

读解辩护人妨害作证罪

——以指导案例为研究对象

吉冠浩*

目次

- 一、问题之提出
- 二、辩护人妨害作证罪作为危险犯之限缩
 - (一) 裁判要旨之初检讨：并非行为犯
 - (二) 裁判要旨之再检讨：当属危险犯
 - (三) 通过具体危险犯之限缩
- 三、辩护人妨害作证罪的主观故意之把握
- 四、辩护人妨害作证罪的引诱行为之界定
 - (一) 裁判要旨之初检讨：“引诱”界定含糊
 - (二) 裁判要旨之再检讨：实践中的“引导劝说说”
 - (三) 通过“广义利益引诱说”进行限缩界定
- 五、辩护人妨害作证罪中“证人”之范围
- 六、2012 刑法修改对辩护人妨害作证罪之影响(代结语)

摘要 将视角转向中国法院的刑事判决书,从指导案例的裁判要旨中概括辩护人妨害作证罪的理论问题,较以往研究具有优势。《刑法》第 306 条不以发生危害后果为构成要件,但是需要通过具体危险犯对之进行限缩。对于辩护人妨害作证罪主观故意的把握,关键在于对“引诱行为”之界定,此界定需要以“广义利益引诱说”以及与“威胁”具有等置性为标准。此外,本罪中的“证人”应包括被害人。而 2012 刑法修改对辩护人妨害作证罪之影响,为法律人变得愈加博爱提供了契机。

关键词 《刑法》第 306 条 辩护人妨害作证罪 具体危险犯 引诱行为 指导案例

* 北京大学法学院诉讼法学专业博士研究生。本文系国家社科基金重大项目“审判中心视角下的刑事、民事和行政诉讼制度改革研究”(项目号 14ZDC014)的阶段性研究成果。

一、问题之提出

学界对于《刑法》第306条辩护人妨害作证罪的研究成果是可观的,^[1]但该罪的问题究竟何在?换言之,我们应当从哪里寻找该罪的理论问题?

笔者转换视角,将注意力投向中国法院刑事判决书的说理之中,从最高人民法院主办的《刑事审判参考》《人民法院案例选》《最高人民法院公报》以及最高人民法院公布的指导性案例中寻找理论问题。相对于上述三条路径,这一视角存在三方面优势:第一,立足于中国真实案例,探究裁判要旨所反映之理论问题。这里涉及指导案例与裁判要旨之关系——“指导案例是裁判要旨的出处,因此在适用裁判要旨的时候,指导案例的可比性具有重要意义。然而,裁判要旨虽然出自指导案例,它又在一定程度上相对独立于指导案例,具有更为宽泛的适用性。”^[2]第二,该视角下的理论问题是以法院所认定之法律真实为根基的。详言之,法律真实不需要与绝对真实完全相符,经过庭审的举证、质证环节,依据控辩双方合法收集的相关证据,根据盖然性而非确定性所认定的事实即可。第三,区别于辩护方的出罪倾向与公诉方的追诉倾向,法院具有相对的中立性,因此法院判决书所认定的故事版本更适合作为研究素材。

目前,关于辩护人妨害作证罪的指导案例有三个,依次是第62号刘某妨害作证案,^[3]第81号张某妨害作证案,^[4]第444号肖芳泉辩护人妨害作证案。^[5]其中,涉及的四个理论问题为:(1)辩护人妨害作证罪是否以发生危害后果为构成要件;(2)辩护人妨害作证罪的主观故意应如何把握;(3)辩护人妨害作证罪的引诱行为应如何界定;(4)辩护人妨害作证罪中的“证人”是否包括被害人。

二、辩护人妨害作证罪作为危险犯之限缩

(一) 裁判要旨之初检讨:并非行为犯

第62号指导案例刘某妨害作证案中,提出“辩护人妨害作证罪是否以发生危害后果为构成要件”之问题。该案中,被告人刘某对指控的犯罪事实未提出异议,但辩称其行为没有造成其委托人被宣告无罪,其行为没有社会危害性,不构成犯罪。法院经审理查明:被告人刘某在受委托担任李某受贿一案的辩护人期间,在李某亲友的陪同下,分别找证人田某等六人调查时,引诱证人提供虚假证言,并将其收集的证据材料在法院开庭审理李某受贿案时当庭出示,提出李某的行为不构成受贿罪的辩护意见,致使法院没有当庭认定钱某向李某行贿8000元的犯罪事实,妨害了刑事诉讼活动的正常进行。法院判决被告人刘某犯辩护人妨害作证罪,判处有期徒刑一年,缓刑两年。

该案裁判要旨认为:“只要辩护人在刑事诉讼中,实施了威胁、引诱证人违背事实改变证言或

[1] 就笔者所搜集的材料而言,截至2014年10月,发表于核心期刊的相关论文有25篇,专著有8部。

[2] 陈兴良编:《人民法院刑事指导案例裁判要旨集成》,北京大学出版社2013年版,序第1页。

[3] 参见最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭主编:《中国刑事审判指导案例5:妨害社会管理秩序罪》(增补版),法律出版社2012年版,第152~154页。

[4] 参见前注[3],第155~157页。

[5] 参见前注[3],第175~177页。

者作伪证的行为，即可以构成犯罪。至于证人在威胁、引诱下改变了证言或者作了伪证，是否足以或者已经导致案件处理或者裁判错误，如是否已造成犯罪嫌疑人、被告人逃避刑事追究或者使无罪的人受到刑事追究等，不影响犯罪的成立。”〔6〕因此，裁判要旨将辩护人妨害作证罪认定为“行为犯”。可是裁判要旨又指出：“虽然法院并没有因刘某的妨害作证行为而宣告李某无罪，但刘某的行为已妨害了刑事诉讼活动的正常进行，人民法院认定其行为构成辩护人妨害作证罪，依法惩处是正确的。”〔7〕这里的“妨害了刑事诉讼活动的正常进行”即使不算是该罪的“危害后果”，在某种程度上，也使该罪带有危险犯的色彩。

此外，在第444号指导案例肖芳泉辩护人妨害作证案中，裁判要旨也主张：该罪之实行行为应妨害刑事诉讼活动的正常进行，危害司法机关的正常追诉活动。〔8〕详言之，被告人肖芳泉在刑事诉讼中，作为梅某的辩护人，明知其实施了犯罪行为，却通过贿赂被害人的手段，引诱被害人作虚假陈述，意图使梅某逃避刑事追究，致使延长诉讼期限2个月，并由侦查机关补充侦查，妨害了国家司法机关刑事诉讼活动的正常进行。且梅某的强奸行为严重侵犯女性公民的人身权利，因强奸罪被判处有期徒刑十年，属于重大刑事案件。因此，肖芳泉作为辩护人的妨害作证行为已触犯刑法，其行为的社会危害性已经达到应受刑罚处罚的程度，应以犯罪论处。〔9〕这与刘案中裁判要旨将该罪认定为“行为犯”又是相悖的。

