

# 辩护律师证据调查权的比较考察

张颖

(四川警察学院 法学系,四川 泸州 646000)

**【摘要】**长期以来,刑事诉讼中辩护律师的证据调查权无法得到保障是司法实践中的一大难题,新律师法虽然对辩护律师的会见权、阅卷权、调查取证权等方面进行了修改,但是司法实践中却呈现出新的困境,使得修订法律的立法本意无法得到实现,如何进一步完善辩护律师的证据调查权便成为当务之急。

**【关键词】**辩护律师;证据调查权;现实困境;改革进路

**【中图分类号】**D926.5 **【文献标识码】**A **【文章编号】**1673-1883(2009)03-0107-04

证据调查是与证据的发现、收集、评断和使用有关的各种调查活动的总称,是法律工作者和执法人员为查明和证明案件事实而进行的专门调查活动。<sup>[1]</sup>我国刑事诉讼法就辩护律师的阅卷权、会见权、通信权、调查取证权都作出了相关规定,新的《律师法》对律师的上述权利又进行了修改,学术界及实务界对此掀起讨论的热潮。笔者认为,结合国外的先进经验,完善我国律师的证据调查权,<sup>①</sup>不仅有利于发现事实的真相,保障律师辩护权的真正实现,同时还能增强律师在庭审中和控方相抗衡的力量,实现刑事诉讼目的。

## 一 对国外律师证据调查权的考察

### (一) 英美法系的律师证据调查权

在英美法系国家,证据调查具有双向性,除警察代表政府进行的证据调查外,犯罪嫌疑人也可以在律师帮助下进行有利于自己的证据收集活动。这一权利和警察的证据调查权相比,没有高低之分,并行不悖。<sup>[2]</sup>依据《美国联邦刑事诉讼规则》的规定,律师可以保管或控制部分证据,包括书籍、文件、照片有形物品或者其复制件,与案件有关的身体或精神检查的结果或报告,或者科学测试的结果,被告人所做的陈述,或者双方证人所做的陈述等,拥有强大的调查取证权。<sup>[3]</sup>除此以外,犯罪嫌疑人和律师还享有证据保全申请权,犯罪嫌疑人可以在律师帮助下通过雇佣私人调查员进行调查。<sup>[4]</sup>律师除了可以调查犯罪嫌疑人是否有犯罪行为,是否存在合法抗辩事由,是否可以免除或者减轻犯罪行为外,还可以调查犯罪嫌疑人的财产、社会关系、社会安全性等事关是否可以保释的证据。在这种平等对抗的“双轨制”侦查中,律师行使调查证据与证据保全职权,如果相关机构或人员不予配合,可向中立治安法官申请强制性调查,而且《美国联邦刑事诉讼规则》第15条还规定,对证据保全申请,如果

被告人无力支付费用,由政府买单。<sup>[5]</sup>

这种证据调查上的平等性与对抗性对律师的辩护产生了深刻影响:(1)辩方享有调查权,对侦查人员形成了有力的制衡。即使警察不负有全面收集证据之责,但辩方调查权同样会迫使其认真地,甚至全面地搜查证据。当警方发现证据不足或者不应当受到追究时,不得不主动撤销案件,停止侦查与对犯罪嫌疑人权利的侵犯。(2)辩方的证据调查权使得律师能够在侦查程序进行中就获得对犯罪嫌疑人有利的证据,为其与侦查人员的交涉奠定基础。(3)辩方的证据调查权,使律师在关乎犯罪嫌疑人是否羁押的司法程序中赢得主动,为犯罪嫌疑人的成功保释奠定基础。(4)律师的证据调查权为律师在后续的、证据开示、辩诉交易、法庭审判程序中的辩护奠定了坚实的证据基础。

### (二) 大陆法系的律师证据调查权

在大陆法系传统上,将侦查程序视为侦查机构的追诉活动,并不存在控辩双方平行的两种调查活动。司法警察、检察官及预审法官的侦查活动才是侦查活动的主线,犯罪嫌疑人与律师的参与是必要的补充。<sup>[6]</sup>证据的收集,只能由侦查机关依职权进行。犯罪嫌疑人与律师只能利用侦查机关证据收集的结果,而不能自行收集。据德国《刑事诉讼法》,犯罪嫌疑人与律师只有申请调取证据的权利,但不能自行调查、收集证据。德国《刑事诉讼法》第163条a规定,被指控人请求收集对他有利的证据时,如果他们具有重要性,应当收集。但对律师有无此权利以及如何保障没有明确规定。在法国,律师虽然有权在讯问时在场,有权在预审前阅卷,经预审法官同意进行提问、发言,但却无权收集证据。<sup>[7]</sup>

