



西北政法大学
刑事法系列丛书

对向犯理论研究

RESEARCH ON THE
CORRESPONDENCE OFFENSE

李岚林◎著



中国政法大学出版社

»»»»» 西北政法大学 <<<<<<

刑法系列丛书

对向犯理论研究

RESEARCH ON THE
CORRESPONDENCE OFFENSE



中国政法大学出版社

2016·北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

对向犯理论研究/李岚林著. —北京：中国政法大学出版社，2016. 11
ISBN 978-7-5620-7070-2

I. ①对… II. ①李… III. ①犯罪学—研究 IV. ①D917

中国版本图书馆CIP数据核字(2016)第271418号

出 版 者	中国政法大学出版社
地 址	北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址	北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址	http://www.cuplpress.com (网络实名：中国政法大学出版社)
电 话	010-58908524(编辑部) 58908334(邮购部)
承 印	固安华明印业有限公司
开 本	650mm×960mm 1/16
印 张	15
字 数	200 千字
版 次	2016 年 11 月第 1 版
印 次	2016 年 11 月第 1 次印刷
定 价	39.00 元

前 言

必要共犯理论是刑法理论中的冷门领域，作为从德日刑法理论中引进的“舶来品”，加之与我国共犯体系的“水土不服”，导致鲜有学者作系统性研究，更不用说必要共犯之下的对向犯了。“对向犯”题目看似“小”，但“小而深，小而广”，对其体系性的研究涉及刑法诸多理论：共犯制度模式、犯罪构成体系、共同犯罪本质、共犯刑事政策、共犯处罚根据、行为理论、构成要件理论、因果关系理论、责任论、共犯与正犯关系，等等，在共犯理论中可谓“牵一发而动全身”。

德日共犯理论与我国共犯理论存在思想理念上的冲突和逻辑进路上的矛盾，在对向犯研究方面表现得尤为突出。德日共犯学说精确且精细，各种理论层出不穷，难免令人眼花缭乱。笔者进行研究时，将德日刑法学共犯中诸多相关理论视为“主义”，研究解决中国刑法中的“问题”，将“舶来品”对向犯的研究视角放在“本土化”层面上，并非简单地照搬或套用，而是结合中国司法实践来灵活运用。

本书的基本立场与具体内容：

第一，提出必要共犯并非刑法学上的本体性概念，即其“必要性”基础在于主体复数性，并不要求多个主体必须构成共同犯罪。这

是一种前犯罪的自然意义上的判断，而非犯罪成立之后主体的事实性判断。之所以研究必要共犯，是因为刑法上有这样一类共犯的现象，其具备研究上或曰法解释学上的价值，故必要共犯的概念的提出只要具备功能上或技术上的意义即可。

第二，引入德国“功能性的双重角色”理论，给予对向犯一个崭新的结构，摆脱了传统上立于“行为对向”的对向关系，重新将对向犯定义为“主体的对向”，以此避免传统对向犯理论所带来的解释学上的矛盾现象。

第三，从对向犯的主体结构和行为结构的解构来分析对向犯的形成结构，并进而探析对向犯之“对向性”关系的本质，即其应有涵义可表述为：“数个立于主体地位的参与者必须是其他参与者的行为对象，并以这种复数主体共同参与行为为要件的一种必要共犯形态。”

第四，在对向犯的成立条件方面，摒弃了我国传统的四要件模式，将对向犯放入刑法评价犯罪的体系中。通过行为人的特性、行为的形式、行为对向的特性的分析以及所形成的入罪条件，再由因果关系的串联来探究其可罚性。

第五，与共同正犯、间接正犯、同时犯等三类复数参与类型的正犯比较，得出其在核心本质、主体存在形式、行为结构关系、行为客体存在形式以及评价非难关系的形成方面的不同点。

第六，回归我国刑法分则的适用。将我国刑法分则中规定的对向犯按处罚类型分为三类：“同罪同刑”、“异罪异刑”和“只罚一方”，并按此类别及对向关系将分则中所规定的对向犯作以系统归类。通过前文建立的对向犯理论体系讨论我国对向犯中的争议点，目前我国司法解释和司法实务中的几个典型争议问题并结合前文建立的理论和我国刑事政策逐一作以探讨。

