

他行为能力问题研究

陈兴良*

内容提要：他行为能力是一个在刑法理论中存在重大争议的概念，争议的焦点在于：如何确定他行为能力在犯罪论中的体系性地位。行为论的观点认为，他行为能力属于是否存在刑法意义上的行为的问题，应在行为论中考察他行为能力。不法论的观点认为，他行为能力是违法阻却事由判断的根据之一，应在不法论中考察他行为能力。责任论的观点认为，他行为能力是责任非难的根据之一，应在责任论中考察他行为能力。他行为能力是行为人选择实施其他行为的可能性，其与意志自由一体两面，属于刑法意义上的行为的成立要素。通过否定他行为能力的存在，可以排除行为的存在，从而否定犯罪的成立。因此，行为论的观点是正确的。

关键词：他行为能力 意志自由 行为论

他行为能力作为刑法理论中的一个概念，涉及行为论、不法论和责任论，其在犯罪论中的体系性地位需要厘清。本文在揭示他行为能力基本特征的基础上，从意志自由、不可抗力、紧急避险和期待可能性等视角，对他行为能力的性质进行考察，以确定他行为能力在犯罪论中的体系性地位。

一、他行为能力的概念界定与理论价值

在刑法理论中，他行为能力概念考察的是，行为人是否具有实施其他行为的能力。因此，当我们采用“他行为”这个概念时，就已经预设了“本行为”。而在讨论行为人是否具有他行为能力时，行为人显然已经实施了“本行为”，只是如何从刑法上评价“本行为”，还取决于行为人是否具有实施“他行为”的能力。因此，分析他行为能力其实是为了处理“本行为”的法律性质问题。

在使用他行为能力概念时，行为人并没有实际实施其他行为。因此，他行为能力只是

* 北京大学法学院教授。

一种可能性，即实施其他行为的可能性。能力和可能性，虽然用语不同，但就其内容而言，两者是可以相互转换的。⁽¹⁾我国台湾学者李文健就曾指出：可能性和能力表面上看起来虽然是两个不同的概念，其实是一体两面；我们不正可以说，因为行为人有他行为能力，所以有实施其他行为的可能性；可能性其实就是具备能力以后的反映，能力是可能性的实质基础。⁽²⁾

那么，他行为能力概念的理论价值何在？对此，我们可以从一个疑难案件切入。

夏伟业强奸、故意杀人案：2008年10月14日，被告人石书伟等8人为勒索财物，持枪在河南省平顶山市将夏伟业绑架，对其进行捆绑、殴打，并连夜驾车到许昌市将25岁女青年王科嘉绑架回平顶山市区。被告人石书伟等人强行逼迫夏伟业与该女发生性关系，后又以枪杀夏伟业相威胁，强迫其将该女勒死。

对于本案中的8名犯罪人，当然应依法追究刑事责任。但本案的争议主要是，对王科嘉实施强奸和杀害行为的夏伟业，是否构成犯罪。对此，存在无罪和有罪这两种针锋相对的观点。主张无罪的观点主要有三种理由：第一，不可抗力；第二，紧急避险阻却违法；第三，缺乏期待可能性。下面，笔者对上述观点逐一进行分析。

第一，因不可抗力而无罪。这种观点认为，从本案的案情看，夏伟业确实对被害人实施了强奸和杀害行为，但这些行为并非出自其本意，而是在他人的暴力强制下实施的。换言之，夏伟业只是他人实施强奸和杀人的工具，应当由他人作为间接正犯对强奸和杀人承担刑事责任。对于这种情形，刑法第16条规定：行为在客观上虽然造成了损害结果，但是不是出于故意或者过失，而是由于不能抗拒的原因所引起的，不是犯罪。从这一规定看，重点是强调损害结果是由不能抗拒的原因引起的。那么，什么是“不能抗拒的原因”？笔者认为，“不能抗拒的原因”是指非出于行为人意志自由的原因。在这种情况下，虽然发生了损害结果，但由于损害结果非出于行为人的意志自由，故对于该损害结果行为人无需承担刑事责任。

我国台湾学者林山田曾指出，下述行为非出于行为人的意思决定，因而并非刑法概念上的行为：（1）无意识参与作用的反射动作；（2）受他人之力的直接强制，在完全无法抗拒，而其意思决定与意思活动完全被排除或被支配的情况下的机械动作；（3）睡眠中或无意识中的行动或静止；（4）因病情发作的抽搐，或因触电或神经反射而生的痉挛；（5）手脚被捆绑而欠缺行动可能性的静止等。⁽³⁾本案类似于第二种情形。在这种情形下，虽然不像第五种情形那样，完全丧失了行动可能性，但行为人遭受他人暴力的直接强制，已经丧失意志自由，应属于因“不能抗拒的原因”而导致损害结果发生，行为人不应承担刑事责任。当然，在这种情况下，需要考察行为人是否完全丧失意志自由。如果并未完全丧失，行为人仍然应当对损害结果承担刑事责任，只不过存在一定的可宽宥性，在量刑时应当从宽处罚。例如，在本案中，如果绑匪的胁迫构成了对夏伟业的精神强制，但这种强制尚未完全剥夺其意志自由，则夏伟业受胁迫实施犯罪的情形就构成胁从犯。根据刑法第28条的规定，对于胁从犯，应当按照行为人的犯罪情节减轻处罚或者免除处罚。

（1）在本文中，笔者以同等含义交替使用他行为能力和他行为可能性这两个概念。

（2）参见李文健《罪责概念之研究——非难的实质基础》，1998年台湾自版，第81页。

（3）参见林山田《刑法通论（增订版）》上册，北京大学出版社2012年版，第118页。

第二，因紧急避险阻却违法而无罪。这种观点认为，紧急避险是违法阻却事由；^{〔4〕}根据刑法第21条第1款的规定，为了使国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他权利免受正在发生的危险，不得已采取的紧急避险行为，造成损害的，不负刑事责任。值得注意的是，刑法规定实施紧急避险行为必须是“不得已”。这是指除了采取损害其他合法权益的方法以外，没有其他保护合法权益的方法。在本案中，夏伟业实施强奸、杀人行为是否属于迫不得已？这种观点认为，在绑匪的胁迫下，夏伟业为了保全自己的生命而服从绑匪的指令，对被害人实施强奸和杀害行为，是一种为了保全自己生命而损害他人合法权益的紧急避险行为；但根据紧急避险的一般原理，不得以牺牲他人生命为代价来保全自己的生命，因而夏伟业的行为属于紧急避险过当，应当承担一定的刑事责任。

如前所示，紧急避险是以行为符合构成要件为前提的。尽管刑法规定实施紧急避险必须是“不得已”，但“不得已”不能等同于完全丧失意志自由，而是指除采取紧急避险外没有其他方法。由此可见，紧急避险仍然是以行为人为具备意志自由为前提的。在现实生活中，在绑匪剥夺生命的暴力威胁下不得已实施犯罪的情形偶有发生，这种情形也可能构成紧急避险；当这种紧急避险超过必要限度时，避险人应承担刑事责任。当然，如果符合胁从犯的成立条件，则应当减免处罚。在本案中，夏伟业是在受到紧迫生命威胁的情况下实施强奸和杀人，行为当时夏伟业实际上已经丧失意志自由，其实施强奸和杀人行为不能再被视为是其意志自由支配下的行为，因而在行为论这一层面就已经排除构成犯罪的可能性，故不应再将其认定为紧急避险。

