

共犯人关系的再思考

张明楷*

内容提要：刑法总则规定了哪些参与人，刑法对共犯人如何分类（参与类型），是两个不同的问题。我国刑法总则虽然规定了主犯、从犯、胁从犯与教唆犯四种情形，但不能据此认为这四种情形就是对共犯人的分类。刑法理论必须以罪刑法定原则为根据，确定刑法总则应当规定哪些参与类型。由于刑法分则规定的是正犯，所以，只有当刑法总则规定了教唆犯、帮助犯时，才能扩张地处罚教唆犯与帮助犯，否则便违反罪刑法定原则。由于共同正犯不以实施构成要件行为为前提，所以，如果对共同正犯按照正犯处罚，就必须有刑法总则的明文规定。主张刑法第26条规定的主犯与正犯是交叉关系、递进关系或者等同关系以及双层次区分说的观点，都存在缺陷。刑法第26条是关于共同正犯的规定，该规定贯彻了“部分行为全部责任”的原理。教唆他人犯罪的，如果在共同犯罪中起主要作用，就属于（共谋）共同正犯，按正犯处罚；如果起次要作用，则是狭义共犯中的教唆犯，应当按从犯量刑。基于实质标准，对起次要作用的实行者，也只能按从犯处罚。

关键词：共犯人 主犯 共同正犯 教唆犯

一般认为，我国刑法总则主要按照共犯人在共同犯罪中所起的作用大小，将共犯人分为主犯、从犯、胁从犯与教唆犯。^{〔1〕}但如所周知，民国时期的刑法总则在“共犯”一章中，规定了共同正犯、教唆犯与帮助犯；^{〔2〕}日本、韩国刑法总则在“共犯”一章中，规定了共同正犯、教唆犯与帮助犯（从犯）；德国刑法总则在“正犯与共犯”一节中，规定了直接正犯、间接正犯、共同正犯、教唆犯与帮助犯。随着德日学说逐渐引介于国内，我国刑法理论开始注重讨论正犯与主犯的关系、教唆犯与共谋共同正犯的关系等问题。

共犯人关系，^{〔3〕}实际上是共同犯罪的参与类型，既是重要的理论问题，也是重大的实

* 清华大学法学院教授。

本文是国家社会科学基金重大项目“我国刑法修正的理论模型与制度实践研究”（16ZDA060）的阶段性成果。

〔1〕 参见高铭喧、马克昌主编：《刑法学》，北京大学出版社、高等教育出版社2017年版，第172页以下。

〔2〕 参见民国时期1928年刑法第42条以下、1935年刑法第28条以下。

〔3〕 共犯人关系包括各种称谓的共同犯罪人之间的关系，如正犯与主犯的关系、正犯与共同正犯的关系、教唆犯与（共谋）共同正犯的关系等。

践问题。例如，只要承认和采取共犯从属性说，就必须区分正犯与共犯。于是，正犯与共犯的区别是什么，我国刑法是否规定了正犯，正犯与共同正犯是什么关系，就成为重要问题。再如，倘若刑法第26条规定的主犯是指正犯或者共同正犯，就表明我国刑法没有采取单一制正犯体系，在共同犯罪中起主要作用的教唆者属于（共谋）共同正犯。^{〔4〕}又如，倘若刑法没有规定共同正犯，司法机关却对共同正犯按主犯或者正犯处罚，就明显违反罪刑法定原则。

本文要回答的主要问题是：刑法第26条的规定是关于正犯的规定，还是关于共同正犯的规定。亦即，第26条第1款规定的“是主犯”的人，是与（共同）正犯存在交叉关系的参与人，^{〔5〕}还是等同于正犯，抑或是指共同正犯？本文明确区分正犯与共同正犯两个概念，^{〔6〕}重点讨论（共同）正犯与主犯的关系，同时也会涉及教唆犯与（共谋）共同正犯的关系、实行犯（实施了构成要件行为的参与人）与从犯的关系。

一、既有观点

虽然我国刑法没有明文使用正犯的概念，但刑法分则规定的都是正犯，故正犯的确存在于刑法的规定中，否认正犯概念并不妥当。另一方面，从刑法第26条规定的处罚原则看，对主犯的处罚与对正犯的处罚相同，既不从重处罚也不从轻处罚。正因为如此，我国刑法理论已有的研究，主要是讨论正犯与主犯的关系以及教唆犯与主犯的关系。^{〔7〕}

（一）交叉关系说

我国传统共同犯罪理论认为，正犯不等于主犯，正犯既可能是主犯也可能是从犯；帮助犯也不等于从犯，从犯包括帮助犯与部分实行犯，帮助犯也可能是主犯。概言之，正犯与主犯、正犯与从犯、帮助犯与正犯是交叉关系。这种交叉关系，源于三个方面的理由。

第一是有关共犯人分类的理论。我国传统刑法理论认为，各国刑法关于共犯人的分类，主要有两种标准：一是分工分类法，即以共犯人在共同犯罪中的分工为标准，将共犯人分为正犯（实行犯）、教唆犯与从犯；二是作用分类法，即以共犯人在共同犯罪中所起的作用为标准，将共犯人分为主犯、从犯。^{〔8〕}我国刑法历来重视以作用为标准对共犯人进行分类，即分为主犯、从犯、胁从犯，同时考虑到以分工为标准分类得出的教唆犯在作用分类法中没有得到反映，便在胁从犯之后另外规定了教唆犯，并揭示对教唆犯在不同情况下的

〔4〕 本文对实施教唆、帮助行为的人一般分别使用“教唆犯”“帮助犯”的表述，不以其行为构成犯罪为前提。

〔5〕 本文所称“参与人”，是指共同犯罪人，不限于狭义共犯。

〔6〕 除引文和介绍（主要是本文第一部分）外，本文所称“正犯”，仅指单独正犯即直接正犯与间接正犯，不包括共同正犯（恳请读者根据语境识别）。单独正犯是与共同正犯相对应的概念，而不是仅指单个人犯罪的情形。例如，金德霍伊泽尔在“单独正犯”一节介绍的就是直接正犯、间接正犯与同时正犯。他指出：“间接正犯利用他人以实现某一构成要件。如直接正犯那样，人们将之也认定为单独正犯”（〔德〕乌尔斯·金德霍伊泽尔：《刑法总论教科书》，蔡桂生译，北京大学出版社2015年版，第409页）。再如，松原芳博指出：“‘正犯’，在狭义上意味着是由直接正犯与间接正犯组成的单独正犯，在广义上包括共同正犯。另一方面，‘共犯’，在狭义上意味着教唆犯与帮助犯，但广义上包括共同正犯”（松原芳博『刑法総論』，日本評論社2017年2版，359-360页）。

〔7〕 本部分是对相关观点的介绍与评价，相关观点所称的“正犯”一般包括共同正犯。

〔8〕 参见陈兴良：《共同犯罪论》，中国人民大学出版社2017年版，第153页以下。

处罚原则。^{〔9〕}换言之，按分工分类法将共犯人分为正犯、教唆犯、帮助犯，在我国只是理论上的分类；法定的分类是主犯、从犯、胁从犯与教唆犯。

根据这种观点，正犯与主犯就是一种交叉关系，即部分正犯是主犯，主犯也不一定是正犯。例如，首要分子是主犯，但不一定是正犯（实行犯）；“在共同犯罪中起主要作用的”是主犯，“这主要是在一般共同犯罪中起主要作用的实行犯，具体表现为：在共同犯罪中直接造成严重危害结果”；“所谓在共同犯罪中起次要作用，是指虽然参与实行了某一犯罪构成客观要件的行为，但在共同犯罪活动中所起的作用比主犯小，主要表现为：在犯罪集团的首要分子领导下从事犯罪活动，罪恶不够重大或情节不够严重，或者在一般共同犯罪中虽饶有兴趣直接参加实行犯罪，但所起作用不大，行为没有造成严重危害后果等。这种情况就是次要的实行犯。因此，不能笼统地认为从犯就是帮助犯，也不能把实行犯一律认为是主犯。”^{〔10〕}

诚然，“正犯”与“主犯”、“帮助犯”与“从犯”的用语不同，但能否据此认为正犯、帮助犯是根据分工进行的分类，主犯、从犯是根据作用进行的分类，则不无疑问。传统共同犯罪理论首先断定正犯与主犯、帮助犯与从犯属于不同类型的共犯人，进而提出它们的分类标准不同。然而，用语不同、含义相同的情形比比皆是，我们不能因为用语不同就断定二者属于不同的概念，进而认为二者的内涵与外延不同。持反对观点的学者完全可以认为，正犯与主犯、帮助犯与从犯是等同的概念。更为重要的是，作用分类法与分工分类法究竟是不是两种不同的分类标准，也不无商榷的余地。如果认为分工分类法不能体现参与人在共同犯罪中所起的作用，恐怕就不会有那么多国家和地区的刑法采取这样的分类。

第二是正犯与实行犯关系的理论。我国传统刑法理论认为，正犯就是实行犯。例如，有的教科书在介绍共犯人的分工分类法时指出：“有的采用三分法……分为正犯、教唆犯和帮助犯，德国刑法典采用这种分类，其所谓正犯即实行犯。”^{〔11〕}将间接正犯称为间接实行犯，^{〔12〕}将共同正犯称为共同实行犯，^{〔13〕}也说明了这一点。而所谓实行犯，是指“实行犯罪客观构成要件的行为”的人。^{〔14〕}

