

# 主犯正犯化质疑

刘明祥<sup>\*</sup>

---

**内容提要：**刑法学界近来出现了将我国刑法中的“主犯”与德日刑法中的“正犯”等同化并用“正犯”概念代替“主犯”，即“主犯正犯化”的倾向。但在犯罪参与体系上，德日刑法采取的是区分正犯与共犯的区分制，而我国刑法采取的是将共同犯罪人分为主犯与从犯的单一制，这就决定了“主犯”与“正犯”概念有重要差异，不能用“正犯”代替“主犯”。主犯正犯化的思想根源是认为单一制存在缺陷，有必要用区分制的观念来解释我国刑法的相关概念和规定。但这既违反了罪刑法定原则，又忽视了我国所采取的单一制的优越性。主犯正犯化的隐患是从根本上否定有中国特色的犯罪参与体系，导致我国刑法失去公平合理处罚共同犯罪人的优势，使简单问题复杂化。

**关键词：**共同犯罪 主犯 正犯

---

我国刑法中的“主犯”与德日刑法中的“正犯”是什么关系、二者含义是否相同、能否替换使用，这是刑法理论上必须澄清的问题。近年来，我国刑法学界出现了“主犯正犯化”的倾向，笔者对此不以为然，特撰此文提出质疑。

## 一、主犯正犯化的倾向

我国刑法关于共同犯罪的规定中并没有出现“正犯”一词。但近些年来，我国刑法学论著中大量出现德日刑法学使用的单独正犯、共同正犯、片面共同正犯、共谋共同正犯、形式正犯、实质正犯、直接正犯、间接正犯、扩张正犯、限制正犯、故意正犯、过失正犯、共同过失正犯等概念。<sup>〔1〕</sup>如果只是做比较研究，使用这些概念无可非议。然而，令人担忧

---

<sup>\*</sup> 中国人民大学刑事法律科学研究中心教授。

〔1〕 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。

的是,许多学者在解释我国刑法规定的共同犯罪时,自觉不自觉地用德日刑法中的“正犯”观念来解读我国刑法中“主犯”的内涵,甚至用“正犯”一词取代“主犯”概念,此即笔者所谓的主犯正犯化的倾向。

关于上述理论倾向,略举数例如下。有学者提出,“如果考虑正犯和共犯区别的犯罪支配说,就可以看到,在通常意义上,正犯才是对犯罪有功能性支配的人,教唆犯并不能产生这种支配效果,在共同犯罪中所起的作用一般会低于正犯。所以,比较合理的观点应当与现行做法相反,即教唆犯通常是从犯,只有在特殊情况下才是主犯。”〔2〕另有学者提出,“在探讨共谋而未实行者问题时,在刑法解释论上,将共谋共同犯罪细化为共谋共同正犯问题来探讨,既有刑法根据,也有必要性。”并且,“在我国现行共犯体系维持不变的情况下,对其研究必须采取以正犯而非我国主犯为中心的思维模式”;“仍应实现‘共谋共同犯罪’向‘共谋共同正犯’之转换。”〔3〕也就是说,“今后我国刑法理论与司法实务在讨论共谋而未实行者的性质与责任时,应避免再使用‘共谋共同犯罪’的命题,而改为规范化的‘共谋共同正犯’概念。”〔4〕还有学者认为,从解释论的角度来说,也完全可能将我国刑法第26条规定的主犯解释为正犯,将第27条规定的从犯解释为帮助犯。〔5〕甚至有学者把德日刑法中的“正犯”与我国刑法中的“主犯”完全划上等号,认为“我国刑法学上所谓的分工分类法与作用分类法并无本质不同,二者完全可以同一起来。如果说有不同,也只是历史用语习惯的不同。换言之,大陆法系习惯上称正犯、帮助犯、教唆犯,我国刑事立法习惯上称主犯、从犯、教唆犯而已。……如果用图式化的表达方式,可以得出以下的结论:正犯=主犯,帮助犯=从犯(还包括胁从犯),即我国刑法规定了正犯(主犯)、帮助犯(从犯)、教唆犯三种共犯形态及共犯人类型。”〔6〕

## 二、主犯不能正犯化

我国刑法中的“主犯”不同于德日刑法中的“正犯”,这是毋庸置疑的结论。二者的不同,根源在于我国刑法与德日刑法分别采取了两种有重大差异的犯罪参与体系。我国刑法采取的是单一正犯(单一犯罪人)体系即单一制,〔7〕而德日刑法采取的是区分正犯与共犯的区分制。

所谓区分制,是指对作用于同一犯罪事实的所有犯罪人,根据其参与的形式分为正犯与共犯,并视正犯为犯罪的核心人物,共犯为犯罪的从属(依附)者。只有正犯实行了犯罪,共犯才可能构成犯罪;“对于正犯的处罚要重于教唆犯,对于教唆犯的处罚要重于帮助犯。”〔8〕正因为如此,从参与形式上将正犯与共犯区分开来,无论对犯罪的认定还是处罚

