

论超法规期待可能性理论适用

张玲玲

摘要 期待可能性理论自引入刑法领域以来,其适用就一直是个争论不休的话题。实践中,以德日为代表的大陆法系国家,在经过了引入本理论初期的广泛适用阶段后,“热情”纷纷削减。许多国家的判例开始对期待可能性理论持保守、消极的态度。理论界也就此掀起了对于超法规期待可能性适用的激烈探讨和争论。本文将简要介绍目前德日两国对于超法规期待可能性的适用情况,并在丰富的资料基础上提出对于此问题的相关见解。

关键词 超法规期待可能性 罪刑法定 刑法秩序

中图分类号 D920.0

文献标识码 A

文章编号 1009-0592(2009)09-331-02

一、德日两国对于超法规期待可能性在实践中适用的态度

(一)德国

德国自期待可能性理论产生以来就明确否定了其作为超法规的责任阻却事由或免责事由在实践中应用。德国刑法学界为维护刑法的严肃性和一般预防功能而十分强调标准的统一和客观,期待可能性标准太过主观、伸缩性大因而自始它的适用被严格限定在法律规定的场合。

(二)日本

日本刑法理论学界的通说是承认期待可能性的超法规适用。在30年代以前,日本判例对于期待可能性理论运用积极。如日本大审院在1933年做出的“第五柏岛丸事件”的判决,基于期待可能性思想,撤消了原判的监禁刑而改判为较轻的罚金刑。另外,1936年11月21日的日本最高法院判决认为:“以不存在期待可能性而否定刑事责任的理论,不是基于刑法上的明文规定,而应看作为所谓超法规的排除责任事由。”在日本的下级法院的判决中,对于违反经济管制法规的行为,以没有期待可能性为理由而判定无罪的情况也很多。法院的这种态度主要因为日本在战后的混乱时期,不可能现实地按照经济管制法规行事,从而为超法规的期待可能性适用提供了大量空间。

但昭和30年代后,日本社会局势逐渐安定,要适用期待可能性的情况减少。法院对于超法规期待可能性的适用态度也转向消极。日本最高法院1958年11月4日的判例确认:“行为只要符合犯罪要件,违法性及有责性即被认为具可非难性,除非有足够证据否定罪责。”这番话表明日本实践中几乎已否认超法规期待可能性的适用,法院态度可谓完全转变。^①

二、超法规期待可能性理论适用的争议焦点

实践中的态度引起了理论界广泛而激烈的思考争论。本部分笔者将从理论上尽可能深入研究对于超法规期待可能性适用应采取的态度。

超法规的期待可能性实际上体现了行为人的自由意志的实际状态和规范的自由意志之间的差距。^②由于“立法者制定实定法规时不是万能的”。因此必然会存在法定范围外的特殊情事为立法者所遗漏;而法的滞后性进一步增加了刑法的不完备性,从而拉大了实际状态与规范下的自由意志的距离。面对差距,人们欲通过某种合理的理论(如期待可能性理论)填补,又担心弱化刑法规制机能,缓迟刑法的秩序等。因此学术界关于是否应承认期待可能性应用于法规之外以阻却责任存在激烈的争斗。

否定论者与肯定论者对于这一问题的争论点主要如下:

第一,期待不可能是某些特殊情况下责任阻却事由的理由还是一般性的责任阻却事由。对此,否定论者认为:不能因为刑法规定了某些责任阻却事由,如德国刑法第32条的正当防卫,33条的防卫过当,34条之阻却违法性之紧急避难与35条之阻却责任之紧急避难等是以欠缺期待可能性为理由,而导出期待可能性成为一般的免责原因的结论。^③而肯定论者则坚持:“期待可能性本来的意图,是在极为特殊的不合理案件中,就制定法的严格范围与现实的矛盾充作架桥,以发挥具体的妥当性机能。因此,纵于法律明文之外的场合,也有滋生不合理现象的可能性”。^④如果禁止期待可能性的适用,不仅违背理论本来面目,而且有强加非难的嫌疑。对此笔者同意肯定论者之观点。期待可能性理论诞生于规范责任论,乃后者之核心。规范责任论认为责任是行为者的心理事实在规范上值得非难的可能性这一本质。^⑤即“非难可能性”作为评价要素是必要存在的,其结果是认为“法期待行为者能服从其命令要求时,始得加以非难”。^⑥换言之,期待可能性是责任要素之一,欠缺期待可能性的行为,便阻却责任的发生。因此“在意志形成的评价中发现了责任的本质,并将相对应的责任非难建立在行为者能够为其他行为基础上的规范责任理论,在最终结论里,要求将符合规范的不可期待性作为一般的超法规的免责事由加以认可。”^⑦

