

我国代表人诉讼撤诉制度的检讨与完善

——以美国相关法制为借鉴

李 祖 军*

摘要: 在我国的代表人诉讼中,撤诉情况乱象纷呈,其原因在于代表人诉讼是以各种诉讼形态出现,法院对撤诉也未实行应有的监督,导致一些撤诉影响了诉讼个体的实体权利。在美国集团诉讼中,撤诉制度大量被运用,虽然存在与和解一并滥用而损害集团成员利益、因诉讼代表人失误仍然适用非自愿撤诉以及对影响实体权利的撤诉效果不当扩张等问题,但也体现了美国法官对民事诉讼过程的管理与监督,有利于快速实现统一裁判,追求实质公平。我国在各个审级设立撤诉制度且部分具有禁止再诉效力的前提下,应明确诉讼代表人享有独立的撤诉权,加强法院对影响实体权利的撤诉的审查,限制按撤诉处理制度的运用,防止因撤诉影响未参加诉讼的成员之权益。

关键字: 代表人诉讼 集团诉讼 撤诉 按撤诉处理

解决群体纠纷,美国集团诉讼制度是一种最为典型的方式,我国则建立了代表人诉讼制度。所谓代表人诉讼,是指为了便于诉讼,由人数众多的一方共同当事人推选出诉讼代表人,由其代表多数当事人一方实施诉讼行为的一种诉讼,是以共同诉讼为基础、吸收了诉讼代理制度机能所形成的一种制度。我国代表人诉讼分为两种:人数确定的代表人诉讼和人数不确定的代表人诉讼。只有普通共同诉讼才适用人数不确定的代表人诉讼,必要共同诉讼如果人数不确定,则因主体不适格而不能适用代表人诉讼。^① 我国人数不确定的代表人诉讼从一开始就是参照美国集团诉讼建立的,是为应对我国经济发展中出现的当事人一方人数众多的环境污染损害、伪劣或有毒产品损害、建筑单位违章作业造成多人通风或采光受损害而产生的诉讼。^② 美国集团诉讼是为解决大规模损害引起的赔偿问题,以当事人主张的权利来判断是否构成集团诉讼,适用于产品侵权、股票投资、大型交通工具事故等领域。^③ 因为两大法系传统的差异,两种群体性纠纷解决机制也存在较大差异,主要有三个方面:一是确定集团成员的方式不同。美国以选择退出的方式确定,即只要没有明确退出集团诉讼的都是集团成员;我国则只是明确要求参加集团诉讼的人能够成为集团成员。二是代表人的产生过程和获得诉讼实施权的方式不同。在美国,通过默示消极认可的方式即可成为诉讼代表人,我国则要求诉讼代表人由当事人明确授权产生。三是裁判扩张的方法不同。美国集团诉讼的裁判效力直接扩张到未退出的集团成员,我国代表人诉讼的裁判效力直接扩张于登记的被代表人,间接扩张于未登记但在诉讼期间内另行起诉的权利人。而作为民事案件主要结案方式的撤诉制度在两大法系却差异不大:都分为当事人自愿撤诉和法院强加的撤诉,前者都以当事人处分权为法理依据;都是让案件终结、纠纷平息的主要方式;都能产生影响实体权利的后果即不得再诉与时效重新起算。撤诉的大量

* 西南政法大学法学院教授、博士生导师

① 参见张卫平:《民事诉讼法》,法律出版社2016年版,第153页。本文将研究范围限定在以“普通共同诉讼”为前提的人数不确定的代表人诉讼。

② 参见唐德华:《新民事诉讼法条文释义》,人民法院出版社1992年版,第107页。

③ See Bone. Robert G, Evans. David S., Class Certification and the Substantive Merits, 51 (4) Duke Law Journal, 1251 (February 2002).

应用促成了美国集团诉讼对纠纷的解决,使得集团诉讼能够广泛运用于各类纠纷。基于此种考虑,本文在考察我国代表人诉讼撤诉运用现状的基础上,分析美国集团诉讼撤诉大量运用的经验与教训,以期为我国代表人诉讼撤诉制度的运用与完善提供一些借鉴。^①

一、我国代表人诉讼撤诉制度之检讨

在我国司法实践中,代表人诉讼中以撤诉结案是较为常见的,但却因为代表人诉讼本身在我国运用的复杂多样而被掩盖。例如,有学者通过对江苏、河南、广东 34 个群体诉讼案例的研究发现,只有 9 个适用了代表人诉讼方式解决,主要涉及环境污染侵权纠纷、农业承包合同纠纷、劳动争议、种子质量纠纷、土地征用补偿纠纷等,而双方当事人达成调解协议、以撤诉方式结案较为常见。^② 在实践中,代表人诉讼撤诉制度的运用主要存在以下问题。