第三，因缺乏期待可能性而无罪。这种观点认为，在本案中，夏伟业的强奸、杀人行为之所以不构成犯罪，是因为在当时特定的情境中，缺乏期待夏伟业不实施犯罪的可能性。“期待可能性是指行为之际的现实情形，能够期待行为人不实施犯罪行为而实施适法行为；反之，则为期待不可能性。”^{〔5〕}由此可见，期待可能性所涉及的是，在行为符合构成要件且具备违法性的情况下，因为不具有期待可能性而免除行为人的责任。在本案中，夏伟业因受到他人的暴力强制，处于丧失意志自由的状态，因此不能期待其不实施强奸、杀人行为。从这个意义上说，以缺乏期待可能性为由出罪，似乎符合逻辑。

这里涉及意志自由与期待可能性的关系问题。“期待可能性和意志自由属于本质相同的主观性要素，都是关于行为人在行为时有没有自我决意的可能性，或有无选择数个受到不同社会评价的行动的可能性。但是，意志自由是社会领域一切责任的基础，而期待可能性是规范性的意志自由概念。在刑事责任中，用期待可能性概念替代意志自由概念，实际上是以意志自由为基础，利用了刑法的强制规范功能和教育功能，可以较好地实现刑法的保护机能与人权保障机能之间的均衡。”^{〔6〕}这是将期待可能性与意志自由描述为一体两面的关系。笔者认为，期待可能性虽然以意志自由为前提，没有意志自由就没有期待可能性，但是，意志自由并非直接对应于期待可能性，在没有意志自由的情况下，根本就不存在刑

〔4〕 在德国刑法中，除了合法化的紧急避险，还规定了免责的紧急避险。合法化的紧急避险是违法阻却事由，免责的紧急避险是责任阻却事由（参见〔德〕汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特《德国刑法教科书》上，徐久生译，中国法制出版社2017年版，第477页）。我国刑法只规定了作为违法阻却事由的紧急避险，没有规定免责的紧急避险。

〔5〕 董德华《刑法中的期待可能性论》，法律出版社2015年版，第5页。

〔6〕 同上书，第37页。

法意义上的行为。例如，对于夏伟业而言，在受到他人暴力强制的情况下，其行为并非出自个人意愿，其已经丧失意志自由。对夏伟业应以不可抗力为由出罪，而不能再以期待可能性的法理作为出罪根据。

经过以上分析，笔者的观点是，本案中夏伟业的行为是出于不能抗拒的原因而实施，其不应对强奸、杀人行为承担刑事责任。虽然结论是明确的，但背后的实质根据才是更值得深入研究的问题。笔者认为，引入他行为能力的法理，对于正确处理此类案件具有重要意义。也就是说，在本案中，需要考察的是，在当时特定的环境下，夏伟业是否具有实施其他行为的可能性。如果没有实施其他行为的可能性，只能被迫实施强奸、杀人行为，则可以欠缺他行为能力为由否定夏伟业成立犯罪。

二、他行为能力与意志自由

在讨论上述夏伟业案时，涉及意志自由这一重要的哲学概念。那么，他行为能力与意志自由究竟是什么关系？

在哲学中，意志自由与决定论的关系长久地吸引人们的注意力。在这个问题上，存在意志自由与决定论相容还是不相容的争论。所谓相容是指，意志自由和决定论并不是绝然对立的关系，两者可以相容。不相容则是指，意志自由和决定论是绝然对立的关系，两者不能相容。在哲学史上，相容论的观点占据主导地位。按照经典的相容论观点，在我们“本来就能够以别的行为方式行动”的意义上，自由就在于我们的行动必定是“取决于我们的”。因为，说我们“本来就能够以别的行为方式行动”，只是意味着没有约束或障碍阻止我们做我们想要做的事情，如果我们当时打算那样做。也就是说，自由意味着我们有能力和机会以别的方式行动，而且，如果我们的欲望或其他动机在我们行动的时刻就有所不同，那么我们就已经那样行动了。⁽⁷⁾ 其实，相容论与不相容论的争论，是对意志自由和决定论作了不同理解而导致的。在以上相容论的观点中，就把意志自由界定为一种选择，即在既可以实施A行为又可以实施B行为的情况下，行为人选择实施A行为，该行为就是基于意志自由而实施的。在这种情况下，尽管这种选择取决于各种要素，在一定程度上是被决定的，但这并不能否定意志自由的存在。在这个意义上，意志自由和决定论不是绝然对立的，而是可以相容的。不相容论的观点则认为，如果决定论是真的，那么我们出生之前的过去的历史遗迹、某些规律或法则就决定了我们目前的行动，所以，在我们现在做的任何事情当中，没有什么事情能够使我们目前的行动变成别的样子。我们不可能以别的方式行动，因此我们缺乏可供取舍的可能性。然而，如果自由意志要求可供取舍的可能性，那么我们就没有自由意志。⁽⁸⁾ 不难看出，相容论和不相容论之争，在很大程度上是围绕“本来就能够以别的方式行动或选择”而展开的。

在刑法理论中，意志自由和决定论是相容还是不相容，同样存在争议。值得注意的是，英国学者提出了超越自由意志论/决定论的二律背反的命题。例如，艾伦·诺里指出：“自

(7) 参见徐向东编《自由意志与道德责任》，江苏人民出版社2006年版，第10页。

(8) 同上书，第9页。

由意志/决定论是一个没有价值的二律背反，却转移了我们的注意力。然而，我们应当关注的是更加困难和矛盾得多的个体正义和社会正义的问题，这些问题是刑罚问题中心。”⁽⁹⁾在诺里看来，自由意志与决定论之间的关系只不过是个体正义与社会正义之间关系的折射，自由意志是放任个人主义的，决定论是针对社会问题而形成的思想取向。因此，应当透过自由意志与决定论的聚讼，发现个体正义与社会正义的真实内容。

随着对意志自由问题的认识不断深入，建立在不相容论基础上的传统的非决定论被摒弃，以选择能力为内容的意志自由理念成为共识。刑法学者在刑事责任的问题上坚持以意志自由为基础，在犯罪原因的问题上则采用决定论的解释方法。例如，韦尔策尔指出：如果说在刑法中，犯罪是指行为人对自由的滥用，法律就此对行为人发出谴责，要求其承担责任，并处以刑罚，那么在犯罪学中，无论从哪个方面来说，犯罪都是天性和环境的因果产物。这两种思想似乎是彼此矛盾、相互排斥的，但其实二者并不矛盾。责任所指的并不是为了实现坏事而“自由地”作出决定，而是主体具有合乎意义地实现自我决定的能力，却依附于驱动力的因果强制。因此，从事实的角度来看，犯罪完全是因果要素的产物。⁽¹⁰⁾由此可见，刑法学要解决的是行为人对于其实施的犯罪行为的责任问题，只有假定行为人具有意志自由，犯罪行为是其选择的结果，才能合理追究行为人的刑事责任。笔者曾经从存在论与价值论这两个视角讨论意志自由：“在存在论的意义上，自由是与必然相联系的，它受必然的支配，这是一种决定论。但这种决定论又不是机械的决定论，机械决定论实际上否定了人的自由；而是辩证决定论，因而在认识必然的基础上，人可以驾驭必然，在必然所允许的范围内，具有一定的自由度。从价值论的角度上看，人的自由意味着一种选择，它是与强制相对应的。因此，选择是自由的核心。”⁽¹¹⁾

