

在理想与现实之间： 对我国民事送达制度改革的再思考

廖永安*

内容提要 送达制度在民事诉讼中具有非常重要的地位和作用,但其并未引起学界的足够关注。实证考察表明,民事送达制度的立法已不敷实践需要。解决“送达难”问题,既需要有基于送达基本属性和功能的理想超越,也需要有源于当前司法环境的现实考量。目前至关重要的是需要在“送达难”的现实背景下,重新审视送达的性质和功能,在制度设计上既需要协调好与周边制度如起诉制度的关系,也需要平衡各利益主体之间的相关利益。科学界定送达法律关系所涉主体、合理规制送达法律关系所涉主体之间的权利义务和完善送达方式。

关键词 民事诉讼 送达 程序保障

送达制度是民事诉讼中当事人之间以及当事人和法院之间信息沟通的桥梁,也是前后诉讼行为之间联结的纽带,其重要意义不言而喻。但理论界对送达制度的关注与送达制度本身的重要意义很不相称,只是近年来随着实务界“送达难”问题的日益凸显,送达制度才引起一些关注^①,但这显然还远远不够。本文限于篇幅无法对我国民事送达制度及存在的问题进行全面系统地考察和论述,而是试图从实证调研收集到的资料出发,对民事送达制度的运行现状进行考察和梳理,以充分揭示和凸显我国现行民事送达制度中存在的一些突出问题,进而为我国民事送达制度的改革与完善提供思路。

一、民事送达制度运行现状的个案考察

为深入探究民事送达制度的运行现状,笔者选择中部某省的一个中级法院作为实证考察样本,主要考虑在我国的四级法院中,中级法院属于司法活动比较全面的一级,同时兼有承上启下的功能和地位。由于实行二审终审制,基层法院受理的案件,都有可能由中级法院进行二审;同时一些标的额较大,或者案情疑难、复杂的案件直接由中级法院进行一审,在送达制度运行中所产生的各种现象,几乎都能被中级法院所涵盖。此外,作为样本法院所在地的经济发展水平,在全国居中等水平,按照著名经济学家钱纳里的结构性指标判断,该市经济已进入工业化初期与中期的临界点,因而具有一定的典型性。^②在实证调研中,笔者以该院2005年度受理的案件为考察对象,按照受理案件数量10%的比例(案件数量10%不足1件的以1件计),同时兼顾各种类型案件(少量调整)的原则,从该院2005年度已结案件中抽

* 湘潭大学法学院教授、博士生导师。

本文是作者主持的国家社科基金项目“民事诉讼制度专题实证研究”(08CFX043)和教育部新世纪优秀人才支持项目(NCET-06-0709)的阶段性成果。博士研究生刘方勇法官、邓和军讲师和硕士研究生郑波法官、吴亦武法官直接参与了本课题的资料收集与调研工作,在此表示感谢。

① 相关主要文献可参见:宋朝武《民事电子送达问题研究》,载《法学家》2008年第6期;王福华《民事送达制度正当化原理》,载《法商研究》2003年第4期;廖永安、胡军辉《试论我国民事公告送达制度的改革与完善》,载《太平洋学报》2007年第11期。

② 该市现辖2个县级市、4个县(含一个国家级贫困县)、3个城市区和一个经济技术开发区、一个风景区、一个行政管理区,总面积1.5万平方公里,总人口530万,其中市区面积824平方公里,城市人口95万,综合经济实力仅次于省会,居该省第二位,在长江沿岸五省十地级市中名列第三。

取案件作为调查研究的样本,以期能以点带面的真实反映出民事送达制度在该院的运行现状。按照上述原则,笔者从三个民事审判庭中,每庭各抽取一审案件10件和二审案件20件;从审判监督庭,抽取按照一审程序再审的民事再审案件1件和按照二审程序再审的民事再审案件12件,共103件案件作为调查研究的样本。^③同时走访了上述案件的承办法官和书记员(该院的民事送达工作均由承办法官和书记员完成)。对抽取的103件案件样本,笔者对其具体的送达实施情况进行了详细的统计,发现在这103件案件中,除转交送达外,其他5种法定送达方式都有使用,总计送达次数为1685次,平均每案送达16次(详见表一)。以下是笔者就六种法定送达方式进行实证考察与分析的具体情况:^④

表一 103件样本案件中6种法定送达方式被使用次数统计

送达方式	直接送达	留置送达	委托送达	邮寄送达	转交送达	公告送达	合计
送达次数	1496	41	19	99	0	30	1685
所占比例	88.8%	2.4%	1.1%	5.9%	0	1.8%	100%

(一) 关于直接送达

1. 样本分析反映的主要问题:直接送达演变为“电话领受”。从对抽取案件样本的分析来看,该院对直接送达方式的使用最为普遍,在所使用的送达方式中,直接送达所占的比例为88.8%。通过进一步的分析,我们又发现,该院的直接送达主要通过以下三种方式进行:第一,法院到受送达人住所(地)将诉讼文书送交受送达人。^⑤在抽取的样本案件中,此种情况为226次(其中包括财产保全中向有关单位送达82次^⑥),占直接送达次数的15%,占总送达次数的13%。第二,法院主动打电话通知受送达人来法院领取诉讼文书。^⑦第三,受送达人主动到法院领取诉讼文书或者要求法院电话通知其来法院领取诉讼文书。由于第二种方式和第三种方式的表现形式相同,因此在样本案件中无法区分这两种送达方式各有多少次,只能统计出二者共计1270次,占直接送达次数的85%,占总送达次数的75%(详见表二)。经过对样本案件中送达人的走访,均反映第二种方式占绝大多数,第三种方式的数量微乎其微。

表二 不同送达地点的直接送达被使用的次数及其所占比例统计

送达方式	送达地点	使用次数	占直接送达次数的比例	占总送达次数的比例
直接送达	受送达人住所(地)	226	15%	13.4%
	法院	1270	85%	75.4%

2. 直接送达变“电话领受”的原因分析。法院之所以能以“电话领受”的方式进行送达,其主观原因有:一是法院送达人基于优势地位将本应自己亲自履行的法定职责转嫁给了受送达人;二是因为法院握有利益予夺的权力,受送达人大多慑于法院的权威不得不过来领取;此外也有当事人期冀通过受领的方式与法官或案件承办人员进行初步沟通,还有部分受送达人出于不希望法院工作人员登门等原因,要求法院电话通知其来法院领取诉讼文书。当然,法院电话通知受送达人来法院领受诉讼文书也有其客观原因,主要为:第一,送达经费不能足额保障。虽然该院诉讼费全部缴入该市非税收入征收管理局,形式上

③ 抽取的案件样本中未包括民事执行案件。

④ 需要说明的是,该中级法院对其中一些送达方式已进行了一定改革,此处所述已包含这些改革,而这些改革实际上也已为其他法院所采取。

⑤ 此种方式表现为:送达回证的“送达地点”栏中填写的为受送达人住所(地)或者“该公司”、“该厂”、“该行”、“该局”等。

⑥ 这82次也是样本案件中向财产保全中有关单位送达诉讼文书的全部次数。换句话说,样本案件中所有向财产保全中有关单位送达诉讼文书的均采用了这种方式。

⑦ 此种方式表现为:送达回证的“送达地点”栏中填写的为“本院”、“本院法官接待室”等。

是收支两条线,但在实际运行中基本上还是以收定支,多收多拨,少收少拨,办案经费不能充分保障,法院在支出方面能省则省;第二,人事矛盾比较突出。该院2004年、2005年和2006年在编工作人员均为143人,其中三个民庭和审判监督庭的工作人员一直是38人,^⑧工作人员没有增长。该院2004年民事案件(含民事一审案件、民事二审案件和民事再审案件)收案824件,2005年收案1044件,增幅26.7%;2004年民事案件(含民事一审案件、民事二审案件和民事再审案件)结案653件,2005年结案779件,增幅19.3%。^⑨因此在法院案件数量较大幅度递增,但审判人员数量不变的情况下,该院人事矛盾日益突出。面对上述情况,送达人自然会选择最省时省力的方式来完成送达工作,而电话通知受送达人来法院领取诉讼文书无疑是其首选;第三,部分受送达人没有固定住所,也没有指定代收人,迫于送达方式的局限性,只好电话通知其来法院领受诉讼文书。

