

警察誘捕教唆可罰性之探討

作者:林世當

壹、前言

警察機關實施誘捕偵查，具有主動發覺、打擊犯罪之奇效，且廣為各國警察機關所運用。但由於警察實施誘捕行為，往往出於教唆的手段，然後在被告犯罪未發生前或之後積極介入，易令民眾懷疑警察機關自導自演「增加犯罪數，提高破案率」的情形，侵害了無辜被告的權益。若此，國家行使刑罰權的誠實，受到挑戰，不僅失去刑罰本質的意義，更使人民喪失對國家刑罰權、司法權的信賴。因此，警察機關除應認識誘捕教唆行為本身的可罰性，以發揮其在犯罪抗制上的效益外，也應注意保障行為人的權利。

警察職權行使法業於九十二年十二月一日正式施行，該法第三條第三項明定：「警察行使職權，不得以引誘、教唆人民犯罪或其他違法之手段行之。」警察實務上所使用類似「釣魚」之偵查方法，似已從嚴納入規範，但參酌各國司法實務上之判例及判決見解，警察實施誘捕教唆之對象，如本來就有犯罪意圖，縱使警察積極提供其犯罪機會，或提供其再次犯案機會，然後加以逮捕，似仍屬適法行為¹。本人曾在金門、宜蘭縣及嘉義市等實務機關服務，第一線處理各類犯罪行為，偵辦特殊性、集團性、組織性的犯罪行為，有很多感受，傳統的偵辦方式，確實無法深入犯罪核心，一網打盡，而誘捕偵查，有其實用，卻也面臨法律的嚴峻挑戰，本文以親身的感受，輔以學理與實務雙重觀點，探討警察實施誘捕教唆的可罰性，並分析警察誘捕教唆的要件與程序，藉以確立警察機關未來實施誘捕的對策。

貳、警察誘捕教唆之意義與實益

一、警察誘捕教唆之意義

¹ 參照「警察職權行使法逐條釋義」，內政部警政署九十二年十一月編印，第13-19頁。

在德國文獻上，對於警察誘捕教唆(agent provocateur)的概念理解大致可分為兩種，一種是比較「狹義的原始概念」，另一種則是「廣義的概念」。所謂「狹義的原始概念」，係指將警察誘捕教唆界定為唆使他人為犯罪之行為，但卻在行為人犯罪一開始時（或是犯罪尚未既遂前），即將其逮捕並移送刑事訴追機關²，例如，警察人員接獲民眾檢舉，某PUB經常有人吸食搖頭丸鬧事，警察人員為逮捕煙毒吸食鬧事者，派員便衣至PUB推銷搖頭丸，當有吸食者意圖搭訕，達成交易時，予以逮捕驗尿，即屬之。易言之，此種狹義的定義，將其範圍僅界定於現行警察所實施的誘捕的類型上；不過，目前多數說的見解，則傾向於「廣義的概念」，而將警察誘捕廣泛的界定成「警察人員只是想讓正犯之主行為止於未遂階段」的情形，亦即欠缺既遂故意的一種教唆。例如，警察人員為破獲網路未成年賣淫案件，主動上網與有意圖援交女子搭訕，當見面達成交易時，予以逮捕，即屬之。因此，並非只有在警察實施誘捕的情形，才是屬於警察誘捕，凡是警察人員在欠缺使正犯行為達於犯罪既遂之故意下所為的教唆行為，都被界定於虛偽教唆的概念範圍內。在通說的定義下，除了原始的警察誘捕類型之外，其他諸如警察人員知道正犯的行為從一開始就僅僅屬於不能未遂（例如，為破獲黑道火拼，臥底警察提供無法擊發的槍枝給正犯使用）、或是警察人員預先知道被教唆的正犯，具有阻卻為法事由存在，而予以教唆的情形，也都是欠缺教唆既遂故意的教唆行為，都是屬於警察誘捕的類型。在國內，文獻關於警察誘捕教唆的界定上，不論是名詞的使用，或是對於其概念所指涉的範圍，都有不小的分歧存在。採取「狹義的原始概念」者認為，警察誘捕教唆，係指以使他人受刑事制裁為目的而唆使他人犯罪，並於行為人開始實施後，導致其被逮捕的一種教唆行為，並將其稱為「陷害教唆」。另外又認為，「陷害教唆」與所謂之「未遂教唆」，須予以區別，「未遂教唆」係指教唆者自始就意圖使被教唆人之犯罪，止於未遂階段的一種教唆。「陷害教唆」只是「未遂教唆」的一種型態而已，易言之，「陷害教唆」被包含在「未遂教唆」的概念範圍之內。至於「教唆未遂」係指教唆人

² 林書楷，「論誘捕教唆之可罰性」，國立中興大學法律學研究所碩士論文，八十八年六月。

以教唆既遂之意思而為教唆，但卻未生其所預期之結果的情形，此說為目前國內多數看法³。就實質而言，此說所指之「陷害教唆」，與前述德國文獻上的「狹義原始概念」相當。

由上述學說的整理可知，在我國學界對於警察誘捕的概念方面，與德國學界類似，原則上可分為廣義與狹義兩種，惟在涉及名詞的使用時，其所呈現的分歧，就顯得頗為凌亂而難以釐清。例如光是「未遂教唆」一詞，在國內文獻上所可能涵攝的意義就達三種之多，包括（1）可能指涉前述狹義原始概念下的警察誘捕教唆；（2）可能指涉廣義概念的警察誘捕教唆；（3）可能指涉我國刑法§29III「教唆雖未至犯罪，教唆犯仍以未遂泛論的情形」⁴。因此，在名詞定義如此混亂之下，易因誤認名詞與概念的對應關係，而導致混淆，故有加以澄清之必要。就名詞的使用而言，本文認為採用「警察誘捕教唆」，最為適當⁵。綜上，本文試圖為警察實施誘捕定義為：「警察機關或其協力者，提供行為人（相對人）實行犯罪的機會或方便其犯罪，以誘發行為人犯意或強化其犯意，而俟行為人從事犯罪行為，再予以逮捕、追訴的犯罪偵防方式」。

二、警察誘捕教唆之實益

警察機關經常使用誘捕教唆之偵查模式於特定的犯罪類型中，推

³採此種見解者，有甘添貴，「刑法總論講義」，初版，第 228 頁以下；同作者，「教唆犯之故意與未遂教唆」，月旦法學，第 6 期[1995/10]，第 47 頁；陳子平，「論未遂教唆之可罰性」，東吳法律學報，8 卷 1 期，1993，第 216 頁以下；陳文哲，「未遂教唆之研究」，中央警官學校警政研究所碩士論文，83 年，第 7 頁以下；陳仟萬，「教唆與陷害教唆」，警專學報，第 7 期[83 年]，第 451 頁以下；褚劍鴻，「刑法總則論」，增訂九版，81 年，第 278 頁以下，郭君勳，「案例刑法總論」，81 年，第 515 頁以下。另外，林山田，「刑法通論」，修訂五版，1995，第 318 頁，對於 agent provocateur 亦採取狹義之定義，且將其稱之為「陷害教唆」，惟其並未以「未遂教唆」一詞來指涉廣義的定義。

