

# 《刑法》第29条第2款的法理分析

蔡桂生

**摘要** 尽管刑法第23条第1款和第29条第1款给共犯从属性说留出了论证空间，但刑法第29条第2款构成了该说的法律障碍，该款事实上反映的是教唆的独立性。在解释该款时，应将法律规定上教唆的未遂和学理上未遂的教唆区分开，并将该款解释为立法上规定的、教唆犯独立成立的例外条款。虽然独立性例外说和两重性说一样，都会促成将第29条第2款解释为未遂，以及都无法解决因立法之故而导致的处刑失调，但在法律适用上和从属性原则立场上，独立性例外说并不同于两重性说。

**关键词** 刑法第29条第2款 教唆的未遂 独立性例外说 两重性说

作者蔡桂生，法学博士，北京大学刑事法治研究中心研究员。

## 一、问题的提出

**案例1** 1998年2月，被告人王某所承包柜台出售的盗版碟片被某市广电局查获，便怀疑是丁某举报，产生教训他的念头。同年5月，王某找被告人郑某并给其人民币1500元，要求郑某将丁某脸打破相，把其商店玻璃砸碎。后郑某找到金某（已治安处罚），给其400元，要求其将丁某脸打破相，把商店玻璃砸碎。金某到丁某店里，以威胁、恐吓等手段敲诈丁某400元。该案王某、郑某被认定为教唆故意伤害，并判处有期徒刑一年，宣告缓刑两年。<sup>①</sup>

该案中，王某教唆郑某伤害丁某，但郑某在教唆金某伤害丁某后，丁某没受到身体伤害，而是受到金某的敲诈勒索。在这种欠缺故意伤害实行行为的情况下，因金某不能成立故意伤害罪的正犯，这时，王某和郑某的教唆故意伤害行为在我国法律实务中即依刑法第29条第2款处罚。这种处罚究竟是否必要，是一个刑事政策的问题；而这种情形下的教唆犯究竟具有何种性质，则是一个关乎其处罚正当性的学理问题。

\* 本文得到国家留学基金的资助。

① 参见江苏省大丰市人民法院（2000）大刑初字第172号判决书。

在我国刑法理论上,要判断这种教唆犯的性质,需对正犯和共犯的关系有清楚的认识。在二者关系上,素有共犯独立性和共犯从属性之争。选择共犯独立性还是共犯从属性,不仅是刑法基本立场的体现,更会切实地影响到共犯的成立范围。在我国,要在共犯独立性和从属性说之间做出选择,便无法绕开刑法第29条第2款的解释这一关键问题。近年来,尽管人们围绕该款的解释发表过颇有见地的见解,<sup>②</sup>但仍然还有若干重要的问题尚未得到充分讨论,解释论和立法论在一定程度上还纠缠不清。鉴于教唆犯的成立范围能左右当事人的罪与非罪,笔者便专门针对刑法第29条第2款作进一步探讨,进而阐明在我国刑法学中从属性说能贯彻到何种程度。

## 二、刑法第29条第2款:教唆的未遂

在当前刑法学界,较多学者倾向于共犯从属性说。笔者同样认为,从贯彻罪刑法定原则的角度,应坚持共犯的从属性说。构成要件的类型性,促成了正犯和共犯的区分,也是共犯从属性的理论根据。而在从属性程度上,因最小从属说可能扩大共犯的成立范围,极端从属说无法解决针对缺乏责任能力者的行为成立共犯的问题,故应当支持限制从属说。然而,坚持共犯从属性说的理由,不只是出于学理上的原因,它同样和实定法规定有关。在德国和日本,人们之所以支持从属性说,也是出于立法上的相关规定(即《德国刑法典》第26、27条,《日本刑法典》第61、62条)。在我国,虽然缺乏明确的法律规定,但刑法第23条第1款“已经着手实行犯罪”和第29条第1款“教唆他人犯罪”的规定,给区分正犯和共犯、进而成立共犯的从属性留出了论证空间。<sup>③</sup>依刑法第23条第1款,只有开始实施构成要件行为,才算实行犯的着手,才成立未遂,而共犯没有实行行为,就无法成立未遂。依刑法第25条(共同犯罪是指二人以上共同故意犯罪)和第29条第1款(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)的规定,如果刑法第29条第1款中包括教唆他人去实施帮助行为或连环教唆的情况(案例1中的王某、郑某即是连环教唆),那么可以认为,仅就刑法条文而言,也没有完全消除(功能的)单一制的存在空间。但若刑法第29条第1款中只包含教唆他人实行犯罪,则可以由此推出正犯和共犯的区分。同时,由于共犯从属性说具有古典、客观主义色彩,我国学者采从属性说并不难理解;但从属性说也存在难以贯彻到底的问题,因为刑法第29条第2款构成了从属性说的法律障碍。本文便结合该款进行法理分析,试图找到问题的解决出路。

### (一) 教唆的未遂,还是未遂的教唆?

刑法第29条第2款规定:“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。”立法部门解释说,这里的“被教唆的人没有犯被教唆的罪”指的是两种情况:1.教唆犯的教唆,对被教唆者没起到促成犯意、实施犯罪的作用,被教唆者既没有实施教唆犯教唆的犯罪,

<sup>②</sup> 例如,刘明祥:《“被教唆的人没有犯被教唆的罪”之解释》,《法学研究》2011年第1期,第139页以下。

<sup>③</sup> 参见陈兴良:《教义刑法学》,中国人民大学出版社2010年版,第638-639页;王昭武:《教唆犯从属性说之坚持与展开》,赵秉志主编:《刑法论丛》第15卷,法律出版社2008年版,第63页。

也没有实施其他犯罪，其教唆行为没有造成直接的犯罪结果；2. 被教唆者没有犯所教唆的罪，但因为受教唆而犯了其他罪。<sup>④</sup> 当然，除这两种情况外，有学者还提出了其他情况作为合理补充或细化，例如还有“教唆行为已经开始但教唆信息未传达到被教唆者”、“教唆犯对被教唆者进行教唆时，被教唆者已有实施该种犯罪之故意的”，等等。<sup>⑤</sup> 由此可知，第29条第2款规定的是教唆的未遂，换言之，教唆者的教唆未能对被教唆者起到教唆者设想中应有的效用。

