

# 未遂教唆不可罚的法教义学解释

柳忠卫\*

**摘要** 未遂教唆是指教唆人出于使被教唆人的实行行为一开始就只能以未遂告终的意思而进行的教唆。未遂教唆不可罚的法教义学解释可以从两个角度展开：一是从教唆故意与一般故意的关系看，教唆故意是一般故意的具体化与特殊形式，我国刑法中教唆故意的内容不仅包括引起被教唆者的犯罪故意与犯罪行为，而且包括由被教唆者行为所导致的法益侵害结果。二是从共同犯罪立法模式的角度，我国的共同犯罪立法模式属于统一制正犯立法模式，根据统一制正犯原理，教唆故意应当及于构成要件结果，未遂教唆是不可罚的。在被教唆者接受教唆且其实行行为引起了法益侵害结果发生的情况下，教唆者对于法益侵害结果的心理态度属于过于自信的过失，在具备其他犯罪构成要件的情况下，应当追究其过失犯罪的刑事责任。

**关键词** 未遂教唆 教唆故意 共同犯罪立法模式 共犯处罚根据

## 一、问题的提出

未遂教唆是指教唆人出于使被教唆人的实行行为一开始就只能以未遂告终的意思而进行的教唆。<sup>〔1〕</sup>刑法学界对未遂教唆可罚性问题的研究起始于19世纪的德国，<sup>〔2〕</sup>时至今日，德国刑法学界关于未遂教唆是否可罚的教义学争论一直都是从共犯的处罚根据论的角度展开的。例如，施特拉滕韦特坚持从目的行为论基础上的不法共犯论出发，并得出了可罚的结论；耶塞克坚持从属性志向惹起说并得出了可罚的结论；罗克辛根据折衷惹起说得出了不可罚的结论；<sup>〔3〕</sup>而

\* 山东大学法学院教授。

〔1〕 参见(日)大谷实：《刑法总论》，黎宏译，法律出版社2003年版，第325页。

〔2〕 参见蔡墩铭：《刑法基本理论研究》，台湾汉林出版社1980年版，第259页。

〔3〕 参见(日)高桥则夫：《共犯体系和共犯理论》，冯军、毛乃纯译，中国人民大学出版社2010年版，第110、122、132页。

坚持纯粹惹起说的学者都会得出未遂教唆具有可罚性的结论。但目前德国刑法学界的主流观点对未遂教唆的可罚性持否定态度,而且出现了扩大未遂教唆不可罚范围的新动向。<sup>〔4〕</sup>日本刑法学界对未遂教唆可罚性的讨论一开始是从共犯独立性与共犯从属性的角度展开的,小野清一郎、团藤重光、大塚仁、藤木英雄、西原春夫等根据共犯从属性的立场得出了可罚的结论,平场安治、福田平、下村康正和大野平吉却根据从属性的立场而得出了不可罚的结论;而持共犯独立性立场的学者一般都会得出不可罚的结论,如宫本英修、木村龟二等。<sup>〔5〕</sup>对于共犯独立性说与共犯从属性说在未遂教唆可罚性问题上的争论,前田雅英教授指出,未遂教唆问题未必与共犯独立性和共犯从属性具有必然的联系,因而后来越来越多的日本学者开始从共犯处罚根据的角度探讨未遂教唆的可罚性问题。例如,江家义男与平野龙一分别从责任共犯论与因果共犯论的立场得出了未遂教唆具有可罚性的结论,<sup>〔6〕</sup>而中山研一、西田典之、野村稔等则根据因果共犯论得出未遂教唆不可罚的结论。<sup>〔7〕</sup>中国刑法学界对未遂教唆可罚性的讨论始于陷害教唆,前期的主流观点一般都认为陷害教唆具有可罚性,未遂教唆(陷害教唆)<sup>〔8〕</sup>不可罚说是少数派的观点。关于未遂教唆具有可罚性的观点又可分为两种主张:一是认为未遂教唆不构成教唆犯,而应当构成诬告陷害罪;<sup>〔9〕</sup>二是认为未遂教唆应当成立教唆犯。认为未遂教唆应当成立教唆犯的理由是:根据对教唆故意的考察,教唆者仅仅希望被教唆者的行为止于未遂,不能有确切的支配力,即使确信被教唆者不致完成犯罪,但也有使被教唆者成立未遂犯的故意。<sup>〔10〕</sup>从未遂教唆本身的违法性考虑,一般来说,未遂教唆总会在不同程度上对社会造成危害,在被教唆者着手实行犯罪的情况下,由于被教唆者至少成立未遂犯,显然对法益或者正常的社会关系造成了严重危险,从结果无价值的角度考虑,很容易为未遂教唆行为寻找到处罚根据。<sup>〔11〕</sup>而不可罚说则认为,未遂教唆的教唆者在主观上不具有对构成要件结果的认识,也不具有对结果的意欲,因而不成立教唆故意;在客观上具有使被教唆者的行为止于未遂的内在根据与外在根据,能够有效支配结果的不发生。<sup>〔12〕</sup>

本文认为,未遂教唆是否可罚首先取决于一国刑事立法的规定,如果刑法典明确规定了未遂教唆的可罚性,则刑法理论虽然从立法论和刑事政策的角度可以对此规定进行评价,但从解释论的角度就没有讨论的必要了。世界上有少数国家的刑法典直接或者间接规定了未遂教唆

〔4〕 参见杨金彪:“未遂教唆可罚性理论新动向”,《浙江社会科学》2007年第5期,第68—69页。

〔5〕 参见高桥则夫,见前注〔3〕,第83、91、89页。

〔6〕 参见张明楷:《未遂犯论》,法律出版社、成文堂1997年版,第208页。

〔7〕 参见高桥则夫,见前注〔3〕,第93页。

〔8〕 在讨论中国刑法中的未遂教唆问题时,本文在同等意义上使用未遂教唆与陷害教唆的概念。

〔9〕 参见张晓辉:“论教唆犯”,《全国刑法硕士论文荟萃(1981—1988届)》,中国人民公安大学出版社1989年版,第377—381页。

〔10〕 参见贾宇:“教唆犯理论的初步比较研究”,《河北法学》1991年第2期,第36页。

〔11〕 参见杨彩霞:“未遂教唆研究”,《云南大学学报(法学版)》2004年第4期,第65页。

〔12〕 参见赖佳文:“未遂教唆不可罚说之提倡”,载陈兴良主编:《刑事法评论》(第31卷),北京大学出版社2012年版,第205页。

的可罚性,<sup>[13]</sup>但世界上大多数国家的刑法典没有对未遂教唆是否可罚做出明确规定,我国亦是如此,在这种情况下,对未遂教唆的可罚性问题只能从法教义学的角度进行解释。但我国刑法学界前期主流观点即可罚说存在两个重大缺陷:一是混淆了“行为的危险”和“结果的危险”在故意构成中的体系性地位,把行为人对自身行为的危险的心理态度作为故意构成的全部要素,错误地认为对行为危险的认识和意欲就是故意;二是想当然地认为我国的共同犯罪立法模式属于区分制共犯立法模式,直接根据共犯从属性原理将教唆行为认定为犯罪未遂。因此,可罚说是不可取的。而目前不可罚说都仅仅是从教唆故意内涵的角度对不可罚的根据进行论证,缺少从共同犯罪立法模式的角度对未遂教唆的不可罚性进行说明。共同犯罪立法模式是刑法理论对一国共同犯罪立法规定在犯罪参与体系归属上的理论概括,由于不同的共同犯罪立法模式在理论基础、行为样态及处罚原则等方面存在重大差异,因此,共同犯罪立法模式问题可以说是共犯论的基础性和本源性的问题,刑法理论对所有共犯问题的解释都必须以此为前提,否则,刑法中的共犯理论就会成为无本之木,甚至会导致南辕北辙的后果。讨论未遂教唆是否可罚的问题,也必须在确定我国共同犯罪立法模式的归属后才具有科学合理性。基于上述考虑,本文认为,未遂教唆不可罚的法教义学解释可以从两个角度展开:一是教唆故意与一般故意的关系,二是共同犯罪的立法模式;另外,由于在未遂教唆的情况下被教唆者的行为已经给法益造成了危险,因而需要对教唆者的不予处罚做出合理的解释;最后,在被教唆者的行为已经给法益造成了侵害结果的情况下,对教唆者行为的定性也是需要深入讨论的。

## 二、基于教唆故意与一般故意的关系的解释

刑法理论一般认为,故意是对构成要件事实与结果的“知”与“欲”;刑法理论也没有争议地认为,教唆故意是构成教唆犯必需的主观要件。由此而来的问题是:教唆故意与一般故意是什么关系?教唆故意的内容是否包含法益侵害的结果?如果认为教唆故意与一般故意没有区别,由于一般故意的认识因素和意志因素的指向都包含法益侵害的结果,那么教唆故意所指向的也是法益侵害的结果,未遂教唆也因而不可罚;如果认为教唆故意不同于一般故意,那么教唆故意的内容可能就不包含法益侵害的结果,未遂教唆也就具有了可罚性。因此,教唆故意与一般故意的关系以及教唆故意内容的确定与未遂教唆是否可罚就有了密切的关联。

