

侦查阶段辩护律师调查取证权实现的 障碍及路径选择

朱玉玲

(山东科技大学 文法学院, 山东 青岛 266590)

摘要:辩护律师在侦查阶段的调查取证权应当是辩护权的重要组成部分,侦查阶段辩护律师是否享有调查取证权对于提高律师的辩护效果、更好地维护被追诉人的权利具有重要的作用。2012年新修订的刑事诉讼法虽然明确了侦查阶段辩护律师的辩护人地位,扩大了侦查阶段辩护律师的权利,但对于侦查阶段辩护律师是否享有调查取证权,法律规定得比较模糊,2012年底新出台的法律解释对此也未明确规定,由此而带来了诉讼实践问题的产生。因此,立法上应当明确规定侦查阶段辩护律师的调查取证权,并进一步细化制度设计,建立和完善相应的司法保障和救济等配套措施。

关键词:辩护律师;调查取证权;侦查阶段

中图分类号:D925.2

文献标志码:A

文章编号:1008-7699(2014)05-0033-06

侦查阶段辩护律师调查取证权一般是指在刑事诉讼的侦查阶段,辩护律师在接受犯罪嫌疑人委托或者法律援助机构的指派后所享有的向证人及其他有关单位、个人等进行调查并收集证据,或者申请人民检察院或人民法院收集、调取证据的权利。这是辩护律师进行辩护的重要权利之一,也是辩护律师顺利执业的保障。辩护律师调查取证的方式主要包括自行调查取证和申请调查取证两种方式。^[1]自行调查取证是指辩护律师不需要借助公权力机关的力量,而通过由自己直接向证人、有关单位和个人等进行调查、收集证据的行为。而申请调查取证是指由辩护律师向人民检察院、人民法院提出申请,从而借助公权力机关的力量获取证据的行为。从理论上来说,涉及辩护律师调查取证的诉讼阶段主要集中在侦查、起诉、审判三个阶段。自行调查取证和申请调查取证,既可能发生在侦查阶段也可能发生在审查起诉阶段或审判阶段,但是调查取证的关键时期当属侦查阶段。因此,对侦查阶段辩护律师调查取证权的研究具有重要的价值。

一、侦查阶段赋予辩护律师调查取证权的价值

辩护律师在侦查阶段的调查取证权应当是辩护权的重要组成部分,而侦查阶段辩护律师是否享有调查取证权对于提高律师的辩护效果、帮助律师更好地行使辩护权、维护被追诉人的合法权益具有重要的作用。

(一)能够帮助辩护律师更好地行使辩护权

辩护人是被追诉者合法权益的专门维护者,依法享有调查取证权是辩护律师充分行使辩护权的重要

保障。在侦查阶段更是如此。

首先,侦查阶段是调查取证的最关键时期。相对于审查起诉、审判阶段而言,距离案发时期最近的时间段和获得证据的最关键的时期就是侦查阶段。这一时期,证人的记忆力比较清晰,各种证据不容易被破坏,被追诉人对案件的事实描述也相对比较准确。因此,侦查环节调查收集证据无论对于公安机关还是对于辩护律师来讲都是非常关键的。如果在这一时期,辩护律师没有调查取证权或者调查取证权不充分或者受到限制,势必会失去调查取证的大好时机,从而影响辩护权的有效行使。

其次,侦查阶段辩护律师的调查取证权也是起诉和审判阶段辩护权有效行使的保障。2012年新修订的刑事诉讼法(以下简称“新刑诉法”),一方面对律师在侦查阶段的辩护人地位进行了明确规定,另一方面也给予了律师在起诉阶段和审判阶段更多行使辩护权的机会。而要更好地利用这些辩护机会,与辩护律师在侦查阶段是否拥有调查取证权以及拥有什么样的调查取证权关系密切,因为如果没有侦查阶段相应的调查取证权予以支持,起诉阶段、审判阶段的辩护机会也将无法得到充分恰当的利用。

