

民事公告送达的价值失衡与矫正

何四海^①

(湖南财经高等专科学校 法学与公共管理系, 长沙 410205)

摘 要: 公告送达价值平衡发挥应兼顾法院、原告和被告三方利益, 科学设定权利、义务和责任。在适用公告送达过程中, 要严格界定原告有关对方下落不明的证明责任, 区分被告实质的下落不明和形式的下落不明, 完善公告送达生效时间的规定。同时, 要弱化公告送达的职权因素, 突出当事人的主体地位。

关键词: 公告送达; 民事诉讼; 价值失衡; 价值平衡

公告送达是在当事人下落不明或者使用其它法定送达方式无法有效传递诉讼信息时, 法院用公开告示的方式, 通过适当媒介向有关当事人进行诉讼信息传播的一种诉讼行为。公告送达是民事送达体系的重要组成部分, 我国《民事诉讼法》第 84 条规定: “受送达人下落不明, 或者用本节规定的其他方式无法送达的, 公告送达”。公告送达不可普遍适用, 但实践中, 公告送达的总量很大。以普通程序中针对被告的公告送达为例, 据统计, 平均每天有多达 120 多条的送达公告通过《人民法院报》发出, 《法制日报》每天刊载的同类型公告送达也有 100 条左右。^[1]同时, 随着我国经济社会的不断发展、人口流动的速度越来越快, 单个法院, 尤其是单个基层法院的公告送达适用率也不断上升。

但是, 在一些专业媒体上高频出现的公告送达, 其价值发挥明显失衡, 如公告送达的信息告知功能和当事人权益维护功能被忽视, 对原告和被告权利和义务的设置不对等, 法院职权色彩浓厚, 等等。公告送达的价值发挥失衡直接影响到公告送达在实践中的正常运行, 要充分释放公告送达功能, 就必须以当事人权益保护为出发点, 平衡公告送达的对当事人、对法院的价值发挥。

一 公告送达价值的失衡

价值是客体存在的作用及其对于一定主体需要的某种适合、接近或者一致。^[2]作为拟制送达, 公告送达之所以被法律所认可, 并成为公告送达重要组成部分, 原因在于其他方式送达不能的情况下, 其所

体现出来的对法院、当事人的价值, 这种价值可以用程序价值和实质价值来概括。就程序价值而言, 公告送达则是一种特定情况下的民事程序起承转合的桥梁和纽带。其赋予了受送达人出庭参与诉讼的机会, 是受送达人行使诉讼参与权、辩论权、举证质证等程序权利的前提。只要公告送达合法, 受送达人就难以没有实质参与庭审为由, 对已经完成的程序进行有效抗辩。对原告而言, 适用公告送达其可以合法参与缺席审理, 获得缺席判决, 避免了必须等待受送达人出现才可进行实体审理的风险。对法院而言, 公告送达诉讼信息, 各诉讼阶段得以顺利转换, 法院可避免因无法通知而导致不能审理和不能裁判的诉讼尴尬, 并使法院裁判获得正当化的依据。

就实质价值而言, 通过各类媒介发布诉讼信息, 公告送达可以在一定程度上满足被告的诉讼信息知情权。诉讼信息知情权是受送达人行使其它程序权利的起点。在获悉诉讼信息的情况下, 受送达人才可充分进行庭审前准备, 有针对性地对抗对方, 维护自己的实体权利。同时, 有效地传递诉讼信息, 才可敦促受送达人参与程序, 法院判决才可建立于听审基础上, 有利于彻底解决纠纷。但需指出的是, 公告送达的性质是一种拟制送达。与实际送达相比, 其实质送达效果并不确定, 通知信息内容只是存在被受送达人知悉的可能性。

因此, 公告送达价值的发挥应当是程序价值和实质价值的同时发挥, 不但应该对法院正常的民事审理程序产生积极的促进作用, 也应该对原告和被

^① 收稿日期: 2008-07-28

作者简介: 何四海, 男, 湖南邵阳人, 湖南财经高等专科学校法学与公共管理系讲师, 法学硕士, 研究方向为诉讼法。

告权益平衡保护产生积极作用,最重要的是,要尽可能的发挥公告送达送信息通知的作用,即便其诉讼信息告知的效果并不确定,法院也应尽一切合理的努力保障公告送达的实质价值发挥,最大可能地告知受送达人被传唤等事实,最终实现促使受送达人实际参与程序目的。只有在上述条件下,才可以说公告送达的价值是一种平衡发挥。但实践中,公告送达的价值发挥并非如此。

