

构成要件和犯罪体系

[日] 松官孝明*

赵新新** 译

目次

一、问题所在	(一) 中国的体系之争
(一) 中途过当的防卫行为	(二) 德国的“阶层体系”批判
(二) 全体式评价的问题	五、日本的犯罪体系
(三) 罪责对象是由构成要件决定的吗?	(一) 日本从贝尔纳体系向李斯特体系
(四) 符合构成要件但不违法的行为和	的转变与契机
“一罪”	(二) 无保安处分的“阶层体系”
二、“构成要件”“违法性”“责任”体系	(三) 构成要件论的导入
(一) 阶层体系的特征和实益	(四) 日本“阶层体系”的问题
(二) 从刑罚法效果看体系	(五) 德国“阶层体系”的问题
三、要件体系	六、探讨犯罪论体系的意义
(一) “黑格尔学派”体系	(一) 刑法上的“构成要件”和刑法上的
(二) 李斯特“阶层体系”	的“构成犯罪的事实”
四、“阶层体系” ^① 、“要件体系”	(二) “二元主义”还是“刑罚一元主义”

摘要 日本的阶层犯罪体系理论取道德国,其经历了从贝尔纳体系向李斯特体系的转变。相应地,日本的构成要件论也经历了特别构成要件和一般构成要件的分歧。同时,日本的刑事立法中也存在与其理论体系相龃龉的现象。这也是导致理论以及实务中问题产生的原因。鉴于此,有必要从以下两方面明确探讨犯罪论体系的实际意义:第一,区分刑法上的“构成要件”和刑事诉讼法上的“构成犯罪的事实”;第二,在刑事政策上,具有采纳阶层体系的必要性。如果刑法不采纳政策上的“保安处分”,只注重刑罚这一法效果的话,只要坚持“责任主义”,“要件体系”也是行得通的。

关键词 构成要件 阶层体系 要件体系 责任主义

* 日本立命馆大学法务研究科教授、法学博士。本文原稿刊载于《立命馆法学》2019年第1期,第100—120页,原文为:「構成要件と犯罪体系」立命館法学2019卷1号(总383号)100頁以下。

** 日本一桥大学法学研究科博士研究生。本文译者受国家留学基金委“留金亚[2016]9106号”基金支持。

一、问题所在

(一) 中途过当的防卫行为〔1〕

防卫人面对急迫的不法侵害进行防卫时,其所实施的暴力行为(日本刑法第208条),如果在刚开始的时候没有超过正当防卫(日本刑法第36条第1款)的必要限度,但是,在防卫过程中却超过了必要限度,并且最初的正当防卫行为造成了侵害者的死亡。在此情形中,对于这些连续的防卫行为,是否可以从整体上评价为防卫过当,进而认定防卫人成立伤害致死罪呢?〔2〕

对于这样的问题,最高裁判所的判决认为,虽然,防卫人明知道侵害人已经丧失攻击能力而仍继续实施暴力行为,但是因为致命伤是由正当防卫行为所造成的,所以,在相关案件中,对于正当防卫致死不能认定罪责,被告人只是成立伤害罪(日本刑法第204条)。〔3〕其理由是,后面的暴力行为已经不是防卫行为,所以,不能将整个事件概括地评价为伤害致死罪。〔4〕另外,当防卫人中有部分人实施了过当的暴力行为时,对于其他旁观的防卫人,也有案例将正当防卫和过当的暴力行为区分开来评价,认为只要不能认定旁观者和暴力行为人之间,在因过当而违法的暴力行为上具有共谋,旁观者就成立正当防卫,不能构成犯罪。〔5〕

另外,对于前面的正当防卫行为造成了侵害者受伤,而其后所实施的过当暴力行为的防卫行为并未给侵害者造成伤害的案件,最高裁判所认为前后两种防卫行为整体上是针对紧迫不法侵害所进行的一系列、一体化的暴力行为,“能够认定前后两种防卫都是基于同一防卫意思的一个行为,因而,能够对其进行整体性考察。将其认定为防卫过当,成立伤害罪,是合适的”。至于伤害这一结果是由前面的正当防卫行为造成的这一事实,最高裁判所认为将其“作为有利情节予以考虑即可”,仍认定行为人成立伤害罪。〔6〕当然,虽可以防卫过当为由减轻刑罚,但在这种情形中,其是否具有合理性则应另当别论。

对于上述最后一个判例中的情形,难道不应该是成立暴行罪吗?也存在这样十分强有力的质疑。之所以如此,其理由是,伤害结果是由合法行为造成的,对此,防卫人本来就不应该承担罪责。伤害罪法定刑的下限是1万日元罚金(参见日本刑法第204条),如果在量刑中“考虑有利情节”,减轻处罚的话,罚金能减到5000日元。但是,如果不以暴行罪定罪,哪怕是这种程度的负担,也不能强加给防卫人。

