

论虚假诉讼的识别及其规制

——以最高人民法院2016年第68号指导案例为例

时 怡^[1]

【摘要】 虚假诉讼在司法实践中大量存在,侵蚀了法庭的权威。尽管立法者通过立法的完善对剔除该畸形现象的用意已跃然纸上,但目前存在的种种现实问题使我们不得不反思现行虚假诉讼的识别难问题及其制度缺陷。因此结合虚假诉讼制度的现实困境并针对性地对第68号指导案例进行梳理分析,进而提出审慎识别虚假诉讼、扩大虚假诉讼规制范围、提高违法成本,建立事中救济机制、引入案外人提起损害赔偿之诉的救济途径的建议。

【关键词】 虚假诉讼 识别 诈害防止参加 案外人赔偿之诉

2012年《民事诉讼法》修改,在第13条新增诚实信用原则,第112、113条规定虚假诉讼,第56条第3款新增第三人撤销之诉,形成了以诚实信用为基础、串通型虚假诉讼为中心、第三人撤销之诉为辅助的虚假诉讼规制体系。^[2]2015年《刑法修正案(九)》(下简称《刑九》)在刑法第307条后增加一条作为虚假诉讼罪的刑法依据,从而实现了刑民衔接。2016年《最高人民法院关于防范和制裁虚假诉讼的指导意见》(下简称《指导意见》)出台、《最高人民法院关于发布第14批指导性案例的通知》将以虚假诉讼为案由的“上海欧宝科技有限公司(下简称O公司)诉辽宁特莱维置业发展有限公司(下简称T公司)企业借贷纠纷案”吸收为指导案例,体现了司法防范和应对虚假诉讼的高压态势。因此,现阶段研究虚假诉讼的识别及其制度完善具有重要意义。

一、问题的提出

根据《民事诉讼法》第2条的规定,民事诉讼以保护当事人行使诉权、督促法院正确行使审判权、解决民事纠纷和制裁民事违法行为为己任。因此,民事诉讼作为定纷止争的重要途径,使权利人能够通过诉权的行使启动法院行使审判权,并期待法院做出对自己有利的审判结果。但是,在当事人为维护自己的合法权益行使诉权的同时,也有人受不法利益驱使,瞄准机会异化诉讼功能,恶意利用程序制度,不仅侵害了他人的合法权益,而且破坏了法律的秩序价值和社会稳定,影响了司法的权威性。这种通过“合法”的民事程序谋求非法利益的虚假诉讼行为,在实践中按照被害人是

[1] 时怡:南京财经大学法学院2017级民商法专业硕士研究生。

[2] 参见牛玉兵、董家友:《民事恶意诉讼的司法规制——以我国新〈民事诉讼法〉为中心考察》,《法学杂志》2015年第2期,第114页。

否是诉讼当事人,可分为两种类型四种具体情形:一类是被害人不是当事人,下分为串通型、串通逃避执行型、规避政策型;第二类是被害人是当事人,即单方实施型虚假诉讼。^[3]

2012 年修改的《民事诉讼法》为了规制在实践中大量存在的这种不正当诉讼状态,吸纳了上述第一类虚假诉讼的前两种情形,并以诚信原则兜底,增设案外第三人的救济途径,形成了较为周全的虚假诉讼规制体系。但是笔者在裁判文书网中以“虚假诉讼”为案由进行检索,虚假诉讼案件非但没有逐年减少,反而呈现逐年激增的态势。导致这种情势的原因,除 2015 年推行的立案登记制使得民事诉讼案件的受理大为简便以外,我们还不得不反思现行虚假诉讼识别的困难以及立法规制的不足。虽然 2015 年《刑九》解决了刑民衔接问题,但目前存在的虚假诉讼识别难、规制范围窄、违法成本低、事中救济机制缺乏、案外人提起损害赔偿之诉的救济途径欠缺等问题,仍为虚假诉讼大开便利之门。因此,笔者对第 68 号指导案例进行梳理分析,以其中的审判经验为指引,对虚假诉讼的识别及其法律规制问题进行思考,提出了一些不成熟的见解,供大家批判参考。

