

期待可能性在刑法的運用

張麗卿*

目	次
壹、期待可能性的法理	肆、期待可能性在實務的運用
貳、期待可能性的起源及適用範圍	一、視為加重注意義務的要素
一、起源	二、視為一般用語的語詞
二、適用範圍	三、視為阻卻罪責的事由
參、期待可能性的學說發展與判斷標準	四、無期待可能性宜適度援用
一、學說發展	伍、結語
二、判斷標準	

中文關鍵詞：罪責、期待可能性、超法規阻卻責任事由

Key Words：Criminal Responsibility, Possible Expectation, de jure decriminalization

中文摘要

無期待可能性是指，處境特別艱難的行為人，社會難以

* 東海大學法律學系教授。本文曾發表於由台北大學法律學系、台灣法理學會主辦之「平等原則之理論與實踐研討會」。感謝兩位匿名審查人之費心審查指正，讓本文得以更臻完善。

投稿日期：97年10月24日；審查通過日期：97年12月23日。

期待這個人能夠有合于規範的行為，儘管不能找出明文規定的排除罪責的事由，但也可以依照欠缺「他行為可能性」的法理，承認「無期待可能性」屬於一種超法律的阻卻罪責事由。德國學界長久以來的爭執，也就是「無期待可能性」能否當作超法規的阻卻罪責事由。我國實務對於無期待可能性所採的態度幾乎與德國實務相同，雖然不是完全的拒絕，但在判決裏看不到明確的承認。

無期待可能性的概念在創用當時，是運用在過失犯罪的領域，以之限縮注意義務的範圍。後來某些德國刑法學者試圖擴大適用範圍，但並沒有被廣泛的接受，德國實務的態度更是謹慎與保守。

本文所舉的原住民的例子，雖是故意的作為犯。但是如果處境真的是非常艱難，應該可以例外的依照無期待可能性的概念排除或減輕罪責。因此，我國實務還可以再更大膽的採用無期待可能性的觀念，作為判斷行為人是否負責的根據。

Abstract

Impossible expectation means to provide ground as an affirmative defense for a person who is in difficulty. Because we cannot expect the actor behaved reasonable behaviors fitting norms. Even though, it could not be specified statutory affirmative defenses that it still can be made with the theory of possible expectation of behavior specified as de jure decriminalization. As to its appropriateness and applicability, after years, the arguments among German-based criminal law

scholars on what if impossible expectation could be viewed as de jure decriminalization never ever being stopped. On the same issue, judicial practice in Taiwan almost open the same opinions with German that courts may not totally reject the concept of Impossible expectation, but made obscure judgments on cases.

At early stage, the concept of impossible expectation is applied to negligence which could narrow down the scope of attention duty. Some criminal law scholars attempted to expand the extent and application of impossible expectation but that was not accepted as widespread belief. In German, courts even much conservative and hesitated.

The article takes the case of indigenous people commits the acts intentionally as an example. If the situation is difficult to the actor, I suggested the concept of impossible expectation could be applied to eliminate or reduce the criminal responsibility for the actor exceptionally. Therefore, courts may adopt impossible expectation in full-scale scope boldly, because that is the ground of judging a person to take criminal responsibility.

壹、期待可能性的法理

依照刑法學上的通說，期待可能性的概念，屬於犯罪判斷的第三個階層。亦即，是構成要件該當性與違法性的判斷

之後，在「有責性」或「罪責」的層次上所要處理的問題。刑法上構成要件該當的行為，如果欠缺正當的事由，稱為不法行為。實施不法行為的人，必須是在意思自由的情況下所作的決定，刑法才加以責難。

罪責的基礎是「他行為的可能性」，也就是，行為人另有選擇合法行為的機會，卻寧願從事不法行為；只有在這個情況下，行為人才應該被責難，才具有完整的罪責。意思決定不自由的人，難以期待會有合乎規範的行為，所以他的罪責必須被排除。期待可能性，就是立於刑法規範的立場，期待行為人實施適法行為的可能性¹。簡言之，行為人在行為當時的具體情況下，若可期待其為合法的行為，行為人卻做違法行為，我們便可對之加以責任非難；如不具期待可能性，就不可加以責任非難²。

一般而言，年紀太小，精神障礙或心智缺陷的人，不知道自己正在實施不法行為的人（發生法律錯誤的人），他們選擇不法行為的意思決定都有問題，不具罪責。這些人實施不法行為，刑法有明文規定排除罪責或減輕罪責³。條文的規定是「不罰」，或「減輕處罰」。

所謂的不罰，精確的意義是欠缺罪責；犯罪不成立，所以不處罰；而並非指犯罪成立，但是不處罰。刑法明文規定

¹ 甘添貴、謝庭晃，捷徑刑法總論，瑞興，2006年6月，頁220。

² 褚劍鴻，期待可能性與司法實務，政大法學評論第48期，1993年9月，頁3；蔡墩銘，刑事責任與期待可能性，法令月刊第23卷9期，1972年9月，頁267；張麗卿，刑法總則理論與運用，五南，2007年9月，頁241；馮軍譯，大塚仁著，刑法概論（總論），中國人民大學出版社，2003年11月，頁403；川端博，刑法總論講義，成文堂，2007年5月，頁435。

³ 張麗卿著，同前註，頁242。

排除罪責的事由，稱為「法定的阻卻罪責事由」。刑法學說依據法律規範的意義（規範責任論），依據「他行為可能性」的概念，創造「無期待可能性」的觀念，企圖處理特殊情況下實施不法行為的人。

由於期待可能性實現法律的適用追求公平與合理的思想，並且體現了對人性的關懷，故成為罪責理論的一種趨勢。當然也有人認為，期待可能性偏重於犯罪人的立場，會產生弱化司法，降低刑法功能的作用。不過，期待可能性符合刑法謙抑的精神，展現人性的關懷，故規範責任論認為，行為人必須具有一定的自由意志，如果處於不正常情況下，行為人對於期待不可能的情況而選擇違法行為時，若追究行為人的責任，是有悖人情的⁴。

