

法学研究

论小野清一郎 犯罪构成理论的二重性

秦一禾

【摘要】尽管小野清一郎的犯罪构成理论与贝林格的犯罪构成理论的切入点不同,而且也未继承贝林格双重结构的三要件理论,但其犯罪构成理论依然是在贝林格的理论基础上建构起来的二重性三要件构成理论。这一理论以“构成要件”为纽结,首先是以构成要件为总称,由构成要件符合性、违法性、责任构成一个阶层,其次由构成要件、违法阻却事由、责任阻却事由构成另一个阶层。前者称为“积极的三要件”,后者称为“消极的三要件”。小野清一郎的犯罪构成理论是由“积极的三要件”和“消极的三要件”共同组成的二重性理论。

【关键词】 构成要件 二重性三要件 积极的三要件 消极的三要件

【作者简介】 秦一禾,法学博士,中国社会科学院大学法学院副教授。

【中图分类号】 D914 **【文献标识码】** A **【文章编号】** 1000-2952(2021)05-0091-14

一、引言

“小野从其自身来看,受贝林格、M. E. 麦耶的影响较大。他批判性地吸收了贝林格的构成要件理论以及麦耶以新康德主义价值哲学为基础的犯罪论体系,从而建构了自己独特的犯罪论体系。”^①这可以说是日本刑法学界对小野清一郎(以下简称小野)比较客观且基本一致的评价。小野的犯罪构成理论继承了贝林格的三要件构成理论的基本思想,因而也被称为贝林格流三要件理论。如果说贝林格的犯罪构成理论是双重结构的犯罪构成理论的话,^②那么,小野的三要件理论就是将贝林格的价值判断层级上的三要件理论发展到较为完善程度的理论。

“作为我国旧派刑法学的代表性论者,领引‘学派之争’的是小野清一郎。小野对抗在当时以牧野英一、宫本英修为首的新派刑法学,与泷川幸辰等一起主张旧派刑法理论的正当性”,^③形成了一

① [日] 福田平:《わが国刑法学とドイツ刑法学との関係》,《一橋論業》1987年第97卷第6号,第738页。

② 本文将贝林格的犯罪构成理论称为双重的三要件二阶层。三要件理论中的两个层级:第一个层级是形而上学层级上的三要件,即犯罪类型+违法类型+责任类型;第二个层级是价值判断层级上的三要件,即构成要件符合性+违法性+责任。犯罪概念的两个阶层:第一阶层是作为双重结构的三要件阶层;第二阶层是“应受处罚性”阶层。

③ [日] 矢田陽一:《小野清一郎の实行行為論と正犯・共犯論》,《國土籍法学》2015年第48号,第124页。

个强大的客观主义刑法学派。随着日本从旧宪法向以主张自由主义、民主主义的新宪法的改变，日本刑法学界也确定了刑法理论采用客观主义立场的方向。^①如果说战后日本的刑法理论主流是建立在旧派刑法理论基础上的话，我们就可以肯定小野的（三要件）犯罪理论是日本现当代刑法理论的源头，几乎所有的主流刑法理论都出自小野的贝林格流三要件理论，并在此基础上形成了具有日本特色的犯罪构成理论的谱系。“小野确定了之后我国刑法学的方向，展开了当时独一无二的构成要件理论。”^②只要看一下小野之后日本刑法学对犯罪的定义，我们就会发现基本上都是小野格式的“构成要件的违法、有责的类型化”定义模式。^③在日本，尽管对小野的政治生涯的评价存在一些争议，^④但是对其作为刑法学者的评价却是比较稳定一致的。如福田平所言，“小野清一郎建立了以构成要件理论与道义责任论为两大支柱的刑法理论，他的刑法理论的影响很大，与泷川幸辰一样，达到了将以构成要件理论为核心的客观主义刑法理论作为我国刑法学通说地位的高度”。^⑤只要是关于犯罪论体系的研究都很难回避小野的《犯罪构成要件理论》，甚至共同犯罪理论的研究也受到了其影响。^⑥无论如何，小野的犯罪构成要件论对日本刑法理论的贡献是无可置疑的。

笔者认为，在中国建构犯罪构成要件理论之际，小野的犯罪构成理论是值得进行深入研究的经典理论之一。一方面，日本刑法理论的发展相较而言是比较成熟的刑法理论，而小野的犯罪构成理论又是日本刑法理论的精华所在；另一方面，日本刑法理论批判性地吸收了德国的刑法理论，这一点对具有相同文化基盘的中国来讲具有特殊的意义。小野的犯罪构成理论是典型的批判性理论的样本，系统而深入地研究这样的基础理论对中国刑法理论吸收发达国家（如日本、德国）的刑法理论精华具有一定的现实意义。

小野的《犯罪构成要件理论》一书在20世纪90年代翻译成中文出版。比较遗憾的是，一方面，这本书只是被“简易”地翻译了著作的内容，而没有翻译相关的注解，从而造成了一些学术上的残缺；另一方面，这本书并没有引起中国刑法学界真正的关注。中国刑法学界几乎是通过小野的继承者们的理论间接地了解他的犯罪构成理论，^⑦对小野的犯罪构成理论的理解基本上只停留在对消极的三要件理论的评价上。笔者认为，小野的理论是继贝林格犯罪构成理论之后，在价值判断阶层上最完善的理论之一，远不是简单的消极的三要件理论。

另外，尽管我们认为小野的犯罪构成理论是贝林格流三要件理论，但是他并没有继承贝林格形

① 参见 [日] 川端博：《日本の刑法および刑法理論の発展》，《法律論業》1998年第70卷第4号，第182頁。

② [日] 矢田陽一：《小野清一郎の実行行為論と正犯・共犯論》，《國土館法学》2015年第48号，第135頁。

③ 例如 [日] 松本純也：《わが国の犯罪論体系（三元の犯罪論構造、構成要件論）の刑事訴訟法的意義に関する若干の考察》，《明治大学法科大学院論集》2015年第16号，第203～230頁。

