

最基本的含义。因此,法制与法治这两个概念,其内涵与外延都不一样。第三,任何一个国家的任何一个历史时期都有它自己的法律制度,但不一定都是实行法治。一个国家的治理,如果是人治的理论、原则和方法占据着统治的、支配的地位,它仍然有自己的一定的法律制度。由此可见,法制与法治是两个不同的概念,各有自己特定的科学含义,也各有自己特殊的社会作用。两者是不能等同的,也是不能相互代替的。

当然,这绝不是说,法治与法制这两个概念彼此毫不相干,而是密切地联系在一起。严格地讲,法治这一治国的理论、原则和方法的提出,就是直接地为建立、健全和完善一定的法律制度服务的。社会主义法制的建立、健全和发展,需要有各种正确的理论与原则作为它的指导思想。辩证唯物主义的宇宙观与方法论,马克思主义的上层建筑与经济基础相互关系的学说、国家学说、阶级斗争学说、两类矛盾学说等等,都是社会主义法制建设不可缺少的正确指导思想。法治的理论与原则,也是其中之一。建国以来正反两方面的经验表明:如果坚持法治的理论与原则,社会主义法律制度的建设,就前进,就兴旺发达;如果否定法治的理论与原则,社会主义法律制度的建设,就倒退,就停滞不前。

历史上,法治与人治的论争及其对社会政治、经济文化生活的广泛而深刻的影响,是一个客观存在。在各个不同的历史时期,法治的主张总是代表着一定的进步力量的利益,反映着当时社会进步的要求,也是难以否认的事实。法治这一治国的理论与原则之所以被人们反复提出来,并且用以指导、推动法制建设的实践,决不是某些人的心血来潮的产物和凭空捏造,而是社会进步的客观要求。在社会主义时期,人们之所以竭力提倡法治,情况也是这样。今天,在我国越来越多的人强烈地主张法治,反对人治,法治的主张已经开始深入人心。这一事实本身就雄辩地证明,“以法治国”这一原则或口号具有强大的生命力。

略谈共犯中的几个问题

吴文翰

当前,谈论共犯问题有两点意义:一、在依法从重从快打击严重刑事犯罪中,更应着眼于对犯罪集团和犯罪结伙首要分子的打击;二、进一步明确有关共犯的理论问题,借以划清主犯、从犯、胁从犯和教唆犯之间的界限,达到分化瓦解、区别对待的目的。

共犯是对个犯而言的。共犯,无论是在社会危害性,犯罪能量,犯罪方法、手段以及逃避制裁等方面,都比较严重;尤其那些特殊共犯——犯罪集团,如反革命集团、贪污集团、抢劫集团、盗窃集团、走私集团、

流氓集团等,他们耳目灵活,作案诡诈,方法阴险,手段毒辣。为了维持社会治安,巩固安定团结,保证四化建设,及时依法打击他们,是形势所需,不能心慈手软。

一、共犯法制的沿革

在漫长的中国封建统治时期,历代王朝,无不以严刑峻法镇压农民。一人罹罪而祸及九族;朋党牵引,瓜蔓抄斩。据《史记》记载,秦始皇二十四年,丞相李斯上疏奏请:“史官,非秦记皆烧之,有敢偶语诗书者,弃

市。”所谓“偶语”就是二人聚语。“禁民聚语，畏其谤也”，怕百姓议论，偶语诗书，就构成诽谤罪的共犯，一律杀头。一九七五年在湖北省云梦县卧虎地十一号秦墓中发现的秦律简书中有对共犯分主从的问答，如：“夫盗千钱，妻所匿三百，何以论妻？妻智（知）夫盗而匿，当以三百论为盗；不智（知），为收。”也就是夫为主犯，妻知情为从犯，不知情不是共犯。又有“五人盗”（五人结伙盗窃）即使赃值仅一钱，也要“斩左止黥为城旦”（斩掉左脚再判黥面的五年徒刑）。这是对集团犯罪加重处罚的规定。刘邦入关，收买人心，废“诽谤者族，偶语弃市”的苛法。

