

## 厦门大学学位论文著作权使用声明

本人同意厦门大学根据《中华人民共和国学位条例暂行实施办法》等规定保留和使用此学位论文，并向主管部门或其指定机构送交学位论文（包括纸质版和电子版），允许学位论文进入厦门大学图书馆及其数据库被查阅、借阅。本人同意厦门大学将学位论文加入全国博士、硕士学位论文共建单位数据库进行检索，将学位论文的标题和摘要汇编出版，采用影印、缩印或者其它方式合理复制学位论文。

本学位论文属于：

（      ） 1. 经厦门大学保密委员会审查核定的保密学位论文，  
于      年      月      日解密，解密后适用上述授权。

（      ） 2. 不保密，适用上述授权。

（请在以上相应括号内打“√”或填上相应内容。保密学位论文应是已经厦门大学保密委员会审定过的学位论文，未经厦门大学保密委员会审定的学位论文均为公开学位论文。此声明栏不填写的，默认为公开学位论文，均适用上述授权。）

声明人： 周一彤

2011年4月15日

## 内容摘要

集团成员确认机制是群体诉讼制度改革中最关键，也可能最富争议的问题。本文试图以理论研究、比较研究、实证研究为基石，多角度分析现有集团成员确认机制的优势、弊端，以及未来的发展趋势。针对现阶段学界就我国代表人诉讼制度提出的几种改革路径，探讨我国未来群体诉讼制度中集团成员确认机制的三种建构方案，提出在渐进式改革过程中，构建三位一体、功能互补的集团成员确认机制的设想。围绕该目标，本文除导言和余论外，共分五章展开。

第一章在界定“群体诉讼”概念的基础上，简要分析目前各国群体诉讼制度的实施情况，以及群体诉讼集团形成的法律过程，并阐述集团成员确认机制对于群体诉讼的重要意义。

第二章以英国为例，介绍加入制群体诉讼中集团成员确认的具体程序，以及加入制在瑞典等其他国家的实施状况。其后从处分原则、案件管理、既判力扩张等方面分析加入制的理论基础和程序价值。通过对加入制的实证考察，揭示其运行过程中面临的动力困境、效率困境和成本困境。

第三章从以美国为代表的第一代退出制，到加拿大、澳大利亚的第二代退出制，简要梳理退出制的发展脉络。在此基础上，从通知制度与退出权、代表资格正当性、法院职权介入等退出制的核心内容切入，阐释退出制与传统诉讼理论之间的冲突与衡平。

第四章以退出制在欧盟的实施情况为视角，评析欧盟以为的退出制困境，以及欧盟群体诉讼对该问题的实证回应与退出制的制度理性。阐述退出制的发展与未来，提出英国将构建第三代退出制；在欧盟外，香港欲引入以退出制为起点的集体诉讼，并认为退出制将可能成为未来群体诉讼集团成员确认的主导机制。

第五章界定代表人诉讼的性质，简要介绍我国代表人诉讼制度实施情况及其原因，进而尝试从规范依据中探寻我国代表人诉讼确认集团成员方法的本质。最后针对学界就代表人诉讼制度改革的主要论争，探讨我国未来群体诉讼制度中集团成员确认机制的几种可能方案，认为构建集加入制、退出制和禁止退出制为一体的集团成员确认机制是代表人诉讼制度改革的理智选择。

**关键词：**群体诉讼；集团成员确认；加入制；退出制

## ABSTRACT

The mechanism of determining class membership is the most critical and controversial problem in the reform of multi-party litigation. From the perspective of theoretical research, comparative study and empirical research, this thesis seeks to analyze the advantages and disadvantages of existing mechanism in most popular forms of multi-party litigation, as well as the development trend in the long run. With different reform paths proposed by academic circles on China's representative action system, the thesis aims to discuss three possible schemes on the mechanism of determining class membership which could be adopted in further multi-party litigation in China. In the course of progressive reform, a trinity and functional complementation mechanism of determining class membership would be warranted. The thesis is divided into 5 chapters in addition to the preface and conclusion.

The first chapter introduces the definition of multi-party litigation and its enforcement in popular countries briefly, and then analyzes the legal procedure of class forming in multi-party litigation, among which the mechanism of determining class membership is of great significance to the multi-party litigation.

The second chapter introduces the specific procedure of determining class membership in opt-in multi-party litigation taking England as a classic example, and the enforcement of opt-in mechanism in other countries such as Swedish. The theoretical foundation and procedure value of opt-in mechanism can be identified from three aspects as following: right of disposition, case management and expansion of res judicata. There are dilemmas in motivation, efficiency and cost in the running of opt-in mechanism from empirical study.

The third chapter sketches the development venation of opt-out mechanism from the first-generation characterized by America, to the second-generation characterized by Australia and Canada. The opt-out mechanism establishes a detente with traditional procedural theories by notice and right of opt-out, justifiability of representatives, and authority intervention by court.

The fourth chapter introduces and comments on dilemmas of opt-out mechanism and the response of multi-party litigation practice to these dilemmas from the perspective of European Commission, as well as reasonableness of opt-out mechanism. Then the thesis discusses the development and future of opt-out

mechanism. In England, there may be a new opt-out mechanism of the third-generation; besides, Hong Kong would introduce the collective action system starting from opt-out mechanism. The author puts forward that opt-out mechanism would be dominant one in further mechanism of determining class membership in multi-party litigation.

The last chapter focuses on the representative action system in china, including nature identification, practice and its true reasons. It is considered from the law concerned that the mechanism of determining class membership in China's representative action is essentially opt-in mechanism. Referring to the main arguments on the reform of representative action proposed by academic circles, there are several possible programs on the mechanism of determining class membership in China's further multi-part litigation, among which a composition with opt-in, opt-out, and mandatory mechanism is the most rational choice.

**Key words:** Multi-party Litigation; Mechanism of Determining Class Membership;  
Opt-in Mechanism; Opt-out Mechanism.

目 录	
导 言 .....	1
第一章 集团成员确认机制概述 .....	3
第一节 群体诉讼制度实施概观 .....	3
一、群体诉讼概念界定 .....	3
二、各国群体诉讼制度管窥 .....	4
第二节 集团形成的法律程序 .....	6
一、集团认定：听审确认或拟制推定 .....	6
二、成员确认：选择加入或选择退出 .....	7
三、确定集团：主观标准或客观标准 .....	8
第三节 集团成员确认机制对于群体诉讼的意义 .....	9
第二章 加入制的理论基础与运行困境 .....	11
第一节 加入制的法律程序 .....	11
一、加入制群体诉讼的程序——以英国集体诉讼为例 .....	11
二、加入制在其他国家的实施状况 .....	13
第二节 加入制的理论基础与程序价值 .....	15
一、处分原则的要求与保障 .....	15
二、强化案件管理的重要基础 .....	16
三、既判力产生或扩张的直接依据 .....	17
第三节 加入制困境的实证维度 .....	18
一、动力困境 .....	18
二、效率困境 .....	20
三、成本困境 .....	21
第三章 退出制的历史演进与理论自足 .....	23
第一节 退出制程序及其历史演进 .....	23
一、美国第一代退出制 .....	23
二、加拿大、澳大利亚第二代退出制 .....	27

第二节 退出制群体诉讼与传统诉讼理论的冲突与衡平 .....	28
一、通知制度与退出权：既判力扩张与诉权保障的衡平 .....	28
二、代表资格正当性：当事人适格扩张与正当程序要求的衡平 .....	31
三、法院职权介入：对抗制诉讼格局与平等保护的衡平 .....	33
第四章 退出制的发展与未来——以欧盟为视角 .....	35
第一节 退出制在欧盟的实施程度 .....	36
一、葡萄牙代表退出型 .....	36
二、丹麦两部退出型 .....	36
三、荷兰和解退出型 .....	37
第二节 欧盟群体诉讼对于退出制困境的实证回应 .....	39
一、“丑化”的退出制——白皮书以为的障碍 .....	39
二、退出制的制度理性 .....	40
第三节 退出制的未来展望 .....	44
第五章 我国代表人诉讼制度的现状与选择 .....	48
第一节 代表人诉讼的性质界定 .....	48
第二节 代表人诉讼制度实施现状及原因 .....	49
一、代表人诉讼制度运行的实际情况 .....	49
二、代表人诉讼制度运行不畅的原因 .....	52
第三节 代表人诉讼确认集团成员的规范依据及其本质 .....	55
第四节 集团成员确认方法之选择——基于代表人诉讼制度改革方向的 探讨 .....	56
一、代表人制度改革的主要论争 .....	57
二、集团成员确认机制之选择 .....	59
余    论 .....	65
参考文献 .....	66
后    记 .....	73

CONTENTS

**Preface..... 1**

**Chapter 1 Summary of Mechanism of Determining Class**

**Membership ..... 3**

**Subchapter1. Brief Introduction on Enforcement of Multi-party Litigation ...3**

        Section1. Concept of Multi-party Litigation .....3

        Section2. A Restricted View to Multi-party Litigation in Popular Countries...4

**Subchapter2. Legal Procedure of Class Forming.....6**

        Section1. Class Certification: Hearing or Presumption.....6

        Section2. Determining Class Membership: Opt-in or Opt-out.....7

        Section3. Class Definition: Subjective Standard or Objective Standard.....8

**Subchapter3. Significance of Mechanism of Determining Class Membership**  
         **to Multi-party Litigation .....9**

**Chapter 2 Theoretical Foundation and Practical Dilemmas of**

**Opt-in Mechanism ..... 11**

**Subchapter1. Legal Procedure of Opt-in Mechanism..... 11**

        Section1. Legal Procedure of Opt-in Mechanism in Multi-party Litigation:  
             Taking England as a Classic Example..... 11

        Section2. Enforcement of Opt-in Mechanism in other Countries ..... 13

**Subchapter2. Theoretical Foundation and Procedure Value of Opt-in**  
         **Mechanism .....15**

        Section1. Requirements and Guarantee of Disposition Principle ..... 15

        Section2. Basis of Case Management Enhancement..... 16

        Section2. Direct Reference to the Formation or Expansion of Res Judicata.. 17

**Subchapter3. Practical Dilemmas of Opt-in Mechanism .....18**

        Section1. Dilemmas on Motivation..... 18

        Section2. Dilemmas on Efficiency .....20

        Section3. Dilemmas on Cost .....21

**Chapter 3 Development Venation and Theoretical Self-consistence**  
     **of Opt-out Mechanism ..... 23**

<b>Subchapter1. Procedure and Development Venation of Opt-out Mechanism</b> .....	<b>23</b>
Section1. First-generation of Opt-out Mechanism in America .....	23
Section2. Second-generation of Opt-out Mechanism in Canada and Australia .....	27
<b>Subchapter2. Conflicts and Balance between Opt-out Multi-party Litigation             and Traditional Procedural Theories .....</b>	<b>28</b>
Section1. Notice and Right of Opt-out: Balance between Res Judicata Expansion and Protection of Litigation Right.....	28
Section2. Justifiability of Representatives: Balance between Expansion on Justification of Parties and Requirements for Due Process.....	31
Section3. Authority Intervention by Court: Balance between Adversary System and Equal Protection.....	33
<b>Chapter 4 Development and Future of Opt-out Mechanism: from             Perspective of European Commission .....</b>	<b>35</b>
<b>Subchapter1. Enforcement of Opt-out Mechanism in European             Commission .....</b>	<b>36</b>
Section1. Portugal’s Representative Opt-out Model .....	36
Section2. Danish’s Two-part Representative Opt-out Model.....	36
Section3. The Netherlands’ Settlement-only Opt-out Model .....	37
<b>Subchapter2. Response of multi-party litigation practice to opt-out dilemmas             from European commission.....</b>	<b>39</b>
Section1. Uglified Opt-out Mechanism: Obstacles Considered by White Paper.....	39
Section2. Reasonableness of Opt-out Mechanism .....	40
<b>Subchapter3. Prospect of Opt-out Mechanism.....</b>	<b>44</b>
<b>Chapter 5 Current Situation and Choices of China’s Representative             Action System .....</b>	<b>48</b>
<b>Subchapter1. Nature of Representative Action .....</b>	<b>48</b>
<b>Subchapter2. Practice and Reasons of Representative Action System.....</b>	<b>49</b>
Section1. Practical Enforcement of Representative Action System.....	49
Section2. Reasons for Operating Obstacles of Representative Action.....	52
<b>Subchapter3. Legal Basis and Nature of Mechanism of Determining Class             Membership in Representative Action .....</b>	<b>55</b>



<b>Subchapter4. Choices for Mechanism of Determining Class Membership: on the Basis of Reform Orientation of Representative Action System.....</b>	<b>56</b>
Section1. Main Arguments on the Orientation of Representative Action Reform.....	57
Section2. Choices for Mechanism of Determining Class Membership .....	59
<b>Conclusion .....</b>	<b>65</b>
<b>Bibliography .....</b>	<b>66</b>

## 导言

19世纪以来,伴随着全球性工业化进程的加速推进,以“涉案利益集团化、扩散化”<sup>①</sup>为特征的“现代型纠纷”<sup>②</sup>悄然遍布各国。传统诉权理论与诉讼成本的有限性严重阻断了受害者寻求司法救济的“接近正义”(access to justice)之路,使其被迫成为“躺在权利上睡觉”的一批人。司法应对群体性纠纷能力的渐趋弱化,使现代各国普遍面临严峻的挑战。德国学者 Astrid Stadler 将此概括为两个问题:一是立法者如何能够应付小额或分散侵害的现象;二是尽管个别侵害所造成的损失使当事人有足够的动力提起诉讼,但由于同时存在大量相同或类似的事实、原因和法律问题,整个法院体系可能完全陷于瘫痪。<sup>③</sup>

现有制度性调控方式的缺位激发了各国在传统司法途径或诉讼程序之上进行救济方式经济性和集约化的探索和努力,形成了美国集团诉讼(class action)、德国团体诉讼(verbandsklage)、日本选定当事人制度、英国集体诉讼(group litigation)<sup>④</sup>等多元化群体性诉讼制度并立共存的新格局。形式各异的解纷制度承载着相同或相近的功能,不仅有效解决了诉讼空间容量有限与制度需求扩张之间的紧张矛盾,且通过集团的优势精妙地改变了诉讼格局,缩小了原被告双方力量的悬殊差距。然而,任何制度的构建均非一劳永逸。伴随着社会发展与变迁所带来的种种新问题、新困难,群体诉讼不可避免地要面对制度运行的各种悖论,涵盖美国在内的各法域均不同程度地萌动着群体诉讼的改革潮。其中,集团成员确认机制首当其冲成为争论的焦点。诚如加拿大安大略省法律改革委员会1982年在《集团诉讼报告》中所评论的那样,集团成员确认机制,即谁将受集团诉讼判决的约束,无疑是设计集团诉讼制度时最关键,可能也最富有争议的问题。<sup>⑤</sup>

相较而言,我国1991年《民事诉讼法》确立的代表人诉讼制度在现时的制

<sup>①</sup> 段文波. 日美现代型诉讼比较[J]. 社会科学研究, 2007, (1): 101.

<sup>②</sup> [日]小岛武司. 诉讼制度改革之法理与实证[M]. 陈刚, 等译, 北京: 法律出版社, 2001. 43.

<sup>③</sup> HANS-W. MICKLITZ, ASTRID STADLER. The Development of Collective Legal Actions in Europe, especially in German Civil Procedure [J]. European Business Law Review, 2006: 1476.

<sup>④</sup> 英国的群体诉讼制度(Group Litigation)在我国理论研究领域的称谓五花八门。如学者王开定在其著作《美国集体诉讼制度》中将此称为“团体诉讼”; 章武生教授、范愉教授称之为“集团诉讼”; 在香港有关法律咨询文件的表述中称其为“集体诉讼”。本文为区别美国集团诉讼, 而采用“集体诉讼”指称英国的群体诉讼制度。

<sup>⑤</sup> OLCR Report, 467. 转引自 RACHAEL MULHERON. The Class Action in Common Law Legal Systems: a Comparative Perspective [M]. Hart Publishing, 2004. 29.

度环境下面临着更为特殊的生存逻辑。但笔者以为，国外数十年的群体诉讼制度实践已经使我国拥有了充分的样板来比对代表人诉讼的运作实态，并为探讨集团成员确认机制的完善路径提供了事实上的可能。

## 第一章 集团成员确认机制概述

### 第一节 群体诉讼制度实施概观

#### 一、群体诉讼概念界定

“群体诉讼”，亦称多数人诉讼(multi-party litigation)，并非是学理上约定俗成的概念，我国学者对于群体诉讼内涵与外延的界定往往以论述的便利或框定研究范畴为指向，而轻描淡写地出现于各种论著中。概括而言，群体诉讼概念的展开主要存在于微观层面、中观层面与宏观层面。

早在 10 多年前，肖建华教授就曾指出，由于团体诉讼与群体诉讼侧重于不同的功能，在一个国家可同时采用两种诉讼，互相配合补充。<sup>①</sup>此种语境下的“群体诉讼”作为我国代表人诉讼的替代指称而平行于团体诉讼，典型地反映了学界早期对于群体诉讼的认识，但这种区分在现阶段的研究成果中已极为罕见。伴随着群体性纠纷与群体诉讼的持续升温，司法环境和法律自身的局限性致使司法机关处理群体性纠纷之道变得愈发艰难。进入 21 世纪，开放性地考察域外类似的程序制度成为我国群体诉讼理论研究的重要转向。随着研究规模和深度的不断扩张，“群体诉讼”不再局限于一种专门性制度的特指，而成为统合世界各国类似制度的集合性概念，意指具有共同或同类利益的一方当事人人数众多，无法为共同诉讼所容纳时，由特定主体代表众多当事人实施全部或部分诉讼行为，判决结果及于全体诉讼当事人的制度装置。在中观层面上将“群体诉讼”定位为共同诉讼之外具有解决群体性纠纷功能的诉讼方式的统称，抑或对该类诉讼现象的整体描述，已广泛地出现在各种关于群体诉讼制度的新近论著中，在一定程度上使“群体诉讼”成为包罗万象的概念工具。<sup>②</sup>除此之外，尚有在更为宏大的背景下将法院借以审理群体性诉讼的任意处理方式纳入广义的群体诉讼范畴，如我国司法实践应对群体性纠纷频繁适用的“单独立案、合并审理”的方式。<sup>③</sup>基于学界主流共识与论述的需要，本文拟以“群体诉讼”作为涵盖美国集团诉讼，德国团体诉

<sup>①</sup> 肖建华. 群体诉讼与我国代表人诉讼的比较研究[J]. 比较法研究, 1999, (2): 236.

<sup>②</sup> “群体诉讼”中观层面的定义，可见于汤维建，等. 群体性纠纷诉讼解决机制论[M]. 北京：北京大学出版社，2008. 65. 章武生. 论群体诉讼的表现形式[J]. 中外法学，2007，(4)：450.

<sup>③</sup> 杨严炎. 当今世界群体诉讼的发展趋势[J]. 河北法学，2009，(3)：41.

讼,日本选定当事人诉讼,以及我国代表人诉讼等的上位概念,而在引述时不加以具体区分。

在群体诉讼内部,存在共同的事实或法律问题的多数人自愿结合形成诉讼集团,旨在进行诉讼,以保护集合体所具有的共同性利益。<sup>①</sup>作为人数众多的一方当事人的集合装置,集团有别于以团体或组织面目出现的法人或非法人团体,而仅仅以诉讼为设立的唯一目的,因此呈现出较为明显的松散性和临时性。据美国2005年《集团诉讼公平法》[Class Action Fairness Act of 2005]对相关概念的界定,“集团”是指在集团诉讼中的所有成员。“集团成员”是指在集团诉讼中符合协议中的或已确认的集团条件的当事人(已指名的或隐性的)。因此,集团可理解为群体诉讼制度架构下由具有共同或同类诉讼利益的当事人集中形成的临时组织。集团随着诉讼的结束自动消亡,其并不具备实体法意义上的民事主体资格。

## 二、各国群体诉讼制度管窥

现代群体诉讼是脱胎于大工业社会的典型产物。商品经济的高度发达收紧了人们之间的普遍联系,同时也导致各种新型复杂的矛盾相互交织,一再挑战传统司法应对纠纷的能力底线。诚如意大利学者卡佩莱蒂教授所言:“单单一个行动就致使许多人或许得到利益或蒙受不利的事件频繁发生,其结果使得传统的把一个诉讼案件仅放在两个当事人之间进行考虑的框架越发显得不甚完备。”<sup>②</sup>为应对多发性的小额多数侵权纠纷,“与其让大量小额受害者接受裁判的权利成为一具空虚的骸骨,毋宁着眼于现实,以实用的观点,探索出适合社会现实的‘全能’方式”。<sup>③</sup>自19世纪中后期以来,各国基于传统理论与社会环境的特定背景,在制度设计和法律构造上纷纷采用了不同的路径和策略,使群体诉讼的发展呈现出五彩缤纷的繁荣景象。

一般认为,群体诉讼发端于17世纪末18世纪初英国衡平法院创制的代表诉讼制度(representative action)。代表诉讼在英国本土的严格限制解释而导致其功能日益萎缩,却在大洋彼岸的美国得到发展并熠熠生辉。1848年美国纽约州通过《菲尔德法典》[The Field Code]率先确立了集团诉讼制度,并历经1938年、

<sup>①</sup> 参见江伟,王强义.论民事诉讼当事人与民事主体的分离[A].江伟,主编.探索与构建——民事诉讼法学研究(下卷)[C].北京:中国人民大学出版社,2008.7.

<sup>②</sup> [意]莫诺·卡佩莱蒂.比较法视野中的司法程序[M].徐昕,王奕译,北京:清华大学出版社,2005.413.

<sup>③</sup> [日]小岛武司.集团诉讼与损害赔偿请求[A].陈刚,主编.自律性社会与正义的综合体系——小岛武司先生七十华诞纪念文集[C].北京:中国法制出版社,2006.220.

1966 年对《联邦民事诉讼规则》的几次重大修缮，形成了三种模式并立共存的集团诉讼规则体系，诉的合并于判决效力扩张带来的效率优势跃然显现。<sup>①</sup>此后，加拿大、澳大利亚等国也相继确立了美式集团诉讼制度，并在此基础上有所发展。

纵然如此，欧洲大陆由于诉讼文化与现有体制机制的差异，<sup>②</sup>并未对此进行彻底地移植，而只是沿着自身的价值选择和内在逻辑，在体系内部萌生了略带集团诉讼色彩的独特机制。例如，德国为防止或制止侵害继续发生，赋予特定团体为自身利益或公共利益提起不为之诉的原告主体资格，形成风格迥异的团体诉讼制度。团体诉讼并非经由民事诉讼法设立的专门程序制度，而通常体现于《反不正当竞争法》、《反对限制竞争法》等特定的实体法领域。在团体诉讼中，个体成员利益的合并于团体起诉之前就已实现，团体作为共同利益的集合体独立享有诉讼权利和承担诉讼义务。然而，团体诉讼的公益价值取向及制裁、预防的功能定位导致其在个人侵权损害赔偿方面难以有所作为。尽管法国、西班牙等国已承认团体的损害赔偿请求权，但对于成员个人而言，此种救济充其量只具有象征性、抽象性，抑或间接性的保护价值，而不具备实质性的赔偿救济功能。

与此同时，日本在借鉴融合了共同诉讼和美国集团诉讼的理念建立了选定当事人制度。该制度下，具有共同利益而非法人团体的多数人，选定其中一人或数人代表全体成员起诉和应诉，除被选定者外，其余成员则脱离诉讼，但判决结果的效力及于全体选定人。谷口安平教授认为，选定当事人制度在“立法阶段并没有考虑这是为了适用于集团诉讼”，但自 20 世纪 60 年代末以来，日本利用选定当事人制度解决了四大公害诉讼、大阪机场噪音公害诉讼、沙利宝迈度诉讼等一系列集团性侵害事件，这是立法者所始料不及的。<sup>③</sup>除此之外，我国于 1991 年《民事诉讼法》确立了兼具美国集团诉讼和日本选定当事人理念内核的代表人诉讼制度，作为共同诉讼制度的必要补充。

<sup>①</sup> 目前，美国共有 38 个州采用 1966 年《联邦民事诉讼规则》，有 5 个州仍然适用以 1938 年《联邦民事诉讼规则》为范本的规定，有 4 个州采用以《菲尔德法典》为基础的集团诉讼规则，另有 3 个州尽管缺少正式的集团诉讼规则但允许普通法中的集团诉讼。COBY WARREN LOGAN, *Federal Class Action Reform Legislation: the "Unfair" Approach to Addressing the Issues of Modern Mass Tort Litigation* [J]. *Tort Trial & Insurance Practice Law Journal*, 2005, 40 (2): 1145.

<sup>②</sup> 有学者认为，欧洲广泛而发达的社会福利体系意味着绝大部分欧洲人可以不必计较小额侵权的伤害，他们更愿意通过公共执法制约大众违法行为，特别是小额多数侵权行为，而不是寻求司法救济。CHRISTOPHER HODGES, *Multi-party Actions: a European Approach* [J]. *Duke Journal of Comparative & International Law*, 2001, 11 (1): 339-340.

<sup>③</sup> [日]谷口安平. 程序的正义与诉讼[M]. 王亚新, 刘荣军译, 北京: 中国政法大学出版社, 1996. 189.

## 第二节 集团形成的法律程序

集团并非立法事先确定的抽象团体，而是诉讼程序技术拟制的结果。任何涉及人数众多的群体诉讼，必然面临着识别并确认集团成员资格，从而组建以诉讼为目的的临时性组织的过程。在众多普通法国家的群体诉讼中，集团的形成必须经历法院认定集团是否存在，确认集团成员资格，最终框定集团范围的展开过程，以便为判决的效力划定范围。

### 一、集团认定：听审确认或拟制推定

群体诉讼的成立必须符合一定的先决条件，如美国《联邦民事诉讼规则》第23条将提起集团诉讼的条件概括为：(1)集团人数众多，以至于全体成员的合并实际上是是不可能的；(2)该集团有共同的法律或事实问题；(3)代表当事人的请求或抗辩是在集团中有代表性的请求或抗辩；(4)代表当事人能公正和充分地维护集团成员的利益。<sup>①</sup>实践中，确认集团的过程被形象地喻为“集团诉讼中的首场战斗”。原告向法院提出认定集团的主张，往往会招致被告的竭力抗辩，请求法院驳回集团诉讼。但一俟他们在确认程序的战斗中失利，就会与原告律师结合起来，进行集团解决中的确认工作，反而指望通过集团诉讼来解决纠纷了。<sup>②</sup>

任何形式的群体诉讼，由于权利享有者与行使者的相对分离，都不可避免地面临着正当程序的悖论。为克服普遍存在的宪法问题，多数国家通过设置一个带有案件过滤功能的听审程序，在诉讼早期就对集团诉讼申请进行衡量，以弥合代表制与正当程序要求之间的鸿沟。<sup>③</sup>目前，美国、英国、南非、加拿大安大略省等国家或地区的群体诉讼都在听审程序中赋予了原被告双方就集团是否存在而进行博弈的机会，试图阻止不具备合理条件的群体诉讼进入审理程序导致诉讼资源的浪费，并避免集团代表或律师滥用群体诉讼程序而危及个体成员的自我保护能力。

与此相对，在澳大利亚联邦法院和瑞典等地，确认集团的方法普遍地建立于推定的基础之上。除非法院就集团的存在等事项发布否定的命令或裁定，否则集

<sup>①</sup> [美]美国联邦民事诉讼规则证据规则[M]. 白绿铨, 卞建林译, 北京:中国法制出版社, 2005.42-43.

<sup>②</sup> DEBORAH R. HENSLER, JOHN ARQUILLA, GRAHAM FULLER, MELISSA FULLER, JOHN G. MCGINN. Class Action Dilemmas: Pursuing Public Goals for Private Gain, Executive Summary [M]. RAND Corporation, 2000.407-410.

<sup>③</sup> 参见王福华. 集团是怎样形成的——基于普通法集团诉讼的程序分析[A]. 张卫平, 齐树洁. 司法改革论评(第八辑)[C]. 厦门:厦门大学出版社, 2008. 31.

