

犯罪形态

研究系列

4

涉讼犯罪论

杨佩正 著

中国检察出版社

涉 讼 犯 罪 论

杨佩正 著

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

涉讼犯罪论/杨佩正著. —北京: 中国检察出版社, 2007. 3
(犯罪形态研究系列)

ISBN 978 - 7 - 80185 - 710 - 1

I. 涉… II. 杨… III. 诉讼—犯罪—研究 IV. D917

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 027693 号

涉讼犯罪论

杨佩正 著

出 版 人: 袁其国

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区鲁谷西路 5 号 (100040)

网 址: 中国检察出版社 (www. zgjccbs. com)

电子邮箱: zgjccbs@ vip. sina. com

电 话: (010)68639243(编辑) 68650015(发行) 68650029(邮购)

经 销: 新华书店

印 刷: 保定市中华美凯印刷有限公司

开 本: A5

印 张: 7.625 印张

字 数: 204 千字

版 次: 2007 年 4 月第一版 2007 年 4 月第一次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 80185 - 710 - 1/D · 1686

定 价: 20.00 元

检察版图书, 版权所有, 侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

《犯罪形态研究系列》丛书编辑委员会

总 主 编：吴 振 兴

副总主编：张明楷 陈兴良

编 委：刘明祥 李 洁 张 旭

张明楷 陈兴良 陈忠林

吴振兴 邱兴隆 谢望原

曲新久

总 序

犯罪形态是刑法理论中重大而深邃的研究课题，其研究状况不仅能够反映刑法理论的发展程度，而且往往直接关涉司法实践中刑事个案的法律适用。犯罪形态的研究虽然颇为重要，理论界也给予了一定的关注，但在研究范围上尚未充分展开，理论内容上除少数犯罪形态研究较为深入而外，大多还比较薄弱，有相当数量的犯罪形态甚至还没有进入研究视野。特别值得提出的是，犯罪形态究竟意指何物，学术界亦未作深入探讨。这就为犯罪形态的研究提供了很大的空间。

所谓“形态”，在汉语语义上是指事物的存在状态或者存在形式。而犯罪形态，简单说来可以理解为犯罪的样态或者存在类型，它可以是行为类型，如自手犯、不作为犯；也可以是结果类型，如结果犯、危险犯；还可以是罪过类型，如过失犯、故意犯；可以是停止类型，如中止犯、未遂犯；也可以是共犯类型，如必要共犯、片面共犯；还可以是罪数类型，如想象竞合犯、结果加重犯；如此等等，不一而足。

然而，对于犯罪形态的定义不应只停留在简单的字面意义上，而应以犯罪构成为中心来认识犯罪形态。从这样一个前提出发，我们认为犯罪形态的严格含义，是与定罪量刑有关的犯罪构成特定特征的类型化样态。它既不是刑法分则规定的个罪，也不

是任何法定类罪（如金融诈骗罪）或者学理类罪（如货币犯罪），而是根据一定的标准对具有特定共性的犯罪进行相应概括形成的样态类型。它既是各种具体犯罪的抽象和升华，又是刑法一般原理的深入和展开，是犯罪总论与各论错综交织、有机结合、样态繁复的结晶体。

犯罪形态在研究范围上是相当广泛的。大陆法系的刑法理论中几乎已经约定俗成的就有几十种。这些犯罪形态中大多是常见的，而且如前所述国内有些学者对有的常见性犯罪形态已有了较深入的研究，本《丛书》中收集的大多是关于常见性犯罪形态的研究。还有少部分犯罪形态，国内外刑法学界研究较弱，如以是否危及国家安全为标准而划分的国事犯、混合犯等；以行为入主观心理状态为标准而划分的倾向犯、表现犯等。本《丛书》虽有部分非常见性犯罪形态的研究论著，但数量较少，如不能未遂犯、复行为犯的研究。这固然与国内外的理论研究现状有关，也因有的犯罪形态作为研究论著尚嫌题目过小。除此而外，本《丛书》中还有一定数量的论著，是以我们自己概括出来的一些犯罪形态为研究对象的，如过当犯、假想犯、过限犯。这些犯罪形态的研究在国内刑法学界是开创性的，在大陆法系刑法理论中也是前所未见的。但我们认为，国内外刑法理论中未见的，未必就是不当。数额犯、情节犯等概念，过去国内外刑法学界也未曾见，但是国内刑法学界现已几乎尽人皆知，并被普遍接受。所以问题在于犯罪形态是否可以理解为犯罪的样态或存在类型，以及过当犯、过限犯等究竟是不是不同的犯罪样态或存在类型。现在，我们将这类研究论著收入《丛书》中，也有敬请同行赐教之意。