共犯除共同执行犯外，概分主、从，自古如此。如《尚书·周书·康诰》云：“凡民自得罪，寇攘奸宄，杀越人于货，罔不畏死，罔弗慙。”这里所谓“凡民自得罪”，依《集传》的解释，凡罪犯不是因为他人的诱唆、胁迫而犯罪的，都应单独自负责任；至于被人诱陷、胁迫而犯罪的是从犯。处罚从犯，较主犯为轻。

清人龚自珍所著《春秋决事比》（即以《春秋》经义、判断诉讼案件的意思）里有关于共犯问题的答问二则：

“庚问：‘今律（按：即清律）犯罪分首从，中《春秋》某律？又《春秋》仅如是乎？’答：‘《春秋》密矣。今律但分首从，《春秋》从之中又分从。……’这说明《春秋》里把罪犯分为主、从，而从犯里又分从。

“壬问：‘今律（清律）大盗不分首从，皆死。何所祖？’答：‘昭二十二年刘子、单子以王猛居于皇。’何休曰：‘不举重者，二子尊同权等，此不分首从律所祖。’”可知不分首、从的原因是共犯人在犯罪中地位相同，力量相若，所以同处一刑。

汉制有“唱首先言，谓之造意”的规定（《晋书》刑法志引张裴《律表》），有“首恶”族诛的事例（如主父偃、伍被、薛宣均因为“首恶”被诛）；有造意必办，胁从可赦的记

载（《汉书·孙宝传》、《魏志·贾逵传》）。

魏制有“惟举首事”规定，如“母丘俭之诛，党羽七百余，人，传侍御史杜友治狱，惟举首事十人，余皆奏散”。（《魏志·母丘俭传》注引《世语》）；又如诸葛诞一案，“其淮南将吏士民，诸为诞所胁略者，惟诛其首逆，余皆赦之”（《魏志·诸葛诞传》）。

晋人张裴著《律表》，有言：“唱首先言，谓之造意；二人对议谓之谋；制众建计，谓之率；……三人谓之群；谋反之同伍，实不知情，当从刑”。这一段把“造意”、“通谋”、“组织领导”、“聚众”以及“胁从”等概念，进行了解释（《晋书·刑法志》）。

《唐律》里也有同样规定：

“诸共犯者，以造意为首，随从者减一等”（《唐律·名例五》）。《疏议》云：“共犯罪者，谓二人以上共犯，以先造意者为首，余并为从。”现在，一般把教唆犯认为是“造意犯”，实则，古制“造意”，固不限于教唆犯，即共犯中的为首倡导者，均属造意犯。造意犯就是首犯，首犯即今天的主犯。

“侵损于人者，以凡人首从论。”（同上）这是指父子合家同犯，一律依一般共犯主从的规定处理，不只单独处罚长辈。

“诸共犯罪而本罪别者，虽相因为首从，其罪名依本律首从论。”（《唐律·名例五》）这是指五服内亲勾结外人殴打自亲和侵损、盗窃财物的，虽然是共犯，但本罪名不相同。如甲勾搭外人乙共同殴打其兄，这时甲为首犯，乙为一般殴打人的从犯，这叫相因为首从。

唐以后，明清因革损益，多沿唐制，都把共犯划为首犯从犯两种，首犯即指造意犯而言。及至北洋军阀统治时期，才仿德、日法例，袭行“三分法”，即把共犯分成正犯、从犯、教唆犯三种。国民党的刑法仍因袭“三分法”。解放后，我国颁行了一些刑事单行法规，其中对共犯没有专门的全面规定，用语也不同，如：“组织者”、“主谋者”、“指