教唆的未遂和未遂的教唆不同：前者指教唆者尝试教唆被教唆者，但未能使被教唆者达到着手实行的阶段；后者指被教唆者已着手实行所教唆之罪，但没有既遂。在学理上，我国台湾地区学者林山田教授详细列出了教唆的未遂的三种形态：“教唆者出于教唆故意，并已开始实行教唆行为，但并未使被教唆者知悉其教唆意思，被教唆者自未能萌生犯罪的决意；或教唆行为虽已使被教唆者知悉其教唆的意思，但被教唆者依然不为所动，而未萌生犯罪的决意；或被教唆者已因教唆行为形成犯罪决意，但尚未着手实行犯罪行为。以上三种情形，因为被教唆者尚未达到着手实行的行为阶段，而不构成未遂犯，故教唆者亦无法评价为教唆未遂犯，这即形成学说上的未遂教唆，而与具有共犯从属性质的教唆犯不同。”<sup>⑥</sup> 笔者以为，这段论述尽管可能尚未列出教唆的未遂的所有形态，但却真正把握住了教唆的未遂和未遂的教唆这两者的区分。<sup>⑦</sup> 我国刑法第29条第2款中规定的前述第一种情况（教唆犯的教唆，对被教唆者没起到促成犯意、实施犯罪的作用，被教唆者既没有实施教唆犯教唆的犯罪，也没有实施其他犯罪，其教唆行为没有造成直接的犯罪结果），正是林山田教授所列的教唆的未遂三种情形中的前两种情形，即1. 被教唆者没有领会教唆者的意思（没有听懂）；2. 被教唆者领会了被教唆者的意思，但不接受（听懂了但不赞成实行犯罪）。针对林山田教授列出的三种情形，陈兴良教授似乎将之概括为“失效的教唆”。<sup>⑧</sup> 相比于陈兴良教授的概括，可能更为准确的是陈子平教授的表述。陈子平教授区分了“失败的教唆”（*mislungene Anstiftung*）或“无效果的教唆”（*erfolglose Anstiftung*）这两种情形。<sup>⑨</sup> 但可惜的是，陈子平教授也未将“失败的教唆”再次细分为两种：被教唆者没有听懂和听懂了但不赞成实行犯罪。不过，仅就我国刑法第29条第2款而言，陈兴良教授对该款条文的理解是基本正确的，尽管他没对教唆的未遂再做细分。

早年，吴振兴教授也对教唆的未遂问题有过深入研究。尽管他主张将当时刑法第26条第2款

④ 参见郎胜主编：《中华人民共和国刑法释义》，法律出版社2009年版，第34-35页。

⑤ 参见马克昌主编：《犯罪通论》，武汉大学出版社1999年版，第563-564页；阮齐林：《刑法学》，中国政法大学出版社2010年版，第215-217页。

⑥ 林山田：《刑法通论》（下），作者2008年自版，第125-126页。

⑦ 林山田教授的这段论述，把握住了这种区分背后的大陆法系刑法学说脉络，这是我国学者平时所忽视了的。这样说的理由在于：林山田教授使用了“未遂教唆”来指称教唆者的教唆未能使被教唆者达致实行阶段的情况。追根溯源，将“未遂教唆”忠实还原为德国刑法学上的用语，则是“力图教唆”（*versuchte Anstiftung*），意指“尝试、试图去进行教唆；教唆的成败，则尚未言及”，这个“力图教唆”等同于“教唆的力图”（意指“教唆了，但只是试图教唆”）。林东茂教授和蔡圣伟教授均精确指出，在德国的文献里，“教唆的未遂”与“未遂教唆”的意义相同（参见林东茂：《刑法综览》，中国人民大学出版社2009年版，第177页；〔德〕普珀：《法学思维小学堂》，蔡圣伟译，元照出版社有限公司2010年版，第148页及译注）。“力图教唆”等同于“教唆的力图”，这是由语言逻辑决定的看似不同但内容相同的两个译语。由此可见，我们平时基本上没注意到的、一个“的”字的区分，在这里却很重要（或许没注意到这种区分，而将“教唆的未遂”和“教唆未遂”、“未遂的教唆”和“未遂教唆”相混同的，可见陈子平：《刑法总论》，中国人民大学出版社2009年版，第388-389页）。同样道理，“力图的教唆”等于“教唆力图”（*Anstiftung zum Versuch*），亦即教唆者的教唆使被教唆者着手实行了，但止于力图阶段，所以是针对（被教唆者的）力图所进行的教唆，也就等同于我国刑法学中的“未遂的教唆”或“未遂犯的教唆”。

