

## 美国启动刑事缺席审判的规范限定与司法裁量

初殿清

**内容提要:**美国启动刑事缺席审判相关制度围绕着被告人审判在场权展开,在规范限定与司法裁量共同作用下形成制度全貌。《联邦刑事诉讼规则》第43条是该领域的重要规范,但却并非其全部,而相关司法裁量更是呈现为三类裁量交错的立体结构。美国启动刑事缺席审判制度的特点,一是对席向心力下的规范限定与实践中司法裁量的强势主导;二是“被告人与审判在场权分离”的正当性是规范限定的核心内容,在理据上包括弃权说与失权说两种理论基础;三是利益分析法在个案裁量中发挥着重要作用。我国的境外型刑事缺席审判制度也可以考虑采用立法划定基本规则、司法裁量具体判断的动态方法,以此应对多样化的案例实践,保障缺席审判启动正当性同时兼顾制度实效。

**关键词:**美国缺席审判 规范限定 司法裁量 审判在场权

初殿清,北京航空航天大学法学院副教授。

为加强国际追逃追赃工作及相关法律制度建设,我国2018年修改《刑事诉讼法》确立刑事缺席审判制度。在修法审议过程中,立法人员和专家学者指出,“缺席审判程序是刑事诉讼中的特别程序,法院在案件入口审查上应严格把关”,<sup>[1]</sup>刑事缺席审判的启动环节成为制度设计的关注要点。“启动”不仅事关缺席审判的正当性,而且各国之间对刑事缺席审判正当性基础的共识事关国际司法合作,进而影响缺席审判制度在追逃追赃过程中的实际效果。

美国刑事缺席审判制度确立已久,其成文规则主要着力于限定启动条件,且丰富的判例有助于了解该领域司法裁量的动态实践。此外,美国是外逃人员比较集中的国家,对美国相关司法制度的研究与分析,有助于增强我国请求司法协助交涉过程中的主动性。因而,本文选择美国刑事缺席审判制度作为观察对象,尝试从规范限定与司法裁量两个层面对美国

[1] 《全国人民代表大会宪法和法律委员会关于〈中华人民共和国刑事诉讼法(修正草案)〉审议结果的报告(2018年10月22日)》,载王爱立主编《中华人民共和国刑事诉讼法修改条文解读》,中国法制出版社2018年版,第326页。

启动刑事缺席审判的相关制度加以剖析,并结合我国启动缺席审判的相关规定进行分析。

## 一 美国启动刑事缺席审判的规范限定

审判在场既是被告人权利,也是其义务。前者是对国家权力的约束,审判不能任意地在被告人缺席情况下进行,这是公正审判的基本内涵,该权利的放弃或丧失是法庭进行缺席审判的正当性基础;后者是对被告个体的约束,即使被告人自身不想参加审判,法院亦有权要求其到庭,在场义务是法庭使用强制力命令被告人到庭的权力正当性基础。纵观各国立法,刑事缺席审判制度大体分为两类:一类是为了保障司法权威,在被告人逃避审判的情况下仍然可以继续审理案件,此时国家并未免除被告人到庭义务,但却由于被告人逃离管辖地域等原因而难以使用国家强制力令其到案。这类缺席审判的正当性讨论集中于权利层面,若能认定被告人放弃或失去审判在场权,便可在其缺席情况下审判。在适用范围上,有的国家将这种制度限定于某些严重犯罪,也有的国家将其适用于所有犯罪。另一类是基于降低司法成本,多见于轻罪案件,国家减轻甚至免除被告人到庭义务,如果同时被告人表示愿意放弃在场权,便可以缺席审判。

在美国,刑事缺席审判的法规范体现于联邦及各州的宪法、诉讼规则、相关判例三个层面,大致分为两类:一类是适用于任何案件的缺席审判(死刑案件量刑阶段除外),适用条件是缺席被告人须在审判开始时在场,以保障其后续缺席系自愿放弃,相对应的成文法规范体现于《联邦刑事诉讼规则》第43条(c)款。而且,判例法中进一步发展出被告人自始不在场亦可缺席审判的实践。被告人以逃匿等方式拒绝审判的案件,在美国通过缺席审判制度得到了部分解决,20世纪70年代至今出现了许多相关判例;<sup>[2]</sup>另一类是轻罪案件的缺席审判,适用于判处罚金或一年以下监禁刑的案件,经被告人书面同意,法庭可以缺席审判或视频审理,成文法规范体现于《联邦刑事诉讼规则》第43条(b)款。根据立法解释,该制度初衷在于解决偏远地区的被告人到庭路途奔波与案件严重程度不成比例的问题。鉴于我国刑事缺席审判制度旨在加强追逃追赃,确立的是前述第一类缺席审判,而非轻罪案件缺席审判,所以本文主要针对美国的第一类缺席审判展开分析,仅在介绍法律整体框架时对轻罪缺席审判略有涉及。

### (一) 宪法规范:审判在场权及其放弃

美国联邦宪法及其修正案中并未直接言明被告人审判在场的权利,所以首要的问题是被告人审判在场权究竟是不是一项宪法权利。判例认为,审判在场权是被告人在宪法上的基本权利,尽管并未直接以文字体现,但该权利要求隐含于同控方证人对质的权利、获得正当程序的权利等宪法基本权利之中。在几者关系上,被告人审判在场权相当程度上根植于联邦宪法第六修正案对质权条款。判例也表明,“被告人于审判各阶段在场的权利是第六修正案对质权条款所保障的最基本权利之一”。<sup>[3]</sup>有学者进一步指出,审判在场权也是正当程序的基本要求,并非仅在被告“面对对其不利的证人或证据时”才有此

[2] See James G. Starkey, Trial in Absentia, 53 *St. John's L. Rev.* 721 (1979).

[3] *Illinois v. Allen*, 397 U.S. 337, 343 (1970).

