伪证罪: 一个规范的语境分析

周 少 华*

内容提要: 刑法规范表达的妥当性是刑事司法活动在不逾越刑法基本原则的前提下实现刑法调控社会功能的制度性保障; 由此, 规范语言的意义应当始终指向该规范的价值目标。但是, 我国现行刑法第 305 条关于"伪证罪"的规范性描述却在一定程度上消解了伪证罪立法的价值, 这种由表达缺陷导致的价值损耗虽具有个案性质, 我们却不难从中洞见某种普遍的立法意义。规范语言是规范价值的载体, 法律之文本意义与规范意义的统一是"司法合法"的保证: 所以, 这种统一不但应当成为法律的形式化特征, 而且也是法律规范的实质性要求。

关键词: 规范语言　规范意义　刑法规范　伪证罪

毫无疑问, 伪证罪[1]立法最直接、最根本的目的就在于维护国家司法秩序和国家审判权的安全。只要对现代世界各国刑法的具体规定稍加考察, 就可以清楚地看到这一点。例如, 俄罗斯联邦刑法典将有关伪证的犯罪规定在"违反公正审判的犯罪"一章, 瑞士联邦刑法典将有关伪证的犯罪规定在"妨碍司法的重罪和轻罪"一章; 受传统观念的影响, 德国刑法典虽然将有关伪证的犯罪(分则第 9 章)规定在"金钱和有价票证的伪造"(分则第 8 章)之后, 但是, 就其具体内容来看, 伪证行为仍然是被作为妨害国家审判权的犯罪加以惩处的。受德国影响, 生效于 1908 年的日本刑法典将"伪证罪"(分则第 20 章)规定在"伪造印章罪"(分则第 19 章)之后, 但它也是一种"被解释为与国家审判作用相对的犯罪"; [2]日本法制委员会于 1974 年 9 月 24 日制成的《日本改正刑法草案》中, 将"伪证"与"稳灭证据"规定在同一章, 列于"脱逃与藏匿罪"(分则第 6 章)之后、"诬告罪"(分则第 8 章)之前, 其意昭然——尽管该草案至今未获日本国会通过, 但它对"伪证罪"的性质的认识却反映了现代刑法的主导观念。

我国 1979 年的刑法将伪证罪规定在"侵犯公民人身权利、民主权利罪"一章, 这不但与大多数国家的立法有很大的不同, 而且也表明我国旧刑法对伪证罪的性质认识不够准确。1997

---

* 西北政法学院学报编辑。

〔1〕 由于各国立法不尽相同,"伪证罪"的界定有狭义、广义之分。狭义上仅指证人在诉讼过程中的虚假陈述行为, 广义上则包括诉讼过程和其他依照法律的非诉程序中证人的虚假陈述行为、鉴定人、翻译人的虚假鉴定、虚假翻译行为以及唆使他人作伪证的行为。本文取其广义用之。

〔2〕 [日] 我妻荣主编:《新法律学辞典》, 中国政法大学出版社 1991 年版, 第 148 页。

年修改后的刑法将伪证罪作为妨害司法的犯罪调整到了“妨害社会管理秩序罪”一章, 可以说给了伪证罪一个科学的定位。但是, 仔细研究一下相关条文的具体表述, 就会有一种“新瓶装旧酒”的感觉。从形式上看, 新刑法对伪证罪的调整似乎是一个显著的进步, 然而当我们在“各从其类”的命名之后试图找寻其应有的立法价值时, 却是“草色遥看近却无”了。

我国现行刑法第 305 条规定:

“在刑事诉讼中, 证人、鉴定人、记录人、翻译人对与案件有重要关系的情节, 故意作虚假证明、鉴定、记录、翻译, 意图陷害他人或者隐匿罪证的, 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。”

本文试图通过对这一条文具体表述的深入分析, 引发一些具有普遍意义的立法理论上的思考 ——而不仅仅是个别条文的释疑补缺问题。[3]

一、伪证罪:“在刑事诉讼中”

就其性质而言, 伪证行为是对国家司法权的一种妨害。虽然在西方法律史上, 伪证罪曾经被作为伪造罪、诈骗罪的一种, 或者被看成是亵渎神灵的犯罪, 但是现代刑法理论和刑事立法普遍认为:“伪证罪保护的法益是国家的审判作用, 而不再被认为是对神的犯罪、伪造罪或者诈骗罪”。[4]

但是, 众所周知, 国家司法权的内容除了刑事审判权外, 还包括民事审判权、行政审判权以及非讼审判权。[5] 既然伪证罪立法的目的在于保护国家司法权的正常行使, 那么理所当然, 各种诉讼活动中的伪证行为都应当构成对国家司法秩序的侵犯, 也就是说, 法律应当对各种审判活动提供平等的保护。那么, 我国刑法为什么仅仅将“刑事诉讼中”的伪证行为作为犯罪对待呢? 这是否意味着在国家司法权体系中, 刑事审判权的地位比民事、行政等审判权更为重要?

其实, 无论是刑事审判, 还是民事、行政审判, 都是国家司法职能的一部分。司法制度上的审判权划分主要是由于其各自的职能有所不同, 而并不存在何者更为重要的问题。“诉讼的出现根源于统治者的一个判断。任何冲突所危及的不仅仅是权益享有者个人, 而且同时也危及到统治秩序。”[6] 包括民事领域在内的各种纠纷都意味着主体权益受到侵害时, 一定的社会利益也遭到不同程度的破坏。[7] 司法机关审判活动的根本目的是通过解决纠纷和冲突, 来维

---

〔3〕 笔者有一个基本观点, 那就是: 刑法分论的研究并不等同于个罪研究。但是, 由于目前关于刑法分则的研究文章大多遵循着“犯罪构成、罪与非罪的界限、此罪与彼罪的界限”这样一种模式化的写作方式, 或者在实践层面上纠缠于某些“不成问题的问题”, 因而人们很自然地在两者之间划上了等号。由此造成的结果是, 相当多的研究者认为, 分论研究对刑法理论建设不可能有什么贡献, 即所谓“小修小补”而已, 因而不屑于从事分论的研究。其实, 这完全是一种误解。或许, 刑法分论研究的理论意义应该从研究方法的创新中去发现。笔者并无意兜售某种自以为是的研究方法, 而是想表达这样一个看法: 分则研究的宗旨既可以是“致用”, 也可以是“求真“, 更可以是“求真“加”致用”; 也就是说, 应该提倡研究方法的多样化。分论研究并非不能获得某种普遍的价值(或曰“超越文本的意义”) ——“小修小补”之谓固然令人沮丧, 而“微言大义”又何尝不是一种令人神往的境界? 问题的根本或许在于, 大量低水平的重复性“成果”已经遮蔽了分论研究的理论意义。

