

期待可能性理论的梳理

张明楷^{*}

内容提要：有必要站在非决定论的立场讨论期待可能性；有关期待可能性的部分观点分歧，缘于在不同意义上使用期待可能性概念；期待可能性虽然在德国受到冷落，但这仅限于故意的作为犯的情形，而且有其特定原因；我国目前应当采取规范责任论，使期待可能性理论发挥应有的作用；缺乏期待可能性既是某些法定的责任阻却事由的根据，也是超法规的责任阻却事由。

关键词：期待可能性 多重含义 整体命运 具体问题

一、期待可能性的基本问题

哲学界关于自由意志的讨论中，“可供取舍可能性”（alternate possibilities; alternative possibilities）原则起到了统辖性作用。“这个原则说，只有当一个人本来能够做其他行动的时候，他才能对他所做的行动负有道德责任。”〔1〕换言之，“一个人为了能够对自己的行为承担道德责任，他就必须（在到达那个行为的某个相关点上）具有某种类型的可供取舍的可能性，这是一个基本的、广泛的假设。这个基本观念被概括在‘可供取舍的可能性原则’中，它的各种版本都要求道德责任要伴随着可供取舍的可能性的出现。”〔2〕根据这种观点，行为人对A行为及其结果的道德责任，〔3〕是以其在实施A行为的当时本来能够实施B、C等行为为前提的。这种可供取舍的可能性就是刑法理论上的他行为可能性。

是否承认可供取舍的可能性，在何种范围内承认可供取舍的可能性，是哲学家、法学家们长期争论的问题。决定论者并不承认人的自由意志与可供取舍的可能性。有的学者否定“只有当一个人本来能够以其他方式行为时，他才对他所做的事情负有道德责任”的观点，但肯定“只有当一个人本来可以履行一个给定的行为时，他才能对没能履行那个行动负有道德责任”的论

^{*} 清华大学法学院教授。

〔1〕〔美〕哈里·法兰克福：《可供取舍的可能性与道德责任》，载徐向东编：《自由意志与道德责任》，江苏人民出版社2006年版，第359页。

〔2〕〔美〕约翰·马丁·费尔希：《法兰克福式例子与相容论》，前引〔1〕，徐向东编书，第392页。

〔3〕道德责任是与因果责任相对的概念。道德责任并不特别需要与道德上的对错相联系，而是与人的反应性态度相联系。可以认为，在刑法上，因果责任是客观归责问题，而道德责任是主观归责问题。但是，这并不意味着刑法上的责任是一种伦理责任或者道义责任。

断。^{〔4〕}本文不可能就此展开讨论，只是站在非决定论的立场论述期待可能性问题。

之所以站在非决定论的立场，是因为刑法上的责任概念，原本就是以自由意志为前提而形成的。“确定体系性意义中的责任概念、对责任刑法的展开做出重大贡献的，是启蒙思想家 S·普芬道夫（Samuel Pufendorf, 1632—1694）。他将人作为具有理性、基于自由意志而行为的存在来把握，即将人作为可以基于自由意志决定实施好行为或者恶行为的存在来把握。于是，他认为，只有这样的自由的行为，可以主观地归属于行为人，只有在这样的场合对行为才是有责的。普芬道夫将行为理解为自由意志的产物，使自由意志占据归责中心的观点，对其后的学说产生了很大影响。”^{〔5〕}在刑法上，普芬道夫“由意思自由的前提出发，得出责任只有在具备归责能力和辨认能力的情况下才成立，由此创设出责任刑法的一个新学说。国家目的中合道德性的设立，限制了教育和威慑作为刑法的目的，预防代替了复仇。普芬道夫刑罚威慑的道德强制思想走在了费尔巴哈的心理强制学说的前面。”^{〔6〕}可以认为，倘若不以行为人具有自由意志为前提，刑法上恐怕难以存在当今的责任概念。

之所以站在非决定论的立场，还基于以下几个理由：（1）虽然自由意志难以得到证明，但自由意志是值得向往和保护。刑法禁止的一些犯罪（如强奸罪、外国刑法规定的胁迫罪等），不仅保护人的行动自由，而且保护人的意识活动自由。如果人没有自由意志，其一举一动完全是被决定的，那么，法律就没有必要保护人的意识活动自由。（2）否认自由意志的结局，要么像新派的代表人物之一菲利（Ferri）那样，主张没有责任与刑罚的刑法典，^{〔7〕}要么认为法律责任不以自由意志为前提。但是，前者行不通，后者不能说明刑法上的责任。（3）承认意志自由，可以解决刑法上的诸多问题。例如，正是因为人有自由意志，刑法规范可以影响人们做出适当的意志决定，预防犯罪才有可能，并且成为刑罚的目的。（4）刑法的重要机能是保障被告人的自由，承认意志自由，对被告人更有利。否认自由意志的结果，要么否认责任，从而使刑罚不能受到责任的限制，导致刑罚过重；要么完全由一般预防的必要性大小决定刑罚轻重，使被告人成为预防他人犯罪的工具。（5）即使认为自由意志是一种假定，这种假定也和社会契约论一样，具有积极意义。事实上，即使不（完全）承认自由意志或者不使用自由意志概念的刑法学者，其理论也往往以人具有自由意志为前提。^{〔8〕}概言之，承认人具有自由意志比否定人具有自由意志更好。

承认人具有自由意志，就意味着承认他行为可能性。他行为可能性，一般是指合法行为的可能性（在特殊情况下，可能意味着危害更小行为的可能性）。反过来说，他行为可能性意味着犯罪行为的可避免性。如后所述，这种他行为可能性，与刑法上的他行为（合法行为）的期待可能性是难以区分的。

德国是期待可能性理论的发源地，但令中国刑法学者“难以置信”的是，期待可能性理论恰

〔4〕 前引〔2〕，费尔希文，第394页以下。

〔5〕 〔日〕堀内捷三：《责任论の课题》，载〔日〕芝原邦尔等编：《刑法理论の现代的展开——总论I》，日本评论社1988年版，第172页以下。

〔6〕 〔德〕格尔德·克莱因海尔、扬·施罗德主编：《九百年来德意志及欧洲法学家》，许兰译，法律出版社2005年版，第345页。

〔7〕 参见〔意〕恩里科·菲利：《实证派犯罪学》，郭建安译，中国人民公安大学出版社2004年版，第185页以下。

〔8〕 例如，德国学者罗克辛（C. Roxin）提倡规范的应答可能性说。当行为人在行为时，他的精神和心理处于能够应答规范的号召的状态，心理上具有作出以规范为导向的行为决定的可能性，在具体案件中存在健康的成年人都具有的心理的控制可能性时，就可以肯定行为人的责任。这种责任不涉及不可能证明的假说，而是涉及经验科学的智识。责任是经验的材料与规范的材料混合；控制能力与规范的应答可能性是根据经验认定的；适法行为的可能性，则是规范的要求。在刑法上，他行为可能性中的自由，是一种规范的假设，既不可验证，也无法反驳（C. Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band I, C. H. Beck 4. Aufl., 2006, S. 851ff.）。

恰在德国受到冷落,已变得无足轻重。^{〔9〕}还有学者认为,随着罪责概念的客观化,期待可能性理论已经衰落。^{〔10〕}那么,期待可能性理论在德国受到冷落的原因何在?受到冷落的是何种意义上的期待可能性?对此问题的回答,有助于我国刑法理论与司法实践正确对待期待可能性理论。这关系到期待可能性理论的整体命运问题。

除此之外,国内外的期待可能性理论,还就以下具体问题存在重大争议:

第一是期待可能性的地位。即期待可能性是责任的积极要素还是消极要素?倘若认为期待可能性是积极要素,那么,它是故意、过失的构成要素,还是与责任能力、故意、过失相并列的责任要素?倘若认为期待可能性是消极要素,则意味着缺乏期待可能性是一种责任阻却事由,那么,刑法基于何种原因将责任能力、故意、过失设定为责任要素?在我国,刑法理论与司法实践所遇到的具体问题,是应当在故意论、过失论中讨论期待可能性,还是应当在故意论、过失论之外讨论期待可能性?公诉机关是否需要举证证明被告人具有期待可能性?与此相联,关于责任能力与期待可能性的关系,在我国刑法理论上也有争议。一种观点认为,不满14周岁的人之所以不负刑事责任,是因为其缺乏辨认控制能力,无法期待其实施合法行为。^{〔11〕}还有人指出,缺乏期待可能性是精神病人不负刑事责任的根据。^{〔12〕}另一种观点则指出:“无责任能力人不负刑事责任,与期待可能性理论之间没有关联。”^{〔13〕}

第二是期待可能性的法律性质。即缺乏期待可能性,是一般的超法规的责任阻却事由,还是仅限于刑法有规定时才成为责任阻却事由?在我国,刑法理论与司法实践所面临的问题是,虽然刑法分则没有明文将近亲属关系作为窝藏、包庇等罪的责任阻却事由,但能否因为近亲属之间的窝藏、包庇等行为缺乏期待可能性,而否认近亲属之间的窝藏、包庇等行为构成犯罪?

