

辩护律师调查取证权透析 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/483/2021\\_2022\\_\\_E8\\_BE\\_A9\\_E6\\_8A\\_A4\\_E5\\_BE\\_8B\\_E5\\_c122\\_483836.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/483/2021_2022__E8_BE_A9_E6_8A_A4_E5_BE_8B_E5_c122_483836.htm)

我国现行刑事诉讼法将辩护律师介入刑事诉讼的时间提前至案件移送审查起诉之日，并赋予其相应的调查取证权；允许律师介入侦查阶段提供法律帮助，是刑事诉讼日趋进步的反映，但由于法条在有关调查取证权的行使阶段、条件、内容、方式上仍然存在规定的非科学与非合理性，使得律师的调查取证权往往流于形式，实际上很难获得实现，司法实践中甚至许多律师不愿从事刑事辩护活动，“知难而退”，因而犯罪嫌疑人、被告人也就很难真正获得律师的有效协助，这显然是不太符合立法的初衷及刑事诉讼民主化、法制化、文明化的国际现状与趋势的。

一、律师调查取证的法理依据 广义的调查取证权包括阅卷权、摘抄权、复制权、同在押的犯罪嫌疑人或被告人的会见权与通信权、取证权。狭义的律师调查取证权仅指取证权。关于律师调查取证权的渊源，大致可以体现为以下几方面的法理依据：1、调查取证权是无罪推定原则的必然要求。作为“获得辩护上所需的一切保证”的重要体现便是律师的辩护权与调查取证权，这正是《世界人权宣言》第11条规定的“凡受刑事控告者，在未经获得辩护上所需的一切保证的公开审判而依法证实有罪之前，有权被视为无罪”的基本要求。2、有效辩护原则离不开律师的调查取证权。现代各国宪法和法律不仅规定犯罪嫌疑人、被告人有辩护权，而且，其获得有效辩护也已成为各国刑事诉讼的一项重要诉讼原则。联合国1990年通过的《关于律师作用的基本原则》规

定：“要求所有人都能有效地得到独立的法律专业人员提供的法律服务”。所谓有效，不仅在形式上有辩护的权能，更强调在实质上有具体的实现其权能的方法和保障。

3、律师的调查取证权是平等对抗原则的客观需要。尤其在英美当事人主义国家，控辩双方平等对抗、裁判中立被认为是现代司法公正得以维系的基本诉讼结构。大陆法系虽不主张平等对抗，但努力避免刑事诉讼中控辩双方力量的悬殊已是近年刑事诉讼发展的新特点，要真正避免控辩双方力量的悬殊或达到“手段同等”，赋予辩护律师相应的调查取证权同样也是必需的。有人说：“没有律师就没有司法公正”，而律师没有调查取证权，同样也难以实现司法的公正。

4、律师调查取证权的另外一个法理依据来源于有关单位和个人的作证义务。在法治国家，任何组织或个人涉讼时，都有权要求知情者提供作证帮助，同时，基于人权保护和司法公正的需要，他们也有权获得律师的法律帮助。当涉讼当事人要求知情者提供作证帮助的权利不能实现时，该权利便演绎成为其提供法律帮助的律师的调查取证权，由律师以社会法律工作者的身份向有关单位和个人收集和调取证据。

## 二、我国律师调查取证权的现行规定与立法缺陷

### 1、关于侦查阶段律师的调查取证权。

根据刑事诉讼法第96条的规定，此阶段的律师享有了解权、会见权，但没有通信权、阅卷权、取证权。不赋予律师阅卷权和取证权的主要理由是怕律师泄露侦查工作的秘密和削弱侦查机关的专有职能。可见，我国侦查阶段的律师并非辩护人，而只是提供一般的法律帮助的人。律师的这种待遇与《关于律师作用的基本原则》的要求是不符的。如果说阅卷权可能泄露侦查工作的秘密，那取证权则是必需的。

