

第三节 其他正当行为

(本节不做讲解，本节内容做一般性了解即可，请同学们自学)

刑法上的正当行为，除了正当防卫与紧急避险外，还包括依照法律的行为、履行职务的行为和经权利人同意的行为等。对这些行为的合法性条件，国外刑法都有一些规定，^[1]但我国刑法没有作统一规定，是刑法学研究的对象。

一、依照法律的行为

依照法律的行为，是指根据法律规定而行使权利或者履行义务的行为。依法实施的行为本身是法律所认可或者要求实施的行为，自然是阻却违法的行为。依照法律的行为有两类：一是职权行为。一般是指公务人员根据其职责实施的行为。例如，警察依法对犯罪嫌疑人拘留或者逮捕，就是依照法律实施的职权行为。二是一般公民的权利行为。即根据法律的规定，一般公民可以实施的某种态度的行为。根据刑事诉讼法第 63 条的规定，公民对案犯的扭送，形式上似乎侵害了被扭送者的刑事责任，但属于依照法律实施的行为。一般认为，依照法律的行为，必须具备以下条件才能排除社会危害性：

1. 该行为有明确的法律依据。例如，公民对案犯的扭送是合法行为，但老师对学生进行体罚就是没有法律依据的违法行为。对是否有法律依据的判断应从形式上判断，例如，对犯罪嫌疑人的逮捕，应以是否合法的逮捕手续为限，至于犯罪嫌疑人是否有罪，不影响该行为合法性的判断；

2. 行为必须在法律规定的限度内行使。公务人员超越自己的职权实施的行为，不能阻却社会危害性。同样，父母对未成年人有监护权，但在监护期间，如果严重损害被监护人利益的，是对监护权的滥用，不能阻却行为的违法性。

二、执行命令的行为

所谓执行命令的行为，是指国家机关工作人员执行其直属上级发布的命令的行为。一般来说下级服从上级，是一工作原则和民主集中制的要求。执行命令，实际上也是国家公共权力机关行使职能的手段。《国家公务员暂行条例》第 6 条规定，国家公务员必须“忠于职守，勤奋工作，服从命令”，执行上级的命令，一般也不会发生刑法上的问题。但如果执行的命令内容本身不合法的，具有社会危害性，执行该命令会造成危

害社会的结果，行为人执行了这样的不合法命令，应如何处理？我们认为，任何人不能简单地以自己是执行上级的命令否认自己的责任。下级对上级的服从不能是盲目的，而应该是自觉的。因为下级不仅要对上级负责，而且应该对整个国家和人民负责，因此，执行了违法命令不能说执行命令的人能绝对排除其行为的社会危害性。执行命令的行为只有具备下列条件，才能成立阻却违法事由：

1. 执行的命令必须是有隶属关系的上级国家工作人员发布的。执行命令是以命令者与被命令者间的隶属关系为前提，如果没有这种隶属关系，就没有上级和下级命令和服从的关系，下级国家工作人员就没有执行的义务，不发生权利义务关系，自然也就没有领导与服从的关系；

2. 发布的命令必须属于上级国家工作人员的职权范围。超越发布命令者职权范围的命令是无效的，下属应当拒绝。如果执行这样的命令，在造成危害结果的情况下，不能排除执行命令人的行为社会危害性；

3. 执行的命令必须以合法的形式和程序发布。该用书面的就不能用口头的形式，对不以合法形式和程序所发布的命令，国家机关工作人员应当拒绝执行。如果明知不符合法定形式、程序而仍然执行，一旦发生危害，执行者不能免除罪责；

4. 命令的执行者必须严格依照命令所规定的事项、范围、时间、地点、方法等实施具体行为，超越命令所规定的内容的行为，不能阻却违法性；

5. 下级看不出命令的内容具有明显的犯罪内容。也就是说，下级对上级的命令并不具有绝对服从的义务。如果上级的命令明显是违法的，下级就不应当执行，否则，不能排除社会危害性。^[2]