〔4〕 张明楷:《外国刑法纲要》, 清华大学出版社 1999 年版, 第 767 页。

〔5〕 另外, 在西方一些国家, 违宪审查虽然也是司法权的一部分, 但由于它是直接依据宪法或宪法原则对法律、规则、命令是否违宪进行裁决的活动, 并不存在作证问题, 因而与本文论题无涉。

〔6〕 柴发邦:《体制改革与完善诉讼制度》, 中国人民大学出版社 1991 年版, 第 25 页。

〔7〕 李祖军:《关于民事诉讼目的的几个问题》, 陈光中、江伟主编:《诉讼法论丛• 第 4 卷》, 法律出版社 2000 年版, 第 298 页。

护社会秩序和恢复被破坏了的秩序关系。可见，伪证行为无论存在于刑事诉讼中，还是存在于民事诉讼或行政诉讼中，都同样会损害国家审判活动的权威性和公正性，扰乱司法活动的正常秩序，从而构成对社会利益的侵害，其行为本身也不会因为发生在不同的诉讼活动中性质会有所不同，不应区别对待。

综观世界各国立法，尤其是大陆法系国家的立法，很少有将构成伪证罪的伪证行为仅限定于刑事诉讼中的情形。例如：

日本刑法第169条和第171条分别规定"依法宣誓的证人作虚伪陈述"、"依法宣誓的鉴定人、口译人、笔译人作虚伪的鉴定、口译或者笔译的"，即构成犯罪，[8]并未限定这些行为发生于何种诉讼程序。而且，日本的判例还确认在非诉事件、惩戒案件、海难审判案件等情况下证人作虚伪陈述的，也构成伪证罪。[9]

而根据德国刑法第153、154条的规定，[10]行为人不但在法院的讯问面前虚假地陈述、虚假地宣誓会构成犯罪，而且在其他负责讯问或负责接受宣誓的机关面前进行虚假地陈述、虚假地宣誓同样会构成犯罪。

俄罗斯刑法第307条规定："一、在法庭上或在审前调查中，证人、受害人故意做虚假陈述，或鉴定人故意提供虚假鉴定结论、或翻译人员故意做不正确翻译的，处……。二、实施上述行为，同时指控他人实施严重犯罪或特别严重犯罪的，处……"[11]，可见，俄罗斯刑法并未将伪证罪限定在刑事诉讼中，而只是将刑事诉讼中的伪证行为作为加重处罚的情节加以规定。在这一点上，韩国刑法也有相似的规定。[12]

瑞士联邦刑法除了在第307条规定了证人、鉴定人、翻译人在法院程序中作错误陈述、错误鉴定、错误翻译的刑事责任外，还在第306条规定了民事诉讼中的当事人不实举证的刑事责任，[13]并在第309条明确规定上述两条的规定"同样适用于行政法院程序、仲裁程序和针对享有听证权的行政当局和官员的程序"，[14]可见在瑞士刑法中，构成伪证罪的伪证行为是十分广泛的。

在英美法系国家，普通法认为在诉讼过程中，证人若依法宣誓保证其证言真实，却仍然故意就重要争议事项提供虚伪证言，即犯伪证罪(Perjury)；如果是唆使他人作伪证，就构成教唆伪证罪(Subornati of Perjury)。《牛津法律大辞典》将"伪证罪"解释为："在刑事诉讼中，已经进行了法律宣誓的证人或译员，故意作他明知是虚假的或他不相信是真实的陈述的犯罪行为。"[15]但是，这并不能表明英美国家的刑法只处罚刑事诉讼中的伪证行为。从有的法律辞典的解释看，其并未指明构成犯罪的伪证行为必须发生在刑事诉讼中。[16]实际上，在英美国家，伪证罪

〔8〕《日本刑法典》，张明楷译，法律出版社1998年版，第55页。
〔9〕马克昌，等主编：《刑法学全书》，上海科学技术文献出版社1993年版，第43页。
〔10〕《德国刑法典》，冯军译，中国政法大学出版社2000年版，第105页。
〔11〕《俄罗斯联邦刑法典》，黄道秀等译，何秉松审订，中国法制出版社1996年版，第156页以下。
〔12〕《韩国刑法典及单行刑法》，[韩国]金永哲译，中国人民大学出版社1996年版，第26页。
〔13〕对于民事诉讼中的伪证行为，西班牙刑法也规定了明确的处罚措施。该法第329条规定："对民事案件提供虚伪证据，应处以长期监禁，并科以西币五千元个五万元之罚金。"(参见：《各国刑法汇编》，台湾司法通讯社1980年版，第1781页。此外，意大利、奥地利、法国等国刑法中，也规定了民事诉讼当事人可以成为伪证罪的主体。参见前引[9]，马克昌主编书，第743页。
〔14〕《瑞士联邦刑法典》，徐久生译，中国法制出版社1999年版，第98页以下。
〔15〕[英]戴维·M·沃克：《牛津法律大辞典》(中译本)，北京社会与科技发展研究所组织编译，光明日报出版社1988年版，第686页。
〔16〕Merriam webster's Dictionary Of Law, pp. 369. Perjury, and, pp. 187. Falsc Swraring.

