

# 我国涉外民事诉讼文书送达制度之考问及续造

涂广建\*

**摘要：**作为启动涉外民商事诉讼程序的重要步骤之一，涉外司法文书送达构成其中不可或缺的部分，它关系到诉讼双方当事人的切身利益能否得到有效保护，我国法院作出的裁判文书能否最终在他国得到承认和执行，以及司法文书送达地所在国的司法主权有没有不恰当地被侵犯。基于对我国涉外司法文书送达程序的系统性研究发现：我国就域内送达和域外送达的区分采纳了一个适当的区分标准，送达方式有了合理的演进，也能较好地平衡诉讼当事人的利益。作为《海牙送达公约》的成员国之一，我国涉外司法文书送达程序还有可以进一步完善的空间。我国可以指定更多的“送出（转送）”机关，应当全面开放邮寄（政）送达，同时严格规范公告送达，限制使用对住所地在国外的当事人的纯域内送达。

**关键词：**涉外民事程序 诉讼文书 送达 《海牙送达公约》

## 一 引言

随着我国经济规模的不断扩大和与全球市场融合的不断加深，我国法院受理的涉外民商事案件数量与日剧增。司法文书的送达为启动涉外民、商事诉讼的重要一环，而送达程序的基本功能是正式地通知被告其正面临着—个待决的诉讼案件。<sup>①</sup>表面上看，司法文书送达是一个极其枯燥无味的话题。<sup>②</sup>然而，作为涉外民、商事诉讼程序的重要起点，送达程序牵涉到原告是否能获得及时救济的诉讼利益，被告的基本诉讼权利即听审辩解权能否得到保障，生效的裁判文书能否最终得到他国法院的承认和执行以及司法文书送达目的地国家的司法主权有没有不恰当地被侵犯。<sup>③</sup>过去数十年，我国对涉外送达问题给予了高度的重视。在国际层面，我国于1991年5月6

---

\* 澳门大学法学院副教授，博士生导师。

① 在普通法系国家，司法文书送达程序的完成亦具有最终建立审判管辖权的功能。See Richard J. Hawkins, “Dysfunctional Equivalence: the New Approach to Defining ‘Postal Channels’ under the Hague Service Convention”, (2007) 55 *UCLA LR* 205, p. 209; Robert B. von Mehren, “International Control of Civil Procedure: Who Benefits?”, (1994) 57 *Law and Contemporary Problems* 13, p. 14.

② See Basil A. Harwood, “Service and Evidence Abroad: under English Civil Procedure”, (1961) 10 *ICLQ* 284; Haimo Schack, “Transnational Service of Process: A Call For Uniform and Mandatory Rules”, (2001) 6 *Uniform LR* 827.

③ See G. Brian Raley, “A Comparative Analysis: Notice Requirements in Germany, Japan, Spain, the United Kingdom and the United States”, (1993) 10 *Arizona JICL* 301, pp. 301–303.

日加入了《关于向国外送达民事或商事司法文书和司法外文书的公约》（以下简称《海牙送达公约》）。<sup>①</sup> 到目前为止，我国也业已批准、参加了 30 多个双边司法互助协定（条约），其中大部分含有有关司法文书的域外送达互助的条款。<sup>②</sup> 在国内层面，我国 1991 年《民事诉讼法》给涉外司法文书送达全面提供了一个框架性的主体安排。此外，最高人民法院还颁布了一系列的关于涉外司法文书送达的司法解释。在《民事诉讼法》（2012 年修正）中也对涉外司法文书送达程序作了进一步的完善，使其满足时代发展的需要、跟上世界潮流。<sup>③</sup>

根据上述这些相关规定并结合过去数十年间我国的司法实践的有关情况，本文试图系统地以批判的眼光来探视我国涉外司法文书送达程序的模式设计，发现我国涉外送达模式的不足，并提出进一步完善的建议。

## 二 涉外送达制度考量之要素分析

涉外送达这个表面上看似简单的课题，其科学的制度设计取决于综合考虑以下一些要素的平衡：

首先，涉外民事诉讼是属于国家司法主权较敏感的领域。历史地讲，涉外民事诉讼程序属于国内法的范畴而不是国际法，大多由前者规范而非后者规范，即使在一些高度一体化的地区亦是如此，<sup>④</sup> 作为涉外民事诉讼的构成要件之一，涉外司法文书送达仍然需要实质性地借助国内的诉讼程序规则去最终完成。尽管已经有了一些国际公约和地区性的条例<sup>⑤</sup>规范互相协助完成司法文书送达的措施，但这些国（区）际协定还没有或许也根本不可能使各国不尽相同的国内送达程序规则统一化。虽然有些国家主张在跨国司法文书送达程序中，国家司法主权是一个空乏的理念，从而司法文书从一国传送到另一国不会威胁到任何形式的他国国家司法主权，<sup>⑥</sup> 可另一些国家则坚决主张非本国司法文书的送达未经允许不得穿越其国境。在后述这些国家中，哪怕域外司法文书的送达仅仅是通过邮寄挂号信的方式寄来域内，也可能被提出外交抗议，因为在

① 《海牙送达公约》于 1965 年 11 月 15 日获得通过，供成员国签署，并于 1992 年 1 月 1 日对我国生效。该公约全文可从海牙国际私法会议网站下载，[www.hcch.net/index\\_en.php?act=text.display&tid=44](http://www.hcch.net/index_en.php?act=text.display&tid=44)，最后访问时间：2017 年 4 月 19 日，下文引述的所有与该公约有关的官方文献均可在此网站查询到，作者另有指明的除外（此网址在本文后续的讨论中将不再引用）。

② 在这些双边条约中，除了涉及司法文书送达事务外，还往往会涉及其他事务，包括域外取证、相互承认与执行民事判决以及仲裁判决等，详情请浏览司法部司法协助外事司网站，[http://www.moj.gov.cn/sfxzws/node\\_218.htm](http://www.moj.gov.cn/sfxzws/node_218.htm)，最后访问时间：2017 年 4 月 19 日。

③ 全国人民代表大会常务委员会 2012 年 8 月 31 日对《中华人民共和国民事诉讼法》的修正对涉外送达程序作了进一步修改，在下文中将作详细阐述。下文所引用的《民事诉讼法》之条款，皆以 2012 年最新修正版为准，除非另有说明。

④ 比如欧盟就是如此，See Cornelis D. van Boeschoten, “Hague Conference Conventions and the United States: A European View”, (1994) 57 *Law and Contemporary Problems* 47, p. 48。

⑤ 如《海牙送达公约》；欧盟议会和理事会 2007 年 11 月 13 日通过的第 1393/2007 号《关于成员国之间民事案件司法文书和司法外文书的送达条例》；1975 年 1 月 30 日在巴拿马签署的《泛美洲国家间司法协助公约》。

⑥ See Hans Smit, “International control of international litigation: Who Benefits?”, (1994) 57 *Law and Contemporary Problems* 25, pp. 27 - 28.