意志自由包含相對的意志自由能力與意志心理活動。決定期待可能性的有無、大小的客觀情勢並不是減弱了行為人的刑事責任能力，而是在責任能力正常的情況之下，因為周圍客觀情況特殊而影響行為人的心理活動，限制其意志選擇的自由。因此，行為人的刑事責任能力及行為的客觀危害結果都未受到質疑，只是存在有可原諒外觀情勢，確知即使不對行為人適用刑罰，也不會再度實施違法行為，這一點期待可能性顯現了法律是用上的特殊人文關懷。

特殊情況下實施不法行為的人，主要是指處境特別艱難的人。如果社會大眾處在行為人的立場，同樣都會陷入進退維谷的境地，選擇不法的行為。這種人沒有合於刑法規範而

⁴ 因為行為人是「不能也，非不為也」，故可排除罪責，這是很貼切的說法，參照鄭逸哲，法學三段論法下的刑法與刑法基本句型（一）刑法初探，瑞典，2005年9月，頁191。

行事的期待可能性。基此，法官對期待可能性的判斷係出自法官的“同理心”，出自其心中的道德情感，亦即，對行為人特定情況下之行為是否“值得原諒”的道德判斷，是法官認為行為人在情有可原的認知基礎上所做的判斷⁵。

貳、期待可能性的起源及適用範圍

一、起源

十九世紀末，德國的帝國法院就創造出「無期待可能性」的概念。最有名的例子是「劣馬脫韁案」。德文的原始意義是「劣馬脫韁案 Leinenfängelfall」。案件主角是一名受顧的馬車夫，他發現所使用的馬匹有一種習性，總是把套在身上的韁繩甩脫，車座因此會離開馬身，如果進城將會傷人。車夫告知主人，必須換掉馬匹，否則難免出事。主人不聽勸，命令車夫繼續使用這匹不願被套上韁繩的馬，車夫為了保住飯碗不得不從。終於有一天，馬車進城，馬匹性情發作用脫韁繩，車座撞上行人，車夫被依照傷害罪起訴審判。帝國法院認為，馬車夫的處境艱難，無法被期待不傷人，所以不成立過失傷害罪⁶。

⁵ 《孟子·公孫醜上》就曾經說過：「人皆有不忍人之心。……所以謂人皆有不忍人之心者，今人乍見孺子將入于井，皆有怵惕惻隱之心。非所以內交于孺子之父母也，非所以要譽于鄉党朋友也，非惡其聲而然也。由是觀之，無惻隱之心，非人也；…惻隱之心，仁之端也」，惻隱之心是仁之端也，故法官對期待可能性的判斷係出自法官的「將心比心」。

⁶ Jescheck/Weigend, Strafrecht AT., 5. Aufl., Berlin, 1996, § 47, II；張

不過，帝國法院創造無期待可能性的觀念，不是做為一個超法規的免責事由，主要是在限縮行為人的注意義務的範圍，因為對馬車夫而言，不能期待他負有承擔喪失自己工作的義務。

劣馬脫韁案的車夫實現了過失傷害的構成要件，沒有任何正當的事由，所以是不法傷害。車夫是否能夠主張緊急避難？緊急避難的前提是行為人發生了急迫的生命、身體、自由或財產的危難，沒有其他排除危難的方法可用，只好實施避難的行為。緊急避難必須利益衡量，保全的利益價值大於遭到破壞的利益價值。車夫如果堅持不開馬車，面臨解雇的危險，所以有財產上的急迫危難；但是車夫為了保住飯碗卻傷害了路人，身體與財產的價值相比，身體利益大於財產，所以車夫不能主張緊急避難。但是任何人處在車夫的立場，在別無謀生能力與謀生機會的情況下，恐怕都會如同車夫屈從雇主，即使預見可能有傷害路人的結局，但也只好不顧一切了⁷。

麗卿，同前註 2。

⁷ 無期待可能性的理論雖源自德國，但是日本實務於二次戰後面臨戰敗後的經濟危機與通貨膨脹，下級法院對於許多勞資爭議案件，亦引用了該理論作為宣判無罪之理由，其中並以「第五柏島丸事件」的判決是引用無期待可能性的先驅。參照山中敬一，刑法總論，成文堂，2008年3月，頁679以下。

德國的「劣馬脫韁案」和日本的「第五柏島丸事件」的判決是德日二國率先承認期待可能性的判決。值得注意的是，兩個判決的共同特色是，被告都曾向其老闆提出可能會有危險的警告，都未為老闆所接受，在有預見的情形下，仍然執業。法院認為不可能期待被告因為預見執業（駕馬車、載運船客）有傷及他人的可能而冒著失業的危險去違背老闆的命令。這種看法是基於人在趨利（謀自己的生存）和避害（減少他人的危險）之間，當不能兼顧時，雖然道德希望行為人選擇避害；但是法律無法期待行為人如此選擇，因為一

這是基於法律不能強人所難能的基本思想，認為行為人正處於特別情狀下，要求他符合法律規範而行止，雖非不可能，可是卻相當困難。在這時候，法律規範要求行為人克服困難而適法行事，實無期待可能性，故而對於行為人的非難性或可責性乃為之大減。因此，乃形成減輕罪責或免除罪責的現象⁸。

此外，德國的刑法教科書也舉了類似案例以說明無期待可能性。例如：一個正在燙衣服的婦女，突然聽聞自己的丈夫受到了嚴重的意外傷害，驚慌之下急忙趕往事故現場，卻忘了拔掉電熨斗的插頭，也沒有把電熨斗擺好，引起火災。這個婦女實施了過失引發火災的不法行為，但是她的處境太倉皇驚慌，任何人處在她的位置都難免有同樣的反應，所以罪責應該被排除。

再例如：一個父親因為太太突然去世而極其悲傷，忽略了自己小孩子正在發高燒，沒有及時送醫，導致病情加重而死亡。父親實施的是不作為的過失致死，但他的處境太艱難，很難被期待可以冷靜的送小孩就醫。這名父親的罪責也應該可以被排除⁹。

宜特別注意的是，無期待可能性與緊急避難類似，行為人都有情非得已的處境。但兩者仍有性質上的差異：緊急避難（無論是阻卻違法或阻卻罪責）是在迫不得已的情況下，犧牲別人成全自己的放任行為；但由於保全的利益，其價值

般人如果與行為人易地而處時，也會做相同的選擇。

⁸ Jescheck/Weigend, a.a.O.; Jakobs Guenther, Strafrecht AT, 2. Aufl., Berlin, 1993, S.220ff.