⁴採此種意義的，有林山田「刑法通論（下）」，增訂 6 版，1998，大 428 頁以下；黃常仁，「刑法總論（下）」，1995，第 118 頁以下。許澤天，「共犯之處罰基礎與界限」，台大法研所碩士論文，1998，第 114 頁以下。另外，陳樸生主張「未遂教唆」僅指涉「失敗教唆」（教唆行為自始集沒有使他人產生犯罪決意）與「無效之教唆」（被教唆人雖產生犯罪決意，但卻為著手實行），而不包括「狹義的教唆未遂」（被教唆人已著手於犯罪行為之實行而不遂）的情形，亦同此看法。見陳樸生/洪福增合著，「實例研究—刑法總則」，80 年，五南出版，第 261 頁以下。

⁵蘇俊雄大法官亦採用此用語，不過更將其詳細區別出來，agent provocateur 稱為「陷害教唆」，並認為陷害教唆又可稱之為「誘捕教唆」（Lockspitzel）。（見氏著「刑法總論 II」，87 年，第 443 頁。）惟觀文字意義 agent provocateur 原法文，而 Lockspitzel 則是德文，兩者意義並無不同，似不宜賦予兩種中文名稱。

究其因，警察實施誘捕教唆似可發現有以下特徵，及其在犯罪抗制上的成效：

(一)提高警察犯行追緝的效能

以毒品犯罪為例，肅清煙毒條例規定，對於煙、毒有所「接觸」的人，如製造、運輸、販賣、為人施打、提供場所、使用、持有等行為人均有處罰規定（該條例第五條至第十條）。換言之，從原料的製造生產到成品使用消耗的各個階段均為犯罪行為。

煙、毒在黑市交易中，為了產生最大的利潤，如同一般商品般經過許多層次的交換（易）過程，也因此產生更多的犯罪行為。偵查機關基於「斷流、追源」⁶，以發揮偵查資源的最佳效益，或追求工作表現的最大績效，於發現此一犯罪過程中的任何成員，為能連鎖逮捕其他有關的犯罪人，則「擴大偵查」，以還原該成員先前接觸到毒品的可能情況，應是最經濟、有效率的偵查方式。所以偵查機關經常使用誘捕教唆手段於毒品犯罪⁷。

(二)填補犯罪偵查機制的疏漏

犯罪被處罰的重要原因，係因侵害了個人營社會生活的利益，刑法規範也因具體保護此必要的利益，而顯其妥當性。刑法保護法益的內涵，雖約略區分為個人法益與超個人法益二大類⁸，可是由此所制訂之法律，其規範的犯罪樣態就千差萬別了。在這形形色色的犯罪行為當中，特別是有關超個人法益保護的案件中，有所謂「無被害人的犯罪」，即某些特定類型的犯罪發生後，通常沒有特定的被害人，或該犯罪行為的相對人並不會有被害感覺，而無人去向偵查機關申告犯罪事實，以致此類案件有較高的犯罪黑數，或即使知道犯罪事實也因其隱匿性而不易追尋犯罪證據，如賭博罪、賄賂罪、煙毒罪等，為此類犯行的典型。對此，偵查機關不論在行為人舉發或證據的蒐集上，都產生了極大的困擾，需有特別的犯罪偵查的手法因應之。

⁶ 林燦璋，緝毒工作中臥底偵查及誘陷抗辯的探討，警學叢刊第二十五卷第一期（一九九四年九月一日），第37至第52頁。

⁷ 麻醉藥品管制條例、槍砲彈藥管制條例中的違禁品，與毒品有相同特徵，所以誘捕偵查的手法於此類案件的偵防上亦經常可見。

⁸ 陳志龍，法益與刑事立法（一九九二年二版），第114頁。另外，作者強調法益都必要和人類有關，即超個人法益也必須以個人為核心，以避免無意義的條文，進而跳脫惡法亦法的迷失，第55頁以下。

(三)消滅特殊犯罪的偵查需要

如人蛇集團以企業經營方式，從大陸到臺灣都建立據點，行銷通路也四通八達，以一般犯罪偵查手段偵辦，只能破獲個案據點，無法澈底打盡，因此，誘捕教唆或臥底偵查，遂成為重要手段。再如組織性犯罪，以追求利潤或權勢為主的有計畫犯罪行動，長期間或不定期間運用營業或類似商業活動，使用武力或其他足以使人屈服的手段，影響政治、公共行政、司法或經濟者⁹，其對社會所產生的惡害既深且廣。可是其首謀分子於犯罪過程中，常隱匿於組織內部，又其犯罪行為的實施，有利於具有組織結構的充分人力、物力，其犯罪技術則更隱密、巧妙。這使偵查機關的傳統偵查技術陷入困境，而有所謂臥底偵查的抗制措施¹⁰。

參、警察誘捕教唆未遂態之可罰性探討

「警察誘捕教唆未遂型態」，係指警察人員在欠缺使正犯犯罪行為既遂的意欲下，所為的教唆行為，或是警察人員預知正犯行為無犯罪既遂可能的狀況下，所為的誘捕教唆行為。例如：警察甲追緝某慣竊乙多年，惟苦於無犯罪證據將乙繩之於法，乃命其線民丙以利誘方式教唆乙竊盜，其後丙將乙的偷竊計畫全盤告知甲，甲隨即佈署警力，然後在乙剛開始著手竊盜時，將乙逮捕。¹¹

關於「警察誘捕教唆未遂型態」，警察行為是否具備可罰性的問題，現今德國通說已經大致形成一致性的見解，認為此種誘捕教唆，警察人員是不具可罰性的。其認為教唆犯的「教唆故意」，應該具備使正犯犯罪行為既遂的意欲，亦即教唆故意應該包括「既遂故意」在內。若教唆人有意讓正犯犯罪行為，僅止於未遂之階段，即不具備使主犯罪行為既遂的故意，因此，也就欠缺教唆故意。簡言之，通說認為警察誘捕教唆未遂型之所以不具可罰性的理由，乃在於警察人員欠

