

滥用诉讼程序行为侵权责任化研究

苏志强*

内容提要：滥用诉讼程序行为侵权责任化在救济滥用诉讼程序行为造成损害的同时，也是滥用诉讼程序行为的重要治理机制。在我国现行法律框架下，可以采用“一般侵权责任条款+立法解释+司法解释”的模式构建滥用诉讼程序侵权责任制度。滥用诉讼程序侵权责任应当以损害、过错和因果关系为构成要件。滥用诉讼程序行为与损害结果因果关系上较为容易认定，在过错上应当放宽至重大过失，在赔偿范围上应当包括直接经济损失、律师费用在内的纯粹经济损失和精神损害赔偿。对于承担侵权责任的滥用诉讼程序具体行为类型通过司法解释予以细化，明确当事人和律师在滥用诉讼程序侵权责任中的责任承担，在诉讼方式上探索预备之诉和预备反诉制度。

关键词：滥用诉讼程序 侵权责任 构成要件 律师费用

在滥用诉讼程序治理中，对于受到滥用诉讼程序行为侵害利益的救济缺位或者滞后于滥用诉讼程序行为的打击是各个国家和地区的普遍经历。同其他国家和地区滥用诉讼程序治理的经历相似，我国目前仍主要关注于司法制度维护和滥用诉讼程序行为的打击，对于被侵害利益的救济则缺乏应有的关注。从权益侵害的角度来讲，滥用诉讼程序行为造成权益损害的，本质上属于侵权行为，应当通过侵权损害赔偿修复受损的利益。比较考察各个国家和地区滥用诉讼程序的治理发现，一方面，为了填补滥用诉讼程序造成的损害，普遍都将滥用诉讼程序行为作为一种侵权行为，给予受损害利益提供救济途径；另一方面，侵权责任化对于滥用诉讼程序行为又起到一定的抑制作用，被作为滥用诉讼程序治理的一种间接手段。在2020年通过的《民法典》并未将滥用诉讼程序行为承担侵权责任予以明确规定的背景下，有必要通过对滥用诉讼程序行为侵权责任化的比较考察，探讨我国滥用诉讼程序治理过程中滥用诉讼程序行为侵权责任化的必要性，并在现有的法律框架下，对我国滥用诉讼程序行为侵权责任化的制度化路径，以及构成要件、赔偿范

* 苏志强，山西大学法学院副教授。

本文为2020年度山西省哲学社会科学规划课题“滥用诉讼程序行为侵权责任化研究”（2020YJ006）的阶段性生活成果。

围、诉讼方式等相关问题进行深入研究。在实现滥用诉讼程序行为受损权益救济的同时,发挥滥用诉讼程序行为侵权责任化对于该行为的打击和威慑作用。

一、问题的提出:我国滥用诉讼程序治理中 侵权责任化从认知到规范的缺位

滥用诉讼程序行为以侵害国家、社会公共利益和其他主体合法权益为目的,其本质上是一种侵权行为。我国虽然已经在民事程序法层面和刑法层面建立了规制机制,但是在侵权责任这一民事实体法层面仍不完善。对于受到滥用诉讼程序行为侵害的受害方救济途径问题,目前为止,我国仅规定了民事诉讼错误财产保全、滥用知识产权诉讼程序以及专利权利人和商标权利人对于恶意申请诉前保全行为的损害赔偿救济,尚未建立滥用诉讼程序行为的一般侵权责任规制体系。

早在《侵权责任法》制定过程中,将滥用诉讼程序行为作为一种侵权行为并在《侵权责任法》中明确规定基本已经在学界达成共识。三大专家建议稿中都建议将滥用诉讼程序侵权责任予以明确化。^{〔1〕}遗憾的是,最终通过的《侵权责任法》在规定一般侵权责任原则条款的情况下,并没有将滥用诉讼程序行为承担侵权责任明确化。2020年5月通过的《民法典》中,仍然没有见到关于滥用诉讼程序行为侵权责任化的明确规定。

在《民法通则》和《侵权责任法》没有明确将滥用诉讼程序行为侵权责任化的情况下,部分学者提出可以通过对侵权责任一般条款进行相应法律解释的方法,来构建滥用诉讼程序侵权责任体系。^{〔2〕}但在司法实践中,由于缺乏明确的法律规定,滥用诉讼程序行为受害方的救济困难重重。在此背景下,《最高人民法院关于防范和制裁虚假诉讼的指导意见》(法发〔2016〕13号)和《最高人民法院关于进一步推进案件繁简分流优化司法资源配置的若干意见》(法发〔2016〕21号)以司法解释的形式,明确了虚假诉讼侵害人的损害赔偿赔偿责任。即便如此,对于滥用诉讼程序行为侵权损害赔偿的司法实践仍不统一,并表现为以下特征:其一,由于《侵权责任法》中并没有将以虚假诉讼为代表的滥用诉讼程序行为明确规定为侵权责任,法院立案又缺乏相关的民事诉讼案由与之相对应,很多滥用诉讼程序行为损害赔偿是无法进入审判程序的。^{〔3〕}其二,即使是成功立案进入司法程序,诉讼请求的支持也是以原诉讼被认定为《民事诉讼法》第115条规定的恶意串通型虚假诉讼为前提,在该条规定范围较窄的情况下,对于中途撤诉、单方实施等未被该条涵盖的滥用诉讼程序行为的损害赔偿是不予支持的。^{〔4〕}其三,在损害赔偿范围上,对于

〔1〕 参见梁慧星主编:《中国民法典草案建议稿附理由·侵权行为编》,法律出版社2013年版,第89页;王利明主编:《中国民法典学者建议稿及立法理由·侵权行为编》,法律出版社2005年版,第75页;杨立新主编:《中华人民共和国侵权责任法草案建议稿及说明》,法律出版社2007年版,第82页。

〔2〕 参见张红:《滥用诉讼之侵权责任》,载《武汉大学学报(哲学社会科学版)》2016年第4期。

〔3〕 参见刘迎霜:《恶意诉讼规制研究——以侵权责任法为中心》,载《华东师范大学学报(哲学社会科学版)》2020年第1期。

〔4〕 参见重庆市永川区人民法院(2019)渝0118民初12296号民事判决书;福建省厦门市海沧区人民法院(2019)闽0205民初3152号民事判决书。

直接经济损失、劳务费、差旅费和鉴定费等纯粹经济损失，基本上都予以支持，而对于律师费用和精神损害赔偿，由于法律没有明确的标准，裁判尺度并不统一，有的则是以“于法无据”为予以驳回。^{〔5〕}

作为代表民法学界主流观点的民法典草案三大专家建议稿，其对滥用诉讼程序行为侵权责任的立法建议也反映了我国民法学界对于滥用诉讼程序侵权责任化问题的认知程度。综观三大专家建议稿，基本共识表现在：一是在立法经验上，主要参照美国《侵权法重述第二版》和法国等国家和地区民事程序法中对于滥用诉讼程序行为侵权责任化的立法经验；二是在立法体例上，基本上都认可滥用诉讼程序行为属于一般侵权责任类型，是一般侵权责任中的自己侵权行为，而且都倾向于在侵权责任法中进行明确规定；三是在赔偿范围上，基本都认可赔偿范围应当限定在直接侵害权益、包括律师费用在内的纯粹经济损失以及精神损害赔偿。但是，在具体承担侵权责任的行为类型和承担侵权责任过错程度的认识上，仍有较大分歧。

