



教唆未遂研究

安 军 著

法律出版社 LAW PRESS · CHINA



教唆未遂研究

安 军 著

图书在版编目(CIP)数据

教唆未遂研究 / 安军著. -- 北京 : 法律出版社,

2018

ISBN 978 - 7 - 5197 - 2692 - 8

I. ①教… II. ①安… III. ①教唆犯—犯罪未遂—研究—中国 IV. ①D924.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 211540 号

教唆未遂研究
JIAOSUO WEISUI YANJIU

安 军 著

责任编辑 黄倩倩
装帧设计 鲁 娟

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 三河市龙大印装有限公司
责任校对 晁明慧
责任印制 陶 松

编辑统筹 学术·对外出版分社
开本 A5
印张 7.625
字数 230 千
版本 2018 年 10 月第 1 版
印次 2018 年 10 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-83933366



中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-83938334/8335

重庆分公司/023-67453036

深圳分公司/0755-83072995

西安分公司/029-85330678

上海分公司/021-62071639/1636

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 2692 - 8

定价:38.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

中国法学会2017年部级法学研究课题成果[CLS(2017)D65]

2015年湖北省社会科学基金项目（2015015）

2016年度湖北汽车工业学院博士科研启动基金项目（BK201610）

湖北省知识产权培训（十堰）基地学术基金

湖北省人文社科重点研究基地武当文化研究与传播中心学术基金

目 录

导 论 001

一、选题背景与意义 001

二、研究内容与结构 005

三、研究方法 006

第一章 教唆未遂的概念界定 007

第一节 教唆未遂的内涵 008

一、德日刑法理论简介 008

二、我国理论之争 012

第二节 教唆未遂与未遂教唆辨析 025

一、未遂教唆的含义 025

二、概念辨析 027

本章小结 028

第二章 教唆未遂可罚性的理论基础 032

第一节 诸正犯概念对教唆未遂的认知 033

一、正犯概念的学说 033

二、诸正犯概念对教唆未遂的认识 039

三、正犯概念的检讨 043

第二节 诸概念之间逻辑关系辩正 053

一、正犯概念与犯罪参与模式的关系 053

二、扩张正犯概念(单一正犯概念)与独立性理论 059

三、限制正犯概念与共犯从属性理论	062
第三节 我国犯罪参与立法模式的立场解读	073
一、我国的犯罪参与立法模式	074
二、解读我国犯罪参与中教唆未遂的立场——限制正犯概念	080
本章小结	084
第三章 教唆未遂可罚性的立法例考察	088
第一节 德日立法例对教唆未遂体系定位之理解	088
一、日本立法例的考察	088
二、德国立法例的考察	090
第二节 我国立法例下教唆未遂的可罚性	094
一、我国学者观点以及司法实务立场	094
二、探析观点对立的根源	102
三、限制正犯概念下的教唆未遂属性	115
四、教唆未遂的可罚性根据	130
本章小结	143
第四章 我国刑法中教唆未遂的处罚范围	147
第一节 教唆未遂的处罚范围	147
一、未至教唆	148
二、失败教唆	150
三、无效教唆	152
四、不完全教唆	155
五、共犯的教唆犯(预备)	156
第二节 不完全教唆的个案化初探	174
一、被教唆者的实行过限与实行不及	174
二、被教唆者欠缺故意的教唆	184
三、教唆犯之正犯的具体对象错误	196

本章小结	207
第五章 教唆未遂处罚问题的立法重构	210
第一节 学者观点及述评	211
第二节 本书见解	216
一、合理限定教唆未遂的处罚范围	216
二、被教唆者欠缺故意的教唆立法化	221
本章小结	222
结 语	224
主要参考文献	227
后 记	236

导 论

一、选题背景与意义

我国刑法学界对教唆犯的研究可谓汗牛充栋,根源于立法者对教唆犯的刑法规范,不同的学者基于不同的立场进行着不同的解读,越发导致教唆犯理论研究的混乱,更是加剧了“绝望之章”^①的绝望,以至于有学者试图跳出共犯理论的束缚研究教唆犯。1952年至1998年的统计数据显示:在司法实践中,所有的犯罪中,具有共犯(广义共犯)形态的,约占两成多一点。其中,大部分是共同正犯,每年约为全体犯罪的97%,教唆犯、帮助犯为2%~3%。^②虽然,这只是日本的司法数据,而且日本司法实践中的共同正犯是包括共谋共同正犯的,但至少说明教唆犯在实践中的发案率之低,而我国学者大量地研究教唆犯,似乎有点本末倒置。尽管如此,它仍像一块磁铁吸引着很多刑法学人在这条“荆棘之路”上蹒跚前行。诚如柯耀程教授所言:“参与的问题可以说是刑法学理论又爱又恨的一环,其所爱者,乃在于其内容精彩,变化万千;其所恨者,则在于其征诂奥义艰涩难全,可谓为刑法犯罪行为论中最为幽

