

# 期待可能性及其本土化思考

冯婧

新疆大学法学院，新疆乌鲁木齐，830000；

**摘要：**起源于德国的期待可能性理论，长久以来占据着独树一帜的理论地位，展现出旺盛的理论生命力，并且伴随着司法实践中特殊案件的处理涉及到期待可能性理论，在我国引入期待可能性有其必要性和可行性。本文分为四个部分，第一部分探寻了期待可能性的理论渊源和其在各地区的发展；第二部分介绍了期待可能性的基本理论；第三部分讨论了引入期待可能性的基础，说明我国有适宜期待可能性发展的理论土壤；第四部分设想了期待可能性的引入方案，探讨了期待可能性应该作为消极的责任要素的合理性以及在司法实践中如何保障期待可能性理论不被滥用。

**关键词：**期待可能性；犯罪成立体系；消极的责任要素；本土化

**DOI：**10.64216/3104-9672.25.02.047

## 1 期待可能性的理论渊源及其在各地区的发展

期待可能性理论的思想可追溯至中世纪，这一思想在历史长河中不断发展，最终在刑法领域中形成了独特的期待可能性理论，在各国刑法体系中得到了不同程度的关注和应用，尤其在德国、日本等地区，经过判例和学说的推动，期待可能性理论得到了深入的发展和广泛的认可，成为责任论部分学者们重点关注的问题之一。

### 1.1 期待可能性的内涵

期待可能性，是指在某一行为发生时，根据行为人当时所处的具体环境和条件，我们能否合理期待行为人选择不实施违法行为，而是选择实施其他合法行为的可能性。这一概念强调的是在特定的情境下，对行为人采取合法行动的合理期望和可能性。期待可能性并非抽象的概念，而是需要根据行为人行为时的具体情况进行判断，这包括行为人面临的选择、环境、心理压力等因素。如果根据行为人当时的条件和能力，能够选择并实施合法行为，但他仍然违反了这种期待并实施了违法行为，那么需要承担相应的法律责任。相反，如果缺乏期待可能性，即在行为时行为人由于客观条件的限制只能实施违法行为，无法期待其做出合法选择，这将成为责任阻却事由，行为人因此不承担刑事责任。

### 1.2 期待可能性的理论渊源

期待可能性的思想深植于“法不强人所难”这一古老的法谚之中。这一法谚传达的核心思想是，法律不会强迫任何人去做那些在他们特定情境下无法实现或履行的行为。它强调了法律不应当强迫人们去做实际上不可能做到的事情，体现了对人性尊严的尊重。“法律不

强人所难”意味着法律在设定人们的义务时，必须考虑到人的实际能力和客观条件，就像被拐的与他人存在婚姻关系的妇女被迫与他人形成事实婚姻的，可以获得刑法的宽宥。“法律不强人所难”同时揭示了法律与道德之间的界限，法律只能规定人们“能够做”的，而非“应当做”的，法律的要求应当是人们有能力做到的，而非道德上可能存在的更高要求。另外，作为法学重要价值的正义也证明了“法不强人所难”的必要性与正当性。正义这个概念本身就具有矛盾性，正义通常以一般化的正义表现出来，适用于一般情况下的多数案件，倾向于通过明确的规则和标准来指导行为，以确保预测性和一致性，一般化的正义的优点是有助于维护社会秩序和法律体系的稳定性，但与此同时一般化的正义适用于某些具体案件时，会导致不正义的结果出现，因此需要关注每个案件的特殊情况和个体差异，于是个别化的正义这一概念应运而生，其要求法律在处理案件时能够考虑到个体的具体情况和需求。此时一般化正义与个别化正义之间存在一定的张力，“法不强人所难”思想为这种张力的平衡提供了可能，确保在追求一般化正义的同时，不忽视对个体特殊情况的关注。“法不强人所难”由法谚发展为刑法理论，需要追溯到1897年德国帝国法院“癖马案”的判决。经过审理，原判法院裁定被告人无罪。检察官对此裁定表示不服并提起了上诉。该案件最终移送至德国帝国法院进行审理，帝国法院在详细审查案件事实后，驳回了检察官的上诉。法院认为，在考虑到被告人的职业身份和所面临的就业压力时，不能期待他违背雇主的命令而拒绝使用这匹马。因此，从法律角度而言，被告人在此情境下不负有过失责任。这一裁决

