

# 集团诉讼问题研究

## ——一个比较法社会学的分析

范 愉

(中国人民大学 法学院, 北京 100872)

**摘 要:** 集团诉讼是当代世界共同关注的重要的法律和政治问题。然而, 各国对于集团诉讼的态度、政策、制度设计和实践却是千差万别, 显示出多元化的趋势。本文以功能主义分析方法探讨了通过不同的法律制度解决这一相同的时代课题的可能; 分析了当代世界各国解决群体性纠纷和集团诉讼问题上的差别及其原因, 从政治和司法体制、诉讼文化、法律技术与传统、社会经济发展程度以及法律职业等角度比较了集团诉讼运作的社会条件和移植的可能性; 并指出了经济全球化背景下集团诉讼问题的重要性及各国应有的政策立场。本文将解决中国群体性纠纷的问题意识贯穿始终, 主张充分考虑社会现实, 避免简单移植某一种集团诉讼制度并依赖其解决各种群体性纠纷, 而应以一种多元化的思路应对纠纷解决的社会需求和经济全球化的挑战。

**关键词:** 集团诉讼; 民事诉讼程序; 功能主义比较法; 群体性纠纷

**中图分类号:** DF0

**文献标识码:** A

**文章编号:** 1006-6128(2006)01-0074-13

集团诉讼是当代世界共同关注的一个重要的法律和政治问题。<sup>①</sup>国际社会在制裁集团性侵害和保护分散性利益等方面面临着相同的课题, 并都在致力于为公众提供有效的救济机制。然而, 各国对于集团诉讼的态度、政策、制度设计和实践却是千差万别, 显示出一种多元化的趋势。显而易见, 对这个问题的研究决不能停留在纯理论的分析 and 普适性原理的照搬上, 而必须借助法律社会学的实证研究和比较法的方法, 以探寻现象背后的原因和更深层次的发展规律, 并寻找适合本国实际的合理解决方案。在比较法社会学的视野中, 任何制度的存在都有特定的原因和条件。人类社会在面对相同的课题和实践需求时, 既可能采取相同或相似的应对, 也可能也会有完全不同的选择——面对相同的问题, 基于不同的理念和侧重点, 设计建构出迥然不同的制度。形式不同的制度既可能承载相同或相似的功能, 殊途同归; 也可能沿着自身的价值选择和内在逻辑, 走向截然不同的方向。每一制度在运行中又可能或多或少地与预期目标发生游离, 衍生或演变出一系列新的方法或制度。对于各国形形色色的制度, 可以采用相同的标准进行比较和衡量, 例如, 社会效果、利弊、效益等等, 同时这种比较和衡量又必须与该制度所在的特定环境和时代背景相契合。而这些研究最终应服务于一个实际目的, 即借鉴移植或制度建构。

**收稿日期:** 2005-11-02

**作者简介:** 范愉 (1953-), 女, 北京人, 中国人民大学法学院教授、博士生导师, 法学博士。

<sup>①</sup>本文采用的集团诉讼概念, 为广义的集团诉讼 (群体诉讼)。即一种集合性的学术概念, 与群体性诉讼、集体诉讼同义, 而不是对一种专门性制度的特指。这一意义的集团诉讼概念可以统合世界各国的类似制度, 美国集团诉讼模式 (class action) 仅仅是其中最具有特点和典型性的一种。为避免歧义, 在特指美国 class action 制度时, 均标明为“美国的”集团诉讼, 以示区别。在分析介绍其他国家的集团诉讼制度时也同样标以明确的定语。

## 一、功能主义比较法的研究路径

规范比较法研究是从法律规范和制度的比较出发的,即对世界各国相关的法典、判例和制度进行从概念、原理到法律技术和具体设计方面的比较。然而,比较法决不能停留在这个起点上,否则充其量只能看到各种制度与规范之间的同异,而难以发现其背后的原因,也无法揭示其中的规律,更不能实现比较法的实践目的——对本国的制度建构提供合理可行的方案。因此,比较法研究更重视一种功能主义的方法,或称之为一种从问题出发的方法,本质上也是一种法社会学方法。“具体地说,就是应该这样提出问题:‘在本国法律秩序中有通过这种法律制度处理的某种法律需求,而外国是通过什么方式满足这一需求的’,而调查的范围,除了制定法和习惯法外,还必须遍及判例、学说、格式合同、普通合同条款、交易惯例等等该法律秩序中构成法律生活的一切形式。而且正因为比较法要求如此广阔的视野,所以,与其提出个别性的问题,不如把相互关联的各种问题包容在一起,作为综合性问题提出更为恰当”。[1](P88)

在集团诉讼问题上,功能主义比较法不失为一种很好的研究路径。其思路是,对于小额多数侵害的救济是现代社会必须共同应对的问题,但每个国家以何种方式去解决这一问题,却可能有完全不同的理念和具体做法。这一问题不仅涉及法律制度的设计,而且取决于一个国家的经济社会发展程度,政治体制,司法权威和功能,法律职业,当事人,社会观念以及法律文化等多种因素,只有充分掌握这些因素,才有可能找到最适合本国社会基础和现实条件、成本与风险最小、最适用的解决方案。否则,就可能在盲目移植过程中付出深重的代价。当代各国的集团诉讼(group litigation)基本上可分属四种基本形态,即共同诉讼或诉讼合并(Consolidation)、代表人诉讼(Representative proceeding)、团体诉讼(Verbandsklage)和实验或典型诉讼(test action 或 model Suits)。其中每一种都各有利弊及局限性,但是又有一个共同点,即最初都是为了实现诉讼经济的目标而建立的,但都可能被作为现代小额多数侵害的救济途径而发挥作用。比较这些制度的优劣,“是一个老大难的问题。很难说清某一法律下的各类经验对其他法制有多大的重要性,但至少可以说越是扎根于某国特殊的政治、法律环境的制度,越难嫁接到其他国家去。许多证据都表明所有的民主国家都逐渐认识到更有效地确保扩散性片断利益的必要性,但当想要将某国为此所设立的制度推广到其他国家时,不能不进行十分慎重的考虑。因为这里采用的集体诉讼、分担律师费原则等等方法……并不是如制铁技术、阑尾手术般非常容易进行移植的‘法律技术’。确切地说,大多数制度都与该国的政治构造、三权分立的具体形态密切相关。……仅仅是对各国为促进公共利益而采用的方法进行一番计算,也远远不能预测出其中哪些对其他国家也适用,如果加以采用,也会同在母国一样起到同样的效果”。[2](P93)

在不同的社会发展阶段和不同的政策取向,人们由于受到不同的价值观和社会意识形态的影响,对每一种制度的评价都会有所不同。比较法研究不仅应对各国集团诉讼的立法和制度进行规范分析,还应进一步比较这些制度和理念的同异及其原因。在一个民主和理性的社会中,在引进或创建任何一项制度时,最重要的是保持各种信息渠道和言路的畅通,形成各种社会利益之间的平衡,保证公平与效益的统一,追求法律效果与社会效果的最大化与相互协调。