也可以发生在民事诉讼中。而且, 普通法以外的制定法常规定在行政等非司法程序中, 如申报退税或请发退休金时, 行为人故意作虚伪誓言(false swearing) 的, 也构成本罪。[17]如英国《1911 年伪证罪法》规定, 在诉讼过程之外根据法律要求宣誓陈述而作了虚假陈述以及在婚姻、出生、死亡登记问题上作了虚伪陈述的, 也按照伪证罪处罚; 加拿大刑法规定, 非司法程序中的证人作虚伪陈述的, 也构成伪证罪。[18]

可以说, 国外关于伪证罪的立法中, 除了该罪是否适用于非司法程序这一点有所不同以外, 基本上都肯定了伪证罪的行为既可以发生在刑事诉讼中, 也可以发生在民事诉讼或者行政诉讼中。当然, 问题的实质并不在于国外立法如何规定, 而是说, 这种规定与伪证罪的行为性质是相适应的。

如上所述, 伪证行为本身并不会因为发生在不同的诉讼活动中而性质有所不同, 伪证罪所侵害的法益 ——国家司法权 ——也只有一个, 刑事审判权、民事审判权、行政审判权等都是其平等的组成部分。既然伪证罪立法保护的是国家司法权的整体, 那么, 对其中任何一部分的侵害也都是对国家司法权整体的侵害, 这就要求法律为其中的每一部分都提供平等的保护。事实上, 我们没有任何理由可以认为刑事审判权比国家司法权的其他部分更为重要 ——如果说有差异的话, 也只是发生在不同诉讼程序中的伪证行为其危害后果有所不同, 而不是行为性质上的差异; 并且, 它所引起的直接后果应当只是刑罚轻重的不同, 而非刑事责任的有无。笔者认为, 在非司法程序中适用伪证罪是否合理与可行, 须依各国法律传统而定, 不可一概而论。但是, 将各种司法程序中的伪证行为纳入“伪证罪”的调控范围, 在各国立法中均有相当的合理性。

把构成伪证罪的行为限定在刑事诉讼中, 无异于承认国家司法权的某些方面可以忍受伪证行为的冒犯。但是, 能够忍受这种冒犯的为什么是这一方面而不是那一方面, 不能忍受这种冒犯的又为什么是那一方面而不是这一方面, 似乎就很难找到令人信服的理由。对同样性质的行为给以不同的法律处遇, 不但有违现代法治的“平等原则”, 而且与刑法的“罪刑相适应原则”直接冲突。因此, 从伪证罪立法所保护的法益看, 无论是发生在刑事诉讼中的伪证行为, 还是发生在民事诉讼或者行政诉讼中伪证行为, 都应当属于触犯伪证罪规定的行为。

我国新刑法第 305 条规定之所以“厚此薄彼”, 主要是因为受了旧刑法的影响, 而在具体的规范设计中未能真正体现伪证罪应有的立法价值。由于旧刑法将伪证罪作为侵犯公民人身权利、民主权利的犯罪, 其立法目的主要在于保护公民的人身权利和民主权利, 而一般来说, 只有刑事诉讼中的伪证行为才会造成对公民人身权利、民主权利的侵犯 ——因为民事责任通常表现为财产责任, 因而民事诉讼中的伪证行为大多仅构成对他人财产权利的侵犯, 或者仅构成对人身权利的轻微侵犯, 当然不可能成为旧刑法伪证罪立法的关注对象; 而行政诉讼中的伪证行为虽然可能构成对公民人身权利、民主权利的侵犯, 但是, 由于我国行政诉讼法的颁布(1989 年) 远远晚于 1979 年的刑法, 在此之前行政诉讼实际上并未展开, 行政诉讼中的伪证行为当然也不可能纳入我国旧刑法伪证罪的调整范围。所以, 旧刑法将构成伪证罪的伪证行为仅限定在刑事诉讼中也就是顺理成章的事了。但是, 新刑法在对伪证罪重新进行定性后, 仍然将构成伪证罪的行为仅限定在刑事诉讼中, 就有些难以解释了。

---

〔17〕 Black’s Law Dictionary, pp. 1297. Perjury.
〔18〕 前引〔9〕。

在我国新刑法中，与作证有关的犯罪共有三个条文，即第305条、第306条和第307条。考察其具体内容可知，第306条和第307条并未对第305条的规范空缺进行填充。也就是说，刑法第305条的规范空缺成了整个刑法典的空缺——这种空缺并不意味着刑罚的节俭，而是意味着法律价值的缺损。并且，将这三个条文进行对比，就会发现它们之间的行为评价标准很不平衡，具体表现是：

其一，刑法第305条的"伪证罪"和第306条的"辩护人、诉讼代理人妨害证据罪"都被限定在刑事诉讼中，而第307条的"妨害作证罪"却适用于刑事、民事、行政等各种诉讼程序。[19] 根据第307条的规定，"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"（第1款），以及"帮助当事人毁灭、伪造证据，情节严重的"（第2款），即构成妨害作证罪，而不论这些行为发生在何种诉讼程序中。就危害性程度来说，伪证行为的危害性显然要大于阻止证人作证、指使他人作伪证和帮助当事人毁灭、伪造证据等行为；但是，刑法的现行规定却作出了相反的评价：如果上述行为发生于民事诉讼和行政诉讼中，危害程度相对较轻的后几种行为被法律视为犯罪，而危害程度更为严重的前一种行为却被排除在犯罪行为之外。

问题也就由此产生：指使他人在民事诉讼和行政诉讼中作伪证将构成犯罪，而自己"亲自"在民事诉讼和行政诉讼中作伪证却不会构成犯罪。这样的法律客观上似乎是在鼓励人们，对于作伪证这样的事情，您最好"亲自出马，勿劳他人"。——立法者当然不是这个意思，但笔者也并非在此故作调侃之语；只要对上述三个条文稍加研究，具有正常逻辑思维的任何人都会遭遇同样的莫名和惊诧。有时候，法律的荒谬就是这样的出乎人意之外！

其二，刑法第306条"辩护人、诉讼代理人妨害证据罪"的犯罪主体是辩护人和诉讼代理人，而根据《中华人民共和国刑事诉讼法》第40条的规定，刑事审判中的诉讼代理人是指公诉案件被害人的诉讼代理人、自诉案件自诉人的诉讼代理人以及附带民事诉讼当事人的诉讼代理人。如果说自诉案件自诉人的诉讼代理人参与刑事诉讼还具有"代理自诉人对犯罪人进行控诉"的性质的话，那么公诉案件被害人的诉讼代理人和附带民事诉讼当事人的诉讼代理人参加到刑事诉讼当中来，则主要是为了维护其委托人的合法权益，其行为的性质与辩护人完全不同。尤其是在附带民事诉讼中，双方当事人的诉讼代理人"行使与其在一般民事诉讼中同样的职能"，[20] 这就表明了附带民事诉讼的"民事诉讼"性质；而且，附带民事诉讼虽然原则上应当与刑事案件一并审判，但根据法律规定，某些情况下也可以由同一审判组织另行审理（刑诉法第78条）。可见，附带民事诉讼和与其相关的刑事诉讼实际上是两个性质不同的诉，附带民事诉讼除了具有一定的依附性外，与一般民事诉讼并无其他实质区别。这就同样产生一个矛盾：附带民事诉讼的诉讼代理人实施"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"的行为，会构成犯罪，而在一般民事诉讼中，代理人实施这些行为则不会构成犯罪——这显然是对相同行为采取了不同的法律评价。

