

片面对向犯处罚依据的反思与重构

万 方

(北京市社会科学院,北京 100101)

摘 要:片面对向犯作为刑法理论和实践中的疑难问题,其处罚依据在学界始终聚讼纷纭。基于各自的立场,不同的学说尝试从不同角度阐释片面对向犯的处罚依据,虽具有一定的合理性,但也存在着不同程度的缺陷。当前的诸理论学说只是孤立地、一元化地剖析片面对向犯的处罚依据,不仅没有从根本上解决问题,反而造成了理论学说的纷争和司法适用的混乱。片面对向犯作为对向犯的特殊类型,其处罚依据应回归至共犯的处罚依据,通过比较共犯处罚依据的学说,明确以混合的惹起说为基础来建构我国刑罚体系中片面对向犯的处罚依据,即对片面对向犯中未被我国现行刑法典规定的必要参与行为作出实质违法性的判断,进而依据刑法总则关于共犯(教唆犯、帮助犯)的规定来定罪处罚。

关键词:片面对向犯;共犯处罚依据;混合的惹起说

[中图分类号] D914

[文章编号] 1673-0186(2025)002-0127-013

[文献标识码] A

[DOI 编码] 10.19631/j.cnki.css.2025.002.008

论及刑法理论中的片面对向犯^①,根据是否对参与的犯罪行为人科处刑罚,刑法规范将必要的对向性参与行为大致界分为两类:其一是可处罚的必要对向性参与行为,另一类则是不予处罚的必要对向性参与行为。我国现行刑法典关于片面对向犯的规定亦是如此,且拘囿于罪刑法定原则,不予处罚的必要对向性参与行为在司法实践中往往不再追究其相应的刑事责任。但如果此类行为造成或惹起了严重的法益侵害结果或现实危险,能否按照刑法总则关于共犯的规定,以帮助犯和教唆犯来定罪处罚呢?例如我国现行刑法典中,倒卖文物罪只处罚倒卖文物行为,不处罚购买文物行为;贩卖淫秽物品牟利罪只处罚贩卖行为,不处罚购买行为;破坏军婚罪只处罚明知是现役军人的配偶并与之结婚的人,不处罚现役军人的配偶。由此观之,立法者将此类片面对向犯中的一部分行为纳入刑法规制范畴,并予以定罪处罚,而另一部分行为则被排除在刑法规制范围之外,不予定罪处罚。但如果未被纳入刑法规制范围的行为造成了严重法益侵害结果,或者惹起了严重的现实危险,能否按照刑法总则中共犯的规定,以帮助犯或教唆犯对其定罪处罚呢?对此,学理研究、立法实践和司法适用均尚未形成统一观

作者简介:万方,北京市社会科学院法治所助理研究员,法学博士,研究方向:刑法学。

^①刑法分则规定了三种类型的对向犯:一是罪名与法定刑相同的对向犯,如重婚罪;二是罪名与法定刑均不相同的对向犯,如贿赂犯罪中的行贿罪与受贿罪;三是只处罚一方行为的对向犯,如生产、销售有毒、有害食品罪。

点。鉴于此,是否存在大量刑法分则未予处罚的必要对向性参与行为,都无法对其进行有效规制呢?

通过分析我国现有的司法解释,发现实践情况并非如此。反之,服务于司法实践的司法解释可能与我国刑法的立法规定之间存在诸多冲突。如现行刑法典规定只处罚生产、销售者的行为,而相关司法解释却扩大打击范围,要求处罚购买、使用者的必要对向性参与行为。以我国现行刑法典第一百四十五条的生产、销售不符合标准的医用器材罪为例,按照刑法条文的规定,此罪只处罚生产、销售者,但2001年4月9日最高人民法院和最高人民检察院出台的《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》中,第六条^①的规定却处罚购买、使用者。此外,现行刑法典规定处罚挪用公款的挪用人,但存在相关司法解释却扩大打击范围即要求对共谋、指使和参与策划的使用人进行处罚,例如第三百八十四条第一款规定的挪用公款罪,依此规定本应只处罚挪用人,但1998年4月29日最高人民法院出台的《关于审理挪用公款案件具体应用法律若干问题的解释》第八条^②的规定却将公款的使用人、共谋人等纳入处罚范围。上述问题的根本原因在于片面对向犯中必要对向性参与行为的处罚依据。因此,从阐释和解决前述问题的需要出发,同时为妥善解决我国司法实践中存在的片面对向犯问题,有必要对德日刑法理论中片面对向犯处罚依据的各种理论学说予以廓清和辨正,构建适合我国的理论依据,助益刑法理论的精细与严谨。

一、片面对向犯处罚依据的反思

德日刑法理论中,针对片面对向犯处罚依据的争论较为激烈,不同的理论学说从不同侧面对处罚依据的合理性和正当性展开论述,虽具有一定的合理性,但也存在着不同程度的缺陷。

(一)立法者意思说

从犯罪行为结构关系来看,在片面对向犯行为发展进程中,对向性行为主体均实施了对向性的必要参与行为,而对向性的必要参与行为是片面对向犯行为发展不可或缺的组成部分,双方行为共同助益造成了法益侵害结果或现实危险。客观而言,两个对向性行为主体均是刑罚责任的承担者,两个对向性行为均应承担对等的刑事责任。然而,刑法典在对向犯行为的处罚选择并没有同等对待,甚至出现处罚一方而不处罚另一方的情况。对此,日本刑法学者团藤重光认为

