

优秀论文:解决辩护律师调查取证难的具体措施 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/484/2021_2022__E4_BC_98_E7_A7_80_E8_AE_BA_E6_c122_484510.htm 随着新的刑事诉讼法的颁布，特别是无罪推定原则的施行，逐渐形成了控辩平等对抗，法院居中裁判的新的诉讼结构和模式。控辩平等对抗是程序正义的具体体现，也是实现程序公正的重要途径。控辩双方只有在平等的基础上才能对抗，没有平等则谈不上对抗，这里的平等不仅是法律地位的平等，而且更重要的是诉讼权利的平等。在司法实践中，控辩双方因缺乏制衡机制存在着客观和现实的不平等，体现在诉讼权利方面，就是辩护律师会见难、阅卷难和调查取证难，使得平等对抗原则仅存在于立法和理论层面。对于辩护律师来讲，调查取证难是难上加难。

一、我国法律有关辩护律师调查取证权的规定 我国《刑事诉讼法》第37条规定：“辩护律师经证人或者有关单位和个人同意，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，并且经被害人或者其近亲属、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。”第48条还规定：“凡是知道案件情况的人，都有作证的义务。”《律师法》第30条规定：“律师参加诉讼活动，依照诉讼法律的规定，可以收集、查阅与本案有关的材料，……律师担任诉讼代理人或者辩护人的，其辩论或者辩护的权利应当依法保障。”最高人民法院《关于执行若干问题的解释》第43条、第44条、第45条以及《人民检察院刑事诉讼规则》第316条也做了类似规定。我国法律赋予了辩护律师享有调查取证权。《刑事诉讼法》第35条规定：“

辩护人的责任是根据事实和法律，提出证明犯罪嫌疑人、被告人无罪、罪轻、减轻、免除其刑事责任的材料和意见。”

《律师法》第28条也作出了类似规定，可见，辩护律师所享有的调查取证权与辩护律师的法定责任是一致的。二、我国法律对律师调查取证权的限制 我国法律在赋予辩护律师调查取证权的同时，又对辩护律师行使调查取证权进行了严格的限制，使辩护律师在行使辩护权时不能尽自己的辩护职责，出现了多年来被广大律师普遍关注的调查取证难的问题。具体表现在以下几个方面：（一）、辩护律师的调查取证权受公、检、法机关的限制。调查取证权是辩护律师履行辩护职能的应有的一种特权，也是由律师职业本身性质决定所应有的一种诉讼权利，而法律规定律师在行使调查取证权时必须事先征得人民检察院、人民法院的许可，这实际上是对辩护律师调查取证权的限制，体现了辩护律师与司法机关在调查取证权上的严重的不对等，使本来以国家强制力作后盾拥有强大公权力的司法机关和行使犯罪嫌疑人、被告人的享有的辩护权而延伸出来的帮助其行使辩护权的律师之间“地位落差”、“权利落差”进一步加大。我国法律对司法机关的调查取证的程序、条件、保障和强制性规定的较为完整，而对辩护律师调查取证的规定甚惜笔墨，司法机关可以追究证人伪证罪的刑事责任，司法机关也同样可以根据《刑法》第306条的规定追究辩护律师伪证罪的刑事责任，同为法律工作者，同为维护国家法律统一和尊严的两个不同主体??司法机关与律师，在享有和行使调查取证权时存在硕大的差别，其结果损害的是控辩平衡的制度和原则，损害的是国家法律的未来。（二）、辩护律师的调查取证权受被害人及其近亲属的

