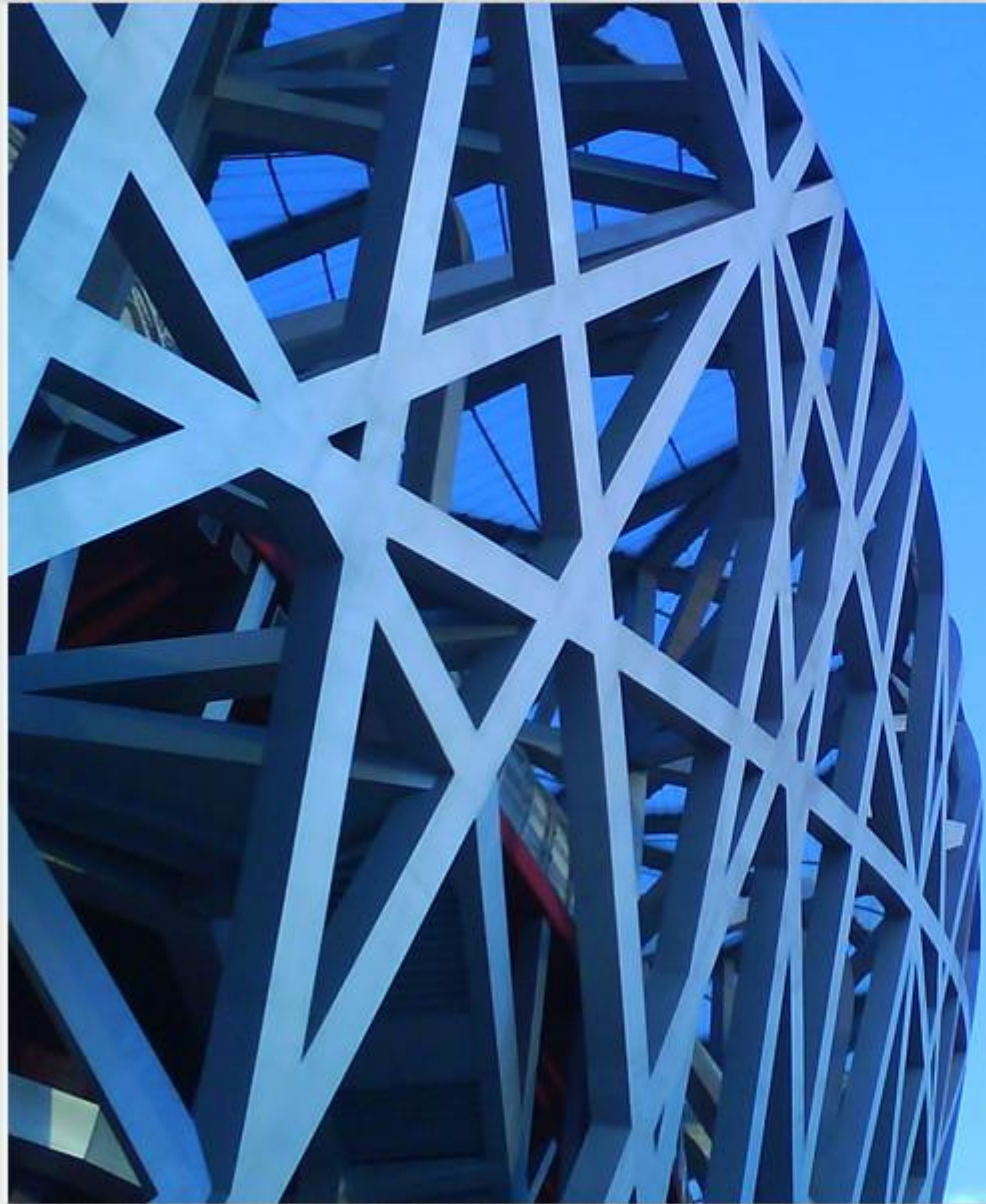


凯鹏 之风 Winds of Wings

凯鹏律师事务所电子杂志 网址：www.kaipenglaw.com 总第二期 2008年7月

凯鹏
之风 Winds of Wings





We Are Ready.





杂志信息

杂志名称: 凯鹏之风
英文名称: Winds of Wings
主办: 北京市凯鹏律师事务所
主编: 舒文
编辑: 樊金刚 董娜 赵蓉
杂志制作: 樊金刚

联系方式

地址: 北京市石景山区玉泉西里玉泉西里
远洋山水3号楼4单元3A05室
电话: 010-88685403/04
传真: 010-88685403
网址: www.kaipenglaw.com
E-mail: admin@kaipenglaw.com

版权说明

北京市凯鹏律师事务所©版权所有
杂志中部分内容来自互联网(具体来源已
注明),其版权归原作者所有,未经许可
不得擅自使用。

CONTENTS 目录

创刊号 2008年7月

1

卷首语
相信生活之美

3

本期视点
虎照事件疑云散去 周正龙涉嫌“诈骗”?

