

# 再类型化：境外型缺席审判程序的实践困境突破<sup>\*</sup>

王一超

---

**【摘要】**《刑事诉讼法》第291~295条未区分案件类型对境外型缺席审判程序适用统一的送达标准，并在裁判生效后一律给予重新审理机会。这种一体化设计易导致程序虚置的风险。比较法经验显示，境外型缺席审判程序可包含被告人主动放弃出庭权和未主动放弃出庭权两种类型，不同类型程序的适用条件不同，对送达要求及裁判生效后是否允许重新审理的态度存在差异。我国境外型缺席审判程序欲走出当前的实践困境，须进行再类型化改革：国家机关在送达方面应足够勤勉，但是否允许缺席审判不再“唯送达结果论”，而是通过送达结果识别程序类型；重新审理亦非普惠性救济，应根据不同类型给予分殊化的救济保障。

**【关键词】**刑事缺席审判 再类型化 送达 重新审理

**【作者简介】**王一超，法学博士，中央民族大学法学院讲师。

**【中图分类号】**D915.3      **【文献标识码】**A

**【文章编号】**2097-1125(2023)09-0117-19

---

## 一、问题的提出

2018年10月26日修改通过的《中华人民共和国刑事诉讼法》（以下简

---

<sup>\*</sup> 本文系国家法治与法学理论研究项目“国际刑事司法合作视野下的缺席审判程序研究”（19SFB3026）、中央民族大学青年教师科研能力提升计划项目“刑事缺席审判程序的实践路径研究”（2022QNPY42）的阶段性成果。

称《刑事诉讼法》)终于在立法层面确立了境外型缺席审判程序。<sup>①</sup>该程序可谓“千呼万唤始出来”。然而,新法生效后仅对程三昌一案<sup>②</sup>进行了缺席审判,其在实践中的适用频率可见一斑。诚然,缺席审判程序所涉及的案件大多受到国际刑事司法合作形势等因素的影响,程序“备而不用”或许系基于特定的政策考虑。<sup>③</sup>然而,这背后更为重要的原因恐怕在于当前程序规范的可操作性不强。程三昌案件的标志性意义尚不足以完全打消对缺席审判程序虚置的顾虑。本案中,《刑事诉讼法》第291~295条规定的各种程序可能性并未有机会得以一一检验。如果着眼于整个刑事缺席审判程序,这些被雪藏的“程序痛点”便极有可能成为其从“纸面上的法律”转向“行动中的法律”的现实障碍。“如果法律不能被执行,那就等于没有法律。”<sup>④</sup>刑事缺席审判程序如果仅满足于象征性立法,不仅无助于惩治外逃腐败分子,还会弱化我国的司法权威。鉴于此,笔者认为,在当前形势下依然有必要对该程序的可行性做进一步检视。

对现行缺席审判程序可行性的评价可以转化为以下两个具体问题:第一,具有缺席审判必要的案件是否都能够顺利适用该程序;第二,程序适用的成本是否合理。遗憾的是,目前这两个问题的答案都是否定的。我国增设缺席审判程序主要是为了加大对外逃腐败分子的打击,特别是针对被追诉人外逃且追逃效果不佳的案件。经验表明,被追诉人潜逃境外下落不明以及国际刑事司法合作不力是影响追逃效果的两大主要原因,这两类案件无疑具有最为紧迫的缺席审判需求。然而,现行缺席审判程序的启动条件规定却将上述情况排除在外,导致实践中的程序需求与规范层面的程序供给之间出现了严重的“供求失衡”。不仅如此,那些符合程序启动条件、可以适用该程序的案件审判情况也不容乐观。盖因现行缺席审判程序的适用成本过于高昂,且成本构成并非完全合理。为了保障正当程序而支付的合理程序成本是可以接受的,但现行程序设计将缺席审判程序的整体适用成本抬高至合理范围之上,无疑将影响该程序在实践层面的运用。

笔者认为,上述有关缺席审判程序的不足应归因于现行法对该程序的一体化设计理念。与《刑事诉讼法》第296、297条规定的程序类型不同,境外型缺席审判程序中被告人无法亲自参加庭审的原因具有多样性,相应地,

① 即《刑事诉讼法》第291~295条规定的内容。如无特别说明,后文中“缺席审判”专指此类型的缺席审判程序。该表述参见初殿清:《美国启动刑事缺席审判的规范限定与司法裁量》,《环球法律评论》2020年第3期,第37~38页。

② 河南省郑州市中级人民法院(2021)豫01刑缺初1号。

③ 参见聂友伦:《刑事缺席审判的构建基础与实践展开》,《内蒙古社会科学》2020年第3期,第131页。

④ [英]洛克:《政府论》下篇,叶启芳、瞿菊农译,商务印书馆1964年版,第138页。

适用缺席审判程序的正当性风险也存在差异。但是，现行程序设计未对不同情况作进一步区分，而是将其笼统归入境外型缺席审判程序这一大类型之下，以同样的程序对待。那么，为了防止程序的正当性保障出现缺口，一体化程序设计便要“就高不就低”，对各环节可能出现的正当性风险均设置相应的保障措施。如此一来，某些具有缺席审判必要的案件将被排除，而那些单独看来具有正当性的程序设计又会被迫“叠加”适用。叠床架屋的程序保障势必导致边际效益递减，徒增程序成本，对被追诉人的权利保障并无实益。因此，将境外型缺席审判程序再类型化、对不同类型案件中各项程序要求的必要性加以甄别，将有助于走出上述实践困境，发挥该程序应有的效能。

## 二、类型混同下境外型缺席审判程序的实践困境

缺席审判程序的复杂性主要表现在不同案件中的程序正当性风险存在差异，程序设计须对此予以回应：一方面，对具有重大程序风险且无法弥补正当性缺陷的案件，排除对其缺席审判的可能；另一方面，对已经缺席审判的案件，通过救济程序对其正当性瑕疵进行修复。这种“个性化”的程序回应集中体现于启动程序和救济程序，<sup>①</sup>但现行法将不同案件类型混同在一起。这种一体化设计导致的实践尴尬具体表现在：《刑事诉讼法》第291条中对被追诉人“在境外”条件的笼统规定、第292条关于境外送达的统一要求以及第295条第2款将重新审理作为普惠性的救济程序。

### （一）“在境外”条件扩大了程序的潜在适用范围

根据《刑事诉讼法》第291条，“犯罪嫌疑人、被告人在境外”是检察机关提起公诉、法院对其缺席审理的前提条件之一。这既是限权规范，排除了对境内潜逃被追诉人缺席审判的可能，同时也是授权规范，指示了该程序潜在的案件适用范围。一方面，如果被追诉人仍在境内，在其拒绝出庭时强制其到案是国家机关不可推卸的职责，且此时国家强制力的行使并不存在主权范围的限制，故对其缺席审判欠缺正当性。另一方面，“在境外”的笼统表述又将此程序潜在的适用范围过分扩大，将大量未必适宜缺席审理的案件囊括其中。

