

# 送达制度的结构性转向

## 从“结果型”走向“过程型”

张兴美\*

**摘要** 我国的送达制度是按照结果导向型思维打造的“结果型”送达。“结果型”送达是以受送达人为主体偏向、以实质性送达效果为制度目标和法院全责型的送达结构,这种结构为送达不能、送而不达等送达难现象提供了制度环境。规范的送达制度应当是按照过程导向型思维打造的“过程型”送达。“过程型”送达是以受送达人程序利益为保护对象、以过程理性为制度核心、可实现程序自治的送达结构。由“结果型”送达向“过程型”送达转向是解决我国送达制度困境、重构我国送达制度的具体路径。该路径的实现以强化送达过程的理性建设为重点,信息化手段、社会化方法、交互性机制和推定规则可以为我国送达制度结构性转向提供技术保障。

**关键词** 送达 送达难 电子送达 过程导向 结果导向

### 一、问题的提出

送达制度是民事诉讼的一项基础性制度,几乎所有的民事案件都离不开送达。在我国,送达制度规制的是法院依照法定程序和方式,将诉讼文书交给受送达人的行为,送达行为的效力通常需要依赖受送达人接收和知悉的实际情况判断,这是一种结果导向型的送达结构。“结果型”送达在追求实质的送达结果过程中时常受外在因素牵制,进而遭遇送达不能、送而不达等

\* 吉林大学法学院副教授。本文系2020年度司法部法治建设与法学理论研究部级科研项目“电子诉讼趋势下电子化证据适用问题研究”(项目编号:20SFB3014)的阶段性研究成果。

送达难〔1〕危机,不仅拖延诉讼进程、浪费司法资源,〔2〕甚至可能引发暴力事件。〔3〕为了应对送达困境,实现有效送达,我国法院不得不在送达制度建设方面持续发力。例如,鉴于受送达人地址难找,我国确立了送达地址确认制度,要求当事人起诉或者答辩时向法院提供准确的送达信息;为了规制邮寄送达不规范、不及时等现象,我国推行了法院专递送达;考虑到有关基层组织或者单位代表缺位影响留置送达效力,现行法律允许法院以拍照、录像等方式记录留置送达过程;为了节约司法成本、提升送达效率,各地法院纷纷探索集中送达、电子送达,等等。总体而言,法院推进的送达改革大抵是“结果型”送达结构下“头痛医头,脚痛医脚”的经验式改革,其虽然对送达实践起到了一定的矫正作用,但未扭转送达效力对送达结果的依赖,亦未缓解外在因素对送达实践的制约,我国送达制度的困境犹在,且不仅作为基本形态的直接送达难依然存在,而且还叠生了送达地址确认难、邮寄送达难、集中送达难和电子送达难等新样态。〔4〕

近年来部分学者从民事诉讼基本模式理论出发,着眼于主体构造关切我国送达制度建设,即鉴于我国正由职权主义诉讼模式向当事人主义诉讼模式过渡,匹配与之相适应的“法院送达为主,当事人送达为辅”的主体构造,可应对送达困境。〔5〕该研究路径的确给予了我国送达制度理论关怀,但主要限于送达的实施层面。且不论法院和当事人协同实施送达在送达属性和实践语境等方面仍有斟酌空间,置于“结果型”送达结构下的送达主体构造改革虽然可以为我国送达实践提供一定的效率增量,但其仍然不能根本上排除外部环境和恣意因素对送达结果和送达效力的影响。故此,仅着眼于送达主体构造恐难以在克服送达难方面取得质的突破,我国法院可能依旧在粗疏送达与送达风险的困境中徘徊。〔6〕

缘何我国送达制度会遭遇送达难,又缘何我国的送达制度改革迟迟不能攻克送达难之坚?

〔1〕 送达难,包括送达效率低和送达成功难等要义,主要表现为客观的送达不能和主观的送而不达等现象。前者如,被告不在原告向法院提供的地址,法院按照已掌握的地址不能实现向被告送达;后者如,受送达人以声称非本人、不见面等方式故意躲避法院送达。

〔2〕 据部分法院统计,普通一审案件首次送达成功率约50%,而商事一审案件首次送达成功率约30%,反复送达现象比较普遍,送达期间占审限比例约20%至30%,每年更是有相当比例的案件因无法送达而延长审理周期或难以结案,送达工作占用了法官助理及书记员约80%的精力。参见山东省高级人民法院研究室:“关于民事案件送达问题的调研报告”,《山东审判》2016年第4期,第105页;范贞:“广东统一推行诉讼文书电子送达”,载《人民法院报》2015年1月5日,第1版。

〔3〕 参见费璐明:“于某暴力阻碍送达被判刑案”,载《人民法院报》2020年12月29日,第7版。

〔4〕 参见杜伟杰:“直接电子送达的基础证成与实现进路——以微信、支付宝为电子送达接收端的应用图景”,《山东法官培训学院学报》2021年第6期,第134—135页;刘伟炜:“法院集中送达面临的问题与对策”,载《江苏经济报》2019年12月4日,第B03版。

〔5〕 参见徐瑞柏、汤树华、蒋志培编:《民事案件司法程序实务》,新时代出版社1993年版,第132页;王福华:“民事送达制度正当化原理”,《法商研究》2003年第4期,第101页;廖永安:“在理想与现实之间:对我国民事送达制度改革的再思考”,《中国法学》2010年第4期,第184—185页;陈杭平:“‘职权主义’与‘当事人主义’再考察:以‘送达难’为中心”,《中国法学》2014年第4期,第200—216页。

〔6〕 参见陈杭平:“‘粗疏送达’:透视中国民事司法缺陷的一个样本”,《法制与社会发展》2016年第6期,第40—46页。

其制度性根源在于我们的送达制度结构存在谬误。我国秉持实质真实送达观形塑和发展了以“达”为重心的“结果型”送达,这与形式真实送达观规范下以“送”为核心的“过程型”送达相悖。方向错了,难免事倍功半。而“结果型”送达在追求送达结果实质性的同时,恰恰为送达难现象滋生提供了制度条件。不同于结果导向,过程导向可实现程序自治。由此,破题的关键是告别结果依赖,走向过程依赖,实现我国送达制度结构由“结果型”向“过程型”转向,使送达过程不再仅仅是服务送达结果的工具,而是依靠自身的理性建设排除外在干扰,取代受送达人因素作为送达有效与否的评价标准。这种结构性转向不仅是化解我国送达制度困境的有效方案,更是促进我国送达制度回归程序理性的需要。信息化社会为我国送达制度的结构性转向提供了时代背景和技术空间,因此,顺势而为,审视并调整我国送达制度建设的用力方向,实可谓符合制度理性的攻坚之策。

## 二、“结果型”送达的制度表现与困境

受传统司法理念和诉讼观念影响,我国以结果导向思维形塑并发展了“结果型”送达。“结果型”送达是指法院按照法定方式将送达文书交付受送达人,使其知悉送达文书内容。这是一种以受送达人为主体偏向的法院全责型送达结构,其追求的是受送达人接收和知悉的实质送达效果。“结果型”送达为送达不能、送而不达等送达难现象提供了滋生的制度空间,这使得我国以“结果型”送达为底色展开的送达制度改革无益于从根本上使法院摆脱送达难的泥沼。

