

“被教唆的人没有犯被教唆的罪”之解释

刘明祥^{*}

内容提要：我国刑法采取的是单一正犯体系，教唆犯从属性说无存在的法律基础，用此说来解释我国刑法第29条第2款中的“被教唆的人没有犯被教唆的罪”，不具有合理性。应当将其解释为被教唆的人没有按教唆犯的意思实施犯罪，具体包括四种情形：（1）教唆犯已实施教唆行为但教唆信息（或内容）还未传达到被教唆的人；（2）被教唆的人拒绝教唆犯的教唆；（3）被教唆的人接受教唆，但还未为犯罪做准备；（4）被教唆的人接受教唆，但后来改变犯意或者因误解教唆犯的意思实施了其他犯罪，并且所犯之罪不能包容被教唆的罪。

关键词：教唆犯 被教唆 犯罪 解释

我国刑法第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。”对这一规定中的“被教唆的人没有犯被教唆的罪”，刑法学者有不同理解，形成较大争议。笔者拟对此作进一步的探讨，期望能化解争议，以维护执法的统一性。

一、“被教唆的人没有犯被教唆的罪”的解释理论

目前，我国刑法学者在解释刑法第29条第2款时，往往都会与教唆犯的性质挂起钩来。关于教唆犯的性质，主要有三种观点：第一种观点是教唆犯二重性说，认为教唆犯既具有从属性，又具有独立性。其中，刑法第29条（即1979年刑法第26条）第1款体现了教唆犯具有从属性，而第2款规定，被教唆的人即便是没有犯被教唆的罪，教唆犯与被教唆人根本不成立共同犯罪关系，对教唆犯仍然要定罪处罚，这表明教唆犯具有独立性。^{〔1〕}第二种观点是教唆犯独立性说，认为“在一部刑法里，要么采取独立性说，即完全以教唆人所教唆之罪作为定罪基础；要么采取从属性说，即完全以被教唆人所实施之罪作为定罪基础。……刑法第26条（即现行刑法第29条，下同——引者注）第1款的立法精神，同该条第2款一样，都是体现确定教唆犯刑事责任的

^{*} 中国人民大学刑事法律科学研究中心教授。

〔1〕 参见伍柳村：《试论教唆犯的二重性》，《法学研究》1982年第1期；马克昌：《论教唆犯》，《法律学习与研究》1987年第5期。

独立性，并不对实行犯存在任何从属性。”〔2〕第三种观点是教唆犯从属性说，其中，有学者为了贯彻此说，将刑法第29条第2款解释为是关于共同犯罪的教唆而未达到既遂状态的处罚规定。〔3〕还有学者为了贯彻此说，提出刑法第29条规定的是广义的教唆犯，即第1款规定的是狭义或真正意义上的教唆犯，且采取的是教唆犯从属性说；第2款是对以教唆行为方式实施的间接正犯未遂所作的规定。〔4〕

以上三种解释论都是以德国和日本刑法学中的共犯从属性说与共犯独立性说为基础来展开论说的，而这两种学说又是以德国和日本刑法所采用的正犯与共犯相区分的二元参与体系（或称正犯与共犯区分体系）作为法律根据的。这种共犯参与体系的特点是，在法律条文中，不仅就犯罪之成立在概念上区分“正犯”和“共犯”（即教唆犯和帮助犯），而且在刑罚评价上对二者也加以区分。因为正犯之刑是所有共同犯罪参与者处刑的基准，共犯要比照正犯之刑处罚或减轻处罚，并且原则上正犯的处罚重于共犯。例如，日本刑法第61条规定：“教唆他人使之实行犯罪者，科正犯之刑。”第62条规定：“帮助正犯者，为从犯。”第63条规定：“从犯之刑，依正犯之刑减轻之。”在这种体系下，正犯被认为是实施符合构成要件行为（即实行行为）的人，而共犯（教唆犯和帮助犯）则是实施了基本构成要件以外的行为、符合所谓被扩张的构成要件的人。〔5〕

与此相对的另一共犯参与体系是一元参与体系，又称为单一正犯体系或者包括的共犯体系，是指将所有共同参与犯罪的人都视为正犯，而不注重从构成要件的立场来区分正犯与教唆犯、帮助犯，只是在正犯之内根据其加功的程度和性质量刑时予以考虑。〔6〕例如，奥地利刑法第12条规定：“自己实施应受刑罚处罚的行为，或者通过他人实施应受刑罚处罚的行为，或者为应受刑罚处罚的行为的实施给予帮助的，均是正犯。”第13条规定：“数人共同实施应受刑罚处罚的行为的，按责任的大小分别处罚。”意大利、丹麦、巴西等国刑法也采用了这种体系。特别值得一提的是，前苏联和东欧一些社会主义国家，如保加利亚、匈牙利、捷克等国都采用过这种体系，现行的《俄罗斯联邦刑法典》仍然采用这种体系。我国刑法也是如此。〔7〕一般认为，这种一元的参与体系（或单一正犯体系）具有如下特征：（1）为犯罪成立赋予条件者，皆为正犯；（2）不重视行为形态的区别；（3）对于犯罪的成立，根据各个正犯的行为，个别地探讨不法和罪责；（4）对于各正犯适用同一法定刑；（5）根据各正犯的参与程度和性质来量刑。〔8〕应当注意的是，这种单一正犯体系中的“正犯”，不同于正犯与共犯区分体系中的“正犯”，它是从广义而言的，包括所有参与共同犯罪的人，除了正犯与共犯区分体系中所指的狭义“正犯”之外，还包含这种体系中的“共犯”（即教唆犯和帮助犯）。〔9〕并且，即便是刑法之中并未使用“正犯”的概念，也不能否定其采用了单一正犯体系。例如，1960年的《苏俄刑法典》和现行的《俄罗斯联邦刑法典》之中，并未使用“正犯”而是采用了“共同犯罪人”的概念，但仍然被认为是采用了单一正犯体系。〔10〕我国刑法同俄罗斯刑法关于共同犯罪的规定相似，首先是界定共同犯罪的

