

禁见纠纷的救济程序

黎 桦 王天民

[摘 要] 禁见纠纷,即侦查机关因禁见处分与刑事被追诉人之间产生的一种纠纷,是当今各国共同面临的重要问题。基于其存在于刑事诉讼过程中的特殊性,使得纠纷的解决途径变得含混起来。因此,探讨禁见处分的性质,考察主要国家的纠纷救济模式,以及确立当前我国应当将行政诉讼引入禁见纠纷处理中的态度具有举足轻重的意义。

[关键词] 禁见处分;禁见纠纷;程序救济

[中图分类号] DF21 [文献标识码] A [文章编号] 1672-7320(2008)06-0827-05

一、禁见处分及禁见纠纷

侦查机关通过各种手段或措施限制或禁止被追诉人与其律师会见的做法已经不是某一国的特例。从这一点看,因禁见处分行为引起的禁见纠纷在一定层面上是不可避免的。但是,这并不意味着不可救济。公安和司法机关倾向于将禁见处分理解为刑事诉讼行为。相反,被追诉人的律师则认为禁见处分不属于“刑事诉讼法的明确授权实施的行为”,因此,并不能将禁见纠纷排除在行政诉讼的受案范围之外。

刑事诉讼法是一部人权大宪章,是限制国家公权力与保障私权利的法典。法典依靠比例原则、合法性原则来约束公权力的执行;通过赋予被追诉者权利的同时要求国家机关的配合来达成。就本质而言,侦查机关的所有活动可以划分为两个方面:一是积极性、主动性的活动;二是消极性、被动性的活动。前者即刑事诉讼法学权威教科书所定义的“侦查活动”,包括“专门调查工作”和有关的“强制性措施”两项内容^[1](第 246 页);而后者主要指被追诉者行使权力时需要侦查机关配合的活动,比如配合辩护人行使通信权、会见权的活动,配合辩护人行使阅卷权、取证权的活动等等。因为这些活动往往以消极的、不作为(如不干涉、不禁止)的方式进行,所以容易为我们所忽视。那么,“刑事诉讼法明确授权侦查机关实施的行为”究竟指什么?仅指“侦查活动”还是同时包括配合性活动?如果仅指“侦查活动”,侦查机关因为没有履行配合义务而作出的“禁见处分”将归为“具体行政行为”,由行政诉讼解决;而一旦包括配合性活动,即认为在刑事诉讼过程中侦查机关实施的所有行为都不属于行政诉讼的受案范围。

二、禁见纠纷救济程序的三种模式

(一)德国模式:司法审查与抗告

德国《刑事诉讼法》第 148 条第 1 款明确规定:“被指控人,即使是不能自由行动的,允许与辩护人进行书面、口头往来”,这一规定是国内法对包括《欧洲人权公约》在内的一系列国际条约的反映。但是,以维持社会秩序和国家安全至上的法治国原则(das Rechtsstaatsprinzip)使得保障会见权的体系存有缺口也在情理之中。当然,作为体系内的缺口,是能够加以管控的,如“只有在具备刑法 129a 条之紧迫的犯罪嫌疑时,(会见权)才得受到限制;而只有在被告人涉嫌恐怖暴力犯罪,且与外界之联络,及不论是用书

面的或言词的与辩护人之间之联络,有伤及人之身体、生命或自由之现时的危险存在时,当由特定的事实显示,这种危险乃由一恐怖暴力组织所发起时,才得中断或完全禁止^[4](第 174 页)。

而作为体系外的缺口(即基于法外原因而禁见的情况)却是很难把握的。虽然在德国施行较为严格的令状主义,但不可否认的是,实务中绕开司法令状而独自进行的“禁见处分”时有发生,并且德国学界对于警、检机关在刑事诉讼中的处分措施的性质至今未有定论,虽然卡尔斯鲁厄高等法院曾经在判例中将其界定为“诉讼行为”而不得对此提起不服之诉,但这种观点显然是对“诉讼行为”概念的放大,而且也不符合德国《基本法》第 19 条第 4 项“任何人之权利受官署侵害时,得提起诉讼”的要求^[5](第 26 页)。因此,实际上辩护方仍可以申请法院事后审查“禁见处分”的合法性并作出裁判;至于警、检机关依法申请禁见令状的行为,法官则可作出禁见与否的处分。

