

# 刑事缺席审判：欧洲经验之比较

[德] 贝恩德·许乃曼  
程捷译

---

**摘要：**在被告人不到场的情形下，引入缺席审理程序，本身并没有违反国际公约的明确要求。如果被告人没有被正式地告知针对自己的刑事程序，虽然可以对他缺席判决有罪，但是当他未来到案时，应该有权要求全面地对案件进行重新审理。虽然缺席审理程序无法实现实体刑法过度杀伤的目的，也无法促进刑事诉讼发现案件真实，但是却能基于被追诉人对缺席审理的同意去实现正当性。缺席审理程序的功能不在于保全证据，而应该着眼于整合的一般预防功能。因此，缺席审理程序应该只作出定罪部分的中间判决，个人罪责以及刑度的确定应该被保留到被告人归案以后再予以确定。

**关键词：**缺席审理程序；证据保全；整合的一般预防；中间判决

[中图分类号] D955.2 [文献标识码] A [文章编号] 2096-6180(2020)04-0126-11

---

## 一、缺席审理程序之可能程序类型概览

### (一) 缺席审理程序的适用情形维度

我想首先从《公民权利与政治权利国际公约》(IPBR)开始谈起，该公约之内容对中国很有意义。虽然该协议尚未得到中国的批准，但毕竟已经被中国政府签署了。依据《公民权利与政治权利国际公约》第14条第3d款规定，被告人有权在审理期日到庭并且自行辩护，或由他自己所选任的辩护人辩护。但是，这项在场权(das Recht auf Anwesenheit)没有指明，如果被告人不行使该项权利，刑事程序又该如何进行呢？所以，在这种被告人不到场的情形下，引入缺席审理程序，本身并没有违反国际公约的明确要求。尽管《欧洲人权公约》(ECHR)第6条没有明确规定被告人在审理时的在场权，但该条却隐含了将在场权作为公平审理原则的前提。所以，欧洲人权法院有关保障《欧洲人权公约》第6条的判例见解主张：被告人有权放弃在场

---

【作者简介】贝恩德·许乃曼(Bernd Schünemann)，德国慕尼黑大学法学院教授，法学博士。本文系作者为2018年10月在中国社科院大学召开的“中德刑事法研讨会暨中德缺席审理和速审程序之比较”研讨会提交的论文，本刊首发。

【译者简介】程捷，法学博士，中国社会科学院大学政法学院副教授。

权和辩护权。<sup>(1)</sup> 在这种情况下，他可以被缺席判决有罪，即终局性地判决有罪。这是第一种情形。

第二种情形是所谓的逃匿情形，即被告人在实施犯罪后逃往国外或无法找到他的情形。如果他依职权告知了刑事程序以及针对他的指控，却在被正式地传唤以后不到庭，或者偷偷地变换住址致使传票无法送达的，同样可以在为其指派义务辩护人的前提下对其缺席审理，这不会侵犯《欧洲人权公约》第6条对他的保障。<sup>(2)</sup> 相反，如果他没有被正式地告知针对自己的刑事程序或者国家无法向其证实曾经履行了这样的告知义务，那么他即使被缺席判决有罪，当他未来投案或被国家抓获时，按照欧洲人权法院的见解，他的在场权就会转化为要求某个合议庭从事实到法律全面地对案件重新审理的请求权。<sup>(3)</sup>

## （二）缺席审理程序的国别维度

在法国和意大利以及其他的一些欧洲国家，如果被告人不接受审理，尤其是被告人逃匿的案件，都有可能采取缺席审理程序。这些立法的基本想法是，被追诉人无权去阻碍诉讼程序的进行。

在法国，传统上也可以在刑事案件中对缺席者进行判决。但是，如果被判决有罪的人对此提出了异议，就会转换到通常的程序。对于严重的犯罪案件，刑事陪审法庭（Schwurgericht）可以宣告一种缺席判决（Versäumnisurteil），但一旦抓获了被告人，该判决就自动无效了，并且要转为某个新的诉讼程序。相反地，在被告人缺席的情形下，如果能够证实，被告人曾经被正式地传唤到庭，那么之前按照对抗化模式设计的诉讼程序就会转为某个所谓的“准对抗化的诉讼程序”，这种诉讼程序的法律效力和普通刑事诉讼的区别甚微，并且会产生终局性的判决。只有当无法证明是否曾经依法传唤过被告人时，才会构成所谓的“瑕疵程序”（Default-Verfahren）。这种程序可以作成有罪判决，但是它要保障被告人获得法律救济之额外机会，即所谓的异议（Opposition）。如果被告人在知晓该缺席有罪判决之后的10天以内，无论以何种形式提出了异议，那么此有罪判决就可以被彻底地撤销，前提是被告人要在新指定的期日到场并且能够证实，自己不出席先前的审理（Verhandlung）不是基于自己的过错。而这个审理活动会由曾经作出过缺席有罪判决的同一个合议庭去完成。<sup>(4)</sup>