## 二、相同的问题,不同的对策

当代世界各国共同面临着集团性侵害造成的小额多数权利救济问题,并由此产生了相同或相似的社会需求,即:尽快制止这种侵害的继续并对违法者予以制裁;以及对已经造成的侵害给予救济。尽管各国由于经济社会发展程度不同,市场和企业的规模有大小之分,但是由于经济全球化的影响,这两个问题都不同程度地摆在每一个国家面前,并且正在以跨国界、跨区域的形式发展。不仅如此,由

于当代消费者运动的推动,全球性的群体性侵害及其救济问题已经迫在眉睫,并迅速波及到世界的每一个角落。围绕着上述基本问题,还会衍生出一系列相关问题,包括,如何有效地通过事先防范性措施(包括民主化的大众监督方式)避免侵害的发生,如何通过司法救济、特别是民事诉讼处理社会中发生的新型纠纷和利益冲突,公益诉讼的理念,诉讼成本与效益问题,司法资源配置及司法功能等等。这些共同的问题和共同的需求聚合为通过特定的司法途径或诉讼程序实现社会公共利益的目标,并为此进行了各种以相对经济和集约化的方式为受害者提供救济的尝试和努力。在这一过程中可以看到这样几个特征:

首先,世界各国都在尝试建立某些新的机制、特别是新的诉讼形式,以发挥特殊的功能,解决传统诉讼制度中无法解决的问题,无论采用何种形式,集团诉讼和公益诉讼都已被纳入到当代世界各国司法体系之中,并仍将有一个较大的发展空间。

其次,新机制的建立必然会与传统的民事诉讼和司法原理、技术发生一定程度上的冲突和矛盾,在一些最根本的问题上,如当事人适格、诉权让与、判决效力扩张等仍存在着较大障碍。一旦这些障碍被突破,必将带来集团诉讼或公益诉讼的大发展,但是,由此也可能带来制约与控制的失效,导致滥用和混乱,甚至由此引发民法学原理和体系的彻底颠覆。由于世界各国在这方面的尝试都尚未提供完全成功的经验和确定的答案,因此,这一尝试和经验积累的过程仍将持续下去,突出的特点是谨慎立法、不断改革和司法机关的严格控制。

最后,如果仅仅从应然的理念和逻辑推理出发,人们可能很容易将现代集团诉讼视为一种带有普适性的法律制度或法律现象,并确信某些符合当代社会特定需要并具有重要价值的集团诉讼模式或制度,可以无障碍地移植或引进到其他国家或社会,成为当代人类社会共同的法律文化和司法的必然发展趋势。这种信念在一定程度上甚至可能成为一种强烈的意识形态,使人们不愿意看到事物的另一面或其他路径及方式。然而事实上,在各国,同类制度的构想尽管具有相似性或共同性,但无论是在基本理念和原理上,还是在制度设计及运作方式上,都存在着巨大而明显的差异。每一种制度都有其特定的功能、优势、重点和一定的局限性甚至弊端。这就对其他试图借鉴这些制度的国家提供了多样的选择,也增加了选择和制度设计的难度。

那么,面对相同的时代课题,世界各国为什么会有如此不同的对策和制度选择呢?首先,面对这一新问题,传统的经验和既有制度中很难找到适合的现成方案。当代世界各国的集团诉讼模式,几乎都是在实践中探索和发展的,甚至是与立法者最初的制度设计相背离的。而在未经实践检验前,决策者有时并不能在众多的选择中先验和主观地判断哪一种制度为最佳方案。而迄今为止的实践结果表明,几乎并不存在一种完美的群体性救济模式。这就更加造成评价和选择的困难。其次,不同的法律传统和文化,往往会奉行截然不同的意识形态或观念,这些理念因素对于制度设计和运行都会产生深刻的影响。根据不同的理念,会出现选择中的不同侧重。第三,出于不同考虑而作出的不同选择往往都具有其合理之处,不可能通过比较而简单确定最佳或唯一合理的方案。因此,多元化的选择和制度建构就成为必然的结果。

应该看到,面对小额多数侵害的问题,无论是从尽快制止侵害还是为受害者提供救济的角度,并非只能以司法途径和集团诉讼方式解决。一项国际比较法学研究指出:“某一法制下,有许多种途径可以有组织地保护扩散性片断利益。法院的公共利益诉讼仅是其中一种途径而已。再一个可能的方法是,将违反法令行为定为刑事犯罪,让司法长官有足够的人员可以有效且可信地执行刑事诉讼。此外,还可以不单靠诉讼,而且主要通过给予或是取消禁止命令(cease-and-desist orders)、表明应遵循的行动标准的详细形态或过度征税等方法抑制集团违法行为,将公众利益的责任交由具备足够资金和调查权的公共机关。……因此,是否有必要采用促进公共利益诉讼的方法,只能因国家的不同而定,在各国内部也必须区别考虑要求执行的是哪个领域的法律。”[2](P94-95)显然,即使面临着同样的问题,采用集团诉讼方式也并非像很多学者以为的那样毋庸置疑,很多国家仍然希望从以下几

个方面寻找更为合理和有效的替代方式：

第一，多样的救济方式。在高度评价集团诉讼的重要作用的前提下，很多国家及其法律界人士认为，集团诉讼并非唯一的选择，不仅可以直接通过其他机制起到相同的作用；即使建立了相应的诉讼制度，仍可以各种非诉讼替代性机制减少其负面作用。救济方式的选择实际上与一个国家经济社会发展程度和国家及其运作方式直接相关，只有对该国群体性纠纷的性质、特点、频度和范围有一个科学的估计，并对各种纠纷解决和救济机制的有效性进行综合权衡，才能做出合理的选择。从当代社会的实际需求看，最合理的选择应该是建立一种多元化的纠纷解决及权利救济机制，其中诉讼、尤其是集团诉讼应该是严格节制使用的尖端武器和最终途径；而行政监管、预防和社会救济协调机制，以及个别诉讼则应是常规机制。

第二，实现法律目的的适宜主体。集团诉讼被认为是一种通过民众促进法律实施的有效机制。但很多国家认为，尽管民众和当事人可以在执法中发挥积极作用，但是社会不能期待以集团诉讼方式保证法律实施；由国家执法机关作为制止集团性侵害的主体，比以民众诉讼或集团诉讼的方式，即由民事主体作为主角更为合理和有效，也更容易受到法律的规范。这样，可以通过合理配置资源，赋予执法机关一定的调查权、决定权和起诉权，减少私人诉讼中的举证、当事人适格及诉讼成本等负担。由行政机关通过法定程序直接介入某些集团侵害的调查处理，如环境污染问题，显然更为有效和经济；而由检察官或检察机关提起公益诉讼的方式则比民众诉讼更容易得到认同。由于国家权力是一种容易受到腐蚀的权力，确实可能出现执法机关不作为或监管不力的现象，乃至失去公众的信任；但是，这一问题可以通过制约监督机制和加强法律责任加以改善——在法治社会，行政权力毕竟比群众运动更易于控制和规范。

