

# 刑法 论丛

第2卷

CRIMINAL LAW  
REVIEW VOL. 2  
■ 高铭暄 赵秉志 / 主编

法律出版社



# 刑法论丛

## 第2卷

主编：高铭暄 赵秉志

法律出版社

## 图书在版编目(CIP)数据

刑法论丛 第2卷/高铭暄,赵秉志主编. —北京:法律出版社,1998

ISBN 7-5036-2646-1

I. 刑…II. ①高…②赵…III. 刑法-研究-文集IV. D914-53

中国版本图书馆CIP数据核字(98)第32744号

---

出版·发行/法律出版社

经销/新华书店

印刷/民族印刷厂

开本/850×1168毫米 1/32

印张/20.375 字数/500千

---

版本/1999年2月第1版 1999年2月第1次印刷

印数/0,001—3,000

---

社址/北京市广安门外六里桥北里甲1号八一厂内干休所(100073)

电话/63266794 63266796

出版声明/版权所有,侵权必究。

---

书号:ISBN 7-5036-2646-1/D·2356

定价:32.00元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

# 目

# 录

## 〔中国刑法〕

- |     |                  |         |
|-----|------------------|---------|
| 1   | 论教唆犯应被规定为独立犯罪    | 齐文远 刘代华 |
| 35  | 也论用系统论改造犯罪构成     |         |
|     | ——与何秉松教授商榷       | 莫志强     |
| 59  | 论侵犯商业秘密罪         | 聂洪勇     |
| 86  | 侵占罪研究            | 刘志伟     |
| 162 | 医疗事故罪研究          | 曾朝晖     |
| 244 | 试论出版歧视、侮辱少数民族作品罪 | 阴剑锋     |

## 〔外国刑法〕

- |     |               |     |
|-----|---------------|-----|
| 270 | 大陆法系国家的因果关系理论 | 张明楷 |
| 297 | 论国际社会反“洗”钱犯罪  |     |
|     | ——兼论我国的相关刑事立法 | 莫洪宪 |

## 〔比较刑法〕

- 325 刑法国际指导原则研究  
〔法〕皮埃尔·特律什 保罗·布歇  
米海依尔·戴尔玛斯—马蒂  
斯蒂法诺·马那高达  
劳伦斯·居荣

## 〔国际刑法〕

- 424 关于国际刑法认识基点的思考 张旭  
437 引渡问题研究 张智辉  
484 控制跨国洗钱  
——国际刑法和国内刑法的新领域 邵沙平

## 〔区际刑法〕

- 529 海峡两岸精神障碍者刑事责任能力之  
比较研究 赵秉志 刘志伟  
556 海峡两岸计算机犯罪的比较研究 孟燕菲  
623 简论台湾“刑法”中连续犯之存废问题 戴世瑛

## 〔学术信息〕

- 634 国际刑法学协会中国分会简介 秦武功  
639 中国人民大学法学院历届毕业刑法  
博士、硕士学位论文题目一览 秀梅整理

## 稿约

# 〔中国刑法〕

## 论教唆犯应被规定为独立犯罪

齐文远\* 刘代华\*\*

### 目 次

- 一、历史回眸：教唆犯的去与现在
- 二、比较研究：共犯理论与我国教唆犯学说
- 三、分析论证：教唆犯独立犯罪论
- 四、结语：教唆罪之构成

由于各国立法例均将教唆犯在共同犯罪中予以规定，因而学界皆从实然角度来研探教唆犯的性质究竟是从属性的共犯、独立性的共犯抑或是二重性的共犯。笔者认为这些研究和探索虽极大地促进了教唆犯的理论发展，然皆囿于立法例，故难免给人以削足适履之感，以致教唆犯理论难臻于完善。笔者不揣冒昧，从教唆犯之应然角度来论证教唆犯罪是一种独立犯罪，重新厘清教唆犯之性质及有关问题，以期抛砖引玉，促进教唆犯理论的进一步发展

