

恶意诉讼的侵权责任----我国侵权责任法的制度构建 PDF转换
可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/486/2021_2022__E6_81_B6_E6_84_8F_E8_AF_89_E8_c122_486146.htm

演讲人：张新宝 中国人民大学法学院教授，博士生导师 中国人民大学法学院信息法研究所所长 中国法学会民法学研究会秘书长 评议人：钱卫清 北京市大成律师事务所高级合伙人 中国人民大学民商事法律科学研究中心企业改制研究所所长 中央财经大学、社科院法学所兼职教授 主持人：吴春岐 山东师范大学法学院副教授 中国人民大学法学院博士研究生 时间：2006年12月18日周一晚18：30 地点：中国人民大学明德法学楼708教室 主持人：各位老师、各位同学，大家晚上好，今天非常荣幸的邀请到我们非常熟悉的张新宝老师，张老师1984年毕业于西南政法学院获法学学士学位，1986年毕业于中国人民大学法律系获硕士学位（1987）（师从中国民法先生佟柔老师），1991年?1993年赴美国锡拉秋兹大学（雪城大学）进修美国侵权行为法，1997年毕业于中国社会科学院研究生院获民法学博士学位。曾在日本东京大学和德国奥斯纳布吕克大学访问研究。1986年就职于中国社会科学院法学研究所，历任《法学研究》编辑、副编审和编审（研究员），任国家法官学院和多所法学院兼职（客座）教授。曾获得第三届十大杰出中青年法学家称号，同时也是中国法学会民法学研究会常务理事、秘书长。同时，今天我们也邀请到了北京市大成律师事务所高级合伙人、中国人民大学民商事法律科学研究中心企业改制研究所所长钱卫清律师担任本次报告的评议人，钱律师曾经在最高人民法院做过很长时间的高级法官，具有非常丰富

的实践经验，被律师界称之为学者型的律师。下面我们以热烈的掌声欢迎张老师开始精彩的报告！主讲人：各位同学、大家晚上好，今天晚上大家来到这里听讲座可能经过了一番思想斗争，楼下正在进行着一场热烈的演讲，据说把测谎仪都搬到教室里面来了，这是证据法论坛的一场“盛宴”，看来到这里听讲座的同学都是坚定的革命分子。（笑）我今天给大家演讲的是滥用诉权问题的一些理论思考，但是大家看到的PPT稿件只是今天演讲的一部分内容，我先介绍一下这次讲座的背景。上个周末我应邀到上海召开了一次比较特殊的国际会议，与会的国内学者有十个人左右，国外参会的七八个专家学者，但是来的范围还是比较广的，有美国的、日本的、澳大利亚的以及加拿大的，其中有一位法官还是美国第九巡回上诉法院的资深法官，讨论的主题就是滥用诉权或者是滥用民事诉讼程序。讨论这个问题不限于我们后面要谈到的民法上的问题，但是这次研讨会民法方面的专家只去了我一个人，另外我院还去了另外一个著名的法学家，就是汤维健教授，汤老师是研究民事诉讼法的，但这次参会的专家不是以民法为主，除了美国和加拿大的高级法官以外，还有几位加拿大律师和美国的律师，其他的一些学者更多的是研究民事诉讼法和国际私法的学者，还有个别学者是研究刑法的，不同学科的学者对这个问题发表了不同的观点。为什么要召开这样的会议呢？因为我们国内的法律程序上也经常发生滥用诉权的案件，比如钱律师手上就拿着一些这方面的文章，其中就涉及到“富士康”公司到深圳中级人民法院去起诉两个记者的案件，并且要求高额的精神损害赔偿。国外发生的案件可能比我们国内的情况还要复杂一些，有一些人在

国外的法院，尤其是美国和加拿大的法院对我们的政府组织、公共机构提起很多的诉讼，弄得乌烟瘴气，这就涉及到一些国际法上的问题。国际法又可以从两个方面来看这个问题，国与国之间的关系是一个公法关系，首先一个国家对另外一国家有没有管辖权？对另外一个国家哪些人给予豁免权？这是一个国际公法上面的问题，这个问题过去是没有什么争议的，但是最近几十年来发生了争议，为此发生了一些很恶劣的事件，比如有的国家开着坦克把别的国家的总统给抓来了，并且在本国进行审判，还有是把别的国家的总统抓起来以后成立一个战犯法庭进行审判，我这里并不是评价这个事件是错误的还是正确的，还是公正的或者不公正的。这就是沿用了过去关于国与国之间的基本准则或者是有关豁免的一些基本的国际法原则，最近有人提出，国家法没有什么法，谁有权力谁有军事力量或者经济力量这就是法，这就不能不引起我们的深思，国际关系变成一个弱肉强食的国际社会的“丛林规则”，这恐怕是存在问题的。第一，国际法。国际私法上面的一些规则对我们今天的话题有着非常重要的意义，我们在本科阶段就学习过的国际私法规则，例如侵权行为的法院的受理和实体法的适用一般都是行为地规则，加害人在那个地方实施了侵权行为，就由那个地方的法院进行管辖，由该法院依据行为地的法律对案件进行实体裁判。但是，在美国建立一个所谓的“长臂管辖权”制度，其中就反映在《联邦民事诉讼规则》第11条里面，一些与美国不发生任何实质联系的民事案件，就有可能被诉讼到美国法院进行管辖。无论是侵权的行为实施地，还是结果发生地都不在美国，而且与美国的国家利益没有任何关系，但是美国的联邦法院