④ 这个争议主要体现在两个方面，一方面与政治立场相关，另一方面与学术观点相关。前者最直接的原因是第二次世界大战之后，由于政治立场的不同，小野被开除公职，从而引起争议；后者主要围绕小野的犯罪论是否对当代刑法依然具有学术价值这一问题展开。关于学术上的争论主要可以考虑以下三种情形：（1）由于与政治立场相关联，小野的学术在日本的学界产生了一定程度的负面影响，譬如学者的著作中即便涉及小野的理论，也以隐蔽的方式回避直接引用。（2）客观地讲，小野是一位将犯罪构成理论发展到非常完善程度的学者，之后的学者难有超越《犯罪构成要件理论》的研究，为此多数学者都转入对刑法理论的中层理论的研究（即具体的实践性的刑法理论研究）。由此导致了另一个现象的出现，即看上去小野的（理论）时代似乎已经结束。因为在中层理论中不必直接引用小野的理论，所以小野的犯罪论看上去具有“过时”的倾向。（3）第二次世界大战之后的日本还出现了另一派理论，即认为犯罪构成要件理论是“没用”的理论（参见 [日] 西原春夫：《構成要件の価値的性格》，《早稲田大学》1965年第41卷，第161～169頁），这就导致小野的犯罪构成要件理论看上去“没落”了。但是，本文认为以上三种情形都属于表象。关于这一点，考虑到论文篇幅，恕不在此详述。一言以蔽之，被开除公职是一个事实，但是小野的理论对日本刑法理论的贡献也是一个事实（参见 [日] 出口雄一：《統制、道義、違法性——小野清一郎の〈日本法理〉をめぐって》，《松蔭法学》2014年第20卷第20号，第141頁）。无论如何，小野的犯罪论在日本刑法学界依然具有相当重要的地位。

⑤ [日] 福田平：《わが国刑法学とドイツ法学との関係》，《一橋論業》1987年第97卷第6号，第738頁。

⑥ 例如 [日] 矢田陽一：《小野清一郎の実行行為論と正犯・共犯論》，《國土館法学》2015年第48号，第123～154頁。

⑦ 参见陈兴良：《犯罪构成论：从四要件到三阶层——一个学术史的考察》，《中外法学》2010年第1期，第55頁。

而上学层级上的三要件理论，而只是继承了贝林格价值判断层级上的三要件构成理论。进一步讲，小野在将贝林格价值判断层级上的三要件构成理论进行深化之后，形成了具有自己特色的三要件理论。这是因为小野的切入点与贝林格的切入点不同，前者是从犯罪行为切入，而后者是从法律构成要件切入。尽管他们都是为了研究犯罪行为而进行的犯罪构成要件的研究，但是小野所要认识的对象和研究重心是犯罪行为，犯罪构成要件不过是研究犯罪行为的一个手段。与此不同，贝林格首先所要认识的对象和研究重心是法律构成要件（法律条文），然后才通过对法律条文的认识研究犯罪行为。因此，他们的理论存在很大的不同，换言之，我们并不可能通过对贝林格的犯罪构成理论的研究取代对小野的犯罪构成理论的研究。

在目前的刑法理论研究中，对小野的犯罪构成理论的认识通常有两种情形。一种情形是只认识到小野的三要件理论是消极的三要件理论，而没有认识到其理论中真正最重要的存在形式是积极的三要件理论，这种情形在中国的刑法理论界比较多见。另一种情形与此完全相反，只认识到了他的积极的三要件理论，即“构成要件”本身的构造，并把这种“构成要件符合性、违法性、责任”构造称为“同心圆”结构。^① 笔者认为，小野首先以“构成要件”作为“构成要件符合性、违法性、责任”的总称构成一个积极的三要件阶层，然后以“构成要件、违法阻却事由、责任阻却事由”构成另一个消极的三要件阶层。因此，以上对小野的犯罪构成理论的两种认识都是不全面的，因为小野的犯罪构成理论不是单层的理论，而是由“积极的三要件”和“消极的三要件”共同构成的二重性理论。笔者将这—个结构称为犯罪构成理论的二重性结构，如图 1 所示：

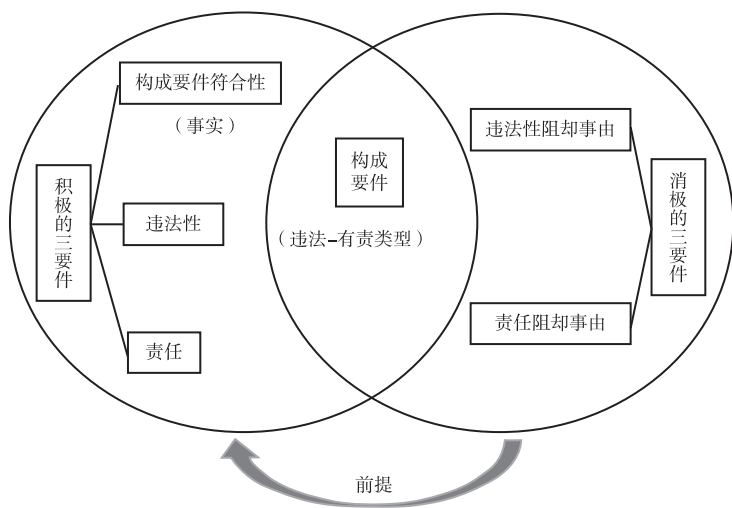


图 1 犯罪构成理论的二重性结构

本文的研究目标是论证小野的犯罪构成理论的二重性结构，以下以各个不同的阶层为中心，逐步展开各个层级的三要件的具体内容。通过对各个层级内容的解释和论证，将其理论结构完整地呈现。

二、积极的三要件

作为积极的三要件总称的构成要件，“是指将违法有责的行为类型化的观念形象”。^② 它是一个理

① 参见 [日] 町野朔：《犯罪論と刑罰論》，[日] 長尾龍一、[日] 田中成明编：《現代法哲学——実定法の基礎理論》，東京大学出版会 1983 年版，第 136 頁。

② [日] 小野清一郎：《犯罪構成要件の理論》，有斐閣 1953 年版，第 11 頁。

论性的概念，它的内涵是“构成要件符合性、违法性、责任”。^①日本现代的刑法主流理论主要是以积极的三要件为核心建构的，然而，几乎大部分的学者并没有清晰地意识到小野的积极的三要件只是他全部理论的一部分。他们基本上只是“片面地”接受、继承了积极的三要件理论，并且只是停留在“机械地”“经验地”使用上，并没有从整体上把握其理论。如作为比较新近的研究，矢田阳一在论述小野的理论时，不是从他的整体性理论来把握，而只是关注各个概念（构成要件、违法性、责任）的内涵定义。^②这样的理解并非错误或者不必要，但与本文理解和解释的角度有所差异。矢田阳一的研究代表了二战之后日本刑法理论的一种走向，他们从整体性的理论走向理论的个别化，因而可能丧失了对整体性的关注或把握。但是笔者认为，作为对国外文献的研究，我们有必要先从把握整体性的理论开始，一如日本在学习德国刑法理论时也是从整体性把握开始。因为只有从整体上把握，才能够发现其对刑法理论具有参照意义和价值之所在。本文试图通过对小野的积极的三要件的各个构成要件要素的分析，清晰呈现其积极的三要件理论的内涵。