第三，合理确定诉讼的目标与重点。对于集团侵害或小额多数分散利益的救济，不同的制度有着不同的侧重点，例如美国集团诉讼在损害赔偿方面最为有效，而德国团体诉讼则将重点放在停止侵害方面。前者着眼于事后救济，主要采用给付之诉的方式；而后者则重在制止侵害的继续或防止其发生，主要采用停止侵害（禁止）之诉的方式，并可能采用行政诉讼或准行政诉讼程序。如何选择诉讼的重点，特别是是否有必要推广大众侵权损害赔偿诉讼，将会是本世纪世界各国司法改革的持续目标，其中的争论及反复将在所难免。

第四，选择适当的责任承担方式。集团侵害的加害者或违法者承担责任的方式可以通过不同的诉讼形态体现出来。多数国家认为，民事诉讼的功能主要是填补损害，而不是惩罚和制裁。基于这种理论，在制裁违法行为方面，应该将刑事处罚与民事诉讼的功能严格区分开来，对于环境犯罪、严重的责任事故或由于违法行为导致大规模的人身伤害事件，应该由国家机关尽早介入进行侦查或调查，提起公诉，对于违法者追究刑事责任、进行刑事制裁；或者以行政方式要求其停止侵害，撤销其行为资格，并课以行政制裁。在民事诉讼方面，也应该将禁止之诉与赔偿给付之诉区别开来，不宜大规模地引进惩罚性赔偿解决民事侵权赔偿问题。而禁止或停止侵害之诉都无需以集团诉讼方式进行。过多地采用惩罚性赔偿，一方面可能诱发大规模的集团诉讼和无休止的诉讼潮，对市场和社会造成压力，影响司法程序的运行；另一方面也可能在和解中使违法者逃脱应有的制裁。毫无疑问，针对集团性侵害，刑事制裁、行政制裁和民事制裁缺一不可，但应当严格权限、惩罚适度、公平高效，这就需要判断、分析和选择。

第五，权衡诉讼效益。在分析纠纷解决、诉讼和集团诉讼问题时，效益不仅指个别纠纷案件的成本与产出比，而且还必须考虑到其整体。集团诉讼产生于诉讼经济的考虑，其前提是，与其他的方式比较而言，集团诉讼方式应具有更高的效益，倘若不采用集团诉讼，可能会导致更高的成本、更长久的拖延、以及更大的不公正。但是，如果相反，将集团诉讼视为一种常规程序，大量旷日持久的集团诉讼不仅难以产生预期的效益，反而会造成社会秩序和市场秩序的混乱，并成为某些特殊利益集团，如律师获利的机会，就可能招致主流社会的抵制。在这种情况下，即使集团诉讼的目标是正当合理

的,仍可以考虑选择适用其他更加便捷、经济和有效的方式。尽管建立了集团诉讼,也仍然必须通过严格的法院管理进行限制与监督。

第六,建立合理的激励机制与制约监督机制。世界各国虽然已经或可能在将来建立各种集团诉讼模式,但是出于不同的政策和态度,其运作情况和实际作用仍可能表现出明显的差异。如采用激励机制鼓励当事人积极利用集团诉讼,就需要对其频繁发生有足够的准备。而如果立法和司法政策对集团诉讼采取一种谨慎的态度,就会更多地注意设计集团诉讼的制约监督机制,加强法院的管理和监督,并鼓励倡导采用可能的替代方式以减少集团诉讼的风险和成本。

### 三、集团诉讼的移植——社会条件与法律文化比较

有关集团诉讼问题的讨论往往归结于移植的可能性。美国集团诉讼在其鼎盛时期,曾经给世界各国法学界带来了极大的刺激和希望,被称之为“美国的法律天才们最具特色的成就”。在关注这一制度发展的同时,不少国家都曾经讨论过移植的可行性,中国则在1990年代初快速将这一理想付诸实施。然而,此后随着集团诉讼在美国本身的沉浮,在世界范围,这种移植的意图和脚步却进展缓慢。迄今为止,除了美国之外,还有英国和加拿大、澳大利亚的部分地区建立了集团诉讼制度。<sup>①</sup>在欧洲,苏格兰、芬兰、瑞典、挪威等国探讨了集团诉讼的可行性或已经开始实施,南非也有这样的动向。[3](P157)但是在实践中,很少有哪个国家的集团诉讼出现了美国那样的运作规模。这是因为,各国家的立法者和司法机关大都深知,特定的制度往往需要特定的条件和基础,如不具备相同的社会条件,则即使建立了相同的制度也未必能产生同样的结果。德国曾经一度对美国集团诉讼极为关注,自1970年代以来发表了若干介绍美国集团诉讼的论文,并有人提出了导入该制度的提案。[4](P139)[5]但多数人对此持消极态度,理由是:第一,集团诉讼的既判力向第三人扩张,违反了德国基本法103条一款关于审判权的保障的规定;第二,两国在诉讼费用及律师报酬方面的制度不同;第三,集团诉讼的损害计算及赔偿金分配方面非常困难。[6](P244-245)

2000年7月,来自20个国家的90位法律界人士聚集在日内瓦,就集团诉讼问题召开了一次国际研讨会。在会议上,不同国家的报告人分别介绍了本国集团诉讼的情况和社会评价意见,并集中探讨了美国式集团诉讼的移植问题。从报告和讨论中可以看到,各国法学界人士对此存在激烈争议和巨大分歧。<sup>②</sup>美国人对其集团诉讼本身就存在着截然不同的评价。而更多的讨论则围绕着一个非常重要的问题展开:一种看上去颇具优势的制度,是否可以毫无障碍地移植到任何其他国家,并发挥同样的功能和效用?问题是,引进一个制度不仅需要同时考虑其利弊,还需要考虑这种制度赖以建立和运行的基本条件,如果不能接受或认同其所蕴含的理念和伦理,不能创造相同的条件,那么即使移植,也不可能真正使其成活,甚至会使其失去在本土上的生命力。不仅如此,由于社会条件和许多不特定因素,很多制度在实践中往往会脱离立法者最初设计的轨道,出现无法预料的结果。一般而言,与集团诉讼直接相关的社会因素至少包括以下方面。

第一,政治体制与司法体制,这是关乎集团诉讼价值理念及运行条件的最关键因素。有关集团诉讼的争议经常涉及其正当性问题,尤其是当集团诉讼已经超越纠纷解决的范畴而进入资源与利益分配等决策性问题的时候,可以看到司法权的限度和民主政治的基点都开始出现了某种程度的倾斜。“这类争论的结果和对公共利益诉讼的定位很大程度上依赖于一个国家关于法律形成过程中立法和司法的作用的思考和行为模式。这种模式是多种多样的。……欧洲的法律专家在审视美国现代的法律舞台

① 据称巴西是第一个建立了集团诉讼制度的大陆法系国家,但实际上该制度是典型的团体诉讼制度,与美国集团诉讼并不相同。参见张伟和:《巴西的集团诉讼制度》,《人民法院报》2005年4月29日。

② 本次研讨会的主报告汇编在:duke journal of comparative & international law (2001),该杂志可以从<http://www.law.duke.edu/journals/djcil>下载。