⑧ 参见注③，陈兴良书，第651页。

⑨ 参见陈子平：《论共犯之独立性与从属性》，陈兴良主编：《刑事法评论》，第21卷，北京大学出版社2007年版，第12页。

(即现行刑法第29条第2款)解释为特殊教唆犯,以与一般教唆犯相区别,<sup>⑩</sup>但他还是就大陆法系“教唆的未遂”和“未遂的教唆”作过如下中肯的论述:“‘教唆的未遂’和‘未遂的教唆’……是有着严格区别的。这种区别可以从多方面来看,但最根本的一点,就是在所谓‘教唆的未遂’的情况下,教唆者与被教唆者没有共犯关系,而在‘未遂的教唆’的情况下,教唆者与被教唆者具有共犯关系。仅此一点就决定了‘教唆的未遂’与‘未遂的教唆’绝不能混为一谈。”<sup>⑪</sup>可见,教唆的未遂和未遂的教唆二者完全不同,因而,将刑法第29条第2款中这种教唆的未遂解释为未遂的教唆的观点,<sup>⑫</sup>既不符合学理上区分教唆的未遂和未遂的教唆的做法,也不符合刑法第29条第2款的规定本身,值得商榷。<sup>⑬</sup>正如张明楷教授本人在论述从属性和独立性时合理地指出过的那样:“既然按照传统刑法理论中的从属性与独立性的含义来讨论,就必须在这种特定的含义上得出结论,而不能随意改变特定含义,又按照特定用语得出结论。”<sup>⑭</sup>德国学者也指出,倘若教义学理论在一定程度上违背了词义,便可以判定,这种教义学理论站不住脚。<sup>⑮</sup>所以,依照这种逻辑,在教唆的未遂和未遂的教唆的问题上,就不能将教唆的未遂改称为未遂的教唆。因此,主张不应处罚教唆的未遂的观点,更多地只具有应然法上的意义。如果将教唆的未遂改解释为未遂的教唆是为了避免这样一种情况,即被教唆者实施了预备行为时,教唆者的处刑反而重于被教唆者尚未实施任何预备行为时教唆者的处刑,<sup>⑯</sup>那么,张教授的这种解释倒有一定的道理。但是,针对该情况,刘明祥教授认为,要避免这种处刑不协调,只能通过修改法律来实现。<sup>⑰</sup>笔者赞成刘明祥教授的这一观点。周光权教授指出,将其改解释为未遂的教唆的目的,也是为了避免被教唆者预备时,他可以免刑,而教唆者却无法免刑的不合理情形。<sup>⑱</sup>笔者认为,这种理解没注意到此时被教唆者已进入到我国普遍处罚的预备阶段,教唆者适用的是刑法第29条第1款、第22条,因而仍可免刑。

此外,何庆仁博士将教唆的未遂解释为间接正犯的未遂,<sup>⑲</sup>是为了将该条解释为从属性而将之解释为从属性的不得已解释,这是否符合该条的立法原意尚未可知。笔者以为,何庆仁博士将教唆的未遂解释为间接正犯的未遂,实际上是将教唆的故意解释成了间接正犯的故意,虽然能够体现出该条款中教唆的独立性,也能够说明“可以”从轻或减轻处罚的问题,但将行为人实际上仅仅具有的教唆的故意(即没有自己实行行为的意思)认定为正犯的故意(即认识到了被教唆者欠缺独立的故意,行为人自己具备了实行行为的意思),在定罪上,属于不利于行为人的解释,而且我国刑法并未明确将一般犯罪的教唆行为经由构成要件加以类型化,故而,不应当将教唆的未遂解释为正犯(包括间接正犯)的未遂。<sup>⑳</sup>当然,在立法论上将直接正犯和间接正犯作为单独的条款加以立法规

⑩ 参见吴振兴:《论教唆犯》,吉林大学出版社1986年版,第108-118页。

⑪ 同注⑩,第105-106页。

⑫ 参见张明楷:《刑法学》,法律出版社2011年版,第378页;以及周光权:《“被教唆的人没有犯被教唆的罪”之理解——兼与刘明祥教授商榷》,《法学研究》2013年第4期,第192页。

⑬ 同样不赞成将第29条第2款解释为未遂的教唆的,参见注②,第142-144页。

⑭ 张明楷:《论教唆犯的性质》,陈兴良主编:《刑事法评论》,第21卷,北京大学出版社2007年版,第78页。

⑮ 参见[德]金德霍伊泽尔:《适应与自主之间的德国刑法教义学——用教义学来控制刑事政策的边界?》,蔡桂生译,《国家检察官学院学报》2010年第5期,第148页。

⑯ 参见注⑭,第88、89页。

⑰ 参见注②,第144、148页。

⑱ 参见注⑫,周光权文,第192页。

⑲ 参见何庆仁:《我国刑法中教唆犯的两涵义》,《法学研究》2004年第5期,第47、55-56页。

⑳ 同样反对将第29条第2款解释为间接正犯的,可参见注②,第142页;注⑫,周光权文,第181页。

定的主张,<sup>②①</sup> 则具有合理性。

## (二) 教唆的未遂的立法例述评

由于刑法第29条第2款规定的是教唆的未遂,因而,只能得出在教唆的成立上不存在从属性的结论。如果把这种理解推向极端,我国在立法例上采取的就是共犯的独立性说而非从属性说,在这个意义上,有学者认为我国刑法采(功能的)单一制<sup>②②</sup>也不是完全无理。但正如前述,我国刑法中也存在区分正犯、共犯的论证空间。唯一构成真正的法律障碍的,只是刑法第29条第2款。由于该规定的存在,使得在我国难以彻底贯彻共犯从属性说。

既然教唆的未遂在正犯、共犯问题上具有决定性的作用,那么,德国法又是如何处理的呢?《德国刑法典》在正犯、共犯的规定之后,于第30条第1款也规定了教唆的未遂:“力图确定或教唆他人实施重罪,依重罪的力图的规定加以处罚。但可依照第49条第1款减轻处罚。第23条第3款亦相应适用。”针对这一条款,德国刑法学界从法政策的角度虽然也存在争议,比如,雅科布斯教授曾认为该条款干涉到了私人自由领域,<sup>②③</sup>但罗克辛教授却认为,该条款处罚的是私人领域中极危险的举止。<sup>②④</sup>就该条款在教义学的定位而言,罗克辛教授指出:“在我们刑法中,只处罚实现构成要件,至多还处罚其力图 and 共犯行为,这是一个基本的原则,而第30条则规定了该基本原则的例外。”<sup>②⑤</sup>“在满足构成要件上,力图教唆不是力图,而是预备;……同样,第30条也不是共犯的特殊规则。因为依照从属性的规则,共犯以正犯为成立前提,而在第30条这里却缺乏这点。……毋宁说,值得赞成的是‘预备说’,依照该学说,第30条处罚的是犯罪预备中极严重的形式。判例亦如此认为。”<sup>②⑥</sup>可见,在罗克辛教授那里,教唆的未遂(即力图教唆)虽然顶着“未遂”的名称,但却并非时间点处于着手之后的“未遂”,实际上是犯罪预备。确切地说,由于第30条第1款只针对重罪<sup>②⑦</sup>,故这种犯罪预备只是重罪的预备。<sup>②⑧</sup>这种将第30条第1款解释为重罪预备,在德国乃是主流的理解。<sup>②⑨</sup>在教唆的未遂的处罚上,尽管《德国刑法典》第30条第1款规定了教唆的未遂可罚,但该第1款第2句(可依《德国刑法典》第49条第1款减轻处罚)和第31条又对第30条第1款的处罚做了节制,从而使得处罚不那么严厉了。在笔者看来,德国刑法对教唆的未遂采取的立法节制,正反映出教唆的未遂在性质上具有特殊性。

