

浅析民商事案件缺席判决制度之弊陷与重构 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/479/2021_2022__E6_B5_85_E6_9E_90_E6_B0_91_E5_c122_479794.htm

审判实践中，人民法院适用缺席判决的民商事案件在所审判的案件中只占极小的比例，这与审判人员普遍反映的传唤难、送达难情况不尽吻合。这是因为审判人员在遇到可以适用缺席判决的情况时，往往不敢轻易下判，而是仍反复传唤当事人。在采取了各种办法之后，如缺席一方到庭确实无望，有的审判人员就转变为反复劝说原告一方撤诉。这样做往往使遵守法院传唤按时到庭的一方当事人感到受了愚弄，进而对诉讼公正与效率产生怀疑。笔者认为，之所以产生这种情况，是因为我国法律对缺席判决与对席判决适用相同的标准，也就是说即使在一方当事人缺席的情况下，法院仍需“以事实为依据，以法律为准绳……以案件事实已经查清并有充足的证据可供认定作为判决必备的前提”，且缺席判决与对席判决“具有完全相同的法律效力”。但是，在一方当事人缺席的情况下法院所能查清的事实毕竟是有限的，因此使审判人员陷入两难境地：如果缺席判决，担心案件事实未全部查清，判决生效后如缺席一方申诉，原判可能会被认为是错判；如果不缺席判决，又担心延误审理，导致超审限。于是在实践中产生了反复传唤与劝当事人撤诉的怪现象，诉讼公正与效率均大打折扣。当前民商事案件审理中当事人一方缺席情况增多主要有以下原因：一些法人或其他组织的住所、经营场所等有关情况发生变化后，不及时到有关部门办理变更登记手续，造成法院传票难以送达；随着经济的发展，城乡居民异地从业的情

况增多，因难以找到其住址，法院传票无法送达；有的当事人为躲避债务、责任或拖延诉讼，故意不应诉。笔者认为，随着当事人缺席情况的增多，旧的缺席审判制度已不适应诉讼公正与效率的要求，必须加以改进。缺席判决模式之选择我国的缺席审判制度有两个问题需要重新认识：一是在一方当事人缺席的情况下，法院是否也要查清案件全部事实之后才能判决；二是缺席判决是否与对席判决具有同等的法律效力，当事人是否只能上诉或申诉，而无其他救济程序。对以上两个问题的认识实际就是对缺席判决制度中的程序正义与实体正义、效率与公正、判决的正确性与稳定性的辩证思考。我们可以借鉴国外民商事诉讼中的缺席审判制度，如德国、法国的不应诉判决类似于我国的缺席判决制度。德国民事诉讼法规定，原告于言词辩论期日不到场的，法院将应被告的申请作出驳回原告请求的判决；被告于言词辩论期日不到场的，法院将认为原告提出的事实已经确定，如原告的请求有根据。可以应原告请求作出判决。不应诉当事人有权在不应诉判决送达15日内申请撤销不应诉判决，申请时无须说明不应诉的理由。如果申请符合形式上的要求，诉讼程序即自动恢复到不应诉判决发生前的状态，但不应诉一方应承担不应诉引起的费用。如果撤销不应诉判决的申请提出后，原不应诉一方仍不到庭，则将对被告作出终局性的败诉判决。此外，原告还可以改为申请按现有的诉讼文件作出判决，该判决是终局性的。法国民事诉讼法典将不应诉区分为不到案构成的不应诉和由于未能在诉讼行为期间内实施诉讼行为构成的不应诉。不应诉判决必须在起诉书没有向被告本人送达的情况下才能作出，并且该判决是不得上诉的判决。这种判决