⁹ 有關此部份更詳細說明，參考林東茂，德國的組織犯罪及其法律上的對抗措施，刑事法雜誌第三十七卷第三期（一九九三年六月），第五頁。

¹⁰ 林東茂，前揭文，第32頁以下。

¹¹ 本案例中，甲與丙均屬於「誘捕教唆」，其教唆他人間接再為教唆行為，及學說上所謂的「連鎖教唆」(Kettenanstiftung)。此種連鎖教唆犯國內學界稱之為「間接教唆犯」或是「教唆教唆犯」，見蔡墩銘，「中國刑法精義」，第240、264頁。

缺「教唆既遂故意」。

德國學界的通說，並非來自於法條的文義，而係導源於「共犯處罰基礎」，因為德國刑法 §26 規定「故意唆使他人故意為違法行為者為教唆犯」，我國刑法 §29 也僅規定「教唆他人犯罪者為教唆犯」，但無論如何，被唆使之正犯行為，雖然未遂，但從外觀看，警察誘捕教唆，無疑仍是一個「違法行為」或「犯罪行為」，因此，若純就條文形式字義而言，並不會得出誘捕教唆未遂型不可罰的結論。反之，若就共犯處罰基礎的觀點來看，由於「共犯處罰基礎」主張，共犯處罰之基礎，乃在於共犯侵犯了構成要件所要保護的法益(此即刑法存在的實質目的)，因此，教唆犯必須完全實現那些目標，釋出法益侵害的所有主、客觀要件。特別是「法益侵害意志」，乃是建立教唆犯應刑罰性基礎的關鍵性要素，而誘捕教唆的故意，卻僅指向於犯罪未遂，故欠缺此種「法益侵害意志」，因此是不可罰的。

關於警察未遂型誘捕教唆之可罰性，本人認為可從以下三個觀點探討：

一、警察誘捕教唆的雙重故意

通常就一般正犯而言，只要具有對於客觀構成要件事實的認知與意欲，其即具備構成要件的故意(刑法§13)。不過，與一般正犯不同的是，警察人員的誘捕教唆，乃是透過他人的行為來侵害法益，因此「警察人員誘捕教唆的故意」必須包含兩個部份，一個是「警察人員自己的故意教唆行為」；另一個則是「他人的(足夠具體的)故意犯罪行為」。前者指的是，警察人員以"故意的教唆行為"，來促成正犯行為決意的部分；至於後者則係指，警察人員對於正犯所為之主犯罪行為的實現，也要具有故意，這就是通說所謂的「警察人員誘捕教唆犯雙重故意」(或「共犯的雙重故意」)¹²而在關於警察人員誘捕教唆故意，必須包含「他人的故意犯罪行為」，這方面則涵蓋了正犯主犯罪行為可罰性基礎的所有情狀，包括主觀構成要件要素與客觀構成要

¹²國內學者蘇俊雄大法官認為教唆犯的「雙重故意」，指的乃是「一方面教唆自己必須以故意犯之方式為之；再者，其教唆之行為，亦必須以使他人"故意"實施犯罪為目的」(見氏者「刑法總論II」，87年，第443頁)。此種對於「教唆雙重故意」的理解，似迥異於一般通說。

件事實。¹³易言之，警察人員的教唆故意必須包含對於正犯「主、客觀構成要件事實」的認知與意欲（或容忍），因此，關於發生構成要件結果的既遂故意，也就成了教唆故意不可或缺的要件了。關於主犯罪行為的結果，於實害犯中為實害結果，於具體危險中為具體危害結果，倘若是抽象危險犯，則根本不需要結果。因此，針對實害犯或是具體危險犯時，倘若警察人員誘捕教唆，對於構成要件結果的發生，缺乏知與欲，警察人員固然欠缺教唆故意。惟若是抽象危險犯時，基於構成要件本來就不以結果發生為要件的理由，自不能僅因警察人員缺乏結果的知與欲，而排除其教唆故意。於此，若警察人員缺乏對正犯構成要件行為的知與欲時，依據教唆雙重故意之法理，警察人員依然不具備教唆故意。

二、警察誘捕教唆的不法內涵

就「共犯處罰基礎」的理論以觀，刑法之所以對於教唆犯科以刑罰，其理由，乃因教唆犯對於構成要件所要保護之法益，為從屬的侵害。因此，此種法益侵害，乃建構了教唆行為的「不法內涵」，此可由兩方面來加以觀察。一方面是，教唆行為在客觀上對於（相對於其本身而言係受保護的），法益惹起了不被容許的法益侵害（或危險），此即為教唆行為的「結果負價」（Erfolgsunwert）或「結果不法」（Erfolgsunrecht）；另一方面則是，顯現於教唆行為之上的，必須是教唆人"有意"造成法益侵害（或危險）的結果，或是"容忍"法益侵害（或危險）的意志，此則為教唆行為的「行為負價」（Handlungsunwert）或「行為不法」（Handlungsunrecht）。因此，就實質的犯罪觀點而言，欠缺教唆既遂意欲的警察人員誘捕教唆，其之所以不具可罰性，原因即在於其虛偽教唆行為並沒有顯現出一個「與法益侵害（或危險）有關的意欲」，導致該教唆行為欠缺「行為負價」，因而不具備教唆犯的不法。

¹³ Wesseds, AT, 25 Aufl., 1995, Rdn. 572, S. 160 ; Kuhl, AT, 1994, §20 Rdn. 197, S. 692.

值得注意的是，警察人員誘捕教唆未遂型態，在客觀上也因沒有造成法益侵害結果而「欠缺結果負價」。¹⁴不過，如果僅僅是欠缺結果負價，尚不足以完全排除其可罰性，因為仍有成立「教唆未遂」的可能。因此，真正對於誘捕教唆之可罰與否，具有決定性影響的，仍是教唆行為的「行為負價」是否存在，換言之，「教唆人指向於法益侵害的意志」（教唆故意），乃是構築教唆犯不法的主要關鍵。¹⁵

三、從刑法探微警察誘捕教唆

依據前開看法，採取「共犯處罰基礎」所導出的「雙重教唆故意」法理，將面臨以下的一些質疑：我國刑法§29 III 規定，縱使被教唆人未至犯罪，則教唆犯仍以未遂犯論，依該規定而言，不論正犯最後是否既遂、未遂？構成要件法益侵害結果是否發生？均不會影響到教唆犯的成立，至多僅是關於成立教唆既遂或教唆未遂的問題而已。若採取所謂「教唆雙重故意」的見解，似與刑法§29 III 的規定不符，原因分析如下：

- (一)、刑法§29 III關於被教唆人雖未至犯罪，但教唆人仍以未遂論的規定，性質上，乃屬於共犯從屬性鬆動的規定，其適用必須以教唆人具有教唆故意為前提。¹⁶如果教唆人不具備教唆故意，則根本沒有適用刑法§29 III規定之餘地，換言之，必定先有了教唆故意之後，才会有適用該條項規定的問題。因此，與教唆故意有關之所謂「教唆雙重故意」的理論，並不會發生與刑法§29 III不符的情況。
- (二)、刑法§29 III之規定，係針對被教唆者（正犯）的行為，"客觀上"實際達什麼樣的階段，至於「教唆雙重故意」，則指教唆人"

¹⁴ Schwarzburg 認為，未遂型誘捕教唆的教唆人既未實現「結果不法」（他並未導致犯罪結果），也沒有實現「行為不法」（他無異惹起犯罪結果）。Schwarzburg, *YatbestandsmaBigkeit und Rechtswidrigkeit der polizeilichen Tatprovokation*, 1991, S. 14.

