

# 期待可能性理论的引入及限定性适用

钱叶六<sup>\*</sup>

---

**内容提要：**期待可能性理论不仅具有对实定法相关规范（法定的责任减免事由）的解释功能，在特定场合下，还能为超法规的期待可能性事由（超法规的责任减免事由）的具体适用提供理论根据。区分违法要件和责任要件的阶层式犯罪构成体系在我国刑法学中的确立和发展，为期待可能性理论的引入及其应用排除了体系上的障碍。基于刑法安定性的要求，应严格限定超法规的期待可能性事由的适用条件，合理划定其适用范围。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。

**关键词：**期待可能性 阶层式犯罪构成体系 责任减免事由 超法规的期待可能性事由

---

## 一、本文的问题意识

根据构成要件符合性、违法性和责任的三阶层犯罪构成体系，要成立犯罪，行为仅具有构成要件符合性、违法性还不够，还必须能够运用刑罚对行为人予以法的非难。这种法的非难可能性就是责任。责任的判断，除了要考虑责任年龄、责任能力、故意或过失、违法性认识可能性之外，还需要进行有无期待可能性的判断。所谓期待可能性是指根据行为时的具体情况，能够对行为人提出不实施违法行为而实施合法行为的意志期待。一般而言，行为人具有责任能力，具有故意或过失及违法性认识可能性，就可对其加以非难。但也不排除在极少数情况下，由于行为人行为时所处的情境异常，即便其认识到或者可能认识到符合构成要件的违法事实，却依然不能对其提出遵从法律规范、实施合法行为的意志期待，此时就不得对行为人加以非难。这种场合下，纵使不能找到刑法明文规定的排除责任事由，

---

<sup>\*</sup> 苏州大学王健法学院教授。

本文为国家社科基金青年项目（11CFX059）、江苏高校区域法治发展协同创新中心项目研究成果。

也可以依据“欠缺他行为可能性”的法理，认可责任的阻却。<sup>〔1〕</sup>

从刑法学说史来看，期待可能性理论发轫于19世纪末德国的“癖马案”判决。<sup>〔2〕</sup>德国刑法学者以该判决为契机，创造性地将所谓责任不只是“单纯的主观上的心理事实或者状态，而是在此基础上进一步就行为当时可否期待行为人实施合法行为的规范判断”之见解予以确立、发展并使之通说化，进而实现了由以往的以故意、过失为重心的心理责任论向以期待可能性为重心的规范责任论的转向。规范责任论的本质在于意志形成和意志动作的可谴责性和可非难性，是在心理责任论的基础上，坚持从规范的角度对心理事实予以价值判断。<sup>〔3〕</sup>期待可能性理论注重对责任的规范判断，充分彰显了对异常事态下所暴露的人性弱点的关切，体现了“法不强人所难”之古朴法谚的基本思想。

正因为期待可能性理论有着与生俱来的人道关怀价值，自其创立以来，一度受到德、日刑法学者的青睐，并在司法上获得了广泛应用。但随着德、日社会经济迅速发展，法制日益完备，国民守法意识不断增强，特别是其刑法规范将现实生活中能够运用期待可能性原理减免责任的情形，基本都作了类型化的规定，<sup>〔4〕</sup>德、日实务界对超法规的责任阻却事由逐渐表现出消极的态度。<sup>〔5〕</sup>尽管如此，这并不意味着期待可能性理论在德、日刑法教义学中已毫无存在价值，相反，在为实定法上的诸多规定提供理论根据这一点上，其仍发挥着独特的功用。

如所周知，我国传统刑法教义学采取的是平面式四要件犯罪构成体系。由于该体系未对犯罪构成要件进行违法阶层和责任阶层的区分，从而难以为作为责任阻却事由之无期待可能性提供容身之处。正因为如此，作为舶来品的期待可能性理论在我国以往的刑法教义学中一直鲜有论及。但近年来，受德、日刑法理论的影响，尤其是随着德、日阶层式犯罪

〔1〕 期待可能性不只是有无的问题，还存在程度差别，这就决定了期待可能性不仅涉及行为人责任的有无，在决定行为人责任的轻重程度方面也发挥着重要作用。考虑到通常情况下都能期待行为人弃恶从善，实施合法行为，因此并非任何案件都需要积极地证明期待可能性的存在，而仅在一些特殊案件中，才需要考察期待可能性的有无和大小。正因为如此，才一般性地将无期待可能性或者期待可能性低，视为例外的阻却责任事由或者减轻责任事由。这样的理解符合责任判断的“原则—例外”构造，同时具有思考的经济性和诉讼程序处理上的优越性，因而为本文所主张。

〔2〕 关于该案案情及裁判情况，参见〔德〕克劳斯·罗克信：《德国最高法院判例·刑法总论》，何庆仁、蔡桂生译，中国人民大学出版社2012年版，第114页。

〔3〕 参见〔德〕约翰内斯·韦塞尔斯：《德国刑法总论》，李昌珂译，法律出版社2008年版，第219页。

〔4〕 德国刑法关于期待可能性事由的规定例如：（1）因慌乱、恐惧或者惊吓过度而导致的防卫过当之免刑（第33条）；（2）阻却责任的紧急避险之免刑（第35条）；（3）为了本人或亲属实施妨害刑事司法的行为，不罚（第258条）（参见张明楷：《期待可能性理论的梳理》，《法学研究》2009年第1期，第70页）。在日本，体现期待可能性思想的实定法规范例如：（1）在抢劫犯、盗窃犯侵入的场合，即使未对自己或者他人的生命、身体或者贞操产生现实的危险，但基于恐惧、惊愕、兴奋、狼狈而在现场杀伤了犯人的，不罚（盗犯等防止法第1条第2款）；（2）防卫过当的，可以减免刑罚（刑法第36条第2款）；避险过当的，可以减免刑罚（刑法第37条第1款但书）；（3）为了亲属利益而藏匿犯人、隐灭证据的，可以免除刑罚（刑法第105条）；（4）亲属间实施赃物犯罪的，免除刑罚（刑法第257条第1款）。另外，对于紧急避险中所谓法益等价值的场合，宜理解为因缺乏期待可能性而阻却责任；虽然刑法对于收受伪造的货币后知情使用（第152条）、孕妇自己实施堕胎（第212条）、单纯脱逃（第97条）等情形，未明确规定减轻或者免除刑罚，但其刑本身较轻这一点，也可以说是因为期待可能性的降低（参见〔日〕内藤谦：《刑法讲义总论》（下）（I），有斐阁2001年版，第1187页）。

〔5〕 参见〔德〕汉斯·海因里希·耶塞克、托马斯·魏根特：《德国刑法教科书》，徐久生译，中国法制出版社2001年版，第603页；〔日〕大谷实：《刑法讲义总论（新版第2版）》，黎宏译，中国人民大学出版社2008年版，第322页。

构成体系逐渐被引介至国内,学界关于期待可能性理论的研究日趋升温,并形成了我国刑法教义学应引入期待可能性理论的基本共识。与此同时,亦有学者发出了“中国不宜引入期待可能性理论”的声音。〔6〕

与学界的热络景象形成对照的是,期待可能性理论在司法实务界备受冷落,实践中鲜见正面运用期待可能性理论处理案件的判决。〔7〕问题由此而生:我国刑法中是否存在有关期待可能性的规定以及哪些规定体现了期待可能性的思想?是否确如有学者所主张的,我国刑法教义学没有必要引入期待可能性理论?如需引入,又该如何解决期待可能性理论所面临的犯罪论体系障碍?特别是,超法规的期待可能性事由的适用条件是什么?一般在哪些情况下,可以考虑适用超法规的期待可能性事由?这些问题都需要在理论上做进一步的体系化研究。

## 二、期待可能性理论的引入及其功能定位

### (一) 期待可能性理论在我国刑法中的具体表现及其规范解释功能

在是否需要引进期待可能性理论的讨论中,首先必须澄清的一个问题是:我国刑法中是否存在有关期待可能性的规定。一旦明确了这一前提性问题,对于是否需要引入就不难回答了。

期待可能性是规范责任论的核心要素,〔8〕是责任论从心理责任论转向规范责任论的产物。但如所周知,我国刑法通说并未主张规范责任论,而是主张心理责任论;一般是在主体要件和主观要件部分讨论德、日的责任范畴,其中主体要件讨论责任年龄、责任能力,主观要件讨论行为人的心理事实,具体包括故意、过失、目的和动机等,而不包括对心理事实的规范判断和评价。这或许是我国以往的刑法教义学及司法实践排斥、反对期待可能性理论的缘由所在。但实际上,我国刑法并未否定规范责任论,相反,刑法中的一些规定恰恰反映了期待可能性的思想。

例如,刑法第16条规定:“行为在客观上虽然造成了损害结果,但是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,但由于受到当时主客观条件的限制,不可能排除或者防止结果的发生。显然,不可抗力就是无期待可能性的体现。〔9〕

〔6〕 国内有关期待可能性理论的研究,代表性的成果主要有童德华:《刑法中的期待可能性论》,中国政法大学出版社2004年版;肖晚祥:《期待可能性理论研究》,上海人民出版社2012年版;陈兴良:《期待可能性的体系性地位——以罪责构造的变动为线索的考察》,《中国法学》2008年第5期,第88页以下;前引〔4〕,张明楷文,第60页以下;刘艳红:《调节性刑罚豁免事由:期待可能性理论的功能定位》,《中国法学》2009年第4期,第110页以下;付立庆:《期待可能性的体系地位》,《金陵法律评论》2008年春季卷,第47页以下。

