

期待可能性在阻却有责性上的适用探析

——以陆勇案为视角

王海铭

(浙江省缙云县人民检察院,浙江 缙云 321400)

[摘要]期待可能性理论是规范责任论的归责基础,法谚有云:法律不强人所难,对因随附情状异常而导致期待不可能的,理应减轻或免除法定的责任。对期待可能性有无及大小的问题,须以社会一般人+具体行为人的判断标准对随附情状异常性、意志受涉性和法的可恕性进行递进式评价。引入期待可能性理论,舍其形而用其魂,通过立法技术将该理论融入相关成文法中,在防止法官的自由裁量权之滥用的同时向脆弱的人性倾注刑法同情之泪。

[关键词]期待可能性;随附情状异常性;意志受涉性;法律责任

[中图分类号]D924.1 **[文献标识码]**A **[文章编号]**1674-117X(2015)05-0061-05

Analysis on the Application of Anticipated Possibility

WANG Haiming

(People's Procuratorate of Jinyun County, Jinyun, Zhejiang 321400 China)

Abstract: Theory of anticipated possibility is the imputation base of normative liability theory. A legal proverb goes that: the law does not impose. Because of Unzumutbarkeit, the responsibility should be eased or exempted. The standards which are used to evaluate the normale Beschaffenheit der begleitenden Umstände, contrainte morale and excusable should be average person adding certain person. Cited into the theory of anticipated possibility, the written law which contain the connotation of anticipated possibility will limite the judge's power of discretion but have enough sympathy.

Key words: anticipated possibility, normale Beschaffenheit der begleitenden Umstände, contrainte morale, legal responsibility.

2015年1月27日,沅江市人民检察院撤回了对陆勇涉嫌销售假药罪和妨害信用卡管理罪而提起的公诉,至此,轰动一时的海外代购抗癌药一案算是画上了一个较为圆满的句号,通过本案,除了汹涌的舆论压力之外,更多看到的是法律人对法律底线的坚守,相关部门并没有一诉了之或是一判了之。湖南检察官方于今年2月27日发布了对该案决定不起诉的释法说理书,从犯罪客观要件、责任要件、相关法理以及社会危害性等角度全面阐述了陆勇的相关行为不符合有关犯罪的犯罪构成的具

体理论依据,起到了良好的社会效果与法律效果,然纵观此案似仍有两点显得略为美中不足,其一,该案从拘留、逮捕到提起公诉,必定经过诸多部门的把关审核,一路畅行,但最终该案却在原有的既定证据体系下以不起诉收场,尽管相关的说理可谓不透彻,但仍难免给社会大众以司法部门或是迫于舆论压力最终改弦更张之感;其二,说理书从犯罪构成角度论述陆勇相关行为不构成犯罪,使得司法部门完全承担了相关行政职能部门由于行政效能落后、监管缺位等原因造成的社会阵痛,这不利

收稿日期:2015-03-25

作者简介:王海铭(1981-),男,浙江缙云人,浙江省缙云县人民检察院干警,研究方向为刑事司法实务。

于社会的整体进步与发展,因为对于药品监管制度与药品专利制度的完善,毕竟最终能对许许多多的陆勇们提供救助的并非是司法机关的某次不起诉,而是国家相关行政职能部门的系统性改革以及社会救助体系的完善。关于本案,或可从期待可能性理论中寻找相关理论支持。

一 期待可能性理论在阻却责任上的适用

(一)期待可能性理论探源

关于期待可能性理论,当肇始于为现今众多学者所频频摘引的1987年的德国帝国法院第四刑事部对所谓“癖马案”的判决,即莱伦芬格事件,德国帝国裁判所以马车夫在失业率高居不下的社会客观情状下,因害怕丢失工作而无法违抗雇主的命令,不得已继续驾驶该匹有绕缰之癖的烈马进而以缺乏期待可能性为依据判决其无罪。裁判官通过该判决向社会表明,即使行为人对所造成的危害后果具有故意或过失等主观上的罪过,但在受客观条件的异常所制约而无法期待行为人为适法行为的场合,理应阻却刑法上的责任,该判决一经公布后,立刻引发理论界众多学者的关注。规范责任论的首创者德国学者迈耶最早对此作出回应,在其《有责行为与其种类》一书中率先指出,作为归责的基础即在故意与过失之外,若要对行为人予以人格上的非难,尚需有非难可能性的存在。1907年弗兰克发表题为《责任概念的构成》的论文,认为责任的本质在于非难可能性,其根据不是行为人的心理状态如何,而在于行为之际的“附随情况”。^[1]此后,再经德国的其他学者如戈登修米特、弗洛登塔尔以及舒密德等人的发展与完善,最终形成了现今刑法理论界与实务界所熟知的期待可能性理论,成为继责任能力要素、主观要素(故意、过失)之外的一种例外的责任阻却事由,期待可能性在一定程度上反应了对行为人主观恶性可谴责性的大小。

