

群体诉讼的博弈分析

王福华*

内容提要：对群体诉讼展开博弈分析，能为制度完善及程序优化提供微观经济学和社会心理学依据。群体诉讼博弈主要在群体内部、群体诉讼原被告之间、群体与法院之间、群体与代理律师之间展开，每一类博弈中的主体都有特定的诉讼策略及诉讼收益。一般而言，博弈双方在程序选择和实体处分决策上能够实现博弈均衡，找到满足各方利益的折中策略。在群体形成的各种博弈中，抑制“搭便车”策略、采纳“选择退出”规则以及采取措施激励高额受害者，有利于维系和巩固群体并实现群体诉讼制度价值。群体原告与被告之间的博弈中，有关起诉、应诉的策略选择反映了协调当事人诉讼预期和促进诉讼合作的必要性；群体原告与被告的诉讼和解博弈则揭示出诉讼成本、程序运作的准确性对诉讼和解的影响，以及法院协调和监督诉讼和解的必要性。群体诉讼案件管理的博弈活动表明，法院受理群体诉讼案件应得到合理激励；律师胜诉取酬博弈则应被合理规制，以防止制度滥用。

关键词：群体诉讼 诉讼博弈 诉讼和解 胜诉取酬

我国代表人诉讼在1991年民事诉讼法修改之际进入立法，三十多年来，这一制度在解决大型民事纠纷及规范市场秩序方面发挥了重要作用。党的十九届四中全会通过的《中共中央关于坚持和完善中国特色社会主义制度推进国家治理体系和治理能力现代化若干重大问题的决定》，提出要“强化消费者权益保护，探索建立集体诉讼制度”，凸显了群体诉讼制度在国家治理中的重要作用。然而，相较于立法设定的目标及制度的应然功能，现行的代表人诉讼制度还存在巨大的提升空间。当下，我国代表人诉讼制度适用率还有待提高，〔1〕制约其功能发挥的因素很多，例如相关立法与司法政策尚需协调、群体形成机制缺乏、集体行动与程序自治的冲突尚需化解等等。各诉讼主体之间的利益冲突及利益分配竞争关系相互纠缠，是导致制度困

* 上海交通大学凯原法学院教授。

〔1〕以“群体纠纷”为关键词检索聚法网 (<https://www.jufaanli.com>)，截至2022年5月，该平台共发布群体诉讼裁判文书693份，其中判决书555份，裁定书135份，调解书3份。

境的主要原因。显然，仅从法律规范探究这些涉及法学、行为心理学与经济学的问題，难以得出完整答案，展开微观经济学和社会心理学等多学科交叉研究，有助于破解群体诉讼制度难题，为制度优化和完善提供新的视角。

一、群体诉讼博弈的结构及类型

1960年，美国学者托马斯·谢林（Thomas C. Schelling）提出将博弈论作为社会科学研究框架的观点，开启了将博弈论作为社会科学研究工具的时代。1980年代，美国学者贝伯丘克和科恩豪瑟分别发表了以博弈理论考察民事诉讼制度的研究成果，〔2〕博弈论以研究工具角色正式进入民事诉讼法学领域。在同一时期，美国一些法院开始倡导将博弈理论应用于集团诉讼审判实践，因为“在评估集体诉讼的成本和收益时，必须涉及或依赖法律经济学的概念”。〔3〕过去几十年中，博弈论在理论与实践中的应用为人们认识群体诉讼制度规律、反思诉讼实践及完善立法提供了另一种可能性。

（一）群体诉讼博弈的结构

法律博弈分析揭示的是在一定的规则约束下行为人之间的行为互动路径。〔4〕这种分析能有效揭示各诉讼主体的行为动机及相互关系。博弈理论框架下，一项博弈包括三个要素：（1）参与人集合；（2）每个参与者的策略集合；（3）每一个可能策略所对应的参与者收益。如果将诉讼行为代入上述博弈结构，便可发现诉讼主体的程序选择行为通常是一个决策、一项选择，充分满足了博弈要素要求，构成典型的博弈行动。而且，与通常的诉讼博弈相比，群体诉讼过程包含了更多的博弈形式、更复杂的博弈策略以及更多的博弈节点。

1. 群体诉讼中的博弈主体

博弈中的参与者，是选择行动以最大化自己预期效用（收益）的决策主体。群体诉讼博弈主体有如下特点：首先，类型多样，包括众多受害者（群体原告）、诉讼代表人、代理律师、对方当事人、法院（法官）等诉讼主体。具体博弈行动中参与者的组合是特定的，可能包括群体内部成员之间的博弈、原告与被告之间的博弈、群体与代表人之间的博弈、当事人与法院之间的博弈、当事人与代理律师之间的博弈等等。至于博弈行动在哪些主体之间展开，取决于博弈双方要决策的事项，可以是起诉与否的博弈、是否加入群体的博弈、推举代表人的博弈、应否受理群体纠纷的博弈以及是否和解的博弈等。群体诉讼中各种程序选择、实体处分乃至案件管理行为，均呈现为博弈活动。

其次，群体诉讼博弈主体具有理性决策能力。群体诉讼是复杂诉讼形式，程序运作和诉讼结果牵涉多方主体利益，其中的集体行动决策是一般诉讼所不具备的情况。一方面，群体诉讼存在多种多样的博弈决策，每个博弈中的主体都会追求最有利于自己的程序选择和实体处分结果，选择最有利于自己的策略，例如提出对己方有利的诉讼和解方案。如果找不到最优策略，

〔2〕 See Lucian A. Bebchuk, *Litigation and Settlement under Imperfect Information*, 15 RAND Journal of Economics 404 - 415 (1984); Lewis A. Kornhauser, *An Economic Analysis of the Choice between Enterprise and Personal Liability for Accidents*, 70 California Law Review 1345 - 1392 (1982).

〔3〕 Chester S. Spatt, *Control of Conflicts of Interest in Class-action Suits*, 41 Public Choice 177 (1983); Alex A. Parkinson, *Behavioral Class Action Law*, 65 UCLA Law Review 1092 (2018).

〔4〕 参见魏建：《法经济学：分析基础与分析范式》，人民出版社2007年版，第188页。

则至少要剔除最差的策略,实现理性选择。但另一方面,博弈主体的最优策略能否实现,还取决于对方的策略。^[5]在这点上,群体诉讼的大型化以及代表机制增加了博弈主体预测、判断对方程序选择与实体处分的难度,在复杂条件下博弈主体也必须根据对方的策略、实体与程序规则、胜诉概率及程序收益情况(可通过法院释明或法律服务获得)调整自己的诉讼预期,作出决策并实现博弈均衡。

再次,群体诉讼博弈主体之间存在着复杂的互动关系。群体诉讼中,无论是群体内部的集体行动、原被告之间的对抗还是其他主体之间的博弈活动,都体现出高度的互动性。由于没有任何人的选择是给定的,每个人决策的结果都会受到他人决策的影响,造成代表人与其他集团成员(被代表人)、集团律师与当事人以及当前权利人与未来权利人等关系中的结构性利益冲突。^[6]这同时说明,围绕着程序选择和实体处分的策略博弈,各方主体必须将诉讼对抗与诉讼合作很好地结合起来,不仅要考虑自己的选择,还需要考虑他人的选择。换言之,群体诉讼制度的博弈分析,表面上揭示了诉讼主体不合作的原因,但根本上却在探索促进诉讼合作的途径。

2. 群体诉讼中的博弈策略

群体诉讼主体都有程序选择和实体处分的机会,每个人在选择行动时要针对对方的可能行动而选择一个最优对策,此即博弈策略。群体诉讼博弈策略有如下特点:首先,群体诉讼博弈策略与诉讼行为相对应,具体包括程序选择和实体处分两类策略。例如,众多受害者选择单独诉讼还是加入群体;群体形成后是否声明退出群体;是否同意推举代表人;推举代表人后是否主张更换;同意还是不同意诉讼调解(和解);同意提起上诉还是反对提起上诉。同样,在群体原告与被告之间、群体原告与法院之间的博弈中,也各有不同的博弈策略。在一些博弈中,博弈主体会同时选择“严格优势策略”或剔除“严格劣势策略”,实现利益最大化。另一些群体诉讼博弈则会形成线性博弈策略链条,由博弈主体在连续的程序选择和实体处分节点上作出最优选择,展开重复博弈。

其次,群体诉讼博弈中通常能够找到博弈策略的“纳什均衡”。^[7]与所有博弈活动相同,群体诉讼中各个主体之间相互依赖,这决定了博弈包含了个人理性与集体理性的冲突。每一主体不但以自身利益最大化为基础作出选择和处分,也要根据对方的行动调整自己的选择,直至博弈任何一方在此策略组合下单方面改变自己的策略都不会提高自身的收益,以达成纳什均衡。以诉讼和解为例,原告与被告都想得到更大的诉讼收益,但诉讼和解的结果并不只取决于自己的选择,还取决于对方的选择。在一方和解策略不变的情况下,可能双方最终都同意和解,也可能双方都不同意,这两个“纳什均衡”是关于诉讼和解博弈的稳定组合。至于一方

[5] 1950年,美国学者梅里尔·弗勒德和梅尔文·德雷希尔提出“困境理论”,该理论由艾伯特·塔克以囚徒方式阐述,并命名为“囚徒困境”。在经典的“囚徒困境”中,警察对两个共同犯罪的嫌犯隔离审问。尽管若两人都保持沉默,他们得到的结果更好,但每个嫌犯都有动机率先坦白,因为如果其中一人保持沉默而另一人坦白,沉默的人受到的处罚就会更加严厉。参见[美]阿维纳什·K.迪克西特等:《妙趣横生博弈论》,董志强等译,机械工业出版社2015年版,第18页。