7

凯鹏动态
凯鹏律师事务所网站英文版发布 等

9

法治扫描
《房屋登记办法》七月起施行 等

11

以案说法
本案中“投资款”应如何定性?

15

凯鹏文苑
律师的独立性与事务所的文化建设
从外部遏制力量的缺陷看刑讯逼供的生成

27

休闲广场
凯鹏摄影作品欣赏
Boston Legal



相信生活之美

舒文

凯鹏之风终于开始了第二期的创作。作为与凯鹏有着深刻情感的我从内心里充满了期待和欣喜。

人生有两种：开拓式和因循式。以路为喻，前者是开路，后者是走既有的路。老马识途，仅是一方面；“途”也塑造途中的老马，从姿态到个性。

凯鹏之风是凯鹏人的路，她由我们塑造着，从姿态到个性。在这里我们的伙伴们用因循式的语言，想去做着开拓的事，发挥自由的意志，把凯鹏的思想淋漓地走上一回。

听听进入我们这个团队的对外经济贸易大学法学院的实习生的感受。

四月维夏，五月花开，六月徂暑，七月雷鸣，世间万物总是这样在一年的时光圈里轮回交替，始终如一！

诗人们总是喜欢在这些交替的间隙，捕捉生活的美感，通过妙笔生辉的文字给人们关于生活的想象和希冀。而作为律师，也许少了诗人挥毫泼墨，吟诗作赋的闲情逸趣，少了诗人笔下生花的灵感，但却不乏对生活之美的解读，对美好理想实现的期待。

诗人坚信：一粒沙里能看到整个世界，一朵花里能看到整个天堂……

凯鹏人怀着同样的情怀。客户所带来的信任，倾注于职业的忠诚，使凯鹏人永远都怀着坚定的信念，相信生活之美，相信阳光总在风雨后……

实习生 陈威（对外经济贸易大学法学院本科三年级）



周正龙拍摄的“华南虎”照片



警方展示周正龙拍照用的虎图

虎照事件疑云散去，周正龙涉嫌“诈骗”？

文：董娜

2007年10月12日，陕西林业厅公布了猎人周正龙用数码相机和胶片相机拍摄的华南虎照片。随后，照片真实性受到来自部分网友、华南虎专家和中科院专家等方面质疑。2008年6月29日，陕西省政府召开新闻发布会，通报周正龙拍摄的“华南虎”照片系假虎照。事件的主角周正龙也因为涉嫌“诈骗罪”被提请批准逮捕，还有的消息称其已经被逮捕。与此同时，法律界关于周正龙的行为是否涉嫌“诈骗”却看法不一。

笔者认为，从目前所提供的材料来看，周正龙并不涉嫌诈骗。

刑法第266条规定，诈骗罪是指以非法占有为目的，用虚构事实或隐瞒真相的方法，骗取数额较大的公私财物的行为。从法理学角度分析来看，该罪侵犯的客体是公私财物所有权，仅限于国家、集体或个人的财物，不包括其他非法利益。客观方面，该罪主要表现为用虚构事实或隐瞒真相的手段使对方当事人相信，并且基于该信任而将财物主动交给诈骗人。犯罪主体上，本罪是一般主体，即凡是达到法定刑事责任年龄、具有刑事责任能力的自然人均能够成为犯罪主体。主观方面，该罪表现为主观故意，即犯罪人主观上必须具有故意的意图。

从该案所提供的事实，我们发现，在华南虎照片事件的相关报道中，我们并没有发现任何的政府悬赏信息，也就是说陕西省各级政府及林业主管部门在事前均没有发布对拍到虎照的人颁发奖金等物质奖励措施。两万元奖金是周正龙将所拍摄的虎照献给陕西省林业厅后，林业厅才决定给予他的，是事后给予，换句话说周正龙在拍摄虎照时，并不知道林业厅对拍到虎照的人会有此丰厚的奖励，因此，依照法律的规定，周正龙并不具备非法占有公私财物的故意，不应构成诈骗罪。

（以上观点仅为个人观点，不代表所在单位观点。）

日前，我所助理黎蓉回家临行前，我所人员为给她组织了一次送别活动，大家纷纷为她送上了诚挚的祝福，希望她：工作顺利，一帆风顺！



> 凯鹏律师事务所网站英文版发布

近日，凯鹏律师事务所网站的英文版已经发布，英文版主要分为：Firm Profile、Practice Area、Lawyer Team、Contact Us 四个栏目，重点对我所的主要情况、业务领域及律师团队进行了介绍。至此，事务所网站的所有栏目已经全部上线。同时，为了改善事务所网站的运行环境，提高网站程序运行速度，我们还购置了新的主机空间，现网站已经成功移转至新的服务器。经测试，移转服务器后，网站的运行速度有了显著的提高。

