

# 涉外司法文书电子送达的实践困境及中国应对

周鸿飞

(辽宁大学 法学院,辽宁 沈阳 110136)

**摘要:**在全球网络化时代,多数国家开始用科技手段辅助司法活动,电子送达已经成为涉外司法文书送达的主要方式。电子送达能够提高涉外司法文书的送达效率,保障当事人的诉讼权利。但是,此种送达方式在实践中存在侵犯国家主权、送达方式不合法等风险。为了因应涉外司法文书电子送达的现实风险,应当立足涉外司法文书电子送达的程序变革与价值功能,明确其适用与推行的可行性和合理性。应结合涉外司法文书电子送达的风险成因,在送达权责分配上修正既往司法文书送达仅是法院职责的传统观念,适当认可当事人送达的效力。在送达合法性审查上应明确以地域为连接点,以受送达人在所在国法为审查依据。

**关键词:**涉外文书送达;电子送达;送达责任;审查依据

中图分类号:D915.18 文献标志码:A 文章编号:2096-028X(2025)04-0098-09

## 一、问题的提出

随着网络信息技术的发展,社会大众的交往活动逐渐从物理空间转移至网络空间,当今世界已然进入全球网络化时代。网络空间的互联互通在给各国跨境交往提供便利的同时,亦存在引发跨境纠纷的风险,涉外诉讼案件日益增多。作为涉外诉讼程序的重要环节,涉外司法文书送达发挥着通知当事人诉讼环节信息的作用,如何及时有效地向境外当事人送达司法文书业已成为当下各国亟待解决的重要问题。目前,多数国家通过加入国际公约、缔结司法协助条约及发布国内法律文件等,对涉外司法文书的送达方式、送达程序等进行规定。然而,不论是区域性国际立法还是单方国内立法,都通常基于某一区域或国家司法文书送达的需求和实践制定,尚未在国际层面达成共识,这导致不同国家对于司法文书送达尤其是电子送达的法律规制有所差异。

作为涉外司法文书送达方式的技术性变革,电子送达已经成为多数国家递送涉外司法文书的主要方式之一。在欧洲,欧盟委员会于2000年5月发布第1348号规则[*Council Regulation (EC) No.1348/2000*],明确建立欧盟成员国之间送达民商事司法文书及司法外文书的跨境司法文书送达机制。<sup>①</sup>后历经修正,欧盟委员会于2020年12月发布第1784号规则[*Council Regulation (EC) No.1784/2020*],在既往欧盟跨境司法文书送达机制上,进一步增设分布式电子送达方式。<sup>②</sup>2010年起,欧盟委员会开始研发E-codex软件,用以支持公民与法院之间、各成员国司法部门之间在跨境民事诉讼中的电子通信。<sup>③</sup>《美国联邦民事诉讼规则》第4条(f)款第1项规定,对于国外受送达可以采用任何经合理计算可以发出通知的国际商定方式。其中,电子送达通常被作为传统送达方式失灵时的替代送达方式,当原告请求法院使用电子邮件方式对被告进

**基金项目:**2022年度教育部人文社会科学重点研究基地重大项目“国家治理现代化与中国特色诉讼法制研究”之课题“数字时代诉讼法制的中国式现代化研究”(22JJD820024)

**作者简介:**周鸿飞,男,辽宁大学法学院讲师。

<sup>①</sup> *Council Regulation (EC) No 1348/2000 of 29 May 2000 on the Service in the Member States of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters*, European Union, <http://data.europa.eu/eli/reg/2000/1348/oj>.

<sup>②</sup> *Regulation (EU) 2020/1784 of the European Parliament and of the Council of 25 November 2020 on the Service in the Member States of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters (Service of Documents) (Recast)*, European Union, <http://data.europa.eu/eli/reg/2020/1784/oj>.

<sup>③</sup> Rosanna Amato, *Exploring the Legal Requirements for Cross Border Judicial Cooperation: The Case of the Service of Documents*, European Quarterly of Political Attitudes & Mentalities, Vol.8: 36, p.43(2019).

行司法送达时,必须提供相应证据表明传统送达方式确实无法完成。<sup>①</sup>中国虽然已经通过相关法律明确了涉外电子送达方式,例如,《中华人民共和国民事诉讼法》(简称《民事诉讼法》)第283条第9款规定,未经受送达人在所在国法律禁止,中国法院可以采用电子方式向外国受送达送达司法文书,但是相关立法较为笼统,在适用条件上缺乏具体详细的规则,在适用方式上较为局限。<sup>②</sup>通过梳理现有研究成果和考察实践现状可以发现,涉外司法文书电子送达在实践中主要面临两个问题:第一,涉外司法文书电子送达无需经送达人在所在国和受送达人在所在国中央机关审批,存在侵犯国家主权的风险。第二,涉外司法文书电子送达至少牵涉两个国家,这意味着其不仅需要遵守单一的国内法,还应当对外国法律加以考量。不同国家对于电子送达方式的态度不一,导致涉外司法文书电子送达面临合法与否的争议。

基于此,笔者以涉外司法文书电子送达的程序变革与功能等值为逻辑起点,明确此种送达方式适用与推行的可行性和合理性;以国家主权和送达合法性为关注点,考察此种送达方式在实践中面临的侵犯国家主权和无效送达的双重风险;围绕送达权责分配和送达合法性审查等方面,提出相应解决措施。