（一）构成要件符合性

小野所指的构成要件符合性，就是根据刑法分则的法定构成要件做成各种各样认识“模型”的法律概念。“不符合构成要件的行为就没有刑法上的意义，构成要件符合性要有符合构成要件的事实，这是它的一个要素。”^③根据此定义，需要廓清三点：一是构成要件符合性与构成要件的关系；二是构成要件符合性与构成事实之间的关系；三是构成要件与构成事实之间的关系。

构成要件符合性是积极的三要件的一个要素，但是构成要件符合性中的构成要件是指什么？它与作为积极三要件总称的构成要件又是什么关系？笔者认为，小野所言的构成要件符合性是指行为要该当或者符合刑法分则条文的行为事实。如果是这样，构成要件符合性中行为所要符合的事实的构成要件就是指“刑法分则各条所规定的‘罪’，亦即特殊化了的犯罪概念”。^④既然构成要件符合性就是该当刑法分则规定的“罪”的行为事实，便当然不能等同于作为“罪”的构成要件，更不能等同于作为积极构成要件总称的构成要件。换言之，从构成要件不同的功能来区别两者之间的关系更为合理。

除以上需要区分的构成要件与构成要件符合性之间的不同之外，“构成要件还必须与符合构成要件的事实明确区分开来。因为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”。^⑤构成要件是根据刑法分则规定的法定构成要件，是作为“罪”的功能的存在形式，是通过“构成要件符合性（构成事实）、违法性、责任”类型化的犯罪行为的概念。构成事实是构成“行为”的那些事实本身，如故意杀人罪中的构成事实就是杀人的事实。构成要件则是指判断一个杀人的行为是否该当了刑法分则中规定的禁止杀人这种法定构成要件的“标准”“资格”或者“类型”等抽象概念。构成事实符合法定构成要件称为“构成要件符合性”。

具有构成事实的动作，才能称为行为。这个行为只有违反了刑法分则规定的行为规范，才能够被看作符合构成要件，即才能够成为具有“构成要件符合性”的行为。

（二）违法性

“所谓的违法性，就是行为违反了客观的法律秩序。”^⑥这一定义与贝林格关于违法性的定义不

① 参见 [日] 小野清一郎：《犯罪构成要件の理論》，第 12 頁。

② 参见 [日] 矢田陽一：《小野清一郎の实行行為論と正犯・共犯論》，《國土館法學》2015 年第 48 号，第 131～137 頁。

③ [日] 小野清一郎：《犯罪構成要件の理論》，第 8 頁。

④ [日] 小野清一郎：《犯罪構成要件の理論》，第 8 頁。

⑤ [日] 小野清一郎：《犯罪構成要件の理論》，第 7 頁。

⑥ [日] 小野清一郎：《犯罪構成要件の理論》，第 29 頁。

同，贝林格认为违法性是指法律条文的不法类型。^① 因为小野从行为切入，所以“违法性的评价是从行为的客观方面，即从它的外部对行为进行评价的”。^② 违法性与构成要件符合性一样，也是对行为的认识概念。按照小野的理论，违法性所触犯的“客观的法律秩序”，就是刑法分则所规定的那些“罪”。不过由此产生一个疑问，违法性与构成要件符合性有何区别呢？

“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到处罚，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。”^③ 其实，我们可以说在法秩序范围内违法的行为都是具有违法性的行为，但只是违反民法的行为显然并不会受到刑罚处罚，只有符合刑法分则规定的行为才能成为刑法意义上具有违法性的行为，因此这里的违法性也是被构成要件类型化的违法行为。但是，这并不能说明违法性与构成要件符合性之间的区别。

尽管小野指出违法性是一种“宣告”，但是依然不能解释清楚它与构成要件符合性之间的关系。笔者认为，小野在积极的三要件中所指的违法性是对刑法分则的类型化，而不是对刑法总则的类型化。因为积极的三要件中的违法性没有排除刑法总则规定的违法阻却事由的（可能性）情形，在此前提下，本质上它就等同于构成要件符合性。它们之间的不同在于，构成要件符合性是一般性的违法概念，而违法性是相对具体的违法概念，这是由它们对行为的认知层次不同所决定的。构成要件符合性针对的是所有触犯刑法分则的行为，而违法性针对的是一个已经触犯了刑法分则条文的具体行为。小野的“‘构成要件’不仅停留在单纯的实体刑法层面上，而且也意味着所谓刑法层面上‘应该成为罪的事实’。其结果是不属于贝林格、泷川的构成要件中的故意以及过失，也成为构成要件要素。而且，小野还将违法阻却事由、责任阻却事由也解释为‘消极的构成要件（要素）’等，这表示在构成要件中加入了犯罪成立的一般性要件的倾向。因此，小野所主张的构成要件更接近于‘一般构成要件’”。^④ 笔者认为，松宫的评价不完全正确，因为在构成要件符合性的层级上，符合或者该当构成要件意义上的“构成要件”是一般的构成要件，但是在违法性层级上该当或者符合的构成要件是具体的、特殊的构成要件。不过，松宫的评价反而能够解释清楚小野的构成要件符合性与违法性之间的不同，笔者认为可以将构成要件符合性称为“一般构成要件”，而将违法性称为“特殊构成要件”。正如小野自己所言的，“违法性是一般理念，通过它的适用才能变成具体的判断；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”。^⑤

还有一个问题需要廓清，即违法性与违法类型之间的关系。“违法性与违法类型（或者构成要件）不是同一问题。违法性关涉的是一般性的法的理念问题。（可罚的）违法类型（即构成要件）是被特殊化了的类型，并且是一个法律概念。”^⑥ 简言之，违法性与构成要件符合性、责任一并起着价值判断的作用，是一个观念性的概念；而违法类型实质上的功能是构成要件的功能。因此，违法性与违法类型的关系相当于违法性与构成要件的关系。^⑦ 前者是积极的三要件的一个要件要素，后者则是积极的三要件的总称。

① 参见 [德] 恩施特·贝林：《构成要件理论》，王安异译，中国人民公安大学出版社 2006 年版，第 5 页。

② [日] 小野清一郎：《犯罪构成要件の理論》，第 21 頁。

③ [日] 小野清一郎：《犯罪构成要件の理論》，第 11 頁。

④ [日] 松宫孝明：《构成要件と犯罪体系》，《立命館法学》2019 年第 1 号，第 116 頁。

⑤ [日] 小野清一郎：《犯罪构成要件の理論》，第 23～24 頁。注意小野的辩证法思想在这里的体现，尽管“违法性”是“一般的理念”，但是通过适用变成了具体的（特殊）判断；作为“特殊的”（具体的）“构成要件”反而通过适用变成了一般性的判断。