体现了法律对于个体在特定情境下行为选择的合理期待，以及对于职业责任与个体权益之间平衡的考量。

### 1.3 期待可能性在各地区的发展

#### 1.3.1 期待可能性在德国的发展

期待可能性在德国的发展经历了从起源、确立到面临反对观点的波折过程。具体表现在，进入20世纪初，德国学者开始深入研究期待可能性理论。迈耶首倡规范责任论，指出责任要素除心理要素外，还必须有“非难可能性”存在。随着研究的深入，期待可能性理论逐渐形成并得到了广泛认可。以“癖马案”为切入点，1907年弗兰克在《论责任概念的构成》一文中开始提倡期待可能性理论，此后得到了弗罗伊登达尔、修米特、梅茨格尔等著名学者的支持和完善，在德国成为一种有影响力学说。1920年左右，期待可能性成为通说，但这个起源于德国的理论在德国的传播发展并非一片坦途，尤其是在纳粹统治期间，因为期待可能性本身所蕴含的自由意志与统治者所主张的国家主义不相符合，该理论遭到大肆批判。二战之后，随着规范责任论的发展，期待可能性的热度相应回升，规范责任论强调规范要素在刑事责任判断中的重要性，认为犯罪是行为人意志自由选择的结果，同时主张追究行为人的刑事责任是在具有期待可能性的前提下进行的。如今作为期待可能性诞生之地的德国，因出于期待可能性的适用会导致法律秩序的松弛的考虑，对于期待可能性理论适用已经转而持慎重甚至限制的态度，将期待可能性看作是现行法律若干规定的解释理由。

#### 1.3.2 期待可能性在日本的发展

日本刑法的犯罪构成体系仿照德国刑法建立，因此日本学者对于期待可能性理论给予了高度关注。木村龟二教授于1928年将期待可能性理论从德国引入日本，该理论一经传入便在日本刑法学界引起强烈反响，并在二战后在日本得到普及。佐伯千仞教授认为在判定责任时，责任能力和过错是基本且必须的责任构成要素，只要这两个要素存在，就可以初步判定责任成立。不过，若能证明缺乏期待可能性，那么可以作为一个特殊情形，免除相关责任，简而言之，期待可能性被视为责任判定的一个例外要素。佐伯千仞教授的观点体现了期待可能性在责任判断中的特殊地位，即在一般情况下不是主要考虑的因素，但在特殊情况下可以成为排除责任的理由。泷川幸辰教授是涉足期待可能性实质标准领域的先驱之一，提出了期待可能性判断的“人情味”实质标准，但有批评意见认为该理论在自由裁量下存在恣意性的风险。综上所述，木村龟二、佐伯千仞、泷川幸辰对于

期待可能性的见解各有侧重，但他们为期待可能性的引入和发展做出了各自的贡献。日本采用期待可能性理论的著名判例是日本大审院对“第五柏岛丸事件”所作的判决，大审院最终对于船员判处300日元罚金。其理由是：首先，乘客们无视船员的劝阻，争相上船，造成了超载的情况；其次，负责维护现场秩序的警察也未能及时制止乘客的登船行为，加剧了超载的现象；再者，该船只的航行成本高昂，需要收取超过正常乘客定额数倍的船票费用，才能确保收支平衡。在这样的经济压力下，被告人面临了艰难的抉择。更为关键的是，被告人已经多次向船主提出关于超载危险的忠告，但船主并未采纳这些建议。这些事实均表明，被告人在面临多重压力和挑战的情况下，不得已采取了超定额运载乘客的措施。因此，考虑到这些特殊情况，对于该船员所处的刑罚相当轻。如今，期待可能性在日本也出现衰微的迹象。虽然日本刑法理论界仍然十分重视期待可能性的理论价值，但是已经有很多学者注意到德国刑法理论的动向并表示赞同，认为应该在坚持超法规事由的基础上对期待可能性进行限制。日本实务界也对期待可能性采取极为保留的态度。

