

论主观恶性中的规范评价

陈兴良

主观恶性是心理事实与规范评价的统一，没有心理事实，主观恶性就是无源之水^①；同样，没有规范评价，主观恶性就是无本之木。离开了规范评价，犯罪人主观上的罪过就无从谈起。因此，规范评价对于主观恶性的认定具有极为重要的意义。遗憾的是，对于规范评价这样一个重要的问题，在我国罪过理论中恰恰缺乏必要的研究。本文就主观恶性中的规范评价问题略加探究，以期深化我国刑法中的罪过理论。

—

在罪过心理中，是否存在规范评价的因素？对于这一问题，大陆法系刑法理论中存在心理责任论与规范责任论之争。心理责任论认为责任的实质在于行为者自己的心理状态（故意或过失）。行为者对其行为结果有认识（预见）或有可能认识的情况（故意或过失）下，而实施了侵害行为，应负责任^②。显然，心理责任论把罪过仅仅看作是一种心理事实，完全排斥规范评价的因素。规范责任论认为故意、过失只是心理事实，是中性无色的，只有从规范意义上加以评价才出现非难和责任。这说明规范责任论不是否定心理事实的这一结构，而是从心理事实出发，落在规范评价的非难上。而这一非难或规范的否定评价，就是责任本质之所在。换句话说，规范责任论既不排除心理事实（故意、过失的心理状态），也不孤立地谈论规范评价，而是两者相结合，但又着眼于规范评价是责任的本质^③。显然，规范责任论肯定在罪过心理中具有规范评价的因素。在大陆法系国家，规范责任论是更具号召力的通说，心理责任论则主张者寥寥。在英美法系，对于罪过心理中的规范评价因素也是承认的。例如在美国刑法中，犯罪心理（mens rea，亦译为犯意）就是行为人在实施社会危害行为时的应受社会谴责的心理状态。犯罪心理这个概念包括两层含义：（1）规范内容——应受道德规范和法律规范的谴责与否定；（2）心理内容——具有知和意的心理要素，即认知行为性质以及行为与危害结果间的关系，并且表明对行为和结果的意向^④。

在苏联刑法学界，罪过中包含着规范评价的观点被斥之为罪过评价论，受到严厉的批判。例如苏联刑法学家毕昂特科夫斯基在评论德国刑法学家克尔岑的观点时指出：“一切罪

① 参见拙作：《论主观恶性中的心理事实》，《中外法学》1991年第1期。

② 甘雨沛、何鹏：《外国刑法学》上册，北京大学出版社1984年版，第351页。

③ 同上，第348页。

④ 储槐植：《美国刑法》，北京大学出版社1987年版，第72页。

过评价理论的特征，就在于否认人的罪过形式是故意和过失。在人的行为中所表现的故意和过失，乃是确定不移的事实。而把故意和过失看作罪过的形式，是与罪过评价的概念不相容的。因此，罪过评价理论仅仅把故意和过失看作法院对被告人的行为评断时可能考虑到的、与其他许多情况并列的一种情况。克尔岑同心理学的罪过概念进行着顽强的斗争。他同心理学的罪过概念作斗争，也就是同法的理论方面尚未根除的唯物主义观点的因素作斗争。”^① 毕昂特科夫斯基进而断言：“这些反动的罪过评价的理论，是帝国主义时代资产阶级法制的腐朽和瓦解的产物。”^②应该指出：苏联刑法学家对所谓罪过评价论的大肆鞭挞，完全是把学术问题与政治问题混为一谈了。况且，即使是学术问题，也是歪曲了规范责任论。事实上，根本就不存在完全脱离心理事实的罪过评价论。因此，我们认为所谓罪过评价论只是苏联刑法学家的虚构，对此的批判不能不给人以堂·吉珂德大战风车式的滑稽感。即使在苏联，也还是有个别刑法学家对罪过中的规范评价因素予以充分肯定。例如，苏联刑法学家乌切夫斯基把罪过分为两个方面：第一方面包含着主体对于行为的以故意和过失为形式的心理状态；第二方面是刑法上的独立制度（超出犯罪构成的范围的制度），是以对某人的罪过行为的社会政治评价为基础的。前者是作为犯罪构成因素的罪过，后者是作为刑事责任的一般根据的罪过，后者涵括前者^③。继乌切夫斯基之后，苏联刑法学家塞尔格叶娃把罪过区分为：（1）作为刑事责任的一般基础的“有罪”；（2）作为刑事责任的主观基础的罪过^④。应当指出，乌切夫斯基将罪过区分为狭义与广义两个概念，从逻辑上来说，确实有其不妥之处。但这两位苏联刑法学家试图在罪过的概念中增加规范评价因素的努力，却是值得我们充分肯定的。耐人寻味的是，即使是对罪过评价论大加批判的苏联刑法学家曼科夫斯基也主张应当抛弃形式心理学的罪过概念，认为苏维埃刑法的罪过概念，表现着人对其所实施的危害社会行为的心理态度（故意或过失形式）、苏维埃社会主义立法对人的这种心理态度的谴责以及人对其所实施的行的社会危害性的认识^⑤。这一罪过概念难道不是明白无误地包含着规范评价的内容吗？