他们国家的法律传统中司法文书送达牵涉国家司法主权的理念根深蒂固。<sup>①</sup> 如果一个未经允许的外国人在他们境内实施了司法文书送达行为,甚至会面临刑事处罚。在这些对于司法主权敏感的国家看来,蕴含于司法文书送达程序中的国家主权理念能保护他们的国民免受外国司法诉讼的不当侵扰。然而,一些人则批评这种做法仅仅是人为的托辞,让那些大型的跨国企业法人诉讼当事人能把责任推给政府,并以此作为逃避域外诉讼的策略伎俩。但是,另一方面,确有一些国家把司法文书送达仅仅看作是一件通知被告的普通事项,而不太在意其中是否牵涉所谓的国家司法主权。<sup>②</sup> 在这些国家看来,司法文书送达程序应与国家主权理念脱钩,不产生多少瓜葛。

其次,由于对司法文书送达程序中所涉国家主权问题存在理念差异,不同的国家便有了不同的具体送达程序规则。结果是,在那些主权观念重的国家,司法文书送达行为通常被看作是一种行使国家公权力的行为,必须由司法官员依职务履行,只能通过正式的官方途径来有效完成,而不能通过任何私人主体的非官方途径来实施。<sup>③</sup> 人们亦相信,通过这种正式的方式,司法文书在送达前能够被预先审查,与其他普通事项的非正式方式区分开来,司法文书的严肃性能够得到有效保障,这有利于原告、被告以及诉讼程序的稳妥进行。相反,在那些把司法文书送达仅仅看作只具有通知当事人功能的国家,通过私人主体也能有效完成司法文书的送达行为,而不须任何官方的介入。

再次,就效率和经济而言,司法文书送达应该采用尽可能先进的当代技术,在科技允许的范围内尽可能快捷、高效地完成。然而,现代化技术的可利用性与司法文书送达的安全性之间必须保持适当的平衡。简单地说,司法文书送达必须通过安全无虞的方式来完成,目的是为了原告能确保送达程序适当实施,并且尔后能够提出证据证明此点,被告能够最大可能真正有机会确实收到受送达的司法文书。我们不得不为所有的送达方式去寻找这种适当的平衡,包括传统的和现代的方式例如电子邮件和传真。

最后,原告与被告的诉讼利益都与看似简单的司法文书送达密切相关。原告希望司法文书的送达能够尽快完成,因为或许在一定时限内未能完成送达程序,其诉讼请求有可能被全然驳回;而被告首先有获得通知的权利,其次应被给予充足的时间去安排他的应诉事宜。<sup>④</sup> 一方面,快速、及时的送达(包括审判)可能决定原告能否最终获得有效的司法救济;另一方面,获得适当的通知和在针对自己的诉讼中行使辩解的机会,则是被告应当享有的可能上升到宪法上的权利或者说一项基本人权。不适当的送达可能会导致接下来的判决毫无意义,无论在国内还是国外都得不到承认和执行,使整个诉讼过程中的付出归于徒劳。它也可能构成有效的上诉理由。<sup>⑤</sup> 因此,原告必须尽自己最大的努力来确保送达的有效性,而被告为了逃避诉讼造成拖延的行为也必

① 这些国家,有代表性的包括欧洲大陆国家和那些遵循欧洲大陆法系传统的国家, See Stephen F. Downs, "The Effect of the Hague Convention on Service Abroad of Judicial and Extra-Judicial Documents in Civil or Commercial Matters", (1969) 2 *Cornell ILJ* 125, p. 128; Rachal Treichler, "Service of Process Abroad", (1981) 16 *Texas ILJ* 565, p. 567。

② 这些国家,有代表性的包括普通法国家和那些遵循普通法系传统的国家, See Sir Lawrence Collins (eds.), *Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws* (London: Sweet and Maxwell, 14th edn, 2006), pp. 223 - 224。

③ See Henry J. Moravec, "Service of Process Abroad—Is There Anything Left of the Hague Service Convention After Volkswagenwerk A. G. v. Schlunk?", (1989) 12 *Loyola L. A. ICLR* 317, 323。

④ See Cornelis D. van Boeschoten, "Hague Conference Conventions and the United States: A European View", (1994) 57 *Law and Contemporary Problems* 47, p. 54。

⑤ See G. Brian Raley, "A Comparative Analysis: Notice Requirements in Germany, Japan, Spain, the United Kingdom and the United States", (1993) 10 *Arizona JICL* 301, p. 320。

须尽可能得到扼制。<sup>①</sup>

借鉴上述考虑，下文紧接探讨我国涉外司法文书送达模式。

### 三 涉外司法文书送达的中国模式

根据我国法律，我国法院受理一起涉外民事或商事案件后，并不意味着必然会产生域外司法文书送达。如果受送达人在我国境内有住所，一般来说，可采用域内送达的各种方式来完成，不管该案件含有多少涉外因素；<sup>②</sup> 即使在一起涉外案件中，受送达人在我国境内没有住所，司法文书的送达仍有可能完全在我国境内完成；当然，针对有些涉外民、商事案件，司法文书的域外送达是不可避免且必要的。

（一）因被送达人在我国境内有住所，可采用域内各种送达方式完成的涉外司法文书送达

正如许多其他大陆法系国家一样，在我国，司法文书的送达通常被看作是一项行使公共权力的行为。<sup>③</sup> 因此，与大多数普通法系的国家（或地区）的做法相反，它属于法院的一项司法业务，而不能由任何私人主体来完成。<sup>④</sup> 虽然《民事诉讼法》和最高人民法院的相关司法解释中并没有明确规定由谁来具体实施、完成司法文书的送达，在我国的司法实践中，司法文书的送达通常由法院的书记员以法院的名义作出。正如前文所说，司法文书初始送达的目的，基本上是通知被告一起民事诉讼正针对他而提起，并且要求他去积极应诉。通常情况下，送达的司法文书包括一份起诉状副本和一张传票，传票内容包括告知被告向哪里提交答辩状、提交答辩状的时限<sup>⑤</sup> 以及不予答辩的法律后果。<sup>⑥</sup> 另有一份送达回证亦包含在送达文件当中，受送达人在回证上适当的签名、盖章和注明日期后，该回证在日后则可作为司法文书已确认送达的凭证。<sup>⑦</sup>

如同在许多其他国家一样，尽管有多种不同的送达方式可供选择，但司法文书送达的最基本方式仍然是由送达人亲自直接交给被送达人，也就是由法院书记员把司法文书亲自当面直接递给被送达人。<sup>⑧</sup> 被送达人必须在送达回证上签名或盖章和注明日期。由被送达人注明在送达回证上

① See Haimo Schack, "Transnational Service of Process: A Call For Uniform and Mandatory Rules", (2001) 6 *Uniform LR* 827, p. 830.

② 参见《民事诉讼法》(2012年修正)第267条之规定。

③ 这点在其他的大陆法系国家如德国、日本和西班牙，也都能得到体现。See G. Brian Raley, "A Comparative Analysis: Notice Requirements in Germany, Japan, Spain, the United Kingdom and the United States", (1993) 10 *Arizona JICL* 301, pp. 311, 315, 317.

④ 在美国、英国和其他许多普通法系的国家（或地区），司法文书的送达主要是原告的责任而不是法院，See G. Brian Raley, "A Comparative Analysis: Notice Requirements in Germany, Japan, Spain, the United Kingdom and the United States", (1993) 10 *Arizona JICL* 301, pp. 324, 327.

