

虚假诉讼研究

王飞跃

(中南大学法学院, 湖南长沙, 100083)

摘要: 虚假诉讼行为既包括虚构事实或者法律关系的诉讼行为, 也包括虽有足够的事实和法律依据但以诉讼的方式追求诉讼请求以外的其他目的的诉讼行为。虚假诉讼的实施主体包括一方当事人、双方当事人等不同类型, 有时裁判机构工作人员也可能参与虚假诉讼行为。依据虚假诉讼虚假的内容并结合其参与主体, 虚假诉讼可以划分为恶意诉讼、滥用程序以及串通诉讼三种类型。虚假诉讼基于不法目的而提起, 根据不法目的, 虚假诉讼可以划分为侵害型、解除型、掩盖型、确定型四种类型。虚假诉讼的认定, 应当结合国情考虑公共政策等因素综合进行。

关键词: 虚假诉讼行为; 不法目的; 权力(利)均衡; 恶意诉讼; 滥用程序; 串通诉讼

中图分类号: D914

文献标识码: A

文章编号: 1672-3104(2013)04-0040-09

近些年来, 我国的虚假诉讼^①案件呈高发、蔓延之势。^[1-4]尽管学界与实务界对于虚假诉讼危害的认识已逐步深入和全面,^[5]并且《中华人民共和国民事诉讼法》(以下简称《民事诉讼法》)第112、113条已就实施某些虚假诉讼行为承担的法律进行了明确规定, 但对于虚假诉讼行为的方式、主体、目的等方面仍然存在诸多争议, 而这正是导致我国有关虚假诉讼的理论纷争与司法乱象的根本原因之一。^②为此, 本文拟就这些问题予以探讨, 以期对规制虚假诉讼提供参考。

一、虚假诉讼行为

我国目前与虚假诉讼有关的概念包括诉讼欺诈、诉讼诈骗、恶意诉讼、滥用程序、虚假诉讼等, 即便是虚假诉讼一词, 有的将其等同于恶意诉讼,^③有的将其限定为当事人恶意串通的虚假诉讼。^④这一局面的产生, 既是因为学界各说各话、各执一词, 缺乏共同话语体系造成的, 更是因为学界对于虚假诉讼行为的认识分歧导致的。

由于学者分别使用了诉讼诈骗、诉讼欺诈、恶意诉讼、滥用程序、虚假诉讼等几个概念, 不同概念所包含的虚假诉讼行为各有侧重。诉讼诈骗指通过虚假诉讼的方式欺骗法院侵占公私财物或获得财产性利益的行为。学界将诉讼诈骗区分为广义与狭义两种。广义的诉讼诈骗指欺骗法院使对方交付财物或者财产上利益的一切行为; 狭义的诉讼诈骗指行为人将被害人

作为被告向法院提起虚假的诉讼, 使法院产生判断上的错误进而获得胜诉判决, 使被害人交付财物或者由法院通过强制执行将被害人的财产转移给行为人或者第三者所有。^⑤诉讼欺诈在我国有两种理解, 大多数观点将诉讼欺诈等同于诉讼诈骗。^[7-9]另一种理解将诉讼欺诈界定为诉讼参加人恶意串通, 虚构民事法律关系或法律事实, 通过符合程序的诉讼形式, 使法院作出错误裁判, 从而达到损害他人利益、谋取非法利益的目的的行为。^[5]关于恶意诉讼, 我国学界有的认为该概念等同于诉讼诈骗或者诉讼欺诈,^[10, 11]有的认为恶意诉讼是诉讼欺诈的上位概念,^[12]有的将恶意诉讼作为滥用程序的一种, 是行为人“没有虚构事实或者捏造证据”而滥用程序的行为。^[13]

因为不同概念包含的虚假诉讼行为各有侧重, 导致不同概念所指向的行为主体呈现差别。有的观点认为虚假诉讼的行为主体仅限于原告, 由相应概念界定中的“起诉”“提起诉讼”“主动发起诉讼程序”可以得知; 有的观点认为虚假诉讼的行为主体为诉讼参加人, 即意味着包括原告、被告、诉讼代理人。《民事诉讼法》第112、113条将虚假诉讼的行为主体规定为“当事人”和“被执行人和他人”。

可见, 我国对于虚假诉讼行为存在的重大分歧体现在两个方面: 一是关于虚假诉讼的行为方式。虚假诉讼是否必须虚构事实或者法律关系? 虚假诉讼究竟是一方当事人的单方行为, 还是必须是双方当事人串通后的共同行为? 如此等等。二是虚假诉讼的行为主体。虚假诉讼行为主体是仅指原告, 还是也包括被告?

法院工作人员可能参与甚至推动虚假诉讼吗?

英美国家规制虚假诉讼的法律体系较为完备。^⑥我国法律中的虚假诉讼行为类型,可以在借鉴英美国家相关概念的基础上通过改造予以确定。

(一) 英美国家中的恶意诉讼与滥用程序

在英美侵权法体系中,虚假诉讼包括两种类型:第一种是没有事实依据和法律依据的无由之诉(frivolous legal action);第二种是尽管有事实依据和法律依据但出于不当目的提起的不当之诉(improper legal action)。无由之诉被称为恶意诉讼(malicious prosecution),不当之诉被称为滥用程序(abuse of process)。

恶意诉讼是在没有事实根据和适当理由(probable cause)^⑦情形下,恶意提起的民事或者刑事诉讼。^⑧恶意诉讼的概念起初是作为刑事诉讼中无由之诉的受害人的救济方式而产生的,随后扩大到民事领域。^⑨证明恶意诉讼的成立需满足四个要件:第一,前一诉讼程序已经终结并且对原告有利;^⑩第二,被告对前一诉讼缺乏胜诉的合理确信(lack of reasonable belief);第三,被告对前一诉讼具有恶意或者其他不当目的(malice or other improper motive);第四,原告遭受了损害(damages)。在恶意诉讼的判断中,第二、第三个要件最为关键。第二个要件是被告对前一诉讼“缺乏合理确信”,必须提供证据证明前一诉讼的提起没有合理的事实依据或者法律依据,证明这一事实应达到优势证据的程度(preponderance of the evidence)。在司法实践中,当事实问题得以解决后,法院往往适用一个客观的“理性人”判断(reasonable person test)来解决是否有法律依据的问题。第三个要件“恶意”,较之其他语境,其含义较为宽泛,一般将其界定为“公正处理违反者”以外的其他任何动机(any motive other than a desire to bring an offender to justice),并且,“恶意”可结合前一诉讼的案情加以推断,特别在前一起诉缺乏事实依据的情形下,可以当然得出前一诉讼的起诉者怀有不当目的。“恶意”与滥用程序中的“不当或其他目的”(improper or ulterior motive)含义相同。尽管恶意和缺乏合理确信是彼此独立且必要的要件,但是,一般情况下恶意可由缺乏合理确信予以推断。法院对恶意诉讼的态度往往从其判断恶意的标准中得以反映。有些法院要求有现实的恶意(actual malice),现实的恶意可由当事人的不怀好意、愤怒或者激怒对方的目的得以证明,尽管现实的恶意并不要求达到仇恨的程度。现实的恶意体现为对诉讼请求予以裁决以外的其他任何目的。法律的或者隐含的恶意(legal or implied malice)也往往被认为可以充分证明存在恶意。