现行规范只要求证明被追诉人“在境外”，对以下三方面信息没有做进

<sup>①</sup> 尽管缺席审判程序启动后的各项程序设计（如强制辩护要求）的目的也是维护该程序的正当性，但其无须区分案件类型，可以对所有缺席审判案件一体化适用，故并非对不同案件正当性风险的“个性化”程序回应。

一步甄别：“在境外”是基于主观原因还是客观原因；“在境外”状态的起始时间及持续时间；“在境外”的具体下落是否明确。其一，“在境外”与“潜逃境外”不同，<sup>①</sup>它既包括被追诉人犯罪后潜逃境外的情况，也包括他们因其他原因出境后在境外滞留不归等情况。<sup>②</sup>法律对被追诉人是由于主观原因还是客观原因而身处境外的评价应有不同。如果被追诉人系因自身主观原因潜逃境外，对其缺席审判具有正当性。然而，如果被追诉人在境外是客观原因所致（如其在国外身患严重疾病不能远行，或其因特定的外国法原因无法被成功引渡，或其在境外因其他犯罪正在服刑或被羁押），<sup>③</sup>被追诉人很可能在主观上希望回国受审，强制缺席审判就会剥夺其出庭权，欠缺正当性。其二，被追诉人是自始不在案还是在诉讼程序启动后才缺席，意味着其参与诉讼的程度不同，对程序进程的了解程度不同，在缺席问题上的自身可归责程度亦有不同。相应地，对其缺席审判的正当性风险存在差异。一般而言，被追诉人部分缺席代表其对诉讼知情，不出庭可被推定为恶意逃避诉讼，对其缺席审判更易得到认可；可如果被追诉人是完全缺席，他可能对自己涉讼一事完全不知情，那么启动缺席审判应更谨慎，并须辅以更周全的程序保障。此外，被追诉人在境外的原因会随着时间推移而变化，此区间设置得越宽，其回国受审的概率越大。违法所得没收程序对犯罪嫌疑人、被告人逃匿有“通缉一年后不能到案”的要求就是出于此考虑。而缺席审判程序不要求犯罪嫌疑人、被告人“在境外”的持续时间，这不仅可能造成不必要的程序启动、浪费诉讼资源，还可能导致对被追诉人的“程序突袭”，侵犯其诉讼利益。其三，“在境外”本身不要求检察机关知晓被追诉人在境外的具体地址，即包含了其在境外但下落不明的情形。<sup>④</sup>然而，查明并锁定被

① 基于这一点，笔者未将《刑事诉讼法》第291~295条规定的程序类型称为“外逃型缺席审判”，但也有观点认为此种情形下的缺席审判即指被告人潜逃境外，参见吴进娥：《我国刑事缺席审判“重审规则”的合理性证成——基于程序类型化的研究进路》，《法学论坛》2021年第4期，第136页。

② 参见王爱立主编：《中华人民共和国刑事诉讼法释义》，法律出版社2018年版，第617页。

③ 参见黄风：《对外逃人员缺席审判需注意的法律问题》，《法治研究》2018年第4期，第59页。

④ 根据《人民检察院刑事诉讼规则》第505条第4款的规定，检察机关提起公诉，应当向法院提交被告人已出境的证据。尽管《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》（以下简称《最高院解释》）第598条要求法院对检察机关根据缺席审判程序提起公诉的案件，重点审查包括被告人明确的境外居住地、联系方式等基本信息，但这仅为一项提示性规定。参见喻海松：《刑事诉讼法修改与司法适用疑难解析》，北京大学出版社2021年版，第50~51页。也有观点认为如果被追诉人下落不明，不能视为其“在境外”，参见董坤：《职务犯罪案件缺席审判在监察与司法中的衔接》，《江海学刊》2022年第1期，第183页。

追诉人的境外居住地是有效送达的前提，如果检察机关将此类案件提起公诉，后续的送达会极为困难。尽管对其缺席审判有一定合理性，但由于欠缺可操作性，缺席审判程序将根本难以启动。

## （二）统一送达要求阻碍了部分案件的程序启动

通过对境外送达提出更高要求来保障被告人的知情权，是刑事缺席审判程序设计的一大重点。但是，当前关于境外送达的统一严格要求可能成为一部分具有缺席审判必要案件的首要可行性障碍。“一些刑事缺席审判案件可能会因文书送达方面的困难或障碍而被长期拖延，甚至永久搁置”，<sup>①</sup>而这恰恰是我国增设该程序时希望能够避免的。

有关国际条约规定的司法协助方式、通过外交途径提出的司法协助方式以及被告人所在地法律允许的其他方式，是现行法明确认可的三种送达方式。尽管立法上将三者以“或者”联结，看似为境外送达提供了多种选择，但事实上，它们适用的案件类型是一致的，即送达时已知晓被告人在境外的确切住址。不仅如此，司法协助送达的成功还要以获得被告人所在国的官方送达支持为前提。而实践中，为防止他国以文书送达请求规避引渡程序，各国往往保留着某些情况下不执行有关送达请求的裁量权，特别是对要求被送达对象作为刑事被告人出庭的文书，被请求国往往不负有送达义务。<sup>②</sup>这就再次限缩了可缺席审判的案件范围。前文已述，被追诉人潜逃境外下落不明以及国际刑事司法合作不力是影响追逃效果的两大主要原因，此类案件更有必要缺席审判。然而，现行境外送达要求却没有为其开路，尤其是对被告人主动设置联络障碍以阻碍送达的问题并没有给出有效的应对方案。

或许有人会说，立法机关就此有意做了留有空间的规定，<sup>③</sup>对无法通过刑事司法协助进行送达的案件，仍可通过被告人所在地法律允许的其他方式送达。但如果此种送达方式仍然是以被告人在境外下落明确为前提，那么其对缓解境外送达难的效果将十分有限。而真正有助于纾解此困难的公告送达，却未在立法中得到明确认可。或许还有人会说，审议通过的条文表述将“被告人收到传票和起诉书副本”修改为“传票和起诉书副本送达后”，足见立法机关已经考虑到因被告人恶意拒收而无法送达的情形，并用“视为送

<sup>①</sup> 黄风：《刑事缺席审判与特别没收程序关系辨析》，《法律适用》2018年第23期，第5页。

<sup>②</sup> 参见黄风：《国际刑事司法合作的规则与实践》，北京大学出版社2008年版，第137～138页。

<sup>③</sup> 参见李寿伟主编：《中华人民共和国刑事诉讼法解读》，中国法制出版社2018年版，第723页。

达”的方式加以应对。<sup>①</sup>然而,根据现行规范,能够被评价为“视为送达”的情形十分有限,<sup>②</sup>况且“视为送达”只能解决被告人送达地址明确却无法获得送达回执的问题,对被告人下落不明无能为力,亦无法应对被告人主动造成的送达障碍。

