

论刑事涉外缺席审判中诉讼文书的境外送达

杨玉蓉

(中南大学 法学院, 湖南 长沙 410083)

摘要: 在刑事涉外缺席审判程序中向被告人有效送达诉讼文书, 不仅是保障被告人知情权的基本要求, 也是保障被告人其他诉讼权利的基础, 更是衡量缺席审判正当性的关键因素。一方面, 我国存在着司法实践中境外送达难的问题, 另一方面, 刑事诉讼法对缺席审判中诉讼文书的送达仅限于原则性规定, 这难以保障诉讼文书境外送达制度的落实。为完善我国刑事缺席审判中的诉讼文书境外送达, 应优化送达的参与主体和期间、明确送达完成的标准、排除适用公告送达。

关键词: 刑事缺席审判程序; 境外送达; 国际刑事司法协助; 知情权

中图分类号: D925.1 **文献标志码:** A **文章编号:** 1674 - 5639 (2022) 05 - 0068 - 11

DOI: 10.14091/j.cnki.kmxyxb.2022.05.010

On the Overseas Delivery of the Litigation Instruments in Criminal Foreign Absent Trials

YANG Yurong

(Law School, Central South University, Changsha, Hunan, China 410083)

Abstract: In criminal abroad, the trial procedure is not only the basic requirements of the defendant's right to know the information, but also the key factor in ensuring other legitimate rights of the defendant. On the one hand, my country has problems with difficulties in judicial practice of overseas delivery. On the other hand, the Criminal Procedure Law is limited to the principled documents of the litigation instruments in the absence of the trial, which is difficult to protect the implementation system of the litigation. In order to improve overseas delivery of the litigation documents for the criminal absent trial in China, it should optimize the participation of the subject, clarify the standards of delivery and exclude the applicable announcements.

Key words: procedure of criminal absence judge; overseas delivery; international criminal justice assistance; information right

自我国刑事诉讼法规定刑事缺席审判制度以来, 缺席审判主要适用于被告人因健康原因中止诉讼与被告人死亡但其无罪、审判监督程序中被告人死亡等情形。笔者在中国裁判文书网对 2018 年至 2022 年有关适用缺席审判程序的一审案件进行查询, 发现共有 38 份裁判文书, 其中, 刑事涉外缺席审判的发展明显滞后, 全国范围内首次适用刑事缺席审判的案件为 2020 年河南省的“程三昌案”。在刑事缺席审判程序中向被告人有效送达诉讼文书, 不仅是保障被告人知情权的基本要求, 也是保

障被告人其他诉讼权利的基础, 更是衡量缺席审判正当性的关键因素。一方面, 我国存在着司法实践中境外送达难的问题, 另一方面, 2018 年修订的《中华人民共和国刑事诉讼法》(以下简称《刑事诉讼法》) 第 292 条规定了缺席审判中诉讼文书送达的对象、送达方式、法律后果等内容^①。2021 年我国正式颁布有关刑事诉讼法的司法解释对上述内容进行了补充, 但是现有规定依旧较为原则化, 公告送达方式在刑事缺席审判中可采性、送达完成的标准等方面依旧是立法的空白, 这不仅难以保障诉

收稿日期: 2021 - 10 - 22

作者简介: 杨玉蓉 (1998—), 女, 甘肃兰州人, 在读硕士研究生, 主要从事刑事诉讼法研究。

^①《刑事诉讼法》第 292 条: 人民法院应当通过有关国际条约规定的或者外交途径提出的司法协助方式, 或者被告人所在地法律允许的其他方式, 将传票和人民检察院的起诉书副本送达被告人。传票和起诉书副本送达后, 被告人未按要求到案的, 人民法院应当开庭审理, 依法做出判决, 并对违法所得及其他涉案财产做出处理。

讼文书境外送达制度的落实，也直接影响着刑事涉外缺席审判缺席的适用。

一、送达程序之于刑事缺席审判的重要性

刑事诉讼中域外送达实质是国家的司法主管机关向被告发出通知，保证被告人知悉自己被指控的罪名以及事实，并且预留合理的时间，使得被告人可以为即将进行的诉讼程序做好准备。

(一) 缺席审判不同理论对文书送达的要求

缺席审判正当性来源所依据的理论基础不同，对诉讼文书的送达亦提出不同的要求。例如：张吉喜教授认为支撑缺席审判的理论有三种，即权利放弃理论、权利平衡理论与被告人放弃兼顾无出庭必要理论^[1]；鲍文强教授认为在缺席审判的发展历史中生长出三种理论支撑缺席审判的正当性，分别是缺席审判是对被告人违反法律时的制裁、是对被告人审判时出庭义务的豁免以及是被告人对出庭权利的放弃^[2]；聂友伦博士指出缺席审判的正当性基础来源于被告人出庭权利的放弃和被告人出庭义务的豁免^[3]；赵恒博士亦从权利与义务的角度阐释缺席审判的正当性基础^[4]。学者们对缺席审判正当性理论基础的认知大同小异，其理论差异在于被告人出庭是权利还是义务。鉴于近年来的研究一直强调出庭应视为被告人的权利而限缩其中的义务属性，因此，本文以权利属性为视角，对不同理论于境外文书送达的要求做如下理解。

第一，权利放弃理论。缺席审判开始的前提是要求被告明知自己所涉案件的罪名、事实以及所享有的诉讼权利，在“明知”的基础上放弃自己所享有出庭的权利。认可该理论最为典型的国家是美国、日本、法国。其中，《美国联邦刑事诉讼规则》第43条规定了可以缺席审判的两种情形：一是不论被告人是否有参与庭审的义务，其自愿缺席的；二是非死刑案件中被告人自愿不出席量刑程序的^[5]。《法国刑事诉讼法法典》第319条中明确依据规定向被告追诉人送达文书后，被告人不出席庭审可以缺席审判^[6]。《日本刑事诉讼法》第286条认

