

期待可能性理论的再思考

韩路

江苏警官学院, 法律系, 江苏 南京

收稿日期: 2024年1月6日; 录用日期: 2024年2月18日; 发布日期: 2024年2月28日

摘要

德国帝国法院1897年判决一起“癖马案”，由该案率先产生了期待可能性理论，该理论的核心价值是平衡了情理与法理的冲突，充分体现了刑法对人性弱点的关怀。大陆法系国家的日本随即也引入了该理论，并在司法实践中严格限制其适用。我国刑法中并未明确规定“期待可能性”问题，但我国的刑法理论和司法实践对该理论也是予以认可的。学界对期待可能性理论进行了多方面的研究，但对很多问题还存在很大的争议。本文基于上述研究的基础，对期待可能性理论进行思考，以丰富我国的刑法理论，并对促进该理论在司法实践的统一适用提供一定的参考价值。

关键词

引入, 路径, 范围

Rethinking the Theory of Expected Possibility

Lu Han

Department of Law, Jiangsu Police Institute, Nanjing Jiangsu

Received: Jan. 6th, 2024; accepted: Feb. 18th, 2024; published: Feb. 28th, 2024

Abstract

In 1897, the German Imperial Court decided a “horse fetish case”, which took the lead in giving rise to the theory of expected possibility, the core value of which is to balance the conflict between reason and legal reason, and fully reflect the concern of criminal law for the weakness of human nature. The theory was soon introduced to Japan, a civil law country. The issue of “expectation of possibility” is not explicitly provided in China’s criminal law, but it is also recognized in China’s criminal law theory and judicial practice. There have been many studies on the theory of expected possibility, but there is still a great deal of controversy on many issues. Based on the above re-

search, this paper considers the theory of expectation possibility in order to enrich the theory of expectation in China. The theory of criminal law provides a certain reference value for promoting the uniform application of this theory in judicial practice.

Keywords

Introduction, Path, Range

Copyright © 2024 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 引言

期待可能性是大陆法系国家刑法学理论中的概念，该理论认为，根据行为时的具体情况，是否能够期待行为人实施合法行为的可能性。如果能够期待行为人在行为时实施合法行为，就能对行为人的行为进行谴责，即具有期待可能性。反之，如果不能期待行为人在行为时实施合法行为，就不能对其行为进行谴责，即无期待可能性。期待可能性理论来源于德国，具体诞生于19世纪德国的癖马案(1897年)：被告人受雇于某公爵驾驶双匹马车，其中有一匹马行驶中有将马尾巴缠绕缰绳的癖好，严重影响被告人控制车辆，被告人因此多次请求公爵将该匹马换掉，但都没有得到公爵的同意。某日，被告人驾驶马车外出，途中该匹马癖好发作，被告人极力控制车辆，但马车仍将一路人撞伤。德国帝国法院认为，被告人虽然已经预见到不换马匹可能会发生危害社会的结果，但不能期待被告人违抗雇主的命令，从而面临可能被解雇的风险去避免这种结果，因此判决被告人无罪。德国著名学者奥拓·迈耶(Otto Mayer 1846~1924)于1901年根据“癖马案”率先提出了期待可能性的问题，1907年德国学者弗兰克(Frank)发表了《论责任概念的构成》一文，文中正式将癖马案引入其中，标志着期待可能性理论研究的开始。