---

\* 中南政法学院教授。

\*\* 中南政法学院刑法专业硕士研究生。

完善。

## 一、历史回眸：教唆犯过去与现在

将教唆犯规定于共同犯罪中，古今中外立法例皆然。但若研究教唆犯的立法发展史，我们就会发现教唆犯罪有逐步走向独立犯罪的趋势。

从中国奴隶社会遗留下来的刑法史料中尚未发现关于教唆犯之记载。<sup>①</sup> 随时代发展，立法技术的完善，我国封建刑法中开始有了对教唆犯处罚方面的律令。作为法律术语的“教唆”一词虽始见于《大明律·刑律》“教唆词讼”条，<sup>②</sup> 而相当于“教唆”意义的概念，则最早见于秦律。《睡虎地秦墓竹简》中《法律问答》有如下记载可资佐证：“人臣甲谋遣人妾乙盗主牛，买(卖)，把钱偕邦亡，出徼，得，论各可(何)(也)？当城旦黥之，各界主。”<sup>③</sup> 又“甲谋遣乙盗，一日，乙且往盗，未到，得，皆赎黥。”<sup>④</sup> 以上两例中“谋遣”一词就是“教唆”的意思，这是较公认的说法。有学者认为秦代的“谋遣”既含有主谋的意思，也有指使、唆使的意思，并认为“谋遣者”既可以是共犯中的主谋犯，也可以是共犯中的教唆犯，是很有见地的。<sup>⑤</sup> 汉承秦制。《汉律》失传，其教唆犯之规定乃不可考。然根据《汉书》有关记载可知汉代对教唆犯的处罚是很严厉的。如《汉

① 有学者从《尚书·康诰》“凡民自得罪，寇攘奸宄，杀越人于货，民不畏死，弗憖”中，推测已有教唆犯存在。参见李光灿等著：《论共同犯罪》，中国政法大学出版社1987年版，第20页。张明楷：《关于教唆犯的几个问题》，载中南政法学院研究生学报《青年法学》1985年第1期，第59页。

② 转引自《中国法制史资料选编》(下)，群众出版社1988年版，第876页。

③ 转引自《中国法制史资料选编》(上)，群众出版社1988年版，第100页。

④ 转引自吴振兴著：《论教唆》，吉林人民出版社1986年版，第21页。

⑤ 同注4，第21页。

书·孙宝传》载：“谕告群盗，非本造意，渠率皆得悔过自出……”<sup>①</sup>又，《汉书》有多处处罚“使人杀人者”的记载。这种“使人杀人者”也就是共犯中的主谋犯和教唆犯。例如，汉武帝元狩五年，据齐候阳城延的曾孙戍奴，“坐使人杀季父，弃市。”<sup>②</sup>汉宣帝元康元年，富候龙“坐使奴杀人，下狱瘐死。”<sup>③</sup>汉宣帝地节三年，周子南君姬嘉之孙姬君当，“坐使奴杀家丞，弃市”。<sup>④</sup>等等。

由于《晋律》逸失，已不得有关教唆犯罪的原文。《晋书·刑法志》引张斐撰写的《上晋律注表》指出：“唱首先言谓之造意，二人对议谓之谋，制众建计谓之率……。”<sup>⑤</sup>据此，笔者认为此处的“造意犯”就是在他人没有犯意的情况下，率先提出将要实施的犯罪的主张的人。申言之，晋代的造意犯既可能是教唆犯，也可能是实行正犯或主谋犯。

《唐律·名例》中有“诸共犯罪者，以造意为首，随从者减一等，……”之规定，《疏议》注曰：“共犯罪者，谓二人以上共犯，以造意者为首，余并为从。”<sup>⑥</sup>在我国封建律法中，唐律首次规定了共同犯罪，并采用二分法将共犯分为首犯和从犯两类，造意犯归于首犯。<sup>⑦</sup>唐代的造意犯不仅包括今天的教唆犯，而且包括组织犯、主谋犯，但不包括间接正犯。<sup>⑧</sup>以后各朝一直沿袭这种规定不变。这种情况一直到沈家本主持撰写的《大清新刑律草案》时才得以改变。

