

## 共犯责任退出机制的反思性检讨： 修正因果关系遮断说的构建<sup>\*</sup>

王霖

(海南大学法学院, 海南海口 570225)

**摘要:** 在违法连带思维惯性作用之下共犯责任认定机制呈现“宽进严出”的失衡景象。应回归因果共犯论的立场原义之上, 将个人责任主义原则与违法相对思维内嵌于共犯责任退出机制之中。修正因果关系遮断说将遮断标准予以规范软化。物理因果关系的遮断考察以客观风险之消解作为评价目标, 实现事实因果关系的规范渗透。心理因果关系的遮断考察以法规范的震动平复作为评价目标, 并行构建包括脱离意思之现实传达以及真挚努力之实际付出的双层检验机制。通过对因果关系遮断标准的规范修正, 衡平共犯责任的进入和退出机制, 能够实现共犯责任维度的合理廓清。

**关键词:** 共犯责任退出机制; 共犯脱离制度; 修正的因果关系遮断说; 规范软化

**中图分类号:** DF611      **文献标识码:** A      **文章编号:** 1005-9512-(2017)06-0087-12

**DOI:** 10.15984/j.cnki.1005-9512.2017.06.008

共同犯罪作为单独犯罪的一种聚合样态, 其犯罪主体的多元性、共犯关系的交互性、致害行为的分担性使其责任形态更为稳固。而源于客观行为的样态差异, 共犯责任认定机制又显示出比单独犯罪更为复杂的一面。在理论上, 于共犯教义学视阈下呈现出围绕共犯责任进入机制展开的共犯处罚根据论、共犯本质论、成立条件诸问题的研讨, 以及围绕共犯责任退出机制形成的共犯关系脱离制度的思考。共犯责任进入机制与退出机制作为共犯责任范围的控制阀, 其构建平衡维持着共犯责任维度的适中合理。虽然伴随着近年来德、日等国的共犯教义学智识的域外引入与内化丰富, 共犯教义学的本土研究更加精细深入, 但于共犯责任认定上却体现出进入机制多元与退出机制单一的失衡景象。作为退出机制的共犯脱离问题虽为学界所研讨, “但由于仍未明确共犯脱离理论的意义, 未能充分厘清共犯中止与共犯脱离之间的关系, 更由于难以提供明确的判断标准”, 使得这一退出路径形式留余而实质缺失。<sup>①</sup> 共犯责任进入与退出机制的构建失衡加之司法实务对刑法教义学智识的体会与领悟

作者简介: 王霖, 海南大学法学院刑法学博士研究生, 海南大学犯罪研究所研究员。

<sup>\*</sup> 本文系 2013 年国家社科基金一般项目“海上非传统安全犯罪刑事规制对策”(项目编号: 13BFX061) 的阶段性研究成果。

<sup>①</sup> 王昭武《共犯关系的脱离研究》, 载陈兴良主编《刑事法评论》(第 32 卷), 北京大学出版社 2013 年版, 第 128 页。

缺乏,使得我国共犯责任领域隐藏扩张风险。因此,我们有必要对共犯责任退出机制投以必要的学理关注与反思、明确其理论品格定位、精致打造其理论构架、提高共犯责任退出标准的可适性,从而弥合共犯脱离教义学研讨与实务适用之沟壑,实现我国共犯责任控制阈的平衡。

### 一、共犯责任退出机制的根基反思与品格再定

“从参与共同犯罪的各个人来看,共犯的本质是共同实行各自的犯罪”,<sup>②</sup>共同犯罪作为单独犯罪的聚合样态使得共犯责任与单独犯责任认定既趋同又现差异。趋同性表现为责任认定基本原则上的一致性。个人责任主义原则作为现代刑法的理论共识强调责任判定的个人中心、相对考察,区别于团体责任的连带思维。差异性体现在责任退出路径的多元性,单独犯通过停止形态对不完全责任形式予以评价,而共同犯罪在停止形态之外还并行共犯脱离制度的构建。虽然在理论起源方面共犯中止与脱离制度存在关联,但二者的品格定位差异使其担负着不同的制度机能。从上述趋同性与差异性审视我国共犯责任进入与退出机制的构建失衡,其原因都在于个人责任主义原则的根基疏离以及共犯脱离品格定位的游离不定。

#### (一) 违法连带的信条反思: 部分行为部分责任

共犯领域之所以获得“迷雾森林”、“理论沼泽”的学界评价一方面源于其理论脉络的纷繁复杂,另一方面在于过往学者热衷于具体问题的答疑解惑上。近年来德、日学者基于学术自觉逐渐反思此种研究范式,从而形成了将问题式研讨与体系性思考并行关注的研究路径。共犯处罚根据作为参与体系的逻辑基点也经历了从韦尔策尔所感叹的“应该为从来的文献没有涉足而惊讶”,<sup>③</sup>到“不论及共犯的处罚根据就无法研究共犯的状态”这一学界态度的覆变。<sup>④</sup>与责任共犯论、违法共犯论将共犯的违法性求之于伦理心情或社会完整性侵害不同,<sup>⑤</sup>因果共犯论将考察视角锁定为法益侵害,完成了从行为人刑法向行为刑法的路线回归。因果共犯论认为“共犯的处罚根据在于介入正犯行为引起了法益侵害”,<sup>⑥</sup>二者的本质差异仅在于侵害法益的参与方式不同,参与行为的违法性仍应以行为人自身为视角,独立考察、相对判断。因此个人主义原则在共同犯罪的责任认定中仍应得到一体贯彻。但令人疑惑的是,不论德、日亦或我国均将“部分行为全部责任”原则视为不言自明的共犯责任判定信条,主张“尽管实施了部分行为,却要对整个共同犯罪的结果承担责任”,<sup>⑦</sup>无疑同个人责任主义原则所倡导的个人行为中心、违法相对考察思维存在冲突。为何作为因果共犯论逻辑推演结论的个人责任主义原则在共犯责任具体判定层面却被弃置不用,少见学界明确回应。此种矛盾现象的出现绝非学界无意为之,“部分行为全部责任”信条之所以被诸多学者奉为圭臬,主要原因在于“违法连带原则”支配下的共犯责任认定机制出现了逻辑失偏。“共犯和正犯之间在违法上具有连带性和一致性”,<sup>⑧</sup>此一思考范式虽直接来源于限制从属性的理论支撑,但根本原因仍在于共犯处罚根据层面修正惹起说与混合惹起说的基点选择错位。上述两种学说均将共犯的违法性求之于正犯的违法性,只有当正犯行为具备构成要件符合性与违法性始能论及共犯的违法性。然而“正犯的构成要件该当行为阻却了