①第六条: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。

②第八条: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。

法律实践上对于对向性的必要参与行为在规则设定和制度安排层面予以差别对待源自“立法者意思”，而“立法者将一方行为作为犯罪类型予以规定，不设定处罚另一方的行为，表明立法者认为另一方行为不具备刑事可罚性。如果将以教唆犯或者帮助犯定罪处罚，不符合立法者的意图”^{[1]352}。对此，持不同意见论者则认为，“对向犯情形下，必要性的参与者属于对向犯中的‘积极的造意者’，应纳入刑事处罚范围”^{[2]310}。对于对向犯中不予以处罚的行为能否按照教唆犯、帮助犯处理，有论者提出，“立法者意思说不予追究的范围，应仅限于以定型性地伴随于贩卖行为的形态所实施的购买行为，因而对于固执地要求对方出售的购买者，就应作为贩卖行为犯罪的教唆犯予以处罚”^{[1]352}。

理论上，立法者意思说不断发展演进，逐渐形成并发展为两类主要观点：一种观点认为，如果必要的对向性参与行为没有超出立法者确立的法益侵害的形式标准和实质要求，该行为就不具备形式意义上的刑事可罚性，因而不处罚；另一种观点认为，“如果片面地对向犯中必要的对向性行为者系犯罪行为之犯意的引起者，并在犯罪行为实施过程中积极实施了相关的犯罪行为，则可以按照行为作用的大小以共犯（教唆犯或帮助犯）进行处罚”^[3]。但随着理论研究的日渐深入，立法者意思说受到两方面的质疑：其一，必要性参与行为不可罚的定型性、通常性标准模糊不清，可能导致处罚依据和处罚范围的不明确；其二，立法者意思说基于因果共犯论展开，但支撑该说的具体事例却是依托于责任共犯论，放弃了自己的立论基础和根据。立法者意思说坚持刑法分则没有明确规定为犯罪的就不予定罪处罚，虽在形式上契合于罪刑法定原则的要求，但也仅仅进行形式性说明，并没有对行为所引起的法益侵害和责任承担等实质层面进行综合考察。因而，其正当性和合理性值得怀疑。因此，有论者指出，“在判断未被明确规定为犯罪的对向行为是否得以作为共犯处罚时，首先应该对实质的根据加以探讨，判断其是否具有作为共犯的可罚性”^[4]。至此，尝试从实质层面对必要的对向性行为处罚依据展开论述的“实质说”，在对“立法者意思说”进行批判的基础上逐步形成并确立。

（二）实质说

作为对必要的对向性行为处罚依据实质说的学者，日本学者平野一龙认为，实践中，对必要的对向性参与行为通常不处罚，是因为其实质上没有违法性（参与人是被害人），或者参与人缺乏责任（欠缺期待可能性）^[5]。从实质层面出发，如果必要的对向性参与行为具有共犯（教唆犯、帮助犯）的构成要件违法性和有责性，则依据犯罪构成的实质标准和共犯的规定以相应罪名的共犯定罪处罚。同时，基于以下两个原因，实质说否定必要的对向性参与行为能够成为共犯。其一，必要的对向性参与人是被害人。即刑法是基于保护被害人法益而处罚某一行为时，而必要的对向性参与行为人恰恰是被害人，此时因必要的对向性参与行为缺乏违法性而不予定罪处罚。第二，必要的对向性参与人不具有期待可能性，因而刑法不予定罪处罚。如请求他人帮忙

隐灭、伪造证据的行为,即便此类行为有害于国家的司法功能,具有违法性,但由于请求者不具有期待性,因而不予定罪处罚。

客观而言,虽然实质说从必要的对向性参与行为欠缺不法与责任的实质层面阐述其处罚依据,具有一定说服力,但在该观点的语境下,因必要的对向性参与人是被害人而不予处罚仍存在争议。德日刑法理论中普遍赞成被害人不能成为共犯。对此,罗克辛教授曾指出,“必要参与人是行为构成所保护法益的承担者,处于被害人的地位,所以其实施的必要参与行为就不具有刑事可罚性”^{[6]109}。但若从不同的视角解读刑法所保护的法益,则完全可能得出截然相反的结论。如在贩卖淫秽物品罪中,如果将刑法所保护的法益解释为个人性情感、性操守时,购买淫秽物品的行为人处于被害人的地位,属于本罪法益保护的承担者而不具有刑事可罚性;但如果将本罪的法益解释为社会性道德时,购买人就处于施害者的地位,成为本罪的打击对象而具有刑事可罚性了。所以,从不同角度的解读法益会导致实质说出现截然相反的结果,从而影响了实质说的合理性和可行性。鉴于此,片面对向犯处罚依据的讨论逐渐转向了兼顾形式要求和实质标准的折中说。

