

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的这些方面

徐国栋^{*}

摘 要 滥诉和滥用程序是古老的法律现象,《十二表法》、盖尤斯《法学阶梯》和优士丁尼《法学阶梯》分别反映了当时立法者对此等恶行的预防和打击之道,它们对后世的拉丁法族国家的相应立法有很大影响。但这些国家的立法又有所创新,例如采用正面规定处理滥诉和滥用程序问题、把滥诉和滥用程序行为侵权行为化甚至犯罪化,等等。我国《民事诉讼法》新近采用的反滥诉规定主要关注诉讼标的保全问题,与罗马法传统国家的相应规定基本上不搭界。为了建立与国际接轨的反滥诉和滥用程序制度,中国的法律人必须考虑和应对罗马法传统国家的立法带给我们的至少十二个问题。

关 键 词 滥诉 滥用程序 十二表法 法学阶梯 拉丁法族国家

序 言

如同有货币就有假币,有诉讼就有滥诉。自从有了公力救济的诉讼后,人们就发现它可以成为一个打击相对方的手段而滥用之,从此也就有了人类制服滥诉的历史。在这方面,罗马人卓有经验,可为作为处理滥诉“新手”的我国之借鉴。故作本文,介绍罗马法

^{*} 厦门大学法学院罗马法研究所教授。此文受成为中国式滥诉的受害人的经历刺激而作。参见徐国栋:“遭遇中央政法委督办”,何家弘主编:《法学家茶座》(第38辑),山东人民出版社2013年版,页78以下。

预防滥诉和滥用程序的经验以及此等经验在拉丁法族主要国家中的呈现。本文只探讨拉丁法族主要国家打击滥诉和滥用程序的经验,并不意味着大陆法系中的日耳曼法族国家和英美法系国家没有这方面的经验,或虽有但无价值,只是为集中笔墨。另外,也因为拉丁法族国家是罗马法的第一顺位继承人。

在本文中,滥诉是原告方希望利用法官错误取胜或为折磨对手发动的诉讼。它在刑事诉讼和民事诉讼中都有可能发生,本文只探讨民事诉讼中的滥诉。在民事诉讼中,原被两造都有可能滥用诉权,但本文为缩小研究对象,只探讨罗马诉讼程序中原告方的此等行为,只有在顺便的情况下才探讨被告方的此等行为。在本文中,“原告方”(“被告方”)的表达不仅涵盖原告(被告)本人,而且涵盖其律师或其他诉讼代理人。律师知晓法律,而且诉讼的输赢与其收入正相关,更多时候是滥诉主体,但他们在这样做时,往往借助的是原告的名义。

滥用程序是原告或被告利用自己对诉讼手段的了解,不当运用它们损害自己的诉讼相对人并为自己牟取利益的行为。为了缩小研究对象,本文原则上只研究罗马诉讼程序中原告方面的滥用程序行为。

前文已述,我国法在处理滥诉和滥用程序问题方面是个“新手”,因为在改革开放前,没有严格意义上的诉讼,所以也没有这种意义上的诉讼的副产品。改革开放后,诉讼走上正轨,滥诉和滥用程序相伴而生,刺激学界做出反应,因此,积累的文献不少,但论述理路独特,不大与罗马法传统国家处理和研究的这一问题的同行的理路搭界。所以,借鉴罗马人的经验,对于完善我们限制滥诉和滥用程序的制度,当有意义。由于《十二表法》是罗马成文法的源头,我的论述从它开始。

一、《十二表法》时期关于滥诉和滥用程序的规定

《十二表法》时期与法律诉讼时期重合,所以,本节讲的实际上是法律诉讼时期的滥诉和滥用程序问题。

(一)《十二表法》时期对滥诉的制裁

首先规定了对滥诉者的誓金制裁。表现为第二表第1a条的规定:诉讼标的在1000阿斯以上的,交誓金500阿斯;标的不满1000阿斯的,交誓金50阿斯。关于自由身份之诉,一律交50阿斯的誓金。^{〔1〕}显然,本条规定的誓金是根据案件性质的不同征收的。财产性的案件按两个基数征收,两种征收都是固定费率,不似现代法按百分比征收。人身案件按固定费率低额征收,以减轻当事人的负担。

但誓金并非在原告起诉时征收,而是在庭审中在当事人双方发生了争议时才征收。换言之

〔1〕 本文援引《十二表法》条文,全部出自徐国栋、阿尔多·贝特鲁奇、纪慰民译:“十二表法新译本”,《河北法学》2005年第11期,页2—5。后文中不再说明。

之,如果开庭后被告完全接受原告的请求,则不发生征收誓金问题。在被告否认原告的主张时,原告要求与被告赌誓,被告接受挑战,则发生誓金的虚拟的征收,换言之,不实收誓金,只要求两造为支付它提供保证人(Gai.4,16)。^{〔2〕}这是根据《关于誓金的帕皮流斯法》(Lex Papiria de sacramento)作出的改变。该法颁布年代不详,由保民官帕皮流斯(L.Papirius)提起,规定:在誓金法律诉讼中,誓金并不需要实际提存,但必须对它进行担保。从此不实收誓金,以方便穷人打官司。^{〔3〕}败诉后,败诉方的保证人把誓金交给裁判官,后者将之纳入国库(Gai.4,13)。^{〔4〕}这时的誓金就成了滥诉罚金。

以上说的是誓金之诉中的誓金,另外在要求给付之诉中也有誓金。这是债权之诉,由公元前200年的《西流斯法》创立。在这种诉讼中,双方当事人达成协议,拿出1/3的争议金额作为败诉罚金。原告没有告倒被告的,要丧失占诉讼请求额1/3的金钱。相反,被告允诺:如果败诉,除了承担判定的责任额外,还另外丧失占责任额1/3的金钱。^{〔5〕}在此等情形,原告的赌誓称为Restipulatio,被告的赌誓称为Sponsio。Restipulatio的意思是“再订一个要式口约”,Sponsio的意思是“郑重承诺”。^{〔6〕}从这些意思出发,可以看出Restipulatio—Sponsio是一个在主约之外订立的附约。原告要求履行遭到拒绝的,诉至法院,并提出再订一个谁说谎谁失财的要式口约。被告也气壮如牛,摆出一副谁怕谁的态度,说“这样可以”。双方都硬,但必有一方是假硬。该方可能是原告,也可能是被告,他要丧失占诉讼标的额1/3的誓金。盖尤斯告诉我们,此等誓金入公库(Gai.4,13)。^{〔7〕}公库即圣库,即祭神的基金。换言之,并不入胜诉人的腰包。这种安排富有趣味,它强调滥诉的受害人主要是国家的宗教秩序(古人把在法庭上撒谎看成也冒犯了神),相对人遭到的损害是次要的。更可道者,Restipulatio—Sponsio附约在固定誓金额的旁边开创了一个比例誓金额的模式,即按标的额的33.3%征收誓金的模式,可以说它是对前一种模式的改良。此等模式对后世有更大的影响。

其次,第六表第2条规定了被告无理否认原告的诉讼请求的责任。其辞曰:要按宣告的言辞履行,否认者,处按标的加倍的罚金。例如,原告追索保管在被告处的物品,被告根本否认保管关系的存在。此等行为当然违背了合同诚信,也违反了诉讼诚信,一旦查实确实存在保管关系,则判处被告承担相当于保管物价额两倍的罚金,同时还要返还保管物本身。

再次,第十二表第3条规定了滥诉损害赔偿,其辞曰:如果某人提起了没有依据的物权诉

〔2〕 参见(古罗马)盖尤斯:《法学阶梯》,黄风译,中国政法大学出版社1996年版,页294。

〔3〕 参见齐云、徐国栋:“罗马的法律和元老院决议大全”,载徐国栋主编:《罗马法与现代民法》(第8卷),厦门大学出版社2014年版,页217。

〔4〕 盖尤斯,见前注〔2〕,页292。

〔5〕 Véase Alfonso Agudo Ruiz, “Las Sanciones al Litigante Temerario en las Instituciones de Gayo”, En *Rivista Juridica de Navarra*, No.20, 1995, pag.158.

〔6〕 参见谢大任主编:《拉丁语汉语词典》,商务印书馆1988年版,页515。

〔7〕 盖尤斯,见前注〔2〕,页292。

求,如果愿意,长官应指定三个仲裁人,根据他们的裁量,按损害的双倍赔偿损失,外加孳息。〔8〕本条中的“物权诉求”,拉丁原文是 *Vindiciae*,费斯都斯说它是系争物。〔9〕Cincius 说它是从土地取出带到法庭上的土块。〔10〕我们从盖尤斯知道,在对物誓金之诉中,必须把标的物带到法庭。如果物不能被方便地带到法庭,则带其一部分。例如,如果系争物是土地,则从中拿一个土块。〔11〕所以,本条的适用对象是以土地为标的的誓金之诉。原告滥诉的,当然要丧失提交的誓金。在此基础上,长官可根据自己的裁量确定是否进一步追究滥诉人。如果他作出肯定的决定,则指定三个仲裁人确定被告的损失,然后以此为基数加倍赔偿被告,外加孳息。由于诉讼标的是土地,在它被原告占有的期间当然会发生孳息。既然原告对土地的占有非法,他从此等土地取得的孳息当然构成不当得利,应返还于被告。

要指出的是,第十二表的规定是对前5表的增补,也就是说,在第一十人委员会完成第二表第1a条关于以丧失誓金打击滥诉的立法后,第二十人委员会发现其前任留下了立法漏洞:尽管以罚没誓金于国库的方式打击了滥诉,但誓金并未到滥诉者相对人的手中,如此,他的损失未被填补,于是补设此条解决这一问题。由此完成了滥诉行为双重侵害客体的设定。但滥诉者的相对人并不必然有损失,所以立法者把是否发动本条规定的程序的权力交给执法者。但此时的立法者仅考虑了滥用物权之诉造成的相对人损失问题,未考虑滥用债权之诉可能造成的同样问题,由此又留下了一个新的立法漏洞。今人克劳福德试图以解释性的翻译填补这一漏洞,故把本条的第一句译为“如果某人提出了无根据的请求……”,〔12〕这一文句就可把滥用物权之诉和债权之诉都包罗进来了,但可能并非罗马人的本意。

