

# “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

周光权\*

---

**内容提要：**如果体系性地考虑刑法总则关于共犯的规定以及分则关于拟制正犯的规定，就应该认为我国刑法对共同犯罪采用区分制而非单一正犯概念，共犯从属性说应该得到肯定。刑法第29条第2款规定的“被教唆的人没有犯被教唆的罪”，只能解释为教唆犯教唆他人犯罪，被教唆人已经着手实行犯罪，但没有达到既遂状态。如此解释既有助于维持共犯的实行从属性，坚持刑法客观主义，也不会放纵犯罪。对于教唆信息完全没有传递给被教唆人、被教唆人明确拒绝教唆、被教唆人虽接受教唆但尚未开始实施预备行为等情形，教唆行为对法益的危险仅仅停留在教唆者内心，不能成立非共同犯罪的教唆未遂。将上述教唆行为评价为教唆未遂，是对刑法第29条第2款的曲解，没有体系地解释刑法规范，有走向刑法主观主义的危险。

**关键词：**共犯 区分制 教唆未遂 实行从属性 刑法客观主义

---

我国刑法第29条第2款规定，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“被教唆的人没有犯被教唆的罪”的解释，总体上可以分别按照正犯、共犯区分制（又称为“二元的犯罪参与体系”，以下简称“区分制”）和单一正犯概念（又称为“单一正犯体系”）两种思路进行。

在区分制之下，又有三种学说：（1）共犯独立性说。即刑法第29条第1款、第2款都体现了教唆犯刑事责任的独立性，共犯不从属于实行犯。<sup>〔1〕</sup>“我国刑法第29条第2款明文规定处罚教唆犯的未遂犯，即没有正犯的共犯，因而不存在实行从属性。换言之，从我国

---

\* 清华大学法学院教授。

本文的部分观点，曾由笔者在“海峡两岸暨第八届内地中青年刑法学者高级论坛”（2012年10月，中国青年政治学院）发表。评论人刘明祥教授对相关主张进行了回应，在此特别感谢刘明祥教授的理解和宽容。与参会的冯军教授、王昭武博士、何庆仁博士的讨论，使笔者获益良多，在此谨致谢忱！

〔1〕 参见高铭喧主编：《刑法学原理》第2卷，中国人民大学出版社1993年版，第411页。

刑法第 29 条第 2 款规定不得不得出我国刑法采共犯独立性说的结论。”〔2〕（2）从属性说。其中又包括两种解释思路：其一，将刑法第 29 条第 2 款解释为关于共同犯罪的教唆而未达到既遂状态的处罚规定。〔3〕其二，认为刑法第 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 款则是对以教唆方式实施的间接正犯未遂所做的规定。〔4〕（3）二重性说。即刑法第 29 条第 1 款的规定体现了教唆犯的从属性，而第 2 款规定，被教唆的人即便没有犯被教唆的罪，教唆犯与被教唆人根本不成立共同犯罪，对教唆犯仍然要定罪处罚，这表明教唆犯具有独立性。〔5〕

但是，刘明祥教授曾撰文指出，前述讨论共犯独立性和从属性的各种观点，都以区分制为法律根据，但我国刑法采用的不是区分制，而是单一的正犯概念。〔6〕以此为前提，刘明祥教授认为，教唆犯从属性说没有存在的法律基础，对刑法第 29 条第 2 款必须做新的解释。即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。论者还将刑法第 29 条第 2 款的规定与我国台湾地区旧刑法的相关规定类比，最终得出单一正犯概念意义上的共犯独立性说的结论。〔7〕

对此，笔者的基本观点是：（1）认为我国刑法关于共同犯罪的规定采用单一正犯概念的理由并不充分；（2）如果考虑刑法客观主义，共犯从属性必须坚持；（3）按照共犯从属性的进路，对刑法第 29 条第 2 款可以做不同于刘明祥教授的解读。因此，本文一方面与以刘明祥教授为代表的单一正犯概念及其共犯独立性理论相辩论，另一方面，也详尽论证解释刑法第 29 条第 2 款规定的合理思路，以确保刑法客观主义立场在共犯论中得到贯彻。

## 一、我国刑法相关规定未采用单一正犯概念

我国学者认为，我国刑法相关规定与单一制相吻合。一方面，我国刑法没有区分正犯和共犯，在构成要件层面将所有参与者都视为等价的行为人；另一方面，我国刑法重视主犯、从犯的区分，在量刑层面根据各参与者自己的不法与责任确定其在共同犯罪中的当罚性，这些都与单一制的立法精神相符合。〔8〕刘明祥教授也以此为基础认为，由于我国刑法

〔2〕 陈兴良：《教义刑法学》，中国人民大学出版社 2010 年版，第 652 页。

〔3〕 参见张明楷：《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 85 页以下；张明楷：《刑法学》，法律出版社 2011 年版，第 378 页。笔者也赞成这样的解释方法，参见周光权：《刑法总论》，中国人民大学出版社 2011 年版，第 233 页。

〔4〕 参见何庆仁：《我国刑法中教唆犯的二重性》，《法学研究》2004 年第 5 期。对何庆仁博士的观点，张明楷教授、刘明祥教授在各自的研究中都提出了批评意见，笔者赞同他们关于共同犯罪的规定中不应该出现间接正犯规定的质疑。

〔5〕 参见伍柳村：《试论教唆犯的二重性》，《法学研究》1982 年第 1 期；马克昌主编：《犯罪通论》，武汉大学出版社 1999 年版，第 556 页；陈世伟：《论共犯的二重性》，中国检察出版社 2008 年版，第 60 页。

〔6〕 参见刘明祥：《“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。与此类似的观点，参见江溯：《区分制共犯体系的整体性批判》，《法学论坛》2011 年第 6 期。

〔7〕 参见前引〔6〕，刘明祥文。类似的观点，参见王作富主编：《刑法》，中国人民大学出版社 2011 年版，第 136 页。

〔8〕 参见江溯：《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，第 251 页。

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的作用大小,给予轻重不同的处罚。由此,刘明祥教授得出结论:由于我国刑法与德日刑法在共犯参与体系上存在差异,因此不能套用德日的教唆犯从属性说或教唆犯独立性说来解释刑法第29条第2款的规定。<sup>〔9〕</sup>刘明祥教授的观点与其他刑法学通说赞成者的观点相暗合。例如,陈世伟博士就认为:“共同犯罪中各个共同犯罪行为人由于相互利用对方的行为作为自己行为的一部分而成为独立存在的行为。共同实施犯罪行为的人皆为正犯。这才是共同犯罪的本质所在……单一正犯体系相较于‘正犯·共犯’分离体系更具有前瞻性和合理性。”<sup>〔10〕</sup>按照这一思路,对刑法第29条第2款的规定,恐怕只能朝着共犯独立性的方向加以解释。

