

示范诉讼探析

——兼论与我国代表人诉讼的关系

杨永娣 张 迅

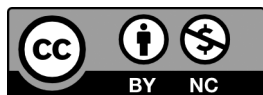
上海政法学院，上海

摘 要 | 经济社会的快速发展使解决群体性纠纷的形式多样化，我国除了适用代表人诉讼外，实践中还有不少示范诉讼的运用。通过对示范诉讼的基础理论的梳理，论证了示范诉讼在多元纠纷解决路径中特有的价值功能。在厘清登记程序的效果、代表人和示范案件的选择、审理方式、判决效力、与代表人诉讼的关系后，尝试从宏观层面提出按照人数数量是否确定和纠纷范围，选择或结合适用示范诉讼和代表人诉讼的方案。

关键词 | 示范诉讼；代表人诉讼；选择适用

Copyright © 2021 by author (s) and SciScan Publishing Limited

This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License. <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>



一、问题提出

在群体性诉讼的解决方式中，除了集团诉讼、团体诉讼、代表人诉讼等还有较为边缘但对纠纷解决亦发挥较大作用的示范诉讼。尽管我国在法律层面规定了解决群体性诉讼的代表人诉讼制度，但是实践中利用示范诉讼解决纠纷的情况屡见不鲜。2019 年 1 月 16 日上海金融法院制定发布了《上海金融法院关于证券纠

作者简介：杨永娣，上海政法学院，2019 级硕士研究生，研究方向：诉讼法学；张迅，上海政法学院，2019 级硕士研究生，研究方向：诉讼法学。

文章引用：杨永娣，张迅. 示范诉讼探析——兼论与我国代表人诉讼的关系[J]. 法学进展，2021，3（3）：155-167.

<https://doi.org/10.35534/al.0303017>

纷示范判决机制的规定》是我国首次明确规定示范判决机制的文件。基础理论的充分讨论有利于为法律制定和司法实践提供指引。示范诉讼内涵和外延有何特殊性？其在解决群体性纠纷中又有什么价值功能？示范诉讼和代表人诉讼的关系和法院的适用选择又有何特殊性？本文尝试就以上问题进行探讨，以期抛砖引玉。

二、示范诉讼基础理论

（一）示范诉讼概念

“示范诉讼”，一般又称“试验诉讼”。另外可见“实验诉讼”“样板诉讼”“范式诉讼”“模型诉讼”等称谓。根据《巴郎法律词典》，示范诉讼是（Test Case/Action）一个为了试验一部法律或者一个法律原则的效力的诉讼。通常，该案件是许多未决类似案件中的一个，由于其事实最能代表该问题，因此在其他案件中优先进行裁决。通常这个案件是由对该法律效力的确定有诉之利益的团体提出。此类案件受到案情或争议原则的限制，禁止当事人双方在庭前进行合谋诉讼^①。此解释与《布莱克法律词典》^②和《元照英美法律词典》^③有相同之处，都将此制度二分解释，一是为了确立法律原则或权利而诉，二是由于案情最具代表而先行审理发挥其约束效力。上述两种示范性诉讼的区别在于：前者是创设一般性的法律原则和权利，主要存在于法院可以创设先例的英美法系国家；后者则是解决具体的纠纷。我们通常所说的示范性诉讼，主要指的是后者^④。

根据《现代汉语词典》释义，“实验”一词为动词时指为了检验某种科学理论或假设而进行某种操作或从事某种活动；作名词时指实验工作。由于诉讼是司法机关在案件当事人和其他有关人民的参与下，依照法定程序解决案件所进行的活动。诉讼虽然也遵守一定的程序规则，但和检验某种科学活动的实验有所不同，称之为“实验诉讼”有些欠妥。其次，“试验”一词作动词指为了察看某事的结果或某物的性能而从事某种活动。“试验诉讼”即为了察看某一

① 格菲斯. 巴郎法律词典 [M]. 蒋新苗等, 译. 北京: 中国法制出版社, 2012: 671.

② Bryan A. Black's Law Dictionary [M]. Garner Thomson West, 2004: 228.

③ 薛波. 元照英美法律词典 [M]. 北京: 法律出版社, 2003: 1339.

④ 杨严炎. 示范诉讼的分析与借鉴 [J]. 法学, 2007 (3): 131-137.