[13] 如1950年《希腊刑法典》第46条第2项规定:“以在未遂或者预备状态逮捕犯人之目的,故意使人实施不能完成之犯罪者,按正犯之刑减轻至二分之一”,这是明文规定了未遂教唆的可罚性。参见苏俊雄:《刑法总论》(II),台湾大地印刷厂股份有限公司1998年版,第444页,作者注。1932年《波兰刑法典》第30条规定“(第1项)教唆犯及从犯预防其行为之犯罪结果者,不负刑事责任;(第2项)教唆犯、从犯曾力图防止行为之犯罪结果者,法院得减轻其刑;(第3项)第1项及第2项之规定于意图对他人提起刑事诉讼而煽动者,不适用之。”这是以排除共犯中止的例外情形的方式间接承认未遂教唆的可罚性。参见李富友:“陷害教唆与警察圈套”,《中央政法管理干部学院学报》1988年第4期,第58页。

德国刑法理论的通说认为,故意是指对犯罪构成客观要件的“知道”和“意欲”,<sup>[14]</sup>而法益侵害结果没有例外地被认属于客观的构成要件要素。<sup>[15]</sup>《德国刑法典》第15条规定:“故意教唆他人故意实施违法行为的,是教唆犯,”<sup>[16]</sup>因此,教唆故意是构成教唆犯必须具备的主观要件。关于教唆故意与一般故意的关系以及教唆故意的内容,在很大程度上取决于学者持的共犯处罚根据的立场。共犯处罚根据是区分制共犯立法模式下为狭义共犯(教唆犯、帮助犯)处罚的正当性提供实质解释的理论,主要有责任共犯说、不法共犯说与因果共犯说(惹起说)三种观点。根据责任共犯说,教唆犯的处罚根据在于教唆者引起了被教唆者的犯意,使其卷入责任与刑罚之中,<sup>[17]</sup>因而教唆故意的指向只要及于正犯意思即可,没有必要及于正犯行为与正犯结果,因而教唆故意不同于一般故意。在未遂教唆的情况下,虽然教唆者对法益侵害结果持否定态度,但对正犯意思的引起持肯定态度,并不欠缺教唆故意,因而未遂教唆是可罚的。二战前,责任共犯论在德国占据着重要地位,不过1943年德国刑法放弃了极端从属性的立场,改采限制从属性的立场,责任共犯论因失去了现行法的依据致使其影响力日渐式微,<sup>[18]</sup>目前在德国刑法理论中仅具有史论意义,基本没有支持者。<sup>[19]</sup>

不法(违法)共犯论是继责任共犯论衰落后在德国占统治地位的关于共犯处罚根据的学说。不法共犯论认为,共犯的处罚根据在于使正犯实施了该当构成要件的违法行为。<sup>[20]</sup>根据不法共犯论,教唆犯之所以需要受到处罚,是因为他的教唆行为导致被教唆者实施了符合构成要件的违法行为,因此,教唆故意只需要指向正犯行为即可,没有必要及于正犯结果,教唆故意不同于一般故意。在未遂教唆的情况下,教唆者虽然对正犯结果持否定态度,但对正犯行为持肯定态度,因而也不欠缺教唆故意,未遂教唆是可罚的。例如,施特拉腾韦特根据不法共犯说论证了未遂教唆犯的可罚性,他认为,在共犯者想参与正犯者的未遂的场合,共犯者尽管不存在结果无价值,但是,他是想共同惹起存在于正犯者的未遂中的行为无价值。如果正犯者的未遂已经是违法的,那么,指向实现该未遂的共犯者的意思就是在意图实现刑法上的不法。在

[14] 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》,徐久生译,中国法制出版社2001年版,第354页。

[15] 参见(德)弗兰茨·冯·李斯特:《德国刑法教科书》,徐久生译,法律出版社2000年版,第283—294页;耶塞克等,同上注,第336页;(德)克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论》(第1卷),王世洲译,法律出版社2005年版,第200页。

[16] 《德国刑法典》,徐久生译,中国法制出版社2000年版,第50页。

[17] 如德国刑法学者迈耶认为,正犯的意思与共犯的意思的结合,能够相互或者片面地存在。教唆者唤起了正犯意思,精神帮助者强化了既存的正犯意识,物理性帮助者从外部援助正犯、使正犯意思归为己有。因此,共犯者使正犯者卷入责任和刑罚之中,进而参与了活动,以这种形式,成为有责的。参见高桥则夫,见前注[3],第99页。

[18] 参见许泽天:“共犯之处罚基础与从属性”,载《罪与刑——林山田教授六十岁生日祝贺论文集》,台湾五南出版有限公司1997年版,第64—65页。

[19] 参见陈洪兵:“共犯处罚根据论”,载陈兴良主编:《刑事法评论》(第23卷),北京大学出版社2008年版,第436页。

[20] 同上注,第61页。例如,韦尔策尔认为,对共犯者进行处罚的内在根据,不在于共犯者将正犯者导入责任和刑罚之中(所谓责任共犯说),而在于共犯者通过确定(bestimmen)社会上难以容认的活动,对符合构成要件、违法的行为进行了诱发和促进。参见高桥则夫,见前注[3],第109页。

共犯的未遂本身就具有无价值,而不是通过法益的危险化或者法益侵害才能推导出其无价值时,就不需要指向正犯者的结果无价值的共犯者的意思。<sup>[21]</sup>不法共犯论是在《德国刑法典》改采限制从属性立场后对责任共犯说的修正,但其核心观点只是将其极端从属性的立场转变为限制从属性的立场,除此之外几乎没有变化,因而招致学界激烈批评也在情理之中,<sup>[22]</sup>目前真正坚持不法共犯论的学者也几乎没有。<sup>[23]</sup>

惹起说(因果共犯论)认为,共犯的处罚根据在于共同惹起了正犯所引起的结果。<sup>[24]</sup>具体而言,惹起说认为正犯是直接侵犯法益,共犯是通过介入正犯的行为而间接侵害法益,正犯与共犯没有质的不同,只是法益侵害方式上的不同。<sup>[25]</sup>既然共犯是间接侵害法益,那么教唆故意的内容必须及于法益侵害结果,教唆故意与一般故意没有区别,因而未遂教唆是不可罚的。惹起说内部由于对共犯不法独立性的有无及其程度存在不同的认识,因而又分化为纯粹惹起说、修正惹起说和混合惹起说三种观点。纯粹惹起说(独立性志向惹起说)认为,共犯不法完全独立于正犯不法,共犯不法不是由正犯不法导致的,共犯行为自身具有固有的不法。<sup>[26]</sup>例如,施米德霍伊特通过建立“共犯者犯罪”这一概念,强调共犯具有固有的无价值和独立的不法构成要件;吕德森则认为,在构成要件符合性、违法性和有责性层面,都存在独立的“共犯构成要件”。<sup>[27]</sup>关于未遂教唆的可罚性,吕德森认为,共犯不法只能从刑法分则的构成要件上去寻找,在未遂教唆的情况下,教唆者的行为不符合刑法分则规定的共犯不法构成要件,因而不可罚。<sup>[28]</sup>修正惹起说(从属性志向惹起说)在德国处于通说的地位,判例也支持这一立场,其代表人物是德国著名刑法学家耶塞克教授。他认为,共犯的处罚根据在于,共犯虽未直接实施符合构成要件的行为,但通过引起正犯的犯罪故意,进而引起法益侵害的结果或者符合构成要件的事实;共犯的犯罪意志是针对正犯的行为的,而且正犯必须具有犯罪故意;共犯本身并没有违反法规范,因此共犯的责任在于参与到了正犯违反法规范的行为当中。<sup>[29]</sup>根据修正惹起说,教唆犯的故意是一种双重故意(doppelter Vorsatz),除了必须导致犯罪决意以外,还需要导致由正犯实施的犯罪行为。换句话说,既包括主观的犯罪构成要件要素,也包括该当构成要件的结果。<sup>[30]</sup>既然如此,教唆故意的内容必须包括法益侵害的结果,教唆故意与

