

胁从犯体系定位之困惑与出路

——一个中国问题的思索*

阎二鹏

【摘要】胁从犯的立法虽受到“胁从不问”政策的强烈影响,但对其从宽处罚的法理根据可以运用期待可能性理论进行说明;主流学说将胁从犯的认定着眼于“被胁迫参加犯罪”与“所起的作用较小(小于从犯)”,并据此将其视为独立的共犯人种类的观点存在逻辑障碍,需要进行深入检讨;在解释论上否定胁从犯是独立的共犯人种类的理论观点,虽避免了逻辑冲突,但结合立法规定仍会导致罪刑失衡的难题;在既有解释路径无法妥善解决胁从犯的体系定位与合理处罚的前提下,必须直面现行立法的缺陷,提出合理的立法建议。

【关键词】胁从犯 独立共犯人种类 立法论

(中图分类号) D915.12 (文献标识码) A (文章编号) 1000-2952(2012)02-0057-05

我国79年《刑法》与97年《刑法》均对被胁迫参加犯罪的人和其刑事处罚原则进行了明确的规定,学界称之为“胁从犯”,与其他国家的立法相比,我国立法的规定颇具“中国特色”。但对其体系定位却存在诸多争议,其间涉及的共犯人类别划分以及量刑等问题均有待澄清。

一、前提廓清——胁从犯从宽处罚之理论根据

对胁从犯立法的回顾是为了分析对其从宽处罚的根据与理由,从我国关于胁从犯的立法沿革来看,学界普遍认为“在刑法中规定胁从犯,是我国‘惩办与宽大相结合’政策中‘胁从不问’在刑事立法上的体现和发展,表现了我国刑法关于共同犯罪人分类的特殊性。”^①“胁从不问”这一政策最早出现在毛泽东1947年发表的《解放军宣言》,其中提到对蒋军处理政策:“首恶者必办,胁从者不问,立功者受奖”。在立法上,胁从犯的规定从1954年中央人民政府法制委员会制定的《中华人民共和国刑法指导原则草案》(初稿),经过1957年

全国人大常委会法律室草拟的《中华人民共和国刑法草案》第22稿,1963年全国人大常委会起草的《中华人民共和国刑法草案》第33稿,最终由1979年《刑法典》所确定。^②其间对胁从犯作为一种独立的共犯人种类并无争议,只不过经历了从对胁从不问到对胁从犯一律追究但从宽处罚的转变。这种变化的历史根据在于:“一方面,建国后,尤其是国家政权稳固后,那种基于战争上分化瓦解敌军的需求不再存在;另一方面,20世纪60年代和70年代在我国正是道德理想主义和革命英雄主义盛行的年代,这就要求在他人的胁迫面前无条件的选择反抗,而不能屈从于胁迫者的犯罪命令。在这种

* 基金项目:2010年度教育部人文社会科学研究一般项目“比较法视域下我国共犯论体系之建构与完善”(项目编号:10YJC820130)。

① 马克昌主编《犯罪通论》,武汉大学出版社1991年版,第575页。

② 参见陈兴良《历史的误读与逻辑的错误——评关于共同犯罪的修订》,《刑事法评论》1998年第2期。

情况下,道德律令的优先选择取代战争时期的功利优先选择是很自然的。”^①此后,97年《刑法》对79年《刑法》作出修改,第28条规定:对于被胁迫参加犯罪的,应当按照他的犯罪情节减轻处罚或者免除处罚。删除了79年《刑法》中“被诱骗参加犯罪”和“比照从犯”的规定,针对这种变化,学界逐渐产生了反对将胁从犯视为独立共犯人种类的呼声。

