

刑事诉讼行为 无效制度论

XINGSHI SUSONG XINGWEI WUXIAO ZHIDU LUN

◎李玉萍 著



中国人民公安大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

刑事诉讼行为无效制度论/李玉萍著. —北京:中国人民公安大学出版社, 2010.1

ISBN 978-7-81139-697-3

I. 刑… II. 李… 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 (2009) 第 163804 号

刑事诉讼行为无效制度论

XINGSHI SUSONG XINGWEI WUXIAO ZHIDULUN

李玉萍 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: 北京市泰锐印刷厂

版 次: 2010 年 1 月第 1 版

印 次: 2010 年 1 月第 1 次

印 张: 10.5

开 本: 880 毫米 × 1230 毫米 1/32

字 数: 280 千字

印 数: 1~3000 册

书 号: ISBN 978-7-81139-697-3/D·602

定 价: 25.00 元

网 址: www.cppsuo.com.cn www.porclub.com.cn

电子邮箱: cpep@public.bta.net.cn zbs@cppsu.edu.cn

营销中心电话 (批销): (010) 83903254

警官读者俱乐部电话 (邮购): (010) 83903253

读者服务部电话 (书店): (010) 83903257

教材分社电话: (010) 83903259

公安图书分社电话: (010) 83905672

法律图书分社电话: (010) 83905637

公安文艺分社电话: (010) 83903973

杂志分社电话: (010) 83903239

电子音像分社电话: (010) 83905727

本社图书出现印装质量问题, 由本社负责退换

版权所有 侵权必究

D425.204

50

刑事诉讼行为无效制度论

李玉萍 著

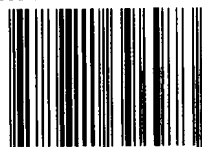
中国人民公安大学出版社

·北 京·

刑事诉讼行为 无效制度论

XINGSHI SUSONG XINGWEI WUXIAO ZHIDU LUN

ISBN 978-7-81139-697-3



9 787811 396973 >

责任编辑 / 田秀芳

封面设计  法律文化

定价：25.00元

序

《刑事诉讼行为无效制度论》是李玉萍同志在其博士论文的基础上修改成专著的，现在由中国人民公安大学出版社予以出版，作为李玉萍同志的导师，我认为这是一件非常值得庆贺的大好事！

我认为，《刑事诉讼行为无效制度论》一书主要有以下特点：一是在内容上，理论与实践相结合。既重理论，又重实用，因而具有较强的理论价值和实践指导意义。在探讨国外有关诉讼行为无效的理论 and 制度时，能够提出自己的主张和见解。二是在方法上，既立足国情，又放眼世界：既总结了我国诉讼行为无效制度的历史发展，又注重借鉴国外关于诉讼行为无效制度的有益经验，始终围绕诉讼行为无效制度的规律和特点，注重新信息、新思想和新方法。三是在学风上，逻辑严密，学术规范，条理清晰，文笔流畅。

我相信，《刑事诉讼行为无效制度论》一书的出版，对于丰富和发展我国社会主义法学事业，对于促进和推动我国刑事诉讼法学的发展，具有重要意义，必将受到广大读者的关注和欢迎。

由于李玉萍同志专著的特点，我愿意推荐给广大读者，并希望李玉萍同志在今后的研究道路上继续努力，能有更多更好的成果奉献给大家。

是为序。

程荣斌

2008年10月22日于北京万柳·润桥博物馆寓所

后 记

本书是在我的博士论文的基础上修改而成的。回首论文写作和修订的过程，其中固然也有过郁闷和困扰，但时常充溢心中的仍是温暖和感动，以及思考过后的充实和喜悦。

我要感谢我的导师程荣斌先生和师母杨崇英女士。在求学和论文写作的过程中，他们在学习和生活等方面给了我无尽的关怀和帮助。恩师那高尚的人格、坦荡宽厚的胸怀、严谨的治学态度使我在为学和为人方面都受益匪浅，师母那慈母般的关爱和照顾更使我常常觉得温暖和温馨。

我要特别感谢樊崇义先生。樊老师作为我的论文评阅人和答辩人，不仅对论文的进一步修改提出了宝贵的建议，而且为本书的面世提供了宝贵的机会。樊老师渊博的知识、高尚的师德以及扶植晚辈后生的风范等都给我留下了很深的印象，也使我深怀感激之心。

