

On System of Test Case

示范诉讼制度研究

郑妮 著

示范诉讼制度研究

On System of Test Case

郑妮 著



四川大学出版社

责任编辑:曾春宁 王小方(特邀)

责任校对:徐丹红

封面设计:米茄设计工作室

责任印制:李 平

图书在版编目(CIP)数据

示范诉讼制度研究 / 郑妮著. —成都:四川大学出版社, 2012. 8

ISBN 978-7-5614-6142-6

I. ①示… II. ①郑… III. ①诉讼—司法制度—研究—中国 IV. ①D925.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 207369 号

书名 示范诉讼制度研究

著 者	郑 妮
出 版	四川大学出版社
地 址	成都市一环路南一段 24 号 (610065)
发 行	四川大学出版社
书 号	ISBN 978-7-5614-6142-6
印 刷	三河市天润建兴印务有限公司
成品尺寸	148 mm×210 mm
印 张	7.625
字 数	205 千字
版 次	2014 年 4 月第 1 版
印 次	2014 年 4 月第 1 次印刷
定 价	45.00 元

版权所有◆侵权必究

◆读者邮购本书,请与本社发行科联系。
电话:(028)85408408/(028)85401670/
(028)85408023 邮政编码:610065

◆本社图书如有印装质量问题,请
寄回出版社调换。

◆网址:<http://www.scup.cn>

目 录

导 论	(1)
一、问题的缘起	(1)
二、本书的研究意义	(3)
三、本书的研究目的与主要内容	(5)
四、本书的研究方法	(7)
五、本书的研究创新	(8)
第一章 示范诉讼制度概述	(10)
第一节 示范诉讼的概念与特征	(10)
一、示范诉讼的概念辩证	(10)
二、示范诉讼的制度特征	(17)
第二节 示范诉讼的学理分类	(22)
一、一部请求型	(22)
二、先决关系型	(23)
三、同类纷争型	(24)
第三节 示范诉讼的制度边界	(25)
一、作为模式的示范诉讼与相关制度之区别	(25)
二、作为实验的示范诉讼与相关制度之区别	(31)
第四节 示范诉讼制度的历史沿革	(34)
第二章 示范诉讼制度之基础理论	(42)
第一节 示范诉讼法律关系理论	(42)

一、民事诉讼法律关系·····	(42)
二、示范诉讼主要法律关系·····	(45)
第二节 示范裁决效力扩张理论·····	(47)
一、既判力及效力扩张·····	(47)
二、示范裁决的效力扩张·····	(49)
第三节 示范诉讼模式理论·····	(51)
一、契约型示范诉讼模式·····	(51)
二、职权型示范诉讼模式·····	(53)
三、混合型示范诉讼模式·····	(55)
第四节 示范诉讼契约理论·····	(57)
一、诉讼契约·····	(58)
二、示范诉讼契约·····	(60)
第三章 示范诉讼样本之比较研究·····	(67)
第一节 英美法系的示范诉讼样本·····	(67)
一、英国样本·····	(67)
二、美国样本·····	(71)
第二节 大陆法系的示范诉讼样本·····	(78)
一、日本样本·····	(78)
二、德国样本·····	(81)
第三节 两大法系示范诉讼样本之比较·····	(103)
一、示范诉讼正当性的来源不同·····	(103)
二、示范诉讼模式的选择不同·····	(103)
三、示范诉讼启动的要件不同·····	(106)
四、示范诉讼适用的领域不同·····	(106)
五、对示范诉讼第三人的权利保障及示范裁判效力的 扩张不同·····	(107)
六、对示范诉讼费用的规定不同·····	(107)

第四章 示范诉讼制度之价值考量	(110)
第一节 示范诉讼的制度理性	(110)
一、示范诉讼——民事诉讼目的之体现.....	(110)
二、示范诉讼——现代型诉讼的高级形式.....	(112)
三、示范诉讼——解决群体性纠纷的新路径.....	(114)
第二节 示范诉讼制度的优势和劣势	(116)
一、示范诉讼制度的优势.....	(116)
二、示范诉讼制度的劣势.....	(121)
第三节 示范诉讼制度价值的延伸	(125)
一、发掘示范诉讼的公益价值.....	(125)
二、增强预防和救济功能.....	(127)
三、提倡适度司法能动主义.....	(127)
四、影响和改变公共政策的制定.....	(129)
第五章 引进示范诉讼制度之必要性与可行性考察	(131)
第一节 必要性：引进示范诉讼的动因	(131)
一、破除司法解决群体性纠纷之困境.....	(131)
二、弥补代表人诉讼制度之不足.....	(137)
三、社会和谐与诉讼经济之要求.....	(143)
四、契合多元化纠纷解决之理念.....	(144)
第二节 可行性：我国“准示范诉讼制度”的探索	(146)
一、实务运作的基础性.....	(146)
二、技术层面的可行性.....	(153)
三、法律继受上的亲和性.....	(154)
四、本土诉讼文化的适应性.....	(154)
第六章 我国示范诉讼制度之构建（上）	(157)
第一节 示范诉讼与代表人诉讼的关系定位	(157)
一、取代还是并存.....	(157)
二、渐进之策抑或长久之计.....	(159)