〔2〕周光权:《刑法总论》,中国人民大学出版社2011年版,第239页。

〔3〕刘艳红:《共谋共同正犯论》,《中国法学》2012年第6期。

〔4〕刘艳红:《共谋共同正犯的理论误区及其原因》,《法学》2012年第11期。

〔5〕参见张明楷:《刑法学》,法律出版社2011年版,第405页。

〔6〕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。

〔7〕参见林山田:《刑事法论丛(二)》,台湾大学法律系1997年发行,第351页;江溯:《犯罪参与体系研究》,中国人民公安大学出版社2010年版,第253页。

〔8〕黄荣坚:《基础刑法学》下,中国人民大学出版社2009年版,第491页。

的轻重均具有重要意义。但在我国，正犯即便未实行犯罪，共犯（教唆犯和帮助犯）也仍然有可能构成犯罪。例如，我国刑法第29条第2款明文规定，“如果被教唆的人没有犯被教唆的罪”，对教唆犯仍然要定罪处罚。至于对共同犯罪参与人的处罚，我国刑法并不是依据其参与形式的不同，而是根据其在共同犯罪中所起的作用大小，给予轻重不同的处罚。在司法实践中，教唆犯一般都作为主犯来处罚，被教唆的实行犯（正犯）作为从犯处罚的现象也十分常见。也就是说，教唆犯处于主要地位，处更重的刑罚，被教唆的实行犯（正犯）处于从属地位，处较轻的刑罚，是常见的事。甚至还可能出现帮助犯被认定为主犯的特殊情况。然而，在德国和日本等采取区分制的国家，按照共犯从属性说，这是绝对不可能的。此外，如果采取区分制，不可能对正犯（实行犯），特别是帮助犯的定罪和处罚不做明确规定。因为，既然正犯（实行犯）处于定罪和处罚的核心位置，刑法就不可能不做规定。况且，在共同犯罪案件中，最有必要区别对待的是帮助犯，从采取区分制的德日等国的刑法来看，对教唆犯的处罚往往与正犯相同，但对帮助犯则比照正犯的刑罚予以减轻。因此，采取区分制的刑法都会对正犯和教唆犯，特别是帮助犯的定罪与处罚做明文规定。而我国刑法有关共同犯罪的规定中并没有出现“正犯”（“实行犯”）、“帮助犯”的概念。

所谓单一制，是指对作用于同一犯罪事实的所有犯罪人，不论其是单独完成犯罪，还是与他人共同完成犯罪或加功于他人的犯罪，均视为同等的参与者，称之为“正犯”或“犯罪人”，<sup>〔9〕</sup>而不区分其究竟属于何种参与形式，也不根据参与形式来确定处罚原则。<sup>〔10〕</sup>这种单一制中的“正犯”，不同于区分制中的“正犯”。它是从广义而言的，包括所有参与共同犯罪的人，也就是包含组织犯、实行犯、教唆犯和帮助犯等在内。

一般认为，单一制具有如下特征：（1）为犯罪的成立创造条件者都是正犯（犯罪人）；（2）不重视参与行为在形态上的区别；（3）对于犯罪的成立，要针对各个正犯（犯罪人）的行为分别加以讨论；（4）对各个正犯（犯罪人）适用同一的法定刑；（5）根据各个正犯（犯罪人）参与的程度和性质来量定刑罚。<sup>〔11〕</sup>笔者认为，我国刑法有关共同犯罪的规定完全符合这几个特征：其一，我国刑法第25条规定，“共同犯罪是指二人以上共同故意犯罪。”这一规定表明，二人以上只要是基于共同故意，实施了侵害法益的行为，就构成共同犯罪。也就是说，所有参与犯罪或为犯罪创造条件的人，都可能成为共同犯罪人。其二，在我国，只要行为人基于共同故意，实施了刑法规定处罚的行为，就有可能与他人一起构成共同犯罪。至于其参与的行为形态是实行行为（正犯行为），还是教唆或帮助行为，对于其是否构成犯罪或能否成为犯罪人，并不具有重要意义。也就是说，不重视参与行为在形态上的区别。其三，对作用于同一犯罪事实的参与者是否认定为犯罪，不仅要看其主观方面是否有与他人共同犯罪的故意，客观方面其行为与他人行为之间有无关联性，以及对侵害法益的结果是否发挥作用乃至作用的大小，而且还要考察其认识控制能力的大小、主观恶性的程度等个人特有的罪责要素，做出综合评价后才能得出结论。这表明我国完全是依

〔9〕 德语称之为“Täter”，我国学者大多将其翻译为“正犯”，但我国台湾学者柯耀程教授将其翻译为“行为人”。黄荣坚教授认为，这“应该还是比较贴切于德文文义的译法。不过此处所谓的行为人指的是犯罪行为人，所以就直接称之为犯罪人”。参见前引〔8〕，黄荣坚书，第492页。

〔10〕 参见柯耀程：《变动中的刑法思想》，中国政法大学出版社2003年版，第184页以下。

〔11〕 参见〔日〕高桥则夫：《共犯体系和共犯理论》，成文堂1988年版，第6页。

据各个行为人自己参与犯罪的情况来做判断,从而认定其是否构成犯罪。其四,对各个共同犯罪人都适用相同的法定刑来量刑,不存在以正犯的法定刑为处刑基准,对共犯予以从轻或减轻处罚的规定。其五,根据我国刑法的规定,在具体量定刑罚时,对各个共同犯罪人要根据其参与的程度和性质,确定其在共同犯罪中发挥作用的大小,分别认定为主犯、从犯或胁从犯,给予轻重不同的刑罚,以充分体现区别对待的刑事政策精神。

正是由于我国刑法采取了单一制这种不同于德日等国区分制的犯罪参与体系,从而决定了我国刑法中的“主犯”与德日等国刑法中的“正犯”有着重大差异。“主犯”不可能与“正犯”等同化,从而也就不能将“主犯”解释为“正犯”,更不能用“正犯”取代“主犯”,即不能将主犯正犯化。