在意大利，被告人也可以在缺席时被定罪，因为缺席不被认为是一种程序障碍事由，而只是单纯的个人不遵守义务。随之就进入所谓的“缺席诉讼程序”（Konkumazialverfahren）。这种程序的前提条件是，被告人曾经被有效地传唤过却不到庭，并且不存在阻止其到庭的意外或不可抗力。

（1）欧洲人权法院相关裁判的详细介绍请参见：Wolter(Hrsg), SYSTEMATISCHEN KOMMENTAR ZUR STRAFPROZESSORDNUNG, Band 10, 462–464 (5. Aufl. 2019); Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des Deutschen Anwaltvereins (Hrsg), STRAFVERTEIDIGUNG IM RECHTSSTAAT, 1055, 1060 (2009); Esser, AUF DEM WEGE ZU EINEM EUROPÄISCHEN STRAFVERFAHRENSRECHT, 721 (2002); Böse, NEUE STANDARDS FÜR ABWESENHEITSVERFAHREN IN “FLUCHTFALLEN”?, 33 STRAFVERTEIDIGER, 754 (2017).

（2）持如此见解的欧洲人权法院裁判请参见：Medenica v. Switzerland, ECHR, Judgment (2001); Lena A.Tanasova v. Belgium, ECHR, Judgment (2017).

（3）持如此见解的欧洲人权法院裁判请参见：Colozza v. ITALY, ECHR, Judgment (1985); Somogyi v. ITALY, ECHR, Judgment (2004); Sejdovic v. Italy, ECHR, Judgment (2006). 德国联邦宪法法院的类似见解参见：BVerfG EuGRZ 2004, 321; BVerfG NJW 2016, 1149.

（4）Kühne, STRAFPROZESSRECHT, 750 (9. Aufl. 2015).

如果被告人之后可以证实,自己毫无过错地不知晓审理期日活动(Hauptverhandlung),那么他就可以在作为救济审的事后程序中要求对他的有罪判决予以全面审查。如果先前确认被告人没到庭时,曾经为他指派了义务辩护人的,可以对该义务辩护人实现所有的送达活动,那么就会阻却被告人获得这种事后程序。<sup>(5)</sup>这一做法迄今没有发生任何实质性的变化,即便欧洲人权法院在2004年的一项裁决中认为这种做法违反了《欧洲人权公约》第6条的要求。

在比利时、希腊和荷兰,也有可能以开庭审理并作出判决的方式实施缺席审理程序。<sup>(6)</sup>

### (三) 德国不存在缺席审理程序

与之相反,在德国,不可能在被告人缺席的情况下举行审理期日(见《德国刑事诉讼法》第230条第1款)。《德国刑事诉讼法》第276条中的缺席(Ausbleiben)概念被定义为被告人所在地不明,并且看起来不能或者不适宜传唤到管辖法院。虽然在这种情况下不会召开审理期日(同法第285条第1款第1句),但如果为了被告人将来可能会到庭而需要保全证据,则可以对不在场的被告人启动程序(同法第285条第1款第2句)。在这个程序中,辩护人可以代理被告人出庭,被告人的亲属也可以担任其代理人(同法第286条)。虽然被告人无权要求被通知该程序的进行情况,但如果他的逗留地是明确的,法官有权通知他程序的进展情况(同法第287条)。

在起诉之前,即在侦查程序中,本来就不需要被告人在场。如果在侦查程序中检察官认为在相当长的时间内无法抓捕到被追诉人,那么检察机关要向基层法院(Amtsgericht)申请采取必要措施以保全证据。如果在起诉以后证实了无法抓获被告人,则可以借助合议庭关于开启审理程序的裁定,以保全证据为目的而实施具体的证据收集措施。这项措施甚至是由审判长独自核可的,并且也可能由审判长亲自收集证据(同法第250条第2句)。如果在审理程序开始之后被告人的缺席才被证实,法院将委托一名单独的法官来进行必要的证据保全,其可能是同一名合议庭的法官(Richter aus dem Kollegium)或一名其他的基层法官(Amtsrichter)。