从对胁从犯的立法沿革来看,其产生虽受到“胁从不问”政策的影响,但对其从宽处罚的法理根据则至为明显即责任主义。该原则是近代大陆法系刑法的一个基本原理,申言之,即使某种行为符合《刑法》条文规定的客观构成要件,给法益造成了侵害或者危险,但仅此并不能科处刑罚,科处刑罚还要求行为人具备主观上的非难可能性,这就是主观责任原则的确立。不仅如此,刑罚的分量也应与责任相当,即非难可能性程度高低应与其所承受之刑罚分量相一致。主观责任原则将主观上的非难可能性作为犯罪的成立条件,已经内含了“期待可能性”的要求。根据期待可能性理论,如果不能期待行为人实施其他适法行为,就不能对其进行主观归责,因而不存在刑法上的责任。相反,只有根据具体情况,有可能期待行为人不实施违法行为而实施其他适法行为时,对行为人才有非难可能性。期待可能性理论的产生,从根本上说是尊重人的基本需求,“在不能期待人实施合法行为的情况下,对其实施的符合客观构成要件的违法行为追究责任,无非是为了惩罚这种行为以达到防止这种行为的目的,这便将行为人作为实现目的的手段对待了,背离了尊重人的基本观念。”^②英美法系国家虽没有提出期待可能性理论,但期待可能性的上述思想渊源同样在英美法系国家得到体现,如英美法系国家流行的法谚“刑法不能要求英雄主义”,^③即是这种思维的表现。

虽然目前学界对期待可能性在责任论中的地位存有争议,但均赞同期待可能性不仅存在有无的问题,而且还存在程度问题。换言之,期待可能性不仅有可能关系到行为人是否成立犯罪的问题,而且还可能存在程度的轻重因而影响到行为人的量刑问题。用期待可能性的理论解释胁从犯从宽处罚的理论根据,完全可行。在行为人被胁迫参加犯罪时,较之其他未受胁迫的行为人,期待其实施适法行为的可能性程度要低,为实现量刑的实质公正,应对其从宽处罚。

二、通说理论下的困境检讨

我国刑法学界的通说对胁从犯的体系定位非常明

确,即“我国刑法典扬分工分类法、作用分类法之长,避其之短,在共同犯罪人的分类上,按共同犯罪人在共同犯罪中的作用将其分为主犯、从犯、胁从犯的同时,又根据共同犯罪人的分工标准,划分出教唆犯。”^④换言之,胁从犯是按照作用分类法划分的与主犯、从犯并列的独立共犯人种类。在上述认识之下,结合《刑法》第28条的规定,通说对胁从犯的认定必然同时着眼于以下两个条件:

(一)被胁迫参加犯罪。与主犯、从犯不同,胁从犯之“被胁迫参加犯罪”生动体现了行为人参加犯罪的原因,即遭受他人胁迫,而并不是出于自己的意愿,行为人实施犯罪乃是受胁迫的结果,因此,胁从犯在共同犯罪中往往居于被动的地位,其参与犯罪具有一定的消极性。胁从犯与其他共同犯罪人首要的、本质的区别就在于行为人是被胁迫参加犯罪的。

(二)胁从犯在共同犯罪中所起的作用较小。我国《刑法》在关于共同犯罪的规定中,对共同犯罪人按照作用分类法与分工分类法划分出主犯、从犯、胁从犯与教唆犯四类。前三类共同犯罪人是按照行为人在共同犯罪中所起的作用而划分的,并且这种作用随主犯、从犯、胁从犯的顺序呈递减趋势,也就是说,胁从犯是依照在共同犯罪中所起的作用而划分出的一类独立的共同犯罪人,胁从犯在共同犯罪中的作用小于从犯的作用,因而对胁从犯的处罚要轻于从犯。^⑤

对于上述认识,学界提出的反对意见主要集中在两个方面:其一,被胁迫参加犯罪的人只是对行为人犯罪原因的设定,而这一事实与胁从犯在共同犯罪中所起的作用没有必然联系,即胁从犯在共同犯罪中既可能起到主要作用因而构成主犯,也可能仅起到次要作用因而构成从犯。^⑥对此,通说解释道“即使是被胁迫参加了犯罪,但参与后心态发生了变化,从不自愿参