受理了相当多这样的案件，这就涉及到国际私法上面关于管辖和法律适用这一最古老的原则被动摇或者践踏。现在在送达上面他们也有一些不可思议的做法，对于一个外国公民或者外国法人以及外国公共机构的送达需要通过外交途径，这是一个国家礼仪或者遵循国与国之间司法协助的协定，但是美国联邦政府经常的向外国公民或者外国公共机构直接送达，更有甚者，一个外国人到美国去访问，只要在机场上面见面，塞给你一个信封，就被视为送达。因此，美国法院基于送达就可以行使管辖权。更有甚者，他把起诉书写成一个“大字报”举在机场，只要被送达人看到了这个“大字报”，就视为送达了，就可以行使管辖权，这样的做法与我们学习的知识体系是完全不一样的。看到这样的事件我就进行了反思，是不是我当年学习的知识老化了，跟不上时代潮流了，还是世界变化了太快了，甚至在某一两个国家变得不可救药了，我得不出这样的结论来，希望我们国际法的同学好好的对这个问题进行研究，这是我们从国际法方面来进行分析的。

第二，刑法和刑事诉讼法。从刑法和刑事诉讼法方面来看，这次研讨会提交的论文至少有两三篇文章是关于滥用刑事程序的，但是最典型的我觉得还应该是与诬告有关的问题，我们国家在刑法典当中规定了诬告罪，希望学习刑法的同学对这个问题从刑事实体法和刑事程序法的角度来进行一些研究。

第三，民事诉讼法。按照目前的理论来分析，滥用诉权首先是一个滥用起诉的权利，这包括在整个诉讼程序中利用法律上赋予的这样或者那样诉讼上的权利，故意的乃至恶意的侵害其他诉讼当事人之利益，试图获取不正当的诉讼后果。这是十分广义的界定，但是我们在民法中的界定要比这个

范围小一些，最近正在进行民事诉讼法的修改工作，有一种观点明确的主张，对案件的受理不应该进行审查，起诉是人民的权利，当事人提出主张法院就应该受理，受理了之后就要进行审判。我查找了一些文献，过去我们民事诉讼法对受理案件是有明确审查规定的，当然这些审查都是形式意义上的。目前有一些学者认为，这样的审查可能会限制我们的诉讼权利，尽管我们今天讨论的话题是滥用诉权的问题，但是在这么一个前提基础上，必须要充分保护人们的诉讼权利。如果我们先不讨论诉讼权利的保护不保护、人们去提起诉讼的权利以及在诉讼进行中对各种权利的保护，一上来就是禁止滥用诉权或者滥用诉权要承担相应的民事责任，这显然不是一个正确的道路。我认为，保护诉讼权利是居于第一位的，而采取一定的措施或者一定的制度安排去限制，乃至去制裁滥用诉讼权利是第二位的。在这次研讨会中，更多的是从民事诉讼法的角度对滥用诉讼权利进行了探讨，只有我一个人是从实体法的角度来对这个问题进行分析，而且主张给人们更多的诉讼权利和自由，只有在极端的情况下才有必要给予限制，乃至要承担相应的责任。对此问题我与汤维健教授还有不同的观点，在研讨会中我们之间还进行比较激烈的争论，争论的焦点就是滥用诉讼的构成要件，后面我们会具体谈论这个问题，关于滥用诉讼的主观方面到底是要求一个故意的主观方面呢？还是说重大过失就可以？我们两个之间发生了争论，但是后来还是比较友好的，我们两个一起回来的！（笑）由于存在着这样一个国际法上的背景，就弥漫着这么一种气氛，好像滥用诉权十分普遍和恶劣，对诉权的限制和规则要收缩的更紧一些，在研讨会中反映出这么一种倾