⑥ [日] 小野清一郎：《犯罪构成要件の理論》，第 23～24 頁。

⑦ 需要指出的是，小野所指的“违法类型”不同于贝林格所指的“不法类型”。前者所言的“违法类型”是指所有违反法律规定的行为类型，只有“（可罚的）违法类型（=构成要件）”才是刑法上的“违法类型”，而贝林格的“不法类型”一定是指刑法上的违法类型。参见 [德] 恩施特·贝林：《构成要件理论》，第 5、13 页。

(三) 责任

一个具有责任能力者故意或者过失地实行了刑法分则所规定的行为，就是一个该当构成要件的具有违法性的行为，就必须承担刑事责任。不是所有被伦理道德所非难的行为都是刑法上的有责行为，只有符合刑法规定的故意、过失的行为才能够成为刑法意义上的行为，所以责任也必须是构成要件类型化的责任。根据小野的理论，责任必须是道义责任。“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。”^①而“正是这一道义非难，才是刑法中责任的真正根据，因此应该称它为道义责任”。^②

道义责任是小野积极的三要件构成理论的一个特色，当然，“道义责任的判断并不单纯是道义上的，而首先是法律上的道义责任判断”。^③小野所言的道义责任应该是指已经被法律规定的道义责任，而并不是伦理道德层次上的道义责任。换言之，尽管小野主张道义责任，但是他所指的道义责任是实质上的法律责任，而不是通常所言的道德责任。虽然道义责任与伦理道德很容易使人混淆、误解并引起争议，^④但是小野依然使用。笔者认为，小野所要强调的刑法理论应该是在“人伦”的前提下构建起来的理论，他反对“玄学性”的刑法理论。与违法性的评价不同，“道义责任的评价，是对已经被客观地、外部地判断为违法的行为，进一步去考虑行为人主观的、内在的一面，亦即用行为人精神方面的能力、性格、情操、认识、意图、动机等来评价其伦理的、道义的价值”。^⑤所以，责任是最具体的判断，具体到每一个行为人自身。

“小野在对将故意、过失‘作为原则’的构成要件事实整体性的、行为者的主观态度如何决定的意义上，也主张‘构成要件规制故意、过失’。但是‘原则上’包含主观要素的构成要件为什么‘作为原则’具有故意规制的机能，其理由并不明确。”^⑥小野的理论的确没有交代关于主观的构成要件要素在犯罪构成要件中的地位，但是如果说主观方面的要素除了故意、过失之外就是主观的构成要件要素的话，那么我们可以推定小野的主观构成要件要素一定包含在构成要件符合性中。因为就连采用了比小野更为严格的客观主义立场的贝林格的构成要件理论中都包含了主观的构成要件要素，^⑦何况是小野所主张的重叠性的、立体性的犯罪构成理论。^⑧笔者认为，小野之所以没有特意论述这一点，是因为他认为将主观的构成要件要素包含在构成要件符合性中是必然的事情。松宫孝明认为在构成要件符合性中加入了主观的构成要件，如果不加以说明的话，就不能作为原则来使用。但是，这样的批判比较奇怪，为什么在构成要件符合性中加入了主观的构成要件要素不加以说明就不能被当作原则性的构成要件来使用呢？不加以说明最多能评价为证明力不足，而不应该影响其是否成为原则来使用。自贝林格开始的所有客观的犯罪构成理论中，没有任何一种理论是纯粹客观的犯罪构成理论，因为事实上任何纯粹客观的犯罪构成理论都不符合人类认知机制，都无法真正成立。在犯罪构成要件中包含主观方面的要素是法律本身规定的，因为现代刑法区别于前现代刑法的根本之处

① [日] 小野清一郎：《犯罪构成要件の理論》，第12頁。

② [日] 小野清一郎：《犯罪构成要件の理論》，第12頁。

③ [日] 小野清一郎：《犯罪构成要件の理論》，第41頁。

④ 参见 [日] 吉永圭：《小野清一郎における法思想と仏教思想》，《大東法学》2019年第29卷第1号，第195～223頁；[日] 鈴木敬夫：《戦争犯罪を犯した法学について—千葉正士教授の〈戦時における小野清一郎・尾高朝雄の法哲学〉批判—》，《札幌学院法学》2016年第32卷第2号，第81頁；[日] 矢田陽一：《小野清一郎の実行行為論と正犯・共犯論》，《國土館法学》2015年第48号，第125～137頁；[日] 出口雄一：《統制、道義、違法性——小野清一郎の〈日本法理〉をめぐる》，《松蔭法学》2014年第20卷第20号，第141～146頁；[日] 宿谷晃弘：《大日本帝国の刑罰思想における〈内部〉と〈外部〉》，《東京学芸大学紀要》2013年第64号，第155～161頁。

⑤ [日] 小野清一郎：《犯罪构成要件の理論》，第22頁。

⑥ [日] 松宫孝明：《日本とドイツにおける構成要件論の異同》，《立命館法学》2014年第5・6号，第225頁。

⑦ 参见 [德] 恩施特·贝林：《构成要件理论》，第16頁。

⑧ 参见 [日] 矢田陽一：《小野清一郎の実行行為論と正犯・共犯論》，《國土館法学》2015年第48号，第136頁。

就在于现代刑法承认人的主观性。如果根本性地排除主观方面的要素，将回到前现代刑法，而完全成为客观归罪理论。因此，小野的理论在这一点上没有可被非难之处。

需要注意的是主观的构成要件要素与责任之间的关系。作为积极的三要件要素的责任，不是指刑法分则中的主观的构成要件要素，而是指刑法总则规定的具有责任能力的故意、过失。尽管主观的构成要件要素是构成要件符合性中的一个要件要素，与故意、过失一样是责任的主观方面的内涵，但是它与作为责任的故意、过失不同。主观的构成要件要素归属于构成要件符合性，而作为责任要素的故意、过失是与构成要件符合性、违法性对等的构成要件要素。

其实小野也指出，“责任问题包含了一些难以明确的、是否应包括在构成要件之内的两可性，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，这些都是作为被类型化的抽象概念来予以规定的”。^① 在责任问题中，除了故意、过失之外，责任能力也是一个模棱两可的问题点。如果在判断构成要件符合性、违法性时考虑责任能力要素的话，可能会导致积极的三要件理论的崩坏。如果在构成要件符合性和违法性的阶段完全不考虑责任能力的话，积极的三要件就难以成为价值判断层级上的三要件。于是，小野的犯罪构成要件理论也可能会走上与贝林格犯罪构成理论相同的道路。正因如此，小野才认为责任能力在责任问题中是一个“（模棱）两可”的问题。一方面，在积极的三要件构成理论中需要这个具体的要件要素来证明积极的三要件是价值判断的、实用型的理论；另一方面，这个具体的要件要素又是以一种假定的方式预设的，因为这个具体的判断只有在消极的三要件中才能做出最后的决定。

