

双层区分制下正犯与共犯的区分

钱叶六*

内容提要：世界各国刑法关于共犯体系的立法存在着“单一制”与“区分制”两大类型。中国刑法中的共犯体系在解释论上可归结为区分制，如何区分正犯与共犯亦是中国共犯理论必须回答的问题。在德、日刑法中，正犯与共犯的区分具有同时解决参与人的定罪和量刑的双重功能。在此种单层区分制下，重视参与人在不法事实实现过程中的实质支配力或作用大小的犯罪事实支配理论、重要作用说有其论理上的妥当性。中国刑法对参与人同时采用了分工和作用两种并存不悖、功能各异的分类标准。分工分类标准下的正犯与共犯旨在解决参与人的定性及其间的关系问题，而不直接决定和评价参与人的刑罚轻重，承载量刑功能的是作用分类标准下的主犯和从犯。在这种双层区分制立法模式下，正犯与共犯的界分宜采以构成要件为轴心的实行行为说。

关键词：区分制 正犯 共犯 实行行为说

一、引 论

德、日等大陆法系国家（地区）刑法根据单一的分工分类法将共同犯罪的参与者（我国刑法学习惯称之为“共犯人”）划分为正犯和狭义的共犯（教唆犯、帮助犯）。〔1〕其中，正犯是共同犯罪定罪和量刑的中心，其不仅具有定罪的价值，而且具有评判参与者刑罚轻重的功能——正犯是共犯的处刑基准，共犯依照正犯之刑处断或者减等处刑。〔2〕在此种对参与人类型（定罪）与参与程度（量刑）实行单层次操作的区分制（本文称之为“单层区分制”）立法例之下，正犯与共犯的区分在根本上涉及的是参与者究竟成立作为重的犯罪类型之正犯，还是成立轻的犯罪类型

* 清华大学法学院博士后研究人员。

本文系作者主持的司法部国家法治与法学理论研究青年项目（项目编号：09SFB3015）及中国博士后科学基金资助项目（项目编号：20110490357）的阶段成果。

〔1〕在采区分制的大陆法系国家（地区）刑法中，“共犯”一词有最广义、广义和狭义之分。所谓最广义的共犯，是指两个以上的人共同实现构成要件的情况，可以分为任意共犯和必要共犯；所谓广义的共犯，是指作为任意共犯的共同正犯、教唆犯以及帮助犯；所谓狭义的共犯，是指教唆犯和帮助犯。参见〔日〕大谷实：《刑法讲义总论》，黎宏译，中国人民大学出版社2008年版，第358页以下。在我国刑法理论中，“共犯”一词，多是从广义上来理解，本文亦同。但在“共犯”一词作为正犯的相对概念加以使用时，所谓的“共犯”则仅指狭义的共犯。

〔2〕详见德国刑法典第25—27条、日本刑法典第60—63条、我国台湾刑法典第28—30条的规定。

之共犯。^{〔3〕}所以，如何区分正犯与共犯便成为这些国家（地区）的教义刑法学无法绕开的重要课题。对此，学理上虽一直呈现出诸家争论不已、学说林立的局面，但区分标准的“客观实质化”或者正犯的“主犯化”则是学说发展的必然走向。当下在德、日刑法学界大行其道的犯罪事实支配理论及重要作用说便是这种学说走向的集中反映。

与德、日刑法中的单层区分制不同，我国刑法采取的是对参与人类型与参与程度实行双层次操作的区分制（本文称之为“双层区分制”），具体地说，我国刑法在共犯人的分类上同时采用了分工和作用两种不同的分类标准：一是按照分工分类法，在构成要件的层面将共犯人划分为正犯、组织犯、教唆犯和帮助犯，用以解决共犯人的分工定性及其间的关系问题，这是共犯人分类的第一层次；二是在分工分类的基础上，按照作用分类法进一步将共犯人进行主、从犯的划分，^{〔4〕}并明定其处罚原则，用以解决共犯人的量刑问题，这是共犯人分类的第二层次。如此一来，我国刑法同样需要讨论正犯与共犯的区分标准问题。但是，长期以来，由于我国刑法学界仅仅看到主、从犯的分类价值，而未能认识到区分正犯与共犯的重要性和实际意义，正犯与共犯区分问题一直是我国共犯理论研究中的“弃儿”，学界开始重视对这一问题的研究只不过是近年来的事情。在区分标准理论的选择上，目前主张采纳德、日当下盛行的实质客观说特别是犯罪事实支配理论的声音越来越有力，^{〔5〕}正犯形态之“主犯化”倾向明显。但是，问题在于，我国与德、日刑法虽同采区分制，但在共犯人分类的具体规定上特别是在正犯的功能界定上，可谓大相径庭、相去甚远，罔顾这种立法上的差异而直接采用德、日的犯罪事实支配理论或者重要作用说，是否妥当、可行？我国刑法中的两种不同分类标准下的共犯人的功能及其界限何在？正犯与共犯区分理论究竟该如何选择？基于上述问题意识，本文拟在介述和解读域外单层区分制及其区分理论的基础上，侧重就我国双层区分制下正犯与共犯的区分问题进行深入研讨，以探求符合我国立法和司法实际的区分理论。

二、区分的前提：区分制

二人以上共同参与犯罪的场合，加功、作用于犯罪事实的行为往往形态各异，表现不一，既有直接实行符合构成要件行为的情形，亦有仅仅对犯罪实施起诱发、促进或者加功作用的情形。如何

〔3〕 参见〔日〕林干人：《刑法总论》，东京大学出版会2008年版，第392页。

〔4〕 我国刑法第28条规定：“对于被胁迫参加犯罪的，应当按照他的犯罪情节减轻处罚或者免除处罚。”一般认为，该条规定的是胁从犯，系与作用分类法下的主犯、从犯相并列的共犯人类型。由于刑法对胁从犯的处罚轻于从犯，因而，要求胁从犯在共同犯罪中起较小的作用（次于从犯的作用）虽不是刑法的明文规定，却是对刑法第26至29条进行体系解释和实质解释所得出的合理结论。参见马克昌主编：《刑法学》，高等教育出版社2003年版，第174页；张明楷：《刑法学》，法律出版社2011年版，第409页。但依笔者之见，所谓“被胁迫”，揭示的是行为人参加犯罪的被动性和主观上的非自愿性，并不必然表明行为人在共同犯罪中所起的作用大小，因而上述关于胁从犯在共同犯罪中所起的作用次于从犯的见解并不妥当。例如，甲受他人胁迫而入室独立实施抢劫犯罪的场合，并不能否定甲的行为实际所发挥的重要作用，只能说明其主观责任的减弱。所以，严格地说，刑法第28条的规定不宜解释为作用分类下的共犯人类型，而宜解释为“独立的责任减免事由”或“应予宽恕的事由”。换言之，被胁迫参加犯罪的人既可能是主犯，亦可能是从犯。在处罚上，由于刑法第28条作了“应当按照他的犯罪情节减轻处罚或者免除处罚”的特别规定，因而，对于受胁迫参加犯罪的人，应根据其受胁迫的程度及其在共同犯罪中所起的作用大小具体地决定是减轻处罚还是免除处罚。亦即，在行为人受他人胁迫程度严重，且所起的作用较小时，应当免除处罚；相反，如果行为人受他人胁迫程度轻微或者所起作用较大时，应当减轻处罚。当然，如果行为人身受完全强制、完全丧失意志自由或者符合紧急避险条件实施了某种行为时，应阻却违法性或者责任，依法认定无罪。

〔5〕 参见上引，张明楷书，第357页；周光权：《刑法总论》，中国人民大学出版社2011年版，第212页以下；任海涛：《承继共犯研究》，法律出版社2010年版，第29页。笔者此前也主张此说，参见钱叶六：《间接正犯与教唆犯的界分——行为支配说的妥当性及其贯彻》，载陈兴良主编：《刑事法评论》第28卷，北京大学出版社2011年版，第356页以下。另外，还有学者赞同重要作用说，参见刘艳红：《论正犯理论的客观实质化》，《中国法学》2011年第4期。

处理这种复杂的犯罪参与现象，这在世界各国的立法和理论上存在着两种不同的共犯体系：一是“单一制”，亦称“单一的正犯体系”、“统一正犯概念体系”、“包括的正犯概念体系”，认为凡对构成要件的实现作出原因性贡献的每一个人，均为正犯。采用单一制的立法例有意大利刑法、奥地利刑法、丹麦刑法、巴西刑法、阿根廷刑法等。例如，奥地利刑法典第12条规定，自己实施应受刑罚处罚的行为，或者通过他人实施应受刑罚处罚的行为，或者为应受刑罚处罚的行为的实施给予帮助的，均是正犯。第13条规定，数人共同实施应受刑罚处罚的行为的，按责任的大小分别处罚。该体系的基本特点如下：〔6〕第一，在构成要件的层面上放弃正犯与共犯的区分，所有的犯罪参与人都统一地被评价为正犯，排斥共犯的从属性原理的适用。第二，对犯罪事实进行加功的所有参与人的行为，其不法内涵具有同等之价值（同等对待原则），适用同一的法定刑。第三，各正犯的行为不法内涵虽然等价，但不影响各自在刑罚裁量上的差异性，即应依据各正犯对犯罪事实的加工程度及其个人责任的具体情况作出不同的评价。二是“区分制”，亦称“二元参与体系”、“正犯·共犯分离体系”，是指刑法法规不仅在概念上将参与者二元地区分为正犯与共犯，而且原则上对两者的不法内涵予以不同的评价。采纳此种体系的代表立法例有德国刑法、日本刑法、韩国刑法、法国刑法、瑞士刑法及我国台湾刑法等。该体系的基本特色如下：第一，从构成要件行为的实行者与参与者属于不同的行为类型的观念出发，将各参与者区分为正犯和共犯两种不同的犯罪类型。第二，正犯与共犯的不法评价原则上具有层级的区分，并承认共犯从属性的原理。“在各自的严重性程度上，正犯、教唆犯和帮助犯展现出一种由‘多’到‘少’的落差走向，从评价的角度观察，可称为规范上的层次关系”。〔7〕第三，正犯是共同犯罪定罪和量刑的中心。共犯以正犯的成立为前提，并且共犯依正犯之刑处断或者减等处罚。很显然，在前一种立法例之下，由于所有的参与者都被统一地评价为正犯，也就无所谓正犯与共犯区分的问题。在后一种立法例之下，由于共同犯罪的参与者在类型上被划分为正犯与共犯，所以在学理上就有厘清二者的界限之必要。