向。我觉得，这种倾向不是特别正常，涉及到法律制度的长治久安的构建来说，出现了某一个极端的情况，无论是国与国之间的关系，还是涉外的民事法律关系或者是国内某些极端的案件出现，你就矫枉过正，做的过头一些恐怕会使得这个问题更严重一些。最近看到修改民事诉讼法的诸多建议，其中有一点就是说要取消对案件受理的审查，这点我觉得恐怕也有一点点过头，如果说案件的表面证据一看起来就是假的，就是出于某种恶意目的的，而且被告不明确的或者与本案没有诉的利益利益的，如此等等，这个时候法院做出一些初步的审查，我看还是应该保留的。特别是我国人口比较多，诉讼资源相对又比较宝贵，法官又十分的繁忙，最近一个月左右的时间我没有与法官朋友一起吃过一次饭，因为他们在每年的12月20日要把全年的工作量全完成，这一段时间法官几乎每天都要加班。在诉讼资源这么紧张的情况下，一些没有任何理由或者编造的诉讼，去浪费这些有限的司法资源，这确实给我们的法官造成很大的压力。另外，对老百姓也是不公正的，因为司法资源之利用是需要付费的，我越来越有这种感觉，因为过去交的税比较少，从这个学期开始我们每个老师每个月多交一千多块钱的税，以至于我作为主人翁的感觉越来越强，（笑）尽管没有地方去行使权利。这是对民事诉讼法上面的有关起诉受理的问题发表了我个人的一些看法，下面我们开始分析恶意诉讼的侵权责任问题。第一个，恶意诉讼的概念与法律规制考察（一）恶意诉讼的概念 刚才谈到滥用诉权是一个广泛的概念，从民事诉讼的角度来看，从起诉到执行的整个环节去滥用一些程序法的规定，我们这里谈的是这个概念的狭义部分，也就是承担民事责任的部分。

假如你要出庭做一个假证，这算不算滥用诉讼程序呢？我觉得这也算！但是这个问题法官在审理案件的过程中可以甄别出来，不一定会导致民事责任。这种滥用举证的权利一旦被甄别出来，一方当事人可能面临着败诉的结果，败诉的结果本身就是给予他一定的制裁，或者他承担了一定的不利后果。我们这里采用了一种最狭义的概念就是恶意诉讼，恶意诉讼专指恶意起诉（滥用起诉权）和恶意告发两种基本形态。恶意起诉也称为滥用诉权，是指在民事诉讼中加害人恶意提起诉讼意图使“被告”遭受不利之民事判决的行为。例如我们刚才谈到深圳的案件，能不能称之为恶意我并不是很清楚，但是他是使被告一方遭受极其不利的后果，包括私人的财产被查封。这个案件司法解释规定的十分清楚，报刊的记者以记者本身的名义在本报或者本刊上面发表文章的话，它是一个职务行为，原告要起诉的话只能够告杂志社或者报社，为什么就可以告记者本人呢？法官难道连这点常识都不知道吗？如果说他不懂这个常识的话，他凭什么当法官呢？如果懂这个常识的话，又怎么犯这样低级的错误呢？很多问题你无法解释！另外，还要一个高达三千万的精神损害赔偿，这怎么可能呢？法院还查封了当事人的财产，这完全是利用资本的力量去扼杀言论自由和舆论监督。记者只是报道了工厂的劳动条件不够好，工厂难道就不值得批评吗？就像我们学校的食堂，把一些本该做学生食堂的地方拿来教授餐厅，学生就餐的时候排很长的队，抢座位，吃不上饭，这些可以去批评的为什么不可以批评？而教授餐厅呢，我们教授也吃不起！（笑）我们的学生都是比较温和的，没有出来闯这个祸，而那些利益相关者他们就更加猖狂。这是恶意诉讼的

