

民事缺席判决制度溯源 ——兼评缺席的正义

刘秀明

(西南科技大学法学院, 四川绵阳, 621010)

摘要:民事缺席判决制度历经了古希腊、古罗马和近现代的变迁过程。大陆法系国家的民事缺席判决制度强调庭审的缺席判决,近现代的英美法系国家创建了审前程序的缺席判决制度。庭审的缺席判决制度由传唤程序、审判程序和救济程序这前后衔接的三个主要阶段构成,每个阶段分别体现了程序参与权、公正程序请求权和法定庭审请求权。审前的缺席判决与对抗主义的诉讼模式和程序时效规则的严格遵守有着密切的联系。

关键词:缺席判决;民事诉讼;大陆法系;英美法系;程序正义

中图分类号:D915.2

文献标识码:A

文章编号:1672-3104(2010)03-0064-05

一、庭审缺席判决制度的历史演变及其程序正义

从历史发展的角度上看,缺席判决制度历经了古希腊、古罗马和近现代的变迁过程。缺席判决制度虽然是民事诉讼中的一项特殊制度,但是依然体现了民事诉讼依次进展的规律性。因而,笔者将以传唤程序、庭审程序、救济程序为中心来考察民事缺席审判制度的历史演变。其中,古罗马时期历经一千余年,其诉讼制度有很大的变化。因而,笔者对古罗马时期缺席审判制度的考察又分为以下三个时期:法定诉讼时期、程式诉讼时期和非常程序时期。

(一) 传唤程序的历史演变

1. 古希腊、罗马法时期的传唤制度

古希腊时期的法律规定:“传唤被告,由原告负责,若被告无故缺席不出庭,则作缺席审判。”^{[1](52)}在古罗马的法定诉讼时期,原告欲对被告起诉,应亲自向被告传唤。《十二表法》第一表传唤规定如下:“原告传唤被告出庭,如果被告拒绝,原告得请第三人作证,强制前往。”^{[2](1006)}除财产扣押外,当事人必须亲自到场,原则上不得由他人代理。在程式诉讼时期,法定诉讼时期关于传唤的原有规定并未废止,但在传唤方式上较法定诉讼有一定的改进。例如规定了“占有裁定”、“庭期保证”、“案由通知”。非常程序时期尤为重视

对当事人的传唤,法律对传唤进行了较为详细的规定。例如在帝政前期,规定了以下三种传唤方式:口头传唤、公文传唤、公示送达。古罗马传唤被告出庭经历了如下的演变。其一,原告直接传唤。在法定诉讼和程式诉讼早期,传唤均由原告本人执行。其二,以原告传唤为主,法院传唤为辅。这在程式诉讼晚期和非常诉讼早期流行。其三,法院依职权传唤。在非常诉讼程序的中后期,则由裁判官根据原告的请求直接传唤被告到庭,是为近现代法院传唤职能之肇始。从传唤程序的演变可以看出,古罗马的诉讼是从自力救济占重要地位到比较完全的公力救济的历史过程。

2. 近现代的传唤程序

和英美法系国家的传唤方式不同,大陆法系的国家一般都规定由法院依照职权传唤当事人出庭,如德国、日本、法国、前苏联、中国。其中,法国对传唤的规定最具特色。法国《新民事诉讼法》第14条明确规定:“任何当事人,未经听取陈述,或者未经传唤,不得受判决。”^{[3](6)}而且法律根据当事人是否收到传票和享有上诉权将判决分为对席判决、缺席判决、视为对席判决。法国《新民事诉讼法》第473条规定:“在被告不出庭的情况下,如判决是终审作出并且法庭传票未能送交本人,判决为缺席判决。如判决准许上诉,或者在传票已送达至被告本人的情况下,判决视为对席判决。”^{[3](94)}由此看出,法国将缺席判决控制在非常狭小的范围内,只能是未收到传票且为终审判决的情

收稿日期:2009-09-23;修回日期:2010-01-02

基金项目:四川省教育厅项目“民事缺席判决制度研究”(08SA127)