(一) 撤诉运用的不统一造成实质不公平

笔者 2017 年 9 月 25 日在北大法宝数据库以“代表人诉讼”为全文关键字共查询到的 580 个民事案件和 10 个知识产权案件的裁判文书,继续在民事案由的文书中全文检索“撤诉”这一关键词,查到裁判文书 102 份。其中,典型案件如“云南贡山华龙与和晓花劳动和社会保障行政管理复查与审判监督案”,^③其涉及 80 个不同员工对同一单位各自单独提起的劳动争议诉讼,这些文书涉及普通诉讼案件,法院最初裁定这些案件不能作为一个代表人诉讼案件的原因在于员工年限和岗位不同,后当事人在前诉中撤回了对法院不予受理裁定的上诉(该裁定中“法院认定这些劳动合同纠纷不能提起代表人诉讼”),最后这些当事人又都以个人名义提起了劳动合同纠纷,法院予以受理。剩余的其他裁判文书有 4 个代表人诉讼案件存在撤诉的情况。在数据库收集的数据显示,涉及代表人诉讼的裁判文书仅 100 个左右,这和中国庞大的民事案件量相比只是沧海一粟,这表明代表人诉讼在实践适用中被搁置,法院在大量案件中都不倾向于采纳代表人诉讼的方式来解决纠纷。这些案例,首先即暴露出代表人诉讼中撤诉会给相同的实体权人带来不同的诉讼结果的问题。例如,在“丁茂夫等诉范广维等 44 人劳务合同纠纷案”^④(以下简称“丁茂夫等劳务合同纠纷案”)这起 44 人参加的劳动合同纠纷代表人诉讼中,最后有 9 人申请撤诉,另有 35 人放弃对第三人的请求。在“罗时军与陈兴华、陈良华等十四人林业承包合同纠纷案”^⑤(以下简称“罗时军等承包合同纠纷案”)这个涉及 19 人的林业承包合同纠纷中,最后法院对 1 人按照撤诉处理,另驳回 2 人的起诉,对剩余人员则进行了判决。在代表人诉讼最能够实现其效率的证券诉讼领域,撤诉也是多元化诉讼方式的一种主要结案方式,但却不能实现统一裁判。在“大庆联谊案”^⑥合并审理的 250 个案件中,部分案件中产生了诉讼代表人,有 106 个案件以调解、撤诉方式结案,法院对案件没有确定统一裁判的思路,而允许各自撤诉,且此种撤诉给当事人带来了不同的实体后果,一定程度上有违实质公正。其次,在非典型的代表人诉讼中,法院运用撤诉结案的方式会损害部分当事人的利益。例如,在“东方电子案”^⑦中,原告没有选出诉讼代表人,而是采用典型诉讼先行的方式,其中有部分案件当事人撤诉,并在其他以调解结案的案件中约定被告要向撤诉的适格原告履行 65% 的赔偿责任。最后,我国允许代表人诉讼分不同时段进行,这样就出现了部分当事人自行撤诉、有条件撤诉等情况,最终损害其他集团成员利益。以上海市青浦区人民法院

^① 本文研究的撤诉制度,从其外延出发,既包括申请撤诉,也包括按撤诉处理、撤回起诉或撤回上诉。如未特别说明,一般撤诉就是指申请撤诉。

^② 参见吴英姿:《代表人诉讼制度的运作与问题调研报告》,载章武生等编著:《中国群体诉讼理论与案例评析》,法律出版社 2009 年版,第 438~450 页。

^③ 参见云南省高级人民法院(2015)云高民申字第 657 号民事裁定书。

^④ 参见辽宁省营口市中级人民法院(2014)营民一终字第 00930 号民事裁定书。

^⑤ 参见安徽省六安市中级人民法院(2013)六民一终字第 00602 号二审民事判决书。

^⑥ 参见罗斌:《我国证券群体诉讼实现形式的理论分析》,《法学杂志》2010 年第 5 期。

^⑦ 参见罗斌:《我国证券群体诉讼实现形式的理论分析》,《法学杂志》2010 年第 5 期。

审理的“运杰城市花园商品房预售合同纠纷案”^①为例,该案是因商品房质量引发的群体性纠纷案件,其显著特点就是分阶段受理,共分 7 个批次受理了 71 个案件,其中有 13 个案件以和解撤诉结案。在撤诉的案件中,又有 11 个案件是原告得到一定补偿的前提下得以和解撤诉,另有 2 个案件是原告在被告承诺另一案件较为有利判决将会适用于他们的情况下有条件撤诉。上述不同处置使得权利人获得不同的实体后果,未得到均衡与普适的救济。

(二)传统理论难以合理解释诉讼代表人的撤诉权来源

撤诉在大陆法系是一种典型的诉讼行为,指当事人撤回以起诉(或反诉)提出的要求法院予以保护的请求,上诉的撤回则指控诉人撤回自己要求重新审查被声明不服的判决的申请。^②对于代表人诉讼中的诉讼代表人的撤诉行为,现有法律并未明确规定撤诉必须经过被代表的众多当事人的同意才有效,《中华人民共和国民事诉讼法》第 55 条只规定“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,必须经被代表人的当事人同意”。传统观点认为我国代表人诉讼是以委托代理制度作为诉讼代表人权限的来源,诉讼代表人是依照委托代理权,以当事人名义代为实施或接受诉讼行为,从而维护当事人利益的诉讼参加人必须在代理权范围内从事诉讼活动,代理的法律后果归于被代理人。故在被代表人没有特别授权的情况下,诉讼代表人不能行使涉及实体权利的诉讼权利。^③在规定了二审与再审撤回起诉制度之后,一些撤诉对实体权利产生影响是不言而喻的。同时,根据委托代理理论的基本要求,委托诉讼代理人代为和解、撤诉一般也应有委托人的特别授权。但在现有立法未明文规定的情况下,撤诉不需要被代表人同意,即诉讼代表人拥有自主撤诉权,这和上述理论是相矛盾的,故有学者认为我国两种代表人诉讼的诉讼代表人都属于任意诉讼担当人。^④根据诉讼担当理论,任意诉讼担当是基于本来权利义务归属主体认可产生的诉讼担当。诉讼担当人拥有自主完全的撤诉权,不受被担当人的限制。日本的选定当事人制度即属于此种制度。选定当事人不是诉讼代表人,因为如果从具有共同利益者中选任部分人作为代表人,那么其他人的诉讼也可以委托其进行。选定当事人可以实施所有的诉讼行为,包括申请撤诉,而不存在像诉讼委托代理人那样的限制。不过,当选定限定在一审时,其诉讼实施权能也限定在该审级。如果选定了数名选定当事人,各个选定当事人的诉讼实施权要受到合一确定之要求的制约。^⑤因此,代表人诉讼理论基础——委托代理理论——不能合理解释诉讼代表人拥有撤诉权的问题,必须考虑以新的理论来解释诉讼代表人撤诉权的来源。

(三)按撤诉处理制度的运用缺乏适当限制

按撤诉处理制度也能够运用于代表人诉讼,但其有时会损害被代表人的利益。“罗时军等承包合同纠纷案”实质为普通必要共同诉讼形成的人数确定的代表人诉讼,其中部分原告因没有明确委托诉讼代理人且未能出庭,最终法院对其按撤诉处理。所谓按撤诉处理,是指原告虽然没有提出撤诉申请,但其在诉讼中的一些行为(包括不缴纳诉讼费用、不出庭或者中途退庭的情形)已经实际上表明他不愿意继续进行民事诉讼,法院因此自行依法将案件予以注销、不予审理的行为。^⑥有学者认为,也可以将其视为当事人对自己权利的消极处分。^⑦既然这是对诉讼权利的一种消极处分,那么对诉讼代表人实施这种处分行为是否予以适当限制(如要求得到被代表人的同意)就值得考虑。