## 二、涉外司法文书电子送达的程序变革与价值功能

目前,中国关于涉外司法文书送达的法律主要包括国际法和国内法两个方面,其中,国际法主要为中国1991年批准加入的1965年《关于向国外送达民事或商事司法文书和司法外文书公约》(简称《海牙送达公约》),国内法主要为《民事诉讼法》、《最高人民法院关于涉外民事或商事案件司法文书送达问题若干规定》(简称《涉外送达规定》)等。根据《民事诉讼法》第283条的规定,中国涉外司法文书送达方式主要包括协助送达、直接送达和协商送达三种类型。

协助送达是指中国依照加入的国际公约、缔结的司法协助条约等规定的方式,通过两国中央机关转递进行送达。直接送达是指中国依照相关法律规定,通过中国驻外国的外交代表、领事代表,向受送达或其委托的诉讼代理人或具有特定身份的人等直接进行送达,主要包括外交途径送达、使领馆送达、个人送达、邮寄送达、电子送达、公告送达等。协商送达是指经诉讼双方当事人协商,以受送达同意的其他方式送达。虽然双方当事人既可以约定司法协助送达方式,也可以约定其他送达方式,但其约定适用的送达方式需以不违反受送达国法律为前提。

诚然,涉外司法文书电子送达与其他送达方式在价值功能上存在耦合,但也不可避免地给传统涉外司法文书送达方式带来冲击,包括但不限于送达流程、送达场域等。以下将结合涉外司法文书电子送达与传统送达方式的异同,对涉外司法文书电子送达适用与推行的可行性和合理性进行分析。

### (一)从“转递式”到“直接式”:涉外司法文书电子送达的程序变革

在中国的涉外司法文书送达中,相较于司法协助送达、外交代表/领事代表送达等需要经由中央机关、相关人民法院转递的方式,邮寄送达虽然在一定程度上避免了中央机关、相关人民法院的审批流转,但仍然需要通过国际空运、海运等方式运输。作为涉外司法文书送达方式的技术变革,电子送达则表现出与其他送达方式不同的直接性、即时性等特征。

第一,司法文书形式发生改变。在传统涉外司法文书送达方式中,除公告送达外,不论是司法协助送达、外交途径送达,还是邮寄送达,法院采用上述方式传递诉讼信息时都需要依附相关载体,且其载体通常是以书面形式呈现。在涉外司法文书电子送达中,虽然诉讼信息的载体依附性仍然存在,但其依附的载体却发生了变化,相关诉讼信息以电子信息形式存储在虚拟介质中。

第二,送达场域发生改变。传统涉外司法文书送达方式主要依托于一国对外联系机关、国际物流等实体,司法文书至少需要途经两个国家,并始终在物理场域完成。相比之下,电子送达主要依托于传真、电子邮箱等网络媒介,虽然司法文书同样需要跨国流转,但其送达场域由传统物理空间转移至网络空间,网络空间的互联互通充分实现了法院与境外当事人的远程交互。

<sup>①</sup> Kevin W. Lewis, *E-Service: Ensuring the Integrity of International E-Mail Service of Process*, Roger Williams University Law Review, Vol.13: 285, p.304(2008).

<sup>②</sup> 参见郭玉军、付鹏远:《“一带一路”背景下域外电子送达制度比较》,载《学术交流》2018年第1期,第75页。

第三,受送达人的接收方式发生改变。在涉外诉讼中,不论是传统涉外司法送达方式,还是电子送达方式,只有境外受送达人收到司法文书,送达程序才算完成。除公告送达外,对于条约送达、外交送达及邮寄送达等传统送达方式而言,受送达对于司法文书的接收通常以实地签收为主。需要注意的是,个人送达是指中国法院将诉讼文书交至受送达委托的诉讼代理人或具有特定身份的人,包括但不限于有权接受送达的业务代办人、外国人/无国籍人在中国设立的法人或其他组织担任的法定代表人、在中国境内的外国法人或其他组织的法定代表人等。即使受送达并未直接签收司法文书,鉴于受送达与其诉讼代理人或具有特定身份的人之间存在特殊关系,此时也应当视为司法文书已经送达。但在涉外司法文书电子送达中,送达方式具有科技性、即时性等特征,受送达对于司法文书的接收方式发生变化,诉讼文书的签收主要通过网络媒介完成。

## (二)电子送达与传统涉外送达方式的功能比较

诉讼的主要功能就是当事人之间的信息交流及通过对信息的管理和处理来解决纠纷。<sup>①</sup>作为诉讼信息传递的主要方式,司法送达在诉讼程序中发挥着重要作用。与传统涉外司法文书送达方式相比,电子送达虽然在送达场域、送达流程等方面发生变革,但其所具有的诉讼通知、诉讼程序保障、确定管辖、缺席判决的承认和执行等功能并未改变,甚至在某种情况下还有所优化。