第三是期待可能性的判断标准。众所周知的行为人标准说、平均人标准说与法规范标准说虽然各有理由,却都受到了批判。这也是我国刑法理论与司法实践面临的问题。例如,能否以缺乏期待可能性为由,宣告许霆无罪?因灾害逃往外地或者被拐卖至外地的已婚妇女,又与他人结婚的,是否缺乏期待可能性而不构成重婚罪?

第四是期待可能性的认识错误问题。期待可能性的认识错误,包括积极的错误与消极的错误。前者是指原本并不存在缺乏期待可能性的事情,但行为人误以为存在;后者是指原本存在缺乏期待可能性的事情,但行为人误以为不存在。例如,行为人误将他人的犯罪证据,作为自己的犯罪证据而毁灭,或者相反的,应当如何处理?这也是我国刑法理论与司法实践需要解决的问题。

在本文看来,之所以存在上述争议,一个重要的原因是,学者们所使用的期待可能性概念并不特定,换言之,争论的背后可能意味着期待可能性具有多重含义。

二、期待可能性的多重含义

仔细考察会发现,刑法理论上至少在四种不完全相同的意义上使用期待可能性概念。

(一)作为心理强制可能性的期待可能性——作为责任基础的期待可能性

期待可能性理论,是规范责任论的当然结论。规范责任论的特色是,在与法律规范的关系上

〔9〕 参见陈兴良:《期待可能性问题研究》,《法律科学》2006年第2期。

〔10〕 参见劳东燕:《罪责的客观化与期待可能性理论的命运》,《现代法学》2008年第5期。

〔11〕 参见苗玉红:《期待可能性理论》,《黑龙江政法干部管理学院学报》2001年第3期。

〔12〕 参见欧锦雄:《期待可能性理论的继承与批判》,《法律科学》2000年第5期。

〔13〕 李立众:《期待可能性研究诸失误之匡正》,《现代法学》2004年第3期。

把握责任。法律规范终究是以对个人的命令、禁止表现出来的；这种命令、禁止就行为人一方而言，只有在能够遵从即能够实施犯罪行为以外的行为时，才是适当的。所以，责任非难，以行为人在行为当时具有适法行为的期待可能性为基础。亦即之，缺乏期待可能性，就没有非难可能性。这种意义上的期待可能性，并不只是与责任能力、故意、过失相并列的责任要素，而是责任的基础。

将有责性作为犯罪成立要件，是实质的正义的基本要求。正义的理念要求犯罪成立条件与法律效果之间具有实质的适合关系。刑罚是对行为人的犯罪行为进行的非难，这种非难理所当然以具有非难可能性为前提。将有责性作为犯罪成立条件，也是刑罚目的的基本要求。因为对在刑罚不可能产生影响的心理状态下实施的行为处以刑罚，就收不到刑罚的效果；处罚不具备有责性的行为，不可能抑止在将来的同样状况下发生相同的“犯罪”行为（不存在预防犯罪的效果）。概言之，只有具有非难可能性，才能够科处刑罚。

“为这种非难提供基础的可谓‘他行为可能性’（能够回避符合构成要件的违法行为，能够实施除此之外的其他行为）。尽管关于人的行为存在决定论（其立场是，人的意思决定及其行为，是某种原因的结果，在此意义上是被决定的）与非决定论（其立场是，人可以自由地决定其意思，选择行为）的对立，但在缺乏‘他行为可能性’的场合，就不可对实施了符合构成要件的违法行为的人进行非难。只有当具有实施其他行为的可能性，却实施了符合构成要件的违法行为时，才可能做出‘不应当实施该行为’的非难。这里所说的他行为可能性，意味着通过进一步发动规范意识（或者说如果具有更强的规范意识），就不会实施符合构成要件的违法行为。尽管如此，却实施了符合构成要件的违法行为，所以受到非难。”^{〔14〕}概言之，根据规范责任论，他行为可能性是责任的基础。

那么，他行为可能性与他行为的期待可能性，究竟是什么关系？如果对他行为可能性采取一般标准或者客观标准，对他行为的期待可能性采取个人标准或者主观标准，二者或许有区别。但事实上，二者不仅密切联系，而且几乎不可能区分。正因为如此，不少学者在等同意义上使用他行为可能性与期待可能性概念。例如，西田典之教授指出：“犯罪成立的第三个要件是有责性或责任。有责性，可以说是就符合构成要件的违法行为，能够对行为人进行非难。这个要件由来于刑罚目的。亦即，刑法从保护法益的见地禁止一定的行为，通过预告、实行对违反行为的刑罚制裁，使国民产生不实施犯罪的动机。因此，其前提必须是可能产生不实施犯罪的动机，换言之，行为人在实施犯罪行为之际具有选择其他适法行为的可能性。此即他行为可能性。在能够期待不实施违法行为而实施适法行为的意义上，也可改称为期待可能性。概言之，所谓有责性，是指对于能够期待实施其他适法行为（他行为可能性·期待可能性）却实施了违法行为的法的非难。”^{〔15〕}再如，前田雅英教授在论述责任主义与期待可能性时分别指出：“‘没有责任（非难可能性）就没有刑罚’的原则，称为责任主义。一般来说，只有在‘尽管行为人具有实施其他行为的可能性，却实施犯罪行为的场合（具有他行为可能性的场合）’，才能认为具有非难的可能。”“要非难行为人，就必须要求在行为时存在的具体情况下，能够期待行为人不实施违法行为，而能够实施其他适法行为的可能性。这种可能性称为期待可能性。”^{〔16〕}据此，既可以说，非难的基础是他行为可能性，也可以说，非难的基础是他行为的期待可能性。还有学者指出：“责任原则要谈的是对于行为人为不法行为的原因的评价问题……如果行为人形成不法行为的意志是因为某一些特殊情况所致，则行为人可以不对他所做的不法行为负责。……如果用通说所说的责任概念来

〔14〕〔日〕山口厚：《刑法总论》，有斐阁2007年版，第181页以下。

〔15〕〔日〕西田典之：《刑法总论》，弘文堂2006年版，第191页。

〔16〕〔日〕前田雅英：《刑法总论讲义》，东京大学出版会2007年版，第53页、第370页。

看,所谓责任是指行为人对于所做的事情的控制可能性(能力)的问题,或者从另外一个角度来看,也是我们对于行为人为合法行为的期待可能性。并且因为行为人可以被期待为合法行为,但是行为人却做了不法行为的选择,所以法律对行为人有可非难性,所以是有责任而应该接受刑罚。”^{〔17〕}据此,期待可能性是责任的基础。

一方面,如果行为人没有他行为可能性,就必然没有他行为的期待可能性。另一方面,如果行为人具有他行为可能性,法秩序就会期待其实施他行为。换言之,他行为可能性,既是他行为期待可能性的前提,也是他行为期待可能性的根据。于是,对他行为期待可能性的判断,与对他行为可能性的判断就是一致的。正因为如此,规范责任论者会在责任基础意义上使用期待可能性概念。

(二) 作为责任要素的期待可能性——狭义的期待可能性

如同作为违法根据的法益侵害必须具体化为构成要件要素一样,上述作为责任基础的期待可能性,也应当具体化为责任要素。责任能力、故意、过失以及违法性认识的可能性,实质上是他行为可能性的具体化,因而也是作为责任基础的期待可能性的具体化。^{〔18〕}换言之,具有责任能力的人,对客观构成要件事实具有认识(故意)或者预见可能性(过失),并具有违法性认识的可能性时,就可以期待其产生不实施符合构成要件的违法行为的动机,进而不实施该行为;倘若行为人实施了该行为,就认定行为人具有责任。

但是,上述责任要素的设定,是以能够期待行为人实施其他合法行为为前提的。换言之,认为具有责任能力、具有故意或过失以及违法性认识的可能性,就值得非难,是就通常情形所作的设定,或者说是以行为时的附随情况的正常性为前提的。在社会生活中,不排除在极少数情况下,由于行为时的附随情况异常,导致具有责任能力的人,即使认识到或者可能认识到符合构成要件的违法事实,即使具有违法性认识的可能性,却依然不能期待其实施其他合法行为的情形。所以,必须将特殊情形下的期待可能性作为责任要素。这个意义上的期待可能性可谓狭义的期待可能性。^{〔19〕}我国刑法理论界所讨论的期待可能性,大体上是指这种狭义的期待可能性。