[21] 参见高桥则夫,见前注[3],第110页。

[22] 关于学界对不法共犯论的批评,请参见陈洪兵,见前注[19],第438页。

[23] 参见陈洪兵,见前注[19],第438页。

[24] 参见高桥则夫,见前注[3],第114页。

[25] 参见陈洪兵,见前注[19],第438页。

[26] 参见杨金彪:“共犯的处罚根据论”,载陈兴良主编:《刑事法评论》(第19卷),北京大学出版社2007年版,第322页。

[27] 参见高桥则夫,见前注[3],第116—117页。

[28] 参见杨金彪,见前注[26],第326页。

[29] 参见耶塞克等,见前注[14],第829—830页。

[30] 参见耶塞克等,见前注[14],第832页。

一般故意没有差别,未遂教唆是不可罚的。<sup>[31]</sup>折中惹起说(从属性法益侵害说)认为,共犯不法由法益侵害这种独立、固有的要素和从正犯行为的不法中推导出的从属性要素混合构成,共犯的处罚根据在于共犯从属性地侵害了构成要件所保护的法益,因此,共犯的不法既有从属于正犯不法的部分,也有独立于正犯不法的内容。根据折中惹起说,教唆犯的故意必须意图使正犯“既遂地实施犯罪行为,否则就会由于缺乏共犯所必须的法益侵犯而不成立教唆犯。”<sup>[32]</sup>未遂教唆的不可罚性,也能从参与者没有侵害构成要件所保护的法益的意图中得到说明。<sup>[33]</sup>

由此可见,德国刑法学理论一直是从共犯处罚根据的角度探讨教唆故意与一般故意的关系和教唆故意的内容,并进而讨论未遂教唆的可罚性问题。由于责任共犯说与不法共犯说的固有缺陷及其衰落,<sup>[34]</sup>目前惹起说在共犯处罚根据理论上占据统治地位。虽然惹起说内部对共犯不法的构成存在很大的分歧,但认为教唆故意从属于一般故意、教唆故意的内容及于正犯法益侵害的结果并由此得出未遂教唆不可罚的结论则是高度一致的观点。

我国刑法理论目前对共犯处罚根据问题的讨论基本处于起步阶段,只有少数学者关注这一问题。如张明楷教授认为,共犯的处罚根据在于:共犯通过正犯者间接地侵害了法益,即处罚共犯者,是因为其诱使、促成了正犯直接造成法益侵害;共犯的违法性由来于共犯自身的违法性和正犯行为的违法性。<sup>[35]</sup>基本上采取了折中惹起说的立场。关于教唆故意与一般故意的关系以及教唆故意的内容,张明楷教授认为教唆故意从属于一般故意,教唆故意必须及于法益侵害结果,但在未遂教唆的可罚性问题上,却从教唆故意与教唆行为两个层面采取了二分的立场,部分肯定了未遂教唆的可罚性。<sup>[36]</sup>阎二鹏博士认为,根据刑法理论的通说对《刑法》第25条第1款的解释,我国共同犯罪成立的前提必须是全体参与者都要具备责任能力,共同犯罪必须是犯罪参与者都要符合犯罪成立的全部条件,因此,我国现行刑法在共犯从属性问题上采取了极端从属性的立场,在共犯处罚根据上采取了责任共犯论的立场。<sup>[37]</sup>果真如此的话,未遂教唆当然是可罚的,但本文不同意上述观点与结论。如前所述,共犯处罚根据是区分制共犯立法模式下为狭义共犯(教唆犯、帮助犯)处罚的正当性提供实质解释的理论,共犯处罚根据理论运用的前提是刑事立法在共犯问题上采用了区分制共犯立法模式。但我国共犯立法模式的归属是目前刑法学界正在激烈争论的一个悬而未决的理论问题,虽然有部分学者认为由于新旧刑法在共犯的分类之外对教唆犯做出特别规定,因而刑法学完全可以在理论上对共犯“划分为实行犯(正犯)、教唆犯和帮助犯,以共犯的处罚根据论为基础构建共犯论不存在任何障

[31] 但罗克辛教授认为根据修正惹起说不能解释为什么教唆故意必须包含正犯实施构成要件行为既遂。因为即使教唆者知道并且想要正犯行为停留于未遂,也仍然存在对符合构成要件的、违法的且原则上具有可罚性的正犯行为的教唆,因而不能得出未遂教唆不可罚的结论。参见克劳斯·罗克辛:“德国刑法中的共犯理论”,劳东燕、王钢译,载陈兴良主编:《刑事法评论》(第27卷),北京大学出版社2010年版,第113页。

[32] 同上注,第112页。

[33] 参见高桥则夫,见前注[3],第132页。

[34] 关于责任共犯说与不法共犯说的缺陷及受到的批判,请参见陈洪兵,见前注[19],第434—438页。

[35] 参见张明楷:《刑法学》(上)(第5版),法律出版社2016年版,第407页。

[36] 同上注,第418页。

[37] 参见阎二鹏:“从属性观念下共犯形态论之阶层考察”,《法学论坛》2013年第4期,第67页。

碍。”<sup>〔38〕</sup>但认为我国共犯立法采用了统一制正犯立法模式的声音也非常有力。在对我国共犯立法模式的归属缺乏充分论证的情况下就运用区分制下的共犯处罚根据理论解释我国刑法中的共犯问题,其立论前提与理论根据存在重大障碍。因此,本文认为,关于我国刑法中教唆故意与一般故意的关系及教唆故意内容的确定,必须根据我国现行刑法理论,对刑法规范做出科学合理的解释与界定。

我国《刑法》第14条规定:“明知自己的行为会发生危害社会的结果,并且希望或者放任这种结果发生,因而构成犯罪的,是故意犯罪。”我国刑法理论的通说据此将犯罪故意概括为“明知自己的行为会发生危害社会的结果,并且希望或者放任这种结果发生的心理态度”。<sup>〔39〕</sup>我国刑法理论的通说同时认为,犯罪故意的构成要素包括两项内容,一是行为人明知自己的行为会发生危害社会的结果,这种明知属于心理学上的认识方面的因素;二是行为人希望或者放任这种危害结果的发生,这种“希望”或者“放任”属于心理学上意志方面的因素。<sup>〔40〕</sup>我国《刑法》第29条规定:“教唆他人犯罪的,应当按照他在共同犯罪中的作用处罚。”我国《刑法》第29条虽然没有明确规定教唆故意,但刑法理论一般认为,构成教唆犯,行为人不但要实施教唆他人犯罪的行为,而且要有教唆他人实施犯罪的故意。根据我国《刑法》第14条、第29条的规定,结合我国的刑法理论,本文认为,从教唆故意与一般故意的关系看,教唆故意是一般故意的具体化与特殊形式,从属于一般故意,教唆故意的指向与一般故意具有同一性,我国刑法中教唆故意的内容不仅包括引起被教唆者的犯罪故意与犯罪行为,而且包括由被教唆者行为所导致的法益侵害结果,具体分析如下:

根据刑法体系解释原理,对刑法中的用语可以进行统一性解释或者相对性解释。统一性解释是指同一用语在同一刑法典中含义完全相同,因而对其含义应当做出完全相同的解释;而相对性解释则是指某一刑法用语,在不同的条文,甚至在同一条文的不同款项中的含义都不相同,因而应当根据具体情况做出完全不同的解释。<sup>〔41〕</sup>一般情况下,对刑法进行体系解释应当首选统一性解释,但如果统一性解释无法实现刑法的正义理念,不能确保刑法的安定性,不符合社会现实的需要时,则必须选择相对性解释。<sup>〔42〕</sup>本文认为,应当对刑法中的“故意”进行统一性解释,理由是:根据《刑法》第14条的规定,故意在结构上是认识因素与意志因素的统一,在内容上是对危害社会的结果的认知与意欲。一般认为,刑法总则规定犯罪与刑罚的一般原则、原理,这些原则与原理不仅指导分则的规定与对分则的解释,而且指导总则的规定与解释。<sup>〔43〕</sup>因此,在解释刑法总则与刑法分则中的故意时,必须以《刑法》第14条的规定为指导。《刑法》第14条规定的故意的最终指向是对危害社会的结果的认知与意欲,虽然刑法理论的通说在分析故意的结构时认为故意的认识因素除了危害结果(行为结果)之外,还包括对行为性

〔38〕 参见杨金彪,见前注〔26〕,第320页。

〔39〕 高铭喧、马克昌:《刑法学》(第七版),北京大学出版社、高等教育出版社2016年版,第107页。

〔40〕 同上注,第107页。

〔41〕 参见张明楷:《刑法分则的解释原理》,中国人民大学出版社2004年版,第326—327页。

〔42〕 同上注,第327页。

〔43〕 张明楷,见前注〔41〕,第327页。

质与对其他犯罪构成事实的认识,<sup>[44]</sup>但在认识因素层面,对行为性质与其他犯罪构成事实的认识是认识危害结果的前提,无此认识则无法认识到危害结果;对危害结果的认识才是认识因素的核心要素,只有对行为性质与其他犯罪构成事实的认识而没有对危害结果认识,就会否定故意的认识因素从而否定故意的成立。同时,从故意的认识因素与意志因素的关系看,认识因素是故意成立的前提,意志因素是故意成立的关键,只有认识因素与意志认识同时具备才成立故意。与认识因素不同的是,意志因素的唯一指向是危害结果,因此可以说,危害结果是故意的核心要素,不可或缺,否则就不是刑法中的故意。因此,在对刑法总则中的其他故意——包括教唆犯的故意——以及刑法分则中的故意进行解释时,都不能偏离《刑法》第14条规定的故意的核心内涵,由此可以得出结论:刑法中的所有故意都包含对危害结果也就是法益侵害结果的认知与意欲。

