

我国域外送达机制的 困境与选择

何其生*

内容提要:对近年来我国域外送达的非常态事件以及调研数据的分析表明,先入为主的定性和效率的低下是我国目前域外送达中的诸种问题的症结所在。改变现状以提高送达效率的基本思路是观念的更新和完善有关制度。

关键词:域外送达 司法主权 诉讼效率 《海牙送达公约》

域外送达在人们的认识中主要是一个程序性的问题,而在相关的理论领域少有争论或很少存在一些需要厘清的问题。然而近年来,海牙《关于民商事件中司法文书和司法外文书的国外送达公约》(以下简称《海牙送达公约》)^[1]在我国实施过程中所出现的问题以及域外送达在我国所出现的一些非常态事件,使我们不得不重新审视中国传统的域外送达制度,思考相关的理论问题。

一、近年来我国域外送达存在的问题

1. 周期太长,效率低下

根据笔者 2002 年底在司法部司法协助处调研时的统计,依照《海牙送达公约》所规定的公约途径的送达中,我国每年送达的总数量呈明显的递增趋势。在中国,借助司法部通过公约途径对外进行送达已成为涉外诉讼的主要送达途径,对国际民事诉讼的顺利进行以及当事人利益的保护起到了重要的作用。但这一途径明显的不足就是周期太长,效率低下。最高人民法院副院长万鄂湘曾指出,“虽然我国民事诉讼法第 247 条规定了 7 种涉外诉讼的送达方式,但我国涉外民商事案件的送达成功率不到 30%,70% 多的都因送达不成就而无法启动诉讼程序。”^[2]笔者在调研中发现,我国在域外送

* 武汉大学国际法研究所副教授。

[1] 《海牙送达公约》于 1965 年 11 月 15 日开放签字,1969 年 2 月 10 日起开始生效。截至 2004 年 4 月 1 日,批准或加入该公约的国家已达 50 个。1991 年 3 月 2 日第七届全国人大常委会第十八次会议决定批准我国加入《海牙送达公约》,该公约于 1992 年 1 月 1 日起对我国生效,我国指定的中央机关是司法部。

[2] 万鄂湘:《“入世”后我国的司法改革与涉外民商事审判》,载陈安主编:《国际经济法论丛》第 6 期,法律出版社 2002 年版,第 18 页。

达方面近年来在总体数目方面一直呈上升趋势。但至少有多达 30 % 的案件送达时间在 6 个月以上。^[3]而且这个时间只是在中央机关间传送的时间,还不包括中央机关到承办案件法院的时间,特别是在我国,从司法部至地方法院,这一套程序下来,至少需要 23 天的时间。^[4]因此,总体上,《海牙送达公约》在执行期限上是不能令人满意的。

从送达的执行情况来看,尽管所送达的文书不少,但实际执行的成功率并不是很高。根据统计,在国内向国外条约途径的送达中,送达、未送达和情况不明所占比例如下表:

时间	送达	未送达	情况不明
1999 年	58.96 %	35.51 %	5.53 %
2000 年	35.99 %	58.87 %	5.14 %
2001 年	50.43 %	41.31 %	8.26 %

表中的“情况不明”实际上是指在文件从我国中央机关向国外发出或向国内法院发出后,未收到任何反馈信息的情况,通常应认定文件未能送达。

在国外向国内条约途径的送达中,情况如下表:

时间	送达	未送达	情况不明	转香港、澳门,寄台湾
1999 年	36.06 %	23.17 %	18.12 %	22.65 %
2000 年	39.12 %	31.46 %	12.07 %	17.35 %
2001 年	29.97 %	39.91 %	16.81 %	13.31 %

表中“转香港、澳门”是指转送给我国外交部驻香港、澳门特别行政区特派员公署,再由公署转当地司法机关。在特区的机关执行后直接向外国的中央机关通知送达的情况,不再经过我司法部途径。“寄台湾”是指直接通过挂号邮件向我国台湾的受送达人邮寄送达。至于送达的情况,笔者留意到反馈信息的很少。

在上述这些统计中,我们很难看到随着时间的延续,送达的成功率逐年提升的现象。在国内向国外送达的中央机关途径和领事途径中,我们或许可以说送达与未送达(包括情况不明)各占 50 % 左右,而对于国外通过中央机关途径向中国国内的送达中,送达成功的比例几乎没有超过 40 %,2001 年甚至没有超过 30 %。综合成功送达的比例(50 % 以下)和合适的时间期限(70 % 左右),真正符合法律要求的送达,亦即成功的送达,也就在 30 % 左右。

具体到承办的法院,更是有深刻的体验。据对北京市法院审理的该类案件域外送达周期的分析,自 1996 年至 2002 年 3 月,经北京市高级人民法院民二庭办理的域外送达,能够按时完成送达,并且送达证明书或送达回证能够于法院规定的期限内返回案件所在法院的,或域外当事人能够准时应诉的,低于该类案件域外送达总数的 20 %。也就是说,该类案件域外送达无法完成、遥遥无期以及超期完成的,占该类案件域外送达总数的 80 % 以上。送达周期自受理案件法院正式委托送达之日起至送

[3] 关于送达的时间期限,笔者选取了 2001 年 4 月为例进行分析。之所以选择 2001 年作为统计对象,是因为笔者在调研时 2002 年的送达尚未结束,有些文件可能还没有返回,而 2001 年在时间上比较近。选择 4 月是考虑尽量避开中国和外国在节日和休假方面的差异,防止因为假期而导致文件在传送方面的延误,尽量能够真实、客观地反映送达的时间。2001 年 4 月,中央机关送达途径所需要的时间在 6 个月以下的:国外向国内送达占 78.57 %,国内向国外送达的占 61.70 %,平均数字为 70.14 %。