对向犯作为大陆法系刑法理论层面一个重要的概念，有其存在的

价值。我国虽然引入了对向犯的概念，但研究不够深入，并由于我国刑法与大陆法系刑法在共犯理论上有所不同，因此存在诸多问题有待解决。本书在尝试构建必要共犯理论的基础上，针对对向犯的本质，重新建构其应有的结构形态。为完整系统地介绍对向犯，本书共分为六章来论述，除了对其结构进行剖析并探讨其成立条件外，导入作为上位概念的必要共犯理论，并将其与其他复数参与正犯类型相比较，展现其可能形成的参与关系，进而探讨对向犯的可罚性法理基础。

第一章“必要共犯理论概述”。本章导入对向犯的上位概念“必要共犯理论”，首先简要介绍必要共犯的发展历程，梳理了学界对“必要共犯概念”的见解，结合我国共犯体系，探讨了必要共犯在我国理论价值及体系定位，并尝试归纳出必要共犯的本质内涵。本书认为，必要共犯是由刑法分则规定的、必须由复数行为人实施的、符合构成要件的一种共同犯罪形式。在我国，引入必要共犯概念具有体系性及规范性的意义，其本身并非刑法学上的本体性概念，而是一种功能性或技术上的概念，“必要性基础”在于主体的复数性，并不要求多个主体必须构成共同犯罪。这是一种前犯罪的自然意义上的判断，而非犯罪成立之后主体的事实性判断。必要共犯分为聚众犯和对向犯两种类型。

第二章“对向犯的概念”。本章梳理并分析比较了德国、日本、我国台湾及大陆地区刑法中对对向犯概念的争议，得出对向犯的应有涵义为：“数个立于主体地位的参与者必须是其他参与者的行为对象，并以这种复数主体共同参与行为为要件的一种必要共犯形态。”

第三章“对向犯的形成结构”。本章从对向犯的行为主体、行为、评价非难关系等分析对向犯的形成结构，探讨对向犯的核心本质。对向犯的行为主体必须为复数主体，且具有“功能性双重角色”。其除了是该行为事实的行为主体之外，同时以对向的行为主体为其行为的

对象。在对向犯的行为结构中，仅以行为方向的对立来判断对向犯的结构关系基础是错误的，必须将行为主体的要素一并纳入，将行为看作行为主体的产物，并有行为形式一致和行为形式不一致两种类型。在对向犯的评价非难关系中，由于行为主体间所实施的行为导致的侵害对象是针对共同加功行为导致犯罪结果发生的人，并非针对对向关系之外的他人，故此评价非难关系是对内发生的。

第四章“对向犯的成立条件”。对向犯分为行为形式一致和行为形式不一致两种类型，形成对向犯的行为主体虽然彼此之间具有对向关系，但实际上是各自单独实施的一个行为，对向犯的成立条件必须揭示缘何本由各自单独的犯罪人实施的行为会作为对向犯处罚。基于此，本书分别针对两种不同类型，从主观和客观两方面探讨，主观上分析参与主体的犯罪意思的形成及其内容，客观上从不同类型分析主体所实施的行为。本章中，通过行为人所具有的特性、行为的形式、行为对象的特性以及造成的评价非难关系，经由因果关系来探究对向犯可罚性之所在。

第五章“对向犯与其他犯罪形态之比较”。本章中，为清晰辨析对向犯的结构，笔者将刑法上与对向犯同属于复数参与的正犯类型一并进行比较。本书认为，对向犯与共同正犯、间接正犯和同时犯除在同为复数参与的正犯类型相同之外，这四种类型的犯罪形态从其核心本质、主体存在形式、行为结构关系、行为客体存在形式以及评价非难关系的形成上均有所不同。