〔2〕 余淦才：《试论教唆犯的刑事责任》，《安徽大学学报》（哲学社会科学版）1983年第2期。

〔3〕 参见张明楷：《刑法学》，法律出版社2007年版，第342页。

〔4〕 参见何庆仁：《我国刑法中教唆犯两种涵义》，《法学研究》2004年第5期。

〔5〕 参见〔日〕山中敬一：《刑法总论Ⅱ》，成文堂1999年版，第743页。

〔6〕 同上书，第742页。

〔7〕 参见江溯：《单一正犯体系研究》，载陈兴良主编：《刑事法评论》第24卷，北京大学出版社2009年版，第405页以下。

〔8〕 参见陈子平：《刑法总论》，台湾元照出版公司2008年版，第438页。

〔9〕 参见江溯：《犯罪参与体系中的行为概念与行为人概念》，《昆明理工大学学报》（社会科学版）2009年第7期。

〔10〕 参见前引〔7〕，陈兴良主编书，第407页。

含义，接着对共同犯罪人进行分类，^{〔11〕}尔后规定对共同犯罪人按其在共同犯罪中的作用处罚。^{〔12〕}至于共同犯罪的参与形式（即实行犯、教唆犯和帮助犯），对定罪和量刑的意义并不太大。

包括我国在内的采用单一正犯体系的刑法与德日等国采取正犯与共犯区分体系的刑法，对教唆犯的定罪与处罚的规定有重大差异。由于在采用后一种立法体系的刑法中，正犯之罪与刑是所有共犯（教唆犯和帮助犯）定罪与处刑的基准，正犯与共犯相比，正犯处于定罪与处刑的主要位置，共犯（教唆犯和帮助犯）则处于从属（或依附）的位置。一般认为，正犯实行了犯罪，共犯（教唆犯和帮助犯）才可能构成犯罪；“对于正犯的处罚要重于教唆犯，对于教唆犯的处罚要重于帮助犯”。^{〔13〕}这种共犯（教唆犯和帮助犯）从属性说在德国和日本是理论界的通说，是以采取正犯与共犯区分体系的刑法作为其法律基础的。但在我们这样的采取单一正犯体系的国家，共犯（教唆犯和帮助犯）从属性说就缺乏法律根据，“从属性原理完全没有存在的余地”。^{〔14〕}特别是就教唆犯而言，从我国刑法的规定来看，明显不能说是从属于正犯（或实行犯）。因为我国刑法第29条第1款明文规定：“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。”并且在司法实践中，教唆犯一般都是作为主犯来处罚，被教唆的实行犯作为从犯处罚，也就是说教唆犯处于主要地位处更重的刑罚，被教唆的实行犯处于从属地位处较轻的刑罚。但根据德国和日本刑法的规定，按照共犯从属性说，教唆犯不可能处于比实行犯（正犯）更重要的位置，也不可能处比实行犯（正犯）更重的刑罚。另外，根据我国刑法第29条第2款的规定，“如果被教唆的人没有犯被教唆的罪”，对教唆犯也要定罪处罚，这意味着教唆犯的定罪不具有从属于实行犯的特性。同样道理，由于德日刑法学中的共犯独立性说是以正犯与共犯区分的体系为基础来展开论说的，共犯（教唆犯和帮助犯）的独立性，仍然是以严格区分正犯（实行犯）、教唆犯和帮助犯为前提的，^{〔15〕}在此基础上来说明共犯（教唆犯和帮助犯）的独立性，认为“教唆对于教唆者而言，就是实行行为，而正犯的实行行为，对于教唆者来说，不外乎是因果关系之过程（经过），这意味着教唆本身即独立构成犯罪”。^{〔16〕}但是，由于我国刑法采取的是单一正犯体系，实行犯、教唆犯和帮助犯并无严格加以区分的必要，根据我国的刑法理论，实行犯、教唆犯和帮助犯的行为都是互相联系、互相利用的，不能单独抽取出来进行独立的评价。只要行为人基于共同故意，参与了共同犯罪行为，即构成共同犯罪，根据其在共同犯罪中所起作用大小的不同，给予轻重不同的处罚。由此可见，套用德日的教唆犯从属性说或教唆犯独立性说，来解释我国刑法第29条第2款中的“被教唆的人没有犯被教唆的罪”，显然是忽视了我国刑法与德日刑法在共犯参与体系上的重大差异。作为我国刑法理论之通说的教唆犯二重性说，尽管学者们对教唆犯既具有从属性又具有独立性有不同理解，但大多没有跳出正犯与共犯区分的体系，同样是忽视了我国刑法自身的特性，从而也就不可能作出令人信服的解释。

二、“被教唆的人没有犯被教唆的罪”的含义解析

关于我国刑法第29条第2款中的“被教唆的人没有犯被教唆的罪”的含义，我国刑法学界

〔11〕 俄罗斯刑法将共同犯罪人分为组织犯、实行犯、教唆犯和帮助犯；我国刑法将共同犯罪人分为主犯、从犯、胁从犯，同时对教唆犯单独作了规定。

〔12〕 俄罗斯刑法规定，共同犯罪人的责任由每一共同犯罪人实际参与犯罪的性质和程度决定；我国刑法规定，对共同犯罪人，按照其在共同犯罪中所起的作用大小，分别作为主犯、从犯或胁从犯来给予轻重不同的处罚。