应在宣告之日起6个月内向不应诉一方送达，否则判决视为未作出，诉讼程序得继续进行，应诉的当事人以及提起异议的当事人都能申请改变原判决。另外，申请异议书应载明理由，否则无效。日本民事诉讼法第244条规定：“在口头辩论的期日，当事人一方不出庭或不辩论而退庭时，法院考虑到审理的现状当事人进行诉讼的情况，认为适当时，可以作出终局判决。但是，在口头辩论的期日，一方当事人不出庭或不辩论而退庭时，以出庭的一方当事人申请为限。”可见，在外国民事民事诉讼法中，存在两种缺席判决模式，一种称为缺席判决主义，另一种称为一方辩论判决主义。依据缺席判决主义，在被告缺席的情况下，法院可以依原告请求作出支持其请求的判决，但对该判决缺席一方得在合理期限内提出异议。自异议提出之日，该判决视为未作出，诉讼恢复到作出判决之前的状态。一方辩论判决主义则是在一方当事人缺席的情况下，法院综合到庭一方当事人的陈述、证据以及缺席一方曾提供的材料，依申请作出判决，对该判决当事人不得提出异议。德国与法国的民事诉讼中同时存在缺席判决主义与一方辩论判决主义，而日本则完全实行一方辩论判决主义。适用缺席判决主义，可以使诉讼不受当事人缺席的影响而继续进行下去。对被告缺席的，法院可以依据原告的诉讼请求作出判决。这是一种法律上的拟制，即把被告的缺席行为视为是对原告请求的自认，体现了诉讼效率原则。但是，由于缺席判决主义并不考虑原告请求在实体上能否成立，因而判决的准确性常常遭到质疑。并且由于缺席一方得提出异议使判决归于无效，因此判决不具有稳定性。还有些当事人故意利用异议来拖延诉讼，使该制度丧失了效率性的优

点。一方辩论判决主义在判决时兼顾到庭一方的陈述与缺席一方提交的有关材料，并不因一方缺席就支持另一方的主张，到庭一方如请求不合理也可能败诉，体现了对双方当事人的平等保护。但是缺席一方有可能未提交任何诉讼材料，或即使提交，也未能有效、全面地阐明观点，则此时作出的判决与缺席判决主义的情况并无不同。而缺席一方又没有异议权，只能通过上诉寻求救济，无异于丧失了一级审级利益。如果缺席方是由于不可抗力、传票未送达等原因未能出庭，则其合法权益将无法得到保护。可见，无论是缺席判决主义还是一方辩论判决主义，都各有优缺点，采用何种模式还应根据诉讼中的具体情况来作出选择。我国的缺席判决制度从表面上看似乎实行的是一方辩论判决主义，但实际上却与其有本质区别。因为尽管经过审判方式改革，我国的民事诉讼已带有一些当事人主义的色彩，但是在许多方面仍然是职权主义占上风。体现在缺席判决制度中，就是法院在一方当事人缺席的情况下，仍要查清案件事实才来作出判决。法院判决的依据既不是到庭一方的陈述，也不是缺席一方的诉讼材料，而是法院依职权调查的证据。这一点与一方辩论判决主义完全相悖。一方辩论判决主义奉行的是辩论原则，即法院只能以当事人辩论中提出的事实与证据为判决的依据，而不得超出当事人辩论的范围去主动调查证据。因此，我国的缺席判决制度不同于一方辩论判决主义。另外，由于不承认被告的缺席是对原告请求的默认，也没有缺席一方的异议程序，我国的缺席判决制度与缺席判决主义更是大异其趣。由于我国的缺席审判制度一味去追求实体公正，已使法官陷入到主动调查证据的泥沼，从而丧失了程序公正，并且由于缺乏

双方当事人的辩论，实际上很难达到实体公正。因此，旧有的模式必须加以改革。我们不应以实体公正为唯一价值尺度，而应兼顾程序公正，体现公平与效率，借鉴国外的立法例，对我国的缺席审判制度进行改革。外国法中的一方辩论判决主义与缺席判决主义虽不尽完美，但经过改进，还是能够为我所用的。笔者认为，我国的缺席判决制度应以一方辩论主义为主，缺席判决主义为辅，针对缺席的不同情况适用不同的方法。

