

湘潭大学法学院博士文库

证据犯罪 研究

【谭志君◆著】



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

湘潭大学法学院博士文库

证据犯罪研究

【谭志君◆著】

湘潭大学法学院博士文库编委会

(以姓氏拼音为序)

陈刚	陈晓红	程燎原	杜雄柏	冯晓青
何文燕	洪永红	胡平仁	胡志学	胡旭晟
黄明儒	黎晓平	李海鹏	李俊	李俊
马长生	邱兴隆	唐世杰	唐世月	汪建
王继平	谢勇	杨翔	张全民	



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

证据犯罪研究/谭志君著. —北京:法律出版社,
2005.1
ISBN 7-5036-5330-2

I. 证… II. 谭… III. 证据—研究—中国
IV. D925.013.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 006046 号

法律出版社·中国

责任编辑/卞学琪 陈会文

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书有限公司
印刷/北京外文印刷厂

编辑/法学学术出版分社
经销/新华书店
责任印制/陶 松

开本/A5
版本/2005 年 2 月第 1 版

印张/8.25 字数/198 千
印次/2005 年 2 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

电话/010-63939654

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

法学学术出版分社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/xueshu@lawpress.com.cn

读者热线/010-63939654

传真/010-63939701

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

传真/010-63939777

客服热线/010-63939792

网址/www.chinalawbook.com

电子邮件/service@chinalawbook.com

中法图第一法律书店/010-63939781/9782

中法图北京分公司/010-62534456

中法图上海公司/021-62071010/1636

中法图苏州公司/0512-65193110

中法图深圳公司/0755-83072995

中法图重庆公司/023-65382816/2908

中法图西安分公司/029-85388843

书号:ISBN 7-5036-5330-2/D·5047 定价:16.00 元

总 序

自 20 世纪 70 年代末以降,中国社会进入全面转型的伟大时期。在这巨大、深刻而剧烈的变革中,市场经济迅速成长,民主政治渐次展开,法律教育亦随之获得史无前例的大发展。

此一时期,湘大的法律教育同样有了惊人的发展:每十年跃上一个崭新的台阶——1983 年正式建系并招收第一批法律本科,1993 年获得第一个法学硕士学位授权点,2003 年又获第一个法学博士学位授权点。这每一个十年,都是湘大法学人艰苦创业、辛勤耕耘的十年,都是湘大法学事业蓬勃发展、欣欣向荣的十年,也是湘大法学院走出“深闺”、逐渐为社会和学界认知认同的十年。

在这二十余年的发展中,湘大法学院逐渐吸引、培养了一大批优秀的中青年学者。这些中青年学者在校内校外老一辈法学家的扶持下,勤于学习、勇于探索,自身素质不断提高,学术影响不断扩大。于湘大而言,他们既是承前启后、继往开来的一代,也是朝气蓬勃、锐意进取的一代;他们是湘大法学院事业发展的受益者和见证者,更是湘大法律教育和法学研究的中坚与栋梁。

如今,这些中青年学者绝大部分均通过自身努力取得了博士学位。作为最高学位的获得者,他们具有较为坚实而宽广的理论功底、系统而深入的专业知识;而作为较为年轻的一代学人,他们视野开阔,文思敏锐,不囿成见,敢于创新。在某种意义上,他们正是年轻而

富有朝气和锐气的湘大法学院的表征,也代表着湘大法学事业的未来和前途。

有鉴于此,经与法律出版社研究协商,我们决定以本院中青年教师中的博士学位获得者为作者范围,选辑、出版《湘潭大学法学院博士文库》。大凡本院博士之学术专著、文集、译著及资料整理等,只要达于一定学术水准且合乎学术规范,均可入选。

