

论片面对向犯

刘明祥*

摘要:在片面对向犯中,不处罚一方的参与行为,是立法者基于刑事政策的需要或立法技术的考量所做的一种选择。对法无明文规定予以处罚的一方参与行为,虽然在原则上不处罚,但是如果该参与行为超出立法者预想的定型性、通常性的范围,那么就有可能与相对方构成共同犯罪,应予以处罚。在具体判断行为是否可罚时,应综合考虑多种因素。我国已有两项司法解释的有关规定与此相关,尽管受到较多的非议,但是与我们应采取的判断规则并不冲突。如果第三方参与实施片面对向犯的一个参与行为,那么可以视为对双方均给予了帮助或教唆,这与一行为触犯数罪名的想象竞合犯相似,可以根据从一重处断的原则按可罚的参与行为处罚。

关键词:片面对向犯 参与行为 可罚性 第三方参与行为

对向犯,又称对合犯,是指必须由二人以上实施相对应的行为(即有人扮演相对角色),才可能完成的犯罪。对向犯可以分为3种类型:一是同等处罚参与双方之行为的情形,如在重婚的场合,双方的行为都构成重婚罪;二是分别处罚参与双方之行为的情形,如在行贿与受贿的场合,双方的行为分别成立行贿罪或受贿罪;三是仅处罚参与双方中一方之行为的情形,如在买卖淫秽物品的场合,仅按贩卖淫秽物品罪处罚出卖者的行为。其中,特别是最后这种类型的对向犯(即片面对向犯),有待研究的争议问题更多,笔者拟对此展开论述。

一、片面对向犯中一方的行为不被处罚的根据

无论是哪一种类型的对向犯,都要有相对向的双方合作,才能共同完成犯罪。但对上述第3种类型的对向犯,刑法明文规定处罚一方的行为,却未规定处罚另一方的行为,如在买卖淫秽物品的场合,只规定有贩卖淫秽物品罪(处罚出卖方的行为),而没有规定购买淫秽物品罪(未规定处罚购买方的行

* 中国人民大学刑事法律科学研究中心教授、博士生导师
基金项目:教育部人文社会科学重点研究基地重大项目(16JJD820018)

为)。这种只规定处罚对向者之一方行为的情形,“严密地看,不能说是对向‘犯’”。^①正是基于这一特点,有学者称之为“片面的对向犯”“不纯正的必要共犯”,^②以与实施行为的双方均成立犯罪的对向犯或其他类型的典型的必要共犯相区别。在这种片面的对向犯中,法律没有明文规定予以处罚的一方(如淫秽物品的购买方)能否成为处罚的对象,即能否按对方(如淫秽物品的出卖方)所成立之罪的共犯予以处罚,就成为对向犯乃至必要共犯论所争论的核心。^③对此,中外刑法学界均存在不同的理论主张。德、日两国判例的倾向也有差异,德国的判例广泛肯定其可罚性,而日本的判例对此则基本持否定的态度(即否定其可罚性)。^④

我国有学者对此持否定的态度,认为对法律没有明文规定处罚的一方参与行为,不能按共犯来处罚。以买卖淫秽物品的犯罪案件为例,“即便购买一方的要求行为是反常的、过分的,也不应当适用刑法总则有关任意共犯的规定,以教唆犯或者帮助犯追究其刑事责任。因为,既然刑法上连‘购买’这种实行行为都不处罚,比‘购买’这种实行行为危害性更低的‘教唆’、‘帮助’行为不更是没有处罚的必要吗?”^⑤在笔者看来,持此种主张的学者忽视了行为人(即购买方)并非教唆、帮助自己购买,事实上,教唆、帮助行为也只能对他人实施,如果行为人只是教唆、帮助他人购买淫秽物品,那么由于作为实行行为的购买行为尚且不作为犯罪来处罚,教唆、帮助行为的危害性通常要小于实行行为的危害性,因此自然也就没有必要将其当作犯罪处罚。这里的问题在于,购买淫秽物品的行为本身就有帮助对方出卖淫秽物品的性质甚至还含有教唆对方出卖的成分,不能将其作为共犯处罚的理由或根据何在?目前,我国大多数学者认为,对这种片面对向犯的一方参与行为,虽然原则上不可罚,但是并非一概不可罚,若出现特殊例外的情形,即超出其参与行为的定型性、通常性,则有可能要按共犯来处罚。^⑥据笔者所知,德、日等国刑法学界现在的通说也是此种学说,即对这种参与行为原则上不处罚,只有在例外情况下才予以处罚。至于不处罚的理论根据或理由,主要有以下3种不同的学说。

(1)“立法者意思说”。持该说者认为,在片面的对向犯中,法律没有规定处罚的那一方的行为之所以不可罚,是因为既然并存甲与乙两个行为,立法者将甲行为规定为犯罪时,当然会想到还有乙行为,而不同时规定处罚乙行为,就表明立法者认为不必处罚乙行为。若将实施乙行为者以甲行为的教唆犯或帮助犯论处,则与立法者的立法意图不符。持该说者还认为,不可罚的对向性参与行为具有定型性、通常性,如果超出其定型性、通常性的范围,那么就应以可罚的相对方的教唆犯、帮助犯论处。^⑦这是日本刑法学通说和判例所持的立场。德国、英国、美国以及我国有不少学者也持此种学说。^⑧

(2)“实质说”。持该说者认为,立法者对对向犯的一方行为不设处罚规定,意旨仅在于对这种行为不能以正犯处罚,并不包含不能作为教唆犯或帮助犯处罚的意思,而要否定其可罚性,应从实质根据(即缺乏违法性或有责性)上来加以说明。例如,设立贩卖淫秽物品罪保护的法益是每个人的性羞

① [日]大塚仁:《刑法概说》(总论),冯军译,中国人民大学出版社2003年第3版,第235页。

② 参见[意]杜里奥·帕多瓦尼:《意大利刑法学原理》(注评版),陈忠林译评,中国人民大学出版社2004年版,第350页。

③ 豊田兼彦「狭義の共犯の成立要件について」立命館法学310号(2007年)41頁参照。

④ 参见何庆仁:《论必要共犯的可罚性》,《法学家》2017年第4期。

⑤ 黎宏:《刑法学总论》,法律出版社2016年第2版,第276页。

⑥ 参见张明楷:《刑法学》(上),法律出版社2016年第5版,第386~387页。

⑦ 団藤重光『刑法綱要総論〔第三版〕』(創文社、1990年)342頁参照。

⑧ 参见杜文俊:《论片面对向犯的出罪路径——以法益侵害为视角》,《政治与法律》2009年第12期。

耻心,由于买受人是“被害人”,因此其行为是一种“自损行为”,不具有违法性,自然也就不应受刑罚处罚;又如,犯罪分子毁灭自己实施刑事犯罪的证据、将自己隐藏起来,因无期待可能性而不可罚。那么,对正犯尚且为期待不可能的行为,对教唆他人毁灭自己实施刑事犯罪的证据或隐藏自己的共犯(教唆犯),更不具有期待可能性。^①