通过此条,我们看到《十二表法》对滥诉者的打击力度不小。首先让他们丧失誓金;其次让他们双倍赔偿被告的损失;第三让他们返还占有标的物生成的孳息。通常情况下只对滥诉者进行第一层次的打击。是否进入第二和第三层次的打击,取决于法官的决定。如果他们做出了这样的决定,他们就是依职权对滥诉行为进行打击者。基本的理路是“一案两审”,在审完当事人间的争议后再审可能存在的滥诉案。这一理路为后世的许多立法继承。

最后是管辖预防滥诉,即确立“原就被”(actor sequitur forum rei)的管辖规则。这一规则不见诸《十二表法》,而是见诸公元前287年的《关于平民会决议的沃尔滕修斯法》(Lex Hortensia de plebiscitis)。该法规定,法官管辖权取决于被告的住所,原被告不在一地的,原

〔8〕 请注意,该条过去一直被误译为“凡以不正当名义取得物件占有的,长官……如愿意……指定仲裁员3人处理之;通过他们的判决……,双倍地赔偿损害并应返还所得的孳息”。我根据费斯都斯《论字义》174的记载改正旧译法:如果某人提起了没有依据的物权诉求……如果愿意,长官应指定三个仲裁员,根据他们的裁量,按照损害的双倍赔偿损失,外加孳息。Cfr. *Sexti Pompei Festi, De Verborum Significatu Qu. E. Super-sunt cum Pauli Epitome, Pars I, Budapestini, 1889, p. 574.* 在该条的现代语言译本中,似乎只有克劳福德的英译本正确翻译了本条的意思。See M. H. Crawford, *Roman Statutes, Vol. II, Institute of Classical Studies, School of Advanced Study, University of London, 1996, p. 719.*

〔9〕 Cfr. *supra* note 8, *Sexti Pompei Festi*, p. 516.

〔10〕 *Ibid.*, at 516.

〔11〕 盖尤斯,见前注〔2〕,页290。

〔12〕 See Crawford, *supra* note 8, 1996, p. 719.

告应向被告住所的法官起诉,即使有关物权的诉讼也不例外。^[13]这一规则让原告到被告的住所地起诉,让他们在踏进法院之门前就感受到诉讼的成本和麻烦,以此挫磨其滥诉冲动。

(二)《十二表法》关于滥用程序的规定

第一表第2条规定了对拒绝到庭(*contumacia*)者的制裁。该条规定:如果或躲或逃而不去,就把他抓住。说的是原告传唤被告出庭时,被告以逃逸的方式拒绝出庭的,原告可以自力救济的方式解决。拒绝出庭就是在刑民诉讼中有义务出庭而不出庭。被告出庭为完成证讼所必要。所谓证讼,为当事人在长官的支持下当着证人的面确定诉讼标的,并同意将他们间的争议交给司法官审理的法庭程序。^[14]法律诉讼分为法律审和事实审,证讼是法律审末期的当事人与长官协作行为,不完成这一程序,就无法进入下一程序。所以,我认为拒绝出庭属于滥诉行为,因为不出庭会导致诉讼难以顺利进行,扰乱诉讼秩序,折腾对方当事人,至少让他白跑一趟。

总之,《十二表法》无论对于滥诉还是滥用程序,都有规定,开启了后世罗马法这两方面规定的基础。

二、盖尤斯《法学阶梯》关于滥诉和滥用程序的规定

盖尤斯于161年出版的《法学阶梯》属于古典时期和程式诉讼时期,其中对滥诉作了系统的规定,由于时代背景不同,其关于滥诉的规定有所调整。

(一)各种滥诉行为

1.原告诬告

诬告的拉丁文为 *Calumnia*。盖尤斯对它的定义如下:一方借助诉讼来折腾对手,并且希望主要利用法官的错误或不正义而不是依据事实获胜时,构成诬告,诬告者承担1/10的罚金(*Gai.4,178*)。^[15]显然,这里的 *Calumnia* 的含义比诬告要宽,等于一般的滥诉。黄凤根据该词所处的不同环境翻译其意思。把原告方面的 *Calumnia* 翻译为“中伤”,把被告方面的 *Calumnia* 翻译为“恶意否认”,这样的处理反映了 *Calumnia* 一词的复杂性。^[16]但要指出的是,被告方面的恶意否认还有另外的拉丁词 *infiteri* 表示,例如前文提到的《十二表法》第六表第2条中的“否认”就是用的此词。所以, *Calumnia* 主要还是用来描述原告方的行为。

2.夸大权利

夸大权利,^[17]即超出自己请求权的范围对相对人提出过度主张的行为。其方式有:①标的夸大。有如某人只欠他10个金币的债务人主张20个金币;或者,某人只享有物的一部分,

[13] 齐云等,见前注[3],页199。

[14] 参见黄凤:《罗马法词典》,法律出版社2002年版,页169。

[15] 盖尤斯,见前注[2],页370,译文有改动。

[16] 盖尤斯,见前注[2],页370、13。

[17] 夸大权利部分的法言,全部参见盖尤斯,见前注[2],页314—315。

而他却诉求该物的全部或大于其份额的部分。②期限夸大。债权人在期限或条件完成之前提出要求,他由此剥夺了债务人的期限利益,因此被认为要求了更多的,多的数额是从提出要求日到债权到期日之间的贷款市场平均利息。③地点夸大。合同约定在某一地点给付,债权人却要求在另一地点为给付。这样,增加了债务人的履行成本。④原因夸大。即以剥夺相对人的选择权的方式行使债权。例如,某人根据要式口约只可主张一个一般的奴隶,但他特定地要求斯提古;或对一般的酒享有债权,但他特定地要求康盘尼亚的酒;或对一般的紫绒享有债权,但他特定地要求迪鲁斯的紫绒。在这些例子中,斯提古属于有特殊技能的奴隶,康盘尼亚的酒和迪鲁斯的紫绒在同类产品中品质更优。

(二)盖尤斯《法学阶梯》对滥诉的制裁

1. 对诬告者的制裁

(1)被告恶意否认之诉。被告恶意否认原告请求的,依据不同的案型对此等被告课以罚金制裁。对于已决案、已清偿物、非法损害或嘱令遗赠案型,适用双倍之诉。“已决案”,指被告否认曾有过课加他责任的判决;“已清偿物”,指被告否认原告已对他清偿过,要求再次清偿;“非法损害”,指被告否认对原告有过致害行为;“嘱令遗赠”,指有义务向受遗赠人交付死者命令他给付的遗赠物的继承人否认有遗赠之存在。在这“双倍”中,一半是被告本来应为之给付额,另一半是罚金。在确定的金钱债务之诉(Actio certa pecuniae creditae)、约定还债之诉(Actio de pecunia constituta)的案型(前者是要求给付之诉的救济手段,后者针对的是约定自己还债或代他人还债的裁判官简约)中,允许被告反赌誓(Sponsio)。如果原告胜诉,在确定的金钱债务之诉的案型中,被告丧失标的额的1/3作为罚金。在约定还债之诉的案型中,罚金为标的额的1/2(Gai.4,171)。^[18]

(2)诬告之诉,判处诬告者承担诉讼标的额1/10的罚金,适用于一方借助诉讼来折腾对手,并且希望主要利用法官的错误或不正义而不是依据事实获胜的情形(Gai.4,178)。^[19]

(3)诬告宣誓,只能由原告在裁判官授权的情况下提出这个要求。裁判官做出授权的情形有:被告未做出反赌誓;不承担对抗恶意否认责任者的双倍罚金之诉;不承担其他多于简单价值的诉权,例如现行盗窃之诉(四倍诉权)和非现行盗窃之诉(双倍诉权)。宣誓的内容是:不恶意地予以否认。另外需要宣誓的是充当被告的继承人或处在继承人地位的人,他们的原告可能是受遗赠人或寄托人。最后需要宣誓的是妇女和被监护人,他们不能做出反赌誓,所以要以宣誓来确保自己的诉讼诚实(Gai.4,172)。^[20] 作伪誓者承担宗教性的责任。有人说他也承担世俗性的责任;监察官对伪誓者可在其考评中做出不利于他的记录。^[21] 但这种制裁要以监察官制度的存在为基础,但该职官在公元前22年已被废除。^[22] 所以,到盖尤斯的时代,对伪

[18] 盖尤斯,见前注[2],页368、370。

[19] 同上注。

[20] 盖尤斯,见前注[2],页368。

[21] Alfonso, supra note 5, pag.162.