法律对行为评价上的这种失衡，恰恰说明立法者对于妨害作证（刑法第307条）的行为的性质有着清醒的认识：这种行为无论是发生在刑事诉讼中，还是发生在民事诉讼或者行政诉讼中，其性质和危害性都是相同的。相比之下，对于伪证行为（刑法第305条），因发生的场合不

〔19〕 有人甚至认为，依字面意思理解，刑法第307条也适用于仲裁程序（参见侯国云、白岫云：《新刑法疑难问题解析与适用》，中国检察出版社1998年版，第324页）。但是，笔者认为，第307条的"妨害作证罪"既然是妨害司法的犯罪，就不应扩人适用于非司法程序。

〔20〕 参见樊崇义主编：《刑事诉讼法学》，中国政法大学出版社1998年修订版，第139页。

同而给予不同的评价,就显得缺乏应有的理性。其实,只要取消刑法第 305 条和 306 条“在刑事诉讼中”的条件限制,法律评价上的不平衡自然就会消除。当然,这一修改建议的目的并不仅仅在于求得法律条文之间的相互协调,而是着眼于证据类犯罪的性质,力求使相应法律规范的应然功能得到全面实现。

二、伪证罪:“意图陷害他人或者隐匿罪证”

虽然有个别国家的刑法中规定了过失的伪证犯罪,[21] 但就大多数国家而言,伪证罪都是一种故意犯罪,且只能是直接故意。同时,有些国家的刑法还要求行为人必须具有特定的犯罪意图,如加拿大刑法规定,伪证罪的行为人必须具有导致审判错误的意图。

我国刑法第 305 条对伪证罪犯罪故意内容的规定是:“意图陷害他人或者隐匿罪证”。可见,立法者实际上是将不利于他人(被追诉者)的伪证行为的犯罪意图一律推定为“陷害他人”,而将有利于他人的伪证行为的犯罪意图统一规定为“隐匿罪证”。笔者认为,这不符合伪证罪的本质和特征。

首先,伪证罪的行为人是否具有“陷害他人”的意图,并不影响行为的性质。因为行为人故意作不利于他人的虚假证明、鉴定、记录、翻译,其动机可以是各种各样的,比如在被人贿买的情况下可能是出于贪财,在受人威胁的情况下则可能是为了避免自己或家人遭受不法侵害。此时,行为人对于“陷害他人”只具有间接的故意,而我国刑法中的伪证罪却是一种直接故意犯罪,这说明“陷害他人”不一定是伪证罪犯罪故意的内容。虽然不利于被告的伪证行为客观上都会引起他人被错误追究的危险,但不能说这种结果的出现就一定是行为人的“意图”。其实,在伪证罪中,只有“作虚假证明、鉴定、记录、翻译”的故意是确定无疑的,至于故意的内容是否是“陷害他人”,则不能一概而论。何况,行为人只要明知自己所作的证明、鉴定、记录、翻译是虚假的,则无论是为了贪财或避免自己和家人遭受不法侵害,还是出于陷害他人的意图,都会对司法机关的审判安全构成威胁,其行为并无实质的不同,因而法律没有理由在是否构成犯罪上对它们区别对待。

其次,所谓“罪证”,应该是指与犯罪有关的证据;所谓“隐匿罪证”,是指“明知是罪证而予以隐藏不向司法机关提供”。[22] 这样一来,将“隐匿罪证”规定为伪证罪的犯罪故意内容之一,实际上就等于在刑法第 305 条规定中包含了这样一个判断,即:作伪证(作虚假证明、鉴定、记录、翻译)的意图是隐匿罪证。

这显然是一个虚假的判断!

因为,“作伪证”是“明知是虚假的证明、鉴定、记录、翻译而予以提供的行为”,而“隐匿罪证”则是“明知是真实的犯罪证据而隐瞒、藏匿不予提供的行为”。这两种行为侵害的都是司法机关的审判活动秩序,具有一定的相关性,虽然还不是“风马牛不相及”,但它们毕竟是两种不同的行为。包含在刑法第 305 条的上述判断其实是在“自证其误”,它的通俗版可以表达为:“牛”就是“马”。我们不难看出其中的盲目和武断。

由我国刑法的规定看,伪证罪的主观方面只能是直接故意,而犯罪目的(意图)与直接故意

〔21〕 例如,德国刑法第 163 条就规定了对“过失的虚假的宣誓”和“过失的虚假的代替宣誓的保证”行为的处罚。
〔22〕 陈兴良:《刑法疏议》,中国人民公安大学出版社 1997 年版,第 487 页。

的关系表现为："犯罪目的是直接故意的固有因素。直接故意的希望意志就是以犯罪目的为内容，脱离了犯罪目的，直接故意就丧失了存在的核心。"[23] 在证据类犯罪中，"作伪证"和"隐匿罪证"都是其中的方法行为，其目的都可以是"使刑事被告人获得不应有的宽大"，但它们却不能互为目的与方法。也就是说，"隐匿罪证"不可能成为作伪证的故意内容，"作伪证"也不可能成为隐匿罪证的方法行为。否则，相应的法律规范势必陷入概念循环的逻辑怪圈。犯罪目的的"实质是追求已认识到的危害社会的结果"，[24]所谓"结果"应该是某种事实状态，而不应该是犯罪实行行为之外的另一个行为。作为一种行为而非事实状态，"隐匿罪证"与"作伪证"都不过是追求结果的方法，它们都不能成为结果本身。所以，就有利于被追诉者的伪证行为而言，其犯罪故意的内容只能是"使犯罪人逃脱罪责或者减轻罪责"，而不可能是"隐匿罪证"。