在刑法学理上,教唆的未遂也是一种共犯的未遂,而处罚共犯的未遂是共犯独立性说的体现。换言之,正犯尚未着手实行犯罪,但共犯已开始教唆、帮助的,共犯者也算着手实行犯罪,需加以处罚。<sup>③①</sup>我国台湾地区学者陈朴生教授指出,“共犯独立性说,或称共犯独立犯说、共犯固有犯罪

<sup>②①</sup> 参见注①9,第56-57页。

<sup>②②</sup> 参见注②,第139-141页。

<sup>②③</sup> Vgl. Jakobs, Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung, ZStW 97(1985), S. 773.

<sup>②④</sup> Vgl. Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. II, Verlag C. H. Beck, 2003, § 28, Rn. 6.

<sup>②⑤</sup> 同注②④,第28节,边码5。

<sup>②⑥</sup> 同注②④,第28节,边码2。

<sup>②⑦</sup> 《德国刑法典》第12条第1款规定,最低处一年或一年以上自由刑的,为重罪。

<sup>②⑧</sup> 《德国刑法典》第30条第1款中的重罪性质以教唆者还是被教唆者为标准,存在不同理解,依据德国部分学说和判例的见解,该标准在于正犯(被教唆者);而多数学说则认为是依教唆者而定。Vgl. Kindhäuser, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Nomos Verlagsgesellschaft, 2009, § 43, Rn. 7-11. 笔者以为,这是法律针对教唆者之独立性的特殊规定,因此应依教唆者而定。

<sup>②⑨</sup> Vgl. Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch. Kommentar-Heine, 28. Aufl., Verlag C. H. Beck, 2010, § 30, Rn. 1-2.

<sup>③①</sup> 参见注①2,张明楷书,第373页。

说, 认教唆或帮助行为, 其本身即犯罪之实行行为, 亦即依其固有行为而构成犯罪, 并具有可罚性。其利用他人即正犯之行为而犯罪, 其本质与利用自然事实无异。正犯之实行行为, 不过因果关系之经过, 其教唆或帮助行为与犯罪事实间仍具有因果关系, 就其自己行为独立负其责任, 即所谓个人责任。故教唆犯及从犯, 亦罚其未遂。”<sup>③①</sup>

依我国台湾地区旧“刑法”(2006年修法之前的“刑法”)第29条第2款的规定, 教唆犯应依其所教唆之罪处罚, 这是从属性说的表现, 而针对该旧“刑法”第29条第3款的规定, “被教唆者虽未至犯罪, 教唆犯仍以未遂犯论”, 陈朴生教授指出, 这个第29条第3款的规定使得教唆犯“在被教唆者未至犯罪之情形下, 独立成罪, 按未遂犯处罚, 即具有半独立性。”<sup>③②</sup>与台湾地区旧“刑法”类似, 在德国, 尽管存在《德国刑法典》第30条第1款, 但该刑法典第26、27条却同时承认了限制从属说。德国和我国台湾地区旧“刑法”的立法例给笔者的启发是: 可以将我国刑法第29条第2款视为独立性例外, 进而在我国原则性地承认从属性说。<sup>③③</sup>换言之, 笔者在一定程度上认可了我国台湾地区学者将教唆的未遂理解为具有“半独立性”的观点。对于陈朴生教授在从属性和独立性上的这种观点, 陈子平教授称之为“半从属半独立说”。<sup>③④</sup>但笔者认为, 这种以从属性为原则、独立性为立法规定之例外的方案, 准确地说, 应该称为“独立性例外说”。<sup>③⑤</sup>从比例上讲, 这种“独立性例外说”可能不应称为“半从属半独立说”, 而应算作“大半从属说、小半独立说”。当然, 如果认为需要废除我国刑法第29条第2款、《德国刑法典》第30条第1款的规定, 那已是立法论, 而非解释论的观点了。如果我们认为这种教唆的未遂在刑事政策上需要加以控制的话, 则不应废除这个规定, 因为废除将形成有利于试图教唆他人犯罪的教唆者的法律处罚漏洞, 也就是说, 会导致无法处罚本文开头案例1中的行为人。退一步说, 如果在刑事政策上认为教唆的未遂缺乏加以处罚的充分根据, 从而在立法论上主张废除刑法第29条第2款, 笔者也不是不能接受。

### 三、独立性例外说与两重性说之异同

出于我国刑法第29条第2款的考虑, 笔者在教义学解释上采纳了独立性例外说, 这不是因为支持共犯的独立性说, 而只是由于实定法的规定如此。在我国刑法理论中, 针对教唆犯的性质, 还存在所谓两重性说, 即认为教唆犯既有从属性, 也有独立性。例如, 马克昌教授主张: “我们认为我国刑法规定的教唆犯, 确实具有两重性, 但独立性是主要的。具体言之, 刑法第29条第1款规定的教唆犯, 只有在被教唆者实施犯罪时才能成立。这时教唆者与被教唆者构成共同犯罪关系, 被教唆者实施的犯罪行为是犯罪预备、未遂或既遂, 教唆犯也是犯罪预备、未遂或既遂, 这就是教唆犯犯罪的从

<sup>③①</sup> 陈朴生:《实用刑法》, 三民书局1986年版, 第160页。

<sup>③②</sup> 同注<sup>③①</sup>, 第161页。

<sup>③③</sup> 在我国大陆, 张明楷教授早先也曾合理地认为, 在解释论上, 难以断定我国刑法对教唆犯采取了从属性说, 因为依照第29条第2款, “教唆犯的成立不以被教唆者着手实行犯罪为前提, 这便不是从属性说的立场”(参见张明楷:《刑法的基本立场》, 中国法制出版社2002年版, 第328页)。可是, 张教授后来为了贯彻从属性说, 转而将第29条第2款强行解释为未遂的教唆了。

