

共同犯罪的认定方法

张明楷*

内容提要：我国认定共同犯罪的传统方法，存在不区分不法与责任、不区分正犯与狭义的共犯、不分别考察参与人行为与正犯结果之间的因果性等三个特点，这种认定方法导致难以解决诸多复杂案件。认定共同犯罪应当采取相反的方法：其一，共同犯罪的特殊性仅在于不法层面，应当以不法为重心认定共同犯罪；至于其中的责任判断，则与单个人犯罪的责任判断没有区别。其二，正犯是构成要件实现过程中的核心人物，应当以正犯为中心认定共犯；当正犯造成了法益侵害结果（包括危险）时，只要参与人的行为对该结果做出了贡献，就属于不法层面的共犯。其三，只有当参与人的行为与正犯结果之间具有因果性时，才承担既遂犯的刑事责任，故共同犯罪的认定应当以因果性为核心。完全没有必要提出和回答“共同犯罪犯的是什么罪”之类的问题。在刑法理论与司法实践中，可以淡化“共同犯罪”概念。

关键词：共同犯罪 认定方法 不法 正犯 因果性

一、传统认定方法的缺陷

按照我国传统刑法理论，成立共同犯罪必须具备三个条件：第一，“共同犯罪的主体，必须是两个以上达到刑事责任年龄、具有刑事责任能力的人或者单位”；第二，“构成共同犯罪必须二人以上具有共同的犯罪行为”，“各行为人所实施的行为，必须是犯罪行为，否则不可能构成共同犯罪”；第三，“构成共同犯罪必须二人以上具有共同的犯罪故意。”〔1〕显然，认定共同犯罪的传统方法是，不区分共同犯罪的不同形态，统一确定共同犯罪的成立条件；符合共同犯罪成立条件的，即认定为共同犯罪；共同犯罪中的参与者便是共犯人。〔2〕

* 清华大学法学院教授。

〔1〕 高铭喧、马克昌主编：《刑法学》，北京大学出版社、高等教育出版社2011年版，第163页以下。

〔2〕 如所周知，“共犯”一词具有不同含义，有时指广义的共犯，有时指狭义的共犯；有时侧重于行为，有时侧重于行为人。“共犯”一词在本文中也具有不同含义，相信读者容易识别。此外，如后所述，虽然笔者主张淡化“共同犯罪”概念，但由于本文针对的是传统观点，故不得不使用这一概念。

这种方法有三个基本特点：一是不区分不法与责任，混合认定共同犯罪是否成立。在上述三个条件中，第一个基本上是责任条件，第二个是违法条件，第三个又是责任条件。^{〔3〕}二是不区分正犯与狭义的共犯，整体认定共同犯罪是否成立。上述三个条件讨论的是二人以上是否成立共同犯罪，而不是在确定正犯后，讨论哪些人成立狭义的共犯（教唆犯与帮助犯）。三是仅判断共犯人是否实施了共同的犯罪行为，而不分别考察共犯人的行为与结果之间是否具有因果性，^{〔4〕}抽象认定共同犯罪是否成立。

（一）混合认定共同犯罪的缺陷

混合认定共同犯罪，表现为同时在不法与责任层面认定共同犯罪，而且先判断责任，再判断不法。这种认定方法存在明显缺陷。

1. 不利于处理没有责任的人参与共同犯罪的案件

例1：15周岁的甲入户盗窃时，请17周岁的乙为其望风。在乙的帮助下，甲顺利窃取了丙的2万元现金。按照通说，由于甲没有达到责任年龄，故甲与乙不成立共同犯罪，对乙不能以共犯论处。但是，这种结论不能被人接受。既然乙为16周岁的盗窃犯望风应以盗窃罪论处，那么，当其为15周岁的人望风时，也应以盗窃罪论处。或许有人认为，对乙的行为可以直接以单个人犯盗窃罪论处。然而，其一，对乙不可能以直接正犯论处，因为乙没有直接实施将丙占有的财物转移给自己或第三者占有的实行行为，其望风行为根本不符合盗窃罪直接正犯的条件。其二，对乙也不可能以间接正犯论处，因为只有作为幕后人控制或者支配了构成要件实现的人，才是间接正犯。^{〔5〕}乙应邀为甲望风的行为，不可能成立间接正犯。由此可见，传统方法不利于共犯的认定。当直接实施构成要件行为的人缺乏责任能力、违法性认识的可能性、期待可能性等其他责任要素时，也存在完全相同的问题。

2. 不利于处理他人参与本犯的不可罚的事后行为的案件

例2：本犯甲盗窃大型赃物后，需要特殊工具分割赃物以便窝藏；乙知道真相却将特殊工具提供给甲，甲使用该工具顺利分割、窝藏了赃物。乙的行为是否成立赃物犯罪？按照传统观点，本犯不能成为赃物犯罪的主体，于是，乙与甲不构成共同犯罪。乙的行为也不是赃物犯罪的实行行为，故不成立赃物犯罪。但是，这种结论难以被人接受（参见本文第二部分）。

不难看出，传统的认定方法之所以难以处理上述案件，一个重要原因是没有将犯罪的实体区分为不法与责任，没有认识到共同犯罪是一种不法形态，从而导致责任判断在前。然而，责任是对不法的非难可能性，不是一种单纯的心理状态，也不是一种单纯的行为意志或者行动计划。只有确定了不法之后，才能判断有无责任，而不能相反。

（二）整体认定共同犯罪的缺陷

整体认定共同犯罪，表现为将二人以上的行为作为整体，进而判断该整体是否成立共

〔3〕 根据行为无价值论的观点，第三个条件是主观违法要素。

〔4〕 诚然，通说也认为，共同犯罪行为与危害结果之间具有因果性。但是，通说强调的是共同犯罪行为作为有机整体与危害结果之间具有因果性（参见前引〔1〕，高铭喧等主编书，第164页）。而且，通说是在认定结局的意义上说明因果关系的，亦即，只要二人以上具有共同行为与共同故意，全部参与人的行为就与危害结果具有因果关系。

〔5〕 Vgl. C. Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II, C. H. Beck 2003, S. 22f; [日] 西田典之：《刑法总论》，弘文堂2010年版，第328页。

同犯罪，并且同时确定共同犯罪的性质；得出成立共同犯罪的结论之后，对各共犯人按照该罪定罪，接着再考虑共犯人在共同犯罪中所起的作用，并依此量刑。这种认定方法存在诸多问题。

1. 难以判断“共同的”犯罪行为

在部分共同正犯案件中（如参与人均手持凶器对被害人实施伤害行为），一般容易认定参与人存在共同的犯罪行为。但是，在共犯人以教唆、帮助的方式参与犯罪时，则难以判断是否存在共同的犯罪行为，因为“共同”包含了“相同”的意思。而犯罪的认定是一个从事实认定到规范评价的过程，如若在事实认定阶段就否定了共同行为，则无论如何也不能认定为共犯。正犯行为是符合分则规定的基本构成要件的行为，而教唆行为、帮助行为则不是。尤其是帮助行为，因为缺乏定型性而与正犯行为存在明显区别；看似日常生活行为，也可能成立帮助行为。所以，很难认定帮助行为与正犯行为是相同的行为。

例3：甲坐上乙驾驶的出租车后，发现前方丙女手上提着包，就让乙靠近丙行驶。乙知道甲的用意，依然靠近丙行驶。甲夺得丙的提包后，让乙加速，乙立即提速并将甲送往目的地。在本案中，难以认为乙与甲有“共同的犯罪行为”。因为在离开甲的行为孤立地判断乙的行为时，根本不能得出乙实施了“犯罪行为”的结论，甚至可能认为乙实施的是正当业务行为。其实，传统的认定方法是一种循环论证：在肯定了乙是共犯的情况下，才说乙的行为是犯罪行为。可是，基于什么理由肯定乙是共犯？又不得不说乙实施了犯罪行为。

2. 难以认定“共同的”故意

例4：甲向乙提议“收拾丙”，乙同意并与甲共同对丙实施暴力，致丙死亡。事后查明，甲有杀人故意，乙仅有伤害故意，二者的故意内容并不相同。通说指出：“如果实施犯罪时故意的内容不同，就背离了共同犯罪故意的本意，因而也不能构成共同犯罪。例如一人基于伤害的故意，另一人是基于杀人的故意，即使先后或同时对同一对象实施的，也不能视为共同犯罪，只能按照各自的罪过和行为分别处理。”〔6〕可是，倘若不将本案认定为共同犯罪，又不能查明是谁的行为直接造成了被害人死亡时，就只能认定二人分别成立故意杀人未遂与故意伤害未遂。但这一结论并不妥当，也不符合共同犯罪的立法本旨（参见本文第二部分）。如果既否认共同犯罪，又强行让甲、乙均对死亡负责，则违反存疑时有利于被告的原则。反过来说，只有将甲、乙认定为共同正犯，才能使案件得到妥当处理。通说显然没有为类似案件提供处理根据。其实，参与一起具体犯罪的人，既可能有相同的故意，也可能有不同的故意；要求故意内容相同，必然导致许多案件难以得到妥当处理。

不仅如此，通说还自相矛盾。例如通说认为，“共同犯罪故意的认识内容，包括……共同犯罪人认识到自己与他人互相配合共同实施犯罪”；同时指出，在片面帮助的情形下，“由于毕竟帮助他人犯罪，比较起来，还是以从犯处理为宜”。〔7〕可是，在片面帮助の場合，只是帮助犯主动配合正犯，而正犯并没有配合帮助犯，这不符合“相互配合”的要件。

3. 难以认定身份犯的共犯

例5：普通公民乙唆使国有公司出纳甲将公司保险柜内的现金据为己有。某日深夜，二

〔6〕 王作富主编：《刑法》，中国人民大学出版社2009年版，第138页。

〔7〕 前引〔1〕，高铭暄等主编书，第165页以下。

人到达现场，乙撬开财务室铁门，甲用其掌管的钥匙打开保险柜，取走了10万元现金。

由于传统的认定方法要求二人以上具有共同故意与共同行为，所以，当二人参与的犯罪是身份犯，而其中只有一人具备身份时，有身份者利用其身份实施的行为与无身份者的行为具有不同性质，于是出现认定上的困难。也正因为如此，我国刑法理论与司法实践一直讨论的问题是，类似例5这样的案件，应如何确定共同犯罪的性质？司法解释的观点是，应当按照主犯犯罪的基本特征来确定共同犯罪的性质。^{〔8〕}但是，这种观点存在明显的缺陷：首先，在我国，行为人在共同犯罪中所起的作用大小，只是量刑的依据，而不是定罪的依据；司法解释的观点导致先确定量刑情节后认定犯罪性质。其次，如果无身份者与有身份者在共同犯罪中都起相同的主要作用，便无法确定罪名。在例5中，很难认为二人的作用有明显差异。刑法理论虽然认为应当以正犯的行为性质确定共同犯罪的性质，但这种整体认定的方法，意味着非身份者与身份者的罪名必须相同，其结论明显不当（参见本文第二、三部分）。