(一)忽视实质价值

程序并非是实现实体权利义务或实体法律关系内容的手段,程序也并不总是与实质内容固定在一起的。^[3]必须指出的是,纠纷是主体之间的纠纷,程序从多大程度上解决纠纷,能否有效解决纠纷也是评价程序优劣的需要考虑的标准。如制度运行结果经常远离当事人所期待的结果,即使程序运行流畅,也很难说这样的制度设计是理性的。实践中,法院往往忽视公告送达实质价值的发掘,疏于提升其信息通知功能,倾向于从便利和减少法院送达事务的角度出发适用公告送达,适用公告送达较为随意,将公告送达的程序促进价值发挥得淋漓尽致。如操作中,对公告送达适用的条件审查不严,公告媒体固定僵化,公告内容简略含糊,公告时间弹性不足,等等。这种简单化操作结果是受送达人难以有效接触诉讼事务信息,送达效果很差,出庭率极低。在此,公告送达更多地表现为一种为民事程序展开而设置的制度或立法技术。

毫无疑问,公告送达是其它方式送达不能的妥协结果,从本质说,其信息通知的实质价值不如实际送达明显。但作为妥协的公告送达也不能沦为毫无原则的妥协。因为,“送达程序的终极目标不是一个程序问题,其最终是为保护权利、保证法律机制的公平服务的。”^[4]这种妥协的正当性基础是,法院应审慎、科学的适用公告送达,立足受送达人权益的维护,尽一切合理的努力提升公告送达的实质价值。从民事诉讼目的理论来看,“人民法院代表国家行使民事审判权,其诉讼活动的目的自然要与国家设立民事诉讼制度的目的相一致。而在解决纠纷、保护民事权益方面要与当事人的诉讼目的相一致。也可以说是‘合当事人目的’。惟有如此,在民事诉讼中人民法院的审判行为与当事人的诉讼行为才可能具有同向性,才可能相互作用,共同推进民事诉讼运行和发展。”^[5]在公告送达中,滥用公告送达或非规范适用公告送达,实际上表明了法院的诉讼行为与当事人诉讼行为的非同向性,表明法院重视公告送

达程序价值而忽视其实质价值的倾向。

(二)职权主义色彩明显

在我国,送达被定位为法院的一种诉讼行为,法院是公告送达的唯一主体。其特点是职权主义色彩明显,当事人参与度低。具体来说,其一,法院有权决定受送达人是否下落不明。即使下落不明,法院也可单方决定用其他方式寻找当事人或者通知当事人。其二,法院单方面决定公告送达方式,即进行户外公告栏公告还是媒体公告,当事人无选择权。其三,法院单方面决定公告媒体。如果选择在媒体发布公告送达,当事人一般得在法院指定的媒体发布公告,或选择须得到法院许可,不得自由选择公告媒体。

实际上,公告送达以及如何公告送达直接涉及到当事人实体权利的问题。撇开当事人单方面安排公告送达事务凸现了法院对当事人主体地位的漠视,不利于建立起法院和当事人之间的平等互动关系。在实行当事人主义的国家,如美国、英国等国均视送达为私人事务,当事人在送达事务上自由度较大。即便在德国等实行职权主义模式的国家,其民事诉讼法也大多规定了公告送达应当依据当事人的申请进行。在我国,由法院包办所有送达事务的模式实际上存在很大的弊端。此种模式增加了受诉法院的风险和负担,如果诉讼信息通知功能发挥不好,受送达人可能因为承受不利的缺席判决而对法院裁判表示不满,怀疑公告送达程序的公正性和合理性;同时,实践中的送达事务确实也占据了法院太多的时间,不利于法院专注于审判业务工作。因此,宜将公告送达的部分事务置于当事人方,法院仅作一般审查把关。

(三)原告和被告权利的失衡

送达不仅是法院和当事人之间的互动,也是原告和被告之间的交流。公告送达给了当事人双方互相了解对方诉讼观点和主张的机会。因此,公告送达的制度设计实际上也直接涉及到原被告双方权利义务保障问题。而现行公告送达在制度和实践层面都呈现出了双方权利义务失衡的弊端。

其一,原告方权利设置失衡,给了原告恶意申领公告送达的机会。这突出的表现为原告单方面拥有下落不明证明权,制约不足。依据2004年最高人民法院《关于依据原告起诉时提供的被告住址无法送达应如何处理问题的批复》的规定,法院依据原告起诉时所提供的被告住址无法直接送达或者留置送达,应要求原告补充材料。原告因客观原因不能补充或者依据原告补充的材料仍不能确定被告住址

