

# 刑法第306条存与废：倾听法律职业人的声音

李兰英<sup>1</sup> 孙杰<sup>1</sup> , [美]何霓<sup>2</sup>

(1. 厦门大学法学院 福建 厦门 361005; 2. 东北大学犯罪学与刑事司法学院 美国 波士顿 02115)

**摘要：**刑法第306条(又称律师伪证罪)从其诞生之日起就面临着当存还是当废的巨大争议,这些争议或来自学理或来自实践中的相关利益群体。2009年底至2010年初的李庄案再次使得这一争论从幕后转至台前。通过考察法律职业人对第306条的真实态度,可以深入地发掘争议背后的社会因素:即司法机关观念上的误区;诉讼结构的不合理;追诉程序上的瑕疵,从而从实体和程序上为刑法第306条的未来寻求一条理性的出路——存而慎用。

**关键词：**刑法第306条;存与废;法律职业人;存而慎用

**中图分类号：**DF626 **文献标识码：**A **文章编号：**1002-3933(2011)10-0017-10

## Remained or Repealed of Penal Code 306: Listen to the Legal Professional Persons' Opinions

LI Lan-ying<sup>1</sup> , SUN Jie<sup>1</sup> , HE Ni<sup>2</sup>

(1. School of Law, Xiamen University, Xiamen 361005 China;

2. School of Criminology and Criminal Justice, Northeast University, Boston 02115 USA)

**Abstract:** Penal Code 306 has been faced with controversy which should be remained or be repealed all the times from its birth which is from theories or interests groups in practice. This controversy is made from backstage to stage because of case of Li Zhuang which happened from late 2009 to early 2010. We can deeply explore the social factors behind the controversy: misunderstanding of judicial organization; unreasonable of criminal structure; and defect of prosecution procedure through investigating the legal professional persons' attitude to Penal Code 306 to find a reasonable way for the Penal Code 306's future——remained and applied cautiously.

**Key words:** Penal Code 306; remained and repealed; legal professional persons; remained and applied cautiously

### 一、李庄案引出的老话题：刑法第306条的存与废

2010年1月8日,重庆市江北区人民法院以李庄在担任重庆涉黑头目龚刚模的辩护人期间,教唆龚刚模作被刑讯逼供的虚假供述,引诱、指使证人作伪证,指使他人购买警察作伪证,构成辩护人伪造

收稿日期:2011-05-23 该文已由“中国知网”(www.cnki.net)2011年5月 日数字出版,全球发行

基金项目:美国麦克阿瑟基金会研究项目 The FUJIAN Pilot Study: Legal Representation and Criminal Processing in District People's Court in Fujian. (08-92318-000-GSS)

作者简介:李兰英(1967-),女,厦门大学法学院院长,法学博士(后),教授、博士生导师,课题组中方负责人;

孙杰(1983-),男,厦门大学法学院2010级博士研究生,课题组成员;

何霓(1967-),男,美国东北大学犯罪学与刑事司法学院副教授,课题组美方负责人。

证据、妨害作证罪,判处其有期徒刑2年零6个月。李庄不服向重庆市一中院提出上诉,但二审中李庄意外地当庭认罪,重庆市一中院于是在维持一审罪名认定的前提下,改判李庄有期徒刑1年零6个月。至此,在2009年末、2010年初闹的沸沸扬扬的李庄案落下了帷幕。

李庄案之所以引起轩然大波,成为一段时间内全社会关注的焦点,一个重要的原因就是李庄案再次引起了法学界和司法实务界对刑法第306条<sup>①</sup>的存废去留的关注。自从陕西省人大代表张燕律师在2001年向全国人大提出议案,要求立法废除刑法第306条以来<sup>[1]</sup>,刑法第306条的存废就一直成为学界乃至社会备受争议的一个话题。刑法第306条,业内又俗称律师伪证罪,是立法者专门为了规制辩护人、诉讼代理人(实践中多为辩护律师)的行为而在97年新刑法中特别规定的<sup>[2]</sup>。自新刑法实施以来,此法条从未闲置,也从未停止过争议。很多人都从学理(包括实体与程序)和社会效果方面对其进行抨击,其理由大致与张燕律师的议案中提出的理由类似:即,第306条是恶法,上策是将其废除,下策是对其修改明确其术语和适用条件,否则将会对在中国刚刚兴起的律师业尤其是辩护律师业形成沉重的打击,直接影响到中国的人权保障事业<sup>②[3]</sup>。