抛开哲学上的讨论与争议，就刑法上的意义而言，意志自由是指行为人自己决定是否实施某种行为的可能性。如果具有这种可能性，就认为行为人具有意志自由，或者说该行为是在意志自由的状态下实施的。反之，如果不具有这种可能性，就认为行为人没有意志自由，或者说该行为是在缺乏意志自由的状态下实施的。由此可见，意志自由的核心是行为人的选择可能性，也就是所谓“本来就能够以别的方式行动或选择”。为此，冯军将意志自由称为行为选择自由，他指出：“从价值论的角度来看，我们不能否定如下的解释：法律规范是以意志自由为前提的，法律规范对无论如何都必须实施某种行为的人没有任何意义，只有在人具有实施其他行为的可能性即可以根据自己的自由意思对自己的行为进行选择时，才有法律规范得以存在的余地；只有以意志自由为前提，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，那就必须以人的意志自由为前提，没有任何理由去惩罚一个完全被决定的人，即使为了社会保安的目的也决不能容忍以无辜者作牺牲。”⁽¹²⁾

但是，在刑法理论中，是否应当采用意志自由一词，也是存在争议的。这种争议的核心在于，意志自由是否具有实证性。反对意志自由论的学者认为，意志自由是一个无法实

(9) [英] 艾伦·诺里 《刑罚、责任与正义》，杨丹译，中国人民大学出版社2009年版，第135页。

(10) 参见[德] 汉斯·韦尔策尔 《目的行为论导论》，陈璇译，中国人民大学出版社2015年版，第65页。

(11) 陈兴良 《刑法的人性基础》，中国人民大学出版社2017年版，第252页。

(12) 冯军 《刑事责任论》，社会科学文献出版社2017年版，第102页。

证的问题。而主张意志自由论的学者认为,意志自由虽然具有相当的抽象性,似乎缺乏实证性,但意志自由可以通过具体形式呈现出来,能够获得事实层面的确认。以上两种观点,可以说是各执一词。值得注意的是,罗克辛将意志自由界定为一个规范的假设:意志自由在刑法中的角色不是一个事实(存在的状态),而是一个规范的假设、一个法的评价原则,因此并不需要一个经验上的证明。⁽¹³⁾至于意志自由的证明,罗克辛将其转换为所谓对规范的反应能力:当行为时,原则上具有对规范的反应能力时,作为罪责前提的行为自由和决定自由就可以被肯定。⁽¹⁴⁾

在当前的刑法理论中,意志自由一般与责任问题相关联,意志自由被认为是责任的基础,没有意志自由就没有责任。正如我国学者所指出:我们通常认为,只有当我们的行动在某种意义上是自由的时候,我们才能说对我们自己的行动负责。⁽¹⁵⁾这里要澄清,刑事责任中的“责任”和犯罪论体系中责任阶层的“责任”是不同层面的概念。刑事责任中的责任是对行为作整体评价的结果;而责任阶层的责任是在构成要件、违法性评价之后,对符合构成要件且具有违法性的行为的非难性评价,因此其只是阶段性的评价。区分二者的意义在于,在刑事责任的语境中,我们可以说它以意志自由为前提,没有意志自由就没有刑事责任;而责任阶层的责任虽然也建立在意志自由的基础之上,但它本身并不处理意志自由问题。也就是说,意志自由是责任的前提而非责任的主体。意志自由问题是在行为论中处理的,如果没有意志自由,某一行为就不会进入构成要件的评价,从而被排除在犯罪成立与否的评价之外。因此,严格说,以行为选择可能性——这是刑法上的意志自由的核心要素——为内容的他行为能力,并不直接处理责任有无的问题,而是处理行为存否的问题,这是两个不同性质的问题。这里要指出的是,无论行为是不是犯罪论体系的一个独立阶层,它在逻辑上都是先于构成要件的,是成立犯罪的逻辑前提。

如果说,意志自由概念具有浓厚的哲学色彩,而且极易引起争议,那么,在刑法理论中将意志自由的判断转化为他行为能力的判断,就不失为一个具有建设性的方案。如前所述,他行为能力是意志自由的客观外在呈现。相对于意志自由的判断具有一定的抽象性,他行为能力的判断更具有可行性与可操作性。这里应当指出的是,正如不存在绝对的意志自由,任何意志自由都是相对的,他行为能力也不是绝对的,而是相对的,有一定的程度区别。需要确定的是他行为能力的判断标准:是采取行为人标准还是一般人标准。前者是主观标准,后者是客观标准。笔者认为,是否具有他行为能力是一种规范的判断,因此采取一般人标准更为合理。即,一般人或者普通人在当时的特定环境中是否具有实施其他行为的可能性。就前述夏伟业案而言,虽然表面上看,夏伟业实施了强奸、杀人行为,但其是否构成强奸罪、故意杀人罪,还要考察在其被绑架丧失人身自由并且受到生命威胁的特殊环境中,夏伟业的意志自由是否已经完全丧失,而这种判断可以转换为是否具有他行为能力的判断。笔者认为,在该案情况下,夏伟业已经丧失他行为能力,强奸、杀人行为并不是基于其意志自由而作出的选择和决定,而是出于外部暴力强制的行为,这种行为不能成为承担刑事责任的客观根据。

(13) 转引自前引〔2〕,李文健书,第139页。

(14) 同上书,第140页。

(15) 参见前引〔7〕,徐向东编书,第10页。

三、他行为能力与不可抗力

他行为能力与不可抗力有密切关系，只有正确界定不可抗力，才能为他行为能力在犯罪论体系中找到合适的位置。而只有从行为概念出发，才能发现他行为能力与不可抗力的连接点。

在行为的概念上，存在行为论的行为和构成要件论的行为之分。行为论的行为是未经刑法规范评价的行为，或者说是“裸”的行为。构成要件论的行为，则是符合构成要件的行为。虽然前田雅英认为，脱离构成要件该当性的判断来讨论行为本身（裸的行为论），几乎没有什么意义，⁽¹⁶⁾但即使在日本，刑法学者仍然注重对一般行为的研究，提出了“行为概念是犯罪论的基石”的命题。大塚仁指出：“处于犯罪概念基底的，首先是行为。是直视其现实意义来把握行为，还是认为行为具有行为性格的征表意义，暂且不论，古典学派、近代学派从来都赋予行为在确定犯罪概念上以重要意义。在今日的刑法学中，无疑也必须以行为观念为核心来确立犯罪概念。犯罪定义中以‘符合构成要件的违法而且有责的行为’为犯罪，刑罚法规规定的各种犯罪都由一定的行为来赋予特征。”⁽¹⁷⁾这里所谓“各种犯罪都由一定的行为来赋予特征”，是指在犯罪概念中行为是主语，“符合构成要件的”“违法的”“有责的”都不过是修饰行为的。当然，在区分裸的行为和构成要件行为的基础上，首先应当确定，他行为能力中的“行为”并非构成要件行为而是行为论的行为，即裸的行为。行为论主要讨论的是行为的性质与特征，其为构成要件行为的前提与基础，从而限定犯罪的成立范围。这就是行为所具有的界限要素机能。