确实,只有采用区分制才能讨论从属性。“统一性正犯体系(即单一正犯概念——引者注)与从属性被认为是互相排斥的。”<sup>〔11〕</sup>单一正犯概念将所有对犯罪有贡献的人都一视同仁地当作正犯。至于这些主体各自对整个犯罪过程和结果的重要性、影响力,在定罪上都在所不问。不法的判断永远是就个人的情形独立判断,不法的判断根本无法从属,因此,在单一正犯概念之下,不会有共犯从属性问题。<sup>〔12〕</sup>但是,问题在于,如果不能断言我国刑法采取了单一正犯概念,同时,将我国刑法相关规定朝着单一正犯概念的方向解释会带来很多负面效果的话,刘明祥教授的观点及其论证就是不充分的,其结论就可能是错误的。

#### (一) 我国刑法总则的共同犯罪规定不符合单一制的特征

##### 1. 可以认为我国刑法相关规定是根据分工区分犯罪人

单一正犯概念的特点是,所有人无论贡献大小都是正犯;立法上对狭义共犯不做规定;所有的共犯人共用一个法定刑,只是在法官最后裁量时根据其责任调节刑罚。<sup>〔13〕</sup>一般认为,采用单一正犯概念的典型立法例是奥地利刑法。该法第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。

我国刑法与奥地利刑法的规定明显不同。我国刑法的相关规定虽然没有明确使用正犯的概念,但是在第27条、第29条第1款中明确规定了帮助犯、教唆犯这两种狭义共犯,正犯的概念可以从与狭义共犯的区分、比较中清晰地界定出来。对此,陈兴良教授认为刑法第29条关于教唆犯的规定为区分正犯、共犯提供了依据,即刑法分则规定的是正犯,其在逻辑上不能包括教唆、帮助犯,对狭义共犯行为只有按照总则规定再结合相关分则规定才能定罪,这是共犯对于正犯在定罪上的从属性。因此,不能认为在我国刑法中有采取单一制的可能性。<sup>〔14〕</sup>王昭武博士指出,刑法第23条规定的“已经着手实行犯罪”和第29条第

〔9〕 参见前引〔6〕,刘明祥文。

〔10〕 前引〔5〕,陈世伟书,第135页以下。

〔11〕 [日]高桥则夫:《共犯体系和共犯理论》,冯军等译,中国人民大学出版社2010年版,第58页。

〔12〕 参见黄荣坚:《基础刑法学》上册,中国人民大学出版社2009年版,第520页。

〔13〕 参见许玉秀:《当代刑法思潮》,中国民主法制出版社2005年版,第555页。

〔14〕 参见陈兴良:《共犯论:二元制与单一制的比较》,载中国人民大学刑事法律科学研究中心编:《刑事法热点问题的国际视野》,北京大学出版社2010年版,第155页。

1 款规定的“教唆他人犯罪”均隐含了对正犯的认可。<sup>[15]</sup>何庆仁博士也指出,从规范的角度看,只有对构成要件的实现有实质贡献,是行为事件的核心角色的,才是正犯;加功于他人的构成要件行为的人只能是从犯。“通过对我国刑法规定的主犯和从犯予以规范化以及通过对学理上的共犯与正犯予以实质化,正犯、帮助犯就与主犯、从犯合二为一,从而在我国刑法中找到了容身之所,也为解决我国传统共同犯罪论和新共同犯罪论(即正犯、共犯的区分制——引者注)各自的合法性危机提供了理想的途径。”<sup>[16]</sup>由此可以认为,我国刑法规定的主犯就是正犯;关于从犯的规定就是对帮助犯的规定,其中刑法第 27 条关于“次要作用”或“辅助作用”的规定都是用来说明帮助犯这一对象的,是无意义的重复;而刑法第 28 条规定的胁从犯是对情节较轻的帮助犯(被胁迫的帮助犯)的规定,不是新的行为类型。这种通过作用标准的规范化和分工标准的实质化将主犯限定为正犯,将从犯解释为帮助犯的做法,也得到了其他学者的赞同。金光旭教授也认为,正犯与共犯的区别归根到底只能根据其在犯罪中发挥出来的重要性来认识;在这个意义上,可以说中国刑法中的主犯、从犯分别与日本刑法中的正犯、帮助犯相对应。<sup>[17]</sup>

因此,认为我国刑法没有采取区分制而仅采用单一正犯概念的观点还存在问题。其实,我国刑法关于帮助犯的规定和日本刑法的相关规定极为类似。我国刑法第 27 条规定,“在共同犯罪中起次要或者辅助作用的,是从犯。对于从犯,应当从轻、减轻处罚或者免除处罚”。日本刑法第 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”。而对日本刑法的相关规定,通说明显朝着区分制的角度进行解释。<sup>[18]</sup>

## 2. 难以认为我国刑法第 29 条第 2 款与台湾地区旧刑法第 29 条第 3 项的规定类似

刘明祥教授认为,我国刑法第 29 条第 2 款与台湾地区旧刑法第 29 条第 3 项的规定类似,所以是对单一正犯概念的规定。但是,笔者认为,对此还需要进一步辨析。

台湾地区旧刑法第 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”。这一规定似乎和我国刑法第 29 条第 2 款的规定类似,但是,对这一规定是否只能解释为共犯独立性说的产物,本身还有争议。学者一般认为台湾地区旧刑法第 29 条第 3 项主要适用于三种情况:教唆犯着手实行教唆,但相关意思并未传递给被教唆者;教唆的意思传递给被教唆者,但后者不接受教唆;被教唆者接受教唆,但并未着手实行。有学者认为,对这三种情况以未遂教唆处罚,实际上是在处理教唆犯和正犯不构成共同犯罪(共同犯罪成立前的行为)的情形,因而和共犯从属性问题无关。<sup>[19]</sup>但是,也有学者认为这是共犯独立性说的体现,<sup>[20]</sup>是在立法上基于预防犯罪的刑事政策考虑,将教唆犯从共犯从属关系中解脱出来,承认其“独立处罚”的必要性。<sup>[21]</sup>所以,对台湾地区旧刑法第 29 条第 3 项,并不

[15] 参见王昭武:《教唆犯从属性说之坚持与展开》,载赵秉志主编:《刑法论丛》第 15 卷,法律出版社 2008 年版,第 63 页。

[16] 何庆仁:《我国共犯理论的合法性危机及其克服》,载陈泽宪主编:《刑事法前沿》第 6 卷,中国人民公安大学出版社 2012 年版,第 182 页。

[17] 参见金光旭:《日本刑法中的实行行为》,《中外法学》2008 年第 2 期。

[18] 参见[日]井田良:《讲义刑法学总论》,有斐阁 2008 年版,第 494 页。

[19] 参见林山田:《刑法通论》下册,北京大学出版社 2012 年版,第 74 页。

[20] 参见林钰雄:《新刑法总则》,中国人民大学出版社 2009 年版,第 343 页。

[21] 参见苏俊雄:《刑法总论 II》,作者 1997 年自版,第 435 页。

像刘明祥教授所说的那样,仅有一种理解路径。

综上所述,可以认为,我国刑法的相关规定不符合单一正犯概念的特征。具体表现在,刑法条文中没有明确规定,为犯罪成立赋予条件者都是正犯;立法上单独规定了帮助犯、教唆犯,而不是不重视共犯行为形态的区别;对于各共同犯罪人,不能适用同一法定刑。例如,帮助犯就不能适用正犯之刑,而是“应当从轻、减轻处罚或者免除处罚”。