〔13〕 黄荣坚：《基础刑法学》下，中国人民大学出版社2009年版，第491页。

〔14〕 前引〔7〕，陈兴良主编书，第417页。

〔15〕 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。

〔16〕 [日] 牧野英一：《刑法总论》下卷，有斐阁1959年版，第677页。

主要有两种不同的解释。一种是按其字面含义解释为被教唆的人没有按教唆犯的意思实施犯罪的情形。由于教唆犯与被教唆人之间不可能构成共同犯罪，对教唆犯只能是单独定罪处罚，因而认为该款是关于单独教唆犯的处罚规定。这是我国的通说，前述持教唆犯二重性说和独立性说的学者，都持此种主张。^{〔17〕}另一种是按教唆犯从属性说做“论理”解释，否定该款是对单独教唆犯的处罚规定。^{〔18〕}其中最有一种否定方式是将“被教唆的人没有犯被教唆的罪”解释为被教唆人已按教唆犯的教唆着手实行犯罪（双方构成共同犯罪）但没有既遂。笔者称之为“共犯教唆犯未既遂说”（以下同）。^{〔19〕}另一种否定方式是将“被教唆的人没有犯被教唆的罪”解释为被教唆的人不具有责任能力而又没有实施被教唆的行为，因而将教唆者视为以教唆行为方式实施的间接正犯未遂。笔者称之为“教唆方式的间接正犯未遂说”（以下同）。^{〔20〕}笔者赞成按字面含义做前一种解释，反对做后面两种“论理”解释。

首先，持“教唆方式的间接正犯未遂说”的论者提出，刑法第29条规定的是广义的教唆犯，即第1款规定的是狭义的或真正意义上的教唆犯，且采取的是教唆犯从属性说。如果被教唆的人没有犯罪，就不应该处罚教唆者，对狭义的教唆犯的处罚以共同犯罪的成立为前提。第2款规定的是以教唆的方式实施的间接正犯（在广义的教唆犯范围之内），只有因无责任能力等而不能构成犯罪的被教唆者未实施被教唆的行为时，才属于该款规定的“被教唆的人没有犯被教唆的罪”的情形，对教唆者才可以从轻或减轻处罚；如果这种被教唆者实施了被教唆的行为（也是“被教唆的人没有犯被教唆的罪”），但不可以从轻或者减轻处罚，因为“该款明确规定的是间接正犯未遂的处罚”。^{〔21〕}但是，正如张明楷教授所述，“这一解释存在如下疑问：为何刑法仅规定以教唆的行为方式实施的间接正犯？为何刑法在‘共同犯罪’一节中规定间接正犯的未遂处罚原则？既然‘对间接正犯未遂的处罚应该与直接正犯未遂的处罚一样’，为什么刑法在规定的未遂犯的处罚原则的同时，另规定间接正犯的未遂的处罚原则？在刑法并没有明确规定对于间接正犯作为正犯处罚的情况下，为什么却规定了间接正犯的未遂的处罚原则？这恐怕是上述解释难以回答的问题。”^{〔22〕}

其次，持“共犯教唆犯未既遂说”的论者将“被教唆的人没有犯被教唆的罪”解释为被教唆人已按教唆犯的教唆着手实行犯罪而没有既遂。其主要理由是：^{〔23〕}（1）“我国刑法采取了教唆犯从属性说。”根据教唆犯从属性说，只有当被教唆的人着手实行犯罪时，才能处罚教唆犯。如果仅从字面含义上理解“被教唆的人没有犯被教唆的罪”，那就意味着在被教唆的人没有着手实行所教唆的罪的场合，也处罚教唆犯。这显然与教唆犯从属性说相悖。（2）做上述解释，不存在文理上的障碍。因为“犯罪”或“犯……罪”这一用语具有多种含义，况且刑法规定的犯罪是以既遂为模式的，因此，可以将“被教唆的人没有犯被教唆的罪”理解为“被教唆的人没有犯被教唆的既遂罪”。（3）教唆犯的特点是唆使被教唆的人犯罪，总是意图使被教唆的人犯罪既遂，因此，被教唆的人着手实行犯罪但未能既遂，就可以解释为“没有犯被教唆的罪”。（4）做上述解释，意味着刑法第29条第1款与第2款都是对于共同犯罪中的教唆犯的规定，不至于出现通说所导致的刑法第29条第2款与共同犯罪无关的局面。进一步而言，刑法第29条第1款成为教唆犯成立与处罚的一般规定，第2款是教唆犯罪的减轻形态，但也应在第1款原则的指导下适用。

〔17〕 参见前引〔1〕，马克昌文；前引〔2〕，余淦才文。

〔18〕 因为只有否定单独教唆犯也能定罪处罚，才可能贯彻教唆犯从属性说。

〔19〕 参见前引〔3〕，张明楷书，第342页。

〔20〕 参见前引〔4〕，何庆仁文。

〔21〕 同上文。

〔22〕 张明楷：《论教唆犯的性质》，载陈兴良主编：《刑事法评论》第21卷，北京大学出版社2007年版，第88页。

〔23〕 同上书，第88页以下；杨金彪：《刑法共犯规定对共犯从属性说的贯彻》，《法学论坛》2006年第4期。

(5) 做上述解释,可以避免出现按通说导致的处罚不协调现象。因为被教唆人如果实施了预备行为成立犯罪预备,按通说教唆犯与被教唆人构成共同犯罪,适用刑法第22条,对教唆犯可以从轻、减轻处罚乃至免除处罚,而被教唆人甚至连犯罪预备行为也没有实施,只能适用刑法第29条第2款,只是可以从轻或者减轻处罚,这意味着罪轻者反而要受更重的处罚。(6) 做上述解释,有利于防止处罚不当罚的行为。事实上,当教唆者只是说了一句“杀死某人”时,即使对方完全默认,但仅此就处罚对方,显然不合理。笔者认为,上述解释确实充满了智慧,解释者为了贯彻自己的客观主义,可以说是用心良苦,也给人以有益的启示,但却存在以下几方面的问题:

第一,认为我国刑法采取了教唆犯从属性说,并完全按德日刑法学中的共犯从属性说来解释我国刑法第29条第2款,其立论的基础和解释的结论明显不可靠。如前所述,我国刑法采取的是单一正犯体系,与德日刑法采取的正犯与共犯区分的体系完全不同,共犯(教唆犯和帮助犯)从属性说根本没有存在的余地。