但是,以上的声音能否代表大多数从事法律实务部门的法律职业人士的内心真实想法,还是仅仅一部分人的想法,我们不得而知。也许,法律职业人士没有时间和精力,甚至没有发表文章阐述自己真实想法的机会和欲望,但不等于对这一问题没有声音,没有思考。因此,对他们的态度进行调查有两点意义:首先,所谓“春江水暖鸭先知”,民间也有“鞋子合不合适脚知道”的说法,法律职业人从事着法律实务工作,对在现实世界中运行的法律的实施状况有着更切实的了解和体会,由于他们处在“鸭”和“脚”的立场,更能发现刑法第306条是否存在着问题,存在哪些问题。其次,了解法律职业人对刑法第306条的态度,更有利于帮助立法者如何对待这一条款的合理性。如果法律职业人认为第306条是恶法,已经到了必须废除的地步,那立法者也应该顺应“民意”将其废除;如果法律职业人认为第306条有存在的必要,但应该对其进行修改和完善,那立法者则没有必要固步自封,而应及时地对法律进行修改。本文正是基于以上的理由所做的法律职业人对刑法第306条的存废态度的实证调查。

## 二、法律职业人对刑法第306条态度之考察

### (一) 调查的过程及结论

#### 1. 法律职业人对刑法第306条的总体态度

表1

态度	人数(人)	百分比(%)
应废除	103	26.5
应修改	109	28.1
应保持不变	130	33.5
无所谓	22	5.7
不确定	17	4.4
其他	7	1.8
合计	388	100

从表1中我们可以看到:在388名接受调查的人员中,有130人认为刑法第306条应保持不变、维持现状,占全部被调查人员的33.5%,其次是应修改(109人、28.1%),应废除(103人、26.5%),无所谓(22人、5.7%),不确定(17人、4.4%),其他(7人、1.8%)。如果我们要比较对刑法第306条的存与废的态度,可将“应保持不变”和“应修改”合并为“存”,二者都可归在“存”的范畴之内。这样一来,存与废的人数及比例如下表:

表 2

存	废
239 人	103 人
61.6%	26.5%

由此可见 我们的结论一就是: 在目前我国的法律职业人中对于刑法第 306 条的态度更倾向于保留而不是废除 而且在主张保留的内部更倾向于保持不变而不是修改。

## 2. 不同职业背景下对刑法第 306 条的态度

### (1) 律师

表 3

态度	人数(人)	百分比(%)
应废除	97	39
应修改	85	34.1
应保持不变	44	17.7
无所谓	14	5.6
不确定	8	3.2
其他	1	0.4
合计	249	100

从表 3 可以看出, 有 97 名律师主张应废除刑法第 306 条, 占律师总人数的 39%, 有 85 名律师主张应修改刑法第 306 条, 占律师总人数的 34%, 有 44 名律师主张应保持不变, 占律师总人数的 17.7%, 其他依次为无所谓(14 人、5.6%) 不确定(8 人、3.2%) 其他(1 人、0.4%)。我们依然可以像对表 1 那样, 得出律师中对刑法第 306 条的存废态度的比较, 如下:

表 4

存	废
129 人	97 人
51.8%	39%

由此, 我们可以得出结论二: 更多的律师倾向于保留刑法第 306 条, 但在保留论的内部, 更多的人倾向于修改。

### (2) 公检法

表 5

态度	人数(人)	百分比(%)
应废除	3	3.2
应修改	12	12.6
应保持不变	65	68.4
无所谓	5	5.3
不确定	5	5.3
其他	5	5.3
合计	95	100

从表 5 我们可以看出:主张刑法第 306 条应保持不变的人数最多,有 65 人,占公检法总人数的 68.4%,其次依次为应修改(12 人、12.6%),无所谓、不确定、其他(均为 5 人、5.3%),应废除(3 人、3.2%)。同表 1 一样,存与废的比较如下:

表 6

存	废
77 人	3 人
81%	3.2%

由此我们可以得出结论三:更多的公检法人员倾向于保留刑法第 306 条,且在保留论内部,更多的人倾向于应保持不变。

### (3) 其他法律职业

表 7

态度	人数(人)	百分比(%)
应废除	3	6.8
应修改	12	27.3
应保持不变	21	47.7
无所谓	3	6.8
不确定	4	9.1
其他	1	2.3
合计	44	100

从表 7 我们可以看出,有 21 人(47.7%)主张应保持不变,12 人(27.3%)主张应修改,3 人(6.8%)主张应废除,其他依次为不确定(4 人、9.1%),无所谓(3 人、6.8%),其他(1 人、2.3%)。其存废的比较如下:

表 8

存	废
33 人	3 人
75%	6.8%

由此我们可以得出结论四:除律师和公检法人员以外的法律职业者更倾向于刑法第 306 条的保留,且在保留论的内部,更倾向于保持不变。

另外,如果我们将上述表 2、4、6、8 中的存废之比进行一下换算,那么各表中存废之比分别为:2.3:1,1.3:1,25.7:1,11:1。由此我们可以得出:虽然,不管是总体而言,还是不同的职业背景下,主存的人数都大于主废的人数,但在律师内部和非律师内部存废的比例不尽相同,即,在律师内部存废的比例远远小于非律师存废的比例<sup>③</sup>。