我国现行刑法虽然没有像德、日刑法那样在总则中明确规定正犯、帮助犯的概念，但并不等于刑法理论和实践中不存在正犯的概念及其与共犯的区分问题，更不能由此认为我国刑法采用了单一制。理由如下：首先，我国刑法第29条第1款类型性地作了“教唆他人犯罪的，是教唆犯”的规定，这就要求必须在理论和实践上准确地界分教唆犯和正犯之间的界限。根据刑法第29条第1款的规定，对于教唆犯，应当按照其在共同犯罪中所起的作用大小相应地以主犯或者从犯论处。其次，关于正犯，一般认为是由刑法分则规定的基本犯罪类型。对于起主要作用的正犯，根据刑法第26条第4款的规定，应按照其参与的全部犯罪处罚。对于起次要作用或辅助作用的正犯，根据刑法第27条第2款的规定，应当从轻、减轻或者免除处罚。再次，我国刑法还特别规定了组织犯这一参与人类型。具体地说，刑法第26条第1款关于“组织、领导犯罪集团进行犯罪活动的……”的规定就属于以分工为标准类型性地对犯罪集团中的组织犯所作的立法。〔8〕根据刑法第26条第3款的规定，这类组织犯应按照集团所犯的全部罪行处罚。第26条第4款规定，“对于第三款规定以外的主犯，应按照其……组织、指挥的全部犯罪处罚”，这可以理解为是对普通犯罪中的组织犯所作的规定。〔9〕最后，我国现行刑法虽然未就帮助犯作出明确的规定，但在学理上我们完全可以根据“分工分类”的标准推导出帮助犯这一参与类型，即帮助正犯的，

〔6〕 参见柯耀程：《参与与竞合》，台湾元照出版公司2009年版，第38页以下。

〔7〕 [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333页。

〔8〕 参见马克昌主编：《犯罪通论》，武汉大学出版社2000年版，第565页；陈兴良：《共同犯罪论》，中国人民大学出版社2006年版，第171页。

〔9〕 参见赵辉：《组织犯及其相关问题研究》，法律出版社2007年版，第9页；杨金彪：《分工分类与作用分类的同一——重新划分共犯类型的尝试》，《环球法律评论》2010年第4期。

是帮助犯；具体言之，是指为他人实行犯罪提供援助或者便利，使正犯的实行行为更为容易的情形。^{〔10〕}由上分析，我国的共犯立法体系在性质上可归结为区分制。

但是，在共犯体系的设置上，我国刑法并非像德、日刑法那样对参与人的定罪和量刑进行单层次的分类和操作，在正犯与共犯的处罚设置上也未机械地遵循由重到轻的层级走向，而是在根据分工分类标准将参与人区分为正犯和组织犯、教唆犯等犯罪类型的基础上，按照作用分类法进一步将参与人进行主、从犯的划分，并明定其处罚原则。相较而言，我国这种对参与类型与参与程度进行双层次分类和操作的区分制更有其特色和优势。

第一，参与类型的意义在于揭示参与人是以何种形式参与了共同犯罪，亦即，究竟是以构成要件行为的实行直接地惹起了法益侵害的结果还是以协力、加功于构成要件行为的方式间接地惹起了法益侵害的结果，涉及的领域主要是构成要件，旨在解决共犯的分工定性及其与正犯之间的关系，亦即，确定了正犯，就可以明确谁的行为符合分则具体罪名和构成要件的规定，谁的行为依附和从属于正犯。^{〔11〕}至于参与人的量刑问题，则应根据各参与人在共同犯罪中所处的地位、对共同犯罪故意的形成所起的作用、实际参与犯罪的程度以及对结果所发挥的作用等违法、责任情状加以综合考量。在此意义上说，本应进行双层次操作的参与类型与参与程度问题，却因德、日刑法中的单一分工分类的规定而变成单层次的操作，这在一定程度上混淆了共犯的定罪和量刑的功能和界限。相反，我国双层区分制下的正犯、共犯与主犯、从犯，则是“各司其职、各负其责”，参与人的定罪和量刑功能和界限因此得以明晰化。

第二，单层区分制在赋予正犯定罪功能的同时又赋予其量刑的功能，如此一来，正犯概念也就背离了分工分类法的本来趣旨，构成要件行为（实行行为）于正犯与共犯的区分所存在的定型性意义因此也就随之丧失，从而有违罪刑法定主义。与此相反，我国双层区分制下的正犯概念仅仅承载定罪的功能，这不仅使得正犯概念能够简单化、正犯功能能够单一化，而且有利于维持实行行为在正犯与共犯界分中的定型性意义。^{〔12〕}

第三，同一参与类型的行为在外观上看都具有相同或者相似的表现形式，但就社会生活的复杂性而言，无法保证每种行为类型内部在参与的程度上都具有相当性。如果立法硬性地将每种行为类型与一定的刑罚裁量原则相对应，即非要赋予其本身不能且不应被承载的“确定刑罚轻重”这一量刑层面的功能，势必会导致不能圆满地解决参与人的量刑问题。^{〔13〕}例如，某甲邀某乙共同教唆某丙去杀人，某乙并不情愿，只是碍于情面答应前往，某甲教唆某丙之时，某乙仅于旁边附和几句。对此，在德、日单层区分制之下，对教唆犯某乙也只能“判处正犯的刑罚”，而无法给予减轻，这显然有违国民的处罚感情。但在我国双层区分制之下，正犯、共犯和主、从犯之间并非是一一对应的关系。某一参与人是成立主犯抑或从犯，应依据参与人在共同犯罪中所起的作用来加以判定。就上述设例而言，应首先依据某乙参与犯罪的具体形式认定其成立教唆犯，然后再根据某乙实际所起的较小作用，依法认定为从犯。如此处理，自然能够实现处罚上的适当性。

我国刑法这种关于参与人的双层区分制遵循的是先形式后实质、先解决定罪后解决量刑的思

〔10〕 我国刑法第 27 条第 1 款规定：“在共同犯罪中起次要或者辅助作用的，是从犯。”通说认为，“起辅助作用的”指的就是帮助犯，都是从犯。参见高铭暄、马克昌主编：《刑法学》，北京大学出版社、高等教育出版社 2010 年版，第 188 页。但拙文以为，刑法关于“在共同犯罪中起次要或者辅助作用的，是从犯”的规定，是从“作用”的角度对共犯人进行的分类，是相对于起主要作用的主犯而言的，而非对共犯人参与类型的规定。这里的“次要作用”和“辅助作用”表达的意涵近乎相同，可能涵摄的共犯人类型包括正犯、教唆犯和帮助犯。而就帮助犯的作用来看，在共同犯罪中未必都是从犯，帮助犯成立主犯的情形亦客观存在。关于这一点，后文会有具体论述。

〔11〕 参见前引〔5〕，周光权书，第 236 页。

〔12〕 参见陈家林：《共同正犯研究》，武汉大学出版社 2004 年版，第 33 页。

〔13〕 参见前引〔5〕，任海涛书，第 169 页。

维过程,不仅维持了构成要件在共犯论中的定型性意义,而且可以比较灵活、圆满地解决共犯人的量刑问题。相较而言,是一种更为可取的区分制模式。当然,我国刑法关于双层区分制的立法规定亦有其不完善之处,诸如欠缺对正犯、帮助犯概念的明确规定;关于参与人的定罪和量刑的分层次规定的明确性和体系性仍显不够,等等。所以,从立法论上来说,陈兴良教授所提倡的应将共同犯罪的定罪和共同犯罪的量刑进行明确的分层次的规定之立法建言是可取的。^[14]在立法范例上,俄罗斯联邦刑法典有关对共同犯罪人的种类和共同犯罪人的责任进行分层次的立法模式于我国刑法立法的完善具有一定的借鉴意义。^[15]

三、单层区分制下区分标准理论的客观实质化

从学说史观之,德、日刑法围绕正犯与共犯的区分理论历经有形式客观说、主观说、实质客观说的变迁。其中,形式客观说内部又有严格的形式客观说和规范的实行行为说之分野;而实质的客观说内部更是学说林立,歧见纷呈,主要有必要性理论、同时性理论、优越性理论、危险性程度说、重要作用说和犯罪事实支配理论等学说。

(一) 形式客观说的发展轨迹:从严格的形式客观说到规范的实行行为说

在学说史上,较早为德、日学理所接受的区分理论,应属形式的客观说。^[16]该说以构成要件和限制的正犯概念为基础,认为对构成要件意义上的实行行为全部或者部分地自己着手的,是正犯;不亲自参与构成要件行为的实行,而只是对构成要件的实现做了准备或者支持行为的,是参与人。^[17]形式客观说在1915—1933年属占据德国理论和实务的支配性见解,并与判例所采用的主观的共犯论分庭抗礼。^[18]但在此后,形式客观说在德国日趋式微,几无追随和支持者。^[19]在日本,虽然今日之主流学说是重要作用说,但形式客观说一直不乏支持者。

