

● 刑 法

德、日刑法理论中的期待可能性^{*}

马 克 昌

(武汉大学 法学院,湖北 武汉 430072)

[作者简介] 马克昌(1926-),男,河南西华人,武汉大学法学院法律系教授,博士生导师,主要从事刑法学研究。

[摘 要] 期待可能性在德、日刑法理论中被认为是阻却、减轻责任事由,起源和完成于德国,随后流传至日本并得到发展。这一问题在犯罪论体系中从来被认为属于责任论的领域,但在责任论中其位置如何,意见还不一致。期待不可能性作为法规上的阻却、减轻责任事由,为德、日学者所共同承认,但作为超法规的阻却、减轻责任事由,日本虽然理论上承认,但司法实践持慎重态度。期待可能性的判断标准以行为人标准说为可取。关于期待可能性,基于不可避免的错误的欠缺时,应当阻却责任;由于过失陷于错误,应以过失犯论处。

[关键词] 期待可能性;期待不可能性;阻却、减轻责任事由

[中图分类号] DF611 [文献标识码] A [文章编号] 1008-2999(2002)01-0005-07

一、期待可能性的概念和理论发展

德、日学者认为,为了行为人对符合构成要件的违法行为有责任,责任能力、故意或过失与违法性的意识的可能性是必要的,同时进而还要存在适法行为的期待可能性。适法行为的期待可能性(以下简称期待可能性)是作为规范的责任论的核心要素的责任的要素。“期待可能性的意义有广狭二义,在广义上,对犯罪行为而言,指行为人从实施该行为之际的内部的、外部的一切情形观察,期待不实施该行为而实施其他适法行为是可能的情况;在狭义上,指了解上述内部的实情,从行为之际四周的外部的情形观察,期待不实施该违法行为而实施其他适法行为是可能的情况。刑法学上,说到期待可能性时,很少指广义的意义,可以说通常指狭义的意义。”^[1](第 18 页)在日本通常“所谓期待可能性,指在行为之际的具体情况下,能够期待行为人避免犯罪行为实施适法行为的情况。没有期待可能性时,虽然有对犯罪事实的认识,也存在违法性的意识的可能性,但认为阻却故意责任或过失责任的学说,称为期待可能性的理论。”^[2](第 361- 362 页)期待可能性,德国学者如耶赛克等称为期待不可能性。

期待可能性理论的发展经过如下阶段:

1. 起源 期待可能性的理论,通常认为源于德意志帝国法院 1897 年 3 月 27 日对“癖马案”的判例。案情是:被告人是一位驾驶马车的人,使用一匹常用尾巴绕缰绳妨害驾驭的烈马驾驶马车。一次驾驶时该马癖性发作,将尾绕缰用力下压,经极力制御无效,马惊驰,致使一行人受伤。被告人知道此马的恶癖,害怕发生事故,事前曾向雇主提出换马,雇主不许,仍让其使用该马,他担心如不服从,会被解雇只好服

* 收稿日期: 2001-10-18

从,继续使用该马,以致发生伤人事故。该案检察官以被告驾车之马惊驰、撞人致伤构成过失伤害罪提起公诉,原审法院判决无罪,检察官复以原判不当为由抗诉于帝国法院,帝国法院审理驳回抗诉。其驳回的理由谓:“肯定基于违反义务之过失责任(即不注意之责任),如仅凭被告曾认识驾驭有恶癖之马或将伤及行人一点者,则不能谓为得当;更应以被告当时是否得以基于其认识,而向雇主提出拒绝驾驭此有恶癖之马一点为必要条件。然而,吾人果能期待被告不顾自己职位之得失,而违反雇主之命令拒绝驾驭该有恶癖之马乎?此种期待,恐事实上不可能也。因此,本案被告不应负过失之责任。”^[3](第 93 页)后来规范的责任论兴起,此一案例遂成为“期待不可能”而阻却责任的有力论据。因而学者称此案例为“期待可能性”理论的起源。