诚然，从文字表述看，我们可能认为德国刑法中的正犯是指实行犯，但这至少是不准确的。德国刑法所规定的正犯包括直接正犯、间接正犯与共同正犯，其共同点是对犯罪事实的支配。^{〔15〕}而如后所述，在共同正犯的场所，并不需要共同正犯实施构成要件行为。

从我国刑法的规定看，也不能认为正犯与实行犯是等同的概念。刑法第23条在规定未遂犯时有“着手实行犯罪”的表述，但这是为了与预备犯相区别。换言之，实行犯是与预备犯相对应的概念，而不是与从犯相对应的概念；正犯则是与教唆犯、帮助犯相对应的概念。

第三是正犯与共犯区分标准的理论。我国传统共同犯罪理论虽然不认为我国刑法将共犯人分为正犯与共犯（教唆犯与帮助犯），但在介绍和讨论正犯与共犯的区别时，采取了形

〔9〕 参见前引〔1〕，高铭喧等主编书，第172页。

〔10〕 同上书，第173页，第175页。

〔11〕 同上书，第172页。

〔12〕 参见高铭喧、马克昌主编：《刑法学》上编，中国法制出版社1999年版，第313页。

〔13〕 参见前引〔1〕，高铭喧等主编书，第169页。

〔14〕 同上。

〔15〕 Vgl. Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II, 3. Aufl., 2003, S. 19ff.

式的客观说（实行行为说）。亦即，以自己的身体动静实施符合基本构成要件的实行行为的人是正犯，通过符合修正构成要件的教唆行为、帮助行为促进正犯的实行行为与结果的人，是共犯。或者说，完全或者部分实施了构成要件所规定的行为的，均是正犯；实施构成要件行为以外的行为的，皆为共犯。^[16]

形式的客观说虽然有一定的优点，但也有明显的缺陷。这是因为，所谓正犯与共犯的区分，事实上主要讨论共同正犯与共犯的区分。直接正犯与间接正犯是直接或通过支配他人实施构成要件行为的人，其与教唆犯、帮助犯比较容易区分。而共同正犯不一定实施构成要件行为，却要以正犯论处，故需要与共犯相区别。^[17]反过来说，如果要求共同正犯也必须实施构成要件行为，就必然得出不当结论。例1：乙从身后抱住被害人丙，使丙不能反抗，甲用刀刺伤丙的腹部。根据形式的客观说，乙没有实施故意伤害罪的构成要件行为，故不成立故意伤害罪的共同正犯。这一结论明显不当。例2：“甲、乙计划通过贩卖假名牌商品实施诈骗，甲负责伪造假名牌商品，乙负责贩卖。在这样的场合，认定只有乙是诈骗罪的正犯、甲是其教唆犯或者帮助犯，是不当的。”^[18]

正因为如此，现在德国、日本的通说与审判实践对共同正犯与共犯的区分，都不采取形式的客观说，而是进行实质判断。例如，罗克辛指出：“正犯，是实现符合构成要件行为时的核心人物……这个核心人物，不是在所有构成要件中以同样方法确定的……在绝大多数犯罪中，‘行为支配’对于正犯是决定性的观点。犯罪过程的核心人物，是支配了引起犯罪实现的事态的人物。”^[19]“共同正犯是通过分工实施来实现构成要件的，共同正犯的行为支配产生于他在实施中的机能。共同正犯接受了一项对于计划的实现具有本质性的、使其参与行为可以支配整个事件的任务。”^[20]据此，例1中的甲是故意伤害罪的正犯，乙是共同正犯。^[21]又如，西田典之指出：形式的客观说“不能涵盖现代社会中共犯现象的多样性，不能充分捕捉具备作为共同‘正犯’的当罚性的参与者。例如，在有组织地、集团性地实施犯罪的场合，背后的策划、指挥、命令犯罪的人，虽然自己没有参与犯罪的实行，却是对犯罪的实现起到了重要作用的人，可以说完全值得作为‘正犯’处罚。”^[22]再如，山口厚明确指出：“通过着眼于实质的共同惹起的‘实质的正犯概念’来划定共同正犯与教唆、帮助的界限是妥当的。”^[23]事实上，在日本，“判例自旧刑法时代以来到现在为止一直肯定共谋共同正犯。虽然实行共同正犯论在以前的学说中占支配地位，但现在应当说，肯定共谋共同正犯，并主张同时限定其成立范围的见解占主流地位。”^[24]

[16] 参见前引〔8〕，陈兴良书，第155页。形式的客观说源于日本刑法学者的观点，参见团藤重光『刑法綱要総論』，創文社1990年3版，372-373頁；福田平『全訂刑法総論』，有斐閣2011年5版，245頁；大塚仁『刑法概説（総論）』，有斐閣2008年4版，279頁。

[17] 正因为如此，西田典之在“共谋共同正犯”一节讨论共谋共同正犯与教唆犯的区别。参见西田典之著、橋爪隆補訂『刑法総論』，弘文堂2019年3版，371頁以下。

[18] 同上书，第373頁。

[19] 前引〔15〕，Roxin书，第9頁。

[20] 同上书，第77頁。

[21] 同上书，第87頁。

[22] 前引〔17〕，西田典之书，第373頁。

[23] 山口厚『刑法総論』，有斐閣2016年3版，341頁。

[24] 前引〔17〕，西田典之书，第371頁。

对共同正犯与共犯的区分采取实质标准说,完全符合我国刑法的规定。因为在许多犯罪中,作出某种决定、提出某种方案,对于犯罪的实现起到了十分重要的作用。

例如,在现实生活中,将国有资产低价折股或者低价出售的具体行为,完全可能由普通工作人员实施,但如果没有主管人员的决定,普通工作人员不可能实施该行为。这清楚地说明,就徇私舞弊低价折股、出售国有资产罪的实现而言,作出决定比具体实施所起的作用更大。

再如,诈骗罪的成立要求行为人实施欺骗行为,但并不是任何虚构事实、隐瞒真相的行为都能成为诈骗罪中的欺骗行为,即使能够成为欺骗行为也未必能够得逞。于是,谎言的设计者、话术的编撰者,虽然没有亲自对他人实施欺骗行为,但实施欺骗行为的人利用其设计的谎言、编撰的话术实施欺骗行为就容易得逞。在这种场合,前者对诈骗成功所起的作用完全可能大于后者。^[25]在电信诈骗案中,那些直接给受骗者打电话的人,虽然实施的是构成要件行为,但与其背后诈骗方案或者话术的设计者相比,所起的作用要小得多。

或许有人认为,在上述场合,作出低价折股、出售国有资产决定的行为以及设计诈骗方案与话术的行为本身就是构成要件行为。可是,其一,从行为的发展进程看,作出低价折股、出售国有资产的决定,充其量只是一种预备行为或者共谋行为。如果只有决定,没有人具体实施,就不可能致使国家利益遭受重大损失。所以,必须肯定低价折股、出售国有资产的行为才是徇私舞弊低价折股、出售国有资产罪的构成要件行为。其二,在诈骗罪中,设计诈骗方案或者话术的行为,还不可能被评价为构成要件行为。这是因为,倘若将这种行为评价为构成要件行为,那么,只要行为人设计了诈骗方案或者话术,即使没有人根据该方案或者话术实施欺骗行为,对设计者至少也要以诈骗未遂论处,这显然不妥。

以上是从共谋的角度而言,^[26]即使从帮助的角度来说,形式的客观说也不符合我国刑法分则的规定。最为明显的是,刑法分则规定部分帮助行为按正犯处罚,就是因为部分犯罪中,帮助行为所起的作用非常重要。即使在刑法没有明文规定的场合,有些表面上的帮助行为,实际上对构成要件的实现起到了至关重要的作用。例3:甲想实施合同诈骗行为,但其事前起草的合同不能使对方产生错误认识,因而未能得逞。于是,甲请乙为自己精心设计了用于诈骗的合同,甲利用该合同使对方当事人产生错误认识从而处分了财产。在这样的场合,倘若仅认定乙是共犯或者从犯,明显不合适。

总之,就共同正犯与共犯的区分来说,形式的客观说并不妥当。“是否分担了实行行为并不是决定性的要素……正犯与共犯的区别,实际上判断谁是对犯罪结果应该首先承担责任的主犯(核心人物)的问题……归根到底,共同正犯与狭义共犯的区别,只能根据其在犯罪中发挥作用的重要性来判断。”^[27]既然如此,基于形式的客观说而提出的交叉关系说,就难言妥当。

(二) 双层次区分说

双层次区分说的基本观点是,第一层次按照分工分类法,在构成要件层面将共犯人分

[25] 参见前引〔17〕,西田典之书,第373页;前引〔23〕,山口厚书,第341页;井田良『講義刑法学·総論』,有斐閣2018年2版,508頁。

[26] 如果行为人分担了部分实行行为,更可能成为共同正犯。

[27] 金光旭:《日本刑法中的实行行为》,《中外法学》2008年第2期,第242页。

为正犯、组织犯、教唆犯和帮助犯，以解决定罪问题；第二层次按作用分类法进一步对共犯人作主犯、从犯的划分，以解决量刑问题。持此观点的学者钱叶六指出：“我国的共犯立法体系在性质上可归结为区分制”，即将共犯人分为正犯、帮助犯、教唆犯。另一方面，“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。”〔28〕