团的资格被当然地赋予。例如，2003年生效的《瑞典集团诉讼法》[Swedish Act on Class Action]对集团诉讼的启动未设立任何特别许可或裁决的程序性规定。采用集团拟制推定的国家往往出于避免诉讼初期过早地对集团诉讼进行实质性审理而导致主观预断或先入为主，但被告有权在诉讼程序的任何阶段提出否定集团存在的抗辩。

## 二、成员确认：选择加入或选择退出

集团成员确认机制是集团形成程序的核心要素，决定了群体诉讼判决结果的约束范围。依群体诉讼集团成员选择方法之差异，可分为选择加入制(opt-in, 以下简称“加入制”)、选择退出制(opt-out, 以下简称“退出制”)以及禁止退出制。无论采取何种方式，均关联着“可否在未经一个人明确表示同意的情况下就强制其参加诉讼并对其法律权利进行司法判定，除考虑诉讼标的的因素之外，在本质上是一个法律政策的价值判断和利益选择问题”。<sup>①</sup>

表 1：集团成员确认机制对比

内 容 \ 类 型	允许退出制		禁止退出制
	加入制	退出制	
加入方式	登记等明确方式	默示	强制加入
既判力扩张范围	加入者	未声明退出者	纠纷群体全体成员
本 质	鼓励退出制 (推定个体制)	鼓励加入制 (推定群体制)	必须加入制 (法定群体制)

具体而言，加入制基于保留个人处分权利的自由，将具有共同或同类事实或法律问题的当事人通过登记、合并等明确肯定的方式予以确认，群体诉讼的判决结果对所有加入集团的成员发生效力。英国衡平法院的代表诉讼、1999年英国《民事诉讼规则》确立的集体诉讼，以及瑞典的集团诉讼(class action)等均采取加入制的方式确认集团成员资格，日本和我国台湾地区的选定当事人制度在本质上也归属加入制的范畴。退出制则依照不否定的反向一致同意的原则，事先将人

<sup>①</sup> 章武生, 罗健豪. 退出制的本质及集团成员的确定方法之分析[J]. 政治与法律, 2008, (6): 128.



数不确定的具有共同或同类事实或法律问题的当事人拟制为一个群体,由一人或数人代表集团整体利益进行诉讼,判决结果及于全体未声明退出者。该二者的主要区别在于是否将沉默的大多数潜在当事人保留于诉讼集团的内部,并使其接受判决效力的覆盖。目前,美国、澳大利亚、加拿大等国的部分地区均采取类似的规定。

禁止退出制的本质在于从社群主义的理念出发,将群体诉讼的集团成员资格赋予纠纷群体的每个个体,而不允许其通过另案进行处理,从而保证群体诉讼的规模化效应。在大多数国家群体诉讼制度的立法例中,采取单一的禁止退出机制来框定集团成员范围的方式并无体现。而以退出制著称于世的美国集团诉讼,事实上采取了以禁止退出和退出制为主,以加入制为例外的混合机制。

### 三、确定集团:主观标准或客观标准

美国的集团诉讼经验告诉我们,对当事人资格的认定涉及争议内容、案件审理的结构和证明的方式、证据开示和动议行为的范围与时间,以及诉讼的时间长短和费用多少。因此对集团诉讼资格的确认,与对案件实质问题的判断一样重要,并且应该在考虑了当事人所提出的全部证据和主张后才能作出。<sup>①</sup>集团的范围是以所面临的同一法律问题或事实问题为半径划定的,但是因共同利益受侵害,或由于法律问题、事实问题相互联系而构成的新的利益集团,在争议被纳入群体诉讼轨道前,集团成员相互之间本无联系。美国历史上先后通过 1975 年 *Robertson v. National Basketball Association* 案及 1982 年 *Simer v. Rios* 案确立了集团认定的最低标准,即定义集团并不要求在诉讼开始时每个集团成员都已识别或可以识别,但应清楚地描述集团范围以便法院可以辨认某权利主张者是否属于集团成员,是否应受判决约束。澳大利亚、加拿大安大略省等地实际上也采取类似的标准,但区别在于,美国和加拿大等地的法院倾向于采取客观的标准描述集团的范围。例如在 1995 年美国果葡糖浆购买者诉 ADM 等被告反垄断集团诉讼一案中,原告以 ADM 内部人员恶意串通、操纵果葡糖浆的市场价格,构成了禁止其他竞争者进入果葡糖浆市场的实质性障碍为由向伊州中区法院起诉。法院裁定后将诉讼集团定义为:1991 年 7 月 21 日至 1995 年 6 月 30 日(含当天)期间任何时候从 ADM 等任何被告或其分支机构、附属机构直接购买了果葡糖浆的所有在美国的购买者

<sup>①</sup> [美]美国联邦司法中心,编著.复杂诉讼指南[M].郭翔,等译,北京:中国政法大学出版社,2005.186.

(不包括政府机构、被告及其分支机构、附属机构,以及果葡糖浆的其他生产者及其分支机构、附属机构)。鉴于客观标准不以发生实害为要件,存在集团定义范围过于宽泛的实际可能性,法院往往采取修正集团定义等辅助手段借以缩限集团范围。

相较而言,澳大利亚习惯将诉讼结果作为衡量原告资格的标准,而以集团成员是否具有单独的诉因为审查依据,将资格范围限定于曾经遭受或正在遭受实际损害的当事人。例如,在2000年澳大利亚154名患者诉麦德泰奥·皮特尼有限责任公司损害赔偿纠纷案中,原告以被告生产的心脏起搏器具有缺陷而不符合《贸易习惯法》[the Trade Practices Act 1974],对集团成员造成伤害为由向新南威尔士区联邦法院提起集团诉讼。该案中,原告诉状将集团成员定义为:植入或曾经植入过起搏器者,包括已经去世者。但法院在批准和解协议时进一步缩小了集团的范围,即存在危险的心脏起搏器已经被移除或替代但依然活着的集团成员,经检查其心脏起搏器存在质量问题;或因为公害公报,植入不超过四年但被移除并被替换者。事实上排除了那些仅仅因为存在危险性的心脏起搏器而将其移除或替换,但检查未发现缺陷者。王福华教授认为,以诉讼胜败结果来探知集团成员的资格,在诉讼逻辑上因果倒置。这样定义集团实际上是在逻辑上作“循环定义”。<sup>①</sup>

### 第三节 集团成员确认机制对于群体诉讼的意义

集团成员的确认机制与群体诉讼既判力扩张的范围密切相关,同一案件由于采取加入制、退出制、抑或禁止退出制,必将形成迥然有别的法律效果。从本质上看,采取何种确认机制即关于是否一个人的法律权利应当在不经过自己同意的情况下被确定与被强制参加诉讼的政策问题。<sup>②</sup>

集团成员确认机制堪称群体诉讼制度的精髓,但凡主张引入美国集团诉讼的学者,均无一例外地深受退出制文化的独有魅力所吸引。在诉讼经济与权益保障的博弈之下建构正当的集团成员确认机制将为群体诉讼带来巨大的制度效益。正是基于这样的考虑,各国对于集团成员的认定也尤为谨慎。诚如学者所言,集团

<sup>①</sup> 王福华. 集团是怎样形成的——基于普通法集团诉讼的程序分析[A]. 张卫平, 齐树洁. 司法改革论评(第八辑)[C]. 厦门: 厦门大学出版社, 2008. 42.

<sup>②</sup> 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[J]. 中国法学, 2007, (3): 28.

诉讼展开的过程,同时也是集团范围和规模不断得以塑造和明确化的过程,甚至在判决阶段法院仍要对集团及其构成情况进行清理和雕琢。<sup>④</sup>当前,探索适合于本土实际的集团成员确认机制俨然成为群体诉讼制度设计中最关键、也最富挑战的理论难题和实践抉择,其重要性渗透群体诉讼的全过程。

事实上,集团成员确定机制的构建是一个位居于群体诉讼制度改革走向之上的二次命题。换言之,移植域外的法律制度固然逻辑地包含着对新的集团成员确认机制的引入,因此如何构建系统、完整的群体诉讼制度似乎是更有价值、更具实践意义的基础性命题,而集团成员确认机制仅仅是其中得以迎刃而解的附带性制度装置。然而,笔者以为,确定集团成员机制对于群体诉讼的重要意义令人不得不打破惯性思维的束缚,转而采取逆向思维、双向论证的方式考虑群体诉讼制度的构建问题。理性的确认机制或许能够为完善群体诉讼制度找到更为合适的蓝本。

鉴于禁止退出制的实践操作较为单一,美国《联邦民事诉讼规则》第23条已明确将其适用范围限定于(b)(1)、(b)(2)两种情况,<sup>⑤</sup>因此理论研究也较少涉及。本文拟重点围绕加入制与退出制进行理论阐发与实践探索,并以此为基设审思我国司法改革背景下代表人诉讼制度集团成员确认机制之选择。同时,以德国为代表的团体诉讼“虽然位于集体诉讼的延长线上,但并不把当事人适格赋予个人,而将此限定在一定的团体上”。<sup>⑥</sup>由于集团成员的利益合并在一起之前就得以实现,在群体性纠纷进入诉讼阶段后并不存在确认集团成员的问题,本文无意对此作重点考察,但并不意味着团体诉讼在解决群体性纠纷程序体系中的重要地位已然受到撼动。

<sup>④</sup> 王福华. 集团是怎样形成的——基于普通法集团诉讼的程序分析[A]. 张卫平, 齐树洁. 司法改革论评(第八辑)[C]. 厦门: 厦门大学出版社, 2008. 30.

<sup>⑤</sup> (b)(1)由集团成员个别提起诉讼或者应诉可能会产生如下风险:(A)由于对集团的各个成员作出相互矛盾或不一致的判决,可能会对与集团对立一方当事人确定不同的行为标准;或者(B)对集团的个别成员的判决会在实际上处分非判决当事人的其他集团成员的利益,或者实质上损害或妨碍他们保护自己利益的能力。(b)(2)集团的对方当事人基于一般适用于整个集团的理由而作为或者不作为,从而将集团作为整体作出适当的终局性的禁止令救济或相当的宣告性的救济。

<sup>⑥</sup> [日]谷口安平. 程序的正义与诉讼[M]. 王亚新, 刘荣军译, 北京: 中国政法大学出版社, 1996. 201.

## 第二章 加入制的理论基础与运行困境

### 第一节 加入制的法律程序

上世纪末 90 年代初,加入制群体诉讼流行于英美法系国家,包括 1966 年《联邦民事诉讼规则》修改之前的美国。20 世纪末以降,瑞典、巴西等大陆法系国家也陆续建立了加入制群体诉讼制度。除此之外,日本和我国台湾地区的选定当事人制度在本质上也属于加入制的范畴。

#### 一、加入制群体诉讼的程序——以英国集体诉讼为例

英国的加入制集体诉讼可谓历史悠久。早在 17 世纪末 18 世纪初,英国的衡平法院即确立了代表诉讼制度。在代表诉讼中,一人能为不具名的与诉讼标的有重大利害关系的人们起诉,将来取得的判决将约束这些人。<sup>①</sup>其程序价值在于:一方面,保持用单一的判决约束所有利害关系人,维护法律适用结果的统一性;另一方面,避免诉讼合并带来的程序繁琐和拖延。然而,代表诉讼并没有帮助英国解决群体诉讼的实际问题,大量的严格解释规则导致其实用价值极其有限,发展空间日益萎缩。例如,在英国上诉法院 1910 年 *Markt & Co. Ltd v. Knight Steamship Co. Ltd* 案中,负责审理该案的 Macnaghten 大法官将提起代表诉讼先决条件中的“相同利益”(same interest)解释为“原告所代表的所有人从原告所提出的救济中获益”。<sup>②</sup>该判例针对“相同利益”所确立的标准直接导致代表诉讼无法适用于消费侵权案件的致命后果。<sup>③</sup>而自上世纪末,接近正义理念的全面兴起促使陷入司法危机的英国对民事诉讼的程序和规则进行全面检讨和系统彻底的改革。沃尔夫勋爵指出,代表诉讼不适合群体性案件的处理,从而也不能为新问题提供满意的解决方案。<sup>④</sup>新的《民事诉讼规则》正式建立了集体诉讼制度,相关规则于 2000 年 5 月正式生效。

在英国,对于涉及相同或同类事实问题或法律问题的诉讼请求,可经当事人

<sup>①</sup> 沈达明, 编著, 比较民事诉讼法初论(下册)[M]. 北京: 中信出版社, 1991. 478.

<sup>②</sup> *Markt & Co. Ltd v. Knight Steamship Co. Ltd*, [1910]2 K.B. 1021

<sup>③</sup> Markt 判例确立的“相同利益”标准包括: (1) 所有原告集体成员与被告之间的法律关系产生于同一合同; (2) 被告对原告提出的抗辩是相同的; (3) 所有集体成员提出的损害赔偿方式是相同的。

<sup>④</sup> JOLOWICZ. Group Litigation, Damages and Judicial Control by Civil Courts [A]. ANDENAS & FAIRGRIEVE. *Judicial Review in International Perspective* [C]. *Liber Amicorum in Honour of Lord Slynn of Hadley*, 2000. 481.

申请或法院依职权签发集体诉讼命令 (group litigation order, 以下简称“GLO”)。当事人向法院提交的申请书必须载明: (1) 诉讼的性质; (2) 已经受理的个别案件的数量和性质; (3) 诉讼可能涉及的当事人人数; (4) 诉讼中可能出现的事实问题和法律问题; (5) 是否介意法庭将诉讼集团分成若干子集团。<sup>①</sup>法院在作出裁定前必须征得后座法庭首席大法官同意, 或经衡平法庭、郡法院副大法官的许可。法院很可能通过向律师公会公布集团诉讼命令或向高等法院后座法庭高级聆案官送达集团诉讼命令副本的方式指令公布集团诉讼命令。律师公会将在《事务律师公会公报》(the Law Society's Gazette) 上予以公布, 要求那些希望参加该集团诉讼的当事人的律师于指定日期前向法院登记他们的诉讼请求。<sup>②</sup>除此之外, 当事人可登录女王陛下法院服务网了解 GLO 的内容, 及集体诉讼的审理法庭、案件争点、牵头律师等。一般情况下, 管理法院可根据案件类型指定集团登记的截止日期, 如涉及“经常性灾难”(constant disasters) 的集体诉讼, 登记截止日期较短; 而在消费者诉讼领域, 尤其是药品诉讼 (pharmaceutical claims) 中, 通常有必要推迟集团登记的截止日期。<sup>③</sup>在 2001 年 McCURG 等 5500 余名警官诉北爱尔兰皇家警察局长创伤后压力失调症集体诉讼案中, 法官给予潜在原告进行登记的期限超过了整整三年。

法院签发 GLO 后, 可就 GLO 规范的案件, 指定进行集团登记的细节。任何当事人皆可申请就案件细节进行集团登记, 但唯有至少存在一项 GLO 所指出的问题才能获得登记许可。<sup>④</sup>参与登记的当事人应支付诉讼费用并提交书面文书, 方能取得诉讼文书, 成为当事人。判决或命令对已进行集团登记的任何当事人均产生拘束力。同时, 法院可作出指令, 该判决或命令对此后进行集团登记的任何诉讼当事人, 皆具有拘束力。但后者申请撤销、变更或终止判决或命令以及上诉权受到限制, 只能申请法院作出对其无拘束力的判决或命令。<sup>⑤</sup>经集团登记后的所有诉讼案件, 皆视情况适用多轨审理制而进入相应的诉讼程序。同时, 为协调集体诉讼中的整体利益与局部利益, 管理法院在审理过程中往往区分共同争点与个别争点, 并指令由不同的法院进行审理。

<sup>①</sup> CHRISTOPHER HODGES, MA (OXON), FSALS, FICPD. *Multi-party Actions* [M]. Oxford University Press, 2001. 33.

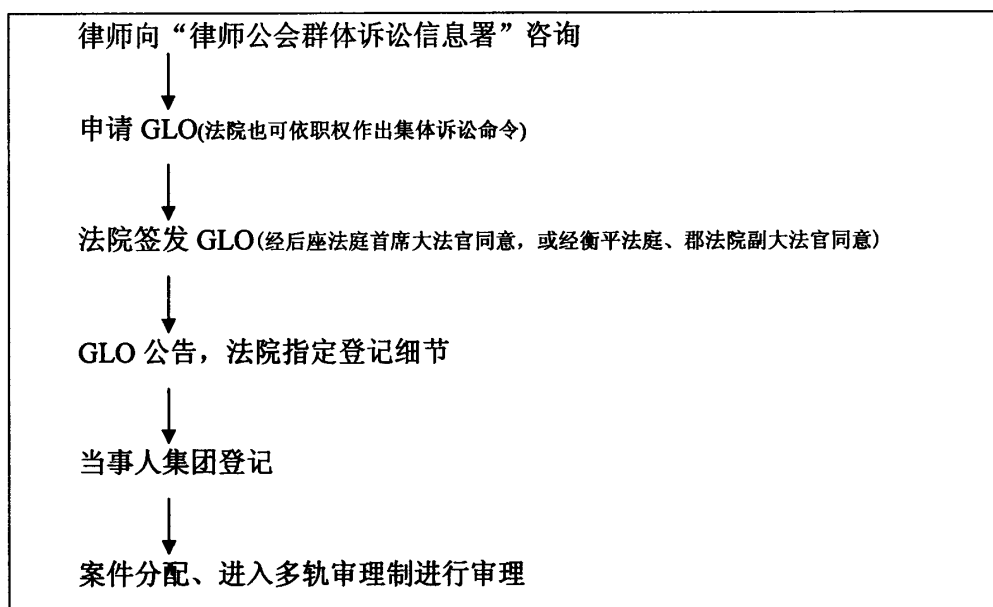
<sup>②</sup> PAULA LOUGHLIN, STEPHEN GERLIS. *Civil Procedure* [M]. Cavendish Publishing Limited, 2004. 129.

<sup>③</sup> 齐树洁, 主编. 英国民事司法改革 [M]. 北京: 北京大学出版社, 2004. 339-340.

<sup>④</sup> 参见齐树洁, 主编. 英国司法制度 [M]. 厦门: 厦门大学出版社, 2007. 302-303.

<sup>⑤</sup> 英国民事诉讼规则 [M]. 徐昕译, 北京: 中国法制出版社, 2001. 92.

表 2：英国加入制集体诉讼流程



英国的加入制集体诉讼延续了传统民事诉讼的基本方式，被视为共同诉讼的自然延伸，抑或“代表诉讼制度的放大和进一步适用”。<sup>①</sup>德国学者认为，英国集体诉讼中的案件在外观上比集团诉讼更多地保持着个人诉讼的外观。每个参加诉讼的原告都必须从一开始就提起他自己的诉讼，并成为与其他群体成员相互独立的法律争议的当事人。<sup>②</sup>尽管英国学理和司法界一贯对美国集团诉讼持否定评价，并认为集体诉讼更符合英国社会的利益，但主张改革的呼声始终存在。

## 二、加入制在其他国家的实施状况

英国衡平法院确立的代表诉讼制度伴随着不绝于耳的批评声而逐渐淡出了人们的视野，但代表诉讼的理念精髓对其他国家产生的深远影响绝非限于理论研究领域的渗透。1938年美国《联邦民事诉讼规则》恰如其分地印证了该效应。近年来，诸如瑞典、巴西等大陆法系国家也相继建立了加入制群体诉讼制度。

美国自1966年《联邦民事诉讼规则》将传统的加入制改为退出制后，仍然存在部分实体法要求必须适用加入制的情形。如美国1938年《公平劳动标准法》[FLSA, the Federal Fair Labor Standards Act]第16(b)条规定雇员可以根据该法代

<sup>①</sup> 徐昕. 英国民事诉讼与民事司法改革[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2002. 90.

<sup>②</sup> HANS-W. MICKLITZ, ASTRID STADLER. The Development of Collective Actions in Europe, especially in German Civil Procedure [J]. European Business Law Review, 2006: 1490.

表与其具有相似地位的集团提起诉讼,并要求集团成员向法院递交其书面同意以成为集团的一员。<sup>①</sup>此外,1963年《平等报酬法》[EPA, the Equal Pay Act]和1967年《反年龄歧视法》[ADEA, the Age Discrimination in Employment Act]也存在类似的规定。

虽然美国加入制集团诉讼的光环在现阶段看来远不如退出制显耀,但在司法实践中发挥的效用并不逊色。根据联邦司法中心于2008年4月发布的研究报告《〈2005年集团诉讼公平法〉对联邦法院的影响:对民事规则司法会议咨询委员会的第四份期中报告》,与2001年7—12月相比,2007年1—6月的集团案件数量上升了72%,其中大部分是根据《公平劳动标准法》提起的加入制群体诉讼案件,而不是根据《联邦民事诉讼规则》第23条提起的(退出制)集团诉讼案件。<sup>②</sup>然而,在众多没有特定实体法支撑的领域,美国《联邦民事诉讼规则》第23条虽未明文禁止在集团诉讼中使用加入制,而个别法院给予法官在个案中的自由裁量的确存在准许适用加入制的情况,如Kern v. Siemens Corp.一案,但绝大多数创立加入制的努力事实上并不成功。<sup>③</sup>

瑞典是对群体诉讼实施全面立法的首个欧洲国家,2003年1月1日生效的《瑞典集团诉讼法》被视为欧洲大陆法系对群体诉讼进行全面立法的突破,对欧洲各国产生了较大的影响。然而,立法生成的过程并非一帆风顺。集团诉讼立法的反对者认为,瑞典群体性纠纷的数量远未达到制定新法律的程度,并且瑞典不应在脱离欧盟的框架下率先进行立法。与此同时,1995年《集团诉讼法草案》的主要起草者Per Hendrik Lindblom提出的引入美式退出制的建议也遭到了严厉抵制。在各种批评声中,瑞典司法部长在立法程序晚期放弃了对退出制的支持,以避免通过法律手段将群体原告塑造为“强制性共同体”所带来的宪法问题。<sup>④</sup>

瑞典将集团诉讼分为三种形式:(1)由团体或组织提起的群体诉讼(organization group action),仅限于消费者权益保护与环境法领域;(2)由政府授权部门提起的公共型群体诉讼(public group action);(3)私人提起的群体诉讼(private group action)。私人提起的群体诉讼与美国集团诉讼最为接近,前提条件

<sup>①</sup> Fair Labor Standards Act, 29 USCA §216(b).

<sup>②</sup> 周恬. 美国施乐公司1312名员工和前员工诉施乐公司年龄歧视案[A]. 章武生,等. 外国群体诉讼理论与案例评析[C]. 北京:法律出版社,2009. 330.

<sup>③</sup> 参见杨严炎. 群体诉讼研究[M]. 北京:法律出版社,2010. 105.

<sup>④</sup> HANS-W. MICKLITZ, ASTRID STADLER. The Development of Collective Actions in Europe, especially in German Civil Procedure [J]. European Business Law Review, 2006: 1494.

也相似,但瑞典集团诉讼中,集团成员须以明示的方式表示其愿意参加诉讼,否则将不受判决结果约束。法院受理集团诉讼申请后,通过个别通知或其他合适的方式,如发传单或在报纸上刊登公告、播放电台广告等向符合要求的当事人提供必要的信息。在法院发出通知后的截止日期前未以规定形式申请加入者,不纳入集团成员之列,也不受将来判决的约束。集团成员不是诉讼当事人,通常不参加庭审活动,也无需承担任何诉讼费用。但也有权申请参加诉讼,成为诉讼当事人并有权提出上诉。<sup>①</sup>

截至2007年底,瑞典普通法院自《集团诉讼法》实施5年来共接到9起群体诉讼案件,其中8起属于私人群体诉讼。在所有案件中,只有1起得到解决,并以有利于原告且获得法院批准的和解方式结案,另有3起被法院驳回。

## 第二节 加入制的理论基础与程序价值

### 一、处分原则的要求与保障

从解决纠纷的角度言,处分权是指在民事程序中当事人依据正义原则和法律规定所享有的、决定是否行使以及如何行使权利、并具有约束力的利益和自由。<sup>②</sup>民事法律关系的特点和民事权利的私权属性决定了意思自由理论在诉讼程序中的渗透。作为诉权的保护性装置,处分权贯穿于民事诉讼的始终并形成对审判权的合理制约。

大陆法系普遍规定的处分权主义将“诉讼的开始由当事人决定”作为一项重要的原则,“无诉即无裁判”。<sup>③</sup>而在奉行当事人主义诉讼模式的英美法系国家,不告不理更是题中之义。现代民事诉讼的处分原则体现了对于建立在人性基础之上的当事人主体性的尊重,包括对程序启动与展开过程的主导性、管理自己诉讼事务的自主性,以及依法利用各种诉讼武器加以攻击和防御的趋利性。因此,从原告的角度而言,当事人有权按照自己的意志支配、决定其实体权利与诉讼权利,至少包括个体权利受到侵害或与他人发生争议时选择权利保护方式的自由。加入制群体诉讼的程序机理一方面包容了当事人在纠纷面前“无所作为”的主观意愿,赋予当事人经利益衡量与价值选择后决定是否将纠纷诉诸司法的权利;另一方面

<sup>①</sup> [瑞典]安纳斯塔西亚·帕帕托马-贝特格. 瑞典的群体诉讼[EB]. 胡震远译, <http://www.zwmcp.com/a/yuwaicaipan/20100709/43.html>, 2007-11-27.

<sup>②</sup> 何文燕, 廖永安. 民事诉讼理论与改革的探索[M]. 北京: 中国检察出版社. 2002. 35.

<sup>③</sup> [日]三月章. 日本民事诉讼法[M]. 汪一凡译, 台湾五南图书出版公司, 1997. 180.



规定当事人必须通过积极、明确的方式主张权利，这种权利行使的外化使得司法程序的启动获得了正当性与合法性的支撑，从而避免陷入司法权的公权力属性不当干预私权的悖论。

鉴于此，支持加入制的观点极力主张应维护个人参与诉讼的自由，不愿诉讼的人，不应因为沉默而被捆绑在群体诉讼中。希望从群体诉讼中获益的个人，至少应采取肯定的行动表示对群体诉讼的最低兴趣。其实，群体成员早晚是要采取行动来获取补偿的。<sup>①</sup>倘若以当事人未明确表示退出为由而在未顾及本人意愿的情况下采取推定方式强制将其纳入群体诉讼的行列，则势必殃及那些不了解群体诉讼通知或无暇登记退出的当事人的处分权。所有这些都损害了群体诉讼的功能。从代表诉讼到现代群体诉讼，加入制依然体现了对传统理论的遵从，人们坚信，加入制是在传统诉权理论框架下对于个人权利自由的坚守与捍卫。

## 二、强化案件管理的重要基础

案件管理是 20 世纪 70 年代后西方国家为根治民事司法“堵塞”和“拖延”的症结而推行的司法改革措施。<sup>②</sup>在英国民事司法改革的总设计师沃尔夫勋爵看来，所谓案件管理，是指法院在当事人起诉的早期阶段根据案件的性质进行分组，由程序法官和审理法官分别实施诉讼管理行为，以使法院能够在程序上连续地处理案件。<sup>③</sup>无论是英美法系推行的“管理型司法”，抑或大陆法系国家实行的“计划审理”、“集中化审理”，均着眼于程序效益的实现，从而有利于当事人实效性地接近正义。有学者指出，英国法院成立集体诉讼纯粹是为了法院案件管理方便出发，它不考虑美国集团诉讼中的许多条件，所有类似案件都可以移送给一个法院管理。<sup>④</sup>

案件管理权力的法定化赋予法官以更为积极的角色投身于整个诉讼进程的控制之中。但案件管理的效果及其目标的实现程度不仅取决于法官自身的权限与职业技能，同时还与案件的复杂程度休戚相关。作为法院对案件合并管理的集约化措施，群体诉讼无论在质上还是量上，都承担着普通个体诉讼无法比拟的审理

<sup>①</sup> RACHAEL MULHERON. *The Class Action in Common Law Legal Systems: A Comparative Perspective* [M]. Hart Publishing, 2004.30.