(三) 作为义务强制可能性的期待可能性——不作为犯中的作为可能性

违反禁止规范的行为是作为,违反命令规范的行为是不作为。^{〔20〕}换言之,作为是实施了被禁止的行为;不作为是指没有实施被期待的作为。命令规范的实现,必须具备三个条件:(1)受命人原本存在意志行动;如果没有意志行动,就不可能有命令;(2)命令者与受命人之间具有作为关联的可能性,即命令者能够影响受命人;(3)受命人具有支配意志的可能性,并且能够实施命令所要求实施的行为。^{〔21〕}

就不作为犯而言,并不是只要不作为与法益侵害结果之间具有因果关系,就肯定构成要件符合性。例如,在溺水儿童没有得到救助而死亡的场合,倘若认为所有可能救助溺水儿童的人的不作为都符合故意杀人罪的构成要件,就明显扩大了处罚范围。于是,刑法理论将基于保证人地位的作为义务,视为不作为犯的成立要件。即负有防止结果发生的特别义务的人是“保证人”,其中防止结果发生的特别义务就是作为义务。所以,刑法理论首先要确定哪些人是负有防止结果发

〔17〕 黄荣坚:《基础刑法学(下)》,元照出版有限公司2006年版,第635页以下。

〔18〕 例如,当行为人根本没有预见也不可能预见自己的行为会造成法益侵害结果时,他就不可能产生放弃该行为的动机,因而不可能选择其他行为,故没有他行为可能性(没有期待可能性)。所以,犯罪的成立以行为人具有故意或过失为必要。

〔19〕 参见〔日〕平野龙一:《刑法总论II》,有斐阁1975年版,第154页。

〔20〕 区分作为与不作为的其他标准,大多是区分违反禁止规范与违反命令规范的具体化。

〔21〕 参见〔日〕青井秀夫:《法理学讲义》,有斐阁2007年版,第44页。

生的特别义务的人，即确定特别义务来源于何处（作为义务的发生根据）。显而易见的是，义务的履行以保证人具有作为可能性为前提。

作为可能性，是指保证人具有履行义务（采取积极措施）的可能性。法律规范与法律秩序只是要求能够履行义务的人履行义务，而不会强求不能履行义务的人履行义务。^{〔22〕}问题在于，作为可能性是作为义务的前提，还是与作为义务并列的要件？一种观点认为，如果行为人没有作为可能性，就丧失了作为义务的前提（即没有作为可能性就没有作为义务）；^{〔23〕}另一种观点认为，作为可能性与作为义务是两个不同的问题。^{〔24〕}显然，如果认为作为义务与作为可能性都是违法阶段的问题，上述争议没有特别意义。然而，一旦认为作为义务是违法阶段问题，作为可能性是责任阶段问题，上述争议就具有意义。这一点又取决于对以下问题的回答：作为可能性的判断标准是什么？作为可能性与期待可能性是什么关系？

第一种说法是：“不作为犯的成立，除要求有作为义务以外，还必须有所作为的可能性。……例如，在母亲 A 在河岸没有救助溺水之子的场合，当 A 不会游泳，事实上不可能救助时，便不成立不作为犯。即不作为犯的成立，必须具有通过作为防止结果的事实的可能性。这与所谓的期待可能性的场合的心理的可能性不同，是事实的可能性。”^{〔25〕}据此，没有作为可能性时，缺乏不作为犯构成要件的符合性，与期待可能性没有关系。但是，构成要件符合性是一种类型判断，其判断标准不可能因人而异，而这种观点将保证人的具体的作为可能性设定为构成要件要素，因而存在疑问。另一方面，由于构成要件是违法类型，这种观点必然导致保证人的个人能力影响违法性的判断，从而走向了主观的违法性论。此外，在判断保证人是否具有作为可能性时，能否明确区分事实的可能性与心理的可能性，仍存疑问。例如，母亲虽会游泳，但因为风大浪高，担心自己也会身亡而不敢下水救助溺水之子时，是事实的不可能性，还是心理的不可能性，恐怕难下结论。

第二种观点认为作为可能性是构成要件符合性的问题，也承认“不作为还受具体情况下可以支配的工具以及具体的行为人的能力的约束”（例如，“只有当不作为人事实上有能力实施理论上可以防止结果发生的行为，才能将结果归责于他的不作为，因此，如果没有船只可供使用，不利用船只救助落水者的人就没有‘不作为’；不会游泳，而未游泳前往救助落水者的人，也没有‘不作为’”）。还认为，“在不作为犯罪里，不可期待性是限制行为义务的一般原则，同时也包含了特别的，适用于作为犯罪的阻却违法事由与免责事由”，^{〔26〕}但没有表明作为可能性与期待可能性的关系。德国的刑法理论大抵如此。^{〔27〕}但如后所述，德国刑法理论普遍承认期待可能性在不作为犯中的作用，这至少表明，不作为犯中的作为可能性与期待可能性具有密切关联。

第三种观点指出，作为可能性，为作为构成要件要素的作为义务奠定基础，应当以一般人或者社会的一般观念为基准进行判断。具体行为人的作为可能性，则是责任的问题。例如，在自己的幼儿溺水的场合，倘若因为波浪太高相当危险而基本上不能救助时，其父母就没有作为义务，不存在不作为犯的问题。与此相对，如若因为其父母不会游泳而事实上不可能救助时，就存在作

〔22〕 我国刑法分则的部分条文明确将作为可能性作为不作为犯的成立条件，参见刑法第 429 条、第 445 条。

〔23〕 参见〔日〕西田典之：《不作为犯论》，前引〔5〕，芝原邦尔等编书，第 80 页。

〔24〕 前引〔14〕，山口厚书，第 93 页。

〔25〕 〔日〕平野龙一：《刑法总论 I》，有斐阁 1972 年版，第 154 页。

〔26〕 〔德〕冈特·施特拉腾韦特、洛塔尔·库伦：《刑法总论 I——犯罪论》，杨萌译，法律出版社 2006 年版，第 377 页以下，第 386 页。显然，这种观点将作为可能性视为作为义务的前提。

〔27〕 Vgl. ,Jescheck/Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, Duncker & Humblot 5. Aufl., 1996, S. 634; Schönke/Schröder/Lenckne, *Strafgesetzbuch Kommentar*, C. H. Beck 26. Aufl., 2001, S. 596.

为义务,只是有无责任的问题。^{〔28〕}据此,当根据社会的一般观念具有作为可能性,而行为事实上没有作为可能性时,是责任论的问题。那么,是责任论中的什么问题呢?显然,这种缺乏事实上的作为可能性的情形,既不是故意、过失的问题,也不是责任能力与违法性认识的可能性问题,因而只能是期待可能性的问题。

第四种观点认为,作为可能性的判断标准只是个人能力,故将其作为构成要件要素是存在疑问的,将其作为责任要素是合适的。但是,由于将作为可能性置于因果关系中讨论更容易解决问题,而且,作为可能性是对违法行为起限定作用的责任要素,故例外地将其纳入构成要件要素也是可以的。“但是,即使这样解释,也必须将履行作为义务的期待可能性留在责任层面。”^{〔29〕}由此看来,这种观点承认了作为可能性也是期待可能性的问题。

无论如何,作为可能性的判断,既要以附随情况正常性与否为资料,也要以保证人的个人能力为资料。即使认为作为可能性是构成要件符合性的判断,因而只能以社会的一般观念为标准,也不可否认另需要根据保证人的个人能力做出判断。后者实际上也是期待可能性的问题。因为不作为犯的成立以作为可能性为前提,而没有履行作为义务的期待可能性,就意味着没有作为可能性,进而阻却构成要件符合性与违法性。在这种场合,德国刑法理论虽然以缺乏作为可能性或者没有作为义务为由否认不作为犯的成立,但实际上已经将期待可能性置于不作为犯的构成要件符合性问题进行考虑了。当然,这并不意味着德国刑法理论混淆了作为可能性与期待可能性,而是因为在不作为犯中,对作为可能性与期待可能性的判断所依据的资料相同。例如,在幼儿溺水的场合,一方面,在没有船只的情况下(附随情况),法秩序不可能期待行为人利用船只救人;另一方面,在行为人不会游泳的情况下(个人能力),法秩序不可能期待行为人游泳救人。显然,行为的附随情况与个人能力导致不能期待保证人履行作为义务,结果不可避免发生时,既可以认为保证人缺乏作为可能性,也可以认为保证人缺乏期待可能性。

