

## 刑法第306条辨正\*

罗翔

**摘要:**刑事辩护制度起源于“希伯来—基督教”信仰,而非古希腊,这对正确认识刑事辩护制度以及刑法第306条规定的律师伪证罪有重要意义。刑法第306条的规定总体上不存在对律师的立法歧视,但该条之引诱条款违背平等原则,对“引诱”应当进行体系性的限制解释。律师伪证罪是拟制正犯,应当符合共犯从属说。律师伪证罪属于具体危险犯,司法机关需对具体危险进行规范判断。同时,对于此罪的立功也应进行限制。

**关键词:**刑法306条;拟制正犯;具体危险

刑法306条所规定之罪名,正式名称是辩护人、诉讼代理人毁灭证据、伪造证据、妨害作证罪,但由于刑事辩护大多由律师介入,故实务界俗称此罪为律师伪证罪。<sup>①</sup>自1997年刑法创设此罪,不到八年时间就有200多名律师因此身陷囹圄<sup>[1]</sup>。该罪设立至今,一直是理论和实务界关注的重点,本文不揣冒昧,试图辨明此罪是是非非,以期为中国刑事辩护制度的发展贡献滴水之力。

### 一、刑辩制度的缘起及对306条的意义

今人多将刑事辩护追溯至古希腊<sup>[2]</sup>,而却忘记了西方文明的另一重要源头——“希伯来—基督教信仰”。成书约公元前15世纪的摩西五经之一的《创世记》就有辩护的记载,这远早于公元前8世纪才出现的古希腊文明。《创世记》第18章17-33节记载,当耶和华上帝欲毁灭所多玛和蛾摩拉两城,亚伯拉罕站了出来,为这两城辩护说:“无论善恶,你都要剿灭吗?假若那城里有五十个义人,你还剿灭那地方吗?不为城里这五十个义人饶恕其中的人吗?将义人与恶人同杀,将义人与恶人一样看待,这断不是你所行的。……”耶和华说:“我若在所多玛城里见有五十个义人,我就为他们的缘故饶恕那地方的众人。”亚伯拉罕说:“我虽然是灰尘,还敢对主说话。假若这五十个义人短了五个,你就因为短了五个毁灭全城吗?”他说:“我在那里若见有四十五个,也不毁灭那城。”……亚伯拉罕说:“求主不要动怒,我再说这一次,假若在那里见有十个呢?”他说:“为这十个的缘故,我也不毁灭那城。”耶和华与亚伯拉罕说完了话就走了;亚伯拉罕也回到自己的地方去了。

上帝通过欲毁灭罪城的案例,生动形象地教导了亚伯拉罕何谓人类的公平正义以及如何对待有罪之人,这奠定了刑事辩护制度的基本原则。在这个上帝与人类交互式学习的案例中,亚伯拉罕因为50个义人而质疑上帝毁城的决定,上帝也乐意与他讨论,最后亚伯拉罕以10个义人收尾。上帝在教导亚伯拉罕,人类的司法制度必然存在缺陷,最坏的制度是宁可错杀千人也不放过一人,但为了不枉杀一人,就放过千万个有罪之人,也不太合适,因此必须寻求一个平衡点。上帝同意亚伯拉罕的观点,只要有足够的好人,就应该把整个团体,包括其中的坏人一并饶过。但同时告诉亚伯拉罕如何在错杀与枉纵之间

作者简介:罗翔,法学博士,中国政法大学刑事司法学院副教授。

\* 本文系中国政法大学青年教师学术创新团队(研究方向“刑事辩护制度研究”)阶段性成果。

① 为行文方便,本文也称此罪为律师伪证罪。

取得平衡,所以最后亚伯拉罕到10人为止<sup>[3]</sup>(P.57-73)。

这个故事对于刑事辩护制度至关重要。上帝通过案例教学,让亚伯拉罕学到了一堂生动的辩护课程。这个故事告诉我们,辩护首先是防止冤枉无辜,人类无法轻易区分谁有罪无罪,如果只有明显无辜的人才能得到刑事辩护,那么必将有大量无辜的人受冤枉。所多玛和蛾摩拉罪恶滔天,但仍应为其辩护,为罪行重大之人辩护,正是为了防止无辜之人枉受追究。其次,上帝乐意亚伯拉罕向他挑战,这正是告诉亚伯拉罕,默许冤屈就是罪恶,世俗社会的任何权威都应该接受质疑,连上帝都可以接受亚伯拉罕的质询,更何况由卑微有限的人类所组成的政府机构。如果司法机关不能虚心接受律师的诘问质疑,那么必然导致司法擅权专断,腐败无能。再次,上帝让亚伯拉罕知道,世俗社会的公平正义就是寻找合适的平衡点,辩护制度也不例外<sup>[3]</sup>(P.73-74)。对刑事辩护制度的源头的考察并非纯粹的历史探究,正本才能清源。伯尔曼说:

当今我们的法律已成为无本之木;人们不再认为法律是以普遍实在为基础,西方社会正在经历迷失自身的危险,不再相信它的过去和未来,民族主义的法律史学理论无法解释西方各法律制度在过去所发生的根本变化,也无法昭示其目前的发展方向。因此,我们必须从整个法律传统的源头开始,尽可能深入最广阔的历史背景,追溯它走入当前困境的轨迹<sup>[4]</sup>(P.31)。

古希腊人崇拜多神,希腊神话中的神祇像人一样,有诸多欲望,无数权谋争斗,神人同形同性<sup>①</sup>。这种信仰体系导致真理相对,没有绝对真理,亦无善恶的严格界限。另外,这也造成古希腊的人本主义传统,多种多样的神祇为每个个体的行为都提供正当化解释,个体的价值被推到极限,智者派代表人物普罗泰戈拉甚至提出“人是万物的尺度”这个命题。

若将辩护制度的源头追溯至古希腊,这种辩护制度可能会有两个恶果:首先,辩护缺乏正义的必要约束。由于神祇之间本身的竞争关系,神界之间推崇强者为大,人类必将效法,由于缺乏绝对真理的约束,辩护的目的就是为人开罪,只要竭尽全力保证当事人的最大利益,无需受制任何规则。其二,人本主义传统将导致辩护制度过分张扬人之权利,而忽视人权应该有一定的限度。柏拉图就曾经尖锐地批评当时的辩护人,认为他们颠倒黑白,偷换概念,巧言辞令。他曾在对话录中描述这类人的行径:

——那只公狗难道不是它儿女的父亲吗?

——当然是。

——那只公狗难道不是你的吗?

——当然,它是我的。

——既然是你的,而且是父亲,那么这条公狗就是你的父亲,你就是那些小狗的兄弟了<sup>[5]</sup>(P.5)。

这显然是一个逻辑混乱的论断。在柏拉图看来,律师必须听命于客户的要求,按客户的意图办事,无异于客户的奴隶,他说“律师总是忙忙碌碌,似乎总有什么力量不断驱赶着他……他是一个奴隶。在他的主人面前,与他同是奴隶的伙伴们争论不休。……结果律师们变得敏锐而狡黠;他学会了对主人曲意逢迎、见机行事;他的心胸狭窄,自从他开始欺骗和报复以后,他就变得反常而且扭曲了。”<sup>[5]</sup>(P.6)

与古希腊的人本主义传统不同,西方文化的另一源头“希伯来—基督教”信仰强调神本主义,一神论的信仰确认了绝对真理的客观存在,上帝之道即为真理,所谓“太初有道,道与上帝同在,道就是上帝”。因此,辩护制度应当接受绝对真理的约束,辩护必须在规则范围内行使。按照这种信仰观,辩护人在辩护时要受到限制,十诫中第九诫“不可作假见证陷害人”当为辩护人之铁律;同时人权也须受到

<sup>①</sup> 希腊神话中的众神之王宙斯就是通过推翻其父亲夺取最高权力的。宙斯之父克洛诺斯也是推翻其父亲乌拉诺斯取得权力。克洛诺斯后娶瑞亚为妻,并生下了数名子女。但因乌拉诺斯死前预言克洛诺斯必为其子所抢王位,于是一旦有婴孩出生,克洛诺斯就将他们吞入腹内。在失去了三个女儿、两个儿子以后,瑞亚不忍下一个儿子宙斯被吞,于是拿了块石头假装成宙斯。真正的婴孩则在克里特岛产下。宙斯长大后,从父亲肚内救出兄弟姐妹,他们联合起来,一同对抗父亲。宙斯拥有众多的情人,其中并与多位女神和女人生下多位子孙。宙斯喜欢追求外遇,其正妻赫拉多次抓奸仍无法阻止宙斯外遇,从而导致与其妻子之间无休止的争吵常常引发激烈的冲突。

限制,正如亚伯拉罕在为罪城辩护的案例中所学习到的,保障人权不能以完全牺牲惩罚犯罪为代价。

对辩护制度源头的冗长说明并非为了怀古,厘清辩护制度的缘起至少对正确认识刑法第306条所规定的律师伪证罪有如下意义:

1. 律师必须在法律范围内维护当事人的合法权益,律师与其说是在捍卫当事人的利益,不如说是在通过捍卫当事人的利益维护法律的尊严。正如亚伯拉罕对上帝的质疑不是为了攻讦上帝的缺失,而是向上帝申明确保无辜者不受冤枉才能保证上帝惩罚的正当性。因此,辩护权必须受到法律的限制,律师应当在法律允许的范围内为当事人谋取合法利益。十诫中的“不可作假见证陷害人”是任何文明社会都应遵循的规则,主张废除律师伪证罪的观点并不恰当。在任何国家,辩护人帮助犯罪嫌疑人、被告人隐匿、毁灭、伪造证据或者串供、威胁证人作伪证等行为,都应该以犯罪论处。

2. 关于律师伪证罪,应当在主张废除与完全保留这两种针锋相对的观点中寻找合理的平衡点。刑法应在惩罚犯罪与保障人权这两个价值之中寻找平衡。律师辩护权不是无限的,为了惩罚犯罪的需要,律师辩护应当受到合理的牺牲。同理,惩罚犯罪也并非唯一价值,为了辩护制度的发展,惩罚犯罪的需要也可适度让步。

## 二、现存问题之检视

理论界对律师伪证罪的一个重要指责是其体现了对律师的歧视,不符合刑法上的平等原则。在1997年刑法草拟之初,就有人提出:专门为律师设置一个罪名,不利于充分发挥律师在刑事案件中的辩护职能,同时有损于律师的形象。将刑法中的伪证罪加以修改,完全可以将辩护人、代理人伪证的行为包容在内,“……如果说律师在刑事辩护中,作伪证或者毁灭、伪造证据具有社会危害性的话,那么检察员、审判员、书记员提供虚假证明或毁灭、伪造证据危害性更大,是否也专门给检察员、审判员、书记员定一个罪呢。”<sup>[6]</sup>(P. 650-651)

然而,这种看法总体上并不恰当,所谓对律师的立法歧视在很大程度上是对法律的误读,也是处于弱势地位的律师一种过于敏感的反应。现行刑法对司法工作人员实施的妨害司法的犯罪打击力度总体上强于律师。刑法中涉及侵犯司法利益的犯罪除了刑法分则第6章第2节规定的妨害司法罪外(共有17个具体罪名)。还有散见于其他章节的犯罪,如刑法第243条的诬告陷害罪、247条的刑讯逼供罪、暴力取证罪、399条的徇私枉法罪等等。从立法技术上看,立法者将司法工作人员妨害司法的犯罪主要放在刑法分则第8章的渎职罪中,而刑法分则第6章的“妨害司法罪”主要针对的是非司法工作人员所实施的犯罪。刑法第306条与307条的妨害作证罪、帮助毁灭、伪造证据罪属于法条竞合。虽然与司法工作人员相比,律师妨害司法的社会危害性相对较小,但较之普通民众,律师妨害司法的社会危险性明显要大,因此以特别法对其区别对待也是合理的。

可见,如果单从刑法分则第6章的“妨害司法罪”的规定来看,似乎会得出对律师的立法歧视的观点,但如果放在整个刑法典中来看,这种观点并不妥当。

首先,在犯罪圈的划定上,司法工作人员妨害司法行为的入罪范围远较律师为宽。司法工作人员作为特殊犯罪主体在刑法中非常之多。这既包括特殊定罪主体,如刑讯逼供罪、暴力取证罪、徇私枉法罪,也包括特殊量刑主体,如刑法第307条规定,司法工作人员妨害作证罪、帮助毁灭、伪造证据的,从重处罚。但是,由律师作为特殊定罪主体的犯罪只有刑法第306条规定的律师伪证罪,没有律师作为特殊量刑主体的犯罪。同时,司法工作人员的妨害司法的犯罪既惩罚故意犯罪,也惩罚过失犯罪,如渎职罪中的执行判决、裁定失职罪、失职致使在押人员脱逃罪等等,而并未将律师的失职行为规定为犯罪。

其次,在刑罚量的投入上,对司法工作人员的刑罚评价普遍高于律师。律师伪证罪的刑罚是“三年以下有期徒刑或者拘役;情节严重的,处三年以上七年以下有期徒刑。”而刑法307条第1款规定的妨害作证罪的刑罚规定与律师伪证罪完全相同,考虑到司法工作人员应当从重处罚的特别规定,如果司法工