#### 1.3.3 期待可能性在英美刑法中的体现

期待可能性理论在英美刑法中虽然没有直接提出，但其思想却在实践中得到了体现和应用。英美刑法通过规范责任论、犯罪心态的理解以及应受谴责性的概念等方式，将期待可能性理论融入其体系中，使得对行为人主观恶性的判断更加科学和合理。尽管英美刑法体系与大陆法系在诸多方面存在差异，但两者在审慎判断责任这一核心原则上却展现出了相似的立场和态度。英美法事实上也承认并采用规范责任论，犯罪心态包括规范内容和心理内容，规范内容指的是行为应受道德规范和法律规范的谴责与否定，这与期待可能性理论中的“可以期待行为人做出合法行为”相呼应。心理内容则是指行为人在认识基础上的意志关系，即行为人是否具有选择合法行为的能力。如果行为人在具体情况下无法选择合法行为，那么其应受谴责性就会降低甚至消失。在英美刑法中，虽然没有直接提出“期待可能性”这一术语，但其在实践中却经常运用类似的概念。例如，是否受到威胁、是否处于紧急状态等，这些因素都会影响对行为人主观恶性的判断，从而与期待可能性理论中的“根据行为人在特定情境下的主观能力和客观条件来期待其是否能够实施合法行为”相呼应。美国许多州的刑法典中设立的应受谴责性的概念，作为几种犯罪形态的上位概念，这实际上是对犯罪心态的社会评价。

## 2 期待可能性的基本理论

### 2.1 期待可能性的适用范围

有学者指出，期待可能性的适用可能导致“刑法体制的弱化，法律秩序的松弛”，因此对于期待可能性适用范围的划定，学者们大都持审慎态度。欠缺期待可能性视为阻却责任事由是以刑法明文规定为限还是也包括超法规的责任阻却事由，对此理论上存在着不同的观点。

#### 2.1.1 法定责任阻却事由说

法定责任阻却事由说认为期待可能性理论仅能在法律明文规定的范围内适用，不能适用于法律规定之外的情状。此学说强调法的稳定性和法律秩序的安定性，认为如果将期待可能性适用于法律规定之外，可能会导致刑法的规制机能减弱，并减弱刑法的一般预防效果。但是该学说限制了期待可能性的适用，将期待可能性的适用范围限制在法律明文规定的范围内，可能导致在某些特殊情况下，即使行为人缺乏期待可能性，也无法阻却其刑事责任，从而可能产生不公正的结果。忽视个案特殊情况，在有些案件中，存在即使法律没有明文规定，但根据期待可能性理论，行为人也应当被免除或减轻刑事责任的情况。

#### 2.1.2 超法规阻却责任事由说

超法规阻却责任事由说则认为期待可能性不仅可以在法律明文规定的范围内适用，还可以适用于法律规定之外的情状。此学说强调期待可能性的本质，认为在特殊情况下，即使法律没有明文规定，也应当考虑期待可能性对行为人刑事责任的影响。但是该学说将期待可能性适用于法律规定之外的情状，可能增加法律的不确定性，导致司法实践中的困难和争议。法官在判断行为人是否缺乏期待可能性时，需要依据自身的理解和判断，可能导致判决的一致性和不公正性。另外该学说过度强调期待可能性对行为人刑事责任的影响，可能忽视了其他责任要素的作用，在某些情况下，即使行为人缺乏期待可能性，但其他责任要素仍然存在，行为人仍然应当承担刑事责任。

#### 2.1.3 折中说

除了上述两种主要学说外，还有一些学者主张折中说，即根据具体情况综合考虑法定责任阻却事由说和超法规阻却责任事由说的合理之处。折中说认为，在一般情况下，应当遵循法定责任阻却事由说的原则，将期待可能性的适用范围限制在法律明文规定的范围内；但在特殊情况下，如果法律没有明文规定但根据期待可能性理论应当免除或减轻行为人刑事责任的，可以适用超法

规阻却责任事由说。但是折中说虽然试图平衡法定责任阻却事由说和超法规阻却责任事由说的优缺点，但在实际操作中，如何确定“特殊情况”却是一个难题。这可能导致司法实践中的不确定性和争议。具体什么情况属于“特殊情况”需要法官自由裁量，这要求法官具有较高的法律素养和判断能力。但在实践中，由于法官的素质和能力存在差异，可能导致判决的一致性和不公正性。综上所述，期待可能性的适用范围在学术界存在多种学说，每种学说都有其合理性和局限性。在实际应用中，需要根据具体情况综合考虑不同学说的合理之处，以确保司法的公正性和合理性。