⁹ Roxin, Strafrecht AT/I, 4. Aufl., München, 2006, § 24, C, Rn.124.

大於犧牲的利益，基於「利多弊少」的衡量原則，緊急避難被認為不具有「社會損害性」。緊急避難是明文規定的正當事由。不過，無期待可能性是行為人在處境艱難的情況下，實施違法的行為。行為人如果欠缺期待可能性，仍然違法，至多只能在罪責的層次上減免處罰。無期待可能性是法理上創造的概念，法律上沒有明文規定。緊急避難是普遍的正當事由，其適用，法條上設有嚴格的條件。無期待可能性是特殊的減免罪責事由，只能理解為緊急避難或其他正當事由的補充概念，依行為人有無「他行為的可能」而判斷。

二、適用範圍

關於無期待可能性是否屬於「超法律阻卻責任事由」，論者見解不一。反對將之視為「超法律阻卻責任事由」者的理由是：若允許超法規責任阻卻事由的存在，將違反立法權、司法權的權力分配原則，顯然是允許法官創設自己的個人法律，這是司法權對立法權的僭越。畢竟因無期待可能性而排除罪責的情況是極少存在的，不能因為少數特殊狀況而損害整體法秩序的尊嚴，並且立法者也已考慮了這些情況，這些例外情況一般只能根據的法律明確規定，不能被擴大適用。因為超法規阻卻罪責事由與超法規阻卻違法事由的法律性質不同，「超法規阻卻罪責事由」是已經具備違法性、責任能力、故意過失等要素，並且不符合法定責任的規定，因此對超法規責任阻卻事由應當更為慎重，而不能擴大化漫無邊際的適用，否則就會削弱刑法的一般預防作用。

此外，期待可能性不易被形式化為可適用的標準，違反

明確性原則，所謂的「無期待可能性」，只是抽象的觀念，不是可適用的標準，就會出現因裁判者不同而有不同的判決結果，導致法律適用不平等，欠缺一致性的判斷標準，故期待可能性只適用於法律有明文的規定的情形，始得斟酌（如刑法第 23 條但書的防衛過當或第 24 條第 1 項但書的避難過當規定）。相反的，如果立法者並未對此設有特別的規定，那麼基於法安定性的理由，司法者便不得將無期待可能性當作超法律的阻卻或減免罪責事由來援用¹⁰。

不過，也有學者採取限制的立場，認為僅能夠被當作一「節制原則」，只有在不作為犯與過失犯的情形可以基於欠缺期待可能性來阻卻罪責¹¹，至於在故意作為犯的類型，則因為期待可能性的界限太過於模糊及已經有德國刑法第 35 條的阻卻罪責事由，而不認為得以欠缺期待可能性作為一個普遍超法律的阻卻罪責事由¹²。另外，亦有論者表示，期待可能性充其量只能夠被當作一個「衡量性原則」，指示法官必須詳細地考量與責任有關的情形¹³。

本文認為，期待可能性之適用並不限於法律明文的規定，若具體情形中不見可期待性的明文，縱使法律無明文，亦可適用期待可能性法理來阻卻或減免責任。雖然，期待可

¹⁰ 蘇俊雄，刑法總論Ⅱ，自版，1998 年 12 月，頁 316 以下。

¹¹ 林山田，刑法通論（上），自版，2008 年 1 月，頁 401；林鈺雄，新刑法總則，元照，2006 年 9 月，頁 290。蔡墩銘教授則特別指出從歷史角度觀察，期待可能性本來僅適用於過失行為，蔡墩銘，同前註 2，頁 268、269。

¹² Sch/Sch/Lenckner, StGB, Kommentar, 27. Aufl., München, 2006, Vor §§ 32 ff. Rn. 122ff.; Bockelmann/Volk, AT, 4. Aufl., München, 1987, S. 131; Wessels/Beulk, AT, 35. Aufl., Heidelberg, 2005, Rn. 451.

¹³ 許澤天，義務衝突之研究—利益衡量與阻卻違法；期待可能與責任—，刑事法雜誌第 40 卷 3 期，1996 年 6 月，頁 70。

能性的適用主要用於過失犯，也儘管德國學界與實務拒將「無期待可能性」當作「普遍」的阻卻罪責事由，但對於某些特定的個案，無期待可能性的概念實有節制可罰性的作用，尤其在過失犯與不作為犯的領域裡。無期待可能性的概念，可以恰當限制過失犯的注意義務的範圍，限制不作為犯的作為義務的範圍¹⁴。

現今德國通說則將期待可能性的概念，當作減免罪責事由的成立基礎，認為例如在第 35 條緊急避難過當的情形，因為行為人保全了原會受侵害的法益，故減低了結果非價，而且因為行為人主觀上存有救助自己或他人法益的意思與目的，故導致行為非價也降低。由於行為人受到異常情境的影響，不具有符合法律規範所要求的一般情緒反應，故避難過當行為的罪責內涵乃因之減輕¹⁵。

除了第 35 條規定「可以被合理期待」外，還有以下條文規定期待可能性的概念，如第 42 條對罰金刑的從寬繳納規定，「不可能期待立即支付罰款」的情況，可以減輕被判者的支付；第 56 條 b 表示法院可以規定緩刑期間的義務，但「不得要求其履行不可能實現的要求」；第 56 條 c 規定，法院「對受審判人在生活上不應提出不可能實現的要求」；第 68 條 b 規定，法院在指示中「不得對行為人的生活方式提出該人不可能實現的要求」；第 113 條抗拒執行公務之官員罪規定「不能期待其利用合法手段防止執法人員的非法行

