

# 正当行为论

王政勋 著

法律出版社

## 图书在版编目(CIP)数据

正当行为论/王政勋著. —北京: 法律出版社,  
2000. 6  
ISBN 7-5036-3107-4

I. 正… I. 王… III. 行为-法律规范-研究  
IV. D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2000)第 60048 号

---

出版·发行/法律出版社

经销/新华书店

责任印制/张宇东

印刷/北京朝阳区北苑印刷厂

开本/850×1168 毫米 1/32

印张/18.125 字数/453 千

---

版本/2000 年 6 月第 1 版

2000 年 6 月第 1 次印刷

印数/0,001—3,000

---

社址/北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)

电子信箱/pholaw@public.bta.net.cn

电话/88414899 88414900 (发行部) 88414121(总编室)

出版声明/版权所有,侵权必究。

---

书号:ISBN 7-5036-3107-4/D·2828

定价:30.00 元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

## 第一章 正当行为概述

刑法是国家的基本法律之一,犯罪论在刑法学中具有举足轻重的地位。犯罪是具有社会危害性、刑事违法性和应受刑罚性的行为。社会危害性是犯罪的本质特征,刑事违法性是犯罪的法律特征,这两个特征在绝大多数情况下是一致的,具有社会危害性的行为一般会被规定在刑法典中而具有了刑事违法性,具有刑事违法性的行为一般也当然地具有社会危害性。但是,由于法律的抽象性与社会生活的纷繁复杂之间的矛盾,由于法律的稳定性与社会生活的持续变化之间的矛盾,更由于法律的制定受人类认识水平、思维水平、语言能力等的局限,社会危害性与刑事违法性之间也可能产生矛盾。对于具有社会危害性而不具有刑事违法性的行为,按罪刑法定原则不能以犯罪论处;对于形式上具有刑事违法性而实质上不具有社会危害性的行为,则应以正当行为对待。正当行为是刑法学领域十分重要的一个问题,我国刑

法理论中一般将其称为排除社会危害性的行为,外国刑法学中则称之为阻却违法事由或合法辩护事由。

正当行为在刑法中的规定具有源远流长的历史。《汉穆拉比法典》第 21 条规定:“自由民侵犯他人之居者,应在此侵犯处处死并掩埋之。”雅典法律规定,妻子与人通奸,丈夫有权当场杀死奸夫。古罗马《十二铜表法》规定:“如果夜间行窃,[就地]被杀,则杀死[他]应认为是合法的。”<sup>①</sup> 中国古籍《尚书·舜典》中有“眚灾肆赦”一语,据考证,该词中就包含有过失、正当防卫、紧急避险三种规定,指因为天灾人祸而触犯罪刑的,不应认为是犯罪。《周礼·秋官·朝士》称,“凡盗贼军乡邑,及家人,杀之无罪”,正是关于正当防卫的规定。<sup>②</sup> 秦汉之后的历代刑法中都有关于正当防卫的规定,实践中也时有紧急避险不为罪的判例。20 世纪中国的几部刑法中都规定正当防卫、紧急避险等是正当行为。在西方,关于最早明确规定正当防卫的法典,据认为是 16 世纪神圣罗马帝国的《卡洛林纳法典》,规定了对人身的防卫。近代西方自 1791 年法国刑法典第 6 条规定了正当防卫之后,以后的各国刑法典都对正当防卫作了规定,并且还规定了其他正当行为如依照法令的行为、业务正当行为、自助行为等。司法实践中,根据刑法的规定将符合或类似于刑法分则规定的一些行为认定为正当行为,或根据刑法的非正式渊源认定某些具有刑事违法性的行为不具有社会危害性,而应以正当行为论,这种情况是大量发生的。因此,正当行为也就成为各国刑法理论研究中的一个重要课题。

相对于对犯罪论中其他问题的研究,对正当行为的研究是我国刑法理论中较为薄弱的环节。在正当防卫的研究领域,虽然已经发表了不少文章,并出版了五、六种专著,但由于新刑法对