3. 直接送达变“电话领受”的法律后果。电话通知领受诉讼文书虽然在该院被广泛使用,但在形式上是非正式的,严格意义上讲不能称之为直接送达、不属法定的送达方式,所以其操作起来必然存在问题:如受送达人可以不接受电话通知领受诉讼文书这种送达方式,具体表现在:(1)不来法院;(2)不按约定时间来法院,拖延来法院的时间;(3)来法院后,不接受诉讼文书,或者接受诉讼文书后,不签字盖章。因为与法定送达方式相比,受送达人不会因为上述行为而产生相应的法律后果,因此送达人在遇到诸如此类的情况时,其处理起来往往显得很被动:其一,受送达人不来法院,法院只好换用其他方式去送达;其二,拖延来法院的时间会影响后续诉讼行为的进行以及审理期限,为了使被拖延的送达行为符合法律规定的时间要求,送达人有时还要求受送达人倒签日期;其三,对于来法院后不接受诉讼文书或者不签字盖章的,送达人又因为不符合留置送达的地点要求,不能适用留置送达,只能再换用其他的法定送达方式进行送达,但是审理期限已经无可挽回的被耽误了。遇到第一种和第三种情况,往往徒增诉讼运行成本,同时有损法院权威。第二种情况的倒签日期无异于造假,严重有损法院威严。此外,非经当事人申请或者同意而直接采用电话通知领受诉讼文书除了不符合法律形式要件以外,其在法理上也受到质疑——法院将自己送达的义务变相强制转嫁给受送达人,增加了受送达人的负担,是不伦不类的“传唤送达”。

(二) 关于邮寄送达

1. 样本分析反映的主要问题:法院专递没有成为主流的邮寄送达方式。如前所述,在所抽取的样本案件中邮寄送达共计使用99次,占总送达次数的5.9%。该院的邮寄送达主要通过挂号信、普通特快专递和法院专递形式进行。其中使用挂号信送达40次;使用普通特快专递送达22次;使用法院专递送达37次(详见表三)。这里需要说明的是:一部分邮寄送达由于法院在入卷的送达回证上没有注明是否通过邮寄送达,因此这部分邮寄送达未被统计在邮寄送达次数中。

表三 邮寄送达的三种具体形式被使用的次数及其所占比例统计

送达方式	具体形式	使用次数	占邮寄送达次数的比例	占总送达次数的比例
邮寄送达	挂号信	40	40.4%	2.4%
	普通特快专递	22	22.2%	1.3%
	法院专递	37	37.4%	2.2%

2. 法院专递为非主流邮寄送达方式的原因分析。该院在2001年以前,邮寄送达基本采用挂号信。2001年该院借鉴其他法院送达的经验,采用法院专递进行送达。经与邮政机构谈判,对于一份法院专递(附回执),该院须付费18元。法院专递送达施行后,很快收到了立竿见影的效果:送达效率明显提

^⑧ 数据来源于该中级法院政治部。

^⑨ 数据来源于该中级法院审判管理办公室。

高;受送达人一般不再被电话通知来法院领取诉讼文书,减少了诉累,对此好评不断。但实行近两年后,法院专递这一送达形式在该院渐渐销声匿迹,邮寄送达恢复到以挂号信为主,偶尔也用普通特快专递。造成这一局面的原因主要有四:第一,送达成本渐难支撑。与传统的2元一封的挂号信相比,法院专递的邮寄成本高出了8倍。采用法院专递送达这一方式,法院每月需支付数千元的法院专递费,全部要从该院的办公经费中支出,并且还因为案件不断增多等因素而不断增加,大大超出了该院决策者的预料,送达成本难以承受;第二,送达不到位、不及时,影响案件审理。一方面,由于当事人或当事人的近亲属不愿签收,又不能适用留置送达,导致无法送达。另一方面,由于邮政机构规章制度及其工作人员素质的原因,不少法院专递未被受投,大量回执被拖延送回;第三,相比普通国内特快专递收费,法院专递成本高、收费低,邮政机构办理法院专递业务的积极性不高;第四,法院专递送达仅仅是该院的创新之举,其效力颇受质疑,特别是在视为送达的情况下,其程序的正当性受到很大挑战。

2005年1月1日,最高人民法院《关于以法院专递方式邮寄送达民事诉讼文书的若干规定》(以下简称《法院专递规定》)施行,此后该院又开始和全国各地法院一起以法院专递方式邮寄送达民事诉讼文书,不过使用的比例仍然不高。原因主要有以下几点:第一,尽管《法院专递规定》规定“人民法院直接送达诉讼文书有困难的,可以交由国家邮政机构以法院专递方式邮寄送达。”但结合《民事诉讼法》和《民事诉讼法适用意见》的规定,法院专递和挂号信都是邮寄送达的可选择方式;第二,法院专递相对于挂号信费用太高。《法院专递规定》施行后,该市邮政局依照国家邮政局的规定对跨区域的每份法院专递收费40元,区域内的每份法院专递收费20元。这致使法院专递的费用是挂号信的10至20倍!而该院并没有因此专门核拨专递费用,专递费用要从各业务庭室的办案经费中扣除,这就意味着法院专递用得越多,成本越高,经费留存就越少。基于趋利性的选择,送达人肯定会尽量少用法院专递这种送达方式或者想方设法转嫁办案成本;第三,虽然邮政机构对法院专递的收费金额提高了很多,但是其提供的服务质量并未见到明显提升,仍然存在前述未依照《法院专递规定》被受投、法院专递回执被拖延送回、甚至不送回的现象。

(三) 关于留置送达

研究留置送达,有必要首先弄清受送达人拒绝接受法院直接送达而造成留置送达的原因。我们认为原因有二:一是受送达人是义务方时,其为了逃避法律责任,拒绝接受法院的直接送达,以期达到拖延履行义务或者不履行义务的目的;二是受送达人出于对法律的无知,对诉讼程序的不甚了解。或认为法院送达诉讼文书是找自己的麻烦,有损自己的声誉,往往对送达人产生抵触、对立情绪,或认为签收就是“签字画押”,由此产生的不利后果会及于自身,唯恐避之不及,因而拒绝接受法院的直接送达。

1. 样本分析反映的主要问题:法院被拓展为留置地点与见证人制度形同虚设。从抽取的103件案件样本来看,留置送达被适用41次,占总送达次数的2.4%。根据诉讼文书的留置地点不同,该院的41次留置送达又分为两种情况,即将诉讼文书留置在受送达人住所(地)的留置送达和将诉讼文书留置在法院的留置送达。其中,前者有32次,占78%;后者有9次,占22%(详见表四)。这里需特别指出的是:样本案件中的41次留置送达没有一次有见证人签字盖章,也没有一次有关于邀请见证人协助送达的记录。

表四 留置送达的二种具体形式被使用的次数及其所占比例统计

送达方式	具体形式	使用次数	占留置送达次数的比例	占总送达次数的比例
留置送达	诉讼文书留置在受送达人住所(地)	32	78%	1.9%
	诉讼文书留置在法院	9	22%	0.5%

2. 法院被拓展为留置地点的原因。虽然从严格意义上说将诉讼文书留置在法院既不属于留置送达,也不属于其他法定送达方式,但这种送达方式在该院仍然不是个别情况。我们从该院电话通知受送达人来法院领取诉讼文书占总送达次数75%中就可以看到这种送达方式存在的基础。诉讼文书被留置送达在法院的,基本上都是受送达人到法院后发现通知领受的诉讼文书对自己不利或者可能对自己不利,因而拒绝领受诉讼文书或者领受以后拒绝在送达回证上签收。也有个别受送达人仅仅是法律意识淡薄,对并不会给自己产生不利后果的诉讼文书也不签收。但是无一例外的是,受送达人都知道了诉讼文书的主要内容。

将诉讼文书留置送达在法院的法官和书记员,绝大多数并非不知道法律要求留置送达的地点应当是受送达人的住所,而是因为将诉讼文书留置在受送达人住所屡屡碰壁后,不得已而“擅自”扩大留置地点,当然这样做也包括送达人图省事的主观原因。但我们认为有些情况确实是因客观条件而不可能留置在受送达人的住所。在有关留置送达地点的确定问题上,作为送达人的法官和书记员普遍存在以下疑惑:第一,有时出于种种原因受送达人不让送达人进门,更不会让送达人将诉讼文书留置在自己的住所。第二,作为自然人的受送达人若为躲避送达白天上班,晚上不回住所,又该如何留置送达?第三,作为自然人的受送达人若居无定所,或者长期住院,其住所又长期无人,其拒绝接受法院直接送达后,送达人若仍拘泥于留置送达的地点只能是受送达人的住所,那岂不是只能公告送达了?第四,若受送达人是已经没有住所地的法人或者其他组织,可否对其法定代表人或者负责人留置送达?

3. 见证人制度难以执行的原因。作为送达人的法官和书记员,绝大多数并非不知道留置送达还需邀请见证人见证这一法定要求。其原因同样是因为在寻找见证人协助送达的过程中因屡屡碰壁而对见证人制度失去了信心,认为见证人制度不可行而不得已“擅自”省去了邀请见证人到场见证的程序。当然这样做也包括送达人图省事的主观原因,但我们认为客观原因是最主要的。加之见证人制度本身在体例上的不严谨以及存有的部分漏洞,如:最高人民法院在制定《民事诉讼法适用意见》时虽然已经考虑到有关基层组织或所在单位代表及其他见证人在履行见证义务后不愿在送达回证上签名或盖章的情况,但没有考虑到其不愿履行见证义务的情况,以致在当送达人遇到有关基层组织或所在单位代表及其他见证人不愿履行见证义务时,就无法可依了,导致在司法实践中常常难以按照法律规定的形式要件适用留置送达。此外,在寻找见证人协助送达的过程中,送达人还普遍遇到了以下困难:首先是村委会、居委会等基层组织以及受送达人单位的办公场所不易找到,尤其在山区农村,居住分散,受送达人一旦拒收,送达人有可能要往返几十里山路才能找到当地村委会等基层组织;其次是找到相关基层组织和单位的办公场所以后,不一定有工作人员办公;再次即使找到了有关工作人员,也基于怕得罪受送达人而不愿见证;最后即使工作人员去了见证现场,受送达人也可能早已离开住所,或者即便受送达人还在,工作人员也往往不愿签名证实。最高人民法院《民事诉讼法适用意见》第82条规定的“其他见证人”同样不易操作。现实中负有法定义务的基层组织和有关单位都对见证义务予以推托,更何况是没有法定义务的其他见证人?对此,送达人往往感到非常无助,法律的尊严和法院的权威因此严重受损!