(三)折中说

对于片面对向犯处罚依据,日本刑法学者内藤谦认为,“法律条文的规定及其背后的实质性根据都很重要,立法者意思说与实质说也并非排他关系,应是相互补充、相互完善的关系”^{[1]354}。考虑到实践中完全有可能在刑事可罚性的框架之外还存在不可罚的共犯行为,因此,“即使采用实质说,仍必须维持立法者意思说这一意义上的必要性共犯概念,只不过对于那些概念上当然存在的对向性参与行为,则不需考虑所谓定型性或者通常性,因为此类行为在共犯的构成要件阶段就对其处罚范围进行了限定,其可罚性不应为行为人的当罚性所左右”^{[2]312}。由此,在维持必要性共犯概念的基础上,折中说以兼采立法者意思说和实质说之优势的做法被逐渐确立。

本文认为,立法者意思说立足于实然角度对片面对向犯的处罚依据进行了形式解读,并赞同立法者放弃处罚一方行为的做法,原因在于立法者基于刑事政策和立法技术上的考量,将片面对向犯中具有现实法益侵害结果或现实危险的行为纳入刑法规制范畴,而将另外一方行为排除在刑法规制范畴之外。但需要注意的是,立法者虽然没有将片面对向犯中的另一方行为予以明文规定,但也没有完全排除将其作为共犯(教唆犯、帮助犯)予以定罪处罚的可能。而实质说从应然角度出发,通过实质的违法性和责任承担两方面阐释立法者对片面对向犯的规定。将二者结合的折中说,看似弥补了立法者意思说与实质说的不足,但事实上,立法者意思说和实质说是基于不同的立场,两者难以实现逻辑上的自洽,因而将两者进行融合而形成的折中说仅仅是形式上的结合,并没有真正地实现取长补短、相互补益的目的和初衷。

(四)可罚的规范目的说

刑法理论认为对法益的侵害或者威胁是犯罪的本质,某一行为被纳入刑法规制范畴予以定罪处罚,是因为该行为侵害了刑法所保护的法益。对此,德国刑法学家李斯特曾指出,法益回答的是刑罚根据的问题^[7]。对此,“可罚的规范目的说”则认为“片面对向犯的另一方行为不受刑法处罚,是立法者从刑事政策上所作出的该行为不具有可罚的违法或可罚的责任判断所致”^[8]。可罚的规范目的说阐明因立法者法益保护对象选择的不同,造成了片面对向犯处罚上的差别,并最终将这一差别归结为立法者在刑事政策和立法技术上所作出的判断和选择,具有一定的合理性。但可罚的规范目的说仅从宏观层面对处罚依据进行阐释,没有回答和解决处罚依据内部的具体问题。换言之,可罚的规范目的说并没有正面回答不予定罪处罚的必要对向性参与行为的界限和标准(也即刑法所保护的法益的范围和界限问题)。正如刑法对不法行为的规制被限定在一定范围内,对法益的保护也要有一定的边界和限度,而可罚的规范性目的说并没有指出刑法所保护法益的边界。此外,“对法益进行漫无边际的绝对保护无异于对社会发展的扼杀,刑法应从法益所受到的无数影响和侵害中,选取那些对于共同体而言不可容忍者,并予以禁止,进而能够成为不法的也只能是那些脱离了社会正常期待范围的法益侵害行为”^[9]。值得注意的是,当刑法对保护法益的解释存在不一致时,可罚的规范目的说也没有给出具体的解决路径和办法。

前述诸多学说虽从各自角度对片面对向犯中必要的对向性参与行为的性质予以考察,但均未能确立清晰明确的处罚依据和处罚标准。客观来说,立法者意思说仅仅从形式上说明立法规定上片面对向犯只处罚一方行为的原因在于立法者的意思,显然缺乏足够的说服力。而实质说从行为欠缺不法与责任的实质层面阐释片面对向犯中必要对向性参与行为的处罚依据,与立法者意思说相比较具有一定的优势,但实质说所提出的必要对向性参与人是被害人而不予处罚的理论,在对法益保护对象和范围作不同的解释时,则会出现截然相反的两种结果,基于此,针对实质说的合理性和可行性产生了争议。而折中说虽结合立法者意思说和实质说的优点来诠释片面对向犯的处罚依据,但却将两种基于不同的立场、在不同的层面展开的理论进行融合,其逻辑的自洽性恐怕难以令人接受和信服。同样,可罚的规范目的说,虽然立足法益侵害说来阐释处罚依据的问题,但并没有回答和解决处罚依据内部所面临的具体问题。且由于对刑法保护法益的范围解读,可罚的规范目的说陷入了实质说的窠臼。尽管片面对向犯的处罚依据是一个精细的问题,但是,该理论的发展却牵动了诸多中外刑事法学者的关注,针对这一问题的探讨和见解也层出不穷。上述有关理论学说不仅没有从共犯处罚依据出发构建片面对向犯的处罚依据,恰恰相反,其仅从对向犯乃至必要共犯处罚依据的基础上孤立地、局部地建构片面对向犯处罚依据。因此,对于片面对向犯处罚依据的问题,最妥善的解决办法和思路便是从问题的根源和本质出发,回归至共犯的处罚依据。

