

陷害教唆的司法适用研究

郑佳民

浙江理工大学法政学院、史量才新闻与传播学院, 浙江 杭州

收稿日期: 2023年3月6日; 录用日期: 2023年3月17日; 发布日期: 2023年5月31日

摘要

现今教唆理论下陷害教唆的认定模糊不清, 在司法适用中仍沿用教唆间接正犯的观点定罪量刑, 由于陷害教唆中教唆行为的双重目的, 司法裁判被简单认定为修正的共同犯罪而作为教唆犯等同定罪, 依据主客观相统一难以对陷害教唆行为进行定罪量刑。为了弥补陷害教唆理论的缺陷, 更为了是司法判决具有合理性与可说服力, 从陷害教唆的定性与其可罚性入手, 区分其与一般教唆行为间的差别并通过社会危险性与人身危险性给予可罚性理论肯定, 厘清陷害教唆的行为类型与主体类型, 将边界清晰化并把成立要件与行为类型的整合更是将可罚性理论的升华与补充, 通过不同犯罪形态的陷害教唆研究得出一定的司法适用理论, 并将诱惑侦查区别于陷害教唆究其主体要件与分类深入讨论, 给予陷害教唆犯罪行为的定罪与司法适用逻辑性框架与轮廓。

关键词

陷害教唆, 诱惑侦查, 可罚性, 未遂教唆, 犯罪形态

A Study on the Judicial Application of Incrimination and Instigation

Jiamin Zheng

School of Law and Politics, Shi Liangcai School of Journalism and Communication, Zhejiang Sci-Tech University, Hangzhou Zhejiang

Received: Mar. 6th, 2023; accepted: Mar. 17th, 2023; published: May 31st, 2023

Abstract

Nowadays, the identification of frame-up instigation under the theory of instigation is unclear, and the view of indirect instigation is still used in the judicial application for conviction and sentencing. Due to the dual purpose of instigation in frame-up instigation, the judicial judgment is simply

identified as a modified joint crime and as an instigator equivalent to conviction. It is difficult to conviction and sentencing the frame-up instigation based on the unity of subjective and objective. In order to make up for the defects of the theory of framing and abetting, and more importantly to make the judicial judgment reasonable and persuasive, starting with the qualitative and punitive nature of framing and abetting, distinguish the difference between it and the general abetting behavior, and give the theoretical affirmation of the punitive nature through the social and personal dangers, and clarify the type of behavior and subject type of framing and abetting, The clarification of the boundary and the integration of the elements of establishment and the types of conduct are the sublimation and supplement of the theory of punishment. Through the study of the framing and abetting of different criminal forms, we can draw a certain theory of judicial application, and further discuss the main elements and classification of the temptation investigation from the framing and abetting, and give the logical framework and outline of the conviction and judicial application of the framing and abetting criminal act.

Keywords

Frame-Up Instigation, Abetting Instigation, Punishable, Unfulfilled Instigation, Criminal Form

Copyright © 2023 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 引言

大陆法系中存在陷害教唆理念的历史尚短，刑法理论界对陷害教唆理论问题的争论声不断但从未形成一致的认识，从而导致陷害教唆问题仍然是充斥着异议，此犯罪行为的存在一定程度上威胁了当前社会秩序的稳定，同时也对司法资源造成了严重的浪费，时刻影响人们对司法公正性的判断。理论界对陷害教唆学说的称呼各不相同，但唯有陷害教唆因其最能贴切地反映该犯罪行为的本质而被采用。陷害教唆是指以陷害他人遭受公安机关与司法部门的惩治为犯罪意图而去教唆他人实施所教唆的犯罪行为^[1]，无论犯罪行为是否既遂，其陷害的教唆意图自始存在。陷害教唆理论因其特殊的犯罪意图与犯罪行为的主客观因素而异常复杂，教唆人在主观层面存在区别于一般教唆的多重意图，在客观层面则实施了尚未确定处罚标准的严重危害行为。

陷害教唆在理论体系层面仍从属于教唆犯，教唆人和被教唆人的关系表现形式上体现为简单的共犯，而且究其实质则更偏向于修正主义影响下的特殊形态的共同犯罪¹。相较于西方刑法理论体系，当下中国刑法理论界对于陷害教唆仍然处于起步和较为落后的阶段。虽然中国刑法学界通过对其历史发展、成立要件和理论定性等方面的长久研究已经形成了更为细致和合理的理论体系，但是应如何针对陷害教唆行为定罪量刑，首先是现有统一定罪标准的理论难以服众，其次是具体的处罚手段仍未形成共识并且违背于“陷害教唆首先应视为教唆犯罪”的研究起始点，最后是陷害教唆的主体差别与行为类型的分类与相关概念的区分辨析仍较为模糊，缺乏界定的标准的规范的区分体系。因此在明晰缺陷后对陷害教唆进行围绕法理概念的行为解构与主体讨论，藉由特殊要件的指引去完成不同犯罪类型的考察，不失为解决司法适用难题的上策。

¹ 他们认为陷害教唆仍然是教唆的特殊表现形式之一，可依据对于一般教唆行为的理论去定性分析。参见 Wechsler Jones & Korn. Of Outlaws and Offloads: A Case for Derivative Entrapment. Boston College Law Review, 1996, p. 743.