第二,“犯罪”或“犯……罪”这一用语确实具有多种含义,但不能离开具体的语境来随意解释。在一部刑法中,同一概念在同一语境下或前后相连的条文中,应该做同一的理解,否则,法律条文的意义就不具有可预测性,罪刑法定也就无法实现。从我国刑法第25条至第29条关于共同犯罪的规定来看,似乎没有哪个条文中的“犯罪”只能理解为“犯罪既遂”或“既遂犯罪”,而不包含“未遂犯罪”或“犯罪未遂”的情形。否则,会得出荒谬的结论。例如,我国刑法第25条规定,“共同犯罪是指二人以上共同故意犯罪。”若将这一条文解释为,共同犯罪仅限于共同犯罪既遂,即二人以上共同故意犯罪既遂的情形,显然不符合立法原意。又如,若将第29条第1款中的“犯罪”解释为仅限于“犯罪既遂”,那么,“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”,就应该理解为“教唆他人犯罪既遂的,应当按照他在共同犯罪既遂中所起的作用处罚”,这是否意味着教唆他人犯罪,他人已着手实行而犯罪未遂的,就不按他在共同犯罪中所起的作用处罚呢?“教唆不满十八周岁的人犯罪的,应当从重处罚”,是否意味着教唆不满十八周岁的人犯罪未遂的,就不能适用这一款的规定从重处罚呢?回答显然是否定的。如果说第1款中的“犯罪”包含犯罪既遂和犯罪未遂,而第2款中的“犯罪”或“犯……罪”不包含犯罪未遂(仅指犯罪既遂),那么,对同一条文中的同一词语为什么要做这种不同的理解?

第三,教唆犯的特点固然是唆使被教唆的人犯罪,并且总是意图使被教唆的人犯罪既遂,被教唆的人实行犯罪而未遂的,教唆犯很可能认为自己的目的未达到,因而没有犯罪,但是,在法律上显然不能做这种评价。不仅教唆犯罪如此,其他直接故意犯罪可以说都有这样的特点。如张三想要杀死李四,对李四实施用刀砍杀行为时被人阻止。显然不能认为张三意图杀死李四(杀人既遂)而实际上没有杀死李四(杀人未遂),就认为他没有犯杀人罪。同样道理,被教唆的人已按教唆犯的旨意实行杀人行为而未遂的,也不能说被教唆的人没有犯被教唆的罪(杀人罪)。

第四,将刑法第29条第1款与第2款解释为都是对于共同犯罪中的教唆犯的规定,确实不会出现刑法第29条第2款与共同犯罪无关的局面,但这不能成为将第29条第2款硬性解释为是关于共同犯罪中教唆犯规定的理由,更不能作这种简单的推论:“既然我国刑法在共同犯罪一节中规定了教唆犯,因此,无论是刑法第29条第1款的规定,还是第2款的规定,都属于共同犯罪的内容。”^[24]应该看到,按通说从字面含义来理解“被教唆的人没有犯被教唆的罪”,将第29条第2款解释为是关于非共同犯罪的教唆犯的规定,不能说这一款就“与共同犯罪无关”,而是与共同犯罪有关。因为教唆犯的本意是想唆使他人犯罪,也就是想与他人共同犯罪,但没有达到目的,怎么能说“与共同犯罪无关”呢?准确的说法是与共同犯罪有关,但不成立共同犯罪。正

[24] 肖本山:《“教唆未遂”诠释新解——关于体系性解释和目的解释方法的适用》,《法学评论》2007年第5期。

因为如此，刑法才将其规定在“共同犯罪”一节之中。并且，将相关（但不完全一致）的内容规定在某一章节，在我国刑法中随处可见，这也是很正常的事。即便是在“共同犯罪”一节，也并非仅有第29条第2款是关于非共同犯罪情形的规定，第25条第2款是关于共同过失犯罪的规定，^{〔25〕}也是关于非共同犯罪情形的规定。值得一提的是，民国时期刑法也有与我国现行刑法第29条第2款相似的规定，该刑法第29条第（3）项规定，被教唆人虽未至犯罪，教唆犯仍以未遂犯论。这一规定在我国台湾地区一直到2006年以前均在适用，并且也是放在该刑法第四章“共犯”之列，在施行几十年间似乎还没有学者提出，因为其被放在“共犯”一章中就只能解释为是关于共同犯罪中的教唆犯的规定。

第五，按照通说，被教唆的人连犯罪预备行为也没有实施时，适用刑法第29条第2款处罚教唆犯，与被教唆人实施了犯罪预备行为，教唆犯与被教唆人构成共同犯罪预备的情形相比，确实会出现处罚不协调的现象。但正如马克昌教授所述，“这是立法对第29条第2款的规定造成的。从当时参加立法的高铭暄教授的札记就可以清楚地看到：‘如果被教唆的人没有犯被教唆的罪……应当如何处罚？理论上有的主张这种情况相当于犯罪的预备，应按犯罪预备的原则加以处罚；有的主张这种情况相当于犯罪未遂，应按犯罪未遂的原则加以处罚。三十三稿规定‘可以从轻、减轻或者免除处罚’，相当于预备犯；刑法规定‘可以从轻或者减轻处罚’，相当于未遂犯。’如果按第三十三稿的规定，就不会发生这个矛盾，而按刑法的规定，这一矛盾就很难避免。”^{〔26〕}因此，要想解决上述处罚不协调的问题，只能是修改刑法的规定，即对单独教唆犯按预备犯的规定处罚。并且，做这样的修改，在国外也有先例。如韩国刑法第31条第2、3项规定，被教唆者承诺实行犯罪，但未着手实行的，教唆者和被教唆者以阴谋或者预备犯相应处罚，被教唆者未承诺实行犯罪的，对教唆者的处罚亦同前项。