<sup>②</sup> 陈桂明, 吴如巧. 美国民事诉讼中的案件管理制度对中国的启示——兼论大陆法系国家的民事诉讼案件管理经验[J]. *政治与法律*, 2009, (7):13.

<sup>③</sup> 齐树洁, 主编. *民事司法改革研究*[M]. 厦门: 厦门大学出版社. 2006. 103.

<sup>④</sup> CHRISTOPHER HODGES, *Multi-party Actions: a European Approach* [J]. *Duke Journal of Comparative & International Law*, 2001, 11 (1): 345-346.

事项。当事人的众多性在一定程度上意味着争点和证据的繁芜与复杂。尽管群体诉讼在每一环节，如群体诉讼公告、通知、集团登记、案件分配等都强化了法官控制诉讼进程松弛或紧张的权力，显著缓解了辩论主义下诉讼程序拖沓冗长的固有缺陷，但庞大的集团规模导致案件管理难度的加剧仍是群体诉讼无法回避的窘境。

然而，加入制势必减少集团人数，降低案件管理的难度。研究表明，主动表示同意的人数总比被动表示同意的人数要少得多，尽管这些人都认可同意事项。而且，少数民族和低收入人群更倾向于被动表示同意。<sup>①</sup>集团规模的缩小将带来和解金额的下降、律师费用的降低、群体诉讼数量的减少等一系列的连锁效应。与此同时，加入制由于延续了传统民事诉讼的基本方式，通过集团登记程序的设置使每一成员个体的诉讼请求与诉讼事由在起诉阶段就得以明确化，不仅大大减轻了法院实体审理的负担，而且有助于实现程序的展开更加明朗化和更富计划性。

### 三、既判力产生或扩张的直接依据

现代法治社会，既判力被视为诉讼的终结点，是实现纠纷解决的民事诉讼目的不可或缺的制度性效力，在当代司法体系中发挥着维护程序安定性、提高诉讼效率、阻断缠讼等重要功能。维护确定判决既判力的正当性依据部分源于正当程序保障下的自我责任原理，即当事人在已经获得充分程序保障之下所得到的判决结果理应由其承担，理应遵从判决的既判力而对既判的案件不得再行起诉。<sup>②</sup>因此，既判力的相对性要求其主观范围原则上仅限于当事人之间。然而，随着诉讼所涉及的利害关系或利益分布呈现集团性或扩散性，当事人在诉讼中往往提出新的权利要求或试图改变现有的利益分布格局，导致大量群体诉讼存在主体形式多位而实质缺位的情形。<sup>③</sup>当事人适格的扩张成为群体诉讼理论得以自洽的重要突破口。

在加入制群体诉讼中，当事人适格问题的解决路径主要有以下几种：(1)集

<sup>①</sup> DEBORAH R. HENSLER, JOHN ARQUILLA, GRAHAM FULLER, MELISSA FULLER, JOHN G MCGINN. *Class Action Dilemmas: Pursuing Public Goals for Private Gain, Executive Summary* [M]. RAND Corporation, 2000.490.

<sup>②</sup> 齐树洁, 主编. 民事诉讼法[M]. 北京: 高等教育出版社, 2007. 47.

<sup>③</sup> 王亚新. 社会变革中的民事诉讼[M]. 北京: 中国法制出版社, 2001. 263-266. 齐树洁, 苏婷婷. 公益诉讼与当事人适格之扩张——乌苏里船歌案评析[A]. 柳经纬, 主编. 厦门大学法律评论(第八辑)[C]. 厦门: 厦门大学出版社, 2004. 155.

团全体成员作为一方当事人共同参加诉讼，如英国；(2)集团的部分成员代表全体集团成员为一方当事人参加诉讼，如瑞典。<sup>①</sup>由于英国加入制集体诉讼实则一种高效管理类似案件的合并处理方式，在 GLO 中每位集体成员都是诉讼当事人，判决效力当然地及于全体集团成员，而不存在扩张的问题。在第二种情况下，实体权利义务主体通过协议授权的方式将诉讼实施权让与集团代表，而不再成为诉讼的当事人，但由于被担当人所享有的接受裁判权、程序保障权都通过担当人获得了满足，所以法院对担当人作出的判决效力及于被担当人。<sup>②</sup>此种情况下的任意的诉讼担当，因满足了正当程序的要求而使既判力的扩张具备了充足的根据。

### 第三节 加入制困境的实证维度

加入制囿于传统理论的框定，恪守正当程序的价值涵摄，却在小额扩散性利益受损的群体性纠纷面前略显苍白。“动力不足”、“效率不高”、“成本不菲”三足鼎立的制度困境，使加入制的运行不堪重负。

#### 一、动力困境

加入制群体诉讼的集团成员参与情况可通过主动前来证明个人事项的比例来衡量其吸纳率。欧洲经验证实，在诉诸加入制的案件中，尽管集团成员的参与率在个案中差别较大，但基本都低于 1%。<sup>③</sup>例如，在意大利 *Altroconsumo v. Parmalat* 一案中，数以万计的投资者却只有 3000 人加入诉讼。而在法国的 *UFC Que Choisir v. Orange France & SFR & Bouygues Telecom* 案，2000 万电话注册使用者中，仅有 12521 名成员加入诉讼，加入率不足 0.03%。<sup>④</sup>在英国，由于受到 GLO 下的加入制所掣肘，集体诉讼在数量和种类上都极为有限，并因加入困难与缺少适用而备受关注。<sup>⑤</sup>毕竟，任何一种期冀通过诉讼获得的威慑效应，都是以一定频率的提起为前提的。<sup>⑥</sup>而事实上，英国唯一有权提起集体诉讼的消费者团体 *Which?* 在过去 5 年内仅发生了一起集体诉讼案件，即 2007 年的 *The*

<sup>①</sup> 胡云鹏. 既判力主观范围扩张的法理探析[J]. 河南社会科学, 2009, (5): 64.

<sup>②</sup> 李德飞. 我国诉讼担当制度中既判力主观范围的扩张[A]. 张卫平, 齐树洁. 司法改革论评(第九辑)[C]. 厦门: 厦门大学出版社, 2009. 296.

<sup>③</sup> BEUC, *The European Consumers' Association, "European Group Action Ten Golden Rules"*[EB]. <http://www.beuc.eu>, 2010-7-28.

<sup>④</sup> UFC QUE CHOISIR. *Presentation at the 2007 Lisbon Conference* [EB]. <http://europe-consommateurs.eu/media/fichiers/file20080430327>, 2007-10-4.

<sup>⑤</sup> 例如，英国 1998 年《竞争法》规定了采用选择加入的专门机制，截止到 2008 年 4 月，才发生一起案件，即“足球服复制品”案。

<sup>⑥</sup> 吴泽勇. 德国团体诉讼的历史考察[J]. 中外法学, 2009, (4): 616.

Consumers Association v. JJB Sports plc 案, 并且在数量庞大的受害者群体中, 唯有 130 名消费者选择加入诉讼。

类似的情况也出现在瑞典。作为采纳加入制的典型国家, 瑞典《集团诉讼法》的起草者预期每年将有 10 起以上的集团诉讼案件诉诸法院, 但期望并没有实现。瑞典从 2003 年开始实施加入制集团诉讼以来, 至今案件量甚少, 还不到预期数量的 1/6。<sup>①</sup>2007 年 6 月, 瑞典政府指派官方调查员对群体诉讼是否达到立法目标进行评估, 如此低迷的制度需求致使瑞典的首席评论员失落地表示, 加入制集团诉讼将继续被视为一项正在进行中的工作。

事实上, 早在上世纪中后期美国当局已对此有所察觉。1974 年, 美国参议院商业委员会 (the Committee on Commerce of the United States Senate) 指派 Bruce I. Bertelsen、Mary S. Calfee、Gerald W. Connor 等三位专家针对加入制与退出制的集团成员吸纳情况进行实证调查。报告结果显示, 有三个案件法官决定采取加入制, 结果集团潜在成员规模分别缩小了 39%、61% 和 73%。而在使用退出制的案件中, 有 2/3 的案件减少的集团成员人数低于 10%。<sup>②</sup>另据相关媒体报道, 美国联邦法院集团诉讼案件的退出率为 0.1%-0.2%, 维多利亚州为 13%。在加拿大, 退出率低至 0.3%<sup>③</sup>、0.2%<sup>④</sup>、3%<sup>⑤</sup>甚至为 0<sup>⑥</sup>。而在荷兰 Dexia 案中, 记载的退出率在 3%—9% 不等。<sup>⑦</sup>

司法奉行不告不理原则, 因此决定和影响主体不同作为与抉择的首要因素是主体的行为意志。进一步看, 主体的行为意志又决定于主体在冲突中的利益境况与冲突烈度、主体秉性相关的主体情绪和冲突主体对实施诉讼行为的效益预期。<sup>⑧</sup>英国律师结合其实践经验, 对集团成员为何在诉讼开始阶段不选择加入总结出 20 个原因, 涉及社会、心理、经济、程序等诸多方面。<sup>⑨</sup>归纳起来, 主要包括以

<sup>①</sup> Civic Consulting, Country Report Sweden 17(2008) [EB].

[http://ec.europa.eu/consumers/redress\\_cons/sv-country-report-final.pdf](http://ec.europa.eu/consumers/redress_cons/sv-country-report-final.pdf), 2008-11-1.

<sup>②</sup> BRUCE I. BERTELSEN, MARY S. CALFEE, GERALD W. CONNOR. The Rule 23 (b) (3) Class Action: an Empirical Study [J]. Georgetown Law Journal, 1974, 62 (2): 1150.

<sup>③</sup> 在加拿大 2007 年 Jeffery v. Nortel Networks Corp. 一案中, 5000 人组成的集团共有 13 人退出。

<sup>④</sup> 在加拿大 1999 年 Fischer v. Delgratia Mining Corp. 一案中, 5000 人组成的集团共有 9 人退出。

<sup>⑤</sup> 在加拿大 2004 年 1176560 Ontario Ltd. v. Great Atlantic & Pacific Co. of Canada Ltd. 一案中, 29 人组成的集团有 1 人退出。

<sup>⑥</sup> 在加拿大 2005 年 K Field Resources Ltd. v. Bell Canada International Inc. 一案中, 无人退出诉讼。

<sup>⑦</sup> RACHAEL MULHERON, The Case for an Opt-Out Class action for European Member States: a Legal and Empirical Analysis [J]. Columbia Journal of European Law, 2009, 15 (2): 433.

<sup>⑧</sup> 顾培东. 社会冲突与诉讼机制[M]. 北京: 法律出版社, 2004. 150.

<sup>⑨</sup> RACHAEL MULHERON. Building Blocks and Design Points for an Opt-out Class Action [J]. Journal of Personal Injury Law, 2008, (4): 312.

下几点:

(1)加入制下,集团登记是当事人进入诉讼的第一道门槛。申索人的姓名和详情决定了谁将受到判决关于共同事实或法律争点的约束。因此,仅仅描述谁在某个期间购买了某产品远远不够。这种情势下,原告律师不可避免地要承担巨大的压力来尽早寻找、识别并详细列举不同集团成员的申索,致使通知程序变得更加繁琐,从而十分不利于法庭对于案件的管理。而在法庭规定截止日期内收集所有登记成员的资料事实上也不太可能。

(2)进一步的困难是成本—收益分析应如何在加入制下进行操作。每个人基于收益与投入的理性权衡在大众侵权面前选择沉默,希望他人起诉而坐享其成。当绝大多数人都抱以该想法时,群体行动就无法达成。这就是著名的“集体行动困境”。<sup>①</sup>且集体人数越多,个人参与集体行动的可能性就越小。

英国加入制集体诉讼下尚未有明确的成本—收益评价体系,但在集团认定的标准中“关于案件必须公正处理”或许隐含着对成本—收益的考量。在 *Hobson v. Ashton Morton Slack Solicitors* 一案中,原告申请启动集体诉讼程序,但登记人数少于 100 人且当时无法确定实际参加诉讼的人数。个人的索赔额在 360—500 英镑之间,如果案件胜诉,原告能获得不高于 25,000 英镑的赔偿额,但诉讼成本就需要 110,000 英镑,以及事后的保险金 472,000 英镑。即将发生的成本与赔偿总额之间的不甚平衡无疑令原告望而却步。个别原告甚至认为单独起诉或许可以获得更多的赔偿。

(3)社会或心理原因阻止集团成员选择加入。例如,一些受害者惧怕牵涉于无价值的法律程序中,或出于语言和文化差异的障碍,或害怕报复,或保持对被告的忠诚之心,或接受被告直接提出的解决方案。他们也可能因为无知、胆怯或不熟悉商业或法律事宜而没有采取肯定的步骤加入诉讼。

由此可见,加入制从多方面软化了提起诉讼的动因,会令最需要通过群体诉讼取得利益的人无法获得这类诉讼所带来的利益。<sup>②</sup>

## 二、效率困境

加入制程序并未如事先预测的那样高效、便捷。绝大多数加入制案件都面临

<sup>①</sup> 参见赵鼎新. 集体行动、搭便车理论与形式社会学方法[J]. 社会学研究, 2006, (1): 1-9.

<sup>②</sup> 莫拉比图. *Class Action: The Right to Opt Out Under Part IVA of the Federal Court of Australia Act* [J]. *Melbourne University Law Review*, 1994, (19): 633.

程序上的困难，在庞大的集团中进行识别和沟通工作，连同在诉讼刚开始时履行关于状书的规定，是特别困难的。<sup>①</sup>集团登记程序即可见一斑。在瑞典加入制集团诉讼中，法院在集团登记阶段必须记录每一名加入诉讼的当事人的姓名及具体请求。以 Wihborg 案为例，209 名原告因瑞典政府没收公民从欧盟其他成员国进口的酒精，而对政府提起集团诉讼，180 名成员为寻求赔偿而后加入了诉讼。法院必须给予每名加入诉讼的当事人一个特定的名称或编号，并处理相应的个人请求，进而在清单上逐个加入当事人的姓名和细节。整个编辑名册的过程须花费大量的人力物力，且由于个体情况差异导致诉求细节繁杂，致使登记进展尤为缓慢。

与此同时，加入制不可避免地发生大量个体化诉讼，从而影响通过一次法律程序整体上解决群体性纠纷的实现程度。基于这样的考虑，澳大利亚法律改革委员会坚持采纳退出制以代替加入制并认为，加入制须取得同意的规定，实际上将会令一些人不能得到法律上的补救，亦可能会破坏提高效率和避免进行重复的法律程序等目标。要成功推行所有这些政策，必须容许代表所有因同一过失而提出相关申索的人展开法律程序，但无需取得其同意。<sup>②</sup>事实上，基于诉的合并所产生的效率优势在加入制下并无充分的体现。

尽管大量的理论研究认为，采用退出制将导致琐屑无谓的诉讼，但瑞典经验表明，加入制对不良诉求并无免疫力。林德伯格一些原告居民称，他们在孩提时期被错误地从父母身边带离并接受抚养，因此要求有关当局支付每人每年 100 万克朗的抚养费。原告并没有援引任何瑞典法律、法规或规则，而仅以《联合国人权宣言》和《欧洲人权公约》。由于该两者均无法提供诉的合理理由，法庭最终以没有明确损害和具体索赔对象为由驳回该案起诉。加入制无法抵抗滥诉情况的发生，势必分散有限的司法资源于并无实益的纠葛之中，最终导致解纷效率的整体下滑。

### 三、成本困境

诉讼费用在冲突主体所需列支的诸项诉讼成本中是最先被考虑，最直接、最典型的一项。英国一位法学家认为，对诉讼而言，诉讼费用犹如汽车上的发

<sup>①</sup> 香港法律改革委员会. 集体诉讼咨询文件[EB]. <http://www.hkreform.gov.hk/chs/publications/classactions.htm>, 2009-11-5.

<sup>②</sup> AUSTRALIA LAW REFORM COMMISSION. Grouped Proceedings in the Federal Court [M]. Canberra: Australian Government Public Service, 1988.108.

动机。<sup>①</sup>从法律经济学的角度看，加入制群体诉讼可以被看成“一个达成契约的过程，更确切地说，是达成一系列契约的过程，而这些过程都不是免费的”。<sup>②</sup>在诉讼开始阶段，识别和确定每一受害者的请求无疑占用大量的资源，消耗很高的成本。以瑞典加入制为例，法庭于案件受理后须向所有潜在的集团成员发出通知，为个体加入诉讼提供机会，并以此确定集团。潜在的集团成员若希望成为诉讼的当事人，则须主动与法庭交流。在案件和解阶段，法庭再次发出通知。由此，二次通知比起荷兰和解退出制下的一次性通知成本更高。除此之外，集团成员可能受到诸如其他决定、方法或总体情况等额外通知，导致诉讼过程中发生三次或更多次数的通知。该笔费用一般由法庭支付，或要求原告送达通知后向公共基金报销。

诉讼成本无论以“公共承担”，抑或“当事人承担”的模式施加于社会，都将构成纠纷主体利用司法制度的硬性障碍。为众多受同类违法行为侵害的受害者提起群体诉讼，是以慈善著称的消费者团体发挥功能的重要内容之一。法国最大的消费者组织之一 UFC-Que Choisir 以反对移动运营商过度收费为由提起群体诉讼，该案吸纳了 125,000 名消费者（约占全体消费者人数的 0.06%），损失共计 80 万欧元（全部损失约 12 亿欧元）。UFC-Que Choisir 在案件准备阶段就花费了 50 万欧元，并动用了该组织 20% 的员工。更何况绝大部分的民间团体或社会组织并没有固定的财政来源和人力资源的保障。

可见，在原告的诉讼请求可能存在但追求这种请求的程序成本与每一请求额之间却不成比例的情况下，接近正义的目标便尤其突出。<sup>③</sup>在采纳退出制的众多国家或许是注意到了小额扩散性利益受损所主张的赔偿与诉讼成本之间的紧张关系，经常在学理和判例中显示出这一首要原则：为救济小额诉讼请求提供充足的动力是集团诉讼的一个重要目标。

除上所述外，将既判力扩张至裁判生效后始向法院申报相同权益的当事人，在被告无力支付或濒于破产的情况下，容易给当事人造成“先到先得”或因权利主张先后而有所差别的困惑。伴随着加入制运行的硬伤日益凸显，其纵深发展也愈发趋近于瓶颈。

<sup>①</sup> 张旭东. 我国群体诉讼制度构建的法经济学思考[J]. 北京化工大学学报(社会科学版), 2008, (3): 23.

<sup>②</sup> 廖斌, 郭云忠. 群体诉讼模式研究[J]. 西南民族大学学报(人文社科版), 2005, (2): 47.

<sup>③</sup> 章武生. 论群体性纠纷的解决——美国集团诉讼的分析和借鉴[J]. 中国法学, 2007, (3): 21.

## 第三章 退出制的历史演进与理论自足

### 第一节 退出制程序及其历史演进

#### 一、美国第一代退出制

美国联邦退出制集团诉讼制度的法律渊源主要是 1966 年《联邦民事诉讼规则》第 23 条(包括 1998 年和 2003 年的修订)和 2005 年《集团诉讼公平法》。

#### (一) 退出制在美国的确立——1966 年《联邦民事诉讼规则》第 23(b)(3)

美国历史上曾用两个立法文件推行英国衡平法院的代表诉讼。第一, 1849 年纽约州修订《菲尔德法典》并规定, 多数成员彼此间具有共同利益, 因人数过多致无法全体进行诉讼时, 得由其中一人或数人为全体利益起诉或应诉。随着 1853 年美国联邦最高法院第一次公开判定了 *Smith v. Swormstedt* 的集团诉案, 集团诉讼制度在美国正式得以确立。<sup>①</sup>第二, 1938 年《联邦民事诉讼规则》(以下简称“《规则》”)第 23 条首次以制定法的形式规定了集团诉讼制度。但在 1966 年规则修正之前, 对于集团成员的确定方法不外乎禁止退出和明示加入两种机制。根据 1938 年《规则》, 将案件确定为虚拟的集团诉讼是集团成员是否有权通过默示方式退出诉讼集团的关键。然而, 《规则》在实际运行中暴露的种种弊端一再挑战司法目标的价值底线, 具体到集团成员的确定问题上, 主要体现为: 集团类别划分语言晦涩、操作性不强; 庭审后单向加入对被告明显不公而有违正当程序原则; 明示加入导致集团成员人数过少, 集团裁判拘束力过于狭窄等制度性缺陷。<sup>②</sup>

诚然, 人们不可能在社会现象的语境之外脱离与程序的变化相伴随、积淀、互动的实体法变化而真正理解一个程序现象。<sup>③</sup>二战以后, 美国大众侵权法律领域的急速成长刺激了司法对于更具操作性、包容性的集团诉讼制度的需求。在此情势下, 1966 年的大修改试图以功能标准(functional tests)取代 1938 年条文使用

<sup>①</sup> 江伟, 贾长存. 论集团诉讼(上)[J]. 中国法学, 1988, (6):90.

<sup>②</sup> Advisory Comm. Note, 39F.R.D.98, (1966), 98-99.

<sup>③</sup> [美]史蒂文·苏本,玛格瑞特(绮剑)·伍. 美国民事诉讼法的真谛——从历史、文化、实务的视角[M]. 蔡彦敏, 徐卉译, 北京: 法律出版社, 2002. 195.



的概念主义 (conceptualism) 标准,<sup>①</sup>并以退出制取代加入制,同时确立了两个程序:一是通知缺席的集团成员;二是对代表的充分性进行审查。负责修订工作的美国哈佛大学法学院教授 Benjamin Kaplan 指出:“完全重建规则在于表明这样一种意图,即要比以前更有力地发扬集团诉讼机制的双重使命:(1)将许多本来独立的但是重复的案件合并起来以减少诉讼量;(2)即使以增加诉讼为代价,也要提供保护群体权利的方式,这个群体中的个人没有足够实力到法院起诉对方。”<sup>②</sup>

退出制主要体现于 1966 年《规则》第 23 条 (b) (3),其适用必须满足一定的前提条件,即集团成员共同的法律问题或事实问题优先于涉及个别成员的任何问题,而且集团诉讼要比其他解决争议的方法更加公正和有效。法院享有决定是否继续进行集团诉讼的自由裁量权。在集团诉讼程序展开后,法院应根据情况向集团成员进行最可行的通知,包括经合理努力向可以确认其身份的所有成员送这个个别通知。以 1995 年人数不确定的众多美国果葡糖浆购买者诉 ADM 等被告反垄断集团诉讼案为例,完整的通知程序包括以下环节:(1)原被告协商后向法院递交集团诉讼通知建议稿;(2)法院与原被告律师讨论集团通知事宜;(3)诸被告以可机读的方式向集团律师提供集团潜在人员清单;(4)原告集团向被告提供清单上可以确定的每位成员寄发集团确认通知的信件;(5)原告集团在全国发行的报刊上公告本案集团确认通知。

潜在的集团成员应在接到通知后经理性权衡,于指定的期限内给予一定的回应。如欲留在诉讼集团中,无需任何行动,也不需要承担诉讼费和律师费,全部费用由本案的赔偿款优先支付。如果选择退出,必须于截止日期前以明确的书面申请(通常是填写一份“退出申请表”),通过普通邮件预支邮资寄往法院指定的信箱。退出申请中只需注明欲退出者的姓名、地址并明确指出希望退出某诉讼集团,但无需说明任何退出理由。无论原告集团胜诉或败诉,未明确要求法院排除的潜在当事人将受诉讼结果的约束。

此次修改堪称美国集团诉讼发展史上质的飞跃。根据美国在 20 世纪 80 年代对集团诉讼案件所作的调查显示,在 1966 年之前采取加入制时,只有 15% 的被害人加入这类诉讼,因此只能解决 15% 的损害问题;而 1966 年采用退出制后,

<sup>①</sup> 1938 年《联邦民事诉讼规则》将集体诉讼划分为真正的、混合的、虚假的三种。1966 年修正案描述各种适用集团诉讼的案件种类以及每一类集团诉讼在程序方面的后果,而不再以概念为根据。沈达明,编著.比较民事诉讼法初论[M].北京:中国法制出版社,2002.485-487.

<sup>②</sup> BENJAMIN KAPLAN. A Prefatory Note [J]. Boston College International and Comparative Law Review, 1969, (10): 497.

申请退出的也差不多是 15%，可以解决 85% 的损害。<sup>①</sup>

## （二）制度改良：2003 年《联邦民事诉讼规则》第 23 条(e)(3)

2003 年美国国会批准了对《规则》的几处修改，主要内容包括：进一步强化对集团成员的通知要求；强化法院对和解协议等的审查，要求法院以公开听证方式审查确认相关和解和撤诉协议是否公正、充分及合理，并决定是否批准；完善了集团律师的资格与选定规则、以及集团律师费的支付规则等。<sup>②</sup>其中，二次退出制的引入成为这一阶段集团诉讼发展的典型代表，不少学者称其为“超级退出权”（“super”opt-out right）。

事实上，美国联邦最高法院在 1979 年的 *Barry v. Barchi* 一案中就已意识到一次退出权因作出选择判断的信息匮乏而涉嫌违反正当程序原则的问题。该案主审法官指出：正当程序必须以符合其目的的方式进行。和解协议的内容与胜诉的可能性一般是在诉讼后期才逐步明朗的。退出权在诉讼初期和后期行使，其效果可能完全不同。<sup>③</sup>1996 年，第三巡回法院在 *Georgine v. Amchem Products, Inc* 一案中建议：国会或规则顾问委员会应给予将来请求权人更大的退出权等方式来解决将来集团诉讼中可能出现的正当程序问题。<sup>④</sup>为回应 1966 年《规则》23(b)(3) 所招致的宪法诘问，新增的第 23 条(e)(3) 规定：在根据第 23 条(b)(3) 批准的集团诉讼中，如果集团成员在诉讼初期有权申请退出但是未请求退出，除非和解方案给予集团各个成员一次新的请求退出机会，否则法院可以拒绝批准和解协议。

风险规避的博弈分析表明，接受看得见的奖励还是可能更大也可能更小但无法看见的奖励，对很多人而言，这种选择不是简单的两笔横财之间的赌博，而是要努力寻找最接近弥补损失的方法。<sup>⑤</sup>二次退出权的创设有效缓解了潜在集团成员面临退出抉择时的信息荒（information famine）困境。但稍显遗憾的是，立法并没有明确二次退出的适用情形，导致实践中法官担心影响和解的进度而严格限制或剥夺集团成员二次退出的可能性。

<sup>①</sup> 参见陶源，顾存杰. 美国集团诉讼制度的特点与启示

[EB]. <http://www.chinacourt.org/html/article/200602/06/194250.shtml>, 2006-10-06.