当进行法庭证据调查(Beweisaufnahme)时,合议庭在依据《德国刑事诉讼法》第205条决定暂时性中止程序以前,它还可以采取在德国法中为了强制被告人到庭而规定的最重要的措施。只要不是指控为轻微犯罪的,当犯罪嫌疑重大时,法庭可以裁定扣押被告人的全部财产(同法第290条)。随着这项裁定的公布,被告人被剥夺了对其被扣押财产的处分权,并且会为缺席者设置一项所谓的(财产)监护(Pflegeschaft),以管理其财产(同法第292条)。被告人可以通过自动到案以解除该资产扣押(同法第293条)。

德国诉讼程序的另一个独特之处是,可以为不在场的被追诉人提供安全通行保障(sicheres Geleit)<sup>(7)</sup>,从而使他免于审前羁押(同法第295条)。但在实践中,安全通行保障几乎没有任何

(5) *Id.*, at 771.

(6) *Id.*, at 788, 824; Klitsch, Der neue EU-Rahmenbeschluss zu Abwesenheitsverurteilungen, 4 Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, 11, 13–14 (2009).

(7) 安全通行保障即用以保障被告人的人身自由与安全通行。——译者注

作用，因为根据同法第 295 条第 3 款的规定，当判处的是自由刑或被告人准备逃匿时，安全通行保障就失效了。因此，被告人能获得的唯一实际好处是，在审理期日期间直到判决作出以前，他不会被执行羁押。但是，他必须一直候审，一旦他被判处自由刑，就可以立即被收押。

德国法这种看似坚定地排斥缺席审理程序的立场，一旦经受详尽的检视，就会发现其有着极其明显的缺陷。依据《德国刑事诉讼法》第 231 条第 2 款，如果被告人已经就起诉之事实被讯问过了，并且自行离开法庭，那么审理期日可以在其缺席的状态下持续进行，直到结束。陈述自由也只是意味着被告人必须要得到全面陈述的机会。如果被告人一开始就拒绝陈述，审理期日也就可以在他缺席的状态下进行下去，直到结束。《德国刑事诉讼法》第 231a 条甚至将这种可能性扩张适用到被告人自己招致欠缺就审能力（Verhandlungsfähigkeit）的情形，只要他在开启审理程序之后，被给予了在受命法官（beauftragter Richter）面前就其被指控的事实表达意见的机会。所以，一般来说，在审理期日进行过程中被告人逃避之情形中，诉讼程序可以缺席审理的方式进行下去直到结束的。

最后，如果被告人预计最高可判处 6 个月以下自由刑的，则可以基于被告人的请求，使其免于出庭（同法第 233 条）。与此制度相关的还有书面方式进行的宣告处刑令程序（Strafbefehlverfahren）。即只要被告人有一名辩护人，就可以通过处刑令程序对其判处不超过 1 年的自由刑（同法第 407 条第 2 款）。

上述例子都表明，在德国，刑事法庭也可以在被告人不在场的情形下作出有罪判决，并且德国法与意大利法、法国法并没有原则上的差异，只是在程度上有所不同而已（没有质的区别，而只是量的不同）。

#### （四）欧盟法的形式划分与对应要求<sup>[8]</sup>

缺席审理这个议题在欧盟法范围内有最新的发展。欧盟先是在《欧洲逮捕令》的框架决议<sup>[9]</sup>中，进而在另一项《有关缺席审理程序的框架决议》中，针对在欧盟成员国之间根据某一个国家的缺席判决而请求的引渡制定了统一的（审查）标准。<sup>[10]</sup>之后，欧盟于 2016 年 3 月 9 日颁布了《关于在刑事案件里出庭受审权利的指令》<sup>[11]</sup>，其中第 8 条规定了缺席审理程序的容许性，且对所有成员国都有约束力。依据该条，缺席审理程序可以被区分为三种类型：第一种类型，如果被追

[8] 有关欧盟法对于包括德国在内的欧盟成员国之内国刑法和刑事诉讼法的效力和意义，请参见：[德] 赫尔穆特·查致格：《刑事法的欧洲一体化及其挑战》，程捷译，《国家检察官学院学报》2017 年第 2 期，第 159—162 页。——译者注

[9] Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States - Statements made by certain Member States on the adoption of the Framework Decision, 2002/584/JHA, Council of the European Union (June 13, 2012).