### (一)我国“结果型”送达的特殊性考察

伴随着经济和社会的发展,我国“结果型”送达结构的形成和发展主要经历了三个阶段。

第一阶段(1949年—1982年)，“结果型”送达萌芽时期。这一时期,服务于“巩固革命胜利果实,保护新中国和平建设”的政治任务,民事纠纷解决仍然建立在新民主主义时期的传统司法理念和审判方式基础上,采用群众路线,调解为主。<sup>〔7〕</sup>马锡五审判方式从陕甘宁边区继续向全国范围推行。马锡五审判方式的核心要义是法官要携卷下乡,就地审理,把案件事实和群众中作深入调查后,不拘形式地促成调解,调解不得,再行判决。<sup>〔8〕</sup>这种“田间地头”式的审理模式弱化了民事纠纷解决对送达规则的现实需求,法官为了正确解决民事纠纷,就要预先让受送达人了解相关诉讼要求和理由。<sup>〔9〕</sup>这一时期,我国民事司法虽有送达环节,但送达的独立性和规范性缺失,送达作为当然之事,被消融在了法官联系群众和事实调查的过程中。例如,1963年《最高人民法院关于民事审判工作若干问题的意见》规定:“凡是能设法询问被告意见的,必须设法询问,不能随意缺席判决。离婚案件中下落不明的被告,应采取有效措施设法

〔7〕 参见沈钧儒:“人民法院工作报告 六月十七日在人民政协第一届全国委员会第二次会议上的报告”,《福建政报》1950年第6期,第22页。

〔8〕 参见张卫平:“回归‘马锡五’的思考”,《现代法学》2009年第5期,第140页。

〔9〕 参见(苏)阿·阿·多勃罗沃里斯基等:《苏维埃民事诉讼》,李衍译,常怡校,法律出版社1985年版,第228页。

查找。”1979年《人民法院审判民事案件程序制度的规定(试行)》要求,法院应当在审理前将起诉书副本交给被告,或将原告的诉讼要求与理由告知被告,无论被告答辩与否,案件审理仍需进行。法院审理要在认真审阅诉讼材料的基础上,深入基层,调查研究。调查研究必须坚持群众路线,弄清原、被告的基本情况,倾听正、反两方面的意见,切忌先入为主,主观臆断,偏听偏信。概言之,这一时期的送达不拘泥于任何方式方法,法官不仅要为之,而且要尽可能地达成实质性的送达结果,其目的是保障法官查清案件事实,依靠群众化解纠纷。

第二个阶段(1982年—2003年)，“结果型”送达形成时期。这一时期,我国的经济体制已从计划经济向市场经济转轨,所有制结构由单一的公有制向以公有制为主体的多种所有制并存转变,治国方略从人治向法治转变,社会环境由封闭型向开放型发展,国家社会由高度统一的一元结构向“国家—社会”二元结构过渡。<sup>[10]</sup>与此相适应,我国的民事纠纷解决告别了“法律虚无主义”,步入法制的轨道。在汲取既有民事审判经验和借鉴苏联民事诉讼立法基础上,1982年《中华人民共和国民事诉讼法(试行)》确立了以“达”为着力点的“结果型”送达结构。而该结构又被1991年《民事诉讼法》所吸收,并在之后的历次修法中得以保留和延续。我国“结果型”送达具有如下表征:

第一,送达过程僵化。一方面,我国的送达方式缺少灵活性。其一,法院派专人直接送达,是立法上唯一的首选送达方式。邮寄送达、委托送达和转交送达等均是次序的送达方式,只能在直接送达不可行的情况下适用;其二,只有在受送达人或者送达受领人明确拒绝的情况下,法院才可以采用留置送达,且留置只能向受送达人的住处为之。另一方面,我国固化了送达回证之于送达过程的证明作用。送达应有回证,送达回证是送达主体对送达对象、送达时间、送达地点和送达过程等内容的记录,是用以证明送达人是否履行送达义务以及如何履行送达义务的凭证。在送达争议发生时,送达回证可供法官裁量送达是否有效。然而,送达效力是一个综合而复杂的问题,需要依托个案的具体情况评判。因此,有关送达过程的记录不宜被视为证明送达有效与否的唯一方法。<sup>[11]</sup>而我国的送达制度则强化了送达回证的作用,送达规则的首要条款即强调送达诉讼文书必须有送达回证,它不仅是法院完成送达任务的凭证,也是与受送达人建立诉讼法律关系,证明受送达人已经收到诉讼文书的凭证。<sup>[12]</sup>在我国,送达回证是

[10] 参见罗豪才:“社会转型中的我国行政法制”,《国家行政学院学报》2003年第1期,第4页。

[11] 例如,德国不再将送达作成公证文书视为送达本身的设权因素,即便送达证书有瑕疵或者是丢失,送达的过程仍然可以通过其他方式证明;日本的送达报告书纯粹属于一种证明方法,即便送达报告书制作迟延,也不必然影响送达本身的效力,即送达报告书不是证明送达是否合法实施的唯一证明方法;美国仅将送达证明作为一项技术对待,不提供送达证明不影响送达效力,而证明送达已发生的送达证明,亦可被其他证据推翻。参见(德)罗森贝克、施瓦布、戈特瓦尔德:《德国民事诉讼法》,李大雪译,中国法制出版社2007年版,第520页;(日)新堂幸司:《新民事诉讼法》,林剑锋译,法律出版社2008年版,第278页;《美国联邦民事诉讼规则证据规则》,白绿铨、卞建林译,中国法制出版社1999年版,第18页。

[12] 参见梁书文主编:《民事诉讼法释义》,中国检察出版社1991年版,第120页;王胜明主编:《中华人民共和国民事诉讼法释义》,法律出版社2012年版,第195页。

影响送达日期判断、期间计算和案件有效审结的关键。<sup>[13]</sup>

第二,送达对象紧缩。在我国,送达原则上应当向受送达人本人为之,在未遇到受送达人本人时,为了保障送达结果的稳妥性,法院也只可向与受送达人同住的成年家属、法人或者其他组织负责收件的人、诉讼代理人或者代收人等有限的法定主体补充送达。

第三,追求向受送达人交付、使受送达人知悉的实质真实效果。一方面,我国送达制度注重受送达人签收的意义。我国的送达规则没有在送达人的诚信义务方面着过多笔墨,<sup>[14]</sup>而是塑造了以受送达人签收为终点的一般构造,无论是直接送达、邮寄送达、委托送达或转交送达,均有对受送达人签章的要求。在我国,受送达人签收具有重要的法律意义,它决定了送达生效日期。另一方面,我国设立了较长的公告送达期。公告送达是受送达人下落不明或者其他方式无法送达时的一种推定送达方式。公告期间届满,将发生视为送达的法律效力。考虑到受送达人的权利义务将因此受到影响,我国对公告期间的设定颇为谨慎。这一时期,我国《民事诉讼法》规定了3个月的公告期间。尽管为了提高诉讼效率,之后《民事诉讼法》修改适当缩减了公告期间,但比较而言,我国公告送达的公告期间仍然偏长。<sup>[15]</sup>这意味着,即便在适用公告送达的兜底情形,我国立法依旧为受送达人接收诉讼文书做了最大考量,以便尽可能地达成实质的送达结果。