反过来，按照持“共犯教唆犯未既遂说”的论者的解释，还会出现处罚上更不合理的现象。因为既然“被教唆的人没有犯被教唆的罪”是指被教唆的人犯被教唆的罪而未达既遂状态的情形，那就应该包括犯罪未遂、犯罪预备和犯罪中止。也就是说刑法第29条第2款对构成共同犯罪未遂、预备与中止的教唆犯都应该适用，即都可以从轻或减轻处罚。但这明显与刑法第22条、第24条对预备犯、中止犯的规定不符。正因为如此，作上述解释的论者提出，教唆他人犯罪，他人构成预备犯的，对于教唆犯，同时适用刑法第29条第1款与第22条，可以从轻、减轻处罚或者免除处罚；他人已着手实行犯罪，构成未遂犯的，对于教唆犯，则同时适用第29条第1款与第2款的规定，可以从轻或者减轻处罚。^{〔27〕}同样道理，如果教唆犯与被教唆人都构成中止犯，对教唆犯也只能是适用第29条第1款和第24条的规定，如果没有造成损害的，应当免除处罚，造成损害的，则应当减轻处罚。这虽然解决了处罚不协调的问题，但却无法回答：同样都属于刑法第29条第2款所指的“被教唆的人没有犯被教唆的罪”的情形，为何只有构成犯罪未遂时才适用，而构成犯罪预备或犯罪中止时却不适用？

第六，按照我国的通说，刑法第29条第1款中“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”，这是关于共同犯罪的教唆犯的规定，也就是对被教唆的人犯了被教唆的罪的规定。因为只有被教唆的人犯了被教唆的罪（包括实施了为犯罪做准备的行为），双方才可能构成共同犯罪，才有可能判断教唆犯在共同犯罪中起何种作用。第29条第2款中“被教唆的人没有犯被教唆的罪”，无疑是指教唆犯与被教唆人不构成共同犯罪的情形。因为从法条或语言表

〔25〕 刑法第25条第2款规定：“二人以上共同过失犯罪，不以共同犯罪论处；应当负刑事责任的，按照他们所犯的罪分别处罚。”

〔26〕 马克昌：《马克昌文集》，武汉大学出版社2005年版，第120页。

〔27〕 参见前引〔3〕，张明楷书，第342页。

达的顺序来论,既然前面说的是被教唆人犯了被教唆的罪构成共同犯罪的情形,后面接着说“被教唆的人没有犯被教唆的罪”不构成共同犯罪的情形,就成为合乎逻辑的结论。如果说“被教唆的人没有犯被教唆的罪”是指被教唆人已着手实行而没有犯罪既遂,也是关于共同犯罪的教唆犯的规定,那么,这一款规定就成为多余的了。因为即便是没有这一规定,按第29条第1款,对共同犯罪中的教唆犯无论是犯罪既遂还是犯罪未遂、犯罪预备或犯罪中止的,都要按其共同犯罪中所起的作用处罚。只不过在构成犯罪预备、未遂或中止时,同时还要适用刑法总则关于预备犯、未遂犯或中止犯的处罚规定。在笔者看来,将刑法第29条第2款之规定解释为多余(或不存在的意义),正是持“共犯教唆犯未既遂说”者的用心之所在。因为该论者也认识到,“从字面含义来说,该规定是教唆犯独立性说的重要根据,因而成为坚持教唆犯从属性说的重大障碍。换言之,要采取教唆犯从属性说,就必须重新解释该规定”。^[28]通过将刑法第29条第2款中“被教唆的人没有犯被教唆的罪”解释为被教唆人已着手实行犯罪但没有既遂,而将其实质内容抽掉,使其实际上被取消,这也就为贯彻论者所持的教唆犯从属性说排除了障碍。

但是,这种解释与现代法制原则不符,明显不具有合理性。如前所述,我国台湾地区2006年以前的刑法第29条第(3)项规定,被教唆人虽未至犯罪,教唆犯仍以未遂犯论。这与我国刑法第29条第2款的规定相似,2006年修改刑法时,将这一规定删除,删除的理由是这一规定采取了共犯独立性说的立场,但现在有必要改采共犯从属性说。^[29]为什么不通过做上述“论理”解释,把“被教唆人虽未至犯罪”解释为被教唆人已着手实行犯罪但未达到犯罪既遂,使之与共犯从属性说不冲突,而要通过修改刑法删除这一规定来解决问题呢?归根到底是因为罪刑法定主义要求对刑法做严格解释。^[30]

第七,共犯从属性说在德国、日本、韩国等大陆法系国家固然是通说,^[31]但由于按照这种学说,只有被教唆的人已着手实行被教唆的罪,才能处罚教唆犯,明显有放纵教唆犯罪的嫌疑,这也是共犯从属性说的一大缺陷。正因为如此,许多大陆法系国家的刑法并未完全采取这种学说。“至少德国刑法第三十条第一项就明明白白地肯定了一个基本立场,亦即涉及最低本刑为一年以上有期徒刑之罪者,即使被教唆人未至于犯罪,教唆人还是可能构成犯罪。”^[32]在日本,虽然没有类似德国刑法第30条第1项的规定,并且日本刑法第61条明文规定,“教唆他人实行犯罪的”才处罚,但在解释论上,“由于认为‘实行’中包括预谋、预备,所以,不管是独立预备罪、阴谋罪,还是从属预备罪、阴谋罪,都成立教唆犯”,^[33]从而使共犯从属性说的缺陷得到了一定程度的弥补。我国台湾地区2006年刑法将原有的“被教唆人虽未至犯罪,教唆犯仍以未遂犯论”的规定删除,也有可能带来负面效应。为此,台湾地区有学者提出,“要避免鼓励教唆犯罪,最后只能考虑的方式是透过立法把错误的‘修正’再修正回来。”^[34]也有学者主张,“被教唆人已萌生犯意,且本罪已经进入有处罚规定的预备阶段时,……被教唆人既然成立本罪预备犯,教唆人似亦有可能成立本罪预备的教唆犯。”^[35]由此可见,即便是在大陆法系国家或地区,完全采取共犯从属性说,要求被教唆人着手实行被教唆的罪时才处罚教唆犯,也行不通,因而不