(3)“并用说”。持该说者认为,“实质说”与“立法者意思说”应当并用。“实质说”虽然基本指出了解决片面对向犯一方的参与行为是否可罚问题的正确方向,但即便是持该说者认为无违法性或有责任性的案例,也并非完全无违法性或有责任性。况且,就共犯行为(教唆、帮助行为)而言,尽管从违法与责任两个方面看均应处罚,但仍将其排除在处罚范围之外,也是完全有可能的。可见,即使采取“实质说”,也必须维持“立法者意思说”这一意义上的必要共犯概念。^②

此外,还有一种“可罚的规范目的说”。持该说者认为,不处罚片面对向犯一方的参与行为,是基于犯罪论上的实质理由、与处罚的必要性意义上的政策判断,也就是立法者根据立法政策上的当罚性的判断,将一方的参与行为排除在构成要件之外。^③这与上述“并用说”的认识基本一致,据此也可以将其纳入“并用说”的范畴。其不同之处在于,后者是从规范的目的出发,基于对处罚目的的考虑和刑事政策的判断而得出不可罚的结论。

本来,从各国的刑事立法看,无论是采取区分正犯与共犯的区分制还是采取不做这种区分的单一制立法形式,都存在没有明文规定处罚对向犯一方参与行为的现象,如果不从刑事政策或立法意图乃至立法技术方面考虑,要否定这种片面对向犯的可罚性,似乎难以找到根据。因为刑法未规定予以处罚的一方参与行为,显然有帮助对方甚至教唆对方实施相应犯罪的性质,如向卖方购买淫秽物品的行为,自然具有帮助其出卖淫秽物品的功效,甚至含有教唆对方出卖的成分。而德、日等国采取区分制立法形式的刑法,都在总则中设有处罚共犯(实施教唆或帮助行为者)的规定,这样的规定对刑法分则所规定的各种具体犯罪均有普遍的适用效力,那么,对片面对向犯排除适用的理由何在?上述“实质说”试图运用纯粹的刑法解释论,从犯罪成立应当具备的基本要素方面,对每一种片面对向犯不可罚的实质理由(即不具备犯罪成立的违法性或责任要素)来进行论证,但正如上述“并用说”或“可罚的规范目的说”所指出的那样,“实质说”所举的无违法性或有责任性的案例,并非完全缺乏违法性或有责任性。特别是就教唆、帮助对方犯罪而言,要否定其行为的违法性或有责任性,更是难以想象的。在单一制立法体系下,否定片面对向犯一方的参与行为具有可罚性,面临与区分制同样的解释论上的难题。因为按单一正犯的解释论,刑法分则规定的故意犯罪的构成要件行为不是限于实行行为,而是还包含教唆、帮助等能够引起法益侵害结果的多种行为,所以,对刑法未明文规定处罚的对向犯中的一方参与行为,虽然不能作为单独正犯(单独实行犯)来论处,但却无法否定其是与对方共同参与犯罪。如上所述,向出卖者购买淫秽物品的行为,本来就有帮助或教唆对方出卖淫秽物品的性质,既然如此,按单一正犯论,那么就意味着其实施了符合贩卖淫秽物品罪构成要件的行为,^④其在主观上也具有此罪的犯罪故意,因而无法否定其成立此罪。正因如此,我国早就有论者指出,既然对合的一方已经作为犯

① 平野龍一『刑法総論Ⅱ』(有斐閣、1972年)379頁以下参照。

② 参见[日]西田典之:《日本刑法总论》,王昭武、刘明祥译,法律出版社2013年第2版,第342页。

③ 参见张明楷:《刑法学》(上),法律出版社2016年第5版,第387页。

④ 按单一正犯理论,贩卖淫秽物品罪的构成要件行为包含实行贩卖行为、教唆贩卖行为、帮助贩卖行为等多种行为类型。

罪认定,那么对于促成这种犯罪得以成立的他方对合行为不作为犯罪认定,缺乏充足的理由,因而主张凡是对合性(对向性)行为,都应当以必要共同犯罪论处。^①

但是,如果将刑法没有明文规定处罚的对向犯的一方行为,一概认定为相对方所成立之罪的教唆犯、帮助犯或共同参与犯予以定罪处罚,那么显然与立法意图不符。因为对必须有二人以上相互对向的行为才能完成的犯罪,如果对双方的行为都有处罚的必要,那么无论是采取区分制还是单一制立法形式的刑法,大都会作出明文规定,要么是对参与双方的行为均规定相同的罪名(如重婚罪)与法定刑,要么是分别规定不同的罪名(如行贿罪与受贿罪)及不同的法定刑。如果仅规定处罚一方的参与行为(如贩卖淫秽物品的行为),那么就只能理解为立法者认为,对另一方的参与行为(如购买淫秽物品的行为)无处罚的必要性。如果将另一方的参与行为评价为对构成犯罪的相对方的教唆、帮助行为,作为教唆犯、帮助犯或共同参与犯来定罪处罚,那么就与立法者所采取的对对向犯定罪处罚的规则不符,使立法者不处罚对向犯一方的参与行为的立法意图落空,同时,还会带来与其他对向犯的定罪处罚不协调的问题。例如,我国刑法对拐卖妇女、儿童罪与收买被拐卖的妇女、儿童罪所规定的法定刑轻重差别很大,可见立法者的意图是重罚拐卖方轻罚收买方,并且这与国民的规范意识和责任观念相符。如果将收买行为视为对拐卖行为的帮助或教唆行为,将收买方的行为一概认定为与拐卖方的行为构成拐卖妇女、儿童罪的共同犯罪,那么势必会使收买被拐卖的妇女、儿童罪的规定变成一纸空文,使轻罚收买方行为的立法意图落空。另外,立法者的意图还可能会随着时代的发展而发生变化,原来认为某种对向犯双方的行为可以作为同种罪名同等处罚,后来认为有必要分别规定不同罪名给予轻重不同的处罚;原来认为某种对向犯一方的参与行为没有必要处罚,后来认为有必要予以处罚。例如,2009年2月通过的《中华人民共和国刑法修正案(七)》增设了利用影响力受贿罪,却未同时增设对有影响力的人行贿罪,表明立法者当时认为对这种行贿方没有处罚的必要性,但后来立法者改变了态度,在2015年8月通过的《中华人民共和国刑法修正案(九)》中又增设了对有影响力的人行贿罪。如果说对向犯一方的参与行为,均可评价为是对相对方的教唆或帮助行为,都可按对方所犯之罪的共犯论处的话,那么在刑法已规定利用影响力受贿罪的情况下,把向有影响力的人行贿的人纳入定罪处罚的范围就没有任何法律障碍,自然也就没有必要再增设对有影响力的人行贿罪。刑法增设此罪从反面表明,未增设此罪之前立法者的意思是不处罚此种行为。并且,我国的司法工作人员大多也是如此理解和处理这类案件的。^②