⑤ 更准确说，是收到司法文书的15日之内，参见《民事诉讼法》第125条之规定。

⑥ 参见《民事诉讼法》第125条之规定和2015年《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第241条之规定（下文简称《民诉法司法解释》）。

⑦ 参见《民事诉讼法》第84条之规定。

⑧ 参见《民事诉讼法》第85条之规定。

的日期,日后将被视为司法文书送达生效的日期。<sup>①</sup>作为灵活处理送达问题的措施之一,当司法文书送达时,如果被送达人不在他的住所,司法文书可以递交给与被送达人共同居住的成年亲属代收;<sup>②</sup>如果被送达人是法人或其他组织,司法文书可以递交给该法人的法定代表人或者该组织的主要负责人,又或者是该法人、该组织的专门负责收件的工作人员签收。<sup>③</sup>如果被告指定了诉讼代理人,一般情况下是一名律师,或者是特别指定了代收司法文书的人,那么司法文书可以送交其代理人或代收人签收。<sup>④</sup>当然,在上述这些情况下,有关收件人应当在送达回证上签名、盖章和注明送达日期,由收件人注明的日期应被视为司法文书的送达日期。<sup>⑤</sup>在直接递交送达程序中,如果司法文书被被送达人或者相关代收人拒收,送达执行人可以邀请一名以上的当地基层组织或者所在单位的见证人到场,说明情况后在送达回证上记明拒收事由和日期,由送达执行人和见证人签名、盖章,并且把司法文书留在被送达人或代收人的住所,或者也可以直接把司法文书留在被送达人或代收人的住所,并采用拍照、录像和其他可为将来留下证据的方式记录送达过程,送达可被视为已有效完成。<sup>⑥</sup>

其次,如果通过直接送达存在困难时,也可以运用挂号邮寄的方式送达。<sup>⑦</sup>虽然送达回证必须与其他司法文书一齐封装进挂号邮件中予以送达,如果挂号信的收据已经适当地被签名、盖章和注明日期则可视送达程序已经完成,不管送达回证是否最终被签收寄回。如果送达回证确被寄回,不管注明在送达回证上的日期与注明在挂号信收据上的日期是否相同,一律以后者的日期为准。<sup>⑧</sup>为了减少我国法院人员的工作量和进一步优化邮寄送达,最高人民法院于2004年制定了批准在法院开通法律文书特快专递送达服务系统的司法解释,该司法解释构建了一个依托于我国国家邮政服务机构——国内特快专递服务系统的送达体系来开展送达业务。法院专递送达的基本运作机制是:法院将需要送达的司法文书交由国家邮政服务机构并由其投递人员采用个人特快专递的方式,将司法文书直接送交受送达人。<sup>⑨</sup>送达的状态可以通过电话跟踪。<sup>⑩</sup>据了解,通过这种方式,送达更加快捷了,通常情况下,法院专递送达只需要2—3天时间便能完成,而以挂号信的方式送达通常则需要一周或更长的时间,送达之所以更加高效,是因为专业的投递人员比法院的书记员往往更加熟悉地址,容易找到受送达人的住所;法院的送达成本也因此相应大大降低了。通过法院专递,如果受送达人是一名自然人,有资格接收司法文书的人除了本人之外,也可

① 参见《民事诉讼法》第84条之规定。

② 参见《民事诉讼法》第85条之规定。

③ 参见《民事诉讼法》第85条之规定和《民诉法司法解释》第130条之规定。如果被告不是居住在审理该案的法院管辖区域内,并且由法院书记员直接送达是有困难的,那么该审理法院可以发出公函要求被告居住区域的管辖法院来协助完成送达,参见《民事诉讼法》第88条之规定和《民诉法司法解释》第134条之规定。

④ 参见《民事诉讼法》第85条之规定和《民诉法司法解释》第132条之规定。

⑤ 参见《民事诉讼法》第84条、第85条之规定。

⑥ 在这种情况下,送达日期应当由送达执行人员登记在案,参见《民事诉讼法》第86条之规定和《民诉法司法解释》第130条和第131条之规定。如果受送达人是一名军人或者是一名被监禁的人,那么司法文书应当通过相关的机构即该军人所在的部队或者该被监禁的人所在的监狱来转送,受送达人在送达回证上注明的日期也就是送达生效的日期,参见《民事诉讼法》第89—91条之规定。

⑦ 参见《民事诉讼法》第88条之规定。

⑧ 参见最高人民法院2006年《关于涉外民事或商事案件司法文书送达问题若干规定》第8条之规定。

⑨ 参见《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》,该规定由最高人民法院于2004年9月7日公布,并于2005年1月1日起实施(下文简称《法院专递司法解释》)。

⑩ 追踪送达状态的服务电话号码是:11185。

以其指定的代收人来签收；与其共同居住的成年亲属也可以签收，但该亲属在本案中如果是对方当事人的除外；如果受送达人是民事行为能力不完全的自然人，则由其法定代理人签收，或者也可以由其诉讼代理人（通常是一名律师）签收；如果受送达人是一名法人或其他组织，有资格接收司法文书的人，可以是该法人的法定代表人，或者该组织的主要负责人，又或者是该法人、该组织的办公室或值班室中专门负责收件的工作人员。<sup>①</sup>此外，在受送达人有过错的情况下，即使投递人员不能成功地将邮件送交给合格的接收人签收，并不得不将邮件退回法院，这时仍然可视为法院的送达程序已经适当完成，而且邮件退回之日即视为送达之日。受送达人的可能过错包括：故意提供错误地址或者不准确地址；在法院的要求下仍拒不提供送达地址，只能以其户籍登记中的住所地为送达地址；其送达地址变更后不及时告知法院；受送达人本人或者受送达人指定的代收人无正当理由拒绝签收。<sup>②</sup>需要强调的是，法院专递送达与法院其他方式的送达具有同等的法律效力，<sup>③</sup>法院专递已成为司法实践中主要的送达方式。

再次，随着现代通信技术的发展，电子邮件和传真已经是我国公民的常规通讯方式，特别是在城市。采用现代通信手段如电子邮件和传真来完成送达程序的国内法依据，主要是来自《民事诉讼法》之相关规定。然而，为了确保送达的安全，我国法律规定，法院只有在征得受送达人同意的前提下，才可以采用现代通信手段如电子邮件、传真等方式送达司法文书，同时还要保证受送达人可以安全接收到。此外，电子邮件、传真等现代通信手段不能用于送达判决书、裁定书、调解书。采用上述现代通信手段送达的，以电子邮件、传真等到达受送达人特定的电子系统的日期为送达日期。<sup>④</sup>

最后，如果采用前述所有方式都无法送达时或者被告下落不明，法院可以采用公告方式送达。<sup>⑤</sup>公告送达司法文书，可以在受理案件的法院之公告栏和/或被告人住所地张贴公告，也可以在有关的报纸上刊登公告，公告上必须载明司法文书的相关实质内容。<sup>⑥</sup>自发出公告之日起，经过六十日，即视为送达。采用公告送达，应当在案卷中载明原因和经过。<sup>⑦</sup>

## （二）被送达人在我国虽无住所但域外送达并非必要

不像一些欧洲大陆法系国家有一种所谓的“检察机关通知制度”，我国从未采纳与此相同或类似的虚拟送达制度。<sup>⑧</sup>然而，或许是受到美国判例“大众汽车销售服务公司诉德国雄克案”<sup>⑨</sup>

① 参见《法院专递司法解释》第7—9条之规定。

② 参见《法院专递司法解释》第3条、第5条、第11条之规定。

③ 参见《法院专递司法解释》第2条之规定。

④ 参见《民事诉讼法》第87条之规定。

⑤ 参见《民事诉讼法》第92条之规定。

⑥ 参见《民诉法司法解释》第138条、第139条之规定。

⑦ 参见《民事诉讼法》第92条之规定。

⑧ 所谓“检察机关通知制度”，是指如果被告的住所在国外，诉讼文书可送达给原告所在地的检察官，不管后来检察机关有没有将文件确实送达给国外的被告，送达程序可被视为已有效完成。See Stephen F. Downs, “The Effect of the Hague Convention on Service abroad of Judicial and Extra-Judicial Documents in Civil or Commercial Matters”, (1969) 2 *Cornell ILJ* 125, pp. 129 - 130; Paul Meijknecht, “Service of Documents in the European Union: the Brussels Convention of 1997”, (1994) 4 *European Review of Private Law* 445, p. 447.

⑨ 该案中，作为被告的母公司是一家外国公司，而司法文书送达给了该被告完全拥有并紧密控制下的美国境内的子公司，美国联邦最高法院认为该子公司可视为是母公司位于美国境内的代理人，认可了此项送达的有效性。*Volkswagenwerk Aktiengesellschaft v. Schlunk*, 108 S. Ct 2014 (1998); Kenneth B. Reisenfeld, “Service of United States Process abroad: A Practical Guide to Service under the Hague Service Convention and the Federal Rules of Civil Procedure”, (1990) 24 *International Lawyer* 55, pp. 63 - 66.

