略论我国刑法上行为的概念

马克昌　鲍遂献

行为在刑法科学中居于相当重要的地位。它不仅是连接犯罪构成诸要件的纽带，而且也是刑事责任理论赖以建立的支柱。“无行为则无犯罪亦无刑罚”这一法律格言，正是对行为在刑法中作用的高度概括。因此，各国刑法学者历来都十分重视对行为的研究。并从不同角度、不同层次、不同立场，提出了各种各样的行为学说，极大地丰富了刑法理论。

但是，从我国刑法学研究的历史和现状看，应当说我们对刑法上的行为，还缺乏比较全面、系统和深入的研究。其中许多问题，目前尚未触及或者较少专门研究。这不能不说是我国刑法学基础理论研究中的一个缺憾。为此，本文仅就我国刑法上行为的概念，作一专门探讨，抛砖引玉，以期引起刑法学界对行为理论的深入研究。

什么是刑法上的行为？目前在我国刑法学界似乎并不存在任何争议。各种刑法论著在对刑法上的行为下定义时，大都认为“刑法上的行为是指自然人在自己的意识和意志支配下所实施的危害社会的、违反刑法的外部的身体动静”。从这一定义可以看出，我国刑法学者基本上都是把犯罪行为作为刑法上行为的唯一研究对象，甚至把犯罪行为等同于刑法上的行为。这种对行为的内涵和外延所作的过于狭隘的理解，使得我们无法对我国刑法上规定的各种行为，作出合理的解释。为了正确地界定刑法上行为的概念和范围，笔者认为，必须澄清以下几个问题：

一、刑法上的行为是否仅限于有意识的行为？

刑法上的行为是否仅限于有意识的行为，亦即行为是否必须以人的主观意思（故意和过失）为构成要素？这是国外刑法学者争论已久的一个问题。围绕这一问题，曾经提出了三种不同的行为学说。一是“身体动作说”。这种学说认为，行为是一种单纯的身体运动或静止。人的主观意思不是行为的构成要素。因此，基于自由意思支配的身体动静，和缺乏自由意思支配的身体动静，都具有刑法上的意义。这是一种最广义的行为概念。按照这种学说，刑法上的行为不仅包括故意行为和过失行为，而且也包括无意识的身体动静（如睡梦中的言行）和丧失意思支配能力时的身体动静（如身体被强制下的身体举动、精神病患者的侵害等）。二是“有意行为说”。这种学说认为，刑法上的行为，必须是有意识的行为，人的意思是行为的必备要素。如果只是单纯的身体动作，而缺乏意思要素，不论其造成何种危害，都不是刑法上的行为。例如日本刑法学者泷川幸辰认为，“行为是基于意志的身体运动或不动。基于意志的态度叫意志表现。不是意志表现的，不是行为。”①按照这种观点，刑法上的行为有

① 《泷川幸辰刑法著作集》第二卷，世界思想社，1981年版，第603页。

两个基本要素，即客观要素——外部的身体动静和主观要素——故意或过失。三是“目的行为说”，这种学说认为，刑法上的行为不仅是一种有意识的举动，而且是一种有目的的举动。这种目的性表现为，行为者总是先确定一定的目标，然后选择相应的手段，进而支配和调节人的身体活动，最后实现预定的目的。按照这种学说，目的行为不仅存在于故意的场合，而且也存在于过失的场合。只不过在故意行为中其目的性是现实的明确的，而在过失行为中其目的性是潜在的、可能的而已。持这种观点的学者有德国的魏尔兹（welzel），日本的平场安治、福田平、木村龟二等人。例如木村龟二认为：“目的行为论意义上的行为概念是妥当的。在这个意义上，所谓行为可以解释为实现被预见的结果的有意识、有目的的动作。”①

在上述三种行为学说中，以“有意行为说”为通说，它为绝大多数刑法学者所主张。“身体动作说”用来解释广义的行为概念，也是恰当的，因而亦为一些刑法学者所支持。例如当代台湾刑法学者高仰止认为，“最广义之行为概念，即自然行为概念，乃事实概念之行为，只须有身体上一切举动，即可视为行为，并不限于犯罪行为。”②至于“目的行为说”，由于它无法对过失行为作出合理的解释，因而受到许多刑法学者的批评。

