

关于“刘涌案”之刑事司法论坛 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/485/2021\\_2022\\_\\_E5\\_85\\_B3\\_E4\\_BA\\_8E\\_E2\\_80\\_9C\\_E5\\_c122\\_485566.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022__E5_85_B3_E4_BA_8E_E2_80_9C_E5_c122_485566.htm) 陈兴良：在2002年11月7号晚上，也就是在差不多一年前左右的一个晚上，我们在这里举行过一次论坛活动，题目是“从枪下留人到法下留人”，那次活动我们请了“枪下留人案”被告人董伟的辩护人朱占平律师。在那个案件中，董伟是一个二十六岁的陕西青年，在“国人皆曰应活”的情况下死去。我们在这里讨论的是刘涌案，同样请来了刘涌的辩护律师，田文昌律师。在这个案件中，刘涌，这个全国闻名的黑社会性质犯罪的主犯，在“国人皆曰可杀”的情况下，由于辽宁省高院的改判，而得以存活。一死一生，都牵动了全国人民的心，都引发了广泛的争论和深刻的思考。在“从枪下留人到法下留人”的讲演中，我曾经说过这么一段话：对于普通百姓来说，更关注的是董伟的命运，个人的命运；而对于我来说，更关注的是死刑的命运，一种制度的命运。我认为这段话同样也适用于刘涌案。对于普通百姓来说，更关注的是刘涌的生死，质疑一个黑社会头子为什么由死而生；而对于我来说，我更关注的是今后刑事司法制度的命运：在我看来，刘涌案在某种意义上，可以说是中国的辛普森案。无论刘涌将来的命运如何，这个案件都将成为一个标志性案件载入中国的刑事司法史册，成为中国刑事司法文明程度的一个检测。因此，我们来讨论这个案件，并不是要单纯纠缠于这个案件的细节，而是要对这个案件所提出的一些法律问题进行理性的思考。我相信，通过今天晚上的讨论，我们能够对这个案件涉及到的相

关的法律问题有更深入的了解。我想就刘涌其中的问题作一些补充性发言。第一个问题，刑讯逼供问题 刘涌这个案件，最引起我关注的就是刑讯逼供问题，以及刑讯逼供在中国法律上的命运问题。这个问题之所以引起我的关注，主要是因为我们在司法实践当中，刑讯逼供已经到了不可收拾的地步。刚才杨宇冠博士已经介绍了，我们的刑法和刑事诉讼法对于刑讯逼供都是绝对禁止的。在刑法当中明确地把刑讯逼供当作犯罪来处理。刑讯逼供致人伤残死亡的还应当按照故意伤害罪、故意杀人罪来处理。因此在法律上对于刑讯逼供是绝对禁止的。在刑事诉讼法中也明确了“严禁刑讯逼供”这样一个基本原则。但是在刑事诉讼法中，没有对违反严禁刑讯逼供原则所获取的证据如何处理的规定，最高法院和最高检察院在适用刑事诉讼法的司法解释中就规定了刑讯逼供所取得的有关证据分为两种情况：一种情况是证言，通过刑讯逼供获取的证言是要绝对排除的，不能作为有罪证据来采用。但是刑讯逼供所取得的物证、书证和其他实物证据，如果这些实物证据能够证明案件的客观事实，那么仍然可以采用。这样一个关于非法获取证据的排除规则，尽管不是很彻底，但在我国法律当中确实是确立了这样一个非法证据排除规则。现实生活当中，刑讯逼供的问题可以说是屡禁不止。据我所了解，大约是百分之四、五十，甚至五、六十的案件，尤其是普通的刑事案件，都大量的存在着刑讯逼供。刑讯逼供甚至于已经到了这样一个程度：任何一个被告人到了法庭上以后翻供，他都说过去是由于刑讯逼供而作了供认。所以刑讯逼供成了被告人翻供的一个理由。但是刑讯逼供在现实生活中往往很难得到证实。怎么样来证明有关侦查人员在调