二、片面对向犯处罚依据的重构

片面对向犯属于必要共犯中对向犯的特殊形态和表现形式,而必要共犯从属于最广义的共犯范畴,因而片面对向犯处罚依据的重构需要立足于共犯的处罚依据。德日刑法理论关于共犯处罚依据的研究存在着诸多争议与分歧,在梳理相关理论发展的基础上,尝试从共犯处罚依据的诸多理论学说中选择与片面对向犯处罚问题相契合的理论学说,重构片面对向犯的处罚依据理论。

(一)共犯处罚依据的理论阐述与“混合的惹起说”的贯彻

1.德国刑法学界的学说争鸣

针对共犯处罚依据,德国刑法理论关于共犯处罚依据的争论主要存在惹起说、罪责参与说、不法参与说三种。首先,“惹起说是建立在扩张的正犯概念基础之上的,参与的(应罚的)不法在于参与者惹起了结果。只要参与者的行为造成了犯罪后果,就说明参与行为本身就具有不法。因此,要归属给参与者的,不是由正犯所实现的不法,而是参与者自己间接引发了结果。正犯性地实现了构成要件,因而成立了不法”^{[10]393}。惹起说关注的重点是参与者本身是否实施了不法行为。对此,有论者依据参与从属性理论,指出“惹起说的理论放弃了从属性原则,会导致刑事可罚性的扩张,而这种扩张是应当通过把参加人结合在实行人的行为构成的行为上来加以防止的”^{[6]101}。其次,罪责参与说则认为正犯的责任决定了共犯的应受处罚性,“教唆犯将正犯引向责任和刑罚处罚,帮助犯至少应承担共同责任”^{[11]324}。参与的不法在导致正犯陷入不法时,应承担共犯的责任。但罪责参与说因违反了罪责独立性原则和自我答责原则而备受质疑。最后,德国刑法理论中占据支配地位的不法参与说,其认为“不法参与者和主行为人共同行事,参与的(应罚的)不法共同引发或者促成了主行为,由此,主行为也就成了参与者的‘作品’,参与的不法内容便是经由正犯的中介而攻击了受保护的法益。所以,由于参与者引起或促进了主行为,进而参加进入了正犯的侵害之中,便需要承担责任”^{[10]394}。因而有论者指出,“共犯本身并没有实现《德国刑法典》分则所规定的构成要件,仅违反了从分则内容推导出来并置于第26、27条的规定,即禁止唆使或者帮助他人实施犯罪行为,共犯的不法内容因而受所参与行为的不法的首要影响”^{[11]325}。

2.日本刑法理论界的观点分析

与德国有所差异,日本刑法理论关于共犯处罚依据的学说主要在责任共犯论和因果共犯论的框架内展开讨论。首先,源自德国刑法理论并被日本部分学者所认可和接受的责任共犯论主张“共犯者受到处罚的原因在于,其将正犯诱入责任和刑罚之中”^{[12]285}。考虑到“不可能使无责任能力者陷入刑责之中,采取责任共犯论,则会走向极端从属性说,认为成立共犯以正犯的有责性为必要”^{[1]308}。值得注意的是,责任共犯论违反了参与者参加的罪责独立性的观点且难以与

限制从属性通说相悖,所以逐渐失去支持。其次,不法共犯论又称为违法共犯论,认为“共犯者引起了正犯者的故意致其实施了犯罪行为,或者由其援助行为促进了正犯行为”^{[12]285}。值得注意的是,由于不法共犯论在面对正犯不具有违法性的场合存在明显的不足与缺陷,从而被学者们所摒弃。最后,由德国的惹起说发展而来的因果共犯论,其认为共犯人利用正犯的行为引起法益侵害或者威胁而受到处罚,并在此基础上逐渐发展为纯粹的惹起说、修正的惹起说和混合的惹起说^①三种不同观点^{[13]364}。质言之,纯粹的惹起说主张共犯的违法性独立于正犯的违法性;修正的惹起说则认为共犯的违法性从属于正犯的违法性;而混合的惹起说,建立在共犯的构成要件违法性,从属于正犯的实行行为和法益侵害或威胁的基础上展开的,既承认“没有共犯的正犯”,纠正了修正惹起说的不足,又否认了“没有正犯的共犯”。此外,“由于共犯人的不法分两部分,一部分是从实行人的不法中引导出来的,另一部分则是不依赖于实行人的独立的不法”^{[6]100-101},所以,共犯人通过正犯的实行行为、间接地侵害了法益才是处罚共犯的充分必要条件”^{[13]364}。因此,混合的惹起说修正了纯粹的惹起说的缺陷,该观点以每个参与人不法的相对性为根据,对共犯行为的处罚依据予以阐明,因具有一定的合理性和可行性逐渐成为日本通说。