的启示,我国国内法确实引入了几种虽被送达人住所在国外但在我国境内亦能有效完成的送达方式:

其一,当向在外国有住所的受送达人送达司法文书时,除了受送达人在授权委托书中明确表明其诉讼代理人无权代为接收有关司法文书外,其指定的境内诉讼代理人可以代其接受送达的司法文书。<sup>①</sup>

其二,当我国法院需要向外国法人或外国组织机构送达司法文书时,可以将司法文书送达给其在我国境内设立的代表机构。<sup>②</sup>如果受送达人在我国境内有分支机构或者业务代办处,经受送达人授权,我国法院可以向其分支机构或者业务代办处送达司法文书。

此外,在许多普通法系国家(或地区)流行的“贴附送达”方式,在我国似乎也得到了一定程度的接纳。<sup>③</sup>根据我国法律,当需要向住所不在我国境内的自然人、法人或其他组织机构送达司法文书时,只要该自然人或法人的法定代表人或该组织机构的主要负责人出现在我国境内,不管以何种理由入境,可以径直向他送达司法文书。<sup>④</sup>

### (三) 被送达人在我国无住所且域外送达不可避免

如果在一起涉外民、商事案件中,司法文书通过以上各种方式在域内均不能完成有效送达,那么域外送达则是必要也是不可避免,为此,我国法律采纳了多种方式来解决这个问题。

#### 1. 根据国际条约完成域外送达

如前所述,我国已经签订了30多个涉及司法文书域外送达的双边司法协助协定(条约),同时1991年也已成为《海牙送达公约》的签约国。因此,如果受送达人所在国与我国签订有双边的司法协助协定,或者该受送达人所在国是《海牙送达公约》的签约国之一,可以依照相关的双边司法协助协定规定的方式,或者《海牙送达公约》规定的方式进行送达。<sup>⑤</sup>如果受送达人所在国,既与我国签订了双边的司法协助协定,又是《海牙送达公约》的签约国,根据“特别法优于一般法”的原理,<sup>⑥</sup>双边的司法协助协定应当优先得到适用。尽管如此,事实上是,我国所签订的双边司法协助协定里所提供的送达方式,均已完全被《海牙送达公约》里规定的方式所涵盖,我国对于《海牙送达公约》的态度也能充分体现它对于双边司法协助协定里相关规定的立场。<sup>⑦</sup>因此,关于《海牙送达公约》在我国的情况将是下文讨论的重点,有以下几点特

① 参见《民事诉讼法》第267条第4项之规定和最高人民法院2006年《关于涉外民事或商事案件司法文书送达问题若干规定》第4条之规定。

② 参见《民事诉讼法》第267条第5项之规定和最高人民法院2006年《关于涉外民事或商事案件司法文书送达问题若干规定》第5条之规定;也可参阅《关于向外国公司送达司法文书能否向其驻华代表机构送达并适用留置送达问题的批复》,最高人民法院2002年6月11日公布,自2002年6月22日起施行。

③ 在普通法系国家(地区),该“贴附送达”通常能够进一步建立司法审判管辖权, See Geoffrey C. Cheshire, Peter M. North and James J. Fawcett, *Private International Law* (Oxford: Oxford University Press, 13th edn, 2008), pp. 353 - 355.

④ 参见最高人民法院2006年《关于涉外民事或商事案件司法文书送达问题若干规定》第3条之规定。

⑤ 参见最高人民法院2006年《关于涉外民事或商事案件司法文书送达问题若干规定》第6条之规定。

⑥ 参见最高人民法院2006年《关于涉外民事或商事案件司法文书送达问题若干规定》第6条之规定;《海牙送达公约》第11条之规定。

⑦ 事实上,如同《海牙送达公约》,那些双边司法协助协定均规定,除了允许领事途径之外,主要通过缔约国的中央机关实施域外送达。

别值得关注：

首先，《海牙送达公约》的性质是“非强制性但具专属性”，其具体表现为，在一起涉外民、商事案件中，是否需要向域外送达司法文书由法院地的域内法决定；当也只有当域外送达成为必要时，公约所提供的传送途径才是缔约国间可行的专属途径。<sup>①</sup> 正如上文所已论及，我国同许多其他缔约国一样，有效利用了该公约的“非强制性”特点。<sup>②</sup> 至于公约的主题适用范围，虽然公约是被设计适用于民、商事案件，且在我国国内法语境下，行政法和民商法是有明确区分的，但在一起涉外行政案件需要域外送达时，我国最高人民法院也曾鼓励适用公约的相关规定进行送达。<sup>③</sup>

其次，我国司法部被指定为执行海牙送达公约的“中央机关”，司法部也是主要的“转送机关”。<sup>④</sup> 为了提高域外送达的效率，从2003年开始，最高人民法院指定了5个地方高级人民法院（分别是北京市、上海市、江苏省、浙江省、广东省）可以把本院和其下辖的下级法院需要实施域外送达的司法文书直接转送相关缔约国执行司法协助的中央机关。<sup>⑤</sup> 我国也对涉外送达司法协助过程中居间步骤的时限作了指导性的规定，包括接受外国的送达请求和向外国提出域外送达请求：从司法部接到外国的送达请求到我国法院完成送达程序一般来说不应超过25日，这个时限同样也适用于我国法院需要实施域外送达时由受案法院通过相关的转送机关把协助请求转送至相关缔约国的中央机关。当然，如果我国域外的司法协助请求是通过有权实施转送的省级高级人民法院直接转送的，那么所需时间可能会更短。<sup>⑥</sup> 我国司法部或其他有权转送司法协助请求的机关，在送达请求转往缔约国中央机关两个半至三个月后，如果未收到送达回证或正式的回执，应通过邮件或其他方式向缔约国的中央机关发出催办函。<sup>⑦</sup>

最后，自从我国成为《海牙送达公约》的缔约国之后，在大多数涉外民、商事案件中需要向域外送达司法文书时，采用的是公约所规定的途径。<sup>⑧</sup> 当中采用率最高的方式是通过中央机关

① 参见 Permanent Bureau of HCCH, *Practical Handbook on the Operation of the Hague Service Convention* (Wilson and Lafleur Lee, 2006), paras. 24-25 (下文简称《2006使用手册》)。对于该公约提供的各种途径的一般性总体描述，参见 Gary A. Magnarini, “Service of Process abroad under the Hague Convention”, (1987-1988) 71 *Marquette LR* 649, pp. 649-692。

② 参见《2006使用手册》第24—45段。

③ 参见最高人民法院办公厅《关于向外国送达涉外行政案件司法文书的通知》，2004年7月20日最高人民法院文件法办〔2004〕346号公布，自公布之日起施行。

④ 参见1992年3月4日由我国最高人民法院、外交部、司法部共同发布的《关于执行〈关于向国外送达民事或商事司法文书和司法外文书公约〉有关程序的通知》（下文简称《1992年3月发布的通知》）；参见《2006使用手册》第185—193段。

⑤ 参见最高人民法院办公厅《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》，2003年9月23日最高人民法院办公厅文件法办〔2003〕297号发布，自公布之日起施行（下文简称《2003年9月发布的通知》）。

⑥ 参见《1992年3月发布的通知》和1992年9月19日由司法部、最高人民法院、外交部发布的《关于执行海牙送达公约的实施办法》，司发通〔1992〕093号文（下文简称《1992年9月发布的通知》）。