虽然在德国和法国,律师不享有积极的调查取证权,但其阅卷权保障却非常有力,其效果甚至超

过了英美的证据开示。在德国甚至赋予了律师在侦查结束,移送审查起诉前的阅卷权,可以查阅到讯问笔录、鉴定结论,查看官方证据,甚至在经申请后可以将材料带出阅览,并将案卷情况告知被指控人。德国《刑事诉讼法》第147条规定,侦查完毕,已经注明侦查终结后,查阅案卷的权利随时都可以行使。辩护人可以查阅对被告人的讯问笔录、查阅鉴定结论,查看官方保管的证据,依照申请,允许辩护人将证据之外的案卷带回他的办公地点或者住宅查阅。而且,辩护人原则上应该将其了解的案卷里的情况通知被指控人,并可以将案卷的摘录交给被指控人。<sup>[8]</sup>这是连英美律师都望尘莫及的。

除了在阅卷权上予以弥补外,大陆法系国家还用更重要的检察官与预审法官的客观义务,维护着证据收集上的侦查与辩护的平衡。在德国与法国,负责侦查指挥与具体侦查的检察官与预审法官,不仅要承担收集犯罪嫌疑人罪证的责任,而且还要收集犯罪嫌疑人无罪的证据。其法律甚至规定,检察官可以为了被告人利益而提起申诉或者上诉。他们的检察官与法官一样,属于国家司法官员,由统一的司法考试和司法培训产生,具有相似的地位和职责。法国学者甚至称检察官为“站着的司法官”。德国《刑事诉讼法》第160条第2款明确规定:“检察院不仅要侦查证明有罪的,而且还要侦查证明无罪的情况,并且负责提取有丧失之虞的证据。”德国学者赫尔曼认为,其《刑事诉讼法》第160条第2款、第163条第1款规定的就是,检察官和警察的客观性原则:检察院、警察不得单方面地谋求证明被告人有罪。<sup>[9]</sup>他还认为,自德国《基本法》第1条和第20条,还可以推出法院和刑事追究机关的“诉讼关照义务”：“法院、刑事追究机关有义务帮助不熟悉刑事程序的被告人伸张自己的权利,关照义务的作用在于,使实际上不存在的手段同等性得到平衡。”<sup>[10]</sup>因此,检察官、法官与警察也要特别注意有利于犯罪嫌疑人证据收集。德国学者认为,这种客观性原则与诉讼关照义务构成了“实质辩护”,而律师辩护只不过是“形式辩护”。

### (三) 意大利和日本的律师证据调查权

意大利和日本传统上并不存在控辩双方平行的调查活动,侦查调查是主线。但近年来,意大利和日本吸收了英美制度,建立了独特的证据保全制度。律师可以请求法官、检察官调取证据,达到证据保全的目的。

意大利《刑事诉讼法》第392条规定,在初期侦查期间,犯罪嫌疑人与律师可以要求法官采用附带

采证(证据保全)的方式进行以下活动:调取某人的证言,如果确有理由认为该人将因疾病或者其他重大阻碍原因而不能在法庭审理时接受询问;调取证言,如果根据具体的和特别的材料确有理由认为,将出现以暴力、威胁、给予或者许诺给予钱款或者其他好处等方式使某人不作证或者作伪证的情况;进行鉴定或者司法实验,如果有关证明涉及其状态将发生不可避免的改变的人、物或地点;进行辨认,如果某些特别紧急的原因不允许将该活动推迟到法庭审理时进行;如果鉴定在法庭审理中实行可能造成60日以上的诉讼停缓,被调查人可以要求进行该项鉴定。附带采证在法庭审判前,由预审法官主持,检察官、民事当事人、犯罪嫌疑人及被告人参加,是一种提前采证,也是一种有效的证据调查途径,犯罪嫌疑人及律师也可利用它保全证据。日本《刑事诉讼法》第179和180条规定,辩护律师可以申请法院调查收集证据,并可以在得到法官批准的前提下查阅、抄录通过证据保全程序获得的证据材料。

意大利和日本的混合方式兼收了英美和法德制度的特点,既强调了警察、检察官的全面收集义务,对律师获得案件信息有一定促进作用,同时律师的申请证据保全权,也便利了律师对辩护证据的获得,有一定的积极意义。