同类的案件的结果,而选取个别案件现行审理的活动。用“试验”一词强调的是诉讼的结果,是为了验证。“试验诉讼”强调的是案件的结果,用此定义非不可行,但是不周全。再次,“样板”为名词时,指板状的样品;还有指用来检验工件的板状工具;另外比喻学习的榜样。此词词义相比前文的“实验”或“试验”要容易辨析很多,若站在参照的意义,榜样一词似有其意。但此类优先审理的案件所发挥的作用更多是中性的作用,用积极的榜样一词,感情色彩不符。而将其视为检验其他案件的工具来说,此类诉讼虽无具体样态,但也在一定程度发挥工具的效用,只不过将其冠以“样板”之名,多了一些固定样式和呆板印象,少了一些诉讼的灵活和变通。然后是“模型”,其为名词,一类指依照实物的形状和结构按比例制成的物品;一类指铸造中制砂型用的工具,大小形状和要制造的铸件相同;一类是用压制或浇灌的方法使材料成为一定形状的工具,通常称为模子;另一类指数学公式或图形等显示事务的抽象结构或系统。可以看出,其通性在于其量度功能,固定性和模式化是其特征。“模型诉讼”“样板诉讼”相同,体现得是其作为样式标准工具功能,体现的只是此类诉讼的一个侧面。再看“示范”的“示”意思为把实物摆出来或指出来使人指导,表示的意思。示范作为动词意指做出某种可供大家学习的典范。示例为动词时则为举出或做出具有代表性的例子之意,为名词时即为举出的例子^①。“示范诉讼”不仅有一种结果导向和参照效能,还体现了前面词语所没有表达出的特性即典型性。这种定义不仅仅是体现诉讼结果的示例指导功能,还体现了案例选择的代表性要求,这是这类诉讼的本质体现。相比以上其他词语,“示范诉讼”的表达更具科学性。因此,本文中文采用示范诉讼的表述。

关于示范诉讼的定义,国内学者大多引用的是台湾学者沈冠伶的阐释,其认为某一诉讼之纷争事实与其他(多数)事件之事实主要大部分相同,该诉讼事件经过法院裁判后,其结果成为其他事件在诉讼上或诉讼外处理之依据,此判决可称为示范判决^②。此定义指出示范诉讼所具备的要素即纷争事实和其他案件的纷

① 中国社会科学院语言研究所词典编辑室. 现代汉语词典[Z]. 北京:商务出版社,2016:1520,1186,1191,1196.

② 沈冠伶. 诉讼权保障与裁判外纷争处理[M]. 北京:北京大学出版社,2006:210.

争事实的部分相同性,并且明确了其判决的效用即结果作为其他案件处理的依据。但是部分用词还是存在一些模糊性,“纷争事实”是指案件的争议焦点吗?还是指案件事实的发展脉络?这里的“结果”是指裁判文书的哪个部分呢?是最后对当事人民事责任的判定部分,还是裁判理由说理,或是判决主文呢?

范愉认为,所谓“试验性诉讼”或“典型诉讼”,是指一部分成员作为原告与其他成员之间尽管没有法律上的代表关系,但可以期待他们进行的诉讼能够给其他成员也带来某种共同的效果^①。其是站在不同案件当事人之间的法律关系特征来阐述判决效果,即示范案件与非示范案件的当事人虽没有代表关系,但是却可“期待”法律效果的适用。这里是以一种积极的态度来看示范诉讼,直接忽略示范判决可能存在的败诉情况。

学者郑妮分别从简化定义和细化定义来阐述,从简化来看示范诉讼是指通过当事人协议或法官依职权指定,在具有共通事实或法律问题且处于未决状态的多数人诉讼案件中,选取一宗或几宗诉讼案件进行审理,以其诉讼结果作为其余相同或类似事件纷争处理之样本。从细化来看,认为范诉讼是指在多数人诉讼中,由多数纷争当事人协议选定或由法院依职权指定,从存在具有共通事实问题与法律问题的数个案件当中,选出一个或几个未决案件作为示范诉讼,若选择的案件由当事人协议选定,则法院依职权对该协议是否有损其他案件当事人的利益进行审查,并且由当事人约定在示范裁决确定前,其他未起诉的当事人暂不起诉,已提起诉讼者,则停止进行,待法院作出示范裁决之后,以该判决作为其他同类纷争解决之准据^②。总的来看,与其他学者的不同之处在于,一方面通过将示范诉讼的模式类型融入概念进行二分定义,另一方面以程序运作的动态特征即示范诉讼优先审理来定义,较为合理和周全^③。

(二) 示范诉讼的特征

关于沈冠伶学者的分类,根据示范诉讼契约之当事人间的关系将示范诉讼分

① 范愉. 集团诉讼问题研究 [M]. 北京: 北京大学出版社, 2005: 44.

