶尔基于法理学性质的法规范概念而提出的观点。麦耶尔是以“文化规范”的概念为基础来考虑法规范的。法规范即是由国家确认的文化规范，因而所说的违法，无非是违反了这个意义上的法规范。既然如此，国家是怎样来确认文化规范的呢？那就是通过刑事立法。由刑罚法规规定的构成要件，即是这种国家确认的表现。因此，我们就可以说构成要件是违法性的认识根据或凭证。

由于从文化规范上去考虑违法性的本质，从而明确了“违法性”（包含其被阻却的场合）的统一根据，这是麦耶尔的法理学的卓见。但是，如果文化规范的国家确认要由刑事立法来实行的话，那么在构成要件和违法性之间，难道只是这一种而不能再考虑别的认识根据和凭证，或是更深刻的实体关系吗？对此，鲍姆戈耳登已经在他的《犯罪论的构成》中，构想了一种取消构成要件相符性与违法性的差别界限的犯罪论。后来，梅茨凯尔继承了贝林格构成要件理论中的犯罪类型的观点，同时在法律上的构成要件中注意到规范性藏主要要素，将构成要件和违法性更密切地结合在一起。据他讲，刑事立法是直接宣告违法性的，它根据构成要件的规定，设定了特殊的被类型化了的不法。因此，构成要件相符性不仅限于特殊的违法性的认识根据，而且也是它的存在根

据。他认为，凡是符合构成要件的行为，只要没有特别的违法阻却原由，即是违法行为。

违法性是由刑罚法规宣布的这种观点，是已经被弗兰克阐述过的见解，并不是什么新的见解，它倒不如说是法实证主义的、形式的违法性的论点。尤其是关于实定法中的违法性的实质，按梅茨凯尔的说法，是“侵害了人类的利益”。他采用了李斯特的“实质的违法性”的观点。然而梅茨凯尔所以承认构成要件中有规范要素和主观要素，并不是从这种实质观出发的（利益侵害的观点与规范的及主观的东西无关，在一定意义上说，它只属于客观主义），而是十分明确地来源于对刑罚法规本身的分析。为了取代“违法性”的说法，梅茨凯尔喜欢用“不法”一词，它的含义是实定法上的违法行为。我们可以从梅茨凯尔的体系中有关不法和责任的区分以及在其不法中包括构成要件的概念等方面，清楚地看到这一点。梅茨凯尔所讲的“不法”，并不是具体行为的违法性，而是类型性的、构成要件性质的违法性。可是，按此说法，就会产生疑问：责任是否因此而完全排除在构成要件性质的“不法”之外了呢？我以为，构成要件说的是被特殊化了的可行行为，它不是仅限于指出违法性就为止了的东西。

在我国的佐伯博士那里，使用了一个“可罚性违法类型”的概念，其实这就是他的构成要件。宫本英脩博士使用了“可罚的类型性”一词。在宫本博士那里，它除了包括他所讲的“基准类型”之外，还包括有未遂、既遂、单独犯、共犯等内容，同时，作为意识方面的可罚类型性，又包括有故意和过失。这样看来，它已经背离了特殊化的构成要件的意义，不过他的观点还是给人以启示的。本来，构成要件就是规定可行行为的类型的，既然如此，其中就必然不但要包括违法性，也要将道义责任予以类型化。可惜，宫本博士继承的是佐伯博士的体系，在梅茨凯尔的影响下，只在违法性中包容可行的违法类型，并与责任相对立而存在。沈

川教授最近所著的《刑法讲话》，完全是按照梅茨凯尔和佐伯的线索下来的。

三

我认为，构成要件在将行为的违法性加以类型化的同时，也要将行为人的道义责任类型化，还要将违法并且有责的行为中具有可罚性的行为用法律概念加以规定。构成要件是违法并且有道义责任的行为的定型，关于这一点，在我的《构成要件的诉讼法意义》一文中，已经有了明确的见解，不过，针对此后学术上的状况，犹有进一步再强调的必要。本来，构成要件是实定法上的、并且是成文法上的概念，在此意义上，可以说它是属于形式的东西。但是，它并不是一般的规定，而是被特殊化了的规定，是“特别”的构成要件。与之相反，违法性和道义责任，则是处于实定法概念规定背后的伦理性的、法理性的理念，其本质意义自然是一般性的概念了。在贝林格和麦耶尔那里，构成要件、违法性和责任这三者是被并列起来考虑的。我在最初也觉得应当把三者并列起来。然而，按道理讲，它们却不应是并列的，而是有所重合。犯罪的实体是违法性质的行为，并且是在实施该行为的行为人那里具有道义责任的行为，属于违法且有责行为的类型。可是它所以具备了可罚性，是因为它是特殊性的，已被刑法分则相应条款规定了的。这种被刑法分则相应条款规定的特殊的、类型性违法的有责行为，即是构成要件。出现在前面的，是构成要件，站在它背后的，是具有实体意义的违法性及道义责任。

既然如此，那么，什么是违法性及道义责任，自然就成了问题，可是这却只有让位于其他论文去进一步解决了。目前，暂且可以参照我历次的讲义，以及《作为伦理学的刑法学》、《关于道义责任》等论文。在此，要想就它们与构成要件的关系简要地叙

述一下我的看法的话，那就可以说：违法性和道义责任，同时属于伦理的、规范的判断。这里所讲的伦理，是人伦生活的事理、道理和道义，也就是社会生活中的“条理”，进一步又可以叫做文化规范或社会规范。但是，它们不单纯指的是通过社会科学所认识的作为文化性、社会性事实的文化规范和社会规范，而且必须是作为人伦生活事理的伦理和道义，它在历史上和文化上的展开，即是道义的文化规范、社会规范。它必须始终是切合人伦的事实，而且是责任与义务性质的伦理。

伦理规范是国家法律的根底。所谓法，实际上就是由国家认可、限定、组织和形成的伦理。法的实质是伦理，不，法本身就是伦理。但由于法是国家所认可和制定的，所以使它有了作为法而应有的特殊机能。一方面，法要求国民有一定的行动范围，命令其进行一定的行动而又禁止着一定的行动；另一方面，法授权国家机关评价国民的行动，并对其中违反规范者科以制裁。有的学者认为，有些法是行为规范，有些是制裁规范。可是，法并不是两种规范，而是作为伦理的法的两个方向、两种机能。例如，刑法可以认为是制裁规范，然而毫无疑问，其中同时含有规范国民行动的机能，并且这还莫如说是刑法的本质性目的。只不过是在属于实定法的刑法中，其制裁性机能表现于前，命令性机能隐藏于后罢了。制裁可以说是刑法的第二位的性质。总之，所谓违法性和道义责任问题，指的是从刑法的制裁性机能出发，如何对业已发生了的行为进行评价的问题。

违法性的评价，是从行为的客观方面，即它的外部，对行为进行评价的。这是因为，所谓法，不管怎样，总是以维持国家的、国民的正常生活的外部秩序与和平为目的而制定的。这个目的，构成了法本身的特殊素质。我们可以把这一点叫做法的外部性（与道德的内部性相对应）。与此同时，它又要求法是伦理性的、道义性的。所以，法又是国家与公共秩序的伦理。而且，国

家伦理与道义的任务，总是以维护自身的外部生活秩序为重点的。从这一立场出发，每个国民的主观思想、情操、意图等，相对来讲就不重要了。即使在实际生活中它们是重要的，但是现代的自由主义思想要求不干涉这些纯主观方面的东西。因而，现代的法，原则上只从其客观方面、从外部来评价行为。凡是在客观上、在外部违反法的规范要求的行为，即是违法。反之，即是合法行为。当然，既然是行为，其中也就含有主观意向，也可以成为主观方面的评价对象。但是，在作为外部秩序的法的评价中，原则上要把这一点忽略不计。例如，不管行为人主观上是怎样地违反道义，合法的行为就是合法；不管行为人的主观上是如何地无辜，违法的行为就是违法。在这个限度内，所谓客观违法性论不能不是正确的。

道义责任的评价，是对已被客观地、外部地判断为违法的行为，进一步去考虑行为人主观的、内部的一面，亦即行为人精神方面的能力、性格、情操、认识、意图、动机等等，而来评价其伦理的、道义的价值。这就是说，要以有违法行为为前提，再去追究责任。在这样的场合里，法主要是对行为人为什么做出这种违法行为进行伦理的、道义的评价。作为文化性质的法，这也是必然的。伦理的文化意识愈细腻、道义责任的理念就愈彻底。这种理念，是指行为人是否已经意识到了行为的违法而去行动，或者，如果是无意识的行动的话，那么行为人是不是理应能够意识到违法却没有意识而行动了。总之，这是站在个人的伦理实践立场上评论其行为的责任轻重的。这也可以只叫做“责任”。不过，“责任”这个词，一般多用来指客观性的归责。因为在上述情况下，带有按行为人的主观态度予以伦理的、道义的归责的含意，所以，还是叫做“道义责任”为好。

将违法性与道义责任分别开来，属于理论性的工作，实际上这两种评价，是作为一个整体同时进行的。理论上，也有一派认

为要把它作为一个整体来考虑，这就是所谓的主观违法性理论。然而，原则性地地区分客观的违法性和主观的道义责任，这从理论上认识现代刑法的过程中，归根到底是不能回避的。有的学说为了支持客观违法论，把法分成评价规范的法 and 命令规范的法（梅茨凯尔等）。如果讲评价规范，道义责任也算是，甚至可以说，道义责任恰恰是最好的评价性的东西。与此同时，评价着行为客观方面的违法性，也包含有要求一般国民按一定规范去行动的意味，所以也可以称为命令性的。问题并不在于评价还是命令，而在于评价的方式是双重性的。

四

违法性和道义责任，是基于法的一般理念而进行的评价。可是，刑法却是将一般违法、有责行为中应科处刑罚者予以特殊化、类型化的规定。这些规定就是刑法分则中的相应条款。因此，构成要件在本质上就一并包含有违法性和道义责任——在特殊的、类型化的形式之中。构成要件可以说是不法类型，可它不仅仅是违法类型，同时也是责任类型，是违法并且有责的行为之类型，又是它的法律定型；在这个意义上，它是不法类型，也是犯罪类型。这就是我的构成要件论中的一个根本主张。

这一主张，可以通过具体地研究刑法分则相应条款的规定特别是考察其规范要素和主观要素得到证明。可是，必须在其他机会里也考虑这个问题，才是它的理论归结。梅茨凯尔以后的所谓新构成要件论，由于认为构成要件是不法类型或违法类型，因而把构成要件论包括到违法性论之中，让它与责任论对立起来。于是，“构成要件——违法性——责任”的体系就变成了“行为——违法类型（=构成要件）——责任”的体系。佐伯博士的体系就是这样，泷川教授的《刑法讲话》、井上教授的《刑法学总则》等，都沿用了这种体系。可是，我对此存有疑议。关于先于构成要件

的、这种意义上的“纯行为”论，我已在《构成要件充足的理论》一文中予以批判，但这是否就不能说违法性论和构成要件论可以合起来呢？这不单是个从体系方面论述的问题，我甚至不能同意这是个从体系方面来考虑的问题。

违法性与违法类型（或构成要件）不是同一问题。违法性是一般性的法的理念问题，（可罚的）违法类型（= 构成要件）是被特殊化了的类型，并且是个法律概念。违法性是一般理念，通过它的适用才变为具体的判断；而构成要件属于特殊的概念，从而其本身在某种程度上就是具体的，只是“符合构成要件”这一点最终是一个概念性的抽象的判断。也许只是在这一点上，违法性和构成要件才从体系上截然分开。某一行为一旦被判断为符合构成要件，同时也就可以推定它属于违法行为。由于构成要件原本是将违法行为类型化并对其可罚者予以规定，所以，这一推定是当然的。与此同时，似乎也可以说构成要件宣告了被特殊化了的类型违法性。可是，违法性这个东西并不单纯为刑法的相应条文所决定，也可以为其他立法及立法以外的法律渊源所决定，它是法秩序的一般性问题。构成要件属于它的积极类型化，而它的消极方面的类型化则表现在违法阻却原因上。

把违法性与属于违法类型的构成要件混同起来，企图在体系上合而为一的梅茨凯尔以后的所谓新构成要件论的基本观点，我认为具有实证主义，尤其是法实证主义（实定法主义）的成份。概而言之，“违法性是由刑事立法所决定的”的观点，是形式主义违法性论的观点。而且，就把它归结到保护法益的思想上去这点而言，这属于社会功利主义的实证主义，并且丧失了M·E·麦耶尔所讲的文化规范的思想。我国刑法学者的情况也大致如此。沈川教授曾依麦耶尔的观点，认为违法性是违反国家的条理。在我看来，这是一个优秀的翻译，具有明显的实体性直观的优点，令人佩服。然而后来却在梅茨凯尔的影响下放弃了它，归从于李斯

特的社会危害性的通说立场上去，实在是十分遗憾的事。

我决不是轻视实证的认识，然而，刑法不仅仅是以实证主义来解释的，而是蕴藏着相当深奥的哲学的、伦理学的问题。实证性的刑法规定，可以在刑法中看到它的表现——刑法第三十五条和以下几条就是。可是我们还必须通过这些实证的规定，了解其法理的伦理的意义。违法性论和道义责任论无非就是讨论构成要件的哲学性法理即伦理。违法性和道义责任，在刑法分则相应条款的构成要件中得到了定型地、概念地表现。然而，仅仅把这些概念性的规定加以逻辑解释，并不能明确其含意，不仅如此，也无法正确地解决各自的界限问题。违法性论和道义责任论，明确了刑法第三十五条等规定所表述的违法阻却原因和责任阻却原因的含意，并制约着它们的适用。搞清楚了构成要件本身的法理的、伦理的意义，就为它的解释奠定了指导性基础。

构成要件是违法类型，又是责任类型；是违法有责行为的类型，又是其法律的定型。在此意义上，它是不法（行为）类型，又是犯罪类型，并且不足单纯将违法性类型化，而是同时地也将道义责任类型化。杀人罪和伤害致死罪，明显地属于两种构成要件，它们的区别不就是在责任类型的差异吗？我不理解新构成要件论者为什么把违法性与构成要件合而为一，却把责任置于构成要件之外。责任问题，包含了一些难以明确其是否应包容在构成要件之内的两可性东西，如行为人的责任能力，但是，在特殊性的（具体的）构成要件中，这些是作为前提条件而忽略不计的。要是属于犯罪类型——犯罪是可罚的不法行为——自然就有包含责任的契机。然而在构成要件中，这些都作为被类型化的抽象概念来予以规定。道义责任变成具体性判断的问题，在法律上，它是以责任阻却原因形式从消极方面来规定的。可是在学理上，它必须是一个有实体意义的问题，这就是道义责任论。

刑法中对行为有三重评价：第一，是否符合构成要件的评

价，这是法律的、抽象的评价。第二，违法性的评价，这是对行为本身的具体评价，但也是将行为大体上与行为人分离开来而后的评价，所以也可说是社会的、并且仍是抽象的评价。第三，道义责任的评价，这是把行为作为“行为人的行为”的最具体的评价。至此，法的伦理性、道义性的本质，才完全地展现出它的全貌。

作为记叙的体裁，是否非按“构成要件——违法性——道义责任”的顺序不可，这并不是一个一定要坚持的问题，但作为体系性的思路却是重要的。否则，按纯实证主义的观点，就变成了“构成要件——违法阻却原因——责任阻却原因”。“行为（纯粹的）——违法性（=构成要件）——责任”的体系在原理上是错误的。

五

对违法性和道义责任详细地论述，超出了构成要件理论的范围，它们只能另外作为违法性理论和道义责任的理论来处理。但在这里，有必要在与构成要件相关的范围内，多少做些论述。而这，也就是构成要件与违法阻却原因及责任阻却原因的关系。

如前所述，构成要件是违法并且有道义责任的行为的类型。也就是说，它是违法性的类型化，同时也是道义责任的类型化。在它的内部，违法性和道义责任是以被类型化的形式出现的。这种类型化，作为国民的道义意识中的“当罚性”甚至在某种程度上是先于法律而存在的，但为了赋予法律性质的可罚性，就设立了它的概念性规定，构成要件正是可罚的违法有责行为的法律定型。违法并有道义责任的行为，当然不限于此，刑法只是把那些从国民的道义观念上看是不可放任不管的、从国民伦理上看无论如何是非得处罚不可的行为，亦即具有当罚性的行为，作为法律上的可罚者而予以规定。然而在另一方面，对于这种可罚行为，法律所

予以规定的，是它的定型，因而或多或少地只是一种一般性的、抽象的东西。于是就有行为虽然大体上符合规定，但具体上又或者缺少违法性、或者缺少道义责任的情况出现。对这些情况的规定，就是刑法第三十五条和以下几条的违法阻却原因和责任阻却原因。

可是，这些被称为违法阻却原因和责任阻却原因的，也是被类型地、抽象地规定的东西，而且它们属于刑法总则部分，是比刑法分则的构成要件更进一步抽象的东西。因此，在具体适用它们的时候，不能形式地、字面上地适用，仍然必须考虑它们的实体，具体地妥当地适用。至于它们的实体，说到底还是行为的违法性和行为人的道义责任。违法阻却原因无非是在行为没有违法性的场合、责任阻却原因无非是在行为人没有道义责任的场合，将其予以类型化的规定，或者说是从消极方面对违法性和道义责任予以规定的法律定型而已。就此而言，刑法分则的构成要件是可罚性不法的积极构成要件；相反，违法阻却原因和责任阻却原因，可以说是总则性的、一般的消极构成要件。

对于构成要件的解释，发生了许多问题，同样，关于违法阻却原因和责任阻却原因，自然也发生了解释上的问题。例如，刑法第三十六条规定了正当防卫，可是往往有大体上符合这一概念构成，然而却不能当作正当防卫来认定无罪的场合存在，如打架斗殴的场合。判例认为，在打架斗殴时，其全体都是违法行为，即使在某一瞬间呈现出似乎是一方对另一方的攻击实行正当防卫的现象，但其全体是一个毫无正当防卫存在余地的行为。这恐怕是来自我国古时的“一个巴掌拍不响、各打五十大板”的观念。这未免有点过于抽象和绝对了。木村教授认为对这种行为应当区分场合，即使在打架斗殴中也应当有可以适用正当防卫的情况。这是一种正确的见解。总之，法律的规定总是多少带有一般性、抽象性，所以就不能形式地、字面地去适用，而应当以对具体场合

进行实体性考察为要，这个道理是显而易见的。

这里所说的实体性考察，即是搞清具体场合的事实关系以及在伦理和法律方面对它的约束。所谓伦理和法律方面的约束，归根结底就是行为的违法性和行为人的道义责任。它们都是观念性的、规范性的东西，其根本点都在于指出其违反了人间伦理及其行为实践的道义。之所以区分为违法性和道义责任，不过是为了更明确地指出，其中含有双重意义，即：站在作为公共社会客观外部秩序的法律秩序的立场上，对行为的否定性评价判断（行为的违法性）；以及非难敢于做出这种违法行为的行为人的否定性评价判断（行为人的道义责任）。违法阻却原因和责任阻却原因，是对于符合构成要件从而也被抽象地认为是违法有责的行为，在其伦理和法律方面的约束下，规定的阻却其违法性或道义责任的一般性的消极构成要件。

违法性的阻却或道义责任的阻却，最终是对具体案情的伦理性、规范性地判断。但是，犯罪的构成要件是可罚的违法有责行为的类型，所以，如果可罚性被构成要件所阻却，就足以阻却被构成要件类型化了的违法性或道义责任。在此意义上，违法性和道义责任的制约作用，仍可认为是以构成要件的范畴为界限来进行的。可罚性是根据把违法性和道义责任类型化了的构成要件设定的，如果构成要件性质的、类型化的违法性及道义责任被阻却的话，就当然因此而解除了可罚性。

（一）所谓违法性，就是行为违反了客观的法律秩序。但在在这方面有种种不同的方向和程度，即便同是侵害身体或生命，就有杀人、伤害、非法逮捕监禁等各种不同意义上的违法；同是侵害财产，仍有盗窃、抢劫、敲诈、诈骗等等不同意义上的违法行为。同理，判例上就有对于伤害罪来说具有正当防卫理由的场合，对于杀人罪来说就不能径直认为也具有这样的理由，因为具有杀人意图的防卫，已经属于过当防卫了；债权人为了实现其权利采用某种

程度的胁迫手段；不能算是敲诈罪；以及诸如此类的实例。这可以说是有阻却违法性的意思，但是，如果采取足以压制债务人的反抗之程度的胁迫手段去强行夺取财物，即便是有请求交还该财物的权利，其行为也构成了抢劫罪，请求权并不是使强行取走财物正当化的理由。

（二）所谓道义责任，是指基于“对那种行为人理应知道不该去做而事实上他却做了的违法行为要进行非难”这一点而确定的责任。刑法上的责任，就是基于这样道义非难的责任，因此，可以说它是以道义责任为核心的。然而，道义责任具有方向和程度的区别。故意犯和过失犯，就是在构成要件方面所给予的区别。在过失中，业务上的过失和重大过失是被作为特殊情况来对待的（刑法第一百一十七条第二款、第二百一十一条）。故意，是指已认识到犯罪事实，却仍然敢于实施行为的场合；过失，是指在对犯罪事实没有充分认识的情况下行动的场合。在这二者之间，还存在着这样一种情况：没有杀人罪的责任但有伤害罪的责任；或者没有伤害罪的责任但有过失伤害罪的责任。故意和过失，原本属于伦理的、道义的价值判断，最终要依靠对具体事实的观念的制约。然而，它在构成要件里，却被类型化了。如果没有已经达到其所类型化的程度的道义责任，那么来自该构成要件的可罚性也就丧失了。

要而言之，构成要件与违法阻却原因和责任阻却原因的关系是：前者是肯定违法性及道义责任的法律定型，后者则是否定违法性及道义责任的法律定型。它们之间，有着积极与消极的差异。不过尽管如此，两方面却属于与违法性及道义责任有关的、类型化了的从而或多或少也是一般性的、抽象的观念形象。其实体，是在讲行为的违法性和行为人的道义责任，依据观念性的东西对具体事态做出评价判断。这种评价判断，一方面是从肯定的、积极的角度，另一方面则是从否定的、消极的角度被类型化和定

型化了的。如果不是符合构成要件的行为，即令是如何违法并且有责的行为，也不能处罚。反过来，虽然是符合构成要件的行为，只要认为行为没有违法性或者行为人没有道义责任，也是不能处罚。但是，这并不意味着以绝对地阻却违法性或阻却道义责任为必要，而只要是在被构成要件类型化了的方向及程度上（相对地）阻却违法性或道义责任，就足够了。

以上我们所考虑的，都是总则方面的违法阻却原因和责任阻却原因，然而同时还应看到，分则中也规定有违法阻却原因和责任阻却原因。例如，毁损名誉罪中所说的“事实证明属实”（刑法第二百三十条之二），就是违法阻却原因。又如，内乱罪中“未实施暴动之前的自首”（刑法第八十条），藏匿犯人及湮灭证据罪中的“亲属”关系（刑法第一百零五条）等，应当认为是责任阻却原因。这些具体原因与刑法第三十五条及以后几条规定的违法阻却原因和责任阻却原因精神上是一致的。由总则来规定和由分则来规定，只有是一般规定还是特殊规定这一区别，并不改变其本质（后者与其叫成“消极的构成要件”，莫如说是个用词问题）。

讨论违法性或道义责任的阻却问题时，具体事实不能不受违法性及道义责任这种一般观念的制约。这种制约，是以构成要件为范围或者为界限来进行的。尤其是关于道义责任，大家都知道，对犯罪事实的认识限定了故意的有无。然而这里所说的“犯罪事实”，是指犯罪构成事实，亦即符合犯罪构成要件的事实。没有这种认识时，即为“没有犯罪故意的行为”（刑法第三十八条第一款），从而也就排除了它的可罚性。在此意义上，道义责任的有无，仍然要以构成要件为范围。布伦斯所说的“制约着故意”的构成要件，大概指的就是这一点。德国刑法第五十九条规定的：“不知道属于法律上的构成要件的情况存在时”，不能追究刑事责任，也是这个意思。这一点已成为从贝林格以来的构成要件概念中的一个重要问题，其关键原因就在于此。

可是，从这种关系出发，就不得不认为构成要件单纯是由客观要素形成的，或者，象在贝林格晚年的构成要件论里所看到的那样，为杀人、伤害致死、过失致死三者构思作为它们共同的“指导形象”的“法律上的”构成要件时，完全堕入了没有意义的概念游戏之中。我认为，构成要件的内容是违法并且在道义上有责任的行为的类型，所以，其中当然应当包含有主观要素，然而，这并不意味着要再去对主观要素重新认识。说到“对犯罪事实的认识”时，无疑指的都是对构成要件客观要素的认识。如此一来，含有“对犯罪事实的认识”的意志去决定（犯意）可以原封不动地成为故意犯中的构成要件内容。这就是我的见解。

第三章 构成要件中的规范 要素和主观要素

—

按我的想法，犯罪的构成要件是违法有责行为事实的法律定型。如果可以这样说的话，那么其中就自然具有规范的及主观的要素。甚至还可以说，它全面地含有规范意义的，并且全面地含有主观的、内部的要素。但是，构成要件主要是从被客观化了的事实方面来把握行为的，而且是已经将其类型化、抽象化并概念性地规定了的。所以，在违法性方面，规范性质十分明确；在道义责任中，行为的主观方面构成中心对象；与之不同，在构成要件中占居主要地位的，自然是行为的客观方面、事实的记叙方面。

但是，在贝林格的《犯罪论》中，构成要件仅仅含有被认为是客观记叙性的“结果”，而不包含规范的、主观的要素。由此看出，贝林格是从宾丁格的将构成要件与规范在理论上严格加以区分的思想出发，认为刑罚法规中的犯罪构成要件是类型地记叙可罚行为的，因此不应包含规范性的内容。另一方面，贝林格把构成要件规定为“犯罪类型的外部轮廓”，把行为的主观方面专门作为责任问题来对待，并把它排除在构成要件之外。如此一来，历来的“主观构成要件”的概念本身就发生了矛盾。贝林格认为他的这一观点可以由德国刑法第五十九条得到论证，这一条关于刑法上的错误的规定是：不知道属于“法律上的构成要件”的事实时，不追究责任（相当于日本刑法第三十八条第一款）。根据这一规定，他觉得可以认为构成要件是从客观事实中形成的，不知道属

于客观构成要件的事实而去行动时，就没有责任。

若依贝林格的构成要件论，构成要件是犯罪类型的基本轮廓。这一概念即使在今天也是正确的。但是，贝林格认为，构成要件仅仅是客观的、记叙性的，它排除了规范要素和主观要素。如前所述，这是他一方面受到了宾丁格的规范理论的影响；另一方面，又以刑法第五十九条为根据，认为责任主要是从主观和心理方面来考虑的，应当让它与客观方面对立起来的结果。这种观点，从根本上说，只能是一种概念的、形式的观点。可是，如果要考虑被称为“犯罪”的违法有责行为的实体的话，即使在犯罪类型的轮廓亦即它的法律定型中，也理应在被抽象化了的形式下存在着规范性和主观性，并且这与其说是各个不同的要素，莫如说是构成要件全面地存在着，这一点在类型化和抽象化之中反而被忽略了。但是，贝林格就没有想到这一点，这在理论上，是法律实证主义的必然结果，在其背后，存在着自由主义的、法治国的思想。认为在刑事司法中必须以法律保障个人自由的罪刑法定主义，必然地要求着纯客观的、记叙性的构成要件，即使不能完全实行，至少也不能否定这种倾向。

构成要件中应含有规范的、主观的要素一事被 M·E·麦耶尔注意到了，虽然，在麦耶尔那里，作为一个整体的构成要件是记叙性的、从而客观的，对此，他甚至比贝林格论述得更加深入一步。按麦耶尔的说法，法律上的构成要件是违法性的认识依据，所以必须由纯客观的、无价值的事由来构成（这是以客观违法性论为前提的）。但是，麦耶尔同时认为：实际上，在法律上的构成要件当中，可以发现规范的要素和主观的要素。比如说规范要素，就可以举出“他人的财物”（德国刑法第二百四十二条、第三百零三条）、“虚伪的事实”（同法第一百三十一条、第一百三十八条、第一百五十三条、第一百六十四条）等等。然而它们在属于“规范性的（所以是非真正的）构成要件的要素”的同

时，还是“真正的违法性要素”。为什么说它不是真正的构成要件的要素呢？主要因为它只不过是评价与意思活动无关的结果的；而所以说它是真正的违法性要素，是因为它不仅是违法性的认识依据，也是其存在根据，就是说，有了它之后才有违法性的存在。以上便是麦耶尔的主张。

麦耶尔的这种彻底区别构成要件和违法性的关系，并且以这种关系为认识根据的立场，大体上是可以接受的。然而，即便是对“故意”侵入他人的住宅（刑法第一百三十条）、“非法”逮捕监禁（刑法第二百二十条）等可以认为是规定着违法性的东西从而予以区别，但是对于诸如“不敬行为”（刑法第一百八十八条）、“猥亵行为”（刑法第一百七十四条）、“侮辱”等法律规定中包含着的规范要素，又怎能说它们不是构成要件要素呢？它们都是对有意志活动的行为的评价。按我的想法，构成要件和违法性在其规范性的实质方面是相通的。其差异只不过是：一个是类型的、抽象的评价；相反，另一个是个别的、具体的评价。所以，构成要件和违法性的区别，是相对的，没有必要强行在它们之间划出一条排他性的界限来。

进而言之，麦耶尔虽然大体上承认了法律上的构成要件是包含着主观要素的，但他又认为这是属于责任的问题，应当把它从构成要件相符性的问题中排除出去，而只把客观要素当作构成要件相符性的问题。这种观点，作为体系性叙述的体裁故且不论，在实体上，是不能说具有充分理由的。当然，道义责任无疑是由行为的主观方面决定，但同时去讲在构成要件里面有主观要素（以被类型化了的形式出现）也并没有什么矛盾。

在另一方面，麦耶尔认为有些场合下，违法性是由主观要素所决定的，所以存在有主观的违法要素。例如，医师出自猥亵的目的用手摸女患者的腰腹，或者教师因与学生的父亲有仇而故意惩罚学生等等。可我认为，倒不如说这是采取了客观违法性论立场

的麦耶尔与严格区分目的和动机的麦耶尔自相矛盾了。行为的合法与违法，应当依据客观的目的，而和行为人的主观目的或动机无关。在此意义上，我认为泷川教授将客观违法性论彻底化并否定了主观违法要素的观点还是有理由的。不过我主张，即便是在违法性中不包含主观要素，在构成要件——作为违法有责行为类型——之中，应当有主观要素。

二

我认为：M·E·麦耶尔之所以承认在构成要件中包括规范要素和主观要素，但却没有从正面去加以肯定，是出自把构成要件相符性和违法性及责任并列起来考虑、且在它们中间划出排他性界限这样一种体系性的动机。

到了梅茨凯尔，由于认为构成要件是不法类型，所以从正面肯定了构成要件中的主观要素及规范要素。不能不认为，这是发展了持贝林格“犯罪类型”观点的麦耶尔的主观违法要素的观点。可是梅茨凯尔的理论体系混淆了构成要件和违法性，同时又割断了构成要件与责任的关系，责任变成了与构成要件、亦即不法类型全然无关的东西。然而，构成要件原本是被特殊化了的犯罪概念。我国刑法把它作为“罪”来规定。不能认为有所谓无责任的“罪”。构成要件不能不是佐伯博士所说的“可罚的”违法类型。既然可罚性包含有责任性，那么最终就不得不认为构成要件既是违法性的类型化，同时，也是道义责任的类型化。

梅茨凯尔以及受梅茨凯尔影响的我国刑法学者，由于认为构成要件是类型化了的违法性或不法类型、违法类型，尽管有的甚至企图把二者结合起来使之体系性地合而为一，但是，将责任完全置于构成要件之外的做法本身就忽视了犯罪概念的统一性。犯罪，归根到底是具有可罚性的行为，其实体应当既是违法行为同时又是有道义责任的行为。构成要件是它的特殊化规定。在构成

要件中，违法性以被类型化的形式出现，同时道义责任也以被类型化的形式出现。所以，构成要件既是违法类型又是责任类型，是违法有责行为的类型，并且是对其加以法律定型化的概念规定。正因为如此，其中包含有——被类型化、从而也被抽象化的——规范要素和主观要素，这毋宁说是当然的道理。甚至，构成要件不仅有各个规范要素和主观要素，而且乍一看是记述的、客观的构成要件，其实在整体上也是规范性的、评价性的东西，它既把握了行为的客观方面，也把握了行为的主观方面，这一点是必须注意的。

构成要件中的规范要素，是指构成要件中不但要有确定的事实，而且以规范评价为必要部分。这里面，既有以诸如“他人财物”之类的法律评价为必要的场合，也有以诸如“虚假文书”之类的认识评价为必要的场合，还有以诸如“猥亵行为”、“侮辱”之类的社会的、文化的评价为必要的场合，以及以“故意的”、“不法的”等完全是伦理的、道义的评价为必要的场合。然而，即使在不能象这样明显地应当属于规范要素的场合，在判断是否有符合构成要件的事实之际，也不可否认地有立于判断背后的法的、伦理的评价。表面看来是记述性的法律概念，可是在法官适用它的时候，往往也伴有规范的评价性的判断。所以从理论上讲，规范的、目的论的概念构成是必不可少的。

要而言之，所谓构成要件，是将违法有责行为类型化、抽象化的法律概念，它尽可能地记述客观事实和叙述的形式中加以规定。不仅如此，还必须承认，这种记述和叙述，在实质上、整体上与规范相关并且含有评价的意味。