[6] 参见张平、陈亮:《集团诉讼中的利益冲突与被代表人利益保护机制研究》,《暨南学报(哲学社会科学版)》2010年第2期,第91页。

[7] 博弈均衡也称纳什均衡,指在两人博弈中如果存在一组策略组合,给定其他参与人的策略选择,每一个参与人都不能变得更好,则这一组策略组合就构成纳什均衡。换句话说,一个纳什均衡是一组策略,每一策略都是对对方参与人给定策略的最优反应。参见[美]道格拉斯·G.拜尔等:《法律的博弈分析》,严旭阳译,法律出版社1999年版,第18页。

同意诉讼和解而另一方不同意，则不是博弈均衡状态。

再次，群体诉讼博弈决策的路径相对复杂。一般而言，静态博弈中策略较为简单直观。例如，在是否加入群体的决策中，受害者往往采取“羊群策略”，别人起诉自己也起诉，别人参加群体自己也参加，仅此便会形成博弈均衡。但大多数群体诉讼博弈的节点多一些，作出最优选择及寻找均衡路径也更复杂。以利害关系人决策是否加入群体为例，其博弈节点至少包括登记加入群体、退出群体以及请求法院适用胜诉判决，他们要在接连的诉讼决策节点上作出最优程序选择，博弈序贯进行，博弈路径相对复杂。

3. 群体诉讼中的博弈收益

博弈论中的收益，指每个参与人在给定策略组合下得到的报酬。具体到群体诉讼博弈，收益有以下特点：首先，群体诉讼博弈针对的是博弈行为收益。各种形式的博弈如“群体一对方当事人”“众多受害者—众多受害者”“群体一代表人”“群体一代理律师”等博弈组合中，诉讼主体的博弈策略及对手的博弈策略的组合决定诉讼收益。收益可能是正收益，例如通过程序选择而降低诉讼成本，通过诉讼和解而得到理想的赔偿数额；也可能是负收益，如果群体诉讼增加了诉讼成本，组织群体和诉讼代理的成本过于高昂，群体内部冲突的概率过高，就可能使群体诉讼得不偿失。

其次，群体诉讼收益决定博弈决策。博弈策略以追求最大化诉讼利益为目的。如同其他诉讼博弈一样，诉讼主体的程序选择和实体处分行为与其所追求的诉讼目标不但一致，而且也都建立在追求利益最大化的假设基础之上。^{〔8〕}群体诉讼当事人处分自己的民事权利和诉讼权利，以及其他诉讼主体在作出诉讼决策时，主要考虑自己的个人收益，追求更好的诉讼结果和程序利益。与通常的诉讼博弈一样，群体诉讼的博弈收益可归为两类：实体上的收益，也就是胜诉结果或实体处分带来的利益与诉讼成本的差额；程序上的收益，也就是通过程序选择而带来的程序利益或避免的诉讼成本。

再次，群体诉讼博弈的收益与激励措施相关。群体诉讼中的诉讼行为需要协调，各方诉讼主体之间实现协调的关键是如何形成一致预期，为此需要采取激励措施。以诉讼代表人的产生为例，美国确定了“首席原告”规则：最先提起群体诉讼的原告可担任群体代表，成为诉讼代表人，从而增加自己对诉讼的影响和未来的诉讼收益。这为众多受害者竞相成为代表人（首席原告）提供了博弈规则。^{〔9〕}我国的状况则相反，当事人担任代表人缺少必要制度激励，代表人收益少且代表诉讼的工作量大、责任重，众多群体纠纷当事人都不愿意为他人付出，导致集体行动困难，这也反映出需要立法采取激励措施激活群体诉讼制度。类似的激励需要还存在于案件受理和诉讼代理方面。

总之，基于与上述博弈主体、博弈策略和博弈收益三要素的对应关系，群体诉讼具备了全部博弈要素和博弈分析的基础条件。

（二）群体诉讼博弈的类型

群体诉讼中的博弈可以同时进行，也可以序贯进行，通常情况是诉讼主体混合使用两种博弈类型。

〔8〕 参见王福华：《程序选择的博弈分析》，《法治现代化研究》2020年第5期，第141页。

〔9〕 美国法上采取措施激励群体代表人，目的在于通过集团诉讼判决补偿代表成本并实现以下双重目的：鼓励集团诉讼；补偿群体代表人所付出的努力和承担的风险。See Rachael Mulheron, *The Class Action in Common Law Legal Systems: A Comparative Perspective*, Hart Publishing, 2004, p. 467.

1. 群体诉讼静态博弈与动态博弈

群体诉讼博弈中相当一部分是静态决策,即静态博弈。静态博弈是指博弈双方在实施处分行为时要“同时”行动。这里的“同时”,不仅是一个时间概念,更是一个信息概念,具体指一方行动时是否知道对方采取了什么行动。群体诉讼中很多程序选择行为都属于静态博弈。以竞争成为群体代表人的博弈为例,在有足够激励的情况下,掌握竞争对手信息的当事人能制定出最优策略成为诉讼代表人。这些信息包括代表候选人了解对手的受害者支持数量、对手与众多受害者的沟通方式和沟通内容、受害者规模和个体数据以及群体遭受损害的总额等等。假如对手的策略非常有竞争力,那么候选人也许会选择自费支付代表成本、自费收集证据、联系被代表人等策略,^[10]提出比对手更有竞争力的方案,从而使自己的策略与诉讼行为相一致。

动态博弈是指博弈时一方先行动,一方后行动,且后行动的一方知道先行动一方的选择。这种双方轮流行动的博弈也被称作序贯博弈。对应于群体诉讼,双方当事人案件管辖上的博弈属于这种博弈,博弈节点分别是:原告起诉时选择法院,被告提出管辖权异议,对管辖权异议裁定提起上诉。以诉前协议管辖为例,经营者与消费者都会选择有利于自己的法院,而不是设身处地为对方着想。经营者提供的格式合同中通常会约定对经营者有利的法院管辖,因为这样能够降低经营者的诉讼成本。但众多消费者一旦选择这样的法院,在涉诉后就要付出较高的诉讼成本(例如交通成本等),这是约定管辖法院时首先要剔除的严格劣势策略。^[11]但经过博弈,上述双方的协议管辖策略会形成均衡结果——约定一个客观中立的法院管辖。这是因为,即便订立合同时约定了有利于经营者的法院管辖,并因此损害了消费者的程序利益,也仅为首轮博弈。众多消费者可提出管辖异议,请求法院排除该协议中的管辖条款,乃至通过上诉和再审继续主张管辖权异议,展开后续博弈。

群体诉讼动态博弈有如下特点:首先,群体诉讼动态博弈中诉讼主体的行动有先后次序。以原告和被告之间的博弈为例,首先是群体受害者可以选择群体诉讼,也可以不选择;被告则会根据原告群体的决策采取自己的行动,例如提出因果关系抗辩或当事人不适格抗辩,与原告群体和解或接受调解等。双方当事人都有完备的程序选择和实体处分的计划,根据先行动者的诉讼行动调整自己的选择,双方轮流行动,形成树形的博弈结构。^[12]

其次,群体诉讼动态博弈通常是重复博弈。群体诉讼具有阶段性特点,相关的博弈也是连续重复的,每一节点的博弈构成了阶段博弈,前一阶段博弈结果不改变后一阶段博弈的结构。仅原告与被告之间的博弈,在一审程序中就包括当事人适格抗辩、管辖权异议抗辩、和解或调解等阶段性博弈,从诉讼整个过程看则包括在一审、二审、再审和执行程序等阶段进行的博

[10] 以美国集团诉讼为例,由于对潜在成员进行个别通知要耗费巨资,并且这笔费用要由集团代表人来垫付,如果他不愿意或者不能支付这笔费用,集团诉讼则会被驳回。显然,这对代表人的经济能力提出了非常高的要求,在提起集团诉讼之前必须三思而行,充分评估诉讼风险。参见王福华:《变迁社会中的群体诉讼》,上海人民出版社2011年版,第213页。

[11] See Jürgen G. Backhaus, Alberto Cassone & Giovanni B. Ramello (eds.), *The Law and Economics of Class Actions in Europe, Lessons from America*, Edward Elgar, 2012, p. 48.