2. 演进。1901 年德国学者迈耶发表《有责行为与其种类》的论文,主张责任要素除心理的要素外,还要有非难可能性的存在,最早将责任列入规范要素,首倡“规范责任论”。1907 年弗兰克发表《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”;该情况属正常性责任重,属异常性则责任轻。所以,与责任能力、故意或过失并列,附随情况的正(通)常性,被认为是第三责任要素。1913 年 J. Goldschmidt 发表《紧急状态为责任问题之一》的论文,认为“附随情况”本身并非责任要素,惟有“违反义务性”才是此种责任要素。规范的责任要素,即以义务规范为基础。1922 年, B. Freudenthal 发表《责任与非难》一文,主张因生活贫困,为求生存出于不得已的犯罪,应当没有责任,而将期待可能性适用的范围扩大;并主张责任的实质,在于“行为人虽应采取其他态度且能采取其他态度,但不为之,竟违反此期待而敢然实施其违法行为”这一点,亦即必须求之于适法行为的期待可能性。

3. 完成。大体上完成“期待可能性”的理论的,是 Eberhard Schmidt。他认为“责任是违法行为的非难可能性”,而基于“实行违法行为的心理过程中的缺陷”。他主张责任既不是单纯的心理的事实,也不是单纯的价值判断,而是以具有责任能力为前提的“心理的事实与价值判断的关系及关联”。因此,他的所谓责任就是违法行为在惹起该行为的心理现象的缺陷而值得非难的情况。经过上述学者的相继讨论、研究与修正,至 1920 年,期待可能性理论在德国已成为通说。昭和三年(1928),期待可能性理论由木村龟二介绍到日本,经过佐伯千仞等的努力,在逐渐增加支持者的同时,实务中也表现出对这一理论关心,在日本产生强烈的影响,二战后已完全通说化^[3](第 362-363 页)。

4. 现状。期待可能性理论,现在在德国已禁止乱用,不太顾及。德国学者耶赛克等指出,这个理论已退于背后。他写道:“期待不可能性这一超法规的免责事由,不论从主观上理解或从客观上理解,都会减弱刑法的一般预防效果,导致法律适用上的不平等。因为所谓‘期待不可能性’不是可能使用的标准。而且免责事由,根据法律的明确的体系,设置着不能扩大适用的例外规定。甚至处于困难的生活状况下,即使强迫面对这种状况的人作多大的牺牲,共同体也会要求服从法律。”^[4](第 392 页)日本学者山中敬一也指出:“在德国刑法学中,以期待可能性为规范的责任概念的核心,并且承认一般的阻却责任事由的见解已被克服。”^[5](第 149 页)但在日本却是另外一种情况。期待可能性理论今天仍为很多日本学者所承认,并进行着广泛深入的研究。正如山中敬一所说:“现在虽然被认为‘期待可能性的理论的实践的作用相对低下’,但在学说中,位于规范的责任论的核心,给与作为阻却责任论的理论以支柱的作用,并且认为期待可能性的不存在是超法规的阻却责任事由,是压倒的通说。”^[5](第 150 页)

从上述情况可以看出,当前期待可能性理论在德、日的遭遇颇为不同:期待可能性理论虽然起源和建立于德国,但德国当前对期待可能性作为超法规的免责事由持否定态度;日本的期待可能性理论是从德国引进的,引进后有很大发展,并且当前在日本刑法学界已得到广泛的认可。我们认为,从主客观相统一的犯罪观来看,期待可能性理论是有道理的,但把它作为超法规的阻却责任事由不加限制的适用,也会产生副作用。因而在我们看来,一方面应当肯定这种理论,同时对它的适用要持慎重态度。

二、在犯罪论体系中的地位

对无期待可能性状况下实施的行为,认为不能科处刑罚这一点,学说上是一致的,但期待可能性或者期待不可能性的问题在犯罪论体系中处于怎样的位置,至今见解还不一致。从来,期待可能性的问题被认为属于责任论的领域,但在责任论内部其位置如何,仍有不同的见解。

