

# 论缺席审判后重审与 一事不再理原则之关系

——兼论重审程序之完善

李泊毅

**【摘要】**《刑事诉讼法》规定缺席审判过程中被告人自动投案或者被抓获的,判决裁定生效后罪犯到案提出异议的,应当重新审理。有观点认为重审是给予被告人一次参加诉讼的机会,而非再次给予否定性评价,因此由检察机关再次提起公诉与一事不再理原则并不冲突。但笔者认为,从既判力的物之范围与时之范围来判断,裁判生效后再诉便不符合一事不再理原则;裁判生效后,无论再诉与否,都有违一事不再理原则。只不过为了补正缺席审判的固有缺陷,保障被告人之听审权与在场权,重审是为一事不再理原则的法定例外。在重审的启动方式上,仅缺席审判作出有罪判决并生效后,罪犯对判决、裁定提出异议的,可允许控方重新起诉,其余情形只得由法院启动重审程序。

**【关键词】**缺席审判 重新审理 一事不再理原则 禁止双重危境 犯罪事实同一性

**【作者简介】**李泊毅,法学博士,《人民司法》杂志编辑。

【中图分类号】D915.3 【文献标识码】A 【文章编号】1000-2952(2020)05-0081-09

## 一、问题的提出

现行《中华人民共和国刑事诉讼法》(以下简称《刑事诉讼法》)在第五编第三章规定了缺席审判程序,第二百九十五条第一款规定:“在审理过程中,被告人自动投案或者被抓获的,人民法院应当重新审理。”第二款规定:“罪犯在判决、裁定发生法律效力后到案的,人民法院应当将罪犯交付执行刑罚。交付执行刑罚前,人民法院应当告知罪犯有权对判决、裁定提出异议。罪犯对判决、裁定提出异议的,人民法院应当重新审理。”因此,在缺席审判判决生效前,只要被告人自动投案或者被抓获的,或判决生效后,罪犯到案提出异议的,即应重新审理。虽然条文规定“人民法院应当重新审理”,但关于启动重新审理的具体方式,有不同观点,是人民法院依职权径行重新审理,还是需检察机关起诉后重新审理,有待解释。再次起诉是否与一事不再理原则有所龃龉,存在疑问。有论者认为:“重新审理中提起公诉与‘一事不再理的原则’不存在冲突……重新审理的目的是给被告人提供一次参加诉讼的机会,不是对被告人再给予一次否定评价。重新审理虽然是两次审理,但并不

是对犯罪行为的双重评价……”<sup>①</sup> 笔者不同意上述观点，再行起诉无论是在裁判生效前还是在裁判生效后，都是与一事不再理原则相冲突的，只不过为了补正缺席审判的固有缺陷，保障被告人之听审权与在场权，重审是一事不再理原则的法定例外。对此理解不同，对重新审判制度的设计也会不同。要厘清上述争论，需要理解一事不再理原则的制度表达，而非仅仅停留在其理念层面。

## 二、是否违反一事不再理原则的判断基准及该原则之例外

### （一）一事不再理原则的内涵

一事不再理原则（ne bis in idem），是指“刑事犯罪发生后，国家就此犯罪对于被告立即产生刑罚权，刑事诉讼则是确定具体刑罚权存在或者不存在的追诉程序，但是仅能行使一次。亦即，就特定被告之特定犯罪事实，只应受到国家一次性的追诉、处罚，所以国家不得重复追诉、处罚相同被告相同的犯罪事实”。<sup>②</sup> 其与禁止双重危险（protection against double jeopardy）指涉相同，通常在同等的含义上使用。<sup>③</sup>

在诉讼程序的层面上，一事不再理原则表现为对同一案件禁止再诉，包括判决确定前禁止重复起诉，以及实体判决确定后禁止再诉的既判力。<sup>④</sup> 既判力，通常也被称为实体既判力、实体确定力、实质确定力，是指“判决形式确定之后，进而构成诉讼障碍事由，法律上产生禁止再诉之封锁效力……无论结果肯定（有罪判决）抑或否定（无罪判决），实体法律关系即告终局确定，不得再就同一案件重行起诉，争执已经裁判之结果”。<sup>⑤</sup>

在实体层面上，一事不再理原则旨在针对同一案件禁止双重处罚，“亦即，特定被告就其所犯特定犯罪事实，最多只受一次处罚，因此也称为一罪不两罚”。<sup>⑥</sup>