① 刘之雄:《胁从犯立法之反思》,《湖北警官学院学报》2002年第2期。

② 张明楷:《刑法学》,法律出版社2007年版,第205页。

③ 参见[英]J·C·史密斯、B·霍根《英国刑法》,李贵方等译,法律出版社2001年版,第268页。

④ 赵秉志主编《新刑法教程》,中国人民大学出版社1997年版,第214页。

⑤ 参见陈兴良《共同犯罪论》,中国人民大学出版社2006年版,第210页;赵秉志:《新刑法教程》,中国人民大学出版社1997年版,第218页;马克昌主编《刑法学》,高等教育出版社2003年版,第174页。

⑥ 参见赵微《论胁从犯不是法定的独立共犯人》,《中国刑事法杂志》2005年第2期;刘骁军、刘培峰:《论胁从犯的几个问题》,《中国刑事法杂志》2000年第4期。

与犯罪而变化为自觉自愿参加犯罪时，则不能再为胁从犯，因其参加犯罪行为的主动性，而使参与犯罪的原因不能再作为认定胁从犯的标准，或应成立从犯，或应成立主犯。”^①但一些学者提出：犯罪人在共同犯罪中所起的作用不是片面的、阶段性的非确定结论，它是对犯罪人在整个犯罪过程中表现的全面总结与概括，无论理论或实践上，都不存在在犯罪之始或者犯罪第一阶段的主犯而犯罪后一阶段的从犯，因而胁从犯对主犯或从犯的转化难以自圆其说……既然胁从犯并不反映其在共同犯罪中的作用，胁从犯在实践中可能与主犯、从犯相融合，那么，它便没有独立性，就不是与主犯、从犯相并列的一类独立共同犯罪人。^②针对如上质疑，通说主张者指出：实际上，之所以认定胁从犯，是已经对共犯人参与犯罪的原因和在犯罪中所起作用综合考察的结论，并不存在首先认定是胁从犯再考察其在共同犯罪中作用的问题。论者显然误解了在认定参与犯罪原因后，再考察其在共同犯罪中作用，以确定是否成立胁从犯，与是否成立主犯或从犯是同一问题的两个方面，并不是互相矛盾的。^③透过如上争论，我们发现，通说就被胁迫而参加共同犯罪的人具有成立主犯的可能性这一点上并无疑问，既然认为胁从犯的成立必须同时具备“被胁迫”和“在共同犯罪中起较小作用（次于从犯）”两个条件，那么，当被胁迫参加犯罪的人在共同犯罪中所起的作用达到主要作用或者次要作用时，就不符合胁从犯的成立条件了，这时就不能再叫做胁从犯了，而应该称作主犯或者从犯，如此，胁从犯才能与主犯、从犯并列成为独立的共犯人种类，从这一点上说，通说的逻辑论证并不存在障碍。

其二，通说对胁从犯所设定的条件并不符合《刑法》的规定，因为，《刑法》第28条只是规定了“被胁迫参加犯罪的”人，其法律特征只有一个，即参加犯罪的主观被动性，而胁从犯在犯罪中的客观作用情况是法无明文规定的。《刑法》理论人为的补充了胁从犯的客观特征，即在客观上所起的作用比较小。^④其实，要说通说“将胁从犯所起的作用限定为比从犯还小”是完全人为，并不符合事实，通说之所以作出上述限定，很明显是从立法规定本身出发的，比较《刑法》第26条对主犯的处罚原则、第27条对从犯的处罚原则以及第28条对胁从犯的处罚原则，可以发现胁从犯的处罚原则较之主犯与从犯更轻、比从犯的从宽处罚幅度更大。如通说所言“要求胁从犯在共同犯罪中起较小作用（次于从犯的作用）虽不是《刑法》的明文规定，却是对《刑法》第26条至第29条进行体系解释的合理结论”，这样的说法应该是成立的。而反对论者直接以《刑法》未