法律的恶意是指缺乏正当性或者抗辩事由而有意实施非法行为。不少法院认为,有意不对案情进行调查了解或者由于疏忽不对案情进行调查了解、在受到通知后拒绝停止某一行为,都可以认为存在恶意。

滥用程序的概念是为了补救恶意诉讼留下的法律空白而产生的。滥用程序是指尽管起诉有足够的事实和法律依据,但起诉的目的并不在于诉讼目的获得支持,而是以诉讼为威胁、胁迫或者筹码获取诉讼请求以外的金钱、财产或者其他利益。由于滥用程序的起诉者往往基于足够的事实和法律依据而具有胜诉的确信,因而无法以恶意诉讼侵权之诉予以规制。滥用程序的成立具有三个要件:一是“不当目的”,即追求诉讼请求以外的其他目的而提起诉讼;二是不当使用(improper usage),即不当地使用了诉讼,从证据的角度来说,不当使用一般表现为公然的行为,如威胁或者敲诈,这些行为不属于诉讼行为本身或者在诉讼行为的范围之外并且能够直接体现不当目的。第一个要件“不当目的”可以从第二个要件“不当使用”中推断出来,但“不当使用”不能从“不当目的”中推断出来。三是造成损害。

恶意诉讼与滥用程序既有相同点,又有差别。两者的相同之处在于,两者都有不当目的,并大多可以其他要件加以推断。两者的区别也是非常明显的:第一,恶意诉讼是没有事实或者法律根据的,而滥用程序是有事实根据和法律根据的,只是对该有事实根据和法律根据的诉讼予以不当使用。第二,程序方面,恶意诉讼侵权之诉只有在前一诉讼终结并且结果是有利于原告的情形下才能成立,而滥用程序侵权之诉并无这一要求,因此大多数滥用程序侵权之诉往往作为反诉提起。

(二) 我国虚假诉讼的行为类型

英美侵权法中的恶意诉讼与滥用程序十分成熟,可以为我国借鉴。不过,英美侵权法中的恶意诉讼与滥用程序也有美中不足:第一,不论是恶意诉讼还是滥用程序,均只能应对一方当事人侵害另一方当事人合法权益的虚假诉讼行为,而不能应对双方当事人串通损害第三方权益或者规避法律规定、规避行政管理的虚假诉讼行为。第二,在行为主体方面,恶意诉讼、滥用程序均仅涉及一方当事人,而实际上,不少虚假诉讼是双方当事人串通后共同实施的,并且“河北法院人员被指制造假诉讼助人在京购车”这一事件说明^[14]:法院或者其他裁判机构工作人员也可能成为虚假诉讼的主体。

从客观方面来说,虚假诉讼具有共性,即都是虚假的——或者其形式与实质均为虚假的,或者其实质

是虚假的。笔者认为,在借鉴英美国家恶意诉讼、滥用程序概念的基础上,依据虚假诉讼虚假的类别并结合虚假诉讼的参与主体,可以将虚假诉讼行为划分为恶意诉讼、滥用程序以及串通诉讼三种类型。

1. 恶意诉讼

恶意诉讼是指行为人为实现不法目的,一方当事人依据虚构的法律事实或者法律关系将被侵害对象作为被告(被告人)提起的诉讼。恶意诉讼最本质的特征在于诉讼本身缺乏提起诉讼所必须具备的基础性事实或者基础性法律关系。恶意诉讼的成立要件可借鉴英美国家关于恶意诉讼成立要件的法律规定。

2. 滥用程序

滥用程序是指行为人依据客观存在的法律事实或者法律关系将侵害对象作为被告(被告人)提起诉讼,以实现诉讼请求以外不法目的的行为。滥用程序最本质的特征在于诉讼并非追求实现诉讼目的,而是为了实现诉讼目的以外的不法目的。滥用程序的成立要件可借鉴英美国家关于滥用程序成立要件的法律规定。

3. 串通诉讼

串通诉讼是指诉讼当事人之间恶意串通或者诉讼当事人与裁判机构之间恶意串通,通过虚假诉讼的方式实现不法目的的行为。串通诉讼的成立要件包括:第一,虚构了法律事实或者法律关系;第二,当事人之间串通后或者当事人与裁判机构串通后,对虚构的事实或者法律关系予以自认或者确认;第三,串通的当事人之间或者当事人与裁判机构之间存在实施串通事实的共同故意。换言之,串通诉讼可能是当事人串通后共同提起的或者是在裁判机构人员的参与下共同制造的;第四,串通诉讼旨在实现不法目的。因此,串通诉讼最本质的特征有二:一是虚构了事实或者法律关系;二是虚构事实或者法律关系是在当事人之间或者当事人与裁判机构工作人员之间串通后共同实施的。

串通诉讼与恶意诉讼存在竞合之处,串通诉讼往往以虚构的法律事实或者法律关系提起诉讼,但串通诉讼与恶意诉讼存在显著区别:第一,在参与主体方面,恶意诉讼必须是一方当事人将其意图侵害的对方作为被告(被告人)提起诉讼;而串通诉讼则是诉讼当事人之间互相串通或者一方当事人与对方的部分当事人之间互相串通,以及当事人与裁判机构之间互相串通提起的诉讼;第二,在侵害对象方面,恶意诉讼的侵害对象仅限于被告(被告人),而串通诉讼的侵害对象往往是第三人或者被告方的部分当事人;第三,在行为方式方面,恶意诉讼仅能通过作为的方式实施;而串通诉讼既可以通过作为的方式进行,也可以通过