那么，将共犯人分为正犯、帮助犯、教唆犯的根据是什么？首先，刑法第29条规定了教唆犯；其次，“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，刑法特别规定了组织犯。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，是帮助犯。”〔29〕

在本文看来，双层次区分说与交叉关系说没有本质区别。

首先，双层次区分说似乎认为，我国刑法的分散规定表明我国采取了区分制共犯体系，刑法总则关于共同犯罪的集中规定则采取的是主犯与从犯的区分。然而，钱叶六又认为，帮助犯是推导出来的，不是刑法的明文规定。既然如此，就意味着双层次区分说只不过是理论上建议司法机关如何认定共犯（从形式到实质），而没有对我国刑法关于共犯人分类的规定作出明确说明。换言之，上述观点仍然认为，我国刑法并非像德日刑法那样将共犯人分为正犯、教唆犯与帮助犯；正犯、教唆犯与帮助犯在我国只是理论上的分类（而且其中的“正犯”包括了共同正犯）。可是，一方面，如果没有刑法关于共同正犯的明文规定，仅根据理论学说就承认共同正犯并对之适用“部分行为全部责任”的原理，必然违反罪刑法定原则。另一方面，如果认为刑法第26条的规定包括正犯与共同正犯，就意味着二者的处罚原则相同。但如后所述，二者的处罚原则不可能相同。

其次，如果承认分工分类法与作用分类法是不同的区分标准，就不可能认为我国刑法同时或者先后采取了两种区分标准。这是因为共同犯罪的参与类型必须是刑法明文规定的，而我国刑法并没有对分工分类法得出的子项（参与者）和作用分类法得出的子项（参与者）分别规定相应的处罚原则。即使主张司法机关在认定共同犯罪时应当分为两个步骤，即定罪时先将参与者分为正犯、组织犯、教唆犯、帮助犯，然后在量刑时再将共犯人分为主犯、从犯、胁从犯，也不意味着这七类情形都是共同犯罪的参与类型。双层次区分说仍然没有回答，刑法第26条究竟是关于正犯的规定，还是关于共同正犯的规定，其得出的结论与传统刑法理论的交叉关系说没有实质区别。唯一的形式区别是，交叉关系说没有说明两个区分标准是两个层次，而双层次区分说提出两个区分标准之间存在层次关系。

最后，双层次区分说在正犯、教唆犯、帮助犯的区分上采取了形式的客观说。〔30〕可

〔28〕 钱叶六：《双层次区分制下正犯与共犯的区分》，《法学研究》2012年第1期，第129页。

〔29〕 同上文，第128页。

〔30〕 同上文，第132页以下。

是，钱叶六之所以主张双层次区分，就是因为这种形式的客观说不能妥当解决参与人的刑事责任问题，于是进一步提出按作用大小进行区分。本文的质疑是，既然如此，为什么不将所谓分工分类法与作用分类法合二为一，按照一个标准解决参与人的刑事责任问题？既然认为“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”，^[31]那么，我们同样可以着眼于定罪量刑的一体性解决，而不必采用双层次解决的方法。

显然，出路只有两种：一种是承认分工分类法与作用分类法的区分，进而认为，我们可以在理论上将共犯人分为正犯、教唆犯与帮助犯，再根据刑法的明文规定，实质地区分各自在共同犯罪中起何种作用，并以此认定为主犯、从犯与胁从犯。^[32]若果真如此，则上述观点形式上是双层次区分说，但具体结论仍然是交叉关系。这与传统的共同犯罪理论没有实质区别，并且不能贯彻罪刑法定原则。另一种是认为分工分类法与作用分类是同一种区分标准。既然是同一种标准，分类得出的子项（参与者）就应当是完全重合的，而不可能是双层次区分。

（三）递进关系说

主张递进关系说的学者提出，首先在不法层面区分出正犯与共犯：正犯是主犯，共犯是从犯。具体而言，在不法层面，应当根据有无支配面向结果的因果流程来区分正犯与共犯；在一个共同犯罪中，如果对各个犯罪参与者能够从不法层面区分出正犯与共犯，那么正犯就是主犯，共犯就是从犯，没有必要再进行责任大小的判断；教唆成年人的教唆犯应当是共犯，所以是从犯；而教唆未成年人的教唆犯，因为属于共同正犯，从而有可能被评价为主犯。其次，就共同正犯而言，还需要根据责任大小进一步筛选出主犯。因为我国的立法与司法实践都承认次要的正犯（参见刑法第27条），在共同正犯中再区分出主犯、从犯也是对宽严相济刑事政策的贯彻，其理论根据是可罚的责任论。在判断责任是否达到可罚的程度时，应结合是否需要处罚这一点进行考虑。以可罚的责任论为理论基础，在共同正犯中，完全能够根据参与者期待可能性的大小、预防必要性的大小来进一步区分出主犯、从犯。^[33]概言之，先根据事实支配理论区分正犯与共犯，正犯是主犯、共犯是从犯，然后根据责任大小、预防必要性的大小将共同正犯区分为主犯与从犯。

显然，递进关系说不同于双层次区分说：双层次区分说以形式的客观说为标准区分正犯与共犯，再以实质标准区分主犯与从犯；而递进关系说总体上以不法层面的实质标准区分正犯与共犯，以相对形式的标准（被教唆者的年龄）将教唆犯区分为共犯与共同正犯，再以责任层面的实质标准将共同正犯区分为主犯与从犯。

共犯是不法形态，^[34]从不法层面区分正犯与共犯，值得肯定。但是，上述观点存在疑问。

第一，既然主张在不法层面根据有无支配面向结果的因果流程来区分正犯与共犯，就

[31] 前引[28]，钱叶六文，第133页。

[32] 笔者以前也发表过类似观点。参见张明楷：《关于共犯人分类刑事立法的再思考》，《中国法学》1993年第1期，第98页。

[33] 参见周啸天：《正犯与主犯关系辨正》，《法学》2016年第6期，第123页以下。

[34] 参见张明楷：《共同犯罪的认定方法》，《法学研究》2014年第3期，第8页以下。

不能直接得出“教唆成年人的教唆犯应当是共犯，教唆未成年人的教唆犯属于共同正犯”的结论。一方面，完全否认教唆成年人的教唆犯可能是共同正犯，完全肯定教唆未成年人的教唆犯属于共同正犯，存在明显疑问。^[35]另一方面，教唆未成年人的教唆犯属于共同正犯，那他是不是教唆犯？是否需要采取从属性原理？这是上述观点没有解决的问题。

第二，既然承认共犯是不法形态，主张对各个犯罪参与人从不法层面区分正犯与共犯，那么，再从责任角度在共同正犯中区分出主犯，就有自相矛盾之嫌。换言之，共犯是不法形态，而责任是个别的，所以，在确定参与人是否成立正犯、共同正犯或者共犯后，当然需要根据各自的责任定罪量刑，但这已经不属于共犯人分类与共犯人关系的问题了。

第三，正犯的预防必要性小、共犯的预防必要性大的情况并不罕见。例如，正犯是初犯，犯罪后投案自首并有立功表现；共犯是累犯，不仅没有投案自首而且栽赃陷害他人。但我们不能据此就改变正犯与共犯的认定结论。更为重要的是，为什么只是在共同正犯中根据参与人期待可能性的大小、预防必要性的大小进一步区分出主犯、从犯，而不是对其他正犯也进一步区分主犯、从犯？这也是需要回答却又难以回答的问题。

第四，递进关系说仍然没有说明正犯与主犯的关系，没有回答刑法第26条规定的具体含义，其最终结论与传统刑法理论的交叉关系说没有明显区别。换言之，这种观点仍然只是建议从理论上将参与人区分为正犯与共犯，然后根据刑法的规定区分为主犯、从犯。既然如此，这种观点就没有肯定我国刑法明文规定了区分制共犯体系，也没有为共同正犯的处罚提供法律根据。

（四）等同关系说

等同关系也可谓重叠关系，即刑法第26条规定的主犯就是正犯，第27条、第28条规定的从犯与胁从犯就是帮助犯。于是，我国刑法规定了正犯、帮助犯、教唆犯。

例如，杨金彪指出：“分工分类法与作用分类法的实质联系在于，二者只是分别体现了共犯的形式的、类型性的侧面和具体的、实质的侧面。换言之，二者的划分充其量仅具有学理分类的意义……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。事实上，日本刑事立法和刑法学上帮助犯也习惯称为从犯。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。”^[36]这一主张的基本理由是：其一，分工分类法与作用分类法，可谓形式分类与实质分类，而形式与实质应当是统一的。其二，在德国、日本，正犯与共犯的区分已经实质化，而没有采取形式的客观说，既然如此，将刑法第26条规定的主犯称为正犯，就合情合理。其三，刑法第27条规定的就是帮助犯，而不包括起次要作用的正犯（实行犯）。这是因为实行犯直接导致结果发生，而帮助犯是间接导致结果发生，二者在违法性的量上显著不同，不能将两种行为等而视之。由于对共同正犯采取“部分行为全部责任”的原理，也难以找到把作为共同正犯的实行犯划分为两类不