然而,形式客观说并非“铁板一块”,其阵营内部在是否承认间接正犯的问题上存在着分歧。以日本学说为例,早期的形式客观说论者彻底贯彻限制的正犯论的立场,主张严格的形式客观说,亦即,仅仅从自然主义的行为中寻找实行性,只有亲自实施构成要件行为之人才是正犯。基于这一立场,间接正犯的概念自当不被承认。例如,泷川幸辰指出,只要根据这个限制的正犯概念对实行行为作形式上的理解,就不能说以他人手段实施犯罪的间接正犯是自己实现犯罪构成要件,从而把他包含到正犯内是困难的。所以,利用他人实现犯罪的情形应考虑成立共犯(“扩张的共犯论”)。^[20]与此相对,今日之形式客观说论者大多认为,限制的正犯论对构成要件(实

[14] 参见前引[8],陈兴良书,第542页以下。

[15] 参见《俄罗斯联邦刑法典》,黄道秀译,中国法制出版社2004年版,第11页以下。

[16] 参见前引[6],柯耀程书,第13页。

[17] 参见前引[7],韦塞尔斯书,第287页。

[18] 主观说的要义在于,是正犯抑或共犯,应根据参与人意思的立场(意思说)或者利益的方向(利益说)来加以界分。亦即,以正犯的意思或者为了自己的利益参与共同犯罪的,是正犯;反之,就是共犯。该说存在明显的缺陷:首先,行为人主观上的内容,当在责任的层面作为量刑的因素或者资料加以考虑为妥,结果却被违反体系地运用于构成要件层面的正犯与共犯的划分上。其次,主观说与现行刑法条文相违背,因为刑法关于正犯的规定是“实施”、“实行”犯罪;另外,对于德、日刑法分则条文预设的为使他人获得利益的犯罪类型(如受嘱托杀人罪、受嘱托堕胎、为第三人的利益而实施的强盗、欺诈、恐吓等),主观说无法提供合理的解释。第三,正犯意思与共犯意思的概念是以正犯与共犯概念的确定为前提,因而意思说只能成为一种循环论。因此,主观说已经成为仅具学说史意义的区分理论。

[19] 参见Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 4. Aufl, 1984, S. 34 f.,转引自林山田:《刑法总论》下册,台大法学院图书馆2008年版,第36页以下。

[20] 转引自[日]野村稔:《刑法总论》,全力其、何力译,法律出版社2001年版,第384页。主张将间接正犯消解于共犯的学者还有佐伯千仞、中山研一等,相关文献可参见[日]龟井源太郎:《正犯と共犯を区別するという事》,弘文堂2005年版,第57页;[日]中山研一:《刑法总论の基本问题》,成文堂1974年版,第268页以下。

行行为) 概念的理解过于形式化、僵化, 缺乏对实行行为的本质的正确认知, 不当地将间接正犯排除在正犯的范畴之外, 进而主张应对实行行为作规范上的评价和理解, 间接正犯的场合也被认为实施了实行行为, 从而将其包含进正犯的范畴之内 (学理上可称之为“规范的实行行为说”)。例如, 大塚仁指出, 限制的正犯概念忘记了符合构成要件的实行行为这一观念所具有的规范意义, 使得正犯的概念过于狭窄。从规范性的角度来看, 实行行为并不需要以行为人自身直接的身体性行为为基础, 与能够将器具和动物作为工具加以使用一样, 也能够将他人作为工具实施犯罪。^[21]

笔者以为, 在间接正犯的性质定位上, 严格的形式客观说不应获得支持, 而规范的实行行为说具有妥当性。理由在于: 第一, 严格的形式客观说基于“只有亲自实施符合构成要件行为之人才是正犯”的认知, 否认间接正犯, 这无非是一种“扩张的共犯论”。但是, 将他人当作纯粹的犯罪工具加以利用的行为与单纯引起他人犯意的行为或者为他人犯罪提供援助或便利的行为性质明显不同。若将之解释为教唆犯或者帮助犯, 有违一般人的法感情。第二, 间接正犯虽然是间接的参与, 但在单方面地利用“他人”这一点上, 正好与自己使用道具、动物实施犯罪的直接正犯具有同样的意义和性质。在规范意义上, 两者完全可以作统一评价, 因而间接正犯不外乎是正犯的一种形态, 是本来的正犯、固有的正犯。^[22] 第三, 德国刑法典第 25 条关于正犯的规定中就明确涵括了间接正犯这一类型, 这一实定法现象显然是严格的形式客观说所不能诠释的。第四, 在德、日刑法语境下, 如果僵化地固守严格的形式客观说, 将本应对其所利用的“工具”的行为承担全部责任的利用者认定为共犯而处以较轻的刑罚, 这终究有违比例原则。

综上分析, 以限制的正犯论为基础但又不完全拘泥于此的规范的实行行为说, 不仅有利于维持构成要件行为的定型性意义, 彰显罪刑法定的基本精神, 而且还能对间接正犯这一犯罪形态给予合理的定位, 因而有其可取之处。但问题是, 按照此一学说的逻辑, 对于未参与构成要件行为的实行但在实质上对共同犯罪的实施和完成起了至关重要作用或者作出重大贡献的人 (如有组织犯罪的幕后主使或者“大人物”), 就只能认定为较轻的共犯类型, 这无论如何都是一个有悖公平正义、令国民难以接受的解释结论。可见, 在德、日现行共犯体系之下, 形式客观说并不能担当起区分正犯与共犯的重任。

(二) 今日之通说: 犯罪事实支配理论和重要作用说

鉴于形式客观说具有不能实现刑事处罚合理性之弊端, 近期的德、日区分理论渐次表现出向实质客观说发展的趋向。在实质客观说内部, 存在着形形色色的学说。以下仅就作为当下德、日通说之犯罪事实支配理论 (有的称之为“行为支配说”) 和重要作用说加以介述。

犯罪事实支配理论认为, 正犯系犯罪事实的核心角色或者关键人物, 引领、支配整个犯罪事实的进程, 而共犯则是边缘角色或者次要人物, 对犯罪事实进程并不具有支配性, 而只是参与犯罪的进程。正犯对犯罪事实的支配主要包括三种情形:^[23] 一是作为行为支配的直接正犯。亲自实施某种构成要件行为之人, 能够独立地、自由地支配犯罪事实, 毫无例外地是正犯。二是作为意志支配的间接正犯。通过利用他人 (构成要件行为中介者) 并将其工具化 (用作“工具”) 而间接 (作为“幕后者”) 支配事件过程的方式, 让他人为自己的目标出力, 以实现不法之构成要件。三是作为功能性犯罪事实支配的共同正犯。共同正犯是通过分工实施而实现构成要件。共同正犯的支配来自于其在实施中的功能, 他承担了对实现犯罪计划而言是实质性的, 并且通过其实

[21] 参见 [日] 大塚仁:《刑法概说 (总论)》, 冯军译, 中国人民大学出版社 2003 年版, 第 142 页, 第 239 页。

[22] 参见 [日] 团藤重光:《刑法纲要总论》, 创文社 1990 年版, 第 154 页, 第 388 页以下。

[23] 详见 [德] 克劳斯·罗克辛:《正犯与犯罪事实支配理论》, 劳东燕译, 载陈兴良主编:《刑事法评论》第 25 卷, 北京大学出版社 2009 年版, 第 9 页以下。

施的部分构成要件行为而使其对整体事件的支配成为可能的任务。

在日本,当下的主流区分理论是重要作用说。例如,立石二六指出,“对于正犯概念的明确,应综合考察诸种情事,进行实质的考察。‘重要的作用’属于规范的要素,因此,不可避免地要介入法官的实质的判断。但在今日刑法学中,诸如间接正犯、实行的着手、原因自由行为等等,需要进行实质考察的情形并不少,在我看来,在实质客观说的名下,采此一见解也未尝不可。立足于这一立场,所谓教唆犯、从犯,系指不起重要作用的狭义的共犯。”^[24]

由上分析可见,犯罪事实支配理论和重要作用说,尽管称谓不同,但二说都主张,某一参与人是正犯抑或共犯,应以参与人对共同引起的法益侵害结果所做的实质性贡献或者实际作用的大小作为标准加以判断。如此一来,在实行行为与正犯的关系上,二说均放弃了正犯的认定完全受制于实行行为概念之思路。从实质的客观立场来看,二说并无本质上的差异。

(三)小结:区分标准的实质客观化是德、日区分理论的必然选择

在正犯与共犯的区分问题上,德、日传统的共犯理论恪守以构成要件为中心的形式客观说,但近期占据学说主流地位的是重视参与人在共同犯罪中的支配力或者作用大小之实质客观说,呈现出区分标准理论的实质客观化的发展动向。这一学说立场的转向,不只是学理上的选择,而是根源于其深层次的立法背景。德、日刑法在参与人的分类上,采取的是单一的分工分类法,其中,正犯处于核心地位,并“一身兼二任”,不仅具有解决参与人参与类型和定性的功能,更重要的是具有直接评价参与人在共同犯罪中所起的作用大小的意义。在这一立法框架下,若彻底贯彻传统的形式客观说,就会将那些虽未参与构成要件行为的实行但在共同犯罪中起重要作用的人认定为共犯而处以较轻的刑罚,这势必导致罪刑失衡。基于实现刑事处罚的合理性的需要,在正犯和共犯的判断上,德、日学界及实务界逐渐突破实行行为的传统边界而加以实质的解释——纵使没有参与构成要件行为的实行,但如果对共同犯罪的不法事实具有支配力或者发挥了重要作用,亦能成为正犯;相反,即便直接参与了构成要件行为的实行,但倘若对不法事实缺乏支配力或者对结果的发生所起的作用较小,亦可成立共犯(主要是指帮助犯)。如此一来,正犯这种原本按照形式上的分工标准所划分和确立的犯罪类型在事实上也就成为按照实质上的作用分类标准所确定的“主犯”范畴。正因如此,学界一般认为,德、日刑法中的正犯也可谓主犯,^[25]我们完全可以将德、日等国刑法中的正犯与中国刑法中的主犯放在同一平台上加以讨论。^[26]