不作为的方式进行,如一方当事人故意不提交相应证据而使得另一方当事人胜诉,使得胜诉方取得败诉方的财产或者胜诉方免除其应当承担的对败诉方的债务,以致侵害其他债权人的利益。

由此可见,虚假诉讼并非一种行为,而是一类行为的集合。将虚假诉讼作为一种行为来对待,并试图通过设立一个法律规范来加以制裁的观点^{⑦-⑨}是错误的,因为:第一,不同的虚假诉讼行为侵害的法益不同。虚假诉讼侵害的法益可能是公私财产权、公民的人身权、司法机关的正常活动^⑩、公司的商业声誉等等。由于侵害的法益不同,不应作为一种行为来对待。与此同时,不同的虚假诉讼行为因为侵害的法益不同,其危害程度也具有很大的差异性。第二,不同虚假诉讼行为的实施主体存在差别,有的是一方当事人实施,有的是双方当事人共同实施的,还有的是当事人与裁判机构串通实施的。第三,不同虚假诉讼行为的侵害对象各异,有的侵害了另一方当事人的合法权益,有的侵害了诉讼当事人以外的第三人的合法权益,有的虚假诉讼并没有具体的受害人,如规避法律禁止性规定的虚假诉讼。由于不同的虚假诉讼行为具有前述几个方面的差别,如果将其作为一种行为来对待,会带来危害程度区分的困难和设定制裁措施的障碍,不利于对虚假诉讼予以规制。

二、虚假诉讼的不法目的

哪些目的支配的行为才能纳入虚假诉讼之中,我国学界看法不一,主要集中在以下几个方面:第一,关于目的的范围。有的认为虚假诉讼的目的只要是非法目的就可以,如认为“通过民事诉讼的方式达到非法目的或者追求不正当结果的行为”^[12];有的则限定为利益目的,如认为“达到损害他人利益”或者“谋取非法利益的目的”^[5];还有的是限定为财产或者财产性利益,如“行为人以非法获取财物或其他财产性利益为目的”^[15]。第二,关于目的的类型,有的持“选择型目的观”,如“达到损害他人利益”或者“谋取非法利益的目的”^[5],即两种类型的目的中择一存在即可;而有的则持“利益增加目的观”,即以行为人出于利益增加的目的为必要,如“行为人以非法获取财物或其他财产性利益为目的”。^[15]按照“利益增加目的观”,如果行为人的行为虽然导致了损害发生,但如行为人的利益并无增加可能的,则不可能成立虚假诉讼。第三,关于目的的具体类别。目前我国学界认为虚假诉讼的目的包括转移财产或侵害第三人合法权益的目

的、逃避债务清偿的目的、规避行政职能部门管理的目的、逃避正常程序的目的、逃避缴纳税款的目的,^[1-4]等等。

由前述关于虚假诉讼的具体种类即可看出,主张虚假诉讼必须以谋取利益特别是必须以谋取财产或者财产性利益目的的主张,是站不住脚的。有的虚假诉讼不一定造成他人财产性利益的损害,也不一定导致自己财产性利益的增加,而是出于其他目的。如美国侵权法规定的滥用程序中的 SLAPP(strategic lawsuit against public participation, 简称为 SLAPP),其目的是为了打压公民行使民主权利。为阻碍公民行使民主权利而起诉的被称之为以诉讼技巧侵害公民国家管理参与权。SLAPP 的真正目的,就在于其主要针对由美国宪法第一修正案规定的公民享有的向政府请愿权。据初步统计,自 1970 年 SLAPP 引起关注以来,已经有数千人被起诉、另有数千人因为害怕起诉而缄口不言。^⑫SLAPP 不仅将起诉的对象置于危险境地,而且危及整个社会:使本已不堪重负的法院雪上加霜;使得政府吸纳民众参与的举措无法运行;导致引发诉讼的矛盾无法得到解决,等等。正如 *Webb v. Fury* 一案的判决指出的那样:如果我们允许此类诉讼进行,我们将为言论自由和请愿权因此受到的压抑和打击感到不寒而栗,社会将为此类行为对民主与自由受到的威胁付出惨痛的代价。^⑬

因此,虚假诉讼的目的形形色色,不能仅局限于谋取财产或者财产性利益;此外,通过虚假诉讼实现的目的不一定是非法的,而只是因为诉讼本身不符合法律的规定。如某一企业拥有的商标本来符合申请驰名商标的条件,但该企业却通过串通诉讼的方式来寻求法院判决的认定。此种情形下,其实现的目的即获得驰名商标的认定并不违反法律规定;只是其通过虚假诉讼的方式寻求驰名商标的认定,不符合法律关于起诉的规定。因此,将虚假诉讼的目的一概表述为谋求或者实现非法目的并不妥当,而应当表述为基于不法目的提起诉讼。

虚假诉讼作为一类行为,尽管在具体样态上具有差别性——有的虚构了法律事实或者法律关系,有的没有虚构法律事实或者法律关系,但所有的虚假诉讼均具有共同的特点:基于不法目的提起诉讼。虚假诉讼行为基于不法目的提起诉讼使得该行为必须予以法律上的否定评价,从而与其他诉讼行为区分开来;虚假诉讼以诉讼的方式追求不法目的,从而与其他追求不法目的的违法犯罪行为区分开来。