鉴于美国集团诉讼与我国代表人诉讼的制度功能具有相似性,加之美国在集团诉讼中已形成了较为成熟的撤诉制度且实践经验丰富,以下笔者拟对其进行梳理和分析,以期对我国代表人诉讼撤诉制度的完

① 参见江涛:《上海市青浦区 71 名业主诉运杰置业有限公司商品房预售合同纠纷案》,载章武生等编著:《中国群体诉讼理论与案例评析》,法律出版社 2009 年版,第 388~392 页。

② 参见[德]罗森贝格、施瓦布、戈特瓦尔德:《德国民事诉讼法》,李大雪译,中国法制出版社 2007 年版,第 963~1049 页。

③ 参见常怡主编:《民事诉讼法学》,中国政法大学出版社 1999 年版,第 138 页。

④ 参见肖峰:《第一审普通程序中若干问题的完善》,《法律适用》2015 年第 4 期。

⑤ 参见[日]新堂幸司:《新民事诉讼法》,林剑锋译,法律出版社 2008 年版,第 211~559 页。

⑥ 参见刘家兴、潘剑锋:《民事诉讼法学教程》(第四版),北京大学出版社 2015 年版,第 217 页。

⑦ 参见王福华:《民事诉讼法学》,清华大学出版社 2015 年版,第 328 页。

善有所助益。

二、美国集团诉讼撤诉制度的考察与分析

(一)立法沿革

美国集团诉讼制度源自英国的衡平法,其将诉讼从一对一的单一状态中解放出来,允许在诉讼中引入第三人、增加交叉请求或反请求。^①其后,英国发展出代表人诉讼,美国则发展出集团诉讼。1946年《美国联邦民事诉讼规则》(以下简称《规则》)修正之后确认了现代的撤诉制度,其第41条确立了两种撤诉制度,即自愿撤诉和非自愿撤诉。自愿撤诉是指在被告提出答辩之前,或提出答辩之后依双方共同达成的协议,原告可不经法庭许可自行撤回起诉。非自愿撤诉又称为“强制终止诉讼”,是指法庭因原告不维持其起诉而将诉讼驳回;或在原告举证后,被告以原告的证据未能表明应给予其救济为由提出申请,法庭依被告的申请而将诉讼驳回。^②这两种撤诉制度主要是根据行为的决定主体加以区分,也兼顾了诉讼程序的阶段性。自愿撤诉是原告单方面想结束案件,非自愿撤诉则是在法院主导下结束进行中的案件。两种撤诉中原告都要关心撤诉是否“不影响实体权利”。“限制原告在不影响实体权利情形下单方面自愿撤销案件的次数是有意义的。如果不这样,原告就能通过不断地提出和撤销诉讼请求骚扰被告。将原告单方面自愿撤诉的权利限定在诉讼的早期,这样,就不大可能在被告或法院已经在案件投入了许多资源后再撤销案件。”^③根据《规则》^④可将美国民事诉讼撤诉制度概括如下:

程序阶段 决定主体	被告提出抗辩或 简易判决前	被告提出反诉	庭审开始之后
原告	自愿撤诉		
原告+法院		自愿撤诉(可能影响实体权利)	
	整个诉讼程序		
原告+被告	合意撤诉(特殊的自愿撤诉)		
	不继续推进案件	不遵守规则规定	不服从法院命令
被告+法院	非自愿撤诉(一般影响实体权利)		
	地区法院可以 不经被告申请	《规则》第12条 第2项的抗辩	《规则》19条 规定的合并当事人
法院	非自愿撤诉(后两种不影响实体权利)		

在美国的大多数民事诉讼中,当事人都可以根据其自认为合适的条件以和解或撤诉方式解决争议,法院在其中不起任何作用。集团诉讼也是如此,且和解和撤诉在实际运用中经常纠缠在一起,如诉讼中当事人双方签订的和解协议中一般也要对撤诉问题明确约定,原告应当向书记官提出禁止再诉效力的撤诉申请,提出反请求的被告也要提出同样的撤诉申请,这和一般自愿撤诉不影响实体权利的效力有所不同。^⑤一些州对此作了进一步细化规定,如《路易斯安那州民事诉讼法典》第594条规定,对没有认证为集团诉讼的撤诉或妥协也需要法院的审查,其授权法院审查与注意为集团利益的和解;法院对集团诉讼代表个人的和解不予审查,即便它们也可能带来推定的集团诉讼的撤诉,但法官的自由裁量要确保未认证的集团诉讼的撤诉不得损害未参与集团成员的利益。^⑥2003年,美国对集团诉讼的审理、和解与撤诉之关系进行了修

^① See Robert Wyness Willer, *Civil Procedure of the Trial Court in Historical Perspective*, The Law Center of New York University for the National Conference of Judicial Councils, 1952, p. 10.

^② 参见潘汉典、薛波主编:《元照英美法词典》(缩印版),北京大学出版社2014年版,第730~1408页。

^③ [美]理查德·D. 弗里尔:《美国民事诉讼法》(上),张利民、孙国平、赵艳敏译,商务印书馆2013年版,第309~403页。

^④ 参见美国法院网站上的《联邦民事诉讼规则》,以下对该规则的引用皆来自此网站,网址:<http://www.uscourts.gov/rules-policies/current-rules-practice-procedure/federal-rules-civil-procedure>。

^⑤ 参见白绿铨:《美国民事诉讼法》,经济日报出版社1998年版,第108~111页。

^⑥ See Kent A. Lambert, *Class Action Settlements in Louisiana*, 61 La. L. Rev., 123-124 (2000-2001).

