

“客观的超过要素”概念之提倡

张明楷*

一、问题的提出

在我国，主客观相统一的原则已经得到公认。新刑法颁行之前，许多刑法著作与教科书都将主客观相统一视为刑法的基本原则。^[1]虽然新刑法只是明文规定了罪刑法定、适用法律平等与罪刑相适应原则，但许多具体规定体现了主客观相统一的原则（如新刑法第14条至第18条的规定），故目前仍应肯定主客观相统一是我国刑法的基本原则。^[2]根据这一原则，成立犯罪不仅要求符合主观与客观方面的要件，而且要求这两个要件（事实）之间是统一的。突出地表现为，在故意犯罪的情况下，行为人必须明知犯罪客观方面的构成事实，并且希望或者放任危害结果的发生；易言之，对于犯罪构成客观方面的事实，行为人必须有认识，否则就阻却故意。^[3]这一原理，在大陆法系国家也得到了普遍承认。大陆法系国家的刑法理论认为，构成要件具有规制故意的机能，反过来说，构成要件显示了故意的认识内容，即故意的认识内容就是构成要件的要素。^[4]因此，成立故意犯罪时，行为人对犯罪构成要件中的所有客观要素必须有认识，否则不成立故意犯罪。^[5]但是，大陆法系国家传统刑法理论承认，有的客观要素只是与刑罚权的发动有关，而与故意没有关系，此即客观处罚条件。我国刑法理论没有使用客观处罚条件的概念，因此，要完全贯彻故意的认识内容包括所有的客观要件要素的观点，则会出现难以解决的问题。

例如，刑法第129条规定：“依法配备公务用枪的人员，丢失枪支不及时报告，造成严重后果的，处3年以下有期徒刑或者拘役。”据此，其客观方面的要件有三个要素：一是丢失了公务用枪；二是不及时报告；三是造成了严重后果。显然，行为人主观上必须认识到公务用枪已经丢失，认识到应当及时报告而不及时报告。那么，对造成严重后果是否需要认识呢？是否必须具有希望或放任严重后果发生的态度呢？概括起来说，丢失枪支不报罪在

* 清华大学法律学系教授。

[1] 参见王作富：《中国刑法研究》，中国人民大学出版社1988年版，第31页以下；苏惠渔主编：《刑法学》，中国政法大学出版社1994年版，第34页以下；赵秉志、吴振兴主编：《刑法通论》，高等教育出版社1993年版，第43页以下。

[2] 新刑法颁布后出版的著作与教科书中，也有肯定主客观相统一原则的，如拙著：《刑法学（上）》，法律出版社1997年版，第38页以下；赵秉志主编：《新刑法教程》，中国人民大学出版社1997年版，第64页以下；杜大全主编：《新刑法教程》，西北大学出版社1997年版，第36页以下。

[3] 参见前引[2]，拙著，第196页。

[4] 起先认为构成要件只限于客观的、记述的要素，所以，故意的认识内容就相当于我们所说的犯罪构成客观方面的事实；现在，由于承认主观的构成要件要素，因而认为故意的认识内容就是构成要件的客观要素。

[5] 参见[日]早稻田司法考试研究室：《刑法总论》，早稻田经营出版社1990年版，第38页、第169页。

主观上是故意还是过失呢？人们的回答并不统一，有人主张是故意，^{〔6〕}有人主张是过失，^{〔7〕}还有人认为既可能是过失，也可能是间接故意。^{〔8〕}认为是故意的人主要考虑的是不及时报告的行为，认为是过失的人主要考虑的是造成严重后果的事实。但是，行为与结果都是故意的认识内容，如果只考虑其中一点，显然不能得出适当结论。然而，果真统一考虑行为人对行为与结果的认识时，就会发现难以得出适当结论，这正是形成争论的原因。此外，在刑法没有明文规定的情况下，认为一个具体犯罪既可以是过失也可能是故意的观点，存在诸多不妥之处。^{〔9〕}因此，我们必须进一步探讨主观故意与客观要件要素的关系。

再如，刑法第186条第1款与第2款分别规定的非法向关系人发放贷款罪与非法发放贷款罪，行为人就行为而言显然是故意的；但就结果而言，认定故意似乎不妥当。于是有人认为本罪由故意构成；^{〔10〕}有人认为本罪由过失构成；^{〔11〕}有人认为本罪既可以是过失，也可以是间接故意；^{〔12〕}有人认为本罪对行为是故意的，对结果是过失的。^{〔13〕}其他许多条文都存在类似问题。^{〔14〕}这些条文所规定的犯罪的共同点是，行为人明显出于故意实施犯罪行为，但对于刑法明文要求发生的结果却不是出于故意，而且法定刑一般比较低。如何认识这些犯罪的各种客观要件的性质以及主观故意的内容，成为目前亟需解决的难题。

