

消极的构成要件要素理论：一个颠覆性的尝试

丁胜明**

一

通行的三阶层犯罪成立理论认为，一个行为是否成立犯罪，需要经过构成要件该当性、违法性和有责性三个阶层的判断。不过，虽说三阶层体系的第二阶层的名字叫做违法性阶层，其判断的实际内容却是是否存在正当化事由。换言之，第一阶层判断行为是否该当构成要件，第二阶层判断行为时是否存在正当化事由。一般认为，如果行为人没有认识到自己的行为该当构成要件，那么就不成立故意，构成要件的认识错误，具有阻却故意的效力，反过来说这就是所谓的构成要件的故意规制机能。那么，如果行为人正确地认识到自己的行为符合此处的构成要件，而同时错误地认为存在正当化事由的情状时，该如何处理呢？这就是通常所说的正当化事由的事实前提的认识错误问题，这种认识错误的典型代表是假想防卫。举例来说，甲女下夜班回家途径一小巷子时，听见后方有一人乙跑步追来，误以为乙意图抢劫自己，便拿出平日随身携带的防身器具击伤了乙，但实际上乙仅仅是在进行晚间锻炼，甲女的行为便构成假想防卫。

学术史上为了对以假想防卫为代表的正当化事由的事实前提错误问题作出合理的处置，提出了种种解决方案。假想防卫问题的难点在于，行为人故意地实施了符合三阶层的构成要件的行为，但是在绝大多数情况下，并不是故意地违反法律，不如说，行为人不仅没有反规范的意识，反而以为自己的行为正好是符合法律的，因此，这种行为难以符合人们对“故意”犯罪的朴素观念。而早期的任何一种理论上的解决方案，在结论上都不敢无视这种大众的正义直觉。刑法理论长期以来的任务，就是从教义学上证明行为人缺乏作为罪责要素的“故意”。

先贤们充分发挥了自己的想象力，在假想防卫的问题上提出了许多可供选择的路径。但是，在很长的一个历史时期中，这个问题主要是靠事实的错误理论解决的。换言之，认为假想防卫人存在事实的错误（客观上也的确如此），而事实的错误阻却故意，于是，假想防卫的行为缺乏故意，在符合过失犯的条件下，成立过失犯。毋庸置疑，这个方案在结论上是具有合理性的，但是逻辑上却存在明显的缺陷。这是因为，德国刑法第 16 条第 1 款规定，“行为人行为时对法定构成要件缺乏认识的，不认为是故意犯罪，但要对其过失犯罪予以处罚。”换言之，法定的构成要件是故意的认识对象。既然如此，那么对并非内属于三阶层所设想的构成要件的正当化事由的事实前提的认识错误，又如何能够阻却故意呢？这个矛盾，在事实错误和法律错误的错误分类法被构成要件错误和禁止错误的区分取代后，变得更加棘手和急迫，以前所依托的“事实错误阻却故意”这个理论阵地已经丧失，于是人们不得不面对这样的问题：正当化事由的事实前提的错误，到底是构成要件的错误，还是禁止的错误？这直接关系到对假想防卫等问题的处理结论：如果是构成要件的错误，则阻却故意，如果是禁止的

** 作者系北京大学法学院 2010 级刑法学博士研究生。本文得到了国家留学基金委“国家建设高水平大学公派研究生项目”的资助（项目号：201206010170）。

错误，那么在错误不可避免的情况下阻却罪责，在可以避免的情况下只能减轻罪责。

与此同时，在理论上蛰伏已久的消极的构成要件要素理论，被时代的召唤所唤醒，成为了解决正当化事由的事实前提错误的一个极为简洁明了的途径。实际上，消极的构成要件要素理论在 Beling 创立三阶层的犯罪成立理论之前就已经存在，其创立者 Merkel 当初也并非为了解决正当化事由的事实前提错误问题而提出正当化事由是消极的构成要件要素，在 Merkel 的时代，构成要件概念实际上等于犯罪成立的要素的总体，其中行为、结果等要素是以“存在”的方式来促成犯罪的成立的，而正当化事由却只能以“不存在”即“欠缺”这种消极的方式出现的时候犯罪才能成立，因此，正当化事由被 Merkel 称为消极的构成要件要素。当我们将这种思维方式切换到三阶层的犯罪成立理论中后，三阶层中的构成要件和正当化事由就分别变成了积极的构成要件要素和消极的构成要件要素，两者同属于新的、超越三阶层中的构成要件内涵的构成要件概念，根据德国刑法规定，成立故意要认识到构成要件，因此，在积极的或者消极的构成要件要素的认识错误时，都阻却故意。据此，在假想防卫的场合，行为人误以为存在正当化事由的事实前提，也就是误认为存在消极的构成要件要素，因此阻却故意。