<sup>③④</sup> 参见注<sup>③③</sup>, 第2页。

<sup>③⑤</sup> 支持这种理解的, 还有王昭武博士。他认为, 刑法第29条第2款“只是从属性原则下的例外规定”, 并主张严格限制该款的适用(参见注<sup>③③</sup>, 王昭武文, 第61页及以下)。遗憾的是, 他没有进一步分析其例外说与两重性说之区别。

属性。但这一款规定的教唆犯的刑事责任，则是依其在共同犯罪中的作用处罚，而不是依照实行犯的刑罚处罚，这就是教唆犯处罚的独立性。第29条第2款规定的教唆犯，是被教唆者没有犯被教唆之罪的情况。在这种情况下，教唆犯与被教唆者根本不成立共同犯罪关系，刑法却仍然对之规定了刑事责任。这里的教唆犯既无犯罪的从属性，也无刑罚的从属性，亦即只有独立性。”<sup>⑤</sup>

马克昌教授的这种观点，是两重性说中影响力比较大的一种。若以教唆的“独立性”为标准，这种两重性说可称为独立性主要说。除此以外，还有另一种形式的两重性说，即独立性次要说。例如，有学者指出：“根据我国刑法的上述规定（指1979年刑法第26条第1、2款，亦即1997年刑法第29条第1、2款——引者注）可知：作为共同犯罪中的教唆犯，是具有二重性的犯罪类型。即从其所教唆的特定罪行要依赖被教唆者的实行才能完成来看，教唆犯在共同犯罪中具有从属性的一面；从其教唆行为本身就具有一定的社会危害性来看，教唆犯在共同犯罪中又具有相对的独立性。这种矛盾的二重性，是以从属性为其矛盾的主要方面，以相对的独立性为其矛盾的次要方面。”<sup>⑥</sup>此即独立性次要说形式的两重性说。下文通过比较独立性例外说和两重性说的异同之处，来说明主张独立性例外说的意义所在。

### （一）独立性例外说异于两重性说之处

1. 在如何适用我国刑法第29条第1款和第2款这一问题上，存在不同理解，这是第一个不同点。独立性例外说认为，我国刑法第29条第1款和同条第2款之间存在教唆犯成立上的法律适用互斥关系。依据独立性主要说，刑法第29条第1款和同条第2款之间在教唆犯成立上没有严格的排斥关系，亦即：在教唆犯的成立问题上，适用第29条第2款之时，仍然有可能适用第29条第1款。结合案例是这样的：若甲与乙共同教唆丙杀人，而丙不接受教唆时，甲与乙也成立教唆犯（刑法第29条第2款），由于该案中甲和乙在共同教唆中所起的作用不同，亦需对他们适用刑法第29条第1款依照其各自作用分别处罚。<sup>⑦</sup>这种依各自作用分别处罚的做法，在马克昌教授看来，是处罚独立性的体现。而他同时认为，刑法第29条第1款又是教唆的从属性的依据，这使得第29条第1款既体现了教唆成立上的从属性，又体现了其处罚上的独立性。笔者以为，如果依照第29条第2款成立教唆犯，那就不可能再成立第29条第1款所规定的共同犯罪意义上的教唆犯了，如果不排斥第29条第1款在教唆成立上的适用，那就可能造成对第29条第2款中“可以从轻或者减轻处罚”的架空，不利于当事人。也就是说，案例1中对王某、郑某判处一年有期徒刑是合理的，若依照独立性主要说，就有可能不只是一年有期徒刑了。因此，依照独立性例外说，刑法第29条第2款只是个例外条款，利用该条款成立教唆的未遂后，这一定罪就独立地确立了处罚教唆者的前提基础，毋需再次援用刑法第29条第1款以成立教唆犯。

2. 在如何对待共犯成立上立场有别，这是第二个不同点。独立性例外说认为共犯的从属性是原则性的，独立性只是法律针对教唆犯所规定的例外。笔者的这种理解与两种形式的两重性说都不相同，下面分而论之。

<sup>⑤</sup> 同注⑤，马克昌主编书，第556-557页，该部分为马克昌教授本人所撰。

<sup>⑥</sup> 李光灿等：《论共同犯罪》，中国政法大学出版社1987年版，第82页。

<sup>⑦</sup> 参见注⑫，张明楷书，第375页。

(1) 独立性主要说认为,在教唆犯上主要是独立性,从属性为次。之所以该学说持这种观点,可能与该学说主张将共犯从属性区分为共犯成立的从属性(亦即所谓犯罪的从属性)和处罚的从属性有关。在教唆犯问题上,由于刑法第29条第1款和第2款均从处罚角度对教唆犯进行了考虑,这或许在一定程度上给马克昌教授的“独立性为主”的观点提供了根据。但笔者以为,共犯的从属性仅指共犯成立上的从属性,换言之,笔者并不认同在共犯的从属性中再区分出这种处罚(程度)的从属性,因为在处罚上更多地考虑的是个人的罪责,无需像在定罪问题上那样强调从属性。张明楷教授也正确地指出:“实际上,从属性并不包含这种处罚程度的从属性。……不管教唆犯是具有从属性还是独立性,刑法都可能规定按照正犯的刑罚来处罚教唆犯。换言之,‘依照正犯的刑罚处罚’,不是教唆犯从属性的标志,当然也不是教唆犯独立性的标志。”<sup>39</sup>