然而,对于因前面的正当防卫行为给侵害者造成致命伤,而在后面的防卫过当阶段侵害者仍具有攻击可能性的案件,最高裁判所并没有给出明确的判断。那么,如果对此也应当采取整体概括性评价的话(全体式评价),防卫人则成立伤害致死罪。如果防卫人在杀人上有未必的故意,则

〔1〕关于这一问题,在拙作「途中から過剰となった防衛行為と『罪を犯す意思』」(立命館法学2018卷5=6号(总381=382号)(2018年)2002頁で論じている)中已有论述,本文之所以从该问题着手,是希望能够借此阐明,以一般构成要件为基础的要件体系和以特别构成要件为基础的阶段体系,二者作为犯罪体系的机能性差异。

〔2〕在下级裁判所的判决中,将在特别构成要件中是合法行为的正当防卫行为和防卫过程中的防卫过当行为作为一系列的行为,在一个构成要件中进行概括评价,因而,出现了这样的案例(名古屋地方裁判所2019年2月18日判决,公开刊物未刊登,上诉案件),即忽视了不能问责由合法行为产生的死伤结果,以及行为人对于该行为原则上尚不存在故意(日本刑法第38条第1款中的“犯罪意思”)等问题。因此,对该问题的阐明成为当下的紧迫课题。

〔3〕最高裁判所2008年6月25日判决,最高裁判所刑事判例集62卷6号1859頁。

〔4〕另外,也有这样的判决,即对于防卫人不知道侵害人已经丧失攻击能力的情况,最高裁判所将侵害终了后时间上过当的行为认定为防卫过当。(最高裁判所1963年2月5日判决,最高裁判所刑事判例集13卷1号1頁。)

〔5〕最高裁判所1994年12月6日判决,最高裁判所刑事判例集48卷8号509頁。

〔6〕最高裁判所2009年2月24日判决,最高裁判所刑事判例集63卷2号1頁。

成立杀人罪。在此,如果不考虑酌量减轻和刑罚免除,防卫人则会因伤害罪被处1年6个月以上的惩役,^{〔7〕}或者因杀人罪被处2年6个月以上的惩役。如果仅以后面的暴行罪或者伤害罪定罪的话,刑罚则会减轻到1万日元以下的罚金。

(二) 全体式评价的问题

“即使是施加了数个暴力行为的案件,如果其整体是符合一个伤害罪的构成要件的,那么,应该在认定其该当性的基础上,在接下来的违法性判断阶段,判断整个事件是正当防卫还是防卫过当,这样在理论上是一以贯之的。”^{〔8〕}这种观点被称为“全体式评价”。其所产生的背景是,在违法性和责任中并不考虑罪责对象,而仅仅是在构成要件上对此予以关注。这样,就出现了不区分前面的行为和后面的行为,而是将二者作为一个整体来判断构成要件该当性的做法。

这样的结果是,当前面的正当防卫行为给侵害者造成致命伤,而持续中的后面的过当行为仅仅对侵害者造成伤害时,防卫人却成立伤害致死罪(日本刑法第205条)或者杀人罪(刑法第199条)——如果暂且不论酌量减轻(日本刑法第66条)的情形——即使以防卫过当为由减轻刑罚,防卫人也不得不被处1年6个月以上或者2年6个月以上的惩役。

更进一步,在假想防卫中因没有“犯罪意思”,故不构成故意犯,从持此主张的判例、通说来说,前面的正当防卫中不存在故意。尽管故意是在过当行为发生的阶段开始产生的,^{〔9〕}但根据“全体式评价”的观点,对于侵害者的死亡结果仍以“伤害致死罪”处断,如果防卫人在杀人上有未必的故意,则以杀人罪处断。那么这样一来,就是对防卫人尚未产生故意阶段的行为进行追责,进而使其承担致死罪的罪责。

(三) 罪责对象是由构成要件决定的吗?

的确,一般来说,“一罪”或者“一个行为”的范围,被认为是由一个构成要件所能够包含的范围决定的。某一事实“依据某一构成要件被进行一次性评价时为一罪”。^{〔10〕}这在罪数中被称为构成要件标准说。

这样的结果是,对持续的暴力行为以暴行罪的构成要件进行一次性评价时,行为人只成立暴行罪。如果在这一系列的暴力行为中,有任何一个动作给被害人造成伤害,那么不论是由哪一个动作造成的,行为人都成立伤害罪。

不过,这样的见解是以“当某一事实满足构成要件,且具备违法性、责任的要件时,则成立犯罪”^{〔11〕}为前提的。在此基础上,如果说行为人“成立什么样的犯罪”,那就是“成立该事实所满足的构成要件限定的罪”。^{〔12〕}当然,不具备违法性和责任的动作,绝对不能被“一罪”所包含。

(四) 符合构成要件但不违法的行为和“一罪”

因此,符合构成要件但不违法的行为或者动作,不能包含在“一罪”里面。这也是现代构成要件论的创始人德国刑法学家贝林所主张的。贝林明确指出,能够概括为一个类型的数个符合构成要件的