消极的构成要件要素理论将正当化事由的事实前提纳入故意的认识范围，从而论证了假想防卫者欠缺故意，继而阻却罪责，这是其在理论上的一大贡献。但是，正所谓兴一利则生一弊，消极的构成要件要素理论也给传统的理论带来了巨大的冲击。实际上，任何一个总论的问题，都不可能仅仅是一个问题，相反，在牵一发而动全身的犯罪成立理论体系中，对其中任何一个部件进行变革，都可能影响到犯罪成立理论的全局。正当化事由的事实前提的认识错误这一问题，恰好扼住了犯罪成立理论的咽喉，可以说它是犯罪成立理论最关键的节点之一。众所周知，一行为符合构成要件，往往就被推定为具有违法性，正当化事由的存在，只是例外地阻却了违法性，这就是所谓的构成要件的违法性推定原理。因此，正当化事由本身就是一种“例外”，而对正当化事由的事实前提的误认，则更是例外中的例外。这种极为罕见的情况，在实践中虽然并不属于常态，但对这种特殊问题的解决方案，对于检验一种犯罪成立理论是否合理、是否能够体系性地解决能够想象得到的所有问题，却起着至关重要的作用。可以说，正当化事由的事实前提的错误，正是进行体系化的逻辑思考时所不可忽视的一个关口，这一问题所涉及的细节横跨构成要件、违法性和罪责三个领域，对这一问题的重新理解，具有爆炸性的效应，将引发犯罪成立理论的剧烈变动。也正是因为这一点，试图解决假想防卫的故意阻却问题，并对三阶层中的构成要件阶层和违法性阶层的关系进行重大变更的消极的构成要件要素理论，不知不觉已经将自己置身于水深火热之中。

反对派的学者们提出了种种诘问，消极的构成要件要素理论的支持者几乎被质疑的声音所淹没。在超过半个世纪的时间里，攻守两方就是否应该从消极的构成要件要素这个角度去理解正当化事由的事实前提这一问题展开了旷日持久的辩论。可惜的是，中国刑法学界当时没有能够参与到这一场激烈的学术论争中去，因为这场学术论争主要发生在德国，而那个时候，中国学术界还没有受到德国刑法理论的洗礼，并且，二战和内战的双重压迫，也使得学术研究蜷缩在一个狭小的空间之内。而这场论争的硝烟散尽之后，我们又开始了向苏联学习的漫长过程。如今，中义胜的《妄想防卫论——消极的构成要件要素理论》一书，让我们有机会重新目睹历史上曾经发生的这一学术论争的盛况。作为目前日本学界唯一一本专门研究消极的构成要件要素理论的著作，也是唯一一本专门研究假想防卫问题的著作，其在消极的构成要件要素理论这一问题上的权威性和学术价值不言而喻。这本书是中义胜在 1971 年之前所发表的关于消极的构成要件要素理论的论文的合集，自出版之日起到今天已经过去了

42年。想到我们至今还要回过头去读他国42年前的旧作来复习功课，不免使人感慨万千。但是，谦逊和耐心，是我们学习德日刑法理论时应当具有的态度。只有在知其然且知其所以然的前提下，我们才能思考对方的理论方案是否具有合理性，进而思考我们自己的路径选择。下面，我们就来看一下这本著作的主要内容，看它能带给我们哪些理论上的启示。

二

《设想防卫论——消极的构成要件要素理论》一书共分六章，分别是序章：设想防卫和构成要件的故意，第一章：理论史的研究——消极的构成要件要素的理论，第二章：正当化行为的必要性的误认，第三章：公务执行的合法性的误认，第四章：严格责任说和限制责任说——构成要件和故意的机能，第五章：总括——构成要件和构成要件的故意。

在序章中，中义胜提出了传统理论中所存在的问题：在日本，通常认为，假想防卫符合故意杀人罪的构成要件，但是，最终却大多以过失杀人罪定罪。然而，既然最终定性为过失杀人罪，那么假想防卫就应该自始符合过失杀人的构成要件，而不是故意杀人的构成要件。因此，如果对假想防卫坚持按照过失犯罪定性，就应该思考传统的故意定义的正当性，即对三阶层中的构成要件有容认是否就能够被评价为故意。