我们期望,通过这一学术系列丛书的出版,其一,使得湘大法学院学术风貌的一个侧面,能够以一种整体的方式呈现给社会,让社会和学界能够更多、更深地了解湘大法学院;其二,为社会贡献一批有分量的法学作品,既为我国的法学繁荣和法治发展略尽绵薄之力,也以此答谢所有曾经关心和支持过湘大法学院发展的前辈与朋友;其三,更重要的是,也让我们能够更多地与社会和学界交流,并接受广大读者的检验、批评和帮助:毕竟,无论是这些中青年学人还是湘大法学院本身,都时刻需要社会和学界各方面的关爱和帮助。

文库面世,春暖花开。我们期望,本文库能够成为显露中国法学事业“春江水暖”的一个消息,预示中国法治发展“秋高气爽”的一个音讯。

《湘潭大学法学院博士文库》编委会

2004年4月

序

即将出版的《证据犯罪研究》一书是谭志君博士在其同名博士学位论文基础上修改而成的。

证据犯罪问题是法学界有所关注但又关注得不够的问题。学界对证据犯罪中的不少个罪的犯罪构成、罪与非罪、此罪与彼罪的界限等方面的问题已有一定的研究,并取得了不少的研究成果。但是,这种研究视野比较单一,基本上是局限于“个罪”的解释法学领域的研究。谭志君博士以“证据犯罪研究”作为博士论文的选题,从一个全新的角度对证据犯罪问题进行了比较全面、系统的研究,所以,他的博士论文修改成书,由法律出版社出版,对理论界和实务界都是一件有意义的事情。

本书主要以刑事立法为依据,通过对有关证据方面的各种犯罪加以概括和抽象,形成“证据犯罪”的概念,从宏观上把证据犯罪作为一个新的“类型罪”,综合运用刑法学、犯罪学、诉讼法学、证据学等多种学科理论,整体地对其展开了深入系统的研究,定义了证据犯罪概念,分析了证据犯罪的特征、证据犯罪的分类等证据犯罪的基本理论问题,从而为证据方面的犯罪研究提供了一个新的理论平台和视角。由于论文立论高,视野自然宽阔,因而发现、提出和研究、解决了一些新问题,为进一步研究证据犯罪问题拓宽了空间,表现出作者具有敏锐的学术素质。与此同时,作者对证据犯罪中的“个罪”也进行了研

究,对其中有争议的问题和立法完善等问题都提出了自己的见解,从而做到了理论研究视角的宏观与微观的有机结合,也为司法实践提供了颇有价值的理论参考。

当然,论文不可能对所涉及的问题都能进行全面研究,同时未尽如人意之处也在所难免。但作者对论题所进行的专门系统研究,至少可以说奠定了对该论题研究的基础。这无论是对他本人还是对证据犯罪理论的继续深入研究来说,都是一个良好的开端。我相信,本书的出版只是谭志君博士在学术领域跋涉过程中的一个新起点,将来一定会有更多、更好的著作问世,为法学理论和司法实践的发展贡献自己的力量。

谭志君的博士学位论文成书出版,作为他的导师,我为之感到高兴。在即将出版之际,他邀我作序,谨以上述寥寥数语,祝贺他第一部专著的问世,同时也乐意向关心证据犯罪问题的读者推荐本书。

是为序。

王 牧

2004年12月

目 录

引论	(1)
一、诉讼的意义	(1)
二、证据在诉讼中的地位	(6)
三、诉讼程序中的证据违法	(9)
四、证据违法行为的犯罪化	(14)
第一章 证据犯罪的界定	(19)
第一节 证据犯罪的概念	(19)
一、犯罪与证据犯罪	(19)
二、证据犯罪与妨害司法罪	(23)
第二节 证据犯罪的特征	(24)
一、诉讼利益性	(24)
二、证据关联性	(27)
三、司法侵害性	(29)
四、行为法定性	(31)
第三节 证据犯罪的分类	(34)
一、实物证据犯罪与言词证据犯罪	(34)
二、特殊主体型证据犯罪与一般主体型证据犯罪	(35)
三、单一型证据犯罪与复合型证据犯罪	(35)