第六章“我国刑法分则中的对向犯”。本书将刑法分则中规定的对向犯按处罚类型分为三类：“同罪同刑”、“异罪异刑”和“只罚一方”，并按此类别及对向关系将分则中所规定的对向犯作了系统归类。本书采“折中惹起说”的共犯处罚根据，并据此解析对向犯中的争议问题——对向犯是否适用刑法总则关于共同犯罪主、从犯的规定；对

向犯的一方受到对方胁迫的情形是否构成共同犯罪；不可罚一方是否适用总则共犯等——均提出自己的见解。此外，笔者亦对目前我国司法解释和司法实务中的几个典型争议问题结合对向犯理论及我国刑事政策逐一作了探讨。

目 录

前 言 / I

引 言 / 1

- 一、中外刑法学对向犯研究概况 / 1
- 二、我国刑法学对向犯研究的必要性 / 5
- 三、本书研究的认识论基础 / 7
- 四、本书的研究方法 / 14

第一章 必要共犯理论概述 / 16

第一节 必要共犯理论发展历程 / 17

- 一、萌芽及早期阶段 / 17
- 二、功能化和体系化的发展 / 20
- 三、一般性必要共犯理论的构建阶段 / 22
- 四、个案理解模式的复兴 / 24

第二节 必要共犯基本理论 / 26

- 一、必要共犯的概念 / 26
- 二、必要共犯的意义 / 37
- 三、必要共犯的体系定位 / 43
- 四、“必要性基础”辨析 / 47

第三节 必要共犯的类型 / 50

- 一、聚众犯 / 51
- 二、对向犯 / 59

第二章 对向犯的概念 / 60

- 第一节 德日刑法理论中的对向犯 / 61
- 第二节 我国台湾地区刑法理论中的对向犯 / 64
- 第三节 我国大陆地区刑法理论中的对向犯 / 65
- 第四节 对向犯概念的应有涵义 / 67

第三章 对向犯的形成结构 / 70

- 第一节 对向犯的行为主体 / 71
 - 一、行为主体的特点 / 71
 - 二、行为主体的对向关系 / 74
- 第二节 对向犯的行为结构 / 81
 - 一、行为理论述评 / 82
 - 二、对向犯的行为结构剖析 / 91
- 第三节 对向犯评价非难关系的形成 / 104
 - 一、行为形式一致的对向犯 / 106
 - 二、行为形式相异的对向犯 / 106

第四章 对向犯的成立条件 / 108

- 第一节 概述 / 108
- 第二节 行为形式一致的对向犯成立条件 / 109
 - 一、各主体间须具有对向关系 / 109
 - 二、各主体间须达成犯罪的合意 / 114
 - 三、各主体间行为须交错合致 / 119
- 第三节 行为形式相异的对向犯成立条件 / 124
 - 一、不同主体间具有对向关系 / 125
 - 二、不同主体间需形成交错合致关系 / 128
 - 三、不同主体间的行为须形成交错的合致 / 131
- 第四节 小结 / 134