① 《外国法制史参考资料》(上册),北京大学出版社 1985 年版,第 23、153 页。

② 参见高铭喧等:《中国刑法词典》,学林出版社 1988 年版,第 232、235 页。

正当防卫制度作了重大修改,因而对正当防卫理论需要进一步探讨、总结和创新。在紧急避险的研究方面,虽有十数篇论文,专著却只有新近出版的《紧急避险研究》。<sup>①</sup>对于安乐死问题,80年代未曾有一系列文章发表,但进入90年代以后刑法学研究对该问题极少涉及。至于其他正当行为,只是在《犯罪通论》、《刑法学原理》、《中国刑法学》等专著或教材中稍有论及,其深度和广度都嫌不足,而这方面的论文则更为少见。由于种种原因,我国截止目前尚没有一本把正当行为作为一个整体予以研究的专著问世。实践中,人们对于正当防卫、紧急避险的认定往往感到较为困难,对于法律未规定的正当行为如自助行为、安乐死等,在认定时更是感到无所适从。因此,改变这种现状,把正当行为作为统一的研究对象,进行深入、全面的探讨,对于填补刑法学专题研究的空白,解决理论上和实践上的一些难题,都具有重要的价值。

## 第一节 正当行为的概念和特征

### 一、关于正当行为概念的各种观点

我国学者一般将正当行为称为排除社会危害性的行为(个别论著中将其称之为“排除犯罪性行为”),因此排除社会危害性的行为的概念实际上也就是正当行为的概念。刑法理论中的表述主要有以下几种:

在复杂的社会生活中,往往有这样的情况:一个人的行为在外表上似乎具有犯罪构成的诸要件,然而在实际上却完全不具有犯罪概念的本质属性,相反的,这种行为对国家、社会、他人或本人都是有益无害的,因而它实质上不具有犯罪构成的要件。……这种外表是犯罪,而实质并不具有社会危害性,不具有犯罪构成的要

<sup>①</sup> 刘明祥:《紧急避险研究》,中国政法大学出版社1998年版。

件,并且对国家和人民有益的行为,在刑法理论上称为“排除社会危害性的行为”。<sup>①</sup>

犯罪构成从正面回答犯罪必须具备哪些条件,而正当防卫和紧急避险则是从反面指出不构成犯罪的两种情况。也就是说,正当防卫和紧急避险在形式上是符合犯罪构成要件的,但由于这两种行为是在某种特殊情况下实施的,实质上并不构成犯罪。<sup>②</sup>

所谓排除社会危害性的行为,是指外表上似乎符合某种犯罪构成,实质上不仅不具有社会危害性,而且是对国家和人民有益的行为。<sup>③</sup>

排除社会危害性的行为,是指外表上似乎具备某种犯罪的构成要件,然而实质上不具有社会危害性,而且是对国家和人民有益的行为。<sup>④</sup>

所谓排除犯罪性的行为,是指在形式上似乎符合某种犯罪构成,但实质上既不具备社会危害性,也不具备刑事违法性,而且大多对社会有益的行为。例如正当防卫,紧急避险,依法执行职务,从事正当业务等等。<sup>⑤</sup>

行为,从表面上看,似乎具有社会危害性,而实际上此行为由于存在特殊的条件,不但不具有社会危害性,相反是对国家、社会和公民有利的行为,不但不是违法的,而且是完全合法的,符合社会道德要求的。这种行为即是刑法理论上所谓的排除社会危害性的行为,如正当防卫行为,紧急避险行为,等等。<sup>⑥</sup>