[12] “博弈树”模型指在两人或多人博弈中,策略博弈决策的序列就像一棵树杈很多的大树,决策沿着这棵树的各个决策点作出,每个参与者在决策点作决策时必须向前展望,不仅要展望他自己的未来决策,还要展望其他参与者的未来决策。他必须推断其他人的下一步决策,办法就是想象自己站在其他人的位置,按照其他人的思维方式思考。

弈。这些博弈序贯进行，被嵌入到更大的博弈中，形成“蜈蚣博弈”等动态博弈模型。^[13] 群体内部、原告与被告乃至群体与法院之间的博弈往往不会止步于首次博弈，而是在最初的博弈阶段中双方选择部分合作，将博弈进行到多个诉讼阶段以获取更高的收益。

再次，群体诉讼动态博弈会受到外生事件概率分布的影响。除了参与者的博弈策略，博弈过程和结果还受一些不受当事人控制的随机因素的影响，其中来自司法政策的影响最重要。例如，最高人民法院于2001年发布《关于涉证券民事赔偿案件暂不予受理的通知》（法明传〔2001〕406号），规定暂不受理证券民事赔偿案件；于2002年发布《关于受理证券市场因虚假陈述引发的民事侵权纠纷案件有关问题的通知》（法明传〔2001〕43号），规定“对于虚假陈述民事赔偿案件，人民法院不宜以集团诉讼的形式受理”；于2005年发布《关于人民法院受理共同诉讼案件问题的通知》（法〔2005〕270号），规定“受理法院认为不宜作为共同诉讼受理的，可分别受理”，这些随机事件对群体受害者一方造成了明显不利的影响。

2. 群体诉讼完全信息博弈与不完全信息博弈

群体诉讼主体在实施诉讼行为时都要依据其所知道的信息作出判断，当事人的诉讼权利义务、诉状中的诉讼请求、事实理由以及证据资料 and 法律依据等信息，均会在当事人之间交换，成为各自作出决策的依据。群体诉讼主体之间的信息沟通和事实披露的范围较为广泛，包括法定程序规则，交易或侵权事实，人身损害程度，因果关系，对方当事人的资信、营业及财产状况等。根据当事人对博弈信息的掌握状况，群体诉讼博弈可分为完全信息博弈与不完全信息博弈。

（1）完全信息博弈。群体诉讼主体在实施诉讼行为时充分掌握对方的特征和类型信息的情形，就属于完全信息博弈。一方面，民事诉讼法规定的程序选择权属于公共知识，通常都是公开、透明、大众化的，具有完全信息的特征；^[14] 另一方面，群体诉讼中当事人通过不断沟通、提出事实和证据，对纠纷事实的全貌愈来愈有所掌握，对适用何种程序制度解决群体纠纷有清楚的判断，也利于实现完全信息博弈。但事实上，群体诉讼博弈的完全信息并不容易实现。虽然群体诉讼中的双方当事人具有相互披露信息的意愿，法院在群体性环境诉讼、药害诉讼、消费诉讼、医疗诉讼中也会强制企业经营者或医院等被告提交证据，但是多数情况下群体诉讼当事人无法掌握全部、充分的信息，掌握证据的被告一方不会主动披露证据，相反，他还会尽力隐瞒或者破坏证据，这使得大多数群体诉讼博弈难以在完全信息条件下进行。

（2）不完全信息博弈。群体诉讼主体没有充分掌握博弈对手的特征和类型信息的情形，就属于不完全信息博弈。群体诉讼中的不完全信息博弈比较常见。例如，群体诉讼受害人在“选择加入”群体时通常会这样作决策：即便其他被侵权人不加入群体，自己也要加入，因为他明白其他受害者的真实意思其实是加入诉讼。再如，众多受害者在决定提起群体诉讼时，往往不知道对手（加害人）的诉讼策略、财产状况及和解意愿，加害人通常也不知道众多受害

[13] “蜈蚣博弈”是由美国社会心理学家罗伯特·罗森塔尔（Robert Rosenthal）在1981年提出的完全信息动态博弈，因其“博弈树”形似蜈蚣而得名。在这种博弈中，先手玩家之所以会在首轮就选择不合作，是因为子博弈精炼均衡预言，如果选择合作，那么后手玩家下一轮一定会不合作，故只会获得更低的收益。而子博弈精炼均衡的结果建立在双方都完全理性且此信息为公共知识的基础上，如果先手玩家选择合作，那么后手玩家在观察到先手玩家的非理性行为后，应当意识到完全理性假设已经不再成立，需要重新分析博弈进行决策。See R. W. Rosenthal, *Games of Perfect Information, Predatory Pricing and the Chain-store Paradox*, 25 (1) *Journal of Economic Theory* 92 - 100 (1981).

[14] 参见王力哲编著：《博弈论》，民主与建设出版社2018年版，第221页。

者的人数规模、真正的诉讼意图等等。上述不完全信息博弈显然与当事人隐匿证据及不披露信息的动机有关。受自我利益的驱动,即便能够披露自身信息的当事人,也会保持沉默或假装无力披露信息。相关研究表明,当有部分当事人确实无法披露信息时,博弈会对能够披露信息但保持沉默的当事人有利。^[15]类似情形在受害者内部博弈、“法院—群体”博弈及“群体—律师”博弈中较为普遍。

总之,群体诉讼博弈可分为四种组合:完全信息下的静态博弈、不完全信息下的静态博弈、完全信息下的动态博弈及不完全信息下的动态博弈。下文将针对几种组合作出分析,群体诉讼静态博弈适用于双方同时决策的情形,能有效分析受害者“搭便车”及律师胜诉取酬等策略选择问题;群体诉讼动态博弈则适用于博弈主体在不同诉讼阶段轮流行动的情形,可被用于案件受理博弈及诉讼和解博弈的分析。

二、群体形成中的博弈

群体纠纷中的众多受害者能否形成诉讼上的群体并被法院确认为适格当事人,是群体诉讼程序启动和推进的前提条件,也将最终决定群体诉讼判决的既判力范围。很大程度上,群体诉讼就是原告群体不断得以塑造和明确的过程,是否加入、如何加入及如何退出等,都构成了博弈行动。

(一) 群体内部博弈的“搭便车”策略

群体诉讼中众多受害者一方属于一个决策单位,他们是行为互动和相互依赖的群体,需要更多的协调与合作。按照集体行动规律,受害者群体规模越大,个体诉讼成本与收益越不对称,他们之间进行诉讼合作的可能性就越小,群体形成也就越困难。从制度功能角度,如果所有受害者都选择群体诉讼的途径解决纠纷,这样的集体行动不但可以降低诉讼成本,也会威慑被告并实现“批发式正义”。然而,集体行动时常会出现困难,实体权利处分和程序选择时常出现“囚徒困境”甚至“多人囚徒困境”——群体中的每个当事人都有偷懒或保留贡献的动机,期待能享受他人贡献带来的利益。尤其在群体诉讼的启动上,当事人更倾向于采取“搭便车”策略,即通过观察集团其他成员的付出与回报,确定自己的诉讼策略。在这种“责任分散”或“责任寄托”的背景下,受害者都希望自己充当旁观者,不组织、不参与诉讼群体,在观察其他当事人的付出与回报情况后,再确定自己的策略。显然,“搭便车”策略属于完全信息静态博弈。

从公法角度而言,国家既然设立了群体诉讼制度,就必然致力于其运用,最大程度地发挥其在提高诉讼效率和实现“批发式正义”方面的优势,而不是放任“搭便车”这种社会懈怠行为。^[16]限制“搭便车”策略的措施是多种多样的:首先,降低该策略的博弈收益。如果受害者不参加群体也不会有损失,无需支付“未来成本”,则他很可能不参加群体,而等待“搭便车”或自行单独诉讼。如果受害者不参加群体的“未来成本”很高,则合作策略将产生收益。^[17]因此,如欲改变“搭便车”状况,需在立法上提高当事人的不合作成本。其次,通过

[15] 参见[美]斯蒂文·沙维尔:《法律经济分析的基础理论》,赵海怡等译,中国人民大学出版社2013年版,第380页。

[16] 参见[美]戴维·迈尔斯:《社会心理学》,侯玉波等译,人民邮电出版社2016年版,第271页。

[17] See John Cirace, *Law, Economics, and Game Theory*, Lexington Books, 2018, p. 117.

激励和惩罚措施降低“搭便车”的意愿。在激励方面，要明确相应的费用补偿机制，对诉讼代表人主张合理诉讼费用赔偿请求的，法院应予支持。在制裁方面，可以考虑采取判决效力扩张的规定，令故意不参加诉讼的受害者无法坐享群体诉讼的胜诉结果，从而促使他们参与集体行动，实现群体纠纷的一次性解决。^[18]

（二）“选择加入”与“选择退出”的博弈规则

群体诉讼案件一旦被法院受理，将直接影响众多受害者的诉讼状态：一方面，每个受害者要决定是否参加诉讼；另一方面，随着群体的形成，受害者个体对大型诉讼的控制能力将被削弱。而且，群体形成之后每个受害者还面临着控制与反控制的策略选择——要么留在群体中继续群体诉讼，要么脱离群体独自寻求权利救济。因此，群体成员要在“加入”和“退出”两个策略中作出选择，以最大化自己的诉讼收益。这属于完全信息条件下的静态博弈。

“选择加入”指意欲进入特定集团诉讼的受害者，必须在法律规定的时间内通过规定的方式，明确、肯定地进入群体诉讼程序。受害者只有适时地作出这样的意思表示，才会最终受到群体诉讼判决的约束。我国民事诉讼法采纳了该模式，其优点是符合诉讼处分原则且简便易行，先发出权利登记公告，再审查登记主体资格，方便权利人行使诉权。^[19]“选择退出”则是指将特定的个人预设为众多受害者群体的成员，除非特定的个人明确表示退出诉讼并将自己排除在群体和判决效力之外，否则其仍为群体的成员。“选择退出”是一种有利于在整体上保护众多受害者诉权的机制，作为群体的成员永远不会比非群体的成员情况更糟，最终会或多或少地得到赔偿，因此这是一个对受害者更有利的位置。^[20]