(四) 关于公告送达

1. 样本分析反映的主要问题:公告送达适用的泛滥与随意性。从所抽取的103件样本案件来看,公告送达被使用了30次,占总送达次数的1.8%。《民事诉讼法适用意见》第88条规定“公告送达,可以在法院的公告栏、受送达人住所地张贴公告,也可以在报纸上刊登公告。”对此,理论界与司法实务界存有两种理解:一种认为公告送达的形式有三种,即在法院公告栏张贴公告;在受送达人住所地张贴公告;在报纸上刊登公告。另一种认为公告送达的形式有两种,即在法院公告栏和受送达人住所地张贴公告;在报纸上刊登公告。该院出于效率的考虑,普遍采用了第一种解释,即公告送达有三种形式。从样本案件所使用的30次公告送达来看,在法院公告栏张贴公告(不含同时在受送达人住所地张贴公告的)的有17次,占57%;在受送达人住所地张贴公告的有3次(均同时在法院公告栏张贴公告),

占10%;在报纸上刊登公告的有10次,占33%(详见表五)。对于3次同时在受送达人住所地和法院公告栏内张贴了公告的情形,我们分别走访了其送达人,其中2次的送达人认为:公告送达只有两种具体形式,在受送达人住所地张贴公告和在法院公告栏内张贴公告必须同时进行方为其中一种形式;另1次的送达人认为:因为在受送达人住所地张贴公告后,再在法院公告栏内张贴公告并不费事,所以随手也张贴了。

表五 公告送达的三种具体形式被使用的次数及其所占比例统计

送达方式	具体形式	使用次数	占公告送达次数的比例	占总送达次数的比例
公告送达	在法院公告栏张贴公告 (不含同时在受送达人住所地张贴公告)	17	57%	1.0%
	在受送达人住所地张贴公告 (均同时在法院公告栏张贴公告)	3	10%	0.2%
	在报纸上刊登公告	10	33%	0.6%

从样本案件的有关记载来看,该院的公告送达还存在这样一个问题:即根据《民事诉讼法》规定,“公告送达应当在案卷中记明原因和经过。”而样本案件中的30次公告送达只有16次在案卷中记明了原因或经过,占公告送达次数的53%,其中仅由一人做出说明的又占了14次,并且绝大多数也只是记明了原因而并没有记明经过(详见表六)。

表六 公告送达中在案卷中记明原因或经过的统计

项 目	公 告 送 达					
	在案卷中记明原因 或经过	在案卷中未记明原 因或经过	合 计	在案卷中记明原因或经过		
				仅由一人做出说明	二人做出说明	合 计
次 数	16	14	30	14	2	16
比 例	53%	47%	100%	88%	12%	100%

由此不难看出,法院在采用公告送达方式时,存在较大的随意性,至少在形式上没有严格按照《民事诉讼法》的规定执行。体现在:一方面,是否启用公告送达形式存在随意性。怎样判断下落不明?怎样视为穷尽了其他送达方式,往往依据法官个人的判断,没有明确的标准。受送达人是否真的下落不明?是不是真的无法用其他方式送达?也很难在案卷中找到合理的依据。另一方面,采用何种公告送达方式存在随意性。是采用在当事人住所地和法院公告栏公告?还是在媒体上公告?缺乏明确的标准和操作规程,全由法官个人主观判断,且往往流于形式,以致公告送达在诉讼程序上作为维护当事人知情权的最后一道防线的积极作用难以有效发挥。尤其在适用报纸公告上,还因为事实上指定媒体的存在,公告送达形式化的特征更为明显。

2. 指定公告媒体的事实存在对公告送达价值实现的限制。从该院的情况来看,法律虽然没有规定应该在何种报纸上刊登公告,但最初该院无一例外地将所有需要登报的公告都刊登在由法院主办的某报上,据说这是法院内部的规定。由于刊发媒体的预先指定,形成了事实上的垄断,不仅造成其收费较高,而且服务也差,加之该报发行数量、发行对象和发行范围的局限性,公告送达的实效性也很难保证。作为法院主办的机关报、专业报,在传播影响上显然很难和为民众所喜闻乐见的主流媒体和地方强势媒体相提并论。尽管该报在一定程度上成为了法院发布公告送达的专门媒体,但受限于其较窄的传播能力,除了强化公告送达的拟制作用和形式化特征,实际上很难让当事人知晓公告的内容,难以产生实际意义。由于有利可图,后来,一些其他报刊也主动加入了这一领域的竞争,尽管普遍的收费更低、服务更

好,但由于指定媒体的强势存在,其所占份额仍相当小。而对于法院而言,选择何种报刊,似乎只有收费和服务因素可作衡量,受送达人是否可能为该报刊的发行对象或者是否可为该报的传播影响所辐射,基本上不作考虑,形式化的倾向十分明显。

3. 公告送达被滥用的法律后果。由于适用公告送达审理的案件几乎都是缺席审理,受送达人既不参与诉讼,更不会去查阅案卷,法院对其权利的保护也就难免有所懈怠,公告送达的合法性审查往往被忽视。尽管在该院的样本案件中未发现公告送达的受送达人申诉公告送达程序不合法的情况。但是,对于一些媒体所报道的利用配偶出国或者打工期间不在家,隐瞒事实,向法院起诉离婚,法院公告送达传票等诉讼文书,最终判决离婚,以致损害配偶利益的情况,客观上是存在的。

(五) 关于委托送达

从抽取的103件样本案件来看,委托送达被使用了19次,占总送达次数的1.1%。这19次委托送达无一例外的均是委托该院所辖的基层法院送达维持原判的判决书。没有一次委托外地法院送达,也没有一次委托送达维持原判的判决书以外的诉讼文书。究其原因,主要有以下两点:第一,法律对委托送达仅作了原则性的规定,没有期限限制,更没有规定法律后果;第二,受托法院审判任务繁重、人员、经费紧缺。上述两个原因致使受托法院往往急于履行受托的送达义务,有时拖延送达;有时送达后,迟迟不将送达回证寄回,甚至有时不予理睬,委托法院只得再通过其他方式送达。这样往往造成案件的延期审结或超期审结。因此,即便是一些适用委托送达成本明显较低,也更具效率的案件,该院一般也不把委托送达作为首选项。对于所辖地区的基层法院,往往也只委托送达基层法院比较满意的维持原判的判决书。

(六) 关于转交送达

在103件样本案件中,转交送达没有被适用一次。通过走访调查,笔者发现没有适用的原因并非在于实践中没有适用转交送达的必要或没有出现、很少出现使用转交送达的情形,而是出于与委托送达难以适用几乎同样的原因——法律规定得过于原则,没有转交期限限制,更没有规定法律后果,担心代为转交的机关急于履行转交送达义务,致使诉讼期间延长。因此通常情况下即使遇到了需转交送达的情形,送达人往往还是会直接到代为转交的机关想方设法进行直接送达。

二、法院对民事送达制度改革的尝试及其实践特征

(一) 法院对民事送达制度改革的尝试

为了实现安全、快捷送达的目的,包括本文所考察的法院在内的各地法院,对民事送达制度进行了一些改革探索,采取了诸如上述法院专递方式邮寄送达等改革措施,也有法院试行了手机短信、电子邮件等数字化送达方式。除此之外,还有以下一些改革探索值得关注:

1. 集中统一送达。在司法实践中,有些法院尝试设立送达的专门机构,将送达工作全部交由书记员或司法警察完成。试图以集中统一行使送达职能的方式来化解送达中出现的一些问题,提高送达的安全性和效率性。但上述措施并未达到预期的理想效果,甚至还产生了某些负面影响。如由司法警察驾驶警车去送达的方式很多时候更不能为受送达人所接受。在很多受送达人看来民事纠纷还不至于如此。实践中,这种送达方式,不仅使受送达人易生遭人非议的恶感,从而更加抵触送达,而且容易使受送达人产生对诉讼相对方的对立情绪,不利于诉讼的顺利进行,更不利于矛盾的化解。再如,案件的承办法官和书记员往往对案情和当事人比较了解,而集中统一送达的送达人往往不知道上述情况,较之承办法官和书记员而言,其对送达工作的完成并非更为出色,相反还增加了工作环节,因为送达的交接程序毕竟在一定程度上也是一种重复劳动。