现实生活中,某些行为在形式上具有加害性,但在实质上并不

① 高铭喧主编:《刑法学》,法律出版社1984年版,第162页。

② 杨春洗等:《刑法总论》,北京大学出版社1981年版,第168页。

③ 高铭喧主编:《中国刑法学》,中国人民大学出版社1989年版,第145页。

④ 高铭喧主编:《刑法学》,北京大学出版社1989年版,第179页。

⑤ 赵秉志、吴振兴主编:《刑法学通论》,高等教育出版社1993年版,第266页。

⑥ 杨春洗、杨敦先主编:《中国刑法论》,北京大学出版社1994年版,第111页。

具备犯罪构成的要件。这类行为在刑法理论上统称为排除社会危害性的行为,西方刑法理论也称阻却违法的行为。<sup>①</sup>

所谓排除犯罪性的行为,是指由于犯罪构成非犯罪化而丧失其本应具有犯罪性的行为。它具有以下几个特征:(1)排除犯罪性的行为是一种如果不同时与某些条件相结合而只与其他要件相结合就会组成一个犯罪构成系统整体并使自己具有犯罪性的行为;(2)排除犯罪性的行为是一种由于同时与某些特定条件相结合,使其可能组成的犯罪构成系统非犯罪化,从而丧失其可能具有的犯罪性的行为;(3)排除犯罪性的行为是一种其整体性能具有可变性的行为,在特定条件下它是合法的、有益的行为,而特定条件的任何改变或缺失又会使它成为违法的、危害社会的行为,变化的关键在于与行为相结合的主客观条件。行为与不同的主客观条件结合,就形成不同的系统结构和性能,从而使行为具有不同的性质。<sup>②</sup>

排除犯罪性行为,……不仅排除社会危害性,而且排除刑事违法性……这类行为表面上好像符合犯罪构成,实际上并不符合犯罪构成,且有利于社会,……非犯罪行为之所以不构成犯罪,是因为它首先缺乏实质要件——(相当严重程度的)社会危害性;在此基础上也就缺少形式要件——刑事违法性。……排除犯罪性的行为的场合,没有犯罪构成的形式地存在。因为随着社会危害性的被排除,刑事违法性也被排除,犯罪构成也就当然不存在了。<sup>③</sup>

排除社会危害性的行为,又称阻却违法性行为,是指那些形式上似乎符合某种犯罪构成,但实质上不但不具有社会危害性,而且

---

① 高铭喧主编:《刑法学原理》,第2卷,中国人民大学出版社1993年版,第196页。

② 何秉松:《犯罪构成系统论》,中国法制出版社1995年版,第404—405页。

③ 马克昌主编:《犯罪通论》,武汉大学出版社1991年版,第532、64页。

对国家和人民是有益的行为。……在主观上,行为人必须没有危害社会的恶意,而是出于维护国家和人民利益的目的;……在客观上,排除社会危害性的行为必须有利于社会。就是说客观上不仅没有社会危害性,而且是有利于国家和人民的更大的或更重要的利益的。……在法律上,排除社会危害性的行为,必须是法律有明文规定不罚的行为或法律虽未规定不罚,但是依照立法精神、法律解释或社会公德认为应当是不罚的行为。<sup>①</sup>

阻却违法性的行为,……在社会主义刑法学中一般称为排除社会危害性的行为,是指那些具有犯罪外观,但并不具有社会危害性和违法性,并且对国家和人民有益的行为。……社会主义刑法理论以社会危害性作为犯罪论的基石,犯罪构成实际上是从主观要件与客观要件相统一出发阐述社会危害性的构成要素。而阻却违法性的行为被认为是不具有社会危害性,不认为是犯罪的行为,它从反面论证了行为的社会危害性是犯罪的本质特征,并为那些排除社会危害性的行为不负刑事责任,提供了法律依据。……其主要特征大体如下:(1)主观特征。从主观上说,行为人必须具有善意的故意,造成一定的损害是为了避免更大的损害。……(2)客观特征。从客观上说,阻却违法性的行为必须是为维护刑法所保护的各种社会关系而实施的。因此,从外观上看,阻却违法性的行为类似于犯罪,但由于它具有保护刑法所保护的社会关系的作用,是有利于社会的行为,根本不发生刑事责任的问题。(3)法律特征。阻却违法性的行为必须是法律明文规定不罚的或者法律虽未加以规定,但根据立法精神、法律解释或者法的观念认为应当不罚的行为。<sup>②</sup>