可见，我国目前滥用诉讼程序行为侵权责任化认知层面有待深化，规范层面有待构建。有必要通过比较考察，探讨《民法典》时代我国滥用诉讼程序行为侵权责任化的构建路径、构成要件、赔偿主体、赔偿范围及诉讼模式等相关问题。

二、滥用诉讼程序行为侵权责任化比较考察

滥用诉讼程序承担侵权责任可追溯至古罗马时期，并由古罗马传承至今，后因各个国家和地区民事实体法和程序法发展轨迹的不同，以及对于滥用诉讼程序侵权责任化在滥用诉讼程序治理和损害救济中作用的不同，形成了拉丁法族国家、日耳曼法族国家和英美法系国家三种各具特色的模式。

（一）古罗马法中滥用诉讼程序行为的侵权责任

作为罗马成文法的源头，《十二表法》首开滥用诉讼程序行为损害赔偿的先河。《十二表法》关于滥用诉讼程序行为损害赔偿的规定主要具有如下特点：一是主要规制提起没有根据的诉讼行为。第十二表第3条主要针对的是“提起没有依据的物权请求”，即没有根据的诉讼请求。二是规制手段上体现了对于滥用诉讼程序行为所侵害的双重法益的照顾。《十二表法》在第二表第1a条先是规定了誓金制度，即通过丧失誓金打击提起没有根据的诉讼行为，后又在第十二表第3条中增加了双倍赔偿损害和外加返还孳息的规定。^{〔6〕}三是提出了包括惩罚性赔偿在内的三层次损害赔偿制度，即“使滥行提诉者丧失誓金”“令其双倍赔偿被侵害者的损害”“令其返还占有标的物产生的孳息”。四是开创了对于滥用诉讼程序案件一案两审的先例，即在一个案件中先审理当事人之间的争议，然后再审理案件中可能存在的滥用诉讼程序行为。

〔5〕 参见湖南省湘乡市人民法院（2020）湘0381民初386号民事判决书；福建省平潭县人民法院（2019）闽0128民初5013号民事判决书；江苏省南京市秦淮区人民法院（2019）苏0104民初6649号民事判决书。

〔6〕 参见徐国栋：《罗马民事诉讼法对滥诉和滥用程序的预防和制裁——兼论拉丁法族主要国家（地区）的这些方面》，载《中外法学》2016年第4期。

公元533年,古罗马后古典时期的优士丁尼《法学阶梯》中也规定了对于滥用诉讼程序行为的赔偿责任,主要体现在第I.4.6.24和第I.4.16的规定中,^[7]其特点是:一是主要针对草率诉讼(第I.4.16)和夸大诉讼请求的诉讼(第I.4.6.24)。二是对于滥用诉讼程序行为造成损害的,除填补损害外,也规定了惩罚性赔偿。第I.4.6.24规定了3倍罚金起诉制度,在原告夸大诉讼请求的情况下,因执达吏的活动造成损害的,被告将会从原告处获得三倍赔偿,包括一倍的损失填补和两倍的罚金。三是为了抑制草率诉讼,第I.4.16中设置了包括金钱、誓言和名誉等多种抑制措施。

(二) 拉丁法族国家滥用诉讼程序行为侵权责任化

作为实体法和程序法尚未彻底分离的产物,法国对于滥用民事诉讼程序的治理主要是围绕两条路径展开:一条是围绕《法国民法典》第1382条规定的侵权责任,通过法院判例不断积累逐渐形成的对于滥用诉讼程序损害赔偿的治理路径;另一条是围绕新《民事诉讼法典》第32条及其他程序性规定形成的以民事罚金为主要手段的程序性防治路径。

法国民法界普遍认为,权利人滥用包括物权、债权、诉权等权利的行为对他人造成损害的,均有可能承担特殊的侵权责任。^[8]在司法实践中,关于权利滥用的判决所援引的通常是《法国民法典》第1382条。^[9]法国对于滥用诉讼程序认定中主观要件的标准体现在判例中,相关判例对于滥用诉讼程序认定的主观标准经历了故意标准到一般过错标准的转变。最初,法院判决支持故意标准,即只有行为主体恶意或者欺诈时才可能构成滥用诉讼程序,后来,法院的态度发生了转变,只要是可以受到谴责的一般轻率行为这样的一般过错,即可以构成滥用诉讼程序。^[10]对于滥用诉权应当承担的责任,法国民事诉讼法中区分了两类责任,即民事罚金和损害赔偿责任,前者在制定法中有着明确的规定,后者在包括《法国民法典》和新《民事诉讼法典》在内的制定法中只有概括性的规定。民事罚金由当事人向国家缴纳,而损害赔偿则须支付给受损害方当事人,且民事罚金处罚与损害赔偿是两种相互独立的责任承担,不能互相替代。

意大利关于滥用诉讼程序承担损害赔偿并不是规定于实体法,而是规定于《民事诉讼法典》中,在1942年颁布的《民事诉讼法典》中形成了以第88条忠实和诚实义务为核心、以第92条对单项诉讼活动费用的判决和费用的抵消以及第96条加重责任为展开的滥用诉讼程序损害赔偿规制机制。^[11]意大利民事诉讼法中规定的滥用诉讼程序行为损害赔偿有以下特点:一是在滥用诉讼程序行为责任范围扩大化的趋势下,将违反民事诉讼忠实和诚实义务的行为都纳入损害赔偿的范围,使得滥用诉讼程序侵权责任化具有开放性。二是对于不同类型的滥用诉讼程序行

[7] 参见徐国栋:《优士丁尼〈法学阶梯〉评注》,北京大学出版社2011年版,第542-543页;〔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、525页。

[8] 参见张明安:《法国民法》,清华大学出版社2015年版,第399-400页。

[9] 《法国民法典》第1382条规定,人的任何行为给他人造成损害时,因其过错致该行为发生之人应赔偿损害。参见《法国民法典》(下册),罗结珍译,法律出版社2005年版,第1073页。

[10] 参见〔法〕让·文森、塞尔日·金沙尔:《法国民事诉讼法要义》(上),罗结珍译,中国法制出版社2001年版,第124页。

[11] 参见《意大利民事诉讼法典》,白纶、李一炯译,中国政法大学出版社2017年版,第33-36页。

为规定了不同的主观过错标准，整体上在滥用诉讼程序行为侵权责任承担的过错程度上要求较低。三是在民事诉讼实行律师强制代理的情况下，律师对于民事诉讼程序策略上具有绝对主导地位，但是民事诉讼法中规定的损害赔偿 responsibility 却是直接指向当事人，对于大多数情况下作为实际行为者的律师的损害赔偿 responsibility，却没有明确规定。^{〔12〕}

（三）日耳曼法族国家滥用诉讼程序行为侵权责任化

德国根据滥用诉讼程序行为的主体形成了不同的损害赔偿机制。在滥用诉讼程序的主体上，德国既规制当事人及其诉讼代理人的滥用诉讼程序行为，也十分重视包括法官在内的司法机关的滥用诉讼程序行为。德国民事实体法为受到滥用诉讼程序损害的当事人提供了两种侵权救济：《德国民法典》第 826 条适用于当事人之间、律师对当事人的侵权赔偿；第 839 条规定的法官和专家鉴定人违反公务上义务时对当事人的侵权赔偿。《德国民法典》第 826 条是关于侵权损害赔偿 responsibility 的一般性条款或者兜底性条款，任何以违背善良风俗的方式故意造成的损害都要负赔偿 responsibility。^{〔13〕}而《德国民法典》第 839 条第 2 款和第 839 条之一又明确规定了法官（包括陪审员）和鉴定人因违反公职义务或作出不正确鉴定所产生的损害赔偿 responsibility。在民事实体法中，《德国民法典》第 226 条规定的禁止欺诈条款、第 242 条规定的诚实信用义务条款、第 826 条规定的故意违背善良风俗的侵权损害赔偿条款以及第 839 条规定的违反公务上义务的侵权损害赔偿，都能够作为诉讼程序中发生的滥用诉讼程序行为的损害赔偿的请求权基础。^{〔14〕}