权利,而涵括了“关涉辩护机会完整性”的审判程序各个环节。<sup>[4]</sup>

鉴于美国刑事缺席审判的启动规范将被告人的审判在场权理解为一项宪法权利,放弃权利需要满足普通法上放弃宪法权利的基本要求,即“明知”和“自愿”的标准,该标准确立于约翰逊诉泽博斯特(*Johnson v. Zerbst*)一案。联邦最高法院认为“弃权是对一项已知权利或特权的有意放弃”。<sup>[5]</sup> 随后的施耐克劳斯特诉巴斯塔蒙特(*Schneckloth v. Bustamonte*)案将上述标准适用于审判阶段的被告人权利。<sup>[6]</sup> 据此,就规范限定而言,启动刑事缺席审判的最基本规范限定,正是宪法权利及其放弃,以及在此基础上进一步衍生出的相关成文法规范和判例法规范。

## (二) 成文法规范:《联邦刑事诉讼规则》第 43 条

《联邦刑事诉讼规则》第 43 条是美国启动刑事缺席审判的主要条文依据,作为一种以成文法形式表现的法规范,具有简明、清晰、具体的特点,所以也成为当前我国学界研究美国缺席审判制度的主要讨论文本。该规则第 43 条包含三款 (a) 需要被告人在场…… (1) 初次到庭、初次传讯与答辩程序; (2) 审判全程,包括选任陪审团与宣读陪审团裁决……;<sup>[7]</sup> (b) 无需被告人在场…… (2) 轻罪。可被判处有期徒刑或 1 年以下监禁或二者并处的犯罪,经被告人书面同意,法庭允许通过视频会议或在被告人缺席情况下进行传讯、答辩、审理与量刑……;<sup>[8]</sup> (c) 放弃继续在场。该款第 (1) 项做了一般性规定,“如果审判之初被告人在场,或者被告人已做认罪答辩或者无罪申诉,下述情形视为被告人放弃审判在场权:(A) 审判开始后,被告人自愿缺席,无论法庭是否告知其有义务在审判中保持在场;(B) 非死刑案件中,被告人在量刑程序中自愿缺席,或者 (C) 法庭已警告被告人会因其干扰行为而被带离法庭,但被告人仍继续实施此类行为而被驱逐出庭”。<sup>[9]</sup> 可见,《联邦刑事诉讼规则》第 43 条 (c) 款行文中包含了前述放弃宪法权利的基本条件——“明知”与“自愿”,但具体呈现方式不同。“明知”条件规定得比较具体明确,例如,要求被告人“在审判开始时在场”,以此保障其知晓审判在场权,并知晓其无故离开并不会影响审判继续进行。<sup>[10]</sup>

[4] Wayne R. LaFare, et al., *Criminal Procedure*, 5th ed., Thomson Reuters, 2009, p. 1135.

[5] *Johnson v. Zerbst*, 304 U. S. 458, 464 (1938). 除 *Johnson* 案确立的“明知”“自愿”标准外,部分判例还提出了“理智/明智”要求。参见 *Brady v. United States*, 397 U. S. 742, 748 (1970) 等。

[6] *Schneckloth v. Bustamonte*, 412 U. S. 218, 238 (1973). 该案特别强调了“明知”的要求。

[7] (a) When Required...the defendant must be present at: (1) the initial appearance, the initial arraignment, and the plea; (2) every trial stage, including jury impanelment and the return of the verdict...

[8] (b) When Not Required... (2) Misdemeanor Offense. The offense is punishable by fine or by imprisonment for not more than one year, or both, and with the defendant's written consent, the court permits arraignment, plea, trial, and sentencing to occur by video teleconferencing or in the defendant's absence...

[9] (c) Waiving Continued Presence. (1) In General. A defendant who was initially present at trial, or who had pleaded guilty or nolo contendere, waives the right to be present under the following circumstances: (A) when the defendant is voluntarily absent after the trial has begun, regardless of whether the court informed the defendant of an obligation to remain during trial; (B) in a noncapital case, when the defendant is voluntarily absent during sentencing; or (C) when the court warns the defendant that it will remove the defendant from the courtroom for disruptive behavior, but the defendant persists in conduct that justifies removal from the courtroom.

[10] 参见 *Taylor v. United States*, 414 U. S. 17 (1973)。也有观点认为,要求初始在场既是对“明知”的保障,亦是对“自愿”的保障。参见 Major Sarah C. Sykes, “Defense Counsel, Please Rise”: A Comparative Analysis of Trial in Absentia, 216 *Mil. L. Rev.* 170, 189 (2013)。

“自愿”条件则比较抽象,如(c)款第(1)项的前两种情形即算作是被告人“自愿缺席”。

### (三)判例法规范:对成文法规范的型塑与补充

在美国,判例规则在启动刑事缺席审判领域发挥着型塑和补充成文法的重要作用。一方面,联邦判例对启动刑事缺席审判成文法规范的形成与演进有着重要影响,这意味着对《联邦刑事诉讼规则》第 43 条(c)款的条文理解需结合相关判例加以分析。联邦司法会议咨询委员会就该规则的解释性注释一再谈到判例内容对第 43 条的基础作用,指出该条规定是“对既有法的重申”。可以认为,该条正是相关判例的成果固化。另一方面,联邦判例对启动刑事缺席审判的成文法规范具有重要的补充作用。有观点认为,《联邦刑事诉讼规则》第 43 条所赋予的在场权范围大于宪法保护的权力范围,<sup>[11]</sup>宪法要求的仅仅是保障被告人弃权时“明知”“自愿”,并未要求必须以“审判之初在场”的方式来保障其“明知”“自愿”地放弃在场权。这意味着,在第 43 条之外仍存在其他启动刑事缺席审判的裁量空间。争论焦点在于,如果被告人在审判开始时便已缺席,能否启动缺席审判。与此相应,实践中已有一部分判例突破了《联邦刑事诉讼规则》中启动刑事缺席审判的条件,认为对于被告人在审判开始时便已缺席的案件,也可以缺席审判。这些判例在启动刑事缺席审判的规范限定领域具有影响力,尽管其规则未转化为成文诉讼规则条文内容,甚至与现行《联邦刑事诉讼规则》第 43 条内容相左,但其规则背后的分析方法甚至规则本身,至今仍对美国刑事缺席审判的启动实践产生重要影响。比如,美国联邦诉陶特拉(United States v. Tortora)<sup>[12]</sup>案认为,被告人在审判开始前就缺席的,当公共利益明显大于自愿缺席的被告利益时,亦可启动缺席审判。