四、区分标准理论之中国选择:实行行为说

与德、日刑法学界历来呈现出来的“百家争鸣”、学说纷呈的研究景象不同,正犯与共犯的区分问题一直不为我国学界所重视。究其缘由,还是在于我国传统刑法理论只是片面地关注作用分类标准下的主、从犯的存在价值,而对正犯、教唆犯和帮助犯形态的重要性和意义认识明显不够。以下主要就我国刑法中的正犯与共犯区分标准问题加以研讨。

(一)区分标准理论评析及本文立场

关于正犯与共犯的区分,从我国学界现有的争论情况来看,主要有规范的实行行为说和犯罪事实支配理论的对立。通说主张规范的实行行为说(我国刑法学上习惯称之为“实行行为说”,以下沿用这一提法),亦即,在正犯和共犯的区分上,应以行为人是否亲自实施了实行行为为标准来判断。在间接正犯的场合,行为人并不是单纯地引起他人的犯罪意愿或者为他人犯罪提供方

[24] [日]立石二六:《刑法总论》,成文堂2008年版,第288页以下。

[25] 前引[4],张明楷书,第405页。

[26] 参见金光旭:《日本刑法中的实行行为》,《中外法学》2008年第2期。

便,而是根据自己的意思,将他人作为犯罪工具加以利用,以实现自己的犯罪目的。这种假他人之手实现犯罪目的的行为,和自己亲自动手实施犯罪没有任何差别,所以,也是正犯。〔27〕

与通说的主张相反,张明楷教授在具体考察域外区分理论的基础上,主张犯罪事实支配理论。他指出,按照结果无价值论的观点,犯罪事实支配理论与重要作用说并没有明显区别。因为,对犯罪事实的支配,应理解为对构成要件事实的支配,尤其应理解为对法益侵害、危险结果的支配。所以,从实质上来看,对侵害结果或者危险结果的发生起支配作用的就是正犯。反之,就是共犯。〔28〕近期,我国主张犯罪事实支配理论的声音愈来愈有力,〔29〕从而使得该说成为一种相当有力的学说。此外,在实质客观说内部,亦有学者主张重要作用说。〔30〕

笔者以为,域外经年累月发展起来的正犯与共犯区分理论虽能给我们提供一定的启示和借鉴,但必须注意的是,一个国家(地区)刑法中的正犯与共犯区分标准究竟要采用何种学说,应以其所在国(地区)的刑法立法实际为界限和依托。因而,在中外刑法关于共犯人分类的规定及其共犯体系存在实质性差异时,就应当注意借鉴域外区分理论的界限,而不能不加甄别、不究根底地采信和照搬。德、日等大陆法系国家(地区)刑法在参与人的分类上,并未进行参与类型与参与程度的双层次分类和操作,而是着眼于定罪量刑的一体性解决。在此种区分制之下,弃实行为说而采实质客观说是为了实现刑事处罚合理性而做的万不得已的选择。但不同于德、日,我国刑法对共犯人同时采用了分工分类(正犯、组织犯、教唆犯和帮助犯)和作用分类(主犯、从犯)两种不同的分类标准。就两种分类标准下的共犯人的关系来看,正犯只是在行为的分工或者类型上与组织犯、教唆犯和帮助犯等犯罪形态相区别,涉及的领域主要是构成要件,旨在解决共犯人的定性及其之间的关系。与此相对,主、从犯的划分主要揭示的是共犯人在共同犯罪中的参与程度或者所起的作用大小,旨在解决共犯人的量刑问题。可见,两种分类方法功能各异,并存不悖,遵循的是先形式后实质、先解决定罪后解决量刑的思维过程。在我国刑法已经根据共犯人在共同犯罪中所起的作用将共犯人分为主犯、从犯的前提下,再讨论正犯、教唆犯、帮助犯的区别标准时,显然难以采取犯罪事实支配理论(包括重要作用说),否则就可能使得正犯、教唆犯、帮助犯的区分与主犯、从犯的区分形成完全重叠的关系,〔31〕并有在实质上架空我国作用分类法所具有的意义和价值之弊,最终导致我国刑法关于主、从犯的规定没有存在必要的荒谬结论。

实质客观说的问题还在于以下两点:其一,难以对我国刑法中的“次要的正犯”现象作出自洽、圆满的解释。例如,周光权教授一方面认为,形式的客观说不能解释间接正犯及共谋共同正犯的正犯性,因而主张行为支配说;另一方面,却又认为,我国刑法第27条第1款所规定的在共同犯罪中起次要作用的人,是指次要的正犯,属于从犯。〔32〕关于正犯可以成为从犯这一点,张明楷教授也表示认同,他指出,“应当注意的是,我国刑法与司法实践关于主、从犯的区分标准,比国外的正犯、教唆犯与帮助犯的区分标准更为实质。所以,在国外属于共同正犯的,在我国依然可能仅成立从犯”。〔33〕但是,问题在于,既然认为“正犯是主导、操纵、支配犯罪行为 and 犯罪进程的核心角色”,〔34〕又何以能够认为正犯同时在犯罪过程中起次要作用而成为从犯呢?换

〔27〕 参见黎宏:《刑法总论问题思考》,中国人民大学出版社2007年版,第101页;前引〔8〕,马克昌主编书,第546页以下;陈兴良:《本体刑法学》,商务印书馆2001年版,第527页以下;前引〔12〕,陈家林书,第25页以下。

〔28〕 前引〔4〕,张明楷书,第357页。

〔29〕 参见前引〔5〕,周光权书,第212页以下;前引〔5〕,任海涛书,第29页。

〔30〕 参见前引〔5〕,刘艳红文。

〔31〕 参见张明楷:《刑法的基本立场》,中国法制出版社2002年版,第292页以下。

〔32〕 参见前引〔5〕,周光权书,第212页以下,第238页。

〔33〕 前引〔4〕,张明楷书,第405页。

〔34〕 同上书,第357页;前引〔5〕,周光权书,第212页。

言之,如果坚持犯罪事实支配理论,就等于否定了正犯可以成为从犯的解释结论,但坚持该说的论者却又承认我国刑法中的正犯可以是共犯,这种逻辑上的矛盾显而易见。其二,实质客观说强调,在共同犯罪中居于支配地位,对犯罪的实施和完成作出实质性的重大贡献或者重要作用的人是正犯,否则就是共犯。如此一来,正犯的判断与实行行为似乎可以彻底分离,这就等于否定了实行行为所具有的区分正犯与共犯的定型性的意义,进而有损罪刑法定原则。总而言之,不论是犯罪事实支配理论抑或重要作用说,在我国刑法语境下并不具有妥当性。

在我国现行双层区分制立法例之下,试图引进犯罪事实支配理论或者重要作用说的做法无异于“南橘北枳”,显然不妥。立足于我国刑法中正犯功能的单一性及其共同主犯功能存在的实质差异性,拙文以为,正犯与共犯的区分宜坚持以构成要件概念为核心的实行行为说。亦即,所谓正犯,是指实施了刑法分则规定的具体犯罪的基本构成要件行为(实行行为)的犯罪类型;其中亲自直接实施犯罪的是直接正犯;把他人当作道具加以利用,能在规范的层面上评价为如同自己亲自动手实施犯罪的是间接正犯;共同正犯是共同实施或者分担具体犯罪的基本构成要件行为,共同引起法益侵害后果的犯罪类型。与此相对,所谓共犯,则是指通过实行行为以外的教唆行为、帮助行为等对正犯的实行行为予以协力、加功,间接地引起法益侵害后果的犯罪类型。由于共犯行为不直接侵犯法益,而是通过正犯行为间接地对法益的侵害,从而可以说,正犯是第一次的责任类型;与此相对,以正犯的存在为前提,作为从属的参与类型的共犯是第二次的责任类型,属于一次的责任类型(正犯)背后派生的二次责任类型,其认定依赖于正犯的认定。

坚持实行行为说,在我国具有重要的理论和实际意义:在体系的思考上,一方面,维持了法治国刑法中实行行为的定型性,与罪刑法定原则的基本旨趣相契合。另一方面,该说将(直接)正犯理解为亲自实施基本构成要件行为、直接引起法益的犯罪类型;共犯是以教唆、帮助等行为对正犯予以协力、加功,并通过正犯行为间接地引起侵犯法益后果的犯罪类型。这与共犯的处罚根据、共犯的属性等问题所要讨论的“正犯”和“共犯”的含义也保持了一致。^[35]更重要的是,实行行为说和我国刑法关于正犯与共犯的区分旨在解决定罪,主、从犯的界分旨在解决量刑的双层区分制的共犯体系完全一致。在具体问题的思考上,一方面,以刑法分则条文类型性地规定的构成要件行为为基准,具有直观、简洁、明快的优点,便于司法实践操作;另一方面,根据实行行为说,对于未参与构成要件行为的实行但在共同犯罪中发挥重要作用的参与者,即使不认定为正犯,也丝毫不会妨碍对其按照主犯加以严惩;^[36]相反,对于虽参与构成要件行为的实行但在共同犯罪中所做的贡献不大或者所起的作用较小的,即使认定为正犯,也不影响对其按照从犯加以处罚。在这一点上,较之于德、日相对僵化、机械的共犯处罚机制,我国的共犯处罚机制有着能够更为灵活地认定各共犯人罪责之优势,不仅有利于实现罪刑的均衡,而且还可以实现刑罚的个别化。