[10] Framework Decision of 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, ABl. EU L 81/24, Council of the European Union (26 February 2009); 关于德国的转化方式，请参见：Pollähne, Zwischen Vertretungsmacht und Abwesenheitsohnmacht, in: RECHTSSTAATLICHER STRAFPROZESS UND BURGERRECHTE, 235, 244—245, (Herzog eds. et al. 2016).

[11] Directive on the strengthening of certain aspects of the presumption of innocence and of the right to be present at the trial in criminal proceedings, (EU) 2016/343, the European Parliament and of the Council (March 9, 2016).

诉人被及时地通知了审理期日及其不出庭的法律后果，则缺席审理程序将不受限制地被允许，并且在缺席审理程序中作出的判决也将被不受限制地执行。第二种类型，如果通知了被追诉人审理活动的情况并且之后他被一名“全权委任”（bevollmaechtigt）的（要么由被追诉人自己委任的，要么由国家指派的）律师所代理了，那么前一种情形的法律效果也一体适用。第三种类型属于被追诉人之前就逃跑的情形，被追诉人无法找到，也就无法及时地通知其审理期日。在这种情形下同样可以允许缺席审理程序，前提是成员国必须保证，如果被追诉人将来知晓了裁判，他有权申请重新审理。这种新的审理活动必须含有包括新证据在内的对案件事实的审查（该指令第9条）。

依据上述欧盟指令，对于被追诉人及时地接到了通知，和被追诉人提前隐匿起来或逃匿这两种情形作了严格的区隔。在第一种情况下，缺席审理程序可以毫无限制地进行。被缺席判决有罪的人无权要求全面审查案件事实的重新审理。单凭起诉本身是不能满足通知审理期日之要求的，所以被追诉人在起诉以后，但却在送达开启审理裁定以及公告开庭日期以前就逃匿国外或者藏匿起来了，他是享有要求全面审查缺席判决的权利的。但是，依据该项指令第8条第4款的明确规定，在重新审理的过程中，缺席判决所确定的刑罚可以被执行。

有争议的是，是否重新审理应当由原先作出缺席判决的同一个合议庭进行？抑或必须交由新的法官去担当？后一方案是一些文献所主张的，但是从指令中却推断不出有这种要求。

## 二、刑法和刑事诉讼法之目的对刑事缺席审理的正当性影响

在对欧洲缺席审理程序类型差别予以介绍以后，我希望在本文的第二部分，借助于对刑法和刑事诉讼法的功能分析，为提炼出我对缺席审理程序的结论进行准备。并且，我希望撇开在具体国家间颇为不同的规定不谈，去回答何时缺席审理程序是必要的，以及何时对被判决人而言算正当的，即对他而言是公正的，而什么时候又并非如此。

如果要以这种方式去检验不同缺席审理模式的合目的性与公正性，那么就必须先提出一个偏激的，在某种程度上属于负面的问题：国家性的诉讼程序仅能在被追究人在场的前提下才能进行，这究竟是否有理由？如果有理由，又会是什么理由？要回答这个问题，必须厘清刑事诉讼的目的和任务。且由于刑事程序旨在贯彻实体刑法，所以首先就必须彻底探究刑法的目的和任务。

### （一）刑事缺席审判在实现刑法目的上的无价值

遵守刑法所包含的法规范对于社会和平共处来说特别重要。为了尽可能确保公民遵守其规范，刑法会设置某种在其他法律领域不曾见的，十分严苛甚至严酷的手段，即一旦行为人可得避免的而因此有过错地违反了规范，就会招致严重的不利制裁，即刑罚。

刑罚有别于旨在补偿被害人所遭遇的违法行为所设置的民事损害赔偿，后者是创设一些有益的东西，而刑罚是国家利用本身就是恶害的行为去回应某个恶害行为，即通过对伤害他人的人施加痛苦，国家的痛苦从总体上而言也就被加倍了。为让这种效果获得正当性，西方哲学几千年来一直倡导应报（Vergeltung）的观念，这种观念早在犹太人的《旧约圣经》中就能找到，并且在基