2. 陷害教唆的司法实践缺陷

2.1. 行为类型的不确定性

在司法实践中陷害教唆理论的定性与被告量刑不清晰的主要原因是陷害教唆的行为类型尚未确定,即“究竟何种犯罪行为构成陷害教唆”未形成理论体系。由于教唆犯中相似理论在特定司法实践中法律关系难以区分,陷害教唆易被认定为一般教唆行为或其他相关犯罪行为而认定,并且在正犯行为是否实施、教唆行为是否成立、教唆行为是否主客观相统一、教唆行为和正犯行为间的相符合特性间仍未存在统一的确定标准^[2]。以2002年四川省巴中市清远镇案件为例,许某在明知当地农村信用社银行在夜晚有人值班的情况下唆使同乡青年申某趁着夜色去银行盗窃财物,被信用社保安当场抓获。教唆犯的间接正犯成立,正犯的犯罪行为虽主观上未能与教唆犯的犯罪意图相一致但客观上的确发生了非法的且一致的犯罪行为。但关于教唆犯许某的量刑上则出现了主观意图上的偏差,许某的犯罪意图显然不是希望申某盗窃信用社财务而是希望申某接受公安机关的惩罚审判,主客观并不统一。在司法实践中的定罪量刑难以用既有的过往案例与统一理论标准考量,将破坏涉案人在司法审判重的公正性。

在“所教唆行为是否既遂”方面,陷害教唆理论颇为接近教唆未遂。教唆未遂定义为存在事实教唆行为但被教唆人并未听从教唆而实施相应的犯罪行为。教唆未遂在成立要件层面就与陷害教唆体现出明显的差别。首先,教唆未遂只需要被教唆人萌生与教唆行为相对应符合的犯罪目的,或即使被教唆人实施了该种犯罪行为但在可罚性标准上未能达到刑法的要求^[3],其次教唆行为和被教唆人的犯罪行为间不存在因果性,应定义为未能成功的教唆行为。参照上述成立要件可以得知教唆未遂的具体情形:第一,教唆行为人为教唆失败的原因是因为超越意志之外的不可预知的因素;第二,被教唆人在主客观层面皆体现为否认教唆;第三,被教唆人虽然存在听从了教唆但并未出现犯罪结果或并未实施相应的犯罪行为,在主观层面抛弃犯罪冲动;第四,被教唆人处于犯罪行为的预备阶段时在主观层面上停止实施犯罪或在客观层面上因条件不允许而被迫中断;第五,被教唆人在准备实施犯罪行为时客观层面未遂或者在主观层面上停止其犯罪行为。教唆未遂的重心更偏向于教唆人自身的教唆犯罪以及教唆相对应的犯罪行为是否成立,更倾向于“未遂”,而陷害教唆则重在教唆行为。在陷害教唆中,被教唆者未遂却能成立陷害教唆者的既遂。

在“教唆行为的犯罪意图是否主观阻止犯罪行为”方面,陷害教唆理论颇为接近教唆中止。教唆中止定义为教唆人在其教唆行为的犯罪过程中因其主观原因未实施教唆行为,或虽实施教唆行为但主动且积极地阻止与教唆行为相对应的正犯行为的发生。教唆中止在成立要件层面就与陷害教唆体现出明显的差别:首先教唆中止中“中止”的效力阶段应解读为教唆犯罪实施过程中,无论是何时间点,只要早于正犯犯罪结果产生之前皆应认定为教唆中止;其次,在教唆中止中教唆人在主观层面上积极主动地放弃教唆,且积极有效地阻止被教唆者即正犯行为发生结果;再次,假如教唆行为已经成立,那么成立教唆中止则必须以教唆人积极主动地阻止正犯犯罪结果的产生为前提。相较之下,教唆中止更为着重强调教唆主体在主动层面上的积极性,偏向于在已明确成立的犯罪行为产生的时间线之前阻止具体犯罪行为的发生,而陷害教唆成立的依据与前提就是教唆人在主观层面上希望其所教唆的犯罪行为无法既遂^[4],并无阻止犯罪结果发生之主动性,陷害教唆的既遂应该被理解为被教唆者的未遂更合理。

在“教唆行为的教唆目的是否仅为陷害他人与正犯犯罪行为是否可犯”^[5]方面,陷害教唆理论颇为接近未遂教唆²。未遂教唆应定义为在教唆犯的共同犯罪中,当故意教唆行为成立且正犯实施相对应的犯罪行为已处于实施阶段时^[6],具体犯罪行为因共同犯罪人意志之外的因素而未产生^[7]。依上述定义可以

² 马克昌教授认为:“未遂的教唆指一开始就以使被教唆者陷于未遂的目的的教唆。”例如,以让警察逮捕的目的,教唆他人盗窃金库,被教唆人开始实行盗窃时被逮捕。由此看出陷害教唆和未遂教唆在犯罪行为的停止状态层面存在明显差别。陷害教唆所教唆的犯罪行为不强调是否必定未遂,以上述案件为例则可以理解为被教唆者毋庸置疑客观上存在被逮捕的可能性,但被教唆者的犯罪行为是否未遂并无要求。

轻松得知被教唆人并未实施具体犯罪行为，虽然教唆犯与被教唆人的犯罪目的成立因果关系但不影响相互间无法成立共犯关系，在此前提下应认定为共同犯罪无法成立而仅承认教唆犯，教唆人所教唆的犯罪行为本质上无法达成既遂或更为强调不可犯。换句话说，陷害教唆的意图表现为陷害他人，而明显不同于未遂教唆的教唆目的。况且陷害教唆所教唆的犯罪行为不强调是否必定未遂，但未遂教唆究其概念定性的根基则必须需要所教唆的犯罪行为客观层面无法实现既遂，仅可停留于未遂的现实阶段。

由此可见，陷害教唆无论与一般教唆行为还是教唆中止、教唆未遂、未遂教唆都存在差别^[8]，在正犯行为的实施与否、教唆行为的成立与否、教唆行为的主客观统一性、教唆行为和正犯行为间的相符合特性上仍未达成裁判共识，甚至于何为陷害教唆的定性问题仍存在不确定性。陷害教唆的行为类型的不确定性是导致其司法实践中运用的最大缺陷。

