

### **3 刑事诉讼理论的基本范畴--3.4 刑事诉讼行为与刑事诉讼条件--3.4.1 刑事诉讼行为**

#### **一、刑事诉讼行为的概念**

刑事诉讼行为是指诉讼主体或其他主体实施的、构成诉讼程序内容的、可以产生诉讼上的特定效果的行为。

刑事诉讼是依一定方向不断发展的过程，这一过程从整体上说就是“程序”，具体来看，它是由参与诉讼的机关和人员的一系列行为构成的，但作为诉讼行为至少必须满足两个条件：第一，必须是足以产生诉讼上的特定效果的行为，如起诉使法院对于案件产生具体的审判权、申请回避可以使有关人员暂时或者永远退出特定案件的诉讼程序、被告人委托辩护人的行为可以使被委托人取得辩护人的地位等等。不产生诉讼上的特定效果的行为，如开庭审判前书记员的准备行为、辩护人对于案卷材料的查阅和摘抄以及对于在押被告人的会见等，虽然对于诉讼的进行有重要影响，但不是诉讼行为。第二，必须是构成诉讼程序的行为，如果不是构成诉讼程序的行为，例如法官的任免、审判案件的分配等，属于法院内部的司法行政行为，不是诉讼行为。

严格来说，刑事诉讼是指起诉后审判阶段的诉讼程序，侦查与执行并不具有“诉讼”的性质，但中国刑事诉讼法规定侦查与执行为两个独立的阶段，因此从广义上说，侦查行为与执行行为也是刑事诉讼行为。

#### **二、诉讼行为的构成要件**

为了保证诉讼程序的确定性，法律上对于诉讼行为规定了一定的条件，符合这些条件时，诉讼行为才能成立或者产生法律上的特定效果，否则就不成立或者没有法律上的特定效果。这些条件在诉讼理论上被称作“诉讼行为的构成要件”。各个诉讼行为的条件，不尽相同，但一般都会有主体、内容、方式等方面的要求。

##### **(一)诉讼行为的主体**

诉讼行为必须是法律规定的特定主体实施的，才能成立。如裁判必须由法院作出、公诉必须由检察院提起、自诉原则上必须由被害人提出才能成立。主体的行为如果要在法律上产生一定的效果，还要求主体必须有行为能力，当事人不具备诉讼行为能力时，依法允许法定代理人代为一定的诉讼行为。但诉讼法上的“行为能力”一同于民法上的行为能力。民法上行为能力有明确的年龄界限，以保证行为人作出符合法律要求的意思表示；诉讼法上的行为能力以是否具备意思能力为条件，不受年龄限制。不满 18 岁的未成年被告人在精神健全的情况下自愿作出的供述和辩解、不满 18 岁的未成年被害人在精神健全的情况下就被害事实所作的陈述，仍然具有证据能力，且不可能由代理人代理。我国刑事诉讼法第 60 条规定：“凡是知道案件情况的人，都有作证的义务。生理上、精神上有缺陷或者年幼，不能辨别是非、不能正确表达的人，不能作证人”，因此证人作证以知道案件情况为基本条件，并须有辨别是非和正确表达的能力，但没有特定的年龄要求。

##### **(二)诉讼行为的内容**

诉讼行为的内容是针对以意思表示为要素的诉讼行为而言的，在这种诉讼行为中，意思表示原则上应当由行为人在作出该行为时以明确的要求提出，意思表示的内容不明确时，该诉讼行为即不成立。但在不违反程序的确定性、不妨碍程序推进的限度内，行为人不是以自己的语言，而是以引用其它书面文件或者笔录的形式为意思表示的，也应当允许。

##### **(三)诉讼行为的方式、时间和场所**

为了保证程序的确定性，同时防止政府官员恣意运用国家权力，法律对于诉讼行为的一般方式甚至特定诉讼行为的特定方式都作了规定，只有遵守这些规定的诉讼行为才能产生法律上的效果。

从总体上说，诉讼行为的方式主要涉及到口头方式、书面方式和诉讼中的语言三个问题。口头方式有内容鲜明、易使行为的相对人形成新鲜的印象并可直接辨认出行为是谁等优点，因此法庭审理中的诉讼行为，特别是实体形成行为，法律上要求原则上采取口头方式。书面方式则具有使诉讼行为的内容以及程序明确化的优点，因此对于产生程序形成行为的效果有重要意义，所以程序形成行为一般都应当采取书面方式。至于诉讼中所使用的语言，我国《刑事诉讼法》第 9 条规定：“各民族公民都有用本民族语言文字进

