



上海市学术著作出版基金

变迁社会中的群体诉讼

王福华 著



上海世纪出版集团



上海市学术著作出版基金

变迁社会中的群体诉讼

王福华 著

世纪出版集团 上海人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

变迁社会中的群体诉讼/王福华著. —上海:上海人民出版社,2011

ISBN 978-7-208-10075-6

I. ①变… II. ①王… III. ①民事诉讼法—研究
IV. ①D915.204

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 131369 号

责任编辑 于力平

变迁社会中的群体诉讼

王福华 著

世纪出版集团

上海人民出版社出版

(200001 上海福建中路 193 号 www.ewen.cc)

世纪出版集团发行中心发行

上海商务联西印刷有限公司印刷

开本 635×965 1/16 印张 24.25 插页 4 字数 309,000

2011 年 7 月第 1 版 2011 年 7 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-208-10075-6/D·1913

定价 45.00 元

个人撬动制度改革的支点(代序)

在社会变迁中,会涌现大量的新型纠纷,其解决往往与规范和权利的形成结伴而行。在这类纠纷中,最突出的是群体诉讼,特别是与公益有关的那些案件,涉及面极广,牵动政府和人民的关系以及众多当事人的敏感神经。群体诉讼的妥善审理,与关于社会稳定的基本共识能否存续有关,也与围绕规则的多边博弈如何定局有关,势必在相当程度上左右制度创新的进程。因此,王福华教授的新著《变迁社会中的群体诉讼》选题很到位,具有重要的学术价值和现实意义。

这本书思路清晰,篇章安排得十分紧凑,无论在形式上还是在内容上都做到了结构致密。尤其值得注意和应该给予适当评价的是,作者对群体诉讼的问题状况和技术诀窍了然于胸,在论述上如剥春笋,层层递进;如抽蚕丝,绵绵连贯,给人以阅读快感。特别是针对群体诉讼面临程序保障不足的困境所提出来的制度应对举措,例如替代方法优先原则以及程序选择权在“选择退出”与“选择进入”方面的不同制度设计的全方位比较分析,能够给人以不同程度的启迪。

借此机会想就一个概念的文字表述进行一点商榷。本书以及国内大量论著或许受到日美术语的影响,把当今社会不断涌现出来的新型纠纷说成“现代型纠纷”,与此相应,还有“现代型诉讼”的表述。只要界定清楚了,这本来是无可非议的。但问题是在中国的语境里,“现代型”或者“现代”以及“现代化”都具有特定的含义,与市场化、产

业化、法制化、自由竞争、市民社会的拓展、个人权利的保障等互为表里。这样的概念内容在日文里是用“近代型”、“近代”、“近代化”等词语来叙事的。

而日文的“现代型”则指称私法的公法化、去产业化、法律的政策化、围绕审判的社会压力集团活动、诉讼创制权利、法官造法、迈向司法国家等现象,在中文的脉络里属于“后现代”或者“当代”的范畴。王福华教授似乎已经意识到这一点区别,所以关于经济转型和社会转型的表 1.1 中,只采取了“传统社会与非传统社会的生产模式”的用语,颇有更侧重近代与现代的连续性的意思。至于最终究竟如何定义和使用“现代”的表述,这当然是学者的自由,只要不会引起概念理解上的混乱、在文本中能够一以贯之、逻辑自洽即可。

在日本的语境里,“现代型诉讼”理论的提出,有两位学者居功厥伟。一位是法哲学界的领军人物田中成明教授,他以公害诉讼中法官在形成政策、权利以及规范方面的作用以及相应的制度变化提炼出关于法律体系的三类型模式。另一位是法社会学界的领军人物棚濑孝雄教授,他从小额受损者自诉案件以及围绕审判的市民运动之间的接合部看到司法参与的深远影响以及个人通过讨价还价的谈判推动制度变迁乃至重新塑造社会结构的契机。这两种学说与民事诉讼法中的程序保障论和交涉论互相作用,促成了一种新型当事人主义的抬头。在这个过程中,小岛武司教授从比较法和诉讼制度的角度,对实验诉讼、示范诉讼、群体诉讼、公益诉讼以及法院内外的纠纷解决机制进行了全面而深入的分析,提出了很多集大成的精辟主张。