挥者”、“罪恶重大者”、“积极参加者”等称谓。在地方性法规里，有的规定为“主犯”、“从犯”，或称“直接参加者”、“帮助他人者”；有的还规定“窝藏”、“包庇”、“庇护”、“不予举发”等等。我国现行刑法，把共犯分为主犯、从犯、胁从犯和教唆犯四种，并分别规定按照犯罪人及其罪行的危害程度和情节轻重分别处罚。

资产阶级刑法首先对共同犯罪规定刑事责任的是1810年法国刑法典。它缩小了共犯范围，划清了共犯人分负的刑事责任，严格规定了共犯的构成条件。这比封建制的刑法大大前进了一步。恩格斯认为这是法国资产阶级革命的成果在法律方面的表现（《反杜林论》）。法国刑法把共犯分为正犯、从犯二种，把教唆犯和帮助犯一律按从犯处理。后来有些国家又把教唆犯独立出来，实行了三分法。苏联初行三分法，即实行犯、教唆犯和帮助犯。至一九五八年十二月又采四分法，即增加了组织犯。这是有关共同犯罪的法制沿革和概况。

二、共同犯罪的形式

我国刑法对共犯之所以设立专章，目的在于与单独犯罪区别对待，一般的说，前者是从重的对象，有特别预防和重点打击之义。

共犯既以二人以上共同故意犯罪为条件，共犯须有共同犯罪的故意且须有共同犯罪的行为，主客统一，方可成立。按共同故意，原含有事先通谋和临时凑合两内容，事先有通谋的共犯自比临时凑合的共犯危害性大、犯罪能量也大；而犯罪集团又比一般有通谋的共犯社会危害性更大，组织力量更强，所以应该突出对待，二者不能一概而论。在这一理论指导下，根据司法实践的经验，共犯的形式以分为事先有通谋和事先无通谋的两种，在有通谋的共犯中又因社会危害性的大小而分为一般有通谋的共犯和犯罪集团两种较妥。

犯罪集团与一般有预谋的共同犯罪，有共通之处，也有不同的地方。共通点都是二人以上事先通谋进行犯罪，不同的地方主要表现在：一般的事先通谋共犯，只要二人以上通谋结合犯罪即已构成，通谋的程度不一定严密、具体，也不一定非事先把犯罪的具体目标、方法、步骤、时间、地点都确定了以后再实施犯罪行为，即使是笼统地、抽象地、大致地拟议一下，已足以构成这种共犯。而在犯罪集团则不同，他们的主要特点是有组织、有领导、有计划，在较长的时期里为进行某种犯罪活动而建立起来的具有相对稳定性的犯罪组织。如反革命、流氓、盗窃、抢劫、走私、投机倒把等犯罪集团是。

有人说，犯罪集团要三人以上，（上海辞书出版社《法学辞典》第164页）苏联在一九四八年以前在审判实践中也有人认为犯罪集团必须有三人以上才能成立（一九四八年三月十九日苏联最高法院全体会议决议纠正了这种错误）。这种看法显然不对。辞典引《晋书·刑法志》：“三人谓之群”；《唐律·名例六》：“称众者三人以上”。认为犯罪集团是这种概念的因袭沿用。殊不知，集团二字与结伙同义，二人何尝不能结伙，有伴即为伙，二人可成合伙，犯罪集团二人以上即可成立，无需三人。按照我国现行刑法和世界各国立法例，率以二人以上共同故意犯罪为共犯，并非三人不可。但如刑法有“聚众……”特别规定的，自应三人以上，二人不能构成。

当前，在青少年犯罪中，结伙犯有相当的数量，一般叫犯罪结伙，它与犯罪集团不能相提并论。它的主要特点是：犯罪目标不大明确，组织较松，成员不定，计划分工粗略，作案多带偶发性。对这种犯罪结伙，不可轻视，一旦为惯犯操纵，有可能向犯罪集团发展。所以对这类犯罪与犯罪集团应严格划分。