《公民权利和政治权利国际公约》第十四条第七款规定：“任何人已依一国的法律及刑事程序被最后定罪或宣告无罪者，不得就同一罪名再予审判或惩罚。”因此，可以说在世界范围内，各国对一事不再理原则内涵的理解基本相同。首先，特定被告人因特定犯罪事实被起诉后，对同一被告人之同一犯罪事实（即同一案件）不得另行起诉。此时要恪守一事不再理原则，关键在于判断前诉之案件与后诉之案件是否为同一个，是同一个则禁止另诉。其次，判决生效后，无论特定受判决人就特定案件被定罪或宣告无罪，除非法律有例外规定，不得就同一受判决人之同一犯罪事实再次起诉或审判。此时要恪守一事不再理原则，关键仍然在于判断前一案件与后一案件是否为同一个，是同一个则禁止再诉。判断前后诉或者说前后案件是否为同一个，在理论上被称为犯罪事实同一性的判断，前后诉相同则称为犯罪事实具有同一性，既判力及于后诉，因此禁止再诉。犯罪事实同一性的范围，即前诉之诉讼标的，也被称为既判力的物（犯罪事实）之范围。<sup>⑦</sup> 既然既判力有物之范围，那么不难推断既判力还有时之范围，即既判力在诉讼的哪个时间点产生，<sup>⑧</sup> 这也是既判力需要讨论的问题。

综上可知，一事不再理原则重在讨论既判力的物之范围与时之范围，至于一事不再理原则的根据是采内容效力说，程序效力说中的追诉说，还是当事人负担说，<sup>⑨</sup> 这是日本特殊诉讼标的的制度下产

① 张澎、姜金良：《论刑事缺席审判制度的具体构建——以《刑事诉讼法（修正案）》为基础》，《中国社会科学院研究生院学报》2018年第6期，第102~103页。

② 林钰雄：《刑事诉讼法（上册）》，（台）新学林出版股份有限公司2017年版，第295页。

③ 参见王敏远主编：《刑事诉讼法（下）》，知识产权出版社2013年版，第975页。

④ 参见林钰雄：《刑事诉讼法（上册）》，第295页。

⑤ 林钰雄：《刑事诉讼法（下册）》，（台）新学林出版股份有限公司2017年版，第60页。

⑥ 林钰雄：《刑事诉讼法（上册）》，第295页。

⑦ 参见林钰雄：《刑事诉讼法（下册）》，第67页。

⑧ 参见林钰雄：《刑事诉讼法（下册）》，第64页。

⑨ 参见张澎、姜金良：《论刑事缺席审判制度的具体构建——以《刑事诉讼法（修正案）》为基础》，《中国社会科学院研究生院学报》2018年第6期，第102页。注：原文表述为“‘一事不再理的原则’的含义”，但该三说其实是论述一事不再理原则效力的根据。

生的理论探讨，其需要关照的问题是既判力仅仅及于诉因还是及于整个公诉事实。<sup>①</sup> 脱离日本法的具体语境，去探讨所谓一事不再理原则的根据，难有实际益处。同样，抽象探讨所谓既判力本质的各学说，有无法律上的实际意义，也是疑窦丛生，<sup>②</sup> 故笔者略过不论。

## （二）是否违反一事不再理原则的判断基准

因此，要判断后诉是否违反一事不再理原则，应该也必须依据既判力的物之范围与时之范围的判断方法，换句话说，判决生效前，以犯罪事实同一性（既判力物之范围）来判断是否重复起诉，判决生效后，同时在时之范围与物之范围内的案件，产生既判力，此双重范围内始生一事不再理的效力。各国(地区)由于诉讼标的制度的不同，对物之范围的设计也各不相同；而时之范围的划定，即确定既判力产生的时间点，有三种理论，分别认为既判力于言词辩论终结时产生，宣示判决时产生与判决生效时产生。不难发现，判决生效的时间点并不必然等于既判力产生的时间点。以下详细阐述。

### 1. 既判力的物之范围（犯罪事实同一性）

#### （1）美国的禁止双重危险（protection against double jeopardy）

美国采诉因制度。所谓诉因制度，即“法院之审判范围，限于经检察官起诉之罪名及事实或包含在其内之较轻罪名及事实”，<sup>③</sup> “控方指控中主张的事实及其法律评价一并对审判范围产生约束效力”。<sup>④</sup> 例如（例一），检察官起诉甲于公园抢劫乙，则本案法官审判范围为甲涉嫌犯罪的相关事实及抢劫罪之罪名，同时可认定为抢夺罪、盗窃罪（因抢劫罪包含抢夺罪、盗窃罪），<sup>⑤</sup> 但不得认定为故意杀人罪（罪名间无包含关系）。一方面，起诉范围等于审判范围，等于禁止再诉之范围。举例说明（例二），假设检察官起诉甲将自己之支付二维码，与乙所经营超市之支付二维码进行了调换，致乙损失70余万元，证据充足，但如何定罪存在争议，理论界及实务界对其行为究竟构成盗窃罪还是诈骗罪尚无定论，检察官最终决定以盗窃罪起诉，但审判者经审理认为，根据三角诈骗理论，此案宜以诈骗罪定罪处罚，在诉因制度之下，审判者同受控方起诉之事实与罪名的拘束。因此，只能裁判甲不构成所指控的抢劫罪。审判对象是换二维码之事实与控方对此所作盗窃之法律评价，那么禁止再诉的对象也仅仅为该事实与盗窃之法律评价，同样的犯罪事实再给予新的诈骗之法律评价（诈骗罪非盗窃罪所包含之轻罪），则为一新的诉因，故禁止再诉之范围也不及于此。因此，控方得重新以诈骗罪起诉，“因为此时检察官提出的是一个新的诉因，对于被告人而言不构成‘双重危险’”。<sup>⑥</sup>