因此，笔者对于《刑法》第306条相关指导案例的裁判要旨之初步评价是：逻辑混乱，自相矛盾。

（二）裁判要旨之再检讨：当属危险犯

我国传统学说认为：“辩护人、刑事诉讼代理人帮助当事人毁灭、伪造证据的行为一经发生，不论情节轻重，均可构成犯罪。”〔10〕详言之，“当行为人以威胁、引诱证人违背事实改变证言或者作伪证的行为方式犯本罪时，犯罪既遂的标准是只要行为人实施了威胁、引诱行为即构成犯罪既遂，至于证人是否在威胁、引诱之下已经违背事实改变了证言或者已经作了伪证，不影响犯罪既遂的成立”。〔11〕可见，在我国传统学说的视野下，辩护人妨害作证罪不以发生危害后果为构成要件。这一结论源自我国目前关于“犯罪既遂形态的类型”之通说：根据我国刑法分则对各种直接故意犯罪构成要件的不同规定，犯罪既遂存在四种类型：〔12〕（1）结果犯，是指不仅要实施具体犯罪构成客观要件的行为，而且必须发生法定的犯罪结果才构成既遂的犯罪，即以法定犯罪结果的发生与否作为犯罪既遂与未遂区别标志的犯罪；（2）行为犯，是指以法定犯罪行为的完成作为既遂标志的犯罪，但是这些行为不是一着手即告完成的，按照法律的要求，这种行为要有一个实行过程，要达到一定的程度，才能视为行为的完成；（3）危险犯，是指以行为人实施的危害行为造成法律规定的发生某种危害结果的危险状态作为既遂标志的犯罪；（4）举动犯，是指按照法律规定，行为人一着手犯罪实行行为即告犯罪完成和完全符合构成要件，从而构成既遂的犯罪。基于此分类，通说认为，

〔6〕 参见前注〔3〕，第153～154页。

〔7〕 前注〔3〕，第154页。

〔8〕 参见前注〔3〕，第176页。

〔9〕 前注〔3〕，第177页。

〔10〕 王作富主编：《刑法分则实务研究（下）》（第五版），中国方正出版社2013年版，第1204页。

〔11〕 吴占英：《妨害司法罪理论与实践》，中国检察出版社2005年版，第48～49页。

〔12〕 参见高铭暄、马克昌主编：《刑法学》（第五版），北京大学出版社、高等教育出版社2011年版，第147～148页。

该罪应属于行为犯,^[13]进而主张威胁、引诱证人违背事实改变证言或者作伪证,应以辩护人、诉讼代理人已着手实施本罪的实行行为并达到一定程度作为既遂标准。^[14]

反对者认为:“本罪是危险犯,应当注意从情节上区分罪与非罪。”^[15]详言之,辩护人妨害作证行为具有以下情形时方可启动刑罚权:“足以使有罪的人免受刑事追究或者重罪轻判;足以使无罪的人受到刑事追究或者轻罪重判的;严重妨害和干扰侦查、起诉、审判工作的;造成其他严重后果的等。”^[16]这一反驳是有道理的。因为,辩护人妨害作证罪系属“妨害司法罪”一节,而我国通说承认妨害司法罪之行为需要是“妨害司法机关的正常活动,破坏国家司法权的行使,情节严重的行为”。^[17]此外,关于该罪的情节,《刑法》第306条规定了两档刑罚,根据立法解释,其中的“情节严重”主要是指“犯罪手段极其恶劣,严重妨害了刑事诉讼的正常进行,以及造成犯罪人逃避刑事追究或者使无罪的人受到刑事追究等严重后果”。^[18]根据司法解释,该罪侵犯的客体是国家司法机关的正常刑事诉讼活动。^[19]1997年刑法之所以增设该罪就是为了预防和惩治“辩护人、诉讼代理人在办案过程中,严重违背法律规定和职业道德、职业纪律,……严重妨害了司法机关正常的诉讼活动”^[20]这种行为。根据学理解释,“行为人对证人实施了威胁、引诱行为,但是证人并没有违背事实改变证言的,因为没有发生法益侵害的紧迫危险,不应以犯罪论处”,^[21]“行为人确信被告人无罪或者罪轻,采取不当措施使法院做出符合事实与法律的判决的,由于没有妨害司法的客观公正性,不能认定为本罪”。^[22]此外,有学者指出:“值得注意的是,上述行为必须达到证人开始在刑事诉讼中提供虚伪证言的程度。”^[23]并且如果“涉及的证据是间接证据,且只能证明案件中的枝节问题,与构成事实和刑罚裁量关联性不大,证据的证明力较弱,行为对刑事司法的公正性不会带来危险性的,可不作为犯罪处理”。^[24]此外,刘某妨害作证案的裁判要旨中强调刘某“将其收集的证据材料在法院开庭审理李某受贿案时当庭出示,提出李某的行为不构成受贿罪的辩护意见,致使法院没有当庭认定钱某向李某行贿8000元的犯罪事实,妨害了刑事诉讼活动的正常进行”;肖芳泉辩护人妨害作证的裁判要旨中也强调肖芳泉“通过购买被害人的手段,引诱被害人作虚假陈述,意图使梅某逃避刑事追究,致使延长诉讼期限2个月,并由侦查机关补充侦查,妨害了国家司法机关刑事诉讼活动的正常进行”。

综上,无论是立法解释、司法解释、学理解释还是指导案例的裁判要旨,对该罪实行行为之界定都作了限缩解释,认为该行为需要发生妨害国家司法机关的正常刑事诉讼活动、影响司法的客观公正性的紧迫危险。因此,该罪应当属于危险犯。

[13] 详见赵秉志等:《妨害司法罪》,中国人民公安大学出版社2003年版,第85页;黄京平主编:《妨害证据犯罪新论》,中国人民大学出版社2007年版,第85页。

[14] 参见黄京平主编:《妨害证据犯罪新论》,中国人民大学出版社2007年版,第86页。

[15] 王丽:《律师刑事责任比较研究》,法律出版社2002年版,第169页。

[16] 前注[15],王丽书,第169页。

[17] 陈兴良:《规范刑法学(下册)》(第三版),中国人民大学出版社2013年版,第942页。

[18] 郎胜主编:《中华人民共和国刑法释义》(第5版),法律出版社2011年版,第547页。

[19] 周道鸾、张军主编:《刑法罪名精释(下)》(第四版),人民法院出版社2013年版,第763页。

[20] 前注[19],周道鸾、张军书,第764页。

[21] 张明楷:《刑法学》(第四版),法律出版社2011年版,第953页。

[22] 前注[21],张明楷书,第953页。

[23] 黎宏:《刑法学》,法律出版社2012年版,第822页。

[24] 周光权:《刑法各论》(第二版),中国人民大学出版社2011年版,第336页。

（三）通过具体危险犯之限缩

新近有观点认为：辩护人妨害作证罪不是抽象危险犯，而是具体危险犯。^{〔25〕}但在其分析框架中，却将抽象危险犯简单地等同于通说中的行为犯，将具体危险犯简单地等同于通说中的危险犯。因此，我们认为，对辩护人妨害作证罪具体定性之前，需要厘清结果犯与行为犯、实害犯与危险犯、具体危险犯与抽象危险犯之概念和关系。

首先，关于结果犯与行为犯。在结果犯的行为构成中，“结果存在于一种在空间上和时间上与行为人的行为分离的损害效果或者危险效果之中”。^{〔26〕}与之相反，在行为犯（活动犯）的行为构成中，行为构成的满足与行为的最后活动共同发生，换言之，不会出现一个可以与之分离的结果，行为犯之行为本身就具有自身的无价值，它们的刑事可罚性不需要以其他别的什么结果为条件。^{〔27〕}换言之，结果犯是指“行为引起经验上可以感知的结果，构成要件才算该当”，^{〔28〕}行为犯是指“特定的行为方式出现，无须有任何可以感知的变动，不必有任何结果发生，构成要件即已该当”。^{〔29〕}基于此，德国的罗克辛教授主张伪誓罪为行为犯，“在这里，不要求虚假誓言以外的结果”。^{〔30〕}关于“伪证罪”，台湾地区判例及学界通说亦认为：“行为人只要对于案情具有重要关系的事项，而虚伪陈述，即足以成罪，而不以发生特定结果为必要，行为人的虚伪陈述行为是否对于诉讼程序中的事实认定业已造成妨碍，或对司法追诉或审判机关的侦查或审判工作，是否业已发生不正确结果的不良影响，亦均在所不问。”^{〔31〕}此外，《俄罗斯刑法典》第309条“收买或强迫他人作陈述、逃避作陈述或作不正确的翻译罪”的既遂标准也是行为犯，其通说认为“自证人、受害人、鉴定人、翻译人员接受金钱、其他财物或财产性质的服务之时起这一犯罪即被认为既遂”。^{〔32〕}