为对于被告人拒不出席庭审意味着对自己权利的放弃^[7]。此外，国际人权组织的判例中亦明确权利放弃理论应当作为提起缺席审判的依据。例如，联合国人权理事会在关于缺席审判第一案即 Mbenge v. Zaire 一案中，认为若已经充分提前告知被告人被起诉的相关信息，被告人拒不出席庭审的情形下可以缺席审判^①。欧洲人权法院则认为被告人对权利的放弃应当建立在对刑事诉讼程序的实际了解的情况下，刑事缺席审判程序的启动当然也建立在相同的基础上^[8]。由此可知，权利放弃理论是绝大多数国家提起缺席审判的理论基础。当然，其前提是认可出庭参与审判是当事人的一种权利，虽然可以放弃但是必须提前充分告知被告人关于庭审以及权利保障的事项。只有在实际了解且自愿放弃出庭权的基础上，缺席审判的启动才具有正当性，因此送达之于该种理论十分重要，而权利放弃理论亦对送达提出高标准、严要求，即必须使得被告人实际知悉即将进行的程序。

第二，权利平衡理论。该理论并不考虑当事人是否放弃出庭参与审判的权利，而是法院依据对席审判和缺席审判所带来的法律、社会、政治效果分别进行衡量，依职权决定是否采用缺席审判。法国与德国的立法就是该理论运用于实践的典型。《法国刑事诉讼法法典》第270条规定犯有重罪的被告人在逃抑或是拒不出庭的情况下可以缺席审判，无须关注是否属于被告人自动放弃权利^[6]。《德国刑事诉讼法》第232条规定一些不涉及人身自由的罚金刑等情况下，不论被告人是否得到充分的告知可以进行缺席审判^[6]。此种理论的诉讼模式，对于诉讼文书的送达则没有很高的要求，缺席审判的启动亦与被告人的主观意愿无关，而是法院的决定占据主导地位，但是出于对被告人权利的保障，赋予被告人到案后可以重新接受审判的权利。

第三，权利放弃兼顾无出庭必要理论。此理论认为出庭庭审既是被告人的权利也是其义务。被告人不能完全自主地放弃出庭的权利，否则会导致缺席审判的滥用，必须兼顾被告人当庭陈述对案件庭审的必要程度，即只有在被告人放弃出庭且其并无

^①参见 Daniel Monguya Mbenge 诉扎伊尔联合国人权理事会判决书（1990）[Daniel Monguya Mbenge v. Zaire, Communication No. 16/1977, U. N. Doc. CCPR/C/OP/2, 76 (1990)]。

出庭必要时,才可以适用缺席审判。观以各国的实践,在该理论下可以提起缺席审判的案件为轻罪案件。例如,美国刑事诉讼规则规定可能判处罚金或是一年以下监禁的被告人在书面放弃出庭后,法院在认可没有出庭必要的情形下可以启动缺席审判。《日本刑事诉讼法》第284条规定此种理论提起的缺席审判仅仅适用于罚金刑的犯罪,即轻微案件可免于到场^{[7]341}。法国与德国亦有相似的规定,但均限定在轻罪审判时可以适用。权利放弃与无出庭必要已经限制适用缺席审判审理的犯罪类型,即适用缺席审判不会对被告人的人身及重要财产有实质性的处分。在此理论中,因为需要被告人明确放弃自己的权利,对于诉讼文书的送达亦有很高的要求,是可以进行缺席审判的前提条件。

(二) 送达于刑事缺席审判重要性之原因

诉讼文书有效送达往往是开启诉讼的第一步,尤其是在刑事缺席审判中,它是缺席审判开启的制高点。送达是保障被告人知悉指控以及自主处置诉讼权利的前提性条件。缺席审判重要依据的三种理论均对送达活动提出的一定的要求,意味着有效送达对于缺席审判尤为重要,其重要性可以归纳为以下三个方面。

1. 有效送达是刑事缺席审判正当性来源之一

由学者的分析以及实践中法律规范的规定可知,我国缺席审判中的重要理论依据是权利放弃理论以及权利平衡理论,而又因为缺席审判的必要性并不能证明缺席审判的正当性^[9]。缺席审判制度的设置实质上是国家基于权利平衡理论对公民权利的克减,因此被告人“明知且弃权”是缺席审判的正当性来源^[9]。而有效的保障对被告人的送达,不仅是保障被告人的知情权,使其明知自己被指控的罪名以及事实,也是被告人参与庭审的依据。当前,我国学术领域越来越认可被告人出庭的权利属性,而淡化义务属性,在缺席审判启动条件的讨论

中,越来越多的学者将被告人出庭视为其可处分的权利。只有在当事人“明知且弃权”的情况下,缺席审判才有正当性来源,所获得的判决才会被承认与执行。例如:在 Demebukov v. Bulgaria 案^①中,司法机关并未寻找到被追诉人实际位置,但在之后的程序中被追诉人委托了辩护律师,当然推定被告人已经“明知”自己被起诉的事实,但是“放弃”自己出庭的权利。联合国人权理事会认可了该案的合法有效性,认为并没有侵犯被告人的出庭权。

2. 有效送达是缺席审判判决被承认与执行的前提

缺席审判制度通过近几年的发展逐渐走向常态化,但是国家间对于缺席审判判决的承认与执行依旧有很大的障碍。很多国家会基于人权保障的考虑,对不符合该国权利保障要求的刑事判决拒绝承认与执行。缺席审判制度在我国法律化并不意味着该制度建立的目的就此可以实现,当国家所做的判决被承认以及执行时,才能真正实现追逃追赃的目的。

缺席审判最终的目的在于国际刑事司法协助以及引渡的及时有效。^[10]判决的生命在于执行,否则等于一纸空文。很多国家对于被请求承认与执行的判决,不仅仅会进行程序审查,还会进行实体审查,很多被拒绝承认与执行的判决是因为该判决在形成时送达活动产生纰漏。例如,请求国未有效送达、预留的准备时间不足,被请求国不承认公告送达等问题,均会使得判决被拒绝承认与执行。因此,建立有效合理的诉讼文书送达制度直接影响缺席审判最终目的的实现。

3. 有效送达是缺席审判制度顺利实施的有力保障

第一,有效保障被告人基本人权。刑事追诉运用国家强制力,基于惩罚犯罪、维护社会稳定等功能可能会剥夺被告人的财产、人身自由甚至生命,因此对待刑事诉讼必须谨慎。《公民权利及政治权利国际公约》第14条第3款的规定^②以及《欧洲人权公约》第6条第3款的规定^③都相似地阐述了