① 《汉书·孙宝传》。

② 《汉书·功臣表》。

③ 《汉书·王子侯表》。

④ 《汉书·恩泽侯表》。

⑤ 参见《中国法制史资料选编》(上)，群众出版社1988年版，第172页。

⑥ 同⑤，第296、297页。

⑦ 唐律中并不是所有的造意犯都是首犯，如《名例》规定：“即共监临主守为犯，虽造意，仍以监主为首，凡人以常从论。”

⑧ 《唐律·名例》曰：“九十以上，七岁以下，…即有人教令，坐其教令者，…”可见，《唐律》中对间接正犯使用的是“教令”二字，而不是“造意”。

中国封建律法中教唆犯与主谋犯、组织犯一直使用同一概念,唐以后历代封建王朝将教唆犯以首犯规定,处以重罚是有其历史背景和理论渊源的。囿于历史的局限,立法技术不发达是其原因之一;原因之二,历代统治者皆崇尚重刑思想,妄图以严刑酷罚来减少和杜绝犯罪,维护其阶级统治,对此我们不应苛求。中国从汉以后历代封建统治者采用原心论罪是其理论渊源。正如《盐铁论》指出:“故《春秋》之治狱,论心定罪。志善而违于法者免,志恶而合于法者诛。”<sup>①</sup>他们片面地夸大了主观因素在犯罪中所起的作用,由此也扩大了处罚范围和加重了应处之刑罚。日本滋贺教授认为,唐律里,除了共(共同)犯罪者(正犯)之外,并没有设立像人们所说的一般的共犯类型,其原因并不是嫌区别它们麻烦,而是在于要把更为广泛的犯罪的协力行为认定为犯罪行为。<sup>②</sup>

清朝末年,清政府为了其统治需要,指派沈家本等人主持修订律法,并聘请日本法学博士岗田朝太郎参加修订。他们仿照国外刑法体例,并结合我国封建旧律,于1907年(光绪33年)撰成《大清新刑律草案》(后经宪政编查馆核议,修订为《大清新刑律》)。其中教唆犯的刑法规范,仿照国外刑法立法例,而仍沿用唐律中造意犯之名,该法第30条规定:“教唆他人使之实施犯罪之行为者,为造意犯。依正犯之例处断。”“教唆造意犯者,准造意犯论。”

中外教唆犯之立法规范在此进行了第一次融合,虽显不伦不类,亦有其历史进步性。《大清新刑律》一改封建刑法中共犯只分首从,且教唆犯包括在首犯中这种传统的两分法,实行三分法,将共犯分为正犯、造意犯、从犯(即帮助犯)。其中造意犯(也就是今天的教唆犯)作为共犯的一种独立类型予以规定,并规定了教唆教

① 《盐铁论·刑德》。

② 参见[日]南村克彦:《东西方的共犯》,载《外国法学研究资料》(第二辑),北京政法学院刑法教研室,第336页。括号内的词是滋贺教授所加。

唆犯的刑事责任,使立法技术更显成熟。

《大清新刑律》未颁布施行,清政府便告灭亡。袁世凯将《大清新刑律》稍加修改,更名为《暂行新刑律》后予以颁布实施,并于1915年通过了第一次刑法修正案。其中对教唆犯之规定未作变动。段祺瑞执政府于1918年通过了第二次刑法修正案,为避免造意和教唆两词不同而可能产生的混乱,将造意犯改称教唆犯,而对其内容未作变动。

国民党政府在其统治期间,曾先后颁布过两部刑法典。第一部是1928年颁布实施的《中华民国刑法》(以下简称28年刑法)。该刑法第43条规定:“教唆他人使之实施犯罪之行为者为教唆犯。教唆教唆犯者亦同。教唆犯处以正犯之刑。”28年刑法与前几部刑法一样,对教唆犯采用从属性说,即只有当被教唆人实施犯罪行为后,教唆者才成立犯罪。而1935年公布实施的《中华民国刑法》(以下简称35年刑法,即“台湾地区现行刑法”)对教唆犯之刑法规范作了重大修订。该法第29条规定:“教唆他人犯罪者,为教唆犯。教唆犯依其所教唆之罪处罚之。被教唆之人虽未至犯罪,教唆犯仍以未遂论。但以所教唆之罪,有处罚未遂犯之规定为限。”