目前，我国刑法学者对刑法上行为的解释，实际上采用的是“有意行为说”。即在行为的客观要素上，要求必须有表现于外部的身体动静；在行为的主观要素上，要求必须出于犯罪的故意或过失。因此，单纯的身体动静如身体的反射运动、睡梦中的语言和行动、精神病人的举动、被暴力强制下的身体动静等，则不是刑法上的行为。这种行为概念，对于触犯刑法的犯罪行为来说，当然是完全适用的。但是，如果用这一概念来解释刑法上的所有行为，则不免发生困难。从我国刑法对行为的规定来看，不仅有基于意识和意志支配的有意行为，而且也有缺乏意识和意志支配的无意行为。这种无意识的行为，或者说缺乏犯罪的故意和过失的行为，在我国刑法上至少有两种情况。一是意外事件中的行为。刑法第13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，而是由于不能抗拒或者不能预见的原因所引起的，不认为是犯罪。”从这一规定可以看出，在意外事件中，尽管行为人对损害结果的发生，主观上不存在故意和过失，因而不构成犯罪，但它同样是一种行为。例如，某甲不知道也不可能知道某乙患有严重的肝脏坏死之病且已濒临死亡，某日因生活琐事与某乙发生争吵，气愤中向乙腹部打了一拳，致乙当场死亡。由于某甲对某乙死亡的结果既无故意也无过失，故不负刑事责任。但是，如果据此认为某甲的打击行为，不是刑法上的行为，则是不符合刑法规定的。二是精神病人在丧失意识和意志能力状态下所实施的侵害行为。我国刑法第15条规定：“精神病人在不能辨认或者不能控制自己行为的时候造成危害结果的，不负刑事责任。”按照这一规定，精神病患者在丧失辨别是非能力的情况下所实施的缺乏意识因素的侵害行为，以及在丧失控制能力的情况下所实施的缺乏意志支配的侵害行为，都具有刑法上的意义。它和具有犯罪故意和过失的危害行为相比，只有是否构成犯罪和是否承担刑事责任的区别，而不存在是否同属刑法上的行为的问题。由此可见，在我国刑法上，行为的外延不仅包括有意行为，而且也包括无意行为。

---

① 木村龟二《刑法总论》，有斐阁，1984年增补版，第167页。

② 高仰止《刑法总则之理论与实用》，五南图书出版公司，1983年版，第197页。

二、刑法上的行为是否包含危害结果

刑法上行为是否包含危害结果，亦即危害结果是否行为的构成要素？也是刑法学上争论已久的一个问题。从争论的结果看，主要分为消极说和积极说两派主张。持消极说的学者认为，刑法上的行为以基于意思支配的身体动静为必要，至于这种意思活动是否会造成或者事实上是否造成危害结果，可以不问。因此，危害结果并非行为的构成要素。持积极说的学者则认为，刑法上的行为是由意思、举动和结果三要素构成的。它是由人的有意识的身体动静而引起结果的因果联系的必然过程。如果排除了结果这一因素，行为则不具有刑法上的意义。这就是在刑法理论中颇有影响的“因果行为论”。持这种观点的刑法学者有德国的李斯特（Liszt），日本的冈田庄作、木村龟二等。例如冈田庄作认为，“将意思举动与结果分离来考究，或者认为行为中包含结果，虽然结论存在争议，但我从积极说”。① 木村龟二的观点更加明确，他在对行为下定义时写道：“所谓行为意味着行为支配可能的态度及由其产生的外部结果”。② 在我国台湾刑法学者中，赞同上述观点的，也不乏其人。如高仰止认为，“行为之构成，须具备三项要素：（一）心素（意思决定），（二）体素（身体动静），（三）因身体动静而引起外界之变化。……虽有意思之决定，而未随之发生身体动静，或者其意思决定与所生动静不相一致，则二者缺乏因果关系，而非法律上所谓之行为也”③。除了上述两种学说外，在学者中还有一种折衷说。即认为有的行为包含结果，有的行为则不包含结果。例如日本学者岛田武夫认为，“法律学上的行为一词，必须仅指意思活动没有理由，同时必须只能包含意思活动与结果两者也没有根据。行为一词在什么意义上使用，是解释者的自由。从而本书中的行为一词，或者应当仅指意思活动，或者应在包含意思活动与结果两者意义上使用。”④ 这种观点不无道理。