第二节 示范诉讼与其他群体诉讼制度的关系定位·····	(160)
一、关于引进示范诉讼与借鉴集团诉讼·····	(161)
二、关于引进示范诉讼与借鉴团体诉讼·····	(165)
三、关于引进示范诉讼与借鉴选定当事人诉讼·····	(167)
第三节 示范诉讼的其他定位问题·····	(168)
一、示范诉讼的模式选择·····	(168)
二、示范诉讼的样本参照·····	(171)
三、示范诉讼与案例指导的衔接·····	(172)
四、示范诉讼适用的领域·····	(173)
第七章 我国示范诉讼制度之构建(下)·····	(175)
第一节 示范诉讼的程序构造·····	(175)
一、示范诉讼的适用条件·····	(175)
二、示范诉讼的启动要件·····	(176)
三、示范案件的选取·····	(178)
四、示范案件的管辖·····	(180)
五、示范诉讼的公告和权利登记·····	(183)
六、示范诉讼的费用·····	(186)
七、示范裁决的效力扩张·····	(187)
八、示范诉讼第三人的权益保护·····	(188)
九、示范诉讼契约的适用·····	(191)
十、示范案件审理中的特殊问题·····	(192)
十一、示范案件的上诉·····	(195)
第二节 相关配套制度的构建·····	(196)
一、法院内部制度的改进·····	(197)
二、特殊案件适用举证责任倒置制度·····	(199)
三、建立强制律师代理制度及胜诉取酬制·····	(200)
四、建立示范诉讼案件审理的试点·····	(202)
第三节 示范诉讼的程序流程·····	(204)

结 论.....	(206)
参考文献.....	(208)
内容摘要.....	(221)
Abstract	(226)
致 谢.....	(233)

导 论

一、问题的缘起

当今中国正处于社会转型的关键时期，改革开放以来，一方面造就了新的社会、政治、经济关系以及新的社会利益共同体，创造了经济持续高速发展的局面；另一方面也存在因分配不公、贫富差距加大、法律滞后、资源短缺等因素导致的社会结构错位、社会利益冲突增多等诸多问题。大量的群体性纠纷就是其中的突出问题。矫正、惩戒乃至预防群体性纠纷，救济恢复已经受损的权利，已成为当今世界各国面临的难题。

当群体性纠纷转化为群体诉讼时，会出现诉讼当事人一方或双方人数众多的状况，而要在一个诉讼空间内容纳如此之多的诉讼主体则非常困难。为一次性解决多数当事人与另一方当事人间的利益冲突，以达到诉讼经济之目的，迫使人们积极创设专门解决群体性纠纷的制度。自英国于 1676 年首次确立代表诉讼制度之后，各国基于本国国情逐步创设了各具特色的群体诉讼制度，例如美国的集团诉讼、德国的团体诉讼、日本的选定当事人诉讼以及我国的代表人诉讼等。这些群体诉讼制度在有效解决群体性纠纷中发挥了积极的作用。然而，随着新型权利不断出现，解决群体性纠纷面临更为复杂的状况。为努力实现公平和效率的共赢，各国也开始正视和反思既有单一化群体诉讼制度自身存在的

缺陷。

各国在反思的基础上，积极对群体诉讼制度进行多元化改造，主要表现在：其一，在现有制度层面内相互借鉴。例如，适用选定当事人制度的日本借鉴了德国的团体诉讼，并积极思考引进美国的集团诉讼；而实行团体诉讼的国家则开始考虑并积极引进美国的集团诉讼制度，最为典型的当属瑞士。其二，积极创设新的群体诉讼解决制度，诸如英国、德国、瑞士等创设了示范诉讼制度。