第五章 对向犯与其他犯罪形态之比较 / 137

- 第一节 对向犯与共同正犯之比较 / 138
 - 一、共同正犯的结构关系 / 138

二、与对向犯的区别 / 146

第二节 对向犯与间接正犯之比较 / 150

一、间接正犯的结构关系 / 150

二、与对向犯的区别 / 160

第三节 对向犯与同时犯 / 163

一、同时犯的结构关系 / 163

二、与对向犯的区别 / 166

第四节 小结 / 169

第六章 我国刑法分则中的对向犯 / 172

第一节 我国对向犯的处罚类型 / 172

一、同罪同刑 / 173

二、异罪异刑 / 174

三、只罚一方 / 176

第二节 对向犯的处罚根据 / 178

一、共犯处罚根据概述 / 178

二、对向犯的处罚适用 / 181

第三节 “只罚一方”型对向犯争议问题 / 184

一、不可罚一方是否适用总则共犯规定 / 184

二、司法解释和司法实务中的典型争议问题 / 189

附表 我国刑法分则中的对向犯 / 197

结 语 / 208

参考文献 / 211

后 记 / 222

引言

一、中外刑法学对向犯研究概况

共犯理论是刑法学上相当复杂的理论，通常被学界感叹为“最黑暗和最混乱之章”、^{〔1〕}“绝望之章”，^{〔2〕}尽管如此，它仍深深地吸引众多刑法学人，在不断探索其理论奥妙和实践价值的“荆棘之路”上踟蹰前行。德日刑法中关于共犯的理论研究已蔚为壮观，而新中国刑法学研究则起步较晚，刑法教科书中关于共犯的叙述，基本遵循苏俄刑法模式，采取三段论的模式：共犯的概念、共犯的形式、共同犯罪人的分类及刑事责任。20世纪80年代开始，学界陆续出现有关共犯的专著论文，但基本仍囿于苏联刑法理论框架，对域外共犯研究成果借鉴有限。自90年代初期，随着各种域外译著的出版，德日刑法共犯理论开始引起学者们持续向热情的关注。尤其共犯领域的研究也开始呈现百花齐放、百家争鸣的状态，但相较于德日悠久深厚的刑法理论

〔1〕 德国学者康特罗维茨（Kantorowicz）在1910年发表的论文中曾感叹：“共犯理论为德国刑法学中最黑暗且最混乱的一章。”该名言之后被卡尔·宾丁（Karl Binding）认可。参见〔德〕克劳斯·罗克辛：《刑事政策与刑法体系》（第2版），蔡桂生译，中国人民大学出版社2011年版，第14页脚注25。

〔2〕 参见陈子平：《共同正犯与共犯论》，五南图书出版公司2011年版，第1页。

发展史，仍是任重而道远。

必要共犯作为一种犯罪形态，在立法上出现的时期比任意共犯如教唆犯、从犯更早，在学说上也应属于共犯理论。^{〔1〕}但是，相对于任意共犯理论研究的细致深入和研究成果的丰硕，必要共犯理论的研究并没有更多地引起重视。在刑法学的共犯理论领域，学者一般意义上所指的共犯，都是限于任意共犯而言。如果整理那些研究必要共犯问题的文献，拿来与其他研究一般刑法理论的文献相比，不难看出，必要共犯理论其实是刑法学上的一个冷门领域，也难怪有德国学者会将“必要共犯”称为刑法释义学上的“继儿”。^{〔2〕}

必要共犯理论作为我国从德日刑法理论中引进的“舶来品”，在学者们的研究中总是被提及，但也仅仅是被提及。它似乎是一个已经被赋予了特定涵义而不需被深究的概念，即使有所研究，也是对聚众犯的犯罪类型着墨较多。对向犯概念建立在德日刑法共犯理论背景的强大支撑下，按照德日刑法通说，对向犯属于必要共犯中的一种，属于德日刑法中最广义共犯的范畴，其重点强调两人以上共同实施构成要件行为这一主体的复数性特征。我国法律是构建在大陆法系制度之上的新法系，是在现存的大陆法系制度和大陆法理论中推行社会主义的思想原则，我国共犯理论及犯罪构成理论与德日刑法并不相同，因此，德日刑法中的对向犯到了中国刑法理论中便出现了“水土不服”的现象。也正因如此，使得部分学者为迎合我国共犯理论体系而不得不缩小对向犯的范畴或者甚至否认对向犯的存在，而这些恰恰导致了对对向犯的研究鲜有问津。