## 二 我国辩护律师证据调查权的现实困境

### (一) 在侦查阶段不享有证据调查权

根据刑事诉讼法和新律师法的规定,“犯罪嫌疑人被侦查机关第一次讯问或者采取强制措施之日起,受委托的律师凭律师执业证书、律师事务所证明和委托书或者法律援助公函,有权会见犯罪嫌疑人、被告人并了解有关案件情况。”虽然法律允许律师在侦查阶段介入刑事诉讼,但对于其权利却进行了限制,没有赋予律师在侦查阶段证据调查权。律师在侦查阶段不能调查取证,造成诉讼双方权利(力)不对等,不仅影响了律师有效地进行辩护准备,也势必影响到审判程序中“法官中立、控辩对等”等理想的诉讼架构。尽管刑事诉讼法规定侦查机关在侦查过程中必须同时收集对犯罪嫌疑人有利的或不利的证据,但是其在刑事诉讼中的角色、任务决定了在侦查过程中往往不重视对犯罪嫌疑人有利的证据的收集。由于犯罪嫌疑人本身是重要的证据来源,因此,在第一时间行使证据调查权,有利于辩护律师了解案情,提出有效的犯罪嫌疑人无罪、罪轻、减轻或免除刑事处罚的意见。

### (二) 自行调查取证难以实现



《刑事诉讼法》第37条规定:“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材料。”新《律师法》为了突破律师取证难的困境,在第35条规定:“……律师自行调查取证的,凭律师执业证书和律师事务所证明,可以向有关单位或者个人调查与承办法律事务有关的情况。”与刑事诉讼相比,新《律师法》删掉了诸如“许可”、“同意”等限制性规定,仅凭两证就可以实施调查权,这无疑是一大进步。但是,由于律师不掌握公共权力,因此其调查取证权是权利而非权力,这就决定了当被调查的对象不配合时,律师无法进行强制取证,而新律师法也并未规定此时有关单位和个人应当承担怎样的责任。在司法实践中,当律师持着两证向有关单位或个人调取证据,遭到以内部规定不允许、无配合义务、承办人不在等理由的阻碍和拒绝时,律师也无能为力。

### (三) 向司法机关申请取证难以实现

为了弥补律师自行调查取证权的不足,法律规定律师可以申请检察机关或者法院调查取证。从刑事诉讼理论上讲,控辩双方应该平等对抗才有利于保持诉讼的正三角结构,但在司法实践中,我国的刑事诉讼仍然呈现线形结构的特点,将诉讼视为双方组合,一方是作为整体的国家专门机关,另一方是犯罪嫌疑人、被告人。我们可以设想一下,律师申请检察院收集、调取证据,如果这个证据与检察院所掌握的证据有出入,检察院如何愿意调取?其结果可想而知。尤其是有些案件,经政法委协调,公检法三机关“联合办案”,三机关共同调查取得的证据,律师对这些证据材料有异议,申请调查与此相反的证据,如何实现?加之对于辩护律师的申请,司法机关没有依法处理的,法律没有规定程序性后果,辩护律师没有救济途径,这就导致申请权的法律规定对于司法机关没有强制约束力,影响辩护律师申请取证权的顺利行使。

### (四) 起诉阶段阅卷难导致取证难

新《律师法》34条规定“受委托的律师自案件审查起诉之日起,有权查阅、摘抄和复制与案件有关的诉讼文书及案卷材料。”据此规定,从人民检察院审查起诉之日起,律师就可以行使证据调查权,但在起诉阶段,由于控方和辩方地位的对立,律师仅能看到反映涉嫌罪名的诉讼文书,如拘留证、逮捕证、搜查证等采取强制措施和侦查措施的诉讼文书

以及鉴定结论,至于在一定程度上和一定范围内能够反映案件情况的案卷材料,办案机关一般不会向辩护律师提供,这就使得律师的取证大打折扣。

## 三 我国辩护律师证据调查权的改革进路

### (一) 赋予辩护律师在侦查阶段的证据调查权

对于是否应赋予辩护律师在侦查阶段调查取证权,国内有三种观点:一是否定说,这是侦查机关中大部分人的意见;二是限制说,认为律师原则上不享有调查取证权,但如果犯罪嫌疑人提出申诉或控告,被聘请的律师有权为证明申诉、控告是否成立去调查取证。这是侦查机关中少数人的观点;三是肯定说,这是法学界中多数人的观点。<sup>[1]</sup>笔者认为,应该尝试赋予律师以证据调查权。我国律师在侦查阶段未享有证据调查权,这不仅影响了审查起诉辩护与审判辩护的效果,而且直接影响了律师在侦查阶段功能的发挥。例如,代为申请取保候审、代理申诉控告都是要以一定的证据为基础的。因此,理想的改革方案应当是赋予律师在侦查阶段的调查取证权。当然,考虑到这种改革方案对律师能力和执业规范的要求,可以借鉴上述意大利、日本的证据保全制度,赋予介入侦查阶段的律师以证据调查申请权,这一权利同样可以向检察官、法官提出,接到证据保全申请后,检察机关以及法院应当就此进行初步审查,如果确属重要证据而律师无法提取,并且该证据有灭失可能的,应当启动职权调查,最终实现侦查的公正性和对犯罪嫌疑人权利的有效维护。另外,现阶段还应当赋予律师在侦查阶段对犯罪嫌疑人社会关系、社会信誉、家庭财产状况的证据调查权,以为律师提出取保候审申请奠定基础。