根据因果行为论，行为是意思活动的实现，是在意思支配下改变外部世界的因果历程。因此，行为包含两个要素：心素与体素。心素是指意思活动。李斯特指出：“每一个任意行为都是意思活动，也就是说，每一个行为都是由人的思想所决定的，与机械的或生理上的强制无关。意思活动可以存在于任意的作为或不作为之中。因此，在痉挛状态下毁坏他人财物，因昏厥而使其履行义务受阻，因绝对的不可抗力而迫使其主动或被动地行为的，均不是（刑法意义上的）行为。”⁽¹⁸⁾通过将意思活动确定为行为的主观要素，将那些非出于行为人意思决定的行为排除在行为概念之外，实现了行为概念的界限要素机能。大塚仁指出：“关于作为犯罪概念基底的行为，其中，特别应该作为问题对待的，是作为界定要素的机能。它不外乎是刑法评价为犯罪的前提，是作为界定要素的行为。”⁽¹⁹⁾通过行为概念的界限要素机能，一般都会把无意识状态下的身体举止，在身体遭受物理强制（例如捆绑）或者在受到他人暴力强制的情况下所产生的身体举止，排除在行为之外。罗克辛指出：“行为必须具有把那些从一开始就与行为构成变化特性无关的、在刑法评价中不能考虑的事物全部加以排除的功能。这些事物包括由动物引起的事件，法人的动作，单纯思想和态度，另外还有外部世界的影响，例如，痉挛性发作，神志昏迷等不在神经系统控制和支配下的

(16) 参见〔日〕前田雅英《刑法总论讲义》，曾文科译，北京大学出版社2017年版，第66页。

(17) 〔日〕大塚仁《刑法概说（总论）》，冯军译，中国人民大学出版社2003年版，第107页。

(18) 〔德〕李斯特《德国刑法教科书》，徐久生译，法律出版社2006年版，第177页。

(19) 前引〔17〕，大塚仁书，第108页。

情况。”⁽²⁰⁾ 对于把这些事件从行为中予以排除，不会发生争议，但其他一些情形的排除就可能引发争议，例如，李斯特所论及的因绝对的不可抗力而被迫主动或被动地行为的情形。这就是所谓的不可抗力。

不可抗力涉及在外力强制下实施的行为，而如何理解强制的形式和强度，是一个有争议的问题。例如，意大利刑法第45条规定“因意外事件或者不可抗力而实施行为的，不受处罚。”第46条规定“因遭受他人采用的、不可抵抗的或者不能以其他方式避免的暴力而被迫实施行为的，不受处罚。”意大利学者指出：第45条规定的不可抗力是一种外在的自然力，它决定主体的身体不可能用其他方式行动。第46条规定的身体受强制实际上也是一种不可抗力，但是有一定的区别，即身体受强制是由他人实施的物质性暴力（如果是精神性暴力或威胁，则适用意大利刑法第54条第3款）。⁽²¹⁾ 也就是说，狭义的不可抗力是指自然的破坏力，而广义的不可抗力包括身体受强制在内，身体受强制则指向他人实施的物质性暴力。

根据意大利刑法第46条的规定，身体强制的形式必须是暴力，并且是不可抗拒的暴力。这里有两个值得研究的问题：第一，如何理解这里的暴力；第二，如何理解这里的不可抗拒。应该说，暴力强制是物理强制，而且必须达到不可抗拒的程度。意大利学者指出：“根据通说，这种强制必须是绝对的，即主体不可能实施不同于其被强制实施的行为。在身体受强制的情况下，被强制的人 non agit, sed agitur, 纯粹是用暴力进行强制者的工具，因而刑事责任应由强制者来承担。”⁽²²⁾ 根据意大利的刑法理论，这里的身体强制是一种绝对的强制，使人丧失意志自由，因而属于排除意识与意志的行为。如果是相对的强制，则仍然存在刑法意义上的行为，强制只是排除罪过（责任）的原因，即可原谅的理由（le scusanti）。总之，在绝对强制的情况下，行为人不具有他行为能力；在相对强制的情况下，行为人具有他行为能力。前者属于不可抗力，后者属于罪责排除事由。

我国刑法中也有关于不可抗力的规定，即刑法第16条：行为在客观上虽然造成了损害结果，但是不是出于故意或者过失，而是由于不能抗拒的原因所引起的，不是犯罪。我国刑法学界一般认为，所谓不可抗力是指在特定的场合下，非人力所能抗拒的力量，它包括自然力和非自然力的强制。自然力通常有：（1）机械力量；（2）自然灾害；（3）动物的侵袭，等等。非自然力主要是指人力的作用。由于这些自然力和非自然力的强制与作用，致使行为人对于损害结果的发生无能为力，不能加以阻止或排除。例如，铁路扳道工被歹徒捆绑，不能履行扳道职责，致使列车相撞，造成重大事故。扳道工对于自己不履行扳道义务会导致事故发生，在主观上是有预见的，但是，身体受到外力强制而不能履行扳道义务，却不是出自其本意，而是由不可抗力决定的，所以扳道工不成立犯罪，不负刑事责任。⁽²³⁾ 总之，不可抗力作为出罪根据，应该是基于无行为而非无罪过。⁽²⁴⁾

(20) [德] 克劳斯·罗克辛 《德国刑法学总论》第1卷，王世洲译，法律出版社2005年版，第147页。

(21) 参见[意] 杜里奥·帕多瓦尼 《意大利刑法学原理》，陈忠林译评，中国人民大学出版社2004年版，第112页。

(22) 同上书，第112页。“non agit, sed agitur”的含义是“不是（自己）在行动，而是被（他人）强迫行动”（见该书，第113页）。

(23) 参见赵廷光主编《中国刑法原理（总论卷）》，武汉大学出版社1992年版，第365页。

(24) 关于不可抗力与意外事件的区分，参见陈兴良《论无罪过事件的体系性地位》，《中国政法大学学报》2008年第3期，第32页。

关于“不能抗拒的原因”，一般认为是指受到物理强制而不是受到精神强制。例如，冯军认为，人们通常把“不能抗拒”解释为一种物理强制（例如身体被捆住），而不是扩大解释为一种精神强制（例如，被人用手枪逼着）。⁽²⁵⁾在此，冯军将物理强制认定为不可抗力是正确的，但能否把物理强制限制地解释为身体被捆绑从而完全失去人身自由等情形，却将用手枪逼迫只是归为精神强制，是值得商榷的。我国学者在论及不可抗力与被胁迫时认为：“所谓强制的不可抗力，应该是他人对行为人人身的绝对强制。这里的绝对强制包括限制与控制。所谓限制，就是对行为人人身的拘禁，使本身负有法定义务的行为人无法履行义务，而这种不作为行为与被胁迫的情况下的不作为的区别是，前者的不作为不具有刑法意义，而是被拘禁的自然后果，排除了行为的可能性；而后者的不作为则是虽然有可能作为，但是由于心理受到压力或者作为后可能导致严重的后果发生，因而不敢实施行为。所谓控制，就是在客观上绝对控制他人身体，如捆绑、用暴力导致昏迷等情况，在这种情况下，行为人的身体被强制人当作无意志之根据和机械来使用，造成后果的，也不能认为系出自行为人自身的行为。”⁽²⁶⁾以上论述对不可抗拒的强制和胁迫的区分提出了个人见解，具有一定的参考价值。

如前所述，在行为人受到捆绑等使人无法行动的物理强制的情况下，认定成立不可抗力，从而否定行为人具有他行为能力，一般是没有疑问的。但问题在于，在精神强制的情况下，能否成立不可抗力从而否定行为人具有他行为能力？对此存在争议。笔者认为，完全否认在精神强制的情况下可以成立不可抗力的观点，是值得商榷的。精神强制并非只是精神性的胁迫，在许多情况下是以暴力为后盾的。因此，物理强制和精神强制的区分标准有待进一步厘清。如果直接以暴力为后盾相胁迫，则应归为物理强制而不是精神强制；间接以暴力为后盾相胁迫，则应归为精神强制而不是物理强制。前者以即时暴力为内容，如果不服从，暴力即刻降临；后者以未来暴力为内容，如果不服从，暴力不会即刻发生。一般认为，抢劫罪中的暴力胁迫即以即时暴力为后盾，被害人因此会丧失意志自由；敲诈勒索罪中的暴力威胁则以未来暴力为后盾，被害人并不会因此而完全丧失意志自由。