四、毁灭证据犯罪、隐匿证据犯罪、伪造证据犯罪、妨害 作证犯罪与非法取证犯罪·····	(36)
第四节 研究证据犯罪的意义·····	(40)
第二章 毁灭证据的犯罪·····	(43)
第一节 毁灭证据犯罪的立法概况·····	(43)
一、国外关于毁灭证据犯罪的立法·····	(43)
二、我国关于毁灭证据犯罪的立法·····	(44)
第二节 毁灭证据犯罪的个罪·····	(45)
一、辩护人、诉讼代理人毁灭证据罪·····	(45)
二、帮助毁灭证据罪·····	(46)
第三节 毁灭证据犯罪的立法评析·····	(48)
一、辩护人、诉讼代理人毁灭证据、伪造证据、妨害作证罪 的立法缺陷·····	(49)
二、帮助毁灭、伪造证据罪的立法缺陷·····	(54)
三、设立毁灭证据罪·····	(55)
第四节 毁灭证据犯罪的特殊形态·····	(61)
一、共犯形态·····	(61)
二、罪数形态·····	(62)
三、停止形态·····	(65)
第三章 隐匿证据的犯罪·····	(69)
第一节 隐匿证据犯罪的立法概况·····	(69)
一、国外关于隐匿证据犯罪的立法·····	(69)
二、我国关于隐匿证据犯罪的立法·····	(73)
第二节 隐匿证据犯罪的个罪·····	(75)
一、窝藏、包庇罪·····	(75)
二、窝藏、转移、收购、销售赃物罪·····	(79)

三、窝藏、转移、隐瞒毒品、毒赃罪·····	(82)
四、包庇、纵容黑社会性质组织罪·····	(83)
五、包庇毒品犯罪分子罪 ·····	(83)
六、洗钱罪 ·····	(84)
第三节 隐匿证据犯罪的争议问题·····	(87)
一、窝藏、包庇犯罪的对象·····	(87)
二、赃物犯罪的对象 ·····	(91)
三、赃物犯罪的“明知” ·····	(98)
四、洗钱罪的主体 ·····	(100)
五、洗钱罪的上游犯罪 ·····	(101)
第四节 隐匿证据犯罪的特殊形态·····	(104)
一、共犯形态 ·····	(104)
二、罪数形态 ·····	(107)
三、停止形态 ·····	(110)
第四章 伪造证据的犯罪·····	(113)
第一节 伪造证据犯罪的立法概况·····	(113)
一、国外关于伪造证据犯罪的立法概况 ·····	(113)
二、我国关于伪造证据犯罪的刑事立法 ·····	(118)
第二节 伪造证据犯罪的个罪·····	(119)
一、伪证罪 ·····	(119)
二、辩护人、诉讼代理人伪造证据罪·····	(126)
三、帮助伪造证据罪 ·····	(127)
第三节 伪造证据犯罪的特殊形态·····	(130)
一、共犯形态 ·····	(130)
二、罪数形态 ·····	(131)
三、停止形态 ·····	(133)
第四节 伪造证据犯罪的立法建议·····	(134)

一、增设民事、行政伪证罪·····	(134)
二、增设伪造证据罪·····	(137)
三、废除辩护人、诉讼代理人伪造证据罪·····	(141)
第五章 妨害作证的犯罪·····	(144)
第一节 证人拒证现象探析·····	(144)
一、关于证人作证的立法缺陷·····	(144)
二、妨害作证行为的危害·····	(146)
第二节 妨害作证犯罪的立法概况·····	(147)
一、国外关于妨害作证犯罪的立法·····	(147)
二、我国关于妨害作证犯罪的立法·····	(149)
第三节 妨害作证犯罪的个罪·····	(150)
一、妨害作证罪·····	(150)
二、辩护人、诉讼代理人妨害作证罪·····	(154)
三、打击报复证人罪·····	(154)
四、拒绝提供间谍犯罪证据罪·····	(158)
第四节 妨害作证犯罪的争议问题·····	(161)
一、妨害作证罪的主体·····	(161)
二、打击报复证人罪的对象·····	(163)
三、构成打击报复证人罪有无时间限制·····	(166)
第五节 妨害作证犯罪的特殊形态·····	(167)
一、共犯形态·····	(167)
二、罪数形态·····	(169)
三、停止形态·····	(173)
第六章 非法取证的犯罪·····	(176)
第一节 证据收集概说·····	(176)
一、证据收集的特征·····	(176)