作者简介:刘秀明(1969-),男,辽宁喀左人,西南科技大学法学院副教授,法学博士,主要研究方向:民事诉讼法。

况下,其他的情形均为对席判决或视为对席判决。因为“根据通行观念,送达传票是法院的责任,如果当事人已经收到传票,从法院职权的角度看视为已经两造圆满,法院可以作出对席判决。”^{[4](363)}第474条第2款规定:“如所作判决是不准提出上诉的判决,对本人未收到传票而未出庭的当事人,应当再次以传票传唤。”^{[3](95)}另外,大陆法系国家不仅在本国的民事诉讼法中予以明确规定传唤制度,而且在相关国际公约中亦有规定。如“《公约》(布鲁塞尔公约和卢加诺公约)规定,除非原告能证实被告能及时收到传票令状并有足够的时间准备答辩,否则法院不能对被告作出不应诉判决。”^{[5](221)}

3. 传唤程序与诉讼参与权

诉状和传唤状的送达是民事诉讼程序启动的重要条件,并意味着法院和当事人之间诉讼法律关系的产生。传唤程序是民事诉讼参与原则的重要体现和保障,传唤的缺失就是正义的缺失。在任何一个国家的任何诉讼中,传唤程序都是必不可少的,不同的只是传唤的方式。

程序参与权是程序正义的最基本内容,也是满足程序正义的最重要条件,因而被称为诉讼程序的大宪章。《世界人权宣言》和《公民权利和政治权利国际公约》等均有所体现。参与原则的精髓是当事人都有机会获得法院的公正公开审判,都有权利且充分有意义地参与诉讼行使权利,最终影响裁判的形成。美国学者富勒曾对审判的这一特征有过深刻的论述:“使审判区别于其他秩序形成原理的内在特征在于,承认那些将要受到审判所作决定直接影响的人能够通过一种特殊的形式参加审判。审判的本质就在于——受判决直接影响的人能够参加判决的制作过程,一种法律制度如果不能保证当事人参加到审判活动中来,就会使审判的内在品质受到破坏。”^{[6](11-12)}

谷口安平教授按照诉讼参加者参与诉讼的形态和不同的程度,将诉讼参加分为以下三种:直接的参加。这指的是具有利害关系的人作为诉讼的当事者直接进入程序,并为了获得有利于自身的判决而进行诉讼活动的情况。间接的参加。潜在的当事者自己不直接参加诉讼,而由代表其利益的人进行诉讼来实现参加的方式。如各国在人数众多的诉讼中都规定了选定代表人的制度。参加机会的保障。即使当事者实际上没有参加诉讼,但只要被给予了参加的机会,即视为达到了参加的目的,缺席判决就属于这种情况。^{[7](14-15)}

(二) 缺席审判程序的历史演变

1. 古希腊、罗马法时期的缺席审判程序

缺席判决的萌芽最早可追溯至古雅典时期,古雅典法律制度对当事人不出庭的情况已制定了相关的法律规定。“如果陪审团认定,诉讼当事人不出庭的理由令人无法接受,或当事人根本就没有向陪审团陈述不能到庭的理由,陪审团将理所当然地作出不出庭的当事人败诉(有罪)的判决。”^{[8](258)}在古罗马的法定诉讼和程式诉讼时期,民事诉讼案件须经“法律审理”和“事实审理”两个阶段。法律审理的过程是,当事人一同到法官前,先由原告陈述意见。如果原告缺席则撤销诉讼。如果被告不抗辩,讼争就不能成立,法官即认为原告主张的权利正当,允许其自行执行。如果被告依法抗辩,法官当即令双方选定承审员并加以委任。事实审理由临时选定的承审员或常设法院进行审理。当事人须于任命承审员的第三日到庭听候公开审理。如双方均按时到庭,则由承审员调查争议事实的有无及其法律形式是否完备。当事人各得提出有利于己的证人,并进行辩论。《十二表法》第一表传唤之七规定:“诉讼当事人一方过了午时仍不到庭的,承审员即应判到庭的一方胜诉。”^{[2](1007)}在古罗马的非常程序时期,庭审程序和以前诉讼程序的主要差别在于取消法律审和事实审两个阶段的划分,强化了诉讼的统一性,法的适用由法官负责。审判开始以后,当事人一般均须到庭,除非有重要和合理的理由。“当事人一方不到庭,法官亦应根据审究之事实,而为合理之处置,并非当然对于缺席者为不利之判决。”^{[9](579)}