必须承认,保障境外被告人的知情权是缺席审判程序的正当性基础,这也是缺席裁判能够得到国际认可、实现以审促返的前提。但现行规定因忌惮送达可能导致的程序正当性争议而一概禁绝其他送达可能,未免投鼠忌器。由法院将诉讼文书直接送达给被告人本人,这虽是对其知情权保障争议最小的方式,但并非唯一方式。实践中,被追诉人对案件情况的知晓不一定都来自法院。部分被追诉人可能是在审前阶段收到其他国家机关送达的法律文书后主动设置联络障碍,导致后续法院无法送达。若此时仍僵化适用《刑事诉讼法》第292条的统一标准,就已经偏离了该条的规范保护目的,变成对境外被告人逃避刑事制裁的纵容。

### (三) 普惠性重新审理程序导致救济过剩

《刑事诉讼法》第295条第2款是此次立法审议过程中争议最大的问题:赞同现行立法规定的一方基于引渡合作需要的考虑,将重新审理作为裁判生效后被追诉人到案的普适性救济程序;而反对者认为,一律重新审理会导致司法资源的浪费,动摇生效裁判的稳定性。<sup>③</sup>乍一看,争议双方似乎都有道理。一方面,与对席审判相比,缺席审判程序在被告人诉讼参与权的保障方面天然存在程序瑕疵,若允许直接执行缺席裁判,将对被追诉人的公平审判权造成根本性侵害。<sup>④</sup>但另一方面,根据刑事诉讼基础理论,生效裁判一经作出,对外即产生一事不再理的效力,<sup>⑤</sup>除非原裁判确有错误,否则应禁止作出与其内容相左的新裁判。《刑事诉讼法》第295条第2款中规定的重新审理并不要求缺席裁判存在错误,而是将其作为一

① 参见王爱立主编:《中华人民共和国刑事诉讼法释义》,法律出版社2018年版,第624页。

② 《最高院解释》只在第204条第3款、第495条中使用了“视为送达”的表述。

③ 参见喻海松:《刑事缺席审判程序的立法进程》,《法律适用》2018年第23期,第43~44页。

④ 基于此,缺席审判是各国普遍的拒绝引渡事由,除非被请求国承诺给予被引渡人一定救济,如重新审判的机会,以弥补其因缺席审判而被克减的诉讼权利。我国对他国的缺席审判请求亦持这一态度。《中华人民共和国引渡法》第8条第8项规定:“请求国根据缺席判决提出引渡请求的”,应当拒绝引渡;“但请求国承诺在引渡后对被请求引渡人给予在其出庭的情况下进行重新审判机会的除外”。在以互惠为原则的国际刑事司法合作中,我国理应以同样的标准自我要求。

⑤ 参见[日]田口守一:《刑事诉讼法》,张凌、于秀峰译,法律出版社2019年版,第555页。

种类类似于上诉的一般救济，被追诉人到案后只要提出异议，对异议理由无须审查均应重新审理，<sup>①</sup> 这势必会影响生效裁判的既判力，而且会造成诉讼资源浪费。

笔者认为，问题并不在于重新审理程序本身，而在于其被设定成对所有缺席审判案件普遍适用的救济程序。诚然，重新审理的程序设计对满足引渡需求具有一定积极作用。然而，引渡并非唯一的追逃手段，<sup>②</sup> 亦非最为经济有效的追逃手段。而且，若案件已经进行到缺席审判阶段，往往在此之前已有过引渡或其他合作请求，但效果并不理想，故不宜再对成功引渡抱有过高期望。为适配追逃效果有限的引渡而将重新审理设置为缺席审判普适的救济程序，实无必要。<sup>③</sup>

分析重新审理程序的正当性，需要从诉讼制度原理的角度进行挖掘。作为一项救济程序，重新审理的前提在于缺席审判中被追诉人的某些重要程序权利遭到克减，救济的边界不得超出相关原权利的意旨。<sup>④</sup> 被告人出庭是其在庭审中亲自举证质证、行使自行辩护权以及进行最后陈述的前提，是保障被告人程序参与权最为直接有效的途径。在缺席审判中，被告人的缺席致使其无法亲自行使上述权利，这才有讨论救济程序的必要。由于被告人出庭参与诉讼以其知情为前提，故立法在缺席审判送达程序的设计方面花费了诸多心思，甚至不惜牺牲了部分案件的程序启动可能性。若经由严格的送达程序已充分保障了被告人的知情权，是否出庭便取决于被告人自己的选择。即使不出庭也是他自己对出庭权的处分，不是对其出庭权利的侵害，自然也就没有救济的必要。此种情形下，被告人不出庭并不妨碍法院作出“对席裁判”。<sup>⑤</sup> 该裁判与经普通程序作出的裁判具有同等效力，可直接执行，并可直接作为请求引渡的依据。只有在被告人未获有效送达或未主动放弃出庭权的场合，才有程序参与权被克减的风险，重新审理作为一种救济程序才具有理论上的正当性。权利救济应当“充分但不过分”。若不区分缺席审判的类型，一律允许重新审理可能造成不同案件之间的权利保障失衡。对那些已经获得有效送达的被告人而言，普惠性质的重新审理程序给予他们一次额外的

① 参见王爱立主编：《中华人民共和国刑事诉讼法释义》，法律出版社2018年版，第633～634页。

② 关于国际刑事司法合作中其他可以替代引渡的追逃措施，参见黄凤：《引渡问题研究》，中国政法大学出版社2006年版，第119页。

③ 参见邵劭：《我国刑事缺席审判程序中的异议权》，《中国法学》2021年第5期，第106～108页。

④ 参见邵劭：《我国刑事缺席审判程序中的异议权》，《中国法学》2021年第5期，第111页。

⑤ 参见[法]贝尔纳·布洛克：《法国刑事诉讼法》，罗结珍译，中国政法大学出版社2009年版，第523页。

出庭参与诉讼的机会。这种比在对席审判中更为优越的待遇会给人一种鼓励行为人犯罪后潜逃的不良观感。

此外，这还是一个关乎诉讼成本的问题。对已获有效送达的境外被告人而言，是否回国参与诉讼取决于他个人的选择，相较于对席审判中的被告人，他并没有失去什么权利，自然没有理由获得额外救济。法院经由严格的境外送达程序本可对此类被告人加以识别，但现行规定对此并不关注，无论文书是否有效送达，一律允许重新审理，缺席判决视为未曾作出，整个缺席审判程序也要被撤销。程序若如此运行，成本必然会过分高昂，作为“理性人”的司法机关会更倾向于对该程序避而不用。更为严重的是，一律重新审理还会损害相关主体在前序程序中保障缺席被告人各项诉讼权利的积极性，而将希望寄托于其到案后的重新审理。这又会成为他国指责我国对缺席被告人权利保障不力的口实，反过来给我国请求引渡及其他国际刑事司法合作带来障碍。