(一)故意、过失的构成要素说

此说认为故意、过失是责任形式,故意责任、过失责任共同包含非难可能性的要素,欠缺期待可能性时,阻却故意责任、过失责任。德国学者 Freudenthal E. Schmidt,日本学者团藤重光、板仓宏等持此说。如板仓宏在其著作中写道:“期待可能性不仅是责任的有无,也是确定程度的要素。与考虑期待可能性是否存在,它存在的程度如何的同时,必须考虑作为积极的责任要素。从而期待可能性应当认为是故意责任、过失责任的积极的要素。毕竟没有期待可能性时,作为构成要件要素的故意、过失虽然存在,但能阻却故意责任、过失责任。”^[6](第 297-298 页)对于此说,福田平有如下批判:期待可能性这一规范的要素,认为是作为心理的活动形式的故意的要素是不妥当的。

(二)与责任能力、故意或过失并列的第三责任要素说

此说认为,作为客观的责任要素的适法行为的期待可能性,与是主观的责任要素的故意、过失区别开来,是与从来的责任要素并列的积极的要素。德国学者弗兰克、Goldschmidt 日本学者大冢仁、西原春夫等持此说。如大冢仁说:“适法行为的期待可能性,在责任论中给予怎样的体系的地位,学说并不一致。初期,与责任能力和故意、过失并列,认为它是第三责任要素的立场虽然流行,但不久认为包含于故意、过失的概念中而提出的理论的见解就成为一般的见解。前说是将故意、过失的内容,修正单纯作为心理状况把握的心理的责任论的见解,把新作为规范的责任要素被认识的期待可能性,与从来的责任要素加以并列。反之,后说是将故意、过失作为责任的种类、形式来理解,因为作为对行为人的非难的类型把握的,所以认为规范的要素也应当包含它。后说虽然是谋求理论的彻底,理解的容易,但不如说前说为优。”^[7](第 418 页)据此,大冢教授原来在著作中采取后说,后来则改采前说。但此说也受到学者的批判,如佐伯千仞指出:一部分学者,“认为它是责任的积极要素,称为与责任能力、故意或过失并列的‘第三责任要素’,但我们认为这是不正确的。原因是期待可能性不是作为与责任能力、故意或过失在同一平面并行的责任要素被发现的,不如根据责任能力与故意或过失并在一起推测它的存在(大致的推定),由于这两者与期待可能性处于前提与结构的关系,使这些并列是理论的谬误。”^[8](第 283-284 页)

(三)阻却责任事由说

此说认为,期待可能性的不存在是阻却责任事由,是例外妨碍犯罪成立的情况。日本学者佐伯千仞、江家义男、平场安治、中山研一、香川达夫、大谷实、川端博、前田雅英等持此说。如大谷实说:“期待可能性的不存在,应当认为是阻却责任事由,关于其意义有:1. 一般的超法规的阻却责任事由说(通说),2. 没有法律的规定根据解释可能承认的特殊的阻却责任事由说的对立。2 说对 1 说批判说,根据其立场会带来刑法的规制机能的减弱,法律秩序的松弛(福田平)。的确,故意、过失及违法性的意识的可能性既然存在,因为大部分场合能够承认非难可能性,所以由于期待可能性的不存在应当适用阻却责任的场合是稀有的,因此,期待可能性的随意适用,招致刑法软弱化的情况必须慎重。然而,期待可能性的理论以行为人的意思决定的非难可能性为判断的标准,是极为合理的,并且,因为否定这种理论意味着否定规范的责任论,所以认为其不存在是一般的阻却责任事由的 1 说是妥当的。再者,适法行为的期待可能性存在,其程度低时减轻责任。因此,期待可能性是法规上的减轻责任事由的同时,也是超法规定的减轻责任事由。”^[2](第 364 页)大冢仁对认为期待不可能性仅仅是阻却责任事由的见解曾提出批评,指出“期待可能性既然不仅有责任存在与否的一面,在决定责任的轻重程度上也起着重要的作用,仅只认为它是消极的责任要素是不适当的。”^[7](第 418 页)如上所述,赞同此说的大谷实已经注意到这一点。