(2) 独立性次要说论者认为,教唆犯之所以具有独立性,乃是在于其本身具有一定的社会危害性。实际上,这种观点所说的教唆犯的独立性,与教唆犯的从属性并不处于同一个层面上。教唆犯的从属性,是说若正犯没有符合构成要件的行为,即不成立教唆犯。若要给教唆犯的独立性与从属性分出主次,则应在教唆犯的成立问题这一构成要件论的层面上分出主次,而不是将教唆犯具有独立的社会危害性作为依据。同时,这种独立性次要说也未注意到,具有一定的社会危害性,并不足以将教唆犯和帮助犯区分开来,因为二者都具有社会危害性。只有从法律上确认教唆的未遂,才能说明法律上认为教唆犯的社会危害性更重,教唆犯要处罚未遂,而帮助犯则不需要。依我国刑法,在教唆上,存在处罚教唆的未遂这种例外规定,而针对帮助的未遂,则不存在这种例外规定。如果依照独立性次要说的理解,就难以说明,为什么帮助的未遂也有一定的社会危害性,却不应予以处罚。换言之,之所以要处罚教唆的未遂,只是因为法律的例外规定;而立法就不支持对帮助未遂的处罚。因而,诉诸于独立社会危害性的这种独立性次要说,并不同于立足于法律规定的独立性例外说,后者是一种解释论上的学说。

## (二) 独立性例外说与两重性说的共同点

尽管独立性例外说不同于两重性说,但由于刑法的规定,独立性例外说和两重性说仍存在两处共同点。

1. 独立性例外说和两重性说都促成了构成要件论上的新解释,这是其一。两者都认为在我国刑事事实定法中,规定了教唆的未遂的刑法第29条第2款的性质是一种未遂而不是预备。依独立性例外说,刑法第29条第2款例外规定了对教唆的未遂的处罚。就教唆的未遂而言,其名为未遂,乃是从教唆者本人的角度而言的,这是教唆犯独立性的一种体现。

相反,就刑法第29条第2款仍坚守共犯对正犯的依附性,以及构成要件在区分两者时发挥的作用,那么,由于尚未现实地实施符合分则构成要件的行为,对教唆的未遂的性质则应理解为教唆形式的犯罪预备。根据支持这种预备论的观点,由于以正犯为参考标准,以正犯作为共犯的前提,这就使得在教唆的未遂时,必须否定共犯的这种独立性,进而得出预备的结论。第29条第2款在处罚上和刑法第22条第2款并不一致,只是因为教唆形式的预备更为严重而已。<sup>40</sup>《韩国刑法典》

<sup>39</sup> 同注⑫,张明楷书,第375页。

<sup>40</sup> 支持这一判断的,在我国,参见魏克家:《试论教唆犯的几个问题》,《刑法学论集》,北京市法学会1983年印,第138-139页;在德国,参见注②,第28节,边码2。



第31条还确认了这种预备。<sup>④1</sup> 针对这种预备论，吴振兴教授曾加以批判：若采犯罪预备论，那么，“教唆者教唆的是什么罪，就独立地看作是什么罪的预备犯。比如，教唆者教唆他人犯杀人罪，遭到了被教唆者的拒绝。这时教唆者就独立地看作是杀人罪的预备犯。可是，这样一来教唆者就失去了教唆犯罪的特点，而与实行犯混为一谈了”。<sup>④2</sup> 而预备论者的逻辑在于，如果从正犯（亦即被教唆者）本人的角度看，确实还未实施符合构成要件的行为，这时教唆者的“共犯”只能是预备。吴振兴教授之所以认为预备论会使教唆犯和正犯混为一谈，乃是因为这种情形下的教唆犯具有独立性的特点。<sup>④3</sup> 依照本文支持的“独立性例外说”，也应认为，根据立法规定，教唆犯具有独立性的特点。另外，在预备论者看来，将刑法第29条第2款解释为预备，算是在共犯成立问题上，基于从属性原则而针对教唆之独立性的一种节制：将教唆的独立性节制为教唆处罚上的独立性。针对这种将独立性分为成立上的独立性和处罚上的独立性的做法，笔者前已表示了反对意见，处罚上的独立性不能算作教唆犯独立性的立论根据，因为教唆犯的独立性终归是成立上的独立性。

在我国刑法学界，两重性说主张，刑法第29条第2款的性质应为未遂。<sup>④4</sup> 这是相当有影响的观点。两重性论者援引立法沿革写道：如果该种情形属犯罪预备，则我国刑法就不会将“刑法第33稿”中的“可以从轻、减轻或者免除处罚”的规定改为“可以从轻或者减轻处罚”。<sup>④5</sup> 在本文看来，这种批判体现了该条款可能的立法意思，具有一定的说服力。但是，如果坚持先定罪后量刑的思维，就可以观察到，两重性说的这种通过援引立法意思并依刑罚轻重来反推是否成立着手的做法，会削弱构成要件的限制性作用。尽管笔者所持“独立性例外说”不采取这种借助第29条第2款后半句“对于教唆犯，可以从轻或者减轻处罚”加以反推的思路，但也同样认可教唆犯例外成立的独立性，因为这是由第29条第2款前半句“被教唆的人没有犯被教唆的罪”所导出的。如果笔者也将刑法第29条第2款解释为预备，那就不仅忽视了第29条第2款的规定，也忽视了第29条第2款与第1款共处于“教唆犯”这一条文主旨下的事实。

因此，独立性例外说也认为，刑法第29条第2款规定的是教唆的未遂，只是这种教唆的未遂不同于正犯的未遂，而是一种会导致修改构成要件论的特殊的未遂形式。这样说的理由是：依构成要件论的通常学理和刑法第23条第1款，预备和未遂的区分，应以是否着手即是否开始实施符合构成要件的行为为标准。被教唆者的任务是实施符合构成要件的行为，教唆者只是共犯。在被教唆者尚未进入着手阶段时，或者说，正犯的行为尚未正式开始时，依照从属性说，作为依赖于正犯的教唆者，自然无法成立共犯。构成要件乃是对行为方式的类型化，这种类型化是通过分则的明确规定实现的。这样，仅靠刑法第29条第2款这种欠缺类型性的总则性规定，无法成立正犯，进而也不能成立共犯。换言之，如果坚持构成要件只能由分则而不能由总则规定这一前提，由于缺少类型化的行为充当前提，教唆的未遂只能是尚未着手的预备。这样，如果认为在被教唆者尚未着手的情