②黎宏《刑法总论问题思考》,中国人民大学出版社2007年版,第469页。

③[日]高桥则夫《共犯体系和共犯理论》,冯军、毛乃纯译,中国人民大学出版社2010年版,第77页。

④陈家林《共同正犯研究》,武汉大学出版社2004年版,第44页。

⑤参见陈洪兵《共犯处罚根据论》,载陈兴良主编《刑事法评论》(第23卷),北京大学出版社2008年版,第435页。

⑥张明楷《外国刑法纲要》,清华大学出版社2007年版,第310页。

⑦阎二鹏《共犯本质论:基于“个人责任”的反思性检讨》,载赵秉志主编《刑法论丛》(第3卷),法律出版社2009年版,第207页。

⑧钱叶六《共犯违法连带性说的合理性及其应用——基于共犯处罚根据论的探讨》,《清华法学》2014年第3期。

违法性,仍然可能存在着应当肯定成立共犯的场所”。<sup>⑨</sup>因果共犯论的立场本义旨在申明参与行为须介入正犯行为(符合构成要件)才能侵害法益,而非介入具有违法性的正犯行为。修正惹起说与混合惹起说将违法性连带判断、捆绑考察的作法无疑推高了共犯的从属程度,混淆了从属的有无与从属的程度问题,是对因果共犯论的原义误读与立场偏离。

因此若坚持因果共犯论的立场本义,违法相对原则即是逻辑延伸的必然结论。这也就解释了为何近年来我国诸多学者放弃限制从属性、极端从属性向最小从属性的理论回归,<sup>⑩</sup>脱离犯罪共同说(部分犯罪共同说)向行为共同说的立场转移。<sup>⑪</sup>从因果共犯论出发,回首检视共犯责任认定机制中的“部分行为全部责任”、“一人既遂全部既遂”的教义信条,其合理性便有反思的余地。在违法相对原则以及个人主义原则的价值导向下,参与行为的违法性判断仍应聚焦于参与行为本身,而非连带于正犯违法性的判断。因此在共犯责任形态中部分参与行为违法而部分合法,以及部分参与行为违法程度高而部分违法程度低,即是当然的结论。共犯脱离作为共犯责任退出机制的具体路径,当部分共犯撤回参与行为并从既已成立的共犯关系中予以解脱,自应获得有别于其他共犯的罪刑评价。此种“因人而异”的评价思维正是因果共犯论中个人责任主义原则的体现。因此,作为“一人既遂全部既遂”、“部分行为全部责任”逻辑支撑的“违法连带”教义诫训并非能够经受因果共犯论的立场检验。完善共犯责任退出机制必须首先从逻辑基点上对违法连带予以反思,对违法相对原则予以支持。

## (二)中止条件的类比适用:共犯脱离名存实亡

从理论内涵来看,共犯中止与脱离制度具有亲和性。于共犯处罚根基角度而言,二者均通过参与停止实现因果关系的切断进而降低、清除参与行为的违法性与有责性。于制度价值层面来看,二者均在于为共犯架设一条“迷途折返的金桥”,通过一般预防与特殊预防使法益得以维护。同时二者在“存在阶段、适用对象、法律效果、成立条件、犯罪论体系中的地位等诸多方面均有区别”,<sup>⑫</sup>正是此种差异使得共犯脱离具有与共犯中止不同的品格定位。虽然发端于日本的共犯脱离制度最初定位的确旨在改变共犯中止成立条件的僵硬严苛,“力图弥补中止未遂所不能救济之处,属于中止未遂的救济对策”。<sup>⑬</sup>但自大塚仁教授提出“救济品格”的观点至今,“共犯脱离理论又经过了三十余年的发展,今天共犯脱离的法律性格是否为救济说受到学者质疑”。<sup>⑭</sup>忽视此种差异不但可能造成共犯中止与共犯脱离成立条件的模糊而带来适用困难,亦可能造成两种制度机能的定位混乱而折损其设计初衷。

首先,混淆共犯中止与共犯脱离的品格差异可能造成共犯脱离成立空间被不当压缩。德、日刑法对于犯罪中止形态均于未遂形态之下予以讨论。这使得中止形态的成立前提在于行为人的实行着手,从而排除了犯罪预备阶段中止形态的适用可能。我国学界对于中止时间性的共识为“开始实施犯罪行为之后、犯罪结局呈现之前”,<sup>⑮</sup>从而有别于德、日之研讨。此种差异致使部分学者认为德、日刑法将共犯着手之前的中止行为作为共犯脱离问题予以研究,而由于我国已将共犯成立时间节点提

<sup>⑨</sup>[日]山口厚《刑法总论》,付立庆译,中国人民大学出版社2011年版,第314页。

<sup>⑩</sup>参见王昭武《论共犯的最小从属性——日本共犯从属性理论的发展与借鉴》,《法学》2007年第11期。

<sup>⑪</sup>相对于犯罪共同说(部分犯罪共同说)而言,行为共同说将个人责任主义原则贯彻的更为彻底。犯罪共同说(部分的犯罪共同说)将共犯的成立范围限定于特定的犯罪,使得本来不属于不法形态的共犯现象渗入责任要素,然而责任要素本应进行个别判断。客观的行为共同说认为共同犯罪乃数人通过共同的行为实现各自的犯罪,因此仍以参与者自身进行违法性与有责性的独立判定,在数人数罪结论上更为契合个人责任主义原则的要求。参见张明楷《刑法学(上)》,法律出版社2016年版,第393页。陈子平:《刑法总论(下册)》,元照出版社2006年版(台北),第105页。

<sup>⑫</sup>王昭武《我国“共犯关系脱离”研究评述》,载赵秉志主编《刑法论丛》(第12卷),法律出版社2007年版,第133页。

<sup>⑬</sup>[日]香川达夫《刑法讲义(总论)》,成文堂1995年版,第421页。

<sup>⑭</sup>刘艳红《共犯脱离判断基准:规范因果关系遮断说》,《中外法学》2013年第4期。

<sup>⑮</sup>张明楷《刑法学(上)》,法律出版社2016年版,第364页。

前至着手之前,使得共犯脱离的本土化构建“仅具有弥补着手后共犯中止之机能”。<sup>①⑥</sup>然而共犯脱离的实质意义在于解除共犯关系,因此自共犯关系成立至共犯关系终结之前均有脱离成立之可能。将共犯脱离限定于着手之后将使共犯责任退出机制的救济范围过于狭窄。