改,修改后的《规则》第 23 条第 5 项规定,已被认证的集团,就请求、争点或抗辩达成任何和解、撤诉约定的,必须经过法院批准才能生效,当事人不得自行和解或撤诉。对未认证的集团诉讼允许撤诉会产生一些严重问题,它使得法院在尚未对集团的范围和成员资格作出裁定的情况下就先对撤诉、和解协议的公正性进行评价,这对一些并没有参与到诉讼中的集团成员是不公平的。因此,在修法之后,在集团诉讼被认证之前,只能是集团代表之诉求可以和解或撤诉,而不得达成关于全体集团成员的撤诉。原告自愿撤诉是最为典型的缺乏具体的不利益情形,因此 2003 年修改后的《规则》要求原告不得对此提出上诉。^①

(二)价值取向

集团诉讼是一个多方主体利益平衡的场域,当事人、律师和法院在其中各自都有利益诉求,而通过撤诉能够达到上述各主体之间利益的平衡,也能达致案件处理结果的实质公正。实质公正是和程序公正相对立的一个概念,也是传统民事诉讼所坚持的一种基本价值,但是随着对程序价值的强调而被冷落,特别是在美国这种竞技式的民事诉讼程序中。集团诉讼最先是英国团体诉讼发展起来的,诉讼所追求的主要是团体的利益。^②此后,文艺复兴带来了个人意志的觉醒,对个人利益和主张的追求成为社会思想的主流,也为法律所支持,从而现代的诉讼也是以个人主义为核心,集团诉讼也是如此,因此才发展出诉讼委托、代理或者进入、退出诉讼的相关理论。相对于大陆法系较为重视概念主义,美国集团诉讼争取实现“集团主义维度”和“区分主义特征”之间的合理平衡,此点也体现在集团诉讼的撤诉制度中,^③体现着对个体自治与集团主义理念的调和,目的是追求实质公正的实现,即通过集体诉讼来实现实体法的政策与目标,保障实体法中的小额且容易过期的权利得以实现。^④集团诉讼程序应当强调程序公正和实体公正的并重。程序公正一般要求法官中立和当事人平等,会促成实体的公正,但实体公正有其独立价值。西方民事诉讼中的社会化思潮也体现对实体公正价值的追求。具体而言,其要求法官积极干预诉讼过程,消减当事人双方在诉讼实力方面的差距,以其强势和能动去维护诉讼正义。^⑤集团诉讼原本是一种利益较为失衡、各方争斗较为激烈的诉讼,其中广泛存在诉讼代表人、律师为了自己的利益而损害其他人利益的行为,法院的干预就是为了实现对未参加到诉讼中的当事人实体利益的保护。美国法院早期认为,法官不要在集团认证之前去审查案件的实体问题,以防止案件的集团认证问题因为不充分实体理由而受到阻碍。但该观点之后发生了变更,认为应当提前审查案件的实体问题,其理由在于,法院有可能在集团认证之前因不能准确充分地认证集团的成立进而将案件撤诉。这种不考虑实体问题的撤诉显然是不公平的,法院应尝试对实体问题予以思考和回答。初步的对实体问题的调查有助于实体公正的实现,即便其实践中也可能带来一些事实不成立的提前撤诉。^⑥上述集团诉讼程序对实体公正价值的追求体现在撤诉制度的具体要求方面。

(三)制度优势

1. 明确撤诉的审查标准体现了法院对集团诉讼的干预

无论集团诉讼是否得到认证,当事人双方达成和解申请撤诉的,法院都要加以监督,以防止集团诉讼的代理人对方当事人共谋,这体现了法院积极审查、主动干预的职权主义审判者角色。集团诉讼中的自愿撤诉须经法官批准的原因在于集团诉讼中充满着潜在的利益冲突,法官需要邀请集团成员对提议方案的公平性进行共同评判。即便 2003 年《规则》修改前,大多数法院也都认为应对一些撤诉加以审查。美国

^① See William P. Barnette, *The Limit of Consent: Voluntary Dismissal, Appeals of Class Certification Denials, and Some Article III Problems*, 56 S. Tex. L. Rev., 452-460(2014).

^② 参见曹伟:《论我国代表人诉讼制度正当性基础的应然选择——美国集团诉讼的历史考察与现代启示》,《法学杂志》2012 年第 1 期。

^③ See H. Patrick Glenn, *The Dilemma of Class Action Reform*, 6 Oxford J. Legal Stud., 262(1986).

^④ See *Developments in the Law: Class Action*, 89(7) Harvard Law Review, 1353 (May 1976).

^⑤ 参见王福华:《民事诉讼的社会化》,《中国法学》2018 年第 1 期。

^⑥ See H. Patrick Glenn, *The Dilemma of Class Action Reform*, 6 Oxford J. Legal Stud., 269(1986).

联邦最高法院在1997年“阿姆钦产品公司诉温莎案”^①中提出了在集团和解的场合中是否应先满足集团一般认证要求的问题,因为在此之前地方法院没有就是否或者如何处理集团和解认证达成共识,多数法院在认证之前就以集团诉讼方式对待,从而批准一些和解与撤诉。在该案中,美国联邦最高法院法官金斯伯格提出,地区法院在对集团进行认证的过程中,不仅要关心案件管理中难以解决的难题,其他满足集团认证的条件也需要考虑,如关于集团认证需要关心的共同事实和法律问题、集团诉讼代表的充分性问题。法院审查当事人的和解、自愿撤诉时,应以“公平合理”和“充分”的标准加以审查。“公平合理”是诉讼双方根据案件事实情况合理确定权利义务,集团内部各成员也不存在偏袒或歧视。“充分”意味着不能因为集团与集团代表人之间的利益紧张关系使集团获得的利益低于应得的利益,即法院要采用一种利益衡量的方法在集团内外加以审查,^②如审查和解方案是否给予集团成员赔偿太少而集团律师却中饱私囊。而在被告型集团诉讼中,法院干预强度就没有这么大,而是回归到当事人主义诉讼模式的要求,原告撤诉一般不需要法院批准,因为其撤诉一般不会损害被告利益。^③因此,得到认证与否、原告与被告型集团诉讼的不同都会影响撤诉制度的运用。有研究显示,在73个的未得到认证的集团诉讼中,被告获得19个即决判决和32个撤诉;原告只获得11个和解与4个即决判决,没有案件获得最终裁判。反之,在获得认证的46个集团诉讼案件中,36个案件达成了和解并撤诉,10个获得最终裁判,原告获得了其中7个案件的胜诉。^④