二、“客观处罚条件”概念的启示

众所周知，大陆法系国家通行的犯罪论体系是构成要件符合性、违法性与有责性。构成要件符合性的实质是要求行为符合刑法分则所规定的某种犯罪的基本框架或者模式，^{〔15〕}违法性的实质是要求行为必须具有客观危害，^{〔16〕}有责性的实质是要求行为人具有主观恶性。^{〔17〕}但是，在一些情况下，行为具有构成要件符合性、违法性与有责性时，并不能据此处罚行为人，还要求具备刑法所规定的一定的处罚条件。换言之，虽然成立犯罪时，原则上就可能对行为人发动刑罚权，但在例外情况下，刑罚权的发动，不仅取决于犯罪事实，而且取决于刑法所规定的其他外部事由或者客观条件。这种事由或条件称为客观处罚条件（objektive bedingung der strafbarkeit；condizione obiettiva di punibilita，也称为客观的可罚条

〔6〕 参见张穹主编：《刑法适用手册》，中国人民公安大学出版社1997年版，第498页。

〔7〕 参见邓又天主编：《中华人民共和国刑法释义与司法适用》，中国人民公安大学出版社1997年版，第189页；何秉松主编：《刑法教科书》，中国法制出版社1997年版，第647页以下；前引〔2〕，赵秉志主编书，第460页；周振想：《刑法学教程》，中国人民公安大学出版社1997年版，第344页。

〔8〕 参见叶峰主编：《刑法新罪名通论》，中国法制出版社1997年版，第34页。

〔9〕 根据刑法第14条与第15条的规定，如果认定某种犯罪出于故意，那么，当刑法没有明文规定过失可以构成该罪时，认为该罪可以出于过失是违反罪刑法定原则的。一人犯罪既可以出于故意也可以出于过失的观点，导致在刑法没有明文规定的情况下，故意犯罪与过失犯罪的法定刑相同，也有悖罪刑相适应原则。

〔10〕 参见陈兴良：《刑法疏议》，中国人民公安大学出版社1997年版，第325页；前引〔7〕，周振想书，第421页。

〔11〕 参见刘家琛主编：《新罪通论》，人民法院出版社1996年修订版，第238页以下。

〔12〕 参见张穹主编：《修订刑法条文实用解说》，中国检察出版社1997年版，第244页；前引〔2〕，杜发全主编书，第445页以下。

〔13〕 参见前引〔2〕，赵秉志主编书，第552页以下。

〔14〕 如刑法第168条、第187条、第188条、第189条、第330条、第331条、第332条、第334条、第337条、第338条、第339条、第403条、第405条、第406条等。

〔15〕 刑法主要是通过对客观要素的描述来规定犯罪的基本框架或模式的。

〔16〕 这种违法性相当于客观的社会危害性，与我国刑法理论中的违法性不是等同概念。

〔17〕 责任即非难可能性，是指就行为对行为人的非难可能性，其前提是有责任能力、故意、过失、期待可能性等。

件或处罚条件)。^[18]例如,德国刑法第283条前5款规定了破产罪的罪状与法定刑,其第6款规定:“行为人仅于停止支付或就其财产宣告破产程序或宣告破产之申请由于程序欠缺而被驳回时,始加以处罚。”据此,行为符合该条前5款的规定时,便构成犯罪,但只有符合第6款时,才能处罚。第6款所规定的便是客观处罚条件。再如,日本刑法第197条第2款规定:“将要成为公务员或仲裁人的人,就其将来担任的职务,接受请托,收受、要求或者约定贿赂,事后成为公务员或者仲裁人的,处5年以下惩役。”据此,将要成为公务员或仲裁人的人,只要就其将来所担任的职务,接受请托,收受、要求或者约定贿赂的,就成立事前受贿罪。但是,只有在行为人事后成为公务员或仲裁人时,才能处罚。“事后成为公务员或者仲裁人”就是客观处罚条件。^[19]

大陆法系国家刑法理论起先承认的这些客观处罚条件,与行为本身没有直接关系,通常是第三者行为的结果,^[20]因此,与行为人的故意内容没有任何关系。后来,这种客观处罚条件的内容或范围似乎扩大了。德国近数十年来的刑法改革,运用了不少客观处罚条件。这种立法现象,受到了学者们的称赞。^[21]特别是一些行为的结果也被认为是客观处罚条件。例如,德国刑法第227条规定:“互殴,或因数人共同攻击,致人于死或重伤(第224条)时,参加互殴或攻击者,若其参加并非完全无过失时,处3年以下自由刑或者并科罚金。”德国刑法理论认为,其中的“致人于死或重伤”就是客观处罚条件,行为人对此不必有故意。即行为人互殴或数人共同攻击时,原本就构成犯罪,但刑法规定只有在致人死亡或重伤时才处罚,而致人重伤或死亡却与行为人的互殴故意无关。^[22]我国台湾刑法第283条前段规定:“聚众斗殴,致人于死或重伤者,在场助势而非出于正当防卫之人,处3年以下有期徒刑。”林东茂博士解释说:“在场助势,是抽象的危险行为,因为,当发生群殴之时,如有人在旁鼓舞,很有可能使实际参加斗殴者,愈演愈烈,不知所止。这一种助势的危险行为,原则上已具备了应刑罚性,但是,如果一律加以处罚,又可能诛连甚广,于是立法者基于刑事政策的考量,安排了‘客观可罚条件’(致人于死或重伤),只有客观可罚条件出现,助势的危险行为,才有刑罚的必要性。”^[23]