[35] 参见张明楷：《刑法学》，法律出版社2016年版，第405页。

[36] 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，第56页。

同共犯形态的理由。^[37]

何庆仁同意上述观点：“我国刑法的确没有在形式上明确区分正犯与共犯，但通过对主犯与从犯的规范化理解，或者通过对正犯与共犯的实质化理解，将主犯与正犯、从犯与帮助犯合而为一，即可在实质上回归区分制。”^[38]

周光权也指出：“我国刑法规定的主犯就是正犯；关于从犯的规定就是对帮助犯的规定，其中刑法第27条关于‘次要作用’或‘辅助作用’的规定都是用来说明帮助犯这一对象的，是无意义的重复；而刑法第28条规定的胁从犯是对情节较轻的帮助犯（被胁迫的帮助犯）的规定，不是新的行为人类型。”^[39]

上述等同关系说以实质的观点区分正犯与共犯，或者认为分工分类法与作用分类法是同一的，本文对此表示赞同。^[40]但不太明确的是，上述“主犯=正犯”的观点中，正犯是仅指单独正犯（直接正犯、间接正犯），还是也包括共同正犯？持等同关系说的学者都没有认为刑法第26条规定的是共同正犯，而这恰恰是一个十分重要却又没有解决的问题。

倘若认为，等同关系说所说的正犯就是指单独正犯（直接正犯、间接正犯），而不包括共同正犯，就存在一个大漏洞。这是因为，按照实质标准，部分共同正犯虽然在共同犯罪中起了重要作用，但其行为未必符合刑法分则规定的构成要件（如例1中的乙），如果刑法总则没有关于共同正犯的规定，就不能对其行为按正犯追究责任，在某些场合甚至不能认定其行为构成犯罪。另一方面，部分共同正犯虽然实施了构成要件行为，但其行为未必造成了构成要件结果。例4：甲、乙经共谋同时向丙开枪，后查明甲射出的子弹打中了丙，乙没有打中。在德国、日本，根据其刑法规定，甲是故意杀人的正犯，乙是共同正犯，也要负故意杀人既遂的刑事责任。但在我国，如果刑法总则没有作出相应规定，就不能径直适用“部分行为全部责任”的原理，让乙负故意杀人既遂的正犯责任（充其量只能按从犯处罚）。在查不清构成要件行为是否造成了构成要件结果时，也存在同样的问题。例5：甲、乙共谋同时向丙开枪，丙身中一弹而亡，但不能查明谁射出的子弹打中了丙。如果缺乏关于共同正犯的处罚规定，根据“存疑时有利于被告”的原则，就不能让甲和乙负故意杀人既遂的正犯责任。换言之，若要让例4中的乙、例5中的甲和乙负故意杀人既遂的责任，就必须有刑法的明文规定，而不能仅以“部分行为全部责任”的原理为根据追究其故意杀人既遂的刑事责任。因为“部分行为全部责任”的原理是德国、日本刑法理论根据其本国刑法对共同正犯的规定而得出的结论，如果我国刑法没有关于共同正犯的规定，就不能适用这一原理。

倘若等同关系说所说的正犯包括直接正犯、间接正犯与共同正犯，就意味着共同正犯、直接正犯、间接正犯的归责原理与处罚原则是相同的，但事实上并非如此（参见后述内容）。

二、症结所在

通过对上述既有观点的讨论可以发现，在共犯人关系的问题上，存在以下三个需要解

[37] 参见前引[36]，杨金彪文，第49页以下。

[38] 何庆仁：《归责视野下共同犯罪的区分制与单一制》，《法学研究》2016年第3期，第142页。

[39] 周光权：《“被教唆的人没有犯被教唆的罪”之理解——兼与刘明祥教授商榷》，《法学研究》2013年第4期，第183页。

[40] 参见前引[35]，张明楷书，第450页。

决的症结性问题。

（一）正犯与共同正犯是什么关系

从前述介绍与评论可以看出，形式的客观说没有区分正犯与共同正犯，而是着眼于（单独）正犯与共犯的区分，要求正犯必须实施构成要件行为，但由于其将共同正犯纳入正犯，又导致没有实施构成要件行为但在共同犯罪中起了重要作用的参与者（共同正犯）不是正犯，故只好通过交叉关系、多层次关系等将共同正犯归入主犯。

实质标准说（行为支配说、重要作用说）则着眼于共同正犯与共犯的区分，重点判断参与人在共同犯罪中是否起到了重要作用。诚然，实施了构成要件全部行为的参与者必然起了重要作用，因而是正犯，但起了重要作用的参与者未必直接实施了构成要件行为；未实施构成要件行为的人虽然可能是共同正犯，却不可能是正犯。显然，只有区分正犯与共同正犯，而不是将共同正犯归入正犯，才能解决上述问题。

可以肯定的是，任何一个（共同）犯罪都必须有正犯。这是因为刑法分则规定的构成要件行为就是正犯行为，如果没有正犯，就没有符合构成要件的行为，这样当然不可能构成犯罪。^[41]虽然任何共同犯罪中都必须有实施构成要件行为的正犯，但这只是对正犯的要求，而不是对共同正犯的要求。就绝大多数共同正犯而言（除例4、例5的情形以外），只需要其在共同犯罪中起到重要作用，而不要求其实施构成要件行为。将共同正犯归入正犯，不仅导致正犯与共犯的区分标准混乱，而且导致正犯的成立条件混乱。^[42]所以，应当承认共同正犯“是与单独正犯相并列的正犯形式的一种样态”，^[43]或者说，共同正犯是一种不同于正犯的独立参与类型。

其一，刑法首先要抑制的是正犯，正犯是一次责任，教唆犯与帮助犯是二次责任。换言之，二次责任是以正犯的存在为前提的派生性、扩张性犯罪形态，^[44]倘若没有正犯，就不可能存在由其派生的扩张性的二次责任。所谓共犯从属性原理，就是强调教唆犯、帮助犯的成立以正犯的存在为前提。^[45]对共同正犯虽然并不采取从属性原理，但共同正犯不过是扩张的正犯，倘若刑法没有规定对共同正犯以正犯论处或者共同正犯承担正犯责任，那么，对共同正犯要么只能按狭义共犯处罚（如例1中的乙），要么不能使之承担既遂的责任（如例4中的乙、例5中的甲和乙）。

其二，正犯是直接或者通过支配他人实施构成要件行为的人，共同正犯要么没有实施构成要件行为，只是在共同犯罪中起重要作用（如例1中的乙），要么虽然实施了构成要件行为，但其行为没有（或者不能证明）直接造成构成要件结果（如例4中的乙、例5中的

[41] 由于主犯不一定是正犯，且主犯的概念总是存在于共同犯罪中，所以，不可能认为刑法分则规定的是主犯。

[42] 虽然德国刑法理论认为广义的正犯包括直接正犯、间接正犯、共同正犯（参见前引[15]，Roxin书，第19页以下），但这是基于德国刑法的规定，而且德国刑法理论并没有要求共同正犯必须实施构成要件行为（参见前引[15]，Roxin书，第77页以下；前引[6]，金德霍伊泽尔书，第429页）。在日本，共同正犯究竟属于什么参与形态，一直存在争议。第一种观点认为，共同正犯是正犯（参见前引[25]，井田良书，第504页）；第二种观点认为，共同正犯本质上是共犯（参见前引[23]，山口厚书，第307页）；第三种观点认为，共同正犯具有两面性，既具有正犯性也具有共犯性（参见前引[6]，松原芳博书，第357页）。

[43] 前引[25]，井田良书，第504页。

[44] 参见前引[15]，Roxin书，第130页；前引[23]，山口厚书，第307页；前引[25]，井田良书，第476页；前引[6]，松原芳博书，第367页。

[45] 参见前引[15]，Roxin书，第128页。

甲和乙)。^[46]如前所述,正犯与共犯的区分标准之所以存在争议,就是因为没有区分正犯与共同正犯。形式的客观说着眼于正犯,但其标准不适用于共同正犯;实质标准说着眼于共同正犯,但其标准并不能一概适用于正犯。

即使在德国,“实际上,共同正犯在构造上与直接正犯(行为支配)和间接正犯(意思支配)具有根本区别。共同正犯是通过分工实施来实现构成要件的。”^[47]所谓“通过分工实施来实现构成要件”,并不意味着每个共同正犯都实施了构成要件中的实行行为。例如,罗克辛就指出:“A为了在盗窃过程中被所有权人发现时自己能够得到保护,而带上了拳击手B。但是A并没有被发现,B事实上只不过是次要的辅助者。尽管如此,B仍然是共同正犯。这是因为,对于计划及其实行来说,B所占据的地位是重要的。正在望风的人,在其地位从现状上看是必要的场合,即使谁也没有出现,也是共同正犯。”^[48]先不论是否认同B与望风者属于共同正犯,可以肯定的是,在德国,即使没有实施构成要件行为,也可能成为共同正犯。再如,金德霍伊泽尔指出:“仅有决定性地影响了构成要件之实现(整体行为)者,才成立共同正犯。依照形式、客观的正犯理论,要成立共同正犯,需要(共同)实现犯罪所描述的行为。但是,这种要求是没有必要的。更确切地说,以其他方式促使犯罪行为成功的举止方式即已足够,例如,抢劫银行时驾驶用于脱逃的汽车、在符合构成要件地侵入相应空间时的‘抢劫指导’,只要人们可以将这种方式评价为具体地实施了犯罪。”^[49]

