



律师侦查阶段调查取证权新探

董 坤

摘 要：从论理解释的话语切入，横向比较英美和大陆法系国家的立法与司法实践，修改后的新《刑事诉讼法》在“实然”与“应然”间赋予了辩护律师侦查中的调查取证权。然而，侦查阶段引入辩护律师调查取证权并非意在形成实质平等的两造对抗，而在于规范修正侦查行为，遏制非法侦查以及保证侦查的客观全面，其对案件侦查带有“补遗”、“纠偏”的辅助性效果。因此，面对侦查权，辩护律师的调查取证权应予必要限制，保持“谦抑”，在具体实践中要比照任意侦查，从明显有利于犯罪嫌疑人的事项入手。除此以外，侦查机关与辩护律师的观念转变，相关配套制度、措施也应有效跟进，为新制度的推行提供坚实的条件支撑。

关键词：律师辩护权；调查取证权；新《刑事诉讼法》；申请取证权

一、问题的提出

现代法治国家的刑事诉讼程序承认被追诉人的主体地位，赋予其防御权，以保障被追诉人有排除国家机关的不法指控并进而影响程序运行方向的机会，在这一法治思想的孕育下辩护权应运而生。“可以说，刑事诉讼的进化历史也是辩护权发展的历史。”（田口守一，1997：432）由于律师辩护对于保障被追诉人的合法权益至关重要，为此，世界上众多国家已将律师的辩护权从审判阶段延伸到审前的侦查阶段。随着我国刑事诉讼法的两次大修，我国从 1979 年《刑事诉讼法》诞生之初的侦查阶段排斥辩护权的介入；到 1996 年《刑事诉讼法》第一次修订，律师可以以法律帮助者的身份参与到侦查阶段提供法律服务；再到 2012 年新《刑事诉讼法》第二次修改，律师直接以辩护人的身份介入侦查的三个渐进式发展阶段，中国律师辩护权的场域也完成了从审判阶段到审前侦查阶段的转型。

伴随着律师辩护权所涵摄的诉讼阶段的前移，由此所衍生出的问题也接踵而至，特别是就侦查阶段辩护律师是否有主动收集证据的权利，新《刑事诉讼法》规定得比较模糊。立法上的模糊造成了理论研习上的分歧和莫衷一是，否定者认为修改后的新《刑事诉讼法》第 36 条规定，“辩护律师在侦查期间可以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。”这其中并未提及辩护律师在侦查期间拥有调查取证权（胡瑞江，2012：6）。另外，集中阐述辩护律师调查取证权的新《刑事诉讼法》第 41 条也只是对原 1996 年《刑事诉讼法》第 37 条的照搬，并未有所突破，而依据 1996 年《刑事诉讼法》辩护律师的调查取证权发轫于审查起诉阶段，侦查阶段并未涉及。肯定者则认为，新《刑事诉讼法》并没有明确禁止在侦查阶段律师的调查取证，根据对公民的个人行为“法无禁止即自由”的传统法理评价，作为与公权力机关相抗衡的律师辩护权，显然处于公民个人的“私权”范畴，其在侦查阶段理所当然就可以进行调查取证（汪海燕，2013：87、88）。

笔者试图从新《刑事诉讼法》的论理解释出发,横向比较世界其他国家的相关立法规定,并在此基础上探讨侦查阶段律师调查取证权的证成,以及为侦查阶段辩护律师调查取证权的性质、基本原则与权利配置做出分析和提供建议,希冀对辩护律师在侦查阶段调查取证权的充分行使有所裨益。

二、辩护律师侦查阶段享有调查取证权的话语解魅

修订后的新《刑事诉讼法》,虽未从法条上明示赋予辩护律师侦查阶段的调查取证权,但通过对法律话语的体系化解释,相关法条的“补强”证明和逻辑推理,以及国内外律师在侦查阶段调查取证权的横向比较,笔者认为我国辩护律师在侦查阶段已被赋予了相应的取证权利。

(一) 从新《刑事诉讼法》话语解释的视角出发

1. 体系解释

体系解释是将对某一法条的理解放入整个法律文本中进行语境化的诠释,以实现在一个法律体系下法条间的一致性和融贯性。其重要方式就是将待释法条与其他法条进行串联、结合,“在多种字义上可能的解释之中,优先考虑有助于维持该规定与其他规定——事理上的一致性者。”(卡尔·拉伦茨,2004:205)从1996年《刑事诉讼法》第33条、第96条的规定来看,律师以辩护人身份最早介入刑事诉讼的起点在审查起诉阶段,侦查阶段受聘为犯罪嫌疑人的“律师”只是提供法律咨询、代理申诉、控告,是“法律帮助者”,而非辩护人。这一不同诉讼阶段律师身份的立法界分恰与集中规定调查取证主体范围的1996年《刑事诉讼法》第37条相衔接。根据第37条的规定,调查取证的主体只能是辩护人(当然包括辩护律师),而非“法律帮助者”。由此推之,1996年《刑事诉讼法》中,律师的调查取证权只能施用于审查起诉和审判阶段,在侦查阶段无法启用。随着新《刑事诉讼法》的通过,虽然1996年《刑事诉讼法》第37条中只有辩护律师享有调查取证权的规定被新《刑事诉讼法》第41条照搬承袭,未予变动,但是对其解读却不能固守原法律文本的旧有含义。因为与其紧密相关的规定,即新《刑事诉讼法》第33条,一改既往律师“法律帮助者”的尴尬境地,将其辩护人的身份从审查起诉阶段延伸到了侦查阶段,规定“犯罪嫌疑人自被侦查机关第一次讯问或者采取强制措施之日起,有权委托辩护人;在侦查期间,只能委托律师作为辩护人。被告人有权随时委托辩护人。”所谓“时移则势易,势易则情变,情变则法不同”,此时,如果再将新《刑事诉讼法》第41条放入修订后的法律体系中,串联与33条的内在逻辑关系,便可得出侦查阶段辩护律师也能够自行或依申请收集与本案有关的证据材料。