总之，问题不在于罪过的概念中要不要规范评价的因素，而在于如何认识规范评价与心理事实之间的关系。我们认为，心理事实与规范评价不是两种心理过程，规范评价并非自处于心理事实的独立实体，而是内在于心理事实的价值内容。罪过概念从内在构成上可以区分为心理事实与规范评价两方面的内容，但在外在表现上，统一于罪过形式——犯罪故意与犯罪过失。当然，在刑法理论上完全可以把规范评价作为一个范畴加以研究。在明确心理事实与规范评价的关系的基础上，我们可以对规范评价的内容进行分析，认为它包括：（1）对心理事实中认识因素的规范评价，即违法性意识问题；（2）对心理事实意志因素的规范评价，即期待可能性问题；（3）规范评价之所以可能，是以人的相对意志自由为前提的，相对意志自由是规范评价的哲学根据。

①② （苏）毕昂特科夫斯基：《社会主义法制的巩固与犯罪构成学说的基本问题》，载《苏维埃刑法论文选译》（第一辑），中国人民大学出版社1955年版，第78页。

③ （苏）乌切夫斯基：《苏维埃刑法中的罪过》，苏联国家法律书籍出版局1950年俄文版，第9页。

④ （苏）塞尔格叶娃：《苏联最高法院有关刑事案件实践中的罪过与有罪问题》，苏联科学院出版社1950年俄文版，第11页。

⑤ （苏）曼科夫斯基：《苏维埃刑法中的罪过问题》，载《苏维埃刑法论文选译》（第一辑），中国人民大学出版社1955年版，第159页。

二

违法性意识问题是西方启蒙运动的产物。德国著名刑法学家费尔巴哈把损害他人主观权利作为犯罪的定义。如同违法性构成犯罪的核心一样，意志决定的违法性成为罪过的核心。费尔巴哈从自由主义立场出发，认为故意中追求违法的意识——他将故意解释为以决定违法为目的——从根本上说乃是故意罪过的核心^①。此后，违法性意识为规范责任论所采纳，成为责任的本质要素。