3.“混合的惹起说”之贯彻

综合而言,立足于刑法客观主义,犯罪的本质应是行为人实施了不法行为,侵害了刑法所保护的法益,而刑法处罚的逻辑出发点正是由于行为人实施了客观的法益侵害行为,造成了法益侵害结果或现实危险。基于此,共犯行为造成或引起法益侵害结果或现实危险自然也是共犯处罚依据建构的基础。在上述几种学说中,罪责参与说、责任共犯论与不法共犯论违反了罪责独立性原则和自我答责原则,在共犯处罚依据的理论发展演进中逐渐为学者所摒弃。“参与者的(应罚的)不法在于共同引发或者促成了主行为,并经由正犯的中介而攻击了受保护的法益。而日本的因果共犯论则以德国惹起说为基础,主张共犯的处罚根据在于教唆行为或者帮助行为间接地侵害法益或者使法益危殆化。”^{[1]308}可以发现,德国的惹起说与日本的因果共犯论在共犯对法益侵害结果或现实危险引起的问题上,相对比较合理,即均主张参与者的(应罚的)不法内容是经由正犯的中介而侵害了法益。但是,共犯的处罚依据还需要考虑其他因素,如从行为主义以及个人责任原则出发,共犯者必须基于自己行为存在因果性事实而受到处罚(因果性的要求或者行为贡献的要求)。从法益保护主义的角度出发,共犯者所侵犯的法益需要与正犯所侵犯的法益程度相等。所以,在以共犯规定作为分则基本构成要件之修正形式的制度之下,应当从基本构成要件中推导出该具体法益的内容——保护个别法益的要求。由此观之,“混合的惹起说”在解释共犯的处罚依据时具有一定的正当性和合理性,其立足法

①纯粹的惹起说认为共犯是由于自己惹起了法益侵害,所以才受处罚;修正的惹起说认为共犯是由于参与正犯的法益侵害行为所以才受处罚;混合的惹起说认为共犯人通过正犯的实行行为、间接地侵害了法益。

益保护和法益侵害的角度,指出了共犯的犯罪属性,正犯(单独犯)是对刑法所保护法益进行法益侵害的直接惹起的类型,共犯(帮助犯、教唆犯)是法益侵害间接惹起的类型。

(二)片面对向犯中必要对向性参与行为处罚依据的重构

片面对向犯中未被规定为犯罪的必要对向性参与行为,即便是造成了法益侵害结果或现实危险,现行刑法也难以对其予以有效规制。究其原因,主要集中在两个方面:其一,刑事立法层面,拘囿于罪刑法定原则,不能突破刑法分则的具体规定对法无规定之行为进行规制;其二,刑法理论层面,刑法对必要共犯的犯罪类型予以界分,一定程度上只是在某些情况下排除刑法总则关于适用教唆犯和帮助犯的可能性。质言之,刑法理论对必要共犯的界分并没有完全排除必要共犯适用教唆犯和帮助犯的可能性。排除某些情况下适用刑法总则关于共犯(教唆犯、帮助犯)的规定和刑法分则没有明确的立法规定,共同导致了刑法难以有效规制部分惹起了法益侵害结果或现实危险的行为。那么,究竟在什么情况下,必要的共犯可以适用刑法总则关于教唆犯和帮助犯的规定呢?同样,片面对向犯在什么情形下可以适用教唆犯和帮助犯的规定呢?解决这一问题需要以共犯的处罚依据——“混合的惹起说”为基础展开思考。片面对向犯中一方被刑法分则规定为犯罪的行为,可以依照具体规定予以定罪处罚;而对于另一方未被刑法分则规定的必要对向性参与行为,则可以根据“混合的惹起说”的理论,对片面对向犯中未被刑法分则规定的行为进行实质判断,从而适当突破必要共犯排除适用刑法总则关于共犯规定可能性的限制。

首先,片面对向犯中未被刑法分则规定的一方行为是否引起法益侵害结果或现实危险。客观而言,虽然对向犯中的主体和行为共同引起了法益侵害的结果和现实危险,但各行为人在其中的作用和角色却并不相同。确切来说,在片面对向犯的对向犯罪结构关系中,未被刑法分则规定的必要对向性参与行为在一定程度上引起、诱发、助长了实行行为人实施法益侵害的事实,如贩卖淫秽物品牟利罪中(数量较多、规模较大)的购买淫秽物品罪的行为,生产、销售伪劣产品罪中(数量较多、规模较大)的购买假冒、伪劣产品的行为,此类购买行为可以间接惹起(引起)生产、销售、贩卖、倒卖行为侵害法益或现实危险,但刑法条文通常将直接惹起(引起)法益侵害的行为规定为犯罪,而未被规定为犯罪的必要对向性参与行为往往也能够间接惹起法益侵害或现实危险。就此而言,在片面对向犯中,未被刑法分则规定的行为与刑法分则规定的可处罚的行为,是能够一同推动并实现了最终法益侵害结果或现实危险的。