由上可见,对刑法未明文规定予以处罚的片面对向犯一方的参与行为不可罚的根据,只能从立法意图上来寻找。并且,立法者在做立法决断时,也会充分考虑特定片面对向犯一方的参与行为是否具有违法性或有责性特别是其违法或责任的程度,以确定是否有对其动用刑罚的必要性。“换言之,不处罚片面对向犯一方的必要参与行为,是基于犯罪论上的实质理由与处罚必要性意义上的政策判断。”^③正是从此种角度看,“立法者意思说与实质说并非排他性关系,而应是相互补充相互完善的关系”。^④因此,立法者基于对某种对向犯的分析,认为从违法或责任的程度看,只有一方当罚另一方不

① 参见杨兴培:《试论对合犯》,《法律科学(西北政法学院学报)》1992年第1期。

② 参见赵明一、郭小龙:《片面对向犯是否构成共犯——以〈刑法修正案九〉第391条之一为视角》,《中国检察官》2015年第12期。

③ 张明楷:《对向犯中必要参与行为的处罚范围》,《比较法研究》2019年第5期。

④ [日]松原芳博:《刑法总论重要问题》,王昭武译,中国政法大学出版社2014年版,第354页。

必罚,这当然无可非议。况且,正如前述持“并用说”者所述,某种片面对向犯的一方参与行为,“尽管在违法、责任这两方面均具有当罚性,仍然将其置于可罚性的范围之外,这完全是有可能的”。^①那么,为何将这种具有当罚性的行为排除在可罚的范围之外?显然,只能说这是立法者根据刑事政策或立法技术的特殊需要所做的一种选择。^②

二、片面对向犯一方的参与行为不被处罚的限制

对刑法没有明文规定处罚的片面对向犯一方的参与行为,是否应当一概不予处罚?回答应当是否定的。因为相对方的行为构成犯罪,其他第三方参与进去,如教唆、帮助其实施犯罪,无疑是有可能成立犯罪的。片面对向犯的一方参与者如果实施了与第三方相当的行为,那么其违法或责任的程度甚至超出构成犯罪的第三方,若仍将其排除在处罚范围之外,使其享受特殊的待遇,则违反法律面前人人平等的原则,自然不具有合理性。这也不是立法者愿意看到的现象。正因如此,中外刑法学者一致认为,不处罚片面对向犯一方的参与行为应当有所限制。至于如何限制,这是一个难题,学者们有不同的认识。如前所述,在持“立法者意思说”者看来,应通过对对向性的参与行为的定型性、通常性来限制,若参与行为超出定型性、通常性的范围,则应以相对方的教唆犯、帮助犯论处。这也是日本刑法学理论的通说。德国持“立法者意思说”者大多认为,由于在片面对向犯的场合,立法者已经预想到对最低必要限度的对向行为不予处罚,因此应采取最低必要限度的标准。这是德国的判例和刑法学通说采取的立场。但如果将不可罚的边界限定在最低必要限度,不仅如何理解最低必要限度会成为问题,而且还会使不可罚的范围过于狭窄。而定型性的标准(只要是定型的参与行为就不可罚),虽适度扩大了不可罚的范围,但同样存在观念不明确、可罚与不可罚的行为界限不清的弊端。^③

我国有论者试图运用客观归责理论来判断片面对向犯的一方参与行为是否超出不可罚的“最低必要限度”或“定型性”,提出“应以参与方是否超出单纯利用机会的边际角色而成为制造机会的角色进而制造了法不允许的风险或者显著增大了风险为标准”。^④但是,对于单纯利用机会与制造机会如何区分本身就是一个难题,以此来判断是否制造和增加了法所不允许的风险,无疑是难上加难。事实上,以该论者列举的案件为例,不仅唆使原本不想卖淫秽光碟的店主卖淫秽光碟给自己,算是制造了法所不允许的风险,甚至只是向原本就想出卖的店主买淫秽光碟的行为,实际上也制造或增加了法所不允许的风险,至少店主的这一次出售行为,是在购买者的促进下完成的。^⑤因此,该论者所提出的标准不仅同上述通说的标准一样不够明确、难以掌握执行,而且用来判断具体案件时还有可能得出更不合适的结论。

德国学者格罗普为了解决这一问题,提出在离心型犯罪和向心型犯罪中,必要共犯一方的参与行为是不可罚的,不仅在实施最低必要限度的对向行为或定型性的参与行为时不可罚,而且即使是超出最低必要限度与定型性的参与行为,也同样不可罚。因为在这类犯罪中的对向犯一方的参与行为,只是危险源之外的边缘行为,而起决定性作用的始终是作为危险源的发起者的行为。所谓离心型犯罪,

