

公安机关侵害律师会见权行为的可诉性探析 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022__E5_85_AC_E5_AE_89_E6_9C_BA_E5_c122_485129.htm ----

从几个案例谈起 [文章摘要] 本文从几个涉及刑事案件律师会见的有相似案情、裁判结果却大不相同的行政诉讼案例出发，探究了这个现象的成因在于人们对于行政诉讼的受案范围的界定不同，对司法过程中有双重身份的主体的机关的行为的性质认识不清。本文对司法过程中行政行为存在的可能性和现实性进行了分析，指出这类行为应当受到行政诉讼法的约束，并纳入国家赔偿的范围。 [关键词] 行政行为 司法行为 会见权 国家赔偿 引言 在刑事司法过程中的侦查阶段，因为律师有关辩护的各种权利经常受到损害，所以自从行政诉讼法出台以来，就屡屡发生律师起诉公安机关的行政诉讼案件。但是法院对这样的案件处理方式却大相径庭。《中华人民共和国行政诉讼法》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》若干问题的解释第一条都对行政诉讼范围进行了界定。如果说前者尚不明确，保留了一块“灰色区域”的话，那么后者则算明确了行政诉讼的受案范围，是“公民、法人或者其他组织对具有国家行政职权的机关和组织及其工作人员的行政行为不服，依法提起诉讼的”，无疑是具有了长足的进步。对律师会见权受侵犯而提起的行政诉讼不予受理的法律依据也多引用后者的排除性规定。而“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”被排除，是否就意味着在刑事司法过程中不存在可诉的行政行为？是否对在刑事司法过程中同样是行政机关的司法机关只认可

其“司法机关”这一种身份，从而免去行政诉讼法上责任的追究？是否所有刑事司法过程中的行为就都要被排除在行政诉讼之外？

一、从几个案例出发 1999年2月8日，湖南晨晖律师事务所接受了进入审查起诉阶段的在押犯罪嫌疑人宁孝检的近亲属的委托，指派廖建华律师担任辩护人。当天，廖建华律师将授权委托书送至湖南省人民检察院娄底分院刑检二科，或得了《移送起诉意见书》及其他有关材料。2月8日下午和2月12日上午，廖建华律师持《律师执业证》、《律师会见犯罪嫌疑人、被告人专用介绍信》、《授权委托书》、《移送起诉意见书》两次会见了犯罪嫌疑人。因为案情需要，2月24日，廖建华律师再次要求会见，但看守所拒绝律师会见，理由是：律师会见犯罪嫌疑人必须经办案机关批准，律师必须持办案机关签有“同意会见”字样的专用介绍信才能允许会见。前两次之所以允许会见是因为值班干警不熟悉业务。2月25日，廖建华律师向娄底市中级人民法院递交了行政起诉状，要求确认娄底市公安局在审查起诉阶段不允许律师会见犯罪嫌疑人的行为违法，要求判令娄底市公安局赔偿律师经济损失52、24元。1999年5月18日，一审法院做出判决：（1）确认被告娄底市公安局在审查起诉阶段不许可原告廖建华律师会见在押犯罪嫌疑人的具体行政行为违法。（2）由被告赔偿原告车旅费16元，误工损失18、12元，共计34、12元。（3）案件受理费200元由被告承担。被告不服一审判决向湖南省高级人民法院提出上诉。在二审期间，娄底市公安局出示了公安部的意见：是否允许律师会见权是公安机关的权利，不属于行政诉讼的范围。1999年8月30日，湖南省高级人民法院终审判决：驳回娄底市公安局的上诉，维持原判。 2000年