“选择加入”规则为众多受害者带来以下策略选择：他们可按照自己的意愿单独诉讼并免受群体诉讼判决的拘束——除非他们自愿同意参加诉讼，否则群体诉讼判决不对他们产生效力。然而，这一规则也会导致博弈的“负收益”：一是受害者往往缺乏诉讼动力，在没有激励措施的情况下他们会将“搭便车”作为最优策略，不积极参与诉讼。这与生活博弈逻辑也一脉相承——在别人作出策略选择后继续等待，直到这个策略被证明成功或者失败后再作决定。二是“选择加入”规则会削弱群体诉讼制度的吸引力，不利于一次性解决群体纠纷。比较而言，“选择退出”规则之下当事人起诉与和解的动机都会增强，因为如果不通过群体诉讼主张赔偿，当事人会丧失针对同一侵权行为请求赔偿的诉权。三是“选择加入”规则也不利于被告，因为受害者如果不加入群体，就不会受到判决的拘束，他就可以单独提起诉讼。这种情况下被告要逐一应诉，疲于应对诉讼将导致纠纷解决的边际成本攀升，加重被告的诉讼负担。但同样，“选择退出”规则的弊端也显而易见，其因低效率、非理性、收益小而受到了来自法经济学的批评。^[21]而且，如果群体所有当事人均选择退出的话，比他们均选择加入得到的结果更糟。可见，“选择加入”与“选择退出”两个规则各有利弊，采行不同的规则势必对群体诉讼制度的功能产生不同的影响。^[22]至于二者是否有利于群体当事人，要区分具体情形：对于

[18] 美国集团诉讼的判决可直接拘束集团成员，即对于经过集团诉讼通知后、判决时未申请退出的集团成员具有拘束力，而对于那些申请退出的成员和未经通知的受害者则不具有拘束力。

[19] 参见民事诉讼法第57条；刘哲玮：《证券代表人诉讼中权利人范围确定程序的检讨与展望——从康美药业案展开》，《中国法律评论》2022年第1期，第110页。

[20] See Martin H. Redish, *Wholesale Justice: Constitutional Democracy and the Problem of the Class Action Lawsuit*, Stanford University Press, 2009, p. 40.

[21] 参见前引〔3〕，Parkinson文，第1098页。

[22] 参见吴泽勇：《欧洲群体诉讼研究——以德国法为中心》，北京大学出版社2015年版，第240页。

请求赔偿数额较高的受害者而言，“选择加入”应是优势策略，因为通过单独起诉可使自己获得更好的程序保障。但如果是数额较低的赔偿请求，每个成员需要支付的诉讼成本可能超过赔偿数额，“选择退出”对这些人的维权有积极作用。

我国群体诉讼制度一直适用“选择加入”规则，有利于当事人的程序保障和程序选择：一方面，允许在利害关系人范围不明确的情况下由其中一部分人先行起诉，启动群体诉讼程序，使已得到当事人资格确认的权利人获得及时救济；另一方面，由于群体诉讼制度涉及面较广，成员之间缺乏联系，常常发生只有部分权利人起诉而其他受害者不确定的情况。法院在受理案件后，发现起诉的一方当事人尚未确定的，可以发出公告，说明案件情况和诉讼请求，通知权利人在一定期间内向法院登记，为尚未进入诉讼程序的权利人提供参加诉讼的机会。但问题在于，“选择加入”规则会给法院带来沉重的登记和审查负担，风险也较大，所以法院缺乏积极性。作为尝试，我国在证券群体诉讼领域开始转向“选择退出”规则，既有兼顾投资者实体权利保护与程序保障要求的考虑，也有缓解法院案件管理负担的考虑。与之类似，反垄断集团诉讼中，选择退出制也被认为能最大限度地聚合垄断行为的受害者，形成诉讼上的规模优势，强有力地激励诉讼。^[23]

2019年修改的证券法及《最高人民法院关于证券纠纷代表人诉讼若干问题的规定》（法释〔2020〕5号，以下简称“证券代表人诉讼规定”）确立了参加群体诉讼的二元机制：（1）“默示加入+明示退出”模式，适用于投资者保护机构提起或参加的证券纠纷代表人诉讼；（2）“明示加入+明示退出”模式，适用于证券普通代表人诉讼。^[24]在证券群体诉讼领域以“选择退出”取代“选择加入”，为投资者群体提供了更优的博弈策略：首先，在投资者保护机构代表范围较特定的投资者的情况下，这一规则更有利于投资者诉讼群体的形成，符合证券领域公共选择的规律，群体诉讼的参与率可大幅提高。其次，“选择退出”机制以团体为代表人，团体可为被代表的众多受害者提供称职、忠诚的服务，消除诉讼的经济障碍，防止群体代理律师过度谋利，有利于在群体与成员之间建立联系。^[25]并且，该机制仍由当事人自主决定群体范围，体现了当事人自治理念及自我归责原则，有助于保障当事人的诉讼权利。

（三）高额与低额受害者的博弈

群体内部的动态博弈，主要在“高额受害者”与“低额受害者”之间进行，属于完全信息动态博弈。高额受害者指对诉讼收益的预期高于诉讼成本预期的受害者，这类受害者遭受的损害严重且赔偿数额高，所提出的诉讼请求是“强诉讼请求”。低额受害者指对诉讼收益的预期可能小于诉讼成本预期的受害者，其单独诉讼维权可能得不偿失，所提出的诉讼请求属于

[23] 参见张骏：《我国反垄断集团诉讼的制度构建——以诉讼激励与诉讼滥用的平衡为中心》，《南京大学学报（哲学·人文科学·社会科学版）》2022年第1期，第144页。

[24] 第一种模式参见证券法第95条的规定：“投资者保护机构受五十名以上投资者委托，可以作为代表人参加诉讼，并为经证券登记结算机构确认的权利人依照前款规定向人民法院登记，但投资者明确表示不愿意参加该诉讼的除外。”第二种模式参见“证券代表人诉讼规定”第8条第1款的规定：“权利人应在公告确定的登记期间向人民法院登记。未按期登记的，可在一审开庭前向人民法院申请补充登记，补充登记前已经完成的诉讼程序对其发生法律效力”；以及其第16条第2款的规定：“原告可以自公告之日起十日内向人民法院申请撤回权利登记，并可以另行起诉”。2021年11月广州市中级人民法院对全国首例证券集体诉讼案件作出判决，责令康美药业股份有限公司因虚假陈述侵权赔偿证券投资者损失24.59亿元。该案采用的“默示加入+明示退出”方法被证明行之有效。参见顾华骏、黄梅香等55326名投资者诉康美药业股份有限公司等证券虚假陈述责任纠纷案，广州市中级人民法院（2020）粤01民初2171号民事判决书。

[25] 参见前引〔11〕，Backhaus等编书，第49页以下。

“弱诉讼请求”。

高额受害者与低额受害者之间的博弈通常是不合作博弈。这是因为：首先，每个受害者的最优选择是“搭便车”，自己不参与集体行动，但希望坐享他人的诉讼成果，这是不合作的典型表现。其次，在已经提起群体诉讼的情况下，受害者的最优策略似乎应当是登记参加诉讼，以降低自己的诉讼成本或诉讼风险，实现诉讼收益的最大化。但问题在于，如果没有群体诉讼的威慑，受害者获得赔偿的可能性会降低，因此他们不得不把自己的选择建立在其他受害者也进行诉讼的基础上，与其他受害者展开合作一起进行诉讼，共同面对被告。相较而言，受损害最大的高额受害者起诉意愿最高，但低额受害者有权决定是否加入群体并从中获利，可能使高额受害者蒙受损失（为了其他受害者的利益进行诉讼而没有额外回报）。^[26] 换言之，低额受害者参加群体之后群体规模虽然得到扩大，但高额受害者可能反而担心自己将支付较高的诉讼成本，收益少于预期。相形之下，低额受害者的诉讼收益则会大于预期。在这种情况下，单独诉讼无疑是高额受害者的最优策略，即便单独诉讼成本较高，他也不惜退出群体。

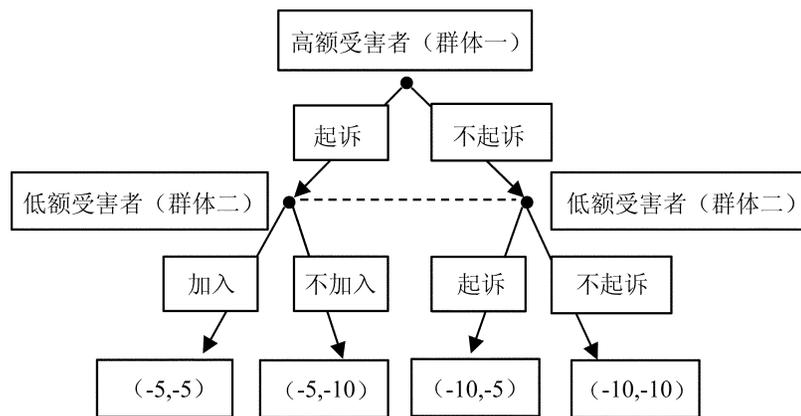


图1 高额受害者与低额受害者扩展式博弈模型

图1表明，在选择加入规则下，可对高额受害者与低额受害者的动态博弈作包含两方面的逆向归纳：第一，假定群体诉讼成本为-10，高额受害者最先提起群体诉讼，其诉讼成本为-10，当低额受害者选择加入诉讼，则高额受害者的诉讼成本被分担，降至-5。此时低额受害者的诉讼成本亦被分担，降至-5。如果低额受害者没有选择加入高额受害者提起的群体诉讼，而是自己单独诉讼，则因标的额较小导致诉讼费用较低、无需律师代理且可以适用群体诉讼胜诉判决，其诉讼成本与加入群体诉讼的成本相当，仍为-5。第二，假定高额受害者没有提起群体诉讼，低额受害者便面临两种选择：提起群体诉讼，自己承担诉讼成本-10，同时给高额受害者“搭便车”的机会，后者的诉讼成本降至-5；与高额受害者各自提起单独诉讼，此为两败俱伤局面，两者各自的权利救济成本均为-10。这一逆向归纳博弈模型说明：一方面，高额受害者虽不知道低额受害者的诉讼策略，但必须了解自己在博弈中的位置，提起群体诉讼并号召低额受害者加入其中是对低额受害者的最优反应，也是其最优策略。另一方面，低额受害者提起群体诉讼不是其最优策略，尽管他们与高额受害者在群体维权这一点上有