有学者对教唆故意和实行故意进行了区分,认为二者在认识因素和意志因素上有较大的不同:教唆犯的故意被称为一级故意,其认识因素表现为明知自己的教唆行为会引起他人犯意,其意志因素表现为希望或者放任他人产生犯意这种危害结果的产生;被教唆者的故意可称为二级故意,其认识因素表现为明知自己的实行行为会造成具体的危害社会的结果,其意志因素表现为希望或者放任这种结果的发生。<sup>[45]</sup>本文不同意这种观点,理由是:

第一,这种观点不符合共同犯罪的基本原理。我国《刑法》第25条第1款规定:“共同犯罪是指二人以上共同故意犯罪。”由于立场的不同,目前学界对共同犯罪的成立条件存在不同的认识。通说采取了犯罪共同说的立场,认为成立共同犯罪要求行为人具备责任能力并且有共同行为与共同故意,并认为共同故意包含了对自己 and 他人行为会发生危害社会的结果认知与意欲。<sup>[46]</sup>通说还认为,教唆故意是指教唆者“明知自己的教唆行为会使他人产生犯罪意图,进而实施犯罪造成一定的危害结果,并且希望或者放任这种结果发生的心理态度。”<sup>[47]</sup>因此,根据我国共同犯罪理论的通说,教唆故意必然包含对法益侵害结果的认识与意欲。张明楷教授在共犯成立问题上采取了新的行为共同说的立场,<sup>[48]</sup>认为构成共同犯罪的各共犯者之间不需要具有共同的故意,故意的教唆者和过失的被教唆者之间可以成立共同犯罪。<sup>[49]</sup>但张明楷教授将《刑法》第25条第1款规定的“二人以上共同犯罪”解释为“二人以上共同去故意犯罪”,即二人以上共同实施了故意犯罪。根据前述的刑法体系解释原理,这里的“故意犯罪”应当与《刑法》第14条的“故意犯罪”具有相同的涵义,即各共犯人包括教唆犯的犯罪故意都应当包含对具体犯罪构成要件结果的认识与意欲。因此,张明楷教授对教唆犯成立条件的解释与对《刑法》第25条第1款共同犯罪成立条件的解释相矛盾。从《刑法》第25条与第29条的关

[44] 参见高铭喧等,见前注[39],第107页。

[45] 参见吴情树、闫铁恒:“对教唆犯的反思与定位”,《政法论丛》1999年第6期,第12页。

[46] 高铭喧等,见前注[39],第163—165页。

[47] 高铭喧、马克昌:《刑法学》(上编),中国法制出版社1999年版,第311页。

[48] 张明楷教授认为,共同犯罪是违法形态,共同犯罪是指二人以上共同实施刑法上的违法行为,而不是共同实施特定的犯罪,二人以上即使故意内容不同也可能构成共同犯罪,而责任则需要个别的判断。参见张明楷,见前注[35],第383、393页。

[49] 参见张明楷,见前注[35],第416—417页。

系看,《刑法》第25条是关于共同犯罪成立条件的一般规定,《刑法》第29条是关于共犯成立条件的特别规定,在对两者的解释发生冲突时,应当首先适用对一般规定的解释。因此,根据张明楷教授对《刑法》第25条第1款“共同犯罪”的解释,也可以得出教唆故意包含具体犯罪的构成要件结果的结论。

第二,“引起他人犯意”不属于《刑法》第14条中的“危害社会的结果”。现代刑法理论一般认为,结果是对法益的侵害或者侵害的危险,<sup>[50]</sup>其中的“侵害的危险”不是作为行为属性的危险,而是指作为结果的危险。<sup>[51]</sup>“他人犯意”是一种主观心态,存在于他人思想中,没有外化为行为,虽然心存犯意对法益有一定的危险,但这种危险与真正的法益侵害之间还存在较大的距离,因而不值得刑法关注。现代各国刑法不处罚思想犯的立法现状也表明“犯意”对法益的危险极小,不应当将“他人犯意”解释为刑法中的危险结果。

第三,论者在共犯基本理论的立场上自相矛盾。论者将教唆故意界定为认识到自己的教唆行为会引起他人犯意并希望或者放任他人产生犯意这种危害结果的发生,从共犯处罚根据的角度看,明显采取了惹起说的立场,而惹起说是区分制立法模式下解释共犯处罚根据的学说,与极端从属性相联系;但论者在讨论教唆犯的性质时又认为教唆犯具有独立性,明显支持共犯独立性的立场。因此,论者在关于我国共犯立法模式的归属以及共犯性质问题上的论述是自相矛盾的,无法自圆其说。<sup>[52]</sup>

有学者认为,教唆行为不属于基本构成要件的行为,教唆犯也只是构成要件的修正形式。因而,教唆故意不包含对基本构成要件及法益侵害结果的认知与意欲,它只要使被教唆者产生实行犯罪的决意的意思就足够了。即使一开始就打算使其终于未遂,也不缺乏该要件(即教唆意思)。<sup>[53]</sup> 本文不同意这种观点。理由如下:

根据修正的构成要件理论,实行行为的既遂状态是构成要件的典型形态和核心,属于基本的构成要件(犯罪构成);而共犯、未遂等犯罪的特殊形态属于构成要件的边缘领域,属于修正的构成要件(犯罪构成)。由于构成要件的核心内容是如何对实行行为的既遂状态进行界定,因而产生了构成要件内涵的单一性与犯罪形态的多样性之间的矛盾,<sup>[54]</sup>为了使对实行行为既遂状态以外的特殊的犯罪形态的处罚具有正当合理性,修正的犯罪构成要件理论横空出世。修正的构成要件理论在德日有很多支持者,在日本甚至是刑法理论的通说,但修正的构成要件理论并非完美无缺,其自身存在诸多不可弥补的缺陷,主要表现如下:

首先,修正的构成要件理论违背犯罪构成的基本原理。修正的构成要件理论与现代犯罪构成理论的抵牾之处在于:修正的构成要件理论认为,预备、未遂、中止等犯罪形态是“具体犯

[50] 参见(日)平野龙一:《刑法总论I》,有斐阁1972年版,第118页;转引自张明楷,见前注[35],第167页。

[51] 参见张明楷,见前注[35],第166—167页。

[52] 需要指出的是,论者的观点形成时间较早,当时我国刑法中的共犯理论尚不成熟,共犯立法模式、共犯处罚根据更是少有人论及,因此出现上述问题在所难免。

[53] 参见(日)小野清一郎:《新订刑法总论讲义》(昭和31年),第207页;(日)团藤重光:《刑法纲要总论》(改订版昭和54年),第381页;转引自高桥则夫,见前注[3],第83页。

[54] 参见陈璇:“修正的构成要件理论之否定”,《法商研究》2007年第4期,第43页。

罪构成要件”不完备，<sup>〔55〕</sup>“但构成要件是犯罪成立的规格和框架”，<sup>〔56〕</sup>根据罪刑法定原则，行为具备构成要件符合性是犯罪成立的要件之一，而“具体的犯罪构成要件不完备”的行为肯定不具备构成要件符合性，那么将它们作为犯罪处理的根据何在呢？此其一。其二，修正的构成要件理论还认为，基本犯罪构成预定的行为主体是一人，共犯是对主体数量进行增加后的修正的构成要件，<sup>〔57〕</sup>因此，共犯在逻辑上也被认为属于“构成要件不充足”。但共犯不论在犯罪主体的数量上，还是对法益侵害的严重程度上都不是不充足，而是太有余，<sup>〔58〕</sup>认为共犯属于构成要件不充足而进行修正，与修正的构成要件理论自身相矛盾。其三，修正的构成要件理论导致同一犯罪具有不同的犯罪构成。以故意杀人罪为例，在一人实施杀人行为且导致死亡结果发生时属于基本的犯罪构成，但数人杀死一人或者死亡结果没有发生时就属于修正的犯罪构成。根据现代犯罪构成理论，构成要件是观念上的指导形象，是刑法分则规定的个罪的类型化，<sup>〔59〕</sup>单独个罪的构成要件是具有特殊性和唯一性的，以与其他犯罪相区别，将同一犯罪类型的不同形态归属于不同的犯罪构成，导致了修正的构成要件理论在逻辑上的混乱与理论上的无法自治。