由此可以看出,德国的司法审查制度和抗告程序分别赋予了辩护方可就侦查人员以及法官所作“禁见处分”的救济权利。

(二)日本模式:准抗告

日本《刑事诉讼法》第 39 条规定,“身体受到拘束的被告人或被疑人,可以在没有见证人的情况下,与辩护人或者受可以选任辩护人的人委托而将要成为辩护人的人会见,或者接受文书或物品。……为防止被告人或被疑人逃跑、隐灭罪证或接受有碍戒护的物品,可以法令规定必要的措施。”此中所谓之“法令”,便为日本的“一般指定书制度”开了先河。“一般指定书制度”是由法务大臣训令加以规定,其基本内容是:检察官对被捕的被疑人在请求羁押的同时,以有可能逃跑或毁灭证据为由,一并(先行)请求法官裁定禁止会见其他人;经法官裁定许可后,检察官便签发“一般指定书”,指定书中载明“对于会见的日时、场所及时间,另发指定书指定”。此后辩护人要求会见被疑人时,须经检察官另行签发载明具体会见日时、场所及时间的“具体指定书”。这实际上等同于首先禁止会见权,然后根据具体指定解除这一禁令。因此,有人酷批这种“会见买票制”是将原则与例外的颠倒^[6](第 134 页)。到了 1988 年,有关“一般指定”的法务大臣训令被废除,实践中指定频度也逐渐降低下来,这不得不归功于“准抗告”制度。

“准抗告”,是指对于审判官个人所作的裁判(即命令)以及侦查机关所作的某些处分声明不服的方法。由于准抗告不是向上级法院声明不服,也不是针对法庭所作的裁判,因此,不具有上诉的性质^[7](第 292 页)。其中,如果被追诉人及其辩护人不服检察官或检察事务官或司法警察职员所作的“禁见处分”,其可向该检察官、检察事务官所属的检察厅相对应的法院或者该司法警察职员执行职务地的管辖地方法院或简易法院提出准抗告,如果准抗告有理由,该法院应当裁定撤销原处分。对于准抗告法院所作的裁定,不得再次抗告或者提出代替抗告的异议声明,但可以向最高法院提出特别抗告。当然,作为“准抗告”制度的补充,国家赔偿制度以及民事诉讼也起到了救济“禁见处分”的重要作用。

(三)美国模式:动议

美国《联邦宪法》第六修正案规定:“在所有的刑事诉讼中,被告人享有……接受律师帮助自己辩护的权利。”该修正案于 1791 年 12 月 15 日批准实施,它虽然肯定了辩护律师与当事人之间较为自由的会见权,但在其后的 200 多年里“禁见纠纷”仍层出不穷。典型如发生于 1958 年的“Crooker v. California”案和“Cicenia v. Lagay”案。在这两个案例中,被告人都要求会见自己的律师但都遭到了警察局的拒绝,其后的法院判决也肯定了警察的“禁见处分”。而在 1959 年的“Spano v. New York”案和 1963 年的“White v. Maryland”案中,警察局同样对被告人的会见请求做出了“禁见处分”,但这一行为的合法性随后便遭到了法院的否定。由此可见,在面对“禁见纠纷”时,辩方可以直接诉诸法院,这一制度在美国被称为“动议”(Motion)。

“动议是一项向法官提出的要求指令采取与案件有关的具体行为的请求,它常常与被告人的权利有关。动议要求法官签发支持具体权利的指令和弥补已经发生的对权利的侵犯”^[2](第 76 页)。一般来说,动议可以在审前及审判期间的任何时候提出,不过大多数案件的动议主要在审前提出。传统观点认为,被告人不得对法院签发的初步指令单独提出上诉,而只能在审判终结时的上诉中集中体现^[3](第 52 页)。

这是否说明如果被告人对法院关于“禁见纠纷”做出的指令不服就不能在审前及时提出呢？事实上，为了纠正可能因延迟上诉对被告人造成不可弥补的损害，美国允许“中间上诉”的存在，当然“中间上诉”作为普通上诉的一种补充，它的适用情形也是很少见的。