感谢陈卫东教授、王新清教授、甄贞教授、徐立根教授、周士敏教授、戴玉忠教授在论文开题、论文评审和答辩过程中提出的宝贵意见和建议。

感谢我的爱人王周宏博士和女儿王维真同学，他们的关爱和支持永远是最坚实的后盾和力量源泉。

愿我爱的人和爱我的人健康、平安、幸福！

二〇〇九年三月

目 录

导言	(1)
第一章 刑事诉讼行为无效制度概论	(6)
第一节 刑事诉讼行为概述	(6)
一、刑事诉讼行为的定义	(6)
二、刑事诉讼行为的特征	(8)
三、刑事诉讼行为的成立与有效	(12)
四、刑事诉讼行为的要件	(15)
第二节 刑事诉讼行为无效制度概述	(19)
一、刑事诉讼行为无效的定义	(19)
二、刑事诉讼行为无效的分类	(20)
三、刑事诉讼行为无效制度的意义	(27)
四、刑事诉讼行为无效制度的局限性	(33)
第三节 刑事诉讼行为无效制度与相关 制度的比较研究	(41)
一、刑事诉讼行为无效制度与民事法律 行为无效制度的比较研究	(41)
二、刑事诉讼行为无效制度与民事诉讼 行为无效制度的比较研究	(46)
三、刑事诉讼行为无效制度与行政行为 无效制度的比较研究	(49)
四、刑事诉讼行为无效制度的特征	(58)

第二章 刑事诉讼行为无效制度的理论基础	(67)
第一节 法的价值及其冲突解决理论与	
刑事诉讼行为无效制度	(68)
一、秩序价值与刑事诉讼行为无效制度	(69)
二、公平价值与刑事诉讼行为无效制度	(72)
三、自由价值与刑事诉讼行为无效制度	(76)
四、法的价值冲突及其解决方法与	
刑事诉讼行为无效制度	(78)
五、程序“本位论”、“工具论”与刑事	
诉讼行为无效制度	(82)
第二节 刑事诉讼目的论与刑事诉讼行为无效制度	(87)
一、刑事诉讼目的论及其冲突解决办法	(87)
二、刑事诉讼的目的与刑事诉讼行为无效制度	(92)
第三节 刑事诉讼利益论与刑事诉讼行为无效制度	(99)
一、刑事诉讼的利益论	(99)
二、“法无明文规定无无效”理论的局限性	(104)
三、“无利益无无效”论——兼评	
“无害无无效”论	(107)
四、利益衡量理论与刑事诉讼行为无效制度	(113)
第四节 刑事诉讼行为无效的原因论	(116)
一、刑事诉讼行为无效的内因和外因	(117)
二、基于“公益”的无效和基于	
“私益”的无效	(122)
第三章 两大法系国家和地区的	
刑事诉讼行为无效制度	(129)
第一节 大陆法系国家和地区的刑事	
诉讼行为无效制度	(130)
一、德国关于刑事诉讼行为无效的理论与实践	(130)

二、法国的刑事诉讼行为无效制度	(138)
三、意大利及我国澳门特别行政区的刑事 诉讼行为无效制度	(149)
第二节 英美法系国家和地区的刑事 诉讼行为无效制度	(155)
一、概论	(155)
二、撤销起诉与诉讼中止（终止）制度概述	(156)
三、英国及我国香港特别行政区刑事诉讼中的程序 滥用与诉讼终止制度	(162)
四、美国的撤销起诉制度与 诉讼中止（终止）制度	(176)
第三节 两大法系国家和地区刑事 诉讼行为无效制度的比较	(180)
一、两大法系国家和地区刑事诉讼 行为无效制度的共同之处	(180)
二、两大法系国家和地区刑事诉讼行为 无效制度的不同之处	(182)
三、两大法系国家和地区刑事诉讼行为 无效制度的发展趋势	(187)
第四章 刑事诉讼行为无效制度的基本内容	(190)
第一节 诉讼行为无效制度中的实体性规则 和程序性规则	(191)
第二节 构建程序性规则的几个基础问题	(193)
一、诉讼行为无效与程序性裁判的关系	(193)
二、程序公正标准与诉讼行为无效制度的构建	(198)
三、诉讼结构对诉讼行为无效制度的影响	(200)
第三节 程序性规则的主要构成	(202)
一、刑事诉讼行为无效的提起	(202)