其次，关于实害犯与危险犯，从危害行为与危害结果切入，“根据行为构成的行为客体是受到损害或者是在整体上有危险性”，犯罪可以分为实害犯（侵害犯）与危险犯。详言之，在实害犯中，行为的客体在构成行为既遂地存在时必须真实地受到损害。相反，危险犯仅仅表现为一种或轻或重的对行为客体的强烈威胁。^{〔33〕}换言之，实害犯是既规定了危害行为，又规定了危害结果的犯罪，危险犯是仅仅规定了危害行为的犯罪，即危险犯在危害结果上，仅仅表现为非物质性的或者仅仅是一种严重的威胁。^{〔34〕}

再次，关于具体危险犯与抽象危险犯。在现代刑法学中，危险犯还可以进一步区分为具体危险犯与抽象危险犯。前者是指“在犯罪构成中要求的不仅是危害行为的出现，而且要求刑法所保护的利益在具体案件中真实地处于危险之中，也就是说，危害结果的不发生仅仅是偶然的”；^{〔35〕}后者是指“一种典型的危险的举止行为被作为犯罪而处于刑罚之下，不需要在具体案件中出现一种

〔25〕 参见罗翔：《〈刑法〉第306条辨正》，载《政法论坛》2013年第3期。

〔26〕 [德] 克劳斯·罗克辛：《德国刑法学总论：犯罪原理的基础构造》（第一卷），王世洲译，法律出版社2005年版，第216页。

〔27〕 参见前注〔26〕，罗克辛书，第216～217页。

〔28〕 林东茂：《刑法综览》（修订五版），中国人民大学出版社2009年版，第49页。

〔29〕 前注〔28〕，林东茂书，第50页。

〔30〕 前注〔26〕，罗克辛书，第217页。

〔31〕 林山田：《刑法各罪论（下册）》（修订五版），北京大学出版社2012年版，第138页。

〔32〕 《俄罗斯联邦刑法典释义（下册）》，黄道秀译，中国政法大学出版社2000年版，第847页。

〔33〕 参见前注〔26〕，罗克辛书，第221～222页。

〔34〕 参见王世洲：《现代刑法学（总论）》，北京大学出版社2011年版，第106页。

〔35〕 前注〔34〕，王世洲书，第106～107页。

危险的结果”，^{〔36〕}即“在犯罪构成中要求的仅仅是特定的危害行为”，^{〔37〕}换言之，“立法上假定，特定的行为方式出现，危险状态即伴随而生”。^{〔38〕}举例而言，《日本刑法典》第105条之二规定“威迫证人等罪”：“对于经认为就自己或者他人的刑事案件的搜查或者审判具有必要知识的人或者其亲属，无正当理由就该案件强求会面或者实施强谈、威胁行为的，处一年以下惩役或者二十万元以下罚金。”^{〔39〕}其中，“强求会面”是指强行要求会面；“强谈”是指通过言语、举动而逼迫对方答应自己的要求；“威胁”是指通过言语、举动向对方显示气势，从而让对方产生不安感或者困惑。^{〔40〕}需要注意的是该罪“并不要求这些行为达到给搜查、审判结果造成具体影响的程度”，^{〔41〕}“也不必使审判出现困难，或使证人的生活平稳已受到侵害的程度”，^{〔42〕}“只要实施了强求见面的行为，就成立本罪”。^{〔43〕}换言之，该罪属于抽象危险犯。

最后，关于结果犯、行为犯、具体危险犯与抽象危险犯之间的关系，有力说认为，结果犯包括已引起现实侵害的“实害犯”，以及惹起危险状态的“具体危险犯”。^{〔44〕}处罚结果犯，既是谴责特定的行为方式，也是贬抑此行为方式引发的后果。处罚经验上可以感知的犯罪结果，较能叩动社会大众的法律情感，也比较可以约束“国家权力”的发动。^{〔45〕}行为犯中，“抽象危险犯是最重要的范畴”。^{〔46〕}简言之，具体危险犯属于结果犯的范畴，抽象危险犯属于行为犯的范畴。可见，行为犯与危险犯存在交叉。举例而言，以日本西田典之教授为代表的有力说认为，《日本刑法典》第169条规定的“伪证罪”属于“抽象的危险犯，不要求具体妨害了公正裁判或惩戒的职能”，^{〔47〕}但是其又主张该罪需“有可能发生妨害国家的公正审判职能的危险”。^{〔48〕}与之类似，日本大谷实教授认为该罪属于行为犯(举动犯)，“在证人宣誓，完成包括虚假陈述在内的所有陈述之后，达到既遂(抽象危险犯)，虚假陈述的结果，是不是误导了国家的审判作用，在所不问”。^{〔49〕}但是学界有力说又认为，“因陈述内容与案件本身无关等原因，连妨害司法职能适正性的抽象的危险也不存在之时，就有否定成立伪证罪的余地”。^{〔50〕}

对于辩护人妨害作证罪，犯罪构成中要求的不仅是行为人实施了威胁、引诱这一危害行为，而且还要求刑法所保护的法益在具体案件中真实地处于危险之中。此外，在一定程度上讲，“抽象危险犯是一种罗织，透显立法者的霸气，是把刑罚的防卫线向前与向外的扩张”。^{〔51〕}因此，司法上解释抽象危险犯，需要谨小慎微。从而，笔者认为该罪应属于具体危险犯。

〔36〕 前注〔26〕，罗克辛书，第278页。

〔37〕 前注〔34〕，王世洲书，第107页。

〔38〕 前注〔28〕，林东茂书，第50页。

〔39〕 《日本刑法典》(第二版)，张明楷译，法律出版社2006年版，第42页。

〔40〕 参见〔日〕西田典之：《日本刑法各论》(第6版)，王昭武、刘明祥译，法律出版社2013年版，第480页。

〔41〕 〔日〕山口厚：《刑法各论》(第2版)，王昭武译，中国人民大学出版社2011年版，第694页。

〔42〕 〔日〕前田雅英：《日本刑法各论》，董璠译，五南图书出版公司2000年版，第465页。

〔43〕 〔日〕大谷实：《刑法讲义各论》(新版第2版)，黎宏译，中国人民大学出版社2008年版，第552页。

〔44〕 前注〔28〕，林东茂书，第49页。

〔45〕 前注〔28〕，林东茂书，第50页。

〔46〕 前注〔28〕，林东茂书，第50页。

〔47〕 山口厚与日本判例也持这一观点，参见前注〔41〕，山口厚书，第699页。

〔48〕 参见前注〔40〕，西田典之书，第483页。

〔49〕 前注〔43〕，大谷实书，第558页。

〔50〕 前注〔41〕，山口厚书，第699页。

〔51〕 前注〔28〕，林东茂书，第51页。

行文至此,问题就转变为如何通过具体危险犯学说对该罪进行限缩。对于具体危险犯,罗克辛教授主张“这种危险应当根据那种已经发展出来的规则标准,借助一种客观的、事后的估计加以查明”,^[52]进而概括出两个公认的具体危险的条件:“第一,一个构成行为的对象必须存在过一次,并且在这个危险的作用范围之内出现。第二,这个被指控的行为创设了对这个构成行为对象的一种容易发生侵害的危险。”^[53]面对具体危险缺乏客观标准之现状,德国许内曼教授倡导“规范的危险性结果理论”。该理论的出发点为,具体的危险存在于侵害性结果仅仅是偶然地没有发生的场合,并将这种“偶然性”确定为一种人们不能相信会出现的情形。^[54]换言之,具体危险犯乃“在个案上,已经引起刑法保护客体的危险,此危险状态可以在经验上被感知”。^[55]