查程序中采取了刑讯逼供的手段？我曾经遇到过这么一个案件：一个被告人在法庭上翻供了，并且指责有关的侦查人员对他进行刑讯逼供。而且他露出身上的伤疤，说这是刑讯逼供的结果。这个时候我们法官就在法庭上念了一份讯问笔录（这个讯问笔录是侦查机关向这个被告人索取的），这个讯问笔录当中就一问一答，问“被告人，我们在审讯期间对你态度怎么样？”说“态度很好”。又问“我们有没有对你进行刑讯逼供？”回答说“没有”。而且他签了名，而且写了“以上属实”。法官就问“你不是对侦查机关讲了没有对你进行刑讯逼供，怎么又说对你进行刑讯逼供呢？”被告人就说，当时侦查人员骗我说，只要写下这个东西就放我回家，我就写了这个东西，签了字了。这一个实例可以说是在法庭上发生的非常具有戏剧性的事件，表明这个侦查机关是此地无银三百两。也就是说已经作了刑讯逼供，而且造成了伤疤，造成一定的后果。这个时候它为了避免被告人在法庭上提出刑讯逼供的问题，就事先通过欺骗手段获得了这样的笔录。所以刑讯逼供问题是应当引起我们重视的问题。有的人对于刑讯逼供存在一种错误看法，认为刑讯逼供有利于打击犯罪。确实，在刑讯逼供中所逼取的口供80%甚至90%都能够证明犯罪的存在，都是作为有罪证据被法院采纳的被刑讯逼供人确确实实是真正的犯罪人。这种情况下，能不能说刑讯逼供是有利于打击犯罪的？我们也看到有些刑讯逼供确实也造成了冤假错案。这一点，典型的例子是云南的杜培武案件。杜培武在法庭上拿出了他的血衣，露出了他的伤疤，但是我们的法官可以视而不见，仍然判处死刑。我认为，刑讯逼供的恶并不在于它会造成冤假错案，我们可以说刑讯逼供

在99%的情况下没有造成冤假错案。能不能说只有造成冤假错案的刑讯逼供才是恶的，才是应该被禁止的？而那些没有造成冤假错案的刑讯逼供就是有利于打击犯罪的？就是正确的？就是可以放任的？我认为不能这么理解。刑讯逼供之所以被禁止，并不在于它会造成冤假错案，而是因为刑讯逼供是一种野蛮的、残酷的司法的体现：它不把被告人当作人，而是把被告人当作获取口供的一种工具。刑讯逼供是一种绝对的恶，而不是一种相对的恶，不是一种有条件的恶。在国际上，刑讯逼供被认为是酷刑，酷刑是被绝对禁止的。我们国家也参加了国际禁止酷刑的国际公约，这个公约对我们国家是生效的。因此刑讯逼供的问题确实应当引起我们注意。前几天，公安部发布了一个规定，在处理行政违法案件中刑讯逼供所取得的证据一概不能采用，不能作为定案根据。我觉得这个规定非常好。既然，在行政违法的处理当中，刑讯逼供所取得的证据都不能采用，不能作为定案根据，那么，在办理刑事案件当中，刑讯逼供所取得的证据就更不应当采用。因为一种行为如果被认定为犯罪，所受到的处罚是非常严重的，在这种情况下对于证据的要求要远远重于行政违法案件的处理。因此，在刑事诉讼中如何解决刑讯逼供问题是一个我们所直接面临的课题。针对刑讯逼供问题，现在面临着公众的一个错误的观念，认为刑讯逼供它是一种恶，该处理还是要处理；但是一个犯罪是有罪还是无罪，是应当判处死刑还是不应当判处死刑，和刑讯逼供无关，认为这是一种“桥归桥，路归路”的关系。我认为这种理解是错误的。就刘涌这个案件来言，如果刑讯逼供所获取的是一种物证，而这种物证又能证明他指使了其中的故意伤害，而且经过调