第三个阶段(2003年一至今),“结果型”送达发展时期。这一时期,我国社会主义市场经济已经建立,社会现代化和法治现代化历史转型基本完成,民事主体之间的利益往来多元且频繁,民事主体的法律意识和权利观念也有了根本性改变,“诉讼社会”<sup>[16]</sup>已是我国法院必须面对的现实。2004年以来,诉讼简易化、审判效率化和司法效能提升成为了我国民事司法改革的核心点。<sup>[17]</sup>而牵扯法院较大精力的送达制度,自然成为了法院着力改革的对象。于是,以提升送达效率为主要目标的送达地址确认、法院专递和电子送达等措施相继实施。然而,这一时期,我国送达制度建设以“能够联系到受送达人”为潜在语境,以受送达人主观意愿为着眼

[13] 参见陈吉斌:“诉讼文书送达难的原因及对策”,《求实》2001年第11期,第99页。

[14] 例如,德国《民事诉讼法》第182条规定,送达回证要有执行送达人的姓名和签名,而于受送达人仅包括姓名即可;美国《联邦民事诉讼规则》第12条规定,如果送达是由联邦法警总长、法警副总长之外的人完成,那么该送达人不仅要提交送达证明,也要提交宣誓书,宣誓书是用伪证罪惩罚以保证其真实性的陈述。

[15] 例如,日本《民事诉讼法》第112条规定,国内公告送达期间仅为2周。

[16] 参见张文显:“现代性与后现代性之间的中国司法——诉讼社会的中国法院”,《现代法学》2014年第1期,第3—8页。

[17] 《人民法院第二个五年改革纲要(2004—2008)》将继续探索民事诉讼程序简化形式作为改革的主要内容;《人民法院第三个五年改革纲要(2009—2013)》提出要紧紧抓住影响和制约司法公正、司法效率、司法能力和司法权威的关键环节,着力解决人民群众日益增长的司法需求与人民法院司法能力相对不足的矛盾;《人民法院第四个五年改革纲要(2014—2018)》明确提出推动送达制度改革,推动建立当事人确认送达地址并承担相应法律后果的约束机制,探索推广信息化条件下的电子送达方式,提高送达效率;《人民法院第五个五年改革纲要(2019—2023)》的总体目标之一即是改革法律文书送达机制,推动实现审判资源优化配置、司法效能全面提升,构建顺应时代进步和科技发展的诉讼制度体系。

点,这进一步巩固了我国“结果型”送达结构。以我国着力发展的电子送达为例,<sup>[18]</sup>根据《人民法院在线诉讼规则》,电子送达的适用条件是“受送达人同意”,无论是明示同意,还是作出了相应诉讼行为的默示同意,都意味着电子送达适用的前提是法院能够掌握受送达人的联系信息,并能够获得受送达人相应的意思表示。实践中较常见的做法是,法院在立案阶段,或者送达起诉状副本的同时,要求受送达人填写送达地址确认书,送达地址确认书会载明受送达人是否同意适用电子送达以及具体的送达地址等内容。<sup>[19]</sup>由此,我国电子送达仅是一种辅助且置后的送达方式,它发生在初次联系受送达人之后。如果受送达人主动提供了电子送达地址,那么送达生效标准采用到达主义;如果电子送达地址并非受送达人主动提供,那么送达生效标准将采用更倾向于受送达人利益保护的知悉主义,与此同时,受送达人还可以系统错误、送达地址非本人使用或者非本人阅知等未收悉事由否定电子送达的效力。可见,我国电子送达的效力与受送达人知悉诉讼文书内容具有更密切的关联。当然,如此保守的设计,不乏源自我国民事司法对互联网技术安全性、真实性和稳定性的担忧,<sup>[20]</sup>但是我国没有把这种担忧排解在对电子送达操作标准和技术标准的要求上,<sup>[21]</sup>而是仰赖于受送达人对电子送达的主观接受程度和对诉讼文书的知悉程度,不可不谓“结果型”送达逻辑的延续。

## (二)“结果型”送达的制度困境

概言之,我国送达制度的正统性是法院按照法定方式将诉讼文书交付受送达人,使其知悉诉讼文书内容。<sup>[22]</sup>这种“结果型”送达结构的形成和发展是“重实体轻程序”传统司法理念和实质真实诉讼观作用的结果。正如学者所言,我国民事司法偏好结果导向型思维方式,法制建

[18] 2003年发布的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》和《最高人民法院关于适用简易程序审理民事案件的若干规定》分别在海事诉讼和简易程序等特殊领域首先肯定了电子送达,2012年《民事诉讼法》正式肯定了电子送达的法律地位,2021年《民事诉讼法》修订,进一步拓展了电子送达的适用范围。其他有关电子送达操作规则的全国性法律法规主要包括:2015年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》、2016年《最高人民法院关于进一步推进案件繁简分流优化司法资源配置的若干意见》、2017年《最高人民法院关于进一步加强民事送达工作的若干意见》、2018年《最高人民法院关于互联网法院审理案件若干问题的规定》和《最高人民法院关于人民法院通过互联网公开审判流程信息的规定》、2020年《民事诉讼程序繁简分流改革试点方案》《民事诉讼程序繁简分流改革试点实施办法》和《民事诉讼程序繁简分流改革试点问答口径(一)》以及2021年《人民法院在线诉讼规则》。电子送达建设贯穿我国送达发展时期始终,被视为我国应对送达难、提高送达效率的关键之举。

[19] 参见刘向琼、刘鸣君:“论我国民事诉讼电子送达制度的现状及其完善”,《法律适用》2018年第3期,第33页。

[20] 参见张卫平主编:《新民事诉讼法专题讲座》,中国法制出版社2012年版,第157页。

[21] 电子送达的技术装备和技术标准是德国电子送达改革的核心议题之一,德国《民事诉讼法》规定,电子送达的文书须附认证过的电子签名,或由负责人签名并通过安全的途径传递,如德邮账户(De-Mail)、律师或公证员的专用电子邮箱、电子法院政务邮箱以及官署电子邮箱等。参见张陈果:“德国民事送达改革研究——写在德国《民事送达改革法》颁行十年之际”,载中国民事诉讼法学研究会主办:《民事程序法研究》(第12辑),厦门大学出版社2014年版,第154—155页;周翠:“德国司法的电子应用方式改革”,《环球法律评论》2016年第1期,第102页。

[22] 参见《民事诉讼法学》编写组编:《民事诉讼法学》,高等教育出版社2018年版,第175页。

设和司法适用侧重于强调令行禁止、正名定分的实体合法性方面,而对程序问题则语焉不详。<sup>〔23〕</sup>送达正是我国民事司法结果导向思维的制度体现,它既是一项程序性制度,也是法院联络受送达人、了解案件事实和推进诉讼进程的关键结点。故此,如何固化送达完成的结点,夯实受送达人知悉的状态,达成实质的送达效果,以保证受送达人参加诉讼,正确处理民事纠纷,自然成为了结果导向型立法和司法更关切的内容。而送达过程不过是送达的技术和方法,其以确保受送达人接收和知悉诉讼文书为目的,并将因送达结果的达成获得正当性。

