



沈阳师范大学法学学术文库

SHENYANGSHIFANDAXUE FAXUE XUESHU WENKU

教唆犯论

——以独立构成说为视角的建构

李凤梅◆著

中国社会科学出版社



沈阳师范大学法学学术文库

SHENYANGSHIFANDAXUE FAXUE XUESHU WENKU

教唆犯论

——以独立构成说为视角的建构

李凤梅◆著

中国社会科学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

教唆犯论：以独立构成说为视角的建构 / 李凤梅著 .

北京：中国社会科学出版社，2011.3

ISBN 978-7-5004-9505-5

I. ①教… II. ①李… III. ①教唆犯—研究

IV. ①D914.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 015751 号

责任编辑 雁 声 骆 珊

责任校对 李 莉

封面设计 大鹏设计

技术编辑 戴 宽

出版发行 中国社会科学出版社

社 址 北京鼓楼西大街甲 158 号 邮 编 100720

电 话 010-84029450 (邮购)

网 址 <http://www.csspw.cn>

经 销 新华书店

印 刷 新魏印刷厂

装 订 广增装订厂

版 次 2011 年 3 月第 1 版

印 次 2011 年 3 月第 1 次印刷

开 本 880×1230 1/32

印 张 9.25

字 数 240 千字

定 价 32.00 元

凡购买中国社会科学出版社图书，如有质量问题请与本社发行部联系调换
版权所有 侵权必究

总 序

以前，我对沈阳师范大学知之甚少，实属孤陋寡闻。自从沈阳师范大学法学院的单晓华教授加盟法学所博士后流动站后，我作为她的合作导师，才开始逐步了解、关注这所具有悠久历史的学府。在沈师大校庆 60 周年到来之际，沈阳师范大学法学院隆重推出“沈阳师范大学法学学术文库”，法学院领导希望我能为之作序，虽明知难当此任，但却之不恭，不如从命。

早在新中国成立之初，根据中共中央七届三中全会的部署，国家对当时的教育和科学文化事业进行了调整和改造，即调整一批老式高等院校，建立一批新式社会主义高等院校，东北教育学院——沈阳师范大学的前身就在这样的历史背景下成立了。

沈阳师范大学法学院也经过近二十年的发展与变革，取得了丰硕的成果和骄人的业绩。1996 年 4 月，经国务院学位委员会批准，法律系取得了民商法学硕士学位授予权，成为当时全国高等师范院校中第三个法学硕士学位点。2007 年 4 月民商法

专业被辽宁省委宣传部批准为省哲学社会科学重点建设学科，2008年3月民商法专业被辽宁省教育厅批准为省重点培育学科，2009年3月民商法专业被辽宁省教育厅批准为省优势特色重点学科，尔后又分别取得法学理论、诉讼法学硕士学位授予权。2007年5月又获得法律硕士专业学位授予权。经过沈阳师范大学法律人的不懈努力，学科建设取得一定成绩并初具规模，积累了大批优秀的科研成果，形成了自己的特色和优势。

在沈阳师范大学法学院的教师队伍中，活跃着一批学历高且富有朝气的年轻学者，他们颇具法学素养，潜心学术研究；他们热爱三尺讲台，勤勉教书育人；他们关注国计民生，重视法治实践；他们开阔国际视野，借鉴他山之石。沈阳师范大学法学院的广大教师在平时的教学耕耘与学术研究中收获了累累硕果。在此基础上，他们决定编辑出版“沈阳师范大学法学学术文库”系列丛书，这既是对沈阳师范大学60华诞的一份厚礼，也是对这所辽宁法律教育与学术研究的重镇所取得成就的一次检阅。我希望这套法学文库能够成为后来者在法学研究和法律教育的道路上继续攀登的阶梯，更希望通过这些文章，能够向热爱法学、崇尚中国法律研究的读者展示沈阳师范大学的治学精神与科研传统。

《中庸》论道：“博学之、审问之、慎思之、明辨之、笃行之”，阐释了学术研究探索真理的精神以及达到知行合一境界的必由之路。从对世界历史进程的审视与洞察来看，社会发展、科学昌明、思想进步，制度革新，从来都离不开法学研究的力量与成就的滋养与推动。