首先,从德国刑法第25条的规定看,亲自实施构成要件行为的实行犯是三种类型的正犯之一(直接正犯)。理论上的通说也认为,“正犯首先是——或者一人或者在多人的参与下——通过自己的身体(原则上是亲手)活动而满足构成要件的人”;“亲手完成构成要件总是导致正犯的成立,‘极端例外的案件’也并不能改变什么。”<sup>[12]</sup>在日本,“按照传统的通说,实行行为的概念还具有‘正犯性’的功能。即实行行为=正犯行为,实行犯才是正犯(单独正犯或共同正犯),非实行犯只能构成教唆犯或从犯。”现在对这种理解虽然存在疑问,但通说仍然认为实施实行行为(即构成要件行为)的人是正犯,只不过实施实行行为之外的行为(如共谋行为、利用他人犯罪等)也有可能成为正犯(如共谋共同正犯、间接正犯)。<sup>[13]</sup>可是,按照我国的通说,在所谓复杂的共同犯罪的场合,即各共同犯罪人之间存在一定的分工,有的实施实行行为、有的实施教唆行为、有的实施帮助行为、还有的实施组织行为的,“对于实行犯可以根据其在共同犯罪中的作用和地位,分别按主犯和从犯处理,个别情况下也可以按胁从犯处理”。<sup>[14]</sup>也就是说,在德国和日本实行犯必定被认定为正犯,但在我国并不一定就是主犯,还有可能成为从犯甚至是胁从犯。可见,这类正犯与主犯不能等同化。

其次,日本刑法第60条规定:“二人以上共同实行犯罪的,都是正犯。”德国刑法第25条也规定,数人共同实施构成要件行为的,均依正犯论处。学者称这种正犯为共同正犯。按照我国的通说,这种二人以上共同故意直接实行某一具体犯罪客观方面要件行为的情形,是所谓简单的共同犯罪类型。在这种场合,犯意的发起者参与犯罪实行的,往往是主犯;应他人邀约参与实行犯罪,按他人的授意行事的,大多是从犯;被胁迫参与实行犯罪并且在共同犯罪中发挥作用较小的,通常是胁从犯。<sup>[15]</sup>由此可见,德国和日本刑法规定的共同正犯,在我国并非都是主犯,其中有相当一部分是从犯和胁从犯。既然如此,就充分说明共同正犯之类的正犯与主犯也不能等同化。

最后,在德国和日本等采取区分制的国家,教唆犯与帮助犯是共犯,是与正犯相对并且处于从属地位的共同犯罪人。但是,在我国,由于是根据共同犯罪人在共同犯罪中所起

[12] [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8页以下。

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

[14] 高铭喧、马克昌主编:《刑法学》,中国法制出版社2007年版,第196页。

[15] 参见陈兴良:《共同犯罪论》,中国人民大学出版社2006年版,第183页,第210页。

的作用大小来区分主犯与从犯，从而确定其在共同犯罪中所处的地位以及所采取的处罚原则，所以，一般认为，“教唆犯是犯意的发起者，因此在共同犯罪中通常是起主要作用者，应按主犯的处罚原则处理。但在少数情况下，也可能起次要作用，……应按从犯的处罚原则处理。”<sup>[16]</sup>至于帮助犯的帮助行为，在通常情况下危害程度最低，将帮助犯认定为从犯是合适的，但也有应认定为主犯的例外情形。例如，甲提供保险箱密码，乙用密码打开保险箱窃取大量财物，二人平分了赃物。没有甲提供保险箱密码，乙不可能打开保险箱窃取到财物，因此，很难说作为帮助犯（共犯）的甲所起的作用比作为实行犯（正犯）的乙小。将乙认定为主犯、甲认定为从犯，明显不具有合理性，应该将甲也认定为主犯。既然在我国教唆犯通常是主犯，帮助犯在特殊场合也有可能被认定为主犯，这类主犯与德日刑法中的正犯有天壤之别，就更不可能将这类主犯解释为正犯，或者将这类主犯与正犯等同化。

近来有学者提出，我国采取的是不同于德日等国的区分制，即“双层区分制”：第一层次是按照分工分类法，在构成要件的层面将共犯人分为正犯、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；第二层次是按作用分类法进一步将共犯人进行主犯、从犯的划分，用以解决共犯人的量刑问题。<sup>[17]</sup>那么，“双层区分制”之说能否成立？如果能成立，主犯与正犯是否可能等同化；也就是说，是否可以将主犯解释为正犯、从犯解释为帮助犯？回答同样是否定的。在笔者看来，认为我国刑法采取了“双层区分制”，是将两种不同含义的“区分”混为一谈的结果。我国刑法固然对共同犯罪人做了区分，即分为主犯与从犯并给予轻重不同的处罚。但是，我国的这种“区分制”与作为犯罪参与体系的区分制，含义完全不同，不能混为一谈。如前所述，作为犯罪参与体系的区分制，是就正犯与共犯相区分而言的；即从犯罪参与形式上将共同犯罪人分为正犯与共犯（教唆犯和帮助犯），并且视正犯为犯罪的核心角色，共犯为犯罪的依附者；共犯的定罪具有某种从属于正犯的特性，共犯的处罚原则上也轻于正犯。而处罚的轻重是区别对待的关键，对正犯处罚重、共犯处罚轻，正是区分正犯与共犯的目的或宗旨。但我国刑法中的主犯，既可能是实行犯，也可能是教唆犯，甚至还可能是帮助犯；从犯则不仅可能是帮助犯、教唆犯，也还可能是实行犯。因此，我国刑法对共同犯罪人的处罚所采取的主从犯的区分，与德日等国刑法所采取的正犯与共犯的区分有实质的差异，正好说明我国刑法在犯罪参与问题上不是采取区分制。并且，即便认为我国刑法采取了所谓的“双层区分制”，主犯与正犯也不能等同化。正如前文所述，正犯与共犯是从犯罪参与者参与行为的形式所做的区分，主犯与从犯则是从犯罪人在共同犯罪中所起的作用大小所做的区分。正犯虽然在大多数情况下都是在共同犯罪中起主要作用的人，应该认定为主犯，但也有只能认定为从犯的正犯；作为共犯的教唆犯与帮助犯，也并非都是从犯，而是有相当一部分在共同犯罪中起主要作用，要被认定为主犯，共犯同样不能与从犯等同化。