我国缺席判决制度之重构

对原告不应适用缺席判决。根据我国民事诉讼法及相关司法解释，缺席判决适用于以下情形：原告经传票传唤，无正当理由拒不到庭的，或者未经法庭许可中途退庭，被告反诉的；人民法院裁定不准许撤诉，原告经传票传唤，无正当理由拒不到庭的；被告经传票传唤，无正当理由拒不到庭的，或者未经法庭许可中途退庭的；无民事行为能力被告的法定代理人经传票传唤无正当理由拒不到庭的；在受送达人下落不明而采取公告方式送达传票时，公告期届满而受送达人未庭应诉的。按照缺席的主体不同，可以把以上情况分为原告缺席的缺席判决与被告缺席的缺席判决。以上第五种情况依据下落不明的是原告还是被告同时存在原告缺席的缺席判决与被告缺席的缺席判决。第一种情况因原告已成为反诉被告，所以实际是被告缺席的缺席判决。第三、四种情况属于被告缺席的缺席判决。根据民事诉讼法的规定，在原告缺席的情况下，法院可以按撤诉处理，也可以缺席判决。那么，在什么情况下缺席判决呢？最高人民法院《关于适用民事诉讼法若干问题的意见》第51条规定：“当事人申请撤诉或者依法可以按撤诉处理的案件，如果当事人有违反法律的行为需要依法处理的，人民法院

可以不准撤诉或者不按撤诉处理。”对以上规定笔者持不同意见。笔者认为，对当事人申请撤诉或依法可以按撤诉处理的案件，法院不应缺席判决。因为根据民事诉讼的处分原则，当事人有权处分自己的实体权利与诉讼权利。作为原告，处分实体权利的行为表现为放弃、变更诉讼请求与和解，处分诉讼权利的行为即表现为撤诉。民事权利是一种私权利，国家不应过多干涉。“既然国家允许当事人以非诉的方式解决民事纠纷，那么也没有必要对当事人在诉讼中作出的种种选择施加不必要的限制。”因此，对原告撤诉的申请，法院不应不予准许。即使民事活动中存在违法行为，侵害了国家、社会或第三人的利益，也应由有关部门处理或由第三人主张权利，而不应由法院去越俎代庖，管理审判职责之外的事务。因此，笔者认为，民事诉讼中不对原告适用缺席判决。有观点认为，我们应当学习德国、法国的做法，在原告缺席时，拟制为原告对诉讼请求的放弃，由法院判决驳回原告的诉讼请求。因为“被告为抗辩原告的指控而参加诉讼，在财产上、时间上和精力上都有不同程度的付出，对诉讼结果有期待利益，假若原告为避免败诉而缺席，法院准予撤诉，被告的诉讼损失就无法弥补。”笔者认为，这种理由不能成立。因为原告撤诉即表明其暂时不愿意行使诉讼权利，并不能表明其对实体权利的放弃。此时进行缺席判决是对原告合法处分权的不当干预。被告对诉讼的期待利益可以通过提起反诉或单独起诉来实现，并不一定要通过本次诉讼来解决。并且如果原告缺席是为了避免败诉，可以采取由原告负担被告为诉讼所支出费用的办法来避免被告受到不合理的损失。因此，原告申请撤诉，法院应予准许。在原告缺席时，应按

撤诉处理，对原告不应适用缺席判决。被告缺席的缺席判决应分不同情况适用一方辩论判决主义和缺席判决主义。对于被告缺席的缺席判决，依照被告自己参与诉讼的程度，又可以分为以下几种情况：一是被告已收到起诉状与开庭传票并已提交答辩状，不到庭或中途退庭；二是被告已收到起诉状与开庭传票，未答辩，不到庭或中途退庭；三是被告已收到起诉状，已答辩或未答辩，但法院未能直接送达开庭传票，而是通过公告方式送达，被告未到庭；四是由于各种原因，法院未能直接送达起诉状与开庭传票，都是通过公告方式送达，被告未到庭。笔者认为，对于前两种情况，被告已收到起诉状与开庭传票的，不论答辩与否，都应适用一方辩论判决主义。法院应综合原告与被告提供的诉讼材料作出判决，对该判决，当事人可以上诉。因为在我国，答辩并未被法律规定为一项诉讼义务，被告答辩与否并不影响诉讼的进行。被告在已收到起诉状与开庭传票的情况下不到庭或中途退庭，视为被告对诉讼权利的放弃，法院应依据已有的诉讼材料进行判决。对于上述第3种情况，笔者认为也应适用一方辩论判决主义。因为被告在收到起诉状后，应积极准备诉讼，随时听候法院传唤。虽然我国民事诉讼法未规定被告在诉讼期间有影响诉讼的行为时应向法院报告，但笔者认为，被告在诉讼期间，需迁徙或长时间离开住所的，应向法院报告并承诺不影响其参加诉讼。如被告未采取以上行动，造成开庭传票无法以公告以外其他方式送达的，被告应承担相应的后果。公告后，如被告缺席，法院得综合案件诉讼材料作出缺席判决。对该判决，当事人不得提异议，但有上诉权。以上三种情况适用一方辩论判决主义，应注意与我们以往的做法