理论史一章是全书的重头戏，占了整本书一半的篇幅。在这一章中，中义胜站在支持说的立场上，对理论发展史上围绕消极的构成要件要素理论出现的种种赞成和反对的观点进行了系统的梳理。批判消极的构成要件要素理论的主要论点有：心理的不可能论——行为人认识到所有类型的正当化事由都不存在才能成立故意是不可能的；欠缺类型化说——正当化事由不具有构成要件所独有的犯罪类型化机能；阶层混淆说——消极的构成要件要素理论会导致把杀死一只蚊子的行为和正当防卫的杀人相提并论。消极的构成要件要素理论的支持者们对上述批判进行了反击，并且从其他侧面提出了自己的观点，以证明承认消极的构成要件要素理论不仅是为了功利性地解决假想防卫的故意问题，而是具有教义学上的根基。比如，从构成要件和违法性的关系上讲，构成要件和正当化事由的事实前提都是判断违法性的事实依据，在这一点上它们是相同的，无论是杀死一只蚊子还是正当防卫的杀人，在欠缺违法性这一点上是没有区别的。把构成要件和正当化事由的事实前提分别称为积极的构成要件和消极的构成要件要素，只是求同而存异。支持者还指出，Beling时代的构成要件是中性无价值的，而后来逐渐发展到违法征表类型乃至不法类型，说明构成要件和违法性阶层的关系日趋密切，而其背后的原因就是构成要件和正当化事由的事实前提在作为违法性判断的事实基础这一点上具有同质性。又如，支持者还提出了立法技术说，认为，从刑法分则的规定来看，构成要件应该隐含了不存在正当化事由的意思，只是基于立法技术和经济性的原因，把正当化事由归纳后统一放在总则中讨论。因此，在解释分则具体的构成要件时，必须把不存在正当化事由这一消极要件解释进去。中义胜在此章还花了很大篇幅猛烈抨击了Frank的消极的构成要件要素说，为消极的构成要件要素理论正本清源。Frank是消极的构成要件要素理论的拥护者，但是他提出了“违法性不是积极的构成要件要素，违法性的不存在是消极的构成要件要素”这样一个自我矛盾的命题，为异议者提供了反对的口实，使消极的构成要件要素理论受到了来自各方的指责和质疑。由于Frank在学术界的重要地位，这一错误命题使得消极的构成要件要素理论陷入危机而一蹶不振，直到二战之后才重新被人们发掘出来。中义胜强烈地反驳了Frank的命题，并指出，真正的消极的构成要件要素理论是指：正当化事由的事实前提和构成要件具有同等价值，都是违法性判断的事实基础，都是故意的认识对象，因而

是消极的构成要件要素。

在第二章和第三章中，中义胜分析了有关假想防卫的两个具体问题，一个是关于正当化行为必要性的误认，一个是公务行为合法性的误认。一般认为，假想防卫只是在误认为存在不法侵害时才成立，但是，中义胜认为，关于防卫行为必要性的事实前提的误认以及对于不法侵害程度的误认，都是对关于正当化事由的事实前提的认识错误，因此可以参照假想防卫的原则来处理，即属于对消极的构成要件要素的错误，阻却故意。但是，对事实前提没有认识错误，只是对法的评价产生了错误时，比如，面对赤手空拳的暴力侵害，误以为以杀死侵害者为手段的反击也是被法律允许的情况下，属于禁止的错误，不阻却故意。在公务行为合法性的问题上，此书的论述中有值得我国借鉴和思考的地方。德国现行刑法第 113 条和第 114 条规定了类似于我国的妨害公务罪，明示公务行为的合法性是妨害公务罪的成立要件，且第 113 条第 3 款和第 4 款就行为人对公务行为的合法性的认识错误问题进行了细致的规定；日本刑法典中并没有明示职务的合法性这一要件，但判例、通说均要求具备此要件。^①然而，虽然都认为公务行为的合法性对于成立妨害公务罪是必要的，但对公务行为合法性这一要素的体系地位，在德国和日本存在激烈的争议。总体上看，关于公务行为合法性的地位，存在构成要件要素说、违法要素说和客观处罚条件说三种观点。中义胜认为，行为人对于构成公务行为合法性基础的事实前提产生错误认识时，属于构成要件错误，阻却故意，但对事实前提没有错误，而只是对法律评价有错误时，属于禁止的错误，不阻却故意。我国刑法的妨害公务罪中也明文规定了公务行为的合法性这一要件，因此德国和日本理论对这一问题的思考，同样适用于我国。