② 郑妮. 示范诉讼制度研究 [D]. 西南政法大学, 2010.

③ 另有学者虽未明确对示范诉讼的概念下定义,但是也从其解决群体诉讼功能的角度对示范诉讼进行了阐述。另参见杨严炎. 示范诉讼的分析与借鉴 [J]. 法学, 2007 (3): 131-137; 肖建国. 民事公益诉讼的基本模式研究——以中美德三国为中心的比较法考察 [J]. 中国法学, 2007 (5): 129-146.

为一部请求型、先决关系型、同类纷争型。基于本篇文章行文目的,是将示范诉讼用于群体性纠纷的解决。部分请求型在我国司法实践中,当事人仅主张部分诉讼主张,法官可行使释明权,鉴于权利保护和纠纷一次性解决的考虑,当事人不可另行起诉。而先决关系型,如保证人和债权人之间适用债务人和债权人之间的诉讼,按照大陆法系既判力理论,在此类诉讼中保证人是第三人的诉讼地位,应受既判力主观范围的约束。故以下仅以解决同类纷争型来阐述示范诉讼的特征。

1. 案件批量性和共通性

适用示范诉讼的解决群体性纠纷的场合里,其必然要满足群体性诉讼的部分特征。一方面,所涉及的当事人人数众多,此处的人数众多是相对于单一被告方来说^①,其面临的是众多不同案件的原告方的救济。对法院放方来说其面临的是数量众多的案件,可能分批次收案立案,但仍存在潜在未起诉者,但案件的原告方或被告的一方存在当事人相同的情形。另一方面,仅满足案件众多还需构成适用示范诉讼的其他要件,案情还要有共同性。无论是证券欺诈导致的侵权群体救济,还是房地产开发合同导致的违约救济。案件都满足具备同种类的诉讼标的,即这些案件都有共通的事实问题和法律适用问题。

2. 案件选择的典型性

示范诉讼的案件的选,需要体现众多相同或相似案件的共同特征。示范诉讼的审理会选择一个或者几个案件作为示范案件。案件的选择需要考虑众多案件所提的特征,可能是诉讼请求的不同,可能是存在争点的不同等。必要时需要将纠纷案件分层抽样,在每一层选取适当若干案件进行审理。目的只为在示范诉讼中,能将纠纷所涵盖的事实问题和法律问题争议所涵盖,实现充分代表和反应共通特征。

3. 个案审理和程序优先性

将选择好的案件作为示范案件作为个案优先审理是为发挥示范判决效力扩张的逻辑前提。即使站在不同的示范诉讼类型的角度,两种类型的示范诉讼都须将示范案件优先审理。契约型示范诉讼中,当事人在诉讼契约里约定在示范判决确

^① 这里暂且认为群体性纠纷里,相对固定的是被告方,如证券侵权案件中的上市公司。当然除此之外不排除可能存在原告方相对固定,其面临不同起诉被告方的情形。

定前,其他未起诉的暂不起诉,已经提起诉讼的则停止进行。职权型示范诉讼,法院则依职权行使之。然而,即使以契约的形式约定诉讼的停止却仍要依靠法院的诉讼指挥权的发挥。而当事人没有缔结契约的情况下,法院仍然会遵守这一程序运作。故为了集中资源审理示范案件,其他案件暂停审理是必然的。只不过契约型当事人的默契和意思表示的一致恰好涉及且达成了这一考量。

4. 判决效力示范性

在同种类诉讼标的众多案件中,选择具有典型性的案件进行个案式优先审理,目的就是为发挥判决的示范效力。这种示范效力一方面是适用于已经起诉的平行案件;另一方面是发挥其预测功能,对于诉外未起诉的当事人对其救济的程度有参照指导作用,并以此促进诉外当事人之间的调解和和解。关于示范判决发生效力扩张的法理,还需进一步以既判力视角来探讨之,限于篇幅,本文不深入讨论。