查是属实的，那么，根据我们国家目前的有关司法解释，这样的证据尽管确实是通过刑讯逼供手段所获得的，仍然可以作为定案根据来使用。那么，刘涌该判死刑仍然是可以判处死刑的。但是在本案当中，恰恰是在刘涌有没有指使宋健飞去进行伤害致死这样一个关键问题上出现了翻供。也就是说在侦查期间，刘涌本人承认了，其他几个被告人都指认是刘涌指使他们去干的。在法院审判期间，刘涌和其他的几个被告人都翻供了。都说，过去之所以承认是刑讯逼供的结果，是一审人员让他们这么说的。这个证据恰恰是一个证人证言，是一个口供，如果这个口供是通过刑讯逼供获得，在这个情况下口供的证明力，证明效力就受到了很大的影响。这个证据就被污染了，就无法采用。因此这样一个刑讯逼供导致这样的证人证言，在定罪当中，它的证明力受到削弱，甚至完全丧失了。在这种情况下，这个案件，刘涌最后是否应当被判处死刑立即执行，在这个问题上就发生了动摇。因此，我恰恰认为，刑讯逼供是不利于打击犯罪的。如果刘涌在这个案件中确实指使了宋健飞去进行故意伤害，如果在预审阶段侦查人员没有对刘涌及有关人员进行刑讯逼供，那么，即使到了法庭上他翻供了，这种翻供的理由也是不充分的，仍然可以判处刘涌死刑，照样判处死刑。而恰恰是由于进行了刑讯逼供，使得法官在采信证人证言的时候，他的自由心证发生动摇，他不能确证到底有没有“指使”。在这种情况下，使得刘涌这个案件被改判了。在这个意义上，我认为刑讯逼供是不利于打击犯罪的，而不是有利于打击犯罪的。刑讯逼供确实是一个解决起来比较难的问题。怎样来解决刑讯逼供？首先是一个解决刑讯逼供的证明责任的问题。我认为，

刑讯逼供它的解决要从以下几个方面来考虑。第一点，应当把看守所从公安机关中分离出来。在目前的司法改革当中，这样的一种做法已经在考虑当中。也就是说，把现在归公安机关管辖的看守所改为归司法行政部门来管辖。这种分离在一定程度上能够减少刑讯逼供的条件。在看守所的时候，尽管看守机关和预审机关是两个部门，但他们都是一家人。公安预审人员往往是在看守所里办公，所以他们可以进行连续三天三夜、七十二个小时的讯问。如果把看守所由司法行政部门来管理，司法行政部门不是一个办案部门，它负有对在押人员的人身的保管职责，在一定程度上可以避免刑讯逼供的发生。第二点，应当建立起刑讯逼供的举证责任倒置制度。也就是说，如果犯人提出刑讯逼供，不是要由犯人来证明侦查人员有刑讯逼供，而是要由侦查人员来证明他没有刑讯逼供。那么要做到这一点，就是要进行比如说全程的录音录像，或者说要有律师在场，律师在场才能进行讯问。我们当前在刑事案件当中，律师的辩护率还是比较低的，可能有一部分案件没有辩护律师。在这种情况下，我觉得可以由看守所来聘请一个值班律师。如果被告人聘请律师，那么由他的专职律师在场；如果他没有聘请专职律师，那么就由值班律师在讯问时在场。这样能够在一定程度上对侦查人员的讯问起到监督作用，能够尽量的避免刑讯逼供。在刘涌这个案件当中，刑讯逼供得到证明非常偶然。根据有关材料，是律师找到了六个曾经看守刘涌的武警人员和有关公安人员，他们出具新的证词，证明确实是有刑讯逼供。而且在法庭上，刘涌提出来当时是被坐“老虎凳”，腿都肿到大腿根了，当时，这个公诉人就说了一句话：“后来不是改善了吗？”他也