[26] 美国最高法院限制集团诉讼的措施是，集团诉讼的发起人必须通知该集团所有成员承担他们自己的费用，以减少大规模的消费者和环保诉讼的数量。参见[美]彼得·G.伦斯特洛姆：《美国法律词典》，贺卫方等译，中国政法大学出版社1998年版，第233页。

相同信念，但提起群体诉讼要支付更高的诉讼成本，其最优诉讼策略是加入由高额受害者提起的群体诉讼。

从上述博弈模型中也能够观察到群体动态博弈的特点：当事人要依次采取行动以表明是否参加群体，或者在参加群体后决定是否退出群体。在高额受害者（群体一）与低额受害者（群体二）成员汇集于同一个群体诉讼的情况下，就会出现两类群体的动态博弈。由于因同一侵权行为遭受低额损害的当事人（弱诉讼请求）分享了高额受害者（强诉讼请求）当事人的诉讼收益，但群体诉讼成本尤其是首先提起群体诉讼的成本主要由高额受害者承担，而其诉讼收益通常不会增多，如果他无法主导群体的行动，就可能退出群体。这种“逆向选择”策略会产生多米诺骨牌效应，部分高额受害者退出群体，他们在群体中的比例就会下降，从而触发更多成员的退出，进一步削弱群体一方的博弈能力。

但如同其他博弈一样，群体成员间的重复博弈也能够找到博弈均衡。这是因为群体纠纷中的受害者都是“理性经济人”，会兼顾眼前利益和长远利益，因此通过重复博弈完全可以找到均衡点，维系群体成员之间的合作。首先，“逆向选择”是在信息不对称的情况下作出的，此时一部分受害者无法确定另一部分成员的损害情况。由于信息不对称，将高额受害者与低额受害者汇集到一个程序中，弱化了前者的诉讼动机。因此，图1将低额受害者（群体二）的两个结点用虚线联结起来，就是为了强调低额受害者决定加入群体时应知道的信息。其次，高额受害者是群体诉讼的中坚力量，如果他们退出群体，那么群体诉讼的意义就会变小。因此，为调动高额受害者的积极性，就必须改变他们的诉讼状况：一是法院有必要根据受害者诉讼请求的强弱进行分类，各组分别推举代表人和委托律师，借此保护不同类型当事人的利益。二是采取合理的激励措施，在诉讼过程和诉讼结果上充分考虑高额受害者诉讼请求的特殊性，增加他们的合理博弈收益。例如，可以考虑在胜诉利益分配时优先补偿他们已付出的成本，充分调动他们的诉讼积极性，甚至可以考虑在群体诉讼一开始就提供一些成本上的激励措施，避免高额受害者退出群体而导致诉讼困局。

总之，群体形成过程中，要将诉讼博弈之间的联系与当事人之间相互作用的其他方面相分离是很困难的，^[27]因为纠纷发生后众多成员的处境可能就是一个“囚徒困境”。对于是否采取集体行动，有的博弈需要群体成员同时独立地作出决策，有的则需要群体成员先后作出决策。但无论如何，群体的形成机制将决定制度运行效果，而群体能否顺利形成又取决于有无公平合理的激励措施。作为立法优化措施，一方面要采取合理的激励措施改变不合理的“搭便车”现象，另一方面则要调动高额受害者的诉讼积极性，发挥他们在解决群体纠纷中的骨干作用。

三、群体原告与被告之间的博弈

在群体诉讼博弈行动中，原、被告之间的博弈最为激烈，博弈节点也最多，涵盖了静态博弈和动态博弈两种类型。两者在诉讼启动和诉讼和解两个节点展开的博弈最为典型。

（一）群体原告与被告的诉讼启动策略

群体诉讼中原告与被告的静态博弈，表现为起诉和应诉的策略选择。双方当事人都有自己的严格优势策略：群体一方当事人追求胜诉结果，力图追回被告的不法收益，但强硬和对抗往

[27] 参见前引〔7〕，拜尔等书，第215页。

往让群体一方拿不到太多的胜诉利益，^[28]而不得不接受次优的结果。被告同样追求分文不赔的诉讼目标，但又不得不降低心理预期，根据对方的策略调整自己的策略，最终达到博弈均衡。^[29]

1. 群体原告的起诉策略

在群体诉讼原、被告间的博弈中，作为受害者的原告一方具有优势，能获得更多的程序收益。首先，通过一个诉讼程序对共同的事实问题和法律问题进行审理和裁判，群体原告能从中获得降低诉讼成本的收益，且随着群体规模和共同问题数量的增多，成本优势会进一步放大。其次，群体诉讼能给集体成员带来规模经济效益，抵消被告的优势，促使被告理性地考虑所有受害者的诉讼请求，并通过加大诉讼投入提升胜诉机会。再次，群体诉讼机制增加了群体原告的收益，他们除了期待被告赔偿之外，还可将那些“负值诉讼”（即缺少诉讼价值的诉讼）作为威胁被告的策略，将胜诉希望不大或赔偿数额不高的纠纷诉诸群体诉讼程序，达到“以小博大”的效果。

群体原告的诉讼优势在于诉讼成本的边际递减。假定某个大规模侵权使 100 人受害，每人遭受 80 元损失，如果受害者单独起诉，自己要花费 100 元的诉讼成本；而如果受害者全体起诉并合并为群体诉讼，则每人支付的诉讼成本仅为 1 元，大大低于受害者单独起诉的成本，且每个人都可以得到正收益。这种情形可被简化为“多人囚徒困境”博弈模型：每个受害者都有严格优势策略——提起诉讼维权。如果其他受害者不提起诉讼，则受害者可以提起诉讼将自己的损失从 80 元降至 20 元（损失的 80 元得到赔偿，只是支付 100 元的诉讼成本）；如果再有一个受害者也参加到诉讼中，则诉讼成本从 100 元降到 50 元（两个受害者各花费诉讼成本 50 元，胜诉收益为各自 30 元）。因此在任何情况下，提起群体诉讼都将是最佳策略。

表 1 群体诉讼起诉收益矩阵

		众多受害者（二）	
		起诉	不起诉
众多受害者（一）	起诉	30, 30	-20, -80
	不起诉	-80, -20	-80, -80

显然，群体诉讼为众多受害者提供了实现“批发式正义”的途径，原、被告之间的博弈与立法目的相一致。反之，如果没有群体诉讼机制，当每个受害者受到的损害很小但却存在着众多受害者时，被告就极有可能规避赔偿责任，他深知受害者必须顾及诉讼成本，单独起诉寻求司法救济成本高昂，因此对受害者的个人索赔往往置之不理。换言之，群体诉讼能够将个人请求的小额赔偿转入大型诉讼，平衡当事人间的诉讼能力，推动法律发展，填补法律漏洞，能够将不具威胁性的个人单独诉讼变为大型侵权诉讼，为群体诉讼注入威慑基因，使其具备私人执法的功能，在解决大型纠纷和规范市场方面节约大量社会成本。^[30]

[28] 实践表明，欧洲团体诉讼中的违法所得往往被收归国库，美国集团诉讼中律师通过胜诉取酬制拿走了大部分赔偿款。

[29] 这样的博弈过程也被形象地比喻为“鹰鸽博弈”，如果两只鸟都选择“鹰战略”，势必两败俱伤，但如果都选择“鸽战略”，就可以通过谈判分享资源。参见 [美] 肯·宾默尔：《博弈论与社会契约》第 1 卷，王小卫等译，上海财经大学出版社 2003 年版，第 118 页。

[30] See A. Uzelaç & C. H. Van Rhee, *Public and Private Justice: Dispute Resolution in Modern Societies*, Intersentia, 2007, p. 14.