在正当化行为的必要性和公务行为合法性这两个问题的讨论中，中义胜基本上贯彻了“对行为的事实层面的错误，属于（消极的）构成要件的错误，阻却故意；在事实层面没有错误，只是对法律关于这些事实的评价有认识错误时，属于禁止的错误，不阻却故意”的核心观点。这一观点可谓极富合理性，而且对于思考刑法中其他一些关于事实和评价的认识错误问题，也具有很高的指导性价值。

第四章篇幅较小，但是却揭示了中义胜在思考正当化事由的事实前提的错误问题时手中攥紧的两条金线：构成要件和故意的机能。其中后者体现了中义胜作为一个学者的在学术上的原创性价值。中义胜在序言中提到，他采取消极的构成要件要素理论是受其恩师植田重正的影响，但是，植田教授只是在“构成要件是违法性的实在根据”这一命题下展开其理论的，而中义胜则把辩论的战场引到罪责领域，从故意的“提诉机能”这一角度来支持消极的构成要件要素理论。构成要件和故意的机能这两条金线的含义大概如下：从构成要件的机能来看，构成要件是违法性的实在根据，而违法性的评价最终得以成立，不仅要存在构成要件，还必须不存在正当化事由，从同时作为违法性评价的事实前提这一角度来说，构成要件和正当化事由的事实前提具有同等的价值，因而可以认为，前者是积极的构成要件，后者是消极的构成要件。从故意的机能来说，故意和过失的刑法评价之所以不同，并不在于是否具有违法性意识的可能性，而在于这种违法性意识的可能性是通过认识直接得出的，还是通过认识产生注意义务而间接得出的。单纯认识到构成要件，还不足以直接诱发违法性意识的可能性，只有同时认识到构成要件的存在和正当化事由的不存在，才能肯定行为人具有违法性意识的可能性，进而肯定行为人有直接的反规范的态度。因此，要肯定故意的成立，必须同时认识到构成要件和正当化事由的事实前提的不存在。那么，从故意的认识对象来看，构成要件和正当化事由的事实前提也可以分别作为积极要件和消极要件而存在。

^① 山口厚：《刑法各论》，王昭武译，中国人民大学出版社 2011 年版，页 634。

第五章中，中义胜对全文进行了总结，概括了学说上对消极的构成要件要素理论的批判和反批判的观点，重申了从构成要件和违法性的关系和故意的机能的角度来支持消极的构成要件要素理论的立场。

三

众所周知，消极的构成要件要素理论在德日刑法学界属于少数说，消极的构成要件要素理论，在德国趋向衰退、消亡。^①这主要是因为学者们不习惯于把三阶层的构成要件和违法性合并为一个阶层，而倾向于赞成构成要件和违法性阶层的明确区分。但是，这种习惯性的思维果真是正确的吗？消极的构成要件要素理论在学术史上的意义，在于迫使刑法学者重新思考这样的问题：Beling 的构成要件、违法性、有责性三阶层的区分是应该无条件接受的真理吗？构成要件和违法性的关系到底是什么样的？在中国刑法学界大量引进德国和日本刑法学说的今天，这个问题必须引起重视。

中义胜指出，从 Beling 的价值中性的构成要件论，到 Mayer 的违法性征表的构成要件，再到 Mezger 的不法类型的构成要件，可以发现，构成要件和违法性的关系日趋密切，人们需要反思三阶层把构成要件和违法性划分为两个不同阶层的合理性问题。张明楷教授指出，违法和有责现代犯罪成立理论的两大支柱，但是没有人说犯罪成立理论的支柱是构成要件、违法和有责，原因何在？因为在违法性面前，构成要件根本不具有独立性的价值。