(三) 示范诉讼的价值功能

1. 促进多元化纠纷解决

就选取的示范案件的个案来说,案件当事人在法院和其他诉讼参与人的参与下,对证据材料的进行举证和质证,对案件事实和法律适用进行主张和抗辩。双方当事人行使诉讼权利和履行诉讼义务,完整的走过整个程序。法院对达到民事诉讼证明标准的诉讼请求判令支持,对达不到证明标准和案件事实和真伪不明的诉讼请求进行驳回,完成当事人的实体救济和程序保障。

就其他平行案件来说,法院对具有共通的案件事实和法律问题的示范案件审理后,其示范判决对其他平行案件具有示范作用。无论是原告方还是被告方,通过对示范判决的研读和参考,对自己可以获得的救济程度和承担民事责任的程度都有了较为清晰的认识。在此基础上,其他平行案件,为了诉讼的时间成本考量或者是涉诉企业的声誉等因素,双方当事人通常更愿意达成和解或调解。案外未起诉的其他自然和法人或非法人组织,也会依据示范判决与对方积极协商^①。这成为促进多元化纠纷解决提供了契机,有利于诉讼经济和社会和谐。

^① 如证券侵权示范诉讼,目前我国已有法院出台相关规定,对依示范判决的示范效果,进行和解和调解的其他平行案件,进行诉讼费用的免收或减收,这对促进多元化纠纷解决方式有较大的激励作用。另参见王彦明等:《中国示范诉讼制度的构建——以证券欺诈民事纠纷的应用为例》[J].《社会科学战线》,2019(2): 222-230;倪培根:《论我国证券期货纠纷示范判决机制的制度化展开》[J].《河北法学》,2019(4): 72-87。

2. 补充代表人诉讼

法院适用代表人诉讼的顾虑在于,一方面基于大规模的登记公告,使的人数不确定的群体性纠纷群体尽可能地进行登记,加入诉讼系属,尽可能地穷尽登记转化为人数确定的诉讼。由于代表人诉讼的程序设计,加入诉讼系属的众多当事人不便于法院实施诉讼程序的指挥。此外,媒体的跟风报道,加重了民意对司法的影响和关注,无形之中对法院公正判处案件造成困扰。法院职能从中立的审理案件纠纷,可能会向维护社会稳定和潜移默化的迎合民意要求等方面偏移。另一方面,基于我国的考核机制来说,群体性案件的案件数计算等规则在短时间无法改变。法院宁愿将案件分批次分别审理,也不愿集纠纷当事人于代表人诉讼于一体来进行合并审理。毕竟在各个法院人均办案量激增和数量众多的情况下,法官的办案数量是考核法院业务能力的重要指标。

示范诉讼的适用恰好可以补充代表人诉讼的部分“缺陷”。选取的示范案例的个案审理,不会涉及大量案件的当事人,法院可以花更多的诉讼资源精细化审理,也便于法院诉讼指挥权的发挥。此外,通过示范判决的示范作用,法院可以充分发挥案件调解机制,不仅利于纠纷的和平解决而且不影响法官的考核计算,可谓一举两得。

3. 兼具效率和公正

对当事人来说,可以节约诉讼成本。经济类案件的诉讼费用的收取和案件标的额之间相关,败诉方通常要承担案件的诉讼费用。选取典型性案件作为示范案件,所涉案的诉讼标的数额较小和相对固定。若被告胜诉,则那些平行案件和未起诉的观望者会进行价值衡量是否继续诉讼。若被告败诉,则其会更加积极地进行诉讼和解和调解,以便解决重复性的诉讼费用支出。除此之外,案件的鉴定费,专家辅助人费等其他诉讼支出费用都将大大降低,这在诉讼经济方面,效益颇多。

就公正而言,典型诉讼的精细化审理,法官无论是在事实审查还是在法律适用上,都会投入更多诉讼资源;对当事人诉讼程序的保障上亦会如此。所谓的精细化审理最终都将落实到裁判文书说理上,示范判决的公开性,透明性,严谨性相对于一般案件而言,将会大幅提升,充分发挥其示范效应。