其次，修正的构成要件理论混淆了犯罪成立与犯罪既遂的界限。从大陆法系的构成要件论的发展趋势可以看出，构成要件对犯罪成立的规范意义越来越占据主要地位，<sup>〔60〕</sup>将构成要件理解为犯罪成立的规格与标准在理论上不存在任何障碍。而犯罪既遂是犯罪形态的一种，从犯罪成立与犯罪既遂的关系看，犯罪成立与犯罪既遂是两个不同的范畴，在定罪量刑中具有不同的功能与价值。犯罪成立是衡量行为是否符合具体犯罪的构成要件，其功能在于确定行为是否构成犯罪及何种犯罪；而犯罪既遂属于犯罪成立后对行为法益侵害程度的衡量问题，它与行为是否构成犯罪及构成何种犯罪无关，而与行为成立犯罪后的刑罚适用有关。因而，犯罪既遂不是犯罪成立的标准，修正的构成要件理论将实行行为的既遂作为犯罪成立的标准，不但过分高估了实行行为的既遂形态在犯罪成立中的功能和价值，而且混淆了犯罪成立与犯罪既遂的界限，最终导致该理论在许多与犯罪构成有关的重大理论问题上无法自圆其说。

最后，修正的构成要件理论错误地理解了刑法总则与分则的关系。修正的构成要件理论认为，基本的犯罪构成是刑法条文就某一犯罪的单独犯的既遂状态所规定的犯罪构成；而修正的犯罪构成是以基本的犯罪构成为基础，适应犯罪行为的各种不同犯罪形态，而对基本犯罪构成加以某种修改变更的犯罪构成。在确定某种行为的犯罪构成时，要以刑法分则具体条文规定的犯罪构成为基础，结合总则中修正的犯罪构成综合加以认定。<sup>〔61〕</sup>本文认为，修正的犯罪构成理论对刑法总则与分则关系的理解存在重大缺陷：首先，根据现代犯罪构成原理，构成要

〔55〕 参见高铭暄等，见前注〔39〕，第147页。

〔56〕 陈璇，见前注〔54〕，第43页。

〔57〕 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130页。

〔58〕 参见吴君霞、朱凤翔：“解读修正的犯罪构成”，《四川警官高等学院学报》2005年第4期，第32页。

〔59〕 参见大塚仁，见前注〔57〕，第110页。

〔60〕 参见陈璇，见前注〔54〕，第40页。

〔61〕 参见马克昌：《犯罪通论》，武汉大学出版社1991年版，第93页。

件是刑法规定的犯罪类型,因而具体犯罪的犯罪构成只能规定在刑法分则而不能规定在刑法总则中,刑法总则中规定的共犯、未遂等犯罪形态不是构成要件,而是为犯罪特殊形态的处罚提供正当性根据。其次,共犯、未遂等特殊的犯罪形态各自具有自己独立的不法构成:共犯不法表现在共犯行为自身的行为无价值与正犯行为的结果无价值中,未遂犯的不法表现在行为自身对法益侵害的危险当中。无论是共犯的不法还是未遂犯的不法,都必须以刑法分则规定的构成要件为基础,离开了刑法分则规定的具体犯罪的构成要件,共犯、未遂犯的不法就失去了客观的基础。最后,从刑法总则与刑法分则的关系看,刑法总则是对犯罪的共同要件和一般原理所做的集中规定,刑法分则主要规定具体犯罪特殊条件,<sup>[62]</sup>刑法总则和刑法分则共同对各种具体的犯罪及其刑罚标准做出说明。<sup>[63]</sup>因此,任何犯罪的认定都必须将刑法总则规定与分则规定结合起来进行,认为只有修正的犯罪构成需要结合刑法总则和刑法分则综合认定而基本的犯罪构成只需要根据刑法分则规定认定的观点是不合理的。

综合以上分析,本文认为,修正的构成要件理论在立论前提、逻辑结构及理论自洽等方面存在重大缺陷,<sup>[64]</sup>应予否定。更不应当以此理论为基础建构教唆犯的不法构成,其关于教唆故意不必及于正犯结果及未遂教唆可罚性的观点在此前提下应当一并拒绝。

### 三、基于我国共同犯罪立法模式的解释

目前刑法理论将世界各国的共犯立法归结为两种共同犯罪立法模式,即统一制正犯立法模式和区分制共犯立法模式。关于中国共同犯罪立法模式的归属,我国刑法学界存在激烈争论,一种观点认为,中国共同犯罪立法模式属于统一制正犯立法模式,<sup>[65]</sup>而另一种观点则认为,中国共同犯罪立法模式属于区分制共犯立法模式。<sup>[66]</sup>本文认为,中国共同犯罪立法模式应当属于统一制正犯立法模式。<sup>[67]</sup>在肯定中国共同犯罪立法模式属于统一制正犯立法模式的前提下,本文认为,根据统一制正犯原理,教唆故意应当及于构成要件结果,未遂教唆是不可

[62] 参见陈璇,见前注[54],第42页。

[63] 参见刘之雄:《犯罪既遂论》,中国人民公安大学出版社2003年版,第26页。

[64] 限于论文主旨,本文不可能对修正的构成要件理论展开全面的批评,关于修正的构成要件理论的不足的详细论证,请参见陈璇,见前注[54],第37页以下。

[65] 认为我国共同犯罪立法属于统一制正犯立法模式的学者有江溯、刘洪、阎二鹏、刘明祥等。参见江溯:《犯罪参与体系研究》,中国人民公安大学出版社2010年版;刘洪:“两类犯罪参与体系理论比较研究”,《福建公安高等专科学校学报》2007年第5期;阎二鹏:“扩张正犯体系概念的建构—兼论对限制正犯概念的反思性检讨”,《中国法学》2009年第3期;刘明祥:“论中国特色的犯罪参与体系”,《中国法学》2013年第6期。

[66] 认为我国共同犯罪立法属于区分制共犯立法模式的学者有周光权、钱叶六、王昭武等。参见周光权:“‘被教唆的人没有犯被教唆的罪’的理解”,《法学研究》2013年第4期;钱叶六:“双层区分制下正犯与共犯的区分”,《法学研究》2013年第3期;王昭武:“论共犯的最小从属性说:日本共犯从属性理论的发展与借鉴”,《法学》2007年第11期。在主张我国共同犯罪立法模式属于区分制共犯立法模式的学者当中,只有个别学者对此进行了理论论证,如周光权、钱叶六,多数学者是在对共同犯罪立法模式缺少了解或者论证的情况下想当然的认为我国共同犯罪立法属于区分制共犯立法模式。

[67] 具体论证请参见柳忠卫:《刑事政策与刑法关系论》,法律出版社2015年版,第205—207页。

罚的,理由如下:

第一,根据统一正犯原理,通过对产生的结果设定条件而参与了结果的惹起的人,就是惹起了结果的人,结果的所有条件都具有同等价值,在参与了结果的惹起的各人之间不存在概念性区别,所有的起因者都是正犯者。<sup>〔68〕</sup>在统一性正犯体系中,对构成要件的理解,在原理上与共犯体系相一致,<sup>〔69〕</sup>因此,统一正犯体系中的正犯应当被理解为实施了刑法分则中具体犯罪的构成要件行为的人,包括直接正犯与间接正犯。根据奥地利刑法学家奇纳甫菲尔的阐述,直接正犯是用法定构成要件所描述的方法实现了构成要件的人,相反,间接正犯是以其他方法参与构成要件实现的人。<sup>〔70〕</sup>间接正犯又包括诱发正犯与援助正犯,而诱发正犯则包括区分制共犯体系中的间接正犯与教唆犯。与区分制共犯体系不同的是,统一正犯体系中的诱发正犯的行为既包括故意行为也包括过失行为,<sup>〔71〕</sup>而直接正犯的行为也包括故意行为与过失行为。<sup>〔72〕</sup>如果诱发行为乃诱发正犯故意为之,则从诱发者的角度来考察,诱发者所期望的行为必须是符合构成要件、违法且故意的行为。因此,诱发者的故意必须及于活动的既遂,这一问题在统一正犯体系内部不存在争议。<sup>〔73〕</sup>

第二,根据统一正犯原理,所有的参与者,都对其固有的不法、固有的责任进行答责;对于不法及责任而言,与同一结果是否也给他人的答责性提供根据,以及他人的答责性是何种类,均无关系。<sup>〔74〕</sup>因此,在统一正犯体系中,所有参与者的不法与罪责均具有独立性。由于统一正犯体系在不法论层面采取的是以法益侵害性为基础的结果无价值论的立场,<sup>〔75〕</sup>在故意犯罪的情况下,各参与者的故意必须及于法定的构成要件结果。在诱发正犯的情况下,其犯罪故意不仅包括使直接正犯产生犯罪决意,而且包括直接正犯实施构成要件的行为及造成法益侵害的结果。因此,诱发正犯必须对直接正犯的行为所发生的构成要件结果具有希望与容认的心理态度,诱发正犯的故意必须及于正犯结果。