### 三、主犯正犯化的根源

我国一些学者之所以按区分制的理念来解释我国刑法关于共同犯罪的规定，将主犯与

[16] 前引〔14〕，高铭喧等主编书，第205页。

[17] 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。

正犯、从犯与共犯等同化, 一个重要的思想根源是认为单一制存在固有的缺陷, 而区分制有明显的优越性, 因而要用区分制的理论来解释我国刑法中的主犯与从犯, 即把主犯解释为正犯, 将从犯解释为共犯, 以弥补我国刑法相关规定的缺陷。<sup>[18]</sup> 但是, 按照罪刑法定主义的要求, 对刑法应该严格解释。<sup>[19]</sup> 况且刑法学归根到底是解释刑法的学问, 按刑法条文的词义来解释, 是严格解释的基本要求。拉德布鲁赫曾经指出, 法学是一门针对现行法而非正确法、针对实然法而非应然法的学问。<sup>[20]</sup> 因此, 不能因为刑法的某条规定或某项制度有缺陷, 就不按法条的词义来解释。仅仅因为单一制存在缺陷, 就将刑法规定采取的单一制解释为区分制, 将两种不同参与体系中有重大差异的主犯与正犯、从犯与共犯做等同化的解释, 显然违反罪刑法定原则。但这种做法在我国现阶段似乎还很流行。难怪有台湾学者发出这样的感叹: “对于中国大陆刑法学界在此犯罪参与议题中跳离立法(‘窠臼’)的学术现象, 或可称为当代中国刑法学的特色, 值得令人继续关注其未来的发展。”<sup>[21]</sup>

事实上, 仔细比较单一制与区分制两种犯罪参与体系, 就不难发现各有优势与不足, 并非只有单一制存在缺陷, 区分制就没有缺陷, 甚至不能说区分制优于单一制。相反, 单一制在某些方面有明显的优越性。<sup>[22]</sup> 例如, 采取区分制, 就必须将正犯与共犯严格区分开来。为此, 学者提出了种种区分正犯与共犯的理论, 但均不能很好地将两者准确区分开来。并且, 在采取区分制的日本的司法实务中, “共犯案件几乎都是以共同‘正犯’来处理, 从而不得不说是处在无视条文, 并在事实上将‘统一正犯体系’视为妥当的状况之下解决问题”。<sup>[23]</sup> 相反, 采取我国不区分正犯与共犯的统一制, 就不会产生这样的问题。况且, 在数人参与犯罪的情况下, 无非是要解决对每个参与者是否定罪以及定罪之后如何处罚的问题, 区分正犯与共犯对参与者的定罪和处罚并无决定性的意义。

就定罪而言, 采取区分制的学者大多认为, 在多人参与犯罪的场合, 正犯是犯罪的核心人物, 共犯(教唆犯和帮助犯)是犯罪的边缘人物或依附者, 因而共犯具有从属于正犯的特性, 对共犯定罪时必须考虑正犯的情况; 正犯如果尚未实行犯罪, 对共犯就不能定罪处罚。但这会带来处罚上的漏洞。假如行为人用重金收买对方从事大规模杀人的恐怖活动却遭到拒绝, 按支持区分制的共犯从属性理论, 由于被教唆者没有实行被教唆的罪, 对教唆者就无法定罪处罚。这样处理无疑会放纵这类危险的犯罪。根据单一制理论, 在数人参与犯罪的场合, 对每个参与者都应该与单个人犯罪一样来认定其是否构成犯罪以及构成何罪。关键要看行为人的行为与侵害法益的事实或结果之间是否有因果关系, 还要看其有无责任能力、主观上是否有罪过。至于其参与的形式如何, 即参与实施的是实行行为, 还是教唆行为或帮助行为, 对认定其是否构成犯罪并无决定作用。这样认定犯罪, 不仅贯彻了罪责自负的原则, 而且符合定罪的一般原理, 还能有效弥补因采取区分制而难免出现的处

[18] 参见张明楷:《刑法学》, 法律出版社2011年版, 第354页。

[19] 有些国家的刑法对此有明文规定, 如法国刑法第111-4条规定:“刑法应严格解释之。”

[20] Vgl. Radbruch, Rechtsphilosophie, hrsg von Wolf, 6. Aufl., 1963, S. 106. 转引自许泽天:《主行为故意对共犯从属的意义》, 载《海峡两岸暨第八届内地中青年刑法学者高级论坛论文集》, 中国青年政治学院法律系2012年印, 第232页。