### 三、类型区别：境外型缺席审判程序的比较法经验

比较法经验显示，能否对特定被告人缺席审判，以及如何对其缺席审判，在很大程度上取决于被告人对其出庭权的态度。被告人主动放弃出庭权是比较法上普遍认可的缺席审判程序启动条件。但这并不意味着，只要被告人没有主动放弃出庭，就完全禁止缺席审判的可能。以被告人下落不明为例，尽管此情形下因无法联络到被告人而无法获知其出庭与否的意愿，但是亦存在允许缺席审判的立法例，只不过须搭配相应的前置程序和救济程序规定。在比较法上，上述两类刑事缺席审判程序均可支持，但是由于二者在被告人权利保障的充分性上存在差异，需要在具体程序上区别对待。这种类型区别思维不仅体现于各国的国内立法，在欧盟、联合国的相关法令规范及判例中亦有体现。

#### （一）被告人主动放弃出庭权的缺席审判程序

被告人的出庭权是他行使其他众多诉讼权利的前提，具有基础性地位，任何情况下均不容剥夺。但是，出庭作为一项权利，更多是出于保护被告人的目的。因此，如果被告人自愿放弃出庭，继续推进诉讼便不应再受非难。倘若在开庭前已经给予过被告人出庭机会，但其主动表示不出庭，那么缺席审判就是对被告人处分权的尊重，而不是对他出庭权的侵害。在此种情形下，被告人即使未亲自出庭，也可以由律师代其行使各项诉讼权利。此类型的缺席审判其实与对席审判无异，被告人的各项权利没有受到减损，他有参与诉讼的机会与途径，对席审理过程中的诉讼对抗在此处同样能够实现。根据2016年3月9日欧盟发布的《关于强化刑事程序中无罪推定的某些方面



和出庭权的指令》（以下简称《指令》）第8条第3款，<sup>①</sup> 满足前述条件的缺席裁判可直接执行。可见，欧盟立法也将此类缺席裁判置于与对席裁判同等的地位。相关法律文书已经有效送达以及被告人主动放弃出庭权，是启动此类型缺席审判程序必不可少的程序要求。

#### 1. 以“明确已知”规则为有效送达标准

为保障被告人的知情权，最稳妥的送达方式无疑是将相关文书直接送达被告人本人。然而，考虑到境外送达的实际困难，国际上对缺席审判普遍不要求必须直接送达本人，而是适用“明确已知”规则。<sup>②</sup> 根据2009年欧盟《关于加强被告人程序性权利和促进对缺席判决相互承认原则适用的框架决议》（以下简称《2009年框架决议》）第2条第1款第（a）项，<sup>③</sup> “明确已知”规则不限制具体的送达方式，除送达被告人本人之外，还可以通过其他方式送达，只要能够明确证实被告人已经对送达内容知情，送达即为有效。该规则允许不将文书送达被告人本人，看似降低了送达标准，实则不然。根据上述标准，只要文书不是直接送达给被告人本人，就需要额外证明他本人已对此知情。即使是送达给被告人的律师，且这种送达方式符合国内法的要求，也不例外。<sup>④</sup> 同理，该规则也不认可国内法中扩大化的“直接送达”概念。<sup>⑤</sup> 根据欧盟法院的意见，将相关法律文书送达给与被告人共同居住的其他成年人并不足以保证送达有效，仍须另外证明该送达方式已经让被告人实际上知情。<sup>⑥</sup>

“明确已知”的送达规则着眼于被告人对案件信息知晓的结果，而不

① 参见 DIRECTIVE (EU) 2016/343 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 9 March 2016 on the strengthening of certain aspects of the presumption of innocence and of the right to be present at the trial in criminal proceedings, Official Journal of the European Union, L 65/1, 11 March 2016。

② 参见郭晶：《缺席审判与引渡追逃的紧张关系及突破》，《吉林大学社会科学学报》2019年第6期，第78页。

③ 参见 COUNCIL FRAMEWORK DECISION 2009/299/JHA of 26 February 2009 amending Framework Decisions 2002/584/JHA, 2005/214/JHA, 2006/783/JHA, 2008/909/JHA and 2008/947/JHA, thereby enhancing the procedural rights of persons and fostering the application of the principle of mutual recognition to decisions rendered in the absence of the person concerned at the trial, Official Journal of the European Union, L81/24, 27 March 2009。

④ 参见 ECHR, *Yavuz v. Austria*, judgment of 27 May 2004, Application no. 46549/99, para. 49; ECHR, *Kaya v. Austria*, judgment of 8 June 2006, Application no. 54698/00, para. 30。

⑤ 在送达法律文书时，如果收件人本人不在，可以交给与他同住的成年家属代收，此亦为直接送达，与送达收件人本人具有同等效力，无须再另外证明被告人对送达内容知情。根据《刑事诉讼法》第107条第1款，我国认可此种扩大化的“直接送达”。

⑥ 参见 *Openbaar Ministerie v. Pawel Dworzecki*, Opinion of Advocate General Bobek delivered on 11 May 2016, C - 108/16 PPU, EU: C: 2016: 333。

局限于具体的送达方式。这种知晓必须是实际知晓，不能只是基于法律上的拟制。为达到这一目的，在官方正式送达的效果不佳时，可以考虑通过非官方的、间接告知的方式通知被告人。<sup>①</sup> 例如，如果被告人与其家人保持一定联系，在对被告人本人官方送达未果的情况下，可将庭审的时间、地点及相关诉讼权利、义务和程序后果<sup>②</sup>等告知其家人，由其家人转告被告人本人。<sup>③</sup> 在其他送达方式无效时，也可考虑公告送达作为补充。<sup>④</sup> 此外，实践中甚至还尝试过使用脸书、推特等社交平台进行文书送达。<sup>⑤</sup> 尽管除送达被告人本人之外，其他任何送达途径都不能百分之百保证被告人实际知情，而且这也并非对国家机关的义务性要求，但是这对提高被告人实际知情的可能性是有帮助的，也是国家机关在保障被告人知情权方面勤勉行事的体现。如果事后可以证明被告人据此了解了案件信息，将视为已经有效送达。

## 2. 被告人明示或默示放弃出庭权

满足上述有效送达的要求后，接下来要判断的是被告人是否主动放弃出庭权。对该问题的判断不应过分僵化。被告人放弃出庭权既可以通过明示的方式作出，也可以通过某些行为予以默示，但无论是明示还是默示，放弃出庭的意思表示都必须足够明确。<sup>⑥</sup> 被告人明示弃权很容易识别，实践中的认定难点在于默示弃权。根据比较法经验，如果被告人已获得充分通知，但是在开庭期日无正当理由没有出庭，即使他没有作出过放弃出庭的声明，也将认定他放弃了出庭权，与明示弃权具有同等法律后果。

认定被告人默示放弃出庭权必须建立在两大基础之上：其一，被告人必须对庭审相关信息知情，即必须以国家机关已经实施有效送达为前提；其二，被告人须为有能力出庭却无正当理由不出庭。如果他不出庭是因为疾病、不可抗力等不可归责于他自己的原因，那么不出庭就有情有原，应当再

---

① 参见 Maggie Gardner, *Reconsidering Trials in Absentia at the Special Tribunal for Lebanon: An Application of the Tribunal's Early Jurisprudence*, *George Washington International Law Review*, Vol. 43, 2011, p. 116.