2. 引入期待可能性的理论基础

期待可能性理论存在的价值表现为关注人性弱点、体恤弱者的人文精神，其理论基础是对人性弱点的同情，充分体现了刑法的人道性。刑法的人道性是现代刑法的基本价值之一，而人道性的根本在于尊重人性，而人性的基本要求是把每一个人包括被告人都要作为人来看待，而作为人来说，经常会面临各种选择，因此，从人性出发，行为人应有选择自己行为的意志自由。期待可能性是指根据当时的具体情况，法律是否能够期待行为人选择合法行为，这种期待首先要看行为人有无选择实施合法行为的意志自由，也即行为人对自己行为的选择首先要具有自愿性，这种自愿性在现实生活中有时又会受到外界的某种强制，此时，不能期待行为人作出合法行为。在上述“癖马案”中，马车夫面临换马匹被解雇和不换马匹可能造成事故之间的选择，但马车夫选择换马匹的自由显然受到了外力的强制，这种外力强制表现为如果任意选择可能遭到雇主的解雇，因此马车夫丧失了选择自由，不得不选择可能造成事故的行为。再如，甲(已婚妇女)外出务工被人拐卖，购买者乙强迫甲与其登记结婚，或者乙购买甲后，没有和甲登记结婚，但非法限制了甲的人身自由，长期与甲以夫妻名义生活在一起，甲事实上构成了重婚罪，但甲对自己的重婚行为缺乏选择的意志自由，这时，法律就不能期待甲作出合法行为，甲的行为就应适用“期待可能性理论”，排除其有责性。其次，从人性出发，人们对自己行为的自由选择，实质上表现为一种自觉地价值选择。价值选择的表现是，行为人往往选择对自己有价值或更大价值的行为，放弃对自己没

有价值或价值很小的行为。对期待可能性问题而言，行为人往往是在必然合法与可能违法之间进行价值选择，选择的结果是往往实施对自己有价值或更大价值的合法行为。上述“癖马案”中，马车夫面临必然被解雇(合法)和可能造成事故(违法)之间的选择，在必然性和可能性之间，出于更大价值(不被解雇)的考虑而选择继续驾驶可能造成事故的车辆，这是符合人性的。第三，从人性出发，人们在选择行为时，往往遵循一定的客观规律，这种遵循表现为，人们往往会选择那些有利于自己的客观规律，而回避那些对自己不利的客观规律。对期待可能性行为来讲，法律能否期待行为人实施合法行为，还要考虑行为人对客观规律的能动选择，行为人通过这种选择达到趋利避害的目的，这也是人性的体现。“癖马案”中，马车夫如果听从雇主的意见，就不会面临被解雇的后果，这是有利于马车夫的；如果违反雇主的意志，就有可能被解雇，这是不利于马车夫的，马车夫出于趋利避害的目的，选择了听从雇主的意见，这当然也体现了人性。最后，从人性出发，人们对自己行为的选择还具有创造性。创造是对现实的超越，选择活动如果没有创造精神，这种选择是极为低级的，还没有真正反映人们的选择特征。主体对客体的摄取，是对客体进行了创造性的改造，使之适合主体的要求。被主体选择了的客体，已不是原来形状和特征的客体，而是经过了加工的客体[1]。对于期待可能性行为来讲，行为人选择行为的创造性表现在，行为人还可以选择对自己最有利的合法行为。如上述“癖马案”中，马车夫在面临丢工作和可能造成事故两难选择之间，既没有选择被解雇，也没有选择继续驾驶危险的马车，而是选择自动离职，这体现了马车夫行为的创造性。如果马车夫离职后，马车果然发生了事故，当然更不能对马车夫的行为进行谴责。当然，当今社会，就业形势非常严峻，劳动者就业竞争非常残酷，时刻面临被淘汰和再就业的压力，因此，在面临被解雇和违法之间可能选择更为困难。劳动者面对难得的就业岗位，如果选择继续违法工作，从人性的角度出发，不具有期待其实施合法行为的可能性，但是，这种不具有期待可能性，不能作为其出罪的依据，只是可以从宽处罚，这是期待可能性对刑罚的影响，是另一问题了。