最后，从伪证罪的性质来看，它所保护的法益是国家审判权的安全，而刑法第305条所要求的特定犯罪意图并未体现这一价值倾向。比如，"意图隐匿罪证"的要求，让我们在伪证罪立法中看到了包庇罪的影子；而"意图陷害他人"在客观上又向我们传达了这样的信息：伪证罪惩罚的是通过作伪证而陷害他人的行为，行为禁止性规范，可以将其理解为"不得陷害他人"。可见，我国新刑法虽然将伪证罪归入妨害司法的犯罪，但其保护功能却仍然停留在旧刑法的基础上。尽管伪证罪条款的适用客观上肯定能起到维护司法秩序的效果，我们却不能认为法律规范本身就表达了对这一效果的追求。

那么，刑法第305条的"规范表达"体现了怎样的价值确认呢？笔者认为，"意图陷害他人"的要求，实际上是着眼于对公司人身权利、民主权利的保护，它所体现的法律价值虽然也是伪证罪立法的目标之一，但并非主要目标。众所周知，犯罪的性质是由它所侵害的客体决定的，"犯罪行为侵害的客体不同，表明其危害的具体社会关系种类的差别，也就决定了犯罪在性质上的不同。"[25] 对于复杂客体的犯罪，其性质取决于它所侵犯的主要直接客体的性质。我国刑法正是以此为据对不同犯罪作出区分的。具体到伪证罪，它所侵犯的主要直接客体是国家司法机关的审判完全，而并非公民的人身权利和民主权利。所以，伪证罪立法应当突出对司法权的保护，并将这一价值倾向表达在法律规范的具体表述之中，以与该罪的性质相适应。要求伪证罪的行为人具有"陷害他人"的意图，不但偏离了该罪的立法目标，也不符合主客观相统一原则。至于"意图隐匿罪证"的要求，虽然与伪证罪的立法价值并不冲突，但它仅仅着眼于对国家司法权中的"刑罚权"的保护，而不是对国家司法权整体的保护，因而也不能全面反映伪证罪的性质。刑法第305条规定的特定犯罪意图，使得这一规范在一定程度上担当了诬告罪和包庇罪的功能，与此同时，削弱了伪证罪自身的功能。

需要说明的是，上述分析仍然是以伪证罪适用于"刑事诉讼中"为基础所作的讨论，因而还没有触及刑法第305条关于特定犯罪意图之规定的根本缺陷。事实上，正是由于刑法将伪证罪限定在刑事诉讼中，立法者才顺其自然地将犯罪意图规定为"陷害他人或者隐匿罪证"。本文第一部分的论述已经表明，伪证罪依其性质应当同样适用于民事诉讼和行政诉讼，如果未来的立法取消伪证罪仅适用于刑事诉讼的限制条件，那么现有的关于特定犯罪意图的规定也就会完全丧失存在的必要。其实，从伪证罪的特点看，即使仅适用于刑事诉讼中，刑法也只须表明伪证行为是出于故意即可，而没有必要再规定故意的内容，即不必要求行为人有特定的犯罪

〔23〕〔24〕 中国刑法词典编委会：《中国刑法词典》，学林出版社1989年版，第206页。
〔25〕 苏惠渔主编：《刑法学》，中国政法大学出版社1997年修订版，第103页。

意图。如果说行为人必须具有某种意图的话,其内容也只能是“意图误导审判”,而不应该是其它。

从国外的立法情况看,大多数国家的刑法并不要求伪证罪的行为人须有特定的犯罪意图,如德国、日本、瑞士等:有些国家虽然规定了以陷害他人为目的的情况,但只是将其作为加重处罚的情节来规定的,而不是作为伪证罪的法定犯罪意图,如韩国、俄罗斯等国即是:〔26〕还有些国家如加拿大,将伪证罪所要求的特定犯罪目的规定为“意图误导(司法)”。〔27〕笔者认为,对伪证罪不规定特定的犯罪意图,或者像加拿大那样将其规定为“意图误导司法”,都是比较可取的做法。“意图误导审判”不但与伪证行为具有内在的一致性,而且可以表征基于各种动机、怀有各种目的、发生于各种场合的伪证行为之主观方面。相反,“陷害他人或者隐匿罪证”的法定要求,不但与伪证罪的客观方面不相统一,而且在一定程度上消解了伪证罪立法的价值。

上述问题的存在并不意味着立法者对伪证罪的性质认识不够,新刑法将伪证罪由原来的“侵犯公民人身权利、民主权利罪”一章调整到“妨害社会管理秩序罪”一章,作为妨害司法的犯罪加以规定,就说明立法者对伪证罪的性质是有所认识的。或许,规范表达上的欠缺才是造成上述问题的真正原因。法律的价值目标落实到具体的规范中,就是通常所说的立法意图,而立法者的意图如果并没有通过构成法律规范的文字传达出来,并且对这种意图的推断又得不到基本的法律原则支持,那么司法机关在适用法律时,只能认为立法者无此立法意图。所以,规范表达的欠缺往往直接导致法律规范自身功能的弱化和价值的丧失。

三、伪证罪:“故意作虚假的记录”

我国刑法将伪证罪的主体规定为刑事诉讼中的“证人、鉴定人、记录人、翻译人”,相应地,构成伪证罪的行为表现为“证人故意作虚假的证明”、“鉴定人故意作虚假的鉴定”、“记录人故意作虚假的记录”以及“翻译人故意作虚假的翻译”。

笔者认为,证人、鉴定人、翻译人故意所为的虚假的证明、鉴定、翻译行为毫无疑问属于伪证行为;但是,记录人的虚假记录行为则不具有“伪证”的性质,也就是说,记录人不应成为伪证罪的犯罪主体。理由在于:

第一,根据我国三大诉讼法的规定,证人、鉴定人、翻译人都属于诉讼参加人,他们参加诉讼的目的既不同于当事人,更不同于司法机关。具体地说,证人、鉴定人、翻译人参加到诉讼中来,既不是为了维护自己的利益,也不是一种法律上的职务行为,而仅仅是(基于其对案件事实的了解或具有某种专门知识)向司法机关证明案件事实,协助司法机关查明案情。在诉讼过程中,证人所作的证明(口头证言或书面证言)、鉴定人所作的鉴定结论,都是法律明文规定的证据种类,可以直接用以对案件事实作出判断。翻译人的翻译成果虽然不是独立的证据种类,但是从翻译人在诉讼中的作用看,其活动实际上是一种将证据资料(当事人陈述和辩解、证人证言、书证等)在不同语言文本之间进行转换的行为,是以其语言知识“鉴证”,证据资料内容的活动,其意义类似于鉴定人对不以语言为内容的其它证据的鉴定,因而翻译也具有“作证”的性

〔26〕 韩国刑法第 152 条在第 1 款规定了一般伪证罪的法定刑,在第 2 款规定了适用于刑事、惩戒案件中的“以陷害被告人、犯罪嫌疑人或者惩戒事件嫌疑人为目的”的谋害伪证罪的法定刑。俄罗斯刑法第 307 条第 2 款规定,针对实施该条第 1 款之伪证行为“同时指控他人实施严重犯罪或特别严重犯罪的”行为人,设置了加重的法定刑。

〔27〕 加拿大刑法第 131 条。见卞建林等译:《加拿人刑事法典》,中国政法大学出版社 1999 年版,第 100 页。

质。当然，翻译人在诉讼中也负责非证据内容的翻译，比如向刑事被告人翻译控诉机关的指控、讯问人员的讯问、审判人员的提问，向证人翻译司法机关的权利义务告知和提问等，但是，翻译人对这些内容故意作虚假翻译，导致的结果往往是使当事人或证人作出错误的反应，从而形成错误的陈述、证言等虚假证据，这种行为的主观心理似乎也只能是误导审判，同样具有典型的"伪证"性质。相比之下，记录人记录行为的性质迥然不同。

人民法院组织法第40条规定："各级人民法院设书记员，担任审判庭的记录工作并办理有关审判的其他事项。"人民检察院组织法第27条规定："各级人民检察院设助理检察员和书记员若干人。……书记员办理案件的记录工作和有关事项。"这些规定一方面表明记录人员（书记员）是司法机关的工作人员，另一方面表明诉讼过程中的记录事项不可能由司法机关以外的人承担。可见，记录人在诉讼中的记录活动实际上是司法工作人员的一种职务行为。更何况，在程序意识普遍比较淡薄的现实条件下，司法实践中还存在大量审判人员"自审自记"以及书记员"参与"审判〔28〕的情形。就记录行为的性质来说，它是司法专职工作人员记载案件审理过程的一种活动，而且它是对案件审理全过程的客观记录，而并不是形成证据材料的活动，这种行为显然不具有作证的意义。因而，虚假记录也就不具有"伪证"的性质。

第二，从行为的危害性来看，虚假证明、虚假鉴定、虚假翻译行为是对国家司法权安全的侵犯；而记录人故意作虚假记录，虽然也是妨害司法权的行为，但是这种行为是由国家司法机关工作人员利用职务上的便利实施的。就行为方式来说，伪证行为是发生在诉讼过程中的虚假陈述、虚假鉴定、虚假翻译的行为；而虚假的记录一般不可能发生在正常的诉讼活动中，因为询问笔录、讯问笔录、庭审记录必须经被询问人、当事人阅读或听读并承认无误后进行签字，庭审记录还必须由审判人员签名，所以诉讼程序中发生虚假记录的可能性不大。更多情况下，虚假记录是记录人利用其职务（司法工作人员的身份）之便，私下涂改、删节、增加记录或者伪造记录，是将本是真实的证据进行篡改。可见，虚假证明、虚假鉴定、虚假翻译等行为是直接产生虚假证据的行为，而虚假记录却不是直接形成虚假证据的行为，而是毁灭、伪造证据的行为。

第三，从国外的立法情况看，伪证罪的主体均不包括记录人在内。日本刑法第169条和第171条分别规定"依法宣誓的证人作虚伪陈述"、"依法宣誓的鉴定人、口译人、笔译人作虚伪的鉴定、口译或者笔译的"，构成伪证罪；〔29〕可见在日本，伪证罪的主体仅限于依法宣誓的证人、鉴定人、口译人和笔译人。瑞士刑法、韩国刑法中，伪证罪的主体也只包括证人、鉴定人和翻译人三类；〔30〕俄罗斯刑法除了规定上述三类人可以实施伪证犯罪以外，还认为"受害人故意做虚假陈述"也构成伪证罪，〔31〕从而扩大了伪证罪的主体范围，但是这种扩大仍然没有逾越伪证罪的性质。〔32〕国外刑法普遍未将记录人纳入伪证罪的主体范围并非出于偶然，这一事实本身恰恰可以说明，各国刑法并不认同虚假记录行为具有"伪证"的性质。

---

〔28〕当然，书记员在诉讼中担任记录工作本身也是一种参与。但是，此处所说的"参与"是指司法实践中，尤其是在简单的民事案件中，书记员常常超越自己的职责范围，充当审判人员的角色，如向当事人发问、与审判人员商议案情等。

〔29〕前引〔8〕。

〔30〕参见前引〔11〕，〔12〕。

〔31〕参见《俄罗斯联邦刑法典》第307条。

〔32〕笔者认为，受害人可以成为伪证罪的犯罪主体。就刑事被害人而言，其在刑事诉讼中具有明显的证人身份；而对于民事受害人，作为当事人一方，其对案件事实所作的单纯的虚假陈述虽然不应受刑法的荷责，但是其故意使用虚假证据的行为却构成伪证罪。关于这一问题以及伪证罪可能的（应然的）主体范围，笔者将另外撰文详加讨论。

那么,虚假记录行为能否构成犯罪呢? 如果能,又构成何种犯罪?