回溯美国宪法上之禁止“双重危险”条款<sup>⑦</sup>的规范目的，认为其核心目的有三：第一，防止冤狱；第二，防止骚扰被告人；第三，防止重复审判所带来的痛苦。<sup>⑧</sup> 例二之情形只是法律评价上的疑难，显然没有造成冤狱的风险（假设无违法取证的情形，同时践行了法定证明程序，否则确有造成冤狱的风险，但此属另一问题）；其次，控方也并非故意骚扰、纠缠被告。唯第三点，再次起诉被告人，再经一次审判程序，通常来说确实会给被告人带来痛苦，毕竟享受刑事审判的人实属罕见。然而诉因制度设计如此，归根结底，制度设计需要在实体公正与正当程序间进行衡量。

倘若一律禁止再诉，例二之中的甲则仅因案件法律评价之疑难，便得以逍遥法外，明显过度牺牲了实质正义。而且，法院作为公共服务机构，在个案中不仅仅是为个案争端提供解决方案；同时

① 参见 [日] 田口守一：《刑事诉讼法》（第五版），张凌、于秀峰译，中国政法大学出版社2010年版，第346页。

② 参见林钰雄：《刑事诉讼法》（下册），第61页。

③ 王兆鹏：《美国刑事诉讼法》（第二版），北京大学出版社2014年版，第500页。

④ 孙远：《刑事诉讼法解释问题研究》，法律出版社2016年版，第25页。

⑤ 关于罪名间之关系，参见张明楷：《刑法学》，法律出版社2011年版，第865、882~884页。

⑥ 孙远：《刑事诉讼法解释问题研究》，第42页。

⑦ “nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb”（受同一犯罪处分者，不得令其遭受两次有关生命或身体上的危险），USCS Const. Amend 5.

⑧ 参见王兆鹏：《美国刑事诉讼法》（第二版），第351~352页。

法院也有统一适用法律的功能，若禁止再诉等于法院只释明了被控的行为不构成指控之罪，但究竟是否构成其他犯罪还是根本无罪则缄默不语，那么法律疑难仍然存在。只有等到同样的犯罪再次出现，控方以“正确”的罪名起诉时，才能澄清，如此未免太过低效。这似乎也客观上在鼓励可以对现有法学理论提出挑战的犯罪，犯罪越新型，控方越有可能面临法律解释之疑难，而在上述语境下犯罪嫌疑人被无罪开释的概率也就越大。故而，在例二情况下允许再诉是有道理的。

但是倘若一律允许再诉，则又难以防范恶意纠缠被告的风险。例如（例三），甲的行为同时构成四罪（四罪间互无包含关系），根据法律规定应当数罪并罚，控方已经将四罪全部查明，检察官乙可以依法起诉请求法院四罪并罚。但乙深感犯罪嫌疑人甲恶贯满盈，罪行罄竹难书，迅速投入监狱不足以解心头之恨，最佳办法是让甲永处漫长的刑事诉讼中，希望时明时灭，内心始终不得安宁。故检察官将四罪依次起诉。按照诉因制度理论，虽基础事实相同，但法律评价不同则构成新的诉因。故此，例三中乙将四罪分别起诉，确实也分别构成四个诉因。美国联邦最高法院解释宪法第五修正案之禁止双重危险条款的规范目的，在于“保护被告不受检察机关重复起诉的纠缠”。<sup>①</sup>虽然依照诉因理论，四罪可以分别起诉，但是如此一来禁止双重危险的宪法保护恐怕就有了重大漏洞，因此结论应当以禁止后诉为妥当。

同样是新诉因，在例二中得重新起诉，但在例三中则宜禁止后诉。其原因在于，一方面，起诉范围等于审判范围，也决定了禁止再诉的范围，审判范围狭窄则禁止再诉的范围也狭窄，如果过分限制再诉，则有可能导致自然事实无法得到评价或者不能充分评价（例二），如此便不符合有罪必罚的实质正义观念，同时掣肘法院回应社会变化、澄清法律疑难、统一法律适用的功能；另一方面，如果对再诉不作限制，又唯恐控方故意不充分评价，不断起诉，纠缠被告人（例三），以此替代刑法惩罚被告人，倘若如此又不符合法治程序之原则，同时法的和平性、诉讼效率亦受损害。