2. 当庭宣判视为送达。广东省高级人民法院于2000年7月18日下发《广东省法院民事审判方式

改革指导意见(试行)》(粤高法[2000]26号)实行当庭宣判视为送达制度。^⑩该制度实行以后,在降低诉讼成本、提高审判效率方面取得了一些积极效果。但我们发现该制度实质上是将法院当庭宣判后去“送”裁判文书的义务转为当事人来“领”裁判文书的义务。实际上,裁判文书不仅仅是对裁判内容的告知,而且是设定当事人权利义务的凭证及其上诉或者申诉的依据。笔者以为,当庭宣判视为送达在司法实践中恐怕无法充分保障当事人的诉讼权利。据笔者观察,当庭宣判更侧重于裁判结果的告知,事实认定、证据认定以及法律适用的内容往往被简化,甚至被忽略。当事人若知其然,不知其所以然,必然会限制其行使上诉权等诉讼权利。换言之,当庭宣判形式的局限性以及告知内容的有限性使当庭宣判难以取代裁判文书送达的功能作用,当庭宣判并不能视为法院履行了全部送达义务。若裁判文书送达的环节缺失,必然有损当事人的程序利益。因此,即使当庭宣判,也不能免除法院送达裁判文书的义务,当事人仍有权在一定期限内得到裁判文书,特别是在上诉期内得到未生效的裁判文书;与之相对应的是法院有义务在一定期限内向当事人送达裁判文书,法律对此亦有明确规定,如《民事诉讼法》第134条规定当庭宣判应当在10日内发送判决书。如此,除非当事人自愿放弃要求法院送达裁判文书的权利,否则法院必须将裁判文书送达给当事人。前者属于当事人的意思自治,是对自己权利的处分,应予尊重;后者则是法院应尽的送达义务,不能放弃,更不能转嫁给他人。

事实上,上述制度的设置不仅有违法院应当依法履行送达义务的职责,而且在实践中也缺乏应有的必要性。因为凡属当庭宣判即视为送达的情形均非首次送达,在庭审过程中还有专门程序查明当事人身份、住所地等,因此其至少具备了以法院专递方式邮寄送达裁判文书的条件。也就是说,当庭宣判后,法院完全可以依据有关规定以法院专递方式邮寄送达裁判文书给当事人,履行送达义务。对于法院而言,一项只需花几十元就可以履行的义务,为何要强加给当事人,让其费时、费力、费钱的来法院“领受”裁判文书呢?因此,该制度没有存在的价值。设置这样的制度仅单方面地考虑了诉讼效率和法院的方便,而忽略了当事人的权利保障,无端增加当事人的诉累。未能把握好程序公正与诉讼效率二者的平衡点,有违程序公正与诉讼效率之和最大化的送达价值取向。特别是对于外地当事人而言,设置这样的制度就更加有失公允。

此外,当庭宣判视为送达的制度,就其本质而言属于推定送达。因为根据其规定:当庭宣判,当事人应在5日内来法院领取裁判文书,否则视为送达。而推定送达是一种拟制的法律事实,并非客观事实,是在当事人程序利益与诉讼效率博弈中,当事人程序利益所作的一种妥协,因此必须予以严格限制,除非其它有效送达方式不能送达,否则不能适用。^⑪综上,笔者认为当庭宣判视为送达制度既不具有合法性,也不具有必要性,应予纠正。

3. 当事人送达。学界就改革和完善民事送达制度提出了不少思路或方案,相当一部分学者提出应引入当事人送达制度。有的学者提出应构建分级送达方式和当事人送达与法院依职权送达并存的双轨送达体制。^⑫有的学者在对当事人送达进行法理分析的基础上,提出我国民事送达制度应构筑以法院

^⑩ 该意见第12条规定:“……当庭裁判的内容应详细记入庭审笔录。当事人和代理人在庭审笔录上签名,即为送达。当事人和代理人在法庭上拒绝签名的,审判长或独任审判员应告知当事人和代理人拒绝签名及逾期上诉的法律后果,书记员在庭审笔录中记明情况,视为送达。当庭裁判的案件,应当庭告知当事人在5日内按指定时间到法院领取裁判文书。告知内容记入庭审笔录。法院发送裁判文书应使用《裁判文书签收证》。当事人无正当理由不按时到法院领取裁判文书的,法院不再主动发送裁判文书,由书记员记明情况附卷。”

^⑪ 当然现行民事送达制度中也有类似于此的规定,如《民事诉讼法适用意见》第90条规定“人民法院在定期宣判时,当事人拒不签收判决书、裁定书的,应视为送达,并在宣判笔录中记明。”但这与当庭宣判视为送达有着本质的区别。因为依法定期宣判应当当场送达裁判文书。与当庭宣判不同,定期宣判时裁判文书均已制作好,是当场送达给当事人。定期宣判时,已告知当事人裁判结果,若其当场拒绝接受诉讼文书,即是对自己权利的放弃。它同时可以理解为是扩大了留置送达地点的留置送达,与其略有不同的是,此时当事人已经知道了裁判文书的内容,而留置送达的当事人在采取留置送达时不一定知道留置送达的裁判文书的内容。事实上这也是当事人拒不接受当场送达时,不得已而设置的一种推定送达。

^⑫ 参见前引①王福华文。

送达为主、当事人送达为辅的送达体制^⑬。有的实践部门的工作人员也提出了类似的主张。^⑭ 这些学术层面的讨论已经渗入司法实践,对民事送达制度的改革产生了影响。据笔者了解,个别法院曾尝试采取当事人送达的方式,即增加当事人为送达主体,但实施效果不佳。究其原因,主要有:第一,加剧了当事人之间的矛盾。当事人之间形成诉讼,大多矛盾尖锐、有的积怨甚深、难以化解。有的当事人得知自己被起诉,原本就愤愤不平,又见是对立方来送达诉讼文书,更是火上浇油,轻则言词相激、恶语伤人,重则拳脚相加,引起群体性事件,从而导致矛盾激化;第二,引起群众对法官的误解和对法院公信力的质疑。容易使受送达人认为对方当事人与法官有某种不正常的关系,甚至认为法官明显偏袒对方,从而为案件的审理徒增不利因素;此外,受送达人往往连法院送达都不配合,对对方当事人送达则更加不会配合。此外,从当事人送达的文书种类来看,如果仅仅是让当事人送达起诉状副本和答辩状的话,其现实操作的意义也不大。因为在送达起诉状时要送达法院的应诉通知书、举证通知书,同时还可能送达裁定书和传票等,若这些司法文书不由当事人送达,那么一次性可以完成的事情没有必要分两次来进行,徒增当事人的诉累。而答辩状送达的情况很少,因为答辩状不交或迟延提交并无不利法律后果,很多当事人不提交答辩状或者开庭时才提交。

(二) 民事送达制度的实践特征

通过前文的个案考察与法院对送达制度改革尝试的描述,我们已较为清晰地了解到了我国民事送达制度在实际运行中呈现的“乱象丛生”的现实状况以及“乱象”背后的制度缺陷。如要从宏观或整体上做进一步的梳理,我们将不难发现,我国民事送达制度至少具有以下几个方面的实践特征:

1. 社会诚信普遍缺失,送达难问题凸显。部分当事人以能躲过法院送达为荣,千方百计甚至不择手段阻碍法院送达,当事人的这种不诚信,反映的是整个社会的不诚信。针对上述抽取的103件案件样本,我们对因送达原因造成经批准延长审理期限审结和超过审理期限审结的情况进行了统计:103件案件中,经批准延长审理期限审结的有32件;超过审理期限审结的有2件。其中因送达原因造成经批准延长审理期限审结的有8件;因送达原因造成超过审理期限审结的有1件(详见表七)。^⑮ 通过表七我们可以看出,送达已经成为影响该院诉讼效率的一个重要因素。这也从另一个侧面表明,当前民事诉讼送达难问题比较突出。

表七 因送达原因造成经批准延长审理期限审结和超过审理期限审结的案件数量统计

项目	经批准延长审理期限审结和超过审理期限审结								
	经批准延长审理期限审结			超过审理期限审结			因送达原因造成	因其他原因造成	合计
	因送达原因造成	因其他原因造成	合计	因送达原因造成	因其他原因造成	合计			
数量(件)	8	24	32	1	1	2	9	25	34
比例	25%	75%	100%	50%	50%	100%	26%	74%	100%

2. 法院强势主导,本位主义色彩浓厚。根据现有法律规定,送达义务完全由法院承担,当事人基本上没有发言权。针对司法实践中的送达难问题,一些法院所采取的措施也都是在法院的强势主导下进行的,并且这些措施往往以考量减轻法院送达负担者居多,而考虑当事人实体利益和程序利益保护者较

^⑬ 参见赵泽君《试论民事诉讼当事人送达制度之建构》,载《昆明理工大学学报》2008年第3期;邓辉辉、潘宇《民事诉讼送达制度改革新探》,载《广西民族学院学报》(哲学社会科学版)2006年第4期。