二、第 68 号指导案例的梳理与评析

最高人民法院 2016 年第 68 号指导案例,对于我们研究虚假诉讼的识别及其规制问题,具有重要的指导价值。该案的审理分为原审、再审、上诉审三个阶段,对其具体案情梳理,审判过程大致如下:曲叶丽作为控股股东的 O 公司起诉王作新(曲丽叶的丈夫)作为实际控制股东的 T 公司偿还借款 8650 万元人民币,因 T 公司无力偿还借款本息,辽宁省高级人民法院在审理过程中对 T 公司开发的地产项目进行了财产保全,并于 2011 年 3 月做出原审判决,判决原告胜诉,进入执行程序。执行中, O 公司不同意法院拍卖,而是申请法院逐套解封房产从而使 T 公司能够继续销售,并以销售款进行清偿。与此同时,案外人谢涛作为 T 公司开发地产项目投资人的权益受到侵害,他认为原审中原被告存在虚假诉讼行为,遂向辽宁省高级人民法院提出再审申请。辽宁省高级人民法院进入再审后于 2012 年 1 月做出再审裁判,推翻了原判决,驳回原告诉讼请求。尽管 O 公司不服再审判决结果上诉至最高人民法院,最高人民法院在经法庭审理后于 2015 年 10 月做出终审裁判,认定本案为虚假诉讼驳回上诉,维持原判,同时做出各罚款 50 万元的罚款决定。^[4] 历经四年,该案终尘埃落定且被吸纳为指导案例。笔者通过分析法官的裁判理由尝试总结实践中虚假诉讼的识别方法及其规制手段,同时对法官的裁判行为加以评析。

首先,在虚假诉讼的识别上,法官从当事人身份到他们对案件结果的利害再到证据真实性,层层抽丝剥茧,还原案件真相。由于曲丽叶和王作新的夫妻关系的存在,两公司属夫妻共同财产,且两公司员工有混同使用的现象,使得最高院最终识别原被告公司实际上均由王作新一人控制。一个诉讼中的当事人双方是利益对立、行为对抗的,因此依当事人主义、自认制度、辩论原则,能够最大程度还原案件事实。但是本文研究的虚假诉讼类型中,原被告或因合谋或因本身所具有的密切身份关系而利益牵连、行为瓜葛,与案件结果均有同向的关系。诉讼不诚信,诉讼当事人的对抗性消失,诉讼机制因此失真。^[5] 从诉讼两造入手,分析其本身的联系及对案件结果是否存在共同的希望倾向,可以为我们初步识别案件是否存在虚假诉讼现象提供参考依据。但是,单纯的当事人身份利害关系并不能作为直接断定虚假诉讼的依据,法院做出裁判应以事实为依据,以法律为准绳。《最高人民法院关于适用〈民事诉讼法〉的解释》第 109 条规定了虚假诉讼的证明标准为“排除合理怀疑”,

[3] 参见张艳:《虚假诉讼类型化研究与现行法规定之检讨——以法院裁判的案件为中心》,《政治与法律》2016 年第 7 期,第 152 页。

[4] 参见指导案例 68 号:上海欧宝生物科技有限公司诉辽宁特莱维置业发展有限公司企业借贷纠纷案。<http://www.court.gov.cn/shenpan-xiangqing-27841.html>, 2018 年 11 月 17 日访问。

[5] 参见许光勇:《虚假诉讼的识别与查证》,《中国检察官》2018 年第 14 期,第 33 页。

高于一般案件的“高度盖然性”标准。因此，分析证据的真实性、合理性、合法性就显得尤为重要。本案中，最高人民法院分别从借款合意的形成过程、借款时间、借款金额、资金往来情况、关联公司的转账情况、借款用途以及两公司在诉讼和执行中的行为入手，经过严格审查发现其诉讼请求与相关证据之间存在矛盾，当事人的言行有违常理，得出当事人存在虚假诉讼的情形。本案是关于借贷纠纷的虚假诉讼，因此法官以借款为中心进行摸排发现借贷关系是虚假的，不仅具有虚假诉讼的高度盖然性，还排除了合理怀疑。同时应当看到本案是通过案外第三人的申诉才使得虚假诉讼浮出水面，但在通常的案件中，法官只能在涉及国家利益、社会公共利益之时才可依职权主动调查取证。同时依据不告不理原则，法官也只能在诉讼请求范围内做出裁判。法官审判权利的此种被动性使得虚假诉讼隐蔽性大为增强。在源头上铲除虚假诉讼存在障碍，当事人抱着侥幸的心理大行其道、受害人只能通过事后救济途径维护自己的权益，虚假诉讼识别机制的缺陷亟待解决。