根据以上标准进行分析，在前述夏伟业案中，虽然在实施被胁迫的行为时，夏伟业只是受到生命威胁，但事先夏伟业已经被歹徒绑架，处于丧失人身自由的状态。对此，将夏伟业的行为认定为是受到不可抗拒的强制的结果，是具有合理性的。夏伟业所面对的是会立即付诸实现的死亡威胁，从这种威胁尚未转化为现实的角度说，似乎仍停留在精神强制的层面，但是，如果夏伟业不对被害人实施强奸、杀害行为，就会直接面临自己被杀害的结局。就此而言，这种即时的生命威胁甚至比某些已经实施的暴力强制还要严重。在这种情况下，应当将夏伟业所面临的强制认定为以暴力为内容的物理强制。

无论对物理强制和精神强制采取何种区分标准，对于以下这一点应该说是没有疑问的：在物理强制的情况下，行为人丧失了意志自由，欠缺他行为能力；在精神强制的情况下，虽然行为人的行为选择受到一定的外部制约，但行为人并没有完全丧失意志自由，仍然具有他行为能力。

(25) 参见前引〔12〕，冯军书，第231页。

(26) 孙立红《刑法被胁迫行为研究》，中国人民公安大学出版社2010年版，第55页。

四、他行为能力与紧急避险

一般认为，达到相当程度的物理强制可以成立不可抗力，从而否定行为人具有他行为能力。而在精神强制的情况下，行为人并没有完全丧失意志自由，不能成立不可抗力。但是，精神强制往往涉及是否可以成立紧急避险的问题，因此，考察他行为能力与紧急避险的关系，对于正确理解他行为能力具有重要意义。

根据刑法第21条第1款的规定，为了使国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他权利免受正在发生的危险，不得已采取的紧急避险行为，造成损害的，不负刑事责任。在此，刑法明确规定，紧急避险应是“不得已”而实施。这里的“不得已”是指，在当时的情况下，没有其他方法可以避免危险。这正如大塚仁所指出：所谓“不得已而实施的”，是指为了避免其危险的唯一方法，不存在其他应该采取的方法。⁽²⁷⁾ 尽管如此，在紧急避险的场合，紧急避险行为仍然是在避险人具有他行为能力的情况下实施的。

李某故意杀人案：被告人李某，女，31岁，路遇一男子张甲企图对其实施强奸。李某在反抗的过程中将张甲打昏，遂赶快骑车去报案。李某经过最近的村庄，见有一户人家亮着灯，由于受到惊吓，加之天色已晚，便投奔该家请求留宿。该农户家中只有老太太叶某和女儿张乙二人。李某向叶某说明遭遇后，叶某深表同情，留宿李某并安排张乙陪宿，一同住在西房（这家是独门独院，院落很小且地处偏僻）。深夜，张甲从外归来，叶某告知一女青年借宿的情况。张甲从其母处得知傍晚欲强奸的人就睡在自己家中，十分惊慌，担心第二天被李某告发，遂产生杀人灭口的恶念。叶某将李某和张乙各自所睡的位置告诉张甲，并要张甲进去时不要点灯，以免惊醒李某，这样就可以趁李某熟睡将其杀害。事实上，李某因受惊吓无法入睡，听到了母子二人的谈话内容。鉴于当时已无其他方法逃脱，李某遂急中生智，与正熟睡的张乙换了位置。张甲摸黑进屋后，用菜刀朝李某原先的位置连砍数刀，结果将张乙砍死。李某趁张甲和叶某抬尸外出之机，骑车去县公安局报案。法院认定，李某犯故意杀人罪，但成立紧急避险过当，遂减免了对李某的处罚。

在李某故意杀人案中，李某并没有直接杀害张乙，而是其兄张甲杀死了张乙，但张乙的死亡与李某有直接关系，正是李某嫁祸于人的行为将张乙置于死地。在这个意义上，可以将李某认定为故意杀人罪的“间接正犯”。然而，李某之所以嫁祸于人，是为了保全自己的生命。如果不是在这种特殊的环境下，李某实施嫁祸于人的行为，在法律上是无可饶恕的。但在本案的特殊环境下，李某为保全本人生命而牺牲他人生命的行为，具有一定的不得已性，将其认定为免责的紧急避险从而出罪，在理论上是合理的。

在我国刑法没有规定免责的紧急避险的情况下，有学者主张根据欠缺期待可能性来排除李某的责任。⁽²⁸⁾ 钱叶六亦认为，生命的尊严至高无上，并无贵贱之分，不能就生命进行法益大小的衡量，因而法秩序不允许将他人的生命作为实现任何目的的手段；在此意义上，牺牲他人生命保全自己生命的紧急避险是违法的。有鉴于此，在紧急状态下，当牺牲他人

(27) 参见前引〔17〕，大塚仁书，第397页。

(28) 参见陈璇《生命冲突、紧急避险与责任阻却》，《法学研究》2016年第5期，第148页。

生命成为保全自己生命的唯一办法时，避险者基于求生的本能，牺牲他人来保全自己的，应认为避险者欠缺期待可能性，从而成立超法规的阻却责任的紧急避险，避险者不成立犯罪。⁽²⁹⁾ 这种观点当然具有一定的道理。但是，刑法学界的主流观点还是认为，李某利用张甲的认识错误，以牺牲张乙生命的方式保护自己的生命，符合紧急避险的前提条件，但不符合紧急避险的限度条件，其行为属于紧急避险过当，李某应构成故意杀人罪。按照这一逻辑，李某是在本人面临紧迫死亡危险的情况下不得已嫁祸于人，但这并不意味着，在当时的情况下，李某不具有他行为能力。也就是说，李某还是可以采取其他避险措施，例如藏匿、逃跑等。因此，成立紧急避险是以避险人具有他行为能力为前提的。

在我国刑法中，紧急避险属于违法阻却事由，以行为符合构成要件为前提。而根据阶层犯罪论的观点，如果某一举止不符合刑法意义上行为的特征，就不可能进入构成要件阶层进行评价，当然也就无所谓违法阻却事由的成立与否。因此，成立紧急避险以避险人具有他行为能力为前提，因为他行为能力是行为论的问题，而行为论是构成要件、违法性、责任等的逻辑前提。

五、他行为能力与期待可能性

在论及他行为能力时，更多的学者将它与期待可能性问题相关联，认为他行为能力是期待可能性的基础，由此在责任论中讨论他行为能力。期待可能性属于规范评价要素；只有在行为人实施了构成要件行为，并且不存在违法阻却事由，主观上具有故意或者过失的情况下，才考察是否存在期待可能性。一般来说，并不正面判断有无期待可能性，而是将无期待可能性作为排除责任事由，在具体案件中进行考量。因此，与其说期待可能性是积极的责任要素，不如说期待不可能是消极的免责要素。