3. 期待可能性理论的引入

对于我国应否引入期待可能性的问题，学界尚存在争议。如有教材指出：我国学界对于应否引进期待可能性理论尚未达成共识。近年来，我国有学者主张将期待可能性理论引入我国刑法学中。我们认为，期待可能性理论对于我国刑法中判断行为人主观上是否具有罪过具有一定的借鉴意义，但应否将其直接引入我国刑法学有待于进一步研究[2]。还有教材指出：期待可能性的概念本身比较模糊，其要件和界限并不明确，如果将其作为一般性的责任阻却事由大规模使用的话，就会导致法的不安定性。在我国，在刑法明文规定之外因缺乏期待可能性而阻却责任的情形，较为罕见[3]。笔者认为，我国有必要引入期待可能性理论。《中华人民共和国刑法》第13条规定：“一切危害国家主权、领土完整和安全，分裂国家、颠覆人民民主专政的政权和推翻社会主义制度，破坏社会秩序和经济秩序，侵犯国有财产或者劳动群众集体所有的财产，侵犯公民私人所有的财产，侵犯公民的人身权利、民主权利和其他权利，以及其他危害社会的行为，依照法律应当受刑罚处罚的，都是犯罪，但是情节显著轻微危害不大的，不认为是犯罪。”《刑法》13条一方面是对犯罪下的定义，另一方面也提出了入罪的条件，同时还提出了出罪的根据，即“情节显著轻微危害不大的，不认为是犯罪”。该条包含了规范性判断(刑事违法性)和价值判断(社会危害性)两个层次的判断，既有入罪功能，也有出罪的功能，即有利于打击犯罪，也利于人权保障，符合现代刑法打击犯罪与人权并重的立法理念，基本上是应予以肯定的。但从某些方面看，也存在着诸多的问题，如，从立法用语看，13条运用了大量的政治化或社会化的语词，是从政治学或社会学的角度来揭示犯罪的本质，而没有运用规范的法言法语，不符合法理学学科给犯罪下定义的要求；从规范判断和价值判断的关系看，13条一方面规定了犯罪的本质是社会危害性，同时强调了社会危害性为犯罪的第一属性，这有违“规范判断优于价值判断的刑法学基本立场”；从保障人权的角度看，13条虽然规定了“情节显

著轻微危害不大的,不认为是犯罪”(以下简称为“但书”),体现了刑法保障人权的功

能,从给犯罪下定的角度看,“但书”这种抽象和宏观的规定是合适的,但不能作为司法机关做无罪判决的根据。如果法官引用“但书”,对任何犯罪都可以以此作为无罪判决的根据(其实,期待可能性就隐藏在“但书”中,只是法官没有发现,或者说在犯罪的定义中根本就无法体现,只能通过犯罪构成体现出来),在个案中没有区别无罪的理由,这显然是缺乏论据和说服力。同时,司法机关只是将无罪的结论传达给民众,而不能告诉民众为什么是无罪,从而也无法实现一般预防。但司法实务的判例中,“但书”却往往成为法官引用作无罪判决的根据。因为根据四要件理论,犯罪的社会危害性通过四要件(客体、客观要件主体、主观要件)表现出来,某行为如符合四个要件,就说明触犯了刑法的规定,而且社会危害性很严重,也即构成了犯罪,但是,个案中往往存在很多不适合判有罪的情况,如,比较典型的“安乐死案件”,法官只能引用13条“但书”,以此为由作出罪(非罪)处理。因此,引发的问题是,刑法13条“但书与四要件理论不相容,解决的路径要么修改立法(废除13条“但书”的规定),要么修正四要件犯罪构成体系。从13条“但书”的价值看,“但书”体现了现代刑法打击犯罪和人权保障并重的理念,不应该废除和修改,“但书”要通过新的犯罪构成体系实现具体化,既然在四要件犯罪构成体系中无法实现,那就应当重新反思和建构新的犯罪构成体系。另外,根据四要件犯罪构成理论,一个行为符合犯罪构成的四个要件(客体、主体、主观要件、客观要件)就成立犯罪,其中,主观要件上的要求是行为人主观上有无犯罪的故意或者过失,犯罪故意和过失的成立,只要求行为人主观上有认识因素和意志因素即可,认识因素只要求行为人对案件事实(行为、对象、结果、因果关系)有所认识,意志因素只是表明行为人对自己行为的容忍态度,而期待可能性问题既不影响认识因素,也不影响意志因素,即期待可能性无法阻却犯罪故意和过失,也即期待可能性理论和四要件犯罪构成体系也无法兼容。因此,期待可能性的引入问题关乎到我国犯罪构成体系重建的问题,只有打破现有的四要件犯罪构成体系,才能有期待可能性理论生存的空间。由此,犯罪构成的阶层体系理论应然而生,它通过“该当性”、“违法性”、“有责性”三个阶层层层递进,体现了犯罪概念的进一步具体化,一方面体现了入罪的具体化(该当性),同时又体现了出罪的具体化(违法性和有责性),在违法性和有责性阶层,提出了出罪的具体理由,如,期待可能性就是在有责性阶层给出的出罪理由,从而实现了个案无罪判决理由的具体化。