〔7〕 最近,笔者在为江苏省某市法院系统50余名刑事法官进行刑事法前沿理论培训时,就对期待可能性理论的了解及适用情况做了调查。有点出乎笔者意料的是,了解该理论的法官寥寥无几,更遑论在办案中自觉运用了。笔者以“期待可能性”为关键词,对中国裁判文书网上近15年(2001年1月1日—2015年8月31日)的刑事裁判进行了搜索,结果显示有10余份文书提到了“期待可能性”,但全部是辩护意见所提出的无罪、罪轻之辩护理由,而未见有正面采用期待可能性理论的裁判结论。

〔8〕 参见〔日〕大塚仁:《刑法概说(总论)》,冯军译,中国人民大学出版社2003年版,第403页。

〔9〕 参见前引〔4〕,张明楷文,第69页;周光权:《刑法总论》,中国人民大学出版社2011年版,第134页;黎宏:《刑法学》,法律出版社2012年版,第174页。

又如，依照刑法第20条第2款、第21条第2款的规定，防卫过当或者避险过当的，应当减轻或者免除处罚。之所以如此规定，除了考虑到防卫或者避险行为虽然过当，但依然具有防卫或者避险价值之外，还考虑到人都有自我防卫、自我保护或者趋利避害的本能，当不法侵害或者危险突然来临，人往往基于恐惧、紧张、惊愕、狼狈、愤怒等心理而本能地加以反击或者实施避险。在这种状态下，期待行为人冷静、合理地实施防卫或避险，并将行为的“度”拿捏得恰到好处，显然是强人所难。由此看来，对防卫过当、避险过当予以减免处罚的重要根据就是期待可能性低。<sup>〔10〕</sup>

再如，刑法第28条就胁从犯及其处罚作了如下规定：“对于被胁迫参加犯罪的，应当按照他的犯罪情节减轻处罚或者免除处罚。”对胁从犯予以减免处罚的缘由是，胁从犯兼有从犯和受胁迫的双重属性，一方面考虑到其在共同犯罪中所起的作用较小，另一方面则是考虑了行为人受他人胁迫这一情节，而受胁迫这一点正表明行为人的期待可能性低。

还如，刑法第307条第2款规定的帮助毁灭、伪造证据罪、第310条规定的窝藏罪、第312条规定的掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪，一般都将本犯排除在犯罪主体之外。从妨害司法犯罪的保护法益是司法活动的公正性或者司法秩序这一点来看，相关行为不论是由本犯还是本犯以外的第三人实施，其违法性并无二致。那么，刑法何以将本犯故意实施的妨害司法行为不规定为犯罪？一般认为，唯一可能的解释就是欠缺期待可能性（在此意义上说，本犯属于阻却责任的身份）。<sup>〔11〕</sup>析言之，自我防御乃是犯罪人的本能；考虑到一旦被抓获归案或犯罪事实被查证属实，其要面临财产、人身自由等被剥夺的严厉后果，因而很难对犯罪人提出遵从法律规范而不妨害司法、不逃避刑罚的行为期待。

基于上述分析，我国刑法中已然存在一些有关期待可能性的具体规定。既如此，就应认为我国刑法实际上采取了规范责任论。就期待可能性的功能定位而言，应当认为上述表现于刑法规范之中的期待可能性事由，因已为实定法所明定，故属于法定的责任减免事由。在此，期待可能性理论所担负的是对实定法中的具体规范提供解释根据的功能。

## （二）我国刑法教义学有必要承认超法规的期待可能性事由

在我国，期待可能性理论不应只是刑法相关规定的解释原理。在一些特殊的情形下，还有必要承认超法规的期待可能性事由。具体理由如下：

第一，符合罪刑法定原则所蕴含的保障人权旨趣。如所周知，罪刑法定原则的旨趣在于防止司法机关恣意发动和适用刑罚权，以保障被告人人权。质言之，其旨在限制无正当理由的入罪，而非限制有正当理由的出罪。依此法理，既然期待可能性理论主要处理的是一些特殊个案中违法行为的例外免责问题，那么，纵使没有刑法的明文规定，也应承认超法规的期待可能性事由的存在，因为刑法无法穷尽规定所有应考虑适用期待可能性事由的情形。但如后文所述，作为责任阻却事由之超法规的期待可能性事由，虽是一种开放的责任排除要件，却并非意味着在实践中可以无限制地对其加以运用；相反，其适用有着严格的限制。如此说来，有条件、有限度地适用超法规的期待可能性事由与罪刑法定原则所蕴含的保障人权精神是相契合的。

〔10〕 参见前引〔4〕，张明楷文，第71页；前引〔9〕，黎宏书，第222页。

〔11〕 参见张明楷：《刑法学》，法律出版社2011年版，第958页，第964页，第967页；钱叶六：《共犯论的基础及其展开》，中国政法大学2014年版，第128页以下。

第二,彰显刑法的人道价值。刑法的人道性要求刑法的制定与适用要符合一定的道义要求,以此限制与匡正刑法,使刑法与人性相一致。<sup>[12]</sup>当人身陷某种异常困境或者恶劣环境时,往往会基于趋利避害、自我保护的本能,放弃对法律规范的遵守和忠诚而做出利己的选择,以最大限度地实现自我利益的保全。应当说,这是人类普遍具有的脆弱人性。“法合人情则兴,法逆人情则竭。”倘若社会上的一般人,乃至具有较强法律意识的立法者、司法者置身于这种困境时,也会基于自我保护本能而做出同样的选择,就不应对行为人加以苛责。而期待可能性理论正是一种“想对在强有力的国家法规面前喘息不已的国民的脆弱人性,倾注刑法的同情之泪的理论”,<sup>[13]</sup>其充分反映了刑法的人道性。但很显然,刑法的这种人道精神或价值不应只是表现于实定法规之中,也应当在能动的司法适用中得到彰显。所以,即便刑法没有明文规定,在特定情势下(如后文所述已婚妇女受客观条件或者生活所迫而与他人形成事实婚姻、执行上级的违法命令等情形),也有必要承认期待可能性理论的适用,从而把那些不幸陷入某种恶劣环境的行为人从刑事责任的桎梏中解救出来。

第三,我国刑法关于期待可能性的规定尚不完备。从刑法规范应具有明确性和科学性这一点来看,期待可能性事由应尽可能详尽、全面地体现在实定法之中。但“法有限,情无穷”,企图以有限之法尽无穷之情似乎是一种奢望。尤其是一些明显属于欠缺期待可能性的情形(如后述为了犯罪亲属的利益而实施妨害司法的行为、牺牲他人生命保全自己生命的紧急避险等情形),尚未在我国刑法中得到体现,因此,我们必须承认超法规的期待可能性事由在实践中有适用的余地。

由此可见,关于期待可能性理论,我国所面临的并非是否需要引入的问题,而是在引入之后如何准确、合理地解释和运用的问题。

### (三) 反对引入期待可能性理论的主要理由及反驳

在我国应否引入期待可能性理论的讨论中,一些学者明确表示反对,认为该理论于我国刑法而言具有“不可期待性”。在此就反对的主要理由做一简要整理,并逐一辩驳。

第一,实践中一些需要运用期待可能性理论来解决的问题,可以置于犯罪动机的范畴内进行处理。如有学者认为,我国犯罪构成中的主观要件,是指行为人对其实施的危害行为和危害结果所抱有的心理事实和意志状态,而不包括对形成该心理、意志状态的规范评价。对于我国刑事立法和司法实践中一些需要用期待可能性理论来解决的问题,完全可以在犯罪动机的范畴内处理,并将之视为主观方面的酌定量刑事事由,<sup>[14]</sup>或者酌定的减免责任情节(事由)。<sup>[15]</sup>

上述观点显然不能被赞同。理由在于:首先,犯罪动机不过是刺激和推动行为人实施危害行为的内心起因,属于主观心理事实范畴;而期待可能性是针对心理事实的规范评价,主要考量的是在行为当时的情况下能否对行为人提出遵从法律规范、实施合法行为的期待,二者之间存在本质上的不同。其次,犯罪动机的意义仅在于影响对行为人主观责任轻重和

[12] 参见陈兴良:《刑法的价值构造》,中国人民大学出版社1998年版,第431页。

[13] [日]大塚仁:《刑法论集》(1),有斐阁1978年版,第240页。

[14] 参见龙长海:《期待可能性理论之否定》,《北方法学》2010年第2期,第86页以下。

[15] 参见冯亚东、张丽:《期待可能性与犯罪动机》,载刘远主编:《全国中青年刑法学者专题研讨会文集——期待可能性》,北京大学出版社2009年版,第53页以下。

量刑的考量，而非决定责任的有无，进而导致罪与非罪的差异。简言之，犯罪动机仅仅是影响量刑轻重的事由，而与犯罪成立与否无关。在此意义上说，在犯罪动机中讨论期待可能性问题，实际上是在犯罪构成体系之外讨论期待可能性的地位，<sup>[16]</sup>这明显背离了期待可能性理论创立之初所具有的“欠缺期待可能性时应排除行为人罪责”的初衷，因而不妥当。再次，犯罪动机不能解释所有可以考虑适用期待可能性事由从而减免责任的情形。能够考虑行为人犯罪动机从而减免责任的，一般是行为人基于善良动机而实施犯罪的情形。但能够适用期待可能性事由从而免责的情形，行为人的动机未必全都善良。例如，在后述为保全自己生命而不得已牺牲他人生命的案件中，行为人并非基于善良动机，而是基于自私自利的动机实施行为，但这并不影响对行为人欠缺期待可能性的认定。最后，一般认为，犯罪动机只能存在于故意犯罪当中。如将期待可能性问题置于犯罪动机中加以讨论，实际上等于否认了过失犯罪有适用期待可能性理论的可能。但这显然不妥当，因为期待可能性的有无不只是故意犯罪的问题，更主要是过失犯罪的问题。<sup>[17]</sup>