[21] 前引[20], 许泽天文。

[22] 关于我国所采取的统一制的优越性与缺陷, 笔者已另行撰文做较为详细的论述, 在此仅做简要说明。

[23] 参见[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276页。

罚漏洞，并且能够使共同故意犯罪与共同过失犯罪的定罪规则一致起来，而不会像德日等采取区分制的国家那样这两类犯罪的定罪规则不相一致。<sup>[24]</sup>

再说处罚，数人参与的犯罪与单个人犯罪最大的不同就在于处罚。因为每个参与者的行为对法益侵害结果的发生或侵害事实的造成，所起的作用可能会有较大差异，承担的法律 responsibility 也应有所差别，这种差别主要体现在处罚的轻重程度上。区分制以犯罪行为的参与形式为依据，将犯罪人分为正犯与共犯两类，对正犯处比共犯更重的刑罚。我国刑法所采取的单一制将所有参与共同犯罪的人分为主犯与从犯两大类，<sup>[25]</sup> 分别给予轻重不同的处罚。这既突出了共同犯罪在处罚上不同于单个人犯罪的特点，并且能够充分体现打击的重点和处罚的公平合理。正如前文所述，实施构成要件实行行为的正犯，并非在所有共同犯罪案件中都是起主要作用者，都有必要处比共犯（教唆犯和帮助犯）更重的刑罚。教唆犯起主要作用、被教唆的实行犯起次要作用的案件，在司法实践中屡见不鲜，甚至帮助犯与被帮助的实行犯所发挥的作用不相上下的案件也时有发生。并且在数人共同实行犯罪（共同正犯）的场合，每个实行者（正犯）所发挥作用的大小，也可能有较大差别，处罚也应该有差异。按德日等国的区分制，就不能根据共同犯罪人所发挥作用的大小来体现处罚上的差异，从而无法保证处罚的公平合理。

此外，同区分制相比，我国采取的单一制具有操作更为简便的明显优势。如前所述，区分制在定罪和处罚阶段，都必须将犯罪人是正犯还是共犯确定下来，而在许多场合，做这种区分非常困难，不仅理论上十分繁琐，而且实践中很难操作。如果采取单一制，在数人参与犯罪的场合，与单个人犯罪时的定罪规则相同，仅从参与者客观上是否实施了侵害法益的行为（包括组织行为、实行行为、教唆行为和帮助行为），主观上是否有犯罪故意，就可以认定其是否构成犯罪；处罚时则根据其在共同犯罪中所起作用的大小确定为主犯或者从犯，给予轻重不同的处罚。这显然比区分制简单明了，更便于司法人员掌握执行。并且，对采取区分制所面临的一些有争议的复杂问题，例如，间接正犯与共犯的区分，共同正犯与共犯（帮助犯）的区分等，运用单一制理论予以简化，即可迎刃而解。

毋庸讳言，我国刑法采取的单一制也存在缺陷。对立法的缺陷无疑需要用合理的解释来适当弥补。但正如前文所述，罪刑法定原则要求对刑法做严格解释，这就决定了刑法解释的空间是有限的，超越法条词语含义的范围来做解释是不允许的。将主犯与正犯、从犯与共犯做等同化的解释，用“正犯”、“共犯”取代“主犯”、“从犯”，这不仅违反罪刑法定原则，而且不是弥补单一制缺陷的正确途径。

众所周知，在德国和日本等采取区分制的国家，学者早就看到了采用区分制会带来处

[24] 在德日等采取区分制的国家，包括我国台湾地区，对共同过失犯罪人也是采取与我国相同的定罪方式，即与单个人犯罪一样来定罪。那么，同样是多个人参与犯罪，为何在多人共同过失犯罪的场合，可以从参与者个人的行为及其结果乃至主观罪过来判断其是否构成犯罪，而不存在考虑其行为是否从属于他人的问题，但在多人共同故意犯罪时，却必须考虑其参与行为的形式，定罪时必须坚持共犯从属性原则？对此，不得不说是区分制难以解释的一种奇怪现象。参见前引〔8〕，黄荣坚书，第502页。

[25] 胁从犯是从犯中的一种特别从宽处罚类型。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。”通说认为，如果被胁迫参加犯罪后，在犯罪时成为积极参与者并发挥了重要作用的，则不能认定为胁从犯。这就意味着只有在共同犯罪中发挥次要作用或辅助作用的人，即从犯，并且是因受胁迫而参加犯罪的，才能成为胁从犯。

罚不均衡的问题，而单一制依据犯罪参与者参与的程度和性质（即发挥作用的大小）给予轻重不同的处罚具有合理性。<sup>〔26〕</sup>“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”。<sup>〔27〕</sup>这也就是我国学者所说的德日等采取区分制的国家出现了“正犯主犯化”的现象。<sup>〔28〕</sup>在笔者看来，这是他们为了寻求处罚的合理性所做的一种迫不得已的明智选择。但我们应当清醒地认识到，在德日等国的解释论上，出现这种现象有一条最低的底线，就是将在共同犯罪中起主要作用者，也就是我们所认定的一部分“主犯”，解释为他们的“正犯”，而并非将“正犯”直接称为“主犯”，更不是将“正犯”与“主犯”做等同化的解释。如果我们采取这种方式将主犯正犯化，也就是取区分制之所长来弥补单一制之短，将区分制认定正犯并且可以被我们借鉴的经验，运用到我们的主犯认定中来，这自然是合理的。例如，按照我国刑法的规定，主犯与从犯的区分没有客观的标准，如何科学合理地区分就成为一大难题，这是我国所采取的单一制的一大缺陷。刑法规定的“在共同犯罪中起主要作用的”、“起次要……作用的”，必须要由司法人员来判断，没有客观的判断标准就难免出现主观随意性。而区分制下的正犯与共犯，原则上从行为的形式来区分，相对比较客观，法官判断时的主观随意性较小，这是其明显的优势。我们在认定主犯时，可以适当借鉴、参考德日等国认定正犯的经验，有必要将实施帮助行为者，除对犯罪的完成具有决定性作用的情形外，均认定为从犯；对实施实行行为的，除了有足够的证据证明是起次要作用的情形外，原则上认定为主犯。

