

律师调查权制度的立法思考 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\\_\\_E5\\_BE\\_8B\\_E5\\_B8\\_88\\_E8\\_B0\\_83\\_E6\\_c122\\_483846.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/483/2021_2022__E5_BE_8B_E5_B8_88_E8_B0_83_E6_c122_483846.htm) 调查，即证据调查，

是指律师和执法人员为了查明和证明案件事实而进行的证据发现、收集、核实等专门活动。它适用于律师、侦查人员、审判人员、检察人员、仲裁人员、行政执法人员等的工作中，上述人员在具体工作中，为了查明案件事实真相，法律赋予其不同范围的调查取证权。我们要讨论的律师调查权，是律师的一项基本工作权利，是专指律师承办法律事务过程中，进行的有关发现、收集、评判、使用证据活动的权利。

一、律师调查权的现状分析 随着我国依法治国进程的进一步发展，我国于1996年颁布实施了《律师法》，《民事诉讼法》、《刑事诉讼法》也都重新颁布和修订，对律师调查权也有了更为详细的规定。但在律师实务的运行过程中，使用调查权方面不论在立法上和实践中都不能得到充分的使用和保障，受到很多限制，已严重阻碍了律师业的正常发展。首先在立法上，现行的律师法对律师调查权的文字表述上有了许多限定，增加了“可以”、“有关”等词。向有关单位和个人调查取证，要经其同意，这一些立法上的限定，大大缩小了律师调查权的使用范围。特别是在刑事诉讼中，现行法律对辩护律师的调查取证权的规定，使其实现起来非常困难。

《刑事诉讼法》第36条关于对辩护律师在检察院审查起诉之日和法院受理案件之日享有阅卷权的规定，能够看出，可以阅卷、摘抄、复制本案的诉讼文书，技术性鉴定材料，并非全部材料；可以阅卷、摘抄、复制本案所指控的犯罪事实的

材料，这些材料主要是检察院报送的证据目录、证人名单和主要证据复印件，且都是有罪的材料，也并非全部材料，这就使律师很难更好地了解案件事实真相，充分实现辩护职能，更不用提控辩的平衡了。《刑事诉讼法》第37条规定关于向证人和被害人取证的规定，也存在很多限制，律师要经证人或其他有关单位和个人同意，对被害人要经过检察院和法院的许可并经其同意才可以向他们收集与本案有关材料；同时规定，律师享有可以申请检察院、法院收集、调取证据的权利，但这些规定都完全取决于证人、被害人、两院的意志决定，只要他们不同意，律师的调查权就无从实施，完全没有一种强制力来保证实施，所以根本对抗不了控诉机关利用国家的强制力和先进的现代化科技手段获取的大量证据。同时《刑法》第306条对辩护人、诉讼代理人犯罪的规定，使律师在行使调查取证权时更加困难，不敢深入收集、调查取证。在实践中，律师调查取证更是步履维艰。例如刑事诉讼中，在侦查阶段，律师会见犯罪嫌疑人以及向其提供法律帮助，就受到侦查机关的监督限制，或者直接以涉及国家秘密不准其会见。律师申请检察院、法院调取证据会被认为“没有必要”而遭到拒绝。在向证人取证过程中，由于辩护律师是经常被人认为是为坏人开脱，而使老百姓对律师取证不理解，根本不予配合；还有的怕打击报复而不敢作证。这一些现象都缺乏一种立法上的制约，严重制约了律师调查取证的正常发挥。证据是诉讼之王，律师不能更充分地调查取证，就不能更好地维护当事人的合法权益，特别是近几年，刑事辩护率持续下降，长此以往，将严重影响我国的法制建设，大大削弱依法治国的发展进程，不能保证市场经济的合

法有序发展，从而阻碍我国的整个现代化建设进程。二、律师调查权的立法思考 律师调查权是一种权利，权利和义务必须同时出现，权利的实现有待于义务的履行，律师的这种权利有别于司法机关所拥有的权力，没有强制性。司法权是一项重要的国家权力，它是以国家强制力为保障来实现的，当义务人不履行义务时，可以直接采取国家强制措施来迫使义务人履行义务。由此看来，律师要保证其调查取证权的充分行使必须有国家强制力来保障，即拥有一种类似权力的权利。

