

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

张 澎 姜金良

【提 要】因刑事缺席审判属于对被告人权利保障克减的情形,因此对缺席审判制度应进行系统性制度构建,以实现刑事诉讼中的程序正义要求。首先,需要通过送达确保被告人知晓缺席审判程序以保障程序选择权。其次,被告人近亲属在缺席审判程序中可作为利害关系人、证人,同时可代表被告人利益代为行使部分权利。再次,缺席审判与没收违法所得程序的具体衔接上应区分具体的类型,分别处理。最后,缺席审判制度应有特殊救济权。被告人归案或判决后对程序提出异议的,应由检察机关重新起诉后再行审理。

【关键词】刑事缺席审判制度 程序知晓 重新审理

(中图分类号) D915 (文献标识码) A (文章编号) 1000-2952(2018)06-0096-08

引 言

随着我国《刑事诉讼法》对没收违法所得程序规定后司法适用的成熟以及反腐败境外追逃的迫切需要,中央纪委建议在配合监察体制改革修改《刑事诉讼法》时,对刑事缺席审判制度作出规定,因此全国人大拟在《刑事诉讼法》第五编特别程序中增设缺席审判程序一章。2018年10月26日十三届全国人大常委会第六次会议正式通过了《全国人民代表大会常务委员会关于修改〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的决定》(以下简称《修正案》),其中特别规定了贪污贿赂等犯罪被告人潜逃境外的可以适用缺席审判制度。由于《修正案》规定的较为简明,应当结合当前反腐败追逃的实践,对缺席审判的具体制度予以配套完善,进行系统性构建。

刑事缺席审判程序实际是对被告人权利的克减,而程序正义已经成为法治的基石。按照程序正义的要求,利害关系人有权参加诉讼程序向法庭提交证据并提出自己的主张。根据参与程度的不同分为三种情形:直接的参加,即作为诉讼当事人直接进入程序;参加机会的保障,即当事人实际上没有参加诉讼,但给予了参加的机会即视为达到了参加的目的;间接的参加,即自己不参加诉讼,而

^{*} 本文系国家重大社会科学基金项目“中国特色反腐败国家立法体系建设重大理论与现实问题研究”(17ZDA135)的阶段性成果。

感谢陈瑞华、黄风、王秀梅、秦策教授以及周加海、刘晓虎、毕晓红法官提出的意见及讨论中给予的启发。本文中引用的意大利刑事诉讼法部分译文由黄风教授翻译并提供。在此一并表示感谢。

由其代表其利益的人参加到诉讼中。^① 因此对于缺席审判中被告人权利保障要设定特殊制度，在被告人没有参与庭审的情形下，确保参加庭审的机会或者确保间接参与，以达到程序正义的要求。

一、确保被告人对缺席审判的实际知晓

（一）送达确保知晓

刑事缺席审判程序中缺席是源于被告人自主的原因，基于疾病、行程阻碍、被羁押等客观原因不能参加诉讼的，不得适用缺席审判程序。因此适用刑事缺席审判属于被告人对诉讼程序的自主选择。这在外国立法中均有体现。德国《刑事诉讼法》适用缺席审判的原因包括被告人故意或者有责任把自己置于无审理能力、因违反法庭秩序被带离出法庭、经合法传唤拒不到庭等情形，均由于被告人自身主观原因造成的。^② 其适用的前提是被告人对程序具有知情权。因此为保障被告人程序选择权，必须确保被告人对缺席审判程序的知晓。

《修正案》中虽然没有列明被告人对缺席审判程序的知晓权。但按照法律解释学的原理，法律规定具有内在的规范目的。在对法律解释时，“应当从更好的角度解释疑点，对抽象的或者有疑问的表述应当作出善意的解释或规定”。^③ 从保障被告人权利的刑事诉讼法价值理解，应当按照实际知晓的标准对“收到”一词作出解释，把向境外犯罪嫌疑人、被告人送达诉讼文书，促成其实际知晓诉讼情况并为此搜集和提供证据确定为监察机关和检察机关的职责，把犯罪嫌疑人、被告人对诉讼情况的实际知晓确定为启动缺席审判程序（提起公诉）的前提条件。^④ 为了保障被告人的知情权，也为了督促其归国参加诉讼，人民法院有必要穷尽各种方式进行送达。因此在缺席审判提起公诉前，为实现对被告人知晓的基本权利保障，在证据材料上必须要求监察机关或者公诉机关查明犯罪嫌疑人、被告人境外的基本情况及明确的境外所在地，对于被告人下落不明的不得适用缺席审判。

