

“中文社会科学集刊引文数据库 (CSSCI)” 入选丛书

2006年第5辑 (总第31辑)

判解研究

中国人民大学民商事法律科学研究中心◇主办

王利明◆主编

本辑要目

【专论】

张新宝 明俊 / 恶意诉讼的侵权责任：我国侵权责任法的制度构建

【争鸣】

王竹 / 环境资源法学与民法学：曲解抑或对话？——与蔡守秋教授商榷

【法学专论】

北京市高级人民法院民一庭 / 关于医疗损害赔偿纠纷案件的审理情况、问题与对策

【判例评析】

钟毅 / 官学林诉苏州工业园区建设发展总公司商品房买卖合同纠纷案评析

人民法院出版社

◆责任编辑：吴秀军 兰丽专

◆封面设计：温 波

ISBN 978-7-80217-463-4



9 787802 174634 >

定价：28.00元

2006 年第5辑(总第31辑)

判解研究

中国人民大学民商事法律科学研究中心 主办
王利明 主编

人民法院出版社

图书在版编目(CIP)数据

判解研究. 2006 年. 第 5 辑: 总第 31 辑/王利明主编.
北京: 人民法院出版社, 2007. 4

ISBN 978 - 7 - 80217 - 463 - 4

I. 判… II. 王… III. ①判例 - 研究 - 中国 - 丛
刊②法律解释 - 研究 - 中国 - 丛刊 IV. D920.5 - 55

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 038153 号

判解研究

2006 年第 5 辑 (总第 31 辑)

中国人民大学民商事法律科学研究中心 主办

王利明 主编

责任编辑 吴秀军 兰丽专

出版发行 人民法院出版社

地 址 北京市东城区东交民巷 27 号 邮编: 100745

电 话 (010) 85250571 (责任编辑) 85250516 (出版部)
85250558 85250559 (发行部)

网 址 <http://courtpress.chinacourt.org>

E - mail courtpress@sohu.com

印 刷 北京人卫印刷厂

经 销 新华书店

开 本 787 × 1092 毫米 1/16

字 数 212 千字

印 张 12.25

版 次 2007 年 4 月第 1 版 2007 年 4 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978 - 7 - 80217 - 463 - 4

定 价 28.00 元

加强判解研究
推进司法改革

肖扬

二〇〇二年

七月一日

稿 约

《判解研究》旨在对审判实践中的重大疑难案件及司法解释展开研究，将法学理论全面运用于司法实务，通过分析与归纳演绎，在个案中寻找法理与裁判的连接点，在判决中发掘对法律予以选择的理由、法条的内涵，以及判决的一致性，藉此丰富对法律的解释、总结法律适用的经验、探求法律的精神，为立法和司法提供经验。真诚欢迎法学理论及实务工作者惠赐佳作。来稿要求：

1. 稿件应属未公开发表的作品。
2. 稿件字数应在 5000 字以上，引文务必注明出处，注释体例以已出版的《判解研究》中的样式为准，稿件应为打印稿并请附软盘，并以 Word 文件或文本文件存盘。
3. 投稿后 3 个月未接到用稿通知，作者可另投他刊，来稿中请详写联系地址、电话、电子邮箱，以便及时联系。请勿一稿两投。
4. 本刊所发表的所有文章，均已由作者授予自发表之日起 1 年的专有使用权，任何转载、摘登、翻译或结集出版等事宜，均须事先得到本刊编辑部的书面许可。

投稿请寄：

中国人民大学民商事法律科学研究中心，邮政编码：100872。请在信封正面注明“《判解研究》投稿”字样。

E-mail: caselaw @ sohu. com

有关本书的征订、邮购等事宜，请直接与人民法院出版社联系。

联系电话：(010) 85250558

地址：北京市东城区东交民巷 27 号

邮编：100745

本丛书现已出版 31 辑。欢迎读者邮购。

支持单位简介

北京市鑫兴律师事务所拥有律师与专业人员近 30 名，其中 85% 拥有法学硕士以上学历，博士后两名，法学博士多名。部分律师拥有海外著名法学院留学和律师事务所工作经历。长期以来，为国内、国外客户提供了大量诉讼与非诉法律服务，代理了许多在全国范围内形成影响的担保、租赁、金融、保险及股权纠纷等民商事案件。曾有多起案件被最高人民法院作为先例性案例公告。

