

第二节 危害行为

危害行为（actus reus），在刑法理论中居于中心的地位。马克思曾经指出：“对于法律来说，除了我的行为，我是根本不存在的，我根本不是法律的对象。我的行为就是我同法律打交道的唯一领域。”^[1]因此，在现代社会中，刑法的对象只能是人的行为。危害行为不但是犯罪构成客观方面的共同要件，而且也与犯罪构成的其他要件有关，因此，正确理解危害行为问题就十分重要。

一、危害行为的概念

危害行为，是指人在自己的意识意志支配下实施的有害社会的身体的动静。^[2]关于什么是行为，国外刑法理论上有不同的观点：（1）身体动作说认为，行为是纯肉体的身体的动作。即行为仅仅是身体的动静。有意行为说认为，行为是基于意思的身体的动静。一般认为，有意行为说比较妥当。危害行为有三个特征：

第一，危害行为是行为人身体的动静，具有人类行为的一般共性。身体的动静，是危害行为的最基本的外部特征，动是指身体积极的动作，而静则是指身体的消极的静止。凡在现实生活中引起客观外界发生一定变化的人的身体的动静，都是人的行为。危害行为是人类行为的一部分。如果没有表现于外部的客观的、物理的身体的举动和静止（如人的内心思考等），就谈不上存在刑法上的危害行为。^[3]单纯的思想不能成为行为。古代流传下来的“思想免税的格言，就是这个意思。动作为行为容易理解，而静是社会生活中的静止，作为行为的表现常常难于理解。确实，一般的静，与单纯的思想难于区别，与社会关系没有特定联系的单纯的静止不能成为刑法上的行为，如在公共汽车上，乘客即使发呆、遐想，也只能是单纯的静止，不能评价为刑法上的行为。但司机沉溺于遐想而没有看见红灯，没有刹车，就不是单纯的静止，所以，静是针对特定的事项，不实施特定的身体运动的行为。

第二，行为人的身体动静是在其意识和意志支配下实施的。刑法意义上的危害行为，不完全是人的自然的机械的运动，而是在人的意识和意志支配下的身体活动，“无意识行为无责任”，即人的无意识的行动，即使在客观上给社会带来了损害，也不能评价为实施了危害行为。例如人的物理性条件反射动作（如行使中的汽车突然急刹车，乘客某甲前倾，将某乙压伤）、生理的反射动作，如人在睡梦中的无意识的动作（如非精神病

的梦游引发的火灾)、身体内疾病的反射动作(如精神病人的动作),在外力强制下的动作(如门卫被歹徒捆绑,无法同歹徒搏斗,也无法报警,致使单位财物被抢)、不可抗力(如消防车出故障,消防队员不能及时赶到火灾现场灭火),都不是刑法上的危害行为。[4]

应当注意的是,对“意识和意志”应作广义的理解,“即将它们理解行为人对己的行为进行有目的的控制的可能性,或者说行为人支配自己行为的可能性,已实施行为的可避免性。”正因为如此,一个人抽完烟后将烟头随意一扔,应视为是有意识的行为。[5]母亲一面给婴儿喂奶,一面自己不知不觉睡着了,将婴儿给压死。压死婴儿似乎是母亲无意识的动作,但不能说压死婴儿不是母亲意志支配的结果,因为母亲要避免压死婴儿,完全可以在入睡前作自由选择的。因此仍然是母亲的自由意志的行为。危害行为是在意识和意志支配下实施的,是从危害行为的心理起因而言的。危害行为本身是客观存在,是心理活动的客观外在表现。

第三,危害行为客观上必须对社会有危害并触犯了刑法的规定。强调行为具有社会危害性,这是对危害行为的社会价值的判断,即危害行为与一般意义的行为不同,它是已经或可能给社会造成危害后果的行为。在司法实践中,为了确定行为人的行为是否构成犯罪,首先就查明他的行为是否已经给国家、集体、或个人的合法权益造成了损害或有损害的可能性,某个人的行为没有任何社会危害性甚至是对社会有益的(如正当防卫行为),则可以肯定该人的行为不能构成犯罪。

此外,危害行为还必须触犯了刑法的规定,这是危害行为的法律评价。社会生活中,对社会有危害的行为很多,只有触犯了刑法的行为,才能认定为刑法上危害行为。触犯刑法,既包括实施了刑法禁止实施的行为,也包括不实施应当实施的行为。

二、危害行为的基本表现形式

在各个具体的犯罪构成要件中,危害行为总是表现为一定的形式,其形式多种多样。例如强奸罪的行为表现为以暴力、胁迫或其他方法奸淫妇女,故意杀人罪的行为表现为非法剥夺他人的生命,诽谤罪的行为表现为捏造并散布某种足以损害他人人格和名誉的虚假事实等。不过,在理论上对这些千差万别的行为从客观外在表现上进行概括后,绝大部分的危害行为的表现形式可区分为作为和不作为两种形式。[1]