尽管如此，违法性意识是否为罪过所必要仍然是一个长期争论的问题。尤其是在犯罪故意中是否要求违法认识，刑法理论上存在以下四种观点：一是严格故意论，认为故意成立必须具备违法性意识。其理由在于，故意是一种重责任形式，即承认将规范意识的反对动机排除在外所作的行为，若无违法性意识则这种反对动机也不存在，从而也不被认为是故意责任。二是限制故意论，认为构成犯罪故意至少需具备违法性意识的可能性，如无违法性意识的可能性，则无谴责的可能性，更无责任可言。三是违法性意识否定论，认为构成犯罪故意根本不需要违法性意识，其根据是自古罗马法以来的法律传统：“不知法为有害”。四是行政犯、自然犯区别论，主张对自然犯在故意上不需要违法性意识，对行政犯则需要违法性意识。^②我国刑法学界对此存在两种观点，一是否定论，认为故意的认识内容不包括违法性认识。主要理由在于：第一，这里所说的违法性认识，是指行为主体认识到自己的行为违反了一般法律秩序的要求。而这种违法性认识，应当说每一个达到责任年龄具有责任能力的人都是具备的。所以，没有必要再把违法性认识列为故意的认识内容。第二，行为主体认识到自己行为的社会危害性，也就在实质上认识到自己行为的违法性。第三，在故意的认识内容中排除违法性认识，有利于加强法制的权威。法律知识的多少并不是犯罪的决定因素，决定的因素是对法律的态度。第四，我国刑法没有关于缺乏违法性认识不为罪或缺乏违法性认识的犯罪从轻、减轻、免除处罚的规定。因此，不把违法性认识列入故意的认识内容是符合我国法律规定的^③。二是肯定说，认为决不能认为我国刑法采取了“不得因不知法律而免除刑事责任”的原则。根据我国刑法的主、客观一致的原则，如果某个人不知道，而且显然没有可能认识到自己有意识的行为是违法的，因而也不可能认识到它的社会危害性时，应该认为是无认识，那就意味着这行为欠缺意识因素，就不能认为他有罪过，也就不能认为他构成犯罪^④。

我们认为，以社会危害性认识为内容的违法性认识是构成犯罪故意所必要的。正如苏联刑法学家特拉伊宁指出的：“假如人没有意识到自己行动的社会危害性，就不能从道德上谴责他的行动，正因为如此，所以这种意识是作为犯罪构成因素的罪过的特征之一。”^⑤在我们看来，违法性认识可分为事实意义上的违法性认识和法律意义上的违法性认识。所谓事实意义上的违法性认识是指以对自己行为的社会危害性的认识为内容的违法性认识；而所谓法

① (民主德国)列克沙斯、伊内贝格：《民主德国刑法理论的若干问题》，深圳大学1988年印行，第90页。

② (日)福田平、大塚仁：《日本刑法总论讲义》，辽宁人民出版社1986年版，第122—125页。

③ 裴广川：《刑法故意论》，载《全国刑法硕士论文荟萃(1981—1988届)》，中国人民公安大学出版社1984年版，第223页。

④ 朱华荣：《略论刑法中的罪过》，载《刑法学专论》，北京大学出版社1989年版，第65—66页。

⑤ (苏)特拉伊宁：《犯罪构成的一般学说》，中国人民大学出版社1958年版，第162页。

法律意义上的违法性认识是指以对法律条文的具体规定的认识为内容的违法性认识。从事实意义上来说，违法性认识是犯罪故意不可或缺的内容。因为刑事违法性是社会危害性的法律表现，违法性认识是以行为人对社会危害性的认识为前提的，既然行为人已经认识到自己行为的社会危害性，而却不具有违法性认识是难以理解的。因为，任何犯罪都是社会危害性与刑事违法性的统一，如果行为人不认识自己行为的社会危害性，那么也就不可能认识到这种行为是法律所禁止的；反之亦然。但从法律意义上来说，违法性认识又不是犯罪故意所必要的。因为，在现实生活中，对刑法条文掌握得十分娴熟的人毕竟只是个别的，即使是司法工作人员，甚至是刑法专家，对于某些刑法条文的理解还存在争议。如果要求每个犯罪人对于自己行为的法律性质都认识得一清二楚，否则，就以不知法律而免除其刑事责任，这样势必放纵犯罪，不利于保护社会利益。在这个意义上说，也仅仅在这个意义上，“不得因不知法律而免除刑事责任”的原则才是正确的。