[4] 相关日期规定参见 1992 年司法部、最高人民法院、外交部:《关于执行海牙送达公约的实施办法》。

达证明返回该法院之日止,平均需要一年至一年半时间。^[5]域外送达难已经成为影响涉外案件当事人合法权益、制约涉外民事案件审判工作的重要因素之一。

2. 域外送达所涉主权领域颇多,许多问题都缺乏理论上缜密的思考。

首先,邮寄送达所带来的主权问题依旧是时下争议的焦点。实践中,有的国家直接向中国邮寄司法文书;有的国家邮寄送达后,虽经我国当事人反复抗议违反我国法律仍视而不见(如美国 Alameda 高等法院在廖某诉魏某离婚案中就无视中国司法主权肆意侵害中国公民诉讼权利,在我国公民反复抗议后不仅不予理睬,而且径直作出了判决);^[6]有的在作出判决后,没有履行任何手续,直接向我国当事人和法院寄送判决书(如 1985 年 10 月,中国江苏省苏州市中级人民法院就收到了美国加利福尼亚高等法院寄来的由其审理的蔡德林与周德才离婚案件的离婚判决书副本等材料,既无委托书,也无中文译本,是直接邮寄给苏州市中级人民法院的)。^[7]对此类问题,我国最高人民法院、外交部在 20 世纪 60 年代就曾指出这是侵犯中华人民共和国主权的行爲,并指示有关个人提出抗议。^[8]对于这一现象,除了有些国家的霸权主义思潮和自身法律优越感的存在外,或许我们也应该审视一下自身的邮寄送达制度。

其次,在国家主权及其财产豁免领域,一直存在把我国的外交部作为送达对象的情况,如历史上曾经有过的“湖广铁路债券案”、“司考特案”,等等,我国也对此提出过不少的外交抗议。近来颇受关注的“仰融案”也涉及主权问题。在该案的送达程序中(该案目前在美国华盛顿特区联邦巡回法院起诉),仰融的律师首先通过邮政快递的方式向中国司法部递送,希望利用《海牙送达公约》途径,请求我国司法部给予司法协助,被司法部以“执行请求将损害被请求国国家主权或安全”的理由予以拒绝。^[9]但不久该案仍通过外交途径向我国辽宁省政府进行了送达。如何应对该类送达及其后续问题是当前需解决的问题,对此后同类问题的解决也有着借鉴意义。

再次,《海牙送达公约》确立了以中央机关为核心的送达途径,许多国家分别指定了司法部、外交部和法院等作为中央机关。但在 2002 年,美国向海牙国际私法会议提出了以其一私人公司(Process Forwarding International)作为指定的机关来代替其原先的司法部,转递其他国家的送达请求。出于“中央机关”对等的角度,美国的这一做法无疑是不合理的,但美国的公司现在已经开始运作,海牙国际私法会议和其他国家亦无可奈何。由于我国是该公约的成员国,且我国一直将送达视为司法主权的一种体现,对于美国这种将送达私人化的倾向,我国该如何应对,需要理论上的探讨。^[10]

3. 在对跨国公司在我国境内的分支机构送达问题上,中国法院一度无所适从。

随着中国加入 WTO 和外国在中国投资的增加,一些跨国公司纷纷在中国设立独资或合资机构。他们一方面在中国经营业务,另一方面试图利用我国法律的一些漏洞,规避或拖延发生在我国的诉讼。

在 2000 年“珠海奔驰案”中,法院按原告提供的地址,把起诉书送给了北京的戴姆勒—克莱斯勒

[5] 刘纹、夏林林:《我国域外送达程序中存在的问题及对策》,《人民司法》2003 年第 1 期。

[6] 案情可参见杜新丽主编:《国际私法教学案例》,中国政法大学出版社 1999 年版,第 345 页以下。

[7] 对于此事应如何处理,最高人民法院批复指出:在中美两国目前尚无司法协助协定的情况下,美国加利福尼亚州高等法院未通过外交途径,直接给苏州市中级人民法院寄来蔡德林与周德才离婚判决书副本,这种做法,不仅违反我国民事诉讼法的有关规定,也不符合一般国际关系中的互惠原则。因此,以上材料可由苏州市中级人民法院径直退回美国加利福尼亚州高等法院。

[8] 参见 1967 年 4 月 26 日《最高人民法院关于美国法院无权判决我国公民离婚案件的批复》(67)民他字第 6 号;1967 年 4 月 25 日外交部领事司函(67)领二发字第 177 号。

[9] 资料来源: <http://news.china.com/zh-cn/domestic/945/20031023/11559787.html>, 2003 年 12 月 12 日访问。该理由是根据《海牙送达公约》第 13 条第 1 款的规定。

[10] 另外,私人公司的介入也相应提出了收费的要求,而公约的正式途径则是不收费的,因此,这一变动无疑也是对现行公约体制的一种挑战。

中国投资有限公司,开始是邮寄送达,但对方拒绝签收。随后又委托北京市朝阳区人民法院送达,对方还是不收,于是留置送达。但该公司的回函认为:戴姆勒—克莱斯勒中国投资有限公司是独立的中国人,无权接受对被告梅赛德斯—奔驰公司的诉讼文书。在此案件送达过程中,仅因原告的名称及送达方式问题,就5次更改诉讼材料。^[11]

此类案件中被告尽量规避送达,拖延诉讼,在国际民事诉讼中这是为被告们所经常采取的手段之一,但其是否合法则是由法院决定。对于这一问题,20世纪80年代,外国的两个高级法院已做出了裁决。一是荷兰最高法院在Mabanaft案^[12]中的认定,文书是否需要向国外进行送达必须由法院地法来决定;一是美国著名的Volkswagenwerk Aktiengesellschaft v. Schlunk案,^[13]该案的案情不仅与奔驰案极为相似,而且直接认可了向外国公司在美国境内的分支机构送达的效力,对此后相关案件的适用也产生了很大的影响。Mabanaft案和Schlunk案的决定,在1989年海牙送达公约特别委员会上得到了详细地讨论,讨论的报告同意应该由法院根据法院地法的规定来决定是否进行域外送达。^[14]因此,如果我们的法官留心考察一下外国的情况,或许这些案件也就根本用不着拖延两、三年。