日本学者山口厚认为,期待可能性,是指行为人在实施了该当构成要件且违法的行为场合,即便不存在诸如欠缺违法性意识的可能性等其他责任阻却事由的时候,客观上所存在的全部状况作用于行为人的心理,在不能期待行为人不作出该行为的场合,仍可以不依赖法律规范而阻却责任^[2]。意即若是在不能期待行为人实施其他适法行为的场合,就不存在刑法上的责任,也就不能对其进行刑法上的非难,期待可能性理论的实质在于对行为人的意

志自由进行规范性评价,即客观条件是否允许实施合法行为。

(二)责任阻却适用标准

一般理论认为,期待可能性的主要作用是为了解决在刑事司法中被告人的有责性问题——对被告人因基于特定情状而给予某种责任上的宽容。其蕴含的阻却责任的评价机能,根据不可期待性的程度不同,不仅影响责任有无的问题,也影响责任的大小问题,期待可能性的有无及大小成为判断行为人是否具有法的关键要素。对于期待可能性的判断标准,目前刑法理论界争议较大,大致有行为人标准说、平均人标准说以及国家规范标准说等,分别从具体行为人、社会平均人以及国家规范标准的角度出发来评判行为时对行为人可期待性的有无及大小。在上述三种学说中,笔者认为应以与行为人相类似的其他多数的社会平均人标准为基础,另外结合具体行为人在行为进行时的相应身心条件作为评判标准,即社会一般人+具体行为人标准作为判断法则,从而有利于保证法在适用上的平等性。之所以首先需采取一般人标准说为基础,是因为具体的法规范首先是以社会人为标准制定的,而具体的社会人原则上都具有趋利避害追求安逸的本能,“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。因为确信犯大多认为自己的行为是正当的”^[3],只有通过与其他类似的不特定的多数人进行比较,方可判断该行为人是否具有期待可能性,故首先应以社会平均人为标准来判断是否具备为适法行为的可期待性,但是,期待可能性理论,其最大的法价值功能在于对具体行为人的脆弱人性给予法的同情与救助,判断个案中期待可能性存在与否的标准还应从行为人自身的立场去寻找,纯社会平均人标准说仅仅从社会一般人的角度出发,忽略了在法的适用时,在从抽象到具体的演绎过程中,对可能出现能够期待平均人却唯独不能期待具体行为人的异常情状缺乏应有的考虑,在这一点上背离了期待可能性理论的核心价值与内心真意,毕竟每个人的身体条件与心理素质都是不同的,若一律采用社会平均人标准为判断随附情状异性的法则,恐将造成法适用上的不公正性,反之,当面对某些特殊情形,在无法期待社会一般人为适法行为的场合,而由于具体行为人具备特殊的身心条件,并未丧失对其为适法行为的期待可能性,倘若此时只按社会平均人的标

准进行判断,又恐有放纵犯罪之嫌,因此,须以社会人结合具体行为人标准,来作为期待可能性的判断标准。

但是,上述的标准仅是从宏观角度对期待可能性的判断提供了可供参照的依据或是样本,但由于学说本身依旧缺乏相应的评判参考要素的支撑,仍未能回答通过该标准如何判断在具体的个案中对行为人为适法行为的可期待性有无及大小的问题,自然难逃本身过分模糊、有损适用上明确性的批评,如同在犯罪论中,若仅仅指出以多数社会人的行为为参照标准进而判断相应的行为是否为犯罪,这在面对具体的个案时显然是不妥当的。笔者认为,对期待可能性有无及大小的判断,或可采用类似于德日犯罪论中三阶层递进评价法来对行为人为适法行为的期待可能性的有无及大小进行由客观到主观、逐层递进判断:

1. 附随情状之异常性。德国学者弗兰克在其《论责任概念的构成》一文中指出,“责任”除了相关行为主体的责任能力以及责任要件中通常包含的故意、过失等内容外,还包括“附随情状之正常性”这一客观要素。这里的附随情状应理解为行为人行行为时的客观随附状态,情状的异常性具体来说可以包括:有可能导致本人以及与本人关系密切之人的生命法益、健康法益或是重大的人格法益以及特别重大的物质法益损失危险等。附随情状异常性与否,在面对具体个案时,根据上述的社会人加具体行为人的标准,对同一随附情状,若一般人、大多数人均无法期待其实施适法行为的,而具体行为人的身体、心理条件基本等同于社会一般人的,则可认定该随附情状为异常,期待可能性弱失。倘若对大多数人来说属于异常情状,但对具体行为人来说,由于其具备特殊的身体或心理条件,在行为时具备为相应适法行为的可期待性的,则当然不应认定随附情状异常而阻却责任,例如,一位不擅水性的普通人与一位游泳冠军带着孩子下河游泳,若小孩发生溺水事故,很显然,社会对于两者的所担负的救助义务的期待可能性是截然不同的,对此,应以社会一般人的标准立场,再结合具体行为人行行为时的生理、心理条件,来判断其在面对相应随附情状时,能否期待行为人通过其主观努力实施相应的适法行为,易言之,随附情状异常性的判断标准并非是僵化的。

另外,需要说明的是,对于原本具有期待可能

性的行为人,若对自身陷入期待无可能的异常情状负有刑法上的罪过的,也不应认为定随附情状的异常而阻却责任的成立,对原因自由行为的处罚即是其适例,如醉酒驾车导致人员伤亡的,因行为人对自身陷入随附情状异常负有相应的罪过,故需对行为人进行刑法上的谴责。

2. 意思自由制约性程度。由于期待可能性的有关理论是建立在承认意志相对自由的哲学基础上的,故在确认随附情状异常后,尚需对意思自由的受涉性程度进行评断。对于意志自由问题,总体来说,有如下几种观点:(1)非决定论,叔本华、尼采等哲学大儒都是该观点的有力倡导者,此种观点认为人的意志完全自由,人完全可以自由选择施行适法行为或是违法行为,因此将不存在期待不可能的问题;(2)决定论,这种观点认为人的意志是是完全不自由的。人的意志、性格、信念乃至人类的一切现象都处在必然性的因果链条之中^[4],因此自无讨论对行为人为适法行为期待可能性之必要;(3)相对自由论,承认意志相对自由论者认为,人的意志会受到生理、自然环境、社会现状等诸多方面因素的制约,并非是绝对的自由的,但是人也具有主观能动性,其意志并非仅处于被决定的地位,具有相对的自由性,是一种不断更新发展的自由,也就是说行为人的意志既有可能是自由的也有可能是不自由的。具有辨认控制能力即具有责任能力的人,在意志相对自由的前提下,毅然选择违背法的期待施行违法行为,则表明行为人具备较大的主观恶性;若行为时行为人的意志自由受涉无法选择除违法行为以外的其他适法行为,则自然也不具备相关期待可能性,责任也失去了其赖以生存的意志自由的土壤,自无需给予刑法上的非难,古老法谚有云:“法律不强人所难”,目前意志相对自由论已成为该领域的通说。陈兴良教授指出,客观的附随情状之所以能够决定责任之有无,是因为它对人的主观精神,具体地说是意志选择具有某种制约性。在这个意义上,期待可能性问题就是一个意志自由问题^[5]。因为客观的随附情状正常与否,其并不能直接左右行为人的具体行为,只有通过行为人的意志自由形成某种客观强制,进而影响行为人在适法行为与违法行为之间进行选择。在随附情状异常的情形下,若对行为人的意志形成制约,在一定时间与空间内使行为人丧失意志自由或意志自由度降低,则自然不存在期待在该时间内其为适法

