

“诉讼诈骗”定性研究 ——以我国民事诉讼法为视角

李林

(西南政法大学法学院, 重庆, 400031)

摘要:对诉讼诈骗的定性不应仅局限于刑法个罪之间的界分,而应将其置防于我国民事诉讼法制度中。我国民事诉讼制度中,法院具有查证案件事实、审核证据的责任,而民法没有规定当事人有如实提供陈述的义务。因此,我国缺少诉讼诈骗构成犯罪的制度基础。诉讼诈骗中,当事人的主张通过证据予以表达,法院依据诉讼证据规则而不是当事人的主张定案,法院并没有被骗。诉讼诈骗构成犯罪的,将与我国民事诉讼法、刑法的相关规定冲突,而且还可能引发重大道德风险。

关键词:诉讼诈骗;诈骗罪;民事诉讼法;刑法;司法疑难

中图分类号: D915.2

文献标识码: A

文章编号: 1672-3104(2010)04-0062-06

最高人民法院法律政策研究室对诉讼诈骗如何定性的问题作出了《关于通过伪造证据骗取法院民事裁判占有他人财物行为如何适用法律的答复》(以下简称《答复》)。《答复》指出,“以非法占有为目的,通过伪造证据骗取法院民事裁判,占有他人财物的行为所侵害的主要是人民法院正常的审判活动,可以由人民法院依照民事诉讼法的有关规定作出处理,不宜以诈骗罪追究行为人的刑事责任”。由此引发我国刑法学界对“诉讼诈骗”的定性之争。有学者认为,诉讼诈骗是三角诈骗的典型形式。在诉讼诈骗中,被骗人与被害人分离:法院既是被骗人,又是财产处分人,而被告是被害人。^[1,2]有学者认为,通过恶意诉讼方式占有他人财物不符合诈骗罪特征,更接近于敲诈勒索罪。^[3]也有学者认为,诉讼诈骗不构成诈骗罪。这种观点又有以下几种学说:有学说认为,诉讼诈骗不构成诈骗罪。当事人在民事诉讼中为了谋取非法利益而自行毁灭、伪造证据的,理应认定为犯罪。此行为的犯罪化问题只能由立法机关通过修改刑法完成。当然刑法之修改不能局限于诉讼诈骗行为,行为人在非财产标的民事诉讼中有如毁灭、伪造证据行为的,当然也应以犯罪化。^[4]有学说认为,诈骗罪与三角欺诈行异质同,诈骗罪(三角诈骗)与诉讼欺诈形同异质,诉讼欺诈不构成诈骗罪,应将其归入妨碍司法罪的范畴。^[5]

借鉴西方法学实践及理论的研究成果是我国建设

法治社会的重要捷径。特别在最近数十年,在一些学人的努力之下,西方法学理论及实践经验汇聚的“成果”不断闪现于我们眼前,琳琅满目,让人应接不暇。也许出于生活的相通,我国法学实践似乎又孕育着产生这些“成果”的生活事实。由此,借鉴外国法学理论及实践经验解决中国法律问题,便成为当下中国法学研究的时髦方式。我国刑法学界对“诉讼诈骗”的定性研究即是其中之一。在我国刑法学界对“诉讼诈骗”定性纷争中,一些学者无意识地以外国法律制度作为研讨的知识背景,忽视“诉讼诈骗”在我国民事诉讼法中的意义;我国刑法学界对“诉讼诈骗”定性的研讨主要围绕诈骗罪、三角诈骗罪展开,没有把它放置于产生“诉讼诈骗”的民事诉讼制度中,有坐井观天、画地为牢之嫌。笔者认为,廓清“诉讼诈骗”性质首先应着眼于我国民事诉讼法律制度。

一、“诉讼诈骗”的民事诉讼制度基础

中外刑法理论把“诉讼诈骗”定义为:以提起民事诉讼为手段,提供虚假的陈述、出示虚假的证据,使法院作出有利于自己的判决而获得财产的行为。但是,囿于中外民事诉讼制度差异,“提供虚假的陈述、出示虚假的证据”在各国民事诉讼制度中的意义完全不同。把“提供虚假的陈述、出示虚假的证据”置于