本所主任乐沸涛律师同时担任中国金融学会金融租赁委员会法律部主任和中国外商投资租赁业委员会法律部副主任。

本所开办的网站“北京律师法律咨询网 (<http://www.bjlawyer.com.cn>)”是国内较有影响的专业法律咨询服务网站。

E-mail: xinglaw@yahoo.com.cn

<http://www.xinxinglaw.com>

《判解研究》编辑委员会

主 任：王利明

副主任：杨立新

委 员：（以姓氏笔画为序）

王运声 龙翼飞 刘春田

刘德权 江 伟 孙华璞

纪 敏 杨润时 吴汉东

俞灵雨 姚 辉 钱 锋

郭明瑞 董安生 蒋志培

执行主编：姚 辉 吴秀军

编 辑：兰丽专 熊诤龙

麻锦亮 刘生亮 周云涛

电 话：(010) 85250571 62514868

传 真：(010) 85250586 62514868

E - mail: caselaw@sohu.com

支持单位：北京市鑫兴律师事务所

网 址：www.xinxinglaw.com

E - mail: xinglaw@yahoo.com.cn

目 录

专论

恶意诉讼的侵权责任:我国侵权责任法的制度

构建 张新宝 明俊(1)

争鸣

环境资源法学与民法学:曲解抑或对话?

——与蔡守秋教授商榷 王 竹(17)

法学专论

关于医疗损害赔偿纠纷案件的审理情况、

问题与对策
..... 北京市高级人民法院民一庭(41)

法官论坛

中国知识产权侵权诉讼管辖的

若干实务问题研究 刘晓军(54)

不动产权属争议的司法管辖

——以物权变动的区分原则为视角
..... 张跃国 蔡培娟(99)

判例评析

F. O. B. 下承运人之提单签发对象研究

——兼评海商法第 72 条规定
..... 司玉琢 吴 煦(111)

“形象权利”非彼“形象权”，“整体肖像利益”非彼“集体肖像权”	
——评三军仪仗队诉深圳市信禾工艺品有限公司肖像权侵权纠纷一案	
..... 欧宏伟 欧阳志敏	(131)
论侵害承租人先买权的法律后果	
——从出租人与第三人订立合同的效力出发	
..... 史浩明	(152)
官学林诉苏州工业园区建设发展总公司	
商品房买卖合同纠纷案评析	钟毅(162)
养老保险的案例研习	林海权(169)
海外判例选介	
电影摄像技师的劳动者性质	
——日本电影摄像技师案件评述	
..... 田思路	(180)
编辑后语	(189)

恶意诉讼的侵权责任： 我国侵权责任法的制度构建

张新宝* 明俊**

一、恶意诉讼的概念与法律规制考察

(一) 恶意诉讼的概念及其表现形式

一个法治国家应当充分保障公民所享有的诉讼权利。但是，如果法律赋予的诉权被滥用，则违背立法的本意，并有可能对他人造成损害。从制度构建上看，一方面，应当充分保障公民自由行使其诉权，同时也应当规制滥用诉讼权利侵害他人权益的行为。我国相关立法已经确立了“禁止权利滥用”的基本原则，排斥公民滥用其诉讼权利的行为。例如，我国宪法第51条规定，公民在行使自由和权利的时候，不得损害国家的、社会的、集体的利益和其他公民的合法自由和权利。民法通则第7条规定，民事活动应当尊重社会公德，不得损害社会公共利益，破坏国家经济计划，扰乱社会经济秩序。刑法第243条规定，捏造事实诬告陷害他人，意图使他人受刑事追究，情节严重的，可构成诬告陷害罪；第305条规定了伪证罪。民事诉讼法第50条规定，当事人必须依法行使诉讼权利；第102条规定，有妨碍民事诉讼程序的，可予以罚款、拘留，构成犯罪的，依法追究刑事责任。应当看到，公民滥用其诉讼权利的行为也是对于诚实信用原则的违反。诚实信用原则是民事实体法上的原则，现已随着社会的发展逐渐适用于民事诉讼法领域。