行为或完全为适法行为的可能性,期待可能性有无及大小正是对自由意志受外在随附情状制约度的内在反应。

但是,倘若随附情状并未对行为人的意思自由产生影响,但行为人却违背了法的期待的,则表明了行为人理应受到主观非难。因此,对于原本存在丧失期待可能性的事由,但行为人误以为不存在或对此期待可能性丧失的事由未有认识的,是为期待可能性的消极认识错误。有学者认为,在期待可能性消极的认识错误场合,由于客观上存在缺乏期待可能性的客观事实,且实际上因为存在缺乏期待可能性的事由,故没有对行为人进行特殊预防之必要,因而无需对行为人进行法的非难,笔者认为,这种观点是值得商榷的,在对期待可能性消极认识错误的场合,行为人的意志自由并未受涉,具有充分的行为选择自由,在并非情非得已的情由可以自行选择适法行为或违法行为的条件下毅然选择施行违法行为,表明行为人具有较大的主观恶性与人身危险性,当再次面临该种客观情状时,行为人在意志自由的前提下就仍有再犯之危险,故有对行为人进行特殊预防的必要。日本学者大冢仁教授认为,虽然存在缺乏期待可能性的事情,但是,行为人没有表象它时,这也是一种期待可能性的错误,然而,这种错误不值得特别考虑^{[6]470},因此,即使客观上确实存在对行为人丧失期待可能性的客观随附情状,但行为人因消极的认识错误,并未对该随附情状有所认识时,表明行为人意志自由并未受该随附情状的影响,意志未受涉性是罪过心理产生的前提,故不应免除或减少行为人的责任。

3. 基于基本的人性、道德义务等目的考量。对于随附情状异常且行为人的意志自由受涉于该情状的前提下,并非必然可以得出期待可能性丧失而免除行为人法的责任的结论,还需最终进行法的价值评断,在无期待可能性的随附情状下,只有是行为人在依照法的指引规范为相应的行为时,从最基本的人性或是道德义务的角度来看,也将会是强人所难的,刑法才能从其谦抑性价值出发对该行为予以宽宥。因期待可能性作为一种超法规的免责事由,若轻易动用,会使得刑法法度的刚性在各种情非得已的考量中变成绕指柔,最终将造成法适用上的不平等性,为此,须是基于最基本的人性、重大的道德义务等值得刑法宽宥的原因出发,行为人的意志自由因受随附情状的影响,不得已实施了违法行

为,此时方可根据期待可能性理论考虑其责任的有无与大小的问题,“伦理道德作为一种价值准则,是法律的血液和营养”^[7],若非基于最基本的人性、道德义务的考量,哪怕行为人的意志自由度受随附情状影响陷于不能,也不应将其归为期待不可能。2012年北京的“刻章救妻案”,法院也正是考虑到期待可能性的弱失从司法的人文关怀视角出发对被告人廖丹以诈骗罪科刑3年,缓刑4年,从而既保障了法秩序的安定性与法适用上的平等性,又彰显了刑法的谦抑性。本案中,廖丹也正是从最基本的人性、道德出发,面对妻子病重但无力支付高昂的医药费用这一客观随附情状,此时,社会显然无法也不应期待廖丹一定能选择适法行为而置其妻子的生命于不顾,其行为也理应得到刑法的宽宥,期待可能性使得情与法在互相碰撞中达到价值最大化的谐和,不使刑事裁判制造法与国民之间的间隙。倘若本案中,廖丹是为了偿还所欠赌债而诈骗他人财产的,虽然从客观上讲,都具有导致行为人意志上不得已的随附情状,但是正如日本学者大冢仁教授所指出的那样:“从国家与社会的伦理规范的观点来看,犯罪行为出于恶劣的动机时责任就重,基于应予宽恕的动机时责任就轻。”^{[6]473}出于贪欲的卑劣动机就基于贫困的动机相比责任更重,对于后者,随附情状的异常显然不应成为对行为人期待可能性有所弱失的理由。

二 从期待可能性视角看陆勇案

在陆勇一案中,陆勇及其病友们,身患慢粒白血病,在国内法律许可销售的格列卫售价达2.35万元人民币/盒,且需常年不间断服药,而购买由法律拟制的所谓的“假药”,只需支付200元人民币左右每月,且服药效果相差无几,在面对病死与购买法律所拟制的“假药”之间进行抉择的这一极度异常的附随情状,行为人显然已丧失了可以选择为相应适法行为的意志自由,“有尊严的活下去”是行为最简单的诉求,毕竟人性都有自私与脆弱的一面,唯有生命的存续,方是一切价值判断存在的基础,“法律应对人性的脆弱表示相当的尊重,而不能强人于不能,背离人类崇高的怜悯之心。正所谓法者缘人情而制,非设罪以陷人也。”^{[4]84-89}我们自然无法期待作为一般人的陆勇们会选择穷死、病死而不购买法律所拟制的“假药”。只有以意思自由为前提,刑法才不至于失去道义性,刑法只要