三

承认构成要件中有主观要素的梅茨凯尔学说，在继承M·E·麦耶尔的刑法总论中所表现出的主观违法要素理论的同时，

又展开了贝林格在同一年发表的主观违法要素理论。如果在违法性中已经有主观的违法要素了，那么在属于违法类型的构成要件中含有主观要素就是必然的。以贝林格的“犯罪类型”思想为出发点的梅茨凯尔，就是按照这一逻辑展开其理论的。

梅茨凯尔在他1924年的论文里，提到“主观的不法要素”，而在1926年的论文中又说到“主观的构成要件要素”。梅茨凯尔所说的“不法”一词，我认为是在“被类型化的违法性”意义上使用的，所以，他所说的不法要素也罢，构成要件要素也罢，最终是一样的。沈川教授批判了梅茨凯尔的主观构成要件要素的说法，他认为：“这一表述是和梅茨凯尔的立场不相符的，应当称为主观违法要素”。作为一个客观违法论者的梅茨凯尔，承认主观要素这本身确实可以认为有矛盾冲突的意味，但是，作为他的立场，却并不怎么矛盾。我看与其这样，莫如以他所说的“不法”一词为媒介，批判他混淆了违法性与违法类型（麦耶尔和贝林格也是客观违法论者，他们都是把主观要素当作例外去承认的）。

问题分成了两个：一是有没有违法性本身被主观要素所决定的情况，即主观违法要素的存在问题；二是构成要件是否包含主观要素，即主观构成要件要素的存在问题。关于违法性这个问题，我也属于客观违法论者。某一行为是否违法，原则上要由其客观外部方面来决定，所以，关于主观违法要素的存在，我大体上持怀疑态度。然而，否定主观违法要素，并不等于直接地否定了主观构成要件要素或主观违法类型要素。对于主观的构成要件要素，我是肯定的。一般违法性，应当跟作为违法类型或不法类型的构成要件区别开来。在这点上我和沈川教授的见解有所不同。沈川教授站在客观违法论的立场上，否定违法性中存在主观要素，对此我也有同感，但是，如果最终导致连构成要件中的主观要素也予以否定，我却是不能赞同的。这是一种源于把违法性和构成要件混淆起来的错误。

违法性被行为的客观外部形态所决定，这是客观违法性论的立场，它的根据是：人们所谓的“法”，是以维持人伦的社会的外部秩序为直接目的的。也就是说，承认违法的客观性是来自法的特殊机能的要求。只要行为适合客观外部的法的规范和目的（客观目的论），即使是内心带有反伦理动机的行动，该行为也不违法。反之，即令是主观上出自良好动机的行为，如果客观上违反了法的规范和目的，就要被判定为违法。譬如，年轻的男医生在诊察女病人之际，即使是带着性欲冲动去用手指触摸她的肉体的某些部分，只要限制在为诊察的目的所允许的界线范围之内，就是合法的。与之相反，有些确是出自纯正的艺术或科学的动机而制作的作品或著作，有时也不准发表。只要认为法秩序是人伦的社会的秩序，就只好进行客观的外部的评价，从法的特殊机能上看，这也应当说是完全正确的。

但是，法并不单纯是外部的秩序，它也是期待人们的活动实践能遵守人伦和社会秩序的伦理道义秩序，它不得不进入人们的主观世界。行为合法或违法的判断，是客观的、外部的，但是，在认为对违法行为有必要施以某种制裁，特别是在判断为应予刑事处分时，就不能单纯停止在行为的违法性上，而必须考虑到是否具备能够对行为人的行为进行伦理和道义非难的内在的主观的理由。或者归于故意、或者归于过失的责任判断，是以对主观方面的非难为其本质的，按照这种判断而使行为人负责任，就有我所说的“道义”责任观念。作为可罚性不法的犯罪构成要件，是违法性的类型化，同时也是道义责任的类型化（它既是违法类型，又是责任类型，也可以说是包含二者的“不法”类型）。如此说来，其中包含主观要素就是很自然的事。这就是构成要件中的主观要素。

本来，违法性和道义责任，是一种伦理道义判断的理论解析，违法性的（客观的）判断，也就是具体的伦理道义判断。同

时，道义责任的判断并不单纯是道义上的，而首先是法律中的道义责任判断。因此，不允许在形式上去划分哪个是法律的、哪个是道义的。道义上有责任的，同时即可认为行为的违法性也被提高了。如故意杀伤比过失杀伤要严重。伪造文书本身是违法的，如果存在着使用目的，其违法性又被提高了，以致以道义批判为契机，符合了伪造文书罪的构成要件。因此，如果在可罚性的不法(行为)类型的意义上把构成要件说成是不法类型的话，那么在所谓主观构成要件要素的意义上，也可以讲“主观的不法要素”。不过，一面认为构成要件单纯是客观违法性的类型化，而一面又讲主观的不法要素，这在理论上是矛盾的。

构成要件中包含主观要素这一点，从刑法分则相应条款的规定上看，最终也是不可否认的。若是否定它，作为实定法解释论的构成要件理论，就失去了意义。在我国刑法的各条规定中，哪些可以认为是明显地包含主观要素的呢？我想暂且借用梅茨凯尔试用过的分类方法来观察一下。

1. 表现犯(语言表达方面的犯罪)：以一定心理状态为前提的语言表述构成的犯罪。如伪证罪(刑法第一百六十九条)、对于爆炸物犯罪的不检举告发罪(《爆炸物取缔罚则》第八条)。

2. 倾向犯：以可以看出某种主观倾向的行为构成的犯罪。如公然猥亵和强制猥亵罪(刑法第一百七十四条、第一百七十六条)、故意损坏外国国徽罪(刑法第九十二条)、侮辱罪(刑法第二百三十一条)、对礼拜堂的不敬罪(刑法一百八十八条)。

3. 目的犯：以具有超过客观要素的一定主观目的的行为为必要的犯罪。如内乱罪(刑法第七十七条)、伪造货币罪(刑法第一百四十八条以下)、伪造文书罪(刑法第一百五十四条及以下几条)。盗窃罪(刑法第二百三十五条)中的“非法占有”目的，也可以属于这方面的问题。

如上所述，构成要件在法律规定及其解释上，含有各种各样

的主观要素是很明确的。至少，只要把构成要件当成“法律上的”构成要件来考虑，就不能不考虑主观方面的构成要件要素。贝林格在他晚年的构成要件理论中，提出了一种用来作为“指导形象”的构成要件。应当说，这是一个为了使违法性及道义责任与之相关联而提出的特殊的基本观念。在论文中，贝林格把构成要件与犯罪类型加以区别，认为作为犯罪类型，既有与内在的东西无关的纯客观要素（例如破产犯罪中的宣告破产、伤害致死罪中的被害人死亡），又有与外部的东西无关的纯主观要素（例如目的犯、谋杀罪中的预谋）等。然而，他认为，这些要素仅仅是附加性的，是附随着作为指导形象的构成要件一起组成犯罪类型的，因而它们不属于构成要件。但是，这种从企图把责任问题中的主观要素与构成要件对应起来的观点中产生出的极端抽象的观念形象，是不能叫做“法律上的”构成要件的。

在贝林格引用的例证里，破产犯罪中的宣告破产历来是被当做狭义处罚条件的，对于主张它也属于构成要件的佐伯、泷川两位博士的学说，我不能赞同，因为它来自与行为本身没有直接关系的外部事实。与之相反，伤害致死罪中的被害人死亡，属于构成要件，只是不以对致死的故意为必要条件（说它要以过失为必要条件，是我的主张）。还有，目的犯和谋杀罪中的预谋——这一条我国刑法上没有——本身就是主观的东西，所以没有必要重复对它的主观认识。但是，它们明显地属于作为刑事责任法律原因的构成要件，是特殊化的犯罪类型中不可缺少的要素。即便是采用指导形象这一概念，也不妨碍它属于构成要件。

四

正是如此，我认为构成要件中有主观要素这一点，无论在实定法上，还是在理论上，都是不能否定的。如果是这样，那么问题就在于它在实质上是属于违法性呢，还是属于责任。梅茨凯尔

从他的“构成要件是违法类型”的立场出发，认为应当属于违法性，所以也可以说主观不法要素，这是继承了麦耶尔和贝林格的理论。泷川教授反对梅茨凯尔所说的主观构成要件要素，认为这一表述和梅茨凯尔的立场不符，全面地讲，属于客观违法性论者的梅茨凯尔为什么承认那么多的主观违法要素呢？就是作为例外，也太过分了。为了把客观违法性论贯彻到底，泷川教授正确地指出梅茨凯尔提出的主观要素并不全都是主观的违法要素，然而同时泷川教授又说它不属于构成要件，这在逻辑上就有点儿脱节了。

梅茨凯尔的理论的缺陷在于，他把一般违法性、类型违法性和构成要件性违法(不法)有意无意地混淆了。这一点必须受到严肃批判。但是，他的主观构成要件要素和主观不法要素的概念中却包含着正确的东西。如前所述，违法性与违法类型或不法类型是不同的，前者是在法秩序的一般立场上对反规范的判断，后者是它的特殊类型化。违法性本身是对行为客观方面的评价——至少原则上如此。可是一旦变成违法类型或不法类型，就成了为使其与某种法律后果(刑罚、损害赔偿)相结合的、特殊化了的法律观念，在刑法里，就是佐伯博士所说的“可罚的违法类型”，只有它是有责任的违法类型。在它之中，包含有来自道义责任方面的主观要素。假如认为有某种例外的、违法性本身就被主观要素所决定的场合，那就更包含主观要素了。在这个意义上，构成要件包含主观要素一事，在理论方面就没有什么不可思议的。不管怎么说，主观构成要件要素的存在是确实的，而且把它叫做主观不法要素或者主观的(可罚的)违法类型要素也都可以。

问题在于，上面列举的构成要件中的主观要素，实质上是属于违法性呢？还是属于道义责任？换句话说，是被违法性类型化的呢？还是被道义责任所类型化的？这一问题在实际中并不太重要，因为不管怎样，在考虑构成要件相符性时，必须考虑它的主

观要素，而违法性及道义责任的判断，原来无非是一种伦理性评价的理论区分。事实上它们不仅是经常结合着的，就是在理论上，它们在构成要件中也往往是重合着的。只是，就重合来说，由于必须是有顺序的、分阶段的，所以在理论上才要求区分是主观违法要素还是主观责任要素。换言之，作为违法类型，业已以主观要素为必要，而作为责任类型，则首先要以主观要素为必要。这一点在区分违法阻却原因和责任阻却原因时，实际上或许具有某种意义。

我想，具有主观要素的三种构成要件中，所谓表现犯的主观要素是属于违法性方面的，但是倾向犯及目的犯中的主观要素，就不是违法要素，而往往属于道义责任。客观违法论者认为，主观违法要素必须是轻易不能承认的例外情况。对此我表示怀疑，并认为在表现犯中必须承认。例如，在法庭上证人做出违反真实的陈述时，是否仅以此就可以说违法呢？虽然都这么认为，但如果这是基于某种信仰而做的陈述的话，那倒莫如说并不是法所要求的東西。还有，在向警察报告有关爆炸物的犯罪的场合，法律只将报告的义务赋予了解事实的人，只要不具备了解事实这一条件，一般地说就不存在法律义务，所以，不报告，只有在了解事实而不报告的场合下才应当是违法的。泷川教授认为：这里所说的“了解”，是决定着“故意”的要素，但至少有可能被看作是缺少位于责任之前的违法性。可是，即使认为属于故意，这种情况也显然属于法律上的构成要件，认为它不属于构成要件的泷川教授的见解，是陷入了混淆违法性与构成要件的梅茨凯尔以来的错误之中。

关于倾向犯，例如猥亵或侮辱，从客观方面观察，无论是猥亵还是侮辱，其行为都是违法的。作为构成要件，一般是以猥亵的动机和侮辱的故意（其实莫如说是有轻蔑的感情）为必要，可这业已属于道义责任了。在此意义上，认为“倾向犯不含有主观违法要素”的泷川教授的见解是正确的。然而，所说的不含有主

观违法要素，并不可以直接推导到不属于构成要件，而应当认为，作为一种“超越性”内心倾向，是可以包括到构成要件里去的。它属于道义责任，然而超出了一般犯意即犯罪事实的认识的、性欲的或轻视人格的主观倾向，在这个意义上，可以理解为一种超过性主观要素。

关于目的犯，我认为其特殊目的是本来就属于道义责任的主观构成要件要素。伪造货币、伪造文书，仅此就已是违法，然而又只有在具有行使的目的时，才开始构成伪造货币罪或伪造文书罪，这时，目的是主观构成要件这一点是没有怀疑余地的。构成要件中的超过性主观要素，是与客观事实没有关系的纯主观要素。认为它不属于构成要件，是无视构成要件的实定法意义及其特殊化的意义，从而完全脱离了构成要件理论的本题。贝林格晚年提出的“指导形象”的概念，影响了我国的刑法学者，甚至发展到连对“构成要件”这个词的怀疑也成了讨论内容，然而这完全是玩弄理论概念、失去了理论所应具有的现实性的特色。

最后，还有一个问题，即属于一般责任条件的故意过失，是否也属于构成要件？对这个问题，我一向的回答是：在被类型化并且特殊化的限度内，是应当属于的。作为责任类型的构成要件，当然必须包括该行为的行为意志即所谓对犯罪事实的认识或容忍(犯意)，作为已被类型化了的事实过失，也属于过失犯的构成要件。确实，道义责任是成立在上述基础上的伦理判断，它不单纯是主观的、心理的东西。然而，对此却不能不在其他章节中再加论述了。

第四章 构成要件与行为论

—

构成要件是不法行为的法律定型，是它的概念性规定。这里所讲的不法行为，是被法所否定的行为，分开来讲，就是在客观上是违法的，在主观上是值得非难的、在道义上是责任的行为。这种行为的实质是伦理上的非行，是反道义的行为，它被国家法律所否定，而且被认为应科处“刑罚”这种最严厉的制裁。因此，其中自然包含行为的违法性和行为人的道义责任，只是它们变成了类型化了的、定型化了的观念形象，而这恰恰体现出了构成要件的本质（所以还另外有了违法性和道义责任问题）。

构成要件的核心问题是行为。认为刑法不是“行为”的刑法而必须是“行为”的刑法的主张，带有某种政策的味道，然而不拿行为去判断行为人的社会危险性，就会陷入政策上也难以允许的专断之中。不仅如此，所谓实证学派的社会“危险性”的概念也好、“恶性”的概念也好，绝不能真正地描绘出具体的犯罪人形象。具体的人不单是生物学的、社会科学的存在，与此同时，他也是人伦的、伦理的存在。实证主义的犯罪学研究如今也能逐渐地着眼于行为人的“内部人格构造”，这是很自然的。伴随而来的，就有了“人格责任论”的主张。谈到人格时，所考虑的必然是作为人伦性存在的人，然而，作为人伦性存在的人则是在行动本身、在“行为”中得以表现的。一旦除去人伦的行动、行为，也就没有了“人”和“人格”。

我在这里不去详细阐述人格（实质上应当是人的存在、是抽象的概念）与行为的关系，而只想与构成要件论相区别而另以责任论的角度来谈谈看法。如果接触到我的想法就会发现，我所说的人格是由行为体验和行状形成的，是所谓“看不见摸不着的”。这是来自于以伦茨以后的犯罪生物学中之性格形成理论为前提的，梅茨凯尔的行为表现责任概念。在它的背后，存在有精神科学的、深层心理学的成果。可是，不要忘了，在比它还早的佛教的“业”的理论中，就已经明白地涉及到了这一点。所谓的“业”，即是行为、行动，而且它是形成人的性格的最重要的契机。一面被过去的“业”所决定，一面在现在的刹那间决定自己的“业”，从而有我们的现实存在（实存）。

刑法中的责任，其根本点是伦理的道义的责任，因此，它最终也必须是行为责任。人格责任，如果说是“行状”责任的话，亦可归属于行为责任，但是，必须是在人格的形成与积累中确认的责任。而这正是佛教的“业论”。然而刑法中的责任，首先是合乎构成要件的行為的责任，其次才应考虑以此为背景的人的各个方面。这一点连梅茨凯尔也是明确承认的。人格也好，性格也好，都属于“业”的形成，所以少年时自不待言，就是在成年时，直到死亡的瞬间之前，它们都是可塑的、可变的。我们必须承认性格的持续性，但坚决否认那种认为性格是固定不变的观点。佛教中的“无我”，无非也是这种告诫。

构成要件的核心是行为，刑法中的责任从根本上讲是道义责任，因而也可以理解为行为责任。如果单是社会防卫处分的法、保安处分的法的话，其效果归结到行为人的生物学和心理学的性质或状况上似乎也可以了，因为它不要求更“高层次”的伦理观，它在“保全社会”这一社会伦理的目的立场上就得到了肯定。然而在刑法中，与刑罚制裁相结合的，是有自由意志的、自我决定的伦理主体的行为。当然，即便是自由意志，也不是无限制的（所

说的无限制，不是指自由，而是指偶然），不能离开人格和环境去讨论行为，因而在刑法中也要考虑人格（例如累犯、常习性）和环境（例如正当防卫、紧急状态）。在审判当中要审定行为的“情状”并依此量定刑罚，更是出于这种考虑。

构成要件是类型性的、概念性的东西，不管怎么说，它是一般地、抽象地把捏行为事实的。在这里，人格和环境总的来说可以忽略不计，但是也可以看到一些表现。例如，“公务员”（刑法第一百九十三条）、“常习”（刑法第一百八十六条）等人格方面的要素和“火灾之际”（刑法第一百一十四条）、“收得货币、纸币或银行券后明知其为伪造或变造品时”（刑法第一百五十二条）、“遗失物、漂流物或其他失控的他人之物”（刑法第二百五十四条）等等环境方面的要素（这些表现主要出现于构成要件的解释之中，而不是拘限于文法上）。

二

行为是什么？它是主观意志的客观化，是意志的实现。也可以说是意志的“表动”或“表现”，但是这些词有被误解为单纯表示意志内容的危险。“表示”，也是行为的一种，但行为一般并不单纯是表示。另外，按照所谓的主观说，犯意的成立能够被确认时，才有实行行为。但这最终恐怕要陷入惩罚犯意的立场上去。行为——刑法上的行为——必须是意志的客观化、行动化和实现。在“表示犯”（例如诬告、损毁名誉、胁迫等）的情况中，某种思想内容或意志内容的表示即是作为其“表示的意志”的客观化的行为。思想本身，乃至意志本身，不是刑法的对象。

行为是意志的客观化、是意志的实现，这种观点莫如说是一种惯例。而在这个意义上，它也是有问题的。如果仅仅从常识的角度来考虑，似乎没有什么问题，可是一旦深入地探讨，就会发现，行为的意义决不是如此单纯的东西，而且也会接触到行为的

理论解释中的许多问题。诸如：不作为犯是不是行为？如果说是行为，那么是在哪个意义上讲的行为？能否说过失犯也有行为？间接正犯或者原因中的自由行为为什么是正犯等等。

19世纪的刑法学对行为——其他方面也如此——的认识是自然科学的、实证主义的、自然主义的。在这个问题上，不仅是新派刑法学，就是旧派刑法学也没有摆脱这种倾向。“行为是心理的物理的过程，它是由主观意志引起的外界变动，并产生侵害法益的结果，意志、身体动静和结果，三者的结合即为行为”。然而所谓“意志”，如果按属于自然科学的心理学分析作为独自的心理要素来认识的话，本来就是很困难的，因此刑法学把它的表象内容（犯罪事实的认识）作为“犯意”而从“责任”里划分出来。如此一来，就有了这样一种思考逻辑：作为行为要素的意志完全被认为是无内容的，同时行为也只是被当作侵害某种法益的原因来把握；一方面，犯意属于主观上的归责问题（主观要件），另一方面，因果关系作为客观上的归责问题而受到重视（客观要件）。

在这种自然科学的、实证主义的、自然主义的观点里，行为是身体的运动或静止，主观意志是神经的内部刺激对肌肉的支配。最明确地表示这种观点的学者，就是贝林格。他的刑法总论体系，从行为论开始，按符合构成要件的行为、违法行为、有责行为、可罚的行为的顺序加以论述，最后又在行为论里谈及了一般的违法性和责任性。尽管如此，他的行为概念从根本上讲还是停止在自然科学之上的。这也许会被认为是一种对构成要件以前的那种（简单的）行为论有用的观点，然而不管怎么说，仍然是来自于十九世纪的自然科学的思考。即使是将行为论引进构成要件理论的M·E·麦耶尔，也同样停止在“身作动作 = 作为，身体静止 = 不作为”这样一种观点上。

然而，在这样的自然科学性质的行为概念之下，所谓的“不

作为”是否能认为是行为的一种，就成了问题。一般较普通的说法，都认为可把行为分成作为和不作为，行为是包含作为与不作的上位概念。但是，把行为当作作为与不作的上位概念来考虑真的可行吗？拉特布尔茨对此进行了合乎逻辑的探索，和以李斯特为首的刑法学者们毫无顾忌地将不作为跟作为一道都当成行为的一种的观点相反，拉特布尔茨——在贝林格的影响下——将心理的物理的行为概念再深刻化，终于大胆地得出不作为不是行为的结论（在此之前，关于不作为的因果关系问题，李斯特的观点就认为它不是一般的因果关系，而是应和因果关系同等看待的另一种关系）。

如果将自然科学的立场再彻底一些，问题就不只是不作为一个，在过失犯那里是否果真有“行为”，也成了问题。过失犯，古代也有时称为“无意犯”，至少可以说明它多是指一种没有犯意的场合。普通说法认为，即使没有犯意，也应视为有意识的行为。这样去考虑果真能行吗？最近，平场安治教授对这一疑问进行了合乎逻辑的探索，结果是否定了在过失犯中有行为，而认为是“非行为”，并且认为行为已经不再是统一的犯罪概念要素。这真是一个引人注目的见解，甚至可以说是比50年前拉特布尔茨的概念分析更合乎逻辑的分析。

平场教授的行为论，受到威尔·吉尔的“目的行为”学说的影响。威尔·吉尔认为：行为是有目的的，在主观的意义上讲，合乎构成要件的行为含有作为它的目的的犯意。按照这一思想，有人试图建立新的刑法体系，但这种场合下过失犯成了问题。威尔·吉尔认为：过失犯不是“目的性”的行为，而是“因果性”的行为，但仍属于行为的范畴。然而，在把主观上的目的性当作行为要素的威尔·吉尔的立场中，承认“因果性”的行为是自相矛盾的。他企图说明目的行为具有现实可能性，但不管怎样“现实”的可能性，也都不能同具有可能性的现实性本身同等看待。在这一点上，

断定过失犯为“非行为”，抛弃了“犯罪是行为”的传统概念的平场教授，可以说虽然学的是威尔吉尔，但却比威尔吉尔更合乎逻辑。

可是，如果按照威尔吉尔或平场教授的思想去将刑法体系化，故意犯和过失犯就不得不完全分离，这就不单是体系化的问题，而且是关系到责任的本质的问题了。故意和过失，即使在有无主观目的这一点上有区别，但是在道义的、规范的立场上看，它们的本质是相同的。大概，威尔吉尔是从站在存在论的、事物逻辑的立场上对过去的刑法学中的自然主义倾向进行批判这一点出发的，对此我过去就有评价。但他的目的行为论却恰恰没有从自然主义中解脱出来。他的主观性的目的概念，把自然主义的因果关系反转过来只让它反映主观，成了对象目的论，而作为主体人格中能动意志的“业”的行为含义，则不明显了，因此我说它是自然主义的。平场教授打算在“社会目的论的领域”中求得行为与非行为的统一，在这一点上他比威尔吉尔前进了一步，但他的以“社会现象”来规定犯罪的态度，仍未摆脱自然主义社会科学的立场。

我认为，历来的行为论的通病，都在于把行为当成法律的构成要件的评价之前的东西来考虑的，这就是我曾批评过的“纯粹”行为论。刑法上的行为，归根到底是合乎构成要件的行为，所以也不能不是违法并且有道义责任的行为。违法且有道义责任的行为是进行伦理批判的行为。甚至，说到“行为”，本身已经是在把伦理评价和批判作为前提了，在本质上，它是一种规范性的概念。离开伦理和法，就谈不上行为。提到行为，就是指存在于人伦关系之中的属于实践问题的事实，同时又是人格中的能动的“业”或者更确切的说是“态度”。但这是从抽象的、静止的角度来讲的，作为人格意志的实现，仍然必须是“行为”。刑法中的行为，总是给以构成要件地评价的行为，行为在构成要件的范围以内，并且必须作为其核心要素来讨论。与构成要件地评价无关的行为，

在刑法中是完全没有意义的。

我认为，主张行为的意义在于“意志的支配”，进而它才有被法律规范支配的可能性的竹田直平教授的行为论是正确的。平场教授批评竹田教授的学说，认为“行为论作为犯罪论体系的出发点，是尚未加以法律评价的领域中的问题”。可是，恰恰是这种观点，表明了平场教授的行为论在体系上是先于构成要件的“纯粹”行为论，同时也显露出他的行为概念是自然主义的。连泷川幸辰教授在他的《犯罪论序说》里，也倒退到纯行为论去了，他认为这种观点不无道理。这令人再一次地想起了M·E·麦耶尔的体系。

然而，竹田教授的行为论实际上也并没有从实证主义的自然主义的思想中完全解放出来。竹田教授的根本思想是“刑法以防止危害人类生活的事件为最终目的”，这不外乎也是实证主义的目的思想（社会功利主义）。其次，他的“法律规范”的概念，不十分明确，似乎也是法律实证主义的规范概念。再有，他所说的意志支配，完全是一种对象性的、心理主义的观点。依据因果规律对未来事实的预见或其可能性，是意志支配的界限，也是行为与结果的界限，就是说，使因果规律逆转的对象性预见及其可能性是行为的要素。在这个意义上，明显地与威尔吉尔和平场教授的思想接近。但竹田教授在这种情形下还考虑到规范的支配，尽管只是作为责任能力来讨论的，并没有进入到行为论中。以上，就是我说竹田教授的行为论还是自然主义的理由之所在。

我主张，应当把刑法当作在根本上是以伦理的、亦即人伦关系中的实践的道理或条理为根基的东西。由此出发，就不能不认为，刑法中的行为，也是伦理观点中的行为。作为伦理主体的行动（业）而成为伦理性价值批判对象的，就是行为。人格也通过行为而得到评价。在这一点上，不要说人格，就是行为本身，也只是与伦理评价有关，而不能说它自身就有这种评价。身体的运

动不直接就是行为。即使是“目的性”的行为，也只限于是因果系列中的认识预见，而不是可以明示实践行为的真正意义的东西。即使受“意志”的支配，只要认为它是因果性的预见，也不是伦理的行为，从而也不是刑法上的行为。当然，“目的行为”也好，“意志的支配”也好，这些概念都预示着过去的完全是心理的物理的行为论要向伦理的行为论转变。现在的问题就是必须实现这一转变。

行为是意志的客观化，是意志的实现。意志不是单纯的因果认识或预见，而是具有能动性和欲望性的一种行动性的东西，是一种“业”（“意业”）。不过这样去讲意志，已经是伦理的概念了。作为心理学的（自然科学性质的）分析对象，可以分析感觉、表象、观念、感情、情绪等，但却不能把握住“意志”。把意志作为意志来认识时，已经是在伦理方面去掌握它了。一旦关系到伦理价值，就不如说是作为伦理实践主体的人格行动（业）变成了伦理评价的对象。总之，人格、意志、行为等等，都是存在于伦理实践领域中的东西。它们超出了文化科学的价值关系、历史学的个性记叙以及精神科学的了解，其结果，不得不归于伦理学实践意义的直观立场上。

法属于人伦的、伦理世界中的一种规范秩序，是被政治和权力所保障的秩序。凡是伦理秩序都是扎根于人类存在的基础的，特别是法秩序，更是和人类存在中的现实利益相结合的。在刑法中，国家、社会、个人的重要生活利益被当作“法益”来保护。虽然如此，刑法并不是一种单纯的法益保护体系。它有保护法益的目的，然而是在伦理的立场上去保护法益的。它所考虑的，不是单纯的侵害法益的行为或有害于社会的行为，而是伦理性的非法行为的问题。所谓非法行为，一般地讲是指不法行为、违法且有责任的行为，但只有将其具体化了的符合构成要件的行为，才是刑法上的行为。这是一种不仅包含有法益侵害的契机，而且还

有超过它的具体的伦理意义内容的行为。

三

在刑法上所考虑的行为，是构成要件的行为，这种行为也是伦理性质的行为。刑法学也不能不把这一点作为构成要件中的核心要素来提出问题。与构成要件无关的行为，在刑法学中也没有考虑的必要。历来的刑法学者，几乎都是从先于构成要件的（纯粹的）行为论出发，而与忽视行为的伦理意义和法的意义的实证主义和自然主义思想相结合，不仅如此，在体系上也陷于失误。

刑法上的行为，归根结底就是构成要件的行为，即符合构成要件的行为，而这就是刑法中的犯罪的“实行”。

在构成要件中，不法行为的社会类型被当作法律概念加以规定，它是一种观念形象，是抽象的定型。然而，它也并不单纯是观念性的、抽象的，而是现实生活中直观的、活生生的、充满意义的观念形象。当某个具体的、个别的行为事实符合它时，那就是犯罪的实行，进而成为构成犯罪的行为。

构成要件的行为，全都是身体的行为。倘若仅仅是主观上的表象、思想、感情或意志决定，刑法上就不予考虑。在宗教上，或在道德上，仅仅是情欲的发动（烦恼）就已是罪孽了，更何况是非伦理的意志决定呢！佛教将“业”分为“意业”、“语业”（“口业”）、“身业”三种，而把“意业”作为三“业”之根本。可是在法律领域，单有“意业”是不予问津的（任何主观主义者在这个意义上都不是主观主义者），只有当其发展为“语业”或“身业”时，亦即变为客观化了的行为时，才开始当作问题。并且“语业”只是在损毁名誉、伪证等少数表示犯中成为问题，大多数都是“身业”。

为什么在刑法中只把在外部实现了的行为作为问题呢？大致有以下的理由：第一，国家所关心的治安或公共福利，都是外部的、客观的秩序，纯属于意识内部的事情，国家并不予以直接关

心。国家的法律秩序，首先是客观的秩序。第二，把纯粹的“意业”作为刑法的对象，在实际工作中几乎是不可能的。怎样才能证明它的存在，是个难以说得清的事，所以有陷入肆意臆断的危险。第三，若硬把纯粹内部的“意业”当作刑法上的问题，那就是对个人自由的难以容忍的干涉。而这一点，是自由主义的法律思想特别重视的。批判了思想裁判和宗教裁判的、不失为刑法的巨大文明与进步的罪刑法定主义，在“处罚应以被特别规定的客观行为为对象”的意义上，是现代刑法的铁的原则。

行为，作为伦理评价的对象，是一个主观与客观相结合的动的过程。人格是静的存在概念，行为可说是动的过程概念。刑法上的行为不是单纯的“意业”，但与此同时，它又常常是包含着“意业”的东西，并且是作为伦理主体“意业”的表示或客观化的“语业”或“身业”。“意业”与“语业”和“身业”，主观意志和它的客观化的行为，当它们作为伦理评价的对象时，是一个不可分割的整体。在认识上，可以分为主观方面或客观方面，但这并不意味着它们是可以各自分开的。站在综合的直观的立场上看，行为都是整体性的，无论是主观方面还是客观方面，都是为了使其成立为主客观相互关联、相辅相成的具体行为而言的。

构成要件，作为不法行为的观念形象，其中含有主观方面和客观方面。初期的构成要件理论，单纯从客观方面去把握构成要件。象今天这样，在犯罪论中分为主观要件和客观要件的理论，是在经过整个十九世纪后才占统治地位的观点，同时，为了叙述上的方便，又把主观方面另立为责任论，以独立章节去论述。若加追溯，则Tatbestand的概念来自于诉讼法上的Corpusdelicti的概念。后者主要集中于犯罪事实的客观方面，作为历史事实，这是事出有因、情有可原的。但在今天，行为是主观与客观结合的一体性的东西，承认构成要件中的主观要素已成为通说，这是理所当然的。可是，在此之前的学说却仍然停留在只承认主观要素

上，对构成要件行为的主客观方面的完整结构尚未达到充分的认识。

我的构成要件理论，就想在这方面向前推进一步，将构成要件的行为作为一个主观和客观的整体去加以考虑。所谓“犯意”，通常都当作责任要素来考虑，但它已经包含在构成要件之中了。在麦耶尔那里，构成要件相符性当成了违法性的凭证，所以如果是符合构成要件的行为，一般都可以认为是违法行为。到了梅茨凯尔时，把构成要件和违法性结合起来，称为“构成要件性的不法”，而且符合构成要件的行为只要没有违法阻却原因，就是违法行为。佐伯博士的“可罚的违法类型”概念也是这个意思。但是，我认为，在把构成要件当作违法类型的同时，也应当作为责任类型；不仅应当把构成要件视为违法性的类型化，而且也应视为道义责任的类型化。如果只限于把构成要件当作违法类型——只要是站在客观违法论的立场上——主观要素就不得不成为例外性质的了。但是，把构成要件作为责任类型来考虑时，被类型化了的犯意（心理的）在所有的故意犯罪中就都是构成要件的主观要素（这一点安排在“责任”一章里论述不过是为了方便起见）。在诉讼法里，犯意不能够证明时，即为“无犯罪之证明”（刑事诉讼法第三百三十六条），而有无犯意之争并不是在主张“妨碍犯罪成立之法定理由的事实”的判例，大概就是依照上述见解的。