(二)有利于提高人权司法保障的水平

中共十八届三中全会提出要“完善人权司法保障”,使人权保障从立法保障走向了司法保障,这对中国未来人权运动的发展和人权保障制度的完善可谓意义深远。

而完善人权的刑事司法保障对于完善人权的司法保障是不可或缺的。新刑诉法在刑事司法人权保障方面尤其是犯罪嫌疑人、被告人辩护权的保障方面有较大改善,但仍然存在一些不足,其中侦查阶段辩护律师的调查取证权仍有待改进。只有进一步完善侦查阶段辩护律师的调查取证权,才能更好地维护被追诉者的合法权益,更好地实现司法程序中的人权保障。

二、侦查阶段辩护律师调查取证权实现的障碍

(一)传统司法理念和侦查模式的束缚和困扰

刑事诉讼包括职权主义诉讼模式下的“单轨制”和当事人主义诉讼模式下的“双轨制”(又称“对抗制”)两种侦查模式。“单轨制”侦查模式的突出特征在于其侦查权为国家侦查机关所独享,在整个侦查阶段,国家权力的运用主动且广泛,侦查机关拥有较大的权力,证据收集只能由侦查机关依职权进行,虽然允许律师介入,但对律师的取证权严格限制,并且律师在侦查阶段并不享有调查取证的权利。^[2]“双轨制”下的侦查模式则是在诉讼活动中,强调辩护方与国家侦控机关的地位平等,平等武装、平等对抗,不承认任何国家侦控机关有优于对方当事人的侦查权,主张法官以中立的第三者身份介入侦查阶段,制约侦查活动的进程,^[3]律师拥有广泛的调查取证权。

在我国刑事诉讼中,当事人主义更多地体现在审判阶段。在侦查阶段,目前,我国职权主义色彩仍然浓厚,仍是一种“单轨制”侦查模式。“我国仍然是一个国家主义传统深厚的国家,在国民对待国家权力的态度上,信任而非怀疑才是国家和个人关系的基点。赋予个人即辩护方以广泛、充分的调查取证权所导致的侦查权二元化体制,缺乏运行的社会心理土壤,其所带来的弊端远大于其所得。”^[4]因此,尽管1996年刑事诉讼法将律师介入诉讼的时间提前到侦查阶段,2012年新刑诉法确立了律师在侦查阶段的辩护人地位,但是侦查阶段辩护律师是否享有调查取证权依然不明确。

(二)相关立法缺乏清晰明确的内涵而导致理论释义冲突

针对新刑诉法,学者对于辩护律师在侦查阶段是否被赋予调查取证权,形成了不同的观点:一种观点认为,新刑诉法并没有明确规定侦查阶段的辩护律师有无调查取证权。首先,新刑诉法第36条规定的辩护律师在侦查阶段的职能包括“为犯罪嫌疑人提供法律帮助;代理申诉、控告;申请变更强制措施;向侦查机关了解犯罪嫌疑人涉嫌的罪名和案件有关情况,提出意见”,但是并没有关于“调查取证权的规定”;其

次,新刑诉法第 41 条^①与 1996 年《刑事诉讼法》第 37 条^②条文表述完全一样,在 2012 年修法过程中并没有变化,因而认为侦查阶段的辩护律师没有调查取证权。^{[5]33}另一种观点认为,新刑诉法虽未明确规定,但从相关法条可以推论出辩护律师在侦查阶段有调查取证权。^{[5]33}首先,由新刑诉法第 33 条规定可知,侦查阶段律师的地位已经发生了改变,由“为犯罪嫌疑人提供法律帮助的律师”成为“辩护人”。其次,根据新刑诉法第 41 条的规定,辩护律师是调查取证权的主体,虽然文字没有修改,但是由于律师在侦查阶段是以辩护人的身份介入诉讼的,作为辩护律师自然具有了调查取证权。再次,新刑诉法第 40 条^③的规定也能反映出侦查阶段的辩护律师具有调查取证权。因为如果侦查阶段辩护律师没有调查取证权,就无法将“收集的有关犯罪嫌疑人不在犯罪现场、未达到刑事责任年龄、属于依法不负刑事责任的精神病人的证据”及时告知公安机关。还有一种观点认为,新刑诉法对于律师在侦查阶段有无调查取证权规定的并不清楚,从有利被告原则出发,应当解释出辩护律师有权进行调查取证,但调查取证权的范围应有所限制。^{[5]34}