二、证据收集的要求	(177)
第二节 非法取证犯罪的立法概况	(179)
一、国外关于非法取证犯罪的立法	(179)
二、我国关于非法取证犯罪的立法	(180)
第三节 非法取证的个罪	(181)
一、暴力取证罪	(181)
二、刑讯逼供罪	(186)
第四节 非法取证犯罪的特殊形态	(190)
一、共犯形态	(190)
二、罪数形态	(191)
三、停止形态	(192)
第七章 证据犯罪的防治	(193)
第一节 加强证据保护	(193)
一、证据保护的意义	(193)
二、证据保护与证据保全	(196)
三、实物证据保护	(197)
四、言词证据保护	(206)
五、犯罪现场保护	(215)
六、电子证据保护	(219)
第二节 建立非法证据排除规则	(226)
一、非法证据的含义及种类	(226)
二、非法取得证据的证据效力	(229)
三、价值冲突与选择	(234)
结束语	(241)
主要参考文献	(242)
后记	(251)

引 论

一、诉讼的意义

诉讼是司法机关在当事人和其他诉讼参与人的参与下,按照法定的程序和方式,运用法律解决具体案件的活动。任何社会都难免会有冲突纠纷,社会需求和社会利益的多元化及不平衡,使得冲突纠纷频繁地发生于人们日常生活的社会环境之中。纠纷的发生,不仅困扰着卷入其中的当事人,而且影响社会秩序的正常运转。调整、化解这些冲突纠纷,对于社会的稳定发展是极为重要的。调整、化解这些矛盾冲突的方法很多,诸如和解、调解、仲裁等。但是,在冲突双方不能自行和解,私力救济(如公民报复)和一般的社会救济措施(如调解)难以奏效的情况下,需要一种理性的方式来解决。这种理性的方式应具有普遍性、强制性、彻底性、有效性。在法制社会,这种理性的方式就是诉讼。

诉讼自其产生至今,经历了漫长的历史发展。根据社会冲突性质的不同,诉讼有刑事诉讼、民事诉讼、行政诉讼之分;根据诉讼结构形式的不同,诉讼有弹劾式、纠问式、混合辩论式等不同历史类型。但不论诉讼如何演进发展,作为最具权威性的社会冲突解决机制,古今中外的诉讼程序皆具有以下共同特征:(1)诉讼程序具有普适性和约束力。诉讼程序不是人们随意变造和任意选择的,而是由国家的

法律预先设置的,其基本精神是“以相同的规则处理同类的人或事”。当一个具体案件发生时,诉讼中的管辖制度就注定了这个案件所要经历的诉讼阶段和程序,它具有普遍适用性和约束力,是所有程序主体进行诉讼的法律依据。(2)诉讼程序具有相对独立性。诉讼程序是在特定的时空条件下进行的,这种特定的时空条件将诉讼程序同其他复杂的社会事务隔离开来,程序主体从激烈的社会冲突中游离出来,在一个相对独立的系统内理性地解决冲突。(3)诉讼程序具有相对延续性。诉讼程序中有许多技术性的规则,即使实体法律发生了深刻的变化,诉讼程序中的某些技术性规则却作为历史文化延续下来,以至于现代的很多诉讼程序规则,在历史上都可以找到其影子。随着时代的变迁,一些不科学的、愚昧的、野蛮的诉讼规则,被历史所淘汰,而一些科学的、文明的诉讼规则却相沿不改。这种相对稳定性和延续性为世界各国诉讼法律彼此借鉴和相互移植提供了可能性。(4)诉讼的终局性。在诸种解决纠纷的制度当中,诉讼是由国家强制力保证实施的,具有终局效力。在诉讼中,代表国家的司法机关具有毋庸置疑的权威,这种权威既不是基于传统,也不是单纯依靠当事者的信赖,而主要是一种以国家强制力为后盾的法理权威,来处理调整各种社会关系,因而具有终局性,这是调解等受当事人意志左右的冲突解决方式所不能比拟的。^①