2.2. 主体类型的差别性

陷害教唆理论的另一缺陷是其在主体类型上的差别性。一般公民主体与特殊司法机关主体的陷害教唆在定罪量刑上存在显著的差别。诱惑侦查是指公安机关与司法机关人员引诱潜在的犯罪嫌疑人实施他们预想的违法行为而得到对其提起刑事诉讼的契机与证据；诱惑侦查可视为特殊主体的陷害教唆，理应视作身份犯，而不能将其与一般公民主体的陷害教唆混为一谈。其成立要件包括：第一，引诱者应具有身份的特殊性，表现为公安机关与司法机关人员；第二，公职人员在主观层面上积极主动地采取手段引诱案件被告人实施他们料想的犯罪行为并予以公权力的惩治；第三，该潜在的犯罪嫌疑人应认定为自始不存在此种犯罪的犯罪冲动。诱惑侦查与陷害教唆在主观意图上都强调陷害被教唆者，只是由于主体与实施对象的特殊性，诱惑侦查的最终目的是为了获得起诉证据而非单纯陷害被教唆人使其受到刑事追究。

3. 陷害教唆的定性与可罚性研究

3.1. 陷害教唆的法理定性

中外对于陷害教唆理论的渊源及其表现形式与规制体系在历史上有高度相似性³。早在盛唐时期关于杜绝危害社会风气的法律中便提及假使明知某种行为是罪行还教唆他人去犯罪的应当将教唆人与危害行为的实施人处以同样的罪名⁴；而18世纪的欧洲陷害教唆理论多体现普通人为了使他人受到刑事追究或另外利于自身的私人目的，故意教唆暗里的仇人犯罪并在犯罪结果产生的同时向权力机关举报揭发⁵。另外，在此情形下教唆人并未希望或者强调其教唆正犯的犯罪行为是否能成功，被教唆人的下场与接受何等程度的惩治都是处于教唆人考虑之外的。

对陷害教唆理论的历史发展进程与表现形式的研究呈现百家争鸣之态。大谷实教授表示陷害教唆相较于现有观点更倾向于教唆人引诱本无犯意的人实施犯罪并以此为专门职业^[9]，类似于港台警匪片中的线人行为，并指出陷害教唆应理解为将所人将被教唆人受到司法机关或权力机关的惩治作为犯罪目的，而去教唆他人犯必定以未遂而结尾的犯罪的行为。按照定义中必定以未遂为前提的要件，将其理解为未遂教唆更为合理。陈兴良教授则认为教唆人教唆他人犯罪的初衷与教唆意图自始就是陷害他人，再在客观犯罪行为实施的阶段通过举报、揭发等手段利用公权力的强制力将被教唆人抓获，其学说中的陷害教唆包括但并不仅仅只包括未遂教唆，因为他认为只要教唆的目的是陷害他人并且让被教唆人受到公权力

³1950年希腊刑法第2条第2项规定：“以在未遂或预备状态逮捕犯人之目的，故意使人实施不能完成之犯罪者，按正犯之刑减至二分之一。”美国模范刑法典在总则第5章分别于第5.1条(未遂罪)和第5.2条(教唆罪)规定，追究包括陷害教唆行为在内的“不完整罪”的刑事责任，此即：“教唆不知情者实行该当于犯罪成立要件之行为，以未遂罪论处；教唆犯之定义，以促进或助成实质犯罪之实行为目的，对他人命令、鼓吹或要求为构成犯罪或其未遂或该当于此罪之共犯之特定行为为该罪12之教唆犯。”在上个世纪西方刑法典的规定中陷害教唆多以间接的犯罪论处，少以明文规定。

⁴《唐律诈伪》规定：“诸诈教诱人使犯法犯者不知而犯之，及和令犯法谓共和所罪。”

⁵美国现代实用主义法学创始人霍姆斯认为在陷害教唆中该名教唆者是基于主观层面得到权力机关的奖赏以树社会权威或者单纯的复仇目的而利用权力机关无法抵抗的强制力对受害人严厉惩治。

的惩治，无论既遂还是未遂都是基于教唆人的犯罪目的出发的，与犯罪结果是否能够达成并无联系。不难看出理论界充斥的关于陷害教唆的争论焦点多数都排除对犯罪行为是否能够达成的考虑而更倾向于剖析教唆人的犯罪意图[10]。

“陷害”不仅意味着放任或者无限度宽恕被陷害人所犯罪行的责任与负担，更深层次得应该强调教唆人本质上希望使正犯的犯罪行为仅仅停留于未遂状态下的犯罪主观意愿，“害”一字能体现的主观思想过于片面，从本质意义上假使强调“害”则没有必要去观察正犯犯罪行为既遂与否，而恰恰在“陷”前提下的“陷”给予了不考虑既遂理论的强大限制，才可以在司法实践中具有现实意义得做到就算被教唆者成为教唆人非法目的的牺牲品，也不会因此使被教唆人由于教唆人故意设下的犯罪陷阱而收到司法机关的严厉惩治[11]。根据教唆犯罪目的的本质，笔者将陷害教唆概念理解为：以陷害他人或谋取司法机关的奖励为教唆犯罪的目的，故意教唆他人实施犯罪行为并在主观层面上希望正犯的犯罪行为停留在未遂状态的行为。