^⑭ 参见李雪莲《“送达难”的现状剖析与对策研究》,载《山东审判》2007年第6期。

^⑮ 我们采用的统计方法为:一审案件诉讼文书制发日期与送达日期间隔超过30日,且该期间被计入审理期限的,视为因送达原因延长了审理期限;二审案件诉讼文书制发日期与送达日期间隔超过15日,且该期间被计入审理期限的,视为因送达原因延长了审理期限。

少,事实上还不排除有相当一部分措施(如当庭宣判视为送达的制度)已构成了对当事人权益的侵害。

3. 价值目标单一,送达的正当性缺失。从诉讼价值的角度来看,一项合理的送达制度应当同时体现公正与效率。但法院在采取完善送达制度的措施时,由于法院本位主义思想的缘故,过于强调送达的迅捷性,而有意或无意地忽略了送达的正当性,典型做法如以邮寄送达取代直接送达、草率和频繁使用公告送达方式等。

4. 逾越立法规定,违规送达普遍存在。法院采取的一些送达措施、办法,很多都是法律没有规定的,不属于法定送达方式,如电话通知当事人领受诉讼文书,扩大代收人与留置地点的范围等,明显超越了现有法律规定,但在克服送达难的名义下上述超越规定的送达方式都被实施了。当然,这只是从合法性的角度来考量,并不意味着法院所采取的这些措施都没有合理性。

三、民事送达行为属性的再认识与民事送达制度功能的科学定位

(一) 正确认识民事送达的行为属性

从传统的观点来看,一国民事送达的行为属性往往取决于其所选择的民事诉讼模式。由于各国民事诉讼模式构筑在不同的法律传统和价值取向之上,决定了各国民事送达行为属性也有着截然不同的界定。即便是传统上属于同一法系的不同国家,其民事送达行为的定性也存在着较大的差异性。一般而言,传统上属于大陆法系的国家,其所选择的诉讼模式具有浓厚的职权主义色彩,倾向于将司法意义上的送达定性为“公权力”行为,主张由法院依职权主导并完成,并不主张由私人来完成。而在英美等普通法系国家,采取的是当事人主义的诉讼模式,当事人在诉讼过程中起着主导作用,在大陆法系国家看来是属于“公权力”行为的送达等,则被看成是当事人或其律师的事情,属于“私人”性质。^⑩我国现代民事诉讼模式与传统大陆法系国家的诉讼模式同出一辙,却又深受前苏联诉讼制度价值取向的影响,具有超职权主义特征。在这一诉讼模式的深刻影响下,我国民事送达制度的构造和运作不可避免被打上超职权主义的烙印。学界较为共识的观点认为,所谓民事诉讼中的送达,就是指法院按照法定程序和方式,将诉讼文书送交当事人或其他诉讼参与人的行为。^⑪从其定义中就可知我国民事诉讼送达完全被定性为人民法院的一项职权行为,其目的主要在于保障诉讼进行,而非保障当事人的程序利益,民事送达一向由人民法院负责,是法院单方面的职责和诉讼义务,诉讼中由此产生的不能送达的风险和诉讼拖延责任也由法院单方承担。当事人在送达中并没有真正地参与,没有表达、处分的权利和自由。^⑫尽管经历了肇始于20世纪80年代末的民事审判方式改革,我国民事诉讼模式有从职权主义转向当事人主义的趋势,但超职权主义诉讼观念仍占主导地位,其中民事送达程序表现尤甚。由于理论界和实务界对送达问题的普遍忽视,送达程序的全面改革一直没有提上议事日程,送达的超职权主义形态几无变化。1982年的《民事诉讼法(试行)》、1991年《民事诉讼法》、2007年修改后的《民事诉讼法》三个法律文本,不仅在立法体例上一直延续送达制度与期间制度并列一章的模式,将我国的民事送达制度仅仅视为一项纯粹技术性的安排,而且有关送达的基本法律规定25年来几乎没有变化。正如20世纪90年代初,经历了20多年的改革开放以后,依职权主义行使民事审判权的人民法院再也无法承受喷涌而出的民事案件的巨大压力而不得不寻求改革一样,由于没有更好地适应30多年来社会、经济体制转型的形势变化,履行民事送达职责的人民法院逐渐难以独自承受职权主义送达衍生的高风险、高成本、高投入,终使“一个原来不是问题的问题”逐渐演变成一个难题,也不得不寻求改革。可以说,“送达难”问题肇源于送达的职权主义司法定性,又因送达程序的职权主义形态没有随着社会经济发展和司法改革进程作出相应的调整和改革,从而使问题凸显。加之在社会转型的特定时期,粗疏的立法没有为之提供充分

^⑩ 徐瑞柏、汤树华、蒋志培编著《民事案件司法程序实务》,新时代出版社1993年版,第132页。

^⑪ 江伟主编《民事诉讼法学原理》,中国人民大学出版社1999年版,第522页。

^⑫ 前引^⑩,赵泽君文。

的法律支撑,有限的司法投入没有提供充分的物质保障,脆弱的司法权威没有得到社会的广泛认同,使得这一问题更趋复杂化。要有效化解这一问题,就必须首先重新审视送达的司法定性。这就要求在新的社会情势下,从民事诉讼制度改革的基本理念出发,把握好民事诉讼制度改革的整体趋势和阶段性,针对我国民事送达运行中暴露出的种种问题,与时俱进地予以科学界定。对于一些学者提出的我国民事送达制度应构筑以法院送达为主、当事人送达为辅的送达体制的观点,笔者以为大体上符合我国民事送达制度发展的趋势。主要原因在于,我国民事诉讼体制虽然已经植入了不少当事人诉讼模式的元素,但仍然难以脱离大陆法系传统的法律特质,同时也欠缺建构当事人诉讼模式必要的认知基础、制度基础,因而使选择构筑法院送达为主、当事人送达为辅的送达机制成为不二选择。尽管如此,笔者认为,当事人送达在目前的诉讼文化和制度环境下,仍然存在推行的诸多现实困难,尤其难以设定当事人强制送达义务。前文对此已有专门论述。因此,除非在当事人双方自愿和在强制诉讼代理人履行一定的送达义务方面,存在一定的改革空间外,期望以当事人送达来化解“送达难”的困境,显属“远水解不了近渴”。基于此,当前民事送达制度的改革仍然要以职权主义为基础和导向,甚至在某些方面还要强化法院的某些职权,重点是要破除法院垄断送达权力而又无法胜任单方送达的困局。为此,我们还需要在新的情势下重新明确民事送达在民事诉讼体系中的功能定位。

(二) 科学定位民事送达制度的功能

前文提到,我国民事送达对象被锁定在诉讼文书或法律文书上,从直观的层面而论,民事送达承载的基本功能似乎仅仅为诉讼文书或法律文书的“送”与“达”。“送”为手段、方式,“达”为效果、目的。“送”与“达”共同指向的对象是诉讼文书或法律文书载明的诉讼信息,其目的在于传递诉讼信息给诉讼参与人,并以此为前提联结法院、当事人和其他诉讼参与人之间的诉讼行为。可以说,送达最原始和最直接的功能就是“告之”或“通知”。当然,依“送”的对象即诉讼文书的类别、性质之不同,由“告之”或“通知”所产生的法律效果是不同的。如法院通过开庭通知的送达将原告、被告、其他诉讼参与人和法院的诉讼行为相互协同起来,并促成当事人在庭审中实施诉讼行为;裁判作出后,通过送达将诉讼的结果告知各方当事人,为他们在下一个程序中进一步实施诉讼行为提供可能。^①在职权主义诉讼模式下,尽管因送达行为产生的法律效果各有不同,但无论在立法者,还是司法者看来,送达最重要的功能无疑是保障法院主导的诉讼层层递进以至完成。然笔者以为,如果还停留在直观的层面或仅仅从保障诉讼进行的角度来定位送达的基本功能,将难以与民事诉讼改革的潮流及追求的价值目标相契合,不仅不利于实现送达之于诉讼的价值,发挥送达之于诉讼的积极作用,也不利于我们寻找破解“送达难”问题的钥匙。事实上,传统意义上送达功能的定位,主要受到长期占主导地位的“国家本位”和“权力本位”的民事诉讼理念的深刻影响与制约。送达既然以保障法院主导的诉讼顺利进行为价值取向,那么送达权责集于法院一身,也就是再自然不过的事情了。随着社会的不断发展,“国家本位”和“权力本位”诉讼理念的缺陷与不足日益明显,已经不能适用民事诉讼改革和发展的需要,前述送达制度所存在的问题与弊端无不与此相关联,因此我国民事诉讼理念亟需更新。一般认为,我国应确立“以人为本”和“权利本位”的民事诉讼理念。^②自然这也应成为民事送达制度的基本理念。在这一理念的指引下,送达的形式可能仍然是通过将诉讼文书交于诉讼当事人或其他参与人以传达诉讼信息给诉讼当事人或其他参与人,但其功能却不应仅仅以法院的视角定位为保障诉讼顺利进行,而应以保障“与程序的结果有利害关系或者可能因该结果而蒙受不利影响的人,都有权参加该程序并得到提出有利于自己的主张和证据以及反驳对方提出之主张和证据的机会”^③这一“正当程序”为价值取向。送达制度在民事诉讼中这一保