限制。被害人是刑事事件的当事人，有作证的义务，辩护律师向其收集证据不应有任何限制。被害人及其近亲属提供的证据属于有罪证据、控诉证据，而辩护律师所要调取的证据属于无罪证据、辩护证据；被害人在刑事诉讼中行使控诉职能，而辩护律师则履行辩护职能，因此，辩护律师与被害人的立场是对立的，辩护律师本来从被害人及其近亲属那里调取的对犯罪嫌疑人、被告人有利的证据就很难，加上辩护律师向被害人及其近亲属调取证据须经被害人同意，辩护律师调取证据更是难上加难。（三）、辩护律师的调查取证权还受证人的限制。现阶段，我国公民的法律意识、法律观念却很淡薄，加以“多一事不如少一事”的“传统观念”，证人主动积极的为某一刑事案件公平、客观的提供证言是很少见的。尽管“知道事件情况的人，都有作证的义务”，但由于没有规定凡是知道事件情况的人，不作证要承担相应的法律责任，证人在是否作证、提供证言方面有绝对的自由。因此，辩护律师向证人或者有关单位和个人调查取证时，须经他们的同意，客观上是对辩护律师调查取证权的限制，如果辩护律师向被害人提供的证人调取证据，还要受到双重的限制，即“人民检察院或人民法院许可”，和“被害人提供的证人的同意”。笔者需要指出的是，法律规定的知道案情的人的作证义务，此义务的主体很明确，但法律没有规定义务的对象是谁，是什么组织。然而，本律师在司法实践中逐渐得出一个结论，那就是证人向公、检、法等机关作证，是义务，而向辩护律师作证，则是权利，甚至侦查机关工作人员直言不讳的讲，证人的作证义务就是指向侦查机关作证的义务，而笔者不敢苟同。既然，法律赋予了辩护律师的调查取证权

，辩护律师享有同侦查机关对等的诉讼权利，那么证人同样有向律师提供证据的义务，而且向侦查机关作证与向律师作证没有先后之分。（四）、关于公安机关对辩护律师调查取证权的限制问题 我国法律没有直接规定，辩护律师行使调查取证权须经公安机关的同意，事实上，这种限制是无形的，客观存在的，甚至有些侦查人员存在错误观念，对律师执业有偏见，认为律师介入刑事案件，不利于整个案件的侦查，甚至认为律师的辩护工作是“添麻烦”、“瞎搅和”，对辩护律师正常地通过会见行使调查取证权设置种种障碍。首先，辩护律师在会见在押犯罪嫌疑人时，公安人员不允许涉及案情。广义上的辩护律师调查取证权包括律师会见权，因为辩护律师通过会见在押的犯罪嫌疑人向其了解到的案件材料同样是重要证据。《公安机关办理刑事案件程序规定》第35条第（二）项规定，公安人员保障律师在侦查阶段依法“会见犯罪嫌疑人，向犯罪嫌疑人了解有关案件的情况”，这与《律师参与刑事诉讼办案规定》第33条、第39条规定的内容是一致的。然而，在司法实践中，承办案件的侦查人员根本不允许辩护律师向在押的犯罪嫌疑人询问有关案件情况，只允许了解涉嫌的罪名，实质上限制甚至剥夺了辩护律师在会见时所享有的调查取证权。其次，公安机关对辩护律师在会见前和会见中行使调查取证权时设置障碍。主要包括：一是以案件涉及国家秘密为借口拒绝辩护律师会见或拖延会见；二是以承办案件的公安人员自己对犯罪嫌疑人的讯问有些问题没搞清楚，需要继续询问为由，让辩护律师在侦查人员讯问后再会见；三是以案情复杂或有共同犯罪人未归案为由拒绝律师会见；四是以承办案件的公安人员出差办大案、要案