不同民事诉讼制度中考察是理解“诉讼诈骗”行为性质的核心，否则将失之毫厘，谬以千里。唯此，只有结合我国民事诉讼制度才能对我国法律实践中的“诉讼诈骗”予以准确定性。

（一）中外民事诉讼之法院职能比较

受我国传统解决民事争议方式和原苏联民事诉讼体制及其理论体系的影响，与英美当事人主义诉讼模式相比，我国1991年颁布的现行《民事诉讼法》表现出较大的职权主义色彩。人民法院在诉讼过程中发挥着较大的作用。

《民事诉讼法》第七条规定，人民法院审理民事案件，必须以事实为根据，以法律为准绳。以事实为根据，是指人民法院对案件的实体处理必须以查明案件全部事实情况为前提，这是人民法院民事审判职责的一个基本方面。^{[6](303)}法官查明案件事实需要“调查、核实证据”，特别是当事人提出有矛盾的证据时，法院更有义务排除疑点，查证案件事实。《民事诉讼法》第六十四条规定：“当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的证据，或者人民法院认为审理案件需要的证据，人民法院应当调查收集。”为此，我国《民事诉讼法》明确要求作为定案依据的证据必须具有客观性，否则便属伪证，应排除在证据之外。我国诉讼证据的这一特点决定，一切出于人们的主观臆断、凭空推测，以及伪造、歪曲事实真象的证据材料，均不为诉讼证据。

与我国职权主义诉讼模式相反，西方国家采取当事人主义诉讼模式。无论是英美法系民事诉讼制度还是法国、德国、日本等大陆法系民事诉讼制度，都以当事人申请证据或提出证据为前提，法院不主动去调查当事人因客观原因不能自行收集的证据。^{[7](9)}尽管这些国家诉讼程序不同，但立法目的都相同。即在事实和证据问题上明确划分当事人与法院的责任，当事人主张事实和提出证据，法院只根据当事人主张的事实和提出的证据认定案件事实、适用法律，并作出判决。

（二）中外民事诉讼制度的当事人的义务

我国民事诉讼制度下，法院负有审查证据材料、查证案件事实的义务。当当事人提供伪证时，法院应当履行职责将其排除在证据之外，不予采纳；当当事人提供的证据材料相互矛盾时，法院应当履行职责予以查清。从制度建构看，如果法院没有查证伪证，则反推法院没有履行查证义务。既然《民事诉讼法》已赋予法院审查证据的义务，就不能再赋予当事人提供真实证据的义务。我国《民事诉讼法》第71条规定，“人民法院对当事人的陈述，应当结合本案的其他证据，审查确定能否作为认定事实的根据”。据此，民事

诉讼法学界通说认为，《民事诉讼法》没有赋予当事人提供真实陈述(证据)的义务；相反，法院负有审查当事人提供的证据材料真假的义务。因此，要求当事人提供真实证据，其实是把法院对证据的审查义务、对案件真实的查证义务转嫁给当事人。这显然不为我国民事诉讼法所包含。

在英美法系国家及法国、德国、日本等大陆法系国家，法院不负责审查、核实证据，但民事诉讼相关法律制度却规定，当事人必须如实提供陈述和证据，即禁止当事人作伪证(作伪证或提供虚假证据)。在法院仅根据当事人双方提供的证据进行居中审判的诉讼制度中，如果法律不能保证当事人提供的证据的真实性，整个民事诉讼程序的混乱将可想而知。因此我们不难理解，这些国家都有(即使在民事诉讼中)当事人伪证罪的规定。我国刑法没有将当事人提供虚假陈述和证据的行为予以犯罪化，这从反面说明我国民事诉讼法没有规定当事人必须如实提供陈述和证据。

（三）我国民事诉讼中“诉讼诈骗”犯罪化制度之阙如

在英美法系国家和法国、德国、日本等大陆法系国家的民事诉讼制度中，法院仅根据双方当事人提供的陈述、证据居中裁判，不对证据采取任何查证活动。法院极有可能被一方当事人提供的虚假证据材料蒙骗作出对一方当事人有利的判决，从而使犯罪目的得逞。因此，如果当事人以非法目的在民事诉讼中提供虚假的陈述、出示虚假的证据进行民事诉讼活动，具有构成相应犯罪的制度基础。然而，我国民事诉讼制度下，法律没有赋予当事人如实提供证据的义务，相反法院有责任对当事人提供的证据材料予以查实。审查证据、查证案件事实是我国法院的重要职责，法院在审判过程中应当如实、认真履行。当事人提供虚假证据材料，法院如实履行查证义务后，即被排除在证据之外，不予采纳。因此，从制度设计层面，“诉讼诈骗”犯罪化在我国民事诉讼制度中没有存在的制度土壤；当事人提供虚假的证据材料也没有妨碍法院履行职责。相反，审核证据、查证案件事实是法院的应尽义务。