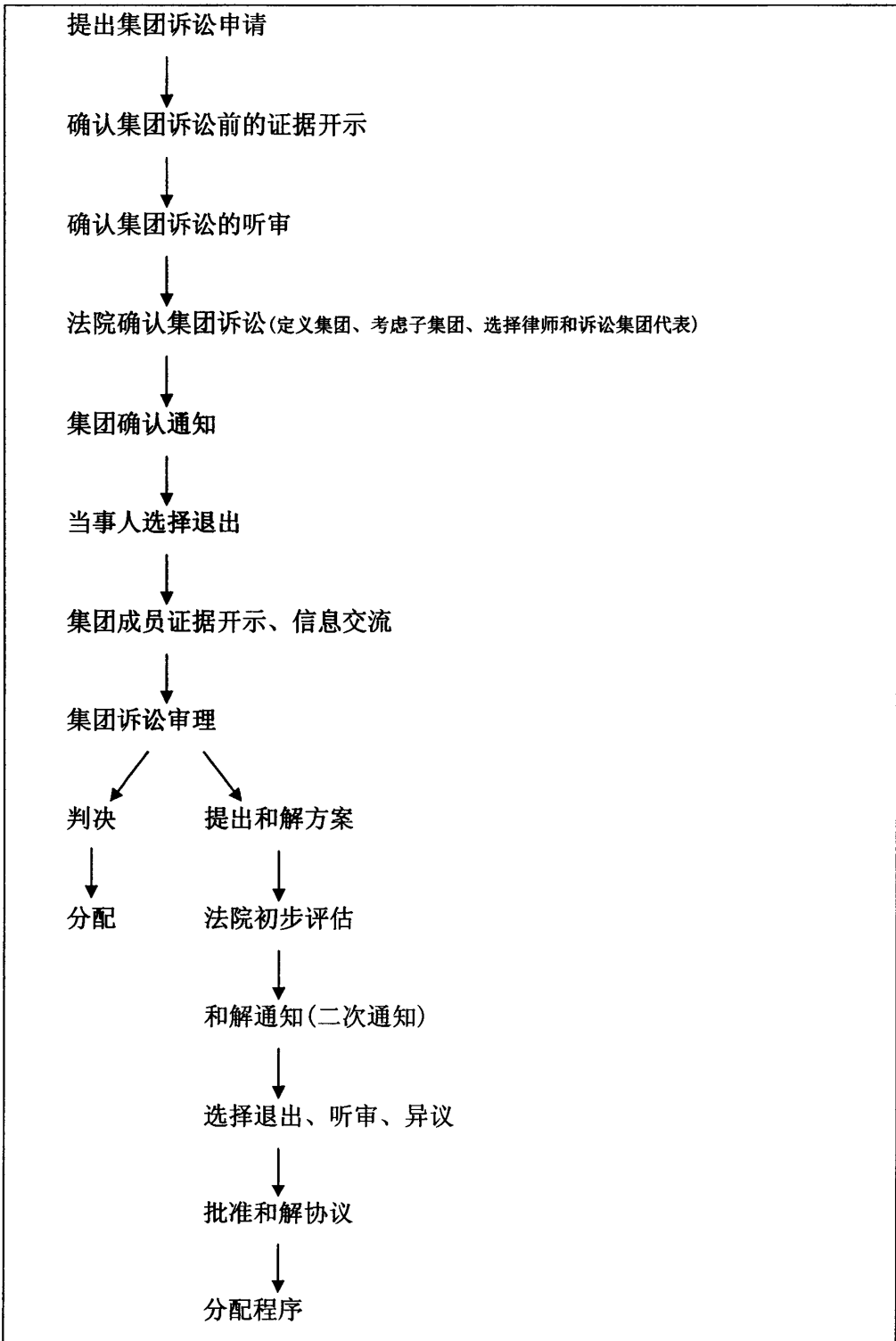
<sup>②</sup> Federal Rules civil Procedure Rule 23, 28U.S.C.A.

<sup>③</sup> 参见张大海，肖建红，罗健豪. 美国集团诉讼二次退出制及其对我国的启示[J]. 南京师范大学学报(社会科学版), 2009, (1): 39.

<sup>④</sup> 罗健豪. 美国集团诉讼退出制研究(博士学位论文)[D]. 上海: 复旦大学, 2008. 22.

<sup>⑤</sup> JEANNETTE COX. Information Famine, Due Process, and the Revised Class Action Rule: When Should Courts Provide a Second Opportunity to Opt Out? [J]. Notre Dame Law Review, 2004, 80 (11): 378.

表三：美国退出制集团诉讼流程



## 二、加拿大、澳大利亚第二代退出制

20 世纪末, 美式退出制集团诉讼的影响波及世界多个国家, 澳大利亚、加拿大等国纷纷以此为蓝本, 形成了具有本国特色的退出制群体诉讼制度。

澳大利亚的法律体系以英国的普通法为基石, 联邦和州双重的权力体系架构决定了其对美国的法律制度有着天生的亲和力, 但集团诉讼在澳大利亚的确立却遭遇重重阻力。澳大利亚法律改革委员会 (Australian Law Reform Commission) 于 1977 年开始研究群体诉讼制度。1991 年, 澳大利亚议会讨论通过《澳大利亚联邦法院法修正案》, 在原有规定中插入第 IV 章代表诉讼 (representative proceedings),<sup>①</sup>并于 1992 年 3 月 4 日正式生效。与美国的退出制相比, 澳大利亚代表诉讼依然有着自身的特点。有学者认为, 澳大利亚的代表诉讼更像一种“亲原告” (plaintiff friendly) 的诉讼方式。<sup>②</sup>为避免无谓的资源浪费与不正当的实体审查, 澳大利亚并没有设置集团诉讼的确认程序。一个诉讼作为集团诉讼进行下去, 是建立在法官没有作出“该诉讼不能作为集团诉讼进行”的基础上的。<sup>③</sup>但被告有权在任何阶段就代表诉讼提出质疑并请求法官终止程序。原告无义务在诉状中列明集团成员的具体情况和人数, 必要时只需对集团进行描述。同时, 澳大利亚代表诉讼对集团成员的诉因是否相同的要求较为宽松, 而只需在众多诉讼请求中存在实质性的共同问题 (substantial common issue of law or fact) 即可。例如, 由于使用同一产品但因不同原因导致的损害在澳大利亚可成立代表诉讼, 在美国大概难以成讼。

加拿大的群体诉讼法律体系由各省制定的《集团诉讼法》 [Class Proceedings Act] 等法律规范构成, 除不列颠以外, 各省均可以提起集团诉讼, 其中以渥太华省、英属哥伦比亚省和魁北克省最为典型。加拿大按照集团成员确认机制的不同可将集团诉讼分为加入型、退出型与强制型三种。同一集团诉讼案件也可能存在两种集团成员确认机制混合使用的情况。如哥伦比亚省就规定原告属于本省居民的退出型集团诉讼和原告不属于本省居民的加入型集团诉讼两种类型。<sup>④</sup>加拿大法院对集团诉讼法律进行宽松的解释, 对于美式集团诉讼众多性、优越性的要求也并无彻底地沿袭。除此之外, 加拿大集团诉讼不受无费用规则和胜诉酬金制的

<sup>①</sup> 澳大利亚虽较为全面地吸收了美国集团诉讼的模式, 但并未采用“class action”、“group litigation”等表述。

<sup>②</sup> 张伟和. 澳大利亚的集团诉讼规则 [N]. 人民法院报, 2006-5-12 (8).

<sup>③</sup> S. STUART CLARK & CHRISTINA HARRIS, Multi-Plaintiff Litigation in Australia: a Comparative Perspective [J]. *Duke Journal of Comparative & International Law*, 2001, 11 (1): 289.

<sup>④</sup> 杨严炎. 群体诉讼研究 [M]. 北京: 法律出版社, 2010. 61.

约束,实行英国式的败诉方埋单,但一般情况下原告集团在败诉时只需支付名义上的极少一部分费用。

## 第二节 退出制群体诉讼与传统诉讼理论的冲突与衡平

公正与效率的内在冲突再次佐证了人类选择的永恒困境:要追求阳光,就必须接受阳光投下的阴影。<sup>①</sup>退出制改变了私人诉讼的固有格局,带有传统理论难以兼容的新要素,其与生俱来的复杂性决定了全面保护集团利益与追求诉讼效率之间的紧张关系。在正当程序面前,退出制是“适当突破”,<sup>②</sup>抑或“严重背离”,<sup>③</sup>都必须通过各种制度寻求正当化的依据。

### 一、通知制度与退出权:既判力扩张与诉权保障的衡平

一个人不能受他没有作为当事人参加的诉讼所作出的判决约束,这是英美法院普遍适用的一条原则。<sup>④</sup>退出制模式暴露出的正当性危机,乃至合宪性危机在于其侵害了集团成员自行决定是否起诉的权利,以及受宪法保障的接受公正审判权。一方面,未经实体权利人的同意或授权强制将其纳入诉讼集团之内,不仅违反了民事诉讼的处分原则,同时也与私权纠纷的属性背道而驰;另一方面,程序的本质特点既不是形式性也不是实质性,而是过程性和交涉性。<sup>⑤</sup>诉讼实施权与实体权利义务的分离,剥夺了当事人参与程序性交涉的机会,使当事人无法通过积极辩论和有效对抗表达利益诉求和主观愿望进而对法官裁判产生影响。

随着现代程序正义理念的浸润,当事人的“程序尊严”<sup>⑥</sup>在民事诉讼中的重要价值愈发显现,导致民事司法实践中往往出现这种现象:人们在直觉上仍然会将败诉与不公正的对待明确加以区分。即使在获得胜诉的情况下,人们也会因程序的不公正而感到自己尊严的丧失或被冒犯,他们作为独立的人没有得到应有的重视。<sup>⑦</sup>在此情形下,退出制既判力的自动扩张性纵然有着契合程序安定性、保障集团成员利益一致性、缓解诉讼容量限制等的正当化依据,抑或“为司法制度

<sup>①</sup> 李响,陆文婷.美国集团诉讼制度与文化[M].武汉:武汉大学出版社,2005.33.

<sup>②</sup> [美]史蒂文·苏本,玛格瑞特(缔剑)·伍.美国民事诉讼法的真谛——从历史、文化、实务的视角[M].蔡彦敏,徐卉译.北京:法律出版社,2002.187.

<sup>③</sup> 彭亚奴,王刚.群体诉讼中的当事人适格的法理分析——兼评我国代表人诉讼中当事人制度及其完善[J].内蒙古农业大学学报(社会科学版),2004,(3):113.

<sup>④</sup> Pennoyer v. Neff, 95 U.S. 714 (1877)

<sup>⑤</sup> 季卫东.法治秩序的建构[M].北京:中国政法大学出版社,1999.20.

<sup>⑥</sup> 李祖军.契合与超越 民事诉讼若干理论与实践[M].厦门:厦门大学出版社,2007.20.

<sup>⑦</sup> 陈瑞华.程序正义的理论基础——评马修的“尊严价值理论”[J].中国法学,2000,(3):146.

真正承担起解决群体性纠纷的重任扫清资源障碍”等溢美之词，但在客观上对于个体诉权的侵害早已成为不争的事实。

为最大限度地缓和退出制与传统理论之间的冲突，权利观念的盛行孕育出不少关于退出制群体诉讼的程序保障规则。1966年美国《联邦民事诉讼规则》在创设退出制模式的同时，对通知制度予以专款规定。根据《规则》第23条(c)(2)(B)规定，根据本条(b)(3)项规定继续进行的任何集团诉讼(笔者注：退出制集团诉讼)，法院应根据情况向集团成员进行最好的可行的通知，包括经过合理努力可以确认其身份的所有成员逐个发出通知。通知必须以简单易懂的语言准确、清楚地载明。包括诉讼的性质；所确认的集团的定义；集团的诉讼请求、争议事项或抗辩；选择退出的期限、方式及法律后果。1985年美国联邦最高法院在 *Phillips Petroleum v. Shutts* 案中明确指出，法庭基于维护缺席原告合法权益的考虑必须为其提供最低限度的程序保护，包括通知、赋予亲自参与或由律师代表参与诉讼的机会以及退出诉讼集团的机会。<sup>①</sup>从实行退出制模式的法域看来，通知制度已成为各国普遍追求的“在效率中接近正义”的技术基础，并在实践中给予充分的关注和足够的重视。在美国，为了给予潜在的集团成员尽可能的程序保障，法院通常认为在穷尽一切手段进行直接通知不能后，才可考虑间接方式。加拿大的通知制度以“合适的方式”为原则，有个别性送达、邮寄、公告、广告或散页出版物的选择。而澳大利亚以公告通知为原则，个别通知为例外。<sup>②</sup>相比之下，最具开放性和包容性的美国集团诉讼法律制度却对通知的要求规定得最为严苛，足见退出机制对传统权利保障的杀伤力。

个别性的直接通知可以提供理论上的保护，但实际上却成为集团诉讼发挥功能的障碍之一。<sup>③</sup>继美国联邦最高法院1950年的 *Mullane v. Central Hanover Bank & Trust Co.*案以及1962年的 *Schroeder v. City of New York*案，直至1974年的 *Eisen v. Carlisle & Jacquelin*案，立法机关与法院的解释均无一例外地对“充分通知”加以从严限定。在 *Eisen*案中，法庭因原告无法承担向可以被确定的2,250,000个集团成员发送一级信函的巨额费用驳回起诉，无异于削足适履，背离了通知制度本来的目的。

<sup>①</sup> STEVEN BAUGHMAN. *Class Actions in the Asbestos Context: Balancing the Due Process Considerations Implicated by the Right to Opt Out* [J]. *Texas Law Review*, 1991, 70 (11): 216.

<sup>②</sup> 参见罗斌. 集团诉讼通知制度[J]. 中州学刊, 2009, (4): 88.

<sup>③</sup> GEORGE RUTHERGLEN. *Better Late than Never: Notice and Opt out at the Settlement Stage of Class Actions* [J]. *New York University Law Review*, 1996, 71 (3): 267-268.

通知程序的出发点在于,一方面给予潜在的集团成员充分的信息帮助其理性地选择是否退出诉讼集团,保证集团成员的利益被公正地代表,从而在有限的诉讼空间中最大程度地保障群体的共同利益;另一方面又是集团诉讼裁判结果或和解结果对潜在的集团成员产生拘束力的前提。近年来,为克服通知制度的僵化并达致接近正义的设计初衷,国外学者在通知的合理方式、通知的时间等问题上展开了深入的研究,提出了众多具有启发性的思路。如美国学者 Thomson Reuters 提出了在考虑可能的替代性通知方式时,法官应考虑的四大因素:(1)将可能的通知费用与寻求的赔偿额对比;(2)审查案件,以发现案件中是否存在对诉讼拥有较大利益者;(3)考虑案件中是否有众多成员将选择退出;(4)综合上述3条,考虑如果集团诉讼不被确认,集团成员是否愿意进行单独诉讼。<sup>①</sup>同时,为实现通知所承载的信息量及其价值与通知费用之间的相称性,司法实践对集团确认进行单独通知的情况逐渐减少。据美国学者 Bruce I. Bertelsen、Mary S. Calfee 和 Gerald W. Connor 所作的调查报告显示,120 件集团诉讼案件中,单独进行集团确认通知的仅有 19 件,大部分均将通知后延。<sup>②</sup>2005 年美国《集团诉讼公平法》针对通知内容大同小异、含糊其辞的现象提出批评并在立法中予以完善,基本形成了比较全面,同时又能在具体适用中体现灵活性的通知规则体系。

建立在充分通知基础之上的退出权是弥补集团成员程序保障缺失,全面救济受侵害的群体利益的另一重要标志。Eisenberg 教授指出,申请退出的权利在集团诉讼的理论基础和日常的审判实践中都处于核心地位,而法院和评论者经常依据申请退出制来支持现今集团诉讼制度的运作。<sup>③</sup>当前,在立法上赋予退出权重要的程序地位主要基于两方面的考虑:其一,诚如美国联邦最高法院所强调的,除了得到充分代表和收到集团诉讼通知外,在 (b) (3) 集团诉讼中,根据正当法律程序,缺席的集团成员必须有机会将自己排除在集团之外;<sup>④</sup>其二,“符合要求的集团成员可能因无知、惰性、受到威胁、外行等原因不向法院提出加入集团诉讼的要求而丧失权利”,因此有必要通过退出制给予全面的救济。<sup>⑤</sup>而随着 2003 年

<sup>①</sup> THOMSON REUTERS. Adequate Representation, Notice and the New Class Action Rule: Effectuating Remedies Provided by the Securities Laws [J]. University of Pennsylvania Law Review, 1968, 116 (3): 889.

<sup>②</sup> 参见陈宗荣. 诉讼当事人与民事程序法[M]. 台北:台湾三民书局, 1987. 68.

<sup>③</sup> THEODORE EISENBERG, GEOFFREY MILLER, The Role of Opt-outs and Objectors in Class Action Litigation: Theoretical and Empirical Issues [J]. Vanderbilt Law Review, 2004, 57 (10): 1534.

<sup>④</sup> EDWAED F. SHERMAN. Export/Import: American Civil Justice in a Global Context [J]. DePaul Law Review, 2002, 52 (4): 411.

<sup>⑤</sup> BENJAMIN KAPLAN, Continuing Work of the Civil Committee: 1966 Amendments of the Federal Rules of civil Procedure (I) [J]. Harvard Law Review, 1967, 81 (12): 398.

美国“超级退出权”的设立，在“集团成员没有足够的信息在截止日期前作出是否退出诉讼的决定，抑或众多的诉讼请求在个体诉讼中的实现更具经济性”的情况下，二次退出权毋庸置疑成为给予传统诉权保障理论的强有力的回应。<sup>①</sup>

## 二、代表资格正当性：当事人适格扩张与正当程序要求的衡平

程序具有一些独立于裁判结果的特殊意义。司法公正不仅关注裁判结果的正义性，也体现为结果赖以产生的过程和方式的正当性。美国学者萨默斯在考察正当程序时总结出了七大要素：程序参与性、程序正统性、程序和平性、程序法治、程序理性、及时性、终结性。<sup>②</sup>而几乎在同一时期，著名学者泰勒在阐述法律程序的应有价值时，不谋而合地将“程序的参与和控制”作为主要内容之一。<sup>③</sup>泰勒认为，人们要求亲自经历程序；他们希望在权力机关的“善行”中获得一种信任感；他们希望体验权力机关的公正；他们希望自己的言行能够影响裁决的结果。<sup>④</sup>具体到特定的诉讼案件中，正当程序意味着与案件有利害关系的当事人都应被赋予平等听审和陈述意见的机会，并通过各种方式影响法官的裁判。

“集团诉讼天然存在正当程序问题”，<sup>⑤</sup>小岛武司的担忧或许多半源于代表机制在正当程序理论问题上的偏离。群体诉讼普遍依托的代表机制固然巧妙地利用当事人适格扩张的程序技术解决了诉讼空间容量有限的现实难题，其所付出的代价却是当事人由权利的直接掌控者转变为遥远的观望者。

大陆法系民事诉讼中的当事人适格的扩张理论建立在权利主体合法授权或法律明确规定的基础之上，诚如汤维建教授所界定的，如果把纯粹的一般代理与纯粹的法定诉讼担当作为代表人与被代表人关系的两个端点，那么各国的群体诉讼大体上在这两个端点之间游弋。<sup>⑥</sup>事实上，不论是英国的集体诉讼制度和日本的选定当事人制度所倚仗的任意的诉讼担当理论，抑或德国团体诉讼所依据的诉讼信托理论，各国对于当事人适格的扩张所依据的法律技术并没有超越传统理论的承受底线。相比之下，退出制群体诉讼似乎在理论的突破征途中走得更为遥远。以美国为例，退出制利用程序的技术拟制将具有共同事实问题或法律问题的当事

<sup>①</sup> JEANNETTE COX. Information Famine, Due Process, and the Revised Class Action Rule: When Should Courts Provide a Second Opportunity to Opt Out? [J]. Notre Dame Law Review, 2004, 80 (11): 379.

<sup>②</sup> 陈瑞华. 通过法律实现程序正义——萨默斯“程序价值”理论评析[J]. 北大法律评论, 1998, (1): 187.

<sup>③</sup> TOM R. TYLER. What is Procedural Justice: Criteria Used by Citizens to Assess the Fairness of Legal Procedures [J]. Law & Society Review, 1988, 22 (1): 103.

<sup>④</sup> E. ALLAN LIND, TOM R. TYLER. The Social Psychology of Procedural Justice [M]. Springer, 1988. 89.

<sup>⑤</sup> 参见[日]小岛武司. 现代性诉讼的意义、性质和特点[J]. 西南政法大学学报, 1999, (1): 116—118.

<sup>⑥</sup> 汤维建, 等. 群体性纠纷诉讼解决机制论[M]. 北京: 北京大学出版社, 2008. 91.



人群体拟制为诉讼集团并赋予其独立的诉讼主体资格，由诉讼集团中的一名或数名代表行使诉讼实施权。有学者将此描述为“民事诉讼主体与民事主体的分离”。<sup>①</sup>更为重要的是，退出制在集团代表的选任上径行认可代表的自我指定，而无需以集团成员的明确同意或书面授权为前提，这种制度设计在逻辑上显然存在一种悖论，即以保护个体权利为出发点的群体诉讼极有可能成为集团代表获取非法利益的附庸。

面对质疑，美国联邦最高法院着手处理这个问题，并发现在解决这些问题时，只有在那些代表的利益同集团成员的利益一致，并能公正地保护整个团体的利益时，才能满足宪法第五和第十四修正案中关于正当程序条款的要求，也才符合集团诉讼的设立初衷：更好更多地保护利益受损且又不具有强有力的诉讼能力的受害者。<sup>②</sup>换言之，从形式上看，集团诉讼代表资格的正当性必须建立在“排除利益冲突”、“代表的充分性”与“代表的典型性”之上。<sup>③</sup>然而，关于此方面的论述并不存在一个具体或在司法实践中得以量化的固定标准，仅从美国审判历史上形成的众多判例看来，足见其复杂性和个案差异性。例如在 1969 年的 *Gayton v. Cassidy* 一案中，集团代表人 *Gayton* 由于为自己获得救济后，并未对其他集团成员欲获得与他本人同等程度的救济提出上诉，而被法院认定为代表不充分。<sup>④</sup>再如，在 1997 年的 *Amchem Products, Inc. v. Windsor* 案中，美国联邦最高法院指出，声称因受石棉辐射而致病的集团代表不能代表已经受到辐射但尚未致病的成员起诉。因为集团代表的诉讼目标是尽可能为已经受到伤害的成员争取最大金额的索赔。这与尚未发病的集团成员的利益是相冲突的，后者希望尽可能留下被告的财富作为将来治疗疾病的费用。<sup>⑤</sup>又如，在 1999 年 47.8 万股民诉山登公司证券虚假陈述赔偿纠纷案中，法院将最充分的集团代表的条件认定为，对集团所寻求的救济拥有最大的经济利益，并满足《联邦民事诉讼规则》第 23 条的要求。<sup>⑥</sup>

代表资格的正当性依赖于潜在集团成员和法院的双向监督。在集团诉讼确认之前，法院有权审查代表资格，并依职权撤换集团代表或将集团划分为若干个具有共同利益的子集团。集团成员和被告均有权在诉讼过程中乃至集团诉讼结束

<sup>①</sup> 江伟，王强义. 论民事诉讼当事人与民事主体的分离[J]. 法学家, 1988, (2): 9.

<sup>②</sup> 齐树洁, 主编. 美国司法制度[M]. 厦门: 厦门大学出版社, 2010. 275.

<sup>③</sup> 王福华. 集团诉讼代表人资格研究——基于普通法国家的比较分析[J]. 中外法学, 2009, (2): 275-285.

<sup>④</sup> 肖建华. 群体诉讼与我国代表人诉讼的比较研究[J]. 比较法研究, 1999, (2): 230.

<sup>⑤</sup> *Amchem Products, Inc. v. Windsor*, 521 U.S.591 (1997)

<sup>⑥</sup> 参见陈志武. 证券集体诉讼在美国的应用[A]. 郭锋, 主编. 证券法律评论(第 2 期)[C]. 北京: 法律出版社, 2002. 98.

后,就集团代表能否公平合理地代表集团整体利益进行质疑并提出异议。此种攻击方法一旦奏效,将导致终止集团诉讼或集团成员免受判决约束的法律效果。由此可见,法院对于代表资格的认定并非一劳永逸,正如正当程序理念必须贯彻诉讼过程的始终一样。

### 三、法院职权介入:对抗制诉讼格局与平等保护的衡平

德国法学家鲁道夫·冯·耶林将诉权主导式的民事诉讼构造样态形象地比喻为“两个同样机敏的成年公民之间的争斗”。当事人凭借一己之力承担着取证、举证、辩论的责任,并接受作为居中裁判者的公断结果。此种诉权主导式的应然状态,抑或其制度功能的充分发挥必须以“当事人的地位具有平等性、行为具有主动性、意志具有自由性,法官的地位具有中立性、行为具有被动性、意志具有顺应性”为基设。<sup>①</sup>但事实证明,“没有任何一种制度完全符合其理论模式”,诉讼拖延、正义缺失、资源耗费等弊端一再撼动纯粹当事人主义的地位,即使在自由主义诉讼观念盛行的英美等国近年来也不断地通过改革实现法官角色从“审判主导者”向“纠纷解决者”的转变,法官干预诉讼的色彩或倾向愈发明显。相较而言,现代型纠纷自身的诸多特殊性质致使退出制集团诉讼又有着比常态诉讼更为复杂的运作逻辑,民事诉讼模式似乎面临着再次修正的可能。

从表面上看,退出制固然能够“通过将分散的集团成员集合起来,营造一个与处于优势地位的超大型组织(企业)平等地进行全力斗争的奋争环境”。<sup>②</sup>但是,诉讼的实力毕竟不是两造之间人数或规模层面的博弈,诉讼的结果在很大程度上顺应了当事人收集证据、运用证据的技巧和能力。而在现代型诉讼中,由于证明权利所需要的事实、证据大多存在于侵权人支配的领域,要求被害人就其争点事实进行举证往往面临相当大的困难。<sup>③</sup>原告举证不充分,当事人互换性丧失,导致在诉讼程序中弱者或少数人对抗强者,当事人地位实质不平等,程序保障尤其是当事人平等原则难以实现。<sup>④</sup>徒法不足以自行,将正当程序与平等保护的理念渗透于退出制的程序环节,需要法官从消极义务中解放出来,在司法过程中通过职权作用的发挥创造诉讼模式的平衡态势,从而实现诉讼两造等臂武装以及缺席集团成员利益的同等保护。

<sup>①</sup> 齐树洁. 民事程序法研究[M]. 北京:科学出版社, 2007. 19.

<sup>②</sup> [日]小島武司. 诉讼制度改革の法理と実証[M]. 陈刚, 等译, 北京:法律出版社, 2001. 52.

<sup>③</sup> 汤维建, 等. 群体性纠纷诉讼解决机制论[M]. 北京:北京大学出版社, 2008. 149.

<sup>④</sup> 齐树洁, 陈贤贵. 现代型诉讼中的当事人适格问题[J]. 厦门大学学报(哲学社会科学版), 2010, (5): 137.

从实施退出制的法域来看,强化法院职权作用已成为群体诉讼不可或缺的制度装备。群体诉讼的众多程序阶段,如集团认定、确认集团成员资格、集团通知拟定与送达、代表充分性审查、和解协议许可、赔偿金分配、律师酬金批准等都处于法院的高度管理和控制之下。尤其在奉行实用主义哲学理念的美国,2005年《集团诉讼公平法》的颁布更是将退出制集团诉讼的法官职权介入表达得淋漓尽致。例如,某些特定案件中和解协议在提出之后还需要通知相应的州或联邦长官;禁止法院批准任何集团成员遭受净损失的和解协议,除非法院书面认定集团成员得到的非金钱收益远远高于金钱损失。应该说,集团诉讼制度在很多方面突破了英美诉讼法的传统理论,几乎是一个180°的大转弯。<sup>①</sup>

退出制以剥夺潜在集团成员的程序参与利益为代价实现了诉讼的集合化优势,必然需要在所有涉及个体利益处分的环节设置更为严格的程序标准,由法院对当事人的行为加以监督,借以防止集团代表基于自身牟利的目的与被告串通而损害集团整体利益。卡佩莱蒂教授认为,法官权力的扩张并不一定与对当事人的权利保障相冲突……相反,它将强化程序公正和判决的准确性。<sup>②</sup>事实上,这种诉讼指挥权的正当性及其价值已经在实践中得到了印证。据美国兰德公司研究表明,法官在集团诉讼中的管理活动是决定集团诉讼的投入—产出比率的重要因素。<sup>③</sup>又如,在美国和解型集团诉讼领域,对比被批准的和解协议与被驳回的和解协议,前者的反对率明显低于后者。<sup>④</sup>这恰恰说明了集团代表与被告串通达成不良和解协议的现实可能性以及法庭审查许可和解协议的必要性。法庭必须在评估和解协议时给予反对意见以足够的重视,这些反对意见可能恰恰反映了和解协议的缺陷。美国联邦司法中心在近半个世纪的退出制经验基础上,总结出了有效的法官职权介入应当具备的特点:它是主动的;是实体性的而不仅仅是程序性的;是及时的、持续的;是坚定而公正的;是谨慎和有准备的。<sup>⑤</sup>从一定程度上看,法官职权介入范围和力度的合理设定是退出制发挥其强大的集合功能的必经途径,更是司法权威得以树立的迫切需求。

<sup>①</sup> 曲妍.从美国集团诉讼的发展看我国代表人诉讼的完善[A].田平安.比较民事訴訟論丛[C].北京:法律出版社,2006.218-219.