所谓“犯意”，一般即是指“犯罪事实的认识”，但它必须是构成要件性质的，换句话说，它必须是与特殊构成要件行为的客观方面相对应的东西。它是被行为的客观方面所规定的，同时，行为的客观方面也被其主观方面所规定，它们不能不是函盖相合、难解难分的。说到行为，必须从主观和客观方面进行全面地观察。在主观方面有故意、过失、超主观要素等，在客观方面有行为、结果（包含二者之间的因果关系），这样分析既是可能的，又是必要的，但也是到此为止的。

包括符合构成要件的行为和结果的因果过程，在广义上可以叫“行为”或“所为”(Tat)。它不单纯是心理的现象，而是作为主体意志客观化的伦理评价对象的具体统一。把行为看成是心理、物理现象的自然科学、自然主义的见解，是过去的因果关系论的一个错误。当然，讨论因果关系并没有错。虽然在说“结果”时，已经把行为作为前提了，但是它不过是统一的构成要件的一个契机。例如，即使是分析讨论，最终还是要以一个主观与客观相统一的整体性行为来加以理解和认识。

四

符合构成要件的行为及结果，是伦理上的非行，是被法律确认为不法的所为，与其说它与伦理相关，莫如说它是个充满伦理意味的具体的整体。

一提到“杀人”或“窃取他人财物”，都是指其各有符合构成要件的犯意以及将犯意客观化或加以实现的身体行动和由此而产生的结果。而且，在伦理的立场中，又将此作为人伦关系中的人格主体行为与结果，这也是从整体的角度来考虑的。行为论的要点，就在于这种伦理立场上的统观或综合直观。行为论中的所有问题，都必须从这一观点出发来解决。

(一) 符合构成要件的行为，亦即所谓的犯罪“实行”，一方面是不能脱离开主观方面的犯意或“超主观要素”——尤其是目的犯中的目的——去认识的。既然说到行为，包含一定的意志在内是无疑的，但是这不只是抽象的意志，而是限于与故意犯有关的、指向结果的意志。在另一方面，在行为的客观方面，也不能脱离开与符合构成要件的结果的关系(因果关系)去认识行为。所谓行为，不是一种单纯的身体运动，而是在人伦关系中具有实践之重要性的身体运动。符合构成要件的行为，是反伦理反道义的、严重侵害或危害重要生活利益的不法行为。这种观点在通常

的犯罪形态中即使不太重视也不大要紧，但是在涉及未遂犯、共犯中的“实行”概念时，却是必须首先要明确的思想。

(二)“不作为不是行为”——拉特布尔夫的行为论从自然科学的、自然主义的观察中得出这样的结论。然而，正如我们反复讲过的那样，行为并不是一种单纯的心理、物理过程，而是人伦、伦理关系中人格主体的行动过程。即使在心理上物理上是个“无”，而在伦理上、法律上，却可以是个“有”。就是说，伦理上、法律上所要求的“无行为”，是一种“行为观念”。不作为犯的因果关系所以发生疑问，就是来自自然主义的观点。在伦理的立场上，不作为也可以是反道义的、不法的，因而也能够成为原因。在“对结果的关系中”去讲违法(牧野语)，无非也是在讲合乎构成要件的行为。

不作为犯存在的问题是，一定的不作为是否符合构成要件。这在纯正的不作为犯中，例如不解散罪(刑法第一百零七条)、不退去罪(刑法第一百三十条)、不保护罪(刑法第二百一十八条第二款)中，是很明确的，但在所谓不纯正的不作为犯中，就产生了疑问。然而，由不作为而认定杀人罪或放火罪时，必须适用构成要件的观念形象。杀人罪、放火罪的构成要件本身，应认为是在作为行为之外包含着不作为行为。柏木千秋教授的研究，已经把这个问题搞清楚了。可是这种分析式的图解式的考察不能不存在着无视杀人罪、放火罪中的作为与不作为何者为重点的危险。这些罪，原则上几乎都是作为的观念形象，不作为莫如说只是其中例外的特殊情形。我觉得，这应是构成要件的解释论并且是扩张的或类推的解释，把相同的事按事物的实体去考虑的结果。

(三)“过失行为不是行为”，这是平场教授的意见，如前所述，这是最终也没有摆脱自然主义的意见。威尔吉尔所说的“目的性”也是脱胎于自然科学因果关系的目的论，是同一平面对象

中的目的论，仍然是自然主义的。既使在心理学上，对例如条件反射那样的不随意运动与意志行为也作了大致的区别，过失犯至少也必须是一种意志行为。睡眠中的运动（特别是梦游症）和处于催眠状态中的运动是不随意运动，而不是意志行为，即不是刑法上的“行为”。刑法上的行为，作为带有伦理主体性的行为，必须能够成为伦理性评价的客体。这一点，如竹田教授所述，是有被规范意志所支配的可能，而且这一意志，还必须是依伦理规范而有自己决定之可能的。换句话说，必须是自由意志行为（但竹田教授的思考态度，恐怕还不够肯定）。

过失犯是缺乏犯意的情形，但必须是作为伦理主体有支配意志行为的可能的场合，而且在过失犯的场合，特别要注意与客观结果的关系。只有在能够预见结果的发生，但却没有预见，或预见可能性而又容忍结果现实地发生的行动上，才可认定过失行为。行为的伦理的、规范的性质，在过失犯的场合中，比在故意犯那里更加明显。

（四）所谓的“间接正犯”，也是伦理性的，因而也成为构成要件行为的问题。这是一种自己不下手，而通过利用他人——然而并不是教唆他人去实行犯罪——来实行自己的犯罪的情形。例如，唆使精神病人去放火的行为；让不知情的护士给患者服下毒药的行为等，即可认定为等于是自己“放火”和“杀人”。这些行为的构成要件，尽管是以物理的行为（“身业”）为其内容的，但又是以智能地使他人的行为（“语业”）的，并且在具体事件中从伦理评价中认定其为符合构成要件行为即为“实行”的。这是间接正犯的特点。

间接正犯这个概念，在德国，只是在19世纪后半叶才开始使用的。它是鉴于依据共犯从属性的理论便会出现既不能成立正犯又不能成立教唆犯的情形，为了弥补这一漏洞而产生出来的概念（在一些不受德国法及法学影响的国家里，没有间接正犯的概念）。

念)。然而，虽然没有间接正犯的概念，实际上多是在实践中将间接正犯作为正犯来处罚的。例如，通过邮信进行诈骗，通过托运包有有毒食品的包裹杀人等，都把邮局和铁路局职工的行为算入“无意识”之内而全部忽略不计，只把交寄者作为实行人以正犯处罚（在未遂的情况下，于何处开始认定实行的“着手”，是个问题，请参见未遂犯一章）。有时，问题发生在行为是否有构成要件相符性的场合。过去大审院曾认为，利用不满十岁的幼儿，让他从家里拿东西出来，是盗窃的实行正犯，应当惩罚。这是在受德国法学影响之前的判例，还没有使用间接正犯一词。

成立间接正犯の場合，一般是被利用者不負責任の場合，亦即其沒有責任能力或沒有犯意的場合。有一種認為“間接正犯是把他人當做‘工具’來使用的，正是從這一點上對他進行倫理評價的”的比喻式學說。但是，被利用者的行為也可能有阻却違法性的情況，例如，有這樣一個判例，一個人試行墮胎手術，由於在達到目的前發生了危及孕婦生命的危險，於是去求醫師排出胎兒，醫師為了緊急避難而不得已將胎兒排出。在該案中，試行墮胎者就是作為間接正犯來處罰的（這裡的緊急避難，不是阻却責任，而是阻卻了違法性）。還有一件對欺騙無正常意識能力的人去自殺身死的人，不是認定其幫助自殺，而是認定其殺人罪的判例。這些——儘管判決中沒有當成間接正犯處理——都應看作是利用沒有違法性的行為構成的間接正犯。

不管怎麼說，間接正犯無非是指在其自己成立實行正犯的同時，被利用者並不構成犯罪（也不產生刑事責任問題）的場合。由此可以理解，間接正犯概念是以共犯從屬性理論為機緣而產生的。作為源於為了彌補不成立教唆犯之不足之處而出現的概念，是很不錯的，但是，如果很好地思考一下“間接正犯”的概念，就會發現，它不過是正犯的一種，它的行為也必須是符合構成要件的行为即實行行為，不如此便不能是“正犯”。所謂“間接”，是

指靠“语业”式行为来利用他人的行为，不认定为教唆，而认定为实行。在此意义上，行为的构成要件相符性成了问题，但那最终将是构成要件的解释适用问题。果真如此，它在本质上应当是与共犯的构成及其从属性没有任何关系的问题。

1. 教唆已经12~13岁、可以辨别是非的少年去盗窃。这样的少年因无刑法上的责任能力而无罪，按照严格的共犯从属性理论，其教唆者也是无罪的，因此，人们把这种情况列为间接正犯。可是，如果教唆者没有非法占有的意思，也不能说是间接“正犯”。正犯必须有包含“超主观要素”的完整的犯意。所以这种情形不如当作教唆犯论处，这是我历来的主张。这里的教唆者完全可以说是“教唆他人实行犯罪者”。被教唆者的无责任，并不妨碍教唆犯的成立。这与其说是应当归结到“有限”从属性论，不如说是应当归结到“最低限度”的从属性论。

2. 在成立间接正犯的同时，并不妨碍被利用者成立帮助犯。这尤其是在德国，被看作是所谓“有犯意的工具”的情形。例如，某公务员对某非公务员讲明情况，让他制作假文件并让他以非法占有的意思命令无此意思的第三者取来财物，就是这种情形。即使是在德国，对这种情形是否成立间接正犯也是有争议的。有人认为，这是陷入了概念的自我矛盾之中，如果有“犯意”，就不能是“工具”，否则只会导致混乱。但是，站在我的构成要件理论上，并没有什么矛盾可言：一方面可以成立无形伪造公文罪和盗窃罪的间接正犯，与此同时，另一方面还可以成立这些罪的帮助犯（当然，有一定的前提，即这一非公务员不能成为无形伪造公文罪的正犯；非法占有是盗窃罪的主观要素，没有它，也不能成立盗窃罪的正犯。对不承认这一前提的人来说，则另作别论）。

根据这些思考，间接正犯作为正犯，显然必须具备必要的身份方面和主观方面的条件。对身份犯来讲，无身份者不能成立正

犯，也不得成立间接正犯。还有，凡是正犯，都得有自己去实行犯罪的意志，该意志必须是构成要件中包含特别的(超过)主观要素在内的完整的犯意。不具备这些条件的场合，就不可能考虑间接正犯问题。在这些条件之下，才可以考虑认定所采取的智能行动(“语业”)是否符合特定的“身业”或“语业”构成要件的问题。而这，除了把构成要件按照伦理意义予以解释适用外，别无他路。

在构成要件是“语业”或含有“语业”的情形下，利用他人去传达自己的意志表示，也属于实行。最近的判例，胁迫罪中的欲害于人的威胁是派使者去通知的，但也因此而成立了胁迫罪。在这一判例中没有使用间接正犯一词，但也是间接正犯的一种。在这一案件里，使者没有被起诉，这可能是囿于历来的间接正犯概念，如果从判例集上罗列的情状来看，他应当成立帮助犯而受到处罚。

(五)“原因中的自由行为”，这也是从德国刑法学那里学来的概念。其说的是自我介入而成为间接正犯，并不介入第三者。例如，让自己喝酒喝得大醉，在精神错乱情况下伤害人等。这种观点是在对责任概念分析不发达的时代为了认定并不是个别问题的伤害罪而出现的。到了19世纪，道义责任的概念发展了，与此同时这种情况的可罚性也就不成问题了。然而，在丧失责任能力以前的行为如何与之后的因果过程一致起来却不能不是个问题。如果他的行为被认为是符合构成要件的，在此限度内，该罪的实行者就是正犯。我国的判例都把这种观点归到过失犯的理论中去。关于故意犯，至今还未见到这方面的判例，但在理论上则应当是同理的。问题只在于是否可以看出明显的犯意以及将其实行——不是预备——能够看作是犯意的客观化。可这最终仍然是构成要件的解释适用问题，即必须对包括主观方面和客观方面的行为进行整体性的伦理评价。

第五章 作为构成要件关键 之一的因果关系

构成要件是不法行为的类型，并且是将不法行为与刑罚制裁联系起来的法律定型及其概念规定。我们可以说它是被类型化的观念，其实体是人伦关系中的人的行为。这时的“行为”，是伦理意义上的行为，而不单纯是心理的物理的现象。它也不仅仅是讲法益侵害性或危害性，它是作为人类存在中的实践的行为，是以人格为基础的、自由意志的行为，是作为意志的客观化和实现的行为，因而它是充满着伦理意味的。那种把构成要件单纯看成是形式上的东西，实质上只是行为的危险性的观点，是源于没有理解刑法的伦理意义的误解。

行为是人类存在中的伦理实践过程，它不单纯是主观方面的，同时也不单纯是客观的，而是包含主客观两方面的伦理整体。然而，19世纪的刑法学把行为的主观方面和客观方面分离开来，把一个当作（心理性质的）责任的问题，把另一个当作（物理性质的）因果关系问题来把握。这是由于19世纪的刑法学在其后半期更倾向于把犯罪看成是保安性质的而不是伦理性质的，是事实性质的而不是规范性质的，是有害社会的行为而不是道义上的非行的结果。总之，是受实证主义、自然主义的思想支配的。在这一点上，新派也好、旧派也好，基本上是相同的，正如威尔吉尔所指出过的那样。在这种观点中，把犯罪的实体解释为对某种重要法益的侵害或危害，因而从行为到结果的因果关系受到

格外的重视。在分析性、理论性较强的德国刑法学中，因果关系得到了发展，因此，我国的刑法学也接受了。

除德国以外的其他国家的刑法学，例如法国刑法学中，并没有特别地将因果关系作为问题提出来。他们一般认为，犯罪是由法律要素、物质要素和道德要素构成的。这种思想从卡洛一直到基茨休、瓦布尔等，始终未变。所谓的物质要素是指犯罪的客观事实方面，但也没有特别地讨论类似因果关系一类的问题，或者因果性的“危险性”一类的东西（但是，鲁尔论及了因果关系）。在英、美的刑法学中，例如凯尼、克拉克等，由于是分别讨论犯意和犯罪行为的，其意图和大陆刑法学中的差不多，但也没有因果关系论一类的东西。然而，因为这些都是没有当作法律问题来对待的，所以当然也并没有否定作为事实问题的因果关系。

其实，即使是在德国，因果关系作为理论问题提出，也还是19世纪后半叶的事。从费尔巴哈到克斯特林，尚未建立起因果关系论，后来提出和发展这一理论的，是布利和毕克麦伊，此后的学者，多多少少不过是试图调和他们二人的截然对立的因果关系论而已。这种情况，是德国的刑法学者在当时的实证主义、自然主义思想的背景下进行理论分析的结果。但是，因果关系未必仅仅限于一个有理论趣味的问题。它一方面由于对行为本身（实行）进行了思考（尤其是对不能犯），另一方面也由于讨论了可否把侵害一定的法益看成是行为的“结果”（尤其是既遂、未遂问题），所以也是给解释上带来实益的问题。与此同时，在其他法律领域中，尤其是在民法中关系到不法行为时，实际上即成为不可避免的问题，是必然会涉及到的。

我在此并不打算对历来的因果关系论详加评论，而只把站在构成要件论的立场上如何看待因果关系作为我的议题。这是构成要件理论无论如何也回避不了的问题，因此，如果说结论的话，我是把因果关系作为构成要件中所必须的一个关键来考虑的。我

怎么也不能赞同试图用责任论来解决因果关系问题的 M·E·麦耶尔和泷川幸辰教授的见解。我认为，构成要件不单纯是心理的、物理的即记述性的因果关系，而是最终站在伦理的立场上，把它看成是作为伦理主体的人格者的行为，是他自由意志的客观化。它是主体性的、实践性的行动过程。换句话说，构成要件的实体是伦理上的非行。它在包含主观方面的同时，作为投入人伦实践世界的行为，含有因果关系的契机，因而，因果关系必须是构成要件性的、定型的因果关系。

这是把构成要件的本质看成是不法行为（违法且有道义责任的行为）的类型化，或者说是社会所不能容忍的反道义行为、伦理非行的类型化而得出的必然结论。这是在伦理、社会、法律方面去把握因果关系的。这种见解一方面立足于刑法分则的构成要件，然而也提供了解释构成要件的一般看法，例如关于不作为犯、间接正犯、不能犯、未遂犯、共犯等。在此意义上，它作为刑法总则的理论才有意义，不过，在明确这一点之前，有必要对历来的学说大体阐述一下。

二

历来的因果关系论，可以分为条件说（平等说）、原因说、相当因果关系说三种，下面扼要介绍一下。条件说认为，使一定事实发生的所有条件都是平等的，都是原因；原因说则主张区分条件和原因，诸条件中特别重要的、有力的、或必需的，即是原因；相当因果关系说认为，所谓原因和条件并无性质上的区别，应当把法律上的因果关系限定在“于一般的观察中认为可以使一定事实结果发生的条件”的范围内。

所说的事实，哪怕要求的各条件缺少一个，也不能成立。在这个意义上，条件说是正确的。但是若将这种抽象的理论贯彻到伦理行为中去，就会陷入“恶无限”的境地，亦即生育杀人犯的

父母亲也是杀人的原因；制造和贩卖切菜刀，也成了伤害致死的原因；或者打人并使其受点非常轻微的伤害，被害人去医院途中，恰逢交通事故死亡，打人者也要负伤害致死责任了。所以，在对具体行为做伦理的或法律的考察时，无论如何有必要加以某种限定。由此又产生出两种看法：一种认为，在把因果关系最终归到条件说的同时，它要受到行为主观方面的限制；另一种意见则仍然试图区别原因和条件。

在贯彻条件说的同时，把犯罪的实行置于主观方面限制之下的方法，是布利所采用的方法。在我国，牧野博士的因果关系论和主观说（关于实行行为的）大体上属于这种类型。布利的主观说统治了德国帝国法院的判例，尽管学术界一般更倾向于客观说，但却不能变更主观说的判例。到了纳粹时期，更是主张“意思刑法”即极端的主观主义，直到战后还有一定的影响，学术界的主观说也占有了一定的优势。可是，主观说只在行为方面限制“恶无限”，并不能在结果方面限制条件说的“恶无限”——尤其在结果加重犯问题上。不仅如此，即使是限定了犯罪行为（实行），主观说是否能真正得出正确的结果，也还要划个问号。

试图将原因和条件在性质上加以区别的，有宾丁格、毕克麦伊、柯林尔等一些学者的学说，但较系统地将这一理论展开和完成的，还是毕克麦伊。毕克麦伊用客观的因果关系去限定共犯的各种形态，特别是在“给予原因者”和“给予条件者”的意义上区分了共同正犯与教唆犯、帮助犯。他虽然按照主观说区分了正犯和帮助犯，但是他的许多论点因与主张客观说的帝国法院的判例相矛盾而受到严厉批判。毕克麦伊的因果关系论是把众多条件中的最有力的条件作为原因的，但是，如何去决定哪个最为有力呢？既然不能用物理的方法去决定，因而其实也是无意义的。区分原因和条件，一般认为是认识历史和社会的事物时必然采用的方法，并且是被与某种价值相关的评价判断所决定的，而不是在自

然科学上去区别是否有力的问题。

因为区别原因和条件的困难首当其冲，因而相当因果关系的观点就应运而生了。所谓“相当因果关系”，是一般化的看问题方法，即按照一般的看法判断是否产生这样的结果。这种评价所依据的多是经验法则或实验法则，因而，在其背后有社会的伦理的评价。在某种意义上，它仍然是在区别原因和条件——不是在质上，而是在量上。在这种情况下，如何一般地看才是“相当的”原因，必然要成为问题。所以又产生了象克利斯那样专门根据行为主观方面的认识去判断的立场和象留诺林那样从客观事实入手进行判断的立场的对立。

我以为，即使对因果关系来说，也有各种各样的意义，其具体概念决不是单一的。把它强行集中到一个“因果关系”概念上去，适用于所有场合，曾使过去的学说在这一点上陷入僵局。无论什么样的事实，都是由各种复杂的、有的甚至是人力所不能认识的各种条件引起的（众缘和合），缺少其中任何一种条件，其事实就不能仍按本来的样子出现。在这个意义上，条件说是正确的。但是由此也不能象德国的学者们所讲的，这就是唯一正确的“哲学的”因果关系概念。在认识历史的、社会的事实时，去区分原因和条件（因和缘），或者重要条件和一般条件，都是必要的和正当的。届时，要以伦理的或其他的价值为基础，对与事实相关的有力条件进行评价和选择，这才是认识历史的、社会的、从而也是文化的事实时应有的正确方法。再广义地讲，在认识以人类存在为中心的具体的自然时，也应当如此。在佛教学中，在认定众缘的和合时，也区分因、缘、果，就是这个道理。

在上述意义上，企图在一切条件中限定法律性因果关系的原因说和相当因果关系说具有正确的内核，甚至可以说二者在根本的看法上是相同的。但是，无论哪一说，在面临解决具有先于法律的、一般存在论范畴的概念的全部法律问题时，都有各自的困

难。实际上，刑法上的因果关系和民法上的就有所不同。就是在刑法中，“杀人”这一构成要件所包含的因果关系和“伤害致人死亡”时的因果关系也不同。在任何场合，都包含着作为其构成要件关键之一的因果关系，但因果关系作为各个构成要件的内容，都必须具体讨论。在这个意义上，我的立场是构成要件的、定型的因果系统论。单讲定型化时，因果关系的类型化、一般化就是必要的，在这方面有点接近相当因果关系说；可是作为构成要件的定义论，则可以说是与条件说接近。

三

作为构成要件的一个关键，将因果关系也加以类型地、定型地考虑，是构成要件理论的当然内容，但是在构成要件理论的先驱者们中间，也未必都认识到这是当然的事情。M·E·麦耶尔特别强调法律的（在此为刑法的）因果关系是不必要的，但实际上他是以条件说为前提的。所以把这种无限延长的因果关系加以限制就不是因果系统论而是责任论。我国的沈川幸辰教授比麦耶尔更进一步，认为“因果关系无非是责任论的某种组成部分，没有必要再提出独立于责任理论之外的因果关系”。正如木村教授指出的那样，这种学说对结果加重犯是有问题的，对于实害犯也有一定的问题。我认为，构成要件是违法且有道义责任的行为的类型，所以构成要件行为本身就已经有了因果关系的某种界限。

与以前的先于法律的、先验的因果系统论相对立，试图讨论法律的、构成要件的因果系统论的，是贝林格。他认为，问题在于是“杀人”还是“窃取他人财物”，而不在于存在着先验的、抽象的因果关系。贝林格企图用“生活上的语言惯例”来解决这个问题。比如他说，讲“分娩婴儿”时，就是指的母亲，与父亲无关；讲“进行审判”时，是指法院，并不是参与程序活动的当事人或法院书记官；同样，也不能把“磨刀”说成是“杀人行为”。我认为，

这种按照实际生活的直观的想法有一定道理，但是单纯依靠生活上的“语言惯例”是不能解决问题的，而必须考察这些说法的社会伦理意义，必须把它们作为当时的构成要件的一个关键因素而指出其因果性质的危险性，问题的核心正在于此。

被认为是发展了所谓新构成要件理论的梅茨凯尔，从贝林格的立场上反转过来，认为因果关系论应以条件说（平等说）为正确，但是刑法上的责任，必须受到相当因果关系的限制。他自己把这种观点命名为“法律上的重要性说”。可是，这种从“纯粹”行为论出发的，一边采用条件说，一边却又讲在法律上要受相当因果关系限制的观点，除了表明体系上的混乱之外，别无他用。梅茨凯尔曾引用过M·E·麦耶尔的观点，但麦耶尔讲的是条件说要受道义责任（Schuld）的限制，梅茨凯尔指出的却是法律责任（Haftung）问题，后者完全限定在实定法上。虽然同样是讲责任，可是在这里，Schuld与Haftung明显地存在着区别。浅川教授所讲的“责任”，看不清是指Schuld，还是指Haftung（他的《犯罪论序说》是受梅茨凯尔影响的）。

当作“构成要件要素”来讨论因果关系的，是基休。他的观点大体上与梅茨凯尔相同，一方面认为条件说是唯一正确的“哲学性”概念，同时又认为把它照搬到刑法中来适用有所不便，主张在构成要件性结果发生的“危险”及其“危险的现实化”意义上，必须要有所谓“相当性”。这仍然是一种相当因果关系说，令人感兴趣的是，它把“危险”与“危险的现实化”对应起来加以考虑。牧野博士认为：“所谓危险这一观念，于结果之前，应当是结果发生的可能性；于结果发生之后去看时，则应当是因果关系的现实性”。他认为，一方面，“从一种主观的（社会心理的）角度来看，与相当因果关系论有共同的基础”；另一方面，“在其适用上应与条件说结合到一起来解决”。这样讲倒也未必有矛盾，但至少是很勉强的。所以，他也使用了“正是在这个意义上，我

们才被认定为采用条件说的了”的冷淡语气。行为和结果，作为构成要件性观念形象，它们是一体的，它们合起来也可以称为行为（当然是广义的，不过叫“所为”会更加贴切）。把行为和结果区别开，最终是为了分析，而不是把它们割裂开。

看来，作为构成要件的所为（行为和结果）中的一个关键，因果关系的观念是存在无疑了。但它不是条件说性质的，而是相当因果关系性质的，是包含着侵害重要法益之危险及其现实化的观念。不过，构成要件并不只是这些内容，构成要件的行为本来是不法行为、反道义行为，是伦理非行的类型化，所以它不仅是含有侵害法益或侵害法益的危险，而且充满着伦理的道义的内容。它包含着侵害法益，是包含这种侵害的伦理性的观念形象。得出这一结论的，是H·麦耶。H·麦耶继承了贝林格、M·E·麦耶尔以至梅茨凯尔的构成要件理论，对作为不法类型的构成要件，不再象梅茨凯尔那样立足于实证主义，而是站到从精神上的“内容实质”中去把握的立场上了。

但是，在H·麦耶那里，与梅茨凯尔同样地，构成要件与违法性接近，而和责任问题疏远了。因而，这里的违法性是客观违法性。尽管把构成要件当做有道义性的内容实质的东西来考虑，但仍然是抛弃了行为的主观方面即行为人的责任（H·麦耶没有讲Schuld，而是使用了Verantwortlichkeit）问题。

我认为，构成要件是违法行为的类型化，同时也是行为人有道义责任的行为的类型化，对此我已经一再论述过了。依照我的观点，构成要件的实质是伦理性的、道义性的东西，它的全体都被赋予规范性的色彩，或者说都是立于规范的基础之上。它不只注意到了作为违法行为，是与客观道义秩序即法的秩序相矛盾的“身业”或“语业”；同时，作为道义上有责任的行为，还必须以行为人的人格为背景，充分注意到主观上的“意业”。

构成要件的、定型的因果关系，就是这种构成要件的内在的

一个关键。它存在于具有伦理道义人格的主体的实践行为过程之中，因此不能不既与规范意义相关，又注意从主观方面去把握它。它是赋以伦理的、规范的意义的主观与客观的过程，更正确地讲，它是人格主体的意志实现过程。因而，它不能单纯地属于一种心理上的、物理上的条件关系，而是历史的、一次性的个别的因果（原因与结果）关系。

四

构成要件的、定型的因果关系，是联结行为与结果的红线。由于有了它，构成要件的全部事实才成为一个因果过程。我们可以把这些全部事实称为“所为”或广义的“行为”。把“行为”这个词放在狭义——身体的动静——中使用，还是放在广义——包含着结果的意义——中使用，虽说是个使用方便的问题，但是都要以它作为主体意志的实现（客观化）属于一种因果过程为前提。

在这样的因果关系概念里，构成要件行为和构成要件结果两方面不能不是难解难分、互相照应的。对行为来说，必须要有成为结果发生之原因的可能性亦即危险性，而结果则必须是这种危险性的现实化。用相当因果关系解释行为、用条件说解释结果的牧野博士的因果关系论是瘸腿的理论。在主张构成要件是一体性行为过程的观点的我们看来，他的理论总归是有矛盾的、不可取的。

下面谈谈我的因果关系论中有关适用方面的一些看法。

（一）对于不作为犯，因果关系存在的问题是，如果站在实证主义立场上，就必须否认其物理上的因果关系。牧野博士把它用“危险关系”来说明。按照牧野博士的说法，这是一种“根据主观的（社会心理的）”主张。这种观点大体上是可以理解的，但它局限在实证的无价值的事实判断上，这是不对的。不作为的根本，应当是伦理的道义行为的义务（要求和期待），这才是站在

历史的、一次性的行为实践的立场上进行是非判断的基础。因而，最终所意味着的，是侵害法益或社会有害性，而不是所谓的实质违法性问题；是纯粹的伦理义务，是以对伦理和规范的行为的要求和期待为前提的。由此便可同时确认不作为的行为性及其危险性。

（二）关于未遂犯中的犯罪“实行”，采用主观说的牧野博士和宫本博士，着眼于主观上的犯意是正确的。“实行”要把犯意作为自己的前提（在故意犯中）。犯意是构成要件行为的内容，在这个意义上，实行行为就是“目的性”行为。但是，它的“趋向完成的表现”也好，“飞跃的表动”也好，都必须是意味着使结果发生的客观危险性。不过，主观主义者是不承认这一点的。牧野博士把抽象的危险与主观的危险混淆起来（二者是有明显差异的概念，抽象危险是客观的），主张所谓主观危险说。而且进一步断定：假如犯意成立的话，即有主观危险；如果有犯意，“不能犯”就不能成立。然而这和牧野本人把行为的危险性——这很明显是客观的——看作是犯罪的一般概念要素的立场相矛盾。当然，未遂犯不是单纯的危险犯，它以实害犯的犯意为必要条件，可是它的行为在客观上，却必须包含着使结果发生的危险。不能犯的理论也只有在这种立场中才能成立。承认不能犯的判例在这方面并不是采用条件说，而是确认了危险性的观念。

（三）在间接正犯及其原因中的自由行为，是行为的构成要件相符性的问题，但同时也是因果危险性的问题。在实现犯意的过程中，与使用物理的方法相同，借助他人的力量也是可能的。这与共犯场合的区别是，它属于智能地利用他人（没有特殊道义责任者）的情况，所以是“间接”正犯。即便不使用“间接正犯”的概念，大多数场合也都是无意识地当作正犯（实行者）来处罚的。但是这在构成要件相符性方面也就引起了疑问，产生了理论分析的必要。问题在于作为构成要件的行为是否肯定要有充足的

危险性。而我们的判例恐怕还局限在物理危险性的观念上。对此，主观主义者的批评是正确的。但是，实行的着手，并不是单纯的犯意表现（如何去确定呢）或仅是所谓的主观危险性问题，而是对包括主客观因素的行为本身的客观（从第三者来看）的评价问题。

原因中的自由行为，是把间接正犯中的他人，移换到本身无责任的地位上去的。而在陷入无责任能力之前的自由意志行为中，必须认定构成要件的行为亦即犯罪的实行。间接正犯的行为具有犯意，因而它的客观化就不仅仅是预备性质的，它作为“实行”在客观上必然具有使结果发生的危险。在故意犯罪里，这方面的判例还未见到，这大概是因为在行为内部去认定客观危险性的场合实际上十分罕见。

（四）犯罪的既遂或未遂，是否应当着重看结果的发生与否，这是从结果方面看构成要件的因果关系问题。在这方面，受条件说的思想影响十分强烈，判例也采取了条件说。然而要明确，这在法律上必须受到限制。不仅要被责任所限制，而且关于结果加重犯的结果是否以过失为必要，在现行法上还是个问题。通常的故意犯，在犯意和现实结果之间有某种交叉的时候，犯意的实现是否就可以认定为既遂犯，也是个问题。

我觉得，构成要件的“结果”和构成要件的“行为”是相互依存的。“行为”的危险性即是发生结果的危险，并且结果正是这一危险的现实化。因此，故意犯中的结果，必须是与犯意相照应的结果，犯意和结果必须符合法定的构成要件。即使在因果过程中，类型上也必须符合预想的范围，超过这一范围时，仍然不是构成要件的结果。曾有过将狙击滨口首相的犯人按未遂罪处罚的案例，原因是创伤所引起的感染在经验上是非一般性的。但从我的立场上看，这是缺乏构成要件的类型性的。

关于结果加重犯，在讨论具体的过失之前，仍然必须确认其

结果是构成要件的结果，或者说是在符合构成要件的因果关系中所产生的结果。这可以认为是比故意犯中的因果关系更加广泛的因果关系，也可以认为是根据客观地事后预测被判断为有认识可能的某种因果过程。然而它也是有界限的。例如，被强奸的处女，羞对人事而自杀，这不是强奸致死；与之相反，在渔船上施加暴行，使人失去控制自己身体的“自由意志”，掉进水中淹死时，应对暴行者以伤害致死论处。

在这里，就出现了所谓因果关系中断论。我不认为这种教条主义是必要的，但是一些极力否定因果关系中断论的学者的思想中，含有实证主义的决定论和条件说的因果关系论，也是无可争议的。我否定这种思想背景。人类的存在，作为决定和被决定的“业”的无限连续，总是包含着伦理的意志自由，而这就是我们行为实践的现实。