①参见 Demebukov 诉保加利亚欧洲人权法院判决书(2008) [Demebukov v. Bulgaria, App. No. 68020/01, § 57 (2008)]。

②《公民权利及政治权利国际公约》第14条第3款(甲)项:迅速以一种他懂得的语言详细地告知对他提出的指控的性质和原因;(乙)项:有相当时间和便利准备他的辩护并与他自己选择的律师联络。

③《欧洲人权公约》第6条第3款:(1)以他所了解的语言立即详细地通知他被指控罪名的性质以及被指控的原因;(2)应当有适当的时间和便利条件为辩护做准备。

送达诉讼文书是保障被告人最低享有的诉讼权利，包括及时有效的知悉送达的内容还应当享有充分的时间行使辩护权。因此，送达诉讼文书既是保障被告人权利的第一步，也是最重要的一步。

第二，保障实体以及程序正义的实现。一是实体正义方面，刑事缺席审判被告人不参与庭审，容易导致无罪或者罪轻的人得到有罪或是罪重的判决。如此，则意味着实体正义无法实现。向被告人送达诉讼文书，直接体现为保障被告人的知情权，亦是为被告人行使辩护权奠定基础，为实体真实的发现助力。二是程序正义方面，程序正义的核心在于保障被告人的程序参与权，即只有被告人知道自己被指控的罪名以及事实才能够积极参与到诉讼中并保障自己的合法权益。而法律通过规范诉讼程序中的要求，限制公权力机关肆意行使权力，给予诉讼参与者如何参与诉讼的指导，以形成有序、平等、理性参与诉讼的状态。此外，诉讼文书的送达直接负有向被告说明被起诉缘由的义务，这不仅体现了司法的权威，更有助于被告人及其亲属接受嗣后的判决。

第三，有助于提高诉讼效率。缺席审判制度建立的初衷就是针对贪污贿赂型犯罪，但是较长时间内如果无法对其追责，亦不能对其转移的财产及时追回，则该制度设立的目的无法实现。送达作为刑事缺席审判程序启动的起点，如果送达时间过于拖拉、送达成本过于高昂则会直接导致缺席审判程序的后延。此外，刑罚惩罚教育功能与案件发生到做出判决的时间息息相关。当犯罪发生后判决的做出越快，刑罚的惩罚教育功能则更强。反之，如果在较长时间内不能得出有罪判决，被告人对于自己犯罪的愧疚程度则会逐渐减轻，从而导致刑罚惩罚教育功能淡化。

二、我国刑事缺席审判制度实践现状

我国《刑事诉讼法》规定了三种缺席审判中域外送达诉讼文书的方式。2021年出台的关于《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“司法解释”）在刑事司法协助小节中明确了送达诉讼文书可以采取的七种方式^①。虽然《刑事诉讼法》中明确规定了三种缺席审判中可适用的送达方式，但在该司法解释中并未再补充缺席审判诉讼文书的送达方式，即排除了刑事司法协助中四种送达方式的适用。缺席审判中文书送达方式可以做以下理解。

（一）依据国际条约规定的方式

1. 国际公约

国际公约由于涉及的国家众多，不同的国家拥有不同的法律文化。一般而言，不会直接规定可以司法协助的具体规范，多是原则性规定，赋予缔约国以自主权，否则会出现由于“众口难调”而导致国际公约宗旨中追求的目标无法协商一致的情形，使得国家间的合作更加困难。《联合国反腐败条约》就是最典型的体现。该公约第46条第3款第(3)项规定能够以送达司法文书为目的的请求依照本条给予司法协助。基于国际条约的性质，缔约国之间应当尽力提供司法协助，但又因条约的原则性较强且各国之间的法律情况以及人权保障的标准不同，赋予各国自主权是理所当然的。

2. 双边条约

由两个国家签订的双边条约较之多边条约更具有可行性，条约所追求的目标也更容易实现。因此，我国与外国仅就刑事司法协助所签订的双边条约在司法实践中运用得更加广泛。在送达诉讼文书的问题上，双边条约多规定以被告人所在国法律允许的方式进行送达，意在减少境外送达时的阻力。例如，我国与比利时所签订的刑事司法协助双边条约中约定^②，被请求方根据本国法律，并依请求送达请求方递交的文书。又如，我国与意大利签订的刑事司法协助中规定^③，有关诉讼文书的送达亦是根据被请求国的法律。再如，我国与法国签订的协定中规定^④，送达应当以被请求方法律规定的形式

^①《刑事诉讼司法解释》第495条规定可以送法的方式有公约送达、外交送达、使领馆送达、代理律师送达、代表机构送达、邮寄送达、法律允许的其他方式送达。

^②《中华人民共和国政府和比利时王国关于刑事司法协助的条约》第8条第1款。

^③《中华人民共和国政府和意大利共和国政府关于刑事司法协助的条约》第7条第1款。

^④《中华人民共和国政府和法兰西共和国关于刑事司法协助的协定》第10条第3款。

进行,或者应请求方的明确要求,以与被请求方法律不相抵触的特殊方式进行。同时,上述双边条约不但要求以被请求国法律为依据,而且明确了送达的方式、送达的要求以及无法有效送达时的处理方式等内容,为两国之间进行司法协助提供了行动指南。

(二) 依据外交途径提出的司法协助方式

一般而言,外交途径适用于两国之间无共同的国际公约或者双边条约,由相关国家的外交机构对特定案件进行磋商,本着互惠互利的原则就特定案件的送达方式达成一致。外交途径不仅仅运用在送达方面,在很多国际刑事司法协助的方式甚至引渡、判决的承认与执行等方面都可以适用外交途径方式解决。但是这并不排除一些条约中明确规定两国可以适用外交途径完成送达。例如,中国与加拿大签订的刑事司法协助条约中就有规定两国在送达诉讼文书时可以通过外交或者领事送达^①。此种在司法协助条约中约定适用外交途径送达文书的方式并不鲜有,一般视为双边条约的必须条款。