3.2. 陷害教唆的可罚性分析

正是因为“陷”的犯罪动机不正当性与“害”的犯罪行为不合法性⁶，陷害教唆的可罚性理论学说显然更符合和突出其本质特点。首先，陷害教唆行为最能体现其可罚的特点为其具备社会危害性和个体危险性[12]。此处所指社会危害性，指陷害教唆行为在一定程度上对现有社会秩序和立法精神强调下的社会交际关系造成不可弥补的损害。此处所指个体危险性，是指教唆人意图的非法性和该教唆行为客观层面上的破坏性的统一[13]。教唆行为人在明确自身犯罪行为将发生严重影响社会稳定性的犯罪结果时，仍更希望正犯犯罪行为的发生。从认识因素层面上看待，教唆行为人完全可以预料到其自身的教唆犯罪行为很有可能使被教唆人萌生犯罪意图或产生犯罪冲动[14]，因犯罪冲动而产生犯罪行为，因此种犯罪行为产生犯罪结果则只可期盼能否达成未遂；再从意思因素层面上看待，教唆行为人在主观层面上更为积极迫切希望被教唆人实施正犯行为并且取得成功，且毫无保留地纵容危害结果发生以满足其的教唆意图[15]。再者，陷害教唆行为具备行为非法性和应当接受惩治性，亦能体现其可罚的特点。陷害教唆作为特殊形式的教唆行为，其理应受到惩治。行为非法性由两部分内容组成，第一是表象即形式的非法，内容是触犯国家有关法律与反对法治社会的需求和严令禁止的法律行为[16]。第二是教唆行为对于社会生活造成了实质的威胁或损害。犯罪行为侵害了国家公权力维护下的个体或社会，甚至在一定层面上会对国家法律体系和制度产生损害。

4. 陷害教唆的类型考察

4.1. 陷害教唆的主体类型

4.1.1. 陷害教唆

当前中国刑法条款中并不存在涉及“陷害教唆”的明确法文，但是在司法实践中却仍然充斥着许多相同本质的复杂案例。例如，据1994年辽宁人民出版社出版的最高人民法院出版的《论律·剖案·释疑》中载明：马某因经济问题而教唆隔壁镇乡民徐某私下购买贵金属后，徐某与马某商量交货事宜时，因为马某早就向当地工商所揭发举报，徐某被公安机关当场逮捕。许某多次以相同的方法向工商所举报，而共获得公安部门奖赏1500元。陷害教唆于司法实践中的表现形式极富多样性，教唆人的功过与规则问

⁶张明楷教授在谈及陷害教唆时所指出的那样：“既然故意犯罪的成立要求行为人希望或者放任危害结果的发生那么如果能够肯定唆者不希望或者放任危害结果的发生就不认定为犯罪。但是，如果被教唆者按照教唆者教唆的内容所实施的行为仍然具有导致结果发生的危险性则难以否认教唆者具有犯罪故意，而应以教唆犯论处。”我认为，可罚说并没有改变传统观念上对教唆故意内容的理解，只是基于陷害教唆的特殊性而对教唆故意中对于“结果”的认知进行了新的诠释。根据传统刑法理论，教唆故意要求认识到危害结果的发生，然而只把“危害结果”理解为实害结果的观点是片面的。大陆法系国家刑法理论的通说认为，结果是对法益的侵害或侵害的危险，所以刑法上的结果不仅仅是指具体的实害结果对于法益的威胁与风险同样应当归属于结果的范畴。

题更是超越陷害教唆定性的存在。一般公民的陷害教唆行为是指陷害教唆以陷害他人或谋取司法机关的奖励为犯罪目的，被教唆人的犯罪行为为犯罪形态决定其承担何等程度的法律责任，教唆行为人不受到处罚的前提是其自始不存在危害公民或集体法益的犯罪目的，并且在客观层面上通过及时有效的方式使教唆人的犯罪行为所产生的犯罪结果得到自身的控制。

4.1.2. 诱惑侦查

特殊主体公安机关的陷害教唆即诱惑侦查。相较于陷害教唆，诱惑侦查必须由公安机关和司法机关人员或者他们的代理人实施，主体相对特定，实施对象是已经有证据证明其正在实施犯罪或者持有犯罪意图的人。而陷害教唆对于实施主体和实施对象并无特别规定。

诱惑侦查以其是否引诱被害人产生犯罪意图分为契机给予型诱惑侦查和引诱犯罪型诱惑侦查。契机给予型诱惑侦查是指公安部门与司法机关在意图获取刑事诉讼证据时仅给予产生犯罪行为的契机，而完全不涉及使用特殊手段催生被害人的犯罪意图，犯罪行为的发生与催生手段间并不存在因果关系，犯意先于被害人在公安机关工作人员的诱惑侦查前产生。契机给予型诱惑侦查对被害人只是扮演加速剂的角色，无法影响其犯意的产生或变更，仅仅产生量变而难以促成本质的转换。此类诱惑侦查并未积极主动地去引诱犯意而是被动防御，仅仅应认定为等待犯罪行为的发生而惩治，再给予其意图上剖析，取证才是契机给予型的最终目的，它所针对的对象只局限于犯意优先于诱惑侦查或原本存在相应犯罪行为的人。

引诱犯罪型诱惑侦查，是指被侦查之人在诱惑侦查之前并不存在相应犯罪意图，而在公安机关与司法部门的引诱之下萌生犯意，犯罪行为与公安机关的诱使之间存在因果关系，意味着假使缺乏诱惑侦查则不会存在相应犯罪行为。可以通过两个案例来论证对比两类诱惑侦查：王某 2004 年因跨境运毒被判刑而入狱，但刑期满后又以运毒的驼子工作营生，并且因为前科的问题被公安机关立案侦查。然而干警缺乏取证途径，便派线人贾某与王某搭上线，表示身边毒友也需要拿货，王某则当即跨境运来大量毒品而落网；第二个案例是辽宁沈阳的李某系社会闲散人员，公安机关的线人阮某因贪图工作荣誉而跟李某承诺，如果可以买到大量毒品则全部以数倍市场价格买断，并提醒李某自己有硬关系，不需要为交易的安全性担忧。李某铤而走险托关系跨境买毒品，入境后被边境海关当场逮捕。我们可以看到在第一个例子中，王某因其前科和经济状况早已被公安机关立案调查，并且其犯罪几率是真实存在的，公安机关线人贾某仅仅是搭线表示需求，完全不存在超越限度的引诱，应定义为契机给予型的诱惑侦查⁷；第二个例子中李某运毒贩毒的意图从根本上是基于公安机关线人阮某的诱使而产生的，虽然从个人品质上评价李某是一个可能对社会造成损害的社会边缘人员，但其始终不存在此类犯意，正因为阮某的诱使而铤而走险，此名线人的行为就能定义为引诱犯罪型诱惑侦查。