王福华教授以诸如此类的学说谱系为主要线索,与美国、欧洲、我国港台地区以及内地的相关法学研究成果互相参照、取长补短,结合本国的法律规定和司法实践的大量素材,进一步推动了对群体诉讼的深入探讨。第三章考察了作为个人撬动制度改革支点的群体诉讼在中国所面临的困境,从案件管理能力、法官考评机制和回避责任动机、维稳的政策考量、现行民诉法的代表人诉讼条款的缺陷以及相

关理论研究的滞后等不同侧面剖析制度陷于空转的原因,特别指出了立案审查在拆分代表人诉讼方面的过滤功能。由于作者有在法院从事实务工作的经验,对现状的批判往往让人感到鞭辟入里的力量,对中国式制度设计的优劣长短的评判也很中肯允当。

本书对社会转型期间的两种典型的群体诉讼——环境群体诉讼和消费群体诉讼——做了具体的阐述,其中公害赔偿额的计算和分配的部分非常有趣,但似应从不同的视角来透视问题,更详细地讨论有关的法律判断标准和程序技术。

众所周知,制度派经济学的泰斗罗纳德·科斯曾经对作为公共物品的环境以及公害问题进行过详细的讨论,他认为只要设定环境使用权,明确环境的使用权究竟属于谁,那么即使没有政府介入(包括以支付环境补贴和征收环境税之类形式的介入),环境污染问题也有可能得到解决。因为只要设定环境使用权,环境污染者与受害者之间就会出现基于这种权利的讨价还价或者谈判,而谈判的结果将实现社会预期的状态。在群体诉讼中,这种围绕环境使用权的交涉如何展开是考虑赔偿问题的前提条件,不得不加以重视。

当存在交易费用时,群体诉讼中个别谈判的代价将变得非常高昂,何况自由的谈判也并不一定就导致社会效益最大化。对于像大气污染、海洋污染、温室化这样的环境问题,加害者与受害者事前谈判是不可能的,也不妨理解为交易费用无限大。因此,从法律的观点来看,一般可以说,让拥有预防损失的最廉价手段的主体来负担损害,将更有助于社会效益最大化,也更能在纠纷处理上删繁就简。这意味着群体诉讼的当事人协商存在一定的边界,在那里需要由法院来进行利益权衡和适当判断。

而从寻找“最廉价损害回避者”(cheapest cost avoider)的角度来看,判断具有最廉价手段却没有承担预防责任的过失标准非常重要。何况与环境使用权的设定相应的法律问题是侵权行为制裁,是追究污染者的责任,也涉及过失标准。在这里,美国联邦高等法院第

二巡回审判辖区的伦得·汉德(Learned Hand)法官提出的关于预防事故的主观动机的公式实际上也为判断企业责任中的过失确立了重要的标准。汉德法官认为,责任问题可以根据以下三个变数来把握。即损害的可能性(P)、产生损害的数额(L),以及预防损害的费用(B)。P乘以L就是可预测损害额。因此,当P乘L(可预测损害额)大于B(预防损害的费用)时,被告可以视为有过失。反过来,如果可预测损害额小于预防损害费用时,被告就是无过失的。

以上述程序安排、基本原则以及具体的判断标准为背景再来看环境群体诉讼中的赔偿额计算工作量以及作者关于平均计算的技术性建议,就可以对简化举证责任和实行等量赔偿的观点有更深入的理解,也将产生更会心的赞同之意。不言而喻,这种“得寸进尺”的高标准、严要求,充分体现了我对王福华教授在民事审判领域开拓新局面以及推动对群体诉讼的跨学科研究的巨大潜力的信心,其实也表达了我对他今后在把民事诉讼法学和法社会学结合起来的基础上取得更加辉煌的成就的一种殷切的期待。