作者简介:张玲玲,厦门大学法学院法律系。

第二,期待可能性理论运用于超法规的状态下,是否有违罪刑法法定主义的精神。否定论者认为刑法既已列举因期待可能性欠缺或薄弱而导致的减轻或免除责任之事由,就不应扩张期待可能性之适用,否则有违罪刑法法定主义的精神。^⑧关于这一点,肯定论者给予了驳斥。后者认为罪刑法法定主义之精神,在于禁止类似新设刑罚或加重刑罚而不利于被告之类推解释,并未禁止免除或减轻刑罚之有利于被告之类推解释。即“根据罪刑法法定主义之立场,刑法将所有应成立之犯罪以法定化,为被告利益起见,禁止类推之方法,创造新犯罪类型。然而刑法对于阻却违法及阻却责任之事由,则未作网罗之规定,自始即系预定以解释补充其中之不足。此解释即乃超出法律之规定”。德国刑法学界也认为“任何一种在其他法律领域中被认为是很平常的作为获得法律手段的类推用法,只要是发挥对行为人不利的作用的,那么在刑法中,出于保护行为人的目的,都要禁止。”^⑨笔者同意肯定论者的观点。罪刑法法定主义精神必须从实质上进行理解,刑法的目的之一在于保障人权,因此严格禁止不利于被告的类推解释,此乃罪刑法法定原则的内涵之一。换言之,类推解释不等于罪刑法法定,两者有交叉。由于刑法的不确定性,对法规的解释成为必要。“法官享有一种自由,他不必要纯粹地进行概念上的演算,而是权衡当事人的利益,并通过法律一般原则和法律目的的阐释,使当事人的利益得以平衡”。^⑩因此,在刑法中运用超法规的期待可能性作为责任阻却的事由,并不违反罪刑法法定原则。相反,它相当于规范之外设立的刑法的安全出口,体现了刑法的谦抑性价值及人性基础。

第三,期待可能性理论运用于超法规情形,是否就会致使刑法秩序趋于迟缓,弱化刑法机能。否定论者提出“期待可能性恒为罪责之基础,已在刑法衡量之中,此外若无相当明文可据,自不宜再以期待不可能为由免除刑责,否则扩张过甚,不免流于宽松。”^⑪德国刑法学者也提出“鉴于这种被主观化的不可期待性学说对刑事司法的稳定性和均衡性的危险”^⑫而不能贯彻超法规之适用。肯定论者对此提出主张,期待可能性理论被滥用并非其理论之特有缺陷。如果因为其有被滥用之风险而排斥适用,未免过于本末置,无异于因噎废食。^⑬退一步而言,作为相对合理的理论,“期待可能性经由构成要件该当性、违法性之‘客观可能性’所发生之‘阻碍’作用,迄于罪责领域中尚存之‘主观可能性’应予评价之案例,可谓极为稀少。以次于有责性阶层中,透过责任能力及违法性意识二要件产生的‘意思形成之无可期待性’;法规规范服从之期待不可能’之初步筛选,益使原稀少之无可适用案例更见希微。是故,所谓滥用刑事免责而致使刑法机能趋于弱化之说,无宁为过

虑之举”。^⑭笔者同意肯定论者主张,所谓“药本无害,滥用则有害”。任何制度被滥用均会产生负面作用。我们要做的是如何防止滥用,而不是不加思量的采取“一刀切”的方式废除之。

第四,期待可能性标准过于主观,其超法律适用将削弱刑法的一般预防效果。德国学术界于帝国法院首先表明“根据现行法,行为人在故意犯罪情况下,法律规定之外的免责事由,不得予以承认”之后,贯彻了这样一种认识,即刑法在责任领域需要标准,这些标准虽然应当包含对意志形成的评价,但必须被形式化,并从法律上加以规定。不可期待性这一免责事由无论从主观还是从客观上加以理解,均会削弱刑法的一般预防效果。^⑮对此肯定论者未给出合理解答。笔者认为,期待可能性判断之标准在理论界素有巨大争议,目前较为理论界接受的是“类型人标准说”。申言之,指“不同之年龄、性别及职业等特征而划分,于从事社会活动之过程中,属同一类型这行为,法所期待这基准恒维持齐一,然不同类型之人,标准则随特征之差异而作高低之调整”。类型人标准说较于“行为人标准说”,“国家标准说”等在标准的稳定性及合理性上已有很大进步,但仍不可避免地存在不确定性和难以统一的问题。如:一般而言,有资格划定具体类型人的标准的应是法官,虽是以社会普遍人对于判定类型的观点为基础,但最终很可能成为法官标准;又如,人在行为时,可能具有的类型并不单一,而不同类型下标准又相异,实践中应如何考量,此又是一见仁见智的主观判断,难生客观界限。因此,不可否认,期待可能性在超法规适用场合的确会因为标准问题而导致刑法一般预防效果的弱化。

综合以上四点,笔者认为,期待可能性作为超法规的责任阻却事由适用应予肯定。值得强调的是,现在学术界应致力于对期待可能理论的进一步完善,如理论可能性的判断标准、其于犯罪构成体系中的具体地位等重要问题,以便将其合理地运用于立法之中,并广泛指导实践,发挥其应有效用。

注释:

- ①[日]大谷实著,黎宏译,《刑法总论》,法律出版社,2003年版,第267页。
- ②④董德华,《刑法中的期待可能性论》,中国政法大学出版社,2003年版,第265页,第6页。
- ③⑦⑫⑮[德]汉斯·海因里希·耶塞克等著,徐久生译,《德国刑法教科书(总论)》,中国法制出版社,2001年版,第603页,第602页。
- ④⑬高仰止著,《刑法总论之理论与实用》,台湾五页图书出版公司,1986年版,第288-289页。
- ⑤徐立,《刑事责任根据论》,中国法制出版社,2006年版,第138页。
- ⑥林宗勇,《期待可能性理论之规范化之可能性》,台湾《军法专刊》,1964,21(5),第23页。
- ⑧[德]克劳斯·罗克辛著,王世洲译,《德国刑法学总论(第1卷)》,法律出版社,1997年版,第79页。
- ⑨沈敬荣,《论法律的确信性与不确定性》,台湾《东吴法律学报》,1999,11(2),第17-318页。
- ⑩黄丁全,《论刑事责任理论中的危机理论》,陈兴良主编,《刑事法评论》(第4卷),中国政法大学出版社,1996年版,第151-152页。
- ⑪陈友锋,《期待可能性:刑法上地位之回顾与展望》,台湾辅仁大学,1993年硕士学位论文,第162页。