犯罪形态理论还有个自身的体系问题。为了便于研究，我们在本《丛书》中对于具有一定共性特征的犯罪形态进行了必要的梳理和分类。在此过程中，我们借用了陈兴良教授提出的罪体和罪责概念，将可以列入客观方面的犯罪形态归为罪体形态，将可以列入主体和主观方面的犯罪形态归为罪责形态，然后将普遍

认可的停止形态、共犯形态和罪数形态与之相提并论。此外，在逻辑上还应当为难以列入前五类的犯罪形态留下一定的空间，如亲告犯等，这一类暂其名曰其他形态。这样，就形成了一个罪体形态、罪责形态、停止形态、共犯形态、罪数形态、其他形态六大门类的犯罪形态理论体系。这种体系的建构也是尝试性的，尚祈学界同仁评说。

深入地、系统地研究犯罪形态理论是我多年的学术夙愿。何鹏教授在我国老一辈刑法名家中是以研究外国刑法与比较刑法见长的。我是何鹏教授硕士生和博士生的开门弟子，对犯罪形态的研究兴趣，始自何鹏教授的“传道、授业、解惑”。师恩不忘，古之名训，吾之永志。如果说1980~1983年的硕士生阶段我对犯罪形态还仅仅是初始性了解，则1986~1990年的博士生阶段我对犯罪形态已有了细化性认识。1996年我曾申请去武汉大学法学院博士后流动站从师于马克昌教授，当时申报的研究计划即为“犯罪形态论”，这个研究计划曾得到马克昌教授的首肯。虽然由于特定的客观原因我的进站申请未果，但一是对马克昌教授为此而做的努力，特别是他老人家对我的学术成长一直热切关怀，晚生始终铭记在心，终生难以忘怀；二是这个研究计划虽然没有实施，但却奠定了我研究犯罪形态的思想基础。

其后，我所指导的研究生，凡理论功底和研究功底好，又对刑法理论研究有兴趣的，大多是从我的“犯罪形态论”（提纲）中选择毕业论文题目，从而使我指导的研究生在研究内容上也多多少少地形成了一点学术风格。这也算是为今天本《丛书》的出版打下了一点点的客观基础。

为了保证本《丛书》的质量，2002年下半年我们曾就《丛书》原写作计划征询了国内诸多刑法专家的意见，其中不少专家学者给予口头答复或书面函复，如北京大学的陈兴良教授，清华大学的张明楷教授，中国政法大学的梁华仁教授、侯国云教授，中国人民公安大学的李文燕教授，武汉大学的莫洪宪教授等。他（她）们在对本《丛书》出版计划给予高度评价的同时，

也提出了宝贵的意见,并推荐了一些博士生和年轻的刑法学者加入到本《丛书》的作者队伍中。这也是本《丛书》作者从校内扩展到国内的重要原因。

为了保证本《丛书》的质量,2003年8月,由吉林大学法学院博士点牵头,与国内部分高校的部分著名刑法学家齐聚北京,正式宣布《犯罪形态研究系列丛书》编委会成立。这里特别需要说明的是,以陈兴良教授、张明楷教授刑法名家的地位而能屈尊在本《丛书》中担任副主编,同学术成果丰硕、学术造诣深湛而在国内刑法学界享有盛誉的邱兴隆教授、谢望原教授、刘明祥教授、曲新久教授、陈忠林教授,却在本《丛书》中屈尊担任一般编委,这不仅为本《丛书》增添了光彩,也必将使本《丛书》扩大影响,这是本人之幸,也是本《丛书》之幸。

为了扩大本《丛书》的社会效应,在吉大法学院的大力支持下,我们还在中国人文社会科学核心期刊《法制与社会发展》杂志上开辟了《犯罪形态研究》专栏,该杂志自2002年第4期始,不定期地刊载研究犯罪形态的专题文章,现已发表十几篇。