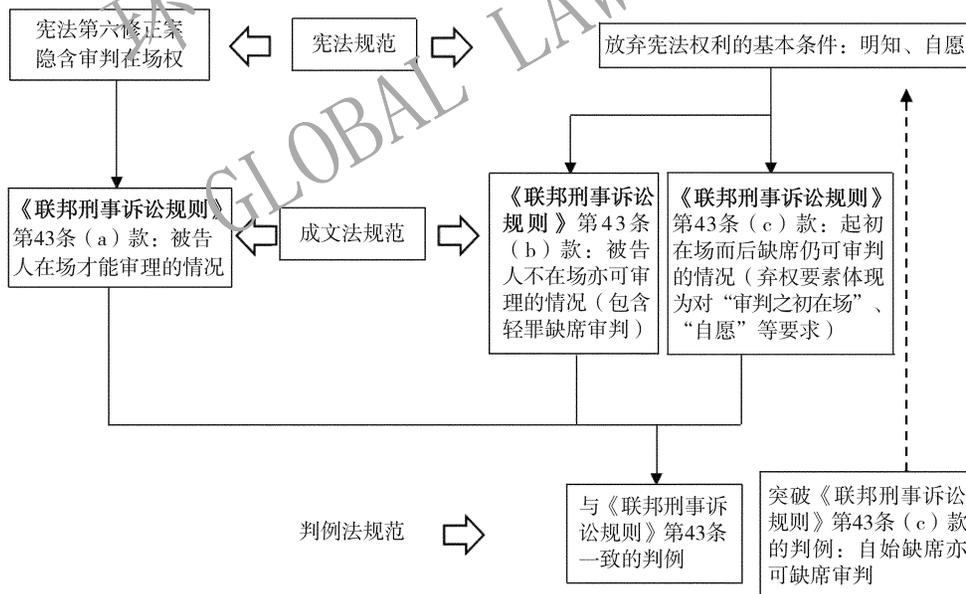


图 1 美国联邦层面启动刑事缺席审判规范体系图

[11] Wayne R. LaFave, et al., *Criminal Procedure*, 5th ed., Thomson Reuters, 2009, p. 1136.

[12] *United States v. Tortora*, 464 U. S. 1202 (1972).

## 二 美国启动刑事缺席审判的司法裁量

美国缺席审判启动条件的分析还须同时考察诸多判例中的裁量要素。在权力平行分配的决策层级扁平化的司法体系中,用以统一权力运行的成文规则和法条主义处于弱化地位。与英国相比,美国的这一特点更为突出。

美国启动刑事缺席审判实践中的司法裁量体现在三个层面:第一,裁量案件是否符合规范所限定的启动条件。例如,具体个案中的被告人缺席是否满足“自愿”标准;第二,在符合启动条件的案件中,裁量是否启动。例如,已能认定案件情况符合《联邦刑事诉讼规则》第43条(c)的规定,此时选择启动缺席审判还是延期审理;第三,在不符合《联邦刑事诉讼规则》缺席审判启动条件的案件中,裁量能否启动。例如,被告人自始缺席的情况不符合该规则第43条(c)的启动条件,法官经裁量仍决定启动缺席审判。上述三者性质上存在较大差别,对美国启动刑事缺席审判制度产生的影响程度也有所不同,笔者据其各自特点分别简称为判断性裁量、选择性裁量和立法性裁量,其中,立法性裁量的结果有时会导致成文法规范之外新规则的产生。

### (一) 判断性裁量

判断性裁量,是指既有规则已经为司法者设定了判断标准,但该标准在理解上具有较大讨论空间,法官适用时需结合个案考量具体情况是否符合这一标准,裁量过程实际上是法官运用判断力的过程。这种裁量属于德沃金笔下“较弱意义上的裁量”。<sup>[13]</sup> 美国判例中也往往以“裁量”一词描述法官此类行为。具化到美国启动刑事缺席审判领域,需要裁量的主要问题是何谓“审判开始”和“自愿”。

关于如何理解“审判开始”,早在1884年霍普特诉犹他州(Hopt v. Utah)一案<sup>[14]</sup>中已形成通说,即审判自选任陪审团开始。2000年以后联邦法院以审判何时开始为主要争点的刑事缺席审判典型判例是美国联邦诉布莱德福德(United States v. Bradford)案。<sup>[15]</sup> 该案被告人参加了选任陪审团程序,但随后拒绝到庭。在上诉中,其主张根据《联邦刑事诉讼规则》第43条,审判不应在其不在场的情况下开始。上诉法院认为自选任陪审团时起,审判已经开始,当时被告人在场,所以本案缺席审判并不违反该规则第43条。但也有法院对审判开始时间作了不同解释,比如,2013年美国联邦诉珀金斯(United States v. Perkins)案,被告人在选任陪审团程序中没有到场,但此前曾就安排辩护律师、证据排除等问题召开过审前会议,被告人当时在场,且法官告知了被告人开庭日期。对此,联邦地区法院表示,“诚然,选任陪审团是标志审判开始事项之一,但却并非唯一事项;在本地区,自

[13] 德沃金所谓“较弱意义上的裁量”,指的是规则为司法者设定了判断标准,但有赖于司法者使用其判断力考量具体个案是否符合这一标准;所谓“较强意义上的裁量”,即司法者不受既有规则的限制。也即裁判者并非不受任何标准约束,而只是其决定不受规则制定者已确立的规则限制。See Ronald M. Dworkin, *The Model of Rules*, 35 *U. Chi. L. Rev.* 14, 32-34 (1967).

[14] *Hopt v. Utah*, 110 U. S. 574, 578 (1884).

[15] *United States v. Bradford*, 237 F.3d 1306 (11th Cir. 2001).

法院在被告人、辩护律师且政府律师均在场情况下着手安排审理具体个案时,审判便已开始”。<sup>[16]</sup>

关于“自愿”,如果被告人在知晓权利及弃权后果的前提下,书面或口头向法官表示弃权意愿,法院可直接认定自愿性,无需进行裁量。需要裁量的情况主要包括:(1)被告人通过其律师表达弃权意愿;(2)被告人未做任何表态而消失;(3)被告人因自残行为而失去参加审判的能力。对于第一种情况,一般认为满足自愿性要求,但有观点认为被告人与律师就该问题的交流应有相关记录,否则不宜认定。<sup>[17]</sup>对于第二种情况,除非有相反证据证明被告人缺席并非自愿,否则一般推定其自愿缺席。被告人返回后,可对缺席原因加以说明,如果法院认定并非自愿缺席,将会重启审判。有些地区要求,法院在认定是否自愿性之前应当进行调查。<sup>[18]</sup>对于第三种情况,通常认定为自愿缺席。

## (二) 选择性裁量

选择性裁量一般不涉及对既有规则中某一标准如何理解适用,而是规则制定者为执行者预留一定权力空间,在满足一定条件的情况下,可以由执行者考量决定。我国法学界对裁量的理解,多数属于选择性裁量。