在日本,共同正犯一般被分为实行共同正犯与共谋共同正犯。^[50]在共谋共同正犯の場合,仅参与了共谋的人并没有实施构成要件行为,却成立共谋共同正犯;而实行共同正犯,也不意味着二人以上均实施了构成要件行为。日本的判例将骚乱罪、杀人罪、盗窃罪、抢劫罪中的望风行为均认定为共同正犯,但显然不能认为,望风行为本身是构成要件行为。^[51]虽然日本刑法第60条规定“二人以上共同实行犯罪的,都是正犯”,但刑法理论的通说并没有认为,共同实行是指二人以上均实施构成要件的实行行为。^[52]换言之,“虽然对共同正犯是按‘正犯’处理,但这只是在法律效果这一点作为正犯,认为其成立条件与直接正犯、间接正犯完全相同是勉强的。”^[53]

其三,正犯只需要对自己行为造成的结果承担全部责任,而共同正犯则适用“部分行为全部责任”的原理。^[54]当然,这并不意味着共同正犯的责任重于正犯。在例4中,也可以认为,甲不仅是故意杀人罪的正犯,同时也是共同正犯,因为甲也要对乙的杀人行为负责。不过,不管从罪数的角度而言,还是从量刑的角度而言,这样的认定没有现实意义。在例5中,倘若对甲、乙按正犯处罚,就只能对二人以故意杀人未遂处罚;若按共同正犯处罚,则对二人均以故意杀人既遂处罚。

[46] 当然,其行为与构成要件结果之间至少具有心理的因果关系,如例4中的乙。

[47] 前引[15], Roxin书,第77页。

[48] 同上书,第87页。

[49] 前引[6],金德霍伊泽尔书,第429页。

[50] 参见前引[23],山口厚书,第338页;前引[25],井田良书,第506页以下。

[51] 最高裁判所1948年3月11日判决,最高裁判所刑事判例集2卷第3号185页。

[52] 参见前引[17],西田典之书,第346页以下;前引[23],山口厚书,第338页以下;前引[25],井田良书,第506页以下。

[53] 島田聡一郎『正犯・共犯論の基礎理論』,東京大学出版会2002年版,93页。

[54] 参见张明楷:《共同正犯的基本问题》,《中外法学》2019年第5期,第1145页以下。

其四，外国刑法的立法例明确区分正犯与共同正犯。例如，德国刑法第25条第1款规定了直接正犯与间接正犯，同条第2款规定了共同正犯；日本刑法第60条并没有规定正犯，只是规定了共同正犯，即“二人以上共同实行犯罪的，都是正犯。”一方面，既然德国、日本刑法都规定对共同正犯按正犯处罚，就表明共同正犯原本不是正犯，否则就不需要这样的规定。另一方面，既然对共同正犯按正犯处罚，就表明共同正犯不是教唆犯、帮助犯（狭义共犯）。所以，即使在德国与日本，也应当承认最广义的共犯包括正犯（直接正犯与间接正犯）、共同正犯、教唆犯与帮助犯（从犯）四种形态，^[55]而不是仅有正犯、教唆犯与帮助犯三种形态。特别要说明的是，不能因为对共同正犯按正犯论处，就否认共同正犯与正犯的区别。例如，根据德国刑法第26条的规定，对教唆犯的处罚与正犯相同，但不能据此将教唆犯归入正犯。因此，与其争论共同正犯属于正犯还是共犯，不如直接承认共同正犯是不同于正犯与共犯的一种参与形态。

其五，刑法分则规定的是正犯，但不当然包括共同正犯。在例4中，对于造成了死亡结果的甲，可以直接根据刑法分则条文以故意杀人既遂处罚，不需要引用刑法总则的规定；但对乙不可能直接根据分则条文以故意杀人既遂处罚，而必须引用刑法总则的规定。

总之，共同正犯不属于正犯。刑法分则规定的都是正犯，而没有规定共同正犯，所以，需要在刑法总则中寻找共同正犯的处罚根据。

（二）刑法总则规定的共犯人是否等同于共犯参与形态

前述交叉关系说、双层次区分说、递进关系说不仅将刑法总则规定的主犯、从犯、胁从犯、教唆犯视为共同犯罪的参与类型，而且视为与正犯、共同正犯、教唆犯、帮助犯不同的参与类型。然而，共同犯罪的参与形态不是仅根据刑法总则的规定确定的，而是根据刑法总则与分则的整体规定（包括对处罚原则的规定）确定的。

刑法总则规定了哪些共犯人与共犯人应当分为哪几类（参与类型），是两个不同的问题。例如，德国刑法规定了直接正犯、间接正犯、共同正犯、教唆犯与帮助犯，但没有人认为其刑法将共犯人分为五类。在德国，直接正犯、间接正犯与共同正犯均属于正犯，“立法者将参与犯罪的人区分为正犯（第25条）、教唆犯（第26条）与帮助犯（第27条）”。^[56]如前所述，民国时期的1928年刑法、1935年刑法以及日本刑法、韩国刑法在“共犯”一章中均只规定了共同正犯、教唆犯与帮助犯，但不能认为这些刑法将共犯人分为共同正犯、教唆犯与帮助犯。这是因为，既然刑法规定对共同正犯以正犯论处，就表明这一规定是以存在正犯为前提的。但是，如后所述，刑法总则必须规定哪些共犯参与形态，需要满足罪刑法定原则的要求。亦即，对于分则已经规定的正犯，总则完全可以不规定，但对于分则没有规定的参与形态，如果总则没有规定就直接处罚参与者，便违反了罪刑法定原则。显然，将刑法总则规定的几种共犯人等同于共犯人的分类，是一种误解。

不可否认的是，我国刑法使用了主犯、从犯、胁从犯与教唆犯四个概念，但不能据此认为，我国刑法将共犯参与形态分为这四类，也不能认为我国刑法将共犯人分为主犯、从犯、胁从犯、教唆犯。其一，这样的分类不能说明什么样的共犯人必须实施构成要件行为，

[55] 松原芳博就认为，日本刑法“规定了单独正犯、共同正犯、教唆犯、从犯四种参与类型”。前引〔6〕，松原芳博书，第360页。

[56] 前引〔15〕，Roxin书，第5页。

也不能说明分则条文规定的是哪一类参与人,因为起主要作用的人并不一定实施了构成要件行为。其二,只有当刑法总则对某类参与人规定了处罚原则时,该类参与人才是一种类型的共犯人。由于刑法第29条没有对教唆犯规定独立的处罚原则(既可能当主犯处罚,也可能当从犯处罚),所以,我国刑法仅将共犯人分为主犯、从犯、胁从犯。^[57]但是,这样的解释也没有解决共同正犯的问题。其三,如果主张我国刑法实质上采取了分工分类法,就可以认为我国刑法将共犯人分为正犯、帮助犯(从犯)与教唆犯,其中,刑法第28条规定的胁从犯只不过是帮助犯的亚类型(由于责任减少而比帮助犯处罚更轻),刑法第26条规定的主犯就是正犯。至于单独正犯,还是广义正犯,抑或仅指共同正犯,正是等同关系说没有解释但又需要解决的一个重要问题。

迄今为止,我国刑法学界在讨论正犯与主犯的关系时,大体上都忽略了共同正犯,导致问题没有得到真正解决。之所以忽略了共同正犯,是因为:没有认识到,刑法总则规定了哪些共犯人与共犯人应当分为哪几类,是两个不同的问题;没有区分正犯与共同正犯;没有充分考虑到,根据罪刑法定原则,刑法总则究竟应当规定哪些参与形态。

(三) 在参与人的关系上如何贯彻罪刑法定原则

根据罪刑法定原则,在任何一个共同犯罪案件中,必须有参与人的行为符合构成要件。如上所述,倘若只有主犯、从犯、教唆犯的区分,就会带来一个重大问题:究竟是谁实施了符合构成要件的行为。不回答这一问题,就不能贯彻罪刑法定原则。如果回答不了这一问题,就表明这一分类存在疑问。因此,需要讨论刑法第26条规定的主犯是否属于正犯或者共同正犯。如果说主犯就是正犯,当然有利于贯彻罪刑法定原则,但没有解决共同正犯的问题;如果说第26条规定的是共同正犯,同时承认分则规定的都是正犯,也有利于贯彻罪刑法定原则;如果说第26条规定的既不是正犯也不是共同正犯,就不利于在共同犯罪案件中判断构成要件符合性,不利于贯彻罪刑法定原则。这正是刑法理论讨论第26条规定的主犯与(共同)正犯是什么关系这一问题的原因所在。^[58]换言之,对共同正犯适用“部分行为全部责任”的原理,必须基于本国刑法的规定,而不是基于外国刑法的规定,也不只是基于外国的理论学说。所以,刑法理论必须说明我国刑法的哪一个条文规定了共同正犯;而不能认为,我国刑法没有规定共同正犯,只是刑法理论与司法实践承认共同正犯;否则,就明显违反罪刑法定原则。