在苏联，有人认为事前有着详细的分工以实施一种或数种犯罪为目的的坚强犯罪组

织，为有组织的犯罪集团。(B. M. 契希瓦克节教授主编《苏维埃刑法总则》，法律出版社1956年版第358页)所谓“详细的分工”究竟详细到什么程度？只能根据罪犯在实施犯罪过程中的配合程度来决定。所谓“坚强犯罪组织”可以理解为，组织严密、牢固，犯罪能量高、社会危害性大。所以凡是事后的通谋或带有偶合的性质，一律不能认为是犯罪集团。

犯罪集团的组成不一定要实施数种犯罪或必须拟有具体的计划、纲领等等，才可以认定，就是为实施一种犯罪，有了实施犯罪分工步骤的协议或默契，已经足以认定。苏联刑法教授杜尔曼诺夫主张有组织的犯罪集团既是一个稳固的、有组织的犯罪集团，又须是犯数种罪的集团。(《社会主义法制》杂志1947年第10期第5页)而维辛斯卡娅又认为有组织的盗窃集团是必须认定事先协商过集团的成员、盗窃客体和盗窃方法各问题；必须认定有过关于拟定这一结伙的犯罪计划的预备犯罪活动(哪怕这一结伙是为了实施一种犯罪行为而联合在一起的)以及其它等等。(《关于盗窃国家财产和盗窃公共财产的刑事责任》莫斯科1948年俄文版第25页)这两种观点，把有组织的犯罪集团的构成条件规定得过苛，容易轻纵了犯罪集团的罪责，削弱执法机关同犯罪集团的斗争，会打击不力。但如果把犯罪集团的构成条件规定得太泛、过宽，又适足以人为地扩大打击面，不利于区别对待，分化瓦解。苏联学者库利诺夫和李斯科维茨把凡是二人或二人以上事先通谋的共犯通通叫做有组织的犯罪集团，这种观点也是不足取的。

三、共同犯罪人及其刑事责任

根据我国刑法规定，共同犯罪人分主犯、从犯、胁从犯、教唆犯四种。理论上这叫四分法。

从立法例上讲，各国对共犯的分类是不

一致的。如法国刑法把共犯分为正犯、从犯两种。把教唆犯或帮助犯都按从犯论处。所谓正犯，是指共犯中直接参加实施犯罪行为的人，又叫共同正犯，相对于单独正犯而言的。我国刑法没有采用正犯的概念，但在一般的共犯形式里，所谓二人或二人以上共同实行犯罪行为的就是实行犯，也就是共同正犯，对共同的犯罪行为负共同的责任。我国刑法施行前，在《中华人民共和国惩治反革命条例》中分罪犯为“组织者”、“主谋者”、“指挥者”、“罪恶重大者”、“积极参加者”等名称，直接标名“共犯”是从西南大区《禁绝鸦片烟毒治罪暂行条例》开始的，并分为“主犯”、“从犯”或“直接参加者”、“帮助他人者”等名称。我国现行刑法分共犯人为四种，并按他们的罪行对共同犯罪所起的作用分别处罚等规定，是我国立法经验的总结。

离开社会现实共同犯罪现象，抽象地谈论共犯人的种类或者评论其得失，都是不妥的。且各国国情不同，历史亦异，并各有复杂的社会关系，立法不能苟同。我国刑法根据共同犯罪的特点，共同犯罪人在共同犯罪中所处的地位和作用，将共同犯罪人分为四类，并分别规定他们的刑事责任。

(一)主犯

根据刑法第二十三条规定：“组织、领导犯罪集团进行犯罪活动的或者在共同犯罪中起主要作用的，是主犯。”可见，主犯有两种，一种是犯罪集团中的主犯，一种是在一般共同犯罪中起主要作用的主犯。主犯的另一称呼，是刑法第八十六条规定的首要分子。由此解释，主犯是指犯罪集团中的组织者、领导者、策划者、指挥者和其他主犯；在聚众犯罪中起组织、策划、指挥作用的首要分子和在一般共同犯罪中起主要作用的分子。