第三,有学者从共犯独立性说的角度得出了未遂教唆不可罚的结论。根据共犯独立性说,教唆犯是一种独立的犯罪,教唆犯的故意须是针对犯罪本身的故意,而且应当包含正犯的故意,对于被教唆者行为所产生的基本构成要件内的结果,教唆者必须具有认识与容认的态度。而在未遂教唆时,教唆者对构成要件结果缺乏认识与容认的心理态度,未遂教唆不能成立教唆犯,因而是不可罚的。<sup>〔76〕</sup>这里需要明确共犯独立性说与共犯立法模式之间的关系。有学者从条件说=主观的共犯论=共犯独立性这个公式出发,得出共犯独立性是统一正犯原理的理

〔68〕 参见高桥则夫,见前注〔3〕,第8、11页。

〔69〕 参见高桥则夫,见前注〔3〕,第8、24页。

〔70〕 参见高桥则夫,见前注〔3〕,第8、23页。

〔71〕 以下本文论及的诱发正犯如无特别说明,均与区分制共犯体系下的教唆犯具有同等含义。

〔72〕 参见高桥则夫,见前注〔3〕,第8、50页。

〔73〕 参见高桥则夫,见前注〔3〕,第8、49—52页。

〔74〕 参见高桥则夫,见前注〔3〕,第8、25页。

〔75〕 参见高桥则夫,见前注〔3〕,第8、13页。

〔76〕 参见木村龟二:《刑法总论》,有斐阁1978年增补版,第415页;转引自张明楷,见前注〔6〕,第209页。

论基础的结论,<sup>[77]</sup>本文不同意这种观点。德日刑法中的共犯独立性的讨论是以区分制共犯立法模式为蓝本展开的,共犯(教唆犯和帮助犯)是否具有独立性,需要在严格区分正犯(实行犯)与共犯(教唆犯和帮助犯)的基础上进行。<sup>[78]</sup>对于教唆者来说,教唆行为就是教唆犯的实行行为,正犯的实行行为只不过是因果关系的过程,因此,教唆犯的教唆行为是具有独立犯罪性的行为,<sup>[79]</sup>其行为的犯罪性并不依存于正犯的实行行为。虽然共犯独立性说与统一正犯原理都强调“独立性”,但共犯独立性说中的“独立性”指的是共犯(教唆犯、帮助犯)相对于正犯的“独立性”,而统一正犯原理中的“独立性”指的是犯罪参与者彼此之间的独立性,其不但包含了区分制模式下共犯对正犯的独立性,而且包含了正犯之间以及共犯之间的独立性。因此,共犯独立性说是区分制共犯立法模式下解释正犯与共犯关系的理论,不能将其归属于统一制正犯体系的理论基础,也不能将根据共犯独立性说得出的未遂教唆不可罚的结论归属于统一正犯原理。

#### 四、对未遂教唆导致法益侵害危险的除罪化解释

虽然基于教唆故意与一般故意的关系以及我国统一制正犯立法模式可以得出教唆故意应当及于构成要件结果、未遂教唆是不可罚的结论,但未遂教唆毕竟导致了其他犯罪参与者实施刑法分则规定的犯罪的实行行为,其行为虽未至既遂,但至少间接造成了法益侵害的危险,在这种情况下如何说明未遂教唆的不可罚性,是未遂教唆不可罚说必须解决的问题。学界有学者从未遂犯的角度探讨了未遂教唆的可罚性问题。例如,张明楷教授认为,对未遂教唆的可罚性问题应当从两个层面进行分析:第一个层面是判断教唆者所教唆的是不可罚的不能犯还是可罚的未遂犯。如果教唆者所教唆的是不可罚的不能犯,则不必考虑教唆者故意的内容如何,其行为一律不构成犯罪。第二个层面是如果教唆者教唆的是可罚的未遂犯,即被教唆者按照其教唆的内容实施行为可能导致法益侵害结果的发生,则难以否定其教唆故意,应当以教唆犯论处。<sup>[80]</sup>本文难以赞同张明楷教授的观点。本文认为,无论被教唆者按照教唆者的教唆实施行为是否具有导致结果发生的危险性,未遂教唆都是不可罚的,理由如下:

第一,在教唆者认识到被教唆者的行为具有发生法益侵害结果的危险性但仍然实施教唆行为的情况下,教唆者虽然具备了犯罪故意的认识因素,但基于未遂教唆的特质,其对构成要件结果的发生所持的是排斥和反对的心理态度,因而仍然不具备犯罪故意的意志因素,不能认定教唆者具有教唆故意。因为根据现代刑法学原理,教唆故意也必须是认识因素与意志因素的统一。在教唆故意的构成要素中,认识因素是判断是否具有教唆故意的前提与基础,缺乏对构成要件事实与结果的认识,行为人希望与容认的心理态度就无从谈起,更难以认定为教唆故

[77] 参见高桥则夫,见前注[3],第8、12页。

[78] 参见张明楷:《刑法的基本立场》,中国法制出版社2002年版,第314页。

[79] 参见(日)牧野英一:《刑法总论》(下卷),有斐阁1959年版,第677页;转引自刘明祥:“‘被教唆的人没有犯教唆的罪’之解释”,《法学研究》2011年第1期,第141页。

[80] 参见张明楷,见前注[35],第418页。

意。意志因素是教唆故意的关键与核心,仅仅认识到构成要件事实与结果还不能认定为教唆故意,只有认识到构成要件事实与结果且对其发生持希望与容认的心理态度才能认定为教唆故意。因此,从教唆者认识到其教唆行为具有使被教唆者的行为发生法益侵害的结果就认为教唆者对构成要件结果具有希望或者容认的心理态度,不符合犯罪故意的基本原理。

有学者认为,在教唆者认识到被教唆者行为的危险而仍然实施教唆行为时之所以要认定为具有教唆故意,其根据在于在这种情况下从意志因素上讲,行为人预见到事件的实际进展事实上很难控制,因而是放任了法益侵害结果的发生。<sup>〔81〕</sup> 本文认为,这种观点混淆了间接故意与过于自信过失的区别,不能成立。虽然间接故意与过于自信过失的界分是“刑法中最困难和最有争议的问题之一”,<sup>〔82〕</sup>但根据刑法的一般原理结合具体案件情况,司法实践在大多数情况下仍然可以将二者区别开来。间接故意与过于自信过失最关键的区别在于行为人对法益侵害结果的意志态度上:前者持放任、容认的态度,而后者是排斥、反对的态度。在教唆者认识到被教唆者行为危险的情况下,虽然教唆者事实上对事件的进展难以全面控制,但由于其在意志态度上对结果的发生持否定态度,因而仍然属于过于自信的过失而不符合间接故意的特征。过于自信过失的特点就在于行为人过高的估计了自己的主客观能力对于避免结果发生的作用,有时候从事后看行为人根本不具有避免结果发生的主客观能力,但只要行为人对结果的发生持否定态度,司法实践中仍然会认定为过失而不是间接故意。正如罗克辛教授所指出的,这种比软弱无力的希望要更多一些的对好的结果的相信,不能导致反对受保护的法益的决定;人们虽然能够谴责行为人不顾不顾的轻率行为并因此而惩罚这个行为人,但是,因为这个行为人没有做出反对在行为构成上受保护的 legal value,所以这种谴责是很轻微的并且仅仅是值得受过失的刑事处罚的。<sup>〔83〕</sup> 因此,不能因为教唆者对事件的进展无法确切掌握就认定其对法益侵害结果的发生持间接故意的心理态度。

第二,就教唆行为本身而言,其法益侵害具有间接性的特点。虽然我国共同犯罪立法模式可以归属于统一制正犯立法模式,在此前提下教唆犯的不法独立于其他参与者的不法,但即使在统一制正犯体系内部,也承认不同的参与形式在法益侵害形态上的差别。例如,根据机能的统一正犯体系,犯罪参与者被区分为“直接正犯”与“间接正犯”,直接正犯被认为是对构成要件的实现做出了最终的共动性贡献的人;而间接正犯(包括诱发正犯和援助正犯)是指决定他人实行活动的人或者对构成要件的实现做出了因果性贡献的人,<sup>〔84〕</sup>由此肯定了诱发正犯法益侵害的间接性。因此,应当区别教唆犯的危险与实行犯的危险。有学者认为,未遂教唆的教唆行为中存在着使正犯的未遂行为发生结果的危险性,而这种危险性本身也是结果,故可以认为观念上也存在结果;而且教唆者也认识到了结果的发生,并不缺乏主观要素,因而是可罚的。<sup>〔85〕</sup> 本文不同意这种观点。刑法理论将刑法中危险划分为“行为的危险”与“结果的危

