

教育部

人文社会科学重点研究基地基金资助

诉讼法学文库 XVII

总主编 樊崇义

刑事诉讼行为基础理论研究

◎ 邓云 著

XINGSHI SUSONG
XINGWEI
JICHU
LILUN
YANJIU

SUSONG FAXUE WENKU

中国人民公安大学出版社

● 诉讼法学文库 (XVII)

刑事诉讼行为基础理论研究

邓 云 著

中国人民公安大学出版社

· 北 京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

刑事诉讼行为基础理论研究/邓云著. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2004. 1

(诉讼法学文库/樊崇义总主编)

ISBN 7-81087-633-3

I. 刑... II. 邓... III. 刑事诉讼—法律行为—研究—中国 IV. D925.204

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2003) 第 126761 号

刑事诉讼行为基础理论研究

XINGSHI SUSONG XINGWEI JICHULILUN YANJIU

邓云著

出版发行: 中国人民公安大学出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷: 北京蓝空印刷厂

版 次: 2004 年 1 月第 1 版

印 次: 2004 年 1 月第 1 次

印 张: 13.25

开 本: 880 毫米×1230 毫米 1/32

字 数: 319 千字

ISBN 7-81087-633-3/D·467

定 价: 27.00 元

本社图书出现印装质量问题, 由发行部负责调换

联系电话: (010) 83903254

版权所有 翻印必究

E-mail: cpep@public.bta.net.cn

《诉讼法学文库》编辑委员会

主 任：陈光中

副主任：樊崇义 杨荣新 应松年

编辑委员会委员：（按姓氏笔画排列）

马怀德 卞建林 江必新 李 浩 宋英辉

汪建成 陈光中 陈桂明 陈卫东 应松年

杨荣新 张树义 张卫平 樊崇义

主 编：樊崇义

副主编：宋英辉 马怀德

学术秘书：吴宏耀

电子邮箱：ssfxyj@sina.com.cn

目 录

导 言	(1)
第一章 刑事诉讼行为的含义	(7)
第一节 刑事诉讼行为的概念	(7)
一、对刑事诉讼行为概念的不同解说	(7)
二、从法律行为到刑事诉讼行为	(16)
第二节 刑事诉讼行为的特征	(30)
一、刑事诉讼行为的特征	(30)
二、刑事诉讼行为与相关理论范畴的关系	(50)
第三节 刑事诉讼行为的功能	(60)
一、刑事诉讼行为的诉讼价值承载和实现功能	(60)
二、刑事诉讼行为对刑事诉讼职能的功能	(66)
三、刑事诉讼行为对刑事诉讼制度的功能	(68)
第二章 我国刑事诉讼行为理论的发展、研究现状与价值 ...	(70)
第一节 我国刑事诉讼行为理论的发展与研究现状	(70)
一、我国刑事诉讼行为理论的缘起与发展	(70)
二、新中国成立后我国刑事诉讼行为理论的研究现状 ...	(93)
三、对我国刑事诉讼行为理论研究现状的评价和建立 刑事诉讼行为理论体系的建议	(96)
第二节 刑事诉讼行为理论的价值	(101)
一、刑事诉讼行为理论的学理价值	(101)
二、刑事诉讼行为理论的实践价值	(109)

第三章 刑事诉讼行为的结构	(112)
第一节 刑事诉讼行为的微观结构	(112)
一、刑事诉讼行为微观结构的含义	(112)
二、刑事诉讼行为微观结构的要素解析	(115)
第二节 刑事诉讼行为的宏观结构	(135)
一、刑事诉讼行为宏观结构的含义	(135)
二、刑事诉讼行为的种类	(139)
第四章 刑事诉讼行为的根据	(152)
第一节 刑事诉讼行为根据的概念和意义	(152)
一、刑事诉讼行为根据的概念	(152)
二、刑事诉讼行为根据的意义	(154)
第二节 刑事诉讼行为的实质根据	(155)
一、法律权利、法律权力、法律义务与法律行为的一般 关系	(155)
二、诉讼职权、诉讼权利、诉讼义务与诉讼行为的关系	(158)
三、诉讼职权、诉讼权利和诉讼义务的立法配置要求	(168)
第三节 刑事诉讼行为的形式根据	(176)
一、刑事诉讼行为形式根据的表现形式	(176)
二、刑事诉讼规范之规范化的内涵和要求解析	(176)
三、刑事诉讼规范之规范化的意义	(185)
四、刑事诉讼规范之规范化的现状分析	(189)
五、刑事诉讼规范之规范化对证据立法的启示	(198)
第五章 刑事诉讼行为的方式和效力	(202)
第一节 刑事诉讼行为的方式	(202)
一、刑事诉讼行为方式的含义	(202)