第一个方面，就是恶意起诉。第二个方面是恶意告发。恶意告发是指加害人恶意告发受害人有违法犯罪事实，要求加害人有向司法部门进行违法犯罪告发的事实。恶意告发不一定是到法院提起民事诉讼，他也可以到检察院、公安局或者其它的相应机关去告你，说你犯了什么罪，比如到纪委去告你，最后折腾你很长时间。这样的情况过去我们是十分普遍的，过去曾经有一个谚语说，“花费八分钱，查你大半年”，意思就是，写一封匿名信，花费八分钱买一张邮票，投到相应的机关，相应的机关就过来调查你，但是查来查去什么事情都没有，最后把你大好前程给耽误掉了，因为这个时间组织上面正在考核你，是不是要把你提升到领导职位上去，到最后审查清楚了，什么事情都没有，但是考核提干的事情已经过去了。我们主要关注的还不是这个层面，主要关注的是刑事告发层面，向司法部门进行一些恶意的诬告，检举他人不实的所谓的犯罪行为，我们也是围绕着这两个基本类型来谈它的侵权责任问题。（二）恶意诉讼的法律规制：历史与比较法考察 大陆法系自罗马法到法国、德国、日本，生长出了以诚实信用原则为根据的恶意诉讼制度。它的基础是诚实信用原则，最早产生于产生罗马法，在德国法、日本法、法国法上面，有的对恶意诉讼直接加以规定，有的并没有直接的进行规定，由他们关于侵权责任的一般条款推导出来，这是一种侵权行为。在英美侵权法上，法律诉讼的滥用有如下几种形式，这就是恶意刑事起诉、恶意地提起民事诉讼和诉讼滥用。其中《美国联邦民事诉讼规则》第37条、《德国民事诉讼法》第96条、《法国新民事诉讼法》第32条、《日本民事诉讼法》第384条、《西班牙民事诉讼法》第11条、《

葡萄牙民事诉讼法典》第456条、《澳门民事诉讼法》第9条；TRIPS协议第8条、第41条、第48条第1项、第50条第3项和第7项。这些法律都对恶意诉讼法律规则进行了规范，如果大家有兴趣的话，可以查找一下这些文献。第二个问题，恶意诉讼的构成要件关于恶意诉讼的主观方面，到底是要求恶意呢？还是要求以故意为限？有三种不同的观点：极其严格的观点认为，主观上要有恶意；稍微宽松一点的观点认为，主观上是故意就可以了；进一步宽松的认为，发生重大过失的也认为构成恶意诉讼。从德国民法典关于故意违反善良风俗的规定来看，它使用的是故意，而没有要求是恶意的。我认为，在这个问题上应该采取谨慎的态度，所以用了恶意的主观构成要件，这不仅是我个人的想法，这在我后面介绍的两个民法典建议稿的草案中都采用了恶意的主观要件。我们来检验一下什么是恶意，在法律上面对恶意进行定义的并不多，有一个比较法上面的资料介绍给大家，《奥地利民法典》第1295条、第2款规定：“一个人以违反公共道德的方式恶意侵害他人，应当为此承担责任。”这与《德国民法典》第826条的规定是非常相近的，但是它使用的主观要件不是《德国民法典》第826条里面的故意，而是用了恶意的主观要件。但是如果侵害是在行使合法权利的时候发生，引起损害之人只是在行使权利的目的显然是为了引起他人损害时才承担责任。这个时候又将为侵害他人与权利滥用联系起来，有关禁止权利滥用的规定在《瑞士民法典》当中有十分明确的保护。这一条的规定实际上是将恶意侵害与权利滥用联系起来，如果是正当行使权利的话，造成他人损害并不承担责任，不过，你行使权利是以侵害他人为目的，而自己又不获得什么利

益的话，这就认为是恶意的。法国在1782年左右曾经有一个很著名的案件，叫做水井案，这是一个滥用权利的典型案例，不仅相邻的不动产土地所有人之间的纠纷，一方为农业之耕作，而另一方不为农业耕作，双方由于其它事件发生纠葛。不为农业耕作以及案件之被告在自己的土地打下了五口深井，将地下水抽出来而又放到河流里面去，使得对方土地的地下水位明显下降，导致受害人的庄稼全部枯死。如果按照过去的所有权规则，土地的所有权是绝对权利，上及天空下及地心，我在自己土地上抽水你拿我也没有什么办法，但是这个法官判定是滥用所有权侵害他人利益的案件，而且自己并不从行使权利中带来任何利益，纯粹是以侵害他人为目的行为，最后被认定为是恶意的。我认为，所谓恶意就是最严重的故意，它不仅需要符合故意的一般要件，还需要一些特别要件，这包括一下几个方面：第一，必须是直接故意，不能是间接故意。也就是说，行为人一方直接依其行为追求损害结果的发生；第二，行为人对于禁止性法律规定或者对他人受到保护的权公然的漠视；第三，行使正当权利的行为一般不被认为是恶意，但显然是以追求他人损害为目的或者为主要目的的，不在此限。比如刚才谈到的“水井案”以及《奥地利民法典》第1265条第2款的规定，就将显然以追求他人损害为目的的界定为恶意，这个时候即使是你行使权利也是恶意的。而在侵权责任法领域恶意的特殊意义在于，某些侵权责任的构成要件需要有主观上的恶意，比如我们刚才谈到的恶意告发；另外，在权利损害赔偿责任的时候，恶意对于赔偿数额之确定具有意义。比如《最高人民法院关于审理精神损害赔偿案件若干问题的司法解释》里面规定，要考虑