如后文述，我国法院虽然负有审核证据、查证案件事实的责任，但实践中，法院没有能力，事实上也不可能排除所有的虚假证据材料、弄清所有案件的客观事实。由此，民事诉讼制度追求的理想目标与司法现实确有差距。这种差距是我国民事诉讼制度内设价值反映，它客观存在，不可抹杀。然而我国司法实务界和刑法学界在对“诉讼诈骗”行为定性研讨时，对此却置若罔闻，视而不见。现存各种研讨观点均以“法院不能排除所有虚假证据材料、查清所有案件事实”

屏蔽法院所负义务。我们认为,法院不能排除所有虚假证据材料、查清所有案件事实是司法实践的客观境况,而法院所负有的查证义务是法律赋予司法追求的理想目标。在我国民事诉讼制度中,这种理想目标与现实境况之间的差距并不矛盾,它是由我国民事诉讼模式决定的。主张在我国“诉讼诈骗”应当犯罪化的观点混淆了法院的审查义务与当事人义务之间的关系,忽略了我国民事诉讼法赋予当事人的权利范围,没有厘清司法理想与司法现实冲突的真正原因,从而企图加重当事人的责任。

我国民事诉讼制度和西方民事诉讼制度无不希图以事实作为定案基础,只是两者采取的路径不同。我国现行《民事诉讼法》颁布的时代,民众诉讼手段有限,相应的律师制度也不完备,让法院承担发现案件事实的责任比当事人提供证据材料证明案件事实作为审判基础,未尝不是较好的处置方案。《民事诉讼法》因而把审核证据、发现案件事实的权利赋予法院,而对当事人提供虚假证据材料持放任态度。任何制度形成时无不带价值色彩。这个带价值色彩的东西在维系着制度的运行,不管人们是否认识到这点。追求实体正义的法律文化传统浸染着我们,查证案件客观真实始终作为法院追求实体正义的目标,司法孜孜以求。我国民事诉讼法也有实现这一目标的制度,如再审制。在法定期间内,当事人如果在举证时效期内因为客观原因无法提出证据而事后又发现了新证据,当事人可以启动再审程序主张撤销原判决。因此,对我国诉讼制度价值目标的考察应立足于纵向的诉讼程序,不能放大某一诉讼阶段结果在整个诉讼制度中的意义。某诉讼阶段过程中,法院没有排除虚假证据材料、查证案件事实并不能否认其肩负的责任。不能让现实司法境况蒙蔽我国民事诉讼法对实体正义价值目标的追求。既然如此,司法现实操作、相关制度设计就应当服从于这一价值目标,应以法律设置的价值目标而不是实务境况作为研判“诉讼诈骗”性质的基础。否则,对“诉讼诈骗”的定性无异于缘木求鱼。

西方民事诉讼采取当事人主义诉讼模式,即法院仅居中裁判,当事人需如实提供陈述和证据。在这种诉讼模式下,法院追求程序正义,而实体正义能否实现并无碍。西方各国民事诉讼制度之所以宁肯从“客观真实”后退一步,也要坚持法官只能根据当事人确定的争点和提出的证据作出判决,是因为只有这样才能割断当事人对法官的屈从关系,使当事人的地位得到提高,并且也限制了法官的权力,保证使诉讼机制正常的运作,防止了市场经济利益驱使下法官的腐败。^{[7](18-19)}

持“诉讼诈骗”应当犯罪化的观点是以西方“诉讼诈骗”的司法处置模式作为研讨我国“诉讼诈骗”行为性质的前提;每个国家都在探索如何有效地治理犯罪问题,并将犯罪的治理与本国的社会制度、经济基础与历史文化等因素有机结合起来,从而形成了各有自己特色的犯罪治理的制度构架和突出特点,形成了自己的治理模式。^[8]国情不同,切不可盲目照抄。