，哈尔滨金源律师事务所律师曲龙江、刘士贤以剥夺律师会见权为由将哈尔滨市香坊公安分局告上法庭，要求法院判定公安分局的行政行为违法。2001年11月，哈尔滨市中级人民法院对该案作出终审判决，确认香坊公安分局该具体行政行为违法。另一个案例却与之有着截然不同的结局：据中国青年报2007年4月2日载：2006年4月，北京市展达律师事务所的律师周泽接受犯罪嫌疑人任世伟妻子李宁的委托，为涉嫌组织、领导、参加黑社会性质组织罪的犯罪嫌疑人任世伟提供法律帮助，并在审查起诉后担任其辩护律师。针对此案，辽宁省公安厅专门成立了专案组。犯罪嫌疑人2006年4月5日被公安机关采取强制措施，周泽在2006年6月向专案组提出会见任世伟，直到专案组将案件移送营口市人民检察院审查起诉，周泽也没有见到犯罪嫌疑人，其间已达7个月之久。即使在案件审查起诉阶段，检察机关已经同意的情况下，周泽律师在看守所也被告知必须得到专案组的批准。在近一年的时间内，周泽多次要求，都无法会见当事人。2007年3月22日，北京市展达律师事务所律师周泽向辽宁省沈阳市皇姑区人民法院提起了行政诉讼，起诉辽宁省公安厅，认为其不作为行为侵害了他会见权。法院在当天下午以“诉讼请求不属于行政诉讼的受案范围”为由，做出了不予受理的裁定。4月2日，周泽向辽宁省沈阳市中级人民法院提起上诉。5月29日，沈阳市中级人民法院就北京市展达律师事务所律师周泽起诉辽宁省公安厅侵害律师会见权一案作出终审裁定：驳回上诉，维持原裁定。理由是，周泽诉辽宁省公安厅不安排会见犯罪嫌疑人的行为违法并要求赔偿损失、赔礼道歉的请求事项，不属于行政审判的权限范围。 ? 在实践中律师会见权普遍受到

侵害的情况下，法院介入审查无疑是有现实意义的。但通过这几个案件的比较，我们可以发现各方对这类案件的态度不同。第一个和第二个案例中，法院认定公安机关的行为可诉。第三个案例中法院却认为，这个行为是属于司法行为，基于行政诉讼法解释，认为其不可诉。之所以有这样不同的认识，关键在于各方如何认定此行为的性质，是司法行为还是具体行政行为？这个问题需要从两个方面来分析：1、机关主体。在这些案件中，公安机关的身份是行政机关还是司法机关。2、相对人主体。被侵害会见权的律师能否作为相对人提起行政诉讼。3、行为。从要件上看，公安机关的行为属于具体行政行为还是司法行为。4、救济。如果此行为可诉，那么被侵害会见权的律师能够申请什么样的实际救济，国家赔偿法能否对此进行赔偿。

二、司法过程中公安机关的主体身份依据《中华人民共和国宪法》第107条规定，公安机关列入行政机关序列。而依据《刑事诉讼法》第三条，公安机关又是刑事司法机关。这样，公安机关的主体身份就出现了双重性，尤其是在刑事诉讼过程中，双重性身份的矛盾就凸现出来。那么需要追究的问题是，在司法过程（而不是司法行为中，此处“过程”仅表示刑事侦查从开始到结束这个“时间段”）中，公安机关的身份是否一直恒定不变地属于刑事司法机关？其在其中的角色有没有转化的可能？具体到以上列举的几个案例就是：在对律师会见不予审批的案件中，公安机关的身份是国家司法机关还是行政机关呢？其能否作为适格的行政诉讼被告呢？刑事侦查的这个时间段中公安机关的身份并不因其主要从事刑事侦查工作而丧失其行政机关的身份。在不同的问题中，公安机关的行为也不排除可能涉及未经

刑事诉讼法明确授权的行为，在进行这些行为的时候，如果认定公安机关的身份还是司法机关，那么无疑违背了行为和主体的同一性原则，也无疑认可“司法机关作出非司法行为却依然不可诉”，如果如此，将形成一个权利救济的真空，在这个框架内权力不受限制，权利得不到任何救济。所以，公安机关的身份在刑事侦查的整个时间段中是当然存在转化的可能的，其能否作为行政诉讼被告关键要看其从事的行为性质，是否具体行政行为。

二、被侵害会见权的律师能否作为原告 根据《行政诉讼法》第2条，关于诉权的规定：公民、法人或者其他组织认为行政机关和行政工作人员的具体行政行为侵犯其合法权益，有权依照本法向人民法院提起诉讼。根据此条规定，行政诉讼的原告是指认为自己的合法权益受到行政主体的具体行政行为不法侵害或者不利影响而向人民法院提出诉讼的人，包括公民、法人或者其他组织。《若干解释》第12条规定：与具体行政行为有法律上的利害关系的公民、法人或其他组织对该行为不服的，可以依法提起行政诉讼。就以上条件而言，被侵害会见权的律师符合原告的条件。当然，是否能成为适格原告还要看其提起的诉讼是否属于行政诉讼受案范围，而我国的受案范围主要是通过划定可诉行为的种类和性质来确定的，那么就不可避免地涉及所诉行为的性质。