① [日]西田典之:《日本刑法总论》,王昭武、刘明祥译,法律出版社2013年第2版,第342页。

② 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年第6版,第289页。

③ 参见何庆仁:《论必要共犯的可罚性》,《法学家》2017年第4期。

④ 钱叶六:《对向犯若干问题研究》,《法商研究》2011年第6期。

⑤ 参见何庆仁:《论必要共犯的可罚性》,《法学家》2017年第4期。

是指行为人作为中心点,其行为能向不特定人不断发送诱惑性的危险信息,当与相关的人发生联系时,就可能导致法益侵害结果发生的犯罪类型,传播、贩卖类犯罪(如传播淫秽物品罪、贩卖淫秽物品罪等)均属于此。所谓向心型犯罪,是指行为人作为中心点,非常容易使第三方前来诱惑其实施违法行为的犯罪类型(如《德国刑法》第356条规定的诉讼代理人背信罪)。^①应当肯定,格罗普提出的通过犯罪类型来确定片面对向犯一方的参与行为是否可罚的判断标准确实比上述刑法学通说所主张的判断标准要明确得多,在司法实践中也很容易掌握执行。但是,按照他的这种处理方案,关键在于确定某种犯罪是否属于其所说的离心型犯罪或向心型犯罪,然后再来判断相对方是否仅属于“边缘参与者”,若是“边缘参与者”则不可罚。^②由于其判断标准只对离心型犯罪和向心型犯罪有效,因此对其余类型的对向犯仍要另做分析,以确定是否可罚乃至在何种情形下可罚或不可罚,也就是说其只是提出部分对向犯一方的参与行为不可罚,并未解决其余部分对向犯一方的参与行为可罚与不可罚乃至如何区分的问题。况且,认为在离心型犯罪和向心型犯罪中,对向犯的一方均为“边缘参与者”,其参与行为一概不可罚的观点,其合理性也令人怀疑。例如,贩卖淫秽物品罪是格罗普所说的一种典型的离心型犯罪,若行为人一再恳求并以超高价格向拾得大量淫秽物品的人购买,使本来不想也不敢出卖此淫秽物品的对方将淫秽物品出卖给了行为人。对作为购买者的行为人,由于是“边缘参与者”,因此不能以贩卖淫秽物品罪的共犯处罚,而仅处罚贩卖者(所谓“核心参与者”),就明显不具有合理性。因为如果没有购买者一再恳求并以高额金钱相引诱,对方就不会出卖淫秽物品,在双方合作完成的买卖淫秽物品的案件中,起决定作用的甚至可以说是购买方,将其视为“边缘参与者”明显不合适,只有将其与对方一起作为共同犯罪来处罚,才具有合理性。

我国另有论者似乎看到上述试图用统一的或宏观的标准来区分片面对向犯一方的参与行为可罚与否的做法并不具有可行性,因而主张以规范目的为导向,采用多种不同的具体标准或从不同的路径用不同的方法来予以区分,大致分为如下几种情形:(1)所谓的必要共犯属于被害人(如幼女拉嫖客嫖宿自己)时,因欠缺可保护的法益,不应被视为相对方之犯罪行为的共犯;(2)在离心型犯罪和向心型犯罪中,因规范目的指向的是作为危险源的行为实施者,作为必要共犯的行为则不可罚(如倒卖文物犯罪案件中的购买方);(3)必要共犯行为不具有期待可能性(如俘虏唆使看守人员私放自己)时,因为没有责任而不可罚;(4)必要共犯的行为原本是自利性的共罚(事前或事后)行为(如本犯唆使对方窝藏自己)时,由于其规范的目的表明此种直接自利性的行为不可罚,因此间接自利性的必要共犯行为就更不可罚。“除了上述四种类型之外,如果不能找到具体的不可罚的实质理由,即使是必要共犯行为,也可能具有可罚性。”^③

在笔者看来,该论者的上述主张实际上是采用前述“实质说”,以片面对向犯一方的参与行为因欠缺违法性或责任而不可罚,同时结合格罗普提出的离心型犯罪和向心型犯罪中的一方参与者不可罚的观点,将大多数片面对向犯一方的参与行为,排除在可罚的范围之外,但是,并未指出何种或哪些情形可罚。而其所列举的不可罚情形,有的并无多大研讨价值,例如,幼女拉嫖客嫖宿自己,即便是在我

^① 参见何庆仁:《论必要共犯的可罚性》,《法学家》2017年第4期。《德国刑法》第356条规定:“(1)律师或其他诉讼代理人,在依其特点受托处理的案件中,违反义务同时向同一案件中的双方当事人提供建议或诉讼代理的,处3个月以上5年以下自由刑。(2)律师或其他诉讼代理人与对方当事人合谋,实施不利于自己的当事人的行为的,处1年以上5年以下自由刑。”

^② 参见包国为:《对向犯之探究》,《科学经济社会》2012年第4期。

^③ 何庆仁:《论必要共犯的可罚性》,《法学家》2017年第4期。

国刑法设有嫖宿幼女罪的时期,也不会考虑幼女是否会与对方构成嫖宿幼女罪的共犯、与嫖宿者一并受刑事处罚。因为幼女未达到负刑事责任的年龄,当然应被排除在处罚范围之外。又如,本犯唆使对方窝藏自己,对方窝藏犯罪的人,虽然有可能构成窝藏罪,但是本犯不可能与对方构成窝藏罪的共犯而受处罚(只能是因其所犯之罪而受处罚),除了刑法解释论将其纳入事后不可罚的行为范畴之外,从刑法规定的构成要件也能看出,窝藏罪的对象只能是他人而不包括自己本人。而笔者在这里所要讨论的是作为片面对向犯一方的参与者,在何种情形下可与对方构成共犯一并受处罚的问题,将这类明显不具有可罚性的情形纳入研讨的范围并无多大的意义。况且,正如前文所述,格罗普认为离心型犯罪和向心型犯罪的一方参与者均不可罚的主张,并不具有合理性,如贩卖淫秽物品罪是其所所述的典型的离心型犯罪,但购买淫秽物品的行为并非一概不可罚,具有特殊情形者(如用特殊的教唆手段唆使本不想出卖淫秽物品者卖给自己淫秽物品),也有可能构成贩卖淫秽物品罪的共犯(成为共同犯罪人)。至于用无期待可能性来否定参与者的刑事责任的观点,本身就值得商榷。因为立法者制定法律的目的是期待公民做守法公民,无论其有何特殊的事由,均不允许其教唆他人犯罪,从而谋求自己的私利。以俘虏唆使看守人员私放自己为例,尽管俘虏的行为情有可原,一般也不会将其当作私放俘虏罪的共犯处罚,但国家法律要求或期待被俘人员接受管控,待停战后获释,而不能在战时逃跑,更不能教唆看守者去犯罪来释放自己。因为俘虏若在战时获释,一旦回到敌方,则会对国家利益(法益)构成严重威胁。因而无论是站在立法者的立场上还是站在普通民众的立场上,均不能得出无法期待战俘不去教唆看守者释放自己的结论。事实上,正如前文所述,立法者之所以认为片面对向犯一方的参与行为原则上不可罚,主要是因为这种行为的违法性程度(或社会危害性程度)通常较低,同时可能还有刑事政策或立法技术方面的考虑。但是,如果法律没有明文规定予以处罚一方的参与行为明显超出立法者或民众所预想的通常范围,那么其违法性(或社会危害性)的程度就可能超出处罚的界限而进入可处罚的范围。由此可见,“法益考量是片面对向犯的出罪路径”,^①同时也是其入罪的标准。也就是说,判断法律没有明文规定的片面对向犯一方的参与行为是否可罚,唯一的标准是违法性(或社会危害性)的程度。运用这一标准判断的基本规则是,片面对向犯一方的参与行为,如果没有超出立法者或民众所预想的通常性的范围,那么应当认为其违法性程度较低,不应作为犯罪即与相对方所成立之罪的共同犯罪来处罚;如果超出这种参与行为的通常性的范围,那么在其违法性达到犯罪的程度时,应认定其与相对方的行为构成共同犯罪。