2. 文理(文义)解释

除了体系解释的论理证成,通过对新《刑事诉讼法》第40条相关内容的文义解读以及内在逻辑的分析,也可以推导出辩护律师在侦查阶段被赋予了相应的调查取证权。该条规定“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”。此条款从正面明确了辩护人(包括辩护律师)必要的证据开示义务;同时也从侧面印证了前述体系解释的分析,因为根据新《刑事诉讼法》第3条的规定,我国的公安机关在刑事诉讼中司职侦查,如果辩护律师在侦查阶段没有收集证据的权利,他也就不可能将特定的证据材料及时告知公安这一侦查机关。而且,新《刑事诉讼法》第86条和159条还规定了辩护律师在侦查过程中的批捕环节以及案件侦查终结前都有提出意见的权利,试想如果这些辩护意见没有相应的证据材料作为参考依据,没有律师扎实的调查取证活动作后盾,其提出的意见自然缺乏说服力和辩护的实质效果。故依从反向推理,新《刑事诉讼法》第40条、86条和159条是辩护律师在侦查阶段享有调查取证权的另一有力论据。

(二) 从比较法视野的横向考察切入

正所谓“他山之石,可以攻玉”,比较考察其他国家不同法系辩护律师在侦查阶段的调查取证权现状,可以发现其实在侦查阶段赋予辩护律师调查取证权已然成为一种发展趋势。

1. 英美法系律师在侦查阶段的调查取证现状

英美法系国家的刑事诉讼奉行当事人对抗主义,其对抗模式不仅集中在审判阶段,审前程序中的对抗也惯常存在,最为明显的就是在侦查程序中,不同于大陆法系单轨制的侦查模式,英美法系奉行两条

腿走路,倡导双轨制侦查模式,警察和被告方均可以对案件展开调查^①。之所以如此,缘于英美法系的法律文化中自始便充盈着民主、自由的因子及对政府根深蒂固的怀疑与不信任,在那里“对国家的不信任是关于国家和公民之间关系的思想基础”(麦高伟、杰弗里·威尔逊,2003:39),因此对权力“分权制衡”和“以权利制约权力”的制度安排和程序设计就成了英美法系国家传统的政治理念和立法法理。英美法系的双轨制侦查模式正是贯彻了这一理念,基于侦查机关在取证过程中对犯罪嫌疑人有利不利证据取舍的可能性偏好,以及对取得证据的真实性怀疑,英美法系的法律规定在侦查阶段,辩护律师像侦查机关一样享有调查取证权。如在美国,“侦查或审判中,被告(或辩护人)为搜集有利证据,得访谈证人,对谈话内容得录音或制作笔记。”(王兆鹏,2005:444)此外,辩护律师还可以聘请某些专门人员(一般为私人侦探和民间鉴定人员)协助辩护方调查案情和收集证据(万毅,2005:87),包括勘查现场、讯问证人和检验物证等。有的情况下,辩护律师甚至可以请未参与本案调查的其他警察机构的人员为其勘查现场、检验物证和出庭作证(何家弘,2012:182)。如此一来,辩护律师的调查取证权打破了既往侦查机关独享案件侦查的垄断格局,实现了制度设计上以“权利制约权力”法理宗旨。

2. 大陆法系律师侦查阶段调查取证的实践样态

大陆法系国家虽然奉行单轨制侦查模式,主张警察等专门国家机关应独享侦查权,但是这种单轨制侦查模式主要是限制辩护方使用诸如搜查、扣押等强制性侦查措施或技术性侦查手段,至于任意性侦查手段^②,法律上并没有禁止辩护律师在调查取证中使用。如《德国刑事诉讼法典》就认为,辩护人有权自行侦查,必要的时候还可以聘请私人侦探和专家进行调查(托马斯·魏根特,2005:347)。但是,在德国辩护人并没有强制侦查权,因而只能以公民身份收集信息。他们绝对不能对证人施加压力,以及试图影响他们(托马斯·魏根特,2004:38)。在法国,特别是自20世纪80年代以来,随着刑事诉讼模式的转型,律师在诉讼中的作用日益彰显,在侦查和预审阶段(法国的预审法官也享有侦查权),辩护律师可协助被告收集无罪证据、听取证人证言、向鉴定人提问等(施鹏鹏,2010:90),其还可以通过委托或授权的方式,选择适合案件的私人侦探来完成调查行为中的某一部分任务,在最大范围内尽可能地保障委托人的权利(肖军,2011:61)。但是,作为同样奉行单轨制侦查模式的大陆法系国家,《法国刑事诉讼法典》中并未直接认可辩护律师享有侦查权,对于私人侦探也未有提及,故两者在侦查阶段并非是侦查主体,而仅仅以侦查程序中的辅助人员或助手的身份来对案件进行调查,被赋予的权利当然不会太多,所使用的调查方法也相当有限,除了前述的几种调查手段外,诸如征求法学教授意见等调查手段也都主要局限在非强制性的任意取证范围内。