又如，采取单一制有扩大处罚范围的危险。因为单一制理论认为，刑法分则规定的具体犯罪行为不限于实行行为，还包含教唆和帮助行为，教唆未遂与帮助未遂也会成为可罚的行为。但是，如前所述，区分制的理论认为，共犯具有从属于正犯的特性，当正犯没有实行犯罪时，共犯（教唆犯与帮助犯）就不成立，也就是不处罚教唆未遂与帮助未遂。这无疑能有效防止扩大处罚范围，显然是区分制的一大优势，只不过同时也存在前文所述的教唆、帮助极其严重犯罪的未遂得不到应有处罚的漏洞。毋庸置疑，现实生活中大量出现的教唆未遂，如仅对某人说一句，“把那个家伙杀了”，对方并未接受，对这种教唆未遂者，按犯罪处罚并不合适。因此，我们可以部分借鉴区分制的理论，在正犯（实行犯）没有实行犯罪的情况下，除了教唆、帮助严重的犯罪并且情节严重者外，原则上将教唆、帮助者排除在主犯与从犯的范围之外，不予定罪处罚。

## 四、主犯正犯化的隐患

### （一）否定具有中国特色的犯罪参与体系

刑法中的犯罪参与体系发展至今，形成了单一制与区分制两种各具特色的立法体系，很难说区分制就比单一制优越。目前，虽然采取区分制的国家比采取单一制的多，但这并

〔26〕 参见〔日〕龟井源太郎：《正犯与共犯的区别论》，弘文堂2005年版，第114页以下。

〔27〕 前引〔17〕，钱叶六文。

〔28〕 参见陈家林：《共同正犯研究》，武汉大学出版社2004年版，第24页。



不意味着采取单一制的国家应该改采区分制。事实上，采取何种立法体制是各国根据自己的法律传统和法律政策所做的选择。即便在同一文化传统的区域内，也可能选择不同的立法体制。如德国和奥地利同属一种语系，但在犯罪参与问题上却选择了两种不同的体系，德国选择了区分制，奥地利采取了单一制。

我国有不同于德国等西方国家的国情。我国“历代封建法律一向把共犯分为首犯、从犯两类。唐律规定：‘诸共犯罪者，以造意为首，随从者，减一等。’明律、清律的规定也是这样。”<sup>[29]</sup>这显然不属于区分正犯与共犯的区分制。我国刑法在共同犯罪人的分类上，遵循我国古代将共犯人分为首从的法律传统，根据共同犯罪人在共同犯罪中所起作用的大小，将之分为主犯与从犯两大类，给予轻重不同的处罚。这不仅是单一制，而且突显了对共同犯罪人的处罚不同于单个人犯罪的特点，是我国犯罪参与体系的一大特色。作为法律学人，应该维护我们优良的法律传统，弘扬有中国特色的法律文化，将合理的有我们自己的法律文化和法律制度发扬光大，而不是硬性照搬套用西方的某种法律制度来解释我们的法律规定，从根本上否定有我们自己的特色的合理的法律制度。然而，将主犯与正犯、从犯与共犯做等同化的解释，用正犯与共犯的概念代替主犯与从犯的概念，这不仅与我国刑法的规定不符，而且是在解释论上用区分制取代单一制。

#### （二）导致我国刑法失去公平合理处罚共犯人的优势

德日刑法中的正犯是犯罪的核心人物，共犯是犯罪的边缘角色（附属者），对正犯的处罚比共犯重。在所谓简单共同犯罪的场合，由于所有参与者都实行了犯罪，都属于正犯（共同正犯），尽管每个参与者发挥作用的大小可能有较大差异，处罚却没有差异。在所谓复杂共同犯罪的场合，有的教唆、帮助犯罪，有的实行犯罪，前者是共犯，后者是正犯；如果教唆犯发挥的作用大，实行犯发挥的作用小，对教唆犯的处罚也不可能比实行犯重；如果帮助犯的帮助行为对犯罪的完成起了决定作用，其处罚也必定比实行犯轻。如此等等，足以表明区分制不能保证处罚的公平合理，这正是其致命缺陷。而我国采取的根据犯罪人在共同犯罪中所起作用大小来确定主犯与从犯并给予轻重不同处罚的体制，正好能弥补区分制的上述缺陷，确保处罚的公平合理。如果我们将主犯与正犯、从犯与共犯等同化，用正犯、共犯概念取代主犯、从犯概念，无疑是舍己之长，取彼之短。并且，这样做还会带来区分制所没有的新问题。例如，在德国和日本，教唆犯虽是共犯，却要对其“判处正犯的刑罚”。虽然在观念上大多认为，对正犯的处罚重于教唆犯，<sup>[30]</sup>但法律明确规定“判处正犯的刑罚”，这就意味着对教唆犯的处罚轻重可以与正犯相同（只是不能比正犯重）。可是，按照前述主犯正犯化观点的解释，由于教唆犯是共犯，也就是说教唆犯属于从犯，根据刑法第27条第2款的规定，“对于从犯，应当从轻、减轻处罚或者免除处罚。”但是，对教唆犯一概从轻、减轻处罚或者免除处罚，即便在德国、日本，也与刑法的规定和理论上的通说相冲突。况且，我们的传统观念是“造意为首”，我国的司法机关长期以来对教唆犯大多也是按主犯来处罚。在我国立法机关修订1979年刑法的过程中，也曾有多个修订草案规定对“教唆他人犯罪的，不是按照其在共同犯罪中的作用而是直接按照共同犯罪中的主