一所优秀的综合性大学是国家与社会发展中一种不可或缺的重要力量，而法学研究的水平则体现了中国社会主义法治的发展程度和综合实力，是社会进步、法制文明的重要标志。因此，一所大学的学术氛围，不仅在很大程度上影响和引导着学校的教学与科研，而且渗透和浸润着这所大学追求真理的精神信念。正如英国教育思想家纽曼所言，大学是一切知识和科学、事实和原理、探索与发现、实验与思索的高级力量，它的态度自由中立，传授普遍知识，描绘理智疆域，但绝不屈服于任何一方。

大学的使命应是人才培养、科学研究和服务社会；高等教育发展的核心是学术和人才。因此，大学应成为理论创新、知识创新和科技创新的重要基地，在国家创新体系中具有十分重要的地位和意义。沈阳师范大学法学院是一所正在迅速兴起的学院，其注重内涵建设和综合协调发展，法学院贯彻“强管理、重服务、育队伍、出精品”的工作理念，通过强化科研管理，建立、健全科研制度、凝练科研队伍、打造科研精品、营造科研氛围，使教师们的科研积极性空前高涨，取得了丰厚的科研成果。近五年来，法学院教师出版专著 53 部，发表论文 180 多篇，科研立项 60 余项，科研获奖 60 余项。法学院秉承“博学厚德 求是笃行”的院训，以培养适应社会主义市场经济和法治建设需要的应用型、复合型法律人才为目标，以本科教学为中心，以学科建设与队伍建设为重点，大力发展研究生教育，努力建成专业特色显著，国内知名、省内一流的法学教育研究与法律实务相结合的法学院。

这套文库的出版，将有助于提升法学科学的学术品质和专

业素质。法学教育是高等教育的重要组成部分，是建设社会主义法治国家、构建社会主义和谐社会的重要基础，并居于先导性的战略地位。在我国社会转型时期，法学教育不仅要为建设高素质的法律职业共同体服务，且要面向全社会培养大批治理国家、管理社会、发展经济的高层次法律人才。沈阳师范大学法学教育适应侧重培养懂法律、懂经济、懂管理、懂外语的高层次复合型、应用型人才的目标定位，在培养具有复合知识结构的本科生、研究生方面形成了鲜明的法律实务特色。法科学生在重点学好法学核心课程和教学计划的其他课程外，适当广泛涉猎、阅读学术专著，对巩固、深化课堂知识是十分必要的。在教材之外，出版一批理论精深、博采众长、体察实践、观点新颖的专著，可以有效满足学生解惑之需。本文库诸部著作，围绕诸多法学领域及法治实践中的重大疑难问题，对我国相关法律制度加以细致的探讨与阐述。这将有助于拓展法科学家的视野，为他们思考、研究问题以及应用法律提供新的方法和视角，进而登堂入室、一窥门径。

这套文库，在选题和策划上，偏重法学领域中实践意义重大且学界较少探讨的具体问题；在内容上，较为侧重对具体问题的深入分析和制度的合理构建。这固然与沈阳师范大学法学院以理论法学为基础，以诉讼法学为特色，以民商法为支撑，集中发展新兴二级学科的学科发展战略有关，也是对法学研究方向思考的智慧结晶。从宏观角度而言，目前我国的法学学科框架已经基本成熟，法学界对法学各学科的体系、基本原则和基本理论已难觅较大争议。因此，沈阳师范大学法律人能因应法律实践的需求和法治完善的需要，对前人较少涉及的一些具体法律制度及其微观

层面展开深入细致的研究，揭示其所依存的理论基础，提供富有可操作性的制度设计，以此推动法学研究与法学教育的进步，并推动我国法制臻于完善，这无疑是一种值得嘉许的学术视角和探索尝试。