然而,“结果型”送达是非常理想化的送达结构,它需要相对封闭的社会结构、相对有限的纠纷数量和以人情伦理为基础的信任环境提供政治、经济和社会保障。正如在“结果型”送达萌芽时期,强调公权属性的计划经济体制和以人情为基础的熟人社会为法院落实送达工作提供了基础保障,法院往往可以依托亲密社群和乡土逻辑有效送达诉讼文书,<sup>〔24〕</sup>进而通过文书送达与群众参与,全面了解案情,形成纠纷解决的合力。<sup>〔25〕</sup>在这一时期,尽管法院送达主要凭经验进行,缺乏规范指引,但送达制度的困境并不显见。进入“结果型”送达形成时期以后,随着经济社会的转型和发展,“结果型”送达赖以存在的基础环境已经被打破,人口流动广泛且频繁,诉讼案件呈爆发式增长,陌生人社会和网络社会的诚信危机无一不对“结果型”送达构成挑战。坚持“结果型”送达,则难免遭遇送达难危机。

第一,“结果型”送达是以受送达人为主体偏向的送达结构,容易滋生受送达人的反诱因行为。通过当事人自己承认结论防止法官恣意与专断是我国传统司法理念主导下较常见的操作方式。<sup>〔26〕</sup>送达通常是由“人”到“人”的过程,难免受到主观因素的影响,在送达过程公正与否难以客观标准评判时,唯有寄希望于送达结果对送达过程的制约。这种制约是双向的:一是制约法院滥用送达支配权,敦促法院依法向受送达人送达,以受送达人对送达结果的确认,证明法院已有效完成送达;二是制约受送达人出尔反尔、恣意翻悔,受送达人签收诉讼文书是受送达人自甘送达风险最强有力的凭证。然而以“结果型”送达防止恣意的同时,这种送达结构容易被受送达人利用,作为阻止送达顺利进行的手段。例如,受送达人因对诉讼抱有抵触情绪,故意躲避送达、拒绝接收诉讼文书和拒绝在送达回证上签字,而受送达人因素是关系“结果型”送达效力的决定性因素,送达就会因“找人难”“接收难”“签字难”等现象难以推进和落实。

第二,“结果型”送达是法院全责型送达结构,增加了法院的送达压力和送达成本。以受送达人为主体偏向,以受送达人签收为终点的送达结构打破了送达风险的平衡分配机制,法院要对送达过程和送达结果承担全部责任。面对受送达人流动性大、主观状态不确定等现实,为了不致为送达不能或送而不达等现象买单,法院需要投入更多的时间、劳力和费用寻找受送达

〔23〕 参见季卫东:“法律程序的意义——对中国法制建设的另一种思考”,《中国社会科学》1993年第1期,第84页。

〔24〕 参见陈柏峰:“熟人社会:村庄秩序机制的理想型探究”,《社会》2011年第1期,第225页。

〔25〕 参见马锡五:“马锡五副院长在全国公安、检察、司法先进工作者大会上的书面讲话”,《人民司法》1959年第10期,第38页。

〔26〕 参见江伟:“市场经济与民事诉讼法学的使命”,《现代法学》1996年第3期,第6页。

人,穷尽方法抵御外部环境和恣意因素对送达的影响,以达成受送达人接收和知悉的状态,这不仅增加了司法成本,也会使法院陷入“围着受送达人转”的怪圈。更甚者,送达可能因此游走于“程序虚无主义”的风险之境。例如,邮寄送达已经事实地成为部分法院首选的送达方式;部分法院已采用电话受领、留置于法院的送达或者当庭宣判视为送达等变通操作;公告送达存在被泛化和滥用的趋势,等等。<sup>[27]</sup>

第三,“结果型”送达是实质性送达,不利于送达效率的提升。为了追求实质送达效果,确保以法定方式有效送达,法院不得不反复多次直接送达,或叠加多种送达方法,这大大降低了送达效率。而送达制度是民事诉讼程序的基本连接,关系民事诉讼进程的全局,送达效率低将直接造成诉讼拖延,打破法律服务的平衡机制,影响当事人诉权的实现。送达又是技术性较强的制度,送达的技术性特点决定了送达的发展很容易受到社会因素和技术因素的影响,借助先进的操作技术突破法院人力局限,提高送达效率,缓解人口流动频繁、案件数量激增与司法资源有限之间的现实张力。然而,“结果型”送达为送达效率赋能的能力有限,送达过程总是让位于实质的送达结果,以送达结果的实质达成为转移。这看似确保了送达的正当性,却可能阻碍了送达的进步和发展。例如,送达地址确认和电子送达可能无助于解决联系不到受送达人或者受送达人恣意排斥相应送达方式等传统送达方式遭遇的困境。在“结果型”送达结构中,程序操作或技术操作所带来的送达效率增量往往是滞后的、局限的。

### 三、“过程型”送达是送达制度的理性结构

当实体真实所必要的系统环境被打破,正当程序已成为现代程序法建设的理论基础和基本思维方式。正当程序逻辑下的送达制度应当是按照过程导向型思维方式打造的“过程型”送达。“过程型”送达是以“送”为核心的送达结构,其追求的是受送达人知悉诉讼文书可能性的形式真实状态。“过程型”送达具有自治性,它可以使送达免受外部环境和恣意因素的干扰,仅依靠送达过程自身克服送达障碍,获得送达结果的正当性。

#### (一)“过程型”送达是以程序利益为保护对象的送达定位

“过程型”送达,是指送达主体以法定方式作出通知,为受送达人提供知晓诉讼文书内容的机会。这种送达结构以形式真实作为送达的目标和价值定位,其保障的是受送达人知悉诉讼文书可能性的程序利益,而非受送达人确实知悉诉讼文书的结果利益。换言之,不同于“结果型”送达对实质送达结果的执著,“过程型”送达的“达”仅是对受送达人知悉机会的达成。

“过程型”送达的目标定位与送达制度的程序法理相契合。送达制度衍生自最低限度的正义观。在行使权力可能使他人受到不利影响时必须公平地听取当事人陈述,即便是上帝,也只

[27] 参见廖永安,见前注[5],第176—181页;陈杭平,见前注[6],第41—44页。



有在传唤亚当和夏娃作正当辩护之后,才能作出判决。<sup>[28]</sup>这是自然正义最核心的内容,也是法的精神和人类理性最集中的体现。自然正义观念发端于英国普通法,后在美国得到了进一步发展,现已被正当程序观念所吸收。正当程序有一张“普罗透斯的脸”,它的内涵与标准会受政治、经济和文化等因素影响不断发展和变化,<sup>[29]</sup>但是程序参与原则无疑是其中一以贯之的面相。程序参与原则要求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。<sup>[30]</sup>送达制度正是关于受送达人程序参与机会的制度载体。为了通达利害关系主体的程序参与渠道,使民事审理和裁判获得程序正当性,法院必须向利害关系主体作必要的通知,以保障其知悉诉讼进程,进而有机会对审判过程施加影响,防止法院突袭裁判。诚然,受送达人确实知悉诉讼进程是达成受送达人程序参与机会最完美的状态,人们也总是希望送达能够使受送达人确实知悉诉讼进程,但是送达有其局限性,它不是一个完全封闭和逻辑自足的制度,难免受到外在主观或客观因素的干扰。例如,受送达人外出打工,长期与住所失去联系,法院无法依据所掌握的信息让受送达人签收诉讼文书。那么在送达结果与实际的知悉结果之间就会存在距离。可以说送达并非总能达成完美的知悉状态,当在送达过程方面尽了最大努力后仍不能确定受送达人已实际知悉时,我们应接受一种程序上的必要妥协。这种程序上的妥协状态才是送达制度最低限度的目标和价值追求,至于实质性的知悉不过是派生的,是无懈可击送达过程的一种意料之中的副产品。<sup>[31]</sup>概言之,送达所追求的结果应当是程序意义上的送达结果,而非实质意义上的送达结果。从这个意义而言,作为送达保障对象的诉讼知情权仅是一项过程性权利,属于程序性基本权利范畴,它关注的是利害关系主体知悉诉讼进程合理可能性的程序利益,而非知悉与否的实质利益。只要受送达人知悉诉讼进程的机会利益得到了合理性保障,那么送达即可被视为完成,不必再追问送达的实际效果。