[22] 参见贺五一:“略论古罗马共和国的监察官制”,《广西社会科学》2006年第4期,页108。

誓者的惩罚只剩下宗教性的类型了。

(4) 反诉。是被开释的被告针对无理起诉的原告提起的诉讼,其目的是让反诉被告承担 1/10 或 1/5 的罚金。盖尤斯时代的反诉只能针对几种案型进行。其一,侮辱之诉,其中,一人控告他人侮辱自己,该他人反诉原告侮辱了自己;其二,一人控告妇女为胎儿占有先夫的财产,又故意将此等财产转给他人占有,该妇女反诉控告人;其三,一人起诉他人,不承认他经裁判官允许占有某财产,后者反诉该人。前种案型的罚金是 1/10,后两种案型的罚金是 1/5。超出这些案型不得反诉。反诉是比对诬告的惩罚更重的惩罚。诬告的构成要求故意。反诉不要求,只要本诉的原告未赢,他就要受罚。^[23]

(5) 原告赌誓(Restipulatio)。即原告允诺,如果自己败诉,丧失 1/3 的诉讼标的额。原告起诉只要未赢就要兑现此等罚金。^[24] 与《十二表法》时代的原告赌誓不同,盖尤斯时代的原告赌誓金不再入公库,而是归胜诉者(Gai.4,13)。^[25] 这意味着立法者对滥诉行为主要受害人认识的变化。过去认为此等受害人是国家,现在认为是相对人。

2. 对夸大权利者的处理

原告在诉状中提出了多于公正估价的金额的,将败诉(Gai.4,53),也就是丧失其物。^[26] 换言之,法官不会给他的请求打折,满足他在其债权额内的诉求,而是在置他的超过部分的请求于不理的同时,剥夺其在合理范围内的请求。此等剥夺当然构成一种重罚,理路是,让想占便宜的人连应得的份额都得不到。

3. 诉讼税

这是一项不包含在盖尤斯《法学阶梯》中,但属于靠近盖尤斯时代的一项客观上有预防滥诉作用的措施,即卡里古拉皇帝(12—41 年)开征的 1/40 的诉讼税(Quadragesima litium)。尽管法国学者 R.Cagnt 认为很早以来罗马法就规定民事诉讼的原告在其案件的审判地向国库支付诉讼标的 1/40 的金额,但如果后来当事人达成了和解协议,就不收此税,然而卡里古拉为了揽钱,修改了这种体制,规定无论审判的结果如何,都要交此税。然而,苏维托尼乌斯的《罗马十二帝王传》确认这是一项前所未有的新税。^[27] 卡里古拉创立此税的目的是为了敛财,故以口头而非书面法律宣布此税,以图人们犯法交税,吃了亏的人民遂要求把这项征税措施成文化,卡里古拉屈服于压力如此行,但把颁布此税的文告的字写得很小,挂在拥挤的地方,让人们无法抄下来。^[28] 而且,对于为了逃税而中断已开始的诉讼、在庭外和解的做法也规定了罚金(数目不详)。尽管如此,此税还是具有打击滥诉者的作用。^[29] 因为自从授予意大利人罗马

[23] 盖尤斯,见前注[2],页 370。

[24] 盖尤斯,见前注[2],页 372。

[25] 盖尤斯,见前注[2],页 292。

[26] 盖尤斯,见前注[2],页 314。

[27] 参见(古罗马)苏维托尼乌斯:《罗马十二帝王传》,张竹明译,商务印书馆 1995 年版,页 278。

[28] 同上注,页 278。

[29] See Janne Polonen, "Quadragesima litium, Caligula's Tax on Lawsuits", In *Cashier Glotz*, XIX, 2008, p.85.

市民权以来,罗马的法院就遭遇到了诉讼狂潮,故需要采取措施过滤一些不必要的诉讼。^[30]对于滥用程序者,此税也有一定的遏制作用,因为在已发动诉讼的情况下在庭外和解并放弃诉讼,有滥用程序的意味。这一税种为伽尔巴(公元前3年—公元69年)皇帝所废。^[31]

(三)盖尤斯《法学阶梯》中关于滥用程序的规定

在罗马法中,滥诉与滥用程序有所区别。滥诉(Temeritas,相当于英文词 Temerity)的本质是草率、无考虑。滥用程序的本质相反,是精于计算。滥诉者通常是无理起诉,而滥用程序者可能并非无理。^[32]滥用程序有以下表现。

1. 拒绝到庭

程式诉讼中也有证讼程序,未完成证讼,诉讼无法进入事实审阶段,法律对此的处理是判处不履行出庭保证者当然败诉,丧失担保金。对于不出庭方直接进入执行程序。执行的方式是拍卖其财产。对此有两个案例。

第一个案例是西塞罗于公元前81年^[33]发表的法庭演说《为昆克求斯辩护》:普布流斯·昆克求斯的兄弟盖尤斯·昆克求斯(Publius Quinctius)曾与塞克斯求斯·内维尤斯(Sextius Naevius)在以纳尔波为首府的高卢合伙经营,盖尤斯·昆克求斯去世时指定其兄弟为继承人。普布流斯赶来继承遗产,与内维尤斯就合伙财产的划分产生了争议。盖尤斯·昆克求斯留下了一些债务,普布流斯提出出卖其兄弟的一些土地偿债,但内维尤斯提出他有种种困难不能这么做。最后双方在罗马涉讼,都提出了出庭担保,但普布流斯在开庭时间没有到庭,这就构成了“提供了出庭担保但后来未出庭的”的拍卖财产制度适用理由。公元前69年的裁判官多拉贝拉(Publius Cornelius Dolabella)应内维尤斯的请求,判定他占有昆克求斯在纳尔波为首府的高卢的涉案财产30天,此后将拍卖此等财产,内维尤斯已为此张贴了拍卖公告。昆克求斯被从争议财产中逐出。^[34]这个案子证明了拒绝出庭的法律后果。

第二个案例是戴克里先(250—312年)和马克西米利安皇帝(约250—310年)于294年给特伦求斯(Terentius)发布的一个敕答(C.7,53,9)提供的:某人因为管理特伦求斯的事务对其负债,特伦求斯讨要之,官司打到行省总督那里,但债务人藏匿。戴克里先和马克西米利安皇帝告诫特伦求斯可根据裁判官告示占有其债务人的财产,经过法律规定的期间后将之出卖。^[35]

2. 以分诉折腾对手

即债权人不一性主张其全部权利,而是分次主张,以便骚扰债务人的做法。此时,他

[30] Ibid., at 85.

[31] Voir R.Cagnat, Le Portorium chez les Romains, E. Thorin Editeur, Paris, 1880, p.235.

[32] Cfr. Chiara Buzzachi, L'Abuso del processo nel diritto romano, Milano, Giuffrè, 2002, p.10.

[33] 这一时间定位,根据 S. Rex Stem, *The Political Biographies of Cornelius Nepos*, University of Michigan Press, 2012, p.71.

[34] See Shane Butler, *The Hand of Cicero*, Routledge, London and New York, 2002, p.9.

[35] See *The Civil Law including The Twelve Tables, The Institutes of Gaius, The Rules of Ulpian, The Opinions of Paulus, The Enactments of Justinian, and The Constitution of Leo*, translated and edited by S.P. Scott, Cincinnati, The General Trust Company, 1932, Vol. XIV, p.231.

会遭遇分诉的抗辩(Litis dividuae)的抵制。按这一抗辩,他在为缩小债权之诉求后,不得在同一裁判官的任期内诉求差额(Gai.4,56)。^[36]这样就强行在债权人不同次数的起诉之间设立了时间间隔。

3.故意遗漏案件

适用于原告与另一人间存在数个争议,他起诉其中的一些,拖延起诉另一些,想把它们交给另外的法官审理的情形,此时他可遭遗漏案件的抗辩驳回(Gai.4,122)。^[37]这样安排也是为了让法官综合考虑两人争议的全面情况以及它们彼此可能有的牵连,作出合理的判处。

三、优士丁尼《法学阶梯》时代关于滥诉和滥用程序的规定

533年的优士丁尼《法学阶梯》属于后古典时期,在民事诉讼法上属于非常诉讼时期。这一时期罗马帝国的行政体制已改变,建立了审级制度、上诉制度,^[38]所以,打击滥诉的体制条件已不同。优士丁尼《法学阶梯》继承了大部分盖尤斯《法学阶梯》关于打击滥诉和滥用程序的规定,但取消了反诉的制裁手段,把原告赌誓金改造为对滥诉人的金钱制裁,这些改变可能与优士丁尼时代已采用非常诉讼有关。

(一)对滥诉的预防

1.管辖预防

如前所述,“原就被”原则由来已久,公元前287年的《关于平民会决议的沃尔滕修斯法》即已确立之。公元前17年的《关于私诉的优流斯法》(Lex Iulia iudiciorum privatorum)软化了这一原则,把它设定为任意性规定,允许当事人以契约“约定管辖”。^[39]到了非常诉讼时期,戴克里先(250—312年)重新硬化了这一原则。他把全帝国分为4个大区、12个行政区和101个省。每个行政区划本身构成一个审判区。在案件的当事人跨区的情况下,实行“原就被”的管辖原则。^[40]在帝国囊括整个地中海沿岸、横跨欧亚非三洲的地理条件下,这大大地增加了原告滥诉的成本,客观上抑制了滥诉。

2.宣誓

宣誓对信神的罗马人来说有效的抑制做坏事冲动的手段,被用于预防滥诉行为。到了优士丁尼时代,基督教成为国教,福音书和圣经成为审判的必要工具。从529年开始,优士丁尼发布系列敕答建立和完善审判中的宣誓制度取代过去的诬告之诉制度。首先是是年给大区长官 Demosthenes 的敕答,规定原告不做诬告宣誓的,不得提交起诉书和证据(C.2, 54pr.)。^[41]534年,在给大区长官约阿内斯的一个长篇敕答中对宣誓制度做出了详细规定。

[36] 盖尤斯,见前注[2],页316。

[37] 盖尤斯,见前注[2],页346。

[38] 参见徐国栋:《罗马公法要论》,北京大学出版社2014年版,页174。

[39] 齐云等,见前注[3],页207。

[40] Cfr. Giovanni Ronga, Elementi di diritto romano, Vol. III, Editrice Torinesi, 1871, p. 256.

[41] See Butler, supra note 34, at. 254.