是为序。

陈泽宪

2010 年秋谨识于北京景山东隅

目 录

导 论	(1)
第一节 问题的缘起	(1)
第二节 研究现状	(3)
第三节 研究动机及目的	(10)
一 研究动机	(10)
二 研究目的	(11)
 第一章 教唆犯的刑法学地位	(14)
第一节 大陆法系刑法中的教唆犯地位	(14)
一 刑事古典学派语境下的教唆犯地位	(16)
二 近代学派语境下的教唆犯地位	(34)
第二节 英美刑法中的教唆犯地位	(42)
一 英国刑法中的教唆犯地位	(43)
二 美国刑法中的教唆犯地位	(48)
第三节 我国刑法中的教唆犯地位	(52)
一 台湾刑法中的教唆犯地位	(52)

二	香港刑法中的教唆犯地位	(54)
三	澳门刑法中的教唆犯地位	(56)
四	大陆刑法中的教唆犯地位	(58)
结论:教唆犯独立构成性地位的确立是科学建构		
	我国刑法犯罪论体系的妥当选择	(82)
 第二章 教唆犯概念的考查、建构及归类问题研究		
第一节 教唆犯概念的历史考查		
第二节 教唆犯概念的比较分析		
一	大陆法系国家中的教唆犯概念考查	(100)
二	英美法系国家中的教唆犯概念考查	(104)
第三节 教唆犯概念的应有之义		
第四节 相关归类问题的研究		
一	概然性教唆问题研究	(117)
二	诱惑侦查问题研究	(118)
三	陷害教唆问题研究	(123)
四	网络教唆问题研究	(127)
结论:一定研究范式下的教唆犯概念的界定及		
	归类问题论略	(130)
 第三章 教唆犯构成论		
第一节 教唆犯罪主体方面的认定		
一	特定场合下教唆犯主体资格的界定	(133)
二	教唆犯主体资格的扩张	(136)
第二节 教唆犯罪主观方面的认定		

一	故意教唆的辨析	(141)
二	过失教唆的证存	(146)
三	认识错误的重构	(152)
第三节	教唆犯罪客观方面的认定	(159)
一	多视角的行为界定	(160)
二	行为犯中的“行为”及其表现方式	(166)
三	行为犯语境下的教唆行为	(168)
第四节	教唆犯罪客体方面的认定	(188)
结论:以传统构成要件为框架的独立构成说		
语境下的教唆犯罪的构成		(190)
第四章	教唆犯处罚根据论	(193)
第一节	共犯论语境下教唆犯的处罚根据	(194)
一	观点概介	(194)
二	评价及借鉴	(198)
第二节	教唆犯独立构成说语境下的教唆犯处罚根据	(201)
一	教唆者所具有的主观恶性与人身危险性是 对教唆犯予以刑罚处罚的主观根据	(203)
二	教唆行为本身所具有的严重的法益侵害性是 对教唆犯予以刑罚处罚的客观根据	(208)
结论:	缘于主客观方面的处罚根据的探寻	(215)
第五章	教唆犯犯罪形态论	(216)
第一节	教唆犯停止形态研究	(216)
一	既遂形态	(217)

二 预备形态	(220)
三 未遂形态	(224)
四 中止形态	(231)
第二节 教唆犯共同犯罪形态研究	(235)
一 主体方面	(235)
二 主观方面	(237)
三 客观方面	(239)
第三节 教唆犯罪数形态研究	(242)
一 教唆犯的想象竞合犯	(242)
二 教唆犯的连续犯	(245)
三 教唆犯的牵连犯	(248)
四 教唆犯的结果加重犯	(251)
五 教唆犯的吸收犯	(253)
结论:犯罪形态的整体建构	(257)
 结语:远非结束的开始	(259)
参考文献	(264)
后记	(277)

导 论

第一节 问题的缘起

作为人类社会发展的必然产物，犯罪以其反社会属性宣告了与主流社会的不相容及必然为主流规范所否定并加以制裁的最终结局。作为少数群体对具有整体性的多数群体的挑战，犯罪的出现与发展变化，同时也是社会发展在某些领域失衡的晴雨表，是促进社会和谐有序发展的另类因素。理性对待犯罪并将其控制在社会所能容忍的范围之内，是法治语境下的必然选择。