[28] 前引[3],张明楷书,第341页。

[29] 参见前引[13],黄荣坚书,第549页。

[30] 有些国家的刑法对此有明文规定,如法国刑法第111—4条规定:“刑法应严格解释之。”

[31] 参见[韩]金日秀、徐辅鹤:《韩国刑法总论》,郑军男译,武汉大学出版社2008年版,第608页;[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318页。

[32] 前引[13],黄荣坚书,第551页。

[33] [日]大谷实:《刑法讲义总论》,黎宏译,中国人民大学出版社2008年版,第399页。

[34] 前引[13],黄荣坚书,第551页。

[35] 林钰雄:《新刑法总则》,中国人民大学出版社2009年版,第354页。

得不采取扩大实行行为范围（即把部分预备行为也解释为实行行为）的办法来弥补，但这又削弱了实行行为的定型性。

在我国，共犯从属性说不仅无存在的法律基础，而且事实上也无法推行。主张作上述解释的学者也意识到，被教唆人实施了犯罪预备行为构成预备犯时，如果因被教唆的人没有着手实行犯罪而不处罚教唆犯，就明显不具有合理性，因此，不得不提出“教唆者唆使他人犯罪，他人实施了犯罪预备行为的，如果需要处罚预备犯，则对于教唆犯同时适用刑法第29条第1款与第22条”。但是，这显然与只有被教唆的人着手实行了被教唆的罪才能处罚教唆犯的教唆犯从属性说不符。另外，还应当看到，在日本等大陆法系国家或地区刑法中，由于原则上不处罚预备行为，只是对少数预备行为在刑法分则中单独设有处罚规定，理论上又有独立预备罪与从属预备罪之分，一般认为，独立预备罪有实行行为。^[36]这也是在日本等国刑法学界一方面采取共犯从属性说，另一方面又承认预备罪的教唆犯的一个重要原因。可是，我国刑法是在总则中原则规定处罚所有故意犯罪的预备行为，在分则中并未对预备犯单独设处罚规定，犯罪预备行为与犯罪实行行为有明确的界限，不存在像日本等国那样把预备犯解释为有实行行为的可能性。因此，如果承认被教唆人构成预备犯时，教唆犯也应受刑罚处罚，那就并未贯彻教唆犯从属性说。

即便是承认预备罪的教唆犯，也并不能使教唆犯从属性说有可能放纵犯罪的问题从根本上得到解决。众所周知，在现代社会，集团犯罪、有组织的犯罪特别是恐怖主义犯罪频繁发生，教唆恐怖犯罪的危害性是难以想象的，必须防患于未然，显然不能等到被教唆者接受了教唆并已着手实行犯罪时，才处罚教唆犯。假如某人想用重金收买对方将有重大杀伤力的定时炸弹放在电影院炸死众多民众，但对方拒绝并及时报了警。如果按教唆犯从属性说，肯定不能处罚教唆者，而这无疑会放纵危险犯罪的发生，与国民的基本要求不符。

第八，采取教唆犯从属性说，确实有利于防止处罚不当的行为。但正如前文所述，采取这种学说，还有可能放纵犯罪的发生。并且，放纵犯罪的发生具有不可避免性，而防止处罚不当的行为，还有其他的办法可以替代。因为根据我国刑法第13条但书的规定，对“被教唆的人没有犯被教唆的罪”，确属“情节显著轻微危害不大的”，应当认定为不构成犯罪，并非只要实施了教唆他人犯罪的行为，即使被教唆的人没有接受教唆或虽接受但并未采取行动，也不论情节严重与否，都一概要适用第29条第2款的规定，对教唆者定罪处罚。例如，当教唆者只是说了一句“杀死某人”，对方并没有接受教唆。在此情形下，不采取教唆犯从属性说，而认定为“情节显著轻微危害不大”，对教唆者不定罪处罚，也不会有任何障碍。

三、“被教唆的人没有犯被教唆的罪”的范围界定

关于“被教唆的人没有犯被教唆的罪”的范围（即刑法第29条第2款的适用范围），按前述两种持教唆犯从属性说的论者的解释，很容易确定。^[37]但是，按通说，“被教唆的人没有犯被教唆的罪”，是指被教唆的人没有按教唆犯的意思实施犯罪，双方不可能构成共同犯罪，对教唆犯应单独处罚。也就是说，刑法第29条第2款是对单独教唆犯的处罚规定。那么，单独教唆犯具体包括哪些情形或者说其处罚范围如何界定，就成为需要进一步研究的问题。

目前，我国的通说对“被教唆的人没有犯被教唆的罪”的范围，大多是采取列举的办法来界定。但所列举情形的多少又有所不同：一是“三情形说”，认为“被教唆的人没有犯被教唆的罪”

[36] 参见前引[33]，大谷实书，第328页。

[37] 其中，持“共犯教唆犯未遂说”的论者认为，是指教唆犯与被教唆人构成共同犯罪，并且属于犯罪未遂的情形。持“教唆方式的间接正犯未遂说”的论者认为，仅指采用教唆的方式实施的间接正犯而未遂的情形。

包括以下三种情形：（1）被教唆人拒绝教唆；（2）被教唆人当时接受教唆，而事后没有犯任何罪；（3）被教唆人当时接受教唆，而未犯被教唆的罪，只实施了其他犯罪。^{〔38〕}二是“四情形说”，认为“被教唆的人没有犯被教唆的罪”包括以下四种情形：（1）被教唆人拒绝教唆犯的教唆；（2）被教唆人虽然当时接受了教唆，但随后又打消了犯罪的意思，并未进行任何犯罪活动；（3）被教唆人当时接受了教唆犯所教唆的犯罪，但实际上他所犯的不是教唆犯所教唆的罪；（4）教唆犯对被教唆人进行教唆时，被教唆人已有实施该种犯罪的故意。^{〔39〕}三是“五情形说”，认为“被教唆的人没有犯被教唆的罪”包括以下五种情形：（1）教唆没有传达到被教唆人的；（2）教唆没有被接受或者被假装接受的；（3）他人接受了教唆但没有着手实行犯罪的，这又有被教唆人成立预备犯、中止犯或未实施犯罪行为三种可能；（4）被教唆人所犯的罪与教唆的罪在性质上根本不同的；（5）教唆犯对被教唆人进行教唆时，被教唆人已有实施该种犯罪之故意的。^{〔40〕}四是“多情形说”，认为“被教唆的人没有犯被教唆的罪”除了上述各种情形之外，还包括被教唆者实施了各种过限行为、被教唆者由于身份原因或客观处罚条件不构成犯罪、教唆者或被教唆者属于“无期待可能性”或者“不可罚的事后行为”而不受处罚、以及其他排除教唆者或被教唆者犯罪的情形。^{〔41〕}