这个问题怎么解决呢？美国理论与实践主要运用“要件包含”法则与“相同事件”法则来判断禁止再诉范围的同时，辅以其他例外来解决上述冲突。<sup>②</sup>所谓要件包含法则（same element test），简言之，即如果前后两诉因相互间有包含关系（至于何者要素更多则非所问），后诉则将因违反禁止双重危险条款不得再诉。<sup>③</sup>而所谓相同事件法则（same transaction test），简言之，即以未被法律评价前的自然事实作为衡量基础，如果同一则禁止再诉，<sup>④</sup>采此种法则，那么上述例二之情形将禁止再诉。这就意味着审判范围小，而禁止再诉的范围大，行为尚未被充分、准确的评价，就被禁止再诉了，因此容易放纵犯罪。美国联邦最高法院最早于 Blockburger v. U. S. 案中确立要件包含法则，其间所采法则发生变化，但最终于 1993 年的 U. S. v. Dixon 案中，回归到要件包含法则。<sup>⑤</sup>美国各州并不统一，采要件包含法则、相同事件法则的皆有。<sup>⑥</sup>正如上文已述，采要件包含法则则禁止再诉之范围大致等于审判范围，例二之情形可得完满解决，但例三之检察官纠缠被告的危险难以有效防控；若采相同事件法则，禁止再诉范围远远大于审判范围，例三之风险虽得有效防控，但例二之情形，行为人则可逍遥法外。故采要件包含法则必然同时辅以其他原则禁止不当的分割起诉，以便有效防止控方滥诉；采相同事件法则则必然承认广泛之例外允许再次起诉，以免过分放纵犯罪。同样的情况也发生在英国，其在禁止再诉的判断上，也采要件包含法则，同时辅之以“滥用程序”法则（abuse of process），在个案中具体衡量是否禁止再诉。<sup>⑦</sup>

① 王兆鹏：《美国刑事诉讼法》（第二版），第 357 页。

② 美国还有其他相关理论，参见王兆鹏：《美国刑事诉讼法》（第二版），第 343 页。

③ 参见王兆鹏：《美国刑事诉讼法》（第二版），第 329 页。

④ 参见王兆鹏：《美国刑事诉讼法》（第二版），第 330 页。

⑤ 参见王兆鹏：《美国刑事诉讼法》（第二版），第 332~334 页。

⑥ 参见王兆鹏：《美国刑事诉讼法》（第二版），第 338~339 页。

⑦ 参见王兆鹏：《美国刑事诉讼法》（第二版），第 338~339 页。

### (2) 德国的一事不再理 (ne bis in idem)

德国的通说与实务皆认为，“诉讼法上的犯罪事实，是指一个具体的事件 (ein konkretes Vorkommnis)，即一个相同的历史进展过程 (ein einheitlicher geschichtlicher Vorgang)，这个历史进展过程得以和其他相类的或相同的历史进展过程区别 (笔者注：即所起诉的事实可以在描述上充分特定)，并且被告在这个历史进展过程中已经或应该实现了某个构成要件……只要行为人的整体举止，根据自然的观点 (nach natürlicher Auffassung) 足以合成为一个相同的生活历程 (ein einheitlicher Lebensvorgang)，或者更白话说，成为一个故事时，便是一个诉讼法上的犯罪事实，关键在于其间紧密的事理关联性 (enger sachlicher Zusammenhang)，尤其是行为时间、行为地点、行为 (被害) 客体以及侵害目的 (Angriffsrichtung)”。<sup>①</sup> 那么假设行为人追逐竞驶，情节恶劣 (危险驾驶罪)，在追逐竞驶过程中由于闯红灯引起他人伤亡 (交通肇事罪)，虽然依照罪数理论，应当以危险驾驶罪与交通肇事罪实行数罪并罚，<sup>②</sup> 但是上述行为在时空上“是一个紧密关联的生活历程”，虽然刑法上评价为两罪，但诉讼法上是一个犯罪事实，也就是一个诉讼标的。因此，如果控方仅仅以交通肇事罪起诉该整个犯罪行为，因为控方证据不足，法庭将被告人无罪开释，那么该判决的既判力也将涵盖整个犯罪事实，控方也不得再以危险驾驶罪起诉。当然通常不会发生上述情况，“控诉原则下，法院应受检察官起诉之拘束者，乃犯罪事实本身，而非犯罪事实的法律评价”。<sup>③</sup> 同时德国的法官基于调查原则 (Untersuchungsgrundsatz)，即在指控的犯罪事实中“法院自行对犯罪事实加以调查，不受诉讼参与人之声请或陈述之拘束”，其对案件事实负有澄清义务 (Aufklärungspflicht)，即“原则上法院为查明事实真相，应依职权主动就对判决有重要性之事实与证据加以调查”，<sup>④</sup> 因此法院可以并有义务充分评价犯罪事实，即便控方只以交通肇事罪起诉，法院仍可以在心证形成的情况下判决构成危险驾驶罪。相反，假设行为人多次诈骗，虽然刑法上可能以一罪处之，但是数次诈骗如果并无紧密的事理关联性，诉讼法上是数个犯罪事实，如果仅有一次诈骗被发现，起诉该次诈骗并判决生效后，既判力也不及于其他次诈骗事实。