的,法院应当依法向被告公告送达诉讼文书。这种规定看似加大了原告证明被告下落不明的义务,保证公告送达不被误用,但实际上,由于在原告提供对方地址、下落不明材料方面缺乏约束和审查机制,此种规定无法预防原告欺诈的可能。如原告故意提供虚假的被告送达地址;或者故意编造受送达人下落不明的事实,使法院无法进行直接送达或留置送达,从而导致公告送达,以获得被告不出庭的程序利益和实体利益。而对此,被告缺乏相应的对抗手段,往往要承受因此而导致的诉讼突袭和缺席判决。

其二,被告方权利设置失衡,给了被告利用公告送达拖延诉讼的机会。现行法律规定,公告送达生效的时间为60天。理论上,公告送达生效的时间越长,下落不明当事人似乎就有更大几率了解接触该公告送达,对下落不明当事人有利。但这产生了另一个矛盾,即利用公告送达生效时间较长的规定,在知道对方起诉或可能起诉的情况下,某些被告可能故意“下落不明”,而依据现行法律,此种情况仍然要适用公告送达。这使得公告送达可能沦为被告拖延诉讼,逃避责任的一种手段。而对此,原告必须经由公告送达才可实现实体权益的满足,同时要承受由于被告故意“下落不明”而导致的诉讼迟延的后果。

其三,生效时间设置没有考虑到原告方利益。普通程序一般要公告送达2次,即需要120天,如加上为受送达人预留的提出答辩状时间(15天)、举证期限(如法院指定不少于30天)等,累计起来,相关时间可能超过法院实际处理案件的时间。普通程序审限一般为6个月,尽管公告期间不计算在审限内,但加上4个多月的公告送达时间,审判周期实际达到了10个月。根据现行法律规定,无论何种案件、何种情况,原告要获得法院的缺席判决,其必须无奈地接受公告送达案件审判周期的煎熬。法律此种规定显然只考虑到了下落不明方的利益,而没有考虑到原告为参与诉讼而付出的过多的时间成本。

二 公告送达价值的平衡

公告送达价值平衡应兼顾法院、原告和被告三方利益,科学设定权利(力)义务和责任。同时,考虑到受送达人在公告送达中的被动地位,且出于遵循民事程序对审原则、参与原则的需要,在一定程度上,公告送达制度要突出对受送达人权益的维护。

(一)严格原告证明责任

原告起诉时要写明被告户籍地、现住地及工作单位所在地,并载明对方的其他快捷联系方式,同

时,为避免原告恶意提供虚假的送达地址和编造对方下落不明事实的行为,相关法律应当要强化原告方在下落不明和准确地地址查证中的证明责任。

此中,原告须向法院提供经合理努力仍无法获知被告下落的证据,这种合理努力标准为:原告用尽一切可以利用的方式,如电话、电子邮件、即时通讯工具等联系被告住所地、可能的临时居住地、从业地址、近亲属等。如有证据证明原告用尽上述方式仍然无法获知被告下落,且经由受送达人住所地的基层单位或工作单位的认可的,可确定为下落不明。对于某些特殊性质的案件,如离婚案件,为了保护被告特定利益,还应当要求原告出具受送达人住所地的户籍管理部门的下落不明确认意见。相反,如原告不能提供对方下落不明证据,法院应当裁定驳回起诉。

(二)区分形式上的下落不明和实质上的下落不明

前已述及,原告方为了拖延诉讼可能故意“下落不明”,以此损害原告方利益。为了避免上述情况出现,有必要区分实质下落不明和形式下落不明。只有在实质下落不明的情况下,才可适用公告送达,为逃避债务、义务的故意“下落不明”是形式上的下落不明,不适用公告送达。

两者的区分以受送达人是否知道或应当知道涉及自己的诉讼开始为标准。知道或应当知道诉讼已经开始而“下落不明”是形式上的下落不明,其“下落不明”一般出于逃避诉讼、拖延诉讼或逃避义务履行的目的。形式上的下落不明之所以不适用公告送达,是出于平衡保护善意原告利益的考虑。因为,受送达人在逃避诉讼文书送达的同时,实际上也在关注诉讼的进展,如果也一律适用公告送达,对原告来说是不公平的。但有一点必须注意,原告必须举证证明受送达人是形式上的下落不明,如举证证明在起诉前,双方一直在进行谈判;或证明诉前甚至是起诉后受送达人经常出现在其住所地。对于形式上的下落不明,法律宜将其视为受送达人拒收诉讼文书的情形之一,此时,法院应适用留置送达而非公告送达。公告送达的适用条件应限于实质下落不明,这种下落不明与被告逃避诉讼、拖延诉讼无关。