① 我国学者陈兴良教授也同样认为,修改后的我国《刑法》总则第二章中关于“共同犯罪”的第三节为“绝望之节”。参见陈兴良:《历史的误读与逻辑的误导——评关于共同犯罪的修订》,载陈兴良主编:《刑事法评论》(第2卷),中国政法大学出版社1998年版,第279页。

② 参见[日]大谷实:《刑法总论》(第2版),黎宏译,中国人民大学出版社2008年版,第359页。

暗的领域。其不但在区分参与形态时,甚为困难,即使在决定行为人均可罚性程度时,亦常有难尽合理之处。”^①

不过,目前我国尚无系统、全面研究教唆未遂的专著,现有研究成果大多是在研究共同犯罪,特别是教唆犯时,稍微提及教唆未遂。分别是:吴振兴教授的《论教唆犯》(吉林人民出版社1986年版)以及魏东博士的《教唆犯研究》(中国人民公安大学出版社2002年版),着重研究了教唆犯的性质、该条款的停止形态以及处罚范围等;杨金彪博士的《共犯的处罚根据》(中国人民公安大学出版社2008年版)探讨了未遂教唆的可罚性问题;陈世伟博士的《论共犯的二重性》(中国检察出版社2008年版)重新解读了共犯的独立性和从属性;李凤梅博士的《教唆犯论——以独立构成说为视角的建构》(中国社会科学出版社2011年版)跳出了共犯理论的束缚研究教唆犯;朱道华博士的《教唆犯研究》(法律出版社2014年版)提出教唆犯的处罚根据基于惹起说;钱叶六博士的《共犯论的基础及其展开》(中国政法大学出版社2014年版)以及张开骏博士的《共犯从属性研究》(法律出版社2015年版),以实行从属为前提,探讨了教唆未遂的可罚性问题。此外,阎二鹏博士的《共犯与身份》(中国检察出版社2007年版)、钱叶六博士的《犯罪实行行为着手研究》(中国人民公安大学出版社2009年版)、江溯博士的《犯罪参与体系研究——以单一正犯体系为视角》(中国人民公安大学出版社2010年版)、朱道华博士的《教唆犯研究》(法律出版社2014年版)、秦雪娜博士的《共犯从属性研究》(清华大学2014年博士学位论文)、张开骏博士的《共犯从属性研究》(法律出版社2015年版),其中部分章节涉及教唆未遂的相关问题。此外,以教唆未遂为研究对象的硕士学位论文也有10篇。我国学者大都围绕着教唆犯的性质、《刑法》第29条第2款的停止

① 柯耀程:《刑法的思与辩》,中国人民大学出版社2008年版,第146页。

形态以及处罚范围等问题而展开争论,而以德国、日本为代表的大陆法系国家刑法对正犯与共犯的课题的研究起步较早,不仅有比较丰富的立法和司法经验,而且其理论研究亦取得了重要的建树。具体到教唆未遂领域,由于两国刑法典所采取的立法例的差异,学者们研究的侧重点有所不同。在日本刑法理论中,随着德国刑法学共犯处罚根据论的传入,日本学者较多关注的是共犯的处罚根据,^①其战火从构成要件领域一直引燃至不法甚至责任领域。而由于《德国刑法典》第30条明确有教唆未遂处罚的规定,争议较少。学者们的争议点则集中于如何区分正犯与共犯,由此提出了形形色色的理论,增加了理解的难度。

相较而言,我国刑法学者对教唆未遂的研究存在诸多问题,已陷入难以自拔的逻辑困境,主要表现为:

其一,我国的犯罪参与体系的立法模式尚不明确,究竟是正犯与共犯区分的二元参与体系还是单一的正犯体系的争论,更是加剧了教唆未遂研究的难度。二者争论背后所蕴含的不同正犯概念才是分歧的根本,究竟哪种正犯概念更适合我国刑法的规定?更符合现代刑法之发展潮流?