时,恐怕会对宪法及法律在重要的社会各制度的结构和运用上所进行的缺陷改革中,法院活动范围之广深有感触。虽然如此,但许多国家并不太希望模仿美国,不管是政治结构和社会经济发展阶段与其迥然相异的国家,司法威信不如美国高的国家,还是更依赖于官僚程序的公平的国家,社会结构更均衡的国家,或者是民事诉讼制度更易产生纠纷的国家。”[2](P96-97)具体而言,这方面的差异包括:

首先,司法的功能(能力)、权威和权限。即使同样是以三权分立为政治体制基点的西方国家,司法的功能及地位也存在着巨大的差异。随着当代司法权限的扩大,世界各国的民事诉讼制度出现了一种分化趋向,即所谓“纠纷解决模式”和“政策修正模式”,[7](P27)二者分别代表了传统司法理念和“司法能动主义”观念,[8]并反映在不同国家的诉讼制度和理念中。美国的集团诉讼、公共诉讼在当代的高速发展,都是与司法能动主义理念分不开的,即试图通过这些新型诉讼推进制度的改革。然而,一般而言,由立法机关代表的议会民主仍然具有最高权威,在面临着重大的利益纷争和社会政策时,唯有立法机关具有作出决策的正当性。20世纪后半期以后,多数国家的司法权已明显扩大,但至今仍有许多国家,例如法国,恪守着对司法权的严格限制,法院无疑不可能具有通过集团诉讼促进司法决策的正当性。以德国为代表的大陆法系国家的法院也仍然恪守着法律执行机关的定位,并不准备采取司法能动主义的姿态,也不认为普通法院有能力完成决策的使命;而其民事诉讼基本上仍然保持着纠纷解决模式,并没有成为社会决策的契机。由此,必然产生对诉讼的不同期待和对策。实际上,多数国家都不鼓励司法权的过度扩张和司法能动主义。因此,不仅在选择集团诉讼模式时必须对政治体制及司法的功能有准确把握,同时,如果司法机关不拥有足够的资源和能力,就必然会采取自我限制的政策,那么,即使在制度上引进了某种集团诉讼模式,也未必能发挥其原型的功能和作用。

其次,国家结构。美国的集团诉讼在运作中之所以会出现与立法预期目标不同的结果,与其联邦体制、二元法院体系和法院管辖权的高度自由密不可分。美国纽约大学的琳达·瑟伯曼教授认为:“美国的集团诉讼成型于这样一个制度中:(1)依赖于强烈的对抗传统,(2)由充满进取心的律师所激励,(3)与强大的司法创制文化相适应,和(4)被一个错综复杂的双重法院制度(即联邦制)变得更加复杂化”。[9](P194)其中最后一个因素在其集团诉讼的发展和运作中具有非常重要的意义。由于各州的立法存在极大的差异,因此,一旦一些律师发现某一个州的立法能够使集团诉讼获得有利判决,就会到该州提起集团诉讼,而无论原告或被告实际上在何地居住、生活、营业,或纠纷的事实(侵权或合同)在何处发生。同时,不同法院(法官)对集团诉讼的态度和政策也是原告律师选择管辖法院的重要因素。正因为如此,2005年《集团诉讼公平法》才规定对州法院管辖权进行限制。即使如此,美国高度自由的法院管辖权仍会使得每一个原告律师都会首先从选择有利于自己的法院开始进行集团诉讼。毫无疑问,联邦制国家并不一定会出现同样的结果。这是因为其他联邦国家在实体法和法院体系上并没有美国这样的差异性,而且,在美国这一因素只有与其他因素结合起来共同作用,才有可能出现这样的结果。确实,这些综合因素既是美国集团诉讼异常活跃的动力,也使其容易被滥用或失控的原因。

最后,法体系的划分及行政诉讼机制。美国法本质上没有严格的公私法的划分和区别,也没有民事诉讼和行政诉讼的区别,因此,一切涉及公共利益的政策问题都可能以民事诉讼提交法院,仅仅在诉的类型上区别为给付之诉、确认之诉和禁止之诉。英国则不同,发达的行政法庭和行政执法体系抑制了群体性诉讼的需求。而在欧洲大陆国家,不仅在诉讼中将公权与私益、行政诉讼与民事诉讼、公益诉讼与个人私益诉讼区分得非常明确,而且不能允许将刑事、行政制裁与惩罚性赔偿相提并论。同时,主管的机构也并不仅仅是普通法院,还包括行政法院、专门法院和其他专门机构等等。这些差别会使得各国对集团诉讼的功能会有完全不同的理解。

第二,诉讼文化、技术与传统,这些要素与政治司法体制密切相关,决定着集团诉讼的模式与实

践。主要包括:

首先,法律体系的出发点。在比较法上,欧洲大陆法系国家被称之为成文法国家,而英美普通法国家的法律体系则被称之为判例法或法官法,前者属于一种“规范出发型司法”,而后者则属于着眼于解决原发性纠纷的“事实出发型司法制度”。这并不是形式意义上的划分,而是一种法律技术的出发点。尽管目前在英美法系国家,成文法和议会同样拥有最高权威,而大陆法系国家也同样重视判例的作用,二者在形式上已经趋同,但是这并不会改变二者在法律技术、法律思维和基本原理上的差异。成文法国家传统上就是以法律规范和体系为出发点的,尽管今天在法律规则出现缺漏时法官的自由裁量权已经得到承认,司法的独立性同样毋庸置疑,但是这并不意味着整个法律体系和秩序可以由法院和法官在司法实践中自由地创造,更并不意味着法官可以在一种自由的程序中去发现法律规则和原则。大陆法系国家强调法律体系的内在逻辑的严谨和周密,强调规则应该是确定、公开和可预测的;强调程序法应服从实体法,为实体法设定的根本目标服务。不仅如此,当事人的权利也同样需要受到实体法的严格限制,不允许任何人代表他人行使诉权,并作为改变社会政策和既有规则的武器。

而英美法本质上属于一种事实出发型司法制度,具有经验法的特点。其本质特征是以程序为中心,由具有较高法律素养和经验的法官从司法实践和具体案件中发现规则。在使用陪审团的情况下,由于规则和事实的确定性程度相对较低,使审判的结果往往难以预料,更加刺激了当事人通过诉讼尝试获得权利和利益的动机。美国司法的这一特质,在陪审制+惩罚性赔偿+联邦制多元化管辖条件下的集团诉讼程序中,被发挥得淋漓尽致。同样,这既是促使其发挥功能的基础,也成为刺激社会成员积极利用乃至滥用这一程序的动因。一旦这些因素被减少或取消,则利用的积极性、社会功能和滥用的可能性都会相应减少。例如,如果取消陪审制,集团诉讼的诱惑力和压力就会大大减少,和解的动机也会减弱;而通过强化法院的职权管理,既可以减少自由程序可能诱发的诉讼潮,也可以减少原有的对抗传统在集团诉讼中的作用,以便更好地对集团诉讼进行制约和控制,但由此民事诉讼的当事人主义原则和对抗制传统却可能受到贬抑。<sup>①</sup>