35年刑法本着防卫社会的立场,采用主观主义观点,将实施教唆他人犯罪之行为人规定为教唆犯,即不论被教唆人是否实施犯罪行为,教唆者之教唆罪成立。这样,35年刑法有关教唆犯的立法例走出了共犯从属性说的阴影,而成为具有独立性的共犯。然而35年刑法又认为教唆行为与所教唆的犯罪行为的目的相同,都是追求所教唆的犯罪结果,如被教唆人未至犯罪,则教唆犯目的未得逞,以未遂论。且规定“以所教唆之罪有处罚未遂犯之规定为限”,貌似公平,其实是破坏法治原则:该条第一款规定凡教唆他人犯罪者,不论被教唆人是否犯罪,皆成为教唆犯,而第二款之规定很容易想到实施有的教唆行为不成立教唆犯。在同一条文中,前后矛盾,有损刑法威严。35年刑法并且认为教唆犯的刑事责任自

从属于所教唆之罪,但在处罚范围上较 28 年刑法更广泛。

1979 年《中华人民共和国刑法》(以下简称 79 年刑法)第 26 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 18 周岁的人犯罪的,应当从重处罚。”“如被教唆人没有犯被教唆的罪,对于教唆犯,可以从轻或减轻处罚。”1997 年刑法典第 29 条亦作同上之规定。新中国迄今为止的两部刑法典将皆教唆犯规定共同犯罪一节之中。这两部刑法典抛弃了 35 年刑法关于“教唆犯的未遂”的规定,对教唆犯的处罚更趋科学、更符合罪刑相称原则。

我国教唆犯立法例的发展表明了教唆犯正一步步从首犯中独立出来,成为从属性共犯、独立性共犯,现在可以说已走到独立犯罪的边缘。

大陆法系之立法例亦同样反映了这种趋势。国外关于教唆犯之立法规定始于 1810 年的《法国刑法典》。该法典第 60 条第 1 款规定:“凡以馈赠、约许、利用权势、奸诈、教唆或指使他人犯重罪或轻罪者,应以重罪或轻罪之从犯论。”该法典第 59 条亦规定:“重罪与轻罪之从犯,应处以与正犯相同之刑”。法国刑法典为了防止严刑酷罚和罪刑擅断,将教唆犯规定为从犯,并规定了对教唆犯的处罚原则。该法典采用的是共犯从属性说,即教唆犯本身无独立意义,只有正犯犯罪成立时,教唆才成立犯罪,但其刑事责任等同于正犯。这里本来是刑事责任等同于正犯,于是学者们便推导教唆犯的犯罪形态亦等同于正犯之犯罪形态。<sup>①</sup>应当指出的是,从刑事责任的等同性推导到犯罪形态的等同性,是没有理论根据的,只能是一个臆断的、非逻辑命题。

1851 年《普鲁士刑法典》对教唆犯的规定承袭了法国刑法典的教唆犯以从犯论原则,然而亦有所不同。该法第 35 条规定:“对

<sup>①</sup> 转引自吴振兴著:《论教唆》,吉林人民出版社 1986 年版,第 142 页。

于重罪或轻罪之从犯,以及未遂的重罪或轻罪之从犯,可以按照适用于正犯之刑罚法规处罚。”该法典突破了法国刑法典对教唆犯刑事责任等同正犯的原则,认为可以按照适用于正犯之刑罚法规处罚,并明确提出了教唆犯的未遂犯问题。