由此可见,新刑诉法虽然将侦查阶段的律师明确规定为辩护人,并扩大了这一阶段辩护律师所享有的诉讼权利,但是对于辩护律师在侦查阶段的调查取证权问题,法律规定得比较模糊,2012 年底新出台的法律解释对此也未明确规定,实际上这个问题至今并没有得到真正解决。^[6]由于对辩护律师在侦查阶段的调查取证权规定得不明确,这必然导致诉讼实践中辩护律师在侦查阶段的收集、调取证据缺乏法律依据。而这种不明确也给辩护律师在侦查环节进行证据调查带来了困难和障碍,影响了辩护律师在侦查阶段证据调查权的实现。

(三) 侦查机关的传统强势侦查地位

突出表现在侦查机关调查取证权与侦查阶段辩护律师调查取证权配置的不平衡。与上述“单轨制”侦查模式相匹配的是,侦查机关拥有大量的较少受到限制的权力,具有保障充分和先进的专门队伍、专门技术和设备;而辩护律师在侦查阶段所拥有的调查取证权却处于弱势状态,在取证能力上也无法与侦查机关相比。另一方面,侦查机关还认为,如果侦查期间赋予辩护律师调查取证权可能不利于侦查工作的顺利进行,造成对侦查工作的实质性影响,包括影响案件的侦破、侦查信息的泄露、犯罪证据难以收集、犯罪嫌疑人逃跑等问题。这些都不可避免地导致实践中辩护律师调查取证权利的难以实现。

(四) 实现侦查阶段辩护律师调查取证权的其他障碍

即使根据新刑诉法相关规定推论出侦查阶段辩护律师有调查取证权,那么这种调查取证权也是受限制的,这使得侦查阶段辩护律师的调查取证权在诉讼实践中的实现仍然存在着障碍。

1. 辩护律师自行调查取证受到限制,调查取证权的实现比较困难

新刑诉法第 41 条第 1 款规定:“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的材料。”但是在侦查环节的司法实践中,律师向他们的调查不仅得不到同意,而且经常会遭到无理拒绝,特别是向一些国家机关、企事业单位调查时尤其如此。因为律师的调查取证权不具有国家强制力,律师根本无法凭借自身的力量强制被调查者提供证据或者提供证言。与侦查机关所特有的侦查权力不同,一旦被调查的证人或其他单位及其个人等拒绝提供证据和配合,自行调查取证权就难以实现。

① 2012 年《刑事诉讼法》第 41 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的材料,也可以申请人民检察院、人民法院收集、调取证据,或者申请人民法院通知证人出庭作证。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。

② 1996 年《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的材料,也可以申请人民检察院、人民法院收集、调取证据,或者申请人民法院通知证人出庭作证。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。

③ 2012《刑事诉讼法》第 40 条规定:辩护人收集的有关犯罪嫌疑人不在犯罪现场、未达到刑事责任年龄、属于依法不负刑事责任的精神病人的证据,应当及时告知公安机关、人民检察院。

实际上,“即使是公安司法机关依靠公权力进行调查取证都会遇到一些困难,何况是没有任何公权力背景的辩护律师呢!”^[7]

新刑法第 41 条第 2 款规定:“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。”就侦查阶段而言,一方面,法律规定,辩护律师在侦查阶段向“被害人或者其近亲属、被害人提供的证人取证的时候要经过他们的同意。”但是在实践中,被害人与案件有直接的利害关系,当事人双方处在对立的地位,辩护律师往往很难获得被害人及其近亲属等的同意,此时辩护律师自行调查取证的权利就难以实现,该条规定实际上被虚置;另一方面,法律还规定了辩护律师对被害人或者其近亲属、被害人提供的证人进行调查时,需经人民检察院或者人民法院许可,当然法律并没有规定是否需要经过公安机关的许可,如果理解为在侦查阶段辩护律师调查取证需要经过作为监督机关的人民检察院的许可,那么笔者认为这样的理解也有失偏颇。因为没有审前阶段的双方平等,又怎能实现审判阶段的控辩平等,既然律师有平等的调查取证权,为什么还要经过允许才能调查?有学者就认为这种限制实际上就是对律师调查取证权的轻视甚至提防。^{[8]415}