作为一种犯罪模式，教唆本无犯意之人产生犯罪决意历来为法社会所谴责，对于严重危及正常社会秩序者，法以其最严厉的手段予以反击并试图以此将其控制在最小的范围之内。一般认为，在教唆者通过各种手段使本无犯罪决意之人产生犯罪决意，这种犯罪决意进而转化为实施所教唆犯罪的行为的教唆犯罪的场合，教唆者与被教唆者形成共犯关系，这一点不仅为大陆法系国家刑法所肯定，也为借鉴于前苏联刑法而建构的我国刑法所承认并得到理论界的普遍认同，对教唆者的责任认定与处罚，都应当

遵循共犯理论框架下共犯者的责任认定与处罚原则，因为，“教唆犯的行为者以实现自己的犯罪为目的，利用成为规范的障碍的他人的某种意义上违法的行为，去实现该犯罪构成要件的场合，教唆犯通过基于他人犯罪决意的违法行为而实现犯罪构成要件，其教唆行为也和正犯一样与犯罪构成要件的实现（正犯结果）有因果性。之所以教唆犯参照正犯，正是因为其违法内容与正犯的违法内容是一样的”。^① 教唆者的教唆行为与被教唆者实施所教唆犯罪的实行行为属于同一犯罪构成要件的行为，教唆者假被教唆者之手实现其犯罪意图。基于不同的学术思想，共犯坚持者又分为共犯从属性说与共犯独立性说，虽然在关于教唆犯的性质问题上存在分歧，但是，在以共犯理论为框架而研究教唆犯相关问题的立场上，两派无疑达到了空前的统一。与此同时，在我国刑法理论界，教唆犯在共犯体系中的尴尬地位为很多学者所质疑，但对于教唆犯是否应当属于共犯这一根本性问题的认识出现争议，却是近年来的事情。根据我国刑法关于共同犯罪的理论，认定教唆者与被教唆者形成共犯关系，必得两者在主观方面与客观方面具有一定的一致性，即各共犯人在主观上必须具有共同的故意且彼此之间应当具有犯意的沟通、客观上具有共同的犯罪行为。然而，教唆者与被教唆者在主观上是否具有共同的犯意以及客观上是否具有共同的犯罪行为？主张教唆犯成立独立犯罪的学者们认为，从主观方面来看，教唆犯的本质在于教唆他人以使其产生犯罪决意，而被教唆者在主

^① [日] 野村稔：《刑法总论》，全理其、何力译，法律出版社 2001 年版，第 416 页。

观方面则表现为决意实施所教唆犯罪；从客观方面来看，教唆者的实行行为表现为教唆行为，而被教唆者的实行行为则是其实施所教唆犯罪的行为。因而，很难得出教唆者与被教唆者构成共同犯罪的结论。^① 上述关于教唆犯地位的根本性认识差异导致了在一系列相关问题如教唆犯的概念厘定、犯罪构成、处罚根据及犯罪形态等方面的全面分歧。

第二节 研究现状

大陆法系刑法对教唆犯的研究，是以教唆犯从属性说与教唆犯独立性说为脉络而展开的。在教唆犯从属性说者看来，教唆犯作为狭义共犯的一种，对于作为正犯的被教唆者具有从属性。教唆犯的成立与可罚性，都必须以一定的实行行为即被教唆者实行所教唆犯罪的行为的存在为前提，只有在被教唆者本身成立犯罪并具有可罚性时，教唆者才因其所具有的从属于被教唆者的性质而成立犯罪并具有可罚性。持此观点的学者主要有德国的费尔巴哈、毕克迈耶、迈耶、贝林格、麦兹格、李斯特，日本的泷川幸辰、平野龙一、大场茂马、小野清一郎等。与此相对，共犯独立性说者则认为，犯罪是行为人的主观恶性的征表，教唆者的教唆行为本身即表明了其固有的主观恶性与人身危险性，因而，教唆者实施教唆的行为本身即具有实行行为性并成立独立的犯罪，教唆者承担刑事责任的根据在于其本身所实施的教唆行为而非被教