(一) 作为

刑法上的作为（action），指以积极的活动实施刑法所禁止的行为，即法律要求人们不应为，而行为人却有所为。^[2]如抢劫行为、盗窃行为等等。作为行为带有明显的主动性和攻击性。刑法上绝大多数只能或可以以作为的方式实施。作为方式较为直接和简单，实践中也容易认定，通常由以下形式表现出来：

（1）完全利用自己的身体动作的行为。例如拳打脚踢而致人死亡的行为，用言语侮辱、诽谤他人的行为等，都是直接利用行为人自身的力量通过独立的举动攻击刑法所保护的客体；

（2）利用物质工具的行为。即利用自身的举动操纵一定的工具攻击刑法保护的客体，例如持械杀人、伤人、持械抢劫，利用各种交通工具走私等等。随着现代科学技术的发展，犯罪所利用的工具也越来越复杂、先进，如利用电脑即多媒体技术、利用电脑病毒作案等。实际上，自身的动作加上一定的工具，就加强了行为的力度和作用的范围，从而使行为更具危害性和危险性；

（3）利用他人行为的作为。是指利用无责任能力人和主观上无罪过的人的实施危害行为，例如，利用无责任能力的精神病人去杀人等；

（4）利用动物的行为。即利用动物的某种损害行为来达到危害社会的目的。例如唆使豢养的恶狗咬人，利用毒蛇咬人来达到杀人的目的等；

（5）利用自然力的作为。自然力包括雷电风雨洪水等自然现象。自然力本身蕴涵着巨大的能量，它既可以利用来造福人类，又可以被犯罪分子利用实施犯罪，如放火、决水、爆炸等。

（6）利用职务的作为。是指利用自己担任某种职务或从事某项业务的便利条件，实施相应的危害行为。例如刑法规定的渎职罪，大都是利用职务之便实施的。

（二）不作为

刑法上的不作为（omission），是指行为人负有刑法要求的必须履行的某种特定的义务，能够履行而不履行这种义务的行为。在刑法理论上，不作为是否为犯罪行为，曾有不同的观点，早期有观点认为不作为本身不属于行为，因为它没有作出一定的行为，即没有引起外界变动的自然举动，不作为之所以要承担责任，就在于特定的主体有做出该种行为的可能。^[3]这种观点实际上是把行为仅仅看作是机械运动，而没有抓住刑法

上危害行为的本质，即不作为同样是在人的主观心理的支配下的人的身体的动静，都是一定危害结果发生的原因，并且都触犯了刑法的规定。因此，它属于刑法规范上的行为。现代社会，不作为犯罪已越来越引起人们的重视，对此，意大利刑法学界杜里奥·帕多瓦尼认为：“从根本上来说，以自由为中心的近代刑法制度都是为了防止人们实施某种行为而建立起来的，传统刑法以维护现有法律制度为主要目的，而只有积极的作为才可能侵犯他人的合法利益。以团结互助为基本原则的现代社会法制国家，要求社会成员间相互协作以实现法律的目的，于是刑法中有关行为人作为义务的规定开始增加。” [4]

1、不作为犯罪的特殊要件

不作为犯罪与作为犯罪相比较，有一定的特殊性，即不作为构成犯罪，需要以下特殊的构成要件。

(1) 行为人必须有作某种行为的特定义务（作为义务）。不作为是行为人应作某种行为时不做这种行为。因此，认定不作为犯罪的关键，要看行为人是否有作某种行为的特定义务。只有在负有特定的作为义务的情况下，才能认定不作为。所谓特定的作为义务，指基于特定的法律事实而产生的具体法律关系中，行为人应当实施某种行为的责任。

特定义务产生的根据或义务的来源可归纳为以下几个方面：①法律明文规定的作为义务。这里的法律明文规定，是指刑法直接规定或者其他法律规定但经由刑法所认可的法律义务。如婚姻法规定的父母子女间的相互扶养义务；税法规定的纳税义务等。应当注意，并非一切不履行法律义务的行为都是不作为犯罪，必须以刑法相应规定为限，未经刑法认可的法律义务不能成为不作为犯罪的义务来源；②职务上或者业务上要求的作为义务。担任某种职务或者从事某种职业的人，其职务的本身和业务的性质，就决定了他负有某种特定的义务，若造成一定的危害后果而触犯刑法的，就应承担刑事责任。这种义务不同于法律明文规定的义务，它是以行为人所从事的工作、所担任的职务为前提的，并由有关的法规、规章制度和管理规定加以规定。行为人的作为义务往往同规章制度的规定或者自己的职责紧密结合的。一定的规章制度或者职责明确要求行为人应该实施某种行为而行为人故意或过失地不去实施，就可能构成不作为犯罪。例如《刑法》第404条规定的“税务机关的工作人员徇私舞弊，不征或少征应征税款”的犯罪，就是一种违背其职责的不作为犯罪；③由于行为人实施的法律行为而产生的作为义务。法律行