基督教的《圣经》中也有这样的表述：“以眼还眼，以牙还牙”（Auge um Auge, Zahn um Zahn）。但在许多情况下，国家惩罚早已超出了这种单纯的应报，并且成为比犯罪本身还要严重的恶害。在几个世纪前，盗窃犯和诈骗犯会被刑罚伤害肢体甚至生命，即便他们只是侵害了受害者的财产。由此可见，为了弥补罪犯实际获得惩罚之盖然性的不足，或者实际生活中，罪犯最终获得惩罚的盖然性总是远低于 100%，所以，刑罚在很多时候都是一种过度杀伤，这种严苛是必要的。即刑法要面对的是利己的个人，这些人通过自己的行为谋求最大限度的利益，即所谓的经济人。例如诈骗在很多情况下根本就未被发现，即使被揭露了，经济人又会因为各式各样的理由最终没有被判决有罪，要想让一名经济人放弃诈骗活动，只能使刑罚成为一种如此严厉的过度杀伤，即使其惩罚盖然性明显低于 100%，但是经济人也不愿意在任何情况下去冒险。所以，刑法的本质在于，通过过度杀伤的威吓去阻止社会不堪忍受的行为。<sup>〔12〕</sup>当然，这种过度杀伤只能施加给实际犯罪的人，却不得课予没有被指控犯罪的无辜者。

从上述对刑法和惩罚本质的整体表达出发，可以推导出我对缺席审理程序议题的重要结论。刑罚作为一种过度的杀伤，存在于自由刑乃至死刑之中。根据事物的属性，只有当被处罚人在场的时候才可能执行刑罚。整个刑事程序的最后阶段是执行刑罚，根据事物的本质，缺席审理程序却并不是。乍一看，从刑法的目的着眼，判决不在场的被追诉人有罪似乎是多此一举，因为这个判决目前根本就不可能被执行。但是这种通过制裁违反规范者的方式去惩罚规范违反行为的纯实体法的视角，从双重角度看还是过于狭隘，所以必须借助于下列诉讼法的观点去补充。

## （二）刑事缺席审判在实现刑事诉讼法目的上的无价值

施用作为过度杀伤之刑罚的先决条件是，被定罪者可以避免但的确实施了犯罪；犯罪人必须是有过错地如此行为，并且他的罪责应该被毫无疑问地证实。刑事程序的目的必须是发现实体真实。<sup>〔13〕</sup>

这原则上是一项经验性的任务。由于刑事指控的客体是犯罪人可得避免之行为，被追诉人的参与就成为对澄清案情最重要的认知手段，它简直就是整个证明活动的中心或节点。甚至从两个角度而言都是如此，假设当真就是被追诉人实施了犯罪，那么除了他以外没有人能清楚地知道犯罪的细节和方式。然而，与此同时，这一行为是否可得避免，是否被追诉人有过错地实施了犯罪，他自己当时的心理倾向，这些问题是至关重要的，唯有他才可能提供可靠的回答。因此，可以一针见血地说，如果没有被追诉人的参与，实体真实的目标是很难完成的。

由此可以得出结论，刑事诉讼中的缺席程序应当被彻底地摒弃。在欧洲刑事程序的早期阶段，这种结论以一种极端的方式得出，当时被追诉人的自白被视为所谓的“证据之王”而成为刑事程

---

〔12〕更进一步的论述参见：Schünemann, Sinn und Zweck der Strafe-eine unendliche Geschichte? in: RECHTSSTAATLICHES STRAFEN, 501 – 503 (Jan C. Joerden eds. et al. 2017).

〔13〕这一结论同样得到联邦宪法法院实务见解的肯定，参见：BVerfGE 57, 250, 275; 118, 212, 231; 1222, 248, 270; 130, 1, 26; 133, 168, 19; NJW 2016, 1149 Rn. 57; Roxin/Schünemann, STRAFVERFAHRENSRECHT, 68 (Auf. 29 2017).

序的目标。<sup>(14)</sup> 这种结论之所以催生了一个与之前刑事程序截然不同的刑事诉讼，完全是为了解决下列问题而开展的，即是否可以动用痛苦的拷问，即通过刑讯被追诉人的方式去谋取其供述的问题。这种刑事诉讼模式的根基在于肯定被追诉人有真实陈述的义务，如有必要，也允许通过酷刑来强制地获取其陈述。因此，这种在欧洲实行了几个世纪之久的所谓“纠问式诉讼”<sup>(15)</sup> 是要依赖被追诉人在场的，由此才可能通过刑讯迫使其吐露作为“证据之王”的自白。

### （三）同意对刑事缺席审判正当性的挽救

以刑讯被追诉人为基础的纠问式诉讼之所以会被颠覆，乃源于两个方面的理由：一是经验上的，二是规范上的。其中，规范性理由曾经重要，并且如今依然重要。从经验的角度来看，刑讯而获得的口供根本无价值的观念被普遍接受，所以发现实体真实最好是用其他的证据来支撑。原则上说，缺席审理程序和这种观点是一致的。同样的结论，甚至更强烈的主张源于规范上的新导向，这种导向可以追溯到启蒙时期并且强调被追诉人的自主权。启蒙时期的整个国家和法的理论都是被社会契约的思维形象所主导的。在这种思想中，个人拥有对抗国家的权利，即个人不再仅仅是一个客体，而是一个刑事程序的主体。他有权亲自积极地参与刑事程序中的事实查明。但与此同时，这项权利同样也包括放弃行使的权能。如果举世公认的被追诉人的沉默权能够被认真地对待，那么被追诉人也就拥有对进行缺席审理程序表达同意的权利。