通过对三个代表性国家的考察，所有救济模式都有一个共同点，即各国解决“禁见纠纷”均是通过向法院提起诉讼的方式，并且这种诉讼是一种特别诉讼，其特别之处主要表现为两个方面：一是诉讼形式的独立性，包括起诉独立、审判独立和上诉独立。虽然这种诉讼处于刑事诉讼期间内，本应遵循各个阶段的诉讼规则和行为方式，比如侦查与起诉是前后相继的两种程序，只有侦查完毕方能正式起诉，然而针对“禁见处分”的起诉却可以在刑事起诉之前随时、及时进行；而提起特别诉讼之后的审判程序也并非严格按照刑事审判规则展开，比如特别诉讼一般进行书面审查、作为被告方的国家机关则要对“禁见处分”的合法性承担证明责任等等；再者对特别诉讼的裁判提起上诉也非必须依附于刑事判决一并提出。二是诉讼实质的差异性，包括诉讼功能差异和诉讼目的差异。特别诉讼的功能在于监督国家机关特别是侦查机关的执法行为、赋予相对人被违法侵权时以司法救济权利；因此它的目的也就在于通过法院的司法活动审查“禁见处分”的法律属性，并在确认违法的前提下作出撤销或者变更原处分的裁定。

三、中国语境下的禁见纠纷救济程序

我国宪法第41条、刑事诉讼法第14条和第96条虽然规定了被追诉人遭遇“禁见处分”时享有控告、申诉权，但立法过于简单，使得控告、申诉权徒具文本意义，况且囿于司法实践中的诸种障碍，通过刑事诉讼程序本身（像其他国家一样）来自我消化“禁见纠纷”的期望可能在很长时间内都将难以实现。

（一）通过刑事诉讼程序解决禁见纠纷的障碍

检察机关作为国家专门的法律监督机关，应该说是有权审查“禁见处分”的，但实务中对于这一授权面临三个问题：一是检察机关监督力量薄弱。当前检察机关对侦查人员的监督集中表现为立案监督和逮捕监督，仅此两项已经很难正常运转，更别提事无巨细了。二是检察机关自己作为侦查机关作出“禁见处分”时如何解决监督关系。三是关于检察机关属性的争议当前仍未有定论，但无论如何它毕竟不同于法院，面对审前程序的监控主体纷纷让位于法院的国际趋势，如何保留检察机关的监督权能，这个基石性的课题尚需研究。

司法审查作为保障刑事强制措施合法性和比例性的有效措施，虽在国内已有一定程度的研究。然而要将该制度用于解决“禁见纠纷”也面临两重障碍：一是司法审查的主要程式是通过法官事先授权，侦查机关执令状进行积极之作为行为。但“禁见处分”并非积极之作为而是消极之不作为，即不履行法律之配合义务的行为，它不需要令状授权。二是即使通过扩大审查法官事后审查的权限，根本的障碍——审查法官的性质也没有解决。而作为动议、抗告、准抗告制度运行的基础，同样也是要求在刑事案件正式审判之前设立专门的法官或者由审判法官提前介入审前活动，所以独立的司法审查制度也好，动议、抗告或者准抗告制度也罢，对于我们来说当前只能是可“欲”不可求。

（二）解决禁见纠纷的最终出路——行政诉讼

无论如何，解决“禁见纠纷”最终的道路仍要求诸司法。因为如果允许侦查机关自行决定对公民基本权利的侵害行为，那么公民的这些基本权利就很难得到保障，而将决定权交给法院，那么法院就会成为防御暴政的力量，这也是最大限度地减少国家对个人权利践踏的最好方法^[8]（第102页）。就当前三大诉讼的格局和功能考虑，我们建议引入行政诉讼。

1. 行政诉讼解决禁见纠纷的合理性

目前，对于行政执法活动中的违法行为我们能够通过行政诉讼来救济，对于审判活动中的违法行为也可以通过审判程序（如上诉、抗诉）本身来救济，而对于刑事审前活动中的违法行为，救济在纵深层面上力度不够，在横向层面上则缺乏囊括性。因此，在通过刑事诉讼本身无法有利救济的情况下，对行政诉讼的范围作出适当的延伸不仅维护了救济框架的囊括性，而且有利于国家职权的统一运行。