### 2.2 期待可能性的种类

#### 2.2.1 法定的期待不可能或可能性减低的情况

德国刑法总则第35条第1款的规定，将免除刑事责任的紧急避险作为阻却责任的规定使用，认为没有必要再规定超法规的责任阻却事由，因此期待可能性作为减轻或者阻却责任事由仅限于法律有规定的情况。但是德国刑法中也有一些关于无期待可能性的规定，如139条第3款规定：“对其亲属的犯罪行为虽未告发的，如已真诚努力阻止犯罪的实施或避免犯罪结果产生，则不负刑事责任。”日本刑法不少条文蕴含了期待可能性的思想，如刑事被告人湮灭自己的刑事被告案件证据的行为不作为证据湮灭罪的处罚对象、承认防卫过当、避险过当具有减轻、免除其刑罚的可能性，从刑事立法上看，一些犯罪的法定刑设置较低，也被视为考虑到期待可能性的要求。如日本刑法第97条规定的单纯脱逃罪、第212条规定的自行堕胎罪等。在我国司法实践中，期待可能性虽然未规定为直接的法定责任减免事由，但存在着期待可能性较低的情形，在量刑时会作为一个考虑因素，例如我国刑法第19条的规定，又聋又哑的人、盲人以及尚未完全丧失辨认或控制自己行为能力的精神病人，在犯罪时由于自身素质的特殊性，可能难以认识到什么是禁止的行为，因此其行为的期待可能性相对较低。刑法第28条规定的胁从犯，在共同犯罪中，如果行为人被胁迫参与犯罪，其主观恶性相对较小，因此在量刑时可能会考虑降低其期待可能性。

#### 2.2.2 超法规的期待不可能或可能性减低的情况

德国早期刑法理论承认无期待可能性是超法规的责任阻却事由，但现在的主流观点则持否定意见。认为当免除责任事由模糊不清时，不仅可能导致司法实践中对同一案件产生不同的裁决结果，引发公众对法律公正性的质疑，还可能使得行为人难以准确判断自己行为的合法性，进而增加社会的不确定性和风险。不过，德国

现在的通说也认为，在一定的具体情况下承认超法规的期待可能性具有意义。因为过失本身以期待可能性为前提，没有期待可能性就不会有过失，因此对于过失或者不作为犯，有必要对谨慎义务和作为义务的范围做符合实际的限制，另外依照绝大多数论者的观点，在特别不同寻常的冲突情况中超法律的免除责任事由也有存在的必要性，例如纳粹德国期间的‘安乐死行动’，一部分医务人员带着极大的自我挣扎选择了少数病人参加此行动，在这种极端情况下，应当以“超法律的免除责任紧急状态”的方式免除这些医务人员行为的可罚性。日本的通说承认无期待可能性是超法规的责任阻却事由。日本学者认为，超法规的期待可能性事由主要有以下几种情况：一是违法拘束命令。有学者认为，既然是将违法命令付诸执行的行为，就不能否定该行为是违法的。因此，应将其视为由于欠缺期待可能性而阻却责任。二是强制行为。这是指被他人逼着实施犯罪行为，有学者认为，在不能成立紧急避险时，就属于欠缺期待可能性的阻却责任事由。三是义务冲突、安乐死。此外，还有学者认为，如极端贫困下的轻微盗窃行为、害怕失业而实施的行贿行为等，也属于超法规的无期待可能性的情况。

### 2.3 期待可能性的判断标准

一是行为人标准说，该学说主张以行为人在特定行为发生时的具体情境下所具备的能力作为衡量标准。若依据这一标准，在当时的实际情况下，无法合理期待行为人采取合法行为，则被视为缺乏期待可能性。然而，这一学说也引发了学术界的批评，批评者指出，若完全以行为人自身的能力作为判断标准，就不可能进行责任的非难。二是平均人标准说，以处于行为人状态下的平均人是否有可能实施合法行为作为判断标准。如果能够期待处于行为人状态下的平均人实施合法行为，那么行为人也具有期待可能性；反之则不具有。对该学说的批评意见是没有考虑到对平均人能期待、对行为人不能期待的情况，这与期待可能性理论的本意不符，因为期待可能性需要进行个别判断。三是国家标准说，从国家法秩序的立场出发，以国家或者国家法秩序的具体要求为标准，判断行为人是否具有期待可能性，国家法律法规要求公民在有能力的情况下应当救助危难者，这是从国家法秩序的角度设定的期待可能性标准，对该学说的批评意见是该学说无法回答法律在何种情况下能够期待行为人实施合法行为这一问题，容易陷入循环论证，最重要的是，期待可能性是出于对于人性弱点的考虑而给予刑法上的救济，而国家标准说违反了这一思想。对于