首先,要求原告要就未为诬告起诉做出宣誓。誓词为:我没有以诬告的意图发动诉讼,而是基于良好的理由起诉。其次,被告要作如下宣誓:我认为自己是运用了良好的论据才进行反驳的。然后,两造的律师也要在法官面前手按圣经宣誓。^[42]原告拒绝宣誓的,不仅不能进行诉讼,而且要作为不诚实的诉讼当事人输掉这一诉讼。被告不愿宣誓的,他被视为已承认原告的全部诉讼请求(C.2,54,2-7)。^[43]

那么,如果当事人踊跃发誓,但发的是假誓,怎么办?那就要靠神法处理了。根据但丁的《神曲》,伪誓者和诬告者要下地狱的第八圈,在那里被火烤到冒烟。^[44]

3. 诉讼担保

(1)当事人提供诉讼担保。这是一种保证允诺而非物保,可以由被告本人做出,也可由作为保证人的第三人做出,其内容是担保被告履行判决。对物诉讼中的标的物占有人要提供偿付判决额的担保。对人诉讼中的原告不用提出担保。

优士丁尼时代对诉讼担保制度进行改革:不再要求提供讼额估价担保,只要求宣誓担保在诉讼系属中随传随到或兑现自己的誓言,这种誓言是不动产的占有人所为,他作此宣誓后就不必提供保证人了,不做这样誓言的人要根据自己的品级提出保证人。^[45]应该是品级越高的人保证量越大。这样的改革改善了债务人的地位,把全部他保改成了部分自保。当然,这样会使债权人的风险增加。这种对比,体现了立法者有利于债务人的安排。

(2)代理人提供诉讼担保。对于原告方,如果诉讼文件中未记载委任,或争讼的被代理人未向法院确认其代理人,将迫使代理人就被代理人将批准其所为之事提出担保。即使通过他人,如监护人、保佐人或其他这样接受他人事务之管理者发动某种诉讼,须遵循同样的规则(I.4,11,3)。^[46]由此可知,不论是意定代理人还是法定代理人,都需要提供诉讼担保。这样安排,是避免有人管他人闲事、搞砸了一走了之的事情出现,避免诉讼资源之浪费。

对于被告方,在可以找到被告的情形,被告有两个选择:其一,亲自来到法院,并以例行的担保偿付判决额的要式口约确认其代理人;其二,在法院之外提出偿付判决额的担保,根据这一担保,他自己就偿付判决额之担保的全部条款成为其代理人的保证人。在这两种情形,他都要出押其财产,而且其继承人也要受债之约束。此外,他必须就他本人在判决做出之时将出现在法院;或如果他将来不来法院,保证人将给付所有判决中规定的金额提出担保,他提出了上诉的除外(I.4,11,4)。

[42] Cfr. Straus Gottfried, Frizsche, Gottlob Benjamin, Exercitatio juridical ad tit. Inst de poena temere litigantium, Gerdes, 1703, p.4.

[43] See Butler supra note 34, at.255ss.

[44] Cfr. La voce di Inferno (Divina Commedia), [http://it.wikipedia.org/wiki/Inferno_\(Divina_Commedia\)](http://it.wikipedia.org/wiki/Inferno_(Divina_Commedia)), 最后访问日期:2015年4月10日。

[45] Véase Pedro Gómez de la Serna, D. Justiniani Institutionum Libri IV, Tomo II, Libreria de Sanchez, Madrid, 1856, pag.637.

[46] 本文援引优士丁尼《法学阶梯》的格言,全部来自〔古罗马〕优士丁尼:《法学阶梯》,徐国栋译,中国政法大学出版社2005年版,以下不再一一注明。

找不到被告本人的情形中,如果被告由于任何原因未露面,他人愿意承担辩护,无论是在对物诉讼或对人诉讼中,他都要就讼额之估价提供了偿付判决额的担保(I.4,11,5)。这是为了防止有人一时冲动卷入他人事务、搞砸了就抽身而退的现象发生。这样的安排兼顾了见义勇为的必要和司法判决的严肃性,并保证宝贵的司法资源不被滥用。原则是:非提供诉讼担保,任何人都不得适当地为他人辩护。

4. 抗辩的对抗

抗辩是被告抵制原告的不合理请求、保护自己的诉讼手段。被告的抗辩在法律审阶段行使,导致诉讼不能进入事实审阶段。被滥诉的被告享有如下抗辩。首先,既判力的抗辩(I.4,13,5)。对于一事两诉的原告,被告可以既判力的抗辩拒斥之。但既判力规则有再审原因(*Retracta re causa*)的例外,皇库在再审原因上享有特权,只要它提出了新证据即可再审,不过只有在从初审判决做出起3年内可以如此。^[47]其次,已达成简约的抗辩,即达成协议不在某一期限内(例如在5年内)起诉的情况。违反简约起诉的原告受到这一抗辩的阻碍,他们应延缓诉权并在期限过后起诉。再次,分诉的抗辩。芝诺(Flavius Zeno, 425—491年)皇帝的敕令曾允许过少请求者在同一审判中就余额对相对人提出请求。^[48]这样就合并了两诉,造就了诉讼的经济。同时放弃了原告的请求额必须精确的要求,把确定原告的权利额之多少的任务交给了法官。然后,遗漏案件抗辩(*Exceptio rei residue*)。前面已讲此种抗辩,此处不赘。最后,一般的诈欺抗辩。这是一个综合性的抗辩,后备抗辩。不能使用简约抗辩的人可使用诈欺抗辩。

这里不妨介绍两个运用诈欺抗辩的案例。第一个案例见于D.13,1,14,2(尤里安:《学说汇纂》第22卷)。一头公牛被偷走并杀害,所有权人可对公牛、对皮革、对牛角、对牛肉提起原物返还之诉。但是,如果他通过原物返还之诉获得了公牛的价金,随后起诉主张以上所列物之一,将被抗辩挫败,因为他谋求双份赔偿,这对被告不公平。^[49]在此等情形,原告实际上是在夸大债权。

第二个案例见于D.44,4,2,4(乌尔比安:《告示评注》第76卷)。某人订立要式口约无条件无期限地借给他人一笔确定金额的钱,但他在要式口约中插入一个简约,约定在特定的一天到来前不得主张这笔钱。如果借贷人在该天到来前主张这笔钱,出借人既可提起简约的抗辩,也可提起诈欺抗辩,因为借贷人违背已作的约定是在以诈欺行事。^[50]这个案例表明一般的诈欺抗辩与达成了简约的抗辩对象重复。

5. 设定原告资格要求

这种设定发生在民众诉讼中。在罗马的此等诉讼中,只有下层阶级的成员才可当原告,但

[47] See Adolf Berger, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, The American Philosophical Society, 1991, p.683.

[48] Véase Pedro, *sopra nota* 45, pag. 604.

[49] See Mommsen and Alan Watson, *The Digest of Justinian*, Vol.1, University of Pennsylvania Press, 1985, p.392.

[50] *Ibid.*, at 631.

并非他们全部都可如此。首先排除他们中的女性和未成年人。秉持其一贯的排斥女性的立场,罗马法不允许女性充当民众诉讼的原告(D.47,23,6);其次,不允许受社会唾弃(Ignominia)^[51]者提起这种诉讼。^[52]这样的措施,一定程度上避免了滥诉。

(二)对滥诉者的制裁

1.金钱制裁

(1)对原告的滥诉的金钱制裁。如果原告确实就数量或以其他方式作了过多的要求,被收录于C.3,10,1,1。优士丁尼(约483—565年)皇帝于530年11月15日致大区长官约阿内斯的敕答记载了对此的处理。其辞曰:为了对付合同当事人讨厌的狡诈,朕命令:如果任何享有一定数额债权的人诈欺地和恶意地要求大于债额的担保,并将债务人传唤到庭,然后,在其案子被听审前,后悔自己的流氓行为,承认真实的债权额,不会要求他承担增加的费用。但如果诉讼已开始,在庭审中证明他夸大了债额,原告将不仅被剥夺此等增加的部分,而且要丧失整个债权。这个敕答告诉我们,夸大债权额对债务人的损害是增大了他应允诺的诉讼担保额,这是债权人有权要求他允诺的,但债权人开庭前“犯罪中止”的,免其责任。但开庭后还坚持夸大债额的,则以剥夺整个债权制裁夸大债权人。他这时处在偷鸡不成蚀把米的境地。

(2)对无理上诉者的金钱制裁。上诉败诉的,罚诉讼标的的1/3为罚金。^[53]这里的理路显然是:不成功的上诉等于滥诉。

(3)对被告恶意否认的金钱制裁。如果原告的主张确实有据但遭到被告的恶意否认,被告要承受双倍或3倍的诉权。双倍诉权,适用于不法损害之诉。3倍的诉权,适用于遗赠财产给教会的诉讼(I.4,16,1),即被告宣布遗赠一笔财产给教会,后来又否认这样做过,教会起诉他并胜诉,这时他不仅要兑现允诺的遗赠,而且要多付两倍,此等两倍就是他滥诉的罚金。

2.强制不诚实的诉讼者对其相对人偿付损害和诉讼费用

486年,芝诺皇帝的一个敕令(C.7,51,5)规定败诉的一方承担胜诉一方的费用,包括律师费用。^[54]优士丁尼《法学阶梯》沿袭这一规定(I.4,16,1)。

3.破廉耻

对滥诉者课处破廉耻。适用于控告他人盗窃、抢劫、侵辱、诈欺但败诉的人,因为这些罪行如果坐实,被告要受破廉耻,既然没有坐实,那就让原告破廉耻,完全采用诬告反坐的理路。同理,也适用于以监护之诉、委任之诉、寄托之诉起诉他人但败诉的人。但在上述诉讼中反诉原告的被告不受破廉耻,因为他无意有伤他人名誉(I.4,16,2)。从程序法的角度言,破廉耻意味着丧失诉讼能力,即被禁止为人提出诉讼请求、禁止指定诉讼代理人、禁止获得代理人、禁止以诉讼代表或代理人的名义参与诉讼(Gai.4,182)。

[51] 关于社会唾弃的含义,参见徐国栋:《罗马私法要论——文本与分析》,科学出版社2007年版,页53—54。

[52] 黄风,见前注[14],页124。

[53] 参见周相:《罗马法原论》(下),商务印书馆1994年版,页923。

[54] See Werner Pfennigstorf, "The European Experience with Attorney Fee Shifting", 47 *Law and Contemporary Problems*, 42(1984).