其次,等置共犯脱离与共犯中止的成立条件可能造成共犯脱离制度价值的落空。共犯中止在德国为刑法第 24 条第 2 项作了规定“数人共同实施同一行为的,其中主动阻止行为完成的,不因犯罪未遂而处罚。”日本刑法虽未对共犯中止予以规定,但学理上均将单独犯的中止成立条件一并适用于共犯形态。德、日共犯中止成立的学理共识均以“中止行为的任意性以及结果未发生为要件”。<sup>①⑦</sup>这使得在探讨共犯脱离时存在将共犯中止的成立要件照搬适用于共犯脱离的情况。有学者认为“自动性是共犯脱离的必要要件,如果行为人由于意志以外的原因不得不停止自己的行为,就是犯罪未遂而不可能再成立共犯关系的脱离。”<sup>①⑧</sup>然而共犯脱离与共犯中止属于并行存在的两条共犯责任退出路径,二者成立条件并无一并适用之必要,否则就会架空共犯脱离存在的意义。又有学者基于限定共犯脱离成立范围的考虑认为“既然脱离者在处理上不承担共犯关系责任,那么就应对其成立要件作出严格的限制,即脱离者应自动放弃犯意。”<sup>①⑨</sup>然而通过脱离的法律效果反证脱离的限制条件其逻辑合理性存在疑问。脱离制度应具有独立的存在价值与制度机能,若满足共犯脱离之要件自应消解之后的共犯责任,混淆共犯脱离与共犯中止将使此种价值与机能湮没殆尽。

### (三) 共犯脱离的品格定位: 中止形态的成立前提

源于理论体系的隶属差异使得共犯脱离与共犯中止被赋予了不同的效力空间。忽略这一差异可能导致成立标准的构建重叠而出现适用困惑,抑或生成效力周延的真空领域而造成救济不能。一方面,回归因果共犯论的逻辑起点,共犯责任的实质理由在于参与行为同法益侵害结果的因果关系。因此当该因果关系被切断后共犯自应仅对脱离前的行为承担责任。即便其他共犯继续进行犯罪行为造成一定的法益侵害结果而成立预备、未遂亦或既遂形态,依旧可以考虑共犯脱离之成立可能。然而共犯中止作为犯罪停止形态具有不可逆性,因此当法益侵害结果出现后即排除了共犯中止的成立可能,在此意义上而言,共犯中止的调整范围小于共犯脱离之调整范围。另一方面,共犯脱离制度与中止制度相比,前者更侧重于参与人个体责任之考察,而后者更侧重于共犯整体责任之判定。因此当共犯符合脱离条件后即可免除对后续共犯关系所形成结果的责任承担,脱离效果并非一并惠及其他共犯。而成立共犯中止则需要整体共犯关系因共犯人自动放弃犯罪或有效防止犯罪结果的发生而彻底解除。可见,共犯脱离并不要求共犯关系之整体解消而仅在于考察脱离者自身法益侵害因果关系之切断,而共犯中止不仅要求共犯行为同法益侵害结果的因果关系遮断,还要着眼于共犯关系的整体解消从而避免终局结果的发生。共犯脱离的成立标准较共犯中止而言更为缓和,此种差异映射在二者的调整范围和对象之上便形成了共犯脱离与共犯中止的涵摄关系。就此意义而言,“共犯脱离是共犯中止成立的前提”,<sup>②⑩</sup>当共犯者切断其行为同法益侵害结果的因果关系时即可脱离共犯关系,而此种切断使得共犯关系整体归于消灭时则成立共犯中止。“共犯中止不仅在表现形式上而且在实质上就是共犯脱离的一种特殊形式,其间的差别主要在于犯罪是否因退出行为止于未遂,脱离行为是否具有任意性。”<sup>②⑪</sup>

<sup>①⑥</sup>赵慧《论共犯关系的脱离》,《法学评论》2003 年第 5 期。

<sup>①⑦</sup>同前注①,王昭武文,载同前注①,陈兴良主编书,第 119 页。

<sup>①⑧</sup>沈琪《论共犯关系的脱离》,《黑龙江省政法管理干部学院学报》2004 年第 5 期。

<sup>①⑨</sup>刘玲梅《论共同犯罪关系的脱离》,《河南省政法管理干部学院学报》2003 年第 2 期。

<sup>②⑩</sup>[日]平野龙一:《刑法·总论Ⅱ》,有斐阁 1975 年版,第 385 页。

<sup>②⑪</sup>王昭武《我国“共犯关系脱离”研究评述》载赵秉志主编《刑法论丛》(第 12 卷),法律出版社 2007 年版,第 134 页。

## 二、共犯脱离理论的学说辨析与扬弃

共犯脱离与共犯中止作为共犯责任退出机制的两种具体路径,其成立标准的合理建构对平衡共犯处罚范围和控制阀具有直接关联。通过对共犯脱离制度的理论脉络予以爬梳,源于共犯脱离制度功能定位的理念差异以及脱离范围划定的严苛宽疏,围绕共犯脱离的成立条件形成了不同的立场分立。

### (一) 个人责任主义视角下的学说评析

共同犯罪作为单独犯的一种聚合形态应将个人责任主义原则一体适用于共犯责任的认定之中。目前共犯责任进入和退出机制呈现的失衡现象源于作为共犯责任控制阀的退出机制对个人责任主义原则的弃离。因此在对学界既有共犯脱离成立条件诸说进行梳理时应将个人责任主义原则作为合理与否的检视标准以及修正完善的构建指南。

#### 1. 共犯意思阙如说:客观标准的构建缺失

该说通过分解共同犯罪的成立条件而逆向构建共犯脱离的成立标准。“共犯的恶害源于行为之前的共同意思联络下达成的犯意。”<sup>②</sup>因此“只有通过共同加功的意思联络才具有共同正犯的行为性质。如果这样,即便是在犯罪实施途中如果不具有意思的联络,此后个人的行为就不能再评价为整体行为”。<sup>③</sup>通过共犯成立要件反向解释和说明共犯脱离标准的作法的确反映出其正确的思考方向,但将二者直接等置转化未免是对共犯脱离问题过于简化的理解。首先,不仅“简单地将脱离的成立要件还原至共犯的成立要件并不妥当”,<sup>④</sup>而且犯意联络是否能够作为共犯成立条件本身即存争议。犯罪共同说认为成立共犯除了“客观上具有共同犯罪事实之外,主观上还必须具备共同的犯罪故意”,<sup>⑤</sup>因此犯意联络是共犯成立必不可少的要件。行为共同说则认为“既然是共同实行,构成要件的重要部分就必须是共同的,但各自成立的不同正犯可能是不同的犯罪”。<sup>⑥</sup>行为共同说不仅在客观方面将“犯罪的共同”缓和为“构成要件的共同”,而且在主观认识方面将“犯罪意思的联络”缓和为“实行行为的认识”。因此仍将存争议的“犯意联络”作为共犯脱离的成立要件未免牵强。其次,标准不明且失之片面。即便以共犯成立要件为蓝本构建脱离标准也应维持主、客观并重的双轨架构。然而本说却仅诉诸主观层面的犯意沟通而有意忽视客观层面的因果关联,且对主观脱离条件“并未进一步提出具体的判断标准”。<sup>⑦</sup>这种单纯从共犯意思联络出发的思考路径与主观违法论更为契合而有违行为刑法的学理共识。再次,该说并不符合因果共犯论的立场要求。共犯的因果性是共犯处罚的基础,“不仅有物理因果性,还包括心理因果性”。<sup>⑧</sup>作为该说考察对象的犯意联络似乎与因果共犯论研讨对象的心理因果关系存在区别,犯意联络的切断仅在说明共犯成立条件的解除而非落脚于实质根基——法益侵害心理因果关系的隔断,是对法益侵害立场根基的逻辑偏离,不能成为共犯脱离标准的正确讨论方向。