⑦ 参见《1992年9月发布的通知》之规定和《2003年9月发布的通知》之规定。

⑧ 参见何其生：《海牙送达公约在中国大陆的履行》，载《武大国际法评论》第10期，武汉大学出版社2009年版，第62页、第65页。



转递送达,更准确的说,是通过公约第5条第(1)款第(a)项规定的“正式送达”。<sup>①</sup>一般来说,“正式送达”需要耗时4—6个月才能完成。<sup>②</sup>为了避免拖延,域外送达的申请者应当提供一份需要送达的司法文书的译本。<sup>③</sup>在域外送达的收件人是我国公民的情况下,直接的领事或外交人员送达也是经常被运用的途径,此类途径一般来说,需耗时3—6个月。<sup>④</sup>虽然我国已经声明保留公约第10条所规定的全部送达方式,包括直接邮寄送达,通过司法工作人员、官员或者是被请求国认为是有资格的人员来送达,但这并不意味着我国法院一定被禁止通过这些方式来实施域外送达至其它缔约国。<sup>⑤</sup>这是因为,其他的已接受公约第10条规定的送达方式的缔约国,可能不是坚持而是放弃“互惠”原则,不去反对那些作出保留的缔约国例如中国以这些方式送达至其境内,尤其是直接的邮寄送达。<sup>⑥</sup>然而实践表明,我国法院似乎通常不会使用公约第10条规定的送达方式进行域外送达。<sup>⑦</sup>尽管如此,值得注意的是,我国并未明确放弃运用上述方式送达的自由,因此,将来或许会在实践中也用到它们。<sup>⑧</sup>同样的情况可能会发生于那些《海牙送达公约》虽未明确列明但某缔约国所允许的域外来件送达的方式上,虽然我国自身在这方面相当保守,如果没有双边或多边司法协助协定所规定的供请求方采用的方式,外国司法文书仅仅只能通过外交或领事途径转送。<sup>⑨</sup>

## 2. 在没有国际条约的情况下完成域外送达

在没有国际条约可供援引的情况下,我国国内法规定了以下几种可供选择的域外送达方式:

### (1) 通过外交或领事途径送达

外交途径送达司法文书是最古老、最传统的方式。<sup>⑩</sup>显而易见,这种送达方式也是最正式,最复杂和最耗时的。时至今日,在司法实践中它已经极少被采用。<sup>⑪</sup>根据《维也纳外交关系公约》<sup>⑫</sup>和《维也纳领事关系公约》,<sup>⑬</sup>如果域外送达的收件人是一名我国公民,那么司法文书可以委托我国大使馆或领事馆向身处驻在国的我国公民直接送达,前提是驻在国的国内法并不反对这

① 主要参见我国就海牙国际私法会议常设秘书处于2008年7月发布的关于对公约在实际运用中的问题调查问卷的回应(以下简称《2008年中国的回应》);本文作者曾访问我国司法部国际司法协助中心负责人李智颖女士,她表示,目前一般的趋势仍然与《2008年中国的回应》中所提及的相同。

② 超过半数以上的案件是如此。

③ 参见《民事诉讼法》第278条之规定;更多有关译本的讨论,参见《2006使用手册》第136—149段。

④ 参见《1992年3月发布的通知》之规定;《2008年中国的回应》;《海牙送达公约》第8—9条之规定。

⑤ 参见《海牙送达公约》第10条(a)(b)(c)项;我国作出的声明见公约的网页。在实践中,我国曾经成功地拒绝了意大利法院通过传真的方式直接送达,参见段东辉:《1965年海牙送达公约框架下国际民事诉讼中合法送达中国当事人方式研究——以意大利OET诉中国建设银行案之外国判决在伦敦法院执行为例》,载《中国国际私法与比较法年刊》(第二卷),法律出版社1999年版,第496页以下。

⑥ 参见《2006使用手册》第206—210段。

⑦ 参见何其生:《中国域外送达机制的困境与选择》,载《法学研究》2005年第2期,第126页、第137页。

⑧ 根据《海牙送达公约》的规定,很有可能一个缔约国禁止另一缔约国通过邮寄送达方式向其境内直接送达司法文书,但它自己却向域外实施邮寄送达,这种模式已在实践中被斯洛伐克共和国所采用,参见《2006使用手册》第209段。

⑨ 参见《海牙送达公约》第19条之规定;《2006使用手册》第242—244段;《民事诉讼法》第277条之规定。

⑩ 参见《民事诉讼法》第267条第2项及第277条之规定;1986年8月14日,最高人民法院、外交部、司法部外发〔1986〕47号文件《关于我国法院和外国法院通过外交途径相互委托送达法律文书若干问题的通知》(下文简称《1986年外交送达通知》)。

⑪ 参见《2006使用手册》第185—186段。

⑫ 该公约于1961年4月18日达成,我国于1975年11月25日加入该公约,参见该公约第3条(2)款之规定。

⑬ 该公约于1963年4月24日达成,我国于1979年8月1日加入该公约,参见该公约第5条(j)项之规定。

样做。<sup>①</sup>

### (2) 采用邮寄方式送达

虽然我国一贯不允许外国法院采用邮寄方式直接送达司法文书给我国境内的当事人,<sup>②</sup> 但我国法院却可以采用这种方式来完成域外送达, 只要送达目的国不反对这样做。<sup>③</sup> 如果送达回证没有寄回, 或者是没有收件人的签名, 但是包含司法文书的邮件回执已经被收件人适当地签收, 那么该回执上注明的日期即可被视为完成送达的日期。哪怕是送达回证和邮件回执均未被适当地送回, 如果根据案件的整体情况有充分的理由推断送达已经成功, 那么以交付邮寄之日起计算, 在届满一定时限后可认定送达程序已经有效完成。以前这个时限设定为 6 个月, 但是根据最新修订的《民事诉讼法》之规定, 现在时限已经被缩短至 3 个月。<sup>④</sup>

### (3) 采用现代通信手段送达

在一些发达国家, 采用现代通信手段例如电子邮件和传真来完成域外司法送达, 已经实施了很长一段时间。<sup>⑤</sup> 在我国, 采纳现代通信技术完成送达程序, 首次获得认可是在最高人民法院于 2002 年 12 月 3 日公布的《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》中。<sup>⑥</sup> 相比《民事诉讼法》, 2006 年关于域外送达的司法解释早已将其适用范围扩展至一般案件的域外送达。<sup>⑦</sup> 然而, 同在国内采用现代通信技术送达之前必须征得受送达人的同意不同, 实施域外送达时则无此限制, 条件仅是确保受送达人确实能收到司法文书, 此后一点倒是与国内送达的要求一致。<sup>⑧</sup>

## 3. 采用公告方式送达

如果上述所有的送达方式都无法完成域外送达, 可以采用公告方式送达。<sup>⑨</sup> 根据《民事诉讼法》的相关规定, 只有在被告的地址不明或者是用尽其他送达方式仍然无法将司法文书送达至受送达人的情况下, 才可以采用公告送达。<sup>⑩</sup> 当采用公告送达时, 公告中必须包含应送达司法文

① 参见《民事诉讼法》第 267 条第 3 项、《1986 年外交送达通知》之规定。

② 例见 1985 年我国断然拒绝了加利福尼亚法院通过邮寄方式直接向我国境内的个人送达司法文书, 参见最高人民法院 [1985] 民他字第 37 号。

③ 参见《民事诉讼法》第 267 条第 6 项; 最高人民法院 2006 年《关于涉外民事或商事案件司法文书送达问题若干规定》第 8 条。

④ 参见《民事诉讼法》(1991 年) 第 247 条; 《民事诉讼法》(2007 年修正) 第 245 条; 《民事诉讼法》(2012 年修正) 第 267 条之规定。对于由于时限变化可能产生的影响, 参见 Guanjian Tu & Xiaoling Li, “The Second Amendment of Chinese Civil Procedure Law - A Note from the Perspective of International Civil Litigation”, (2013) 43 *HKLJ* 633, pp. 647 - 651。