三、侵害律师会见权行为的性质 从文章第一部分的案例可以看出，公安机关侵害律师会见权的方式主要是：律师提出会见当事人的请求，但是公安机关自己规定了“审批手续”，要求律师会见的要求先行审批，审批后才准许会见。而在审批过程中又采取不予答复的手段，使律师无法得到审批同意的决定，从而无法见到犯罪嫌疑人。这个行

为是否属于行政诉讼法的受案范围，主要是看其是不是属于“公安机关依照刑事诉讼法的明确授权实施的行为。”按照刑事诉讼法明确授权实施的行为就是刑事侦查行为，即公安机关根据刑事诉讼法的规定，在刑事案件的侦查过程中，进行的专门调查工作和采取有关的强制性措施的行为。对此，我们必须要先探究一下立法目的：行政诉讼法做这条规定，把公安机关依照刑事诉讼法的明确授权实施的行为排除在行政诉讼受案范围之外，主要是基于以下理论依据：1、根据我国现行的司法体制，刑事侦查行为被视为司法行为，在习惯上不作为一般行政行为对待。2、《刑事诉讼法》已经授权检察机关对刑事司法行为进行监督。3、因为刑事侦查行为致人损害的，可以依照《国家赔偿法》获得救济。4、将刑事侦查行为排除在行政诉讼之外，可以避免行政诉讼对刑事侦查行为的干扰，也符合监督、维护行政机关依法行使职权的行政诉讼宗旨。由于刑事侦查行为不可诉，于是就在实践中很自然地出现了公安机关实施了违法行政行为之后，假借刑事侦查之名规避行政诉讼的现象。虽然侵害律师会见权的行为发生在刑事侦查这个“时间段”里面（在此，刑事侦查只有表明时间持续起止上的意义，没有表明行为性质的意义），但是从刑事诉讼法中找不到对此的明确授权。刑事诉讼法第36条规定：辩护律师自人民检察院对案件审查起诉之日起，可以……同在押的犯罪嫌疑人会见和通信。第96条规定：受委托的律师有权向侦查机关了解犯罪嫌疑人涉嫌的罪名，可以会见在押的犯罪嫌疑人，向犯罪嫌疑人了解有关案件情况。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。涉及国家机密的案件，律师会见在押的犯罪

嫌疑人，应当经侦查机关批准。此处，除“涉及国家秘密的案件”之外，刑事诉讼法并未授权公安机关对此进行审批。不仅如此，为了进一步对此规定进行可操作化改进，在《最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部、全国人大常委会法制工作委员会关于刑事诉讼法实施中若干问题的规定》（以下简称《六部门规定》）第11条还规定：刑事诉讼法第96条规定，涉及国家秘密的案件，律师会见在押的犯罪嫌疑人，应当经侦查机关批准。对于不涉及国家秘密的案件，律师会见犯罪嫌疑人不需要经过批准。所以，除“涉及国家秘密的案件”外，刑事诉讼法从来没有任何形式授予公安机关对律师会见进行审批的权力，从其立法精神和目的上来讲也没有允许公安机关对律师会见进行审批的余地。会见犯罪嫌疑人是律师行使辩护权的一个最基本权利，没有这一权利，辩护人介入侦查程序无从谈起，没有这一权利，辩护人介入侦查程序无从谈起。只有通过会见以及通信，律师才能了解案件情况，为犯罪嫌疑人提供法律咨询，律师也才可能获取有足够说服力的第一手材料，更好地行使辩护权。从维持控辩平衡，保护犯罪嫌疑人人权的立法精神上讲，也肯定了律师会见权的合法性和必要性，对一般刑事犯罪案件会见的所谓“审批权”是公安机关给自己设定的权力，审批的行为也不属于司法行为。有的学者将此类具有刑事司法行为之表象，而实质却为违法的行政行为定义为“假司法行为”，并对正确判断“假司法行为”提出了如下标准：如果该行为是刑事诉讼法明确授权的公安、国家安全、海关缉私等《刑事诉讼法》授权的特定机关进行的，并且按照刑事诉讼法授权的目的是来实施的行为，就是司法行为。如