### (3) 我国台湾地区实体法上一罪等于诉讼法上一事

我国台湾地区通说及实务见解——以实体法上一罪即罪数理论来认定诉讼法上的同一犯罪事实，有不当之处。理由如下：罪数理论的意义在于“正确的刑法裁量”，<sup>⑤</sup> 也就是说如何量刑方能充分地评价数个犯罪，并且不至于畸重；而诉讼法上同一犯罪事实的判断，其根本的考虑是相同的犯罪事实只应受到国家一次的追诉与处罚，即禁止重复追诉。<sup>⑥</sup> 显然，考虑量刑的畸轻畸重与考虑禁止重复追诉，在规范目的上可谓有天壤之别。而且，以实体上罪数理论所认定的一罪来判断诉讼法上的同一犯罪事实，可能得出不合理的结论。例如，连续犯中最常见的盗窃，某人于不同日期连续实行了8次盗窃行为，这是包括的一罪，在罪数理论上以一罪处之。<sup>⑦</sup> 若仅发现了第1次盗窃行为，起诉后法院判决有罪并生效，以罪数理论来判断则后7次盗窃行为属同一犯罪事实，一事不再理，既判力扩张至后7次盗窃行为，<sup>⑧</sup> 日后皆不可再起诉，这种结论显然让人难以接受。

### (4) 我国应采用何种判断方法

从《刑事诉讼法》第一百八十六条、第二百零一条、第二百二十三条、第二百九十一条来看，

① 林钰雄：《刑事诉讼法（上册）》，第300页。

② 参见张明楷：《刑法学》，法律出版社2016年第5版，第728页。

③ 林钰雄：《刑事诉讼法（上册）》，第299页。

④ [德] 克劳思·罗科信：《刑事诉讼法》，吴丽琪译，法律出版社2003年版，第416页。

⑤ 参见 [德] Ingeborg Puppe：《基于构成要件结果同一性所形成不同构成要件实现之想象竞合》，陈志辉译，《东吴法律学报》第17卷第3期，第321页。转引自张明楷：《刑法学》，法律出版社2016年版，第458页。

⑥ 参见林钰雄：《刑事诉讼法（上册）》，第299页。

⑦ 各学者在罪数理论上，对罪数的划分有所不同。参见张明楷：《刑法学》，第456~494页。

⑧ 参见林钰雄：《刑事诉讼法（上册）》，第290页。

我国法院不受控方所指控罪名的拘束，此与德国、我国台湾地区的情况相同，鉴于上述我国台湾地区理论上的重大缺陷，故宜采上述德国对同一犯罪事实的判断方法，以便在一次诉讼中充分地评价犯罪，同时也能相对较好地避免禁止再诉之范围大于审判之范围，不致放纵犯罪。

## 2. 既判力的时之范围

就既判力产生的时间点而言，较为有力的观点是既判力在最后的事实审法院言辞辩论终结时产生，也就是说既判力及于该言辞辩论终结前所发生的犯罪事实。从理论上说既判力的设计主要基于法的安定性的考量，这种法的安定性一方面保护被告不受重复起诉、审判、处罚的危险；另一方面也就相应督促侦查、控诉机关，机会只有一次，在起诉前要勤勉调查，以达到定罪高度可能性的标准，否则即便追诉失败，也不得再行追诉。言辞辩论终结时是调查、辩论某一犯罪事实的最后时点，其后发生的事实，不可能在该次审判中调查、辩论了，便也就不存在保护被告免受重复起诉困扰的必要；同理，在调查、辩论时，尚未发生的事实，也就无所谓督促侦查、控诉机关勤勉行事的可能。从实际效果来看，如果将既判力产生的时间点，设置在言辞辩论后裁判生效前的某一时刻，那么意味着从言辞辩论后至该时间点，被告人可以明目张胆地继续犯罪。<sup>①</sup> 既判力时之范围的判断，对我国而言在处理连续犯尤其是徐行犯的问题上，是有重要作用的。徐行犯是指“如果连续实施同一种行为，但每次都不能独立构成犯罪，只是这些行为的总和才构成犯罪”。<sup>②</sup> 从本质上说，起诉徐行犯，是将数个违法行为当作一个犯罪事实进行起诉，也就是诉讼法上的一事，因此，禁止再诉的范围及于整个徐行犯的犯罪事实。假设言辞辩论终结前共有五次单独不构成盗窃罪的盗窃行为，言辞辩论终结后有两次该行为，控方仅发现并起诉其中的第三次至第五次盗窃行为后法院定罪生效，那么依据不同理论则将得出不同处理结果，如果以上述言辞辩论终结前为判断，那么既判力及于最前两次盗窃行为，即便第一次和第二次行为总和可以构成盗窃罪，日后犯罪行为被发现也不得再起诉，但既判力不及于最后两次盗窃行为，如果其总和可以构成盗窃罪，得起诉该两次盗窃行为。