¹⁴ 林東茂，刑法綜覽，一品，2007 年 9 月，頁 1-151；鄭逸哲，同前註 4，頁 223。

¹⁵ Kindhaeuser, Strafgesetzbuch, 3. Aufl., 2006, Vor §§ 32-35, Rn. 83；林山田，同前註 11，頁 402。

為，則其行為不依據本條處罰」；第 142 條「交通肇事參與人在可期待的期間內」應立即履行交通肇事中證實身份、車輛的義務，否則構成擅離現場罪；第 218、219 條對於孕婦「不可能用另一種他能夠期待的方式避免該危險」，「如果將小孩懷足月給婦女造成了如此嚴重的不尋常的負擔」時得免責（如中止妊娠）有所規定；第 323 條 c 疏忽援救罪要求，行為人當時的情況「有急救可能」。對於這些特殊情況造成行為人受影響而無期待可能性的狀況，德國運用立法的方式，使得對這些犯罪使用期待可能性理論，在德國刑法學界並無爭議。

因此，無期待可能性的觀念在有些特殊案例，也被用在故意犯罪的範疇¹⁶。德國文獻所舉的著名例子，是二次大戰期間處境艱難的醫師。集中營裏的醫師奉命提供沒有工作能力的人犯名單，以便讓人犯被送進瓦斯室實施安樂死，醫師面臨兩難的決定。第一個決定是，提供名單給納粹軍官，協助殺人；第二個決定是，放棄醫師的工作拒絕提供名單，然後由其他政府忠實追隨者的醫師接替自己，但可能更多人犯遭到安樂死，因為這些人不會珍惜任何人的生命。不少有良心的醫師作了第一個決定，提供人犯名單幫助殺人，可是這種決定是萬不得已的選擇，因為在這裏出現法律所不能解決的義務衝突，因為這樣的選擇所導致的惡害最小，因此應當免除對行為人的責任非難¹⁷。

¹⁶ Roxin, a.a.O., § 22, Rn 146ff. 相同意見如，蔡墩銘，刑法精義，翰蘆，2005 年 7 月，頁 268 以下；甘添貴、謝庭晃，同前註 1，頁 221；黃榮堅，基礎刑法學（下），元照，2006 年 9 月，頁 669。

¹⁷ Roxin, a.a.O.; Jescheck/Weigend, a.a.O.

總之，依行為人所處的特殊情況，顯然無法期待其避開違法行為，而為適法行為時，自全體法律秩序加以觀察，可認不應歸責行為人時，自不能使其負刑事責任。所以，無期待可能性，應認其為超法規的阻卻責任事由¹⁸。

參、期待可能性的學說發展與判斷標準

一、學說發展

(一)古典犯罪論體系的心理責任論

最早的犯罪論體系，稱為古典犯罪論體系，是建立在實證主義的基礎上。實證主義只接受可以被驗證的事物，認為可被驗證者才是真正的知識，不接受需要價值判斷的知識。在違法性的判斷上，只承認法定的阻卻違法事由，不承認超法規的阻卻違法事由，例如：得被害人承諾、義務衝突。在罪責的判斷上，古典體系也只承認法定的阻卻罪責事由，不承認超法律的阻卻罪責事由。古典體系的支持者認為，憑著價值判斷而創造法律所未規定的阻卻違法事由或阻卻罪責事由，一方面會讓知識失去可靠性，另一方面會讓法官失去法律的約束，人民的自由權利可能比較缺乏保障¹⁹。

古典體系在十九世紀末到二十世紀的前二十年間屬於主流，但很快就被新古典體系取代。目的論體系出現後，古典體系流失了大部分的支持者。新古典或目的論體系的支持

¹⁸ 相同意見如，甘添貴、謝庭晃，同前註1，頁226。

¹⁹ 張麗卿，同前註2，頁84以下。

者基本上並不認為實證主義是妥當的，而相信價值判斷的必要性。

舉例說，古典體系的創建人之一李斯特（Franz von Liszt），在二十世紀初負責起草德國的刑法修正案，他建議以一切自然科學的語言描述犯罪類型。他所起草的「侮辱罪」是這樣規定的：「一連串的喉結抖動，血脈噴張，引發他人的不愉快情感經驗者，為侮辱罪，處一年以下有期徒刑。」這是以生物學的觀點描述侮辱罪。實施侮辱的行為人是否喉結抖動，是否臉紅脖子粗，大家有目共睹；被罵的人是否氣得跳腳，是否極度的憤怒與不愉快，大家也是有目共睹。法律必須建立在實證的基礎上，法律知識才能夠有自然科學的精確性。

但是，實證主義忽略的侮辱者不一定血脈噴張，被侮辱的人也未必即時發現遭到侮辱，被侮辱的人也不需要行為人的面前，侮辱也未必就是出於言語。侮辱這個概念其實需要高度的價值判斷才能夠比較清楚的解釋。新古典體系與目的論體系所信奉的新康得哲學，認為一切事物都有一個價值理念為引導的方向，不認為法律應當向自然科學看齊。自然科學處理物質，但法律處理的則是人的事情，因此不能以相同的態度處理。

古典體系的罪責觀念，是所謂的「心理責任論」，認為罪責是行為人主觀上對應客觀世界變化的兩種心理學上的關係。這兩種關係是故意與過失。故意包括三個內容：對於實現構成要件的認識，實現構成要件的願望，認識不法行為可能與法律秩序敵對（不法認識）。這種心理責任論，是比