## (二) 不能将我国刑法相关规定朝着单一正犯概念的方向解释

承认单一正犯概念,从根本上讲,会产生和罪刑法定原则的紧张关系,从而与法治国立场相抵牾。具体表现在:

1. 单一正犯概念将因果关系的起点视为构成要件的实现,可能无限扩张刑事可罚性的范围。例如,单一正犯概念认为分则对教唆行为和帮助行为进行了规定,对共犯可以直接按照分则的规定定罪处罚,这明显是不合理的。<sup>[22]</sup> 因为其抹杀了构成要件的定型化功能。同时,单一正犯概念并不能提出任何决定正犯范围的标准,其所声称的对实现构成要件结果有贡献,实际上就是因果关系条件说的另一种表述,而条件说饱受攻击之处就在于处罚范围的扩大化,这一缺点在单一正犯概念中仍然存在。<sup>[23]</sup>

就法治国原则来看,单一正犯概念舍弃从构成要件的角度来定位正犯概念,与根植在构成要件行为基础上的刑事处罚原则相抵触,也背离社会上一般人对行为的理解。例如,很难把出借工具的举止理解成窃取他人之物的行为。根植于因果关系(条件说)的单一正犯概念尤其会造成无法接受的刑法扩张现象。例如,单纯的教唆行为或者协助行为会被解读成可罚的构成要件实施行为,从而构成相关犯罪的未遂犯。<sup>[24]</sup>

2. 在身份犯的场所,单一正犯概念可能缩小共犯的处罚范围。对此,张明楷教授指出,如果承认教唆犯、帮助犯都是正犯,那么,在身份犯的场所,其就必须具有特定身份才可能成立狭义共犯。换言之,教唆他人贪污者也需要具有国家工作人员身份,否则难以成立共犯,但这一结论明显不合理,也有违反罪刑法定原则之嫌。<sup>[25]</sup>

3. 单一正犯概念竭力绕开共犯论的很多难题,<sup>[26]</sup>不再明确区分正犯和共犯,以使刑法判断简单化,在实务上有相当的便利和经济之处。<sup>[27]</sup>但是,其目的可能难以达到。采取单一正犯概念,在制定共同犯罪人的刑罚裁量原则时,必须针对不同参与者确定极其繁琐的处理规则,并通过这些规则实现量刑平衡,这是一项可能比区分正犯和共犯更为繁重的任务。如果无法做到这一点,单一正犯概念“将导致量刑标准变得粗糙”;<sup>[28]</sup>而随着法官个案裁量权限的扩大,单一正犯体系必然有“量刑不确定性”的致命缺陷。<sup>[29]</sup>

4. 不能无视刑法分则对实行行为的定型。(1) 刑法分则是对构成要件行为、结果的定

[22] 参见前引[3],张明楷书,第354页。

[23] 参见前引[13],许玉秀书,第565页。

[24] 参见前引[19],林山田书,第6页。

[25] 参见前引[3],张明楷书,第354页。

[26] 例如,对于行为人利用未成年人的行为而遂行犯罪者,理论上可以成立间接正犯,也可以成立教唆犯。此时,便需要借助共犯从属性理论,从犯罪支配的立场来判断应成立(间接)正犯还是共犯(教唆犯)。

[27] 参见柯耀程:《变动中的刑法思想》,中国政法大学出版社2003年版,第200页。

[28] 参见[德]耶赛克、魏根特:《德国刑法教科书(总论)》,徐久生译,中国法制出版社2001年版,第778页。

[29] 参见前引[20],林钰雄书,第311页。

型性规定，其中主要是对类型化的、直接侵害法益的实行行为的规定，而该行为是犯罪的核心。例如，刑法分则关于盗窃、诈骗、伤害等的规定，都是对直接指向保护客体的行为的描述，而不会对边缘行为做出限定。那么，只有单独实现分则构成要件规定的人，其行为才可能和构成要件相当，帮助行为、教唆行为不可能是分则类型化地禁止的行为。例如，我们显然不能认为教唆他人盗窃的行为就是“窃取”。因此，单独犯、共同正犯因为自身的行为符合分则的定型性规定，原本就值得处罚，其违法性从对构成要件的符合中可以充分展示出来，不从属于他人。而狭义共犯自身的行为不符合分则的定型性规定，必须以正犯符合构成要件的行为为存在前提。（2）分则的定型化规定往往详尽、具体，有独特的存在价值，不能认为帮助犯、教唆犯符合分则的定型性规定，因为即便是共同正犯也可能不完全符合分则的全部构成要件。例如，甲、乙二人经共谋后均进入现场翻箱倒柜，盗窃他人财物，但最终只有甲拿到价值1万元的财物，乙一无所获。如果将共犯独立性的逻辑贯彻到底，就会认为甲、乙之间的行为是独立的，乙并未实现盗窃罪的构成要件结果，但也属于盗窃既遂。但是，几乎所有的学者都会认为，盗窃罪既遂的定型性是指实施窃取行为并“取得”他人财物。如果按照这一点，乙明显属于盗窃未遂。而按照共犯从属性说的逻辑，就会认为共同正犯有“正犯性”（与单独犯相同）的一面，但是，在共同盗窃仅一人取得财物的场合，即使另外的实行犯并未满足盗窃既遂的单独构成要件，也应该作为盗窃既遂的共同正犯处罚，在这一点上其又有“共同性”；共同正犯的正犯性较之单独正犯的正犯性也是扩张的，其原理“和教唆犯、帮助犯是相通的”。<sup>[30]</sup>（3）单一正犯概念将所有对犯罪有影响的行为都解释为侵害法益的原因，相关构成要件的特殊的行为便不复存在了。<sup>[31]</sup>

### （三）我国刑法分则的某些规定明确承认区分制和共犯从属性

我国刑法分则的某些规定具有特殊性，表明我国采取区分制的立场，决定了将总则的共同犯罪规定解释为单一正犯概念和分则相关规定不协调。刘明祥教授的结论是只考虑总则的文字表述，不进行体系解释的产物。而体系性解释要求将个别的刑法规定和观念放到整个法律秩序的框架之中加以思考，发现条文间、法律规范和法律制度间的内在关联。<sup>[32]</sup>