明文规定胁从犯所起的作用为理由批判通说的结论，在理论上似乎是站不住脚的。因为，若按照反对论者的观点，则大多数的体系解释结论都将面临“于法无据”的尴尬：本来体系解释就是根据《刑法》条文在整个《刑法》中的地位，联系相关法条的含义，阐明其真实意旨的解释方法，其目的就在于避免断章取义，以便刑法整体协调。^⑤换言之，体系解释之所以必要，一方面是因为“整体只能通过对其各部分的理解而理解，但是对其各部分的理解又只能通过对其整体的理解。”^⑥另一方面，在罪刑法定原则之下，于某种程度上可以说体系解释就是为弥补文理解释的不足而存在的。如学界所广为认可的所谓“不成文的构成要件要素”的概念，虽然不是《刑法》条文明文规定的要素，但却是根据《刑法》条文之间的相互关系、《刑法》条文对相关要素的描述所确定的，成立犯罪所必须具备的构成要件要素。^⑦总而言之，体系解释是一种普遍采用的法学解释方法，为学者广泛接受，这从一个侧面说明“完全按照法条的字面含义解释法律，将法条的字面含义等同于法律的真实含义”的观念是不准确的，所以，论者就不能以“《刑法》没有明确写明什么”作为反对某种观点的论据，同理也不能以“《刑法》没有写明被胁迫参加犯罪的人所起的作用小于从犯”就认为这种观点“于法无据”甚至违反罪刑法定。

反对论者对通说的上述批判并未切中实质，通说的上述认识可能存在的问题在于：首先，将胁从犯同时从“被胁迫参加犯罪”与“在共同犯罪中所起的作用较小”两个方面进行限制，在这样的观念认识之下，当被胁迫参加犯罪的人在共同犯罪中起主要作用时，不能适用《刑法》第28条的后半段：即，应当按照他的犯罪情节减轻或者免除处罚，只能适用《刑法》第26条关于主犯的处罚规定。问题是，既然认为行为人属于“被胁

① 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479页。

② 刘晓军、刘培峰：《论胁从犯的几个问题》，《中国刑事法杂志》2000年第4期。

③ 高铭喧、马克昌主编《中国刑法解释》（上），中国社会科学出版社2005年版，第495页。

④ 赵微：《论胁从犯不是法定的独立共犯人》，《中国刑事法杂志》2005年第2期。

⑤ 参见张明楷《刑法分则的解释原理》，中国人民大学出版社2003年版，第28页。

⑥ [法]亨利·莱维·布律尔：《法律社会学》，许钧译，上海人民出版社1987年版，第70页。

⑦ 参见张明楷《犯罪构成体系与构成要件要素》，北京大学出版社2010年版，第137页。

迫”参加犯罪，按照立法初衷，为何不能对其适用从宽处罚的规定呢？这在情理上很难被人接受，毕竟，被胁迫而参加犯罪者与其他一般主犯相比，在期待可能性程度上是有所不同的，针对被胁迫者实施适法行为的期待可能性相对减弱这一点，在对行为人责任大小的判断上，不加区分的一律适用同样的处罚原则，未必合适。

其次，对胁从犯的认定同时着眼于“被胁迫”与“在共同犯罪中起了比从犯还要小的作用”，可能会形成逻辑漏洞。^①因为在只有两个行为人的共同犯罪中（其中一人为主犯），被胁迫且起了比较小作用的另一行为人到底是应当成立从犯还是成立胁从犯，将成为一个无法解释的难题。原因在于，按照学界的共识，从犯是相对于主犯而言的，没有主犯就不可能成立共同犯罪，只有主犯（须二人以上）没有从犯可以成立共同犯罪，但共同犯罪中不可能只有两个以上的从犯而无主犯。换言之，从逻辑上讲，从犯对主犯存在依附关系，没有主犯，则无从犯。同理，到了胁从犯的场所，既然要求胁从犯“在共同犯罪中起了比从犯还要小的作用”，则在逻辑上胁从犯的存在必然以从犯的存在为前提，否则即失去了参照物。综合上述认识的结果便是，只有在三人以上（包括三人）的共同犯罪中，才有胁从犯存在的可能。只有两人的共同犯罪案件中，无法认定为胁从犯。但仅仅由于人数上的差异，导致相同情节的行为人在此案中被认定为从犯，在彼案中则被认定为胁从犯，这是无法使人接受的。