因此，第一种值得考虑缺席审理程序的情况是由所谓的“同意情形”构成的。在这种情形中，被追诉人凭借其个人的表现通常没有太大的机会可以获得成功的辩护，甚至他都想避免去自我表现，因为这会给他带来相当大的负担。这尤其适用于那些预计仅仅会被判处轻微刑罚的案件，或者开庭审理对被告人所带来的费用和成本会比对科处罚刑更糟糕，甚至无论如何看起来更像是一种额外处罚的案件。举个例子，某人曾经在北京的马路上危险驾驶，然后回到西部以后才案发，此案在北京起诉并开庭，为了这次开庭，被追诉人还必须特地从中国西部赶过来。在重大的犯罪中，开庭审理对被追诉人而言也可能构成不合比例的负担。例如在经济犯罪案件中，要长达数月地去查明案情细节，而被追诉人的到庭起效甚微，但这种到庭在场将阻碍他正常在公司履职，甚至还可能在经济上使他破产。在欧洲，另一组值得考虑缺席审理的情形是，在刑事程序中存在着公众媒体的特殊利益，当被告人每天在新闻记者的闪光灯追逐一次又一次地走入法庭，随后每天都会报纸上读到他的整个生活如何被记者评头论足时，这对于被告人而言简直是彻头彻尾的羞辱。在这些案件中，被告人要么对程序在场不感兴趣，要么相反，对不在场进行审理的程序很感兴趣。

所谓被告人逃匿的情形和前述考虑缺席审理程序的基本情况是截然不同的。在逃匿情形中，

---

(14) 参见：Jerouschek, *Jenseits von Gut und Böse: Das Geständnis und seine Bedeutung im Strafrecht*, 102 *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 793, (1990).

(15) 关于纠问式诉讼的历史，请参见：Trusen, *ZEITSCHRIFT DER SAVIGNY-STIFTUNG FÜR RECHTSGESCHICHTE, KANONISTISCHE ABTEILUNG*, BAND 74, 168 ff. (1988).

被追诉人想完全逃避刑事程序，当然尤其是想逃避刑罚，因此遁逃于国外或在自己国家藏匿起来，例如取个假名或匿名居住在大城市的社会之中。这时首先可以想到的是，把被追诉人试图逃脱刑事追究的行为，例如逃往国外，评价为一种对缺席审理程序的决定性的（结论性的）的同意（Einverständnis）。

但是，这不仅是一个无用的假定，而且还是一个在逻辑上有缺陷的循环结论。因为事实上完全不是那么回事，被追诉人的实际动机明明是为了逃避刑事程序，从而彻底阻挠对他犯罪的处罚。显然，法律不能容忍这种意图，否则刑法就处在犯罪者的支配之下了，从而本身也就被废除了。为了避免这种情况发生，世界上所有的法秩序都设置了针对逃跑中的被追诉人的羁押令，并且在很大程度上，只要怀疑被追诉人可能想要逃跑以规避刑事追究，就足以核准羁押了。但是，与羁押相比，缺席审理制度一方面可谓更加激进，另一方面又可谓没那么激进：它不是针对所犯下的罪行下判，而或许只是针对报案人所声称的犯罪作出了终局的判决，但是与此同时，因为被追诉人没有被抓到，所以从某种意义上而言，它不像羁押那样，有可能去预支自由刑。

