

美国消费者集体诉讼初探

钟瑞华

内容提要:美国消费者集体诉讼作为一项主要解决小额消费者争议的法律制度,旨在救济广泛而分散的消费者损害,剥夺经营者的不当收益并防止其继续实施违法行为。本文梳理了这一制度的理论依据、基本功能、主要适用范围及其所采用的救济手段等基本问题,并简要分析了其他国家尤其是大陆法系国家移植该制度的可能性。

关键词:美国 消费者 集体诉讼 法律移植

钟瑞华,中国社会科学院研究生院 2002级民法学博士研究生。

美国的消费者集体诉讼作为一种主要用以解决小额消费者争议的法律制度,旨在救济广泛而分散的消费者损害,剥夺经营者的不当收益并防止其继续实施违法行为。消费者集体诉讼制度在美国的适用非常普遍,对于美国消费者权益保护发挥了不可替代的重要作用。近年来,随着全球范围内消费者保护事业的发展,美国之外许多国家和地区对消费者集体诉讼给予了越来越多的关注,并就其域外移植问题展开了广泛的理论探讨与局部的实践尝试。我国学者虽然对美国消费者集体诉讼制度有所研究,但现有成果不仅对该制度的主要内容缺乏全面深入的探讨,甚至对其主要作为小额诉讼制度的本质也存在重大的误解。本文试图详细梳理美国消费者集体诉讼制度的理论依据、基本功能、主要适用范围及其所采用的救济手段等基本问题,并简要分析其他国家尤其是大陆法系国家移植美国消费者集体诉讼制度的可能性。

一 美国集体诉讼制度概说^[1]

美国的集体诉讼是这样一种程序,它允许被称为“集体代表”的一人或数人代表所有处于类似处境的人集体提起诉讼。也即当被告的某个行为影响了多个人甚至是无数人时,法律允许一个或数个受害者代表所有人提起诉讼,要求损害赔偿。集体的成员可以来自原先就存在的组织,例如,他们可以是一个学校的学生、一个工厂的工人或一个公司的股东;但也可能只是因为被告的违法行为才偶然被联系在一起的,例如众多互不相识的消费者因被告的同一种产品或同一项服务而遭受了损失。

(一)美国集体诉讼的起源和发展

虽然集体诉讼制度最先在美国开花结果,但其渊源却是英国衡平法院的“息诉状”(the bill of peace)^[2]。作为衡平法的产物,“息诉状”允许受到类似伤害的人组成一个团体,代表自己以及缺席的集体成员提起诉讼。美国在早期基本上采取这种做法,但是随着社会经济条件的变革,不仅集团式纷争

[1] 关于美国集体诉讼的具体程序,不是本文关注的核心,此处不拟详细讨论。如有兴趣,可参见民事诉讼法学的有关著作。

[2] “息诉状”是衡平法上的一种诉状。当原告就同一权利可能与不同的人、在不同时间、以不同的诉讼发生争议时,可提出此诉状,请求法院一劳永逸地裁决该问题,禁止他人就同一请求再行起诉。见《元照英美法词典》,法律社,2003。

日益增多,而且这种纷争中所涉及的人数也越来越多,以至于根本无法以全体起诉或全体应诉的方式进行诉讼。为了解决这一问题,美国纽约州在1849年修订《费尔德法典》(*The Field Code*)时就规定:“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。”此为美国集体诉讼制度的肇端。1912年,美国《联邦衡平规则》(*The Federal Equity Rule*)对集体诉讼做了规范性表述。

1938年,美国《联邦民事诉讼规则》(*Federal Rule of Civil Procedure*)第23条规定了集体诉讼制度,但是该规则自颁布之日起就成为各种混乱之源。

到1966年,关于集体诉讼的目的和功能尽管还没有出现统一的和广为接受的理论,但一致的观点认为:历史上用以定义集体诉讼正当性的标准现在已经没有意义,有必要对集体诉讼制度进行反思。^[3]同年美国修正《联邦民事诉讼规则》第23条。这次修正抛弃了1938年规则根据权利性质对集体诉讼加以分类的做法,而改为采用功能性标准将集体诉讼划分为三个类型,并扩大了集体诉讼的适用范围。目前,第23条是人们在美提起集体诉讼的法律依据。

虽然集体诉讼规则的修正并没有马上导致集体诉讼案件的增加,但是到了20世纪70年代,伴随着律师收费胜诉酬金制的采用以及公益诉讼律师和团体的增长,第23条的作用开始凸显。集体诉讼在美国各地如雨后春笋般涌现出来,大量的集体诉讼被提起,其中包括投资人诉讼、平等机会诉讼、大众侵权诉讼、消费者诉讼和环境诉讼,等等。集体诉讼甚至被誉为是“有史以来社会功用最大的救济方式”。^[4]

