

谨防取证“陷阱”：律师取证中可采取的措施 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_B0_A8_E9_98_B2_E5_8F_96_E8_c122_483878.htm 谨防取证“陷阱”刑

辩律师取证中可采取的几点措施 修正后的新刑法至今已实施6个年头了。在新刑法400多个罪名中，同行们视点最集中、反映最强烈大概就是第306条了。对于这个主要给中国律师设定的罪名，广大同行由开始的哗然、抗争，到后来的一些律师干脆罢辩，到再后来哑然无奈。一些律师先后掉进了“取证陷阱”，仅黑龙江省就有10多位，且大都是冤枉的。看来，取消第306条尚无时日，而且即使真的取消第306条，仍有第307条的妨害作证罪，帮助毁灭，伪造证据罪正等着律师。而拒绝辩护又有违职责，面对现实采取积极有效的防范措施是唯一选择。笔者在同行中算是半老半新，平时留意一些有经验的刑辩律师在取证中的好方法，加上个人一管之见，一并呈给同行，权作引玉之砖。本文言及仅限于谨防被诬陷。如果律师违反职业道德，故意妨碍作证则不在探讨之列。

一、在法律天平上，本应平等的控辩双方，在习惯上却总是向前者倾斜。我把这个文不对题现象首先提出，是想说我们要时刻清醒地估计刑辩律师的实际分量。尽管我国刑事诉讼制度要求控辩双方从不同的侧面揭示案情，使法官兼听则明，正确地适用刑罚，然而在法庭上，一端是头顶国徽、正襟危坐的检察官，另一端是势孤力单被告人（普遍被认为是犯罪分子）加上律师。代表国家公诉机关指控犯罪的公诉人尚未开言，法律天平的另一端已经明显被撬高。千百年来纠问式的审判方式已形成一种惯性，刑诉法修改后，个别法官仍

乐意在检察官、律师对被告人询问之后，再从头到尾地审问一遍，而律师举示的证据，一定要经检察机关再重新“复查”才能认定，律师在发言之前常被提醒“没有用的不要说”，“与本案无关的不要说”等等。尽管依据法律规定，律师也有一定权利，但是这些“权利”常常用不上。如会见犯罪嫌疑人一般要审批，带“编号”的大案要案(通常是党委交办的)则更难会见。收集证据往往得不到配合，又无能为力，而检察机关则可以让相关证人随叫随到，甚至可以动硬的，深更半夜对证人或律师进行“传讯”仍在其职权范围之内。这样，刑辩律师就应当保持清醒的头脑，采取一些避实取证风险又能尽到职责的有效措施。

二、既然律师的辩护职责是“提出证明被告人无罪、罪轻或免除刑事责任的材料和意见”，那么无关紧要的证据，一概不举。刑法第306条辩护人妨害证据罪所侵害的客体是国家司法机关的正常活动，表现为直接影响刑事诉讼活动的正常进行，影响案件的正常审理。实践中有的律师所提供的证据，对于被告人定罪量刑关系不大或者证明力不强，结果由于提供了假证，影响了刑事诉讼活动的正常进行，也给自己带来了麻烦。笔者曾旁听这样一起案件，一位资深律师被指控妨害作证罪。案情是该律师为一名涉嫌贪污案的被告人辩护，曾接触到证人，证人对律师说“被告在存款时说钱不是被告人的，暂存几天”。后来，公诉机关再找证人询问，证人说是被告人的父亲授意这样说的，而被告人的父亲则说是律师让这样说的。最后，律师被指控犯有妨害作证罪，法院判决其有罪。其实，构不构成贪污要看事实、看证据，而“被告人曾经怎么说”并不重要。还有一次，笔者旁听一起影响很大的涉嫌暴力袭警案件，一位