综上,笔者对于我国《刑法》第306条相关指导案例的裁判要旨之再检讨为:该罪应当属于具体危险犯,在认定该罪时,除了需要对实行行为是否该当危害行为的构成要件进行考量之外,还需要对该实行行为是否妨害司法机关的正常活动,破坏国家司法权的行使,是否使这一法益在具体案件中真实地处于危险之中进行认定。判断标准为:(1)刑法所保护的法益在具体案件中真实地处于危险之中;(2)这种危险应当是能够关联社会大众的法律情感,在经验上可以被感知的犯罪结果,而危害结果的不发生仅仅属于偶然。

三、辩护人妨害作证罪的主观故意之把握

第81号指导案例张某妨害作证案,提出“辩护人妨害作证罪的主观故意应如何把握”之问题。一审法院认为:被告人张某担任陈某的辩护人,为使陈的盗窃数额从巨大降为较大,减轻陈的罪责,采用诱导设问的方式,引诱证人李某作伪证,其行为妨害了刑事诉讼的正常进行,构成辩护人妨害作证罪。二审法院认为:原审判决据以认定被告人张某对证人李某进行调查时诱导李某作伪证一节事实的证据,只有李某的证言,缺乏当时其他在场人的佐证。被告人张某归案后及在一、二审期间又均否认此节,故认定该节的事实证据不足。原判认定的其他事实成立,但凭现有证据和已得到证明的事实,难以认定被告人张某主观上有妨害作证的直接故意。以证据不足撤销原判,认定张某无罪。

关于辩护人妨害作证罪的主观构成要件要素,裁判要旨指出:该罪是故意犯罪,其目的一般在于减轻、开脱犯罪嫌疑人、被告人的罪责。我国《刑法》第306条第2款规定:“辩护人、诉讼代理人提供、出示、引用的证人证言或者其他证据失实,不是有意伪造的,不属于伪造证据。”这一规定就把辩护人过失妨害作证的行为排除在了该罪之外。^[56]其中,“有意”应理解为仅限于直接故意,即辩护人明知自己的妨害作证行为会妨害刑事诉讼的正常进行,而积极追求这种结果的发生。^[57]关于辩护人是否具有妨害作证的主观故意,裁判要旨主张应从主客观两个方面加以认定。^[58]详言之,(1)主观上,要结合个案的外部条件和辩护人的职责义务,判断辩护人是否存在“明知”的充

[52] 前注[26],罗克辛书,第275页。

[53] 前注[26],罗克辛书,第276页。

[54] 参见前注[26],罗克辛书,第276~277页。

[55] 前注[28],林东茂书,第50页。

[56] 前注[3],最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭书,第154页。

[57] 前注[3],最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭书,第156页。

[58] 参见前注[3],最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭书,第156~157页。

分条件。该案中,必须证明张某明知陈某就其第三次盗窃所作的翻供陈述是虚假的,且明知1998年12月30日晚陈某、李某并不在一起打扑克牌。(2)客观上,要从辩护人的客观行为入手,分析其是否具有明知。而从该案现有证据上看:(1)主观上,没有证据表明陈某翻供时有充分条件可以使被告人张某断定该翻供陈述是违背事实的,同样,被告人张某向证人李某取证时,亦无充足证据证明张某明知李所作的是虚假证言。(2)客观上,被告人张某向证人李某介绍陈某盗窃案的情况及说明李作证的重要性并非违法,即使不当,也不能由此认定系张某故意劝诱李某作伪证。被告人张某将调查地点、调查人故意作了与实际不符的记载,亦不足以成为张某引诱李某作伪证的证据。被告人张某在会见陈某时将李某的证言告诉陈,虽不能排除张某有串供的动机,但不能由此反推出张某此前及在调查李某时就已明知李某所作的是虚假证言。因此,“从主客观两方面分析,凭现有证据认定被告人张某具有妨害作证的直接故意,根据是不充分的”,^[59]其背后之法理为刑事证据法学中的“孤证不能定案”。

根据立法解释,《刑法》第306条第2款规定了该罪系故意犯罪,即“不是有意伪造”是指“辩护人、诉讼代理人对证据不真实的情况不知情,未参与伪造证据的,证据虚假的原因是证人或者提供证据的人造成的,以及辩护人、诉讼代理人由于工作上的失误造成的”。^[60]此外,学理解释认为,这里的故意需要行为人“明知证人已经向司法机关提供的证言是真实的,却威胁、引诱其改变证言,作虚假证言”。^[61]进而有论者指出,司法实践中对本罪故意的认定应注意两点:“首先应当注意查明行为人对其实施的毁灭、伪造证据或者诱导他人作伪证行为的性质是否有着明确的认识;其次,应当查明毁灭、伪造证据或者诱导他人作伪证是否违背了行为人的意志。”^[62]

综上,关于辩护人是否具有妨害作证的主观故意,上述指导案例的裁判要旨与学理解释表面上主张应从主客观两个方面加以认定,坚持“主客观相统一”,但是,实质上却呈现出一种“主观判断优先于客观判断”之趋势。而客观构成要件要素的故意规范机能决定了我们应当坚持“客观判断先于主观判断”这一原则。^[63]详言之,“犯罪原则上必须出于故意,但是,由于故意的内容是对符合构成要件的客观事实的认识和实现的意思,因此,在结局上,决定成立故意所必要事实范围的还是构成要件。构成要件具有规制故意内容的机能”。^[64]至此,该问题的关键转变为客观构成要件要素的判断上,换言之,问题转变为对辩护人妨害作证罪的“引诱行为”之界定。

四、辩护人妨害作证罪的引诱行为之界定

(一) 裁判要旨之初检讨:“引诱”界定含糊

关于“引诱行为”,刘某妨害作证案的判决书所认定的相关事实是:(1)证人田某说与李某家没有经济往来,“送钱是为了调动和提拔时”,刘某说“比如小孩过生日”,“李某出多少钱”等,

[59] 前注[3],最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭书,第157页。

[60] 前注[18],郎胜书,第547页。

[61] 前注[10],王作富书,第1203页。

[62] 赵秉志等:《妨害司法罪》,中国人民公安大学出版社2003年版,第77页。

[63] 陈兴良:《教义刑法学》,中国人民大学出版社2010年版,第137页。

[64] [日]大谷实:《刑法讲义总论》(新版第2版),黎宏译,中国人民大学出版社2008年版,第103页。

使田某作了与李某家有经济往来的虚假陈述。(2) 被告人刘某单独找证人钱某调查,对钱某讲“李某说没有收到你的钱,以你说的为准”,“你不要害怕,送钱的事就不要提算了”,钱某便否认了向李某行贿 8 000 元的事实。(3) 在制作笔录时,被告人刘某将证人徐某陈述的“是感谢李某帮助解决推土机经费的”记成“给李某过年买烟酒吃的”。当徐某提出异议时,被告人刘某未作修改。接着找证人邓某调查时,刘某问邓某:“你跟徐某说的差不多吧?”便制作了一份与徐某的证言内容基本一致的笔录,改变了送钱给李某的目的。其中,除了将证人徐某陈述的“是感谢李某帮助解决推土机经费的”记成“给李某过年买烟酒吃的”等类似行为符合《刑法》第 306 条“伪造证据”的构成要件外,其余行为是否符合“引诱行为”呢?换言之,该案行为人是否具有《刑法》第 306 条的引诱行为?