果该行为是上述机关出于其他动机加以实施，显然属于滥用行政权力的假司法行为。判断了此行为不属于司法行为之后，我们要进一步追问：这个行为是不是具体行政行为？如果是具体行政行为，它属于作为还是不作为？又是否属于行政诉讼的受案范围？具体行政行为是指行政机关及其工作人员在行政管理活动中行使行政职权，针对特定的公民、法人或者其他组织，就特定事项作出的能够直接引起权利义务关系的行政行为，简言之，就是行政机关对外作出的影响管理相对人权利义务行政执法行为。对律师会见犯罪嫌疑人的申请进行审批的行为既然没有刑事诉讼法的授权，因而不应当属于刑事侦查的范畴，实质上是公安机关滥用了行政管理的职权，利用其客观控制了犯罪嫌疑人的方便，针对律师就其会见犯罪嫌疑人的事项作出了直接引起律师会见权被损害的行为，违背了其法定义务，从要件上讲，完全符合具体行政行为的特征。那么，此行为属于“作为”还是“不作为”的违法行政行为呢？对何谓“不作为”，行政法中并没有明确解释。行政不作为的构成条件应包括：首先，行政机关负有明确的与其行政职责相关的行政作为义务，必须作为，或者根据法律的宗旨、目的必须作为。其次，负有作为义务的行政机关存在着法定或合理期限内拒绝作出或未予做出的行为。最后，负有作为义务的行政机关在主观方面存在过错。总而言之，行政不作为是“应为”、“可以为”而不为。

《六部门规定》第11条明确规定：律师提出会见犯罪嫌疑人的，应当在四十八小时内安排会见，对于组织、领导、参加黑社会性质组织罪、组织、领导、参加恐怖活动组织罪或者走私犯罪、毒品犯罪、贪污贿赂犯罪等重大复杂的两人以上

的共同犯罪案件，律师提出会见犯罪嫌疑人的，应当在五日内安排会见。可见，公安机关有安排会见的法定职责，“应为”，而没有审批的权力。但是在这几个案例中，公安机关都是为自己设定了审批的义务，那么就应当为此负责。其不安排会见的行为是违背了法定义务，其不予审批的行为也违背了其给自身设定的义务，因此，此行为属于行政不作为行为。认定了其属于具体行政行为之后，依据《中华人民共和国行政诉讼法》第二条、第11条，《最高人民法院关于执行若干问题的解释》第一条，此行为均未被排除于受案范围之外。且《解释》第39条规定：公民、法人或者其他组织申请行政机关履行法定职责，行政机关在接到申请之日起60日内不履行的，公民、法人或者其他组织向人民法院提起诉讼，人民法院应当依法受理。法律、法规、规章和其他规范性文件对行政机关履行职责的期限另有规定的，从其规定。因此，不予准许和安排律师会见犯罪嫌疑人的行为可诉。

四、救济途径

(一) 按照现行法可以得到的救济

- 1、判决种类：
 - (1) 履行判决 《行政诉讼法》第54条规定：人民法院经过审理，根据不同情况，分别作出以下判决：……
 - (三) 被告不履行或者拖延履行法定职责的，判决其在一定期限内履行。法院可以判令公安机关在一定期限内安排律师会见。如果公安机关不履行，法院可以强制执行，按照《行政诉讼法》第65条的规定，当事人必须履行人民法院发生效力的判决、裁定。……
- ……行政机关拒绝履行的，第一审人民法院可以采取以下措施：……
- (二) 在规定期限内不履行的，从期满之日起，对该行政机关按日处以50-100元的罚款。《行政诉讼法》第57条规定：人民法院应当在立案之日起三个月内作出第一

审判决。第60条规定：人民法院审理上诉案件，应当在收到上诉状之日起两个月内作出终审判决。可见，第一审审限是3个月，第二审审限是两个月，特殊情况可以延长。如果全都用光的话，那么时间要经过五个多月。而侦查羁押期限最长可以达到7个月，再加上人民检察院的审查起诉的期限一个半月，法院审理期限两个半月，一审结束之前一共是11个月的羁押期间，如果律师起诉在整个刑事诉讼阶段中的时间较早，那么律师起诉之后，法院作出履行判决，即便是行政诉讼二审终结，也是在五个月左右审结的，距离11个月的刑事案件结束期限还早，在这个期间内要求公安机关履行职责，安排会见，完全有可能达到救济的效果。（2）违法判决。《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54条规定：有下列情形之一的，人民法院应当作出确认被诉具体行政行为违法或者无效的判决：（一）被告不履行法定职责，但判决责令其履行法定职责已无实际意义的。……在实践中也存在律师起诉时间较晚，行政诉讼还没有终结，刑事诉讼已经终结的情形。如果在刑事案件中，行政诉讼结束前，犯罪嫌疑人已经被释放，或者刑事诉讼过程已经结束，与律师的委托关系也已经结束，那么再判令公安机关安排律师会见已经没有意义。那么依据此规定，法院可以做出确认公安机关不安排律师会见的具体行政行为违法的判决。这样的判决从预防公安机关继续进行违法行为的角度也是有意义的，有利于敦促公安、监察机关严格依法办案，维护国家法律的尊严。