### (二) 为什么存大于废:对结论的解释

上面的统计数据充分显示了主存论的人数(包括主张修改和保持不变)远远大于主废论的人数(239:103)。这说明了在法律职业人心中,虽然对刑法第 306 条颇有微词,但整体上还是倾向于不废除此条款。这也同时说明了,主废论者的理由并未充分说服大多数法律职业人,这是值得我们注意并详加分析的地方,即我们需要对主废论者主张的理由进行辨析,从而也能看出为什么刑法第 306 条在法律职业人心中有存在的必要。通过对主废论者的理由进行归纳,我们可以将其总结为以下两点:一是从立法技术的角度看,首先,刑法第 306 条的设置是一种重复立法。因为第 305 条罪状表述的三种

行为方式,是与第307条的行为方式相同,将第306条独立出来是一种立法的浪费<sup>[3]</sup>;其次,罪状表述模糊,容易引起司法适用的不确定性,扩大本罪的打击面。其最主要的表现就是“引诱”的行为表述真正成为了“陷阱”,在实践中很难以与律师正当履行辩护职责、运用辩护技巧的行为相区分,从而导致将律师正当履行辩护职责的行为也追究刑事责任<sup>[4]</sup>。理由之二是从司法实践的角度看,刑法第306条涉嫌对律师的职业歧视,在实践中被追诉机关所滥用作为对辩护律师进行职业报复的手段,从而导致了一系列严重的后果。如律师冤狱丛生,辩护律师“谈刑色变”,刑事辩护率下降<sup>[5]</sup>,控辩双方的关系恶化<sup>[6]</sup>等等,这不仅仅是对新兴的律师业的沉重打击,更是对刚刚起步的中国法治与人权保障事业的当头棒喝。

从以上主废论者主张的两点理由来看,理由一从学理的角度是可以成立的,但不足以成为废除刑法第306条的理由。如果仅仅是因为法条本身的技术问题就废除该法条,显然是不合适的,技术问题应以技术的方式解决。倒不如说,理由一的论证恰恰说明了对刑法第306条进行修改的必要性。那么,真正对主废论者的论点起到支撑的就是理由二的主张了。如果这一主张是成立的,将对刑法第306条的存在是一致命的打击,因为第306条已经蜕变为一条恶法了。

但是,这一主张真的成立吗?刑法第306条与律师的追诉、辩护率下降等现象真的有强烈的相关性吗?对此,我们的基本观点是:虽然现实中律师屡屡由于辩护行为而被检察机关以第306条为名追诉,但这只是表面现象。实际上,导致这一现象更深刻的原因在法条外。主要包括:

#### 1. 司法机关观念上的误区

这一观念上的误区在司法实践中的突出表现是这样一种模式(或者说是一种思维定式):只要证人改变证言(不管是由真变为假还是由假变为真)——控方便找到证人(可能采取强制措施)——证人出于自保指认律师唆使——放掉证人抓律师——追诉律师妨害作证的责任<sup>[6]</sup>。从这种模式所反映出来的司法机关人员的工作逻辑是:辩护律师不能对司法机关追究犯罪的工作造成妨碍,负责便是妨害司法。我们认为,这是我国的司法工作人员在长期以来的纠问制诉讼模式之下,在发现事实真相、打击犯罪的司法理念之下形成的一种思维定式和习惯性做法。基于此,他们想当然地认为,辩护律师也应该为发现事实真相、打击犯罪做出贡献,司法机关的工作职责也是辩护律师的工作职责。

但是,随着控制国家权力、保障人权、程序正义等一系列现代法治理念的影响,我国的刑事诉讼不再是以单一的发现犯罪、打击犯罪为唯一的追求价值了,而是同时关注像程序正义、控制国家权力、保障被追诉人的权利之类的价值。为此,我国在刑事诉讼制度的设计上强调控辩双方的对抗。可见,我国这种现代的刑事诉讼模式的转型必然会造成辩护律师的工作对追诉机关的工作的“阻碍”,但这正是对抗制的应有之义。这一刑事诉讼模式的转型同时赋予辩护律师在刑事诉讼过程中的地位,也使得他们的职业道德不同于大众的道德和追究犯罪机关的职业道德。表现为:在刑事案件中,律师替一个他明知有罪的人辩护是完全正当的。非但如此,他还可以收取费用<sup>[7]</sup>。所以,辩护律师是追诉机关的对手而不是敌人,而在我国还存在司法追诉机关人员将律师视为敌人的现象,不得不承认这是一种历史的遗留和沉淀。在司法机关人员认为律师的行为“妨碍”了己身的追诉工作之时(不管律师的行为是履行职责还是违反职责),动辄以刑法第306条来追究律师的刑事责任也就不足为奇了。