1871年德国刑法典将共同犯罪人分为正犯、教唆犯和从犯(即帮助犯——笔者注)三种。该法典第48条规定:“凡以赠与或期约、恐吓、滥用职权或权力,故意造成或促进错误,或以其他方式故意引诱他人实行依规定应予以处罚的行为者,应以教唆犯处罚。”“教唆犯之刑,参照适用教唆犯故意教唆之罪的法律。”德国刑法典详细地列举了教唆犯的教唆方法,第一次将教唆犯从共同犯罪中独立出来,作为共同犯罪的一个单独类型,以及规定对教唆犯的处罚适用所教唆之罪的处罚方法。

1908年的日本刑法典继续沿用德国之共同犯罪三分法,即正犯、教唆犯、从犯(即帮助犯)。该法典简化了对具体教唆行为的规定,将其概括为“教唆他人犯罪的,按照关于正犯的规定处断”。使刑法规范更简洁、更趋科学性。该条第2款规定:教唆教唆犯的人,也按照关于正犯的规定处断。需要说明的是,对于教唆教唆犯之规定,笔者很不以为然。教唆教唆犯就是通过间接教唆的方法来实施教唆行为的人,即教唆犯,没有必要单独规定,使条文不简洁、累赘。

1975年西德刑法典简化了1871年刑法典对教唆方法的具体规定,该法典第26条概括地规定:“故意教唆他人故意实施违法行为(根据该刑法典第11条第1款第5项之解释,违法行为仅指实现了刑法犯罪构成要件的行为——笔者注)的是教唆犯。对教唆犯的处罚与正犯相同。”第29条规定:“共同犯罪的,各依自己的罪责处罚,而对他人的处罚如何,对其无影响。”并将对教唆犯之处罚独立于对正犯的处罚。

1974年《奥地利刑法典》第22条规定:“直接实施犯罪行为,

教唆他人实施犯罪行为或其他加功于犯罪行为之实行者,均为实施犯罪行为之人。”该法典明确规定了教唆行为本身就是犯罪的实行行为。

由著名刑法学家格茨(Getz)起草的1902年《挪威刑法典》在总则中没有设共犯的专章,共同正犯、教唆犯、从犯的分类被取消。<sup>①</sup>

这样,中外教唆犯的立法例就一步步走到了独立犯罪的边缘,现在该是揭开教唆犯的面纱,使其走向独立犯罪的时候了。

## 二、比较研究:共犯理论与我国教唆犯学说

为了论证教唆犯不是共犯,而是一种独立的犯罪,我们当然还应当了解和研究中外共犯理论。

共犯,指本由一人实施的犯罪,而由数人实施的情形。这一概念既可以指共同犯罪,又可以指共同犯罪人。传统意义上的共同犯罪人又可分为广义和狭义两种。前者包括正犯、教唆犯、帮助犯,后者仅指教唆犯、帮助犯。<sup>②</sup>

大陆法系之共犯理论有法国模式和德国模式两种理论。<sup>③</sup> 法国模式的共犯理论以犯罪共同说及行为共同说为中心;德国模式的共犯理论以共犯从属性说和共犯独立性说为基础。学者间论述共同犯罪的本质时,多主张犯罪共同说与行为共同说,是共同犯罪的本质理论,而共犯从属性说与共犯独立性说是以犯罪共同说与

① 参见李光灿等著:《论共同犯罪》,中国政法大学出版社1987年版,第17、18页。

② 本文之“共犯理论”一词指共同犯罪理论,而其他“共犯”一词仅指狭义共同犯罪人。

③ 以下关于共犯理论各种观点未特别注明者,皆转引自高仰止:《教唆犯论》一文,载蔡墩铭主编:《刑法总则论文选集》,台湾五南图书出版公司1984年7月版。

行为共同说的理论为基础发展而来的,易言之,学者们认为共犯从属性理论来源于犯罪共同说,而共犯独立性理论由行为共同说发展而来。

(一)犯罪共同说。该说认为,共同犯罪的实质在于数人共同故意实施刑法规定的特定的犯罪类型。所谓共同,就是指实施特定犯罪类型上的共同,没有共同实施特定犯罪类型的故意,就不能成立共同犯罪。如毕克迈尔(Birkmyer)说:“刑法意义上的共犯,指数人为了使一个犯罪结果发生而协力,因而协力者中的各人应就其达成的全结果处罚的场合。”<sup>①</sup>此说采用客观主义立场,依据犯罪构成要件的理论,把一定的犯罪事实区分为“直接而重要地位的行为”和“仅具间接而轻微关系的行为”两种,并认为前者可以独立成罪,是为正犯,而后者仅处于从属性的地位,必须正犯成立犯罪而后其始能成立犯罪,是为从犯或加担犯。