### 1.功能等同:涉外司法文书电子送达适用的可行性

随着网络信息技术在社会各领域的深度应用,当今世界早已进入全球网络化时代,网络空间的互联互通在给大众跨境交往提供便利的同时,也为电子送达方式提供了适用空间。

关于诉讼通知,虽然电子送达改变了传统涉外司法送达方式的送达流程,通过传真、电子邮件等网络媒介直接将司法文书送至受送达,但其本质上仍然属于对诉讼信息的传递活动。条约送达、外交送达及邮寄送达等传统送达方式所具有的诉讼信息通知功能,电子送达同样具备,二者的诉讼信息通知功能等同。关于诉讼程序保障,其主要依托于通知功能,通过司法文书送达保障当事人知悉诉讼信息、参与诉讼程序的权利。<sup>②</sup>换言之,当事人只有收到并知悉司法文书的信息内容,才知道自己如何行使权利和承担义务,这也是正当程序的必然要求。<sup>③</sup>就电子送达而言,其本质目的在于向国外当事人传递诉讼信息,除确保诉讼信息通知功能外,同样发挥着推动诉讼程序顺利进行的作用。关于确定管辖,在涉外诉讼中,以送达为基础的管辖权确定方式是国际社会行使管辖权的一般情况。根据权力理论,向域外当事人送达传票,是法院行使管辖权的确定根据。例如,《美国联邦民事诉讼规则》第4条(k)款第1项规定,可以依据传票送达与否有效确定对被告人的管辖权。不论是电子送达,还是传统送达方式,都可以依照送达回证确定法院管辖权。<sup>④</sup>关于缺席判决的承认与执行,诉讼传票的有效送达是缺席判决合法的前提条件。根据1971年《海牙民商事案件外国判决的承认和执行公约》第13条第2款的规定,缺席当事人已经按照作出裁决的国家法律,在使其能够出庭答辩的足够时间内收到起诉通知书,是缺席判决得到承认和执行的前提条件。不论是电子送达,还是传统送达方式,只要在一定时间内将司法文书有效送达,就可以发挥证明缺席判决系合法作出的作用。

综上,虽然涉外司法文书电子送达与传统送达方式就送达流程、送达场域等存在差异,但二者在诉讼通知、程序保障、确定管辖及缺席判决的承认和执行等方面发挥的功能等同,在实践中具有适用的可行性。

### 2.功能优化:涉外司法文书电子送达推行的合理性

与传统涉外司法文书送达方式相比,电子送达具有高效便捷、绿色节能等优点,在同等条件下,显然比传统送达方式的适用效果更优,主要表现在提高送达效率和保障当事人诉讼权利两个方面。

司法送达本质上是法院与当事人之间的诉讼信息传递活动,它可以通知当事人诉讼信息,保障当事人对

<sup>①</sup> 参见谢登科、赵航:《论互联网法院在线诉讼“异步审理”模式》,载《上海交通大学学报(哲学社会科学版)》2022年第2期,第83页。

<sup>②</sup> 参见周鸿飞:《电子送达的实践检视与制度完善》,载《河北科技大学学报(社会科学版)》2022年第4期,第40页。

<sup>③</sup> 参见杨月萍、何荣伟:《论域外送达中的电子邮件送达》,载《重庆邮电大学学报(社会科学版)》2009年第5期,第34页。

<sup>④</sup> Fed.R.Civ.P.4(k) Territorial limits of effective service.(1) In General. Serving a summons or filing a waiver of service establishes personal jurisdiction over a defendant;(A) who is subject to the jurisdiction of a court of general jurisdiction in the state where the district court is located;(B) who is a party joined under Rule 14 or 19 and is served within a judicial district of the United States and not more than 100 miles from where the summons was issued; or (C) when authorized by a federal statute.

诉讼信息的知悉权。<sup>①</sup>条约送达、外交途径送达及个人送达等转递型送达方式的程序较为繁琐，以条约送达为例，在《海牙送达公约》框架下，中国向其他缔约国开展司法文书送达活动，通常需要经司法部（中国指定的中央机关）、最高人民法院、送达文书所在地人民法院等机关流转，以正式方式进行送达。<sup>②</sup>有学者对某人民法院采用传统涉外送达方式的案件进行统计分析后发现，传统涉外司法文书送达所需要的平均时间为228天（约7.6个月），从一审立案到结案再到裁判文书送达，通常需要历时2年左右。<sup>③</sup>相比于上述送达方式，电子送达仅需要知悉受送达人的网络媒体账号或地址，通过传真、电子邮件等网络媒介送达即可。<sup>④</sup>此种送达方式的功能优化主要体现在缩减传统涉外司法送达方式的繁琐流程，提高送达效率。随着网络信息技术在大众生活中的普及应用，电子送达的制度优势逐渐凸显，此种送达方式既可以提高司法文书送达效率，又便于当事人及时接收送达文书，了解诉讼进程信息，在一定程度上优化了司法送达之诉讼通知功能。尤其对于涉外诉讼，受送达人在非本国境内，若通过程序繁琐、周期较长的传统涉外司法送达方式递送诉讼文书，将会拖延诉讼程序。

因此，随着涉外民商事纠纷日益增多，若一味坚持传统涉外司法文书送达方式，不仅会损害受送达人的实体权益，亦无法顺应时代发展要求。<sup>⑤</sup>电子送达不仅可以提高涉外司法文书送达效率，解决条约送达、外交送达等传统涉外送达方式之程序繁琐、周期较长、成本较高等现实问题，也能够确保境外当事人收悉诉讼文书内容，保障当事人对诉讼进程的知情权，以便其及时参加诉讼程序。

### 三、主权侵犯风险：涉外司法文书电子送达之国家主权挑战及应对

在国际司法活动中，国家主权原则代表各国在国际上开展司法活动的共同权益，是国际关系正常运行的基本原则，应当贯彻于涉外诉讼程序的各个阶段。相比于国内司法送达，涉外司法文书送达之涉外性，是二者的主要区别，该特征也意味着一国司法机关在开展涉外司法文书送达活动时除了需要考虑如何向境外当事人送达司法文书外，还应当对国家主权加以考量。