<sup>④1</sup> 该条规定：“（一）教唆他人犯罪者与实行犯罪者，处罚相同。（二）被教唆者承诺实行犯罪，但未着手实行的，教唆者与被教唆者均以阴谋犯或者预备犯相应处罚。（三）被教唆者未承诺实行犯罪的，对教唆者的处罚也适用前项有关规定。”

<sup>④2</sup> 同注⑩，第101页。

<sup>④3</sup> 参见注⑩，第116页。

<sup>④4</sup> 除预备说、未遂说外，还有一些其他学说，如成立说、既遂说，详见赵秉志：《犯罪未遂形态研究》，中国人民大学出版社2008年版，第239-242页；陈兴良：《共同犯罪论》，中国人民大学出版社2006年版，第364-369页。

<sup>④5</sup> 参见高铭喧：《中华人民共和国刑法的孕育诞生和发展完善》，北京大学出版社2012年版，第34页；亦参见注④，赵秉志书，第241页；陈兴良书，第367页。

形下，教唆者依照刑法第 29 条第 2 款这种总则性规定即可成立未遂，那就承认了在没有利用分则进行构成要件化、欠缺类型性的行为方式的前提下，也可认定着手实施了符合构成要件的行为。<sup>④⑥</sup>例如，即便作为国家工作人员的丈夫没听从非国家工作人员的妻子的教唆收受贿赂，妻子也要因自己的教唆的未遂受到刑法第 29 条第 2 款的规制。<sup>④⑦</sup>这种做法，是立法者在利用总则修正既有的法定构成要件，可能不利于既有法定构成要件的明确性，但却已经为刑法第 29 条第 2 款这一立法所固定；同时，我国刑法第 22 条也通过普遍处罚预备而给着手时点的提前、进而将刑法第 29 条第 2 款认定为未遂提供了支撑。<sup>④⑧</sup>因此，只有去掉以刑法第 22 条为根据的着手时点之前置，才能不受限制地将刑法第 29 条第 2 款解释为犯罪预备。如果想将教唆行为构成要件化而又不修改着手理论（以及构成要件论），那么，依照构成要件论本来的意义，就只能依赖刑法分则。刑法第 353 条中的教唆他人吸毒罪即是其例：这时，只要教唆者一开始教唆，即着手实施符合构成要件的行为，教唆犯即为正犯。但我国的实定法没有完全坚守这种构成要件论，针对刑法第 29 条第 2 款中承认教唆的未遂而导致的构成要件论上的修正而言，如果釜底抽薪式地拒绝这种修正，那就只能从立法上删除刑法第 29 条第 2 款或者将刑法第 22 条从普遍处罚预备修改为例外处罚预备，因为刑法第 29 条第 2 款和第 22 条这两个规定，才是造成上述状况的最终原因。

但是，在必须适用刑法第 29 条第 2 款和第 22 条时，为避免教唆者的定罪模糊化，就应从教义学上适度地加以节制，从而将定罪严格化。依照德国刑法学中针对教唆的未遂的节制方法，教唆行为必须具体化。也就是说，尽管教唆者所教唆的犯罪毋需明确到包括所有犯罪细节，但是其必须在基本框架和重要的要素上足够特定化、具体化，亦即要有具体的犯罪对象、地点、时间和犯罪手段，以达到“被教唆者只要想实施犯罪，就能够实施”的程度。<sup>④⑨</sup>如果行为人只是要求或命令他人去做某一类行为（如去抢任意一家银行），而具体落实方式仍有众多可能性，则不能算是足够特定化、具体化了。<sup>⑤①</sup>

2. 不管是独立性例外说还是两重性说，均无法使教唆的未遂时教唆者的处罚，必定轻于被教唆者成立犯罪预备时教唆者的处罚，都不会突破刑法第 29 条第 2 款和刑法第 22 条的实定法规定，这是第二个共同点。

具体而言，教唆的未遂的处罚是依照刑法第 29 条第 2 款“可以从轻或者减轻处罚”，而被教唆者成立犯罪预备时，教唆者也成立犯罪预备，这时“可以比照既遂犯从轻、减轻处罚或者免除处罚”（刑法第 22 条第 2 款）。被教唆者未接受教唆时，对教唆者的处罚（教唆的未遂不能免除处罚）反而可能重于被教唆者已至犯罪预备时对教唆者的处罚，从而在教义学上造成说理上的障碍。<sup>⑤②</sup>但是，之所以出现这种处罚上的不协调，并为将教唆的未遂扭曲解释为未遂的教唆留出空间，乃是因

<sup>④⑥</sup> 两重性论者即持此种理解，参见注④④，陈兴良书，第 364—365 页。

<sup>④⑦</sup> 相反，黎宏教授认为，该案中的妻子不能单独成立受贿罪，参见黎宏：《刑法总论问题思考》，中国人民大学出版社 2007 年版，第 514—515 页。

<sup>④⑧</sup> 预备犯是否要一律处罚，是个很值得探讨的问题。笔者以为，例外地处罚预备犯更为合理。针对预备犯普遍处罚的困境以及相关的突围方案，参见梁根林：《预备犯普遍处罚原则的困境与突围：〈刑法〉第 22 条的解读与重构》，《中国法学》2011 年第 2 期，第 156—176 页。

<sup>④⑨</sup> 参见注④④，第 28 节，边码 20。

<sup>⑤①</sup> Vgl. Kindhäuser, Strafrecht, Lehr- und Praxiskommentar, 4. Aufl., Nomos Verlagsgesellschaft, 2010, § 30, Rn. 2.