(二) 实行行为说受到的批判及其辩驳

在我国,实行行为说受到了实质客观说强有力的批判。在此作一简要整理,并予以辩驳。

实行行为说受到的第一点批判是,其提出的标准欠缺明确性。亦即,何种行为是符合基本构成要件的行为,何种行为是符合修正的构成要件的行为,往往难以确定。^[37]诚然,实行行为的判断,有时确实存在一定的困难。但是,如果因为困难就放弃这一标准,这不是解决问题,而是

[35] 共犯的处罚根据讨论的是共犯未能亲自参与构成要件行为的实行、直接地惹起法益侵害的后果,为何还要对他们进行处罚。共犯的属性讨论的是共犯的独立性和从属性的问题,目前通说主张共犯的(实行)从属性。

[36] 参见前引[12],陈家林书,第25页。

[37] 前引[4],张明楷书,第357页。

逃避问题。况且,某一学说是否具有合理性,不在于该学说所提供的标准在判断上的难易,而在于该学说本身是否具有妥当性,是否符合一个国家(地区)的立法和司法实际,此其一;其二,作为规范意义上的标准,不只是实行行为性的判断可能存在困难,实际上,正犯与共犯区分理论中的“行为支配”、“重要作用”等等,同样不容易认定。而且,相比较而言,“以条文中的各犯罪类型为线索加以形式的判断这一点上,毋宁说比其他学说解释的标准更具明确性”。〔38〕其三,我国刑法中的正犯与共犯的功能旨在解决定罪及其间的关系,涉及的是构成要件领域的问题,因而以构成要件为主轴的实行行为说与我国的立法实际完全是相契合的。

实行行为说受到的第二点批判是,坚持实行行为说,其必然的结论就是否定共谋共同正犯的概念,从而对于在共同犯罪中发挥重要作用但未直接参与犯罪实行的共谋人只能认定为共犯,显然不妥。〔39〕共谋共同正犯概念为日本刑法所独创,指的是二人以上共谋实行某种犯罪行为,但实际上只有一部分共谋人基于共同的故意实行了犯罪,没有直接实行犯罪的共谋人与实行了犯罪的人,一起构成所共谋之犯罪的共同正犯。共谋共同正犯之所以能够得到日本学界和实务界的广泛承认,是为了救济单层区分制中实行行为说无法合理评判虽未参与犯罪的实行但在共同犯罪中发挥主导、重要作用的人的刑事责任之缺陷。但在我国双层区分制立法例之下,两种分类标准下的共犯人的内涵和功能大相径庭。正犯和共犯仅仅是定罪的标志,并不具有评判共犯人在共同犯罪中的作用大小的机能,担当量刑功能的是主犯和从犯。所以,对于未参与构成要件行为实行的共谋者而言,不论其以何种形式(组织犯、教唆犯或者帮助犯)协力、加功于共同犯罪的不法事实,只要其在共同犯罪中发挥了重要作用,就可以按照主犯加以严惩。日本刑法实务界基于实现刑事处罚的合理性的需要,不得已创立的共谋共同正犯理论,对于我国刑法理论并无实际的借鉴价值。

实行行为说受到的第三点批判是,实施实行行为的人未必都是正犯,将受胁迫分担很少实行行为的人认定为正犯,并不合适。〔40〕论者之所以提出这点质疑,无非是担心:将受胁迫分担较少实行行为的人认定为正犯,会导致处罚上的不公平。但显而易见,这还是以德、日刑法中的共犯规定为蓝本而得出的结论。依照我国的共犯人分类的体系及本文的实行行为说之立场,正犯未必一定是主犯。因而,在肯定分担实行行为者是正犯的基础之上,考虑到其分担的是很少的实行行为,所起作用较小,且受到他人的胁迫,根据我国刑法第28条的规定,应按照其犯罪情节减免刑罚。如此处理,自然不会导致处罚上的不公平。

实行行为说受到的第四点批判是,由于该说将正犯限定为亲自实施符合构成要件行为之人,这不仅会产生难以说明间接正犯的正犯性之问题,〔41〕而且容易导致将间接正犯以教唆犯处理。〔42〕依笔者之见,这只不过是对严格的形式客观说立场下的“间接正犯亦是共犯”之扩张的共犯论所作的批判。的确,限制的正犯论在限定正犯的范围、避免导致扩张的正犯论这一点上有其积极意义,但该说过于机械、物理地把握作为区分正犯与共犯之范畴的实行行为概念,将原本与共犯具有完全不同性质的间接正犯纳入到共犯的范畴,不仅有违一般人的法感情,而且不当地扩张了共犯的范围。正因如此,今日之学说多是立足于规范的角度来把握实行行为和正犯的概念。以故意伤害罪为例,刑法并没有将把他人当作工具实施伤害行为的情形排除在构成要件行为之外。亦即,故意伤害罪的构成要件行为,既可能是行为人亲自动手去伤害别人,也可能是利用他人人工

〔38〕 [日] 浅田和茂:《刑法总论》,成文堂2007年版,第405页。

〔39〕 参见前引〔5〕,周光权书,第210页;前引〔5〕,任海涛书,第24页以下。

〔40〕 前引〔4〕,张明楷书,第357页。

〔41〕 参见前引〔5〕,刘艳红文;阎二鹏:《区分制共犯设立模式之前提》,《国家检察官学院学报》2008年第5期。

〔42〕 参见前引〔5〕,周光权书,第210页。

具来实施伤害行为。例如，用拳头殴打他人、唆使自己饲养的猛犬扑咬他人，无疑是行为人自己在实施伤害罪的实行行为（直接正犯）；同样地，对于唆使完全不具有意思决定自由、极具攻击性的精神病患者攻击他人的行为，可以说与唆使猛犬去扑咬他人的行为并无本质差别，在规范意义上完全可将之评价为是背后的利用者亲手实施了伤害罪的实行行为（间接正犯），进而由其完全地答责。故而，间接正犯本身亦是“刑罚法规意义上的正犯”，是“从法规中的构成要件内容直接推导出来的”，其与直接正犯之间并无质的不同，所不同的只是犯罪实现方式上直接或者间接的差别而已。我国当下主张实行行为说的学者也都是在此意义上把握实行行为和正犯的，而并没有采取无法解释间接正犯的严格的形式客观说。

实行行为说受到的第五点批判是，在我国以主犯为核心的共犯体系之下，坚持实行行为说，对于不符合构成要件但在实质上起巨大作用的人论之为主犯，虽然能够有利于实现罪刑相适应原则，但却难以发展出精致的以分工为标准的主犯与共犯理论，并会模糊正犯与教唆犯、帮助犯之间的界限。论者进一步认为，较之于教唆犯和帮助犯，正犯理应具有更高的危险性，因而对于没有实施犯罪实行行为但对共同犯罪的发展和完成起巨大作用的人，应被作为共同正犯看待。这就使主犯与正犯概念实现了统一，从而有利于精确地区分正犯与共犯。^[43] 笔者以为，论者对实行行为说所作的批判及其有关正犯理论的阐释有失妥当：第一，论者试图用实质的客观说将正犯概念予以主犯化，实现主犯与正犯概念的统一，但这并不符合我国刑法中共同犯罪立法体系的实际，同样存在着混淆不同刑法语境下正犯的概念和功能之弊。第二，论者分析问题的过程和思路也让人匪夷所思。论者一方面认为，在我国共犯体系之下，依据实行行为说可以将没有直接参与构成要件行为的实施但发挥巨大作用的人评价为主犯，从而做到对共犯人惩处的罪刑相适应。另一方面，却又为了追求所谓的精致理论而主张重要作用说。这种为了追求理论的精致化而忽视中外共犯人分类体系差异的“拿来主义”做法，对于具体问题的思考和解决并无多大实益，反而有违反罪刑法定原则之嫌。况且，谁说我国这种对于参与类型和参与程度实行双层次操作的区分制及其理论就不是一种精致的共犯体系和理论呢？第三，论者所主张的重要作用标准主要考虑的是参与人对不法事实的参与程度和对结果的发生所起的作用的大小，很显然，这一标准对于解决共犯人的刑罚轻重具有直接意义，这恰恰是主、从犯的区分标准，而非正犯与共犯的区分基准。

五、实行行为说的应用

（一）作为正犯要素的“实行行为”的判断

根据本文的立场，某一共同犯罪的参与者究竟是正犯抑或共犯，其关键是要看参与者是否实行或者分担实行了符合刑法分则规定的基本构成要件的行为（实行行为）。申言之，正犯的认定及其与共犯的区分问题，涉及的是参与者的行为是否具有实行行为性的判断问题。对此，应根据一般人的观念进行类型化的理解和判断——自己动手“杀人”的行为，与“教唆他人去杀人”的行为和“帮助他人杀人”的行为，无论如何都不是同一种类型的行为，这不仅仅限于一些实定法形式上的区别，就是在日常生活用语的惯例中，在国民及社会的观念上，也有明显的区别。^[44] 就间接正犯而言，应具体判断背后假他人之手实现自己犯罪目的的行为，可否和自己亲自动手实施犯罪的行为作等同评价。如后文所述，这需要根据介入因果进程的媒介者是否存在“规范障