〔81〕 参见杨彩霞,见前注〔11〕,第65页。

〔82〕 参见罗克辛,见前注〔15〕,第291页。

〔83〕 参见罗克辛,见前注〔15〕,第292页。

〔84〕 参见高桥则夫,见前注〔3〕,第47—51页。

〔85〕 参见(日)平野龙一:《刑法总论Ⅱ》,有斐阁,1975年版,第350页;转引自张明楷,见前注〔6〕,第208页。

险”,行为的危险作为行为的属性,不属于危害结果;作为结果的危险,是行为所造成的一种法益侵害的状态,因而属于危害结果。<sup>[86]</sup>教唆犯的危险是行为的危险,其指向的是被教唆者的法益;而被教唆者的危险是结果的危险,其指向的是被害人的法益。就危险本身而言,刑法法规禁止的是结果的危险而不是行为的危险;就法益保护而言,刑法分则具体犯罪的保护法益属于被害人而不是被教唆者。正如前田雅英教授所指出的,不能以危险也是结果为由主张未遂教唆犯的可罚性,因为教唆者认为有危险但又相信结果绝对不会发生时,不存在教唆的故意。在单独犯の場合,如果仅认识到发生结果的危险性,而没有认识到结果发生,就不能认为存在犯罪的故意;在共犯の場合也应如此,没有必要承认缓和共犯的故意。<sup>[87]</sup>另外,在区分制共犯立法模式下,在正犯与共犯关系上主张共犯从属性,因而在被教唆者实施实行行为的情况下就认为教唆行为法益侵害的危险存在,教唆犯具有可罚性。但在我国的统一制正犯立法模式下,由于各参与人的不法具有独立性,教唆行为对实行行为不具有从属性,即使被教唆者按照教唆犯的教唆实施了犯罪的实行行为,也不能将实行犯的危险等同于教唆犯的危险,教唆犯的危险距离法益侵害的现实较远,从法政策的角度看不值得刑罚处罚。

第三,虽然教唆行为自身并没有引起构成要件结果的足够的危险,但在被教唆的正犯的实行行为介入时,确实通过被教唆者的行为产生了实现构成要件结果的现实且具体的危险。<sup>[88]</sup>在未遂教唆的情况下,由于被教唆者已经开始实施具体犯罪的实行行为,从因果关系的层面考虑,可以认为教唆行为与法益侵害的危险之间具有条件关系,该法益侵害的危险在客观上可以归属于教唆行为。但一方面,如前所述,教唆行为的危险是行为的危险而不是结果的危险,教唆者虽然认识到了自己与被教唆者行为的危险,甚至对这种行为的危险持希望或者放任的心理态度,但这并不足以构成具体犯罪的故意。行为人对行为危险的认识是构成具体犯罪故意的必要条件,但不是充分条件。构成具体犯罪的故意不但要求行为人认识并追求或者容认行为的危险,而且要求行为人认识并希望或者容认构成要件结果的发生。行为人仅仅认识并追求或者容认行为的危险但对构成要件结果持否定态度的,不能构成具体犯罪的犯罪故意。另一方面,从未遂犯的角度看,未遂是一种借助实现行为构成的故意而实施的接近行为构成的行为,各种未遂必须以一种指向完成这种犯罪的行为构成的决定为条件,<sup>[89]</sup>因此,未遂的故意必须指向构成要件的结果,即行为人对构成要件的结果必须持希望或者放任的心理态度。未遂教唆的故意虽然也指向构成要件结果,但行为人相信这个结果不会实现,因而不符合未遂犯的主观条件,不能成立未遂。未遂教唆与普通教唆中被教唆者已实施构成要件行为但未达既遂的情形在客观上具有相同的行为样态,但在可罚性上却具有不同的结局,原因在于:对于未遂教唆者而言,实行犯的犯罪行为没有达到既遂完全符合其内心的愿望;而对于普通的教唆者

[86] 参见王志祥:《危险犯研究》,中国人民公安大学出版社2004年版,第10页。

[87] 参见(日)前田雅英:《刑法总论讲义》,东京大学出版会,1994年第2版,第495页;转引自张明楷,见前注[6],第211页。

[88] 参见周光权:“‘被教唆的人没有犯教唆被教唆的罪’之理解”,《法学研究》2013年第4期,第189页。

[89] 参见罗克辛,见前注[15],第255页。

而言,实行犯被迫停止于未遂则完全违背了其主观愿望。<sup>〔90〕</sup>因此,前者与犯罪未遂的特征不符,不可罚;而后者则完全符合犯罪未遂的特征,是可罚的。

## 五、未遂教唆引起被教唆者犯罪既遂的处理

未遂教唆的教唆者虽然在主观上对构成要件结果持排斥和反对的心理态度,但在其教唆的行为客观上确实存在实害结果发生的危险的情况下,由于其对实害结果的发生与否缺乏绝对的控制能力,因而司法实践中被教唆者的行为导致构成要件结果发生的情形并不少见。例如,甲知道丙穿着防弹衣,却教唆乙用手枪杀害丙,但防弹衣没有发挥作用,丙死亡。<sup>〔91〕</sup>对于上述情形,日本刑法学界存在三种观点。一种观点承认过失教唆,认为在甲存在过失时成立杀人罪的过失教唆,甲需要对过失致死的教唆承担责任。<sup>〔92〕</sup>第二种观点认为教唆者应当成立杀人未遂的教唆犯,因为虽然发生了既遂罪的结果,但是教唆者是出于教唆他人杀人未遂的故意实施教唆行为的,属于事实错误,两者间存在法定的重合。<sup>〔93〕</sup>第三种观点认为,教唆者以未遂之故意实施教唆杀人行为,最后发生杀人既遂的结果,教唆者同时符合杀人罪的未遂教唆和过失教唆,应按想象竞合进行处断。<sup>〔94〕</sup>对于该问题我国刑法学界主要有两种观点。一种观点认为,当结果意外出现时,教唆者虽然不具有罪责故意,但是却不能否定其罪责过失。以前述案例为例,虽然丙身着防弹衣,但在面临子弹的射击时,客观上还是存在着被击穿的危险,甲因为疏忽大意而误认为不存在这种危险,所以其对教唆乙开枪射击的行为是应当承担责任的,但是甲不能成立杀人既遂的教唆,而应成立过失致人死亡罪。<sup>〔95〕</sup>第二种观点认为,因为主观认识因素和意志因素的不同,未遂教唆者与教唆者只能在未遂形态内成立共犯,超出教唆者故意的部分,被教唆者独立承担责任,教唆者不需要为之答责,所以,甲不成立过失致人死亡,只能构成故意杀人罪(未遂)。<sup>〔96〕</sup>

关于前述案例,本文认为,根据中国刑事立法和刑法理论,甲的行为成立过失致人死亡罪,具体分析如下:

首先,从未遂教唆行为本身看,教唆者的教唆行为引起被教唆者依其教唆的内容实施了具体犯罪的构成要件行为,并导致了构成要件结果的发生,这种结果是教唆行为和被教唆人的实行行为共同导致的,因而教唆行为与构成要件结果之间不存在没有前者就没有后者的条件关系。如果承认故意是主观的构成要件要素,虽然教唆行为与死亡结果之间具有条件关系,但由于主观的构成要件要素不具备,因而不能将死亡结果归属于教唆杀人行为,也就是说甲的教唆杀人

〔90〕 参见赖佳文,见前注〔12〕,第214页。

〔91〕 参见大塚仁,见前注〔57〕,第266页。

〔92〕 参见大塚仁,见前注〔57〕,第266页。

〔93〕 参见大谷实,见前注〔1〕,第325页。

〔94〕 参见(日)内田文昭:《改正刑法总论》,青林书院1986年版,第332页;转引自杨彩霞,见前注〔11〕,第66页。

〔95〕 参见赖佳文,见前注〔12〕,第216页。

〔96〕 参见杨彩霞,见前注〔11〕,第66页。

行为与丙的死亡结果之间不具有客观上的可归属性。如果认为故意是罪责的要素,由于在行为构成符合性的判断上不考虑行为人的主观因素,在没有其他排除客观归责的因素的情况下,应当将该结果归属于教唆行为。但教唆者虽然认识到了构成要件结果发生的危险,但其对构成要件结果的发生在意志因素上持排斥和反对的态度,因此,对于丙的死亡,甲在主观上存在过于自信的过失,因而甲的行为应当成立过失致人死亡罪。