(四)可罚的阻却、减少责任说

此说认为,没有期待可能性的场合,如同没有责任能力的场合一样,并不是成为没有责任,只是成为没有可罚的责任。不但如此,而且期待可能性减少了的场合,可罚的责任减少,它的位置也设置于责任的阶段^[9](第 648 页)。这是日本学者山中敬一在其著作中提出的自己的见解。如上所述,期待可能性应当放在责任论,这一点德、日本学者的意见是一致的,我们也认为妥当。至于在责任论内部如何安排,我们赞同责任能力、违法性的意识的可能性和期待可能性都是责任要素的观点,据此,应将期待可能性放在责任能力、违法性的意识的可能性之后论述。

三、基于期待可能性的阻却、减轻责任事由

(一)法规上的事由

当前,德国学者不赞成以期待不可能性作为超法规的免责事由,但承认它可以是法律规定的特别的免责事由。如耶赛克等指出,期待不可能性虽然限制了各个具体构成要件的可罚性,但在下列情况下也不应当作为一般性的超法规免责事由理解:德国刑法典第 258 条第 5 款规定,“为使对其本人所判处的刑罚或保安处分,或者刑罚或保安处分的执行全部或部分无效的,不处罚。”在第 139 条第 3 款第 1 项和第 258 条第 6 款情况下为了有利于亲属的,同样构成特别的免责事由^[10](第 603-604 页)。第 139 条第 3 款第 1 项的规定是:“对其亲属的犯罪行为虽未告发,如已真诚努力阻止犯罪的实施或避免犯罪的结果的产生的,不负刑事责任。”但法律规定几种严重的犯罪除外。第 258 条第 6 款的规定是:“为使家属免于刑罚处罚而为上述行为的,不处罚。”所谓上述行为,指使刑罚或保安处分无效的行为。在日本学者看来,法规上的阻却、减轻责任事由有:1. 刑事被告人湮灭自己的刑事被告案件的证据的行为,日本刑法第 104 条仅仅处罚湮灭有关“他人”刑事案件被告的证据,这作为法律秩序就是表示不能定型地期待刑事被告人不湮灭自己刑事被告案件的证据。2. 犯人或脱逃人的亲属为犯人或脱逃人的利益而藏匿犯人、湮灭证据,日本刑法第 105 条承认可以免除其刑罚,这是基于东方道德期待不可能或期待困难在法律上的表现。3. 日本刑法第 36 条第 2 项、第 37 条第 1 项但书,关于防卫过当、避难过当规定可以减轻或免除其刑罚,可以解释为承认由于期待不可能或期待困难原故的阻却或减轻责任。4. 盗犯等防止法第 1 条第 2 款规定,在第 1 款所定的盗犯的场合,“虽然不是对自己或他人的生命、身体或贞操有现在危险,但是,由于行为人恐怖、惊愕、兴奋或狼狈至于当场杀伤犯人时,不处罚”。可以解释为表示期待不可能性。此外,单纯脱逃罪(日本刑法第 97 条)、自行堕胎罪(第 212 条)与伪造通货取得后知情行使罪(第 152 条)的法定刑轻,也是考虑期待可能性的理论^[11](第 479 页)。

比较德、日两国学者论述的由于期待不可能性法规上规定的阻却、减轻责任事由,可以看出,日本学者列举的事由较多,并做了适当的分类,提供了更多的信息,表现出日本学者在这个问题上的研究后来居上。实际上德国刑法典还有些规定也应认为属于这里所说的阻却责任事由,如该法典第 33 条规定:“防卫人由于惶惑、害怕、惊吓而防卫过当的,不负刑事责任”,就属这种情况,只是耶赛克等没有论述。

(二)解释上的事由

日本学者认为,期待可能性虽然是一般的超法规的阻却责任事由,但在刑法解释上成为问题的有:

1. 违法拘束命令。所谓违法拘束命令,指例如军队中上级长官对部下的命令,在其服从是绝对义务的场合,该命令是违法的情况。对服从该命令的部下的行为的处理,虽然有:(1)阻却违法事由说,(2)阻却责任事由说(通说),但既然是实行违法的命令,就不能否定其行为是违法的,所以应当认为是由于欠缺期待可能性而阻却责任,(2)说是妥当的。