其二,在我国犯罪参与理论中,即便是采用同一参与体系的学者,针对教唆未遂的可罚性问题也会得出不同的结论;相反,采用不同参与体系的学者,针对教唆未遂的可罚性问题却得出相同的结论。其背后隐藏着什么?恐怕并不是单纯的犯罪参与体系的不同立法模式所能解释的。目前我国学界鲜有论及,大都直接陷入了教唆犯从属性说、教唆

^① 参见陈兴良:《走向共犯的教义学——一个学说史的考察》,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456页。

犯独立性说以及教唆犯二重性说的泥沼,难以自拔;^①或者试图跳出共犯理论的束缚而研究独立构成的教唆犯。由此,引发我们深思的是,在逻辑的彻底性与结果的适当性之间做痛苦的抉择时,应该如何取舍?

其三,我国台湾地区2005年“刑法”修订删除了和我国大陆类似的规定,即1935年“刑法”第29条第3款:“被教唆人虽未至犯罪,教唆犯仍以未遂犯论,但以所教唆之罪有处罚未遂犯之规定者为限。”其修法理由是,“教唆犯如采共犯独立性说之立场,实侧重于处罚行为人之恶性,此与现行刑法以处罚犯罪行为为基本原则之立场有违。更不符合现代刑法思潮之共犯从属性思想,故改采德国刑法及日本多数见解之共犯从属性说中之‘限制从属形式’……”^②台湾地区学者为此展开了激烈的争论,其焦点是,贸然删除教唆未遂的规定,是否会造成法规不全的窘境?对于在教唆未遂的问题上,同样陷入困境的我国大陆刑法来说,台湾地区的做法不失为我们提供很好的经验教训,避免重蹈覆辙。

而上述争议,则集中反映在如何解读我国《刑法》第29条第1款、第2款对教唆犯的规定?特别是第2款教唆未遂的规定,似乎成为共犯理论的试金石。

因此,笔者选择教唆未遂为研究主题,对此作系统、全面的探讨,以期能化解争议,维护执法的统一性、权威性;同时也希望能对立法的完善尽一点绵薄之力。

① 至于陈世伟博士所提倡的新解“共犯二重性”,即共犯行为的基本特征决定了共犯是“独立性”与“从属性”两重属性的有机统一。其中,共犯的独立性是指,单独评价每个共犯的行为时是独立的;共犯的从属性是指,共同犯罪人的行为及其刑事责任之间的相互依存性。并且,共犯是以“独立性为主,从属性为辅”。二者的关系就是皮与毛的关系。笔者以为,无论如何新解,始终也无法摆脱“教唆犯二重性说”的固有诟病。参见陈世伟:《论共犯的二重性》,中国检察出版社2008年版,第53~62页。

② 许玉秀:《新学林分科六法——刑法》,新学林出版股份有限公司2007年版,第104页。

二、研究内容与结构

作为刑法基本概念的教唆未遂,其需要解决的是该不该罚以及如何罚的问题。单从可以查到的相关立法例来看,除了我国台湾地区“刑法”为了贯彻共犯从属性说,而在2005年修法时“果断地”删除了原“刑法”第29条第3款有关教唆未遂的规定以外,其他国家或地区均处罚教唆未遂。可见,教唆未遂的可罚性是不容置疑的,只是在大陆法系国家刑法理论中,各学者结合各自国家或地区刑法典对犯罪参与的具体规定,明确发展出两种解读教唆未遂可罚性的路径:单一制体系与区分制体系,二者并不存在价值上的重大冲突,均认可教唆未遂的可罚性,但二者解释路径、技术方法却大相径庭。这根源于他们不同的思想源头,对正犯概念的不同理解。那么,哪种更适合我国刑法的规定呢?

当然,前提是需要清楚界定教唆未遂含义,分析各种观点产生差异的原因;同时,还需要厘清教唆未遂与相关概念之间的关系与界限,以明确本书的研究范围,这便是本书第一章的主要任务。第二章则探讨教唆未遂可罚性的理论基础,通过分析比较不同犯罪参与模式背后的正犯概念,选择适合于我国刑法的限制正犯概念立场。第三章则在考察了德日立法例对教唆未遂体系定位之后,具体运用限制正犯概念立场来解读我国刑法中教唆未遂的可罚性,主要阐明我国刑法中教唆未遂的属性与具体的可罚性根据。第四章则针对教唆未遂的具体类型,一一筛选、鉴别其是否达到了应受处罚的程度,确定教唆未遂的处罚范围。特别是情况异常复杂的不完全教唆,本书针对司法实践中常见的情形作了归纳、分析。第五章则是针对前述无法通过解释论解决的教唆未遂困境,提出在我国刑法体系内,对教唆未遂的立法重构。