(三)完善公告送达生效的时间规定

现行立法一刀切式的规定公告送达的生效时间是不太科学的。适当地安排公告送达生效时间,不但要考虑受送达人和原告权益均衡维护,同时还必须考虑程序的安定性和效率。公告送达生效时间并

不计算审限,无碍法院的审判,但其对当事人影响较大。对原告方而言,公告送达时间过长,意味着诉讼成本的提高,预期诉讼收益的下降。因此,其希望公告送达的生效时间短些。对受送达人而言,如果其为实质上的下落不明,非故意逃避诉讼,那么其希望有更长的时间让其了解、接触公告送达信息。

从世界范围内的立法来看,多数国家和地区确定了较短的公告送达生效时间。比如德国和日本规定为两周,我国台湾地区规定为20天,澳门仅为5日。鉴于公告送达大多进行两次,日本及台湾地区均对第二次公告送达生效时间作特殊安排,即如果是同一个案件,针对同一个当事人的第二次公告送达,那么,该公告自发出后的第二天就生效。我国公告送达生效时间的确定也须平衡考虑原告和被告的权益维护,兼顾诉讼效率,灵活设置。

其一,区分初次公告送达和再次公告送达。我国地域辽阔,地区发展不平衡,信息流动链很长,因此,初次公告送达的生效时间定为30天为宜。经过审查后,如需在同一案件中针对同一当事人进行第二次公告送达的,其生效时间缩短至10天为宜。这样比较好地考虑到了原告利益及受送达人下落不明的“惯性”,也提高了诉讼效率。

其二,离婚案件单独设置生效时间。婚姻关系如被生效缺席判决解除,即使事后发现有误,也无法通过民事程序进行弥补。为了防止当事人恶意利用公告送达离婚,保护下落不明方的利益,对离婚案件的公告送达要慎重对待,在送达时间上,法律宜维持现行的生效时间的规定,以给予受送达人更多参与诉讼的机会。

其三,规定公告送达期间的随时送达。公告送达期内,如受送达人下落已经明确或已经出现,可以借鉴德国等国家的随时送达制度,转而采取其他相适应的送达方式,敦促当事人尽快出庭,并将此种情况记入卷宗。对于此类特殊情况,为了提高诉讼效率,法院没有必要“无为”地等待公告送达期满后才展开程序。

(四)强化当事人在公告送达中的主体地位

突出当事人的主体地位是现代司法程序的潮流。民事诉讼是处理私权争议的程序,因此,相关法律制度更应当充分保障当事人处分权,尊重当事人

选择,并强化各种权利保障措施。在我国,公告送达虽然不能完全变成纯私人事务,但强化私人在送达中的作用是必要的。

第一,赋予原告选择权。在符合公告送达适用的条件下,为了防止诉讼不被拖延太久和维护原告方利益,法律可以考虑赋予原告方相对的选择权。这种选择权内容包括:其一,原告在是否公告送达方面的选择权。公告送达意味着审理期限的拉长,如果原告方宁愿继续寻找被告下落,而不愿意撤诉和承受公告送达时间过长的风险,法院审查后应当允许原告方的选择,而不实施公告送达。其二,原告公告送达方式上的选择权。公告送达方式直接关系到被告出庭率和送达成本支出的问题,因此在送达方式上,法院必须要考虑原告意愿和选择,不可简单地强行确定只可适用某种送达方式或强制指定只可在某个媒体发布公告。

第二,赋予被告异议权。公告送达不正确的适用直接影响到缺席方即被告的利益。如果被告能够证明是原告的恶意导致公告送达或法院的公告送达存在严重瑕疵,如公告内容失当,媒体选择失当等情形,应当允许被告直接就公告送达异议。对于异议,如果案件正在审理中,法院应当中止案件审理;如果审理完毕,原告公告送达法院是异议的受理主体。对于异议事实存在的,法院应当裁定撤销原裁判和审理过程,重新审理。

本文写作得到了湘潭大学法学院教授、博士生导师何文燕老师的支持,谨致谢意。

参考文献:

- [1] 何四海.民事公告送达的媒体选择[J].湖南科技学院学报,2008(6).
- [2] 樊崇义.诉讼原理[M].北京:法律出版社,2003:149.
- [3] 季卫东.法治秩序的建构[M].北京:中国政法大学出版社,1999:12-13.
- [4] 何其生.域外送达制度研究[M].北京:北京大学出版社,2006:317.
- [5] 何文燕.民事诉讼理论与改革的探索[M].北京:中国检察出版社,2002:11.

(责任编辑:黄声波)