* 中国人民大学法学院教授、博士生导师，中国人民大学民商事法律科学研究中心研究员。

** 中国人民大学法学院民法学博士研究生。

“恶意诉讼”一词在我国的法律、行政法规、司法解释中并未出现，但是比较法上，滥用诉权（恶意诉讼）的问题由来已久。近年来，恶意起诉造成“被告”诉讼拖累、经济损失乃至名誉毁损的情况在我国时有发生。^①为了保护受害人的合法利益，促使当事人正当地行使诉权，有必要对恶意诉讼行为作出规制。如今，学者虽然逐渐接受了“恶意诉讼”的提法，但对于如何界定恶意诉讼以及恶意诉讼有哪些具体表现形式，仍然存有分歧。我们认为，正确界定滥用诉讼、恶意诉讼、恶意告发、恶意起诉等概念，对于在司法实践中统一适应法律、保障当事人合法权益意义重大。

滥用诉讼权利的表现形式多样，主要有：滥用起诉权与反诉权，滥用申请财产保全权和先予执行权，滥用申请回避权，滥用上诉权，滥用申诉权，滥用申请强制执行权等。英美法上，滥用诉讼程序被称为 abuse of process，指恶意地、不正当地使用常规的诉讼程序，以期从对方当事人处获得某种利益。如原告通过欺诈诱使被告进入法院辖区，以便可以向其送达令状，则法院可以滥用诉讼程序为根据撤销送达。滥用诉讼程序与恶意控告（malicious prosecution）不同，后者指为不正当的目的且无合理的根据而提起民事或刑事诉讼，原告可恶意地使传票被签发。而滥用传票则指对合法签发的传票的滥用。Malicious prosecution（恶意控告、诬告）是指没有合理根据而恶意对某人提起刑事或民事诉讼，将以失败告终。被诬告人对此可提起损害赔偿之诉，但需证明：（1）他曾被起诉；（2）起诉者为诬告人即现被告人；（3）诬告以失败告终；（4）诬告之诉缺乏合理根据；（5）诬告人存在恶意；（6）现原告因此受损。^②以下我们所称之“恶意诉讼”专指恶意起诉（滥用起诉权）和恶意告发两种形式。

恶意起诉也称为狭义的滥用诉权，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。有学者认为，滥用诉权是指当事人出于故意或相当于故意的重大过失，缺乏合理的根据，违反诉讼目的而行使法律所赋予的各项诉讼权利，纠缠法院和相对方当事人，从而造成不必要的人力和财力浪费的行为。滥用诉权的类别有广义和狭义之分，广义包括滥用起诉权、滥用反诉权、滥用申请财产保全权和先予执行权及申请回避权和申请强制执行权、滥用上诉权、滥用申诉权；狭义仅包括起诉权和反

① 最高人民法院原副院长刘家琛曾指出：“目前在社会上出现了滥用诉权的倾向”，载《人民法院报》2002年7月13日。

② 参见薛波主编：《元照英美法词典》，法律出版社2003年版，第9页、888页。

诉权。^①

恶意告发是指加害人恶意告发受害人有违法犯罪事实,而导致受害人遭受损害的行为。它要求加害人有向司法部门进行违法犯罪告发的事实。恶意告发作为侵权行为,需要具备以下构成要件:首先,也是最重要的,是被告进行了刑事犯罪告发;其次,对这一告发最后做出的裁判是有利于原告(被恶意告发者)的;再次,被告在动机上必须是恶意的;最后,从一开始就当然不存在进行此等告发的合理理由。^②可见,恶意起诉与恶意告发两者之间的区别主要表现在:一是提起的诉讼程序的性质不同;二是加害人的主观目的也不尽相同。