4.2. 陷害教唆的行为类型

4.2.1. 陷害教唆的一般成立要件与行为类型

1) 教唆

教唆必须以特定的形式来体现，故教唆的前提是行为人必须作为⁸。被教唆人具备刑事责任能力是其承担刑事责任的重要前提，若教唆人知晓他人无刑事责任能力但仍教唆其犯下罪行，应毫无疑问直接认定为间接正犯，被教唆人仅仅作为教唆行为人满足犯罪意图的媒介和工具；教唆犯罪具体指向的犯罪行为

⁷ 此书中将 18 世纪的警察圈套理论视作特殊主体实施的诱惑侦查，因其在手段层面或是危害结果的破坏性层面等的相似度极高，两者在犯罪意图都表现为陷害他人使受惩罚。参见 Anthony Jennings. *The Future of Cover Policing*. Criminal Bar Association Lecture, 2000, p. 27.

⁸ 从形式上看，“陷害教唆”行为在实际生活中的具体表现应该是多种多样的。就犯意而言，陷害者意图陷害他人，引发被害者的犯意，而被陷害者有可能接受陷害者的教唆故意，也有可能不接受其教唆犯罪的故意。就犯罪手段而言，“教唆陷害”者有可能认识到被教唆者根本不可能完成犯罪，达到既遂。如“教唆陷害”者让被陷害者去盗窃他人根本没有装钱的钱包，也可以是认识到被陷害者的犯罪行为很有可能达到既遂。就犯罪的阶段而言，教唆陷害行为可以成立于被陷害者实施犯罪的未遂阶段，也可以成立于被教唆者实施犯罪已达既遂的阶段。因此，对于“陷害教唆”行为的表现形式并不能作过窄的限定。

为应限于我国刑法分则明文规定的罪行，假使教唆行为人所教唆的内容并不包含于刑法分则规定的条文之内，就算其犯罪意图的确是陷害他人，也无法将其视作陷害教唆的行为人。陷害教唆行为的成立与具体犯罪行为本质与类别无关，无论教唆犯罪所指向的罪行是否特定且具体，都应将教唆人是否知悉对其的犯罪行为有明确的关于社会危险性认识作为参考标准。陷害教唆的后两字“教唆”阐明了其本质仍然是教唆行为，客观层面上存在教唆行为才是认定陷害教唆的开端。若教唆犯罪是否成立都未定论，那么即使存在陷害他人的意图且努力使犯罪行为止于未遂，皆不成立陷害教唆。

2) 故意

“故意”应理解为行为人对自身犯罪行为所产生的危害结果有明确的认识或预知，甚至对危害结果的产生持着期冀或纵容的态度。从认识因素分析，教唆行为人明确知晓其教唆犯罪会催生被教唆人的犯罪意图和犯罪冲动，这是从无至有的质变。从意志因素分析，它的表现形式教唆行为人的纵容态度从其引诱教唆被害人产生犯意维持到犯罪行为发生即止，本意上它仍然希望正犯行为未遂或并未产生具有现实危害性的犯罪结果，认可正犯犯罪行为的发生但否认危害结果。在陷害教唆中行为人教唆他人实施犯罪的故意属性与一般教唆犯的故意属性相同，其目的都是肯定教唆犯实施教唆行为的故意和主动积极性。一切教唆行为的发生都是教唆犯故意而为之，不外乎陷害教唆。

4.2.2. 陷害教唆的特殊成立要件与行为类型

1) 陷害教唆者需努力使犯罪“止于未遂”且做出意思表示

陷害教唆中教唆行为人希望被教唆人的犯罪形态会如同教唆犯的预料无法既遂。此时应集中关注的是该如何证明正犯行为无法既遂，假设缺少实际的现实证据来加以佐证，并不会产生“教唆犯有能力掌控形式的可信度”。犯罪行为只可能止步于未遂的外观形式通常指不能犯。不能犯的未遂的精华之处就是“不能”，丧失犯罪结果发生的可能性而使正犯行为止步于未遂^[17]。与不能犯的教唆不同的是，能犯的陷害教唆中的教唆行为人虽然也持有使正犯犯罪无法既遂的态度，并付出实际举措来阻止，大致体现为正犯的犯罪行为被教唆犯自以为具有可行性的措施所破坏，例如提醒正犯犯罪的潜在被害人、提前设置阻止的行为或是当即向公安机关检举揭发。类似于此在客观层面上主动作为的行为，虽然没有完全把握阻止危害结果发生，但仍可以极大几率得使正犯的犯罪行为无法既遂。对于正犯行为的既遂与否也并没有绝对的要求，仅需判断教唆人是否积极主动阻止就足够。教唆行为人自始就持有使正犯犯罪行为无法既遂的态度使陷害教唆行为。就算是不能犯的教唆，教唆行为人对于犯罪实施不能的具备提前且具体的认知，陷害教唆在教唆人以陷害他人的犯罪意图去教唆犯罪的时候就成立了。司法实践中的限制因素多如牛毛，客观上各个层面的预估错误与主观上行为人的不相匹配的意识都足以导致还有可能是正犯行为既遂，这是无法否认的。当正犯行为既遂时教唆行为人的内心状态应是“过于自信或疏忽大意的过失”。因此陷害教唆在教唆行为人主观层面上的唯一要求就是其积极主动地阻止与既遂的犯罪行为对应的犯罪结果的发生。