有学者认为,诉讼诈骗不构成诈骗罪,但是,当事人在民事诉讼中为了谋取非法利益而自行毁灭、伪造证据的,理应认定为犯罪。因此建议我国刑法中的伪证罪要突破刑事诉讼的范围限制,扩展到所有的审判活动中。^[4]如上文述,我国民事诉讼制度没有“诉讼诈骗”犯罪的制度基础,“诉讼诈骗”不应构成犯罪。同时,认为应扩大伪证罪范围,使“诉讼诈骗”构成伪证罪也不为笔者苟同。既然我国民事诉讼制度容忍当事人提供虚假证据材料,法院负有查清案件事实的责任,便不能把法院对当事人证据材料的审查义务转移为当事人应当提供真实证据的义务。否则,将严重背离我国民事诉讼制度精神,导致法律冲突。因此,当事人提供虚假的陈述和证据没有侵犯法院的审判秩序和司法公正,扩大伪证罪范围的观点值得商榷。同理,把“诉讼诈骗”定性为敲诈勒索罪也值得商榷。学理认为,敲诈勒索罪的客观方面表现为以威胁或者要挟的方法,向公私财物的所有人或持有人强索财物的行为。威胁和要挟,都是能够引起他人心理上恐惧的精神强制方法。^[9]当事人提供虚假证据材料向法院起诉,对方当事人肯定积极应诉。对方当事人败诉而被迫交付财物不是基于恐惧,而是基于公权力的强制性,被害人并没有产生心理恐惧或精神强制。因此,“诉讼诈骗”不应构成敲诈勒索罪。

二、“诉讼诈骗”之诈骗罪定性疑难

我国刑法学界对“诉讼诈骗”定性研讨,众说纷纭,聚讼不休。诸多学说都以诈骗罪为基点展开论述。从犯罪构成角度分析诉讼诈骗是否构成诈骗罪,各观点主要集中在以下问题。首先,法院能否被骗?其次,“诉讼诈骗”中的财物“处分”行为是否诈骗罪处分财物的类型化行为,特别在当事人判决败诉被强制执行的情况下。我们认为,分析“诉讼诈骗”之诈骗罪性质同样应结合我国民事诉讼法基本制度加以讨论。

(一) 法院(法官)是否被骗

民事诉讼中,法院是否被骗应结合民事诉讼的“证明标准”予以讨论。脱离民事诉讼证明标准,仅以刑

法诈骗罪构成要件为理论前提进行讨论是片面的。我国民事诉讼法关于证明标准有“客观真实说”与“法律真实说”之争。“客观真实说”是指，人民法院在判决中认定的事实，应当与发生在诉讼前的案件事实完全吻合；“法律真实说”是指，人民法院在裁判中对事实的认定完全符合民事诉讼中的证明标准，从所依据的证据来看，已达到了可以视为真实的程度。^[10]现在，“法律真实说”已成为理论与实务界的共识。因为，与案件事实相比，诉讼具有滞后性，诉讼过程中所展现的案件事实仅是对案件的回顾，不可能与案件事实绝对吻合。由于现有证据、法官自身素质、当事人利己心等多方面的限制，探寻案件客观真实只能是一种理想，而不具有现实性。

民事诉讼过程中，当事人提供证据材料，同时法院按照法定程序规则、民事行为构成要件“摘取”事实。在此，当事人提供的证据材料所反映的事实，和法官基于诉讼程序规则所认定的事实已经相去甚远。伪证反映当事人主观构建的案件事实，但这种事实被法官依据特有的程序规则以法律化评价后便成为定案的“法律事实”。“法律事实”是法官通过诉讼程序的法律思维予以建构，是诉讼程序的产物。“法律事实”包含双方当事人提供的案件事实，以及法官依据职权发现的案件事实。这些事实经过法官审查、核实，最终成为案件事实，即“法律事实”。然而，我国刑法学界在讨论“诉讼诈骗”时，抹煞了“当事人主张的事实”与“法律事实”之间的界分，以“当事人主张的事实”代替“法律事实”，从而直接导致把“诉讼诈骗”定性为诈骗罪的错误结论。