4. 新技术带来的挑战

随着互联网的发展,电子送达诉讼文书越来越引起人们的关注,许多国家已开始对此作出立法。海牙国际私法会议也一直着手这方面的讨论、调研和谈判。由于电子送达能够大大提高送达的效率,解决目前《海牙送达公约》所规定机制的送达迟缓问题,公约的特别委员会和专家们一直希望这一方式能得到各国的认可。尽管司法实践中,我国一些法院已经私下通过电子邮件进行送达,有的法院甚至建立了网站,进行公告送达,但目前尚没有人对此进行深入研究,其可行性和必要性都缺乏论证。

5. 区际送达值得关注

香港、澳门回归后,出于三地交往和司法实践的需要,内地与香港特别行政区政府于1999年1月14日在深圳签署了《内地与香港特别行政区法院相互委托送达民商事司法文书的安排》,与澳门特别行政区于2001年8月15日在澳门签署了《内地与澳门特别行政区法院就民商事案件相互委托送达司法文书和调取证据的安排》。两个《安排》的签署解决了内地与香港和澳门司法文书的送达问题,签署到现在已经有一段时间了,其效果如何?能否进一步提升达成更加直接快捷的送达模式?目前尚未有任何资料的统计和公布。再则,内地与台湾,双方目前都已经在一定条件下互相认可对方法院的判决和仲裁裁决,而关于送达的协助却没有任何可做的文章,似乎有些奇怪。

毫无疑问,笔者不可能穷尽域外送达目前所存在的所有问题,但已有的这些问题就已经值得我们关注。域外送达直接影响着法院审判期限的长短,影响着当事人的权益,有关域外送达立法的完善也当然涉及到人民的福祉。

二、主权与效率:送达问题的症结所在

现实存在的问题使我们不得不反思我国的送达制度。问题有二:一为主权,包括外国邮寄送达等违反我国“主权”的做法等,这是理论或观念层面的问题;二为效率,送达效率和成功率低下。效率的提升不仅需要各种渠道、手段和方式,更需要观念的解放。

[11] 许晖:《状告奔驰法律无奈 奔驰“变脸”为哪般?》,《中国经济时报》2002年2月7日。

[12] Segers and Rufa BV v. Mabanft GmbH, HR 27 June 1986, NJ 1987, 764, RvdW 1986, 144.

[13] 468 U. S. 694 (1988). 由于大众汽车股份公司在美国境内设有全资子公司,法院就认为舒隆克向其美国境内的子公司送达有效,并且认为由于《海牙送达公约》并未就向域外送达递送文书的必要情形规定一项判断标准,因此,对于是否有必要进行域外送达的问题,应当依据法院地法作出裁断。

[14] Report on the Work of the Special Commission of April 1989 on the Operation of the Hague Conventions of 15 November 1965 on the Service Abroad of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters, p. 8.

1. 先入为主的定性及其对送达功能的制约

根据我国民事诉讼法第 247 条规定,人民法院对在中华人民共和国领域内没有住所的当事人送达诉讼文书,可以采用条约途径、外交途径、使领馆途径、向受送达人的诉讼代理人或分支机构送达、邮寄送达、公告送达等 7 种方式。第 248 条继续规定:“被告在中华人民共和国领域内没有住所的,人民法院应当将起诉状副本送达被告,并通知被告在收到起诉状副本后 30 日内提出答辩状。被告申请延期的,是否准许,由人民法院决定。”可见法院作为送达的主体是得到法律认可与确认的。

在我国理论界,一般认为,送达是人民法院行使司法权的一个重要职能。它体现着“公”权力在民事诉讼领域的运用。送达在性质上是人民法院的一项职权行为,不同于当事人和其他诉讼参与人的诉讼行为。^[15]在这一制度和法律传统所形成的习惯性思维下,我们当然会认为送达只能由“法院来完成”,当事人不能代替法院行使送达的权力。对于国际送达而言,由于送达是法院行使职权的体现,其国际法层面上所体现的就是一个国家的“司法主权”。

在主权的维护方面,由于送达是人民法院行使司法职权的一种行为,是国家行使权力的一种外现,因此,我们难以容忍外国法院或当事人没有经过我国有关部门的允许,在我国境内直接向我国公民进行邮寄送达有关司法文书;更不能允许未经我国同意,向我外交部门和国家领导人送达有关的诉讼文书,认为这是一种严重侵犯主权的行。

不过,我们也注意到,在英美法系,在对送达性质的认识上与大陆法系有着很大的不同。比如,在美国,送达可以由年满 18 周岁的任何一个非当事人完成,法院的法官基本上不再进行送达。送达被认为是一种“私”的行为,当事人可以任意处置,只是必须合理地确认通知的内容,根据不同情况把未决诉讼通知有关当事人,给予他们提出异议的机会。通知必须具有适当转达法定内容的性质,它必须为当事人提供合理的出庭时间。^[16]不能送达,美国法院就很难行使管辖权。在此情况下,原告为了能够开展诉讼,就会利用各种手段向被告进行送达。发生侵害外国和我国“主权”的行为,在此一体制下就在所难免了。因此,作为送达症结之一的主权问题,其背后的深层原因是各国送达制度的不同,这导致了人们在送达性质认识上的分歧。

实际上,对于前述所列举的域外送达中所存在的主权问题,无论是“湖广铁路债券案”还是近期的“仰融案”,我们所抗辩的依据并不是送达体现着司法职权或维护着国家的主权,而是因为在这些案件中将我们的国家或国家机构或地方行政机关作为被告,并企图通过送达对中国行使管辖权,这一行为无疑是不符合我国在国家财产及其主权豁免上的立场,理所当然为我国强烈抗议。但这里所抗辩的核心并不是送达行为。

尽管如此,在送达真正的功能尚未考虑的情况下,我们已经赋予其体现“司法职权”、维护国家“司法主权”的作用,而送达在民事诉讼程序中的真正功能却常常为我们所忽视。

应该说,送达制度最直接的也是其最重要的功能就是通知。对于当事人尤其是被告而言,送达传票等司法文书意味着向被告通知原告的起诉或诉讼进程,并向其提供出庭答辩或以其他方式主张其权利的机会。^[17]当事人只有收到司法文书并获悉司法文书的内容,才能确定自己如何行使诉讼权利和承担诉讼义务。否则,就很难说程序正义了。

如果我们对于送达基本功能定位还算准确的话,那么我们所应该思考的基本的问题就是:在“司法职权”的理念在某种程度上制约着送达功能的实现,或者这一认识本身已不符合客观的实际的情况下,我们能否突破送达主体的单一性?现行的实践是否已经在某些程度上突破了主体的单一性?在

[15] 徐瑞柏等编:《民事案件司法程序实务》,新时代出版社 1993 年版,第 132 页。

[16] See Mullane v. Central Hanover Bank & Trust Co. (339 U. S. 306, 70 S. Ct. 652 (1950)).