具体而言,只要承认我国刑法采取了区分制共犯体系,就需要明确刑法总则应当规定哪些参与形态及其处罚原则,这一问题显然需要且只能根据罪刑法定原则的要求来回答。

第一,刑法总则不必规定正犯。一方面,刑法总则不需要规定直接正犯,因为刑法分则规定的构成要件行为,肯定是正犯行为。^[59]既然如此,即使刑法总则不规定直接正犯,对直接正犯也完全可以直接根据刑法分则的规定定罪量刑。另一方面,刑法总则是否规定间接正犯,并非特别重要。这是因为,只要认为刑法分则规定的正犯不限于直接正犯,间

[57] 笔者以往正是基于这样的考虑,得出了这样的结论。参见张明楷:《教唆犯不是共犯人中的独立种类》,《法学研究》1986年第3期。

[58] 单纯在量刑的意义上讨论主犯与(共同)正犯的关系,不利于贯彻罪刑法定原则。

[59] 不仅如此,分则规定的正犯还是实施了构成要件全部行为并造成构成要件结果的正犯。在个人犯罪中,如果行为人仅实施了构成要件部分行为,就必须适用总则关于未遂犯的规定;在共同犯罪中,如果行为人仅实施了构成要件部分行为却要对其构成要件结果负责,就必须适用总则关于共同犯罪的相关规定。

接正犯就符合刑法分则规定的构成要件。^[60] 概言之，正犯虽然是共犯人中必不可少的一种类型，但刑法总则不需要明文规定正犯，民国时期的刑法以及日本、韩国刑法的总则仅规定共同正犯、教唆犯与帮助犯而没有规定正犯，就充分说明了这一点。即使德国刑法总则规定了直接正犯与间接正犯，且其第 25 条第 2 款规定“数人共同实行犯罪者（共同正犯），均依正犯论处”，德国刑法总则也没有规定对正犯如何处罚（日本刑法第 60 条、韩国刑法第 30 条也是如此）。这显然是因为对正犯是直接依据刑法分则的规定处罚，所以不需要总则规定。

第二，刑法总则必须规定教唆犯与帮助犯。这是因为，刑法分则规定的是正犯行为，不包括教唆犯与帮助犯，刑法分则中存在的教唆犯的正犯化规定、帮助犯的正犯化规定，就充分说明了这一点。既然如此，刑法总则就必须规定教唆犯与帮助犯，否则，处罚教唆犯与帮助犯就违反罪刑法定原则。

第三，刑法总则必须规定共同正犯。这是因为，虽然有一部分共同正犯实施了符合构成要件的行为，但存在两种情形，必须有刑法总则的规定，才能得到妥当的处理。

其一，没有实施构成要件行为，但在共同犯罪中起主要或者重要作用，需要按共同正犯处理的情形（正犯性的确认或者拟制）。例 6：甲制作了用于敲诈勒索的信件，乙将该信件交付给被害人。例 7：甲乙二人计划毒杀被害人，甲巧妙地调和了看似药品的粉末状毒药，乙用毒药替换了被害人饮用的感冒药。例 8：甲乙二人计划使被害人落入坑中使其摔伤，甲挖了坑，乙诱导被害人落入坑中使其摔伤。在上述三例中，如果只认定乙是正犯，甲是帮助犯从而从宽处罚，无论如何都是不合理的。^[61] 换言之，除了对乙要以正犯论处，对甲也必须认定为共同正犯从而科处正犯的刑罚。“这是因为，各行为人通过作业分担，为犯罪实现起到了本质的作用或者作出了重要的贡献。共同正犯的各人的正犯性，必须以各人为犯罪实现起到了本质的作用或者作出了重要的贡献为理由来肯定。”^[62] 这只是实质理由。显然，如果刑法没有规定共同正犯，就意味着甲由于没有实施构成要件行为，对其只能按帮助犯（从犯）从宽处罚。但是，这样的处理明显不当。只有当刑法总则规定对共同正犯以正犯论处时，才能使甲受到应有的处罚。概言之，刑法总则需要确认，没有实施构成要件行为但对构成要件的实现起到重要作用的参与者属于共同正犯，并且按正犯处罚。

其二，实施了构成要件部分行为（“分担型”共同正犯），或者虽然实施了构成要件全部行为但其行为没有（或者不能证明）造成构成要件结果，需要对共同犯罪的整体不法负责的情形（归责范围扩张的确认）。如前述例 4，甲、乙共谋杀人并同时向丙开枪，只有甲打中了丙，但乙也要承担杀人既遂的责任。理由何在？西田典之指出：“如果认为共同正犯只不过是单独正犯的复合体，那么，乙理当只承担杀人未遂的责任。诚然，乙在这种场合实施了杀人的实行行为，这可以为承担杀人未遂的罪责奠定基础，但还不能成为乙对甲的行为所产生的杀人既遂结果承担罪责的正当化根据。对此的回答只能是，乙通过与甲共谋强化了甲的犯意，促进了甲的杀人行为，与丙的死亡结果之间具有心理的因果性。在这一点上，共同正犯的刑事责任的构造，基本上与以他人的行为为媒介进而扩张了自己行为

[60] 反过来说，只有完全符合构成要件的情形，才可能成立间接正犯。

[61] 参见前引〔25〕，井田良书，第 506 页以下。

[62] 同上书，第 506 页。

的因果性范围的教唆犯、帮助犯是同一的,在此意义上应当说,共同正犯是和单独正犯不同的‘共犯’的一种。正因为如此,刑法典在‘共犯’一章规定了共同正犯。”〔63〕如果刑法总则不规定共同正犯,就意味着乙仅承担杀人未遂的责任或者仅承担帮助犯的责任。〔64〕这明显不当。反过来说,刑法总则关于共同正犯的规定,使乙承担杀人既遂责任具有了法律根据。

总之,由于共同正犯不属于正犯,根据罪刑法定原则,刑法总则除了必须规定教唆犯与帮助犯以外,还必须规定共同正犯。一方面,使没有实施构成要件行为但在共同犯罪中起重要作用的参与者成立共同正犯,从而科处正犯的刑罚;另一方面,使实施了构成要件部分行为的参与者对共同犯罪的整体不法承担责任。上述两个方面综合起来,对共同正犯贯彻的便是“部分行为全部责任”的原理。概言之,刑法必须规定四种参与类型:正犯(包括直接正犯、间接正犯,由刑法分则规定即可)、共同正犯、教唆犯与帮助犯(从犯)。后三种形态只能由刑法总则规定。〔65〕

三、本文观点

上述说明完全符合或者说适用于我国刑法的规定。我国刑法分则规定的都是正犯,刑法总则明文规定了教唆犯与从犯(包括帮助犯)。剩下的问题只有共同正犯问题,以及如何理解我国刑法关于教唆犯的规定,实施了构成要件部分行为的人能否成为从犯等问题。

(一) 刑法第26条是关于共同正犯的规定

在本文看来,将刑法第26条理解为对共同正犯的规定,再合适不过。〔66〕

一方面,刑法第26条规定的按主犯处罚的参与者,实际上都不是正犯,而是共同正犯。“组织、领导犯罪集团进行犯罪活动的”参与者,并没有实施构成要件行为,原本不是正犯。“在共同犯罪中起主要作用的”参与者,并不以实施符合构成要件的行为为前提(因为第26条并无这样的要求),如例1中的乙,原本不是正犯。虽然这两类参与者没有实施构成要件行为,不是正犯,但由于他们在共同犯罪中起了重要或者主要作用,按照实质标准属于共同正犯,所以要按正犯(主犯)处罚。不难看出,虽然可以认为第26条中的“主犯”一词就是指正犯,但第26条不是关于正犯的规定,而是关于共同正犯的规定。亦即,第

〔63〕 前引〔17〕,西田典之书,第371页。

〔64〕 帮助犯只需要与部分构成要件结果有因果性,而共同正犯必须与全部构成要件结果有因果性。参见前引〔25〕,井田良书,第521页。

〔65〕 其实,日本刑法学者并没有一概说广义共犯包括正犯、教唆犯与帮助犯。例如,平野龙一指出:“共犯有多种形态,现行法规定了共同正犯、教唆犯、从犯(也称帮助犯)三种形态”(平野龙一『刑法概説』,东京大学出版社1977年版,117页)。西田典之指出:“刑法……规定了共同正犯、教唆犯、从犯(帮助犯)三种参与形态”(前引〔17〕,西田典之书,第347页)。前田雅英与山口厚均用图表说明,共犯包括共同正犯与狭义共犯,狭义共犯包括教唆犯、帮助犯(参见前田雅英『刑法総論講義』,东京大学出版社2019年7版,325页;前引〔23〕,山口厚书,第307页)。井田良指出:“所谓广义共犯,包括作为任意共犯的共同正犯(第60条)、教唆犯(第61条)、帮助犯(从犯,第62条)三种情形”(前引〔25〕,井田良书,第481页)。

〔66〕 笔者曾经指出,对刑法第25条第1款可以作出多种解释,“也可能将该款解释为对共同正犯的规定”,但没有进行任何论证(参见前引〔34〕,张明楷文,第12页)。钱叶六对此进行了一定的论证(参见钱叶六:《我国犯罪构成体系的阶层化及共同犯罪的认定》,《法商研究》2015年第2期,第152页),但似乎缺乏说服力,因为第25条第1款并没有规定共同正犯的处罚原则。