根据《修正案》中缺席审判被告人近亲属可代为委托辩护人、提起上诉的特别规定。在送达对象上，人民法院不仅要考虑对被告人的通知与送达，还要考虑对被告人近亲属的通知与送达。一方面可以让被告人的近亲属敦促被告人归案参加诉讼，根据法律规定还代被告人行使部分权利，人民法院需要给予被告人近亲属一定的期限考虑是否作为被告人的辩护人参加诉讼，或是为被告人委托辩护人，一审作出判决后，被告人近亲属对不服判决的，可以提出上诉。另一方面考虑案件被告人近亲属可能与被告人的财产有利害关系，其有权参加诉讼，作为独立的诉讼参与人参加诉讼。

（二）送达方式的设定

为了尽可能的将刑事诉讼文书送达给被告人，让其实际知晓诉讼的相关情况，《修正案》规定“通过有关国际条约中规定的司法协助方式或者受送达人所在地法律允许的其他方式”送达，这种规定较为笼统，不便于实际操作，在实际运用时，可参照相关法律和司法解释的规定。在送达文书的要求上，根据《中华人民共和国国际刑事司法协助法》第 21 条规定，向外国请求送达文书的，请求书应当载明受送达人的姓名或者名称、送达的地址以及需要告知受送达人的相关权利和义务。最高人民法院《刑事诉讼法司法解释》第 412 条对于涉外刑事案件的送达方式作了明确的规定，主要送达方式有以下几种：刑事司法协助，外交途径送达，使、领馆代为送达，受送达人所在国法律允许的方式送达。以上是向被告人直接送达的方式，人民法院可以根据实际情况自行选择其中之一，或多管齐下进行有效送达。因送达的最终目的是为了确保证据被告人对程序的实际知晓。因此我们主张对

^① [日] 谷口安平：《程序的正义与诉讼（增补本）》，王亚新、刘荣军译，中国政法大学出版社 2002 年版，第 12~15 页。

^② 参见《德国刑事诉讼法典》，李昌珂译，中国政法大学出版社 1995 年版，第 96~97 页。

^③ 张明楷：《刑法格言的展开（第三版）》，北京大学出版社 2013 年版，第 3 页。

^④ 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 60 页。

送达的具体方式不进行限定,能够保证被告人知晓的方式均可采用,可以参照《民事诉讼法》、《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》的规定,采取被告人认可的方式进行送达。即经受送达人同意的,可以采取传真、电子邮件、微信等现代技术方式直接告知诉讼文书的内容,并做好证据的固定。

在送达方式上,对公告送达应持谨慎的态度。刑事诉讼程序中,基于剥夺和限制被追诉人权利的重要性和公权力行使的审慎性,刑事诉讼中一般不采用公告送达。违法所得没收程序是类似于民事诉讼的特别程序,因此参照民事诉讼程序,设定了例外性规定,可以采用公告送达。在我国司法实践中,在一些没收违法所得程序涉外案件中,得到被告人所在国认可的或者被告人所在国主动提出请求的,也可以采取公告送达。如李华波没收违法所得案件中,对藏匿于新加坡的李华波最后居住的宾馆等地采取公告送达。对于刑事缺席审判程序中可否采取公告送达,国外法中有的明确要求规定可以采用。例如德国、法国的缺席审判制度中,对于下落不明或者潜逃的被告人,可以通过报刊公示或者在最后居住地张贴等方式进行公告送达。^①意大利法中对下落不明的缺席审判被告人可以向辩护人送达,并且法律规定这种送达方式有效。^②我国理论界中对公告送达持谨慎态度,认为应作为最后补充手段,公告送达是在没有其他有效送达手段可采用情况下不得不采取的做法,主张确实因客观条件所限而无法有效送达的,可以通过公告的方式送达,并应明确规定公告送达的具体要求。^③“如果于不得已的情况下在具有惩罚性的法律程序中采用,为了满足‘正当程序’的要求,需要设法采用其他法律措施予以补充,以达到实际知晓的标准。”^④我们对缺席审判中的公告送达持否定态度,除被告人所在国承认或者主动提出采取公告送达的,可予以认可外,其他情形均不可采取公告送达的方式。这是因为:首先,从法律的管辖范围上,送达系司法行为、主权行为,根据属地管辖原则,国内公告送达的效力应以本国领土为限度,即使是国外立法例中承认公告送达,也仅局限于对国内公告送达。由于对犯罪嫌疑人、被告人潜逃境外的贪污贿赂犯罪适用刑事缺席审判系涉外诉讼,采取公告送达对身在境外的被告人并不产生法律上推定知晓的效力。其次,公告送达变相地剥夺了被告人对缺席审判程序的知晓权。我国普通刑事案件诉讼程序中并未设立公告送达方式,缺席审判程序中被告人权利保障相对于对席审判中已克减的情况下,不宜再行通过公告送达的方式推定被告人知晓,再行变相地压制或剥夺被告人的知晓权。在缺席审判中知晓是刑事缺席审判适用的前提,公告送达本质上属于推定知晓,并不能满足让受送达人“实际知晓”的要求。