三、侦查阶段辩护律师调查取证权的合理配置与规则阐释

无论是以我国新修订的《刑事诉讼法》法条切入,还是从比较研究的方法入手考察世界其他国家侦查阶段辩护律师的调查取证权,都可以得出我国的辩护律师在侦查阶段应当且已经具有了调查取证权。但是这种调查取证权的性质是和英美法系的侦查权趋同,还是更亲近于大陆法系的任意性调查取证权,对于这一问题的法理认识将直接影响到我国侦查阶段辩护律师调查取证权的合理配置以及后续的规则和具体使用方法的延伸,因此有必要进一步分析,并在此基础上构建相关调查取证权的具体规则。

(一) 辩护律师侦查阶段调查取证权的性质分析

若想对辩护律师侦查阶段调查取证权的性质有深刻认识,必须从诉讼程序纵向延伸的不同阶段做

①对于单轨制侦查模式和双轨制侦查模式,有学者也称为单轨制证据调查模式和双轨制证据调查模式。“所谓单轨制证据调查,是指证据调查活动基本上由诉讼一方的证据调查人员单独进行,即公诉方的侦查人员进行。所谓双轨制证据调查,是指证据调查活动由诉讼双方的证据调查人员分别进行,官方的证据调查服务于公诉方,私人或民间的证据调查服务于辩护方。换言之,在单轨制下,查明案情和收集证据是以检察官和警察为代表的“官方”活动;而在双轨制下,查明案情和收集证据则是控辩双方的活动。”参见何家弘:《刑事诉讼中证据调查的实证研究》,载《中外法学》2012年第1期,第181页。

②关于强制侦查与任意侦查的区别标准主要有五种影响较大的学说,分别是“形式强制力说”、“形式权利侵害说”、“重要权利侵害说”、“单纯侵权说”和“单纯同意说”,笔者采“形式强制力说”认为伴随着直接物理性质的实力或强制力的行使(直接强制)或者使负有包含制裁效果的义务行为(间接强制)的处分,为强制侦查,反之为任意侦查。具体内容可参见陈运财:《侦查之基本原则与任意侦查之界限》,载《东海大学法学研究》1995年第9期,第281~303页。

横断切面,通过对侦查、审判两个不同程序中辩护制度之理论基础的比较,理清这一问题的思考脉络。

1. 审判与侦查阶段辩护制度理论架构的差异性分析

众所周知,现代辩护制度萌生于西方启蒙思想运动和资产阶级革命的胜利,其革除了原有纠问式诉讼中法官包办刑事追诉与审判工作,独揽控审大权,将被告人视为诉讼客体的种种司法流弊。辩护制度的创设通过对被告人提供切实的辩护和帮助,不但巩固了被告人诉讼主体的地位,也保证了实质上的控辩审等腰三角构造,构造了现代意义上科学合理的庭审诉讼模式。然而仔细审视辩护制度的发展历程,最初的辩护制度主要限定在庭审阶段,如法国,其最早于1789年10月8日的“制宪会议”中就规定“法律允许被告人自核实证词以及与被告方进行对质时开始,即可得到诉讼辅佐人的协助。”(贝尔纳·布洛克,2009:44)1808年法律虽然规定了被告人享有辩护权,但是在庭审前的预审程序中当事人没有权利获得律师的协助(卡斯东·斯特法尼等,1999:84)。在英国,虽然轻罪被告人一直拥有获得法律代理的权利,但直到1836年颁布的《重罪审判法》才确立了律师是以辩护人的身份为被控犯有重罪的被告人提供服务,但是这一辩护阶段仍然是在庭审中(麦高伟、杰弗里·威尔逊,2003:127)。而在日本,明治13年(1880年)制定的治罪法创立了辩护人制度,但只有审判中的被告人可以委托辩护人(田口守一,2010:107)。直到二战以后,随着人权保障观念的勃兴,错判案件的迭现,人们发现,“中外刑事诉讼的历史已经反复证明,错误的审判之恶果从来都是结在错误的侦查之病枝上的”(李心鉴,1992:179),至此,辩护权开始被提前至审前的侦查阶段,规制侦查^①。通过对辩护制度发展历程的梳理,笔者认为辩护制度在审判与侦查阶段的内涵不可笼统地一概而论,二者在理论架构上有所差异。