^① 何其生《域外送达制度研究》,北京大学出版社2005年版,第22页。

^② 对此我们及有关学者已进行过论证,此处不再赘述。相关论证参见廖永安、邓和军《〈民事诉讼法修改决定〉评析——兼论我国〈民事诉讼法〉的修改》,载《现代法学》2009年第1期;廖永安、魏小凡《以人为本与我国民事诉讼法的修订》,载《河北法学》2006年第11期;廖中洪《人权保障与我国民法的修改》,载《现代法学》2004年第3期。

^③ [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版,第11页。

障正当程序的功能定位,既与民事诉讼改革和发展的潮流相融合,也与送达是法院审判民事案件所必需遵守的基本操作规程,是法院、当事人和其他诉讼参与人之间的诉讼行为的基本联系方式和传递诉讼信息的手段这一基本价值形态相匹配。这一重新定位,也为我们在职权主义模式下,通过破除法院对送达权力的垄断,将目前由法院单一承担的送达权利义务适当分解,科学确定当事人在送达中的主体地位,合理分配送达所涉主体的权利和义务,以重构送达制度体系提供了契机。它的逻辑在于既然送达以保障正当程序为基本价值功能,也就为当事人、其他诉讼参与人参与送达程序,行使一定的权利,履行一定的义务打开了方便之门。这应该可以为破解“送达难”找到突破口和切入点。

四、民事送达制度之合理构建

(一) 合理协调送达与起诉制度的关系

法院送达始于立案阶段,协调好送达与起诉制度的关系,是规制好送达所涉各方主体之间的权利义务的前置条件,对于整个送达活动的顺畅运行具有十分重要的意义。笔者在考察中发现,很多送达难的问题实际上源于立案阶段,这主要与起诉条件的门槛设置有关。《民事诉讼法》第110条第(1)款,虽然要求当事人在起诉状中应载明当事人的工作单位和住所、法人或者其他组织的名称、住所,但并没有将这些要求列为起诉的条件之一。依《民事诉讼法》第108条第(2)款之规定,仅将“有明确的被告”作为起诉的条件之一,至于明确到什么程度,则没有下文。依此规定,尽管一般情况下,原告基于自身的诉讼利益尽可能会提供被告的详尽资料,以方便法院送达。但在司法实践中,原告基于个人能力的限制,可能并无法全面掌握起诉状需要载明的被告的相关信息,加之立案前又缺乏相应的申请司法协助的途径。有的情况下,且不论知晓被告明确的可以送达的地址,原告可能连被告法律上的姓名、年龄等都不知道,有可能搞错,而只能依据自己知晓的不明确信息甚至拟制起诉状的有关信息据以起诉。在立案审查阶段这些不明确甚至错误的信息又往往是难以审查出或者验证出来的,通常容易诱发送达难的问题。笔者以为,要解决这一源头上的问题,有必要改革我国民事起诉制度,改立案审查制为立案登记制,重新规制起诉的门槛。具体而言,原告起诉时,可依其知晓的被告的有关信息提交起诉状,法院接到起诉状后如审查符合其他立案条件^②可予以立案登记。立案登记后,如能就起诉状和应诉通知书实施有效的送达,法院即予以立案受理。如法院依据原告起诉时提供的被告地址无法直接送达或者留置送达的,应当要求原告补充相关材料,原告有义务补充。因有关部门不准许当事人自行查询其他当事人的住址信息或者拒绝提供有关证明,原告应向人民法院提出申请。在此情况下,如还因客观原因不能送达,则案件可暂登记在法院,保留原告诉权,待送达后再进入诉讼程序。如符合公告送达的条件,当然也可以待公告送达后受理案件。对于某些特殊程序的案件(如宣告失踪、宣告死亡)也可待公告送达后予以立案受理。某些基于公序良俗原则不及时受理、审理、执行将不利于及时保护当事人合法权益和社会公共利益案件,也可待公告送达后受理,符合财产保全、先予执行条件的,也可在立案登记阶段采取保全措施和先予执行措施。笔者以为,改立案审查制为立案登记制,不仅可以从源头上解决送达难的问题,也有利于保护当事人的诉权。在一定条件下,通过合理的制度设计,如规定被告在签收起诉状副本后,有权申请自行和解,和解不成法院再行直接立案受理等,还能起到缓冲区的作用,以缓和当事人对立情绪,敦促当事人自行和解,减小法院案件审理压力。因此,上述改革应可为之,也当为之。

(二) 科学界定送达法律关系所涉主体的法律地位

笔者经考察后认为,要实现送达制度的理论创新和立法完善,首先我们必须对送达法律关系以及由此产生的相关法律关系所涉主体予以重新认识。

在送达法律关系中,送达法律关系主体是指在送达法律关系中享有相应权利和承担相应义务的人。

^② 这里的立案条件我们认为主要是形式要件,如起诉状内容是否完备、诉讼费用是否缴纳等,至于原告是否与本案有直接利害关系等实质要件不属于法院起诉审查的内容,而应留待法院受理后审理的内容。

具体包括两类:一类是送达主体。在职权主义模式下,法院是毫无疑问的送达主体;但在条件具备的情况下,当事人及其诉讼代理人也可以成为送达主体。对此前文已有论述。尽管司法实践中由当事人及其诉讼代理人进行送达的实施效果不甚理想,但并不意味其完全不具有合理性。在当前情况下,笔者主张,当事人及其诉讼代理人可以作为特殊协助送达主体,但应该附有严格条件:第一,当事人各方之间均愿意对方当事人及其诉讼代理人代为送达诉讼文书,这种送达合意须以书面形式体现并在法院备案;第二,需经过法院审查同意。²³ 作为送达主体的人民法院本身系国家机关,从法理的角度来看不可能具体执行送达行为,而只能由其工作人员如法官或书记员等进行。为示区别,我们将这类具体执行送达行为的人称为送达人。他们本身并非送达主体,只不过是在其职权范围内履行人民法院的送达义务而已,因此他们不会因送达而与受送达主体产生直接的权利义务关系。另一类是受送达主体,即诉讼文书所指向的特定人,如传票上所记载的被传唤人、判决书上所记载的当事人等。

为方便送达,送达主体在必要时可委托其他单位代为实施送达。代为实施送达的其他单位可称之为协助送达主体。在现有的法律框架下,协助送达主体的法律义务是法律直接规定的。²⁴ 但从法律关系的视角来分析,协助送达主体与送达主体之间还产生了因协助送达而产生的委托法律关系,这种委托法律关系即送达中的相关法律关系之一,其中委托人是送达主体即人民法院,受托人即是协助送达主体。基于这样一种委托关系,协助送达主体不会因送达而跟受送达主体产生直接的权利义务关系。依《民事诉讼法》规定,国家邮政机构、代为转交的机关或单位、受托人民法院等都可以归类为协助送达主体。但我国《民事诉讼法》没有明确规定这类主体与送达主体的关系,即具体明确他们彼此之间的权利、义务与责任,这也是实践当中产生很多问题的缘由之一。同时,从司法实践来看,法律规定的协助送达主体范围太窄。考虑到我国的实际情况,有必要将受送达主体所在地的基层政府及其派出机构和基层自治组织,包括乡(镇)政府、街道办事处、派出所、司法所、社区管理委员会、居民委员会、村民委员会等机构规定为协助送达主体。其理由如下:第一,作为基层组织,其对辖区行使一定的管理职能,因此,对受送达主体的住所和行踪易于掌握,由其代为实施送达更为方便;即使受送达主体不在本区域,也便于及时反馈信息,避免送达迟延;第二,此类基层组织的工作人员往往和辖区人员相对较熟悉,由他们具体实施送达,更便于和受送达主体沟通,减少受送达主体的抵触和抗拒情绪,有利于送达的实现;第三,司法实践中也实际存在着由此类组织具体实施送达的客观情况,并且相当一部分已产生实效,促进了法院送达工作的顺利开展,这表明该方式的存在有着充分的合理性。需要指出的是,协助送达主体也不可能具体执行送达行为,而只能由其工作人员进行。这类具体执行送达行为的工作人员我们也将之统称为送达人。

受送达主体依法应当接受送达主体送达的诉讼文书,且一般情况下应当具体执行接受的行为即签收诉讼文书,但在某些情况下基于不能或不愿的原因,其可能无法自行签收,而只能另由他人代为签收。为示区别,我们可以将签收诉讼文书的人统称为受送达人。很显然,当受送达主体为自然人且由其本人签收诉讼文书时,受送达人即为受送达主体,但除此之外二者并非同一。我国《民事诉讼法》及有关司法解释规定了公民的同住成年家属、单位的法定代表人、其他组织的主要负责人,或者办公室、收发室、值班室等负责收件的人、当事人指定的代收人、诉讼代理人可以作为法定的接受诉讼文书的人。但在司法实践中,有些受送达主体,为逃避送达而居无定所,或即使有固定住所也是想方设法逃避送达而早出晚归,或者与送达人捉迷藏;有些单位竟然指示下属,如遇法院送达则推说自己非本单位职员;有的单位