4. 难以贯彻共犯从属性原理

“与正犯一样，共犯的处罚根据在于引起了法益侵害的危险性，这得到了广泛的认同。如果共犯的处罚根据与正犯的处罚根据相同，那么，对于共犯在什么阶段可以作为未遂犯处罚这一问题的回答，与对于正犯在什么阶段可以作为未遂犯处罚这一问题的回答，应当基本上是相同的。”^{〔9〕}如后所述，之所以处罚共犯，是因为共犯通过促使或者帮助正犯实施实行行为，参与引起了法益侵害结果（包括危险）。因此，将正犯着手实行犯罪作为处罚共犯的条件，实属理所当然。^{〔10〕}亦即，只有当正犯着手实行犯罪，使法益遭受紧迫危险时，才能处罚教唆犯、帮助犯。这正是共犯从属性说的结论。坚持共犯从属性说，使罪刑法定主义得以坚持，构成要件的机能得以维护，共犯的处罚界限得以明确；会“避免刑法将所有与结果具有因果性的行为都视为狭义的共犯，以致造成刑法界限之过度泛滥，严重破坏法的安定性”。^{〔11〕}因此，坚持共犯从属性说，有利于防止处罚不当罚的行为。事实上，当教唆者只是说了一句“杀死某人”时，即使对方完全默许，但仅此还没有处罚的必要。^{〔12〕}因为在被教唆者没有实施威胁法益的行为时，即使不处罚教唆者，也可以确保国民的平稳生活。同样，当乙提供一把刀给甲，但甲没有使用刀实行犯罪时，对乙也不应以犯罪论处。否则，许多正当行为都会受到司法机关的怀疑，从而侵害国民的自由。共犯从属性还可以从我国刑法分则有关共犯行为正犯化的规定中找到法律根据。^{〔13〕}但是，整体地认定共同犯罪，意味着并不是先判断谁是正犯，而是整体地判断谁和谁成立共同犯罪，这便不可能贯彻共犯从属性原理。我国司法机关经常对共同犯罪案件进行分案审理，并且先审理帮助犯，再将帮助犯的成立作为认定正犯的依据。这种本末倒置的做法，没有以共犯从属性为前提，

〔8〕 参见最高人民法院、最高人民检察院1985年《关于当前办理经济犯罪案件中具体应用法律的若干问题的解答（试行）》。

〔9〕 [日] 佐伯仁志：《教唆の未遂》，载 [日] 阿部纯二等编：《刑法基本讲座》第4卷，法学书院1992年版，第209页。

〔10〕 参见 [日] 平野龙一：《刑法总论II》，有斐阁1975年版，第347页以下。

〔11〕 何庆仁：《我国刑法中教唆犯两种涵义》，《法学研究》2004年第5期。

〔12〕 参见 [日] 前田雅英：《刑法总论讲义》，东京大学出版会2011年版，第464页。

〔13〕 参见周光权：《“被教唆的人没有犯被教唆的罪”之理解》，《法学研究》2013年第4期。

也容易造成冤假错案。

不难看出，传统认定方法之所以存在缺陷，是因为没有以正犯为中心认定共同犯罪。^{〔14〕}整体认定共同犯罪的思路，导致人们思考、提出和回答一些没有意义的问题，进而影响对参与人行为的认定。例如，当某人说甲与乙构成共同犯罪时，对方一般会问：“甲与乙构成何种共同犯罪？”或者会问：“甲与乙的共同犯罪的性质是什么？”其实，这类问题不仅没有任何意义，而且会导致定罪的困难。

例6：甲、乙与丙女共谋勒索财物。由丙女假装卖淫勾引被害人后，甲、乙立即到现场，丙女迅速离开，甲、乙向被害人勒索财物。在被害人识破真相后，甲、乙使用暴力抢劫被害人的财物。倘若要问：“甲、乙、丙构成什么共同犯罪？”结局是，既不能回答构成抢劫罪的共同犯罪，也不能回答构成敲诈勒索罪的共同犯罪。

（三）抽象认定共同犯罪的缺陷

抽象判断参与人是否实施了所谓犯罪行为，而不具体考察其行为与结果之间是否具有因果性的传统认定方法，要么不当扩大了共犯的范围，要么不当扩大了既遂犯的范围。

1. 不当扩大共犯的处罚范围

例7：甲潜入丙家盗窃时，恰好被乙发现。乙知道甲会盗窃，就主动为甲望风，但甲对此并不知情，乙的望风行为在客观上也没有对甲的盗窃起作用。按照传统的认定方法，乙实施了帮助行为，且有帮助故意，成立盗窃罪的共犯。但是，在例7中，乙的行为与甲窃取他人财物的结果之间没有因果性，事实上也没有促进甲的盗窃行为。将乙以盗窃罪的共犯论处，没有根据。

2. 不当扩大既遂犯的处罚范围

这表现为两种情形：一是没有充分考虑共犯行为与正犯结果之间是否具有因果性；二是没有充分考虑共犯脱离的情形。

例8：甲意欲盗窃他人的汽车，让乙提供了用于盗窃汽车的钥匙，但甲在使用乙提供的钥匙时，却不能打开车门。于是，甲用其他方法盗走了汽车。按照传统的认定方法，乙与甲有盗窃的共同故意和共同行为，成立盗窃罪的共犯，乙对盗走汽车的结果承担刑事责任。^{〔15〕}可是，乙虽然对甲盗窃汽车实施了帮助行为，但其帮助行为与甲盗窃既遂的结果之间，既没有物理的因果性，也没有心理的因果性；让乙承担盗窃既遂的刑事责任，明显不当。

例9：“甲、乙共谋杀害丙，相约翌日到丙家共同将丙杀死；甲如期到丙家，而乙未去，甲一人将丙杀死。”通说指出：“共谋……是共同犯罪预备行为，共谋而未实行者无疑亦具备成立共同犯罪所需要的主客观要件。……甲一人杀死丙的行为与乙参与密谋杀人是密不可分的，乙同样应负杀人罪既遂的罪责。”^{〔16〕}显然，通说是以共谋属于预备行为因而是犯罪行为为由，来论证乙应当负杀人既遂责任的。然而，杀人预备行为不可能致人死亡。所

〔14〕 如通说认为，“所谓共同的犯罪行为，指各行为人的行为都指向同一犯罪，互相联系，互相配合，形成一个统一的犯罪活动整体”（前引〔1〕，高铭喧等主编书，第163页）。

〔15〕 例如，通说指出：“只要属于整个犯罪的行为有机体中任何一个实行犯的行为直接造成了犯罪结果，整个犯罪便告完成和既遂，全体犯罪人都必须负犯罪既遂之责”（高铭喧主编：《刑法专论》上编，高等教育出版社2002年版，第330页）。

〔16〕 前引〔15〕，高铭喧主编书，第363页。

以,在例9中,必须讨论乙是否脱离了共犯关系。亦即,必须考察乙先前与甲共谋的行为,与丙的死亡结果之间是否具有物理的或者心理的因果性,但通说并没有这样做。

不难看出,认定共同犯罪的传统方法,之所以不能对例7、例8得出正确结论,也难以对例9的不同情形得出妥当结论和提出适当理由,^[17]是因为其只是抽象地判断共同犯罪的成立范围,而没有具体考察各共犯行为与结果之间的因果性。

针对传统方法的上述缺陷,根据共同犯罪的特点,本文就共同犯罪的认定,提出以不法为重心、以正犯为中心、以因果性为核心的基本方法。

二、以不法为重心

共同犯罪是不法形态。^[18]处理共同犯罪案件时,应当首先从不法层面判断是否成立共同犯罪;^[19]然后从责任层面个别地判断,各参与人是否具有责任以及具有何种责任。换言之,共同犯罪的特殊性只是表现在不法层面,共同犯罪的立法与理论只是解决不法层面的问题;在责任层面,共同犯罪与单个人犯罪没有区别。所以,必须以不法为重心认定共同犯罪。

从实质的观点进行考察,只有具备了以下两个条件,才能被认定为犯罪:其一,发生了违法事实(违法性);其二,能够就违法事实进行非难(有责性)。据此,犯罪的实体是违法性与有责性。^[20]但是,由于刑法实行罪刑法定原则,所以,只有符合构成要件的违法行为,才能成为犯罪的实体之一。责任是对不法的责任,^[21]是针对符合构成要件的违法事实的非难可能性,所以,不法是责任的前提。现实生活中存在“没有责任的不法”(行为符合构成要件且违法,却没有责任),但绝对不存在“没有不法的责任”(行为不符合构成要件或者不违法,但行为人却有责任)。基于同样的理由,认定犯罪必须依照从不法到责任的次序,而不能相反。^[22]

刑法总则有关共同犯罪的立法所要解决的问题是,应当将不法事实归属于哪些参与人的行为。就具体案件而言,认定二人以上的行为是否成立共同犯罪,只是解决二人以上参与人的客观归责问题,或者说,只是认定二人以上的行为是不是造成法益侵害结果(包括危险)的原因。只要认定共同犯罪成立,就要将法益侵害结果客观地归属于参与人的行为(不论参与人是否具有主观责任)。至于各参与人对归属于他的结果是否承担主观责任,则需要个别判断。但参与人是否具有责任以及具有何种责任,在共同犯罪中没有任何特殊性。

例10:甲与乙基于意思联络共同向丙开枪,甲射中丙的胸部,致丙死亡;乙射中丙的

[17] 在我国,“共谋”一词实际上包含了不同的情形。由于例9的案情过于简单,故乙应对丙的死亡负责还需要具体判断,不可得出唯一结论。

[18] 本文在三阶层体系下展开讨论,所谓“不法”是指行为符合构成要件且具有违法性。

[19] “犯罪”一词有时仅在不法层面而言,有时在不法且有责的意义上而言(参见张明楷:《犯罪构成体系与构成要件要素》,北京大学出版社2010年版,第70页以下)。与之相应,“共同犯罪”既可能仅指不法层面的共同犯罪,也可能指不法且有责意义上的共同犯罪。

[20] 参见[德]乌尔斯·金德霍伊泽尔:《论犯罪构造的逻辑》,徐凌波、蔡桂生译,《中外法学》2014年第1期;前引[12],前田雅英书,第29页。

[21] Vgl. C. Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Aufl., C. H. Beck 2006, S. 226.