較可以客觀驗證的²⁰。

(二)新古典與目的犯罪論體系的規範責任論

期待可能性的觀念，是客觀不可驗證的。新古典犯罪體系與目的犯罪論體系，認為罪責的內涵必須依據規範而作價值判斷，承認所謂的「規範責任論」。規範責任論否定心理責任論將責任解釋為故意和過失的總和並將責任成一種心理事實，規範責任論認為責任反映了價值判斷與心理事實的具體結合關係，責任的本質是從規範的角度對心理事實加以非難的可能性²¹。在規範責任論之下，認為罪責的核心理念其實是「他行為可能性」，因此才有期待可能性的概念。

不過，儘管古典體系已經失去優勢，現代刑法學說對於期待可能性的觀念還是抱持保守的態度。主要的理由是，期待可能性的概念很抽象模糊，如果廣泛承認這個法律外的阻卻罪責事由，基於對刑事司法的穩定性及均衡性的危險，法律的安定性恐怕受到動搖，會削弱刑法的一般預防效果，導致法律適用的不公平現象²²。故無期待可能性的觀念雖很早被創用，但在德國只有在極端特殊的案例裏才被承認，因為即使在困難生活的情形下，社會共同體也必須要求當事人要作較大的犧牲。所以，前面提到的劣馬脫韁案，如果是發生在現代社會，恐怕也難以運用欠缺期待可能性的概念加以處理。理由是，現代社會對於勞工的保護已經很具法律基礎，勞工不會再陷入這種強制性狀態，不必擔心遭到雇主的

²⁰ 張麗卿，同前註 2，頁 85。

²¹ 林山田，同前註 11，頁 381。

²² Jescheck/Weigend, a.a.O.

任意解雇。如果受顧的司機以唯恐遭到解雇為由，而放任機件有問題的車輛發生事故，導致路人受傷，仍然要依照傷害罪處罰²³。

學說上承認「無期待可能性」的概念，但同時認為不宜廣泛承認。至於立法上的某些規定，則被認為是「無期待可能性」概念的具體表現。例如：行為人對於夜間侵入住宅偷竊的人沒有仔細察看，即以棍棒重擊小偷的頭部，導致小偷死亡；亮燈之後，才發現小偷沒有攜帶兇器而且身材非常瘦小，即使赤手空拳對付也綽綽有餘。這應該屬於防衛過當。防衛過當的行為人往往在倉促之間難以做出作正確的抉擇，所以刑法規定可以減輕或免除處罰。避難過當的情況也是一樣，行為人很難被期待能夠清楚的衡量利益而且可以做好抉擇，因此可以減輕或免除處罰²⁴。

除了防衛過當與避難過當的規定之外，我國學界也認為，刑法第 165 條「湮滅刑事證據罪」及刑法第 167 條「藏匿犯人罪及湮滅證據罪之親屬間之特例」，若行為主體為犯人或被告之親屬，則因期待可能性較低，故減輕或免除其刑；又如第 196 條第 2 項「收受後方知偽幣仍行使罪」，僅處以五百元以下罰金，皆是無期待可能性的概念運用²⁵。

²³ Roxin, a.a.O., § 22, Rn. 123.

²⁴ 張麗卿著，同前註 2。另可參見甘添貴、謝庭晃，同前註 1，頁 221；林鈺雄，同前註 11，頁 288。

²⁵ 陳子平，刑法總論，元照，2008 年 9 月，頁 352。

二、判斷標準

至於有無期待可能性的判斷標準，學理上有三種看法²⁶：(一)行為人標準說：依行為人個人之能力為準，主要是依照行為人於行為時的具體情節，在倫理上或道義上是否值得非難來決定有無期待可能性，此說認為應依各個犯罪情形，分別做出決定，不過，依照本說將造成理解越多寬恕越多的缺點，讓責任判斷成為不可能，法秩序無法維持；法官的裁量權過大，可能導致判斷上的極端化，形成因人而異之情形。

(二)平均人標準說：依社會上一般人的平均標準為基準，亦即假設平均人（一般人）處於行為人的地位，在行為時平均人是否會實施與行為人相同的決定為根據，而判斷是否有期待可能性。不過，平均人的觀念缺乏統一標準，概念不明確，若以此為標準，對期待可能性的判斷是模糊的；平均人畢竟不等於行為人，對平均人具有期待，對行為人不一定有期待。

(三)規範標準說：依法律規範要求一般人能做到的行為當作基準；本說認為期待可能性的標準不應該放到行為人或平均人中間去尋找，而應以國家或法秩序所要求行為人採取適法行為的具體要求為標準，故此說也稱為國家標準說²⁷。本說的缺點是，以法律秩序期待的可能性來認定，似乎是以問題來回答問題，且過於抽象，有很深的國家色彩，與期待可能性的價值不符。

²⁶ 詳細的三種分類看法，參照黃榮堅，同前註 16，頁 663 以下。

²⁷ 甘添貴、謝庭晃，同前註 1，頁 224；陳子平，同前註 25，頁 353。

以上三說各有道理，一般認為最好是上限依平均人標準，下限依個人能力為準。若有期待可能性，負責任；期待可能性薄弱，減輕責任；無期待可能性，免除（阻卻）責任²⁸。不過，在行為人的能力比一般人低的情形下，要求其與一般人為準，確有強人所難之嫌。另一方面，如果行為人的能力比一般人高，只要求其與一般人為準，又有過度寬容之嫌。

所以，為了符合規範責任論的要求，似乎以行為人標準說較為適宜²⁹，亦即：以行為人標準為主，先考慮行為人行為時的具體環境和心理狀況事實，而這種判斷並非等於行為人自己的判斷，而是由法官結合行為人行為時各方面的主客觀情況，以行為人角度來判斷，只有在利用行為人標準，期待可能性實在無法判明時，再參照平均人標準以避免行為人標準的極端偏差。然而，也有少數意見認為，由於行為人標準與國家標準之間也只是量差的關係而已，而並不是互相對立。如果要在行為人標準與國家標準之間擇一，國家標準說的說法應該比較周延³⁰。