滥用诉讼程序行为在日本法语境下被称为不当诉讼或不法诉讼，其类型主要包括滥行提起诉讼、滥为抗辩、滥用保全处分和滥用强制执行程序。^{〔15〕}在不当诉讼侵权责任方面，日本的民事实体法和程序法同德国相似，都没有关于不当诉讼侵权的明确规定，不当诉讼侵权责任制度是在民法侵权责任一般条款项下通过判例制度建立起来的。《日本民法典》第 709 条作为侵权责任一般条款，被认为是不当诉讼侵权责任的请求权基础。^{〔16〕}日本不当诉讼行为侵权责任制度的建立则源于大审法院早在 1943 年 11 月 2 日判决中明确的滥行提起诉讼构成侵权行为。^{〔17〕}对于不当诉讼承担侵权责任的构成要件，学者总结为：存在被侵害的利益；侵害权利的事实具有违法性；存在故意或者过失；侵害权利的事实与损害的金额有因果关系；损害发生事实的数额。^{〔18〕}日本司法实务就滥用诉讼程序侵权责任问题的探讨主要集中在两个层面，即作为侵权责任核心构成要件的违法性以及赔偿范围。

〔12〕 See Angelo Dondi, Abuse of Procedural Rights: Regional Report for Italy and France, in Michele Taruffo ed., *Abuse of Procedural Rights: Comparative Standard of Procedural Fairness*, Kluwer Law International, 1998, pp. 115–121.

〔13〕 参见台湾大学法律学院、台大法学基金会编译：《德国民法典》，北京大学出版社 2017 年版，第 734 页。

〔14〕 See Dr. Burkhard Hess, Abuse of Procedure in German and Austria, in Michele Taruffo ed., *Abuse of Procedural Rights: Comparative Standard of Procedural Fairness*, Kluwer Law International, 1998, p. 154.

〔15〕 加藤新太郎『弁護士役割論』（弘文堂、1992 年）168 頁参照。

〔16〕 《日本民法典》第 709 条规定，因故意或过失侵害他人的权利或者受法律保护的利益的人，对由此产生的损害负赔偿 responsibility。

〔17〕 参见陈炫宇：《滥用诉讼制度与律师费用负担——简评台湾高等法院台中分院 102 年度上字第 162 号判决》，载《军法专刊》2016 年第 1 期。

〔18〕 参见前引〔15〕，加藤新太郎书，第 172 页。

（四）英美法系国家滥用诉讼程序行为侵权责任化

滥用诉讼程序行为在英国属于“有名的侵权行为”，^{〔19〕}是通过判例制度逐渐建立起来的。1838年著名的 Granger V. Hill 一案作为第一个因滥用诉讼程序而获得救济的案例，确立了英国滥用诉讼程序侵权责任。^{〔20〕}对于滥用诉讼程序行为的类型，英国也是通过司法实践中判例的不断积累和归纳逐渐成型的。英国滥用诉讼程序行为区分为滥用刑事程序和滥用民事程序，滥用刑事程序主要是针对滥行提起刑事控告的恶意控告（malicious prosecution），而滥用民事程序又区分为两种，即针对滥行提起诉讼的恶意诉讼行为（malicious use of process）和针对提起诉讼以后的滥用诉讼程序的行为（abuse of process）。^{〔21〕}

在侵权责任的构成要件上，不同滥用诉讼程序行为并不是同一个标准。恶意控告和恶意诉讼的构成要件大致相同，具体包括：客观方面表现为一方当事人提起了有利于自身的无理由诉讼；主观方面表现为提起诉讼的一方当事人是恶意的。^{〔22〕}滥用诉讼程序行为侵权责任的构成要件包括：一方滥用正当程序的行为在诉讼过程中被法院认定；滥用程序方的主观动机；被侵害方因此造成的损害。^{〔23〕}在滥用诉讼程序侵权损害的主观动机方面，英国表现出不断放松的趋势，经历了早期需要证明滥用程序行为实施人具有不可告人的动机，到动机证明的推定，再到不需要证明动机三个阶段。^{〔24〕}而损害方面主要是针对当事人被逮捕或扣押，以及财产被实际扣押所造成的损害。

建立英国滥用民事诉讼程序侵权责任的 Granger V. Hill 一案，在美国同样被广泛遵照。根据美国法律研究院《侵权法重述第二版》和学者对于司法实践案例的归纳，刑事程序的不当检控（恶意检控）、民事程序的不当使用和民事程序的滥用属于三种典型的侵权责任类型。^{〔25〕}《侵权法重述第二版》中详尽规定了民事程序的不当使用承担侵权责任的一般原则，以及行为类型、损害赔偿和原告应当承担的证明责任，而对于滥用民事程序，只是规定了承担侵权责任的一般原则，且该原则十分宽泛，即只要以背离法律程序设置的目的是使用该程序，无论是民事程序还是刑事程序，都将对滥用该程序的行为承担责任。^{〔26〕}

（五）滥用诉讼程序行为侵权责任化比较评析

对于滥用诉讼程序的危害，从古罗马至今，各个国家和地区基本上认可滥用诉讼程序侵害了双重法益，即国家的司法权威和被侵害者的合法权益。从民事实体法的角度，滥用诉讼程序侵害

〔19〕 参见〔德〕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338页。

〔20〕 See Granger v. Hill, 4 Bing. (N.C.) 212, 132 Eng. Rep. 769 (1838); The Nature and Limitations of the Remedy Available to the Victim of a Misuse of the Legal Process; The Tort of Abuse of Process, 2 Valparaiso University Law Review 129, 132 (1967).

〔21〕 See Neil Andrews, Abuse of Process in English Civil Litigation, in Michele Taruffo ed., *Abuse of Procedural Rights: Comparative Standard of Procedural Fairness*, Kluwer Law International, 1998, pp. 75-76.

〔22〕 参见前引〔21〕，Neil Andrews文，第75-76页。

〔23〕 参见前引〔20〕，第132-133页。

〔24〕 参见前引〔20〕，第135-137页。

〔25〕 See Charles G. Jr. Bretz, Abuse of Process-A Misunderstood Concept, 20 Clev. St. L. Rev. 401, 403 (1971).