从以上几种有代表性的观点所列举的“被教唆的人没有犯被教唆的罪”的具体情形来看，有如下几点需要弄清：

第一，有教唆他人犯罪的意图，已经实施了为教唆做准备的行为，但还没有实施教唆行为。例如，某人想要雇凶杀自己的仇人，计划先盗窃财物，凑足一定数额后再去找想雇用的人面谈。但第一次盗窃时即被抓获，并交待了盗窃的动因。那么，能否认定行为人构成杀人罪的教唆犯，即是否属于刑法第29条第2款规定的“被教唆的人没有犯被教唆的罪”所包含的情形？笔者的回答是否定的。因为想要教唆他人犯罪的人既然还没有对他所想要教唆的对象实施教唆行为，对方也就不可能犯被教唆的罪，从广义而言，虽然也在“被教唆的人没有犯被教唆的罪”的范围，但是，仅有犯罪的意图，如果没有犯罪的行为，仍然不能构成犯罪。犯罪行为的起点是为犯罪做准备的预备行为。根据我国刑法第22条的规定，“为了犯罪，准备工具、制造条件的，是犯罪预备。”其中的“犯罪”仅指实行犯罪，不包含教唆犯罪或帮助犯罪。教唆犯罪的特点是唆使他人产生犯罪意图，进而实行犯罪，以达到自己的犯罪目的。教唆行为本身是一种为达犯罪目的创造条件的行为，并非是完成犯罪或实现犯罪目的的行为，它本身就是一种预备行为。^{〔42〕}为这种预备行为（教唆行为）做准备的行为，对法益造成侵害的危险性程度很低，自然也就没有必要纳入刑法处罚的范围。

第二，已实施教唆行为，但教唆的意思还未传达到被教唆人。例如，发信件给对方教唆其杀自己的仇人，并承诺杀害后给10万元酬金。由于信件被代收人偷看后告发，被教唆人并未收到信件，也不知晓其内容。对这种教唆者，能否适用刑法第29条第2款的规定予以处罚？笔者的回答是肯定的。理由在于行为人已实施教唆行为，对法益已构成现实的威胁，将这种情形纳入“被教唆的人没有犯被教唆的罪”的范围，认定为单独的教唆犯是恰当的。不能认为只有被教唆的人知晓教唆的内容后，才能对教唆者定罪处罚。因为教唆者实施了教唆行为发出了教唆信息

〔38〕 参见苏惠渔主编：《刑法学》，中国政法大学出版社2007年版，第160页。

〔39〕 参见马克昌主编：《犯罪通论》，武汉大学出版社1999年版，第563页以下。

〔40〕 参见阮齐林：《刑法学》，中国政法大学出版社2008年版，第212页以下。

〔41〕 参见陈伟：《非共犯教唆视野下的教唆行为与教唆罪的构建》，《江西公安专科学校学报》2007年第6期。

〔42〕 参见〔俄〕H·库兹涅佐娃等主编：《俄罗斯刑法教程（总论）》（上卷·犯罪论），中国法制出版社2002年版，第403页。

后,被教唆人是否收到,对教唆行为的社会危害性程度并无影响。很难说被教唆人收到教唆其杀人的信件后告发与第三者偷看(被教唆人未收到)后告发,对说明教唆行为的社会危害性程度有多大差异。

第三,被教唆的人接受教唆后实施了为犯罪做准备的行为,但由于意志以外的原因而未能着手实行(即构成预备犯)的,或者着手实行以前自动放弃犯罪(即构成中止犯)的,这是否属于“被教唆的人没有犯被教唆的罪”的情形,对教唆犯,能否适用刑法第29条第2款的规定处罚?回答应该是否定的。这是因为,被教唆人接受教唆并开始实施为犯罪做准备的行为之后,就表明双方主观上已有犯罪的共同故意,客观上已有共同的犯罪行为,已构成共同犯罪。由于意志以外的原因未能着手实行犯罪,或者自动放弃犯罪而未着手实行,大多属于未完成犯罪即构成未遂犯或中止犯的情形(除情节显著轻微不构成犯罪者外),不影响共同犯罪的成立。就被教唆的人而言,应该认定其已犯了被教唆的罪,而不属于“没有犯被教唆的罪”,因而不具备适用刑法第29条第2款的条件。

至于有论者提出,被教唆的人实施了犯罪预备行为构成预备犯时,若对教唆犯不适用刑法第29条第2款,而适用刑法第29条第1款和第22条(预备犯的规定),对教唆犯就可以从轻、减轻处罚或者免除处罚。假如被教唆的人拒绝教唆连犯罪预备行为也未实施,则属于“被教唆的人没有犯教唆的罪”,构成单独教唆犯,对其适用刑法第29条第2款,则只能从轻或者减轻处罚(不能免除处罚)。这意味着罪重的(前者)反而比罪轻的(后者)处罚轻,明显不具有合理性。为了避免这种现象的发生,就有必要将前者即被教唆的人实施了为犯罪做准备行为而构成预备犯或中止犯的情形,也适用刑法第29条第2款的规定。^[43]但是,正如前文所述,这种处罚上的不均衡,是由于立法不科学造成的。“被教唆的人没有犯被教唆的罪”时,对教唆犯来说构成预备犯(而不是未遂犯),^[44]应该比照预备犯的规定来制定处罚原则。如果将该款规定改为“可以从轻、减轻处罚或者免除处罚”,就不会出现上述处罚不均衡的现象了。在立法未作这样的修改之前,按上述办法来处理,不仅在理论上不能说明为何将被教唆的人犯了被教唆的罪的情形,也适用“被教唆的人没有犯被教唆的罪”的规定处更重的刑罚,而且会带来新的处罚不均衡、不合理的问题。假如教唆人与被教唆人在共同犯罪中所起的作用相当甚至教唆犯所起的作用更小,若对被教唆人适用预备犯的处罚规定(第22条),对教唆犯适用第29条第2款的规定,就会出现对教唆犯比被教唆人处罚更重的不均衡现象;如果对双方都适用刑法第29条第2款的规定处罚,则又会出现比双方共同实行犯罪或单个人犯罪的预备犯与中止犯处罚更重的不合理现象。