虚假诉讼的不法目的使得虚假诉讼具有不法性,其不法目的包括两个层次:第一个层次是指行为人提

起诉讼出于追求正义以外的其他目的。之所以要保障民众享有便捷寻求法律救济的自由(free access to the courts for redressing wrongs),就在于鼓励民众将实施违法行为的人诉诸诉讼以实现正义。在虚假诉讼中,行为人背离提起诉讼实现正义的目标,将诉讼作为谋取不法利益的手段。虚假诉讼的这一层次的不法目的是所有虚假诉讼的共性。第二个层次是指行为人追求侵害他人合法权益或者违反法律规定的条件获取其他利益的目的。尽管所有的虚假诉讼均追求不法目的,但这一层次不法目的的具体内容因为具体的虚假诉讼行为侵害为法律所保护的权益的不同或者违反不同的法律规定条件获取其他利益的不同而存在差异性。在虚假诉讼中,诉讼作为实现不法目的的方式表现为三种形式:其一,诉讼的进行就实现了不法目的。在此种方式的虚假诉讼中,诉讼的进行或者完成,行为人的不法目的即告实现。如在美国的 SLAPP 虚假诉讼中,诉讼的过程越漫长、被告因诉讼受到的磨难越多、诉讼过程中花费的费用越高,起诉者就越成功。^⑭其二,诉讼请求获得支持意味着不法目的的实现。如虚构债权债务关系,该虚构的债权债务关系获得法院支持,就实现了不法目的。其三,诉讼构成追求不法目的行为的重要组成部分。在此种方式的虚假诉讼中,诉讼的进行或者诉讼请求获得支持尽管是行为人实现不法目的的重要部分,但行为人要实现不法目的,在提起诉讼或者胜诉以外,尚需结合其他的行为方能得逞。如在骗取拆迁款补偿的行为中,以诉讼的方式骗得获取拆迁补偿款的身份,但行为人要获得拆迁补偿款,仍需要结合申请补偿等其他行为的实施方可得逞。

根据不法目的内容的不同,可以将虚假诉讼分为以下类型:第一,侵害型虚假诉讼,即试图侵害诉讼相对方的合法权益。如通过诉讼试图使他人遭受刑事追究、非法侵占公私财产、非法剥夺他人的民主权利、非法侵害对方公司的商业声誉等;第二,解除型虚假诉讼,即试图解除自己或者第三人已经确定的应当承担的部分或者全部责任、义务。如通过诉讼试图逃避还款义务(如虚假破产)、纳税义务或者减轻刑事责任等^⑮。解除型目的在解除自己或者第三人的责任、义务的同时,有时会同时侵害他人的合法权益,如在解除自己还款义务的同时,会使得相对方或者第三人的债权受到侵害。第三,掩盖型虚假诉讼,即试图通过诉讼的方式掩盖诉讼行为人之间或者诉讼行为人与第三人之间的非法关系。如通过诉讼的方式掩盖诉讼当事人之间的行贿受贿关系,以诉讼的方式掩盖诉讼当事人之间的高息借贷关系。掩盖型虚假诉讼的目的在于掩盖诉讼当事人之间或者其与第三人之间的非法关

系,以规避法律的禁止性规定或者逃避以后可能发生的义务、责任,因而与解除型目的解除已经确定的义务、责任存在区别。第四,确定型虚假诉讼,即试图通过诉讼的方式使得诉讼当事人或者第三人获得不符合法律规定的特定身份、资质、条件等。如通过虚假诉讼的方式认定驰名商标、通过虚假诉讼的方式认定诉讼当事人处于离婚状态、通过虚假诉讼的方式使得当事人或者第三人被认定为无民事行为能力、通过虚假诉讼的方式确定当事人或者第三人具有获得拆迁补偿的身份等。确定型目的往往是诉讼当事人为了实现其他非法目的的一个组成内容,如行为人获得拆迁补偿身份是骗取拆迁补偿的预备行为。

三、虚假诉讼的合理边界

在判断是否虚假诉讼的时候,还应当结合国情考虑公共政策等因素综合进行。

(一) 英美侵权法规制虚假诉讼的权利(力)均衡

英美侵权法中规制虚假诉讼的法律制度是在充分考虑公共政策因素的基础上,为保障便捷寻求司法救济的自由与不被无端诉讼困扰的自由(freedom from the burdens of unjustifiable legal action),以及便捷寻求司法救济的自由与防止报复性诉讼妨碍公民行使向政府请愿权(right to petition the government for redress of grievances)之间的均衡而产生的。^⑨

便捷寻求司法救济的自由是美国司法体系的核心。不被无端诉讼困扰的自由已在制定法中得以明确并在普通法中得以确认。为使该两种自由能够和谐共存,必须保持一定的平衡:一方面,无由之诉和不当之诉被公认为是过度诉讼因而加重了法院负担;另一方面,任何对便捷寻求司法救济自由的限制应当避免对追求正义的当事人造成“寒蝉效应”(chilling effect)。^⑩

为保持前述两种自由的平衡,普通法中首先产生了两种制度:第一,恶意诉讼的受害人可以通过对提起无由之诉的责任者追究侵权责任的方式寻求救济。第二,鉴于恶意诉讼仅能规制无由之诉的弊端,滥用程序制度应运而生。滥用程序的受害人可以他人滥用程序为由追究其侵权责任的方式寻求救济。

恶意诉讼与滥用程序的规定,保证了不被无端诉讼困扰的自由,成为保持便捷寻求司法救济的自由与不被无端诉讼困扰的自由两者均衡法律制度的一半,另一半则由 Noerr-Pennington 规则来担当。

Noerr-Pennington 规则是为了保证美国宪法第一

修正案中的向政府请愿权而设立的,这一规则经由美国联邦最高法院的一系列判例得以产生并得到完善。最高法院认识到报复性诉讼、反诉必将严重限制、妨碍公民通过请愿、游说等方式影响政府的权利,因此,最高法院通过判例确立:只要属于行使向政府请愿的权利,就享有不受民事追究的豁免权。因而 Noerr-Pennington 规则能够有效防止以诉讼方式侵害向政府请愿权的现象发生。但是, Noerr-Pennington 规则有一个重要例外——“虚假诉讼”(sham exception)例外,如果诉讼只是试图影响与起诉者存在竞争关系的对象的幌子,^⑪也即对于缺乏合理根据而以追求不当目的的诉讼不适用 Noerr-Pennington 规则。^⑫在科罗拉多州,最高法院在 POME(Protect Our Mountain Environment, Inc. V. District Court)案中,虚假诉讼例外中的虚假诉讼(sham lawsuit)有三个要件:第一,没有事实或者法律根据;第二,提起诉讼的目的在于骚扰、报复对方或者追求其他不当目的;第三,可能影响到被起诉者法律权利的行使。