[17] See Sinclair, Service of Process: Rethinking the Theory and Procedure of Serving Process Under Federal 4(c), 73 Va. L. Rev. 1183, 1191 (1987).

思考这些问题前,首先让我们看一下在上述域外送达体现司法职权的结论下,我国送达所存在的不足:

首先,由于送达是法院行使职权的体现,法院在具体的程序上必须谨慎小心,不能在送达程序上有任何意外,否则,当事人就可以送达程序不合法为理由加以抗辩。这也是为什么在奔驰案中,奔驰公司可以将案件拖至两三年,而法院不能作出裁决的原因。

其次,由于在我国域外送达体现着“国家的司法主权”,因此,外国违反我国法律向我国境内当事人邮寄送达的行为就成为了侵犯“主权”的行为,但由于这些邮寄送达在外国被认为是一种私人行为,私人行为何谈侵犯国家主权之有呢?于是,我们在外交上无法抗议,在结果上也只能接受被送达的现实。但不同的是,由于法院是我国送达制度的主体,法院的送达是行使司法职权,因此,我国违反外国法律进行送达就可能有违反外国“司法主权”之实。外国一旦抗议,我国就只能默认侵犯的后果。观念的窠臼、制度的硬性规定导致我国在送达制度上被动的后果。

“送达是法院行使职权的体现”这种观念上的认识,已经远远地落后于客观实践。尽管我们可能会有很多的理论来进行辩驳,但我们很难否认如下事实:邮寄送达特别是当下兴起的“司法专邮”的主体不是法院,我们利用民间团体和律师向外国甚至是我国境内其他法域的当事人送达时,送达的主体不应该是法院。这些主体的变化并没有损害我们的诉讼制度,相反却减轻了法院的负担。

另外,广东等沿海地带在涉及香港和澳门的送达中,存在着广泛利用中国法律服务(香港)有限公司送达的情况,而且送达成功率比较高。^[18]此种利用法律服务公司送达的情况无疑与司法职权没有任何的关联。

由此观之,法院作为送达的单一主体已不是客观的事实,“司法职权”的定性也存在诸多的缺陷,最大的不足来源于对送达方式多样化的束缚。客观来说,对于送达性质的认识并不是先天性的定论,而是随着相关诉讼制度的变化,尤其是送达主体的变迁而变化。具体而言,在送达主体的设定上,是由法院依职权承担其责,还是由当事人直接或依申请承担其责,或者以何者为主,直接影响着各国对送达的定性。但我们必须认清的是:送达如何定性只是属于人们意识形态领域的东西。制度的设计和建立应符合诉讼效率和程序公正,符合人们的实际需要。^[19]将送达仅视为一种手续、一种程序,可能会使我们在制度设计时,放下思想的包袱,更能灵活和科学地采用各种方式、各种技术手段以实现送达的目的。

2. 效率的低下及其成因

现行的域外送达制度毫无疑问是不注重效率的,由于在中国域外送达主要是由法院来完成,由此又拖累了司法效率。一个案件在审限内结案,并不意味着有效率,因为法律给出的审限是法官审理案件最大化的诉讼周期。但即使这样,涉外案件审判的时间也经常出现案件经过一年、两年甚至是更长时间尚未给出裁判结果的尴尬局面。^[20]

我国民事诉讼送达制度在运作中效率低下,原因众多。在依照《海牙送达公约》所规定的公约途径,笔者针对性地就2001年的情况进行了统计。送达的情况既有客观原因也有主观原因。客观原因占未送达原因的主要部分,在国内向国外的条约途径的送达中,占67.74%。在国外向国内条约途径的送达中,占了65.21%。客观原因主要包括两个方面,即地址错误和找不到受送达人。对于客观原因,不论是提高送达的效率和技术,还是改革送达的机制,都无法予以解决。只能由当事人在发生争

[18] 笔者2003年底于深圳和广东法院的调研中,发现这两地存在着广泛利用中国法律服务(香港)有限公司送达文书的情况。据当地的法官介绍,尤其是在三来一补企业纠纷案件以及涉港企业的破产案件中,更是如此。而在内地方面,由于中国法律服务(香港)有限公司在深圳设立有办事处,这就为内地向香港当事人送达提供了中介。据了解,中国法律服务(香港)有限公司的收费是:每一个当事人是2400元,通常送达时间是一个星期。

[19] 张卫平:《守望想像的空间》,法律出版社2003年版,第81页。

[20] 任群先:《司法公正与效率的法理学思考》,《人民司法》2001年第12期。

议前了解清楚对方的情况,尽量避免此类情况的发生。但这部分所存在的问题是:一方面,当事人在提起诉讼时没有弄清楚外国当事人确切的地址和身份,导致送达的困难;另一方面,由于当事人未参加送达程序,又会对人民法院不能送达或送达的延迟产生不满。因此,如果当事人能参与域外送达的程序或亲自送达,无疑会扩展送达的途径,加深法院与当事人之间的理解。

人为因素所造成的主观原因也占有很大的比重。在国内向国外公约途径的送达中占 32.26%,在国外向国内公约途径的送达中占 34.79%。^[21]主观原因通过努力是可以克服的。

我国域外送达制度层面的原因主要有以下几点:

首先,立法上没有注意送达规范的硬性和弹性的有机结合,没有很好地协调送达制度中诉讼价值间的冲突。僵硬的程序对于程序保障来说只能是有害而无益的,因此,应该追求程序保障的灵活性。立法上应当设计出能够满足不同诉讼行为的多元价值需要的民事送达规则。对灵活性的理解应该是多方面的,既包括送达方式的灵活规定,如在民事诉讼中以切实可行的传真、电子邮件等方式实施送达等;也包括法院对送达事项的灵活处置,即这种灵活性还可以使法官在送达的操作中临机应变。^[22]

其次,送达主体过于单一。在送达是法院行使职权的思维下,法院成为立法上送达的唯一主体(实践中并非如此),而法院的送达工作尤其是涉外送达事务,由于物质保障不够,受制于诉讼期间和经费等因素,难以完全切实履行关于送达的规定和要求。

再次,作为受送达人的当事人或诉讼参与人缺乏诚实信用的精神,一些当事人预见到败诉的结果后,百般拒绝各种送达方式。我国立法上的漏洞也为受送达人故意规避送达提供了方便。

三、域外送达效率提升的思路

域外送达效率的提升是我国涉外民商事审判的当务之急。解决目前送达难或效率低下的问题可以从以下几个方面着手:

1. 机构创新:扩大《海牙送达公约》体制下中国“中央机关”的设置

《海牙送达公约》关于“中央机关”的设置并非仅允许一国只设置一个中央机关。无论是联邦制国家还是单一制国家,都可以指定多个中央机关接收和传递文书。瑞士、德国、加拿大这些国家国土面积并不很大,许多州甚至每个州(省)都指定了接收和传递文书的机关。中国幅员辽阔,南北和东西跨度都很大,上述这些国家“中央机关”的设置值得我们借鉴。

考虑到长期以来,我国委托送达及其繁琐的程序,2003 年最高人民法院提出了在北京市、上海市、广东省、浙江省、江苏省各高级人民法院进行试点工作,由他们直接对公约成员国中央机关提出和转递司法协助请求书和相关材料。^[23]这一做法节省了两个往来程序,即从高级人民法院向最高人民法院报送,再由最高人民法院向司法部递送,同样,在材料的返回上也是如此。这就节省了文书在国内传送的时间。

最高人民法院的这一举措实际上是将这几个省的高级人民法院设置为《海牙送达公约》的“中央

[21] 主观原因主要有:首先,请求书方面,存在着没有请求书、请求书无公章、请求书仅一份、未遵守《海牙送达公约》的请求格式等;其次,在译文方面,主要是没有译文;再次,在所附文件方面,主要有请求书和其他诉讼文件仅一份、附件为合同文本、所送材料为两个案子混在一起;再其次,在支票方面存在着支票期限不足、无支票等情况;其他还有开庭前送达时间不多,受送达人无权接受送达等等。在国外向国内的送达方面还存在着在向台湾和香港送达时写有“中华民国”字样等。

[22] 参见王福华:《民事送达制度正当化原理》,《法商研究》2003 年第 4 期。

[23] 2003 年 9 月 23 日最高人民法院:《关于指定北京市、上海市、广东省、浙江省、江苏省高级人民法院依据海牙送达公约和海牙取证公约直接向外国中央机关提出和转递司法协助请求和相关材料的通知》(最高人民法院法办[2003]297 号)规定,在送达方面,这些高级人民法院依照《海牙送达公约》,直接向公约成员国中央机关提出和转递本院及下级人民法院依据公约提出的送达民事司法文书和司法外文书的请求书及相关材料;但海牙送达公约成员国中与我国签订含有民事司法协助内容的双边司法协助条约的,按条约规定的途径办理。

机关”。下一步,我国应扩大“直送”高级人民法院的范围,各省、自治区、直辖市的高级人民法院都实行向外国的“中央机关”直送诉讼文书,以提高委托送达的效率。当然我们也应该将这一举措通知海牙国际私法会议。

2. 手段创新:将现代科技(电子邮件和传真)运用于送达实践

随着电子计算机技术和国际互联网业务迅速发展,现代通信方式已不局限于传统的邮件,通过电子邮件和传真传送信息日趋普遍,这使法院已具备通过国际互联网送达民事诉讼文书的物质条件。在国外,英国已经将上述送达方法付诸了法律,《英国民事诉讼规则》第6.2条规定可以以传真或其他电子通讯方式送达。1999年10月24日由分配域名和数字的因特网公司批准生效的《世界知识产权解决域名纠纷决议的适用规则》第2条有关通信方式的规定中,明确认可了电子送达,并就有关电子送达的方式进行了具体的规定。在美国,许多州允许电子送达:蒙大纳、爱达荷、犹他、纽约、伊利诺斯、俄勒冈等,在一定程度上允许使用传真进行送达。

欧盟对于电子送达也持积极的肯定态度。2000年5月29日欧盟理事会第1348号规则公布的《关于成员国间送达民商事司法或司法外文书的欧洲规则》第4(2)条款规定:只要所接收的文件内容真实,忠于发送件,文件中所有信息易于辨认,文件、请求书、确认书、收据、证书和其他文书均可在传送机构与接收机构之间以任何适当的方式进行传递。规则第17条d项要求欧盟委员会制定相应规则,以赋予加快文件传输和送达的措施以效力。因此,如果电子送达能够满足以上的要求,则毫无疑问将会得到欧盟的认可。

新西兰2003年的合同解释规则规定,在满足一定条件下,允许通过电子邮件或其他电子方式进行送达;立陶宛新民事诉讼法第117条对电子送达作出了全面的肯定性规定;波兰、德国在证实已收到文书的条件下,可以允许通过电子邮件或传真送达。

实际上,最近制定或修改民事诉讼法的国家,基本上对电子送达都采取相对开明的态度。那些对送达没有过多限制的国家也倾向于尽量利用电子送达。

我国很多法院也在计划采用一些新的送达方式。^[24]最高人民法院在中国海事商事审判网的电子公告系统上发布送达公告。最高人民法院副院长万鄂湘在有关讲话中指出:“在审理涉外商事纠纷案件中,可以适当借鉴海事诉讼特别程序法规定的送达方式……各级法院还要积极尝试其他的送达途径和方式,如传真送达、电子邮件送达、通过专业网站发布公告送达等等。”^[25]如果在涉外的民商事审判中能够充分利用电子技术的优势,无疑会大大提高我国送达的效率。