## (二)“过程型”送达是以过程理性为核心的送达结构

正当程序衍生的送达制度,其目标和价值的实现需要以程序保障为前提。这意味着,“过程型”送达应当按照过程导向型思维方式打造,打造的重点不再是送达结果的正当性,而是送达过程的正当性。另言之,虽然直观上“送”是送达的方法和过程,“达”是送达的目的和结果,但是在“过程型”送达的逻辑构造中,“送”才是送达制度的关键。送达过程的主要内容是送达方式,因此,送达方式的设定和运用是否符合过程理性就成为了“过程型”送达的核心关切。

[28] See *R. v. University of Cambridge*, 1 Str. 557 (1723).

[29] 参见(美)E·博登海默:《法理学——法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社2017年版,第264页。

[30] 参见(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年版,第11页。

[31] 参见(美)诺内特、塞尔兹尼克:《转变中的法律与社会:迈向回应型法》,张志铭译,中国政法大学出版社1994年版,第74页。

其一,送达方式的立法设定应当符合送达行为的客观规律,满足一般受送达人的程序保障要求,具备达成送达结果的良好能力。例如,由送达主体向受送达人直接交付送达是公认的最基本的送达方式,而为了增强送达方式的实践适配度,部分国家或地区规定了补充送达、替代送达、留置送达和相会送达等直接送达的变形方案,与此同时,这些国家或地区还对相关送达方式所涉及的主体、场所和时间等因素作了预期性限制,以信赖这些送达方式与达成受送达人知悉诉讼文书机会相匹配。<sup>〔32〕</sup>又如,面对信息技术的发展,民事司法没有当然地肯定电子送达的法律地位,而是结合机密性、完整性、不可更改性、可识别性和可证明性等程序因素审视这一新型送达方式与正当程序的契合度,在信赖电子送达能够满足一般受送达人所需要的程序保障的情况下,才逐渐赋予了电子送达以法律效力。<sup>〔33〕</sup>

其二,送达方式的司法适用应当为具体受送达人的程序保障合理筹划。合理筹划的标准有二:一是送达过程要满足具体受送达人知悉的程序正当性。具体而言,选定的送达方式已是法院尽必要努力后的最佳送达方式,且该种送达方式具有使具体受送达人知悉的一般信赖利益;二是送达过程要兼顾送达效率。如果说程序是法律的心脏,那么效率就是法律现代化的重要表征。身处诉讼爆炸的时代,迅速而经济的裁判已成为现代程序保障理论的应有之义。<sup>〔34〕</sup>送达制度作为诉讼流程的关键节点,当然要为诉讼的合经济性而努力。这意味着,送达过程不仅要公正地进行,而且要及时地实现。送达过程在满足程序正当的基础上,亦要关怀诉讼效率,这就要求法院应当在“草率送达”与“过度送达”间寻求程序利益的平衡,择取最合理的送达方式向受送达人送达。进言之,法院无需尝试每一种法定送达方式,而是要确信所择取的送达方式是能够保证受送达人知悉可能性的最佳送达方式。

为了简化最佳送达方式的识别过程,提高送达过程的被接受度,有的国家或地区在送达过程中引入了受送达人程序参与因素。例如,1996年日本修改《民事诉讼法》确立了送达场所申报制度,受送达人可以不受法定送达场所的限制,向法院申报自己容易接收诉讼文书的场所。一旦受送达人进行了这种申报,那么法院便不再寻找受送达人的住所或工作场所,而是向受送达人申报的场所送达。无论受送达人是否在该场所接收诉讼文书,送达人向该场所的送达都

---

〔32〕 例如,德国《民事诉讼法》第178条规定,在未遇到受送达人时,送达可以向外表上符合成年要求的家庭成员、家中雇员、共同居住人、受送达人营业场所的工作人员、受送达人所在机构的领导或者被授权接收的主体进行;日本《民事诉讼法》第106条规定,在工作场所以外未见到受送达人时,可以将送达文书交付给其佣人、其他从业者,或者对接收送达文书有相当辨识能力的人;在工作场所没有见到受送达人时,可以将送达文书交付给工作单位或其法定代理人或雇佣人及其他从业者中对接收送达文书有相当辨识能力的人;美国《联邦民事诉讼规则》第4条、第5条规定,送达可向居住在受送达人个人住宅或通常居住地达到适当年龄且具有适当辨别能力的人进行。

〔33〕 参见何其生:“域外电子送达与《海牙送达公约》”,载陈光中、江伟主编:《诉讼法论丛》(第10卷),法律出版社2005年版,第521—531页。

〔34〕 参见邱联恭:《程序选择权论》,台湾三民书局2004年版,第5页。

发生法律效力。<sup>〔35〕</sup> 送达场所申报制度调动了受送达人的主观能动性,使其能够与法院就送达过程进行有效沟通,不仅便利了受送达人接收诉讼文书,也避免了法院因发现送达地址事宜消耗司法精力和司法成本。这种互动式的送达过程,简化了法官关于送达过程理性的评估和把控,增强了受送达人对送达过程的预见性,使送达过程更富妥当性与实效性。

### (三)“过程型”送达可以实现程序自治的送达状态

“过程型”送达属于罗尔斯所划分的纯粹的程序正义范畴。纯粹的程序正义的正义标准完全取决于程序,它的明显优势是,在满足程序理性的要求时,不再需要随时注意无数的不同情况和具体人不断变化的相对地位,以免因为这些细节使问题复杂化。<sup>〔36〕</sup> 相应的,只要符合理性的送达过程得到了满足和执行,那么送达无需再关注受送达人的主观状态、客观情况和知悉效果等不确定因素,送达行为就可以被视为是正当的、有效的。由此,“过程型”送达可实现程序自治。在“过程型”送达的操作范式中,不是从送达结果的可接受性上评价送达过程的有效性,而是从送达过程的正当性上评价送达结果的合理性,受送达人也不再是送达行为的验收者,而是由送达过程充当了送达行为的效力标尺。只要没有理由表明其他的送达方式比所选择的送达方式更合理,那么就应当自然地接受过程理性构建的信任机制,毋庸再怀疑送达结果的合理性、有效性。在“过程型”送达结构下,送达相关主体只需关注送达过程本身即可,并依托“看得见”“可评判”的送达过程发挥转移送达风险和确定送达责任的机能。例如,在具有开创性的“马兰诉中央汉诺威银行和信托公司案”中,信托公司在报纸上发布公告通知本案受益人出席账目说明听证会。<sup>〔37〕</sup> 由于部分受益人有明确居住地,相较于公告送达,直接送达或邮寄送达可以为这类受送达人提供更充分的机会利益,且送达主体尽必要努力就可以实现这种最佳的送达方式,因此,即便部分有明确居住地的受送达人已经实际阅读了报纸,知悉了诉讼文书的内容,但是鉴于送达主体选择公告送达方式欠缺合理筹划,美国联邦最高法院仍以送达方式不符合正当程序为由否定了公告送达对有明确居住地的受送达人的法律效力。而在另一例目前所知的电子送达第一案中,除了被告威胁原告时所使用的电子邮件外,别无其他可联系被告的方式,原告律师便通过电子邮件向被告送达诉讼禁令。<sup>〔38〕</sup> 虽然本案所采用的电子送达不具有使被告知悉禁令内容的确定性,但被告向原告发送电子邮件的行为足以表明被告偏爱电子通信方式,采用电子送达具有使被告知悉禁令内容的合理