三、我国代表人诉讼和示范诉讼

(一) 示范诉讼的模式选择

契约型示范诉讼,是在起诉之前或者诉讼过程中,当事人双方达成示范诉讼契约,并以一系列协议为内容,约定双方当事人在示范诉讼之前、之中、之后享有和履行相关权利和义务的模式。这些协议包括选择示范案件协议、暂不起诉协议、停止诉讼协议、示范判决拘束协议、执行依据取得协议等。职权型示范诉讼则诉讼指挥权于法官控制,混合型则兼具契约型的特征和职权型的干预^①。

关于构建我国的示范诉讼的模式选择,有主张构建职权型示范诉讼,如齐树洁、徐雁认为职权型示范诉讼与我国司法需求之间具有一定程度的亲合性。原因在于我国群体纠纷多发生于弱势群体一方,有一定公益诉讼的意味,如业主与开发商或物业公司之间^②。另有学者以中立的角度不做选择,如俞惠斌其认为为了提高诉讼效率,当事人可以协商订立“停止诉争协议”等。而在示范案件的选择上,法院依据职权选择之^③。实际上有种混合模式的意味。同样实务者刘毅、张谷认为在示范案件的选择上尊重当事人的协议的同时,更多依靠法官依职权选定。其站在当事人诉讼素养和诉讼能力的现实来考量。其本质上是混合式,不过非要分个偏好的话,作者基于我国司法现实,在特定社会现状下更主张职权型。^④个别学者主张建立示范诉讼时在程序设置上重点参考契约型示范诉讼,但对于选择契约型诉讼的原因未作详述。^⑤还有一些学者对基于中立的态度来评判,对我国示范诉讼模式的选择并未提出明确主张。^⑥从学者们的主张来看,也可见在制度构建和实践应用中,并非和理论一样一一对应和择一用之的

① 郑妮. 范诉讼制度研究 [D]. 西南政法大学, 2010.

② 齐树洁, 徐雁. 群体诉讼的困境与出路: 示范诉讼制度的建构 [J]. 中州学刊, 2009 (1): 75-79.

③ 俞惠斌. 示范诉讼的价值再塑与实践考察 [J]. 北方法学, 2009 (6): 106-115.

④ 刘毅, 张谷. 示范诉讼及其在我国审判实践中的运用 [J]. 人民司法, 2009 (11): 44-50.

⑤ 胡军辉. 对我国建立民事示范诉讼制度的思考 [J]. 中国青年政治学院学报, 2010 (1): 106-110.

⑥ 杨严炎. 多元化群体诉讼制度研究 [J]. 东方法学, 2008 (1): 145-153.

关系。恰恰相反的是,在不同的制度方面,要灵活构建,以避免贯彻某一模式的弊端,以协同的方式运作,可能会发挥最大的效用。

适用示范案件解决群体纠纷最具争议且最需要阐述的在于其的效力扩张性。然后这个并非只限于示范诉讼所诟病,美国的集团诉讼和其他国家的群体性诉讼同样存在。美国集团诉讼的“退出制”“二次退出制”等,都是为当事人受判决效力拘束提供依据。契约型示范诉讼相比于职权示范诉讼型,更体现当事人的主体地位,将其实体权利和程序权利的处分让渡于选定的示范案件,并为示范判决的效力扩张提供了依据。但这也是及于签订示范契约,原意受示范契约约束的当事人来说的,对于那些未签订未登记而后向法院起诉的当事人来说,仍然会面对判决效力如何扩张的问题。故此,无论是契约型还是职权型,都无法对那些未登记的人受判决拘束力影响提供很好的解释。模式是程序运作中的选择,而实践中真正重要的对示范案件的科学选择和最大限度保障当事人的程序和实体权利。

选择适用示范诉讼程序的基础在于存在同种类的诉讼标的的案件争议,在同类纷争型的群体诉讼中,由于涉案人数众多,案件数量极多,达成协议难度较大,耗时较多,有损示范诉讼的经济效率的程序价值。其一,从示范契约双方当事人来说,不仅需要原告与原告方之间达成协议,还需要原告方和被告方达成。不是简单的两方关系,人数众多的原告一方意思表示的一致便是一个不轻松的尝试。其二,从示范契约内容来看,草拟一份双方满意的协约,需要平衡好各方利益。尤其是对示范案件的选择,不但要考量成为示范案件优先审理的案件本身的典型性,还需考虑当事人的意愿。而这必将涉及诉讼费用的负担,案件代理人的委托等因素的影响,进一步使契约协议达成复杂化。其三,虽示范契约可在诉讼前或诉讼后达成,为了使更多人得知示范诉讼,都需要借助登记公共这一程序步骤。从这点看,所谓的示范契约也不过使部分人协商或妥协的结果,在达成协议后,由更多人参与进来罢了。