¹⁵ 類似看法，Mitsch認為於此種誘捕教唆類型，其可罰性的關鍵乃在於「主觀構成要件」，而非客觀構成要件。因為誘捕教唆人的行為欠缺客觀法益侵害，仍然會滿足教唆未遂的客觀構成要件，因此無法以欠缺客觀法益侵害為由來作為建立誘捕教唆不可罰的基礎。見Mitsch, *Straflose Provokation strafbare Taten*, 1986, S. 149.

¹⁶ 林東茂「臥底警探的法律問題」，收錄於氏著「危險犯與經濟刑犯」，85年，第261頁以下。

主觀上"對於其自己之教唆行為，以及正犯之主犯罪行為，均具有故意。換言之，一個是針對客觀發生的事實，一個則是針對教唆人主觀的認識與心理狀態，兩者之間，並不相干，也不會互相影響。如果教唆人不具備雙重教唆故意，則不論正犯的行為究竟達到什麼階段，都不會成立（故意）教唆犯。頂多只有原教唆人是否成立過失¹⁷的問題而已。

肆、警察誘捕教唆既遂型態之可罰性探討

「警察誘捕教唆既遂型態」，係指警察人員雖然有令行為人犯罪既遂的意欲，不過卻力圖在犯罪實質終結之前（犯罪成果尚未被確保之前），就予以阻止。以下的例子中，警察人員即屬於「誘捕教唆既遂型態」：警察甲為破獲某竊盜集團，乃誘使該集團的成員乙竊取丙之珠寶，惟為了逮捕該集團的首腦分子及其他成員，警察甲遂放任乙順利取得珠寶（犯罪既遂），然後暗地跟蹤乙，俟乙返回該集團的群聚地時，將其一網打盡。

以上所舉之例，在「警察人員誘捕教唆既遂」的類型裡，警察人員確實已經具備使正犯主犯罪行為既遂的教唆故意。因此，若嚴格從傳統上用來判斷警察誘捕教唆可罰性，所謂之「教唆犯需具備教唆既遂故意」思考來看，無疑的，會導出既遂型態誘捕教唆之警察人員，具備可罰性的結論。不過，由於既遂型誘捕教唆的警察人員，畢竟仍意圖在正犯犯罪既遂後，使正犯無法確保其犯罪成果，而且最後也沒有造成實際的法益侵害，因此，該教唆行為是否仍具備可罰性，就產生了爭議。本人認為可從下列三種面相探討，茲分述如下：

一、從法益危險界限分析

所謂的「法益危險界限」，只有在排除對行為客體的危險情況下，誘捕教唆之警察人員才能被認為是欠缺教唆故意。若警察人員有意經由正犯行為，使行為客體承受危險，或是容忍這樣的危險發生，此時

¹⁷這裡所謂的過失，並非過失教唆犯，而是過失犯的正犯。

教唆故意就存在了，縱使警察人員僅有意讓正犯行為止於未遂，也是一樣的。這個觀點同樣適用於，教唆人容忍正犯行為達到形式既遂的情形。¹⁸

「法益危險界限說」的理論基礎，主要是來自於Schmidhauser的犯罪階層理論¹⁹，Schmidhauser所持之特殊行為負價觀點，不同於一般通說。Schmidhauser認為，教唆犯的行為負價與正犯一樣，有兩種表現形式：一種是教唆人的意志目的，指向於使被教唆之正犯行為發生犯罪結果，此即為教唆行為的「目的負價」或「目的不法」；另一種則是存在於教唆人的意志行為，創造了被教唆人實現犯罪結果的危險，此則為教唆行為的「危險負價」或「危險不法」。因此，只要當教唆人的行為已經創造了對發生法益侵害的危險時，教唆行為的不法也就具備，並非一定要有法益實害的意思存在。換言之，教唆人的「法益實害意思」，代表了其行為具備具備「目的負價」，而「法益危險意思」，則是代表其行為具備「危險負價」，而且無論如何，就兩者而言，其行為不法都是具備的。

若是採取「法益危險界限說」的見解，由於誘捕教唆的警察人員，有意阻止主行為法益侵害的發生，其顯然不具備指向於法益侵害的目的意志，故不發生「目的不法」的問題。因此，在判斷警察人員之誘捕教唆，是否具備構成要件該當性之不法時，關鍵點就在於警察人員的行為，在客觀上是否引起了對法益的危險，並因而被認為侵害法益？於此，「法益危險界限說」認為，警察人員誘捕教唆行為是否具備不法，並無法給予一般性的答案，而只能依個案來決定是否有法益侵害（危險概念下的法益侵害）的存在。若在個案中，該行為具有發生法益侵害的危險性，教唆不法就存在；反之，若不具任何法益侵害的可能，教唆不法就被排除。

「法益危險界限說」雖然認為，警察人員實施誘捕教唆，只要具有容忍法益危險的行為意思，不法構成要件就會該當了。不過，該說的支持者同時又主張，在屬於教唆罪責構成要件上的「故意性」，其「犯罪行為意識」之對象則必須包括所謂的「雙重結果」：包括 1.