犯罪过失的违法性意识问题更为复杂。对于这个问题过去极少涉及，但在日本刑法学界最近提出了过失犯在有认识的过失上也能存在违法性认识，在无认识的过失上存在违法性意识的可能性的问题。^①我们认为，对于犯罪过失来说，违法性意识也是应当要求的，当然在具体表现形式上不同于犯罪故意。就过于自信的过失而言，是要求违法性认识的，对此没有异议。但疏忽大意的过失，是一种所谓无认识的过失，怎么理解其违法性意识呢？日本刑法学家以违法性意识的可能性相要求，与应当预见而没有预见的规定是一致的，不无道理。但违法性意识与这种意识的可能性毕竟不能等同。我们在论述过失的心理事实时，用潜意识来解释过失心理^②。由此看来，违法性意识在疏忽大意的过失也是一种潜意识，是由长期的社会生活和工作态度积淀下来的法漠视性情绪，这种违法性的潜意识不知不觉地对犯罪人起着作用。

违法性意识之所以是对心理事实中的认识因素的规范评价，就在于它赋予一定的认识因素以法律的内容，是对行为人的认识因素的否定法律评价。正是通过违法性意识，使心理学意义上的故意或者过失转化为刑法学意义上的犯罪故意或者过失。违法性意识作为对心理事实的规范评价，在认定某些特殊情况下行为人的主观心理状态具有重要意义。例如在正当防卫和紧急避险的情况下，防卫人和避险人故意地实施防卫行为和避险行为，是否存在犯罪故意呢？对此，有些刑法学家认为在处于正当防卫或紧急避险状态下，实施在形式上是犯罪的行为，人的意识中发生着一定的心理过程。这种行为入预见到自己行为的后果，并希望这种后果的到来，那就是说他的行为是具有一定犯罪构成的主观条件，即具有作为犯罪构成因素的罪过^③。显然，这种观点是荒谬的。因为在这种情况下，防卫人和避险人实施防卫行为和避险行为的目的是为了保护公共利益、本人或者他人的人身和其他权利，在这种认识的支配下所实施的防卫行为和避险行为是正当的。防卫人和避险人只有防卫和避险的故意，没有违法性意识，因而不具有作为罪过形式的犯罪故意。

① (日)福田平、大塚仁：《日本刑法总论讲义》，辽宁人民出版社1986年版，第125页。

② 参见拙作：《论主观恶性中的心理事实》，《中外法学》1991年第1期。

③ (苏)乌切夫斯基：《苏维埃刑法中的罪过》，苏联国家法律书籍出版社1950年俄文版，第63页。

三

期待可能性理论是根据以癖马案而闻名的德意志莱比锡法院的判例（1897年3月23日）产生的。癖马案的基本情况如下：被告系驭者，自1865年以来受雇驾驭马车，其中一匹马有以马尾绕缰并用力以尾压低缰绳的习癖，故称癖马。被告曾要求雇主更换这匹马，而雇主不仅不答应，反而以解雇相威胁。被告乃不得不驾驭该癖马。1867年7月19日，当被告驾车上街之际，该马癖性发作，将尾绕缰用力下压，被告虽极力拉缰制御，但均无效，而马亦遂惊驰，致将某行人撞倒，使其骨折。检察官以上述之事实，对被告以过失伤害罪提起公诉。一审法院宣告被告无罪，检察官以判决不当为由，向德意志帝国法院提出抗诉，但帝国法院审理后，认为抗诉无理，维持原判。帝国法院维持原判的理由是：确定被告之违反义务的过失责任，不能仅凭被告曾认识驾驭癖马可能伤及行人，而同时必须考虑能否期待被告不顾自己失去职业，而拒绝驾驭癖马。此种期待，对于本案中的被告来说事实上是不可能的。因此本案被告不能承担过失伤害行人的责任。该判例发表之后，麦耶于1901年首先提及期待可能性问题，认为违法性认识与否之问题，不过是区别故意和过失的标准而已。1907年弗兰克将癖马案判例，在其《关于责任概念的构成》一书中加以采纳，成为期待可能性理论研究的开端。弗兰克反对仅把犯罪心理要素作为责任内容的心理责任论，提出“非难性”和“非难可能性”的概念，认为责任应当包括以下内容：（1）责任能力；（2）故意或过失；（3）正常的附随情况，即行为时四周之状况处于正常状态之下，也就是说，可以期待行为者为合法行为。至1913年，杰姆斯·高尔德休米德将这一理论进一步发挥。高尔德休米德主张法律除要求个人外部遵守之法律规范外，还有必须采取遵守法律规范的意思决定，即不得为违法行为之意思决定的义务规范，违反前者，引起违法性；违反后者，则引起责任。而规范的责任要素，即以义务规范为基础。在弗兰克和高尔德休米德之后，弗洛伊颠特尔针对第一次世界大战后法国陷于极端贫苦之状态，人民苦于生活，为求生存而犯罪者颇多的情况，而极力主张因困于生活，为求生存出于不得已而犯罪，应无责任，从而将期待可能性之范围予以扩大。之后，爱贝尔哈尔·休米德基本上完成了期待可能性之理论，认为高尔德休米德所主张法律规范与义务规范无论在时间上或理论上同时并存之规范论是不恰当的，而认为此两者不过是同一法律规范在不同方面发挥作用而已。休米德认为法律规范具有两种作用：（1）制定某行为是适法还是违法的评价规范作用；（2）命令行为者必须决意采取合法态度而不得决意采取违法态度的命令规范作用。对于前者是有关客观的价值判断；对于后者是有关判断责任之规范，故只能依据命令规范而为意思决定之人，如违反其期待而决意实施违法行为时，才发生责任问题。期待可能性理论经过上述主要代表人物的不断发展和完善，虽然至今在期待可能性之标准及其在刑法学体系中的地位等一些具体问题上还存在着分歧和争论，但它已为某些国家的刑法所承认，不仅在德国和日本被普遍采用，其余欧洲各国的刑法理论和刑事审判也深受其影响。