② 即若被告人不出庭，可对其缺席审判。此为缺席审判送达文书中必须告知的内容，参见《指令》第8条第2款第(a)项。

③ 参见 *Osiyuk v. Belarus*, Comm. 1311/2004, U. N. Doc. CCPR/C/96/D/1311/2004 (HRC 2009), para. 8.2.

④ 国际上并非一概禁止公告送达，如《黎巴嫩问题特别法庭规约》第22条第2款第(a)项就将公告明确认定为一种合法的送达方式。

⑤ 参见裴显鼎、王秀梅：《全球视阈中的缺席审判研究》，《吉林大学社会科学学报》2019年第6期，第66页。

⑥ 参见《指令》前言第(35)条。

次给予他出庭参与庭审的机会。<sup>①</sup>一般而言，在认定被告人默示放弃出庭权的问题上，争议的焦点往往在于国家机关是否已就相关文书有效送达。根据“明确已知”规则，如果没有通知到被告人本人，就要对国家机关的勤勉义务提出更高的要求。<sup>②</sup>实践中，被告人如果故意逃避追诉，往往会想方设法阻挠国家机关的送达工作。尽管如此，为了守住保障被告人知情权的程序底线，“明确已知”的送达标准不得降低。即使被告人恶意潜逃，国家机关也不能仅仅因为无法追查到被告人就直接跳过有效送达的要求，单凭被告人不出庭就认定他放弃了出庭权。在认定潜逃被告人默示放弃出庭权时，被告人至少需要就案件核心信息获得过一次有效送达，并足以保障其对这些信息“明确已知”。<sup>③</sup>至于被告人系基于何种理由不出庭，这是在有效送达已被证明的前提下才需要考虑的事情。如果案卷材料显示被告人缺席可能是基于其自身不可控制的原因，或者被告人事后提出异议，主张其不出庭是基于正当的理由，则国家机关应当对该缺席理由是否合理进行衡量。<sup>④</sup>

对被告人默示放弃出庭权的认可，很好地实现了被告人权利保障和国家犯罪追诉之间的平衡。此举大大降低了各国证明缺席审判正当性的难度，在实践中具有显著的吸引力。然而，必须承认，这种基于被告人默示行为的事实判断存在一定的误判风险。实践中大部分有关缺席审判的争议也都是围绕此问题而产生。倘若一国以被告人默示放弃出庭权为由启动缺席审判程序，往往需要做好被告人事后提出异议的准备。一旦审查后认为国家机关的送达不合要求，或者虽然送达有效，但被告人缺席确系基于正当理由，则意味着之前对被告人默示放弃出庭权的判断属于事实认定错误。由于被告人其实并未主动放弃出庭权，程序需要纠错，获得的缺席判决不得直接执行，而是需要遵循有关重新审理的程序要求。

## （二）被告人未主动放弃出庭权的缺席审判程序

欠缺被告人对出庭权的主动放弃，原则上不应进行缺席审判。然而，如果被告人在境外下落不明，由于无法与之取得实际联系，被告人是否放弃出

<sup>①</sup> 参见《意大利刑事诉讼法典》第420条-3。本文中有关《意大利刑事诉讼法典》的中译文，参见《世界各国刑事诉讼法》编辑委员会编译：《世界各国刑事诉讼法·欧洲卷（下）》，中国检察出版社2016年版。

<sup>②</sup> 参见ECHR, *Somogyi v. Italy*, judgment of 18 May 2004, Application no. 67972/01, para. 70; ECHR, *Kaya v. Austria*, judgment of 8 June 2006, Application no. 54698/00, para. 30。

<sup>③</sup> 参见ECHR, *Demebukov v. Bulgaria*, judgment of 28 February 2008, Application no. 68020/01。

<sup>④</sup> 参见ECHR, *Medenica v. Switzerland*, judgment of 14 June 2001, Application no. 20491/92, para. 57。

庭权便无从知晓。倘若机械遵循被告人主动放弃出庭权的程序启动标准,有可能使刑事诉讼陷入瘫痪。刑事诉讼不能仅仅考虑被告人一方的利益,也需要综合考虑包括被害人、证人、其他同案被告人在内的其他诉讼参与人以及社会公共利益。被告人的出庭权不应绝对化,如果在其缺席的情况下继续庭审更加符合公共利益,缺席审判亦具有合理性。<sup>①</sup> 认可被告人出庭意愿未知时的缺席审判程序,对解决下落不明被告人的追诉问题具有重要意义。这很好地回应了各国在惩治恶意外逃被追诉人方面的实际需求。欧盟在2016年发布的《指令》中,再次重申对此类缺席审判的支持立场,并且对此类程序适用的前提条件和救济程序加以规定。根据《指令》第8条第4款,成员国只有在已穷尽一切合理努力但仍无法获知被告人所处位置的前提下,才可启动缺席审判,同时还必须给予被追诉人重新审理的机会或其他类似的法律救济。

#### 1. 以国家机关已勤勉履行送达义务为前提

基于程序参与权对被告人的重要性,国家机关应当穷尽一切可能的送达手段,以实现与被告人的联系,告知其庭审相关信息,保障其有机会出席庭审。但如果被告人身处境外,国家强制力的行使受到主权的限制,送达往往需要借助国际刑事司法合作,故很难说无法送达是因为国家机关不够勤勉。对国家机关在送达方面的期待不可不切实际,<sup>②</sup> 如果国内法规定的各种送达手段都已依次进行过尝试,无论是否送达成功,都应认定国家机关已经履行了勤勉义务。

勤勉义务要求国家机关必须首先尝试一切合理的官方正式送达途径,且该义务并不会因被告人确已知情的事实而免除。国家机关不得在送达问题上“坐享其成”。倘若其未依照国内法的规定对送达进行过努力,即使被告人已经通过私人交流或其他非正式的信息途径获知了相关庭审信息而不出庭,也不能据此认定他放弃出庭权。欧洲人权法院在其诸多案件中一再重申该项要求。<sup>③</sup>

① 参见 ECHR, *Colozza v. Italy*, judgement of 12 February 1985, Application. No. 9024/80, para. 29。

② 参见 *Mbenge v. Zaire*, Comm. 16/1977, U. N. Doc. CCPR/C/18/0/16/1977 (HRC 1983), para. 14. 2; *Osiyuk v. Belarus*, Comm. 1311/2004, U. N. Doc. CCPR/C/96/D/1311/2004 (HRC 2009), para. 8. 3。

③ 参见 *Openbaar Ministerie v. Pawel Dworzecki*, Opinion of Advocate General Bobek delivered on 11 May 2016, C - 108/16 PPU, EU: C: 2016: 333, para. 63; ECHR, *Coniac v. Romania*, judgment of 6 October 2015, Application no. 4941/07, para. 53; ECHR, *Somogyi v. Italy*, judgment of 18 May 2004, Application no. 67972/01; ECHR, *T. v. Italy*, judgment of 12 October 1992, Application no. 14104/88, para. 28。