二、刑事诉讼行为的形式	(204)
三、刑事诉讼行为的时间	(211)
第二节 刑事诉讼行为的效力	(218)
一、“效力”和“效果”的区分及刑事诉讼行为效力的 含义	(218)
二、刑事诉讼行为效力的种类	(229)
三、刑事诉讼行为效力的具体内容	(233)
第六章 刑事诉讼行为秩序理论	(242)
第一节 刑事诉讼行为秩序的概念和理论基础	(242)
一、研究刑事诉讼行为秩序的意义	(242)
二、秩序的一般界说	(245)
三、刑事诉讼行为秩序的概念及其理论基础	(251)
第二节 刑事诉讼行为秩序的功能分析	(258)
一、刑事诉讼行为秩序的诉讼功能	(258)
二、刑事诉讼行为秩序的社会功能	(260)
第三节 刑事诉讼行为秩序的理想范式	(263)
一、刑事诉讼行为主体诉讼角色的确定性、妥当性 ...	(264)
二、刑事诉讼行为的可预期性	(281)
三、刑事诉讼行为的良性互动性	(288)
第七章 刑事诉讼行为的评价	(294)
第一节 刑事诉讼行为评价的含义和体系	(294)
一、刑事诉讼行为评价的含义和功能	(294)
二、刑事诉讼行为的评价体系	(300)
第二节 刑事诉讼行为的事实评价	(304)
一、刑事诉讼行为事实评价的含义	(304)
二、刑事诉讼行为事实评价的依据	(307)

三、根据刑事诉讼行为事实评价原理对几个实践问题的分析	(313)
第三节 刑事诉讼行为的法律评价	(317)
一、刑事诉讼行为法律评价的含义	(317)
二、违法职权诉讼行为	(323)
第四节 刑事诉讼行为的价值评价	(363)
一、刑事诉讼行为价值评价释义	(363)
二、刑事诉讼行为无效的标准与范围	(368)
三、刑事诉讼行为无效的形态、审查程序和后果	(386)
参考文献	(392)
后 记	(401)

导 言

刑事诉讼行为是刑事诉讼法律规范的主要调整对象,是刑事诉讼法律关系产生、发展、变化和消灭的主要原因,也是刑事诉讼程序的主要构成要素。没有刑事诉讼行为,就没有个案诉讼程序的展开。刑事诉讼行为既是实现刑事诉讼法律规范内容的桥梁,又推动着刑事诉讼法律规范的不断完善。同时,刑事诉讼的价值、诉讼职能也必须通过具体的诉讼行为才能得到实现。研究刑事诉讼法律制度,不能不研究刑事诉讼行为。刑事诉讼行为理论有利于推动我国刑事诉讼法学和刑事诉讼法律制度的发展与完善,应当成为刑事诉讼法学的一个基本内容。然而,新中国成立以来,刑事诉讼行为理论在我国大陆地区一直没有得到应有的重视,也未能得到专门和系统的研究。这在一定程度上影响了刑事诉讼法学的整体发展,也在一定程度上制约了刑事诉讼法律制度的发展和完善。有鉴于此,笔者以《刑事诉讼行为基础理论研究》作为博士学位论文选题,希望结合我国实际,对刑事诉讼行为问题作一些尝试性研究。

本书约31万字,研究的问题涉及以下几个方面:(1)刑事诉讼行为的含义,包括刑事诉讼行为的概念、特征等。(2)我国刑事诉讼行为理论的发展、研究状况和刑事诉讼行为理论的价值。(3)刑事诉讼行为的结构,包括刑事诉讼行为的微观结构和宏观结构。(4)刑事诉讼行为的根据,包括刑事诉讼行为的实质根据和形式根据。(5)刑事诉讼行为的方式和效力。(6)刑事诉讼行

为秩序理论。(7)刑事诉讼行为的评价。其中,研究的重点问题是:刑事诉讼行为的含义;刑事诉讼行为理论的价值;刑事诉讼行为的根据,尤其是诉讼职权、诉讼权利、诉讼义务与刑事诉讼行为的关系以及刑事诉讼规范的规范化问题;刑事诉讼行为的形式和效力;理想的刑事诉讼行为秩序状态;刑事诉讼行为的法律评价和价值评价等。