2、损失赔偿

现行国家赔偿法规定赔偿范围的时候，只在第三条和第四条规定了受害人对行政机关及其工作人员在行使行政职权的时候侵犯受害人人身

权、财产权的情况有取得赔偿的权利。律师的会见权不算人身权利和财产权利这两种实体权力，而应当算诉讼权利这种程序性权利，所以在现行立法框架内，律师会见权利受到损害是得不到赔偿的。但是此行政不作为行为除了损害会见权之外，也给律师造成了财产损失，如车旅费、误工损失费等，这些都能够现行《国家赔偿法》范围内得到赔偿。（二）应当加强的救济

- 1、先予执行 虽然在这场行政诉讼中，律师拿到履行判决的可能性还是有的，但是在行政诉讼往往要经过5个月左右的审限，即使最后得到了履行判决，并且顺利履行了，在此过程中无论是律师还是犯罪嫌疑人的权利仍然都在受行政行为的不利影响，急需得到救济。行政诉讼进程迟延可能导致的是刑事诉讼过程进行的不畅，权利得不到及时的保护。更有些案件等行政判决作出时候，刑事诉讼早已完结，此时只能确定其违法，却不能从根本上进行补救。因此，这个权利急需得到保护，具有较强的时效性，在审理之后再行执行是有一定弊端的，赋予其先予执行的效力将会对这些弊端进行纠正。现行关于行政诉讼先予执行的规定只限《解释》第48条：人民法院审理起诉行政机关没有依法发给抚恤金、社会保险金、最低生活保障费等案件，可以根据原告的申请，依法书面裁定先予执行。从立法本意来讲，是因为这些权利是具有较强的时间利益的，等待判决结果出来的时间内，对权利的损害会进一步加大。依据这个立法意思，笔者认为，将安排律师会见纳入先予执行的范围，是合理的，并且也将发挥极大的现实效用。
- 2、不作为侵害会见权也应纳入国家赔偿的范围 法律上关于具体行政行为的各种表现形式规定得并不明确，使实践中的许多具体行政行为实际

上被排除于行政赔偿之外。其中，行政不作为就是一种。应当在法律上将其明确纳入行政赔偿，确保行政赔偿范围的进一步扩大。对于公安机关的不作为侵权，2001年7月最高人民法院出台的司法解释明确规定：由于公安机关不履行法定行政职责，致使公民、法人或其他组织的合法权益受到损害的应当承担行政赔偿责任。该司法解释表明，公安机关的不作为侵权也应给与相对人赔偿。因此，被侵犯程序权利的律师也应被赋予获得国家赔偿的权利。可以从物质损害和精神损害两个方面进行赔偿。物质损害包括差旅费、误工费等实际损失，精神损害赔偿用来对律师诉讼权利受侵害造成的非实体损失进行赔偿。对其进行全方位保护，才有利于彻底纠正实践中对律师程序权利保障严重不力的问题。结语用行政诉讼法保护律师会见权，无疑有助于公安机关执法透明化、公开化，有助于控制长期以来公安机关过于大的甚至是违法的裁量权力，从而保护相应的权利。在实践中，应当对《行政诉讼法》的受案范围有正确的理解，才能对律师会见权被侵犯案件有正确把握。而我国的配套法律也应当有更完善、更清晰的规定，才能从各方面对律师会见权进行更好的保护。律师会见权只是一个小的方面，其他很多权利都与之相似，希望以此来作为引子，引起执法行为的多处变革。 南京大学法学院研究生。 陈光中、宋英辉主编，刑事诉讼法实施问题研究，中国法制出版社，2000年5月，第33页 李丽，北京律师状告辽宁公安厅，中国青年报，2007年4月3日 最高人民法院行政审判庭编：《关于执行若干问题的解释》释义，中国城市出版社，2000年版，第6页 胡肖华主编，权利与权力的博弈??行政诉讼法修改纵横谈，中国法制出版社

，2005年3月，第159页 马怀德主编，国家赔偿问题研究，法律出版社，2006年2月，第127页 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