我国外交部以及新加坡的外交机关对于李华波一案进行多次商讨沟通,在重要的原则性问题上达成一致。我国最高人民检察院根据《适用违法所得没收程序若干问题的规定》第12条第2款^②,请求新加坡财产没收主管机关向李华波及其利害关系人告知并送达没收公告的内容。在新加坡协助没收公告送达后,国内法院就此案做出裁定。新加坡总检察署将裁定正式送达李华波本人以及在新加坡的利害关系人^[11]。李华波一案是利用外交途径送达最为典型的案例,为之后的刑事司法协助起到了良好的模范作用。

(三) 被告人所在地法律允许的方式

通过国际条约以及外交途径的送达方式实践难度大,在实际运用的过程中存在诸多障碍,主要在于国家之间合作的难易程度不一,而运用被告人所在地法律允许的方式送达诉讼文书则能较为有效地解决上述问题。《联合国反腐败公约》第46条第2款规定的立法精神要求“对于请求缔约国中依照本公约第二十六条可能追究法人责任的犯罪所进行的侦查、起诉和审判程序,应当根据被请求缔约国有关的法律、条约、协定和安排,尽可能充分地提供司法协助。”例如,我国刑事司法协助的规定不允许送达给辩护律师,但是美国法律规定除非特殊情况否则可以送达诉讼文书给被告人的辩护律师,故此我国在向出逃至美国的被告人送达时即可向其辩护律师送达^③。因此,运用此种送达方式的首要任务是要考察被告人所在地法律规定的可以允许的送达方式。

2021年3月8日,我国最高人民检察院在第十三届全国人民代表大会第四次会议上做《2021年最高人民检察院工作报告》并指出,2020年间对潜逃境外19年的贪污犯罪嫌疑人程三昌以缺席审判程序提起公诉,该案系国内适用缺席审判惩治外逃贪官第一案。在中央反腐败协调小组国际追逃追赃工作组的统一组织和协调下,河南省人民检察院在最高人民检察院的指导下对程三昌案审查起诉并最终提起公诉,以外交送达为主综合运用多种方式送达起诉文书,在充分保障被告人程三昌知情权的基础上启动缺席审判,是国内司法机关、外交部、监察委员会等机关合力打击外逃贪官、追回国家资产的典范。

①《中国和加拿大关于刑事司法协助条约》第18条:一方可以通过其派驻在另一方的外交或领事官员向在该另一方境内的本国国民送达文书和调查取证,但不得违反驻在国法律,并不得采取任何强制措施。

②《适用违法所得没收程序若干问题的规定》第12条第2款:人民法院已经掌握境外犯罪嫌疑人、被告人、利害关系人联系方式,经受送达人同意的,可以采用传真、电子邮件等能够确认其收悉的方式告知其公告内容,并记录在案;受送达人未做出同意意思表示,或者人民法院未掌握境外犯罪嫌疑人、被告人、利害关系人联系方式,其所在地国(区)主管机关明确提出应当向受送达人送达含有公告内容的通知的,受理没收违法所得申请案件的人民法院可以决定是否送达。决定送达的,应当将公告内容层报最高人民法院,由最高人民法院依照刑事司法协助条约、多边公约,或者按照对等互惠原则,请求受送达人所在地国(区)的主管机关协助送达。

③2013年《美国联邦刑事诉讼规则》第49条:(b)如相关规则或法庭命令要求或准许送达给由律师代表的当事人的,应当送达给代理律师而非当事人,除非法庭命令另有规定。

《2021年最高人民检察院工作报告》还指出“积极配合反腐败国际追逃追赃工作，审理追逃追赃、没收违法所得等案件316件，裁定没收‘红通人员’姚锦旗等164人违法所得11.5亿元和位于多国的不动产，让腐败分子无处藏身、违法所得无处隐匿。”近年来，国家积极运用引渡、遣返、异地追诉等法律手段追逃追赃，因国施策、分类出击，对外逃腐败分子严厉追击。外逃人员数量与缺席审判适用次数明显不成正比，其主要存在以下原因：一是跨国侦查、追逃难度大、耗时长，受国际关系影响深等原因；二是提起缺席审判条件严格，必须在充分保障被追诉人的基础上提起诉讼，程三昌案出于谨慎考虑，在最高人民检察院的指导下完成办理，将审慎的态度贯彻至每一次缺席审判是刑法处罚谦抑性的必然要求。三是缺乏指导性案例。在程三昌案件适用缺席审判程序之前，被告人涉外的特殊类型案件中并未有先例适用缺席审判，缺乏具体的实践经验，绝大多数司法机关处于观望状态。

程三昌案件在缺席审判制度中具有里程碑式意义，不但为今后缺席审判的适用提供现实的指导性意义，而且以成功的姿态向外逃人员彰显大国司法，震慑外逃人员以督促其尽快回国接受审判。

三、刑事缺席审判中境外送达所面临的困境及其原因

刑事缺席审判相对而言仍是一项新兴诉讼制度，与之相配套的司法解释于2021年3月正式施行，但其中存在的一些法律问题并没有得到回应。由于法律存在一定的模糊与空白，因此在适用过程中难免无从下手。本文通过分析我国在缺席审判中境外送达文书的困境及其原因，以期为我国司法实践所面临的困境寻求完善之法。

（一）我国刑事缺席审判中境外送达的困境

1. 现有规范本身存在的缺陷所带来的实践难题
第一，受送达主体位置不定时规范缺失引起的

送达困难。我国有关缺席审判的送达活动仅在《刑事诉讼法》第292条中予以说明，规定可以域外送达诉讼文书的三种方式，《刑事诉讼法司法解释》中亦未做补充说明。上述三种缺席审判中送达方式的内在要求是必须知悉当事人的准确位置，此项要求往往导致实践中经常出现但是法律没有规定的两种情形：一是难以获得被告人的实际所在位置。例如，被告人利用欧盟国家之间流动“无国界”的特点，在欧盟国家不停流动以躲避侦查。二是被告人所在国拒绝提供司法协助^[12]。上述两种情形正是国内司法实践中的难点，因为国内法缺失，同时司法协助能否顺利进行又依赖于国家间关系是否良好，以至于被告人往往利用此类法律漏洞，积极躲避侦查，人为制造送达困难。