是为序。

季卫东

2011年1月28日写于鹿鸣苑

目 录

个人撬动制度改革的支点(代序)·····	1
第一章 变迁社会中的现代型纠纷·····	1
第一节 社会转型与新型纠纷·····	1
第二节 现代型诉讼·····	13
第三节 寻求理论支点·····	29
第二章 现代群体诉讼制度·····	46
第一节 团体诉讼·····	49
第二节 选定代表人制度·····	59
第三节 集团诉讼·····	66
第四节 各群体诉讼形式间的差别·····	73
第三章 欧洲的新经验·····	87
第一节 发展概述·····	87
第二节 欧洲特色·····	92
第三节 各国制度创新·····	98
第四章 中国式困境·····	116
第一节 立法演进·····	116
第二节 法院方面的障碍·····	119

第三节	群体权利保护	139
第四节	总结	143
第五章	集团诉讼目的	150
第一节	权利救济	150
第二节	程序保障与行为矫正	157
第三节	个人自治	163
第四节	我们的目的	167
第六章	优越性衡量	178
第一节	诉讼经济原则	179
第二节	程序保障原则	184
第三节	替代方法优先原则	188
第四节	程序可管理原则	193
第五节	简单的结论	197
第七章	代表人资格	205
第一节	排除利益冲突	205
第二节	代表的充分性	210
第三节	代表的典型性	215
第四节	借鉴意义	221
第八章	塑造集团	230
第一节	集团成员认定机制	230
第二节	认定集团的方法	236
第三节	程序选择权	241
第四节	确定集团的标准	247
第五节	立法比较	253

第九章 群体诉讼费用	263
第一节 费用机制与程序动力	263
第二节 费用负担的诉讼控制	272
第三节 费用的裁判性转移	278
第四节 我们的费用问题	284
第十章 群体成员权利保障	297
第一节 美国经验	297
第二节 美国问题	303
第三节 保护措施	306
第四节 借鉴意义	312
第十一章 如何向集团赔偿	318
第一节 确定赔偿额的方法	319
第二节 整体性估算	325
第三节 整体性分配	331
第四节 借鉴的可能性	336
第十二章 社会转型中的两类群体诉讼	344
第一节 环境群体诉讼	344
第二节 消费群体诉讼	357
第三节 总结	371

第一章

变迁社会中的现代型纠纷

第一节 社会转型与新型纠纷

一、社会转型与纠纷解决文化的转变

通常意义上的社会转型是社会从一种形态向另一种形态的过渡,是一个通过社会经济、政治、文化的重新组合而使社会走向现代化的过程。我国当下语境中的社会转型,则往往特指 20 世纪 70 年代末以来的计划经济向市场经济的经济体制上的转变,及社会结构上由农业的、封闭的社会向工业的、城镇的、开放的现代型社会的转型。社会转型是一个宏大的课题,政治学、经济学和社会学的学者已有诸多体系性研究。^[1]

改革开放后,我国从计划经济迈向了市场经济,这一过程具体表现为经济的自由化、市场化、民营化和国际化。经济转型(Economic Transition)在客观上消解掉了人身束缚、特权和等级等纵向依附型人际关系,人从束缚人身体制中解脱出来,社会结构也不再是传统上以道德连缀起来的私人网络。现代法律文化也出现了异动倾向,由传统国家主义转向权利本位、自由选择、机会平等、民主参与和多元互动,趋向宽容,以及自由、平等、权利、公民、民主、理性、程序、宽容,^[2]中国的纠纷解决文化也悄然发生了变化;经济自由带来的人际关系契约化,现代化过程中的市场、资本主义、个人主义、物质主

义、消费主义、民主、自由、人权以及法治等取向,深刻地改变了人际关系,人们之间的社会差别增大,独立意识和自我意识的增强,人际关系趋于淡化,契约化倾向明显。纠纷不再拘泥于一定的地域和民族界限之中,纠纷解决中人际关系的核心也倾向于寻求带有普遍性、明确性和可预测性的规则,而不是单纯的情与理,等等。案件类型复杂化、诉讼大型化特点突出。