相区别，法院不再主动调查取证，不再以代替缺席被告的位置进行防御，将缺席案件变成法院与原告之间的诉讼：而是坚持当事人主义与辩论主义，以现有诉讼材料进行判决。判决只要符合法律程序，就不论实体处理是否实事求是，均为正确的判决。对于第4种情况，笔者认为以采用缺席判决主义为宜。因为在实践中存在因被告的住所不明确或其他客观原因，导致起诉状与传票无法直接送达的情况。而公告送达不能确保被告知悉诉讼的存在，在此种情况下如依一方辩论主义作出缺席判决，对被告是不公平的。被告就不仅失去了到庭陈述与答辩的权利，而且由于只能通过上诉来寻求救济而失去了一级审级利益。因此笔者认为，在这种情况下应适用缺席判决主义，可采取以下步骤作出缺席判决：法院不是简单地判决原告胜诉，而是要对原告的诉讼请求、理由及有关证据进行审查。如果以上材料并不矛盾并基本能证明原告的主张，法院应作出原告胜诉的判决。如果原告的诉讼材料相互矛盾，其诉讼请求不成立或不合法，则应驳回原告的诉讼请求，原告可以上诉。对原告胜诉的判决，缺席的被告可以在法定期间内提出异议。如异议成立，法院作出裁定，撤销缺席判决，诉讼恢复到作出缺席判决之前的状态。如异议不成立，法院裁定驳回异议，缺席判决生效。为避免被告逃避民事责任，于法院缺席判决之后又提异议，法院应对异议进行审查。被告的异议应有合法理由。异议成立的理由包括：被告未被合法传唤、被告有合理原因未能知晓法院的传唤公告、缺席判决在实体上存在错误。考虑到我国民事诉讼的实际情况，笔者认为异议期间为判决送达之日起15日。在采用公告方式送达判决书的情况下，异议期间是公告期满后15

日。对适用异议程序的缺席判决，当事人不得上诉。异议权只属于缺席的被告，原告不得提异议。异议权只能行使一次，被告提出异议后仍不到庭的，法院应采取一方辩论判决主义作出终局判决。二审案件适用一方辩论判决主义。以上都是针对一审案件而言的，在二审案件中，上诉人缺席的，按撤回上诉处理；被上诉人缺席的，法院应适用一方辩论判决主义作出缺席判决。因为一般在二审阶段当事人已知道诉讼的存在，不存在缺席的合理理由，即使缺席的被上诉人在一审、二审均是公告送达诉状与开庭传票，因经过多次公告送达，在程序上已能体现对他的救济；且二审程序并不以口头审理为唯一方式，书面审理也经常运用，当事人的缺席对案件审理的影响不似一审案件中那么明显，因此适用一方辩论判决主义已能保护当事人的权益。还需要说明的是，外国法中的缺席判决一般都是应当事人的请求作出的，与我国的做法相异：笔者认为，缺席判决的作出不应以原告申请为限，否则在原告不申请时，诉讼程序就无法发展下去，必然会有悖诉讼效率原则。原告如认为被告的缺席将影响到案件的处理结果，不愿选择缺席判决，可以申请撤回起诉，待条件成熟时再起诉。综上所述，在审判实践中，法院一方面应大胆运用缺席判决，不应因为出现缺席情况而使诉讼拖延下去；另一方面又要严格按法律程序进行，避免缺席判决的扩大化适用，损害当事人的合法诉讼权利乃至实体权利。在当事人有正当理由缺席，申请顺延开庭期限的，法院应进行审查，不应不予考虑就作出缺席判决。此外，法院在缺席审理时仍应依职权对一些程序性事项进行调查，如管辖权问题及有无仲裁协议问题等。编辑：汤昊 haot@acla.org.cn 100Test 下载频

道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问

www.100test.com