26 条所表述的正是对共同正犯按正犯（主犯）处罚的意思，而不是说“共同正犯 = 主犯”。

另一方面，刑法第 26 条规定的处罚原则，明显贯彻了“部分行为全部责任”的原理。

众所周知，“对共同正犯不适用在属于教唆和帮助的情况中关键性的从属原则，而是适用对所有的以有意识的和所意愿的共同作用所做出的行为贡献予以直接地相互归责的基本原则。”〔67〕亦即，“成立共同正犯时，共同者的全体人员，就共同的行为所实现的整体，作为正犯者承担罪责。虽然只分担了全体行为的一部分，但也要就所实现的违法事实的全体成立正犯。这就是部分行为（或部分实行）全部责任的法理。共同正犯的本质正是因为承认了这个法理的适用。”〔68〕换言之，“在实现构成要件之时，针对互相协作的行为需要进行同等的答责，这便是共同正犯的归属原则：将各个具体的行为贡献综合成一个完整的整体（一个共同的犯罪），且每个共同正犯均须将该整体完全作为自己的行为，而为之承担责任。每个共同正犯采取这种行为时，就像他自己实施了实现构成要件的所有动作一样。”〔69〕反过来说，如果刑法对某类参与人规定的法律后果是“部分行为全部责任”，就表明这类共犯人是共同正犯。

刑法第 26 条规定了两类主犯的处罚原则。其一，“对组织、领导犯罪集团的首要分子，按照集团所犯的全部罪行处罚”，这显然贯彻了“部分行为全部责任”的原理。亦即，首要分子虽然只实施了组织、策划、指挥行为，而没有（不要求）实施具体的构成要件行为，或者说只实施了构成要件部分行为，但由于所起的作用重大，所以，要按集团所犯的全部罪行处罚。换言之，对集团所实现的不法事实的全部负责，而且其所负的不是减轻或者从轻的责任，而是正犯责任，即直接按照刑法分则规定的法定刑处罚。这明显肯定了“部分行为全部责任”的原理，或者说是这一原理的具体运用与贯彻，因而其适用对象是共同正犯。我国刑法理论虽然将犯罪集团的首要分子称为组织犯，但不影响将他们认定为“支配型”共谋共同正犯。

其二，对于“在共同犯罪中起主要作用的”犯罪分子，“应当按照其所参与的或者组织、指挥的全部犯罪处罚”。其中，“应当按照其所参与的……全部犯罪处罚”，显然是对“部分行为全部责任”原理的表述。亦即，只要参与人在共同犯罪中起主要作用，即使没有实施构成要件全部行为（其中的“参与”显然并不以全部参与为前提），也要按共同犯罪所实现的不法事实的全部来承担责任，而且并不因为没有实施构成要件全部行为而从轻或者减轻处罚，而是直接按照刑法分则规定的法定刑处罚（包括“分担型”或“对等型”共谋共同正犯）。“应当按照其所……组织、指挥的全部犯罪处罚”，同样是“部分行为全部责任”原理的具体运用与贯彻：只要参与人在共同犯罪中起到组织、指挥这种主要作用，即使没有实施构成要件行为，也要按共同犯罪所实现的不法事实的全部来承担责任，而且并不因为没有实施构成要件行为而从轻或者减轻处罚，而是直接按照刑法分则规定的法定刑处罚（“支配型”共谋共同正犯）。

由此可见，刑法第 26 条关于主犯及其处罚原则的规定，就是关于对共同正犯以正犯论处的规定。据此，我们还可以得出如下三个结论。

〔67〕 [德] 韦塞尔斯：《德国刑法总论》，李昌珂译，法律出版社 2008 年版，第 298 页。

〔68〕 前引〔25〕，井田良书，第 504 页。

〔69〕 前引〔6〕，金德霍伊泽尔书，第 429 页。

第一,如前所述,所谓正犯与共犯的区别,主要讨论的应是共同正犯与共犯的区别。我国刑法是按照实质标准即主要作用说对共犯人进行分类,而没有按形式标准对共犯人进行分类。倘若采取形式标准,那么,在共同犯罪中起组织、指挥作用的人,会因为实施了构成要件行为而不是共同正犯。这明显不符合我国刑法的规定。

第二,否认共谋共同正犯概念的观点明显不当。这是因为,只要承认刑法第26条规定了共同正犯,并且承认我国刑法按照实质标准对共犯人进行了分类,就不能否认共谋共同正犯概念的必要性。^[70]否认共谋共同正犯概念的学者,一般都采用形式的客观说,^[71]认为只有实施了构成要件行为的人才是正犯或者共同正犯。然而,事实上,如果要求共同正犯也必须实施构成要件行为,共同正犯就成为多余的概念;如果认为第26条没有规定共同正犯,对诸多共同正犯的定罪量刑就违反了罪刑法定原则。

第三,刑法第26条不是关于何谓正犯的规定,而是关于共同正犯的规定。这是因为:其一,正犯即直接正犯、间接正犯,均属于单独正犯,不需要刑法总则的规定就能够直接按刑法分则规定的法定刑处罚,而处罚共同正犯必须有刑法总则的明文规定。其二,单独正犯虽然在共同犯罪中起主要作用,但从第26条规定的处罚原则看,其规定的是起组织、指挥作用的参与人和实施了部分参与行为的人。其三,就单独正犯而言,其并不是对“参与的”全部犯罪负责,而是对自己实施的符合构成要件的全部不法事实负责。

(二) 刑法第29条第1款的规定包括不同参与类型

上述观点面临一个重要问题,即如何理解刑法第29条第1款前段的规定。没有争议的是,根据第29条第1款的规定,如果教唆者在共同犯罪中起主要作用,就按主犯处罚;如果起次要作用,就按从犯处罚。^[72]但是,对此仍然存在一些疑问。

第一,如何判断教唆者是起主要作用,还是起次要作用?

本文的看法是,由于教唆者以被教唆者没有产生犯意为前提,所以,倘若只是引起了被教唆者实施构成要件行为的意思,那么,在此范围内各教唆者所起的作用不会有什么区别。因此,所谓教唆者在共同犯罪中所起的作用,实际上是指在引起被教唆者实施构成要件行为的意思之外,是否就如何实施犯罪进行了共谋,被教唆者是否按照共谋内容实施犯罪,或者教唆者是否实施了其他促进构成要件实现的行为。如果得出肯定结论,就应当认为教唆者在共同犯罪中起了主要作用。^[73]

第二,在教唆者起主要作用时,所谓对教唆者按主犯处罚,是指此时的教唆者仍然是教唆犯,只是对其适用主犯的处罚原则,还是说此时的教唆者不再是教唆犯而是(共谋)共同正犯?

本文的看法是,刑法第29条第1款不只是对作为狭义共犯的教唆犯(普通的教唆犯)的规定,^[74]而是包括两类:一类是(共谋)共同正犯,另一类是普通的教唆犯(狭义共犯)。所以,如果教唆者在共同犯罪中起主要作用,就应当认定为(共谋)共同正犯,而不

[70] 德国的判例事实上一直承认共谋共同正犯。BGHSt 11, 268, 271; BGHSt 37, 292; BGH NSz 1995, 122.

[71] 参见钱叶六:《共犯论的基础及其展开》,中国政法大学出版社2014年版,第20页以下;张开骏:《共谋共同正犯理论的反思》,《中国法学》2018年第6期,第287页以下。

[72] 如下所述,本部分所称“教唆者”并不等同于教唆犯。

[73] 佐伯仁志『刑法总论の考え方・楽しみ方』,有斐阁2013年版,405页以下。

[74] 其实,刑法第29条第1款并没有定义教唆犯,也没有使用教唆犯这一概念(只是第2款有“教唆犯”的概念)。

应当认定为教唆犯。换言之，教唆犯应指狭义共犯中没有起主要作用的教唆者。

第三，如果认为刑法第 29 条规定的教唆他人犯罪的人包括（共谋）共同正犯与狭义共犯中的教唆犯（事实上按从犯处罚），是否意味着教唆者有时从属于正犯，有时不从属于正犯？

可以肯定的是，不管是教唆犯还是共谋共同正犯，都需要正犯着手实行犯罪（在处罚预备犯时需要正犯实施预备行为），否则，不可能成立教唆犯与共谋共同正犯。只不过，在教唆犯的场所，采取的是限制从属性原理；而在共谋共同正犯的场所，要求的是对构成要件结果的共同引起。其一，当教唆者成立狭义共犯中的教唆犯时，当然应当采取限制从属性原理。对此不必赘述。其二，根据因果共犯论，在共谋共同正犯的场所，所强调的是共同引起法益侵害结果（共同正犯的共同性，而不是从属性）。可是，如果二人以上仅有共谋，而没有人将共谋内容付诸实现，就不可能共同引起法益侵害结果。只有当其中有人按照共谋内容实施犯罪时，才能认为二人以上共同引起了法益侵害结果，共谋者的共谋行为不仅与结果有心理的因果性，而且有物理的因果性（因为正犯是按照共谋者的共谋内容实施犯罪的）。概言之，“基于共同实行的意思或者共谋的实行行为这一共同正犯的要件，是构成要件要素。如果具备了这个要件，就要将各共同者实现的内容合计起来，作为构成要件该事实的整体而归属于各个共同者。”〔75〕