我们生活于其中的这个社会何以需要诉讼?这涉及诉讼源起和发展的正当性根据问题,亦即对诉讼意义的追问。

诉讼意义之一——理性解决纠纷。即使在法律尚不发达的时代,解决纠纷的方式就已存在。但是,私力救济、和解、调解等方式缺乏一种理性的权威。诉讼是由国家强制力保证实施的,具有终局效力,所以在解决纠纷的诸多方式中逐渐受到青睐。众所周知,冲突纠纷一旦发生,利益双方便处于一种对立状态。此时,需要一种力量能

^① 汪建成:“论刑事诉讼程序”,载《法学评论》2000年第2期,第52页。

使这种对立状态尽快缓解下来,否则就容易造成冲突的升级和社会矛盾的激化。由于国家禁止私力救济,当事人具有的实体上的权利无法通过私力救济来实现,因而通过诉讼制度,由法院依照实体法对当事人实体权利予以保护,成为合适的选择。诉讼程序一旦启动,便形成一个内外隔离带,阻隔外部因素的干扰,营造一个解决冲突的相对独立的空间。诉讼程序具备高度理性的能力,能够促使诉讼主体通过行为的程序化,降低情绪化因素的干扰,实现理性化。^①可以说,诉讼程序是消弭冲突紧张状态的缓冲阀。诉讼程序的介入,将激烈冲突的双方当事人暂时隔离开来,他们在国家法制理性的引导下,行使诉讼权利,承担诉讼义务,提供有利于己的证据,充分陈述事实和理由,使尽法律许可范围内的一切方法,以获得裁判者的支持。随着诉讼程序的不断推进,当事人的法律理性在不断增长,而原来的紧张心理和敌对态势在不知不觉中消失了。^②诉讼在解决纠纷的过程中体现出现代文明的理性。

诉讼意义之二——兑现法律规定。在法制社会,公民个人和社会组织的权利义务和行为规则,以及违反规则构成违法犯罪的界定和责任等,都由实体法律加以规定,如民法、刑法、行政法等。法律在现代社会中无所不在,国家只有通过无所不在的法律才能实现有效的统治。但是,徒法不能自行,只有采取种种措施,才能确保实体法得到遵守和执行,其中诉讼程序是保证实体法正确实施的非常重要的和最终的手段。^③从一定意义上看,实体法的存在并不是现实的法律,更不是法律的实现。实体法律要成为现实的法律,一个重要的途径就是诉讼。正如德沃金所言:“当法典默不作声,含混不清或模