这三种学说的关系，传统的观点认为三者之间是相互排斥的，但是现在的许多学者认为行为人标准说、平均人标准说、国家标准说之间并非相互矛盾的，而只不过是层次的不同，都是妥当的，都是把握了部分侧面，三者之间相互对立并无重要意义。法官在司法实践中需要综合行为人行为时的身体状态、心理状态以及具体的附随情况，通过将这些因素与具有类似特性的多数人进行对比，判断在特定情境下是否能够合理期待行为人能够实施适法行为，避免实施符合构成违法要件的不法行为。

## 3 我国引入期待可能性的基础

期待可能性在我国有引入的必要性和可能性，在某些特殊案件中，行为人因受到客观条件的限制而难以实施合法行为，如果机械地适用刑法规范对行为人进行处罚，可能会导致个案的不公，引入期待可能性有助于实现个案正义，使刑法更具公正性；另外受儒家传统文化的影响，古代上存在“亲亲得相首匿”等法律规则，这些规则体现了对家庭成员之间互助行为的宽容和理解。期待可能性作为一种阻却责任事由，与儒家文化中的仁爱、宽容等思想相契合，有助于实现情理与法理的有机结合。

### 3.1 期待可能性引入的必要性

#### 3.1.1 完善我国犯罪构成体系之需要

当前，我国犯罪构成体系主要基于封闭的平面四要件结构，平面的四要件体系存在些许不足：首先，将事实评价与价值评价合并处理，导致价值评价的相对弱化。这与我国刑法理论强调价值评价的重要地位不相符，因此，有必要进行进一步的完善。另外犯罪构成应当是积极与消极构成要件的有机统一。然而，从我国传统的犯罪构成四要件来看，主要关注的是犯罪成立的积极要件，缺乏从反面观察犯罪的视角，这导致了对消极构成判断的忽视。再者，我国传统的犯罪构成四要件体系具有“一荣俱荣，一损俱损”的特点，其结构相对封闭。这种封闭性限制了法律对复杂社会现象的适应性，不利于刑法的灵活性和公正。

引入期待可能性理论，首先可以使我们在评价犯罪行为时，更加关注行为人的主观心态和外部环境。这种关注有助于强化价值评价在犯罪构成体系中的地位，使我们对犯罪行为的性质和社会危害性有更准确的判断。另外，期待可能性理论强调从正反两方面观察犯罪，这正好可以弥补我国现有犯罪构成体系中消极构成判断的缺失。通过引入期待可能性，我们可以更全面地评价犯罪行为，防止因忽视行为人主观心态和外部环境而导致

致的定罪错误。再次，期待可能性理论的引入，可以打破我国现有犯罪构成体系的封闭性。这种开放性有助于我们更好地适应社会发展变化，实现刑法的与时俱进，提高法律对复杂社会现象的适应性。

### 3.1.2 司法实践中贯彻正义理念之需要

司法实践的核心在于实现公正，而公正不仅要求法律的严格适用，更要求法律的人性化考量。一些特殊案例的出现以及对其的定性和判决促进了司法实践中对于期待可能性的呼唤。以王斌余案与廖丹诈骗案为例，王斌余是一名建筑工人，长期受到雇主的拖欠工资和欺辱，其家庭生活贫困，此外，王斌余在行为前曾多次向雇主索要工资无果，且在案发当晚再次遭到雇主的拒绝和侮辱，情急之下杀害雇主，法院判决王斌余死刑；廖丹诈骗案中被告人廖丹是北京的一名下岗工人，其妻子杜金领在2007年被诊断出患有尿毒症，需要定期进行血液透析以维持生命。由于巨额的医疗费用，廖丹无力承担，最终选择了伪造医院收费单据的方式，为妻子“免费”治疗了四年，骗取了医药费共计17.2万余元，法院以诈骗罪判处廖丹有期徒刑3年，缓刑4年，并处罚金3000元。这两个案件处理结果迥异，这与期待可能性的发展有很大的关系，法院对于廖丹案的判决中写道，综合考虑其虽在客观上是犯罪行为，但主观上恶性较小，对其可从轻处罚，并宣告缓刑。“主观恶性较小”可以做这样的解读，廖丹在行为时缺乏期待可能性，他之所以选择伪造单据骗取医疗费用，是因为面临了巨大的经济压力、医疗体制的限制以及心理压力等多重困境，现实的困境使他不得不做出不符合刑法期待的行为，虽然他的行为触犯了刑法，但法院在评价其行为时充分考虑了其所处的具体环境和个人状况，对其的刑罚予以轻缓化。