从以上几个国家的多元化改造中可以看出，示范诉讼制度的引进成为两大法系群体诉讼制度的改革之路。示范诉讼制度的基本特点是通过一个单独诉讼，将其判决作为同类案件进行裁判的准据。具体而言，在英美法系中，2000年，英国在借鉴美国集团诉讼基础上，在原有的代表诉讼制度外构建了集团诉讼制度，而且还创设了示范诉讼。美国除建构了集团诉讼制度，还不断探讨是否具有比集团诉讼更为优越的方法，在立法上将示范诉讼规定为集团诉讼的替代性方式之一，并在实践中大量运用示范诉讼制度化解群体性纠纷。在大陆法系中，德国在原有团体诉讼基础上，创设了示范诉讼制度，成为世界上第一个颁布示范诉讼立法的国家；运用团体诉讼解决群体性纠纷的瑞士，也在团体诉讼制度之外建立了示范诉讼制度；日本学者在思考是否引进美国集团诉讼制度的同时，也展开了对示范诉讼制度的实证调研。

再来看中国的现实，我国现行代表人诉讼制度几乎处于休眠状态，众多法院不约而同地对其采取回避乃至排斥的态度，群体性纠纷往往被分案处理。理论研究 with 司法实践的脱节导致我国法院在应对群体性纠纷时遭遇困境，代表人诉讼制度难以发挥应有的作用。而系列案件数量在我国现阶段呈现递增趋势，这是经济和社会转轨时期，各利益群体权利冲突多样化的体现。“人们正在经历着从组织化生存到个别化生存，从道德化生存到法律化

生存,从贫困化生存到小康化生存的状态。”^①在此背景下,社会纠纷常常呈现出主体多元化、规模群体化的特点,促使理论界和实务界积极探索包括示范诉讼机制在内的各种群体纠纷解决方式。示范诉讼因其独特的功能价值及运作模式,备受各国青睐。示范诉讼制度作为一种新兴的群体纠纷解决方式,因其高效、经济的显著特征而必将在应对群体性纠纷中大显身手,由此成为理论界和实务界研究的重要课题。然而,我国关于示范诉讼制度的研究尚处于起始阶段,相关文献成果尚少,因此,笔者选择该选题进行研究,做出尝试。

二、本书的研究意义

通过引进示范诉讼制度,弥补我国现有群体诉讼制度的缺陷,并将示范诉讼制度不断发展完善,不仅有助于解决同类众多纷争,而且对于分流案件,避免司法讼累,寻求纠纷高效、公正解决具有重要的理论意义和实践意义。

(一) 理论意义

关于示范诉讼的理论意义,具体来说,主要体现在以下三个方面。

第一,有助于提高我国群体性纠纷解决机制研究的理论水平。通过对示范诉讼制度的深入研究,有利于完善我国的代表人诉讼制度,而且示范诉讼制度的引进在我国具有开拓创新的意义。示范诉讼成为一种解决群体性纠纷的崭新形态,有助于提高学界和实务界对群体性纠纷解决机制研究的理论水平,从而能丰富和深化我国民事诉讼理论研究。

第二,通过对示范诉讼契约理论的研究和分析,有助于完善我国的诉讼契约制度,保障当事人的选择权,进一步强化意思自

^① 何兵:《现代社会的纠纷解决》,法律出版社2003年版,第51~60页。

治的理念。

第三，在更为宏大的价值层面，通过示范诉讼的研究，切入私人诉权和公力纠纷解决机制之间的博弈，从而引申更为深入的国家与个人之间的司法关系问题，促进私人诉权理论和公力救济理论的深化。

（二）实践意义

示范诉讼是发轫于现代工业型社会高度交往、宽泛联系背景下的一种现代型诉讼。引入示范诉讼,是我国在新形势下所面临的司法现实之需要。

总的来说，其实践意义有以下几点。

[illegible]

第二，能够保障当事人的程序选择权，有助于大众预见法律，促成双方当事人达成和解，避免矛盾的激化与升级，减少当事人在个别诉讼上的成本支出。

具体而言，该制度能起到模式化的作用与实验性作用。

其一，模式化作用。通过创建一种崭新的制度模式来应对大规模的具有同一诉讼属性（相同、类似诉讼标的以及相同当事人一造）的群体性纠纷，可达到消解诉讼压力、节约诉讼成本以及减轻司法负担的制度作用。引进示范诉讼，有利于改变我国司法实践中代表人诉讼制度鲜为启动的现状。随着诉讼人数的膨胀，现有代表人诉讼制度越来越难以应付。例如，三鹿问题奶粉事件在全国影响巨大，全国各地陆续起诉。对法院来说，该案件的受理和审理均具有较大难度，这就迫切需要一个现实的制度和模式予以支撑。我国的代表人诉讼制度是一种明示加入制度，是一种扩大的共同诉讼，意味着很多没有起诉和参加登记的权利人将丧