4.迟滞滥诉方诉权

在古代,如果期限未到提起诉讼,由于抗辩,原告既不获得任何审判,也不能在期限后起诉,因为他们已因鲁莽地把事情送交审判而消耗了诉权,因此丧失了权利。如果期限未到提起诉讼,芝诺皇帝课加提前起诉者双倍延长期限的处罚。这一经延长的期限结束后,原告必须赔偿被告第一次起诉造成的损失,后者才有义务出庭。[I.4,13,10(9)]。^[55]

四、部分滥诉者责任的免除

(一)夸大债权人因为在保护年龄范围内免责

如前所述,罗马法中滥诉的基点被设定为轻率,而轻率的原因可能是未成年或不知情,基于这些原因的夸大权利型滥诉可免责,换言之,其他类型的滥诉不可免责。

罗马法中的起诉年龄是17岁(I.1,6,7),这是在塞尔维尤斯·图流斯王的时期,男子可以参加百人团大会的年龄,^[56]起诉是在百人团大会中实施的,所以,能参加这个会的人才能起诉。17岁相当于现代法中的诉讼行为能力年龄。但17岁的人仍然不怎么成熟,在25岁之前仍处在保佐下。起诉是必须要保佐人授权的行为,属于强制保佐(I.1,23,2)。所以,如果25岁以下的人滥诉,实际上是其保佐人在这样做,追究代理人的滥诉责任即可解决滥诉受害人的损害赔偿问题。但在程式诉讼时期,原告必须精确地提出自己的诉讼请求,这个要求太难,因为可能出于错误提出了过多的诉讼请求。精确地提出请求基于对案件情况的全面了解,而有时候达不到这样的了解。例如,某人要求全部的遗赠物,后来接着公开了小遗嘱,其中或取消了部分遗赠,或把一些遗赠物给予了某些其他人,由此,原告做了过多的要求(I.4,6,33)。这时,他虽有夸大权利的事实,但无滥诉的故意,而且他在25岁的保护年龄的范围内,所以他被免除滥诉责任。非独此也,他还要被完全恢复原状,也就是让双方当事人回到原告起诉前的状态,原告的起诉视为未发生,原告可在新的资讯条件下重新起诉。不难看出,在有诉讼保佐人的情况下仍原谅25岁以下者的夸大权利行为,属于法外施恩了。

(二)因为错误滥诉者免责

错误通常被认为是导致法律行为无效的因素,但在此处,它也可导致免责。芝诺皇帝对此举过一个例子:某人把物寄托给他人后死去,该人的继承人尽管知道寄托的事实,但不知道寄托物的具体数量,他就很容易在要求遗产之诉中提出过多的要求。但对这种人进行制裁,不合情理。^[57]所以免除他们的滥诉责任。此例中的错误属于对事实的错误。对法律的错误——例如不知不得分诉的法律规定而分诉之——是否导致免责?不得而知,不过,可根据“不得以不知法之为抗辩”的一般原则做出否定的回答。只有在特殊的情况下,例如在缔结乱伦婚姻并

[55] 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,页554。

[56] Cfr. Sebastiano Tafaro, La pubertà in Roma. Profili giuridici, Caccuci, Bari 1991 e 1993, p.56.

[57] Cfr. Giuseppe Provera, Lezioni sul processo civile giustiniano, Parte I, Estratto, Giappichelli Editore, Torino, 2010, p.223.

生有子女的情况下,对法的不知才导致免责。^[58]

实际上,前文讲到的不满25岁的人夸大债权也是基于错误,不过不是从错误出发寻找免除其责任的理由,而是找年龄的理由。对于25岁以上者的夸大债权,就可以从错误本身找免责理由了。年龄不足也好,对事实的错误也好,两种情形都可作为没有滥诉的故意的证据。所以,从正面解释上述免责规定,它们无非建立了滥诉侵权的故意要件。这个要件为后世拉丁法族国家的反滥诉立法继承,不过还加了一个“重过失”的要件。

五、现代拉丁法族主要国家对罗马法打击滥诉和滥用程序制度的继承和发展

(一)欧洲拉丁法族主要国家法律中的规定

1. 意大利法

2013年11月版的1940年《意大利民事诉讼法典》第88条规定:①当事人及其辩护人承担在审判中以忠诚与正直方式行事的义务。②辩护人不履行此等义务的,法官应向有权对律师行使纪律权的当局报告此等不履行。第96条规定:①如果败诉的当事人在审判中以恶信或重过失起诉或应诉,法官应他方当事人的请求,除了判处该方承担诉讼费用外,还要判处他承担一笔损害赔偿,此等赔偿应在判决中载明;②法官查明已为之采取诉讼强制措施、登记诉讼请求、登记司法抵押、开始或完成强制执行程序的权利不存在的,应受害当事人的请求,判处原告或无起码的谨慎而起诉的债权人承担损害赔偿,此等赔偿的清结按前款的规定行之。③在任何情形,如果已根据第91条宣布了诉讼费用,法官可以依职权判处败诉的一方向相对人偿付一笔与此等费用等额的确定金额。第91条第1款规定:法官在他审结的案子的判决中要判处败诉的一方报销他方当事人的费用,同时要清结他方当事人的律师费。如果收到了在合理的调解方案范围内的请求,判处无正当理由拒绝此等方案的当事人偿付至提出方案之时发生的诉讼费用,第92条第1款规定的情形除外。^[59]

显然,第88条第1款规定了诉讼诚信原则,这是一条遏制滥诉和滥用程序行为的总绳索。第2款规定了律师的滥诉责任以及制裁方式:向律师协会(Consiglio dell'ordine degli avvocati)告状。此等协会显然会对涉案律师做出纪律制裁。这一规定暗示律师是比当事人更频繁的滥诉主体。接下来,第96条第1款规定了对恶信或以重过失提出实体诉讼请求的败诉当事人的处置:单独判处他们承担诉讼费用外加一笔损害赔偿金。他们的败诉是他们有恶信或重过失的表面证据。第2款规定了对无根据地提出了诉讼强制措施的当事人的处罚:在相对方提出请求的情况下判处损害赔偿。第3款判处任何败诉方向其相对人赔偿一笔与诉讼费用相当的金额,不管他们是否恶信或有重过失。按照此款,败诉就可证明滥诉。第91条第1款不

[58] 参见徐国栋:《民法基本原则解释:诚信原则的历史、实务、法理研究》,北京大学出版社2013年版,页123。

[59] Cfr. Codice Procesuale Civile, <http://www.altalex.com/index.php?idnot=33726>, 最后访问日期:2015年4月4日。

仅要求败诉方承担胜诉方的诉讼费用,而且要承担其律师费,而且,把拒绝合理的调解方案视为滥诉,判处拒绝方承担诉讼费用。

2. 法国法

1976 年的《法国民事诉讼法典》第 32.1 条规定:以拖延诉讼方式或以滥诉方式进行诉讼者,可课处 3000 欧元以下的民事罚金,且不影响可能对其要求的损害赔偿。^{〔60〕}显然,本条旨在打击第一审程序中的滥诉和滥用程序。

第 559 条第 1 款规定:主要以拖延诉讼方式或以滥诉方式上诉者,可课处 3000 欧元以下的民事罚金,且不影响可能对其要求的损害赔偿。^{〔61〕}显然,本条旨在打击第二审程序中的滥诉和滥用程序。

第 628 条规定:在最高法院上诉失败者或其上诉未被接受者,如果此等上诉出于滥诉目的,将判处上诉人 3000 欧元以下的民事罚金,同时应赔偿被告的损失。^{〔62〕}显然,本条旨在打击第二审程序中的滥诉和滥用程序,但并不把上诉失败当作滥诉的表明证据,只处罚具有滥诉目的的上訴失败者。

第 581 条规定:以拖延诉讼方式或以滥诉方式寻求救济(Recourse)者,可课处 3000 欧元以下的民事罚金,且不影响可能对其要求的损害赔偿。^{〔63〕}此条中的“救济”指非常途径的救济(Le recours par une voie extraordinaire),方式有三。其一,第三人撤销之诉;其二,宣称发现了新事实要求再审已决案;其三,最高法院的复核审(Pourvoi en cassation)。此审不审事实,只审下级法院是否遵守了程序规则以及适用法律是否正确。^{〔64〕}换言之,当事人利用他人发动第三人撤销之诉或自己启动再审或复核审失败的,要遭到本条的罚款打击,并赔偿由此对相对人造成的损害。

3. 西班牙法

2000 年的《西班牙民事诉讼法》(La Ley de enjuiciamiento Civil)第 247 条在诉讼诚信的标题下以“尊重诉讼诚信规则。对违反此等规则课处的罚金”的条名规定:①所有类型的诉讼的参与人都应在其活动中按诚信规则行事;②法院完全拒斥明显基于滥用权利提出的或为了诈欺法律或程序提出的请求和诉求;③如果法院认为某方当事人违反诉讼诚信规则行事,可以指出原因的方式予以训诫,并重申比例原则,课处从 180 到 6000 欧元的罚金,但在任何情形,此等罚金都不得超过诉讼标的额的 1/3。为了确定罚金的数额,法院应考虑有关行为所处的环境,以及可能对诉讼和他方当事人引起的损害;④如果法院认为违反诚信规则的行为可以归

〔60〕 Voir Code de procédure civile, http://www.legifrance.gouv.fr/telecharger_pdf.do?cidTexte=LEGITEXT000006070716, 最后访问日期:2014 年 5 月 25 日。

〔61〕 Ibid.

〔62〕 Supra note 60.

〔63〕 Ibid.