〔26〕 参见《侵权法重述第二版·条文部分》，许传玺等译，法律出版社2012年版，第308-313页。

其他主体合法权益造成损害的，本质上是一种侵权行为，应当承担侵权损害赔偿赔偿责任。在滥用诉讼程序的规制上，鉴于规制的复杂性和艰巨性，构建了民事程序法规制、民事实体法规制和刑事法规制等多元化的规制手段，但是都认可经济制裁手段对于滥用诉讼程序行为规制的有效性，并围绕经济制裁，形成了程序性责任制裁和实体性责任制裁两条主线的规制路径，实体性责任制裁就外化为滥用诉讼程序侵权责任。

现如今，各个国家和地区对于滥用诉讼程序侵权责任化问题的关注，在承担责任的主体方面，已由关注当事人这一单一主体转变为当事人、律师以及包括法官在内的司法工作人员等不同主体责任的明确区分；在承担责任的主观过错方面，经历了由故意到重大过失再到一般过失的转变，整体趋势就是过错要件要求的不断放松。到目前为止，对于滥用诉讼程序承担侵权责任的争议，主要集中在损害赔偿范围上，即精神损害赔偿、律师费用和惩罚性赔偿的适用。对于精神损害赔偿问题，基本上持肯定态度，在自身的精神损害赔偿制度下支持滥用诉讼程序精神损害赔偿请求。由于各个国家民事诉讼中律师代理程度的不同，对于律师费用的赔偿问题一直存在争议，但是，随着律师代理的普及，逐渐都将律师费用作为必要诉讼费用，对于律师费用的请求予以支持，只是在赔偿数额上，各个国家和地区给出了不同的计算方案。鉴于侵权责任的功能和已经规定了其他行政处罚手段，各个国家和地区对于惩罚性赔偿以否定态度为主。

从制度运行来讲，作为滥用诉讼程序防治机制的滥用诉讼程序侵权责任化属于间接防治手段，作为被侵害主体救济手段的滥用诉讼程序侵权责任化属于事后救济手段，容易引发新的诉讼并产生诉讼成本和诉讼风险，因此，从各个国家和地区的司法实践来看，无论是作为滥用诉讼程序治理机制，还是作为被侵害主体的救济手段，滥用诉讼程序侵权损害赔偿的角色都是补充性的，司法适用率并不高，但滥用诉讼程序侵权责任化在侵害主体的救济上却是不可或缺的。随着滥用诉讼程序行为在民事诉讼中的增加，各个国家和地区重新认识到，滥用诉讼程序侵权责任化对于滥用诉讼程序行为治理和滥用诉讼程序损害救济中的重要作用，通过民事实体法和程序法的发展不断提高滥用诉讼程序侵权损害赔偿的适用率。实体方面表现为滥用诉讼程序侵权损害赔偿成立构成要件的不断放松，既包括吸收违法性在内的主观过错程度的不断放松，也包括因果关系上赔偿范围的不断扩大。程序方面表现为力求简化诉讼程序并提高效率，争取在一个诉讼中解决本诉产生的滥用诉讼程序侵权责任赔偿问题。因此，滥用诉讼程序行为侵权责任化从古罗马至今，在各个国家和地区的侵权责任体系中体现出极强的生命力，一直延续并不断充实完善。

三、价值功能视阈下的滥用诉讼程序行为侵权责任化必要性探讨

（一）作为受侵害权益救济手段的滥用诉讼程序行为侵权责任化

滥用诉讼程序行为造成了被害方的损害。从当事人滥用诉讼程序的目的来看，其实施滥用诉讼程序行为就是利用诉讼程序侵害国家利益、社会公共利益和其他主体的合法权益。除了滥行提起诉讼在立案阶段直接被法院不予受理和立案的以外，滥用诉讼程序行为必然将被侵害的当事人牵扯到诉讼中来，引致被害当事人合法权益的损害。其中既有诉讼本身针对的被害人的财产权益

和人身权益,也有被害方当事人因参加诉讼所产生的纯粹经济损失,包括诉讼费、差旅费、误工费、专家辅助人费用、鉴定费以及律师费用等,甚至在诉讼中还可能造成对被害人的精神损害。在我国立案登记制改革推进的背景下,随着立案门槛降低,滥用诉讼程序行为受害方遭受损害的风险也进一步增加。

对于滥用诉讼程序行为导致的被害人损害需要补偿。在滥用诉讼程序行为侵害法益的认识上,各国或地区基本上都认可滥用诉讼程序行为侵害的是双重法益,既侵害了国家的司法制度,又侵害了国家利益、社会公共利益和其他主体的合法权益。但是,从滥用诉讼程序侵害法益的认知历程来看,都是先认识到侵害司法制度,后才逐渐认识到该行为同时也侵害了其他主体的合法权益。而且,在保障手段上也并不平衡,对其规制首先是考虑到滥用诉讼程序对于国家司法制度侵害的修复,规制措施也主要是对于司法制度的保障和滥用诉讼程序行为的打击,对于损害权益的救济则是处于补充性的地位。

2012年以后,我国规制滥用诉讼程序行为的体系不断完善,形成了以《民事诉讼法》为核心的程序法规制体系和以《刑法》为核心的刑事法规制体系。但是,无论是民事程序法规制还是刑事法规制,体现的都是国家层面对于滥用诉讼程序的规制,修复的是受到损害的国家利益。而对于滥用诉讼程序行为直接针对的受害方的损害,目前为止我国还缺乏相应的救济机制。虽然2012年《民事诉讼法》修订时增加了救济案外第三人的第三人撤销之诉制度,但是该制度仅仅是撤销对于案外第三人的不利判决,而当事人因滥用诉讼程序造成的其他损害,则有待于侵权责任法予以回应。

作为在法律体系化分工中专司私权损害赔偿救济的侵权法,其核心功能就是救济,其制度初衷就是填补受到侵权行为损害的权益。滥用诉讼程序造成合法权益受到损害的,从私权损害的角度讲本质上属于侵权行为,该行为造成的其他主体合法权益的损害需要纳入侵权责任法框架下予以救济。

(二) 作为滥用诉讼程序防治机制的滥用诉讼程序行为侵权责任化

从权利保障和权利救济的角度来看,滥用诉讼程序行为侵权责任化承载的基础功能在于填补受损的权益;从滥用诉讼程序治理的角度来看,滥用诉讼程序侵权责任化同时兼具打击和预防滥用诉讼程序行为的功能。如日本司法实务中就倾向于透过民事实体法侵权行为之损害赔偿,达到防止滥诉之民事程序法目标。^{〔27〕}

滥用诉讼程序行为侵权责任化防治滥用诉讼程序行为的机理在于:首先,作为理性的当事人,行为成本的增加会影响其行为预期,进而影响其行为动机以改变其实行行为。滥用诉讼程序行为侵权责任化就是通过经济手段,来增加滥用诉讼程序行为的成本,进而影响理性当事人的行为预期,通过增加成本来降低当事人的滥用诉讼程序行为。其次,在有惩罚性赔偿的滥用诉讼程序行为侵权责任化中,惩罚性赔偿加重了滥用诉讼程序行为实行者的成本负担,在打击滥用诉讼程序行为的同时,也能进一步起到威慑作用。但是,滥用诉讼程序行为承担侵权责任并不是发生

〔27〕 参见前引〔17〕,陈炫宇文。

在滥用诉讼程序行为时，一般都是发生在本诉之后，相较于程序法责任和刑事责任，并不能够及时直面滥用诉讼程序行为，因此，其在整个滥用诉讼程序治理体系中，更多是作为滥用诉讼程序行为的一种间接防治手段。

针对司法实践中频发的滥用诉讼程序行为，通过不断修法，我国已经初步建立了多层次的规制体制。虽然《民事诉讼法》第115条规定了对于恶意串通型滥用诉讼程序行为的规制措施，但是，一方面，第115条强化法官职权与当事人主义诉讼模式转型背景下对于法官中立要求的冲突，以及司法实践中案多人少的现实压力，使得该条在司法实践中适用混乱，另一方面，虽然该条规定了对于恶意串通型诉讼行为给予罚款的处罚措施，但是《民事诉讼法》第118条司法行政处罚的金额上限较低，与滥用诉讼程序行为的获利和造成的损失不相当，违法成本的降低使得该制度很难起到惩罚和威慑作用。在刑法方面，随着虚假诉讼罪入罪门槛的不断升高，在程序法规制和刑法规制之间也出现了打击滥用诉讼程序的真空地带。