---

<sup>①</sup> 马克昌、杨春洗、吕继贵主编:《刑法学全书》,上海科技文献出版社1993年版,第111—112页。

<sup>②</sup> 高铭喧等:《中国刑法辞典》,学林出版社1988年版,第231—233页。



所谓排除犯罪性的行为,是指某种行为在外观上似乎具有严重的社会危害性,而实质上却是为保护国家、公共利益、本人或者他人的权益而实施的对社会有益的行为,或者虽对社会造成了损害结果,但却不具有犯罪构成的行为。<sup>①</sup>

正当行为,有的亦称排除社会危害性的行为、阻却违法性的行为,是指某一行为从形式上看符合某种犯罪的构成要件,但基于某种特殊的情况而实质上没有社会危害性,因而不构成犯罪的行为。这类行为的特征是:(1)行为在形式上符合某一犯罪的构成要件……;(2)行为在实质上没有社会危害性,因而不构成犯罪……这些行为不仅没有社会危害性,而且是对个人和社会有益的行为。<sup>②</sup>

可以看出,从80年代初旧刑法颁布之初直到现在,刑法理论中除极个别情况之外,在论述正当行为的概念时都包括三个方面的内容:(1)正当行为是“似乎”、“好像”具有犯罪构成的行为,但实际上行为并不符合刑法规定的犯罪构成(只有极个别概念明确指出,正当行为形式上符合某种犯罪的犯罪构成);(2)正当行为是不具有社会危害性的行为;(3)正当行为不仅不具有社会危害性,而且是对国家和人民有益的行为。这种观点,反映了我国刑法学界的普遍、共同的认识。

## 二、对正当行为概念的评析

在上述关于正当行为的概念中,有两个问题需要探讨。第一个问题是,正当行为是否符合犯罪构成?换言之,正当行为到底是“似乎”、“好像”具备犯罪构成的要件呢,还是在形式上完全符合或类似于犯罪构成的要件?第二个问题是,正当行为是否都是对国家和人民有益的行为?换言之,正当行为是否均为国家鼓励、提倡的行为?正当行为是否完全符合道德伦理规范的要求?这两个问

① 肖扬主编:《中国新刑法学》,中国人民公安大学出版社1997年版,第128页。

② 高铭喧主编:《刑法学》,北京大学出版社1998年版,第136页。

题不解决,就不能科学地界定正当行为的概念。

### (一)正当行为是否符合犯罪构成?

我国的犯罪构成理论是50年代初在学习、借鉴苏联犯罪构成理论的基础上建立起来的,80年代初期基本定型。后来虽然有一些学者试图对该理论体系有所创新,但或者只是对原有理论的修修补补,或者未得到大多数学者的赞同,目前,传统的犯罪构成理论仍居于主流地位,而系统论述传统犯罪构成理论的代表当推1982年由法学教材编辑部审订、法律出版社出版的高等院校法学教材《刑法学》。根据该书的论述,所谓犯罪构成,是指我国刑法所规定的决定某一具体行为的社会危害性及其程度,而为该行为构成犯罪所必需的一切客观和主观要件的总和。任何犯罪构成都必然包含表明主体和行为特征的必不可少的主观要件和客观要件,主观要件和客观要件总是结合成一个统一的整体来反映社会危害性及其程度。犯罪构成包括四个方面的要件:(1)犯罪客体,即刑法所保护而为犯罪行为所侵害的社会主义社会关系;(2)犯罪的客观方面,即刑法所规定的说明侵犯某种客体的行为的社会危害性的诸客观事实特征,其中又包括危害行为、行为对象、危害结果以及犯罪的时间、地点和方法;(3)犯罪主体,即实施了严重危害社会的行为、依照刑法应该承担刑事责任的人,其中有的犯罪只能由具备特定身份的人构成;(4)犯罪的主观方面,即犯罪人实施犯罪行为时,对其行为引起的危害社会的结果所持有的心理态度——故意、过失(刑法理论上合称为罪过),以及动机和目的。故意是指明知自己的行为会发生危害社会的结果,并且希望或者放任这种结果发生的心理态度,包括直接故意与间接故意;过失指应当预见自己的行为可能发生危害社会的结果,因为疏忽大意而没有预见,或者已经预见但轻信能够避免,以致发生这种结果的心理态度。犯罪构成是行为人负刑事责任的基础。我国刑法分则对每一种犯罪行为的构成要件都作了明确规定,只有符合这些规定的行为才能