<sup>②</sup> [意]莫诺·卡佩莱蒂,等.当事人基本程序保障权与未来的民事诉讼[M].北京:法律出版社,2000.52.

<sup>③</sup> DEBORAH R. HENSLER, JOHN ARQUILLA, GRAHAM FULLER, MELISSA FULLER, JOHN G MCGINN. Class Action Dilemmas: Pursuing Public Goals for Private Gain, Executive Summary [M].RAND Corporation, 2000. 485-486.

<sup>④</sup> THEODORE EISENBERG, GEOFFREY MILLER, The Role of Opt-outs and Objectors in Class Action Litigation: Theoretical and Empirical Issues [J].Vanderbilt Law Review, 2004, 57 (10): 1566.

<sup>⑤</sup> [美]美国联邦司法中心,编著.复杂诉讼指南[M].郭翔,等译,北京:中国政法大学出版社,2005.10.

## 第四章 退出制的发展与未来——以欧盟为视角

美国退出制集团诉讼的创设和发展离不开本土诉讼文化的培育和支撑。弗里德曼曾言，“美国社会似乎是堕入一张法律之网中——比其他国家或这个国家的过去都更是这样”。<sup>①</sup>数百年的历史积淀使美国人坚定了通过理性思考和立法表达来维护权利的信仰。而开放式的法律体系更使包容纷繁复杂的社会问题成为可能。反观欧洲各国，强有力的公共执法机制和发达的社会福利保障体系致使美式退出制集团诉讼的需求并未达到如此迫切的程度。更何况美国律师经由集团诉讼满足牟利动机的事实恰恰是欧洲各国极为反感和排斥之处。不少学者断言，“欧洲这种小心翼翼甚至畏首畏尾的心态，意味着美国退出制集团诉讼的入欧之路必然充满荆棘”。<sup>②</sup>而欧盟群体诉讼的发展状况证明，事实确实如此。

退出制群体诉讼制度在 27 个欧盟成员国中仅仅是个例外。目前，只有丹麦、荷兰、葡萄牙三个国家存在有限的退出制群体诉讼。2008 年 8 月，英国公民咨询与牛津经济顾问所作的《跨司法管辖区域群体诉讼综合研究》结果表明：超半数的欧盟成员国<sup>③</sup>未设立容许人数众多的集团成员因遭受被告不当行为而得以寻求司法救济的群体诉讼机制。<sup>④</sup>在这些国家中，一定程度上的集团诉讼或代表诉讼只能寻求禁制令或要求停止侵害行为，剔除消费合同非法条款等的命令，而不能为集团成员带来赔偿。除此之外，其余 13 个成员国均设有群体诉讼机制，但在集团成员确认机制上都采用有别于退出制的方式。例如：在意大利，加入制代表诉讼允许消费者团体为了消费者和终端使用者的利益，以经营者违反合同、侵权、不公平交易或违反竞争法等为由提起诉讼，为受害群体索求赔偿。消费者有权加入诉讼，如果消费者个体不接受被告的赔偿方案，法庭将委派和解委员会在个案中决定个人的赔偿额。又如在奥地利，消费者个体通过委托或转移其申索给消费者团体，由消费者团体针对同一被告提起诉讼寻求赔偿。除此之外，保加利亚、芬兰等国均设有针对大众消费侵权的加入制群体诉讼，但具体制度构建并不

<sup>①</sup> [美] 弗里德曼. 美国法的未来[J]. 贺卫方译, 法学译丛, 1991, (6): 18.

<sup>②</sup> 汤维建, 等. 群体性纠纷诉讼解决机制论[M]. 北京: 北京大学出版社, 2008. 192-193.

<sup>③</sup> 据统计, 欧盟现有 14 个成员国未设立群体诉讼机制, 包括比利时、塞浦路斯、捷克共和国、爱沙尼亚、匈牙利、爱尔兰、拉脱维亚、立陶宛、卢森堡、马耳他、波兰、罗马尼亚、斯洛伐克和斯洛文尼亚。

<sup>④</sup> Civil Consulting (lead) & Oxford Economics, European Commission—DG SANCO, Evaluation of the Effectiveness and Efficiency of Collective Redress Mechanisms in the European Union (2008) [EB]. <http://ec.europa.eu/>, 2009-5-20.

完全一致。而法国自 2005 年前总统希拉克成立工作小组进行群体诉讼制度改革以来,目前仍未达成一致意见。一些人认为只有被许可的少数团体才具备提起群体诉讼的资格,限制了群体诉讼价值功能的发挥;还有些人认为应当规定加入制。

## 第一节 退出制在欧盟的实施程度

### 一、葡萄牙代表退出型

早在 1995 年,葡萄牙便确立了堪称欧洲最古老的退出制代表诉讼制度,并因此享有引入美国退出制集团诉讼“欧洲先锋”的美誉。葡萄牙的退出制被称为“大众诉讼”(popular action),除了公民有权行使民事或政治权利外,地方当局、任何合法团体如消费者保护协会 DECO,均可代表人数众多的公民利益提起代表诉讼。诸如公共卫生、环境、生活质量、消费者权益、文化继承等覆盖面较广的问题都可通过“大众诉讼”得到解决。

葡萄牙的退出制在集团形成的法律程序上与美国基本一致,唯一区别在于,前者并没有设置集团认定程序,但法庭认为该诉讼不适合以群体诉讼的方式继续进行,有权予以终止。法庭必须明确指定选择退出的期间,并通过媒体或新闻发布会等途径向集团成员发出通知。集团代表有权主张集合性的损害赔偿,法官可以判决整个原告集团应获得的赔偿金额,并成立一个期限为 3 年的专项基金。群体成员有权在 3 年期限内单独提起诉讼,主张基金中自己应得的份额。到期后基金的剩余部分将交由司法部作为未来代表诉讼的支持资金。<sup>①</sup>在葡萄牙,损失合并评估和免除消费者组织因败诉而产生的任何不利的讼费命令,成为“大众诉讼”广受欢迎的重要原因。而这些特点也使其成为与美国退出制最为接近的欧洲制度。实践中,“大众诉讼”并没有完全辜负其美誉,至少在消费侵权诉讼中,DECO 已代表特定的消费者群体就葡萄牙电信过度扣缴话费、向外国语学校提前支付学费贷款,以及水表爆炸等纠纷提起代表诉讼。<sup>②</sup>

### 二、丹麦两部退出型

2008 年 1 月 1 日,丹麦创设了一种与众不同的退出制群体诉讼。该制度下,加入制是形成集团的首要方法,但依特定情况退出制也可能作为次要机制被采

<sup>①</sup> See Portuguese Act No.83/95, Art 150.

<sup>②</sup> RACHAEL MULHERON, The Case for an Opt-out Class Action for European Member States: a Legal and Empirical Analysis [J].Columbia Journal of European Law, 2009, 15 (2): 409.

纳。丹麦的群体诉讼适用退出制必须符合两个前提条件，一是个案标的额很小以至于无法期待当事人通过单独的诉讼寻求赔偿；二是加入制被认为是不合适的争端解决方式。

在丹麦，只有公共机构才有权提起退出制群体诉讼。目前，丹麦消费者保护机构(Danish Consumer Ombudsman，以下简称 DCO)是唯一具备该法律地位的组织。丹麦诉讼法常务委员会在其提交给欧盟的报告中指出，少数集团成员可能无法得到退出通知，但这不会引发正当程序问题，因为参加诉讼对潜在的集团成员而言，并不意味着有任何经济风险。

丹麦退出制的其他重要特征还包括：(1)如有必要，对共同争点与个人争点分开审理；(2)设置集团确认程序；(3)在不会产生不合理费用的情况下优先采用个别通知，否则将使用新闻广告或公开宣告等方式；(4)可能使用费用担保命令。DCO 认为，退出制作为集团成员确认的次级机制，对于解决特定类型的争议尤为有效，如基于市场活动的误导性合同，以及不公平的合同条款等。但事实上，丹麦至今没有发生一起退出制群体诉讼案件。<sup>①</sup>根据丹麦日前提交给欧盟的国家报告，丹麦在新制度下，只发生过一起加入制群体诉讼案件(由银行小股东群体发起)。<sup>②</sup>

### 三、荷兰和解退出型

第三种退出制的原型即荷兰 2005 年 8 月 1 日《大众损害赔偿诉讼的集团性解决法案》(the Collective Settlement of Mass Damages Claims Act)所规定的退出制集团诉讼和解制度。该制度专门为促成大众侵权纠纷达成和解所创设，被誉为“美国退出制集团诉讼驶入欧洲的第一站”。<sup>③</sup>其中 DES 药物引发的过度诉讼成为推动荷兰群体诉讼制度取得突破性进展的重要力量。<sup>④</sup>

根据荷兰法律规定，公民有权依据民法典和民事诉讼法典相关条文提起退出制群体诉讼和解主张损害赔偿。但在原被告尚未达成和解协议的情况下，法庭无法根据《大众损害赔偿诉讼的集团性解决法案》审理案件，因为和解必须依附于

<sup>①</sup> See the Ombudsman's current activities [EB]. <http://www.forbrug.dk/english/dco/>, 2010-5-3.

<sup>②</sup> Civic Consulting, Country Report Denmark 12 (2008) [EB]. [http://ec.europa.eu/consumers/redress\\_cons/da-country-report-final.pdf](http://ec.europa.eu/consumers/redress_cons/da-country-report-final.pdf), 2010-5-3.

<sup>③</sup> 陈巍. 欧洲群体诉讼机制介评[J]. 比较法研究, 2008, (3): 117.

<sup>④</sup> DES 案中，孩子们因为其母亲在妊娠期间服用 DES 药物而导致医疗损害，在可能的 44 万受害者中，1.8 万人向“DES 案登记中心”递交了诉状。和解协议为集团成员提供了 3500 万盾的损害赔偿。DES 制药公司支付 1750 万盾，保险公司支付剩余的 1750 万盾。

启动程序的呈请书，而呈请书本身必须包含对和解协议的必要描述。和解协议无须建立在责任方确实负责任的前提条件下，而只需要责任方与受害方的集团代表就赔偿问题达成一致，<sup>①</sup>但协议内容必须包括覆盖的集团成员、大致人数、赔偿数额、分配赔偿金的资格要求、退出通知应送达的对象等细节。

基于案件管理的需要，集团代表及可能要支付赔偿金的被告应向阿姆斯特丹上诉法院递交联合请求，并由法院声明具有约束力的和解结果。阿姆斯特丹上诉法院具有审查和解协议的专有权，其优势在于法院可以根据其创新和特殊的程序机制发展案件管理的专门技术。如果和解协议被许可，集团成员必须被给予至少3个月时间考虑是否退出，未在规定期间内退出者将拥有长达一年的赔偿请求权。换言之，荷兰退出制集团诉讼和解更多地发挥了示范诉讼的功能，“集团不能代表拟制的多数原告直接主张总括性的损害赔偿，而是通过集团起诉首先确定带有共性的法律问题和事实问题，至于具体损害赔偿由符合条件的潜在原告自行主张”。<sup>②</sup>因此，和解退出模式并没有违反“‘未经权利人明示许可，他人不得主张并处分其实体权利’的高压线”，足见其为防止集团代表直接通过诉讼将他人利益据为己有而在大众侵权救济方面表现出来的谨慎态度。<sup>③</sup>

荷兰模式为退出制达成巨额赔偿的和解协议提供了强有力的例证。如 DES 案的涉案标的达 3500 万盾，Dexia 案共 10 亿盾；而在皇家荷兰壳牌案中，双方最终达成了高达 3.526 亿美元的和解协议。不仅如此，荷兰退出制提供了堪称欧洲最高水平的损害恢复机制，皇家荷兰壳牌案的原告集团覆盖了巨大的地理范围，几乎涉及了全球的股东。

尽管学理认为，通知、退出等制度能够缓解退出制集团诉讼和解与当事人处分原则、《荷兰宪法》第 17 条关于保证公正审判权以及《欧洲人权公约》第 6 条<sup>④</sup>确立的听审权之间的冲突，然而，类似于丹麦立法颁布之前所产生的论争，诸如为和解协议所包容但未获得退出通知的集团成员是否受和解结果约束等正当程序问题，荷兰也未曾幸免。阿姆斯特丹上诉法院在 Dexia 证券一案的判决中提及了该问题。判决认为，确保集团成员退出和解协议的可能性，以及如果退出者期

<sup>①</sup> Civic Consulting, Country Report Denmark 12 (2008) [EB].

[http://ec.europa.eu/consumers/redress\\_cons/da-country-report-final.pdf](http://ec.europa.eu/consumers/redress_cons/da-country-report-final.pdf), 2010-5-3.

<sup>②</sup> 汤维建, 等. 群体性纠纷诉讼解决机制论[M]. 北京: 北京大学出版社, 2008. 191.

<sup>③</sup> 陈巍. 欧洲群体诉讼机制介评[J]. 比较法研究, 2008, (3): 119.

<sup>④</sup> 该条规定, 在决定某人的公民权利和义务或者在决定对某人确定任何刑事罪名时, 任何人有理由在合理的时间内受到依法设立的独立而公正的法院的公平且公开的审讯。

望向法庭另行提出诉讼,则保留其起诉的充分权利,确保不违反《欧洲人权公约》第6条。这在一定程度上表明,徘徊于理论自治与实际效益之间的和解退出型同需面对制度内部的价值张力和困境。

## 第二节 欧盟群体诉讼对于退出制困境的实证回应

欧盟一直是欧洲群体诉讼的推动力量。<sup>①</sup>2007—2008年,欧盟委员会竞争总署、卫生与消费者保护总署、欧洲经济和社会委员会、欧洲消费者组织、经济学人信息部等机构共同对欧盟群体诉讼机制的效率及有效性进行了综合评估,为欧盟群体诉讼的进一步改革提供了重要文献。<sup>②</sup>

### 一、“丑化”的退出制——白皮书以为的障碍

2008年4月2日,欧盟基于对2005年12月9日发布的《违反欧盟反垄断法的损害赔偿之诉》绿皮书的评论与影响效果研究,制定了《违反欧盟〈反垄断法〉的损害赔偿之诉》白皮书(以下简称“白皮书”),建议成员国采用加入制群体诉讼,而反对在竞争法的私人执行中适用退出制。白皮书将“改善受害者行使损害赔偿请求权的条件,使其因有关主体违反欧盟《反垄断法》而遭受的损失获得全额赔偿”设定为群体诉讼制度的首要指导原则,并在5项政策性选择中排除了包括退出制、双倍赔偿、扩大文件透露范围、各方费用自付等群体诉讼制度机制,转而确定了加入制集团诉讼和代表诉讼。理由在于:(1)退出制更加耗费成本。白皮书认为,依“选择性退出”机制而形成的“拟制原告集团”,能够迅速地将原本分散微小的小额权利聚合起来,形成数额惊人的赔偿主张,足以使诉讼成本合理化,实现诉讼的规模经济,<sup>③</sup>但一般情况下退出制所付出的成本与加入制相比更为高昂,主要包括较高的法庭费用(主要是律师费)、集团认定费用、分配赔偿款的费用等。然而,白皮书并未对此作实质性的解释,而只就律师费作了几乎不具任何合理性的说明:在不可预见的付费安排下,委托代理问题将导致比加入制更加高昂的律师费。至于委托代理问题在加入制与退出制下的区别,则没有任何涉及。(2)退出制剥夺集团成员的申诉机会(day in court)而遭遇宪法问题。

<sup>①</sup> 汤维建,等.群体性纠纷诉讼解决机制论[M].北京:北京大学出版社,2008.182.

<sup>②</sup> Civil Consulting (lead) & Oxford Economics, European Commission - DG SANCO, Evaluation of the Effectiveness and Efficiency of Collective Redress Mechanisms in the European Union (2008) [EB]. <http://ec.europa.eu/>, 2009-5-20.

<sup>③</sup> [美]波斯纳.法律的经济分析(下)[M].北京:中国大百科全书出版社,1997.741.



退出制潜伏着对缺席集团成员进行独立诉讼的伤害。德国学者认为,在集团成员不参加诉讼的情况下,如果以群体诉讼判决拘束那些对诉讼毫不知情的受害者,显然与德国的私法体系和宪法不相容。<sup>①</sup>白皮书并未对此进行详尽的论证,却在欧洲逐步发展退出制的事实面前给出一个十分荒唐的解释:白皮书写在荷兰、丹麦等国家的退出制存在之前。(3)退出制可能导致集团代表过度受偿。发起群体诉讼的当事人,如集团代表,在部分集团成员未主张损害赔偿的情况下存在剩余资金无法分配的可能,该部分资金由集团代表据为己有将导致其过度受偿。(4)退出制引发独一无二的委托代理问题。白皮书引用了《美国法律评论》围绕退出制下的委托代理问题展开争论的有关文献,却并未论证该问题仅在退出制中存在的事实。恰恰相反,白皮书所援引的文章赞成把退出制视为美国集团诉讼最为成功的特征之一。

白皮书进而认为,在加入制下,具有同样诉求的受害者得以明确决定是否将众多个人诉讼合并为单个诉讼,且加入制比退出制更能弥补受害者的损失,因为受害者在诉讼开始前就必须识别自己。然而,对于 Leuven 的研究报告所称的“经济、心理或社会障碍将阻碍集团成员加入”的问题白皮书并没有提出解决方案。<sup>②</sup>

## 二、退出制的制度理性

### (一) 欧盟退出制群体诉讼的实证回应

自葡萄牙实施退出制代表诉讼以来,一定程度的退出制在欧盟已经存续了十余年。事实表明,退出制在司法实践中的运作并没有陷入白皮书所担忧的制度困境。相反,其为扩散利益受害者实效性接近正义提供了正当有效的法律通道。

#### 1. 权利实现的低廉与高效

根据法经济学角度的分析表明,对有意留在退出制群体诉讼的受害者进行统一登记的成本并不高于瑞典、英国等国对加入者进行登记的成本。如果把人数看作一个变量,当人数增多时,在代表人诉讼和选定当事人制度中增加的成本相同,既增加共同起诉(登记)的成本,又增加推选代表人的成本。在(德国)团体诉讼中,只增加授权的成本。而在(退出制)集团诉讼中基本不增加成本,因为代表人起诉

<sup>①</sup> 张大海. 德国群体诉讼制度研究(博士学位论文)[D]. 上海:复旦大学, 1988. 40-46.

<sup>②</sup> LEUVEN. An Analysis and Evaluation of Alternative Means of Consumer Redress other than Redress Through Ordinary Judicial Proceedings: Final Report, a Study for the European Commission, Health and Consumer Protection Directorate-General, Directorate B—Consumer Affairs [EB]. [http://ec.europa.eu/consumers/redress/reports\\_studies/comparative\\_report\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/consumers/redress/reports_studies/comparative_report_en.pdf), 2007-1-17.

时默示授权,这意味着登记费用、推举代表人的协商费用以及随后由不完全契约所引起的一系列契约成本都不再发生。<sup>①</sup>

近年来,学者在对欧洲群体诉讼的研究中普遍倾向性地认为,司法不经济的弊端在缺少退出制的情况下暴露无遗。该观点并非毫无根据的假设,至少英国的实际情况已经表明,过去两年内劳动争议领域出现的不公平待遇、性别歧视等原因导致大量的个体诉讼涌向法院。因合法权益遭受侵害而前往法院登记备案的雇员人数急剧上升,对司法形成强有力的冲击。而在退出制下,诉的合并所形成的成本与效率优势得以使该情况得到较为有效的缓解。

## 2. 宪法困境的消解

瑞典著名教授 P. H. Lindblom 在试图通过解释消除退出制的违宪顾虑时指出,尽管在退出制下,也不会剥夺集团成员向法院申诉的机会。因为退出制为潜在的集团成员设置了一系列渗透正当程序理念的保障措施,如代表充分性的审查、通知制度、和解协议许可制等。<sup>②</sup>以荷兰为例,退出制可能剥夺当事人申诉权的宪法问题在立法和司法实务中备受关注,这些担忧是通过改善通知制度确保以最合理的方式使集团成员获取退出通知而得以实质地消除。在此基础上,集团成员可以选择退出诉讼集团而单独起诉。如选择继续留在集团内部,则可以通过向法庭提交书面抗辩来反对和解条款。集团成员可以填写索偿表,由案件管理法官据此审查并决定个人的赔偿数额。对案件管理者的评估结果不同意者,可在30日内将争议提交法院或争端委员会进行解决。<sup>③</sup>因此,退出制仍然保留了当事人向法庭申诉的权利。

在荷兰,集团成员被频繁地赋予行使退出权的机会。在 Dexia 案中,24,700 名投资者退出和解,最终的和解协议约束了约 30 万至 40 万人。换言之,8.2% 的集团成员退出了诉讼,可能行使其申诉权而另行单独向法院起诉。在皇室壳牌案中,阿姆斯特丹上诉法院于 2008 年 11 月 20 日就是否批准和解协议举行了听审。在法庭批准该和解协议的情况下,集团成员将收到第二次通知,并有机会在最终判决前选择退出。<sup>④</sup>

<sup>①</sup> 郭云忠,张庆斌. 群体诉讼的起诉成本分析[J]. 国家检察官学院学报, 2001, (4): 28. 廖斌,郭云忠. 群体诉讼模式研究[J]. 西南民族大学学报(人文社科版), 2005, (2): 50.

<sup>②</sup> ROBERT GAUDET. Turning a Blind Eye: The Commission's Rejection of Opt-out Class Actions Overlook Swedish, Norwegian, Danish and Dutch Experience [J]. European Competition Law Review, 2009, 30 (3): 111.

<sup>③</sup> Shell Settlement Agreement. pp.16-17.

<sup>④</sup> Shell Media Relations. Reserves settlement-Questions and Answers [EB].

[http://www.shell.nl/home/content/investor/reserves\\_settlement/non\\_us/faq/faq\\_non\\_us\\_reserves\\_settlement.html](http://www.shell.nl/home/content/investor/reserves_settlement/non_us/faq/faq_non_us_reserves_settlement.html), 2011-3-23.

### 3. 集团代表过度受偿的应对

为防止集团代表将赔偿金分配后的剩余资金据为己有，“各国对未分配的资金通常采取上缴国库、赠与公益组织或设立基金、返还被告等处理方式”。<sup>①</sup>在荷兰退出制集团诉讼和解中，分配后的剩余赔偿金将有以下三种处理方式：(1)二次分发给全体集团成员作为补充性分配；(2)作为慈善基金予以捐助；(3)如果剩余超过500万美元，则不能作为补充性分配发放，而应返还被告。集团代表享有独立的裁量权来选择其中一种处理方式，但无论何种方式均不允许其擅自占有剩余赔偿款。<sup>②</sup>

### 4. 委托代理问题

没有证据表明，委托代理问题是因退出制而产生的。在皇室荷兰壳牌案中，和解协议一经批准，集团成员必须提供在特定期间内买卖股票的信息和证据。只有主动、自愿提供者，法庭才考虑其申索。这也就解决了白皮书担心退出制群体诉讼中集团成员难以识别的忧虑。除此之外，法庭在审查和解协议时对和解结果是否确保集团成员的利益进行充分考虑，避免因权利实现的间接性而引发正当程序问题。

## (二) 行进在“接近正义”之路的退出制

20世纪，法治国家特别是福利国家，围绕着怎样更好地保障社会成员利用司法的权利，进行了持续的努力，迄今已经历了三个阶段的改革。<sup>③</sup>其中，以保护扩散利益为内容的第二波接近正义运动，通过群体诉讼将消费者、环境污染受害者等人数众多的个别当事人聚合为集团的力量，借以克服个体诉讼司法不经济的实际障碍，为保障当事人诉诸司法实现利益开放了一种全新的可能性。然而，这种正义并非基于模糊程式的空想的自然正义，抑或缺乏使正义具体化的虚幻描述，理论与实践的错位经常导致各种美丽的误会。欧盟2008年11月发布的《DG SANCO》绿皮书指出，由于欧盟当前的赔偿和执行结构的缺陷，众多消费者在遭受损失后无法得到有效救济。尤其是在小额扩散性利益受侵害的大众侵权纠纷中，受害的消费者群体在市场的占有份额很高。<sup>④</sup>而这部分原本应属于诉讼集团

<sup>①</sup> 汤维建，等. 群体性纠纷诉讼解决机制论[M]. 北京：北京大学出版社，2008. 156-157.

<sup>②</sup> Shell Settlement Agreement, pp.13-14.

<sup>③</sup> 齐树洁，主编. 民事司法改革研究(第三版)[M]. 厦门：厦门大学出版社. 2006. 6.

<sup>④</sup> Commission Green Paper on Consumer Collective Redress [EB]. <http://ec.europa.eu/>, 2011-3-23.

成员的人，却往往因疏忽、习惯、胁迫或者不熟悉等原因并没有及时地作出加入集团的表示，这样被排除在集团诉讼之外其权利有丧失之虞，显示公平。<sup>①</sup>而大量实践证实，退出制是“一张能捞获较多诉讼当事人的渔网”，该机制下倾向于出现更高的参与率，致使被告得以与几乎所有受其不法行为侵害的当事人一次性解决纠纷，甚至极有可能以和解的方式实现“全球性和平”。据美国联邦司法中心报告对1972年7月至1994年1月四个联邦地区法院结案的集团诉讼进行的研究结果表明，只有1%—2%的集团成员选择退出。同时，绝大多数的集团诉讼在审理前以和解方式结案。<sup>②</sup>

事实上，类似的制度效应已经在欧盟显现。荷兰退出制群体诉讼和解为众多受害者提供了“接近正义”的渠道，帮助其快速获得合理的赔偿，并使被告彻底摆脱数以万计的个体诉讼。以皇室荷兰壳牌案为例，其和解方案覆盖了来自意大利、瑞典、德国、比利时、法国、荷兰、挪威和其他欧洲国家的潜在当事人，真正推翻了白皮书所以为的“退出制与欧洲无关”的断言。反观英国的司法实务，2006年在郡法院发生的一起银行手续费案，给法官、被告银行、申索人及其代理人带来了巨大的诉累。2006年3月至2007年8月间，郡法院共收到逾53,000份针对被告银行的申索书，仅2007年5月就收到9000份申索书。除了应付当事人运用的各种诉讼策略，如申请中止诉讼以增强抗辩、申请即决判决等，大量困难在诉讼过程中接踵而至。尴尬的郡副司法官由于管理上的疏忽遗漏登记一家被告银行而必须亲自前往该银行。对于一些小额个体诉讼的原告试图不惜任何代价进行诉讼，从而作为其他客户的旗手，揭露银行的不公平条款和条件。然而，这还存在与先前判决不一致的风险，尤其是英国郡法院在这些案件中的判决并不约束其他郡法院或高等法院。由于大量的银行客户陷入循环申请，提出抗辩、诉讼中止，示范诉讼(test case)的方法必然导致严重的诉讼迟延。当示范案件最终被确定下来，被告银行迅速提出上诉。凡此种种，英国学者梅丽朗在其呈交英格兰和威尔士民事司法委员会的研究文件中明确提出了司法制度的双重支柱，即寻求司法公正的渠道畅通，以及一次性完成处理所有争议的司法效率均通过选择退出

<sup>①</sup> B. KAPLAN, *Continuing Work of the Civil Committee: 1966 Amendments of the Federal Rules of civil Procedure (I)* [J]. *Harvard Law Review*, 1967, 81 (12): 398.

<sup>②</sup> RACHAEL MULHERON. *The Class Action in Common Law Legal Systems: A Comparative Perspective* [M]. Hart Publishing. 2004. 60.