张某妨害作证案的一审法院认定的相关事实是:被告人张某实施了以下五个行为:(1) 向证人李某介绍了从诉讼材料上得知的陈某盗窃、同案嫌疑人韦某在逃以及会见陈某时陈改变部分供述的情况;(2) 告知李某,他如能作证可以减轻陈某的罪责;(3) 以只要李某回答“是”或“不是”的形式,对李进行诱导式询问,并制成一份“1998 年 12 月 30 日晚陈某与李某在一起打扑克牌,陈无盗窃作案时间”的调查材料;(4) 被告人张某故意将调查人写成“张某、何某两人”,调查地点写成“李某家”,并告诉李某如有人问起调查情况,就说是张某、何某两人在李家调查的;(5) 一审休庭后,被告人张某及其同事徐某再次会见陈某,张某将证人李某的证词内容告诉了陈某。概言之,裁判要旨认为被告人张某“采用诱导设问的方式,引诱证人李某作伪证”。可是,诱导设问属于引诱行为吗?

肖芳泉辩护人妨害作证案的判决书所认定的相关事实是:被告人肖芳泉未经侦查机关许可,两次伙同他人与被害人阳某见面,并以支付人民币 3 000 元精神补偿费(已支付 1 500 元)的手段诱使阳某违背事实作虚假陈述,意图使梅某无罪释放。被告人肖芳泉与另一律师对阳某作了一份调查笔录。在该份笔录中,阳某作了虚假陈述,称是自愿和梅某发生性关系。该案中,裁判要旨指出:^[65]《刑法》第 307 条规定的妨害作证罪,是指以暴力、威胁、贿买等方法阻止证人作证或者指使他人作伪证的行为。《刑法》第 306 条与之有相似之处,都是直接故意犯罪,在客体上都侵犯司法机关正常的诉讼秩序,行为人主观上都有妨害证据的意图,客观行为也有相似之处。但两罪的区别还是比较明显的:(1) 发生的诉讼范围不同。(2) 行为发生的时间不同。(3) 主体不同。(4) 行为表现不尽相同。前罪的行为表现为“以暴力、威胁、贿买等方法阻止证人作证”“指使他人作伪证”两种;而后罪则为“威胁、引诱证人违背事实改变证言或者作伪证”。

关于辩护人妨害作证罪的客观构成要件要素,裁判要旨认为:“辩护人在刑事诉讼中实施了威胁、引诱证人违背事实改变证言或者作伪证的行为。其威胁、引诱的对象是知道案件真相的证人。‘违背事实改变证言’是指以暴力、恐吓等手段威胁证人或者以金钱、物质利益等好处诱使证人改变过去已按照事实做出的真实证言;威胁、引诱证人‘作伪证’是指以暴力、恐吓等手段威胁证人或者以金钱、物质利益等好处诱使证人不按照事实的真相提供证言。”^[66]简言之,裁判要旨将“引诱行为”定性为“以金钱、物质利益等好处诱使证人”。可是,“等好处”的内涵与外延何在?诸如“你不要害怕”,“差不多吧”,要求证人回答“是”或“不是”等行为是否属于引诱行为呢?裁判要旨却闭口不谈。但是,引诱一词在司法实践中之所以引起如此之大的争议,主要是由于引诱一词过于含

[65] 参见前注[3],最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭书,第 177 页。

[66] 前注[3],最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭书,第 153 页。

糊,难以界定而造成的。^[67] 有律师敏锐地指出:如果说第306条是刑法修订时的败笔,那么该条中的“威胁、引诱证人违背事实改变证言或者作伪证”则是败笔中的败笔。大部分律师都是因为“引诱”二字而身陷囹圄。究竟何为“引诱”,怎样证明“引诱”,成了实践中的一大难题。^[68]

至此,笔者对于《刑法》第306条相关指导案例的裁判要旨之初步评价是:界定含糊,操作性差。

(二) 裁判要旨之再检讨:实践中的“引导劝说说”

关于“引诱行为”之界定,立法解释主张“威胁、引诱行为”是指“以暴力、恐吓等手段威胁证人或者以金钱、物质利益等好处诱使证人改变过去按照事实提供的证言;或以威胁、引诱手段指使他人作为案件作虚假证明,充当伪证的证人”。^[69] 司法解释的观点为:“引诱证人作伪证”是指“以金钱、物质或者其他利益诱使证人作虚假的证言”。^[70] 概言之,立法、司法解释视野中的引诱行为是指以金钱、物质利益等好处诱使证人。公诉实务部门的观点则是,“《刑法》第306条并没有规定引诱的行为方式,而且,引诱的行为方式是多样的”,^[71] 进而主张,仅仅将“引诱”解释为“用利益诱惑他人”具有很大的局限性。“引诱”还应当包括“用非利益诱惑他人”的含义,这样解释才能符合立法原意。换言之,依照公诉部门的观点,“刑法既然没有对‘引诱’的方式进行规定,那么司法者就不能人为地对该行为方式进行限制……即利用亲情、感情等诱惑证人违背事实改变证言或作伪证”^[72] 也构成辩护人妨害作证罪。此观点,笔者持异议,因为在刑法条文文义范围模糊之时,作有利于被告人的限缩解释是无可厚非的。

学理解释中,主要有三种观点。第一种观点为“引导劝说说”,其外延是最大的。该说认为所谓“引诱”,是指意图使证人违背事实改变证言或者作伪证的诱惑,至于引诱的内容和方式如何,不影响该罪的成立。^[73] 该观点进而主张“引诱”通常是以利益为诱饵进行的,但也不限于此,并以《辞海》将“引诱”一词解释为“引导劝说”作为论据。^[74] 第二种观点为“广义利益引诱说”。该说主张“所谓引诱,是指用金钱、物质、色情等利益进行收买或者诱惑”,^[75] 换言之,引诱行为既可以金钱等物质利益对证人进行收买,又可以女色等非物质性的利益对证人进行诱惑。^[76] 该说界定之引诱,既可以采用物质利益,也可以采用非物质利益来实现,例如,以结婚为由诱使被害人改变强奸的指控为男女热恋中的过激行为。^[77] 第三种观点为“狭义利益引诱说”。该说指出:引诱行为是指“以金钱、物质或者其他利益诱使证人违背事实改变证言或者作虚假证言”。^[78] 具体而言,“引诱证人违背事实改变证言是指以金钱、物质或者其他利益诱使证人违背事实改变自己已经做出的证言;引诱证人作伪证是指以金钱、物质或者其他利益诱使证人作虚假的证言”。^[79] 换言之,

[67] 陈兴良:《判例刑法学》(下卷),中国人民大学出版社2009年版,第511页。

[68] 前注[15],王丽书,第162页。

[69] 前注[18],郎胜书,第546页。

[70] 前注[19],周道鸾、张军书,第764页。

[71] 邓思清主编:《刑事案例诉辩审评:妨害司法罪》,中国检察出版社2005年版,第32页。

[72] 参见前注[71],邓思清书,第36页。

[73] 前注[11],吴占英书,第40页。

[74] 参见前注[11],吴占英书,第40页。

[75] 前注[23],黎宏书,第822页。

[76] 参见曲新久主编:《刑法学》(第四版),中国政法大学出版社2011年版,第481页。

[77] 前注[24],周光权书,第336页。

[78] 前注[17],陈兴良书,第945页。

[79] 鲜铁可:《妨害司法犯罪的定罪与量刑》,人民法院出版社1999年版,第52页。

该说认为引诱证人违背事实改变证言或者作伪证,改变已经向司法机关提供的证言,或者做出虚假的证言之利益限于金钱、物质或者类似于金钱物质的其他利益。^[80]进而该说反驳“引导劝诱说”：“如果没有许诺任何好处,只是对证人进行引导,乃至于一一定的诱导,都不能认定为这里的‘引诱’。”^[81]刘某妨害作证案中,被告人刘某既没有使用金钱等物质利益引诱,也没有许以其他任何好处,他只是利用了证人当着被告人亲属的面不好意思或不敢说真话这一弱点,而引导证人作有利于被告人的证言和修改证言使之有利于被告人。尽管被告人刘某的取证方式不甚妥当,但不应以辩护人妨害作证罪定罪处罚。