构成犯罪,行为人才承担刑事责任。

对于我国的犯罪构成理论,早有学者提出批评。有学者指出,该理论“在部分与整体的关系上存在逻辑混乱的现象。”<sup>①</sup>事实上,我国的犯罪构成理论在形式与内容、本质与现象的关系上也存在着逻辑上的混乱。我国犯罪构成理论脱胎于前苏联的犯罪构成理论,它既不像刑事古典学派那样以行为为中心建立理论体系,也不像刑事新派那样以行为人为中心构建理论体系,而是以社会危害性为中心的。但是在理论结构上,却犯了同义反复的错误。该理论认为犯罪构成决定着行为的社会危害性及其程度,社会危害性只能通过犯罪构成的各个要件表现出来,在这里,社会危害性是被决定、被反映的;但在论述犯罪的特征时,却指出社会危害性“是犯罪构成的基础。……如果行为不具有严重的社会危害性,那就不可能存在犯罪构成”;<sup>②</sup>在论述各具体构成要件时,也将社会危害性当成决定性的东西,如该理论认为,犯罪客体是被犯罪所侵犯的社会关系,犯罪主体是实施危害社会行为的人,犯罪客观方面包括危害社会的行为、危害社会的结果,犯罪的主观方面是行为人实施其行为时对危害社会的结果所持的心理态度,即罪过(包括故意和过失),以及犯罪的目的和动机。可见,是否属于犯罪客体、犯罪主体、犯罪客观方面、犯罪主观方面,关键在于查明行为是否具有社会危害性。这样,社会危害性便成了先验的、既定的东西。社会危害性决定于犯罪构成的各个要件,犯罪构成的各个要件又决定于社会危害性的有无。到底谁是决定性的,谁是被决定的呢?换言之,到底是犯罪构成决定社会危害性,还是社会危害性决定犯罪构成?传统犯罪构成理论的回答不能令人满意。

唯物辩证法认为,本质是事物的根本性质,是事物本身组成要

① 陈兴良:《刑法哲学》,中国政法大学出版社1992年版,第550页。

② 马克昌主编:《犯罪通论》,武汉大学出版社1991年版,第21页。

素之间相对稳定的内在联系,是由事物本身所具有的特殊矛盾决定的。组成事物的要素以及要素之间的关系结构是事物本质存在的客观基础,一事物与它事物的本质区别是由事物的各个特殊的组成要素及其关系结构决定的;现象则是事物的外部联系和外特征,是事物本质的外在表现,本质与现象是对立统一的,本质决定现象,是现象的根据,本质总要表现为一定的现象;现象是由本质产生的,总是从不同的侧面体现着事物的本质,其存在和变化归根结底是从属于本质的。

唯物辩证法还认为,内容是构成事物的各个要素,包括事物的内在矛盾、特性、运动过程和发展趋势等等的总和,形式是内容诸要素的结构、组织类型,是内容的表现方式。任何事物都是内容与形式的统一体,在内容与形式的相互关系中,内容是决定性的、主要的方面,内容决定形式,形式依赖于内容,并随着内容的发展而发展、变化而变化。内容与形式之间存在着矛盾的运动,这种矛盾运动促使事物不断更新、不断发展。