关于职权型示范诉讼,由于法院是受理案件方,当受理同种类纠纷且出现数量众多时,便有了群体诉讼的意识,并且经过审查判断,会决定采用示范诉讼的形式。其一,关于示范案件的选择。即使是职权型,为了避免当事人对示范判决的不服,法院在选择示范判决时必然会关注当事人的意见,包

括将成为示范案件的当事人亦包括已经进入诉讼系属没成为示范案件的当事人，不仅仅是原告方，被告方的意见法院都会给予关注。由于示范判决的示范效，双方当事人和法院都会谨慎则之，给予最大的关注。其二，示范案件优先审理，其他已经起诉的暂停审理，这些无论是在示范契约中约定的事项还是职权型不用约定的程序操作事项，本质上是法院职权范围内的。即使是示范契约约定，法院在诉讼程序中也会审查。若是合理的程序操作，即使不约定法院也会适用，因为法院本身是诉讼指挥的主体。而示范案件优先审理，其他案件暂停审理也是诉讼逻辑上的要求。关于契约约定的未起诉的暂不起诉，在职权型示范诉讼中，即使起诉也不会对示范案件的审理产生影响。法院会做好登记，待示范案件审理完毕再行处理。其三，契约型诉讼中对示范案件当事人有较多的限制，可能存在限制当事人和解和调解的情况。在职权型诉讼中，法院可将在示范诉讼中有和解和调解的案件排除在示范案件外，重新选定即可。

由此可见，即使是完全的契约型示范诉讼模式，在程序运作的部分阶段，仍少不了法院的职权审查和辅助。当事人意思表示的一致限度要受到示范诉讼理念的拘束。而完全的职权型诉讼，亦不可能脱离对当事人双方意思表达的无视，其职权裁量本身需要多方考量，而这多方因素里少不了当事人的意思表示。可以说，示范诉讼模式的选择不可单一模式的选择，应是混合式的融合。理论上的分类和实践上的选择不能完全一致。但是鉴于我国的司法实际，诉讼契约的效力性，根据诉权公法说和诉权私法说存在争议。司法实践中，对诉讼契约的效力认定也存在混乱。因此在解决群体性纠纷时，发挥法官的诉讼指挥权和释明义务，在案件推进、选择、方式上和当事人协同推进较为合适。

（二）示范诉讼和代表人诉讼关系

在同类纷争诉讼中，代表人诉讼^①和示范诉讼都能发挥解决纠纷和提高诉讼效率的功能。但为何法院在实践中，存在愿意舍弃立法有明文规定的代表人诉讼制度

^① 此处及后文使用的代表人诉讼仅指《中华人民共和国民事诉讼法》第54条规定的诉讼标的属于同一种类当事人人数众多的情形。

而转向适用示范诉讼呢?以下尝试分析示范诉讼和代表人诉讼的关系以解答之。

关于登记程序,示范诉讼和代表人诉讼都有登记公告程序,目的都是为了因同一类事实引起的纠纷当事人于法院进行权利登记,以便后续案件推进。不同之处在于,代表人诉讼案件的登记是为了让当事人加入诉讼系属,以当事人身份卷入诉讼之中。而示范诉讼虽进行登记,可暂时不进入诉讼系属,暂作为案件统计和群体纠纷的备案。

关于选定对象。其一,代表人诉讼进行的前提在于代表人的选定,代表人本身亦是当事人,可从登记的当事人中选定,并由其代表众多当事人进行诉讼。而示范诉讼选择的是案件,不是某一代表当事人。其二,示范代表人的诉讼行为对其所代表的当事人发生效力,但代表人变更、放弃诉讼请求或者承认对方当事人的诉讼请求,进行和解,必须经被代表的当事人同意。代表诉讼案件的代表人在诉讼中丧失部分作为“本案当事人”的权限,其公益胜过了私益;在示范诉讼中,案件当事人是为了自己的诉讼而救济,更多的是私益的维护,附带的是公益的功能。^①