我国现行刑法学体系中，都把行为和结果作为犯罪构成客观方面的两个独立要素加以研究。对于行为本身是否包含危害结果问题，还未见分歧意见。绝大多数学者都认为行为不包含结果。有的同志甚至认为，把危害结果独立出来进行研究，是我国刑法学区别于资产阶级刑法学的一大特色。这种看法虽然有一定道理。但却不够全面。

所谓危害结果乃是人的行为对外界所造成的损害。这种损害既有物质性的有形的损害，也有精神性的无形的损害。从这个意义上讲，任何一种行为都会造成一定的结果，不包含结果的行为是不存在的。但是，就法律意义而言，行为是否包含结果，不能凭空杜撰，也不能盲目地妄下结论。而必须以法律规定为标准，来确定行为与结果之间的关系，从我国刑法的规定来看，可以区分为两种情况。（一）不包含结果的行为。这种行为主要有：(1)隔地犯中的危害行为。当犯罪的行为和结果不在同一地点发生时，按照择一原则，只要行为发生在本国领域内，就应当适用本国刑法，追究其刑事责任。例如我国刑法第3条第3款规定：“犯罪的行为或者结果有一项发生在中华人民共和国领域内的，就认为是在中华人民共和国领域内犯罪。”这里所说的行为显然不包含结果。（2）故意、过失定义中的行为。我国刑法第11条规定：“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，因而构成犯罪的，是

① 冈田庄作《刑法原论·总论》，明治大学出版部，1934年版，第220页。

② 木村龟二《刑法事典》，书林书院新社，1984年版，第63页。

③ 高仰止《刑法总则之理论与实用》，第175—176页。

④ 岛田武夫《日本刑法新论总论》，第126页。

故意犯罪。”第12条规定：“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，或者已经预见而轻信能够避免，以致发生这种结果的，是过失犯罪。”在这两个条文中，行为和结果都被明确划分出来，显然这两个条文中所使用的“行为”一词，都不包含结果在内。此外，规定意外事件条文中的行为，也是与结果并列的，自然也不包含结果。（二）包含结果的行为。在我国刑法条文中，这种行为主要有：(1)与“犯罪”一词连用的行为。我国刑法第2条规定：“中华人民共和国刑法的任务，是用刑罚同一切反革命和其他刑事犯罪行为作斗争，……”。以是否要求一定的危害结果为犯罪构成的要件为标准，犯罪可分为行为犯和结果犯。前者不要求一定的危害结果为犯罪构成的要件，只要实施作为犯罪构成要件的行为就够了；后者则要求一定的危害结果为犯罪构成的要件，只有实施犯罪构成要件的行为后，一定的危害结果发生了，犯罪才是既遂。上述条文中所说的犯罪行为，兼指上述两种情况，因而结果也包括在行为概念之中。又如刑法第78条规定：“……犯罪行为有连续或者继续状态的，从犯罪行为终了之日起算。”所谓犯罪行为的连续状态，即刑法理论上的连续犯，指基于同一的或概括的犯罪故意，连续多次实施性质相同的几个犯罪行为，触犯同一罪名的犯罪。例如，连续盗窃、连续抢劫、连续诈骗等，所连续实施的这些犯罪，不论既遂、未遂，都不影响连续犯的成立。可见这里所说的行为并未将结果排除在外。（2）犯罪定义中的行为。我国刑法第10条对在我国的犯罪下了一个完整的定义。该条规定：“一切危害国家主权和领土完整，……以及其他危害社会的行为，都是犯罪。”这里所说的危害社会的行为，是犯罪的核心。而如上所述，犯罪有行为犯和结果犯之分，这里所说的危害社会的行为，自然不仅限于行为犯，而且包括结果犯。因而这里所说的行为，自然也可能包含结果。（3）与过失连用的行为。1935年旧中国刑法第12条第2款规定：“过失行为之处罚，以有特别规定者为限”。我国现行刑法也采用了这一原则，于第12条第2款规定：“过失犯罪，法律有规定的才负刑事责任。”论者认为，规定这一条款是必要的，但表述不够科学，即将过失行为表述为过失犯罪。这样表述所含的意思是，在我国存在着法律没有规定的、不负刑事责任的过失犯罪。为什么法律没有规定，也不负刑事责任，竟说成是犯罪呢？显然与刑法基本理论不符，因而建议修改刑法时，将本款中的“过失犯罪”一词改为“过失行为”。①笔者也持同样的观点。而犯罪的过失行为，只有当一定的危害结果发生时才能构成。没有危害结果发生，就不可能是刑法上的过失行为。所以这里所说的行为，当然包含结果在内。此外，还有某些条文中的行为，也包含结果，不再一一列举。总之，行为是否包含结果，不能一概而论，只有具体情况具体分析，才能得到正确的理解。