三、作为积极的三要件总称的构成要件

我们可以这样解释构成要件，即它是一个模型，是规范那些抽象的“构成要件符合性、违法性、有责性”行为的框架性概念。首先，构成要件是对行为的一种类型化概念。其次，这个类型化的概念必须符合积极的三要件——构成要件符合性、违法性、责任的要求。具体而言，构成要件是在积极的三要件基础上建构起来的行为概念。反过来，积极的三要件——构成要件符合性、违法性和责任的类型化也必须通过构成要件完成。构成要件就像是一个具有刻画功能的“模型”。如小野所言，“所谓构成要件，是指将违法并有道义责任的行为予以类型化的观念形象（定型），是作为刑罚法规中科刑根据的概念性规定”。^② 由此我们可以断定，构成要件是构成要件符合性、违法性、责任的一个共有的前提概念。

在构成要件统领下的积极的三要件要素之间又是什么关系呢？小野的积极的三要件要素之间的关系是重叠的，“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”。^③ 这一点与贝林格形而上学层级上的三要件要素——“犯罪类型、违法类型、责任类型”之间的关系模式是一样的，它们必须同时存在才能够具有构成要件的作用。小野也明确指出：“刑法中对行为有三重评价：第一，是符合构成要件的评价，这是法律的、抽象的评价。第二，是违法性的评价，这是对行为本身具体的评价，但也是将行为大体上与行为人分离开来后的评价，所以也可以说是社会的且仍是抽象的评价。第三，是道义责任的评价，这是对行为人最具体的评价。至此，法的伦理性、道义性的本质，才完全地展

① [日] 小野清一郎：《犯罪构成要件の理論》，第 25 頁。

② [日] 小野清一郎：《犯罪构成要件の理論》，第 11 頁。

③ [日] 小野清一郎：《犯罪构成要件の理論》，第 19 頁。

现出它的全貌。”^①小野认为，通过对一个行为进行三个层次的评价，才能最终确定该行为是否构成犯罪、是不是值得处罚的行为。从这一点来看，我们也可以确定小野犯罪构成理论中的构成要件要素之间的关系不是随意的，而是具有先后层次的。

小野“最初也觉得应当把三者并列起来，然而按照道理，它们却不应该是并列的，而是有所重合的”。^②笔者认为，小野的积极的三要件构成要素之间不仅如上所述是重叠的关系，而且是阶层式重叠关系。它们之间不仅有前后顺序的关系，而且它们的每一个要件要素都以前一个要件要素作为自己的前提条件，即构成要件符合性是违法性和责任的前提，因为在构成要件符合性中包含了违法性要素和责任要素。而违法性是责任的前提，如果在违法性阶段已经能够否定构成要件符合性中的责任要素的话，^③就没有必要进入责任阶段的评价。只有在违法性无法否定构成要件符合性中的责任要素的前提下，才有必要进一步进行是否存在责任的评价。“将违法性与道义责任分开来，属于理论性工作，实际上这两种评价是作为一个整体同时进行的。”^④违法性与责任在构成要件（符合性）中不仅是相联系的，并且是同时存在的。三个构成要件要素形成了一个阶梯式的、立体式的关系。^⑤这种关系受到一定的质疑，松宫孝明认为，“对主张作为违法·有责类型的构成要件当然存在主观构成要件的小野来讲，主观构成要件是违法（不法）要素还是责任要素，他并不关心。为此，‘该问题实际上不太重要’，‘违法性以及道义责任的判断除了本来是一个伦理性评价的理论性分析之外，事实上不仅一直是结合的，而且理论上在构成要件中也是重合的’。……其结果，小野的构成要件‘故意规制机能’和‘违法性推定机能’都不起作用”。^⑥笔者认为，并非小野的构成要件中的故意规制机能、违法性推定机能都不起作用，而是在小野的积极的三要件理论中，责任、违法性是以重叠的方式起作用的。换言之，小野的积极的三要件理论是全息理论、整体性理论，这种理论所表现出来的特征，从表面上看似乎故意规制机能和违法性推定机能都不起作用，但事实上，它们起着一种合目的性的作用。的确如松宫孝明所言，“贝林格舍弃了将‘构成要件（符合性）’看成是‘犯罪类型’的思考方法。与此相反，小野推进了包含故意、过失在内的‘犯罪类型’的思考方法”。^⑦既然是推进，在构成要件中不仅存在“双重的主观方面的要素”，而且还存在违法性与责任的重叠，这正好说明了小野的理论跟贝林格的理论的差异，而且还进一步证明了小野的理论中两个要件要素之间的加强关系。如果从小野的“同心圆”的构成要件理论的观点来看，即便是“重复”也不是实质性的问题，甚至可以说，正是“重复”的存在才是他的理论的成功之处。

小野指出，“历来的学说，都只限于把构成要件当作违法性的类型化，并且使之与责任对立起来。与其相反，我主张构成要件是违法性的类型化，同时也是道义责任的类型化”。^⑧仅从这一点来看，小野的理论本质上与自贝林格之后直到威尔泽尔的理论是相当接近的，因为贝林格认为的犯罪类型中也具有违法类型和责任类型的要素，从而犯罪类型才能够将后两者统领起来。^⑨他们之间的不同只是在于，贝林格试图强调的不是它们之间的关联，而是它们之间的区别；小野则正相反，他试图强调的不是它们之间的区别，而是它们之间的关联。但结果却正好相反，贝林格强调的是区别，反而呈现出了它们之间的差别性关联；小野强调的是关联，反而呈现出的却是它们之间的