三、片面对向犯中法无明文规定予以处罚的一方参与行为可罚与否的判断

(一)判断的方法

判断法律没有明文规定予以处罚的片面对向犯一方的参与行为是否可罚,首先,应当看到立法者的意思仅在于这种参与行为本身在原则上不可罚(在例外情形下才可罚)。例如,对购买淫秽物品的行为通常既不单独定罪处罚,也不作为贩卖淫秽物品罪的共犯处罚。至于其购买淫秽物品之后又加以利用的行为,如转手倒卖或予以传播的行为,则可能构成贩卖淫秽物品罪、传播淫秽物品罪等罪。正因如此,参与人的主观心态,对确定参与行为的性质乃至是否可罚具有至关重要的意义。显然,我们不能仅从参与行为的外观来判断其是否可罚。例如,警察在毒品交易现场抓获买卖双方的场合,对购买方的主观目的动机必须查清,只有在无证据证明其是出于贩卖毒品等犯罪目的而购买时,才不作

^① 杜文俊:《论片面对向犯的出罪路径——以法益侵害为视角》,《政治与法律》2009年第12期。

为犯罪处理;否则,就有可能将其作为贩卖毒品罪等罪的预备犯来处罚。并且,由于我国刑法规定有非法持有毒品罪,对大量购买毒品存放并供自己吸食的行为,还存在按此罪定罪处罚的可能性。

其次,要注意分析片面对向犯属于何种类型。从我国刑法分则的规定看,对有些必要参与行为只是选择一部分设立相关罪名予以处罚,而对其余部分则没有设立处罚规定。对未设立处罚规定的这部分必要参与行为,可视为片面对向犯。例如,1997年《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)第186条规定,银行或者其他金融机构的工作人员违反国家规定发放贷款,或者向关系人发放贷款,数额巨大或者造成重大损失的,构成违法发放贷款罪。但是,该条却没有将违法申请、接受贷款的行为规定为犯罪。只不过,1997年《刑法》第175条之一规定了骗取贷款罪、第193条规定了贷款诈骗罪。这表明立法者认为,在违法申请、接受贷款的行为中,有一部分行为(采取欺骗手段骗取贷款的行为)有必要定罪处罚,而其余部分行为原则上不必处罚。有必要定罪处罚的这部分参与行为,显然不能纳入片面对向犯中。因而在处理这类案件时,要先弄清参与行为是否构成刑法明文规定的相关犯罪,只有在不构成相关犯罪的条件下,才可能将其纳入片面对向犯中,也才有必要进一步考察其参与行为是否超出立法者预想的定型性、通常性的范围,从而确定是否予以处罚。就违法发放贷款罪而言,在获取贷款者的行为并不成立骗取贷款罪、贷款诈骗罪时,是否与发放贷款并构成犯罪者的行为成立违法发放贷款罪的共犯?这是存在较大认识分歧的问题。在司法实务界,存在套用使用人的行为可与挪用人的行为成立挪用公款罪之共犯的相关司法解释,认定该行为成立违法发放贷款罪共犯的现象;但在刑法学理论界,大多数学者否定贷款者的行为可能构成违法发放贷款罪的共犯。^①笔者认为,贷款者与放贷者之间的关系,不同于使用人与挪用人之间的关系。前者之间是对向关系,属于对向犯;后者之间是同向关系,不是对向犯。^②因此,不能套用相关司法解释,认定贷款者的行为与放贷者的行为构成违法发放贷款罪的共犯。相反,由于立法者认为,贷款者的行为若不构成骗取贷款罪、贷款诈骗罪,则其获取贷款的行为即便有违法性,原则上也无定罪处罚的必要性,通常并不定罪处罚。但正如前文所述,对法无明文规定予以处罚的片面对向犯一方的参与行为,并非一概不予以处罚,如果其参与行为超出立法者预想的定型性、通常性的范围,那么可能要作为相对方的共犯来予以定罪处罚。可见,完全否定对采取欺骗之外的非法手段获取贷款的行为有定罪处罚的必要性或可能性是不妥当的。例如,甲不具备申请贷款的条件,但却采用胁迫手段使本来不想向其提供贷款的银行行长乙非法向其提供100万元的贷款,甲用来做投机生意亏本而无力还贷,导致银行遭受重大损失。乙的行为固然构成违法发放贷款罪,而甲若采用欺骗手段骗取100万元贷款并给银行造成重大损失的行为无疑也要定罪处罚,但其采用比欺骗手段更为恶劣的胁迫手段获取同样数额的贷款并给银行造成同样的重大损失的行为却不被定罪处罚,显然就不具有合理性。此外,与那种单纯为违法发放贷款提供帮助的行为相比,采用胁迫手段获取贷款行为的危害性也明显更大一些。但通说和判例均认为,帮助金融机构的工作人员违法发放贷款的行为可能构成犯罪,即可以成为违法发放贷款罪的共犯,^③而采用胁迫手段获取贷款并直接给银行造成重大损失的行为反而不构成犯罪。这无论是在情理上还是在法理上都不能说具有妥当性。因此,对采用胁迫等违法手段获取贷款数额巨大或造成重大损失的行为有必要定罪处罚,也就是要按违法发放贷款罪的共犯来处罚。