肆、期待可能性在實務的運用

實務界在使用期待可能性的概念上，顯得相當謹慎，並不多見。有些判決雖提到期待可能性的觀念，但並不認為可以阻卻或減輕罪責，而是認為屬於加重注意義務程度或決定

²⁸ 張麗卿著，同前註2。

²⁹ 甘添貴、謝庭晃，同前註1，頁225。

³⁰ 黃榮堅，同前註16，頁667。

責任的界限，有些甚至將之視為一般用語。

一、視為加重注意義務的要素

將期待可能性的有無當視為注意義務的要素者，主要在道路交通事故之刑事判決中最常使用。例如：最高法院 86 年臺上字第 2462 號判決：「在道路交通事故之刑事案件上，系指參與交通行為之一方，遵守交通法規秩序，得信賴同時參與交通行為之對方或其他人，亦必會遵守交通法規秩序，不致有違反交通法規秩序之行為發生，因此，對於對方或其他人因違反交通法規秩序之行為所導致之危險結果，即無注意防免之義務，從而得以免負過失責任；惟對於該對方或其他人不致發生違反交通法規秩序之行為，若無期待可能性，或行為之一方對於危險結果之發生，若稍加注意即能認識並予避免者，仍不能免除其注意義務」。又最高法院 91 年台上字 5782 號判決指出：「本件肇事原因係因被害人超速又未遵其車道行駛所致，上訴人之職務乃依道路承包商任發公司派任工程施工之監督，就工程安全措施均已依約設置，並無過失可言，對事故之發生亦欠缺期待可能性，自不負過失責任」，上二判決均指出，雖然是對方違反交通法規秩序之行為所導致之結果，但被告仍有不讓結果發生的期待可能，故是將期待可能性有無當作是注意義務的要素。

此外，以從事業務之人的注意義務程度較一般常人為高為理由而敘述者，如最高法院 92 年台上字第 439 號判決指出：「從事業務之人，就一定危險認識之能力較一般常人為高，客觀上其避免發生一定危險之期待可能性較常人為

高，故其違反注意義務之可責性，自亦較重。」⁹⁴高法院 94 年度台上字第 3961 號判決：「從事業務之人對於一定危險之認識能力較一般人為強，固法律上課予較高之注意義務，換言之，其避免發生一定危險之期待可能性亦較常人為高，故其違反義務亦較一般人為重。」最高法院 94 年台上字 6600 號判決：「從事業務之人，對於一定危險之認識能力，較一般人為強，故法律上課以較高之注意義務，換言之，其避免發生一定危險之期待可能性亦較常人為高，故其違反注意義務之可責性自亦較重。」臺灣高等法院 96 年交上訴字第 36 號刑事判決：「審酌被告為從事駕駛業務之人，就一定駕駛危險之認識能力應較一般常人為高，故客觀上從事駕駛業務之人避免發生一定駕駛危險之期待可能性亦較常人為高」。以上判決雖運用「期待可能性」的法理為判決之依據，但並非以其為超法規阻卻罪責事由，而是作為加重注意義務的程度。

二、視為一般用語的語詞

有些實務在使用期待可能性一詞時，並未顧及期待可能性一詞在法律上被賦予的特殊意涵，僅將之視為一般用語的語詞加以使用。例如最高法院 92 台上字 7427 號判決謂：「再以保安處分之目的在於協助受處分人再社會化，並改善其潛在之危險性格，故有無宣付保安處分之必要，自應斟酌個案情節，尤應衡量行為人所為犯罪行為之嚴重性、危險性，暨其個人之性格傾向及改善之期待可能性。」最高法院 95 年台上字 92 號判決則謂「原審未適用該條減輕其刑，要難指

摘為不當，則未傳訊證人葉○○，調閱上訴人向警報案之電話通聯紀錄，員警工作紀錄簿，以查其案發時身處之環境，是否獲警方保護之期待可能性甚低……。」

實務這樣的用語將使得期待可能性的定位模糊，使其作為犯罪論中是否具有罪責的判斷要素功能遭到破壞。以上開判決為例，「個人之性格傾向及改善之期待可能性」或可改稱「個人之性格傾向及改善之可能」；「警方保護之期待可能性」或可改稱「警方保護之可能」，實無必要以期待可能性加之形容，造成用語的混亂。

三、視為阻卻罪責的事由

最高法院比較早年的判決裏，婉轉提到了無期待可能性，得以阻卻罪責的說法。86年度臺上字第1108號號判決指出：「……至上訴人以其於原審即主張系遭大陸漁船攔阻、脅迫而接載蒜頭及董公酒，依強制行為欠缺期待可能性理論，應阻卻責任，原審未予采信，亦未說明不足采信之理由。又所駕駛漁船于粉鳥林漁港通關時，即向安檢人員林誠光報告船上有大陸物品，並赴警察局製作筆錄，足見其無逃避檢查進行走私之意圖，欠缺犯罪故意，原判決未采此項見解，複未說明理由，有判決不適用法則及不載理由之違法一節。查原判決固未於理由內就上訴人上述所指之事項於理由內說明，雖於訴訟上所踐行之程式有違，然上訴人對其載運走私物品進口被查獲之事實，既已供承不諱，原判決此項訴訟程式之違背，顯於判決無影響，依刑事訴訟法第三百八十條規定，仍不得為第三審上訴理由。」

由於此號判決駁回上訴人的理由系「雖於訴訟上所踐行之程式有違，然上訴人對其載運走私物品進口被查獲之事實，既已供承不諱，原判決此項訴訟程式之違背，顯於判決無影響，」顯然並不反對運用「期待可能性」的法理，做為「超法規的阻卻責任事由」而得以阻卻責任。只有指出原審應詳加審酌是否符合無期待可能性的事實。因此本判決可說是間接承認無期待可能性可以阻卻責任。

值得住的是，在台南高分院曾有判決（92 年上訴字第 1369 號）直接提到無期待可能性的概念，不認為被告成立犯罪，但後來最高法院認為：「顯系就同一證據，因被告之不同，而為相互抵觸之判斷，自屬違法。」為由加以廢棄（93 年度臺上字第 4511 號）。