虚假诉讼中的权利(力)均衡还影响到虚假诉讼具体类型的成立要件之中。如关于恶意诉讼应有“特殊损害”(special injury)的要求,美国法院有两种意见和作法:少数法院要求恶意诉讼的成立必须造成了特殊损害,而多数法院则认为恶意诉讼不要求有特殊损害。公共政策的考虑是影响法院是否要求恶意诉讼具有“特殊损害”要件的重要因素。少数法院要求这一要件,首先是基于保障便捷寻求司法救济自由的需要,这些司法区域的法院担心,可能遭受反诉会使得一些原本有正当理由的人选择放弃。其次,如果律师出于维护当事人的权益,而致其自身因为涉嫌恶意诉讼而招致承担责任的风险的话,律师就可能拒绝担任疑难案件的代理人,从而当事人便捷寻求司法救济的权利将受到极大限制。再次,反诉的提起可能导致诉讼无休无止,特殊损害的要求可以有效防止无穷无尽的诉讼,否则,诉讼不仅不能终结纠纷,相反还会引发纠纷。最后,少数法院之所以要求有特殊损害,是因为他们认为所有费用由原告承担就已经足够赔偿被告的损失了,因而不支持被告针对无由之诉再提起其他赔偿。

反对将特殊损害作为恶意诉讼要件的法院认为,支持特殊损害作为恶意诉讼要件的少数法院对于公共政策的考虑没有任何意义,《侵权法重述》(The Restatement of Torts)也未采纳少数法院关于公共政策的理由及特殊损害要求的意见。支持《侵权法重述》规则的学者认为,法院应当为具有正当诉求的当事人提起诉讼提供便利,但也应当防止不当诉讼的发生并

对牵涉此类诉讼的受害人予以赔偿。由于原告应当承担证明恶意诉讼要件的举证责任,这一举证责任的分配就足够防止不加区别的、无休无止的诉讼的发生,因而再要求有特殊损害就完全没有必要。对于少数法院要求有特殊损害的理由,多数法院也一一予以反驳:首先,不存在保障便捷寻求司法救济自由的需要,因为支持特殊损害的少数法院没有给恶意诉讼受害人寻求救济的任何机会;其次,反诉也不会出现导致原本有正当理由的人选择放弃,因为这一观点并没有实证资料支撑;最后,针对“所有费用由原告承担就已经足够赔偿被告的损失了”这一观点,多数法院认为,诉讼费用仅为因诉讼导致的花费和损害的一小部分。并且对诉讼费用予以规定的法律并未就恶意诉讼与恶意诉讼以外的正当诉讼进行区分,如果均只判令他们承担诉讼费用,则恶意诉讼与正当诉讼的败诉方承担完全相同的责任,这显然不妥。并且,如果要求有特殊损害,就等同于给予了提起恶意诉讼者特定保护,这显然有可能鼓励他人提起恶意诉讼的嫌疑。

因此,多数法院认为,如果实际损害超过了诉讼费用,其他损害如减少的收入、因应诉而发生的正当的律师费用、名誉权损害、心理伤害、其他相应的损害都应当予以赔偿,如果存在现实的恶意的话,还应当承担惩罚性赔偿。

(二) 我国规制虚假诉讼的限制

英美国家规制虚假诉讼时对于公共政策的充分考虑可为我国所借鉴。在界定虚假诉讼时,应当结合我国国情,实现相应权力与权利的均衡;此外,在界定虚假诉讼时,还应当结合我国现有法律框架中已有的法律规定与法律制度,一方面使有关虚假诉讼的法律规定体系化,另一方面应避免虚假诉讼概念的边界过度扩张,避免将一些与虚假诉讼有着本质区别的行为纳入虚假诉讼的范围。

1. 权力(利)均衡的要求

虚假诉讼这一问题的产生,自是基于我国虚假诉讼案件目前呈高发、蔓延之势。但在规制虚假诉讼时,必然要结合我国的诉讼文化以及公民的法律素养,并应当同时充分保障公民正当的寻求法律救济的权利,以避免虚假诉讼的规制对公民寻求法律救济的权利产生寒蝉效应。

我国古代长期存在“惧讼”“厌讼”的心理,认为提起诉讼或者参加诉讼都是不光彩、不道德的。安徽黟县南屏叶氏《祖训家风》专门对后人提出“族中士庶以舞弄刀笔、出入公门为耻,非公事不见官长”的要求,^[15]足以体现此种心理在我国传统诉讼文化中的深入骨髓。随着社会的发展、文化的进化以及普法的

推动,广大民众对于诉讼的态度有所改变,但从这几年来全国各级法院审理一审民事案件的情况来看,案件数量处于波动状态,^[16]传统诉讼文化的影响仍不可忽视。

为避免虚假诉讼的规制对公民寻求法律救济的权利产生寒蝉效应,结合我国现实国情、法律规定以及借鉴英美国家的相应制度,笔者认为可以通过设置三种抗辩制度加以防范:其一是诉讼目的抗辩制度,其二是专业咨询抗辩与执业义务抗辩制度,其三是简易程序抗辩制度。也即在涉嫌虚假诉讼的情形下,涉嫌虚假诉讼的当事人可以提出相应抗辩理由来否定虚假诉讼的存在。

第一,诉讼目的抗辩。在英美国家,如果当事人是因为存在合理确信(good faith)而提起诉讼的,也即当事人确实是为了寻求正义且基于其掌握的相应事实和法律而提起诉讼,则其提起的诉讼不应当认定为恶意诉讼或者滥用程序。对于当事人是否具有合理确信,可以结合主观方面(起诉者的确信, what the prosecutor actually believed)与客观方面(起诉者确信的合理性, the reasonableness of that belief)两个方面予以判断。^[17]在进行合理确信的判断时,一般采用 Dixon J 审查方式(Test of Dixon J),该审查方法包括如下要素:其一,起诉者必须相信被告对违法行为负有责任;其二,起诉者的这一判断必须建立在其掌握的被告负有责任的情况的基础之上,而不是基于相信或者猜测;其三,起诉者所掌握的情况不论是其自身获得的还是他人告知的,其必须相信是真实的;其四,起诉者认为其掌握的情况是真实的,必须建立在合理的基础之上;其五,起诉者认为其掌握的情况是真实的判断,应当以是否符合一个常人所具有的谨慎与理性加以确定。^[18]对于英美国家的这一抗辩理由,我国可以借鉴。