民事诉讼中，原告提供虚假证据材料，被告因举证不能而败诉，似乎法官相信当事人提供的伪证而被骗。其实不然。民事诉讼中，法官作出裁判当然需要凭借当事人提供的证据材料，即使这些证据材料是伪证。但是法官最后作出判决并不是因为被骗，而是基于诉讼程序的技术性要求。民事权利是一种私权利，民事权利的行使主要取决于当事人，如调查取证、举证责任等。证明责任的履行程度和证明力的强弱，直接事关证据所反映的事实与案件真实事实是否相符。民事诉讼证明责任的分配原则是“谁主张、谁举证”。当事人主张的事实如果希望获得法院的支持就必须举证。换言之，民事证据背后掩藏着当事人的主张，当事人的主张通过证据得以反映。诉讼过程中，法院对当事人主张的事实的审查主要通过对证据的审查来实现。因此，当事人主张的事实能否获得法院的支持取决于当事人的举证责任的完成情况。

但在民事诉讼过程中，法院为了追求公平与效率，

不可能事必躬亲。因而不得不设置一些程序性规定，如举证时效、证据分配责任制度等。法官正是通过这些技术性规则发现案件事实。但是，也正是起因于这种对民事证据法不可或缺的技术性装置的副作用所致，在实际中当事人的证明能力受制于多种客观条件和因素的限制，一旦发生其证明能力与法律上应当负的证明责任之间的失落，即便为其主张的事实确属客观存在，也不为法官所认可。为裁决所确定的案件事实也不过为法律上的真实而已。^{[11](77)}既然法官不是依据当事人主张的事实裁判，而是囿于另一方当事人举证困难，依据举证责任分配诉讼结果。那么，法官没有被骗，“诉讼诈骗”定性为诈骗罪值得商榷。

我国司法实务界和法学界对“诉讼诈骗”定性研讨时，忽略民事诉讼“证明责任、举证责任分配”对案件审理的实质作用，误认为法院会照本宣科似的以当事人的主张作出裁决，混淆当事人主张的事实与“证明责任、举证责任分配”在民事诉讼裁判中的意义。民事诉讼中，法院裁判表面上依据当事人主张的事实，实质上却依据当事人证明责任的完成情况，即依据“举证责任分配”作出最终裁决。对此，我们切不可以当事人主张的虚假事实囿于对方举证不能败诉，而屏蔽“证明责任、举证分配责任”对裁判的决定作用。

（二）“诉讼诈骗”中的“处分”行为

刑法理论认为，成立诈骗罪需要当事人被骗而陷入认识错误，在此基础上自愿处分财物。“诉讼诈骗”中，法院判决当事人败诉，当事人不得已而交付财物，或者被强制执行交付财物，围绕这是否属于诈骗罪中的财产处分行为，刑法理论争论不休。有学者认为，“诉讼诈骗”中，财产处分人不是败诉方而是受欺骗的法院或法官。法院是审判机关，法官具有作出各种财产处分的判决与裁定的法律上的权限。^[1]也有学者认为，诈骗的本质是基于他人的意思瑕疵而非法取得财物，只要具有基于处分权人（同时亦为被骗人）的意思而取得财物的事实就足够了，是否是基于财物的所有人或者占有人的处分意思而取得财物并无碍，尤其是在财物的所有人或者占有人已失去自主处分自己财物的场合。^[2]

我们认为，厘清“诉讼诈骗”中法院的判决或者裁定是否属于诈骗罪中的财产处分行为，应以下列事实为前提：首先，法院作判决或裁定是否有意思瑕疵？其次，法院判决处分当事人财物的行为是否是属于诈骗罪处分财物的类型化行为？

如上文述，原告提供虚假的证据材料，法院基于“法律事实”、程序规则作出判决，法院并没有被骗，即使从生活经验判断被告确属冤枉，法官也不得不为

之。这是现代程序正义的应有之义。诈骗罪中的财产处分行为必须以当事人被骗为前提。换言之,财产处分与被骗具有刑法意义的因果关系。既然“诉讼诈骗”中法院没有被骗,法院作出判决基于程序规则。因而,法院作判决或者裁定时没有意思瑕疵。在诈骗罪中,被害人基于认识错误自愿处分财物。“自愿”是指,被害人基于自由意志而处分财物。“诉讼诈骗”中,法院根据程序规则作出裁判结果。这种裁判结果不是法院的“自愿行为”,而是程序规则的必然选择。既然法院没有意思瑕疵,法院判决处分财产的行为就不是诈骗罪意义的财产处分行为。