作人员妨害作证,其刑罚量会重于律师实施的类似犯罪<sup>①</sup>。当然,刑法第307条第2款规定的帮助毁灭、伪造证据罪的刑罚仅为“三年以下有期徒刑”,其入罪标准有“情节严重”的限制,但辩护人、诉讼代理人在刑事诉讼中帮助毁灭、伪造证据行为,没有“情节严重”之限制就可直接入罪,刑罚最高为7年有期徒刑。从表面上看,这对律师不公平,但如果考虑到刑法307条第2款的规定主要针对的是一般主体,司法工作人员故意实施帮助毁灭、伪造证据行为其实属于帮助毁灭、伪造证据罪与徇私枉法罪的想象竞合犯,应当从重罪徇私枉法罪论,而徇私枉法罪没有“情节严重”的入罪限制,其起点刑为5年以下有期徒刑,最高刑为15年有期徒刑,刑罚远高于律师实施类似行为。

必须说明的是,虽然总体上律师伪证罪的规定并未体现对律师的立法歧视,但该罪的引诱条款明显违背平等原则。刑法的这种规定来源于1996年刑事诉讼法第38条的规定,“辩护律师和其他辩护人,不得帮助犯罪嫌疑人、被告人隐匿、毁灭、伪造证据或者串供,不得威胁、引诱证人改变证言或者作伪证以及进行其他干扰司法机关诉讼活动的行为。”然而,与律师相比,司法机关在讯问犯罪嫌疑人、被告人,询问证人时,更容易进行引诱,虽然刑事诉讼法第43条也禁止司法工作人员引诱证人,但是刑法只将司法工作人员刑讯逼供、暴力逼取证据的行为规定为独立的犯罪,将司法工作人员通过威胁、购买方法获取证据的行为作为妨害作证的从重情节。司法工作人员采取购买以外的其他诱供行为如何处理,刑法没有规定。如果司法机关的此类诱供行为都不受惩罚,却处理律师的诱供行为,显然违反平等原则。

事实上,刑辩律师最忌惮的就是律师伪证罪中的“引诱”一词。此词含义过于模糊,具有很大的解释空间,容易成为司法机关打击报复律师的私器。尤其是其中的“引诱证人违背事实改变证言”的规定,在司法实践中给律师办理刑事案件带来很大的执业风险。有些犯罪嫌疑人、被告人、证人在办案机关的强大压力下说了些与事实不符的违心之言,但辩护律师向其调查取证时才将真相和盘托出,某些办案机关和办案人员却以此作为追究律师伪证罪的有力证据。证言的改变是否属于“违背事实”则又取决于办案机关或办案人员的主观认定,这极易引发对律师的职业报复行为<sup>[7]</sup>。有鉴于此,本次刑事诉讼法修正案删除了原条文中的“改变证言”,但仍保留“不得威胁、引诱证人作伪证”的规定。这个修改必然倒逼刑法的修改,在修改之前,按照法秩序统一的原理,新法优于旧法,刑法的相应部分自然失效。

但是,刑事诉讼法修正案仍然保留着“不得引诱证人作伪证”的规定。律师的执业风险依然存在,事实上,司法实践中处理的绝大多数律师伪证案件,几乎都与“引诱”有关。刑法理论界必须有所作为,以限制律师伪证罪的无度与暴戾,为辩护律师业的健康发展提供支持。

### 三、相关之对策

#### (一) 对“引诱”进行限制解释

刑法中的引诱型犯罪有很多,如引诱卖淫罪、引诱吸毒罪等等。多数学者认为,引诱必须利用物质利益的或非物质利益的进行诱惑,诱使他人从事某种违法行为<sup>[8]</sup>。这种解释从文理上无懈可击,但置于律师调查取证的特殊背景下却会带来灾难性的后果。运用纯粹技术性的解释方法,引诱可以包括明示引诱,也可以包括默示引诱;可以包括物质引诱,也可以包括精神引诱;可以包括作为引诱,也可以包括不作为引诱;可以包括直接引诱,也可以包括间接引诱(引诱他人引诱证人);可以包括庭前引诱,还可以包括庭审引诱……引诱一词几乎可以将律师调查取证方方面面收入囊中,就如李庄案中荒唐的“眨眼引诱说”<sup>②</sup>与“欲加之罪何患无辞”几乎就是同义语。

在律师的调查取证中,引诱的正当性与非正当性很难区分。比如辩护律师找被害人做工作,希望他能宽恕被害人,于是被害人出具相应的情况说明,这是否属于引诱?如果属于伪证,不仅律师要锒铛入

<sup>①</sup> 还可以构成徇私枉法罪,其刑罚更为严厉。

<sup>②</sup> 李庄案证人吴家友的证言证明,“2009年11月24日晚,他和李庄、龚云飞、马晓军、龚刚华及驾驶员在五洲大酒店附近的陶然会馆吃饭时,李庄说在会见龚刚模时示意龚刚模翻供,说被刑讯逼供,龚刚模看了李庄的眼神和动作后明白了,龚刚模就说在警察讯问时遭到了刑讯逼供。”重庆市江北区人民法院刑事判决书(2009)江法刑初字第711号。