在一些故意犯罪中,将某些客观要素作为客观处罚条件来对待,从而不要求行为人对这种客观处罚条件具有认识与放任(包括希望)态度,就解决了将其作为构成要件而要求行为人具有故意所带来的问题。^[24]但是,刑法理论对这种解决方法存在激烈争议。

最有争议的是客观处罚条件的性质与地位问题。第一种观点即传统观点认为,客观处罚条件与行为人的故意无关,不是构成要件要素,也不影响行为的违法性与有责性,只是立法者基于刑事政策的考虑而设立的发动刑罚权的条件;行为人不具备客观处罚条件时,仍然成立犯罪,只是不能适用刑罚而已。于是,客观处罚条件就是刑罚论所研究的问题,而不是犯

[18] 参见大冢仁:《刑法概说(总论)》,有斐阁1992年改订增补版,第451页。

[19] 参见曾根威彦:《处罚条件》,载阿部纯二、板仓宏等编:《刑法基本讲座(第2卷)》,法学书院1994年版,第320页。

[20] 如德国刑法第283条中的“驳回”申请是由法院决定的,日本刑法第197条第2款中的“成为公务员或仲裁人”是由他人任命的。

[21] [德] Maurach/Zipf, Strafrecht AT, Band 2, 7. Aufl., 1989, §40, Rdnr. 83, S. 228.

[22] 参见[德] Dreher/Troindle, Strafgesetzbuch 45. Aufl., 1991, §227, Rdnr. 5.

[23] 林东茂:《危险犯的法律性质》,《台大法学论丛》第24卷第1期,第302页。

[24] 需要指出的是,客观处罚条件概念的提出,虽然事实上解决了这一问题,但起先提出这一概念并非为了解决这一问题,而是因为客观处罚条件与行为无关、与违法性无关。

罪论的问题。^[25]但是,这种观点的根基是人的违法观、行为无价值论,而且确实忽视了客观处罚条件对违法性的影响。^[26]第二种观点便认为,影响违法性的客观处罚条件应属于违法性要素,因而应是构成要件要素;只有不影响违法性的要素,才是客观处罚条件。如平野龙一指出:“能否说这些条件(指客观处罚条件——引者注)与违法性完全没有关系,还有疑问。例如,在事前受贿的场合,可以说,已经收受贿赂的人成为公务员时,人们对公务的公正性的怀疑就进一步增强。因此,将所谓的处罚条件,区分为作为单纯条件的真正处罚条件或外部的处罚条件和与违法性有关的不真正处罚或客观的处罚条件,要求对后者至少有过失,则是适当的。”^[27]德国刑法学者 Jescheck 也将客观处罚条件分为纯正的客观处罚条件与不纯正的客观处罚条件。^[28]另一位德国学者 Roxin 则认为,刑法之外,基于利益衡量,立法者所设的限制实体可罚性的要件,才是真正的客观处罚条件。^[29]第三种观点认为,所有的客观处罚条件都是构成要件,事实上根本不承认客观处罚条件,如德国的 Bemmman、Jakobs、Arthur Kaufmann 等刑法学者认为所谓的客观处罚条件,都是构成要件。^[30]日本也有相当多的学者认为客观处罚条件应还原为构成要件。如内藤谦指出,不能认为客观处罚条件与犯罪的成立无关,因为刑罚是对犯罪的制裁,根据与成立犯罪无关的政策理由承认左右刑罚权的发生的事由显然存在疑问。因此,所谓的客观处罚条件实际上是使违法性的程度增高的要素,因而是构成要件的要素。^[31]曾根威彦则认为,客观处罚条件并非与行为无关,相反是行为的一种结果,客观处罚条件是因果进程中的中间结果,犯罪结果则是因果进程中的最终结果,因为“危险”是一种结果,而客观处罚条件都是使行为的危险性增大的要素,因而其本身也是一种结果,应当还原为构成要件要素。^[32]第四种观点认为,客观处罚条件也是犯罪成立的外部条件,于是犯罪成立条件便是构成要件符合性、违法性、有责性与客观处罚条件。^[33]

大体上可以肯定的是,上述观点都认为,客观处罚条件不是故意的认识与意志内容,但为什么形成了如此激烈的争论的呢?一方面是与犯罪论体系有关,也可以说与如何看待犯罪与刑罚的关系有关。有人认为刑罚是处罚犯罪的,既然构成犯罪,就可以行使刑罚权;既然不能行使刑罚权,就表明行为不构成犯罪,因此,当然不存在什么客观处罚条件,所谓的客观处罚条件就是构成要件。有人则认为,在成立犯罪的情况下,立法者也可能出于刑事政策的考虑,规定限制刑罚权发动的事由,即客观处罚条件。另一方面是对客观处罚条件的实质作用存在分歧。有人认为客观处罚条件影响违法性;有人认为不影响违法性。