### (二) 完善保障辩护律师调查取证权的措施

如前所述,虽然新的律师法在加强律师证据调查权方面有了较大的进步,但是,由于立法规定过于原则,缺乏可操作性,而使得司法实践中辩护律师的调查取证活动仍然维持现状,并未出现大的改观,因此,法律应该明确以下两个方面:

第一,对于自行调查取证的,若国家公权力机关或个人无正当理由故意不与辩护律师配合,而造成证据的灭失应当承担怎样的责任,需要有相关的规定或者司法解释来予以完善,最好的方式是能够在未来的《刑事诉讼法》的修订中作出明确规定。

第二,对于申请调查取证的,首先应该明确律师申请收集、调取证据的情形。比如明确涉及到国家秘密、商业秘密、个人隐私的材料,律师无法自行调取的,属于国家有关部门保存,必须由公安司法

机关调取的档案材料,须由公安司法机关调取。其次,鉴于上述分析,行使辩护职能的律师向行使控诉职能的检察机关申请调取证据,在实践中不具有可行性,在将来刑事诉讼法修改时可以考虑取消向检察机关申请调查取证这一规定。

### (三) 建立完善的配套体系保障律师的阅卷权

为了保障律师充分有效地阅卷,法律还需要完善一系列的配套体系,应该规定检察机关的配合职责,建立诸如预约阅卷等相关的制度,对于辩护律师要求阅卷的,应在明确的时间内安排,另外,还应该规定阅卷不受次数和时间的限制,对于无正当理

由故意推诿、拖延的,应当按照相关法律规定追究办案人员的行政责任。

### 结语

与英美法系国家和大陆法系国家比较起来,我国辩护律师调查取证的条件还不完善,虽然律师法就辩护律师的调查取证权进行了一些修改,但近期内律师调查取证的困难仍然存在。完善辩护律师的证据调查权是一项渐进性的系统工程,我们不能奢望一个司法文件就能一劳永逸,笔者相信,随着改革的不断完善,我国辩护律师证据调查的能力会逐步增强,控辩会趋于平等,司法最终会走向公正和公平。

### 注释及参考文献:

- ①本文所指证据调查权不仅包括调查走访、与犯罪嫌疑人会见、通信等直接调查证据的权利,也包括通过阅卷从案卷材料中间接地调查证据的权利。
- [1]何家弘.证据调查方法探源[EB/OL]. [http://www.law-lib.com/lw/lw\\_view.asp?no=323](http://www.law-lib.com/lw/lw_view.asp?no=323) 2000.11.
- [2]陈瑞华.刑事诉讼的前沿问题[M].北京:中国人民大学出版社,2000:313.
- [3]熊秋红.刑事辩护论[M].北京:法律出版社,1998:230.
- [4]孙长永.侦查程序与人权[M].北京:中国方正出版社,2000:338-341.
- [5]熊秋红.刑事辩护论[M].北京:法律出版社,1998:230.
- [6]陈瑞华.刑事诉讼的前沿问题[M].北京:中国人民大学出版社,2000:315.
- [7]谢佑平,万毅.刑事侦查制度原理[M].北京:中国人民公安大学出版社,2003:137-148.
- [8]罗科信.刑事诉讼法[M].吴丽琪译.北京:法律出版社,2002:168-176.
- [9][10]赫尔曼.德国刑事诉讼法典 中译本引言[A].德国刑事诉讼法典[M].李昌珂译.北京:中国政法大学出版社,1995:15,12.
- [11]陈卫东主编.刑事诉讼法实施问题对策研究[M].北京:中国方正出版社,2002:398-399.

## Exploring Defense Counsel's Rights of Investigating Evidence

ZHANG Ying

(Faculty of Law, Sichuan Police College, Luzhou, Sichuan 646000)

**Abstract:** It has been a problem that defense counsel's rights of investigating evidence is hard to be guaranteed in the criminal lawsuit for a long time. Although some rights have already been modified, for example, defense counsels have right to meet criminal suspects and defendants, to access, extract and copy the case documents and materials, and to access evidence or witnesses in the new Lawyer's Law. Meanwhile, new plight appears in judicial practice, which makes the legislative intention not to be achieved. Therefore, how to further enhance the right of investigating evidence has become emergent.

**Key words:** Defense Counsel; Right of Investigating Evidence; Real Plight; Process of Reform

(责任编辑:李 进)