第二，随着罪责内容的客观化，期待可能性理论已经走向衰落。有学者在梳理近代罪责理论发展史的基础上指出，以期待可能性为判断标准的规范责任论，是基于意志自由论而构建起来的具有规范评价意义的主观归责理论，其核心是行为人的内心选择自由。但晚近随着罪责的要求从行为人的内心选择自由落到行为人的外在控制能力，主观罪责论已经开始出现客观化趋势；即选择自由已经不再是罪责的认定基础，行为人是否存在可谴责的主观心理已经不再重要，重要的是他是否具有客观上控制事态发生的能力（一般人标准）；相应地，期待可能性理论在罪责的判断中就失去了用武之地，逐渐走向衰落。<sup>[18]</sup>

依笔者之见，上述观点尚有如下可商榷之处：首先，罪责判断的客观化趋向与期待可能性理论（规范责任论）的问世桴鼓相应，相伴相生。如前所述，从学说发展史来看，在规范责任论问世之前，占据统治地位的是心理责任论。但自“癖马案”之后，刑法学者逐渐认识到，仅基于故意或者过失的心理事实并不足以对行为人予以非难；非难性的认定需要进一步借助期待可能性这一规范性评价标准，而这一标准的具体判断素材或实体便是客观的附随状况。由此，在完成了从心理责任论到规范责任论的转向之时，罪责判断中就已经渗入了客观要素。其次，对作为罪责实体之控制能力的判断采用一般人标准，并非就表明规范责任论衰落了。一方面，自近代责任主义确立以来，控制能力一直是罪责的重心，至于是采用行为人标准还是一般人标准，那是关于控制能力判断标准的认知性差异。另一方面，通常情况下，从一般人的见地出发，行为人具有对违法事态的控制能力却没有控制而令其发生的，就应承担刑事责任。但在一些极为例外的个案中，在行为人所处的情况异常，如果不实施某种违法行为，其将面临自身法益尤其是生命、健康等涉及生存权的重大法益之严重不利时，行为人不得已选择了违法行为的，即便认为行为人当时可以控制事态，也应认为其不具有可谴责性。当代多国或在立法上规定或在学理上承认，牺牲他人生命保全自己生命的紧急避险属于行为人欠缺期待可能性从而免责，便是最有力的例证之一。由

[16] 参见前引〔6〕，付立庆文，第52页。

[17] 参见张明楷：《犯罪构成体系与构成要件要素》，北京大学出版社2010年版，第61页。

[18] 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，第50页以下。

是观之，期待可能性理论已经趋于衰落的结论并不符合实际情况。再次，即便认为罪责判断渗入了客观要素，也不能就此得出可谴责的主观心理不再重要、期待可能性理论在罪责的判断中失去了用武之地的结论。这是因为，如所周知，自近代刑法提倡责任主义以降，基于自由意志论的主观责任从来都是责任主义的前提或者核心。所以，不论责任理论如何发展，以故意或者过失这种心理事实为基础，例外地考察客观附随情状，以判断有无期待可能性的归责理论，始终是不可动摇的。

第三，期待可能性理论有用个人主义破坏公共利益和安全的危险。如有学者认为，“癖马案”所确立的价值取向是个人利益高于公共利益，其基本思路无非是：在明知有危害后果的情况下，为了保住自己的饭碗，可以牺牲他人的生命权。这是典型的个人利益至上，这种“以大利换小益”的思路违背社会效益原则，<sup>[19]</sup> 并有鼓励弱者犯罪的负面效应，<sup>[20]</sup> 因而不能被提倡。

诚然，德国的“癖马案”判决在一定程度上有鼓励“以大利换小益”之弊，但期待可能性理论是一种在不正常的社会条件下或者在正常社会的异常情况下才被适用的理论。当一个国家或者社会不能为其成员提供维持基本生存的物质条件或者其他救济途径时，相对于个人的生存权，他人或者社会的法益只能退居其次。而“癖马案”正是一起在不正常的社会条件（当时德国经济不景气，劳苦大众生活艰难，失业率高）下发生的典型个案。在当时，指望或期待马车夫以失去工作为代价来违抗雇主的命令，无疑是强人所难。由此，对于“癖马案”，我们不能无视当时的社会现实情况去讨论判决的是与非，更不能仅凭典型个案判决的不可复制性而否定期待可能性理论的价值，我们需要关注的是由“癖马案”判决所衍生的规范责任论的合理内核和现实意义。

第四，所有犯罪人在犯罪时都存在一定程度的不可期待性。例如，因儿子被绑架而被迫按照歹徒的要求去炸毁重要的民用设施；因吸毒而丧失就业机会，被迫以贩养吸的贩卖毒品案件；一些经济性、贪利性犯罪；亲属之间的窝藏、包庇、伪证犯罪；大义灭亲、妻子受丈夫虐待后杀夫，等等。对此稍作思考就会发现，在犯罪时行为人的可期待性低甚至欠缺可期待性。而按照期待可能性理论，对于上述行为都不应论以犯罪或者应当减轻处罚。<sup>[21]</sup>

笔者以为，上述观点是对期待可能性理论旨趣的严重误读。期待可能性理论关注行为人行为时所面临的异常的客观情况，这种客观附随情状使行为人陷入了两难境地：选择合法行为，自己或者近亲属将遭遇生命、健康等重大利益的损害；选择违法行为，自己会面临刑罚处罚。此种情况下，行为人基于趋利避害、求生怕死等人性弱点而不得已实施违法行为的，应当得到刑法的宽宥。<sup>[22]</sup> 换言之，只有行为人当时所面临的情势特别异常，并足以使一般人的守法意识或者动机受到强烈冲击，才有适用期待可能性事由的余地。在此意义上，认为所有犯罪人在犯罪时都存在一定程度的不可期待性的主张，无疑严重误读了期待可能性理论的意涵。至于上述列举的一些情形（如因儿子被绑架而被迫按照歹徒的要求去

[19] 参见高艳东：《期待可能性理论的不可期待性》，《金陵法律评论》2008年春季卷，第101页。

[20] 参见陈娜：《期待可能性之悖》，《黑龙江政法管理干部学院学报》2012年第1期，第49页。

[21] 参见前引[19]，高艳东文，第102页；前引[20]，陈娜文，第49页。

[22] 参见夏尊文：《许霆案中的期待可能性问题研究》，《云梦学刊》2009年第4期，第80页。

炸毁重要的民用设施，亲属之间的窝藏、包庇、伪证行为，长期受虐的妻子不得已杀夫自救等），都是行为人在特定困境的压力下，基于人性弱点所做的不得已抉择。对于这些情形，可以视具体案情考虑减免责任。但是，仅以人性弱点为由宽宥犯罪人，显然是不充分的，还需要进一步考虑，这种基于人性弱点而实施违法行为的选择是否是万不得已。在此意义上，对于因吸毒而丧失就业机会，被迫以贩养吸的行为人，我们需要做的是在依法惩治其贩毒行为的同时，强制其戒毒，并尽可能对其进行改造或帮教，而非随意适用期待可能性理论从而给予其宽宥。对于实施侵财犯罪、经济犯罪、贪贿犯罪的行为人，同样不能因为人有追求财富或者官员难以抵制巨额财富诱惑的人性弱点而减免行为人的责任。因为追求财富虽是人之本性，但法律仅仅支持和鼓励人们合法取得财富。对于基于贪欲而藉由不法手段获取财富者，刑法不能因为行为人难抵诱惑而给予宽宥，相反，应通过刑罚促使其抑制贪欲。

### 三、期待可能性事由的犯罪论体系基础

我国传统刑法教义学采取犯罪客体、犯罪客观方面、犯罪主体、犯罪主观方面四要件并列，更加重视入罪功能的平面式犯罪构成体系，而明显缺乏像大陆法系犯罪构成体系那样，在犯罪认定的不同阶段，分别通过违法阻却事由、责任阻却事由进行层层过滤，旨在强调人权保障的动态出罪机制。在此一平面体系之下，作为责任阻却事由的期待可能性事由自然无处栖身。<sup>[23]</sup>但是，这并不意味着期待可能性理论本身不合理，不值得引入。因此，有必要改革我国的犯罪构成体系，为期待可能性理论的引入奠定体系基础。