显而易见,我们不能照搬大陆法系国家刑法理论的传统观点(即前述第一种观点),即在犯罪成立之外承认客观处罚条件。因为这样做会导致对我国刑法基本原理的致命性打击。首先,我国刑法理论已经公认,犯罪构成是成立犯罪所必须具备的一切主客观要件的总和,行为符合犯罪构成就成立犯罪,故可以说,行为符合犯罪构成是认定犯罪的唯一依据。而我国刑法

[25] 参见前引 [18], 大冢仁书, 第 451 页。

[26] 参见前引 [19], 曾根威彦文, 第 321 页以下。

[27] 平野龙一:《刑法总论》,有斐阁 1972 年版,第 163 页。

[28] 参见 [德] Jescheck, Strafrecht AT, 4. Aufl., 1988, S. 501.

[29] 参见 [德] Roxin, Strafrecht AT, 1991, §23, Rdnr. 2. S. 660.

[30] 参见前引 [23], 林东茂文, 第 301 页以下。

[31] 内藤谦:《刑法讲义总论(上)》,有斐阁 1983 年版,第 215 页;佐伯千仞、中胜义等学者也持完全相同的观点。

[32] 前引 [19], 曾根威彦文, 第 328 页以下。

[33] 参见庄子邦雄:《刑法总论》,青林书院新社 1969 年版,第 752 页以下。

第3条规定：“法律明文规定为犯罪行为的，依照法律定罪处刑；法律没有明文规定为犯罪行为的，不得定罪处罚。”既然如此，就不能在犯罪构成之外承认所谓客观处罚条件，否则，就会出现矛盾的格局：一方面，犯罪构成是成立犯罪必须具备的一切主客观要件的总和，行为符合犯罪构成就构成犯罪，应当追究刑事责任；另一方面，在某些情况下，行为符合犯罪构成还不能追究刑事责任，这不利于建设社会主义法治国家。其次，我国刑法理论已经承认，犯罪构成是说明行为的社会危害性的，因此，对说明社会危害性不起作用的因素不可能成为构成要件；反过来说，影响行为的社会危害性、决定行为是否成立犯罪的因素，理所当然地是构成要件。所以，如果刑法将某种客观因素规定为成立犯罪或追究刑事责任所必须具备的条件，那么，就应当承认这种因素是犯罪构成的要件，而不能将其作为犯罪构成以外的客观处罚条件来对待。易言之，不应将说明行为的社会危害性而为成立犯罪所必须具备的要素，区分为犯罪构成要件要素与客观处罚条件。因此，将客观处罚条件作为犯罪成立要件以外的因素的体系或观点，不能为我们所接受。

但是，不管怎么说，在与故意的认识、意志内容无关的意义上承认客观处罚条件这种事由，对于解决我们前面提出的问题给予了一个启示。即我们可否考虑承认，有些因素虽然属于客观方面的内容，虽然是成立犯罪的客观要件，但它们超出了行为人的主观故意内容，而不需要行为人对之具有认识与放任（包括希望）态度。直截了当地说，我们可以借鉴前述第三种观点，认为客观处罚条件就是构成要件，但同时认为它们不是故意的认识内容。于是，犯罪客观要件中，有些要素属于故意的认识与意志内容，要求行为人对之具有认识与放任或希望的态度；有些要素则超出了故意的认识与意志内容，不要求行为人对之具有认识与放任或希望的态度。

三、“主观的超过要素”概念的启示

20世纪初期以前，大陆法系国家刑法理论中存在着“违法是客观的，责任是主观的”传统口号或标语，客观要素决定有无违法性，主观要素决定有无有责性。换言之，违法性只是与行为的外部的、物理的方面有关，责任则是行为人的内部的、心理方面的问题。于是，故意、过失、目的等就属于责任的要素，而不是违法性的要素。但是后来发现，有些因素即使属于行为人主观方面的要素，却对决定行为有无违法性以及违法性的程度具有不可缺少的意义。基于这样的认识，德国刑法学者 August Hegler 提出，虽然目的犯中的目的等要素，只要单纯存在于行为人的内心即可，不要求客观上存在与之相对应的客观要素（即不要求客观上已经实现了主观目的），但它不是责任要素，而是违法性的要素。M. E. Mayer 也举例说，虽然教师对学生有惩戒权，但如果教师以报复学生家长的意思对学生进行惩戒时，便具有违法性，这种违法性是由行为人内心的要素决定的。于是，他进一步肯定了主观的违法要素的存在。Mezger 进一步认为，除了目的犯的目的外，倾向犯中的行为人的主观倾向，^[34]表现犯中的行为人的心理的

[34] 倾向犯，是指行为必须表现出行为人的特定主观倾向的犯罪，只有当这种内心倾向被发现时，才能认为其行为具有构成要件符合性。典型的倾向犯是各种猥亵罪。

过程或者状态,^[35]都是主观的违法要素。后来,目的行为论的兴起,使不少人认为,故意、过失也是主观的违法要素。^[36]