为了扩大本《丛书》的社会效应,2005年3月,我们还出版了《犯罪形态研究精要》(上、下册),以此作为本《丛书》的序曲,并申请后头大戏即《犯罪形态研究系列丛书》。

20世纪80年代以来,我国刑法理论研究获得长足发展,现今已是姹紫嫣红。与此同时,一些研究犯罪形态的专著也已陆续出版,如80年代专门研究未遂犯、教唆犯、故意犯和过失犯的专著;90年代专门研究危险犯、行为犯、间接正犯、预备犯的专著;最近几年专门研究不能犯、持有犯、身份犯、帮助犯、结果加重犯的专著。其中有几本就是我和我所指导的硕士生或博士生的论著。这些专著的陆续问世,反映的并不仅仅是犯罪形态研究的状况,主要的是反映了犯罪形态的深入研究及刑法理论发展之必然这样一种态势。换句话说,它与刑法理论的深入发展是相伴而行的,甚至在一定意义上说,也是刑法理论深入发展的一个标志。文章大家写,何必限一人。同样的题目或者同样内容

的题目，出版几部不同的专著，这不仅是学术争鸣的需要，也是学术繁荣的表现。为此，已经问世的犯罪形态研究专著，虽然题目与本《丛书》相同，但只要谋篇布局、基本内容和观点论证有着较大差别的，我们仍作为本《丛书》之一列入出版计划。

对于本《丛书》的撰写，我们力求体现如下三个特色：

一是小题目与大规模相结合。本《丛书》的写作采用小题大做的方式，各个专题基本上是定位于末级犯罪形态，题目小，资料少，难度大。但是，《丛书》是按30本构造，每本20万字左右，总计约600万字，分三年陆续完成并出版，也称得上是鸿篇巨制。

二是创新性与深入性相结合。本《丛书》的部分专题系国内外刑法理论中前所未论，具有开创性，大部分专题在国内外的刑法著述中虽曾论及，但仅一带而过，未曾展开。而这些专题的研究要达到本《丛书》的篇幅要求，是必须依托于深入性的。换句话说，本《丛书》的每一个专题只有将创新性和深入性结合起来，才能完成撰写任务。

三是理论性与实用性相结合。本《丛书》的理论性已不言自明。其实用性则体现在《丛书》的每一本都有结合分则或实践进行研究的内容，这是由犯罪形态本身就具备刑法总论与各论错综交织的天然特征所决定的。

近些年来，中国检察出版社为繁荣和发展我国法学特别是刑法学的研究，已陆续出版了大量学术专著，贡献不菲。也许正是基于这种学术偏好，中国检察出版社对于本《丛书》给予了大力支持。借此机会，我本人并代表编委会对该社、该社的安斌编审及其他责任编辑致以由衷的谢意。

在本《丛书》业已付梓之际，略赘数语，是为总序。

吴振兴

2005年5月26日于深圳

序 一

杨佩正的博士论文《涉讼犯罪论》，我很欣赏，这不仅因为他是我的博士研究生，更因为他从诉讼的角度将刑法所规定的犯罪囊括进来，选择了一个很有价值的选题。他在思考研究内容、确定论文题目之初，将“涉及”与“诉讼”和“犯罪”相关的思路与我商量，我认为较有创意。杨佩正博士从事检察工作19年，又从事审判工作8年，27年的司法经历，其实又是诉讼的经历，或者说是在诉讼平台上进行司法实践和法学研究的经历。这种经历很珍贵，成为《涉讼犯罪论》写作的实践基础。

作为博士生导师，我希望我所指导的研究生能够博采众长，在特定的研究领域内有所建树，有所超越。《涉讼犯罪论》至少在如下方面应予以充分地肯定：

一、《涉讼犯罪论》对诉讼中的犯罪类型、构造、规律和特点进行专门研究，特别是作者通过对《唐律疏议》的研究和解析，将自古以来涉讼犯罪的诸种类罪、类型以及演变、发展进行了概括，这是国内刑法学研究的一项开创性成果，尽管该研究尚需进一步补足、完善乃至系统化，但独创性应当肯定。

二、刑法学研究，是以刑法所规定的犯罪为根基的。《涉讼犯罪论》从诉讼的平台上研究犯罪，从不同语境、不同层面、

不同视角进行定位、剥离和解析，为刑法学和诉讼法学研究融通了一个路径，尽管这种融通的深度和广度还觉欠缺，但其具有应时性。

三、理论研究的价值生成于“从实践中来，到实践中去”的过程。这不仅是理论工作者的预期，更是实务工作者追求的境界。诉讼本身即是程序的实际运行，诉讼中的犯罪更是程序运行中的赘瘤。《涉讼犯罪论》的学理分析，犹如临床医学中的病理分析一样重要，这对于平息诉讼中的犯罪活动，解析犯罪对诉讼活动的掣肘，具有积极意义。