其次，对于虚假诉讼的现行法规制，惩罚力度有待进一步提高。《民事诉讼法》“对妨害民事诉讼的强制措施”章中规定，对构成虚假诉讼的，法院有权驳回请求并予以罚款、拘留并追究刑事责任。《刑法》中虚假诉讼罪的法定刑最高为七年有期徒刑并处罚金。由于本案发生在虚假诉讼罪出台之前，法院仅判决驳回原告诉讼请求并对双方当事人进行罚款。而《民事诉讼法》第115条规定的民事罚款金额为个人罚款10万以下，单位罚款5万以上100万以下。落实到本案，诉讼标的远远超过罚款上限，对8000多万诉讼标的违法案件仅处以50万元的罚款，只能说是微乎其微，远不能达到威慑不法分子的应有力度。在虚假诉讼罪出台之后，由于刑法的谦抑性，只有严重程度较高的情形才可追究刑责。违法成本的低廉、缺乏案外人提起损害赔偿之诉的救济途径、以及立法对其余两种虚假诉讼情形规定的缺失，使得虚假诉讼问题屡禁不止，侵害公民、社会的利益，损害司法权威。

通过对该指导案例的梳理分析，可以看到虚假诉讼所面临的问题比我们想象的更为严峻，为了司法的天平不为一己私利充当度量衡，须在理论上明晰虚假诉讼的识别问题并对现有的相关制度进行全面完善。

三、虚假诉讼的识别

各级法院在实践中面临重大虚假诉讼嫌疑时，应做到审慎识别。虚假诉讼识别难的问题是不法分子铤而走险，进行串通型虚假诉讼的重要原因。串通型虚假诉讼由于诉讼两造的事先通谋，在诉讼过程中精心配合，对诉讼结果的共同期望使得扮演被告的一方极易自认或是原告方爽快的接受调解协议，诉讼程序的顺利进行、案结事了，审判权也已经不知不觉落入了不法分子的圈套。因此若原被告之间存在特殊、密切的关系，且均对诉讼结果有着共同期望，以及符合《指导意见》中列明的注意情形，即出现重大虚假诉讼嫌疑时，各级法院的法官应借鉴指导案例中法官的做法，依职权调查相关证据、详细询问当事人，特别注意对双方争议事实在诉讼中的证明和认定。在举证、质证和示证环节，仔细审查证据的真实性、合理性、合法性，审慎判断当事人的自认行为及达成调解协议的行为等是否存在问题。

司法需要“循名责实”，求真是司法的基础过程。^[6]为了强化法院职权调查的责任，可以设置专门的调查程序，通过专门程序的启动中止案件的审理以寻求真相，降低虚假诉讼的识别难度。^[7]当然，在有重大虚假诉讼嫌疑时，建立严格的司法能动探知机制使法官能够依职权调查证据的同时，法官对当事人诉权行为的限制应当也必须是有节制的。为了保障审判中立以及当事人职权主义下诉权行使的主导地位、当事人正当诉讼技巧的运用及应对客观上某些当事人诉讼能力的匮乏，法官依职权