传统民事案件类型仅限于婚姻、家庭、相邻、人身伤害等少数几个领域,当事者都共同居住在小范围的地域内,属于熟人社会,彼此间有长期的关系且很多情况下将不得不保持这种关系。因为有这种特点,纠纷的解决常常意味着原有关系的恢复、维持或至少是当事者和平地继续共处。为了达成这样的结果,与其把具有外在强制性质的判决作为处理目标,不如尽量说服当事者自发地结束争议。同时由于必须顾及当事者的长期关系,不仅处理结果不能就事论事,要照顾周围和将来,而且处理的过程和程序也不能拘泥于形式。^[3]其次,在纠纷处理的目的在于防止矛盾、维护社会治安的前提下,很难要求当事人负担处理纠纷的费用和成本。

与我国法律文化的转变相适应,随着社会发展的日益现代化人们之间的社会联系比过去更加广泛,冲突的点和面也在增加和拓展,纠纷形态由此呈现大型化特点。所谓纠纷的大型化,是指纠纷所涉及的利害关系人人数众多以及争议数额巨大,这样的纠纷主要发生在消费服务领域、集资投资领域、环境污染领域以及标准合同领域。这些纠纷一旦纳入诉讼解决程序,既给司法机关带来审判上的压力,也为提高司法的规模效益带来契机,因为,法院可以在整体上一次性解决多数人的民事争议,从而提高诉讼效益。但大型纠纷的出现也给传统民事诉讼程序带来挑战,这种挑战主要源自纠纷双方诉讼能力的非对称性,一方面,这类群体纠纷中一般都是一方当事人为实力强大的企业、集团或社会组织,另一方则是力量弱小的平民、消费者、受害人,等等。由于财力、智力、代理等各方面的巨大差距,导致原告或者受害者虽然

提起诉讼但在维权的道路上仍然困难重重。特别是自我国加入世界贸易组织(WTO)后,社会主义市场经济建设进入了深化改革和完善阶段,民商事纠纷也呈现出大型化、市场化、社会化,甚至是政治化的特点,急需一种新型的理念和制度来支配和保障群体性权益。

二、现代型纠纷

现代型纠纷,也称为现代型诉讼事件,^[4]是指现代社会,产业的规模化导致交通事故、环境污染、产品责任、消费者权益纠纷等规模较大的诉讼事件。这种纠纷是人类进入现代社会后,即物质文明发达和精神文明发展(人们权利意识的觉醒与诉讼制度的完善)共同作用而出现的必然产物。^[5]解决这类纠纷时往往难以从现行的实体法中找到判定依据,而在纠纷发生之初就有政策形成的需求,诉讼结果也会有政策导向功能。

现代性纠纷涵盖了从民事纠纷、行政纠纷到宪法权利纠纷等权利救济领域,这是一个全球范围内的发展趋势。2005年8月,世界法律研究基金会(The Legal Research Foundation)在新西兰以“法律、社会及法院的作用”为主题举办了年会,与会学者们一致认为,现代型诉讼已经超出了传统意义上的民事案件,它已由民权运动拓展到教育权、土著居民的各项权利、反种族隔离、反歧视等人权领域。^[6]这说明新类型纠纷给诉讼程序带来深刻而广泛的影响。与此同时,现代型诉讼在解决现代社会中的产品责任与大众侵权案件方面也发挥了更为显著的作用。例如,美国近十年来通过不断完善、量化集团诉讼的具体程序与实体法规则来对诉讼各方当事人的利益进行不断平衡和调整,并充分强化法院对集团诉讼进程的监督管理职能。从变革后的效果来看,矫正集团诉讼相关缺陷的预期立法目标已经初步实现,集团诉讼机制在实现美国公众小额多数权利公平有效的救济方面,作用也日趋显著。^[7]