就审判中的辩护制度而言,其理论基础主要在于保证庭审中控辩双方的实质对等,实现庭审中控辩审的等腰三角形构造。虽然庭审过程中,控辩双方都需参加法庭调查,展开法庭辩论,形式上地位平等。但由于法律工作者的专业性,在庭审中作为控方的检察官以进出法院为职业,常常身经百战,具有丰富的法律知识和娴熟的控诉技巧,对于法庭环境,庭审程序极为熟悉。与之相反,作为被告,其多为法庭的初次造访者,对审理程序和相关法律极为陌生,对繁冗的审判程序常会惊惶恐惧,对如何诘问证人、鉴定人以澄清真相也往往不知所措,如果只允许其自行辩解,控辩对抗几近失衡。“诉讼程序之进行非仅仅强调当事人形式上的对等,尚须有强而有力的辩护人协助被告”(王兆鹏,2010:433),为此,给予被告人职业律师的法律辩护以平衡控辩双方的实质不对等就理所当然。而就侦查中的辩护制度而言,其并没有确保控辩两造之对等的理论基础。审判程序开启于检察官对被追诉人的正式指控,公审程序中控诉一方必须出庭与辩护方形成对抗之势。而侦查中,检察官并未正式介入,也没有对犯罪嫌疑人提出指控,纯粹的控诉方此时并未形成,推进侦查进程的主导者为侦查机关,侦查目的是为了探究查明案情,侦查的结果也是有提请有罪起诉或决定无罪撤案两种可能结局。可以说,侦查并不具有太多的司法属性,更多的是一种行政查案^②,而行政权的特点是单方的效率性作业,因此侦查阶段不可能像审判阶段那样,引入辩护制度的目的在于充实犯罪嫌疑人之辩护实力,形成控辩两造对立抗衡的格局。

笔者认为,侦查中设定辩护制度之立法旨趣^③首先在于对侦查活动进行监督规范,保护犯罪嫌疑人免受非法侦查之单向行政化治罪的劫难。不可否认,世界绝大多数国家都赋予了侦查机关较为多样的侦查权能,且不少侦查措施具有强制处分的效力以及像技术侦查那样窥探隐私的可能,如不加以限制,权力的扩张极易侵犯犯罪嫌疑人乃至普通民众的合法权益,出现侦查机关为了查办案件对犯罪嫌疑人

①日本即是在二战(1945年)结束后的昭和23年(1948年)制定的现行《刑事诉讼法》,其规定犯罪嫌疑人也可以委托辩护人。参见[日]田口守一:《刑事诉讼法(第五版)》,张凌、于秀峰译,中国政法大学出版社2010年版,第107页。

②审判权是一种司法权,司法权的本质在于“判断”;而侦查权虽然也带有判断的成分,如案件是刑事犯罪还是行政违法,张三还是李四有作案嫌疑,但其判断不具有终局性,且更多的是为寻找嫌疑人和证据做准备,所以其是一种寻找性的认识活动,是“探明”。这种活动追求效率,具有主动性,本质上是一种行政权。相关论证参见陈永生:《论侦查权的性质与特征》,载《法制与社会发展》2003年第2期,第135~145页;但伟、姜涛:《论侦查权的性质》,载《国家检察官学院学报》2003年第5期,第123~128页;马忠红:《侦查的本质》,载《人民检察》,2004年第8期,第16~19页。

③当然侦查中设定辩护制度之传统目的还在于为犯罪嫌疑人提供法律咨询,进行法律帮助。如犯罪嫌疑人被羁押时,辩护人是他的法律咨询提供者,向其解释诉讼程序等法律知识,消除羁押状态产生的不安,向其提供家庭等外界信息,缓解他的孤立感。但辩护的此等内容其实在任何诉讼阶段都具有,且我国1996年《刑事诉讼法》中律师在侦查阶段法律帮助者的身份已涵盖了此目的,故其不是笔者着重探讨之内容。

实施不择手段、不问是非、不计后果的侦查乱象。因此,不少国家建立了对侦查行为事前的司法审查,以“权力制约权力”;同时,引入辩护制度试图有效解决对侦查行为的同步监督与规范,通过“权利制约权力”的方式保护犯罪嫌疑人免受非法侦查。正如我国台湾学者王兆鹏所言:“侦查之秘密,被告之孤立,举证之困难,自白之过分倚重,为警察机关滥权之温床……多一位具法律知识之‘外人’在场监督,不当取供虽未必能弊绝风清,但侦查机关最少会稍事收敛。”(王兆鹏,2004:18)除此以外,辩护制度提前至侦查阶段的理论依据还在于修正侦查行为,实现侦查的客观全面。虽然在世界大多数国家均规定了侦查案件应做广泛而全面的调查,但是复杂的案情、多头无序的线索常常使侦查人员对与案件相关的材料或情况无从取舍,“随着案件的侦查活动越来越集中到特定的犯罪嫌疑人身上时,警察会倾向于寻找强化和证实犯罪嫌疑的证据而不再留意可以证明无罪的证据”(托马斯·魏根特,2004:152),有时他们还会对证据的关联性和证明力产生错误性评估和判断^①。引入辩护律师可以通过其对案情的知悉和调查,将一些有利于犯罪嫌疑人的线索材料和辩护意见及时反馈给侦查机关,将侦查视野拓展至那些被忽略的对犯罪嫌疑人有利之事项,从而保证侦查的客观全面。

通过对审判与侦查阶段辩护制度理论架构的差异性分析,笔者认为侦查阶段引入辩护制度的目的在于规范和修正侦查行为,遏制非法侦查以及保证侦查活动的客观全面^②。在侦查程序中,包括犯罪嫌疑人在内的辩护方不可能与侦查机关形成完全的对等竞争,侦查机关是程序的主导者,辩护律师在侦查活动中主要是参与者和监督者的角色。