反观我国相关指导案例的裁判要旨,在文字表述上,其将“引诱行为”界定为“以金钱、物质利益等好处诱使证人”,类似于“狭义利益引诱说”。但在实践操作上,如刘某妨害作证案中,执行的却是“引导劝诱说”。正如我国辩护律师结合实践经验,对引诱的内容限缩界定的那样:“首先,它必须是促使证人违背事实改变证言或作伪证的诱因,如果证人在行为人引诱之前已经产生了改变证言或作伪证的意图,那么就不能认为行为人的行为属于引诱。其次,对于引诱的解释,或者说对其范围的扩张抑或限制,实际上是对本罪处罚范围的认定……对于一个富有弹性、含混、可以变化和延展的词语,解释的功能就是必须要使其能够对司法运作进行一定的规制……在此,如果将引诱解释成为其普通的含义而包括任何的诱因或诱惑,显然无助于在司法实践中准确地认定本罪的行为。”^[82]就笔者看来,如果说“狭义利益引诱说”范围过窄的话,那么“引导劝诱说”更是万万不可取的。在这一语境下,“广义利益引诱说”也许成为“最不坏的选择”,应被裁判要旨采纳。因为,辩护人妨害作证罪中辩护人必须对证人许以一定好处进行引诱,如果没有许诺任何好处,只是对证人进行引导,乃至于一一定的诱导,即使存在一定的不规范之处,也不能认定为这里的引诱行为,更不宜以该罪论处。

(三) 通过“广义利益引诱说”进行限缩界定

关于引诱行为之界定,相对于中国学理解释中的“引导劝诱说”“广义利益引诱说”与“狭义利益引诱说”,域外司法资源也贡献了三种路径。

第一种路径,通过“教唆、诱骗式”界定来进行限缩解释。在大陆法系,《德国刑法典》第159条规定了“教唆虚伪陈述之未遂罪”：“教唆他人作虚伪的未经宣誓的陈述(第153条)和虚伪的代替宣誓的保证(第156条)的,相应适用第30条第1款及第31条第1款第1项和第2款的规定。”^[83]第160条第1款规定了“诱骗他人作虚伪陈述罪”：“诱骗他人作虚伪宣誓的,处2年以下自由刑或罚金刑;诱骗他人作虚伪的代替宣誓的保证或未经宣誓的虚伪陈述的,处6个月以下自由刑或180单位日额金以下的罚金刑。”^[84]《日本刑法典》虽没有单独设立教唆伪证罪,但伪证罪的教唆犯是存在的,即《日本刑法典》第105条之二规定的威迫证人罪,在内容上具有类似于伪证教唆罪的性质。在我国台湾地区也无教唆伪证罪之规定,但是一般而言,可以依照伪证罪的共同犯罪加以处理,即“教唆伪证罪之成立,须被教唆者系适法之证人,倘对于未具结或无具结能力之证人为教唆者,被教唆者既不成立伪证罪,教唆者自不负教唆伪证罪责。有本罪并无处罚未遂犯之规定,故教

[80] 参见前注[10],王作富书,第1201页。

[81] 参见前注[14],黄京平书,第93页。

[82] 参见前注[15],王丽书,第155~156页。

[83] 《德国刑法典》(2002年修订),徐久生、庄敬华译,中国方正出版社2004年版,第87页。

[84] 前注[83],第87页。

唆伪证而被教唆者未犯伪证罪者,亦不负教唆未遂责任”。^[85]此外,在普通法系,这一限缩解释方法也存在。英国《1911年伪证法》第7条第1款规定,如果一个人帮助、煽动、劝告、促使或唆使(即通过贿赂等腐化手段促使)他人作伪证,则其本人也要负伪证罪主犯的责任。美国刑法中规定了唆使作伪证罪,即“故意地使得他人在诉讼中提供虚假的证词”,^[86]且唆使他人作伪证比作伪证本身的罪行更重。

第二种路径,通过“广义利益式”界定来进行限缩解释。这里的广义利益包括送礼或任何形式的酬劳、许诺、奉送、馈赠等手段。如《法国刑法典》第434-14条第1项规定:“作伪证属下列情形的,处7年监禁并科100000欧元罚金。1.采用送礼或任何形式的酬劳,引起作伪证之情形。”^[87]第434-15条规定:“在诉讼程序进行中,或者为在法院起诉或应诉,采用许诺、奉送、馈赠、施加压力、威胁、殴打、诡计或骗术等手段,以期促使他人提交伪证、假证明、假声明,或者促使他人放弃作证、提交声明或证明,即使贿赂未产生效果的,处3年监禁并科45000欧元罚金。”^[88]此外,《意大利刑法典》第377条“妨碍司法罪”规定:^[89]“向应召向司法机关提供陈述、进行鉴定、提供技术咨询或进行翻译的人员给付或者许诺付钱款或其他利益,以便引诱其实施第371条-2(向公诉人提供虚假情况)、第371条-3(向辩护人提供虚假陈述)、第372条(虚假证明)和第373条(虚假鉴定或翻译)规定的犯罪的,如果上述给付或许诺未被接受,处以上述各规定的刑罚,并在一半至三分之二的幅度内减轻处罚。如果上述给付或许诺被接受,但作假行为未实施,适用同样的规定。”^[90]

第三种路径,通过“狭义利益式”界定来进行限缩解释。这里的狭义利益仅包括以物质利益为手段的收买行为。如《俄罗斯刑法典》第309条“收买或强迫他人作陈述、逃避作陈述或作不正确的翻译罪”第1款的实行行为表现为“收买证人或受害人、鉴定人或翻译人员,其中,收买是指亲自或通过中间人向上述人员交付金钱、有价证券、其他财产或提供财产性质的服务以换取上述人员在侦查或法庭审理时作虚假的陈述、提供虚假的鉴定结论或进行不正确的翻译”。^[91]

如上文所述,我们应将辩护人妨害作证罪之“引诱行为”界定在“广义利益引诱说”,即这里的引诱既可以是金钱等物质利益诱使证人,也可以是以色情、给予一定的荣誉、许诺工作机会等非物质利益诱使证人。此外,从域外司法资源的“广义利益式”界定中,我们可以发现,引诱行为往往与“施加压力、威胁、殴打、诡计或骗术等手段”被同时写入刑法条文中。此外,我国立法与学理解释也往往将引诱行为与威胁行为罗列在一起。所以,笔者主张,除了通过“广义利益引诱说”对引诱行为进行限缩解释外,还应使“广义利益引诱说”中之“引诱”与“以暴力、恐吓等手段威胁证人或者以金钱、物质利益等好处诱使证人”具有等置性。若无该等置性,则不得被界定为《刑法》第306条之引诱行为。

[85] 甘添贵:《刑法各论(下)》,三民书局2010年版,第510页。

[86] 储槐植:《美国刑法》(第三版),北京大学出版社2005年版,第208页。

[87] 《法国新刑法典》,罗结珍译,中国法制出版社2003年版,第165页。

[88] 前注[87],第165页。

[89] 本条的标题经2006年3月16日第146号法律第14条修改,原来的标题是“贿赂证人”。参见《最新意大利刑法典》,黄风译注,法律出版社2007年版,第134页注释①。