> 我所旗下网站lawbiz经改版重新运营

我所旗下网站lawbiz—涉外法律网在运营两年后，近日常改版重新运营。该网站网址为www.lawbiz.org.cn，网站主要包括九大版块：国际贸易、反倾销、诉讼仲裁、外商投资、信用调查、法律顾问、法律翻译、法英培训及商务平台。网站由多位经验丰富的涉外律师组成的团队组织建立，专门为外商对华投资提供专业法律意见，同时为国内企业提供对外投资过程中涉及的法律问题的解决方案和法律意见。

> 我所开展抗震救灾捐款、捐物活动

2008年5月12日14时28分，四川汶川地区发生了里氏8.0级强烈地震。这场突如其来的特大灾害，给灾区人民的生命财产带来了巨大损失。凯鹏所全体人员都密切关注着正在紧张进行之中的营救行动及日后的灾后重建工作，并已在第一时间积极投入到为抗震救灾捐款、捐物的活动中。目前，帮助灾区抗震救灾、恢复生产、重建家园的任务仍然十分艰巨和繁重。下一步，我们会继续奉献爱心，把支援灾区抗震救灾工作作为一项长期的任务坚持下去。

在此次捐赠活动中，出现很多感人事例：合伙人陆志美律师除在所里捐款外，又通过空军法院捐款；合伙人孟宪宏律师在第一时间向灾区捐款；作为一名行政人员，黎蓉从自己不多的薪水中拿出100元捐了出来；我所赵宏律师、杜亚军律师、张琦律师分别通过各自的顾问单位向四川灾区捐款、捐物。

1 《房屋登记办法》7月起施行

来源：新华网

为了规范房屋登记行为，维护房地产交易安全，保护权利人的合法权益，住房和城乡建设部发布了《房屋登记办法》，自7月1日起实施。《办法》坚持“登记为民”原则，确立和细化了登记簿制度，进一步明确了登记机关的审查职责，细化了《物权法》规定的登记类型。

2 新修订的《科技进步法》7月起施行 鼓励大胆创新

来源：北大法律信息网

新修订的《科技进步法》以法律形式明确了新时期国家发展科学技术的目标、方针和战略，明确建立促进技术创新的融资体系，并将创新投入纳入国有企业负责人业绩考核的范围，强化了激励自主创新的措施，为新时期科技事业发展和全社会科技进步奠定了重要的法治基石。

3 公安部出台《娱乐场所治安管理办法》10月1日起施行

来源：法制日报

公安部7月2日发布《娱乐场所治安管理办法》，自2008年10月1日起施行。该办法明确规定，公安机关及其工作人员对娱乐场所进行监督检查时应当出示人民警察证件，表明执法身份，不得从事与职务无关的活动。公安机关及其工作人员对娱乐场所进行监督检查，应当记录在案，归档管理。

4 新专利法：“绝对新颖性”将成为授予专利权标准

来源：中国法律信息网

6月24日，国家知识产权局副局长张勤透露，在新《专利法》中，将进一步提高授予专利权的标准，采用“绝对新颖性”的标准。所谓“绝对新颖性”，就是指在世界范围内没有率先使用，即使在中国没有人率先使用，但是在国外某一个专家已经使用该技术了，那么这个发明也没有新颖性，不能授予专利。

本案中“投资款”应如何定性？

整理：董娜（凯鹏律师事务所 实习律师）

【基本案情】

2002年元月25日、26日两天，原告朱某分别向被告某公司交付两笔款项，每笔为50000元人民币，被告收款后向原告出具了收据。收据均载明所收款系投资款。同年7月2日，原告以借款为由提起诉讼，请求被告予以偿还。法院审理中查明，被告某公司系一家由自然人出资成立的有限公司，注册资本为500000元，营业期限自2001年4月26日至2003年2月15日。从2002年3月被告公司提交的工商年检报告看，该公司成立以来，既无股东变更登记又无资本金变更登记，在公司章程“股东名称和姓名”条款中也无原告姓名。被告提交的一份2002年元月20日的股东会议记录，其中虽然有一项涉及“同意朱某某同志加入股份资金10万元，每股股金4.2万元”的内容，但该会议记录无原告签名及意思表示。

【具体分析】

《公司法》及《公司登记管理条例》规定，公司的注册资本变更及股东的变更，均应自变动之日起30日内到有关机关进行登记。如投资人提起诉讼要求返还投资款时，系在公司股东及资本变动登记期限内（既支付投资款之日起30日内），则法院应当明示公司履行相关法定登记程序，并判决驳回投资者的诉讼请求。如投资者提起诉讼，要求公司返还投资款时超过了上述登记期限，即公司对于增加的投资未在法定期限内完成股东出资登记，那么法院应当认定“投资”为借款性质，并判令公司予以发还。

在具体的民商事活动中，鉴于人们对“投资”的概念理解比较宽泛，因此当因投资关系发生纠纷诉诸法院时，当事人出于维护自身利益，经常会故意混淆“投资”的性质：当公司赢利时，投资者希望将“投资”理解成股东出资，以便多获利；而当公司经营状况不佳或亏损时，投资者当然希望给公司提供的是借款，从而避免股东应承担的风险。这种对“投资”性质的投机性解释，增大了法院审理的难度。因此我们认为，在类似投资纠纷案件的审理中，某一主体对某公司的“投资”属于股东出资，还是借款性质，应主要从以下几方面考虑：