二、刑事诉讼行为无效的审判	(209)
三、对裁判的救济	(216)
第四节 刑事诉讼行为无效程序中的证明	(219)
一、对诉讼行为的证明属于自由的证明	(219)
二、诉讼行为无效程序中证明责任的分担	(221)
三、刑事诉讼行为无效的证明标准	(230)
第五章 刑事诉讼行为无效制度与我国刑事诉讼	(234)
第一节 刑事诉讼行为无效的理论与实践的发展	(236)
一、清末民初关于刑事诉讼行为无效的理论与实践 ...	(236)
二、我国台湾地区关于刑事诉讼行为无效的理论与实践	(242)
三、新中国成立以来有关刑事诉讼行为无效的理论与实践	(245)
第二节 我国刑事诉讼行为无效制度存在的问题及其原因分析	(250)
一、我国刑事诉讼行为无效制度中存在的问题	(251)
二、我国刑事诉讼行为无效制度中存在的问题的原因分析	(258)
第三节 改革和完善我国刑事诉讼行为无效制度中实体性规则的构想	(266)
一、侦查行为的无效	(268)
二、公诉行为的无效	(270)
三、审判行为的无效	(271)
四、当事人诉讼行为的无效	(272)
第四节 改革和完善我国刑事诉讼行为无效制度中程序性规则的构想	(273)
一、构建我国程序性规则的基本思路	(274)

二、改革和完善我国刑事诉讼行为无效制度中 程序性规则的近期目标	(278)
三、改革和完善我国刑事诉讼行为无效制度中 程序性规则的远期目标	(289)
第五节 健全和完善刑事诉讼行为 无效制度的相关机制	(295)
一、刑事诉讼行为无效的立法模式和立法方法	(295)
二、建立、健全瑕疵诉讼行为的救济机制	(298)
三、建立、健全刑事诉讼行为无效的 替代与补充机制	(304)
参考文献	(312)
后记	(323)

导 言

人类易犯错误的天性决定了瑕疵诉讼行为在诉讼过程中的出现不仅具有可能性，而且具有必然性，进而决定了通过立法的方式对瑕疵诉讼行为进行规制的必要性与紧迫性。在刑事诉讼中，国家权力的运用具有明显的普遍性、主动性和强制性等特点，由此决定了国家专门机关及其工作人员所实施的职务性诉讼行为不仅影响甚至决定着诉讼的进程，而且关系到国家刑罚权能否得以实现，并直接影响到行为相对人——主要是刑事被追诉人的程序权利和实体权利。职务性诉讼行为一旦被违法或不当实施，其不仅破坏了程序法治这一现代国家应当恪守的诉讼基本原则，而且也直接影响到国家惩罚犯罪的利益或者行为相对人的个体利益，因此对瑕疵职务性诉讼行为进行规范就显得尤为必要和紧迫。

诉讼行为无效，是指已经成立的诉讼行为不能发生其在诉讼法上的应有效果。宣告无效是针对瑕疵诉讼行为的一种程序性处置措施。刑事诉讼行为无效制度是有关刑事诉讼行为无效的原因、无效的后果以及宣告无效的程序等法律原则和规则的总和。刑事诉讼行为无效制度对于遏制和预防违法、不当诉讼行为的发生，保障诉讼程序正当、有序运行，维护当事人尤其是被追诉人的合法权益具有不可替代的作用。另一方面，诉讼行为之间的关联性和诉讼程序的递进性决定了某一诉讼行为在被宣告无效后，很可能导致与该无效行为有关的其他诉讼行为或诉讼程序也归于无效，由此也决定了诉讼行为无效制度的确立与实施可能产生一些消极后果（如牺牲实

体正义或者导致诉讼效率低下等), 再加上该制度本身所固有的一些局限性(如无效制度仅针对行为本身, 却不追究行为实施者的个人责任, 由此使得该制度对于预防和制止违法、不当职务性诉讼行为的效果就有待证明), 因而如何正确地认识刑事诉讼行为无效的原因、设定诉讼行为无效的标准, 如何合理地界定诉讼行为无效的后果, 如何建立和完善瑕疵诉讼行为的救济机制、替代机制与补充机制等都是各国在建立和健全刑事诉讼行为无效制度时必须解决的问题。