由于构成要件是违法行为的类型,即构成要件符合性是违法性的存在根据,因此,主观的违法要素也理当成为构成要件要素,否则,构成要件就不可能是违法行为的类型。^[37]于是,构成要件要素便被分为客观的构成要件要素与主观的构成要件要素。故意、过失是否构成要件要素,是争议颇大的问题,^[38]倾向犯、表现犯的概念应否存在也没有形成统一定论,但一般认为,目的犯中的目的是构成要件要素。不管如何,这些主观的要素与构成要件的客观要素之间的关系,是不能不研究的问题。

可以肯定的是,故意的内容与构成要件客观要素的内容是一致的,换言之,构成要件的客观要素规制着故意的内容。如就故意杀人既遂而言,其客观要素是杀人行为致人死亡,与此相对应,故意内容是认识到自己的行为会致人死亡,并希望或者放任这种死亡。但是,目的犯中的目的,则不要求存在与之相对应的客观事实。例如,德国、日本刑法规定的伪造货币罪都是目的犯,要求行为人主观上“以行使为目的”,但客观上又不要求行为人已经行使了所伪造的货币,因此,“以行使为目的”就是超过构成要件客观要素范围的主观要素,德国学者 A. Hegler 将它称为超过的内心倾向 (Überschießende Innentendenz),^[39]亦称主观的超过要素。据此,我国刑法中的目的犯的目的,也是主观的超过要素。

笔者由主观的超过要素概念所得到的启示是,既然存在主观的超过要素,那么,可否存在客观的超过要素呢?前述客观的处罚条件是否属于客观的超过要素呢?

四、“客观的超过要素”概念之提倡

前述所谓的客观处罚条件与主观的超过要素,在我国均属于犯罪构成要件。犯罪构成是认定犯罪的唯一法律根据。因此,一方面,犯罪构成总体上所反映的社会危害性必须达到应当追究刑事责任的程度,使犯罪与非罪相区别。如果在一般情况下还没有达到这种程度,刑法就强调某个或者某些具体内容,使总体上达到这一程度。^[40]另一方面,各种具体犯罪构成必须反映它与其他犯罪构成的差异,从而使此罪与彼罪相区别。如果两种犯罪构成在许多方面相似,刑法就会强调某个或者某些具体内容,使具体犯罪构成之间相区别。前述客观处罚条件与主观的超过要素,都在这两个方面或其中之一起着作用,因而,应当认为它们属于

[35] 表现犯,是指行为反映了行为人的内部的、心理的经过或状态的犯罪,对于这种犯罪的认定,必须将外部的事实与行为人的主观方面进行比较,否则不可能判断是否具有构成要件符合性与违法性。典型的表现犯被认为是伪证罪,只有当行为人所作的证明与其记忆的事实不相符合时,才能认为行为人作了虚伪证明。但是,也有学者认为行为人是是否作了虚伪证明,不是以其记忆的事实为比较标准,而是以客观事实与之是否相符为比较标准。(参见前引 [27],平野龙一书,第126页以下;前引 [31],内藤谦书,第219页以下;前引 [34],前田雅英书,第336页)。

[36] 参见前引 [18],大冢仁书,第312页。

[37] 参见井上正治:《麦茨格》,载木村龟二编:《刑法入门》,有斐阁1957年版,第220页以下。

[38] 传统观点认为故意、过失不是构成要件要素,而是有责性的要素;目的行为论者一般认为,故意、过失是构成要件要素;折衷主义者通常认为,故意、过失的本籍是有责性,但也是构成要件要素,即故意、过失既是有责性的要素,也是构成要件的要素,于是故意、过失可分为构成要件的故意、过失与责任故意、责任过失。

[39] 少数学者认为,之所以称为超过的内心倾向,是因为它超出了故意的认识范围(参见[日]大谷实:《刑法讲义总论》,成文堂1994年第4版,第150页)。实际上,由于故意的认识内容是构成要件的客观要素,故超出了故意的认识范围的内容,也就是超出了构成要件客观要素范围的内容。

[40] 参见拙文:《论刑法分则中作为构成要件的“情节严重”》,《法商研究》1995年第1期。

犯罪构成要件。然而，即使是构成要件，也不意味着必须在主观上或客观上存在着完全与之相对应的事实。主观的超过要素概念，表明有些主观要素不需要存在与之相对应的客观事实；同样，有些客观要件也可能不需要存在与之相应的主观内容，这便是我要提倡的“客观的超过要素”概念。