2. 给予被代表人选择不受撤诉协议约束的机会

在美国集团诉讼中,和解是一种较为常用的方法,撤诉制度亦附随其发挥作用,两者都建立在“退出制”的基础上。有批评者认为,集团诉讼会因此变得规模巨大,庞大的原告集团会使其请求的赔偿金额累计或超过被告的违法收益,巨额的诉讼费用使得被告往往只能选择与原告的律师达成和解来换取原告的撤诉,由此带来实质不公正。因为集团诉讼往往是由一些律师发起和促成的,如果其促成了双方当事人的和解并撤诉,既能够减轻自己的工作量,又能够获得其想要的律师费用。因此,集团诉讼也注意到对当事人程序权利和自行起诉权利的尊重。首先,允许集团成员在诉讼中退出具有约束力的撤诉协议。集团诉讼的和解协议中达成的撤诉协议一般都是影响实体权利的。因此,在集团诉讼的和解协议中,还给予了先前有机会退出但未申请退出的集团成员一个新的申请退出的机会,即二次退出制度。该制度为2003年《规则》修改后确立的制度,成功退出的申请者不再受诉讼和解的影响,有权就所涉法律争议或事实纠纷另案单独起诉,其诉讼时效也从退出时继续计算。在法院同意的情况下,退出集团的成员也可重新回到和解协议中。^⑤除了再次申请退出的权利外,集团成员还有一个重要的权利,即对和解、自愿撤诉的方案提出反对。这体现了法院对撤诉涉及公平问题的重视,法院要审查和解方案是否给予集团成员赔偿太少而集团律师却中饱私囊,在审查之后法院应将自愿撤诉或妥协方案向集团成员发出通知,集团成员有权提出异议,先前没有退出集团诉讼的当事人在和解中还有二次选择退出的权利,当事人可以请求不受和解方案的约束,请求退出后自行起诉。即便诉讼代表人因为达成和解而撤诉,退出的集团成员仍然可以自行提起诉讼。其次,集团诉讼裁判之后,裁判的排除效果是否及于未出庭的集团成员也是一个重要问题,特别是关于撤诉带来的排除效果。法院判决对所有的集团成员都具有效力,无论该判决对其是否有利,但其对退出集团的成员没有约束力。同时,在集团代表不具有充分性或缺乏有效通知的情况下,该判决对被代表的集团成员的约束力也应在被取消,缺席的集团成员能够以此提出新的诉讼。^⑥

^① See *Amchem Products, Inc. v. Windsor*, Cite as 117 S. Ct. 2231 (1997).

^② See Miller, Geoffrey P., *Conflicts of Interest in Class Action Litigation: An Inquiry into the Appropriate Standard*, 2003 U. Chi. Legal F. 581 2003.

^③ 参见罗健豪:《美国被告集团诉讼制度的述评与借鉴》,载章武生等编著:《外国群体诉讼理论与案例评析》,法律出版社2009年版,103页。

^④ See Bryant Garth, Ilene H. Nagel, S. Jay Plager, *The Institution of the Private Attorney General: Perspectives from an Empirical Study of Class Action Litigation*, 61 S. Cal. L. Rev. ,378(1987—1988).

^⑤ 参见罗健豪:《美国集团诉讼退出制研究》,博士学位论文,复旦大学2008年,第17页。

^⑥ 参见肖建华、杨恩乾:《论集团诉讼中的既判力问题——美国和巴西立法经验的分析及借鉴》,《政法论丛》2011年第1期。

3. 动态考虑提出撤诉的诉讼代表人的不充分性

在集团诉讼代表不充分的情况下,集团诉讼应当基于被告动议被撤回,即如果一个诉讼是不适当的,被告可以向法院提出撤诉的动议。在“诺斯维尤建筑公司诉圣克莱尔肖尔斯市案”^①中,诉讼代表人提起一个针对圣克莱尔肖尔斯市的集团诉讼,要求其偿还获得该类似建筑许可支付的多余税费,被告提出不适格集团诉讼的动议。原告提出即决判决的动议,一审法院基于明显缺乏集团成员利益要求支持了被告的动议并将案件撤诉。后原告提起上诉,巡回法庭支持原告即决判决的动议,但该判决仅限于原告,因为代表人诉讼已被一审法院裁定撤回。诉讼代表人继续以集团诉讼名义上诉,后上诉法院撤销之前关于集团诉讼的撤诉,将案件发回一审法院要求其对所有集团成员发出适当的通知,并要求其重新审视该代表的充分性。一审法院公开发出了通知,但应者寥寥,故一审法院重新将该案件撤诉。上诉法院支持了一审法庭的做法,认为诉讼代表人的代表性已经不再充分,因为他接受了对自己有利的即决判决,继续让他担任集团诉讼代表人是不适当的。密歇根州最高法院指出,即便诉讼代表人已经接受了一个单独的判决,一审法院也不能将集团诉讼撤诉,因为集团诉讼代表人和诉讼代理人仍然在为集团利益继续诉讼,一审法院就不能认为其代表性已经不充分。但在该案的复审中,复审法官肯定了上诉法院的观点,认为诉讼代表人的离开即表示其已经丧失充分的代表性,因此一审法院可以将该集团诉讼撤诉。该案的复审法官同时提出,在充分通知所有集团成员之前,一审法院不得撤回诉讼,以方便其他集团成员能够即时介入诉讼。法院提出,集团诉讼是一项为了公平的发明,需要一个程序机制使个人能够在大量当事人的诉讼中获得公平合理的权利,免去不合理的错误的损害。另外,一些个体损害价值较小的集团诉讼形成了律师主导的诉讼模式,其缺乏合适的程序机制使当事人的正当诉求在程序中得到表达,也缺乏对未来不法行为的警戒机制,特别是关于消费者受欺诈以及其他受损人数多却受损价值小的案件。美国第七巡回法庭曾针对一个个体补偿只达到28%的集团诉讼案件作出评述:“小额的补偿不是禁止集团诉讼的理由,改革集团诉讼的关键是解决小额补偿不能带来个体追求其个人权利的动力问题。集团诉讼应使尽可能多的潜在利益受损者加入到诉讼中,并使律师付出相应的投入”。^②