[29] 高铭喧：《中华人民共和国刑法的孕育诞生和发展完善》，北京大学出版社2012年版，第29页。

[30] 参见前引[8]，黄荣坚书，第491页。

犯处罚”。<sup>[31]</sup>因此,对教唆犯一律以从犯论处既不符合立法精神,也与司法实践的一贯做法相悖。

或许有人会提出,既然我国刑法中的主犯等同于正犯,对教唆犯通常以主犯论处,那就可以将教唆犯纳入正犯之中。但是,这种观点显然同区分制的基本观念相冲突。因为,区分正犯与共犯的立足点是从犯罪参与行为的形式上将共同犯罪人区分开来,即实施实行行为的是正犯、实施教唆行为的是教唆犯、实施帮助行为的是帮助犯。尽管德国和日本的刑法规定,对教唆犯“判处正犯的刑罚”,但似乎还没有学者赞成将教唆犯纳入正犯之中。

可能还会有人提出,可以将我国刑法中的教唆犯纳入共犯(从犯)的范畴,但按正犯(主犯)来处罚。毋庸讳言,德国和日本确实是这样处理的。这是因为他们的刑法有这样的明文规定,并且这与区分制不矛盾。一般认为,从参与形式上将共同犯罪人区分为正犯与共犯(教唆犯和帮助犯),主要是为了解决参与者的定罪问题,至于处罚出现交叉,即对部分共犯(教唆犯)按正犯之刑处罚也是允许的。而我国刑法规定将共同犯罪人分为主犯与从犯两大类,是在已经定罪的前提下,根据共同犯罪人在共同犯罪中所起的作用大小,将其区别开来并给予轻重不同的处罚。因此,认定为从犯却按主犯来处罚,这完全不符合我国刑法的规定。并且,正如前文所述,教唆犯罪的情况错综复杂,教唆犯在共同犯罪中所起作用的大小可能有较大差异,一概以主犯或从犯论处均存在缺陷。这也是我国1997年修订的刑法最终没有规定对教唆犯按主犯处罚,而仍然“按照他在共同犯罪中所起的作用处罚”的根本原因所在。<sup>[32]</sup>从我国刑法的这一规定不难看出,教唆犯在共同犯罪中所起作用大的是主犯,所起作用小的是从犯。对前者处罚重、后者处罚轻,能更好地体现区别对待的刑事政策思想,确保对共同犯罪人处罚的公平合理。德日等国采取的区分制将教唆犯纳入共犯之中,无论是对发挥作用大还是小的,均“判处正犯的刑罚”,体现不出差异。如果舍弃我国刑法的这一优势,无论是将教唆犯一概解释为共犯(从犯)还是正犯(主犯),均不具有合理性。如果将部分教唆犯解释为正犯(主犯)、另一部分教唆犯解释为共犯(从犯),虽然能够做到处罚合理,但显然同区分正犯与共犯的基本观念相冲突。

### (三) 致使简单问题复杂化

众所周知,理论学说并非是把简单问题弄得深不可测,搞得繁琐复杂才好;相反,科学的理论是要把复杂问题简单化,尽可能使之被广大民众所了解。刑法理论何尝不是如此。学者对刑法的解释应该尽可能通俗,使司法人员更容易理解刑法的规定,更便于准确运用刑法处理具体案件。但是,前述主犯正犯化的解释论,显然会使简单问题复杂化。正如前文所述,我国所采取的单一制简单明了,定罪和处罚标准容易掌握,司法实践中很好操作执行。但是,如果说我国所采取的犯罪参与体系是区分制或“双层区分制”,按主犯正犯化的观念,那就势必要先确定犯罪参与人是否为正犯,只有确定为正犯之后,才能肯定成立主犯,而正犯与共犯的合理区分本身是一大难题。本来,按照我国刑法规定的单一制,只要行为人主观上有共同犯罪故意,客观上有共同犯罪行为(包含实行行为、教唆行为、帮助行为和组织行为),就可以肯定其成立共同犯罪。尔后,根据其在共同犯罪中所起作用的

[31] 参见前引[29],高铭喧书,第209页。

[32] 同上。

大小，认定其是否属于主犯，根本没有必要先从行为形式上来判断是否属于正犯。多此一道不必要的程序，增加了问题的复杂性和操作执行的难度，自然是得不偿失。况且，对德日刑法中有关正犯与共犯相区分的复杂问题，按照我们的单一制的解释论，本来是可以简单化得到很好的解决的。但按区分制和主犯正犯化的观念来解释，无疑是把简单的问题弄复杂了。