狱,被害人也将身陷囹圄。宽恕本是一种美德,如果法律将其视之为犯罪,这是在鼓励良善,还是在制造罪恶呢?如果司法机关能够晓之以情,动之以理,让一个不愿意作证的证人改变心态,作证指控罪犯,那为什么律师的同样行为就应该被视之为犯罪吗?可能之间惟一的区别就是司法机关的目的是打击犯罪,而律师的目的则是在为“坏人”说话。长期以来,司法机关都有一定根深蒂固的偏见,那就是打击犯罪好过保护罪犯。但是,如果没有辩护权对司法权的质疑,谁能保证司法权不会腐败变质。

因此,必须对“引诱”进行体系性的限制解释。体系性解释是刑法中常见的解释方法,它的特点就是将刑法条文置于整个刑法典中进行全盘把握,以保证刑法条文的和谐一致。比如刑法第240条规定的拐卖妇女罪有一种加重情节是“奸淫被拐妇女”。“奸淫”一语从文理上看既包括妇女同意,也包括妇女不同意的性行为,但如果将拐卖妇女过程中得到妇女同意的性行为也解释为拐卖妇女罪的加重情节,就会导致此条与刑法第236条强奸罪发生矛盾。因此,此处的“奸淫”应理解为妇女不同意。

按照体系性解释,既然刑法未将司法工作人员的诱供行为规定为独立犯罪,司法工作人员的诱供行为只能以刑法第307条妨害作证罪论处,而律师的诱供行为在社会危害性上比司法工作人员实施的类似行为更为轻缓,因此刑法第306条中的“引诱”一词也应当与第307条的妨害作证罪的行为方式具有等价值性。换言之,“引诱”必须理解为与“暴力、威胁、贿买”等行为具有相当性的手法。

## (二) 拟制正犯需遵循共犯从属说

律师伪证罪属于拟制正犯,拟制正犯是一种非实行行为的实行化,也即把本为某罪共犯的行为规定为独立的实行犯。它包括帮助犯的实行化和教唆犯的实行化<sup>①</sup>,前者如刑法358条的协助组织卖淫罪,后者如刑法307条的妨害作证罪。

律师伪证罪包括这两种拟制正犯,辩护人、诉讼代理人帮助当事人毁灭、伪造证据属于帮助犯的实行化,威胁、引诱证人作伪证的属于教唆犯的实行化。

值得研究的是,拟制正犯是否还需遵循共犯从属说,当实际之实行犯未进入实行阶段,拟制正犯是否可以处罚?

从表面上看,拟制正犯似乎具有完全的独立性,比如辩护人、诉讼代理人帮助毁灭、伪造证据罪,律师帮助当事人毁灭、伪造证据,当事人本身不构成犯罪,但帮助者可独立构成此罪。但问题在于,根据共犯的限制从属性理论,违法是连带的,责任是个别的,被帮助者不构成犯罪是因为缺乏期待可能性这种责任免除事由,在违法性层面,帮助者和被帮助者仍然成立共犯。又如教唆他人吸毒罪、引诱卖淫罪,虽然吸毒者和卖淫者不构成犯罪,但教唆者可独立成罪,但这其实属于间接正犯的法定化,它是一种特殊的教唆犯实行化。间接正犯的本质是利用不为罪或不成立共犯之人去实施犯罪,如胁迫他人自杀,虽然自杀行为不构成犯罪,但行为人把自杀者当成杀其本人的工具。在教唆他人吸毒罪、引诱卖淫罪中,行为人显然把吸毒者、卖淫者当成伤害其自身的工具,自然属于间接正犯。不过这种间接正犯为刑法分则特别规定。如果被教唆者,被引诱者没有着手吸毒或卖淫,间接正犯人是否应该受到处罚,仍然有待讨论。

事实上,笔者试图讨论的问题是,如果被帮助者根本就没有进入毁灭、伪造证据的实行阶段,或者当律师引诱证人作伪证,而证人未能着手伪证,律师是否还可入罪?