[6] 洪冬英：《论虚假诉讼的厘定与规制——兼谈规制虚假诉讼的刑民事程序协调》，《法学》2016年第11期，第138页。

[7] 参见纪格非：《民事虚假诉讼治理思路的再思考》，《交大法学》2017年第2期，第29页。

调查证据必须仍是在合理的怀疑的前提下做出的,专门调查程序的启动起的作用只能是强化法官的调查责任、降低识别虚假诉讼的难度。针对目前实践中案多人少、调撤率及结案率对虚假诉讼识别的影响,笔者建议建立虚假诉讼识别奖励机制,对识破虚假诉讼有功的法官予以一定的精神和物质奖励,鼓励法官提高自身业务素质。法院在受理案件后应针对性的对诉权的行使向当事人进行充分释明,在受理后及审理中对存在重大嫌疑的诉讼进行审慎识别从而将虚假诉讼扼杀在摇篮之中。同时,对于发现法官在识破虚假诉讼现象中有重大过失或故意的,应予以严惩,以弘扬正气,激励进取。

四、规制虚假诉讼的制度建议

(一) 扩大虚假诉讼规制范围

正如上文提及的,2012 年修改后的《民事诉讼法》仅仅吸收了串通型虚假诉讼以及串通逃避执行型虚假诉讼。对于规制范围上的不足这一点,学者纷纷提出扩大虚假诉讼规制范围的研究建议,但事实是,2017 年对《民事诉讼法》再一次修改时仍然未对其做出改变。《指导意见》在解释虚假诉讼时将规避政策型虚假诉讼纳入虚假诉讼的范围,从而形成了对双方串通型虚假诉讼的完整规制,但效力层级较低,应在民诉法或司法解释中收纳规避政策型虚假诉讼;此外,实践中大量单方实施型虚假诉讼,例如:虚构纠纷申请法院保全对方财产使其陷入营业困境、谎称对方住址不明而获得缺席判的利益等,不能得到立法的专项规制显然有失妥当,现行民诉法对虚假诉讼的规制存在着范围过窄的问题。

单方型虚假诉讼与双方串通型虚假诉讼在严重程度相当,同样不仅侵害他人的合法权益、破坏社会诚信,也扰乱了正常的诉讼程序,损害司法公信力。案外人诉讼中当事人的合法权益是平等的,理应在对串通型虚假诉讼专门规制后不对单方实施型虚假诉讼予以规制。此外,据学者统计:实践中,一方当事人实施的虚假诉讼行为,远远多于双方实施的虚假诉讼行为。^[8]司法实践中,法院也倾向将当事人的所有虚假行为均界定为“虚假诉讼”,适用《民事诉讼法》第 112 条,并不关注当事人所实施的虚假行为是否属于“恶意串通”行为的一个部分。^[9]因此,笔者建议同样在《民事诉讼法》或司法解释中对单方型虚假诉讼做出相应安排,从而对虚假诉讼形成全方位的规制。此外,《刑九》虚假诉讼罪将虚假诉讼界定为“捏造事实进行诉讼”。将单方型虚假诉讼纳入民诉法的规制范围,也能更好地实现刑民衔接。

(二) 提高违法成本

采取民事强制措施的目的是威慑潜在违法者,使其自觉遵守法律。《民事诉讼法》第 112、113 条规定了罚款和拘留的民事强制措施,威慑虚假诉讼行为人。但是,司法实践中,对虚假诉讼行为一般仅处以罚款,且罚款的案例并不普遍,罚款数额也较低,通常不足标的额的 5%。^[10]民事强制措施在遏制虚假诉讼的逐利性上难以发挥很大作用。在第 68 号指导案例中,面对 8650 万元虚假诉讼标的的罚款仅为 50 万元,那么就可以想象对于诉讼标的额较小的案件,罚款金额更是微乎其微且更不会受到拘留的惩罚,同时由于严重程度不能达到《刑法》的规制程度也不会承担刑事责任。《民事诉讼法》第 112 条、113 条的法律威慑效果何在?因此,笔者认为在《刑九》仅对于严重程度较高的虚假诉讼归为虚假诉讼罪并处以刑事责任的前提下,对于严重程度较低的虚假诉讼案件,有必要突破既有的罚款数额限制,提高其民事违法成本。