2. 辩护律师申请调查取证可能无法达到预期的理想目标

新刑法第 41 条第 1 款规定:辩护律师“也可以申请人民检察院、人民法院收集、调取证据,或者申请人民法院通知证人出庭作证”,第 39 条规定:“辩护人认为在侦查、审查起诉期间公安机关、人民检察院收集的证明犯罪嫌疑人、被告人无罪或者罪轻的证据材料未提交的,可以申请人民检察院、人民法院调取”。虽然新刑法规定了辩护律师有申请调查取证的权利,然而侦查阶段辩护律师的申请调查取证权在诉讼实践中的操作效果并不理想。在侦查阶段,新刑法并没有规定辩护律师可以直接向公安机关申请调查取证,而是规定“向人民检察院、人民法院申请调取证据”。关键问题在于人民检察院作为追诉机关,其应然状态和实然状态存在着冲突,其与被追诉人存在对立的关系,因此,可能会出现辩护律师在侦查阶段无法或不能自行收集证据而向检察机关申请调取证据时,检察机关对辩护律师的要求置之不理的现象。一旦检察机关对此置之不理,那么辩护律师该如何寻求救济?

3. 辩护律师的调取证据权缺乏司法保障和救济

虽然辩护律师有自行或申请调查取证的权利,但是由于相关法律规定还存在着一些漏洞与空白,使得侦查阶段无论是辩护律师的自行调查取证权还是申请调查取证权都缺乏保障。因此当侦查阶段的辩护律师在遭受证人或有关单位和个人等的无理拒绝后,或者当辩护律师的申请调查取证权被置之不理后,仍然缺乏相应的法律保障和救济。正是由于缺少相应的中立的第三方的司法保障,而可以获取的司法救济的途径也不明朗,特别是当作为诉讼权利救济机关的检察机关自身对侦查阶段辩护律师的申请置之不理又将承担何种后果,法律也没有明确的规定,从而导致已有法律规定的实际效用得不到充分发挥,律师在侦查阶段的调查取证权就可能难以实现。

4. 在现实法规和实务环境约束下,辩护律师缺乏取证积极性

新刑法颁布后,律师在侦查阶段从法律帮助人变为辩护人,地位、身份更加明确了,与过去相比有了不少进步。然而由于方方面面的原因,问题和风险依然存在。如刑法第 306 条规定,使辩护律师仍然不能摆脱触犯刑事法律的风险,进而使律师在保护自己的本能驱使下均不愿意调查取证。而刑事诉讼法及其司法解释规定的不完善,仍然使得辩护律师不能免除风险的存在。正因为如此,很多律师不敢、不愿也不想去进行调查、甚至出现拒绝调查的现象,这些都使得辩护律师在侦查阶段调查取证权的实现受到了影响。这些问题的存在虽然表面上影响的是辩护权的行使,而真正受损的却是整体的司法环境。^{[8]413}

三、实现侦查阶段辩护律师调查取证权的路径选择

(一)首先需要司法理念的突破和创新

“他山之石，可以攻玉”。虽然职权主义诉讼模式之下的“单轨制”侦查模式在我国已经运行良久，我国传统上也一直排斥律师在诉讼过程中尤其是在侦查阶段的调查取证。然而，随着人权保障的步伐不断加快，从更有利于人权保障的目标出发，需要对传统的侦查模式不断进行调整，使之适应人权保障目标的实现。正如1996年我国审判模式的当事人主义化，我国的侦查模式也不应是固定不变的，应当随着人权保障目标的需要而进行调整。因此，我国刑事诉讼的侦查模式逐渐由“单轨制”朝向“双轨制”过渡，是解决问题的路径之一。只有如此，才能使传统的侦查模式能够契合人权司法保障不断发展的要求，为辩护律师在侦查阶段调查取证权的顺利实现奠定基础。