〔7〕 译者注:日本刑法中自由刑的一种,分为有期徒刑和无期徒刑,适用于道德上的“破廉耻犯罪”,被处惩役的服刑人员在监狱中要接受强制劳动。与此相对,还有一种自由刑是禁锢,分为有期徒刑和无期徒刑,主要用于政治犯、过失犯等“非破廉耻犯罪”,强制劳动不是禁锢刑的必然内容。

〔8〕 松田俊哉「判解」『最高裁判所調査官解説刑事篇〔平成21年度〕』(法曹会,2013年)9页。

〔9〕 严格来说,如果一开始行为人就有实施过当暴力行为的意思,那么,在尚未超过防卫限度的阶段,行为人是具有实施暴行罪的故意的。不过,此阶段是不可罚的暴行未遂。

〔10〕 团藤重光『刑法綱要総論〔第3版〕』(創文社,1990年)437页。

〔11〕 同上注,第435页。

〔12〕 同上注。

行为虽然能够成立一个犯罪,“但这也仅限定在这些行为都违法的情形中”。^{〔13〕} 其原因是,犯罪必须是违法的行为,即使是成立“一罪”的行为,“也不能因为混入了不满足违法性的行为而被污染”。

至此,结论已经明了。即,一系列的行为,比如一系列的暴力行为,即使在构成要件上能够被概括评价为一个行为,如果其中有部分行为是合法的行为,那么构成一个犯罪的行为,是排除了该行为的行为,即不构成正当防卫的其他暴力行为。如果这些暴力行为没有对侵害者造成致命伤,那就不能对防卫人以伤害致死罪或者杀人罪处罚。既然,“犯罪”是“违法且有责的构成要件该当行为”,这样做就是理所应当的。那么,为什么还是会出现“全体式评价”的见解呢? 本文将就此问题进行检讨。

二、“构成要件”“违法性”“责任”体系

(一) 阶层体系的特征和实益

现代日本犯罪论体系的通说,采纳了由“构成要件”“违法性”“责任”组成的三阶层体系。这种体系最初于1906年,由德国学者贝林提出。在此之前,还有李斯特所主张的由“行为”“违法性”“责任”(以及可罚性)组成的体系。我们将这些统称为“阶层体系”。

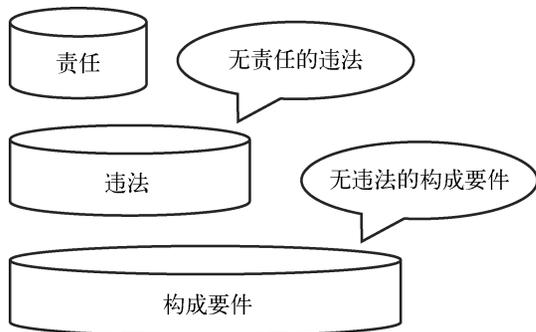


图1

“阶层体系”的特征是,将犯罪各阶层的要素进行层层考量(参见图1)。这样的结果是,在“行为”或者“构成要件该当行为”中,也存在不违法的情形。同样,在“违法行为”或者“符合构成要件”的违法行为中,也存在无“责任”的情形,即“无责任的违法”。

那么,承认“不违法的构成要件该当行为”以及“无责任的违法”的实际意义在哪里呢? 如果说犯罪论体系是为了明确刑罚这一法效果产生的要件而存在的,那么承认“不违法的构成要件该当行为”

以及“无责任的违法”——这些并不产生刑罚法效果的情形,并没有实际意义。

如果说“构成要件标准说”的内容是不经违法和责任而仅由“构成要件”决定一罪的话,承认“无违法的构成要件”确有实益。但是,如上所述,贝林本人也否定了这种观点。无责任或者合法的构成要件该当行为也构成“一罪”,这样的事情是不合理的。

另外,关于“无责任的违法”,根据“限制从属说”,只要共犯所从属的正犯行为是“符合构成要件且违法的行为”就足够了,责任是不必要的,在此情形下,承认“无责任的违法”则具有实际意义。但是,对此,也存在这样的质疑: 仅因共犯的从属性而将不具备有责性的行为视作构成“犯罪”难道也可以吗? 请参见日本刑法第60条以下对共犯的规定。一旦承认“无责任的违法”,不论共同正犯(日本刑法第60条)的帮助人还是教唆犯的教唆人(日本刑法第61条)都构成犯罪。从犯(日本刑法第62条)所帮助的对象——“正犯”也成了“犯罪”的实行人。

(二) 从刑罚法效果看体系

“刑法”是规定“刑罚”发生的要件和效果的法律。如果说,“犯罪”是“刑罚”的前提,那么,在犯罪论体系中,论述“犯罪”的“主体”“客体”“行为”则是具有合目的性的。如果这样的话,犯罪论体系,则是从“犯罪”的“主体”开始的。

〔13〕 E. Beling, Die Lehre vom Verbrechen, 1906, S. 351.