立法者对拟制正犯的规定,很大程度是为了实现罪刑均衡,它属于共犯量刑规则的例外。比如刑法第107条的资助危害国家安全犯罪活动罪,如果按照相应的危害国家安全犯罪活动罪的帮助犯论处<sup>②</sup>,此行为可能处刑太重,遂立法者做出拟制正犯之特别规定。再如刑法第322条的偷越国(边)境罪,其最高刑仅为1年有期徒刑,但如果运送他人偷越国(边)境、组织他人偷越国(边)境的行为只按照偷越

<sup>①</sup> 教唆犯的实行化还包括间接正犯的法定化,如教唆他人吸毒罪,具体见下文的讨论。

<sup>②</sup> 即背叛国家罪、分裂国家罪、武装叛乱、暴乱罪、颠覆国家政权罪、煽动颠覆国家政权罪,除后两罪外,均有死刑条款。

国(边)境的共犯论处,显然处刑太轻,所以就出现了拟制正犯的规定。因此,拟制正犯并未改变总则的共犯理论,它改变的只是量刑规则。事实上,在某些情况下,如果拟制正犯本身不足以实现罪刑均衡,反而要通过共犯理论进行弥补。比如刑法第392条规定的介绍贿赂罪,此罪的刑罚明显太低,最高刑仅为3年有期徒刑,为了对贿赂犯罪进行有效打击,当行为人在行贿者和受贿者之间穿针引线,情节严重的,应当根据其从属于受贿人还是行贿人,以受贿罪或行贿罪的共犯与介绍贿赂罪按想象竞合原理从一重罪处理才能实现罪刑均衡。

其实,在刑法分则中,除了拟制正犯,还有不少的共犯例外制度也须遵循总则关于共同犯罪的规定。比如必要共犯中的聚众犯罪,成立聚众犯罪除了多人以上这个条件外,参与者还都应具备共同的犯罪故意,如刑法242条的聚众阻碍解救被收买的妇女、儿童罪,虽然法律只处罚首要分子,但如果首要分子只有一人,而其他所有参加者都受首要分子欺骗,误认为被收买儿童系首要分子超生的孩子,解救人员是前来没收孩子的计生人员。由于共同犯罪人缺乏共同犯罪故意,此行为就不能认定为聚众阻碍解救被收买儿童罪。如果首要分子指示他人实施暴力对抗解救人员,首要分子可以单独构成妨害公务罪,其他参与者属于假想防卫。

因此,拟制正犯也必须符合共犯的基本理论,只有当实行犯进入实行阶段,拟制正犯才可处罚。如果被帮助者没有着手毁灭、伪造证据,证人未能进入伪证的实行阶段,律师和诉讼代理人都不能以犯罪论处。笔者观点面临的主要挑战是刑法第29条第2款的规定以及刑法分则中的煽动型犯罪。对此,申论如下。

第一,刑法第29条第2款所谓“如果被教唆的人没有犯被教唆的罪,对于被教唆犯,可以从轻或者减轻处罚。”不少学者认为这是教唆独立处罚的规定,换言之,只要实施教唆行为,无论被教唆者是否接受教唆,是否着手实施所教唆的犯罪,都在所不论。这种观点的主观主义色彩太重,违背了共犯从属说,会导致惩罚过度。比如甲驾车赴宴,朋友劝其喝酒,甲以开车为由婉拒,但朋友仍然力劝,虽然甲最终没有喝酒,但劝其喝酒的朋友难道就构成危险驾驶罪的教唆未遂吗?这显然是荒唐的。

第二,煽动型犯罪是一种特殊的拟制正犯,在刑法中有五种,分别是第103条煽动分裂国家罪、105条煽动颠覆国家政权罪、第249条煽动民族仇恨、民族歧视罪、第278条煽动暴力抗拒法律实施罪、第373条煽动军人逃离部队罪。有学者认为煽动型犯罪是典型的举动犯,只要一有煽动之举动,即可以犯罪既遂论处。这种观点是一种典型的“存在即合理”的论证模式,笔者不以为然。煽动是比教唆更为广泛的概念,在当前的司法实践中,它已经逐渐成为遏制言论自由的杀手锏。煽动型犯罪是主观归罪的典型,完全无视犯罪所应具备的法益侵害性。正如美国最高法院布兰代斯大法官在“惠特尼诉加利福尼亚州案”中所指出的,“对社会危险的恐惧,不能成为打压言论自由和集会自由的正当借口。言论的一大职能,就是将人们从非理性恐惧的桎梏中解脱出来。要想证明限制言论的正当性,必须存在合理的根据,证明一旦施行言论自由,将导致恶劣后果。同时,还必须合情合理地令人相信,这些危险迫在眉睫……”<sup>[8]</sup>(P.107)笔者认为,对于煽动型犯罪应该悉数废止,煽动行为如果符合教唆犯特征的,可直接以相应犯罪的教唆处理即可<sup>①</sup>。