[22] 参见前引[19],张明楷书,第49页以下。

大腿，造成丙轻伤。在本案中即使不考察乙的行为，也能认定甲的行为造成了丙的死亡结果。甲若具备杀人故意等责任要件，便成立故意杀人既遂。但是，倘若单独认定乙的行为，则不能将丙的死亡归属于乙的行为。即使乙具备杀人故意等责任要件，也仅成立故意杀人未遂；倘若乙仅具有伤害的故意，则仅成立故意伤害（轻伤）罪。但是，这种结论明显不当。共同犯罪的立法与理论，就是为了将丙的死亡结果客观归责于乙的行为。亦即，只要认定乙的行为与丙的死亡结果之间具有因果性，那么，丙的死亡结果也要归属于乙的行为。如果乙具备杀人故意等责任要件，便成立故意杀人既遂。但是，倘若乙仅具有伤害的故意，即使乙的行为与丙的死亡结果之间具有因果性，也不能因为甲具有杀人故意，而认定乙构成故意杀人罪，而只能按照乙的责任内容，认定为故意伤害致死。

由此可见，认定共同犯罪，实际上解决的只是不法问题。亦即，哪些参与人的行为与结果之间具有因果性，并据此应当将结果归属于其行为。至于各参与人的责任如何，则不是共同犯罪的立法与理论所要解决的问题。既然如此，司法实践就必须以不法为重心认定共同犯罪。

“违法（原则上）是连带的，责任是个别的”的命题，^[23]也说明了共同犯罪是不法形态。如所周知，责任是不可能连带的。“‘责任’的判断，在法政策上与对实施了符合构成要件的违法行为的人科处作为犯罪的法律后果的刑罚是否妥当的判断相联系。”^[24]根据责任主义的要求，即使行为符合构成要件且违法，但倘若行为人没有责任，就不能以犯罪论处，不得科处刑罚。显而易见的是，在判断参与人是否值得处罚时，只能以每个参与人是否具有责任为根据，而不能因为此参与人有责任，便处罚彼参与人。事实上，责任能力、责任年龄、故意内容、违法性认识的可能性与期待可能性等责任要素，都只能进行个别判断。参与人甲具有责任能力，不意味着参与人乙也具有责任能力；参与人A具有期待可能性，不等于参与人B也具有期待可能性。^[25]在例10中，应当认定甲与乙的行为共同造成了丙的死亡（因为乙的行为与丙的死亡之间具有心理的因果性），丙的死亡结果必须归属于二者的行为，二者的行为都是违法的（违法的连带性）。但如上所述，不能因为这一点而让二者都承担故意杀人罪的责任，而是必须分别判断甲、乙二人的责任要素。倘若甲完全具备故意杀人罪的责任要素，而乙是没有责任能力的精神病患者，则甲构成故意杀人罪，乙无罪（责任是个别的）。

例11：16周岁的甲与13周岁的乙共同轮流奸淫了幼女丙。由于二人共同实行不法行为，所以，丙遭受轮流奸淫的结果不仅要归属于甲的行为，而且要归属于乙的行为，据此，二人成立轮奸。即使乙没有达到责任年龄，对甲也要以轮奸论处。^[26]不难看出，参与人是否具备责任要素，不影响能否将结果归属于其行为。这也说明，共同犯罪是不法形态。

正犯的处罚根据与单个人犯罪的处罚根据相同。在共犯处罚根据问题上，责任共犯论

[23] 参见[日]山口厚：《刑法总论》，有斐阁2007年版，第300页。

[24] [日]内藤谦：《刑法讲义总论（下）I》，有斐阁1991年版，第737页。

[25] 正因为如此，德国刑法第29条规定：“对每一个参与人的处罚，都不得考虑其他人的责任，只能根据参与人自身的责任处罚。”

[26] 传统观点认为，对甲不能以轮奸论处（参见王作富主编：《刑法分则实务研究》中，中国方正出版社2010年版，第855页）。但是，这样的结论存在诸多缺陷（参见钱叶六：《“轮奸”情节认定中的争议问题研讨》，《江淮论坛》2010年第5期）。

的缺陷与因果共犯论的优势，正好也说明共同犯罪是不法形态。

责任共犯论认为，共犯因为将正犯引诱至责任与刑罚中而受处罚。其经典表述是，“正犯实行了杀人行为，教唆犯制造了杀人犯。”根据责任共犯论，共犯的成立以正犯具有构成要件符合性、违法性、有责性为前提（极端从属性说）。可见，责任共犯论实际上认为共同犯罪是不法且有责的形态。根据责任共犯论，甲唆使乙重伤甲自己的身体的，乙成立故意伤害罪，甲成立故意伤害罪的教唆犯。但这种观点明显不当。此外，根据责任共犯论，共犯尤其是教唆犯的危害在于使被教唆者堕落。换言之，不管被教唆者实施何种犯罪，教唆犯侵害的都是被教唆者的自由、名誉、社会地位等综合性利益。然而，若说教唆犯是一种“堕落罪”，刑法就应当对其规定独立的法定刑。可是，一方面，教唆犯与正犯侵害的法益是相同的，如故意伤害罪的教唆犯与其正犯所侵害的法益一样，都是被害人的身体健康。另一方面，各国刑法并没有对教唆犯规定独立的法定刑。^[27] 责任共犯论的缺陷使其完全衰退，而只具有学说史上的意义。^[28] 之所以如此，就是因为它没有将共同犯罪视为不法形态，而是将不法与责任混合在一起认定共同犯罪，这正好映证了共同犯罪是不法形态。

当今的通说为因果共犯论。^[29] “因果共犯论的观点是，‘之所以处罚共犯，是因为其与他人引起的法益侵害之间具有因果性’，也称为惹起说。亦即，所谓共犯，是指将其他参与人作为媒介而间接地侵害法益的行为。因此，受侵害的法益相对于共犯者自身而言，也必须是应受保护的。”^[30] 如A请求正犯B杀害自己（A），正犯B杀害A未遂。虽然A的承诺无效，B的行为成立故意杀人罪，但刑法并不将A间接侵害自己生命的行为以犯罪论处，故A的行为不可罚。^[31] 因果共犯论内部又分为纯粹惹起说、混合惹起说、修正惹起说，^[32] 但都没有将责任的内容纳入共同犯罪中。

本文认为，与单个人犯罪的本质一样，共同犯罪的本质也是侵害法益。单独正犯表现为直接引起法益侵害，共同正犯表现为共同引起法益侵害，间接正犯通过支配他人的行为引起法益侵害，教唆犯与帮助犯则通过正犯间接引起法益侵害。换言之，共犯的处罚根据，在于共犯通过正犯间接地侵害了法益，即，处罚共犯是因为其诱使、促成了正犯直接造成的法益侵害。

共犯的违法性由来自于共犯行为自身的违法性和正犯行为的违法性。共犯行为自身的违法性，并不是指共犯行为本身具有行为无价值，而是指共犯不具有违法阻却事由（承认违法的相对性）。其一，正犯必须实施了符合构成要件的违法行为，否则，不能处罚教唆者与帮助者。所以，教唆未遂（教唆行为失败）是不可罚的，但未遂的教唆（被教唆者着手实行犯罪而未得逞）具有可罚性。其二，在正犯实施了符合构成要件的违法行为时，只要共犯没有违法阻却事由，就必须肯定共犯行为也是违法的。换言之，如果正犯侵犯的法益，

[27] 参见[日]松原芳博：《刑法总论》，日本评论社2013年版，第368页。

[28] 参见前引[5]，Roxin书，第133页。

[29] 除了责任共犯论与因果共犯论以外，还存在违法共犯论。此说也认为，共犯的成立只要求正犯的行为具备构成要件符合性与违法性。可见，违法共犯论同样承认共同犯罪是不法形态。

[30] 前引[5]，西田典之书，第336页以下。

[31] 违法共犯论否认违法的相对性，认为A使正犯B实施了杀人未遂的违法行为，故成立故意杀人罪的教唆犯。但这种结论不合理。

[32] 参见[日]曾根威彦：《刑法学基础》，黎宏译，法律出版社2005年版，第137页以下。

不是教唆者、帮助者不得损害的法益（共犯具有违法阻却事由），则只有正犯的行为成立犯罪。概言之，只有当共犯不具有违法阻却事由时，才能承认违法的连带性。反过来说，应当在例外情况下承认违法的相对性。本文赞同的这种因果共犯论，正好说明共同犯罪是不法形态。

由于共同犯罪是不法形态，而不法是指行为符合构成要件且违法，所以，在认定共同犯罪时，首先要判断参与人中谁的行为符合什么罪的构成要件，法益侵害结果由哪些人的行为造成（或者说，哪些人的行为对结果的发生做出了贡献）。这方面的判断可谓构成要件符合性的判断，基本上表现为共犯的因果性的判断（参见本文第四部分）。

在前述例1中，15周岁的甲入户盗窃造成了他人财产损失的结果（实施了符合盗窃罪构成要件的行为），17周岁的乙的望风行为与结果之间具有心理的因果性。所以，该结果应当归属于乙的行为。在不法层面，甲是正犯，乙是帮助犯或者从犯。在此前提下，分别判断各自的责任。由于甲没有达到责任年龄，其行为最终不成立犯罪。乙具备各种责任要素，最终成立盗窃罪，而且应以从犯论处。基于同样的理由与认定方法，倘若例1中的甲是缺乏其他责任要素的人，乙也成立盗窃罪的从犯。

在例2中，第三者帮助本犯窝藏赃物的行为是否成立共犯，取决于不处罚本犯的根据何在。如果说不处罚本犯，是因为本犯窝藏赃物的行为不具备构成要件符合性或不违法，那么，第三者的帮助行为也没有违法性，因而不可能构成共犯。反之，如果本犯窝藏赃物的行为具备构成要件符合性且违法，只是缺乏有责性，则第三者的帮助行为也具有违法性，因而与本犯在不法层面成立共同犯罪；本犯只是由于缺乏有责性而不可罚，第三者如果具有责任，则依然成立共犯。如所周知，德国、日本等国刑法将赃物犯罪规定在财产罪中，盗窃犯（本犯）盗窃了他人财物后再窝藏赃物的，之所以不成立赃物犯罪，是因为没有侵犯新的法益（财产）；本犯实施的窝藏行为，属于不可罚的事后行为。^[33]在这种情况下，对于第三者帮助本犯窝藏赃物的行为，难以认定为犯罪。但在我国，赃物犯罪属于妨害司法的犯罪，盗窃犯（本犯）窃取他人财物后再实施窝藏等行为的，也妨害了司法，具备构成要件符合性与违法性。本犯之所以不成立赃物犯罪，不是因为缺乏新的法益，而是因为缺乏期待可能性（即缺乏责任）。根据限制从属性原理，只要正犯（例2中的本犯甲）的行为具备构成要件符合性与违法性，共犯便能成立。所以，如果认识到共同犯罪是不法形态，那么，就可以得出如下结论：第三者帮助本犯窝藏赃物的，也与本犯成立赃物犯罪的共同犯罪；本犯是正犯，第三者是共犯。但是，由于本犯不具有期待可能性而不可罚，第三者并不缺乏期待可能性，故依然成立赃物犯罪的从犯。例2中的乙便是如此。