根据唯物辩证法上述诸原理,可以发现,犯罪的社会危害性是犯罪的本质,犯罪构成诸要件是犯罪的现象即犯罪在法律上的表现;犯罪的社会危害性是犯罪的内容,犯罪构成诸要件是犯罪的形式。社会危害性决定着犯罪构成诸要件,犯罪构成诸要件反映着社会危害性。所谓犯罪构成“决定着行为的社会危害性及其程度”,“犯罪构成是形式要件与实质要件的统一,形式要件是以实质要件为基础”,这种论断并不符合唯物辩证法的基本原理。犯罪构成诸要件是犯罪的现象,是犯罪存在的形式,它并不具有本质的、内容的实质功能。

由于犯罪构成事实上只有形式上的意义,因此正当行为在形式上完全符合或类似于犯罪构成的要件。有学者指出:“一般地说,阻却犯罪性行为在客观方面与犯罪行为没有明显的差别,虽然由于行为人的主观恶性不同,行为时使用的手段、方法以及造成的

结果严重程度不同,但确认形式上符合犯罪构成的客观要件还是不困难的。然而在主观方面,由于行为人在实施阻却犯罪性行为时,认为自己的行为是不违法的,合乎社会公德和公共利益的。但……肯定这种形式上的罪过是必要的。……形式上的罪过……行为人或可能认识到自己行为的社会危害性质,或可能没有认识。……只要行为是在行为人意志控制之下实施的,行为人认识到自己行为对被行为人可能产生不利的影响或后果,即可认为是具备了形式上的罪过。”<sup>①</sup> 这种看法有一定道理。让我们以安乐死、正当防卫、被害人承诺的行为为例,对这一问题作一具体分析:

(1)安乐死,即医生应病人真诚、自愿的要求,对于身患绝症、濒临死亡的病人,依一定程序采取相应措施,以减少其死亡前的痛苦,提前结束其生命,或者医生或病人家属放弃对其继续治疗的行为。安乐死分为积极的安乐死与消极的安乐死。在积极的安乐死中,行为人在客观上实施了结束身患绝症、生命垂危、痛苦不堪的病人生命的行为;主观上明知自己的行为会剥夺病人的生命并希望这种结果的发生;这种行为提前结束了病人的生命,剥夺了病人本可继续享有的生命权利。这种行为在形式上不是完全符合以作为方式实施的故意杀人罪的构成要件吗?在消极的安乐死中,行为人主观上具有结束病人生命的意图,客观上实施了不作为的行为——行为人负有法律上(家属)或业务上(医生)要求的实施特定积极行为的义务;行为人能够履行自己的义务而拒不履行;行为人不履行其义务的行为与病人提前死亡的结果之间有因果关系。可见,消极安乐死在形式上也符合以不作为方式实施的故意杀人罪的构成要件。但是,无论是消极的安乐死还是积极的安乐死,都是排除社会危害性的正当行为。<sup>②</sup>

<sup>①</sup> 刘生荣:《犯罪构成原理》,法律出版社1997年版,第41页。

<sup>②</sup> 参见本书第九章。

(2)正当防卫。正当防卫是指为了保护国家、社会利益、他人、本人的人身权利、财产权利或其他权利,以在一定限度内损害不法侵害人一定权益的方式,制止正在进行的不法侵害的行为。正当防卫客观上实施了损害不法侵害人一定权益的行为,该行为对不法侵害人的权益造成了损害结果;主观上明知其行为会产生损害不法侵害人权益的结果,并且希望这种结果发生。可见,正当防卫在形式上完全符合刑法分则中规定的有关故意犯罪的构成要件。