还采用刑罚,只要刑罚还带有惩罚的属性,还会造成人的痛苦,那就必须以人的意思自由为前提,没有任何理由去惩罚一个完全被决定的人,即使为了社会安全的目的也决不能容忍以无辜者作牺牲^[8]。本案中,行为人在丧失期待可能性的情由下选择为违法行为是基于对生的渴望,此为最基本的人性考量的结果,任何法律都不应要求其所治理下的社会人可以放弃自我保全。较大的社会危害性是犯罪的本质,若相应不法行为的社会危害性没有达到应受刑法惩处的程度,也就不构成犯罪,纵观本案,陆勇的代购行为以及使用他人的信用卡的行为本身,固然会对相应法益造成某种侵害,然其最终目的是为了保障人的生命这一重大法益,根据法益衡量原理,也很难说上述行为具有法益侵害性。同时,基于这一极度异常的随附情状出发,自也没有对行为人进行特殊预防以及对社会公众进行一般预防之必要,故不论是从期待可能性理论出发或是从社会危害性角度进行法益价值判断,都不应对陆勇的行为给予法的非难。

期待可能性是一种超法规的责任阻却事由,有众多学者基于我国的司法现状以及中西方犯罪构成体系存在较大差异为由,加上期待可能性理论的引入会使得在相对确定的法律行为规范之外又凌驾了一个非法律内容的模糊的伦理评价标准,认为目前并不适合引入该制度,否则极有可能导致刑法弹性的加大以及司法自由裁量权的滥用,进而有冲击成文法的稳定性等隐忧。但是,期待可能性理论已逾经一百多年历史,仍具有旺盛的生命力并为众多大陆法系国家所采用,表明其具备较大的合理性与可移植性,完全可以通过一定的立法技术对其加以批判地吸收,用以完善我国传统的犯罪构成理论和破解理论与实务中遇到的相关难题。期待可能性理论的基本精神在于对生活中存在的可能限制行为人意志自由的客观因素给予应有的关注,这种关注体现了对人性的关怀和对建立在常理、常情之上的人之弱点的考量。这种价值取向恰恰是我国刑法最应当借鉴的,因此,舍期待可能性之形而用其魂才是我国刑法的正确选择^[9]。为使该项制度不被滥用,以及针对司法官的自由裁量权易被滥用等弊端,笔者认为,可以通过相应的立法技术,在成文法中尽可能多的融入温情的期待可能性理念,在

缺乏期待可能性的场合,设定相应的法定从轻或减轻事由,通过成文法的形式使该制度发挥应有效用,进而摈弃期待可能性作为超法规免责事由由其本身先天所具备的不稳定性、随意性等弊端,如新修订后的刑法第一百八十八条免除了被告人配偶、父母、子女强制出庭作证的义务既是其适例,“亲亲相隐,直在其中”,表明了从古自今,我国刑事立法中亦并不缺乏期待可能性理论的精髓,又如,近日由四部门联合发布的《关于依法办理家庭暴力犯罪案件的意见》中第20条规定:对于长期遭受家庭暴力后,在激愤、恐惧状态下为了防止再次遭受家庭暴力,或者为了摆脱家庭暴力而故意杀害、伤害施暴人……可以酌情从宽处罚。该意见正是从刑法的温情与谦抑性的角度出发,将期待可能性理论通过立法手段融入成文法的灵魂中,对行为人相应的危害行为因期待不可能而酌情从宽处罚,同时,引入期待可能性理论,也将对于防卫过当与避险过当为何可以减轻或免除处罚、为何将不可抗力作为不可罚的免责事由等能给予较为合理的解释。

参考文献:

- [1] 马克昌. 德、日刑法理论中的期待可能性[J]. 武汉大学学报:社会科学版,2002(1):5-11.
- [2] 山口厚. 刑法总论[M]. 2版. 付立庆,译. 北京:中国人民大学出版社,2011:252.
- [3] 张明楷. 刑法学[M]. 4版. 北京:法律出版社,2011:304.
- [4] 杨建广,杜宇. 期待可能性的理论根基[J]. 学术研究,2000(12):84-89.
- [5] 陈兴良. 期待可能性问题研究[J]. 法律科学(西北政法学院学报),2006(3):72-81.
- [6] 大冢仁. 刑法概说(总论)[M]. 冯军,译. 北京:中国人民大学出版社,2003:470-473.
- [7] 熊明. 亲属间犯罪研究[J]. 湖南警察学院学报,2014(5):79-87.
- [8] 赵秉志. 刑法基础理论探索[M]. 北京:法律出版社,2003:543.
- [9] 唐稷尧,詹坚强. 本源、价值与借鉴——评期待可能性理论[J]. 四川师范大学学报:社会科学版,2004(6):49-56.

责任编辑:黄声波