承认前面有刑讯逼供问题。这些证据在一审当中没有被采纳，在二审当中可以说是部分被采纳了。在二审当中是这样说的：“在二审审理期间，部分辩护人向本院又提出了相关证据，二审也就相关证据进行了复核。复核期间，本院询问了涉案被告人，询问了部分看守过本案被告人的武警战士和负责侦查工作的公安干警，本院经复核后认为，不能从根本上排除公安机关在侦查过程中有刑讯逼供的行为。”实际上，这里所谓的“不能从根本上排除”，是一种客气的、留有余地的说法，实际上就是存在，而不是不能排除这是有证据证明的。所以刑讯逼供问题，我们的法律上有刑讯逼供的证人证言不能作为定案根据使用，但是在司法实践中没有得到很好落实。在刘涌这个案件中，法院的判决部分地采纳了律师主张的侦查期间有刑讯逼供这样一个辩护理由，并且以这个辩护理由作为改判死缓的根据。至于改判死缓的问题，这里可能还有讨论的余地。如果你这个证据完全不能使用，那么它应该说连死缓也不应该判。但是在这个问题上，我们现在的司法机关不是采取“罪疑从无”的做法，而是采取“罪疑从轻”，留有余地。所以由死刑改判为死缓。至于死刑改判为死缓到底怎么样，还可以从法理上进行探讨，但是在这个判决中，部分采纳律师的辩护理由，以存在刑讯逼供或者说不能从根本上排除刑讯逼供作为改判的理由，我认为就这一点而言，在中国刑事司法历史上是值得肯定的。第二个问题，二审改判的问题这也是引起广泛争论的问题，刚才的讨论都没有涉及到。就是关于二审改判的问题。二审有没有权力进行改判？有的人说，二审在这个案件中不应当进行改判，而是应当发回重审。那么，这里面涉及到二审改判到底是不

是正当，是否存在问题。刑诉法第189条规定，二审经过审理以后，有三种处理结果：第一种是维持原判，也就是事实清楚，证据确实充分，也就是上诉抗诉没有理由的，驳回上诉抗诉，要维持原判；第二种情况是，原判决认定事实没有错误，但是适用法律有错误或者量刑不当，应当改判（应当改判有两种情况，一种是认定事实没有错误，但是适用法律有错误，一种是认定事实没有错误，但是量刑不当）；第三种情况是，原判决事实不清楚，或者证据不足的，可以在查清事实后改判，也可以裁定撤销原判，发回原审人民法院重新审判，也就是重新审判。刘涌这个案件中，辽宁省高院是直接改判了。那么这种直接改判在刑事诉讼法上有没有根据？关键是怎么来看待一审法院的判决。也就是说，原判决是事实不清、证据不足，还是适用法律不当？更深层次的说，刑事诉讼法198条关于二审的这个规定本身是否正确？实际上这里有这么一个问题。因为1996年刑诉法修改以后，关于无罪判决增加了一种，除了有证据证明无罪的以外，另外一种无罪判决是事实不清，证据不足的不罪。也就是说，在一审法院经过审理以后，认为事实不清、证据不足的，就可以判处无罪。但是，在二审中却规定如果事实不清，证据不足的，就应当在查清事实后改判，没有查清事实不能改判无罪。那么从这个规定上看，它和一审的规定两者是不协调的。所以这个规定本身有问题。就刘涌案件来看，它的改判究竟是如何来看待这个问题的？我考虑这里面有这样的问題：就是刘涌这个案件二审律师提出来有刑讯逼供，以至于指使这个问题不能确认。这个问题到底是一个事实问题还是一个法律问题？有的人认为这是一个事实不清的问题，应该发回重审。