如果辩护律师不能在追诉机关进行有罪调查的同时进行无罪调查，收集犯罪嫌疑人无罪、罪轻的证据，他能为犯罪嫌疑人提供的法律帮助是极其有限的，因而也就难以实现“协助保护和确立其权利并在刑事诉讼的各个阶段为其辩护的目的。”至于律师的调查取证权是否会妨碍侦查工作，由于控辩双方各自调查取证，实际上很难出现妨碍对方进行调查取证的问题。关于会见通信权，与律师联络、协商的充分机会和便利条件最起码应包括会见和通信两种方式，而我国侦查阶段的律师只能会见，不能通信；在会见的方式上，我国刑诉法规定：“律师会见在押的犯罪嫌疑人，侦查机关根据案件情况和需要可以派员到场”。而在实践中，“可以派员”几乎成了当然派员、案案派员。有人称这种被人看管的会见为“带着枷锁的会见”。

## 2、辩护律师的调查取证权。

根据刑诉法第36条、第37条的规定，辩护律师自人民检察院对案件审查起诉之日起和人民法院受理案件之日起，可以享有阅卷权(含查阅、摘抄、复制权)、同在押的犯罪嫌疑人或被告人的会见和通信权、收集与本案有关的材料即取证权，但在权利的行使条件、时间、内容上则存在诸多缺陷：(1)关于权利的行使时间。从法律的规定看，辩护律师行使上述权利的时间是自检察院对案件审查起诉之日起，但从案件移送审查起诉之日至检察院审查起诉之日的这段时间，辩护律师可以作什么却不得而知。名谓辩护律师，其辩护权在此段时间内却无具体内容。(2)关于阅卷权。依照刑诉法第36条的规定，“辩护律师在审查起诉阶段可以查阅、摘抄、复制本案的诉讼文书和技术性鉴定材料”。由于上述材料并不包括犯罪嫌疑人犯罪的实质性证据材料，更不包括罪轻等犯罪事实的全部

材料及证据。往往律师交了100元的复印费，得到的却是几张拘留证、逮捕证、扣押清单等法律文书的复印件，这使得刑法将辩护人介入诉讼的时间提前至移送审查起诉之目的无法实现。在审判阶段，虽然“辩护律师自人民法院受理案件之日起，可以查阅、摘抄、复制本案所指控的犯罪事实的材料”，但实践中检察院向法院移送的不过是控诉被告人涉嫌犯罪的主要证据的复印件或照片、证据目录、证人名单，且基本上是为检察机关达到指控目的服务的。律师根本看不到指控犯罪证据的实际内容与全部材料，更不可能看到有利辩方的证据材料了。

(3)关于会见通信权。法律规定辩护律师可以同在押的犯罪嫌疑人、被告人会见和通信。六机关规定：“审查起诉阶段和审判阶段，案件已经侦查终结，辩护律师和其他辩护人会见在押的犯罪嫌疑人、被告人时，人民检察院、人民法院不派员到场。”但侦查机关是否还可以派人到场？看守机关是否可以就地“监督”？总之，实践中，会见难已是一个普遍严重的问题，有的地方甚至还要求会见时须派两名律师，律师与犯罪嫌疑人、被告人的通信更是必须受到看守机关的检查。

(4)关于取证权。根据刑事诉讼法第37条的规定：“辩护律师经证人或者其他有关单位和个人同意，可以向他们收集与本案有关的材料，也可以申请人民检察院、人民法院收集、调取证据。”然而，如果证人或者其他有关单位和个人不同意怎么办？人民检察院、人民法院不受理取证申请或受理后不收集、调取又如何补救？法律对此并无规定。甚至刑事诉讼法第37条还规定，辩护律师向被害人或者其近亲属、被害人提供的证人收集与本案有关的材料，除了须经他们同意外，还须经人民检察院或者人民法院的许可，