第二，受送达主体范围较小导致送达效率低下。我国刑诉法缺席审判程序中规定诉讼文书的送达对象是“被告人”，而在《刑事诉讼法司法解释》中补充规定起诉书副本应当送达被告人近亲属^①。对于贪污贿赂犯罪嫌疑人出逃海外、被告人出现主动躲避侦查追捕的情形，应当充分发挥近亲属及辩护律师的作用，积极劝返被告人。但仅仅将应当送达近亲属的诉讼文书定为起诉书副本，涉及文书范围窄。大多数国家对于送达对象的范围较广，以送达给被告人本人为原则，以送达给被告人近亲属和辩护律师为补充。为完成缺席审判制度要求的送达义务，使得被告人尽可能知悉有关指控，适当扩大受送达主体以及送达的诉讼文书的范围是必要的。

第三，送达主体范围规定模糊带来的职权混乱。我国《刑事诉讼法》并未规定具体行使送达职权的主体，相应的司法解释尚未出台，还没有直接的法律依据。目前，仅以理论界的讨论为标准，即公安机关、法院、检察院均可以成为送达活动的主体。刑事诉讼程序并非狭义定义为法院开始审判阶段，检察机关承担着刑事诉讼中的证明责任，因此作为特别程序的缺席审判中当然亦需要证明审查起诉的案件可以适用该程序，对于上述检察机关的

^①《刑事诉讼法司法解释》第600条：对人民检察院依照刑事诉讼法第二百九十一条第一款的规定提起公诉的案件，人民法院立案后，应当将传票和起诉书副本送达被告人，传票应当载明被告人到案期限以及不按要求到案的法律后果等事项；应当将起诉书副本送达被告人近亲属，告知其有权代为委托辩护人，并通知其敦促被告人归案。

证明职责在《刑事诉讼法司法解释》第598条中已经明晰,但是并未明确送达的起始阶段。根据理论方面的讨论,在初始侦查阶段就应当积极履行送达职权,以尽早确定被告人的具体位置及敦促其尽快回国接受审判。同时,我国《刑事国际司法协助法》^①规定对于刑事司法协助的主管机关有国家监察委员会、最高人民法院与最高人民检察院、公安部、司法部等多个机关。多个部门职能复杂且分工不明确,容易出现职能重叠或是相互推诿的情形。

除上述三项现有规范不足带来的困境之外,送达活动的法律缺失还表现在诸如送达的期间、送达的标准等方面。我国对送达活动的很多问题寄希望于通过国际刑事司法协作以解决,但是立法存在空白时只依靠司法协助配合并不能完全填补漏洞,所以,国内法的完善才是首要考虑的问题。

2. 未规定缺席审判中送达完成的标准所引起的难题

第一,送达完成标准之空缺的难题。由于送达完成承担着能否启动刑事缺席审判的重要任务,意味着只有送达完成,法院才可以进行缺席审判。然而,纵观我国的法律规定,其中并没有明确以何标准作为送达完成的衡量因素。在没有送达完成的标准时,在何时、何种情况下能够使用特殊程序便没有标准,只能以裁量权填补空白。但是,在没有法律依据的情形下介入裁量权,以个人综合水平判定送达标准存在极大的不确定性,不利于被追诉人权利保障;而且在当前司法责任制改革的背景下,司法人员裁量权的可使用性有待观察与考量。承认缺席审判合法的大部分国家比较认可缺席审判中送达完成应以实际知悉为标准,权威的国际人权组织在此方面的认识亦是如此,引入实际知悉的标准更为合理且能够与国际标准相接轨。

第二,实际知悉的送达完成标准与公告送达方式不相容的难题。公告送达的方式实际上是认可“推定知悉”的送达标准亦可以提起刑事缺席审

判。我国法律中并没有规定公告送达是否可以作为刑事缺席审判制度的送达方式。我国学术界对于公告送达主要存在两种态度:一是认可公告送达可以在刑事缺席审判采取,但是要满足必要性等严格的条件^[13]。二是否认在缺席审判中采取公告送达的方式^[14]。直至今日,有关公告送达可采性的问题依旧争论不断,并没有形成主流观点但推定知悉一方面在被追诉人远在海外情形下公告送达直接影响其知悉被起诉的权利,另一方面相当于降低了缺席审判提起的门槛。在国际社会较为认可实际知悉的送达标准下,公告送达与之格格不入。

(二) 我国刑事缺席审判中诉讼文书送达困境产生之原因

1. 重实体轻程序的传统思想

不仅仅在刑事诉讼中,在其他实体正义与程序正义发生冲突时,基于传统正义观,实体正义高于程序的思想指导着人们做出选择。久而久之,程序更像是为实体结果服务的手段,即使程序出现纰漏也应当是“瑕不掩瑜”。在此种思想的指导下,立法机关对于有关送达问题的关注度下降,更何况司法实践中对于送达问题的重视程度本就不高。提起刑事缺席审判,其中更为重要的目的是国际追逃追赃,更为重要的人权保障措施是异议权,送达文书的受重视程度略显逊色。但是送达活动不仅有自己的价值,亦承担刑事诉讼的价值,应当在立法与实践中都给予重视。由于有关送达的法律规定较少,导致司法实践中可操作性差,随意性较强。送达程序的边缘化导致相关规范缺失,直接影响着缺席审判的启动及其顺利进行。

2. 缺少对于送达活动的救济

我国较长时间以来一直沿袭对席审判的刑事诉讼模式,在刑事诉讼中,只要可以寻找到犯罪嫌疑人,送达文书一般而言并非困难之举。但是即使在

^①《刑事国际司法协助法》第6条:国家监察委员会、最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部等部门是开展国际刑事司法协助的主管机关,按照职责分工,审核向外国提出的刑事司法协助请求,审查处理对外联系机关转递的外国提出的刑事司法协助请求,承担其他与国际刑事司法协助相关的工作。在移管被判刑人案件中,司法部按照职责分工,承担相应的主管机关职责。办理刑事司法协助相关案件的机关是国际刑事司法协助的办案机关,负责向所属主管机关提交需要向外国提出的刑事司法协助请求、执行所属主管机关交办的外国提出的刑事司法协助请求。