以犯罪共同说来说明教唆犯为共犯一种的观点在我们看来是不能成立的。我们认为,首先,教唆行为与正犯的实行行为在犯罪类型上不相同(这一点容后详叙);其次,教唆犯与实行正犯也没有共同实施犯罪类型的故意(容后详叙);再次,将行为分为“直接而重要地位的行为”和“仅具间接而轻微关系的行为”太抽象,“直接而重要”与“间接而轻微”之词意模糊,在司法实践中难以把握,且“直接而重要”与“间接而轻微”并不是对立关系,不是非此即彼的关系,因此不能穷尽行为的分类;最后,正如我国学者指出,教唆犯罪既可能是主犯,也有可能是从犯,即教唆行为可能是间接然而却处于重要地位的行为,故以区别主犯、从犯的分类方法(按其在犯罪中所起的作用)来界定按分工不同而分类的教唆犯的行为本身

<sup>①</sup> 转引自李光灿等著:《论共同犯罪》,中国政法大学出版社1987年版,第191页。

就是不恰当的。<sup>①</sup>

(二)行为共同说。该说认为数个行为者的着眼点是共同的实施行为,而不是共同的特定罪型,数个行为者通过共同的行为,遂行其各自企图实现的犯罪,故称为行为共同说。此说采用主观主义立场,以共同犯罪人的主观为基础,而主张共同犯罪人具备各自犯罪的独立性,并认为共同犯罪所共同的事实,不宜与法律所规定的构成要件混为一谈。因此,共同关系无妨牵连数个犯罪事实而成立,而不仅限于一个犯罪事实,并且参与共同关系的数人,不必具有同一犯意。详言之,该说认为,故意犯罪与过失犯罪、过失犯罪与过失犯罪皆可成立共同犯罪;此罪与彼罪可成立共同犯罪。其观点已遭到批判,无需赘言,这里需指出的是,此说不能说明教唆犯是共犯,因为教唆犯的着眼点是教唆行为,而不是所教唆的犯罪实行行为。

(三)共犯从属性说。主张此说的多为古典学派的学者如德国的毕克迈尔、麦耶(Mayer)、贝林格(Blenger)、麦兹格尔(Mezger)、日本的泷川幸辰、小野清一郎,和现代学派学者中德国的李斯特(Liszt),此说认为共犯本身之行为,并无犯罪性,只因有加担或从属于他人之犯罪而成立犯罪,其犯罪性及可罚性来自正犯的犯罪行为,而以正犯的犯罪性质及可罚性为条件,无正犯即无可罚的共犯,即必须正犯行为先成立犯罪及具有可罚性,而后共犯行为的犯罪性、可罚性始从属于正犯行为而成立犯罪,具有可罚性。因此,主张共犯之犯罪性及可罚性是从正犯处借用而来的,故此说又称“共犯借用犯罪说”或“犯罪性借用与可罚性借用”。

共犯究竟在何方面具有从属性,又可分为三种不同的观点:

1. 实行性意义上的从属性(实行从属性)。认为教唆犯与帮助

---

<sup>①</sup> 参见张明楷:《教唆犯不是共犯人中的独立种类》,载《法学研究》1986年第3期,第42页。

犯要成立犯罪,必须正犯实行犯罪行为,如正犯未实行犯罪行为,则教唆或帮助之人自然不成立犯罪,所以不得以教唆或帮助之未遂来处罚。此说认为刑法所规定的“着手实行”仅指正犯的实行行为而言,不包括教唆或帮助行为。换言之,教唆或帮助行为,不属于实行行为,无非因直接从属于正犯的实行行为而成立犯罪。