三、研究方法

本书主要采取了文献分析法、比较分析法和实证分析法。

1. 文献分析方法。教唆未遂是刑法基础理论问题,也是最为绝望的共犯问题之一;可以说,将教唆未遂称为共犯理论的试金石一点也不为过。不论在国外还是国内,对这一问题进行研究的相关文献非常多,而通过对这些文献的收集、鉴别和整理,一方面可以了解目前的研究水平,找出问题的症结所在;另一方面也可以借鉴他人已取得的有益成果,在此基础上更进一步探讨,避免无意义的重复性研究。

2. 比较分析方法。“他山之石,可以攻玉。”不可否认,德国、日本以及我国台湾地区等采用二元区分制体系的国家或地区对教唆未遂的研究远远走在了我们前面。而且,更为复杂的是,奥地利等一些大陆法系国家刑法典却采用了单一制正犯体系。这就为教唆未遂的研究提供了两种路径,通过对他们的相关研究进行介绍、评析,再来审视我国刑法学界相关的学说及司法实践,选择适合我国刑法的研究路径,以期为完善我国刑法的教唆未遂提供借鉴。

3. 实证分析方法。理论研究既离不开实证的支撑,又要为实践服务。通过对中外相关案例或判例展开分析,避免了研究只是停留在空洞、抽象分析的层面上;同时也为司法实践提供切实有效地指导。特别是针对司法实践中,较常出现的不完全教唆,更是需要结合司法案例,进行理论的抽象、总结与归纳,并以案例来检验理论的妥当性。

第一章 教唆未遂的概念界定*

“教唆未遂”一词继受于德、日等大陆法系刑法学理论,其语义不甚明确,再加上翻译的缘故,我国学者又结合我国刑法典的规定,赋予其不同的称呼,徒增研究的难度。所以,本书首先必须界定教唆未遂含义,厘清其与相关概念之间的关系与界限,以明确本书的研究范围。

此外,据《现代汉语词典》解释,所谓定义是指对于一种事物的本质特征或一个概念的内涵或外延的确切而简要的说明。其英文单词为 definition,此用语是从拉丁语的“限定”而来。换言之,其具有限定内容的意义。由于将问题点限定在特定的意义上,所以越严格加以限定,该内容就越明确。同时,在 definition 的用语中,亦具有精密度的意思。从反面而言,定义越模糊,其概念也越模糊,进而其逻辑也越模糊,而此种判断或许就非逻辑上的判断了。这也就决定本书将从内涵与外延两个方面界定教唆未遂。

* 本章内容已作为论文成果单独发表。参见安军、马建华:《教唆未遂与未遂教唆辨析——〈刑法〉第29条第2款的解读》,载《信阳农林学院学报》2018年第1期。

第一节 教唆未遂的内涵

一、德日刑法理论简介

日本现行刑法典并无教唆未遂的规定,但理论界也将教唆未遂与未遂教唆予以区别研究。我国学者,包括台湾地区学者在翻译介绍日文相关著作时使用的称呼相当一致。而日本刑法理论的通说认为的教唆未遂,是指教唆者虽然实施了教唆行为,但被教唆者却没有实施犯罪的场合,包括“失败的教唆”和“无效果的教唆”。大谷实教授认为“无效果的教唆”包括以下三种情形,“(1)被教唆人仅产生了犯罪决意的场合,(2)虽然实施了行为,但该行为没有达到可罚程度,(3)教唆行为和正犯行为之间没有因果关系”。而“失败的教唆”则体现为,“虽然实施了教唆,但是被教唆人没有产生实施犯罪的决意的场合”。^① 只是,野村稔教授对“无效果的教唆”表述略有不同,“虽然教唆引起了被教唆者实行犯罪的决意,但是实际上没有去实行的场合”。至于因教唆者的教唆而使被教唆者产生了实行犯罪的决意,被教唆者也着手了犯罪实行行为,但却没有达到既遂的场合,则称为“未遂犯的教唆”。^② 而其他学者大都在介绍共犯从属性说时或者未遂教唆时,^③提及了教唆未遂,并没有对教唆未遂作类型化研究。

① 参见[日]大谷实:《刑法总论》(第2版),黎宏译,中国人民大学出版社2008年版,第399页。

② 参见[日]野村稔:《刑法总论》,查理其、何力译,法律出版社2001年版,第420页。

③ 参见[日]西田典之:《日本刑法总论》,刘明祥、王昭武译,中国人民大学出版社2007年版,第320页;[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243页;[日]山口厚:《刑法总论》(第2版),付立庆译,中国人民大学出版社2011年版,第311页;[日]川端博:《刑法总论》,余振华译、甘添贵监译,元照出版有限公司2008年版,第352页。