其次,一般地,诈骗罪中的被害人、财产处分人与被害人是统一的。但是在三角诈骗中,被害人、财产处分人与被害人分离。学理认为,区分盗窃罪(间接正犯)与诈骗罪的关键在于诈骗罪中的被害人有权处分被害人财产。被害人基于何种权限处分被害人财产,我国刑法学界鲜有论及,而这又是对“诉讼诈骗”定性的核心问题之一。日本刑法学界有主观说、阵营说和授权说等学说。^[1]普通诈骗中,被害人一般为贪图便宜处分财物;而三角诈骗中,被害人往往是为被害人的利益处分财物。我们认为,主观说较为妥当。但是,“诉讼诈骗”中,“被害人”法院显然不是为被害人的利益而是基于司法公权力处分财物。另外,无论普通诈骗抑或三角诈骗,被害人至少应当占有被害人财物。否则,谈何处分财物。被害人占有被害人财物是被害人处分财物的前提。然而,“诉讼诈骗”中,“被害人”法院并不占有被害人财物。相反,裁判生效后,法院基于公权力处分当事人财物。既如此,这种处分行为就不是诈骗罪处分财物的类型化行为。

三、我国法律体系解释之“诉讼诈骗”定性疑惑

《刑法》第三百零五条规定,“在刑事诉讼中,证人、鉴定人、记录人、翻译人对与案件有重要关系的情节,故意作虚假证明、鉴定、记录、翻译,意图陷害他人或者隐瞒罪证的,处三年以下有期徒刑或者拘役;情节严重的,处三年以上七年以下有期徒刑”。按照罪刑法定原则要求,既然伪证罪的主体只能是刑事诉讼中的证人、鉴定人、记录人、翻译人,那么民事诉讼中的证人、鉴定人、记录人、翻译人对与案件有重要关系的情节,故意作虚假证明、鉴定、记录、翻译,意图陷害他人或者隐瞒证据的,就不应构成伪证罪。

我国《民事诉讼法》第七十条规定,“凡是知道案

件情况的单位和个人,都有义务出庭作证”。因此,我国民事诉讼法中的证人是指当事人以外的人,当事人不是证人。换言之,民事诉讼中,证人作伪证不构成伪证罪,而当事人作伪证,提供虚假的证据是否构成伪证罪,抑或其他罪呢?我国《民事诉讼法》第七十一条规定,“人民法院对当事人的陈述,应当结合本案的其他证据,审查确定能否作为认定事实的根据”。由此,我国民事诉讼没有规定当事人必须真实陈述的义务。既然如此,当事人在诉讼过程中提供虚假陈述也不应构成伪证罪。诈骗罪重于伪证罪。根据举轻以明重的解释原则,当事人提供虚假陈述不构成伪证罪,当然也不构成诈骗罪。

从法院审查证据角度,当事人提供虚假陈述与当事人提供虚假证据具有相当性,因为法院对当事人提供的陈述和证据都应审查。相似的情况应相似处理,当事人提供虚假陈述不构成犯罪,提供虚假证据也不应构成犯罪。民事诉讼中,当事人隐藏对自己不利的证据,提供有利的证据可谓常态。但对查清整个案件而言,这何尝不是提供虚假的陈述与证据。如果这种情形构成犯罪,那么每个民事诉讼案件的当事人都有犯罪之嫌。因此,“诉讼诈骗”犯罪化将直接导致与《民事诉讼法》第七十一条、《刑法》第三百零五条相矛盾。从法律体系解释的角度,“诉讼诈骗”不应构成犯罪。

四、“诉讼诈骗”之实践疑惑

在我国法律体系中,“诉讼诈骗”犯罪化在实践中会引起更大的司法疑难,导致本罪为一些不法分子所利用,从而将产生深度的道德风险。兹举一例,甲和乙是好朋友,甲口头向乙借款100万元,事后甲不还钱。万般无奈之下,乙向法院起诉要求甲还钱。甲明知乙没有借据不会胜诉。甲向公安机关报案,声称乙以非法占有的目的,提供虚假证据向法院起诉。

在一个礼仪文化较重的国度,过度的形式有时被认为有损个人间感情。因此,口头合同在我国民事活动中大量存在。这种合同事后往往又难以以证据支持,特别在一些心怀恶意之人的引诱下,合同事实更难以被证明。按照诉讼程序规则,当事人起诉只能败诉。对当事人而言,败诉已经造成重大利益损失。尽管我们可以美其名曰“法治的合理化牺牲”。如果“诉讼诈骗”犯罪化,当事人起诉失败后,不法之徒正好以此作为借口声称当事人触犯“某罪”。当事人不仅遭受经济损害,甚至还面临牢狱之灾。“诉讼诈骗”被犯罪化将会引发极严重的道德风险,对“诉讼诈骗”定