（五）共犯的各种形态（共同正犯、教唆犯、帮助犯）作为构成要件的一般修正形式，是分别来自于各自的伦理评价的行为类型及其法律定型。把它当作只不过是因果关系论的适用的牧野博士的见解，忽视了它们的伦理意义。共犯决不单纯是因果关系的形式，然而其中含有因果关系的观念也是勿庸争议的。似乎可以说共同正犯是原因性的，教唆犯和帮助犯是条件性的。关于共犯问题，我们以后再详细讨论。

第六章 构成要件及其修正形式

—

我是把未遂犯和共犯当作构成要件的修正形式来对待的。对此，我已经在题为《作为构成要件修正形式的未遂犯及共犯》（1932年）的论文中阐述过了，这一观点至今未变。关于未遂犯和共犯，一般都当作犯罪的“现象形式”或“态样”来对待的，目前在专家学者中间此说还在通行。例如我国已故的宫本博士、佐伯博士，德国的梅茨凯尔等都是这样认为的。但是，与其说是“现象形式”或“态样”，倒不如首先承认它们都是“特殊的”构成要件，未遂犯和共犯都是这一前提下的被修正了的“现象形式”或“态样”。但是要象梅茨凯尔和宫本博士那样，把“犯罪的竞合”也算到“现象形式”或“态样”中来，事情就无法搞清楚了。M·E·麦耶尔所说的“处罚扩张原因”的概念，要是作为处罚没有充分满足基本构成要件的行为的理由，还算是正确的，但最终仍然必须以构成要件的充足为必要条件。

在此应予注意的是，宫本博士把未遂犯叫做“阶段性的类型”，把共犯叫做“方法性的类型”（此外宫本博士还把数罪称为“一罪的类型”）。佐伯博士继承了这种观点。这种观点在年轻的学者中间也不乏支持者。应当说这是把未遂犯和共犯当作一般性类型来把握，并揭示出如何类型化的基准的一种有趣的设想。确实，未遂犯和共犯分别是阶段性的、方法性的行为类型，然而它们作为犯罪，仍然不管在什么意义上都还要以构成要件的特殊类型为

基本的，并且必须是以构成要件的特殊类型为基本的、一般性的、阶段的或方法的类型。这除了构成要件的修正形式外，不会是别的。

牧野博士在《日本刑法》里，把未遂犯放在“犯罪的构成事实”——这个词在旧版中没有（旧版中称为“行为的危险性”）——中去加以论述，只把共犯问题另立一章。到了《刑法总论》中，才把未遂犯和共犯一起从犯罪的一般成立条件中分离出来，放在同一章里。但是对我们的观点，他是当作客观主义来批判的，甚至把客观主义说成是与“未开化民族”中的客观（结果）责任论相同的东西。这很难说是对学说的历史意义的正确解释。人们不允许把今天的客观主义与主观主义的对立等同于进化论性质的从原始刑法向文明刑法的进化（象马卡拉维茨阐明的那样）。即使是身为主观主义者的牧野博士，甚至正是牧野博士本人，把行为的危险性——在《刑法总论》中叫“行为的侵害性（危险性）”——当作犯罪的一般必要条件的。关于现代的主观主义与客观主义的意义，读者可参阅我在《刑法总则草案中的未遂犯及不能犯》一文中的论述。

二

未遂犯一方面被“着手实行犯罪”的概念所限制，另一方面被“没有得逞”的概念所限制（刑法第四十三条），所以只有把属于客观观念形象的构成要件作为它的根本，才能理解它，这就是我的观点。犯罪的实行是符合构成要件的行为，“着手”即是该符合构成要件行为的开始，或多少实现了一部分。另一方面，“没有得逞”是指还没有充分满足构成要件或没有全部实现构成要件。只要没有全部实现构成要件，即使是实现了一部分，该犯罪即没有完成。然而只要它能符合一般构成要件的修正形式的话，也是可罚的。未遂犯的处罚理由，并不与一般犯罪不同，只是对大体

上已被特殊地规定了构成要件设立了一般性的修正形式。

当“实行的着手”成为预备行为（一般地讲是不可罚的）与未遂犯之间的界线时，发生了问题。主观说认为：“犯意的成立，能够因其有企图实现它的行为而得到证实时，着手即告成立”（牧野博士）；或者认为：“犯罪实行的着手，是有完成力的犯意的外部动静”，或犯意的外部动静是“犯意的飞跃性外部动静”（宫本博士）。与他们相对立，前面讲过的观点被认为是客观说，但从来来的客观说尚未象前面那样直截了当地把着手限定为构成要件行为的开始，而是解释为含有和构成要件紧密相接的行为。连判例也是这个意思。我认为，不要说从来源于 *Commencement d'exécution* 这一法国刑法概念的“实行的着手”的语句上看，应当做出如上的限定，就是从司法实践的现实作用上看，也应当做出如上的限定。

这方面姑且不论。牧野博士站在主观主义立场上主张：“如果从主观主义的立场上来看，把犯罪区分为实质犯和形式犯是不妥当的。所以这样讲，是因为结果是否发生并不涉及行为人的犯罪性如何。因此，首先是未遂和既遂之间在处罚上的差异逐渐消失，渐而，把犯罪作为形式犯来规定，就成为主观主义的要求了”。他的这种观点表达了对纳粹的“意思刑法”的赞同。如果遵循这一逻辑，就不能不导致对预备也要普遍地处罚了。事实上，在中世纪末期的意大利，未遂犯里就有一种一般认为是预备的“企图实行”要被处罚。既然纳粹的“意思刑法”或“危险刑法”是超主观主义的，那么它要是逐渐向客观主义方向转化并具有现代刑法的自由主义品格的话，又该怎样去解释“结果是否发生并不涉及行为人的犯罪性如何”呢？这无疑是牧野博士的明显属于伦理情操意义中的主观主义，是其以社会危险性的观念为基础的立场中的一个大问题。人们可以认为，在牧野博士那里混杂着犯罪人类学的主观主义和伦理情操的主观主义。

我的观点，要说是客观说的话，也是不排除行为主观方面的“客观”；构成要件的理论，就是在贝林格、M·E·麦耶尔那里，也是这种意义上的客观说。在我的把构成要件当作违法且有道义责任的行为类型来把握的立场上，犯意也大体上属于构成要件，犯罪的“实行”，在其主观方面包含有对结果的认识和对结果发生的意志。未遂犯和既遂犯在主观方面是完全相同的（我认为刑法第四十三条的未遂犯只在故意犯罪中才有），但问题并不仅仅在行为的主观方面，站在第三者的立场上观察既有主观方面又有客观方面的行为整体时，就看是否有符合构成要件的行为存在。在这个意义上，我的立场是客观主义的。因此，要让我说的话，主观主义者所说的“得逞”或“飞跃”等等，其实也不外乎是些暗中要由客观决定的东西。

犯罪的实行，是符合构成要件的行为。在此意义上，它本来是刑法分则上的解释问题。这是诸如是否是“杀人”者、是否是“窃取他人财物”者一类的问题，而不是“法益的侵害或危险”一类的抽象问题。例如，同样是以财物为客体的犯罪，盗窃、诈骗和侵占等，它们就要根据侵害的方法、行为的态样来决定，它们必须作为以伦理行为的评价为基础的法律定型而加以区别。有时虽然它们的刑罚是相同的，但也仍有加以区别的理由——在伦理和实践方面。从抽象的危险性概念出发，可以考虑都是对一定法益的侵害之危险；在立法论上，似乎也可以说为保护同一法益用不着设置几个构成要件；从解释论上看，依“目的论的解释”，从保护法益的立场，也可以统一在法规适用的范围内去论定。

然而，事情并不这么简单，这些观点没有看到现实的具体人伦关系中的行为的实践性、伦理性的意义，同时恐怕也是为了强调刑法的保障社会利益的主要目的而冲淡了刑法保障个人自由的另一方面的目的。刑法并不是被保卫社会、保护法益、危险等一连串的观念分割开的东西。刑法分则是把具体的反伦理、反道义

的行为予以类型化并规定下来，这是构成要件性质的。它所规定的行为，是以伦理意识为基础的法律性、规范性事实的观念形象。行为的实行亦即实现构成要件的行为，必须根据对其伦理意义和法律意义的解释来认定。贝林格试图用“生活上的用语惯例”来解决这个问题，这是实证主义、自然主义时期刑法学中令人惊讶的卓越见识。当然，不要忘了，这仍然有加深其意义的“解释”之必要。

要解释，必然要分析和综合。在分析中，法益和危险性仍然是重要的环节。伦理这个东西，作为人伦的事理，不只是彻头彻尾地关系到人类生存利益的东西，尤其是法律的、刑法的当罚性，关系到对法益的现实侵害或危险。这就是所以要把因果关系作为构成要件的一个关键来肯定的原因。而今在讨论“实行”的概念时，不能不认为因果危险性仍然是必要的。仅仅如此，问题还不能说是解决了——别忘了伦理的直观，必须承认它也是解释上的关键之一。

预备与实行，也许在生活上的用语惯例乃至直观当中是有区别的，但是它们有时也不可否认地要有发生界限问题的场合。这些场合，仍要以某一种构成要件为标准，以是否符合它来决定；仍然必须确定危险性——构成要件中的结果发生的现实可能性——的有无。当然，危险性是个有程度的概念，所以在设立有惩罚预备行为规定的场合，仍可认为有危险的存在。然而，这时的危险性与实行时的相比有程度上的差异，这种程度差异是区分预备和实行的重要契机。程度的差异，在某一点上可以转换为性质的差异。实行行为，即构成要件行为，是和构成要件中的结果直接联系的，作为社会的、经验的类型，它是带来结果的行为。也就是说，在具体场合中虽然没有发生这种结果，但行为本身的性质，一般地讲，必须是带有发生结果的因果可能性、因而是现实可能性或者说是具有危险性的行为。预备行为的危险性，是有发生

上述危险性行为的危险。从构成要件中的结果来看，这是间接的危险性。在区别预备和实行（例如抢劫的预备与抢劫行为本身）的社会文化观念上，这具有内在的合理意义。

预备和实行，是行为发展过程中的所谓“阶段性”的类型。作为事实，它们是连续一贯地下来的，并不好截然地划一条线分开。不仅如此，只到预备为止而不去着手实行，这在实际上是很少出现的。因此，先于法律的国民道义观念，已经直观地区分了预备行为和实行行为，在社会、文化方面形成了行为类型的观念。虽然有主观说和客观说在理论上的对立，而在实际中结论不同的情况出乎意外地少，就是这个缘故。主观主义者所说的客观说会得出违背常识的结论或是不当地延误了法律制裁等等，我觉得未必会如此。我坚信，把行为作为主观客观相统一的整体去观察，问题是会妥善解决的。“不当地延误”了的实例，至今我尚未见到一例。

以盗窃为目的侵入他人住宅、搜寻财物而不得的行为，判例定为侵入住宅及盗窃未遂罪。我觉得，对侵入住宅和盗窃分别论罪，这是可以的。但在扒窃的场合，判例认为没有手插进口袋的证据，不能作为盗窃未遂犯来处理，对此我多少有疑。尽管手没有伸进口袋里，但只要手已经掏出来并想伸进他人口袋时，就可以说是有了“着手”了。不过这类案件恐怕是缺少这方面的确实证据。此外，以抢劫的故意，想把对方带领到海上，但带领没有成功，判例认为这不是抢劫的着手，这是正确的。还有，以诈取保险金的故意去放火，在尚未申请支付保险金时，也不认为是诈欺的着手，判例的这种看法不知是否从“得逞”或“飞跃”出发的，不过从我的立场来看是正确的。

关于间接正犯，在实行的着手这一点上，问题更是复杂。以银行名义伪造电汇汇票实行诈骗时，被邮局有关人员发现，在他未发电报前就被破获，判例认为这不过是诈骗罪的预备行为。这

大概意味着只在窗口递进电报纸，还不能认为有诈骗罪的危险性（如果已经投递了，则必须认为是业已着手）。还有，对邮寄掺有毒药的白糖企图杀人的情况，判例认为在对方领取时才是着手，这很明显是不妥当的。邮包要检查后才予邮寄，这是惯例，所以在办理邮寄手续后，就应当是已经着手，因为这不能说是仅仅有主观方面的危险性，而是已经有了客观上发生结果的危险。

最近，在紧张的政治、社会形势下，制定了《防止破坏活动法》（1952年法律第240号），其中第三十九条规定要在比较广泛的范围内去处罚预备、阴谋、教唆、煽动者。牧野博士本着他的立场，认为这是主观主义的进一步发展，并对其表示欢迎。但我认为这不过是应付当前形势的暂定性刑罚法规，这种形势过去之后，当然要予以废止。这和立法论的见解也并不相悖。

当然，实行行为的概念包含着结果发生的危险，并不意味着未遂犯就是单纯的危险犯。未遂犯在其主观方面和既遂犯并无不同，即均以犯罪的完成（构成要件的充足）为目的。未遂与既遂所不同的，仅仅是在客观方面。我认为，侵害犯（如杀人罪）或危险犯（如放火罪）的未遂，各自都要求有发生构成要件中的结果的危险，然而这种危险是来自行为本身的性质所决定的危险的抽象危险。因此，未遂犯不是单纯的危险犯，但可以说是以其基本构成要件的实现为目的——超过主观要素——的危险犯，我想这样讲是无妨的。

三

“犯罪的实行”这一概念，一方面是区分预备行为——原则上是不可罚的——和未遂犯的基准，同时它也是区分未遂犯和不能犯——不可罚的——的标准。牧野博士认为前种场合是形式上的区别，后种场合是实质上的区别。我认为，这既是形式上的区

别，同时也是实质上的区别。所谓“形式上的”，是指“犯罪的实行”被刑法分则相应条款的构成要件概念地限定了；所谓“实质上的”，是指构成要件本身是特殊地规定了当罚的反道义行为的，并且其当罚性包含有对某种法益的侵害及其危险的概念。

我在这里不打算详细论及不能犯，但这个由费尔巴哈开始提出的 *Untauglicher Versuch*（无法达到目的未遂），在法国（恐怕是在德国刑法学的影响下形成的）称为 *délit impossible*（不能犯）的概念，不容否定，是从对未遂犯必须要有客观方面的使结果发生的可能性或趋势亦即危险性这种意识中出来的。我国的判例采用了19世纪刑法学的通说，把这种情况分成绝对不能和相对不能，而只把前者当作不能犯。这种观念，企图将未遂犯的处罚限定在有结果发生的现实可能性（趋势）的场合，这在本质上和以危险性为标准没有什么不同。德国的学说把不能犯区分为“目的不能”和“手段不能”，或者另外建立一个 *Mangel am Tatbestand*（构成要件事实的欠缺）概念，这不过是为了防御主观主义者的理论攻击而建立的概念，最后仍然渐渐意识到问题的核心是在危险性上。

19世纪中叶以后，依据主观主义的思想，主张否认不能犯的论者多起来，这给德国和法国的判例带来了影响。对不能犯的否认，不用说，都是认为它是没有可罚性的东西，认为“不能犯也有可罚性”的说法实际上是否定不能犯的。离开行为人的客观方面的关系，专门从主观方面去讨论反道义的志向问题时，不能犯似乎是可以否定的，但是现代刑法不是单单处罚犯意——不管它是如何确定地表现出来的——的刑法，主观方面和客观方面相统一的行为才是它评价的对象。只是未遂犯还不见得有犯意的确定表现的观点，忽视了法的秩序的客观性，直接把主观的伦理情操引入刑法。果真如此的话，那就是一种片面强调社会防卫或保全的功利主义的见解。

客观主义和主观主义的对立，根源于近代法和伦理思想中的矛盾。近代的自由主义思想，把法作为客观的外部秩序来加以规定，但是同是自由主义，又试图以人格的主观方面的内部意志或情操作为伦理评价的对象。康德将此分为法律的外部性、道德的内部性。但是，在法律中，不顾及内部的东西是不行的，故意、过失的观念即是。另一方面在道德上，其实单是意志或情操也不能成为问题，问题仍在于客观的人伦及其中的实践性行为方面。或者说区别在于：法律首要的是以客观的外部的秩序为目的，道德首要的是从主观的内部的方面评价行为。在刑法中，首先评价的是行为对客观的外部的秩序的意义，其次才要去考虑主观方面的意志或情操方面的态度问题。在这里，违法性与道义责任有了分歧，因而，构成要件作为违法且有责行为的类型规定，就含有客观和主观两个方面的要素。所以从构成要件中不能排除主观要素，同时把客观方面的要素当作重要内容也是不可否认的。

刑法中的客观主义，反映了政治上的自由主义和法治国思想。费尔巴哈以来的古典刑法学，是以自由主义为根基的。与之相对立的主观主义，其背景是以政治上的强化专制为志向的国家绝对主义、警察国家、福利国家的思想，它试图把主观上的道德思想引入刑法。19世纪初，戈洛尔曼和斯求贝尔的主观主义刑法学被费尔巴哈的刑法学暂时压倒，但到了19世纪后期，又在代表普鲁士国家思想的布利学说指导下的帝国法院的判例否认不能犯时，表现出来。学术界一般从自由主义的立场承认不能犯，或者在“事实欠缺”的名义下维持这种观点。然而现代学派（所谓新派）刑法学中的目的主义倾向，与主观主义倾向相结合，导致了或是否认不能犯，或是处罚不能犯（实际上和前者相同）的倾向。我国的牧野博士、宫本博士的主观说，就是沿着这条线下来的。纳粹时期，不能犯否认论占了上风，但也未必得以贯彻，而理论见解的对立，战后依然存在。

与把绝对不能犯作为不能犯的客观说相反，主观主义者用以充当不能犯否认论的理论基础的，是条件说（平等说）的因果关系论。若推行条件说，因果关系只有有无，没有程度，因此，因果的可能、不可能或危险这样的概念就不是理论上的概念。此说是布利等人的见解，但从牧野博士的著作中也可以看出来。那就是他说的：“相对不能，是不可理解的”；在某些没有发生结果的场合，“结果所以没有发生，我们只能说这都是预先宿命地确定的”，等等。然而，刑法中的因果关系要是依据这样动辄不可理解的决定论的观点，归根到底是不能明确它的真正含义的。必须认识到：因果关系是一个可塑的、创造性的，因此也是历史的、一次性的因果过程。

为了迴避立足于条件说因果关系思想的主观主义者的攻击，客观主义者想出了各种各样的理论。例如区分方法不能和目的不能，方法不能可以是未遂犯，而目的不能是绝对不能，故可称为不能犯；或者区分为法律不能与事实不能，其中的法律不能是绝对不能。后面这种想法，在德国发展为“（构成要件）事实欠缺”的理论，因为这是指行为本身不但是不能的，而且也缺少属于构成要件的附加理由的情况，因此也就明显地没有法律上的可罚性。但是，这些理论丝毫没有顾及到构成要件的统一性。这虽然是成功的分割，但同时却忘记了未遂犯到哪里也是个实行行为的有无问题。未遂犯在某种意义上全都是（构成要件）事实欠缺的，并且是依据实行的着手这种修正形式而被赋予可罚性的。把行为及其情节做为一个整体来观察，是否存在着实行行为，决定着未遂犯的有无。在不能确认作为包含实行行为之关键的结果发生的危险的场合，因其不存在实行行为，也就没有未遂犯了。这或者说就是不能犯，等于是方法不能和目的不能，或称事实不能和法律不能，以及所谓的事实欠缺。

然而在这里说结果发生的危险时，既可以理解为具体的危

险，又可以理解为抽象的危险。我认为属于行为本身内在的抽象的危险更贴切一些，它不仅仅以行为人的主观认识为标准，而必须客观地观察主客观相统一的行为的全体，由客观的事后预测而来。牧野博士认为抽象危险说和他的主观危险说是同样的，但我认为二者不但在理论上，恐怕在实际中也是不能同一的。况且瓦宾费尔德的学说早就认为，抽象的危险性不足把行为的危险性质“脱离开它的客观关系，专门从行为人所认识的本身去考虑”，而应当根据对包含行为人主观因素在内的具体行为的全体进行综合观察来决定。

牧野博士进而试图说明他的主观危险说和那种纯主观说，即“行为人若确信结果可能发生时，即有未遂犯，这与危险的有无没关系”的立场，实际上并不矛盾。可是我认为这里面是有问题的。在纯粹主观说那里，正如木村教授所正确指出的那样，迷信犯也不是不能犯，而只能当未遂犯处理。将迷信犯从未遂犯里区分出来作为不能犯，对主观说来讲是十分困难的。牧野博士认为这是没有犯意的场合，而只要有犯意，就有主观危险性。但是这与认为作为成立犯罪的“客观”条件必须要有行为的侵害性（危险性）的牧野博士本人的一般犯罪理论是相矛盾的，后者不单是主观的危险，也明显地意味着客观的危险。牧野博士的主观主义，亦即以“行为人性格的社会危险性”思想为基础的主观主义，在理论上不能算是纯粹的主观说。现在，牧野博士把“甲希望乙死而劝乙周游世界，乙在途中死于车祸”的场合当作不能犯，这显然是来自客观危险观念的。

宫本博士自我标榜为纯正主观说，然而一边却认为单纯的迷信犯不是犯罪，这不也是矛盾的吗？如果说行为人的性格是怯懦的就可以认为性格有危险，那么迷信犯也可以说是危险的。用迷信的方法不会成功，若换以现实的方法去实行，结果就会出现。把这种情况认为是“没有出现单纯的嫌疑”的宫本博士，最终还是以

客观危险为标准——尽管是无意识的。假如考虑的主要是“危险”，那么它就不能“脱离客观关系”去考虑，即使说主观的危险，也应认为是其主观认识和客观事实关系相关的现实的“危险”。况且，虽然以性格的危险为问题，也没有理由把判断的基础限定在主观所认识的事情上，而应当是主观方面和客观方面合在一起去考虑在行为整体中所表现出来的行为人的性格危险性。

我国的判例承认不能犯。大审院曾就企图用硫磺毒死人的案例以其方法为绝对不能为理由，认为是杀人罪的不能犯，而应以伤害罪论处。是未遂犯还是不能犯，仍应由构成要件去决定。所谓绝对地不能，合乎情理的推断是，它等于是没有发生构成要件中的结果的危险。最高法院对企图乘机动船偷渡去朝鲜的事件判决道：“犯人客观上有犯罪得逞可能的手段去着手实行，实现犯罪行为的可能性是当然存在的”，所以，以未遂犯论而没有作为不能犯。这就承认了客观结果发生的可能性，亦即危险性。还有既已着手盗窃或抢劫，虽无目的物，也是未遂犯而不是不能犯的判例。但是，没有怀孕的妇女可否有堕胎未遂罪，对尸体可否有杀人未遂罪等，却无判例。应当仔细观察行为的性质——动机、方法、机会等，认为其有危险性的场合，就可以是未遂犯；不是这样的场合，就是不能犯。

四

未遂犯是指“没有得逞”的情况（刑法第四十三条）。所谓“没有得逞”，就是没有达到构成要件的充分满足，特别是没有发生构成要件中的结果。这是一个专门与构成要件的犯意相应的客观事实方面的问题，而不是行为人主观方面的目的是否实现的问题。

不过，行为人“依自己的意志而中止施行”时，作为中止犯可以减轻或免除处罚（刑法第四十三条但书）。这在主观上是“自己的

意志”即不是来自外部存在的障碍，在此意义上，就要求有被自由和自发的意志所决定的行为以及因此而没有发生客观结果的客观事实。关于这个问题，也有各种各样的争论，不过，我已经有过一番论述，这里就略去不表了。

第七章 构成要件与共犯

共犯也和未遂犯一样，是构成要件的修正形式。共犯的各种问题全都应当从这一构成要件修正形式的角度去思考和解决。直到今天，共犯论仍是依据过分抽象的因果关系论去思考的，“共犯论是因果关系的一种适用”的观点仍然占着上风。我们必须从这种观点中解脱出来。构成要件充满着伦理的、道义的意义，因果关系只不过是它所包含的一个环节。作为构成要件的修正形式的共犯各种形式（共同正犯、教唆犯、帮助犯）也是具有伦理和道义意义的类型与定型，其中也含有因果关系的环节，但必须受高于它的伦理、实践的意义的限定。

这里所说的共犯，是由刑法第六十条及以下几条规定的，它必须区别于所谓的“必要”共犯。从社会科学的观点看，它们的性质未必有大的差异——但也有象内乱罪、骚扰罪中的集团性、群聚性犯罪具有与单纯数人共犯的场所不同的社会心理及政治意义——然而在法律上，它们一个是刑法总则中的构成要件的一般修正形式，另一个则是特殊的构成要件问题。由此可见，例如象受贿罪和行贿罪（刑法第一百九十八条）那样各自都有独立的构成要件的场合，当然可以有只成立行贿罪而不成立受贿罪的情况（对向性的必要共犯）。可是，即便是在内乱罪（刑法第七十七条）、骚扰罪（刑法第一百零六条）、赌博罪（刑法第一百八十五条）等在一个构成要件中预想了数人的行为的场合，只有一个

人的行为，构成要件是不能实现的，必须以数人或众人的行为为要件（集合性的必要共犯）。因而，在这里，仍然可以看到共犯的从属性。

刑法总则中的共犯，不是必要共犯式的特殊构成要件问题，而是在实现诸如杀人、盗窃及其他构成要件当中，二人以上共同行动的场合，共同正犯、教唆犯、帮助犯就是它的一般类型形式及定型。说是二人以上，因场合不同，也可以是数十人、数百人，也可以有社会科学上所说的集团性犯罪。然而，内乱和骚扰本质上就是集团性的，并且不考虑非集团性的内乱和骚扰。因此，在法律上也把众人的集团性行为作为构成要件规定下来。与此相反，盗窃和杀人，是一个人也能施行的犯罪，二人以上的共同行动不过是实现其构成要件时的“方法性”类型。

除了刑法总则中的共犯及必要共犯之外，还有二人以上的犯罪有特殊关连的场合。例如，藏匿犯人罪、湮灭证据罪、赃物罪与其原有的犯罪之间，就是这种关系。这些种类的犯罪，从前是作为“事后从犯”而当做共犯的一种来处理的，现在的英美法里仍然保存着这个概念（accessory after the fact）。可是这些犯罪都与其原有的犯罪有着不同的构成要件，它们的成立也必须独立考虑。在德国，否定“事后从犯”的概念，但同时也有一种说法认为，这种犯罪要以“先前行为”成立犯罪为条件，在这个意义上可以说有一定的从属性。不过在我国，在这一点上稍有不同意见。那就是，在解释藏匿犯人罪中的犯人应是“该判罚金以上之刑的罪犯”这一规定时，判例上曾认为可以包括在这一嫌疑下受到搜查和起诉的人，因此被藏匿者不一定非得是有现实犯罪行为不可。还有，有关赃物的犯罪要以“赃物”为前提，所谓赃物是由侵犯财产的犯罪行为所非法占有的财物。可是这种犯罪行为，只是意味着它是大体上合乎构成要件的行为，并不要求它一定是可罚的。无责任能力者所盗窃的财物也可以叫赃物。这不过是承认了

来自构成要件概念规定的、并受其限定的从属性。

必要共犯或事后共犯，各自有另外独立的构成要件，它们与刑法总则中的共犯在这一点上有法律性质的不同。但是在刑事诉讼法上，有时它们却与共犯同样处理了，即：关于案件的管辖，刑事诉讼法第九条第一款第二项规定的“数人共犯同一或个别罪时”，即是指共犯和必要共犯；同条第二款规定的“藏匿犯人罪……与其原有的犯罪应当视为共犯的罪”，指的是要把所谓事后从犯视为“准共犯”。还有，判例在有关共同被告人的供述的证据力上，认为不因共犯或必要共犯而有不同。

刑法总则中的共犯、必要共犯和所谓事后从犯，三者全是关系到构成要件的问题。总则中的共犯是一种构成要件的修正形式，而必要共犯和事后共犯各自都是特殊的构成要件。但是它们为什么在一定意义上都被当做“共犯”来考虑呢？原因就在于它们都在事实上有关联。这些犯罪的构成上，一方在什么意义上从属于他方，仍是个构成要件上的概念规定问题。

二

共犯——刑法总则中的——的三种形式，即共同正犯、教唆犯和帮助犯，是近代刑法学的产物，其历史并不太长。古代及中世纪的刑法中都没有这些形式，它们不是万古不易的自然法的东西。但是，近代的刑法为什么能够发展到承认共犯的形式，是有其思想的、社会的根源的，并不是立法者的随意规定。它们是实定法、现行法上的形式，在这些实定法、现行法形式的背后，有着世界观上的和社会现实生活的基础。在这个意义上，它不仅是实定法的概念，而且是先于法律的、存在论性质的概念。共犯的三种形式，在当前的立法中，变为难以动摇的了。尽管在学说上各有不同，但都不得不承认这已变成现代的占统治地位的观点。就此而言，可以说它们是历史性的，现代自然法性质的东西

了。

共犯以什么为其“共同”呢？这个问题是我国的牧野博士提出来的，进而他又在“犯罪共同说=客观说”、“行为共同说=主观说”的思考形式下，主张必须坚持“行为共同说=主观说”。牧野博士的这一学说，在勘正了统治着西方近代学说的共犯观念的差误这个意义上，是远远超出西方刑法学水平的卓越见解。在西方近代刑法学中，通行的观点认为共犯是指一个犯罪有数个当事人或参与人的情形。这种观点至今在英国、美国及法国占居统治地位（在德国，这一点不明显，但仍残留着这种思想是不容争议的）。这种观点最终是肯定数人的一罪。然而“数人一罪”是和刑法中的个人责任原理相矛盾的。牧野博士的行为共同说批评了这一点，而把刑法中的个人责任原理在共犯理论上加以明确。在这方面充分显示了日本法学的光辉的理论发展。

然而，“犯罪共同说=客观说”、“行为共同说=主观说”这种概念形式本身，是有重大疑问的。不管怎么说，在承认“犯罪是行为”的命题的范围内，硬把犯罪和行为在概念上对立起来是没有意义的，至少，应当对犯罪的含义和行为的含义分别做出限定。可是牧野博士的学说并没有这么做。而且，由于把它们结合到客观说和主观说的范畴中去思考，给人以“二者是否也是二律背反性质的对立”的感觉，这显然是不妥当的。牧野博士在共犯理论中并不是主观说，这是他自己也有所承认的。例如，在他根据群聚心理分析主动分子和被动分子的“特殊立场”中，即使有一般的目的主义、主观主义的意义，也看不出主观说；而他的“特殊立场”要是根据群聚心理的见解的话，就不是主观主义的，而是客观主义的。

当今的刑法中不允许有“数人一罪”。刑法上的责任，是道义的责任，因此原则上必须是个人的责任。在原始社会的刑法和古代刑法乃至中世纪的刑法中所能看到的团体责任和连带责任，已

被近代的伦理思想所摒弃。各人只对各自的行为负责任，这是道义责任的基本要求。在这个意义上，否定犯罪共同说、主张行为共同说的牧野博士的见解是正确的。然而在这种场合，“犯罪”的含义必须要加以反省。作为个人刑事责任根据的犯罪本身，与犯罪构成要件的事实，必须予以区别。依据单一的犯罪而产生数人的责任，这在原理上是不允许的。但是，对与同一个犯罪构成要件事实有关系、为了它的实现而共同行动的数个人的行为分别评价，分别作为犯罪来处罚，至少是不悖理的。正是在这种数人的行为实现一个构成要件事实之上，成立了刑法总则中的共犯概念。换句话说，共犯是在数人的行为实现一个构成要件的事实，对其共同行动的数人的行为分别评价，以各自的行为作为犯罪而令行为人负责任的。因为是以一个构成要件事实为前提来讨论责任的，所以外观上是共同责任，但最终要依据道义责任的理念使之个别化，因此其归宿仍是个人责任。

近代刑法中关于共犯的三种形式的规定是以近代的人格主义的道义责任思想为背景的，原始刑法和古代刑法以及中世纪刑法中的团体责任和连带责任，是以共同体性质的社会构造为基石的，同时也来自素朴的客观伦理思想。但是，在属于古代民族刑法中一部最文明的刑法——《唐律》中，对共犯就有首从之分，“诸共同犯罪者，以‘造意’为首；随从者，减‘一等’”。如此去区别造意者和随从者，已经是在人格主义的道义责任的思想下完成的。在刑法中，只要是分则上有的构成要件，大体上都是把它作为构成要件事实的整体来把握的，所以，在这个基础上去观察实现它的共同行动中的各个行为，就是必然的。在这一点上，唐律和现行刑法是一致的。问题在于如何去区别它们的责任。

共同正犯、教唆犯、帮助犯这三种形式，不是单纯的因果关系问题，也是行为的伦理与法律评价的问题。共同正犯是“正犯”，亦即构成要件行为的行为人和实行人，相反，教唆犯、帮

助犯不是实行人。教唆是使其决意实行的行为，帮助是使实行变得容易的行为。所谓“使其决意实行”、所谓“使实行变得容易”，当然都含有因果关系环节在内，但都是类型性的因果关系，是定型的因果过程观念，而不是抽象的条件说或原因说的因果关系。最终以构成要件性“实行”行为为中心来考虑共犯问题，是现代刑法的特色。

这种考虑是以近代的罪刑法定主义思想为基础的，最终还是只根据客观行为去惩罚人的立场，同时，近代的伦理社会是它的背景。人依自由意志去行动，尽管被人教唆并不是直接按照它去行事的。在这里有理由区别实行人和教唆人。即便对教唆犯按正犯的标准处罚，它的责任性质也一定要明确地与正犯区别开，因为它们在行为的伦理实践立场上是不同的。教唆、实行和帮助，按照抽象的条件说（平等说）的因果关系来观察的话，全是一回事，没有任何区别。实际上这就是共犯独立说所执拗主张的理论根据。但是由于条件说的因果关系已经被认为是行不通的了，所以连主观说或主观主义也不用它了。