一 是否履行法定登记程序

按照相关公司法律规定，增加注册资本是公司的大事，应当履行较为严格的表决程序（公司内部）及登记程序（对外公示）。例如，《公司法》规定，有限责任公司的增资应由董事会制定增加注册资本的方案，然后提交股东会决议，并须经代表2/3以上表决权的股东通过。

《公司登记管理条例》规定，公司增加注册资本的，应当自增资款缴足之日起30日内申请变更登记，并同时提交具有法定资格的验资机构出具的验资证明。如果被投资公司履行了上述法定程序，“投资”的性质当然就一目了然了。但是，笔者希望提出的是，将是否履行相关法定程序作为判断“投资”性质的唯一依据，不免会有失偏颇。毕竟在现实生活中，投资行为并不都操作规范，常常是口头协商的多，签署文件的少；事实行为的多，履行登记程序的少。因此，我们还应该从以下几个方面进行更深入的考虑。

二 双方的意思表示

(1) 书面合同或协议。合同或协议是“投资”性质最直观的记录，因此也是最重要的证据。通过审查合同中“投资”双方权利、义务的规定，包括投资的形式、投资人的回报、投资人是否参与公司经营、投资款是否可收回等内容，我们可以探知“投资”双方的真实意思表示，从而形成对“投资”性质的综合判断。

(2) 公司内部资料。如果当事人关于“投资”事项未签订书面合同，或合同内容及其简单不足以反映“投资”性质的，应当考察被投资公司的内部文件资料，包括股东会决议、股东会议纪要、董事会决议、董事会会议纪要、出资证明书等。这些文件是判定“投资”是否为股东出资的参考依据，因为当公司接受新股东出资时，内部领导层往往会首先形成意见，并以会议记录形式记载下来。有时，原股东会邀请即将入股的投资人参加公司会议，宣布新股东加入，并且新、老股东一起签署会议纪要。如果有这些情况出现，我们应当认定投资者与公司的原有股东形成了新的出资协议，即使他们之间没有正式签署任何有关“投资”的合同，且公司增加股东及注册资本的事实也没有到工商行政管理部门进行变更登记，只要上述会议记录清晰反映了当事人关于出资及接纳出资的真实意思表示，即可认定该“投资”属于股东出资性质。但是，如果公司的内部决议或会议记录虽然反映了接受新股东的内容，却没有投资人的签字，则不宜仅根据这些内部资料内容判定“投资”为股东出资性质。因为这些文件反映的只是公司的单方意思表示，不能由此判断投资者的真实意思；另外，也不能排除公司为了诉讼而单方制造证据的可能性。故对于投资人没有签字的公司内部文件，其证明作用应与投资人与公司的合同结合起来分析，如果二者之间能够相互印证地说明投资者系向公司出资，则可将“投资”认定为股东出资的性质，否则，只能界定为借款性质。

(3) 投资款的交接款凭证。在某些情况下，当事人没有投资合同或其他书面文件证明“投资”性质时，投资款的交接凭证可能成为关键性的证据。譬如：在投资款收据中写明，“收到×××投资入股资金××元”，即基本可以认定为股东出资性质。

三 投资人是否行使股东权利

如果上述书面证据或不存在，或不足以证明“投资”的性质，不妨进一步考察投资人向公司交付资金后，与公司的权利、义务关系。如果投资人对公司行使股东的权利，如收取过红利，实际参与过公司的经营决策，则可认定为股东出资。

律师的独立性与事务所文化的建设

作者：舒文（凯鹏律师事务所 律师）

若转载本文请与本刊联系；未经许可，不得转载！

所谓律师独立性，是指律师作为独立执业的个体，需要在律师事务所内执业。相较于其他行业，律师相对于律师事务所，在管理上和经济利益上具有更大的自主性和独立性。律师的独立性主要表现在三个方面：

一、经济上的独立性——律师事务所的财富是由律师创造的

1) 律师可以独立销售产品——当事人基于对律师的信任而委托案件；

2) 律师可以独立生产产品——为当事人提供法律服务。

二、工作上的独立性

律师工作的复杂性、多样性、灵活性，要求律师必须专业化程度高、实践操作技能强、态度细致严谨以及工作方式灵活变通。律师事务所不可能要求律师如生产流水线上的工人一样，进行标准化生产劳动。律师的工作是一种最大发挥主观能动性的创造性劳动，是非常具有独立性的。

三、律师在人格上具有独立性

律师行业是一个高端行业，他们站得高、望得远，具有很强的独立思考能力，不会人云亦云，此其一；其二，作为知识分子，大多数律师骨子里都有安能低眉折腰侍权贵的清高；其三，律师行业是频繁与公权力打交道的行业。面对强大的公权力，律师如果人格上没有独立性，很难维护委托人的合法权益。