目前, 刑事诉讼行为无效制度已经成为两大法系国家和地区刑事诉讼理论和实践中的一项重要内容。例如, 德国作为刑事诉讼行为无效理论的发源地, 虽然在刑事诉讼立法中没有明确规定诉讼行为无效制度, 但是大量关于诉讼行为无效的判例有效地弥补了这一不足。法国作为最早在刑事诉讼法中确立刑事诉讼行为无效制度的国家, 尽管自 1808 年以来刑事诉讼法几经重大修改, 但有关诉讼行为无效的立法不仅没有被删除, 相反, 各个时期的立法都非常注重对该制度的完善, 并最终确立了“法定无效”和“实质无效”两种诉讼行为无效的形式, 诉讼行为无效制度的内容涉及调查行为的无效、侦查行为的无效、起诉行为的无效和审判行为的无效等各个方面。意大利等国的刑事诉讼法中也专门就诉讼行为无效的原因、无效的类型以及无效的宣告程序等作了规定。又如, 基于判例法的传统, 在英美法系国家和地区, 没有或很少有关于诉讼行为无效的成文法规, 因此并不存在与大陆法系国家和地区相对应的严格意义上的刑事诉讼行为无效制度, 但是基于对程序正义的追求和保障人权的需要, 对瑕疵诉讼行为尤其是职务性瑕疵诉讼行为进行规范和约束历来是这些国家和地区刑事诉讼理论和实践的重要内容。在长期的司法实践中, 上述国家和地区通过判例的形式确立了较为系统的关于瑕疵诉讼行为的原则和规则, 如针对侦查行为的非法证据排除规则、针对侦查或起诉行为的撤销起诉和终止诉讼规则以及

针对审判行为的撤销原判、发回重审规则等。

与法制较为发达的国家相比,我国虽然早在清朝末期,就出现了关于刑事诉讼行为无效的理论研究和立法规定,但是,不可否认的是,我国的刑事诉讼行为无效制度,无论是在理论研究还是在立法方面,都存在一定缺憾。例如,近年来,随着对诉讼行为理论和实践的关注,出现了一批有关诉讼行为的论著,如邓云博士在其著作《刑事诉讼行为基础理论研究》(2004年)中对诉讼行为无效的标准与范围以及诉讼行为无效的形态、审查程序和后果作了初步探讨;陈永生博士在《侦查程序原理》(2003年)一书中也论及刑事诉讼行为无效制度尤其是侦查行为无效制度;陈瑞华教授在其专著《程序性制裁理论》(2005年)一书中更是对刑事诉讼行为无效制度尤其是国家机关及其工作人员的诉讼行为无效进行了较为深入的研究,并提出了一些具有建设性的观点。上述研究虽然在一定程度上弥补了我国在瑕疵诉讼行为研究方面存在的不足,但是,纵观有关研究的内容和方法,都是将刑事诉讼行为无效问题作为论著的一个组成部分进行研究,而极少专门对刑事诉讼行为无效制度进行研究;对于刑事诉讼行为无效制度的基础理论、刑事诉讼行为无效的原因、无效的后果以及如何在我国构建诉讼行为无效的程序性规则、如何健全和完善我国诉讼行为无效制度的配套措施(如针对瑕疵诉讼行为的救济措施、替代措施或补充措施等);上述著作中更少有深入、系统的研讨。又如,目前,我国刑事司法立法和司法解释中关于刑事诉讼行为无效的规定主要有两处:一是刑事诉讼法第191条中关于一审程序不合法,二审法院将撤销原判、发回重审的规定;二是最高人民法院和最高人民检察院关于采用刑讯逼供等非法手段获得的言词证据不得作为证据使用的司法解释。上述立法或司法解释在一定程度上反映出有关部门对瑕疵诉讼行为的认识,但是从总体上看,我国有关诉讼行为无效的立法仍存在如下重大缺陷:一是关于诉讼行为无效的实体性规则严重缺乏,尤其

是缺少针对审前诉讼行为的无效规则；二是关于诉讼行为无效的程序性规则缺失；三是缺少关于瑕疵诉讼行为的救济措施、替代或补充措施。上述不足反映到司法实践中，就是诉讼行为尤其是职务性诉讼行为违法、不当实施问题（如发生在侦查部门的刑讯逼供以及其他非法取证等现象，检察机关滥用撤回起诉现象，法院系统动辄发回重审现象，在各个诉讼阶段均可能出现的逾期办案现象等）在实践中屡禁不绝，导致刑事司法行为的正当性问题近年来成为社会各界关注的一个焦点问题，并使得瑕疵职务性诉讼行为成为影响我国刑事诉讼正当乃至司法公正的一个不可忽视的重要因素。