#### 1. 刑法第382条第3款的规定

如前所述，在我国刑法分则大量规定的只有特殊主体才能构成的身份犯中，不具有特殊资格的人，无论其行为样态如何、在犯罪中的分工如何、对结果的危害如何，都不可能成为正犯。此时，正犯和共犯的界限十分清晰，不可能按照单一正犯概念的立场将狭义共犯视为正犯。<sup>[33]</sup>比如，刑法第382条第3款规定，伙同国家工作人员贪污的，“以共犯论”。这是特别指明没有特定身份者只能构成狭义共犯，不能以正犯论。在这个意义上，正犯、共犯的概念对立就是存在的。

#### 2. 拟制的正犯

由于采用共犯从属性说可能将处罚面限制在一个较小的范围内，为此，立法上在分则中从刑事政策的角度把个别共犯行为作为独立的正犯加以处罚，从而出现“拟制的正犯”

[30] 参见[日]山口厚：《刑法总论》，付立庆译，中国人民大学出版社2011年版，第295页。

[31] 参见前引[28]，耶赛克等书，第778页。

[32] 参见[德]齐佩利乌斯：《法学方法论》，金振豹译，法律出版社2009年版，第61页。

[33] 参见周光权：《论身份犯的竞合》，《政法论坛》2012年第5期。

的规定。这种规定实际上是共犯行为正犯化。在这里,明确存在正犯、共犯概念的相对区分问题,否则这样的规定就是多余的。类似的规定有:(1)在甲帮助本犯乙湮灭犯罪证据的场合,因为本犯毁灭自己的犯罪证据不构成犯罪,按照共犯从属性,甲也不构成犯罪。为堵截处罚漏洞,我国刑法第307条第2款规定了帮助毁灭、伪造证据罪。(2)教唆他人吸毒罪的规定,是在正犯行为只是行政违法的情况下,刑法单独将教唆行为规定为正犯。(3)刑法第358条第3款规定的协助组织卖淫罪,是在组织卖淫的正犯行为之外,将帮助行为正犯化。在类似规定中,如果不承认存在正犯概念,将教唆、帮助行为拟制为正犯行为就难以理解。其实,类似“拟制的正犯”的规定在国外以及台湾地区的刑法中也存在。例如,因为自杀不具有违法性,教唆、帮助自杀的,无杀人正犯,当然也就没有杀人共犯。立法上为了减少处罚漏洞,在共犯从属性说的理念下,只得另行规定自杀关联犯罪。

最后附带指出,其实,即便承认单一制,也可能承认限制从属性。只不过从属性的内容有所不同,不再是共犯的从属性,而是教唆型、帮助型行为人对实行型行为人的从属性(减缩的单一行为人体系)。单一制、区分制与独立性、从属性之间没有必然的对应关系。<sup>[34]</sup>刘明祥教授认为,采用单一制就必然采用共犯独立性说,或许并不正确。

## 二、解释刑法第29条第2款的方法论

“方法”意指通往某一目标的路径。在科学上,方法是指这样一种路径,它以理性的因而是可检验和可控制的方式导向某一理论上或实践上的认识,或导向对已有认识之界限的认识。<sup>[35]</sup>对刑法第29条第2款的解释应该受某些基本方法论的指引。

### (一)对刑法第29条第2款的解释必须考虑刑法客观主义潮流

刑法客观主义认为,犯罪是对社会有害的行为;如果没有客观的行为,没有客观的法益侵害后果,就没有犯罪;行为没有对社会造成可以从外观上观察的实害或者危险时,不能作为犯罪处理。刑法客观主义坚信,不以行为而以行为人的主观恶意为处罚根据,会混淆法与伦理的关系,还可能造成法官的恣意判断,所以,刑事责任的基础应该是表现在外部的犯罪人的行为。客观主义重视的是行为(行为主义),而作为科刑基础的行为是现实的行为,只要没有现实地表现于外的行为,个人就不应该受到处罚(现实主义)。作为刑法客观主义的对立派别,刑法主观主义主张,犯罪人的反社会性,也就是反复实施犯罪行为的危险性,才是责任的基础。主观主义重视行为人概念(行为人主义)。如果把主观主义贯彻到底,会得出犯罪人的危险性格、内心的危险性是科刑的对象这一结论。刑法主观主义降低了行为的重要性,即行为并不具有决定性意义,它只有在征表犯罪人危险性的意义上有存在的必要性(征表主义)。刑法主观主义的特色在于,从人的危险性出发来思考定罪和处罚问题,用行为来佐证、征表其意思,行为的重要性大幅度下降。

20世纪20年代之后,在世界范围内,客观主义在刑法学中取得了绝对优势地位。各国刑法学发展的主流是承认犯罪行为作为现实存在所具有的决定性意义,否认将犯罪行为作

[34] 参见前引[16],何庆仁文,第187页,注释3;江溯:《关于单一正犯体系的若干辩驳》,《当代法学》2011年第5期。

[35] 参见前引[32],齐佩利乌斯书,第1页。

为犯罪人个人危险性的征表。

在共同犯罪领域，刑法主观主义典型地表现在共犯独立性说上。<sup>[36]</sup>该说是将行为人的危险性格作为处罚根据的主观主义犯罪理论的产物。根据这种立场，在行为人的危险性格表现于外时，就必须进行处罚，除此之外，无法为处罚行为人寻找到理由。<sup>[37]</sup>刘明祥教授的前述观点完全秉持了刑法主观主义立场。陈世伟博士坚持的独立性说也以主观主义刑法观为前提，即认为主观罪过是犯罪构成的核心，是行为人承担刑事责任的唯一根据，因而对所有共同犯罪人的定性也从主观要素出发。<sup>[38]</sup>在上述刑法主观主义的观点看来，教唆行为即便没有引发他人的行为，甚至教唆信息没有传递给他人，教唆犯自身的行为也能够揭示教唆犯个人的危险人格，故要处罚教唆犯。

但是，如果从客观主义的立场看，教唆犯本身应当是引发他人犯意的行为，他人根本没有由此产生犯意的，或者虽接受教唆但没有实施任何行为的，教唆行为并未直接面对行为客体，共犯行为本身不会对法益造成损害，当然不能处罚教唆者。对此，学者认为，对法律所保护的私益的侵害处于相对较远的早期阶段时，至少从法治国以及刑事政策的角度看，能否将可罚性进行这样的扩张仍然存在很大问题。<sup>[39]</sup>

因此，在刑法客观主义的重要性得以彰显的今天，把原本对共犯从属性已经做出规定的刑法条文朝着刑法主观主义的方向解释，存在明显缺陷。无论按照单一正犯概念还是区分制下的共犯独立说，对刑法第29条第2款进行刑法主观主义的解释，明显是不可取的。对我国刑法相关规定的解释，必须考虑刑法客观主义的世界潮流。<sup>[40]</sup>