加害人一方的主观的过错程度，考虑过错程度就是判断加害人一方是恶意的还是一般故意，还是重大过失的以及一般过失的，根据其过错程度不同承担的赔偿责任也是不一样的。这是主观方面的恶意，我们采取了一种比较狭义的或者是较为严格立法来界定恶意诉讼，认为需要有主观上面的恶意，不仅仅是故意，仅有故意是不够的。其次，要有客观方面的行为，就是提起民事诉讼或采取其他相似的手段告发受害人。如果没有实施提起民事诉讼的行为或者没有告发他人，就不认为构成恶意诉讼，也无需承担侵权责任。在客观方面要求这样的诉讼请求或者告发没有法律依据。最后，结果方面。受害人一方受到的损害在很多案件中都是十分复杂的和综合性的，即可能包括财产损失、精神损害或者其它正当权利之行使受影响，但是法律只能够救济财产损失和精神损害。比如我刚才谈到的，某一个人要升迁的机会丧失，侵权法对此就难以进行救济。另外，在认定方面我认为，要被法庭认定为恶意诉讼，这就使得恶意诉讼这样的侵权之构成具有滞后性，这是在第一个诉讼完成之后或者一个告发结束之后，才能够确定是否构成恶意诉讼，你不能够在诉讼中举证对方为恶意诉讼，当然你也可以提出这样的诉讼请求，但是不发生任何效果，只有这场诉讼打的差不多了或者胜诉了，你才能够起诉对方为恶意诉讼。

三、我国学术界对恶意诉讼侵权责任的主要探讨和建议 对这一问题的探讨不是很多，大概到了80年代末期90年代初期的时候才有一些人写文章探讨恶意诉讼和滥用诉讼这个问题，其中主要是在民事诉讼法和侵权法两个领域。有一篇文章是在《法学研究》杂志发表的，这是目前为止比较全面的论述这一问题的文章，这篇文章是湖

北高院郭卫华写的，这篇文章已成为研究恶意诉讼或者滥用诉讼不可逾越的海拔高度，你可以不同意这篇文章的观点，但是你不能不提它。我们对这一问题过去的文献进行检讨，过去的这些文献反映了两个方面：第一个方面，认识到在我们今天的市场经济条件下，哪些违反诚实信用原则滥诉的情况越来越多，以至于当时最高人民法院的副院长刘家琛公开的指出，目前在社会上出现了滥用诉权的倾向，发表在《人民法院报》2002年7月13日的头版头条上面。第二个方面，更多的是在阐述着一些基本知识，这些研究是不是已经超出了前人的所有成果，包括外国法和比较法的成果呢？我不认为是这样的，这只是在不断的引进各种学术和知识。到了我国民法典的起草可以算是一个法律发展的重要里程碑，这就是两个民法典学者建议稿的态度，这两个建议稿都对恶意诉讼、恶意告发作出了大致相同的规定。2002年的时候，社科院法学研究所起草的民法典草案建议稿发表在《法学研究》第二期上面。在社科院法学研究所起草的民法典草案建议稿第1582条规定（恶意起诉、告发）：“恶意对他人提起民事诉讼或者进行违法犯罪告发，起诉或告发的事实被证明不成立，并且给被起诉、被告发者造成财产损失的，应当承担赔偿责任”，这是第一款的规定。“恶意起诉、告发行为对受害人的名誉、隐私或者其他人格尊严构成严重损害的，适用本法第1570条、第1571条的规定”，这是第二款的规定。“加害人承担恶意起诉、告发侵权行为的民事责任，应当是故意的而且被证明其所起诉、告发的事实不真实并给受害人造成财产损失。如果同时造成名誉、隐私和其他人格损害的，按照相关规定处理、国家机关追诉犯罪发生错误，不适用本