### 三、刑事缺席审判对刑法和刑事诉讼法的功能性贡献

与对在逃的、有望将来会被抓到的被追诉人发出羁押令相比，缺席审理程序能够提供何种优势呢？要回答这个问题，就需要再次对刑法和刑事程序进行更加深入的功能性分析。

#### （一）用缺席审判去实现证据保全？

如果着眼于对犯罪进行判决的法庭证据调查在时间上要远远地晚于犯罪，那么对于所有国家而言，属于最重要证据的证人记忆将随着时间的流逝愈加模糊，那么作为程序之目标的探究实体真实就在很大程度上被减损了。尽管没有举行审理期日，但在当被告人不在案时，也可以将证据保全（Sicherung der Beweise）当作刑事程序的目的，实际上，这也是被德国法所直接承认的。究竟什么是证据保全呢？就证人而言，是通过书面形式固定他们当前时刻所作的陈述。之后的判决必须根据先前的审讯记录，这就使后来的程序在很大程度上被转化成书面程序，这将和古代的纠问式诉讼一样地去审理。然而，200年前的纠问式程序在发现实体真实的实用性上被认为是很低的。所以，在德国被改进为由作出判决的合议庭在审理期日中对证人进行询问的“改革的刑事诉讼”（Reformierte Strafprozess）<sup>〔16〕</sup>，类似于在英美诉讼中陪审员必须亲眼看到对证人的询问。所以，以证据保全程序去取代缺席审理程序对于实体真实的发现，与其说是保障，不如说是危险。

#### （二）整合的一般预防功能

此外，刑法和刑事程序还有一个本文之前尚未提到的根本目的。为了能使刑法在保护个人和公众合法权益方面发挥一般预防作用，刑事司法实践必须向公众证明国家认真对待了这项任务并

---

〔16〕 其中根本性的原理，参见：Feuerbach, BETRACHTUNG UBER DIE OFFENTLICHKEIT UND MUNDLICHKEIT DER GERECHTIGKEITSPFLEGE, 1821–1825 (2018); Ignor, GESCHICHTE DES STRAFPROZESSRECHT IN DEUTSCHLAND ZWISCHEN 1532 UND 1846, 211–215 (2002).

实现了它。因此，具体的刑事诉讼程序有第二项核心任务，这项任务超越了纯粹地去制裁违反刑法规范的行为，并且在德国被称为“整合的一般预防”（Intergrations-Generalprävention），即为了能让刑事法规范锁定民众的道德信念，民众还应该能够亲眼见到，规范被认真地对待了，并且违反规范的行为得到了制裁。

如果以纯粹的证据保全去替代开庭审理，那么刑事诉讼的第二项目标，即通过在公众的视线下完全地呈现犯罪和对其归责的人，从而建立整合的一般预防之任务将永远无法实现。在整合的一般预防任务中，审理活动与犯罪行为在时间上的接近性几乎比对发现实体真实更为重要。因为只有当普通公众感受到犯罪正在被追查时，他们被犯罪所扰乱的法感情以及他们对树立正义的信念才可能被重新恢复。犯罪过去了很长时间以后，再进行开庭审理是不可能的，因为犯罪对于这时还活着的人来说，基本上就很陌生了，不再是某种威胁，而是几乎难以理解的历史事件。在德国，人们正在经历这种尴尬情况，现年90多岁并且已经一只脚踏进了坟墓的老人因为他们曾经在18岁时犯下的受当时国家指挥的罪行，直到今天才被国家定罪。<sup>(17)</sup>

### （三）缺席审判功能发挥的前提条件

综上，缺席审理程序比纯粹的证据保全程序更能符合刑事诉讼的目标。当然，这种结果导向的证立必须像在法律里一样，对缺席审判制度的不利益群体，即被追诉人而言也要显得正当，如此，被追诉人才能不仅作为刑事诉讼的手段（对象、工具），而且还要尊重其作为人的尊严。

显然，对此正当性的两个理由是：如果被追诉人在没有任何制度性胁迫的情况下，完全同意诉讼程序在他缺席的情况下进行，那么，缺席只不过是行使拒绝陈述自由的一种结果，也就绝对不会侵犯他的人性尊严。即使他为了阻扰刑事程序而从刑事程序中遁逃时，亦是如此。因为这不过是他自主地拒绝积极参与审理以澄清案情的一种升格表现而已。由此可见，如果被告人没有出庭，但是在征得同意的情况下，或者如果可以确定其乃故意逃跑或失踪以避免审判，法院是可以召开审理期日的。

德国法在有限的范围内明确规定了这一原则，即在被告人首次出现，但随后离开，或者使自己招致无法受审的情形下。在这两种情况下，都可以作出缺席判决，不服该判决的被告人也可以诉诸其他现有的法律救济手段，但不能要求重复召开审理期日。欧盟的指令还进一步规定，至关重要，是否被告人已经确定地知晓了审理期日的日期的情况下，依旧还要选择缺席；因为一旦缺席审判以后，除了正常的补救措施外，他对缺席的程序是无能为力的。相反地，如果他已经提前隐匿或逃匿了，尽管也可以实施缺席审理程序，但被判处有罪的人依然有权要求从事实和法律的角度对缺席判决进行全面审查。