²³ 法院应根据案件的实际情况,审查当事人各方是否出自内心的意愿;特别要进行风险评估,防止虚假诉讼。

²⁴ 协助送达主体的协助送达义务是对国家的义务,如同证人的作证义务一样;至于为什么规定有些单位有协助送达义务而其他单位没有,主要是基于送达安全的考量,但具体理由是由各不一样的,如之所以法律要规定邮递单位负协助送达义务是因为邮递单位承担着全国的邮递职能,而之所以要规定派出所等其他单位负协助送达义务是因为这些单位对所在辖区承担着管理职能。下文受送达人的接受送达义务的规定也是出于同样的考量,具体理由也各不一样,如同住亲属的签收义务是考虑了亲属关系,雇员的签收义务是考虑了雇佣关系。对此的详细论证拟另撰文。

职工签收后推说没有收件职责;等等。针对这些情况,我们认为可以考虑在法律上规定:受送达主体为自然人的,其同住有辨认能力的亲属(不限近亲属)^⑤、雇员(包括保姆、佣人)也为受送达人,均有义务代收诉讼文书,如拒收可以适用留置送达;受送达主体为法人或其他组织的,其雇员均可作为受送达人,有义务代收诉讼文书,如拒收可以适用留置送达。至于该雇员是否负有代收之职责,可以在所不问,推定为受送达主体内部管理问题,送达人无法查清。以上所说的雇员,应该有一定的雇佣期限,是固定的,而非临时的人员,比如临时聘任的清洁工就不能作为受送达人。对调解书的代收,一般要有受送达主体的特别授权,没有特别授权,受送达人不能代收。

上述受送达人均均为法律规定的签收人即法定签收人,除此之外,还有一类是自愿代收人。受送达主体为自然人的,其邻居、共同居住的人(共同居住的人为亲属的例外)、房屋的出租人或者承租人以及不同住的亲属可以作为自愿代收人,但须附有条件:第一,送达人应核实自愿代收人的身份、住所和联系方式;第二,自愿代收人有代收的内心意愿,不适用留置送达;第三,自愿代收人须即时反馈诉讼文书送达情况;第四,受送达主体可保留一定的抗辩权。对于自愿代收人,立法不能赋予其过多的职责,以免影响其自愿代收的积极性;规定受送达主体一定的抗辩权,是为了确保受送达主体的送达利益。

(三) 合理规制送达法律关系和相关法律关系主体之间的权利义务

通过立法合理规制各类主体的权利义务,明确其各自在送达中的法律责任,是理顺送达法律关系及相关法律关系,解决送达难问题的关键之所在。

1. 明确当事人在送达中的权利与义务。送达难本身是一种诉讼风险,理应由当事人自己承担。当事人有义务书面告知自己准确的送达地址、送达代收人(包括收件人等)、电话号码、电子邮件、传真号码等。以上内容当中,关键是送达地址。《关于适用简易程序审理民事案件的若干规定》明确了送达地址书面确认制度,对此立法应该确认并推广到普通程序中来,这是解决送达难问题的有效途径。若送达地址或通讯方式变更,当事人应将重新确认变更后的送达地址,主动、及时地向法院书面通报。如果采用多种方式仍然联系不上当事人,法院可以邮寄送达,以邮局退回的邮戳上记载的日期为送达日期;或者法院将诉讼文书送达至经受送达主体确认的送达地址,即为送达。若当事人提供的送达地址和通讯方式不实或错误或变更而导致不能送达的,其相应的法律后果由当事人自己承担。若当事人拒绝提供自己的送达地址,经人民法院告知后仍不提供的,自然人以其户籍登记中的住所地或者经常居住地为送达地址;法人或者其他组织以其工商登记或者其他依法登记、备案中的住所地为送达地址。为防止当事人逃避送达、恶意诉讼,我们还建议作如下规制:“对受送达主体已成功实施过送达的,以后的送达可依已实施的送达方式进行。”另外,对当事人拒绝提供送达地址或者故意提供错误送达地址的,法院有权采取妨害民事诉讼的强制措施,以体现对恶意诉讼行为的惩戒。

此外,为保障送达工作的顺利实施,法律宜明确规定,受送达主体及受送达人应当接受送达。受送达主体阻碍送达导致送达延误或者无效的,应当承担缴纳费用、赔偿损失、罚款、司法拘留等责任。受送达人阻碍送达的,以妨碍公务视情节予以处罚。受送达主体对送达有争议的,有权向法院提出异议,法院应举行听证;受送达主体对听证结果不服的可以向上一级法院申请复议。

在送达中,当事人也应享有一定的权利,主要有:第一,有权要求送达人出示工作证(如是法院工作人员进行送达还需出示执行公务证);第二,有权对有害利害关系的送达人提出回避申请;第三,如送达人是法官的,有权要求送达人对所送达的诉讼文书进行释明;第四,有权要求送达人补正诉讼文书,拒收瑕疵文书;第五,送达人明显违背法律规定的方式送达的,可拒绝签收;第六,有权选择送达方式。

2. 明确法院送达职权的范围及限制。其一,赋予送达人自由裁量权。前文已提到,为解决送达难的问题,某些方面还需强化法官的某些职权。笔者以为,其中最重要的是有必要明确规定法院送达人员的自由裁量权。具体包括:(1) 送达方式转换制度。以公告送达为例,诉讼文书公告期间受送达人可能

^⑤ 但同住有辨认能力的亲属为对方当事人或处于对立关系方的除外,这主要表现在离婚案件中。

知悉,经与法院或者对方当事人联系,可以到法院领取诉讼文书或者法院采取其他送达方式,此时应以签收诉讼文书的日期为送达日期,公告送达随之失效。另一种情况,诉讼文书公告期间受送达人尚未知悉或者恶意逃避送达,如果法院送达人员在其他场合遇见受送达人,应立即转化为当场送达,或者知悉其住所地、营业地的,此时公告送达应自动转化为以其他送达方式(如邮寄送达或者留置送达)对受送达人进行送达,以签收诉讼文书的日期为送达日期,公告送达随之失效。这不仅有利于保护当事人的诉权,同时也有利于保护受送达人的知情权,从而有利于被告的答辩、应诉,提高诉讼的效率;(2)同时采用多种送达方式的制度。司法实践中经常碰到的情况是:不管适用哪种送达方式都似乎缺乏部分的法定要件,我们认为可以在同时采用几种送达方式上进行考量。比如司法实践中有这样一种情况,法院送达人员到受送达人住所,其门窗未关,但家里没看到人,能够确定受送达人住所有人居住,适用留置送达是可以的,但是仅仅适用留置送达,又不完全符合留置送达的法律要件规定,即受送达人或同住成年家属没有拒绝签收,所以送达的安全性是没有足够保障的。法院送达人员可以请求其邻居代收的同时采用邮寄送达,将同样的诉讼文书通过邮寄的方式送达到受送达人住所。这样就能充分保障送达程序的正当性,充分保障受送达人的程序权利。其二,规范送达行为。法院作为唯一的送达主体应当依法送达,严格规制送达行为,具体包括:第一,送达人应当出示工作证和执行公务证;第二,送达人对与自己有利害关系的受送达主体送达,应主动提出回避申请;第三,送达人应该将需送达的文书一并送达(比如起诉状副本、应诉通知书、举证通知书、开庭传票、合议庭成员告知书等等);第四,对所送达的诉讼文书予以释明;第五,按法律规定的方式和形式送达;第六,要求当事人填写送达地址确认书;第七,反馈送达情况。送达人如徇私、渎职,不履行或者不正确履行法定职责,导致送达延误或送达不能,应承担经济、行政乃至刑事责任。如因送达主体或送达人的原因导致送达无效的,应当给予补救,即通过后续行为弥补先行送达行为取得预期的法律效果:如通过口头传唤开庭时没有明确开庭地点,可用书面形式补正。

3. 明确协助送达主体的权利义务。法律应明确规定,协助送达主体有义务协助法院实施送达。人民法院向协助送达主体交付需送达的诉讼文书,二者间就成立委托法律关系。协助送达主体在接受委托后应及时完成协助送达任务,拒不履行的视为妨害民事诉讼行为,法院有权对其采取强制措施。协助送达主体所属的送达人的权利义务与法院所属的送达人相同,但不负释明的义务。另外,邮递单位在实施协助送达时,有获取相关邮递费用的权利。