¹⁸林書楷，「論誘捕教唆之可罰性」，國立中興大學法律學研究所碩士論文，八十八年六月。

¹⁹許玉秀，「客觀的故意概念—評德國的間接故意概念」收錄於氏著「主觀與客觀之間」，春風煦日論壇，1997，第 66 頁以下，有一個清楚簡要的整理與分析。

惹起正犯的犯罪行為決意；以及 2. 基於此決意而實施的主行為。因此，若警察人員經由自己的錯誤評價，而誤認實際法益侵害的結果不致發生，此時就僅能予以較輕的罪責非難，亦即僅令其負擔所謂的「有意識過失性」的罪責。因為，當其預期可以阻止法益侵害發生時，其教唆行為終究是欠缺侵害法益的犯罪行為意識。

二、從實質終結界限分析

所謂「實質終結界限」認為，警察誘捕教唆故意，不僅在虛偽教唆人只有教唆未遂故意時是欠缺的，而且在下列情形下，教唆故意也是不具備的：（亦即警察人員 a）雖然容忍正犯主犯罪行為「形式既遂」，但卻無意使其「實質終結」；（或是無論如何 b）警察人員誘捕教唆行為，沒有造成「不可回復之法益侵害」時。如果警察人員容忍正犯主犯罪行為「實質終結」，或是警察人員教唆行為造成了「不可回復的法益侵害」，若欲得初步可罰的結論，也只能求諸於共犯理論以外的理由。「實質終結界限說」已經成為目前德國學界的最有力學說，獲得最多文獻的支持。²⁰

「實質終結界限說」，關於犯罪行為「形式既遂」與「實質終結」的區別，其實是反映出「法益導向」的：亦即警察人員誘捕教唆的可罰性基礎，主要在於「其意圖導致法益的侵害」，因此，縱使警察人員誘捕教唆放任犯罪形式既遂，若是其在犯罪實質終結前，予以阻止，並將法益回復原來的狀態，即可認定警察人員欠缺實質的法益侵害故意，因此不可罰。於此，對於警察人員誘捕教唆之可罰性而言，具有決定性影響的，其實是警察人員是否具備對於法益為事實上侵害的意思。易言之，除了所謂的「雙重教唆故意」之外，「法益侵害故意」對於警察人員誘捕教唆行為的可罰性而言，也是必須的。例如，臥底警察原本就佈下嚴密的警力跟監，然後將竊盜集團與銷贓集團一網打盡後，立刻將被竊之物品物歸原主，無論是物主的所有權或是佔有權都不會遭受任何損害，於此情形下，應認為臥底警察所實施的虛偽教唆行為，因欠缺實質的法益侵害故意，並不具可罰性。

²⁰林書楷，「論誘捕教唆之可罰性」，國立中興大學法律學研究所碩士論文，八十八年六月。

須強調者，「實質終結界限說」所謂之「終結」，與一般所稱之「犯罪行為階段上的終結」，其意涵則並非完全相同。²¹通常，於此所謂的「實質終結」，其判斷原則上，乃是視是否已經造成「無法回復的法益損害」而定。不過，這種區別「形式既遂」與「實質終結」的學說，只有在那些可以明確區隔既遂與終結的構成要件中，才顯得有意義。有時，「犯罪形式既遂的時點」與所謂的「犯罪實質終結」的時點，有可能重疊，這通常發生在當「犯罪既遂」時，就會"同時"造成「不可回復之法益侵害」的情況。

警察人員實施誘捕教唆，雖然因為欠缺實質法益侵害故意，而排除其教唆故意，不過，如警察人員對於正犯所招致的結果有遇見的可能，依據「實質終結界限說」，其仍須獨立負擔過失的責任。舉例以言之：警察人員甲，促使眾所周知具有殘暴性格的乙去搶劫銀行，雖然甲並沒有使其強盜行為既遂，或是實質終結的故意，不過在搶劫的過程中，乙竟將一位銀行職員殺死。於此，甲對於生性殘暴之乙，在搶劫的過程中，可能會造成他人傷亡的結果是可以預見的，因此，甲必須負「過失致人於死」的責任。但警察人員甲，因為欠缺使強盜行為既遂的故意，因此不用對於乙的搶劫致人於死，或搶劫未遂負教唆犯的責任。

雖然「實質終結界限說」的結果，與前述的「法益危險界限說」相同，不過在犯罪體系構成上不同。「法益危險界限說」的主張，只要警察人員的意志行為，對於法益客體所可能發生的"危險"，構成要件該當性就具備了，只是在教唆罪責上的「故意性」，其「犯罪行為之意識」之對象，則必須包括惹起正犯的犯罪行為決議，以及基於此決議而實施的主行為。因此，若警察人員實施誘捕教唆，經由自己的錯誤評價，而誤認實際法益侵害的結果不致發生，此時就僅能令其負擔「有意識過失性」的罪責。至於「實質終結界限說」，雖然與「法益危險界限說」在結果上，同樣認為虛偽教唆人應對於其可預見的結果負過失的責任，不過其不同點則在於，「實質終結界限說」認為教

²¹通常，犯罪行為可分為五各階段，包括：1.行為決意；2.預備行為；3.可罰的未遂；4.犯罪行為既遂；5.犯罪行為終結。而關於犯罪行為「既遂」與「終結」的區別，則純粹是基於不同形式政策上的考量，並無法統一的決定所有的。見Otto, Grundkurs Strafrecht AT, 4. Aufl., 1992, § 18 I, S. 223 ff

唆故意（構成要件故意）必須具備實際的法益侵害故意，如果只是對於法益侵害的發生具有危險，是不夠的。簡言之，對於警察人員預見法益危險，但卻欠缺實際法益侵害故意的案例中，「實質終結界限說」的主張，排除不法階層上的教唆故意（構成要件故意），至於「法益危險界限說」則認為，於此情形構成要件該當性仍然具備，只是排除其罪責階層上關於教唆犯的故意性而已。

三、從刑法的目的分析

刑法在主觀構成要件的故意方面，由於刑法分則上的構成要件，強調的是法益侵害的事實，因此，當行為人對於構成要件事實的發生，具有認知與意欲，而被認定為具有故意時，原則上即代表行為人具有「行為負價」。不過，這如同將形式上符合客觀構成要件的事實，推定為法益侵害一樣，只是"推定"而已。易言之，客觀構成要件表徵的是「法益侵害的事實狀態」，而主觀構成要件則是表徵「法益侵害的意志」。只是，這種表徵只是形式上的，在某些特別的情形下，行為人雖然對於構成要件事實具有認知與意欲，但如其在實質上欠缺法益侵害的故意，其故意仍然應該被排除。

依據折衷共犯處罰基礎理論的見解，共犯的處罰基礎，乃在於共犯透過正犯行為對於構成要件所要保護之法益為「從屬的法益侵害」。亦即，刑法處罰共犯與正犯的理由都是一樣的，都是「法益侵害」。因此，在刑法保護法益的目的思考之下，上述的主張應可以完全適用於共犯。換言之，教唆犯的故意，也必須具備「實質的法益侵害故意」。如果警察誘捕教唆時，有意阻止法益侵害的發生，此時由於警察人員主觀上缺乏法益侵害的意志，因此，誘捕教唆行為不具備不法，構成要件即不該當。