2. 被告的应诉策略

群体诉讼一旦被受理,被告的败诉风险加大,承担赔偿责任可能成为现实。^[31]在受害群体规模很大的情况下,加害人的最优策略是接受群体诉讼并赔偿受害者的损失,以避免向更多的受害者承担更大的赔偿责任,这是他们的严格优势策略。否则就只能坐等众多当事人逐一起诉,自己反复地成为被告,反复地支付诉讼成本。换言之,被告可以通过群体诉讼对应负的赔偿责任作集中的整体清算,诉讼结果无异于破产,于其而言这是一种积极效果,至少可以减少诉讼成本。但另一方面,众多受害者提起群体诉讼也可能受滥诉动机驱使。毕竟,被降低的诉讼成本会刺激人们滥用这一制度,即便胜诉希望不大也草率起诉,展开诉讼试探。在原告草率诉讼的情况下,被告的严格优势策略应是想方设法提高对方的诉讼成本,降低他们的诉讼意愿。例如,始终拒绝诉讼和解,提高原告群体一方的诉讼成本和风险厌恶程度,减少他们的预期收益等。同时,尽可能分化瓦解原告群体,区分具体情况承认部分群体的诉讼请求,而拒绝另一部分群体的诉讼请求,这样也可能达成博弈均衡。

总之,群体原告与被告之间构成了群体诉讼最重要的博弈关系,两者在诉讼启动节点上的博弈促使我们重视群体诉讼的双重价值——不但要为众多受害者提供有效的权利救济途径,还要对潜在的大规模侵权行为形成威慑,后者所彰显的群体诉讼社会价值无疑非常重要。

(二) 诉讼和解博弈

与通常的诉讼一样,群体诉讼中原告与被告之间的博弈属于不完全信息动态博弈。这是因为博弈主体对于对方的情况不甚了解——为了获得更大的胜诉利益,原告群体可能隐瞒事实或夸大损失,他们常以群体已经形成的事实作为向被告施压的博弈策略,并扩大诉讼请求范围,将案件复杂化。^[32]被告也有类似的自利动机,除非迫不得已,他们不会披露相关事实。

在不完全信息条件下,只有经过多次重复博弈,双方才能达成博弈均衡。在被告诉讼策略方面,群体诉讼形成后,被告可能转而处于程序弱势地位,迫使其投入更多诉讼成本,以战胜人数众多的对手。在群体一方作出决策并形成群体之后,被告会盘算自己的诉讼行动将给群体带来何种影响,他比原告更清楚自己是否会被判决承担民事责任,是否会面临“全有或全无”的诉讼结果。加之,原、被告双方又可独立地获得对方拥有的部分信息,在某种程度上双方会趋向于抱有相似的信念,这样和解就变得愈发可能。^[33]尤其对被告而言,诉讼和解在客观上有助于实现一次性彻底解决纠纷,又可有效保护其隐私,尽快且秘密地解决纠纷,能够隐藏侵权信息以维持生产经营,防止其声誉在冗长的诉讼过程中持续受损。尤其是和解协议具有的纠纷一次性解决功能,发挥类似破产的作用,使被告免遭持续不断的诉讼,因此他的严格优势策略就是同意诉讼和解。上述诉讼动机决定了群体诉讼和解动态博弈的如下特点:

首先,群体诉讼和解博弈体现了原、被告之间的博弈均衡。将诉讼和解作为一种诉讼策略,无论对于群体原告还是被告而言,都是严格优势策略。原告形成群体,便拿到了与被告谈判或和解的“筹码”,群体代表人、律师具备了威慑被告的力量,和解就可以被群体原告当作“机会主义行为”策略,和解也因此具有显著的诉讼收益。如果原告的胜诉预期值(减去诉讼成本)小于被告预期的赔偿值,那么双方达成互利的和解就是可能的,而介于两者之间的任

[31] See Warren F. Schwartz, *Can Suits with Negative Expected Value Really be Profitable*, 9 *Legal Theory* 83, 84 (2003).

[32] 参见章武生等:《中国群体诉讼理论与案例评析》,法律出版社2009年版,第394页。

[33] 参见前引[15],沙维尔书,第365页。

意和解金额对于双方来说都将优于审判。因此，诉讼和解时往往由被告率先提出条件，群体原告的博弈策略要么是同意，要么是不同意，而他们通常会选择不同意。被告随后又可能进一步妥协提出更优的和解条件，经过多轮反复博弈，直至对方同意或完全拒绝，诉讼和解博弈才可宣告结束。

其次，诉讼和解策略会产生相应的诉讼收益。对于群体一方而言，出于诉讼效率、诉讼风险的考虑，他们可能会同意和解。如果不同意和解，后期的诉讼成本将增加，众多群体成员获得的赔偿可能变少。而且在诉讼和解中，其他变量（外生事件）也在发挥作用，例如，代理律师可能借机谋利，牺牲众多群体成员的利益，^[34]对此群体成员无法切实进行监督。对于被告而言，他们会担心更多的受害者加入诉讼，因此希望通过和解尽快了结诉讼，分化瓦解群体就成为其严格优势策略。但随着群体规模扩大，被告最终不得不满足所有受害者的诉讼请求——不仅对起诉的众多受害者负责，还要对所有潜在的受害者（未来索赔人）负责，他不得不与群体原告达成另一种均衡，即在整体上赔偿受害者，以使纠纷获得彻底解决。

再次，诉讼成本及程序质量决定群体诉讼和解博弈的结果。我国证券群体诉讼实践表明，若诉讼成本超过其所能获得的赔偿，原告宁可放弃诉讼；若被告上市公司知道原告的诉讼成本高于收益的境况，就不会与原告进行和解。^[35]此外，诉讼程序运作的准确性越高，双方当事人就越可能在审判结果的评价上达成一致，也就越可能达成和解。^[36]由此带来的启示是：通过诉讼费用机制的改革，使当事人的诉讼费用反映实际的诉讼成本，可以促进群体纠纷通过诉讼和解解决。

上述群体诉讼和解博弈的过程仅为理论推导，实际的博弈状况肯定更为复杂，另外一些因素应当被考虑进去。首先，群体原告和被告的博弈地位和博弈能力是复杂的。一方面，群体原告个体缺乏程序控制能力，在诉讼和解中的作用往往无足轻重，也不太可能像自己推举出的代表人那样在和解中发挥作用，甚至不了解自己被代表的诉讼地位以及群体诉讼和解协议对自己的意义，因此诉讼和解易被代表人或代理律师操控。另一方面，群体原告也可能通过滥诉和无效率或掠夺性的和解协议，^[37]从易受攻击的被告处获得暴利。其次，如果诉讼代表人和代理律师在与被告进行的诉讼和解谈判中占据有利的谈判地位，可提出有利的谈判条件，能够获得较多诉讼收益，这种和解被称为“甜心和解”，^[38]其背后往往是被告对诉讼代表人的收买。群体律师也存在着过度逐利尤其是通过诉讼和解谋利的倾向。纠正这些博弈失衡状况，必须在立法上赋予法院监督和审查群体诉讼和解协议的权力。

法官对诉讼和解进行司法监督，也可以视为法官（代理人）和法院（委托人）之间展开

[34] 我国证券群体诉讼实践表明，代理律师的职业伦理已成为群体诉讼发展的制约因素。这一问题在美国集团诉讼实践中表现得更为突出。在美国，群体原告代理律师的动机是获得高额代理报酬，他们不会真的考虑那些没有参与程序的集团成员的利益，律师提议的和解协议还可能损害群体的利益。See Jack B. Weinstein, *Ethical Dilemmas in Mass Tort Litigation*, 88 *Northwestern University Law Review* 469 (1994).

[35] 参见朱羿琨、陈楚钟：《集团诉讼与系统性偏袒之矫正——证券市场虚假陈述侵权案的博弈分析》，《暨南学报（哲学社会科学版）》2005年第3期，第40页。

[36] 参见前引〔15〕，沙维尔书，第404页。

[37] 参见李焱葳：《论反垄断法私人实施之集团诉讼制度——从“百度竞价排名”事件谈构建我国反垄断法领域中集团诉讼模式》，《重庆工商大学学报（社会科学版）》2010年第1期，第115页。

[38] 参见前引〔9〕，Mulheron书，第390页。

的“监察博弈”。^[39]法官的策略是可以监督（工作），也可以不监督（偷懒），但监督和审查能够保障群体诉讼和解的公正性、合理性和充分性，保护当事人特别是群体一方当事人的合法权益，实现公平正义。反之，如果法官不对和解协议进行监督和审查，虽然能够节约司法资源实现总收益最大化，但却可能放任部分当事人、代理律师或诉讼代表人损害国家、社会利益和其他当事人的权益。因此，法院应监督（监察）法官是否对群体诉讼和解协议履行了司法审查权，防止法官怠于审查而导致和解协议违法。

法官监督和审查和解协议虽然必要，但实际操作有难度。它属于不完全信息博弈，监督和审查会受到信息的制约。监督审查的法官由于缺乏相应信息来源，又未进行实体审理，因而没有足够的信息判断和解协议是否合理、是否损害未参加诉讼的受害者的利益。尽管如此，群体诉讼和解的司法监督和审查机制仍要维系，这是保证诉讼和解的自愿性和合法性并发挥制度威慑功能的必要条件。

四、群体诉讼的案件管理博弈

群体诉讼是诉讼风险较大的纠纷解决方式，需要精准的司法监督和积极的司法管理。^[40]广义上，群体诉讼的司法监督和案件管理几乎涵盖群体形成、诉讼代表人选定以及诉讼和解等所有环节，上文的分析已间接涉及一些案件管理博弈，以下专门针对狭义上的案件管理，以案件受理和律师代理决策作为样本进行博弈分析。

（一）“起诉—受理”博弈

几乎所有群体诉讼立法例都强调案件管理的作用，由法院在诉讼最初阶段对案件进行过滤，由此产生了法院与群体之间在起诉和受理决策上的博弈。在这一完全信息条件下的博弈中，博弈主体是群体当事人与法院，博弈策略是诉讼形式的选择——群体诉讼还是单独诉讼。群体当事人倾向于“集体程序”，起诉后形成群体，这样能获得较大诉讼收益、降低诉讼成本并保持对被告的威慑。但对法院而言，如果不具备适合的司法环境和充足的司法资源，其最优博弈策略是将群体诉讼案件予以拆分，按照单独诉讼受理和审理。^[41]然而，这种拆分又必须顾及民事诉讼法的刚性制约，不能违法限制和剥夺当事人的诉权。显然，上述双方的博弈策略取决于其博弈收益，当群体诉讼的收益超过单独诉讼的收益时，他们都会选取群体诉讼作为严格优势策略；反之，他们都会选择单独诉讼作为严格优势策略。

整体上，“起诉—受理”博弈具有显著的动态博弈特征。群体当事人和法院在采取行动时不但存在先后次序，而且双方在作出决策时也知道相应信息。^[42]群体诉讼当事人起诉之后，法院要作出是否受理的策略，是按照群体案件受理还是将群体案件拆分；如果众多受害者与法院无法达成博弈均衡，则会引起下一轮博弈，直至双方实现均衡。在这一过程中，法院先要审

[39] 这种司法监督可理解为“监察博弈”，法院委托法官对诉讼和解协议进行司法监督，法院是委托人，法官是代理人。关于“监察博弈”，参见[美]朱·弗登博格等：《博弈论》，黄涛等译，中国人民大学出版社2010年版，第15页。

[40] See Federal Judicial Center, *Manual for Complex Litigation*, 4th ed., 2004, p. 243.