行政诉讼不得干扰刑事诉讼行为的展开和推进,这是延伸行政诉讼范围的底线。那么究竟什么是“诉讼行为”呢?在德国法学家克劳斯·罗科信教授看来,“首先,‘诉讼行为’并非刑事诉讼法上之用语。因为诉讼之进行是一种人类行为之总和,因此所有这些行为(例如调查行为、逮捕、证人陈述证言、判决)均可称之为‘诉讼行为’。但是这些太过广泛的概念并无什么太多作用,是以不妨将‘诉讼行为’理解为,在诉讼程序中能按意愿达到所期望之法律效果,并促使诉讼程序继续进行之意思表示(例如:告诉、公诉、羁押命令、审判程序之命令、判决、提起法律救济)”^[4](第 195 页)。从这样一句话语出发,我们可以读出一条信息:刑事诉讼过程中的有些(官方)行为具有“诉讼”属性,而有些则具有“行政执法”的属性。既然如此,对于属于行政执法的行为,在理论上自然可以通过行政诉讼的方式来救济。

另外,通过行政诉讼解决“禁见纠纷”符合确立行政诉讼范围的四大原则:司法最优解决原则、人权保障原则、司法资源最优使用原则和发展原则^[9](第 57 页)。司法并非万能,将不适宜司法解决的问题交给司法解决,其结果只是对司法资源的浪费;但若司法是最优的解决途径,不交由司法解决同样是对司法资源的浪费,并且更不能在最大限度上保障人权。换言之,有限的司法资源应当得到最优使用。所以在我们发现通过“非司法性”的内部监督并不能达到司法监督的最优效果,而通过新设司法部门又没有最大化利用现有司法资源时,运用发展的眼光来释放行政诉讼的潜能才是最理性的选择,而且行政诉讼的受案范围也应当具有开放性,而不应自我封闭、一成不变。

2. 行政诉讼解决禁见纠纷的合法性

“成熟的行政诉讼,不应该有受案范围的规定。行政诉讼成熟之时,就是无受案范围问题之日”^[10](第 168 页)。无受案范围的境界恐怕在很长一段时期内都不能达致,但是保持受案范围的开放性却是各国共同的特征或目标。比如,德国根据《基本法》、《行政法院法》等法律的规定,行政法院除不受理公民控告行政机关的违宪案件、涉及邮政和电信秘密权利案件,以及公民和行政机关之间的财产纠纷以外,公民控告行政机关违法或向其主张权利的所有案件均属于行政诉讼的受案范围。日本《宪法》规定,“行政机关不得施行作为终审的审判”,同时《行政案件诉讼法》还概括规定了抗告诉讼、当事人诉讼、民众诉讼和机关诉讼 4 种类型的行政诉讼,但均未列举具体案件。美国依据《宪法》“正当程序”条款和《行政程序法》来受理行政诉讼,其中《行政程序法》第 702 条规定:“因机关行为而使其法定权利受到侵害的人,或者受到有关法律规定范围之内之机关行为的不利影响或损害的人,均有权要求司法审查。”

我国《行政诉讼法》第 11 条和《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第 1 条采用了概括、列举加排除的方式来规定了行政诉讼的受案范围。从形式上看,这个范围似乎具有封闭性的特点,但是从立法价值上分析,我们有理由相信它是开放性的,因为我国受案范围所排除的案件实际上有些也是其他国家不予受理的案件,特别是“公安、国家安全等机关依照刑事诉讼法的明确授权实施的行为”在国外也有属于“刑事司法行为”予以排除的规定。当然两大法系所理解的“司法”、“司法行为”以及“司法机关”的概念并不同于我国,它更多地指向法院以及审判行为。而且在谈“合理性”时,我们论证了国家救济框架必须具有囊括性,以及行政诉讼在不干扰刑事诉讼的同时应适当延伸的观点,所以,对于此处“刑事诉讼法明确授权实施的行为”,我们不能放大为“刑事诉讼中的所有活动”,而应在与刑事诉讼法的内部救济措施互补的基础上作缩小解释,比如,刑事诉讼法明确地对违法逮捕、拘留等强制措施规定了内部救济机制,且该救济机制当前正常运转,那么,行政诉讼法就没有必要再涉入这些活动,而对于其他活动如果刑事诉讼法内部没有设置救济机制或者设置的救济机制无法运转,行政诉讼的引入则有其必要性,“禁见纠纷”就是其中一例。