显然,大谷实教授的“无效教唆”范围要宽于野村稔教授的,因而更具有合理性。例如,按照野村稔教授的观点,其“无效教唆”范围最多及于被教唆人已为预备行为,而未着手实行犯罪的情形。这样就遗漏了诸如被教唆者误解教唆者的真实犯罪意思,在欠缺故意的情形下实施被教唆的罪的情形等。但是,大谷实教授的上位概念“教唆未遂”与下位概念“无效教唆”之间存在矛盾。其所采用的教唆未遂是指“被教唆者没有实施犯罪”,可又认为下位概念无效教唆包括虽然实施了行为,但没有达到可罚程度。如果按照后者,大谷实教授的无效教唆是包括一部分被教唆者实施了实行行为的,因为日本刑法以处罚未遂为例外,即有规定的才处罚。由此而产生的问题是,被教唆者着手了实行行为的,有没有可能纳入教唆未遂的范围?野村稔教授的“未遂犯的教唆”中也同样存在此问题。另外,大谷实教授的第三种无效教唆情形,“教唆行为和正犯行为之间没有因果关系”的表述也存有瑕疵。因为当出现被教唆者在教唆者教唆之前,已经产生了实施所教唆的罪的决意情况时,教唆行为和正犯行为之间也是缺乏因果关系的,按照大谷实教授的理解,此种情形应属于教唆未遂,但我们一般认为这种情况是帮助犯,而非教唆未遂。

此外,牧野英一、木村龟二等学者也按照类型化的方式,明确表达了“构成教唆未遂的范围,因采用共犯独立性说或共犯从属性说而有所不同”。^①根据共犯从属性说,教唆未遂只限于被教唆者着手了犯罪实行行为而未完成的情况。而共犯独立性说则认为,教唆未遂类型既包括被教唆者着手了犯罪实行行为而未完成的情形,也包括教唆者的教唆并没有使被教唆者产生犯罪决意情形的失败教唆,以及虽然被教唆

^① 参见[日]木村龟二:《刑法学词典》,顾肖荣、郑树周译,上海翻译出版公司1991年版,第369页。

者接受了教唆,但尚未进入犯罪预备阶段或者只是实施了预备行为的情况。也就是说,在日本刑法理论中,教唆未遂的研究重点应该是“失败教唆”和“无效教唆”,而且在无效教唆中包括了被教唆者已至预备行为的情况。

而德国学者对教唆未遂(versuchte Anstiftung)的概念,基本没有争议,但由于我国学者对同一德文的中文译法因人而异,反而人为地造成了体系的混乱。我国大陆学者一般将德文 versuchte Anstiftung 翻译为教唆未遂,^①即《德国刑法典》第30条第1款规定的是教唆未遂。其要求教唆者已经直接开始唆使他人犯重罪,最低限度是已经向被教唆者做出了说明;而且被教唆者必须具备双重的故意,既唆使被教唆者实施重罪,又促使其实施正犯行为。如耶赛克与魏根特教授就认为,教唆未遂包括“被教唆者不接受行为决意(失败的教唆);被教唆者未实施该行为决意(无结果的教唆);或者被教唆者在被教唆前就已决定实施犯罪了(不能犯教唆)”。而明确排除未遂犯的教唆,“如果被教唆人至少以应受处罚的未遂形式实施了正犯行为,可适用第26条(教唆犯),因为教唆已不再是未遂,而是既遂”。^②

此外,李昌珂教授将 versuchte Anstiftung 翻译为“力图的教唆”。而且,韦塞尔斯教授认为的“力图的教唆”范围也稍微不同于耶赛克与魏根特教授的观点,被教唆人“拒绝、不理睬或者是没有理解对他的唆使,或者是他没有产生行为决意或者是对最后产生的行为决意在预备阶段中又予以了放弃,或者是在教唆力图之前就已经做出了行

① 高桥则夫教授在介绍《德国刑法典》第30条第1款(versuchte Anstiftung)时,我国学者冯军教授也将其翻译为教唆未遂。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193页。杨萌博士也翻译为教唆未遂。参见[德]冈特·施特拉腾韦特、洛塔尔·库伦:《刑法总论》,杨萌译,法律出版社2006年版,第340页。

② 参见[德]汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特:《德国刑法教科书》(总论),徐久生译,中国法制出版社2017年版,第853~854页。