因此，引入期待可能性是司法实践中贯彻正义理念之需要，它不仅能够促进司法公正与人性的尊重，推动法治精神的深化，还能够维护社会的稳定与和谐。在司法实践中，我们应当注重引入期待可能性理论，以更加全面、深入地评价犯罪嫌疑人的行为，符合人民群众对于正义的追求，从而作出更加公正合理的判决。

## 3.2 期待可能性引入的可行性

### 3.2.1 期待可能性与我国传统法律观念相契合

我国传统法律在判断一个人的行为时，注重主观因素的考量，比如春秋决狱最重要的定罪量刑原则是“原心论罪”和“原情定罪”，强调在判断犯罪时需要考虑行为人的动机、目的等主观因素。我国传统法律是人情、天理、国法三者的统一，我国传统法律观念中的人之常

情，即考虑人性的正常反应和社会习俗。在司法实践中，法官会考虑案件背后的情感因素，如家庭关系、社会舆论等；“天理”则代表社会公认的普遍规律和人类认识真理的有序方式。法官在裁决时会参考社会道德、伦理观念等，判断行为是否符合社会公认的“理”，“国法”是对社会行为进行规范和指导的一种秩序体系。在情、理、法结合的过程中，法律作为最终的裁决依据，需要考虑到情和理的因素。期待可能性在司法实践中的运用，正是基于对人性的理解和尊重，从行为人的具体情况出发，评估其是否具有实施合法行为的可能性。这种考量与情理法的融合相辅相成，共同追求个案的公正与合理，期待可能性与我国传统法律观念在精神实质上相契合。另外，我国传统法律追求个案的公正与合理，强调在维护社会秩序的同时，也要保障人权和尊重人性，期待可能性的应用有助于实现这一追求。通过考虑行为人的具体情况和主观因素，避免一刀切的处理方式，使得司法裁决更加符合个案的实际情况，实现公正与合理。再次，我国传统法律观念强调法律与社会的和谐，追求法律的社会效果和公众认同，而期待可能性的应用有助于实现法律与社会的和谐。通过考虑社会道德、伦理观念等因素，使得司法裁决更加符合社会公认的价值观和道德观念，提高公众对司法的信任度和满意度。

综上所述，我国传统法律讲求情、理、法的结合与期待可能性之间的联系主要体现在情理法的融合、主观因素的考量、个案公正与合理的追求以及法律与社会的和谐等方面，两者共同追求公正与合理的价值目标。

### 3.2.2 期待可能性与我国刑法基本原则完全相容

刑法三大基本原则共同构成了刑法的基石，对于保障人权、实现司法公正具有不可替代的作用。它们不仅指导着刑事立法和司法实践的方向，也为公民提供了明确的法律预期和行为规范。引入期待可能性必须考虑其是否与我国刑法原则相契合。首先，罪刑法定原则是我国刑法的基本原则之一，它要求犯罪行为必须在法律明文规定的情况下才能被认定为犯罪，并受到相应的刑罚处罚。期待可能性理论在司法实践中，强调从行为人实施行为时的具体情况出发，判断其是否具有实施合法行为的可能性。这种具体附随情境下的判断，实际上是对罪刑法定原则中“法律明文规定”的细化与补充。通过考虑行为人的具体情况和主观因素，期待可能性使得刑法规定更加贴近实际，更加符合罪刑法定原则的要求。其次，刑法适用平等原则要求对于相同的犯罪行为，应当给予相同的法律评价和处罚。期待可能性理论在司法实践中的应用，并不因行为人的身份、地位等因素而有