犯罪嫌疑人在押的状况下，也会出现开庭当天送达诉讼文书的情形。长期以来，对于送达活动的不重视，在实践中送达程序出现问题往往以轻微程序瑕疵、不影响实体为由不予追究。根据现有的法律规定，在送达程序违法的案件中，当事人基本上没有可以提出异议的权利。同时，为解决送达难的问题，采取的措施往往是丰富送达方式的类型以减轻法院的负担，真正基于人权保障以确保有效送达的措施较少，毕竟在一定程度上执着于程序的完美无瑕定会影响诉讼的效率。但是刑事缺席审判中被告人不出席庭审使得被告人权利存在舍弃的情形。因此，送达程序之于人权保障的重要性愈加凸显，此时在送达程序的规则中未纳入程序制裁性规则以及救济措施，无法对违反程序的情形有效规制，权利受到损害的犯罪嫌人无法得到救济，导致人权保障措施出现薄弱环节。

3. 不同国家对法律原则认识存在差异

缺席审判最终的目的在于判决的实施，其中涉外文书的送达无可避免地需要不同国家之间的协助，而国际刑事司法协助的核心是国家间基于对相关制度的达成统一理解，为谋求共同利益而互相协助。但当每个国家的历史发展以及国情不同时，对于同一规则的理解并不相同。例如，在《联合国反腐败公约》第46条中规定各国以送达司法文书为目的请求可以司法协助，但其中具体实施办法由各国自行制定。一些国家对于此规定较为严格，一些国家则较为宽松。对刑事国际司法协助态度较为宽松的代表是南非。南非法律规定外国法院签发的文书与本国法律文书具有相同效力，甚至可以根据外国出具的文书作为本国判断犯罪的依据^[15]。而大多数国家对于文书送达需要进行一定的审查并非直接认可。虽然国际社会对于打击跨国犯罪具有共识，但是对同一事项的认识仍存在差异，在共同打击跨国犯罪的合作中具有较大的协商性与任意性，国家间的关系、共同利益等因素都会影响司法协助的顺利进行。

四、我国刑事缺席审判中境外送达程序之完善路径

通过前文论述我国刑事缺席审判中诉讼文书境外送达的司法实践及其存在的问题，可以发现我国

缺席审判中送达活动出现困境的核心原因是法律规则的不明确性与模糊性。同其他国家完善和细致的立法相比，我国的缺席审判立法亟待完善。通过借鉴其他国家的先进立法经验以及有效的实践方式，本文对我国刑事缺席审判中域外送达程序提出以下几个方面的完善建议。

（一）优化送达的参与主体与期间

国际公约以及各国的立法中都展现了对送达程序的重视，究其原因是为了使得被告人及时得知被指控的罪名以及事实并且为自己的辩护做好充分的准备，以实质保障公平正义。

1. 有关送达的期间

我国刑事诉讼中有关域外送达的程序中对于很多具体的送达程序均没有规定，甚至送达的期间亦属于法律空白之处，这样会造成实践中司法机关工作的混乱以及被告人权利保障存在灰色地带。国内诉讼文书的送达期间是开庭前10日，考虑到涉外送达存在的实际困难，应该在此基础上适当放宽送达诉讼文书的期间，境外文书送达的期间为30日较为合理。在往后出台的司法解释以及最高人民法院颁布的复函中理应明晰送达的期间以及其他具体内容，而非仅有原则性规定，以期更好地指导实践，完成设立缺席审判时的目标。

2. 有关送达的主体

缺席审判中有关诉讼文书送达的主体不能仅限定在法院和检察院中。案件拟启动缺席审判时应当自公安机关侦查阶段到检察院审查起诉阶段均要重视送达诉讼文书的工作。案件侦查阶段在证据已经基本固定后就可以开始送达活动，适当前移送达阶段，有利于更有效率地掌握被告人所在地，使得之后的诉讼更加顺利。

3. 扩大受送达对象及可送达诉讼文书范围

仅仅将诉讼文书送达对象限定在被告人及其近亲属，将向近亲属送达的诉讼文书限定在起诉书副本，不但与国际通行做法有较大的差别，而且由于受送达主体较少与送达文书范围较小直接导致可以发动的力量较少，在诉讼效率方面多有不足。将辩护律师纳入受送达主体的范围，将其他诉讼文书纳入可送达文书的范围，主要有以下三方面作用：一是敦促其尽快回国接受审判，更易感化被告人的内

心^[16]。二是缺席审判异议权赋予近亲属则意味着应当将一些诉讼文书送达给近亲属是缺席审判制度规定的应有之意。多数国家也将辩护律师纳入受送达对象,即以向近亲属送达文书为主,向辩护律师送达为补充。例如,保加利亚的刑诉法第180条规定^{[6]106},被告人不在住所地,经过与被告同住的亲属同意,可以向被告人的辩护律师送达。再如,意大利的刑诉法第165条规定^[17],向逃匿的被告人送达诉讼文书的同时,可以向其辩护律师送达,被告人如果没有辩护律师则由司法机关指定,此后事项皆由辩护律师代表。

(二) 明确送达完成的标准

我国并无关于送达标准的规定,仅有的法律规范中无法推断相关的标准。国际社会比较认可缺席审判中送达完成应以实际知悉为标准,权威的国际人权组织在此方面的认识亦是如此,我国应当采纳被告人“实际知悉”为送达完成的标准。将高标准作为国内立法的依据,使得所作缺席审判的判决更容易被承认与执行,同相关国家的刑事司法协助更加顺利。缺席审判制度的完成需要各国间的配合,虽然各国有关人权保障、判决承认的标准均不一,但是严格完成每一项程序,较高水平地保障被告人的权利,做出高质量的判决,是各国共同追求的目标。以“实际知悉”为标准实属缺席审判应有之意,上述观点从以下三个方面阐述。