王泽鉴教授认为，侵权责任法应当与其他法律配合，发挥更加多元的作用。^{〔28〕}面对程序法适用混乱、惩罚力度有限，而刑事法打击门槛不断提高的现状，将滥用诉讼程序行为侵权责任化，使行为人承担相应的侵权责任，甚至对于恶意侵权行为课以惩罚性赔偿，能够在完善多层次滥用诉讼程序规制体制的同时，发挥侵权责任对于滥用诉讼程序的打击和威慑作用。

四、《民法典》背景下我国滥用诉讼程序行为侵权责任化的模式选择

世界范围内滥用诉讼程序行为侵权责任制度化的模式主要有三种：一是在民事程序法中明确规定滥用诉讼程序行为承担侵权责任，采用该模式的主要是以法国为代表的拉丁法族国家和地区，包括意大利、巴西、葡萄牙和我国澳门地区；二是在民法一般侵权责任条款项下，通过判例制度逐渐建立滥用诉讼程序行为侵权责任制度，采用该模式的主要是以德国为代表的日耳曼法族国家和地区，包括日本和我国台湾地区；三是在侵权责任法中明确将滥用诉讼程序行为作为侵权行为的模式，代表性国家如英美法系中的美国，美国《侵权法重述第二版》中明确规定了滥用诉讼程序行为的侵权责任。

关于在民事程序法中直接规定滥用诉讼程序行为承担侵权责任的模式：首先，在程序法中直接规定实体法内容，是由程序法与实体法合二为一的编纂体例向程序法与实体法分离转变过程中分离不彻底的产物。其次，虽然滥用诉讼程序行为侵权责任化兼具实体法与程序法双重属性，既可以规定在实体法中，也可以规定在程序法中，但是，民事诉讼法学界认为滥用诉讼程序侵权行为作为一种相对特殊的、具体的程序规范，更应当规定在实体法中，而且，如果将具体的滥用诉讼程序行为一一加以规定的话，民事程序法会非常庞杂。^{〔29〕}法国新《民事诉讼法典》中对于滥用诉讼程序行为的具体规定就达13条之多。早在2012年《民事诉讼法》修改前，最高人民法院就曾

〔28〕 参见王泽鉴：《侵权行为》（第三版），北京大学出版社2016年版，第37页。

〔29〕 参见张卫平：《民法典与民事诉讼法的连接与统合》，载《法学研究》2016年第1期。

尝试过这一模式，建议在民事程序法中规定滥用诉讼程序的侵权责任，但是最终通过的《民事诉讼法》并没有采纳这一建议。^{〔30〕}

关于民法一般侵权责任条款加判例的模式，因为我国法律渊源中不承认判例法制度，因此，无法通过判例建立滥用诉讼程序侵权责任制度。虽然我国正在推行案例指导制度，但是案例指导制度只是在现有法律规定的框架下，统一司法实践的一种指导性机制，指导性案例并不具有创设新的法律制度的功能。

关于在侵权行为法中明确规定滥用诉讼程序侵权责任制度，在《侵权责任法》制定之前，代表学界主流观点的专家意见稿已经建议将滥用诉讼程序行为侵权责任明确化，但是从我国司法实践中滥用诉讼程序行为的发生来看，《侵权责任法》制定之前滥用诉讼程序行为仍属于“新鲜事物”，对于这一现象认知的局限使得《侵权责任法》中并没有明确滥用诉讼程序行为的侵权责任。而在《民法典》制定前夕，全国人大法工委印发的民法典各分编草案（征求意见稿）中，规定了行为人以捏造的事实提起虚假诉讼、侵犯他人合法权益的，应当承担侵权责任，但是由于对于滥用诉讼程序侵权责任化讨论的不充分和各方意见的不统一，2020年5月通过的《民法典》中同样没有滥用诉讼程序行为侵权责任明确化的身影。^{〔31〕}而对于滥用诉讼程序行为属于一般侵权行为，应当承担侵权责任，已经达成共识。

从《民法通则》到《侵权责任法》再到《民法典》，我国侵权责任的体系不断完善和稳定，基本形成了“一般侵权条款+具体类型”的体例安排。在我国现行的法律框架下，在《民法典》中已经规定侵权责任一般条款的情况下，可以采用“《民法典》一般侵权责任条款+立法解释+司法解释”的模式建立滥用诉讼侵权责任制度，实现滥用诉讼程序行为的侵权责任化。具体到操作层面：首先，滥用诉讼程序造成损害的属于一般侵权行为，《民法典》侵权责任编中第1165条一般侵权责任条款可作为滥用诉讼程序承担损害赔偿责任的请求权基础；其次，在《民法典》侵权责任编一般侵权责任条款下，通过立法解释的形式，明确滥用诉讼程序行为属于一般侵权行为；最后，通过司法解释的形式，对滥用诉讼程序承担侵权责任行为的具体类型、构成要件、赔偿范围以及启动程序的方式予以细化。通过以上不同层面的操作可以构建完备的滥用诉讼程序行为侵权责任制度。

五、我国滥用诉讼程序行为承担侵权责任的构成要件

一般的侵权责任构成要件是指一般条款之下的侵权责任构成要件。对此目前学界主要有三要件说（损害、过错和因果关系）和四要件说（损害、过错、违法性和因果关系）。对于违法性要件而言，一方面，随着侵权责任发展中大量的侵权行为（如高度危险行为）本身并没有可非难

〔30〕 参见最高人民法院民事诉讼法修改研究小组编著：《〈中华人民共和国民事诉讼法〉修改条文理解与适用》，人民法院出版社2012年版，第239页。

〔31〕 参见《民法典立法背景与观点全集》编写组：《民法典立法背景与观点全集》，法律出版社2020年版，第753-754页。

性，而是合法的；^{〔32〕} 另一方面，违法性要件的加入实际上增加了一个不确定的构成要件，加大了救济的难度。^{〔33〕} 我国侵权责任法定位为救济法，这一定位下，当采三要件说，将违法性要件吸收于过错当中，更有利于被害人救济。^{〔34〕} 滥用诉讼程序行为侵权责任化属于一般侵权责任项下的自己侵权责任，在《民法典》侵权责任编没有特别予以规定的情况下，适用该编一般侵权条款的规定。根据我国《民法典》侵权责任编第 1165 条第 1 款规定，侵权人承担赔偿责任应当具备三个条件：过错、因果关系和侵害他人民事权益的后果。

（一）滥用诉讼程序行为侵权责任构成要件中的损害

损害是侵权责任构成要件的首要要件。侵权责任法主要是救济法，有损害才有救济，所以应当将损害作为责任构成要件的首要要件。从侵权责任法的角度，滥用诉讼程序行为造成的受害方当事人的损害结果可以归纳为三个方面：一是当事人利用诉讼程序所要直接侵害的财产权益和人身权益；二是在诉讼过程中发生的纯粹经济损失，包括诉讼费用、诉讼过程中发生的差旅费、误工费、专家辅助人费用、鉴定费等以及聘请律师的费用；三是因诉讼造成的精神损害。

对于滥用诉讼程序行为造成的上述损害：诉讼直接针对的财产权益和人身权益因诉讼行为本身被定性为滥用诉讼程序行为当然的应当予以恢复；在纯粹经济损失中，在诉讼费用败诉者分担机制下，诉讼费用因诉讼程序行为主体败诉而得以转嫁；在诉讼过程中发生的差旅费、误工费、专家辅助人费用以及鉴定费等，也应当由滥用诉讼程序行为的主体来承担。滥用诉讼程序行为侵权责任赔偿范围的争议，主要集中在被侵害人的律师代理费用和精神损害赔偿问题上。