### (三) 明确具体危险的认定标准

只有当被帮助人、被引诱人着手实行毁灭、伪造证据的行为,辩护人和诉讼代理人才可能构成律师伪证罪。因此律师伪证罪不是抽象危险犯,而是具体危险犯。

抽象危险犯(即通说中的行为犯)的危险是立法推定的危险,只要实施了构成要件的行为就可以推

<sup>①</sup> 美国1798年也曾通过《防治煽动法》,但不到四年,该法即被废止,杰弗逊总统上任后,废除了所有因《防治煽动法》入狱的人。杰弗逊曾说“我释放了所有因《防治煽动法》而被关押、起诉的人,因为我始终认为,而且现在也持此观点,这部法律根本是无效之法,它就好比国会命令我们匍匐在地,对着一个金质偶像顶礼膜拜,并且让我们时刻监视,揪出那些拒不从命者。而我现在做的,就是把那些拒绝搞偶像崇拜,而被丢进火坑的人,迅速抢救出来。”《批评官员的尺度》,第79页。

定存在法益侵犯之危险,司法机关无需加以证明。而具体危险犯(即通说中的危险犯)的危险是司法认定的危险,司法机关必须提供超出合理的怀疑的证据证明律师的帮助毁灭、伪造证据、引诱证人作伪证的行为妨害了司法秩序。

具体危险是一种规范性构成要件要素,需要进行规范评价。规范评价是一种目的导向的思考,它必须彰显法律的积极价值,摒弃多数人的偏见,回归人性的良善。因此,司法者必须按照社会的主流价值、时代需求、政治理论和公共政策来衡量是否存在司法秩序侵犯的具体危险。考虑到当前刑事辩护的严峻现状,大部分律师不愿从事刑事辩护,不少地方,律师人均办理刑事案件不足一件<sup>[10]</sup>。因此,司法者在判断具体危险时,应当充分考虑其判决是在引导律师行业回归正常,还是在将律师行业打入万劫不复之地。

在刑法中,大多数具体危险犯中的危险都应该进行鉴定,比如放火行为是否达到独立燃烧,需要消防部门出具鉴定意见;爆炸行为是否危及公共安全,需要鉴定部门出具检测报告;生产销售不符合安全标准的食品行为,必须经过省级以上卫生行政部门确定的机构鉴定。<sup>①</sup> 律师伪证行为是否达到了侵犯司法秩序的具体危险,当然不宜让鉴定机构鉴定,但至少需要等待法院对辩护律师所代理的案件作出判决后才能认定,法院的判决书其实就类似一种鉴定意见。事实上,在认定律师是否构成律师伪证罪,其所代理案件的判决书也是一种重要的证据。当前,一些办案机关以涉嫌律师伪证罪抓律师的案件往往发生在律师代理案件后调查取证、为案件辩护过程中,案件事实到底是什么,律师是否伪证在法院作出生效判决前控辩双方经常各执一词,而办案机关在律师办案过程中就对律师采取强制措施也让案件无法继续<sup>[7]</sup>。因此,慎重起见,律师伪证罪的追诉启动一般都应等到法院对相关案件审理结束作出判决后才能开始。

笔者认为,具体危险的判断至少要符合社会多数人的法律情感,不能明显违背民众朴素的道德情感。因此,具体危险的判断可以从形式和实质两个角度来进行把握。首先,在形式上,当事人应着手毁灭、伪造证据的行为,证人也开始着手作伪证,才可能存在具体危险。其次,在实质上,社会一般人应当感受到司法秩序侵犯的高度盖然性,换言之,毁灭、伪造证据之行为和证人的伪证行为在经验法则中会高概率地妨害司法机关的正常活动,才可认定存在具体危险。

要说明的是,在认定具体危险时,应当注意区分证人推翻事实与改变对事实性质认定的区别。比如在合同诈骗罪中,被害人向公安机关报案,主张犯罪嫌疑人无法归还债务并且逃往外地,要求公安机关以合同诈骗罪立案,公安机关将犯罪嫌疑人抓获后,被害人在律师的劝说下,向司法机关提出撤诉,认为此行为只是民事纠纷。这种情况就属于当事人改变对事实性质的看法,而非推翻事实本身。一个事实的法律属性如何,这由司法机关决定,并不取决于当事人的判断。正如当事人主张以合同诈骗罪立案时,需要司法机关经过法律评价后再行定夺,同样,在当事人以合同纠纷为由主张撤诉时,司法机关也要按照法律判定是否撤诉。因此,只要当事人没有推翻之前的事实本身,那么对其性质的不同见解也就不可能影响司法秩序。

#### (四) 立功的限制

刑法第68条规定,犯罪分子有揭发他人犯罪行为,查证属实的,可以从轻或者减轻处罚。这是刑法中的立功制度,当事人之所以愿意举报代理律师涉嫌律师伪证,一个非常重要的原因就是希望获得从宽处理。