2. 近现代的缺席审判程序

学界将近现代缺席判决的立法模式一般分为缺席判决主义和一方辩论主义。缺席判决主义是指法官根据出庭人的申请而作出缺席人败诉的缺席判决,如法国和德国民事诉讼法规定的缺席判决。一方辩论主义是指当一方缺席时,法官命令出庭方单方辩论,同时法官对缺席方提交的诉讼资料进行审查判断后而为的裁判。日本《新民事诉讼法》第158条规定:“原告或被告在第一次应为口头辩论的期日不出庭或虽出庭而不为本案的辩论时,可以将其所提出的诉状、答辩书或其他准备文书所记载的事项视为陈述,而命令出庭的对方当事人进行辩论。”^{[10](73)}

笔者赞成一方辩论主义的判决模式,但是认为对缺席判决主义概念的界定和缺席性质的理解有待商榷。因为,现在的法国和德国的民事诉讼法都规定法官要对原告请求的合法性和正当性进行审查。换言之,在一方当事人不出庭的情况下,不出庭的一方当事人并不是必然败诉。例如,德国《民事诉讼法》第331

条第1款和第2款规定:“(一)被告在言词辩论期日不到场,原告申请为缺席判决时,原告所为关于事实的言词陈述,视为得到被告的自认。(二)如果认为诉之申请为正当,即依其申请而为判决;认为不当时,驳回其诉。”^{[11](82-83)}法国《新民事诉讼法》第472条规定:“如被告不出庭,仍然可以作出实体上的裁判。仅在法官认为有关为实体判决的请求符合规定,可予受理并且理由充分时,始认定该请求成立。”^{[3](94)}

3. 缺席审判程序与公正程序请求权

当事人公正程序请求权,是当事人要求独立的法院及法官依据法律就当事人的请求进行公正审判的权利。程序公正要求双方当事人享有平等的攻击与防御的手段和机会,法官应始终处于中立地位,法官对此要给予平等的保障。法官对各方的意见和证据予以平等的关注,并在审查判断时将各方的观点均考虑在内,不可偏听偏信。双方当事人的辩论不仅是形式意义上的辩论,更是实质的对当事人和法院均产生约束力的辩论,即辩论主义。程序公正的上述要求不仅在当事人双方都出席庭审的情况下是如此,即使在一方当事人缺席的情况下也是如此。在一方当事人缺席的情况下,法官不能因为其缺席而直接判决缺席人败诉。法官不能只听取出庭一方当事人的陈述,而不管未出庭一方当事人在缺席前已提出的事实和理由。在缺席判决主义的立法模式中,即使缺席人提供了答辩材料并有可取之处,法院也不予考虑。此种做法未免过于僵化,也有失公正,不利于对缺席方合法权益的保护。一方辩论主义模式将未到庭当事人在起诉状或者答辩状中所作的主张视为他所作的陈述。法院对缺席方于缺席前已提出的事实和理由视为出席方的对立面,以一种虚拟的对立辩论试图恢复缺席情形下诉讼结构的不完整状态。这可以更好地体现辩论原则,强调了在当事人的意志范围内发现真实,以求得攻击和防御的最大平衡,有利于实现程序公正。

(三) 缺席审判救济程序的历史演变

1. 古希腊、罗马法时期的救济制度

早在古雅典时代,即出现了缺席判决的萌芽,并有了一定的救济途径。“如果陪审团作出了不出庭的当事人败诉的裁判,被告人将有权自判决作出之日起两个月内向原审法院请求再次开庭审理。如果法院没有在案件审理期间及时传唤被告、或被告不出庭具有正当理由,这种以当事人不出庭为理由作出的判决将被视为无效并由原审法院启动新的诉讼程序。”^{[8](258)}在古罗马的程式诉讼时期,法律规定了“恢复原状、抗诉、撤销等救济方式”。^{[2](977)}例如缺席人基于可原谅的缺席有权申请恢复原状,但必须符合法律规定的条件。