三、现代型纠纷在我国

改革开放三十年来,随着社会发展的日益现代化人们之间的社

会联系比过去更加广泛,冲突的点和面也在增加和拓展,纠纷形态也呈现出若干新的特点。与市场经济不断改变人们之间的相互关系的过程相伴随,各种新型侵权纠纷不断发生,各类纠纷呈现出新型化、复杂化和大众化的趋势。^[8]在更深的层面,社会主义市场经济体制的建立冲击了传统民事诉讼的理念和程序,并给我国民事诉讼制度带来调整和改革的契机。从司法实践看,近些年以群体性纠纷为代表的复杂案件日益增多,覆盖了劳资纠纷类、集体经济收益分配类、土地承包和流转类、农村土地征用类、国有或集体企业转制类、城市房屋拆迁类、城市建设规划类、环境污染类、商品房销售类、破产类等十大类。^[9]可以说,有数百乃至上千、上万原告的大型诉讼已经不再是典型的美国诉讼现象,中国仅在资本市场领域近十年来人数众多的小额投资者和消费者因虚假或误导信息要求损害赔偿的案件就呈现出不断增加的趋势,最著名的案件则包括了大庆联谊案、亿安科技案、银广夏案等。

(一) 经济转型与社会转型

与我国经济体制从计划经济到市场经济的转型相适应,政府、公司企业、团体和个人都成为平等的市场竞争主体,形成了个人、组织和政府三大力量平衡市场功能的局面,其中任何一方力量减损都会造成市场功能的失衡,从而影响整个社会的市场秩序。因此而发生的现代型纠纷事件,其最核心的诉求往往在于要求重新平衡市场功能和保障市场有序交易,这样一来,对纠纷的事前的预防和事后的司法救济一样必不可少。特别是,在这个平衡体系中最容易失衡的是个人利益,理应成为权利救济的重点内容。因为,一些新型纠纷以及失衡的个人利益,必然带来相应的诉讼制度的调整和改革,维护市场各方的利益必然成为塑造民事诉讼基本目的的重要因素。

社会转型是现代型纠纷产生的最直接因素。从更大的背景上看,我国正处于一场全球性的巨变之中。实现社会的工业化进一步使人们的思维发生深刻转变,这意味着我们一直以来所遵循的传统

必须为那些作为最有效方式的理性所代替。相应地,我国建立市场经济必然地伴随着社会的转型,社会形态转换是社会各个方面发生重大变化的一个过渡时期,这个过程则又滋生了形形色色的现代型纠纷。利益分化、地方政府职能错位和基层组织社会控制力弱化,在客观上导致大量群体性纠纷。^[10]传统上的人际关系以沉重的义务和负担为社会的主要价值取向,而在现代这种义务指向型的人际关系已经为非个人的短期契约所替代。对传统社会与非传统社会的生产模式之间的差别,美国社会学学者詹姆斯·汉斯林做了如下归纳。

表 1.1 传统社会与非传统社会的生产模式^[11]

传统社会	非传统社会
1. 由家庭成员或同性群体(男性或女性群体)来进行生产;	1. 生产由雇佣工人来完成;
2. 生产在家中、田地及其他靠近家的地方进行;	2. 生产集中在某一专门场所进行(信息社会已出现分散生产的情况);
3. 工作分派依据的是人际关系(男人、女人和孩子依据传统从事特定的工作);	3. 工作分派依据的是协议与培训;
4. 关系是历史形成的(一成不变);	4. 关系基于合约,随着情况改变而变化;
5. 关系渗透方方面面(关系模糊,涵盖生活许多方面);	5. 关系是具体的,协议(即使非书面达成的)使情形具体化;
6. 关系是长期的,常常是终身的;	6. 关系是具体的,依据协议的长短而定;
7. “如何”生产不在评估之列,主题是“我们要继续一成不变地做下去”;	7. “如何”生产要进行评估,主题是“我们怎么做才能更有效”;
8. 假定安排可以无限期地延续下去;	8. 安排要进行定期评估,以决定是继续使用还是有所改变;
9. 评价他人依据的是他们履行各自传统角色的情况。	9. 评价他人依据的是“最终结果”(组织目标)。

改革开放三十年里,跨地域的商品交换越来越频繁,规模也越来越大,进行这种活动可能卷入纠纷的人往往并不是熟人、也不一定存在或必须保持长期的关系。从本质上说,商品交换是一种匿名的非人格的关系,只要服从其一般规则,任何人都可以自由地进入和退出。处理这种活动中发生的纠纷,重点不在于恢复或维持具体当事