在欧洲大陆的刑法中，把共犯分为共同正犯、教唆犯和帮助犯，但又认为共同正犯作为“正犯”（实行人），和单独正犯有同样的性质。因此，提到共犯时，往往只在狭义上指教唆犯和帮助犯，并且认为它们的责任也比共同正犯要轻一些。这是以构成要件为中心的见解。我国江户时代刑法中的“凶手”的概念，本来可以认为就是“实行人”的概念，但是在《御定书》里把它当刑名使用，而且在杀人、放火等罪中规定教唆犯要比实行犯加重处罚，这恐怕是来自“造意”为首的传统。明治十五年的刑法中规定的“教唆他人犯重罪或轻罪者，亦为正犯”，大概也是按旧律传统来的。明治四十年的刑法中将此变为“以正犯论”（“准正犯”）。

然而19世纪的刑法学受到实证主义和自然主义思想的支配，

学者们苦于共犯理论的把握，因此企图依靠抽象的因果关系概念去掌握共犯。可是若只依条件说的因果关系去考虑，则共同正犯、教唆犯和帮助犯的区别全然无存。于是便产生了以行为人的主观意图为标准，具有自己去实行之意思的行为人为正犯，具有促进他人实行之意思的行为人为共犯的区别。这就是共犯问题的主观说。它最早由布利所主张，并支配着德国帝国法院的判例。与此相对立，毕克麦伊试图从客观的立场上去建立共犯理论，可是从他也依靠抽象的因果关系——但是区别了原因和条件——去把握共犯的形式这一点看来，行为的伦理和实践意义还是不明确的。我们不能不认为他仍然没有跳出实证主义的、自然主义的观点的巢臼。

我国的刑法学也受到这种实证主义、自然主义思想的影响，尤其是牧野博士的理论中更突出地表现出来。牧野博士认为共犯是因果关系的适用，而他的因果关系——正如我们已经提到过的——是在事前为危险关系、在事后为条件说这样一种瘸腿的理论。在他那里，搞清楚区别正犯和从犯的合理标准十分困难，甚至可以说是没有条理的。然而牧野博士也不能无视现行法上的区别，所以他认为这无非就是要根据“实质上的轻重”去区别它们。但“实质上的轻重”的含义，并不很明确，按他说，是指依“对产生犯意的关系的轻重”，或者为“相当于正犯的教唆”，或者为从犯。可是现行法上的教唆犯并不是正犯，只是按正犯论处的准正犯。不仅如此，共同正犯与教唆犯还有区别呢。可要按牧野博士的理论，它们完全是同一的，何况判例还曾引用过实质说呢！然而我说那是根据是否促成决意去犯罪或者已有犯意而使之强化来区别教唆犯和帮助犯的，这与牧野博士所说的“实质说”，完全是另一码事。

三

要真正从实质上或实体上把握共犯形式，就必须把构成要件的实现放在眼里，把促进其实现的行为按照它们的伦理实践意义加以类型化。首先要划分出哪些不是符合构成要件的行为（实行行为），再对这些非实行行为区分出决定正犯犯意者（教唆犯）和给已有犯意决定者的实行提供方便从而使之容易施行者（帮助犯）。

贝林格开始把构成要件当成不法行为类型来把握，因而对共犯形式的认定不免或严或宽。他一方面认为它是“构成要件的核心”，另一方面却又认为它是构成要件的“外围”。实现构成要件核心的行为即是实行行为，但预备行为、事后行为、协助行为等在广义上也是属于构成要件类型的行为。在这种观点里，共同正犯最终也是实现构成要件核心的，而教唆犯及帮助犯（狭义的共犯）虽不能说是“直接地”符合构成要件，但可以承认它们具有“被修正后”的相符性。

这种将构成要件看成是和“类型”同等意义的东西，作为贝林格早期的观点，是可以理解的。但是，构成要件必须是法律上的观念，是“法律上的”构成要件。虽然它的实体是不法行为的类型，可是作为构成要件它也是法律概念，并且必须是概念性地规定了类型——我把这种意义表述为“定型”。M·E·麦耶尔看到了这一点，由此而引出他的“扩张处罚原因”概念来。

我受这些学者思路的影响，把构成要件明确地当作法律上的概念来把握，认为成立犯罪必须要有“充足”构成要件的、亦即在所有方面都符合构成要件概念规定的事实。然而未遂犯和共犯是赋予不能达到充分满足特定构成要件的某些行为以可罚性的情况，在此意义上，它也可以说是“扩张处罚的原因”。但这并不意味着没有构成要件相符性或构成要件不充足就可以扩张处罚。

未遂犯也好，共犯也好，如果不充分满足犯罪的一般概念要素，仍然没有可罚性。对犯罪来说，仍以充分满足构成要件的行为为必要。在这个意义上，我才把未遂犯和共犯的规定视为构成要件本身的修正。它们不是在“修正”构成要件相符性（贝林格后来把它换成“构成要件关系”）时，而是在“修正了的构成要件”的“充分满足”时成立犯罪的。

在日本有人研究构成要件理论的同时，在德国也有许多学者在研究构成要件的理论，特别是吉米尔、梅茨凯尔、布伦斯等人取得了引人注目的成就。可是在这些学者中间，却发生了关于共犯的根本见解上的对立，即“扩张的”正犯概念与“限定的”正犯概念的对立。代表扩张正犯概念观点的是梅茨凯尔。他继承了贝林格、M·E·麦耶尔的构成要件理论，但他扩张了构成要件相符性，认为凡是对构成要件的实现给予了因果条件者，全都是实行，都应当是正犯。这是把贝林格早期的比较含混的类型性构成要件概念再用条件说的因果关系概念进一步加以扩张的结果。按照这种观点，教唆犯、帮助犯也都应当是正犯（如前所述，梅茨凯尔在因果关系问题上采用条件说，但又认为刑法上的责任要受相当因果关系的限制）。因此，梅茨凯尔给正犯下的定义是：“所谓正犯，就是用自己的行为赋予构成要件的实现以原因者，不管他的行为是教唆还是帮助”。按照这种扩张的正犯概念，教唆犯和帮助犯就不是“扩张处罚原因”，而是“收缩处罚原因”了。

限定的正犯概念的主张者是吉米尔和布伦斯。最先提出扩张的正犯概念和限定的正犯概念之争的，恐怕就是吉米尔。他曾以数篇论文来讨论这个问题，但在他最后的论文里，认为这个问题不过是个立法技术问题。因为自己去实行者比促进他人实行者更危险，应当受到更重的处罚，所以要限定正犯的概念。他在论述当中，还认为区别正犯、教唆犯和帮助犯，是和日常用语的习惯相适应的。

布伦斯从较为原理性的立场上主张限定的正犯概念。布伦斯和吉米尔同样地着眼于行为的危险性，但他认为，构成要件不仅仅是指示对“被类型化了的法益”的侵害的，而且是指示“被类型化了的法益侵害”的。他重视侵害法益的方法及其因果过程 的类型化，认为这有益于刑法的消极保障机能——保护罪犯的利益，因此，法治国的思想要求限定的正犯概念。然而布伦斯除了这样的政策性理由之外，更进一步在正犯具有“支配行为的可能性”的意义上，试图论证共同正犯和教唆犯及帮助犯性质上的不同。即在这种情况下，行为是包含着结果的行为，对行为的支配，要把主观方面和客观方面合在一起去考虑。在教唆犯和帮助犯那里缺乏这种意义上的支配行为的可能性，而共同正犯则是二人以上分别有这种支配行为可能性的情形。这就是布伦斯主张限定的正犯概念的存在论理由。

我认为，限定的正犯概念不但是构成要件理论的正统思想，而且也是必需的要素。梅茨凯尔采用构成要件理论的同时，却又抛弃了构成要件概念的特殊性、类型性的意义，让它消失在通常的条件说的因果关系中。这是在最重要的一点上埋没了构成要件概念的意义。他无非是在以19世纪以来的实证主义、自然主义的思想为背景，片面地强调刑法的积极机能——保全社会利益的机能。这样的理论，在我国，牧野博士比梅茨凯尔要早20年，而且以比他更彻底的形式展开过。梅茨凯尔的扩张的正犯概念在承认间接正犯和共犯从属性方面还不够彻底。牧野博士在否认间接正犯、否认共犯的从属性方面，是比梅茨凯尔在理论上更为彻底的扩张的正犯论者。其代价，是完全不能说明 现行法上的共犯形式。这是一种无视共犯的伦理意义和实践意义的实证主义、自然主义的社会防卫论。

四

关于共犯的从属性和独立性，一直争论不休。对从属性和独立性，必须从各种意义、各种程度上去考虑，这是M·E·麦耶尔以来人们的普遍认识。在我国也有过各种烦琐的分析和考察，但问题只得到分析而并没有解决。问题的根本点在于，教唆犯或帮助犯是否与正犯（单独的或共同的）的性质完全相同。这不仅是个解释论的问题，而且也是个先于法律的，存在论性质的即实体逻辑性质的问题。

牧野博士的共犯独立性说是从“教唆犯及帮助犯在实体上是与正犯相同的东西”的前提出发的，是来源于他的“犯罪的实体是危险性或侵害性”的观点。危险性或侵害性，最终是因果关系问题。可是刑法的对象不是单纯的因果关系，而是人的行为，是作为伦理实践主体的人格者的行为。把行为放在它的伦理实践意义中去评价和类型地规定，即为构成要件。其中包含着侵害某种法益或其危险，即因果关系这样的环节，但它只不是一个环节。伦理的、法律的评价，是对包含着因果关系的行为的整体进行的。

自己去“杀人”的行为，与“教唆他人去杀人”的行为和“帮助他人杀人”的行为，是有区别的——伦理性的、类型性的区别。这不仅仅限于一些实定法形式上的区别，就是在日常生活用语的惯例中，在国民的、社会的观念中，也有明显的区别。最终，这又是伦理和道义的评价上的差别。认为其间没有差别的，是只把犯罪当做抽象因果关系去考虑的实证主义、自然主义和条件说因果关系论的必然结果。提到因果关系，可以说它在伦理上、法律上不是十分重要的；提到危险性，应当说它是一个有程度的概念；提到相当因果关系，只要它是一般的抽象的观念，就必须分别出特殊的具体的因果过程的态样。我所以主张“定型”的因果关系，就是这些原因。怎样的行为产生怎样的结果，应当给予什么

处罚？这是一个以包含着对社会危险性的评价的伦理道义评价为前提的法律问题，而决不单纯是因果关系或者危险性的问题。

牧野博士说他想“说明为什么必须处罚教唆和帮助的实体性理由”。一般地讲，它和必须处罚正犯的实体性理由是相同的，其根本点在于道义的当罚性、类型的危险性。但是，正犯是作为符合分则的构成要件的实行行为人而可罚的。相反，教唆和帮助都不是构成要件的实行，教唆犯是诱发其实行的，帮助犯是提供条件使其实行变得容易的，他们都是作为为其结果的发生提供条件者而当罚的，都具备可罚性的行为。在共犯是实现了分则（特殊）的构成要件事实的统一观念形象范围内，教唆犯和帮助犯的内容当然地要以某种构成要件为基础来决定。在这个意义上，即使独立地考虑它们，也必须根据特定的（基本的）构成要件来确定它们的内容。这种意义的概念性质的从属性是无论如何也不能否定的。

但是问题是，教唆犯和帮助犯是否要待具体正犯的“实行”或“犯罪”成立后才成为可罚的呢？我认为这是个立法政策问题。过去的《治安维持法》和当今的《破坏活动防止法》等法律都规定教唆行为本身可以独立处罚，宪法和自然法虽都不认为它们应当无效，但这分明是些例外的场合。纳粹德国的“刑法修改委员会”在“意志刑法”的指导思想下提出的普遍地将教唆犯的未遂作为未遂罪来处罚的提案，并没能付诸实施。作为当代的刑法思想，社会防卫主义确实趋向于牧野博士的理论所指出的方向，但是去惩罚那些看不到有实现构成要件行为的外围行为，是不能在“共犯”的概念下去予以肯定的，并且也是和法治国思想相矛盾的。德国刑法（第四十九条第一项）对煽动他人犯重罪以教唆犯论，但可以减轻处罚；瑞士新刑法（第二十四条第二款）规定重罪的教唆未遂犯与该罪的未遂犯同等处罚；波兰新刑法（第二十九条第二款）规定一般的教唆犯和帮助犯在没有正犯的情况下也可作为未遂犯

处罚，但应减轻或免除其刑罚。这些立法例引用起来对牧野博士是有利的，但我认为，这些立法已经超出了“共犯”的领域。另外，因我对这些立法的政策实效性存在疑问，所以愿意看到它们在实际中究竟有多大的适用程度。即便是这些立法，对“正规的教唆犯和帮助犯的可罚性原则上要以有正犯为前提”也没有争议。在这个意义上，它们也不承认牧野博士那样的原理上的独立性。瑞士刑法只规定重罪的教唆未遂犯是可罚的，并没有规定帮助犯的未遂也是可罚的。牧野博士强调的主要是教唆犯的独立性，但在理论上，帮助犯也不能不是同一的。可是对帮助犯来说，承认它的独立性恐怕更为困难。

承认共犯从属性的历来的通说，是以正犯的成立为前提去承认教唆犯和帮助犯的成立的。但是在这里，也未必都是非得有正犯成立犯罪不可，被教唆者或被帮助者如果有符合构成要件的行为即“实行”的话，那么即使他可能因为某些事由而不负责任，也可以考虑教唆犯和帮助犯的单独成立。我在M·E·麦耶尔的启发下早就对此做了解释，然而，M·E·麦耶尔采取的是“这种‘被限制’的从属性，现行刑法不承认，只好期待将来的立法去解决”的立场，而我主张，我国刑法第六十一条的“教唆他人实行犯罪的”规定，可以充分地做出上述解释。德国一九四三年修改过的刑法第五十条第一项设立了“数人共同所为时，每个人不论他人是否有责任，都按自己的责任处罚”之规定，从这一修改来看，他们也承认“被限制了”的从属性。

总之，对教唆犯的未遂和帮助犯的未遂的处罚，如果没有特殊规定，则不能承认。这从处罚一般未遂犯必须有规定的要求来看，也是理所当然的（刑法第四十四条）。我曾经认为，对于惩罚未遂犯的犯罪来说，对它的教唆犯也可以惩罚未遂，但是从实行行为与教唆行为在实践上是有差别的角度出发，我舍弃了这种无差别的见解。

五

还有几个与共犯有关的问题。其中有几个我采取的是反对判例的立场，有几个我的见解和法制审议会的《刑法修改草案》是对立的。不过在这里广泛展开讨论有点不太合适，所以只想在与构成要件理论有关的范围内再明确一下。

(一) 关于共同正犯，是否承认所谓的“共谋共同正犯”。有这样的判例：二人以上共谋实行犯罪，其中一人担当了实行人，没有参加实行的人也作为共同正犯而受到惩罚。我认为，这种不承认构成要件的“实行”有特殊意义的观点，来自于旧律，这和欧洲一直流行至今的“正犯”概念是一回事。已故草野法官的“共同意思主体说”是它的理论根据，最终它是团体责任论，是和现代刑法中的个人责任原则不相容的。在德国，也曾有和草野法官相同的观点，正如木村教授指出的那样，它在今天已经被驳倒了。

就行为而言，必须区别共谋与实行。实行是构成要件的行为，单纯的共谋是在它之前的东西。所谓“二人以上共同实行犯罪”，必须是指二人以上在犯罪的实行中的共同。它是实行的共同，以实行中的主观方面和客观方面的共同为必要。只有在构成要件是以“表示行为”（“语业”）为内容的场合里，譬如胁迫、恐吓等情形，可以委托共谋中的一人去实行。判例曾就“智能犯罪”——大体上可以说是指表示犯或“语业”犯——强化犯罪意志的人作为共同正犯。但判例的正确也就到此为止，等到承认放火、杀人、伤害的共谋共同正犯时，就是出轨了。另一方面，“实行”则可以是共同的实行，例如在盗窃的现场望风，虽没有亲自动手偷东西，但可以说是分担了实行，这方面的判例，仍然是正确的。

(二) 有的学说承认有片面的共犯。例如甲在进行抢劫时，乙在甲没有请他帮忙的情况下去放哨望风，甲是单独正犯，乙便是共同正犯。这是对“共同正犯”概念的破坏。说到“二人以上共

同”，即意味着要以主观上共同实行犯罪的意思为要件（这里预定的都是故意犯罪）。在一个构成要件事实里，一个人是单独正犯，其他人是共同正犯的说法是完全没有意义的。与之相反，帮助犯并不以主观上的共同为必要，上述案例应以帮助犯论处。我们必须注意主观方面的差异——有无共谋——与行为性质的关系。

（三）关于共犯与身分的关系，刑法第六十五条有规定，但对这个规定的解释上有问题，这也与构成要件有关。“身分”首先是构成要件的要素，所谓身分犯即指这种情形（此外还有累犯和自首也属于它）。身分还可以分为：（1）构成性身分——“可因犯人的身分构成犯罪”；（2）加减性身分——“因身分而另外加减轻刑”。这方面的例子不打算一一列举了。

然而，刑法第六十五条第一款规定：“凡参与因犯人身分而构成的犯罪行为的人，虽不具有这种身分，仍是共犯”。这里所说的“共犯”，是否含有共同正犯呢？判例和通说都认为有。可是，共同正犯必须是共同实行者。实行，是指符合构成要件的行为、实现构成要件的行为。关于身分犯，必须理解为以有身分者的行为为前提。无配偶者不能是重婚罪的正犯，女人也不能说是与男人共同实行了强奸罪。如此说来，认定没有宣誓做证人的的人是伪证罪的共同正犯，认定不是公务员的人是受贿罪的共同正犯，并要给他们以处罚的判例是不妥当的。身分犯是基于固有身分而有特殊的道义和法律义务这一点来成立的，并不是单纯的因果关系问题。

可是，是否说无身分者就不能成为共犯（教唆犯、帮助犯）了呢？不，无身分者作为对实现构成要件事实的参与者，可以符合它的修正形式。但它仍要以有正犯（实行人）的存在为前提，在这个意义上，它是有从属性的。刑法第六十五条第二款将责任个别化了，以作为共犯受处罚为前提，无身分的人判处通常刑

罚，而有身分的人要因其身分加重或减轻处罚。总之，加減性身分发挥着个别化的作用。利用业务之便的侵占罪中，无身分的人判处单纯侵占罪的刑罚。再有，帮助赌博者，依据帮助者本人是不是常习者，或者作为常习赌博罪的从犯，或者作单纯赌博罪的从犯受处罚。

（四）间接正犯是一个与共犯有关的问题，但它本身不是共犯，而是实行了构成要件行为的正犯。间接正犯是指自己不动手，只是利用他人，但也被认为是自己实行的场合。“间接正犯”这一概念，在德国，是从理论上考虑共犯从属性时的结果，它是由于考虑到“对利用无责任能力者或无犯意者的人能否处罚”这个问题而产生出来的。但是即使没有“间接正犯”这个概念，实际上也在惩罚着间接正犯，这在前面我已说过了。从构成要件理论来看，间接正犯的问题是构成要件的适用解释方面的问题，即自己不下手，智能地、“语业”地去利用他人来实行这种行为是否符合“杀人”、“盗窃他人财物”之类犯罪的构成要件。

它在与共犯有关联的方面，还有一个与教唆犯的区别问题。教唆犯是教唆他人使其决意实行犯罪，并在其实行的基础上成立的。被教唆者是犯罪的实行人，负正犯的责任。至少在类型的角度上是这么预想的。相反，间接正犯所利用的他人，没有犯罪的决意和实行，而是利用他人达到间接正犯自己的实行。绝大多数的场合，被利用者没有责任。说他是被别人当作“工具”来利用，就是这个缘故。但这是比喻式的表述，未必正确。这种智能的行为（“语业”）在伦理上和法律上，与构成要件的行为（特殊的“身业”）受到同样的评价，但也有各自的特殊性。被利用者的完全无责任，倒不一定必要，他可以有构成过失犯的场合，也可以有构成帮助犯的场合，尤其还可能发生所谓“有犯意的工具”的特殊情况，这在本书行为论一章中已有论述。

在抽象的因果关系论尤其是在条件说的因果关系论的立场

中，完全看不出应当区别教唆犯和间接正犯的理由。牧野博士等人否定间接正犯概念的学说就是证据。扩张的正犯概念也是其中一种表现，他们试图以此来填平正犯与教唆犯之间产生的空隙，但是，既然承认正犯与教唆犯的区别，它们的界限之间仍然残留着一些问题。在这些方面，牧野博士否认任何意义的共犯从属性，将教唆犯和正犯都看作是同样的实行、认为没有必要区别间接正犯和教唆犯等等，这从逻辑上看是彻底了。但是，第一，这种观点失去了道义的、实践的意义，站在道义实践的立场上，教唆他人使其产生犯意、决定去实行犯罪，这和利用他人自己实行犯罪有着明显的区别。第二，这种观点，剥夺了只限于惩罚符合构成要件行为的刑法的保障自由机能，忽视了构成要件的法治国和罪刑法定主义的意义。

有时有可能一方成立间接正犯的同时，另一方即被利用者又成立帮助犯，对此在前面行为论一章中讨论过了。进而还有一个问题是间接正犯可否和直接正犯一块成立共同正犯？我认为对“语业”性构成要件（例如胁迫罪、恐吓罪）可以承认。对“智能犯罪”的精神上的参与者也承认有共同正犯的判例，其实体部分是正确的，只是把它当作共谋共同正犯是错误的。在这样的场合，令其传达犯罪意志表示的行为，业已是实行的一部分。对于该传达犯意表示者，应根据他是具有共同实行意思的实行或是仅仅扮演传达的角色，而定为共同正犯或者帮助犯。

总之，间接正犯和共犯不是一样的问题，一个是构成要件相符性的问题，一个是构成要件的修正形式问题（当然对这种修正了的构成要件也有一个相符性的问题）。然而，我国二次世界大战以前的法制审议会起草的《刑法修改草案》第二十九条规定了“前四条（关于共犯的）规定，对参与了不处罚本人的行为或本人以过失犯论处的行为的场合，也适用”。这是受共犯独立性理论的影响下产生出来的，企图把间接正犯与教唆犯混合起来。当

时，我批判它是“不理解人格和意志自由的机械决定论的谬误”，但根据这样的规定，只要不排除“前四条”的共犯规定，问题依然存留着。只根据因果关系去考虑共犯问题的立场，实际上并不是主观主义——伦理学的或刑事人类学的立场。如果按主观主义的道路走，根据主观意图如何去区别正犯、教唆犯、帮助犯，自然会走向主观说。即使如此，正犯的实行意志除了由构成要件决定外，也别无他途。

既然我们采取的是根据刑法各条的适用进行处罚的立场，那么根据构成要件区分实行和非实行的参与行为的根本方针，是无论如何不能抛弃的。这不单是法治国思想的要求，也是以行为的伦理的实践的意义为根据的。因而，作为构成要件修正形式的共犯也必须从行为的伦理的、实践的意义上去把握。

第八章 构成要件的各种形态与罪数

我在讲构成要件时，是指刑法分则相应条款中的“特殊”构成要件，它是特殊化了的犯罪概念，是犯罪的法律定型。从社会学上讲，它是犯罪类型，但它是被法律地、概念地规定了的，也就是说它是犯罪的定型。具有充分满足这样的构成要件的具体事实，是刑法上的犯罪成立的基本条件。这看起来很简单，但却是关系到刑法解释中的所有场合的极为重要的东西，所以我才反复地强调它。

贝林格在他晚年的“构成要件论”中，把构成要件与犯罪类型分开，将刑法分则中规定的不法类型叫作犯罪类型，从这些犯罪类型中得出的更抽象的观念形象称为“法律上的构成要件”。它虽然叫作“法律上的”构成要件，但因为是失去了实定法性格的极端抽象的东西，所以连故意、过失的区别都忽略不计了。并且他针对刑法分则相应条款中以故意或过失为必要的犯罪类型，提出所谓“指导形象”，认为同一（作为指导形象的）构成要件，可因故意过失的关系变成不同的犯罪类型。例如杀人罪和伤害致死罪这两个犯罪类型，可以用同一个构成要件（剥夺他人生命）来做指导形象。

对这样的构成要件概念我早就发表了批评意见。构成要件最终是被特殊化的犯罪概念，而且必须是实定法性质的，是与刑法规则中的刑罚相结合的。正是“特殊”构成要件的概念，才使构成

要件相符性即构成要件的充足有意义。同时，才有可能解释清楚构成要件的修正形式（未遂犯、共犯）及罪数（一罪、数罪）的问题，进而发挥刑事诉讼中的指导形象的作用。

不过，我受贝林格晚年的理论的启示，也考虑了三件事：

其一，我们所维护的通说性质的特殊构成要件的概念，恰恰是“法律上的”构成要件的概念，但这种意义的构成要件，与其说是实体刑法中的指导形象，不如认为是刑事诉讼中的指导形象。“指导”形象这个词，在动的诉讼法中当作指导程序进展的观念形象来使用，比在静的实体法中使用要贴切得多，而且由于把构成要件当作形成诉讼实体的指导形象，它不但和诉讼法的理论构成相一致，也可以赋予该法解释上的众多问题以一条连贯的逻辑线索。对此，我们后面再谈。

其二，违法性及道义责任，原本是理念性的东西，但是在刑法中，则必须按照构成要件的定型，把它们加以具体限定。比如说，同是违法性，放火罪的违法性和妨害消防罪及火灾时不应许援助罪（轻犯罪法第一条第八项）中的违法性就不同，对之必须与各自的构成要件联系起来考虑。同是道义责任，故意和过失也必须放在各构成要件概念的范围内去考虑。这一点我们可以另找机会详细论证。

其三，作为被法律定型化了的特殊犯罪概念，构成要件最终是被刑法分则相应条款规定的犯罪类型。但是将各个被法律定型的概念加以分析和比较观察，就会发现它们中间有某种一般的形式。比如说，侵害犯和危险犯。再有，在两种或两种以上的构成要件之间，可以发现它们有形态性的或更广义的类型性，例如暴行罪、伤害罪和伤害致死罪之间，或者盗窃罪、抢劫罪和抢劫致死罪之间等，它们之间各自都有独自の构成要件，但在较广泛的意义上，它们又可以划分为同一类型。从这里，可以考虑存在着两个或两个以上构成要件形态的类型性。如果将它抽象地规定，或

许也要变成贝林格晚年所说的构成要件=指导形象了。这种两个或两个以上构成要件形态的类型性，在赋予刑法各论的体系化以一种观点方面，是很重要的，但我认为它尤其在属于适用刑法的一般问题的罪数问题上，更有重要意义。

埃利克·沃尔夫考虑到“构成要件相符性的各种类型”。他依据对属于构成要件要素的行为及行为情况（行为实施的时间、地点及其他）的分析，试图形成“构成要件相符性的类型论”，认为如此一来将会带来刑法各论的新体系化——不是历来的从法益论，从社会方面建立体系化，而是从法律方面建立的体系化。沃尔夫的这种想法也给我某种启示。但是，沃尔夫的论文，正如他所承认的那样，只不过是预备性的研究，仅仅停留在对各种要素的分析上，尚未达到“构成要件相符性的类型论”及建立刑法各论新体系的水平。还有，我也不赞成沃尔夫的“从纯法律的方面去将刑法各论体系化”的意见，因为这最终必然导致形式主义。刑法各论必须从历史的、国民社会的人伦方面，建立实体性地体系。

我想在与沃尔夫不同的意义上去做建立“构成要件的类型论”的尝试，搞清楚构成要件的各种类型形态，根据对构成要件各种要素（行为、结果、情况等）的特殊性的充分注意，去把握特殊构成要件的形态特征。这种认识所带来的，将不是构成要件相符性的类型论，而是构成要件本身的类型论。由于它可以显示出两个或两个以上的构成要件之间的类型关系，所以能给解释论很多的启示，并在刑法各论的体系化上扮演某种角色。同时，特别对于决定罪数——沃尔夫完全没有意识到这一点——具有重要的意义。在这里，我想对此稍加论证。

二

在此，我们想在上述意义上，一面分析构成要件的各要素，一面就按照这些分析来阐述一下构成要件形态的类型论。

(一) 行为人。构成要件的核心是行为。行为人亦即行为的主体，在总则的累犯、自首、酌量减轻、缓刑等方面被注意到了，但刑法分则相应条款中的构成要件在决定可罚性时，原则上并不问一定的行为是什么人的行为。只是在某些场合，构成要件中才明确地将行为人的属性当作概念要素予以规定。例如“公务员”（刑法第一百九十三条）、“执行或辅助执行审判、检察、警察职务的人员”（刑法第一百九十四条、第一百九十五条第一项）、“公务员或仲裁人”（刑法第一百九十七条）、“非公务员或非仲裁人”（刑法第一百九十七条）、“依法宣誓的证人”（刑法第一百六十九条）、“有保护老人、儿童、残废人或病人责任者”（刑法第二百一十八条）等。这些也可以说是身分犯，但在他们当中既有纯粹的身分犯，又有因身分而加重刑罚的身分加重犯。常业赌博（刑法第一百八十六条）、业务上过失致人死伤（刑法第二百一十一条）、侵占业务上的占有物（刑法第二百五十三条）等，从字面上看似乎是规定了行为的态样，其实是对行为主体的规定，亦即身分加重犯（的构成要件）。

还有，对于成为行为人行为客体的人的身分（亲属关系），法律上有时也作为减轻刑罚或免除刑罚的理由。例如亲属之间的藏匿犯人及湮灭证据（刑法第一百零五条）、亲属之间的盗窃（刑法第二百四十四条、第二百五十一条、第二百五十五条）、亲属间的赃物罪（刑法第二百五十七条）等，这些都是身分减轻犯（的构成要件）。

(二) 行为。行为是构成要件的核心，但它作为意志的外部实现，是主观与客观相结合的事实（当然，构成要件是法律上的概念，所以这里说的“事实”不是现实的具体事实本身，而是它类型的、定型的观念）。贝林格、M·E·麦耶尔等人认为，构成要件中的行为是客观的、记述性的。贝林格直到晚年，由于把构成要件看作是极端抽象的形式观念形象，更是求救于它的客观

性和记叙性。但在德国，对此持批评态度的人很多。后来的构成要件论者一般都认为还要承认构成要件中的主观要素和规范要素。我早就提倡，要把行为当作一个主观和客观结合的具体的整体来把握，并且想从这一立场出发分析行为的主观方面和客观方面：

1. 主观方面。行为在它的内部总是带有主观的要素。没有主观要素的，不是“行为”。因此，刑法中的构成要件行为，必须是内含有故意或过失的行为。把故意过失当作行为以外的东西去考虑，那就太抽象了。即便是在抽象时舍去故意过失不计，仍然还得考虑拿什么样的意志性的东西来充当行为的要素。我认为它照样要被故意（原则上）或过失（例外地）所类型化和包含在内。故意，是充当判断责任时的心理材料的犯意，因此，“对犯罪事实的认识”本来就是构成要件上的东西。提到“杀人”时，就意味着是带有杀人意图的杀人，即使在字面上，它和“致死人命”也是有区别的。这在考虑未遂犯的“实行”内容，不作为犯的“不作为”内容时，都要加以反省。同时，也将成为连续犯（或接续犯）中的“意志的继续”或者“单一的犯意”学说的根据。

然而，某些构成要件，在一般的犯意之外，还可以将某些特殊的目的、动机或意思作为自己的要素。例如，“以颠覆政府、僭窃国土或其他紊乱国宪为目的”（刑法第七十七条第一项）、“以使用为目的”（刑法第一百四十八条、第一百五十四条）、“以营利为目的”（刑法第一百八十二条）、“以营利、猥亵或结婚为目的”（刑法第二百二十五条）、“以谋求自己或第三者的利益，或者以损害委托人的利益为目的”（刑法第二百四十七条）等。盗窃罪中非法占有的意思、诈骗罪中非法获利的意思等，虽无明文规定，但也是上述要素。一般的犯意是和构成要件的结果相应的，但这些特殊的主观要素又超过了结果，所以它们又被叫作超主观要素或纯主观要素，并因此而把具有这种超主

观要素的犯罪（构成要件）称为“目的犯”。

2. 客观方面。行为，至少是刑法上的行为都具有客观方面。我们可以说行为是客观的、单纯的情操、思想或意思，不能成为刑法的对象——在中世纪惩罚“异教徒”时可不是这样。人们常说的思想犯或确信犯，因为惩罚的也是在一定的思想或信仰支配下的客观行为，所以应当看作是目的犯的一种。行为的客观方面，是身体的动作或态度。我们把思想、感情或意思的表示（“语业”）等场合的犯罪，¹特意称为表示犯；把一般的物质性的攻击（“身业”）而不是单纯的表示的场合的犯罪称为“物质犯”。

行为从客观方面分为作为和不作为，这是从刑法的评价上考虑行为而得出的结果。即使是不作为，也未必意味着是身体的静止或无所为，因而，所谓的纯正不作为犯是由构成要件定型地当做不作为规定的。不纯正的不作为犯，是指构成要件大体以作为来规定，但也承认一定条件下的不作为符合构成要件的情况。