#### （一）送达理念差异：产生国家主权挑战质疑的主要原因

作为涉外诉讼程序的重要环节，虽然各国司法机关在开展涉外司法文书送达活动时应当对国家主权加以考量以避免对他国国家主权造成不当干预，但是，不同法域对于司法送达性质存在认知差异，大陆法系国家多是将司法文书送达视为公职事务，而英美法系国家普遍将司法文书送达视为私人行为，这将导致不同国家在开展涉外司法文书送达活动时对国家主权考量的程度有所不同。

司法送达性质的认知差异与不同法域的诉讼模式密切相关。具体而言，大陆法系主要采用职权主义诉讼模式，司法送达通常被视为一国司法机关行使职权的公职事务，一般由法院或专门负责送达的官员完成。例如，在德国，司法文书主要是依职权送达，法院官员对于诉讼文书负有送达负担。《德国民事诉讼法》第168条第1款规定：“法院书记员依照相关法律规定实施送达。书记员也可委托相关公职单位或其他司法公务员送达。”<sup>⑥</sup>在日本，司法文书采用的是职权送达主义，更多强调法院等公职机关在送达中的作用，送达被认为是审判权的行使，是法院的权限或责任，属于法院独立的诉讼行为。<sup>⑦</sup>在法国，司法文书主要由专门负责司法文书送达义务的执达员送达。《法国民事诉讼法典》第651条第2款规定：“送达是通过法院执达员发出通知。”<sup>⑧</sup>英美法系更多将司法送达视为诉讼当事人的私人事务。在美国，司法文书主要由当事人或其律师送达。根据《美国联邦民事诉讼规则》第4条(b)款、第4条(c)款第1项，原告在提起诉讼后，可以向

<sup>①</sup> 参见谢登科：《在线诉讼的中国模式与未来发展》，载《中国应用法学》2022年第4期，第160页。

<sup>②</sup> 参见涂广建：《我国涉外民事诉讼文书送达制度之考问及续造》，载《国际法研究》2017年第3期，第97页。

<sup>③</sup> 参见张萍：《民商事案件司法文书域外送达之司法实践性探讨——以S市P区人民法院为例》，载《中共郑州市委党校学报》2020年第3期，第58页。

<sup>④</sup> 参见周鸿飞：《“互联网+”背景下电子送达制度的革新与探析》，载《河南财经政法大学学报》2022年第1期，第150页。

<sup>⑤</sup> 参见向明华：《域外“送达难”困境之破解》，载《法学家》2012年第6期，第140页。

<sup>⑥</sup> 参见《德国民事诉讼法》，丁启明译，厦门大学出版社2016年版，第44页。

<sup>⑦</sup> 参见[日]三ヶ月章：《日本民事诉讼法》，汪一凡等译，五南图书出版公司1997年版，第356页。

<sup>⑧</sup> 参见《法国新民事诉讼法典》，罗结珍译，中国法制出版社1999年版，第129页。

书记员出示传票,经书记员签字、盖章后,向被告送达。<sup>①</sup>

在国内司法文书送达中,不论是职权主义诉讼模式,还是当事人主义诉讼模式,都是一国法律制度下产生的送达模式,通常仅决定该国境内司法文书的送达方式、送达流程等。相比之下,涉外司法文书送达的对象并非位于本国境内,其境外性意味着司法送达活动可能牵涉不同法域,不同法域的司法送达理念差异将会对其产生影响。就当事人主义下的司法送达而言,由于其通常将司法送达视为当事人的私人事务,持此观念的国家对于外国司法机关向其境内当事人送达诉讼文书的行为规制较为宽松,不论域外当事人或其律师采用何种方式送达诉讼文书,通常不会牵涉国家主权问题。例如,在美国,只要送达方式“经过合理计算以发出通知”且“不为国际协定所禁止”,原告就可以向另一国的被告送达诉讼通知。<sup>②</sup>在*International Shoe Co. v. State of Washington*案中,法院认为,司法送达作为诉讼程序通知的必然程序,在法院地国向被告送达诉讼文书,可以为被告提供充分的诉讼通知,以确保其及时参加诉讼。只要可以确保被告收到诉讼通知,不论采用何种送达方式,都是合理的。<sup>③</sup>就职权主义下的司法送达而言,其通常将司法送达视为国家机关的公职事务,是一国司法机关代表国家行使主权的一种表现。持此观念的国家对于外国司法机关向其境内当事人送达诉讼文书较为审慎,一般主张送达仅能依照两国共同加入缔结的国际条约或通过外交途径等进行,否则就会被认为是对其国家主权的侵犯。随着网络信息技术的不断发展,互联网为各国公民在全球范围内交换信息提供了机会,但同时也弱化了国家边界,对以领土边界为主的传统国家主权观念形成冲击。<sup>④</sup>作为涉外司法文书送达方式的技术变革,电子送达虽然提高了涉外司法文书的送达效率,并在一定程度上保障了受送达人的知悉权,但也因无需经一国中央机关、地方主管机关的审批而带有侵犯国家主权之嫌。

因此,涉外司法文书电子送达至少牵涉两个国家,若送达人和受送达人都分别位于不同法域,则会因不同法域对司法送达性质的界定差异而导致涉外司法文书电子送达面临是否会侵犯国家主权的广泛争议。

## (二)适当认可当事人送达效力:解决国家主权挑战质疑的有效途径

目前,不同法域诉讼模式的差异不仅影响其对司法送达性质之界定,也对送达主体有所影响。在职权主义诉讼模式下,司法送达被视为一国司法机关的公职行为,送达主体通常指向法院工作人员或国家公职人员。相比之下,当事人主义诉讼模式下的司法送达被视为当事人的私人事务,送达主体通常指向当事人或其律师。<sup>⑤</sup>