〔35〕 参见(日)新堂幸司,见前注〔11〕,第280—281页。

〔36〕 参见(美)约翰·罗尔斯:《正义论》,上海译文出版社1991年版,第97页。

〔37〕 See Mullane, *Special Guardian, v. Central Hanover Bank & (and) Trust Co., Trustee, et al.* 339 U.S. 306 (1950).

〔38〕 See Frank Conley, “Service with a Smiley: The Effect of E-Mail and Other Electronic Communications on Service of Process,” *Temple International and Comparative Law Journal*, Vol. 11, No. 2, 1997, p. 408.

可能性,因此,英国皇室法院后座法庭法官肯定了本案采用电子送达的法律效力。

实现我国送达结构由“结果型”向“过程型”转向是送达制度的理性回归,但构建和适用“过程型”送达时可能存在以“正当程序”之名影响受送达人利益之嫌,即“过程型”送达无法确保受送达人收悉送达文书。面对潜在的质疑和问题,首先需要澄清的是,“过程型”送达并非不关注送达结果,而是使送达过程本身成为送达结果获得正当性的源泉。正如送达难的表现,受送达人未收悉送达文书的结果可能由主观原因造成,此时,理性的送达过程可以有效制约受送达人恣意,促进其积极实施诉讼行为;受送达人未收悉送达文书的结果也可能由客观原因造成,而理性的送达过程恰恰可以最大化地提高受送达人知悉的可能性、便捷性,并在送达行为效力存在异议时提供客观的评价依托。综上,需要强调的是,“过程型”送达结构下,打造和贯彻理性的送达过程是前提、是关键,是受送达人利益不受减损的保障。只有已经运用最佳的送达方式向受送达人合理告知,送达结果才可被接纳和信赖,不必再过多的顾忌外部不确定因素对送达的牵制和干扰。如此,“过程型”送达可发挥其程序自治功能从制度层面移除送达不能、送而不达等送达难现象滋生的环境,进而破解我国送达制度的困境。

#### 四、“过程型”送达的制度建构与技术保障

既然“过程型”送达是送达制度的规范结构,是解决我国送达难顽疾的钥匙,而送达过程理性又是“过程型”送达的核心,那么着眼于理性的送达过程,“过程型”送达的制度建构可从静态的送达方式建设和动态的送达方式运用建设两方面打造,信息化手段、社会化方法、交互性机制和推定规则可以为这两方面建设提供相应的技术保障。

##### (一) 强化信息化手段

作为技术性较强的程序性制度,送达对信息技术的发展总是极为敏感,电话、传真和电子邮件等相继进入送达制度改革的视野。特别是在专业性较强的领域,信息化的送达方式往往被青睐。例如,德国法院向律师的送达,或者律师向律师的送达可以直接通过传真或电子邮件完成。<sup>[39]</sup> 美国涉及技术服务或产品的案件,尽管送达可以通过直接或邮寄的方式进行,但法院更倾向于依赖电子邮件和在线方式通知。<sup>[40]</sup> 我国也已经肯定了电子送达的法律地位,但仅将其作为一项辅助的送达方式,并附加了诸多限制性条件。如果说在信息技术发展初期,基于对新兴技术的顾虑,谨慎地对待信息技术向送达制度的投射尚有一定必要,那么在电子签章技术、信息加密技术、防篡改技术和电子回执技术等已能为送达提供可靠技术支持的今天,仍然保守地对待信息化手段在送达制度中的应用,将是对已成为善的敌人的过度反应。事实上,

[39] 参见张陈果,见前注[21],第154页。

[40] See Christine P. Bartholomew, “E-Notice”, *Duke Law Journal*, Vol. 68, No. 2, 2018, p. 217.

信息化手段在送达制度改革中具有广阔的作用空间和应用前景。

第一,信息化手段可以拓展送达的渠道,提升受送达人知悉诉讼文书的可能性。我们通常致力于运用信息化手段提升送达效率,这其实限缩了信息化手段之于送达制度改革的意义。事实上,从前述电子送达第一案中不难发现,电子送达进入送达的视野不是为了追求送达效率,而是为了解决传统送达方式不能的问题。因此,拓展送达的渠道,提高受送达人获得程序保障的可能性,才是运用信息化手段的首要目的。现代社会,城市之间、城乡之间和城市内部的人口流动广泛而频繁,人户分离、空挂户等现象普遍,而我国户籍管理部门和工商管理部门尚不能及时提供地址更新服务,这使得物理地址发现成为了制约送达的重要因素。特别是在网络普及化的今天,<sup>[41]</sup>民事主体完全可以摆脱物理地址在线交往,这更增加了发现送达地址的难度。而相较于物理地址,电子地址具有唯一性、可识别性和可移动性等特征。受送达人只要登录互联网络,就可以出现在电子地址。可以说,时下相较于物理地址,受送达人与电子地址之间具有更强的人身依附性。在送达过程中运用信息化手段,可以松动送达对物理地址的依赖,依靠具有真实性外观的电子地址,实现法院与受送达人在虚拟空间的直接对接。这拓展了直接送达的实现场域,特别是在无法获得受送达人物理地址的情况下,信息化手段可以为送达提供线上渠道,进而提升受送达人接收和知悉诉讼文书的可能性。

第二,信息化手段可以拓展送达的实施媒介,保障送达过程的效率性。信息化手段可以使送达主体依托信息技术以远程、实时和无纸化的方式向受送达人传递诉讼文书,这种非亲历化的送达方式挣脱了时间和空间对送达的限制,增强了送达过程的灵活性和便利性,降低了送达的时间、经济和人力消耗,有利于应对案件数量激增与司法资源有限之间的矛盾。

第三,信息化手段可以发挥信息技术的工具理性监督和制约送达过程。在送达过程中运用信息化手段将实现送达由“人——人”向“人——信息技术——人”的发展。而信息技术具有客观性、留痕性和溯及性等特征,它可以在不受送达相关主体主观影响的情况下,自动记录发送地址、接收地址、送达内容、发送时间、到达时间,乃至查阅时间等送达信息,并生成效力凭证。这意味着信息化手段本身可以监督和制约送达过程,并为送达过程提供客观证明,法院只需专注于送达过程的正当性和规范性即可,不必再向受送达人签收寻求效力保证。从这个意义上,信息化手段有助于缓解我国送达制度对送达结果的依赖,促进我国送达结构由“结果型”向“过程型”过渡。