失相关赔偿权益，如果用示范诉讼模式来检验该案件，将具有巨大的现实意义，其促进效率、保障公正的作用不可小视。

其二，实验性作用。示范诉讼制度能应对急剧发展的现代社会带来的新型权利主张，通过局部的个案实验，力求通过司法来寻求对崭新的权利的确认，从而形成司法创设权利的示范效用。通过对示范诉讼的系统研究以及示范诉讼程序的建构，有助于理顺我国司法实践中已经出现的示范诉讼雏形案件，有利于统一和规范相关案件的判决，并可在我国设立运用示范诉讼程序审理案件的试点，由点到面，在实践中检验示范诉讼制度的可行性与必要性。

三、本书的研究目的与主要内容

研究的目的在于我国引进示范诉讼制度，并在中国的土壤上进行修正和构建，补充和完善我国的代表人诉讼，并在我国现有制定法的基础上，发挥示范诉讼的独特功能和价值，促进群体纠纷解决机制更加高效和公正。引进示范诉讼制度应当着眼于中国现实国情，立足于对我国现有群体诉讼制度的全面认知和理性反思，并借鉴国外先进经验。一方面，我们应当在深刻把握我国群体诉讼现状的基础上，科学、理性地建构示范诉讼制度，通过立法完善推进制度建设；另一方面，在充分尊重传统、习俗和先进经验的基础上，应当注意通过改革实验在实践中逐步形塑合理的示范诉讼制度，应当允许与鼓励在不妨害基本法律原则的前提下，允许进行示范诉讼制度改革之试点，促进我国群体诉讼制度的完善，以建构与演进相结合的进路出发，从而寻找群体性纠纷解决之最佳路径。

从研究的主要内容而言，本书除导论、结论之外，分为七章。

导论，主要介绍问题的缘起，阐释本书的研究意义、研究目

标与主要内容、研究的思路和方法、研究的创新之处，奠定本书的研究框架。

第一章，示范诉讼制度概述。该章主要介绍示范诉讼的概念、特征、学理分类，厘清示范诉讼与相关制度的异同，并简要梳理了示范诉讼发展的历史脉络，为进一步的研究做好准备。

第二章，介绍示范诉讼制度的基础理论。该章的目的在于通过对示范诉讼的整套基础理论，包括示范诉讼的主要法律关系、示范裁决的效力扩张、示范诉讼的契约理论、模式理论等进行阐释，从而为后续研究提供理论依据和支撑。

第三章，对两大法系的示范诉讼样本进行比较研究。该章通过域外考察，对两大法系的示范诉讼样本进行分析和比较，并着重介绍了德国样本，从国外示范诉讼样本中吸取精华，弃其糟粕。

第四章，示范诉讼制度的价值考量。该章阐释了示范诉讼的制度理性，它不仅是民事诉讼目的之体现，也是现代型诉讼的高级形式，更是解决群体性纠纷的新路径。同时该章还对示范诉讼制度的优势和劣势进行了客观评价，并探讨如何将示范诉讼的制度价值进一步延伸。

第五章，探讨引进示范诉讼制度的必要性与可行性。该章首先对引进示范诉讼制度的动因进行分析，认为示范诉讼是解决群体性纠纷的利器，是弥补代表人诉讼不足的良药，是社会和谐与诉讼经济之要求，是多元化纠纷解决之需求，并得出结论：引进示范诉讼制度非常必要。其次，对引进示范诉讼制度进行可行性考察，探究“准示范诉讼”在我国的操作，得出结论：示范诉讼在我国具有实务运作的基础性、技术层面的可行性、法律继受上的亲和性以及本土诉讼文化的适应性。

第六章与第七章，研究内容为我国示范诉讼制度的构建。第六章的作用在于，在我国构建示范诉讼制度之前，应将示范诉讼

与代表人诉讼的关系、示范诉讼与其他群体诉讼制度的关系进行定位,并探讨示范诉讼的模式选择、样本参照、示范诉讼与案件指导的制度衔接以及适用领域等问题,从而为我国具体构建示范诉讼制度做好铺垫,发挥指导性作用。第七章主要对示范诉讼的程序进行具体构造,包括对示范诉讼的适用条件、启动要件、示范案件的选取、管辖、公告和权利登记、费用、示范裁决的效力扩张、示范诉讼第三人权益保护等问题进行详细的分析与探讨。该章还考虑了相关配套制度的构建问题,以保障示范诉讼制度顺利运行。最后该章还展示了示范诉讼的程序流程,以便于司法部门比照运作。