2. 侦查阶段辩护权之子权利——调查取证权的性质分析

基于侦查阶段辩护权特有的理论基础,由此也衍生出了辩护权下的子权利——辩护律师调查取证权行使的理论依据。即侦查阶段的调查取证权主要在于对案件侦查进行修正和适时监督,保护犯罪嫌疑人的合法权益,实现侦查活动的合法化与科学化,而不在于形成侦辩两造之尖锐对抗。因此,侦查阶段辩护律师的调查取证权较之侦查权,二者虽都有查明案情之效用,但此阶段中侦查机关所采用的措施、手段等方法为推进侦查进程的主要动力,辩护律师的调查取证是次要的、第二性的,对案情的查明常常带有“补遗”、“纠偏”的辅助性效果。由此引申开来,当侦查权与调查取证权发生直接冲突的时候,后者需保持适度“谦抑”,不能过度介入侦查,干扰侦查活动的正常进行。这一性质特点在世界上其他国家得到了印证,在英国的侦查阶段,调查证据属于警察和被告方。原则上,警察有义务调查有利于和不利于被告人的证据。理论上,被追诉方有权利搜集证据,但是实际上行使的手段非常有限^③。德国的辩护人不经常使用原则上存在的、自己进行侦查的可能性——要么是处于经济原因,要么他们担心,这可能会被看作是对“官方”调查(即侦查,作者加)的不适当干涉(托马斯·魏根特,2004:152)。

(二) 侦查阶段辩护律师行使调查取证权的基本原则和权利配置

针对我国侦查阶段辩护律师调查取证权的性质,应从以下几个方面进行合理配置:

1. 辩护律师应比照任意性侦查调查取证

如前所述,审前程序的侦查阶段,侦查权的行使是第一性的,必须保证侦查主体拥有必要的强制措施和技术性侦查手段,赋予其多样的取证方法,而对处于次要地位的调查取证权,由于取证主体的私权性以及调查取证的辅助、补充性质,赋予其与侦查权同质性的调查方法不仅背离了我国强制性侦查措施和技术侦查方法专属侦查机关的法律规定,而且一旦辩护方武装起如此丰富的技术武库,将会使其有足够大的力量与侦查机关抗衡,不符合辩护律师侦查阶段调查取证权“有限性”、“谦抑性”的使用特点,可

^①德国刑法专家克劳思·罗科信(claus roxin)也认为:“当为之事未必适用于所有的个案中。因此虽则检察机关及法院均必须对案情做广泛的调查,而虽已尽力调查,其仍不免在整个调查资料的汇集中,对有利被告的部分有所忽略了,或对有关部分的作用、影响力做了错误的判断。”所以需要辩护律师对有利被追诉方之证据材料进行调查补充。参见 Claus Roxin:《德国刑事诉讼法》,吴丽琪译,三民书局1998年版,第170页。

^②笔者认同陈光中和汪海燕教授的分析,主张“针对侦查权扩张性、侵犯性明显的特点,为了防止其滥用,西方国家侦查阶段辩护律师权利内容往往侧重于对侦查权合法性和正当性的制约、监督。”但是同时笔者还认为辩护律师在侦查阶段的介入还在于修正一些不合理的或是错误的侦查行为,实现侦查的合法合理、科学规范。具体内容请参见陈光中、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》,载《中国法学》2010年第1期,第125页。

^③参见 Mireille Delmas-Marty & J. R. Spencer(eds.), European Criminal Procedures, Cambridge University Press, 2002, pp. 192-193.

能诱发调查取证权对侦查活动的不当干扰。因此,笔者认为侦查阶段辩护律师的调查取证权仍应按照大陆法系国家的适度限制模式,以被调查人的同意与配合为前提,采任意性侦查^①。调查取证的途径主要包括犯罪嫌疑人及其近亲属或者其他入向辩护人主动提供的有关证据材料或案件情况,以及辩护人依照修订后的新《刑事诉讼法》第41条规定自行向有关单位和个人收集的证据材料和相关案件信息。调查取证中辩护律师禁止强制取证,但是在某些证据可能灭失的紧急情况下,笔者认为辩护律师可以被赋予一些必要的紧急性处理措施。

2. 调查取证的方向应围绕明显有利于犯罪嫌疑人的事项展开

基于辩护律师调查取证权对侦查权的辅助性、“补遗”的性质特点,笔者认为调查取证的方向应首先限定在犯罪嫌疑人明显不应当追究刑事责任的三个方面,即未达到刑事责任年龄、不在犯罪现场、属于依法不负刑事责任的精神病人。这些证明事项不仅是我国法律明文规定的情形,辩护律师调查取证有充分的法律依据。同时,对及时规范侦查机关调整侦查方向,划定侦查范围,选择侦查途径,保证侦查活动及时回归正轨,维护犯罪嫌疑人的合法权益也具有重要意义。另外,由于辩护律师只能以任意性侦查方法或手段去调查取证,证明上述事项的证据材料在任意性侦查取证中最易知悉与获取,具有现实的可操作性。故笔者认为侦查阶段辩护律师的调查取证应首先围绕上述三个方面展开,当然随着律师调查取证活动的日渐成熟和完善,一些对于犯罪嫌疑人明显有利的证据材料或情况如意外事件、无意识行为、胁迫、精神错乱、挑衅、正当防卫、紧急避险以及与被害人和解等情形也应当成为调查取证的重要方向。