1. 联合国人权理事会以“实际知悉”作为送达完成的标准

联合国人权理事会在审理有关侵犯公民权利与政治权利的案件时,在多个案例中明晰要以实际知悉为送达完成的标准。例如,在 *Maleki v. Italy* 一案^①中,联合国人权理事会在审理时认为只有当及时告知被告人传唤的信息及其后即将进行的程序,如此得出的审判才符合人权两公约的要求,各缔约

国也必须在审判中对上述原则予以尊重。再有,在 *Mbenge v. Zaier* 一案^②中,联合国人权理事会指出:保障被告人被刑事追诉以后的各项权利,必须达到《公民与政治权利公约》第14条第3款中规定的权利保障最低限度。缺席审判程序开始的基础,必须是向被告人事先告知对他的指控和相应的程序。缺席审判要求必须采取足够的措施将审判的时间和地点事先告知被告人并要求其出庭,否则该条约第14条所规定的各项权利根本无从实现。通过以上案例,可知以实际知悉为送达标准是联合国人权理事会认可的观点。

2. 欧盟关于“实际知悉”作为送达完成标准之态度

欧盟2009年修改的《增强当事人程序权利,促进相互承认原则在缺席判决中适用的框架决定》(以下简称《决定》)中有较为明确的规定^③,简言之,就是如果出现被告人被亲自传唤并且已经被告知审判的时间和地点,或者有证据证明被告人通过其他方式被告知并且实际知悉了审判的时间及地点,并且留有足够的时间使得被告人对庭审做好充分的准备,上述情形均满足以后所得出的缺席审判判决才会被欧盟承认与执行。

随着社会的不断发展,欧盟2016年出台的《关于强化无罪推定的某些方面和强化刑事程序中参加审判权利的指针》^④中,放宽了前述《决定》中必须要实际知悉的标准,规定了可以推定实际知悉。即被告人被适时地传唤,(推定)实际知晓该诉讼以及不出庭的后果,被告人放弃参与诉讼只要不是模棱两可的回复,明示、暗示放弃权利均可以视为“明知且放弃”。同样,有学者认为如果可以推定被告人已经实际知悉亦可以进行缺席审判,如果过于苛求被告人必须实际完全知晓,会使本就困难的跨国送达难上加难,而直接导致缺席审判空有其名而无法适用^[18]。但是,缺席审判的本质以及

①参见 *Maleki* 诉意大利联合国人权理事会判决书(1999) [*Maleki v. Italy*, Communication No. 699/1996, U. N. Doc. CCPR/C/66/D (1999), prar. 2. 1 - 2. 2]。

②参见 *Daniel Monguya Mbenge* 诉扎伊尔联合国人权理事会判决书(1983) [*Daniel Monguya Mbenge v. Zaire*, Communication No. 16, 1977, U. N. Doc. Supp. No. 40 (A/38/40) at 134 (1983)]。

③参见2009年欧盟发布的《增强当事人程序权利,促进相互承认原则在缺席判决中适用的框架决定》。

④2016年欧盟发布的《关于强化无罪推定的某些方面和强化刑事程序中参加审判权利的指针》第8条。

正当性的来源就是被告人已经知悉对自己的指控以及所享有的权利，在此基础上放弃自身的权利，因此实际知悉是缺席审判程序存在的内部要求。在 *Colozza v. Italy* 一案^①中，检方未能获知被追诉人的下落，未能完成送达，但是司法当局推定被告人具有逃避审判的主观意图，进而直接进行缺席审判。欧洲人权法院认为司法当局在送达文书时，必须采取有效的手段，保障送达效果，从而认定该案中缺席审判的启动违反人权保护规则。

综上所述，欧盟对于送达的标准一直采取实际知悉原则，虽然近年来的发展认可了推定实际知悉的原则，但是不可否认的是，实际知悉不仅仅是国际社会认可的标准，亦是刑事司法协助的重要要求。

3. 多数国家认可“实际知悉”为送达完成标准

意大利当局在过去很长的一段时间里，对于缺席审判的送达程序并没有重视，因而在很多缺席审判的案件中被联合国人权理事会抑或是欧洲人权法院确认违反人权公约。对此，意大利于2014年系统改革有关送达程序，尤其强调缺席审判中被告人必须实际知悉即将开始的庭审。该国《刑事诉讼法》第420条中直接规定由被告人提供是否实际知悉诉讼文书的证据，在此种情况下明确放弃参与庭审的权利才可以进行缺席审判。意大利承认外国缺席审判的条件之一就是有关缺席审判诉讼文书的送达必须使被告人实际知悉相关内容^[19]。德国在《刑事案件国际司法协助》第83条第3款^[20]中规定，德国可以应他国请求引渡所必须具备的条件包括两个方面：一是程序的进行必须提前已经使被告人实际知悉；二是刑事诉讼过程中被告人的出庭庭审的权利以及辩护权必须被保障。

（三）排除公告送达的方式

以“实际知悉”为标准，自然应当排除公告送达这种视为知悉的方式。一方面此种方式对于被告人权利的保障是一大障碍，另一方面其与国际社会认可的标准有差异，会在后续的执行、协助方面

存在很大的问题，易使得缺席审判的裁判成为“空文”。寻求诉讼的效率而牺牲被告人的权利，还存在无法执行判决的可能。此种方式实质是“饮鸩止渴”，并不能根本解决此项问题。因此将公告送达明确排除，不论在诉讼的任何阶段寻找被告人准确的位置都是核心问题，不能为了进入缺席审判程序而刻意推延对被告人位置的侦查，主要有以下两方面理由。

1. 公告送达很难视为缺席审判正当性来源

缺席审判天然带有对被告人权利保护不足的特点，因此缺席审判启动的前提是司法机关履行了通知义务，使得被告人明知自己被指控的事实以及各项权利依旧放弃参与庭审的权利，方可进行缺席审判。因而，前文一再强调有效送达是该制度正当性的来源。公告送达在我国的通用做法是在国内权威刊物上公告，亦可通过与被告人所在地权威刊物合作发布公告。但是国内司法程序在国外权威刊物发布较为困难，除非与被请求国利益相关，否则很难达到可以使被告人知悉的程度。一般而言，国际通行的做法是认为缺席审判中诉讼文书的送达要保障被告人实际知悉，但是通过公告送达无法证明被告人已经实际知悉，而此时推定知悉的做法，无法保证当事人的知情权以及此后的辩护权、异议权等，甚至以后会在请求承认与执行所做的判决时被拒绝。因此，由于公告送达无法平衡缺席审判的天然不足，很难可以被视为缺席审判正当性的来源。