期待可能性，就其含义来说，是指在行为当时的具体情况下，能期待行为人做出合法行为的可能性。法并不强制行为人作出绝对不可能的事，只有当一个人具有期待可能性时，才有可能对行为人作出谴责。如果不具有这种期待可能性，那么也就不存在谴责可能性。由此可见，期待可能性是就一个人的意志而言的。意志是人选择自己行为的能力，这种选择只有在期待可能性的情况下，才是行为人的意志的体现。

期待可能性的规范评价在犯罪故意与犯罪过失这两种罪过形式中具有完全不同的表现：在犯罪故意的心理状态中，期待可能性的规范评价因素内在于犯罪人显意识的心理过程。正是在这个意义上，黑格尔指出：“我的行为仅以其内部为我所规定才是我的故意，或我的意图才算是我的行为。凡是我的主观意志所不存在的东西，我不承认其表示是我的东西，我只望在行为中能看到我的主观意识。”^①由此出发，我们可以把故意犯罪看作是犯罪人自己选择的结果。犯罪故意中的认识因素和意志因素由于内化着规范评价因素，所以就是一种犯罪认识和犯罪意志，就从中性无色的心理事实转化为具有价值评价的罪过表现。但在犯罪过失的心理状态中，期待可能性的规范评价因素却内在于犯罪人的潜意识的心理过程。在过于自信的过失心理中，已经预见自己的行为可能发生危害社会的结果，也就以说，对于违法性是有认识的。在这个意义上说，犯罪人具有犯罪认识。这也正是过于自信的过失与犯罪故意的相同之处。但犯罪人又不是明知故犯，而是对危害社会的结果持否定的态度，这在意志因素上明显不同于犯罪故意。因此，犯罪人不具有犯罪故意中那种作为显意识的犯罪意志，犯罪行为并非犯罪人有意地选择的结果。在这种情况下，犯罪人本来应当更加谨慎行事以防止危害社会结果的发生，或者说，法是可以具有这种合理期待的。但犯罪人过于自信，采取一种轻率的态度，导致危害社会结果的发生。在这种过于自信或者说轻率的心理态度中，包含着对法的潜意识的漠视。在疏忽大意的过失心理中，期待可能性的规范评价因素内在于犯罪人的潜意识的心理过程这一特征更为明显。应当预见因疏忽大意而没有预见，从而导致危害社会结果的发生，这是疏忽大意的过失的法律特征。由此可见，在疏忽大意的过失心理中，没有显意识的违法性认识，因而没有犯罪认识。在这个意义上说，它是一种无认识的过失，以区别于有认识的过失（过于自信的过失）。由于没有显意识的犯罪认识，当然也就没有显意识的犯罪意志。所以，惩罚疏忽大意的过失犯罪，并不是惩罚显露在外的具有犯罪内容的认识和意志。在疏忽大意的过失心理中，违法性意识是作为潜意识而存在的。由于这是一种潜意识，犯罪人本人也没有自觉地意识到，因此，只有通过一定的方法才能加以测定。而对于危害结果是否应当预见，就是法定的测量尺度。一般认为，应当预见包括两层意思：一是预见义务，二是预见能力。显然，这里的预见义务与预见能力都不是犯罪人的心理事实本身，而是对潜藏于犯罪人无意识中的期待可能性的规范评价因素的测量标准，通过这种测量标准以确定行为人潜意识中期待可能性的规范评价因素的有无，从而确定行为人是否具有疏忽大意的过失。因此，过失犯罪的责任根据存在于犯罪人的内心，而并非是外加于它的。正如黑格尔指出，在过失的情况下，“那背后埋伏着的正义始终不将其自己独特的形态暴露于行动的意识之前，而只是自在地存在于（行为者的）决意与行为所包含的过失之中”。^②正由于违反正义的过失之根据存在于他的自我意识之中，并通过他的行为而造成了后果，所以“过失也获得了罪行的意义”^③。