（三）行为的客体。在构成要件中，行为的客体成为要素的场合很多。例如：“人”（刑法第一百九十九条、第二百二十条），“老幼、残废或因疾病而需要扶助之人”（刑法第二百一十七条），“人的名誉”（刑法第二百三十条）、“他人的财物”（刑法第二百三十五条）、“公务员”（刑法第九十五条）、“现供人居住或现有人在内的建筑物、火车、电车、船舰或矿井”（刑法第一百零八条）等等，不能一一列举。行为的客体（Tatobjekt）和在规定着构成要件的刑罚法规中作为被保护客体（Schutzobjekt）的法益，不一定总是一致的。如妨害执行公务罪中的行为（暴力、胁迫）的客体是公务员，但所保护的客体是国家的作用；又如放火罪中行为（放火）的客体是建筑物等，但保护的客体是公共安全等等，就不具体一致。刑法学中划分对人的犯罪和对财产的犯罪，是根据行为的客体进行的，相反，刑法学中划分侵害犯和危险犯时，则是着眼于

作为刑法保护客体的法益，以对它的侵害或侵害的危险为标准进行的。

(四) 行为的情况。某些构成要件，也以“行为是在一定的情况下施行的”为要素。例如“与外国交战之际”(刑法第九十四条)、“火灾之际”(刑法第一百一十四条)、“公然”(刑法第二百三十条、第二百三十一条)等。可以把这些叫做“情况犯”。

(五) 结果。结果是由行为引起的外界变化，但它在构成要件中是处于被类型化和被定型化的限度之内的。超出这一限度的结果，就不是这里所说的“结果”。所说的“外界”，其中包含给行为以外的人造成的主观的、心理的影响。例如恐吓罪中，以胁迫造成对方恐惧，谋求对方因这一恐惧而交出财物时，就是此种结果。

结果，在多数场合都意味着对作为保护客体的法益的侵害。例如在“杀人”这一构成要件中的结果，是人的死亡亦即生命的丧失。这样的犯罪(构成要件)叫侵害犯，但是并不一定限制在必须是现实侵害上，有时也可以只是危险。例如当公务员在执行职务时，对他施行强暴或胁迫，仅此即可成立妨害执行公务罪(刑法第九十五条)；损坏铁道或其标志，使火车或电车的运行发生危险时，即构成危害交通罪(刑法第一百二十五条)，这些都可以称作危险犯。根据是否以具体危险的发生为必要条件，危险犯又可以分成具体危险犯和抽象危险犯。危害交通罪是具体的危险犯，妨害执行公务罪是抽象的危险犯。刑法第一百零八条及第一百零九条第一款规定的放火罪是抽象的危险犯，第一百零九条第二款及第一百一十条规定的放火罪是具体的危险犯。抽象危险犯的行为本身和结果之间有时无法划清界限。在这种场合，可以认为行为本身就带有抽象的危险性。刑罚法规的立法动机必定以保护法益为目的，但作为构成要件上的行为，有时可以不问对法益有无危险，这叫形式犯，以行政犯居多。

依据构成要件上的行为或结果与所保护法益的侵害之间的关系，可以划分出即成犯、状态犯、继续犯三种形态方面的类型。所谓即成犯——它是法国刑法学上的概念——是指结果与法益侵害暂时竞合的场合。就是说，在构成要件结果发生的同时，法益被侵害，但也由此而使对法益的侵害告终，如放火罪、杀人罪等。状态犯——这是德国刑法学中尤其是李斯特喜欢使用的概念——是指构成要件上的结果发生以后，侵害法益的状态仍在持续着，但这又与构成要件无关。例如盗窃罪、诈骗罪等即是。继续犯在结果与法益侵害状态相竞合这一点上，与即成犯相同，但要持续一段时间。如非法逮捕监禁罪（刑法第二百零二条）、不提供老幼病残等人的生存所必需的保护罪（刑法第二百一十八条）、聚众不解散罪（刑法第一百零七条）、侵入住所罪（刑法第一百三十条）等，即属于这种情况。

最后，在构成要件中，一般以行为的主观方面要与客观方面及结果相对应为原则。然而一方面有时有的构成要件含有超主观要素（目的犯），而且另一方面，有的构成要件还有超过行为主观方面的结果存在。如伤害致死罪（刑法第二百零五条）、堕胎致死罪（刑法第二百一十三条、第二百一十六条）、“抢劫致人死伤罪（刑法第二百四十条）、妨害交通致人死伤罪（刑法第一百二十四条、第一百二十六条）、因危害交通造成火车、电车颠覆、破坏或舰船沉没、损坏等结果的犯罪（刑法第一百二十七条）等。这类例子很多，它们都被叫做结果加重犯。

与结果加重犯不同的是结合犯。所谓结合犯，是指二个构成要件事实结合成为一个构成要件的犯罪。例如抢劫罪（刑法第二百三十六）、抢劫强奸罪（刑法第二百四十一条）等即是。判例认为抢劫致死罪（刑法第二百四十条）是抢劫罪和杀人罪或者抢劫罪和伤害致死罪的结合犯，但我认为这不过是抢劫罪的结果加重犯。有杀人行为亦有杀人故意的场合，应当认为是杀人罪的观念竞合。

三

如上所述，分析构成要件的要素，根据其特殊性去区别构成要件的形态类型，为刑法分则相应条款的解释带来了逻辑上的一贯性，为刑法各论的体系化带来一种形式观点。在这个意义上，它本身就有了某种理论价值（如上所述，它其实只是一种概观，在局部上并不另外提供什么新的东西，但作为综合的构成要件类型论，至今尚未看到有谁论述过）。不过我认为它与罪数论有特殊的联系并通过罪数论间接地与诉讼法中公诉事实的同一性、诉因的同一性问题有关。

在罪数论中，我提倡以构成要件为标准，即有充分满足一次构成要件的事实就是一罪，有充分满足两次构成要件的事实即为二罪，以此类推。我想以此来矫正过去的或以意思、或以行为、或以结果标准的学说最终都偏重犯罪事实的某一要素或某一局部的现象，想从刑法中法律评价方面综合地加以考虑。我确信，在原理上我的见解是正确的。

然而，什么是充分满足了一次构成要件呢？从理论上讲，在各个构成要件里，有被类型地预想了的事实范围，应当根据这个范围来决定。在一个构成要件中哪些是被类型地预想了的事实范围，必须有待于分则相应条款的解释。它无论如何不能分割成只有意思、行为或结果（法益）其中的一个方面，而必须是考虑到构成要件事实全部的人伦意义和社会意义后才能决定。同时，作为刑法规则中的评价问题，在与量刑相关的同时，还必须以促进量刑更加合理的观点出发去加以考虑。在这一点上，刑法第五十五条的废止，多多少少不能不影响到刑法分则相应条款的解释。

先不说这个，我想再谈谈上面谈的构成要件的类型论与这个问题有什么关系。

（一）在以行为人的身分为要素的所谓身分犯及身分加重犯

中，因身分关系，有时把数个行为当作一罪，常业赌博罪（刑法第一百八十六条第一款）就是一个明显的例子。常业者无论进行了几次赌博，他既不是连续犯又不是并合罪，而是单纯的一罪（集合性的）。判例也如此认为。对其他的身分犯，就不能同样解释，例如，公务员一次被数人施加强暴或凌虐，或从一个人那里数次接受贿赂之类的场合，都可以总括地当作一罪来处断。

（二）行为主观方面中的意志（犯意或决意），也可以成为决定一次性充分满足构成要件的一个关键。旧判例认为，刑法第五十五条的连续犯要求有“犯意的继续”。假如有犯意的继续的话，行为的态样就不用考虑时间地点了；另一方面由于把“罪名”换称为“罪质”，也就无限地扩大了连续犯的范围（我对这种主观说提出过几次抗议，但一次也没被采纳）。终于，作为对它的纠正，刑法第五十五条被废止了。但是刑法第五十五条的连续犯原本是把数罪在量刑时当作一罪的，虽然删去了刑法第五十五条，但是也不能否定，尽管有数个构成要件行为，有时仍要把它们总括起来判为一罪，即判定其一次性的充分满足了构成要件。我从前把这叫做“接续犯”，现在又有了接续犯，概括性一罪或连续犯（不是依据刑法第五十五条的）等等，不管名称如何，都应再考虑它的扩大适用。

最高法院对一起从晚十时到半夜十二时之间往返三次于一个仓库每次盗窃大米三草袋合计九草袋的案件，判决指出：“从所举证据来看，三次盗窃行为是在短短两个多小时的时间里，在同一场所、利用同一机会实施的，而且盗窃每个草袋的动作都是相同的，所以应当认为这是出自同一犯意的一连串动作……因此，在上述事实关系中，以认定一罪为恰当，不应认定为三个犯罪”，并据此驳回了按数罪并罚的原判决。这个判例对该案件的判决是正确的，但在判决理由里，最终把“单一的犯意”作为最后的根据，这在理论上是有疑问的，因为看不出同时也考虑了具体案件

中的时间、地点、机会、目的物等方面。

犯意的单一或继续，是决定一罪的关键之一。但是，它绝不是唯一的标准。只把握这一个关键来考虑一罪，有再次犯和连续犯同样错误的危险。东京高等法院的判例曾认为，“犯罪的个数，应当按照犯罪的时间、地点，特别是被害人的单一性及其他具体情况，根据能否把若干事实认定为一个犯罪来加以决定，因此，不能单纯以同一犯意的继续为标准去决定”。这里讲的“能够认定为一个犯罪”，不能不是意味着充分满足一次构成要件。在理论上否定犯意单一说是正确的。

在目的犯中，单一的目的也成为认定构成要件充分满足一次的重要环节。例如，以颠覆政府的目的在不同的地方进行暴动时，应当总括在一起定为一个内乱罪；以使用为目的伪造同一种纸币数千张的行为，仍然总括在一起成立一个伪造通货罪。但是关于文书，例如虽然同时具有使用的目的，但必须按各种文书成立不同的伪造罪——因为文书有个性。

（三）行为的客观方面，一般考虑的就是行为本身。这时，行为主观方面的故意或过失就暂时忽略不计。因而，认为这样的行为可以决定一罪或数罪的观点，在德国是占统治地位的见解，在其他国家也很流行，我国也有这种思想。就是说，如果有数个行为，即是数罪；一个行为当然就是一罪了。但是，这时所说的行为，未必是自然意义或社会意义上的行为。我们所考虑的行为或“所为”，是符合法律上的构成要件的行为，而且是包含行为、结果的构成要件事实的全体。在这个意义上，如果说要以行为为标准决定一罪或数罪，其实就是在依据构成要件事实的一个或数个，换句话说，就是在依据构成要件充分满足的次数来决定的。

然而，有时虽然行为——符合构成要件的——有数个，却必须总括在一起成立一罪（如刑法第四十五条）。有时构成要件本身就预想着数个行为，例如散布或贩卖猥亵文书图画（刑法第一

百七十五条)、非医师行医(医师法第十七、第三十一条)、非律师处理法律事务(律师法第七十二、第七十七条)等。这些场合,如果有反复意图的,只一次行为就可以充分满足构成要件;另一方面,即使是反复几次,也是总括一起成立一罪。这虽然不是构成要件上的集合犯,但把连续进行的数个行为包括在同一个构成要件里,也必须认为是构成要件一次性充分满足的场合,这在前面已经说过了(接续犯)。还有,有时被同一法条规定的构成要件性的两个或两个以上行为,尽管作为行为其态样不同,但也被作为同一类型的东西,以兄弟构成要件加以规定,并把连续地进行数个行为的人视为单一犯罪。例如,散布和贩卖猥亵文书图画(刑法第一百七十五条)、搬运、寄藏或寄卖赃物(刑法第二百五十六条第二款)等场合,都必须总括地定为一罪。

与之相反,行为作为自然的或社会的行为,虽然只有一个,却因其形态类型不同而符合了两种构成要件,即所谓“观念竞合”,在法律评价上定为二罪,但按刑法第五十四条的规定,在量刑时只作为一罪。有时一个行为在形态上符合了类型相同的两种构成要件,这是所谓的“法条竞合”,这多出现在与一种构成要件对应,同时又涉及到修正构成要件特别是加重构成要件的场合。例如杀人罪(刑法第一百九十九条)和杀尊亲属罪(刑法第二百条)、侵占罪(刑法第二百五十二条)和侵占业务上的占有物罪(刑法第二百五十三条)——身分加重犯;伤害罪(刑法第二百零四条)和伤害致死罪(刑法第二百零五条)——结果加重犯;单纯脱逃罪(刑法第九十七条)和加重脱逃罪(刑法第九十八条)——样态加重犯,等等,它们之间就是这样。这些场合只成立其中较重的一个罪。一方虽与他方的加重无关,但构成要件的类型相同。当概念定型是两个时,也可以认为是法条竞合。例如成立侵占罪(刑法第二百五十二条)时,就可以不追究其违背任务罪(刑法第二百四十七条);成立刑法第二百四十六条第一

款的诈骗罪时，就不追究其第二款的诈欺罪，因此有人说这可以叫做它的“亚型”。

有时，行为不一定完全重合，但也不是完全各自独立，行为的发展过程中有几个阶段被构成要件类型化了，后一阶段的行为吸收了前一段的行为。例如，要求、约定、接受贿赂（刑法第一百九十七条）时，或提议、约定、提供贿赂（刑法第一百九十八条）；聚众不散（刑法第一百零七条）又进行骚扰（刑法第一百零六条）等。

构成要件的一般修正形式，即未遂犯和既遂犯，教唆犯、帮助犯和共同正犯之间，也可以成立同样的关系，它们是同一的行为类型，一方无非是他方的修正构成要件而已。

（四）行为的情况在某些场合也可以成为决定犯罪单一性的关键。例如，在某一种“火灾之际”妨害消防工作的行为，应当总括起来成立一罪。

（五）行为的客体及结果，是决定构成要件一次性充分满足的重要关键，这是所谓结果标准说把握罪数问题的观点。我国的沈川教授主张此说。但是，根据什么去决定结果的个数呢？通常的说法是：对人格法益的侵害，每一个人为一个；对财产法益的侵害，每一种管理为一个（在德国占上风的是行为标准说，但他们所说的“行为”，意味着行为和结果的全体，因此实际上多数场合变成了以结果为标准）。但是，以同一个人作为对象，虽然不能有两个杀人罪（即成犯），却可以有两个非法逮捕监禁——放了一次再监禁——罪（继续犯）。从同一管理下的仓库里，于不同时间、不同机会，数次盗窃，明显地属于数罪，所以不能脱离行为的契机去考虑。还有，结果不一定与法益侵害相一致。在侵害国家或公共法益的犯罪中，大多以其危险作为结果来规定的。对危险犯怎么去看它的结果，也是问题。因此，结果虽然确是决定构成要件一次性充分满足的主要关键之一，但决不是唯一的标准。

第九章 作为刑事诉讼中指导 形象的犯罪构成要件

构成要件——在这里当然是指犯罪的构成要件亦即刑法分则中犯罪的特殊构成要件——并不仅仅限于在刑法理论体系中发挥重要作用，在刑事诉讼法中，也具有着重要的机能。我早在《构成要件概念的诉讼法意义》一文中，就指出过这一点。

这种思想在学术界可以看到若干响应者，以后的判例，尤其是按照新刑事诉讼法最近做出的判例，接受这种思想的地方也不少见。因为我的构成要件论原本就是立足于刑事司法实际工作，并力图以此为基础来建立系统理论的。所以，能够很容易地被实际工作者所接受，这是不足为奇的。新刑事诉讼法中的当事人主义的结构，更容易适用我的理论，甚至还扩大了其适用的范围，我想是有原因的。例如，新刑事诉讼法中提到诉因的概念时说：“所谓诉因，是指应当成立犯罪的具体事实，或者说是符合犯罪构成要件的具体事实”，这非常明显地可以看出是受到上述学说的影响了。关于“公诉事实”的概念是否与构成要件有关，学者们颇费踌躇，但对当事人主义的“诉因”概念，任何人也不能否认它和构成要件的关系。

勿庸赘言，旧刑事诉讼法与新刑事诉讼法之间有重要的结构变化。旧刑事诉讼法显然是以职权主义为基调的，所以旧刑事诉

讼法也还是诉讼法，而不单纯是程序法。所谓诉讼，就是认定原告和被告的程序，换言之，是确认当事人的程序。但是，旧刑事诉讼的程序首先考虑的是法官的职权，主导权在法院而不在当事人。然而新刑事诉讼法在英美法的影响下，试图转向辩论主义的当事人诉讼。因而它的程序就不只是诉讼程序，而是准备转变成承认当事人的主导权的辩论主义或当事人主义的诉讼结构。这一点已被公认，所以也就没必要多说了。

但是，新刑事诉讼法真的要完全变成辩论主义的当事人诉讼结构吗？还不能肯定地回答，因为它还保留有职权主义的残余。作为江户时代以来的传统，受法国法与德国法的影响而走向近代化的刑事司法制度的底子，对二次世界大战后的立法者来说，也不能不加以考虑。然而，在新刑事诉讼法中，是当事人主义，属于支配地位，仅仅残留着职权主义？还是虽属当事人主义，但其根本的东西仍是职权主义？这只是个理论问题。实际上，职权主义和当事人主义是并存着的，只不过当事人主义的成分比旧刑事诉讼法、法国法、德国法更加强了，更全面地展开了。至于理论上哪个为主，一般似乎都认为新刑事诉讼法是以当事人主义为基础的，可我的见解是，新刑事诉讼法基本上仍是职权主义的，只是最大限度地采用了当事人诉讼的结构。不过在这里我不想过多地牵扯这个问题了。

目前，构成要件的概念在新刑事诉讼法中具有什么样的机能呢？或者它能否具有这些机能呢？对此，必须注意职权主义与当事人主义的交叉。例如，新刑事诉讼法是在公诉事实的概念上引入“诉因”概念的（刑事诉讼法第二百五十六条），但是我主张，公诉事实和诉因都不能离开构成要件去考虑。其实，公诉事实是从职权主义的实体形成方面去考虑的，而诉因，则是从当事人主义的追诉方面去考虑的。又如，新刑事诉讼法一方面宣告自由心证主义（刑事诉讼法第三百一十八条），另一方面又认为不得以

口供为唯一证据作出有罪判决（刑事诉讼法第三百一十九条第二款）。这全是与构成要件事实的认定有关系的，前者属于职权主义的原理，是以职权主义为基本的，后者则属于当事人诉讼的要求，而它莫如说是例外性的情况。

二

在诉讼的进行中，其发展过程有实体形成、追诉、程序三条线索。首先阐明这一点的，无论如何是萨维尔的理论功绩。他的《诉讼法基础理论》（1919年）出版后，我也曾拜读过，但当时未能给予充分的评价。坦白地讲，当时头脑里装的主要还是从毕洛乌到海尔维西等人的静止的诉讼理论。后来，是克尔德施密特的《作为法律状态的诉讼》（1925年）开始在动的诉讼理论方面打开了我的眼界。此后，因藤教授开始着手研究刑事诉讼法，他首先倾向于萨维尔，将他的理论引进到我国的诉讼法学，并且展示了比他更清晰的理论，对此我应当不惜赞词。

然而，正如大家看到的，对于萨维尔分析的三条线，因藤教授的观点，是把实体形成过程和程序过程两点分别归纳起来，而把追诉过程消化在实体形成过程及程序过程（尤其是后者）当中。这的确可以说是一种见识，但是必须考虑到，因藤教授的这种理论是在旧刑事诉讼法下成立的；它在职权主义的旧刑事诉讼法下确实是合适的理论。可是，在全面展开了当事人诉讼结构之下的新刑事诉讼当中，追诉（攻击和防御）的线索，怎么能没有独立考虑的必要性呢？例如，公诉事实属于职权主义实体形成线上的，诉因则属于当事人主义的追诉线上的；证据调查在新刑事诉讼法下残留着许多职权主义的色彩，而提起公诉、公判时的开头程序等，都要在当事人主义的追诉线索上去考虑（这种观点其实在萨维尔那里也并未曾看见，萨维尔的理论仍是以职权主义的德国刑事诉讼法为中心去思考的）。

因此，现在的分析都把诉讼的发展分为实体形成、追诉和程序三个方面。这是理论分析，而诉讼这一特殊的程序性事实是不能一分为三的。尤其要指出的是，虽说这是一种理解，但也有把理论分析当作实在性东西去考虑的倾向（例如在刑法学中，构成要件、违法性、责任等，也是理论分析，但是想把它们实在性地分割开来加以认识的人却很多）。我想把这三种过程放在各自的方面和线索上去考虑。所说的方面，是指诉讼本身包含有这样三个方面；而所说的线索，则是指各个方面在时间上是连续发展的。把具有如此复杂性质的诉讼的法律关系及法律状态搞清楚，就是我们诉讼法学的任务。

如此看来，诉讼本身在内部就包含着复杂的要素。但要想进一步明确认识它的法律关系或状态，就必须理清各要素的相互关系。只有这样，才能搞清它的内部构造。三个方面和线索，不是毫不相关地独立并存着的，它们相互之间有联系，是相关连地成立于同一个诉讼之上的。如果发现不了它们之间的内部结构，那么关于诉讼这一特殊程序的认识就不能成立。

然而，诉讼有什么样的内部结构呢？至少，在与刑事诉讼有关的范围内，“实体形成”是它的中心环节，因而从原理上讲，职权主义是它的基本。民事诉讼恐怕是以追诉（攻击与防御）为中心的，在那里，是以当事人主义为基本的，自然属于当事人诉讼（然而这也不过是历史形态的理论认识，超历史形态的批判，则另当别论）。刑事诉讼以职权主义为基本，这在旧刑事诉讼法和新刑事诉讼法中都没有什么不同，只是在新刑事诉讼法中，当事人主义被明显地加强了。在英美法里，传统上无论刑事诉讼还是民事诉讼，都同样认为是当事人诉讼。然而即便是在那里，也还存在着若干不同的地方。我国的新刑事诉讼法，决不是照抄照搬英美法，不管怎么讲，它第一条规定“本法以在刑事案件上，于维护公共福利、保障个人基本人权的同时，查明案件事实

真相，准确而迅速地适用刑罚法令为目的”。这并不是英美法的思想，莫如说是大陆法的、日本法的、实体的真实主义思想。

实体的真实主义，属于职权主义的理念。只要以它为刑事诉讼法的基本理念，诉讼的内部结构，就不能不以“实体形成”为中心。追诉的形式只是为此目的服务的一种手段。而一切程序又是进一步为实体形成和追诉之目的服务的手段。但是，这样的目的论的关系，并不是说手段总是隶属于目的、目的对所有的手段都是神圣的。追诉有独自的追诉逻辑，程序也有独自的程序逻辑，所以我说，“它们各有自己的一方面，也各有自己的线索。也正是如此，作为一个完整的整体的诉讼内部结构才能够成立。

所以我认为，在刑事诉讼的这种内部结构中的超越性的指导观念，或者应当叫做“指导形象”的，就是刑法中的犯罪构成要件。实体形成、追诉、程序之间的目的论的联系，是诉讼内部的目的论联系，它们全体又具有一个超越性的目的，那就是在具体案件中实现刑法。而这种目的，就是要让人们看到，在搞清楚具体案件真相的同时，又通过刑罚法规的适用而科处了适当的刑罚。这里说的搞清楚具体案件的真相，也就是在讲实体的真实主义。但这不仅是在探究社会生活的事实，也是在适用刑罚法令的角度上探究事实。因此，就要受到刑罚法规尤其是其构成要件的指导，这是必须的。将构成要件的观念形象放在心上，在它的指导下去探究事实，在这个意义上，我才建议把犯罪构成要件当成整个诉讼的指导形象。

下面就想来论证一下我的建议。

三

刑事诉讼，是以对具体案件适用刑罚法规为目的的程序。“案件”的观念，在新刑事诉讼法中当然也有，前面引用过的刑事诉讼法第一条的规定就有“刑事案件”一词，并且还有诸如关于法院

管辖的“数个案件”（刑事诉讼法第三条至第九条）、“同一案件”（刑事诉讼法第十条、第十一条）等用法；在起诉书上，不得添附可能使审判官对“案件”产生预先判断的文书及其他物件（刑事诉讼法第二百五十六条第六款）；在公判中，宣读起诉书后，必须给予被告人对“被告案件”进行陈述的机会（刑事诉讼法第二百九十一条第二款）；审判长可以限制与“案件”无关的陈述（刑事诉讼法第二百九十五条）；“被告案件”已有犯罪的证明时，应当以判决宣告应处的刑罚（刑事诉讼法第三百三十三条第一款）；“被告案件”不成立犯罪的，或“被告案件”没有犯罪证明的，应当以判决宣告无罪（刑事诉讼法第三百三十六条）；对于该处500元以下罚金、拘留或罚款的“案件”，不能羁押被告人（刑事诉讼法第六十条第三款）等等，在明文规定中出现了相当的数量。

这种所谓的“案件”是什么呢？那就是，把以犯罪构成要件为指导形象的实体形成过程看作是一种物体。所谓“案件”，是与程序相关的东西。离开了程序，也就没有了“案件”。但是，在讲“案件”时，必须含有某种实体性的东西在内。在刑事案件中，这种实体就不能不是刑事性质的、必须受到刑罚法规的适用的东西，而且这种实体还必须是具体的、特殊的东西。不过它的内容不一定是一开始就明确地决定出来的。最初，它的内容并没有明显地表现出来，在法律方面、在事实方面还有不清楚的地方。它正是伴随着程序的进行逐渐地加以明确。案件在检察官的手里全貌明朗了，就决定提起公诉；在诉讼中对案件的内容形成充足的心证时，就可以很容易地进行审判。而这就是诉讼中的实体的形成过程。所以，案件就是把这一过程看作是一种物体。

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。在案件的发端，构成要件有时确实未必是特定的，但是假定其间没有某种构成要件做指导，就不一定是所说的刑事案件。在严格的意义上讲，案件是先于“诉讼”而存在的，在

侦查的阶段里，已经有了案件。依据侦查结果在某种程度上搞清楚它的轮廓之后，通过检察官提起公诉，嫌疑案件就变成了被告案件。此后，案件以被追诉即检察官与被告及辩护人之间攻击与防御的形式向前发展，直到对被告案件的判决确定下来，作为诉讼物体的案件才告结束。不过，作为受到确定判决的案件最后还是要被所谓的既判力结束。

在侦查阶段，案件处于嫌疑状态。这已经是构成要件为指导形象并形成了与它的关系了，只是这种关系尚不确定，还可能有某种变更，特别是不少场合下只有某种犯罪事实的嫌疑，其犯罪人是谁却不清楚。刑事诉讼法第二百三十八条规定，“关于告诉才处理的犯罪，对于共犯中的一人或数人告诉或撤回的，其效力也及于其他共犯”，其意图就是把对告诉才处理的犯罪中的共犯的处分一致起来。但是，在侦查阶段，案件只要有客观的犯罪事实的嫌疑，即使在未必象提起公诉后的被告案件那样被一定的被告人所特定化的场合，进行侦查也是有根据的。

然而当提起公诉时，被告人必须是特定的。把案件作为诉讼案件提交法庭必须要求被告人的特定和公诉事实及罪名的特定（刑事诉讼法第二百五十六条第二款）。所谓公诉事实——后面还要论及——就是犯罪事实，也就是符合构成要件的事实。侦查结果倘若没有可能达到特定的话，就不能提起公诉。如果从诉讼的角度看，侦查不过是它的准备性程序，可以说它属于在检察官手里的刑事案件的实体形成，然而它当然也是以犯罪构成要件为指导形象的实体形成。检察官的侦查，以法院的审判为目的，是为其作准备的手段，所以它们的最终目的是一致的，其程序的本质都是在以犯罪构成要件为指导形象的实体形成方面，并没有什么不同。

四

由于提起公诉，案件作为被告案件而归属法院了，以法院、原告、被告这样三个主体为要素的“诉讼”程序，由此开始。诉讼中的实体形成、追诉、程序（狭义的）三个方面和线索，也都是案件归属于法院，诉讼关系发生之后的事。侦查，要说也是一种实体形成或是为了它的一种程序，但是，尚不能说是追诉，而是预想着追诉的并为其作准备的一种程序。

提起公诉是设定诉讼归属及诉讼关系的检察官的主要诉讼行为。所谓诉讼归属，是指诉讼的事实状态，诉讼关系则是其中的基本法律关系。诉讼关系以对被告案件的审判（审理、判决）为目的，是法院、原告（检察官）、被告（被告人及辩护人）之间都有合作义务的关系。审判，以被告案件的诉讼实体的形成为目的，但是，为了有诉讼实体形成的可能，必须准备程序性条件即诉讼条件。所谓诉讼条件，即是追诉的条件，它进一步可分为纯程序性条件和有关案件实体形成的条件。前者为纯程序条件（追诉条件）；后者为实体关系条件（实体形成的条件）。应当注意，它们总是被特定的构成要件所制约的。

（一）作为纯程序性条件，必须有公诉的合法提起，此外还有该法院对案件具有管辖权、对同一案件没有另外提起公诉、对告诉才处理的犯罪有告诉权的人的告诉等。然而，在案件的管辖中，事物的管辖是根据预定的刑罚的轻重来确定的（法院组织法第二十四、第三十三条），它要以完全符合案件所对应的构成要件为前提。地区管辖，以犯罪地为一标准（刑事诉讼法第二条），但所谓的犯罪地，也是指符合构成要件的事实（犯罪构成事实）之一部分的发生地。还有，所谓的同一案件，要以被告人的同一和公诉事实的同一为必要。这里的公诉事实，也就是与特定构成要件相关的犯罪事实。告诉才处理的犯罪中的告诉，也必

须是针对同一案件的。这时的同一案件，仅指犯罪事实的同一（刑事诉讼法第二百三十八条第一款）。进一步讲，所说的犯罪事实，无非也就是符合构成要件的事实，即犯罪构成事实。

（二）实体关系性条件，即是形成诉讼实体的条件，可是它反过来要受案件实体的制约，而且它大体上属于消极性条件（诉讼障碍）。例如，对需要公诉的犯罪，在时效已过、有大赦、已有过确定判决等场合，几乎都是不能形成诉讼实体的。纯程序条件的欠缺，还保留着经补充后可再提起公诉的可能性，但如果是欠缺实体形成条件，大半是对该案件不允许再形成诉讼实体了。这也就是检察官对该案件没有实体性公诉权的场合。对管辖下的案件有这种理由时，就不准有实体性审判。宣告免于起诉就是表示这种意思的形式判决（刑事诉讼法第三百三十七条）。然而，这些条件总是要被被告案件中的公诉事实所决定，进一步讲，公诉事实无非也就是与特定构成要件相关的犯罪事实。

实在地讲，检察官行使公诉权提起公诉时，犯罪的嫌疑必须是实体性地充足，并且大致可以看到根据追诉可能会有有罪判决（盖然性）。在这种场合，首先应当是行使国家法律所赋予的公诉权（具体的公诉权）。不过届时所遇到的判断，是委托给检察官的（检察审查会的审查不具有诉讼法的意义）。在诉讼法上，对该案件消灭了实体公诉权时，不过只是不准其诉讼实体形成而已，也就是说，作为诉讼关系，只是个实体性公诉权消灭的问题（视公诉权为无用的学说，单纯从职权主义的实体形成方面去考虑，因此发生忽略追诉方面的现象）。

第十章 构成要件与公诉事实及诉讼原因

法院在检察官提起公诉的情况下进行审判。对于由公诉而请求审判的案件，法院必须进行审判；另一方面，对于没有请求审判的案件就不能审判，这是诉讼关系的基本法则。违背这种法则，那就变成了绝对的控诉理由（刑事诉讼法第三百七十八条第三款）。这时所讲的“案件”，如前所述，仍然是把以犯罪构成要件为指导形象的“实体形成”物体化了的案件。特别是作为诉讼客体的“被告”案件，在诉讼的实体形成过程中虽是变了模样，但仍须维持这种基本的同一性。

这在理论上，是被当作案件的同一性来看待的问题。严密地讲，这还可以分为案件的单一性和同一性两个问题。案件的同一性要受案件单一性的制约，但在这里，案件的单一性，也可以包括在案件的同一性之中作为一个问题。案件的同一性，要由被告人的同一性和公诉事实的同一性来决定和维持。在侦查阶段，嫌疑犯有时会不确定，但一到提起公诉时，被告人必须是特定的。诉讼关系将特定的被告人作为主体的一方，公诉的效力不及于检察官所指定的被告人以外的人（刑事诉讼法第二百四十九条）。同时，特定的犯罪事实作为“公诉事实”而变成诉讼实体形成的对象，不管到哪儿，审判都必须在公诉事实的范围内进行。随着审理的进行，诉讼客体可以有所变化，但必须是在与公诉事实充分保持同一的范围之内。一旦失去与公诉事实的同一性，就要脱离

诉讼客体的范围，对它就不能进行审判。在这里，问题主要是集中在与公诉事实的同一性上。

这种情况无论在旧刑事诉讼法中，还是在新刑事诉讼法中，大体上都是一样的。新刑事诉讼法，除了规定公诉事实的概念外，还引入了“诉讼原因”（诉因）的概念，这就使问题变得更为复杂。就是说，新刑事诉讼法在要求起诉书里记载被告人、公诉事实、罪名等方面，与旧刑事诉讼法没有多大不同之处。但对于公诉事实，则规定了“公诉事实应当指明诉讼原因并予以记载”；对于罪名，还规定：“罪名必须告知应当适用的处罚条文并予以记载”（刑事诉讼法第二百五十六条第三、四款）。因此，历来仅以公诉事实和罪名为问题的诉讼，今天还必须重视诉讼原因和处罚条款，从而使之不只限于理论问题，也成了诉讼实践中的现实问题。关于这一点产生了许多判例，就是很好的证明。