而对于什么情况下同意或不同意、什么情况下许可或不许可，法律并无下文。立法上的“同意”与“许可”这些限制性规定，使辩护律师的取证权似乎变成了证人和司法机关情绪化的产物，实践中，律师很难收集到相关的证据，权利流于形式。同侦查机关广泛的取证权和多种侦查手段相比，辩护律师这种受到抑制的权利与现行刑诉法期望通过赋予其取证权，以使控辩双方收集证据的权利趋于对等和平衡的立法初衷显然是不符合的。

### 三、调查取证权的立法完善

公正是诉讼的生命所在，而公正在很大程度上来源于对当事人等诉讼主体的公正对待。在刑事诉讼中，除了作为控方的侦查机关、检察机关外，犯罪嫌疑人、被告人及其辩护律师的主体地位必须予以确认，必须重视辩护律师对诉讼的参与及其诉讼权利，这也是我国现行刑事诉讼法改革审判方式，增强控辩双方的对抗性，将律师介入诉讼的时间提前并赋予辩护律师调查取证权的本意。但是，关于辩护律师调查取证权的设置。无论从立法还是实践上，都没能体现诉讼主体的攻击或者防御能力基本相当的公正标准。考虑到我国刑事诉讼发展的趋势及履行我国签署或即将加入的国际公约所确定义务的需要，有必要对辩护律师的调查取证权作如下修改：

- 1、赋予律师在侦查阶段调查和收集证据的权利。律师在侦查阶段的辩护是“在刑事诉讼的各个阶段为犯罪嫌疑人辩护”的必要组成部分。而律师在侦查阶段的取证权则是实行辩护的基本条件。从国外的立法例来看，凡是实行当事人主义对抗制审判的国家，几乎没有不允许律师在侦查阶段享有取证权的。美国一般不允许律师查阅警察卷宗，但却赋予了律师与侦查并行的各种取证的渠道和方式。
- 2、关于会见通信权。在现行

法律规定侦查阶段的律师可以会见在押犯罪嫌疑人，增加其与犯罪嫌疑人通信的权利。根据国际标准，取消“律师会见在押犯罪嫌疑人，侦查机关根据案件情况和需要可以派员到场”的规定，并增加规定“律师会见在押犯罪嫌疑人、被告人，须在执法人员看得见但听不见的范围内进行”。取消律师与在押犯罪嫌疑人、被告人的通信须经检查的规定和做法。

3、赋予辩护律师阅卷权以实质内容。在阅卷权行使的时间上，建议提前至案件移送审查起诉之日。在阅卷权的内容上，在审查起诉阶段，除可以查阅、摘抄、复制本案的诉讼文书和技术性鉴定材料外，还应包括指控犯罪的主要事实材料；在审判阶段，考虑到检察院移送的往往只是证据目录、证人名单、主要证据的复印件或照片，在继续确认“可以查阅、摘抄、复制本案所指控的犯罪事实材料”的基础上，增加规定自人民法院受理案件之日起，辩护律师应与检察机关互相开示证据，对辩护律师未掌握的证据，检察机关应当为律师提供阅卷的便利条件。

4、对辩护律师的取证权，应取消立法上的“同意”、“许可”等限制性规定，建议修改为“辩护律师参与刑事诉讼活动，有权依法向有关单位、个人调查、收集与本案有关的材料，有关单位和个人有责任予以支持。辩护律师也可以申请人民检察院、人民法院收集、调取证据。对于涉及国家秘密的，应当申请人民检察院、人民法院收集、调取。”为防止人民检察院、人民法院无正当理由拒绝辩护律师的取证申请，可以借鉴德国刑事诉讼法第338条第8项以“在某个对于裁判具有重要性的问题上，法院以裁定错误地限制了辩护”为由，视“原判决是建立在违反法律的情况之上的”规定，明确违法拒绝查证的法律

后果。凡人民检察院和人民法院以不正当理由拒绝辩护律师的收集、调取证据申请的，均可成为辩方主张裁判无效的抗辩理由。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)