(3)被害人承诺的行为。被害人承诺的行为是指在被害人同意的前提下实施的损害其权益的行为。刑法分则中规定的有些犯罪以违背被害人的意志为其构成要件,如强奸罪、强买强卖罪、强制猥亵、侮辱妇女罪等。因被害人同意而实施的“强奸”、“强买强卖”、“强制猥亵、侮辱妇女”等行为除了不具备“违背被害人意志”这一构成要件之外,在其他方面与各有关犯罪的构成要件基本一致。刑法中规定的有些行为并未明确地把“违背被害人意志”作为构成要件,如盗窃罪、非法拘禁罪等,如果基于被害人的承诺而实施上述行为,则行为在形式上符合相关犯罪的犯罪构成。因此,被害人承诺的行为在形式上符合或类似于犯罪构成要件。

如果对其他正当行为如紧急避险、依照法令的行为、自助行为、自损行为等加以考察,也可以得出相同的结论,即它们均在形式上符合或类似于有关犯罪的构成要件。认为正当行为“形式上似乎符合某种犯罪构成,但实质上不但不具有社会危害性,而且对国家和人民是有益的”,或者“表面上好像符合犯罪构成,实际上并不符合犯罪构成,且有利于社会”,这样的论述并没有准确地把握住正当行为的特征,也没有揭示正当行为论与犯罪构成论的关系。所谓“似乎符合”、“好像符合”,其本来的含义就是“不符合”,既然行为不符合犯罪构成要件,那么根据犯罪构成理论就可以判断出行为是否成立犯罪,又何必在犯罪构成之外进一步对正当行为问题予以研究呢?例如,意外事件、不可抗力、未成年人、精神病人的

行为,可以说是“似乎”、“好像”符合犯罪构成,但实际上并不符合,因此其行为的非犯罪性无需在犯罪构成理论之外予以研究。但正当行为并非如此,它们在形式上符合或类似于犯罪构成,但因为其他一些因素的存在,才排除了行为的社会危害性,因而也才需要在犯罪构成理论之外对其专门予以研究。可见,排除社会危害性的正当行为在形式上符合或类似于有关犯罪的犯罪构成,并非“似乎”、“好像”这样的术语能够概括。

在前面所引的数种概念中,有三种观点认为正当行为在形式上符合或类似于犯罪构成。一是杨春洗教授等在1979年刑法颁布后出版的第一本刑法教科书《刑法总论》,可惜后来的观点抛弃了这一正确的论述。一是何秉松教授《犯罪构成系统论》中的论述,遗憾的是这一正确的观点未引起大多数学者的重视。另一个是新近出版的自学考试教材《刑法学》,该书明确指出“正当行为从形式上看符合某种犯罪的构成要件。”<sup>①</sup>这种观点再次在权威教科书中予以论述,说明刑法理论工作者对正当行为特征的认识终于较为科学、较为准确了。

## (二)正当行为是否都是对国家和人民有益的行为?

认为正当行为不具有犯罪的社会危害性,不成立犯罪,这样的说法是正确的;但是,笼统地说正当行为排除一切社会危害性,是有益于社会的行为,则没有全面把握各种正当行为的共同特征。正当行为排除犯罪的社会危害性的方式有三种:

1. 行为在形式上符合或类似于犯罪构成,实质上有益于社会。这类正当行为包括正当防卫、依照法令的行为、业务正当行为。这些行为以符合犯罪构成要件的行为维护了国家、社会公共利益或公民的权利,只要严格按照有关规定实施行为,就不会造成对社会的危害,而完全是有益于社会的行为。但是,防卫行为超过