有人认为,虚假记录是司法工作人员的渎职行为,应构成徇私枉法罪,因为刑法第 399 条“司法工作人员徇私枉法、徇情枉法,对明知是无罪的人而使他受追诉、对明知是有罪的人而故意包庇不使他受追诉……”的规定,完全能涵盖记录人做虚假记录的情况。[32] 这一观点的持有者虽然认识到了记录人不应成为伪证罪的主体,但是,其所得出的结论——记录人做虚假记录的行为构成徇私枉法罪——却是值得怀疑的。

笔者的看法是:虚假记录行为可以构成犯罪,但是并非构成徇私枉法罪。

根据刑法第 399 条的规定,徇私枉法罪是指“司法工作人员徇私枉法、徇情枉法,对明知是无罪的人而使他受追诉、对明知是有罪的人而故意包庇不使他受追诉,或者在刑事审判活动中故意违背事实和法律作枉法裁判的”行为。记录人(书记员)虽然也是司法机关工作人员,但是此“司法机关工作人员”并非彼“司法工作人员”。刑法第 399 条中的“司法工作人员”实际上是指审判人员和刑事诉讼中的侦察人员、检察人员,因为只有这些掌握侦察权、起诉权、裁判权的人员,才能实施上述行为。而记录人则不可能实施这些行为。一方面,记录人不是任何审判组织的组成人员,其不能行使案件的裁判权,从而也不可能“违背事实和法律作枉法裁判”。另一方面,在刑事案件的侦察、起诉阶段,检察机关办理案件的记录工作由专职书记员担任,书记员不能行使检察权,从而也不可能“对明知是无罪的人而使他受追诉、对明知是有罪的人而故意包庇不使他受追诉”:公安机关在询问证人、讯问犯罪嫌疑人的侦察活动中,虽然可以由两名以上侦察人员共同进行,并由其中一人作记录,但此时担任记录工作的人,其身份是侦察人员而不是“记录人”。可见,记录人不是徇私枉法罪的犯罪主体,虚假记录行为虽然可能导致错误的判决,但是它与司法人员故意所为的错误追诉、错误不追诉、枉法裁判等徇私枉法行为仍然有着本质的区别。

如上所言,虚假记录实际上是一种毁灭、伪造证据的行为。因为在诉讼程序中,当事人陈述、证人证言等一经作出,就成为一种客观存在的东西,记录人的记录活动只是起到将其以某种物质形式固定下来的作用,即,记录只是固定证据的活动,而并不是形成证据的活动。相应地,虚假记录也就是记录人在固定证据的过程中,对已有证据进行篡改的行为。如果构成犯罪的话,这种行为也应当是构成妨害证据的犯罪,而不应是伪证罪或者徇私枉法罪。

需要指出的是,我国刑法第 307 条规定的“妨害证据罪”虽然包含了“毁灭、伪造证据”的行为,并且犯罪主体可以是“司法工作人员”,但是这种“毁灭、伪造证据”的行为仅指“帮助当事人毁灭、伪造证据”;而虚假记录除了可以是“帮助当事人”,还可以是损害当事人,因而记录人的虚假记录行为尽管符合妨害证据罪的特征,却不能完全适用刑法第 307 条的规定。所以说,要将记录人的虚假记录行为以妨害证据罪定罪处罚,还必须对刑法第 307 条进行改造,这种连锁反应显然是我们所不愿意看到的,它使问题已经复杂到无法在司法实践中予以纠正(因为它有赖于立法机关立法程序的启动),而只能停留于学理上的探讨——这或许是法律自身的遗憾,但却是法学研究的契机,因为弥合现实与理想之间的差距,正是理论研究之真义所在。

〔32〕 闵春雷:《伪证罪主体研究》,《国家检察官学院学报》2001 年第 2 期。

四、法边余墨：规范表达与价值确认

本文对刑法第305条所作的分析，其目的并不是为了对伪证罪条款的司法适用有所“指导”——对实践略有“启迪”已是甚幸之事，“指导”之类则不敢奢求。[34] 事实上，笔者所关注的是“一定价值判断下的规范表达”这一问题，因而，本文虽然立足于法律文本的具体“表达”，却并不想就事论事，而试图在此基础上走得更远一些。

马克思主义经典作家认为，“法律是肯定的、明确的、普遍的规范”，[35] 这一论断被认为是对法律的技术性特征的科学描述。然而，在法制文明的历史演进中，人们也已经认识到，法律在给社会带来安全、自由、效率等价值的同时，也具有不合目的性、不周延性、模糊性和滞后性等局限。[36] 成文法固有的这些局限使得法律的文本意义或多或少脱离其立法意图的情况成为不可避免；正因为如此，才更需要通过各种立法技术手段来抵抗这种文本意义对法律精神和规范价值的背离。当然，无论多么高明的立法者也不可能凭借单纯的技术手段制订出完美无缺的法律，“法典万能”从来就只是一个神话；但是，消除立法技术上能够避免的缺陷，却是我们不应放弃的目标。

我国在1997年修订刑法时，只是对“伪证罪”的归类进行了调整，而对于陔罪的法律条文，却基本上沿用了旧刑法原有的表述。[37] 这不能不让人产生疑问：在语言表述不变的情况下，法律规范之实质意义的改变是可能的吗？

或许，“一种共识、各自表述”是可能的，但是“同一表述、各有见解”却是面目可疑的。语言作为社会文化和人类情感的历史性积淀，其意义具有相对的确定性；就成文法而言，它所使用的词语大多也是日常生活中的词语，尽管它们往往与日常生活中的词语含义不同，但它们作为法律用语的特定含义仍然是很确定的。正如川岛武宜所言：“那些日常用语一旦成了法律用语，它们的含义就被特定化了。”[38] 所谓“特定化”一方面表明了法律用语与日常用语的相互关系，另一方面就是指法律用语具有各自特定的含义，不可任意解释。所以，语言是法律规范意义的基础。当某一规范的价值目标被确定之后，规范表达就具有了至为重要的意义。因为法律的确定性要求法律语言必须尽可能地消除歧义，同时准确无误地传达法律的规范意义。表达上的欠缺所造成的后果往往不只是法律适用上的障碍，更可能是法律价值的水土流失。

作为一种社会调整手段，法律规范的首要功能是价值的选择和确认功能，在此基础上，其行为指引功能、社会保护功能才可以有效实现。而价值的选择和确认有赖于规范的表达，因为在各种实践的场合，法律的意义需要根据法律规范的语言来确定，而不能只根据某种应然的价值去推断所谓“隐藏在法律背后的立法者的意图”。控制论的创始人罗伯特·维纳甚至将法律看作是一种“语言的道德控制”，并指出“当这个规范处在某种权威有力控制之下，足以使其产