实际上,民法总则中首先在其“通则”下规定了“人”“法人”等主体,其次,规定了作为“客体”的“物”,然后是“法律行为”。以下,作为确证,列明民法总则的体系。

* 民法总则的体系

第一编 总则
第一章 通则(第一条·第二条)
第二章 人
第一节 权利能力(第三条)
第二节 行为能力(第四条—第二十一条)
第三节 住所(第二十二条—第二十四条)
第四节 不在者的财产管理以及失踪宣告(第二十五条—第三十二条)
第五节 同时死亡的推定(第三十二条之二)
第三章 法人(第三十三条—第八十四条)
第四章 物(第八十五条—第八十九条)
第五章 法律行为
第一节 总则(第九十条—第九十二条)
第二节 意思表示(第九十三条—第九十八条之二)
第三节 代理(第九十九条—第一百一十八条)
第四节 无效及撤销(第一百一十九条—第一百二十六条)
第五节 条件及期限(第一百二十七条—第一百三十七条)
第六章 期间的计算(第一百三十八条—第一百四十三条)
第七章 时效
第一节 总则(第一百四十四条—第一百六十一条)
第二节 取得时效(第一百六十二条—第一百六十五条)
第三节 消灭时效(第一百六十六条—第一百七十四条之二)

那么,如果考虑促使刑法中“刑罚”法效果发生的“犯罪”要素是什么,在这种意义上,刑法是从“犯罪”的“主体”和被“犯罪”攻击的“客体”开始而建立起来的体系。并且,这里所说的主体——暂且不论法人的犯罪能力问题——是“有责任能力的自然人”。这里所说的“客体”是犯罪所攻击的“法”,即“权利”(Recht),在此基础上,接下来才会涉及成立犯罪的“行为”。

这与民法中,首先规定“人”的“权利能力”和“行为能力”,并在此基础上,规定作为权利客体的“物”之后,才规定“法律行为”的做法是相对应的。

三、要件体系

(一)“黑格尔学派”体系

实际上,这种由“主体”“客体”“行为”构成的犯罪体系,是在19世纪中叶由德国“黑格尔学派”所提出。在这里,笔者将以贝尔纳于1857年在其教科书中所示的体系^[14]为代表,进行介绍说明。

[14] Vgl. Albert Friedrich Berner, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Verlag von Bernhard Tauchnitz, 1857.

在贝尔纳的这种体系中，“构成要件”被作为引发“刑罚”这一法效果发生的要件总体，在此基础上，其被分为“主体”“客体”“手段”以及作为三者之间媒介的“犯罪行为”。其中，将行为人的责任能力放在“主体”中进行论述，将不能犯和违法阻却事由放在“客体”中进行论述，将故意、过失、既遂和未遂放在“犯罪行为”中进行论述。

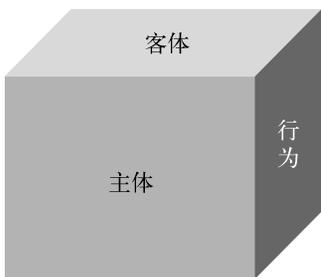


图2

在此，值得注意的是：①“构成要件”并不是和现在的“违法性”“责任”并列为犯罪的一个要素，而是被作为引发刑罚这一法效果的要件总体；②犯罪体系是从“主体”的责任能力开始的；③将违法阻却事由考虑成犯罪的“客体”不存在；④“犯罪”是这些要件结合的总体，并没有进行阶层体系的层层考量。总之，这些要件，都意味着同一事物的不同侧面。因此，被称为“要件体系”。（参见图2）

总而言之，在该体系中并不存在“不违法的构成要件”和“无责任的违法”。当然，也不存在“符合构成要件的合法行为”和“符合构成要件的违法行为”相互作用成立“一罪”的情形。所谓犯罪，只不过是，在有责任能力的意义下，自由人格主体做出的“违法且有责”的行为。

（二）李斯特“阶层体系”

与此相对，19世纪末，德国著名法学家李斯特提出了肯定“无责任的违法”的主张。李斯特认为，刑罚是为了预防“犯罪人”将来再犯罪（特别预防），所以，应当惩罚的不是“犯罪”，而是“犯罪人”。因此，李斯特主张的是针对“犯罪人”而不是犯罪行为的刑罚。夸张一点来说，在李斯特看来，就是要“以监狱代替医院”。另外，李斯特还主张，为了预防犯罪人将来再犯罪，应当对犯罪人进行威慑和改善，当犯罪人不能改善时，甚至应当对其进行“无害化”处理，使其不再对社会产生危害。这是为什么呢？

原因当然在于这一主张产生的背景。即由于经济危机导致产业革命中从农村走向城市的劳动者失业，进而引起了城市的贫困化，造成以盗窃、抢劫为主要形式的犯罪激增。然而，在以报应主义刑罚为中心的传统刑法学下，将初犯人员关进监狱，一方面将导致监狱收容过剩，另一方面，会造成这些人员在监狱中发生恶习感染。^{〔15〕}至此，传统刑法学的应对无能凸显出来。