依笔者之见，改革我国犯罪构成体系的可行思路是：对四要件犯罪构成体系的诸要件（要素），分别根据说明法益侵害性的违法要件和说明非难可能性的责任要件进行重新整合。比如，犯罪客观要件（行为、结果、行为对象、因果关系、行为的时间、地点或方法等情状）和犯罪主体要件中的构成身份，基本上相当于德、日刑法的构成要件范畴；犯罪主体要件中的责任年龄、责任能力和犯罪主观要件中的故意、过失等，则相当于责任范畴。在进行了上述重新整合之后，对犯罪的评价就可以贯彻在犯罪成立的不同阶段进行出罪审查的阶层性思维，并将期待可能性的有无、轻重问题置于责任阶层加以讨论。

我国刑法教义学的新近发展表明，阶层式犯罪构成体系大有取代平面式犯罪构成体系之势。例如，陈兴良在其论著中就以“罪体（积极的罪体构成要素—消极的罪体排除事由）—罪责（积极的罪责构成要素—消极的罪责排除事由）—罪量”作为犯罪构成的基本架构。在罪责构造中，故意、过失、目的、动机等心理事实作为积极的罪责构成要素而存在；责任年龄、责任能力、违法性认识错误和无期待可能性，则作为消极的罪责排除事由

[23] 于是，个别主张四要件体系的学者，试图在体系之外讨论期待可能性事由的地位。其认为，刑法第13条但书中的“情节显著轻微危害不大”就包含了期待可能性的表述，其判断与犯罪构成体系相并列，是根据犯罪构成理论进行判断后的一种例外情形（参见刘源：《论期待可能性在刑法中的表达与体系性地位——对刑法第十三条“但书”规定的另一种解读》，《北京理工大学学报（社会科学版）》2010年第1期，第76页）。依笔者之见，上述观点不能被赞同。理由在于，犯罪构成是犯罪成立与否的唯一、终局标准。刑法第13条但书的规定只是对犯罪只能是严重危害社会的行为这一点的反向规定或者重申，而非宣告无罪的直接、具体标准。所以，行为符合刑法第13条但书的规定，从而不认为是犯罪的，应通过不符合犯罪构成的某一要件来加以处理。

而存在。具备罪责构成要素的,可以推定罪责的成立;若存在未达责任年龄、无责任能力、违法性认识错误和期待不可能等事由,则否定罪责的成立。<sup>[24]</sup>又如,张明楷在其教科书中采取了区分违法要件和责任要件的两阶层犯罪构成体系,并在违法阶层中讨论违法阻却事由、在责任阶层中讨论责任阻却事由。就责任构造而言,故意、过失、目的、动机等心理事实属于积极的责任要素,而责任能力、违法性认识可能性、缺乏期待可能性属于责任阻却事由。<sup>[25]</sup>再如,周光权在其教科书中构建了犯罪客观要件、犯罪主观要件和犯罪排除要件的体系。其中,前两个要件属于犯罪的一般要件,是积极证明犯罪成立的要件;犯罪排除要件则属于阻却犯罪成立的要件,具体可分为违法排除事由(如正当防卫、紧急避险等)和责任排除事由(如未达责任年龄、精神障碍、缺乏期待可能性等)。<sup>[26]</sup>

不难看出,上述学者所采取的犯罪构成体系虽然形式上不尽一致,构造上却有异曲同工之妙——均确立了层层过滤,在犯罪成立的不同阶段予以出罪审查的阶层式、立体式犯罪构成体系,从而为作为责任阻却事由的期待可能性事由的引入及司法运用扫除了体系障碍。

#### 四、超法规的期待可能性事由的适用条件

如前所述,就期待可能性理论的功能定位而言,其首先是为法定的责任阻却(减轻)事由提供解释根据。而就超法规的期待可能性事由而言,由于其属于开放的消极责任构成要素,所以,在司法上应严格限定其适用条件及范围,以维护刑法的安定性和司法运行的有序性。以下,笔者根据该理论的本来旨趣,在本节探讨超法规的期待可能性事由的适用条件,在下一节则从学理上对可以适用超法规的期待可能性事由的主要情形予以阐释。

一般而言,能够考虑以期待可能性的欠缺或者降低作为超法规的责任减免事由的情形,应具备以下几方面的条件:

第一,客观上存在足以动摇一般人遵从法律规范、放弃保全自我利益之意志的异常情势。

期待可能性理论的初衷,是要“把那些不幸陷入某种具体的恶劣环境中的行为人从责任的追究中解救出来,是为了在法律上对人类普遍脆弱人性表示尊重”。<sup>[27]</sup>所以,只有在行为时存在的异常情势使行为人或其近亲属的重大利益陷入严重不利境地,行为人基于保全自己或其近亲属重大利益的私利动机或人性弱点,而选择了损及他人或社会利益的违法行为的场合,才值得刑法同情或者宽宥。具体言之:

其一,必须存在使行为人或其近亲属的重大利益面临严重威胁或不利困境,行为人不得已实施违法行为的异常情势或恶劣环境。析言之,这种异常情势或恶劣环境使得行为人身处“遵守法律规范,则自身重大利益将遭遇严重威胁或不利”与“实施违法行为,则损及他人或社会利益,从而实现自我利益保全,却有可能遭受刑罚处罚”的两难境地,并且这种异常情况的存在,足以动摇一般人遵从法律规范、舍弃自我利益保全的意志决定。如

[24] 参见陈兴良:《规范刑法学》,中国人民大学出版社2008年版,第107页。

[25] 参见前引[11],张明楷书,第97页以下。

[26] 参见前引[9],周光权书,第67页以下。

[27] 冯军:《刑事责任论》,法律出版社1996年版,第247页。

果行为时并不存在这种异常情势，行为人只是基于纯粹的人性弱点或者私欲而弃善从恶、实施违法行为，损及他人或者社会利益的，就没有考虑适用期待可能性事由从而减免责任的余地，纵使行为时的环境对其人性弱点或者私欲在客观上有强烈的激发或催生作用，亦纵使社会上的一般人可能会理解或者宽恕行为人当时的违法之举。

在此，有必要以上述视角重新审视许霆案。有学者认为，在少数情况下，行为人虽然没有陷入利益两难的境地，但行为人面临的情况非常异常，一般人处于这种情况下均难以做出符合刑法规范期待的选择，此时行为人的期待可能性降低。这种情况一般是行为人面临的客观环境为其实施违法行为创造了极其便利的条件，多数人都难以抵制该诱惑，行为人从而实施违法行为。基于以上认识，学者指出，尽管最高人民法院对许霆减轻处罚没有直接引用期待可能性理论，但其减轻处罚隐含了期待可能性的考量则是毋庸置疑的。<sup>[28]</sup>

对于上述观点，笔者不敢苟同。如前所述，要适用期待可能性理论，仅有人性的弱点是不够的，还要看这种人性弱点因何而来，即要看是否是外在环境或者压力催生了行为人身上的存在，人类普遍具有的趋利避害、求生怕死等脆弱人性或本能。具体到许霆案，虽然说自动取款机出错所产生的巨大诱惑催生了许霆贪婪侵财的人性弱点，并成为其后续 170 多次取款共计 17 万余元的动因，但这种动因不属于值得刑法同情、宽宥的重大不利，不可将其归入使得期待可能性丧失或者显著降低的动因之列。这是因为自动取款机出现异常并没有使许霆的重大利益陷于不利境地。质言之，该案中自始至终都不存在迫使许霆一定要反复取款的外在压力，所以，要求许霆在第一次不当得利之后停止后续的恶意取款行为，并非强人所难。这里所谓的人性弱点更多是反映了许霆身上所具有的贪婪本性，而与期待可能性无关。<sup>[29]</sup> 在这一意义上，以“情有可原”、“法律不悖人情”、“任何人在当时都不能保证自己能抵挡得住这种诱惑而不犯相同的错”为由，主张应免除或者大幅减轻许霆罪责的见解，都是非常荒谬的。所以，在许霆不具备相关法定减轻处罚情节的情况下，对许霆适用特别减轻处罚规定，将一审判决的无期徒刑改为 5 年有期徒刑的做法值得反思；而试图运用期待可能性理论来诠释许霆案的做法，更无疑是对该理论的误读和滥用。<sup>[30]</sup>

其二，行为人在异常情况下通过违法行为予以保全的利益，应限于自己及近亲属的生命、健康、生计或者人格尊严等涉及个人生存权的重大利益。基于刑法安定性的要求，超法规的期待可能性事由作为超法规的责任减免事由，不能被恣意适用；唯有在为了保全自己或近亲属的上述重大利益而不得已实施违法行为的场合，行为人才有被宽宥的余地。就前述可以考虑适用超法规的期待可能性事由从而减免责任的具体情形来看，不论是牺牲他人生命保全自己生命的紧急避险还是安乐死，抑或是近亲属妨害司法、已婚妇女因生活所迫而与他人重婚、迫于生活上的严重困难而出卖子女、妇女不堪忍受长期的家庭暴力而杀夫等情形，无一不关乎生命、健康及人格尊严等涉及个人生存权的重大利益。

[28] 参见前引〔6〕，肖晚祥书，第 183 页以下。

[29] 当然，考虑到银行有过错这一诱因，在处罚时可以酌情对许霆从宽处罚。

[30] 至于有观点认为，一些腐败分子贪贿数百万甚至上千万元，才可能被判处无期徒刑，许霆只不过盗窃了不到 20 万元，却要判处至少是无期徒刑的重刑，显然有失公正。但诚如学者所言，这并非是对许霆案的定性错误，而是司法适用上的官民处罚不平衡问题。参见谢望原、付立庆主编：《许霆案的深层解读——无情的法律与理性的诠释》，中国人民公安大学出版社 2008 年版，第 25 页。