其次,片面对向犯中未被刑法分则规定的一方行为对法益结果或现实危险的贡献和作用较大。德国刑法学家罗克辛教授曾指出,“在必要参加人的所有其他案件中,各种最少的共同作用是不具有刑事可罚性的,但是,超过这个程度之外,参加人的活动就要根据一般的规则予以惩罚”^{[6][11]}。因此,当片面对向犯中未被刑法分则规定的行为对法益结果和现实危险的贡献和作用较大时,该行为就具有了刑事可罚性。如前所述,刑法条文并未规定处罚相应购买行为或使

用被挪用公款的行为,但相应的司法解释却将作为犯罪行为予以处罚,为何立法规定和司法解释之间存在冲突对立?一部分原因在于,原本社会危害性并不严重的行为由于社会经济、制度的发展在实践中频繁发生,而其背后巨大的诱惑力不断引诱他人犯意的产生、确立乃至付诸实践。如司法实践中购买、使用不符合标准的医用器材罪行为的频发,引诱他人实施生产、销售、伪造产品,进而造成了严重的法益侵害结果,司法机关认为该购买行为对最终法益结果或现实危险的贡献和作用较大,有必要从上游行为(购买、使用行为)予以有效规制,从而出台了相关的司法解释。与此相同,司法实践中使用被挪用公款的人一定程度上引诱或影响挪用人的犯意产生,并进一步惹起了法益侵害的结果,司法机关出台相关司法解释,将使用被挪用公款的行为人与挪用人一同按照共犯定罪处罚。由此可见,当片面对向犯中未被刑法分则规定的一方行为在惹起、引起、诱发犯罪行为造成法益侵害结果或现实危险发挥了重要作用时,学理研究、司法实践均认为应当对其予以规制。

最后,片面对向犯中未被刑法分则规定的一方参与人是法益侵害结果的参与者和承担者。在片面对向犯中,法益侵害的结果和现实危险是客观存在的,是由参与人双方共同惹起(引起)、加功、推动而实现的,也即片面对向犯中的必要对向性参与人均是惹起法益侵害结果的参与者,都应对法益侵害结果承担责任。尽管刑法分则将一方行为纳入刑法规制范畴予以构成要件化,而将另一方行为排除在刑法规制范畴之外不予定罪处罚,但这只是立法者最初基于刑事法治环境、刑事政策及相关犯罪法益侵害性等多方面综合考量的结果。细言之,立法者在制定刑法时,常常以过去已经发生的案件作为模型来表述构成要件,而难以甚至不可能想象到刑法适用过程中发生的形形色色的案件,面对立法时未曾发生过、立法者未曾预想过的案件,在制定刑法时没有缺陷的立法原意,随着社会发展便会显露出缺陷^[14]。立法者基于无法预料未来社会的发展、刑事法治环境的变化和刑事政策的调整等因素,仅仅将片面对向犯中一方行为纳入刑法规制范畴,其正当性和合理性不免令人质疑,而且,这一质疑会随着未被刑法分则规定的一方行为日渐凸显的社会危害性而引起关注。此外,就实质的可罚性而言,将一方行为排除在刑法分则规制范畴之外,并不必然代表此类行为就不具有实质意义上的刑事可罚性,也不能否定其造成严重法益侵害结果或现实危险的客观现实。片面对向犯在定罪处罚上的不同是由于各自行为惹起(引起)法益侵害的作用和贡献不同,因而刑事立法层面也给予区别对待和评价。但从参与犯体系来看,片面对向犯中必要的对向性参与行为也推动了实现侵害法益结果的进程,而对向性参与人也属于法益侵害结果的参与者和承担者。因此,片面对向犯中未被刑法分则规定的必要对向性参与行为也具有实质意义上的刑事可罚性,其行为人应当承担刑事责任。

整体而言,本文关于片面对向犯处罚依据问题的讨论仅仅涉及片面对向犯中必要的对向性参与行为是否具有实质意义上的刑事可罚性问题,至于行为人是否需要承担刑事责任的有

责性判断问题超出了处罚依据判断的范畴。因而建构和展开片面对向犯的处罚依据并不涉及行为人是否具有责任阻却事由,以及应否承担刑事责任的评价和判断。所以,依据“混合惹起说”判断必要的对向性参与行为是否成立共犯(教唆犯、帮助犯),应遵循三个维度的判断和评价,通过筛查判断实践中的必要对向性参与行为是否可以适用刑法总则关于共犯的规定予以处罚。首先,判断片面对向犯中未被刑法分则规定的一方行为是否引起法益侵害结果或现实危险;其次,在符合上述判断和评价的基础上,判断该行为是否对法益结果或现实危险的贡献和作用较大;最后,对满足上述判断的必要对向性参与人以其在共犯中的地位和作用(教唆犯、帮助犯)定罪处罚。

三、司法实践中片面对向犯必要对向性参与行为处罚问题的应对之策

经过对片面对向犯处罚依据的深刻反思与理论重构,有必要将理论成果转化为指导司法实践的具体策略。为此,下文将紧密结合我国司法实践中的实际情况,针对片面对向犯必要对向性参与行为的刑事可罚性这一核心问题,提出明确的应对之策。同时,司法解释作为连接立法与司法的重要桥梁,还需对与立法规定存在矛盾的司法解释进行深入分析,以期在尊重立法精神的基础上,为司法实践提供更加科学合理的指导。