三、刑法上的行为是否都是具有社会危害性和刑事违法性的犯罪行为

对于这一问题，资产阶级刑法学者中同样存在不同意见。肯定说者认为：“刑法各本条所指之‘行为’，非普通所称之‘行为’，而系构成要件上之行为，故主张‘行为’应在构成要件内容上予以把握，在构成要件之先论述‘行为’即无意义”②。否定说者则认为：“‘行为’系独立的成为犯罪要件之一者，则在论述是否成立犯罪时，若先检讨其不能称为‘行为’者，即不能成立犯罪，自无再行检讨有无‘不法’及‘责任’等之必要。因此，……在构成要件阶段

① 薛瑞麟、侯国云主编《刑法的修改与完善》，中国政法大学出版社，第87—88页。

② 洪福增《刑法理论之基础》，刑事法杂志社，1977年版，第35页。

不能谓无具有定法上的意义。"① 在持否定说的学者中，看法也不尽相同。如日本刑法学者大谷实认为："成为刑法评价对象的行为，是如前所述基于人的意思支配可能的具有社会意义的人的外部态度，构成要件中的行为是将具有上述属性的行为各个类型化的行为。"②冈田庄作则指出："行为有权利行为、放任行为、可罚行为。第一，如狱吏绞杀死刑囚犯的行为；第二，如和奸的行为；第三，指刑法上科刑的违法行为。成为刑法上问题的，主要是可罚行为。"③否定说的观点，特别是冈田庄作的观点，对我们研究刑法上的行为，颇有参考价值。

我国的社会主义刑法理论认为，社会危害性是犯罪的本质特征，是对各种行为进行罪与非罪评价的实质标准；而刑事违法性则是犯罪的法律特征，是区分犯罪行为与一般违法行为和合法行为的法律标准。这两大标准作为解决刑事责任问题的前提条件，无疑是非常正确的。但是，在研究刑法上的行为时，许多同志总是有意或无意地用犯罪行为的特征，来概括刑法上的所有行为。于是把刑法上的行为都当作具有社会危害性和刑事违法性的行为。这种看法是不符合我国刑事立法的实际情况的。从我国刑法的规定来看，行为一词虽然主要是指犯罪行为，但也存在着非罪行为、权利行为的情况：（1）指犯罪行为。如我国刑法第90条规定："以推翻无产阶级专政的政权和社会主义制度为目的，危害中华人民共和国的行为，都是反革命罪。"这里所说的行为，就是指具有社会危害性和刑事违法性的犯罪行为。（2）指非罪行为。如刑法第9条规定："……中华人民共和国成立以后本法施行以前的行为，如果当时的法律、法令、政策不认为是犯罪的，适用当时的法律、法令、政策。"据此，当时的法律、法令、政策不认为是犯罪，而现行刑法认为是犯罪的，例如侵犯公民通信自由的行为，适用当时的法律、法令、政策，不认为是犯罪。可见这里所说的行为，就指的是非犯罪的行为。（3）指权利行为。如我国刑法第17条规定："……正当防卫行为，不负刑事责任。"刑法第18条规定："……紧急避险行为，不负刑事责任。"由于正当防卫行为和紧急避险行为，都是对社会有益的行为，因而它不仅不是刑法所禁止的，而且是刑法所允许所鼓励的。对一般人而言，可以说它是法律所赋予的一种权利行为。由此可见，把没有社会危害性和缺乏刑事违法性的行为排斥于刑法之外，是缺乏根据的。

综上所述，我们认为可以把我国刑法上规定的各种行为，根据不同的标准区分为以下几种：（一）以是否基于意思的支配为标准，可以区分为有意行为和无意行为。（二）以是否包含结果为标准，可以区分为包含结果的行为和不包含结果的行为。（三）以是否具有社会危害性和刑事违法性为标准，可以区分为犯罪行为、非罪行为与排除社会危害性和刑事违法性行为（即权利行为）。

（作者单位：武汉大学法学院）

责任编辑：于　力

① 洪福增《刑法理论之基础》，刑事法杂志社，1977年版，第39页。

② 大谷实《刑法讲义总论》，成文堂，1986年版，第158页。

③ 冈田庄作《刑法原论·总论》，第218页。