吾人若以相同的思維來檢視「既遂型誘捕教唆」的可罰性，誠如前揭例，臥底警探甲，教唆竊盜集團的成員竊取珠寶，且聽任其達於既遂階段，甲的教唆行為雖然已經具備雙重教唆故意，惟由於甲自始即意圖於一網打盡竊盜集團後，將所有被竊之物歸還原主，因此，甲欠缺侵害他人所有權的「實質法益侵害故意」，基於刑法保護法益的

目的思考，甲仍不具備「教唆故意」，故警察人員誘捕教唆的主觀構成要件並不該當。另外，甲有沒有具備實質法益侵害故意？則仍須從其外在行為是否盡力阻止結果之發生來加以判斷，例如，警察人員甲於竊盜集團犯罪既遂後，必須對於竊盜集團展開嚴密的監控，否則若是僅僅寄望於好運氣，仍應被認為有「未必故意」的存在。且無論如何，倘若警察人員實施誘捕教唆時，對於正犯所招致的結果有預見的可能，而該結果最後亦確實發生，甲仍然有可能必須負擔過失的責任。

需特別強調者，警察誘捕教唆是否具備「實質的法益侵害故意」，必須考量到法益侵害的概念，以及其與法律構成要件規定的關係。亦即，警察人員誘捕教唆是否具有實質法益侵害故意，並無法予以一般性的判定，而係須考量個別構成要件所要保護之法益的內涵。如果行為人的意志，正好指向於避免以構成要件所指涉的方式來破壞法益，此時即應否定其實質法益侵害故意。例如，實害構成要件的目的在於避免對保護法益的實害，那麼警察人員無意造成此種法益實害，並努力排除此法益實害的可能性，警察人員即缺乏實質法益侵害的故意。縱使其有法益危險的意思，也僅僅關於其是否具有過失的問題而已，並不會因此就使得警察人員具備故意。又如，具體危險構成要件的目的，在於避免對保護法益的具體危險，此時只要警察人員有意創造此種法益危險的狀態，或是容忍此種法益危險的發生，警察人員就已經具備構成要件的故意。不過，倘若警察人員無意造成此種法益危險，並且確實排除此種危險的發生，此時由於其並不具備法益危險的故意，故構成要件也即不會該當。

伍、警察誘捕教唆之理論與實務

一、德國之案例判決

(一) 案例

被告為土耳其人，因能說一些德國語文，因此被毒販用來做為幫手。在案發的前一天，被告發覺毒販將利用其作為司機，來從事毒品交易。由於此事相當危險，被告也不想被牽扯到犯罪行為之中，於是

被告乃於案發前一天晚上跑到警察局，告訴警察人員有關毒販買賣毒品的事，並且連續在不同的地方獲取大量金錢的事實。不過，當時是否有毒品交易正在進行，被告則因恐懼而未說明。案發當天，被告又主動報警，告訴警察，其本人正在養老院之中，同時，被告也說出毒販以及其他犯罪人的名字。但是，由於被告德語能力不足，以至於受理報案的警察，無法瞭解其模糊不清的說明。而案發當天的情形則是，毒販在停車場上，與另一個要購買海洛英的人，在毒販的小轎車內。被告則是開著自己的車，在附近等候毒販的指示。隨後，毒販則換上被告的車，開進樹林，在那裡取出 1067 公克的海洛英，然後又返回停車場。由於涉及警察線民的緣故，被告與毒販兩個人隨後都被逮捕。²²

（二）法院判決情形

受理本案的Limburg邦高等法院認為，被告於案發前僅僅將部分事實告知警察，因此，無法預期警察會出面逮捕毒販，且被告當時雖然充滿恐懼，並受命於毒犯，但尚未達於刑法上強制的情況。換言之，Limburg邦高等法院認為，被告對於其幫助販賣毒品的行為，至少已經具備「未必故意」。²³

聯邦最高法院則認為，Limburg 邦高等法院的判決，忽略了重要的關鍵，亦即被告不僅親自促進警察的介入，而且也期待警察的介入，此種情況足以影響到被告的未必故意。因為幫助犯僅有在當其有意或是容忍使主行為既遂，亦即，幫助犯有意對於構成要件保護之法益造成侵害時，才具可罰性。

因此，德國聯邦最高法院認為，在麻醉藥品的買賣上，刑罰構成要件所不允許的結果，僅是把毒品更進一步的送往消費者的過程而已，其並非反對毒品掌控於警察手上，並進而阻斷毒品流通的銷售行為。因此，本案被告雖確實位於交易現場共同參與毒品買賣行為，但被告卻也是期待警察介入的人，因此，被告僅是假意的促成交易行為，其並不能被認為具有買賣毒品的故意，縱使是被告同時也預見正

²²參照林書楷，「論誘捕教唆之可罰性」，國立中興大學法律學研究所碩士論文，八十八年六月。

²³須特別說明的是，該判決的案例事實中由於正犯原本說具備犯罪決意，因此性質上屬於幫助的情形。雖然如此，由於「誘捕幫助」與「誘捕教唆」在處理上是一樣，故並不妨礙本文將其列入誘捕教唆範疇來討論的適當性，事實上大部分的文獻也都是採用如此的作法。

犯行為可能違反其預期而達於既遂，也是一樣的。

德國聯邦最高法院的見解，在相當程度上也得到了學界的呼應，例如Koner就認為：「縱使實施誘捕的警察，不是單純的接受毒販販賣毒品的要約，而是本身進一步的唆使他人購入或販賣毒品（即誘捕教唆），警察人員也不會因為教唆買賣毒品的罪名，而受處罰。依據通說的共犯處罰基礎理論，一個可罰的教唆，必須具備兩個結果：包括喚起正犯的行為決意，以及犯罪行為的實行本身。誘捕教唆人雖然具備雙重教唆故意，不過，其所喚起的僅是一個既存的、實行犯罪的一般犯罪決意，並將其具體化而已。誘捕教唆人雖然放任構成要件既遂（麻醉藥品的買賣行為），但卻不希望犯罪行為終結（Beendigung），也不期望發生犯罪結果（導致麻醉藥品在市面上流通並危害國民健康），而是希望透過刑事警察的積極作為，來阻斷毒販及麻醉藥品的流通，並進而保護國民健康」²⁴。

綜合言之，主張此類見解的學者，以及德國聯邦最高法院都認為，麻醉藥品法（在我國的類似法律為「毒品危害條例」）上所規定的構成要件，其主要目的，係在於保護超個人法益的「國民健康」，避免遭受危險。司法警察為了破獲販毒集團所為的誘捕教唆行為，由於已透過嚴密的預防措施，排除毒品外流至其他消費者，導致國民健康受損的危險，因此，並非違反了麻醉藥品法的立法目的。相反的，警察為逮捕毒販或破獲販毒集團，而實施誘捕，正好符合該法保護國民健康的目的。因此，實施誘捕教唆的警察，因為欠缺實質的法益侵害故意，故不可罰。