[43] 参见前引[5]，刘艳红文。

[44] 参见[日]小野清一郎：《犯罪构成要件理论》，王泰译，中国人民公安大学出版社2004年版，第162页。

碍”来加以判断。在二人以上共同犯罪的场合，则需要具体考察二人以上的人是否各自分担实施了具有实现构成要件的现实危险的行为（即实行行为）。是否实施了具有实现构成要件的现实危险的行为，应当从“部分实行全部责任”的原则出发，以在二人以上的人相互利用、补充他人的行为的关系上，是否实施了作为整体的实行行为的一部分作为标准来决定。^{〔45〕}由于以分担实行行为为已足，因而，共同正犯的成立无要求每个人都完整地实现刑法分则规定的构成要件行为。例如，在A抱住C的身体，B朝C的胸部连刺数刀，致C死亡の場合，孤立地看，A的行为并非杀人行为，但由于A和B的行为可以看作是对一个人围攻，二人各自分担的行为之间具有相互利用、相互补充的关系，因而均可视为是整体的杀人实行行为的一部分。所以，A、B二人成立故意杀人罪的共同正犯。

（二）共同正犯与帮助犯的区分

从构成要件的观念出发，由于组织犯、教唆犯具有各自独特的观念形象，因而一般易于与直接正犯相区分。实践中，常常发生困难的是共同正犯与帮助犯的区分，这主要有以下两种情形：

首先是“望风”行为的性质。望风行为，是指基于共同犯罪的故意，在犯罪现场或附近，为他人实行犯罪而实施的放哨、观察周围动静、通风报信的行为。例如，X以盗窃的目的进入他人家中实施盗窃，X的朋友Y在屋外望风。Y是共同正犯还是帮助犯？对此，理论上存在着共同正犯说、共谋共同正犯说、帮助犯说和具体分析说（犯罪事实支配理论和重要作用说主张应根据望风者是否对犯罪的完成做出了实质性的重大贡献或者起到了重要作用具体地加以判断）等学说的分野。^{〔46〕}笔者以为，入室盗窃犯罪的实行行为不外乎表现为诸如进入他人家中物色、拿走他人财物等排除他人对财物的占有、行为人取得占有这种包含有直接侵害他人财产法益的现实危险的行为。而对于他人在屋外为盗窃犯望风的行为而言，无论如何都不是盗窃行为本身，不可能直接侵犯他人的财产法益，将之理解为使屋内的正犯的盗窃行为更容易完成的帮助行为较为妥当。所以，一般来说，望风者应成立帮助犯，对直接实施犯罪构成要件行为的正犯具有从属性。但例外的是，如果某一望风行为已被刑法分则规定的具体犯罪的基本构成要件行为所包含，就属于正犯行为，例如，为他人的组织卖淫犯罪行为而实施望风之协助行为即是适例，这种现象在刑法理论上被称为共犯行为的正犯化。

其次是所谓的“择一的事实贡献”的性质。择一的事实贡献，是指数人参与共同犯罪，从一开始就决定了仅有一人的行为能够现实地引起构成要件结果的情形。^{〔47〕}例如，多名杀手基于共同的谋杀计划分别潜伏在各条路上伏击被害人，最终由其中一名杀手杀死被害人。对此，德国学者鲁道非（Rudophi）认为，只有发射致命枪的这个人才能作为谋杀犯（正犯）加以处罚，潜伏在其他地方的那些人对他来说不可能是共同正犯。因为他们并没有在不法事实的实施过程中一起发挥作用。罗克辛则基于功能的行为支配概念，主张对择一的事实贡献应具体情况具体分析：（1）如果一幢房子的各个出口都被意图谋杀的射击者所占领，这样，他们之中的每个人都是正犯。（2）如果潜在的暗杀者为杀死被害人潜伏在各个城市，则只有在被害人出现的地方实际开枪的暗杀者，才是正犯。^{〔48〕}从本文主张的实行行为说的立场出发，上述的第一种情形，类似于一个犯罪团伙在实施阶段共同协作围攻被害人的情形。各杀手之间在客观上相互利用、补充对方的行为，且各自行为都具有实现构成要件行为的现实危险性；主观上具有共同实行的故意，因而，

〔45〕 参见前引〔1〕，大谷实书，第374页。

〔46〕 参见前引〔4〕，张明楷书，第386页。

〔47〕 参见前引〔12〕，陈家林书，第102页。

〔48〕 参见前引〔23〕，罗克辛文，载陈兴良主编书，第61页以下。

从整体上观之，他们的行为是一个实行行为。但对于第二种情形，被害人当时究竟身处哪个城市并不确定，只有在被害人所处的城市进行现场伏击的杀手才具有实现构成要件的现实危险性，所以，仅仅该杀手才能成立正犯。而对于在被害人不可能出现的其他城市潜伏的杀手，由于自始没有杀人行为实施的可能，所以只能认为他们的行为只是在一定程度上强化了实际实施暗杀行为的杀手的犯罪决意，因而仅仅成立帮助犯。

（三）间接正犯与共犯的区分

间接正犯与共犯（特别是教唆犯）具有类似的行为构造：他们都不亲自实行犯罪，而是身处中介者的背后，对中介者的违法行为有意提供原因力，即利用、诱致或者帮助他人，以他人作为中介侵犯法益，进而实现自己的犯罪目的。正因如此，实践中准确界分两者往往并不容易。因为间接正犯也是本来的正犯、固有的正犯，其与直接正犯没有质的不同，其间的差异不过在于是将自己的身体或者器具、动物作为工具加以使用，还是将他人当作工具加以利用。可见，在利用他人实施犯罪的场合，利用者究竟是成立间接正犯抑或成立共犯，应以在规范意义上可否将介入的他人评价为利用者的“犯罪工具”来加以判断。对此，笔者以为，可考虑“规范障碍”的概念。所谓规范障碍，就是“行为人了解犯罪事实，具有抑制违法行为的反对动机的可能性。”〔49〕详言之，对于具有辨别、认识违法性能力的人，在其了解到犯罪事实的情况下，法秩序会期待他回避违法行为而实施合法行为（规范的责任论）。从法秩序之立场，可认为具有这一期待可能之人系犯罪实现的“规范的障碍”。〔50〕如果一个人欠缺是非辨别能力、不了解事实或者受到绝对的暴力强制，法秩序就不能期待他回避违法行为而实施合法行为，从而可认为该人欠缺“规范障碍”。利用这种人犯罪，就如同利用器具或者动物实施犯罪一样，应肯定利用者成立间接正犯；相反，在利用具有“规范障碍”的他人实施犯罪的场合，由于被利用者不能被评价为背后的利用者的犯罪道具，所以背后者就不能成立间接正犯，而应构成共犯。基于这一立场和思路，就间接正犯与共犯特别是教唆犯的界分的若干疑难情形研讨如下：

1. 利用无责任能力者的场合。一般情况下，由于无责任能力者（例如幼儿、严重精神病患者）缺乏辨认、控制能力和形成抑制违法行为的反动动机和意识的能力，因而，在利用、诱致这种无责任能力者实施违法行动的场合，无异于是将对方当作工具加以支配和驱使，利用者成立间接正犯，这不论是在理论界还是在实务界，均不存在争议。但对于类似教唆或者诱致刑事法上的未成年者（如十二三周岁的人）实施诸如杀人、强奸、抢劫或者盗窃等犯罪行为的情形，教唆者是成立间接正犯还是成立共犯，是个问题。对此，我国通说认为，只有达到刑事责任年龄、具有刑事责任能力的人才能成立共犯。教唆十二三周岁的人实施犯罪时，由于所教唆的对象属于未达法定刑事责任年龄的人，因而不能与教唆人构成共同犯罪。教唆人按照间接正犯处理。〔51〕我国的司法实务一般倾向于这一立场。〔52〕很显然，这基本上还是基于“构成共同犯罪的参与人都必须具有责任”及“不能以共犯处罚的范围=间接正犯”的思路而得出的结论。但依本文之见，间接正犯是本来的、固有的正犯，其正犯性并非是因不属于教唆犯、帮助犯这一消极的理由而存在，相对于教唆犯、帮助犯而言，对间接正犯的正犯性，进行独立、积极、第一次的判断是必要的。〔53〕只有

〔49〕前引〔27〕，黎宏书，第102页。

〔50〕〔日〕曾根威彦：《刑法总论》，成文堂2008年版，第236页。

〔51〕参见前引〔10〕，高铭喧等主编书，第176页；王作富主编：《刑法》，法律出版社2011年版，第123页。

〔52〕《刑事审判参考》曾刊登的“刘某利用12周岁的女儿杀夫案”即是典型。参见最高人民法院刑事审判第一庭、第二庭编：《刑事审判参考》2001年第5辑，法律出版社2001年版，第74页以下。

〔53〕参见前引〔3〕，林干人书，第412页。

在不构成（间接）正犯的情况下，才考虑有无成立教唆犯的可能，而不是相反。^{〔54〕} 基于这一原理，我们来具体考察和分析利用、诱致十二三周岁的人实施犯罪的情形。首先，由于十二三周岁的人不同于无知的幼儿，已具有基本的辨别能力及一定的行为控制能力，特别是对于杀人、强奸、抢劫乃至盗窃等自然犯罪的非道义性和非法性已有较为清楚的认识，亦即具有相当程度的规范意识。这种场合，很难肯定其“工具性”，所以应否定利用者成立间接正犯。其次，从“共同犯罪应是一种违法形态”的立场出发，^{〔55〕} 既然教唆者和被教唆的刑事未成年者之间客观上存在着共同的违法事实，因而两者应成立共同犯罪，其中，教唆者是教唆犯，刑事未成年者是正犯，但正犯未达法定刑事责任年龄，缺乏有责性，不负刑事责任。