#### 2. 不合理的刑事诉讼结构

由于刑事诉讼对抗制的设计,辩护律师与公安机关、检察机关存在着天然的利益对立,这本无可厚非,因为这有利于制约国家的权力,发现事实真相。但既然要让他们对抗,就应该赋予双方适当相等的武装,否则便是以强凌弱。在我国目前的刑事司法实践中,辩护律师与公检机关存在着严重的力量不对等。后者拥有国家强制力作为后盾,而前者只能凭借尚不完善、许多权利未予以确认的《律师法》等法规。这就造成了公检机关随时有可能拿处在其本身利益对立面的辩护律师开刀,因为他们“碍事”。当然这有点小人之心度君子之腹,实践中大部分公检人员是能够尊重辩护律师的,包括尊重他们的工作和人格。但不可否认的是,我们的对抗制设计隐含着一个道德风险。万一我们的公检人

员不尊重律师呢,谁来监督和裁断?有人会说,当然是法院。可此时法院一没有司法审查权,而基于“明哲保身”会大打“司法中立、被动”牌,懒得趟这湾浑水。其结果可想而知,辩护律师将“无地自容”、“在劫难逃”。法院表面上的中立实际上加剧了控辩双方的力量不对等,这就使得刑事诉讼对抗制的有效性得不到有效的发挥,更造成了辩护律师的执业风险的加剧。

因此,即使立法废除了刑法第306条,我们试想,在公检人员认为辩护律师的行为不端或者在胜诉的利益驱动之下认为辩护律师的辩护工作妨碍其胜诉的时候<sup>④</sup>,随手就可以拿刑法第307条、第310条作为工具来对辩护律师“下手”。辩护律师们在为刑法第306条废除而欢呼之际,又掉进了刑法第307条、第310条的泥沼,实在是赶走一只虎又来一只狼,其境况没有根本的改变。律师们尤其是常年从事辩护工作的律师们对这一点是深有体会的。因而大多数律师并没有我们想象的一边倒地主张废除刑法第306条,而是主张从实体上对其进行修改和完善,从而使得公检法部门的人员在适用本条时不能够随意妄为,对其权力的行使形成某种制约。这一点,在2010年3月由全国律协会长于宁向最高人民法院提交的议案中也得以体现<sup>⑤</sup>。虽然议案的内容是建议最高人民法院对刑法第306条予以明确解释,但也可以看作是一种利用司法解释的途径对刑法第306条进行修改的保留论的立场。

### 3. 追诉程序上的瑕疵

表现为:行政处罚(行业处罚)与刑罚的混同,即用刑罚代替行政处罚。司法实践中,有不少辩护律师是由于调查取证的不规范而受到了刑法第306条的追究,虽然有的律师最终被无罪释放或免于刑事处罚,但其追诉过程遭受的痛苦,本身就是对其肉体和精神上的双重打击,甚至有的律师在无罪释放后选择了遁入空门<sup>⑥</sup>。其实,这反映了在律师惩戒方面一个根本的弊端:即本是违反行规受行业规范处罚的行为却选择直接用刑罚的方式追诉。其不合理之处有二:

#### (1) 程序不公正

主要表现为:辩护律师涉嫌刑法第306条的行为,其侦查机关竟然是此前在诉讼中与辩护律师直接对抗的检察机关。首先,这违反了我国刑事诉讼法关于管辖的规定<sup>⑦</sup>;其次,由检察机关侦查辩护律师的行为也违反了刑事诉讼关于回避的规定<sup>⑧</sup>。这无疑为检察机关设置了一个道德风险,我们不知道期待检察机关不追究律师责任的可能性有多大。

#### (2) 效果不经济

主要表现为:首先,以刑法第306条追究刑辩律师的错案率高,超过50%<sup>[8]</sup>;其次,即使是判决有罪,也基本上分两种情况:判决有罪但免除处罚和判决有罪但判处的刑期大致与此前辩护律师被羁押的时间大致相等。这就说明了,即使辩护律师涉嫌第306条的犯罪成立,其行为本身也是比较轻微,用刑罚处罚的方式并不恰当。

其实,上述的不合理之处反映的更深层次的问题是:国家权力对律师职业自主性的干预和律师行业自我管理的无力。根据美国学者鲁施迈耶的职业社会学研究,一个行业的独立性和自主性主要受两个因素的决定性影响:国家理性(科层制)和市场。而独立性和自主性的程度则取决于国家理性和市场发展的早晚。国家理性发展的早,市场发展的晚,国家就会吸纳职业而使得职业的自主性程度低;相反,市场发展的早,国家理性发展的晚,职业的自主性程度就高<sup>[9]</sup>。他用这一分析框架分析了近代以来美、德两国律师业的不同发展和呈现出的不同形态<sup>[10]</sup>。承接他的这一分析框架,来反观我国律师职业自主性的问题,就可以看到其所受到的制约:毫无疑问,我国属于国家理性较市场发展的早的类型。我国的国家理性,即官僚科层制从1949年建国便已经建立,但市场的发展和培育却是始于30年前。因此,这反映在律师职业的自主性问题上就是,国家权力的强大干预,律师行业自主性的萎缩,因而才有了本是行业处罚的行为,却适用刑罚处罚的现象。