4. 为非自愿撤诉在集团诉讼的应用提供程序保障

大量集团诉讼案件在审前通过自愿撤诉与非自愿撤诉被处理,其中非自愿撤诉的运用主要是其不满足集团诉讼的要件;而在被认证为集团诉讼的案件中,《规则》第23条第5项的规定一般被认为只适用于自愿撤诉,对集团诉讼中是否允许非自愿撤诉则有不同认识。反对者认为,之所以排除非自愿撤诉在集团诉讼中的应用是因为非自愿撤诉不能体现全体诉讼人的利益,通过通知其他集团诉讼成员的方式保护其利益在非自愿撤诉中也不能实现,因此《规则》第23条第5项的内容不能适用于非自愿撤诉。^③支持者认为,和解与妥协很容易伪装成非自愿撤诉,如果不将《规则》第23条第5项的规定扩张适用于非自愿撤诉,诉讼中的串通行为就会蔓延。^④另外,集团诉讼适用非自愿撤诉的最大难题是:对于缺席的集团成员而言,对其适用非自愿撤诉是否公平。集团诉讼适用非自愿撤诉要面临以下几个基本问题:一是代表的充分性问题,包括诉讼代表人和诉讼代理人的充分性问题。二是立法上的一些限制问题。诉讼程序正义的规则是如果一个自然人受到法院裁判的约束,前提是他必须参与了诉讼,并充分发表了自己的意见。在集团诉讼中这一规则并不适用,因为并非所有的集团成员都需要参与诉讼,但是缺席成员如果要受到判决的约束,程序正义要求他们的利益在诉讼中有充分的代表。《规则》第23条内在地包含了程序正义的要求,即要求法院事先认定诉讼代表人能够代表所有集团成员的利益。对于诉讼代表人和诉讼代理人在集团诉讼

^① See John J. Siciliano, Civil Procedure—Class Actions—The Acceptance of Individual Judgments by the Named Plaintiffs in a Spurious Class Action Renders the Representation Inadequate and Requires Dismissal of the Suit, 54 U. Det. J. Urb. L., 600—698 (1976—1977).

^② Samuel Issacharoff, Class Action Conflicts, 30 U. C. Davis L. Rev., 816—817 (1996—1997).

^③ See Michael G. Cleveland, Involuntary Dismissals of Class Actions, 40 U. Chi. L. Rev., 787 (1972—1973).

^④ See Michael G. Cleveland, Involuntary Dismissals of Class Actions, 40 U. Chi. L. Rev., 783—796 (1972—1973).

中不遵守程序推进带来可能的非自愿撤诉情况,一般不应适用非自愿撤诉制度。^① 在“帕皮尔斯凯诉伯恩特案”^②中,一个先前案件的股东因为没有答辩,从而导致案件被撤诉。于是被告便提出即决判决的动议,理由为前案的撤诉是一个影响实体权利的撤诉,而原告帕皮尔斯凯是前案中集团诉讼被代表的一员,根据《规则》第 37 条和第 41 条第 2 项,撤诉对原告有既判力。后来,纽约地方法院驳回了该动议,联邦第二巡回法院肯定了这一驳回裁定,并因此提出了《规则》第 41 条第 2 项的一个例外。因此,只有对那些没有参与诉讼的集团成员也进行了撤诉通知,该撤诉裁判才对这些成员产生效力。虽然集团诉讼程序考虑没有出庭的集团成员利益的保护,集团诉讼的非自愿撤诉一般不影响实体权利,却并没有消除所有程序正义问题。例如,诉讼时效的限制会影响缺席的集团成员提出主张的能力,或者减少他们提出诉讼的时间。因此,对于集团诉讼撤诉带来的诉讼时效继续计算,法院应考虑以妥当的方式通知集团成员。

三、我国代表人诉讼撤诉制度之完善

通过对美国集团诉讼撤诉制度的考察与分析,不难发现其在某种程度上能解决我国代表人诉讼撤诉制度的适用存在的问题,对我国代表人诉讼撤诉制度的完善具有一定借鉴作用。

(一) 赋予诉讼代表人撤诉权和被代表人的退出权

我国关于代表人诉讼的现有规定一定程度上限制了诉讼代表人的处分权,这种限制的理论基础还是在于委托代理理论。因此,即使是在代表人诉讼中,法院仍由每个独立的原告自行单独行使其撤诉权。例如,在“丁茂夫等劳务合同纠纷案”中,有 9 名劳动者在原审法院自行申请撤诉。即便是多数当事人的一致行为,无论是达成和解,还是和解之后的申请撤诉,法院仍然会要求每个原告当事人自行提出申请,而非由诉讼代表人提出申请。^③ 这种不完全的诉讼实施权显然不利于代表人诉讼扩大纠纷解决功能的发挥。因此,我国有学者认为,从诉讼权配置的角度看,“退出制集团诉讼是将整体集团诉讼实施权赋予给了集团诉讼代表,该赋予取决于法院的裁量,立法还明确了该诉讼实施权的必备条件”。^④ 即集团诉讼实施权也是一种法官的赋权,无需集团成员的明确授权。我国的诉讼代表人也应解释为是以诉讼担当的方式获得诉讼实施权,其中当事人推选的代表人构成任意诉讼担当,法院指定的代表人构成法定诉讼担当。^⑤ 后者实质上和集团诉讼选定的诉讼代表人是一致的,由法官给予了诉讼代表人诉讼实施权。进一步说,在一些代表人诉讼中,众多受害人还可将其诉讼实施权转移给特定的公益性团体,由它作为诉讼代表人来参与大规模侵权纠纷诉讼。^⑥ 笔者认为,我国的代表人诉讼是加入制,这就意味着被代表人对加入诉讼做了慎重的选择,故而诉讼赋予诉讼代表人自主撤诉权是正当的。如果法院进一步在实体法律层面赋予了公益诉讼团体以代表人诉讼的诉讼实施权,那么其拥有撤诉权则是毋庸置疑的。现阶段,从法律解释的角度应肯定诉讼代表人的自主撤诉权,特别是撤诉不对实体权利产生影响的情况下。