在通常情况下，行为符合构成要件就能推定其具有违法性。但是，由于法益主体对自己的法益造成的损害不可能具有违法性（如伤害自己的身体、毁损自己的财物的行为并不违法），而法益主体完全可能与他人共同损害自己的法益，所以，在共同犯罪中，各参与人的行为的违法性可能具有相对性，因而需要进一步在违法性层面做出判断。

例12：甲、乙、丙三名逃犯共同计划，如果有人追捕就开枪射击。在夜间逃亡的过程中，逃犯甲错将同案犯乙当作追捕者，以杀人的故意向其射击，但没有造成乙死亡。德国

[33] 参见[日]山口厚：《刑法各论》，有斐阁2010年版，第349页以下。

联邦最高法院的判决认为,对被害人乙也要以谋杀未遂论处。^[34]德国也有学者支持这一判决结论。^[35]诚然,如果甲射击的是追捕者或者其他入,三名逃犯都要承担刑事责任。因为相对于三名逃犯而言,其他任何人的生命都是其不得损害的法益。但是,乙的生命、身体虽然是甲、丙不得损害的法益,但并不是乙不得损害的法益。既然如此,就必须承认,乙与甲、丙的共谋行为虽然与乙的生命危险之间具有心理的因果性,但是,由于乙给自己的生命造成的危险的违法性被阻却,故在不法层面,只有甲与丙成立共同犯罪。不难看出,违法的连带性不是绝对的。

综上所述,共同犯罪是不法形态,其特殊性仅在于不法层面。当然,这并不意味着最终意义上的共同犯罪不需要责任,而是说对共同犯罪中各参与人的责任的认定,与单个人犯罪的责任认定没有区别(当然,各共犯人的故意认识内容会有所不同)。所以,在认定共同犯罪时,没有必要,也不应当将责任内容作为重要问题。既不能将责任要素作为判断共同犯罪成立与否的条件,更不能先判断责任后判断不法。“共同犯罪”也不意味着各参与人最终均成立犯罪。其一,虽然在不法层面成立共同犯罪,但其中的部分参与人可能因为缺乏责任要素,而最终不成立犯罪,仅部分参与人成立犯罪。例1便是如此。其二,即使所有参与人均有所谓的共同行为与共同故意,但部分参与人可能存在违法阻却事由而不成立共犯。例12即如此。其三,由于共同犯罪只是不法形态,而参与人的行为最终构成何罪还取决于责任内容,所以,在最终成立共同犯罪的情况下,虽然所有参与人都成立犯罪,但完全可能成立不同罪名的犯罪。在例4中,甲成立故意杀人罪,乙成立故意伤害(致死)罪;在例6中,甲、乙成立抢劫罪,丙成立敲诈勒索罪。

或许有人认为,本文观点违反刑法第25条第1款。该款规定:“共同犯罪是指二人以上共同故意犯罪。”我国传统理论与司法实践正是以对此款的一种解释结论(强调“共同故意”)为依据的。然而,对任何一个法条都可能做出两种以上的解释,解释者不应当将其中一种解释结论当作真理,也不得将自己的前理解当作教义。在本文看来,刑法第25条第1款只是将共同犯罪限定在故意犯罪之内,而不是要求二人以上具有相同的故意。倘若要在上述规定中加一个“去”字,就应当说“共同犯罪是指二人以上共同去故意犯罪”,而不是说“共同犯罪是指二人以上共同故意去犯罪”。^[36]所以,该款规定并没有否认共同犯罪是一种不法形态。刑法第25条第2款规定:“二人以上共同过失犯罪,不以共同犯罪论处;应当负刑事责任的,按照他们所犯的罪分别处罚。”这一规定明显承认了共同过失犯罪的事实,只是对共同过失犯罪不按共同犯罪论处而已。这也没有否认共同犯罪是一种不法形态。

三、以正犯为中心

共同犯罪分为简单的共同犯罪与复杂的共同犯罪。简单的共同犯罪是指共同正犯。^[37]

[34] BGHSt 11, 268.

[35] Vgl. H. Jeschck/T. Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Duncker & Humblot 1996, S. 675.

[36] 参见张明楷:《刑法学》,法律出版社2011年版,第348页以下。此外,也可能将该款解释为对共同正犯的规定。

[37] 因篇幅所限,本文不能对共同正犯的认定展开讨论,但本文提出的认定方法同样适用于共同正犯。共同正犯的特别之处只是在于,参与人究竟是成立共同正犯还是狭义的共犯,这是成立广义共犯之后的内部区分问题。

“复杂的共同犯罪，是指各共同犯罪人之间存在一定分工的共同犯罪。这种分工表现为：有的教唆他人使他人产生实行犯罪的故意，有的帮助他人实行犯罪使他人的犯罪易于实行，有的直接实行犯罪即实行该种犯罪构成客观要件的行为。”〔38〕 在不法层面，任何复杂的共同犯罪都有正犯，不可能存在没有正犯的共同犯罪。〔39〕 在认定复杂的共同犯罪时，不应当整体判断哪些人成立共同犯罪，而应当先判断正犯，再以正犯为中心判断其他参与人是否成立共犯。

“正犯是实现符合构成要件的实行行为这一过程中的中心人物或者核心人物。”〔40〕 因为犯罪的本质是侵害或者威胁法益，其具体表现为对法益造成侵害结果（包括危险），而支配这种结果发生的人正是正犯。所以，在处理共同犯罪案件时，先确认正犯，在正犯的行为符合构成要件且违法的前提下，再判断是否存在教唆犯、帮助犯，就变得相对容易。这是认定共同犯罪的最佳路径，没有必要抽象地讨论共同犯罪的成立条件。

正犯的行为与结果之间的因果关系（包括结果归属）是容易判断的。当甲持枪射中被害人心脏导致其死亡时，我们很容易将该死亡结果归属于甲的射击行为。在例1中，我们丝毫不会怀疑丙的2万元财产损失由甲的行为造成，而且能肯定甲的行为符合盗窃罪的构成要件，具有违法性。在肯定了甲的行为在不法层面成立盗窃罪之后，再判断乙的行为是否对甲的法益侵害做出了贡献，这就可以从不法层面得出乙是否成立盗窃罪从犯的结论。在例3中，人们很容易判断丙女的财产损失是由甲的行为造成的，因而能直接认定甲的行为成立抢夺罪。同样，在肯定了甲的行为成立抢夺罪之后，再判断乙的行为是否为甲的法益侵害做出了贡献，是否具有违法阻却事由，这就可以从不法层面得出乙是否成立抢夺罪从犯的结论。所以，以正犯为中心，可以使共同犯罪的认定更为容易。

根据在国内外居于通说地位的限制的正犯概念，“正犯原则上限于分则的构成要件所规定的行为”。〔41〕 既然如此，就可能单独认定正犯。亦即，不管教唆者、帮助者是否成立共犯，司法机关完全可以不依赖其他人而认定正犯。而且，正犯的认定与单个人犯罪（单独正犯）的认定没有区别。以正犯为中心，就意味着在认定了正犯之后，只需要进一步判断哪些参与人的行为成立狭义的共犯。如果不以正犯为中心，而是将原本可以明确认定的正犯，纳入所有参与人中进行整体判断，就不利于案件的妥当处理。

例13：甲、乙2000年曾因共同抢劫受过刑罚处罚。2011年七夕节下午，二人手机短信联系“骗个人来搞一下”。当晚二人将女丙骗上车并开车带至某公园。甲拉丙往树林里走，丙不愿意，乙朝丙大吼：“你知道我是谁吗？”丙很害怕。到树林后，甲一巴掌将丙打倒在地，并强迫丙脱掉衣服，丙不从，甲就对站在旁边的乙说：“你去拿刀。”乙知道甲这么说是为了吓唬丙，于是站着没动，也没说话。接着，甲强奸了丙，强奸时甲让乙翻丙的包。乙在附近一二米处从丙背包中获得手机一部、现金400元，二人均分。事后查明，关于共谋时说的“搞”，甲称是指劫色，乙称是指劫财。

显然，本例中的甲是强奸罪的正犯，即使不考虑乙的行为，也可以顺利地认定甲的行

〔38〕 前引〔1〕，高铭喧等主编书，第169页。

〔39〕 当然，当不法层面的正犯缺乏责任要素时，在责任层面就可能只有共犯，而没有正犯。

〔40〕 前引〔5〕，Roxin书，第9页。

〔41〕 同上书，第7页。

为成立强奸既遂。问题是，乙是否成立强奸罪的共犯？在这种场合，如果整体判断二人是否有共同的强奸故意、共同的强奸行为，反而不能得出妥当结论，因为起初的“共谋”并没有形成共同的犯罪故意。正确的做法是，先肯定甲的行为是符合强奸罪构成要件且违法的行为，成立强奸既遂。接下来判断乙的行为与甲的强奸既遂之间是否具有因果性。从作为角度来说，乙虽然在甲强奸丙之前对丙实施过暴力、胁迫行为，客观上对甲强奸既遂起到了促进作用，但此时乙并没有强奸的故意。就此而言，乙虽然是不法层面的共犯，但因为其缺乏故意，最终不能被认定为强奸罪的共犯。从不作为角度来看，乙此前实施的行为（包括将丙带至公园、对丙实施恐吓）客观上使丙处于孤立无援的境地，在当时的形势下使丙的性行为自主权陷入需要保护的状态，故乙对丙的性行为自主权具有保护义务，但乙没有履行这一义务，因而与丙被强奸的结果之间具有因果性，且乙具有帮助的故意，所以乙就强奸罪成立不作为的共犯。^[42]

根据共犯从属性的原理，对教唆犯与帮助犯的认定依赖于正犯，只有当正犯的行为具备构成要件符合性且违法时，教唆行为、帮助行为才可能成立犯罪。“如此认定的理由在于对共犯（教唆、帮助）的处罚根据的理解。亦即，这是因为，既然共犯的处罚根据与单独正犯一样，在于法益侵害（构成要件的结果）的引起（因果共犯论即惹起说），那么，如果没有产生作为处罚基础的法益侵害、危险，也就没有产生使刑法的介入、禁止（共犯处罚）正当化的事态。”^[43] 限制从属性的原理决定了，在共同犯罪的认定过程中，必须先认定正犯。只要正犯的行为具备构成要件符合性与违法性，即使没有责任，共犯也能成立。所以，共犯的从属性也要求以正犯为中心认定共犯。

从不法层面认定正犯后，再认定狭义的共犯，不仅克服了认定“共同的犯罪故意”、“共同的犯罪行为”的难题，贯彻了共犯从属性原理，因而容易认定普通犯罪的共犯，也容易解决身份犯的共犯问题。身份犯的共犯其实有如下三个方面的问题值得深入讨论：