(四) 作为过失犯成立条件的期待可能性——过失犯的成立要素

以往在责任的实体上,采取的是心理责任论。心理责任论认为,责任的实体是行为人的心理关系,基于心理关系不同,将责任分为故意与过失,行为人在具有责任能力之外,还具有故意、过失时,就追究行为人的责任。这一学说在19世纪末20世纪初占统治地位。即使采取规范的责任论,也不意味着完全放弃过失的心理要素。例如,疏忽大意过失中的预见可能性,并不因为规范责任论而丧失其意义。

根据以结果预见可能性为中心的旧过失论,当行为人不能预见自己的行为会发生法益侵害结果时,不成立过失犯罪。问题在于:缺乏结果的预见可能性与缺乏期待可能性是什么关系?显然,当行为人不能预见行为的结果时,就不能期待他预见,也不能期待他选择其他合法行为。所以,即使行为人没有选择其他合法行为,也不具有非难可能性。在这种场合,既可以说因为行为人没有结果的预见可能性而不成立过失犯,也可以说因为行为人缺乏预见结果的期待可能性、缺乏他行为的期待可能性,而不成立过失犯。

根据新过失论的观点,即使对结果有预见可能性,但如果履行了结果回避义务,就不成立过失犯。这样,过失犯的注意义务的中心,就由结果预见义务移向结果回避义务;而且,将结果回避义务作为客观的行为基准而设定成客观的注意义务,使之成为违法要素。新过失论不仅将过失作为责任问题,而且也作为构成要件符合性与违法性的问题,故不仅着眼于作为心理状态的过失,而且着眼于其行为的侧面。由于新过失论将违反注意义务作为过失犯的不法问题,“接下来

〔28〕 参见〔日〕大谷实:《刑法讲义总论》,成文堂2007年版,第152页。

〔29〕 〔日〕山口厚:《问题探究 刑法总论》,有斐阁1998年版,第44页。

的分歧则集中于，应该对这种共同构成不法理由的违反义务的行为设定哪些要求，是违反了一般的（客观的）注意义务就足以，还是要求行为人根据其个人能力本来可以尽到必要的注意义务。”〔30〕

第一种观点（德国的主流观点）采取“两级理论”：违反客观的注意义务时，具有过失犯构成要件符合性与违法性。这种客观的注意义务，会根据职业分工、生活领域以及具体情景而有所不同，但不会以负有义务的个人为划分标准。行为人是否具有履行客观的注意义务的能力，则是有责任性的问题。〔31〕

第二种观点（德国的少数观点）认为，过失犯的构成要件，不仅包括违反了客观的注意义务，而且包括违反按行为人的个人能力而确定的义务。〔32〕

第三种观点（德国的折衷说）认为，在平均水平以下的能力并不能排除过失犯的构成要件符合性与违法性，只能排除有责任性。因为构成要件的实现不能取决于个别化标准，否则便混淆了不法与责任的区别。〔33〕

根据上述第一、三种观点，个人无能力（缺乏履行注意义务的能力）阻却过失犯的责任性；根据第二种观点，个人无能力阻却构成要件符合性与违法性。不过，个人无能力与缺乏期待可能性是什么关系，是值得讨论的问题。虽然有的学者明确区分无能力与无期待可能性，但德国的司法判决有时并不区分个人无能力与缺乏期待可能性。〔34〕在本文看来，在过失犯中，要区分个人无能力与无期待可能性是相当困难甚至不可能的。因为缺乏履行注意义务能力的人，法秩序都不可能期待其履行注意义务。正因为如此，德国有学者指出，在过失犯中，期待可能性具有双重功能：一是在不法的领域中决定客观的注意义务的履行与否；二是在责任领域决定主观的预见义务。〔35〕

我国刑法将过失区分为疏忽大意的过失与过于自信的过失。就疏忽大意的过失而言，行为人缺乏预见可能性（不能预见）时，刑法就不能期待其预见（不应当预见），因而不能成立过失犯；就过于自信的过失而言，行为人预见自己的行为会发生法益侵害结果时，如果他不可能避免结果发生，就不能期待其避免结果（与不作为犯存在交叉与重合）。只有当行为人预见了法益侵害结果，能够放弃该行为或者采取有效措施避免结果时，刑法才期待他放弃该行为或者采取有效措施，进而肯定过失犯的成立。

由此看来，不管过失是责任问题，还是构成要件与违法性问题，当行为人不能预见和不能避免法益侵害结果，即不能履行结果预见义务与结果回避义务时，都不可能成立过失犯。而在行为人不能预见或者不能避免结果时，刑法理论便可以认为行为人缺乏他行为的期待可能性。这里的期待可能性，实际上是过失犯的成立条件。

三、期待可能性的整体命运

明确了期待可能性的多重含义之后，就可以回答以下问题：期待可能性理论在德国受到冷落、已变得无足轻重的原因何在？受到冷落的是何种意义上的期待可能性？我国应当如何对待期

〔30〕 前引〔26〕，施特拉腾韦特等书，第402页。

〔31〕 前引〔27〕，Jescheck/Weigend书，第563页。

〔32〕 前引〔26〕，施特拉腾韦特等书，第404页。

〔33〕 前引〔8〕，C. Roxin书，第1083页。

〔34〕 同上书，第1108页。

〔35〕 Wessels/Beulke, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, C. F. Müller 30. Aufl., 2000, S. 139.

待可能性?

(一) 作为责任基础的期待可能性理论是规范责任论的当然结论, 期待可能性理论在德国受到冷落的一个重要原因是, 部分学者采取了功能责任论(或机能责任论、预防责任论), 而没有(完全)采取规范责任论。

例如, 雅科布什(Jakobs)认为, 只有目的才能使责任概念具有内涵, 责任概念的内容完全由一般预防的目的所决定, 有无一般预防的必要性就决定了行为人有无责任。换言之, 责任的前提不是非难可能性, 而是现实的或可能的预防需要。行为人本来是否可以不实施符合构成要件的违法行为而实施其他合法行为的问题, 被让行为人承担责任是否必要、是否多余替代了。^[36] 这种功能责任论使得非难可能性、他行为可能性、期待可能性概念没有存在的余地。

不能发现, 倘若采取作为通说的规范责任论, 期待可能性理论就仍有重要地位。事实上, 在德国, 对功能责任论持否定态度的学者, 肯定了期待可能性的重要地位与作用。^[37] 另一方面, 功能责任论在日本没有得到普遍认同, 所以, 期待可能性理论在日本并没有像在德国那样受到冷落。所以, 这里的关键是如何评价功能责任论。

功能责任论的最大缺陷在于混淆了刑法与刑事政策的关系。首先, 倘若国家不将“为了目的而不择手段”的理念当成国家行为的最高指导原则, 那么, 科处最为严厉的刑罚就必须具有特殊的合理性理由。换言之, 仅指出刑罚之工具理性上的有益性是不够的, 必须将刑罚表现为一种国民可以接受为合理的、正义的措施。^[38] 然而, “功能责任论把责任概念替换为预防, 从而在对一般预防的关系中使责任主义所具有的限制功能变得无力。以一般预防的观点, 对无法治疗的重症精神病患者认定其责任, 或者对难以守法的累犯认定沉重的责任是不妥当的。责任概念依预防的目的而受到影响时的情况也是一样的。传统意义上的责任主义是为保护有宪法秩序行为人的规范, 故不得为技巧性的理论所侵害。其次, 在依功能责任论的情况下也不可能有什么可以稳定秩序信赖的明确标准。这最终将责任概念交给立法者或法官, 而使犯罪的成立与否变得不明确。”^[39] 因为刑法在何等条件下才能够发挥一般预防的效应, 才不会丧失刑法的一般预防效力, 是迄今为止还没有得到答案的问题。第三, 责任主义可以防止国家为了追求一般预防的效果, 而处罚无责任的违法行为。换言之, 责任主义不仅被当成一项合理化原则, 而且必然成为发挥限制刑罚的原则。因此, 在完全独立于预防概念的情况下, 责任具有法治国家的详细内涵。^[40] “此外, 理论上从(积极的)一般预防理论的角度来看, 刑事归责标准与传统的罪责概念的标准不可能不同。就此而言, 罪责要求的功能性含义仅仅是概念上的混淆。”^[41] 最后, 功能的责任概念, 必然导致责任的客观化; 而责任的客观化, 不可避免导致在科处刑罚时将行为人工具化, 也使刑罚保安处分化, 形成仅有保安处分而无刑罚的局面。总之, 功能责任论缺乏妥当性、可行性。^[42]

我国以往的刑法理论一直将故意、过失等同于罪过, 采取了心理责任论。但本文认为, 我们应当采取当今世界的通说即规范责任论。其一, 如前所述, 在具体情况下, 即使认定了具有故

[36] G. Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Aufl., Walter de Gruyter 1993, S. 480ff.