首先，我们要尊重这种独立性。我认为律师和艺术家非常相象。两者看似风马牛不相及，但还是有很多相似之处。艺术家和律师在人格上都是特立独行的，都有自己的个性和特点；艺术家独立创作作品，律师也是在独立的进行创造性的工作。艺术品收藏者大多是因为艺术家才购买艺术品，而不是因为该艺术品陈列在某家画廊；当事人也往往是基于对律师的信任才委托案件。我们不能像管理企业的员工一样管理艺术家，我们尊重艺术家的独立性创作，进而尊重艺术家本身。同理，我们要平等的看待我们的律师，尊重律师的独立性，进而尊重律师本身。

但是，大多数律师事务所往往忽视了律师“独立性”这一问题，甚至根本就没有认识到。其结果是造成律师事务所与律师之间关系紧张，矛盾加深，这不仅阻碍了事务所发展，而且也影响到事务所里的“小单元”——律师个人的发展。对律师的管理方式，大多数律师事务所采取两类方式。

一种是“自由放任式”。这种类型的律师事务所管理者，充分认识到了律师的“独立性”，但是根本没想解决这一问题，既然你们律师赚钱自己赚，工作自己干，又一个个这么有个性，除了我收取我的管理费，为律师出具必须的法律文书外，其他一概不管。这样既省心，又节省管理成本，何乐而不为呢？这样的结果是什么呢？是事务所与律师之间离心离德。既然事务所仅把律师当成赚钱的工具，律师也仅仅把事务所当成为自己赚钱的场所。至于在此期间事务所可以给律师的业务交流机会，资源整合平台，品牌推广空间等等，全都被简单的“赚钱”抛掉。事务所作为律师执业的场所可以提供给律师更多的附加服务，使每个律师有发展自己的机会，进而反过来促进了事务所本身的发展。而这种互为发展的理念应该是事务所和律师共同持有的。

另一种是“压迫管理式”，这种类型的律师事务所管理者不允许律师有太多的“独立性”。在这里，律师只是企业的员工。事务所是以律师的管理者面目出现。这种管理看似规范科学，但是实际上极大的抹杀了律师的主观创造性。

上述这两种管理模式，均不能解决律师“独立性”问题，因此采用这两种管理模式的律师事务所，始终也无法解决好其与律师之间关系，这一关系到律师事务所发展前途与命运的根本性问题。

律师具有“独立性”决定了他们要独立面对困难与挑战，要单枪匹马的战斗；面对激烈的竞争、强大的公权力，没有外援、没有后盾；在处理多种社会关系时，还要为客户解决好问题，还要有效的工作收取合理费用。

律师的独立性使得律师们更更需要有归属感。为什么呢？律师的工作性质决定了，这看似风光的职业，比如，总是以法律专家的身份出现在当事人面前，总是在斩钉截铁的回复当事人的疑问，总是能以各种巧妙的方式解决各类难题，总是在法庭上能慷慨陈词。但是谁又能了解，他们内心没有一丝的安全感。律师事务所往往仅把他们当成了赚钱的工具，律师事务所为律师的义务，仅仅是当事人开发票，为律师出具必须的法律文书手续，仅此而已！越独立的人，其实内心深处越渴望安宁，越渴望有一个归属的家园。而我们凯鹏律师事务所就是要真正为律师们创造这样一个不但能够发展自我而且给与律师归属感的家园。

好了，现在我们回到前面的问题，凯鹏如何解决律师“独立性”问题呢？

我认为要做到以上两点就行。一是让每一名律师有归属感。让每一名律师真正真正感受到自己是凯鹏的一份子，凯鹏是自己的家园；二是凯鹏自身要有开放的胸怀，要有海纳百川的气度，要尊重律师的独立性，进而尊重每一位律师。唯有此才能解决律师“独立性”问题。

如何才能做到上述这两点呢？我认为唯有进行事务所文化建设。

因为归属感与尊重独立性，属于价值观的范畴。利益刺激是不能让人产生归属感的。唯有靠文化的力量。

文化是什么？文化是某一特定人群共同价值观的体现。为什么中华文明源远流长，这是因为我们从小就生活在这片土地上，这是因为我们自幼时就知道女娲补天，精卫填海，大禹治水；这是因为我国有老子、孔子、孟子；这是因为我们有易经、史记，资质通鉴；这是因为我们每年都过春节、端午与中秋；这是因为我们每年清明都拜谒黄帝陵。这就是文化的力量。

国家的强大是源于文化的强大，同样企业也是如此。先进的文化能够促进企业的发展。

凯鹏文化的力量在于让每一个凯鹏的律师感受到共同的价值观，那就是——凯鹏是凯鹏人的凯鹏。我这么说绝不是唱高调，也不是在笼络人心，这是基于一个最简单、朴素的事实，那就是凯鹏的财富是由律师们创造的。唯有凯鹏的律师认为凯鹏是他们的家园，他们才会有真正的归属感；反过来，唯有凯鹏以归属感作为文化建设的基础，才会真正平等看待每一位律师，尊重每一位律师。