(二) 恶意诉讼的法律规制:历史与比较法考察

恶意诉权(actio de dolo)是欧洲大陆侵权法对于罗马法的继受之一,这一诉权依赖于恶意(dolus malus,与一般的故意和善意的故意相对的概念,用于受害人智胜侵害者的场合)概念,并为独立的诉因。在现代民法典中,只有德国民法典第826条、奥地利民法典第1295条以及希腊民法典第919条仍然明确显示了其与罗马法原则的亲缘关系。根据罗马法,恶意诉权是一个补充的诉权,是否使用由法官决定。只有在其他救济失败的时候恶意诉权才发生作用。需要强调的是,恶意诉权要求特别值得谴责的、恶毒的、不道德的行为。在罗马法时代,这一诉权在许多类似于今天的案件中,特别是在德国民法典第826条和希腊民法典第919条规范的诸如恶意诉讼、诱使违约或其他类似的案件中发挥过重要作用。^③而恶意告发这一侵权行为与非法拘禁密切相关。恶意告发作为一种侵权行为,更关注于个人之好名声的保护而非保障其行动自由。除此之外,恶意告发这种侵权行为最核心的方面是告发者的主观动因或者其所希望实施的行为是“间接地”让他人对受害人实施侵害(即通过国家机关,最常见的是警察部门)。

古罗马时期已经出现了对恶意诉讼的规制,如优士丁尼《法学阶梯》第4.6.24规定:“但为三倍的罚金起诉,发生于某人在诉状中提出了多于公正估价的金额,以至于由于这一情况,报信人,换言之,诉讼的执达吏征收

① 参见郭卫华:《滥用诉权之侵权责任》,载《法学研究》1998年第6期。

② 参见[德]克雷斯蒂安·冯·巴尔:《欧洲比较侵权行为法》(上卷),张新宝译,法律出版社2001年版,第340页。

③ 参见[德]克雷斯蒂安·冯·巴尔:《欧洲比较侵权行为法》(上卷),张新宝译,法律出版社2001年版,第50页。

了更多的费用的情况。事实上,在这种情况下,被告就他因执达吏的活动所受的损害,从原告获得三倍的赔偿,在这样的三倍中,也包括所受损害的单纯价值。”第4.16pr.规定:“现在朕须指出,尽职于法者很注意使人们不易于提起争讼,这也是朕的愿望。因此,有时通过金钱制裁;有时通过对誓言的敬畏;有时通过对不名誉的畏惧,人们尤其可通过压制原告或被告的草率来达到这一结果。”^①

法国继承发展了罗马法的制度,针对司法实践中大量困扰诉讼的滥用实体权利(特别是滥用财产权)的行为,首先在其法律中规定了“权利滥用”(Abuse of droit)的概念。法国新民事诉讼法典第31条规定:“对某项诉讼请求之胜诉或败诉有合法利益的人均享有诉权,但法律仅赋予其认定有资格提出或攻击某种诉讼主张或者有资格保护某种特定利益的人以诉讼权利之情形,不在此限。”第32条规定:“由已经丧失进行诉讼之权利的人提出或者针对其提出的任何诉讼请求,均不予受理。”第32—1条规定:“(1978年1月20日第78-62号法令)以拖延诉讼方式,或者以滥诉方式进行诉讼者,得科处100法郎至10000法郎的民事罚款,且不影响可能对其要求的损害赔偿。”^②民事诉讼事务中也有判例,原告滥用诉权的行为给对方造成损失的,受害人应当对原告滥用诉权的行为及其造成的损失加以证明,证明成立的,法院将处以罚款。^③

德国1933年兴起的观念改革运动导致了诉讼理念上的变革,其中最为突出的表现就是民法中诚实信用原则适用范围扩大。伴随着司法实践对德国民法典第242条(债务人义务依照诚实信用所要求的方式并考虑交易习惯,履行给付)确立的诚实信用原则在诉讼中的解释和适用,同时基于对诉讼当事人“诉的利益”的重视,当事人双方的诉讼权利得到了对等的重视。在这种情况下,诉讼当事人一方滥用诉讼权利的行为将得以规制。20世纪30年代后期,修改后的德国民事诉讼法典明确规定了“真实义务”,即当事人应当完全真实地陈述案件事实。由于“真实义务”成为对诉讼行为合法性和有效性进行判断的标准,这就意味着德国对滥用诉讼权利的认识具有了程序法上的独立意义:直接适用诉讼法本身的条款,而不在民法