4. 期待可能性理论引入的路径

期待可能性如何引进的问题,即引入的具体路径是什么,也即期待可能性理论应定位在犯罪论部分还是刑罚论部分?如果定位在犯罪论部分,应定位在犯罪构成的哪一个阶层?我国学界对期待可能性理论的引入的具体路径问题,也存在两种截然对立的观点:一种观点认为,期待可能性理论能够阻却犯罪的成立,即期待可能性理论应定位在犯罪论部分,也即阻却犯罪说;阻却犯罪说又存在以下几种具体的不同的看法:(一)主观要件说:该说认为,期待可能性理论应作为主观要件的组成部分阻却犯罪的成立;(二)主体说:该说认为,期待可能性理论应作为刑事责任能力的组成部分,即将期待可能性理论作为犯罪主体的组成部分阻却犯罪的成立;(三)法定说:该说认为,将期待可能性理论专门在犯罪论中作一般性的规定,作为一项法定的犯罪阻却事由由阻却犯罪成立。(四)双层次说:该说将我国的犯罪构成体系分为两个层次:犯罪构成要件层次和犯罪阻却事由层次,将期待可能性理论作为犯罪阻却事由层次的组成部分;另一种观点认为,期待可能性理论不能阻却犯罪的成立,但可以减免行为人的刑事责任,即可以减免刑罚处罚,也即阻却刑事责任说。因此,期待可能性理论应在刑罚论中加以体现,作为影响刑事责任轻重的因素之一。

笔者首先对期待可能性理论在刑法中的定位问题作出回应,期待可能性理论只能在犯罪论中适用,即不能在刑罚阶段适用。因为,刑罚适用的前提是存在刑事责任,刑事责任是行为人的行为具备刑法所规定的犯罪构成要件所承担的责任。刑事责任存在的根据有两方面:一是法律事实根据,即行为人的行

为具备刑法所规定的犯罪构成。二是哲学理论根据，即人具有受客观必然性决定和制约的意志自由，表明人能够认识客观事物的发展规律，并能够利用客观规律为自己服务。刑事责任的前提是行为人具有相对的意志自由，而期待可能性恰恰是行为人没有选择的意志自由，因此，期待可能性不能在刑罚阶段适用。对于期待可能性在犯罪论中适用的不同观点，笔者认为：首先，主观要件说无法成立。如上所述，犯罪的主观要件包括认识因素和意志因素两个方面，期待可能性理论即不影响认识因素，也不影响意志因素，无法为主观要件包容。其次，主体说也无法成立。刑事责任能力是行为人对自己行为的辨认和控制能力，它由年龄、精神、智力、生理等因素等决定的，期待可能性理论也无法被包容进去。第三，法定说试图将期待可能性理论法定化，作为一项法定的阻却犯罪事由，虽然值得肯定，但依然存在一些问题，如，期待可能性理论的诸多问题在我国理论界尚未达成共识，期待可能性理论法定化和我国的四要件犯罪构成体系存在冲突，大陆法系国家也都是将其作为超法规的免责事由之一等等；第四，双层次说具有合理性，但期待可能性理论和我国传统的四要件构成体系无法兼容，因此，期待可能性理论的引入必然要求我们对传统的犯罪构成四要件体系进行反思和重构。上述四种观点虽然对期待可能性的引入路径不同，但都认为期待可能性理论作为一般性的阻却犯罪事由，这必然引起期待可能性理论的适用范围问题。期待可能性作为超法规的免责事由，可以作无罪处理成为学界的共识，但对期待可能性理论适用的具体案件范围，学界却存在很大的争议。