[37] 参见前引[26], 施特拉腾韦特等书, 第236页以下。

[38] 参见[德]许迺曼:《罪责原则在预防刑法中的功能》, 许玉秀、陈志辉编:《不移不惑献身法与正义——许迺曼教授刑事法论文选辑》, 公益信托春风煦日学术基金2006年版, 第608页。

[39] [韩]李在祥:《韩国刑法总论》, 韩相敦译, 中国人民大学出版社2005年版, 第262页以下。

[40] 参见前引[38], 许迺曼文, 第609页、第611页。

[41] 前引[26], 施特拉腾韦特等书, 第205页以下。

[42] 德国许多学者都相当有力地批判了功能责任论。参见李文健:《罪责概念之研究》, 作者发行1998年版, 第237页以下。

意、过失的心理事实，也存在不能给予非难的情形。这是因为，刑法对犯罪规定法定刑，旨在使行为人对犯罪产生反对动机。虽然一般来说，在具有故意、过失，责任能力与违法性认识的可能性的情况下，就应当或者能够产生反对动机，“但是，在一定的场合，……特别是当行为人内在的根源性的冲动，远远强于对法所预告的损害的恐怖之念时，反对动机的设定就是没有意义的。例如，在对生命的紧急避险这样的界限状态中，人的脆弱性与自我保存的本能是显著的”。〔43〕在这种场合，行为人便没有责任。其二，刑法第16条的规定，含有规范责任论的思想。该条规定：“行为在客观上虽然造成了损害结果，但不是出于故意或者过失，而是由于不能抗拒或者不能预见的原因所引起的，不是犯罪。”所谓不能抗拒，是指行为人虽然认识到自己的行为会发生损害结果，但由于当时主客观条件的限制，不可能排除或防止结果的发生。显然，不可抗力缺乏期待可能性。其三，规范责任论以他行为可能性为前提，如前所述，以他行为可能性为前提展开责任论的讨论，具有合理性。其四，规范责任论并不意味着对心理要素的否认，相反，故意、过失仍然是责任要素。换言之，“虽说是心理的责任论，也并不是不规范地考虑责任；虽说是规范的责任论，也并非否定心理的要素的存在。……只不过规范的责任论认为，即使在有责任能力的人认识到犯罪事实而实施行为的场合，也有通过检讨其‘心理的’动机形成的过程，而不能对其非难的情形”。〔44〕所以，我们需要在故意、过失之外讨论期待可能性问题。其五，规范责任论并不意味着责任与预防犯罪无关。“作为对实施了符合构成要件的违法行为的行为人的非难可能性的责任，是作为使具备非难性质的刑罚科处正当化的要件而要求的。……刑罚就是在这种非难的条件或者制约下，为了追求预防犯罪的目的而科处的。”〔45〕如前所述，对于没有他行为可能性的行为给予处罚，不可能收到预防犯罪的效果。以期待可能性为前提，正是为了实现预防犯罪的目的。

（二）由于期待可能性具有多重含义，“它也许是一个包括不同情况的集合概念”〔46〕，其基本原理已在不同场合以其他概念发挥了不同作用。

“期待可能性理论原是依责任阻却事由的基本原则来展开的。但按学者的解释，期待可能性的补正功能并不单纯适用于责任阻却事由，对于不作为犯和过失犯，期待可能性可用来解释构成要件的该当性甚至不法。只是在关于期待不可能性阻却构成要件该当性甚至不法的范围上有以下几种见解：第一，期待不可能性在纯正不作为犯的情况中决定作为义务的范围，故阻却构成要件该当性；〔47〕第二，不仅是纯正不作为犯的情况，对于不纯正不作为犯也阻却构成要件该当性；第三，在不作为犯之外的过失犯的情况，期待可能性在不法的领域中决定客观的注意义务的履行与否，关于责任则具有决定主观的预测义务的双重意义。”〔48〕

在笔者看来，德国刑法理论之所以普遍承认期待可能性在不作为犯与过失犯中的意义，〔49〕其中一个重要原因，是不作为犯中的作为可能性与过失犯中的预见可能性与结果回避可能性，需要根据期待可能性原理解决。换言之，在德国，期待可能性这一原本属于责任领域的概念，于不作为犯中，实际上在构成要件符合性阶段发挥作用了；于过失犯中，实际上在构成要件符合性与违法阶段发挥作用了（新过失论）或者在过失的成立条件上发挥作用了（旧过失论）。

就故意的作为犯而言，在当今社会，缺乏期待可能性的情形已经比较少见。从客观上说，作

〔43〕 前引〔21〕，青井秀夫书，第59页。

〔44〕 前引〔19〕，平野龙一书，第271页。

〔45〕 前引〔14〕，山口厚书，第181页以下。

〔46〕 前引〔26〕，施特拉腾韦特等书，第236页。

〔47〕 在这种观点看来，作为可能性是作为义务的前提。因此，在纯正不作为犯中，缺乏期待可能性（无作为可能性）就意味着没有作为义务。

〔48〕 前引〔39〕，李在祥书，第303页。

〔49〕 参见前引〔8〕，C. Roxin书，第857页。

为犯表现为以积极的身体动作实施法所禁止的行为,而要求行为人不以积极的身体动作实施作为犯罪,在通常情况下没有过分之处。这是因为,“从期待可能性的角度而言,同样是一个人,我们比较可以期待的是消极不为恶。我们比较难以期待的是,行为人要积极行善。二者之间不仅是有差距,而且往往是有极大的差距。”^{〔50〕}换言之,在故意的作为犯的场合,法秩序所期待的仅仅是消极不为恶,因而通常具有期待可能性。从主观上说,故意意味着行为人已经认识到了法益侵害结果,因而很容易产生反对动机,要求其不产生犯罪动机并无过分之处。所以,期待可能性理论适用于故意的作为犯的余地就不大了。另一方面,德国的犯罪论体系是以故意的作为犯为中心构建的,即首先且主要讨论故意的作为犯,然后讨论过失犯与不作为犯。而在故意的作为犯论中,缺乏期待可能性的情形确罕见,于是期待可能性理论受到“冷落”。换言之,德国刑法理论也只是认为,在故意的作为犯论中,期待可能性已经无足轻重。

与德国的犯罪论体系不同,我国的犯罪论体系是将故意的作为犯与不作为犯、过失犯综合在一起讨论的。显然,在我国的犯罪论体系中,就不可能笼统地说期待可能性无足轻重。

(三)在德国,缺乏期待可能性的情形已基本被刑法明文规定为犯罪阻却事由,故超法规的缺乏期待可能性的情形已不多见。

德国刑法总则第33条规定,由于慌乱、恐惧或者惊吓而防卫过当的,不受处罚;第35条规定了免责的紧急避险。这两个条文就是基于期待可能性理论而设。德国刑法分则也规定了因缺乏期待可能性而不予处罚的情形。例如,德国刑法第138条规定了不告发被计划的犯罪行为罪,第139条第3款规定,如果为防止亲属犯罪做出了努力,即使不告发的,也不予处罚。再如,德国刑法第258条规定,为了自己或者为了自己的亲属所实施的妨碍刑事司法的行为,不受处罚。又如,德国刑法之所以不处罚单纯脱逃行为(即没有使用暴力、胁迫、毁坏监管设施等方式的脱逃行为),也是因为行为人缺乏期待可能性。^{〔51〕}

显然,倘若刑法已经将缺乏期待可能性的行为全部规定于刑法中,缺乏期待可能性就不可能成为超法规的责任阻却事由,只能成为法定的责任阻却事由的理论根据。但是,在我国,许多明显缺乏期待可能性的情形还没有法定化。既然如此,我们就不能像德国刑法理论那样,否认缺乏期待可能性可能成为超法规的责任阻却事由。

(四)在当今的德国,由于社会的充分发展,法律的日臻完备,国民在法律范围内享有充分的自由,在行为时缺乏期待可能性的情形确少见。以众所周知的癖马案为例,在今天,根据德国的劳动法,癖马案的行为人已经不会再陷入强制状态;换言之,如果癖马案发生在今天的德国,行为人不应当负过失伤害罪的刑事责任。^{〔52〕}

综上所述,在德国,在不作犯与过失犯中,期待可能性仍然具有重要地位;倘若采取规范责任论而不采取功能责任论,作为责任基础的期待可能性仍然具有重要意义;只是在故意的作为犯中,狭义的期待可能性才没有发挥重要作用的余地。

四、期待可能性的具体问题

以下侧重讨论的是狭义的期待可能性的具体问题,同时也会涉及作为责任基础的期待可能性。

〔50〕 前引〔17〕,黄荣坚书,第733页。

〔51〕 日本刑法同样基于期待可能性的原理,规定了更多的责任阻却事由。正因为如此,缺乏期待可能性而不成立犯罪的情形,事实上在日本也少见。参见黎宏:《日本刑法精义》,法律出版社2008年版,第227页。