所谓“起主要作用”是从实质上讲的，也就是在共同犯罪中实际上起主要作用的分子才是主犯。至于只有“头衔”而不起实际

作用的，不能认为是主犯。只要在共同犯罪中起到实际的主要作用，就是主犯，固不论其为实行犯或教唆犯均足以构成主犯。主犯，一案不限一人，但是从犯也不能任意升格为主犯。汉律规定：造意首恶，罪在必诛。《唐律疏议·条例》中有：“共犯罪者，谓二人以上共犯，以先造意者为首，余并为从”的注解。“首”即今日的主犯，也就是首要分子。制造犯意，包括倡议先行或唆使他人犯罪，今天刑法虽把教唆犯列为共犯中的一员，但由于教唆犯的社会危害性较大，在审判实践中，多把教唆犯视为主犯而从重处罚。

主犯应负的刑事责任：

刑法第二十三条第二款规定：“对于主犯，除本法分则已有规定的以外，应当从重处罚。”对于主犯的处罚，刑法分则有特别规定的依规定办理，没有特别规定的，应当从重处罚。应当从重，这是强行规定，不能任意变更。所谓“从重”，应当在法定刑的限度以内从重处罚（刑法第五十八条）。至于刑法分则规定对触犯第九十五条、第九十六条、第九十八条、第九十九条、第一百一十八条、第一百二十条、第一百二十二条和第一百六十条犯罪的首要分子，根据首犯从重原则，已明文规定了较重的刑罚，只要根据各该罪的条文规定办事就可以了，不应在较重的法定刑的基础上再加码处罚。同时，对聚众扰乱公共场所秩序或交通秩序的首要分子都是打击重点，各有专条规定（刑法第一百五十八条、第一百五十九条），也不适用第二十三条第二款的规定。

犯罪集团的首要分子不仅应当对自己直接参与实行的具体犯罪行为负刑事责任，而且应当对其他成员按照犯罪计划或预谋所实行的一切犯罪行为负刑事责任。但是，如果其他成员所实行的犯罪不包括在犯罪集团的计划和预谋之内，首要分子不应对此种犯罪负刑事责任。当然，对首要分子要从重，但如果具备从轻的情节，如不满十八岁、自首、

中止、认罪态度好等等，可以酌情从轻或减轻。

不论是犯罪集团或是一般共同犯罪，主犯可能是一个，也可能是几个；是一个时，打击重点明确，是几个时，仍须比较其罪行程度，区别对待。

（二）从犯

旧律说：“主谋为首，附和为从”，主次、首从均属相对的概念。

从犯，俗称帮助犯。过去说是帮助“正犯”，今天有的说是帮助实行犯，既说是帮助犯，那么帮助的对象当然是主犯了，也以此推之，帮助犯不是自己在实行犯罪，而是协助他人实行犯罪。我国刑法第二十四条规定：“在共同犯罪中起次要或者辅助作用的，是从犯。”那末，从犯的解释应着眼于对共同犯罪的作用上，起主要作用的是主犯，起次要或辅助作用的是从犯，这是从共同犯罪的整体作用上比较出来的主从，而不是单从对主犯人的帮助说的。同时，我国刑法第二十二条规定：“共同犯罪是指二人以上共同故意犯罪。”所谓“共同故意犯罪”，它与“故意帮助犯罪”范围不同，概念亦异。所以，我国刑法对从犯的解释不曰“帮助实行犯者为从犯”，而曰“在共同犯罪中起次要或辅助作用的，是从犯。”可知把“从犯”解释为“帮助犯”，显有未妥。况“从犯”也多为实行犯，只不过在共同犯罪中起次要或辅助作用罢了。当然，从犯里包括帮助犯也是毋庸置疑的。