条的规定而适用国家机关及其工作人员违法执行职务致人损害的规定。”中国人民大学民商事法律科学研究中心起草的民法典草案建议稿第1863条规定（恶意诉讼）：“故意以他人受到损害为目的，无事实根据和正当理由而提起民事诉讼，致使相对人在诉讼中遭受损失的，应当承担民事责任”、“前款所称损失，是指恶意诉讼的被告在诉讼中支付的律师代理费、因诉讼所造成的经济损失以及其他相关的财产损失。”第1864条规定（恶意告发）：“故意以他人受到损害为目的，无事实根据进行违法犯罪告发，使对方遭受损害的，应当承担民事责任。”这两个建议稿的规定有很多相同的地方，下面我们对两个草案有关规定的特征进行比较。社科院民法典草案的特点是：第一，恶意起诉和告发关注的是受害人的人格利益及相关经济利益。恶意起诉和恶意告发可能导致包括财产损失在内的数种损害后果，除了损害赔偿外，加害人还可能要承担赔礼道歉、消除影响、恢复名誉的民事责任。第二，在构成要件上强调了加害人的故意、事实不真实以及造成了受害人的损害（包括财产损失或人格利益损害）。第三，国家机关在追诉犯罪中发生错误导致受害人财产、名誉等损害时，不适用本条关于恶意起诉、告发的规定。人民大学民法典草案建议稿的特点，我觉得更简单明了一些，该草案建议稿明确规定了恶意诉讼和恶意告发两种形式，同时强调恶意诉讼造成的损失包括被告在诉讼中支付的律师代理费用，将财产损失项目进行了细化。另外，人民大学民法典草案建议稿当中对精神损害没有作出很明确的解释，但是在我看来，恶意诉讼似乎不包括精神损害，这也是这两个建议稿一个比较大的区别，社科院法学所的民法典建议稿强调

了恶意诉讼造成的损害既包括财产损失，包括精神损害。人民大学民法典草案建议稿只是规定了恶意诉讼的被告在诉讼中支付的律师代理费、因诉讼所造成的经济损失以及其他相关的财产损失，没有列举精神损害，我觉得这点是存在缺陷的，恶意诉讼造成精神损害的情况应该是十分普遍的。第四个问题，恶意诉讼侵权责任的制度构建在我们未来的民法典中如何进行一些制度上面的构建，建立一个什么样的实体法规则，来规范恶意诉讼。首先还是坚持一点，保护诉权是居于核心或者是主导地位。在保护诉权的前提下，要限制和禁止滥用诉权，并给受害人一定的救济，这是一个基本的指导思想，如果偏离这个指导思想建立起来的制度与我们保障人权、建设社会主义法治的基本理念是不相符合的。其次，在未来的民法典中是不是要对恶意诉讼或者滥用诉权加以规定？两个民法典学者建议稿都作出了正面的回应，还有一个更重要的稿件，这就是全国人大法工委起草的官方民法典草案，但对滥用诉权没有作出规定。我们是不是可以简单的认为存在着两种不同的观点呢，第一种观点，对这种侵权行为需要适用特别的条文加以规定；另外一种观点认为，根本不需要加以规定，因为可以利用侵权责任的一般条款来解决，《民法通则》第106条第2款规定：“故意或者过失侵害他人，包括国家、集体或他人的财产、人身造成损害的要承担损害赔偿赔偿责任。恶意诉讼或者是滥用诉权不也是符合《民法通则》第106条第2款的规定吗？不是规定有故意或者过失吗？这里不仅要求是故意，而且还要求有恶意，显然是符合故意要求的。还有侵害他人财产或人身的，这里不仅仅限于是财产权利，也可以说是财产利益，比如使得别人支付了律师费

用，这谈不上是一个什么权利，因为这与绝对权利是不一样的，而且正是我们一些学者正在讨论的纯粹经济损害，或者是间接损失。这里还对人身利益造成损害，比如造成别人精神痛苦了，有精神损害，完全可以按照《民法通则》第106条第2款的一般条款来解决，这也可以适用《法国民法典》第1382条来解决。所以，没有必要进行规定。这是我对官方草案负面的回应或者消极的回应所做的一个注释，但未必法工委是这么考虑的。如果是的话，这也未尝不可，因为这是一个一般侵权案件，不像污染环境、产品责任等等类型的特别侵权案件。从比较法的角度来看，适用一般条款的国家通常都不规定，比如法国不单独规定滥用诉权，也不单独规定恶意诉讼等等，它是现成的一个比较广泛的一般条款模式是可以解决这样问题的。另外，官方民法典草案还别出心裁的作出规定，比如高空抛物致人损害的规定，也是他们认为总结了司法审判的经验，其实不是，后来我们在写人身损害司法解释里面也没有总结人身损害实践的经验，根本就否定了所谓连带的或者共同的赔偿责任。很多地方人家都问我，说：“张老师你如何评价这三个民法典草案？我用了三个“最”来概括这三个民法典草案，中国人民大学民商事法律科学研究中心王利明教授主持的民法典草案的最全面的，因为条文最多。法工委的民法典草案的最权威的，因为是立法部门自己起草的，而且还拿到人大常委会进行了讨论。社科院法学研究所梁慧星教授主持的民法典草案是最科学的，因为它反映了法律之间内在的逻辑体系联系。当然，这个草案主要是我起草的。（笑）大家不用有疑问了，我为什么会夸这个条文，因为卖瓜的都会夸自己的瓜是最甜的，尽管瓜不一定是