外地律师向法庭提供一份律师询问笔录，内容是被告人的雇佣服务员证明警察当场也使用了暴力，结果出证言的服务员被传唤到庭，不仅当庭推翻了证明，而且手指那位律师说“就是他让我这样说的”，闭庭后，那位律师也被公安机关带走，听说审问了一天才作罢。我认为第一起案件的律师是不构成犯罪的；第二起案件仅因证人一面之词就把律师带走也是不应该的。我要说的不是司法机关对上述二位律师的处理对不对，而是因为提交这样价值不大的证据而惹麻烦值不值。《律师法》第28条规定：“律师担任刑事辩护人的，应当根据事实和法律，提出证明犯罪嫌疑人，被告人无罪、罪轻或减轻、免除刑事责任的材料和意见，维护犯罪嫌疑人、被告人的合法权益。”这就要求，辩护律师提交的证据首先是要对被告人有利；其次，还必须保证提交的证据对被告人有用，对定罪量刑有影响。由于在刑事诉讼中，各种证据的效力和证明力不尽相同，如物证的效力要大于人证，无利害关系的人证要大于有利害关系的人证，被告人的口供和辩解虽然也是证据的一种，但必须与其它证据相互印证。这样，对于被告人利害关系人的证言，对于无关紧要证言，就无需提供了。三、如果有对被告人有利又有用的证据线索，可以直接提供给司法机关，尽量避免律师和证人接触。辩护律师提出了新证据，或者提供了证人与以往不一致的证言，一般情况下，都要经办案机关再重新“复查”一遍或几遍。如经一遍或几遍的复查，结果仍同律师提供的一致，律师则可平安无事，如果证人又改变了口供，证明律师提供的是假证，那么祸事就来了！在这样情况下，证人面对的利弊是这样的：证人作了假证，是要负刑事责任的，如果是律师教唆的，那么

，证人可以不负刑事责任。让证人在自己和辩护律师间选择一个进班房，是选自己还是律师？其结果已没有悬念了。那些被错定为伪证罪的律师，尽管案情不一，但是律师被证人“咬进去”的这一情形大都如此。由于律师举证后要经过办案机关再“复查”，而律师接触证人又有教唆伪证之嫌，如果有了重要的证据线索，把它直接提交给办案机关则既达到举证目的，又免去了不少是非。一名法官涉嫌受贿，委托我所律师辩护，犯罪嫌疑人向律师提出同行贿人有2万元的债权债务关系。如果事实成立，那么收取行贿人的2万元可以认为是实现债权，其列举一系列证人名单和联系地址要求律师找证人取证。经再三考虑，办案律师给检察机关递交一份“关于对XX受贿一案应予补充侦查的建议”，说明犯罪嫌疑人提供的证据线索来源，要证明的主要问题和具体联系方法，由于事关罪与非罪，建议检察机关补充侦查。后来经检察院补充侦查后，对该犯罪嫌疑人作了不起诉的决定。有人担心如果检察机关按律师提供的线索，调取的证据和律师举证的初衷不一致怎么办？作为律师，那只能是毫无办法，因为即使律师调取了对当事人有利的证言，也要经过办案机关复查，如果和律师的举证不一致，也不可能以律师举证为准。笔者之所以认为这个方法可行，因为律师不接触证人，万一出现问题，想赖律师都赖不上。

四、事关重大非律师亲自出马不可的，必要时可以求助公证机关。在一些国家和地区，律师可以兼作公证人，而在我国两者职业性质完全不同，对于公证而言，律师的证明行为只能“私证”。如果律师在刑事诉讼活动中，为增强证据效力，为了防范执业风险而在取证时加以公证，应该说这种带有“中国特色”的作法虽然多此一举，也

是不得已而为之。刑事诉讼中律师举证时加以公证，确有成功先例：某中级人民法院一位法官被指控受贿罪，一审被判有罪。一位同仁接受委托后，发现有一些重要证据因采集风险性大而未被取证，从而影响嫌疑人定罪及量刑，而该证据又是对嫌疑人非常重要非采不可的。在这种情况下，这位律师委托了公证机关，由公证员亲自在场情况下采集了18份证据，每份证据都由公证机关出具公证书，以证明该份证据合法有效，证人意思表示真实。据说该证据出示为犯罪嫌疑人带来转机。刑事辩护难，取证有风险。这样的状况可能在长期内不会根本改变。如果我们对于无关紧要的证据不提供，可以避免接触的证人不接触，事关重大的取证工作进行公证，应该是从方法上避开了“取证陷阱”。更重要的是，刑辩律师一定要树立高度的防范意识，严格依法办事，遵守律师必要的程序规则。有的律师说：“我在会见被告或在找证人取证时就在想，如果我的当事人翻供，指控我伪证罪我将怎么办。”这不是危言耸听，这样谨小慎微是完全必要的。

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