同时,法律规定缺席的一方不得对缺席判决提起上诉。非常诉讼时期以前,罗马司法实践中无上诉程序。帝国时期上诉制度得以建立,但罗马法规定了“缺席一方不得上诉”的原则。

2. 近现代的救济制度

从两大法系对缺席判决进行救济的法律规定可以看出,目前主要有三种救济方式。上诉救济。上诉救济是请求上一级法院对原判决进行改判。法国新民事诉讼法典规定的视为对席判决的判决,仅能通过为对席判决设置的上诉途径来进行救济。德国民事诉讼法中规定的依现存记录为裁判认为是对席判决,不能就此提出异议,只能控诉、上告。另外,日本、我国大陆及我国台湾地区的民事诉讼法也都规定了上诉的救济手段。异议救济。与上诉救济不同的是,缺席判决异议是一种请求原审法院撤回原判决的救济。异议救济又可分为不需理由的异议救济和有理由的异议救济。德国民事诉讼法规定了当事人声明异议的应当对该判决提出异议的说明,但这种说明不是异议合法性的前提条件。法国新民事诉讼法规定对缺席判决提出的异议,应当写明缺席人的理由。美国《联邦民诉规则》第60条规定了救济缺席判决的条件。规定法官作出缺席判决后,如果没有应诉的被告有如下情况,可以提出缺席判决无效的申请。例如错误、疏忽、可原谅的过失、新发现的证据、欺诈等。^{[12](99)}双重救济。双重救济是指当事人在享有异议救济的基础上还享有向上诉法院上诉的权利救济方式。这种救济方式显然更有利于缺席一方当事人的权利保护,但是诉讼效率无疑会受到一定的影响。俄罗斯民事诉讼法对缺席判决的救济就是一个典型例证,被告先向作出缺席判决的法院申请撤销缺席判决,如果法院拒绝作出撤销的裁定,则被告有权在法院作出关于驳回或满足上诉申请之日起的10日内提出上诉。被告在向原审法院申请撤销缺席审判的期限届满之日起的10日内,可以向第二审法院提出上诉。对和解法官作出的缺席判决,可以通过上诉程序在相同的期限内提出上诉。^{[13](152)}

3. 异议制度与法定庭审请求权

当事人有权获得庭审的机会是程序正义的基本理念。在实践中,由于种种原因未出庭的当事人可能未收到传票,这不仅对他个人是不公平的,而且是对诉讼主体知情权和参与权的变相剥夺,这就背离了程序正义的精神。例如,公告送达就是法律上对保障参加机会所作出的一种妥协,是一种推定送达。如果当事人确有正当理由未出庭,就应当赋予其一定的救济权利。因此,赋予有正当理由的缺席当事人一定的异议权利是法定庭审请求权的基本要求。

二、审前缺席判决制度的出现及其程序正义

诉答程序是民事诉讼的起始程序,就整个诉讼过程而言,它是民事诉讼程序的基础性阶段。诉答程序的主要功能在于确定双方当事人的证明对象和法院的裁判范围。两大法系国家的民事诉讼法都对此进行了规制,但由于英美法系国家更注重审前程序的独立性及其纠纷解决功能,诉答程序在英美法系国家民事诉讼中占有非常重要的位置。英美法系国家诉答程序的特色就在于规定了缺席判决制度。审前程序的缺席判决是指法院根据被告不答辩等不应诉行为所作出的判决。英国《新民事诉讼规则》第12条第1款规定:“被告符合以下情形时,法院可以作出缺席判决,即未提出送达认收书者或者未提出答辩的。”^{〔14〕〔54〕}美国《联邦民事诉讼规则》第4条第1款规定:“传唤状中还应写明被告应诉和答辩的期间,并应告知被告如果不在规定的期间内应诉和答辩,则根据原告的起诉状所请求的救济,对被告作出缺席判决。”^{〔12〕〔12-13〕}在大陆法系国家的德国,民事诉讼法也规定了审前程序的缺席判决。被告答辩在两种准备程序中稍有不同,在先期首次期日,被告不答辩的并不会产生缺席判决的后果。在书面准备程序中,如果被告选择自认,将导致认诺判决;如果被告告知将要作答辩,程序继续进行;如果被告不告知答辩,将会导致缺席判决。审前程序的缺席判决与对抗主义的诉讼模式和程序时效规则的严格遵守有着密切的联系。