新刑事诉讼法中的公诉事实和诉讼原因，各自都是什么含义、它们之间有什么关系呢？所谓公诉事实，必须是公诉中请求审判时的犯罪事实，我们可以认为它和旧刑事诉讼法中讲的公诉事实是一样的东西（英译为facts constituting the offence charged）。至于要求它“必须指明诉讼原因并予以记载”，则应理解为必须把公诉事实作为特定了的事实加以明确地记载。这可从下面的条文中明显地看出来：“为要指明诉讼原因，应当尽可能地特别指明时间、地点及方法等足以构成犯罪的事实”（刑事诉讼法第二百五十六条第三项）。总之，所谓诉讼原因，无非就是把公诉事实作为特定的具体的犯罪事实明显地表示出来。

既然如此，那么，这与旧刑事诉讼法中对公诉犯罪事实的表示就没有什么不同，旧刑事诉讼法规定“提起公诉时，应指定被告人并告知犯罪事实及罪名”（旧刑事诉讼法第二百九十一条第二款）。这里的犯罪事实，仍然必须是特定的具体的犯罪事实。这一点不但我们在理论上是这么认为的，判例也根据这一宗旨认

为，缺乏特定性、具体性的公诉应予驳回。公诉事实和诉讼原因，实体上是相同的东西，诉讼原因不过是公诉事实 in 起诉书上的表示形式。在解释新刑事诉讼法时，不少学者忘记了诉讼原因的实体就是公诉事实，而往往把二者当成不同的东西，恐怕就是这个原因。

当然，新刑事诉讼法采用公诉事实和诉讼原因两个词的表述方法，也并不是没有意义的。应当将其理解为在它们中间有着内容和形式、实体和表现的关系。正因为如此，“在不妨害公诉事实的同一性的限度内，追加、撤回或变更起诉书中所记载的诉讼原因或处罚条款”（刑事诉讼法第三百一十二条第一项）才有可能。至于审判对象是公诉事实还是诉讼原因的问题，涉及到对新刑事诉讼法中的“受到请求审判的案件”和“没有受到请求审判的案件”（刑事诉讼法第三百七十八条第三款）的含义如何解释，但把公诉事实和诉讼原因完全看成是两个东西是不对的。在内容和实体上，亦即作为“案件”，公诉事实是审判的对象；但在形式上和表达上，作为追诉的目标，只以起诉书上所记载的诉讼原因为审判的对象。

那么，在新刑事诉讼法中为什么非要用公诉事实和诉讼原因两个概念不可呢？不用说，就是因为新刑事诉讼法中的当事人主义，辩论主义的结构加强了。公诉事实这一概念，本身已经把公诉即检察官的追诉当成要素了，但它仍然还是职权主义的实体形成方面的概念。相反，诉讼原因是当事人主义的追诉方面的概念。如前所述，即便是新刑事诉讼法，它的基础仍然属于职权主义，只是试图采用当事人诉讼的结构。因此，公诉事实和诉讼原因二个概念就有了互相竞合的内在联系。在旧刑事诉讼法中，职权主义占优势，因此只使用公诉事实的概念。倘若百分之百地贯彻当事人主义，仅有诉讼原因一个概念也就够了。可是，既有职权主义又有当事人主义的新刑事诉讼法的双重性移，决定了非得

有公诉事实和诉讼原因两个概念不可。能够如此理解的人，应当说对它的结构上的联系是清楚的。我们不要片面地考虑或者只用这个，或者只用那个。

二

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、应当成立犯罪的事实，因而也必须是通过犯罪构成要件来把握的特定的事实。然而，在法院里，伴随着诉讼审理的进行，其具体的事实关系未免会有时间性的变化，那就是诉讼中的实体形成过程。在这个过程中，自然含有当事人所从事的诉讼行为（辩论），但最后结果如何评价，却要依据法院的自由心证。在这个意义上，诉讼中实体形成的过程可以说是以职权主义为主调的，它是由检察官的公诉限定了对象的，不得超越“被告”案件的范围。被告人是不能掉换的，公诉事实也是不能掉换的，就是说，经过公诉的特定的犯罪事实，不能换成别的犯罪事实。换言之，不允许失去公诉事实的同一性。

所谓公诉事实的同一性，并不是二者要完全重合意义上的同一性，而是以因诉讼中实体形成的进行而变化为前提的同一性。前后可以有不吻合，但同时又是同一的。也就是说，尽管可能有枝节性的变化，但在重大方面必须是同一的，即必须保持基本的同一性或本质的同一性。在旧刑事诉讼法时期，这在理论上是理所当然的。而在新刑事诉讼法里，因有第三百一十二条“在不妨害公诉事实的同一性的限度内”的规定，就使问题变得更明白了，这是一种容许变更诉讼原因及处罚条款的同一性。

问题在于公诉事实的基本同一性或本质同一性的含义。通说及判例都认为，这时候所说的公诉事实的同一性，单指自然的或社会的事实同一性。在此意义上，只要基本的事实关系是同一的，具体的事实不同也无妨，并且罪名的变更（因之而变更构成

要件)也是可以的。可是,公诉事实既然是业已公诉的犯罪事实,就必须是按一定的构成要件来把握的事实,是充足的法律事实和有法律评价的事实。当然,它也是把握了某种社会生活中产生的事件,但是作为刑事被告案件的公诉事实,已经不单是自然的和社会的事实,它应当按法律概念来把握。换言之,它应当是符合犯罪构成要件的事实。也就是说,不允许脱离构成要件去考虑公诉事实的基本同一性。

我的观点是,已提起公诉的犯罪事实中的构成要件,必须是贯穿实体形成过程始终的指导形象。由于实体形成的进展,犯罪事实变了样,不能再适用最初所预定的构成要件,那就必须能够适用另外的构成要件。此时,作为职权主义概念的公诉事实,是不妨碍适用新的构成要件的。也就是说,如果把“罪名”的含义理解为特定的构成要件的话,那么罪名的变更必须无碍于公诉事实的同一性。然而,这种构成要件或罪名的变更是有界限的。被告案件即使作为纯粹的社会事实是同一的,但也是已经受到法律评价了的,所以如果整个构成要件互相之间有性质上的差异,就不能说还是同一公诉事实。只要考虑到它是公诉事实亦即受到刑法评价了的犯罪事实,这就是不可回避的结论。在此意义上,我认为公诉事实的同一性要被构成要件或罪名的基本同一性、本质同一性和范畴同一性所制约,也就是它要被犯罪性质的同一性所制约。

对此,在学术界有人表示反对——而且是在吸收了我的观点的学者们中间。较早的,是已故的岛方武夫法官表示反对,他采用了判例的“基本事实关系的同一”的概念,认为这是社会现象的同一,是比以构成要件为标准的犯罪事实的概念“更先进的先于法律的概念”。从这种观点出发,犯罪性质的同一性就是没有必要的了。然而,另一方面,社会现象的概念太过于广泛,会给被告人的防御带来很大的困难,现在已不再承认社会现象的同一。

说明这种理论有点过时了。这是在旧刑事诉讼法的基础上发表的论文。不过在新刑事诉讼法中，由于它还要受到诉讼原因的限制，所以关于防御已不用再担心，公诉事实的同一性倒是有可能在比较广的范围内去考虑了。

团藤教授承认公诉事实的基本同一性不能完全脱离法律的立场去讨论，但他又认为后来判明的事实对当初的构成要件“只要相当程度地吻合”，即可认为有同一性，他把这命名为“构成要件通用说”。可“相当程度”是什么样的程度并不十分清楚，而“在实际适用中，仍要归到与通说和判例同一的立场上去”。所以说，他无疑是在一定范围内扩大了判例的程度。在他那里，法律评价的见地终归还是没有用处的。我持“判例肯定的同一性过于广泛”的批判性见解，我本人到目前为止也还认为它过宽。团藤教授认为我的见解有与宪法第三十九条的精神相抵触之虞。相反，我却认为通说、判例的立场扩大了可能审判的范围——尽管现实中不能超出诉讼原因的框框——同时扩大了既判力的范围，因此怕是真的超出宪法第三十九条规定的正当界限了。

高田副教授认为，应当用“指导形象相互间的类似性”来决定公诉事实的同一性。此时高田副教授所说的“指导形象”，是贝林格晚年使用的构成要件概念，就是说，这是明显地试图以一种“与构成要件的关系”来限定公诉事实的同一性。可是贝林格讲的“构成要件——指导形象”，作为实体刑法的概念，是指从犯罪类型中抽象出来的纯形式的观念形象，是与责任类型（故意、过失）相对应的指导形象，按他的说法，即意味着杀人和伤害致死都是与同一指导形象（=构成要件）相关的二种犯罪类型。对这样的构成要件概念，我早就公开持批评态度，今天仍旧是这样。现在在解决公诉事实的同一性问题时又提到指导形象，实际上，我想它同样会归结到罪质（=犯罪构成要件）的范畴本质上去。但作为我，无论到哪儿，都认为构成要件是刑法分则各条的“特

殊”构成要件，同时认为它可以成为诉讼法上运动着的实体形成中的指导形象。因此，高田副教授的方案我不能马上就赞同。

大体上，公诉事实的同一性，最终是提起公诉的特定的犯罪事实的同一性问题。很多人把我的观点当作“罪质同一说”加以引用，这恐怕会引起误解。我不是说，罪质同一了，公诉事实就同一了。我的主张是，所谓公诉事实的同一性，就是它的基本的或范畴的同一性，公诉事实要受到构成要件的范畴的、本质的同一性以及在此意义上的罪质同一性的制约；公诉事实的同一性要受加在它身上的罪名的范畴性的、基本的同一所制约。因此，不能抽象地——例如能否把因盗窃被起诉的案件当作收受赃物罪惩罚——去考虑。我想说的是，被作为盗窃罪而起诉的特定的具体犯罪事实，根据其实体形成的模样，在某些情况下是可能当成收受赃物罪去处罚的。这是参照当初起诉书上传记的公诉事实即诉讼原因，对后来的具体实体形成状态进行判断的结果。在这时候，是不能摆脱当初的罪名亦即与构成要件的关系对后来的制约的。这就是我的主张。

三

公诉事实这个概念，已经是在以程序的诉讼结构为前提了。对纠问程序来说，即令有嫌疑事实，也不是公诉事实。可是在历来的大陆法系的刑事诉讼中，公诉仅仅是把一个案件移交给法院，而该案件的审判则取决于法院的职权。我国新刑事诉讼法把起诉书中记载的公诉事实当作“诉讼原因”，肯定它的重要性，并把它当作辩论的对象，承认这种诉因的变更，规定：“法院，经检察官请求时，在不妨害公诉事实的同一性的限度内，应当准许检察官对起诉书中所记载的诉讼原因或处罚条款加以追加、撤回或变更”（刑事诉讼法第三百一十二条第一款）。但是，不变更

诉讼原因、处罚条款时,即使是在公诉事实同一性的范围内,也不能变更起诉书所记载的事实和变更罪名。

这是新刑事诉讼法中诉讼结构变化的一个显著表现。公诉事实本身已是诉讼结构上的东西,在以职权主义为基调的旧刑事诉讼法的诉讼结构里,公诉事实只是从职权主义的实体形成方面去考虑的。然而新刑事诉讼法转向了辩论主义的当事人主义的诉讼结构,诉讼原因的概念,就是为了适应这种当事人主义诉讼结构的要求。它是上面说的那种在起诉书上记载的公诉事实,并且是其表现形式。但作为概念,则要依当事人诉讼的志向来规定;它是在作为原告的检察官那里负有举证责任、在被告人及辩护人那里必须加以防御的公诉事实。在这个意义上,诉讼原因是直接的诉讼对象。公诉事实还是职权主义的概念,而诉讼原因则必须从当事人诉讼上去解释。在诉讼理论中,前者属于实体形成方面的概念,后者属于追诉方面的概念。一边维持公诉事实的概念,一边又不得不采用诉讼原因的概念,这都是新刑事诉讼法的职权主义和当事人主义的双重性格造成的。

公诉事实是被告案件的实体,一旦作为被告案件被移交,它就不能动了。虽然诉讼是运动性的,但它必须维持基本的同一性(不变更主义)。与之相反,尽管诉讼原因是表示公诉事实的,但它却可以追加、撤回和变更,当然必须是在不妨害公诉事实同一性的限度内。虽说是追加,也不许超出公诉事实地追加;虽说是撤回,只许部分地撤回,如果全部撤回公诉的话,则必须依照取消公诉的程序来办(刑事诉讼法第二百五十七条);虽说是变更,也不许从A到B这样本质地变更,顶多不过准许从A到A'式的变更。从A到B式的变更,必须要重新提起公诉。

因此,按照新刑事诉讼法,被告案件的审判有了双重的界限:第一,根据公诉事实的界限。它作为同一被告案件中实体形成的界限,是所谓绝对界限。第二,根据诉讼原因的界限。它的

含义在于把辩论的直接目标限定在诉讼原因即起诉书所记载的公诉事实上，因而它是所谓相对界限。不经变更诉讼原因的程序不能超过界限，但在不妨害公诉事实同一性的限度内准许追加、撤回或变更。前者是被告案件的实体性界限，后者是其形式界限；前者是实体形成方面的界限，后者是追诉方面的界限。团藤教授把一个作为观念的、潜在的审判范围；把另一个当作现实的、显在的审判范围，认为它们大体上是相同的。这种双重的界限，业已在按照新刑事诉讼法作出的判例中明显地表现为公诉事实的同一性和诉讼原因的同一性。

问题在于如何具体地限定公诉事实的同一性和诉讼原因的同一性。在我的理论中，它还是与法律评价相关的事实（在观念上）的同一性问题，所以与法律评价的同一性有关。也就是说，公诉事实是以起诉书上记载的罪名即犯罪构成要件的特殊概念为指导形象的，因此在观念上要受该起诉书上的罪名的范畴的同一性（=罪质的同一性）的制约。与之相反，诉讼原因的同一性要受起诉书上的处罚条款的制约，从而直接受到起诉书上记载的特殊构成要件的制约。变换处罚条款或变换构成要件时，已经不能说诉讼原因是同一的了。这时就必须有变更诉讼原因的程序。这种理论主张不一定会被按照新刑事诉讼法作出的判例所充分证实，但应看到判例至少是倾向于这种理论的。

关于公诉事实的同一性，由大审院成立以来的判例所做出的广泛的职权主义解释，在学术界已被大力支持，并被最高法院的判例所继承。但这都是与旧法案件有关的东西，关于新法案件，尚未看到最高法院的判例。各高等法院的判例，在理论上仍然贯彻着“基本事实关系的同一”的概念，不过多少已在一定程度上意识到它要被构成要件的评价所制约。例如，就有承认贩卖毒品与持有毒品之间具有公诉事实的同一性，准许变更诉讼原因的判例。因为这是同一法条中的“兄弟式”的构成要件，所以从法律评

价上也是合适的。还有一些承认盗窃与故意购买或搬运赃物、盗窃和侵占、诈骗和敲诈等等之间的公诉事实同一性，准许变更的判例。这些判例大体上都是与同一的财产客体有关，所以具体的事实关系是同一的。即使在法律评价方面，因作为财产犯罪其罪名属于同一范畴，犯罪性质也可以说是同一的。令人感兴趣的是下面几个案例：

（一）被告因走私牛皮的行为而被起诉，公判中又追加了被告本人偷渡国境的诉讼原因，法院对这两个事实都宣告了有罪判决。然而大阪高等法院认为这超出了公诉事实同一性的范围，撤消了原判决。其判决理由是：“对照检查本件起诉书记载的犯罪事实和上述追加请求书上记载的犯罪事实，一个是被告人走私牛皮的行为，另一个是被告人本身偷渡国境的行为。换言之，行为的主体，后者是被告人本身向日本国内的秘密航行，而前者则是将货物装载在船上输入日本国领域内，二者只不过是在时间相同和利用同一船舶这两个方面有共同点，也就是二者除了事实上秘密搭船和装载的关系外，在法律上的犯罪构成要件里并无共同部分。主要是两个行为完全处于分别独立的关系，所以虽然名义上是追加诉讼原因，却不属于追加以事实同一性为前提的刑事诉讼法第三百一十二条中所说的诉讼原因，实质上应当理解为具有对分别独立的犯罪行为追加起诉的性质。然而，在上述偷渡国境方面，记录上没有迹象表明已履行了有关提起公诉的法定手续，所以不能不认为该判决是基于违法程序的”。

（二）有一个因知情故意购买赃物而被起诉的案件，但在公判中，诉讼原因被变更为“教唆盗窃然后故意购买赃物”，从而法院认定教唆盗窃的事实而判被告人有罪。名古屋高等法院认为这是脱离了起诉事实的范围而撤消了原判决。其理由是：“在教唆盗窃并和被教唆者共同实施盗窃的场合，两个事实有主观要素方面的直接关联；在实施盗窃和进而处理赃物时，两个事实有客观

要素方面的关联，这样的二者可以包含在同一起诉事实中。但是，对教唆盗窃和处理赃物两行为，仅仅能够认定有以盗窃为中介的间接关联。把连这样的间接关联都没有的场合包括在同一起诉事实中，只图审理上的方便，却因为起诉事实的同一性和既判力的范围都不明确而难以肯定……”。

（三）被告因盗窃、抢劫杀人（共同正犯）被起诉，接着对抢劫杀人的事实，又追加了预备接受赃物的诉讼原因。法院对被告人抢劫杀人的事实没有判示，只认定了收受赃物的事实。广岛高等法院认为：“本案中抢劫杀人的事实和收受赃物的事实，正如所见，虽然在犯罪的时间、地点上没有太大的差别，但是赃物罪一般被认为是事后从犯，是在抢劫杀人的犯罪行为之后施行的，所以其时间、地点仍应认为是有差异的。此外，更不用说犯罪方法、被侵害的法益的完全不同。因此，不能不认为其间缺少公诉事实的同一性”，从而撤消了原判。

在这三个判例中，第一个由于走私的构成要件和偷越国境的构成要件明显地不同而否定了公诉事实的同一性。这若按照以前的通说和判例的观点，大概是不能如此断然分清的吧！第二个否定了故意购买赃物和教唆盗窃之间的公诉事实的同一性。第三个否定了抢劫和收受赃物之间的公诉事实的同一性。这些都和以前的判例有所不同。按以前判例的论调，即使是这些场合，也不能不承认公诉事实的同一性。可是今天它们被否定了，而且，在理由里明确地考虑到故意购买赃物和教唆盗窃、抢劫和收受赃物分别属于不同的构成要件，并没有只因与同一财物的非法占有有关而直接去考虑公诉事实的同一性。公诉事实的同一性最终是具体犯罪事实的同一性问题，而不单纯是罪名或罪质的同一性问题。就决定其犯罪事实的同一性而言，构成要件的评价无疑应是一种关键。

通过这些案例，我觉得在新刑事诉讼法中，公诉事实的同一性比在旧刑事诉讼法中有更加收缩的倾向，因为公诉事实的同一

性原来是在职权主义的实体形成线索下去考虑的，而在新刑事诉讼法中，它已被当事人主义的追诉线索所控制。

问题由于案件的同一性要被案件的单一性所制约而变得有点儿复杂化了。案件的同一性必须以案件的单一性为前提去考虑。所说的同一案件，是指同一个案件。因此，属于单一案件的事实，作为不可分的东西，必须被同一案件所包含。这和刑法中的一罪或数罪的问题有联系。充分满足一次构成要件的事实，作为公诉事实它也是一个，只要它的一部分被记载于起诉书，它的全部就要成为公诉事实，变为诉讼的组成部分。例如，起诉抢劫罪时，有时出现强奸抢劫罪的事实，就可以当作同一公诉事实来对待（刑法第二百四十一条）。同样地，在科刑时也必须当作一罪对待。例如，基于诈骗罪的起诉，应当认为有审判“伪造、使用文书诈骗罪”的可能（当然有待于诉讼原因的扩张）。但是如果没有诈骗本身，就不能取而代之地去认定“伪造和使用文书”。这和基于抢劫罪的起诉不能只认定强奸罪的情况是一样的。

四

诉讼原因，是起诉书上表述的公诉事实。公诉事实和诉讼原因本来不是两个东西。公诉事实是把被诉讼原因表述了的犯罪构成事实在实体形成的方面和线索中观念化了；而诉讼原因，可以说是在追诉方面和线索中的公诉事实。公诉事实被诉讼原因限定，从而被特定的构成要件制约，而在实体形成的过程中，就是超出严格意义上的特殊构成要件也无妨，这是来自于职权主义的观点。不过，在这些场合，要以诉讼原因及处罚条款的变更为必要条件。后者在追诉的观点里，要求有严格地符合构成要件的事实。

诉讼原因记载到起诉书上，进而又发生形式变更之后，被变更的形式即是检察官对被告人的攻击目标，同时又是被告人的防

御目标。它不经过明确的变更程序，不准变更。它作为辩论立证的对象，必须是不动的。只有作为不动的目标固定下来，才能成为当事人之间诉讼辩论的对象。也就是说，在它的事实特定方面，在法律评价方面，假如加以变更，都必须通过明确的诉讼原因变更程序，以便使检察官的攻击和被告人的防御都不感到遗憾。这是当事人主义的特性带来的结果。换言之，所谓的诉讼原因，必须是单纯的肯定或否定，应当说，它是只任法院选择“是”或“不是”的东西（诉讼原因原本来自于陪审程序中起诉书上的Counts一词）。

我国的刑事诉讼目前可以说尚无陪审制度，是专由法官审判，所以不能严格恪守当事人主义，而不得不多多少少地进行职权主义的修正，不得不承认经过诉讼原因变更程序在法院的判决中可以对诉讼原因加以某种修正去认定事实。所以，也就产生了“应当准许做多大程度的修正”、“什么样的场合下要求诉讼原因变更程序”等问题，即在诉讼原因和判决之间，应当成立犯罪的事实的同一性或简称诉讼原因的同一性的问题。

我认为对此应当予以相当严格地解释，并且从实际工作的角度去考虑。例如，犯罪的时间、地点和对象的数量等虽有若干差异但并不失去诉讼原因的同一性时，就未必要变更诉讼原因。当时间、地点、对象的数量等有显著差异时，不变更诉讼原因则不许认定。譬如，在违反选举法的被告案件中，把收受非法捐款的时间比起诉书上记载的提前二个多月去认定——当然没有变更诉讼原因——的判决，被认为是违法而予以撤消。在侵占罪被告案件中，其侵占的态样和数量与起诉书上的不符时，判决也同样被撤消了。在违犯《麻醉毒品取缔法》的被告案件中，转让毒品的对象与起诉书上的记载不符，在违反《非法持有枪炮禁止令》的被告案件中，只持有一把小刀和一把匕首，都成为撤消判决的理由。

在法律评价方面，诉讼原因是和处罚条款相结合的。当处罚条款不同，进而是构成要件不同时，已经不能维持诉讼原因的同一性，这时即要求“变更诉讼原因”的程序。例如，仅以刑法第二百三十五条盗窃罪的诉讼原因，如不加变更，就不得判定为刑法第二百五十六条第一项的收受赃物罪；在盗窃罪的诉讼原因下，不得判定侵入住宅盗窃罪（有追加诉讼原因的必要）。即或是修正性构成要件，也应是另外的构成要件。例如起诉的是伤害罪，若不变更诉讼原因，就不能认定伤害致死罪。关于构成要件的一般修正形式，也是同样。例如，若把作为抢劫杀人罪的共同正犯而被起诉的人当成帮助犯判处时，就有变更诉讼原因的必要；作为一个犯罪而被起诉的，如要分割为两个罪，再作数罪并罚时，也不允许不变更诉讼原因。

但是判例对如此严格的解释，在一定方向上显示了缓和的倾向。例如曾认为在盗窃罪（既遂）的起诉下，认定盗窃未遂罪“只要保持公诉事实的同一性，并且不侵害被告人的防御权时”可以不变更诉讼原因。出于同一意图，产生了在盗窃罪的共同正犯的起诉下可以不变更诉讼原因而认定该罪的教唆犯或帮助犯的判例。若按这样的判例，把抢劫伤害罪判定为抢劫未遂罪，把强奸致伤罪判定为强奸罪，理所当然地也不用变更诉讼原因了。这种考虑是在无害于被告人的防御权方面，在诉讼原因及追诉的线索上产生的，然而这似乎可以说没有对检察官方面的追诉权利加以考虑。这不仅在理论上，而且在实际工作中也不能不发生问题。

可是，在学说上，团藤教授走得更远。他提出，把妨害执行公务罪改定为暴行罪、把刑法第一百九十四条的滥用职权罪改定为非法逮捕监禁罪时，都没有必要变更诉讼原因。他的观点把公诉事实的同一性和诉讼原因的同一性几乎看成是同一个东西，这与在“公诉事实”的概念之外去承认“诉讼原因”概念的新刑事诉讼

法的意图是不相吻合的。单从职权主义的实体形成的角度来看问题是不正确的，从当事人主义的追诉的角度看，诉讼原因作为攻击和防御的目标，必须具有固定性。把诉讼原因的同一性与公诉事实的同一性混为一谈，虽然无害于被告人的防御权，但却可能有损害检察官追诉权的危险（其实也会给被告人的防御权带来某些微妙的危险）。尽管可以提出把抢劫罪改定为敲诈罪的主张，但是实际上，虽然都同样有暴力胁迫的字样，而在具体方面却有性质上的差异，所以即使从它们的事实方面去讲，也不能不变更诉讼原因。

第十一章 构成要件与证据法

一

刑事追诉的直接目的，在于确认被告人是否犯有一定的犯罪事实。这里所说的犯罪事实，是符合犯罪构成要件的事实。刑事诉讼一开始就以某种构成要件为指导形象去辨明案件，并且就其实体逐步形成心证，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。这就是刑事诉讼中的实体形成过程。如果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。

当然，被告人不仅可以举出反证和对被追诉的犯罪事实进行争辩，并且也可以在大体上承认犯罪事实的情况下提出有法律上阻却成立犯罪之理由的主张并用事实来证明它。如果能被证明的话，被告人就应被宣判无罪，因为说有符合构成要件的事实，只是对被告人有罪的大致推测。但是，被告人真的有罪的判断，要在他的符合构成要件事实不仅应当是违法的而且应当是有责任的情况下，才能确定。因而，阻却违法性或者阻却道义责任的事实，是被当作法律定型来规定的。例如，正当防卫、精神失常等等，即是法律上阻却成立犯罪的理由。在这个意义上，构成法律上阻却成立犯罪的理由（法律上妨碍成立犯罪的理由）的事实，也是刑事诉讼中的证明事项。还有，有时虽已确认被告人有罪，但如果有法律上加重或减免刑罚的理由时，则分别要对法定刑加以修正。因而，有无法律上加重或减免刑罚理由的事实，也是证明事项。

在刑事诉讼中，犯罪事实、构成法律上妨碍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，但是什么人¹对它们有证实的义务呢？这要看诉讼的结构，不能一概而论。按照职权主义的诉讼结构，可以说法庭上证明的义务在法院，检察官有为其提供资料的义务。反之，按照当事人主义的诉讼结构，种种主张和证明的责任都必须由各当事人承担，法官只是对当事人的主张和证明给予判断，莫如说是处于一种消极的地位。大陆法系的刑事诉讼，程度不同但都是以职权主义为主的，我国的旧刑事诉讼法也是其中的一个立法例；民事诉讼则相反，是以当事人主义为主的。然而在英美法里，不管刑事、民事，诉讼结构都是当事人主义，所以有关刑事方面和大陆法显著不同。

我国的新刑事诉讼法在英美法的影响下，倾向于当事人主义的诉讼结构，但也不是纯粹的当事人主义结构，它在基本方面仍是职权主义的。对此我已再三地讲过了。不过在证据法范围里，职权主义和当事人主义交错在一起。检察官、被告人及辩护人都可以请求调查证据（刑事诉讼法第二百九十八条第一款），但决定证据调查的范围、顺序及方法的，是法院（刑事诉讼法第二百九十七条第一款）。在调查证据的程序中，询问证人、鉴定人时，首先由审判长或陪审法官询问。这一询问结束后，检察官、被告人及辩护人方可在报告审判长之后进行询问（刑事诉讼法第三百零四条第一、二款）。不过法院可以变更这一顺序（刑事诉讼法第三百零四条第三款）。在司法实践中，多是依此规定由当事人交叉询问（主询问、反询问）。这已从例外变成原则性的了。这也是新刑事诉讼法下诉讼实务更强烈地倾向于当事人主义的结果。

在职权主义的旧刑事诉讼法时期，法院和检察官有证明义务，而被告人没有证明责任（或举证责任）。在德国，以及在我国，有的学者提倡有举证责任。但是按照“不能证明时要从有利

被告方面去解释”的原则，全部举证责任都在检察官方面，不承认被告人的举证责任。也就是说，不承认举证责任的分配（偶尔在证明毁损名誉罪的事实时，被告人可有举证责任。这被当作我国法制受英格兰法影响的地方，但我认为这在理论上还是有疑问的）。如此不加分配，只以一方有举证责任，实在不过是没有有什么实际效益的概念。

然而到了今天，新刑事诉讼法大幅度地采用了当事人主义，当事人举证责任这件事，作为司法实际问题，在程序结构上又占有了一定的地位（新刑事诉讼法中并没有关于举证责任的规定）。团藤教授特别强调了举证责任。不过，他考虑的仍和旧刑事诉讼法一样，是单方面的举证责任，没有讲对当事人的分配。他的观点到底能否正确阐明新刑事诉讼法中证据的法律关系，还令人怀疑。在这一点上，江家教授的举证责任论要更进一步。他认为，关于违法阻却事由及责任阻却事由，被告人“必须提出能够使法官大体上得到心证程度的主张”。但是，这不过是事实方面的推定问题，最终仍是检察官对它的不存在，负有举证责任。

在这里，有必要搞清楚举证责任的概念。举证责任有两种含义：其一，对于某种事实，当事人无论如何必须有证明它的行为。如不履行这一义务，就要承担法庭不考虑该事实的危险。这可称为形式的举证责任。其二，对于某种事实，尽管调取了证据，但最终仍不能证明（得不到心证）时，必须做出对承担举证责任的当事人不利的判断。这可称为实质的举证责任（这些用语未必合适，暂时按德国诉讼法学的用语。在英美法里，举证责任大体上用形式性含义，即承担由不履行证明义务而产生的危险）。这两种含义实际上是互相关联、各有侧重的，是分别从证明行为和判断两个方面去考虑的结果。

这种举证责任的分配，在纯粹的当事人主义诉讼结构里，最初是严格执行的。但若掺加职权主义进来，就不能严格执行了。

在职权主义的旧刑事诉讼法中，被告人如不主张对自己有利的事实并予以证明，其事实说不定也有被忽略或不为人知的危险。在这个意义上，也可以说被告人有若干形式的举证责任。在倾向于当事人主义的新刑事诉讼法中，仍然以职权主义为基础，所以虽有举证责任的分配，也不能否定法院的职权审理义务。例如，尽管怀疑有精神病，对此不加证明就在判决中否定时，即可作为审理不清成为撤消判决的理由。在这个意义上，被告人的举证责任被职权主义缓和了。

二

新刑事诉讼法中的当事人诉讼结构，使举证责任的理论有了变成实际工作理论的可能。凡是在理论上承认举证责任的，那么同时就必须承认举证责任的分配。举证责任这一概念在诉讼理论上并不属于职权主义的实体形成方面，而是属于当事人主义的追诉方面。这个概念本身就包含着责任分配这件事。提到举证责任，形式上是指当事人必须对各自所主张的事实进行证明，实质上意味着只要对该事实没有产生确信，就必须作出“无此事实”的判断。这样地把要证明事项在当事人之间分配就是举证责任的分配。在新刑事诉讼法中，由于它的当事人主义结构，便可以认为有这种意义的举证责任分配。因而我今天进一步主张在这种分配中要以犯罪构成要件概念为标准。

（一）对于犯罪事实，检察官有举证责任。这里讲的犯罪事实，是指提起公诉的犯罪事实，是在诉讼原因中被告人被追究责任的“应当成立犯罪的事实”。它是因为属于适用一定处罚条款（刑罚法规）的事实而被记载于起诉书上的事实，并因此是符合一定犯罪构成要件的事实，是犯罪构成事实。对这种犯罪事实亦即构成要件事实的证明，形式上是检察官的责任，这大概是没有异议的。然而，“被告人被推定无罪”，检察官对所指控的事实必

须证明“没有合理的疑点”这一英美法的思想对我国的新刑事诉讼法也是合适的。这种场合所要求的证明，是整个诉讼中对确实性要求最高的。当然，检察官的证明不充分时，法院可以运用职权进行证据调查。但是如果还残留着合理的疑点，就必须宣告无罪（实质的举证责任）。

（二）对于构成法律上的妨碍成立犯罪理由的事实，被告人一方（被告人及辩护人）有举证责任。这些事实是犯罪构成要件以外的事实，它们的存在，就被称为有法律上规定的妨碍成立犯罪的理由。对于这些事项，在旧刑事诉讼法下还不能说被告人有举证责任，即使在新刑事诉讼法下，暂时也没有看到主张这种观点的学者。然而，新刑事诉讼法中的当事人主义结构，在这个问题上，把必要的辩护扩张（刑事诉讼法第二百八十九条）、起诉书一本主义（刑事诉讼法第二百五十六条第一款）、出席程序（刑事诉讼法第二百九十一条）及证据调查程序等看成有罪判决中必须明确判断的事项（刑事诉讼法第三百三十五条第二款）——这方面旧刑事诉讼也有（旧刑事诉讼法第三百六十条第二款）。对此，至少应当理解为“被告人一方，对构成法律上妨碍成立犯罪理由的事实必须提出主张并且必须进一步加以证明”，才为妥当。也就是说，应当理解为被告人有形式的举证责任。