法律体系的这种特质深刻渗透在一个国家的法律文化和每一个具体制度和程序环节之中,对于制度移植和建构而言,是必须充分重视的要素。日本民事诉讼法在原有的大陆法体系中引进了许多英美法的制度或程序,但由于体制上的不协调,始终无法避免运行中的各种困扰。<sup>②</sup>美国式集团诉讼的引进之所以在大陆法国家困难重重,也就是因为即使不考虑其弊端和滥用的可能性,仅仅是引进之后能否被有效利用,以及与现行法律体系如何协调就足以令立法者和司法机关却步了。

其次,司法理念。美国集团诉讼之所以能产生巨大威力,就在于它允许任何人不经明确授权就可以代表所有集团成员提起诉讼,并可以作出实体处分,包括和解;其判决的效力可以向未参加诉讼的人扩张。这一规定作为其显著标志,也成为激进法学家的最高理想。但是,在绝大多数国家,这种理念是违背司法基本原理乃至宪法原则的。因此,它们即使采用相似的制度,也未必能接受这一做法。德国学者认为既判力向第三人扩张,违反了德国基本法 103 条一款关于审判权保障的规定。而英国仍坚持一对一诉讼的基本构造,要求集团诉讼的所有当事人必须进行登记。毫无疑问,这种制度设计必然使得集团诉讼的威力大大降低。

此外,集团诉讼在美国的实践表明“更自由的程序规则具有鼓励诉讼的性质”,[9](P198)而这是多数国家的司法理念和传统所不赞成的。[10]尤其是当代西方民事司法改革中已经提出减少诉讼,降低司法期待,以多元化纠纷解决机制为民众提供接近正义的机会和途径,减少司法资源的浪费和诉

<sup>①</sup>例如,英国和加拿大的集团诉讼由于制度和技術上的改善,事实上的运行状况就与美国显示出极大的差异。然而,对于民事诉讼而言,高度的职权管理乃是对当事人主义原理的致命瓦解。

<sup>②</sup>例如,中村一郎教授认为引进美国集团诉讼的目标之所以难以成功,“因为集团诉讼是一项着眼于解决原发性纠纷的事实出发型制度,并不能与规范出发型的日本制度相融合。”参见[日]中村一郎:《新民事诉讼法讲义》,陈刚等译,法律出版社 2001 年版,第 85 页。

讼成本, 提倡协商性司法、降低诉讼的对抗性, 提倡法院职权管理, 等等, 这些理念都与集团诉讼的理念存在某种冲突和矛盾。在这种背景下, 很多国家在观望和讨论中实际上已经开始更多地以其他替代性方式来解决集团诉讼提出的问题, 或者以严格制约和限制为前提建立这一制度。而美国自己也在调整集团诉讼的作用方式与范围, 以降低其带来的负面作用。

再次, 法律技术。集团诉讼通过与不同的法律技术相结合, 会产生不同的效用; 而如果缺少相应的法律技术, 其作用也会相应降低。其中最重要的几个法律技术环节或制度包括: 当事人起诉方式, 代表人的资格, 陪审团, 惩罚性赔偿, 法院管辖权的选择, 证据开示制度, 律师及其报酬, 法院管理等。引进集团诉讼时, 如果没有这些法律技术环节的配套, 就可能使其成为一个无用的摆设。例如, 德国在讨论在侵权损害赔偿方面引进美国集团诉讼的可能性时, 强调德国法的损害赔偿制度与刑事制裁不同, 应以填补受害人的损害为重点, 倾向于否定以损害赔偿实现制裁违法者或防止违法行为的目的。所以, 德国立法在构建调整群体利益的诉讼和司法救济制度时, 认为将其作为个人的损害赔偿请求权加以规定既不当也不必要, 而更妥当的是将其作为团体的权利加以考虑。对惩罚性赔偿的拒绝, 成为否定引进集团诉讼的主要原因。

最后, 诉讼文化。集团诉讼之所以在其发源地英国默默无闻, 而在美国却具有如此旺盛的生命力, 与美国民族的诉讼文化密不可分。美国学者奥尔森认为, 好讼已成为美国的法律文化, 它包括鼓励诉讼的社会理念(意识形态), 和由于解除了对律师和诉讼本身的制约而激发了诉讼爆炸的诉讼制度乃至整个法律制度。[11](P10) 美国总统布什在 2005 年签署集团诉讼公平法案时, 批评美国人的损害赔偿诉讼远远高于其他工业国家, 并宣称要改善或结束美国的这种诉讼文化。<sup>①</sup> 集团诉讼本身已经成为美国诉讼文化的重要组成部分, 没有同样的诉讼文化背景, 集团诉讼就不可能发挥相同的作用, 但也可能相应减少其风险。然而, 美国的诉讼文化并非人类社会的共同发展方向和共同价值, 每个社会都有权根据自身社会的需要创造更有序和更合理的诉讼文化。

第三, 社会经济发展程度, 不同的社会经济发展程度决定了各国在侵权损害赔偿的标准、范围和方式方面有所不同, 也决定了救济的重点、形式及途径的不同。这方面的因素对于包括中国在内的发展中国家的制度设计最为重要, 主要是:

首先, 社会发展程度与救济方式的选择及救济的标准的关系。现代集团诉讼的出现是与市场经济的发展和产业规模的不断扩大和集中化同步的。在这个发展阶段, 一方面, 大规模集团侵害已成为社会关注的重要问题, 另一方面, 市场的成熟使其规范程度日益提高, 科学技术水平、检测手段、方法措施等不断加强, 相应的法律制度与自律机制相对完善, 承受风险的能力也逐步在提高。在这种情况下, 小额多数侵害的司法救济问题被提上日程, 不断促进国家和社会通过新的规则、程序和机构组织处理这些问题。这就需要大幅度地增加司法和其他公共资源, 建立社会保障和保险机制, 确立国家标准和行业标准, 并且依靠国家的宏观调控和行政监管, 对各种行业中发生的不法行为及时进行管理和介入, 通过产品召回、无过错责任等制度加重产品生产商、服务提供者和销售者等相关主体的责任。众所周知, 无论是权利义务的分配、还是承担责任的方式, 实际上都是与社会经济的发展相适应的。发展中国的社会条件与发达国家有很大不同, 其大量发生的群体性侵害在起因、诉求、处理方式、紧迫程度、当事人能力及社会承受力方面都很难与西方国家相提并论。例如, 涉及当事人生存权的劳动报酬、工作权和移民、拆迁及征地等问题与小额权利救济不可同日而语, 其中很多问题属于社会转型期的阶段性纠纷, 法律规则乃至政策不确定因素较多, 往往不得不借助比司法诉讼更为直接有效的方式解决处理。

<sup>①</sup> JESSE J. HOLLAND, *Bush Signs Bill to Curb Class - Action Suits*, Associated Press Writer 2005 - 02 - 18; *Bush signs class - action bill into law*, Friday, February 18, 2005 Posted: 11: 59 AM EST (1659 GMT), CNN, COM; *Class action: a good reform*, <http://www.progressforamerica.com/2005-2-23>, 2005 - 02 - 27.