① [日] 小野清一郎：《犯罪构成要件の理論》，第7頁。

② [日] 小野清一郎：《犯罪构成要件の理論》，第19頁。

③ 即“违法性”能够否定违法性事实存在的话，就没有必要再进行“责任”的评价。

④ [日] 小野清一郎：《犯罪构成要件の理論》，第22頁。

⑤ 参见 [日] 矢田陽一：《小野清一郎の实行行為論と正犯・共犯論》，《國土館法学》2015年第48号，第136頁。

⑥ [日] 松宫孝明：《日本とドイツにおける構成要件論の異同》，《立命館法学》2014年第5・6号，第227頁。

⑦ [日] 松宫孝明：《日本とドイツにおける構成要件論の異同》，《立命館法学》2014年第5・6号，第225～226頁。

⑧ [日] 小野清一郎：《犯罪构成要件の理論》，第2頁。

⑨ 参见 [德] 恩施特·贝林：《构成要件理论》，第2、16頁。

区别。

完全不同于麦耶和迈茨格的观点，小野指出，“构成要件与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界限来”。^① 这一观点非常清晰地表述了构成要件与违法性之间的关联性，但是同时也清楚地指出了两者之间的不同。按照小野的理论，构成要件（符合性）中不仅包含违法要素，还包含责任要素，但是在违法性中并不包含责任要素。只有在第三个层次上，即具体到行为人个人的责任时，才在违法性中引入责任要素。然而，也正是在一个行为被三重性地判断时，违法性就等同于构成要件（符合性）了。小野认为，“即便在违法性中不包含主观要素，在构成要件视为作为违法有责行为的类型之中，也应当有主观要素”。^② 换言之，即便在积极的违法性中不包含主观的要素，在作为积极的三要件的构成要件中也存在主观要素。因此，“可以从正面承认作为这样的违法·有责行为类型的构成要件论，在构成要件上就包含着规范的要素和主观的要素”。^③ 总而言之，尽管在很大程度上小野的构成要件论受到贝林格、麦耶等人的理论的影响，但是又与他们的犯罪构成理论不同，尤其是“将违反‘国家道义’的行为的类型解释成为违反客观的·主观的‘国家道义’的违法·有责的类型，在这一点上具有其本质特征”。^④

町野朔将小野以构成要件为基础的犯罪论体系评价为“同心圆的犯罪论体系”。^⑤ 这样的评价非常形象，而且非常准确地解释了小野的积极的三要件理论中要件要素之间的关系。在町野朔所指的“同心圆”理论中，“所谓的‘同心圆的犯罪论体系’意味着具有所谓‘道义责任’是犯罪的根本性要素，那个‘违法行为’是包含了具有‘道义责任的行为’，而且‘构成要件该当行为’包含了这个‘违法行为’的相互关系的犯罪论体系”。^⑥ 换言之，“在这个体系中，虽然违法但不该当构成要件的行为，或者虽然有责但不是违法的行为是无法想象的，即构成要件符合性、违法性、责任的三个要素都收录在所谓构成要件的圆中，而且其中所谓收录在责任的圆的意义上，才能成立‘同心圆的体系’”。^⑦ 根据此“同心圆”的解释理论，我们可以进一步肯定小野的积极的三要件中要件要素之间是重叠的、立体的关系。但是，如果从小野的整体理论来看的话，不得不说该评价并不完整，因为“同心圆”的结构只是指出了小野的积极的三要件构成理论的特征，并没有指出其理论的全部构造。

小野的构成要件很明确，反映的是实用型的构成要件理论，如他所言，“所谓违法性和道义责任问题，指的是从刑法的制裁机能出发，如何对业已发生了的行为进行评价的问题”。^⑧ 换言之，如果没有刑法制裁的需要，就没有判断违法性和责任的必要性，也即没有进行纯粹理论性研究的必要。^⑨ 制裁的需要是从刑法分则规定的“罪”开始的，也就是从构成要件符合性的事实认定开始的。从这个角度解释小野的积极的三要件，不仅能够说明他的三要件要素之间的重叠性关系，也能够说明其理论的实用性。“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

① [日] 小野清一郎：《犯罪构成要件の理論》，第 35 頁。

② [日] 小野清一郎：《犯罪构成要件の理論》，第 36 頁。

③ [日] 矢田陽一：《小野清一郎の实行行為論と正犯・共犯論》，《國土館法学》2015 年第 48 号，第 137 頁。

④ [日] 矢田陽一：《小野清一郎の实行行為論と正犯・共犯論》，《國土館法学》2015 年第 48 号，第 136~137 頁。

⑤ 参见 [日] 町野朔：《犯罪論と刑罰論》，[日] 長尾龍一、[日] 田中成明编：《現代法哲学——実定法の基礎理論》，第 136 頁。

⑥ [日] 松宮孝明：《日本とドイツにおける構成要件論の異同》，《立命館法学》2014 年第 5・6 号，第 218 頁。

⑦ [日] 松宮孝明：《日本とドイツにおける構成要件論の異同》，《立命館法学》2014 年第 5・6 号，第 219 頁。

⑧ [日] 小野清一郎：《犯罪构成要件の理論》，第 21 頁。

⑨ 例如，德国的学者为了排解二战时期政治气氛下的压抑，将刑法学当作哲学来研究。参见许玉秀：《当代刑法思潮》，中国民主法制出版社 2005 年版，第 53 页。

性的理念，其本质意义自然是一般概念性的概念。”^①在这个意义上，小野所言的构成要件仍然是一个理论性的概念，或者也可以认为，虽然是实用型的“（特殊的）构成要件”，但是需要违法性和责任的试金石加以试验，才能够体现出它的要件性功能。如小野所述，“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其道义责任”。^②如此，构成要件就通过积极的三要件的适用而具体化了。

四、消极的三要件

消极的构成要件理论最初是由鲍姆嘉通提出的，^③经历恩吉施、威尔泽尔、考夫曼直至罗克辛等人的深入探讨、批判以及继承，已经形成了犯罪构成理论中的一个学派。^④尽管小野的著作中没有明确论及消极的构成要件理论，但是从小野在犯罪构成理论中重视消极的构成要件要素的态度来看，我们还是可以确定他也接受并继承了这一理论的观点。但是，必须注意的是，小野的犯罪构成理论仅仅体现在消极的三要件上，而且其消极的犯罪构成理论还是以积极的三要件为前提建构的。即便日本的主流刑法理论也承认消极的构成要件理论的存在，但不是单纯而简单地承认它，而是在以积极的三要件为前提才承认的。小野的消极的三要件如下所述。

（一）作为消极的三要件要素之一的构成要件

小野的消极的三要件是由作为积极的三要件总称的构成要件、违法阻却事由、责任阻却事由构成的。作为消极的三要件要素之一的构成要件的功能，与在积极的三要件中的功能不同，在消极的三要件中，它本身就是三要件中的一个要件要素。构成要件是消极的三要件中最根本的一个要件要素，作为消极要件要素的违法阻却事由和责任阻却事由都是从整体性的构成要件的内容中“减少（或排除）出去的合法性”的要件要素。因此，可以肯定小野的消极的三要件是以积极的三要件为绝对前提的。如果积极的三要件的构成内容是错误的、不正确的，那么消极的三要件就无法起到消解、修正的作用。假设不将构成要件作为违法阻却事由、责任阻却事由的前提要件，那么小野的犯罪构成理论就会变成与中国四要件构成理论本质上相同的理论，因为二者都是不包含违法阻却事由、责任阻却事由在内的犯罪构成理论。