综上,在传统送达方式受制约的情形,信息化手段可以拓展送达的渠道;在传统送达方式可实现的情形,信息化手段可以为送达提供效率增量。因此,强化送达过程中的信息化手段,运用

[41] 根据2022年《第49次中国互联网络发展状况统计报告》,截至2021年12月,我国网民规模达10.32亿,互联网普及率达73.0%。

信息化手段丰富首选的送达方式,提升我国电子送达的法律地位和适用空间有助于促进送达过程的理性建设。当然,信息化手段发挥作用的前提是具备可信赖的信息技术。为此,我国民事诉讼法展开了多方面的实践探索。例如,电子签章技术已被广泛的应用于裁判文书制作和电子送达;〔42〕有的法院的送达技术平台已可实现自动记录送达过程、自动生成送达日志和送达回执自动入卷,保证了电子送达全程可视、可查和可存;〔43〕有的法院为送达技术平台植入了区块链技术,诉讼文书通过加密运行形式得到哈希值固化,一经形成便无法篡改。〔44〕种种实践表明,可信赖的信息技术已不再是制约信息化手段运用的关键。然而,我国尚缺乏对众多信息技术的检视和整合,既有法律、法规和规范性文件也鲜少提及送达所需要的技术标准、安全标准等事项。例如,目前短信、电话、微信平台、QQ平台、电子邮件和法院送达技术平台等均可作为我国送达的平台载体。然而不同的平台载体会有不同的技术特点和运行环境:电话或者短信送达既无法等值还原诉讼文书的形式特征,也不方便受送达人保存诉讼文书;普通电子邮件的送达会面临送达邮件被视为垃圾邮件的风险;QQ平台不乏被盗号的例证,等等。这就会导致送达过程的践行标准和受送达人程序保障程度出现参差。因此,运用公权力强化信息化手段的规范化、标准化和一体化建设仍是我国送达制度改革需要深耕细作的方向。

## (二)依托社会化方法

所谓社会化方法,是指发挥社会的司法协助义务促进送达过程建设的方法。该方法的运用主要体现在两个方面:

一是利用社会资源辅助法院发现受送达人信息。在“过程型”送达的适用中,影响法院直接送达的最大掣肘,将是如何获得受送达人的送达地址信息。因此,户籍管理部门应加强对常住人口的登记和流动人口居住信息的采集,工信部门应加强对用户实名信息的登记和管理,在此基础上,构建安全的信息查询平台,以便法院及时发现受送达人的送达相关信息。近年来,一些地方法院和市场监管部门正在尝试市场主体法律文书送达地址确认制度,即市场主体在当地办理设立、变更、备案等登记注册业务或申报年报时,需要向市场监管部门提供真实的地址、电子邮件等信息,该信息可供法院送达使用。〔45〕这些地方探索亦值得关注,部门联动的

〔42〕 参见胡昌明:“中国法院‘智慧审判’的新发展与新展望”,《山东法官培训学院学报》2019年第4期,第157页。

〔43〕 参见赵红旗:“五分钟内完成送达发起到回执入卷”,载《法治日报》2020年8月20日,第1版。

〔44〕 参见陈甦、田禾主编:《中国法院信息化发展报告(2020)》,社会科学文献出版社2020年版,第159页。

〔45〕 参见山东省高级人民法院和山东省市场监督管理局联合下发的《关于推进市场主体法律文书送达地址承诺确认工作的实施意见》,重庆市高级人民法院、重庆市市场监督管理局、重庆市药品监督管理局、重庆市知识产权局联合下发的《企业确认法律文书送达地址并承诺相应责任的实施意见》,北京市高级人民法院和北京市市场监督管理局联合下发的《关于推进企业等市场主体法律文书送达地址承诺确认工作的实施意见(试行)》和上海市高级人民法院、上海市市场监督管理局联合下发的《关于企业确认诉讼文书送达地址并承诺相应责任的实施意见(试行)》等。

送达社会化建设可以使送达过程更有效、更便捷。

二是利用社会资源探索送达的补充方式,以扩充送达的实施主体,送达的实施场所和送达的实际受领主体等内容。由法院在特定场所直接向受送达人本人送达,无疑是最可靠的送达方式,但若严守送达相关因素的“适格性”难免在实践中造成送达过程的拖延。因此,有必要借助社会资源发展直接送达的补充方案,以便法院在适用中合理筹划。例如,法院在必要时可以委托当事人、邮政机构或者其他单位协助实施送达;送达的受领人可不局限在同住的成年家属、负责收件的人、诉讼代理人或者代收人等有限范围内,而是向能够被信赖会向受送达人转交的主体范围扩充;送达场所可以由居住地向营业地、会面地等社会场所突破。由此完善和发展的留置送达、邮寄送达、集中送达、当事人送达和会面送达等直接送达补充方案可以使送达过程更具灵活性和适应性。

### (三)创建交互性机制

尽管送达是法院的职权行为,但送达过程并非是法院的独白,而是法院与当事人就送达行为进行交涉的过程。按照尤尔根·哈贝马斯(Jürgen Habermas)的交往行为理论,理性的交往和良性的互动,可以使诉讼主体在相互谅解的基础上把诉讼行为计划和诉讼行为协调起来,形成共识,确保诉讼行为的有效性。<sup>[46]</sup>交互性机制是提高送达过程理性最直接的助力,而交互结果的制约力,也会推动送达由法院全责型向法院与当事人均衡分担送达责任转向。

第一,明确法院的告知义务。采用何种送达方式,需要法院在个案中,结合受送达人状况、案件性质、行为习惯和技术条件等因素合理筹划。例如,对于无法获得受送达人的物理地址,仅能远程联络受送达人的情况,电子送达无疑是有效的送达方式;对于受送达人是公主体或者有律师代理的情况,电子送达可作为优先的送达方式;而对于不公开审理的案件、受送达人年龄偏长的案件或者经济不发达地区的案件,直接送达或者邮寄送达要更为适宜。合理筹划的过程是法官以受送达人知悉机会利益合理保障为标准的心证形成过程,为了使这一过程更具妥当性和促进性,法院应尽量将送达的相关事项向受送达人作必要的告知。一是告知受送达人法院拟采用的送达方式、送达地址和诉讼文书类型,使受送达人对送达过程形成合理预期,不致发生法院促进诉讼的突袭;二是告知受送达人具有送达方式确认义务、送达地址确认义务和相应的行为后果,搭建法院与受送达人交互的桥梁,使受送达人与法院可以就送达过程展开沟通。法院的送达告知可依托送达地址确认制度实现,然而受“结果型”送达结构影响,我国既有的送达地址确认制度

[46] 参见(德)尤尔根·哈贝马斯:《交往行为理论:行为合理性与社会合理化》,曹卫东译,上海人民出版社2018年版,第115页。

是后置的，<sup>〔47〕</sup>特别是于被告而言，送达地址确认通常发生在首次送达之后，尚无法承载及时的告知功能，<sup>〔48〕</sup>这就需要对我国送达地址确认制度进行有益改良。目前，我国的电话用户已普遍完成实名制登记，电话的使用状态和活跃程度可由移动通讯运营商共享，<sup>〔49〕</sup>这为我国送达地址确认制度的完善提供了技术条件和思考方向。即法院利用电话或短信，前置性地向受送达人发送送达地址确认书，告知送达相关信息，以便送达过程更具预期地展开。