针对上述问题,笔者主要采取了两种研究方法。(1)理论与实际相结合的方法。从本书的构思、研究到本书的写作,都注意坚持理论与实际相结合。这主要表现在:第一,立足于我国的实际情况,将建立符合我国现实需要的刑事诉讼行为理论体系和解决我国刑事訴訟立法与司法实践中的某些实际问题作为本书构思的基本思路。如本书第四章第三节重点探讨的刑事诉讼规范的规范化问题、第七章第三节重点论述的违法职权诉讼行为的原因和对策问题,都是在此以前的刑事诉讼行为理论所没有包含的内容,但又是我国极为现实和亟待解决的问题。第二,有关重点内容的写作基本上实行从理论阐述到实证分析的思路,注意运用有关原理来分析和解决某些实际问题。比如,在第一章第二节论述刑事诉讼行为特殊的时空性特征时,首先从理论上阐述了刑事诉讼行为特殊时空性的含义,然后,着重分析了诉讼职权机关决定立案前的审查行为和裁判的执行行为是否属于刑事诉讼行为的问题;关于刑事诉讼行为的事实评价,在对事实评价的概念、标准等理论内容阐释完毕后,专门分析了人大个案监督的行为性质及其利弊。(2)比较研究的方法。在研究和写作过程中,有意识地从相关的问题、观点和相关制度的比较分析当中,得出一定的规律性结论。一是纵向比较,即立足于现实,注意考察我国历史上有关学者对相应问题的学说。例如,关于刑事诉讼行为的概念,笔者并未急于进行定义,而是在回顾、比较和评析我国不同时期的学者们关于刑事

诉讼行为的多种不同定义的基础上,遵循由法律行为的共性到刑事诉讼行为的个性的思路和定义的逻辑规则,推导出刑事诉讼行为的定义。然后,又专节分析刑事诉讼行为的特征。这样,就可以使读者和作者一起,在由历史到现实、由普遍性到特殊性的逻辑思维走向中,较为清晰地把握刑事诉讼行为的概念。二是中国与外国横向比较。最为突出的是,论文的第七章在论述违法职权诉讼行为的诉讼内审查、处理模式和认定无效诉讼行为的标准与范围时,都是先对有关国家的立法进行横向的考察与比较,从中总结出某些规律,并受其启发,再来分析、论证我国解决相应问题的措施。三是国内不同地区之间的横向比较。例如,在论述刑事诉讼行为的法律评价和价值评价时,注意考察、比较我国澳门地区刑事诉讼法典的有关内容;在探讨刑事诉讼行为的概念、形式等内容时,注意对我国台湾地区的学者的相关学说进行分析、借鉴。

本书是国内第一部从刑事诉讼角度专门研究诉讼行为的博士学位论文,在吸收前人和现有研究成果的基础上,在理论体系、学术观点等方面有所创新。主要有:(1)理论体系的创新。突破了传统和现有的刑事诉讼行为理论体系。既有的刑事诉讼行为理论一般都以刑事诉讼行为的概念、种类、时间和形式、场所作为体系的基本框架。也有的学者论及了刑事诉讼行为的评价问题。本书既未完全否定既有理论体系,又在很多方面有所突破。这就是,形成了上文所提及的研究问题为内容和顺序的较为完整的理论体系。其中,对刑事诉讼行为特征的专门阐述、有关刑事诉讼行为理论的发展与研究现状及其价值、刑事诉讼行为的根据、效力以及刑事诉讼行为秩序理论的内容,都是传统和现今的刑事诉讼行为理论所不具有的。该体系在总体上内含了三个基本层次:刑事诉讼行为的含义、结构及其方式、效力,着重回答刑事诉讼行为是什么的问题;刑事诉讼行为理论的价值和刑事诉讼行为的根据,前者重