第二,专业咨询抗辩与执业义务抗辩。在英美国家,就起诉者而言,如果其就诉讼有关事项已经咨询了律师并获得了律师的认同,则其可以这一事实就恶意诉讼或者滥用程序进行抗辩。但下列两种情形下,其抗辩不能成立:其一,未全面介绍案情、信息披露不当的;其二,诉讼的启动有违正义的。在原告主动撤诉的情形下,可推定为其起诉缺乏适当理由。^[19]就作为代理人的律师而言,依据法律规定,其职业使得其在执业过程中必然要担负竭尽全力维护当事人合法权利的义务。因此,律师在了解案情并进行必要的调查后,出于维权信念可凭执业义务进行抗辩。但是,如果存在“一个理性的律师不会认为当事人的诉求是站得住脚的或者未对事实进行必要的了解和对法律进行必要的分析”的情形,^[20]则可以认定律师代理的诉讼缺

乏适当理由。在司法实践中,如果就是否存在适当理由的问题难以判断,法院往往会认为律师代理的诉讼有适当理由。^⑥我国同样可以借鉴英美国家的这一抗辩理由。

第三,简易程序抗辩。我国的诉讼法及相关司法解释、仲裁机构的仲裁规则均对适用简易程序的条件作了规定。依据我国《民事诉讼法》第157条及最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第168条的规定,只有对双方当事人就事实的陈述基本一致并能提供可靠证据、当事人对案件的是非、责任以及诉讼标的争执无原则分歧的案件才能适用简易程序。依据我国《刑事诉讼法(修正)》第179条及最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国刑事诉讼法〉若干问题的解释》第229条第(三)、(五)项的规定,对自诉案件中被告人不承认指控犯罪事实的,司法实践中一般不适用简易程序。根据最高人民法院《关于开展行政诉讼简易程序试点工作的通知》(法[2010]446号)第1条第1款第(三)项的规定,行政诉讼中事实简单或者双方当事人自愿选择的案件,可以适用简易程序。在仲裁中适用简易程序,仲裁机构的仲裁规则一般要求双方当事人书面同意,如《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》第64条。因此,在诉讼、仲裁适用简易程序的情形下,由于双方当事人就案件事实的认识基本一致,不可能成立恶意诉讼类型的虚假诉讼。如果一方当事人认为另一方当事人提起了恶意诉讼,被指控的一方可以适用简易程序进行抗辩。不过在双方当事人串通或者滥用程序的情形下,不能适用简易程序抗辩。

2. 过度扩张的避免

在界定虚假诉讼时,还应当考虑现有法律中有哪些规定已经就与虚假诉讼有关的情形进行了规制,^②以避免虚假诉讼的边界过度扩张,以避免模糊虚假诉讼本质特征的弊端。

目前我国有关诉讼欺诈的研究中,不少观点主张:为规制虚假诉讼,立法上应扩大现有伪证罪,辩护人、诉讼代理人毁灭、伪造证据罪,帮助毁灭、伪造证据罪适用诉讼领域和犯罪主体范围,合并罪名为伪证罪、伪造证据罪。^[1-4, 6, 7]有些虚假诉讼行为必定涉及伪造证据、妨害作证等行为,因而必然存在规制虚假诉讼(当然这应当以有专门规制虚假诉讼的法律规定为前提)与规制与证据有关的违法行为的竞合,但在界定虚假诉讼时应当注意:有些虚假诉讼行为是不需要伪造证据的,如滥用程序;并且在有些案件中,虽然存在伪造证据或者妨害作证的行为,但当事人并没有虚构事实或者虚构法律关系。笔者认为,在没有虚构法律

事实或者法律关系的前提下,单纯的伪造证据、妨害作证等涉及证据的违法行为,^②不宜纳入虚假诉讼的范围。^③其理由在于:其一,如果诉讼所依赖的事实或者法律关系是客观存在的,单纯涉及证据的不法行为就不能否定诉讼所依赖事实的客观性,如果因为涉及证据的不法行为而将有客观事实的诉讼作为虚假诉讼(当然,如果属于滥用程序则另当别论),显然不妥;其二,滥用程序不存在伪造法律事实与法律关系,因而一般无需伪造证据或者妨害作证,将单纯的涉及证据的违法行为纳入虚假诉讼的范围,很难抽象出单纯的涉及证据的违法行为与滥用程序行为之间的共性,从而模糊了虚假诉讼的本质特征。

综上,虚假诉讼可能是一方当事人单独提起的,也可能是双方当事人串通提起的,还有可能是在裁判机构工作人员的参与下共同制造的。如果行为人基于不法目的提起前述各种类型的诉讼而又缺乏适当的抗辩事由,则成立虚假诉讼。因此,虚假诉讼是指基于不法目的提起或者共同制造诉讼的行为。

注释:

- ① 我国目前的相关研究中分别使用了诉讼欺诈、诉讼诈骗、恶意诉讼、滥用程序、虚假诉讼等不同概念,本文认为应当以虚假诉讼这一概念统领前述其他概念。为行文方便,在概括性叙述中均使用虚假诉讼一词。在虚假诉讼中,“诉讼”的含义应当作广义的理解,即不仅包括民事诉讼、刑事诉讼、行政诉讼、执行程序、仲裁程序,还应当包括行政处罚等准司法行政程序。在美国,一般认为在行政诉讼以及准司法行政程序(quasi-judicial administrative proceedings)中均存在恶意诉讼与滥用程序的行为。See Michael John O'Brien, Topical Survey: Administrative Law--Misuse of Administrative Process Provides Grounds for Malicious Prosecution and Abuse of Process--Hillside Associates v. Stravato, 642 A.2d 664 (R.I. 1994), 29 Suffolk U. L. Rev. 541(1995)。
- ② 如关于诉讼欺诈取财行为是否构成犯罪,我国就有诉讼欺诈根本不能成立因而无罪、诉讼欺诈构成诈骗罪、应新设诉讼诈骗罪、应修改完善我国刑法中的伪证罪、以及诉讼欺诈取财行为构成敲诈勒索罪、抢劫罪等各种观点。司法实践中,诉讼欺诈骗取财物行为的定性非常混乱,情节基本相同的不同案件,全国各地法院的判决结果有着天壤之别,有的以诈骗罪判处重刑,有的判决无罪。分别参见李林:《“诉讼诈骗”定性研究——以我国民事诉讼法为视角》,载《中南大学学报(社会科学版)》2010年第4期;郭理蓉:《谈“诉讼欺诈”行为的定性——兼论我国刑法中伪证罪的完善》,载《法制日报》2003年10月9日;吴玉萍:《诉讼欺诈行为定性研究》,载《中国刑事法杂志》2005年第4期;张明楷:《论三角诈骗》,载《法学研究》2004年第2期;王永亮等:《情节严重的诉讼欺诈行为能否认定为诈骗罪》,载《中国审判新闻月刊》2008年第12期。
- ③ 该观点认为虚假(恶意)民事诉讼,是指当事人本没有正当的理由和根据,而采用虚构诉讼主体、法律事实,或者隐瞒证据、伪造证据等手段,提起并参加民事诉讼,致使法院作出错误裁