期待可能性理论发端于德国的癖马案。在癖马案判决书中，德国帝国法院法官以不能期待被告人违反雇主之命令而拒绝驾驭该有恶癖之马为理由，维持一审法院对本案的无罪判决。德国学者弗兰克在评论癖马案时提出，各种附随状况，即被告人在危急时刻处于其中的各种情况，应当被纳入责任概念。受这一案件的启发，弗兰克揭示了对行为人进行谴责的三个要素，由此改变了责任概念的构造，为规范责任论的诞生奠定了基础。这三个要素是指：（1）行为人具有通常的精神状态，可称之为归属能力。（2）行为人与危害行为具有某种程度上具体的心理联系。（3）行为人在其中行动的各种状况具有通常的性质。其中第三个要素就是非难或者谴责的可能性。弗兰克指出：“如果各种附随状况本身包含着对行为人或者也许是对第三人而言的危险，正恰是被禁止的行为会从这种危险中救助他，那么，可谴责性就消失了。”⁽³⁰⁾ 弗兰克试图从附随状态不具有通常性这个命题出发，否定主观上的责任。而所谓附随状态不具有通常性，是指存在着某种对行为人或者第三人的危险，即一种危急状态。因此，弗兰克是在与紧急避险的类比中为期待可能性寻找理论根据的。

关于期待可能性的适用范围，德国学者一般是将期待可能性视为法定减免罪责事由的

(29) 参见钱叶六《期待可能性理论的引入及限定性适用》，《法学研究》2015年第6期，第128页。

(30) 参见〔德〕弗兰克《论责任概念的构造》，冯军译，载冯军主编《比较刑法研究》，中国人民大学出版社2007年版，第137页。

法理根据，而不认为可以直接根据期待可能性理论对罪责进行减免，否则会破坏法的安定性。但是，在日本刑法学界，一般都把期待可能性界定为超法规的责任阻却事由。大塚仁指出：“无限制地适用期待可能性的力量有招致刑法的软化之虞。在这个意义上，必须充分注意德国的理论动向。但是，如果认为基于期待不可能性的责任阻却是仅限于刑法典有规定时的解释原理，就有难以充分发挥其理论的本来意图之憾。虽然有必要慎重地适用这一理论，但是，应该认为其不存在是一般的超法规的责任阻却事由。”⁽³¹⁾ 笔者认为，德国之所以把期待不可能视为法定责任阻却事由的解释原理，是因为在德国刑法中，对多种责任阻却事由已经作了规定，因而没有必要把期待不可能界定为超法规的责任阻却事由。但是，在日本刑法中，并没有很多关于责任阻却事由的规定，因而有必要把期待不可能当作超法规的责任阻却事由。

在我国刑法中，对于期待可能性是没有明文规定的。但是，有学者认为在我国刑法中蕴含着期待可能性的规定。例如，冯军就认为，可以把刑法第 16 条解释为关于期待可能性的规定。也就是说，刑法第 16 条规定的不可抗力就是关于期待可能性的规定。冯军指出：“我虽然主张把不能抗拒之不可罚的理由解释为缺乏期待可能性。但是，我只认为可以如此解释，甚或说学理上如此解释才合理，至于立法者的原意是否如此，值得怀疑。因为人们通常把不能抗拒解释为一种物理的强制（例如，身体被捆住），而不是扩大解释为一种精神的强制（例如，被人用手枪逼着），期待可能性理论所要解决的正是处于精神强制状态下的人的责任 B 问题。⁽³²⁾ 在涉及期待可能性的事件中，因果关系、责任能力、事实性认识、违法性认识等要素都存在，只是因为某种客观情况使得行为人在精神上难以忍受某种损害，从而不可抗拒地实施了违法行为。所以，只有对刑法第 16 条规定的‘不能抗拒’作广义解释，认为其中既包括物理的强制，也包括精神的强制，才能将其视为关于期待可能性的规定。”⁽³³⁾ 由此可见，冯军是在一定的条件下认为刑法第 16 条是关于期待可能性的规定的。如果按照通常对刑法第 16 条的理解，这里的“不能抗拒”并不包括精神强制，那么刑法第 16 条就不是关于期待可能性的规定。

笔者赞同对刑法第 16 条规定的“不能抗拒”作通常理解。我国刑法中规定的不可抗力是指，在物理强制之下，行为人丧失意志自由，不具有他行为能力的情形。因此，不能认为刑法第 16 条是关于期待可能性的规定。正如笔者曾经指出：“不可抗力的无故意能否理解为缺乏期待可能性呢？关键在于如何理解这里的不可抗拒的原因。如果这种不可抗拒的原因是指物理上的强制，就不需要采用缺乏期待可能性的解释，而可以直接采用缺乏行为的解释，因为在物理强制下的举动确实不应包括在行为的范畴内。只有当这种不可抗拒的原因是精神上的强制时，才可适用缺乏期待可能性的解释。因为期待可能性是以这种可能性存在为前提的，但在物理强制的情况下连这种可能性也不存在，谈何期待。只有在精神强制的情况下，存在这种可能性，才能提出期待的问题。”⁽³⁴⁾ 因此，不能采用期待可能性理论来解释不可抗力，而应将不可抗力作为法定的出罪事由，将无期待可能性界定为超法

(31) 前引〔17〕，大塚仁书，第 465 页。

(32) 这里的“责任 B”，是指刑事归责（应受谴责性）。参见前引〔12〕，冯军书，第 18 页。

(33) 前引〔12〕，冯军书，第 231 页。

(34) 陈兴良《期待可能性问题研究》，《法律科学》2006 年第 3 期，第 80 页。

规的出罪事由。

在刑法教义学中，紧急避险通常是排除违法的行为，而期待不可能是排除责任事由，因此它与排除违法的紧急避险是明显不同的。但值得注意的是，有学者将缺乏期待可能性作为紧急避险的法理根据。例如童德华认为，是否具有期待可能性是说明紧急避险的一般性质，而法益衡量原则只是补充性的限制标准。⁽³⁵⁾ 论者在这里论及的紧急避险是作为违法阻却事由的紧急避险。但是，根据德国的刑法理论，缺乏期待可能性只是免责的紧急避险的实质根据，而不能是阻却违法的紧急避险的法理根据。阻却违法的紧急避险的法理根据是利益权衡，即以牺牲较小的利益来保全较大的利益。只有在免责的紧急避险中，因为牺牲的利益相对于保全的利益，无法通过利益权衡将其被侵害的情形予以合法化，故只能采用期待不可能的法理来使之除罪。例如，德国学者指出：关于免责的紧急避险事由，一般认为，全部应归因于这里所列举的符合规范行为的不可期待性这一基本思想。⁽³⁶⁾

从德国刑法关于免责的紧急避险的具体规定，也可以推导出期待不可能是免责的紧急避险的法理根据这一结论。德国刑法第35条第1款规定“为排除自己、亲属或其他亲近之人生命、身体或自由之现实危险而出于不得已之违法行为，无罪责”。根据这一规定，免责的紧急避险本身是违法行为，只是因为具有特殊事由而被免除罪责。德国刑法第35条第1款还规定“行为人具有特殊法律关系而受期待须承担危险，不适用前段规定”。这一规定被称为可期待性条款，其功能在于限制免责的紧急避险的适用范围。这些具有特殊法律关系的人，是指警察、军人、消防员、水手、法官和医师等。这些人具有忍受特殊危险的承担义务，因而不得免责。既然具有特殊法律关系的人具有危险承担义务而不得免责，那么，可以免责的避险人对于危险就不负有忍受义务。在这个意义上，推导出期待不可能是免责的紧急避险的法理根据，具有一定的道理。