甜的！我还是倾向于在未来的民法典草案中有这么一两条的规定，对恶意诉讼的侵权责任进行规范。理由有这么几点：

（1）尽管它是一般侵权行为，但是在构成要件上面有特殊性，它要求在故意中具有恶意，并对赔偿的范围与其它类别的案件可能会有所不同的；比如有关律师费用的赔偿，这在承认恶意诉讼为侵权行为的国家，几乎一致的实践都是这样的，应该赔偿对方的律师费。而在我们的律师职业实践中，别的案件通常是不赔偿律师费用的，比如双方合同当事人之间的违约责任，认为自己掏自己的律师费，法院也不会判的，但是在这一类案件里面，法院会判决赔偿对方律师的费用。

（2）对赔偿的范围上面有一些特殊性，我想主张这个特殊性有两方面的意义：一方面，使得受害人一方得到更充分的救济；另一方面，给予加害人一方某种惩戒，具有一定的惩罚性，所有的精神损害赔偿都有一定的惩罚性。（3）如何正确的在侵权行为与正当行使权利之间作出一个区分，划定一个界限的问题，这个问题通常会比较困难。我们有了这样一条法律规定以后，再结合最高法院或者其他别的法官积累一些案例，那么对这个问题的解决、对两种权利保护的界限，就会做到明晰，如果没有一个指导思想的话，这是很难做好的。下面我们分析一下恶意诉讼对时间和主体的认定，我刚才也谈到，应该在第一诉讼结束或者是有关告发的审理或者审查得出一个基本结论以后，受害一方方能提起恶意诉讼的损害赔偿请求。而不是在某一个诉讼进行中，提出对方是恶意诉讼，这样的话使得第一诉讼没有办法进行，不利于人们相关的权利保护。而且其它的滥用程序的行为，比如伪造证据、拖延时间、无故的不出庭等等一系列的情况，可以采取其

它的法律制裁措施，而无需承担侵权的责任，侵权责任也不是万能的。认定的主体应该是由原受理案件的法院来受理恶意诉讼损害赔偿请求的案件，这样便于案件能够得到及时有效的审理，原法院对滥用诉权案件的过程以及相关的证据了解的十分清楚，以此作出审理是非常容易的。如果在上海进行诉讼的，法院认定原告是滥用诉权，然后你跑到北京来再来起诉对方滥用诉权，这样是不利于当事人行使权利的，也给法院的工作带来麻烦，这不诉讼经济的原则。而对遭受恶意诉讼者损害的也要进行财产和人身两个方面的救济，包括赔偿损失，赔偿损失不限于财产损失的赔偿，也包括精神损害的赔偿。此外，赔礼道歉、消除影响、恢复名誉等人身性质的民事责任方式，在这样的案件中也是十分有效的。以上是我简单的对恶意诉讼做了一个论述，不周延的地方请大家批评指正，谢谢大家！

主持人：非常感谢张老师精彩的报告，下面请钱卫清律师对张老师的报告做点评！

评议人：今天我主要是来学习的，我感觉张老师的演讲非常精彩，套用我们胡书记经常固定的一种句式，开创了我国民事诉讼制度的新局面。（笑、掌声）在没有来之前我查阅了一下相关的资料，就是关于恶意诉讼相关的文章，竟然发现也有我的一篇文章，是上个世纪90年代初发表在《法学》杂志上的文章，文章的题目是《关于滥用起诉权的民事责任》。当时我就分析了滥用起诉权的构成要件，予以法律制裁的必要性，以及如何规制滥用起诉权，包括提高诉讼费用、法官怎么进行立案审查等等建议，我这篇文章怎么没有被张老师发现呢？（笑）对这个问题的研究我当时就预测，过若干年以后可能滥用诉权的现象在社会上会大量的产生，结果现在我发现，还