特别需要注意的是,现代集团诉讼重点是解决小额多数侵害的救济问题,这种诉求主要来源于中产阶级,属于权利的扩大。正如许多研究者指出的那样,其真正受益人并非处于社会底层的真正意义上的弱势群体。而超大企业真正受到集团诉讼打击的程度,远比中小企业或一般的大企业要小得多。相比之下,在发展中国家,由于社会两极分化程度较高,弱势群体的生存问题显得更为重要和紧迫。因此,在不同的社会发展阶段,群体性诉讼的目的、诉求和形式都会有不同的体现,在司法资源短缺的情况下,其侧重点和司法政策也会有许多区别。即使一些与西方国家相同的现代新型纠纷,如环境纠纷和消费纠纷等,也不能简单采用西方国家的处理方式。例如,在产品质量方面,一些违法生产和小企业造成的危及人们生命安全(如假酒、奶粉等)、农民利益(如农药、种子、化肥、农机等坑农事件)等损害,远比知名企业、跨国公司的产品瑕疵产生的危害更大,对二者处理的方式也可能完全不同,对于前者采取刑事和行政制裁更为迫切,民事赔偿的作用则相对较低。由于市场初建,许多领域的国家标准、行业自律乃至法律规范尚付诸阙如,企业抗风险或转移风险的能力极低,稍遇纠纷就可能陷入破产,即使采用集团诉讼方式也很难达到充分救济受害人和制裁违法行为的目的,并可能导致更多的纠纷连续发生,在这种情况下,社会对于侵权损害赔偿不得不趋向相对较低的标准,并倾向于采用更为经济、快捷和有效的行政执法和政府协调方式处理。

其次,社会发展程度与调整模式的关系。与发达国家法制相比较而言,发展中国家更适合采取规则出发型的模式。德国汉堡大学的沙弗尔(Schaafer)教授认为,在发达国家,法律规范的模糊性常常并无损害,相反倒对法律体制是一种好处,因为将模糊的标准转化为详细规则所需的信息,是由法庭以一种分散的决定程序予以收集并处理的。然而,这种机制要求行政和司法人员受过良好的专业训练,拥有能在不太清晰的标准的基础上做出精确、有效率的决定的技能和信息。但是,在很多发展中国家,这一要求常常被忽略了,而且创造适应这一要求的各项条件也是成本非常高,甚至是浪费资源。如在印度和中国这些国家,要想提高整体法律训练和法官、公务员的训练可能是一项非常无望和成本过高的计划。这样,通过法官的自由裁量及判例形成规则将会是一个成本很高的极慢的过程,并且会增加法律的不确定性和腐败的机会。因此,他主张,在发展中国家应尽可能地运用详细的规则,以替代模糊的法律标准(法律原则),以克服司法人员素质低的问题和法律技术和程序中的局限,并有利于防止腐败和提高司法效率。沙弗尔指出:世界银行已指出:在发展中国家移植别国法律文化的进程中,接受民法典作为其民法传统的国家较之引进普通法的国家更为成功,因为,判例相比,以系统的、法典化的规则为基础做判决更容易一些。这似乎显示出以系统的法典为基础做判决更容易且更适合于发展中国家。<sup>①</sup>这种见解对我们考虑集团诉讼问题应是具有启发性的。

最后,社会发展程度与诉讼成本的关系。诉讼是纠纷解决中最为奢侈的方式,但却未必是效果最好的方式。同时,诉讼要求国家提供充足的司法资源和法律职业的专业服务,这些需要大量的财政支出和社会负担支撑。诉讼固然有积极的社会作用,但本质上属于一种负价值,因此世界各国都采取一定的制度或措施限制或分流诉讼,以减少诉讼给社会造成的负担和损失。对于发展中国家而言,更应该注重采用最为经济和合理的方式,优先处理个体当事人的诉讼主张和涉及弱势群体生存问题的权利救济,并注重提供更多元化的处理途径,以降低处理的成本。其目标应该是:一方面,追求纠纷解决和权利救济的低成本和高效益,使国民经济收入不至于过多地消耗在诉讼之中;另一方面,应尽量减少诉讼给社会带来的对抗和紧张,促进社会的和谐、秩序和稳定,保证社会的健康发展。总之,集团诉讼的方式应服从社会纠纷的特点及处理的需求。一般而言,多数发展中国家尚不具备整体引进美国式集团诉讼的社会条件和能力,也很少有此动议;相比之下,公益诉讼和团体诉讼的可行性和必要性

①[德]沙弗尔(Schaafer):《“规则”与“标准”在发展中国家的运用——迈向法治征途中的一个重大现实问题》,李成钢译,《法学评论》2001年第2期,但译者将“standards”译为标准,似乎不能准确表达出作者的本意,笔者以为,译为“准则(原则)”更符合文中所阐明的意思。

则比较容易得到社会认同。

第四,法律职业,这一要素对于集团诉讼的运行至关重要。小岛武司教授指出:“人们对法曹(司法界)的信赖是集团诉讼成长的关键。对法官的信赖可以排除人们对广泛且具有弹性的裁量权授予的猜疑和抵抗。对诉讼的主角——律师的信赖与对法官的信赖具有同样的重要性。”[12](P78)如前所述,对法官的信赖与司法的权限和能力问题直接有关,如果社会对司法拥有巨大裁量权的正当性和合理性缺乏认同,则集团诉讼不仅难以实现期待的社会功能,而且会给司法机关带来巨大压力,并给正当程序带来无法承受的影响。至于律师的作用,则更是集团诉讼成败的关键。其中涉及的问题极为复杂,主要是:

首先,集团诉讼存在巨大的风险、并需要付出极高的成本,如果由当事人自行承担,则集团诉讼的利用率必然极低,对其社会功能的期待就可能落空。而如果由律师承担集团诉讼的风险,即采用胜诉酬金方式,将对集团诉讼起到极大的激励作用,但由此会产生一个两难困境:如果不给予律师充分丰厚的回报,他们不仅不会积极发动集团诉讼,甚至可能成为阻碍其应用的力量;而如果集团诉讼获得的赔偿或补偿大部分落入律师的钱袋,则其正当性就值得怀疑。

其次,集团诉讼滥用的最大可能性恰恰来自律师,不仅美国律师获取胜诉酬金受到公众的质疑,德国团体诉讼中律师的滥用也曾受到社会的高度警觉和抵制。因为,律师积极启动或参与传统的律师职业道德规范及社会公序良俗相违背,如果任其发展,就会鼓励律师和社会的一部分人将诉讼作为生财之道,从而彻底颠覆法律程序的公平和社会正义的准则。

最后,由于律师个人的利益与集团诉讼息息相关,以至于人们无法将其公益性、正义性与其获动机加以区分。一些律师以社会公益的名义发动的集团诉讼尽管并非没有公益色彩,但也可能实际上是变相的个人宣传和广告,这种做法不仅破坏了传统的律师职业伦理,也会无形中使真正的公益诉讼蒙上了可疑的色彩,这样就难免会招致社会的怀疑与警惕。