<sup>①</sup> 高铭喧主编:《刑法学》,北京大学出版社1998年版,第136页。

必要限度造成不应有损害但是并未明显超过必要限度造成重大损害时,防卫行为虽然不构成犯罪,但防卫人要承担民事责任;<sup>①</sup> 职务行为、执行命令的行为侵犯了公民、法人或其他组织合法权益造成损害时,国家应当承担赔偿义务,赔偿义务机关赔偿损失后应责令职务违法行为人承担部分或全部赔偿费用,并可追究行为人的行政责任,但并非一律追究其刑事责任;业务正当行为中也存在类似情况。在这样的情况下,行为虽不构成犯罪,但行为人应承担相应的民事责任、行政责任。这说明其行为虽然不具有犯罪的社会危害性,但并不是没有任何社会危害性。

2. 行为的实施体现了利益冲突,从一个方面看有益于社会,从另外一方面看又损害了社会;行为在给社会带来正面利益的同时也带来了负面利益,但因为负面价值不大于正面价值,法律才对其不以犯罪处理。例如,紧急避险虽然保护了正在面临危险的合法权益,却对其他权益造成了损害,而其他权益一样是受法律保护的,其主体没有义务承担、忍受该损害,从被损害的权益这一方面考虑,避险行为是有社会危害性的;自助行为保全、回复了行为人自己受到损害的权利,却对既存的社会秩序造成了破坏,使国家权力的权威受到挑战;至于安乐死,固然可以减轻死者死亡前的痛苦,节省医疗资源,但毕竟提前结束了病人本来可以继续存在一段时间的生命。因此,不能不加以分析地说这些行为一概不具有社会危害性,更不能笼统地说这些行为都是有益于社会的行为。事实上,刑法之所以对这类正当行为不追究刑事责任,乃是“两害相权取其轻”的结果,法律在不得已的情况下允许损害一个权益来保护另一权益,但并不是法律鼓励、支持对被损害权益的损害。整个法律秩序对被损害的权益也不能不予以保护,因此民法上才有了通过承担民事责任方式保护被损害利益的规定。可见,这三种正

<sup>①</sup> 参见本书第二章第三节。



当行为都具有社会危害性,只是其社会危害性尚未达到犯罪的程度;它们固然不构成犯罪,但并不必然有益于社会。

3. 行为本身具有给社会造成损害的属性,但行为的实施却体现了行为人意思决定的自由,为了尊重当事人的自由选择,法律不宜对其强加干涉,而包括刑罚在内的一切制裁手段对其都产生不了一般预防与特殊预防的作用,所以法律才无可奈何地对其采取听之任之的态度。对其不加干涉,并不是表明行为不具有任何社会危害性,更不是表明行为有益于社会,也不是表明法律对其采取鼓励、支持的态度。如自损行为中自杀会破坏原有的社会关系,自伤会浪费社会有限的医疗资源,毁损自己的财物会造成社会总财富的减少,它们均不能给社会带来正面的直接利益;在被害人同意的行为中,被害人承诺的行为和事后同意或宽恕的行为也是如此,如通奸行为、经同意而损毁他人财物的行为,并不具有正面的价值;侮辱、诽谤等告诉才处理的犯罪和轻伤等自诉案件,如果在事后得到被害人的同意或宽恕,当然不构成犯罪,但却并不因被害人事后的同意或宽恕而消除行为已经产生的社会危害性。可见,这类行为不是不具有社会危害性,仅只是其危害性未达到犯罪的社会危害性程度,不值得用刑罚加以制裁。

可见,正当行为中只有一部分是不具有任何社会危害性而且有益于社会的行为,大部分正当行为具有一定的社会危害性,但其社会危害性并未达到犯罪的程度,未达到应受刑罚处罚的程度。正当行为并不必然是有益于社会的行为。

正当行为是质与量的统一。“质”指的是事物的性质,正当行为不构成犯罪,有“正”的一面;“量”指的是事物的程度、规模等,正当行为中有的行为社会危害性未达到应受刑罚惩罚的程度,体现了“当”的要求。所以,正当行为是“正”与“当”的统一,不具有“正”的属性的行为固然不成立正当行为,如防卫挑拨、假想避险、非法的私力救济行为、非法的安乐死等;不符合“当”的要求的行为也不