在是否启动刑事缺席审判的问题上,美国法官的选择性裁量是《联邦刑事诉讼规则》第 43 条(c)的精神内核。本款第(1)项规定了构成弃权的三种情况。第(2)项规定“如果被告人放弃审判在场权,法官可以在其缺席情况下继续完成审判”。这是一种“柔性”规范方式,<sup>[19]</sup>即对于满足本条件的案件,由法官裁量决定是否启动缺席审判。换言之,规则并不要求凡是被告人放弃审判在场权的案件必须启动缺席审判。由此可见,《联邦刑事诉讼规则》在启动缺席审判问题上的基本立场与慎重态度。弃权是必要条件,但并非是充分条件。即使已经认定被告人弃权,法官仍有权力决定不启动缺席审判,“而是可以选择延期审理或宣布审判无效”。<sup>[20]</sup>“是否延期审理,传统上属于法官裁量事项范围,如果拒绝延期审理将给辩护带来实质损害,法官便应选择延期审理。”<sup>[21]</sup>

若干联邦判例强调了法院的调查责任,即调查个案情况是否有必要启动缺席审判。<sup>[22]</sup>例如,在美国联邦诉莱瑟姆(United States v. Latham)案中,<sup>[23]</sup>被告人在审判第二日没有返回法庭,原因是吸食可卡因过量而住院。该案判定,尽管被告人系自愿缺席,但

[16] United States v. Perkins, 787 F.3d 1329 (11th Cir. 2015). 该案对审判何时开始的讨论更多体现于联邦地区法院的初审判决中。参见 United States v. Perkins, 2013 U.S. Dist. LEXIS 102951。

[17] 例如,United States v. Crutcher, 405 F.2d 239 (2d Cir. 1968)。

[18] 例如,United States v. Rogers, 853 F.2d 249 (4th Cir. 1988)。

[19] 参见[美]米尔伊安·R.达玛什卡著:《司法和国家权力的多种面孔(修订版)》,郑戈译,中国政法大学出版社 2015 年版,第 98 页。

[20] Neil P. Cohen, Trial in Absentia Re-Examined, 40 Tenn. L. Rev. 155, 159-160 (1973)。

[21] Ungar v. Sarafite, 376 U.S. 575, 589 (1964); United States v. Beverly, 5 F.3d 633, 641 (2d Cir. 1993); United States v. O'Connor, 650 F.3d 839, 854 (2d Cir. 2011)。

[22] See United States v. Peterson, 524 F.2d 167, 185 (4th Cir. 1975); United States v. Pastor, 557 F.2d 930, 934 (2d Cir. 1977); United States v. Benavides, 596 F.2d 137, 139 (5th Cir. 1979); United States v. Lochan, 674 F.2d 960, 967-968 (1st Cir. 1982); United States v. Beltran-Nunez, 716 F.2d 287, 290 (5th Cir. 1983)。

[23] United States v. Latham, 874 F.2d 852 (1st Cir. 1989)。

综合考虑全案相关因素,法院不应启动缺席审判。根据相关判例,法官在认定被告人弃权情况下裁量是否启动缺席审判时,需综合考量以下要素:第一,被告人即刻到案参加审判的可能性;第二,重排审判日程的困难程度;第三,证据重合情况下开启两次审判将给法院和控方带来的负担;第四,对同案被告人获得迅速审判权的影响;第五,给陪审团带来的不便。前四项要素主要确立于陶特拉案,<sup>[24]</sup>后为许多判例所援引。<sup>[25]</sup>美国联邦诉贝纳维德斯(United States v. Benavides)案在陶特拉案确立的四项要素基础上,又增加了上述第五项考量要素。<sup>[26]</sup>

明尼苏达等州对此种情况下由法官裁量决定是否启动缺席审判的方法并不认同,认为只要能够认定被告人弃权,便无需再进行个人利益与公共利益的权衡,而应直接启动缺席审判。这些司法辖区认为,宪法只对弃权本身的合宪性提出要求,而利益权衡则并非宪法要求,弃权行为便足以证成启动缺席审判的正当性。<sup>[27]</sup>比如,2010年明尼苏达州最高法院裁判的政府诉芬尼根(State v. Finnegan)一案。该案被告人在审判第二日未到庭,法院得知,其因服药过量而昏迷,失去参加审判的能力,从而决定在其缺席情况下继续审判。三天后法院在听审时向被告说明,在认定其因自身行为而导致审判第二日未能到庭的情况下进行了缺席审判,并给予其解释机会,但被告人未予解释。州上诉法院维持原判。州最高法院指出,“我们从未要求地区法院在认定被告人自愿弃权后考量另一方面问题,即以‘综合考量’检测法进行利益权衡分析;相反,根据本州先例,认定被告人自愿放弃审判在场权后,便无需再分析审判是否应当继续的问题”<sup>[28]</sup>

### (三) 立法性裁量

立法性裁量指的是法官在成文规则之外适用裁量权解决问题,其权力边界与正当性基础是宪法条款以及相关基本原则。这种裁量是德沃金所谓“较强意义上的裁量”,司法者拥有这一意义上的裁量权,并非表示不受任何标准约束,而只是所做出的决定不受已经确立的规则所限制。在考察英美法系司法者的裁量权时,不能仅限于成文规范的研究,有必要关注司法判例,因为正是这两者共同形成了制度的样貌。

在美国,如果案件不符合《联邦刑事诉讼规则》第43条“审判开始时在场”的条件,司法者并没有完全否定这种情况下启动缺席审判的可能性,许多案件在被告人自始缺席情况下开启了缺席审判。立法性裁量的基本理据是,该规则第43条的保护范围超过了宪法要求,在该条规定情形外启动缺席审判,只要符合放弃宪法权利的规定,并不违宪。早期的司法实践并非出现于联邦层面,而出现于州立法。在美国国会以委托立法形式通过

[24] 更加确切地说,陶特拉案作为考量要素列举的,主要集中于前三项标准,该案判决意见中也涉及了法庭的迅速审判责任,但讨论角度主要是公共利益、司法利益。将同案被告人获得迅速审判权纳入启动缺席审判裁量标准的较早实践出现于洛切安案。参见 United States v. Lochan, 674 F.2d 960, 968 (1st Cir. 1982)。

[25] 实际上,陶特拉案是一个被告人自始缺席而裁量启动缺席审判的案例。但该案对被告人放弃审判在场权时如何裁量是否启动缺席审判的讨论,以及该案确立的“综合考量”检测标准,对后续案例产生了重要影响。

[26] United States v. Benavides, 596 F.2d 137, 140 (5th Cir. 1979)。

[27] Eugene L. Shapiro, Examining an Underdeveloped Constitutional Standard: Trial in Absentia and the Relinquishment of a Criminal Defendant's Right to be Present, 96 Marq. L. Rev. 591, 618-619 (2012)。