因此当被教唆人接受教唆并准备实施犯罪行为时，如果因为教唆行为人无法预知的因素而使正犯行为止步于犯罪预备状态或犯罪未遂状态，教唆行为人的主观态度虽然不希望正犯犯罪行为产生结果，但最终其所期待结果的出现与其主观层面的态度并不存在因果关系，而是因为难以预知的理由，未发生教唆人所预料的努力阻却使犯罪止于未遂，虽并不违背其本意但构成未遂教唆，未成立共犯关系，被害人依照教唆犯的未遂减轻处罚。

2) 教唆行为人的犯罪意图是陷害他人

陷害教唆中犯罪意图指的是教唆行为人通过其教唆犯罪使被教唆人得到公权力惩治或自身得到奖赏^[18]的内心活动状态。如果被教唆人接受了教唆未实施教唆所指向的犯罪行为，缺乏例如张三明知柜台中

的金表全是模型而去教唆李四去王五的手表商店偷柜台中的劳力士金表，但李四认为张三的犯罪计划太幼稚而不选择听从继续选择其他犯罪手段或者李四听从的张三的教唆但由于内心的贪婪感将一整条步行街的店铺都洗劫一空。前者尽管并不成立教唆犯的共犯关系，教唆行为的危害结果并未发生，教唆行为陷害被教唆人的目的也未达成，但张三对李四的教唆行为成立，是否成立陷害或者教唆中止是取决于李四犯罪行为的实施阶段和实施状态，被教唆人的犯罪行为与教唆罪犯间的因果关系不会左右教唆行为的成立，应采取独立属性说[19]，将犯罪行为与教唆行为区分。由于教唆行为的陷害目的，陷害教唆者依照教唆犯的未遂减轻处罚；而后者被教唆人的犯罪事实仅有部分指向教唆行为，但教唆行为仍成立，教唆关系双方属于共犯行为的结果加重犯。即使危害结果与教唆行为的表述不尽一致，但被教唆人的犯意来源于教唆人的唆使，且由于李四的犯罪行为被公安机关侦破，张三对于柜台中金表的真伪情况了解，努力使犯罪行为止于未遂，张三的陷害教唆目的达成，故张三与李四成立教唆行为的共犯关系且张三的陷害目的达成，陷害教唆人应依照教唆犯既遂加重处罚。

5. 陷害教唆的形态考察与适用分析

5.1. 陷害教唆

5.1.1. 被教唆人不接受陷害教唆

虽从效力角度考量不影响教唆犯的成立但被教唆人不应认定为构成犯罪。教唆行为当然构成教唆犯。假使被教唆人并未听从教唆实施相应罪行，教唆行为人的教唆意图并未达成，即使被教唆人在他人的教唆下犯下同等罪行，针对此类陷害教唆犯，无论是有因无果还是因果无关联，都应适用一般教唆犯罪从轻处罚，从根本上否定了因果关系故不成立共同犯罪；作为特殊形式的教唆犯，因综合考量其本身的犯罪事实情节或是社会危险性，具体问题具体分析。例如教唆行为人刻意多次在被教唆人易受刺激的场合实施教唆行为并掩盖所教唆行为的非法性，或以奖励被教唆人等手段唆使，皆属于在犯罪事实情节上的恶性程度较高的教唆行为，即使被教唆人并未接受教唆但仍应依照一般教唆行为从轻处罚；再例如教唆行为人公然在某访谈栏目或媒体采访中教唆具体对象实施恶劣的犯罪行为，因其具有难以估量的社会危害性，即使被教唆人并未接受教唆但仍应依照一般教唆行为减轻刑罚。

5.1.2. 犯罪行为止步于预备阶段

当被教唆人接受教唆并预备犯罪时，如果因为教唆行为人为可预知或不可预知的因素而使正犯行为止步于犯罪预备状态，前者例如教唆行为人为明知犯罪结果无法实现而在被教唆人预备犯罪阶段去检举揭发而被公安机关逮捕，后者例如出现了难以预知的状况而被迫影响犯罪行为无法达成，教唆行为人应构成教唆犯共同犯罪预备阶段的中止犯，正犯应相应成立共同犯罪的预备犯[20]，因为在此类共同犯罪中无论是教唆行为人为还是被教唆人的犯罪行为无论因何原因都止步于犯罪预备阶段，并未产生实质犯罪结果或社会危害。首先，被教唆人基于其犯罪目的实施罪行但未产生相应危害结果的原因无论是客观层面超越预知的因素，还是教唆行为人为原本就将犯罪行为未遂视作犯罪意图之一，完全掌握危害结果的发生，从结果犯的角度去分析并未产生任何危害结果，认定为共同犯罪的预备犯并无争议，可基于一般共同犯罪从轻处罚[21]；但教唆行为人的犯罪目的是部分实现的，虽然定性为共同犯罪预备阶段的中止犯，但仍存在一定的社会危害性和人身危险性，其犯罪意愿仍可以表露内心状态的极度扭曲。其使正犯犯罪止步于犯罪预备阶段，应基于一般共同犯罪减轻处罚。

5.1.3. 被教唆人正犯行为未遂

当被教唆人接受教唆并准备实施犯罪行为时，正犯犯罪因国家公权力的介入而犯罪未遂被逮捕，教唆行为人应构成共同犯罪执行阶段的中止犯，被教唆人构成共同犯罪的未遂犯。因为被教唆人在共同犯

罪中的性质仍表现为从属性，反应至具体阶段应体现为被教唆人在犯罪执行阶段至上相对于教唆犯的从属性。相较于预备阶段的中止犯，可罚性程度难以比拟，显著劣于预备阶段的危害结果，故被教唆人应认定为共同犯罪的未遂犯并基于一般共同犯罪减轻处罚；而对于教唆行为人，罪状之一是其教唆犯罪的犯罪意图实现，陷害教唆的现实目的达成，主观层面上满足犯罪初衷，罪状之二是正犯实行犯罪并处于犯罪阶段的未遂，其社会危险程度可见一斑，应认定为共同犯罪实施阶段的中止犯，并基于一般共同犯罪加重处罚。