对于送达完成的方式,除了被告人签收这种常规方式之外,可以借鉴相关研究,有证据证明犯罪嫌疑人、被告人在境外拒绝签收、有意躲避或者销毁、隐匿向其转递、送达的诉讼通知或文书等明显表明被告人逃避审判的情形推定为收到诉讼通知或者文书。^⑤

① 王艳:《刑事诉讼与法官制度》,吉林人民出版社2009年版,第505页。

② 《意大利刑事诉讼法》第159条规定:在查无下落的情况下向被告人送达:1.如果不可能依照第157条规定的方式实行送达,司法机关决定对被告人进一步加以寻找,尤其是在其出生地、最后的户口登记地、最后的居住地、经常开展工作的地点和中央监狱管理机构进行寻找。如果进一步的寻找未取得积极的结果,司法机关发布查无下落令,在为无辩护人的被告人指定一名辩护人后,采用向辩护人交付副本的方式实行送达。

③ 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3期,第45页。

④ 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。

⑤ 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60页。文中列举了两种“表示愿意接受或者请求”类型:(二)犯罪嫌疑人、被告人因在境外患有严重疾病、正在服刑或受到羁押等原因无法直接参加我国的刑事诉讼,明确表示愿意接受或者请求进行缺席审判。(三)犯罪嫌疑人、被告人因所在地国家的法律限制不能接受引渡,明确表示愿意接受或者请求进行缺席审判。这两种类型“表示愿意接受或者请求”还需要有一定的外观特征或者证据证明,为谨慎起见,本文未采纳这两种情形的意见。

二、被告人近亲属在缺席审判中的角色和规制

（一）被告人近亲属在刑事缺席审判中的多重角色

根据《修正案》规定，在刑事缺席审判程序中被告人的近亲属可以代被告人行使部分诉讼权利：代为委托辩护人以及对一审判决不服的，可以提出上诉。

但在缺席审判程序中，因被告人近亲属在贪污贿赂等刑事案件中可能具有多种身份，因此需要对被告人近亲属在诉讼中不同身份进行甄别。一是被告人近亲属可能作为案件的证人，其证人证言对被指控的事实起到证明作用。二是被告人近亲属可能作为案件的利害关系人。如果被告人近亲属认为因对被告人的违法财产查封、扣押、冻结，侵犯其自身合法权益的，被告人近亲属属于刑事诉讼中的利害关系人，根据我国《刑事诉讼法》第115条规定，“利害关系人”在刑事诉讼中的权利为申诉和控告，无权利参加庭审。我国《刑事诉讼法》中仅在违法所得没收程序一章中做出特别规定，利害关系人可以参加庭审。三是被告人近亲属属于缺席审判中的特别赋权人，属于拟制的诉讼主体。拟制是法律将不同类者特别规定为同类，被告人近亲属在普通刑事案件中不具有独立代为委托辩护人和提起上诉的权利，在缺席审判中被告人近亲属具有部分被告人的权益，属于缺席审判中法律的单独拟制。

（二）被告人近亲属参与诉讼的规制

被告人虽然没有参加庭审，法律可以特别赋权，由代表被告人利益的近亲属代为行使部分权利，通过间接参与以实现视为参与的目的。但被告人近亲属在缺席审判中存在多角色的冲突，因此在具体认定中应遵循以下规则：