① [古罗马]优士丁尼:《法学阶梯》,徐国栋译,中国政法大学出版社1999年版,第469页、第525页。

② 罗结珍译:《法国新民事诉讼法典》,中国法制出版社1999年版,第9页。

③ 张卫平、陈刚:《法国民事诉讼法导论》,中国政法大学出版社1997年版,第60页。

中追根溯源。^① 德意志联邦共和国民事诉讼法第 138 条（对于事实的说明义务）第 1 款规定：“当事人应就事实状况为完全而真实的陈述。”^②

日本民事诉讼法也是从诚实信用原则入手来规制滥用诉讼权利的各种行为。学者认为，滥用诉讼权利就是违背对当事人的信义，专门以损害对方当事人为目的而行使诉讼权利的行为。^③ 日本新民事诉讼法典第 2 条（法院与当事人的职责和义务）规定：“法院应为民事诉讼公正并迅速进行而努力；当事人进行民事诉讼，应以诚实信用原则为之。”第 384 条之二（制裁滥用控诉）第 1 款规定：“根据前条第 1 款规定驳回上诉的情况下，认为上诉人提出上诉，仅以以拖延事实的终结为目的时，上诉法院可以命其缴纳作为提起上诉手续费而缴纳金额的 10 倍以下的罚款。”^④

英美侵权法上，法律诉讼的滥用可以采取如下形式：恶意刑事起诉、恶意地提起民事诉讼和诉讼滥用。其中，要构成恶意刑事起诉，原告必须证明被告：对原告提起刑事诉讼、恶意地、没有合理或可能的理由、未成功地、导致对原告的损害。如果是恶意地提起民事诉讼，而且这种民事诉讼缺乏合理的和可能的理由，那么对于下述情况，受害人可以以“恶意地提起民事诉讼”提起侵权行为诉讼：破产诉讼、指控一家公司为资不抵债的诉讼。诉讼滥用是上述滥用诉讼程序侵权行为形式之外的规定，如果一个人使用法律诉讼，不是为了到达诉讼本身的目的，二是实施了一种侵权行为，因而导致了损害。^⑤

美国法对于滥用诉讼权利行为在程序法和实体法上都进行了规制。程序法上，美国联邦民事诉讼规则第 11 条第 1 款规定：“所有诉答文书、书面申请及其他文件，应当由至少一名登记律师以其个人的名字签名；当事人未委托律师代理的应当由当事人本人签名。”第 11 条第 2 款（向法院陈述）规定：“当事人向法院提交诉答文书、书面申请或者其他文件是在经过合理的调查并尽可能以本人的知识，信息及信念的情况下做出的，并且确认如下事项：（1）提出文件的目的是为了骚扰他人，不必要的拖延诉讼或者增加

① 张晓薇：《滥用诉讼权利之比较研究》，载《比较法研究》2004 年第 4 期。

② 谢怀斌译：《德意志联邦共和国民事诉讼法》，中国法制出版社 2001 年版，第 36 页。

③ [日] 兼子一、竹下守夫：《民事诉讼法》（新版），白绿铨译，法律出版社 1995 年版，第 81 页。

④ 白绿铨编译：《日本新民事诉讼法》，中国法制出版社 2000 年版，第 32 页、第 349 ~ 350 页。

⑤ 参见徐爱国：《英美侵权行为法》，法律出版社 1999 年版，第 240 页以下。

无所谓的诉讼费用；(2) 在文件里所含有的请求，抗辩及其他法律主张，应当依据现行的法律或依据对现行法的扩展、修改或变更或对新法的创制有意义的争论做出。(3) 主张或其他事实论点应当有证据支持，或者特别指出如给予其进一步调查或发现的合理机会可能获得证据支持。(4) 对事实论点的否认是基于证据，或特别指出其对事实论点的否认，是以不知情或缺乏信任为由的合理基础。”第 11 条第 3 款规定了制裁的内容。从程序启动上看，制裁可以由对方当事人申请提出，法院也可以主动依职权来开始此程序；从法律后果上看，制裁应当限制在能够充分的制止同样行为或类似行为重复发生，具体包括非金钱性的命令、向法院支付罚款的命令或者在对方申请的情况下，法院作出把遭到该违法行为的直接后果而要求的合理的律师费和其他费用的一部分或全部直接向申请人支付的命令；责任的主体包括应负责的代理人、律师事务所或当事人，除有例外情况，律师事务所应对其中合伙人、非合伙人和雇员违反规定行为承担连带责任。^①此外，律师职业行为规则也禁止辩护人提出琐屑无聊诉讼，违反行为准则将会导致处罚、停业甚至剥夺律师资格。实体法上，美国侵权法重述（第二版）将滥用诉讼权利作为一种具体的诉因，即滥用诉讼权利是一种具体的侵权行为类型。其中，第七编规定了“无正当理由的诉讼”：第 29 章规定了刑事程序的不当检控（恶意检控），主要规定有一般原则、程序的终止、合理根据、目的、赔偿、举证责任及法庭与陪审团的职能；第 30 章规定了民事程序的不当使用；第 31 章规定了程序的滥用。^②