其一，有身份者与无身份者的共同犯罪。

在有身份者与无身份者共同犯罪的案件中，同样要先认定正犯。成立身份犯的正犯，既要求行为人具有特殊身份，也要求行为人实施了符合构成要件的违法行为。

首先，无身份者不可能成为身份犯的正犯。这是因为，在身份犯中，身份是正犯必须具备的构成要件要素，而且与身份相联系的“利用自己身份的行为”也是正犯必须具备的构成要件要素。正犯的行为必须具备构成要件的全部要素。据此可以肯定，在例5中，普通公民乙不可能成为贪污罪的正犯，只有国家工作人员甲才能成为贪污罪的正犯。在甲是贪污罪正犯的情况下，乙便是贪污罪的共犯。

其次，认定身份犯的共犯，以正犯实施了符合构成要件的违法行为为前提。问题是，无身份者的行为符合非身份犯的构成要件时，应当如何处理？如前所述，以往的司法解释主张以主犯确定案件性质，但刑法理论的通说则主张按实行犯的性质确定案件性质。^[44] 其

[42] 相关的详尽理由及论证，参见姚诗：《先前行为与实行过限下知情共犯人的刑事责任》，《法学研究》2013年第5期。由于篇幅所限，本文不可能对不作为的共犯展开讨论。

[43] 前引〔23〕，山口厚书，第309页。

[44] 参见马克昌主编：《犯罪通论》，武汉大学出版社1999年版，第584页；林维：《真正身份犯之共犯问题展开》，《法学家》2013年第6期。

实，在有身份者与无身份者的共同犯罪案件中，完全可能存在这样的局面：有身份者的行为符合身份犯的构成要件，因而是身份犯的正犯；无身份者的行为符合非身份犯的构成要件，因而是非身份犯的正犯。对此，现行通说的观点是难以解决的。

在本文看来，应当肯定正犯的相对性，同时运用想象竞合犯的原理。其一，当有身份者为身份犯的正犯时，无身份者对正犯实施了教唆、帮助行为，也没有触犯其他犯罪的情况下，只能按照身份犯触犯的罪名定罪量刑。如一般公民教唆国家工作人员收受贿赂的，对一般公民只能认定为受贿罪（教唆犯）。其二，在有身份者与无身份者共同犯罪，有身份者为身份犯（贪污罪）的正犯（同时也是非身份犯即盗窃罪的正犯或者从犯），无身份者为非身份犯（盗窃罪）的正犯（同时也是身份犯即贪污罪的从犯），即无身份者与有身份者的共同犯罪行为同时触犯两个以上罪名时，应按照想象竞合犯的原理处罚：如果将其中一方认定为较重罪的从犯，导致对其处罚轻于将其认定为较轻罪的正犯时（即按较轻罪的正犯处罚更符合罪刑相适应原则时），则应将其认定为较轻罪的正犯。于是，有身份者与无身份者的罪名有可能不同。

由此可见，以正犯为中心并不意味着一概以身份犯为中心。刑法第382条规定，对内外勾结的行为以贪污罪的共犯论处，似乎表明以身份犯为中心。其实不然。刑法第382条的规定，一方面肯定了非身份者可以成立身份犯的共犯，另一方面是因为贪污罪的法定刑重于盗窃罪的法定刑，故规定对非身份犯以贪污罪的共犯论处。因此，倘若法定刑存在相反的情况，即如果非身份犯的法定刑更重时，以身份犯为中心认定共犯就会暴露出明显的缺陷。

其二，不同身份者的共同犯罪。

司法实践经常面临不同身份者共同犯罪时如何定罪的问题。按照本文的观点，只要以正犯为中心，且承认正犯的相对性，并运用想象竞合与法条竞合的原理，这一问题就非常容易解决。

例如，在面对非国有公司的工作人员甲，与国有公司委派到该非国有公司从事公务的国家工作人员乙，共同侵占该非国有公司的财产的案件时，不应当整体地认定二者构成何种共同犯罪，而是首先判断正犯。如果二人共同侵占财产时仅利用了国家工作人员乙的职务便利，则乙是贪污罪的正犯，甲是贪污罪的从犯。如果二人共同侵占财产时仅利用了甲的职务便利，则甲是职务侵占罪的正犯，乙的国家工作人员身份没有意义，仅成立职务侵占罪的从犯。如果分别利用了各自的职务便利，那么，甲既是职务侵占罪的正犯，也是贪污罪的从犯，乙既是贪污罪的正犯，也是职务侵占罪的从犯。此时，每个人都触犯了两个罪名，但由于只有一个行为，故应按想象竞合犯的原理从一重罪论处。如果将甲认定为贪污罪的从犯，导致对其处罚轻于将其认定为职务侵占罪的正犯时，则应将甲认定为职务侵占罪的正犯（此时，甲与乙虽然成立共同犯罪，但罪名不同）。〔45〕

再如，分管政法的党委副书记甲利用职务上的便利，指使法官乙将有罪的人宣告为无罪时，甲实施了滥用职权罪的正犯行为，也实施了徇私枉法罪的共犯（教唆）行为。由于

〔45〕 2000年通过的《最高人民法院关于审理贪污、职务侵占案件如何认定共同犯罪几个问题的解释》指出：“公司、企业或者其他单位中，不具有国家工作人员身份的人与国家工作人员勾结，分别利用各自的职务便利，共同将本单位财物非法占为己有的，按照主犯的犯罪性质定罪。”这一解释明显不当。既然一般公民与国家工作人员相勾结伙同贪污的，能成立贪污罪的共犯，那么，公司、企业人员更能构成贪污罪的共犯。

徇私枉法罪是滥用职权罪的特别条款，所以，乙实施的徇私枉法罪的正犯行为，也可谓滥用职权罪的正犯行为。于是，甲、乙均同时触犯滥用职权罪与徇私枉法罪。根据处理法条竞合的原则，对乙只能按徇私枉法罪论处；对甲则既可以按滥用职权罪的正犯论处，也可以按照徇私枉法罪的共犯（教唆犯）论处；此时需要比较法定刑的轻重，对甲应从一重罪论处。^[46]

其三，实施构成要件行为的人有身份却无责任。

例 14：普通公民 A 与公司出纳 B 关系密切。A 谎称要购买汽车，唆使 B 将公司资金挪给自己使用，并“保证”自己的定期存款两周后到期即可归还。B 信以为真，便将公司资金 30 万元挪出交给 A。A 使用该资金赌博并获利，在两周内将 30 万元归还给 B 所在的公司。

根据刑法第 272 条的规定，如果 B 知道 A 使用该资金赌博，便是挪用资金罪的正犯，A 则可能成立共犯。^[47] 但是，B 对于 A 使用 30 万元赌博的事实并不知情，没有认识到 A 利用资金进行非法活动，而是误以为 A 将资金用于购车，所以，缺乏挪用资金罪的故意。亦即，A 的行为客观上引起了 B 实施挪用资金的行为，但没有引起 B 挪用资金的故意。^[48] 按照刑法理论的传统观点，“所谓教唆，就是唆使具有刑事责任能力没有犯罪故意的人产生犯罪故意。”^[49] 于是，A 的行为不成立挪用资金罪的教唆犯。概言之，按照我国的传统观点，A 与 B 不能成立挪用资金罪的共同犯罪，且均不受刑罚处罚。

或许有人认为，A 成立挪用资金罪的间接正犯。但是，这种观点不能成立。挪用资金罪是真正身份犯，只有具备身份的人才可能成为正犯。间接正犯是正犯的一种，具有身份的人才可能成为身份犯的间接正犯。德国刑法理论与判例几乎没有争议地认为，在身份犯中，间接正犯必须具有身份，否则只能成立教唆犯与帮助犯。因为间接正犯是正犯而不是共犯，刑法规定的身份就是针对正犯而言的。^[50] 例如，德国学者指出：“在幕后欠缺作为该犯罪的构成要件的前提的特别资格时（真正身份犯），间接正犯被排除。”^[51] 德国联邦最高法院的判决也认为，无身份者不能成为身份犯的间接正犯。^[52] 如果认为身份犯的间接正犯可以不需要特殊身份，就必然使构成要件丧失定型性，进而违反罪刑法定原则。^[53] 例如，国家工作人员甲让妻子乙接收贿赂的，国家工作人员是受贿罪的正犯，其妻子为帮助犯；而非妻子是正犯，国家工作人员是帮助犯。^[54] 反之，即使乙胁迫甲索取贿赂，并由乙亲手接收贿赂，乙也不可能成立受贿罪的间接正犯。

[46] 参见前引 [36]，张明楷书，第 398 页。

[47] 另参见 1998 年通过《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。虽然本条是关于挪用公款罪的规定，但同样适用于挪用资金罪。

[48] 在 A 于三个月内将资金归还给 B 所在公司的前提下，B 挪用资金给 A 用于购车的“故意”，并不是刑法上的挪用资金罪的故意。

[49] 前引 [1]，高铭暄等主编书，第 176 页。

[50] 参见前引 [5]，Roxin 书，第 109 页，第 138 页；[德]冈特·施特拉腾韦特、洛塔尔·库伦：《刑法总论 I——犯罪论》，杨萌译，法律出版社 2006 年版，第 292 页，第 309 页。

[51] 前引 [35]，Jescheck 等书，第 664 页

[52] BGHSt 9.370，参见 [日]松宫孝明：《刑事立法と犯罪体系》，成文堂 2003 年版，第 259 页。

[53] 参见 [日]团藤重光：《刑法纲要总论》，创文社 1990 年版，第 155 页。

[54] 参见前引 [53]，团藤重光书，第 159 页；[日]大塚仁：《刑法概说（总论）》，有斐阁 2008 年版，第 162 页；前引 [23]，山口厚书，第 72 页。

然而，在例 14 中，得出 A 与 B 均不成立挪用资金罪的结论，并不合适。其实，只要以不法为重心、以正犯为中心、以共犯从属性原理为指导，上述案件就会迎刃而解：具有公司人员身份的 B，客观上实施了符合挪用资金罪构成要件（挪用资金进行非法活动）的违法行为，在不法层面是正犯，但由于其没有故意，即缺乏责任而不可罚。可是，根据限制从属性说，只要正犯的行为具备构成要件符合性与违法性，教唆犯与帮助犯就得以成立。由于 A 的教唆行为引起了正犯符合构成要件的违法行为，并且具备故意等责任要素，所以，A 成立挪用资金罪的教唆犯。^[55] 在实施构成要件行为的人有身份但不具备其他责任要素时，也是如此。