第二，增强当事人的程序参与。既然送达制度是对受送达人诉讼知情权的保障，那么保障权利的最好方式就是让权利主体参与进来，对权利的形成过程施加影响，而参与的结果也会使过程更具正当性和促进性。当事人的程序参与可强调如下方面：其一，当事人双方可在纠纷发生前后就适宜的送达方式、送达地址和送达受领主体等送达信息进行协商和约定；其二，原告在起诉时不仅要确认自己有效的送达信息，还要协助法院发现被告的送达信息和相关情况，以便法院就送达过程作出合理预判；其三，受送达人被告知后，不仅要向法院及时确认适宜的送达信息，而且在需要变更送达方式、送达地址或送达受领主体时，及时向法院申报。当事人程序参与的过程实际上是当事人对送达地址、送达方式和送达受领主体等送达信息自由处分的过程。正如哈耶克所言：“自由不仅意味着个人拥有并承受选择的重负，而且还意味着他必须承担其行动的后果，接受对其行动的赞扬或谴责，自由与责任实不可分。”<sup>〔50〕</sup>既然送达制度赋予了当事人参与的渠道和自由选择的空间，那么无论当事人是否处分、如何处分，其结果对法院和当事人都有约束力。

#### （四）合理运用推定规则

推定是根据已知事实得出推定事实的法律机制和规则，是法院或评论者用来描述一种事实认定规则的术语。<sup>〔51〕</sup>推定规则具有降低程序对结果依赖的内生力，它可以借助基础事实与推定事实之间的或然性常态联系，避免送达过程陷入僵局。例如，《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》第5条规定，在无法获得受送达人地址时，自

〔47〕 《最高人民法院关于适用简易程序审理民事案件的若干规定》第5条规定：“当事人应当在起诉或者答辩时向人民法院提供自己准确的送达地址、收件人、电话号码等其他联系方式，并签名或者捺印确认。”《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》第3条规定：“当事人起诉或者答辩时应当向人民法院提供或者确认自己准确的送达地址，并填写送达地址确认书。当事人拒绝提供的，人民法院应当告知其拒不提供送达地址的不利后果，并记入笔录。”

〔48〕 参见龚雪林：“送达地址确认制度中的约束机制——以程序正当性为视角”，《人民司法》2015年第21期，第52页。

〔49〕 参见李阳、吴巍：“互联网法院，信息化时代的‘强国策’”，载《人民法院报》2018年7月22日，第1版。

〔50〕 （英）弗里德里希·冯·哈耶克：《自由秩序原理》（上），邓正来译，生活·读书·新知三联书店1997年版，第83页。

〔51〕 参见龙宗智：“推定的界限及适用”，《法学研究》2008年第1期，第108页。



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。《最高人民法院关于互联网法院审理案件若干问题的规定》第16条规定,在无法获得受送达人电子送达地址时,互联网法院可以将能够确认为受送达人本人的近3个月内处于日常活跃状态的手机号码、电子邮件、即时通讯账号等电子地址作为优先送达地址。这些规定就是依靠受送达人与地址之间的逻辑关联,保障法院在送达过程中最终能够获得可被信赖有效的送达地址。日本的邮寄送达、德国的留置送达等所采用的“发送主义”也深谙推定的逻辑。<sup>[52]</sup>依经验判断,将送达文书交付邮局的事实或邮件已发送的事实与诉讼文书到达受送达人的事实高概率并存,而发送事实更容易被掌握和辨认,且又不会受到受送达人主观因素的干扰。因此,采用发送主义,借助发送事实与到达事实的推理逻辑,可以便捷地获得送达已完成的结论。当然,受传统司法观念影响,且基于受送达人程序利益的考量,发送主义之于我国传统邮寄送达恐难有适用的空间。我国传统送达方式摆脱对受送达人签收的依赖尚且需要一定的改革期,但对于即时性的电子送达而言,以客观的“发送”为基准时并附以必要的缓冲期不失为可供考虑的改革方向,它可以在不影响受送达人程序利益的情况下,使提出推定一方的送达责任更便捷地转移到推定对其不利一方主体身上,是优化送达风险和送达责任分配,提高送达效率的操作规则。

## 五、结 论

改革开放以来,我国的制度建构和发展主要是经验感知式的,有学者称其为“体感时代”<sup>[53]</sup>。体感式改革在实践性较强的制度领域尤为明显,送达就属于此类制度,它不仅贴近实践,还充满技术性,人们往往将其视为一项程序性辅助制度。尽管我国送达制度所面对的送达难已成为制约民事司法运行和发展的“老大难”问题,但我们主要是从实务技术角度施以应激性举措,偶有理论关怀者,也大体是在既有的“结果型”送达结构上作有限的效率探索,无法在缓解外部干扰方面取得质的突破。

造成送达制度困境的原因很多,如经济和社会的转型与发展、厌讼观念、诚信危机,等等,但相较于这些外因,我国送达制度的内因障碍才是根本。本文主张回归送达的制度理性,重构一种程序自治的送达结构,以“过程型”送达阻断外因作用的内部空间,实现我国送达定位从实质真实向形式真实转向、送达构造从结果导向向过程导向转向、送达

[52] 例如,日本《民事诉讼法》第107条规定,以挂号信等方式送达时,发送挂号信时视为已送达;德国《民事诉讼法》第181条规定,委托邮局送达书状时,应将留置在邮局的情形作成书面通知寄送给受送达人,书面通知一经发出即为送达。

[53] 参见张卫平:“告别‘体感时代’”,载中国民事诉讼法学研究会主办:《民事程序法研究》(第21辑),厦门大学出版社2019年版,第1页。

效力从主观标准向客观标准转向。

需要再次重申的是,“过程型”送达并非以弱化受送达人利益为代价,而是以理性的送达过程排除外部环境和恣意因素的影响,在法院和当事人之间创造一种信任机制和送达风险分配与制约机制,使送达结果自然达成客观、难以抵制的状态。当然,“过程型”送达发挥程序自治功能的前提和关键是送达过程被合理筹划并良好执行,时下信息化和社会化为此提供了新的背景和技术空间,通过信息化手段、社会化方法、交互性机制和推定规则丰富符合一般信赖利益的送达方式,加强送达方式运行的程序保障,进而提升送达过程的正当性、灵活性和促进性,有助于逐步实现我国送达制度由“结果型”向“过程型”的结构性转向。

**Abstract:** China's service system is based on result-oriented thinking, which focuses on subjective state of the party to be serviced, and takes the substantive service result as the objective. In addition, the court is almost fully responsible for the legality of service. This model provides an institutional environment for difficulties in service such as non-service and unsuccessful service. The more desirable service system should be built based on the process-oriented thinking. The process-oriented model takes procedural interests of the party to be serviced as the protection object and process rationality as the core of the system, which could realize the procedural autonomy. The shift from result-oriented service to process-oriented service is a specific path to solve the dilemma of service system and reconstruct the system. Strengthening the rational construction of service process is critical for realizing such a goal. Moreover, such means as information technology, socialization methods, interactive mechanisms and presumption rules can provide guarantees for the structural shift of service system in China.

**Key Words:** Service; Difficulties in Service; Electronic Service; Result-oriented; Process-oriented

(责任编辑:刘哲玮)