<sup>⑤②</sup> 非常典型的是，张明楷教授正是因为这种说理障碍，不仅否定了两重性说，也拒绝承认刑法第 29 条第 2 款中由立法确定的教唆犯的独立性（参见注④②，张明楷书，第 375—376 页）。类似的理解，亦参见注④⑦，第 514 页。

为立法上的两种规定：（1）刑法第29条第2款处罚教唆的未遂的严厉规定；（2）刑法第22条要普遍地处罚预备犯，这可能使刑法第23条第1款规定的本来以实施符合构成要件的行为为标志的着手时点提前到预备阶段，从而在可以免刑的犯罪预备之中成立不能免刑的“未遂”，给依照刑法第29条第2款处罚教唆的“未遂”提供根据。刑法解释需合乎刑法规定，立法不明确之处才有解释的余地。立法不科学而导致的处刑不协调，难以通过解释论来解决。真要解决这个处刑协调问题，只能从立法上考虑修改法律条款中的这两个规定。

如果只考虑刑法第29条第2款，那么，在刑事政策上坚持处罚教唆的未遂的条件下，则可在立法上借鉴《德国刑法典》中第30条和第31条的相应规定，亦即将处罚范围限制在教唆他人犯重罪上，并附加相应的节制。这尽管无法平息争论，但可以使针对教唆犯的处罚不那么严厉。如果采我国台湾地区2006年修法后的立法例，便代表着在学理上转为共犯的从属性说，意味着在刑事政策上放弃对教唆的未遂的处罚。

如果打算修改刑法第22条预备犯的规定，则有三种方案可供选择：

第一，相对激进的修改法。就刑法第22条而言，如果在改预备犯的普遍处罚为例外处罚的同时，也废除刑法第29条第2款，则问题完全消除。

第二，略微保守的修改法。若修改预备犯的普遍处罚规定为例外处罚，同时保留刑法第29条第2款，在该条款中添加“可以免除处罚”的规定，则可以明确地使在教唆的未遂以及被教唆者实施了犯罪预备时，教唆者和被教唆者均可免除处罚。这时，以刑罚反推性质论者，有可能将刑法第29条第2款的性质认定为犯罪预备。

第三，最为保守的修改法。如果将预备犯的这种普遍处罚改为例外处罚，但同时保留刑法第29条第2款，则教唆的未遂失去现行刑法第22条中前置的着手时点的支撑，进而成为独立的条款，这样可以为将教唆的未遂解释为例外处罚的预备减少法律障碍。如果采取了预备论，则不会导致着手理论以及构成要件论的修正。如此，不管被教唆者未接受教唆也好，已经达到犯罪预备的程度也好，被教唆者均毋需处罚，而教唆者受到的待遇则不同。在这两种情形下，教唆者均不受被教唆者的犯罪阶段影响而实际成立可罚的预备，均需因教唆的未遂而例外地受到处罚，虽然这对于教唆者可能更为严厉，而且也无法使被教唆者未接受教唆时对教唆者的处罚必定轻于被教唆者成立犯罪预备时对教唆者的处罚，但将该两种情形等同处罚的做法，可以避免被教唆者未接受教唆时教唆者不能免除处罚，而被教唆者达到犯罪预备时却可能免除处罚这种处刑失调。为了节制此时针对教唆者的处刑严厉性，可以像《德国刑法典》那样，考虑将教唆的未遂限制在少数重罪上，并附加可以免除处罚的中止犯的节制。

## 结 语

从保障人权和民生的主要任务出发，坚持罪刑法定原则以限制刑事处罚具有正当性。这种机能考虑，体现在正犯、共犯理论上，便是应坚持共犯的从属性说。我国刑法第23条第1款和第29条第1款给共犯从属性说留出了论证空间，但是，刑法第29条第2款却构成了共犯从属性说难以逾

越的法律障碍。教义学理论难以突破实定法的限制，这是必须面对的问题。刑法第 29 条第 2 款事实上反映的是教唆的独立性，这是法律现实。

在解释论上，为了明确刑法第 29 条第 2 款的性质，应将该款法律规定上“教唆的未遂”和学理上“未遂的教唆”区分开。从贯彻罪刑法定思想、尽量吸纳共犯从属性说之成果的角度出发，本文认为，应当将刑法第 29 条第 2 款解释为立法上规定的、教唆犯独立地成立的例外条款，此即独立性例外说。在独立性例外说之前，我国刑法学界存在两重性说。虽然独立性例外说和两重性说一样，都将第 29 条第 2 款解释为教唆的未遂，也都必须面临因为立法的原因而导致的处刑失调，但在独立性例外说看来，在教唆犯成立上适用了第 29 条第 2 款便无需再援引第 29 条第 1 款来论证教唆犯的成立，而且，共犯从属性作为原则的立场必须维持，这两点使得独立性例外说不同于两重性说。在解释论上，针对共犯从属性和刑法第 29 条第 2 款，独立性例外说兼顾了理想和现实，乃是较优的方案。

在立法论上，如果将预备犯的普遍处罚修改为例外处罚，针对刑法第 29 条第 2 款，有三种修改方案，如果废除该条款，则争论当可平息；如果保留该条款，但在该条款中添加“可以免除处罚”的规定，则可以使在教唆的未遂以及被教唆者实施了犯罪预备时，教唆者和被教唆者均可免除处罚；如果维持该条款不动，则对教唆者比较严厉，这时应当考虑将教唆的未遂限制在少数重罪，并附加可以免除处罚的中止犯的节制。但在法律尚未修改的情形下，刑事政策上并未放弃普遍处罚预备和教唆的未遂，这就使得着手出现了提前，构成要件论出现了例外，教唆犯在成立上也例外地具有了独立性。

#### 【主要参考文献】

1. Jakobs, Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung, ZStW 97(1985).
2. 吴振兴：《论教唆犯》，吉林大学出版社 1986 年版。
3. Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. II, Verlag C. H. Beck, 2003.
4. 陈子平：《论共犯之独立性与从属性》，陈兴良主编：《刑事法评论》第 21 卷，北京大学出版社 2007 年版。
5. 张明楷：《论教唆犯的性质》，陈兴良主编：《刑事法评论》第 21 卷，北京大学出版社 2007 年版。
6. 陈兴良：《教义刑法学》，中国人民大学出版社 2010 年版。
7. 刘明祥：《“被教唆的人没有犯被教唆的罪”之解释》，《法学研究》2011 年第 1 期。
8. 张明楷：《刑法学》，法律出版社 2011 年版。
9. 周光权：《“被教唆的人没有犯被教唆的罪”之理解——兼与刘明祥教授商榷》，《法学研究》2013 年第 4 期。

（责任编辑：付立庆）