另外,主存论者也从正面阐述了为什么刑法第306条有存在的必要,那就是:现阶段律师队伍的素质参差不齐,刑法第306条确实能震慑一些潜在的违法犯罪者。

我国的《律师法》对律师的定义为“接受委托或指定,为当事人提供法律服务的执业人员。”可见,随着市场经济在我国的深入开展,社会上产生了对专业法律服务的需求,而律师作为提供法律服务的职业应运而生,并逐步发展壮大。并且,法律职业的历史发展形态和水平在很大程度上取决于市场经济的发展形态和水平<sup>[10]</sup>。在我国的市场经济还处于初步的阶段之时,律师业尤其是辩护律师业也会呈现出初级的一些缺陷,在这之中与刑法第306条规制的行为有关的表现有:一是专业化程度不高。辩护工作是一项要求很高的工作,它需要扎实的理论功底、敏锐的临场反应、雄辩的口才、丰富的辩护经历,甚至还需要一定程度上的表演,因而不是任何一个律师都可以胜任的。但在现实中,很多律师事务所中从事辩护工作的律师并非专业的辩护律师,而是什么案子都接的“全才”,这就使得辩护律师的专业素养程度不够。而这又容易导致二,部分辩护律师急功近利、注重拉人情走关系,而不是提高自己的业务水平,甚至为了使得委托人的利益最大化,不惜伪造证据,违法犯罪。我们在北大法意网上搜集了近年来以刑法第306条辩护人、诉讼代理人毁灭、伪造证据定罪的5个案例<sup>⑨</sup>,发现这些律师最终身陷牢狱无非都是想通过伪造证人证言的方式来得到最佳的辩护效果。我们不可否认现实中有些公检人员以刑法第306条为工具对辩护律师进行职业报复,但辩护律师群体中也确实存有一些“害群之马”,败坏了律师的社会形象,这也是不争的事实。我们认为,这也是为什么法律职业人整体上倾向于保留刑法第306条的原因。他们可能更了解同行中有些“不值得信赖”的律师。

### 三、刑法第306条的出路——存而慎用

通过对上述主废论与主存论的主要观点进行介绍和分析,我们可以对刑法第306条作出如下的判决:刑法第306条有罪,但罪不至“死”(废除)。因为第306条已成为了我国目前刑事诉讼构造不合理乃至刑事法治文化缺失的替罪羊,即使废除了第306条也不能解决现实中辩护律师地位不利和遭受打压的现状。但刑事诉讼制度的改革和刑事法治文化的培育毕竟不是短期内便可见效的,除了改革者的智慧和雄心外,还脱离不了社会的其他物质上的和文化上的条件。因此,针对刑法第306条的一条可行的道路就是,在实体规范上澄清术语的模糊,在司法认定上合理地区分罪与非罪,还要在追诉程序上进行有针对性的改良。

#### 1. 对罪状模糊性的澄清

如果说刑法第306条确有缺陷,那么首当其冲也是最核心的问题就是“引诱”二字。

首先,从行为本身来看,根据我国的权威解释,“引诱证人违背事实改变证言或者作伪证,包括两种行为,一是以金钱、物质利益等好处诱使证人改变过去按照事实提供的证言,二是以金钱、物质利益等好处指使他人作为案件作虚假证明、充当伪证的证人。”<sup>[11]</sup>同时,“为了帮助证人回忆经历的情况而作的一些提示甚至是诱导,不能认为是诱导。”<sup>[12]</sup>可见,解释者认为,引诱行为须以金钱、物质利益等好处为手段。这种解释显然是对引诱作一种狭义的理解,结果更有利于缩小犯罪的范围。但在司法实践中,司法者却采取了一种更广义的解释,认为引诱行为不是必须以金钱、物质利益等好处为手段<sup>⑩</sup>。这一解释显然更有利于扩大入罪的范围。在刑事诉讼构造不尽合理,控辩双方力量不对等的今天,对引诱的这种不确定理解显然更有利于律师的入罪。

其次,引诱容易与诱导性询问产生混同。所谓诱导性询问,是指在提问中即明示问题的答案,从而强烈暗示证人按提问者的答案予以回答的询问方式<sup>⑪</sup>。诱导性询问会妨碍证言的真实性,因而对于诱导性询问是禁止的。但即使发生了诱导性询问,其结果也只是询问无效而已,而不是构成第306条规定的引诱。因为诱导性的询问不同于骗诱,其并未使被询问者产生认识上的错误从而在错误意识支配之下做出违背本意的回答。其回答的结果仍由被询问者承担<sup>[13]</sup>。引诱的存在使得与诱导性询问的界限不清,从而导致混淆罪与非罪的界限。

再次,引诱的存在使得对律师的处罚与对司法工作人员的处罚不平等。我国刑法第307条规定,司法工作人员妨害作证的,其行为样态是“暴力、威胁、贿买”,并不包括引诱。而且,我国的司法解释也规定,只有司法机关人员的刑讯逼供行为才构成犯罪,而诱供的行为并不构成犯罪,只是取得的证