[41] 法院为了迎合绩效考核而有意识地放任案件报表上数量的增加，以增加法院内部的编制，扩大法院的事权，这也是拆分案件的动机。参见前引[19]，刘哲玮文，第107页。

[42] 参见前引[39]，弗登博格等书，第55页。

查起诉是否符合群体诉讼的条件，决定以群体诉讼方式或单独诉讼方式（拆分案件）审理。随后，群体一方则要确定自己的策略，是接受法院的决定继续进行诉讼；还是通过程序异议、信访等投诉途径提出异议，给法院制造压力甚至损害其声誉。

下面假设在法院不具备解决群体诉讼能力的情况下，群体一方进行投诉作为“报复”法院拆分案件的策略。双方有四个可选择的策略：（1）如果法院受理群体纠纷案件，则群体当事人欣然接受；如果法院拆分群体纠纷案件，则上诉或投诉。（2）如果法院受理群体诉讼，则群体当事人上诉或投诉；如果法院拆分群体案件受理，则欣然接受。（3）无论法院是否以群体诉讼方式受理案件，群体一方都欣然接受。（4）无论法院是否以群体诉讼方式受理案件，群体一方都上诉或投诉。以上策略组合用表 2 所示模型表示。

表 2 群体诉讼“起诉—受理”动态博弈模型

		群体当事人			
		接受/投诉	投诉/接受	接受/接受	投诉/投诉
法院	受理群体诉讼	-2, 2	-5, -5	-2, 2	-5, -5
	受理单独诉讼	-5, -5	2, -2	2, -2	-5, -5

群体当事人和法院各自的收益情况如下：如果在不具备解决群体诉讼能力的情况下受理群体案件，群体当事人接受了这一决定，则法院的收益为 -2（因为受理群体诉讼可能影响社会稳定且审理费时费力），群体当事人的收益为 2（群体诉讼被受理后会降低群体一方的诉讼成本且对被告形成威慑）；如果法院不得已受理了群体案件，但群体当事人仍然投诉，则法院的收益为 -5，此时群体当事人的投诉也可能被驳回，因此收益也为 -5；如果法院依法拆分了案件单独受理和审理，群体当事人投诉，则法院的收益为 -5，群体当事人也为 -5；如果法院拆分案件单独受理案件，群体当事人没有投诉，则法院的收益为 2，群体当事人为 -2。

不难发现，上述动态博弈中的一些策略带有明显的威胁性，并非博弈主体的真实意思，因此不是真正的博弈均衡。例如，在群体案件受理的节点上，群体当事人的威胁通常是，法院如果不按群体案件受理，就通过信访或制造新闻舆论等投诉途径解决，给法院制造更大压力。而法院的威胁通常是群体诉讼易于引发群体事件，不利于纠纷解决，原告坚持以群体诉讼起诉就是破坏社会稳定。但实际上，这些威胁都不具有可信性，不是合理的博弈策略。因为双方各自的事前最优选择和事后最优选择是不一致的——当事人解决纠纷获得赔偿的期望与投诉行为不一致，以投诉作为威胁并非最优策略。同样，法院拆分案件的行为与纠纷一次性解决的最优策略也不一致，群体诉讼更符合诉讼经济和诉讼效率的司法目标。因此，在具备群体诉讼条件的情况下，以维护社会稳定为由拒绝群体诉讼的策略同样属于“不可置信的威胁”^[43]或不合理的策略，不是真正的纳什均衡，在博弈分析时应予排除。

从理性角度出发，“起诉—受理”博弈中应被排除的纳什均衡有两种：（1）对不应受理的群体案件，如果法院按群体诉讼受理，群体当事人选择接受。这一博弈均衡结果可能是，法院担心声誉受损不再考虑自己的司法能力限制和社会稳定因素，司法风险加大，因此收益为 -2；而群体当事人则既降低了诉讼成本，又对被告形成威慑，收益为 2。但实际上，这一纳什均衡隐含着法院被迫受理群体诉讼案件的前提，无异于法院对群体当事人的屈从。即便法院不按群

[43] 参见张维迎：《博弈与社会》，北京大学出版社 2013 年版，第 85 页。

体诉讼受理,只要拆分案件的决定是法院在自由裁量和案件管理权力范围内作出的,群体当事人的投诉也会被驳回,投诉维权耗时费力又不能真正解决群体诉讼的受理问题,其收益为-5。另一方面,如果法院知道群体当事人都是理性的,就不应该惧怕其威胁。(2)对应受理为群体诉讼的案件,法院却拆分按照单独诉讼分别受理,当事人选择接受。这种情况下法院的收益为2,因为避免了群体诉讼的风险,是一种正收益;而群体当事人的收益则为-2,因为他们没有得到受理为群体诉讼的结果,与其最初的预期相悖,群体当事人遭到了“不可置信的威胁”。

相较而言,对不应受理的群体案件,法院决定不受理群体诉讼案件但群体当事人接受这一结果,是一个纳什均衡。双方的收益为:法院根据自己的情况依法对群体纠纷拆分审理,既避免了司法风险又避免了复杂程序,其收益为1;群体当事人的诉讼心态端正,尽管法院拆分了群体诉讼案件,他们也能接受,相信能得到与群体诉讼一样的诉讼结果。显然,这个纳什均衡是合理的,没有包含“不可置信的威胁”。换言之,法院与纠纷当事人的诉讼策略反映了动态一致性。因此,法院以变通的方式受理,例如“单独立案+合并审理”,可以达到博弈均衡的状态,尽管对双方而言这都是一种次优结果,但却是最好的策略选择。

群体当事人与法院就“起诉—受理”展开的博弈,展现的只是双方的诉讼心理和程序运作的实际状态,其结果不能取代法律的价值判断。但博弈过程和结果却足以提示我们在优化群体诉讼立法时,必须改善相关博弈收益,尤其是要考虑法院的博弈收益。因为群体诉讼要消耗更多司法资源,受理和审理这类案件相当棘手。分化瓦解群体诉讼不仅可以降低审理难度,更可以减弱众多原告的博弈能力,防止因群体聚集而出现一些棘手情况。^[44]相关司法实践已呈现出“羊群效应”——如果一个法院从利己的角度出发拆分案件,排斥群体诉讼,那么其他法院势必更加排斥,最终让群体诉讼制度失去价值。改变上述状况需要设定合理激励,让拆分案件的收益小于群体诉讼的收益,最大程度地实现群体诉讼的制度价值:一方面,要让法院高度重视维护司法权威、公共利益和社会稳定等目标,受理群体诉讼以保护群体利益;另一方面,要优化司法绩效考评机制,采取奖励措施,加大法院受理和审理群体案件的收益。考虑到国家机关运转所依赖的政治规律有别于法人行为所依赖的经济规律,可采取“职权—职责”形式的激励因素,^[45]通过报酬激励审理群体诉讼案件的审判组织和法官,或者设立专门审理群体诉讼案件的合议庭,加强群体纠纷解决的专业化等等。

总之,高度复杂的群体诉讼实践必然意味着高难度的案件管理,高质量的案件管理才能使群体诉讼制度发挥效能。“起诉—受理”博弈分析印证了群体诉讼制度的政策需要——当事人和法院都需要得到合理激励,而且两者也要相互激励,这是启动群体诉讼的必要条件。

(二) 胜诉取酬制中的博弈

群体诉讼制度在国际上发展迅猛,很大程度上得益于“胜诉取酬”这一成本分担规则的加持。胜诉酬金规则是能够将败诉带来的经济风险从群体及原告代表人转移到群体代理律师的机制——群体当事人只有在胜诉的情况下才有责任支付律师的代理费。同时,这一规则也为律师提供了必要的经济激励,使其将群体诉讼案件摆在首位并尽力做好。在这一规则之下,群体当事人与代理律师之间存在多种策略选择,包括:(1)固定标准的代理费:如果群体胜诉,

[44] 参见前引[32],章武生等书,第272页。

[45] 参见丰霁:《法律制度的激励功能研究》,法律出版社2015年版,第55页以下。

则律师按照双方约定的标准获得代理费用；（2）根据约定基数确定代理费：如果群体胜诉，则代理费按风险系数相应提高作为奖励；（3）根据胜诉结果按照比率确定代理费：如果群体一方胜诉，则按照群体获赔总额的百分比确定代理费；（4）按照不同诉讼阶段确定浮动的代理费标准：根据群体纠纷解决过程中的诉讼和解、审前阶段和庭审阶段确定不同的代理费比率。^[46]