判,以达到损害其他民事主体合法权益的违法行为。这一界定类似于英美国家中的恶意诉讼。参见柴春元、刘金林:《规制恶意民事诉讼——净化私权行使空间——“虚假(恶意)民事诉讼”研讨会综述》,载《人民检察》2004年第1期。

- ④ 浙江省高级人民法院2008年11月18日《关于在民事审判中防范和查处虚假诉讼案件的若干意见》(浙高法〔2008〕362号)将虚假诉讼界定为:民事诉讼各方当事人恶意串通,采取虚构法律关系、捏造案件事实方式提起民事诉讼,或者利用虚假仲裁裁决、公证文书申请执行,使法院作出错误裁判或执行,以获取非法利益的行为。
- ⑤ 这一观点显然有别于前一种理解,因为这一界定更为广泛,不仅包括刑法学界讨论的诉讼欺诈问题,还包括谋取其他利益(包括侵害案外人权利和利益及规避法律谋求不正当利益的虚假诉讼行为),因而此处的诉讼欺诈显然不等同于一般刑法著述中的诉讼欺诈。
- ⑥ 在美国,对虚假诉讼的法律制裁包括侵权法制裁、程序性制裁(procedural sanction)和刑事法制裁三个层次。See Timothy P. Getzoff, Comment: Dazed and Confused in Colorado: The Relationship among Malicious Prosecution, Abuse of Process and the Noerr-Pennington Doctrine, 67 *U. Colo. L. Rev.* 675(1996).
- ⑦ 对 probable cause, 我国有不同的翻译:有的翻译为“可能性理由、盖然性理由”,参见何家弘编:《法律英语》(第三版),法律出版社2006年版,第302页;有的翻译为可能的理由,参见余叔通、文嘉主编:《新汉英法学词典》,法律出版社1998年版,第349页。结合恶意诉讼的特定语境,笔者认为译为“适当理由”为宜。
- ⑧ See Mary Jane Yardley, Malicious Prosecution: A Physician's Need For Reassessment, 60 *Chi.-Kent L. Rev.* 317(1984). Also see Jacques L. Schillaci, Note & Comment: Unexamined Premises: Toward Doctrinal Puruty in §1983 Malicious Prosecution Doctrine, 97 *Nw. U. L. Rev.* 439(2002).
- ⑨ 需要说明的是,英美侵权法中的恶意诉讼,只有在提起恶意诉讼侵权之诉时才予以讨论。举例说明,甲对乙提起诉讼,法院判决甲败诉。随后,乙以甲恶意诉讼为由向法院起诉甲。在甲诉乙的诉讼中,法院是不考虑恶意诉讼的;只有在甲诉乙的案件终结且乙胜诉后,乙以甲恶意诉讼为由另行向法院提起侵权之诉时,法院才审查甲的诉讼行为是否为恶意诉讼。因此,此处及后文的原告是指提起恶意诉讼侵权之诉的人,也即前一恶意诉讼的被告。
- ⑩ 如有观点认为我国应增设欺诈诉讼罪:“在民事、行政诉讼中,当事人虚构事实、隐瞒真相、伪造证据,向法院提起诉讼,意图非法占有他人财产或取得其他非法利益,非法所得数额较大或情节严重的,处3年以下有期徒刑或拘役,并处罚金;非法所得数额巨大或情节特别严重的,处3年以上7年以下有期徒刑,并处罚金。”“犯前款之罪,非法所得数额特别巨大的,根据本法第二百六十六条(诈骗罪)定罪处罚。”
- ⑪ 应当注意,并非所有的虚假诉讼必然妨害司法机关的正常活动,如滥用程序是基于客观存在的事实提起诉讼的,其提起诉讼的行为本身并没有妨害司法机关的正常活动,其以提起诉讼的方式实现其他目的的行为才具有可责难性。
- ⑫ See Penelope Canan, The SLAPP from a Sociological Perspective, 7 *Pace Envtl. L. Rev.* 23, 26(1989).
- ⑬ See *Webb v. Fury*, 282 *S.E.2d* 28, 43(W. Va. 1981).
- ⑭ 据研究,SLAPP中受害方因诉讼纠缠的时间平均为三年。
- ⑮ 如通过诉讼的方式制造他人具有立功情节,从而使得他人在量刑时因为立功而从轻处罚或者获得减刑。
- ⑯ See *Concered Menmbers of Intermountain Rural Elec. Ass'n v. District Court*, 713 *P.2d* 923, 924(Colo.1986); *Coleman v. Gulf Ins. Group*, 718 *p.2d* 77,80(Cal.1986)(亦即对“无由”的界定应

当避免对当事人正当诉求行为产生严重寒蝉效应的后果), also see *Board of Educ. v. Farmingdale Classroom Teachers Ass'n*, 343 *N.E.2d* 278, 281(N.Y.1975)(该案提出防止虚假诉讼与鼓励正当诉讼之间存在一定的冲突)。