(一)明确片面对向犯中必要对向性参与行为的刑事可罚性

作为现代刑法的基石和铁则,没有罪刑法定原则,就没有现代意义的刑法发展。拘囿于罪刑法定原则,刑法分则没有明确将必要的对向性参与行为规定为犯罪行为,即便其具有严重的法益侵害性,也无法对其进行有效规制。对此,具有严重的法益侵害性的必要对向性参与行为该如何处理呢?前文对片面对向犯的处罚依据进行了重构,对于未被刑法分则规定的必要对向性参与行为,虽然某些情况下排除适用刑法总则共犯规定的可能性,但并非完全否定其适用关于教唆犯、帮助犯规定的可能。根据“混合的惹起说”,具有严重的法益侵害性的必要对向性参与行为对法益侵害的惹起(引起)具有重要的作用和意义。因此,针对刑法分则规定的必要对向性参与行为,可以适用刑法总则关于共犯的规定,以帮助犯和教唆犯来定罪处罚,但是,必要的对向性参与行为是否成立共犯(教唆犯、帮助犯)应该予以严格的限定和判断,即在具体司法实践中,需要从实质违法层面进行严格的认定和判断。如购买淫秽物品的行为人或者破坏军婚中现役军人的配偶都应当按照刑法总则关于共犯(教唆犯、帮助犯)的规定予以处罚。其中,购买淫秽物品的行为能够间接惹起(引起)他人贩卖、制作淫秽物品的犯意,并且由于购买者背后的庞大买方市场,极大地诱惑他人去实施贩卖、制作淫秽物品的行为,可以说,购买行为与贩卖行为共同推动并实现了生产、销售、贩卖淫秽物品并侵犯相关法益的结果,所以,对此类购买行为应以其在共犯中的地位和作用(教唆犯、帮助犯)进行定罪处罚;而

对于故意破坏军婚的行为亦是如此,现役军人的配偶不仅间接惹起(引起)犯罪行为人破坏军婚的犯意,还在此过程中发挥了较大的作用,最终所造成的法益侵害结果需要由现役军人的配偶与犯罪行为人共同承担,并按照现役军人的配偶在共犯中的地位和作用(教唆犯、帮助犯)进行定罪处罚。

(二)针对与立法规定存在矛盾的司法解释之合理性分析

前文已述,服务于司法实践的司法解释可能与立法规定之间存在严重的冲突。如生产、销售不符合标准的医用器材罪,刑法规定处罚生产、销售者的行为,但司法解释却扩大打击范围,要求处罚购买、使用者的必要对向性参与行为。严格来说,购买、使用的行为不属于生产、销售行为的范畴,而司法解释将其纳入生产、销售不符合标准的医用器材罪的打击范畴,这一法律拟制的做法与罪刑法定原则是相抵牾的。从犯罪类型及结构关系来看,生产、销售不符合生产标准的医用器材罪与购买、使用行为是典型的片面对向犯中必要的对向性参与行为。因此,不应当以罪刑法定原则直接扼杀规制此类购买、使用行为的可能,反之,当此类行为惹起法益侵害结果或现实危险情况时,理应进入刑法规制和处罚的视野,并对其从实质违法层面进行严格的认定和判断,而非简单地将此类购买行为通过法律解释拟制为销售行为而定罪处罚。因此,针对生产、销售不符合标准的医用器材罪中的购买行为,相关司法解释为扩大打击范围而将其解释为销售不符合生产标准的医疗器械的行为是存在一定问题的,其逻辑性和合理性难免令人质疑。

而对于挪用公款罪而言,有论者提出,“将参与共谋、指使或者参与策划的使用人以挪用公款的共犯定罪处罚并不妥当,因为作为犯罪行为对象的人,不能因其组织、教唆、帮助、共谋配合行为而构成该犯罪的共犯”^[15]。对此,本文认为,挪用公款罪的行为与接受并使用公款的行为属于典型的片面对向犯中必要的对向性参与行为,而挪用公款罪并没有将使用挪用公款的行为规定为犯罪行为类型,也即挪用公款罪中的挪用行为不包括使用行为。所以,原则上接受并使用公款的行为不能以挪用公款罪的共犯处罚。然而,根据“混合的惹起说”理论,当接受并且使用挪用公款的行为造成法益侵害结果的情形时,将该行为以挪用公款罪的共犯处罚具备一定的合理性。因而,接受并且使用挪用公款的行为人属于挪用公款法益侵害结果和现实危险的间接惹起者。因为依据司法解释,接受并使用挪用公款的使用人与挪用人共谋,指使或者参与策划取得挪用款,使用人必然是挪用人挪用公款行为的犯意引起者和法益侵害结果的惹起人,并且,使用人在整个犯罪过程中所起的作用较大,使用人与挪用人共谋、策划、指使挪用公款的行为满足了挪用公款罪对构成要件符合性和违法性的要求,所以,使用挪用公款的行为与挪用公款的行为,双方对向而行共同推动了挪用公款法益侵害结果的最终实现,因而双方行为都应对造成的法益侵害结果承担刑事责任。基于此,司法解释将使用挪用公款的行为规定为挪用公款罪的共犯予以定罪处罚是妥当和可行的。