例如，有论者主张用日本的共谋共同正犯理论来解释我国的共谋而未参与实行者的定罪处罚问题，认为“我国通说的误区在于：主张共谋而未参与实行者‘应当成立共同犯罪’，这丝毫没有解决共谋共同正犯这一命题所提出的问题。共谋而未实行者与实行者之间是何种分工？其相互间的联系方式如何？换言之，共谋而未实行者属于共犯人种类中的哪一种？”“不联系共谋共同正犯理论来分析单纯共谋者与实行者之间的关系，而只讨论他们之间是否成立共犯，这本身就是对共犯制度与立法规定的漠视，纯属多此一举。”<sup>[33]</sup>但是，“就日本共谋共同正犯的研究所要解决的问题来看，直接借鉴到我国就有搞错问题的性质之嫌。”<sup>[34]</sup>众所周知，参与共谋但未直接实行犯罪者，有可能是犯罪的组织领导者即幕后操纵者，在共同犯罪中所起的作用有可能比直接实行犯罪者还要大；如果仅从其行为形式来看，充其量只能是教唆犯，有的甚至连教唆犯也算不上。因为教唆犯以他人尚无犯罪意图而故意引起他人产生犯罪意图为成立条件，而对于众人已有犯罪意图，聚集在一起共同谋划犯罪的共谋者，只能算是给他人提供精神上帮助的帮助犯。将这种幕后的策划者或操纵者仅作为共犯（帮助犯）来处罚，明显罚不当罪，有违处罚的公平性。“共谋共同正犯论正是出于这种考虑，对未分担实行行为的人也肯定共同正犯的成立”或者通过“对实行行为的概念加以实质性的理解，通过把支配他人行为的人解释为实行者（行为支配说），来肯定共谋共同正犯。”<sup>[35]</sup>这虽然解决了处罚不均衡的问题，但将这种从行为形式上来看明显不是正犯的情形认定为正犯，无疑是对传统正犯观念的巨大冲击，因而长期受到学界的猛烈批判；其现在虽然已成通说，但仍有不少学者持否定态度。<sup>[36]</sup>另外，将一般的参与共谋而未直接实行犯罪并且所起的作用较小的，作为正犯来处罚也不合理，因此，对这部分共谋者还是只能作为共犯（大多是帮助犯）来处罚。这样一来，仅仅参与共谋而未直接实行犯罪的人，有的是正犯，有的却是共犯，这种区分本身就与正犯与共犯区分的传统理论相冲突。至于区分的标准怎样确定，实践中如何掌握执行，自然又成为复杂的难题。可是，按照我国刑法的规定和我们采取的单一制理论，对共谋而未参与实行犯罪者，按照是否构成共同犯罪以及根据其在共同犯罪中所起作用的大小来确定其是主犯还是从犯这样的思路处理案件，既简单明了，又便于司法实践操作执行。事实上，在多人涉及或参与犯罪的场合，首先要解决的是定罪问题，即确定每个参与者是否构成犯罪；尔后要解决的是处罚问题，即在构成犯罪的情况下，如何处罚每个参与者。如果参与者之间构成共同犯罪，则根据每个参与者所起作用的大小，分别确定为主犯或从犯，给予轻重不同的处罚。就多人参与共

[33] 前引〔4〕，刘艳红文。

[34] 李洁：《中日共犯问题比较研究概说》，《现代法学》2005年第3期。

[35] 参见〔日〕西田典之：《日本刑法中的共犯规定》，金光旭译，载〔日〕西原春夫主编：《日本刑事法的重要问题》第2卷，法律出版社、成文堂2000年版，第128页以下。

[36] 参见前引〔3〕，刘艳红文。

谋共同犯罪的案件而言，对参与共谋而未直接实行者，先要确定其是否构成犯罪。一般来说，数人先在一起共谋实施某种犯罪，尔后有人按计划实行了犯罪的，对所有参与者（包含参与共谋而未直接实行犯罪者）认定构成犯罪不成问题。因为，所有参与者主观方面均有犯某罪的故意，客观方面有犯某罪的行为，只不过每个参与者实施的行为的表现形式可能有所不同；有的实施的是实行行为，有的实施的是组织行为或教唆行为，还有的实施的是帮助行为。既然参与共谋而未实行者构成犯罪并且是与他人共同犯罪，接着就要根据其在共同犯罪中所起作用的大小来确定其是主犯或从犯，从而最终解决处罚问题。这样处理案件，既符合我国刑法的规定，又具有科学性和易于操作性。相反，如果按照日本的共谋共同正犯理论来处理案件，就把简单问题复杂化了，不便于司法实践掌握执行。

---

---

**Abstract:** Nowadays, there is a tendency to treat the principal in Chinese criminal law as the perpetrator in German and Japanese criminal laws. However, the two concepts above have significant differences between each other in the criminal participation systems. To be more precisely, the German and Japanese criminal laws have distinguished the perpetrator and accomplice by the differential system, while the Chinese criminal law has adopted the unitary system to distinguish the principal and accessory offenders. On one hand, the direct perpetrator who commits the constitutive elements of the crime personally and a certain part of those accomplice perpetrators who commit the crime together in German and Japanese criminal laws, will probably be treated as accessory or even coerced offenders in Chinese criminal law. On the other hand, the indirect perpetrator in German and Japanese laws, who commits the crime indirectly, will be treated as a single offender in China and there will be no space for the existence of principal offender.

It is a confusion of the differential system and the unitary system to distinguish perpetrator, organizer, abettor, and aider during the stage of conviction, but principal and accessory during the process of sentencing in China. Even though, adopting such a double differential system in China doesn't mean the concept of principal equals that of perpetrator. This tendency roots in the belief that it is necessary to use the differential system to illustrate relevant concepts and regulations in Chinese criminal law to make up the shortcomings the unitary system brings. However, this belief not only violates the principal of legality, but also ignores the superiority of the unitary system of Chinese criminal law. The hidden danger of this tendency is to fundamentally deny the criminal participation system with Chinese characteristics. And this will result in the loss of superiority of the unitary system and complicate simple problems.

**Key Words:** criminal participation, principal, perpetrator

---

---