比较法学家盖茨认为,集团诉讼“受欢迎是不无道理的,它是美国的法律天才们最具特色的成就,使接触到美国法律的众多法律专家有一种全新的感觉。但我仍旧认为脱离美国特有的环境将集体诉讼移植到欧洲,不进行相当程度的修改是绝对不可能的。因为这些欧洲国家只有与美国一样建立一系列环境:(1)律师不怎么反对诉讼对象拥有管理者似的利害关系;(2)提供优厚的条件,(当事人代表)胜诉时律师可获得很大的利益;而且(3)(当事人代表)败诉时,也并不让律师或集体承担对方律师的费用,才可能使集体诉讼产生与美国同样的效果”。[2](P95)尽管作者以极其谨慎的措辞避免对美国集团诉讼的批评,但是实际上,这些问题正是美国国内对集团诉讼及其滥用的主要反对意见。而欧洲大陆国家一般法律职业自律严明,法律服务受到国家监控,律师揽讼和广告宣传被严加禁止,律师收费依法明码实价,既不可能允许律师主动出击、寻找当事人启动集团诉讼,也绝不可能听任胜诉酬金玷污司法活动和法律职业的清明。

胜诉酬金对于集团诉讼的激励作用是不言而喻的,虽然欧洲大陆由败诉方承担诉讼费用的激励机制也具有相同的作用和意义,但是,相比之下胜诉酬金受到的道德批判异常激烈。在美国,胜诉酬金使律师受到巨大利益的有力刺激,去谋求最大数额的金钱,也造就了很多一夜成为百万富翁的人,一些对此深恶痛绝的法学家认为,律师才是集团诉讼的最大受益者。<sup>①</sup>从1970年代开始,美国就尝试限制集团诉讼律师的获酬比例,为此还进行过若干著名诉讼,由于法院最终支持律师有权按约定获得胜

<sup>①</sup>“胜诉酬金使律师从经济上到心理上都成为诉讼的主导,这给予他们强有力的诱因,使他们按照自己期望的方向去强求和修正当事人的态度和记忆。在集团诉讼中,当事人逐步被搁置一旁,只有姓名被使用。结果,律师以一般私人代理的名义,可以完全和公开地代表他们自己,为了意识形态或利润,或兼为二者而开始诉讼。……胜诉酬金的扩大无限加剧了律师滥用的诱因。诱惑使律师一次又一次地把一部分制度弄乱,以得到当事人的权利。集团诉讼及其他类似策略的更广泛的利用,意味着更多的律师在没有与当事人商量的情况下活动”。See Walter K. Olson, *The Litigation Explosion: What Happened When America Unleashed the Law-suit*, Truman Talley Books, Dutton, 1991, p. 66, p. 259.

诉酬金,因此,这个问题迄今并没有任何转机,以至于2005年集团诉讼公平法案不得不再次对此进行规范。由于这种情况客观存在,各国对律师参与集团诉讼的代理权、特别是和解权限及其收费方式进行了长期的探讨,曾提出过各种方案,似乎并没有哪一个方案能够有效地解决这一难题,然而相比之下,德国采用的由败诉方承担诉讼费用的方式,在同样可以达到公平、降低“维权”成本的前提下,造成的法律职业道德危机则相对小得多。

我国很多学者主张引进胜诉酬金制度,以鼓励集团诉讼的进行。实际上,我国法律并未禁止律师采用胜诉酬金方式(即风险代理)代理诉讼,在经济纠纷诉讼和仲裁中,这种方式甚至较为常用。然而,在一些采用风险代理的侵权诉讼案件中,已经出现了与其他国家类似的争议和质疑。<sup>①</sup>毋庸置疑,胜诉酬金具有使当事人无需承担诉讼费用和风险、有利于弱势群体寻求司法救济的重要意义,但是其特有的律师获利动机、鼓励诉讼、违背律师职业伦理的弊端也非常明显。在律师职业社会公信力较低的情况下,当事人和社会公众对此的怀疑和道德批判会更加强烈。针对不同的诉讼、不同的当事人确实可以尝试性地采用这一方式,但是如果将其作为一种以集团诉讼相联系的制度配套采用,则必须极其谨慎。中国社会和法律职业自身之所以对胜诉酬金并没有明显的警惕与抵制,不仅在于其尚未在侵权诉讼中普及,更主要是由于中国律师职业伦理本身尚未真正形成、行业自律程度较低。<sup>②</sup>然而,在社会对法律职业评价低的情况下,对胜诉酬金的腐蚀作用更应提高警惕。与其采用胜诉酬金作为集团诉讼的激励机制,不如更多地从法律援助的角度加以建构。因为,法律援助以事先审查当事人的诉讼主张是否具有胜诉可能性或合理性为前提,既有可能帮助弱势群体获得司法救济,亦有可能筛除、至少是不鼓励那些不必要的诉讼。同时,也可以考虑在群体诉讼中,确认强制律师代理制度(即将律师代理作为诉讼程序的必要条件),将律师费计入诉讼费用,由败诉方承担。

除了以上各种因素之外,集团诉讼的制度设计和运行实践在不同的社会条件下还可能会有更多的选择和结果。比较法学的实用功能就在于在制度建构和论证时将每一种要素加以充分的考虑和比较,对应社会需求和现实条件进行论证分析。

#### 四、经济全球化背景下的集团诉讼

国际法学界清楚地认识到,集团诉讼是一个极为复杂的问题,其中体现了不同的文化、伦理、社会观念、法律与政治价值观、以及不同的心理因素在如何保护集体权利问题上的多方面的冲突。面对这些困难,需要更为广阔的视野,并应寻求更有效的替代性途径加以解决。[13](P405)而且,集团诉讼仍然处在发展过程中,其实践结果和人们对它的认识还远未结束。比较法视野中的集团诉讼问题应该是一种面向现实、促进法律发展和改革的研究,需要以一种动态和全局性的视角来分析其发展趋势和规律。在研究集团诉讼问题时,既需要关注各国的历史传统和法律文化,又需要密切注意时代的发展给人类社会带来的共同挑战和趋同的契机。在今天的经济全球化的时代,面对共同的课题,每个国家都不能孤立地仅仅考虑国内的传统和体制,而必须采取积极的态度参与国际合作。经济全球化背景下的集团诉讼问题主要包括以下方面:

①例如,首先开创采用风险代理方式为深圳农民工打工工伤赔偿官司著称的重庆律师周立太,与当事人约定在胜诉后收取约占赔偿金30%的报酬,但由于几乎所有当事人在胜诉后都拒不支付约定的报酬,因而,他不得不在2004年将其当事人告上法院。此前,已经有多起类似诉讼诉至法院。由于在这些案件中当事人获得的死亡伤残赔偿、补偿或工资都涉及其生存问题,并属于法定的赔偿范围,理论上无论有无律师代理,当事人的主张都应得到支持。在这种情况下,法院虽然认为当事人应该信守承诺,但一般都不支持律师按约定获得全额报酬(风险代理费),而是酌情要求被代理人支付合理费用,或者促成双方达成和解。