#### 2. 障碍未遂准用说:逻辑法理的支撑不足

作为该说首倡者的大塚仁教授认为“若不成立中止犯,对于为了中止犯罪而作出真挚努力者,就当然追究共犯既遂的罪责。该人所实施的中止行为只能是一种酌情减轻事由,这样在处遇上有失

<sup>②</sup>赵桂玉《人权保障视野下共犯脱离成立中止的合理性证成》,《广西社会科学》2016年第8期。

<sup>③</sup>[日]井上正治《共犯与中止犯》,载平野龙一等编《判例演习〈刑法总论〉》,有斐阁1960年版,第209页。

<sup>④</sup>[日]熊谷蒸佑《共犯的脱离》,载平野龙一编《刑法判例百选I(总论)》,有斐阁1978年版,第203页。

<sup>⑤</sup>同前注②,黎宏书,第473页。

<sup>⑥</sup>[日]前田雅英《刑法总论讲义》,东京大学出版会1998年版,第394页。

<sup>⑦</sup>黄丽勤《论共犯关系之脱离》,《北京理工大学学报》2012年第4期。

<sup>⑧</sup>[日]西田典之《日本刑法总论》,王昭武、刘明祥译,法律出版社2013年版,第306页。

均衡,有过于严苛之嫌。”<sup>29</sup>因此基于对脱离者均衡刑罚的考虑而准用未遂之刑予以救济,从这一角度而言,障碍未遂准用说的理论初衷的确是恰当的。然而仅关注刑罚的平衡调和而无法提供实质的逻辑支撑使得该说的合理性面临拷问。

一方面,障碍未遂准用说的立论前提是将共犯脱离与共犯中止进行了等置思考。即共犯脱离本应适用中止之刑,当排除中止成立可能性后应退而求其次的准用未遂之刑。然而共犯中止与共犯脱离属于不同理论层面的制度构建。前者是中止形态在共犯现象中的延伸适用,其本质仍为停止形态的问题。后者是共犯关系在共犯处罚根据视阈之下的思考,其本质仍属于共犯领域的独有问题。共犯脱离乃共犯中止成立之前提,“毋宁说脱离者是对自己的行为承担其所应承担的罪责,既有可能成立中止未遂也有可能成立障碍未遂”。<sup>30</sup>因此单纯将罪刑之均衡作为该说的立论根基未免过于单薄而缺乏实质的逻辑支持。对于那些虽有中止行为而并未截断法益侵害因果关系之人仍然准用未遂之刑罚恩惠“其理论依据并不充分,只是一种应景之策”。<sup>31</sup>另一方面,该说存在不当压缩共犯脱离成立空间之嫌。依据障碍未遂准用说的逻辑推演,着手之前的共犯关系并无脱离成立的可能,且在既遂状态出现后也无脱离讨论的余地。然而共犯脱离的前提在于共犯关系的建立,如果共犯关系处于存续期间就有成立共犯脱离之可能。不论在着手之前抑或着手之后,甚至继续犯既遂之后终局结果出现之前均有脱离成立的可能。并无将共犯脱离限定于共犯实行阶段的必要,否则就会过度挤压共犯脱离的成立空间,折损其制度机能。因此障碍未遂准用说“并不能说是一种判断标准,只是考虑到刑事政策和罪刑均衡,而对不完全符合障碍未遂成立条件的共犯关系脱离者准用障碍未遂的处罚”。<sup>32</sup>

### 3. 因果关系切断说: 因果共犯论的立场回归

因果共犯论将共犯行为同法益侵害之间的因果关系作为考察视角,从而为共犯的处罚依据提供了实质解释和说明。更为重要的是,将因果共犯论作为逻辑起点有助于个人责任主义原则的共犯体系性贯彻,这对于共犯责任认定机制的构建尤为重要。然而“违法连带”原则似乎已经成为学界不言自明的共识,这从限制从属性理论以及犯罪共同说所受支持中可窥一斑。在违法连带原则之下共犯关系的缔结就具有粘连性,造成作为共犯责任范围控制阀的责任进入和退出机制的失衡,形成共犯责任“宽进严出”的局面。因此只有将个人责任主义原则重新嵌入共犯责任认定机制中才能还原共犯责任样态的原本的真实面目。

因果关系遮断说立足因果共犯论的立场根基之上将个人责任主义原则予以贯彻,不仅存在价值导向上的合理性而且具有论理依据上的逻辑支撑。因果关系遮断说将参与行为同法益侵害之间的因果关系分解为物理因果关系与心理因果关系,实现了因果共犯论与共犯本质问题的逻辑承接。从客观的行为共同说出发,共犯成立条件从客观方面表现为参与者“为了实现自己的犯罪而利用他人的行为”,<sup>33</sup>主观方面表现为“只需要一方具有利用、补充他方行为的意思”。<sup>34</sup>然而,与单独犯相比,共犯样态需要格外关注利用参与行为的认识因素。将这种客观层面的参与利用与主观层面的利用认识内化为因果共犯论的话语模式,即是参与行为同法益侵害之间的客观因果关系与主观因果关系。“共犯因果关系的切断既包括心理联系的切断也包括物理联系的切断”,<sup>35</sup>只有同时遮断上述两种因果关系才可认为共犯关系的成功脱离。“不管是借与凶器等物理的因果关系,还是维持、强化实行犯罪意思等心理的因果关系,只要有一方面存在,就成立共犯。因此只有在这两方面都被切断的场合,

<sup>29</sup> [日]大塚仁《刑法论集(2)》,有斐阁1976年版,第37页。

<sup>30</sup> 同前注①,王昭武文,载同前注①,陈兴良书,第102页。

<sup>31</sup> [日]大塚裕史《刑法总论的思考方法》,早稻田经营出版1999年版,第366页。

<sup>32</sup> 葛磊《论共犯关系脱离的认定——从结果归责出发》,载林维主编《共犯论研究》,北京大学出版社2014年版,第99页。

<sup>33</sup> 同前注②,黎宏书,第469页。

<sup>34</sup> 阎二鹏《共犯本质论:基于“个人责任”的反思性检讨》,载赵秉志主编《刑法论丛》(第19卷),法律出版社2009年版,第217页。

<sup>35</sup> 黎宏《日本刑法讲义》,法律出版社2008年版,第308页。

才可以说脱离了共犯关系。”<sup>⑤⑥</sup>不过,如何确立因果关系的遮断条件不无疑问。“如考虑因果性已被切断,那么绝大多数情况下就难以肯定共犯关系的脱离。”<sup>⑤⑦</sup>因果关系遮断说目前面临的主要诘问在于遮断标准的事实判断倚重,而规范评价不足。强硬的遮断标准并不利于共犯责任的有效退出。