人证言不能作为定案的依据<sup>⑫</sup>。也就是说,司法工作人员诱供的,不构成犯罪,而辩护人引诱的就构成犯罪。这显然是对司法工作人员与辩护律师的不平等对待。

综上,“引诱”的存在是根本上与辩护律师的职责相冲突的,甚至有论者提出,只要是辩护律师正常履行职责,便不存在本条适用的余地<sup>[8]</sup>。其存在只会使得司法适用的混乱和刑辩律师风险的加剧,应予以取消,或改为唆使或者指使。

## 2. 司法中的合理认定

通过对实践中发生的律师伪证罪的案例的考察,我们可以发现,在对刑法第306条的司法认定上还存在一个急需厘清的问题,那就是第306条的既遂与未遂形态的区分<sup>⑬</sup>。

本罪是否存在未遂的形态?答案是肯定的。因为我国刑法中各罪的构成要件是以既遂模式为基本模式,而在总则中对预备、未遂、中止这一类特殊模式做了规定,总则的原则当然也适用于分则,所以,除非分则中作出特别规定,任何故意犯罪理论上上都存在着未遂形态,当然也包括本罪。

接下来的问题就是,本罪的既遂标准是什么?也即本罪的既遂未遂如何区分?我们认为,合理认定本罪的既遂,必须把握本罪的保护法益以及本罪的行为构造对法益侵害的关系。首先,关于本罪的保护法益,主要有以下三种观点<sup>[14]</sup>:第一种观点认为本罪侵害的是司法机关的正常活动和刑事辩护制度,第二种观点认为本罪侵害的是司法机关的正常活动,第三种观点认为本罪侵害的是司法活动的客观公正。辩护制度也是司法机关正常活动内在的一部分,体现了同一领域的社会关系,因此,第一种观点是不合适的。而司法机关的正常活动是整个妨害司法一类罪的侵害法益,包括司法活动的客观公正,是一个范围很广的概念,并不能具体地说明本罪的保护法益。因此,我们的观点是本罪的侵害法益是司法活动的客观公正。但并不要求行为已造成了司法的不公正,只要引起了司法不公的危险即可<sup>[15]</sup>。可见,本罪是一种危险犯。以危险状态的出现作为既遂的标志。如果行为实施完毕,但危险状态并未出现,或者离危险状态的出现较远,则仍然有未遂形态存在的空间。本罪的罪名是选择性的罪名,其主要包含三类行为:毁灭证据、伪造证据、教唆证人作伪证,不同的行为方式对于司法认定中法益侵害的危险状态的出现的判断标准是不一样的。我们试提出以下标准:

对于毁灭<sup>⑭</sup>证据的行为,其行为特征是从有到无。其行为完成,而且使得证据已不能再起到证明力时,侵害司法活动客观公正的危险便成立,行为达致既遂状态。在此之前,如果由于行为人意志以外的原因停止则成立未遂;对于伪造证据的行为,其行为特征是从无到有,而且其行为本质是“骗”<sup>[16]</sup>,即欺骗司法机关使之作出错误的决定,因此只有行为人将伪造的证据出示或者提交,这时造成司法活动客观公正的危险性才成立,行为才达致既遂,在此之前是存在未遂和中止的认定空间的,而不是行为实施完毕就构成既遂<sup>[17]</sup>;对于教唆证人作伪证的行为,如果是教唆证人出庭作证,则证人出庭或者提交证人出庭的申请才构成本罪的既遂。如果只是将教唆行为实施完毕,还不能成立既遂,因为证人还有可能不接受教唆,因此还存在未遂或中止存在的空间。如果证人不出庭只是提交书面的证人证言,则认定标准与伪造证据的标准相同,因为此时证人的书面证言也是证据的一种。另外,如果辩护人只是建议被告人找一些证人作伪证,虽然是律师法所不允许的,但由于离法益侵害结果较远,危险状态并未出现,行为充其量只是出于预备的阶段,不具有可罚性<sup>[18]</sup>。

## 3. 刑法第306条追诉程序的改善

其实,在实践中不管是地方律协还是全国律协在辩护律师涉及刑法第306条的案件中已经发挥了很大的作用。他们在各权力部门奔走相告,指出司法机关的不当做法,甚至动用私人关系使案件的影响升级从而引起社会更多人的关注,为涉案的律师争取权利。但这里我们需要建立的是辩护律师由于执业行为而涉案的审查惩戒制度。

### (1) 我国律师惩戒模式的转型

我国的《律师法》和司法部颁布的《律师违法行为处罚办法》中对律师的惩戒作了明确的规定,即由司法机关实施对律师的惩戒权<sup>⑮</sup>。与此同时,全国律师代表大会通过了《中华律师协会章程》,