① 参见张明楷:《对向犯中必要参与行为的处罚范围》,《比较法研究》2019年第5期。

② 对此问题笔者将在下文中予以说明。

③ 参见张明楷:《对向犯中必要参与行为的处罚范围》,《比较法研究》2019年第5期。

再次,对刑法分则没有就必要参与行为设置任何处罚规定的典型片面对向犯,要根据不同类型犯罪的特点和案件的具体情况来判断必要参与行为的违法性(或社会危害性)程度,以确定法无明文规定的参与行为是否可罚。从刑法分则的规定看,在典型的片面对向犯中,大多是以销售、传播、提供、容留某种对象为内容的必要共犯,但刑法没有对相关必要参与行为(如购买、接受等行为)设置处罚规定。如前所述,立法者的意图表明原则上不处罚相关的必要参与行为,通常不能将实施必要参与行为者认定为共犯,但如果超出立法者预想的不受处罚的参与行为定型性、通常性的范围,那么作为特殊例外可以认定为相对方所成立之罪的共犯予以定罪处罚。判断参与者实施的行为是否超出不受处罚参与行为定型性、通常性的范围时,当然得充分考虑不同参与行为的特点和决定其社会危害性程度的主要依据,因而无法根据统一的标准来进行判断。例如,对销售型的片面对向犯,刑法仅规定处罚销售行为而未规定处罚购买行为,如果根据通常的买卖惯例和规则来购买,那么就未超出此类不受处罚参与行为(如购买淫秽物品)的范围,从而也就不能定罪处罚。但正如前文所述,如果用巨额金钱相引诱,强求本来不敢也不想出卖淫秽物品的对方出卖淫秽物品给自己,那么就超出了不受处罚的购买淫秽物品行为的定型性、通常性的范围,就有必要把购买者的行为作为贩卖淫秽物品罪的共犯予以定罪处罚。又如,对传播型的对向犯,刑法仅规定处罚传播行为而未规定处罚接受传播的行为。如果接受传播者只是自己被动接受、甚至主动要求对方向自己传播(如播放淫秽影片),那么不应把接受传播者的行为纳入定罪处罚的范围。但如果接受传播者邀约多人,强求本来不想让别人观看自己拾得的淫秽影音光碟的传播者予以播放的,那么就超出了不予处罚的接受传播行为的定型性、通常性的范围。同理,对容留型的对向犯,刑法虽未明文规定处罚被容留者,如容留卖淫犯罪中的卖淫者、容留他人吸毒犯罪中的吸毒者,但如果卖淫者、吸毒者强求甚至胁迫本不想容留者容留其卖淫、吸毒,或者邀约多人让对方予以容留,使之成为多人卖淫或吸毒的固定场所的,那么这种卖淫者、吸毒者的行为,显然超出不受处罚的参与行为的定型性、通常性的范围,有必要按容留卖淫罪或容留他人吸毒罪的共犯予以定罪处罚。

最后,即使是同种类型的片面对向犯,不受处罚的具体参与行为也可能有不同的特点,不能采用完全相同的标准来判断参与行为是否超出定型性、通常性的范围,从而得出是否可罚的结论。例如,我国刑法对购买淫秽物品和购买毒品的行为,均没有明文规定予以处罚。如上所述,如果用巨额金钱相引诱,向原本没有出卖淫秽物品意向的人去购买该物品,由于这种行为超出了购买行为的通常性,具有明显的教唆犯罪的性质,因此将这种购买淫秽物品的行为纳入处罚的范围是合理的。不过,考虑到严重的吸毒上瘾者在毒瘾发作时,往往不会顾及毒品的价格,也不会介意对方是否毒贩乃至有无出卖毒品的意向,因此,不能期待其不实施这种超常的购买毒品行为,对少量购买毒品供自己吸食的行为,显然不能以贩毒罪的共犯论处。

(二)对两项司法解释的评析

特别值得一提的是,近些年来,与笔者在这里讨论的问题相关的两个司法解释的部分内容在我国刑法学界引起了较大的争议。

其一是1998年最高人民法院《关于审理挪用公款案件具体应用法律若干问题的解释》第8条规定:“挪用公款给他人使用,使用人与挪用人共谋,指使或者参与策划取得挪用款的,以挪用公款罪的共犯定罪处罚。”由于按全国人大常委会的解释,挪用公款“归个人使用”,既可以是供本人使用,也可以是给他人使用,如果是给他人使用,那么就出现了“挪”与“用”的行为由二个以上的人分别实施的情形,即挪出公款的是此人、而使用公款的却是彼人这种两者相分离、相对应的现象。据此,我国刑法学

界多数学者将挪用公款罪视为对向犯,也就是“除了将公款供本人使用外,其他情形均为片面对向犯”,并称其为“事实的对向犯”。^① 其中,有部分学者认为,按照对向犯的处理原则,由于刑法没有对作为挪用公款罪相对方的使用人设置处罚规定,即使其教唆、指使对方挪用公款给自己使用,其行为也仍在使用人之使用行为的范围内,因而不能以挪用公款罪的共犯论处。上述司法解释也就不具有合理性。^② 但多数学者认为,在这种片面的对向犯中,单纯地使用别人挪出之公款的人,虽然不能以挪用公款罪的共犯来定罪处罚,但是这仅限于“坐享其成”拿别人挪出的公款去用的情形,若是与有职务便利的挪出人共谋,参与策划或指使其挪出公款后自己拿去用,则已超出使用人的使用行为的范围,或者说逾越了不可罚的参与行为的“最低必要限度”,当然应当按挪用公款罪的共犯定罪处罚。上述司法解释的合理性毋庸置疑。^③ 另有少数学者认为,上述司法解释的内容不属于与对向犯有关的规定,对挪用公款罪来说使用行为并无独立意义,且挪用者与使用者的行为是同向的,并非对向的关系。^④ 既然如此,也就不能说上述司法解释违背了片面对向犯的处罚原则。笔者赞成后一种主张,认为挪用公款罪并不属于对向犯。