点解决为何需要刑事诉讼行为理论的问题,后者则回答刑事诉讼行为为何能够得以施展;刑事诉讼行为秩序理论研究刑事诉讼行为应该以怎样的态势施展,刑事诉讼行为的法律评价和价值评价主要回答,怎样的诉讼行为才是法律所容许的和能够产生诉讼法上效果的诉讼行为,以及怎样处理违法诉讼行为。(2)对刑事诉讼行为理论的价值进行了抽象概括。国内已有的刑事诉讼行为理论基本上没有对刑事诉讼行为理论的价值进行系统抽象。本书则专门揭示了刑事诉讼行为理论的学理价值和实践价值。(3)注意揭示各类诉讼行为之间的内在关系。不再局限于对刑事诉讼行为进行简单的分类,而是从刑事诉讼行为宏观结构的角度,在分类的基础上,进一步分析各类刑事诉讼行为之间特别是职权诉讼行为与非职权诉讼行为、实体形成行为和程序形成行为的关系。(4)本书专门把刑事诉讼行为根据纳入刑事诉讼行为理论。特别是从诉讼职权、诉讼权利、诉讼义务与诉讼行为关系的角度,主张对诉讼职权、诉讼权利、诉讼义务的立法配置必须坚持诉讼职权、诉讼权利、诉讼义务与诉讼地位、诉讼职能相适应等原则。同时,从法学基础理论和立法学的高度,分析了刑事诉讼行为形式根据的规范化问题,首次明确提出并论证了刑事诉讼法律规范必须具有“假定”、“处理”和“制裁”三种逻辑要素,应当包含调整性诉讼法律规则和保护性诉讼法律规则。这对于改善我国刑事诉讼法的立法技术和完善我国刑事诉讼法律制度,有着重要的参考意义。(5)突破了传统学说关于刑事诉讼行为形式的观点。笔者指出了以言词和文书作为刑事诉讼行为形式的缺陷,提出刑事诉讼行为的形式应该分为口头形式和书面形式、强制形式和选择形式、主要形式和辅助形式,并论述了其间的关系和有关形式的适用范围。尤其重要的是,独创性地提出了在刑事诉讼行为的形式问题上,必须树立诉讼行为结果形式观和诉讼行为过程形式观。(6)对刑事

诉讼行为效力进行了系统、深入的研究。较为突出的是,除了创见性地将刑事诉讼行为的效力分为规定效力和推导效力、直接效力和间接效力、积极效力和消极效力、单一效力和多重效力外,还提出了一个极为重要的观点——刑事诉讼行为的程序效力必须优于并且先于其实体效力。(7)提出了刑事诉讼行为秩序理论。借助于社会学中的秩序理论、角色理论、行为可预期性原理等内容,尝试性地创建了刑事诉讼行为秩序理论,指出刑事诉讼行为应当在一种理想的秩序状态中加以施展。理想的刑事诉讼行为秩序应该表现为诉讼行为主体诉讼角色的确定性和妥当性、诉讼行为的规范化、诉讼行为的可预期性和诉讼行为的良性互动性。(8)系统地探讨了刑事诉讼行为评价体系及各类评价问题。我国台湾有的学者也有论及刑事诉讼行为评价的,但是,尚未发现结合哲学上的评价理论,就此进行深度研究的著述。而且我国台湾学者关于刑事诉讼行为评价的一些观念不能完全适用于大陆地区。本书则从实际出发,在横向比较的基础上,着重对我国大陆地区刑事诉讼行为的法律评价和价值评价等问题进行了尝试性研究,提出了一些立法上的建议。

掩卷沉思,笔者感到本书也还存在着以下问题,有待将来进一步研究和解决:第一,一些资料仍有待于进一步充实。最为缺乏的是德国、日本学者对刑事诉讼行为理论的阐述。好在有了我国诉讼法学界的一些老前辈和我国台湾学者对该理论的引入和孜孜传播,笔者才不至于在写作时毫无旁据可引。尽管如此,如何充实德、日原文资料,仍将成为下一步矢志以求的一个目标。第二,与第一点相关,由于资料的欠缺,本文未能就该理论在德国的起源、日本的发展进行专门的研究。对这一遗憾,也只好通过将来进一步的努力予以弥补。第三,有些问题仍需做更深入的研究。比如,应否将刑事诉讼行为分为意思表示行为和事实行为以及如何评价

这种分类的意义;从刑事诉讼行为根据的角度看,究竟应当为各有关诉讼法律关系主体配置哪些具体诉讼职权、诉讼权利、诉讼义务;对一些具体诉讼行为特别是判决等处理性的职权诉讼行为的无效问题如何认定和解决等。这些问题都还有待于更进一步的研讨。

第一章 刑事诉讼行为的含义

第一节 刑事诉讼行为的概念

一、对刑事诉讼行为概念的不同解说

“抽象概念对建立理论至关重要，”^①“理论必须充分精确地定义概念。”^②研究刑事诉讼行为同样应当从它的概念入手。不同时期的学者甚至同一时期的不同学者关于刑事诉讼行为的定义不完全相同。