关于审理方式,代表人诉讼是以诉的主观合并的方式,由代表人代表诉讼,合一审理的方式。示范诉讼是个案审理,分别审理,分别判决。从审理次数来看,代表人诉讼以一个整合的个案方式走过整个诉讼程序。示范诉讼选定的一个或多个案件,以每个案件独立的形式走过整个诉讼程序。

关于判决效力来看。在代表人诉讼中人民法院作出的判决、裁定,对参加登记的全体权利人发生法律效力。未参加登记的权利人在诉讼时效期间提起诉讼的,适用该判决、裁定。对于参加登记的权利人来说,其是当事人地位,受判决既判力主观范围的拘束自然受判决效力的拘束。因此,其只能接受判决的结果。而示范判决的效力其虽也发挥着示范效,但是其却可以以另一种方式。那些平行案件的当事人通过示范判决的结果对胜诉败诉,救济程度已有了解。基于时间、金钱^②

^① 这里排除那些在诉讼中以和解或调解结案的而被排除在示范诉讼中的案件。但是其他未适用调解或和解的示范案件,不能因为当事人没行使这种选择,而否定这种选择。而代表人诉讼是以法律行带来明确限定其诉讼权利的。

^② 已有法院如上海市金融法院,对登记的案件,以示范判决为指导来和解和调解给予诉讼费减免的规定。

耗费等考量,更愿意以和解调解方式结案。因为示范案件当事人以外的案外人,其可有二次选择解纷的机会。从这一点看,示范诉讼有比代表人诉讼更具灵活性。

(三) 示范诉讼和代表人诉讼的适用

对于人数众多,但数量具体明确的共同诉讼,如因公交事故引起的人数确定的合同违约或侵权救济所形成的小范围内的群体诉讼。虽数量较之一般诉讼案件来说较多,单由于其数量确定。此时法院可以选择代表人诉讼方式,进行案件统一登记和进行代表人选取。由于人数确定且数量未达到众多,一方面便于代表人的选择,同时也不影响法院诉讼指挥权的发挥。在这种情况下,当事人的诉讼权利保护的公正性得到更多的考量。

对于人数特别众多,且数量不确定的群体性纠纷来说。可以将示范诉讼和代表人诉讼相结合的分层式诉讼方式。根据已经向法院起诉的案件,就已经查明案情来看,法院可先选取有代表性的共同的案件进行优先审理,发挥其示范效应。对于原意适用示范判决的案件当事人分为一层直接适用示范判决的诉讼结果。对于依示范判决为指导的达成和解和调解的一层级,选择适用撤销案件或司法确认等程序。对于异议较大的一层级,可将之归为代表人诉讼层级,由其选代表人进行“二次”诉讼,以保障其诉讼权利。鉴于群体性诉讼基本基于相同的事实而引起,对于想借群体性诉讼的形式而“搭便车”维权的当事人来说,异议层一般不会发生。而且,在示范案件的审理中通过对第三人的诉讼程序权力的保障,亦可将异议层的观点进行审理和查明。

四、结语

对比于“试验”诉讼、“样板”诉讼等称谓,“示范”诉讼更能体现其制度特性。鉴于示范诉讼不但能补充代表人诉讼的不足,促进多元纠纷解决,实现诉讼效率和公正的程序价值,我国应探索建立符合国情的示范诉讼。本文尝试对示范诉讼的内涵、模式和与代表人诉讼的关系进行了探析,对与代表人诉讼的适用关系上进行了初步假设,以期引发学界对示范诉讼制度的探讨。

Analysis of Test litigation —also Discuss the Relationship With Representative Action in Our Country

Yang Yongdi Zhang Xun

Shanghai University of Political Science and Law, Shanghai

Abstract: With the rapid development of economy and society, the forms of solving group disputes are diversified. In addition to the application of representative litigation in China, there are many application of model litigation in practice. By combing the basic theory of the Test litigation, this paper demonstrates the unique value function of the Test litigation in the multiple dispute resolution path. After clarifying the relationship between representative litigation and the effect of registration procedure, the choice of representative and Test cases, trial mode and judgment effect, this paper tries to put forward the scheme of applying Test litigation and representative litigation according to whether the number of people is determined and the scope of dispute from the macro level.

Key words: Test litigation; Representative litigation; Choose to apply