2. 基于强制的行为。所谓基于强制的行为,指例如像用枪顶撞下被强制犯罪的场合,由于不能抵抗的强制而实施的行为。基于强制的行为,虽然也有认为它是不可罚的立法例,但日本现行刑法没有做特别的规定。强制分为物理的强制与心理的强制,由于物理的强制下的行动不能说是刑法上的行为,所以

应当限于心理的强制。基于心理的强制的行为,虽有认为是紧急避难的一种见解(牧野英一),但通说认为是由于期待可能性的不存在的阻却责任事由。

3. 义务的冲突、安乐死 这些虽然是阻却违法性事由,但在没有充分具备阻却违法性的要件场合,能够认定没有期待可能性时,应当认为是超法规的阻却责任^[2](第 365 页)。

西原春夫指出超法规期待不可能的场合有:例如在极端贫困情况下,实施了轻微的盗窃,或者在再就业极其困难的状况下,受职务上的上司强索,如果拒绝,则害怕失业,而实施某种违法行为(例如行贿),都是这种情况的例子^[11](第 479 页)。

据上所述可以看出,日本学者对期待不可能的行为作为超法规的阻却责任的情况处理,采取慎重的态度,我们认为这是正确的。在审判实践中,1933 年 11 月 21 日日本大审院关于第 4 柏岛九案件的判决,被认为是日本期待可能性理论的先驱。此后,虽然还有按照期待可能性理论处理的案件,但总的来看,日本判例对期待可能性的理论不是采取积极的态度。我们认为,从刑法的谦抑性和维护法制的严肃性相统一的观点看,这样对待期待可能性的理论是适宜的。

四、期待可能性判断的标准

判断期待可能性的有无、程度,通常认为有以下三说:

(一) 行为人标准说

此说认为,以行为人本人的能力为标准,在该具体的行为情况之下,能够决定期待其他适法行为是否可能。德国学者 Freudenthal,日本学者团藤重光、大土冢仁、内田文昭、板仓宏、大谷实、野村稔等持此说。对行为人标准说,学者有如下批判:1. 使刑事司法不适当的弱化;2. 造成极端的个别化,违反法的划一性的要求;3. 确信犯常常没有期待可能性被认为无罪。对此,大谷实指出:“然而,成为这个批判的前提的观念是意思决定论,因为在这个立场所有的行为都是必然产生的,所以不可能采行为人标准说。但如果根据承认人的意思自由的立场,按照行为人标准说,适法行为期待不可能的场合极为稀少,没有造成法律秩序松弛的情况,因而 1 的批判不妥当。其次,因为责任的判断与违法性的判断同样是实质的、非类型化的,所以关于责任的强弱的个别化勿宁说是必要的,因而 2 的批判也没有理由。再者,确信犯人的场合,是没有行为人当时的具体情况,行为人的思想或世界观成为动机促使犯罪的,因此,在具体的情况下,应当说是有适法行为的期待可能性的,所以 3 的批判也没有中的。”^[2](第 366—367 页)

(二) 通常人(或平均人)标准说

此说认为,通常人或平均人处于行为当时的行为人的地位,该通常人是否有实施适法行为的可能性。德国学者 Goldschmidt Liszt-Schmiedt 日本学者木村龟二、小野清一郎、江家义男、植松正、西原春夫、前田雅英等持此说。如木村龟二说:“期待可能性有无的判断,可能有行为人自身主观的见地的场合与以社会的一般人即平均人为标准客观的见地的场合。立于主观的见地时,各人的判断是各种各样的,根据圣贤与普通人的、勇者与怯懦者等而异,然而刑法不是对圣人、贤人的规范,不区别勇者与怯懦者,是对社会的一般人的规范。在这个意义上,期待可能性的有无,以社会的一般人为标准,根据社会的一般人处于行为人的立场适当行为的决意是否可能来决定是妥当的。”^[12](第 305 页)此说在日本被认为是通说。然而,对此说也有批判,即认为对平均人期待可能,对直接行为人不一定期待可能,在这种场合,对行为人追究责任,违反规范的责任论的旨趣,并且作为判断的标准是不明确的^[11](第 480 页)。