但是辽宁省高院作了改判。实际上虽然在判决书中写明存在着刑讯逼供，使得这个证人证言不能采用。从这个问题上说，他们认为这是一个法律问题，也就是说，二审法院认为一审法院没有严格的按照非法证据的排除规则来处理这个问题，所以这是一个法律性问题。如果是一个法律性问题，那么辽宁高院的改判就有它的根据。那么，从这个问题上来说，这个问题就是值得争论的。在这个问题上就有人问我，同样一个案件，在刚才田律师提到的承德的陈国清四个人的抢劫案件中，案件中四个人从94年被关押到现在，四次被判处死刑，四次上诉，但是河北省高院三次发回重审。有人就说，在承德这个案件当中，大家都认为不应当杀，但是偏偏要杀。在刘涌这个案件中，大家都认为应当杀，但是偏偏没有杀。有人问，为什么这两个案件有这么大的差别？就是由于两者身份的不同。当然也可能有人猜测是由于请的律师不同。因为刘涌这个案件请的是田文昌律师。当然田文昌刚才也透露了承德的那个案件也是他派他所的律师辩护的。而且我们也参与了承德这个案件的有关的专家讨论。我认为，这两个案件从表面上看来是不同的，但是本质是一样的，都是由于在这两个案件的侦查过程中存在着刑讯逼供问题。正因为存在刑讯逼供，尽管一审都判处了死刑，但是二审都无法维持这样一个死刑判决。惟一的不同就在于，河北省高院面对这个案件三次发回重审，而辽宁省高院面对这个案件直接改判。这才是它们的不同。但是本质都是一样的都是因为存在刑讯逼供。如果没有刑讯逼供，那么它们该判死刑判死刑，该判无罪判无罪，都没有问题。由此可见，刑讯逼供的问题在二审的判决当中如何来处理，这是一个值得研究的问题。第

三个问题，犯罪集团首要分子如何承担刑事责任的问题 这也是大家比较关心的。主犯对于犯罪集团的共同犯罪，尤其是犯罪集团的犯罪，如何来承担刑事责任？刚才梁根林博士提到了。刑法第二十六条第三款有一个规定，按照这个规定，对于组织、领导犯罪集团的首要分子，对集团所犯的全部罪行处罚。有的人就从这个条文的字面上得出这样一个结论，认为只要你是犯罪集团的首要分子，那么无论这个犯罪集团犯了什么罪，你都应当承担责任。因为法律规定是“按照全部罪行处罚”。但是，我认为这种理解是错误的。为什么呢？这里所谓“按照集团所犯全部罪行处罚”，按照刑法制订者，也就是全国人大常委会法制工作委员会的意见，是指首要分子要对他所组织领导的犯罪集团进行犯罪的活动来全部负责。也就是说，这个犯罪集团中，只有首要分子组织领导的那些犯罪他才要承担刑事责任。如果不是他组织领导的那些犯罪，他仍然不能承担刑事责任。这里面涉及到共同犯罪定罪的一个基本原则，也就是主客观相统一的原则。按照刑法第二十五条第一款规定，共同犯罪是指二人以上共同故意犯罪。因此任何共同犯罪，无论是集团犯罪也好，聚众犯罪也好，只要是构成共同犯罪，它必须要有两个前提：第一个有共同犯罪行为，第二个是要有共同犯罪故意。那么共同犯罪行为如果没有，就不能成立共同犯罪；如果有了共同行为，但是没有共同故意，仍然也不能成立共同犯罪。在刘涌这个案件当中，刘涌有没有指使，这就成为他要不要对宋健飞所实施的故意伤害行为承担刑事责任的一个最关键的问题：如果他没有指使，而且他事先根本不知道，那么尽管这个犯罪是他的这个犯罪集团所为，他也不能承担刑事责任。就像一个盗窃