②众所周知,中国社会对法律职业整体的道德评价非常之低。法律职业之间的利益共同体成为司法腐败的原因,也成为公众最为深恶痛绝的现象。司法部和最高法院承认,近年来,一些律师在诉讼过程中与司法人员形成不正当关系,特别是出现了个别律师违反执业纪律,损害当事人利益,甚至违法犯罪等问题,严重损害了司法权威,影响了司法公正。为此,2004年3月最高人民法院和司法部联合发布了《关于规范法官和律师相互关系,维护司法公正的若干规定》加以规制。

首先,生产的集团化使得一些大规模跨国企业造成的集团性侵害可能迅速成为世界性问题,近年来的一些涉及食品安全、医药安全和产品质量问题的事件,由于与跨国企业有关,几乎牵涉到世界上每一个国家的消费领域。一些跨国界的环境污染、移民、人权保护等方面的问题,可以通过国际性或地区性合作的方式制定原则、规则、标准,创建多边合作的处理机构和纠纷解决程序实现更有效的处理解决。一些国家行之有效的技术标准、管理措施、归责原则、救济方式也可以成为世界各国的共同财富,相互借鉴。例如,近年来国际消费者保护和产品责任方面的一些法律原则、规则和制度,如产品召回、消费警示、投诉反馈机制等,已经为世界各国普遍施行。集团诉讼问题无疑也是国际合作中的一个重要领域。

其次,经济全球化的另一种结果是一些发达国家的跨国公司经常将其生产过程的危害或风险从国内向发展中国家转嫁,使得集团性侵害发生转移。而由于发展中国家的标准和技术往往低于发达国家,这就事实上造成了发达国家的消费者权益、环境和劳动者权益保护程度明显高于发展中国家的不平等结果。在这种情况下,如何平等地主张权利、寻求救济,就成为当代世界各国需要共同努力解决的问题和法律的目標。国际社会也应该更加关注如何在增强跨国企业法律责任的同时,对发展中国家增加法律援助和支持,促进权利保护的平等,在处理解决集团性侵害的救济方面,相对于受害者个人或群体的努力,更应强调政府的责任。

最后,经济全球化背景下的国际合作,应该具有广阔的视野和开放的态度,无论是旨在停止侵害和事先防范,还是寻求事后的损害赔偿和救济,都有必要纳入国际合作的视野。具体的方案:一方面,应该努力寻求多元化的途径。无论是行政监管和调控措施,还是司法救济及司法审查,以及其他社会化和民间性替代性机制等,都应在共同目标下相互协调、形成一个功能互补的多元化机制。另一方面,通过共同研究,有可能对各种制度之间的利弊、功能、价值和成本等方面进行更客观全面的分析,使各国可以在总结吸取其他国家的经验教训中寻求共识,乃至形成相对接近和具有可行性的统一方案。今后的重点在于,促进集团诉讼制度和程序适应社会发展的需要不断完善和进步,同时采取有效的措施防止集团诉讼的运作不致失控和被滥用。

比较法及法社会学研究的最终目的是服务于现实、解决实际问题。无论如何,这种研究及其结论都必须建立在对本国实际问题的深入考察和认识的基础上。中国的群体性诉讼也属于当代世界集团诉讼问题研究的组成部分,各国的经验教训同样应成为我们的资源和财富。在此基础上,更重要的是对中国群体性纠纷和代表人诉讼的现实和司法实践,以及有关法律制度进行实证性和对应性的研究,并结合比较法的研究成果进行分析,提出意见和建议。<sup>①</sup>

#### 参考文献:

- [1] [日] 大木雅夫. 比较法 [M]. 范愉译. 北京: 法律出版社, 1999.
- [2] [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.
- [3] Thomas D. Rowe. Foreword [J]. Duke Journal of Comparative & International Law, 2001.
- [4] Mertens. Kollektivrechtlicher Schadenersatz als Mittel des Verbrauchers - chutzes [J]. Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht, 1975, (438).
- [5] H. Koch. Kollektiver Rechtsschutz im Zivilprozess [J]. Die class action des amerikanischen Recgts und deutsche Reformproblem, 1976, (83).
- [6] [日] 上原敏夫. 团体诉讼与集团诉讼研究 [M]. 东京: 商事法务研究会出版, 2001.
- [7] Scott. Two Models of the Civil Process [J]. Stanford Law Review, 1995, (937).

<sup>①</sup>有关中国群体性诉讼和代表人诉讼制度的实证研究和分析, 参见范愉:《集团诉讼问题研究》, 北京大学出版社 2005 年版, 其中第六至第八章, 通过规范分析、实证研究、案例分析和比较研究对中国有关制度、司法政策和司法实践以及近年来的发展动向进行了较系统的分析, 并针对存在的问题提出了具体的意见和建议。此外, 有关集团诉讼制度的理论、世界各国相关制度等更详细的分析和资料, 亦请参阅该书。

- [ 8 ] [美] 克里斯托弗·沃尔夫. 司法能动主义——自由的保障还是安全的威胁? [M]. 黄金荣译. 北京: 中国政法大学出版社, 2004.
- [ 9 ] [美] 史蒂文·苏本, 玛格瑞特·伍. 美国民事诉讼的真谛 [M]. 蔡彦敏, 徐卉译. 北京: 法律出版社, 2002.
- [10] 范愉. 诉讼的价值、运行机制与社会效应 [A]. 北大法律评论: 第1卷第1辑 [C]. 北京: 法律出版社, 1998.
- [11] Walter K. Olson. The Litigation Explosion : What Happened When America Unleashed the Lawsuit [M]. Truman Talley Books, Dutton, 1991.
- [12] [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.
- [13] Michele Taruffo. Some Remarks on Group Litigation In Comparative Perspective [J]. duke journal of comparative & international law , 2001.

[责任编辑: 于 宏]

## **A Study on the Issues of Class Action: An Analysis from the perspective of legal sociology**

**FAN Yu**

(Law School, Renmin University, Beijing, 100872)

**Abstract:** Class action is an important legal and political problem which is paid attention to by the contemporary whole world. However, the attitude, policy, institutional arrangement and practice concerning it are quite divers and plural in different countries. From the perspective of functionalism, this article discusses the possibility of solving the same problem through various legal systems, analyzes the diversity of the solutions to settle the class disputes in different contexts, compares the social conditions of the performance of class action and explores the possibility to conduct transplant from the point of view of judicial system, litigant culture, legal skill and the development of economy and society, and points out the significance of class action in the background of economic globalization and the policy standpoint that the countries should have. Reflecting on the problems of class action in China, this article holds that the social reality should be adequately considered, the straight transplant of some institution should be avoided, the alternative dispute resolution should be applied, and the plural way of thinking should be adopted to meet the social demand for solving disputes and to deal with the challenges of economic globalization.

**Key words:** class action; civil litigant procedural; comparison from the perspective of functionalism; group dispute