《中华人民共和国律师暂行条例》规定：律师就所办的案件有调查访问的权利，有关单位或个人应提供事实真相，给予方便；而《律师法》、《民事诉讼法》、《刑事诉讼法》规定，律师调查权行使的前提是要取得被调查人的同意或(和)相关司法机关的许可，律师的调查不再具有强制性。从《条例》与《律师法》中关于律师身份和律师机构性质的界定上不难看出这一变化的根源。《条例》中对律师身份界定的是“国家法律工作者”，律师机构是国家事业单位，它的调查权的实现是以国家强制力为后盾，是公权力。因此，有关单位或个人应提供事实真相给予方便，《律师法》中对律师身份界定的是“为社会提供法律服务的人员”，律师机构是社会中介服务机构，它的调查权的实现是基于当事人的委托，是私权力，因此要取得被调查人的同意或(和)许可。就律师执业的本质来看，《律师法》关于律师、律师执业机构性质的界定是符合客观实在的。律师的本质特征是维护当事人的合法权益，它的执业行为是基于当事人的委托而开始的，代表委托人的利益的特性，决定了律师不应享有公权力，其行为不具有强制力。然而，就社会整体公正来讲，律师的存

在，又是通过对个体权利的维护，来约束国家公权力的行使，以实现法律的正确实施，规范人们的行为，最终促进社会主义民主与法制建设的完善。它的执业具有两重性，一方面是为个体服务，另一方面又是为社会服务。因此，世界各国都将律师制度视为法治建设的一项重要制度。“律师兴，则国家兴”。律师调查权是律师业发展的基石。没有调查，就没有发言权。以事实为根据，以法律为准绳的前提是“事实”。而法律上的事实是指能够用证据来证明的客观存在。律师调查权能否得到法律保障直接制约着律师业的发展。要实现律师执业的两重性，就必须赋予律师调查权以国家强制力。为此，笔者认为：解决律师执业个体属性与社会属性的矛盾，使律师调查权落到实处，更好地促进律师业的发展，推进社会主义民主与法制的进程，在现代立法体制下，可以采取律师调查权从权力机关(包括司法机关和行政机关)转授取得的方法。律师执业范围从整体上可以划为诉讼与非诉讼两大类，因此其调查权的转授取得也可以划分为诉讼类和非诉讼类。

1. 诉讼类：在处理诉讼业务进行调查取证时，可以从法庭转授取得具有国家强制力的调查取证权。律师根据其承办的诉讼业务的需要向审理法官申请“调查令”，审理法官接到申请后应当签发。“调查令”的签发与否是基于律师的申请，而不是法官认为是否需要。将法官对“调查令”申请的程序审查与实体审查区分开来。也就是说法官只从程序上审查申请是否符合规定，如申请律师是否具有执业资格，是否是该诉讼业务的代理人等，而不去进行实体审查该申请调查的事实是否需要，只有在法庭主持控辩双方经过调查、质证、辩论后才能对律师申请调查的事实是否需要作出正确

的判断。如果未经法庭审理，即由法官单方作出是否需要的决定，实质上是违反了证据应当经过质证后才能作为定案依据的原则。律师申请调查令程序上违法，则法官可拒绝签发，并将这一情况通报律师协会，由律师协会依法对申请律师作出惩戒。法官签发“调查令”后，律师便可持“调查令”向有关单位、个人进行调查。有关单位、个人必须接受调查并提供与案件有关的真实情况。否则律师有权向法官作出说明，由法官以蔑视法庭罪追究相关人员的法律责任。通过律师申请、法官签发“调查令”的方式，使律师的调查权具有了国家强制力而得以行使；通过法官对“调查令”申请的程序审查与实体审查区分开来，使律师的调查权得以实现。当然这种转授权力，要制定一套完整的程序和实体法规，规定什么情况下，什么时候可以授权、授多大范围的权力，律师违法行使权力或超越行使权力，将承担何种法律责任，相关人员不履行举证义务，将怎样启动国家强制力来保障等一系列规定。

2、非诉讼类：在非诉讼法律业务中，随着我国行政机构的不断改革，越来越多的原来由行政机关履行的职能将转化向社会中介机构，例如税务代理、知识产权代理、仲裁业务等，以及其他大量的为当事人或所担任的法律顾问单位的非讼业务，这些业务往往需要大量的调查取证工作。在行使这些业务的调查权时，连申请检察院、法院调查取证的权利都没有，就更不能保证充分行使调查取证权，维护当事人的合法权益。根据行政法的规定，国家可以通过法律法规把某些行政事务授予社会某些组织。这些组织在行使法律、法规授予的职能时，就拥有了行政主体资格，就享有一定的行政权力。据此，律师在办理非诉讼的法律事务时，也可向

相关行业行政主管部门或司法行政机关通过申请“侦查令”获得授权，拥有类似于税务、工商机关进行市场调查时的权力。当然，这也需要有一套完整的法规来具体规定相关的权利和义务。

3、充分发挥律师协会的职能，赋予律协某些方面的权力，由律师协会根据要求，对会员律师赋予某些调查时的权力，并由律师协会对这一权力的行使进行监察、制约。

总之，要想使我国的律师制度充分发展，必须保证律师调查权的充分实施，要突破现行的立法缺陷，完善立法制度。

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)