2. 利用过失行为的场合。常被用来讨论的典型例子是，医生将掺有毒药的注射液交给护士，令其为患者注射。由于该注射液与正常药品颜色明显不同，护士稍加留心即可发现，护士却未加注意，而为患者注射。这种场合，被利用者构成过失犯罪自无问题，医生是否构成故意杀人罪的间接正犯？有观点认为，如果护士注意的话，就能够回避结果，所以，应考虑护士主观上的过失（规范的障碍）的存在。在这一场合，认定医生构成间接正犯是有疑问的，妥当的结论是医生成立故意杀人的教唆，护士成立（业务上）的过失致死罪（当然，这是以承认对过失犯可以实施故意的教唆为前提的）。^{〔56〕} 笔者不同意这种观点。虽说护士在主观上可能存在过失，但过失行为人的意思自由程度较弱，基于规范意识而产生的抵抗力不充分，因而往往容易被他人当成工具加以利用。而在事实上，也正是医生利用了其在业务上的地位优越性以及基于护士对其业务之通常信任，将护士当作工具，最终才实现了“借刀杀人”的计划，这完全符合间接正犯的本质。

3. 利用有轻罪故意的场合。A 为了杀害躲在贵重财物背后的被害人 C，唆使不知情的 B 开枪，致 C 死亡，以及 X 将足以致死量的毒药交给 Y，让其给被害人 Z 服用，并欺骗 Y 说，这点药不会让 Z 死亡，但可以让对方尝尝苦头。Y 信以为真，将毒药放在 Z 饮用的咖啡里，Z 饮用后中毒身亡。对此，有观点认为，考虑到媒介者具有较高度度的规范障碍，所以，背后者应成立教唆犯。^{〔57〕} 笔者以为，在利用他人轻罪的故意的场合，被利用的媒介者并非没有任何犯罪的故意，而是具有轻罪的故意，亦即，媒介者在轻罪事实的限度内具有规范障碍，因而难逃其咎，应构成轻罪的直接正犯。尽管如此，但由于媒介者对于该贵重财物后有人和毒药实际上已达致死量并不知情，从而没有形成抑制重罪的反对动机的可能，这样，就幕后的利用者所追求的重罪目的而言，被利用人还是没有“规范障碍”，终究只不过是背后的利用者的犯罪道具，所以，被利用者所造成的重罪的结果应该归责于背后的利用者，即利用者成立间接正犯。^{〔58〕}

4. 利用所谓的“有故意的工具”的场合。这里主要探讨“利用无身份的有故意的工具”的情形，常举的例子是具有国家工作人员身份的丈夫利用不具有国家工作人员身份的妻子收受贿赂。对此，一般认为，妻子不可能成为正犯，而只能成为帮助犯，丈夫构成间接正犯。^{〔59〕} 另有观点认为，由于妻子具有规范障碍，从而不能成为犯罪道具，故而，丈夫成立教唆犯，妻子成立帮

〔54〕 参见前引〔27〕，黎宏书，第 95 页。

〔55〕 笔者以为，共同犯罪的立法和理论所要解决的问题是将违法事实归属于哪些参与人的行为。基于此，共同犯罪的成立，以二人以上具有共同的侵害法益事实为已足，至于各行为人的责任情况如年龄、精神状态等如何一般并不影响共犯的成立，而只涉及是否需要承担责任和受处罚的问题。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。

〔56〕 参见〔日〕内藤谦：《刑法讲义总论》下（Ⅱ），有斐阁 2002 年版，第 1340 页。

〔57〕 参见前引〔20〕，中山研一，第 270 页。

〔58〕 参见前引〔22〕，团藤重光书，第 159 页；前引〔27〕，黎宏书，第 111 页。

〔59〕 参见上引，团藤重光书，第 159 页；前引〔8〕，马克昌主编书，第 548 页。

助犯。^{〔60〕}的确,就受贿罪而言,行为人只有具备了国家工作人员这一身份,才有可能直接侵害职务行为不可收买性这一保护法益。由于妻子不具备国家工作人员身份,故不能成立正犯。从规范的观点看,妻子只不过是代丈夫收下贿赂而已,是一种纯粹的协力、代劳行为,因而在参与类型上属于帮助犯。但对于设例中的丈夫的行为的性质认定,上述两种观点都有值得商榷之处。首先,既然妻子已经知晓收受贿赂的真相,就不能认为其欠缺规范障碍而将之视为纯粹的“犯罪工具”,故丈夫不能成立间接正犯。其次,认为丈夫成立教唆犯、妻子成立帮助犯的观点实际上肯定了“无正犯的共犯”的观念,有悖共犯从属性原理,因而也不妥当。笔者以为,设例中的丈夫应构成受贿罪的正犯,理由在于:丈夫虽然没有直接收受贿赂,但受贿罪的构成要件并不是单纯地接受财物,而是要求利用职务上的便利,或者说要求财物与职务行为的可交换性。因而,在本质上,可以认为是甲的行为支配了对职务行为不可收买性的侵害。^{〔61〕}

5. 利用他人合法行为的场合。这里主要探讨争议较大的“利用他人正当防卫”的情形。例如,甲诱导X对身强力壮的乙实施攻击,乙予以反击,致X死亡。对此,一般认为,由于甲利用的是正当防卫行为,根据限制从属性原则,甲不构成教唆犯。但由于甲主观上具有违法意图,并将不了解情况的乙当作工具,所以,甲构成故意杀人罪的间接正犯。笔者不同意这种观点。一方面,这实际上是基于“不成立共犯,所以才是间接正犯”的问题分析思路而得出的结论,有违正犯判断优先的观念。另一方面,“在‘正犯’即被利用的他人实施合法行为的情况下,将与此有关的‘共犯’即利用人的行为一概认定为违法,也不合适。会导致‘没有正犯的共犯’的结局,有违共犯从属性原理。”^{〔62〕}设例中,从形式上看,似乎是甲利用了乙的反击行为引起了X的死亡结果,但是,直接导致乙反击的原因,还是具有完全的意思决定能力和自主行动自由的X自己实施的重大不法侵害行为。质言之,如果没有X自身的攻击行为,就不会有乙的反击行为及X死亡的结果发生。在此意义上,不能说乙沦为甲的纯粹的“犯罪工具”。至于X死亡结果的发生,只能说是X咎由自取。诚如学者所云,“法没有理由保护袭击人者的生命,因为其从一开始就担负起了这种风险”。^{〔63〕}尽管如此,但由于甲教唆X实施不法侵害行为,因而甲成立故意伤害罪的教唆犯。

6. 所谓的“正犯后的正犯”。“正犯后的正犯”是德国刑法学中的概念,所涉的问题是具有责任能力的被利用者因故意实现犯罪构成要件而作为直接正犯承担故意犯的刑事责任时,幕后的利用者是否要作为“有责任的正犯后的正犯”(间接正犯)承担刑事责任?正犯后的正犯主要可以分为两种类型:一是利用他人的错误。这里主要探讨学理上争议较大的“利用对被害人的身份错误”的情形。在“罗兹—罗扎尔事件”中,乙对丙说:“甲每天晚上要经过A地,今夜埋伏在那杀了他。”甲刚巧听到乙、丙的谈话。甲与X一直有冤仇,便想利用这个机会除掉X,便邀请X到A地去,自己没有去。结果,丙误以为X是甲而开枪,结果打死了X。本案中,幕后者甲利用了直接行为者丙对被害人的身份错误而实现了自己的犯罪目的,直接行为人丙构成故意杀人罪的正犯,这并不存在争议。问题是,甲是否构成故意杀人罪的间接正犯?肯定说认为,由于甲造成受保护的人身对象的认识错误,由此必须对具体被射杀的被害人的死亡结果负责。就X的死亡而言,甲是将丙当作“盲目”的工具来使用。^{〔64〕}否定说认为,间接正犯的法角色并不是无限制地被适用。在被作为犯罪工具的行为人本身是负完全责任的正犯的情况下,其就不可能同

〔60〕 参见前引〔20〕,中山研一书,第270页;前引〔38〕,浅田和茂书,第432页以下。

〔61〕 前引〔4〕,张明楷书,第369页。

〔62〕 前引〔27〕,黎宏书,第113页。

〔63〕 参见〔日〕松宫孝明:《刑法总论讲义》,成文堂2009版,第258页。

〔64〕 参见前引〔23〕,罗克辛文,载陈兴良主编书,第27页。

时成为他人的“犯罪工具”；其他共同参与者只可能成立共同正犯、教唆犯或者帮助犯。^{〔65〕} 笔者以为，本事案中，丙对被害人是抽象的人这一点而言，在主观上并不存在错误的认识，因而不能否定丙当时具有抑制杀人犯罪动机的“规范障碍”。但由于当时丙未认识到其射杀的对象是具体的 X，因而相对于 X 的死亡这一事实而言，丙欠缺“规范障碍”，亦即 X 的死亡并非基于丙的“意思决定”的结果。质言之，如果丙当时知道来到现场的不是甲而是 X 的话，丙必定不会开枪。在此意义上，丙只不过是甲借以杀人的“盲目”工具而已，所以，甲属于“正犯后的正犯”。由此看来，虽然构成要件是抽象的概念形象，但被利用者是否具有规范障碍以及是否实质上成为背后者的犯罪工具则要根据具体的情形判断。但是，如若将该事案情节作如下变动，结论就会大相径庭：某甲知道某乙急于追杀仇人某丙，但是乙不知道丙身在何处。某甲与某丙亦有宿怨，就故意邀约某丙来乙正在饮酒的酒店里饮酒。某乙见某丙出现，杀害某丙。这种场合，在一定程度上虽然也可以说是某甲将某乙当作了自己杀人的“工具”，但由于某乙对于射杀的对象是某丙有着明确的认识，亦即，某乙对于是否杀害某丙具有意思决定的自由，在此意义上，某乙并没有成为某甲的纯粹的“犯罪道具”。笔者以为，某甲这种邀约某丙前来酒店（诱骗被害人至现场）从而使得某乙成功地将丙杀害的行为，本质上属于为他人的犯罪实行行为提供援助的帮助行为（正犯不知情的片面的帮助行为）。