在此背景下，李斯特携其“预防刑论”登上历史舞台（1882年《刑法的目的思想》，即《马尔堡纲领》）。根据“预防刑论”，刑法和刑罚的作用在于预防犯罪，因此，刑罚的产生必须以行为人的责任为前提。与此相对，“二元主义”认为刑罚的施加未必以行为人的责任能力为前提，并且可与“保安处分”并存。但是，对于二元主义，李斯特却做出了这样的论断：宣告“预防刑论”的《马尔堡纲领》能够根据“二元主义”而实现。^{〔16〕}总而言之，“预防刑论”认为问题的本质是“犯罪人”反复犯罪的危险性，而不是其对自己已经实施完毕的犯罪应当承担的罪责。实际上，这种观点，之后被作为“处分一元主义”，为以李斯特为代表的“近代学派”以及“社会学派”中的部分学者所提倡。

但是，对于犯罪体系论而言，重要的是以下内容。即，即使对于“预防刑论”而言，犯罪归根结底还是侵害“法益”的行为，因此，犯罪体系的出发点不是“有责任能力的自然人”，而是侵害“法益”的违法行为。并且，在对“保安处分”也做出了规定的刑法中，“犯罪”已然不是触动刑罚这一法效果的要件总体，而必须成为保安处分的契机。

“二元主义”刑法将“保安处分”也放进法效果之中，暂且不论这是不是唯一的理由，笔者认为

〔15〕 少年犯等初犯人员在监狱内，受有丰富犯罪经验的服刑人员的言传身教，学到更多犯罪手法，或与之成为犯罪伙伴，等等，从而最终成为真正的犯罪人。

〔16〕 Franz v. Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts 21. und 22. Aufl. 1919, S. 26.

正是基于此,“阶层体系论”肯定了“无责任的违法”。〔17〕

四、“阶层体系”v.“要件体系”

(一) 中国的体系之争

那么,再来看看现代刑法学中有关“阶层体系”和“要件体系”的争论。其中,中国的犯罪体系之争尤为引人注目。在中国,主张从“要件体系”向“阶层体系”转型的见解十分强有力。

另一方面,值得注意的是,与中国恰恰相反,在现代围绕犯罪体系的议论中,德国学者对“阶层体系”展开了强烈的新批判。

首先,笔者将就中国的体系之争进行介绍。现代中国犯罪体系的建立、发展,是在中华人民共和国成立之后,从20世纪50年代中国翻译苏联的刑法教科书以及苏联刑法学者来到中国讲学开始的。在此体系中,“构成要件”是犯罪成立的要件总体,并且“构成要件”由“客体”“客观要件”“主体”“主观要件”四个要件构成,故叫作“四要素体系”或者“四要件体系”。在这一点上,中国与苏联刑法学以及之后的俄罗斯刑法学中的犯罪体系是一样的。

应当注意的是,虽然,在文义上,“构成要件”都是一样的意思,但是其在现代德国、日本刑法中的意义,与在苏联(及之后的俄罗斯)、中国却是不一样的。在现代德国、日本,“构成要件”只不过是刑法分则中“犯罪”成立的积极要件类型,其不包括违法和责任。更精确地说,应该叫作“特别构成要件”或者“分则构成要件”。与此相对,苏联(及之后的俄罗斯)、中国刑法中的构成要件是触动刑罚这一法效果的要件总体,是包含违法和责任的“一般构成要件”或者“总则构成要件”和“特别构成要件”的总体。〔18〕

细心的读者会注意到,这种将构成要件作为触动刑罚这一法效果的要件总体的观点,其实质上就是德国19世纪黑格尔学派中的贝尔纳体系。事实上,大致来说,苏联(及之后的俄罗斯)、中国的犯罪体系就是从贝尔纳体系发展而来的。至20世纪30年代前期,李斯特的“社会学派”在苏联刑法中占优势地位,在斯大林进行“大清洗”运动之后,1938年苏联开始采纳“严格构成要件”的观点。〔19〕

但是,在德国、日本、中国,至今似乎没有人注意到这一点。因此,特别是在中国,伴随着改革开放的发展,以及近年来留学德国、日本的刑法学者的增多,从20世纪90年代末起,要求以德国、日本的“三阶层体系”取代原有犯罪体系的呼声愈来愈强烈。总之,“如果经济市场化,犯罪体系也应该学习德国、日本”,其结果是,中国的司法考试(现在的法律职业资格考试)中的刑法试题也变成了根据“三阶层体系”来出题。

(二) 德国的“阶层体系”批判

不过,与中国相反,近年来,在德国,学者们从对“黑格尔哲学”或者“黑格尔学派”再评价的立场出发,对于刑法中竟然承认“无责任的违法”,以及以切断犯罪与社会关联性的“法益侵害说”为依据的做法,提出了尖锐的批判。“刑罚”是对自由人格主体实施犯罪而产生的法效果。因此,首先应当以自由人格主体为前提。另外,犯罪的本质不仅仅是法益侵害,在动摇构成社会秩序统一性的规范意义上,其还具有“社会危害性”,“刑罚”即通过否定这样的“犯罪”,制止人们对规范造成