二、我國的學說見解

針對結果犯的「未遂型誘捕教唆」，我國學界大致可分為「可罰說」與「不可罰說」兩種見解，另外於少數文獻上，也特別指出德國法上關於區分「形式既遂」與「實質終結」的見解，並加以採納。茲分述如下：

（一）可罰說

主張「可罰說」的學者，其主要的理由不外乎以下兩點：第一，

²⁴參照林書楷，「論誘捕教唆之可罰性」，國立中興大學法律學研究所碩士論文，八十八年六月。

警察人員的誘捕教唆，對於被教唆者之不能完成犯罪，不具有確切的支配能力，因此，關於被教唆者之犯罪既遂，可謂有「不確定認識」（指未必故意），因此仍應成立犯罪。況且，即使警察人員的誘捕教唆，確信被教唆者不致完成犯罪，但警察人員的誘捕教唆，有教唆他人成立教唆犯（教唆未遂）的意思，實質無疑，既有此意思，即係警察人員有教唆他人犯罪之意思，至少應負教唆未遂之責。第二，警察人員誘捕教唆的動機，乃在於陷人於罪，惡性已深，尤有處罰之必要。我國刑法於教唆犯既遂，係屬獨立之犯罪（共犯獨立性說），則教唆行為如表明自己固有之反社會性，即應予以處罰。²⁵

另外，比較特殊的見解是褚劍鴻先生的看法，褚劍鴻先生雖然一方面肯定可罰說主張，因誘捕教唆人惡性已深，反社會性已重，而應予處罰的見解，但另一方面卻又主張，於實務上，警察機關為了調查犯罪事證而實施的誘捕教唆，並不具可罰性。至於其理由則為：「…就此情節而論，雖類似陷害教唆（即誘捕教唆），但實質上兩者不同，因為偽裝人員本身為基於職務上之行為，其目的並非為誘惑他人犯罪，而係在調查犯罪事證，無教唆他人犯罪之意思，自不負教唆之責」。²⁶

（二）不可罰說

主張誘捕教唆未遂型「不可罰說」，是目前國內學界的多數說，不過立論的內容上，有些差異。有學者認為，警察人員教唆故意，除了共犯之故意外，另須具備「構成要件故意」，因此，缺少構成要件故意的誘捕教唆，就不能具有教唆故意。²⁷有學者則謂，警察人員的誘捕教唆，因為不具有實現「構成要件結果之意思」，欠缺教唆犯的故意，應不予處罰。²⁸亦有學者從「雙重教唆故意」（或「雙重共犯故

²⁵採此種見解有，林山田，「刑法通論」，5版，1995，第318頁以下；韓忠謨，「刑法原理」，81年，第303頁以下；何尚先，「泛論教唆犯」，刑事法雜誌，38卷5期，第34頁以下；郭君勳，「案例刑法總論」，81年，第520頁以下；周治平，「刑法總論」，60年，第415頁以下；陳阡萬，「教唆與陷害教唆」，警專學報，第7期，第451頁；賴硃隆，「誘發犯」，司法通訊，第591期，62年，第二版。其中，蘇俊雄，「刑法總論II」，87年，第443頁，主張「從犯罪原因之學說立場而言，這種見解（按：指認為誘捕教唆無可罰性的理論）對於重大危險類型之犯罪，則未盡妥當」，似亦採取此種看法。

²⁶褚劍鴻，「刑法總則論」，81年，第279頁以下。

²⁷蔡墩銘，「中國刑法精義」，第248頁。

²⁸甘添貴，「教唆犯之故意予未遂教唆」，月旦法學，第6期，1995，第47頁；陳子平，「論未遂教唆之可罰性」，東吳法律學報，8卷1期，1993，第276頁。

意」) 的點出發，認為警察人員的誘捕教唆故意是雙重的，一方面必須包含「教唆故意」；另一方面也必須包含「教唆既遂故意」，因而主張警察人員的誘捕教唆，因欠缺「教唆既遂故意」，警察人員誘捕教唆故意即難謂具備，故不可罰。²⁹亦有學者明確表示，從「共犯處罰根據」之觀點來探討此一問題，認為共犯處罰之理由，乃在於共犯引起法益的破壞，倘若幕後的唆使者，不想引起法益破壞的構成要件該當結果，即是欠缺法益侵害意思，因此也就沒有被處罰的理由。³⁰

以上所提國內多數說之「不可罰說」，係針對「誘捕教唆未遂型」而言。至於「誘捕教唆既遂型」之可罰性，國內學說較少提及，惟在討論到此問題的少數文獻中，則一致採取德國學界多數說之「實質終結界限說」的見解，認為警察人員誘捕教唆既遂型的情形，若從法條文義來看，構成要件已經完全實現，但是從法益破壞的觀點來看，構成要件形式上既遂，並不一定是行為實質上的完成。因此，縱使警察人員要正犯實施形式上的既遂行為，設若警察人員對於正犯的行為能完全的掌控，並阻止正犯造成被害人的法益破壞，則警察人員即不能被處罰。³¹

至於在放任抽象危險犯既遂，且終結的誘捕教唆上，國內則僅有林東茂教授提出看法。林東茂教授基本上贊同德國聯邦最高法院的見解，認為警察人員以此情形誘捕教唆者，雖然有意被教唆人實現構成要件的既遂行為，但是不願意讓交易行為的結果出現，所以警察人員之誘捕教唆欠缺可罰性。³²

二、我國的實務見解與檢討

(一) 實務案例

²⁹林山田，「刑法通論（下）」，修定六版，1998，第 420 頁以下；黃常仁，「刑法總論（下）」，1995 年，第 109 頁以下；陳志龍，「人性尊嚴與刑法體系入門」，第 266 頁；陳文哲，「未遂教唆之研究」，中央警官學校警政研究所碩士論文 83 年，第 182 頁。

³⁰林東茂，「臥底警探的法律問題」，收錄於氏著「危險犯與經濟刑犯」，85 年，第 225 頁以下；許澤天，「共犯之處罰基礎與界限」，台罷法研所碩士論文，1998，第 70 頁以下；黃惠婷，「教唆犯成立要件的探討」，刑事法雜誌，41 卷 5 期，第 59 頁以下。