涉外司法文书电子送达是否会侵犯国家主权,与送达主体密切相关。在中国,司法送达主要是指人民法院依照法定方式和程序,将诉讼文书交至当事人及其他诉讼参与人的行为。通过该定义可知,中国司法送达是人民法院向当事人及其诉讼代理人实施的一项诉讼行为,具有一定的公职权属性。关于涉外司法文书送达,根据1995年发布的《最高人民法院关于终止地方法院与国外地方法院司法部门司法协助协议的通知》,相互代为送达司法文书、调查取证、承认与执行法院判决等司法协助关系到国家主权,地方法院无权与国外签订司法协助协议。《涉外送达规定》明确将人民法院作为涉外司法文书送达的主体。<sup>⑥</sup>依照上述规定,中国涉外司法文书送达也属于公职行为,是指人民法院根据国际条约、本国法律或互惠原则,将司法文书或司法外文书交给国外当事人或其他诉讼参与人的行为。<sup>⑦</sup>从涉外司法文书送达方式来看,不论是协助送达,还

<sup>①</sup> Fed.R.Civ.P.4(b) Issuance. On or after filing the complaint, the plaintiff may present a summons to the clerk for signature and seal. If the summons is properly completed, the clerk must sign, seal, and issue it to the plaintiff for service on the defendant. A summons—or a copy of a summons that is addressed to multiple defendants—must be issued for each defendant to be served. Fed.R.Civ.P.4(c) Service. (1) In General. A summons must be served with a copy of the complaint. The plaintiff is responsible for having the summons and complaint served within the time allowed by Rule 4(m) and must furnish the necessary copies to the person who makes service.

<sup>②</sup> Melodie M. Dan, *Social Networking Sites: A Reasonably Calculated Method to Effect Service of Process*, Case Western Reserve Journal of Law, Technology & the Internet, Vol.1: 184, p.193(2010).

<sup>③</sup> *International Shoe Co. v. State of Washington*, 326 U.S. 310, 316 (1945).

<sup>④</sup> Maier Bernhard, *How Has the Law Attempted to Tackle the Borderless Nature of the Internet*, International Journal of Law and Information Technology, Vol.18: 142, p.143(2010).

<sup>⑤</sup> 参见何其生:《域外送达制度研究》,北京大学出版社2006年版,第29、32页。

<sup>⑥</sup> 例如,《涉外送达规定》第1条规定:“人民法院审理涉外民事或商事案件时,向在中华人民共和国领域内没有住所的受送达入送达司法文书,适用本规定。”《涉外送达规定》第5条第1款规定:“人民法院向受送达入送达司法文书,可以送达给其在中华人民共和国领域内设立的代表机构。”

<sup>⑦</sup> 参见李双元、欧福永主编:《国际私法》(第4版),北京大学出版社2015年版,第390页。

是直接送达、协商送达，都不会对他国主权造成侵犯，其原因主要在于：协助送达多是依照送达人所在国与受送达人在所在国共同加入的国际公约、缔结的司法互助条约等进行，由于国际公约、司法互助条约通常会对司法送达事项进行协调规制，故通常不存在主权侵犯问题。直接送达和协商送达虽然多是依照一国内法或当事人双方合意选择的送达方式进行，其通常因仅依照一国内法的单方授权或当事人双方合意而带有侵犯他国主权之嫌，但中国法律明确规定此类送达方式的适用以受送达人在所在国法律许可为前提，在一定程度上避免了对他国主权的侵犯。需要注意的是，涉外司法文书送达主要包括两种：一是中国向境外国家送达司法文书；二是境外国家向中国送达司法文书。上述关于涉外司法文书送达方式的规制主要集中在第一种情况，对于第二种情况，中国仍然坚持以司法协助为主。

诚然，国家主权是一个国家所固有的权力，国家对其领土范围内的人和物享有最高且排他的权力。<sup>①</sup> 一国司法机关未经中国主管机关同意通常不能向中国境内的任何人实施司法送达行为，否则就会被视为对中国国家主权的侵犯。但不可忽视的是，司法送达属于程序性事项，其主要目的在于通知。<sup>②</sup> 司法机关如果不能及时通知当事人诉讼情况，诉讼程序可能无法正常进行。随着各国跨境交往活动日益频繁，既往相对封闭的社会结构已然被打破，中国司法送达所追求的受送达人在收到且知悉的效果与当下人口流动频繁、案件数量激增的现实情况之间形成张力。<sup>③</sup> 实践中，法院与当事人在送达问题上的权责不清也是阻碍涉外司法文书送达的主要原因，法院希望原告提供的送达地址信息越详细越好，原告则希望法院帮忙查找受送达人的位置信息。<sup>④</sup> 鉴于此，探寻高效便捷的司法文书送达方式仅是外部解决措施，根本解决方法是对当前司法送达理念进行变革。