行诉讼的权利。人民法院、人民检察院和公安机关对于不通晓当地通用的语言文字的诉讼参与人，应当为他们翻译。在少数民族聚居或者多民族杂居的地方，应当用当地通用的语言进行审讯，用当地通用的文字发布判决书、布告和其他文件”。涉外刑事案件的诉讼活动，根据国家主权原则，应当使用中国官方语言文字，当事人不通晓中国语言文字时，应当为他们提供翻译。

诉讼行为的时间因诉讼行为不同而有不同的规定，但概括而言，有期间与期日两种。期日是指公安司法机关与诉讼参与人共同进行刑事诉讼活动的特定时间，一般由公安司法机关根据案件具体情况予以指定。期间是指公安司法机关进行刑事诉讼或者诉讼参与人为一定诉讼行为必须遵守的一段时间，一般由法律明确规定，如我国刑事诉讼法对于人身强制措施、告知当事人委托辩护人或代理人的权利、审查起诉、法庭前的各项准备、第一审、提出上诉或抗诉、第二审、再审、死刑的交付执行等行为均设有期间要求。期间以时、日、月为单位加以计算，开始的时和日不算在内。期间的最后一日如果是节假日，以节假日后的第一日为期间届满日，但对于犯罪嫌疑人、被告人或者罪犯在押期间，应当到期间届满之日为止，不得因节假日而延长在押期限到节假日后的第一日。法定期间也不包括路途上的时间，上诉状或者其他文件在期满前已经交邮的，不算过期。当事人由于不能抗拒的原因或者有其他不当理由而耽误期限的，在障碍消除后五日内，可以申请继续进行应当在期满以前完成的诉讼活动，此项申请是否准许，由人民法院裁定。

关于诉讼行为的场所，一般并无特定要求，但法官、检察官及司法警察执行职务，各国法律均规定以各自管辖区域为限；审理和裁判行为原则必须在公开的法庭上进行。我国刑事诉讼法第 191 条规定，合议庭在法庭审理过程中对证据有疑问的，可以宣布休庭，然后在法庭外通过勘验、检查、扣押、鉴定和查询、冻结等方法进行调查核实；同法第 122 条规定：“侦查人员询问证人，可以在现场进行，也可以到证人所在单位、住处或者证人提出的地点进行，在必要的时候，可以通知证人到人民检察院或者公安机关提供证言。”，但不得另行指定其他地点作为询问证人的场所。

### 【扩展阅读】

#### 刑事诉讼行为的分类

对于刑事诉讼行为，可以从不同的角度进行分类（图 3-2）：

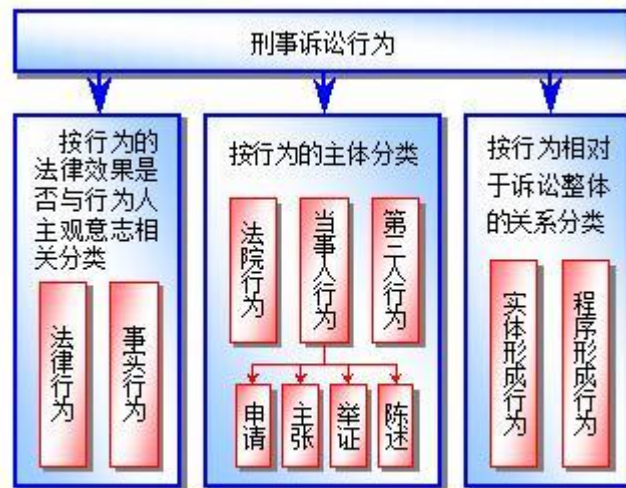


图 3-2 刑事诉讼行为的若干分类 [常远, 2002]