要厘清这一问题，首先必须确定的一点是，如果坚持三阶层的划分，同时把第二阶层命名为违法性，那么这在根本就是错误的。从 Beling 那里看，他认为在违法性阶层只判断正当化事由，现代的犯罪成立理论，如果不考虑可罚的违法性理论，也都普遍认为在违法性阶层只做消极的正当化事由是否存在的判断，但是，单纯判断是否存在正当化事由，何以就能得出行为是否具有违法性的结论呢？违法性等于不具备正当化事由吗？我们可以说，不是正当化事由，可以是吃饭，可以是散步，可以是桌子——你永远不可能单纯用否定的方式去定义一个概念，你也不可能用“不具备正当化事由”来定义违法性。如果要让不具备正当化事由这个消极要件和违法性之间取得联系，那么就必须在前面加上符合构成要件该当性这个积极的要件，先判断行为是否符合构成要件，如果符合，再判断是否具备正当化事由，最终得出是否具备违法性的结论。那么，构成要件、正当化事由的事实前提和违法性的关系就是，违法性是评价，而构成要件和正当化事由的事实前提同为违法性的评价对象。构成要件和正当化事由的事实前提固然存在差异，但是在作为违法性的评价基础这一点上是相同的。既然如此，那么如果把违法性作为一个独立的阶层，构成要件阶层就不应该先于违法性阶层之前，而应该和正当化事由的事实前提一起被包含在违法性阶层之内；而如果把构成要件作为一个独立的阶层，那么第二个阶层就不应该被称为违法性阶层，而应该更名为正当化事由阶层。可见，Beling 在创立三阶层体系之时，就已经犯下了一个致命的错误，这个错误，是导致后代学界在这一问题上战事延绵不绝的根源。

既然如此，消极的构成要件要素理论把构成要件和正当化事由的事实前提分别称为积极的构成要件和消极的构成要件，把三阶层合并为两阶层，本身并没有什么错误，反而是对传统理论中存在的矛盾的一种肃清。反对者可能说，构成要件和正当化事由在类型性、判断方

^① 张明楷：《外国刑法纲要》，清华大学出版社 2007 年版，页 77。

法等层面具有不可忽视的差异，混淆两者就等于把杀死一只蚊子的行为和正当防卫等同。对于这种老掉牙的腔调，在此有必要略费笔墨回应一下。我们固然不能否认构成要件和正当化事由之间存在的差异，但是，是否能仅仅因为两者之间存在差异，就需要把两者划分为两个不同的阶层？果真如此，则应该把责任能力、故意和过失、期待可能性都划分为不同的阶层，因为无责任能力的人的犯罪和缺乏故意和过失的犯罪、欠缺期待可能性的犯罪都是不同的类型。但是，我们把这些要素都归入到罪责阶层中，就意味着我们认为无责任能力的人的犯罪和缺乏故意和过失的犯罪、欠缺期待可能性的犯罪是完全等同的吗？答案当然是否定的，我们之所以这么做，并不是没有看到这些类型之间的差异，而是看到了它们都欠缺罪责这一点上的共性。显然，上述对消极的构成要件要素理论的批判的逻辑是站不住脚的。

在上述传统的论战之外，中义胜在本书中提出了需要重视故意的提诉机能的问题。传统的消极的构成要件要素理论只是单纯地重构构成要件和违法性、正当化事由的关系，因此其主要战场都在构成要件和违法性阶层，而中义胜在本书中提出，应该重视故意的提诉机能，我们需要什么样的故意，就需要什么样的构成要件，这是因为构成要件是故意的认识对象。如果考虑到故意和过失的区别，那么，故意就应该具有直接诱发人们的违法性意识的可能性功能，而这种功能的实现只能以故意同时认识到构成要件的存在和正当化事由的不存在为前提。这样，通过故意的提诉机能，本书将打通了消极的构成要件要素理论与罪责阶层之间的经脉，也为正当化事由的事实前提错误阻却故意在罪责理论中找到了依据。此后，正当化事由的事实前提错误阻却故意，不再单纯是因为存在德国刑法第 16 条这个杠杆，而获得了超越单个国家的立法的刑法教义学上的依据。这可谓本书对消极的构成要件要素理论的论战中的独创性贡献。

严格区分前提事实和对事实的评价，也是中义胜书给我们留下的一大理论财富。他在全书中都贯彻了这一思想，来解决传统理论难以厘清的问题。比如，上述构成要件和正当化事由的事实前提与违法性的关系，乃前提事实和评价相区分的典范。又如，在论述正当化行为必要性的认识错误问题时，中义胜认为对组成必要性程度的前提事实的认识错误，属于对消极的构成要件的认识错误，对法律关于必要性程度的规定的错误，是禁止的错误。再如，公务行为合法性的前提事实的错误，属于构成要件的错误，而对合法性本身的法律规定的错误，是禁止的错误。前提事实的错误和评价的错误理论之区分具有重要意义：对前提事实认识错误的，阻却故意，而对法律的评价有错误的，只在不可避免的情况下免除刑罚，在可以避免的情况下减轻刑罚。这一明确区分评价的客体和对客体的评价的错误的的方法，对于解决刑法中的其他认识错误问题，特别是对解决规范的构成要件要素的错误问题，也具有很强的示范意义。