[28] State v. Finnegan, 784 N.W.2d 243, 248 n.3 (Minn. 2010)。

《联邦刑事诉讼规则》之前,亚利桑那州立法在 1939 年便已采纳了《美国法学会刑事诉讼模范法典》<sup>[29]</sup> 的规定,认为被告人自始缺席亦可启动缺席审判,其合宪性 30 年无人质疑,直至亚利桑那州诉亨特 (Arizona v. Hunt) 案。就此案,尽管联邦地方法院宣布亚利桑那州立法违宪,但联邦上诉法院却撤销了地方法院裁判,判定该州立法不违宪。<sup>[30]</sup>

美国联邦诉陶特拉案是亚利桑那州之外首个被告人自始缺席的联邦缺席审判重罪案件,该案成为启动刑事缺席审判领域有关立法性裁量的典型判例。五名共同被告人中的一人在审判开始时没有到庭,审判在其缺席情况下启动,并将其定罪。联邦第二巡回上诉法院认为,这种情况下可以缺席审判,理由是宪法并不禁止对这样的案件缺席审判,《联邦刑事诉讼规则》第 43 条也不构成阻碍,但裁量权的行使必须非常慎重。陶特拉案确立了在第 43 条之外启动刑事缺席审判的做法,主要包括:第一,该案坚守放弃宪法权利的限定条件,要求“必须告知被告人程序即将开始,并且其在自愿、明知且无正当理由情况下缺席”,这是基本前提。<sup>[31]</sup> 第二,需要将公共利益与自愿缺席被告人的个人利益加以权衡,仅当前者明显大于后者时,方得启动缺席审判。考量公共利益大小的要素包括:被告人即刻到案参加审判的可能性;多名被告案件重新安排审判的困难程度;控方承担两次审判的负担,尤其是在多被告案件中,对被告人不利的证据往往相互交叠,两次以上审判可能给控方证人带来实质性危险。<sup>[32]</sup> 上述考量公共利益的方法被称为“综合考量”检测法,核心在于判断被告人弃权后启动缺席审判的妥当性。就此而言,启动缺席审判的选择性裁量与立法性裁量有着相通之处,所以该方法在判定是否启动缺席审判的案例中多被援引。第三,联邦第二巡回上诉法院在判决意见的脚注中,对上述标准的适用环境做了进一步限缩,委婉地表示多名被告的案件可以进行立法性裁量。<sup>[33]</sup>

陶特拉案之后,联邦最高法院在撤销塔肯诉亚利桑那州 (Tacon v. Arizona) 一案时,含蓄地认可了被告人自始缺席而启动审判程序的合宪性。<sup>[34]</sup> 随后,联邦第三、第四巡回上诉法院也维持了自始缺席的定罪判决。<sup>[35]</sup> 在州司法层面,自 1975 年起,除亚利桑那州以外,纽约州等也出现了允许自始缺席审判的判例,但也有许多司法辖区的立法或法院规则禁止在被告人缺席情况下开始审判。<sup>[36]</sup> 至此,美国启动刑事缺席审判的制度实践渐渐形成了如下基本面貌:以《联邦刑事诉讼规则》第 43 条和克劳斯比案为主要标准(即要求被告人审判开始时在场),但部分案件在被告人自始缺席情况下亦会启动缺席审判。

[29] 1930 年《美国法学会刑事诉讼模范法典》第 287 条规定,除初次聆讯与认罪答辩两个环节外,法院可以决定在被告人自愿缺席情况下进行其他程序环节。《美国军事法院规则》第 804 条与此类似。

[30] Arizona v. Hunt, 408 F.2d 1086 (6th Cir. 1969), cert. denied, 396 U.S. 845 (1969).

[31] 由于被告人自始缺席,无法像《联邦刑事诉讼规则》第 43 条那样通过被告人“审判开始时在场”来保障“明知”,所以此类案件首先需要裁断被告人对审判在场权的放弃是否符合“明知”要求。但这一裁量本质上属于判断性裁量,这种较弱意义上的“裁量”普遍存在于大多数案件之中。

[32] United States v. Tortora, 464 F.2d 1202, 1210 (2d Cir. 1972).

[33] United States v. Tortora, 464 F.2d 1202, 1210, fn. 7 (2d Cir. 1972).

[34] Tacon v. Arizona, 107 Ariz. 353, 488 P.2d 973 (1971), cert. dismissed, 410 U.S. 351 (1973).

[35] Government of the Virgin Islands v. Brown, 507 F.2d 186 (3d Cir. 1975); United States v. Peterson, 524 F.2d 167 (4th Cir. 1975).

[36] Yale Kamisar, et al., *Modern Criminal Procedure: Cases, Comments and Questions*, West Academic Publishing, 2015, p. 1337.

### 三 美国启动刑事缺席审判的制度分析

#### (一) 对席向心力下的规范限定与实践中司法裁量的强势主导

对席审判所彰显的公正审判价值取向是指引缺席审判制度运行的向心力,这是美国在启动刑事缺席审判问题上的基本立场,在立法和实践层面都有所体现。第一,联邦宪法修正案的正当程序条款和对质权条款,使得刑事被告人审判在场权具有了宪法权利的地位,放弃审判在场权必须符合放弃宪法权利的基本条件。第二,《联邦刑事诉讼规则》第43条对启动缺席审判采取了较为审慎保守的态度,在被告人到场情况下启动审判是该条的基本规定。在条文结构上,缺席审判是以例外形式出现的,而且该条给启动缺席审判设定了某些客观性较强的条件。第三,联邦最高法院在启动刑事缺席审判领域的主要判例仍是1993年的克罗斯比案,该案重申了作为启动缺席审判条件的“被告人在审判开始时在场”的必要性,认为“《联邦刑事诉讼规则》第43条的语言、历史和逻辑都指向直接解读为:禁止对审判之初未到庭的被告人进行缺席审判”<sup>[37]</sup>。

尽管如此,规范预留给法官的裁量空间仍然较大,实践中司法裁量在刑事缺席审判启动环节发挥主要作用。首先,启动条件本身便存在一定裁量空间,体现为条件的概括性表述,比如,如何理解自愿,是否包括推定自愿,这些都由法官结合个案情况裁量把握。其次,法院对审判程序如何进行具有决定权,在符合缺席审判启动条件情况下,法官仍有裁量余地,可在缺席审判与其他处理方式(比如诉讼延期、分案审理等)之间加以选择。最后,在某些不符合《联邦刑事诉讼规则》所规定启动条件情况下(即被告人自始缺席),法官仍可通过立法性裁量而启动缺席审判,联邦最高法院也并未否认部分联邦上诉法院、联邦地区法院在该领域进行的立法性裁量尝试。综上,法官对决定个案是否进行缺席审判发挥主要作用,以放弃宪法权利基本要求为底限原则,结合个案情况灵活把握,有效发挥缺席审判制度效果。