〔34〕 窃以为，“指导实践”这样的目的对法学研究而言，是一种极高的追求，它既非轻率可为之事，更非像许多研究者认为的那样，是对自己研究成果理论高度的一种降低。

〔35〕《马克思、恩格斯全集》，第1卷，人民出版社1964年版，第71页。

〔36〕 徐国栋：《民法基本原则解释》，中国政法大学出版社1992年版，第134页。

〔37〕 新刑法第305条是由旧刑法第148条修改而来。修改之处有两点：(1)将原来的“在侦察、审判中”改为“在刑事诉讼中”；(2)调整了法定刑。由于“侦察”只存在于刑事诉讼中，并且旧刑法将伪证罪设置在“侵犯公民人身权利、民主权利罪”一章，因而可以认为旧刑法中的伪证罪具实也是只适用于刑事诉讼中的。可见，与旧刑法相比，新刑法伪证罪条款的具体表述并没有实质性的改变。

〔38〕 [日]川岛武宜：《现代化与法》，王志安等译，中国政法大学出版社1994年版，第256页。

生有效的社会制裁时, 更可以这样看”。[39] 无须对维纳的理论做更深的了解, 我们已经不难从中窥见语言对于法律规范的意义。

事实上, 法律的创制与解释活动对语言都有一种必然的依赖。无论是按照“主观解释论”的观点去探求“立法者原意”, 还是按照“客观解释论”的观点去“自由发现活法”, 解释者都必须在一定程度上尊重法律之客观外在意思, 而不可能完全脱离具体的文本任意进行解释。尤其是在刑法领域, 更应尊重法律条文的字面含义, 超越文本意义的解释应受到严格限制, 这是现代刑事法治的基本要求。因为要在刑法解释和司法实践中体现罪行法定原则, “就必须关注解释是否从文本(刑法规范)的文义入手这一根本性问题: 在文义范围内进行的解释符合罪刑法定原则; 反之则不然。”[40]

语言是思想的载体, “作为一个普遍的规律, 必须认为任何规范一旦得到清楚的理解, 就总是能用语言表述”。[41] 所以, 对于立法者而言, “立法意图”应当尽可能地表达在规范之中; 司法实践中的法律解释活动虽然不可避免, 但是, 立法者对于司法机关却不能盲目地信赖。语言手段对于立法者而言是一种权力, 不能不十分谨慎地使用。具体到刑法领域而言, 可以说, 规范表达的妥当性是刑事司法活动在不逾越刑法基本原则的前提下实现刑法调控社会功能的制度性保障。

那么, 在一定的价值判断之下, 某一规范表达的基本要求是什么呢? 以本文所考察的刑法的分则性规范为例, 笔者认为, 至少应当注意以下几个方面:

(1) 规范表达的准确性, 即规范语言对行为模式及其主客观要件的描述应当符合行为的性质和特征, 这样才能保证法律的规范意义指向预期的价值目标;

(2) 规范表达的周全性, 即法定的主体范围、行为范围应当无所遗漏, 否则该规范的社会调整功能就不能充分实现, 造成法律资源的原始性浪费, 同时还可能导致相同性质的行为在刑法上得到不同的评价, 从而损害刑法的权威;

(3) 规范表达的适度性, 即规范语言的使用不应过剩, 否则就可能造成该规范调整范围不适当的扩大或缩小, 其结果要么是将属于该规范调整的行为排除在该规范之外, 要么是将应当由其它规范调整的行为纳入该规范的统摄之下, 或者将非罪行为纳入该规范;

(4) 规范表达的合逻辑性, 即规范语言的意义应当指向该规范的价值目标, 遵循各种刑法解释原则的文本阐释应当与规范的制度意义具有当然的一致性, 否则就可能出现合理的解释结论却背离立法初衷的尴尬局面, 使司法机关在适用该规范时很难平衡立法意图和罪刑法定原则之间的关系。

对规范表达的苛求, 其意义在于: 力求法律条文之文本意义(字面含义)与规范意义(立法精神)的高度统一。只有这样, 才能保证司法机关在“以法律为准绳”的时候, 也就同时实现了法律自身的追求, 使法律的精神在司法过程中得以“保真”; 相反, 如果法律本身存在缺陷, “以法律为准绳”的司法活动就有可能不符合“立法意图”。法律文本对解释主体的限制, 实际上也就是立法权对司法权的限制; 规范表达的最终目标就是要使法官眼中的法律与立法者眼中的法律是同一个法律。这不但是法制统一性的要求, 也是法律权威性的体现。

在新、旧两部刑法典中, 立法者对伪证罪性质的界定完全不同, 其立法价值(保护的法益)

〔39〕 参见[美] 罗伯特• 维纳:《人有人的用处——控制论与社会》, 商务印书馆 1989 年版, 第 83 页。
〔40〕 陈兴良、周光权:《刑法司法解释的限度》,《法学》1997 年第 3 期。
〔41〕 [英] 麦考密克、[奥] 魏因贝格尔:《制度法论》, 周叶谦译, 中国政法大学山版社 1994 年版, 第 44 页。

当然也会有所不同。法律在对这一犯罪的性质重新进行确认时，本来应当对相应的法律条文重新进行设计，而新刑法却照搬了原有的表述，使得伪证罪的修改只具有形式意义上的进步。用旧的规范构造来承载新的规范价值，必然是勉为其难。我国刑法对伪证罪的修改，或多或少折射出了立法活动对于规范表达意义的忽视。而本文上述分析的全部目的，即在于唤起对一问题的注意。

Abstract: The appropriateness of the expression of criminal norm is an institutional guarantee for the realization of social regulatory function of the criminal law under the condition that criminal justice activities do not depart from the basic principles of the criminal law. Therefore, the meaning of normative language should always be directed to the value objective of the norm. However, the normative description of the crime of perjury in article 305 of the current Criminal Law has to some certain extent undermined the legislative value the crime of perjury. Although the loss of value caused by the descriptive defects is of an individual nature, we can easily see from it certain universal legislative significance. Normative language is the carrier of normative value. The Integration of the textual meaning and normative meaning of the law is the guarantee of "judicial legitimacy". Therefore, such integration should be seen not only as the formal character of the law, but also the substantive requirement of the legal norm.