#### 4. 共犯关系消解说:视角转化后的困惑依然存在

面对因果关系遮断说可能造成的共犯脱离困难,共犯关系消解说应运而生。通过转化视角,该说将因果关系的切断考察变更为法益侵害结果的产生是否源自脱离之后新的共犯关系的形成。如果肯定法益侵害结果与新的共犯关系之间的因果关系则可认为共犯脱离成功,因此是否生成新的共犯关系就成为考察的重心。“为了成立共犯关系的脱离或者解除,必须是在具有共犯关系的人脱离之后,脱离的人影响力消除,而形成了新的共犯关系或者犯意。”<sup>⑤⑧</sup>

该说虽将共犯脱离与否的考察重心转化为新的共犯关系的建立之上,但仍是以前因果关系切断与否作为论证目标,并未偏离因果共犯论的逻辑轨道。然而将因果关系切断视角转化为新的共犯关系生成与否是否就能有效化解因果关系遮断说的“脱离困境”呢?似乎存有商榷余地。通过梳理该说的理论架构可知,该说虽然放弃了对参与行为同法益侵害之间因果关系的判断,转而考察终局法益侵害是否归责于“部分共犯基于新的犯意而重新实施了新的犯罪”,<sup>⑤⑨</sup>然而新的共犯关系的证成仍然是为了印证脱离之前的参与行为与法益侵害结果之间的因果关系已被切断。这样看来,共犯关系消解说其实可以分解为双层标准,即作为形式标准的新的共犯关系的生成以及作为实质标准的因果关系的遮断。然而绕开实质标准的考察以期利用形式标准进行印证的思考方式只是对共犯脱离的问题进行的简单包装。不但脱离与否的具体判断标准未能得到正面回答,而且如何确定新的共犯关系形成与否亦会成为新的困惑。导致对新的共犯关系是否产生无法形成确信答案时,往往还要重新倒推至因果关系遮断层面进行实质判断。这种叠床架屋式的论理结构“只是从概念上绕开了事实因果关系能否切断、如何切断的问题,并未触及问题的核心”。<sup>⑤⑩</sup>譬如帮助犯在为其他共犯提供了开启密码锁的技术方案之后实施了共犯脱离行为,其他共犯虽对脱离行为予以认可但仍然基于新的犯罪计划实施了盗窃行为。就该案而言,很难说具有脱离行为的帮助犯完全消解了自己帮助行为与新的犯罪结果之间的心理因果关系,然而基于共犯关系消解说必须承认此结果生成于新的犯罪关系而肯定共犯关系的脱离。这就导致该说形式标准与实质标准之间的结论冲突从而拆解了理论结构的一体性。因此与其通过转换论证对象暂时回避共犯脱离标准的构建困难,不如回归问题的本质——因果关系的遮断判断。坦然面对物理因果关系与心理因果关系脱离标准的僵硬并予以修正和完善,可以在延续因果共犯论逻辑进路的同时消解因果关系遮断说的共犯脱离与否的判断困局。

### (二) 因果关系遮断说之坚持与修正

#### 1. 根基优势:纯粹惹起说的逻辑延伸

如果承认共犯处罚的实质合理性在于参与行为同法益侵害结果之间的因果关系,那么共犯脱离标准的构建就必须回归因果共犯论的基本立场展开构建。回归前述学界关于共犯脱离标准的制度设计,共犯意思阙如说将共犯的成立条件逆向转化为共犯脱离条件,混淆了共犯成立与结果归责之间的关系。障碍未遂准用说着眼于对脱离者进行刑罚的均衡调和,虽然具有刑事政策的积极意义但缺乏实质的逻辑支撑。共犯关系消解说与因果关系切断说都将考察焦点凝聚于参与行为与法益侵害之间因果关系的切断之上,实现了脱离标准的构建根基向因果共犯论立场的理性回归。因果关系消解说

<sup>⑤⑥</sup> [日]前田雅英《刑法总论讲义》,东京大学出版会2006年版,第486页。

<sup>⑤⑦</sup> [日]团藤重光《刑法刚要总论》,创文社1990年版,第431页。

<sup>⑤⑧</sup> [日]大谷实《刑法总论》,黎宏译,中国人民大学出版社2008年版,第428页。

<sup>⑤⑨</sup> 同前注<sup>⑤⑧</sup>,西田典之,第334页。

<sup>⑤⑩</sup> 葛磊《论共犯关系脱离的认定——从结果归责出发》,载林维主编《共犯论研究》,北京大学出版社2014年版,第101页。

将法益侵害关联切断与否的考察转化到脱离之后新的共犯关系生成与否的判断,然而这种研究视角的转化只是将一个难题简单包装改造为另一个难题,脱离问题的实质即因果关系的切断与否终究没能获得明确判断。同时作为新增考察视角的共犯关系生成与否也存在认定困惑。因此,因果关系的切断与否作为共犯脱离问题的本质是不应回避也是不能回避的,弃置因果关系切断与否的判断意味着对共犯处罚根据立场的根基偏离,而后构建的标准难言具备逻辑基点的正确性。

因果关系遮断说将共犯脱离问题与共犯中止问题进行理论剥离,明确了共犯脱离作为共犯中止成立前提的体系定位。作为从因果共犯论衍生而出的具体制度学说,因果关系遮断说始终将物理因果关系以及心理因果关系的切断考察作为判断中心。“与结果或犯罪完成间之因果关系乃共犯处罚之出发点,共犯脱离之问题于此同理”<sup>①</sup>逻辑进路的一致性使得因果关系遮断说更能锁定共犯脱离的问题本质,避免了其他诸学说论述焦点不明确的弊端。同时,因果关系遮断说在保持因果共犯论立场原义的同时亦实现了个人责任主义原则在共犯归责过程中的一体贯彻。而这恰好有助于扭转我国共犯归责机制中“违法连带”教义信条的思维惯性,消解团体责任思维在共犯责任进入和退出机制中的存在空间。“部分行为全部责任”作为共犯归责的一项指导原则其成立前提即在于“违法连带”教义信条的逻辑支撑,然而作为“违法连带”原则根基的修正惹起说与混合惹起说在一定程度上已经与因果共犯论的逻辑进路分道扬镳,难言是对因果共犯论违法性独立判断视角的一致保留。与之相对,纯粹惹起说将因果共犯论中参与者介入符合构成要件之正犯行为理解为“事实的依存性”<sup>②</sup>,因此“共犯借助正犯行为实现了自己对法益的侵害,最符合因果共犯论的理论初衷”。<sup>③</sup>纯粹惹起说“强调共犯的独立性,无疑具有很大的功绩,它符合刑罚以应受处罚者固有的不法为要件这种宪法上所要求的个人责任主义原则”。<sup>④</sup>就此意义而言,基于纯粹惹起说进行共犯脱离标准的构建将使个人责任主义原则嵌入共犯责任退出机制之中。借助“违法相对性”消解“违法连带”教义信条指引下共犯关系的脱离困局,将有助于共犯责任进入和退出机制的范围和控制标准平衡,使共犯责任认定的“宽进严出”现象得以缓解。