- ⑰ Noerr-Pennington 规则最早依据《谢尔曼法案》(Sherman Act)和《科莱特法案》(Clayton Act)适用于涉及反垄断诉讼的案件,随后扩展到依据《国家劳动关系法案》(National Labor Relations Act)涉及到不公平劳动待遇的案件。尽管有不少人对法院将例外规则超出反垄断案件的范围持反对态度,法院还是适用这一规则驳回所有影响向政府请愿权行使的起诉。
- ⑱ 对于 Noerr-Pennington 规则存在理解的歧义,从广义上来说,向政府请愿权包括寻求司法救济的权利,因而向政府请愿权包括涉及公共利益和个人利益的所有诉讼。显然,广义的理解是不正确的。原因有三:第一,法院在适用这一规则时,将寻求司法救济的权利限定在寻求司法保护公共利益这一范围内。因而,对行政行为提起行政诉讼属于 Noerr-Pennington 规则的保护范围,因为行政行为具有广泛性且影响公共利益。与此类似,以准司法行政机构国家劳动关系联合会(National Labor Relation Board)为被告提起诉讼,可以适用 Noerr-Pennington 规则,因为这涉及到公民的工会组织权、联合抵制权(boycott);基于美国宪法第十四修正案提起的大型诉讼(large-scale lawsuit)也适用 Noerr-Pennington 规则,因为这样的诉讼涉及到对少数民族的同等对待权。如果当事人将寻求司法救济作为影响政府决定或者维护公众利益的手段,则寻求司法救济属于向政府请愿权的一部分。与此相反,如果诉讼仅仅为了解决个人之见的利益争端,则不适用 Noerr-Pennington 规则。第二,如果所有的诉讼都适用 Noerr-Pennington 规则,那么针对虚假诉讼的反诉只有在证明前一诉讼缺乏合理根据的情形下才可以提起,这一结论显然是荒谬的。因此,如果 Noerr-Pennington 规则适用于所有案件,将会导致谁先起诉,谁就受 Noerr-Pennington 规则保护而提起反诉者则不受 Noerr-Pennington 规则保护的悖论。
- ⑲ 我国各级法院2009年审理一审案件579.7万件,同比上升7.7%;2011年审理一审案件488.7万件,同比上升10%,分别参见2010、2012年《最高人民法院工作报告》。尽管审理案件数量受制于各种因素,但民众对于诉讼的态度必定是众多因素中最重要的因素之一。
- ⑳ See Norm Maamary, Case & Comment: Case Note: Determining Where the Truth Lies: Institutional Prosecution and the Tort of Malicious Prosecution, 30 *Sydney L. Rev.* 357(2008).
- ㉑ 从我国现有法律规定来看,我国《刑法》中与虚假诉讼有关的有:第162条规定的虚假破产罪、第243条规定的诬告陷害罪,第305条规定的伪证罪,第306条规定的辩护人、诉讼代理人毁灭证据、伪造证据、妨害作证罪,第307条规定的妨害作证罪、帮助毁灭、伪造证据罪,第399条规定的徇私枉法罪、民事、行政枉法裁判罪、执行判决、裁定失职罪;《治安管理处罚法》第42条第(三)项规定的诬告陷害他人的行为;《民诉法》第111条第1款第(一)、(二)项就伪造、毁灭证据以及以暴力、威胁、贿买方法阻止证人作证或者指使、贿买、胁迫他人作伪证的行为规定了罚款、拘留等强制措施;《行政诉讼法》第49条也就伪造、隐藏、毁灭证据等行为规定了训诫、责令具结悔过、罚款、拘留等强制措施。
- ㉒ 所谓单纯涉及证据的违法行为,是指涉及证据的行为不改变案件所涉的事实及法律关系,而只是将未能收集、不能提交的证据以伪造等方式进行举证,如果伪造证据等方式改变或者部分改变了案件事实,就不属于单纯涉及证据的行为。
- ㉓ 当然,在规制虚假诉讼的专门法律规定出台之前,将部分虚假诉讼行为纳入单纯涉及证据的违法行为予以惩治,不失为一种权宜之计。

参考文献:

- [1] 邓新建. 诉讼诈骗频发呈全国蔓延趋势[N]. 法制日报, 2009-03-09.
- [2] 魏新璋, 张军斌, 李燕山. 对“虚假诉讼”有关问题的调查与思考——以浙江法院防范和查处虚假诉讼的实践为例[J]. 法律适用, 2009(1): 64-68.
- [3] 王进. 虚假诉讼现象的分析及应对[J]. 法律适用, 2009(11): 109-110.
- [4] 韦晓云. 驰名商标认定虚假诉讼之刑法规制[J]. 人民司法·应用, 2009(17): 12-16.
- [5] 陈桂明, 李仕春. 诉讼欺诈及其法律控制[J]. 法学研究, 1998(6): 117-128.
- [6] 董玉庭. 论诉讼诈骗及其刑法评价[J]. 中国法学, 2004(2): 150-157.
- [7] 李翔, 黄京平. 论诉讼欺诈的可罚性及其立法完善[J]. 云南大学学报法学版, 2004(6): 24-29.
- [8] 俞利平, 娄永强. 关于诉讼欺诈定性的障碍及立法完善[J]. 政法学刊, 2004(5): 24-27.
- [9] 游涛. 诉讼欺诈之刑法规制[J]. 法学杂志, 2011(1): 95-97.
- [10] 黄龙. “诉讼诈骗”批判[J]. 刑法论丛, 2010(1): 178-193.
- [11] 刘晓虎, 马剑. 诉讼欺诈构成诈骗罪的法理分析[J]. 湖南工业大学学报(社会科学版), 2010(5): 19-23.
- [12] 亓旭岩. 浅析诉讼欺诈行为的定性及处罚[J]. 法学杂志, 2009(11): 39-41.
- [13] 汤维建, 沈磊. 论诉权滥用及其法律规制[J]. 山东警察学院学报, 2007(2): 21-28.
- [14] 河北法院人员被指制造假诉讼助人在京购车[N]. 新京报, 2011-12-19.
- [15] 范雪旺. 诉讼诈骗基本理论及解决路径探索——以诈骗罪构成理论重构为视角[J]. 云南大学学报法学版, 2009(3): 51-55.
- [16] 张中秋. 中西法律文化比较研究[M]. 南京: 南京大学出版社, 1999: 337.

On fraudulent lawsuit

WANG Feiyue

(School of Law, Central South University, Changsha 410083, China)

Abstract: Fraudulent lawsuits include such actions as fabrication of facts and evidence, fabrication of legal relationships, and legal actions in pressure of any motive other than a desire to bring an offender to justice. The actors of fraudulent lawsuits can be classified as one-party type, two-party type, and party(s)-official-coorpration type. Based on kinds of illegal purposes, fraudulent lawsuits can be classified as infringement lawsuit, release lawsuit, blanket lawsuit and ascertain lawsuit. Based on what is sham of the fraud litigation, combined with the subjects of the fraud litigation, fraudulent lawsuits can be classified as malicious prosecution, abuse of process and collusive action. The judgment of whether a litigation is a fraudulent lawsuit or not should be made after taking into consideration all the factors of the litigation, especially the action, the desire, the legal environment and public policy of the nation.

Key Words: fraudulent lawsuit; illegal purposes; balance between power and right; malicious prosecution; abuse of process; collusive action

[编辑: 苏慧]