第二，行为时行为人无他行为选择可能性或者可能性低。

即便行为人所处的情势十分异常，但在行为人所处处境的一般人看来，<sup>[31]</sup>行为时行为人尚有实施他行为的可能性或者可能性高时，就不能考虑适用超法规的期待可能性事由从而予以免责，至多只能考虑责任的适度宽减。在此，首先以受强令违章冒险作业，因而发生重大责任事故场合下的工人之罪责为例，进行分析。

有观点认为，刑法第134条第2款规定的强令违章冒险作业罪的犯罪主体是强令违章冒险作业的人，对于受强令违章冒险作业的工人，则不能以犯罪论处。其理由在于，工人虽然认识到违章冒险作业可能造成的后果，但在“强令”、“强迫”之下，不能期待工人不去实施此行为。这一理由和“癖马案”的判决理由如出一辙。<sup>[32]</sup>但如前述，“癖马案”的时代已一去不复返，我们不可再用该案的思维，以“被强迫”、“迫于生计”、“保饭碗”为由为行为人开脱。易言之，不能总是停留在对弱势群体的谅解、关怀以及纵容之中，而漠视他人利益和社会利益。期待可能性的判断除了要考虑行为时的客观情况，有时还要考虑行为时的社会环境（如政治环境、经济环境、法律环境等）。当今时代，日益发展的社会经济为人们提供了充分的就业机会，日益完备的法律制度为劳动者提供了良好的就业保障，所以，服从雇主的违章冒险作业命令不是工人唯一的选择，其完全可以违章作业会造成重大安全隐患为由拒绝服从命令，哪怕是以被克扣薪水、被解雇为代价。因此，不能认为受强令的工人缺乏期待可能性从而免除其罪责，相反，应以重大责任事故罪追究其刑事责任；只是考虑到受强令这一情节，可以期待可能性低为由减轻其责任。

再如，在因生活所迫、学习、治病急需而实施侵财犯罪的场合，由于尚存在他行为选择可能性，如通过努力工作、向亲友借款乃至向政府、社会保障机构、慈善机构申请救济等来解决困难，所以不能以无期待可能性为由免除行为人的罪责。但是，考虑到行为时行为人的生活确实存在重大困难的情况，在处罚上可以给予适度宽宥。我国的一些高级人民法院依照《最高人民法院关于常见犯罪的量刑指导意见》，结合各自地区的审判工作实际而制定的相关实施细则就体现了这一精神。如《北京市高级人民法院“关于常见犯罪的量刑指导意见”实施细则》规定：因生活所迫、学习、治病急需而实施抢劫、盗窃、敲诈勒索的，可以减少基准刑的20%以下；因生活所迫、学习、治病急需而诈骗、抢夺的，可以减少基准刑的30%以下。在上海市、江苏省等地高级人民法院发布的《关于常见犯罪的量刑指导意见》实施细则中，都有类似体现期待可能性思想的规定。

第三，异常情势下的违法行为不得超出一般人的宽宥限度，损害原本无需侵害的其他法益。

已如前述，可以考虑适用期待可能性事由的情形，一般是在利益冲突的异常情势下，行为人基于保全自身利益而不得已损及他人或者社会利益的情形。但必须注意的是，行为人在异常情势下不得已采取的违法行为，必须是为了保全自身利益所必需且能为社会一般

[31] 关于期待可能性有无的判断标准，学上说存在行为人标准说、一般人标准说和国家标准说的对立。笔者认同应以行为人所处的一般人为标准的观点，即如果行为人所处处境的一般人都会如此，就难以期待行为人实施合法行为；相反，如果其所处处境的一般人都不会如此，就能够期待行为人实施合法行为。具体分析参见前引[9]，黎宏书，第224页。

[32] 参见高一飞：《期待可能性理论中国化的困境与出路》，《人民检察》2010年第3期，第18页；前引[6]，肖晚祥书，第247页。

人所容忍、谅解或宽宥的行为。如果行为人的违法行为超出了社会一般人的宽宥限度，另外损害了原本无需侵害的其他法益，就应排除期待可能性事由的适用。

在此，拟就刑法第307条第1款关于妨害作证罪的规定具体适用，进行分析。该款规定：以暴力、威胁、贿买等方法阻止证人作证或者指使他人作伪证的，处3年以下有期徒刑或者拘役；情节严重的，处3年以上7年以下有期徒刑。这里的问题是，本犯采取暴力、威胁、贿买等方法阻止证人作证或者指使他人作伪证的，是否构成妨害作证罪？从法条的表述来看，刑法并没有像规定窝藏、包庇罪、掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪那样，将本犯排除在犯罪主体要件之外，所以，本犯能否构成妨害作证罪的主体不可一概而论，而宜进行实质解释：对于本犯采取嘱托、教唆、指使、请求、劝诱等手段干预他人作证或者指使他人作伪证的，可以考虑因欠缺期待可能性而不认定本犯成立本罪（此时本犯系超法规的阻却责任身份）。同样地，为了使自己的近亲属逃避处罚而采取上述手段干预他人作证或者指使他人作伪证的，也宜认定为欠缺期待可能性。但是，在本犯或其近亲属通过诸如暴力、威胁或者贿买等手段阻止他人作证或者指使他人作伪证的场合，由于该妨害作证行为不仅提高了妨害作证行为的违法性，还另外损害了原本无需侵害的其他法益（如他人的人身权或者国家工作人员职务行为的不可收买性等），所以应排除超法规的期待可能性事由的适用，对本犯或其近亲属应依法认定成立妨害作证罪（但可以从轻处罚）。

再如，为了使犯罪的近亲属逃避处罚而单纯实施毁灭罪证行为的，可以考虑适用超法规的期待可能性事由，从而免除行为人的罪责。但是，如果该妨害司法行为使得不必被侵害的其他法益受到侵害（如为防止被害人告发而杀人灭口的，以放火、爆炸等危及公共安全的方法毁灭罪证的），就不能认为该妨害司法行为欠缺期待可能性，而应依法认定行为人成立故意杀人罪或者放火罪、爆炸罪等。

## 五、超法规的期待可能性事由的适用情形

### （一）牺牲他人生命保全自己生命的紧急避险

案例1：被告人李某，女。某日，李某骑自行车下乡办事，途中遇一男青年张某企图抢车；她环顾四周，旷无人烟，又天近黄昏，若反抗只会遭来横祸。于是主动对张某说，“如果要车，只管推走。”张某表示同意。就在张某弯腰检查自行车是否好用时，李某用打气筒猛击张某的后脑勺，将其击倒在地，尔后骑车去报案。当李某骑到最近的一个屯子时，仅见一户人家有光亮，便投奔过去，屋内只有老太太和其女儿两人。李某向母女二人说明了遭抢经过。老太太对李某说，天色已晚，派出所在较远的屯子，不如先和其女儿同住一晚，明天再报案。李某表示同意。但是，李某借宿的人家正是张某家，母女二人是他的母亲和妹妹。入夜时分，张某苏醒后回家，发现自己抢过的自行车停在院内，于是询问其母是怎么回事。其母便将投宿人的遭遇叙说了一遍。张某听后十分惊慌，担心李某天亮后报案，于是萌生杀意，便问明李某睡觉的位置和方向。其母告诉他，李某睡在外侧，头朝北。之后，张某找出铡刀，悄悄走进房间，在黑暗中摸索到床边，对着睡在外侧的人头部猛砍。但事实上，李某一直惊魂未定，未能入睡，张某母子的谈话和张某取铡刀的声音，她都听得一清二楚。李某在极度恐慌之下，急中生智，悄悄将睡得很死的张某的妹妹推到外侧，

自己睡到里侧。结果导致张某杀死的实际上是其妹妹。<sup>[33]</sup>

上述案件在性质上属于牺牲他人生命保全自己生命的紧急避险。若该案发生在立法上或者学说上区分阻却违法的紧急避险和阻却责任的紧急避险的德国或者日本,则应认定行为人为欠缺期待可能性,从而不认定其成立故意杀人罪。但由于我国主流刑法理论在紧急避险的性质问题上,采取的是违法阻却事由说或者正当化事由说,因而要成立紧急避险,只能是“两害相权取其轻”,即发生法益冲突时,只有在牺牲较小法益保护较大法益的情况下,才阻却违法性。按照通说的这一逻辑,本案中李某利用张某的认识错误,以牺牲其妹妹生命的方式保护自己生命的做法并不符合紧急避险的限度条件,其行为属于避险过当,李某应构成故意杀人罪。