3. 遵循先侦查机关后辩护律师的查案取证顺序

侦查阶段,律师的调查取证开启后,如果其与侦查权的调查对象或调查时间发生了重叠冲突,如何协调二者的关系?笔者认为应当秉承调查取证权“谦抑性”和“补充性”的特点,遵循先侦查机关后辩护律师的调查取证顺序,防止辩护律师的提前介入影响侦查活动的顺利开展。具体而言,如果都要求对现场进行勘查,辩护律师应先让位于侦查机关的勘验技术人员,而后再对现场进行勘验^②;再者,同样是向犯罪嫌疑人调查案情,只要是在48小时内,侦查机关就有权先行讯问犯罪嫌疑人,而后再由看守所对辩护律师给予会见安排^③。另外,基于补充、修正已查明的案件事实,维护犯罪嫌疑人权益的目的,辩护律师对侦查机关遗漏的未予询问的证人、被害人可以进行询问,对侦查机关尚未收集的明显有利犯罪嫌疑人的物证、书证、视听资料和电子数据等应予补充性收集。最后,对侦查机关作出的鉴定意见辩护律师如果存有异议,可以申请补充鉴定或重新鉴定。

四、相关理念和配套制度、措施的条件支撑

为了完善我国侦查阶段辩护律师的调查取证权,确保其运行顺畅,需要从观念、相关制度和措施等方面予以条件支撑。

(一) 观念的转变

观念是实践的先导,制度的变革首先需要观念的转变。调查取证权无论从权限范围还是启动时间都滞后于侦查,其设置的目的是并非是与侦查比肩抗衡,而在于规范、监督侦查取证,提高侦查效率,对侦查而言裨益多多。侦查机关应当认真学习修改后的新《刑事诉讼法》,客观地认识到律师介入侦查的地位,以及其调查取证的作用与价值。转变“重打击、轻保护”、“重实体、轻程序”的错误观念,那种认为侦查阶段赋予律师调查取证权是引狼入室,排斥和抵制的敌对观点应当坚决抛弃,个别侦查机关以律师调查取证妨碍办案为名将其“法办”的做法更应及时纠正。理解、沟通与配合,降低律师取证中无谓的法律

① 其实,即使是在实行所谓“双轨制”侦查模式的英美法系国家,律师或民间侦探组织在办案过程中,也无权使用搜查、拘传及其他强制侦查手段,若需使用必须由国家侦查机关组织实施。

② 实践中,即使在奉行双轨制证据调查的英美法系国家,律师的勘验、鉴定也需要经过侦查机关或法院的许可,因为一个很鲜见的问题就是,勘验的现场或者鉴定的物品(如弹头)常常被侦查机关封锁或者保存,辩护方必须提出申请,否则勘验、鉴定无法启动。

③ 在日本,判例“最大判平成11年(1999年)3月24日(安藤、齐藤案件)”认为“宪法的当然前提是,发动刑罚权或者为了发动刑罚权而行使侦查权是国家的权能。”因此会见权不能绝对优先于侦查权。参见[日]田口守一:《刑事诉讼法(第五版)》,张凌、于秀峰译,中国政法大学出版社2010年版,第116~117页。

风险,应当成为侦查机关今后对待律师取证的主旋律。

对辩护律师而言,此次律师调查取证权从无法可依到有法可依,白纸黑字的法典式立法是对辩护权的又一次强化。虽然在世界各国律师侦查阶段的调查取证权都遭遇过种种非难,还面临着诸多问题,但相信“办法总比问题多”。辩护律师应当克服“畏难”心理,加大相关业务培训,提高取证能力,敢于用权、善于用权,通过与公安司法机关和诉讼参与人在诉讼中的不断“磨合”,在司法实践中摸索出一套成熟的方法与路径,最大限度弥合现实与法律规范中可能出现的裂痕,将制度落实推向纵深。

(二) 落实侦查阶段辩护律师的会见权

新《刑事诉讼法》规定,犯罪嫌疑人自被侦查机关第一次讯问或者采取强制措施之日起,可以委托辩护律师与其进行会见和通信。就司法实践来看,律师与犯罪嫌疑人的会见至关重要,它不仅可以使律师快速了解到与案件相关的具体情况,同时一些对犯罪嫌疑人有利的线索或证据也常常是在会见交流中被发现或知悉的。可以说,会见往往会为辩护律师下一步的调查取证提供方向性指引,如果没有前期会见的“铺垫”,辩护律师接下来的调查取证就会基本处于“停摆”或“空转”状态。然而,长期以来“会见难”成为辩护权行使的首要“顽疾”,很多时候侦查机关以案件涉密为由,将律师挡在看守所之外,即使准许会见,也往往有侦查人员在场,一些与案件有关的重要情节犯罪嫌疑人不愿谈也不敢谈。由于与犯罪嫌疑人无法获得有效沟通,辩护律师的会见权基本流于形式。对于上述问题,修改后的新《刑事诉讼法》有的放矢,明确了除危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪、特别重大贿赂犯罪三类案件,律师会见需要经过侦查机关许可外,其余案件律师凭“三证”皆可会见,且看守所需在 48 小时内安排;另外,法律还规定辩护律师会见在押的犯罪嫌疑人时不被监听。然而,“徒法不足以自行”,真正落实上述法律的规定还需要侦查机关观念上的转变与行动上的配合,而不能曲解文意,耍小聪明。一些侦查机关或看守所虽然执行了一般案件的会见不再许可的规定,但却在会见的“安排”上做文章,例如有些机关要求会见时辩护律师应交纳身份证,且必须有两名律师会见;有些机关认为只要在 48 小时内作出安排的决定即算履行了法律规定,至于具体安排到何时会见可以“自由裁量”;还有的侦查机关认为会见时禁止监听是专门针对办案的侦查人员而言,至于看守所的工作人员并不在禁止监听的范围之列。这些错误性的认识必须屏除,否则侦查阶段律师的会见权将会再次虚置,而与其休戚相关的调查取证权也会被直接架空。