台南高分院的這項判決指出：「向民政課施壓一事，參酌當時臺灣地方自治文化之生態，黑金政治充斥，以被告身為民政課課長，負責承辦採購設計事項，面對地方勢力龍頭鄉代會主席即被告之施壓，要其全部身家性命及用以為生之工作職位與被告等人龐大地方勢力周旋，誠屬欠缺期待可能性。是被告在面對強大壓力下，而順應要求，雖屬行政裁量權運用失當，但其終局意旨在謀求自保，而非有圖不法利益之故意，則自不得徒以其裁量失當而徑認其有圖利他人之犯行。」

台南高分院的這項判決確實是擴大了期待可能性的適用機會，難怪不被最高法院接受。公務員的任何處分，只要抵觸當事人的利益，就可能有風險。但公務員如果預估遭到迫害，就應該尋求國家組織的保護，不能鄉愿的遷就當事人，否則國家權力如何運作？行政權如此，司法權更是如

此。員警或檢察官不能以幫派組織的勢力龐大為藉口，而放任犯罪集團危害人民。無期待可能性的觀念，顯然不能適用於司法人員。

不過，最高法院 94 年台上 5766 號判決有謂「上訴人遭此現在不法之侵害，出手推開陳明鎧時，有無準確拿捏其力道之期待可能性？」等語，似乎最高法院也有將期待可能性納入是否得阻卻罪責考量的範疇。另外，最高法院 93 年台上字 2592 號判決中，對於上訴人（船員）「在茫茫大海中只能消極不理會船長與大陸漁工之作為，無從採取積極防止犯罪之手段，依期待可能性之理論，實不應科以刑罰」的抗辯，似乎亦有審酌上訴人究竟有無違反期待可能性，故於判決中謂「上訴人與林○○、陳○○自始即有共同走私之犯意聯絡，自無所謂欠缺期待可能性之可言」。

總之，從以上有限的判決中，雖零星指出「期待可能性」的用語，但並非直接與是否承認將之視為「超法規的阻卻罪責事由」有關，實務似乎沒有直接的指明，欠缺期待可能性是一種排除罪責的理由。

四、無期待可能性宜適度援用

本文認為，無期待可能性應該有其適用上的機會。例如，發生在 1984 年，三峽海山一坑煤礦災變，九十四名礦工遭活埋，僅一人生還的「毀損屍體案」，是很典型的無期待可能性的案例³¹。

³¹ 參照 <http://w102.news.tpc.yahoo.com/marticle/url/d/a/071218/6/q9f8>.

當年被活埋的九十四名礦工，事後證實死亡九十人，僅有一人在高溫四十度、布滿一氧化碳的坑道內，等待了九十六個小時存活。該名生還者回憶形容，接連的爆炸後，坑道下已經是連蟑螂都無法爬行的狀況，在伸手不見五指漆黑環境中，他只能用礦工帽接自己的尿喝，再用泡棉口罩沾尿來當防毒面具。兩天後，不知何處傳的聲音驚醒了他，流下的水滴恰好落在周某身旁，原本身旁無人的他，也莫名躺了具屍體，周某決定要為妻小活下去，割死去同伴的生肉來吃。由於該名生還者在當時情況，為求生存，根本無法期待他做其他選擇，因此無法加以責任非難，不應成立毀損屍體罪。

多年前我國發生了一件眾所矚目的殺夫案件，有位女子先是遭到男子強姦而與這名男子結婚，婚後不斷遭到丈夫毒打，女子向娘家求救，向政府部門求救，不但沒有效果，反而被毒打的更徹底，精神幾乎崩潰。某晚，女子趁丈夫熟睡，持刀將丈夫殺死，然後自首³²。這女子不能主張正當防衛也不能主張緊急避難。正當防衛以「現時的」不法侵害為前提，但熟睡的丈夫不能對太太實施現時的不法侵害。緊急避難以「急迫的」危難為前提，但熟睡的丈夫無法實施急迫的危難。可是這個女子的處境非常艱難，我們很難想像，以她有限的社會資源，除了殺死熟睡中的丈夫之外，她還有什麼手

html? type =new&pg=5 (最後造訪時期 2008 年 06 月 09 日)

³² 1993 年 10 月 27 日發生在台灣的一起殺人案，鄧○○因長期遭受家庭暴力，最後殺害了丈夫，在受審過程中，受到婦女團體的支援，最後被判刑三年。並且促進了中華民國的家庭暴力防治法在 1998 年 6 月 24 日立法通過，成為亞洲第一個有家庭暴力防治法與民法保護令的國家。

段可以運用？我們可以期待她，不從事違法的殺人行為嗎？承認無期待可能性的概念，未必就是完全排除行為人的罪責，也可以是部分的排除，然後減輕處罰³³。

再以經常發生於臺灣東部及南部的原住民的例子來說明。許多原住民往往因為在山地捕捉野生動物或採集植物而遭到起訴審判。原住民的兒女長大後在都市艱苦的謀生，守在山上的老人為求溫飽，只能依靠守獵生活。這種守獵生活本來都沒有違法的問題，後來因為生態保護的政策，陸續的制訂了森林法、野生動物保育法、國家公園法，使得原本不違法的行為全都成了犯罪行為，依規定可以處五年以下不等的有期徒刑。原住民捕捉山豬，可能還用到具有殺傷性的自製獵槍，因此另外觸犯了槍炮彈藥刀械管制條例。這些行為合併起來處罰，可能高達二十年的有期徒刑。

野生動物保育法等法律，公佈施行十多年，媒體、員警、政府部門已經宣導很長的時間，原住民都知道違法的後果是什麼，所以不能主張欠缺違法性的認識（亦即不能主張無法避免的禁止錯誤）。可是，毫無生計的原住民老人，除了繼續違法之外，還能依賴何種方式維生？因此，這種特殊處境的原住民，似乎可以依照欠缺合於規範行事的期待可能性，而減免罪責。