5. 期待可能性理论的适用

从我国学界的研究情况来看，应该限制期待可能性的适用已成学界的共识，但如何限制没有统一的观点，主要有三种观点：（一）四类犯罪说(张明楷)：期待可能性只适用于行为人为配偶、近亲属作伪证的；帮助配偶、近亲属(当事人)毁灭、伪造证据的；或者窝藏包庇犯罪的配偶的；行为人原本无罪，在被司法机关错误关押后单纯脱逃的，均应认为缺乏期待可能性，不以犯罪论处[4]。（二）一类犯罪说(刘艳红)：外国刑法实践为我国期待可能性调节范围的划定提供了基础，我国刑法的紧急避险立法为期待可能性的适用提供了空间，性命攸关的生命法益冲突的时有发生为该理论提供了市场，因此，期待可能性调节适用的范围宜限定在作为“问题的高峰和定点”即生命权冲突之时，换言之，只在损害同等价值生命法益的紧急避险中才能有限度地适用期待可能性理论[5]，p. 229)。（三）七类犯罪说(钱叶六)：实践中，可以考虑适用超法规的期待可能性事由的情形，主要限于牺牲他人生命保全自己生命的紧急避险、安乐死、执行上级的违法命令、本犯单纯妨害作证、近亲属妨害司法、单纯脱逃、妇女不堪忍受长期家庭暴力而杀夫、迫于生活困难而出卖子女以及妇女因生活所迫而重婚等一些特殊的案件下，才可能得出因缺乏期待可能性而无罪的结论[6]。我国司法实践涉及期待可能性理论的罪名更多，涉及的裁判文书数目也逐年增多，对此，有学者做过实证分析，该学者检索了2011年至2020年间涉及期待可能性的412份裁判文书，共涉及刑法罪名65个。其中出现次数超过10次的罪名共有18个，所牵涉到的裁判文书共有305份，占74.1%；其余出现次数少于10次的有47个罪名，所牵涉到的裁判文书有71份，所占比例为25.9% [7]。从上述情况看，学界对期待可能性的具体适用范围认识不一，司法实践部门适用的范围更大。

德国作为期待可能性理论的诞生地，在其犯罪构成的阶层理论体系中，率先提出期待可能性理论可以作为超法规的责任阻却事由，但这种超法规的责任阻却事由能否适用所有的案件作为出罪的理由？在德国，期待可能性早期的适用案件范围没有限制，其“癖马案”涉及的就是一般的伤害案，后来，德国学界和司法实践部门都提出了限制期待可能性理论的案件适用范围。德国学界认为“不可期待性作为免责依据只能在法律案件的框架下被认可，因为刑法规则的普遍预防作用不能造成一种‘理解一切、宽宥一切’的印象。”。学界的观点直接促进了德国的立法，德国的立法对期待可能性适用的范围作出了明确的限制。《德国刑法典》第35条规定，当人们遇到某种当前不可能用其他方式避免的对生命、身体、