〔1〕 参见〔日〕泷川幸辰：《犯罪论序说》，王泰译，法律出版社2005年版，第154-155页。

〔2〕 参见林书楷：《论犯罪之典型共同加工——必要共犯理论之研究》，辅仁大学2005年博士学位论文，第5页。

对向犯作为一种特殊的犯罪类型，是在 2000 年之后才逐渐引起我国学者的兴趣和重视的。这从能够查阅到的研究对向犯及其相关问题的参考文献的时间中可以得到证明。2001 年，陈兴良教授发表的《论犯罪的对合关系》一文是中国大陆地区可查阅到的有关对向犯问题最早的文章，该篇文章主要是介绍了犯罪的对合关系和所对应的对合犯罪的类型与罪名。以此文为开端，学界先后出现了几十篇专门研究对向犯及其相关问题的文章，其中包括十余篇硕士论文。但是，对向犯作为广义共同犯罪中必要共同犯罪的一类，学者对这一问题的研究深度和广度，与研究任意的共同犯罪以及必要共同犯罪中的聚众共同犯罪的成果相比，都相差甚远。而与之理论研究的相对匮乏形成鲜明对比的是，我国刑法分则中存在大量的对向犯，几乎每一章中都有对向犯的身影。其中部分犯罪更是司法实践中多发的犯罪，例如行贿罪与受贿罪，拐卖妇女、儿童罪与收买被拐卖妇女、儿童罪，贩卖毒品罪，贩卖传播淫秽物品牟利罪等。正是这样“匮乏”与“丰富”之间的不协调，使得对向犯研究的必要性得到直接凸显。目前所公开发表的研究对向犯问题的文章，研究重点主要集中在三个问题之上：①对向犯是否为必要共同犯罪中的一类，还是只和必要共同犯罪具有交集关系，即关于对向犯的概念和范畴的争议；②在刑法对对向犯双方参与行为的罪刑作了明文规定的情况下，是否还需对对向犯双方适用刑法总则关于共犯的规定；③在只罚一方的对向犯中，对向犯另一方的参与行为不予处罚的法理依据，在何情况下对方的参与行为属于可罚的参与行为且成立受处罚一方的共犯。

以德日为代表的大陆法系国家在对向犯的研究上相对较为系统、深入和科学。在德国，对于对向犯的研究争议焦点主要在于构成要件中没有明文规定的犯罪参与者，且不是被害人的情况下，是否仍可以依照刑法总则犯罪参与的理论具有可罚性。德国目前的通说认为，只

要该必要参与人的行为并未逾越构成要件实现上所要求的最低必要参与行为时，该必要参与人即欠缺可罚性。例如德国刑法第 356 条的“背叛当事人罪”构成要件的实现中，若受惠一方当事人只是单纯利用对方律师行为时，不具有可罚性；但若以金钱方式收买对方律师时，则构成该罪的教唆犯。但在德国，对通说也有不少质疑的观点，认为通说没有清楚说明，用什么来维持在构成要件中所要求的最低限度参与的行为人欠缺可罚性？如果法益只能通过行为人的必要参与才能遭到破坏，而且可以看出行为人在犯罪参与过程中的分量，以至于该必要参与行为的可罚性更高，按照通说反倒欠缺应罚性。通俗地讲，给予压死骆驼的最后一根稻草者，因其知道骆驼的脆弱，而更具有非难性。对于少数说的质疑，通说也提出反驳意见，认为当立法者在对向犯中，需要对参与的双方施加处罚时，必定会明文规定双方的可罚性，如果没有明文规定，则可反面推论立法者舍弃最低参与行为的可罚性。关于实现构成要件所必要的最低参与行为问题，德国学者瓦尔特·格罗普（Walter Gropp）提出“离心或向心犯罪的边际参与”来阐释参与行为的不罚理由。

在日本，关于对向犯的研究争论热点在只罚一方的对向犯中不处罚一方参与行为的理论依据。日本学者团藤重光提出“立法者意思说”，认为立法者仅就一行为作为犯罪类型予以规定时，当然预见到其对向行为，既然做了不处罚的决定，即只能做无罪的立法旨趣理解。^{〔1〕}平野龙一持“实质说”，认为之所以不处罚，是因为共犯者欠缺违法性和责任。而西田典之则将二者折中，认为采取“实质说”也要维持“立法者意思说”这一意义上的必要共犯概念。前田雅英也同样认为，“立法者意思说”和“实质说”两者并不是在同一个方向或