(一) 审前缺席判决与对抗主义的诉讼模式

对抗制的诉讼模式充分体现了当事人在诉讼中的主导性地位,法官只是消极的裁判者,法官主要是为当事人平等对抗提供公平的环境,确保当事人遵守程序规则,因而可以将这种诉讼模式形象地概括为“沉默的法官,争斗的当事人”。当事人尤其是律师在整个司法过程中的地位非常重要,他们提出主张和事实、调查证据、进行辩论、交叉讯问等。对此,美国著名法学家富勒针对律师在诉讼中的作用指出:“(律师)好比把钻石稳定在一个角度,使它单独的一面特别惹目,从而帮助法官从不同角度认识案件,探索它的一切特性和微妙差别,发现客观真相,正确适用法律。”^{〔15〕〔189〕}总之,在对抗制的诉讼模式下,案件事实的查明是当事人的权利,同时也是当事人的一种义务,否则要承担败诉的责任。在这种对抗制的诉讼模式下,原告已向被告送达诉状,如果被告不及时提出答辩,则不仅原告无法知晓被告的证据资料,更不利于诉讼争点的形成。而争点则是推动诉讼前进的动因,无法形成争

点,则诉讼的进行以及关于案件实质性的开庭审理就不复存在。为了鞭策被告按时提交答辩状,形成切实有效的攻击防御态势和案件争点,以期加快程序的进行和集中审理,于是审前的缺席判决制度便由此诞生。

(二) 审前缺席判决与程序时效制度

时效,一般是指法律所规定的一定的事实状态经过法定期间,即产生一定法律后果的法律制度。关于程序时效的概念,学理上并没有明确的界定。笔者认为,程序时效,是指法律所规定的权利状态经过一定期间,即产生一定法律后果的诉讼制度。权利状态、程序期限和法律后果是程序时效制度的三个基本要素。建立程序时效制度的目的,就在于程序法是公法,具有强制性,法院和当事人都应当遵守诉讼程序的期限,以顺利推进程序的加快和集中,并进而维持法秩序之安定,同时急于行使权利者要承担一定不利的法律后果。英美法系更重视程序时效制度,规定了比大陆法系国家更为严格的缺席判决制度,主要理由如下:

在英美法系的国家,法律对程序正义的重视优越于大陆法系的国家。换言之,在大陆法系的国家,由于历史传统、法律制度、文化习惯等因素的影响,司法更重视对案件事实的查明,强调对当事人实体权利的保护。而在英美法系的国家,历史传统上就特别强调“程序先于权利”“审判先于证据”“审判先于真实”等程序优先的观念,在20世纪又受到正当法律程序革命的影响,在司法审判中则强调程序的正义性,并要求诉讼主体严格遵守诉讼程序规则。正如有学者所言:“虽然国外的缺席判决制度也要考虑实施诉讼行为一方当事人提出的事实主张理由和诉讼资料,但更侧重于对程序的处理,因为对方当事人没有应诉答辩,没有表现出任何争执,推进诉讼程序的动因不存在,通过不应诉判决结束诉讼程序。”^{〔16〕}源于古老的法律传统中的规定,一方当事人如果对自己的权利处于漠不关心的态度,则责任归属于当事人。如法谚云“衡平法不帮助那些急于行使权利的人”,“法律不保护那些躺在自己权利上睡大觉的人”。程序时效制度的这种自我归责机制也可以说是对权利人不行使权利的一种正当理由的说服机制,法律对当事人懈怠诉讼行为给予否定评价正是契合了道德对懈怠的责任评价。法院和当事人都是推动程序进行的诉讼主体,基于意思自治和当事人的程序主体性地位,自我负责的机制自然就是自我决定过程的逻辑结果。

三、结语

从诉讼阶段视角而言,缺席判决制度经历了从庭

审的缺席判决到审前缺席判决的演变过程。缺席判决制度有其存在的程序正当性,但是必须明确的是,对席判决是民事诉讼的常态,这是不容置疑的诉讼法理。因而,笔者阐述缺席判决的历史演变过程和程序正义法理,并不意味着笔者赞成、支持缺席判决制度。一方面,如果确属不得已而适用缺席判决,应当以程序正义的理念保障法官作出裁判的公正性。另一方面,探讨如何避免、控制缺席判决的发生也是值得研究的一个重要课题。