立法性裁量对“被告人审判开始时在场”要求的突破,体现出审判实践对严格规范的反思,亦即,尽管“被告人审判开始时在场”旨在保障弃权的“明知”要件,但有时却使得那些被告人明知审判即将开始而有意自始逃避的案件无法开启审判程序,这些案件虽然不符合“审判开始时在场”的限定条件,但实际上已经满足“明知”“自愿”地放弃审判在场权的标准。为解决这一困境,部分联邦上诉法院以及部分州法院认为,《联邦刑事诉讼规则》第43条对“被告人审判开始时在场”的要求超出了宪法的要求,因而,如果被告人自始缺席但符合明知、自愿的弃权条件,仍可以进行缺席审判。

#### (二) 规范限定的核心领域:两种学说视野下的“被告人与审判在场权分离”

被告人与审判在场权的分离是大多数国家启动刑事缺席审判的一项基本要求,是该项制度规范限定的核心部分。二者分离的理据主要呈现为“弃权说”和“失权说”两种理论。在美国,《联邦刑事诉讼规则》以及多数判例采用弃权理论作为启动缺席审判的理论基础,

[37] Crosby v. United States, 506 U. S. 255, 262 (1993).

被告人放弃审判在场权是启动刑事缺席审判的必要条件,认定弃权的相关要素成为该条件适用中的重要问题。但仍有若干学者和部分判例倾向于通过失权理论论证启动缺席审判的正当性。<sup>[38]</sup> 根据失权说,不仅干扰法庭审判这种积极行为可以导致被告人丧失审判在场权,逃避审判的消极行为也可以导致被告人失权,两者都是阻碍审判顺利进行的行为。

以“失权说”论证启动缺席审判正当性的尝试,既是一种理论探索,也源自于司法实践中启动缺席审判时采用“弃权说”所面临的难题,关键点在于,某些情况下难以判断被告人是否自愿弃权。换言之,有些案件会出现与被告人交流不能,进而无法确认其主观意思的情况。比如,被告人失去联系,且其消失之前没有书面或口头表达弃权意思,亦未通过其律师表达弃权意思,便难以确认其主观状态。而“失权说”与“弃权说”的主要区别在于,“弃权说”认为被告人与审判在场权的分离是基于被告人对该权利的放弃,相应地,需要满足被告人“明知”“自愿”等放弃宪法权利的基本条件。“失权说”认为该分离是基于被告人某一行为而导致的权利丧失,所以启动缺席审判的依据不在于被告人对其权利的主观态度,而在于行为本身。所以,如果以“失权说”为理据,便无需就被告人处分权利的主观态度加以认定,而只需判断是否存在相关行为。

然而,由于以《联邦刑事诉讼规则》为代表的成文规范仍以弃权为启动条件,并且在当事人主义为诉讼模式的美国,当事人自行放弃权利更具有正当性上的说服力和道德上的可接受性,大多数判例仍将被告人弃权作为启动刑事缺席审判的基础。但对于未予明确表态而缺席的被告人,在如何理解适用“自愿”标准的问题上,许多案件对约翰逊案所确立的放弃宪法权利的标准加以变通,<sup>[39]</sup> 采用了通过相关行为推断自愿的方法(比如,通过证明被告人的脱逃行为或为逃避审判而自残的行为)或推定自愿的方法(亦即若无相关情况证明其缺席并非出于自愿,便推定其自愿缺席,但对该推定可以反驳)。在认定被告人弃权时,美国启动刑事缺席审判的制度实践对“明知”和“自愿”两项基本判断标准采用了区别对待的方法。一方面,“明知”是不可撼动的基本要求,通过要求“被告人在审判开始时在场”的规定保障被告人知晓自己的权利,即使在那些允许对被告人自始缺席的案件适用缺席审判的司法辖区,也寻求通过某种方法解决“明知”的问题。比如,亚利桑那州在被告人的保释令中往往写有“若其缺席,审判仍将开始”等警告语,该州判例认为这可以视为已对其加以警告,因而满足“明知”的条件。<sup>[40]</sup> 另一方面,“自愿”是一项主观性较强的标准,对于被告人未予表态便已消失的案件,可以进行较为宽泛的认定,比如结合具体情况加以推断,或者在没有相反证据的情况下加以推定,但需保证被告人的反驳权。

### (三) 司法裁量的主要杠杆:个人利益与司法利益

利益分析是个案裁量是否启动缺席审判的主要杠杆,也是帮助我们看清该领域相关规则设计背后理念取向的分析工具。通过观察美国的相关判例,启动刑事缺席审判语境

[38] Wayne R. LaFare, et al., *Criminal Procedure*, 5th ed., Thomson Reuters, 2009, p. 1138.

[39] 有学者指出,判断被告是否已放弃审判在场权时,若是严格适用约翰逊案的标准,多数时候可能难以认定弃权。Francis A. Gilligan & Edward J. Imwinkelried, *Waiver Raised to the Second Power: Waivers of Evidentiary Privileges by Lawyers Representing Accused being Tried in Absentia*, 56 *S. C. L. Rev.* 509, 521 (2005).

[40] James G. Starkey, *Trial in Absentia*, 53 *St. John's L. Rev.* 721, 736 (1979).