(三) 国家(法规范)标准说

此说认为,行为的期待可能性的有无,不是以被期待的方面,是以期待方面的国家或法律秩序为标准,因此应当根据国家或法律秩序期待什么、期待怎样的程度来决定。德国学者 Wolf 日本学者佐伯千仞、平场安治、平野龙一、中义胜等持此说。根据此说,期待可能性的标准,以国家的基本的法理念作为指导理念,导致行为人在此基础上采取行动的“行为情况的类型来把握”。结果虽然这只有指望洞察社会生

活现实的法官的判断,但此际各个法官判断不是根据其个人的见地,必须注意是被法律内在的指导理念所拘束。……拘束这样的法官的判断的最后的标准,这里结果该是回到历史的现实的國家的基本构造或理念。”^[13](第 290 页)对于此说,学者们提出更尖锐的批评。他们指出:此说问法律是在怎样的场合有期待可能性,答法律秩序认为可能的场合有之,以问等于答,没有提供任何实质的标准(泷川幸辰),结果在法规之外就不能承认期待可能性(植松正)。^[11](第 480 页)

我们认为,国家标准说不仅没有提供判断期待可能性的实质标准,而且从国家方面寻求标准本身就是不妥当的。因为这里要解决的是对行为人的行为的期待可能性的问题,不从行为人方面考虑,这个问题就不可能解决。通常人标准说毕竟是从行为人角度考虑的,较前说有所进步,但对通常人可以期待的,行为人的能力低于通常人时,以通常人要求行为人未免失之苛刻,因而此说也难认为妥当。既然个人责任是现代刑法的基本原则,因而判断期待可能性的有无、程度的标准,只能求之于行为人的情况,所以,在我们看来,当以行为人标准说可取。大冢仁在对行为人标准说评价时写道:“因此,即使按照行为人标准说,对有责任能力者的行为人不能期待适当行为的情况,决不必过多担心,所谓能招致刑事司法的弱化,不过是杞人忧天。”^[7](第 420 页)我们赞同这个评价。

五、期待可能性的错误

期待可能性的错误有两种:一是没有欠缺期待可能性的事实或法规而误认为存在的场合即积极的错误;二是存在欠缺期待可能性的事实或法规而误认为不存在的场合即消极的错误。分别论述如下:

(一)关于期待可能性的积极的错误

1. 关于事实的积极的错误。例如,甲乙二人发生海难时共争一块木板,该板具有支持二人的浮力,但因不注意认为只能支持一人,甲将乙推开,致乙溺水死亡。对此,从来有阻却故意说与不阻却故意说之争。前说以这个场合的错误是事实的错误,不是法规本身的错误为理由认为阻却故意。德国学者弗兰克、麦兹格、Baumann,日本学者佐伯千仞持此说。然而植田重正认为,这个场合的错误诚然是事实的错误,但不是成为构成要件的内容的事实错误,行为人对这一点是有认识的,所以认为这种情况阻却故意不妥当。在这一点上,虽然可以说后说(德国学者 Welzel、Maurach 日本学者木村龟二持此说)大致是正确的,然而后说将这个事实的错误与法规的错误(禁止的错误)同样看待这一点,植田认为有问题。1960 年德国刑法草案没有采用上述哪一个见解,一方面将这种误想避难作为故意犯,同时对此没有特别减轻的规定,在这个意义上,可以说是正确的态度。可是,因为现行刑法中没有这样的规定,所以这种错误的场合,例如其错误由于不注意,主观上认为处于与真正的避难者大致相同的状态,能作为故意犯承认酌量减轻,应当说是值得欢迎的。

2. 关于法规的积极的错误。例如,没有权衡法益,错误认为能够紧急避难,为了保护自己价值较轻的财产,牺牲价值较大的他人的财产的场合。对此,学说大致认为应将这种情况与禁止的错误同样看待,这种态度是正确的。可是,行为由于这种错误,没有承受现实的心理的压迫时,只要它不符合固有的禁止的错误,无视这种错误该是适宜的。