(一)根据行为的主体的不同，刑事诉讼行为可以分为法院行为、当事人行为和第三人行为。

法院行为主要是审理和裁判行为。但为实现审判的目的，法院还得进行一些准备或者附带行为，如为调查核实证据所采取的勘验、检查、扣押、鉴定、查询、冻结，旨在要求被告到庭的传唤以及为保证被告人于审判时到庭而采取的拘传、取保候审、监视居住、逮捕等强制措施，也是法院的诉讼行为。根据我国刑事诉讼法的规定，只要是以法院名义行使职权的行为，不论该行为具体是独任庭、合议庭或审判长实施的，还是法院书记员（制作笔录）、法警（维持法庭秩序）实施的，都是法院的行为，具有法院行为的效力。

当事人行为指自诉案件的自诉人、被告人和被害人实施的行为。我国法律没有规定检察院在刑事诉讼中是当事人，但从诉讼理论上，公诉人以检察院名义实施的行为毫无疑问相当于当事人的行为，因而也就以当事人的行为对待。辩护人、法定代理人、委托代理人在法定权限内代为被告人、被害人所应为之诉讼行为，也应视为当事人行为。

当事人的诉讼行为又可按形式分为申请、主张、举证和陈述四种。申请指请求法院做出一定决定的意思表示。如申请审判人员和书记员回避、申请恢复被耽误的诉讼时间、提起公诉或自诉、提出上诉或抗诉、申诉要求再审等。对于当事人的申请行为，无论申请的事项是程序问题，还是实体问题，法院都应当以裁判形式做出处理结论，并应说明理由。主张指当事人关于事实和法律问题表达意见的行为，如公诉人发表公诉词、辩护人发表辩护词、被告人自行辩护等，通常又称辩论行为。这些行为不能直接作为裁决的依据，但由于是控辩双方争执的主要内容，对于审判人员形成正确的心证具有极大的影响，因此是很重要的当事人行为。举证是指为了证明一定事实而实施的诉讼行为，如公诉人为证明起诉的犯罪事实而提出一定的证据、询问证人和鉴定人、宣读有关证据文书的行为，当事人要求法院通知新的证人到庭、进行重新鉴定或补充鉴定，被告人对于被指控的犯罪事实所作的供述或辩解等。陈述是关于事实的叙述，大多是对询问或反询问（或者叫质问）的回答，原则上以言词方式进行。

第三人行为指除上述当事人行为外、由其他诉讼参与人为协助法院查清案件事实而进行的诉讼行为，如证人出庭作证、鉴定人出庭就鉴定结论和鉴定过程陈述意见并回答当事人的提问、翻译人员在庭审中为审判人员与当事人或其他参与人沟通语言等，这种诉讼行为一般具有义务性、口头陈述性，没有主张、举证或申请的性质。

## **（二）根据诉讼行为产生一定法律效果是否与行为人的主观意志相关，刑事诉讼行为可以分开为法律行为与事实行为。**

法律行为是指以产生诉讼上的特定效果作为意思表示的要素、并因此种表示而承认其法律效果的诉讼行为，这种诉讼行为是否能够产生法律效果与行为的意思表示有直接的因果关系，无特定意思表示即无特定的法律效果。事实行为是指不以产生诉讼上的特定效果为意思表示的要素、且其所产生的法律效果与行为人的意思没有直接关系的诉讼行为。前者如提起公诉或自诉、作出裁判、提出上诉或抗诉等，后者如讯问被告人、调查证据、控辩双方的辩论等。

## **（三）根据诉讼行为相对于诉讼整体的关系，刑事诉讼行为可以分为实体形成行为与程序形成行为。**

实体形成行为是指就案件的实体问题使法官产生认识或心证的行为，如证据调查、辩论、评议等。程序形成行为是指推动程序的进行、使诉讼法律关系发生或消灭的诉讼行为，如提起公诉或自诉、提出上诉或抗诉、撤回上诉或抗诉等。这种分类是就诉讼行为的主要作用来说的，不能绝对化，因为诉讼行为虽然也有单纯属于程序行为性质的（如确定审判日期、传唤当事人等），但往往同时具有实体形成的功能。一般来说，实体形成行为多为事实行为，程序形成行为多为法律行为。“程序形成行为重在诉讼关系，多具定型性、独立性、规范性，以维持程序的公正。实体形成行为则重在诉讼状态，多具非定型性、连锁性、事实性，以发现实体的真实为目标。”