再次，按照通说的逻辑，当行为人被无责任能力者胁迫而犯罪，依照单独犯罪处理。由于将胁从犯视为“在共同犯罪中所起作用比从犯小”的一类独立的共犯人类型，所以，理论上必须成立共同犯罪的前提下才有胁从犯存在的可能，在单独犯罪中并无胁从犯存在的余地。如此，对被胁迫参加犯罪的人在单独犯罪的场合将无法适用《刑法》第28条对其从宽处罚，但是，这样的处理结果明显有违公平。

三、解释论之下的出路研讨

通说所面临的上述困境，其根源在于将“被胁迫参加犯罪的人”解释为独立于主犯、从犯之外的一类共犯人类型即胁从犯，那么，逻辑上顺理成章的思路便是将“被胁迫参加犯罪的人”解释为一种从宽处罚的法定量刑情节，同时视其在共同犯罪中所起的作用归入主犯或者从犯的范畴。应该明确的是，不论是将胁从犯视为独立的共犯人类型的通说还是将其仅视为法定量刑情节的

反对论者，他们的主张均是从解释论出发，而非立法论的主张，从法律规定来看，两种观点均未违背立法规定。

应该承认，将“被胁迫参加犯罪的”解释为一种法定的从宽处罚的量刑情节，可以有效避免上述通说的逻辑困境，但结合《刑法》的规定来看，这一解释结论的适用仍然存在障碍。因为按照《刑法》第28条的规定，对于被胁迫参加犯罪的人，应当按照他的犯罪情节减轻处罚或者免除处罚。立法上的这种“应当”从宽处罚的硬性规定，由于缺少灵活适用的余地外加理论解释的局限可能导致罪刑失衡的问题。例如，司法实践中当行为人被轻度胁迫参加犯罪而在共同犯罪中起主要作用者，如果将“被胁迫参加犯罪”仅仅理解为一种从宽处罚情节的话，那么对于行为人必须没有选择的适用《刑法》第28条的规定减轻或者免除处罚，对照《刑法》第27条关于从犯“应当从轻、减轻或者免除处罚”的规定，当法官对从犯从轻处罚，而对在共同犯罪中起主要作用的胁从犯减轻处罚时，很明显这样的处理结果有违实质公正。

当然，反对论者的前提即“胁从犯并不是独立的共犯人类型”是应当肯定的，从逻辑上讲，是否被胁迫与是否在共同犯罪中起了主要作用，这是分别从两个视角对行为人的行为所作出的观察。即，主犯、从犯这一分类是依据行为人在整个共同犯罪过程中所起的作用而划分，胁从犯与否则是依据行为人在参与共同犯罪是否是自愿这一标准而划分，尽管可以像通说那样对胁从犯附加成立条件而将其划分为从犯之下的独立类型，但这样的划分标准由于同时掺杂了主观上的因素与客观上的因素而使得它与单纯依照客观上的作用分类得到的主犯、从犯的划分显得不伦不类。

逻辑上可能的疑问是，除了前述通说将胁从犯解释为独立的共犯人类型和反对论者将被胁迫参加犯罪视为法定量刑情节之外，是否还有其他的解释途径可以解决上述适用上的困境。笔者认为，通说与反对论者的分歧从根本上说来源于对胁从犯理论定位的不同认识，最终影响到《刑法》第28条的适用范围，所有对胁从犯的研究都不可能绕过对其体系定位的分析。即要么，将其视为独立的共犯人类型因而不能与从犯等其他从宽处罚条件叠加适用，反之，则将其仅视为法定量刑情节，具备这一情节就应适用第28条的规定，而与从犯等其他量刑情节可以同时适用自在情理