四、理论研究是以文字为载体的，尤其是法学研究，更应当体现其文字上的精当与概括。通俗地讲：文章是座楼，观点搭框架，结构来装修，文字是砖头。杨佩正博士的《涉讼犯罪论》给人一种阅读的感受，他的论文比较考究，特别是篇章结构，看得出是字斟句酌、煞费苦心、超凡脱俗，不仅反映出其严谨的治学精神，更折射出他较强的文字功底。由此，我认为，《涉讼犯罪论》仅就文风而言，对于当前学术界中存在的粗糙、浮躁问题，无疑是一个振动和醒示。

五、法学是实践科学。刑法学的研究离不开司法实践。在这个意义上讲，刑法学研究绝不是纯理论的研究，而是携着实务、揉着实务的理论。《涉讼犯罪论》中的诸观点中，处处体现出作者在司法实践中或者说在诉讼运行中对犯罪活动进行的提炼与总结，使得该文具有质朴与充实的厚重感。这也是我对《涉讼犯罪论》的欣喜与认同之处。

杨佩正同志在攻读博士学位期间，成为中国法学会刑事訴訟法学研究会理事，先后被中国政法大学、辽宁大学法学院、沈阳师范大学聘请为兼职教授，去年又一举中标最高人民法院重点调研课题《刑事证据规则》，成为该调研项目主持人，并且还成为辽宁省法学会学术委员，这是我很高兴的事。从刑法学研究中介入诉讼领域，在诉讼过程中解析犯罪，这是我当初确定指导博士

研究生时所始料不及的。值此《涉讼犯罪论》出版之际，应杨佩正博士之约，略陈己见，是为序言。

吴振兴

2007年3月10日于深圳

序 二

杨佩正的博士论文《涉讼犯罪论》就要出版了，作为他的博士论文指导教师之一，我由衷地感到高兴，不仅是高兴，而且是兴奋。这种心情是有理由的：一方面，学生的成功是教师最高兴的事情，教师以教书为业，作为大学的教师，虽然教师本人的科学研究是评价其能力的最重要的指标之一，但教师的职业蕴涵中最重要的还是教书，因此作为教师最重要的兴奋源就是学生的成功，杨佩正博士的论文是成功的，我有理由高兴。另一方面也是更重要的方面，这种兴奋的心情是由于杨佩正博士的身份。杨佩正博士是长期从事司法工作的司法人员，司法者的工作就是将抽象的法律与具体的事案相联结的过程，法律的价值也就在司法者的工作中实现。而法律规定的抽象性是立法不得已的选择，如何使抽象的法律与具体的事案相连接，就只能依据司法者对法律的解释或者称为理解^①进行，在这个意义上，法官具有一定的赋予法律以具体实在内容的权力，因此，法官对法律的理解对于我

① 在我国，司法解释似乎有了确定的内涵，这就是由“两高”发布的具有规范性的司法解释文件，而法官作为裁判理由的、对法律的解释称为理解，其实，将理解的内容表示出来的过程也就是对法律的解释过程，与两高的解释不同的，就是法定的效力问题。

国的司法来说，其价值不仅是重大的而且是特殊的，法官之法律素养的提高，是在最直接的层面上，使法律的价值得到实现的基本途径。如果我国司法者之法律素养不断提高，我国法治的实现进程就会加快步伐。

涉讼犯罪在我国刑法学研究中的地位是特殊的。由于我国没有法治传统，虽然诉讼在我国自古就有，但是没有法治支撑的诉讼，与现代的诉讼当然不可同日而语。不过，虽然这种不同已经为法律的研究者、司法者所接受，但由于历史传统与文化的影响，在国民中，作为诉讼的观念却难于与时俱进，于是在诉讼的观念上，也就难于割断与传统的联系。于是，为了保证诉讼的顺利进行，用刑罚惩治涉讼犯罪也就成了国家不得已的选择。而如何使涉讼违法行为的刑法规制合理，就需要对涉讼各方行为过程的各种阶段、各种行为方式进行分析与选择，以期立法的合理与司法的公正，杨佩正博士的毕业论文正是这样的研究成果。

对于涉讼犯罪的研究我是外行，因此虽然是论文的指导教师之一，但是谈不上对论文的内容进行指导，指导论文毋宁说是一个学习的过程。在这个过程中，作为一个学者，也会有感想，也会有建议，于是也就有了交流，而交流的过程就是一个学习的过程，而且是相互的学习，而作为指导教师的职责所在，也就算作是指导吧。