(二) 法院应对诉讼代表人的撤诉申请进行实质审查

在重新配置代表人诉讼的诉讼实施权的前提下,笔者认为有必要借鉴美国集团诉讼中法院对撤诉审查的利益衡量规则。为了保证集团诉讼结果的公正,美国民事诉讼一改当事人自由处分程序的诉讼模式,要求法官介入对撤诉的审查,以保证集团成员都能获得统一的结果。美国民事诉讼实行当事人主义或对抗制,其内容包括由当事人决定民事诉讼程序的启动、进行与终结,由当事人提供裁判依据的证据资料。^⑦ 但在集团诉讼中,诉讼代表人一定程度上丧失了对程序终止的控制权。无论是自愿撤诉还是非自愿撤诉都需要法官的同意,如果选定的诉讼代表人退出也没有新的集团成员来代替他,法官只有将案件按非自愿

① See Michael G. Cleveland, *Involuntary Dismissals of Class Actions*, 40 U. Chi. L. Rev., 783-796 (1972-1973).

② See *Papilsky v. Berndt*, 466 F.2d 251 (1972).

③ 参见河北省围场满族蒙古族自治县人民法院(2017)冀 0828 民初 2047 号民事裁定书。

④ 参见黄忠顺:《诉讼实施权配置论——以群体性诉讼中的当事人适格问题为中心》,《东方法学》2014 年第 6 期。

⑤ 参见黄忠顺:《诉讼实施权配置论——以群体性诉讼中的当事人适格问题为中心》,《东方法学》2014 年第 6 期。

⑥ 参见黄忠顺:《群体性纠纷解决机制中的诉讼实施权配置问题研究》,《中州学刊》2014 年第 2 期。

⑦ 参见张卫平:《大陆法系民事诉讼与英美法系民事诉讼——两种诉讼体制的比较分析》(上),《法学评论》,1996 年第 4 期。

撤诉处理。法官干预撤诉的权力意味着一方当事人被要求继续进行诉讼,即对抗性原则要求的法官被动原则在集团诉讼不再被遵守。撤诉要经过法院审查,我国民事诉讼也有这一传统,但在过去的职权干预模式下,法院主要是基于保护国家利益、防止违法行为进行审查。在现代群体诉讼中,虽然处分原则的土壤——两造诉讼与私权自治——都被打了折扣,但其作为民事诉讼基本原则依旧要被遵循,并作为各种诉讼撤诉的基本法理依据。同时,作为代表人诉讼的处分权受到限制也是一种立法趋势,如我国公益诉讼代表人也是通过法定诉讼担当获得诉讼代表权,法庭辩论终结后即不准其撤诉。因此,法院在诉讼过程中要对诉讼代表人提出的撤诉请求严格审查,必要时应以书面方式通知全体集团成员参与听证,允许其提出异议。另外,基于一部分涉及公共利益的代表人诉讼,即便诉讼当事人双方达成撤诉协议,法官也应在充分审查和利益衡量后决定是否允许撤诉。

(三)动态考察诉讼代表人的充分性

代表人诉讼是由众多利益受损的人组成一个团体,选任律师作为这个团体的诉讼代表,以追求各自实体利益的实现。这种构成必然会出现成员内部的利益冲突,以及成员之间不合作带来的囚徒困境,^①从而需要法院在诉讼过程中动态审查诉讼代表人的充分性,特别是防止某些情况下诉讼代表人个人的撤诉导致整个诉讼被撤销。

我国代表人诉讼允许各种撤诉制度的运用,对诉讼代表人的充分性在选任之后即不再在程序进行过程中进行动态考察。这种情况下,代表人诉讼中会出现诉讼代表人自行与被告达成和解,甚至置集体利益于不顾而代表团体撤诉的情形。此时,剩余的被代表人该如何进行诉讼便成为一个难题:是一起接受和解方案,还是另行选取诉讼代表人继续进行诉讼?实践中的做法往往是不充分的诉讼代表人的个人决定导致整个案件被撤诉,使已经进行的诉讼程序归于原点。我国有学者基于此甚至认为,对示范性的代表人诉讼,一般不能以和解、撤诉等方式结案,应当完成全部的诉讼程序以获得判决,以指导后面的诉讼。也有学者认为,可以允许这次的示范代表人诉讼案件结束,重新选定新的案件作为示范案件。^②美国集团诉讼中也存在部分当事人先行撤诉的情况,其主要也是指集团代表的自行撤诉。集团代表获得自己满意的结果并撤回自己的诉之后,集团诉讼本身该如何进行一般需要考虑两个问题:一是集团诉讼不能由非集团成员提起,二是已经被联邦法院管辖的集团诉讼案件不能因为诉讼代表人的不适格而不予审理,且不能因为诉讼代表人的自行撤诉影响已经被认定的集团诉讼中的集团成员获得裁判的权利,因此集团诉讼的代表人可以继续进行诉讼,使剩余集团成员获得一致的诉讼结果。^③德国的示范诉讼对此采用了不同方式,其实践中也有大量示范诉讼的原告撤诉而使得示范诉讼程序终结的情形,但如果原告仍然继续愿意进行诉讼且充当原告,法院在先前的示范原告撤诉后会另外挑选一个示范原告进行诉讼。^④在此问题上,根据诉讼代表的充分性要求,笔者认为应当替换诉讼代表人,由当事人推选或法院指定新的诉讼代表人,以继续进行诉讼,不受之前诉讼代表人个人撤诉的影响。