^① 参见任海涛“共犯论的核心与边缘”，西南政法大学2009年博士后工作报告。

之中。对上述问题的回答显然只有是或者否，而不可能出现第三种解释途径。

四、结论：立法论上的出路选择

在我国当今刑法学界，解释论似乎正在取代立法论成为一种“时髦”观念，形式解释论与实质解释论之间的争论此起彼伏，在这种大的学术环境之下，似乎大家都讳言“立法”，否则即被视为学术水平“低下”的表现。但无论是何种形式的解释论其前提必然是以《刑法》条文作为根据，最终的解释结论不能逾越条文的规定，不能违反罪刑法定。当我们穷尽解释方法仍不能合理地解释现有法律条文时，证明现行法律条文是存在缺陷，需要进行“立法论”的，所以，我们所反对的应当是“妄言”立法论的现象，而非否定立法论的思维。

从前述对胁从犯学界论争的情形来看，无论将胁从犯视为独立的共犯人种类还是将其仅仅视为法定量刑情节，这两种解释结论最终都会遭遇无法克服的难题。在既有法律条文可能存在缺陷的前提下，立法论的研讨无疑正当的。

由于现行《刑法》关于胁从犯的量刑采取了“应当减轻或者免除处罚”的硬性规定，缺少灵活操作的余地，导致司法实践中针对复杂的胁从犯情形无法做到实质的罪刑均衡。从应然层面分析，在立法论上的解决途径可能有两条，其一，将被胁迫而参加犯罪作为酌定量刑情节，并赋予法官根据案件具体情况来具体把握是否从宽以及从宽的幅度，这一做法与当今世界上多数国

家在刑法典中并未对胁从犯进行明确规定的立法现状相一致；其二，倘若关照立法传统，认为胁从犯有保留的必要，则如上文所述，既有《刑法》第28条所采用的“应当”这一表述必然欠妥，在此路径下，就必须对《刑法》第28条关于胁从犯的量刑原则进行修正，即修改为“对于被胁迫而犯罪的，可以从轻、减轻或者免除处罚”。但是，仅仅对胁从犯的量刑原则进行修正，是否仍然会存在解释论上将胁从犯视为独立的共犯人种类的可能呢？这种担心是不必要的，如前文所述，现今的通说之所以认为胁从犯是独立的共犯人种类，重要的法律依据便是胁从犯的量刑原则较之从犯更轻，因此上述解释结论才有法律根据。在对胁从犯的量刑原则做出修正之后，其与从犯的处罚原则一样，在解释论上不可能将其视为独立于主犯、从犯的共犯人种类，如此，在立法中单独规定“胁从犯不是独立的共犯人种类”的立法建议^①反而会使立法条文冗长、繁琐。所以，在上述考虑之下，采纳第二种立法途径既可避免对胁从犯理论地位的混淆，又可将自由裁量权赋予法官，针对案件不同情况，相应选择不同之处罚原则，以实现罪刑相均衡。

本文作者：海南大学法学院教授、法学博士，北京师范大学刑事法律科学研究院博士后研究人员
责任编辑：赵俊

^① 参见刘之雄《胁从犯立法之反思》，《湖北警官学院学报》2002年第2期。

Predicaments and Outlet of Orientation of Accomplice under Duress

—Reflection on Chinese Legislation

Yan Erpeng

Abstract: Chinese legislation concerning accomplice under duress is deeply affected by the policy “not to punish crime under duress”, however, the theory basis of accomplice under duress should be explained by expected possibility; popular view regards accomplice under duress is an independent kind of complicity that commits crime under duress and plays little role in it, this view has some logic confuse and need to be reflected; the theory some scholars hold that accomplice under duress is not an independent kind of complicity could avoid logic confuse but tends to result in the imbalance of crime and penalty; since the existing theory can't explain the orientation of accomplice under duress as well as its reasonable punishment, the defects of legislation should be admitted and put forward some reasonable suggestion.

Key words: accomplice under duress; independent kind of complicity; view of legislation