犯罪集团，他的首要分子应当对他组织、领导下的盗窃行为承担刑事责任，但是盗窃集团的成员去进行了强奸、杀人、放火这样一些犯罪，盗窃集团的首要分子是不能承担这些刑事责任的。这样一个定罪原则是首先要清楚的。这样一些问题也是容易引起争论的。这里面首先有一点，对于法律条文的理解不能就这个法条而理解这个法条，而是要对法条做一个相关的理解。尤其是在对共同犯罪的定罪和量刑这两个环节，我们不能将定罪和量刑两者分割开。定罪在逻辑上是放在前面的，只有能够认定对这个罪承担刑事责任，才有一个量刑的问题，也就是如何承担刑事责任的问题。至于对首要分子和其他主要责任人员刑事责任应当如何分担，那是另外一个值得研究的问题。我认为，他是要负“全部”责任，但是不一定要负“相同”责任。到底要怎么来负责任，关键是要看他在整个共同犯罪中到底起到了多大作用。当然这个问题是一个比较复杂的问题。这里面也关系到中国人的观念问题，也就是说就指使者和实行者来说，到底谁应当负主要责任？在这个问题上，在中国人看来，往往是指使者要负主要责任。比如说广州的孙志刚案件。孙志刚案件中有一个指使者，一个直接实行者。刚开始的时候，认为两个人都应该判处死刑。但是最后研究结果，只能判一个死刑。那么就发生了到底判谁死刑？到底是指使者死刑还是直接动手者死刑？最后在孙志刚案件当中是指使者判死刑。这就表现出了中国人的一种观念：造意为首。事情是你发起的，那么你就要负主要责任。这种观念是一种主观主义的刑法理论。实际上，国际上比较通行的是一种客观主义的刑法理论。因为虽然你是被指使的，但是你是具有意志自由的一个正常人，你主要

应当对你的行为承担责任。所以这里面涉及到一个主观主义的刑法理论和客观主义的刑法理论的区分问题。第四个问题，司法和民愤与媒体的关系 这也是一个很值得探讨的问题，尤其是在刘涌案件当中，这个问题表现得很充分。究竟应该如何来看待这个问题？司法本身有一个从秘密司法到公开司法的过程。最初的司法是秘密的，是秘而不宣的。之所以秘而不宣，是要给这种司法笼罩上一种神秘的色彩。这是一种愚民政策，是为了使司法更好的发挥它的威慑作用。但是在现代司法当中，司法是公开的。老百姓能够对司法发表它的意见，甚至有一种制度叫做陪审团制度，允许公民直接参与审判。这是司法的民主性的一种表现。在司法面向公众之后，怎样来处理司法和民众的民愤，或者说民众对案件的这样或那样的看法，司法本身的这种理性、专业和精英的这样的一种工作性质两者之间的一种紧张关系如何处理，始终是一个值得研究的问题。我认为，司法活动本身是一种专业性很强的活动，司法活动强调的是一种亲历性，必须亲身经历，必须要亲身去看案件材料，去了解这个案件的证据，最后才能得出这个案件能定还是不能定的最终结论。因此这个最终决定权是在法院，是在法官，因为他亲自参加并且主持了这样一个亲历活动，因此他最有发言权。我们的社会公众尽管可以对一个案件发表各种各样的意见，但是这种意见不能影响司法机关的这种审判。所以有的人说过这样一句话我是比较赞同的，也就是说，公众可以表达激情，但是激情决不能影响司法的审判。这是两者的一个关系。那么在这个案件中，田文昌律师在一开始也谈到了，在2001年当中，在有关的报道当中就出现了一些发生误导的事实。实际上，对于刘