制而得以加强。<sup>①</sup>

时至今日，欧盟各国对退出制集团诉讼的存废仍争论不休，当法律职业者们无法用强势的理论或实证材料为之证成时，有一点却异常清晰而确定：“我们不知道退出制是好事还是坏事……但是我们知道，人类的智慧还设计不出一种更好的补偿大量、分散的损失的方法。”<sup>②</sup>在个体诉讼遥不可及时，退出制的确提供了一种现实、可行的解决方式，“它是对目前‘正义机制’进行彻底改革的屈指可数的希望之星，是连接人们对审判制度公正性信赖的桥梁”。<sup>③</sup>

### 第三节 退出制的未来展望

尽管现阶段欧盟的主流立法仍倾向于拒绝引入退出制集团诉讼，但在集团成员确认机制的选择问题上已然受到了美式退出制的深刻影响，并在近几年呈现出推广的势头。即使在法律传统和诉讼文化相对保守的德国，“对于法学家而言，集团诉讼是异类，同时也是蓝本”。<sup>④</sup>更有学者指出，除了英国的 GLO，加入制目前在世界范围内也不过是一种例外。即使在规定了加入程序的情况下，它也很少得到支持和赞同。例如，澳大利亚联邦集团诉讼的退出制度比澳大利亚消费者保护法所规定的加入制度更受竞争与消费者委员会 (ACCC) 的欢迎，后者在学术上被描述成“更难以负担”、“太狭窄”、“几乎难以操作”。<sup>⑤</sup>

在大生产、大消费的社会环境下，一件产品或一项服务的缺陷往往导致“牵一发而动全身”的集体效应，大众侵权纠纷所形成的社会和司法压力使人们不得不审慎考虑民事诉讼的目标。近年来，尤其自 2007 年至今，欧洲各国群体诉讼制度的改革获得了重要的动力并引发了广泛的讨论。一些重要的立法和改革方案、判例法等呼之欲出，很多法律和政策难题也随之产生。在探索适合本国社会基础和现实条件、成本与风险最小的群体诉讼制度的大潮流中，围绕集团成员确认机制的改革呼声四起。

<sup>①</sup> RACHAEL MULHERON. Reform of Collective Redress in England and Wales: A Perspective of Need [EB]. <http://www.civiljusticecouncil.gov.uk>, 2010-4-20.

<sup>②</sup> DEBORAH R. HENSLER, JOHN ARQUILLA, GRAHAM FULLER, MELISSA FULLER, JOHN G. MCGINN. Class Action Dilemmas: Pursuing Public Goals for Private Gain, Executive Summary [M]. RAND Corporation, 2000. 35.

<sup>③</sup> JAEK B WEINSTEIN. Some Reflections on the “Abusiveness” of Class Actions. 转引自 [日] 小岛武司. 集团诉讼代表人理论 [A]. 陈刚, 主编. 自律性社会与正义的综合体系——小岛武司先生七十华诞纪念文集 [C]. 北京: 中国法制出版社, 2006. 210.

<sup>④</sup> 吴泽勇. 集团诉讼在德国: “异类”抑或“蓝本”? [J]. 法学家, 2009, (6): 105.

<sup>⑤</sup> 章武生, 杨严炎. 群体诉讼的价值与功能 [J]. 法学评论, 2007, (5): 30.

以英国为例，现行的加入制集体诉讼尚无法在剔除不公平的格式条款、禁止不正当竞争行为等领域发挥作用，这几乎难以证明 GLO 能够和退出制一样为公民提供解决群体性纠纷的足够机会。2008 年 6 月，英国民事司法委员会向大法官提交了群体诉讼改革建议，涉及构建通用的群体诉讼制度、设定更加严格的集团认定标准、加强案件管理、立法方式等 11 项内容。<sup>①</sup>其中，引入退出制的构建方案被认为将从根本上改变英国的诉讼景观。英国的法律制定者和学界虽然拥有了近半个世纪的域外退出制经验的集合，但他们在魅力四射的退出制面前依然保持着冷静、理智的态度。学者认为，尽管有证据表明，英国迫切需要一种更长远的补充机制——退出制，但前者并非应对群体诉讼所有“痼疾”的“万能药”。作为群体诉讼的副产品，包含退出制集体诉讼和代表诉讼的第三代群体诉讼制度的发展，将能够应对社会化生产时代所产生的不可避免的复杂性，并将有助于重建英国的法律制度。

然而，立法建议仅仅是集体诉讼发展路径的重要一步，更大范围的讨论，以及对域外退出制的发展背景分析等，仍是立法前必须实施的步骤。因为美式退出制所包含的各方付费规则、风险代理收费制度、惩罚性损害赔偿，更加频繁的陪审团审理、不同的实体法律原则等配套制度，对于欧洲国家的司法人员、法律从业者和法律改革者而言无疑是一种固有的不适应。

在欧盟之外，依托于浓厚的程序正义理念和普通法传统的我国香港地区也正在酝酿涉及多方诉讼机制的民事司法改革。由于香港长久以来缺乏群体诉讼的制度安排，在有限的代表诉讼制度下又实施败诉方付费制度，现有条文的僵化导致民事诉讼难以给予社会现状有效的回应。在雷曼迷你债券事件中，大多损失惨重的“雷曼苦主”担心在香港败诉要承担巨额的诉讼费用，只能通过游行、申诉等方式向政府施压。<sup>②</sup>在此情况下，香港法律改革委员会下辖的集体诉讼小组委员会（以下简称“委员会”）于 2009 年 11 月 5 日发表了《集体诉讼咨询文件》，并主张在香港引入以退出制为起点的集体诉讼制度。委员会建议，新的集体诉讼机制应采取“选择退出”模式。换言之，当案件一经法庭核证为适合以集体诉讼的方式进行，有关集体的成员（符合法庭所发出的命令所界定者）便会自动被视为受

<sup>①</sup> CJC. Improving Access to Justice through Collective Actions: Developing a More Efficient and Effective Procedure for Collective Actions [EB]. <http://www.hkreform.gov.hk>, 2008-11-30.

<sup>②</sup> 胡健. “集体诉讼”在香港渐行渐近 [EB]. [http://www.legaldaily.com.cn/bm/content/2010-01/12/content\\_2021130.htm](http://www.legaldaily.com.cn/bm/content/2010-01/12/content_2021130.htm), 2010-01-12.

到该项诉讼所约束,但如任何成员在法庭命令所限定的时间内以该命令所订明的方式退出,则不在此限。如果集体诉讼程序涉及来自香港以外的当事人,则应以“选择加入”程序作为预设模式,并应赋予法庭酌情决定权,让法庭在案件的特别情况构成足够理由时,可采用“选择退出”程序。<sup>①</sup>目前,香港法律改革委员会正就集体诉讼的法律程序问题向全社会广泛征求意见。

纵观各国在群体诉讼领域进行探讨或付诸实施的改革方案,立法机构或学者均不谋而合地主张在加入制的基础上引入退出机制,以促进群体诉讼进一步臻于完善。相反,在业已实施退出制的国家或地区,试图以加入制代替退出制,抑或取消退出制的做法却自退出制产生之日起未曾出现,这在一定程度上反映了退出制在当下的社会需求度。随着社会现实不断冲击传统诉讼理论的底线,退出制也必将更加契合主流的程序价值理念继而成为主导未来群体诉讼集团成员确认的普遍机制。

纵然如此,抛开人们在意识形态方面的认识差异进行客观评价,退出制确实存在一些明显的弊端:(1)退出制可能异化为律师集团借以敲诈的工具。美国最近一次全国性民意调查显示,只有5%的被调查者认为消费者是集团诉讼的最大受益者;47%的被调查者认为律师是首要的受益者。在德克萨斯州进行的另外一次民意调查发现,81%的潜在陪审员对集团诉讼律师表示不满,认为集团诉讼只不过是原告律师赚钱的好方法而已——对于起诉要求赔偿损失的人们来说这不是什么好的途径。<sup>②</sup>当然,这与美国实行胜诉酬金制不无关系。(2)退出制通过强大的原告集团阵容发挥积少成多的规模效应,有利于促使被告吐出违法所得,维护正常的社会管理秩序,但对市场经济的稳定发展无疑是个较大的考验。因为巨额的赔偿极易导致一个经济实力不胜雄厚的企业在一夜之间面临破产的可能。(3)退出制并非适合所有的案件类型。尤其是美国《联邦民事诉讼规则》第23(b)(1)规定的禁止退出制,在被告资金有限的情况下,若允许部分成员退出诉讼则无异于架空集团诉讼的设立目标。(4)无论如何,退出制突破了传统的理论障碍,在一定程度上牺牲了个人诉讼利益。<sup>③</sup>但是,集团成员与集团代表之间的利益冲突

<sup>①</sup> 香港法律改革委员会. 集体诉讼咨询文件

[EB]. <http://www.hkreform.gov.hk/chs/publications/classactions.htm>, 2009-11-5.

<sup>②</sup> [美]约翰·贝斯纳, 马太·绍斯, 杰西卡·戴维森·米勒. 集团诉讼中的律师: 私人检察官抑或私利牟取者?[J]. 史长青译, 金陵法律评论, 2006, (1): 146.

<sup>③</sup> EDWARD H.COOPER. Class Action Advice in the Form of Questions [J]. Duke Journal of Comparative & International Law, 2001, 11 (1): 223-225.

并非仅仅依靠法官职权控制或潜在集团成员的“场外监督”即能彻底避免或消除。

由此可见，在制度设计中妄图以退出制代替加入制，抑或依靠退出制独当一面的做法并不够理智。而事实上退出制也并未覆盖群体诉讼的全部领域，英国学者呼吁构建第三代退出制，充其量也只是在填补现有加入制的制度空白的语境下提出的。但应说明，退出制确有其存在的价值及必要性，毕竟“每种法律规则总存在一定比例的错误，如果增加一点点错误比例，而能实质性地降低费用比例，那么只有理想主义者才会反对这种做法”。<sup>①</sup>

---

<sup>①</sup> DEVLIN. What's wrong with the Law [OL]. London, BBC, 1970.



## 第五章 我国代表人诉讼制度的现状与选择

### 第一节 代表人诉讼的性质界定

1991年,代表人诉讼在缺乏充分的理论准备和实证基础的前提下被引入我国民事诉讼立法领域。作为一项备而不用超前规则,“我国代表人诉讼存在的一个重要问题是定位不清。代表人诉讼既可以被视为一种群体性诉讼制度,也可以作为一种法律技术,附加在各种不同的诉讼制度上”。<sup>①</sup>就其性质而言,主要存在以下几种不同的认识:(1)二分说。该说以制度确立之初时任最高人民法院副院长马原的编著为代表,依起诉时当事人人数是否确定将代表人诉讼区分为共同诉讼和群体诉讼两种类型。即一种是共同诉讼中的代表人诉讼,一种是群体诉讼中的代表人诉讼。前者在起诉时人数是确定的,后者在起诉时人数是不确定的。对两种不同的情况,民事诉讼法分别规定了不同的程序。<sup>②</sup>(2)共同诉讼说。此说认为代表人诉讼与共同诉讼的区别在于对“人数众多”的界定标准不同,但两者在本质上并无差异。1992年最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第59条和2000年最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》第14条分别将代表人诉讼的人数界限设定为10人以上和5人以上,基于并案审理的实际需要,推选1—5名诉讼代表人参加诉讼。(3)群体诉讼说。此说虽然将代表人诉讼定性为解决群体性纠纷的独立的多数人诉讼制度,但内部依然存在一定的分歧。如有的学者将“代表人诉讼分为选定代表人和集团诉讼两种,二者都是解决群体性纠纷的制度”;<sup>③</sup>原最高人民法院院长肖扬在2005年《最高人民法院工作报告》中述及“去年民事审判一个重要特点是,集团诉讼和群体性诉讼呈上升趋势,全年共审结53,8941件,上升9.5%”。<sup>④</sup>暂且不论此处对于“集团诉讼”的界定,抑或“集团诉讼”与“群体性诉讼”之间的并列或从属关系,事实表明,我国审判实践中确实存在着有别于共同诉讼的独立的制度样态。而这种制度构成的规范依据唯有在代表人诉讼中得以

<sup>①</sup> 范愉,编著.集团诉讼问题研究[M].北京:北京大学出版社,2005.425.

<sup>②</sup> 马原,主编.民事诉讼法的修改与适用[M].北京:人民法院出版社,1991.52.

<sup>③</sup> 金俊银,等.中华人民共和国民事诉讼法释义[M].北京:中国政法大学出版社,1991.80.

<sup>④</sup> 肖扬.2005年最高人民法院工作报告[EB].[http://www.court.gov.cn/qwfb/gzbg/201003/t20100310\\_2612.htm](http://www.court.gov.cn/qwfb/gzbg/201003/t20100310_2612.htm), 2010-3-10.

体现。

事实上,无论是起诉时人数是否确定,还是一方当事人人数众多的标准均无法从实质上透析代表人诉讼的内涵。一方面,我国民事诉讼立法框架下的共同诉讼或代表人诉讼,在案件进入审理阶段时当事人人数并不存在不确定的情况,否则在逻辑上难以解释《民事诉讼法》第55条规定的“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”。因此,人数是否确定并不能成为区分共同诉讼和群体诉讼的根本标准。另一方面,对于当事人众多性的量的描述,只是出于实际审理便利或成本的考虑而进行人为的限定,这种形式上的界分着实难以为群体诉讼提供清晰化的制度空间。

从技术构成上看,代表人诉讼是在“吸收共同诉讼制度和诉讼代理制度的优点,结合两者长处的基础上建立的一项新制度。这就决定了诉讼代表人制度既有自己的独特属性,又有共同诉讼制度和诉讼代理制度的共同属性。<sup>①</sup>与共同诉讼相比,代表人诉讼制度在既判力的约束范围、诉讼行为的效力范围、代表人参加诉讼的目的,以及制度的价值功能等方面都突破了传统共同诉讼的范畴。例如,代表诉讼的判决效力可扩张至未参加登记但在诉讼时效期间提起诉讼的权利人;经一方当事人推选的诉讼代表人,其诉讼行为对其所代表的当事人发生法律效力;代表人诉讼具有应对以少数多数权利侵害为特征的现代型纠纷的特殊价值。诚如一些学者所分析的,我国代表人诉讼制度是“在确立时吸收借鉴了日本选定当事人制度和集团诉讼制度的立法经验,兼容并蓄了选定当事人制度和集团诉讼制度的优点”,各取所长而建立的符合本土实际的群体诉讼制度。<sup>②</sup>笔者以为,仅从制度本身的特性而论,我国代表人诉讼事实上已经承载了解决群体性纠纷的功能。

## 第二节 代表人诉讼制度实施现状及原因

### 一、代表人诉讼制度运行的实际情况

自1991年《民事诉讼法》颁布至今,我国民事司法运用代表人诉讼制度审理群体性纠纷案件已经历了近20年。在这期间,计划经济时代下的社会铁板的断裂迎来了我国前所未有的社会和经济双转型时期。既存社会结构和利益格局在不断的冲击下逐步瓦解,政府职能的错位和基层组织社会控制能力的弱化致使纠

<sup>①</sup> 齐树洁,主编.民事诉讼法[M].北京:中国人民大学出版社,2010.117.

<sup>②</sup> 张卫平.程序公正实现中的冲突与衡平[M].成都:成都出版社,1993.189.

纷在质和量上都超越了历史的巅峰,给司法实现“定分止争”之功能担当带来巨大的压力。尤其是一些群体性的,较大规模和影响的、在普通程序中难以解决的纠纷的发生与云集,可能形成冲击社会和谐的强大势能。<sup>①</sup>从近年来各省法院的司法统计结果来看,群体性纠纷案件主要集中于征地拆迁、证券欺诈、劳动争议、消费者权益等领域,并呈现逐年递增的明显态势。<sup>②</sup>

然而,与司法实践中对代表人诉讼制度的迫切需求形成鲜明对比的是,我国代表人诉讼并没有得到充分的适用,特别是人数不确定的代表人诉讼,基本上处于闲置状态。<sup>③</sup>换言之,法院受案过程中所采取的大量的诉的分离严重阻断了公众群体运用代表人诉讼解决同类纠纷的途径,致使代表人诉讼的外观与功能发生了实质性的剥离。在现行的法律框架和政策形势下,代表人诉讼更接近于一尊“高贵的摆设”。笔者查阅了1991年至2010年的《最高人民法院工作报告》,其中只有1995年、1996年、1998年、1999年和2005年的报告提及类似群体诉讼的概念,但具体指称不尽一致。如“集团性诉讼”、“集团诉讼”、“群体性集团诉讼”、“群体性诉讼”,有关“代表人诉讼”的提法却未曾出现。而所谓“群体性诉讼”等也往往只是针对一方当事人人数众多的诉讼案件的代名词,至于司法实践中法院采取何种方式处理群体性纠纷则显得五花八门。概括而言,主要有以下几种处理方式:

(1)单独立案、分案审理。即法院对于群体性纠纷引发的大量诉讼,不考虑同类诉讼之间事实问题、法律问题,抑或当事人之间利益的共通性,依照普通的个体诉讼程序进行各个击破,以缓解诉讼合并所形成的巨大压力。但先期判决事实上会影响甚至决定其他案件的裁判结果,也可能由于审理法官的不同,出现同案不同判的现象。

(2)单独立案、合并审理、分别判决,甚至为维持秩序的需要,采用分时段审理模式,严格控制到庭人数,如上海市闸北区人民法院采取定量发放旁听证,控制旁听人数,同时组织其他旁听人员收看庭审录像直播。<sup>④</sup>这种审理方式除了

<sup>①</sup> 龙宗智. 完善纠纷解决机制的基本路径与选择, 转引自徐昕, 主编. 纠纷解决与社会和谐[M]. 北京: 法律出版社, 2006. 25.

<sup>②</sup> 参见张文显. 诉讼社会境况下的联动司法[EB].

[http://www.court.gov.cn/xwzx/fyxw/dfyxw\\_1/yzlt/201011/t20101116\\_11089.htm](http://www.court.gov.cn/xwzx/fyxw/dfyxw_1/yzlt/201011/t20101116_11089.htm), 2010-11-16. 童兆洪. 群体性纠纷案件审理情况的调查与思考[A]. 张启楣, 主编. 司法热点问题调查[C]. 北京: 人民法院出版社, 2004. 15-17.

<sup>③</sup> 参见范愉, 编著. 集团诉讼问题研究[M]. 北京: 北京大学出版社, 2005. 319-329.

<sup>④</sup> 章武生. 论群体诉讼的表现形式[J]. 中外法学, 2007, (4): 447.

当事人人数的因素外,与普通共同诉讼并无二致。例如2004年,北京市大兴区人民法院采用该方式审结了556户村民状告村委会的土地纠纷案件,由于该群体性纠纷涉案人数众多,仅一审裁定书就达到51页,全部556人的裁定书摞起来高达3米。法院为此组织6名工作人员连续工作了一个星期,才将所有裁定书整理完毕。<sup>①</sup>此类案件因涉案当事人诉讼利益的共同性,在司法实践中往往被作为“系列案件”加以统计。

(3)合并立案、以共同诉讼的方式审理。此种处理方式多见于当事人人数的众多性达到代表人诉讼的标准,且当事人之间属于必要共同诉讼的情况。

(4)示范诉讼。尽管我国的民事诉讼立法并未确立示范诉讼,但在实践中不乏通过选择一个或几个案件先行判决,对其他案件遵循该判决进行审理的类似示范诉讼的方式。例如,2004年北京市朝阳区珠江绿洲家园小区业主因生活用水中的氟化物含量超过城市生活用水标准起诉开发商,朝阳区人民法院先期选择一户购房者诉讼案件进行公开审判,对于具有共通性的事实和法律问题的裁判结果,其他起诉的业主均受其效力的约束。<sup>②</sup>

(5)代表人诉讼。基于各种政策和法院司法能力的考虑,共同诉讼的进一步扩张导致代表人诉讼不断游离于司法程序的边缘,主要表现为:人数确定的代表人诉讼案件数量较少,而人数不确定的代表人诉讼几乎销声匿迹。前者如2003年河南省获嘉县1155名农民诉冯展面粉厂加工仓储纠纷案、<sup>③</sup>2005福建省屏南县1721人诉榕屏化工厂环境污染损害赔偿纠纷案<sup>④</sup>等。另据笔者目前所检索和收集到的案例,人数不确定的代表人诉讼仅有1994年南京108户液化气用户诉山东省鄄城县燃料公司驻宁液化气站等四被告液化气供需合同纠纷案、<sup>⑤</sup>1998年山东省临朐县4707户农民诉临朐蔬菜良种场拖欠种子款案<sup>⑥</sup>和2004年无锡市阳山镇人数不确定的3000多名桃农诉中间商杨某水蜜桃口头买卖合同价款纠纷案<sup>⑦</sup>等。而1999年清华大学学生诉北京电信200卡案、2004年1354名消费者诉广

<sup>①</sup> 肖利民. 556人群体诉讼裁定书高达3米[N]. 北京日报, 2004-6-17(2).

<sup>②</sup> 参见齐树洁, 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.

<sup>③</sup> 陈和耀. 有存无取 河南千户农民扳倒面粉加工厂[EB].

<http://www.chinacourt.org/public/detail.php?id=161523>, 2005-5-13.

<sup>④</sup> 段宏庆. 屏南环保讼案: 悲哀的交易[EB]. <http://finance.sina.com.cn/g/20050908/15491952904.shtml>, 2005-9-8.

<sup>⑤</sup> 滕小阳. 国内最大的一起集团诉讼案[J]. 政府法制, 1998, (4): 17-19.

<sup>⑥</sup> 徐法利, 尹洪茂. 呼唤——全国最大集团诉讼案审判始末与启示[J]. 山东审判, 1998, (2): 11-14.

<sup>⑦</sup> 章武生. 无锡市阳山镇人数不确定的3000多名桃农诉中间商杨某水蜜桃口头买卖合同价款纠纷案[A]. 章武生, 等. 中国群体诉讼理论与案例评析[C]. 北京: 法律出版社, 2009. 283-296.

州高尔宝保健用品有限公司案均在代表人诉讼之路受阻的情况下,无奈提起个体诉讼的现实,在一定程度上生动地反映了代表人诉讼在我国的生存状态。正如傅郁林教授所痛心疾首的那样,关于群体纠纷被拒绝受理或被拆散受理的信息不绝于耳,以至于每当我在大学课堂上讲授我国民事诉讼法明确规定的“代表人诉讼”制度时,已没有底气告诉学生这一制度是否真实存在。<sup>①</sup>

## 二、代表人诉讼制度运行不畅的原因

代表人诉讼这样一项在理论界并未广遭诟病的诉讼制度在司法实践中的运用却一再受阻,其间潜伏的“学术理性与实践直觉的冲突”兀然乍现。<sup>②</sup>概括而言,我国代表人诉讼的孱弱之处主要体现为“司法环境不完备说”、“内在缺陷说”和“理论障碍说”等。

### (一) 政策导向与司法不能

司法在一定程度上脱胎于政治,抑或成为政治精英统治社会的有效工具。纠纷解决以维护社会稳定为指向的要求使中国的司法带有高度政策性的特点,所谓“稳定压倒一切”。此种“政策实施型”的司法模式意味着,在等级森严的科层化组织中,上层官员的逻辑法条主义的态度决定了整个组织的基调。换言之,主导型的观念形成于上层,并且层层渗透到下层官员之中。<sup>③</sup>在我国,最高人民法院的司法解释成为封闭式管理体制下各级法院处理群体性纠纷案件的首要指导原则。因此,法院处理群体性纠纷的态度、方式、和技术,尽管存在时间意义上的变迁和区域间的差异,但是,从整体上对其加以表述仍是可能的。<sup>④</sup>

进入 21 世纪以来,最高人民法院出于对群体性纠纷政治敏感性和审理复杂性的考虑,先后发布了若干司法解释,旨在通过阻断诉的合并缓解案外压力,避免社会矛盾的集中爆发。例如,最高人民法院于 2001 年 9 月颁布的《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》第 4 条规定:对于虚假陈述民事赔偿案件,人民法院应当采取单独或共同诉讼的形式予以受理,不宜以集团诉讼的形式受理。2006 年 1 月 1 日最高人民法院《关于人民法院受

<sup>①</sup> 傅郁林. 群体性纠纷的司法救济[EB]. <http://www.civillaw.com.cn>, 2004-12-14.

<sup>②</sup> 王福华. 代表人诉讼中的利益诉求[J]. 法学, 2006, (6): 3.

<sup>③</sup> 参加[美]米尔伊安·R. 达玛什卡. 司法和国家权力的多种面孔[M]. 郑戈译, 北京: 中国政法大学出版社, 2004. 35, 145-269.

<sup>④</sup> 吴泽勇. 群体性纠纷的构成与法院司法政策的选择[J]. 法律科学, 2008, (5): 144.

理共同诉讼案件问题的通知》规定：当事人一方或双方人数众多的共同诉讼，依法由基层人民法院受理。受理法院认为不宜作为共同诉讼受理的，可分别受理。除此之外，北京、<sup>①</sup>广西<sup>②</sup>等地的高级人民法院也发布了类似的意见或通知，这些司法应急机制非但没有对群体性利益加以整合，反而进一步瓦解了有限的诉讼规则。在此情况下，形式各异的司法政策以始料不及的势能围堵了代表人诉讼程序的启动通道。据南京大学吴英姿教授对代表人诉讼制度的运作与问题进行调研时获知，影响法官选择采用何种处理方式的主要因素依次为纠纷是否涉及稳定等政治问题、当事人之间矛盾是否激化、当事人人数是否众多，分别占据 62.7%，45.8% 和 28.2%。<sup>③</sup>而当事人及其律师在法院决定以何种方式处理群体性纠纷案件方面的话语权和影响力又很弱。再者，受法院内部各种量化的考核制度和工作指标等影响，代表人诉讼在司法实践几乎难觅踪影。

申言之，代表人诉讼制度的运行障碍实则触及了中国司法的“软肋”。我国法院在国家权力体系中的边缘化地位和法院内部行政化的司法行为评价机制，迫使法院(官)过分关注甚至顾虑审判的社会效果，合法的判决如果引起了社会的剧烈震动、造成了群体性上访等社会不稳定的事件，也是决策者所不允许的，于是出现了法院系统内部对于代表人诉讼形式的一致排斥，这是法院系统基于“自我保护意识”下的集体行动的逻辑。<sup>④</sup>因此，有限的司法能力致使法院在未能实现“纠纷终端裁断者”之角色定位的前提下被迫对群体性诉讼“采取鸵鸟政策，走司法保守主义之路，审慎立案、着重调解、寻求外援”。<sup>⑤</sup>当然，从实用主义的角度加以考察，在司法权威缺失、司法独立不足的现实条件下，通过特定的司法政策“保护法院”、维护秩序对社会而言无疑是必要的。<sup>⑥</sup>

## （二）程序制度的内在缺陷

代表人诉讼这种诉讼形式很少被援用，甚至有立法资源被浪费之嫌。除去若

<sup>①</sup> 北京市高级人民法院于 1999 年颁布的《关于处理群体性纠纷案件若干问题的意见(试行)》第 1 条第 4 款规定，除必要的共同诉讼外，一般不合并受理，应根据当事人的不同诉讼请求等具体情况分别立案审理。

<sup>②</sup> 广西壮族自治区高级人民法院 2003 年发布“桂高法[2003]180 号通知”将涉及面广、敏感性强、社会关注度高的 13 类案件拒于法院受理的范围之外。

<sup>③</sup> 吴英姿. 代表人诉讼制度的运作与问题调研报告[A]. 章武生, 等. 中国群体诉讼理论与案例评析[C]. 北京: 法律出版社, 2009. 446.

<sup>④</sup> 江伟, 主编. 民事诉讼法[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2007. 172.

<sup>⑤</sup> 唐文, 陈健. 司法功能实现障碍及其破解路径——以人民法院如何应对群体性纠纷案件为视角[A]. 万鄂湘. 公正司法与构建和谐社会——全国法院第十八届学术讨论会论文集[C]. 北京: 人民法院出版社, 2006. 50-54.

<sup>⑥</sup> 参见范愉, 编著. 集团诉讼问题研究[M]. 北京: 北京大学出版社, 2005. 382-384.