(一) 解放前我国学者对刑事诉讼行为概念的理解及评说

解放前我国学者对刑事诉讼行为概念的定义主要有以下四种：

1. 认为刑事诉讼行为就是“审判衙门即原被告在诉讼上所为之行为”，“辩护人、法定代理人、证人及鉴定人在刑事诉讼中所为之行为，亦称之为诉讼行为。”^③

这是基于狭义的刑事诉讼观对刑事诉讼行为所下的定义。按

① [美] 乔纳森·H. 特纳著：《社会学理论的结构》，浙江人民出版社1987年8月第1版，第7页。

② 同①，第28页。

③ 夏勤著：《刑事诉讼法要论》，朝阳大学出版部1921年出版，第81页。

照这种理解,从诉讼行为的时间范围上讲,只有刑事案件起诉后在审判过程中,才可能存在刑事诉讼行为,审判前后的行为都不是诉讼行为。从诉讼行为的主体范围上讲,刑事诉讼行为又不以审判衙门和双方当事人的行为为限,辩护人、证人、法定代理人在刑事诉讼中所实施的行为同样属于刑事诉讼行为。但是,该定义没有从行为效力或者诉讼行为对诉讼的影响等方面对刑事诉讼行为的外延加以必要限制,从而不恰当地扩大了刑事诉讼行为的范围,容易将上述主体在刑事诉讼过程中实施的全部行为都视为诉讼行为。

2. 主张刑事诉讼行为就是构成和参与刑事诉讼的行为。

认为“刑事诉讼行为具有两种意义:一种是直接构成刑事诉讼的行为,一种是参与刑事诉讼的行为。前一种就是法院和当事人之间互相联络的行为,后一种就是辩护人、辅佐人、证人和鉴定人等在刑诉程序上所为的行为”^①。法院、当事人(被告、检察官或自诉人)的行为缺少其中任何一种,刑事诉讼程序都不能进行;而作为参与刑事诉讼的辩护人等人,没有其参与,刑事诉讼程序并不一定受到影响。该定义初步认识到了不同诉讼地位的诉讼行为主体的诉讼行为对于刑事诉讼的不同影响,这是其可取之处。不过,与第一种定义一样,仍然未能就刑事诉讼行为的客观范围作出周延的限定,容易导致刑事诉讼行为外延理解上的扩大化。此外,论者对于法院、检察官和当事人以外的其他诉讼参与人的诉讼行为对刑事诉讼的影响性质尚缺深刻揭示,而认为没有辩护人等人的参与,刑事诉讼程序并不一定受到影响,则显得片面。事实上,法院、检察官和当事人以外的其他诉讼参与人特别是辩护人的参与与否,对动态的刑事诉讼程序也会发生影响,只不过在不同性质、不

^① 朱采真著:《刑事诉讼法新论》,(上海)世界书局1929年1月初版,第21页。

同构造的刑事诉讼中,由于辩护人等人诉讼地位(在很大程度上取决于当事人的诉讼地位)不同,其诉讼行为影响诉讼程序的性质、程度会有很大区别。

3. 认为刑事诉讼行为就是“直接发生刑事诉讼法上效力之行为”。

即“刑事诉讼行为应以能直接发生刑事诉讼法上之效力者为限”,至于只能作为其他诉讼行为的标的、从而间接地引起诉讼法上的效力的行为(如证人所为的证言、鉴定人所为的鉴定,只是供当事人援用辩论或者被告辩解、法院判断)不属于诉讼行为^①。这个概念在国内首次将刑事诉讼行为的效力作为定义的逻辑项,对于防止刑事诉讼行为外延的不恰当扩大化,显然是有积极意义的。但是,该定义的以下不足也同样明显:一是没有解释清楚何谓“刑事诉讼法上之效力”。二是认为能直接发生刑事诉讼法上效力的行为才是刑事诉讼行为,实际上将法院和当事人以外的其他大部分诉讼法律关系主体的有关行为都排除在刑事诉讼行为范畴之外。这样,就既难免会缩小刑事诉讼行为的外延,也无法科学地解释证人作证、鉴定人的鉴定等行为对于刑事诉讼或者刑事诉讼程序的影响及其相互关系。

4. 从广义、狭义角度来定义刑事诉讼行为。

即“狭义之刑事诉讼行为指自起诉至判决,可生刑事诉讼法上效果之刑事诉讼法上行为而言”,凡是刑事诉讼行为,必须具有三个要件,即属于刑事诉讼法上的行为、可以发生刑事诉讼法上的效果、必须是从起诉到判决确定之间的刑事诉讼法上的行为。就广义而言,“举凡刑事诉讼法上所定行为,不仅起诉、辩护及审判,

^① 陈瑾昆著:《刑事诉讼法通义》,北平朝阳学院1930年初版,第86~87页。