⑤ 参见 *New England Merchants National Bank v. Iran Power Generation and Transmission Co*, 502 F. Supp. 120 (S. D. N. Y. 1980); 《2006 使用手册》第 265—271 段; David A. Sokasits, “The Long Arm of the Fax: Service of Process Using Fax Machines”, (1990) 16 *Rutgers Computer and Technology LJ* 531, pp. 531 - 560; Frank Conley, “Service with a Smiley: The Effect of E-mail and Other Electronic Communication on Service of Process”, (1997) 11 *Temple ICLJ* 407, pp. 408 - 410。

⑥ 该司法解释于 2003 年 2 月 1 日施行, 参见其中第 55 条之规定, 该条指出《中华人民共和国民事诉讼法》第 80 条第 1 款第 3 项规定的其他适当的方式包括传真、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。

⑦ 参见《民事诉讼法》第 267 条第 7 项; 最高人民法院 2006 年《关于涉外民事或商事案件司法文书送达问题若干规定》第 10 条之规定。

⑧ 参见《民事诉讼法》第 267 条第 7 项之规定。

⑨ 参见《民事诉讼法》第 267 条第 8 项之规定。

⑩ 参见《民事诉讼法》第 267 条第 8 项之规定。

书之基本和必要内容,刊登在发行广泛的我国和受送达人所在国的报纸上。<sup>①</sup>公告之日起届满一定的期限即视为送达程序已完成,公告期限已由原先的6个月缩减至3个月。<sup>②</sup>

## 四 分析、评价与建议

### (一) 域内送达与域外送达之区分标准

同那些普通法系国家把送达程序与管辖权捆绑在一起,只有当本地法院对域外的当事人能够行使管辖权时,才允许向域外进行送达相比,<sup>③</sup>我国法律采用的基本准则是受送达人住所位于域外。<sup>④</sup>一般来说,如果受送达人在我国境内有住所,即使该案件具有重多的涉外因素,仍然可采用纯域内的诸多方式送达;相反,则需采用域外送达。当然,“住所”并不一定就是“经常居住地”,<sup>⑤</sup>庆幸的是,在我国,就民事诉讼而言,住所概念基本上就等同于惯常居所,也可以说两者几乎是同意词。<sup>⑥</sup>显而易见,一个人最容易也最有可能在他的惯常居所被找到,因此,我国法律关于区分域内送达与域外送达的标准是合理且切实可行的。

如前文所述,民事诉讼是一个极易触及司法主权的敏感领域,在国际范围内几乎不可能统一各国的送达程序规则。<sup>⑦</sup>因此,《海牙送达公约》所能做到的仅仅是提供跨境司法文书送达的协作方式而不是试图统一各主权国家的实体送达规则。结果是,就哪怕是有关是否需要实施域外送达从而公约应当得到适用这个最基本的问题都不得留给各国域内法自行决定,虽然域内法一旦认为域外送达是必要的,公约提供的送达方式便具有专属性。<sup>⑧</sup>《海牙送达公约》这种“放任”的态度一方面给予了缔约国足够多的灵活操作空间,然而另一方面,如果缔约国过度地使用其“自由裁量权”,运用域内法之规定过分地使域外送达成为不必要,那么公约的实际有效性将会遭到破坏。或许是参考了美国与荷兰等国的司法实践,作为对前述基本区分标准的例外,我国也规定了一些虽被送达人住所域外,但送达程序仍可完全在我国境内完成的情形。<sup>⑨</sup>正如我国一些学者声称的那样,这样做毫无疑问会促进我国法院处理涉外民商事诉讼案件的顺利进行,同时也在一些案件中能对我国公民的利益提供及时的保护。然而,如果判决最终不得不到国外而不是在我国境内就能得到承认和执行,上述情形下的送达规则的价值是值得质疑的。此外,一些缔约国

① 参见最高人民法院2006年《关于涉外民事或商事案件司法文书送达问题若干规定》第9条之规定。

② 参见最新修订的《民事诉讼法》第267条第8项之规定;2007年修订的《民事诉讼法》第245条第7项之规定;1991年《民事诉讼法》第247条第7项之规定。

③ See Geoffrey C. Cheshire, Peter M. North and James J. Fawcett, *Private International Law* (Oxford: Oxford University Press, 13th edn, 2008), pp. 353-372.

④ 参见《民事诉讼法》第267条之规定;《2006使用手册》第17段和第37段。

⑤ 参见《2006使用手册》第17和37段。

⑥ 参见《民事诉讼法》第21条之规定;2015年《民事诉讼法司法解释》第3—7条之规定。

⑦ 参见《2006使用手册》第8段;Joaquim J. Forner, “Service of Judicial Document within Europe and Third States (Regulation EC 1384/2000 and 1965 Hague Convention”, in Arnaud Nuyts and Nadine Watté (eds.), *International Civil Litigation in Europe and Relations with Third States* (Belgium: Bruylant, 2005), pp. 391, 416-417.

⑧ 参见《海牙送达公约》第1条第1款;《2006使用手册》第24—25段。

⑨ 参见《2006使用手册》第26—39段。

已经开始自愿的限制自己决定是否需要域外送达的自由裁量权,<sup>①</sup>也有一些缔约国规定只有当受送达人在域内有几乎等同于自己的代表时才允许利用域内送达来取代域外送达,<sup>②</sup>为了忠实地履行《海牙送达公约》,我国恐怕也应该限制过度利用域内送达来取代域外送达的做法。

## (二) 域内送达方式之行进

当受送达人在我国境内有住所时,可以采用域内送达方式,由法院书记员亲自递交送达仍然是其中的基本方式。最理想的状态是,法院书记员送达给受送达人,受送达人愿意立即接收送达,诉讼程序得以启动而顺利进行下一步。然而,现实生活中,完成送达总不如我们想象的那样简单、直接,有时候受送达人可能不在送达地,有时候受送达人可能不愿接收。因此,我国《民事诉讼法》允许将司法文书送达给合格的代收人;在无正当理由而拒收司法文书的情况下,有几种强制送达措施可供采用,只要履行完一些合适的程序即可视为送达已适当完成。司法效率与送达安全总体上取得了平衡。此外,在近十几年,我国法官审理案件的负担越来越重,而配合他们工作的法院书记员也同样忙碌不堪,因此,每一起案件都采取书记员个人送达已不现实,不得不寻求一些替代性的办法。在逐步抛弃旧式的挂号邮寄送达的同时,我国司法实践引入了法院专递送达。这种由邮政快递人员完成的半官方(正式)的送达服务与由法院书记员完成的全官方(正式)送达相比既高效又不失安全性。为了提升法院专递的安全性和可操作性,虽然快递人员无权采取强制措施,法律强制赋予了受送达人更多的义务。我国这种新型送达方式,经实践证明是切实可行的,预计它将成为我国实施域内送达的主要方式。

## (三) 域外送达方式之改良

当受送达人住所在域外,且域外送达是必须的,不管是否有可供依赖的国际条约或协定,通过外交或领事途径送达总是可以采用的方式。但由于这种方式效率不高,通过间接的外交或领事途径送达已经极少在司法实践中运用,虽然当处于外国的受送达人是我国国民时,直接的外交或领事送达时常发生。如同其他许多缔约国的情况一样,在《海牙送达公约》的框架下,我国大多数向域外送达的司法文书通常也是通过兄弟缔约国的中央机关,更具体地讲是以“正式送达”的方式得以送达的。<sup>③</sup>完成送达所需的平均时间是4—6个月,与其他许多缔约国的2—4个月比,相对较长。<sup>④</sup>因此,在《海牙送达公约》的框架下,我国对域外送达方式有作出进一步改善以提高效率的空间。虽然因为民事诉讼模式的差异,我国不能像美国以及其他普通法系国家那样设置大量的“(送出的)转送机关”,但在此问题上采纳过于审慎的态度也并非可取。<sup>⑤</sup>笔者认为,在