## （二）对刑法第29条第2款必须进行实质的、功能性的解释

刘明祥教授认为，其对刑法第29条的解释，是严格按照刑法条文进行字面含义的解释。虽然“所有的解释都是对于一个制定法的文本所为，所以解释必须从字面上的解释（所谓的文理解释）开始”，<sup>[41]</sup>但是，依据文义所为的解释具有某种局限性。某种解释是否被罪刑法定原则禁止，不能仅仅靠字面含义进行判断，而要通过权衡刑法条文的目的、行为的处罚必要性、国民的预测可能性、刑法条文的协调性、解释结论与用语核心含义的距离等诸方面才能得出结论。<sup>[42]</sup>在刑法条文的字面含义并不清晰时，经常需要从用语的文义出发进行扩张解释，进而得出符合法条规范目的的结论。在这个意义上，使解释得以反复推演的是目的解释，而不是所谓对字面含义的“严格解释”。不考虑解释方法的多种运用，尤其是不结合体系解释、历史解释、目的解释对解释理由进行说明，而一味强调对法条

[36] 参见[日]大谷实：《刑法总论》，黎宏译，中国人民大学出版社2008年版，第367页。

[37] 参见前引[18]，井田良书，第440页。

[38] 参见前引[5]，陈世伟书，第84页。

[39] 参见[德]冈特·施特拉腾韦特、洛塔尔·库伦：《刑法总论I》，杨萌译，法律出版社2006年版，第327页。

[40] 对任何刑法条文都必须朝着符合法治潮流的方向去解释，此乃各国刑法学者的共识。例如，日本刑法第207条规定了“同时伤害的特例”，即二人以上实施暴行伤害他人，在不能辨别各人暴行所造成的伤害的轻重或者不能辨认何人造成了伤害时，即使不是共同实行，也依照共犯的规定处断。有学者认为该规定违宪，是让其中的个人承担“莫须有”的罪名（参见[日]平野龙一：《刑法概说》，东京大学出版会1977年版，第170页）。但是，多数学者为使刑法适用符合法治的要求，还是对其“朝着限制其适用范围的方向进行解释”，而不是相反（参见前引[30]，山口厚书，第55页）。

[41] [德]Ingeborg Puppe：《法学思维小课堂》，蔡圣伟译，台湾元照出版公司2010年版，第111页。

[42] 参见张明楷：《罪刑法定与刑法解释》，北京大学出版社2009年版，第129页。



“字典意思”（字面含义）的解释，是一种似是而非的说法。

刘明祥教授认为，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”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。刘明祥教授进一步认为，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达的顺序来看，既然前面说的是被教唆人犯了被教唆的罪从而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”而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，这一款就成为多余的了。<sup>[43]</sup>但是，刘明祥教授的观点明显存在问题：

1. 对刑法规定的字面含义进行解释，只能探寻规范的一种含义，而且很多时候所得出的结论仍不甚明了。例如，刑法第382条第3款伙同贪污时“以共犯论”的规定。如果按照字面解释就是“以共同犯罪论”，但如此解释等于什么都没有说，因为我们还需要回答没有身份者在共同犯罪中能否成为核心角色的问题。另外，由于“词不达意”的现象非常普遍，条文的字面含义在很多时候可能并不是规范的真实意思。的确，如果仅仅从字面上看，在被教唆者着手实行但未既遂的场合，被教唆者成立犯罪未遂，是“已经犯了被教唆的罪”而不再属于“没有犯被教唆的罪”，似乎对教唆犯不能再引用第29条第2款进行处罚。但是，如果考虑法条目的——对仅仅造成法益危险的行为的处罚，要轻于造成法益实害的情形——那么，对“被教唆人没有犯被教唆的罪”的解释，完全可以限定为“被教唆人没有犯被教唆的（既遂）罪”。换言之，即便是被教唆者着手实行的场合，只要其尚未达到既遂状态，就可以认为被教唆者“没有犯被教唆的罪”。这样的解释结论完全在法条的目的范围之内。刘明祥教授关于刑法第29条第2款的前述解释明显“是以该款的其中一种字面含义为根据选择的立场，而没有考虑到单一的正犯概念的固有缺陷”。<sup>[44]</sup>确实，对刑法问题的解释，在很多时候要进行实质解释和规范判断，仅仅停留在字面含义的层面解释刑法第29条第2款的规定，难免顾此失彼。

2. 刑法第29条第1、2款都应该理解为关于共同犯罪的规定，而不能说第1款是关于共同犯罪的教唆犯的规定，第2款是教唆犯与被教唆人不构成共同犯罪的规定。刑法总则第二章第三节的标题是“共同犯罪”，在关于共同犯罪的这一节中却规定了不是共同犯罪的情形，这是没有说服力的，也不符合本节的立法趣旨。其实，对于刑法第29条第1、2款的关系，应该体系化地进行理解。首先，可以认为第29条第1款是关于共同犯罪中教唆犯成立与处罚的一般规定，第2款规定的是共同犯罪中教唆犯的未完成形态和从宽处罚形态，但其也应在第1款原则的指导下适用，第2款只是第1款的提示性规定：教唆他人犯罪应当按照其在共同犯罪中的作用处罚；例如，教唆成年人犯罪的，可以认为教唆犯起次要作用；教唆未成年人犯罪的，对教唆犯要认定为主犯。但是，被教唆人没有犯被教唆的罪的，对于

[43] 参见前引〔6〕，刘明祥文。

[44] 前引〔3〕，张明楷书，第354页。

教唆犯，应该以第1款规定为基准从轻或者减轻处罚。其次，对刑法第29条第1款所规定的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”进行当然解释，可以得出结论：教唆他人犯罪，如果在共同犯罪中“不起作用的”，不处罚。例如，行为人甲试图教唆乙犯罪，但教唆信息没有传递给乙的，谈不上甲乙之间形成了共犯关系，甲在共同犯罪中“不起作用”，不处罚。再次，对刑法第29条第1、2款的规定，完全可以在共同犯罪的前提下进行对照理解。教唆不满18周岁的人犯（既遂）罪的，应当按照（既遂罪）从重处罚；教唆不满18周岁的人犯（未遂）罪的，首先要按照教唆未遂进行从轻或者减轻处罚，再按照其教唆未成年人犯罪应当从重处罚的规定，（按照未遂罪）进行从重处罚。最后，第29条第1款规定对教唆犯要按照其在共同犯罪中的作用处罚，如果将第29条第2款解释为不成立共犯的情形，与第29条第1款明显相悖；处罚教唆信息没有传递到被教唆者、被教唆人拒绝教唆等情形，也与第29条第1款的精神不符，在实务上也会得出非常荒唐的结论。例如，甲教唆乙强奸妇女，乙一笑了之，毫不理会甲。按照刘明祥教授的观点，乙无罪，甲却成立强奸罪的（教唆）未遂。再如，无业人员甲教唆其丈夫乙（国有公司财物主管）贪污公款，但乙严词拒绝的，乙无罪，但按照刘明祥教授的观点，甲要成立贪污罪未遂。