因為實務對於這些原住民的判決，大多是緩刑處理，或易科罰金³⁴，最終都免於牢獄之災，但最公道的判決恐怕還

³³ 關於本案的詳細說明與判決理由，請參照張麗卿，法律與文學：第一講 哈代「黛斯姑娘」—性犯罪被害人，月旦法學教室第40期，2006年2月，頁62-71。

³⁴ 例如，花蓮地方法院刑事簡易判決96年度花簡字第436號；台東地方法院刑事判決97年度訴字第44號；屏東地方法院刑事簡易判決

是直接排除罪責。這應該不至於助長盜獵或盜采的行為，因為無期待可能性的法理只能適用於處境極其艱難與特殊的行為人，而不是一般的行為人³⁵。故本文認為實務還可以再大膽的採用無期待可能性的觀念，作為判斷行為人是否負責的根據。

伍、結語

無期待可能性的概念在創用當時，是運用在過失犯罪的領域，以之限縮注意義務的範圍。後來某些德國刑法學者試圖擴大適用範圍，但並沒有被廣泛的接受，德國實務的態度更是謹慎與保守。

無期待可能性的概念主要是指，處境特別艱難的行為人，社會難以期待這個人能夠有合于規範的行為，儘管不能找出明文規定的排除罪責的事由，但也可以依照欠缺「他行為可能性」的法理，承認「無期待可能性」屬於一種超法律的阻卻罪責事由。德國學界長久以來的爭執，也就是「無期待可能性」能否當作超法規的阻卻罪責事由。

實務對於無期待可能性所採的態度幾乎與德國實務相同，雖然不是完全的拒絕，但在判決裏看不到明確的承認。在很少見的判決裡，如台南高分院的判決，雖然明確的使用無期待可能性的概念，但這個判決所指的無期待可能性，恐

97 年度簡字第 313 號等等，不勝枚舉。

³⁵ 這個與德國學者 Freudenthal 所說：「基於經濟的理由，根據行為時的情況，實施犯罪實屬無法避免之人，不應被刑事處罰」的結論是一致的。參照 Jescheck/Weigend, a.a.O., II.2.

怕與學說所指的概念並不完全相同。

學說所指的無期待可能性，應該還有適用的機會。不只是在過失犯罪，在故意犯罪的範疇裏，針對極其特殊的案例，似乎也都有適用的可能。在過失犯罪裏，針對非常輕微的過失，無法期待行為人可以精準的像一部機器，即可運用欠缺期待可能性的觀念，排除罪責。例如，雨天夜裏開車，在對向來車的強光照射下，根本不能看清楚橫越馬路的行人，尤其是當行人穿著深色衣服時，如果駕駛人撞上行人，應該可以依照無期待可能性的概念而排除罪責。不過，這個案例在德國的通說上是依照「主觀注意能力的欠缺」而排除罪責。就這一點看，無期待可能性似乎與注意能力的欠缺，在概念上是一致的³⁶。

本文所舉的原住民的例子，是故意的作為犯。原住民在別無選擇的機會下，為求生計，明知採集植物或捕捉保育類野生動物是違法的，卻依然冒險行事，如果處境真的是非常艱難，應該可以例外的依照無期待可能性的概念而例外的排除或減輕罪責。當然這對於一般的盜獵或盜採者是不能適用的。

³⁶ 依照德國通說，過失犯罪的判斷分成兩個部分，客觀注意義務是在構成要件上所要判斷的，主觀上的注意能力則屬於罪責。當很難期待行為人的注意能力一如常人，意義上與欠缺期待可能性幾乎是一致的。

參考文獻

一、中、日文部分

1. 山中敬一，刑法總論，成文堂，2008年3月。
2. 川端博，刑法總論講義，成文堂，2007年5月。
3. 甘添貴、謝庭晃，捷徑刑法總論，瑞興，2006年6月。
4. 林山田，刑法通論（上），自版，2008年1月。
5. 林東茂，刑法綜覽，一品，2007年9月。
6. 林鈺雄，新刑法總則，元照，2006年9月。
8. 張麗卿，刑法總則理論與運用，五南，2007年9月。
7. 張麗卿，法律與文學：第一講 哈代「黛斯姑娘」—性犯罪被害人，月旦法學教室第40期，2006年2月，頁62-71。
9. 許澤天，義務衝突之研究—利益衡量與阻卻違法；期待可能與責任—，刑事法雜誌第40卷3期，1996年6月，頁55-79。
10. 陳子平，刑法總論，元照，2008年9月。
11. 馮軍譯，大塚仁著，刑法概論（總論），中國人民大學出版社，2003年11月。
12. 黃榮堅，基礎刑法學（下），2006年9月。
13. 褚劍鴻，期待可能性與司法實務，政大法學評論第48期，1993年9月，頁1-34
14. 蔡墩銘，刑事責任與期待可能性，法令月刊第23卷9期，1972年9月，頁267-277。

15. 蔡墩銘，刑法精義，翰蘆，2005年7月。
16. 鄭逸哲，法學三段論法下的刑法與刑法基本句型（一）
刑法初探，瑞興，2005年9月。
17. 蘇俊雄，刑法總論Ⅱ，自版，1998年12月。

二、外文部分

1. Bockelmann/ Volk, AT, 4. Aufl., München, 1987, S. 131
2. Guenther, Jakobs, Strafrecht AT, 2. Aufl., Berlin, 1993,
S.220ff.
3. Jescheck/Weigend, Strafrecht AT., 5. Aufl., Berlin, 1996, §
47, II
4. Roxin, Strafrecht AT/I, 4. Aufl., München, 2006, § 24, C,
Rn.124.
5. Sch/Sch/Lenckner, StGB, Kommentar, 27. Aufl., München,
2006, Vor §§ 32 ff. Rn. 122ff.
6. Urs, Kindhaeuser, Strafgesetzbuch, 3. Aufl., 2006, Vor §§
32-35, Rn. 83.
7. Wessels/Beulk, AT, 35. Aufl., Heidelberg, 2005, Rn. 451.