具体而言,可以参照域外法的经验。罗马法规定滥诉者承担标的额 10% 的罚金,《阿根廷民商

[8] 参见前引[3],张艳文,第 158 页。

[9] 前引[7],纪格非文,第 24 页。

[10] 熊跃敏、梁喆旒:《虚假诉讼的识别与规制——以裁判文书为中心的考察》,《国家检察官学院学报》2018 年第 3 期,第 167 页。

诉讼法典》规定承担标的额 10%-30% 的罚金、《法国新民事诉讼法》规定承担 100 法郎到 10000 法郎的民事罚款，同时不影响损害赔偿的要求等，都给了我们有益的参考。^[11]笔者认为，可以借鉴阿根廷立法规定，对于虚假诉讼的侵害人处以标的额 10%-30% 的罚款，这一惩罚力度较为严格，更能威慑虚假诉讼案件的当事人；同时又规定了一个罚款区间，限制了法官的自由裁量权，法官在做出处罚决定时应根据诉讼标的额、损害后果的严重性等做到具体案件具体分析。同时借鉴法国立法规定，在对虚假诉讼当事人处以民事罚款之余，允许受害人提出损害赔偿，因为这更能对侵害人形成严厉的惩戒。此外，拘留这一民事强制措施也应更多的适用于虚假诉讼的规制。“治乱世用重典”，在虚假诉讼高发的现今社会，提高违法成本，“重其所重”是应有之义。

（三）建立事中救济机制

从现行法可知，受害人对于虚假诉讼的救济途径有再审、第三人撤销之诉、执行异议之诉三种，但它们显然都是在虚假诉讼发生后、损害成为定格之后的救济途径。由于我国现行《民事诉讼法》第 56 条第 1、2 款规定的第三人制度是“封闭”的，有独三制度要求对诉讼标的有独立的诉讼请求、无独三制度则要求与案件的处理结果有直接的牵连，因此在很多情形下不能用于救济虚假诉讼进程中双方当事人串通损害案外第三人合法权益的情形。所以，笔者建议可以参考域外法的经验，如法国的自愿参加制度、日本的独立参加制度以及我国台湾地区的主参加制度，设立诈害防止的第三人诉讼参加制度。^[12]在具体的制度设计上，放宽无独立请求权的第三人的参诉条件，因诉讼当事人恶意串通而合法权益受损的第三人也可以由法院依职权通知，进而形成三方共同诉讼的构造；引入诈害防止参加制度，虚假诉讼的受害人成为第三人撤销制度的主体，也能解决现行第三人撤销制度主体封闭、第三人撤销之诉适用率低，难以发挥立法目的的困境；^[13]通知合法权益将因虚假诉讼受损的第三人参加诉讼，与民事诉讼法的基本原理贴合，利益对抗性使得当事人主义的诉讼模式得以维持，从而有效制衡各方的权利、节约司法资源并能够及时救济案外人的损害。^[14]除设立诈害防止的第三人参加制度，为充分激活民事诉讼程序本身的机能，有效抑制虚假诉讼的蔓延态势，还需建立专门的调查程序审慎识别虚假诉讼。在调查程序中发现虚假诉讼行为的，在立案审查阶段发现的裁定不予受理；在实体阶段发现的则分为两种情况，有案外人的与诈害防止参加制度相链接，通知案外第三人参加诉讼，没有案外人的则由法官依职权调查。程序控制可以有效弥补条件控制的片面与僵化。^[15]这样的制度构建，可以及时有效地切断虚假诉讼的恶化，激活诉讼机能，维护司法的权威，保护公民、法人的合法利益。

（四）引入案外人提起损害赔偿之诉的救济途径

正如上文提及，违法成本的低廉使得虚假诉讼当事人反复的挑战法律的底线，这与案外人不能提起损害赔偿之诉密切相关。^[16]根据“有损失有补偿”的法学基本原理，以及域外在对虚假诉讼的当事人进行公法上的制裁的同时允许案外人提出损害赔偿之诉的先例，引入案外人提起损害赔偿之诉是行得通的。其解决了违法成本不高、司法资源被浪费、因寻求救济而增加权益受侵害者的诉讼成本的困境。同时，有学者指出损害赔偿之诉的提起应有实体法上的依据，因此须增加虚假诉讼侵