### （三）对刑法第29条第2款必须结合其他相关理论无矛盾地加以理解

刘明祥教授认为，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的；被教唆的人拒绝教唆犯的教唆的；被教唆的人接受教唆，但还未为犯罪做准备的，都属于教唆未遂。其实质是将共犯行为当成实行行为看待，即便教唆行为自身以失败告终的场合，也作为犯罪未遂进行处罚。这一结论，如果仅仅从教唆行为自身具有违法性这一角度看，似乎是合理的。但是，如果结合未遂犯理论、共犯处罚根据理论体系性地加以思考，就会发现其结论是不可靠的。未遂犯都是危险犯，而且是具体危险犯。在教唆失败的场合，教唆行为对法益仅有抽象危险而没有具体危险，将其作为教唆未遂看待，和客观未遂论的一般法理不符。此外，在共犯处罚根据问题上，将刘明祥教授的观点贯彻到底，必然得出责任共犯论的结论，即共犯使正犯堕落。但是，现在的通说认为，共犯通过正犯的行为对构成要件结果的实现施加影响时才是处罚的对象（因果共犯论）。换言之，在共犯以正犯的意思或者规范意识为媒介，使得法益受到侵害时，对共犯才能进行处罚。重视共犯的因果性，就会认为，对教唆犯因为其和最终的法益侵害结果有关联，才能对其进行处罚。<sup>[45]</sup>因此，如果同时考虑共犯处罚根据，就会认为，教唆行为自身并没有引起构成要件结果的足够危险，而只有在被教唆的正犯的实行行为介入时，才会产生实现构成要件结果的现实且具体的危险。因此，在共犯处罚根据上，如果坚持具有充分合理性同时得到多数学者认同的因果共犯论，厘清共犯处罚根据和共犯从属性说之间的天然联系，就会得出拒斥共犯独立性说的结论。刘明祥教授人为割裂共犯从属性说和共犯处罚根据之间的联系，没有坚持体系性地解决刑法问题的方法论，导致在最终结论上难免失当。

## 三、共犯从属性理论与对刑法第29条第2款的理解

事实上，刘明祥教授如此解释刑法第29条第2款，真正的目的是想防止刑法的打击面

[45] 参见[日]前田雅英：《刑法总论讲义》，东京大学出版会2006年版，第459页。

过窄。应该说,这一出发点是可以理解的,也确实看到了刑法第29条的规定和其他国家关于教唆未遂的规定在文字表述上存在些许差异。不过,笔者认为,这不应该成为将刑法第29条朝着刑法主观主义方向解释的理由。

当然,刘明祥教授在其论文中展示出来的问题意识,明显逼迫刑法客观主义者思考:仅仅将刑法第29条第2款的规定解释为对共犯从属性说意义下的教唆未遂的规定是否妥当?刘明祥教授提出的应以教唆未遂处理的四种情形,哪些不应该成为刑罚处罚的对象?哪些情形如果不认定为教唆未遂,也可以利用其他刑法解释原理加以处理?

对此,合理的解释思路是,剥离刘明祥教授所例示的诸种情形,将其区别为三种情况处理:刑法第29条第2款规定的被教唆的人“没有犯被教唆的罪”,仅指教唆犯教唆他人犯罪,被教唆人已经着手实行犯罪,但“没有达到既遂状态”的情形;<sup>[46]</sup>对于教唆犯教唆他人犯罪,被教唆人仅有预备行为但“没有着手犯被教唆的罪”的情形,即便要处罚教唆犯,也应该适用(他人)预备罪的法理,引用刑法第22条第2款的规定进行处罚,与教唆未遂和共犯从属性原理无关,更不需要对教唆预备犯适用刑法第29条第2款;至于刘明祥教授所说的教唆信息完全没有传递给被教唆人、被教唆人明确拒绝教唆、被教唆人虽接受教唆但尚未开始实施预备行为等三种情形,教唆行为对法益缺乏抽象危险,教唆者不但不能成立教唆未遂,而且连教唆预备犯都不成立,其不属于刑罚处罚的对象。

#### (一) 笔者观点的展开

##### 1. 在被教唆者存在预备行为时,处罚教唆犯与共犯从属性原理无关

刘明祥教授认为,刑法第29条第2款中的“被教唆的人没有犯被教唆的罪”的规定,应当按字面含义解释为“被教唆的人没有按教唆犯的意思实施犯罪”。由于教唆犯与被教唆人之间没有共同犯罪关系,对教唆犯只能按单独犯定罪处罚,因而,认为该款是关于单独教唆犯的处罚规定。<sup>[47]</sup>对此,笔者认为,如果否定我国刑法采用单一正犯概念,刘明祥教授的观点就缺乏存在依据。在区分制之下,对共犯的性质只能朝着从属性的方向进行解释。即只要“在肯定了正犯行为具备正犯构成要件该当性和违法性的场合,也充足了其他的(共犯)构成要件要素的前提下,就能够肯定共犯的构成要件该当性”。<sup>[48]</sup>相应地,对于刑法第29条第2款,应该认为其以教唆犯与被教唆者之间存在共犯关系为存在前提。

由于我国刑法从形式上看以处罚预备犯为原则,因此,在被教唆者依教唆犯的唆使实施预备行为但未着手实行的场合,共犯关系成立且对教唆犯能够予以处罚。此时,被教唆的人从形式上看属于“‘没有犯’被教唆的罪”。即便被教唆人的行为处于预备阶段,尚未着手实行犯罪,教唆人也因为自身的行为而具备未遂犯的可罚性,而这正是共犯独立性说的立场。<sup>[49]</sup>但是,因为教唆、帮助行为“只有在具有正犯的实行行为时,才产生了发生构成要件结果的现实危险,所以,应当说,只有在达到这一阶段时,才能认可共犯行为的可罚性”。<sup>[50]</sup>因此,从实质上看,对共犯(未遂意义上的)从属性的讨论,必须在有正犯概

[46] 参见前引[3],周光权书,第233页;前引[3],张明楷书,第378页。

[47] 参见前引[6],刘明祥文。

[48] 前引[30],山口厚书,第302页。

[49] 参见[日]平野龙一:《刑法总论Ⅱ》,有斐阁1975年版,第345页。

[50] 前引[36],大谷实书,第368页。

念之后才能进行，其只能讨论正犯着手实行之后既遂之前，共犯是独立还是从属于正犯的问题。在教唆预备阶段，不存在共犯从属性问题，也没有教唆未遂问题，而这正是共犯的实行从属性说的要义。