立功制度的哲学基础上是彻底的功利主义,缺乏必要的公正基础。惩罚的首要根据是公正,其次才是功利,只能在公正基础上追逐功利,而不能为了功利无视公正。立功制度将打击犯罪作为惟一价值,为了这个价值可以牺牲一切,如亲人之间的情感,朋友之间的信任,职业群体的稳定等等。不少人为了

<sup>①</sup> 2001年4月9日最高人民法院、最高人民检察院《关于办理生产、销售伪劣商品刑事案件具体应用法律若干问题的解释》。

获得立功,不惜揭发父亲包庇、母亲窝藏、律师伪证,甚至在看守所中互相交换立功线索。立功制度所鼓励的是为了一己私利,可以亲人反目,朋友成仇,它违背了人类基本的道德情感。法律要追求公平和正义,向往至善。法律应当尽可能抑制人性的邪恶,鼓励人性的良善,一种释放人性邪恶的“法律”是否属于法律,值得深思。

在保留立功制度的当下中国,必须对立功制度加以最为严格的约束<sup>①</sup>,将其危害限制在公众所能容忍的范围内。从纯粹技术性的角度来看,当事人或其亲友揭发代理律师伪证也不能成立立功。首先,按照刑法关于立功的规定,犯罪分子成立立功必须揭发同案犯共犯以外的其他罪行,而律师帮助犯罪分子毁灭、伪造证据、引诱证人伪证,在违法性层面上属于共犯,因此,犯罪分子与律师属于同案犯,自然不属于立功。其次,犯罪人亲友揭发律师,也不能以立功处理。2010年12月22日最高人民法院《关于处理自首和立功若干具体问题的意见》明确指出,代为立功不成立立功,“立功必须是犯罪分子本人实施的行为。为使犯罪分子得到从轻处理,犯罪分子的亲友直接向有关机关揭发他人犯罪行为,提供侦破其他案件的重要线索,或者协助司法机关抓捕其他犯罪嫌疑人的,不应当认定为犯罪分子的立功表现。”

#### 四、结语

如果司法机关不改变对律师的偏见,无论法律如何解释与修改,都不可能真正保证辩护律师的合法权利,即便取消律师伪证罪,司法机关还是可以其他罪名对付律师。司法机关与律师同属法律职业,任何一个法律人都应该清楚地意识到,辩护律师与司法机关的目标是一致的,他们都是为了维护法律的尊严,辩护不仅是为保护无辜公民,也是为确保司法的公正。著名作家萧乾在采访纽伦堡审判时,很不理解为什么法庭居然允许律师为那些恶贯满盈的战犯进行辩护,直到自己被打成右派,他才恍然大悟。在纽伦堡审判时,每个战犯都有律师为其辩护,对于法庭的判决,几乎没有战犯提出异议,但在反右时,没有一个右派能请律师为其辩护,而文革之后的拨乱反正却几乎平反了所有右派。

哈佛大学教授德肖维茨曾说,“一个国家是否有真正的自由,试金石之一是它对那些为有罪之人、为世人不耻之徒辩护的人的态度。在大部分专制国家里,独立自主的辩护律师队伍是不存在的。诚然,专制压迫肆虐无忌的明显标志之一就是政府开始迫害辩护律师。”<sup>[11] P. 482</sup>

法治社会需要律师,只有当越来越多的律师投身先知亚伯拉罕所开创的伟大事业,法治中国的梦想才能成为现实。

#### 参考文献:

- |   |  |
|---|--|
| [1] 汪海燕“律师伪证刑事责任问题研究”,载《中国法学》2011年第6期。  | [7] 黄太云“刑事诉讼法修改释义”,载《人民检察》2012年第8期。        |
| [2] 陈兴良“为辩护权辩护”,载《法学》2004年第1期。          | [8] 陈兴良“辩护人妨害作证罪之引诱行为的理解”,载《政法论坛》2004年第5期。 |
| [3] [美]艾伦·德肖维茨《法律创世纪》,林为正译,法律出版社2011年版。 | [9] [美]安东尼·刘易斯《批评官员的尺度》,何帆译,北京大学出版社2011年版。 |
| [4] [美]伯尔曼《信仰与秩序》,姚剑波译,中央编译出版社2011年版。   | [10] 王永杰“律师伪证罪的存废之争”,载《复旦学报》2011年第4期。      |
| [5] 陈碧《谁为律师辩护》,中国法制出版社2011年版。           | [11] [美]艾伦·德肖维茨《最好的辩护》,唐交东译,法律出版社1994年版。   |
| [6] 高西江《中华人民共和国刑法的修订与适用》,中国方正出版社1997年版。 |  |

(责任编辑 于贺清)

<sup>①</sup> 中国刑法学界盛行的功利主义之风,值得警惕,对此笔者将另行撰文检讨。