① 曾康:“刑事诉讼程序功能分析”,载《现代法学》2000年第6期,第89页。

② 汪建成:“论刑事诉讼程序”,载《法学评论》2000年第2期,第57页。

③ 陈光中、王万华:“论诉讼法与实体法的关系——兼论诉讼法的价值”,载《诉讼法论丛》(第1卷),法律出版社1998年版,第6页。

棱两可时,法律又如何统摄一切呢?”“我们的法律存在于整个法律实践的最佳论证之中,存在于对这些法律实践做出尽可能最妥善的叙述之中……”^① 因此,实体法要成为现实的法律,从法律文本走进社会生活实践中,就要依赖诉讼去贯彻实施。任何法律都是抽象而概括的行为范式,当人们要通过法律来解决“问题”时,所遇到的重要问题之一便是将普遍的行为范式对象化,而对象化意味着具体化和特征化。这种普遍性法律具体化和特征化的过程实际上是针对具体事实具体情况的一种法律生成过程,它具有将抽象的、普遍的、分散的法律规范合成为一个具体的、有机的法律规范系统的能力。这种能力使静态的、抽象的、分散的法律规范动态化、具体化、系统化,将“死”法变成活生生的一种理性整合。^② 可以说,要使法律规范成为法律现实,诉讼是基本手段,法律实践的最基本的形式就是诉讼活动的开展。无论是民事侵权,还是行政争议;无论是排除侵害,还是弥补损失;无论是惩罚犯罪,还是保护人民,绝大部分都是通过诉讼手段来实现的。诉讼在实体法实现中起着重要的推动作用。

诉讼意义之三——实现司法公正。诉讼程序通过限制司法权的滥用来保障司法公正的实现,具体而言体现在以下方面:(1)诉讼程序通过分化机制,将司法权分散、细化、预置于不同的程序主体和不同的程序阶段,这样就为司法权的行使划定了权力界限,使司法权隐含了自我约束的功能,在诉讼中互为基础、互为条件,相互监督和制约;而且,还通过公开化、明确化的规则,使得司法权的行使置于普遍的社会监督之下。(2)诉讼程序的相对独立性,克服了案件处理中的许多人情化和非制度化的因素,从而限制了司法权的恣意和专横。司法独立、审判公开、回避等程序原则和制度,将诉讼程序从各种复杂的社会关系中剥离出来,使执法者能够运用相同的规则处理同类

① [美]德沃金:《法律帝国》,李常青译,中国大百科全书出版社1996年版,前言。

② 曾康:“刑事诉讼程序功能分析”,载《现代法学》2000年第6期,第89~90页。

的人或事,能够排除来自于诉讼程序之外的各种因素的影响和干扰,使诉讼程序在一种带有技术性的氛围中运行。(3)诉讼程序中包含有许多对司法错误的救济手段。如我国刑事诉讼中有二审程序、再审程序、刑事损害赔偿程序等。这些司法错误的救济手段构筑起了一道道天然的屏障,用以防御国家司法权的滥用,保证诉讼程序的公正。^①

诉讼意义之四——创制和弥补实体法律。诉讼法作为法律体系的基本组成部分,与实体法共同承担着法律的使命。实体法作内容,诉讼法作形式,诉讼法不只是起到贯彻实体法的“工具”的作用,除了最大限度实现实体法以外,还创制实体法。特别是在实行判例制度的国家,通过诉讼活动的开展,所形成的判例就是为未来创制了可遵循的实体法律。^② 必须承认,社会生活日新月异,立法者不可能对社会生活的方方面面都做出周密的规定,法律往往只能作一般性的、原则性的规定。也许我们抱有这样的理想观念:一个规则应详尽无遗,以使它是否适用于特定案件总是预先已经确定,在实际适用中从不发生在自由选项中做出新选择的问题;即使我们试图不给官员留下特殊情况下的自由裁量权的一般标准,去清晰地预先地调解某些行为领域,然而,我们是人不是神,都会遇到立法所不能摆脱的不利困境,即我们对事实的相对无知和我们对目的的相对模糊……^③ 由于实体法的立法具有时间上的超前性、预测上的不完整性、调整对象的发展性等因素,实体法律出现空白点是难免的,而解决社会争议对法律提出的要求又不以实体法律的是否完整周到为转移,所以在许多情况下,诉讼通过对原有有关法规的分析、推论、解释而形成新的实体依据,有效地弥补实体法律的空白点。

① 汪建成:“论刑事诉讼程序”,载《法学评论》2000年第2期,第56页。

② 张爱球:“诉讼功能论”,载《政法论坛》2000年第1期,第94页。

③ [英]哈特:《法律的概念》,中国大百科全书出版社1997年版,第128页。