3. 机制创新:确立法院送达为主,当事人送达为辅的送达机制

诉讼文书送达的不能实质上也是一种诉讼风险,这种风险不应该由法院来承担,而应由当事人自己解决。因为如果原告所提起的诉讼(特别诉讼程序除外)中没有明确的被告,其诉讼的合法性就存在着疑问。基于此,双轨送达体制在现代民事诉讼中确有存在的必要。在现实中,由于法院是送达的惟一主体,法院垄断送达并包办所有的送达事务,如果不能送达,当事人常常会责怪法官,甚至因此怀疑程序的公正性。如果增加当事人作为送达的主体,一方面可以使当事人参与到送达的事务中来,

[24] 2002年12月3日由最高人民法院审判委员会第1259次会议通过《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉特别程序法若干问题的解释》第55条规定,《海事诉讼特别程序法》第80条第1款(3)项规定的其他适当方式包括传真、电子邮件(包括受送达人的专门网址)等送达方式。通过以上方式送达的,应确认受送达人确已收悉。可见,在海事审判中,已经充分考虑了电子技术的发展为送达带来的便捷,“应确认受送达人确已收悉”的要求又能制约技术可能存在的不足。

[25] 万鄂湘:《迎接入世 乘势而上 努力开创我国涉外商事海事审判工作的新局面——在全国涉外商事海事审判工作会议上的讲话》,载《中国涉外商事海事审判指导与研究》2002年第1卷,第54页。

广开送达的途径;另一方面也可减轻法院的压力。当事人参与送达古来有之,^[26]在现代社会不仅英美法系将其发挥得淋漓尽致,而且在德国民事诉讼中也多有运用。

当然,考虑到在诉讼中趋利避害是当事人的当然选择,应该允许当事人对送达有一定的选择权。这不仅体现在送达方式的选择上,还应该体现在对送达的态度上。以起诉状的送达为例,这种选择权应从两个方面考虑:在原告方面,他既可以将起诉状等材料送达给被告,也可向法院提出请求,由法院送达;在被告方面,如果原告提出为了节省送达费用请求被告“放弃送达”,被告可以选择放弃正式送达,这样既可减少被告的费用负担又可以获得更多的答辩时间。但如果被告要求正式送达,则应按法律规定的正式途径送达。^[27]不过,由当事人作为送达主体的案件范围应当有一定的限制,例如离婚判决这类的民事判决书最好不由当事人送达。考虑到对受送达人权利的保护,当事人送达时应当有可靠的送达证明,以证实当事人确实进行了送达,受送达人知悉了送达的文书。

4. 制度完善:立法的统一及其他法律制度的配合

在我国,送达的规定出于多门,有多边国际条约,也有双边国际协定;有国内法包括民事诉讼法和《海事诉讼特别程序法》;还有最高人民法院的司法解释。另外,针对我国参加的《海牙送达公约》,全国人大常委会在决定批准时作出过声明,外交部、司法部、最高人民法院联合发布了好几个文件。法出多门,所涉内容庞杂,不仅不利于查找,而且重合与矛盾之处亦不少见。有些规定内容模糊,缺乏实践的可操作性;而有些域外送达的具体程序尚无相应的法律规制,造成法律适用方面的空白和混乱。

建议有关部门尽快制定系统、完善、统一、协调的域外送达规则,其间应注意考虑整体的和具体的送达期限、域外送达与其他民事诉讼程序之间的衔接,以及我国域外送达规则与国际条约的相互协调等问题。对于域外送达规则的制定,考虑到我国民事诉讼法的规范模式,建议仍旧设专章加以规定,在民事诉讼法未修改以前,人民法院可以司法解释的形式发布,并尽量扩大我国的送达途径。

一些国家在民事诉讼法之外的其他法律中也为送达提供了一定的方便。例如,根据英国法律,如果某一公司组建于英国之外,而在英国设立营业所,它就必须向公司注册局提交一个居住在英国且被授权以该公司名义接受司法文书的人的姓名和地址。在这种情况下,即使该公司不再在英国经营业务,任何司法文书只要按该公司提交给公司注册局的人的姓名及其地址送交,即视为充分送达。如果该公司不履行该项义务,或报送公司注册局备案的人死亡或不再在英国居住或拒绝以该公司的名义接受送达的文书或因任何原因不能向其送达,只要该公司仍在其设立于英国的营业所经营业务,文书就可送达该公司在英国的任何营业所。^[28]

在美国,涉及美国公司的国际性商业协议经常要求任命一个在美国境内的送达程序的代理人,州法和联邦的法律通常都许可向该代理人进行文书的送达。^[29]另外,许多州的法律还要求在这些州登记营业的外国公司在本州内任命一个接收文书送达的当地的代理人或提供一个法定的代理人。在本州内存在代理人的情况下,可以直接向这些代理人进行送达,而不必进行域外送达程序。

上述制度值得借鉴。在当代跨国贸易、投资频繁,尤其是近年来跨国公司在我国纷纷设立分支机构的态势下,利用这一制度可以防止一些外国公司在发生纠纷后,规避我国法律制度的行为,同时也有利于与该外国公司有关的诉讼在我国法院顺利的审理。

5. 具体制度的增改

[26] 罗马法早期即有私传的规定,允许当事人之间相互送达文书。以帝政后的非常程序为例,它实行的是法院与当事人送达并行的原则,一般由原告向法官呈送申请书,经过法官审查,然后由原告直接通知被告,称为“诉讼通知”(litis denuntiatio)。