〔17〕 还有一个理由,是在民法典制定过程中,围绕紧急避险有关规定,主张“法秩序的统一性”(即“违法的一元性”)的观点得到认可。

〔18〕 有关此点的详细内容,请见「中国と日本の犯罪体系論——ある比較法の試み——」法学雑誌64卷4号(2019年)132頁。

〔19〕 更多详细内容,请见孫文「中華人民共和国の犯罪体系の起源」立命館法学378号(2018年)80頁。

动摇,进而捍卫规范。在德国,持此主张的代表学者有,笔者留学德国时的老师雅各布斯,^[20]以及其弟子帕夫利克。^[21]

据帕夫利克所说,其在和中国刑法学者就此进行探讨时,中国的年轻学者对依据“四要件体系”所建立的“社会危害性”论持批判态度。与此相对,帕夫利克却对法益侵害说的内容空洞性展开了批判,听闻帕夫利克此观点的中国传统派学者,对其大加赞许。

五、日本的犯罪体系

(一) 日本从贝尔纳体系向李斯特体系的转变与契机

在明治时代,日本的刑法体系开始由贝尔纳体系向李斯特体系转变。虽然明治十三年(1880年)制定的旧刑法是由法国新古典派学者博瓦索纳德主导完成的,但有关紧急避险、共同犯罪的条文规定,却受到了德国以及法国之外的欧洲诸国的刑法典以及刑法修正草案的影响。另外,在旧刑法全面修订工作中,1886年,德国的贝尔纳针对全部条文给出了意见书。^[22]还有,1893年,深受贝尔纳影响的江木衷出版了刑法总论教科书。^[23]江木衷不仅创立了中央大学,而且在明治期间,是活跃于司法部和内务部的名人。

不过,在1908年,也就是明治四十年(1907年)制定的现行刑法生效的这一年,东京大学的教授冈田朝太郎作为校订者相继主持翻译了李斯特的刑法总论和分论的教科书。冈田在德国留学时,是李斯特的门下生,在有留学经历的学者当中,属于李斯特派。另外,随着明治四十年现行刑法的实施,缓刑制度被采纳,假释的范围得以扩大。因此,日本监狱中的服刑人员大幅度减少。这是因为受到李斯特以下观点的影响:初犯者多数都是“机会犯罪人”,通过有罪判决威吓他们就足够了,因而,缓刑制度得以有效运用。

对于此点,参考关于采纳缓刑制度的现行刑法提案理由即可明白:采纳报复主义的刑法被认为是数世纪前的产物,因而,现行刑法废除了报复主义(即报应刑论),进而采纳了目的刑论。但是这里所说的目的,在当时被认为是“维持社会团体的秩序”,因此,“没有必要在维持秩序的必要限度以外给犯罪人造成痛苦,只在秩序维持上给予犯罪人必要的刑罚就足够了”。并且,提案理由中指出,初次犯罪的短期囚犯因“受欲望的蛊惑”而犯罪,即使对其执行短期自由刑,对秩序维持^[24]也不会产生什么效果,反而会助长其犯罪习性,或者因在监狱中受到有丰富犯罪经验的服刑人员的言传身教,使其犯罪行为变得更加纯熟。^[25]上述提案说明“恶习感染”等是去除短期自由刑的理由。

综上所述,日本向李斯特刑法理论的转变,是以上述立法政策为背景的。

(二) 无保安处分的“阶层体系”

不过,李斯特的另一个主张,即对常习犯“无害化”处理的预防刑或者“保安处分”,并没有为日

[20] Vgl. G. Jakobs, System der strafrechtlichen Zurechnung, 2012, S. 26.

[21] Vgl. M. Pawlik, Unrecht des Bürgers, 2012, S. 258.

[22] ベルナー『日本刑法ニ関スル意見書』1886年(内田文昭ほか編『刑法(1)[明治40年]日本立法資料全集20』(信山社,1999年)475頁以下・資料25参照)。

[23] 江木衷『刑法(汎論之部)』(東京法学院,1893年)。

[24] 笔者认为,这里所说的秩序维持,并不是指实际地防止犯罪人和社会上的其他人员犯罪,而主要是指维持在社会中“不得犯罪”这一行为规范。

[25] 「刑法改正政府提案理由書」倉富勇三郎ほか監修,松尾浩也増補解題『増補刑法沿革綜覧』(信山社,1990年)2135頁参照。

本现行刑法所接受。之所以没有接受,是因为财政困难导致当时的明治政府没有足够的财力为精神障碍人员建设刑事收容设施。事实上,直至明治三十五年(1902年)的第16回帝国议会,刑法草案中都有设计对精神障碍人员的“监置处分”,但是,这种设计在明治三十九年(1906年)的刑法草案中被删除了。^[26]因此,现在的日本刑法,没有采纳兼顾“刑罚”和“保安处分”之双重法效果的“二元主义”,却进入了采纳李斯特“阶段体系”的方向。