(三) 侦查阶段需赋予辩护律师申请取证权

修改后的新《刑事诉讼法》第 41 条除了规定辩护律师可以自行取证外,也规定了当辩护律师在某些情况下,如收集证据被拒绝或者无法收集某项证据时,可申请人民检察院、人民法院收集、调取证据。其实,就申请取证而言,其本应归属于辩护律师调查取证权的广义范畴,“根据权利——义务理论,辩护律师的自行调查行为虽没有立法的限制,但其实施完全取决于证人等被调查者的同意,本质上只是一种自然状态下的行为,尚未从行为状态上升为一种法律权利。申请调查取证权才是真正意义上的法律权利。”(陈利红,2015:119)在此,之所以要将其单独提出,原因就在于申请取证权是否在侦查阶段也可赋予辩护律师。不可否认,在侦查进程中律师调查取证常常会受到各种阻挠。此时无论是看诉讼的推进阶段,还是就取证的能力而言,申请公安等侦查机关协助取证无疑最为适宜。然而,新《刑事诉讼法》的规定中并未述及辩护律师有向侦查机关申请收集、调取某一证据的权利,申请的机关只限定在检察院或法院。根据 1996 年《刑事诉讼法》的解释,如果辩护律师在审查起诉阶段申请取证,就面向检察院,而如果在审判阶段则针对的是法院。新《刑事诉讼法》第 41 条的规定是 1996《刑事诉讼法》第 37 条的原搬照抄、未动一字,如果延续此种解释,无疑将得出辩护律师侦查阶段不得申请取证的结论。

就世界范围来看,虽然侦查阶段辩护律师享有自行调查取证的权利,但是囿于经济原因,取证手段单一缺乏强制措施介入以及取证中遭遇的种种推脱与拒绝,辩护律师自行取证的积极性并不高,弥补的重要方法是赋予辩护方以申请的方式来获取有利于本方证据的权利(后简称“申请取证”),即对有利于一方的证据,如果依靠自身的力量无法获取,辩护方有权申请法院等机关采用国家手段予以收集。美国联邦宪法修正案第 6 条中就规定:被告人有以强制程序(compulsory process)取得对其有利证据的权利。《德国刑事诉讼法典》第 136 条“初次讯问”也指出,侦查机关在第一次讯问犯罪嫌疑人时应当告知

其可以申请收集一些对自己有利的证据(李昌珂,1995:62)。在日本“如果不在事前保全证据就很难利用某一证据时,犯罪嫌疑人、被告人在该情况下可以请求法官采取搜查、勘验、询问证人或鉴定等措施。”(田口守一,2010:118)1998年的《意大利刑事诉讼法典》也增设了具有证据保全的“附带证明”程序,规定在初期侦查期间,被调查人可以要求法官进行诸如调取某人证言、进行鉴定或司法实验、辨认等活动(黄凤,1994:140)。这种赋予辩护律师借助公权力收集证据的权利,与我国的辩护方“可以申请人民检察院、人民法院收集、调取证据”具有同等效用^①。但是就前述法条分析,侦查阶段辩护律师的这一权利在我国似乎付之阙如。破解这一难题的思路在于,虽然我国辩护律师不得申请侦查机关协助调查取证,但是否意味着其也不可以根据案件情况,在侦查阶段申请检察院或法院取证?而且就国外来看,申请的对象也并非侦查机关,而是法院。不同于外国的司法体制,在我国的宪政构架中,检察机关是国家的法律监督机关,其对包括侦查在内的整个刑事诉讼活动实行法律监督,如果侦查中发现了可能左右侦查正确认定事实的关键性证据,本着维护刑事诉讼法律正确实施的目的,检察机关可以依律师申请而决定引导侦查机关取证^②,如果侦查机关拒绝,则检察机关可自行调取证据。这样理解与解释既没有突破法律的规定,同时也充实完善了辩护律师的调查取证权。

五、结 语

任何基于规范法治立场的改革和修法都具有路线正确的性质与问题解决的功能主义潜质。在我国当下具体的司法语境下,某一制度的变革能否试水成功不仅是前期严密的逻辑论证和翔实的本土调研,更需要较高的支撑条件来保障其目标实现的最大化。伴随新《刑事诉讼法》的修改,律师侦查阶段调查取证权应运而生,但这一赋权举措能否实现其既定目标还有待司法实践的进一步检验。同时,与制度紧密相关的支撑条件还需深入探索和不断完备,如英美法系为了弥补律师调查取证能力的不足,允许其聘请私人侦探协助办案,今后我国是否可以对私人侦探行业予以试点性的破冰、解禁就值得探讨;再者,赋予律师调查取证权的目的在于借律师之力向控诉方开示有利于犯罪嫌疑人、被告人的证据,因此理顺和完善其与后续证据开示制度的衔接路径也至关重要;另外诸如侦查阶段律师有限度的阅卷制度以及其调查取证中的风险评估等都是值得研究的重要问题。笔者相信随着对这些问题研究的深入,侦查阶段的权力运作和辩护律师的权利行使将会相辅相成、并行不悖,中国的刑事司法也必将更加文明和公正。