那么凯鹏如何进行文化建设呢？

也许有人会说，文化建设太虚了吧，太不切合实际了吧？一个成立只有三年，小规模的事务所奢谈文化建设是不是有点哗众取宠呢？

我说文化建设其实并不神秘，也并不抽象，它是由点滴小事积累起来的。世人都说母爱伟大，可是母爱伟大在何处呢？其实母爱都反映在点滴小事上。母爱是对婴儿的每一次哺乳，是儿时睡前的每一首儿歌，是学生时代的每一夜晚的陪伴，是长大后出行的叮咛，是疲惫之极归家的每一口饭菜。这就是母爱的伟大，没有惊天动地，却无时无刻的存在。

对企业而言，文化建设不是在做惊天动地的大事，而是在每一细微之处着手。今天我们召开这个年会就是在进行文化建设，企业VI设计就是在进行文化建设，每一次律师例会、每逢节日的聚会、行政财务等辅助人员对律师的每一个真诚地微笑也是在进行文化建设。从业务上，事务所要促进律师间相互学习交流，生活上也要关心我们每一位律师，让每位律师真正感觉到归属感。

这里我要澄清一点，强调凯鹏文化建设的重要性，绝对不是否认规范化的事务所管理，良好的办公环境，公平有效的利益刺激机制，以及凯鹏品牌的打造等等这些经营管理措施与方法的重要性，这些方面构成了事务所的躯体，而事务所的文化则是凯鹏的灵魂。这如同人没有灵魂不行，没有躯体同样也不行。二者没有先后及重要程度之分。今天我之所以强调凯鹏文化的重要性。是因为我们的文化是凯鹏的灵魂，而这个灵魂精髓就在于——凯鹏是凯鹏人的凯鹏。所有的规章制度、管理流程与利益激励机制都围绕这个核心。让每一名律师都真真切切地感受到归属感和荣誉感，这就是凯鹏文化建设所追求的终极目标。

从外部遏制力量的缺陷看刑讯逼供的生成

若转载本文请与本刊联系；未经许可，不得转载！

作者：刘昂（凯鹏律师事务所 实习律师）

近年来，随着杜培伍、余祥林、胥敬祥、聂树斌等冤假错案日益浮出水面，刑讯逼供这一干扰司法公正、困扰世界各国司法实践的顽症一次次被置于公共舆论的风口浪尖。刑讯逼供为何屡禁不止？人们总结了诸多原因：传统文化思想的不良影响、有罪推定观念的束缚、侦查人员素质水平的限制等等。笔者认为，除了这些因素，外部遏制力量的缺陷也不可忽视。事实上，制止警察实施刑讯逼供行为的外部力量来自诸多方面：法律规范的明确要求、检察机关的法律监督、人民法院对非法证据的排除、辩护律师对犯罪嫌疑人权利的维护、社会舆论对刑讯逼供行为的抵制等等。看似强大的外部遏制力量为何没能形成合力阻止刑讯逼供行为的发生？我们应该从各种外部遏制力量的缺陷入手寻找原因。

（一）法律规范的指引作用发挥不佳

法的一个重要功能是可以指引人们做出正确的行为选择。就刑讯逼供而言，实体法和程序法均对之作出了明确的否定指引，但各有缺陷。具体表现为程序法要求泛泛、实体法制裁软弱。程序法方面，我国《刑事诉讼法》虽然明确规定严禁刑讯逼供以及非法取证行为，但是，既没有规定在程序上应采取何种措施预防该类行为的发生，也没有规定当该类行为发生后该如何处置。刑法中“严禁刑讯逼供行为”的口号并没有在具体程序设计和证据规则设定上得到回应。虽然最高人民检察院《规则》和最高人民法院《解释》均规定：以刑讯逼供或威胁、引诱、欺骗以及其他非法的方法取得的犯罪嫌疑人或被告人的供述，不能作为指控犯罪或定案的根据。但是，刑讯逼供行为存在与否，由谁负证明责任以及证明应该达到何种程度又成为困扰司法实践部门的一个难题。实体法方面，虽然规定了专门的刑讯逼供罪，但制裁并不严厉。我国《刑法》第247条规定：“司法工作人员对犯罪嫌疑人、被告人实行刑讯逼供或者使用暴力逼取证人证言的，处三年以下有期徒刑或者拘役。致人伤残、死亡的，依照本法第234条、第232条的规定定罪从重处罚。”即如果刑讯逼供未发生致人伤残、死亡的危害后果，则定为刑讯逼供罪，法定刑为三年以下有期徒刑或者拘役；如果发生了致人伤残、死亡的危害后果的，则定为故意伤害罪或故意杀人罪，量刑时从重处罚。这种表述隐含着惩罚成本的降低，大大弱化了立法的威慑效力和指引作用，以致使有些人认为刑讯逼供并非什么严重的犯罪，只要不把人打残、打死就没什么大事。而被司法实践屡屡证明的刑讯逼供案件状告难、立案难、取证难、起诉难、判刑更难的特点更加深了行为人的误解。因此，程序法和实体法在行为指引作用方面的失败促成了刑讯逼供案件的多发。