干客观因素外，制度设计本身也值得我们反思。<sup>①</sup>现阶段，代表人诉讼的规范依据仅仅存在于《民事诉讼法》第54条、55条及相关司法解释的补充规定，空泛的制度框架下不仅缺乏可援引的具体操作规程，而且暴露出众多“作茧自缚式”的程序困境。

第一，成本与效率不成比例。我国代表人诉讼制度与其他群体诉讼制度形式相比，主要的区别表现在被代表的当事人在推选代表人后并不退出诉讼，且代表人并不享有实体处分权，其变更、放弃诉讼请求或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。这意味着但凡涉及当事人实体权利的处分，代表人必须通过某种合理途径逐一与被代表的当事人进行协商，当事人人数越多，所花费的成本和时间代价就越大。至于协商的过程应遵循“少数服从多数”抑或“一票否决权”的方式则并无规定。实践中，诉讼集团的全体当事人之间本身存在着或多或少的利益冲突，在这种常态下达成利益处分方式的一致决定实为小概率事件。据法经济学研究表明，如果把此类协商的过程视为达成一系列契约的过程，那么对于受害方整体而言，进行群体诉讼所需成本由高到低排列依次为：代表人诉讼、选定当事人制度、团体诉讼、集团诉讼。<sup>②</sup>可见，代表人诉讼将当事人的权利保障绝对置于其他程序价值之前，在成本和效率方面并不占任何优势。

第二，程序启动和展开缺乏充分的激励机制和保障机制。代表人和被代表的当事人的权利义务缺乏合理配置，代表人必须承担妥善合理地通知被代表人、维护集团整体利益等义务，而不享有优于被代表的当事人的实体权利和诉讼利益。在我国，代表人诉讼近乎英雄主义的维权方式，加上有关部门并未因势利导地推动自治性社团组织的建立和发展，导致代表人诉讼制度的启动存在明显的动力困境。有学者认为，较其他形式的群体诉讼制度，相同情况下的受害者提起我国代表人诉讼的积极性最低。同时，代表人诉讼程序的展开过程也延伸出了一系列错综复杂的实践难题，如代表人不愿尽心尽力，容易为一己私利被对方收买，损害群体的利益。<sup>③</sup>对此，立法并未有明确的预防和惩戒规则，或赋予被代表的当事人质疑代表充分性的权利，代表人违反全体或部分当事人的意志滥用诉讼权利的

<sup>①</sup> 王忠山, 伍红. 我国代表人诉讼制度面临的困境及其改革对策[A]. 曹建明, 主编. 程序公正与诉讼制度改革: 全国法院第十四届学术研讨会获奖论文集[C]. 北京: 人民法院出版社, 2002. 54.

<sup>②</sup> 参见郭云忠, 张庆彬. 群体诉讼的起诉成本分析[J]. 国家检察官学院学报, 2001, (4): 28.

<sup>③</sup> 汤维建, 等. 群体性纠纷诉讼解决机制论[M]. 北京: 北京大学出版社, 2008. 225.

可能性必然存在。事实上,基于“理性人”的假设,激励机制的先期缺失在一定程度上将成为代表人利用诉讼程序进行牟利的诱发因素。

除此之外,将判决、裁定的效力径直扩张至未参加登记但在诉讼时效期间内提起诉讼的权利人,容易刺激群众产生“坐享其成”的“搭便车”心理,陷入如同加入制一般的“集体行动困境”,当然也可能导致前后起诉者之间利益分配不公的问题。

### (三) 制度理想与传统理论的背离

美国学者卡多佐曾言,法律如同人类,要活下去,必须寻觅某些妥协的途径。<sup>①</sup>现代群体诉讼的发展突破了传统诉讼的理论藩篱,通过各种程序技术的设置最大限度地扭转正当程序保护缺位的局面。然而,我国代表人诉讼在弥合理想与现实的差距时并未严格遵循同样的逻辑路径。具体而言,立法一方面吸收了日本、美国等群体诉讼的精髓而将代表人诉讼制度化,期冀实现强大的惩治违法行为和恢复大众受损利益的功能;但另一方面又仅仅满足于按大陆法系传统民事诉讼法的当事人适格、既判力等理论来设计群体诉讼制度。这种游离于共同诉讼的法理与美式集团诉讼的理想之间的特殊样态使得我国的代表人诉讼实质上成了一种人数众多的共同诉讼的特殊处理形式,并间接导致其实践中很少被使用。<sup>②</sup>换言之,代表人诉讼在自身体系内部并未具备充分的自治性,其畏首畏尾的程序设计难免遭遇各种尴尬的自我矛盾。例如,推选代表人代表集团利益进行诉讼,却没有赋予其处分实体利益的权利;强调当事人权利的绝对地位,却没有规定权利保障与权利救济的具体措施。而随着共同诉讼的不断扩张,在夹缝中生存的代表人诉讼愈发面临着被取代或架空的风险。

## 第三节 代表人诉讼确认集团成员的规范依据及其本质

我国代表人诉讼确认集团成员的方法主要体现于《民事诉讼法》第54条、55条和最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第63条、64条的规定。根据前述规定,代表人诉讼集团成员的确认一般须经历以下特殊程序:(1)发布公告。人数确定的代表人诉讼无须公告程序,但对于诉

<sup>①</sup> [美]本杰明·N.卡多佐. 法律的成长[M]. 董炯, 彭冰译, 北京:中国法制出版社, 2002. 4.

<sup>②</sup> 参见任自力. 美国集团诉讼立法变革及其对中国的启示[J]. 西部法律评论, 2008, (1): 127.



讼标的是同一种类、当事人一方人数众多，且在起诉时人数尚未确定的，法院可以发出公告，说明案件情况和诉讼请求，并通知权利人在一定期间内向法院登记。公告期由法院根据实际情况确定，但最少不得少于 30 日。法院视情况采取在法院公告栏或(及)权利人所在地区张贴公告，或者在权利人所在地区公开出版的报刊上登载公告等方式进行通知。(2)权利登记。在公告期内，有意加入诉讼的权利人需向发布公告的管辖法院进行登记，其目的在于确定当事人的人数，为案件审理作准备。向法院登记的当事人应证明其与对方当事人的法律关系和所受到的损害。权利人进行登记的行为将产生两种法律效果：一是获得推选诉讼代表人或推选为诉讼代表人的资格；二是法院作出的判决或裁定对参加登记的全体当事人发生法律效力，当事人除了享有判决所规定的权利外，不得再就本案向法院提起诉讼，即一事不二讼。对于没有登记的权利人在诉讼时效内提起诉讼，法院认定其请求成立的，裁定适用已经作出的判决、裁定，而不再按照普通程序进行审理。

显然，代表人诉讼在确认选择集团成员的程序阶段，要求与提起的诉讼具有共同利益的权利人通过向法院登记的方式积极明确地表达其加入诉讼集团的愿望和主张。法院经公告登记程序实现了集团成员从不确定到确定的转变，同时自动将未明示加入者排除于诉讼集团之外。从本质上看，此种起诉—公告—登记的集团成员确认程序契合了加入制的基本特征，但也存在一些有别于英国、瑞典等国传统加入制的特点。例如，我国在通知制度上一概采取由法院公告的方式，并赋予法院决定是否进行公告的自由裁量权，在跨地区乃至全国性的群体性纠纷案件中，此种拟制送达通知的方式将直接影响代表人诉讼的吸纳率；在确定集团的问题上，代表人诉讼采用类似澳大利亚式的主观标准，以权利人能够证明实际损害为前提。除此之外，集团成员经登记后仍保留于诉讼集团内部并获得当事人的主体地位，而并未如日本选定当事人制度那样脱离诉讼。

#### 第四节 集团成员确认方法之选择

##### ——基于代表人诉讼制度改革方向的探讨

代表人诉讼选择以加入制为基点确认集团成员资格，固然在一定程度上绕开了正当程序理论的追问，但仍不可避免地要面对加入制所产生的普遍困境。现阶段，群体诉讼集团成员确认机制的审思和重构已然成为顺应社会需求和国际立法

潮流的重要程序问题之一。但基于司法改革整体性的考虑,其宏观架构和具体设计不得不兼顾代表人诉讼制度改革的背景与路径选择。

### 一、代表人制度改革的主要论争

进入 21 世纪以来,司法环境和法律自身的局限性等多方面因素使得代表人诉讼遭遇了墨守与突围的两难境地,但同时也为该领域的研究带来了全新的发展契机。有关群体诉讼问题的研究在规模、深度和方法的多元化上都发生了很大变化。不论从国外群体诉讼制度的评介,还是从本土实际出发探讨我国代表人诉讼的制度性缺陷,两种路径的走向均不谋而合地汇集于对我国群体诉讼制度的构建之上。正如瑞典学者林得贝鲁所言,为了满足群体诉讼对新程序方法的要求,有两条途径可供选择:程序革命或实用主义的程序改革。<sup>①</sup>从宏观层面看,我国学界围绕代表人诉讼的改革问题主要存在以下两种观点:

#### (一) 域外移植的程序革命方式

主张引入美国集团诉讼制度作为我国代表人诉讼的替代机制,是近年来理论界形成的多数派观点。该说主张在法律技术层面上,我国引入美国集团诉讼制度已不成问题,借鉴该制度既有现实的必要性,又具备实施操作的可行性。理由在于,目前,我国范围内的大规模侵权行为愈演愈烈,由于违法违规成本低廉、受害者救济渠道不畅等原因,弱势群体不得不处于“单打独斗”的被动局面,其合法权益根本无从保障。借鉴美式集团诉讼既是迫使侵权方吐出违法所得、遵守公共政策的有效手段,也是救济弱势群体合法权益、构建和谐社会的根本需求。同时,诸如惩罚性赔偿金制度、胜诉酬金制等导致美国集团诉讼被滥用的因素在我国并不突出也容易得到控制。随着我国集团诉讼制度的确立,一批实力雄厚的律师事务所将逐步涌现,促使原告方足以和实力雄厚的被告方相抗衡,而我国法院也完全有能力面对借鉴美国集团诉讼制度所带来的种种问题。<sup>②</sup>但同时,也不乏存在“缝隙策略”等主张引入集团诉讼后并严格限制其适用的保守观点。<sup>③</sup>

除此之外,也有不少学者出于两大法系诉讼文化和法律渊源存在排异性反应的担忧,认为德国的团体诉讼或日本的选定当事人制度更加符合我国本土实际,

<sup>①</sup> [瑞典]佩·亨里克·林得贝鲁. 个别诉讼和群体正义:以瑞典为视角对民事诉讼程序之群体诉讼的建议[A]. 奉晓政译,张卫平. 民事程序法研究(第四辑)[C]. 厦门:厦门大学出版社,2008. 370.

<sup>②</sup> 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[J]. 中国法学,2007,(3):24-28.

<sup>③</sup> 汤维建,陈巍. 缝隙策略:我国集团诉讼制度的移植路径探析[J]. 政治与法律,2008,(1):115.

其适应性和生命力更强。近年来,群体性纠纷的多样化和复杂化加速了多元化纠纷解决机制理念在该研究领域的渗透。诸如肖建华教授的“团体诉讼与群体诉讼配合补充说”<sup>①</sup>、章武生教授的“替代性群体诉讼制度说”<sup>②</sup>以及汤维建教授的“三元机制构想”<sup>③</sup>等多元诉讼机制并存的改革路径为我国未来群体诉讼制度的改革开放了全新的角度。

## (二) 维持现状的制度改良方式

在代表人诉讼制度的问题上坚持修补式立法的保守倾向几乎淋漓尽致地表达了实用主义者的改革策略。该说认为,程序革命意味着诉讼制度的整体转换,单凭逻辑推演或满腔热情对代表人诉讼进行釜底抽薪式的替换,极易发生“倒洗澡水时把婴儿一起倒掉”的危险。换言之,制度环境决定了阶段性发展是代表人诉讼制度在我国的宿命,就如世界范围内群体诉讼制度的渐进发展一样。<sup>④</sup>范愉教授在北京市某基层法院调研时,据一位长期从事民事经济审判工作的法官、民庭庭长讲述:美国集团诉讼是在解决了生存问题之后延伸出来的权利扩张,而我国目前尚不具备这样的社会条件,法院目前首先要解决的是当事人基本权利的救济,而集团诉讼的方式并不利于个体权利的救济和实现,只会增加审理的难度和法院的压力。目前法院固然不应拒绝受理当事人提出的群体性诉讼,但是决不应提倡扩大集团诉讼的适用。<sup>⑤</sup>

因此,不能将制度适用的频率作为决定其存废的唯一考量,而应审慎考虑制度整体改革带来的社会风险与震荡程度。更何况国情的差异性使得国外任何形式的群体诉讼制度都带有与生俱来的个性,脱离特有的环境对其进行移植,“不进行相当程度的修改是绝对不可能的”。<sup>⑥</sup>现阶段,无论是司法机关对于群体诉讼的驾驭能力、社会对新制度的接纳程度,还是理论论证的充分程度,都决定了代表人诉讼采取渐进式改革方式的现实性和必要性。据此,学者在一致认定保留代表

<sup>①</sup> 肖建华. 群体诉讼与我国代表人诉讼的比较研究[J]. 比较法研究, 1999, (2): 243-244.

<sup>②</sup> 章武生, 杨严炎. 群体诉讼的价值与功能[J]. 法学评论, 2007, (5): 27-33.

<sup>③</sup> 所谓“三元机制构想”, 一是在现行代表人诉讼制度中, 分离出独立的选定当事人制度, 在人数众多且固定的情形下, 采用该制度; 二是在现行代表人诉讼制度中, 分离出独立的集团诉讼制度, 在人数众多且不明确的情形下, 采用该制度; 三是增设团体诉讼制度, 在立法有明确规定时, 授权特定的公益团体提起诉讼。汤维建. 论团体诉讼的制度理性[J]. 法学家, 2008, (5): 111.

<sup>④</sup> 参见王福华. 法院的司法能力与代表人诉讼[J]. 烟台大学学报(哲学社会科学版), 2003, (4): 395.

<sup>⑤</sup> 范愉, 编著. 集团诉讼问题研究[M]. 北京: 北京大学出版社, 2005. 429.

<sup>⑥</sup> [意]莫诺·卡佩莱蒂. 福利国家与接近正义[M]. 刘俊祥, 等译, 北京: 法律出版社, 2000. 83.

人诉讼制度的基础上提出了“附着实体法说”、<sup>①</sup>“过渡性替代手段说”<sup>②</sup>等。

事实上,上述两种观点并非势不两立,法律移植固然离不开对本土制度环境的考量,而维持现状也不可避免地要合理汲取国外先进制度的养分。二者的本质差异仅在于吸收的程度而非是否吸收的问题。

## 二、集团成员确认机制之选择

司法制度的形成,取决于国家的政治经济体制和国家的性质与结构,受到经济基础、政治体制、社会需求、利益平衡、传统习惯、文化等社会因素以及特定历史条件的制约。<sup>③</sup>作为群体诉讼制度的重要程序构成,集团成员确认机制的选择绝非一项孤立或随心所欲的技术创制,其一方面受限于现时的宏观法治环境,另一方面又必须在既有的制度框架下稳妥地进行。否则,再美的理想终究只能在残酷的现实中化为泡影。笔者狭隘地以为,通过对代表人诉讼改革路径的厘清,似乎得以穷尽集团成员确认机制的全部可能性,剩余的任务便是在逻辑上进行不同的重组和延伸。换言之,无论是激进的制度替代方式,抑或渐进的自我修正方式,我国未来的群体诉讼集团成员确认方法的原型不外乎禁止退出制、加入制、和退出制,或者在此基础上衍生出诸如二次加入制、二次退出制,或多种方式并存的混合式确认机制。

### (一) 退出制

作为20世纪以来美国集团诉讼制度文明的典范,退出制的发展经历了与传统诉讼理论不断磨合和取得共识的过程。在制度理性和局限性的博弈中,退出制用鲜活的事实佐证了其存在的必要和价值。一个强势的理由在于,退出制在解决群体纠纷成员“鸡毛蒜皮”之类的小额多数请求权时,实现了使沉默的大多数集团成员与诉讼集团的关系由“排除在外”转变为“包括在内”的根本性转变。<sup>④</sup>1985年,美国联邦最高法院通过 *Phillips Petroleum v. Shutts* 案,从裁判管辖权的角度

<sup>①</sup> 此说认为,我国代表人诉讼制度今后的发展和应用应更多地向与实体法结合、分类设计、分别推进的方向努力。任自力. 美国集团诉讼立法变革及其对中国的启示[J]. 西部法律评论, 2008, (1): 128. 范愉, 编著. 集团诉讼问题研究[M]. 北京: 北京大学出版社, 2005. 433-434.

<sup>②</sup> 如示范诉讼制度的构建。参见齐树洁, 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.

<sup>③</sup> 齐树洁. 司法改革与中国国情[A]. 张卫平, 齐树洁. 司法改革论评(第十二辑)[C]. 厦门: 厦门大学出版社, 2011. 3.

<sup>④</sup> 罗健豪. 美国集团诉讼退出制研究(博士学位论文)[D]. 上海: 复旦大学, 2008. 1.

再次验证并巩固了退出权的正当程序基础。<sup>①</sup>对于非本管辖区内的居民而言，事实上的距离使其难以参与、控制诉讼程序，包括进行证据开示、提出抗辩、参与和解等，从而缺乏维护自身利益的机会和途径。对这些与案件“缺乏最小联系”的潜在集团成员，联邦最高法院认为，应赋予其选择退出集团诉讼的权利。

近年来，面对社会矛盾不断升温的现实和退出制无法抗拒的制度魅力，我国民事诉讼法学界纷纷主张引进美式退出制来改良现行的代表人诉讼加入制。<sup>②</sup>更为务实的观点则进一步建议在人数不确定的代表人诉讼制度中借鉴退出制。然而，退出制本身包含着丰富的程序细节，诸如集团认定、通知的拟定与送达、费用转移规则、赔偿金分配等，无论对于司法机关，还是社会公众而言都需要漫长的适应过程。换言之，退出制在中国的实践并不像修正纸面上的立法条文那么简单，制度背后所蕴含的诉讼文化、法律传统，甚至是历史沉淀的行为方式和普世价值都将以直接或间接的方式作用于司法实践，其操作难度可想而知。纵然如此，退出制在我国的实践理想却从未止步，学界近年来关于退出制移植路径的探讨已然呈现方兴未艾之势。随着理论研究和实践探索的逐步深入，退出制在我国的发展之路也将更加明朗。

## （二）二次加入制或二次退出制

传统加入制将登记这一权利人借以表达参与诉讼意愿的程序置于法庭审理前的早期阶段。这意味着具有共同利益的潜在当事人必须根据法庭或集团代表发出的通知内容在较短时间内作出如何处断自身权益的决定。英国学者梅丽朗认为，很多人不选择加入的原因，都与有关诉讼仍在“襁褓”阶段有特别密切的关系，即当时尚未就共同的争点作出任何裁定或和解，而这时候该项诉讼难免仍保留着一种“个别化”色彩。<sup>③</sup>对于大多数权利人而言，扼要的通知并无法满足其进行成本—收益权衡的要求。易言之，权利人据以作出合理判断的信息不充分，使其没有足够的动力和资源面对即将展开的群体诉讼，或由于诉讼早期的迟疑导致其合理利益直接遭否定。

在程序选择的问题上，有权选择退出诉讼集团的潜在当事人同样面临着“雾

<sup>①</sup> STEVEN T. O. COTTREAU. The Due Process Right to Opt out of Class Actions [J]. *New York University Law Review*, 1998, 73 (5): 489.

<sup>②</sup> 江伟,等.《中华人民共和国民事诉讼法》修改建议稿(第三稿)及立法理由[M].北京:人民法院出版社,2005.134.

<sup>③</sup> RACHAEL MULHERON. Reform of Collective Redress in England and Wales: A Perspective of Need [EB]. <http://www.civiljusticecouncil.gov.uk>, 2010-4-20.

里看花，水中望月”的困惑。选择的前提是知晓每种选择的相关信息及其对应的价值和可能的结果。在退出制群体诉讼开始时，对于集团潜在成员而言，集团律师的业务能力、集团代表的诚信记录等信息可能全都处于未知状态，对证据效力的强弱、赔偿金额的大小等信息更可能完全不知情。<sup>①</sup>更何况，诸如药品不良反应、环境污染等特定类型的群体性纠纷，由于疾病的潜伏期较长，在损害结果尚未完全显现的情况下，受害者根本无法预测其诉讼请求的客观价值。为克服这种程序选择时的信息荒问题，防止潜在的集团成员盲目、轻率地行使决定其利益的唯一选择机会，美国的二次退出制事实上已经提供了制度创新的最佳样板。

受二次退出制理论精髓的启发，我国的群体诉讼无论采取现时或改良后的加入制，抑或将来可能的退出制，均应着重考虑赋予具有共同利益的潜在当事人二次加入或退出的机会。例如，在证据和争点整理完毕后，或集团代表与被告达成和解协议后，法官可基于案件的综合情况决定应否授予当事人进行二次选择的权利。如经许可，法庭或集团代表应将包含以下内容的通知以合理的方式送达至未加入的潜在集团成员（二次加入制时）或暂时保留于集团内部的隐名成员（二次退出制时）：（1）群体诉讼的诉讼请求；（2）共同的事实问题、法律问题；（3）集团代表与集团律师的必要情况；（4）二次选择的权利、行使方式及其时限；（5）每种选择的法律后果及既判力的约束范围等。当然，基于案件综合情况的考量，具体的通知事项可在法官的职权支配下有所增减。

事实上，在加入制历时已久的英国，学者们早已敏锐地觉察到信息荒问题招致的正当程序追问。近年来学者对于推迟集团确认和送达通知时间的讨论或许将成为二次加入制在英国付诸实施的前兆。<sup>②</sup>由于二次选择所引发的诉讼集团的变化容易导致程序的动荡，也必然耗费一定的诉讼资源和成本，其适用理应有所限制。笔者以为，充分的理论研究与实践经验积累有助于我国在群体诉讼制度改革框架下形成一系列的指导原则和适用标准，从而有利于防止法官职权的误用或滥用。

<sup>①</sup> 张大海，肖建红，罗健豪. 美国集团诉讼二次退出制及其对我国的启示[J]. 南京师范大学学报(社会科学版), 2009, (1): 39.

<sup>②</sup> GEOFFREY P. MILLER. Rethinking Certification and Notice in Opt-out Class Actions [J]. UMKC Law Review, 2006, 74 (1): 637-649. AASHISH Y. DESAI. Late to Class-What to do with Untimely "Opt-in" Forms in Collective Class Actions? [J]. DEC Orange County Law, 2006, 48 (12): 6.

### （三）集团成员确认的混合机制

现代社会，利益的多元化和纠纷的多样化对解纷程序提出了类型化的要求，这无疑意味着制度的设计必须“认真考量各种案件类型对程序保障多样化的需求”。<sup>①</sup>正如卡佩莱蒂教授所言，在许多情况下，采纳一种立法和严格统一的解决方案就像使用木匠的夫子来做精细的手术。<sup>②</sup>就实际境况而言，退出制的适用领域并非无所不及，即使是在对退出制引以为豪的美国，近年来也由于当事人处分权与群体性纠纷整体解决之间的紧张关系引发了不少限制退出权的论争。<sup>③</sup>事实上，无论是已经采纳退出制的美国、澳大利亚、加拿大等国，还是正在酝酿群体诉讼制度改革英国和我国香港地区，均无一例外地呈现出构建复合式确认机制的思路和做法。上世纪末，英国民事司法改革的领导者沃尔夫勋爵就建议，应当允许法官在具体案件中依裁量确定是否适用退出制，甚至可以将两种制度结合起来。<sup>④</sup>但该方案由于缺乏明确具体的操作标准，以至于严重影响程序的安定性，至今未在实践中被采纳。

为了克服英国式的发展障碍，我国民事诉讼学界涌现出了众多关于区别适用加入制与退出制的学说或标准，归纳起来大致有：（1）个别诉讼标的额大小区分说。此说以我国台湾学者黄国昌教授为代表，认为在个别权利人请求相当之金额时，既然具有独自诉讼的经济规模，应保留其对诉讼的控制权，采取加入型；反之，在权利人请求利益之微小时，不具有独自诉讼之效益与诱因，则执着于个别决定权，根本不具有任何实质意义，应采取退出型，以发挥该现代型诉讼之种种社会功能。<sup>⑤</sup>（2）侵权方赔偿能力区分说。章武生教授指出，在侵权方实力雄厚、有赔偿能力的情况下，宜采用退出制，以最大限度地保护受害人的权益，惩罚侵权方；而在侵权方赔偿能力有限的情况下，宜采用加入制，以便使积极主张权利者获得相对较多的赔偿。<sup>⑥</sup>（3）程序阶段区分说。持该观点者主张应参照南非的做法，即群体诉讼可能以退出制方式开始，但随着更多事实的发现有必要转换成加

<sup>①</sup> 齐树洁. 民事程序法研究[M]. 北京: 科学出版社, 2007. 181.

<sup>②</sup> [意]莫诺·卡佩莱蒂. 比较法视野中的司法程序[M]. 徐昕, 王奕译. 北京: 清华大学出版社, 2005. 413.

<sup>③</sup> MICHAEL A. PERINO. Class Action Chaos? The Theory of the Core and an Analysis of Opt-out Rights in Mass Tort Class Actions [J]. Emory Law Journal, 1997, 46 (4): 85.

<sup>④</sup> WOOLF. Access to Justice: Final Report to the Lord Chancellor on the Civil Justice System in England and Wales [R]. July 1996.

<sup>⑤</sup> 黄国昌. 民事诉讼理论之新开展[M]. 台湾: 台湾元照出版公司, 2005. 319.

<sup>⑥</sup> 章武生. 论群体性纠纷的解决机制——美国集团诉讼的分析与借鉴[J]. 中国法学, 2007, (3): 29-30.

入制模式，这样做更贴近集团诉讼的本意，集团成员的标准也更容易落实。<sup>①</sup>

相较于单一的集团成员确认机制，上述观点虽然从形式上看更加有利于实现个案正义，维护集团成员的合法权益，但往往会引起诉讼外不必要的程序选择。更何况，何为请求利益之大小？如何认定侵权方有无赔偿能力？实践操作中，法官对当事人适用何种机制的临界点难以充分把握，“诉讼程序的有序性和明确性受到损害，致使法官和当事人对如何运行诉讼程序无法作出及时预见或合理预测，必然导致程序混乱和诉讼迟延”。<sup>②</sup>笔者以为，为绕开一系列缺乏真值判断的标准之争，可参照德国团体诉讼的立法例，采取将群体诉讼附着于实体法的模式，将集团成员确认机制的选择与实体法相结合，从而避免“我们对权利所产生的高度期待随后却在与程序障碍岩石的碰撞中摔得粉碎”。<sup>③</sup>

国外数十年来的实践经验表明，退出制在大众侵权纠纷领域中的适用已经显示出了非凡的价值和意义。<sup>④</sup>据此，我国可考虑以部门单行实体法的发展为契机，在证券市场的不法行为、不正当竞争、消费者侵权、环境污染等涉及小额多数权利侵害的纠纷领域规定退出制。在诸如群体性劳动争议、农村土地征用等侵害范围相对确定、侵害客体具有较强人身依附性或关乎生存质量的领域，应更加倾向于尊重潜在当事人的自由处分权，因此采取加入制较为适宜。而在大多数情况下，集团成员须如同“双脚踏上胶纸”一样不得退出诉讼，从而提高诉讼的参与率。

制度改革的探索定然带有先天的超前性，否则难以为现实指明挣脱困境的理想之道。就集团成员确认机制的选择而言，纵然有“他山之石，可以攻玉”，但必须清醒地意识到，伴随着全球多极化的发展潮流，为群体诉讼找寻一套放之四海而皆准的制度模型很可能只是美丽虚幻的理论图景。在我国，一方面是共同诉讼的膨胀和扩张，另一方面是司法政策强加的诉的分离，在夹缝中生存的代表人诉讼似乎在短期内难以担当化解群体性纠纷的重责大任。然而，笔者以为，社会化大生产进程的持续深化和利益格局的不断调适，必然激发现有诉讼样态对于救济真空的适当回应。有理由认为，我国的代表人诉讼制度将在宏大的司法改革背景下走出一条具有本土特色的渐进式改革之路。笔者无意在集团成员确认机制的

<sup>①</sup> South African Law Commission, the Recognition of a Class Action in South African Law. 转引自王福华. 打开群体诉讼之门——由“三鹿奶粉”事件看群体诉讼优越性的衡量原则[J]. 中国法学, 2009, (5): 101.