(四)慎重运用代表人诉讼中的按撤诉处理制度

在美国的对抗制下,非自愿撤诉被认为是一种对诉讼代理人不积极推进或不遵守程序的严厉惩罚措施。非自愿撤诉制度贯彻的是这样一种理念,即原告律师必须积极勤勉地推进案件,并且遵守规则的要求。法院可要求原告说明推进案件不积极的原因,若在一定的期限内没有积极推进案件,则会招致法院撤销案件。非自愿撤销案件在实体上一般都会产生影响实体权利的效果。如果是因为法院缺乏审理案件的权力,如缺乏管辖权、不合适的审判地或者没有合并当事人,则这种没有以任何方式处理实体事项的撤诉

^① 参见田海鑫:《论美国集团诉讼中的虚假和解及规制》,载张卫平主编、韩波执行主编:《民事程序法研究》第17辑,厦门大学出版社2017版,第81页。

^② 参见王兰旭、刘雅倩:《从代表人诉讼到职权示范诉讼》,《山东审判》2017年第2期。

^③ See Continuation and Representation of Class Actions Following Dismissal of the Class Representative, 1974 (3) Duke Law Journal, 609 (August 1974).

^④ 参见吴泽勇:《〈投资者示范诉讼法〉:一个群体性法律保护的完美方案?》,《中国法学》2010年第1期。

不影响原告再次起诉。我国的按撤诉处理制度则是要求当事人遵循诉讼秩序,行使诉讼权利时要服从人民法院的统一指挥,否则就要承担一定的责任或不利后果。^① 这些不利后果包括不得再诉,如再审中按一审审理的案件如果按撤诉处理则原告不得再诉,也包括按撤回上诉之后一审判决生效,上诉人丧失上诉权。在这一点上我国民事诉讼和美国民事诉讼理念是一致的,即出于法官管理和推进诉讼程序的需要设计此制度,两者都针对一方当事人的诉讼行为,且会给当事人带来不利的后果。笔者认为,在代表人诉讼这种涉及多个主体权利的诉讼中,如果诉讼代表人或诉讼代理人出现不遵守庭审程序的要求,法院一般也应慎重适用按撤诉处理制度,首先要征询被告一方是否同意按撤诉处理。在被告同意的情况下,法院应进一步通知被代表成员以征询意见,或者要求其选任新的诉讼代表人参与诉讼,而不是直接按撤诉处理。只有被代表人一方不愿继续进行诉讼的,才可以按撤诉处理。

(五)防止未加入代表人诉讼的人受到撤诉实体效力影响

在集团诉讼中,为防止未加入诉讼的人受到具有实体效力撤诉的影响,在处理集团诉讼与个人诉讼的关系时即坚持两者的独立性,原则是集团诉讼不优先于个人诉讼。在集团诉讼判决作出前,集团成员可以提起个人诉讼,且不受判决约束。个人诉讼的原告在参加到集团诉讼中后,仍然可以从集团诉讼中撤诉,继续自己的个人诉讼。^② 撤诉在实体法上的效力主要是时效中断以及权利的丧失。但实践中不同撤诉制度的交叉运用会带来不一致的结果,包括:一部分人先行撤诉或按撤诉处理,继续诉讼的人获得实体判决;一部分人上诉后因和解撤回上诉,一部分人继续上诉获得二审改判;一部分人获得一审判决后即不予上诉,一部分人上诉、再审之后撤回起诉。因为我国代表人诉讼是按照普通共同诉讼构建的,故当事人在撤诉上有较多的选择权。撤诉一般只有程序上的效力,即起诉时效中断,撤诉带来诉讼程序终结时要重新计算诉讼时效,未起诉的成员则不存在此种效果。^③ 这种情况下,即便代表人诉讼以撤诉结案,也不会对未参与代表人诉讼的人构成影响,其可以在诉讼时效期间内自行起诉。撤诉具有以下法律效力:(1)撤回上诉导致一审判决生效,其事实认定对其他当事人的诉讼产生判决理由的预决效;(2)二审与再审中撤回起诉有禁止当事人再诉的效力,实体权利沦为自然权利。该类有终结诉讼效力的撤诉制度类似于德国法上的“本案终结声明”和美国法上的“影响实体权利的撤诉”。^④ (3)代表人诉讼的裁判效果扩张至撤诉后再行起诉的当事人,或是和解协议扩张适用于撤诉的当事人。在上述情况下,未参加代表人诉讼的个人就会受到前诉撤回的影响,既有可能是事实认定上的约束力,也有可能是实体结果上的约束力。我国代表人诉讼中,现有规定将撤诉效力扩张至未加入集团诉讼的成员导致实质不公正的问题是存在的,特别是一些达成妥协的调解协议的扩张适用使得被代表人自行撤诉失去了意义,今后修法应赋予代表人诉讼中撤诉当事人重新起诉追求不同裁判结果的权利,而不是直接将判决效力予以扩张。

四、结语

撤诉制度这种在我国民事诉讼中广泛运用的程序,在代表人诉讼这一特殊诉讼程序中未受到足够关注。司法实践中,群体纠纷在多个领域爆发,法院也采纳较为灵活多样的非标准的代表人诉讼方式来解决纠纷,其中撤诉仍然是一种主要的案件终结方式。虽然撤诉制度本身立法近年来的不断完善也提供了更多可能,但代表人诉讼中撤诉的运用始终存在一些问题。借鉴美国集团诉讼撤诉制度运行的经验和教训,从追求实质公正的角度出发,完善我国代表人诉讼中的撤诉制度,对于构建合理的代表人诉讼制度具有推动作用。

责任编辑 温世扬

^① 参见唐德华:《新民事诉讼法条文释义》,人民法院出版社1992年版,第231页。

^② 参见[巴西]Antonio Gidi:《巴西集团诉讼:一个大陆法系国家的范本》,李智、陈荣编译,载周赞主编:《厦门大学法律评论》第23辑,厦门大学出版社2014年版,第278页。

^③ 参见张新宝:《〈中华人民共和国民法总则〉释义》,中国人民大学出版社2017年版,第420页。

^④ 参见赵秀举:《论民事和解协议的纠纷解决机制》,《现代法学》2017年第1期。