涉外司法文书送达不能实质上属于一种诉讼风险，此种风险不能仅由法院承担，而应适当由当事人应对。<sup>⑤</sup> 对此，可以借鉴域外国家在司法送达中对当事人的要求，修正既往司法文书送达仅是法院职责的传统观念，适当认可当事人送达的效力。具体而言，主要包括两种情况：第一，境外受送达地址明确，此时虽然应当由人民法院进行电子送达，但若受送达人明确同意可以由对方当事人进行送达的，也可以由对方当事人进行电子送达。第二，当事人未准确提供境外受送达地址，人民法院在询问或尝试送达无果时，若当事人可以通过电子方式联系到受送达人在确认受送达人已经收到送达材料或通过参加诉讼等行为表明其已经获悉诉讼信息后，法院可以认可该送达效力。需要注意的是，虽然《民事诉讼法》第283条第1款第9项、第10项分别对涉外司法文书电子送达及当事人送达进行明确规定，但二者都以“但书”条款明确此类送达方式的适用应当以受送达人在所在国法律许可为前提。对此，学界存在广泛争议。有学者认为，“但书”条款的设置会在一定程度上阻碍涉外司法文书送达的进行，有悖于涉外司法文书电子送达对于提高送达效率的价值追求。以受送达人在所在国法的查明为例，其属于法院进行送达前的应尽义务还是受送达人提出异议时应完成的证明活动，就存在争议。<sup>⑥</sup> 司法送达本质上属于诉讼程序事项，通常情况下受送达人只要进行确认或回复，司法送达工作就已完成，即使受送达人在所在国确有法律禁止电子送达，但只要受送达人没有异议，送达行为就应当有效。

因此，不同法域对于司法文书送达性质的认知差异，导致涉外司法文书电子送达是否会侵犯国家主权存在争议，但这并不意味着涉外电子送达无适用推行的空间。随着各国跨境交往活动日益频繁，涉外民商事纠纷愈发增多，涉外司法文书送达需求也在不断扩大，推行高效便捷的涉外电子送达方式是必然趋势。为了解决此争议，当前应当修正既往司法送达仅是法院职责的传统观念，适当认可当事人送达的法律效力。

<sup>①</sup> 参见任虎：《领土主权与国际法》，中国政法大学出版社2018年版，第2页。

<sup>②</sup> 参见王福华：《民事送达制度正当化原理》，载《法商研究》2003年第4期，第96页。

<sup>③</sup> 参见张兴美：《送达制度的结构性转向：从“结果型”走向“过程型”》，载《中外法学》2022年第5期，第1266页。

<sup>④</sup> 参见罗恬瀛：《涉外民商事案件诉讼文书送达的困境与出路——从〈民事诉讼法〉第283条修改展开》，载《经贸法律评论》2024年第1期，第65页。

<sup>⑤</sup> 参见何其生：《我国域外送达机制的困境与选择》，载《法学研究》2005年第2期，第133页。

<sup>⑥</sup> 参见罗恬瀛：《涉外民商事案件诉讼文书送达的困境与出路——从〈民事诉讼法〉第283条修改展开》，载《经贸法律评论》2024年第1期，第67页。

## 四、送达无效风险：涉外司法文书电子送达之送达合法性挑战及应对

在涉外诉讼中，涉外司法文书送达发挥着重要的诉讼通知作用，但实践中各国司法机关通常面临两个问题：第一，是否能够及时将司法文书送至境外受送达人；第二，如何合法进行涉外司法文书送达活动。前者主要针对送达时效问题，后者主要针对送达效力问题，即涉外司法文书送达方式、送达程序是否合法。在不同审查依据下，涉外司法文书电子送达合法与否亦有差异，以下将结合涉外司法文书电子送达合法性争议的主要原因，对其合法性审查依据进行探析。

### （一）国内法和国外法的冲突适用：产生送达合法性挑战的主要原因

涉外司法文书送达之跨境性通常意味着其因送达主体和表现形式受到国际和区际不同司法送达法律规定的影响，而在法律效力上有所不同。正如前文所述，不同法域对于司法送达的性质界定存在差异，或是体现为对司法送达主体的要求，或是体现为对司法送达方式、送达程序的规制。不同国家司法送达法律规制的差异，将导致一国司法机关在开展司法送达活动时，可能面临虽然其送达方式、送达程序都符合本国法律规定，但他国并不认可的情况，这将对涉外司法文书送达效力产生影响。

在涉外司法文书送达中，不论是协助送达，还是直接送达、协商送达，其合法性审查不能仅依据单一的国内法，还应当包括外国法。从不同涉外司法文书送达方式来看，协助送达主要是依照送达人在所在国和受送达人在所在国共同加入的国际公约、缔结的司法协助条约等进行，通常不存在合法性争议。主要原因在于：不论是国际公约，还是司法协助条约，其多在国际层面规定涉外司法文书送达需要经两国中央机关、地方主管机关转递等，当司法文书流转到受送达人在所在国后，送达程序自然应当依照受送达人在所在国法进行。涉外司法文书送达的主要目的在于使境外受送达人知悉诉讼信息，当送达人在所在国和受送达人在所在国采用司法协助方式递送司法文书时，只要两国中央机关完成文书转递，对于受送达人在所在国而言，与国内司法送达并无差异，只要将司法文书送至受送达人，送达活动即已完成。换言之，送达人在所在国通常只关注司法文书送达与否的结果，而并不关心受送达人在所在国依照何种方式、程序等向其境内受送达人送达司法文书。鉴于此，涉外司法文书送达合法性挑战主要集中在直接送达和协商送达等方式。关于直接送达，由于此类送达方式无需经受送达人在所在国审批而直接将司法文书送至其境内受送达人或与其具有密切联系的人，虽然送达人在所在国在开展司法送达活动时通常会寻找其国内法依据，但当前不同国家对于司法送达的法律规制有所差异，送达人在所在国开展的司法送达活动虽在其国内合法，却可能因不符合受送达人在所在国法而导致其送达活动不合法。关于协商送达，正如前文所述，此类送达方式主要由诉讼双方当事人合意选择，既包括协助送达，也包括直接送达、其他送达方式等。如果双方当事人选择邮寄送达、电子送达等直接送达方式或上述送达类型外的其他送达方式，就有可能面临不合法的风险。