群体当事人与代理律师之间围绕胜诉取酬制展开的博弈是不完全信息静态博弈。一方面，律师在决定代理群体诉讼时通常不完全了解损害事实、纠纷形成过程、全部诉讼耗费等信息，即便律师掌握全部信息，当事人也难以强制他们披露。同时，基于律师利益最大化假设，律师也不可能主动、完全地向众多被代理人披露自己掌握的全部信息而使信息成为“公共资源”。另一方面，群体一方在“群体一律师”博弈中也缺乏必要信息。群体成员通常是陌生人关系，彼此之间缺乏必要沟通，难以获得共识，他们在监督律师代理方面的责任是分散的，监督强度较低，自然难以获得完全信息。

不完全信息博弈的结构揭示，我国现行制度框架下“群体一律师”间的博弈明显偏向代理律师（只要他获得委托代理权）。首先，扩大代理群体规模是律师的严格优势策略。因为律师代理的受害者越多，他对诉讼施加的影响也就越大，而这又会对他形成进一步激励，受诉讼代理收益最大化的驱动，律师会尽量将更多的当事人囊括在群体中。其次，由于群体一方代理律师的诉讼代理权并非根据其于每个受害者之间的合意获得，成员无法与律师订立单独的代理协议，而是通过群体的代表人与律师订立协议，^[47]因此，群体一方代理律师实际上直接对代表人负责，间接地对被代理人负责，群体当事人一方对代理律师的情况并非全部知晓，两者之间的博弈为不完全信息博弈。

与人们组织任何群体一样，代理、组织和管理群体诉讼必然要支付较高成本。然而，并非每个受害者都愿意支付被视为“集体物品”的代理费用，如果某个受害者不再为他享用的“集体物品”付费，其他受害者的负担就会增加，因此他们就会拒绝继续出力，“集体物品”也就不复存在了，^[48]这在低额受害者为主的群体诉讼中尤为突出。作为一种次优选择，群体一方与代理律师的博弈往往在胜诉取酬这一策略上达成均衡，从而将代理费用与群体利益有效地联系起来。

中美两国的群体诉讼实践都认同了胜诉取酬制的可行性与必要性，围绕于此的博弈均衡使律师与群体当事人间的利益更加兼容，减少了诉讼代理上的利益冲突。这里假设某证券欺诈侵权导致每位投资者遭受1000元损失，而通过诉讼维权的成本为1000元，显然每个受害的投资者不会支付1000元的诉讼成本单独起诉维权，这样做诉讼收益为0。我们可进一步假设有1000名投资人受害，被告履行义务的可能性为60%，代理律师可按照胜诉利益的10%取酬，那么对律师而言就会有6万元的代理收入。这足以吸引律师代理该案件。这或许可以解释在消费侵权、产品责任及环境侵权等大规模侵权诉讼中，律师缘何不惜自己垫付资金，同时放手壮大群体规模，使群体诉讼机制更加商业化，为群体诉讼机制的运行提供资金激励。

[46] 参见前引[9]，Mulheron书，第469页。

[47] 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》（法释〔2022〕11号）第78条规定：“民事诉讼法第五十六条和第五十七条规定的代表人为二至五人，每位代表人可以委托一至二人作为诉讼代理人。”

[48] 参见[美]曼瑟·奥尔森：《集体行动的逻辑：公共物品与集团理论》，陈郁等译，格致出版社、上海人民出版社2018年版，第41页。

与代理律师的优势形成鲜明对照,胜诉取酬制下群体当事人居于劣势地位。首先,群体诉讼中每个受害者主张的赔偿数额可能都较低,诉讼意愿也不强,无形中削弱了监督代理律师的动机。受害者对诉讼过程及结果抱无所谓的态度,任由律师代理。诉讼代表人也是如此,实际状况往往是群体一方委托的律师会与代表人联系,而不是相反。^[49]其次,在由律师策划的群体诉讼中,当事人及代表人都可能被架空,无法对诉讼产生影响。律师一旦取得诉讼代理权,特别是在选择退出制下他们无须支付成本去打动群体当事人,他们甚至不用争取后者信任。另一方面,众多低额受害者也缺乏更换或投诉代理律师的动机,甚至默许律师违反职业道德准则从事代理事务。再次,对律师而言,代理受害者群体规模越大,他对诉讼的影响也就越大,扩大代理的群体规模是他的优势策略,这也会提高其对被告进行“合法化勒索”的能力。^[50]此外,律师在代理群体当事人之后,还可能将解除代理合同作为自己的博弈策略。例如,在群体代理律师与被告的和解谈判过程中,如果众多受害者对和解协议提出异议或者不同意和解协议,律师可能以解除代理合同相威胁,尽管他们根本无意辞掉诉讼代理。

基于上述“群体—律师”博弈的特点,有必要规制律师的诉讼代理活动。首先,对于律师代理群体一方当事人与对方达成调解协议、变更诉讼请求、认诺对方诉讼请求的,考虑到群体(尤其是大规模侵权纠纷)难以达成一致、集体行动困难的情况,应赋予法院审查权。应将律师胜诉取酬的代理协议作为重点审查对象,由法院审查、批准律师费的计算及支付方式,在律师的代理行为给众多受害者带来实际收益时,他才能获得代理报酬。其次,规制律师的代理行为,防止律师借群体诉讼谋取过大的利益。在这方面有必要借鉴美国集团诉讼中的“反向拍卖”机制,即群体代理法律服务必须通过招投标确定,由法院发出招标公告,设定法律服务的最低标准,律师通过竞标获得诉讼代理资格,由此削弱律师在诉讼代理博弈中不合理的优势地位。再次,强化律师的信息披露机制。群体当事人在推举出代表后,实际上退出了诉讼,转为被动地、有限地参与诉讼,也就缺乏控制诉讼的能力,^[51]无法有效监督诉讼代理律师,这为律师操纵程序和刻意隐藏、歪曲信息、误导群体原告提供了机会。改变这种信息不对称的方法,就是强制代理律师披露所有诉讼信息,消除不完全信息博弈的弊端。

总之,律师代理群体诉讼案件的积极性决定群体诉讼制度的成效,但对律师代理积极性的激励措施应是合理的。一方面,代理律师要获得足够的激励,有机会获得必要的收益,使其具有代理群体当事人的动力,胜诉取酬规则应予维持;另一方面,也必须将胜诉取酬收益降低到合理区间,防止律师过度谋利和人为制造群体案件,避免司法资源浪费。

结 语

关于群体诉讼的博弈分析,可从法律经济学和行为心理学角度为完善群体诉讼制度提供理论启迪。首先,群体诉讼制度的运行离不开各方主体的诉讼合作。群体形成、诉讼和解、案件受理乃至律师代理,都是特定主体间从对抗竞争到实现博弈均衡的结果,是从对抗到合作的动态过程,此即群体诉讼的规律。其次,包括法院在内的所有诉讼主体都是群体诉讼中的理性个

[49] See Robert G. Bone, *Civil Procedure: The Economics of Civil Procedure*, Foundation Press, 2003, p. 273.

[50] 参见章武生:《论群体性纠纷的解决机制——美国集团诉讼的分析和借鉴》,《中国法学》2007年第3期,第23页。

[51] 参见前引[20], Redish书,第134页。

体，都会追求自身利益最大化，有自己的最优策略选择。但群体诉讼制度蕴含着集体理性，即便诉讼主体的决策可能与之冲突并导致“囚徒困境”，也可以达成静态博弈的纳什均衡，找到最优解决方案，因此人们完全不必恐惧群体诉讼会危及社会稳定。再次，诉讼的阶段性决定了群体诉讼博弈的动态性、重复性，博弈双方都有完备的程序选择和实体处分计划，交互展开诉讼行动并有着互动路径，这些路径也反映了诉讼主体程序选择和实体处分的行为规律。最后，群体诉讼中的信息或证据对于各个博弈主体作出决策具有重要意义。诉讼信息既是当事人程序选择的根据，也是他们展开博弈的关键。甄别和提炼诉讼信息有助于作出正确的诉讼决策，信息掌握得越完全越可能达成帕累托最优。为此，应充分重视群体诉讼中私人信息与公共信息的披露和证据交换，保障诉讼主体的理性选择，促进大型复杂纠纷的合理解决。

Abstract: The game analysis of collective litigation can provide the basis of microeconomics and social psychology for the improvement of the collective litigation system. The game in collective litigation is mainly carried out between class members, the class plaintiff and the defendant, the class and the court, as well as the class and the attorney, in each of them the players have specific litigation strategies and benefits. Generally speaking, the two sides of the game can achieve game equilibrium in procedural choice and substantial disposition decision, and find a compromised strategy to satisfy the interests of all players. In various kinds of game in collective litigation, restraining the “free-rider” strategy, adopting the “opt-out” rule, and incentivizing the high-value victims are conducive to maintaining and consolidating the group and realizing the value of collective litigation. In the game between the class plaintiff and the defendant, the choice of tactics of instituting and responding to an action reflects the necessity of coordinating the litigation expectations of parties and promoting litigation cooperation. The settlement game between class plaintiff and the defendant reveals the influence of the litigation cost and the accuracy of procedural operation on the settlement, and the need for the court to coordinate and supervise the settlement of the action. The game of case management in collective litigation shows that the court should be reasonably incentivized to accept class action, and the game of contingent fee needs to be reasonably regulated to prevent the abuse of collective litigation.

Key Words: collective litigation, litigation game, settlement of litigation, contingent fee