## 2. 标准缺陷: 侧重事实判断而忽视规范评价

因果关系遮断说立足于因果共犯论之上围绕法益侵害因果关系切断与否进行脱离标准的构建,无疑锁定了共犯脱离问题的本质。虽然将作为构成要件客观要素的因果关系作为考察目标将使脱离标准的构建更具确定性,但因果关系天然的“事实属性”亦可能导致个案中脱离条件过分严苛而形成“脱离困局”。

首先,因果关系遮断说将导致脱离范围的过分缩限。“如果以因果性作为问题,几乎所有的场合都难以认定成立脱离。”<sup>⑤</sup>相对于物理因果关系具象、客观的特征而言,心理的因果关系很难进行存在论意义上的精确定义。譬如脱离者向其他共犯提供盗窃场所的建筑图纸后又索要回来并退出犯罪计划,其他共犯仍然凭借对建筑图纸的记忆或复制完成了犯罪。对此情形中的脱离者而言,其索回图纸的行为应认定为已经消除了脱离前的参与行为与最终法益侵害结果之间的物理因果关系。但从心理因果关系层面考察,其他共犯之所以能够既遂犯罪当然存在利用脱离者先前提提供图纸的行为。因此仅从纯粹客观的事实标准考察因果关系的切断很难成立为共犯关系的脱离。心理因果关系具有持续性、残余性的特点,一旦存在即便事后积极消解其影响仍然会留有残余。因此若要脱离者完全消除参与行为的心理关系无疑否定了心理因果关系的脱离可能,封堵了共犯脱离的退出路径。因此在坚守

<sup>①</sup>甘天贵《刑法之重要理念》,瑞兴图书股份有限公司1996年版(台北),第164页。

<sup>②</sup>同前注<sup>③</sup>,高桥则夫书,第119页。

<sup>③</sup>秦雪娜《共犯处罚根据的全新定位——改良的纯粹惹起说之提倡》,《环球法律评论》2015年第5期。

<sup>④</sup>同前注<sup>③</sup>,高桥则夫书,第121页。

<sup>⑤</sup>[日]大谷实《刑法讲义总论》,成文堂2009年版,第474页。



因果关系遮断说以法益侵害因果关系为考察焦点的同时应对遮断标准进行“规范软化”,从而避免心理因果关系遮断考察的事实偏重。其次,因果关系遮断说存在逻辑进路自圆其说的盲区。如果单纯对因果关系进行存在论层面的把握,那么“在结果已经发生的情况下,能否说因果关系已经被切断这不无疑问”。<sup>④⑥</sup>虽然此一批判完全可以从个人责任主义视角进行反驳,即促成共犯结果发生的因果力并非排他而是竞合关系,脱离者切断的只是自身参与行为同法益侵害结果之间的因果关系,而非共犯整体的因果关系。但是这一批判却揭示出因果关系遮断说的一个弊端,即如果对因果关系只进行事实层面的判断,将否定大量个案中共犯脱离的成立可能。共犯处罚根据问题与共犯脱离问题虽然在法益侵害因果关联层面上具有共通性,但二者所包含的因果关系并非同一性质。作为共犯处罚根基研讨对象的因果关系更为关注参与行为介入正犯行为的因果流程的客观样态,正如持纯粹惹起说的德国学者吕德尔森所认为的,共犯从属性仅仅意味着必须存在共犯所参与的特定行为这种“事实的依存性”。<sup>④⑦</sup>因此共犯处罚根据视阈下的因果关系判断更为偏重存在论层面的事实把握,而作为共犯脱离问题内核的因果关系遮断标准则是对参与行为同法益侵害结果之间因果关系的纯然判断,更具规范认定的色彩。简单将二者混同等置将造成共犯脱离的困难,因此必须对将存在论层面的因果关系切断与否的事实判断标准等置转化为认定共犯脱离的做法进行反思。“即便是说消解,也不以因果性为零为必要。”<sup>④⑧</sup>因此应对共犯脱离的因果关系的遮断判断进行规范软化,扭转因果关系遮断说成立标准过分倚重事实而造成共犯“脱离不能”的局面。就此意义而言,“起关键性作用的并不是因果的思考,而是规范、评价的思考”。<sup>④⑨</sup>

### 三、遮断标准的规范软化:修正的因果关系遮断说

在以因果关系切断与否作为终极判断依据时,必须坦诚面对学界对于该学说的善意批判,修正将因果共犯论事实层面因果流程存在与否的考察方式完全套用于共犯脱离问题的解决。对于共犯脱离问题而言,因果关系切断与否的判断更应渗透规范论层面的价值评价技术。因此应对遮断标准进行规范软化式的改良,在规范评价的前提之下分别建构契合物理因果关系与心理因果关系的不同遮断标准,避免脱离标准过于侧重事实判断,而忽视规范评价。

#### (一) 物理因果关系的遮断考察:客观风险之消解

有别于因果共犯论的事实考察方式,“共犯脱离问题其本质是对脱离者的合理归责,是一个价值判断问题,二者并不在一个层面上”。<sup>⑤①</sup>作为因果共犯论内核的法益侵害因果流程是共犯因果关系判断的事实前提,而共犯脱离物理因果关系的遮断考量是在此前提之下进行的归责判断。虽然事实考察与价值判断属于不同层面的问题,但“由于案件与判断的复杂性,很难将二者完全分离。事实上因果关系的判断就可能包含规范判断,规范判断中也可能包含因果关系的判断”。<sup>⑤②</sup>因此,作为共犯脱离标准之一的物理因果关系切断就兼具事实考察与价值判断的双重色彩,其体现为客观归责的判断过程。

从物理因果关系角度考察共犯脱离时,应将判断重心聚焦于参与行为对法益侵害客观风险消解与否的判断上。从参与形态而言,共同正犯、教唆犯、帮助犯均可通过自身的参与行为提升法益侵害结果发生的风险。只有退出者“解消或者消灭自己行为所产生的危险或者因果性影响,能够认定可

<sup>④⑥</sup>金泽刚《论共犯关系之脱离》,《法学研究》2006年第2期。

<sup>④⑦</sup>参见前注③,高桥则夫书,第117-118页。

<sup>④⑧</sup>[日]前田雅英《刑法总论讲义》,东京大学出版会2006年版,第489页。

<sup>④⑨</sup>[日]松宫孝明《刑法总论讲义》,钱叶六译,中国人民大学出版社2013年版,第238页。

<sup>⑤①</sup>葛磊《论共犯关系脱离的认定——从结果归责出发》,载林维主编《共犯论研究》,北京大学出版社2014年版,第103页。

<sup>⑤②</sup>同前注⑤,张明楷书,第183页。

以评价为只有其他实行者应对其后的行为与结果承担刑事责任的事态”<sup>②</sup>方可肯定共犯关系的脱离。将风险消解视角转化并内嵌于物理因果关系的遮断考察之中,可以形成如下判断规则:部分共犯者通过脱离行为消解了脱离前的参与行为对此后法益侵害的风险制造时,就应承认物理因果关系已经遮断;部分共犯虽实施脱离行为但未能有效清除之前参与行为对最终法益侵害的风险残余时,就应认为物理因果关系仍未遮断。