在我国刑法学界，对于期待可能性的法理是普遍承认的，并且在一定程度上也为司法实践所接受。当然，我国的司法实践一般只是将期待可能性作为减免刑罚的事由，尚未见到以此为出罪事由的司法裁判。

姚荣香受虐杀夫案：被告人姚荣香与被害人方某丙系夫妻，育有四名子女。方某丙与姚荣香结婚十余年来，在不顺意时即对姚拳打脚踢。2013年下半年，方某丙开始有婚外情，并在日常生活中变本加厉地对姚荣香实施殴打。2014年8月17日凌晨，被害人方某丙因琐事再次殴打姚荣香，当晚还提出离婚，并要求姚独自承担两个未成年子女的抚养费。次日凌晨，姚荣香在绝望无助、心生怨恨的情况下产生杀害方某丙的念头。尔后，姚荣香趁方某丙熟睡之际，持螺纹钢管猛击被害人方某丙头部数下，又持菜刀割其颈部，致其当场死亡。浙江省温州市中级人民法院经审理认为，被告人姚荣香在婚姻生活中长期遭受家庭暴力，终因方某丙在发生婚外情后逼其离婚并让其独自抚养两个未成年子女而杀夫，其杀人动机并非卑劣；姚荣香属于受虐妇女，其杀人主要是为了防止被害人日后对其实施更加严重的暴力，故认定属于情节较轻的故意杀人。同时考虑到被告人有自首情节，并且被害人方某丙的父母表示谅解等从宽情节，判处姚荣香有期徒刑5年。

(35) 参见前引〔5〕，童德华书，第187页。

(36) 参见前引〔4〕，耶赛克等书，第640页。在德国刑法学界，对于免责的紧急避险的法理根据，功能的责任理论认为，可以将之归因于刑罚的特殊预防目的（见该书，第642页）。

在本案中，姚荣香长期遭受其夫的家庭暴力，法院将其认定为受虐妇女。这里的受虐，虽然不一定构成虐待罪中的“虐待”，但该家庭暴力具有对姚荣香的生理与心理造成双重迫害的性质。对于这种受虐妇女杀夫案，会讨论能否以正当防卫为出罪事由的问题。在司法实践中，确实存在以受虐妇女综合征为由作正当防卫辩护的案件，例如刘拴霞故意杀人案，但并没有被法院采纳。值得注意的是，我国学者曾经提出以防御性紧急避险作为受虐妇女杀夫案的出罪事由；认为在受虐妇女杀夫案中，尽管由于缺少正在进行的不法侵害而无法认定行为人成立正当防卫，但可以考虑有成立紧急避险的可能。⁽³⁷⁾

防御性紧急避险有别于攻击性紧急避险，二者的区分根据是紧急避险行为所针对的客体。防御性紧急避险，是指为避免正在发生的危险，避险人对危险源实施避险行为。而攻击性紧急避险，是指为避免正在发生的危险，避险人对与危险源无关的第三人实施避险行为。前者是针对危险源的，因此避险行为具有防御性。后者是针对与危险源无关的第三人的，因此避险行为具有攻击性。作如是区分，其法律意义在于：防御性紧急避险是针对危险源的，因此在避险限度的判断上采取必要性原则，可以比照正当防卫，并不严格强调避险行为保护的权益要大于所牺牲的权益。攻击性紧急避险是针对与危险源无关的第三人的，因此要严格强调避险行为保护的权益必须大于所牺牲的权益。例如，德国学者指出：“防御性紧急状态（Defensivnotstand）中的防卫行为，只是对造成危险者（von dem die Gefahr ausgeht）的法益范围形成侵害的，侵犯性（必要时甚至是可以对造成危险者身体上的伤害）在质量和数量上许可比在攻击性紧急状态中的要大；后者是要牵连无参与行为的第三者（unbeteiligter Dritte）法益的紧急状态。这样处理，所依据的是《民法典》第228条的基本思想。该条所一般性规范的是法制基本原则，对它要超越其所制定的对物防卫上的实体规定，依意义地适用到《刑法典》第34条的利益权衡中。”⁽³⁸⁾根据德国民法典第228条的规定，防御性紧急避险本来是针对物而言的，所以又称为对物防卫。德国学者将这一规定引入刑法中的紧急避险，产生了所谓因人的行为而引起的防御性紧急避险，即其危险虽然来自人的侵害行为，但对于该危险，不能进行正当防卫却可以实施紧急避险。那么，到底对哪些人的行为可以实施防御性紧急避险？对此，罗克辛指出了以下四种情形：（1）通过不行为（Nicht-Handlung）进行威胁。（2）通过一种谨慎的因而不是违法的行为所产生的危险。（3）母亲生产时，医生为避免母亲遭受生命危险或重大健康伤害之必要，牺牲其子女。（4）预防性之正当防卫，即行为人因事后之防卫极困难或不可能，事先以预防性措施，防备他人已准备之攻击。⁽³⁹⁾以上四种情形之所以不能认定为正当防卫，是因为或者缺乏行为性（第一种情形），或者缺乏违法性（第二种情形），或者缺乏侵害性（第三种情形），或者缺乏正在进行的侵害（第四种情形）。

而在论及无责任能力的行为人时，也只能在以上第四种情形中进行讨论。例如，德国学者指出：尽管危险不是正在发生的，却属于通常意义上持续存在的危险，同样应当遵循德国刑法第34条的规定进行评价（比如，将处于兴奋状态的患精神病的母亲予以临时禁

(37) 参见陈璇《家庭暴力反抗案件中防御性紧急避险的适用——兼对正当防卫扩张论的否定》，《政治与法律》2015年第9期，第18页以下。

(38) [德]约翰内斯·韦塞尔斯《德国刑法总论》，李昌珂译，法律出版社2008年版，第173页。

(39) 参见前引〔20〕，罗克辛书，第489页。

闭)。(40) 在这种情况下,精神病人并无正在实施的侵害行为,对其予以临时禁闭是为了预防病人精神病发作实施侵害行为而进行的预防性拘禁。在这种情形下,由于精神病人并未实施侵害,对其予以临时禁闭的行为当然不能被认定为正当防卫,而只能被认定为防御性紧急避险。这是因为,侵害的危险源虽然来自于人,但并非人的行为所造成,或者人的行为并无不法性质,故对产生危险源的人只能采取防御性紧急避险。在这个意义上,防御性紧急避险是具有一定价值的。只是在我国当前的司法实践中,适用紧急避险规定的案件较为少见,因此实务界要接受防御性紧急避险还是存在一定的困难。

在这种情况下,以期待可能性作为受虐妇女杀夫案减轻处罚的法理根据,或许更容易获得司法实践的认同。在姚荣香受虐杀夫案中,法院在认定存在家庭暴力的基础上,以杀夫具有“防止被害人日后对其实施更加严重的暴力”的性质,在一定程度上认可了姚荣香杀夫行为的合理性,由此契合了期待可能性理论。因为在这种情况下,法律不能期待姚荣香长期忍受家庭暴力而不做任何反抗。当然,本案判决的遗憾之处在于,没有直接引用期待可能性理论作为法理根据。正如钱叶六所指出:“该案判旨及结论对于实践中就此类案件有时仍处以重刑的做法,具有纠偏作用。但是,在判决理由上,法院如能正面承认期待可能性理论的运用,其说理将更加充分,其结论也会因此而更加令人信服。”(41)