（二）立法应当对侦查阶段辩护律师的证据调查权做出明确清晰的规定

侦查阶段辩护律师调查取证权的行使比较敏感，行使不当容易带来很多问题。只有立法明确规定侦查阶段辩护律师所享有的调查取证权，才有可能避免诸多问题的产生，达至人权司法保障的最终目标。因此，可以通过有关部门修改司法解释，进一步明确辩护律师在侦查中有取证权或有限取证权，^{[9]10}或者今后刑事诉讼法再修改时明确而清晰地规定侦查阶段辩护律师是否享有调查取证权以及享有什么样的证据调查权。

（三）公安机关侦查权力与侦查阶段辩护律师调查取证权利需要适度均衡配置

与“单轨制”向“双轨制”侦查模式的过渡相适应，从维护被追诉人合法权益角度出发，除了从立法上明确规定侦查阶段辩护律师的调查取证权外，还需要进一步细化权力与权利的配置及其各自的权限。基于中国目前的侦查模式及其权力运行的惯性，如果在侦查阶段不能赋予辩护律师完全的调查取证权，但是可以将辩护律师在侦查阶段调查取证权的范围加以调适，并加以明确；另外，也可以对侦查阶段辩护律师调查取证的时间做出一定的限定，如基于侦查阶段的特殊性，辩护律师在侦查阶段调查取证的时间可规定为在会见犯罪嫌疑人之后等。上述调整将有利于在一定程度上消解侦查阶段辩护律师的调查取证权与公安机关侦查权力之间的冲突，实现两者的适度均衡配置。

（四）建立建全侦查阶段辩护律师调查取证权的司法保障和救济机制等配套措施

辩护律师在侦查阶段调查取证权的实现除了立法上的明确规定等以外，建立建全司法保障和救济机制等相关配套措施也是必不可少的。一项制度如果没有相应完善的配套措施，将难以操作甚至会影响制度本身的执行效力。因此，建立建全司法保障、救济机制等配套措施也是相当重要的。

1. 确立自行调查取证权的配套措施

首先，取消或者放宽经“同意”的限制性条款。侦查阶段辩护律师在自行向证人或者其他有关单位和个人收集证据时，不需要取得他们的同意，只要持有合法证件，他们就有配合的义务。在自行向被害人或者其近亲属、被害人提供的证人收集证据时，应视证据材料与案件事实的关联性程度，对于具有重大关联性的证据材料，对“经同意”的限制可以适当放宽。

其次，赋予被调查人一定的义务。侦查阶段辩护律师的调查取证权由于没有强制性，为避免出现证人、相关单位或个人不予配合的情况，有必要赋予他们一定的义务，即支持和配合辩护律师在侦查阶段的调查取证活动。如果拒绝配合，可以认定为违反法定的义务，从而承担相应的法律后果，以此提高自行调查取证的效果。

再次，废除经检察院许可的规定。根据控辩平等原则，辩护律师和追诉机关虽然实质上不能做到平等，但是要先在形式上做到平等。而如果审前阶段不能做到平衡，又如何能保证审判阶段的控辩平等。经“许可”的规定就会使控辩失衡，因此，要做到控辩平衡，这种经“许可”的限制性规定就应当予以取消。

2. 赋予自行调查取证权的司法保障措施

对于自行调查取证遭到拒绝的情况，可借鉴民事诉讼实践中实行的调查令制度，辩护律师可以向法官请求发布证据调查令，而作为被调查人有配合的义务。同时，证据调查令应当明确规定如果被调查者

不配合、有能力出具而不出具相关证据材料的具体惩罚措施。

3. 细化申请调查取证的救济机制

首先,检察机关作为诉讼权利救济机关不应当对辩护律师的申请置之不理,如果在侦查阶段,当辩护律师向检察机关申请调查取证时遇到这种情况,申请人可以向其上一级检察机关复议,如果上级检察机关认为下级检察机关不同意的决定是错误的,上级检察机关有权进行调查取证。^[10]当然如果能再赋予检察机关司法救济权以一定的强制执行力则会更有利于加强律师诉讼权利的保障。^{[9]10}