如前所述,对向犯作为必要共犯的一种类型,是必须有二人以上实施相对应的行为(即有人扮演相对角色)才可能完成的犯罪。而挪用公款罪只要有职务便利的国家工作人员一人就能完成,并不是必须有二个以上的人(含二人)参与,也不要求有人扮演相对角色。在挪出公款的人与使用公款的人是不同人的场合,从表面看与对向犯相似,但在实质上却有很大的差异。因为挪用公款罪可以说是一种复行为犯,分为“挪”与“用”两个行为环节,“挪”是“用”的前提,“用”是行为的核心,刑法规定此罪的目的是禁止公款私用,因此仅挪出公款(如将公款带回家放到自己的保险柜中)而不使用(也没想到要使用),尽管也是一种违反财经纪律的行为,但并不构成挪用公款罪。从实质看,国家工作人员利用职务上的便利提供公款给其他个人使用,这是国家工作人员挪用公款“归个人使用”的一种形式,同其自己个人直接使用并无质的差别,有时甚至应将给他人使用视为国家工作人员自己使用。例如,国家工作人员私下用公款放高利贷获利归己,直接借贷使用公款的可能个体老板,但显然应该认为是国家工作人员个人直接使用了公款,即用公款放贷来为自己赚钱。既然挪用公款给他人使用,是挪用公款罪构成要件中的“归个人使用”的一种表现形式,即属于此罪的实行行为,有时甚至可以视为国家工作人员自己个人直接使用公款,那么这种行为就与对向犯有本质的不同。因为对向犯所实施的行为,不可能是相对方成立之罪的构成要件实行行为。例如,买方向卖方购买淫秽物品,这种购买行为不可能被评价为贩卖淫秽物品罪的实行行为,充其量只能视为对方贩卖淫秽物品的帮助或教唆行为,并且购买淫秽物品的行为具有相对独立性,不可能成为贩卖淫秽物品行为的组成部分。但在挪用公款给他人使用的案件中,他人使用公款的行为,是挪用公款“归个人使用”这一实行行为的有机组成部分,无职务便利的他人也不可能单独使用公款,而必须与有职务便利的国家工作人员相勾结才能使用。正因为国家工作人员挪出公款的行为与他人使用公款的行为是挪用公款罪实行行为的有机组成部分,或者说是一个实行行为的两个具体环节,两者是同向关系而非对向关系,因此不是对向犯。既然

① 参见张明楷:《对向犯中必要参与行为的处罚范围》,《比较法研究》2019年第5期。

② 参见倪业群:《论对向犯的定罪处刑》,《河北法学》2007年第9期。

③ 参见孙国祥:《对合犯与共同犯罪的关系》,《人民检察》2012年第15期;钱叶六:《对向犯若干问题研究》,《法商研究》2011年第6期。

④ 参见黄丽勤、周铭川:《共同犯罪研究》,法律出版社2011年版,第155页。

如此,如果使用人与挪用人共谋,并指使或者参与策划从而取得挪用之公款的,那么以挪用公款罪的共犯定罪处罚就成为合情合理的结果。

其二是2001年最高人民法院、最高人民检察院《关于办理生产、销售伪劣商品刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第6条第4款规定:“医疗机构或者个人,知道或者应当知道是不符合保障人体健康的国家标准、行业标准的医疗器械、医用卫生材料而购买、使用,对人体健康造成严重危害的,以销售不符合标准的医用器材罪定罪处罚。”一般认为,1997年《刑法》第145条仅规定处罚生产、销售不符合标准的医用器材的行为,而不包含相对应的购买、使用这种器材的行为,但该司法解释却将这种刑法无明文处罚规定的行为纳入销售不符合标准的医用器材罪之中予以定罪处罚。对此,有论者提出了批评,认为购买、使用不符合标准的医用器材,属于法无明文处罚规定的情形,按照对向犯的理论,不能以生产、销售不符合标准的医用器材罪论处,通过司法解释将该种行为规定为犯罪,违反罪刑法定原则。^①另有论者则运用前述格罗普提出的离心型犯罪中的片面对向犯不可罚论,进一步指出:“生产、销售不符合标准的医用器材罪是典型的离心型犯罪,立法者既然规定只处罚销售者,那么……无论购买者行为表现如何,都不可罚”。^②但是,也有论者认为,医疗机构和医生个人“购买医用器材的目的就是给病人使用,而这种使用本质上就是一种销售行为……对人体健康造成严重危害的,以销售不符合标准的医用器材罪定罪处罚是没有问题的。这种情况下,医疗机构和个人的行为不属于片面对向犯的问题”。^③

在笔者看来,当医疗机构有偿使用医用器材为患者提供服务(如做医疗检查)时,所收取的只是服务费用,而不是医用器材的对价,也就是没有将医疗器材转移给患者,自然不能视为销售了这种医用器材,从而也就不能以其直接实行了销售不符合标准的医用器材作为按此罪定罪处罚的依据。以此来否定上述情形存在片面对向犯的问题,也明显不合适。事实上,购买不符合标准的医用器材,确实是与销售此种器材相对向的行为,并且,“既然刑法没有对购买行为设置处罚规定,就应当认为不处罚购买行为本身”。^④这无疑是一种片面的对向犯。按前述刑法学通说的处理规则,对未超出定型性、通常性的购买行为,当然不能定罪处罚。这里的问题在于,购买者又进一步使用了不符合标准的医用器材,并对人体健康造成了严重危害,那么,这种使用行为是否属于超出购买的定型性、通常性范围的行为,对决定其是否可罚具有至关重要的意义。一般来说,购买某种物品者往往总是想要对其加以利用或使用,既可能是供自己使用也可能是给他人使用。在法律禁止销售的物品中,有些属于一旦被使用就会给使用者带来危害的情形,这也是法律禁止销售某类物品的重要原因之所在。当购买者购买这类物品后,如果是自己使用,那么自己就会成为受害者。例如,购买毒品后自己吸食,其身体健康就会受到损害;购买淫秽光碟后自己观看,其性心理、性生理就可能受到危害。正因如此,对这种自己成为受害者的购买行为,当然没有给予刑事处罚的必要性。但如果购买毒品、淫秽物品之后,提供给他人(哪怕是免费赠送给他人)去使用,那么由于这种行为会给他人或社会带来危害,因而有予以处罚的必要性,有可能要按引诱、教唆他人吸毒罪或传播淫秽物品罪等罪定罪处罚。对这种片面的对向犯予以处罚的根据在于,其行为超出了不可罚的参与行为的定型性、通常性(或不可罚的最低必要限度)。