5.1.4. 被教唆人正犯行为既遂

当被教唆人接受教唆并准备实施犯罪行为时，正犯犯罪并未因国家公权力的介入而犯罪未遂被逮捕，或并未依教唆行为人的料想出现客观层面的阻止正犯犯罪行为发生的因素时，教唆行为人与被教唆人都毫无疑问地应当认定为犯罪既遂。即使教唆行为人仍在主观层面上为防止危害结果的发生积极主动地设置障碍或向公安机关检举揭发，但正犯犯罪的犯罪阶段已告终^[22]，被教唆人因犯罪既遂而被逮捕惩治，从结果犯的维度考量唯有两者都犯罪既遂才够相匹配^[2]。故在定罪量刑阶段，被教唆人认定为共同犯罪既遂，可参考一般共同犯罪处罚；教唆行为人因其特殊形态的双重故意，虽然其第二重故意并非主观意愿上想实施，但由于犯罪结果的发生已缺乏具有可信度的证据来佐证其内心意愿，故应认定为犯罪既遂，并基于一般共同犯罪从重处罚。

5.1.5. 被教唆人无犯罪主体资格

当被教唆人并不具有犯罪主体资格者时，教唆行为人应构成间接正犯。⁹在这种情况下被教唆人所扮演角色只是教唆行为人为满足自身犯罪意图而利用的手段和媒介。应仅对教唆行为人依据单独实行犯的定罪量刑标准确定其应承担的法律责任。陷害教唆作为典型的需有所作为的犯罪行为，自教唆行为人实施教唆起犯罪的逻辑阶段就已构成^[23]。被教唆人原则上并不构成任何犯罪。具体运用到司法实践中，教唆行为人是否确实了解被教唆人的犯罪主体资格有无仍是无法论证的问题，因其过于主观片面化而难以确认。如果教唆行为人有充分且合理的证据表示其并不知晓被教唆人无犯罪主体资格，则构成单独实行犯加重处罚；若教唆行为人缺乏相应证据则应从重处罚。无论正犯犯罪行为处于预备阶段、正犯犯罪行为既遂还是正犯行为未遂，都应遵从此标准。

5.2. 诱惑侦查

契机给予型诱惑侦查只是被动地依靠犯罪行为相应罪行的发生而获取程序便利，不存在故意引诱的意图，因此它并不应受到刑法的惩治与约束。但在引诱犯罪型诱惑侦查中，被侦查之人在诱惑侦查之前并不存在相应犯罪意图^[24]，而在公安机关与司法部门的引诱之下萌生犯意而犯罪，被害人的犯罪行为与公安机关的诱使之间存在因果关系，虽然在主客观层面上的确都努力使犯罪结果止于未遂，但仍应认定为滥用职务行为。翻寻法律法规可以发现引诱犯罪型诱惑侦查在现有规范中达成一定程度的共识：首先作为根本大法¹⁰，宪法对于保护任何公民的人身自由都做了明确且宏观的规定，任何公安机关和司法机关想要拘捕、扣押公民的前提是满足相应刑事诉讼的特定程序，不然公民则拥有绝对的拒绝权。公安机关与司法部门的工作人员假使不依据刑事诉讼法的法定程序执法应没有争议地仍认定为非法。若没有底线地纵容司法部门工作人员实施引诱犯罪型诱惑侦查，就是默认和刺激司法部门工作人员践踏宪法和

⁹刑法第 29 条第 1 款后段规定：“教唆不满十八周岁的人犯罪的，应当从重处罚。”但这里所谓的不满 18 周岁的人是不包括无刑事责任能力的未成年人的，后者不可能构成犯罪，不能产生犯罪意思，而成立教唆犯所要求的唆使他人犯罪的故意在这种情况下便不存在。间接正犯(实行犯)的概念正由此诞生，以解决这种情况下“教唆”不具备犯罪主体资格者的人的刑事责任问题。从与刑法第 29 条第 1 款后段“从重处罚”的规定相协调上说，刑法对这种情况下构成的间接正犯的评价要重于教唆犯，因此陷害教唆的间接正犯行为也相应地在量刑方面重于一般教唆行为的间接正犯。

¹⁰《中华人民共和国宪法》第 37 条规定：中华人民共和国公民的人身自由不受任何侵犯。任何公民，非经人民检察院批准或者决定或者人民法院决定，并由公安机关执行，不受逮捕。禁止非法拘禁和以其他方法非法剥夺或者限制公民的人身自由。

公民权利，鼓励他们可以无罪造罪来产生可以被加以惩治的现行犯，无法有效且具体地保护每一名公民的人身自由，那样宪法则形同虚设并无作用，严重违背立法精神，所以引诱犯罪型诱惑侦查应予以明令禁止，若有此等行为则从重处罚；其次，我国刑法也对国家机关工作人员滥用职权的行为进行了明文禁止¹¹。这就代表着司法机关工作人员拘捕、扣押公民的前提是必须具备特定的侦查权，而关于侦查权该如何使用也应受到刑事法律规范的限制。我国刑事诉讼法也明文规定，遵守法定程序是一切司法机关工作人员实施拘捕、扣押公民行为的前提，如若跳出法定程序执法，藐视刑法规定的权威性，运用引诱犯罪型诱惑侦查的方式去刻意创造现行犯并借用具备侦查权的理由将被害人强制拘捕、扣押，这毫无疑问构成滥用职权的取证，利用此种手段对被害人提起刑事诉讼强制惩戒，应对相关人员从重处罚；最后，《刑事诉讼法》及相关司法解释也明确规定了在当今国情下对于此类犯罪的禁止¹²。司法机关工作人员用非法的手段获取的证据的合法性都予以否认，当司法机关的侦查人员使用侦查权侦破案件时应提高自身主观层面的工作能力，积极主动地搜查利于定罪量刑的相关证据，而不能利用歪门邪道设置陷阱、创造现行犯并使被害人产生犯意，将严重破坏现有司法秩序，凭空增添司法机关的工作负担，以此借口将被害人定罪与刑事诉讼法的立法精神大相径庭，此类引诱犯罪型的诱惑侦查应严令禁止。