、急案的幌子，拒绝或拖延辩护律师会见；五是极少数刑讯逼供的办案人员担心辩护律师会见时发现犯罪嫌疑人未痊愈的外伤而阻挠辩护律师会见等等，不一而足。再次，公安机关的办案人员和辩护律师在向在押的犯罪嫌疑人调查证据时的权利严重的不对等。我国《刑事诉讼法》第96条第二款规定，“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在场。”司法实践中，侦查机关不是按“可以”执行，而是按“应当”执行，或者理解为所有的刑事案件不分情况一律都需要派员在场，本人对侦查人员行使在场权理解为对辩护律师行使调查取证权的监督，当然也可以理解为对律师的职业歧视或者不信任。然而，让律师同行遗憾的是：法律并没有规定，在侦查人员讯问犯罪嫌疑人时，辩护律师享有在场权，致使刑讯逼供现象屡见不鲜，甚至成为一种公害。因此，二者的调查取证权存在着严重的不对等，笔者呼吁，辩护律师需要监督，侦查人员行使调查取证权同样需要监督。犯罪嫌疑人在被侦查机关第一次讯问后或者采取强制措施之日起，律师便可以介入刑事案件，执行辩护职能，行使辩护权，在立法上无疑是一种进步，但是，辩护律师由于不能及时会见或者会见时不能调取有关案件事实的证据，就不能正常的行使法律咨询、申诉、控告等辩护权，法律允许律师“提前介入”的权利形同虚设。

三、解决律师调查取证难的具体措施

法律对辩护律师调查取证权进行了不应有的限制，使控辩双方之间的力量对比发生严重的倾斜，不利于程序正义的实现。在法庭上的控辩交锋，是拥有强大公权力的国家机关与势单力薄的犯罪嫌疑人、被告人之间的一场博弈。特别是在公民法律知识严重匮乏的今天，没有掌握

法律武器的律师帮助被告人行使辩护权，程序公正将无从谈起，也是我国诉讼制度的悲哀。要使控辩双方能在平等的基础上对抗，就必须不折不扣地还律师完整的诉讼权利，使其充分地行使与司法机关对等的调查取证权。本律师建议采取以下措施：（一）取消对辩护律师调查取证权的限制 作为辩护人的律师与司法机关工作人员一样，都是法律工作者，对法律规范的内容有较全面和深刻的理解，肩负着维护国家法律统一和尊严的历史使命，律师行使辩护权必须在客观事实和法律规定范围内为犯罪嫌疑人、被告人辩护，与司法机关一样没有法外特权，更不能凌驾于法律之上。辩护律师享有与司法机关对等的调查取证权是控辩平等对抗原则的要求和具体体现，人民法院所享有的对控辩双方所调取的证据进行审查，判断和辨别真伪的责任和义务，而没有限制或剥夺辩护律师调查取证权的权利。控辩双方所调取的证据都存在真伪问题，如果是故意作伪证，就应当同样受同等的制裁或惩戒。为此，必须对现有法律的有关条款加以修改和完善，具体内容包括：1、将《刑事诉讼法》第37条第一款的规定，修改为“辩护律师收集与本案有关的材料，有关单位和个人应当如实提供，拒不提供者，有权申请人民检察院、人民法院向其收集、调取，也可以申请人民检察院、人民法院通知其出庭作证。”2、将《刑事诉讼法》第37条第二款的规定，修改为“辩护律师收集与本案有关的材料，被害人的近亲属、被害人提供的证人应当如实提供，拒不提供的，有权申请公安机关、人民检察院向其收集，调取证据或者申请人民检察院、人民法院通知其出庭作证。”3、将《刑事诉讼法》第37条增加一款，作为第三款，“辩护律师有权直接向被害