（二）违法阻却事由与违法性

违法阻却事由是消极的三要件要素之一，之所以说它是消极的三要件要素，是因为它不是以“肯定”的方向认定犯罪，而是从“否定”的方向解构犯罪。积极的三要件中的违法性与消极的三要件中的违法阻却事由是一体两面的关系。积极的违法性将一个行为推向构成犯罪的方向，而违法阻却事由将同一个行为推向合法的方向，或者也可以说是从积极的违法性中排除出合法的行为。小野对违法性的内涵表达是非常清晰的，能够清晰地构成要件中的违法性与消极的三要件中作为一个构成要件要素的违法阻却事由区分开。行为的违法性在“构成要件属于它的积极类型化，而它的消极方面则表现在违法阻却事由上”。^⑤也就是说，违法性可以分成（可能的）两方面：一方面是在构成要件中的“肯定型”违法性，即积极的违法性；另一方面是“否定”（消极）的违法性，即违法阻却事由。如果说构成要件是违法性的积极的类型化，那么违法阻却事由就是违法性的消极的类型化。

① [日] 小野清一郎：《犯罪构成要件の理論》，第19頁。

② [日] 小野清一郎：《犯罪构成要件の理論》，第19頁。

③ 参见苏俊雄：《刑法总论 I——刑法之基础理论架构及适用原则》，台湾大地印刷厂股份有限公司1998年版，第73頁。

④ 参见郑军男：《德日构成要件理论的嬗变——贝林及其之后的理论发展》，《当代法学》2009年第6期，第66~68頁。

⑤ [日] 小野清一郎：《犯罪构成要件の理論》，第27頁。

消极的违法性是由刑法总则规定的，“这些违法阻却事由和责任阻却事由也是被类型地、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”。^① 所以说违法阻却事由是更为抽象的概念，是因为违法阻却事由规定在刑法总则之中，而刑法总则的规定是对刑法分则进行抽象归纳、总结后的原则性条款。小野所指的“抽象性”是从以下角度理解的：一方面，他认为“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予以规定”；^② 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，因而或多或少只是一种一般性的、抽象的东西。于是就有虽然行为大体上符合规定，但是具体又有或者缺少违法性、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35条以下几条的违法阻却事由和责任阻却事由”。^③ 根据小野的理论，刑法一方面用来惩治那些必须惩治的行为，但是同时刑法也要用来排除那些看似应该惩治而实质上不应该惩治的行为。如果在构成要件中存在不该惩治的行为，就应该从中排除出去。这便是我们通常认识的“减法式”的构成要件理论，即消极的构成要件。只有在进行具体的违法阻却事由存在与否判断的时候，才能更加明确地确定违法性。因此，我们也可以说，尽管违法阻却事由是抽象的，但是它却具有将违法性具体化的功能。

（三）责任阻却事由与责任

“道义责任变成具体性判断的问题，在法律上，它是以责任阻却事由的形式从消极方面来规定的。可是在学理上，它必须是一个具有实体意义的问题，这就是道义责任。”^④ 也就是说，如同违法性一样，小野将道义责任分成了该当在构成要件中的积极责任和该当责任阻却事由的消极责任两部分。

责任是积极的三要件理论中的一个要件要素，它主要指的是故意和过失。另外，责任阻却事由指的是欠缺责任能力的条款。责任阻却事由与违法阻却事由一样都是刑法总则规定的要件要素，但是责任阻却事由是指消极的构成要件要素，它的功能与违法阻却事由的功能一样，能够将抽象的责任具体化。

五、二重性的三要件之间的关系

小野的二重性三要件理论是以构成要件为核心建构起来的，构成要件在其理论中有三个功能：第一个功能是指作为积极的三要件的总称，即构成要件符合性、违法性、责任的总称；第二个功能是指刑法分则规定的“罪”，即如他自己所指出的，“构成要件理论中的构成要件，即是刑法分则各条中规定的‘罪’，亦即特殊化了的犯罪概念”；^⑤ 第三个功能是指在消极的三要件中，作为与违法阻却事由、责任阻却事由相并列的一个要件要素，同时起着连接刑法分则与总则关系的“纽带”作用。关于构成要件的第一个功能和第二个功能，分别在上文的第二、三部分中作了详细的论述，在这里不再赘述。以下主要论述第三个功能，以凸显小野的二重性三要件理论结构的特征。

（一）作为刑法典的整体性意义上的构成要件

构成要件的理论“以刑法分则的‘特殊’构成要件为其概念契机，将刑法总则和分则有机地结合起来，并且由于明确了构成要件与违法性及道义责任的关系，而对刑法分则中的构成要件的解释

① [日] 小野清一郎：《犯罪构成要件の理論》，第27頁。

② [日] 小野清一郎：《犯罪构成要件の理論》，第27頁。

③ [日] 小野清一郎：《犯罪构成要件の理論》，第27頁。

④ [日] 小野清一郎：《犯罪构成要件の理論》，第26頁。

⑤ [日] 小野清一郎：《犯罪构成要件の理論》，第8頁。

给予了正确的指导”。^①与此同时，作为刑法总则中规定的一般性构成要件的“违法性否定要素”（违法阻却事由）、“责任否定要素”（责任阻却事由），也由构成要件统领起来，因为刑法总则规定的消极要件要素只有通过刑法分则规定的具体的“罪”一起适用，才能够体现出它们的价值。进一步而言，积极的三要件是对刑法分则的理论性描述概念，消极的三要件中的两个消极的要件要素是对刑法总则的理论性描述概念。如刑法分则和刑法总则统一在刑法典之下一样，这两组概念统一在构成要件之下，一起构成了小野的二重性犯罪构成理论。

（二）作为犯罪概念的整体性的构成要件

小野提出，“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（构成要件符合性）；不仅如此，刑法总则中的诸问题，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者理论机能。应当以此为基石，构筑犯罪一般理论的体系”。^②小野的这个论述体现了以下三层含义：第一，构成要件的第一个功能首先是指作为刑法分则中被特殊化了的积极的三要件总称的构成要件。这个构成要件如前所述，是由构成要件符合性、违法性和责任组成的。第二，作为刑法分则意义的构成要件还要与刑法总则中规定的诸问题相关联，其中最重要的是违法性和责任。如前文所述，小野在这里所指的违法性和责任不同于在关于刑法分则的积极的三要件中的违法性和责任，而是指违法阻却事由和责任阻却事由，也就是本文所指的消极的三要件要素。第三，犯罪构成要件的理论必须通过积极的三要件和消极的三要件连接起来，共同构建犯罪的一般理论体系。

（三）作为“纽结”的构成要件

构成要件是小野的二重性犯罪构成理论的一个“纽结”，一方面作为积极的三要件的总称，另一方面又是消极的三要件之中的一个要件要素，从而将两个不同功能的三要件统领在一起，形成一个整体性的刑法理论。