教唆预备的处罚理由仅仅是预备犯的法理——教唆行为具有造成构成要件结果的抽象危险。张明楷教授认为，在教唆预备的场合，对教唆犯的处罚建立在被教唆者具有可罚性的基础上，这符合共犯从属性的法理。<sup>[51]</sup>但是，笔者认为这一说法值得商榷。一方面，处罚教唆预备的法理在于对（他人）预备犯的承认，这是对预备犯原理的运用，而非对共犯从属性法理的运用。另一方面，过分扩大共犯从属性法理的“射程”，在刑法客观主义并未得到较好贯彻的语境下，会动摇正犯概念和构成要件观念，从而带来负面影响。

有必要提及，在被教唆者预备的场合，也不是处罚所有的教唆预备犯。对此，学者指出，只有共犯参与的主要犯罪既遂，共犯的成立才毫无疑问；相反，如果主要犯罪只达到预备阶段，共犯的可罚性显然取决于例外情况下的预备是否受到处罚。<sup>[52]</sup>因此，在实务中尽量不处罚教唆预备犯。一方面，在共同犯罪中，被教唆人处于预备阶段，其行为对法益没有现实危险，最多只有抽象危险，而教唆犯对法益的危险更是非常间接，此时处罚教唆犯，等于是处罚抽象危险犯背后的危险犯，与刑法客观主义的精神实质明显存在抵牾之处。另一方面，被教唆人的预备行为缺乏定型性，对教唆预备犯进行处罚，更有处罚范围无限扩大的危险。<sup>[53]</sup>因此，在被教唆人预备的场合，尽量不处罚共犯更可能和共犯从属性说的“处罚消极主义”具有一致性。当然，对于教唆他人实施重罪（如抢劫、杀人、强奸等），他人也为此做了充分准备，预备行为距离着手实行很近的，则应当处罚教唆预备犯。

## 2. 在被教唆者没有预备行为时，不能处罚教唆犯

刘明祥教授认为，教唆犯已实施教唆行为但教唆信息还未传达到被教唆的人、被教唆的人拒绝教唆犯的教唆、被教唆的人接受教唆但还未为犯罪做准备等三种情形，都应当成立教唆未遂。但是，在笔者看来，教唆者此时的法益侵害性没有达到值得刑罚处罚的程度，其不仅不能成立教唆未遂，而且连教唆预备犯都不成立，从而不是刑法处罚的对象。将上述教唆行为作为刑罚处罚的对象，不仅是对教唆未遂概念、刑法第29条第2款规定的曲解，而且没有考虑体系性地解释刑法规定的要求，最终有倒向刑法主观主义的危险。

此外，对于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而实施了其他犯罪，并且所犯之罪不能包容被教唆的罪的情形，刘明祥教授认为，教唆犯与被教唆者之间没有共犯关系，教唆犯单独成立教唆未遂。但是，如果被教唆的人按照他人的教唆进行了预备，只是在实行时才有所改变的，教唆者与被教唆者可以在预备的层面成立共犯关系，只是不涉及教唆犯的未遂问题而已。例如，甲教唆乙盗窃他人财物，乙为盗窃准备了工具，但到现场后发现没有可以随意搬动的财物，就砸毁了被害人的汽车的，甲只能成立（盗窃罪）教唆犯的预备，而不能成立教唆未遂。

[51] 参见前引[3]，张明楷书，第373页，注释34。

[52] 参见前引[39]，施特拉腾韦特等书，第327页。

[53] 刘明祥教授将教唆行为看作独立的行为类型、犯罪类型，但学者指出，如果按照这种逻辑，就应该肯定“教唆行为一经实施完毕，即为既遂。被教唆人是否实施被教唆之罪，只是量刑情节，不影响教唆罪的成立”（韩晓峰：《论教唆未遂》，载中国人民大学刑事法律科学研究中心编：《现代刑事法治问题探索》第2卷，法律出版社2004年版，第65页）。但是，这一结论即使在刑法分则规定独立的教唆罪时也难以成立。

### 3. 被教唆人已经着手实行犯罪的, 教唆犯有成立未遂的余地

将上述两种情况剔除出刑法第29条第2款的适用范围之后, 对教唆未遂就只能解释为, 教唆犯教唆他人犯罪, 被教唆人接受之后, 已经着手实行犯罪, 但尚未达到既遂状态。换言之, 被教唆的人“‘没有犯’被教唆的罪”仅指被教唆的人已经实行但“没有犯(被教唆的、达到既遂状态)的罪”, 如此才有成立教唆未遂的余地。在这个意义上, 教唆犯从属于正犯的实行。

#### (二) 限制解释刑法第29条第2款的合理性: 进一步论证

肯定刑法第29条第2款规定的被教唆人“没有犯被教唆的罪”仅指被教唆人“没有犯被教唆的、既遂的罪”这一种情形的合理性在于:

##### 1. 坚持共犯从属性的法理

按照笔者对刑法第29条第2款的解释, 在正犯处于实行阶段时, 其具有可罚性, 共犯也才具有未遂的可罚性。此时, 教唆行为产生了一个对应的直接侵害法益的共同参与者, 刑法这才处罚狭义共犯, 使得共犯从属性原理得到坚持。于是, 教唆未遂必须从属于正犯的未遂(实行从属性), 必须以正犯着手实行为前提的有力观点没有被改变。

##### 2. 在解释论上使得法条之间没有矛盾

按照刘明祥教授以及我国刑法学通说的观点, 被教唆的人连犯罪预备行为也没有实施时, 也要适用刑法第29条第2款处罚教唆犯。这意味着对教唆犯最多只能减轻处罚而不能免除处罚, 但被教唆人如果单独实施犯罪预备行为, 按照刑法第22条的规定, 可以免除处罚。由此出现的奇怪现象是, 对直接面对法益的单独预备犯的处罚, 比必须通过被教唆人才能(间接)针对法益的教唆预备犯的处罚要轻。

对于刘明祥教授将教唆未遂的范围无限扩张, 可能带来处罚上明显不合理的结局这一问题, 如果结合实例, 可以看得更为清楚。(1) 甲自己为盗窃准备工具、制造条件的, 成立犯罪预备, 适用刑法第22条, 可以免除处罚。(2) 甲教唆乙盗窃, 乙接受教唆后, 为盗窃准备工具、制造条件的, 乙是预备犯, 按照刘明祥教授的观点, 对甲适用刑法第29条第1款, 认定为教唆犯未遂, 同时适用刑法第23条, 不能免除处罚。(3) 甲教唆乙盗窃, 但信息未传递给乙或者乙拒绝教唆的, 对甲适用刑法第29条第2款, 甲成立单独犯的未遂犯, 但不能免除处罚。实际上, 如果考虑法益保护主义, 考虑共犯处罚根据, 不难看出, 在上述三种情形中, 情形(1)中甲对法益的危险性最大, 情形(3)中甲对法益还没有值得刑法处罚的危险, 原本就不应该受到刑法追究, 更遑论犯罪未遂。因此, 对情形(1)免除处罚但对情形(3)不能免除处罚的合理性难以得到认同。情形(2)中甲的行为存在一定危险, 但是, 如果认为情形(2)中甲成立共犯意义上的教唆未遂犯, 那么对其的处罚就和情形(1)明显不协调。换言之, 其不合理的结局是一个离法益侵害的危险性越远的人, 在刑罚处罚上越重, 这明显难以令人接受。其实, 正如德国学者所指出的那样, 狭义共犯的“不法内容不在其本身, 而是在他人的犯罪行为之中”。<sup>[54]</sup>因此, 不结合法益保护原则而扩大教唆未遂处罚范围的观点明显不合时宜。