然而,依笔者之见,生命的尊严至高无上,且无贵贱之分,不能进行法益大小的衡量,因而法秩序不允许将他人生命作为实现任何目的的手段;在此意义上,牺牲他人生命保全自己生命的紧急危险是违法的。但是,行为违法却未必是有责的。任何人在性命攸关的生命法益冲突的紧急关头,均有不择手段实施自救的本能,法律应为国民这一与生俱来的人性弱点予以同情的理解。这正如学者所认为的那样,当发生冲突的利益的价值相等时(例如两个人的生命),从社会的角度来看,迫不得已的违法行为可以在所不问,因为社会并无任何理由袒护这一生命而轻视另一生命;迫不得已的违法行为是一种超法规的行为,刑法既不强迫人们做出牺牲,也不将英雄主义强加于人。<sup>[34]</sup>有鉴于此,在紧急状态下,当牺牲他人生命成为保全自己生命的唯一办法时,避险者基于求生的本能,通过牺牲他人来保全自己的,应认为避险者欠缺期待可能性,从而成立超法规的阻却责任的紧急避险,避险者不成立犯罪。<sup>[35]</sup>此外,在自己的至亲身陷困境或者利益受到威胁时,尽可能地保护他们是人之常情、人之本能,这在历来非常重视家庭亲情、人伦的我国,尤其是如此。所以,对于为保护自己近亲属的生命,在紧急状况下不得已牺牲特定他人生命的行为,同样可以考虑成立阻却责任的紧急避险。<sup>[36]</sup>

## (二) 安乐死

安乐死(此处指积极的安乐死)作为基于身患绝症、处于生命末期的患者的同意而直接剥夺其生命、终结其痛苦的仁慈杀人行为,刑法上对其该如何评价,一直是备受关注和争议激烈的问题。陕西汉中“王明成安乐死案”的曝光,<sup>[37]</sup>曾经引发了学界乃至社会民众对安乐死问题的广泛关注和深度讨论。多数赞成安乐死者在痛陈禁止安乐死的不人道性、不经济性以及不尊重患者的人格尊严和自决权的同时,极力主张应在立法上将安乐死予以非犯罪化甚至合法化。但在当今世界,仅有少数国家或地区有条件地承认安乐死的合法化,

[33] 参见陈兴良:《刑事法判解》第1卷,法律出版社1999年版,第313页以下。

[34] 参见[法]卡斯东·斯特法尼:《法国刑法总论精义》,罗结珍译,中国政法大学出版社1998年版,第367页。

[35] 参见前引[4],张明楷文,第74页;陈兴良:《教义刑法学》,中国人民大学出版社2010年版,第374页。

[36] 参见前引[4],张明楷文,第74页。

[37] 该案基本案情及判决如下:1986年,陕西省汉中市居民夏素文因长期患肝癌,于6月23日入住汉中市传染病医院。6月27日,夏素文病情加重,极度痛苦,只求一死,后陷入昏迷状态。在夏的儿子王明成的再三请求之下,该医院医生蒲连升于6月29日给夏素文注射了大量冬眠灵,致其死亡。汉中市中级人民法院终审认为,被告人蒲连升、王明成的行为虽属故意杀人行为,但情节显著轻微危害不大,不构成犯罪。参见王可:《全国首例安乐死终审结案——被告蒲连升、王明成无罪》,《中国医学伦理学》1992年第4期,第26页。

包括我国在内的绝大多数国家和地区，基于“生命法益是人的一切权利或价值的本源和物质载体，因而应给予厚重保护”的理念，否认个人对自己生命的自决权。有鉴于此，在我国当下，安乐死具有违法性便是自然的结论。

安乐死当下在我国不能被合法化，是不是就意味着其要构成犯罪？依笔者之见，从无法容纳期待可能性事由的四要件犯罪构成体系出发，由于安乐死客观上符合故意杀人罪的构成要件，行为人主观上有剥夺患者生命的故意，所以安乐死构成故意杀人罪是自然而然的结论。但很显然，这只是看到了法律所保护的生命权受到了侵害，却漠视了危重患者饱受极度病痛折磨的处境及其近亲属心灵所遭受的极度折磨，因而所得出的结论势必有人性、人道和情理，难以获得学者乃至社会民众的普遍认同。正因为如此，汉中市中级人民法院所作的无罪判决具有里程碑意义，明确了此类案件应以无罪处理的基本司法方向。但是，在出罪的理由上，法院依据的是刑法第13条但书的规定，而非行为人欠缺期待可能性。如果采行区分违法性和责任的阶层式犯罪构成体系，同时引入期待可能性理论，对该判决结论的解释会更加合乎情理。

具体说来，对于身患绝症、濒临死亡、回生乏术且饱受极度病痛折磨的危重患者而言，其不外乎两种选择：一是在不堪忍受的病痛中继续接受无望的治疗，徒耗大量人力、物力和财力，这无疑会让那些经济十分困难的家庭不堪重负，甚至倾家荡产；二是选择安乐死，让自己安详地、有尊严地迎接生命的提前终结。不管做出何种选择，对于患者来说，死亡是不可避免的。但选择安乐死，患者至少能够即时从极度的病痛中得到彻底解脱。另一方面，从行为人是否具有期待可能性这一点来分析，对于治愈无望而又极端痛苦的危重患者所提出的安乐死请求甚至哀求，恐怕任何有同情心、恻隐心的人都难以做到无动于衷。如此说来，对于在经过严格、必要的诊断与会诊程序之后，确诊病人所患实属绝症，且濒临死亡、痛苦难忍，医生或者近亲属基于患者的真实请求而为其实施安乐死的，虽然不能排除其行为的违法性，但考虑到是为了缓解危重患者的极端痛苦而不得已为之，一般可以欠缺期待可能性为由（超法规的责任阻却事由）使之出罪。即便要作为犯罪处理，也应考虑行为人的期待可能性低这一点，大幅减轻行为人的责任。<sup>[38]</sup>

与安乐死问题相关的是协助他人安乐死的问题。对此，同样可以考虑以期待可能性的欠缺或者降低为由，减免行为人的责任。

案例2：2014年9月，被害人刘爱美不慎摔伤，致右侧股骨胫骨骨折，瘫痪在床，且疼痛万分，遂产生轻生念头，多次向照料其生活的孙女纪红娥、孙女婿冯刚夫妇索要安眠药。2014年10月3日，刘爱美又向被告冯刚夫妇索要安眠药。被告人冯刚在明知刘爱美欲自杀且过量安眠药会致其死亡的情况下，将一瓶阿普唑仑安眠药交给刘爱美服用。直至10月7日，被告人冯刚才迫于其他亲属的压力对刘爱美进行救治，次日刘爱美因救治无效死亡。山东省武城县人民法院判决认为，被告人冯刚为被害人的自杀行为提供帮助，且未及时救

[38] 参见钱叶六：《参与自杀的可罚性研究》，《中国法学》2012年第4期，第108页。在国内外学界，以期待可能性理论为根据，主张对于安乐死可以考虑作为超法规的责任阻却事由或者责任减轻事由的见解，还可参见[日]内藤谦：《刑法讲义总论》中，有斐阁1986年版，第540页；前引[5]，大谷实书，第324页；梁根林：《刑事政策视野中的安乐死出罪机制》，《政法论坛》2003年第4期，第138页；何庆仁：《论安乐死出罪的刑法路径》，《山西高等学校社会科学学报》2008年第8期，第81页。

助被害人，其行为与被害人的死亡之间具有刑法上的因果关系。但与此同时，被告人的行为是在家庭生活特别困难、被害人非常痛苦且无有效治疗手段，经被害人主动要求提供安眠药等情况下实施的，其目的主要在于帮助被害人彻底解除痛苦，因而具有安乐死的性质。根据我国目前的普遍伦理、社会舆论和立法实践，尚不能认可安乐死的合法性，故认定被告人冯刚的行为属于情节较轻的故意杀人。<sup>[39]</sup>

显而易见，法院认为被告人冯刚的行为属于情节较轻的故意杀人的主要理由在于，被告人协助被害人实施安乐死这一违法行为，是在患者的反复、执拗要求下，为帮助其彻底解脱病痛而不得已为之的。由此，这里的“情节较轻”不仅包括被害人同意的因素，还包括行为人的期待可能性低，从而致其主观上的非难性低的因素。

### （三）执行上级的违法命令

服从并执行上级命令是国家公职人员履行职责的基本要求，也是保证国家机器高效运转的前提，因而为我国相关法律、法规或者规章、条令等所明确规定。如公务员法第53条第4项规定，公务员必须遵守纪律，不得拒绝执行上级依法作出的决定和命令。人民警察法第32条第1款规定：“人民警察必须执行上级的决定和命令。”但问题是，如果上级作出的决定或者命令是错误的甚至明显违法，下级应否必须执行？如果下级因执行这种命令或者决定，造成了危害社会的后果，该如何处理？

案例3：2005年7月，时任廉江市国土局副局长的何耘韬，在开发商金都公司未缴足土地出让金的情况下签发土地证。何耘韬称在此前曾多次以口头意见的形式，向市政府领导反映此举违反规定。出于招商引资等考虑，市政府修改会议纪要，允许“暂收40%土地出让金办证”。何耘韬称自己是被迫执行上级命令，签发土地证。2009年1月，廉江市人民检察院对何耘韬一案立案侦查。同年7月，廉江市国土局通过民事诉讼，追缴金都公司所欠110余万元土地出让金和滞纳金，又以修建市政道路的形式返款。2011年4月，廉江市人民法院作出一审判决，认为何耘韬作为廉江市国土局副局长，工作严重不负责任，在明知受让人金都公司没有足额缴清土地出让金、不符合登记发证条件的情况下，不认真审核报批材料，仍在审核意见栏出具了“同意报批登记发证”的意见。在给金都公司发证后，没有追收金都公司尚欠的土地出让金，致使国有资产流失110余万元，给国家造成重大经济损失，已经构成玩忽职守罪，判处何耘韬有期徒刑6个月。何耘韬不服一审判决，向湛江市中级人民法院提起上诉。2011年5月，湛江市中级人民法院认为原审判决所依据的部分事实不清，裁定撤销原判发回重审。同月廉江市人民检察院以案件“事实、证据有变化”为由申请撤回起诉，廉江市人民法院准予撤诉。<sup>[40]</sup>