[11] 参见肖建华：《论恶意诉讼及其法律规制》，《中国人民大学学报》2012 年第 4 期，第 15 页。

[12] 宋朝武：《新〈民事诉讼法〉视野下的恶意诉讼规制》，《现代法学》2014 年第 6 期，第 192 页。

[13] 第三人撤销之诉是在比较以另行起诉与再审的方式救济第三人的优劣后做出的，再审的启动程序困难、另行起诉则面临管辖与生效裁判的问题，因此规定第三人撤销之诉，旨在对未能参加诉讼又无法通过执行异议对自己的权益救济时提供一种行之有效的救济途径。参见全国人大常委会法制工作委员会民法室：《2012 民事诉讼法修改决定条文解释》，中国法制出版社 2012 年版，第 61 页。

[14] 参见吴泽勇：《民事诉讼法理背景下的虚假诉讼规制》，《交大法学》2017 年第 2 期，第 15 页。

[15] 朱颖秀：《民是虚假诉讼识别的二元控制模式研究》，《北京社会科学》2019 年第 1 期，第 102 页。

[16] 《指导意见》第 12 条虽突破性的规定了虚假诉讼参与人应承担赔偿责任，但是它作为最高人民法院出台的规范性文件，效力层级较低，在实践中很难直接适用。

权行为的规定。^[17]笔者赞成这种观点,虚假诉讼符合侵权行为的构成要件,受害人因虚假诉讼行为人的故意行为遭受人身或财产的损害。因此,完全可以明确虚假诉讼的侵权责任,使侵权损害赔偿之诉成为有“根”之诉,这也有利于对虚假诉讼形成双重的、系统的规制。具体说来,在实体法上增加虚假诉讼的侵权责任制度一来能够提高违法成本,使不法分子“望而却步”;二来能够使受害人的损失得到更直接有效的私权救济,因为当前罚款、拘留的民事强制措施和刑事责任都是对公权的救济,再审、执行异议之诉和第三人撤销之诉的维权成本又相对较高,诉讼效率也较低。

因此,笔者建议将虚假诉讼规定为一种独立的侵权行为并明确规定其侵权责任,确立虚假诉讼的侵权损害赔偿机制。同时,需要注意的一点是,诉讼当事人受法律知识和专业技能的限制,提供不实证据可能只是无意之举。所以,为了鼓励当事人积极捍卫自己的权益,虚假诉讼的过错责任应以故意为限,以免误判。

五、结语

近年来我国民事和刑事法律都对虚假诉讼进行了立法建构,并且还由最高人民法院发布了相关指导意见及指导案例,以应对虚假诉讼的高发态势。但从实践上看,收效并不明显。因此,对于民事虚假诉讼的识别及其法律规制仍有进一步完善的空间。笔者在对虚假诉讼频发问题的成因做了探索总结及结合对最高人民法院第 68 号指导案例的梳理分析,针对各个问题逐一提出了完善之策,期冀对民事虚假诉讼的识别及其法律规制的完善,减少虚假诉讼案件的发生有所贡献。当然,仅有制度完善显然是不够的,杜绝虚假诉讼制度还需整个社会信用体系的完善及律师队伍道德建设的加强等。笔者相信,通过大家共同努力,虚假诉讼这个畸形的司法现象终会得到彻底剔除。

(责任编辑:孙午生)

【Abstract】 False litigation widely exists in judicial practice and erodes the authority of the court. Although the legislator's intention to eliminate this abnormal phenomenon through the perfection of legislation has leaped to paper, we have to rethink the hard problems with identifying the current false litigation system and its system defects because of various practical problems. Therefore, with a combination with the practical dilemma of the false litigation system and targeted analysis of No. 68 guiding cases, the paper aims to put forward some suggestions on a prudent identification of false litigation, expanding the scope of false litigation regulation, increasing the cost of violations, establishing a relief mechanism in the event and introducing a way of relief for damages by outsiders.

【Keywords】 false litigation, identification, fraud prevention, outsider compensation lawsuit

[17] 参见骆东平、刘道炎、崔晓辉:《民事虚假诉讼规制研究》,《三峡大学学报》(人文社会科学版)2018年第1期,第86页。