<sup>②</sup> 齐树洁, 主编. 民事诉讼法[M]. 北京: 高等教育出版社, 2007. 46.

<sup>③</sup> RACHAEL MULHERON. The Class Action in Common Law Legal Systems: a Comparative Perspective [M]. Hart Publishing, 2004. 53.

<sup>④</sup> SAMUEL ISSACHAROFF. Preclusion, Due Process, and the Right to Opt out of Class Actions [J]. Notre Dame Law Review, 2002, 77 (4): 1061.



选择上为我国未来群体诉讼制度的重构断定一种绝对正当的模式,因为离开制度特有的居所,对制度本身的优劣评判便失去意义。诚如社会学家迪尔凯姆所言:“一个社会制度的功能就是这个制度与社会机体的要求合拍。”<sup>①</sup>但从长远来看,随着群体诉讼改革的渐趋深入和社会主流意识形态的演变,构建一套兼具“加入制”、“退出制”和“禁止退出制”三位一体、功能互补的集团成员确认机制不失为一种理智的选择。

---

<sup>①</sup> [法]迪尔凯姆. 社会学方法的准则[M]. 胡伟译,北京:华夏出版社,1999. 77.

## 余 论

我们需要学会超越我们自己的信念,让有序的法律变化去废除我们曾经珍视的东西。

——[美]霍姆斯

实体法虽然规定了光辉耀眼的权利,但在现实生活中人们不可能自动地享有这些权利。只要权利的义务人不是自觉地尊重权利,同时缺乏权利者为实现权利的积极活动,权利就不能取得作为权利应有的实效性。<sup>①</sup>现阶段,纠纷的规模化和连带性已然深刻撼动我国传统诉讼构造的程序法地位,在旧的理论无法诠释新的实践时,往往预示着理论发展的契机即将来临。尽管我国代表人诉讼的运行和发展空间深受本土现时制度环境所吞噬,任何关于改造的举措也并非一蹴而就,但所有这些并没有阻断制度借鉴和理论创新的可能性,甚至在一定程度上表明了域外考察的必要性。对此,德国的现状已经展现了真实的缩影:就是否引入一种选择退出制和胜诉酬金制意义上的美式集团诉讼,德国学者几十年如一日地重复着否定的回答;但在应对群体性利益救济的挑战,对传统两造诉讼进行修正的过程中,德国学者又从美国集团诉讼中不断汲取着灵感。<sup>②</sup>而《瑞典集团诉讼法》的实施经验从另一个角度表明,这类立法不一定会立即导致大量群体诉讼的涌现……对那种对于群体诉讼立法的大而化之的恐惧却大可以摒弃。<sup>③</sup>

就研究内容的完整性而言,我国加入制基础之上的集团成员确认机制的重构至少应逻辑地包含以下两个问题:第一,我国是否需要退出制?第二,如何构建退出制?加入制的运行困境和退出制的相对理性在一定程度上回应了第一个问题,但这种回应似乎未能证成我国本土代表人诉讼对于退出制的迫切需求。至于第二个问题,则更少涉及。由于笔者英美法律涵养不深,所收集和阅读的外文资料也不过是冰山一角,对集团成员确认机制难免停留于感性的认识。本文仅仅在群体诉讼制度更为微观的研究领域上开了一个口子,其中的诸多问题尚有待进一步的理论探索和实践论证。

<sup>①</sup> [日]兼子一. 实体法与诉讼法——民事诉讼基础理论[M]. 有斐阁, 1957. 56.

<sup>②</sup> 吴泽勇. 集团诉讼在德国:“异类”抑或“蓝本”?[J]. 法学家, 2009, (6): 119.

<sup>③</sup> 吴泽勇. 瑞典的群体性纠纷解决机制分析[J]. 法学, 2010, (7): 160.

## 参考文献

### 一、著作类

- [1] 陈刚,主编.自律性社会与正义的综合体系——小岛武司先生七十华诞纪念文集[C].北京:中国法制出版社,2006.
- [2] 曹建明,主编.程序公正与诉讼制度改革:全国法院第十四届学术研讨会获奖论文集[C].北京:人民法院出版社,2002.
- [3] 陈宗荣.诉讼当事人与民事程序法[M].台湾:台湾三民书局,1987.
- [4] 范愉,编著.集团诉讼问题研究[M].北京:北京大学出版社,2005.
- [5] 顾培东.社会冲突与诉讼机制[M].北京:法律出版社,2004.
- [6] 黄国昌.民事诉讼理论之新开展[M].台湾:台湾元照出版公司,2005.
- [7] 何文燕,廖永安.民事诉讼理论与改革的探索[M].北京:中国检察出版社,2002.
- [8] 江伟,主编.探索与构建——民事诉讼法学研究(下卷)[C].北京:中国人民大学出版社,2008.
- [9] 江伟,主编.民事诉讼法[M].北京:中国人民大学出版社,2007.
- [10] 江伟,等.《中华人民共和国民事诉讼法》修改建议稿(第三稿)及立法理由[M].北京:人民法院出版社,2005.
- [11] 季卫东.法治秩序的建构[M].北京:中国政法大学出版社,1999.
- [12] 金俊银,等.中华人民共和国民事诉讼法释论[M].北京:中国政法大学出版社,1991.
- [13] 罗健豪.美国集团诉讼退出制研究(博士学位论文)[D].上海:复旦大学,2008.
- [14] 柳经纬,主编.厦门大学法律评论(第八辑)[C].厦门:厦门大学出版社,2004.
- [15] 李响,陆文婷.美国集团诉讼制度与文化[M].武汉:武汉大学出版社,2005.
- [16] 李祖军.契合与超越 民事诉讼若干理论与实践[M].厦门:厦门大学出版社,2007.
- [17] 马原,主编.民事诉讼法的修改与适用[M].北京:人民法院出版社,1991.
- [18] 齐树洁,主编.美国司法制度[M].厦门:厦门大学出版社,2010.
- [19] 齐树洁,主编.民事诉讼法[M].北京:中国人民大学出版社,2010.
- [20] 齐树洁,主编.英国司法制度[M].厦门:厦门大学出版社,2007.
- [21] 齐树洁,主编.民事诉讼法[M].北京:高等教育出版社,2007.
- [22] 齐树洁.民事程序法研究[M].北京:科学出版社,2007.
- [23] 齐树洁,主编.民事司法改革研究[M].厦门:厦门大学出版社,2006.
- [24] 齐树洁,主编.英国民事司法改革[M].北京:北京大学出版社,2004.
- [25] 沈达明,编著.比较民事诉讼法初论[M].北京:中国法制出版社,2002.

- [26] 田平安. 比较民事诉讼论丛[C]. 北京:法律出版社, 2006.
- [27] 汤维建, 等. 群体性纠纷诉讼解决机制论[M]. 北京:北京大学出版社, 2008.
- [28] 万鄂湘. 公正司法与构建和谐社会——全国法院第十八届学术讨论会论文集[C]. 北京:人民法院出版社, 2006.
- [29] 王亚新. 社会变革中的民事诉讼[M]. 北京:中国法制出版社, 2001.
- [30] 徐昕, 主编. 纠纷解决与社会和谐[M]. 北京:法律出版社, 2006.
- [31] 徐昕. 英国民事诉讼与民事司法改革[M]. 北京:中国政法大学出版社, 2002.
- [32] 杨严炎. 群体诉讼研究[M]. 北京:法律出版社, 2010.
- [33] 张大海. 德国群体诉讼制度研究(博士学位论文)[D]. 上海:复旦大学, 1988.
- [34] 张启楣, 主编. 司法热点问题调查[C]. 北京:人民法院出版社, 2004.
- [35] 张卫平, 齐树洁. 司法改革论评(第十二辑)[C]. 厦门:厦门大学出版社, 2011.
- [36] 张卫平, 齐树洁. 司法改革论评(第九辑)[C]. 厦门:厦门大学出版社, 2009.
- [37] 张卫平, 齐树洁. 司法改革论评(第八辑)[C]. 厦门:厦门大学出版社, 2008.
- [38] 张卫平. 民事程序法研究(第四辑)[C]. 厦门:厦门大学出版社, 2008.
- [39] 张卫平. 程序公正实现中的冲突与衡平[M]. 成都:成都出版社, 1993.
- [40] 章武生, 等. 外国群体诉讼理论与案例评析[M]. 北京:法律出版社, 2009.
- [41] 章武生, 等. 中国群体诉讼理论与案例评析[M]. 北京:法律出版社, 2009.
- [42] [美]本杰明·N. 卡多佐. 法律的成长[M]. 董炯, 彭冰译, 北京:中国法制出版社, 2002.
- [43] [美]波斯纳. 法律的经济分析(下)[M]. 北京:中国大百科全书出版社, 1997.
- [44] [法]迪尔凯姆. 社会学方法的准则[M]. 胡伟译, 北京:华夏出版社, 1999.
- [45] [日]谷口安平. 程序的正义与诉讼[M]. 王亚新, 刘荣军译, 北京:中国政法大学出版社, 1996.
- [46] [日]兼子一. 实体法与诉讼法——民事诉讼基础理论[M]. 有斐阁, 1957.
- [47] [美]米尔伊安·R. 达玛什卡. 司法和国家权力的多种面孔[M]. 郑戈译, 北京:中国政法大学出版社, 2004.
- [48] [美]美国联邦司法中心, 编著. 复杂诉讼指南[M]. 郭翔, 等译, 北京:中国政法大学出版社, 2005.
- [49] [意]莫诺·卡佩莱蒂. 比较法视野中的司法程序[M]. 徐昕, 王奕译, 北京:清华大学出版社, 2005.
- [50] [意]莫诺·卡佩莱蒂. 福利国家与接近正义[M]. 刘俊祥, 等译, 北京:法律出版社, 2000.
- [51] [意]莫诺·卡佩莱蒂, 等. 当事人基本程序保障权与未来的民事诉讼[M]. 北京:法律出版社, 2000.
- [52] [美]史蒂文·苏本, 玛格瑞特(绮剑)·伍. 美国民事诉讼法的真谛——从历史、文化、实务的视角[M]. 蔡彦敏, 徐卉译, 北京:法律出版社, 2002.

- [53] [日]三月章. 日本民事诉讼法[M]. 汪一凡译, 台湾五南图书出版公司, 1997.
- [54] [日]小岛武司. 诉讼制度改革法理与实证[M]. 陈刚, 等译, 北京: 法律出版社, 2001.
- [55] 英国民事诉讼规则[M]. 徐昕译, 北京: 中国法制出版社, 2001.
- [56] ANDENAS, FAIRGRIEVE. *Judicial Review in International Perspective* [C]. *Liber Amicorum in Honour of Lord Slynn of Hadley*, 2000.
- [57] AUSTRALIA LAW REFORM COMMISSION. *Grouped Proceedings in the Federal Court* [M]. Canberra: Australian Government Public Service, 1988.
- [58] CHRISTOPHER HODGES, MA (OXON), FSALS, FICPD. *Multi-party Actions* [M]. Oxford University Press, 2001.
- [59] DEBORAH R. HENSLER, JOHN ARQUILLA, GRAHAM FULLER, MELISSA FULLER, JOHN G. MCGINN. *Class Action Dilemmas: Pursuing Public Goals for Private Gain, Executive Summary* [M]. RAND Corporation, 2000.
- [60] E. ALLAN LIND, TOM R. TYLER. *The Social Psychology of Procedural Justice* [M]. Springer, 1988.
- [61] PAULA LOUGHLIN, STEPHEN GERLIS. *Civil Procedure* [M]. Cavendish Publishing Limited, 2004.
- [62] RACHAEL MULHERON. *The Class Action in Common Law Legal Systems: A Comparative Perspective* [M]. Hart Publishing, 2004.

## 二、论文类

- [1] 陈桂明, 吴如巧. 美国民事诉讼中的案件管理制度对中国的启示——兼论大陆法系国家的民事诉讼案件管理经验[J]. 政治与法律, 2009, (7).
- [2] 陈瑞华. 程序正义的理论基础——评马修的“尊严价值理论”[J]. 中国法学, 2000, (3).
- [3] 陈瑞华. 通过法律实现程序正义——萨默斯“程序价值”理论评析[J]. 北大法律评论, 1998, (1).
- [4] 陈巍. 欧洲群体诉讼机制介评[J]. 比较法研究, 2008, (3).
- [5] 段文波. 日美现代型诉讼比较[J]. 社会科学研究, 2007, (1).
- [6] 郭云忠, 张庆斌. 群体诉讼的起诉成本分析[J]. 国家检察官学院学报, 2001, (4).
- [7] 胡云鹏. 既判力主观范围扩张的法理探析[J]. 河南社会科学, 2009, (5).
- [8] 江伟, 贾长存. 论集团诉讼(上)[J]. 中国法学, 1988, (6).
- [9] 江伟, 王强义. 论民事诉讼当事人与民事主体的分离[J]. 法学家, 1988, (2).
- [10] 罗斌. 集团诉讼通知制度[J]. 中州学刊, 2009, (4).
- [11] 廖斌, 郭云忠. 群体诉讼模式研究[J]. 西南民族大学学报, 2005, (2).
- [12] 彭亚奴, 王刚. 群体诉讼中的当事人适格的法理分析——兼评我国代表人诉讼中当事人

- 制度及其完善[J]. 内蒙古农业大学学报(社会科学版), 2004, (3).
- [13] 齐树洁, 陈贤贵. 现代型诉讼中的当事人适格问题[J]. 厦门大学学报(哲学社会科学版), 2010, (5).
- [14] 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).
- [15] 任自力. 美国集团诉讼立法变革及其对中国的启示[J]. 西部法律评论, 2008, (1).
- [16] 汤维建. 论团体诉讼的制度理性[J]. 法学家, 2008, (5).
- [17] 汤维建, 陈巍. 缝隙策略: 我国集团诉讼制度的移植路径探析[J]. 政治与法律, 2008, (1).
- [18] 滕小阳. 国内最大的一起集团诉讼案[J]. 政府法制, 1998, (4).
- [19] 王福华. 打开群体诉讼之门——由“三鹿奶粉”事件看群体诉讼优越性的衡量原则[J]. 中国法学, 2009, (5): 101.
- [20] 王福华. 代表人诉讼中的利益诉求[J]. 法学, 2006, (6).
- [21] 王福华. 法院的司法能力与代表人诉讼[J]. 烟台大学学报(哲学社会科学版), 2003, (4).
- [22] 吴泽勇. 瑞典的群体性纠纷解决机制分析[J]. 法学, 2010, (7).
- [23] 吴泽勇. 集团诉讼在德国: “异类”抑或“蓝本”? [J]. 法学家, 2009, (6).
- [24] 吴泽勇. 德国团体诉讼的历史考察[J]. 中外法学, 2009, (4).
- [25] 吴泽勇. 群体性纠纷的构成与法院司法政策的选择[J]. 法律科学, 2008, (5).
- [26] [日] 小岛武司. 现代性诉讼的意义、性质和特点[J]. 西南政法大学学报, 1999, (1).
- [27] 徐法利, 尹洪茂. 呼唤——全国最大集团诉讼案审执始末与启示[J]. 山东审判, 1998, (2).
- [28] 肖建华. 群体诉讼与我国代表人诉讼的比较研究[J]. 比较法研究, 1999, (2).
- [29] 杨严炎. 当今世界群体诉讼的发展趋势[J]. 河北法学, 2009, (3).
- [30] 张大海, 肖建红, 罗健豪. 美国集团诉讼二次退出制及其对我国的启示[J]. 南京师范大学学报(社会科学版), 2009, (1).
- [31] 赵鼎新. 集体行动、搭便车理论与形式社会学方法[J]. 社会学研究, 2006, (1).
- [32] 章武生, 罗健豪. 退出制的本质及集团成员的确定方法之分析[J]. 政治与法律, 2008, (6).
- [33] 章武生. 论群体诉讼的表现形式[J]. 中外法学, 2007, (4).
- [34] 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[J]. 中国法学, 2007, (3).
- [35] 章武生, 杨严炎. 群体诉讼的价值与功能[J]. 法学评论, 2007, (5).
- [36] 张旭东. 我国群体诉讼制度构建的法经济学思考[J]. 北京化工大学学报(社会科学版), 2008, (3).

- [37] [美] 弗里德曼. 美国法的未来[J]. 贺卫方译, 法学译丛, 1991, (6).
- [38] [美] 约翰·贝斯纳, 马太·绍斯, 杰西卡·戴维森·米勒. 集团诉讼中的律师: 私人检察官抑或私利牟取者?[J]. 史长青译, 金陵法律评论, 2006, (1).
- [39] AASHISH Y. DESAI. Late to Class-What to do with Untimely “Opt-in” Forms in Collective Class Actions? [J].DEC Orange County Law, 2006, 48 (12).
- [40] BENJAMIN KAPLAN. A Prefatory Note [J].Boston College International and Comparative Law Review, 1969, (10).
- [41] BENJAMIN KAPLAN, Continuing Work of the Civil Committee: 1966 Amendments of the Federal Rules of civil Procedure (I) [J].Harvard Law Review, 1967, 81 (12).
- [42] BRUCE I. BERTELSEN, MARY S. CALFEE, GERALD W. CONNOR. The Rule23 (b) (3) Class Action: an Empirical Study [J].Georgetown Law Journal, 1974, 62 (2).
- [43] CHRISTOPHER HODGES, Multi-party Actions: a European Approach [J].Duke Journal of Comparative & International Law, 2001, 11 (1).
- [44] COBY WARREN LOGAN. Federal Class Action Reform Legislation: the “Unfair” Approach to Addressing the Issues of Modern Mass Tort Litigation [J].Tort Trial & Insurance Practice Law Journal, 2005, 40 (2).
- [45] EDWAED F. SHERMAN. Export/Import: American Civil Justice in a Global Context [J]. Depaul Law Review, 2002, 52 (4).
- [46] EDWARD H.COOPER. Class Action Advice in the Form of Questions [J].Duke Journal of Comparative & International Law, 2001, 11 (1).
- [47] GEOFFREY P. MILLER. Rethinking Certification and Notice in Opt-out Class Actions [J].UMKC Law Review, 2006, 74 (1).
- [48] GEORGE RUTHERGLEN. Better Late than Never: Notice and Opt Out at the Settlement Stage of Class Actions [J].New York University Law Review, 1996, 71 (3).
- [49] HANS-W. MICKLITZ, ASTRID STADLER. The Development of Collective Legal Actions in Europe, especially in German Civil Procedure [J].European Business Law Review, 2006.
- [50] JEANNETTE COX. Information Famine, Due Process, and the Revised Class Action Rule: When Should Courts Provide a Second Opportunity to Opt Out? [J]. Notre Dame Law Review, 2004, 80 (11).
- [51] MICHAEL A. PERINO. Class Action Chaos? The Theory of the Core and an Analysis of Opt-out Rights in Mass Tort Class Actions [J].Emory Law Journal, 1997, 46 (4).
- [52] 莫拉比图. Class Action: The Right to Opt out under Part IVA of the Federal Court of Australia Act [J].Melbourne University Law Review, 1994, (19).
- [53] RACHAEL MULHERON, The Case for an Opt-Out Class action for European Member States: a

- Legal and Empirical Analysis [J].Columbia Journal of European Law, 2009, 15 (2).
- [54] RACHAEL MULHERON. Building Blocks and Design Points for an Opt-out Class Action [J].Journal of Personal Injury Law, 2008, (4).
- [55] ROBERT GAUDET. Turning a Blind Eye: The Commission's Rejection of Opt-out Class Actions Overlook Swedish, Norwegian, Danish and Dutch Experience [J].European Competition Law Review, 2009, 30 (3).
- [56] SAMUEL ISSACHAROFF. Preclusion, Due Process, and the Right to Opt Out of Class Actions [J].Notre Dame Law Review, 2002, 77 (4).
- [57] S. STUART CLARK & CHRISTINA HARRIS, Multi-Plaintiff Litigation in Australia: a Comparative Perspective [J].Duke Journal of Comparative & International Law, 2001, 11 (1).
- [58] STEVEN BAUGHMAN. Class Actions in the Asbestos Context: Balancing the Due Process Considerations Implicated by the Right to Opt Out [J].Texas Law Review, 1991, 70 (11).
- [59] STEVEN T. O. COTTREAU. The Due Process Right to Opt out of Class Actions [J].New York University Law Review, 1998, 73 (5).
- [60] THEODORE EISENBERG, GEOFFREY MILLER, The Role of Opt-outs and Objectors in Class Action Litigation: Theoretical and Empirical Issues [J].Vanderbilt Law Review, 2004, 57 (10).
- [61] THOMSON REUTERS. Adequate Representation, Notice and the New Class Action Rule: Effectuating Remedies Provided by the Securities Laws [J].University of Pennsylvania Law Review, 1968, 116 (3).
- [62] Tom R. Tyler. What is Procedural Justice: Criteria Used by Citizens to Assess the Fairness of Legal Procedures [J].Law & Society Review, 1988, 22 (1).

### 三、资料类

- [1] 肖利民. 556 人群体诉讼裁定书高达 3 米[N]. 北京日报, 2004-6-17(2).
- [2] 张伟和. 澳大利亚的集团诉讼规则[N]. 人民法院报, 2006-5-12(8).
- [3] 陈和耀. 有存无取 河南千户农民扳倒面粉加工厂[EB].  
<http://www.chinacourt.org/public/detail.php?id=161523>, 2005-5-13.
- [4] 段宏庆. 屏南环保讼案: 悲哀的交易[EB].  
<http://finance.sina.com.cn/g/20050908/15491952904.shtml>, 2005-9-8.
- [5] 胡健. “集体诉讼” 在香港渐行渐近[EB].  
[http://www.legaldaily.com.cn/bm/content/2010-01/12/content\\_2021130.htm](http://www.legaldaily.com.cn/bm/content/2010-01/12/content_2021130.htm), 2010-01-12.
- [6] 傅郁林. 群体性纠纷的司法救济[EB]. <http://www.civillaw.com.cn>, 2004-12-14.
- [7] Commission Green Paper on Consumer Collective Redress [EB]. <http://ec.europa.eu/>,



- 2011-3-23.
- [8] 陶源, 顾存杰. 美国集团诉讼制度的特点与启示[EB].  
<http://www.chinacourt.org/html/article/200602/06/194250.shtml>, 2006-10-06.
- [9] 香港法律改革委员会. 集体诉讼咨询文件[EB].  
<http://www.hkreform.gov.hk/chs/publications/classactions.htm>, 2009-11-5.
- [10] 肖扬. 2005 年最高人民法院工作报告[EB].  
[http://www.court.gov.cn/qwfb/gzbg/201003/t20100310\\_2612.htm](http://www.court.gov.cn/qwfb/gzbg/201003/t20100310_2612.htm), 2010-3-10.
- [11] 张文显. 诉讼社会境况下的联动司法[EB].  
[http://www.court.gov.cn/xwzx/fyxw/dfyxw\\_1/yzlt/201011/t20101116\\_11089.htm](http://www.court.gov.cn/xwzx/fyxw/dfyxw_1/yzlt/201011/t20101116_11089.htm), 2010-11-16.
- [12] [瑞典]安纳斯塔西亚·帕帕托马-贝特格. 瑞典的群体诉讼[EB]. 胡震远译,  
<http://www.zwmssp.com/a/yuwaicaipan/20100709/43.html>, 2007-11-27.
- [13] BEUC, The European Consumers' Association, "European Group Action Ten Golden Rules"  
[EB]. <http://www.beuc.eu>, 2010-7-28.
- [14] Civic Consulting, Country Report Denmark 12(2008) [EB].  
[http://ec.europa.eu/consumers/redress\\_cons/da-country-report-final.pdf](http://ec.europa.eu/consumers/redress_cons/da-country-report-final.pdf), 2010-5-3.
- [15] Civic Consulting, Country Report Sweden 17(2008) [EB].  
[http://ec.europa.eu/consumers/redress\\_cons/sv-country-report-final.pdf](http://ec.europa.eu/consumers/redress_cons/sv-country-report-final.pdf), 2008-11-1.
- [16] Civil Consulting (lead) & Oxford Economics, European Commission—DG SANCO,  
Evaluation of the Effectiveness and Efficiency of Collective Redress Mechanisms in the  
European Union (2008) [EB]. <http://ec.europa.eu/>, 2009-5-20.
- [17] CJC. Improving Access to Justice through Collective Actions: Developing a More Efficient  
and Effective Procedure for Collective Actions [EB]. <http://www.hkreform.gov.hk>,  
2008-11-30.
- [18] LEUVEN. An Analysis and Evaluation of Alternative Means of Consumer Redress other  
than Redress Through Ordinary Judicial Proceedings: Final Report, a Study for the  
European Commission, Health and Consumer Protection Directorate-General, Directorate  
B--Consumer Affairs [EB].  
[http://ec.europa.eu/consumers/redress/reports\\_studies/comparative\\_report\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/consumers/redress/reports_studies/comparative_report_en.pdf),  
2007-1-17.
- [19] RACHAEL MULHERON. Reform of Collective Redress in England and Wales: A  
Perspective of Need [EB]. <http://www.civiljusticecouncil.gov.uk>, 2010-4-20.
- [20] Shell Media Relations. Reserves settlement-Questions and Answers [EB].  
[http://www.shell.nl/home/content/investor/reserves\\_settlement/non\\_us/faq/faq\\_non\\_us\\_reserves\\_settlement.html](http://www.shell.nl/home/content/investor/reserves_settlement/non_us/faq/faq_non_us_reserves_settlement.html), 2011-3-23.
- [21] UFC QUE CHOISIR. Presentation at the 2007 Lisbon Conference [EB].  
<http://europe-consommateurs.eu/media/fichiers/file20080430327>, 2007-10-4.

## 后 记

凤凰花开，心头总有些感怀。三年的时光如白驹过隙，却带不走记忆深处那一抹抹珍贵的印记。芙蓉湖畔，凤凰树下，微风撩动着心弦，跳跃的思绪和着涟漪，在湖光掠影中荡漾依旧……

学贵为师——我乐意地称我的导师齐树洁教授为“命运的缔造者”。那是一位见贤思齐，学无止境；芝兰玉树，桃李天下；冰清玉洁，高尚其志的资深学者，却在显赫声名之下从不乏对学生亲切质朴的关爱与呵护。三年来，恩师的栽培、鞭策和鼓励引领我从少不更事的法科学生逐步向兼具学术良知和社会责任感的法律人进化。身为齐门弟子，素日的砥砺使我深深地感受到在浩瀚学海中奋力前行的气息。那是一种难以撼动的人生品格，所谓坚毅，所谓坚韧，所谓坚定。这或许是恩师赐予我最由衷的教诲吧！感谢诉讼法教研室的张榕老师、张泽涛老师、卢正敏老师、刘学敏老师、陆而启老师和王天民老师给予我的悉心指导，无论是作文还是做人，恩师们均耐心地赐教于我。师恩浩荡，溢于言表，永存于心！

学，亦贵得友——同窗三年，昔日的足迹或已淡去，别离的意绪似乎愈加浓重，但我们依旧相信：家，永远是生长美丽的地方。在恩师的感召下，三年来我们用朴素的行动诉说着大家庭里难以割舍的情谊。曾经为了论文一起抓耳挠腮到深夜，也曾就着八卦高谈阔论、一醉方休……无奈啊，离别的惆怅！2011年的夏天，“后会有期”成了惜别前最郑重的约定！

站在三年成长之路的尽头，纵然有“七嘴八舌”，也道不尽其间的千恩万谢。有人说，知识的增长必须以生命的枯萎为代价，但我依旧执着于自己的选择，正因为这条路将佐证我人生的正当性，正如“选择—确认”是我硕士论文的核心一样。

周一颜

2011年4月11日写于

厦门大学学生公寓6号楼306室