〔1〕 参见〔日〕西田典之：《日本刑法总论》，刘明祥等译，中国人民大学出版社 2007 年版，第 309-310 页。

层面上说明，故二者应结合起来理解。

从总体上看，德日刑法学者对对向犯的研究成果丰硕，但在我国，由于对向犯完全是一个“舶来品”，从属于最广义的必要共犯，而必要共犯范畴又不同于我国的共犯，与我国的共犯理论有矛盾之处，所以需要对我国的对向犯、必要共犯和共犯的理论进行修正。而至今在可查阅的文献中，尚未有一部系统论述对向犯的专著。关于对向犯的研究，主要零星地分布在一些论著和少量的学术论文中。

二、我国刑法学对向犯研究的必要性

我国刑法学界对于对向犯这一问题没有足够的重视，虽然也有一些文章对对向犯进行了探讨，但仍欠缺系统性的研究。且有较多学者因循学说传统思维定势，认为我国共犯不同于德日共犯体系，而刻意强调本国特色和立法规定，反对其他理论体系或学说，甚至拒绝开展学术研究和探讨，在某种意义上是一种不可取的“刑法意识形态”。比如，有学者认为我国根本不存在必要共犯，这样的研究自然不可取，且于司法实践是有害的。^{〔1〕}理论研究当然应紧密参照立法规定，而不能罔顾，但这并不意味着只能对现行立法规定进行证明式的注解阐释。更何况，“刑法学的研究其实存在着应然的研究和实然的研究——应然的研究是从价值哲学立场出发，探讨刑法学理论应当是什么，它代表了一种理想的价值追求；而实然的研究则是立足于现有刑法立法框架，探讨刑法学说实际上是什么，它揭示现实社会中本来面目。就共同犯罪的学说而言，中国刑法学的研究本来也存在应然的研

〔1〕 如刘明祥教授认为，必要共犯是以“行为共同说”为理论依据的，而我国是主客观相统一的“犯罪共同说”，主张我国刑法中存在“必要共犯”观点，不仅与刑法的规定不符，而且对司法实践极为有害（注：即第二节第二个问题“必要共犯的意义”全部内容，该部分对此观点有详细论证——本书注）。参见刘明祥：“我国刑法没有规定必要共犯”，载《法学杂志》1990年第3期。

究与实然的研究”。^{〔1〕}故此，实然研究和应然研究都是有理论价值的，引入德日刑法的必要共犯理论，对其中鲜有问津的对向犯展开研究是极其必要的。

目前，我国对于对向犯的研究困境主要表现在：一是对对向犯的基本理论研究不重视。从目前科研成果来看，暂未出现有关对向犯的专著和体系性的探讨。虽然目前也有不少教材和著作对对向犯这个概念有所提及，但通常只是进行了定义性的介绍，相对于任意共犯深入细致的研究来说，我国学者对包括对向犯在内的必要共犯的研究相形见绌，不过仅触及冰山一角，而且大多的研究成果多诞生在近十年内，研究史可谓短之又短。二是对对向犯的观点分歧多，认识较混乱。比如，对于对向犯的概念、认定的标准有实质性的分歧，导致我国刑法分则中规定的哪些犯罪属于对向犯不能达成共识；再比如，对向犯在犯罪论体系中的地位、对向犯是否适用总则规定等存在激烈的争论。三是对对向犯的一些重要问题缺乏研究甚至甚少问津，比如对向犯的论罪条件、对向犯与其他复数参与类型的犯罪之区别等，基本没有或者很少研究到。

本书从必要共犯的角度，对我国刑法分则规定的对向犯进行研究。在必要共犯的概念之下，德日刑法通说将其分为聚众犯和对向犯两种，并认为聚众犯的性质为共同正犯，对向犯则因其主体的特殊性，反而更加彰显了必要共犯的本质，故而认为对向犯才是真正意义上的必要共犯。国内外文献对必要共犯的研究重点大多集中于必要共犯可否适用于总则规范的争议，对于必要共犯的本质触及尚浅，而对于聚众犯和对向犯的研究相对更少。本书选择对向犯为研究主题，希望能从其本质出发，探究“对向关系”的内涵，以期将刑法学界零散

〔1〕 谢望原：“共同犯罪成立范围与共犯转化犯之共犯认定”，载《国家检察官学院学报》2010年第4期。