二是“利用组织的支配”。所谓“利用组织的支配”，是指幕后者（具有命令指挥权限者）借组织上之权力结构，下令执行某项犯罪行为，而执行者在非受强制与错误的情况下，完成其组织成员之任务。此等组织体在过去可能借由国家公权力作为犯罪结构组织，而现在取而代之者，当属世界各国之黑帮组织。^{〔66〕} 所谓利用组织的支配之幕后主使，是否构成间接正犯（正犯后的正犯）？对此，罗克辛给予了肯定的回答。他指出，在实施过程中未给予一臂之力的人们能够支配整个事件，表现为三种类型：（1）人们能够胁迫实施者；（2）人们能够欺骗实施者；（3）虽然没有强制与欺骗，但国家机器也能确保其指令被手下成员实施。就第（3）种类型而言，作为运行中的国家机器的可更换的“螺丝钉”之直接行为者应成立直接正犯。尽管如此，也不影响拥有显赫权势的命令发布者构成间接正犯。^{〔67〕}

笔者以为，与日本刑法中的共谋共同正犯理论的诞生背景一样，在所谓的利用组织的支配的场合，德国刑法学界和实务界之所以采用“正犯后的正犯”理论解释这一现象，同样是基于严厉打击有组织犯罪中的幕后主使，实现刑事处罚合理性的需要而不得已作出的妥协性选择。如前所述，我国刑法严格区分正犯与组织犯等共犯范畴，并对组织犯规定了最为严厉的处罚原则。在此一立法框架下，纵使不使用所谓的“正犯后的正犯”概念，同样能够通过组织犯概念来实现对背后的组织者的严惩。

六、双层区分制下参与人的量刑

我国刑法中参与人分类的两个层次界限泾渭分明，并存不悖，功能各异。但尽管如此，两种分类标准下的参与者之间并非一种截然对立、毫不相干的关系。实践中，参与人在共同犯罪中的主、次作用的认定及其量刑通常还需要借助形式上的分工标准及参与类型原理加以分析。

〔65〕 参见 [德] 汉斯·海因里希·耶塞克、托马斯·魏根特：《德国刑法教科书》（总论），徐久生译，中国法制出版社 2001 年版，第 802 页。

〔66〕 参见前引〔9〕，赵辉书，第 53 页。

〔67〕 参见前引〔23〕，罗克辛文，载陈兴良主编书，第 28 页。

首先应当肯定的是,集团犯罪的首要分子(组织犯)永远是主犯。集团犯罪的首要分子虽然一般不直接参与犯罪的实行,但由于他们组建、领导犯罪集团,制定犯罪活动计划,策划于幕后,指挥于现场,在犯罪集团中位于核心,是犯罪集团的“大人物”或者“幕后的黑手”,其犯罪的危害性往往极大,历来属于各国刑法打击的重点。正因如此,我国刑法才将集团犯罪的首要分子规定为主犯并予以严惩。而对于普通犯罪中的组织犯,刑法也同样作出以主犯从严处罚的规定(刑法第26条第4款:应当按照其所组织、指挥的全部犯罪处罚)。

其次,一般情况下,较之于对犯罪的实现仅仅起诱发、启动或促进、加担等作用的教唆犯、帮助犯来说,正犯直接参与构成要件行为的实行,是共同犯罪这一“作品”的直接“创作者”,其行为对法益的侵害方式最为直接,侵害的程度更甚,所发挥的实质作用也更大。事实上,离开了正犯的实行行为,法益侵害的现实后果无论如何都不会实现。所以,将多数场合下的正犯划归至主犯的类型是当然的逻辑。但是,在我国双层区分制的框架下,正犯未必都是主犯,次要的正犯为从犯的情形是客观存在的。具体而言,行为人虽然直接参与了构成要件行为的实行,但如果参与的不是构成要件的重要部分,其行为对不法事实的实现所做的贡献不大、对结果所起的作用较小或者没有直接造成严重后果的,就不宜认定为主犯。例如,甲教唆乙、丙、丁杀害Z,乙负责准备车辆将丙、丁送到作案地点,丙、丁共同持刀刺杀Z,结果丙刺中了Z的胳膊,丁刺中Z的心脏致乙死亡。在本案案中,作为共同正犯的丙、丁共同参与了杀人实行行为的实施,直接惹起了法益侵害后果。但丁直接刺中了Z的心脏,而丙只是刺中了Z的胳膊,相较而言,丙对造成Z的死亡结果所起的是次要作用,丁所起的则是主要作用。所以,丙虽然是正犯,却是次要的正犯,应按照从犯加以处罚。

再次,我国刑法第29条第1款前句规定:“教唆他人犯罪的,应当按照他在共同犯罪中所起的作用处罚”。所谓“按照他在共同犯罪中所起的作用处罚”,不外乎表达了这样一种思想:如果是在共同犯罪中起主要作用,就按照主犯处罚;反之,就按照从犯加以处罚。我国刑事司法实务中,因受“造意为首”的传统法律文化影响,教唆犯一般都被认定为主犯。笔者以为,这种做法值得反思。虽说教唆犯是犯罪的诱发者和原动力,诱发、惹起了正犯的不法行为,主观恶性较重。但是,一方面,教唆犯并不直接参与构成要件行为的实行,只是通过正犯的实行行为来实现对法益的侵害,其行为并不具有直接侵害法益的现实的危险性,因而其违法性较之于正犯一般要低;另一方面,教唆犯没有实质地支配犯罪事实的进程,正犯最终是否实行犯罪以及如何实行犯罪,正犯本人具有完全的意思决定自由。所以,教唆犯在共同犯罪中所起的作用原则上不是主要作用。特别是在教唆犯采用的教唆方法比较缓和,只是单纯地授意、建议、指示、要求或者劝说的场合,更应认定为从犯。但例外的是,如果行为人使用煽动、收买、利诱、胁迫等恶劣手段实施教唆,或者反复、多次进行教唆,或者在引起对方犯罪决意的同时指示具体犯罪方法,或者教唆者相对于被教唆者具有优势的家庭、社会地位,对被教唆人具有较大控制力或者影响力,就应肯定教唆犯的主犯地位。例如,教唆未成年人,教唆犯宜认定为主犯。对于普通人教唆国家司法工作人员徇私枉法、枉法裁判以及教唆公务员贪污、受贿,应多考虑成立从犯,而非主犯。

最后,就帮助犯而言,一方面,他们不直接参与构成要件行为的实行,只是为正犯提供一定的物质和精神援助或者便利,通过正犯的不法行为间接地引起法益侵害后果;另一方面,正犯是否实行犯罪以及如何实行犯罪,通常由正犯自主决定。因此,帮助行为在共同犯罪中所起的作用在绝大多数情况下是次要作用或者辅助作用,一般应以从犯论处。不过亦有例外,若帮助犯的帮助行为对共同犯罪的实现和完成确实发挥了主要作用或者说提供了重要的原因力,也应肯定主犯的成立。例如,无业游民甲产生偷盗古墓的念头,邀请曾经参加过某地古墓考古的专家乙参与盗

墓。乙不仅参与盗墓方案的制定，而且对甲给予了必要的专业指点，并绘制出古墓内重要文物的位置图。甲因此盗墓成功。本案中，乙作为共谋者，虽未参与盗墓的实行，但由于其对犯罪的实施和完成发挥了重要的作用，因而应以主犯论处。惟有如此，才不至于导致罪刑失衡。^{〔68〕}

需要说明的是，在我国双层区分制之下，主、从犯的划分是一个直接决定和影响参与者刑罚轻重的重要实践性课题，囿于本文篇幅，有关此问题的研讨不论在广度上还是在深度上还远远不够，有待于日后进一步研究和探讨。

Abstract: In the legislation of the accomplice system all over the world, there are two basic opposite modes, that is, the system of all participants being perpetrators and the system of differentiating between the perpetrator and the accomplice. The nature of the accomplice system in Chinese Criminal Law can boil down to the latter. Therefore, how to distinguish the perpetrator and the accomplice is a problem that also should be solved by Chinese criminal theory.

In the Criminal Law of Germany and Japan, the identification of the perpetrator can fulfill two functions, that is to say, distinguishing between the perpetrator and the accomplice serves to convict and sentence the participants at the same time. Under such single-layer differentiating system, the theory concerning domination by criminal facts and the theory of important role which value the participants' essential power or role in the process of implementing illegal facts are logically appropriate.

As to the classification of accomplices, Chinese Criminal Law adopts simultaneously two standards of function and role which co-exist without contradiction and play their role respectively. Under the standard of function, the distinction between the perpetrator and the accomplice mainly aims to solve the problem of the conviction of the participants and their relationship. However, it doesn't determine and evaluate the participants' punishment directly, and the principal and the accessorial offender classified according to the role standard perform the function of measuring the punishment. Under such double-layer differentiating system, the distinction of the perpetrator and the accomplice should adopt the theory of the normative perpetrating act which is based on constitutive elements.

Key Words: system of differentiating between perpetrator and accomplice, perpetrator, accomplice, theory of perpetrating act

〔68〕 在采取单层区分制的德、日刑法中，这种起重要作用的共谋者通常都是被认定为正犯而加以重罚的。而在我国双层区分制的共犯体系之下，则是首先按照其参与形式认定为帮助犯，然后再根据其实际所发挥的主要作用认定为主犯。此种认定路径与德、日刑法将之作为正犯加以处罚的做法，可谓殊途同归。