① 参见陈兴良:《论犯罪的对合关系》,《法制与社会发展》2001年第4期。

② 何庆仁:《论必要共犯的可罚性》,《法学家》2017年第4期。

③ 田坤:《论片面对向犯》,《兰州学刊》2009年第7期。

④ 张明楷:《对向犯中必要参与行为的处罚范围》,《比较法研究》2019年第5期。

具体来说,对买卖型的片面对向犯,不处罚的仅是购买行为本身(含购买后自己使用的情形),如果购买后给他人使用(含自己与他人一起使用)并给他人或社会带来危害的,那么就应当予以处罚。据此来看上述司法解释,应当肯定其基本精神具有合理性。因为行为人如果明知医用器材不符合标准而购买,尔后又在他人体上使用,并对他人身体健康造成严重危害的,明显属于超出片面对向犯的不可罚参与行为之定型性、通常性的情形,将这种行为以销售不符合标准的医用器材罪定罪处罚,与片面对向犯的处罚规则不冲突,并不违反罪刑法定原则。如前所述,购买行为至少是一种具有帮助对方销售甚至还含有教唆对方销售成分的行为,而我国刑法规定的销售不符合标准的医用器材罪的行为,既包括实行销售的行为,也包括教唆销售的行为、帮助销售的行为等多种行为类型,行为人的购买行为表明,其在客观上起码实施了帮助销售不符合标准的医用器材的行为,在主观上又是明知故犯(有实施此罪的故意),且造成了严重的危害后果,完全具备构成此罪的主客观要件,按此罪定罪处罚无疑是符合情理与法理的事。但如果购买者是自己使用其购买的不符合标准的医用器材,并对自己的“人体健康造成严重危害的”,那么就属于上述应排除在处罚范围之外的情形,而前述司法解释似乎也将其纳入处罚的范围之内,这是其有待修改之处。另外,生产、销售不符合标准的医用器材罪是一种故意犯罪,在主观上以明知是不符合保障人体健康的国家标准、行业标准的医疗器械、医用卫生材料而予以生产或销售为成立条件,如果只是“应当知道”,因粗心大意而未知并予以销售,且给他人的“人体健康造成严重危害的”,那么有可能构成相关的过失犯罪,但不能构成此罪。由此可见,上述司法解释将“应当知道”,而事实上可能并不知道是不符合标准的医用器材却予以购买、使用,并给人体健康造成严重危害的行为,也按此罪定罪处罚并不具有合理性。

四、片面对向犯中第三方参与行为可罚与否的判断

片面对向犯不同于双面对向犯的特殊性在于,参与的双方中只有一方的行为可罚,另一方的行为尽管也是对方完成(或实现)犯罪所必不可少的,但刑法并未明文规定予以处罚(即不可罚)。正如前文所述,作为对向犯双方之外的第三方,虽然不是对向犯的必要参与者,即便没有其参与,对向犯也同样可能完成(或实现)犯罪,但是这种第三方可能参与其中一方或双方的犯罪活动则是不言而喻的。如果第三方参与可罚一方的行为,如教唆或帮助他人贩卖淫秽物品,^①那么自然可能构成贩卖淫秽物品罪的共犯;^②如果第三方参与不可罚一方的行为,那么只要没有超出通常的教唆或帮助对方实行的范围,由于实行这种不可罚的行为(如购买淫秽物品的行为)尚且不可罚,因此实施危害性小于实行行为的教唆或帮助行为(如教唆或帮助购买淫秽物品的行为)就更不可罚。

这里的问题在于,有时仅从第三方实施之行为的外观或表现形式很难判断其是参与可罚的这一方还是不可罚的另一方的行为,特别是在第三方实施的一种行为既可视作参与可罚一方的行为也可看成参与不可罚一方行为的场合,更容易产生认识分歧。例如,第三方与买卖淫秽物品的双方均为朋友关系,买方得知第三方要到另一城市去见卖方后,告知其自己向卖方购买了一些淫秽物品并托其帮

^① 第三方是指对向犯双方之外的参与者。这就决定了其只能实施实行行为之外的教唆行为、帮助行为等加功行为。如果其是参与实施某一方的实行行为,如与对方一起贩卖淫秽物品,那么就成为对向犯中的直接实行犯,而不属于这里所说的第三方。

^② 在区分正犯与共犯的区分制体系下,第三方构成贩卖淫秽物品罪的共犯(即教唆犯或帮助犯);在单一正犯体系下,第三方与实行者构成贩卖淫秽物品罪的共同犯罪(简称共犯)。

忙带回；卖方见到第三方后，未等其开口就主动提出托其帮忙将淫秽物品顺便带给买方。这样，第三方受买卖双方之托，将淫秽物品从卖方手中拿到后带回去交给了买方。对第三方实施的此种行为，既可以看成是可罚的帮助贩卖淫秽物品的行为，也可以视为不可罚的帮助购买淫秽物品的行为。对此种行为究竟是按犯罪来处罚还是不予处罚？学术界有不同的主张。^①关键在于对这种第三方的参与行为，认定为对对向犯中哪一方的教唆或帮助行为的实质基准乃至理论根据何在。在笔者看来，第三方实施的这种仅一个参与行为，在表面上可以视为对对向犯双方均给予帮助或教唆的情形，与一行为触犯数罪名的想象竞合相似，可以根据从一重处断的原则，按可罚的参与行为来处理。就上述案件而言，对第三方的行为可按贩卖淫秽物品罪的共犯论处。如果将其与仅实施了不可罚的帮助购买淫秽物品行为的参与者同等对待，那么就意味着若第三方仅受卖方之托将淫秽物品带回去交给买方，由于足以肯定其实施了帮助贩卖淫秽物品的行为，因此该行为当然具有可罚性；反过来，实施了同样的行为还含有帮助购买的成份，即违法性或社会危害性程度更严重的行为反而不能作为贩卖淫秽物品罪的共犯论处，显然不具有合理性。

一般来说，如果第三方只是为不可罚一方而实施周边的参与行为，如某人告诉想要得到淫秽物品的朋友去找淫秽物品的贩卖者购买，那么对这种第三方的参与行为当然不可罚。但是，如果第三方并非为不可罚的一方，而是为可罚的一方实施参与行为，如劝说不特定的多数人购入淫秽物品，从而产生使淫秽物品的卖方获得更多顾客之作用的行为，这种第三方的参与行为虽然在表面上是对不可罚一方实施的行为（即教唆购买的行为），但是在实质上是为可罚一方实施的参与行为（即帮助贩卖的行为），那么就具有可罚性。另外，如果第三方是受不可罚的一方的委托而实施不可罚的周边参与行为，那么也应认定其行为不可罚。例如，受想要得到淫秽物品的朋友的委托，将其介绍给淫秽物品的贩卖方的行为，就不具有可罚性。^②

责任编辑 田国宝

^① Vgl. Roxin, aaO(Anm. 2)Rn. 42; Gropp, aaO(Anm. 2) S. 203f., 237. 豊田兼彦『共犯の処罰根拠と客観的帰属』（成文堂、2009年）134頁参照。

^② 豊田兼彦『共犯の処罰根拠と客観的帰属』（成文堂、2009年）140頁参照。