虽然刑法理论认为意大利刑法采取单一制正犯体系，但意大利刑法第 115 条第 1 款规定：“除法律另有规定外，如果两人或两人以上为实施犯罪的目的而达成协议，并且该犯罪没有实施，不得仅因协议行为而对任何人予以处罚。”因此，即使采取单一制正犯体系，共谋共同正犯的成立也以正犯实施符合构成要件的不法行为为前提。这是因为，在共同犯罪中，必须有实施构成要件行为的正犯，否则，不可能贯彻罪刑法定原则。之所以要以正犯为中心认定共同犯罪，就是因为正犯的行为是符合构成要件的行为，即使不考虑狭义共犯，也能认定正犯的行为构成犯罪。〔76〕在此基础上，才能扩张地认定共同正犯与教唆犯、帮助犯。

或许有人提出这样的质疑：倘若认为起主要作用的就是共同正犯，那么，乙陪着甲一起去丙家，由甲对丙实施教唆行为，但丙拒绝接受教唆的，也可能认为甲是共谋共同正犯，乙是教唆犯或者帮助犯，因为甲起了主要作用，乙没有起主要作用。然而，在此设例中，由于没有人实施构成要件行为，甲和乙不构成犯罪，所以，甲不成立共同正犯，乙也不成立教唆犯或帮助犯。

综上所述，单纯引起他人犯意的教唆者，只是狭义共犯（普通的教唆犯），在我国按从犯处罚；只有在引起犯意的同时，与被教唆者进行共谋且共谋内容被正犯实现的，或者教唆者实施了其他促进构成要件实现的行为的，教唆者才是共同正犯。〔77〕这样看来，我国刑

〔75〕 前引〔25〕，井田良书，第 513 页。

〔76〕 参见前引〔34〕，张明楷文，第 12 页以下。

〔77〕 将教唆犯一概当作主犯的做法，明显不当。从司法实践看，由于对教唆犯的处罚重于正犯，正犯常常谎称自己的行为是由他人教唆所致，以便减轻自己的责任。司法机关往往也轻信正犯的这一说法，当他人否认自己实施了教唆行为时，司法机关反而认为其认罪态度不好，导致没有实施教唆行为的他人遭受更重的处罚。倘若对正犯的处罚重于教唆犯，正犯就不会也没有必要谎称自己的行为是由他人教唆所致，因而可以减少错误认定。

法关于共犯参与形态及其处罚原则的规定, 就比德国、日本刑法的相关规定具有优越性。从刑法理论与审判实践看, 德国、日本首先从作用大小(是否起支配作用)区分出正犯与共犯, 正犯是起重要作用的参与人, 共犯是起非重要作用的参与人; 其次在共犯中, 只是根据行为方式(形式标准)区分教唆犯与帮助犯, 虽然将教唆犯归入狭义共犯, 但对教唆犯仍然科处正犯的刑罚, 这多少显得名不副实。^[78]我国刑法第26条规定了共同正犯的处罚原则(按正犯处罚); 第27条、第28条规定了从犯与胁从犯的处罚原则; 第29条则根据所起的作用大小, 将教唆他人犯罪的情形分别归入共同正犯与从犯, 从而妥当地解决了教唆者的责任问题。

(三) 构成要件行为的实施者也可能是从犯

接下来要说明的问题是, 实施构成要件行为的人, 是否不得认定为从犯。换言之, 实施构成要件行为的人是否均为正犯或者共同正犯。在日本, 对于实施实行行为的人能否成立从犯, 存在肯定说与否定说两种观点。^[79]本文的观点如下:

其一, 实施了构成要件全部行为的人, 应当认定为正犯或者共同正犯。^[80]这是因为, 共同犯罪是不法形态, 只要采取因果共犯论, 就要肯定实施了构成要件全部行为的人, 对构成要件的实现起了主要作用, 当然属于正犯或者共同正犯, 而不可能成为从犯。即使被胁迫实施构成要件全部行为的人, 只要其没有丧失自由意志, 也应认定为正犯或者共同正犯。例9: 甲唆使乙杀丙, 声称若乙不从就揭发乙的违法犯罪事实, 乙迫于无奈而杀害了丙。周啸天指出: “显然乙实施了故意杀人罪的实行行为, 对违法结果的出现起到了主要作用, 这里的乙能够成立正犯……在上述场合, 甲与乙就成立共同正犯, 接下来, 我们完全可以在责任层面上, 将乙(胁从犯)认定为从犯, 将甲认定为主犯。”^[81]本文不赞成这一结论。一方面, 乙是直接正犯, 而不可能是共同正犯, 因为乙不可能对甲胁迫自己的行为承担任何责任, 乙只对自己行为造成的结果承担责任。另一方面, 胁从犯只是从犯的亚类型, 即只有当参与人仅起到次要或者辅助作用时, 进一步由于被胁迫而导致责任减少的, 才成立胁从犯。对于实施了构成要件全部行为的参与人, 只能认定为正犯或者共同正犯(当然, 可能以期待可能性降低为由从轻处罚, 但这不影响其是正犯或者共同正犯的结论)。

其二, 实施了构成要件部分行为的人, 既可能是从犯, 也可能是共同正犯。首先, 这类参与人如果只起了次要作用, 而没有起主要作用, 根据刑法第26条、第27条的规定, 当然属于从犯。^[82]换言之, 只要不采取形式的客观说, 对于这种情形就只能认定为从犯。其次, 虽然只实施了构成要件部分行为, 但在共同犯罪中起了主要作用的, 当然应当认定为共同正犯, 科处正犯的刑罚。这是从第26条得出的当然结论。

还需要说明的是, 在德国、日本被认定为共同正犯的, 在我国有可能成立从犯。这是

[78] 或许正因为如此, 日本的判例很少认定教唆犯, 即大多数教唆犯被认定为共谋共同正犯。参见前引[65], 前田雅英书, 第324页。

[79] 参见前引[73], 佐伯仁志书, 第407页以下。

[80] 参见前引[23], 山口厚书, 第342页。

[81] 前引[33], 周啸天文, 第126页。

[82] 日本刑法第62条第1项规定: “帮助正犯的, 是从犯。”尽管如此, 日本学者仍然认为, 仅实施了构成要件部分行为的参与人可能是从犯(参见前引[73], 佐伯仁志书, 第410页)。我国刑法第27条的规定更加表明, 实施了构成要件部分行为的人可能是从犯(起次要作用)。

因为，虽然就共同正犯与从犯的区分标准均采取主要作用说，但“主要”到什么程度才是共同正犯，须取决于本国的评价标准。由于德国、日本的法官对正犯的量刑本身就较轻，通常选择较轻的乃至最低法定刑，所以，其对主要作用的认定范围较宽，并不会导致处罚畸重。反之，我国刑法规定的法定刑较重，而且法官量刑普遍偏重，因此，在德国、日本被评价为共同正犯的，在我国被认定为从犯进而科处适当刑罚，是完全正常的。

总之，我国刑法规定了正犯、共同正犯、从犯（包括从犯的亚类型胁从犯）、教唆犯四种参与类型（共犯人）。其中，正犯由刑法分则规定；共同正犯由刑法第26条规定；从犯及其亚类型胁从犯由刑法第27条、第28条规定；教唆犯由刑法第29条规定，但第29条第1款规定的教唆他人犯罪且在共同犯罪中起主要作用的，属于共同正犯。

Abstract: Which participants in criminal offences are joint offenders prescribed in the General Provisions of the Chinese Criminal Law and how to create distinct categories (forms of participation) of joint offenders are two different questions. Although four forms of participation in a crime, namely as principal, accomplice, coerced accomplice and abettor, are provided for in the General Provisions of the Criminal Law, they should not be regarded as the categories of joint offenders. The criminal law theory should determine the forms of participation prescribed in the General Provisions of the Criminal Law on the basis of the principle of legality. Since the Specific Provisions of the Criminal Law provide for criminal offences committed by principals, only when the General Provisions of the Criminal Law provides that the act of abetting and aiding the commission of a certain crime constitutes a joint offence, can such act be punished in an expanding way. Otherwise, the punishment would contravene the principle of legality. Since the determination of joint principals does not take an act of constitutive element as the premise, the punishment of a joint principal as principal must be based on explicit stipulations of the General Provisions of the Criminal Law. The viewpoints holding that the prime perpetrator and the principal provided in Article 26 of the Criminal Law are in a crossing-cutting, progressive, or equivalence relationship, or in a double-layered differentiating system all have theoretical defects. Article 26 of the Criminal Law should be deemed as an article on joint principals that embodies the theory of “full responsibility for partial act”. For those who intentionally induce others to commit a crime, if they play a major role in the joint crime, they should be considered as joint principals acting on a common plan and be sentenced as principals; if they play a secondary role in a joint crime, they should be considered as abettors and be sentenced as accomplices. Based on the substantive standard, those who play a secondary role in a joint crime can only be sentenced as accomplices.

Key Words: joint offenders, the principal, joint principals, the abettor