虽说如此,实际上,没收以及没收不能时的等额强制处分等附加刑,就是在保安处分的意义上被采纳的,其意在去除犯罪人将来犯罪的危险性。例如,对于将致幻剂误认为毒品中的可卡因而持有的案件,最高裁判所1986年6月9日做出的判决(最高裁判所刑事判例集40卷4号269页)中显示,认定被告人为法定刑较轻的持有毒品罪,同时没收其所持有的致幻剂,“该行为客观上符合致幻剂取缔法第41条之二第1款第1项以及第14条第1款的规定。将可卡因没收,是从其保安处分的性质出发,考虑到防止从目的物滋生出社会危险”,因此适用致幻剂取缔法的规定。这被评价为是承认“无责任的违法”的实益。

(三) 构成要件论的导入

另一方面,深受贝林所重视的以特别构成要件为出发点的“构成要件”论,在昭和三年(1928年)才被引入日本。

以特别构成要件为犯罪体系基础的贝林“阶层体系”,几乎由小野清一郎^[27]和泷川幸辰^[28]同时引入日本。但是,小野和泷川二人所主张的构成要件却有微妙的不同。毫不隐讳地说,小野并不满足于仅仅介绍贝林的学说,其倡导将构成要件作为“违法、有责的行为类型”的独立构成要件论(即违法有责类型说)。^[29]在此,小野认为,构成要件不仅限于实体法上的概念,也包括刑事诉讼法中所说的“构成犯罪的行为事实”。其结果是,在贝林、泷川的主张中不属于构成要件的故意、过失,也成了构成要件要素。并且,小野认为,违法阻却事由和责任阻却事由都可以被解释为“消极的构成要件要素”,^[30]这一观点似乎要将犯罪成立的一般要件都放入构成要件中。其结果是,小野所主张的构成要件,成为更接近“一般构成要件”的理论。^[31]

(四) 日本“阶层体系”的问题

之后,伴随着若干的修正,小野的构成要件论被团藤重光、大塚仁等刑法学者继承,成为通说。^[32]但是,将构成要件与刑事诉讼法上“构成犯罪的行为事实”(日本刑事诉讼法第335条第1款:宣判有罪时,必须出示构成犯罪的行为事实、证据目录以及法律适用)混同是不合理的。比如,事前受贿罪(日本刑法第197条第2款)中规定的“成为公务员时”这样的“客观处罚条件”,其虽然属于“构成犯罪的行为事实”,但并不是构成要件要素。如果“成为公务员时”也是“构成要件”要素的话,那么明知公职候选人事前受贿,却给其投票使其当选的选民,将会由于为事前受贿罪的成立提供了帮助,

[26] 关于这一点,参见浅田和茂『限定責任能力の研究下巻』(成文堂,1999年)41頁以下,51頁以下。

[27] 1928年の論文「構成要件充足の理論」小野清一郎『犯罪構成要件の理論』(有斐閣,1953年)195頁以下所収。

[28] 瀧川幸辰『刑法総論』(日本評論社,1929年; 団藤重光ほか編『瀧川幸辰刑法著作集第1巻』(世界思想社,1981年)より引用)。

[29] 与此相对,泷川则主张比较忠实于贝林学说的“违法类型说”。

[30] 小野清一郎『犯罪構成要件の理論』27頁参照。

[31] 平野龙一曾对此提出过批判,“小野博士的构成要件论,实际上,也可以说成是构成要件的崩坏理论”。平野龍一『犯罪論の諸問題(上)総論』(有斐閣,1981年)25頁。

[32] 近年也有学者继受了这种观点,如佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』(有斐閣,2013年)43頁,“可将构成要件作为违法责任类型理解,故意、过失作为责任类型也存在于构成要件之中”。

而被作为事前受贿罪的共犯处罚。

并且,在“假想防卫”“跨越间接正犯和教唆犯之间的错误”的处理上也会产生问题。在“假想防卫”的情形中,就会产生如下的矛盾。即,行为人一旦具有“伤害罪”“杀人罪”中的故意,就能被认定为符合这些罪的构成要件,却又仅以行为人认识到符合正当防卫的事实为理由,去否定已经被认定的犯罪故意。

面对这些重重矛盾,团藤重光在其构成要件体系中做出了修正,即将故意区分为“构成要件的故意”和“责任故意”,对于根据“构成要件故意”被认定为符合构成要件的行为,可以“假想防卫”为由否定其责任故意。不仅如此,如果行为人对假想事项具有过失则成立过失犯。若采这种观点,在犯罪体系中,根据“构成要件的故意/过失”则不能区分故意犯和过失犯了,即构成要件丧失了区分故意犯和过失犯的犯罪个别化机能。

比如,教唆人教唆直接行为人“将毒牛奶给被害人喝进而杀害被害人”,但是直接行为人却听成将普通的牛奶给被害人喝,因为这种误解,直接行为人并没有产生杀人的故意。但是对于这种因为毒牛奶导致被害人死亡的“跨越间接正犯和教唆犯之间的错误”的情形,通说认为教唆人成立杀人罪的教唆犯,但是,在这种通说下,教唆犯的成立不是以正犯的故意为前提。总之,在这样的通说中,即使没有“构成要件的故意”,不符合“故意犯”构成要件的行为,也能够成立“故意犯”的教唆犯。这样的结论完全无视“共犯要素从属性”的要求,即教唆犯、帮助犯的最低处罚限度是正犯必须具有符合“构成要件”的行为。