具体至涉外司法文书电子送达，主要包括两种类型：第一，“由内向外”送达，即中国司法机关向境外受送达人大电子送达司法文书；第二，“由外向内”送达，即境外司法机关向中国境内受送达人大电子送达司法文书。前者通常不存在合法性争议，主要在于：根据《民事诉讼法》第283条第1款第10项之规定，中国对于境外受送达可以采用能够确认其收悉的电子方式送达司法文书，其适用有“受送达人在所在国法律禁止的除外”这一但书限制，能够在一定程度上避免涉外司法文书电子送达只在送达人在所在国合法而在受送达人在所在国非法的诡异情况发生。后者通常面临涉外司法文书送达不合法的风险，主要在于中国对于司法文书“由内向外”送达和“由外向内”送达的规制有所不同。

就“由外向内”送达而言，根据中国相关法律规定，境外司法机关向中国境内受送达人大送达司法文书应当通过司法协助或外交途径进行。司法协助送达主要是指依照中国加入的国际公约、缔结的司法互助条约等开展司法文书送达活动。具体而言：第一，目前，境外司法机关向中国境内受送达人大递送司法文书所依据的国际公约主要是《海牙送达公约》，根据《海牙送达公约》第2条，各缔约国应当指定一个中央机关，负责接收来自其他缔约国的送达请求书，并予以传递。随后，司法部、最高人民法院和外交部于1992年9月联合发布的《关于执行海牙送达公约的实施办法》对外国司法机关向中国当事人送达的程序予以明确，主要遵循“司法部—最高人民法院—地方高级人民法院—有关中级人民法院或专门人民法院—受送达人”的流程。需要注意的是，中国在批准加入《海牙送达公约》时明确对第8条、第10条作出保留，不允许外国法院采取

邮寄方式或通过个人直接送达涉外文书。鉴于此,当前境外司法机关依照该公约向中国境内当事人送达司法文书时,既不允许通过外交途径向在中国境内的非中国籍人送达,也不允许采用邮寄方式或通过个人直接送达。第二,与中国缔结有司法互助条约的国家的司法机关向中国境内当事人送达司法文书,同样应当将请求书递交至司法互助条约中指定的中央机关,后经最高人民法院、相关高级人民法院、中级人民法院等机关转递。第三,若外国与中国既没有订立司法协助条约,且该国也非《海牙送达公约》的成员国,则通常由该国驻华使领馆将司法文书交给外交部领事司,后转递给相关高级人民法院进行送达。虽然此种情况下无需经过两国中央机关转递,但同样需要经中国外交部领事司及各级人民法院流转完成。

因此,对于境外司法机关向中国境内当事人送达司法文书而言,通常仅能通过司法协助或外交途径进行。换言之,中国对境外司法机关采用电子方式向中国境内当事人送达司法文书并不认可。若境外司法机关依照其国内法的单方授权采用电子方式向中国境内当事人送达司法文书,则此种送达方式将面临在他国合法而在我国不合法的风险。

## (二)明确审查依据:解决送达合法性挑战的有效途径

在涉外司法文书电子送达中,中国对于境外司法机关采用电子方式向中国境内当事人送达司法文书并不认可,这将导致涉外司法文书送达在国外合法而在中国不合法的情况。从涉外司法文书电子送达合法性审查依据来看,其通常面临送达人在所在国法和受送达人在所在国法的双重选择,不同的法律选择将会对涉外司法文书电子送达合法与否产生影响。

随着网络信息技术与社会生活的深度融合,虽然当前多数国家已经认可使用电子媒介送达司法文书,但是其对于向本国境内当事人电子送达司法文书却多持审慎态度。早期电子送达方式的出现并不是为了解决各国之间司法文书送达速度缓慢的问题,而是为了解决传统送达方式不能的问题。<sup>①</sup>作为传统涉外司法文书送达方式的技术变革,电子送达在实践中也面临着送达媒介不统一、送达方式不合法等问题,对此,部分国家通过设置限制性适用条件进行解决。例如,在美国,司法机关在采用电子邮件送达涉外文书时会考虑四项因素:第一,原告先前是否尝试通过传统方式对被告进行送达;第二,电子邮件是否是被告首选的通信方式;第三,被告试图逃避送达的程度;第四,适用电子邮件送达是否会违反接收国的法律。在涉及电子邮件送达的司法意见中,除第四项因素存在争议外,前三项因素均得到法院认可。<sup>②</sup>在中国,《民事诉讼法》第283条第1款明确规定,涉外司法文书电子送达的适用条件有二:一是能够确认受送达人的收悉;二是受送达人在所在国法律不禁止。前者旨在确保境外当事人能够收悉诉讼文书内容,以便其积极参加诉讼程序,后者主要是为了避免因受送达人在所在国法不允许此种送达方式而引发争议。目前,国际上关于司法送达有一个“穆兰标准”,是指诉讼通知必须“在任何情况下都经过合理计算”,以告知有关各方诉讼未决,并让他们有机会提出自己的意见主张。<sup>③</sup>若将此项标准适用于涉外司法文书电子送达,则只有合理计算出涉外司法文书电子送达方式可以向当事人递送与其相关的诉讼通知,该送达方式才是有效的。实践中,法院以“无法通过传统方式送达诉讼文书”为由采用电子送达的案件并不鲜见。在 *LeBlanc v. Whitman* 案中,由于原被告双方为分居状态,丈夫因工作原因搬迁至阿布扎比,妻子为出售婚内住房,向法院提出诉讼。法院在通过各种途径向被告递送诉讼文书都无果后,以被告逃避送达,使其无法通过传统方式递送诉讼文书为由,向被告进行电子送达。<sup>④</sup>