四

主观恶性中的规范评价不可避免地涉及意志自由问题。正如恩格斯指出：“如果不谈谈所谓自由意志、人的责任、必然和自由的关系等问题，就不能很好地讨论道德和法的问题”

①（德）黑格尔：《法哲学原理》，商务印书馆1961年版，第114页。

②（德）黑格尔：《精神现象学》，商务印书馆1983年版，下册，第26页。

③同上，第24页。

题。”^①至于人有无意志自由的问题，哲学上历来存在意志决定论与意志自由论之争。这一争论也反映在刑法领域。近代刑事古典学派（旧派）与刑事人类学派、刑事社会学派（新派）在意志自由问题上存在根本对立。旧派以意志自由论为其哲学基础，例如黑格尔把法与自由意志相联系，认为法是自我存在的精神和它通过人的意志所体现出来的精神世界之间的统一。法的基础是精神。精神的第一天性，是它自身的绝对存在；第二天性，是从精神自身产生出来、由人的意志所体现的精神世界。所以，法的出发点，其实体性就是意志。而意志的根本属性，是自由。意志而没有自由，就不能称其为意志。由此出发，黑格尔把犯罪视为犯罪人的基于本人的意志自由选择的结果。在这个意义上，黑格尔认为“刑罚既被包含着犯人自己的法，所以处罚他，正是尊敬他是理性的存在”^②。古典派犯罪学大师马里奥·帕加诺更为直接了当地指出：“一个人应对其所犯的罪行负责；如果在其犯罪之际，只有二分之一的意志自由，应当负二分之一的责任；如果只有三分之一的意志自由，则只负三分之一的责任。”^③对于这种观点，新派代表人物菲利坚决予以否定。他指出：“我们不能承认自由意志。因为如果自由意志仅为我们内心存在的幻想，则并非人类的心理上存在的实际功能。”^④菲利宣称：“实证派犯罪学主张，犯罪人犯罪并非出于自愿；一个人要成为罪犯，就必须使自己永久地或暂时地置身于这样一种人的物质和精神状态，并生活在从内部和外部促使他走向犯罪的那种因果关系链条的环境中。”尤其是龙勃罗梭提出的“天生犯罪人”的命题，更是对意志自由这一传统信念的直接挑战。

