

浅谈律师调查权的立法完善(律师法征文) PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/484/2021_2022__E6_B5_85_E8_B0_88_E5_BE_8B_E5_c122_484144.htm “ 律师取证难 ” 已经成为全社会的一个热门话题，它极大的影响了律师正常业务的开展，甚至已经严重阻碍了律师业的发展。究其原因除了人民法律意识淡薄以及司法、行政机关特权思想外，主要的原因还是在于立法的缺陷。笔者从完善我国《律师法》以及相关法律的角度，论述如何从立法上保障律师调查权的充分实施。所谓调查取证权，是指司法人员和行政执法人员及其他法律工作者为查明案件事实，进行相关的调查、收集证据、核实证据的权利。这里的调查取证权应当是一种广义上的调查取证权，主体是司法人员和行政执法人员及其他法律工作者，包括法官、检察官、律师、仲裁人员、公证人员，纪检监察人员、工商执法人员等，上述人员在工作中，为了查明案件事实，法律赋予其的调查取证权。本文讨论的律师调查权，是一种最狭义上的调查权，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，进行的有关调查、收集、核实证据的权利，在主体上仅限于律师。笔者认为这里所指的法律事务应作广义上的理解，不应仅限于诉讼代理（辩护）活动，还应当包括非诉讼法律事务活动。

一、律师调查权的现状分析以及问题的提出

调查取证权在律师的权利体系中有着举足轻重的作用，但现行立法对这一权利存在诸多限制，实践中律师的调查取证工作步履维艰。经过多年的翘首等待，1996年5月全国人大通过了《律师法》，律师们欢呼着新时代的来临。但是仅仅过了几年时间，人们发现《律师

法》其实不进反退，律师的调查取证权进一步萎缩。仅以1980年的颁布的《律师暂行条例》为例，该法第七条规定：“律师参加诉讼活动，有权依照有关规定，查阅本案材料，向有关单位、个人调查。律师进行前款所列的活动，有关单位、个人有责任给予支持。”而我们现行的《律师法》第31条规定：“律师承办法律事务，经有关单位或者个人同意，可以向他们调查情况。”新的立法增加了“经有关单位或者个人同意”的限制性条件，这就是说如果别人不同意，律师就不能调查，这样的权利在实践中有等于没有。由于维护律师自身合法权益的法律对律师的调查权就有如此之限制，其他相关法律就有过之而无不及，例如我国《刑事诉讼法》第37条：“辩护律师经证人或其它有关单位和人同意，可以向他们收集与本案有关的材料。”“辩护律师经人民检察院或者人民法院许可，并且经被害人或其近亲属、被害人提供的证人同意，可以向他们收集与本案有关的材料。”该条更是增加“经人民检察院或者人民法院许可”。另一方面，在诉讼中由于审判方式的改革，法院对待案件从职权主义模式转变到了当事人主义模式，法院不再进行庭外调查取证工作，转变为主要由当事人及其代理律师收集、提供证据的诉讼活动的机制，这样就进一步强化了律师的举证责任。由于这一对突出矛盾的存在，已经严重制约律师正常工作的开展，阻碍了律师制度的发展。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。

二、律师调查权的立法思考

由于律师调查取证权以及阅卷权、依法执行职务受法律保障权等一些重要权利在《律师法》中没有得到应有的体现，并且缺乏相应

的保障措施，无法起到规范、保障律师依法调查取证的作用。因此，社会各界对修改《律师法》的呼声越来越高。笔者仅就《律师法》如何保障律师调查权的充分实施提出自己的一点立法小建议。

1、借鉴其他国家先进的立法经验。在英美法系等国家，由法官为一方当事人或其代理律师签发司法命令，以要求对方当事人履行一定诉讼义务的做法，已经成为一种司法惯例，这就是“调查令”制度。即律师在诉讼过程（并不局限于刑事辩护）中，一旦发现对于某个方面的证据必须进行庭前调查，而这种调查又可能得不到被调查人的积极配合，他就可以向案件的主审法官提出申请，请求签发“调查令”。主审法官收到申请后，将仔细审查该申请的理由和目的，酌情作出签署或不签署的决定。“调查令”一经签署，即赋予律师实质意义上的执法者身份。由于律师所持的“调查令”已经具有了国家司法权的性质，被调查人如果不配合调查或拒绝提供证据，将承受直至受到刑事处罚的不利法律后果。通过立法确认这一制度，一方面有助于解决当事人取证难的问题，一方面又不至于过分增加法院的工作负担，因而应该具有较强的可操作性。最近几年我国也有部分法院试行这一制度，也取得了良好的社会效应。但是我们还是应当从中看到一些不足之处，首先这只是个别法院的做法，还没有上升到法律的高度，没有形成一种制度。其次这一做法一般只是限于执行阶段，并且没有相应的程序保障。笔者认为要保证调查令制度的实施应当需要以下几个程序：