第四,被教唆的人实行犯罪过限,构成了其他犯罪的,是否也在“被教唆的人没有犯被教唆的罪”之列?笔者认为,如果被教唆的人所构成的犯罪能够完全包容被教唆的罪,如教唆者教唆对方伤害自己的仇人,但被教唆者在实施伤害行为的过程中,遇到对方强烈反击,产生了杀机,杀死了被害人。若仅以被教唆人构成的犯罪是故意杀人罪,而教唆犯所教唆的罪是故意伤害罪,就认为这属于“被教唆的人没有犯被教唆的罪”的情形,还可以从轻或减轻处罚,这显然与国民的法感觉(或法律观念)不符。因为一般看来,被教唆的人不仅是伤害了对方,而且比伤害更进一步,应该认为被教唆的人犯了被教唆的罪。正因为如此,笔者赞成采用部分犯罪共同说来解决此类问题。根据这种学说,教唆的犯罪与被教唆人实施的犯罪并非要完全共同,双方才构成共同犯罪,而是只要有一部分共同即可。应该注意的是,双方只是在相共同的部分(或重合部分)构

[43] 参见前引[40],阮齐林书,第213页。

[44] 被教唆的人拒绝教唆等没有犯被教唆的罪的情形,在理论上称之为“教唆未遂”。但教唆未遂不等于教唆犯所构成的犯罪是未遂。犯罪未遂是已经着手实行犯罪,由于犯罪分子意志以外的原因而未得逞的情形。教唆未遂则是还未着手实行犯罪,是停顿在着手实行之前(为犯罪做准备)的犯罪状态,因而属于犯罪预备。

成共同犯罪。就教唆对方伤害他人而对方杀害了他人的情形而论，教唆犯与被教唆人只是在伤害罪部分成立共同犯罪，教唆犯只应对伤害既遂承担责任，被教唆人则单独对其实行过限构成的杀人罪承担责任。

第五，教唆者实施教唆行为，若他自身具备“无期待可能性”或其他排除犯罪的事由，按前述“多情形说”，也在“被教唆的人没有犯被教唆的罪”之列。但这显然不妥当。因为刑法第29条第2款规定，“被教唆的人没有犯被教唆的罪”，对教唆犯只是可以从轻或减轻处罚，构成犯罪是前提条件，如果教唆者不构成犯罪，自然也就没有适用该条款的余地。

第六，对“被教唆的人没有犯被教唆的罪”的各种情形，与其做具体列举，倒不如做概括说明。因为对各种现象做具体列举，难免会出现遗漏。事实上，只要我们仔细分析一下教唆犯罪的特点，就不难发现从教唆行为开始实施到教唆犯的目的达到（既遂）之前大致会出现如下几种情形：（1）教唆行为已开始实施但教唆信息（或内容）还未传达到被教唆的人；（2）被教唆的人拒绝教唆犯的教唆；（3）被教唆的人接受教唆，但还未为犯罪做准备（未进入犯罪预备阶段）；（4）被教唆的人接受教唆，但后来改变犯意或者因误解教唆犯的意思实施了其他犯罪，并且所实施的罪不能包容被教唆的罪；（5）被教唆的人接受教唆，已开始为犯罪做准备或已着手实行犯罪。如前所述，最后这种情形即被教唆人已开始实施为教唆犯所教唆的罪做准备的行为之后，就表明其已与教唆犯构成共同犯罪，即便是仅构成预备犯、未遂犯或中止犯，也仍然属于被教唆的人犯了被教唆的罪的情形。除此之外的前四种情形，则都属于“被教唆的人没有犯被教唆的罪”。做这样的概括，既突出了教唆犯罪的特点，又能避免前述各种具体列举法难以克服的列举不穷尽的现象发生。

Abstract: In countries adopting the Principal and Accomplice Offender System, the Theory of Subsistence of Instigator has legal foundations and becomes the dominant theory. However, because the Chinese Criminal Law adopts a Unitary Principal Offender System, such theory has no legal foundations in China. But some scholars make interpretations to Article 29, Paragraph 2 of Chinese Criminal Law according to this theory, and deny the assertion that this paragraph focuses on the penalties of individual instigators. One of the most well-known opinion is to explain “if the instigated person has not committed the instigated crime” as the instigated person has got down to commit the crime but not accomplished. Another opinion is to explain it as the instigated person has no capacity of responsibility and does not commit the instigated crime, so the instigator should be deemed as unaccomplished indirect principal offender with the act of instigation.

Both of the two interpretations are unjustified. “If the instigated person has not committed the instigated crime” should be explained as the instigated person has not committed crimes in accordance with the intention of the instigator, which includes four cases. Firstly, the instigator has implemented the act of instigation but the instigated information (or content) has not reached the instigated person. Secondly, the instigated person refuses the instigation of the instigator. Thirdly, the instigated person accepts the instigation, but has not made preparation for the crime. And lastly, the instigated person accepts the instigation, but later, due to changing the criminal intention or misunderstanding the instigator’s intention, the instigated person commits other crime which cannot contain the instigated crime.

Key Words: instigator, the instigated, crime, interpretation