[90] 前注[89],第134页。

[91] 前注[32],第847页。

五、辩护人妨害作证罪中“证人”之范围

第 444 号指导案例肖芳泉辩护人妨害作证案,提出“辩护人妨害作证罪中的证人是否包括被害人”之问题。该案一审法院认为:被告人肖芳泉采用贿买方法指使他人作伪证,已构成妨害作证罪。二审法院认为:肖芳泉身为梅某的辩护人,违反刑事诉讼法的规定,擅自向被害人调查取证,并贿买被害人作虚假陈述,妨害了国家司法机关对重大刑事案件诉讼的正常进行,手段恶劣,后果严重,其行为已构成辩护人妨害作证罪。

该案裁判要旨指出:辩护人妨害作证罪中的“证人”应当包括被害人,其理由为:^[92](1) 在体系性解释层面,从《刑事诉讼法》^[93]第 48 条规定的证人范围来分析,虽然我国刑诉法将证人证言与被害人陈述、鉴定意见分列为不同的证据种类,但是,这只是出于“证据分类”之视角所作区分;而刑诉法第 60 条在对证人的范围做出规定时并没有把被害人排除在证人范围以外,该法条规定:“凡是知道案件情况的人,都有作证的义务。”因此,从整个刑事法体系上看,出于被害人、鉴定人在刑事诉讼中对于案件事实的“证明作用”之视角,其亦应属于证人范畴。(2) 在法益保障层面,从行为侵害法益的同质性来分析,威胁、引诱被害人、鉴定人违背事实改变证言或者作伪证的与威胁、引诱证人违背事实改变证言或者作伪证的行为,同样妨害了刑事诉讼活动的正常进行,危害了司法机关的正常追诉活动,两种行为均应受到刑罚处罚。(3) 在主观目的解释层面,从立法本意来分析,《刑法》第 306 条的立法目的在于通过刑罚手段惩治辩护人的妨害作证的行为,来规范刑事辩护制度,确保刑事诉讼的正常进行。如果不将威胁、引诱被害人、鉴定人违背事实改变证言或者作伪证的行为纳入本罪的惩治范围,就会放纵实践中辩护人的此类妨害作证的行为,不能全面有效地维护刑事诉讼秩序,这显然有违立法本意。而且,刑法用语有其特定含义,不能简单照搬刑诉法的概念含义,应当将其放在特定法条中结合立法本意进行甄别。综上,对《刑法》第 306 条规定辩护人妨害作证罪中的“证人”应作广义的理解,被害人、鉴定人应当可以成为本罪的犯罪对象。

根据立法解释,“证人”是指“知道案件全部或者部分真实情况,以自己的证言作为证据的人”。^[94] 1999 年 9 月 16 日最高人民检察院《关于人民检察院直接受理立案侦查案件立案标准的规定(试行)》中明确规定:“暴力取证罪是指司法工作人员以暴力逼取证人证言、被害人陈述的行为。”可见,“司法解释采纳了广义证人说,从而把被害人纳入了证人的范畴。虽然这一司法解释是针对暴力取证罪做出的,但其认为证人包括被害人的内在精神则是可以借鉴的”。^[95]

对于该问题,学理解释出现分歧。赞成说认为应对证人作广义理解。“证人”并不限于刑事诉讼法规定的狭义的证人,还应包括被害人与鉴定人。亦即,辩护人在刑事诉讼中威胁、引诱被害人或者鉴定人违背事实改变陈述、鉴定意见的,依然可能成立本罪。^[96] 因为,被害人陈述、鉴定意见与证人证言都属于证据,被害人、鉴定人完全可能做虚假陈述、鉴定,事实上也不乏其例。这种行

[92] 参见前注[3],最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭书,第 176 页。

[93] 本文所引刑事诉讼法条文皆为 2012 年新修订后的条文。

[94] 前注[18],郎胜书,第 544 页。

[95] 前注[23],黎宏书,第 821 页。

[96] 前注[21],张明楷书,第 953 页。

为也具有妨害司法客观公正的危险性。^[97] 详言之,一方面,从用语的本来含义来说,“证人”概念原本就可以包括狭义的证人、被害人、鉴定人等,将被害人、鉴定人等称为证人,不会侵犯国民的预测可能性。另一方面,从实质意义而言,辩护人以威胁、引诱等方法妨害被害人做出陈述、鉴定人做出鉴定意见,与辩护人以威胁、引诱等方法妨害狭义的证人作证,对司法活动客观公正性的危害,没有任何实质区别。^[98] 否定说则从法解释学的角度切入,认为:“根据现行刑法规定,不应将本罪中的证人扩张解释为包括被害人、鉴定人。”^[99] 因为,我国刑事诉讼法将证人证言和被害人陈述并列为两种证据,并且证人和被害人也是两种完全不同的诉讼角色,因此,“将证人理解为包括被害人、鉴定人超出了‘证人’的可能文义范围,违背了国民可预期性原则,有违反罪刑法定原则的嫌疑”。^[100] 域外司法资源层面,在普通法系中,“证人”概念的内涵与外延与大陆法系和我国有所不同,其证人指的是在司法程序中对案件有关事实提供证据的人,包括当事人与鉴定人在内。^[101] 换言之,在英美等国刑法中,公诉案件中被害人被当作证人看待,诉讼权利、义务与证人相同。^[102] 此外,在《日本刑法典》与刑法理论中,广义的伪证犯罪,由狭义的伪证罪(第169条)与虚伪鉴定、虚伪翻译罪(第171条)构成,^[103] 是依法宣誓的证人、鉴定人、口译人或笔译人进行虚假的陈述、鉴定、口译或者笔译时所成立的犯罪。^[104] 这些犯罪所要求的主体必须是已经依法宣誓的证人、鉴定人或翻译人。^[105]

综上,笔者赞同相关指导案例的裁判要旨之观点与论证理由,认为辩护人妨害作证罪中的“证人”应当包括被害人。无论是在体系性解释层面、法益保障层面还是在主观目的解释层面,该裁判要旨均是合理自洽的。

六、2012 刑诉法修改对辩护人 妨害作证罪之影响(代结语)

由于辩护人妨害作证罪反映出“过分注重国家利益和防卫社会,对人权保障和个人自由关注不够”^[106]之趋势,换言之,“设立本罪时,摆在立法者面前的一方面是国家的司法权力,另一方面是由律师起到关键作用的辩护权,衡量两者,立法者选择前者为保护的重点”。^[107] 所以《刑法》第306条自其孕育、诞生之日起就备受批评,“在本罪法条的起草研拟过程中,围绕要不要对此罪做出规定,曾发生过较大的争议”,^[108] 有关该条之存废的争议也始终不断。^[109] 究其原因,实为尽管《刑