在共同正犯的场所源于共同正犯参与方式的直接性,其对法益侵害的形成具有较高的风险贡献。因此共同正犯的脱离必须付出更多的努力来消解参与行为的风险。譬如在为日本学界广为讨论的“九百日元案”中,甲、乙共同前往丙家实施抢劫,后甲因同情丙家境贫寒而停止犯行并退出门外,乙将抢劫行为实施完毕。从风险消解的客观归责角度而言,甲的行为仍应认定为犯罪既遂。甲虽然停止了自己的犯罪行为,而之前参与行为的法益侵害风险已经渗透至乙的行为之中,单纯的退出门外与劝说行为并不能彻底消除此前参与行为的法益侵害风险。但如果甲因竭力阻止乙的抢劫行为但被乙打晕在地,其后乙独自一人既遂犯罪,此时就应认为甲已经完全清除了脱离前的参与行为对法益侵害结果的风险残余。

对于帮助犯而言,物理因果关系的建立多与提供犯罪计划、作案工具以及望风等其他外化帮助行为相伴存在。这就要求物理因果关系的切断必须通过解除作案计划、收回作案工具亦或终止其他客观帮助行为来消解风险,否则难言共犯关系的脱离。譬如 B 接受 A 提供的菜刀去杀 C,后 A 告知 B 不想置 C 于死地并放弃了犯意,但 B 仍使用菜刀将 C 杀死。对于该案有学者认为“菜刀属于种类物,即使 A 不提供给 B, B 也可以轻而易举地从多种渠道获取菜刀,进而实施犯罪行为”<sup>③</sup>从而肯定 A 脱离成功。然而参与行为对法益侵害客观风险的产生或消除并非依赖于假设条件加以判断,而是以参与行为自身为对象,通过考察是否升高了法益侵害或危险结果发生之风险得出结论。如果帮助者提供的帮助对于正犯行为的实施发挥了促进而非阻碍作用,就应认为帮助行为已经提升了犯罪结果发生的现实风险。“既然正犯实际使用了该工具进行了犯罪,就不应否定行为人的行为与犯罪结果之间物理上的因果性。”<sup>④</sup>就该案中 A 提供菜刀的行为应认为持续升高了 B 杀死 C 的客观风险。单纯表达停止犯意的行为并不能完全消解其参与行为在最终法益侵害结果中的风险残余,故仍应承担故意杀人罪既遂的刑责。

与共同正犯以及帮助犯不同,“教唆犯的参与形态是唤起正犯的犯罪意思,其因果性几乎完全限于心理因果性”。<sup>⑤</sup>因此教唆犯的脱离应主要从心理因果关系的切断角度考察,但并不排除行为人在进行教唆行为的同时亦提供作案工具的情况。在这种场合就应将教唆行为与工具提供行为剥离开来分别考察,将工具提供行为还原为帮助行为从客观风险消解角度进行判断,一体适用上述思考路径。

## (二) 心理因果关系的遮断考察:规范震动之平复

与物理因果关系具象外化的客观属性不同,心理因果关系具有主观内化的特质。“就这种心理因果性而言不仅难以实际举证,在其应然的存在状态、我们的认识范式等方面,与规制外界的物理因果性也应该是不同的。”<sup>⑥</sup>因此对心理因果关系的遮断考察必须构建一条有别于物理因果关系的判断路径。心理因果关系往往建立于参与人的主观意志之中,与行为人的主观恶性具有内在关联。不论正犯或者共犯,其犯意的建立、强化都是行为人主观恶性产生、增强的体现。当心理因果关系通过客观行为予以表现时即是现实法规范平稳关系的震动。规范震动的平复既是行为人主观恶性的化解,

<sup>②</sup>[日]井田良《讲义刑法学·总论》,有斐阁 2008 年版,第 505 页。

<sup>③</sup>赵桂玉《人权保障视野下共犯脱离成立中止的合理性证成》,《广西社会科学》2016 年第 8 期。

<sup>④</sup>陈家林《论帮助犯的因果关系》,载林维主编《共犯论研究》,北京大学出版社 2014 年版,第 411 页。

<sup>⑤</sup>同前注<sup>③</sup>,西田典之书,第 306 页。

<sup>⑥</sup>[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 312 页。

也是共犯脱离者将自身参与行为与退出后法益侵害结果之间心理因果关系的隔断。因此,对于心理因果关系的遮断就可以通过共犯脱离行为是否将既已形成的规范震动予以有效平复进行判断。这种消解主观心理因果关系的共犯脱离行为表现在以下两个方面。

### 1. 正向推定条件:脱离意思之现实传达

“主观上的脱离意思是脱离者内心不再参与犯罪的恶性减弱之体现:表达了脱离意思并为其他共犯人所了解,则意味着共犯人在共犯意思上的瓦解。”<sup>⑤7</sup>共犯意思阙如说曾将参与主体间的犯意联络作为共犯脱离条件加以构建。虽然该说存在片面弃置客观因果关系的考察以及简单等置共犯脱离与共犯成立的结构缺陷,但从主观层面切入的确为我们提供了一个科学的视角。因此,在顺应和继承因果共犯论逻辑进路的前提下,结合作为共犯本质问题的行为共同说也许可为心理因果关系的遮断条件提供实质的论理支持。