没有发展成这样的事实。滥用诉权的现象不多，但是滥用双规的现象非常普遍，滥用双规是一种合法伤害权，这种权利与我们滥用诉权从法理上进行分析，是不是也是一样的。最近我们比较关注的，湖南的郴州有一个纪委书记他就非常善于滥用双规，谁不给他个人利益、不给他贷款，不给他的朋友开发房地产提供方便，他就把谁给双规掉。最后他被查处以后，整个当地老百姓放鞭炮庆贺。对于滥用诉权的研究是非常有意义和有价值的，刚才张老师从国际的视野、比较法的角度、从滥用诉权的构成要件以及如何来规制，包括立法、司法怎么来解决这个问题给我们开拓了一个非常开阔的视野。国内的滥用诉权问题，我觉得目前我的判断还是一个适度关注，除了立法的研究以外，我们做实务的人来说，还是采取适度关注的方式来进行处理，因为现在还没有发展到过度“滥”的境地，还不足以需要全面的进行规制的境地。另一方面，如果对滥用诉权进行规制，就有可能限制诉讼权利的行使。我认为，目前我们更加应该关注的还是法官滥用权利的问题，怎么样使得法官不能够滥用权利，首先就是当事人不要滥用权利，其次在立法的规制之下，怎么有效的将滥用诉权过程中的各种行为包括立案阶段怎么来限制滥用诉权的问题解决。比如深圳中院审理的“富士康”案件，第一财经日报刊登了他们延长工作时间的报道。然后他们就向深圳中院提起一个赔偿三千万的诉讼请求，这种请求当时法官是怎么进行审查的？这种诉讼请求肯定是没有法律依据的，事实依据有没有也是值得怀疑的，而且起诉的当事人是记者和报社的编委作为共同被告，诉讼财产保全的申请就是对个人财产进行查封，而法院居然把记者的房子、车子、银行帐

户给查封冻结。这种过错是当事人的过错，还是法官的过错？这种过错怎么样来进行认定？同时，这种滥用诉权的行为可能还发生在整个诉讼过程中，包括滥用反诉权、滥用诉讼保全、滥用管辖异议权、回避权等等一系列权利都有可能滥用。这种滥用权利就需要通过立法对各种不同滥用行为加以分类的基础上，采用可能达到一种规制的目的。现在滥用诉权的行为界限和类型我觉得还不是很多，怎么样来划分它们之间不同的性质？哪些是一般滥用诉权的行为，哪些是严重滥用诉权的行为，这些行为的性质、构成要件还要进行深入的研究。作为律师来说，所要做的就是不要滥用诉权，因为律师是最容易滥用诉权的，当事人滥用诉权其实是来源于律师的，有些律师可能会玩弄诉讼技巧，我觉得这是不可取的。怎么样来规避律师滥用诉权呢？我认为，法律也应当作出相应的规定，律师的权利是来源于委托人的委托，但是怎么样实现当事人的诉讼权利，怎么样策划当事人的诉讼策略，怎么样选定当事人的诉讼目标，这些都是律师必须考虑的，如果这些法律后果你都很清楚，如果是为了达到当事人恶意的目的，共同纵容当事人，帮助当事人，设计所谓的诉讼策略，达到这种恶意的目的，我觉得律师的行为应该加以规制。规制律师的行为目前立法上还是比较难以提上立法日程，可能还需要通过行业的自律、律师职业道德规范不断的完善，使得律师不愿意使用这种滥用诉权的权利。如果是严重的滥用诉权的行为，律师也应该承担相应的责任。总的来说，通过今天晚上听了张老师的报告，对滥用诉权国际上的趋势、立法的动向、整个滥用诉权的构成要件，对于我今后在职业过程中怎么有效的把握这个问题，更好的去研究这个问题

，使这个问题成为我们职业过程中应该解决的一个重点的问题。我的评议就到这里，谢谢大家！问：在案件诉讼过程中，如果法院查明了原告的起诉主张是没有法律依据的，那么，法院可以不可以依据职权终结原告的诉讼主张，就不需要对案件诉讼结束之后再来认定？答：在我们国家的《民事诉讼法》当中没有这样的基石，多数案件都是将诉讼程序走完，然后作出最后的判决。这样的案件在美国民事诉讼规则当中有规定，就是拒绝判决或者是败诉判决、简易判决，这个案件显然就是荒唐的，没有必要再进行下去了，这个时候作出终止案件审理的裁定是可以的。但是，两个国家诉讼程序构造不完全一致，其实在上次的会议当中也有学者提出这样的观点，我们国家是不是需要引入这样的制度，但是一个单个制度的引入会出现问题，也就是说，将某一个国家某一个制度引入，而不把他整个大制度引入过来的话，会出现很多的问题，这与其它相应的制度是不协调的，甚至相互之间是矛盾的。问：在一个恶意的诉讼案件中，被告能够不能够在诉讼中直接提起反诉？答：我觉得，理论上是可以的，但是实践中基本上没有这种可能性，因为恶意诉讼是以前面的程序作出的基本判断为前提，基本的判断对于法院或者其它机关来说原告是恶意的，被告也是恶意的，通常只会说原告是恶意的，如果没有这么一个基本判断的话，被告（也就是第一个程序中的原告）在第二个程序中提起的反诉机会基本上是没有的。第一个诉讼程序必须走完了以后，才能够进行第二个诉讼程序。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