例如，刑法第129条规定的丢失枪支不报罪，在客观上要求丢失公务用枪，不及时报告，并造成严重后果。“就丢失枪支而言，通常表现为过失，不可能是故意，但也包括没有过失而丢失枪支的情况（如被盗、被抢的某些情况）。”^[41]因此，丢失枪支虽然是成立本罪的客观要件，但不能要求行为人对丢失枪支本身具有故意或过失。丢失枪支事实上就是与故意无关的客观要件的要素，属于客观的超过要素。^[42]不过，行为人必须认识到公务用枪已经丢失，否则不产生应当及时报告的问题，换言之，不及时报告的前提是行为人认识到公务用枪已经丢失。“就不及时报告而言，显然是故意的，即明知丢失枪支后应立即报告，但故意不及时报告。”^[43]依法配备公务用枪的人员，在认识到枪支丢失的情况下故意不及时报告，就具有危害公共安全的危险，因为枪支的杀伤性大，丢失后会造成严重后果。但立法者根据惩办与宽大相结合的政策，认为单纯的不及时报告行为的社会危害性，还没有达到应当追究刑事责任的程度，为了限制处罚范围，便在客观上要求“造成严重后果”。从司法实践上看，这种严重后果，虽然不排除直接后果的可能性（如造成周围公民的极度恐惧感与不安感），但通常表现为枪支落入不法分子之手后，成为不法分子的作案工具，而造成严重后果（间接危害结果）。事实上，只要行为人丢失枪支后不及时报告，因而造成严重后果的，不管行为人是否希望或者放任严重后果的发生（可以肯定，行为人能预见严重后果发生的可能性），都应当追究行为人的刑事责任。因此，本罪中的“造成严重后果”虽然是构成要件，但不需要行为人对严重后果具有认识与希望或放任态度。“造成严重后果”便成为超出故意内容的客观要素，属于“客观的超过要素”。

客观的超过要素仍然是犯罪构成要件的要素，即仍然属于犯罪构成的内容，而不是犯罪构成要件以外的内容，不是所谓的客观处罚条件。于是，犯罪构成作为认定犯罪的唯一法律标志的观念仍然得以维持，从而避免体系上的混乱。这正是笔者不照搬“客观处罚条件”概念，而主张客观的超过要素概念的重要原因。

就一般意义而言，客观的超过要素既可能存在于故意犯罪，也可能存在于过失犯罪。但是客观的超过要素的主要特点是，不需要行为人对之具有认识与放任或希望态度，因此，就故意犯罪提倡客观的超过要素的概念才具有意义。过失犯罪时，行为人对客观要素本身可能就没有认识，即使有认识也没有希望或者放任发生的意志因素，因此，在过失犯罪中提倡客观的处罚条件没有多大意义（就我国刑法与刑法理论而言，尤其如此）。

客观的超过要素虽然不是故意的认识与意志内容，但应否要求行为人对之具有认识的可能性，则是值得研究的。如前所述，国外刑法学者对此看法并不一致，有人主张行为人对客观处罚条件至少应有认识的可能性，笔者赞成这种观点。即故意犯罪中，虽然客观的超过要素不是故意的认识与意志内容，但当客观的超过要素的内容是危害结果以及影响行为的社会危害性的其他客观因素时，行为人至少对之具有预见的可能性。如同结果加重犯一样，行为人对基本犯罪具有故意而造成了加重结果时，不要求行为人对加重结果具有故意，但必须对

[41] 拙著：《刑法学（下）》，法律出版社1997年版，第581页。

[42] 对此应无争议，但本文所要讨论的主要是部分危害结果是否客观的超过要素的问题。

[43] 前引[41]，拙著，第581页。

之具有预见可能性，否则也不能令行为人对加重结果承担刑事责任。

我国刑法第 14 条规定：“明知自己的行会发生危害社会的结果，并且希望或者放任这种结果发生，因而构成犯罪的，是故意犯罪。”据此，故意是认识因素与意志因素的统一，行为人对危害结果没有希望或放任发生的态度时，理不应成立故意犯罪。考虑到刑法的这一规定，我认为，内容为危害结果作为超过的客观要素，只应存在于有双重危害结果的犯罪中。我所考虑到的主要是四种情况：第一，犯罪行为既有物质性结果也有非物质性结果时，可能只要求行为人认识到其中的一种结果，而另一种结果是超过的客观要素。例如，刑法第 186 条规定的犯罪，银行或者其他金融机构的工作人员违反法律、行政法规规定，向关系人发放信用贷款或者发放担保贷款的条件优于其他借款人同类贷款的条件，或者向关系人以外的其他人发放贷款的行为本身，就是对金融秩序的破坏，属于非物质性结果，行为人对此至少具有放任态度。^[44]但刑法还分别要求行为“造成较大损失”与“造成重大损失”的物质性结果，这种物质性结果便是客观的超过要素，不需要行为人对之持放任或者希望态度，但对这种物质性结果的预见可能性则是完全可以肯定的。第二，犯罪行为造成了危险状态，^[45]但刑法还要求实害结果时，实害结果可能是客观的超过要素。例如，刑法第 129 条规定的犯罪，丢失枪支不及时报告的行为本身，就造成了一种危险状态，但法律还要求实害结果即造成严重后果。行为人对危险状态无疑存在认识与放任或希望态度，但实害结果是客观的超过要素，不需要行为人对这持放任或者希望态度；同样，对这种实害结果的预见可能性则是完全可以肯定的。第三，犯罪行为既存在无具体对象的危害结果，又存在针对具体对象的危害结果时，后者可能是客观的超过要素。例如，刑法第 339 条第 2 款规定的擅自进口固体废物罪，行为人未经国务院有关主管部门许可，擅自进口固体废物用作原料的行为本身，就破坏了环境资源保护，行为人对此具有故意（可能主要是间接故意），但刑法还要“致使公私财产遭受重大损失或者严重危害人体健康”。这种针对具体对象的危害结果，实际上是超过的客观要素，不需要行为人对此具有希望或者放任的态度，只要有预见可能性即可。第四，犯罪行为存在直接危害结果与间接危害结果时，间接危害结果可能是客观的超过要素。刑法第 129 条以及第 128 条第 3 款的犯罪也可以成为这种情况的适例。显然，上述四种情况可能存在交叉现象。