[97] 参见前注[21],张明楷书,第951页。

[98] 参见前注[21],张明楷书,第954页。

[99] 前注[14],黄京平书,第69页。

[100] 前注[14],黄京平书,第69页。

[101] 张英霞:《妨害司法犯罪比较研究》,广西师范大学出版社2009年版,第57页。

[102] 前注[10],王作富书,第1195页。

[103] 前注[42],前田雅英书,第465~466页。

[104] 参见前注[41],山口厚书,第695页。

[105] 前注[43],大谷实书,第440页。

[106] 赵秉志主编:《刑法学各论研究述评(1978—2008)》,北京师范大学出版社2009年版,第529页。

[107] 闵春雷:《妨害证据犯罪研究》,吉林大学出版社2005年版,第210页。

[108] 参见高铭喧:《中华人民共和国刑法的孕育诞生和发展完善》,北京大学出版社2012年版,第532~533页。

[109] 具体论述,参见前注[106],赵秉志书,第497~498页。

法》第 306 条没有明文规定该罪的主体是律师,但从刑事诉讼法的规定以及司法实践来看,可能触犯本罪的主体多数情况下仍是律师。^[110] 因此,有律师对《刑法》第 306 条质疑道:“第 306 条之规定有失公正,构成对律师的职业歧视;与刑法其他条文(第 307 条)重叠,内容重复;破坏司法平衡,影响司法公正,加剧控辩双方的诉讼地位失衡、导致律师冤狱横生、放纵司法人员简单、粗暴办案;助长职业报复,恶化控辩双方正常关系;妨碍律师事业特别是律师刑事辩护业务的正常发展”,^[111] 结果在实践层面,该罪名日益被工具化。就域外来看,刑事立法很少专门针对辩护人设置罪名,即使《俄罗斯刑法典》第 303 条“制造伪证罪”中涉及辩护人妨害作证罪,第 303 条第 2 款规定:“调查人员、侦查员、检察长或辩护人制造刑事案件伪证的,处 3 年以下的剥夺自由,并处 3 年以下剥夺担任一定职务或从事某种活动的权利。”^[112] 但其并不单单针对律师,而是将之与侦查人员、公诉人员同等对待。

据不完全统计,自刑法增设辩护人妨害作证罪以来,先后已有两百多名律师在履行刑事辩护职责中,因触犯《刑法》第 306 条被指控,并有相当数量的涉案人被判有罪。^[113] 这样一来的直接后果便是“律师参与刑事辩护的比率明显下降,辩护制度受到冲击”。^[114] 目前中国有 70% 以上事关被告人生死的刑事案件,没有律师介入。^[115] 在《刑法》第 306 条的阴影下,如果以建筑物为比方的话,律师则寄居在刑事诉讼这座司法大厦的一隅,又矮、又小、又不显著,虽不能说是司法大厦的装饰品,但如果没有律师的存在,刑事诉讼一样能够运作如常。^[116] 因此,有学者指出“取消《刑法》第 306 条的规定,将辩护人的妨害作证行为归并到《刑法》第 307 条乃是上策”。^[117] 但在立法论层面,我国刑事诉讼法先于刑法做出了修改,这对辩护人妨害作证罪之限定必将产生深远影响。

2012 年我国新修正的《刑事诉讼法》第 42 条对原来的第 38 条作了修改:第一,将义务主体由“辩护律师和其他辩护人”修改为“辩护人或者其他任何人”。至此,该款规定的义务主体扩大至“任何参与刑事诉讼或者和刑事诉讼有关系的人”,^[118] 详言之,扩大至辩护人以及“辩护人之外的任何人,既包括当事人、诉讼参与人,也包括公安、司法机关工作人员,甚至包括案外人,在司法实践中,还包括一些作为中间人的‘司法掮客’”。^[119] 第二,在禁止的行为上,删去了“威胁、引诱证人改变证言”,仅存威胁、引诱证人作伪证,即“采取以暴力或者其他方式胁迫、以利益引诱等手段指使证人提供虚假证言,包括让了解案件情况的人不按照事实真相作证,以及让不了解案件情况的人提供虚假的证言”。^[120] 第三,增设了追究辩护人妨害作证罪的特别程序。一方面,关于案件管辖,辩护人涉嫌犯罪的,应当由办理辩护人所承办案件的侦查机关以外的侦查机关办理,即“侦查

^[110] 前注[14],黄京平书,第 77 页。

^[111] 参见前注[15],王丽书,第 97~106 页。

^[112] 前注[32],第 833 页。

^[113] 参见前注[67],陈兴良书,第 510 页。

^[114] 前注[107],闵春雷书,第 214 页。

^[115] 参见陈兴良:《辩护人妨害作证罪之引诱行为的研究——从张耀喜案切入》,载《政法论坛》2004 年第 5 期。

^[116] 参见王兆鹏:《辩护权与诘问权》,华中科技大学出版社 2010 年版,序言第 3 页。

^[117] 前注[67],陈兴良书,第 511 页。

^[118] 全国人大常委会法制工作委员会刑法室编:《〈关于修改中华人民共和国刑事诉讼法的决定〉条文说明、立法理由及相关规定》,北京大学出版社 2012 年版,第 34 页。

^[119] 樊崇义主编:《2012 刑事诉讼法解读与适用》,法律出版社 2012 年版,第 66 页。

^[120] 前注[118],全国人大常委会法制工作委员会刑法室书,第 34 页。

辩护人所承办案件的侦查机关,不能再侦查辩护人涉嫌犯罪的案件,应当由异地的侦查机关进行侦查”。^[121]另一方面,关于通知义务,追究辩护律师的刑事责任,应当及时通知其所在的律师事务所或者所属的律师协会。详言之,通知主体是办理辩护律师犯罪案件的机关,通知的时间是在启动追究辩护律师刑事责任的程序之后“及时”通知,通知的对象是辩护律师所在的律师事务所或者所属的律师协会。

与之对应,其影响也表现在三个方面。首先,义务主体的扩大,回应了以往反对辩护人妨害作证罪的些许顾虑,如该罪对辩护律师具有职业歧视、该罪助长了职业报复,这对促使控辩双方的诉讼地位逐渐平衡是大有裨益的。其次,行为方式的删减,有助于对引诱行为的限缩解释,因为很多正常的辩护活动就是通过调查证人还原真实的证言,将威胁、引诱证人改变证言作为一种应受追究的行为,在行为的界定上过于模糊,极有可能导致错误追究辩护律师的刑事责任,影响律师的正常执业活动。^[122]最后,关于增设特别程序的影响,以往作为刑事诉讼中利益直接相对的控辩双方,侦查机关、检察机关拥有立案、侦查同一案件辩护人的权力,将很难保障追究辩护人刑事责任的公正性和客观性。司法实践中辩护人被任意追诉、遭到职业报复的问题比较严重。^[123]规定案件异地管辖,有利于防止侦查机关滥用律师妨害作证罪的规定,随意对辩护人立案侦查和采取强制措施,使辩护人能更加放心大胆地依法履行辩护职责,维护犯罪嫌疑人、被告人的合法权益,^[124]进而彻底改变过去给予诉讼一方“抓”对方的权力,规避一旦诉讼过程中可能出现对侦查机关不利的诉讼结局,便出于职业利益的考虑发动对辩护律师的追诉程序。此外,增设案件通知义务,有利于被追究刑事责任的辩护律师维护其合法权益,也便于有关律师事务所或律师协会了解其律师涉案情况。

关于辩护人妨害作证罪,如果我们跳出控辩“两造”这一狭小空间,从大的视野来鸟瞰,还会发现,以往侦查机关之所以任意追究辩护律师之刑事责任,根本原因在于法律职业共同体尚未在我国形成,刑事诉讼中的职业歧视问题亟待解决。所以,笔者希望通过本文对《刑法》第306条进行“再嚼式”的读解后强调,“了解一切就要原谅一切”,^[125]希望法律人之间变得愈加博爱!

(责任编辑:林喜芬)

^[121] 前注[118],全国人大常委会法制工作委员会刑法室书,第35页。

^[122] 陈瑞华等:《法律程序改革的突破与限度——2012年刑事诉讼法修改述评》,中国法制出版社2012年版,第31页。

^[123] 参见前注[122],陈瑞华书,第30页。

^[124] 参见前注[118],全国人大常委会法制工作委员会刑法室书,第35页。

^[125] [美]罗伯特·N.威尔金:《法律职业的精神》,王俊峰译,北京大学出版社2012年版,第135页。