〔64〕 Voir la voie de Voies de recours dites extraordinaires (définition), <http://droit-finances.commentcamarche.net/faq/4368-voies-de-recours-dites-extraordinaires-definition>, 最后访问日期:2015 年 3 月 29 日。

之于某些参与诉讼的专业人士,在不妨碍实施前款规定的情况下,要将此等情况告知有关的专业人士团体,以便对其实施某种形式的纪律处分。^{〔65〕}

该条把滥诉理解成对诉讼诚信规则的违反,采取法院职权主义处置之。处置的主要方式是罚金。此等罚金的占诉讼标的1/3以下数额的规定明显来自罗马法中的赌誓制度(Restipulatio—sponsio)。本条还把滥诉视为诈欺法律,从而揭示了滥诉的第二受害人。最后不忘让滥诉的律师承受纪律制裁。

4. 葡萄牙法

1961年的《葡萄牙民事诉讼法典》经1996年9月26日法律的修改,增加了第266条、第266A条、第266B条,全部关乎滥诉和滥用程序的预防和打击。第266条规定了合作原则,其辞曰:

①在主导或参与诉讼程序方面,执法官、诉讼代理人及当事人应相互合作,以便迅速、有效及合理解决争议;②在诉讼程序中之任何时刻,法官都可听取当事人、其代理人或诉讼代理人之陈述,并请其就事实上或法律上之事宜作出有关解释,以及将上述措施所得之结果知会他方当事人。③前款所指之人经通知后必须到场,并就被要求解释之事宜做出解释……;④如任一方当事人提出合理理由,说明有重大困难获得某些文件或资料,以致影响其有效行使权能或履行诉讼上之责任或义务,法官应尽可能采取措施排除有关障碍。

第266A条规定了诉讼诚信义务,其辞曰:当事人应诚信行事,并遵守前条规定的合作义务。第266B条规定了相互合作的义务,其辞曰:①所有诉讼参与人都负有相互间行为恰当之义务,而律师与执法官之间有以礼相待之特别义务;②当事人于文书及口头陈述中,不应在不必要或不合理的情况下使用侵犯他人名誉或名声之言辞,或使用不予有关机关应受之尊重之言辞;③如果发生了合理的障碍让诉讼不能准时开始,法官应在规定的开庭时间后的30分钟内知会当事人的律师以及秘书,然后知会诉讼参与人;④未做前款规定的通知的,意味着自动免除这些诉讼参与人出庭作证的义务,并必须把此等事件记载在案卷中。^{〔66〕}

以上为《葡萄牙民事诉讼法典》中关于滥诉和滥用程序的正面规定,特点在于除了规定诚信原则外,还规定了合作原则,并具体胪陈了合作的内容,颇有新意。因为自古以来,大多数国家都是以反面的方式处理滥诉和滥用程序问题的。但按照诉讼合作原则,打官司并非两造毅力、资源的对决,而是一场愉快的合作,这样的前景违背了诉讼经济人假设,似乎过于理想化。

〔65〕 Véase La Ley de enjuiciamiento Civil, <http://www.boe.es/boe/dias/2000/01/08/pdfs/A00575-00728.pdf>,最后访问日期:2014年5月25日。

〔66〕 Ver Código de processo civil, Texto consolidado pela Direção — geral da Política de justice, pag.81s. http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/livro-iii-leis-civis-e/consolidacao-processo/codigo-processo-civil/downloadFile/file/CODIGO_PROCESSO_CIVIL_VF.pdf?nocache=1286970369.12,最后访问日期:2015年3月31日。

但单纯的“扬善”肯定不够,必须配以“惩恶”。于是,第 456 条规定了恶信诉讼中的“恶信”的概念,其辞曰:①当事人出于恶信进行诉讼者,应被处罚金。②以故意或重过失实施如下行为者,为恶信诉讼人:a.提出无依据之主张或反对,而此等人不应不知此等主张或反对并无依据;b.歪曲对案件裁判属重要事实之真相,或隐瞒对案件裁判重要之事实;c.严重不履行合作义务;d.为达到非法目的以明显可受非议之方式采用诉讼程序或诉讼手段,或妨碍发现事实真相、阻碍法院工作,或无充分理由拖延裁判之确定。③不论案件利益值及因所作之裁判丧失之利益值为何,对恶信诉讼人所作之判处,均可提起上诉,但仅可上诉至上一级法院。第 457 条规定了恶信诉讼人的赔偿内容,其辞曰:①赔偿费由以下项目构成:a.偿还因诉讼人之恶信导致他方当事人所作之开支,包括诉讼代理人或技术员之服务费;b.偿还上述费用及因诉讼人之恶信而对他方当事人造成的直接或间接损失。②法官根据恶信诉讼人之行为选择认为最适当之赔偿方式,且必须订定一定金额。③如未具备立即在判决中订定损害赔偿金额所需之资料,则在听取双方当事人之意见后,作出谨慎裁断,订定认为合理之金额,并可将当事人提出之开支及服务费用之款项缩减至合理范围。④律师费须直接向诉讼代理人支付,但当事人指明已向其代理人支付的除外。第 458 条规定了诉讼代理人的滥诉责任:如当事人为无行为能力人、社团(Pessoa coletiva)或公司,则诉讼费用、罚金及损害赔偿之责任由进行恶信诉讼之代理人承担。第 459 条规定了滥诉律师的纪律责任和赔偿责任。其辞曰:如证实当事人之诉讼代理人对其在案件中的恶信行为负有个人责任,则知会此等事实于律师协会或初级律师协会(Câmara dos Solicitador — es),以对其适用有关的制裁,并判处该诉讼代理人就诉讼费用、罚金及损害赔偿负担被视为合理之份额。

可以说,上述葡萄牙打击滥诉和滥用程序的规定是迄今为止考察过的国家中规定最详细的,撇开那些一望而知的规定不谈,我只列举几项明显不见于其他立法例的规定。它们有:①允许被判处恶信诉讼者上诉,但只允许上诉一次(第 456 条),这样就在防止出错与限制可能的滥诉者的权利之间维持了一种均衡。②滥诉赔偿内容包括技工的费用。这里的“技工”,可能指鉴定人员,例如,滥诉人否定文件的真实性可能导致额外的鉴定费用(第 457 条)。③滥诉人要赔偿的损失不仅包括直接的,而且包括间接的,后者的纳入加大了打击滥诉的力度,并增加了法官的自由裁量空间,因为间接损失的把握是很有主观性的(第 457 条)。④被确定的滥诉方直接支付相对人的律师费,如果相对人已付律师费的,则付给相对人。前种情况应该是通例,后种情况是例外。这意味着当事人可以与律师约定在本案是否存在滥诉情事得到确定后才支付律师费(第 457 条)。⑤考虑到了法人的滥诉问题,规定由此等法人的法定代表人承担滥诉责任(第 458 条)。

顺便指出,上述规定大多为作为《葡萄牙民事诉讼法典》衍生物的 1999 年《澳门民事诉讼法典》承袭。就关于滥诉和滥用程序的正面规定而言,《葡萄牙民事诉讼法典》的第 266 条相当于《澳门民事诉讼法典》的第 8 条,第 266A 条相当于第 9 条,第 266B 条相当于第 10 条,但《澳门民事诉讼法典》并非完全照搬母本,而是有所变通和调整。例如,把处在第 266 条以下位置

的上述规定移到了第一编“基本规定”的位置,^[67]以昭重视。另外,对母本的规定,在基本照搬的前提下也有所删减,例如,母本的第266B条有四款,《澳门民事诉讼法典》只保留了前两款。就关于滥诉和滥用程序的反面规定而言,《葡萄牙民事诉讼法典》的第456条相当于《澳门民事诉讼法典》的第385条。第457条相当于第386条。第458条相当于第387条。第459条相当于第388条。当然,澳门法在继受葡萄牙的上述规定时略有增删,例如,第458条中的“社团或公司”被澳门改成了“法人”。第459条中的“律师协会或初级律师协会”被澳门改成了“代表律师之机构”。^[68]在我国,懂葡萄牙语的人毕竟少,所以,《澳门民事诉讼法典》中中文化的《葡萄牙民事诉讼法典》关于滥诉和滥用程序的精致规定,可比较容易成为我国立法者、学者的借鉴对象。

(二)拉美代表性国家的规定

如下国家各自为世界贡献了一部模范民法典,因此把它们确定为拉美的代表性国家。^[69]

1. 阿根廷法

1981年版的《阿根廷民商诉讼法典》第45条第1款规定:当任何一方当事人被宣告其在诉讼中的行为为滥诉或恶意诉讼时,法官可课加此等当事人或其律师或两者共同承担的罚金。其金额相当于诉讼标的的10—50%。在诉讼标的不能承受金钱估价的情形,此等罚金额不得超过5万比索。罚金额应归他方当事人。如果罚金的请求是一方当事人提出的,应将此等请求转告他方当事人后方为决定。^[70]本条的第一个特点是法官依职权追究滥诉并追究责任。此等责任由罚金构成,罚金额与诉讼标的额挂钩,相当于诉讼标的的10—50%,这显然是罗马法中的原被告赌誓制度的痕迹。第二个特点是区分财产型案件和人身型案件定滥诉罚金额,对于前种案型,按诉讼标的的比例定罚金,对于后种案型,脱离标的额定罚金,但规定了上限。这一规定具有《十二表法》第二表第1a条的精神。第三个特点是把律师业看作滥诉的主体,在构成滥诉时罚及律师。

2. 巴西法

2015年3月16日的《巴西新民事诉讼法典》按较早的《葡萄牙民事诉讼法典》的路径分正反两个方面规定滥诉和滥用程序问题。让我们先看其正面规定。首先是原则性的规定,有如第5条:以任何形式参与诉讼的人都必须以诚信方式行事。这是对诉讼诚信原则的确立。又有如第6条:所有的诉讼主体都应彼此合作,以求在一个合理的期间内取得公正和有效的判决。从这两条中我们不难看出1999年葡萄牙立法的痕迹,似乎一些好的法律原则和制度可以

[67] 参见印务局:《民事诉讼法典》(第1—100条),<http://bo.io.gov.mo/bo/i/99/40/codprocivcn/cod-prociv-0001.asp>,最后访问日期:2015年3月31日。

[68] 同上注。

[69] 关于拉美三大模范民法典的说法,参见徐国栋:《比较法视野中的民法典编纂》(一),北京大学出版社2007年版,页2,229。

[70] Véase CODIGO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION, <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16547/texact.htm#3>,最后访问日期:2015年3月30日。