所区别，不论行为人是谁，只要其实施了相同的行为，并且缺乏期待可能性，就应当受到相同的法律评价。最后，罪责刑相适应原则要求刑罚的轻重应当与犯罪行为的社会危害性和行为人的主观恶性相适应。期待可能性理论在司法实践中的应用，可以更加准确地评估行为人的主观恶性。如果行为人缺乏期待可能性，即其在行为时只能实施违法行为，那么其主观恶性就相对较低。因此，在量刑时应当考虑这一因素，使得刑罚更加符合罪责刑相适应原则的要求。

因此，期待可能性与我国刑法基本原则相契合。它不仅有助于实现罪刑法定原则的要求，使得刑法规定更加贴近实际；还有助于实现刑法适用平等原则的精神，确保相同的行为受到相同的法律评价；同时，它还能够更加准确地评估行为人的主观恶性，使得刑罚更加符合罪责刑相适应原则的要求。

## 4 期待可能性的引入方案

### 4.1 期待可能性的体系地位

期待可能性理论发源于德国，并在其刑法犯罪论中占有重要地位。但是我国的刑法理论体系与德国等大陆法系国家存在一定的差异。因此，在引入期待可能性理论时，需要考虑其如何与我国现有的刑法理论体系相融合，避免产生冲突或矛盾这就需要考虑其在我国刑法理论中的定位问题，我国对此问题存在以下不同观点：一是罪过要素说，该学说认为故意和过失体现了行为人对于犯罪结果的主观心理状态。而期待可能性则被视为故意和过失的构成部分，即当行为人缺乏期待可能性时，其故意或过失的程度会受到影响。对该学说的批评是，期待可能性属于客观的责任要素，不应与故意、过失相混淆。二是第三要素说，在该学说的视角下，期待可能性与故意、过失是三个相互独立但又相互关联的责任要素。故意和过失关注的是行为人对于犯罪结果的主观心理状态，而期待可能性则侧重于从法规范的角度对行为人的主观选择进行评价，但是该学说提出的观点给公诉机关带来繁重的压力。三是消极的责任要素说，此学说主张将期待可能性视为一种消极的责任要素，即不需要司法机关在每一次司法裁判中都积极证明其存在，但一旦行为人缺乏期待可能性，这便成为一个免除或减轻行为人责任的重要理由。

对比期待可能性不同学说，消极的责任要素说有其合理性，我国现有的犯罪成立体系在司法实践中面临着诸多挑战，其中最为突出的批评之一是“出罪途径的缺失”。在应对这一问题时，引入消极意义的期待可能性

概念，对完善我国的犯罪成立体系具有深远的学术意义和实践价值。首先，消极意义的期待可能性强调了在特定情境下，行为人是否有可能选择合法行为。这一概念的核心在于对行为人主观意志的尊重，即当行为人面临无法选择合法行为的困境时，其刑事责任应当得到适当的减轻或免除。这种处理方式不仅符合刑法“法律不强人所难”的基本原则，也体现了刑法在维护社会秩序的同时，对于个人自由和尊严的尊重。其次，消极意义的期待可能性在完善我国犯罪成立体系方面，具有独特的体系功能。它有助于缓和刑法的明确性要求与体系开放性的矛盾。刑法的明确性要求法律条文必须清晰、具体，以便公众能够明确知晓何种行为构成犯罪。然而，现实生活的复杂性和多样性使得法律条文难以涵盖所有可能的情况。因此，刑法体系需要保持一定的开放性，以适应不断变化的社会现实。消极意义的期待可能性正是在这一背景下发挥作用的。它允许法官在评估行为人是否构成犯罪时，考虑行为人是否具备期待可能性这一因素。这样一来，即使在法律条文没有明确规定的情况下，法官也可以根据案件的具体情况，做出公正、合理的裁决。最后，消极意义的期待可能性为出罪创造了途径。在我国现有的犯罪成立体系中，由于缺乏有效的出罪途径，一些原本不应被追究刑事责任的行为人却被错误地定罪。这不仅损害了行为人的合法权益，也影响了司法的公正性和权威性。消极意义的期待可能性为这一问题提供了解决方案。当行为人缺乏期待可能性时，即使其行为在形式上符合犯罪的构成要件，也可以因为其主观意志的不可归责性而免除其刑事责任。这种处理方式有助于减少冤假错案的发生，维护司法的公正和权威。