我国澳门地区民事诉讼法典第 385 条也规定了“恶意诉讼”：(1) 当事人出于恶意进行诉讼者，须判处罚款。(2) 因故意或严重过失而做出下列行为者，为恶意诉讼人：①提出无依据之主张或反对，而其不应不知该主张或反对并无根据；②歪曲对案件裁判属重要之事实之真相，或隐瞒对案件裁判属重要之事实；③严重不履行合作义务；④以明显可受非议之方式采用诉讼程序或诉讼手段，以达致违反目的，或妨碍发现事实真相、阻碍法院工作，或无充分理由而拖延裁判之确定。(3) 不论案件利益值及因所作之裁判而丧失之利益值为何，对恶意进行诉讼所作之判处，均得提起上诉，但仅

① 白绿铨、卞建林译：《美国联邦民事诉讼规则证据规则》，中国法制出版社 2000 年版，第 26～28 页。

② [美] 肯尼斯·S·亚伯拉罕、阿尔伯特·C·泰特选编：《侵权法重述——纲要》，许传玺、石宏等译，法律出版社 2006 年版，第 408～409 页。

得上诉至上一级法院。第 386 条、第 387 条及第 388 条规定了损害赔偿以及责任主体。^①

二、恶意诉讼的构成要件

(一) 主观方面：恶意

1. 恶意的比较法观察

恶意是与善意相对的概念，起源于罗马法，但在罗马法中没有明确的定义，只是通过恶意占有、恶意抗辩、恶意欺诈等具体行为得到体现。德国民法典涉及恶意的条文很多，但是侵权法中并无关于恶意的规定。涉及恶意的条文主要在法律行为部分和合同法中。^② 对于德国民法典第 123 条（1）中所规定的“恶意欺诈”，学者认为：“恶意”，是指实施欺诈是为了影响被欺诈人的意志；或者欺诈人至少具有被欺诈人因此可能受到影响的意识。如果一方意识到，“对方在没有欺诈的情况下，可能不会发出意思表示，或不会以约定的内容发出表示”，但尽管如此他依然实施或维护欺诈，根据联邦最高法院的观点，欺诈人的行为具有“条件故意”。具有条件故意即可认定是“恶意”。^③ 恶意（Arglist）是指欺诈行为旨在促使被欺诈人发出意思表示。如果行为人知道对方已经下定了实施有关行为的决心，而依然对其他相关好处进行吹嘘夸耀，则不存在恶意。另一方面，恶意的成立不需要行为人具有损害的蓄意（Schädigungsabsicht），也不需要具有损害的故意（Schädigungsvorsatz）。^④

英美法理论认为，恶意有两层含义：（1）明知自己的行为违法，或会对他人的利益造成损害，但是由于对法律或他人合法权利的漠视，仍实施该行为的心理状态；（2）以损害他人的利益为目的，无合法或正当理由故意

① 赵秉志总编：《澳门民事诉讼法典》，中国人民大学出版社 1999 年版，第 129～130 页。

② 《德国民法典》涉及恶意的规定有：第 123（1）、318（2）、438（3）、442（1）、444、445、523（1）、524（1）（2）、536、536（d）、600、634、639、1314、1760（2）c（恶意欺骗）和（4）（恶意欺骗）、2189、2339（3）（恶意欺诈属实）、2384 条等。

③ 参见〔德〕卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》（下），王晓晔等译，法律出版社 2003 年版，第 543～544 页，注 109。

④ 参见〔德〕迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社 2001 年版，第 594～595 页。