第一，证人优先的原则。因在刑事诉讼证据中证人证言属于证人亲身感受的知识，具有不可替代性，据此，在证人与其他诉讼角色产生冲突时，应遵循证人优先的原则。在缺席审判程序中，被告人近亲属如果担任案件证人的，则不宜再担任案件的辩护人。

第二，法律特别规定的权利不可限制或剥夺。法律对被告人近亲属特别赋权，代为行使部分诉讼权利，属于程序正义中的间接参加。即使与证人角色冲突，也不可剥夺，这种权利属于法律的拟制规定，被告人在缺席审判中自己不参加诉讼，近亲属作为代表其利益的人参加到诉讼中。因此对于被告人近亲属的权利，不因为其具有证人或其他诉讼角色而受到限制或者剥夺。如果被告人本人与被告人近亲属还有联系的，考虑到被告人与其辩护人之间可以保持正常的沟通，被告人的近亲属代被告人在庭审中参加庭审活动，将被告人的意见在庭审过程中代为发表，弥补了程序上法庭调查阶段和被告人最后陈述阶段因被告人未到案而造成的缺失。

第三，在有多名被告人近亲属情形下可设定诉讼代表人制度。缺席审判案件中被告人近亲属可能存在多人，法院不可能逐一征求意见。被告人近亲属在代为委托辩护人或者是否决定上诉、上诉理由上可能存在意见不一致时，人民法院不可代替被告人近亲属代为选择。因此在被告人近亲属多人意见不一致情形下，可以借鉴单位犯罪诉讼代表人制度，^①推选一名不属于证人或者利害关系人的近亲属担任诉讼代表人，代表被告人近亲属参加诉讼活动。如果被告人近亲属没有符合上述条件或者没有愿意担任的，可以由人民法院指定诉讼代表人。

^① 2012年12月最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》第279条明确规定：“被告单位的诉讼代表人，应当是法定代表人或者主要负责人；法定代表人或者主要负责人被指控为单位犯罪直接负责的主管人员或者因客观原因无法出庭的，应当由被告单位委托其他负责人或者职工作为诉讼代表人。但是，有关人员被指控为单位犯罪的其他直接责任人员或者知道案件情况、负有作证义务的除外。”

三、缺席审判制度与违法所得没收程序的衔接适用

(一) 缺席审判与违法所得没收程序的关系

《刑事诉讼法》在特别程序中规定了违法所得没收程序一章，对于重大的贪污贿赂犯罪的犯罪嫌疑人、被告人逃匿，在通缉一年后不能到案，可以启动违法所得没收程序。建立刑事缺席审判制度后，在两种特别程序的关系上，违法所得没收程序可以视为缺席审判财产部分的审理，缺席审判属于对全案的审理，自然涵盖了对违法所得等涉案财物的处理。违法所得没收程序只是针对违法所得等涉案财产所进行的裁定，而不对缺席的犯罪嫌疑人、被告人的人身进行判处。刑事缺席审判制度是对犯罪嫌疑人、被告人的人身刑进行判处。^① 两者的关系也决定了两种程序的适用范围和衔接。

(二) 缺席审判与违法所得没收程序的分别适用

1. 先行提起违法所得没收申请又提起公诉的情形。被告人潜逃境外的重大贪污贿赂等犯罪案件，从公诉机关的程序启动上，可能存在法律程序适用的竞合，^② 同时符合有两种程序：一是违法所得的没收程序，二是缺席审判程序。法律对于是否优先适用没有规定。司法实践中也存在先行提起违法所得的没收程序、后提起公诉的案件。截止到2018年8月，通过对中国裁判文书网和无讼案例网梳理，共搜索到全国16起适用违法所得没收程序的案件，其中有2起案件被告人逃匿到境外的。在李华波案件中，检察机关先依照违法所得没收程序提出申请，法院依法作出了裁定，李华波归案后检察机关又提起公诉（非缺席审判），上饶市中级人民法院对李华波依法判处无期徒刑，对之前适用违法所得没收程序案件没收的财产计入追赃数额，但在判决主项表述时载明已扣除依照违法所得没收程序追缴的赃款，剩余赃款继续追缴。^③ 在肇庆市中级人民法院审理的方祝勤违法所得没收案件中，方祝勤逃匿在境外，法院依法适用违法所得没收程序对涉案财产进行了没收。^④ 公诉机关对犯罪嫌疑人、被告人逃匿国外的重大贪污贿赂等犯罪案件，依法向人民法院提出违法所得没收申请，人民法院依法作出的裁定生效后人民检察院再行对全案向人民法院提起公诉的，人民法院应予以受理。对于申请违法所得没收后，又提起缺席审判的案件，人民法院依法受理后，应分别按照不同的情形予以处理：原裁定正确的，予以维持，不再对涉案财产作出判决；原裁定确有错误的，应当撤销原裁定，并在判决中对有关涉案财产一并做出处理。