联合国人权委员会在其若干裁决<sup>①</sup>中也同样表示，国家机关是否已经审慎履行了送达义务本身是判断成员国是否违反公约义务的依据。国家须对此承担证明责任，<sup>②</sup>若证明不能，无论被告人实际上是否知情，所进行的缺席审判程序都将被强制归入“被告人未主动放弃出庭权”的类型，作出的裁判不得直接执行。

## 2. 给予重新审理机会作为救济保障

国家机关在送达方面足够勤勉，只能使缺席审判的启动具有正当性，不足以让缺席裁判获得与对席裁判同等的地位。由于被告人的确没有参与到审判程序当中，故缺席裁判不可直接执行，被追诉人有权申请重新审理。重新审理意味着对案件是非曲直进行一次全新的裁断，原缺席裁判将被撤销，包括事实和法律问题在内都会进行重新的审查。<sup>③</sup>被追诉人在重新审理程序中有权出庭，并可以申请调取新的证据。<sup>④</sup>即使没有新证据提交，由于被追诉人到案后会补充对原有证据的质证意见，法院对原证据的认识可能发生变化，故裁判结果亦有可能与原来不同。重新审理不涉及对原裁判内容是否正确进行审查，故无须更换法官。<sup>⑤</sup>此外，重新审理程序无须也不应受制于不加刑原则，否则，就是在给予被追诉人额外的程序利益，<sup>⑥</sup>让他有多一次“稳赚不赔”的审理机会。

根据比较法经验，重新审理并非适用于所有的缺席审判案件，而是只有在被告人未主动放弃出庭权的场合才会给予的特别救济。<sup>⑦</sup>欧盟《指令》第9条中将重新审理救济的适用范围限于未满足《指令》第8条第（2）款的

① 参见 *Mbenge v. Zaire*, Comm. 16/1977, U. N. Doc. CCPR/C/18/O/16/1977 (HRC 1983), para. 14. 2; *Osiyuk v. Belarus*, Comm. 1311/2004, U. N. Doc. CCPR/C/96/D/1311/2004 (HRC 2009), para. 8. 3。

② 参见 *Maleki v. Italy*, Comm. 699/1996, U. N. Doc. CCPR/C/66/D/699/1996 (HRC 1999), para. 9. 3。

③ 参见 ECHR, *Sejdovic v. Italy*, judgment of 1 March 2006, Application no. 56581/00, para. 82。

④ 参见《指令》第9条。

⑤ 参见 EHCR, *Thomann v. Switzerland*, judgment of 10 June 1996, Application no. 17602/91, para. 12 ~ 13。

⑥ 参见 EHCR, *Thomann v. Switzerland*, judgment of 10 June 1996, Application no. 17602/91, para. 28。

⑦ 参见 ECHR, *Medenica v. Switzerland*, judgment of 14 June 2001, Application no. 20491/92, para. 56 ~ 59; ECHR, *Sejdovic v. Italy*, judgment of 1 March 2006, Application no. 56581/00, para. 84; *Stefano Melloni v. Ministerio Fiscal*, judgment of the Court (Grand Chamber), 26 February 2013, C399/11, EU: C: 2013: 107, para. 52; *Openbaar Ministerie v. Pawel Dworzecki*, Opinion of Advocate General Bobek delivered on 11 May 2016, C - 108/16 PPU, EU: C: 2016: 333, para. 76。

案件类型。在欧盟与联合国的若干案件中严格限制了重新审理救济的适用范围。重新审理救济程序首先适用于被告人下落不明的场合。《指令》前言第(39)条明确要求,如果国家机关穷尽一切合理努力仍无法获知被告人的下落,在缺席判决作出后,向被告人送达判决书之时,须告知其有权申请重审。即使被告人的下落不明其实是因为他故意潜逃,但只要他的确未获通知,重新审理救济就依然适用。除此之外,该救济还适用于错误认定被告人主动放弃出庭权,特别是错误认定其默示放弃出庭权的场合。如果事后发现国家机关在送达方面存在瑕疵,或者虽已有效送达但被告人系因正当理由无法在所通知的期日参加庭审,那么被告人实际上并未放弃出庭权,理应享有重新审理的救济机会。

由上可见,比较法经验根据被告人对其出庭权利的态度对缺席审判程序进行了类型区分(参见图1)。据此,缺席审判得出的未必都是缺席判决,只有在被告人的知情权、出庭机会未得到保障时才会给予其重新审理机会,否则缺席审判作出的应为对席判决,可以直接执行。如何设计和适用刑事缺席审判程序,不是一个单纯的国内法问题,我国制定并完善该程序应力求与相关比较法经验标准相适应。梳理该程序在国际上的适用经验,可为我国现行一体化的缺席审判程序走出当前实践困境提供改革完善的方向。

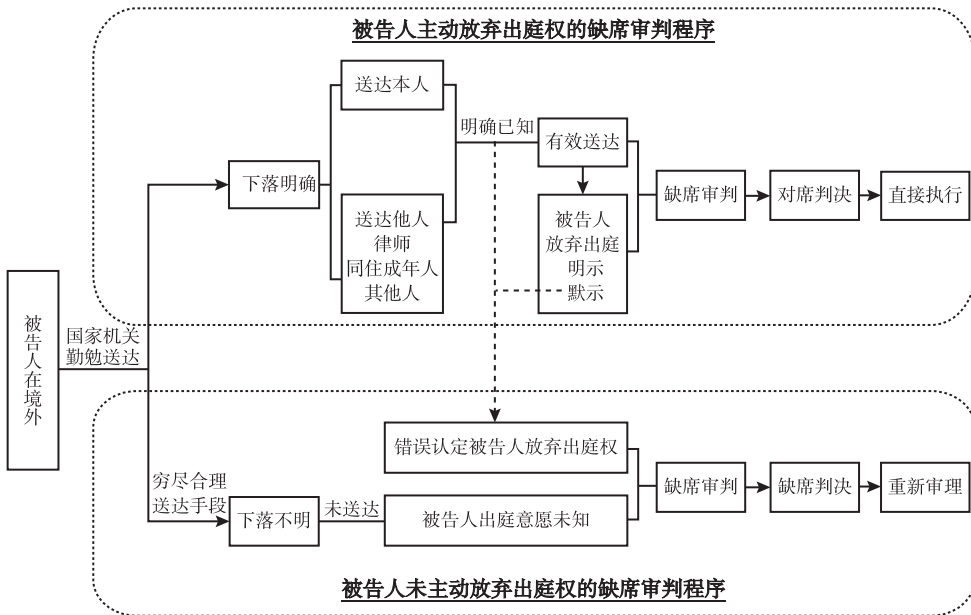


图1 类型区别思维下境外型缺席审判程序适用的比较法经验

#### 四、再类型化：我国境外型缺席审判程序的改革出路

对比相关比较法经验可以发现，我国的缺席审判程序之所以在实践中难以推行，正是因为《刑事诉讼法》第 291 ~ 295 条采取了一体化的程序设计。想要使该程序回归“正当”且“可行”，需要对境外型缺席审判程序再类型化，将其区分为被告人主动放弃出庭权和未主动放弃出庭权两种类型，并在程序的启动和救济方面给予个性化的程序应对。具体而言，在启动程序时，不仅要通过境外送达保障被告人的知情权，还要充分发挥境外送达在程序识别方面的功能；在此基础上，区别具体程序类型给予分殊化的救济程序，在保障救济充分的同时，避免救济过剩。