参考文献:

- [1] [法]贝尔纳·布洛克(2009). 法国刑事诉讼法. 罗结珍译. 北京:中国政法大学出版社.
- [2] 陈利红(2015). 辩护律师调查取证权性质的冷思考. 广西社会科学,4.
- [3] 何家弘(2012). 刑事诉讼中证据调查的实证研究. 中外法学,1.
- [4] 胡瑞江(2012). 侦查阶段辩护律师可以调查取证吗. 浙江法制报,2012-05-03.
- [5] [德]卡尔·拉伦茨(2004). 法学方法论. 北京:商务印书馆.
- [6] 李心鉴(1992). 刑事诉讼构造论. 北京:中国政法大学出版社.
- [7] [英]麦高伟、杰弗里·威尔逊(2003). 英国刑事司法程序. 姚永吉等译. 北京:法律出版社.
- [8] 施鹏鹏(2010). 法国律师制度述评. 当代法学,6.
- [9] [法]卡斯东·斯特法尼等(1999). 法国刑事诉讼法精义(上). 罗结珍译. 北京:中国政法大学出版社.
- [10] [日]田口守一(1997). 刑事辩护制度. 李海东等译. 载[日]西原春夫主编,日本刑事法形成与特色. 北京:法律出版社、成文堂.

①有学者认为证据保全与申请取证在适用的前提条件、价值、功能等方面有较大差异,不可混用。但其在文中也承认,“刑事证据保全也是获取证据的一种方式”,笔者认为刑事证据保全其实是紧急情况下,申请取证的一种特殊方式,两者申请收集证据的功能具有一致性。故笔者未将二者做明确界分。相关内容参见张泽涛:《我国刑诉法应增设证据保全制度》,载《法学研究》2012年第3期,第175页。

②“引导侦查机关取证,规范取证行为,促使侦查行为合法运行,是检察机关履行侦查监督职能的应有之义。”笔者认为这种引导取证既可以依检察机关的法律监督职权启动,也可以依律师申请启动。相关内容参见但伟、姜涛:《侦查监督制度研究——兼论检察引导侦查的基本理论问题》,载《中国法学》2003年第2期,第146页。

- [11] [日]田口守一(2010). 刑事诉讼法(第五版). 张凌、于秀峰译. 北京:中国政法大学出版社.
- [12] 万 毅(2005). 侦查程序模式与律师权利配置. 学术研究,6.
- [13] 王兆鹏(2004). 当事人进行主义之刑事诉讼. 台北:元照出版公司.
- [14] 王兆鹏(2005). 美国刑事诉讼法. 北京:北京大学出版社.
- [15] 王兆鹏(2010). 刑事诉讼讲义. 台北:元照出版公司.
- [16] 汪海燕、胡广平(2013). 辩护律师侦查阶段有无调查取证权辨析——以法律解释学为视角. 法学杂志,11.
- [17] 肖 军(2011). 法国侦查主体有关问题初探——兼与中国侦查主体比较研究. 四川警察学院学报,4.
- [18] [德]托马斯·魏根特(2004). 德国刑事诉讼程序的改革:趋势和冲突领域. 樊文译. 载陈光中主编. 21 世纪域外刑事诉讼立法最新发展. 北京:中国政法大学出版社.
- [19] [德]托马斯·魏根特(2004). 德国刑事诉讼程序. 岳礼玲、温小洁译. 北京:中国政法大学出版社.
- [20] [德]托马斯·魏根特(2005). 德国现代侦查程序与人权保护. 刘莹译. 载孙长永主编. 现代侦查取证程序. 北京:中国检察出版社.
- [21] 刑事诉讼制度改革研究课题组(1994). 意大利刑事诉讼法典. 黄风译. 北京:中国政法大学出版社.
- [22] 刑事诉讼制度改革研究课题组(1995). 德国刑事诉讼法典. 李昌珂译. 北京:中国政法大学出版社.

New Research on Defense Counsel's Right of Investigating and Collecting Evidence at Criminal Investigation Stage

Dong Kun (Research Institute of Procuratorial Theory Supreme People's Procuratorate of P. R. China)

Abstract: From the view of logical interpretation and making the horizontal comparison between Continental law system and Anglo-American law system in legislation and judicial practice, we can find that the Amendment to the Criminal Procedural Law guarantees the defense counsel's right of investigating and collecting evidence. However, introducing this kind of rights to defense into criminal investigation stage aims to regulate the behavior of investigation, curb illegal investigation and ensure the objective comprehensive investigation instead of bilateral confrontation. Therefore, in facing of the power of investigation, the right of investigation and collecting evidence of the defense counsel should be limited necessarily by keeping some restraint. In practice, it should investigate those aspects which are obviously beneficial to the suspect compared with arbitrary investigation. What's more, investigation organs and defense counsel should change ideas and auxiliary system and measures also need to be improved, in order to carry the new system a step forward.

Key words: the right to defence of defense counsel; defense counsel's right of investigating and collecting evidence; new "criminal procedure law"; the right to apply for evidence

■作者地址:董 坤,最高人民检察院检察理论研究所、湖南大学“腐败预防与惩治协同创新中心”;北京 100144。
Email:sikao600@163.com。

■基金项目:国家社会科学基金青年项目(14CFX023)

■责任编辑:李 媛