后全国律协常务理事会又通过了《律师协会会员处分规则》,规定了全国律师协会和地方律师协会的纪律委员会负责对律师的惩戒<sup>⑥</sup>。于是,我国有论者得出,我国目前的律师惩戒是由司法行政机关和律师协会“两结合”的模式<sup>[19]</sup>。而且,这一模式也是符合我国改革开放以来对律师业的改革精神的<sup>⑦</sup>。

但我们认为,所谓的“两结合”只是表面现象,由于法律未明确二者的职能范围,其实质上成为司法行政机关的单方管理模式。首先从法律授权上来看,司法行政机关对律师的惩戒权来自全国人民代表大会通过的《律师法》,而律师协会的惩戒权仅仅来自中华全国律师代表大会及其常务委员会制定的《中华律师协会章程》和《律师协会会员处分规则》;其次从对外效力上看,司法行政机关是政府的行政部门,其作出的惩戒决定从效力上当然高于仅仅是社会团体法人的律师协会作出的处罚决定;最后,从效果上看,律师协会的处罚如果不建立在司法行政机关的处罚之上,则没有实际意义。比如,律师协会可以取消律师的会员资格。但根据《律师法》第39条的规定,律师协会的会员资格是因具有律师执业资格而当然取得的,律师的执业证是司法行政部门授予的。所以,只要司法行政部门不吊销律师的执业证书,律师协会根本无法行使取消律师的会员资格的权力。

基于此,我们认为,对于律师的惩戒主体应该是律师协会(包括全国律师协会和地方律师协会)。这不仅是因为由律师协会实施惩戒,更能体现其专业性和有效性,而且由律师协会实施惩戒也并不违背司法部确立的改革方针和律师法的规定<sup>⑧</sup>。

## (2) 改革方案

凡是诸如辩护律师由于执业行为涉及证据的案件,与之直接对抗的检察机关不能对其采取侦查措施,若认为律师的行为不端,须向当地律协提出惩戒申请,而不能径直自行侦查,更不得对律师采取强制措施。

当地的律师协会接到申请后组织人员,包括律师、司法人员和社会学者组成专门的审查小组来审查该律师的行为是否违规,是否涉嫌犯罪。此一过程允许被审查的律师参与,并可以进行自我辩解和自我举证。

如果结果是认为该律师的行为违反了律师的职业规范,则按照《律师法》或《律师惩戒办法》实施惩罚,且该结果允许律师向上级律协申诉。如果认为该律师的行为涉嫌犯罪,则移送给上级侦查机关进行侦查。这里之所以移送至上级侦查机关侦查,是为了贯彻刑事诉讼中的回避原则,避免实践中侦查机关由于利益对立而采取对辩护律师的职业报复。

这种做法可能招致的质疑是:由律协审查涉案律师的行为,会不会导致行业的自我保护,也就是律协包庇涉案的律师?我们认为这种担心没有必要。首先,进行审查的小组并不只有律师协会的人员,还包括司法人员和学者。可见,人员的组成是多元的且是公开透明的,足以避免仅由律师发号施令的结果。其次,律师协会要想真正地维护本行业的利益,就要肃清行业内部中的违反规范者,不断培养和提高行业内部从业人员的专业和道德水平,而不是“护犊子”,相信在律师业发展了30年的今天,律师协会有这个能力承担这一重任。

注释:

- ① 刑法第306条内容:在刑事诉讼中,辩护人、诉讼代理人毁灭、伪造证据,帮助当事人毁灭、伪造证据,威胁、引诱证人违背事实改变证言或者作伪证的,处3年以下有期徒刑或者拘役;情节严重的,处3年以上7年以下有期徒刑。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。
- ② 调查数据的说明:(1)本数据是从厦门大学法学院2007、2008、2009三个年级388名在职法律硕士中进行调研而来。课题组发放了388份问卷,回收388份。(2)388名被调查者中,律师249名,公检法部门的人员95名,其他法律职业人员44名(包括政府和非政府工作人员)。(3)本调查问卷为了解法律职业人对刑法第306条的具体态度,共设计了6个选项,分别为:应废除,应修改,应保持不变,无所谓,不确定,其他。
- ③ 这样的专著和文章不少,如:王丽著《律师刑事责任比较研究》,北京:法律出版社2002年版。刘婧莉《取消律师伪证罪的原因探析》,辽宁广播电视大学学报2006年版第2期第56-57页;郑金火著《律师伪证罪与刑事辩护》,中国律师,2001年版第2期第8-10页;陈秋兰著《律师伪证罪:一个不得不说的话题》,中国律师2000年版第3期第46-48页。