（二）滥用诉讼程序行为侵权责任化构成要件中的过错

过错作为过错责任归责体系下的最终构成要件，也是各国侵权法的重要责任构成要件。侵权责任法语境下的过错，主要涵盖故意和过失两种主观状态。根据行为主观过错的程度，可将过错分为恶意、故意、重大过失、一般过失和轻微过失五种。^{〔35〕} 对于滥用诉讼程序行为承担侵权责任要求的主观状态而言，恶意及故意时应当承担各个国家和地区基本没有异议，争议主要集中在重大过失是否承担滥用诉讼程序的侵权责任。

滥用诉讼程序行为侵权责任构成要件本来就是当事人诉权与诉讼程序受害人权益平衡的体现，而过错的标准更是上述两种权利激烈碰撞的焦点。对于重大过失是否承担侵权责任：从侵权责任法的角度而言，侵权法强调补救，过错虽然是责任构成的重要要件，但是重要性不断降低；从滥用诉讼程序侵权责任的比较考察可以发现，各个国家和地区在滥用诉讼侵权过错的程度要求上也体现了不断降低的趋势。因此，我国在滥用诉讼程序行为侵权责任主观过错构成要件上也应当有所放松，将重大过失造成的损害也纳入侵权责任当中。

值得注意的是，违法性要件是大陆法系国家确认滥用诉讼程序行为承担侵权责任最重要的要件，尤其是日本以滥用诉讼程序行为的违法性作为判断是否承担侵权责任的最为核心的要件。在

〔32〕 参见王利明：《我国〈侵权责任法〉采纳了违法性要件吗？》，载《中外法学》2012年第1期。

〔33〕 参见王利明：《我国侵权责任法的体系构建——以救济法为中心的思考》，载《中国法学》2008年第4期。

〔34〕 参见前引〔33〕，王利明文。

〔35〕 参见张新宝：《侵权责任构成要件研究》，法律出版社2007年版，第441页。

我国侵权责任制度中,对于违法性要件而言,由于被过错要件所吸收,如果行为被认定为具有违法性,当然的具有过错,应当被认为是符合过错要件。到目前为止,我国《民事诉讼法》只规定了第115条的恶意串通型和第116条的滥用执行程序这两种滥用诉讼程序行为,这两种行为当然属于违法性行为,由于我国民法中规定的滥用诉讼程序行为的具体范围较狭窄,对于没有明确规定的滥用诉讼程序行为,仍然需要适用过错要件进行衡量。而这也进一步验证了在滥用诉讼程序行为侵权责任构成要件中采用三要件的合理性。因为如果将违法性也作为构成要件,那么在现有法律规定下,只有恶意串通型虚假诉讼和滥用执行程序行为能够被确认为具有违法性,而其他滥用诉讼程序行为很显然会游离于侵权责任之外,若要使其承担责任还需先修改民事程序法将滥用行为确定为违法行为。如我国《民事诉讼法》第108条规定了保全申请错误申请人对被申请人承担的赔偿责任,但是,立法解释和司法解释对于“申请错误”如何理解没有进行明确说明,导致了学理上的争论和司法适用上的困难。“申请错误”行为并不必然属于违法性行为。因保全申请错误侵害他人合法权益的行为属于一般侵权行为并且应当适用过错责任原则已无多大争议,而争议主要集中在过错如何认定。^[36]随着滥用诉讼程序行为侵权责任化的构建,滥用保全程序这一典型的滥用诉讼程序行为也应当纳入滥用诉讼程序行为侵权责任化的框架内,适用滥用诉讼程序行为的认定标准。

(三) 滥用诉讼程序行为侵权责任化构成要件中的因果关系

在侵权责任构成因果关系的认定上,大陆法系国家主要采用“相当因果关系说”,即“无此行为,虽不必生此损害;有此行为,即足以生此损害者,是为有因果关系。无此行为,必不生此种损害,有此行为,通常亦不生此种损害者,即无因果关系”^[37]。英美法系国家主要采用“事实上因果关系与法律上因果关系结合说”,即事实上因果关系采“若无法则”,法律上因果关系采“可预见性规则”。^[38]对于我国侵权责任制度中的因果关系,在20世纪80年代主要采用的是苏联引进的必然因果关系理论,由于该理论过分强调损害行为与损害结果之间内在的、本质的和必然的这一严苛的要求,20世纪90年代以后逐步被大陆法系国家的“相当因果关系说”所替代,目前,“相当因果关系说”在我国已经被学界和实务界所接受,成为认定因果关系的重要理论。^[39]

滥用诉讼程序行为需要借助诉讼程序,其损害都是发生在诉讼过程中或者诉讼之后,因此,无论是大陆法系的“相当因果关系说”,还是英美法系的“事实上因果关系与法律上因果关系结合说”,都能够很容易证成滥用诉讼程序行为与损害结果之间的因果关系,各个国家和地区在滥用诉讼程序侵权行为中因果关系的认定上并没有太多争议。大陆法系国家和地区又将“相当因果关系说”进一步拓展为“责任成立的因果关系”和“责任范围的因果关系”,即可归责的行为与权利(利益)受侵害之间的因果关系和权利(利益)受侵害与损害之间的因果关系。大陆法系各

[36] 参见赵珂:《申请保全错误行为之司法认定——以案例为样本解读〈民事诉讼法〉第105条的适用》,载《法律适用》2021年第8期。

[37] 王伯琦:《民法债编总论》,正中书局1962年版,第77页。

[38] 参见胡岩:《法律解释学视角下恶意诉讼的侵权法规制》,载《法律适用》2018年第20期。

[39] 参见程啸:《中国侵权法四十年》,载《法学评论》2019年第2期。

个国家和地区对于滥用诉讼程序侵权行为责任的成立虽然没有争议，但是对于责任承担范围的因果关系上，却争议较大。相关争论主要集中于律师费用和精神损害赔偿问题上。被侵害人的律师代理费用和精神损害赔偿虽然属于损害的内容，但是由于上述损害问题的探讨主要牵涉滥用诉讼程序行为责任范围因果关系的争论，理论上对滥用诉讼程序侵害损害赔偿中涉及的律师代理费用问题和精神损害赔偿问题的探讨，都是置于因果关系项下展开。

日本对于不当诉讼作为不法行为承担侵权责任的研究就缘起于该诉讼中律师费用最终转嫁问题的探讨，可见律师费用的承担对于滥用诉讼程序侵权责任制度的重要性。^{〔40〕}对于滥用诉讼程序行为引致的被害方支付的律师费用问题，日本和我国台湾地区由于在民事诉讼中并未实行律师强制代理，律师费用作为非诉讼必要费用是不包含在诉讼费用当中的，因此在早期的滥用诉讼程序侵权的案件中并不支持，但是后来逐步转变态度，基本上支持了被害方律师费用的请求，只是在具体数额的认定上由法官来裁判。而对于律师费用作为滥用诉讼程序行为侵权损害赔偿范围的理由，日本和我国台湾地区早期围绕滥用诉讼程序行为与律师费用产生之间的关系，提出了因果关系肯定说、因果关系否定说以及具体衡平说等不同的主张，日本最终在1969年通过法院判决明确了律师费用与侵权行为之间有相当因果关系，我国台湾地区法院持具体衡平说，而学者则呼吁改因果关系肯定说。^{〔41〕}我国民事诉讼中并没有实行律师强制代理，而诉讼费用制度中也并没有将律师费用纳入诉讼费用当中，但是，因滥用诉讼程序应诉所发生的包括律师费用在内的必要诉讼费用，理应由引致诉讼的一方承担。我国最高人民法院发布的《关于进一步推进案件繁简分流优化司法资源配置的若干意见》第22条，以公平原则作为律师费承担的依据，一方面认可了律师费用在当事人选择纠纷解决方式中的作用，另一方面认可了诉讼中无过错方对过错方滥用诉讼权利、拖延诉讼行为提出的合理律师费用请求的支持。