〔52〕 前引〔8〕,C.Roxin书,第1107页。

（一）期待可能性是责任的积极要素还是消极要素？

作为责任基础的期待可能性，既不是责任的积极要素，也不是责任的消极要素。存在争议的是，狭义的期待可能性是责任的积极要素，还是消极要素？它与故意、过失以及责任能力是什么关系？

复合的责任概念认为，责任能力、故意或过失、期待可能性，是责任的积极要素；换言之，期待可能性是与责任能力、故意、过失相并列的第三个责任要素。纯粹的责任概念主张，故意、过失是违法问题，只有责任能力、违法性认识的可能性与期待可能性是责任要素，但在有责性标题下讨论的实际上是责任阻却事由，故缺乏期待可能性是责任阻却事由；或者认为，责任能力、故意、过失是责任的原则要素，期待可能性是责任的例外要素，因此，缺乏期待可能性是一种责任阻却事由。^{〔53〕}

其实，上述两种观点并没有实质的对立，充其量只是判断方法上的差异。因为，责任阻却事由与责任要素，是一个问题的两个方面。一方面，要对一个人实施符合构成要件的违法行为进行非难，就要求行为人具有实施其他行为的期待可能性。在此意义上说，期待可能性是责任要素。另一方面，由于一般人通常都具有合法行为的期待可能性，所以，在认定犯罪时，并不需要公诉机关举证证明行为人具有期待可能性。然而，如果在特殊案件中，行为人的确没有期待可能性，就阻却责任。所以，从前一方面说，期待可能性是责任的积极要素；从后一方面说，缺乏期待可能性是责任阻却的事由。换言之，从非难可能性以期待可能性为条件的角度来说，将期待可能性作为责任的积极要素是成立的；从缺乏期待可能性就不能给予非难的角度来说，将缺乏期待可能性作为责任阻却事由，也是成立的。二者争论的具体问题也不难解决。其一，纯粹的责任概念主张者指出，如果认为期待可能性是责任的积极要素，那么，公诉机关对每一个案件都必须积极证明存在期待可能性，这是不合理的，而且事实上也并非如此。其实，由于一般人通常都具有实施合法行为的期待可能性，因此，对于具体案件而言，并不需要公诉机关对每一个案件都积极证明期待可能性的存在。其二，复合的责任概念主张者指出，倘若期待可能性不是责任的积极要素，就不能说明期待可能性小时对减轻责任所起的作用。其实，这种观点可能未区分作为责任基础的期待可能性与作为责任要素的期待可能性。作为责任阻却事由，不存在大小问题；只要缺乏期待可能性，就不具有责任。反之，在具有期待可能性的情况下，期待可能性的不大只是影响量刑。即使从狭义的期待可能性的角度来说，既然缺乏期待可能性是责任阻却事由，那就表明具有期待可能性是责任的要素。所以，期待可能性的大小当然对责任轻重的判断起作用。

通过与责任能力的比较，也能得出上述结论。从成立犯罪必须要求行为人具有责任能力的角度来说，责任能力是责任的积极要素。但是，达到一定年龄的人通常具有责任能力，故不需要公诉机关证明行为人具有责任能力。正因为如此，各国刑法都是从消极的角度规定责任能力的，即无责任能力的人的行为不成立犯罪。据此，无责任能力是阻却责任的要素，因而是责任的消极要素。但是，这并不意味着责任能力就没有程度之分，相反，在具有责任能力的前提下，责任能力的减弱会减轻行为人的责任程度。

概言之，作为责任基础的期待可能性，当然有程度之分，故它也会具体化为责任减轻事由（例如，防卫过当、避险过当之所以减轻或者免除处罚，其重要原因之一是期待可能性小。从反面来说，刑法之所以规定对自首的从宽处罚，就是因为犯罪后逃逸是犯罪人的理性，不能期待犯罪人犯罪后留在原地或者向司法机关投案）。但是，由于具有责任能力的人在预见或者可能预见法益侵害结果的情况下，一般能够产生反对动机，故在犯罪论体系上，将缺乏狭义的期待可能性

〔53〕 参见前引〔39〕，李在祥书，第263页。

作为责任阻却事由,可能更为合适。

此外,如前所述,我国有学者认为,无责任能力者之所以不对其行为与结果负责,是因为缺乏期待可能性。有的学者则反驳道:“责任能力是有责性的第一要素,如果行为人不具有责任能力,自然也不具有有责性,不构成犯罪……在德日刑法中,对于无责任能力之人,即使实施了符合构成要件的违法行为,也不会适用期待可能性理论来解释其不负刑事责任,无责任能力本身便足以成为非罪的理由。”^{〔54〕}在本文看来,两种观点的对立,缘于在不同意义上使用期待可能性概念。前者是从责任基础意义上使用期待可能性概念,后者使用了狭义的期待可能性概念。倘若人们进一步追问:为什么没有责任能力的人不承担责任?为什么没有责任能力的人所实施的行为不构成犯罪?答案应当是,由于他们没有责任能力,既没有违法性认识的可能性,也不能期待其实施其他适法行为(当然,不处罚没有达到法定年龄的人,还具有刑事政策的理由)。在此意义上说,责任能力的要素,实际上是作为责任基础的期待可能性的具体化。

(二)缺乏期待可能性,是一般的超法规的责任阻却事由,还是仅限于刑法有规定时才成为责任阻却事由?

作为责任基础的期待可能性,必然也会成为责任阻却事由的理论基础,不仅能成为法定的责任阻却事由的基础,而且也能成为超法规的责任阻却事由的基础。刑法不可能将责任基础的期待可能性完全具体化,于是存在着符合违法要件与责任要件,也不具备其他违法阻却事由与法定的责任阻却事由,只能通过缺乏狭义的期待可能性使其免受刑罚制裁的情形。

在此问题上,德国与日本的立场并不相同。德国的通说认为,缺乏期待可能性只是刑法规定的责任阻却事由的理论基础,或者说,缺乏期待可能性只限于法律规定的责任阻却事由,而不是一般的超法规的责任阻却事由。例如,德国刑法规定的因慌乱、恐惧或者惊吓导致的防卫过当以及阻却责任的紧急避险不受刑罚处罚,其根据就是期待可能性的理论。在法律没有明文规定的情况下,不能以缺乏期待可能性为由免除责任。德国刑法理论持这一观点的主要理由是,“缺乏期待可能性这一超法规的免责事由,无论是从主观上还是从客观上加以理解,都会削弱刑法的一般预防的效果,导致适用法律的不平等。因为所谓‘缺乏期待可能性’并不是可能适用的标准。此外,根据法律明确的体系,免责事由置于不能扩大适用的例外规定。甚至对于面临困难的生活状况的人,共同体也可能要求其忍受巨大牺牲以遵从法律。”^{〔55〕}日本的通说则认为,缺乏期待可能性能够成为超法规的责任阻却事由。理由是,既然在实定法的背后,存在期待可能性的思想,那么,在缺乏期待可能性时,应解释为阻却责任。如果只将期待可能性理论作为刑法规定的责任阻却事由的解释原理,就不能充分发挥这一理论的作用。^{〔56〕}然而,在日本最高裁判所的判例中,并未见到以缺乏期待可能性为由宣告无罪的判例。这说明,在刑法已经将缺乏期待可能性的基本情形做出规定后,上述两种观点在结局上并没有明显区别。

本文认为,在我国,依然有必要将缺乏狭义的期待可能性作为超法规的责任阻却事由。

作为责任基础的期待可能性,必然在分则条文中得到反映。换言之,分则规定构成要件时,一般会将缺乏期待可能性的情形排除在犯罪之外。例如,行为人犯罪后作虚假供述、毁灭、伪造证据或者掩饰、隐瞒犯罪所得及其产生的收益的,虽然妨害了刑事司法,但刑法并没有规定处罚行为人(伪证罪的主体不包括犯罪人;帮助“当事人”毁灭、伪造证据的,才成立犯罪;本犯以外的人才成立掩饰、隐瞒犯罪所得及犯罪所得收益罪),就是因为不能期待行为人犯罪后不实施上述行为。

〔54〕 前引〔13〕,李立众文,第93页。

〔55〕 前引〔27〕,Jescheck/Weigend书,第504页。

〔56〕 参见前引〔28〕,大谷实书,第356页。

如前所述,在德国、日本,直接以缺乏期待可能性为由而宣告无罪,的确很罕见。因为缺乏期待可能性的情形,基本上已类型化在刑法规定中,使得刑法明文规定之外,基本上不再有缺乏期待可能性的情形。所以,德国刑法理论与部分日本学者否认将缺乏期待可能性作为超法规的责任阻却事由具有相当根据。但是,这并不意味着我国也必须持否认态度,因为我国刑法明显没有完全将缺乏期待可能性的情形类型化在刑法中。古代中国、旧中国已经法定化的缺乏期待可能性的情形,以及当今德国、日本等国刑法中已经法定化的缺乏期待可能性的情形,并没有作为法定的责任阻却事由规定在我国刑法中。既然如此,我们就必须承认缺乏期待可能性,是一种超法规的责任阻却事由,不以犯罪论处。下列略举几例:

1. 妨害作证罪。刑事案件的犯罪嫌疑人、被告人实施本罪行为的,是否成立本罪?一种观点认为,犯罪嫌疑人、被告人本身采取非法手段妨害作证的,也构成本罪。^[57]但是,这种观点存在疑问。根据规范责任论的基本观点,如果犯罪嫌疑人、被告人采取一般的嘱托、请求、劝诱等方法阻止他人作证或者指使他人作伪证的,因缺乏期待可能性,而不应以妨害作证罪论处。只有当犯罪嫌疑人、被告人采取暴力、威胁、贿买等方法阻止他人作证或者指使他人作伪证时,才能认为并不缺乏期待可能性,进而认定为妨害作证罪。

2. 帮助毁灭、伪造证据罪。行为人帮助配偶、近亲属(当事人)毁灭、伪造证据的,是否成立帮助毁灭、伪造证据罪?虽然司法实践中对这种行为通常以犯罪论处,但这种做法有悖责任主义原理,应当将其作为缺乏期待可能性的情形宣告无罪。

3. 窝藏、包庇罪。犯罪的人自己窝藏、逃匿的,因为缺乏期待可能性,而不成立本罪。问题是,对犯罪人的配偶、近亲属实施的窝藏、包庇行为,应如何处理?虽然司法实践中对这种行为一般也以犯罪论处,但宜以行为人缺乏期待可能性为由宣告无罪。

4. 单纯脱逃。脱逃罪的行为主体是依法被关押的罪犯(已决犯)、被告人与犯罪嫌疑人。问题在于,事实上无罪的人能否成为本罪的行为主体?从实质上说,肯定说与否定说涉及到优先保护国家利益,还是优先保护个人利益的问题;从法律上说,肯定说与否定说除涉及如何理解和判断“依法”之外,还涉及期待可能性的问题。在本文看来,虽然原则上只要司法机关在关押的当时符合法定的程序与实体条件,就应认为是依法关押,被关押的罪犯、被告人、犯罪嫌疑人就可以成为行为主体,但不能忽视的是,在行为人原本无罪,完全由于司法机关的错误导致其被关押的情况下,行为人只是单纯脱逃的,应认为缺乏期待可能性,不以犯罪论处。

5. 针对生命的紧急避险。如果说生命是等价可量化的,那么,就可以用牺牲生命的方法来保护等价的生命,尤其是可以用牺牲一个人生命的方法保护多数人的生命。可是,生命是人格的基本要素,其本质是不可能用任何尺度进行比较的,法秩序不允许将人的生命作为实现任何目的的手段。例如,在一个人的肝脏可以供五个肝病患者进行肝脏移植进而挽救五个人的生命时,也不能任意取出一个人的肝脏进行移植。^[58]在此意义上说,将生命作为手段的行为都是违法的。然而,如果不允许以牺牲一个人的生命保护更多人的生命,则意味着宁愿导致更多人死亡,也不能牺牲一个人的生命,这难以为社会一般观念所接受,也不一定符合紧急避险的社会功利性质。由此看来,至少对保护多数人生命而不得已牺牲一个人生命的行为,应当排除犯罪的成立。^[59]但是,其一,只有在被牺牲者特定化的场合(例如,此人承诺牺牲自己、唯有此人处于被牺牲者的地位等),才能牺牲一个人的生命保护其他人的生命,而且对于“不得已”的判断应当更为严

[57] 参见周道鸾、张军主编:《刑法罪名精释》,人民法院出版社2007年版,第601页。

[58] 也有学者认为,如果事实果真如此,医生取出一个人的肝脏进行移植的行为也是紧急避险。只不过在99.9%的情况下,都不存在这种“不得已”的情形。参见前引[15],西田典之书,第134页以下。

[59] 关于其他情形,参见黎宏:《紧急避险法律性质研究》,《清华法学》2007年第1期。

格。故在上述肝脏移植的设例中,不可以任意挑选一个健康的人进行肝脏移植。其二,由于法秩序不允许将人的生命作为手段,故上述行为仍然是违法的。但可以认为避险者缺乏期待可能性,因而不具备有责性,即作为超法规的紧急避险处理。基于同样的理由,对于为了保护自己或者亲友的生命,在不得已的情况下牺牲特定他人生命的行为,也可以视为超法规的紧急避险。

由上可见,期待可能性理论在我国仍有大量的适用余地。换言之,在我国,还存在许多超法规的责任阻却事由(其中一些情形在国外已属于法定的责任阻却事由),而阻却责任的根据便是缺乏期待可能性。

(三) 应当根据什么标准判断期待可能性?

所谓期待可能性的判断标准,是指判断行为人在实施符合构成要件的违法行为时是否具有适法行为的期待可能性的标准。

行为人标准说主张,以行为时的具体状况下的行为人自身的能力为标准。如果在当时的具体状况下,不能期待该行为人实施适法行为,就表明缺乏期待可能性。可是,如果行为人本人不能实施适法行为,就不期待其实施,那么就没有法秩序可言。而且,这一学说不能说明确信犯的责任,因为确信犯大多认为自己的行为是正当的,倘若以行为人为标准,这些人就缺乏期待可能性,因而不能承担责任,但事实上并非如此。平均人标准说认为,如果对处于行为人状态下的平均人,能够期待其实施适法行为,则该行为人也具有期待可能性;如果对处于行为人状态下的平均人,不能期待其实施适法行为,则该行为人不具有期待可能性。但是,此说没有考虑到对平均人能够期待而对行为人不能期待的情况,这就不符合期待可能性理论的本意。法规范标准说或国家标准说主张,以国家的法秩序的具体要求为标准,判断是否具有期待可能性。因为所谓期待,是指法秩序对行为人的期待,而不是行为人本人的期待,所以,是否具有期待可能性,只能以法秩序的要求为标准,而不是以被期待的行为人或平均人为标准。然而,期待可能性理论本来是为了针对行为人的心性弱点而给予法的救济,故应考虑那些不能适应法秩序期待的行为人,法规范标准说则没有考虑这一点;而且究竟在什么场合法秩序期待行为人实施适法行为,是一个不明确的问题,因此,法规范标准说实际上没有提出任何标准。

其实,上述三种学说只是把握了期待可能性判断标准的部分侧面,其对立并无重要意义。换言之,行为人标准说,侧重于判断资料;平均人标准说,侧重于判断基准;法秩序标准说,侧重于期待主体。但三者是可以并无矛盾地适用的。

就行为人的身体、心理的条件等能力而言,必须以具体的行为人为基准,而不可能以一般人为基准,但这并不意味着,以“因为是这个行为人所以没办法”为由而阻却责任。“平均人”也不意味着统计学意义上的平均人,而是具有行为人特性的其他多数人。“此一‘平均’概念,是判断行为人合法行为可能性时不可或缺的技术性概念,因为如果不是和其他人作对照,我们根本不可能判断某一特定人的行为可能性。因此,所谓行为人、平均人或类型人,实际上的意义并没有差别。”〔60〕

法秩序标准说与个人标准说也不是对立的。因为,期待可能性的判断,并不是单纯从行为人一方的他行为可能性的观察就可以得出合理结论,而是要考虑法秩序的需要。换言之,期待可能性的判断,是对个人与法秩序之间的紧张关系的一种判断。

结局只能是,站在法益保护的立场,根据行为人当时的身体、心理的条件以及附随情况,通过与具有行为人特性的其他多数人的比较,判断能否期待行为当时的行为人通过发挥其能力而不

〔60〕 前引〔17〕,黄荣坚书,第664页。

实施违法行为。^{〔61〕}例如,在许霆案中,根据许霆的能力,完全可以期待其在行为当时不实施取款行为,因而不缺乏期待可能性。结婚后因遭受自然灾害外流谋生,或者因配偶长期外出下落不明,造成家庭生活严重困难,又与他人形成事实婚姻的;因强迫、包办婚姻或因婚后受虐待外逃,或者已婚妇女在被拐卖后,与他人形成事实婚姻的,都是由于受客观条件所迫,不具有期待可能性,因而阻却责任,不宜以重婚罪论处。但是,上述妇女又与他人前往婚姻登记机关登记结婚的,并不缺乏期待可能性。

(四) 期待可能性的认识错误属于什么性质?