刑法第二十四条第二款规定：“对于从犯，应当比照主犯从轻、减轻处罚或者免除处罚”。这一款对于各种从犯都适用，即采必减主义，与“得减”、“可减”的任意斟酌不同。主犯、从犯的认定，是相互比照量刑的关键，而分辨和认定主从关系的业务能力，又是关键的核心，执法者不可不察。至于共同犯罪中的主从关系，自当根据犯罪事实和他们具体的作用分析，固不可人为地强划主

从关系。

(三) 胁从犯

我国刑法规定,“被胁迫、被诱骗参加犯罪的”是胁从犯。胁从犯不同于从犯,他们是被胁迫、被欺骗、精神上受压迫、身体上受强制因而不得已才参加犯罪的,罪行比从犯轻,所以刑法第二十五条规定:“对于被胁迫、被诱骗参加犯罪的,应当按照他的犯罪情节,比照从犯减轻处罚或者免除处罚。”

胁从犯,都是被迫参加犯罪集团的人,在一般共同犯罪中较少。他们居心原无犯罪故意,被动入伙,这是与从犯的区别所在。犯罪集团常定有残酷的所谓“纪律”,迫使被骗、被胁参加的分子欲罢不能,欲拔不得。为了争取多数,打击少数,对没有犯罪活动或罪行轻微的人,可以酌情不作为共犯处理。

(四) 教唆犯

教唆他人犯罪的是教唆犯。教唆犯,古称“造意犯”。所谓“唱首先言,谓之造意。”用今天的话说,教唆犯就是制造犯罪意图的罪犯。教唆犯的教唆行为有各式各样,举凡有意使被教唆者产生犯罪意图或者犯罪决心的语言、文字以及其他举动等都是。不过,如以强暴、胁迫,使被教唆者失掉意志自由时,已成为间接实行犯,越出了教唆犯的界限。

我国刑法第二十六条规定:“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。教唆不满十八岁的人犯罪的,应当从重处罚。”

如果被教唆的人没有犯被教唆的罪,对于教唆犯,可以从轻或者减轻处罚。”

根据这一条规定,在解释上,我们明确了下列问题:

1. 教唆他人犯罪的是教唆犯。即故意教

唆行为一经实施,即构成教唆犯,不从属于被教唆者的犯罪实施;

2. 教唆犯的成立,不以被教唆者犯罪决心的形成为条件,即被教唆者对于教唆行为无动于衷时,也不妨碍教唆犯的成立;

3. 被教唆者没有犯教唆的罪或者犯而未遂时,教唆犯照样成立,只是在量刑时可以从轻或者减轻处罚,不能叫作教唆未遂犯;

4. 被教唆者实施被教唆的罪而未遂时,教唆犯和被教唆者之间有共犯关系;被教唆者没有实施教唆的罪,教唆犯与被教唆者之间没有共犯关系。对于前者应科教唆犯以所教唆的罪,对于后者,可以按他所教唆的罪从轻或减轻处罚,不能以犯罪的预备行为论处;

5. 被教唆人实施与教唆无关的犯罪行为,或出乎教唆范围而别犯其他罪行的,不能由教唆人负担责任;

6. 被教唆人实施犯罪所产生的严重后果,例如实施犯罪“情节特别严重”,教唆者负责的程度,以教唆者能够预见的程度为限。

7. 教唆教唆犯,学说上叫作“间接教唆犯”,我国刑法虽无明文,根据刑法犯罪构成的概念,也应定为教唆犯。

教唆犯是犯罪的传播者,社会危害性较大,尤其教唆青少年犯罪,腐蚀性大,侵染力强,必须严厉打击。所以有刑法第二十六条第一款的规定。至于利用无责任能力人以达到自己犯罪目的的,除应从重处罚外,并无共犯关系。

在处理共犯案件中,划清主犯、从犯、胁从犯、教唆犯之间的界限,并根据他们各自所犯罪行的性质、情节、危害程度和他们在共同犯罪中所起作用的大小,区别对待,各负其刑,是体现党的刑事政策的要旨所在。