---

(17) 从目前的情况来看，这个案件是不应该再追究了。参见联邦最高法院对本案的最终判决 BGH NJW 2017, 498。

#### 四、刑事缺席审理的建议方案——代结语

虽然在我的刑事诉讼教科书中我曾经说过要严格限制缺席审理程序<sup>(18)</sup>，但今天我想主张的观点是，是否缺席审判，要取决于是否被追诉人实际意欲逃避诉讼程序，并且阻挠诉讼程序的进行。是否缺席审判，不应该依赖于德国法或欧盟指令中的形式划分标准，而是要着眼于实质审查。当然，任何彻底逃避诉讼程序的意图都应该被确定查实，而不能仅仅停留在推定上。至少就德国的立法情况而言，单纯地启动侦查程序还不能阻止被追诉人出国旅行。此外，如果法院认定被追诉人故意失踪或遁逃到国外以阻挠诉讼程序的开展，则针对其召开的审理期日就完全正当。但是，必须为此创设两项保障性措施。一方面，必须为其指定一名义务辩护人，为了被告人的利益代为行使其权利。另一方面，审理期日的结果应仅限于所谓的定罪部分的中间判决（*Tatinterlokut*），即审理的结果只是查明被告人是否犯下了被指控的罪行。他是否要对此负有个人责任的罪责问题，都应保留到被告投案或被捕的那一天。因为定罪部分的中间判决，即认定客观犯罪经过以及被告人对犯罪的参与，无论是被告人保持沉默抑或否认指控，主要还是凭借对证人的询问。<sup>(19)</sup>在被告人缺席，但义务辩护人参与的情况下也可以依法询问证人。反之，对于个人罪责的问题而言，被告人的积极参与就具有更为重要的意义了。虽然他可能拒绝合作，但如果先前已宣告了定罪部分的中间判决，实践中他很有可能会愿意合作。

但是，如果被定罪部分的中间判决认定有罪的人之后决定积极参与审理，那么不应该基于教义学的理由，不去审查他此时能够提出的事实或证据申请。因为无论如何，根据德国的刑事诉讼法，任何被判决有罪的人都可以通过再审程序去提出新的事实和证据，以动摇先前的判决。<sup>(20)</sup>

这让我想到了以下解决方案：只要法院能够确信，被告人逃匿或隐匿是为了阻挠刑事程序，那么就始终应该容许缺席审理程序。但是，缺席审理程序只应作出定罪部分的中间判决，即确定犯罪乃被告人所为。他的个人罪责以及刑度的确定则应该被保留。如果被告人后来被逮捕或去法院投案，那么程序将转到罪责的确立和刑罚的确定程序，此时定罪部分中间判决的调查结果原则上仍然具有拘束力。但是，被告人可以依据有关再审的规定提出能够动摇定罪部分中间判决的新的事实和证据。这样的规定不仅能够与依法刑事追究的利益和刑事诉讼的功能相一致，而且还对被告人及其人格尊严的尊重具有正当性。

另外，第二类容许缺席审理的情形是取得被告人同意而实施的，但是，它对非常严重的罪行也应该只能作出定罪部分中间判决，因为查明个人罪责和刑罚的确定还是要特别依赖于对被告人人格特质的调查，这部分调查甚至通常都希望能放在定罪部分中间判决作出之后完成。

(18) Roxin/Schünemann, STRAFVERFAHRENSRECHT, 517 (Auf. 29 2017).

(19) *Id.*, at 276.

(20) *Id.*, at 497 – 499.

## **Criminal Trials in the Defendant's Absence**

### **—Comparison of European Experiences**

Bernd Schünemann (Author); CHENG Jie (Translator)

**Abstract:** In the defendant's absence, the trial of absenteeism does not itself violate the explicit requirements of international conventions. But when the accused is not formally informed about his criminal proceedings, he should have the right to request a full retrial of the case after entry of appearance, although he has been sentenced to the guilty. The trial in the defendant's absence could be justified based on the accused's consent, although it is unable not only to achieve the purpose of excessive criminal killing of substantive criminal law but also finding the truth of case. The most important objective of trial in the defendant's absence should be the integrated general prevention. As a result, by means of this kind of trial the Defendant should be interlocutory convicted. The responsibility and criterion for imposing penalty should not be decided until the defendant's entry of appearance.

**Keywords:** Trial in the Defendant's Absence; Preservation of Evidence; Integrated General Prevention; Interlocutory Judgment

(责任编辑: 陈学权)