不难看出，以正犯为中心，在正犯行为符合构成要件且违法的前提下，再判断共犯成立与否，可以使共同犯罪的认定相当顺利，而且能够得出妥当的结论。基于同样的理由，在司法实践中，对于共同犯罪案件不应当分案审理，更不得先审理教唆犯、帮助犯，后审理正犯。因为在没有认定正犯的情况下，是不可能认定教唆犯与帮助犯的。

诚然，我国刑法并没有使用“正犯”这一概念，但刑法分则就单独犯罪的规定，实际上是关于正犯的规定。刑法总则关于教唆犯、帮助犯的规定，也从反面肯定了正犯。^[56] 所以，刑法实质上规定了正犯。正如刑法中并没有“犯罪构成”一词，但实际上规定了犯罪构成一样。有的学者以比较简单的共同犯罪案件为例，否认正犯概念的必要性，认为正犯概念对于解决行为人之间是否构成共同犯罪不起什么根本性作用。^[57] 也有学者认为：我国刑法采取了单一正犯体系，即所有参与犯罪的人均为正犯；“实行犯、教唆犯和帮助犯并无严格加以区分的必要……实行犯、教唆犯和帮助犯的行为都是互相联系、互相利用的，不能单独抽取出来进行独立的评价。”^[58] 其实，这样的观点显然旨在维护我国传统的共同犯罪理论及其认定方法，而没有发现问题的症结，没有认清共同犯罪的本质。事实上，如上所述，如果不是以正犯为中心，我们对许多案件束手无策。上述例 14 就充分说明了这一点。

四、以因果性为核心

由于犯罪有既遂与未遂之分，所以，在共同犯罪案件中，参与人是不是共犯人与参与人应否对法益侵害结果负责，是两个不同的问题。共犯的因果性问题，既关系到共犯成立与否，也关系到共犯应在什么范围内承担责任。

例 15：甲、乙二人同时开枪射击丙，但只有一发子弹击中丙。设定 A、B 两种情形：A 情形为，甲击中了丙；B 情形为，不能查明谁击中了丙。根据共同犯罪的立法，如果甲、乙二人成立共同犯罪，那么，在 A 情形中，乙也要对丙的死亡负责；在 B 情形中，甲、乙均要对丙的死亡负责。倘若甲、乙二人不成立共同犯罪，那么，在 A 情形中，乙仅成立杀人未遂；在 B 情形中，甲、乙均只成立杀人未遂。问题是，为什么一旦成立共同犯罪，甲、

[55] 参见张明楷：《共犯对正犯故意的从属性之否定》，《政法论坛》2010 年第 5 期。

[56] 参见钱叶六：《双层区分制下正犯与共犯的区分》，《法学研究》2012 年第 1 期。

[57] 参见杨兴培：《共同犯罪的正犯、帮助犯理论的反思与批评》，《法治研究》2012 年第 8 期。

[58] 刘明祥：《“被教唆的人没有犯被教唆的罪”之解释》，《法学研究》2011 年第 1 期。

乙二人就都要对丙的死亡结果承担刑事责任？或许人们会说，这是因为刑法的规定。可是，刑法为什么这样规定？答案只能是：因为丙的死亡结果能够归属于甲、乙二人的行为，或者说，甲、乙二人的行为与丙的死亡结果之间都具有因果性。所以，共犯的因果性成为共犯论中特别重要的内容。正如日本学者所言：“共犯论的核心，是能否认定共犯行为（共同或者间接）引起了法益侵害、危险的共犯的因果性问题，以及在具有因果性的前提下，将共犯构成要件限定在何种范围的共犯的限定性问题。”〔59〕

如前所述，认定共同犯罪必须以正犯为中心。在正犯行为不法时认定共犯是否成立，意味着认定共犯行为是否与正犯的不法之间具有因果性。如果具有因果性，在不法层面便成立共犯，进而判断参与人是否具有故意。问题在于，共犯行为是必须与正犯行为之间具有因果性，还是必须与正犯造成的结果（正犯结果）之间具有因果性？一般来说，教唆犯的行为与正犯结果之间所具有的心理的因果性，是容易认定的。〔60〕需要讨论的是帮助行为的因果性。

显而易见的是，由于正犯行为是正犯结果的原因，所以，如果帮助行为与正犯行为之间没有因果性，那么，帮助行为就不可能与正犯结果之间具有因果性。问题是，当帮助行为仅对正犯行为具有促进作用，而没有对正犯结果起到促进作用时，或者说与正犯结果之间没有因果性时，能否将正犯结果归属于帮助犯？

抽象的危险说认为，一般来说，在正犯实行之际使正犯的实行更为容易的行为，就间接地对法益产生了危险，这便是作为从犯处罚的理由。因此，不仅不要求帮助行为与正犯结果之间具有因果性，而且不需要帮助行为与正犯行为之间具有因果性。例如，只要一般地来看，行为强化、助长了他人的犯罪意思，就成立帮助犯。〔61〕我国传统理论在论述共同犯罪的成立条件时，只要求二人以上具有共同的犯罪行为，既没有要求共犯行为与正犯结果之间具有因果性，也没有要求共犯行为与正犯行为之间具有因果性，基本上采取了这种抽象的危险说。但是，这种抽象的危险说，没有区分可罚的帮助与不可罚的帮助，不可能适用于我国。

例 16：乙与丙吵架后，甲以为乙会杀害丙，便将一把长刀递给乙，但乙根本没有杀害丙。按照抽象的危险说，甲的行为也“一般性地”助长了乙的犯意。可是，我国刑法规定的未遂犯是针对正犯而言的，刑法第 27 条规定的帮助犯也仅存在于共同犯罪之中，所以，甲的行为不可罚。

由此可见，抽象的危险说并不符合我国刑法的规定。另一方面，如果认为只要行为人实施了帮助行为，即使对正犯行为没有产生影响也成立帮助犯，就不能区分对既遂犯的帮助与对未遂犯的帮助，更不能区分对未遂犯的帮助与帮助未遂。〔62〕

例 17：甲欲入户盗窃丙的财物，让乙将丙家的钥匙放在丙家的信箱里，乙答应后将丙家的钥匙错放在别人家的信箱里。甲没有发现钥匙，就采用其他方法入户盗窃了丙家的财物。如果采取抽象的危险说，就会认为乙应当承担盗窃既遂的责任。可是，乙的所谓帮助

〔59〕 [日] 佐伯仁志：《刑法总论の考え方、楽しみ方》，有斐阁 2013 年版，第 370 页。

〔60〕 当然，在特殊情况下，不排除教唆行为仅与正犯行为之间具有因果性。

〔61〕 参见 [日] 野村稔：《刑法总论》，成文堂 1998 年补订版，第 421 页以下。

〔62〕 参见 [日] 山口厚：《问题探究 刑法总论》，有斐阁 1998 年版，第 252 页。

行为与甲的盗窃行为、盗窃结果之间没有因果性。乙是帮助未遂，而不是对未遂犯的帮助，更不是对既遂犯的帮助。所以，不应当将甲的盗窃结果归属于乙的行为。

具体的危险说认为，帮助行为的因果性，尤其是心理的因果性是难以限定的，应当予以放弃，而有必要采取“促进”公式。亦即，采用客观归责原理的“危险增加论”，从行为时点有专门知识的人的视点来考察，如果认为帮助行为“提高了正犯行为的成功机会”，就成立既遂的帮助。^[63] 据此，向入户盗窃的人提供入户钥匙的，即使正犯没有使用该钥匙，但只要事前能够认定该钥匙可能是必要的，就应认定为既遂的帮助。^[64] 显然，具体的危险说同样不能区分对既遂犯的帮助与对未遂犯的帮助，也不能区分对未遂犯的帮助与帮助未遂。

例 18：正犯甲决意入户盗窃，乙知情并提供了入户的钥匙。但是，甲出门时忘了带乙提供的钥匙，到现场后翻窗入户窃取了财物。在本例中，虽然事前能够肯定入户盗窃需要钥匙，但将乙的行为认定为既遂的帮助，明显不当。

正犯行为说认为，只要帮助行为与正犯行为之间具有因果性即可；或者说，“只要帮助行为使正犯行为变得可能、容易，或者促进、强化了正犯行为，就足以认定帮助的因果性。”^[65] “德国历来的判例采取的立场是，不要求帮助行为与正犯结果之间具有因果性，只要帮助行为促进（fördern）了正犯‘行为’就足够了。据此，B 将仓库的钥匙交给 A，但 A 认为该钥匙对侵入仓库不起作用，最后用另外的方法侵入仓库窃取了财物时，或者 A 将铁钳作为侵入仓库使用的工具交给了 A，但 A 没有使用铁钳而用别的方法侵入仓库窃取了财物时，B 要被认定为盗窃既遂的帮助。”^[66]

正犯行为说有两点理由：（1）帮助犯是指帮助正犯者，^[67] 因此，“只要帮助行为援助了正犯，使正犯行为更为容易就足够了。应当将帮助犯的因果关系理解为在物理上或者心理上使正犯行为更为容易。”^[68]（2）帮助行为只能使正犯行为变得容易，而不可能成为结果的直接原因。所以，将帮助行为与正犯结果之间的因果关系作为问题，直接证明帮助的因果性，本身是很勉强的。另外，从共犯从属性说的立场出发，正犯行为与结果之间的因果关系，要作为正犯的犯罪行为来考虑；帮助行为的法益侵害性，以正犯行为与结果之间的因果关系为前提，只要帮助行为与正犯行为之间具有促进关系就可以了。^[69]

但是，上述两点理由不能成立。（1）从文理上说，日本刑法规定的“帮助正犯者”，并不意味着只是对正犯行为起促进作用。（2）诚然，帮助行为与正犯结果之间不可能有直接的因果关系，但帮助犯的特点本来就是通过他人间接地引起法益侵害结果。因此，完全可以判断帮助行为是否与正犯结果之间具有间接的因果性。亦即，帮助行为是否经由正犯行为对结果起到了促进作用。（3）所谓对正犯行为起促进作用的认定标准是相当模糊的。在

[63] Vgl. F. Schaffstein, Die Risikoerhöhung als onjektives Zurechnungsprinzip im Strafrecht, insbesondere bei der Beihilfe, in: Festschrift für Richard M. Honig, Otto Schwartz & Co., Göttingen 1970, S. 175ff.

[64] Vgl. R. D. Herzberg, Anstiftung und Beihilfe als Straftatbestände, GA 1971, S. 7.