### 4.2 期待可能性的司法适用

#### 4.2.1 期待可能性的适用范围

正如前文介绍的，在当今世界各国的刑法体系中，关于期待可能性能够应用于过失犯罪的看法已达广泛共识，然而，当涉及期待可能性是否能进一步拓展至故意犯罪时，呈现出了不同的观点与见解。学者们的审慎态度是因为忧虑期待可能性被滥用，进而造成法秩序的松弛。但是因为期待可能性具有调节现实与法律冲突的功能。任何法律体系都无法自得圆满，都必须为特殊情况的适应留有余地，因此应当允许在特殊的故意犯罪的情境中应用期待可能性，正如日本学者内藤谦教授所说的，立法者和他们所制定的实定法并非无所不能，无法详尽无遗地覆盖所有责任阻却事由的细节。因此，即使法律文本中未明确提及，但当我们根据具体情境判断某行为缺乏合法的期待可能性时，不论是出于故意还是

过失，我们都应认可其具备阻却责任的条件。

#### 4.2.2 期待可能性的适用条件

在判断客观附随情状的异常性时，需要综合考虑行为人所处的具体环境、外部条件、法律规范的完善程度等因素。这些异常性情况可能降低或消除对行为人实施合法行为的期待可能性，从而影响对行为人刑事责任的判断。同时，这些异常性情况也可能成为司法实践中对行为人进行责任减免或免除的重要考量因素。异常的附随情状大致有以下几类：生命安全遭到严重威胁；人格尊严受到严重损害；赖以生存的物质利益面临重大威胁，如失业、贫困等，可能会选择违法手段来获取生存所需，从而降低其作出合法行为的期待可能性；人具有社会性，当行为人的亲友面临危险时，其情感因素可能会促使其采取非法手段来保护亲友，从而降低其作出合法行为的期待可能性；自然灾害；社会动荡等，这些情况都会客观上影响行为人的主观判断，使其自由意志受到限制，对行为人形成足够的心理强制，进而促成期待可能性降低的情况发生。在司法实践中，这些因素需要被充分考虑，以便对行为人的刑事责任进行公正、合理的判断。

#### 4.2.3 期待可能性适用的司法保障

在起诉阶段和审判阶段，为了防止期待可能性的滥用，检察机关需要采取一系列措施。在起诉阶段，应该进行严格的证据审查，特别注意与期待可能性相关的证据，如行为人的主观动机、客观环境等，避免仅凭主观臆断或偏见起诉。对于涉及期待可能性的案件，应当特别谨慎，确保起诉的合理性和必要性。检察机关应建立严格的内部监督机制，对检察官的起诉行为进行监督和评估，防止滥用期待可能性。在审判阶段，审理涉及期待可能性的案件时，应严格遵循法律规定，确保法律适用的正确性；可引入期待可能性案件复核制度，确保判

决的公正性；建立健全法官考核机制，对法官的审判行为进行评估和监督，防止滥用期待可能性；法官应认真听取被告人的辩护意见，并综合考虑其提出的关于期待可能性的证据和理由。

### 5 结语

期待可能性理论自形成开始，围绕着该理论不同方面的问题就存在着激烈的学术争鸣，体现了该理论独特的学术价值。期待可能性理论，不仅为中国刑法学的领域内增添了新的视角，也为加强与世界，特别是大陆法系刑法文化的对话提供了宝贵的契机。这一理论的引入和深化，对于丰富中国刑法学的内容，推动其与国际刑法学界的交流互鉴，具有不容忽视的积极意义，并且我国具有引入该理论的现实土壤，引入该理论有助于弥补我国犯罪成立体系缺少出罪途径的缺陷，另外期待可能性的引入加强了刑法与人性、伦理的关联，使得刑法成为一种充满温情和人文关怀的法律制度。正如大家仁教授所说，期待可能性是对在强大的国家规范面前喘息不已的国民脆弱的人性倾注刑法的同情之泪的理论。

### 参考文献

- [1] 大塚仁. 刑法概说(总论)[M]. 冯军译. 北京: 中国人民大学出版社, 2003.
- [2] 大谷实. 刑法讲义总论[M]. 黎宏译. 第2版. 北京: 中国人民大学出版社, 2008.
- [3] 李斯特. 德国刑法教科书[M]. 徐久生译. 北京: 法律出版社, 2006.
- [4] 德国刑法典[M]. 徐久生, 庄敬华译. 北京: 中国方正出版社, 2004.
- [5] 张明楷. 刑法格言的展开[M]. 北京: 法律出版社, 2003: 220.