其次,应当明确检察机关不当拒绝的责任,即当辩护律师在侦查阶段向检察机关申请调查取证时,如检察机关无正当理由而加以拒绝,给犯罪嫌疑人的诉讼权利造成了不利影响,则应当承担相应的责任。

4. 强化侦查阶段辩护律师调查取证的风险防范

辩护律师参加诉讼的目的就是帮助犯罪嫌疑人、被告人依法行使辩护权,维护其合法权益。^[11]从其责任的角度来讲,在侦查阶段,辩护律师对委托人合法利益的维护是不能放弃的,尽量避免辩护律师为规避风险对于应当取得的对被告人有利的证据却不去获取的现象出现。因此,必须进行一定的制度设计,一方面,要减少侦查阶段辩护律师调查取证权的风险;另一方面,辩护律师自身在调查取证时应加强自我约束和保护,只有这样,才能够积极实现侦查阶段辩护律师的调查取证权。

首先,进行制度的调整从而降低辩护律师调查取证的风险。如取消刑法第 306 条的规定,因为该法条的存在,影响了辩护律师在侦查阶段进行证据调查的积极性,并使某些公安司法人员打压律师有了法律依据。如果需要保留这一条款,应考虑是否可以将伪证罪的管辖法院级别提高从而达到程序上的限制或制约的目的。

其次,赋予辩护律师在侦查阶段的执业豁免权。在现行立法的基础上,可以规定辩护律师在诉讼期间尤其在侦查阶段的执业豁免,也即,如果辩护律师在侦查环节确实有毁灭、伪造证据的行为,并造成了严重后果,从而需要追究责任外,其它情况下可以免除追究辩护律师的相应责任。

再次,辩护律师在侦查阶段进行证据调查应当遵守法律法规。作为辩护律师本身来讲,必须严格遵守《律师法》等相关法律法规所规定的职业道德规范,注意对自己的行为加强约束,避免侦查阶段由于自己的不当行为而带来的不必要风险。

最后,辩护律师应当运用智慧提高自我保护的水平。侦查阶段的辩护律师除了要谨慎地行使证据调查权,还应当提升自己的自我保护能力以学会保护自己,如,可采取在会见相关人员时进行录音录像,律师在任何场合的语言都要严谨以免落人口实,交流的时候要注意谈话方式,等等。

参考文献:

- [1]朱德宏. 辩护律师调查取证权研究[M]. 北京:中国检察出版社,2010:5.
- [2]韩旭. 我国辩护方调查取证权的配置[J]. 南都学坛:人文社会科学学报,2009(9):81.
- [3]张伟. 新刑诉法 2013 年实施后给律师带来的利与弊[N]. 经济观察报,2012-12-23(7).
- [4]万毅. 侦查程序模式与律师权利配置[J]. 学术研究,2005(6):88.
- [5]程雷,祁建建,陈学权,葛琳. 新《刑事诉讼法》的理解与实施——中国刑事诉讼法学研究会 2012 年年会综述[J]. 中国司法,2013(1).
- [6]陈光中. 应当如何完善人权刑事司法保障[J]. 法制与社会发展,2014(1):48.
- [7]许兰亭. 辩护律师调查取证权的实现[J]. 人民检察,2008(7):33.
- [8]陈瑞华,田文昌. 刑事辩护的中国经验:修订本[M]. 北京:北京大学出版社,2013.
- [9]陈光中,龙宗智. 关于深化司法改革若干问题的思考[J]. 中国法学,2013(4).
- [10]陈光中,汪海燕. 侦查阶段律师辩护问题研究——兼论修订后的《律师法》实施问题[J]. 中国法学,2010(1):132.
- [11]陈光中. 刑事诉讼法[M]. 北京:北京大学出版社,2013:146.