性时，这个问题值得深思。我们不仅应当考虑行为的社会危害性，还要结合我国的基本国情、生活现状，以此综合考虑行为的性质。

然而，上述司法疑难也仅仅存在于我国法律体系中，特别在我国民事诉讼采取职权主义诉讼模式之下。如上文述，法律不禁止当事人提供虚假证据材料。然而，在当事人主义诉讼模式下，法律禁止当事人提供虚假证据材料，当事人必须如实提供证据，否则即构成伪证罪。如果被告不仅不还钱，反而以不法意图控告原告，被告不仅触犯伪证罪，还可能触及“诉讼诈骗罪”。因而，当事人将承担更大的风险，相应也就减轻了由此产生的道德风险。

五、结语

“本土化”是近年来法学研究中的一个核心词汇。众所周知，西方法学理论对我国法学的发展影响至深，学者在进行学术创作时，常常会有意无意地从西方法学理论中寻求答案，或者套用西方理论框架解释中国问题。有学者曾戏言中国的法学研究很难逃出西方理论的魔掌。对于完善而成熟的西方法学理论，我们无法视而不见，但是若将其奉为圭臬，不加思辨审慎地运用，不仅无助于中国法学发展，使中国法学界的研究成为西方社会科学理论的注脚，而且也贬损自身的学术品质。目前，这种趋向已经开始有所逆转，许多学者避免西方法学理论的简单嫁接，努力从中国实际

中提炼问题意识和阐释模式，以建构本土化的学术理论。“诉讼诈骗”行为定性的学术立场，也应秉承中国学术的传统，尊重我国民事诉讼基本制度。在我国现有法律前提下，“诉讼诈骗”不应构成犯罪，最高人民检察院的司法《答复》具有合理性。

参考文献：

- [1] 张明楷.论三角诈骗[J]. 法学研究, 2004, (2): 93-106.
- [2] 李伟, 刘为波. 诉讼诈骗行为的司法定性及相关问题研究[J]. 法律适用, 2004, (8): 43-47.
- [3] 王作富. 恶意诉讼侵权更符合敲诈勒索罪特征[J]. 检察日报, 2003-02-10, (3).
- [4] 董玉庭. 诉讼诈骗及其刑法评价[J]. 中国法学, 2004, (2): 135-140.
- [5] 吴玉萍. 诉讼欺诈行为定性研究[J]. 中国刑事法杂志, 2005, (4): 47-55.
- [6] 柴发邦. 中国民事诉讼法学[M]. 北京: 中国人民公安大学出版社, 1992: 303.
- [7] 白绿铨. 美国民事诉讼法(再版序言)[M]. 北京: 经济日报出版社, 1998.
- [8] 吴鹏森. 犯罪社会学[M]. 北京: 社会科学文献出版社, 2008: 364.
- [9] 高铭喧, 马克昌. 刑法学[M]. 北京: 北京大学出版社、高等教育出版社, 200: 527.
- [10] 李浩, 刘敏. 新编民事诉讼法学[M]. 北京: 中国人民公安大学出版社, 2003: 191-192.
- [11] 毕玉谦. 民事证据法及其程序功能[M]. 北京: 法律出版社, 1997: 77.

On the criminalization of actionable fraud: From the perspective of the Law of Civil Action

LI Lin

(Law School, Southwest University of Political Science and Law, Chongqing 400031, China)

Abstract: Criminalization of actionable fraud should not be defined as distinguish the actual crime, and it should be put in the system of China's civil action. In the system of China's civil action, courting has the obligation of checking case facts and evidence, and the party does not have the obligation of real statement. So, there is no system base of actionable fraud in China's law system. In the actionable fraud, party's claim is embodied by evidence, and the court is not defrauded because court makes a trail by evidence rules. If actionable fraud is criminalized in China's law system, it will conflict with the relative regulations of the law of Civil Action and Criminal Law, furthermore it will bring about serious moral crisis.

Key Words: actionable fraud; the law of civil action; systematic interpretation; judicial delimma

[编辑：苏慧]