注释:

大法官特准申请人占有他人的特定物或其全部财产的裁定。例如被告人逃亡、隐匿等。这里的占有实际上仅为临时性的保管,并不包括真正占有人所享有的权利。

原告与被告可以口头约定被告应于指定的时期到庭。

原告传唤时,应向被告告知之起诉的内容和提出的证据,以便被告决定和解或为应诉的准备。

为简化诉讼程序,根据德国《民事诉讼法》第 198 条第 1 款规定,双方当事人都由律师代理时,书状的送达可以由送达的律师把应交付的书状转交给另一方律师,此即律师向律师的送达。

学界有观点认为,古罗马的缺席判决实行的是败诉制裁模式,由此观之,该观点值得商榷。

就笔者掌握的资料而言,我国民事诉讼法学者傅郁林女士在《诉答程序·程序时效·诚信机制——“答辩失权”的基础性问题》中首次提出程序时效的术语,但文中并没有对程序时效的概念进行界定,而且主要是针对审理期限而言的。参见傅郁林:“诉答程序·程序时效·诚信机制——“答辩失权”的基础性问题”,《人民法院报》,2005 年 4 月 13 日版。

英国著名法学家亨利·梅因(Sir Henry Maine)在《早期法律习惯》(Early Law Custom)中曾指出:英国法(即普通法)是“在程序的缝隙中渗透出来的”,这一观点生动形象地描述了程序与实体之间

的相互关系。

参考文献:

- [1] 皮继增. 外国法制史教程[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1992.
- [2] 周楠. 罗马法原论(下册)[M]. 北京: 商务印书馆, 1994.
- [3] 罗结珍. 法国新民事诉讼法典[M]. 北京: 中国法制出版社, 1999.
- [4] 谭兵. 外国民事诉讼制度研究[M]. 北京: 法律出版社, 2003.
- [5] 彭世忠. 国际民商事诉讼法原理[M]. 北京: 中国法制出版社, 2000.
- [6] 陈瑞华. 刑事审判原理[M]. 北京: 北京大学出版社, 1997.
- [7] 谷口安平. 程序的正义与诉讼[M]. 王亚新, 刘荣军译. 北京: 中国政法大学出版社, 2002.
- [8] 陈刚. 民事诉讼法制的现代化[M]. 北京: 中国检察出版社, 2003.
- [9] 陈朝璧. 罗马法原理[M]. 北京: 法律出版社, 2006.
- [10] 白绿铨. 日本新民事诉讼法[M]. 北京: 中国法制出版社, 2000.
- [11] 谢怀栻. 德意志联邦共和国民事诉讼法[M]. 北京: 中国法制出版社, 2001.
- [12] 白绿铨, 卞建林. 美国联邦民事诉讼规则·证据规则[M]. 北京: 中国法制出版社, 2005.
- [13] 黄道秀. 俄罗斯联邦民事诉讼法典[M]. 北京: 中国人民公安大学出版社, 2003.
- [14] 徐昕. 英国民事诉讼规则[M]. 北京: 中国法制出版社, 2001.
- [15] 左卫民. 价值与结构——刑事程序的双重分析[M]. 成都: 四川大学出版社, 1994.
- [16] 张永泉. 缺席判决与不应诉判决制度探讨[J]. 法律适用, 2005, (1): 38.

Source of default judgment system in civil procedure: Concurrently comment on procedural justice of default

LIU Xiuming

(Law School, Southwest University of Science and Technology, Mianyang 621010, China)

Abstract: Default judgment system in civil procedure experienced a transitional process of Ancient Greek, Ancient Rome and modern times. While trial default judgment is emphasized in some countries of civil law system, pre-trial default judgment is created in some countries of Anglo-American countries. Trial default judgment is composed of three stages of summons, judgment and remedy procedure, each of which embodies separately participation, claiming for obtaining fair procedure and right of trial. Pre-trial default judgment is closely connected with adversary procedure and litigated limitedness.

Key Words: default judgment; civil procedure; continent system; Anglo-American system; procedural justice

[编辑: 苏慧]