四、结语

作为对向犯中极为特殊的犯罪形态,片面对向犯虽然具有对向犯的基本要素,但参与其中的双方却存在处罚上的差异。至于为何刑法分则仅将片面对向犯中的一方行为规定为犯罪行为,而将另一方行为排除在刑法规制范畴之外,其原因在理论界争议不断,准确建构片面对向犯,将助益刑法理论尤其是正犯与共犯之犯罪参与体系的处罚依据不断精细完善,同时也有助于刑事立法、司法实践中解决片面对向犯中刑法未规定为犯罪的一方行为如何定罪处罚的疑难问题。然而,既有的理论学说基于各自的立场,虽尝试从不同角度阐释处罚依据的正当性和可行性,具有一定的合理性及解释力,但也存在着不同程度的缺陷。不仅没有从根本上解决问题,反而造成了理论学说的纷争和司法适用的混乱。因此,为从根本上解决这一理论与实践争议,较为务实的做法则是以共犯处罚依据的基础来重构片面对向犯的处罚依据。具体来说,可以批判地借鉴德日刑法理论关于共犯处罚依据中较为成熟的“混合的惹起说”理论,来判断必要的对向性参与行为能否适用刑法总则关于共犯(教唆犯、帮助犯)的规定来定罪处罚。同时在“混合的惹起说”的理论基础上结合我国立法与司法实践,构建符合我国刑法体系要求的片面对向犯处罚依据。

参考文献

- [1] 松原芳博.刑法总论重要问题[M].王昭武,译.北京:中国政法大学出版社,2014.
- [2] 西田典之.日本刑法总论[M].刘明祥,王昭武,译.北京:中国人民大学出版社,2007.
- [3] 蔡淮涛.论片面对向犯的不可罚性——多维度的综合考量说之提倡[J].大连海事大学学报(社会科学版),2015(5):89.
- [4] 山口厚.刑法总论[M].付立庆,译.北京:中国人民大学出版社,2011:342.
- [5] 张明楷.外国刑法纲要[M].北京:清华大学出版社2007:299.
- [6] 克劳斯·罗克辛.德国刑法学总论:第2卷[M].王世洲,等译.北京:法律出版社,2013.
- [7] 伊东研祐.法益概念史研究[M].秦一禾,译.北京:中国人民大学出版社,2014:70.
- [8] 山中敬一.刑法总论[M].成文堂2006.转引自蔡淮涛.论片面对向犯的不可罚性——多维度的综合考量说之提倡”[J].大连海事大学学报(社会科学版),2015(5):89.
- [9] 汉斯·韦尔策尔.目的行为论导论——刑法理论的新图景[M].陈璇,译.北京:中国人民大学出版社,2015:121.
- [10] 乌尔斯·金德霍伊泽尔.刑法总论教科书[M].蔡桂生,译.北京:北京大学出版社,2015.
- [11] 冈特·施特拉腾韦特.刑罚总论 I——犯罪论[M].杨萌,译.北京:法律出版社,2006.
- [12] 大塚仁.刑法概说·总论[M].冯军,译.北京:中国人民大学出版社,2003.
- [13] 大谷实.刑法总论[M].黎宏,译.北京:中国人民大学出版社,2008.



[14] 张明楷.刑法分则的解释原理[M].北京:中国人民大学出版社,2011:28-29.

[15] 赵秉志.刑事法事务疑难问题探索[M].北京:人民法院出版社,2002:396.

Review and Reconstruction of the Basis of Unilateral Punishment for the Offender

Wan Fang

(Beijing Academy Of Social Sciences, Beijing 100101)

Abstract: The problem of the unilateral punishment for the offender has always been a difficult issue in criminal law legislation, judicial practice, and theoretical research. The controversy over the basis for punishment has been a subject of heated debate among scholars, with different schools of thought presenting their own perspectives based on their own positions and explaining the basis for the unilateral punishment for the offender from different angles. Although these perspectives have certain rationality, they also have certain degrees of defects. The current theoretical schools of thought only view the unilateral punishment for the offender in isolation and one-dimensionally, which not only fails to solve the problem fundamentally, but also causes the dispute among theoretical schools and confusion in judicial application. As a special type of reciprocal accomplice, the basis of the unilateral punishment for the offender should be returned to the basis of punishing accomplices. By comparing the theories of punishing accomplices, it should be clarified that the basis for the unilateral punishment for the offender should be constructed based on the mixed arousal theory, making a substantive judgment on the necessary participatory behavior that is not stipulated by the criminal law, and finally punishing it according to the provisions of the general principles of criminal law.

Key Words: the Unilateral Punishment for the Offender; Punishment Basis of Accomplices; Mixed Arousal Theory

(责任编辑:易晓艳)