笔者以为，下级虽有服从并执行上级决定和命令的义务，但对于上级的违法决定或者命令，下级没有服从的义务，否则下级就在事实上成为了上级违法犯罪的执行者。公务员法第54条规定：“公务员执行公务时，认为上级的决定或者命令有错误的，可以向上级提出改正或者撤销该决定或者命令的意见；上级不改变该决定或者命令，或者要求立即执行的，公务员应当执行该决定或者命令，执行的后果由上级负责，公务员不承担责任；但是，

[39] 参见山东省武城县人民法院（2015）武刑初字第10号判决书。

[40] 参见祝桂峰：《广东廉江何耘韬案始末》，《中国国土资源报》2011年6月1日第10版；《执行书面意见，冤责方可脱身》，《信息时报》2011年6月12日第A4版。

公务员执行明显违法的决定或者命令的，应当依法承担相应的责任。”人民警察法第32条第2款规定：“人民警察认为决定和命令有错误的，可以按照规定提出意见，但不得中止或者改变决定和命令的执行；提出的意见不被采纳时，必须服从决定和命令；执行决定和命令的后果由作出决定和命令的上级负责。”同法第33条规定：“人民警察对超越法律、法规规定的人民警察职责范围的指令，有权拒绝执行，并同时向上级机关报告。”从上述相关法律规定来看，法律实际上确立了“条件责任”或者“例外免责”的原则。析言之，法律并未授权下级可以对抗或者拒绝执行上级错误命令的权利，而只是赋予了下级对上级的建议权；对于上级不听从建议或者意见的，下级应当予以执行，由此造成的后果由上级承担，下级则不承担责任；但是，对于上级作出的明显违法的决定或者命令，下级有权拒绝执行；明知上级的决定或者命令明显违法仍予执行的，则不能以执行上级命令为由主张免责。但是，基于上下级之间权力上的不对等关系，一般难以对下级提出对抗上级违法命令或者决定的意志期待（尤其是在上级强令下级执行违法命令的场合），此时可以考虑适用超法规的期待可能性事由，减轻下级的责任。

基于上述，在案例3中，如果公诉机关指控的犯罪事实以及被告人何耘韬的供述、辩解均为真实，那么可以认为：何耘韬是在明知上级作出的为开发商金都公司签发土地证的命令明显违法的情况下，仍执行其命令，从而造成了国有资产严重流失，故应当构成玩忽职守罪。当然，何耘韬曾多次拒绝执行该命令，只是后来顶不住上级的强令而屈从；据此可以考虑以期待可能性低为由，减轻其责任。在这个意义上，一审法院在被告何耘韬拒不认罪的情况下判处其6个月有期徒刑，应当说是已经考虑了这一因素。

#### （四）受虐女性不堪忍受长期家庭暴力而杀夫

实践中，妇女因不堪忍受丈夫长期的暴力残害而不得已采用极端方式自救，造成命案的现象时有发生。刑法上如何分析和处理此类案件，值得研讨。

案例4：被告人姚荣香与被害人方某丙系夫妻关系并育有四名子女。方某丙与姚荣香结婚十余年来，在不顺意时即对姚拳打脚踢。2013年下半年，方某丙开始有婚外情，并在日常生活中变本加厉地对姚荣香实施殴打。2014年8月17日凌晨，被告人方某丙因琐事再次殴打姚荣香，当晚还提出离婚，并要求姚独自承担两个未成年子女的抚养费。次日凌晨，姚荣香在绝望无助、心生怨恨的情况下产生杀害方某丙的念头。尔后，姚荣香趁方某丙熟睡之际，持螺纹钢猛击被害人方某丙头部数下，又持菜刀割其颈部，致其当场死亡。浙江省温州市中级人民法院经审理认为，被告人姚荣香在婚姻生活中长期遭受家庭暴力，终因方某丙在发生婚外情后逼其离婚并让其独自抚养两个未成年子女而杀夫，其杀人动机并非卑劣；姚荣香属于受虐妇女，其杀人主要是为了防止被害人日后对其实施更加严重的暴力，故认定属于情节较轻的故意杀人。同时考虑到被告人有自首情节，并且被害人方某丙的父母表示谅解等从宽情节，判处姚荣香有期徒刑5年。<sup>〔41〕</sup>

如所周知，正当防卫的成立以“不法侵害正在进行，法益处于紧迫危险之中”为时间要件，所以，倘若丈夫的严重家庭暴力行为正在危及妇女的生命安全，妇女因此奋起抗争，杀死丈夫的，当然可以依据刑法第20条第3款的规定，认定成立特殊防卫，其无需承担刑

〔41〕 参见浙江省温州市中级人民法院（2015）浙温刑初字第4号判决书。

事责任。但实践中, 受虐妇女杀夫往往是在某次严重的家庭暴力行为结束以后, 在合适的时机下实施的, 这自然谈不上不法侵害正在进行。对此, 难以从正当防卫或者防卫过当的角度, 寻求出罪或者减免处罚的根据。

尽管如此, 这并非意味着要对这类行为科以刑事责任乃至重刑。纵观社会上发生的受虐妇女杀夫案, 多数是妻子在丈夫施暴成性, 寻求公权救济无果, 走投无路、忍无可忍的情况下, 不得已愤而杀害家中的“暴徒”。将之简单地归结为“以暴制暴”或者认为妇女“没有拿起法律武器保护自己”, 于被告人而言是不公平的, 也是不负责任的。笔者以为, 对于长期遭受家庭暴力并且求助无门的妇女为避免日后无休止的严重暴力行为而不得已杀夫的, 应视案情认定行为人欠缺期待可能性或者期待可能性低。因为这种情况下的犯罪行为乃属人之自我保护本能的表现, 司法上可从常情、常理出发, 确认该行为不具有刑法上的非难性或仅具有较低的可谴责性, 从而阻却或者减轻行为人的刑事责任。<sup>[42]</sup>

基于上述分析, 在案例4中, 法院以被告人姚荣香的杀人动机并非卑劣, 因而属于情节较轻的故意杀人为由, 并综合考虑自首、被害方谅解等情节, 对被告人作出5年有期徒刑的判决是合适的。笔者认为, 该案判旨及结论对于实践中就此类案件有时仍处以重刑的做法, 具有纠偏作用。但是, 在判决理由上, 法院如能正面承认期待可能性理论的运用, 其说理将更加充分, 其结论也会因此而更加令人信服。

#### (五) 近亲属妨害司法

本犯的近亲属出于使本犯逃避刑事制裁的目的而妨害司法, 或者与本犯一起共同妨害司法的(如伪证, 窝藏、包庇, 帮助毁灭、伪造证据, 掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益等行为), 对其如何处理是个问题。

域外刑法一般规定, 为使犯罪的近亲属逃避刑事制裁而实施相关妨害司法行为的, 免除刑罚。刑法教义学上一般认为, 刑法之所以如此规定, 在于行为人欠缺期待可能性。在这种立法模式下, 为使犯罪的近亲属免于刑事制裁而妨害司法的, 便属于法定的责任阻却事由。然而, 我国刑法只是一般性地将本犯排除在妨害司法犯罪的主体之外, 而并未将本犯的近亲属排除在此类犯罪的主体之外。再加上, 期待可能性理论目前虽为我国学界所广泛接受, 但于实务界而言, 尚是一种新生事物, 实务界要在观念上接受该理论并自觉运用于司法实践还需要一个过程。因此, 对于为使犯罪的近亲属免受刑事制裁而妨害司法的, 我国司法实务界多是从四要件犯罪构成体系出发, 将其作为犯罪来处理。

案例5: 2001年4月, 被告人冉国成(系重庆市黔江区金洞乡人民政府林业站站长)与何玉均因赌博纠纷发生斗殴, 冉被何打伤, 遂怀恨伺机报复。同年9月11日23时许, 冉国成与冉儒超(与冉国成系胞兄弟)、冉鸿雁在其家中喝酒时, 接到有人非法贩运木材的电话, 要求冉国成立即前往查处。当时, 冉国成突发杀害何玉均的念头, 便携带一把砍刀, 邀约冉儒超、冉鸿雁陪同执行查处任务。冉儒超询问其为何带刀, 其含糊搪塞。执行完任务后, 冉国成借故离开, 潜入在附近居住的何玉均的卧室, 持砍刀向熟睡中的何玉均猛砍20余刀, 致其当即死亡。与此同时, 冉儒超感到情况不妙, 便与冉鸿雁赶到现场。冉国成