在葡萄牙语世界中方便地流通。其次是具体性的规定。第三编(诉讼主体)第一题(当事人与律师)第二章的标题是“当事人及其律师的义务”。该章的第一节规定“义务”。其中的第 77 条展开诉讼诚信原则,规定了当事人及其律师的义务为:①按照真相在庭审中陈述事实;②不在明知其无理的情况下提出请求或抗辩;③不提交为宣示或保卫权利在实践中无用的或不必要的证据和文件;④不折不扣地执行法院的临时的或终局的决定,不为其实施制造麻烦;⑤在开始涉讼的第一时间提供可以接受传票的家庭或营业所地址,并在有任何临时的或永久的改变的情况下更新此等信息;⑥不对争议的事实或权利状态进行非法的更动。违反第 4 款和第 6 款的,构成故意侵犯司法尊严,根据行为的严重程度,处占案件标的额的 20% 以下的罚金,并且不排除行为人的刑事责任。如果案件价值低微或不可估价,罚金按最低工资的 10 倍确定。对违反第 6 款的当事人,法官还可禁止他在庭审中发言,直到他消除了侵犯司法尊严的意图。〔71〕

其次让我们看其反面规定。第三编第一题第二章第二节的标题是“当事人的诉讼损害责任”,这一名称明确把诉讼损害作为侵权行为的一种类型打击之。该节包括 3 条。第 79 条规定:原告、被告、诉讼参与人恶信诉讼的,应就其造成的损失和损害承担责任。第 80 条规定:有下列行为者视为恶信诉讼人:①不顾法律的明示文句或无可争议的事实提出请求或抗辩;②改变事实的真相;③利用诉讼达到非法目的;④提出不正当的反对阻碍程序的进行;⑤以鲁莽的方式提出任何附带诉讼或实施任何诉讼行为;⑥提起明显无根据的附带诉讼;⑦出于明显的拖延目的提起上诉。第 81 条规定:①法官依职权或依请求判处恶信诉讼人支付罚金,此等罚金应高于诉讼标的价值的 1%,低于此等价值的 10%,此等罚金用来赔偿他方当事人遭受的损害、律师费和所有发生的费用。②如果恶信诉讼人有两个或更多,法官应按他们中每人在有关案件中利益的比例判处他们各自承担的罚金额,或判处他们连带对相对人的损害承担责任。③如果案件的标的微不足道或不可估价,此等罚金可减少到最低工资额的 10 倍。④赔偿金额由法官确定,如不能确定此等金额,通过仲裁确定,或通过本诉中的共同诉讼确定。〔72〕

严格说来,巴西法反滥诉和滥用程序的正反规定是插花设置的,在正面规定性的第 77 条就规定了罚则,然后又在反面规定性的第 81 条再规定罚则,这样的处置不甚协调。尽管如此,巴西法对于滥诉和滥用程序还是作出了一些与众不同的规定,例如:①把不及时给法院提供精确的送达地址作为一种滥诉行为看待(第 77 条);②规定了滥诉者承担刑事责任的可能(第 77 条)。第一种课加刑事责任的情形是拒不履行法院判决裁定,各国多如此规定,无甚新意。第二种课加刑事责任的情形是篡改事实使审判机关陷入错误,这就有点新意了。按现行《巴西刑法典》第 347 条的规定,此等情形的责任人承担的刑责如下:①在民事诉讼或行政诉讼系属期间,人为地改变地方、事物或人的状况,以图引导法官或鉴定人陷入错误的,处 3 个月到 2 年的

〔71〕 Ver LEI 13.105/2015 (LEI ORDINÁRIA) 2015-03-16, <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/3/art20150317-03.pdf>,最后访问日期:2015 年 3 月 30 日。

〔72〕 Ibid.

徒刑,并处罚金。②如果此等改变旨在刑事诉讼中产生效果,即使此等诉讼尚未启动,上述惩罚加倍执行。^{〔73〕}③区分经济性的案件和非经济性的案件(例如追索抚养费的案件)定滥诉罚金,前者按诉讼标的的20%以下定,后者按最低工资的10倍定,这样安排比较人道。④明确把司法尊严列为滥诉的犯罪客体。⑤创立禁止发言的制裁滥诉方式。

3. 智利法

智利现行的民事诉讼法典生效于1903年。从2006年起,开始制定新的民事诉讼法典,目前有2012年草案。按照通例,老的民事诉讼法典通常对滥诉和滥用程序规定甚少,新近的立法则加强这一方面,所以,只拟介绍《智利民事诉讼法典草案》中关于滥诉和滥用程序的规定。第5条规定:“①当事人、其代理人以及所有的诉讼参与人都应诚信行事;②法院应依职权或依请求根据具体情况阻止、矫正、惩罚所有的包含诈欺、滥用程序、通谋、朝三暮四的行为和不行,任何其他的违法或拖延行为,以及任何以其他方式违反诚信的行为。”^{〔74〕}第50条规定:“①终审判决执行完毕6个月、或审判已终止、或继续此等审判已不可能,胜诉的当事人可以向审理一审或具有专属管辖权的同一法院要求其相对人赔偿他发动的恶信诉讼或鲁莽诉讼给他造成的损失和损害;②此等审判按简易程序进行,亲自通知被请求人到庭后才可作出决定。”^{〔75〕}上述规定在时间上属于最新,但在内容上新意不多。还是采取《十二表法》创立的“一案两审”路径。法院在审结一案后应当事人的请求审理滥诉问题,此等审理采用简易程序似乎是对于滥诉人的一个惩罚。

六、中国法中的滥诉问题

长期以来,中国是滥诉者的天堂。王斐宏认为,在中国,滥诉有以下形态:①原告主体资格不适格,即原告主张了不属于自己的权利;②错列被告;③随意追加第三人;④滥用反诉权;⑤以拖延一审判决进入执行程序为目的上诉;⑥利用再审程序无理缠讼;⑦时效超过仍起诉;⑧明知自己无理,为拖累对方起诉;⑨为抢当原告起诉。^{〔76〕}显然,上述行为都属于原告,既有滥诉的成分,也有滥用程序的成分。例如,第3、4、5种行为就明显属于滥用程序。其中的一些滥诉行为不见于国外的立法例,例如为抢当原告起诉、随意追加第三人,它们构成中国式滥诉行为。

〔73〕 Ver Código Penal Brasil, http://www.oas.org/juridico/mla/pt/bra/pt_bra-int-text-cp.pdf, 最后访问日期:2015年4月5日。

〔74〕 Véase MENSAJE DE S.E. EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA CON EL QUE INICIA UN PROYECTO DE LEY QUE ESTABLECE EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CIVIL, Santiago, 12 de Marzo 2012, pag. 43. <http://www.reformaprocesalcivil.cl/wp-content/uploads/2012/07/PCPC-2012-8597-07.pdf>, 最后访问日期:2015年4月1日。

〔75〕 Ibid.

〔76〕 参见王斐宏:“诉权的维护及其限制——兼论建立我国滥诉赔偿制度的必要性”,《人大研究》2003年第6期,页33—34。

在中国,滥诉的渠道多元(除了法院的渠道还有信访的渠道,后者的利用者的行为可称之为“滥访”),对滥诉的预防只有“原就被”的管辖原则。对滥诉者的制裁只有诉讼费承担等,滥诉者甚至不用承担受害人的律师费。而且法律不打击滥诉律师,事实上,律师是主要的滥诉引擎。种种对滥诉者的宽容,催生出“法闹”〔77〕阶级。

这里举两个“法闹”的例子。例一是在离婚过程中以诉讼折腾小康的小罗。小罗与小康曾为夫妻。在婚姻存续期间,小罗出轨被小康发现,小康遂到处宣扬此事。两人闹离婚,小康愿意撤诉,此时小罗不干,以诉讼折腾小康,依次以民间借贷、借款、所有权纠纷等名义起诉小康 27 次。审结 21 场,法院最终判决两人离婚。〔78〕

例二是打官司上瘾的诉讼狂人成都铁路分局职工杨立荣。他在 1997 年打第一起官司,到 2011 年,已打了 50 余起,凡能告的就告。能打 10 次,绝不打 9 次半。生活中只有三件事:吃饭、睡觉、打官司。〔79〕这个例子告诉我们,法院没有任何措施过滤杨立荣的不当诉讼请求,有招必接,无论正邪。

法学界痛感滥诉之恶。2013 年 9 月 1 日,中国政法大学、西北政法大学、《市场观察》杂志社在京联合举办了“恶意诉讼的治理与防范法律研讨会”探讨对恶意诉讼的惩治。〔80〕不到一年,2014 年 2 月 16 日,这三家单位又在京联合举办了第二届“恶意诉讼的治理与防范法律研讨会”。会议的结论是:审判机关要严格立案审查、审慎采取保全措施、认真按照审判流程操作、力争避免超审限审理,把公开、公正的司法理念贯彻始终。对于确认的恶意诉讼案件当事人,不能让其以败诉或者撤诉了事,必须依法追究其法律责任,所以,应增加立法内容,将惩罚性赔偿规范其中。〔81〕

经学界的呼吁,新版的《民事诉讼法》(2013 年 1 月 1 日起实施)开始对滥诉有极为贫弱的规定。新闻界欢呼滥诉者要担刑责了,但中国新近的反滥诉规定的涵盖面很小,只有 3 项举措。

首先,在第 13 条第 1 款规定:“民事诉讼应当遵循诚实信用原则”。这个原则很好,它要求当事人和律师具有诉讼诚信,即在确信自己有理的情况下才发动诉讼或应诉。但这个原则需

〔77〕 这是我在自己切身的被滥诉经历中于 2010 年 7 月 16 日比照“医闹”一词打造出来的新词(<http://www.54zz.com/view-photo/5114899.html>,最后访问日期:2015 年 4 月 10 日)。次年用于我的著作中,见前注〔55〕,页 566。但该词不止我一个人使用,另外的使用例,参见杰克鸿飞 2015 年 1 月 21 日的博文:“让‘医闹’汗颜的‘法闹’”,http://blog.sina.com.cn/s/blog_4b4c3ed40102_vj1x.html,最后访问日期:2015 年 4 月 10 日。

〔78〕 参见卢燕:“男子闹离婚仗着不差钱恶意诉讼,打 27 场官司”,<http://sh.sina.com.cn/news/s/2013-08-23/085558970.html>,最后访问日期:2014 年 4 月 1 日。