2. 缺席审判制度发展的趋势依旧必须以“实际知悉”为送达完成的标准

在 *Sejdovic v. Itali* 一案^[9]中，欧洲人权法院认为：被追诉人对权利的放弃应当建立在对刑事诉讼程序的切实知晓上，刑事缺席审判程序的启动当然也建立在相同的基础上。近年来，随着人权保障要求越来越严格，法国刑事诉讼法在2004年废除了公告程序的相关规定^[21]。德国《刑事诉讼法典》第232条规定，仅仅采用公告送达方式的，不能适用缺席审判。1998年，意大利刑事诉讼法规定在司法机关已经通知被指定的辩护人时即推定被告人已经知悉将要对其进行的全部程序以及在警察追捕

^①参见 *Colozza* 诉意大利欧洲人权法院判决（1985）[*Colozza v. Italy*, ECtHR Application No. 9024/80, reported at (1985)]。

未果的情况下可以推定被告人有逃避参与庭审的意图。正因为上述规定,意大利多个案例被联合国人权理事会以及欧洲人权法院予以批评,于是意大利在2014年的改革中否定了视为知悉的做法。目前,可以采取公告送达方式的国家以黎巴嫩为主,该国规定可通过媒体或是被告人所在国送达,一经发出则视为被告人已经知晓。上述做法屡遭争议,应当认定这是司法当局逃避送达义务的方式。^{[10]88}因此,在刑事缺席审判中适用公告送达依旧未被国际社会所认可。

公告送达实际上是将“视为知悉”作为送达完成的标准,相当于降低了缺席审判开始的门槛,虽然有利于国内法院更有效率的做出判决,但实为舍本逐末之举。缺席审判的最终落脚点在于司法协助以及引渡,而国际通行做法认可实际知悉原则,如果国内所作判决无法满足被请求国的标准,那么判决无法被承认,被请求国无法协助,缺席审判实际上是在浪费司法资源。因此,公告送达方式应当排除为妥。

五、结语

刑事缺席审判制度的创设弥补了我国刑事司法制度的空白,然而,我国刑事缺席审判的运行仍存在诸多问题,尤其是在刑事缺席审判相关法律文书的境外送达问题上。考察我国有关缺席审判中送达问题的法律规定,发现其缺陷在于规定过于原则化,可操作性欠缺,进而导致实践中有关境外送达的执行难以统一。因此,有必要通过借鉴其他国家在境外送达制度方面的规定及其相关实践,完善我国刑事缺席审判制度,进而增强我国刑事司法的公信力。

[参考文献]

- [1] 张吉喜. 刑事缺席审判的理论依据: 类型及其运用 [J]. 比较法研究, 2019 (6): 166-183.
- [2] 鲍文强. 权利与义务视阈下刑事缺席审判程序的理论展开 [J]. 法学杂志, 2019, 40 (8): 34-43.
- [3] 聂友伦. 刑事缺席审判的构建基础与实践展开 [J]. 内蒙古社会科学, 2020, 41 (3): 127-133.
- [4] 赵恒. 刑事缺席审判程序的理论检视 [J]. 北方法学, 2020, 14 (2): 92-107.
- [5] 《世界各国刑事诉讼法》编辑委员会. 世界各国刑事

诉讼法: 美洲卷 [M]. 北京: 中国检察出版社. 2016: 643.

- [6] 《世界各国刑事诉讼法》编辑委员会. 世界各国刑事诉讼法: 欧洲卷 (上) [M]. 北京: 中国检察出版社. 2016: 629.
- [7] 《世界各国刑事诉讼法》编辑委员会. 世界各国刑事诉讼法: 亚洲卷 [M]. 北京: 中国检察出版社. 2016: 342.
- [8] WAYNE J, TIM P. Trials in absentia at the special tribunal for Lebanon [J]. 8 J. Int'l Crim, 2010 (2): 487-509.
- [9] PAUL W. Trials in absentia and the cuts to criminal legal aid: a deadly combination [J] The Journal of Criminal Law, 2014; (6): 486-451.
- [10] 赵常成. 国际人权视野下的中国式缺席审判 [J]. 西部法学评论, 2019 (1): 76-88.
- [11] 刘铃悦. 我国刑事缺席审判程序中的送达问题研究 [J]. 湖南警察学院学报, 2019, 31 (5): 39-45.
- [12] 武晓艺. 刑事缺席审判制度的知情权保障机制: 以送达程序为视角的分析 [J]. 燕山大学学报 (哲学社会科学版), 2020, 21 (1): 52-57.
- [13] 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 [J]. 法律适用, 2018 (23): 13-27.
- [14] 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 [J]. 中国社会科学院研究生院学报, 2018 (6): 96-103.
- [15] 黄风, 王君祥. 非洲国家刑事司法协助立法若干问题探析: 兼议对我国刑事司法协助立法的启示 [J]. 比较法研究, 2011 (2): 81-92.
- [16] 刘铃悦. 刑事缺席审判中的送达义务在欧洲人权法院的实践与启示 [J]. 西安石油大学学报 (社会科学版), 2019, 28 (5): 81-87.
- [17] 《世界各国刑事诉讼法》编辑委员会. 世界各国刑事诉讼法: 欧洲卷 (下) [M]. 北京: 中国检察出版社. 2016: 1652.
- [18] 裴显鼎, 王秀梅. 全球视阈中的缺席审判研究 [J]. 吉林大学社会科学学报, 2019, 59 (6): 59-72.
- [19] 吴沈括. 意大利刑事缺席审判制度可资借鉴 [N]. 检察日报, 2015-10-29 (3).
- [20] 樊文. 德国的引渡制度: 原则、结构与变化 [J]. 环球法律评论, 2016, 38 (4): 127-146.
- [21] 法国刑事诉讼法典 [M]. 罗结珍, 译. 北京: 中国法制出版社. 2006: 387.