##### （一）发挥境外送达的权利保障及程序识别双重功能

《刑事诉讼法》第 291 条关于被追诉人“在境外”的要求只是划定了缺席审判程序潜在的适用范围，能否真正启动缺席审判程序，还取决于法院境外送达的情况。为保障缺席审判被告人的知情权，境外送达程序应旨在追求被告人对庭审信息“明确已知”，并将此作为有效送达的判断标准。笔者认为，境外送达程序本身并非被告人“实际知晓”的充分条件，对国家机关不可过分苛责。不妨借鉴比较法经验，将送达行为拆分为国家机关的送达努力与送达结果两个部分，是否启动缺席审判不再“唯送达结果论”，而是将送达结果作为法院识别程序类型的依据。一方面，要求国家机关在送达问题上足够勤勉，尽力追求有效送达，以促成被告人对庭审信息“明确已知”；另一方面，对国家机关在促成有效送达方面的努力不可视而不见，认可前述送达不能情形下缺席审判程序启动的正当性，并将之与有效送达的案件相区分，区别程序类型赋以不同程序救济。

在境外被告人下落明确的案件中，只要国家机关足够勤勉，总是可以与他取得联系，故应要求法院有效送达，确保被告人对庭审信息“明确已知”。法院应当首先通过国际条约<sup>①</sup>的规定或外交途径提出的司法协助方式，请求被告人所在国当局协助送达相关法律文书。考虑到实践中对要求送达对象作为刑事被告人出庭的文书，被请求国往往不负有送达义务，一开始可以尝试先通过司法协助向被告人送达关于案件信息告知、相关诉讼权利告知等不附加诉讼义务要求的比较中性的文书，以实现被告人对诉讼

<sup>①</sup> 除了两国间签订的国际刑事司法协助方面的条约，某些两国均签署的公约也可以成为国际刑事司法协助的请求依据，例如，《联合国反腐败公约》第 46 条、《联合国打击跨国组织犯罪公约》第 18 条均规定了缔约国在送达司法文书方面有提供刑事司法协助的义务。

情况明确已知的目的。<sup>①</sup> 如果上述司法协助申请遭到拒绝,或虽然被请求国同意了协助送达请求,但送达效果不佳,则法院可采用当地法律允许的其他方式进行送达。此处的“允许”应做广义理解,只要当地法律未禁止即在允许之列,且送达的手段不以官方的送达行为为限。例如,可借鉴《关于适用犯罪嫌疑人、被告人逃匿、死亡案件违法所得没收程序若干问题的规定》第12条第2款的规定,采用传真、电子邮件等能够确认其收悉的方式向被告人告知诉讼信息,并记录在案;可借助脸书、推特、微信等网络社交平台进行送达;也可以采取不具有强制力的私人告知方式“劝”被告人回国接受审判。只要能够确保被告人对案件信息实际知情,即使他没有直接声明不会出庭,也可以通过其无正当理由不到庭的行为认定他默示放弃了出庭权。此类案件中法院启动缺席审判将不存在正当性方面的障碍,庭审程序将按照对席审判的原则进行,所作裁判具有与对席裁判同等的效力。

如果被告人在境外但下落不明,法院请求国际刑事司法协助就丧失了基础,亦无法通过其他途径有效送达。现行法律不允许法院在送达遭遇瓶颈时将案件退回检察机关,<sup>②</sup> 倘若也不允许对其缺席审判,这些案件就只能从修法前刑事诉讼普通程序中的诉讼中止状态转变为修法后的缺席审判中止审理状态。缺席审判程序本就是为克服普通程序中的诉讼障碍所作的制度设计,如果将这部分案件排除在外,程序功能会大打折扣。笔者并非主张对此类案件应当一律缺席审判,但如果检察机关审慎裁量之后依然提起公诉,即代表从公共利益角度考虑具有缺席审判的必要,程序设计须为此种送达不能情形之下的缺席审判程序启动预留空间。必须承认,此类案件中被告人的知情权保障存在瑕疵,故不可与前一程序类型混同,所作裁判不可直接执行,被追诉人到案后须给予其重新审理的救济机会。

允许未有效送达而启动缺席审判,须以法院已在送达方面足够勤勉为前提。这既关乎刑事缺席审判程序启动的正当性,亦关乎我国请求引渡等国际刑事司法合作的前景。否则,国际社会可能认为我国随意剥夺境外被告人的诉讼参与权,并可能以此为由怀疑我国存在司法不公甚至政治迫害,进而考虑为境外被告人提供政治庇护,<sup>③</sup> 从而禁绝包括引渡在内的国际刑事

① 参见黄风:《对外逃人员缺席审判需注意的法律问题》,《法治研究》2018年第4期,第63页。

② 无论是在草案审议稿中还是在最终通过的法律条文中,立法机关均未采纳有关送达不成功允许法院将案件退回检察院的意见,参见喻海松:《刑事缺席审判程序的立法进程》,《法律适用》2018年第23期,第42页。

③ 参见黄风:《刑事缺席审判与特别没收程序关系辨析》,《法律适用》2018年第23期,第8页。



司法合作可能。考虑到在与被告人取得联系的过程中，无论国家机关如何努力，总会受到某些限制，故对国家机关送达的勤勉要求须结合被告人本人在获知诉讼信息上的勤勉程度加以考虑。<sup>①</sup> 由于单纯的公告送达无法满足让受送达人“实际知晓”的目的，故国家机关不得不做必要的追逃努力而直接公告送达。如果出境的被告人足够勤勉，每次地址变更都向主管机关报告或登记，那么对国家机关的勤勉要求也会相应提高，公告送达将被禁止，送达不能时的缺席审判程序也将禁止启动。但如果身处境外的被告人不在其出境时登记的地点，且对其位置一直秘而不宣，要求必须将相关文书直接送达其本人未免有些强人所难，反倒是公告送达可能提高被告人实际知晓的概率。