中义胜的上述理论仍然是在现代刑法理论中区分构成要件错误和禁止错误的大框架下展开的，并没有独自创立一套新学说。比如，他仍然将正当化事由的事实前提、必要性的事实前提、公务行为合法性的事实前提归入（消极的）构成要件，以维持构成要件和禁止错误的区分体制。但是，他有意识地给这些内容贴上前提事实和对前提事实的评价的标签，实际上已经隐约感觉到构成要件错误和禁止错误的区分，已经不能解决一些认识错误问题。例如，如果按照主流的学说承认消极的构成要件要素理论，那么正当化事由的事实前提错误既不能被归入到构成要件错误，也不可能是禁止的错误，认识错误理论中便出现了一个流浪者。这也是关于正当化事由的事实前提错误的独立错误说产生的根源。而事实的错误和评价错误的区分，几乎可以涵盖所有的错误类型。这种错误类型的划分可以避免因为构成要件的内涵不确定和不稳定所引发的一系列争议，因此显得更为简洁和有效。但是，这种理论存在着如

何与德国刑法第 16 条（故意的认识对象是构成要件）相衔接的问题。这种区分和传统的事实错误和法律错误的分类模式以及现在通行的构成要件错误和禁止错误的分类模式之间是何种关系，也值得思考。这种“事实前提的错误阻却故意、对事实前提的法律评价错误不阻却故意”的命题，与“行为人所属的外行人领域的平行评价”理论之间有何种关系，也是值得进一步探讨的话题。

四

但是，中义胜的这本著作也并非尽善尽美。

与几乎所有日本学者的出版习惯一样，这本由他历年发表的论文合编的集子，各章的逻辑关系并不是很明朗，因此，读者在把握作者的意图时会显得比较吃力。比如，他在序章指出了传统理论认为假想防卫符合故意的构成要件、最终却承担过失责任的矛盾之后，陡然转向叙述消极的构成要件要素理论的学说史，不免使人感觉茫然。在花了大篇幅介绍学术史之后，应该介绍自己独门的“故意的提诉机能说”，然而作者又耐心地分析了必要性的错误和公务行为合法性的错误问题，继而轻描淡写地转向自己的特色学说。因此全书给人的感觉是找不到重心。只有细细品味，才能发现作者手中所握的那几根金线。

本书的主标题为假想防卫论，副标题是消极的构成要件要素理论。然而，从内容上看，恐怕应该把主副标题对调一下，因为全书几乎大部分都是在论述消极的构成要件要素理论，只是附带解决了假想防卫的问题。如果要专门论述假想防卫问题，似乎应该更多地论述严格责任说、限制责任说、独立的错误说等学说之间的异同和优劣，再转向消极的构成要件要素理论。然而，这些内容或者根本没有被提及，要么被蜻蜓点水地一带而过，使人感觉意犹未尽，难以通过本书把握假想防卫及正当化事由的事实前提的认识错误问题的研究全貌。这个缺憾，也许只有再去研读川端博教授的《正当化事情的错误》一书来弥补。

对日本国内学者观点的论述较少，也是本书的一大残缺。此书成于 1971 年，当时的日本也许和现在的中国有些类似，在学术研究上可能大规模地借鉴了德国刑法的先进成果，这也导致了本书的大部分脚注都是德文文献，特别是在学说史部分，通篇都是德国学者的观点介绍。日本学者到底是没有对这个问题发表看法，还是其看法根本不值一提？我们从书中找不到答案。如果要想知道日本学者在这一问题上的具体看法，恐怕还得去找更多的一手文献才行。不过，在论述关于必要性的错误问题时，中义胜引用了不少日本的判例，并且从判例出发分析了日本司法实务在正当化事由的事实前提错误这一问题上的具体意见，总算弥补了一些不足。并且，这种运用德国刑法理论分析国内问题的理论操作方法，也是值得我们学习的。