2. 先行提起公诉又提起申请违法所得没收的情形。这种情形又分为两种类型：一是检察机关在提起缺席审判案件后，人民法院依法判决无罪，再依照《刑事诉讼法》第280条第1款规定，提起违法所得没收申请的，我们认为违法所得没收申请依附于被告人的犯罪事实，只是与公诉案件证明标准存在差异，如果犯罪事实被依法认定为证据不足或者不能成立，对于涉案财物也不能提起没收的申请，参照最高人民法院《刑事诉讼法解释》的相关规定，没有新的事实、证据，重新起诉的，人民法院不应受理。^⑤ 二是检察机关在提起缺席审判案件后，撤回起诉或者转为申请违法所得没收的，人民法院应对缺席审判程序先行予以终止，再由人民检察院提出申请，适用违法所得没收程序予以审理。

① 陈光中、肖沛权：《刑事诉讼法修正草案：完善刑事诉讼制度的新成就和新期待》，《中国刑事法杂志》2018年第3期，第6页。

② 有学者建议应该将违法所得没收程序修改为仅适用于犯罪嫌疑人、被告人死亡的情形。参见万毅：《刑事缺席审判制度立法技术三题——以〈中华人民共和国刑事诉讼法（修正草案）〉为中心》，《中国刑事法杂志》2018年第3期，第32页。

③ 刘晓虎：《犯罪嫌疑人、被告人逃匿境外后两种诉讼程序案件的衔接——以李华波案、徐德堂案为研究视角》，《人民法院报》2018年3月28日。

④ 肇庆市中级人民法院（2015）肇中法刑一没字第1号。

⑤ 参照最高人民法院《刑事诉讼法司法解释》第181条第4项规定，依照刑事诉讼法第195条第3项规定，宣告被告人无罪后，人民检察院根据新的事实、证据重新起诉的，应当依法受理。

3. 将两种程序糅合不具有可采性。首先，从罪刑的逻辑关系上，没收违法所得是基于犯罪行为而产生的法律上否定性评价，在刑法上，财产刑属于刑罚法定种类，没收违法所得属于刑罚的附随效果，如果犯罪行为没有被依法证明存在，裁定没收违法所得就没有事实和法律依据；其次，两者适用的程序不同，没收违法所得程序中检察机关以没收违法所得申请书的形式提出申请，缺席审判程序中检察机关以起诉书形式提起公诉，两者适用的程序不同、参与主体也不同；再次，权利保障不足。将两种程序糅合在一起会增加缺席审判程序的复杂性，尤其对于利害关系人的权利保障不足，也会造成程序的混乱。

四、被告人归案后的程序救济

缺席审判中特殊救济表现为审理过程中的归案处理和判决生效后异议的“重新审理”制度。

（一）审理过程中的归案处理

对于被告人在审理过程中归案后重新审理的处理方式上存在多种理解：一种观点是人民法院直接转化为普通程序案件审理。根据归案时的审理程序分别处理：在第一审审理过程中，被告人自动投案或者被抓获的，人民法院应当转为普通程序重新审理；在第二审审理过程中，被告人自动投案或者被抓获的，人民法院应当裁定撤销原判决，发回重审，由原第一审人民法院适用第一审普通程序审理。发回重审的案件，可以由第一审人民法院同一审判组织审理。另一种观点是被告人归案的应一律终止审理，检察机关应重新提起公诉。因被告人到案后，即不符合缺席审判的要件，缺席审判程序应予以终止。在第一审审理过程中，被告人自动投案或者被抓获的，人民法院应当裁定终止审理。在第二审审理过程中，被告人自动投案或者被抓获的，人民法院应当裁定撤销原判决，终止审理。由人民检察院重新提起公诉，按照刑事案件第一审程序审理。