〔79〕 参见潘牧天:《民事诉权滥用的侵权责任》,黑龙江大学 2011 年博士学位论文,页 7。

〔80〕 参见林平:“恶意诉讼治理与防范研讨会在京召开”,http://news.jcrb.com/jxsw/201309/t20130901_1193288.html,最后访问日期:2015 年 3 月 29 日。

〔81〕 参见陆中秋:“第二届恶意诉讼的治理与防范研讨会在京举办”,http://www.chinadaily.com.cn/dfpd/2014-02/17/content_17287307.htm,最后访问日期:2015 年 3 月 29 日。

要许多的具体规定落实。

第二,第112条打击诉讼过程中当事人与第三人通谋转移财产损害相对人利益的行为,其辞曰:当事人之间恶意串通,企图通过诉讼、调解等方式逃避债务、侵占他人财产的,人民法院应当驳回其请求,并根据情节轻重予以罚款、拘留;构成犯罪的,依法追究刑事责任。本条打击的对象有如,在离婚案件中,一方当事人为了达到多分共同财产的目的,在离婚诉讼前与他人恶意串通、虚构债务,并以判决或者调解书的形式确认。或在继承纠纷中,继承人与案外人串通,虚构被继承人的债务,假借判决、调解书转移遗产。或者,当事人为逃避自身债务,与他人串通虚构债务,通过法院判决或者调解书转移财产。又或者,当事人为逃避债务,与他人串通订立虚假抵押合同,侵害普通债权人的债权。再或者,有的公司法定代表人与他人串通,通过诉讼转移公司财产等。^{〔82〕}这个条文的有意思之处是规定了法院可以依职权打击滥诉,而且可以采取程序性的处罚措施(罚款、拘留)。最后,严重的可以导致刑事责任。

第三,第113条打击执行过程中的当事人与第三人通谋转移财产损害相对人利益的行为,其辞曰:被执行人与他人恶意串通,通过诉讼、仲裁等方式逃避履行法律文书确定的义务的,人民法院应当根据情节轻重予以罚款、拘留;构成犯罪的,依法追究刑事责任。本条的适用案例有:甲酒店须向乙公司支付欠款300万元。在对甲酒店员工薪资欠款执行完毕后,法院决定将对甲酒店保全财产中所剩余的200万元发放给乙公司。然而,此时,14名甲酒店的员工拿着劳动仲裁调解书申请执行,执行标的也是200万元。经查明,这14名员工是甲酒店的“讼托”。甲酒店欠他们的薪是虚构的,他们虚构劳动仲裁案件就是为了干扰乙公司的执行请求。^{〔83〕}

不难看出,以上两个条文都是保全诉讼标的,不过涉及不同的司法阶段而已。我对它们的评价是:只打击滥用程序,未打击滥诉。只围绕诉讼标的和执行标的考虑打击滥诉问题,忽略了滥诉可能给被害人造成的财产和精神损害,以及其本身具有的藐视司法的性质并进行相关打击。在我看来,滥诉有两个受害人,一个是滥诉者的相对人,另一个是司法制度的尊严和正常运转,我国立法者似乎尚未认识到第二个滥诉受害人。

七、结论和建议

观察从三个时期的罗马法处理滥诉和滥用程序的经验到现代拉丁法族国家处理同样问题的经验发展,可以发现这样一些进化:宣誓的预防手段消失了,这体现的是一个从运用宗教性力量到单纯利用世俗力量的过程。抗辩作为对抗滥诉和滥用程序的手段消失了,抗辩的本质是自力救济在公力救济框架内的存在,当对抗制诉讼完全被纠问制诉讼取代时,它的阳寿也就

〔82〕 参见《中华人民共和国民事诉讼法(2012修正)释义》(第2版),第112条释义,http://vip.chinalawinfo.com/newlaw2002/SLC/SLC_SiyItem.asp?Db=SyItem&Gid=838871489,最后访问日期:2015年4月10日。

〔83〕 参见彭菲、杨长平:“自导自演打‘官司’,竟是为‘合法’躲债务”,载《厦门晚报》2014年11月24日,第A8版。

尽了。诬告反坐式的打击滥诉措施消失了,尽管仍保留在刑法中,这跟有关不法行为在现代法中被移归刑法调整有关。滥诉免责制度消失了,或许应该说是转型了,因为现代诉讼法中有诉讼行为能力制度承担罗马人的对应制度的功能。

但罗马法的一些有价值的东西保留下来。首先是《十二表法》开创的“一案两审”体制,按照此制,败诉的一方被推定为滥诉,法院可依职权或依请求另案审理之,并作出对滥诉受害人的损害赔偿。不同在于,有的国家把败诉等同于滥诉,有的国家只惩罚有滥诉故意的败诉者。其次是赌誓制度,现代法把它转型为按标的的一定百分比作为滥诉罚金赔偿受害人的制度。再次是区分案件是否具有经济性从而确定对滥诉人不同的金钱制裁标准的制度。最后是惩罚滥诉律师的制度,这差不多为所有本文考察过的拉丁法族国家的立法例所继承。

在罗马法经验的基础上,现代法有不少发展。其一,把滥诉和滥用程序侵权行为化,巴西法在这方面做得比较典型,明确建立了“当事人的诉讼损害责任”制度。罗马法尽管采取“一案两审”体制,第二个“审”就是审滥诉人要赔多少,但毕竟没有把滥诉定为一种侵权行为类型。进而,巴西法还把滥诉行为犯罪化了,定拒不执行法院判决裁定和改变案件事实的行为为犯罪。前种案型还属老生常谈,后种案型则有相当的原创性。其二,把行业公会的纪律制裁增加在制裁滥诉律师的手段中。最后但并非最次要的是,现代法把对滥诉和滥用程序的遏制正反规定化了,这是相对于罗马法只在这方面做反面规定而言的,现代法除了保留这方面的规定外,还设立了正面规定,规定了诉讼诚信原则作为判断诉讼行为正当性的标准。葡萄牙法以及追随它的澳门法在这一方向上走得最远:除诚信原则外还确立了合作原则,并罗列了一系列当事人和其他诉讼参与人的义务。我理解,立法者的意图是左旋右抽,通过正面引导和强力打击两手共同遏制滥诉和滥用程序行为。

观我国 2013 年版的《民事诉讼法》关于打击滥诉的规定,发现只有确立诉讼诚信原则符合罗马法传统,其他两项规定颇有中国特色,基本不为罗马法传统中的立法例所关注。说“基本”,乃因为《智利民事诉讼法典草案》第 5 条提到的“通谋”可能与第 112 条的规定相切。不能说第 112 条没有价值,但它和第 113 条一样,都旨在保全诉讼标的,前者在诉讼的阶段谋求此等保全,后者在执行阶段做同样的事。可以说,前者是间接保障执行,后者是直接保障执行。对执行的保障,是强制执行法的问题,我国没有独立于民事诉讼法的强制执行法,所以,把应该在强制执行法中作出的规定放在民事诉讼法中了,由此造成了我国打击滥诉的规定与罗马法传统中的相应规定的不一致。

既然如此,如何强化通常意义上的民事诉讼法中打击滥诉和滥用程序的规定,就成为一个紧迫的问题。对此,我根据罗马法传统国家的经验,提出如下原则性的建议:①不光要打击滥诉,而且要打击滥用程序。②不光打击当事人的滥诉和滥用程序,而且打击律师的同样作为。③确立“一案两审”的原则,由此,败诉被推定为滥诉,败诉人承担证明自己无滥诉故意或重过失的责任;同样,上诉和申诉失败被推定为滥诉,上诉人和申诉人承担前述败诉人承担的举证责任;④明确滥诉和滥用程序的侵害客体有司法尊严和相对人两个,滥诉人对前者承担罚金,对后者承担损害赔偿,由此达成“一行两罚”的体制;⑤把滥访作为滥诉的一种类型进行打击,

信访启动了复查程序而未达成信访人寻求的结果的,按滥诉处理。⑥建立预防滥诉和滥用程序的正面规则体系,在诉讼诚信原则之后规定具体的诉讼参与人义务规则体系。⑦尝试征收诉讼担保,可以占标的金额的1/3;⑧对于滥诉和滥用程序的罚金区分经济案件和人身案件征收,前高后低;⑨明确滥诉和滥用程序是一种独立的侵权行为,在修订《侵权责任法》时补充这一类型并确定合理的损害赔偿制度设计。⑩对于严重的滥诉和滥用程序行为犯罪化,与刑法配合打击。⑪打击第三人滥诉。⑫考虑法人滥诉的责任承担问题。

上述建议十分粗线条。不妨把它们理解为向未来的滥诉和滥用程序问题的立法者、司法者和研究者建议的问题域。换言之,考虑并回应了这些问题,一种对滥诉和滥用程序问题的处理方案才可谓周全,不然,就处在“世人皆醒我独痴”的境地了。

Abstract: Abuse of action and abuse of process are ancient legal phenomenon, Twelve Table Law, Gaius Institutions and Justinian's Institutions, respectively, reflect the methods adopted by legislators in different times for preventing and striking such evil, and they have great impact on the relevant legislation of countries of Latin juridical family of today's time. However, these countries' legislation has made some innovation, such as using positive provisions to deal with the issue of abuse of action and abuse of process, defining the abuse of action and abuse of process as a kind of tort, and even criminalizing them, and so on. The provisions of anti-abuse of action recently adopted by the Civil Procedure Law of China focus on the issue of preserving the subject matter of litigation, and these provisions basically do not have a corresponding relationship with the relative provisions of the countries with Roman law tradition. In order to establishing an institution of anti-abuse of action and abuse of process with international standards, the Chinese lawyers must consider and respond at least 12 questions that are brought to us by the countries with Roman law tradition.

Key Words: Abuse of Action; Abuse of Procedure; Twelve Table Law; Institutes; Countries of Latin Juridical Family

(责任编辑:薛 军)