[42] 参见屈学武:《死罪、死刑与期待可能性——基于受虐女性杀人命案的法理分析》,《环球法律评论》2005年第1期,第68页。

指使二人将其使用的砍刀藏匿起来。同时，冉儒超授意冉国成将作案时所穿的衣服和鞋子等物烧毁，并安排冉鸿雁用乙醇将砍刀上的血迹烧掉，但冉鸿雁还未来得及行动，公安人员已闻讯赶来抓捕。冉儒超藏好砍刀之后，逃回家中与冉国成共商对策，决定由自己代为顶罪，并和冉国成订立攻守同盟后外逃。当日，三被告人均被抓获。重庆市第四中级人民法院审理认为，被告人冉儒超明知被告人冉国成杀死何玉均后，仍受其指使，与冉鸿雁一起转移、隐匿杀人凶器，并与冉国成共谋逃避处罚的对策，故意制造是其本人杀人后畏罪潜逃的假象，转移侦查视线；同时，其授意被告人冉鸿雁及冉国成本人毁灭杀人罪证；被告人冉儒超与冉鸿雁构成包庇罪的共同犯罪，并系主犯，故判处其有期徒刑4年。<sup>[43]</sup>

笔者认为，从期待可能性理论的旨趣出发，案例5中法院对被告人冉儒超作出的有罪判决的合理性值得讨论。但凡“凡夫俗子”，无不有“护短”、保护至亲的心理，因此要求他们在自己的近亲属犯罪以后，不窝藏犯罪人、不隐匿罪证、不帮助犯罪人毁灭、伪造证据，任其被抓获、被审判，从而使其面临财产、资格或者一定期限乃至长期以至终身人身自由的丧失，甚至生命被剥夺，这显然是强人所难。有鉴于此，对于类似本案的为使犯罪的近亲属免受刑事制裁而实施相关妨害司法行为的，宜以期待可能性的欠缺为由免除其刑事责任。

值得一提的是，近些年，我国司法实务中已出现了近亲属妨害司法被判无罪的案件。

案例6：被告人张甲于1998年10月5日20时许，在某市双花园铁路饭馆南侧因琐事与被害人张某等人发生争执，遂伙同其弟张乙对张某等人进行击打、刺扎，最终导致张某心脏被刺破而死亡。张甲作案潜逃后，警方找到尹某（与张甲系夫妻关系，二人育有两子），并告知其一旦发现张甲便向警方报告。后张甲逃回家，告知尹某自己伤害了他人的情况。尹某仍与其共同生活，并向外界以“苗某”的称呼掩饰张甲的真实身份。2011年9月6日，张甲在暂住地被抓获。2012年10月，法院判决张甲有期徒刑6年，判决尹某无罪。法院判决尹某无罪的理由是：尹某与张甲系夫妻关系，且共同居住，尹某帮助张甲逃避法律追究的窝藏行为，情节显著轻微危害不大，不认为是犯罪。<sup>[44]</sup>

笔者认为，法院判决为了犯罪的丈夫的利益而实施妨害司法行为的尹某无罪，是值得称道的。这一判决具有引领司法实务处理类似案件的方向性意义，但其在出罪的根据上采用了刑法第13条但书的规定，却令人感到遗憾。

#### （六）迫于生活困难而出卖子女

案例7：2013年初，被告人郑某甲在得知妻子郑某乙怀孕第六胎后，考虑到家庭经济困难，与妻子商量待孩子出生后卖给他人抚养。2013年9月，郑某乙在自家产下一男婴。当晚，郑某甲夫妇经郑某格介绍，将该男婴卖给福建省云霄县火田镇黄某甲、林某乙夫妇抚养，郑某甲夫妇得赃款人民币40000元。福建省云霄县人民法院经审理认为，郑某甲以非法获利为目的，伙同妻子出卖自己刚出生的儿子，其行为已经构成拐卖儿童罪，属共同犯罪。鉴于郑某甲有自首行为，且系因家庭经济困难才出卖自己的儿子；另外，其家属积极代其退缴违法所得并预交罚金，可以酌情从轻处罚。故判处其有期徒刑3年，缓刑5年，

[43] 参见陈兴良、张军、胡云腾主编：《人民法院刑事指导案例裁判要旨通纂》下卷，北京大学出版社2013年版，第928页以下。

[44] 参见杨崇华、丁青青：《期待可能性理论出罪功能的司法实践》，《中国检察官》2013年第9期，第9页。

并处罚金人民币5000元。〔45〕

一般认为,拐卖儿童罪在性质上属于侵犯儿童人身自由与身体安全的犯罪,只要是儿童作为商品出卖,纵使出卖者与被出卖的儿童之间是父子(女)、母子(女)关系,也不影响对被出卖者人身自由与身体安全的侵害,从而也不影响拐卖儿童罪的成立。但值得一提的是,我国相关司法解释明确规定,对于那些迫于生活困难、受重男轻女思想影响而出卖亲生子女的,可不作为犯罪处理。〔46〕笔者以为,上述司法解释中“迫于生活困难而出卖子女的,可不作为犯罪处理”的规定,正是期待可能性理论的具体体现。析言之,因迫于生活困难而出卖子女属于超法规的期待可能性事由。在具体适用时,应综合案件情节,或以无期待可能性为由不作为犯罪处理,或以期待可能性低为由减轻行为人的刑事责任。在本案中,被告人郑某甲虽系因家庭经济困难而出卖子女,但由于其主观上具有非法获利的目的,且获利较大,所以没有认定其无罪,而是在认定成立拐卖儿童罪的基础上予以处罚上的宽宥。笔者认为,本案判决是适当的。

#### (七) 妇女因受客观条件所迫而重婚

根据刑法第258条的规定,有配偶而重婚的,或者明知他人有配偶而与之结婚的,构成重婚罪。例外的是,由于以下几种情况而重婚的,可以认为不构成重婚罪:(1)因自然灾害、被拐卖或者其他客观原因而流落外地,为生活所迫而与他人结婚的;(2)因强迫、包办婚姻或因遭受虐待,与原配偶没有感情,无法继续维持夫妻生活而外逃,由于生活无着,又与他人结婚的;(3)因配偶长期外出下落不明,造成家庭生活严重困难,又与他人结婚的。一般认为,这三种情形都系受客观条件或者生活所迫而不具有选择自由,行为人主观上具有可宽恕之处,因而阻却其责任,不宜以犯罪论处。但是,如果上述情形下妇女又与他人前往婚姻登记机关登记结婚的,则不能认为其不具有期待可能性。〔47〕

除上述几种情形外,虽然还存在可适用超法规的期待可能性事由从而减免行为人责任的情形,如原本无罪的人被司法机关错误关押后单纯脱逃的,〔48〕但基于刑法的安定性和法益保护的要求,不可随意扩大超法规的期待可能性事由的适用范围,而必须从期待可能性理论的本来旨趣出发,限定其适用。

## 结 论

综上,在我国虽存在一些有关期待可能性的刑法规定,却未能对实践中所有可以考虑适用期待可能性事由的情形予以类型化的立法框架下,有必要引入彰显刑法人道价值的期待可能性理论,藉此为刑法的相关规定提供合理的解释根据。同时,在司法上,还应承认超法规的期待可能性事由的例外适用,以弥补刚性立法供给不足的缺陷。

对于期待可能性理论与我国传统的四要件犯罪构成体系不相兼容的问题,其症结不在于期待可能性理论本身不可取,而在于四要件犯罪构成体系的结构缺陷导致其无法接纳

〔45〕 参见福建省云霄县人民法院(2015)云刑初字第41号判决书。

〔46〕 参见1999年最高人民法院《全国法院维护农村稳定刑事审判工作座谈会纪要》。

〔47〕 参见前引〔11〕,张明楷书,第831页。

〔48〕 参见前引〔4〕,张明楷文,第73页。

期待可能性理论。是故，有必要采行区分违法阶层（包括违法阻却事由）和责任阶层（包括责任阻却事由）的犯罪构成体系，为期待可能性理论的引入奠定体系基础。

为了维护刑法的安定性和司法运行的有序性，有必要严格限定超法规的期待可能性事由的适用条件及范围，以避免刑法对人性弱点的同情泛滥成灾。实践中，可以考虑适用超法规的期待可能性事由从而减免行为人责任的情形，主要限于如下几种：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。

---

---

**Abstract:** In dogmatics of criminal law, the theory of anticipated possibility not only has the function of interpreting the relevant norms in positive law (statutory deduction and exemption reason of liability), but also can, on particular occasions, provide the theoretical basis for the limited application of anticipated possibility reason (liability's deduction and exemption reason of extra-statute) beyond the positive law. The establishment and development of the system of hierarchical constitution of crime that distinguishes between illegality and subjective responsibility have cleared the way for the introduction of the theory of anticipated possibility and its application in China. In order to maintain the stability of criminal law, the applicable conditions of the reasons of anticipated possibility of extra-statute should be strictly limited so that the scope of its application will be reasonably restricted. In practice, the application of the reasons of anticipated possibility of extra-statute is mainly confined to some special cases, such as the emergency act for the saving of life, euthanasia, the execution of illegal order from higher authorities, the offender's simple act of impairing testimony, impairment of judicial administration by the offender's near relatives, simple escape, killing of husbands by women suffering from long-term domestic violence, selling of children by parent pressed with hard life, bigamy committed by a woman because of hard life, and so on.

**Key Words:** anticipated possibility, hierarchical constitution of crime, deduction and exemption reason of liability, the reasons of anticipated possibility of extra-statute

---

---