我们认为，对于被告人归案的，人民法院应裁定终止审理。因被告人归案后，不仅缺席审判程序失去了适用的基础，而且因被告人归案犯罪事实发生重大影响，原缺席审判起诉书中起诉指控的犯罪事实可能有所变动，经证据补强后犯罪事实有所增减。被告人归案后也可能具有新的量刑情节，如被告人自动投案、如实供述自己的罪行的，可能构成自首；被告人归案后检举他人犯罪的，可能构成立功。因此被告人归案后，应由监察机关、侦查机关重新调查，公诉机关对起诉书指控的犯罪事实重新审查后，再行提起公诉，适用普通刑事案件的一审审理程序。

（二）判决后异议的重新审理

1. 异议权的规定

根据《修正案》的规定，缺席审判程序中裁判已经发生法律效力，罪犯归案后提出异议的，应重新审理。关于判决后归案提出异议的方式，在法律上并无明确的规定。很多观点提出批评，认为这种特殊救济虽然有利于对被告人权益的保护，却造成了司法资源的无谓耗费和效率的降低，有悖于缺席审判制度确立的初衷。^① 因此有学者建议：设立一定的限制，对异议权附加一些条件限制，并由法院进行法律限度内的裁量。^② 从当前规定可以预测，可能存在判决后被告人时隔多年后归案，或者滥用异议权，拖延执行，浪费司法资源的情形。但鉴于《修正案》对原审判决的异议权行使没有限制。我们认为从被告人权利保障角度，不宜对异议权行使方式进行限制。

2. 重新审理程序的性质

关于缺席审判程序判决后原审被告人归案后的救济程序，各国有不同的规定。德国法规定，被

^① 《刑事诉讼与法官制度》，第 507 页。

^② 陈卫东：《论中国特色刑事缺席审判制度》，《中国刑事法杂志》2018 年第 3 期，第 24 页。

告人不知情的可以申请回复原状，被告人对缺席审判知情的也可以申诉或者上诉。^① 法国法规定了对缺席审判的异议程序，轻罪案件可以向原审判决的法院提出上诉，重罪案件有专门撤销抗诉程序。^② 意大利刑事诉讼法规定，在庭审中被告人归案的可以暂缓进行诉讼，法官也可以撤销缺席审理的裁定，重新进行诉讼。

《修正案》对于救济程序仅规定了“重新审理”，没有对具体适用的程序进行明确。因此在理解上出现了很多分歧，有的观点认为应借鉴德国刑事诉讼程序中回复原状的方式，罪犯一旦归案提起救济程序，则生效的裁判被视为自始无效，“如果被缺席判决之人归案后对判决、裁定提出异议，此时已经生效的判决、裁定将失效，人民法院必须更新程序、重新审理”。^③ 这种观点认为，罪犯归案后对缺席判决提出异议的，原生效判决、裁定自动失效，视为自始不存在。但这种理解存在以下障碍：从形式上看，缺席判决是经法定程序作出的有效判决，具有既判力，非经法定程序不可撤销。从实际情况看，经缺席判决后，被告人的涉案财产已经被执行或者处于执行中，如失去执行依据，面临着因执行错误产生执行回转或赔偿问题；从程序的衔接上，原审判决自动失去效力后，重新审理判决生效前，面临着程序的真空，无法有效衔接；《修正案》原文表述中将归案后被告人身份表述为“罪犯”，即认定原审被告人归案后属于定罪身份，提出异议后不可认定原判决无效。因此在对重新审理的设定上，既要维护当事人的诉讼救济权利，又要维护既有判决的既判力。

目前《刑事诉讼法》关于“重新审理”的规定主要有三种情形：属于审判监督程序或者再审程序，重新审理适用的是审判监督程序；抗诉程序中重新审理，检察机关提起抗诉后由人民法院指定重新审理；二审处理方式发回重审。缺席审判中“重新审理”的程序设计，借鉴现有《刑事诉讼法》规定有相应的二种方案：（1）提出异议的案件，应当由检察机关重新起诉，由第一审人民法院重新审理。经过重新审理作出判决，撤销原生效判决、裁定。这种理解形式上更符合重新审理的要求。对于被告人归案后影响犯罪事实认定或者有新的量刑情节的，由检察机关重新起诉，更有利于查明犯罪事实，形式上更符合重新审理的形式要件。这也是参照德国法中回复原状的诉讼方式。（2）提出异议的案件，适用审判监督程序审理。理论中也有观点赞同，认为罪犯对判决、裁定提出异议的，人民法院应当依法按照审判监督程序处理。^④