由于滥用诉讼程序行为除了造成应诉人财产损失外，也有可能造成应诉人包括名誉权等在内的人身权益的损害，对于被侵害人造成的精神损害赔偿问题，到目前为止，各个国家基本上认可获得精神损害赔偿，具体的赔偿标准也适用各个国家侵权法中规定的精神损害赔偿标准。如日本以滥用诉讼程序侵害人格权之安宁权为因果关系，我国台湾地区则是以侵害人格权之名誉权为因果关系，支持精神损害赔偿的请求。我国现行《民法典》下侵权责任体系中规定了侵害自然人人身权益和因故意或重大过失侵害自然人具有人身意义的特定物的精神损害赔偿制度，滥用诉讼程序行为侵害上述利益的精神损害赔偿也应当纳入现有的精神损害赔偿体系中，对于滥用诉讼程序行为造成的损害符合精神损害赔偿条件的，可以请求精神损害赔偿。

六、我国滥用诉讼程序行为侵权责任化中的其他相关问题探讨

（一）承担侵权责任的滥用诉讼程序行为的具体类型

各个国家和地区在将利用诉讼程序侵害其他主体合法权益的行为侵权责任化的同时，也对在

〔40〕 上野達也「訴えの提起と不法行為法」产大法学 43 卷 3・4 号（2010 年）39 頁参照。

〔41〕 参见前引〔17〕，陈炫宇文。

诉讼中容易发生的滥用诉讼程序行为进行了大致归类。在古罗马时期,提起没有根据的诉讼和夸大诉讼请求这两种行为需要承担侵权责任。而以法国为代表的拉丁法族国家,在继承古罗马滥用诉讼程序行为侵权责任化的精神的基础上,作了更加精细的规定,对于民事诉讼中所有可能被滥用并造成相对方损害的行为都规定了侵权责任,其中包括滥行起诉、拖延诉讼、滥用抗辩、滥用回避、滥用上诉程序等。在日本,滥用民事诉讼程序承担侵权责任的类型包括滥行提起诉讼、滥为应诉(滥为抗辩)、滥用保全处分和滥用强制执行程序。到目前为止,我国台湾地区认为滥用诉讼程序承担侵权责任的行为包括滥行提起诉讼、滥用保全处分和滥用强制执行程序。英美法系国家中,英国和美国都将恶意控告、恶意诉讼和滥用诉讼程序作为侵权行为。

综观各个国家和地区对于承担侵权责任的滥用诉讼程序行为的归类,总体上分为滥用刑事程序和滥用民事程序,滥用民事程序又进一步区分为滥用诉权和滥用诉讼程序权利,其中滥用诉权包括滥用起诉权和滥用反诉权,滥用诉讼程序又包括滥用保全、滥用抗辩、滥用回避、滥用上诉和滥用执行程序等。

我国学界较早就对我国民事诉讼中容易诱发滥用诉讼程序的行为类型进行了总结,包括滥用起诉权、滥用反诉权、滥用申请财产保全权、滥用先予执行权、滥用申请回避权、滥用申请强制执行权、滥用上诉权、滥用申诉权等。^{〔42〕}按照其他国家和地区的分类,其中滥用起诉权和反诉权属于滥用诉权,滥用申请财产保全权、先予执行权、申请回避权、申请强制执行权、上诉权和申诉权等属于滥用程序权利,所以我国基本上与其他国家和地区的类型划分相一致。

(二) 承担滥用诉讼程序侵权责任的主体

所有诉讼参与者都可能成为滥用诉讼程序行为的主体,包括原被告双方当事人及其代理人,甚至包括法官在内。对于法官实施的滥用诉讼程序行为,一般情况被侵害当事人可以申请国家赔偿。在滥用诉讼程序行为主体中,代理律师是最容易被忽略的主体。代理律师由于以被代理人的名义进行诉讼活动,常常被忽略,但是作为具备法律专业知识和熟谙诉讼程序的专业法律服务提供者的律师,往往是滥用诉讼程序的策划者、参与者甚至真正的实施者。

一般而言,律师对滥用诉讼程序侵权责任的承担,因民事诉讼程序是否采律师强制代理而有所区分。在民事诉讼实施律师强制代理的制度中,律师即使没有参与实施滥用诉讼程序行为,也会因没有尽到注意义务而对外承担责任;在民事诉讼实行任意代理的制度中,律师只有在实施了滥用诉讼程序行为时才承担相应的侵权责任。我国民事诉讼实行律师任意代理,代理律师只有在实施了滥用诉讼程序行为时才承担相应的侵权责任。但是,在实行律师任意代理制的民事诉讼中,对于哪些行为是由律师作出的、哪些行为是由被代理人作出的,很难进行区分,因此,在有律师代理的滥用诉讼程序侵权中,不论律师是否知晓或者参与滥用诉讼程序行为,对外都应当承担连带责任,对内再进行责任分配。律师与被代理人共同实施滥用诉讼程序行为的,属于共同侵权,对外应承担连带责任;只有当事人自己实施滥用诉讼程序行为的,代理律师对外承担连带责

〔42〕 参见张新宝、明俊:《恶意诉讼的侵权责任:我国侵权责任法的制度构建》,载王利明主编:《判解研究》,人民法院出版社2007年版,第2页。

任，事后可向当事人进行追偿；律师利用被代理人名义实施滥用诉讼程序行为的，在被代理人不知情的情况下，被代理人代理律师对外承担连带责任，事后可向律师进行追偿。

对于被侵害的当事人而言，如果有证据证明对方律师实施了滥用诉讼程序行为，可以单独起诉对方代理律师，也可以将对方当事人和代理律师作为共同被告；如果没有明确证据证明对方律师实施滥用诉讼程序行为，可以单独起诉对方当事人，也可以将对方当事人与代理律师作为共同被告。

（三）提起滥用诉讼程序行为损害赔偿的诉讼方式

滥用诉讼程序行为侵权损害赔偿的提起，有另行起诉和反诉两种方式。对于滥用诉讼程序行为造成的损害，在原诉讼裁判生效之后，以另诉的方式提起，除部分可能涉及重复诉讼的问题外，一般而言是没有争议的。但是，另行起诉对于当事人而言将产生新的诉讼成本，耗时耗力，对于国家而言也需要司法资源的投入，因此，出于节约当事人成本、节省国家司法资源和提高纠纷解决效率的考量，应当将滥用诉讼程序侵权损害赔偿尽量纳入原诉讼中一并审结。

在我国现行的法律框架下，对于正在进行的诉讼规定了反诉制度。根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第233条的规定，反诉的提出需满足“反诉与本诉的诉讼请求基于相同法律关系、诉讼请求之间具有因果关系，或者反诉与本诉的诉讼请求基于相同事实”这三个条件。但是结合我国民事诉讼中提起反诉的条件，滥用诉讼程序行为损害赔偿之诉与本诉并非基于相同的法律关系，诉讼请求也并非基于相同的事实，只能依据反诉与本诉的诉讼请求直接具有因果关系来提起反诉。而且严格来讲，也只有恶意诉讼这一滥用起诉权的行为符合提起反诉的条件，其他滥用诉讼程序的行为很难满足反诉提起的条件。