如果说对该博士论文之价值的一点评价，可以从作者的学理追求与实践意义之设定入手，用作者的表述就是：研究涉讼犯罪的学理追求在于，以犯罪为结合点，研究诉讼秩序设计的严密性；以程序为切入点，寻求刑法理论设计的周延性；以司法实践为着力点，提升研究涉讼犯罪的理论指导能力。研究涉讼犯罪的实践意义在于，以司法实务为着力点，提升刑事法体系的整体性、协调性和统一性，增强对涉讼犯罪的规制能力。应当说，这样的追求基本上实现了，这可以通过论文被博士论文答辩委员会评为优秀博士学位论文得到印证。论文的出版可以视为博士论文

的最终完成，但同时也可以认为是进一步研究的开始，我期待着。

李 洁

2007年2月12日

涉
讼
犯
罪
论

前 言

涉讼犯罪的危害性在于这种犯罪能够借助国家权力实现其目的。涉讼犯罪行为人是围绕诉讼或在诉讼过程中，通过或借助国家司法机关的司法活动来实现自己的诉讼目的的。例如，伪证罪或者刑讯逼供罪抑或妨害作证罪等，案中的证人证言都是假手办案人员进入案件审理程序后被确认，以实现其证明的目的。而这个过程，实质上就是以国家强制力保障了行为人实现其实体法和程序法上的双重利益的，即使是错误的判决，也是由国家权力来维持其既判力的。

作为一名法官，所接触的案件是有限的。但是，在研究的时空中，从所感知的实践上升到对理性的探寻却是无限的。某个案件可能只涉及医学、化学、数学等个别领域，但是无数个案件则会涉及无穷的领域。进行学术研究，要选择一个切入点。刑事法所涉的基本理论诸如权利与义务、正义与秩序、公正与效率等理念，都是通过个案体现出来的，所有的个案都是在诉讼运行中或按诉讼规则进行裁断的。刑法和刑事诉讼法就如鸟之两翼，唇齿相依，互为表里。法学是实践性的科学，实务是其联结点。法条之下蕴含着法理，法条之上运行着实务。研究涉讼犯罪的要义在于实务，即在刑事法律的实际运行过程中真实地再现犯罪行为，真正助力于罚当其罪，实现社会的秩序回归。因此，涉讼犯罪研

究的意义在于使刑法学的研究真正将实体法与程序法一统起来,发源于法理,发力于实践,为司法实务和法学研究拓宽视野。

当今社会,在调节社会需求、化解社会矛盾、维持社会秩序的过程中,法律已经越来越成为人们须臾不可离的手段或工具。旅客可以因为火车晚点一小时而向法院提起一元钱标的的民事诉讼;市民可以因为政府工作人员的不当行政行为而到法庭告状;可以就官员涉腐而进行举报,启动刑事诉讼。伴随着社会转型、经济发展、依法治国、改革深化的进程,社会成员中各类主体之间的利益纠纷频发,诉诸法律排解纠纷、平衡矛盾日益增多。由于涉讼犯罪未能得到有效的控制和处理,在三大诉讼中,各诉讼主体的伪证、毁证、匿证行为屡见不鲜,使得实体法诸如刑法、民法中所确立的基本规范被扭曲,正义得不到伸张,恶行得不到压制,法律作为调控社会秩序手段的能效被淡化、虚化。

▼
2 刑法学的研究对象始终是以犯罪与刑罚为其核心内容的。^①诉讼法学的研究亦应当以司法机关以及其他诉讼参与人进行诉讼活动的原则、程序、方式为核心内容。执行法学的研究是以如何依法定程序将已经发生法律效力判决和裁定按其内容和要求加以实现为核心内容的。当前,刑法、诉讼法和执行法以及相关理论与实务的研究成果屡见不鲜。学者、名家的研究洋洋洒洒,无论是从实体法的角度还是从程序法的角度,剖析立法之不足,评析实务之缺憾,提出了诸多的构想。但是,有些研究从总体上看,多为从各部门法的点面上进行研究和探讨,缺乏刑事法的整体性和连贯性的统筹梳理。实体法、程序法和执行法既有自己的内容,也有自己的形式。涉讼犯罪是以违反程序法的内容而为实体法所规范,以融合实体法与程序法为其特征的一种犯罪形式。涉讼犯罪是“讼”与“罪”结合的产物,是在“讼”的过程中所发生的犯罪行为,其实质或要害的问题是:行为是以“讼”

^① 冯亚东:“刑法学研究的层面划分”,见《中国刑法学精粹(2002年卷)》,机械工业出版社2002年版,第32页。