从字面含义上理解，重新审理属于一个完整的诉讼程序。重新审理中提起公诉与“一事不再理的原则”不存在冲突。关于“一事不再理的原则”的含义，有三种观点：一是内容效力说。该说认为，实体裁判在形式上已经确定，就发生不再理的效力，判断内容确定，就不能再次起诉。二是程序效力说中的追诉说。该说认为，只可以行使一次追诉权，基于公诉事实同一性说，检察院可以在公诉事实同一范围内变更诉因。三是程序效力说中的当事人负担说。该说认为，被告人已经承受了一次被指控犯罪的危险和负担，不能再次承受危险和负担。^⑤ 我国刑事诉讼法中“一事不再理的原则”属于内容效力说，与禁止双重处罚、重复性评价含义相同。重新审理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

① 参见《德国刑事诉讼法典》，李昌珂译，中国政法大学出版社1995年版，第11、12、98、127页。《德国刑事诉讼法典》第235条规定，被告人如果未曾得知出庭参加审判的传唤的，可以在任何情况下要求回复原状，从而使其不在场时所形成的裁判失效，并在第44条至第47条规定了回复原状的程序。第342条规定：“对于该判决可以提出申诉和上诉”。

② 参见[法]卡斯东·斯特法尼、乔治·勒瓦索、贝尔纳·布洛克：《法国刑事诉讼法精义（下册）》，罗结珍译，中国政法大学出版社1998年版，第810~811页。

③ 万毅：《刑事缺席审判制度立法技术三题——以〈中华人民共和国刑事诉讼法（修正草案）〉为中心》，《中国刑事法杂志》2018年第3期，第33页。作者注：此观点虽是针对刑法修正草案，但因《修正案》的相关规定与此相同，本文仍予以引用。

④ 万毅：《刑事缺席审判制度立法技术三题——以〈中华人民共和国刑事诉讼法（修正草案）〉为中心》，《中国刑事法杂志》2018年第3期，第35页。

⑤ [日]田口守一：《刑事诉讼法（第5版）》，张凌、于秀峰，中国政法大学出版社2010年版，第346页。

行为的双重评价，不会给原审被告人增加额外的刑事责任。适用审判监督程序不符合重新审理的含义，审判监督程序针对的是裁判可能存在错误的案件，而重新审理的案件并不是可能存在错误裁判的案件，只是程序可能存在违法和瑕疵的案件，并且适用审判监督程序还可能会剥夺被告人的上诉权，不利于对被告人权利的保护。对于重新审理，可以参照刑事抗诉程序，异议人向原作出生效判决、裁定的法院提出异议后，由法院作出重新审理的裁定，指定重新审理，避免下级法院撤销上级裁判。

结 语

针对贪污贿赂等潜逃境外犯罪的缺席审判制度，作为刑事诉讼法设立的新程序，在具体应用中，既要与《监察法》规定相衔接，明确适用的罪名范围和条件，也要注重运用刑事诉讼整体原则作为法律解释的指导原则，通过特殊程序保障被告人的知晓、辩护、救济等权利，并与当前的违法所得没收程序对接，以期发挥制度的预期成效。

本文作者：张澎是法学博士，扬州市中级人民法院副院长；姜金良是南京大学法学院博士研究生。

责任编辑：龚赛红

The Specific Construction of Criminal Default Judgment Mechanism: Based on the Amendment to the Criminal Procedure Law

Zhang Peng Jiang Jinliang

Abstract: As criminal default judgment may jeopardize the legal rights of the criminal defendant, the default judgment mechanism shall be holistically constructed to fulfill the procedural justice in criminal proceedings. First of all, the service of summons shall assure the criminal defendant's adequate knowledge about the default judgment procedure to safeguard his / her right of choice of procedures. Secondly, the immediate relatives of the criminal defendant can serve multiple roles in the default judgment procedure including interested parties, witnesses, etc. They can also exercise part of the criminal defendants' legal rights for and on behalf of the criminal defendant. Thirdly, the connection between the default judgment procedure and illegal income confiscation procedure should be categorized and addressed by a case-by-case approach. Lastly, there should be special remedies in the default judgment mechanism. Once the criminal defendant raised objection against the procedure after the arrest or judgment, the prosecutors should re-open the prosecution process for re-trial.

Keywords: criminal default judgment mechanism; knowledge of procedure; re-trial