随着历史的发展，进入十九世纪后半叶，出现了旧派和新派从对立逐渐走向折衷、调和局面的现实状况。在意志自由问题上也是如此，新古典学派抛弃了旧派的绝对意志自由论；而新社会防卫论也不主张决定论，主张选择的自由。这就在哲学理论基础方面开辟了走向两派折衷、调和的道路^⑤。但是，无论是新古典学派还是新社会防卫论，都没有从哲学上解决意志自由问题。

马克思主义持相对意志自由的观点，它是我们对主观恶性中的心理事实进行规范评价的哲学基础。在犯罪故意中，犯罪人具有明确的违法性认识，并且决意实施这一行为。因此，犯罪人在实施犯罪这一点上，其意志是自由的。正是这种相对的意志自由，可以说明为什么犯罪人具有期待可能性，因而可以为刑事责任提供理论根据。那么，如何用相对意志自由来解释犯罪过失呢？例如，菲利就认为意志自由说不能解释为什么过失、尤其是疏忽大意的过失应当负刑事责任^⑥。在英美法系，有些法学家认为，纯属疏忽大意的人的心理状态似乎根本谈不上邪恶，并且，可以说未表现出任何报应理论可据以责难之处^⑦。我们认为，这种观点是不能成立的。在过失犯罪的情况下，行为人在实施犯罪行为时，其意志似乎是不自由的，也就是说不自觉的。但是，正如我国刑法学界有人指出：这种不自由是以能够自由为前提的。因为在过失犯罪中，客观上已经具备了认识行为与结果间的必然联系的充分条件，

① 《马克思恩格斯选集》第3卷，第152—153页。

② （德）黑格尔：《法哲学原理》，商务印书馆1986年版，第103页。

③ （意）菲利：《实证派犯罪学》，中国政法大学出版社1987年版，第11页。

④ 同上，第14页。

⑤ 甘雨沛、何鹏：《外国刑法学》上册，北京大学出版社1984年版，第144页。

⑥ （意）菲利：《实证派犯罪学》，中国政法大学出版社1987年版，第12页。

⑦ （英）哈特：《惩罚与责任》，华夏出版社1989年版，第126页。

能不能获得对客观必然性的认识，完全取决于行为人愿不愿意发挥自己实际具有的主观能动性^①。在这个意义上说，过失犯罪的行为人在实施犯罪行为时所表现出来的不自由，只是一种现象，在这种现象的后面，包含着行为人的自由选择，尽管这是一种无意识的选择。正如哈特指出：在惩罚过失犯罪时，决定性的因素是：“我们所惩罚的那些人应在其行为之时具备正常的实施法律行为和不实施法律所禁止的行为的身体和心理上的能力以及发挥这些能力的公平机会。”^②因此，相对意志自由说完全可以解释过失犯罪的刑事责任的主观根据问题。

关于违法性意识与相对意志自由的关系，是不言而喻的。因为只有在对违法性的认识（故意）或者具有违法性潜意识（过失）的情况下，才谈得上进行有意识的选择（故意）或者无意识的选择（过失）的问题。对于期待可能性与相对意志自由的关系，则还有必要加以探讨。在刑法理论上，有一种观点认为责任论的期待可能性的判断标准是客观的社会正常人，因此与主观性的自由意志没有关系，期待可能性只限于说明一定的行为归于一定的行为者，无须牵涉到自由意志问题^③。我们认为，这种观点是没有科学根据的。因为期待可能性的有无与大小是相对意志自由有无与大小的外在大尺度。只有在行为人具有相对意志自由的情况下，才具有期待可能性。否则，就根本谈不上期待可能性。至于期待可能性是条个人标准、平均标准还是国家标准，那只是一个期待可能性的认定问题，从而也是一个相对意志自由的测量问题。从期待可能性采取客观标准不能得出期待可能性与意志自由无关的结论。

（作者单位：中国人民大学法律系刑法教研室）

责任编辑：王敏远



① 张智辉：《试论过失犯罪负刑事责任的理论根据》，《法学研究》1982年第2期。

② （英）哈特：《惩罚与责任》，华夏出版社1989年版，第145页。

③ 甘雨沛、何鹏：《外国刑法学》上册，北京大学出版社1984年版，第347页。