5. 结语

理论漏洞与体系缺陷固然存在，陷害教唆类型与主体的不明确造成司法实践的疲软境地。但在进行概念澄清与法定性后，陷害教唆的可罚性根源便得到逻辑上的肯定与规范上的认同，“陷”的犯罪动机不正当性与“害”的犯罪行为不合法性是可罚的必要基础。针对行为类型的解构性考察既明晰了不同主体间实施陷害犯罪的定罪差别，将一般主体的陷害教唆与特殊主体的侦查诱惑予以区别，又能够以成立要件的特殊性为切入口去区分相似教唆概念，一般构成要件阐明行为本质，特殊构成要件强调区分界限，陷害教唆人需努力使犯罪“止于未遂”且做出意思表示、教唆行为人的犯罪意图是陷害他人俩要件必须同时成立时才可为不同犯罪形态的陷害教唆提供体系化的定罪量刑指南，若被教唆人不接受陷害教唆则教唆人无罪，若被教唆人的犯罪行为止步于预备阶段则教唆人仅成立预备阶段的中止犯，若被教唆人的正犯行为未遂则教唆人构成犯罪中止但加重处罚，若被教唆人的正犯行为既遂则教唆人与被教唆人成立共同犯罪且教唆人加重处罚，若被教唆人无犯罪主体资格则教唆者构成间接正犯，另外对于引诱犯罪型诱惑侦查应予以明令禁止，陷害教唆构成要件的解构、形态考察与适用分析将对于司法公正的权威性 & 可接受性有着非常重要的意义。

参考文献

- [1] 团藤重光. 刑法纲要总论[M]. 黎宏, 译. 北京: 中国社会科学出版社, 1992: 79.
- [2] 魏东. 教唆犯理论研究述评与刑法问题争鸣[M]. 北京: 方正出版社, 2001: 44.
- [3] 肖波. 论刑法中的教唆未遂[D]. [硕士学位论文]. 南昌: 南昌大学法学院, 2013.
- [4] 古志军. 诱惑侦查研究[J]. 公安研究, 2004(2): 93-96.
- [5] 杨彩霞. 未遂教唆研究[J]. 云南大学学报法学版, 2004, 17(4): 61-67.
- [6] 郝守才. 论未遂教唆和教唆未遂[J]. 法商研究, 2000(1): 98-100.
- [7] 张明楷. 刑法学[M]. 北京: 法律出版社, 2011: 103.
- [8] 陈雄飞. 论“教唆未遂”和“未遂的教唆”——三大法系比较研究[J]. 西南政法大学学报, 2006, 8(5): 38-49.

¹⁰ 《中华人民共和国刑法》第 397 条规定，国家机关工作人员滥用职权或者玩忽职守的，致使公共财产、国家和人民利益遭受巨大损失的，处三年以下有期徒刑或者拘役；情节特别严重的，处三年以上七年以下有期徒刑。

¹¹ 《最高人民法院关于审理刑事案件程序的具体规定》第 45 条规定，严禁以非法的方法收集证据。凡经查证确实属于采用刑讯逼供或是威胁、引诱、欺骗等非法的方法获得的证人证言、被害人陈述、被告人陈述都不能作为证据使用。

-
- [9] 大谷实. 刑法讲义总论[M]. 黎宏, 译. 北京: 中国人民大学出版社, 2008: 243.
- [10] 张宗磊. 陷害教唆问题研究[D]: [硕士学位论文]. 郑州: 郑州大学法学院, 2009.
- [11] 西田典之. 日本刑法总论[M]. 刘明祥, 王昭武, 译. 北京: 中国社会科学出版社, 2007: 273.
- [12] 林书楷. 论诱捕侦查之可罚性[D]: [硕士学位论文]. 台中: 中兴大学法政学院, 1998.
- [13] 马克昌. 比较刑法原理: 外国刑法学总论[M]. 武汉: 武汉大学出版社, 2002: 86.
- [14] 杨金彪. 未遂教唆可罚性理论新动向[J]. 浙江社会科学, 2007(5): 66-73.
- [15] 余胜辉. 陷害教唆与侦查圈套的可罚性探讨[J]. 贵州警官职业学院学报, 2003, 15(3): 64-69.
- [16] 余向阳, 柳立子. 陷害教唆理论初探[J]. 法律适用, 1999(7): 29-31.
- [17] 赵秉志. 论不能犯和不能犯未遂问题[J]. 北方法学, 2008, 2(1): 72-86..
- [18] 郑善印. 陷害教唆与钓鱼侦查[M]. 北京: 神州图书出版社, 2004: 36.
- [19] 王晶晶. 教唆犯未完成形态研究[D]: [硕士学位论文]. 郑州: 郑州大学法学院, 2001.
- [20] 贝卡利亚. 论犯罪与刑罚[M]. 黄风, 译. 北京: 中国法制出版社, 2005: 82.
- [21] Aglow, S. (1995) *Critical Issues in Law Enforcement*. Andersen Press, London, 96 p.
- [22] 韩蕊. 犯罪未遂与既遂的区分标准[J]. 民主与法制, 2010(S1): 151.
- [23] Beguiled, S. (2003) *A History of the Entrapment Defense*. *Seton Hall Law Review*, **33**, 257-302.
- [24] 吴峰, 刘春. 诱惑侦查刍议[J]. 江苏教育学院学报, 2010, 26(5): 64-68.