### **【扩展阅读】**

#### **对诉讼行为的价值判断**

对于诉讼行为的评价，应当从成立与不成立、有效与无效、合法与不合法、有理由与无理由四个方面进行。

诉讼行为原则上须具备诉讼法规定的特定要素方可成立，不具备特定要素者则不成立。对于诉讼行为有效与无效、合不合法及是否有理由的判断，都是以其成立为前提的，诉讼行为如果不成立，就不再存在有效与无效、合不合法及是否有理由的问题，无需作此种判断。区别诉讼行为是否成立在实践中的意义在于：第一，诉讼行为如果不成立，在法律上就等于没有发生，因此不需要对它做出特定的判断，可以不予理会；相反，诉讼行为如果成立，即使是无效的行为，也不能放置不管，特别是对于其中当事人的申请行为，必须做出一定的判断和处理。第二，成立的诉讼行为即使在诉讼上无效的，也会产生一定的效果；而且无效的诉讼行为如果要经过合法追认而成为有效的诉讼行为，仍然必须以该诉讼行为成立为前提。

诉讼行为的有效与无效是就诉讼行为是否产生诉讼上本来的效果所进行的价值判断，因此无效的诉讼行为虽然没有诉讼上本来的效果，但并非什么法律效果也没有。例如提起公诉即使是无效的（如向没有管辖权的法院起诉的），一般认为仍有停止追诉时效的效力，并产生诉讼系属的效果，受诉法院仍应依法做出形式裁判。至于导致诉讼行为无效的原因，则多种多样，有出于行为人方面的原因，也有出于行为的内容和方式方面的原因。学说上认为：第一，缺乏诉讼行为能力的人所实施的诉讼行为，如果系程序形成行为，当属于无效，如果是实体形成行为，只有在行为人缺乏意思能力时，才能认定为无效。第二，诉讼行为的内容超过法律许可的范围（如在法定刑以上判处刑罚的）[1]或者在法理上不允许（如对不存在的人提起的公诉），应当认定为无效。第三，行为人无利可图的情况下实施的行为，特别是已经达到目的后重复实施的诉讼行为，也属于无效行为。第四，内容不明确的诉讼行为无效。第五，违反法定方式的诉讼行为是否有效，不能一概而论。书面方式的诉讼行为如果违反法定的方式，不产生特定的效果，口头方式的诉讼行为，虽不符合法定的要求，但有足够的适当理由时，仍可以据以认定其有效--特别是私人实施的诉讼行为[2]。

诉讼行为除成立要件外，法律上尚有其他方面的要求如时间、场所、方式等，完全符合这些要求的诉讼行为是合法的诉讼行为，否则即为不合法的诉讼行为。例如提起公诉应当由人民检察院以特定的书面方式向有管辖权的法院提出“明确的指控犯罪事实”，并且附有证据目录、证人名单和主要证据的复印件或者照片；上诉应当在接到第一审裁判文书后十日内提出等。公诉一经提起，即产生诉讼系属关系，但如果公诉行为不合法，法院就无需审查是否具备诉讼条件，更不存在进入实体审理的问题。诉讼行为是否合法，关系到它的效力，合法的诉讼行为原则上应当判断为有效，不合法的诉讼行为原则上不产生本来的诉讼效果，但如果仅仅违反法律上的训示规定，诉讼行为仍然有效。

诉讼行为有无理由是指对于以意思表示为要素的诉讼行为其意思表示内容是否正当的价值判断，主要是针对当事人的申请行为而进行的。判断诉讼行为有无理由必须以诉讼行为合法为前提，一定的诉讼行为只有在程序方面合法、有效的前提下，才需要从实体上审查其有无理由。如公诉或自诉有无理由，应以起诉合法、且具备诉讼条件时，才能经实体审理而做出判断。

#### **注释：**

[1]我国《刑法》第 63 条第 2 款规定：“犯罪分子虽然不具有本法规定的减轻处罚情节，但是根据案件的特殊情况，经最高人民法院核准，也可以在法定刑以下判处刑罚”。该规定旨在严格控制在法定刑以下判刑的范围，如下级法院未经最高人民法院核准在法定刑以下判处刑罚，则判决行为应当被认定为无效。

[2][日]参见高田卓尔著：《刑事诉讼法》，青林书院，1984 年二订版，第 123-124 页。