四、本书的研究方法

为了全面地研究示范诉讼制度,本书主要采用历史分析法、比较分析法、实证分析法、理论分析法和整体分析法等研究方法。

(一) 历史分析法

运用历史分析的方法,通过回溯式的历史描述,以便于把握国内外示范诉讼发展的脉络,从而深入地研究和剖析这一制度。透过历史事实去发现示范诉讼制度背后的精神、思想、文化、传统等因素,将当今的现象、问题赋予其历史层面上的意义,透过历史去寻找具有长久生命力的法律精神和先进理念。

(二) 比较分析法

运用比较分析法,比较研究当代两大法系的示范诉讼样本,不仅可以较好地理解示范诉讼与集团诉讼、团体诉讼、选定当事人诉讼、代表人诉讼的区别,也可以更好地预期当代群体纠纷解决机制的发展方向。所谓“中国的问题,世界的眼光”,有比较才有鉴别,从比较中发现优劣,从比较中寻找动力,从比较中选择我国借鉴之模本。

（三）理论分析法

运用理论分析法，通过掌握示范诉讼制度的基本理论并融会贯通，并引导后续系列问题的进一步研究，从而有效地指导示范诉讼制度的实践运作。否则，没有理论的指导，即使引进了示范诉讼的运作模式，在司法实践中仍然会困难重重。

（四）实证分析法

实证分析法促使我们暂时将目光从国外转向国内，从书本转向行动，从理想转向现实，从理论转向实践，直面中国自身的问题。实证分析法中采取非正式、非系统化的实证调查：一是对群体诉讼当事人个别访谈、问卷调查，挖掘个体经验；二是对法官、仲裁员、相关行政部门进行问卷调查，以获取有关数据；三是对个案进行跟踪调查，全面掌握案件前因后果及影响因素；四是对示范诉讼进行分类分阶段调查，对比分析。做到资料分析和实际考察相结合、问卷调查和典型案例相结合、定性分析与定量分析相结合，从而直观、真实地展现示范诉讼的运行机制。

（五）整体分析法

示范诉讼制度并非单独运行，该制度的引进与发展，均需要一系列配套制度的协助与支持。从理论指导到历史考察、从价值考量到实务运作，从示范诉讼与代表人诉讼的关系定位到如何选择诉讼模式与参照样本，均需要整体性的分析与思考，需要全面地、多维度地考察该制度与相关制度的兼容性。因此，本书运用整体分析法，使各章节中之间的研究具有关联性、逻辑性。

五、本书的研究创新

首先，提倡将示范诉讼制度引入我国群体诉讼理论领域，具有开拓创新的意义。通过示范诉讼制度的建构，以促进多元化纠纷解决机制理论的纵深发展，是一种纠纷解决路径的创新。具体来说，通过对示范诉讼的制度理性、优势和劣势、制度延伸等进

行细致地阐述，由此进一步体现示范诉讼的价值和功能。笔者还探讨将示范诉讼制度与案例指导相衔接，提倡将现有的案例指导制度进行诉讼化改造，是一种方式的创新。

第二，通过案例分析和实证调研来阐释示范诉讼的运行机制。提议通过局部的个案实验和诉讼试点，力求通过司法来寻求对示范诉讼契约权利的确认，从而形成司法创设权利的示范效用；提议建立示范诉讼个案试验的试点是一种创新。由点到面，在实践中检验示范诉讼制度的可行性与必要性，在实践中推陈出新。

第三，本书对示范诉讼契约进行了全新的阐释，并结合诉讼契约理论进行分析，将研究视角大大拓宽。从契约理念角度出发阐释示范诉讼制度，但又不限于此，而是上升到以“利益保障”为民事诉讼之目的，因为达成契约的最终目的还是在于维护利益。研究的出发点将契约理念和利益保障理念予以结合，不仅有利于保障当事人的程序选择权、保护当事人的合法利益、强化意思自治的理念，而且挖掘了律师和法官在适用示范诉讼制度中的积极能动性。

第四，对示范诉讼的研究切入了公益理念、预防和救济理念，提倡适度司法能动主义，并挖掘了示范诉讼在公共政策的延伸方面所能起到的作用，从而探讨更为深入的国家与个人之间的司法关系问题。因此，对示范诉讼的研究是促进私人诉权理论和公力救济理论深化的创新路径之一。