为是指在法律上能够引起一定的权利和义务的行为。若一定的法律行为产生某种特定的作为义务，行为人不履行该义务，致使刑法所保护的社会关系受到侵害或威胁，就可以成立不作为形式的危害行为。在司法实践中，法律行为引起的义务大多数是合同行为引起的义务（如被人雇佣为保姆后，就有责任看护好小孩，防止其遭受意外伤害的义务），但也包括某些情况下的自愿行为（如无因管理，行为人自愿承担某项义务后，不履行相应的职责，造成严重后果的，则需承担相应的刑事责任）；④行为人先前行为所派生的作为义务。即由于行为人先前实施的行为使某种合法权益处在遭受严重损害的危险状态，该行为人即产生须以积极的作为行为防止危害结果发生的义务。[5]先前行为性质本身可以是非法的，也可以是合法的（但可能导致非法的结果）。前者如交通肇事将人撞伤后，有将受伤者送往医院抢救的义务，后者如成年人带一不会游泳的邻居儿童教其学游泳，就产生了保证其安全的义务。

不作为犯罪强调的是违反特定的作为义务，而不是一般的道德义务，如果仅仅违反一般的道德义务，就不能构成不作为犯罪。[6]现代刑事立法，不作为犯罪的义务范围却有扩大的趋势。法国的新刑法典对“处于危险中的人不予救助者”规定了刑事责任。在美国，原属于道德义务的问题（如见死不救），也有州的立法将其规定为犯罪。这种扩大不作为犯罪的作为义务范围的趋势，意大利刑法学家杜里奥·帕多瓦尼有一段精辟的论述，他认为：“从根本上来说，以自由为中心的近代刑法制度都是为了防止人们实施某种行为而建立起来的，传统刑法以维护现有法律制度为主要目的，而只有积极的作为才可能侵犯他人的合法利益。以团结互助为基本原则的现代社会法制国家，要求社会成员间相互协作以实现法律的目的，于是刑法中有关行为人作为义务的规定开始增加。”[7]这无疑是正确的，现代社会，社会生活越来越复杂，“人的生命、健康、社会公共安全不仅要靠他人不作为保证，而且也可能要以他人的积极作为为条件，没有他人的一定的作为，就会导致一定的危害结果的出现。”[8]法律注意到了这些变化，故相应地扩大了不作为犯罪的范围。

（2）行为人有履行义务的实际可能性。这种实际可能性既包含了行为主体的自身能力，也包含了履行义务的客观条件，二者相辅相成。例如，子女有赡养老年父母的义务，但前提是子女有赡养能力，如没有这种能力，也不能强人所难地追究其刑事责任。有时，由于客观上缺乏履行义务的条件也难以履行义务，例如，仓库的保管员被犯罪分子用药物麻醉，自然就不能阻止犯罪分子进仓库行窃。[9]应当注意的是，有时，某人

虽然没有直接作为的可能性，但如果可以通过他人的作为防止结果的发生，行为人放弃他人的帮助，仍然是一种不作为。例如，驾驶员某甲肇事将某乙撞成重伤，某甲虽然不懂医术，不能直接防止结果的发生，但他可以将某乙送至附近的医院，这种情况下，应视为某甲仍然有履行义务的可能性。[10]

(3) 行为人没有履行特定的义务。行为人没有履行特定的义务，是指行为人没有按照法律所期待或者要求的方式积极作为。既可以表现为不履行义务的消极行为，也可以是逃避履行义务的积极行为。例如，行为人偷税，既可以表现为应当申报纳税而拒不申报，也可以表现为实施一定的积极行为（如做假帐）来逃避纳税义务。此外，在发生危害结果的情况下，行为人的不作为与危害结果之间必须具有因果关系。[11]

2、不作为犯罪的种类

根据不作为犯罪在刑法中的不同规定，不作为犯罪通常分为二类[12]：

(1) 纯正不作为犯。是指刑法规定只能由不作为构成的犯罪。如《刑法》第 261 条遗弃罪，只能由拒不履行抚养（赡养）义务的行为构成；《刑法》第 444 条规定的遗弃伤病军人罪，也只能由不作为构成。纯正的不作为犯罪，法律都明文规定了行为人应当履行的特定的义务。在我国刑法中，只能由不作为构成的犯罪不多。

(2) 不纯正不作为犯。是指某种犯罪既可以用作为的方式实施，也可以以不作为方式实施。在以不作为方式实施的情况下，就是所谓的不纯正的不作为犯。如放火罪、故意杀人罪、故意伤害罪等。母亲杀害自己的婴儿，既可以用作为的方法将其溺死，也可以用不作为的方法，不给其进食，将其饿毙。

刑法中，许多犯罪只能由作为的方式进行，如抢劫罪、强奸罪等，因为这些犯罪的实施，只能以主动的攻击性为前提，同行为人是否负有某种义务没有直接的联系，直接违反的是刑法禁止性的规定。