参见史蒂文·苏本、玛格丽特(绮剑)伍:《美国民事诉讼的真谛》,蔡彦敏、徐卉译,法律出版社2002年版,第99页。

[27] 参见前引[22],王福华文。这里实际上借鉴美国《联邦民事诉讼规则》第4条第4款的规定,送达的优先形式不是送达,而是放弃送达。

[28] J. H. C. 莫里斯:《法律冲突法》,中国对外翻译出版公司1990年中译本,第65页。

[29] R. Cased, Jurisdiction in Civil Actions § 3.01 [2] [a] & 3.02[2] (1991)。

(1) 增加“在场送达”的规定。“在场送达”是英美法系国家一个非常重要的送达方式。所谓“在场”就是指出现在管辖区域之内。根据这些国家的规定,任何人只要在该国领土上停留,不论停留的时间长短和在该国有否住所或居所,亦不论其是否自愿进入管辖区,都可以对其进行送达。在英国和美国,并不单纯将这种送达视为程序性行为,而是可以成为法院确立管辖权的根据,也就是说,不管争讼案件与法院地有无其他联系,只要当被告人出现在法院管辖区内时向其送达了传票,法院即可根据这一事实建立并行使对案件的司法管辖权。作为一种长臂管辖,这种作法受到了许多国家和学者的批评。^[30]但如果“在场送达”仅仅是送达,即作为在法院对案件具有管辖权的前提下的一种程序上的行为,无可非议。这是因为受送达人出现在法院管辖区内,自然应受该管辖区法律的约束。

我国民事诉讼法第 247 条规定,“人民法院对在中华人民共和国领域内没有住所的当事人送达诉讼文书”,可以采用其所列举的 7 种方式。由于这里仅仅用了“没有住所”加以限定,在通常的理解中,应该包括在中国虽没有住所但有居所或临时在中国停留或过境的人。这就意味着这一规定排除了在中国境内虽没有住所但有居所或临时停留的当事人采取直接向其本人送达司法文书的做法。

如果这种理解成立,那么该条规定对于中国法院就施加了不必要的限制。因为我国的司法管辖权制度不同于英美国家,仅有送达本身并不赋予法院以管辖权,当事人在我国境内停留时被送达,并不会产生管辖权的滥用,相反,如果当事人本人在我国境内,特别是我国法院已有充分理由行使管辖权时,在送达问题上却舍近求远,硬要向境外送达文书,在实践中是极不合理的,在理论上也与我国法院的属地管辖权相违背。^[31]因此,建议对民事诉讼法第 247 条所规定的 7 种送达方式应该仅限于“中国领域以外的当事人”;同时,增加一条规定“在场送达”。其内容可以为:“外国当事人在中国有居所或临时停留的,可以向其直接送交诉讼文书,必要时,可以留置送达。”

(2) 直接规定“向受送达人在中华人民共和国领域内设立的代表机构、分支机构或者业务代办人送达”。这一规定主要是借鉴《海事诉讼特别程序法》第 80 条的规定,而非民事诉讼法第 247 条的规定。

在我国加入 WTO 之后,涉外法律争议将会大幅度增多。现实中确有国内的公司或个人在支付了高额的诉讼费、律师费之后,却因为无法给国外的当事人送达或因送达程序过于繁琐、费用过高而不得不放弃诉讼。这种局面的出现很可能是一些跨国公司、银行设下的法律陷阱。他们在国内设立分支机构负责业务的具体联系和运作,而遇到争议就主张自己是中国法人或没有被授权接受送达,而依照送达的国际公约规定的程序办理,光是送达法律文书就可能要花费很长时间。这些跨国公司采取这种看似并不复杂的法律技巧就将相当一部分诉讼案件轻易地挡在审判庭的大门外。毕竟,每个跨国公司到中国投资之前都会请律师设计方案以规避法律风险。

在前述奔驰案中,明明受送达人已经被告知了诉讼的情况,却因为规定的问题,而使受送达人有了得以拖延的借口,此案所彰显的问题值得我们深思。比较我国 2000 年《海事诉讼特别程序法》第 80 条规定,更让人匪夷所思。该条直接规定了向受送达人在中国领域内设立的代表机构、分支机构或者业务代办人送达。根据这一规定,向受送达人在中国领域内设立的代表机构、分支机构或者业务代办人送达是一种强制性送达,没有任何协商的余地。该条还规定了“通过能够确认收悉的其他适当方式送达”,送达的灵活性得到深刻的体现,或许我们就应该以这种精神走下“送达是人民法院行使司法职权”、“送达体现国家的司法主权”的神坛,而趋向于实用,即直接规定向受送达人在中国领域内设立的代表机构、分支机构或者业务代办人送达。

(3) 通过使领馆送达。通过使领馆送达为世界上大多数国家的法律所允许,但也有一些国家例

[30] See Gary B. Born and David Westin, International Civil Litigation in United States Courts: Commentary & Materials 41 (1989).

[31] 徐宏:《国际民事司法协助》,武汉大学出版社 1996 年版,第 147 页。

外,如美国。在国际条约上,1963年《维也纳领事关系公约》规定,领事职务包括“依现行国际协定之规定或于无此种国际协定时,以符合接受国法律规章之任何其他方式,转送司法书状与司法以外文件或执行嘱托调查书或代派遣国法院调查证据之委托书。”^[32]《海牙送达公约》对于此途径规定了两种方法。第一种是直接送达。“每一缔约国均有权直接通过其外交或领事代表机构向身在国外的人完成司法文书的送达,但不得采用任何强制措施。任何国家均可声明其对其境内进行此种送达的异议,除非该文书须送达给文书发出国国民。”^[33]这种送达并没有特定受送达人的国籍,但缔约国声明的除外。下列国家已经反对在其领域内使用直接外交和领事途径:德国、比利时、保加利亚、中国、韩国、法国、希腊、立陶宛、卢森堡、墨西哥、巴基斯坦、葡萄牙、土耳其、塞舌尔、斯里兰卡、乌克兰、委内瑞拉,在这些国家仅向其本国国民进行送达方才接受。美国则表示,虽然美国本身不采用这一方式进行域外送达,但允许其他国家在美国境内进行送达,而不论受送达人的国籍如何。

第二种是间接送达,即“每一缔约国有权利用领事途径将文书送交另一缔约国为此目的指定的机关,以便送达。如有特别情况需要,每一缔约国可为同一目的使用外交途径。”^[34]间接送达实际上是通过领事或外交机关将文书交给接收国所指定的机关,由后者负责完成送达。