人间的友好关系,而在于保持一般规则的普遍性、明确性,以便为参加交换的当事人提供一种可预测性。这意味着纠纷处理的过程和结果不得不在牺牲某种程度的多样性、灵活性的基础上,尽量追求透明度和一般性,而程序本身的相对固定化和解决方式的定型化则是这种追求的表现。同时,处理纠纷的目的也从维持治安转移到形成和保护新的经济秩序。同时由于纠纷的增多,由国家负担费用已不可能,由当事人负担则成为一种必然的选择。再者,原有的价值体系也难以继续维持其稳定和统一,一部分的价值观、道德观受到冲击,新的观念不断出现并引起争议。^[12]一个明显的表征就是传统民事诉讼中的说服教育已非常困难,调解解决在许多情形下难以实现。

但遗憾的是,我国的立法和司法现状还不能完全与传统社会向现代社会转变的进程相适应,因而在解决所谓的现代型纠纷的过程中往往出现失范状态。突出表现为缺乏处理某一类案件的相应的法律规范,当出现这类争端时,法院不受理,而让其他纠纷解决机制处理。^[13]确实,我国的审判机关囿于司法限制主义的传统在解决现代型纠纷方面一直乏善可陈,暴露出传统诉讼体制和诉讼程序难以适应和解决这类纠纷的缺陷。

造成上述司法被动局面,既有制度因素也有政策因素。在制度层面,虽然我国“大政府、小司法”的权力分配格局,与大陆法系司法限制主义可谓不谋而合,但司法限制主义是一种不利于大型纠纷解决的理念。这是因为司法限制主义一直强调,基于国家权力的分立与制衡,法院作为法律的解释者和适用者,与立法机关不同,其主要职责是通过诉讼适用法律,公正、及时地处理个案,以保护私权、解决纠纷。^[14]这也就不难理解为什么大陆法系国家在诉权观上格外重视保护私权,相应地,在实践中也就形成了这样的情况:在整体上解决大型纠纷远不如解决个别案件显得重要,群体诉讼往往就当作共同诉讼,甚至是单独诉讼。

在审判政策层面法院也有回避现实问题的倾向。我国法院一直

在强调要加强敏感案件的研究、解决,对那些敏感性很强的案件的立案受理要十分慎重,以免造成工作被动甚至严重的后果。究其原因,这种逃避的态度也与法院的司法能力和有限的独立地位息息相关。从外部来看,我国审判机关尚不能完全独立于其他机关,法官也不能完全独立于行政领导及同僚;就内部而言,法院在管理上也多有偏颇之处。从结案数量、收取诉讼费等所谓的硬性指标衡量,采纳群体诉讼方式解决纠纷,绝对是一件得不偿失的事情,不如采纳单独诉讼更能带来成效。

据统计,1993—2003年我国群体性事件数量年均增长17%,参与人数年均增长12%。其中,2003年当年的群体性事件就高达6万起,参与人数达307万人。^[15]疏通群体纠纷解决的司法途径已迫在眉睫。但在群体诉讼渠道不畅的情况下,群体纠纷开始大规模流向信访途经,纠纷当事人借助信访来表达集体的利益诉求,形成了颇令各级政府头痛的群体信访现象。自20世纪90年代中期以后,群体信访和矛盾激烈的个体信访不断增长,在2003年引发了持续上升的“信访洪峰”。数据表明:自1993年全国群众来信来访总量出现回升以来,已经持续上升了10年。而全国的信访量统计情况则显示:1990年全国省、区、市和中央机关各部门共受理信访500多万件次,其中上访约130万人次;1995年全国31个省、区、市县级以上党政机关受理的信访量为479万件次,其中集体访约8.7万批次、217万人次;2000年信访总量1024.25万件次,其中集体访为24.58万批次,565万人次。^[16]虽然信访是具有中国法律文化传统的制度,集体信访也不失为是一个群众表达自己的诉求,中央了解民意的渠道,但它还不能被称之为是一种法制化的群体纠纷解决体制,由于其在客观上弱化了司法权威,因而在当代面临着制度化的危机。

(二) 权利意识的觉醒

社会主体的权利意识的觉醒是现代型诉讼的内生因素。现代各国不时遇到这样的困惑,司法实践中常出现很多在立法之初不曾预