由于笔者提倡的客观的超过要素主要是指部分危害结果，导致的结论是对这些危害结果作为超过的客观要素不需要认识与希望或放任态度，因此，只能就法定刑较轻的故意犯罪承认内容为危害结果的超过的客观要素；对于法定刑较重的故意犯罪，不能将危害结果作为超过的客观要素。通常是在下列情况下承认内容为危害结果的客观的超过要素：行为人明显故意实施犯罪行为，刑法又要求发生某种危害结果才成立犯罪，而该结果往往相当严重，但刑法规定的法定刑较低，如果认为其对该严重结果必须出于故意，则既不能区分此罪与彼罪，也不能做到罪刑相适应；^[46]而承认此时的危害结果是客观的超过要素，则不会发生这样的问题。

[44] 实质上，认定行为人具有希望的态度也不过分，因为非法发放贷款的行为必然发生破坏金融秩序的结果。

[45] 危险概念具有多种含义，危险结果的概念本身能否成立还需要讨论，这里暂时使用危险状态这一概念。

[46] 例如，刑法第 330 条规定的妨害传染病防治罪，行为人都是出于故意实施妨害传染病防治的行为，并且具有危害公共卫生的危险，但法定刑较低：引起甲类传染病传播或者有传播严重危险的，处 3 年以下有期徒刑或者拘役；造成特别严重后果的，处 3 年以上 7 年以下有期徒刑。如果认为本罪由故意构成，即对引起甲类传染病的传播持希望或者放任态度，那么，就不能对本罪与危害公共安全罪进行合适区分，也不能做到罪刑相适应。

认定某种危害结果属于客观的超过要素时，前提是危害结果属于限制处罚范围的因素。换言之，当刑法将某种危害结果规定为法定刑升格的条件或加重法定刑的根据时，此时的危害结果显然是具有结果加重犯的性质，完全可以用结果加重犯的理论来解决其中的罪过问题，没有必要使用客观的超过要素的概念。

五、必要的说明

行文至此，有必要再作几点说明，这几项说明或许是对可能出现的疑问的回答。

第一，承认客观的超过要素，是否与主客观相统一的原则相矛盾？笔者对此持否定回答。主客观相统一的原则必须得到贯彻，结果责任应当废止。承认客观的超过要素，并不等于主张结果责任。首先，从前述笔者所列举的一些犯罪来看，行为人主观上都认识到了行为的危害性质。如非法发放贷款的人、丢失枪支不及时报告的人、擅自进口固体废物的人，他们都认识到了自己行为的危害性质。其次，行为人主观上对客观的超过要素以外的某种危害结果显然具有希望或者放任发生的态度。例如，上述犯罪的行为人对金融秩序的破坏、公共安全的危险、环境资源保护的破坏等危害结果都具有希望或者放任发生的态度。最后，行为人对作为客观的超过要素的危害结果具有预见可能性。相对于这些犯罪的较低法定刑而言，没有理由认为承认客观的超过要素是结果责任。

第二，既然要求行为人对客观的超过要素具有预见可能性，为什么不直接肯定这些犯罪是过失犯罪？众所周知，过失包括疏忽大意的过失与过于自信的过失，特别是在过于自信过失的情况下，行为人可能认识到了自己行为的危害性质，也认识到了危害结果，但因过于自信而实施危害结果。在这个意义上说，我前面列举的一些犯罪，似乎都可以直接认定为过失犯罪，而不必认定为故意犯罪。但是，将我所列举的需要用客观的超过要素概念来处理的犯罪，都认定为过失犯罪并不合适。例如，将丢失枪支不及时报告、非法发放贷款、擅自进口固体废物的行为，认定为过失犯罪，总有难以被人接受的感觉。再如，刑法第128条第3款规定的犯罪，依法配置枪支的人员，非法出租、出借枪支的行为，显然是故意行为，但刑法要求造成严重后果，而这种严重后果通常表现为租用人、借用人的行为造成严重后果，如果要求出租、出借的行为人对这种结果持希望或者放任态度，则明显不妥当；但因此而认为本罪只能由过失构成，即因为对严重后果是过失，所以整个犯罪也是过失，也明显不合理。特别值得一提的是，虽然故意犯罪不必有与之相对应的过失犯罪，但任何过失犯罪都必须有与之相对应的故意犯罪。道理很简单：既然某种过失行为都是犯罪，那么，与之相对应的故意行为更应是犯罪。然而，如果将上述犯罪解释为过失犯罪，那么，便没有与之相对应的故意犯罪，这是非常不可取的。所以，用一概认定为过失犯罪的方法来处理不能令人满意。使用超过的客观要素的概念，从而将上述犯罪均解释为故意犯罪，则不会存在上述问题。