### （三）一事不再理原则的例外

现代刑事诉讼在实体层面上，一罪两罚已属罕见，但是在程序层面上，一事再理却绝非难觅。各国普遍存在的再审<sup>③</sup>制度就是一个有力的注释，无论是以法国、日本为代表的仅能以有利于受判决人的原因而启动的再审制度，还是以德国为代表的无论对受判决人有利与否皆得启动的再审制度，都是对裁判既判力的否定与排除。本来既判力的意义在于，判决生效之后，基于法的安定性考虑，通常不允许再次争议，所以法谚说“既判力视为真实”；但是，刑事诉讼的目的，不仅仅在于藉由法的安定性（法律争执的终局）以便回复到法秩序上的和平生活（法的和平性），对于有重大错误的判决熟视无睹，有悖于发现真实、追求正义的目的，若此“藉由刑事诉讼的程序所欲追求之法和和平性，也是空中楼阁”。<sup>④</sup> 所以，在判决有重大错误时，法的和平性让位于发现真实的之目的，因此再审成为一事不再理原则之例外。发现真实、法治程序、法的和平性是刑事诉讼的三大目的，同样刑事诉讼法也无法为了追求法的和平性，就坐视法治程序的重大违反于不顾。换句话说，基于法治程序同样可能设置一事不再理原则的例外。例如，《刑事诉讼法》第二百五十三条第五款规定，“违反法律规定的诉讼程序，可能影响公正审判的”，人民法院应当重新审判。而缺席审判后的重新审判，便可能基于法治程序的要求而成为一事不再理原则的例外。

<sup>①</sup> 参见林钰雄：《刑事诉讼法（下册）》，第61、66页。

<sup>②</sup> 张明楷：《刑法学》，第478页。

<sup>③</sup> 此处“再审”与我国法上的再审并不相同，是指为了排除已经生效之判决中的事实认定错误而设置的特别程序。

<sup>④</sup> 林钰雄：《刑事诉讼法（下册）》，第512页。

### 三、缺席审判后重新审理与一事不再理原则的关系

《刑事诉讼法》第二百九十五条第一款规定：“在审理过程中，被告人自动投案或者被抓获的，人民法院应当重新审理。”第二款规定：“罪犯在判决、裁定发生法律效力后到案的，人民法院应当将罪犯交付执行刑罚。交付执行刑罚前，人民法院应当告知罪犯有权对判决、裁定提出异议。罪犯对判决、裁定提出异议的，人民法院应当重新审理。”以下就以条文划定的阶段逐步分析。

首先，审理过程中，被告人自动投案或者被抓获，此时法律规定的重新审理，如果经由检察院重新起诉再行重新审理，则必然违反一事不再理原则，因为案件仍然是同一被告人的同一个犯罪事实，即犯罪事实具有同一性，禁止再诉。重新起诉还有违控诉原则，控诉原则要求控审分离、不告不理，反面要求则告而应理，也就是常说的有诉即有判，绝不可以告而不理，不了了之。如果重新起诉，那么被覆盖的诉讼岂不是不了了之。而且，不重新起诉也无碍真实发现的目的与正当程序的遵守，因此看不出有任何要突破一事不再理原则而重新起诉的必要。当然，审理过程中被告人自动投案或者被抓获的，控方可能因此发现犯罪事实同一性范围之外的新事实，此时属于一个新的诉讼标的，那么控方可以追加起诉，法院基于诉讼经济原则可以合并审理，但此绝非重新起诉。如果审理过程中被告人自动投案或者被抓获，控方因此发现了犯罪事实同一性范围之内的事实偏差，此时基于一事不再理原则，应该禁止再诉。毕竟，发现事实偏差可以说是刑事诉讼中的常态，法庭调查的结果不可能与起诉书指控的内容严丝合缝。如果这种情况下控方有重新起诉的冲动，那么说明控方很可能之前在未将事实调查清楚、未达到起诉标准时就提起了公诉，如此则更应当禁止重新起诉。因此，比较妥当的方式是法院依职权重新审理。当然，审理过程中法院依职权重新审理是否也有违一事不再理原则，还需要讨论既判力的时之范围。如前文所述，既判力产生的时点并不必然与裁判生效的时点重合。尤其既判力时之范围的有力说，是言辞辩论终结说。言辞辩论终结前，当然没有争议，既判力尚未产生，因此不生违反一事不再理的问题。至于言辞辩论终结后，法院依职权重新审理，笔者认为也并不违反一事不再理原则。上文已述，将言辞辩论终结时设定为既判力产生的时间点，在于此时通常是调查、辩论犯罪事实的最后时间点。而上述情况下的重新审判实质上是就相同被告人的相同犯罪事实再行调查与辩论，属于法律规定再开言辞辩论的例外情形，调查、辩论犯罪事实最后可能的时间点相应延后，因此既判力产生的时间点也就对应后移，即以重新审理中言辞辩论终结时为既判力的产生时点。所以，言辞辩论终结后，法院依职权重新审理无论从既判力的物之范围还是时之范围来看，皆不违反一事不再理原则。