通说面对这种处理结论上的不合理毫无解决办法, 只能将其解释为是刑法第29条第2

[54] 前引[28], 耶赛克等书, 第794页。

款规定自身的不合理所造成的；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。<sup>[55]</sup>但是，笔者认为，在刑法解释论上，不对现有条文进行目的性缩限和体系解释，而动辄批评立法不当，在方法论上存在根本缺陷。因此，通说和刘明祥教授在法条规定原本没有矛盾时，不当理解刑法第29条第2款，人为制造法条之间的矛盾，过分扩大教唆未遂的主张所带来的负面效果，在这里充分显示出来。

其实，只要对教唆预备犯适用他人预备罪的法理，而不与教唆未遂挂钩，对于教唆预备犯，就应当按照刑法第22条（因为承认共犯关系，再辅之以第29条第1款）进行处罚，而不能适用刑法第29条第2款。对此，张明楷教授正确地指出：“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，对于教唆犯，可以从轻、减轻或者免除处罚。”<sup>[56]</sup>

### 3. 考虑刑法的法益保护目的，杜绝错误理解刑法第29条，防止滑向刑法主观主义

刘明祥教授认为刑法第29条第2款能够包容的前三种情形，都明显不属于刑罚处罚的对象，其结论明显和法益保护原则相冲突。对这些情形以未遂犯处罚，等于在法益危险性的判断上坚持纯粹主观说，“仅仅以行为人主观上的危险性为判断依据来认定犯罪未遂，采取了从主观到客观的思考方法，有主观归罪之嫌，并不足取”。<sup>[57]</sup>

刘明祥教授主张刑法第29条第2款只规范共犯自身具有违法性的情形。<sup>[58]</sup>但是，如果承认刑法第29条第2款所要惩罚的教唆犯，至少是被教唆者接受教唆后开始实行的情形，实际上是在重申犯罪是违反行为规范进而侵害法益的行为。狭义共犯参与他人的犯罪，在被教唆者、被帮助者的行为处于实行阶段，对法益有具体危险时，刑法必须做出反应。但是，对于教唆信息未传递到被教唆人、被教唆人拒绝教唆、被教唆人实施其他与教唆无关的罪等情形，教唆犯的行为对法益不会造成需要刑法处罚的抽象危险，不能将表现教唆者犯罪人格的行为与正犯的实行行为同等看待，对这种教唆者不应进行处罚。惟其如此，才能在教唆未遂问题上，不走在日本已被抛弃的共犯独立性说的老路（正犯的实行行为对教唆者、帮助者而言，不过是牧野英一所说的“因果关系的经过”或者木村龟二所说的“客观处罚条件”<sup>[59]</sup>），进而从根本上防止对我国刑法具体规定的解释滑向刑法主观主义。

最后需要指出，有学者认为，共犯独立性说与刑法主观主义、共犯从属性说与刑法客观主义之间并没有对应关系：即便赞成刑事古典学派的客观主义立场，但将行为无价值论彻底化，也可以认为即使正犯未实行，共犯也应受罚；反过来，如果刑事近代学派不将理论绝对化、夸张化，在考虑处罚必要性的前提下也可能认同共犯从属性说。<sup>[60]</sup>但是，笔者对此持不同看法：（1）这一观点在日本刑法学语境下也未必有道理。因为共犯独立性说、从属性说是刑法学派对立共犯论中的“火力集中点”，当今共犯从属性说的知识背景仍然只能是刑法客观主义。（2）将行为无价值论彻底化的观点，处于刑法客观主义和主观主义的交叉地带，甚至更接近于刑法主观主义，其承认共犯独立性说不足为奇；在刑罚论上属

[55] 参见前引〔6〕，刘明祥文。

[56] 前引〔3〕，张明楷文，第89页。

[57] 前引〔3〕，周光权书，第191页。

[58] 参见前引〔6〕，刘明祥文。

[59] 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243页。

[60] 参见〔日〕山中敬一：《刑法总论》，成文堂2007年版，第410页。

于刑事近代学派，但在犯罪论上肯定实行行为概念的重要性，且强调限制处罚范围的学者，其实是刑法客观主义者，<sup>[61]</sup> 这样的学者肯定共犯从属性说是理所当然的。这与刑法主观主义者赞成共犯独立性说、刑法客观主义者强调共犯从属性说并不矛盾。(3) 就当下我国赞成共犯独立性说的学者而言，其理论出发点是教唆行为本身展示了行为人的反社会性格，对社会具有危险性，因而成为独立于正犯的刑罚处罚对象，这样，其与刑法主观主义之间的联系就始终割舍不断。

---

---

**Abstract:** If we insist on the rule of law, it should be admitted that Chinese Criminal Law has adopted the Principal and Accomplice Offender System rather than an Unitary Principal Offender System when systematically considering the regulations of accomplice offenders in its General Provisions and the fiction of principal offenders in its Sub Provisions. Therefore, the Theory of Subsistence of Accomplice Offender should be affirmed, i. e., if the instigated person hasn't got down to commit the instigated crime, there is no attempted instigation. As to Article 29, Paragraph 2, it should only be explained as the instigated person has got down to commit the crime but not accomplished. Such interpretation helps to maintain the subsistence of accomplice offender, adheres to the criminal objectivism, and will not indulge crime.

If the instigated person only has done preparatory behavior, the theory of Preparatory Crime and Article 22, Paragraph 2 of Chinese Criminal Law should be applied. This case has nothing to do with the attempted instigation, so there is no need to apply Article 29, Paragraph 2, let alone the application of Article 23. As to cases that the instigated information hasn't reached the instigated person, the instigated person refuses the instigation, or the instigated person accepts the instigation but has not made any preparation for the crime, the danger of the acts of instigation to legal interests only stays in the mind of the instigator, which is not the object of criminal punishment. The opinion of explaining this kind of instigation as the attempted instigation misinterprets the concept of attempted instigation and Article 29, Paragraph 2, doesn't consider about the regulations of Chinese Criminal Law systematically, and finally takes the risk of falling into the criminal subjectivism, which is not an advisable explanatory approach.

**Key Words:** accomplice offender, principal and accomplice offender system, attempted instigation, subsistence, criminal objectivism

---

---

[61] 参见林东茂：《一个知识论上的刑法学思考》，中国人民大学出版社2009年版，第21页，注释7。