① 参见《2006使用手册》第9段。

② 参见《2006使用手册》第39段。

③ 参见海牙国际私法会议常设秘书处2008年7月撰写的《与公约有关的调查问卷之回应概要和分析评论》(下文简称《2008概要和分析评论》);在由缔约国作出的关于2013与公约有关的调查问卷的最新回应这份文件中,无法找到这个问题的答案,参见海牙国际私法会议常设秘书处2013年11月撰写的《与公约有关的调查问卷的回应之概要》(下文简称《2013概要》)。

④ 参见《2008概要和分析评论》第18段;同样,无法在《2013概要》中找到一个更新的有关其他缔约国情况的统计数据。

⑤ 在美国和英国,任何一个代表当事人的诉讼代理人或者律师都可以成为“转送机关”,参见《2006使用手册》第92—104段。

《海牙送达公约》框架下，“（送出）转送机关”须与“中央机关”区分开来，前者仅仅负责转发送出本国的司法文书，而后者行使的职责是管控和检查从外国发来的司法文书，为了本国的安全，后者可能需要中央集权式；而前者的设置无须过于审慎和集中。因此，在我国可以设置更多的“（送出）转送机关”，以此改善总体的域外送达效率。根据我国当前的法律框架，这一点并不难做到，无需对现有法律作出实质性的修改。更具体地讲，最高人民法院可以指定所有具有涉外民商事案件管辖权的法院为“（送出）转送机关”，这样，毫无疑问会大大提升我国法院司法文书域外送达的速度和效率。<sup>①</sup>

理论上讲，因为我国在送达程序上所持有的强烈的主权理念，除了外交或领事途径和根据国际条约或协定的“中央机关”途径外，外国的司法文书无法合法送达我国境内。而另一方面，如果相关国家的国内法并不反对，我国的司法文书却可以采用上述以外的其他方式向域外送达，典型的如直接的邮寄方式送达。我国限制本国法院根据《海牙送达公约》的规定采用直接邮寄方式向域外送达司法文书，可能是因为她不想其他国家采用同样的方式向我国境内送达司法文书，以此宣示自身的一贯立场，但我国却已认可了在无国际条约或协定的情况下的域外直接邮寄送达。这种做法便导致产生了一种怪像：在没有可依赖公约的情况下，我国法院能采用邮寄方式送达；在有公约可依赖的情况下，哪怕是相关国家法律允许邮寄送达，我国法院反而却不可以采用邮寄方式送达。

在《海牙送达公约》的框架下，邮寄送达在全球范围内已获得广泛采纳。在实践中，邮寄送达是一种非常重要和有效的可取代“中央机关”转送的方式。特别是在受送达人有望自愿接收所送达的司法文书的情形下，通过邮寄方式直接送达司法文书既可节省大量的时间和金钱，又可获得有效的送达证明，即当事人签收的收据。<sup>②</sup>要消除这种不对称的状况，我国应当允许本国法院根据公约的相关规定，采用邮寄方式直接送达司法文书，只要相关国家的国内法不反对。

为了更进一步的改善现状，我国最好能够整体接受在《海牙送达公约》下的邮寄方式送达，即也允许其他缔约国通过邮寄方式向我国境内送达司法文书。这样，一方面我国可高姿态地采用邮寄方式向域外送达司法文书，在其他没有提出互惠要求的国家面前无须担心自己的国际形象；另一方面我国法院也可采用邮寄方式把司法文书送达到那些提出互惠要求的缔约国内。事实上，在各种可替代“中央机关转交”的送达方式之中，邮寄送达方式恐怕是可能对国家主权产生侵犯最小的一种方式，很难想象域外寄来给境内仅卷入一起私人争端的当事人签收的一份邮件怎么就会侵犯所在国的国家主权。<sup>③</sup>此外，同其他的替代方式相比，邮寄方式给送达目的国带来的附加负担也最小，毋须该国作出行政上的协作支持。笔者的看法是，我国应当撤回对邮寄送达方式的保留，在《海牙送达公约》框架下全面接受邮寄送达，从而既为他人也为自己打开一扇门。

① 通过这种方式，域外司法文书送达与涉外管辖权将能有效对接起来，当某一法院正式受理一起涉外案件后，就能够立即转发司法文书至相应的外国“中央机关”，而不必再借助我国的其他“转交机关”来转交，参见最高人民法院于2002年2月25日发布并于3月1日施行的《关于涉外民商事案件诉讼管辖若干问题的规定》。

② 参见《2006使用手册》第259段；Franklin B. Mann, Jr., “Foreign Service of Process by Direct Mail under the Hague Convention and the art. 10 (a) controversy: Send v. Service”, (1990/1991) 21 *Cumberland LR* 647, p. 657.

③ See Joseph F. Weis, Jr., “Service by Mail - Is the Stamp of Approval from the Hague Convention always Enough?”, (1994) 57 *Law and Contemporary Problems* 165, p. 170.

#### （四）现代通信送达方式之审慎接纳

现代通信技术能产生即时通讯，这一点对司法文书的送达有着无法抗拒的吸引力。毫无疑问，通过电子通信手段例如电子邮件或传真方式来送达司法文书效率会非常高。然而，对这些电子手段送达的安全性的担忧，让很多国家对它们的运用相当谨慎。<sup>①</sup> 据报导，在《海牙送达公约》的框架下，电子通信手段到目前为止极少采用，不但对于直接送达方式例如邮寄送达，而且对于缔约国有关当局之间传送司法文书也是如此，虽然对后者原本可以更多地探索使用电子手段。<sup>②</sup> 在公约之外，有相当一些国家采用了电子通信手段进行送达，特别是在最近几年。在普通法系国家，电子通信手段送达基本上是在无法采用传统的方式成功送达的情形下才采用的一种替代性方法，所采用的电子通信手段，也通常是受送达人平日里惯于与他人通信的方式。<sup>③</sup> 在大陆法系国家，一般来说，要求事先征得受送达人的同意，并且能够获得有效送达证明，方可采用电子通信手段送达。<sup>④</sup> 我国利用修订《民事诉讼法》的契机，正式地将电子通信手段接纳为了域内送达和域外送达的方式。令人欣慰的是，我国法律在此方面已经跟上全球的发展趋势，然而在实践中要使电子通信手段送达具有可操作性，我国应当效仿其他国家，构建自己的基础设施以满足、支持电子通信手段送达的需求。<sup>⑤</sup> 考虑到电子通信手段送达仍然处于试验期，在实践中，我国应当同其他许多国家一样，目前仅能把它当作传统送达方式的补充方法。<sup>⑥</sup>

#### （五）公告送达方式之最后救济

公告送达是在所有其他方式都已用尽的情况下仍无法完成送达或者是从一开始被送达人就下落不明的情况下才不得不采用的送达方式。公告送达具有推定的属性，为了确保被告的诉讼权利得到充分的保障，这种方式的运用在大陆法系和普通法系国家都受到严格的限制。通常来说，只有经过勤勉的努力之后仍然无法查明被告地址的情况下，才可以采用此方式进行送达。<sup>⑦</sup> 为了审慎使用这种方式，仅有一份原告提出被告下落不明的申明是不够的，否则容易导致滥用公告送达。正如前文所述，我国法律对公告送达亦是严格限制的。然而，据一名来自地方法院的法官的观察，在我国的司法实践中情况或许恰恰相反，公告送达时有被滥用的情况，往往在使用前并未对案件事实作出充分的了解，严格地遵守使用所需满足的各项条件。<sup>⑧</sup> 我们应当意识到，如果对域外的被告进行公告送达，这不仅仅是适用域内法的事，而且关系到我国是否正确的根据《海牙送达公约》的要求履行了国际义务。既然公约不适用于被告住址不明的情况，如果我国法院