其次，《刑事诉讼法》第二百九十五条第二款规定：“罪犯在判决、裁定发生法律效力后到案的，人民法院应当将罪犯交付执行刑罚。交付执行刑罚前，人民法院应当告知罪犯有权对判决、裁定提出异议。罪犯对判决、裁定提出异议的，人民法院应当重新审理。”意指仅缺席审判作出的有罪判决生效后，罪犯提出异议的，人民法院应当重新审理。此时判决已有既判力无疑，无论采取何种方式启动重新审理，都将有违一事不再理原则。但是法律明定此时也应当重新审理，可以说缺席审判作出有罪判决，判决生效后的重新审理，构成了一事不再理原则的例外。之所以此时要牺牲法之安定性，理由在于法治程序的坚守。“刑事诉讼中的缺席审判是天然有缺陷的审判制度”，“现代刑事诉讼中，尤以被告应当到场为要，审判时被告人到场的意义，在现代刑事诉讼中包含两个方面：从审判者的角度而言，审判时被告人到场是被告人应当履行的义务，为此，可以强制其出庭受审；从被告人的角度来说，根据联合国人权公约的规定，被告人出席法庭审判是被告人的权利，不能剥夺。刑事诉讼中的被告人的诉讼权利、诉讼行为已成为现代刑事诉讼进程的重要推动力，审判的内容也需要以其诉讼权利的行使（包括积极参与法庭调查、法庭辩论等）为依据。”<sup>①</sup>换句话说，被告人“既

<sup>①</sup> 王敏远：《刑事缺席审判制度探讨》，《法学杂志》2018年第8期，第45页。

有权利也有义务于审判时在场,也可以说,在场是被告不可任意处分或放弃的权利”。<sup>①</sup>当立法者规定缺席审判时,“往往不可避免地妨碍了被告人行使防御权”,尤其是直接冲击听审权与在场权。而且,被告人不到场也危及直接审理原则,法官无从获得对被告人的直接印象。所以大多数国家、地区的立法往往原则上明文禁止缺席审判,如我国台湾地区刑事诉讼法第二百八十一条第一项规定:“审判期日,除有特别规定外,被告不到庭者,不得审判”。“因此,当立法者要拟定被告在场权利与义务的例外规定时……本就应该同时考量对被告上开程序权利的限制正当理由何在,以及如何进行程序补偿措施,以免侵害被告防御权。”<sup>②</sup>而重新审判恰恰就是补正缺席审判固有缺陷的程序补偿措施,借以回归到被告人听审权、在场权保障以及直接审理的一般程序中。同理,重新审判突破一事不再理原则的正当地理由也在于此,回归到被告人听审权、在场权保障与直接审理的一般程序,此时法之安定性让位于法治程序的保障。

最后,立法规定了“审理过程中”,也规定了有罪“判决、裁定发生法律效力后”,根据《刑事诉讼法》第二百九十四条的规定,缺席审判一审后可以上诉。那么,一审有罪裁判宣判、送达后,在上诉期间内,受判决人到案的,应当如何处理呢?遵循例外从严的解释原则,笔者认为受判决人无论对判决、裁定提出异议与否,都应当重新审理,而非只能有异议时进入二审程序,以便尽早回归到被告人听审权、在场权保障和直接审理的一般程序中,简言之,只要有条件就要尽可能早地回归通常的审判程序。这种情况下,既判力同样已经在言辞辩论终结后产生,笔者认为此时法院依法重新审理不违反一事不再理原则,虽然判决已经宣判或者送达,但是尚未生效,亦即同一诉讼范围内,裁判尚未产生不可撤销性(Unanfechtbarkeit),也未有终结作用(Beendigungswirkung)。<sup>③</sup>此时,重新审理如上所述,例外地再次开启了言辞辩论,导致后移既判力产生时间点的效果。这与普通程序中,一审上诉后进入二审,既判力产生时点随之后移的道理相同。但如果检察官再行起诉则有违一事不再理原则,原因与审理中再行起诉一致,属于重复起诉。