自由的危险时，为了使本人或者家庭成员或其他亲近的人脱离危险，而采取某种违法行为，其行为是免责的。行为人自行招致危险或其当时所处的法律关系比较特殊，可以被合理期待去承受这一危险时，不适用本项规定，但是，依据第 49 条第款，对之可以从轻量刑[8]。德国的司法实践部门对期待可能性的适用也是持限制态度。日本司法部门曾就期待可能性是否可以作为普遍免责依据问题发表过说明：要是想通过某种普遍规范免责事由进行调整的话，就有可能损害刑罚的一般预防性作用。德国的期待可能性理论被引入日本后，日本的学界通常也认为，期待可能性理论可以作为一种超法规的免责事由，但是应当限制其适用范围，日本著名刑法学者大塚仁教授指出，像往往所担心的一样，无限制地适用期待可能性理论有招致刑法的软化之虞。在这个意义上，必须充分注意德国的动向[9]。日本的司法实践部门早期根据期待可能性理论，对很多案件作出了无罪判决，但近年来，日本的司法实践部门也认为，应当限制期待可能性理论的适用。日本刑法理论对期待可能性作为超法规阻却责任事由地位的承认，并没有对当今实务部门产生实际的功效。作为乱世之中的危机理论，期待可能性理论可以说已经完成了历史的实践使命[5] (p. 217)。综上，从大陆法系国家来看，学界和司法实务部门对期待可能性理论的适用是持限制态度的，但对于具体如何限制其适用问题，德国的立法相对明确而严格，只对涉及“生命、身体、自由”的危险时才能适用，而日本对期待可能性的限制适用范围没有具体规定。

期待可能性理论是一种悖论性的存在，关注人性弱点与打击犯罪的选择该如何平衡？一方面，理论价值体现的人文精神能够平衡法律的严格与人性的弱点、呆板的法律规范与社会发展之间的矛盾，另一方面，理论的缺陷却有损法律的严肃性和权威性，结论是必须对期待可能性的适用范围作一定限制，不能作为一般性的免责事由，只能针对特殊的个案适用，至于具体适用于哪些特殊的个案，从上文来看，德国的立法一方面做出了明确的规定，另一方面又只对涉及侵害“生命、身体、自由”等重大法益的案件时才能适用该理论，这对于我国的立法是值得借鉴的。

6. 结语

期待可能性理论体现了“法不强人所难”的温情，彰显了现代法律对弱者宽容的人文精神，有其存在的巨大价值。我国刑法理论应当引入该理论，但该理论的引入必然会对现有的犯罪构成体系提出挑战。因此，期待可能性理论的引入，不仅有助于丰富我国的刑法理论，而且能够进一步完善和构建我国新的犯罪构成体系，不仅能够促进我国的立法发展，进一步彰显刑法的谦抑性，同时，也能够能够在司法实践中更加合理地解决一些特殊案件，从而实现刑法在个案中的公平与正义。

参考文献

- [1] 陈兴良. 刑法的人性基础[M]. 第四版. 北京: 中国人民大学出版社, 2006: 260.
- [2] 高铭喧, 马克昌, 主编. 刑法学[M]. 第七版. 北京: 北京大学出版社, 高等教育出版社, 2016: 119.
- [3] 刑法学编写组. 《刑法学》(上册.总论) [M]. 北京: 高等教育出版社, 2019: 181.
- [4] 张明楷. 刑法学[M]. 第 6 版. 北京: 法律出版社, 2019: 326.
- [5] 刘艳红. 实质犯罪论[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2014: 217, 229.
- [6] 钱叶六. 期待可能性理论的引入及限定性适用[J]. 法学研究, 2015, 37(6): 116-135.
- [7] 翟宇航. 期待可能性理论在刑事审判中的应用研究——以 412 份刑事裁判文书为样本[J]. 西安石油大学学报, 2021, 30(5): 93-100.
- [8] 德国刑法典[M]. 冯军, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 2000: 14-16.
- [9] (日)大塚仁. 刑法概说(总论) [M]. 第 3 版. 冯军, 译. 北京: 中国人民大学出版社, 2003: 403.