此外,与上述各类主体都相关联的一个问题是关于送达费用的交纳及承担问题。送达费用的发生不可避免,也是目前困扰法院送达工作的一道难题,^②因此,立法设计中应根据诉讼费用相当性原理,明确送达费用的交纳及承担原则:第一,原告垫付原则。原告起诉时应该预交送达费用,结案时再确定费用总额和负担者。如需适用特别送达方式(如公告送达),公告费用同样由原告垫付,待结案时再确定负担者。第二,过错承担原则。若原告提供的被告地址错误,导致重复送达的费用,由提供错误送达地址的原告承担;若被告躲避送达,导致重复送达的费用,由被告承担;若因当事人拒绝告知或变更送达地址等原因未及时报告法院,导致法院重复送达所生费用的,其费用由责任当事人承担;若因送达人违反法定程序导致送达不能或者送达费用支出不合理的,不合理部分由法院承担。第三,非惩罚性原则。该制度设立的目的就是促使当事人切实履行诉讼义务,配合法院共同推动程序的进行,而不是要对当事人进行惩罚。

(四) 完善送达方式

目前法律规定的六种法定送达方式都需要完善,同时还应当依据形势需要考虑增设一些新的送达方式。

1. 直接送达的完善。在完善直接送达时,需要特别提及的一点是对送达场所的规定。基于司法实践的有效经验,及借鉴国外民事诉讼法的相关规定,我们应当拓宽送达地点的范围,明确规定在与受送

^② 2007年4月1日起施行的《诉讼费用交纳办法》(国务院令481号)对此也未予明确。

达人相遇的任何地方都可以送达。

2. 留置送达的完善。首先,送达地点不限受送达人的住所。对此前文已有探讨,此处不再赘述。其次,取消见证人制度,简化留置送达的程序。从司法实践来看,见证不仅未能实现立法意图达到有效保障送达实施的目的,反而严重影响了送达工作的顺利进行。取消见证人制度更能让当事人感受到法律的尊严。当然,为防止送达人滥用职权,应进一步强化送达人的职责。对此,有人主张增加“补充的留置送达”制度,以填补法律空缺。根据德国等大陆法系国家相关法律的规定,如当事人拒收,可将应送达的诉讼文书留置于当地派出所或基层组织,并将留交的情形作书面通知,张贴于受送达人的住所门上或交其邻居转交,即视为送达。我们认为从维护送达程序公正而言,上述规定是可以考虑借鉴的。

3. 委托送达的完善。首先,将邮寄送达与委托送达作为直接送达有困难后并列可选的送达方式,改为直接送达有困难后,邮寄送达作为委托送达的前置送达方式。即规定:直接送达有困难的,可以邮寄送达;邮寄无法送达的,可以委托其他法院送达。其次,明确规定受托法院在收到委托送达的诉讼文书后,应在10日内完成受托诉讼文书的送达并将送达回证退回委托法院。如果因为委托法院提供的受送达主体的信息不完备等原因致使无法完成送达的,亦应在5日内与委托法院取得联系,要求委托法院增补信息,受托法院收到委托法院的增补信息后,受托送达期限重新开始计算,若仍然无法送达的,受托法院应当在3日内将受托的诉讼文书退还委托法院。

4. 邮寄送达的完善。实践证明,“法院专递”具有快捷、专业、便民等优点。同时,“法院专递”由于是由邮递人员具体完成的一种送达活动,它相比人民法院开着警车去直接送达具有更强的中立性和亲和力,有利于减少当事人的抵触情绪。因此,“法院专递”的邮寄送达方式值得推广,当然,“法院专递”也有一些环节仍需进一步改进:首先,必须明确法人或者其他组织(包括下设的办事处、营业点等)的职工都有签收诉讼文书的义务,任一职工的签收即视为该单位的签收;其次,有必要赋予执行送达任务的邮递人员与法院具体送达人员同等的地位,即都视为送达人。对邮寄送达的效力,我们应该区别对待:对当事人在送达地址确认书上确认邮寄送达方式的,只要证明送到了当事人预留的地点,不管谁签收,均视为送达;除此之外,应该强调送达程序,代收是否合法,受送达主体有正当的抗辩理由的,应先予审查,再确定送达效力。德国《民事诉讼法》规定,法院将邮件交邮局即视为送达。对此我们不宜照搬,现阶段,我们可以规定邮寄人员享有留置送达权即可。

5. 转交送达的完善。《民事诉讼法》关于转交送达的规定,是因为受送达主体作为军人、被监禁人或被劳动教养人的身份比较特殊,不宜或不便采用直接送达。但我们认为,上述受送达主体也并非总是不宜或不便直接送达,事实上,实践中就有不少法院对上述受送达主体采取直接送达。鉴于此,转交送达的完善应当考虑:第一,改变受送达主体只要是军人、被监禁人或被劳动教养人就适用转交送达的做法,规定对于上述人员进行送达不但可以而且应当首先适用直接送达或邮寄送达等方式;第二,对上述受送达主体进行送达时,如果其所在部队团以上单位的政治机关、监所、劳动改造单位或劳动教养单位认为不宜采用直接送达等送达方式的,可以要求由其进行转交;第三,上述单位要求进行转交时,法院应当同意。但代为转交的机关在接收到代为转交的诉讼文书后,应当在10日内完成代转诉讼文书的送达并将送达回证退回法院。如果因为法院提供的受送达主体的信息不完备等原因致使无法完成送达的,亦应在5日内与法院取得联系,要求法院增补信息,代为转交的机关收到法院增补的信息后,代为转交送达期限重新开始计算,若仍然无法送达的,代为转交的机关应当在3日内将代为转交的诉讼文书退还法院。鉴于军人职业的特殊性,如核潜艇官兵可能一次出海巡航就是几个月。因此立法还应规定例外条款:“受送达主体是军人的,经其代为转交的机关书面说明,可以不受上述代为转交送达期限的限制。”第四,上述单位既不允许采用直接送达等方式又不允诺代为转交的,视为妨害民事诉讼行为,可以对其采取强制措施。

6. 公告送达的完善。首先,必须明确规定公告送达的程序。即原告要提供被告下落不明的相关证据,并书面申请公告送达。其次,规范公告内容。公告应当载明受诉人民法院、各方当事人及应送达文

书的要旨。同时,受送达主体为自然人的,应在其姓名后标注其身份证号码或其他能特定其身份的证件号码;受送达主体为法人或其他组织的,在其名称后标注其组织机构代码。再次,规范公告方式。应明确规定将送达文书张贴于受诉人民法院公告栏,并在合适的媒体上刊登公告。取消最高人民法院办公厅于2001年12月下发的《关于改进人民法院公告发布工作的通知》。根据受送达主体的实际情况,以方便受送达主体知悉公告内容为原则,可选择在不同级别的报纸、电视、互联网等媒体发布公告。如受送达主体在本市的,在本市媒体公告;在本省的,在本省媒体公告;在省外的,在全国性媒体公告;在港澳的,在港澳地区媒体公告。在农村地区可采用在法院公告栏和受送达主体住所地张贴公告并拍照存档的方式进行。这属法官的自由裁量权,由法官决定。最后,缩短公告时间。理由是:第一,现代社会已进入信息技术高速发展的时代,电话、电报、传真、电子邮件等现代通讯手段和电视、广播、报纸等通讯渠道已形成网络化,信息传播途径广、信息传播速度快;第二,公告送达的效果不完全在于时间的长短,而在于公告的方式和手段是否准确、合适和到位;第三,公告送达属于拟制送达,对于真正无法联系的或者故意躲避的受送达主体来说,公告期限并无实际意义。公告仅仅是一项法定程序,公告时间不宜过长。因此,我们认为,国内受送达主体以30日为宜,涉外(含港澳台)受送达主体以60日为宜。

7. 增设数字化送达方式。数字化送达方式是指通过电话、传真、电子邮件、手机短信等进行送达的方式。科学技术的快速发展,使得电话和电子邮件等日益在人们的工作和生活中得到普及,这是数字化送达方式存在的前提和基础;而电话和电子邮件等的快捷和方便,能够提高送达效率,使数字化送达方式有其存在的必要。实际上,数字化送达方式在司法实践中已有运用,只是在法律上没有明确规定而已。从司法实践运用情况来看,数字化送达方式虽然在程序保障、安全性等方面还存在一定欠缺,但其在提高送达效率方面确实发挥了明显的优势。综合这些情况,我们认为应当在民事诉讼法上增设数字化送达方式,对电话送达、传真送达和电子邮件送达等进行明确规定。当然,在具体规定时要注意如下问题:第一,数字化送达方式的采用不得损害当事人的合法权益;第二,数字化送达方式单独适用时,只适宜送达简单的通知、传票等仅为程序告知内容的诉讼文书;第三,数字化送达方式可以作为其他法定送达方式的辅助送达方式。

Abstract: The service system has a very important status and function in civil procedure, but it has not aroused enough concern to the academic circle. The empirical research indicated that the various achievements of legislative of civil procedure service system have been unable to meet the demands in practice. In order to solve this problem completely we must have the resolution to make the service system more efficient after we deeply analyse the nature and function of the system and we also have to make our efforts based on the current judicial environment. At present, based on the above-mentioned points the author think that the first and foremost thing for us to do is that we must reconsider the nature and function of the service system and we must make it coordinate with the surrounding system such as the appealing system. we must balance the related benefits of different participants in the system and rationally define the different participants in the service relationship and relocate the rights and obligations of the parties reasonably and improve the methods of service when we try to make the system better.

(责任编辑:李仕春)