[65] 前引 [35], Jescheck 等书, 第 694 页。

[66] [日] 西田典之:《共犯理论の展开》, 成文堂 2010 年版, 第 193 页。

[67] 如日本刑法第 62 条第 1 款规定:“帮助正犯者, 是从犯。”

[68] [日] 川端博:《刑法总论讲义》, 成文堂 2006 年版, 第 575 页。

[69] 参见 [日] 植松正等编:《现代刑法论争 I》, 劲草书房 1997 年版, 第 341 页。

正犯没有使用帮助者提供的侵入仓库的工具时,难以判断该帮助行为对正犯行为起到了促进作用。(4) 如果认为只要帮助行为与正犯行为之间具有因果性就够了,就无法区分对正犯未遂的帮助与对正犯既遂的帮助。于是,仅仅为未遂的可罚性提供基础的行为,同时也成为对既遂承担责任的根据。这明显不妥当。^[70] (5) 正犯行为说实际上是违法共犯论的立场,但是,违法共犯论的观点存在重大缺陷。^[71]

正犯结果说认为,只有当帮助行为与正犯结果之间存在因果性时,才能使帮助犯承担既遂的责任。^[72] 本文提倡这一观点。

首先,既然采取因果共犯论,就只能采取正犯结果说。根据因果共犯论,共犯的处罚根据,在于通过正犯引起符合构成要件的法益侵害结果。因此,只有当帮助行为从物理上或者心理上促进、强化了正犯结果时,才能为帮助犯的处罚提供根据。如果帮助行为对构成要件结果的出现没有产生影响,就不可能将正犯结果归属于帮助行为,帮助者就不可能承担既遂的责任。而要认定共犯通过正犯引起了构成要件结果,就得要求帮助行为促进了正犯结果。否则,就不可能说,帮助行为通过介入正犯行为造成了法益侵害结果。在例7中,乙虽然主动帮甲望风,但客观上没有对甲的盗窃结果产生任何影响,因而没有物理的因果性。又由于甲不知道乙在为自己望风,乙的望风行为没有从心理上强化、促进甲的犯意,因而与甲的盗窃结果之间也没有心理的因果性。不仅如此,乙的望风行为与甲的盗窃行为之间也没有任何因果性。所以,乙对甲的盗窃不可能承担任何刑事责任。

其次,只要区分对未遂的帮助与对既遂的帮助,就必须采取正犯结果说。如果将对结果没有促进作用的行为作为对既遂的帮助予以处罚,就使得对未遂的帮助与对既遂的帮助之间丧失了界限。在例8中,甲着手实行盗窃行为时,使用的是乙提供的钥匙。就此而言,乙的帮助行为还只是对未遂的帮助。但是,乙提供的钥匙对甲盗走汽车的结果并没有起到促进作用。因此,乙仅承担盗窃未遂的刑事责任。如果让乙对甲盗走汽车的结果承担盗窃既遂的刑事责任,就意味着乙要为与自己的行为没有因果关系的结果承担刑事责任,这明显不当。

最后,因果关系是归责的必要要件,对帮助犯也不例外。就单独正犯以及共同犯罪中的正犯而言,因果关系是将结果客观归责于正犯的必要条件。如果结果的发生与正犯的行为之间没有因果关系,就不可能令正犯对结果负责。帮助犯是刑罚扩张事由,既然将结果归责于正犯以因果关系为前提,那么,对于帮助犯而言,也必须提出这样的要求;否则,就与帮助犯的这种刑罚扩张事由明显不相当。也可以说,认为帮助犯对与自己的行为没有因果关系的结果,也要承担既遂犯的刑事责任,是主观主义刑法理论的结论,为当今刑法理论所不取。

综上所述,只有当帮助行为与正犯结果之间具有物理的或者心理的因果性时,帮助犯才对正犯结果负责。

帮助行为与正犯结果之间的物理因果性,主要表现为如下情形:(1) 没有帮助行为,

[70] 参见前引[5], Roxin书,第192页以下;[日]曾根威彦:《刑法总论》,弘文堂2008年版,第263页。

[71] 参见杨金彪:《共犯的处罚根据》,中国人民公安大学出版社2008年版,第44页以下。

[72] 参见[日]小岛阳介:《精神的帮助における因果关系について》,《法理学论丛(京都大学)》第161卷(2007年)第4号,第83页。

就不可能发生正犯结果。例如，帮助犯向正犯提供打开保险柜的钥匙，正犯利用该钥匙窃取了保险柜内的现金。(2) 帮助行为使正犯结果的范围扩大。例如，正犯向帮助犯借枪杀人，帮助犯提供了手榴弹，导致更多人死亡。(3) 帮助行为使正犯结果的程度加重。例如，正犯向帮助犯索要麻醉剂抢劫，帮助犯提供了致人死亡的化学品，导致正犯抢劫时致人死亡。(4) 帮助行为使正犯结果提前。例如，帮助犯提供被害人的行踪，使正犯迅速地杀害了被害人。(5) 帮助行为使正犯结果发生的危险性增大（使结果发生更为容易）。例如，正犯准备撬窗入户盗窃，帮助犯提供了入户盗窃的钥匙，使正犯盗窃更为容易。

帮助行为与正犯结果之间的心理因果性，主要表现为强化正犯造成结果的决意，或者使正犯安心实施法益侵害行为，造成法益侵害结果。

例 19：与乙男有不正当关系的甲女，得知乙想杀害妻子丙时便对乙说：“如果你杀了丙，我就和你结婚。”于是，甲强化了乙的杀人动机，降低了乙放弃犯意的可能，最终乙杀害了丙。对此，应当肯定甲的行为与正犯结果之间具有心理的因果性。^[73]

当然，在具体案件中，有的帮助行为可能与正犯结果之间既具有物理的因果性，也具有心理的因果性。例如，望风行为不仅使正犯安心盗窃，而且在客观上阻止了被害人立即发现正犯，从而使正犯盗窃既遂。

在采取正犯结果说时，还有如下几个需要讨论的问题：

第一，关于正犯行为说与正犯结果说的关系，德国有学者指出，“只要对正犯的行为方式产生了影响，实际上就与结果之间具有因果关系。”^[74]日本也有学者认为，“如果促进了正犯行为，自然就能评价为促进了正犯结果。”^[75]其实，促进正犯行为与促进正犯结果是应当区别开来的。比如在例 8 中，乙的帮助行为虽然促进了正犯的盗窃行为，却没有促进正犯的盗窃结果。

例 20：帮助犯将盗窃金库所用的钥匙提供给正犯，正犯使用该钥匙时用力过猛，导致钥匙断在锁中；于是，正犯采用其他方法打开了金库，盗走了现金。可以认为，正犯使用帮助犯提供的钥匙时，已经着手实行盗窃行为，帮助犯的行为的确促进了正犯行为。但是，由于正犯以其他方法打开了金库，故不能认为帮助犯的行为促进了正犯结果。由此可见，与正犯行为之间的因果性和与正犯结果之间的因果性，是存在区别的。^[76]

第二，在采取正犯结果说的同时，是否还要求帮助行为与正犯行为之间具有因果性。日本有学者指出：“鉴于共犯的处罚根据是介入正犯行为引起结果，作为（广义的）共犯的成立要件的客观方面的问题，不仅要求与最终的结果之间具有因果关系，而且要求有使正犯行为更为容易的因果性。”^[77]从逻辑上说，只有与正犯行为之间具有因果性的帮助行为，才可能进一步与正犯结果之间具有因果性。但事实上，如果能够肯定帮助行为与正犯结果之间具有因果性，就必然能够肯定帮助行为与正犯行为之间具有因果性。另一方面，在否定了帮助行为与正犯结果之间具有因果性时，如果能够肯定帮助行为与正犯行为之间具有

[73] 参见前引 [27]，松原芳博书，第 379 页。

[74] C. Roxin, Was ist Beihilfe?, in Festschrift für Koichi Miyazawa, Nomos, 1995, S. 502f.

[75] [日] 大塚仁等编：《大コンメンタール刑法》第五卷，青林书院 1999 年版，第 576 页。

[76] 参见前引 [72]，小島阳介文，第 80 页以下。

[77] [日] 島田聡一郎：《他人の行為の介入と正犯成立の限界（二）》，《法学协会杂志》第 117 卷（2000 年）第 3 号，第 108 页。

因果性，则能认定为未遂犯的帮助犯。前述例8即是如此。

第三，在采取正犯结果说时，是否要求帮助行为与正犯结果之间具有“没有前者就没有后者”的条件关系。这在德国、日本均存争议。^[78]在本文看来，这取决于是否同意对条件关系进行修正以及如何理解正犯结果（是否采取具体的结果说）。

例21：甲决意杀害丁，知情的乙与丙并无意思联络，却分别向甲提供了性能相同的枪支，甲使用乙提供的枪支杀害了丁。根据条件关系必要说的观点，乙与丙的行为都难以成立帮助犯，因为即使没有乙提供的枪支，甲也会用丙提供的枪支杀害丁，反之亦然。但是，其一，如果对条件关系进行修正，^[79]那么，乙、丙的行为与丁的死亡之间均有条件关系；其二，如果认为死亡结果并不是抽象意义上的丁的死亡，而是丁在什么时间、被什么枪支击中而死亡，则能肯定乙的帮助行为与丁的死亡之间具有条件关系。换言之，只要存在如没有该帮助行为，就不会出现此时、此种形态的正犯结果，就可以肯定帮助的因果性。^[80]在本文看来，采取条件说时，完全可能同时采取合法则的条件说。^[81]在例21中，乙提供的枪支合法则地引起了丁死亡的结果，必须肯定乙的行为与丁死亡之间的物理的因果性。

第四，帮助行为与正犯结果之间缺乏物理的因果性时，并不必然意味着同时缺乏心理的因果性。在缺乏物理的因果性时，需要判断有无心理的因果性，反之亦然。当然，由于物理的因果性比较容易判断，故应先判断物理的因果性。^[82]在例21中，虽然丙的行为事实上与丁的死亡结果之间没有物理的因果性，但丙的行为也强化、促进了甲的犯意，因而与丁的死亡结果之间具有心理的因果性。^[83]

例22：甲打算入户盗窃，乙知情后将撬门工具提供给甲。甲携带该撬门工具和自己准备的万能钥匙前往丙家，甲先使用万能钥匙打开了丙家的门，窃取了巨额财物。在此案中，乙提供撬门工具的行为，虽然与甲的盗窃结果之间没有物理的因果性，但该行为强化、促进了甲的盗窃犯意，因而与甲的盗窃结果之间具有心理的因果性。

由此可见，物理的帮助与心理的帮助，并不等同于物理的因果性与心理的因果性。在例22中，乙实施的是物理的帮助行为，但与正犯结果之间仅具有心理的因果性。再如，帮助犯只是向盗窃正犯口述，如何打开他人汽车门以及如何发动汽车的方法，正犯按照帮助犯所述方法盗走汽车的，帮助犯的行为与正犯结果之间具有物理的因果性。又如，帮助犯向正犯提供了盗窃汽车所需要的钥匙。如果帮助犯不提供该钥匙，正犯就不会决意实行犯罪时，该帮助犯的物理的帮助行为，实际上与结果之间也具有心理的因果性。

问题是，在什么情况下，物理的帮助行为会产生心理的因果性？一种观点认为，即使正犯已经具有盗窃的故意，甚至在实行过程中也没有使用帮助犯提供的钥匙，但是，提供

[78] 参见[德]约翰内斯·韦塞尔斯：《德国刑法总论》，李昌珂译，法律出版社2008年版，第330页以下；前引[66]，西田典之书，第189页以下。

[79] 亦即，在数个行为引起一个结果的情况下，如果除去一个行为结果将发生，除去全部行为结果将不发生，则全部行为都是结果发生的原因。Vgl. Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., Walter de Gruyter & Co. 1969, S. 41.