这也不是说法院和检察官可以对这种事实不关心。如果这种事实的存在有疑问的话，法官必须依照职权进行调查取证。特别是当被告人有主张并有一定程度的证明而法官对其没有积极审理时，这往往就成为因审理不清而撤销判决的理由。检察官也不得不过问这种事实。为了“正当地适用法律”，必须搞清楚这种事实。但是尽管如此，这和被告人一方有举证责任的解释都不矛盾。如果从当事人诉讼的结构形式来讲，主张和证明这种事实的责任，首先在被告人一方，但检察官和法院必须从维护公共利益的角度出发各依职权努力予以证明。这虽是来自职权主义的原则，

然而是对结构的补充性保障。

问题在于实质的举证责任。那就是：被告人试图对可以成为妨碍成立犯罪理由的事实进行证明，法院也依职权尽力审理了，但仍不能达到确信该事实的存在，换句话说，仍存在着疑点时，法院应当是肯定它还是否定它呢？当然，这是以犯罪事实已被大体上证明了为前提的。依照过去的观点，既然犯罪事实已被证明，妨碍成立犯罪的理由就没有必要一一证明其不存在了，至于违法性和责任，事实上已经被推定了。但是，在这个问题上产生疑点时，如果没有证明疑点不存在，就不能宣告有罪。这种说法，即“存疑之处，按有利于被告去解释”，意味着实质的举证责任完全在检察官一方。不过，我认为在新刑事诉讼法中，是否应理解为实质的举证责任在被告人一方，即只要对构成妨碍成立犯罪理由的事实的存在发生怀疑，就不能宣告被告一方无罪。因此，被告一方必须证明该事实的存在。只要不能证明其存在，虽有疑问也要做出有罪判决。美国在这一点上有争议，但我认为当事人诉讼的结构必然会带来这样的结论。不过这一证明不同于对犯罪事实的证明，它并不以严格的证明为必要，它可以较自由地证明，对此我后面还要讲。

（三）对于可成为法律上规定的加重处罚理由的事实，检察官方面有举证责任。这种事实既然实质上属于加重责任的东西，那么由检举官方负举证责任就是理所当然的事情。例如，对于可构成累犯的前科，就必须由检察官提出主张并予以证明。形式的举证责任也明显地在检察官方面。当然，法院也可以根据职权对此调查取证，并且也被认为有这个义务，但是只要检察官没有提出主张，法院虽未调查取证，也不能说是违法而成为撤消判决的理由。正因为如此，实质的举证责任还是应当在检察官一方。尽管有检察官的证明和法院依职权调查取证，但若不能证明时，仍然必须作为没有累犯事实来判断。不过在这方面，证明可以不是

严格的，自由证明即可。

在这里应注意的是构成法律上规定的加重刑罚理由的事实含义。它是构成要件以外的事实，是法律上当作加重处罚理由的事实。可构成累犯的前科恐怕是这种事实的唯一的（并合罪的加重是把二个以上的犯罪合并审判，检察官当然对它们都有举证责任）。加重性构成要件不能归入这种情况。例如，伤害致死罪（刑法第二百五十条第一项）、伤害尊亲属致死罪（同条第二项）等，都是加重（修正）性构成要件，因而对它们，检察官都有严格举证的责任。

（四）对于可构成法律上减轻或免除刑罚的理由的事实，举证责任在被告人一方。当然，如果检察官也了解这种事实，就必须提交法庭。法院如感到这方面有问题，也应当依照职权对这种事实调查取证。尽管如此，“如不主张和证明，可能被忽略和不予考虑”的危险（形式的举证责任）还是由被告人承担的。此外，尽管有当事人的证明和法院依职权调查取证，但若不能予以证明时（以有犯罪事实的证明为前提），仍然必须作为没有该事实来判决（实质的举证责任）。

这里所讲的构成法律上减轻或免除刑罚的理由的事实，是指被法律规定的、可成为减轻或免除刑罚理由的定型事实。例如，精神失常（刑法第三十九条第二款）、聋哑人（刑法第四十条）、内乱的预谋罪或帮助罪中的自首（刑法第八十条）等等。判例认为，所谓刑罚的减轻或免除理由，是指法律上有一定事实时，必须减轻或免除刑罚的情况，如果不能减轻或免除刑罚，即不属于这类情况。我以为这是不妥的。至少在举证责任的关系中，后者也必须属于这个范围之内。有判例认为，自首（一般情况下的）的主张，也必须由被告人一方来证明。

三

认定事实必须根据证据（刑事诉讼法第三百一十七条）。这时所说的事实，若广义地讲，可以说是实体法的和诉讼法的一切事实。不论实体法事实还是诉讼法事实，法律上的重要事实都必须根据证据来认定。然而，这一规定在司法实践中还有被限定了的较狭窄的含义。那就是“业已提起公诉的犯罪事实的认定，必须根据证据”，而且这种证据还必须是在刑事诉讼法（第三百一十九条及以下各条）规定中肯定有证明力的证据，并且是经过公开审理中的合法调查后所认定的证据。也就是说，在上述意义上，必须有严格的证明。这样的解释论，我在旧刑事诉讼法时发表过，它在新刑事诉讼法下仍是正确的。关于犯罪事实，它的心证有必要达到最高度的确信，不得残留合理的疑点。在这个意义上，对犯罪事实的证明也不能不是严格的证明。

这里所说的犯罪事实，是犯罪构成事实，即符合犯罪构成要件的事实，应当成立犯罪的事实（刑法第三百三十五条第一款）。与旧刑事诉讼法相比，新刑事诉讼法中显著地加强了证据法方面的规定。虽然在旧刑事诉讼法中，对书证的证明力有限制（旧刑事诉讼法第三百四十三条第一款），但是，“依法作成的讯问笔录”、尤其是预审笔录，具有完全的证明力，并且还认为对法院的案件完全没有限制的必要（同条第二款）。然而，新刑事诉讼法原则上禁止“把公开审理期间代替供述的书面材料，或以公开审理期外以他人的供述为内容的供述，作为证据”（刑事诉讼法第三百三十条）。若依美国诉讼法学，这就是排除传闻证据；若依大陆诉讼法学，这就是贯彻口头主义和直接审理主义。这些被加强的关于书证和供述的证明力的限制，必须解释为专门与犯罪构成事实的认定有关的东西。在有罪判决中“必须指明应构成犯罪的事实、证据的标题及适用的法令”（刑事诉讼法第三百三

十五条第一款），这无非是明确地要求有严格证明犯罪构成事实的程序。

应构成犯罪的事实即符合犯罪构成要件的事实，必须与构成法律上妨碍成立犯罪的理由的事实或者法律上加重或减轻、免除刑罚的理由的事实明确地区分开。对于后二者，判决中并不要求指明证据的标题和适用的法令，但是只要有这种事实的主张，就必须指明对此所做的判断（刑事诉讼法第三百三十五条第二款）。可以不出示证据，但却不是说可以不根据证据去认定。对这种事实也理所当然地要依据证据去认定，只是对于这种证据没有必要严格限制其证明力，它的证明没有必要非达到与犯罪事实相同的最高的确信程度即“没有合理的疑点”不可。它只要能被“优势证据”所证明，就是说，与否定它的证据相比，肯定它的证据一方要占优势，就可以了。上述两个意义说明，它具有自由证明就足够了。

（一）所谓构成法律上妨碍成立犯罪的理由的事实，最终就是违法阻却理由或责任阻却理由。当提出有应该属于正当防卫或紧急避难的事实、应该属于精神失常的事实、未满十四岁的事实等主张时，必须说明对它的判断。不过其证明可以是自由的证明，这已被判例所承认。故意和过失，作为心理事实，属于构成要件中的主观要素。否认它们的主张，是不妥当的。同时对它们应以严格的证明为必要。构成要件中的纯主观要素，例如目的犯的犯罪目的，也同样如此。但是，提出有关违法性的错误、或不存在期待可能性、或阻却道义责任的特殊理由等主张，可以认为属于这种情况，但对它们的证明只要是自由的证明就可以了。

狭义的处罚条件，例如破产犯罪中的宣告破产，不属于构成要件，但在判决中有必要指明它的存在，并且所有的裁判都要附带理由（刑事诉讼法第四十四条第一款）。可是，对它的证明却没有严格证明的必要，自由证明就足够了。对于处罚阻却理由，

例如因亲属之间的盗窃而免除刑罚（刑法第二百四十四条），也同样如此。在旧判例中，因属于狭义处罚条件而构成犯罪的事实，也要说明证据。我以为这是不妥当的。

（二）作为法律上加重刑罚理由的事实，是可构成累犯的前科。因为它要加重被告人的责任，所以要认定它，必须搞清楚它的事实。但是因为它不是犯罪构成事实。所以没有严格证明的必要，自由证明即可，在判决中也没有必要摘录证据。有的学说把累犯当作应构成犯罪的事实，然而这在旧刑事诉讼法下已被否定了。在新刑事诉讼法下，要依据证据认定构成累犯的前科，但也没有严格证明的必要，只要自由证明就可以了。在这方面，目前已有确定的判例。我认为这不仅在理论上，在实践上也是合适的。

虽然是在这样的关系下，犯罪构成要件与法律上加重刑罚的理由也应当截然分开。对一种构成要件添加加重理由，虽然本质上仍属相同构成要件，但变成了一种被修正了的构成要件（亚型）时，对其全体都有严格证明的必要。

（三）对于构成法律上减轻或免除刑罚理由的事实，自由证明也足够了。既然对加重刑罚的理由自由证明都够了，对减轻或免除刑罚的理由当然就更不用说了。

（四）对于诉讼条件，也没有必要进行象犯罪事实的证明那样的严格证明，自由证明也可以了。但是，例如告诉才处理的犯罪中的告诉或告发的有无，在诉讼上成为问题时，法院当然必须在审理时根据证据去加以确定。

四

不管被告人在公开审判中是否供认，当其供认成为对自己不利的唯一证据时，不得认定被告人有罪（刑事诉讼法第三百一十九条第二款）。这是新宪法中采用了美国法制的结果（宪法第三

十八条第三款)。其合理性在于抑制逼供的弊端，避免轻信口供的危险。无论怎么讲，在新制度下做出有罪判决时，仅有被告人的口供是不够的，必须有补充加强的其他证据。这并不是说被告人的口供没有形式上的证明力，而是承认它的证明力但只基于它却不得做出有罪判决的意思，因此它不过是有不完全证明力的证明。如果说即便是得到了充足的心证也不能做出有罪判决的话，那么它实质上可以说限制了自由心证主义。

在这里，就以补充加强口供的证据（补强证据）为必要的范围而言，构成要件的概念再一次有了重要的意义。

（一）以补强证据为必要的事实，限于犯罪构成事实，亦即符合犯罪构成要件的事实。对于除此之外的事情，例如构成法律上妨碍成立犯罪的理由的事实、构成法律上加重、减轻或免除刑罚的理由的事实等，则不以补强证据为必要。可以说，构成要件指明了对口供必须补强证据的外围界限。

（二）可是，对于属于犯罪构成事实内部的各部分，是否全都应当以补强证据为必要呢？在美国的判例里，是以对犯罪事实（*Corpus delicti*）的补强证据为必要的，这一点也被我国的学说继承下来，即认为：“对于犯罪事实的全部——至少是它的重要部分——都要求存在补强证据，并且以此为满足”。这里所说的“犯罪事实”，是指犯罪构成事实中“既不割断与行为人的联系，又认为只属于其客观方面”的部分。“犯罪事实”的概念是20世纪初叶在大陆的纠问程序中使用的概念。它的德语形式是 *Tatbestand*。正如我一再指出过的，它就是今天的构成要件概念，而现在要在证据法中使用这种陈旧的概念，就必须说明其中的因缘。

但是，将这样把补强证据限制在犯罪事实上的美国判例直接地引入对我国刑事诉讼的解释，是缺乏实定法根据的，并且在实体上也是有疑问的。犯罪事实的概念，作为纠问程序中的概念，明显地是只把握犯罪的客观方面，而要确认行为人有罪，是不能

完全脱离其主观方面的。现代的构成要件理论中主观要素逐渐得到了承认，就是这个缘故。即使在证据法中，也没有理由要把主观方面从客观方面分离出来，尤其是如果割断与行为人的联系，在决定被告人的责任这个最重要的一点上，就会缺乏保障。

我相信，在口供与补强证据的关系当中，没有理由在构成要件的客观方面和主观方面之间设立差别和等级，特别是“行为人是什人”更是具体犯罪构成事实中的一个重要要素。割断与行为人的联系，仅仅特别重视行为的客观方面，那么关于“对它非得有补强证据不可”的解释就失去了实质性理由。既然口供已经属于证据之一，那么就不应要求对犯罪事实各部分全都要有补强证据，而且如果依据对相当一部分的补强证据就可以达到确认被告人犯罪事实的全体的话，仅有口供就足够了。这种观点还是合适的。“应补强口供的证据，不一定非得是涉及到口供中的犯罪构成事实的全部无一遗漏地充当其根据不可，只要有使口供事实的真实性得到保障的补强证据，就足够了。”这种判例立场，在上述意义上是正确的。正因为如此，对于下述判例，即认为在故意、“知情”等犯罪的主观方面把口供作为唯一证据也无妨，不要求补强证据去证实与被告人的联系的判例，可以理解为其主张对犯罪事实各部分没有必要无遗漏地提供根据，如果整体上能保障不失去“被告人有犯罪事实”的真实性就行了。

总而言之，对于不是犯罪事实（即应当构成犯罪的事实）而是构成法律上加重、减轻或免除刑罚理由的事实，认为只根据被告人的口供去认定也无妨的判例，以及对于构成累犯的前科认为也不一定非要补强证据不可的判例，都是正确的。在此，构成要件就是划定必须有补强证据外延的依据。

第十二章 上诉审的结构与 构成要件

一

犯罪构成要件概念在刑事诉讼法中的机能并不限于以上三个主要方面。属于诉讼条件的事物管辖和地区管辖，都要以构成要件事实为目标来决定。特别象与地区管辖有关的“犯罪地”（刑事诉讼法第二条第一款），就是指犯罪事实亦即犯罪构成事实的发生场所；还有作为公诉时效起算点的“犯罪行为”（刑事诉讼法第二百五十三条），就是指符合犯罪构成要件的行为——这时的“行为”应当理解为含有符合构成要件的结果。这些问题我在《犯罪的时间及地点》一文中都讨论过了。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（刑事诉讼法第二百一十七条、第二百一十条、第六十条第三款）；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（刑事诉讼法第二百八十九条、第二百八十四条）。不过，对这些事项，今天没有一一讨论的必要。

在本书的最后，我想从构成要件理论的立场来讨论一下上诉审结构中构成要件概念的重要性。犯罪的构成要件是刑事诉讼、其中主要是实体形成方面的指导形象。这在第一审诉讼的实体形成当中是很明显的，但也并不一定只限于第一审诉讼，而是包含上诉审在内的全部诉讼的一贯理论。它从实体和程序两方面指导着诉讼。控诉审的结构如果是复审，就不用说了，但是新刑事

诉讼法既然采取了事后审的结构，承认关系到事实和量刑的控诉理由，就不能不认为它已经部分地变成了继续审。现在，各高等法院里都进行实体性事实的审理。只要是这样，其实体形成就必须受犯罪构成要件的指导。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。

上诉审大体上分三种结构类型。其一是复审。所谓复审，是对被告案件的再审理，是对实体性审理的修改和订正。它要对被告案件全面地进行新的审判。旧刑事诉讼法下的控诉审就是这种结构。在再审的程序中，有开始再审的决定时，即对案件重新审判（刑事诉讼法第四百五十一条第一款），于是就成了复审。其二，是继续审，就是继续审理的意思。它的结构是，以原审中的诉讼资料为前提，进一步审理新的资料，并对全部资料进行判断。民事诉讼里的控诉审，就可认为是这种继续审结构（民事诉讼法第三百七十七条至第三百七十九条）。新刑事诉讼法中的控诉审，以下面将要讲的事后审的结构为原理，但是有必要对控诉理由调查取证时，法院可以根据检察官、被告人或辩护人的请求，或者依职权，对事实调查取证（刑事诉讼法第三百九十三条）。在这种场合，又有点类似于继续审的结构。

上诉审的第三种结构类型，是事后审——正确地讲，应当是“尔后审查”。它的结构是，审查原判决是否有误，如果有误，则以此为理由撤消原判决并纠正其错误。大陆法中的上告制度（在民事诉讼和刑事诉讼中通用），就是这种结构。英美法中的上诉制度也被理解为事后审性质的。在事后审中，当事人以原判决有特定的错误为理由，请求审查，在历史上，这种审查只限于适用法律上的错误。大陆诉讼法中的上告制度到今天为止仍是这种意义上的法律审，在英美法中，也以法律审为原则，但后来变得多多少少地允许审查事实了。我国的旧刑事诉讼法采用的是大陆法系的上告制度，但也承认与事实及量刑有关的上告理由，而且采取的

是管理上告的法院大体上承认其理由时，将根据审理事实的决定，亲自进行复审的结构（后来的修改变成移送或退回下级法院审理）。

新刑事诉讼法把控诉审作为事后审，而且不限于以违反法令为控诉理由，事实的认定或量刑有不当之处也可成为控诉的理由（刑事诉讼法第三百七十七条至第三百八十二条）。在这一点上，接近于旧刑事诉讼法中的上告审，只是因为不承认后者那种根据审理事实的决定来成立复审的做法，人们对这种结构就发生了疑问。我相信以部分继续审的观念可以解决这个问题。这我已经说过了。

新刑事诉讼法中的上告审，仍属事后审，不过原则上仅以违反宪法及违反判例为上告理由（刑事诉讼法第四百零五条）。它的审查对象只是特殊的法律问题。然而在认为违反一般法令、误认事实或量刑不当，如果不撤消原判决就会明显地违反正义时，上告审法院可依职权撤消原判决（刑事诉讼法第四百一十一条）。要而言之，上告审是事后审，原则上是特殊的法律审，例外情况下也可以是一般法律审及事实审。

这种不是通常的上诉，而是于再审程序中有了再审的决定后才构成复审的非常上告程序，是严格地只与违反法令有关的尔后审查。它的结构在新旧刑事诉讼法中是一样的。

以上现行法中上诉审的各种结构当中，复审的场合这里没有必要再另外详细讨论了，与在第一审程序中一样，犯罪构成要件也是它的法律性、事实性实体形成的指导形象。继续审最终也可以说是如此。问题在于单纯的事后审、特别是在有关其法律问题的审查中，构成要件的概念将发挥什么样的机能呢？对此我想谈点看法。

二

首先来看看控诉审。新刑事诉讼法中的控诉审是事后审的结构。在所承认的控诉理由当中,对于法律问题亦即广义的“违反法令”,明确地划分为违反诉讼法和违反实体法两种。刑事诉讼法第三百七十七条至第三百七十九条规定的是违反诉讼法;第三百七十九条和第三百八十条所说“有适用法律的错误”等,专门是指违反实体法。

广义的“违反法令”中,违反诉讼法,是指原审在程序上没有“遵守”诉讼法的规定(程序错误);而违反实体法,则是指在判决中没有正确地“适用”实体法(判决错误)。二者在理论上大体是可以区分清楚的,可是对诉讼法的违反也可以说成是诉讼法的“适用错误”,特别是在否定诉讼条件的判决——管辖错误、驳回公诉、免于起诉——当中更是这样。它们不仅是程序的错误,同时也是判决的错误。与之相比,更重要的错误是适用实体法的错误,但违反实体法的同时也可以说里面有对诉讼法的违反。所说的在审判中必须正确适用实体法,本身就是诉讼法的义务——不单纯是国法性的义务。如果错误地适用实体法只限于明显存在于判决本身的内容,那就可以称其为“被判决内容的错误”,似乎可以将其从“程序错误”中区分开来。但是,实体法的适用是和认定事实互相依存、相辅相成的,法律问题和事实问题实际上是不能分开的。适用实体法的错误同时也可以说是认定事实的错误,它不仅仅是“被判决内容的错误”,而是“判决的错误”。而且“判决的错误”同时也就是“程序错误”,是明显地违反诉讼法的,因为判决是运动着的程序上的作用结果。

这种观点也可以根据对控诉审(或上告审)中的撤消判决的实践所进行的观察而得到证明。从正面看,因适用实体法错误——旧的用语是“拟律的错误”——被撤消原判决的,只限于明显

的“判决的内容错误”的情况，因而这莫如说是十分少有的。怀疑有适用实体法错误的场合，多数同时在认定事实方面也有不充分的地方，因此，大致都以“理由不完备”或“审理未尽”为理由予以撤消。所谓“理由不完备”，是指“判决未附具理由，或理由有矛盾的”（刑事诉讼法第三百七十八条第四项）；至于“审理未尽”，则是指没有直接根据实定法的规定。然而，对于构成正确适用实定法之基础的事实——应当成立犯罪的事实（犯罪事实、符合构成要件的事实）——必须根据充分的审理才能确定。这一诉讼的基本原理是从旧刑事诉讼法时代，或者说从旧刑事诉讼法时代以前就已被判例所承认的法理。在实定法上，最终要归结到“理由不完备”。有时，也以违反证据法则例如违反刑事诉讼法第三百一十九条第二款去认定，“应构成犯罪的事实”为理由撤消了判决。这无疑是根据刑事诉讼法第三百七十九条作出的。总而言之，在诉讼的实体形成中，法律方面和事实方面是一种实际上不可分的关系，在法律性的事后审中，显然，法律上的构成要件是它的指导形象。

下面，我们再来看一下新刑事诉讼法中的控诉审里，在对违反法令的审查当中，构成要件作为诉讼的指导形象是怎样发挥机能的。

（一）关于实体法的适用是否有错误，实体法（刑法）的全体都成了问题，除了构成要件的适用之外，“构成法律上妨碍成立犯罪的理由的事实”（= 违法阻却原因或责任阻却原因）的有无，“构成法律上加重、减轻或免除刑罚的理由的事实”的有无等等也都成了问题。但是，无论如何，首要的问题是是否对“应当构成犯罪的事实”正确地适用了法令（刑事诉讼法第三百五十三条）。这进一步是构成要件相符性的问题。对此大概不用再多说了。被认定的事实与对之所适用的法律条款不相吻合时，当然属于“适用法令有误”，因而成为依刑事诉讼法第三百八十条撤消判决

的理由。它属于在判决内容本身所认定的事实和适用的法条之间明显地存在着矛盾的场合——旧刑事诉讼法中称为“不影响确定事实的违反法令”（旧刑事诉讼法第四百三十九条）。例如，认定了抢劫的事实却适用盗窃罪的法律条款，或是认定了抢劫未遂的事实而适用抢劫既遂罪的法律条款等，就属于这种场合。只是这样的场合很少遇到。

多数的场合都是属于在法律方面对构成要件的解释多多少少有疑义，随之而来的是在事实方面对判决所指出的事实不能下确定判断的状态。在这些场合，法律方面的疑义和事实方面的疑问是互相依存地同时成为问题的。解决构成要件解释中的疑义，必须再研究讨论事实方面，于是，就必然造成对事实的调查取证。因而，怀疑原判决中法令解释不当，与此相关必须矫正对事实的认定时，应当以理由不完备即“判决未附具理由或理由有矛盾”（刑事诉讼法第三百七十八条第四项）而撤消原判决。这一意图与旧刑事诉讼法中的上诉审情况相同。从最高法院的判例中可以寻找到几个有参考价值的判例。

【案例一】原判决认定的事实是，被告人强奸妇女之后产生抢劫的犯意，从同一女子身上强行夺走现金，故以抢劫强奸罪论处。但是抢劫强奸罪（刑法第二百四十一条前句）是以抢劫犯利用抢劫之机强奸妇女为要件的，而原判决没有认定被告人在强奸之际有抢劫的意思。最高法院认为这“有明显的影响到判决的违反法令的现象和理由互相矛盾的违法现象”，撤消了原判决。

【案例二】原判决以敲诈罪处罚被告人，但从该事实认定上看，应视为被告人为实现其权利而使用胁迫手段令他人交出财物。如果事实如此，被告人的行为就不构成敲诈罪。但是被告人是否真的有此权利，或者是否以实现权利的意思而使用胁迫手段，从判决中都无法得知。最高法院以“原判决毕竟是基于审理不尽的理由即不完备的违法”而宣布撤消。

【案例三】原判决认定的事实是，被告人开设赌场，并且自己亲自参加赌博，其结果大致是要弄了有利于自己的伎俩去谋利，判决以刑法第一百八十六条第二款的开设赌博罪处罚。然而若依照最高法院的解释，该条款所指的“谋利”，是以抽头钱及其他名义收取的开设赌场的等价报酬，原判决的词语与此不符。根据这一解释，“原判决作为符合旧刑事诉讼法第四百一十条第十九项规定的违法”予以撤销。

【案例四】原判决认定对被告人犯有敲诈罪的指控成立，但关于当时被告人伸出去的短刀刺伤被害人这一点，以无证据确认它是出自暴行或伤害的故意作为理由，宣判无罪。但是，所说的没有暴行或伤害的故意并不能直接地全面否认伤害责任（比如可以考虑过失伤害）。最高法院以此案宣告无罪的判决属于“未免有理由不完备性质的违法”为由，撤销了原判决。

这些判例的旨趣，在新刑事诉讼法下的控诉审中都是适用的。象这样地把实体法、特别是构成要件的适用解释上的错误或疑难问题，放到违反诉讼法的范畴内处理，说明诉讼法上的实体形成是法律性和事实性浑然一体的，并且在法律方面构成要件是其指导形象。作为实体法性质的问题还有是否有“构成法律上妨碍成立犯罪的理由或加重、减轻、免除刑罚的理由的事实”的问题。对此，虽然原审中提出过主张，但如果原判决上没有指明判断，那就理所当然地属于重大的违反诉讼法（刑事诉讼法第三百三十五条第二款）。如果大体上指出了判断，那就可以进一步争论对它的适用解释是否正确的问题。这时，直接成为问题的是构成法律上妨碍成立犯罪的理由（阻却违法性或责任的理由）或是加重、减轻、免除刑罚的理由的事实，它们必须联系到特定的构成要件去具体判断。其指导形象仍是特定的构成要件。

（二）对诉讼法的违反与犯罪构成要件没有直接关系，但是，是否具备诉讼条件的判断，却间接地与构成要件有关。象

“违法认定管辖或管辖错误的”（刑事诉讼法第三百七十八条第一项）、“违法受理公诉或不受理公诉的”（同条第二项）、“对于受到审判请求的案件不进行判决或对于没有受到审判请求的案件作了判决的”（同条第三项）等等，都是有关实体性诉讼关系（即以诉讼的实体形成前提条件的诉讼条件）的有无的东西，它们都关系到被告案件的实体。被告案件无非是以犯罪构成要件为指导形象的实体形成的过程，所以最终不让它和构成要件挂上勾就无路可走。尤其是关于受到审判请求的案件和没有受到审判请求的案件，希望能参照上面论及的构成要件与公诉事实的关系。

三

新刑事诉讼法中的上告审，原则上只以违反宪法和违反判例为上告理由（刑事诉讼法第四百零五条），还可以依职权审查违反法令的事项（刑事诉讼法第四百一十一条第一项）。前者提出的，可以说是特殊的法律问题，后者提出的是一般的法律问题。违反宪法当然是广义的法律问题；而违反判例，则是指违反出现于判例中的法律见解，这大体上是与法令解释有关的问题。现在，判例本身应当肯定为法律渊源的一种，违反判例仍然是法律问题。

违反宪法，违反判例及违反法令，归根到底是法律渊源的不同，是形式上的差别。若从它们的实体（所规定的事项）来讲，还是违反实体法或违反程序法。因而对它们的审查，和前述的控诉审中对违反法令的审查，没有什么原理上的差异（作为控诉理由的“违反法令”，是包含有违反宪法、违反判例的广义性的东西）。

违反宪法，实际上大多是与违反诉讼法有关的场合（宪法第三十一条至第三十九条）。但是，在行政性罚则无视宪法所保护的基本人权——如思想自由（宪法第十九条）和法律面前的平等（宪法第十四条）的场合，或者在没有依照宪法上的立法程序

——例如没有法律委任而颁发政令——而设置罚则的场合，其刑罚法令的效力大概就成了问题。违反判例，涉及到实体法和诉讼法的全体。与实体法有关的，是所有与特殊构成要件的解释有关的判例。例如与刑法第二百三十五条的盗窃罪的构成要件有关，判例以“非法占有的意思”为必要要件，没有非法占有的意思就不构成盗窃罪。所以，倘若违反这一判例，认定没有非法占有意思的事实并以盗窃罪论处的判决，或是关于这一点的事实还不十分清楚就以盗窃罪论处的判决，就免不了要因违反判例或理由不完备而被撤消。

四

最后，再论及一点关于非常上告程序中的对违反法令的审查问题。

非常上告的理由限于“违反法令”（刑事诉讼法第四百五十四条）。这时讲的违反法令，应当理解为包含有法律渊源性的违反宪法及违反判例。关于违反判例，可能会有疑问，但作为上告理由，新刑事诉讼法把违反宪法和违反判例并列起来，并把（狭义的）违反法令作为职权调查事项，这种立场应当认为是正确的。判例，特别是刑事判例，关系到法令的解释，所以从这点出发也不能不予考虑。至于事项，无疑要包含对实体法的违反和对诉讼法的违反。

关于对实体法的违反，特别是有无构成要件适用方面的错误，在非常上告的审判中，应当只限于审查原判决所认定的事实和对此所适用的法律条款之间的明显的矛盾。非常上告的理由限定在对法令的违反上，受理上告的法院在“关于法院的管辖、公诉的受理及诉讼程序”等方面，可以进行事实调查（刑事诉讼法第四百六十条第二款），但不允许进行关于实体法性质的事实、特别是构成要件性事实的事实调查。就是说，原判决所认定的应当构成

犯罪的事实即犯罪构成事实，约束着受理非常上告的法院。在控诉审或上告审中，对已被认定的、关系到构成要件的适用的事实有疑问时，可以作为理由不完备或审理不尽而撤消或退回原判，但在非常上告中却不能这样。这是因为，非常上告应当理解为“为了法律利益的上告”，原则上是单纯以正确和统一地解释适用法令为目的的。在这一点上，可明显看出非常上告中对违反法令的审查，比起控诉审或上告审中对违反法令的审查来，要狭窄得多。

可是，最高法院对这种非常上告的理由及审查的界限，有时也判断错了。例如，原判决把一名未满十八岁的少年的年龄认定为二十二岁，从而根据正常程序宣判了刑罚。对这种情况，最高法院却以没有非常上告的理由而予以驳回。其理由是：“非常上告是以纠正适用法令上的错误，进而达到法令解释适用上的统一为目的的”，所以，“不管是实体法还是程序法，只要不是法令解释上的错误，仅仅是因为适用法令的前提性事实错误而必然带来的违反法令的后果的场合”，不应当属于刑事诉讼法第四百五十四条所说的“案件的审判违背法令”。但是，这在没有区分开实体法事实和诉讼法事实方面犯了错误。关于诉讼法事实，还没有看到对它的违反法令不进行事实调查的，因此，刑事诉讼法第四百六十条第二款，肯定了对诉讼法事实的事实调查。法院的管辖、公诉的受理，都是诉讼条件，亦即诉讼实体形成的“前提事实”。而最高法院认为应当区别“前提事实”和“程序本身”，并且只对后者才准许事实调查，这种见解，是与刑事诉讼法第四百六十条第二款的意图相悖的。我们根据刑事诉讼法第四百五十八条第一项但书的规定可知，非常上告虽然是“为了法律利益的上告”，但同时也保护着被告人的利益。况且，虽然解释上没有疑问，但只要是明显地违反了法令，对它的匡正，就在“纠正适用法令上的错误”意义上合乎非常上告制度的精神。

被告人是不是少年，这是兼跨实体法和诉讼法的事实，也许最高法院对这一点有疑惑。但是，既然是实体法的事实，就约束着受理非常上告的法院。这类事实应当理解为原判决中认定的“应构成犯罪的事实”即符合构成要件的事实，以及应当与这种事实一并考虑的“构成法律上妨碍成立犯罪的理由的事实”亦即符合违法阻却原因或责任阻却原因的事实。被告案件的实体形成应当是根据审理事实的法院的心证，尤其是一旦推翻已被确定的判决中的事实认定，就违背了肯定审判确定力的法律安全的宗旨。即使是实体法的事实，除了构成要件的事实以及与之有不可分割的联系的违法阻却原因或责任阻却原因的事实之外，对于其他事实，特别是与法律上的科刑有关的事实，在审查是否正确适用了法令中有疑问时，也应当是可以对它进行调查的吧。例如，关于是否属于累犯，是否属于刑法第八十条规定的自首等，如果有疑问，我认为就应当解释为可以进行事实调查。

现在的最高法院，曾经做出过一个判决，认为针对把没有累犯事实的案件当作累犯处分的判决提出的非常上告有理由，从而撤消了原判决。然而该判决后来又被大法庭的判决改变了。其所下的判断是：“如本案确定判决所论，把不具备累犯加重条件的前科，依据被告人的供述等，误认为具备条件的前科，适用了累犯加重的规定。这虽然有此缺点，但却是以事实误认为前提造成的”，所以不能说有构成非常上告理由的违反法令。我对这一判例是有怀疑的。非常上告以法令解释适用的统一为目的是正确的，但我认为，过分地强调其中的“解释”方面，而忽略了法令的正确“适用”方面，不能说是从“为了法律利益的上告”这一立场出发的正确见解。