需要指出的是，执行命令的人构成犯罪，在追究刑事责任时，可以酌情从轻处罚（如果符合从犯或者胁从犯条件的，应认定为从犯或者胁从犯）。

三、正当业务行为

业务是指一定的社会成员持续、反复从事的事务，源于职业的不同所形成的各种社会分工。所谓正当业务行为，是指从事一定业务的人员正当地执行其业务的行为。在刑法上，只有正当的业务行为才能阻却违法。而业务的正当性应当根据下列标准进行综合判断：

1. 所从事的业务必须是正当、合法的业务。正当、合法的业务应从两个方面判断：一是所从事的是否为国家主管机关许可、批准；二看是否为社会的善良风俗和伦理道德所承认的业务。如民间的一些用祖传秘方为人治病，也应视为是从事正当业务。但如果一个巫医为病患者进行所谓“治病”就是非法的不正当的业务，不能排除其行为的社会危害性；

2. 从事正当业务的人员必须是具有一定专业知识和业务能力的人，没有专业技能的人所从事的某项业务，不能视为正当业务。

3. 所实施的行为必须符合正当职务的要求。即正当业务的行为必须遵守从事该项业务的操作规程和有关的规章制度。

4. 履行职务的行为必须没有危害社会的目的。借从事正当业务达到非法目的者，不能阻却行为的违法性。

只有符合上述条件的履行职务的行为，才能排除其行为的社会危害性。

四、经权利人同意的行为

所谓经权利人同意的行为，是指得到有权处分某种权益的人同意而实施的行为。在承认行为人有自由处分某种权益的情况下，权利人同意的行为，实际上在行使法律保护的自由处分权。例如，权利人将同意自己所有的物品转让给他人，即或本人不在场时，他人将物品取走，也不能构成盗窃。经权利人同意的行为，只有符合以下条件的才能排除社会危害性：

1. 权利人的处分必须是有权处理。也就是权利人同意的范围只能自己有权支配的权益。例如，仓库保管员表示同意他人将国家仓库中任意取走物品的行为，并不排除行为的社会危害性，因为国家仓库中的物品不属于其个人所有，他无权随便处分。又如，某人家中珍藏的一幅古代名画，私人可以所有，但不能随便处分，如果将此画送给外国人，这就可能构成犯罪。有时候，同意他人对自己进行侮辱，也能排除社会危害性，例如玩游戏时，对输家让其钻桌子或者脸上贴个纸条等进行羞辱，都是经权利人同意的行为；经主人同意进入他人的住所，不能构成侵入他人住宅的犯罪；

2. 经权利人同意的行为必须是有责任能力的表示，而且必须是自愿的。精神病人或者没有责任能力的小孩说我送你一台彩电，你到我们家去搬，并不能排除该行为的社会

危害性，因为这种同意没有法律效力。精神病妇女或不满 14 周岁的幼女同意或要求与某个男子发生性交并不能排除该男子的强奸罪或者奸淫幼女罪的刑事责任（量刑时可酌情从轻）；其次，权利人的同意必须是自愿的，如果权利人的同意是在暴力、威胁之下被迫进行的，那也不能免除行为的社会危害性，因为这种情况，权利人实际上是不同意的；

3. 经权利人同意的行为必须是法律所许可或者一般生活规则所认可的行为，符合社会上一般的善良风尚。如果权利人同意的行为对社会是有害的，即使权利人同意，也不能免除行为的社会危害性。例如，一个赌徒将自己房产押给了对方，结果输掉了，如果赢的人取得房产，并不能排除行为的社会危害性；

4. 权利人的同意必须是事前或行为时同意，而不是事后的承认。某甲将人家的东西已经偷回家了，感到后悔，将赃物送回事主，事主见某甲态度真诚，将该物送给某甲。这种情况仍不能排除某甲的盗窃罪的刑事责任。“因为行为人犯罪以后得到被害人的宽恕并不能改变既成的犯罪事实，宽恕本身就以犯罪为前提，没有这个犯罪事实也就谈不上宽恕。而且更为主要的是，刑事诉讼是国家行为。” [3]

符合上述条件的经权利人同意的行为，被认为是被害人自己放弃了对于生活利益的保护要求， [4] 不存在刑法保护的必要性，不具有刑法上的社会危害性。