综上所述,审理中直至判决生效前,缺席审判的被告人、受判决人自动投案、被抓获或到案的,控方重新起诉将有违一事不再理原则,甚或同时违反控诉原则,重新起诉也实无必要,甚至有害。但法院依法重新审理的,与一事不再理原则并不产生冲突。有罪判决生效后,罪犯到案,对判决、裁定有异议,此时无论采取何种方式重新审判,都有违一事不再理原则,法律明确规定的重新审判构成一事不再理原则的例外。

#### 四、完善重新审判制度的立法建议

从上述分析可知,缺席审判后如何启动重新审判应当根据被告人、受判决人、罪犯主动投案、被抓获或到案的不同程序阶段分别设计。

第一种情形,被告人在审判过程中到案的,此时只应当由法院依职权无条件启动重新审理。理由如上所述,法院依法启动再审与一事不再理原则不生龃龉,但如果控方重新起诉则同时有违一事不再理原则与控诉原则,而且也实无必要重新起诉。换句话说,无理由设置一事不再理原则的例外,而且允许控方重新起诉可能实质上放松缺席审判的起诉标准,故应当禁止。

第二种情形,法院缺席审判一审作出有罪判决,但判决尚未生效,此时受判决人如果到案,无

① 林钰雄:《命被告退庭行隔别讯问之缺席审判——探究刑事诉讼法第一六九条的失落法理》,(台)《月旦法学杂志》2016年第1期,第63页。

② 林钰雄:《命被告退庭行隔别讯问之缺席审判——探究刑事诉讼法第一六九条的失落法理》,(台)《月旦法学杂志》2016年第1期,第56、63页。

③ 参见林钰雄:《刑事诉讼法(下册)》,第59页。

论受判决人对裁判结果有无异议，都只应当由法院依职权启动重新审理，而非有异议时进入二审程序。理由如上所述，鉴于缺席审判的固有缺陷，只要有条件就应当尽可能早地回归到保障被告人听审权、在场权以及直接审理的一般程序中。法院此时依法启动重新审理并不违反一事不再理原则，但控方重新起诉则如同第一种情形是重复起诉，应当禁止。

第三种情形，法院缺席审判作出有罪判决并生效后，罪犯对判决、裁定提出异议的，应当重新审理。此时，笔者认为无论何种方式启动重新审理皆可。理由在于，无论何种方式都将有违一事不再理原则，但为补足缺席审判的固有缺陷，保障被告人权利，回归法治程序，有充分理由突破一事不再理原则，设置重新审理程序。既然有必要，同时法律也明确规定必须践行这一一事不再理原则的例外，那么此时设置有利于被告人，同时回归法治程序的途径当然多多益善。缺席审判的有罪生效判决可能是一审也可能是二审判决，根据《刑事诉讼法》第二百九十五条的规定，重新审理由作出生效判决之原审法院管辖，比较法上重新审判（erneute Hauptverhandlung），“案件通常回复原审之一般程序”，<sup>①</sup>我国再审程序启动后进行重新审判，根据《刑事诉讼法》第二百五十六条的规定，也是如此。因此，缺席审判作出有罪判决生效后的重新审理，可以准用此规定。至于重新审理后原判决是否继续执行，笔者认为案件重新审理后，案件（同一被告人的同一犯罪事实）回到了未决的不确定状态，也就是说重新审理的决定或裁定实际上“具有排除原判决既判力以及可执行性之效力”，<sup>②</sup>原生效判决应当停止执行。

（责任编辑：龚赛红）

## Relationship Between Trail De Novo of Ex Parte Verdict and Ne Bis In Idem — On the Perfection of Trail De Novo Procedures

Li Boyi

**Abstract:** The *Code of Criminal Procedure* stipulates that if the defendants turn themselves in or get arrested during the ex parte verdict, or the criminals raise an objection after the verdict takes effect, the court must rehear the case. According to some researchers, since this trail de novo provides defendants with an opportunity to plead in the court instead of giving negative evaluations, the prosecutors' refileing the case does not violate the principle of ne bis in idem. However, the author believes that from the perspective of the scope of things and the scope of time of res judicata, the refileing before the verdict takes effect does not conform to the principle of ne bis in idem, and the principle of ne bis in idem is violated after the verdict takes effect whether the case is refiled or not. As the legitimate exception to the principle of ne bis in idem, the trail de novo aims to remedy the inherent defect of ex parte verdict and guarantee the defendant's right to be heard and right to be on the scene. As to the starting mode of the trail de nove, the prosecutor is allowed to refile only after the guilty verdict is made during the ex parte verdict and takes effect and when the criminal dissents from the verdict. Under other circumstances the trail de novo must be started by the court.

**Keywords:** ex parte verdict; trail de novo; the principle of ne bis in idem; protection against double jeopardy; same transaction test

① 林钰雄：《刑事诉讼法（下册）》，第540页。

② 林钰雄：《刑事诉讼法（下册）》，第539页。