第三，承认客观的超过要素，是否会导致所谓对行为的故意、对结果的过失的现象？笔者一直反对使用双重罪过的概念，反对仅仅根据对行为的认识、意志态度与仅仅根据对结果的认识、意志态度来区分故意、过失的观点，一直主张对故意与过失作完整的理解。^[47]从前述认识仍然可以看出，笔者只是在双重危害结果的犯罪中，才承认以部分危害结果为内容的客观的超过要素，因此，行为人对危害行为的性质的认识，以及对双重危害结果中的一个

[47] 参见拙著：《犯罪论原理》，武汉大学出版社1991年版，第270页以下；前引[2]，拙著，第202页。

层次的危害结果具有认识与放任或希望态度，就表明其故意仍然是认识因素与意志因素的统一，表明不是只根据行为人对行为有无认识来区分故意与过失。另一方面，将部分危害结果作为客观的超过要素，并主张行为人对之有预见可能性，也并不意味着这是一个完整的过失，这与结果加重犯要求行为人对加重结果有预见可能性是一个道理。

第四，承认客观的超过要素是否与结果加重犯要求对加重结果有预见可能性相矛盾？回答是否定的，相反，笔者正是以结果加重犯概念为中介提倡本文观点的。在我国，结果加重犯不是独立罪名，例如，抢劫致人重伤、死亡时，也认定为抢劫罪，重伤、死亡只是法定刑升格的条件，而不是构成要件。^[48]但主客观相统一的原则，决定了要求行为人对加重结果具有预见可能性，否则行为人对加重结果不承担责任。而在我主张的需要使用客观的超过要素概念的犯罪中，也要求行为人对作为客观的超过要素的危害结果具有预见可能性，这正是与结果加重犯要求对加重结果有预见可能性相一致的。不仅如此，结果加重犯是因为加重结果而加重法定刑，而我所主张的都是基于刑事政策的理由，将危害结果作为限制处罚范围的条件。这更说明了我的观点与结果加重犯的理论没有冲突之处。

第五，如何确定客观的超过要素？即哪些犯罪中的哪些客观要件是超过故意的认识与意志内容的要素？对此，本文第四部分事实上有了若干说明，下面再作进一步概括：其一，该客观要素虽然是成立犯罪不可缺少的要件，但刑法所规定的行为本身就是违法的，具有一定程度的社会危害性，刑法只是为了控制处罚范围，才要求具有该客观要素，即该客观要素必须具有限制处罚范围的性质，而不是法定刑升格等加重处罚的条件。其二，该客观要素在犯罪构成中不是唯一的客观要件，而是诸多客观要件要素之一。如果该客观要素在犯罪构成中是唯一的客观要件，就不可能属于客观的超过要素。在将危害结果确定为客观的超过要素时，该危害结果不是行为必然发生的结果，只是该行为可能发生的结果，而且还必须存在其他危害结果。其三，如果将某种犯罪的危害结果确定为客观的超过要素，该犯罪的法定刑必须较低，明显轻于对危害结果具有故意心理的犯罪。其四，将该客观要素确定为客观的超过要素时，不影响行为人主观故意的完整内容；也就是说，即使行为人对客观的超过要素没有认识与放任、希望的态度，但对犯罪构成客观方面的其他内容（包括其他方面的危害结果）具有认识与放任、希望的态度。其五，该犯罪事实只要要求对客观的超过要素（危害结果）具有预见可能性，但又不能肯定该犯罪是过失犯罪，或肯定该犯罪为过失犯罪并不符合过失的观念。总之，应当以极为慎重的态度确定客观的超过要素的内容与范围，以防止客观归罪。

第六，客观的超过要素除了部分危害结果外，还可能有哪些内容？客观的超过要素概念是根据客观处罚条件概念与主观的超过要素概念提出来的，因此，客观的超过要素不可能只限于危害结果，事实上，应当尽量限制将危害结果作为客观的超过要素，但新刑法中，除了可以将部分危害结果视为客观的超过要素外，其他内容的客观的超过要素极为罕见。^[49]

最后需要说明的是，我在本文的思考与撰写过程中，内心里一直充满了矛盾。我一方面认为自己提倡的客观的超过要素概念可以解决许多问题，另一方面又认为提出本文观点实属胆大妄为，与我长期以来对自己在学术上的要求有相悖之处。但刑法理论上关于许多新罪名的罪过形式的极不统一的解释，迫使我进行思考的结果，是提出客观的超过要素概念。既然如此，就只好恳请读者在全面、准确认识了本文内容的基础上，进行批判与研究了。

[48] 我一直反对“加重、减轻的构成”的提法，参见前引 [41]，拙著，第 520 页。

[49] 如前所述，刑法第 129 条中的“丢失枪支”，它本身与故意无关，可谓典型的客观的超过要素。