(二)关于期待可能性的消极的错误

1. 关于事实的消极的错误。例如不能游泳的救助义务者,对有溺死危险的儿童救助不可能时,一方面错误地认为能够救助,一方面仍以杀意置而不顾致溺死的场合。对此,客观上虽然是期待不可能,但因为主观上具有责任能力和故意,围绕行为的情况也没有由于他的错误给予其精神状态以任何压力,所以不发生阻却责任问题。从而,对这个场合的义务者,就可以说成立由于不作为的杀人罪。

2. 关于法规的消极的错误。例如为了不溺死,争夺一个仅能支持一人的浮具,实施了使对方牺牲的行为,误认为是有罪的场合。对此,因为客观上成立紧急避难,即使避难者主观上认为是有罪的,但这是所谓幻觉犯的一种,应当认为不成立犯罪,自不待言。^[1](第 31-32 页)

上述关于期待可能性的错误的处理意见基本上是可取的,只是其中关于事实的积极错误的论析还值得研究。对此,日本学者川端博曾做过简要说明。他写道:“尽管没有丧失期待可能性的事实却误认为其存在的场合,称为期待可能性的错误。围绕这种错误的处理有如下学说:其一主张,因为行为人的主观的精神状态与没有期待可能性的情况完全相同,限于错误不可避免时,基于期待可能性的欠缺,应当认为阻却责任(团藤、大冢等)。此际,故意说认为阻却责任故意,责任说认为阻却责任本身。另一认为,没有期待可能性,责任虽然被阻却,但就错误如有过失,另外成立过失犯(佐伯、中山等)。”^[14](第 91 页)在笔者看来,期待可能性既然作为责任要素,基于不可避免的错误的欠缺期待可能性时,应当阻却责任;如果由于过失而陷于错误,自应负过失犯的责任。因而认为佐伯、中山两教授的观点比较妥当。

[参 考 文 献]

- [1] 旧日本刑法学会·刑法讲座(3)[M]. 东京:有斐阁,1969.
- [2] 旧大谷实·刑法讲义总论(第 4 版)[M]. 东京:成文堂,1994.
- [3] 洪福增·刑法之理论与实践[M]. 台北:刑事法杂志社,1988.
- [4] 德耶赛克·德国刑法总论(第 5 版)[M]. 东京:成文堂,1999.
- [5] 旧西原春夫先生古稀祝贺论文集:(第 2 卷)[M]. 东京:成文堂,1998.
- [6] 旧板仓宏·新订刑法总论[M]. 东京:劲草书房,1998.
- [7] 旧大冢仁·刑法概论(总论)(改订版)[M]. 东京:有斐阁,1986.
- [8] 旧佐伯千仞·四订刑法讲义(总论)[M]. 东京:有斐阁,1981.
- [9] 旧山中敬一·刑法总论 II[M]. 东京:成文堂,1999.
- [10] 德耶赛克·德国刑法教科书(总论)[M]. 北京:中国法制出版社,2001.
- [11] 旧西原春夫·刑法总论(改订准备版下卷)[M]. 东京:成文堂,1995.
- [12] 旧木村龟二·刑法总论(增补版)[M]. 东京:有斐阁,1984.
- [13] 旧佐伯千仞·四订刑法讲义(总论)[M]. 东京:有斐阁,1981.
- [14] 旧藤木英雄,等·刑法的争点(新版)[M]. 东京:有斐阁,1987.

(责任编辑 车 英)

Anticipated Possibility in Criminal Law Theory in Germany and Japan

MA Ke-chang

(Wuhan University Law School, Wuhan 430072, Hubei, China)

Biography MA Ke-chang(1926-), male, Professor & Doctoral supervisor, Wuhan University Law School, majoring in criminal law.

Abstract Anticipated possibility is thought as the reason of obstructing or mitigating responsibility in criminal law theory in German and Japan. The author comments on the conception, doctrine's development, and its position in the theory of offence, and then the reason of obstructing or mitigating responsibility based on anticipated possibility, the determining criterion and the wrongness about anticipated possibility after elaborating of them.

Key words anticipated possibility; unanticipated possibility; the reason of obstructing or mitigating responsibility