3. 行政诉讼解决禁见纠纷的可行性

早在 2000 年黑龙江省就发生了“律师索要会见权案”。该案律师要求会见犯罪嫌疑人但遭到看守所拒绝,理由是:依据《公安机关管理条例》和《看守所管理条例》的规定,看守所人员在得知同案犯已被抓获的情况下,律师须获得办案机关批准方能会见当事人。在此后律师提起的行政诉讼中,一审法院驳回原告诉讼请求的判决被上诉法院予以撤销。可见,该案中关于“禁见处分”能否成为行政诉讼的受理

范围似乎并没有成为关注的中心,相反案件的中心聚焦于法院在审理该案中对相互冲突的法律、法规的取舍与适用问题上。透过这一案例发现,适用行政诉讼审理“禁见纠纷”的做法在国内某些地区早已走在了前头,并且开始关注解决行政诉讼引入刑事诉讼后所出现或可能出现的“水土不服”的问题。

反观国外,日本虽明确规定侦查机关作出的处分不属于行政诉讼处理的范畴,但我们应当知道,这种态度是建立在日本对于“禁见纠纷”已然设置了“准抗告”这一(刑事程序)内部救济机制前提之上的;而且对于引入行政诉讼的反对也仅仅是因为行政诉讼的较长期限难以满足“禁见纠纷”应得到迅速处理的要求。美国虽然规定在例外情况下,即成文法排除司法审查时,法院才放弃审查。但即便如此,最高法院在进行司法审查时,在权衡各利害的基础上,总会尽可能地扩大司法审查的范围,以更好地保护相对人的合法权益。至于德国,则恐怕表达出了较之其他国家更为青睐行政诉讼的好感。比如克劳斯·罗科信教授就认为:整体而言,被告人权利受到侵犯后的救济规则实在不明确,并且远不及行政诉讼法的保护效果。因此非常希望将来在不服处分措施时(甚至包括强制措施),能够统一地将法律保护职权转移到区法官身上,并希望其亦尽可能地行政诉讼法看齐^[4](第278页)。由此看来,将行政诉讼作为禁见纠纷的处理方式非但具有可行性,而且可以预期它将是十分有效的救济措施。

[参 考 文 献]

- [1] 陈光中:《刑事诉讼法》,北京:北京大学出版社与高等教育出版社2004年版。
- [2] [美] Steury, Ellen Hochstedler & Nancy Frank. *Criminal Court Process*. 北京:中国人民大学出版社2002年版。
- [3] Stern, Robert L. 1981. *Appellate Practice in the United States*. Washington: Bureau of National Affairs.
- [4] [德] 克劳思·罗科信:《刑事诉讼法》,吴丽琪译,北京:法律出版社2003年版。
- [5] Amelung. 1976. *Rechtsschutz gegen strafproz*. Grundr: Eingr.
- [6] [日] 松尾浩也:《日本刑事诉讼法》上卷,丁香顺译,北京:中国人民大学出版社2005年版。
- [7] 孙长永:《日本刑事诉讼法导论》,重庆:重庆大学出版社1993年版。
- [8] 刘善春等:《诉讼证据规则研究》,北京:中国法制出版社2000年版。
- [9] 喜 子:《反思与重构:完善行政诉讼受案范围的诉权视角》,载《中国法学》2004年第1期。
- [10] 刘善春:《行政诉讼价值论》,北京:法律出版社1998年版。

(责任编辑 车 英)

Procedural Remedy for Dispute on Forbiddance of Interview

Li Hua¹, Wang Tianmin²

(1. Law School, Hubei College of Economics, Wuhan 430073, Hubei, China;

2. Xiamen University Law School, Xiamen 361005, Fujian, China)

Abstract: Dispute on Forbiddance of Interview as one kind of dispute which originates in behavior of investigative organ's forbiddance of interview between the defendant and his lawyer, is a common important problem in rule-of-law countries. But because of its distinction of existence in criminal procedure, the resolution become confused. So clarifying the nature of Forbiddance of Interview, reviewing other countries' modes of remedy, and establishing the attitude that we should invoke Administrative Litigation into the resolution of Dispute on Forbiddance of Interview will be most important things.

Key words: forbiddance of Interview; dispute on forbiddance of Interview; procedural remedy