我国民事诉讼法第247条第3项规定:“对具有中华人民共和国国籍的受送达人,可以委托中华人民共和国驻受送达人所在国的使领馆代为送达。”这一规定反映了我国在使领馆送达中的一贯态度,即我国在加入《海牙送达公约》和与有关国家达成的双边条约中,一般规定仅在文书须送达给文书发出国国民时,才能由该国的外交或领事机关直接在我国境内进行送达,通常还伴随“不得采取任何强制措施”的要求。但这一规定作为我国向外国送达的限制,是否合理尚值得推敲。因为有些国家,如美国,对于外国使领馆在其境内的送达并未作这样的限制。另一方面,也可能有个别国家根本禁止外国使领馆在其境内进行送达。所以该项规定似可改为:“在受送达人所在国法律允许的情况下,可以委托中华人民共和国驻受送达人所在国的使领馆代为送达。”^[35]至于哪些国家法律允许这种送达以及实施这种送达的条件是什么,可以由我国的使领馆统一收集并进行汇编,以有利于充分利用这一途径完成文书的送达。

(4) 确认协议送达的效力。协议送达在英美法系国家得到普遍的认可,目前已开始向大陆法系国家渗透。应该说在合同中约定司法文书送达方式或者当事人指定送达方式、送达地点充分体现了当事人意思自治原则。在我国现行的涉外管辖权制度上,已经允许当事人就涉外合同和财产权益纠纷进行协议管辖,在涉外送达程序中,更应该允许当事人协议送达的方式。管辖权的选择常常直接涉及案件的法律适用及判决的结果,而送达作为一种程序性行为与判决的结果没有直接的影响。而且当事人选择送达方式,无疑会选择对自己最为方便、快捷并能为自己所收到的方式,这种选择只要不违反国家的强行性规定,就能够为我国法院的送达提供一个相对有用的途径。这里我们要改变送达是人民法院行使司法职权的认识,为保障诉讼的顺利进行,维护当事人的合法权益,充分实现送达的功能和目的,而广纳为当事人所认可的途径,这也是当事人对自己程序上权利处理的一种方式。

在现行制度下,为有效解决法律程序中的送达问题,法律应该允许当事人在合同中约定送达的方式。建议中国当事人与外国公司签订的合同中订立送达条款,明确约定“与本合同有关的所有法律文件,无论该文件是发自本合同当事人本人,还是他的律师,还是解决合同争议的法院或仲裁机构,被送达至以下指定的收件人……,即在法律上视为有效地送达给另一方当事人本人”。条款中所述“指定的收件人”建议选择以下机构之一:

[32] 《维也纳领事关系公约》第5条第10款。

[33] 《海牙送达公约》第8条。

[34] 同上公约,第9条。

[35] 参见前引[31],徐宏书,第159页。

- 第一,该外国公司设在中国的办事处或联络处;
- 第二,该外国公司在中国设立的分支机构;
- 第三,该外国公司在中国的关联企业;
- 第四,某家在中国境内有办公地址的律师事务所;
- 第五,该外国公司的业务合作伙伴。^[36]

(5) 邮寄送达。中国民事诉讼法第 247 条第 1 款第 6 项规定,受送达人所在国允许邮寄送达的可以采取邮寄方式送达。这一规定使我国向外国邮寄送达有了法律依据,但是,这里潜存着两大问题:首先,地方人民法院无从考证哪些国家允许邮寄送达,哪些国家不允许邮寄送达。最高人民法院、司法部、外交部没有提供这方面的资料,地方人民法院难以获取这种资料,当然,更不要说当事人了。我认为,当务之急应该由最高人民法院、司法部或外交部的有关部门收集世界各国的材料,以决定哪些国家允许向其邮寄送达。其次,我国是《海牙送达公约》的缔约国,在参加该公约时,我国对邮寄送达提出了保留。一方面根据国际条约保留的互惠效果,外国可以禁止我国邮寄送达的行为或不承认此送达行为的效力;另一方面,如果我国向外国邮寄送达,会给外国的国民造成我国也允许邮寄送达的印象,从而增加外国法院和国民向我国邮寄送达的几率。对此问题,我们也只能在个案中由当事人自己声明我国的立场了。

我国有人建议撤回对《海牙送达公约》的保留,充分发挥邮寄送达的作用。但考虑到我国的法律传统和现实情况,似不宜过早撤销此种保留。其理由如下:首先,我国在审判方式上一直采取职权主义,法院包揽诉讼中的程序问题。对于邮寄送达,我们有着自己的程序和要求。由于邮寄送达通常不要求文书的翻译,从我国大多数国民的现行素质来说,可能有时不能理解文书的含义。外国邮寄送达的方便也将引起针对我国公民诉讼的增加。另外,在我国现行送达主体依旧是法院的情况下,我国的当事人不能向外国邮寄送达,而外国当事人可以向我国邮寄送达,从情势上不利于我国当事人的利益。再者,世界上毕竟有许多审判模式类似于中国的国家,他们对邮寄送达提出了保留或者不允许向他们国家邮寄送达,而世界上那些允许邮寄送达的国家并不要求互惠。我国现行的规定一方面使我们可以向那些允许邮寄送达的国家进行送达,另一方面,由于我们对《海牙送达公约》的邮寄送达提出了保留,理论上又能够防止外国当事人随意向我国进行送达,因此,对于维护我国当事人的利益能够起着有益的作用。

Abstract: The analysis of abnormal events and certain statistical survey in recent years show that, the crux of matter of service abroad in China is prejudiced determination of nature and inefficiency. The solution is to improve the efficiency by updating ideas and perfecting the legal system concerned.

Key words: service abroad, judicial sovereignty, efficiency, Hague Service Convention

[36] 本设计参考了曹发贵:《完善我国涉外商事案件送达程序之设想》,资料来源:<http://ccmt.org.cn/ss/explore/exploreDetail.php?sId=242>,2003 年 12 月 10 日访问。