2. 犯罪性意义之从属性(犯罪从属性)。认为教唆犯及帮助犯要成立,必须正犯的行为具备成立犯罪之要件而后始得成立共犯。亦即教唆犯、帮助犯皆从属于正犯,并自正犯处取得其犯罪性。

3. 可罚性意义上之从属性(可罚从属性)。认为教唆犯与帮助犯之成立可罚,是从正犯之可罚性借用而来,正犯如不罚,教唆犯、帮助犯等共犯亦不可罚。

德国学者麦耶曾依共犯从属于正犯的程度的强弱,区分为四个阶段,即所谓从属性阶段说。其四种共犯的从属形式分别为:其一,最小限度从属形式。认为共犯的成立,只须正犯的行为符合犯罪构成要件即可。其二,限制的从属形式。认为共犯的成立,只须正犯的行为符合犯罪构成要件,且是违法性行为即可,不以正犯具备有责性的条件,所以利用无责任能力的人以犯罪,该利用人成立教唆犯。其三,极端的从属形式。共犯的成立,必须正犯的行为具备违法性、有责性且符合犯罪构成要件的情形,才能成立犯罪。其四,最极端的从属形式。又称夸张的从属形式,即共犯的成立,除正犯的行为符合构成要件该当性、违法性及有责性外,还必须具有可罚性,关于正犯一方的刑罚的加重或减轻事由,亦作为共犯的加重或减轻事由。

(四)共犯独立性说。德国的宾丁、布黎(Buri)、拿格拉(Nagler)、柯拉(Köhler),日本学者牧野英一、木村龟二等皆主张此说。此说认为犯罪乃行为人主观恶性的表现,在多数人参与的犯罪中,不应认为有从属于他人犯罪的情形。申言之,共犯是各个犯人表现其固有的反社会的危险性,其犯罪依据自己的行为而受处罚,而

不是从属于他人的犯罪,故对教唆与帮助行为本身,即应认为成立犯罪。

共犯独立性说认为共犯不从属于正犯而独立构成犯罪,具有可罚性。那么何为正犯,何为共犯的问题,即正犯与共犯的关系又需要新的理论来界定。对正犯与共犯的关系有限制正犯说和扩张正犯说两种观点。

限制正犯说亦称限制的正犯概念,系为德国学者麦耶所倡导的学说。该说将正犯的概念限制于自己亲自实施犯罪构成要件之人,才是正犯。换言之,只有直接实施符合构成要件的行为者,才成立正犯。因为犯罪的理论,是由构成要件的该当性、违法性及有责任的要素所构成,而构成要件的该当性,只有亲手实施犯罪既遂行为的正犯,才能具备。至于教唆犯及从犯的行为,并非符合构成要件的该当性行为,而是属于构成要件以外的行为,如刑法上无特别规定,都应视为不可罚的行为,并认为刑法分则所规定的构成要件,只是为正犯的既遂行为而规定,并不包括教唆行为与帮助行为,所以未遂及共犯不能具备此种构成要件的该当性,原不足以构成犯罪,其所以视为犯罪而且设立共犯的规定加以处罚,是基于刑罚扩张的原因,所以此理论又称为刑罚扩张原因说。

扩张正犯说为德国学者麦兹格尔(Mezger)等所主张。由于强调共犯独立性的结果,以致产生否认共犯的种类,甚至得出对共犯从根本上予以否定的结论。<sup>①</sup> 1895年召开的国际刑法学会议上,格茨(Getz)也曾提出取消共犯分类主张。<sup>②</sup> 他认为各人都有自由的意志,每个人都是独立的罪犯,各负罪责,并不取决于同他人的

① 有学者根据弗尼茨库(Foinitzky)、尼科拉多尼(Nicoladoni)等人的观点,认为存在一个共犯独立犯说。参见李光灿等著《论共同犯罪》,中国政法大学出版社1987年版,第202—203页。

② 参见前引李光灿等书,第202页。