其次,从共犯立法模式的角度分析,前述案例中乙接受甲的教唆以杀人的故意向丙开枪,并造成了丙的死亡。虽然其对于丙身穿防弹衣这一情形没有认识,具有事实上的认识错误,但这种错误是对行为对象具体状态的认识错误,对于其杀人故意没有影响,丙仍然构成故意杀人罪的既遂。因而对于丙的刑事责任,无论根据哪种共犯立法模式都会得出相同的结论。但对于教唆犯甲的刑事责任,不同的共犯立法模式则会得出不同的结论。在区分制共犯立法模式下,根据限制从属性原理,如果教唆者的故意与被教唆者的故意具有同一性,则教唆者也构成故意杀人既遂。但在未遂教唆的情况下,教唆者的故意与被教唆者的故意在意志因素上不同一,死亡结果超出了教唆者故意的范围,属于实行犯过限,因而教唆者对死亡结果负未遂的刑事责任。<sup>[97]</sup>但本文认为,即使根据区分制共犯立法模式以及限制从属性理论,也难以得出甲构成故意杀人未遂的结论。根据限制从属性原理,虽然共犯对正犯在违法性上具有连带性,但在罪责上却具有独立性,这就是所谓的“违法连带、责任个别”原则。在前述案例中,甲的行为在不法性层面上从属于乙,甲与乙因此构成共犯关系,虽然死亡结果是由乙的行为引起的,仍然可以将该死亡结果归属于甲的教唆行为。但在责任层面,甲的罪责独立于乙,由于甲对丙死亡的结果在主观上持否定和反对的心理态度,在乙的行为造成丙死亡的情况下,甲对丙的死亡仍然是一种过失的心理态度。将甲的客观行为与其主观心理结合起来分析,甲的行为仍然构成过失致人死亡罪。但在我国的统一正犯立法模式下,教唆者的不法对于被教唆者不具有从属性,教唆犯的不法与罪责都具有独立性。甲的行为的不法性表现在行为无价值与结果无价值两个方面:甲的教唆行为的行为无价值表现在其教唆行为本身,我国《刑法》第29条第1款规定了教唆行为的可罚性,第232条规定了故意杀人罪的行为构成,两者的结合为甲的行为的不法性提供了完整的刑法根据。甲的行为的结果无价值表现在其教唆行为间接引起了丙的死亡,丙的死亡与甲的行为具有条件关系,由于没有排除客观归责的理由,应当将丙的死亡结果归属于甲。在有责性方面,前已论及,甲对丙的死亡持过于自信的过失的心理态度,将甲的行为不法性与有责性综合考虑,甲的行为应当构成过失致人死亡罪。

最后,从错误理论分析,甲的行为属于非典型性因果流程的偏离(因果关系错误)。因果流程的偏离是指虽然事实上的侵害对象与侵害结果均符合行为人的主观愿望,但引起侵害结果发生的具体因果流程却与行为人的预想不一致的情况。<sup>[98]</sup>典型的因果流程偏离包括狭义的因果流程偏离、构成要件的提前实现与构成要件的推后发生。典型的因果流程偏离的特点是:其一,行为所指向的对象与行为人所预想的侵害对象相一致,其二,行为人故意危险的内容与现实发生的侵害结果相一致,其三,行为人故意危险的实现方式或者途径与行为人所预想的不

[97] 参见杨彩霞,见前注[11],第66页。

[98] 参见陈璇:“论主客观归责间的界限与因果流程的偏离”,《法学家》2014年第6期,第99页。

一致。关于因果流程的偏离需要达到什么程度才会影响行为人的答责,我国传统刑法理论对此一直缺少系统深入的研究,主流观点认为因果过程不属于构成要件事实,不应当包含于故意的认识因素当中,因而因果关系错误对故意的成立没有影响。<sup>[99]</sup>但学界对于因果关系为什么不是故意的内容以及因果关系错误是否在任何情况下都对故意的成立没有影响缺乏深入的研究,而因果关系错误也并非在任何情况下都对故意的成立没有影响。因此,本文认为,从错误论的角度,对于前述案例中问题的分析可以借鉴德国刑法学中的因果流程偏离的理论。德国刑法学中,关于因果流程偏离的问题主要存在主观归责说、缓和的客观归责说与极端的客观归责说三种立场,而缓和的客观归责说是德国刑法学理论的通说。<sup>[100]</sup>根据缓和的客观归责说,故意的成立要求行为人所认识到的危险比过失犯所认识到的危险程度更高,因此只有当该危险转化成客观上的现实结果时,才可以认定故意与结果的关联足以使行为人成立既遂犯。即使行为人认识到成立故意所有的事实因素,但如果这些因素不能完整地出现在事实上的因果流程中,那么结果就无法归责于故意,故意犯因此也只成立未遂;同时,如果具体的因果流程中出现的事实因素可以导致过失危险的成立,则行为人成立故意犯未遂与过失犯的形象竞合。与典型的因果偏离不同,前述案例中甲的行为属于非典型性因果偏离,其特点是:其一,行为所指向的对象与行为人所预想的侵害对象相一致,其二,行为人故意危险的内容与现实发生的侵害结果不一致,其三,现实侵害结果中实现的危险高于行为人行行为的危险。由于非典型性因果偏离与典型性因果偏离在内容与结构上的差异,根据缓和的客观归责说可以得出不同的结论。在前述案例中,甲的行为创设了一个法不容许的危险,但其主观上认为这个危险不会实现,而事实上被教唆者的行为却实现了这个危险。因此,甲所认识的危险要低于其行为本身的危险,可以直接排除故意。<sup>[101]</sup>由于未遂犯的成立必须以行为人具有既遂的故意为前提,而甲是以未遂的意思教唆乙实施枪击行为,因而甲的行为不构成故意杀人未遂的教唆犯。根据缓和的客观归责说,前述案例中的甲如果以既遂的故意教唆乙枪击丙,并造成了丙的死亡,同时现实的因果流程中出现的事实因素已足以成立过失危险,甲的行为成立故意杀人未遂与过失致人死亡的形象竞合。但由于甲是以未遂的意思教唆乙实施枪击行为,因而排除了故意杀人未遂的成立,剩下的就只有过失致人死亡了。

## 六、结 语

从微观上看,未遂教唆的可罚性是教唆犯中的一个小问题,主要关涉教唆故意的认定问题;但从宏观上看,未遂教唆却牵动着共犯论的“主动脉”与“大神经”,其可罚性问题关乎共犯立法模式、共犯处罚根据以及共犯的构造等共犯论中的本源性问题。本文认为,欲从根本上解决未遂教唆的可罚性等类似的问题,首先要解决我国的共同犯罪立法模式问题。如前所述,我国刑法学界对我国共同犯罪的立法模式问题存在激烈争论,虽然本文认为我国共同犯罪立法

[99] 参见马克昌,见前注[61],第381页。

[100] 参见陈璇,见前注[98],第101—102页。

[101] 参见陈璇,见前注[98],第101页。

模式属于统一制正犯立法模式,但本文并不赞成这种模式,并认为区分制共犯立法模式具有更大的优越性,也更符合中国刑法理论与司法实践的现状,因而我国应当采用区分制共犯立法模式。其次,在采用区分制共犯立法模式的基础上,共犯的处罚根据问题才有了讨论的前提与空间。在此问题上,本文赞同折中惹起说(从属性法益侵害说)的观点,即共犯不法由法益侵害这种独立、固有的要素和从正犯行为的不法中推导出的从属性要素混合构成,共犯的处罚根据在于对构成要件上的保护法益进行从属性侵害,共犯不法部分从属、部分独立于正犯不法。<sup>[102]</sup>最后,根据从属性法益侵害说,共犯不法的行为无价值在于共犯行为本身,共犯不法的结果无价值在于正犯结果,共犯行为的行为无价值与正犯行为的结果无价值的结合构成了共犯完整的不法形态。限于本文的主旨与篇幅,本文不可能对上述三个问题展开论述,只能在后述的研究中再行展开。但可以预见的是,上述三个问题厘清后,未遂教唆的可罚性问题将迎刃而解,虽然最后的解释结论可能大相径庭。

---

**Abstract:** Attempted instigation usually refers that the instigator implements instigating act with an intention that the instigated person's act of perpetrating will come to an end as attempted crime. The legal-dogmatics explanation of the reason why attempted instigation shall not be punished can be from two perspectives: first is the relation between instigation intent and general intent. In the view of relation between instigation intent and general intent, instigation intent is the embodiment and specific form of general intent and belongs to general intent. In criminal law of China, the content of instigation intent not only contains criminal intent and crime which are induced by the instigator, but also contains results of violating legal interest which are led by the instigated person's act. Second is from the perspective of the legislative mode of joint crime which is the uniform principal offender legislative mode in China. According to the uniform principal offender theory, instigation intent should contain consequence of elements of crime and attempted instigation should not be punished. Even the instigated person's act which is implemented as the instigation is risky to lead to consequence of elements of crime, attempted instigation should not be punished. When instigated person accepts the instigation and his act of perpetrating leads to consequence of elements of crime, instigated person's mental attitudes to consequence of elements of crime is negligence with undue assumption and if instigator's act satisfies the elements of another crime, he should be prosecuted for his criminal liability.

**Key Words:** Attempted Instigation; Instigation Intent; Legislative Mode of Joint Crime; Basis of Penalty on Joint Crime

---

(责任编辑:江 溯)

---

[102] 参见高桥则夫,见前注[3],第138页。