这些结论的混乱,皆是因将刑法上的“构成要件”和刑事诉讼法上的“构成犯罪的犯罪事实”混同而造成的。

(五) 德国“阶层体系”的问题

类似的问题在德国也存在。但是,其解决对策较日本更加条理清晰。对于“假想防卫”,有“法效果指示说”,即站在将故意限定在“构成要件的故意”的“严格故意说”立场,主张在“假想防卫”中不具有故意犯的不法性,进而在法效果裁定阶段类推适用过失犯的规定,以及站在“限制责任说”的立场,主张故意的成立需要行为人具有实施符合构成要件之行为的意思,进而在“违法性”阶层之后检讨故意。

对于“跨越间接正犯和教唆犯间的错误”,德国刑法在关于教唆犯和从犯的规定中,明文规定了正犯必须具有故意,杜绝了成立共同犯罪的可能。另外,也有对此不满的学者,主张直接修改关于共同犯罪的规定(洛克辛等)。

总而言之,不管哪种情形,故意犯的成立与否,都没有放在“构成要件”阶层,而是试图综合到“责任”阶层解决问题。因此,为了使日本通说中的结论讲得通,以下做法尚且是一种合适的选择,即重回古典体系,将故意和过失放在“责任”阶层,并且对于共同犯罪的“要素从属性”,采取不需要正犯“有责”的“限制从属说”。

六、探讨犯罪论体系的意义

(一) 刑法上的“构成要件”和刑诉法上的“构成犯罪的犯罪事实”

至此,或许会有读者提出这样的疑问:① 杀人罪的“构成要件”和伤害致死罪、过失致死罪的“构成要件”一样吗?② 如果一样的话,因为在责任认定阶段首先要检讨故意,在此之前,判决理由中是不是必须得写明,“符合杀人罪、伤害致死罪、过失致人死亡罪的共同构成要件”?

之所以会产生这样的疑问,是因为混淆了刑法上的“构成要件”和刑事诉讼法上的“构成犯罪的

的事实”。一开始,从案件事实来看,如果违法性和责任阻却事由很明朗,不存在争议,那么认定完“构成要件”要素之后,即可转向对故意和过失的检讨。这样的结论并没有什么不妥,究其原因,是因为在此情形下,故意和过失是属于刑事诉讼法上的“构成犯罪的事实”。

另外,像假想防卫那样的,在因违法阻却事由的错误而产生争议的情形下,首先,以作为构成故意、过失所必不可少的要素为前提,对“构成要件的故意”和“构成要件的过失”进行检讨也是可以的。但是,这只不过是故意、过失成立的必要条件,不可忽视的是,仅凭此并不能够认定责任阶层的故意、过失。

(二) “二元主义”还是“刑罚一元主义”

换言之,犯罪论体系并不是由刑事诉讼法中认定犯罪的顺序决定的。后者并不是“构成要件”“违法性”“责任”这样的“阶层体系”,而是“构成犯罪的事实”和“阻却犯罪成立的事情”(参见日本刑事诉讼法第335条第1款)。

当然,犯罪论体系应该研究的课题是,共同犯罪成立的要件应该如何设置、“保安处分”这样的法效果是否应该成为刑法关注的问题等等,如果将这些问题综合在一起的话,则是刑法的总则规定应该如何设置之类的课题。在此,如果“无责任的违法”可成立共同犯罪,刑罚对“无责任的违法”也产生没收等“保安处分”意义上的法效果的话,则应该采纳“阶层体系”。

如果不是这样的话,刑法最终只不过是规定产生“刑罚”这一法效果的规范的法律,并且,如果科处“刑罚”或者认定共同犯罪时,都需要行为人具有“责任”,那么,这样的“责任刑法”或许是与“要件体系”相配套的。

Abstract The hierarchy criminal system of Japan is derived from Germany, which has undergone a transformation from the Berner's system to the Liszt's system. Correspondingly, the theory of elements in Japan has also diverged into the special elements and the general elements. Simultaneously, Japan's criminal legislation also has differences from its theoretical system. This is also the cause of the problems in theory and practice. Therefore, it is necessary to clarify the practical significance of exploring the criminal system from the following two aspects. First, a distinction between the “constitutive elements” in criminal law and the “facts that constitute a crime” in criminal procedure law should be made; second, it is necessary to adopt a hierarchical system in the criminal policy. If the criminal law does not adopt the “security measures” in its policy but only pays attention to the effect of the penalty, as long as it adheres to the “responsibility”, the “system of elements” will work.

Keywords Constitutive Elements, Hierarchy System, the System of Elements, Responsibility Doctrine

(责任编辑:陈可倩)