人和犯罪嫌疑人、被告人所提供的证人收集与本案有关的材料。” 4、将《刑事诉讼法》增加一条，即“辩护律师有权知道被害人提供的证人名单。”（二）规范侦查人员的“在场权”，增设辩护律师的“在场权”。《刑事诉讼法》第96条规定，“ 律师会见犯罪嫌疑人，侦查机关根据案件情况和需要可以派员在场。”这一条明确规定了侦查人员的在场权，但是这个规定很不规范，模糊不清，“案件情况”不具体，“需要”也不明确，因为决定着侦查人员“在场”与“不在场”的适用。关键是“派员在场”的规定，存在着“派什么人在场”、“派几个人在场”、“所派的人怎样在场”等诸多问题，在场人数与方式直接影响着犯罪嫌疑人的心理状态及能否向辩护律师如实、全面陈述案件事实。辩护律师在侦查阶段会见在押的犯罪嫌疑人，是了解案件事实、发现证据线索和来源，全面调取证据，充分行使辩护权的重要环节和渠道。因此，根据联合国《囚犯待遇最低限度标准规定》和《关于律师作用的基本原则》规定的原则，有必要对侦查人员的在场权加以修改和规范，同时，为了监督侦查人员对犯罪嫌疑人的讯问，防止刑讯逼供现象的产生，法律应对辩护律师的在场权加以规范，具体内容包括：1、在《刑事诉讼法》第96条第二款“派员在场”后，增加“在场的侦查人员须在看得见但听不见的范围内履行监督职责”的规定。2、在《刑事诉讼法》第91条最后一段修改为“讯问的时候，须有辩护律师在场，侦查人员和辩护律师都不得少于二人。” 3、《刑事诉讼法》第45条第一款修改为，“人民法院、人民检察院、公安机关和辩护律师有权向有关单位和个人收集、调取证据。有关单位和个人应当如实提供证据。”（三

）取消《刑法》第306条的规定，以保障辩护律师正当的调查取证权。“ 律师伪证罪 ” 是悬在辩护律师头上的一把随时可能落下的魔剑，由于此罪名的存在，有些律师像躲瘟疫一样躲避刑事辩护工作，由于律师刑事辩护豁免权得不到保障，使我国律师辩护制度呈萎缩趋势，如不及时取消该罪名，牺牲的不仅仅是刑事辩护制度，而重要的是牺牲了我国法制的未来，以及法治国家的实现。笔者认为，取消“ 律师伪证罪 ” 有以下理由：1、“ 律师伪证罪 ” 的存在，客观上导致在刑事诉讼中辩护律师与司法机关诉讼地位的严重失衡。从我国刑事诉讼引入“ 当事人主义 ” 理念以来，逐渐使我国刑事诉讼结构成“ 正三角结构 ” 的特征，即控、辩双方平等对抗，法官居中裁判。《刑法》第306条规定的犯罪主体仅限于律师，而没有公、检、法人员，特别是没有公、检这两家控方，使人们产生了对律师的职业歧视之嫌，即使斗胆受委托担任刑事辩护人的律师也都谨小慎微，如履薄冰，不敢越雷池一步，法定的调查取证权也不能有效、充分的行使。2、“ 律师伪证罪 ” 的立法存在缺陷。《刑法》第307条规定的“ 伪证罪 ” 对犯罪主体没做限制，当然也包括律师，没有必要重复设定一个“ 专属 ” 律师的同种罪名；“ 律师伪证罪 ” 的罪状描述既笼统又模糊，如“ 引诱 ” 一词，已被现行立法废弃的原刑法规定“ 协从犯 ” 时用的“ 诱骗 ” 一词，又在“ 律师伪证罪 ” 中浮出水面，有点莫名其妙；将律师伪证行为不分情节轻重，也不看危害结果，统一只有一个法定刑，不符合罪责刑相适应的原则和用刑法调整人们行为的最后一道防线的理念，而又与律师惩戒制度有交叉、矛盾。3、律师伪证罪作为专门为惩治律师所设的罪名，自适用以来收效甚微。

全国律协作过一个统计，自新刑法颁行以来，已有200多名律师因涉嫌“律师伪证罪”而身陷囹圄；对23个律师伪证罪的案例分析后，结论是有50%以上为错案；就全国范围内有律师参与刑事案件辩护的不足30%，并有进一步下降的趋势。这些数字表明律师在行使调查取证权时，因受种种限制无法充分行使，或慑于《刑法》第306条的“律师伪证罪”而不敢行使，如不取消此罪名，作为一项重要法律制度的律师辩护制度将逐渐被人们遗忘，这种代价太昂贵了，这是律师和其他法律工作者所不愿看到的。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