如果说上面的这些问题都是形式上的，那么，中义胜在书中对自己独创性的贡献并没有进行详细的展示，不得不说是个实质上的缺陷。现在德国处理假想防卫等正当化事由的事实前提错误问题的主流学说是法律效果转用说^①，与消极的构成要件要素理论不同，法律效果的转用说把注意力集中在罪责领域而不是构成要件领域，细致地讨论了故意和法敌对意识或法冷漠意识的关系问题，通过否定罪责故意来否定故意的刑罚。这当然是一种可取的策略，

^① 蔡桂生：《构成要件论》，北京大学 2012 年博士学位论文，页 126。

而且在处理假想防卫的罪过形式的问题上,并没有通过把正当化事由的事实前提纳入故意的认识内容来曲线地解决阻却故意的问题,而是直接针对故意做出更为精细的解释,这种方案不仅直接命中了问题的要害,而且也发展了罪责理论。中义胜虽没有采纳德国的学说,但是也试图从罪责领域着手,为消极的构成要件要素理论寻找更多的教义学支持,由此发展了他独创性的“故意的提诉机能说”。这种学说尝试从故意和过失的区分、何种程度的认识能够诱发行为人的违法性意识的可能性这一角度来说明,应该把正当化事由的事实前提纳入故意的认识对象,从而论证其符合德国刑法第16条的规定,属于(消极的)构成要件要素。中义胜认为,违法性意识的可能性作为故意和过失的共同要件,其本身不能区分故意和过失,故意和过失的本质区别在于违法性意识的可能性是通过认识直接引起的,还是通过注意义务间接诱发的。认识到该当构成要件和正当化事由的事实前提的不存在时,有直接的违法性意识的可能性,符合故意犯的构造,而仅认识到该当构成要件而误认为存在正当化事由的事实前提时,是通过认识到自己的行为符合构成要件、进而引发注意义务而间接诱发违法性意识的可能性的,因此更符合过失犯的构造。可惜的是,在全书中他只在第四章用很小的篇幅来介绍这种理论,因此在论证上显得缺乏力度。而且,违法性意识的可能性,是否是合理的切入点,还存在一些疑问。

五

消极的构成要件要素理论在德国和日本都是少数学说,现在,很少见到有德日的学者公开主张消极的构成要件要素理论。在本书出版后,消极的构成要件要素理论在日本学界也并未获得太多的响应,其主要原因,还是在于德国和日本的学者长久以来都已经用惯了 **Beling** 的三阶层体系,而且很多刑法理论,比如共犯从属性理论、认识错误理论都是建立在传统三阶层体系之上的,大部分学者难以适应从三阶层转向二阶层的过程,虽然这一过程很大程度上只不过是名词的转换。但是,中国刑法学理论目前正面临着放弃传统的四要件体系,转向德国和日本体系的过程,在还没有全面接受三阶层体系之前,我们有必要先了解三阶层体系是否果真正确、是否真的值得我们全盘接受。笔者站在消极的构成要件要素理论的支持者的立场上认为,德国和日本刑法学中的很多既有成果值得我们学习,但未必是全部,消极的构成要件要素理论对三阶层体系的批判,很多直接命中了要害,三阶层体系本身并不先天地具有合理性。与三阶层体系相比,以违法性和罪责为两大支柱构建犯罪成立理论,在逻辑上更加顺畅,对于解决实践问题、特别是诸如假想防卫之类的正当化事由的事实前提错误问题也更加简洁明了。实际上,我国一些精通德日刑法的学者,也认识到了三阶层体系所存在的一些问题,而没有全盘接受三阶层的体系。例如,张明楷教授就采取了违法和有责的两阶层体系,这种体系,虽然并没有明言采取消极的构成要件要素理论,但似乎与消极的构成要件要素理论并没有本质区别。^①消极的构成要件要素理论对于中国刑法学的意义,在于从根源上厘清被 **Beling** 所误导的构成要件和违法性的关系,从而使中国学者认识到,三阶层体系本身也并非不证自明的真理,所以,引进这一体系,应该更加谨慎。取其精华,去其糟粕,应当是我们面对国外理论的应有态度。

《〈假想防卫論——消極的構成要件要素の理論〉》(假想防卫论——消极的构成要件要素的理论);作者:中義勝(中义胜);出版社及年份:有斐閣1971年版。无译本。

^① 张明楷:《刑法学》,法律出版社2011年版,页131。