涌这个人，我们没有见过他，我们也不知道他，那么刘涌为什么在全国引起如此大的公愤，甚至产生了“国人皆曰可杀”的后果？这样一种公愤，这样一种民愤到底是怎么来的？我们可以说老百姓的这样一个概念，认为刘涌是十恶不赦的，非杀不可，好像天下第一号可杀人，这种概念怎么得出来的？从哪儿来的这个概念？（田文昌：有一个问题我一直想不明白。刚才兴良也讲了，我一开始也讲了，就是该杀的不该杀，想杀的不该杀，就是指承德这个案子。我奇怪的是什么呢？这两个案子我们的网民都没有看卷，这个是故意杀人，那个是伤害致死，怎么就得出了这样一个结论呢？大家要想一想这个问题，结论究竟从何而来？这是一个很值得深思的问题。）对，这个问题确实是值得我们思考的。实际上是一开始从侦破这个案件中，媒体就报道了一些材料，这些材料实际上是公安提供的材料。公安在司法活动当中它属于（大的）控方，可以说是一面之辞。控方不能决定一个人是否有罪，决定一个人是否有罪必须要经过司法活动，而司法活动必须要经过控辩双方的庭审，一个是指控，一个是辩护，最终由法院来裁量是否有罪。由此也可以看出来，对于一个案件尽管我们可以发表意见，但是我们不能不承认这种意见本身带有一定的感情色彩，是没有经过理性的过滤的。甚至不排除在个别情况有道听途说的成分。在这种情况下，我们还是要尊重司法机关的判决。尽管我们可以对司法机关的判决提出这样那样的不满，但是一个公正的审判是非常重要的。就像美国的辛普森案件，经过陪审团一年半的审理，花费了纳税人8千万美元，结果陪审团作出无罪判决。你问美国人，美国人有百分之七八十的人都会认为这个案件判错了，认

为辛普森是有罪的人，是杀人犯；但是你问他辛普森是否受到了公正的审判，每个美国人又同时会回答辛普森确实受到了公正的审判。这里面就体现出程序公正和实体公正两者并不能完全等同。（梁根林：我再插一句。辛普森案件判决以后，当时的美国总统克林顿马上就发表电视讲话，呼吁全国的民众尊重法院判决。）也就是说，经过一个公正的程序所得出的判决结果，它未必就是为大家所接受的。我们可以对这个判决不服不满，但是我们要尊重这个判决。就像是民主的一个最基本原则，“我可以不同意你的观点，但是我尊重你说话的权利。”这是民主的最基本的一个东西。第五个问题，关于专家论证的问题最后我想谈一下关于专家论证的问题。专家论证问题，也是这次在刘涌案件当中谈得比较多的问题。关于这个问题，刚才周振想教授、田文昌律师和梁根林博士都发表了他们的看法。我认为专家论证，它是受一方当事人的委托，或者受有关机关的委托，就案件的某一个情况，某一个事实，来发表专家自己的意见，提供一些咨询意见。是这样的一个活动。如果在一个社会里面，法官的专业水平很高，甚至比教授还高（那么像日本，他们的法官在刑法个论方面，按照一些人的说法，他们的水平要比刑法学者要高，比教授要高），这种情况下当然就没有必要组织专家就某一个问题上发表意见。但是我们国家目前情况并非如此。我们现在的法官队伍和司法队伍真正有正规学历的人占得还比较少。在这种情况下，在司法实践中就会出现某些疑难案件，出现某些疑难问题，对于这些疑难问题，专家们也未必能够解决，对于同一问题不同专家们可能会有不同的看法，但是毕竟专家们是专门研究这些问题的，对于这些问题他