根据客观行为共同说的观点,成立共同犯罪“在客观方面不要求实施特定的犯罪,只要行为具有共同性就可以成立共同犯罪”,<sup>⑤8</sup>在主观方面“只要相互认识到有他人在和自己一起共同实施大致形同或者和特定结果之间具有因果关系的的行为就够了”。<sup>⑤9</sup>因此从客观行为共同说出发,当参与者之间存在参与行为的利用认识即可认为心理因果关系已经建立。反之,利用认识的解除即可推定心理因果关系的遮断,而解除利用认识最直接的方式即是脱离意思的表示。脱离意思的表示既可以明示方式进行也可以默示方式为之,前者如脱离者向其他共犯直接说明退出共犯关系,后者则指以具体的行动予以表明。如脱离者在约定的时间或地点未与其他共犯会合,即是以默示方式向其他共犯表明了脱离意思。与脱离意思表示存在关联讨论的另一个问题是脱离意思表示是否需要得到其他共犯的认可方能肯定脱离的成立,对此存在肯定说与否定说之争。肯定说认为脱离者将脱离意思传达至其他共犯之后还需获得其他共犯的认可才能解除共犯关系。譬如在甲、乙作为共同正犯の場合,甲为了脱离共犯关系除了“对于乙表明脱离意思,即自己停止以后的犯罪遂行,从而不把乙的行为利用于以后的自己的犯罪遂行里的意思,并要得到乙的了解”。<sup>⑥0</sup>否定说则主张脱离意思是否获得认可只是“在其他共犯引起了结果发生的场合,推定脱离者脱离之前的行为是否对此仍存在因果影响力的事由之一”。<sup>⑥1</sup>其实,将规范的平复作为心理因果关系遮断的终极考察标准,脱离意思并不需要获得其他共犯的认可。一方面,脱离意思的表示已经实现了参与行为“利用认识”的正向消解,从而推定脱离者的心理因果关系已被隔断,并非需要画蛇添足增设认可条件。否则脱离者的刑责认定将取决于他人的主观态度,有违个人责任主义原则的要求。另一方面,将脱离意思的认可作为脱离成立的条件将极大地缩限共犯脱离的成立范围,不利于缓解共犯责任进入机制与退出机制的控制平衡。譬如甲在表示脱离意思后共犯乙非但不予以认可还将其打晕,然后继续实施犯罪并达既遂,对此让甲承担既遂之责难言妥适。脱离意思的传达作为心理因果关系遮断的积极条件,“不问是以明示的方式还是默示的方式,也不问是通过语言还是动作,只要达到能为其他共犯所认识的程度即可”。<sup>⑥2</sup>

### 2. 反向复检条件:真挚努力之实际付出

参与者将脱离意思予以表示即可推定心理因果关系已经遮断。然而心理因果关系毕竟不同于物理因果关系有具象、外化的特征,心理因果关系建立后要想实现彻底涤除并非易事。单纯的脱离意思表示有时并不能保证心理因果关系的彻底遮断,还需要附加其他客观条件进行反向验证。“为阻止

<sup>⑤7</sup>同前注⑭,刘艳红文。

<sup>⑤8</sup>同前注⑮,张明楷书,第393页。

<sup>⑤9</sup>同前注②,黎宏书,第478页。

<sup>⑥0</sup>[日]野村稔《刑法总论》,全理其、何力译,法律出版社2001年版,第439页。

<sup>⑥1</sup>[日]长冈哲次《中止犯与共犯关系的脱离》,载大塚仁、佐藤文哉编《新实例刑法(总论)》,青林书院2001年版,第397页。

<sup>⑥2</sup>[日]大越义久《共犯关系的脱离》,载芝原邦尔等编《刑法的基本判例》,有斐阁1988年版,第76页。

犯罪结果的发生所付出的努力的真挚程度是判断意思联络是否已中断的重要标准。”<sup>③</sup>因此脱离者在表示脱离意思之后还需对其心理因果关系的规范残余予以努力涤除,“尽可能作出消除自己制造的犯罪力的真挚努力是必要的。欲从共犯中脱离有时也要承担一定的犯行阻止义务,不负责任的置之不顾是不被允许的”。<sup>④</sup>

如 A、B、C 三人某晚于酒吧饮酒,后想“搞点节目”便尾随 D 女前往地下车库将其拖入 A 的车内用衣物将其捆绑。A 发现 D 正值生理期,认为很是晦气还可能弄脏车便表示“没意思,不要搞了”,并将 D 松绑并说“真倒霉,快让她滚,我回上面喝酒去了”。A 锁完车门后就径行离去,B、C 继续对 D 实施了轮奸行为。对于 A 停止强奸并松绑 D 的行为,有学者认为“在一定程度上消除了对 D 的精神强制,此时风险实现的可能性已然接近 D 单独处于停车场遭遇其他强奸犯的情形,因而可以成立共犯关系的脱离”。对此结论似有检讨余地。从心理因果关系遮断角度审视 A 的脱离行为,当其表明“没意思、不要搞了”以及“真倒霉,快让她滚”应认为 A 传达了脱离意思,解除了与其他共犯之间参与行为的利用认识。然而基于对本案客观环境的考察,如 D 当时所处的地下车库属于较为封闭的空间,以及 B、C 饮酒后的控制能力下降的精神状态,仅靠单纯的脱离意思表示很难认定 A 完全涤除之前参与行为在 B、C 后续轮奸行为中的心理因果残余。即便脱离意思的传达暂时推定遮断心理因果关系,但并未满足真挚努力阻止犯罪延续的反向复检条件。从最终结论而言,由于仍然存在心理因果关系的规范残余,不能认为心理因果关系已被遮断。将法规范的震荡平复作为心理因果关系遮断的最终检验标准,A 不仅需要进行上述脱离意思的现实表示,还需为阻止 B、C 后续的犯罪行为付出真挚的努力。譬如护送 D 女开车离开地下车库,亦或说服 B、C 一同离开地下车库。单纯的停止犯行径自离去的行为并不能彻底消除心理因果关系的残余,不能评价为心理因果关系的彻底遮断。在此意义上,脱离意思的明示传达只是心理因果关系遮断的暂时性条件而非终极条件,只有行为人同时满足了脱离意思的现实表示以及真挚努力的实际付出,方可认定脱离者切断了心理因果关系,涤除了参与行为在后续法益侵害中的心理因果残余,从而通过脱离行为实现了法规范震动之有效平复。

#### 四、结语

共犯责任进入机制与退出机制的构建平衡决定了共犯处罚维度的适中合理。在“违法连带”教义信条的指引下共犯责任认定机制呈现出“宽进严出”的失衡景象,隐藏粘连扩张的潜在风险。为实现共犯责任进入和退出的控制标准的平衡,应回归因果共犯论立场本义之上将“个人责任主义原则”及“违法相对思维”在共犯责任认定机制中一体贯彻。共犯脱离制度作为共犯责任认定机制的控制规则,亦应顺应承继因果共犯论的结构框架进行物理因果关系与心理因果关系遮断条件的双重构建。同时为避免传统因果关系遮断说所存的事实判断过分倚重而规范评价关注缺失的结构缺陷,应对遮断标准进行规范软化,形成修正的因果关系遮断说。物理因果关系的遮断考察应以客观风险之消解作为评价目标,进行事实因果关系评价的规范渗透;心理因果关系的遮断考察应以法规范的震动平复作为评价目标,构建包括脱离意思传达以及真挚努力付出的双层检验机制,从而将个人主义原则、违法相对思维内嵌于修正因果关系遮断的架构之中,通过遮断条件的规范软化最终实现共犯责任控制的再平衡。

(责任编辑:杜小丽)

<sup>③</sup>[日]井上正治《共犯与中止》,载平野龙一等编《判例演习〈刑法总论〉》,有斐阁 1960 年版,第 209 页。

<sup>④</sup>[日]松宫孝明《刑法总论讲义》,钱叶六译,中国人民大学出版社 2013 年版,第 238 页。