① 如机密性问题，信息的完整性和可篡改性问题，识别发送人和接收的证明问题等，参见《2006 使用手册》第 253 段。

② 参见《2008 概要和分析评论》第 36—38 段，第 52—53 段；海牙国际私法会议常设秘书处撰写的 2014 年 3 月《第 6 号预备性文件》《送达公约实施中的信息技术使用》第 5—12 段（下文简称《第 6 号预备性文件》）。

③ 参见《第 6 号预备性文件》第 6—18 段。

④ 参见《第 6 号预备性文件》第 18—22 段。

⑤ 例如在法国、瑞士和西班牙等国，已建立起电子手段安全送达的平台，参见《第 6 号预备性文件》第 18—20 段。

⑥ 参见《2008 概要和分析评论》第 51—52 段。

⑦ 例如《德国民事诉讼法典》第 185 条规定，公告送达是最后一种方式，只有在所有其他方式都不可能完成送达的情况下才可采用；在美国，如果被告的身份和住所是明确的或者通过合理方式是可以查明的，那么被告有权获得实质通知，否则可视为侵犯了被告的诉讼权利，参见 *Mullane v. Central Bank and Trust Co.*, 339 US 306 (1950), p. 314.

⑧ 参见赵友新：《民事公告送达的困惑和价值实现的路径选择》，载《法律适用》2009 年第 5 期，第 57 页以下。

草率地宣布被告的住址不明,然后仓促地采用公告方式送达,从而绕开公约,恐怕是对公约的一种间接藐视。<sup>①</sup>为了更好地保护被告的诉讼权利和忠实地遵守公约,我国法院在司法实践中应当严格适用公告送达。

### (六) 原、被告利益之平衡

在我国,由于送达属于法院的业务,所以对原告来说并没有时间上的限制。<sup>②</sup>尽管不像一些其他国家,我国宪法条款并未涉及送达程序,然而,被告有权获得被告知和辩解的权利却是我国《民事诉讼法》的一项基本原则。<sup>③</sup>不适当的送达能构成案件发回重审或者提起再审的有效法定理由。<sup>④</sup>它同样也能导致判决的无效和不具有可执行性。<sup>⑤</sup>然而,另一方面,为了保障原告的正当权益,最高人民法院于2004年发布了司法解释强调,根据原告提供的地址无法找到被告,同时经过合理、适当的努力也仍然无法查明被告地址,人民法院应当采用公告方式及时向被告送达司法文书,而不是驳回或者终结诉讼。<sup>⑥</sup>

在《海牙送达公约》的框架下,我国声明接受公约第15条第2项的适用,所以一旦条件得到满足,法院便能够作出缺席判决,保障原告及时获得司法救济的权利;<sup>⑦</sup>另一方面,为了充分保障被告针对缺席判决的上诉权,当条件满足时,在域内法规定的判决上诉期届满后的一段合理的宽限时期内,被告仍然有权针对判决提起上诉。我国已经声明接受公约第16(3)条款的适用,为了保证当事人之间民商事法律关系的确定性,我国把针对该条款中的宽限期设定为一年。<sup>⑧</sup>而且,针对域外送达,最高人民法院宣布在传送或寄送司法文书六个月后,如果没有送达回证被送回或不能确认送达已成功完成,原告可以申请法院作出公告送达;另一方面,公告送达只有在那六个月的时限届满后才能作出,这显然是为了保护被告。<sup>⑨</sup>所以,原、被告的权益在我国法律中得到了有效的平衡。

## 五 结语

在当今世界迅速融合的情势下,涉外民、商事诉讼正变成日常常规业务。作为启动涉外诉讼的初始一环和涉外诉讼不可或缺的一个重要组成部分,无论是在全球范围还是在域内法层面,域

① 参见《海牙送达公约》第1(2)条款之规定;《2006使用手册》第71—78段。

② 但在英国和美国,及时送达对原告来说具有非常关键性的意义,如果送达没有在一一定的时限内完成,原告的诉讼请求可能会被直接驳回或者丧失诉讼时效。See G. Brian Raley, "A Comparative Analysis: Notice Requirements in Germany, Japan, Spain, the United Kingdom and the United States", (1993) 10 *Arizona JICL* 301, p. 324.

③ 参见《民事诉讼法》第8条、第12条之规定。

④ 参见《民事诉讼法》第170条第4项和第200条第9项、第10项之规定。

⑤ 参见《民事诉讼法》第227条之规定。

⑥ 参见最高人民法院2004年11月25日发布并于12月2日施行的《关于依据原告在起诉时提供的被告住址无法送达应如何处理问题的批复》。

⑦ 参见我国的声明;《海牙送达公约》第15条;《2006使用手册》第275—288段。

⑧ 参见我国的声明;《海牙送达公约》第16条;《2006使用手册》第286—288段。

⑨ 参见最高人民法院2006年《关于涉外民事或商事案件司法文书送达问题若干规定》第7—9条之规定。

外送达是一个经常受到重新审视的课题，在我国也不例外。<sup>①</sup> 过去 30 多年来，我国已采用多种方式解决域内送达和域外送达难题。本文对我国涉外送达制度做了系统性的研究后发现，在我国，区分域内送达和域外送达的基本准则是合理的，国内送达方式也有了合理化的演进，原、被告双方当事人的权益也能得到适当的平衡。我国《民事诉讼法》2012 年的修正，部分刷新了我国的送达方式，使我国的法律得以跟上世界潮流，而且我国对现代通信技术送达方式展示了相对正确的保守立场。然而，为了忠实地履行《海牙送达公约》，我国应当限制采用在我国境内就能完成的对拥有外国住所的受送达人的送达方式，同时也要在司法实践中严格使用公告方式送达。更重要的是，我国应当指定更多的“（送出）转送机关”，以提高公约框架下的域外送达的整体效率，以及根据公约的规定全面接受通过邮寄方式送达司法文书。

## An Inquiry into and Suggestion for Further Improvement of Service of Documents in Foreign-Related Civil and Commercial Proceedings by Chinese Courts

*Tu Guangjian*

**Abstract:** As the first step and an integral part of Foreign-Related civil litigation, service of process (documents) is concerned with the interests of private parties, the enforceability of a final judgment and the celebrated sovereignty of the country where the service is to take place. A systematic examination of the Chinese approach demonstrates that although a sound standard for the distinction between domestic service and service abroad is adopted, service methods have reasonably evolved and the parties' interests are well balanced, and China can make further improvements as a Contracting State of the Hague Service Convention. China can designate more forwarding authorities and accept postal channels. In the meantime, China should restrict the use of service by publication and pure domestic service over foreign domiciliary.

**Keywords:** Foreign-Related Civil and Commercial Proceedings, Judicial Documents, The Hague Service Convention, Service

（责任编辑：李庆明）

<sup>①</sup> 在全球范围内，海牙国际私法会议每 5 年重新审视一次《海牙送达公约》的实际运作情况；除了本文前面提及的法律文件外，为了应对快速增长的送入国内和送往国外的司法文书送达请求，我国最高人民法院 2013 年发布文件，以期进一步改进涉外案件的司法文书送达程序，参见最高人民法院 2013 年 1 月 21 日发布的《关于依据国际公约和双边司法协助条约办理民商事案件司法文书送达和调查取证司法协助请求的规定》；最高人民法院 2013 年 4 月 7 日发布的《关于依据国际公约和双边司法协助条约办理民商事案件司法文书送达和调查取证司法协助请求的规定实施细则》。