们发表他们的意见，对有关当事人、对司法机关来处理这些问题可能会起到一种参考作用。因此在这种情况下，聘请专家，听取专家意见，就成为我们司法过程当中普遍进行的一种情况。不仅律师来聘请专家就某一个案件发表意见，而且公安机关也聘请某一些专家就某一个案件来发表意见，检察机关也聘请专家来发表意见，法院也聘请专家来就某一个案件发表意见。我本人是最高人民法院的专家咨询委员会委员，多次参加最高法院主持的就某些案件的定性问题的咨询会，来发表对某些案件的处理问题的处理意见（甚至包括某些重大案件，有些问题定不了，那么请专家来进行咨询）。我也参加过最高人民检察院召开的专家咨询会，发表对某些案件的咨询意见。我也是北京市公安局的专家咨询委员，北京市公安局有很多案件都找我们专家委员会来进行咨询。当然我们也参加了包括律师代表的被告人一方，律师代表的被害人一方来就某一个问题进行专家咨询。专家在这些咨询当中，只是发表自己对某一个问题的看法。这里面涉及到这样一个问题，我们过去把司法活动看作是一种单纯的权力的行使。但是现在随着法治文明的发展，越来越看到的是在司法活动当中，知识是非常重要的，也就是说司法活动不是一种赤裸裸的权力行使，而且包含着一种知识的运用。因此在司法活动中需要一些专业的知识。那么在这样一种情况下，知识，专家的咨询意见才有可能在一个案件的定性当中发挥它应有的作用。就这个问题而言，我认为专家对某一个案件发表意见本身，它仅仅是代表专家本人，只是供有关的当事人参考，而不能对案件起到决定作用，不可能说专家说有罪就有罪，专家说无罪就无罪。这种情况是不可能的。这里面还有

一个问题，也就是说，专家提供意见如果是不收取费用的，  
是无偿的，那你是公正的，但是你收了当事人的费用，那好像你就为当事人所用。实际上我要先说明一点，专家提供咨询意见本身也是提供一种劳动服务，所以这种服务它必然是有偿的。实际上不仅律师请专家咨询会给予一定的报酬，而且最高法院、最高检察院请专家同样也会给专家一定的劳务报酬。这正是在这个知识经济时代，知识所应有的价值。所以，不能说无偿提供的咨询就是公正的。我可以这样说，无偿提供的咨询可能是正确的，也可能是错误的；同样，有偿提供的咨询也可能是正确的。不能以有偿无偿来判断是否公正。当然如果我是受这一方当事人委托，我肯定是站在他们的立场上来就某一个法律问题发表意见。那么这种意见也是从有利于委托人这个角度来发表的。但是我们首先要记住这一点：任何意见必须要有它的事实和法律基础，如果一个专家意见完全脱离事实，完全脱离法律，那么说了等于白说，没有任何价值。所以从这个意义上来说，不管是站在哪一方，不管是有没有领取报酬，它必须要从事实和法律出发，这样的意见才有可能被有关的司法机关所采纳。脱离了事实和法律，那是没有任何意义的。而且专家的意见，刚才田文昌也讲了，只对律师所提供的证据负责任。律师提供的证据可能会有假，也不排除有的律师有隐瞒，但是在这种基础上提供的意见它不可能被司法机关所采纳。所以这样的咨询意见没有任何意义。同样，专家参加咨询，可能会在诉讼的不同阶段，他在不同阶段发表的意见，是根据现有材料来发表的。比如说海淀前段时间发生的所谓“天价葡萄案”，海淀公安分局就请我们过去咨询，说这个案件到底能不能定罪，定罪数



额是多少？在这个时候，公安机关还刚刚处于收集资料的初始阶段，在这个阶段专家发表意见，只能说这个案件如果你要想定他什么罪，就需要什么资料；如果没有这些资料，这个罪就定不了。就是提出一些指导性、参考性的意见，对于他们的办案工作会有一些的参考作用，决不是说专家说有罪就有罪，专家说无罪就无罪。专家绝对没有这么大的权力，也不可能做到这一步。因此我觉得，对专家论证的问题应该客观的、辩证的来看待。对专家本身来说，他有一个自律的问题：如何使你所发表的意见尽量的和法律事实符合。另外一个问题呢，专家本身不是一种裁判制度。裁判者是有关司法机关、有关司法者，他们有如何采纳、如何采信的问题。当然我也赞同这样的看法：专家的意见是目前中国司法现状下一种暂时的、具有相对合理性的一种做法，随着我们法官素质的提高，随着整个社会的法治素质的提高，专家意见总有一天会退出历史舞台。 文章出处：北大法律信息网

100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问  
[www.100test.com](http://www.100test.com)