涉外司法文书送达具有地域分离的特征,送达人在所在国法和受送达人在所在国法的双重选择,通常牵涉两国法律。正如前文所述,当前不同法域对于司法送达的性质界定存在差异,就大陆法系而言,由于其多将司法送达视为法院的专属职能,具有较强的职权主义色彩,故通常不允许他国司法机关采用本国法未明确允许的方式或明确禁止的方式向本国境内主体送达司法文书。相比之下,虽然英美法系将司法文书送达视为当事人的私人事项,但当原告采用的电子送达方式不符合被告所在国法时,也会面临因送达方式不合法而影响诉讼进程的

① 参见张利民、胡亚球:《涉外案件司法文书电子送达条件分析》,载《法学评论》2008年第1期,第115页。

② David P. Stewart & Anna Conley, *E-mail Service on Foreign Defendants: Time for an International Approach*, Georgetown Journal of International Law, Vol.38: 755, p.764-771(2007).

③ Melodie M. Dan, *Social Networking Sites: A Reasonably Calculated Method to Effect Service of Process*, Case Western Reserve Journal of Law, Technology & the Internet, Vol.1: 184, p.190(2010).

④ *LeBlanc v. Whitman*, 2005 ABQB 568 (Can.).

问题。由于涉外司法文书电子送达至少牵涉两个国家,故其合法性通常面临是以送达人所在国法还是受送达人所在国法为审查依据的问题。关于涉外司法文书电子送达合法性审查的法律选择,应当以受送达人在所在国法律为准。原因主要在于:一方面,中国现有法律规定暗示了应当以受送达人在所在国法来审查涉外司法文书电子送达的合法性。根据《民事诉讼法》第 296 条的规定,人民法院提供司法协助,应当依照中国法律规定的程序进行。外国法院请求采用其他送达方式的,不得违反中国法律。由此可见,不论是外国司法机关请求中国协助送达司法文书,还是以邮寄送达、电子送达等直接方式送达司法文书,都应当遵循中国法律规定。另一方面,国际法上的法院地法原则认为,涉外司法文书电子送达应当以受送达人在所在国法为依据。法院地法原则的理论基础在于国家对其领土内事项享有排他性的管辖权,如果外国法律能够约束本国的行政与司法,则该国对其公民管辖的正当性将不复存在。具体至涉外司法文书电子送达,虽然一国司法机关或公民通过电子方式向外国受送达人递送司法文书应当依照本国法进行,但由于受送达实际位于国外,受送达人在所在国是案件审理的国家,故依照属地管辖原则,送达人的司法文书送达行为依照受送达人在所在国法进行审查并无不当。如果依照送达人在所在国法进行审查,则又将面临审查依据查明责任的分配问题。

因此,由于各国对于涉外司法文书电子送达的法律规制不同,涉外司法文书电子送达合法性审查通常面临法律选择的问题。不同审查依据将会对涉外司法文书电子送达的合法性产生影响,不论是从国内法还是国际法来看,当前对于涉外司法文书电子送达的合法性审查均应以地域为连接点,以受送达人在所在国法为审查依据。

## 五、结语

随着网络信息技术的更迭发展,新兴技术在各国司法领域中的深度应用为涉外电子送达的适用与推行提供了催化剂。诚然,笔者论述的内容并不能穷尽涉外司法文书电子送达的各种问题,随着涉外司法文书电子送达进一步的发展,其在实践中也将会面临各种新的问题和困境。笔者旨在对比分析涉外司法文书电子送达与传统送达方式的差异,以期明确涉外司法文书电子送达适用与推行的合理性和可行性,并在研究涉外司法文书电子送达面临的侵犯国家主权和送达方式不合法之双重困境的基础上,通过适当认可当事人送达效力和明确以受送达人在所在国法为审查依据等,为涉外司法文书电子送达机制的完善提供思路,以期充分发挥涉外司法文书电子送达的制度优势。

### The Practical Dilemmas of Electronic Service of Foreign-Related Judicial Documents and China's Response

ZHOU Hongfei

(Law School, Liaoning University, Shenyang 110136, China)

**Abstract:** Against the background of the global network era, many countries have begun to use scientific and technological means to assist judicial activities, and electronic service has gradually become the main way to deliver foreign-related judicial documents. Electronic service enhances the service efficiency of foreign-related judicial documents and protects the litigation rights of the parties involved. However, this method of service has some risks in practical application, such as infringement of national sovereignty and illegality. To address these practical risks, the feasibility and rationality of its application and implementation should be clarified based on the procedural reform and value function of electronic service of foreign-related judicial documents. In light of the risk causes of electronic service of foreign-related judicial documents, the traditional concept that the service of judicial documents is solely the court's duty should be revised, and the effectiveness of the service of the parties is to be properly recognized. Regarding the review of service legality, a territorial connecting factor should be established, with the law of the recipient's country serving as the basis for review.

**Key words:** service of foreign-related documents; electronic service; responsibility for service; review basis