³¹林東茂，前揭書，第 257 頁。持相同見解者尚有，陳文哲，前揭文（「未遂教唆之研究」），第 183 頁。

³²林東茂，前揭書，第 258 頁以下。

有關警察人員誘捕教唆可罰性之判例，我國實務上，迄未發生，謹以臺灣高等法院曾提出討論之座談會案例，分析如下：

案例一：刑警甲探知某乙販賣煙毒，欲繩之以法，卻苦無證據，某日偽裝向乙購買，乙初不肯，後為甲之美言所惑，遂出售煙毒於甲，刑警甲應成立販賣煙毒之教唆罪否？

研討結論：教唆犯以被教唆人原無犯罪意思，由教唆者之教唆，始起意實施犯罪行為，為其本質。某乙販賣煙毒並非刑警所教唆，甲為破案求證誘乙出售毒品，尚無教唆某乙之故意。³³

案例二：甲警員為肅清煙毒，乃請線民乙覓販毒者，適丙持有嗎啡一包，本欲自行施打，因乙告知有人欲高價購買而同意轉售，經約定交貨之時地後，丙依約攜帶嗎啡前往該處，當丙取出嗎啡與交付於甲時，甲即依法逮捕之。

審查意見：甲警員為肅清煙毒，乃請線民乙覓販毒之人，並無教唆他人犯罪之故意，應不構成犯罪。³⁴

其他案例，例如，在販毒案中，小盤毒販經警破獲，為求減刑，即配合警方假裝為再次交易，等上游毒販現身後，再行逮捕，此種情形，上游毒販之犯意「本來就存在」，因此，並非為「警察陷害教唆」。再如，在網路援交案中，如果援交女郎自己先上網廣告，警方依其提供之聯絡方式，假裝為召妓而逮捕之，因為該行為人之犯意本來就存在，警察行為也不受罰。此外，在機車搶劫案中，女警假裝為某柔弱婦女，故意在搶犯經常出沒之處所單獨夜行，「引誘」搶犯現身行搶，再由埋伏在旁的警察共同圍捕，將之繩之以法，本案行為人的犯意，因原本就存在，因此，並非為「警察陷害教唆」。以上之範例，從警察實務之觀點判斷，警察之誘捕偵查是否違法，端視被誘捕之對象有無犯意而定。³⁵

綜結以上之實務見解，實務否定警察實施誘捕教唆可罰性之理由，乃植基於警察實施教唆行為的"目的"，乃在於偵破犯罪或是蒐集證據，因此並無"教唆他人犯罪之故意"，應不構成犯罪。換言之，其所採取的見解，類似於褚劍鴻先生的見解。

³³臺灣高等法院暨所屬法院六十六年十一月座談會。

³⁴臺灣高等法院暨所屬法院八十年法律座談會提案刑事類第二號

³⁵參照「警察職權行使法逐條釋義」，內政部警政署九十二年十一月編印，第 18-19 頁。

（二）檢討

實務見解雖然支持「不可罰說」的結論，不過其理由卻值得商榷。實務見解認為，警察人員為偵查犯罪而實施誘捕教唆，係因誘捕教唆之警察，其「目的」非在誘人犯罪，因此，欠缺教唆犯罪之意思，故不具可罰性。此種說法似乎混淆了「教唆故意」與「教唆動機」的區別。因為教唆故意，原則上只要是對於自己的教唆行為及被教唆人的犯罪事實具有知與欲，即可成立，至於教唆人究竟是出於什麼樣的目的，乃是屬於「教唆動機」的範疇，與「教唆故意」的成立並無關聯。就如同殺人故意，只要具有構成要件事實的知與欲，至於其為什麼殺人，是為仇、為財或是為色，均非所問，均與殺人故意的成立無關，至多只能成為法官在量刑時可以斟酌的因素而已。

其實真正在「教唆故意」的成立上扮演關鍵性角色，不是教唆者（警察人員）的目的為何，而是教唆人是否有表現出造成法益侵害的意圖，這是基於共犯處罰基礎所導出來的要求。如果教唆人缺乏法益侵害意欲，不論其係出於何種目的而為教唆（例如：基於偵查犯罪的目的、基於陷害他人的目的、或是基於領破案獎金的目的），教唆故意都不會具備。相反的，如果教唆人蓄意容忍法益侵害的發生，則不管其教唆行為是基於多麼崇高、多麼正當的理由，教唆故意仍然會成立。

陸、結論

一、警察誘捕教唆未遂型態不具可罰性

本文支持德國學界通說以及國內學界多數說的見解，認為警察人員誘捕教唆未遂型態，應不具可罰性。其理由有二：第一，「教唆犯的故意」必須具備所謂的「雙重教唆故意」，除了教唆行為故意之外，也要具備對於他人實現構成要件事實的故意，因此，對於構成要件結果的既遂故意，亦成了教唆故意所不可或缺的要件之一。而警察人員的誘捕教唆，則因為欠缺教唆既遂故意，故警察人員的主觀構成要件並不該當。第二，就共犯處罰基礎（折衷惹起理論）的觀點來看，刑法對於教唆犯科以刑罰的理由，乃是在於教唆犯侵害了構成要件所要

保護之法益，教唆行為的不法內涵，由法益侵害所建構的。因此，就實質的犯罪觀點而言，欠缺教唆既遂意欲的警察人員誘捕教唆，其之所以不具可罰性，原因即在於其誘捕教唆行為並沒有顯現出一個「與法益侵害有關的意欲」，導致該教唆行為欠缺「行為負價」，因而不具備「教唆犯的不法」，故誘捕教唆未遂型不具可罰性。

二、警察誘捕教唆的既遂型態一般不罰

本文採取所謂的「實質終結界限說」，主張縱使警察人員誘捕教唆，放任正犯行為達於既遂，如果其一開始就意圖於「犯罪實質終結前」，在「尚未造成不可回復的法益侵害之前」，就阻止或排除法益侵害的發生，則該警察人員之誘捕教唆行為，仍不可罰。因為，此時警察人員欠缺「實質法益侵害故意」，其教唆故意不具備，主觀構成要件不該當。此亦是從法益侵害觀點的共犯處罰基礎而來的結論，因為刑法分則上的構成要件，表徵的是法益侵害的事實，因此，當行為人對於此等事實之發生具有知與欲時，原則上就代表著行為人具有「法益侵害的故意」。惟這畢竟是屬於形式上的觀察，基於刑法保護法益的目的思考，警察人員雖然對於構成要件事實具有認知與意欲，但是如其在實質上欠缺法益侵害的故意，則其故意就仍然應該被排除。

至於警察人員的誘捕教唆，是否確實具備「實質的法益侵害故意」，則並無法予以一般性的判定，而是必須考量到個別構成要件所要保護之法益內涵。所謂法益侵害，係指「經由構成要件所特定的法益侵害」。因此，如果行為人的意志指向於排除構成要件所要避免的法益侵害，此時就應該否定其實質法益侵害故意。