（二）检察机关对刑讯逼供的控制能力不强

检察机关对侦查程序违法的控制是制止刑讯逼供行为发生的重要外部遏制力量。这种控制主要通过检察院的侦查监督和对侦查机关的制约职能来完成。实践中，主要有三种途径。一是在看守所设立监所检察室，接受被羁押犯罪嫌疑人对公安机关刑讯逼供等违法行为的控告；二是通过对犯罪嫌疑人的审查批准逮捕对侦查程序进行制约；三是由检察院法纪部门（有些地区又称为渎职犯罪侦查处）对刑讯逼供犯罪案件进行立案侦查，追究有关人员的刑事责任[1]。但是，无论上述哪一种监督方式都只是对侦查程序的事后监督，而非事前控制。由于缺乏事前的积极介入，检察机关事后查处的效果十分有限。因为刑讯逼供犯罪发生的空间大多是公安机关内部办公场所，犯罪环境的封闭使犯罪具有高度的隐蔽性，检察机关在查处时不可避免的面临证据缺乏的困境，造成查处能力的低下。另一方面，应该看到，公安、检察机关制裁犯罪、维护正义的共同愿望使得两者在实践中配合明显多于制约，这导致检察机关在控制刑讯逼供方面动能不足。

（三）人民法院对非法证据的排除力度不够

遏制一种行为发生的最根本的办法就是剥夺这种行为可能产生的收益。法院作为维护司法正义的最后一道防线，对刑讯逼供的遏制责无旁贷。这种遏制作用的发挥主要通过对非法证据的排除得以完成。尽管现行法律为排除刑讯逼供得来的口供提供了依据，但司法不独立成为制约非法证据排除规则运作的最大瓶颈。

因为法院必须有足够的权力和权威才能对公安机关的非法取证行为予以限制和否定，而人大的个案监督、人民检察院的法律监督、政法委员会的直接领导、地方行政机关对法院人、财、物等方面的制约，难免使法院在非法证据的排除过程中顾虑重重。再加上公检法三机关“分工负责，互相配合，互相制约”的紧密关系，使其在刑事诉讼中看似平起平坐的权力主体，在这种情况下，法院是否有胆量、有能力、有动力排除检察机关提交的用于指控犯罪的非法证据是个很值得怀疑的问题。实践中，遇有被告人或其辩护人提出口供来自刑讯逼供的抗辩，法官要么置之不理，要么休庭让检察机关进行调查，而检察机关往往拿出一份公安机关自己出具的“讯问程序合法、无刑讯逼供”的证明（加盖公安机关公章）敷衍了事。法院则会顺水推舟，选择对这种毫无中立性的证言深信不疑。

（四）律师维护犯罪嫌疑人权利的途径不畅

刑事诉讼中，律师是维护犯罪嫌疑人权利最重要的力量。刑事辩护制度一直被认为是衡量一国刑事法制进程与法治文明的重要指标。但是，中国的现实是刑事辩护律师和被告方缺乏有效的途径和资源来抵消控方的影响和权力。“刑辩难”的现状与辩护制度的重要地位形成了鲜明的反差。会见难、阅卷难、调查取证难再加上律师执业权益保护的不足使得刑辩律师队伍和辩护功能均呈现萎缩趋势，控辩双方本来悬殊的地位差距更加雪上加霜。对刑讯逼供行为的艰难抗辩凸显了刑辩律师的不利处境：讯问嫌疑人时无法在场、会见嫌疑人时受到严密监控、封闭的讯问环境使取证成为一种幻想、想在案卷中寻找刑讯逼供的蛛丝马迹更是一种奢望，加上刑法306条律师伪证罪的威慑作用^[2]和强大的公安检察机关的虎视眈眈，刑讯逼供抗辩成为辩护律师不敢轻易触及的一个领域。而法院冷漠和沉默的态度使本来就缺乏抗辩武器的辩护律师伤透了心，自然不敢奢求刑讯逼供的抗辩效果，这在客观上造成对嫌疑人权利的维护不力。

（五）社会大众对刑讯逼供行为的抵制不足

社会的态度左右着刑讯逼供在一个国家的生存状态。作为一种严重侵犯人权的不人道手段，刑讯逼供随着佘祥林、聂树斌等一起起冤假错案的曝光一次次点燃了人们心中的怒火。但是，稍作观察即可发现，所有激起民愤的刑讯逼供行为均有一个共同的前提，即被讯问者的无辜。否则，即使存在刑讯逼供，也能为社会所容忍，刘涌案就是典型的例证。二审法院因为“不排除公安机关在讯问中存在刑讯逼供的可能性”而改判刘涌死缓，社会却并未对这种严重违反程序正义的行为引起关注，相反，却为“黑社会头目被留有一命”深深激怒，愤怒的人们通过各种途径表达对司法不公的忧虑，强大的民意力量最终将刘涌送上了断头台。可见，社会大众对刑讯逼供的抵制力量往往只有在冤假错案被发现时才会被激发出来，而对于真正的罪犯，人们对刑讯逼供这种破案手段的反感与谴责并不强烈。国人对于犯罪形势总体控制的关注远远超过了对犯罪嫌疑人的权利保障的关怀，程序正义在与实体正义的较量中不堪一击。事实上，正是民众对刑讯逼供的这种不健康的容忍态度，纵容了刑讯逼供行为的长期存在。