（1）申请。申请是启动调查令制度的首要程序，申请人应当是案件的当事人或其代理律师，向法院提出的申请书应当明确被调查的单位及个人、证据的处所、表现形式、名称、证

据与待证事项的关系等及需要证明的相关事实。（2）审查和发放。由于调查令是人民法院颁发的法律文书，具有一定法律强制力，为了维护调查令的法律严肃性，进行必要的审查是完全有必要的。正是由于调查令的法律强制力，如果使用不当就会侵害国家以及其他公民的合法权益，故必须对调查的范围进行必要的限制，参照我国其他相关法律规定，应当包括以下几点：a.涉及国家秘密的；b.涉及商业秘密以及个人隐私的；c.其他不宜由律师持调查令进行调查的。对于律师调查取证权我们也不能矫枉过正，由于有些证据是不存在任何障碍的情况下律师可以收集的，对于这样的律师可以自行收集，没有必要浪费诉讼资源。只有对于那种由于客观原因当事人的确不能收集的并且能提供该证据的相关线索，而法院认为有必要的，才予颁发。调查令应分别送达申请人及被调查人。为确保调查取证权的实现，调查令中应当明确载明调查事项及范围、调查人及被调查人相应的权利及义务，违反调查义务的法律后果等。对于律师申请，法院审查后不予颁发的，人民法院应当以书面的形式告知，如果当事人不服的，应当允许其在规定期限内复议一次。（3）取证。律师在取得人民法院签发的调查令后，就可以前往调查令指定的人、单位调查收集证据。调查前，律师须主动将律师证交调查令交被调查人核对。律师必须按照调查令规定的期限以及方法调查证据，对于律师持调查令进行非法取证工作的，必须给以一定的处罚，对这种证据庭审时法院也不应当予以采信。在取得所需证据以后，律师应当让被调查人在调查令上签名，并将当事人签名的调查令以及持调查令所取得的证据提交签发法院。因故不能在提供证据或无证据提供，被调查

人应当在调查令上或予以书面形式说明原因。对于拒不提供证据，又不说明正当理由的，律师在交还调查令时以书面形式予以说明，由法院依法追究相关当事人的责任。持令人未取得证据材料或者过期失效的调查令，持令人也应当在规定的期限内将调查令交还法院，下次需要调查时，另行申请。

2、充分发挥律师协会的职能，赋予律协一定的权力

在日本为了保障律师的依法执业，日本《律师法》除了明确律师调查取证权外，还规定律师有提出要求有关组织回答的申请权利。日本《律师法》第23条的规定：“律师对受理的案件，可以要求所属的律师协会向官公署或公私团体发出询问，要求对必要的事项予以回答。所属的律师协会认为该要求不适宜时，可以拒绝该要求。”日本《律师法》的这一规定，是在律师受理案件过程中，对某些案件的关键事项，如律师个人由于客观原因确实无法调查时，由律师向所属律师协会提出要求，通过律师协会请求政府机关和社会团体就案件的有关事项做出回答，充分保护律师的执业权利。相反，我国的律师协会在保障律师调查取证权上作用甚微。其一，我国《律师法》对律师协会的定性为是社会团体法人，是律师的自律性组织，这样就不同于一般行政机关具有一定的行政权力。其二，我国《律师法》对律师协会的职责规定太原则、抽象，不具有可操作性。仅是在第40条第一项规定“律师协会的保障律师依法执业，维护律师的合法权益。”对于怎样保障、保障什么样的权利都没有明确规定，因此，使这一条规定在实践中成为了一句空话。笔者认为在修改我国《律师法》第五章律师协会时，对于律师协会的职责与权力应当规定得更详尽，可以采取一般规定与具体规定想结合的方式，对律

师协会的一些具体职责采取列举的方式，未免涵盖不全最后可以附加上一个一般性的规定。在赋予律师协会充分权利的同时，也应给予相应的法律救济手段。上面提到的日本《律师法》关于律师协会的立法经验就值得我们借鉴，让律师协会充分发挥了其保障律师依法执业的作用。最后，笔者深知要想从根本上改变目前律师取证难的状况，仅仅通过修改一部《律师法》是远远不够的。要想从根本上改变目前的状况，一方面有赖于全民法律意识的提高，另一方面在不断完善《律师法》同时，也要不断完善与之相配套的法律法规，例如三大诉讼法等，这需要立法机关、司法机关、律师乃至全社会的共同努力。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