一般来说,狭义的期待可能性的认识错误,属于对客观的责任要素的认识错误,主要存在两种情形:

1. 积极的错误,即原本并不存在丧失期待可能性的事情,但行为人误以为存在。第一种观点认为,积极的错误阻却故意。^{〔62〕}倘若认为,故意的认识内容(认识对象)包含有责的事实,那么,这种观点便具有合理性。但是,故意是对符合客观构成要件的违法事实的认识与容认,期待可能性本身并不是故意的认识内容,而是故意之外的责任要素。第二种观点认为,对于期待可能性的积极错误,应当像禁止的错误一样处理:如果该错误不可避免,则阻却责任。^{〔63〕}这种观点虽然提出了处理原则,但缺乏根据。第三种观点认为,如果行为人对其陷入认识错误具有过失,便成立过失犯。^{〔64〕}这种观点也认为,缺乏期待可能性是责任阻却事由,但是,既然在行为人具有故意、过失与责任能力时,原则上就具有期待可能性,那么,在确定了行为人已经具有故意或者过失后,再以期待可能性的错误影响故意与过失的成立,显然不当。第四种观点认为,“在有关期待可能性的积极错误的场合,应当直接就行为人的心理状态本身判断有无期待可能性。亦即,不是以对错误是否有过失、错误是否可以避免为基准,而是应以是否存在足以否定期待可能性的心理状态为基准。因此,在有关期待可能性的积极错误的场合,应当认为已经在规范的责任的层面上,阻却或者减弱了责任。”^{〔65〕}但是,一概承认期待可能性的积极错误阻却或者减弱责任,会导致不当扩大责任阻却的范围,损害刑法的安定性。第五种观点认为,期待可能性的积极错误,虽然使行为人缺乏期待可能性,但是,如果行为人发挥自己的主观能力,就可以认识到存在期待可能性时,应认为存在期待可能性。因此,对于期待可能性的积极错误,宜在期待可能性的判断内部予以解决。^{〔66〕}

本文认为,对此应当区分为两种情形考虑:其一,当刑法因为缺乏期待可能性而不可罚,而在构成要件中所规定的是不缺乏期待可能性的场合,积极的错误实际上是构成要件的错误,阻却故意的成立。例如,行为人甲误将他人的犯罪证据当作自己的犯罪证据而毁灭的,应当如何处理?不可否认,毁灭自己犯罪证据的行为,因为缺乏期待可能性,而不可能成立犯罪。在此意义上,刑法是从责任角度将“帮助当事人毁灭”的要素纳入构成要件的。然而,一旦纳入构成要件,就应当认为是构成要件要素而不是责任要素。倘若不是如此,而是将“当事人”按照责任要素处理,那么,由于故意的成立不需要认识到责任要素,于是,误将自己的犯罪证据当作他人的犯罪证据而毁灭的,也因为不能肯定责任的减少,而具有可罚性。这显然违反刑法第307条第2款的规定。既然刑法第307条将构成要件表述为“帮助当事人毁灭”证据,就意味着要求行为人

〔61〕 参见前引〔14〕,山口厚书,第251页以下。

〔62〕 参见〔日〕团藤重光:《刑法纲要总论》,创文社1990年版,第331页。

〔63〕 参见〔日〕福田平:《全订刑法总论》,有斐阁2004年版,第222页。

〔64〕 参见〔日〕中山研一:《刑法总论》,成文堂1982年版,第397页。

〔65〕 〔日〕浅田和茂:《刑法总论》,成文堂2007年补正版,第361页。

〔66〕 参见前引〔16〕,前田雅英书,第372页。

认识自己所毁灭的是他人的犯罪证据。在甲没有认识到自己毁灭的是当事人的犯罪证据,以为毁灭了自己犯罪证据的情况下,就缺乏构成要件的故意,当然不成立犯罪。^{〔67〕}严格地说,这种认识错误,已经不是期待可能性的认识错误,而是构成要件的事实认识错误。

其二,期待可能性的积极错误与故意无关时,宜采取上述第五种观点,在期待可能性的判断内部予以解决。例如,乙误认为自己的生命存在紧迫危险,误认为唯一办法是针对他人的生命实施紧急避险,进而杀害他人。如果能够期待行为人当时不产生这种错误,那么,就不能阻却责任,应认定其行为成立故意杀人罪。反之,如果不能期待行为人当时不产生这种错误,就阻却责任。

2. 消极的错误,即原本存在丧失期待可能性的事情,但行为人误以为不存在。既然客观上存在缺乏期待可能性的事情,理当阻却责任。另一方面,既然实际上存在缺乏期待可能性的事情,就没有对行为人进行特殊预防的必要性;又由于这种消极的错误极为罕见,因而也缺乏一般预防的必要性,故不能进行非难。^{〔68〕}

五、结 论

综上所述,即使在德国,期待可能性也只是在故意的作为犯中受到冷落,在我国,仍然有必要合理适用期待可能性理论。

对于刑法理论以往在不同意义上使用的期待可能性概念,必要时应当加以区分。在本文看来,在违法性阶段能解决的问题,不应当作为责任领域的期待可能性考虑。换言之,既然刑法理论公认为期待可能性是有责性的问题,那么,客观构成要件与违法性方面的问题,就不宜当作期待可能性处理。因此,不作为犯中的作为可能性,不属于责任问题,不宜当作期待可能性讨论。换言之,在客观构成要件阶段与违法性阶段可以排除犯罪成立的,不应留在责任论排除犯罪的成立。所以,义务冲突的问题,宜在违法性阶段判断,而不宜在有责性阶段判断。另一方面,当作为责任基础的期待可能性已经被具体化为相关内容时,不宜将其作为期待可能性问题讨论。例如,责任能力、过失犯的预见可能性,虽然是责任问题,但不应再作为期待可能性问题处理。否则,会导致概念的混乱和判断的繁琐。

必须区分作为责任基础的期待可能性与作为责任要素的期待可能性(作为责任阻却事由的缺乏期待可能性)。一方面,对于刑法有关责任阻却、减少事由的一些规定,刑法理论可以从作为责任基础的期待可能性予以说明;另一方面,对于确实没有期待可能性,又无其他明文根据宣告无罪的,应作为超法规的责任阻却事由宣告无罪。

但是,的确不能滥用狭义的期待可能性理论,即不能动辄以行为人缺乏期待可能性(具有超法规的责任阻却事由)为根据宣告无罪。对于刑法应当类型化而还没有类型化的责任阻却事由(缺乏期待可能性的事由),刑法理论应当予以类型化。在类型化之外,只有在极为特殊的情形下,才可能得出因缺乏期待可能性而无罪的结论。

Abstract: It is necessary to discuss the theory of probability of anticipation with the standpoint of indeterminism. Some disagreements about this theory come from its multiple meanings. Probability of anticipation has at least four meanings in criminal theories, that is, probability of anticipa-

〔67〕 参见前引〔14〕,山口厚书,第33页。

〔68〕 参见前引〔65〕,浅田和茂书,第361页。

tion as the foundation of criminal liability, probability of anticipation as a liability condition, probability of act in negative crime, and probability of anticipation as a condition of negligent crime.

The theory of probability of anticipation is the natural inference of the normative culpability theory, but is now snubbed in Germany, for some German scholars adopt the functional culpability theory. Owing to the multiple meanings of probability of anticipation, its fundamental doctrine plays different roles in various circumstances in different titles. In Germany, lacking probability of anticipation has been accepted by Criminal Law as legal *causa excusationis*, thus one can seldom be exempted from criminal liability for lacking probability of anticipation out of legal provisions. Moreover, because of the adequate development of society and the maturity of legal system, people can enjoy sufficient freedom within the boundary of law, and rarely act without probability of anticipation. To sum up, in Germany, probability of anticipation still possesses a significant position in negative crime and negligent crime, and as the foundation of criminal liability, it is also still very important. Only in intentional crime of commission has probability of anticipation as a liability condition no more important function.

However, there is still necessity to use such theory in our country. The functional culpability theory has obvious defects and we should take the normative one in current time, exploiting the advantages of the theory of probability of anticipation. Chinese Criminal Law provides only part of *causa excusationis*, hence lacking probability of anticipation is not only the legal *causa excusationis*, but also an extra-legal *causa excusationis*. Those mistakes derived from this theory may be corrected in the course of determining whether there exists probability of anticipation or not. On the other hand, this theory should also not be abused to acquit somebody of a crime. As to *causa excusationis* (including lack of probability of anticipation) which should but has not yet typified by Criminal Law, criminal theory should make them up. Innocence by reason of lacking probability of anticipation should rarely happen in circumstances which do not belong to any existing type.

Key words: probability of anticipation, multiple meanings, holistic fate, specific issues