期待可能性与他行为可能性,这两个概念从含义上看较为接近,也容易发生误解。一般认为,在没有他行为可能性的情况下,当然也是没有期待可能性的。而这正是有些学者将他行为可能性当作期待可能性的逻辑前提的原因。然而,笔者认为,期待可能性与他行为可能性并不是两位一体的关系。“没有他行为可能性,就没有期待可能性”这一命题之所以成立,是因为在这种情况下,不存在他行为可能性会导致欠缺刑法意义上的行为,从而也就不可能存在所谓期待可能性。但是,反之则不然,即“没有期待可能性,就没有他行为可能性”这一逆命题是不成立的。我们在考察他行为可能性与期待可能性的关系时,主要涉及的是“没有期待可能性,是否就必然意味着没有他行为可能性”(回答是否定的)这一问题,而不是“没有他行为可能性,是否就必然意味着没有期待可能性”(回答是肯定的)这一问题。

这里应当指出,他行为可能性和期待可能性的判断标准是不同的。他行为可能性是根据行为人的特殊处境进行判断的结果,是一种客观判断。而期待可能性是法律对于能否期待行为人实施合法行为的判断,这里的期待是一种主观愿望。对此,罗克辛指出:“能不能期待行为人为合法行为是一回事,而行为人到底能不能为合法行为又是另外一件事。但如果行为人完全不可能为合法行为(可能性是0%),则不论有多大的期待都不可能使行为人承担责任,因为行为人根本做不到。”(42) 在受到身体被捆绑的物理强制的情况下,行为人丧失了他行为能力,法律当然不能期待行为人实施合法行为,此时行为人无责任是因为无刑法意义上的行为,而不是因为欠缺期待可能性。但是,在行为人具有他行为能力的情况下,是否应当归责于行为人,除了行为人应具有故意或者过失这些主观要素,还要通过是否具有期待可能性的考察,判断行为人是否具有非难可能性或者可谴责性。例如在德国的

(40) 参见前引〔4〕,耶赛克等书,第494页。

(41) 前引〔29〕,钱叶六文,第132页。

(42) 转引自前引〔2〕,李文健书,第274页。

癖马案中，马车夫面临失业的威胁，在预见到驾驭癖马会发生事故的情况下，马车夫仍然驾驶马车，以致造成行人遭受伤害。在此，马车夫是具有他行为能力的，即宁可失业也拒绝驾驭癖马的行为可能性是客观存在的。因此，不能以欠缺他行为能力为由为马车夫出罪。德国帝国法院之所以判决其无罪，是认为在当时的特殊处境中，法律不能期待马车夫坚持要求雇主更换马匹，即使这样做很有可能导致自己被雇主解雇。由此可见，他行为能力是一种事实判断，而期待可能性是一种价值判断，两者不可混淆。在姚荣香受虐杀夫案中，法院虽然认定姚荣香长期受虐，但在实施杀夫行为时，姚荣香处于意志自由状态。根据法院判决描述，“姚荣香趁方某丙熟睡之际，持螺纹钢管猛击被害人方某丙头部数下，又持菜刀割其颈部，致其当场死亡”。因此，姚荣香杀夫时，不仅不存在受到暴力强制的情况，也不存在受到精神强制的情况，而只是长期受虐积累了怨恨，并具有避免将来遭受更严重暴力的动机。在这种情况下，就不能认为姚荣香不具有他行为能力。

结 论

在他行为能力的犯罪论体系性地位的问题上，存在行为论、不法论和责任论的争议。行为论的观点认为，他行为能力属于是否存在刑法意义上的行为的问题，应当在行为论中对他行为能力进行考察。不法论的观点认为，他行为能力是违法阻却事由判断的根据之一，应当在不法论中对他行为能力进行考察；在欠缺他行为能力的情况下，可以阻却行为的违法性。责任论的观点认为，他行为能力是责任非难的根据之一，应当在责任论中对他行为能力进行考察；在欠缺他行为能力的情况下，可以阻却行为的有责性。

笔者认为，他行为能力属于刑法意义上的行为的成立要素：没有他行为能力，就没有刑法意义上的行为。正是因为在我国刑法理论中，犯罪概念论取代了行为论，未能从他行为能力的角度界定刑法意义上的行为，从而造成对他行为能力的认识不清。为此，应当强化对行为论的研究，为他行为能力提供专属的学术领域。综上，在他行为能力的犯罪论体系性地位的问题上，行为论的立场具有以下三方面的意义：

第一，有利于强化对行为论的研究。在我国四要件的犯罪论体系中，没有强调和重视对行为论的研究，而只是在危害行为的名目下提及行为概念，重点讨论行为的属性——危害性，而忽视了行为的本体。其实，行为不仅是危害性的载体，更是犯罪概念的基础，无行为则无犯罪。即使在阶层犯罪论体系中，除了将行为论独立于构成要件论之外的理论体系，行为都是在构成要件的意义上进行论述的，对于行为的一般原理则没有充分的研究。他行为能力作为刑法意义上的行为的前置条件，对于行为的成立具有界定机能。因此，对他行为能力的研究能够充实行为论的内容，对于健全行为论具有重要意义。

第二，有利于完善出罪事由体系。在犯罪论体系中，出罪事由具有与犯罪成立条件同等的重要性。在三阶层的犯罪论体系中，无论是在构成要件阶层、违法性阶层还是有责性阶层，积极的犯罪成立要件和消极的出罪事由共存于同一阶层。我们不仅应当重视入罪要件，也应当重视出罪事由。出罪事由体系是由法定的出罪事由和超法规的出罪事由构成的，司法机关对法定出罪事由较为重视，而未能充分关注超法规的出罪事由。在这种情况下，刑法教义学应当深入研讨超法规的出罪事由。他行为能力对于刑法意义上的行为具有解释

机能，同时还可以成为刑法中规定的不可抗力的法理根据。正确厘清他行为能力与意志自由、期待可能性等概念的关系，对于完善出罪事由体系具有重要意义。

第三，有利于解决疑难案件。在司法实践中，从刑法适用的角度看，可以将案件分为简单案件和疑难案件。简单案件是那些常见多发的典型案件，其案件事实是否合乎犯罪成立要件比较明确，案件定性没有争议。疑难案件则是案件事实是否符合犯罪成立要件存在较大争议，如何定性存在较大分歧的案件。例如，在前述夏伟业强奸、故意杀人案中，强奸和故意杀人的事实客观存在，但是，对于是否应当定夏伟业的罪，观点分歧较大。在这种情况下，需要进行刑法教义学上的充分论证。根据他行为能力属于行为成立要素的立场，夏伟业应当因无行为而被除罪。这与具有行为和违法性，只是因为缺乏期待可能性而被除罪，在评价效果上是有区别的。这种区别在于：前者不存在客观上的不法，而后者有不法，只是无责任而已。

Abstract: The ability to make different choice is a controversial concept in the dogmatics of criminal law. The focus of the controversy is on the question of how to determine the systematic position of the ability to make different choice. There are three approaches to locating the ability to make different choice , i. e. , in the theory of conduct , in the theory of wrongdoing and in the theory of culpability. The theory of conduct argues that the ability to make different choice is an issue of whether there is a conduct in criminal law and therefore should be dealt with in the theory of conduct. The theory of wrongdoing thinks that the ability to make different choice is the ground for excluding the wrongdoing and therefore the issue should be solved in the theory of wrongdoing. And the theory of culpability argues that the ability to make different choice is the ground for blame and therefore should be examined in the theory of culpability. This author argues that the ability to make different choice is an element of conduct in criminal law and analyzes this ability through the examination of relevant cases.

Key Words: the ability to make different choice , freedom of the will , conduct