可见，对公告送达，不应一刀切地肯定或否定，而应结合案件的具体情形判断能否予以认可。首先，公告送达不得适用于被告人在境外地址明确的场合。盖因此时总是可以通过正式或非正式的途径与被告人的取得联系，故不得随意降低对有效送达的“明确已知”标准。其次，公告送达只能适用于被告人在境外下落不明的场合，且不可以作为首选的送达方案，只有在其他送达手段已依次采取但效果不佳的前提下才可补充适用。<sup>②</sup> 对境外地址不明的被告人而言，此举虽无法确保其“明确已知”，但在提升其知情的可能性方面是有利的。因此，上述情形下的公告送达不仅是可容许的，而且也是对送达机关的勤勉义务要求。但作为一种司法行为，公告送达与其他送达手段一样，须受国家主权范围的限制，故只能以国境范围内的公告为限。在决定是否启用缺席审判程序时，被告人已身处境外，国内的公告对促成其知情实效有限，更有意义的是在被告人所在国范围内的公告。因此，缺席审判中使用公告送达不能仅满足于国内的公告，还应获得被告人所在国的承认并由其实施。如此一来，公告的范围可及于境外，若被告人通过公告送达确实获知了庭审信息，亦可成立有效送达。若公告期满仍无被告人知情的证据，则可启动送达不能时的缺席审判程序类型。最后，公告送达对被告人知情权的保障效果是“推定”的。除非能够获得被告人确已知情的证据，否则这种“推定知晓”只能令缺席审判程序的启动获得正当性，并不足以令缺席裁判同时获得执行力。为了守住程序正当性的底线，即使该裁判生效也不能直接执行，待被告人到案后还必须给予其重新审理机会作为必要的救济。

<sup>①</sup> 参见《2009年框架决议》前言第（8）条、《指令》前言第（38）条。

<sup>②</sup> 参见樊崇义：《腐败犯罪缺席审判程序的立法观察》，《人民法治》2018年第13期，第45页；杨宇冠、高童非：《中国特色刑事缺席审判制度的构建——以比较法为视角》，《法律适用》2018年第23期，第22页。

## （二）区别类型赋以分殊化救济程序

“充分但不过分”是设计缺席审判程序救济时应采取的原则。在当前一体化的程序设计中，对各救济程序没有适用层次和次数上的限制带来的程序保障效果可能重复。<sup>①</sup>特别是对所有被缺席判决有罪者到案后的异议一概认可，并赋以普惠性的重新审理机会，不符合比例原则的要求。<sup>②</sup>缺席审判的救济程序设计不仅要参照对席审判明确底限保障标准，也要参照其确定上限标准。为避免在救济问题上“厚此薄彼”，需要根据程序类型的不同采取分殊化的救济方案。并非所有缺席审判都有重新审理救济的必要。只有在被告人未主动放弃出庭权的情况下，基于缺席判决提出的执行引渡请求才为多数国家反对，须按照诉讼引渡规则，给予被追诉人重新审理的机会。

如果国家机关已经足够勤勉但仍不能送达，缺席审判程序的启动并非基于被告人对其出庭权的放弃，重新审理是正当且必要的救济程序，是一事不再理原则的法定例外。<sup>③</sup>相较于在国际刑事司法合作请求中对个案逐一作出给予重新审理机会的承诺，从法律上统一赋予此类被追诉人重新审理机会更有利于实现对其的保护，也更有助于提高国际上对我国司法裁判的认可度。此类缺席裁判不可直接执行，也无既判力可言，主要价值在于以审促返。被追诉人到案后一旦提出异议，无须对异议理由进行审查，即应启动重新审理，原裁判与缺席审理程序均归于无效，案件将返回到审查起诉阶段，由检察机关重新审查后提起公诉，按照一审普通程序进行审理。依据现行法，被追诉人行使异议权有时间限制，须在交付执行刑罚前提出。考虑到此场合下提出异议不需要附加理由，时间方面的限制应不会成为障碍，权利保障的重点应着眼于被追诉人到案后及时告知其权利。如果未告知权利而导致超过异议期限，刑罚已经交付执行，被追诉人也可以通过申请启动审判监督程序再次激活该规定。如果被追诉人由于不可抗拒的原因或有其他正当理由而耽误期限，《刑事诉讼法》第106条的规定亦可适用。此外，即使被追诉人没有提出异议，但若我国在引渡合作中向被请求国作出过相关承诺，其回国后也

① 参见曹璨：《我国刑事缺席审判程序救济机制的审视与完善》，《中州学刊》2022年第5期，第54页。

② 参见唐玲：《刑事缺席审判制度被告人异议权的知识解构与改革》，《北京理工大学学报》（社会科学版）2020年第4期，第168~169页。

③ 参见 UN Human Rights Committee (HRC), General Comment No. 32, Article 14: Right to equality before courts and tribunals and to a fair trial, 23 August 2007, CCPR/C/GC/32, para. 54。

应进行重新审理。<sup>①</sup>

倘若被告人已经获得有效送达，但无正当理由未在指定期日出席庭审，则缺席审判系基于被告人对其出庭权的默示放弃，尊重其对出庭权的处分已经实现对其诉讼参与权的保障，无须额外设置特殊的权利救济规则。<sup>②</sup>再给予其重新审理机会是基于同一权利保护目的的重复设计，不仅会造成诉讼资源的浪费，额外的救济还会产生一种鼓励外逃的不良示范效应，有违平等原则。因此，笔者认为，如果此类缺席审判中的被追诉人在裁判生效后到案，申请重新审理，须对其异议理由进行审查。只有当其缺席是基于意外事件、不可抗力等不可归责于自身的原因，或者根本不存在有效送达，即被告人对庭审信息并不知晓时，才允许重新审理。盖因在上述情况下，认定被告人默示放弃出庭权乃事实认定错误，以此为基础启动并推进缺席审判更乃重大程序认识错误，先前进行的程序其实应当属于被告人未主动放弃出庭权的缺席审判程序类型，被追诉人理应享有重新审理的机会。

总之，在刑事诉讼法学研究中，程序正当性是永恒的价值追求，这也自然成为缺席审判程序的研究原则。然而，在程序保障上层层加码并不足以令现行程序规定获得赞誉。现行规范立足于缺席审判程序具有天然正当性缺陷的假定，并基于假定的缺陷采用一体化的程序设计。可在实践中，这些本是致力于维护程序正当性的设计却可能令程序适用走入困境。刑事诉讼基础理论以及相关比较法经验显示，缺席审判只是在整体上存在正当性瑕疵风险，未必在每一个案中都会有实然的正当性缺陷。一体化的程序设计思路可能导致相关主体在跨境犯罪追究中事倍功半。追求程序的正当性不意味着要束手束脚。理性的程序设计应将此类程序再类型化，对不同案件中的正当性风险进行识别，并有的放矢地设置保障措施。如此一来，刑事缺席审判程序可以回归正当且可行的应然状态，我国可以以更低的成本赢取国际社会对缺席裁判的尊重与承认，该程序也将更好地发挥其预期的程序功能。

（责任编辑：方 军）

<sup>①</sup> 参见黄风：《对外逃人员缺席审判需注意的法律问题》，《法治研究》2018年第4期，第66页。

<sup>②</sup> 参见吴进娥：《我国刑事缺席审判“重审规则”的合理性证成——基于程序类型化的研究进路》，《法学论坛》2021年第4期，第131页；孟军、朱虹宇：《正当程序视野下的刑事缺席审判法律制度研究》，中国法制出版社2022年版，第343页。