对于已经生效的裁判而言，我国尚有撤销生效裁判的再审之诉、第三人撤销之诉和执行异议之诉，根据现有规定，在再审之诉、第三人撤销之诉和执行异议之诉中也是不允许当事人增加新的诉讼请求的，滥用诉讼程序行为侵权损害赔偿也只能另行提起诉讼。^{〔43〕}

为了高效保障当事人权益、节约司法成本、提高滥用诉讼程序侵权责任制度的适用率，滥用诉讼程序侵权损害赔偿诉讼方式上应当减少另行起诉救济，而是尽量纳入已有的诉讼中来。古罗马对于滥用诉讼程序侵权损害赔偿就曾开创一案两审的先河。循此思路，在我国现行民事诉讼制度框架下，对于涉滥用诉讼程序诉讼案件可以探索并建立预备之诉和预备反诉制度。德国为代表的大陆法系民事诉讼理论上诉的客观请求合并包括三种类型：累积合并、预备性诉的合并（真正预备合并和不真正预备合并）和选择性诉的合并。^{〔44〕}其中真正预备合并是指原告数个请求有顺位之分，原告先位请求获得满足法院不得再就备位请求进行裁判，原告先位请求不合法或无理由时法院应就备位请求作出裁判；而不真正预备合并则是原告主要请求有理由时，其仍希望进一步就辅助请求获得胜诉判决，亦被称为“阶梯之合并”。^{〔45〕}我国民事诉讼法学界对于预备性诉的合并的探讨一直以来仅仅局限于先位请求未获得支持时备位请求裁判这一真正预备合并情形，而忽

〔43〕 参见前引〔2〕，张红文。

〔44〕 Vgl. Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 18. Aufl., 2018, § 98, Rn. 19.

〔45〕 参见刘明生：《客观选择合并》，载林洲富等：《诉之合并》，元照出版有限公司2016年版，第11页。

略了对于先位请求被支持后再进行备位请求裁判这一不真正预备合并情形的关注。包括真正预备合并和不真正预备合并的预备性诉的合并制度,对于滥用诉讼程序行为及其引致的侵权损害赔偿的一次性解决具有重要意义。对于恶意诉讼等滥用提起诉讼的行为,对方当事人可以通过反诉及预备反诉(不真正预备合并)提起侵权损害赔偿;对于本诉中滥用抗辩等滥用诉讼程序行为,以及撤销生效判决的诉讼,被侵害方当事人可以通过预备之诉(不真正预备合并)请求侵权损害赔偿。预备之诉和预备反诉作为备位请求,在先位请求获得支持时,法院顺带审理当事人提出的滥用诉讼程序侵权损害赔偿的诉讼请求。在此制度安排下,对于诉讼进行中的滥用诉讼程序的行为,预备之诉和预备反诉制度通过两层次的审判机制,能够实现本诉请求和滥用诉讼程序行为侵权损害赔偿请求在一个诉讼中审结;对于再审之诉、第三人撤销之诉和执行异议之诉,预备之诉和预备反诉也能够将撤销裁判和侵权之诉在同一个诉讼中审结。

(四) 滥用诉讼程序行为是否适用惩罚性赔偿问题

滥用诉讼程序行为是否适用惩罚性赔偿的问题,也是滥用诉讼程序行为侵权责任化过程中颇具争议的问题之一。而滥用诉讼程序行为是否适用惩罚性赔偿则是由侵权损害赔偿的制度功能定位和滥用诉讼程序治理态度等因素共同决定的。古罗马为了打击滥用诉讼程序行为就已经规定了惩罚性赔偿,但是,随着侵权损害赔偿制度功能定位的明晰和程序法规制手段的不断完善,目前为止各个国家和地区对于此类赔偿基本持否定态度。

回归到我国现行法律体系中,首先,从侵权责任制度的功能来讲,侵权责任的功能主要是救济,而且禁止得利也一直都是侵权责任制度的一项基本原则;其次,对于滥用诉讼程序行为,我国《民事诉讼法》和《刑法》中,已经规定了包括金钱处罚手段在内的相应司法行政处罚和刑罚处罚,没有必要再对滥用诉讼程序行为课以惩罚性赔偿责任;再次,如果对于滥用诉讼程序适用惩罚性赔偿,将增加当事人提起滥用诉讼程序侵权损害赔偿的激励,有可能使滥用诉讼程序行为侵权损害赔偿之诉衍生成新的滥用诉讼程序行为;最后,我国《民法典》中对于惩罚性赔偿责任的承担采取了明确规定的形式,仅规定了侵害知识产权、产品责任 and 环境污染、生态破坏侵权的惩罚性赔偿责任,很显然在我国现行侵权损害惩罚性赔偿责任框架下滥用诉讼程序行为不在《民法典》规定的惩罚性赔偿范围内。在我国滥用诉讼程序行为侵权责任化过程中,结合我国侵权责任制度的功能定位、滥用诉讼程序治理体系的协调、新的滥用诉讼程序行为激励的预防和现有惩罚性赔偿的适用范围,不建议对于滥用诉讼程序行为侵权损害赔偿适用惩罚性赔偿。

七、结 语

滥用诉讼程序行为侵权责任化能够有效解决受到滥用诉讼程序行为侵害的受害人的权益救济问题,并且能够对滥用诉讼程序行为起到打击和威慑作用,在丰富我国侵权行为类型的同时,也完善了我国滥用诉讼程序多层次规制体系的构建。对于滥用诉讼程序行为受到损害的权益而言,侵权责任法从实体法层面提供了一种救济手段。但是,作为一项古老的并延续至今且为现代多数国家和地区采行的侵权责任制度,滥用诉讼程序行为侵权责任制度在其他国家和地区的适用情况也

表明，该制度并非填补滥用诉讼程序侵权损害的良药，其属于事后救济手段且会衍生出新的诉讼，为当事人带来新的成本负担与风险，因此适用率偏低。然而，滥用诉讼程序行为侵权责任化在救济损害上的不可或缺性又决定了该制度的必要性，在滥用诉讼程序行为频发的现实背景下又兼具滥用诉讼程序的防治功能，因此其表现出极强的生命力并呈现不断完善趋势。单纯从滥用诉讼行为侵权损害救济的角度而言，探索建立并逐步完善诉讼保险制度，通过诉讼风险和诉讼损害责任的社会化分散来最大程度降低诉讼制度对于个体带来的风险和损害，构建侵权责任救济与诉讼保险救济双轨制救济模式，可以成为滥用诉讼程序行为损害救济下一步探讨的课题。

Abstract: Tort liability for abuse of procedural is not only to relieve the damage caused by the abuse of procedural, but also an important governance mechanism for the abuse of procedural. Under the current legal framework in China, “the general tort liability clause+legislative interpretation+judicial interpretation” can be adopted to construct the tort liability system for abuse of procedural. Tort liability for abuse of procedural should be based on damage, fault and causality. It is easy to identify the causal relationship between the abuse of procedural and the result of damage. The fault should be relaxed to gross negligence, and the compensation scope should include the compensation for pure economic loss and spiritual damage, including direct economic loss and lawyer’s expense. The specific behavior types of abuse of procedural that bear tort liability are refined through judicial interpretation, and the parties and lawyers are clearly responsible for the tort liability of abuse of procedural, and the system of preliminary litigation and preliminary counterclaim is explored in the mode of litigation.

Key Words: abuse of procedural, tort liability, constituent elements, attorney fees

(责任编辑：王叶刚 赵建蕊)