基于上述原因，笔者尝试对刑事诉讼行为无效制度进行专门研究，全书的结构和研究思路如下：（1）概述刑事诉讼行为的特征、诉讼行为的要件和诉讼行为无效的种类，分析刑事诉讼行为无效制度的特征，揭示刑事诉讼行为无效制度的积极意义及其局限性。（2）探讨刑事诉讼行为无效制度的理论基础，揭示刑事诉讼行为无效制度与法的价值理论、刑事诉讼的目的理论、刑事诉讼中的利益理论之间的关系，分析导致刑事诉讼行为无效的深层原因。（3）探讨刑事诉讼行为无效制度在两大法系国家和地区刑事诉讼中的确立及其发展，比较两大法系国家和地区刑事诉讼行为无效制度的异同及其发展趋势。（4）对刑事诉讼行为无效制度中的规则构成进行专门研究，探讨程序性规则对于实现诉讼行为无效制度所具有的重要意义以及程序性规则的体系、结构，并就诉讼行为无效程序中的证明问题进行专门探讨。（5）追溯刑事诉讼行为无效制度及其相关理论在我国的发展，检讨我国现有刑事诉讼行为无效制度中存在的问题及其形成原因，进而探讨如何确定我国刑事诉讼行为无效的标准以及如何健全我国刑事诉讼行为无效的程序性规则，并就如何建立和完善刑事诉讼行为无效制度的配套措施进行初步探讨。

同我国以往有关刑事诉讼行为无效的研究成果相比，本书可能

的贡献主要表现在以下方面：(1) 刑事诉讼行为无效制度的理论基础。本书经过分析论证后指出，刑事诉讼行为无效制度并非单一的法的价值、诉讼目的或利益作用的结果，而是多种法的价值、诉讼目的以及互相竞争的利益平衡与协调的结果，基于“公益”的无效和基于“私益”的无效则是导致诉讼行为无效的深层原因。(2) 刑事诉讼行为无效的标准。笔者认为，并非所有违法、不当的诉讼行为都应当被或将被宣告无效，无效仅适用于严重损害诉讼程序的正当性或严重侵犯行为相对人的正当权益，又没有或不被许可获得救济的瑕疵诉讼行为。在前一种情形下，宣告无效是基于公正司法的需要，具有公益性质；而在后一种情形下，宣告无效是基于维护权利的需要，具有私益性质。(3) 刑事诉讼行为无效制度中程序性规则的构建。程序性规则是刑事诉讼行为无效制度中的一个必要组成部分，是诉讼行为无效制度得以实施的程序保障。笔者主张在借鉴国外先进经验的基础上，根据我国的具体情况，阶段性地健全和完善我国有关刑事诉讼行为无效的程序性规则：首先，在现有的司法体制和诉讼机制下，构建具有相对合理性的诉讼行为无效程序性规则。然后，随着我国刑事诉讼程序的完善和司法体制的改革，遵循诉讼的原理、原则构建相关的程序性规则。

第一章 刑事诉讼行为无效制度

概论

第一节 刑事诉讼行为概述

刑事诉讼行为作为刑事诉讼程序的基本要素，是刑事诉讼法律关系得以形成、发展、变更或者消灭的主要原因，是沟通刑事实体法和程序法的主要桥梁，也是实现刑事实体法和程序法功能的主要手段。因此，有关刑事诉讼行为的原则、规则等构成了一国刑事诉讼法律制度的基本内容，^① 有关刑事诉讼行为的研究也成为一国刑事诉讼理论中的基础性问题之一。

一、刑事诉讼行为的定义

关于诉讼行为的定义，学界一直存在较大争议。其中影响较大的几种定义为：一是“程序构成说”，认为诉讼行为是“构成刑事

^① 著名的诉讼法学家 Sauer 曾指出，“诉讼行为之概念乃为诉讼法之中心点”，我国澳门地区的学者则进一步指出：“刑事诉讼与诉讼行为共存……诉讼行为贯穿于整个《刑事诉讼法典》中。”前者参见曹鸿勋：《刑事诉讼行为之理论基础》，载陈朴生主编：《刑事诉讼法论文选辑》，台湾五南图书出版公司 1984 年版，第 79 页；后者参见徐京辉、程立福著：《澳门刑事诉讼法》，澳门基金会 1999 年版，第 50 页。