^① 参见齐文远、刘代华《论教唆犯应被规定为独立犯罪》，载高铭喧、赵秉志主编《刑法论丛》（第2卷），法律出版社1999年版；潘莉：《论教唆罪的设立》，载《刑法论丛》第9卷。

唆者的犯罪行为。坚持教唆犯独立性说的学者，主要包括意大利的菲利，德国的宾丁、布利以及日本的牧野英一、木村龟二等。

由于所坚持的立场不同，各学派在关于教唆犯的一系列问题的认识上亦存在较大差异：其一，在关于教唆既遂的认定方面，从属性说者认为，教唆犯既遂，必得被教唆者实施所教唆犯罪并已既遂，在被教唆者未接受教唆、未产生犯罪决意、产生犯罪决意但未实施所教唆犯罪、实施所教唆犯罪而未达既遂的情况下，教唆犯均不能构成既遂；而在独立性说者看来，只要被教唆者已着手实施所教唆犯罪，即使该实行行为未遂或中止，对于教唆者而言，已构成教唆既遂。其二，在关于教唆未遂的认定方面，有相当部分从属性说者对此持肯定态度，也有部分学者对此持否定态度，如日本学者久礼田益喜就认为：“承认加担犯（指教唆犯和从犯）的从属性者不承认加担犯自身的未遂。其理由谓没有主犯罪，从犯罪就没有理由可以成立。根据狭义地解释从属性，以正犯的成立为加担犯成立的要件，与通说同样，我也不承认加担犯本身的未遂。”^①与此同时，共犯独立性说者中，多数持肯定说，即认为教唆犯能够成立犯罪未遂。在教唆犯未遂肯定说者中，因所持观点不同，两派在关于教唆未遂的具体认定方面也得出了完全不同的结论：从属性说者认为，在教唆者已着手实行教唆，但被教唆者尚未接受教唆并且尚未形成犯意的情况下，因教唆者尚不成立犯罪，因而自然无犯罪未遂可言；而在独立性说者看来，即便被教唆者尚未接受教唆，但教唆者已经着手实施了教唆行为，其主观恶性和人身危险性已通过教唆行

① [日] 久礼田益喜：《日本刑法总论》，成文堂1929年版，第359—360页。

为得以征表，只是由于被教唆者尚未实施所教唆犯罪而导致犯罪未达既遂，因而教唆者构成教唆未遂。不仅如此，在独立性说者看来，“教唆者想使被教唆者产生实行犯罪决意的企图，但以失败而告终，被教唆者没有做出任何行为或者实施了预备行为的情况（没有效果或结果的教唆）等，这些均构成教唆的未遂”。^①其三，在教唆中止的认定方面，坚持从属性说者与坚持独立性说者也得出了截然不同的结论。在从属性说者看来，教唆犯罪中止，是指被教唆者在实施所教唆犯罪的过程中，教唆者基于自愿放弃犯罪的意图而有效阻止被教唆者实施犯罪的情形。教唆者主动放弃教唆行为的，由于尚未构成犯罪，因而不能成立刑法意义上的犯罪中止。被教唆者主动放弃犯罪的，对于教唆者而言，构成犯罪未遂而非中止。而在独立性说者看来，只要教唆者主动放弃教唆行为，就成立犯罪中止。说服被教唆者放弃犯罪决意、阻止被教唆者实施所教唆犯罪，以及在被教唆者着手所教唆犯罪的实行行为的情况下，有效阻止被教唆者实施所教唆犯罪或有效地防止了犯罪结果发生的，均成立教唆中止。

区别于大陆法系的制定法传统，在以判例为主的英美法系中，教唆犯是以不完整罪的形态出现的，因而对教唆犯罪的处罚，就具有了实质意义上的独立性地位。同时，我国台湾、香港及澳门刑法对教唆犯也作了相关规定，由于所属法系不同，在关于教唆犯的地位认定等一系列问题方面，所得出的结论也有所差

^① [日] 木村龟二主编：《刑法学词典》，上海翻译出版公司1991年版，第369页。