从上述分析可以看出，尽管遏制刑讯逼供行为的外部力量看似强大，但是问题多多，难以形成合力。杜培伍案的发生最好的说明了笔者这一论断。检察机关监督不力甚至放纵，人民法院对非法证据回避甚至漠视，外部遏制力量同时失灵，险些与公安机关联手把一个无辜的人送上断头台。当然，笔者并不否认警察群体整体素质的提升、内部监督机制的完善等内部遏制力量的增强对防范刑讯逼供的积极作用，但是，内部遏制力量的缺失不能解释刑讯逼供行为更本质的成因。当除暴安良的角色扮演受阻时，警察自身的自我控制力量难以从根本上遏制刑讯逼供行为的发生。因此，笔者认为，我们应该更多的冀望于外部遏制力量的完善与增强，使刑讯逼供行为早日告别历史舞台。



摄影作品欣赏













第59届艾美奖入围剧集《波士顿法律》

Boston Legal(波士顿法律)是美国热播的电视剧集之一，在以美国人的幽默方式博得观众会心一笑的同时，生动地向我们展示了与我们想象中有些出入的美国司法现状。看完不得不承认的是美国人引以为豪的司法体制实际上并没有我们所想象的那么不偏不倚，有人的地方必定会有人性的光辉，从某种程度上来说这也恰恰是法律以人为本的与时俱进之处。透过剧中每集紧扣时事的案例，我们不仅领略到了英美法系和大陆法系的不同之处借以反思我们需要改进的地方，更清楚地明白了美国司法程序的每一个环节，也许它更适合做一部适合美国人准普法教育宣传片。相比之下，国内这方面的影视作品少之又少。如果想了解一下美国司法系统，并希望摆脱书本式纯理论学习的枯燥的话，看看这部剧也许是个不错的选择。

凯鹏律师事务所简介

北京市凯鹏律师事务所是经北京市司法局批准设立的综合性律师事务所，凯鹏所律师团队包括知名法学专家、学者，以及毕业于国内外著名学府的博士、硕士，部分律师还兼有金融、知识产权、国际贸易等其他专业学位。凯鹏所多位律师曾供职于中国政府机构、司法机构、仲裁机构、法学教学研究机构，具有丰富的政府协调、司法实践经验以及雄厚的理论基础，且正在为国内外众多知名公司曾经或正在提供各项专业、高效的诉讼和非诉法律服务。

凯鹏所实行主管律师负责制，对核心业务由该领域资深律师组成专项团队进行实务研究，确保专业服务水平；凯鹏所强调发挥团队合作，倡导律师之间的合作及资源共享。所有凯鹏的客户享受的不仅仅是主办律师个人的服务和智慧，而是在专业委员会指导下的资源调配下最高的办案效率的成果。

凯鹏所专设客户服务部，从客户需求出发，为客户提供全面服务。在案件办理过程中不断跟进客户需求，及时反馈给主办律师。注重理解客户不断变化的实际需求，注重结合个案的自身特色，设计最优的思路、方案和工作模式，以有效的方式处理纷繁复杂的法律问题。

凯鹏所全面提供商业运作范畴内的法律服务，同时提供各个领域的综合法律服务。重点业务领域为经济类及公司法律事务。其中尤为擅长：企业并购、资产重组、破产清算、证券、招投标、公司法律顾问等相关公司法律事务，国际商事海事仲裁，国际投资与国际贸易法律业务、房地产、知识产权及高新技术、金融及银行法律业务等诉讼、仲裁及非诉讼业务。刑事案件代理也是凯鹏律师事务所品牌业务之一。

凯鹏律师事务所还与国内最权威的法律英语培训企业以及高校法学院联手，共同打造法律英语培训强势品牌，致力于中国培养更多具备国际业务水准的法律人才。

凯鹏不断适应社会经济和法律服务专业化的市场需求，一贯秉持诚信高效的信念，以客户满意度作为服务的重要质量检验标准，通过现代管理方式，不断提升“凯鹏”的品牌价值。凭借对中国经济政策、社会动向的敏感把握和对中外法律的深入了解，依托与中外企业、新闻媒体、行业协会、学术界及行政机关、司法部门建立的良好合作关系，凯鹏能够为国内外客户提供卓越的法律服务。



了解更多详情，请访问凯鹏律师事务所网站：www.kaipenglaw.com 或致电：010-88685403/04