下的利益分析至少涉及个人利益与司法利益(美国的判例与文献有时表述为公共利益)两大类,根据被告人到庭与缺席两种情况又可再加以细分,呈现为四种利益关系。

其一,被告人到庭参加审判的个人利益。这里不仅仅要讨论与“正当程序”基本含义相关的被告人利益,即作为审判结果的利害关系者,被告人有权参加该程序并提出有利于自己的主张和证据并且反驳对方提出的主张和证据,而更倾向于探讨被告人亲自到庭的利益,亦即并非可以通过辩护人到庭参审便能代替其实现的利益。对此,有学者曾解读如下:一是为防止被告人受迫弃权;二是为防止陪审团因其缺席而作出含有偏见的推断;三是若被告人的形象能使陪审团产生好感,将对判决结果带来有利于被告人的影响;四是被告是辩方的重要一员,其到庭有助于协助律师更好地完成辩护。<sup>[41]</sup>

其二,被告人到庭参加审判的司法利益。被告人到庭参加审判是司法以恰当有序方式实现公正的题中之意,具体涉及的司法利益至少包括两点:一是“正确定罪”的社会利益,“通过被告人审判在场权推进的辩护权,虽然在性质上是个人的权利,但最终都是为了实现对抗制发现真相这一重要功能”;二是审判制度是实现正义的途径,社会需要公众对审判秉持信心。<sup>[42]</sup>

其三,被告人缺席情况下进行审判的个人利益。被告人认为到场将给自己带来不利,不到场反而对自己境况有利,比如,其不愿意出现在大庭广众之下,交通不便等原因导致参审成本较高,等等。

其四,被告人缺席情况下进行审判的司法利益。至少包括以下方面:(1)关于司法权威,“国家推进审判的特权不能被被告人意图阻止审判的行为所挫败”,<sup>[43]</sup>审判与刑罚的推迟可能会减损人们对司法制度的信心,为避免这一后果,可以通过缺席审判防止被告人以选择是否到场来左右程序正义的实现,何时审判不能操控于被告手中;<sup>[44]</sup>(2)关于司法成本,有时因为被告人缺席而进行诉讼延期或分案处理将会带来较大的司法成本,比如,集结陪审团,寻找证人,对密集的排案日程重新排期的困难;(3)关于事实认定,有学者指出,延期审判往往意味着难以再行审理之实,因为证据可能灭失,证人可能死亡或失去联系。<sup>[45]</sup>

就上述各种利益之间的张力而言,除被告人到庭参审的个人利益与缺席审判的个人利益之间孰重孰轻乃被告人自身结合个案加以权衡取舍外,其余的则涉及法官裁量。在每对关系中,如果利益权衡的结果是缺席审判相关利益明显胜出,无论是个人利益还是司法利益,法官都可能做出启动缺席审判的决定。

## 四 从“送达”视角看我国境外型缺席审判制度

我国《刑事诉讼法》确立了三类缺席审判,其中涉及贪污贿赂犯罪、严重危害国家安

[41] Neil P. Cohen, Trial in Absentia Re-Examined, 40 *Tenn. L. Rev.* 155, 181 (1973).

[42] Eugene L. Shapiro, Examining an Underdeveloped Constitutional Standard: Trial in Absentia and the Relinquishment of a Criminal Defendant's Right to be Present, 96 *Marq. L. Rev.* 591, 620 (2012).

[43] *Illinois v. Allen*, 397 U. S. 337, 349 (1970).

[44] Lucas Tassara, Trial in Absentia: Rescuing The “Public Necessity” Requirement to Proceed with a Trial in the Defendant's Absence, 12 *Barry L. Rev.* 153, 171 (2009).

[45] James G. Starkey, Trial in Absentia, 53 *St. John's L. Rev.* 721, 743 (1979).

全犯罪、恐怖活动犯罪的案件,因被追诉人潜逃境外而依法进行的缺席审判(本文简称“境外型缺席审判”),得到理论界与实务界较多关注,相关研讨尤其聚焦以下两个问题:一是缺席被追诉人的诉讼权利如何保障;二是刑事缺席审判制度的适用预期。有研究将“送达”看作是該制度顺利运行的关键,更有观点认为刑事缺席审判未来可能仅仅停留于纸面。

尽管不同国家的审判制度各具特点,但结合制度法理,各国在刑事缺席审判领域亦存在达成共识的对话空间。美国启动缺席审判的特点给我们带来以下启示:规范限定与司法裁量共同构建了刑事缺席审判制度,缺席审判的审慎启动除了采用立法上严格限定启动条件的静态方法外,也可以考虑采用立法划定基本规则、司法裁量具体判断的动态方法,以此应对多样化的案例实践,保障缺席审判启动正当性同时兼顾制度实效。以下笔者将结合我国法律规定,以“送达”为切入点,尝试从规范限定与司法裁量并行的动态方法出发,对规范模式、条文表述、配套调整等方面进行分析。

### (一)规范模式与条文表述再思考

我国境外型缺席审判启动条件体现于《刑事诉讼法》第 291 条和第 292 条,包括四种情形:(1)贪污贿赂犯罪案件,以及需要及时进行审判,经最高人民检察院核准的严重危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪案件;(2)被追诉人在境外;(3)检察院经审查依法提起公诉;(4)法院依法决定开庭审判,且传票和起诉书副本送达后,被告人未按要求到案的。满足上述条件时,人民法院应当在被告人缺席情况下开庭审理。这些条件中,“送达”被认为是支撑启动缺席审判正当性的重要元素,旨在说明被告人已知审判即将开始而自愿放弃参加审判。这与美国所规定的“审判开始时在场”相似,即通过外在客观标准保障被告人是在明知、自愿情况下放弃了审判在场权。但这种明确设置某一客观标准的规范形式,却可能导致在某些符合启动缺席审判制度原理但不满足该客观标准的案件中,难以有效启动缺席审判,比如被告人潜逃境外且以隐匿踪迹、频繁更换居所等方法而使诉讼文书难以送达。被告人未到案参加审判的原因有若干,比如,逃匿、重病、自然灾害、遭受他人阻碍等,因逃匿而缺席审判区别于其他原因缺席审判的一个重要特点是被告人往往主动设置联络障碍,而缺席审判的目的正是为了克服这一障碍,司法权威和程序正义不能因被告人拒绝接受审判而无法实现,被追诉人不能以其逃避行为绑架司法。这一问题已被学界广泛关注,有观点提出,可以通过多样性的送达方式解决该问题。

笔者认为,丰富送达方式是可以考虑的解决途径,但仍需论证各种送达方式的合理性和可行性,也许并非所有送达方式都能够满足启动缺席审判的基本法理。实际上,可以采取更为直接的方法,在列举式规定某些客观判断标准时,也对启动条件的基础性内核要素进行概括式表述,从而使法官能够结合个案情况,在客观标准难以满足时,仍可以以基础要素已满足为依据启动缺席审判。

如前述,美国缺席审判实践最为核心的规范要素,就是被告人“明知”审判已经或即将开启而“自愿”放弃到场,亦即宪法规范对启动缺席审判的基本要求,所以,在某些不符合《联邦刑事诉讼规则》第 43 条(c)所设定的“审判开始时在场”客观标准的案件中,部分法院以“明知”“自愿”条件业已满足为依据,启动了缺席审判,强化了追诉犯罪和司法权