[80] 参见[日]内田文昭：《帮助的因果性》，《判例タイムズ》第717号（1990），第38页。

[81] 参见张明楷：《也谈客观归责理论》，《中外法学》2013年第2期。

[82] 当然，在存在物理的因果性的情况下，也可以再进行心理的因果性的判断。不过，这种判断只是对量刑有一定意义，对定罪不起实质作用。

[83] 参见前引[66]，西田典之书，第199页。

钥匙的行为也可能与正犯结果之间具有心理的因果性。^{〔84〕} 据此，任何物理的帮助行为都与正犯结果之间具有心理的因果性，但这种绝对的观点会使因果性的判断丧失意义。本文认为，就这类案件而言，可以区分三种情形：（1）乙知道甲将入户盗窃，而将入户钥匙提供给甲。但甲到了现场后，首先使用自己携带的工具，入户盗窃了他人财物。在这种情况下，仍能肯定乙的帮助行为与甲的盗窃结果之间具有心理的因果性。因为甲在盗窃过程中清楚地知道，即使自己的钥匙打不开门，也还有乙提供的钥匙，所以，乙的帮助行为强化了甲的犯意。（2）甲到了现场后首先使用乙提供的钥匙，但发现乙的钥匙根本不起作用，于是使用自己的钥匙入户盗窃了财物。在这种情况下，乙的帮助行为只是与正犯着手实行盗窃的行为之间具有物理的因果性，而与正犯结果之间既没有物理的因果性，也没有心理的因果性。既然甲明知乙的钥匙不起任何作用，就不能认为乙的帮助行为仍然在强化甲的犯意。所以，乙仅成立未遂的帮助犯。（3）如若甲到现场后首先使用乙提供的钥匙，并且打开门窃取了财物，则可以认为，乙提供钥匙的行为与甲的盗窃结果之间，既具有物理的因果性，也具有心理的因果性。

第五，共犯行为与正犯结果之间是否具有因果性（尤其是心理的因果性），与帮助者有没有故意，是两个不同的问题。不要认为，心理的因果性以有共同故意为前提。因为即使没有犯罪故意的言行，也可能强化正犯的决意。这再一次说明，在不法层面理解和认定共同犯罪，是完全可行的。

第六，所谓共犯的脱离，实际上也是共犯的因果性问题。亦即，共犯放弃或者被迫停止共犯行为后，由他人导致结果发生时，在什么情况下，否认共犯先前的行为与正犯结果之间具有因果性（即肯定共犯的脱离），从而只让共犯承担中止犯或者未遂犯的刑事责任。换言之，在某些情形下，行为人虽然实施了共犯（教唆或者帮助）行为，但是，如果后来又消除了该行为对犯罪的促进作用，导致先前的共犯行为与结果之间不具有因果性时，就属于共犯的脱离。因此，所谓共犯的脱离，实际上是指同时消除已经实施的共犯行为与结果之间的物理因果性与心理因果性。

例 23：甲入户盗窃，邀约乙为其盗窃望风，乙同意并为甲望风。但在甲入户后，乙悄悄溜走了，甲对此并不知情。对此，如果能够肯定乙离开之前的行为与甲的盗窃既遂之间没有因果关系，那么，就属于共犯的脱离，乙仅承担中止或者未遂犯的刑事责任。反之，乙依然对正犯结果承担刑事责任。

显然，共犯脱离的判断实质上是因果性的判断。就例 23 而言，由于甲一直以为乙在为自己望风，所以，即使乙离开了望风现场，其行为依然使得甲安心盗窃，因而与甲的盗窃结果之间具有心理的因果性。反之，倘若在甲盗窃既遂之前，乙明确告诉甲自己要离开现场，不再为甲望风，而甲依然独自盗窃的，乙便切断了自己先前的望风行为与甲后来盗窃既遂之间的因果性，因而成立共犯的脱离。在前述例 9 中，乙并没有如约到达现场，实际上将自己不参与杀害行为的决定通知到了甲。乙是否对甲造成的死亡结果负责，取决于甲与乙的共谋内容。如果乙与甲共谋了杀害丙的地点、方法等内容，甲按照共谋内容杀害了丙，或者共谋内容表现为乙促使甲产生了杀害丙的决意，那么，这都可以肯定乙的共谋行为与

〔84〕 参见前引〔59〕，佐伯仁志书，第 372 页以下。

甲的杀害结果之间具有因果性。但是,倘若甲提出杀害丙,只是邀约乙次日一同前往丙家共同杀害丙,或者让乙为自己的杀害行为望风,乙次日却没有到达现场的,则不能认为乙的共谋行为与甲的杀害结果之间具有因果性。此时,乙脱离了共犯关系,充其量仅成立故意杀人的预备犯。

同理,共同正犯的脱离也是因果性的判断问题。

例 24: 夫妻二人想杀死其女儿的非婚生孩子,在二人以为已经杀死孩子后,丈夫先行离开。妻子后来发现孩子还活着,就独自杀死了孩子。^[85] 丈夫与妻子先前共同实施的杀害行为,与孩子的生命处于危险状态之间具有因果性,因此,二人成立故意杀人未遂的共同正犯。但是,在丈夫离开后,妻子独自将孩子杀害的结果就不能归属于丈夫先前的行为,因此,妻子必须独自承担杀人既遂的刑事责任。

反之,即使部分正犯放弃了自己的行为,但只要其已经实施的行为与其他正犯的行为结果之间具有因果性,就必须对该结果负责。

例 25: 甲与乙以轮奸的犯意对丙女实施暴力。甲奸淫后,乙出于同情放弃了奸淫行为。有学者以强奸罪属于亲手犯、奸淫行为不具有可替代性为由,认为乙成立强奸罪的中止犯。^[86] 其实,强奸罪不是亲手犯。^[87] 更为重要的是,乙虽然中止了自己的奸淫行为,但其中止前的暴力行为与丙女被甲强奸的结果之间具有因果性。既然如此,就必须将丙女被甲奸淫的结果归属于乙的行为;又由于乙有强奸罪的故意,故其同样成立强奸罪的既遂。

五、简短的结论

综上所述,共同犯罪的认定应当以不法为重心(从不法到责任)、以正犯为中心(从正犯到共犯)、以因果性为核心(从物理因果性到心理因果性)。因此,不能将不法与责任混为一体来认定共同犯罪,也不能不区分正犯与狭义的共犯而整体地讨论共同犯罪成立与否,更不能忽视对因果性的判断。

犯罪的实体是不法与责任。“犯什么罪”不只取决于不法,还取决于责任,而共同犯罪解决的是不法问题,故完全没有必要提出和回答“共同犯罪犯的是什么罪”这样的问题。如例 4,只要查明甲、乙共同对丙实施暴力致丙死亡,就应认定二人成立共同犯罪,并将死亡结果客观归属于二人的行为,二人在不法层面对丙的死亡负责(客观归责)。至于甲与乙的主观责任(各自的故意内容)以及构成何罪,则需要分别认定。由于甲持杀人故意,故成立故意杀人罪既遂;由于乙仅有伤害故意并对死亡有过失,故成立故意伤害(致死)罪。所以,在二人成立共同犯罪时,二人成立的罪名可能并不相同。既然如此,就完全没有必要追问二人以上共同构成什么罪的问题。

根据本文的观点,刑法理论与司法实践完全可以淡化“共同犯罪”概念。换言之,只要以不法为重心、以正犯为中心、以因果性为核心判断数人参与犯罪的案件,就首先要

[85] 参见前引[5], Roxin 书,第 79 页以下。

[86] 参见陈兴良:《共同犯罪论》,中国社会科学出版社 2006 年版,第 372 页以下。

[87] 亲手犯的基本标志是没有成立间接正犯的可能。但是,妇女利用无责任能力的男性强奸其他妇女的行为,无疑成立强奸罪的间接正犯。另参见前引[33],山口厚书,第 109 页。

不法层面认定正犯（包括共同正犯），确定了正犯之后，就必须将结果或者危险客观地归属于正犯行为；其次，判断哪些参与人的行为与正犯结果之间具有因果性，只要具有因果性，就可以肯定其为不法层面的共犯（在参与人的行为仅与正犯行为之间具有因果性时，则在未遂犯的不法层面成立共犯）；再次，分别判断各参与人的责任（如责任年龄、故意的内容等），进而确定参与人触犯的罪名；最后，按照我国刑法关于主犯、从犯、胁从犯、教唆犯的处罚原则，分别给各参与人量刑。不难看出，在其中的任何一个步骤，都没有必要提出和回答“谁和谁成立共同犯罪”、“共同犯罪犯的什么罪”这样的问题。所以，即使不使用“共同犯罪”概念，也完全可以处理数人共同参与犯罪的现象。诚然，我国刑法使用了“共同犯罪”概念，但我国刑法有关共同犯罪的规定，的确存在多种解释的可能。

Abstract: The traditional method of determining joint commission of a crime in China has the following three basic characteristics: non-differentiation between illegality and liability, non-differentiation between principal and secondary participants, and non-examination of whether joint offenders' actions have causation with relevant results. Such tradition method makes it difficult to solve many complicated cases. As a matter of fact, exactly the opposite method should be adopted for the determination of joint commission of a crime. Firstly, the particularity of joint crime lies only at the level of illegality, and therefore illegality should be emphasized as the core in the determination of joint commission of a crime. As to the determination of liability in a joint crime, it is not different from that in a sole crime. Secondly, since the principals are the key figures in the commission of an offence, they should be placed at the center of determination of joint commission of a crime. As far as the principals' act has caused the infringement (including endangerment) of legal interest, any other participant whose act contributes to such infringement is a joint offender at the level of illegality. And thirdly, causation is the core issue in the theory of joint commission of a crime. A participant can be held liable as a consummated offender in a joint crime only if his act has causation with the result of the act of the principal. Therefore, the determination of a joint offender should take causation as its core. It is totally unnecessary to raise and answer such question as "what is the crime committed in the joint commission of crime?" In criminal theories and judicial practices, the concept of "joint commission of a crime" can also be weakened in this sense.

Key Words: joint commission of a crime, method of determination, illegality, principal, causation