的确，作为积极的三要件总称的构成要件同作为消极要件要素的违法阻却事由与责任阻却事由之间的关系，从功能上讲，是不能统合在一起的。因为构成要件符合性、违法性、责任可以形成一个重叠的同心圆，但是在消极的三要件构成理论中，构成要件、违法阻却事由、责任阻却事由三个构成要件要素反而是分离的。进一步而言，违法阻却事由和责任阻却事由是从构成要件中剥离的，这是由消极的三要件要素的功能所决定的。尽管小野指出“构成要件与违法阻却事由以及责任阻却事由的关系是：前者是肯定违法性及其道义责任的法律定型，后者则是否定违法性及其道义责任的法律定型”，^③又或者“刑法分则的构成要件是可罚性不法的积极构成要件，违法阻却事由和责任阻却事由可以说是总则性的、一般的消极的构成要件”，^④但这样的解释并不能说明消极的三要件要素之间的关系能像积极的三要件那样是相互重叠的。我们最多能够这样阐释，构成要件为积极的构成要件要素，违法阻却事由、责任阻却事由为消极的构成要件要素。在小野的犯罪构成理论中，构成要件中具有客观的违法要素和主观的责任要素。这里的违法性中依然可能还包含着“合法性”的否定性要素，即违法阻却事由；这里的责任中也可能包含如无责任能力的“否定性要素”，即责任阻却事由。既然如此，就必须将这种可能性从构成要件中排除出去，这不仅是犯罪构成理论的目的，更是刑法典的要求。也正因如此，消极的三要件要素之间的关系就不可能是重叠的关系，而只能是

① [日] 小野清一郎：《犯罪构成要件の理論》，第2～3頁。

② [日] 小野清一郎：《犯罪构成要件の理論》，第5頁。

③ [日] 小野清一郎：《犯罪构成要件の理論》，第30頁。

④ [日] 小野清一郎：《犯罪构成要件の理論》，第27頁。

逐渐削减的关系。

作为刑法分则类型化的构成要件本身的功能是积极的，但是违法阻却事由、责任阻却事由的功能是消极的。前者是“构成性”的要件要素，后者是“解构性”的要件要素。因此，它们之间无法形成如“同心圆”一样重叠性的理论。尽管小野不愿意承认这种关系的相互隔离性，但这是他自己也无法消解的客观存在，因为只有通过消极的要件要素才能够真正判断出一个行为构成犯罪与否。换言之，只有从构成要件中排除出所有非犯罪的部分，才能够成立真正的犯罪。

尽管如此，积极的三要件与消极的三要件之间的关系也是不能分离的。如果违法阻却事由、责任阻却事由不以积极的三要件构成要件为前提，则它们的存在就会由于过度抽象而不能真正起到作用。反过来讲，即便作为积极的三要件总称的构成要件能够成立，如果没有违法阻却事由、责任阻却事由的排除功能的适用，构成要件本身也会从“具体的构成要件”变成“抽象的构成要件”。尽管违法阻却事由和责任阻却事由在刑法典中是作为最抽象的概念存在的，实质上它们的功能却又是最具体的评价性要件要素，即“违法性的阻却或道义的阻却，最终是对具体案情的伦理性、规范性的判断”。^①因此，积极的构成要件与两个消极的构成要件要素又存在内在的相互关系。不过，这种“内在性”不是同心圆式的关系，而是阶梯式的关系。

如前所述，事实上日本刑法学界更加看重的是小野的积极的三要件理论，这也是为什么日本刑法学界主流理论在一定程度上只看到了小野“同心圆”式结构的主要原因，他们并没有非常重视小野的消极的三要件理论。与此不同，中国刑法学界主流理论更看重消极的三要件理论，而几乎没有注意到积极的三要件的前提性条件。之所以如此，是因为中国刑法学界主流理论有一个偏见，即认为消极的三要件理论可以降低入罪率。但是事实上并非像中国刑法学界主流观点所期望的，日本由于采用了消极的三要件理论因而入罪率比较低。相反，如冯亚东指出的，日本的“入罪率”甚至接近99%。^②这提醒我们应该注意到，消极的三要件理论与出罪率或者入罪率没有直接的关系，它只是认识犯罪行为的一种理论概念而已。如小野所定义的，“所谓的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是在实质上、整体上与规范相关并且含有评价的意味”。^③

综上所述，小野的三要件理论已经从贝林格的形而上学层次的三要件理论完全下降到（具体）价值判断层次的三要件理论，所以也就具有了贝林格三要件构成理论“分支”的意义。在我们肯定小野的理论与麦耶、迈茨格、威尔泽尔理论之间的传承性之时，也应该注意到小野的特殊的理论之处，即它是二重性结构的三要件理论。

六、结论

如小野自己所言，其犯罪构成理论是实用型的刑法理论：“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。”^④毫无疑问，小野的犯罪构成理论，在价值判断的层级上是非常成熟的三要件理论。自从他的犯罪构成要件理论出台，尤其是二战后日本修改宪法之后，日本刑法学界主流理论基本上是在这个框架内进一步深化、发展的。尽管平野龙一评价“小野博士的构成要件论可以说实际上是

① [日] 小野清一郎：《犯罪构成要件の理論》，第28頁。

② 参见冯亚东：《中德（日）犯罪成立体系比较分析》，《法学家》2009年第2期，第96页。

③ [日] 小野清一郎：《犯罪构成要件の理論》，第38頁。

④ [日] 小野清一郎：《犯罪构成要件の理論》，第11頁。

构成要件崩坏的理论”，^①但是我们也可以换一个角度来理解这个评价，小野的理论的确走在了三要件犯罪构成理论非常成熟的阶段，也许因为这种成熟本身就蕴含着“崩坏”的要素。

（责任编辑：方军 洪欣）

On the Double Structure of Ono Seiichiro's Tatbestaende Theory

Qin Yihe

Abstract: Although the angle of Ono Seiichiro's Tatbestaende Theory differs from that of Beling's Tatbestaende Theory and does not adopt the double structure of Beling's theory, Ono's double structure of Tatbestaende Theory is still based on Beling's theory of "three important conditions". Under the double structure of Ono's Tatbestaende Theory, with Tatbestaende as the link, one level consists of three positive important conditions — "Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit, Schuld", while the other level consists of three negative important conditions — "Tatbestaende, Ausschuss der Rechtswidrig, Entschuldigungsgründe". They jointly constitute the double structure of Ono's Tatbestaende Theory.

Keywords: Tatbestaende; three important conditions under the double structure; three positive important conditions; three negative important conditions

^① [日] 平野龍一：《犯罪論の諸問題（上）総論》，有斐閣1981年版，第25頁。