- ④ “相对于民事诉讼中的原告而言,刑事诉讼中的公诉人所具有的获得胜诉的欲望,可谓有过之而无不及。”转引自陈瑞华著《程序性制裁理论》,北京:中国法制出版社,2005年版第55页。
- ⑤ 详见于宁著《关于建议最高人民法院对〈中华人民共和国刑法〉第306条作出司法解释的提案》,作为律师的“头儿”,本议案的立场可以看作是能够代表大多数律师的立场的。
- ⑥ 如云南律师王一冰。
- ⑦ 我国刑事诉讼法第18条对公安机关和检察机关的侦查案件的范围做了明文规定,检察机关只对涉及职务犯罪的案件具有侦查权,而刑法第306条并不属于这一范围,而应由公安机关侦查。
- ⑧ 我国刑事诉讼法第28条对回避的主体和理由做了明文规定,而检察机关的人员显然属于“与本案当事人有其他关系,可能影响案件公正处理的”的情形。
- ⑨ 分别是:2002年张高荣案,2002年钱丽新案,2004年蒋道财、黄小容案,2004年周怡梅案,2006年肖芳泉案。
- ⑩ 如南京律师刘健案,见陈颖青著《青年律师,作茧自缚》,载于《律师世界》,1999年版第1期第15-16页。
- ⑪ 对于诱导性询问的详细介绍,见龙宗智著《刑事庭审制度研究》,北京:中国政法大学出版社,2001年版,第294页。
- ⑫ 最高人民法院关于执行《刑事诉讼法》若干问题的解释第61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者威胁、引诱、欺骗等非法的方法取得的证人证言、被害人陈述、被告人供述,不能作为定案的根据。
- ⑬ 这个问题已被学者认识到,但并未进行深入的讨论。之所以又成为争议,则是因为李庄案。其辩护律师在辩护词中认为律师伪证罪是结果犯,李庄的行为并未造成任何妨碍司法的结果,因而不构成犯罪。而检察机关和法院则认为本罪是行为犯,只要伪证的行为作出本罪即告成立。我们认为双方关于结果犯与行为犯的争论实际上是关于律师伪证罪的既遂未遂之争。
- ⑭ 毁灭,不仅包括使证据产生物理上的损失,还包括使证据在功能上不能发挥作用。
- ⑮ 《律师法》第47条、48条、49条,《律师违法行为处罚办法》第5条。
- ⑯ 《中华律师协会章程》第30条。
- ⑰ 根据我国司法部1993年《关于深化律师工作改革方案》规定“从我国的国情和律师工作的实际出发,建立司法行政机关的行政管理与律师协会行业管理相结合的管理体制。经过一个时期的实践后,逐步向司法行政机关宏观管理下的律师协会行业管理体制过渡。”
- ⑱ 《关于深化律师工作改革方案》规定:“……经过一个时期的实践后,逐步向司法行政机关宏观管理下的律师协会行业管理体制过渡。”《律师法》第4条规定“司法行政部门依照本法对律师、律师事务所和律师协会进行监督、指导。”

#### 参考文献:

- [1] 30位人大代表提出议案:取消刑法第306条[J].中国律师,2000(5):16.
- [2] 取消刑法第306条等建议有回音[J].中国律师,2001(3):73.
- [3] 姜丽娟.律师伪证罪存废问题研究[D].兰州大学硕士学位论文,2009.7-8.
- [4] 杨金彪.辩护人、诉讼代理人毁灭、伪造证据,妨害作证罪考察[J].成都理工大学学报·社会科学版,2011,19(1):82-89.
- [5] 杨迎春.律师为何多放弃刑事辩护业务[J].中国社会导刊,2007,(7):33-34.
- [6] 张玉钊,门金玲.刑法第306条的理性解读[J].河北法学,2007(2):29-35.
- [7] 孙景仙.道德与制度的陷阱——对刑法第306条的评析[J].北京建筑工程学院学报,2004,第20卷增刊(社科版),17-20.
- [8] 王丽.律师刑事责任比较研究[M].北京:法律出版社,2002.96,101.
- [9] 刘思达.职业自主性与国家干预——西方职业社会学研究述评[J].社会学研究,2006,(1):197-221.
- [10] [美]鲁施迈耶.于霄译.律师与社会——美德两国法律职业比较研究[M].上海:三联书店,2010.1-24.
- [11] 胡康生,朗胜.中华人民共和国刑法释义[M].北京:法律出版社,2006.466.
- [12] 何秉松.刑法教科书[M].北京:中国法制出版社,1997.906.
- [13] 陈兴良.判例刑法学·下[M].北京:中国人民大学出版社,2009.508.
- [14] 黄京平.妨害证据犯罪新论[M].北京:中国人民大学出版社,2007.51-53.
- [15] 张明楷.刑法学[M].北京:法律出版社,2007.784.
- [16] 孙万怀.从李庄案看辩护人伪造证据、妨害作证罪的认定[J].法学,2010(4):22-33.
- [17] 吴占英.妨害司法罪理论与实践[M].北京:中国检察出版社,2005.48.
- [18] 李倩.李庄案与刑事辩护——考察德国刑事辩护人与被告人的关系[J].政法学刊,2010(6):71-76.
- [19] 孙建.律师惩戒职能分工改革研究[J].中国司法,2004(2):41-43.

(全文共15,764字)