威等方面的效果。在这一方向上,甚至有些观点和司法判例将部分案件启动缺席审判的理论依据,从“弃权说”转向“失权说”。根据失权理论,被追诉人的某些行为可能导致权利丧失,启动缺席审判的依据不在于被告人是否放弃权利的主观态度,而在于行为本身存在过错,且严重程度使其不再享有相关权利。以失权理论为缺席审判理据,启动条件的设置上可以相对弱化被追诉人处分审判在场权的主观态度,而主要以其是否实施相关行为作为条件内容。在美国,被追诉人以逃避审判、干扰法庭审判等行为阻碍审判顺利进行的,都可能导致其失去审判在场权(但并不同时失去辩护权等其他诉讼权利)。从司法实践角度观之,以失权理论为基础的规范方式有助于制度有效实施,可操作性更强。但被追诉人获得公正审判的权利是国际社会所认可的一项基本人权,以失权理论为依据启动缺席审判的案件应当限定于明确且较小的范围之内。

现代社会发展给国家治理体系提出新的挑战,为克服诉讼障碍而开启的缺席审判在制度属性上天然具有应对性特征,<sup>[46]</sup>其制度目的在于回应被告人逃避追诉但基于重大司法利益需要启动审判的案件。这种应对性机制特征,意味着此类制度是一种非常态制度,其内在结构设计与其所对应的常态化制度相比存在一定差别。承认这种差别,并非认同降低此类程序的诉讼权利保障,而是认为此类程序的权利保障机制可能需要作出不同于常态制度的特殊安排,比如,强制辩护、重新审理等方面的探索。就启动环节而言,一方面必须保障被告人的知情权,另一方面相关规则设计需与制度目的相符方能逻辑自洽。我国可以将《刑事诉讼法》第292条有关送达的条件规范表述补充为“传票和起诉书副本送达被告人,其无正当理由而未按要求到案,或者在无法送达情况下,有证据证明被告人知晓诉讼程序在进行之中而以拒绝接受诉讼文书等方式逃避审判的”。“知晓诉讼程序在进行之中而以拒绝接受诉讼文书等方式逃避审判”是能够体现制度目的的原则性、基础性规范表述,有助于增强制度设计对个案多样性的适应度,同时也体现出弃权理论与失权理论的综合考量。知情而逃避的行为,既可以理解为弃权行为,也可以理解为导致失权的原因行为。

## (二)与此相关的两方面配套调整

启动缺席审判限定条件的放宽可能引发两个问题。一个问题是会不会导致大量案件适用缺席审判?作为一种应对性制度,我国立法对境外型缺席审判总体采用了严格限定启动条件的静态方法,包括案件范围、起诉标准等。对“送达”条件的所谓放宽,其实是为了使启动条件更体现制度原理,并未实质性改变制度宗旨。此外,这一问题可以通过给予法院裁量余地加以解决,即,在满足启动条件时,不要求法院“应当”缺席审判,而是“可以”缺席审判。在程序进入审判阶段后,由法官裁度以何种方式审理案件的做法,更为符合程序法理,裁量过程中可以采用对各种利益综合权衡判断的方法。另一个问题是如果不以向被告人送达为必要条件,会不会影响其有效行使辩护权等诉讼权利?从送达制度原理层面观之,向被告人送达传票和起诉书副本的主要制度功能包括两方面,一是使被告人了解审判活动即将开始,通知其依法按时参加审判,以便诉讼顺利进行;二是保障被告

[46] 具有类似属性特征的我国另一制度是违法所得没收程序。某些国家法律中设置了扩大被追诉人程序处分权的轻罪案件缺席审判制度,尽管也是缺席审判制度的一种,但在性质上不同于应对诉讼障碍的缺席审判。

人有效行使其辩护权等诉讼权利,为后续诉讼活动做好充分准备、维护自身合法权益。这两项功能分别对应两种权利保障,即审判在场权和辩护权。有证据证明被告人知晓诉讼活动在进行之中而逃避审判,甚至试图以自己的逃避行为阻碍审判启动的情况下,审判在场权业已放弃,但这并不同时意味着放弃辩护权,在不以送达为条件的缺席审判案件中,送达制度的第二项功能(即保障有效辩护)需要通过其他途径加以实现,此时,需要向能够在法庭上代其行使辩护权的相关主体送达文书,多数国家该主体是辩护律师,在我国也可以包括近亲属。所以,如果是以送达之外的其他条件作为启动条件的案件,亦即“无法送达情况下,有证据证明被告人知晓诉讼程序在进行之中而以拒绝接受诉讼文书等方式逃避审判的”,法律应当要求对近亲属或辩护律师等相关主体送达相关文书。值得说明的是,上述要求并非启动条件的规范,而是保障辩护权的规范,因而,与保持《刑事诉讼法》第 292 条内容不变而直接向辩护人送达也视为送达的解决方案有所不同。

综上,对于《刑事诉讼法》第 292 条有关送达的条件规范,可以通过补充以基础性、原则性的条件表述方式,适当放宽条件范围。与此同时,改变当前要求法院在条件满足时必须启动缺席审判的权力分配方式,给予法官裁量权,由其结合个案情况把握是否对满足规范所设条件的案件开启缺席审判程序。此外,对于以“被告人拒绝接受文书等方式逃避审判”为启动条件的案件,应将起诉书等文书依法及时送交其辩护律师或近亲属,以便其及时准备辩护,保障辩护权有效实现。

[本文为作者主持的 2014 年度国家社会科学基金项目“职务犯罪赃款赃物追回的证据制度研究”(14CFX025)的研究成果。]

---

[ **Abstract** ] The ruling system of initiating criminal trial in absentia in the United States develops around the jurisprudence of defendant's right to presence and takes the institutional form under the combined influence of normative limitation and judicial discretion. Rule 43 of FRCP is of great significance to this system, but it is not the whole story. Moreover, the judicial discretion in this area is a multidimensional complex of three kinds of discretion. The features of the ruling system of initiating criminal trial in absentia in the United States includes: firstly, the norm limitation under the seat centripetal force and the strong dominance of judicial discretion in practice; secondly, as an essential factor, the separation of defendant and its right to presence finds its rationale in either waiver or forfeiture theory; and thirdly, the analysis of interests is the main leverage in the discretion in specific cases. In establishing the system of initiating criminal trial in absentia, China may choose a dynamic way of fundamental legislative regulation and more leeway for discretion in particular cases, so as to guarantee both the legitimacy and the effectiveness of this system.

---

(责任编辑:雨 沫)