(二)美国集体诉讼的要件和类型

当前美国集体诉讼制度的法律依据仍是1966年《联邦民事诉讼规则》第23条。根据第23条(a)的规定,提起集体诉讼必须满足的四个条件是:(1)成员众多,已构成了一个集体,要求其必须全体出庭是不现实的;(2)群体成员具有法律上或事实上的共同问题;(3)代表当事人所提出的主张或者抗辩,必须构成其余成员主张或抗辩的典型;(4)代表当事人能够公正妥适地代表所有成员的利益。

此外,若要进行集体诉讼,还必须属于第23(b)中所规定的如下三种情形之一:(1)如果允许个别诉讼,就可能造成各个判决间的相互歧异或者矛盾,为对方当事人造成矛盾的行为准则;或者有可能在诉讼过程中对没有参与诉讼的其他成员的利益加以处分,甚至妨碍他们权益的保护和实现的可能性。

(2)对方当事人特定的作为或不作为将对多数人造成广泛的影响时,法院可以通过终局禁制令或相当于终局禁制令的声明给予救济。在这种形态的集体诉讼中,法院的禁制令及相当于终局禁制令的声明,对于有利害关系的集体可以发挥救济作用。这种集体诉讼在反托拉斯实务中应用很多。(3)集体成员在法律上或事实上具有的共同问题主导了影响单个成员的任何问题,而且,在所有可以采用的争端解决方法中,集体诉讼在公正及有效性方面优越于其他任何方法。这一种集体诉讼的目的在于保证诉讼经济原则,促使众多的小额权利主张者能够迅速、有效、方便地获得损害赔偿。

在上述三种形态的集体诉讼中,第23(b)(2)和第23(b)(3)是1966年改革新增加的。其中第23(b)(2)适用于寻求不作为救济或宣示性救济的诉讼。这种集体诉讼的范式是20世纪60年代和70年代在终止种族隔离政策并实施民权法案中发挥了重大作用的“民权”诉讼,以及20世纪70年代和80年代将宪法和制定法标准适用于监狱、精神病院和福利公寓的“制度性改革”诉讼。其主要的被告常常要么是政府机构,要么是被诉称实施了不公正雇佣行为的公司。1966年通过第23(b)(3)所增加的第二种集体诉讼形态被大家称为是“(b)(3)集体诉讼”,并被认为是1966年改革中具革命性的修正。^[5]本文所指的消费者集体诉讼就属于“(b)(3)集体诉讼”。

(三)美国集体诉讼中的消费者集体诉讼

简单地说,美国的消费者集体诉讼就是指依据《联邦民事诉讼规则》第23(b)(3)所提起的、意在为

[3] Harvard Law Review Association, *Developments in the Law—Class Action*, Harvard Law Review, May, 1976

[4] Abraham L. Pomerantz, *New Developments in Class Actions—Has Their Death Knell Been Sounded?* 25 Bus. Law. 1259, 1970.

[5] Richard B. Cappalli and Claudio Consolo, *Class Actions for Continental Europe? A Preliminary Inquiry*, 6 Temp. Int'l & Comp. L. J. 217, Fall, 1992.

持有小额请求的众多消费者寻求损害赔偿的一种集体诉讼形式。

在美国,若要提起消费者集体诉讼,除了要满足第23(a)规定的四个前提条件外,还必须符合第23(b)(3)规定的另外两个特别要求:(1)共同问题的主导性,即集体成员在法律上或事实上的共同问题,必须优越于集体成员各自的个别问题。这并非要求诉讼中的共同问题与所有成员的个别问题相同,而是要求各个成员必须拥有一个典型的核心问题。这个特别要求的目的在于确保,从诉讼经济上看有通过集体诉讼解决消费者争议的必要。(2)集体诉讼的优越性,其强调集体诉讼在解决具体争端时比所有其他可以适用的制度都更快速、妥适。这一个条件主要是为了将可以通过其他方式解决的案件进行分流,保证法院对集体诉讼案件的可控性,并防止案件的过度积压。第23(b)(3)规定的这两个条件说明,并非任何满足第23(a)四个前提条件的消费者争议都可以通过集体诉讼加以审理,有些消费者争议如产品责任案件就只能通过普通诉讼程序审理。

二 美国消费者集体诉讼的理论依据与基本功能

美国消费者集体诉讼一反通过个别诉讼解决权利争端的传统做法,而利用行政色彩极强的集体诉讼程序大量审理消费者争议,其理论根据何在?具体制度价值又何在?

(一) 消费者集体诉讼的理论依据

虽然人们目前多从经济效益的角度论证美国消费者集体诉讼的合理性,但是,必须看到的是,美国消费者集体诉讼的最初根据却是“任何人不得通过自己的违法行为获利”的衡平法思想。强调这一点对于我们认识消费者集体诉讼在解决小额消费者争议方面的功能以及理解消费者集体诉讼所采用的“类似救济”制度至为关键。

作为衡平法上的一种制度,集体诉讼最初产生的动机是迫使违法经营者吐出非法利益并阻止其今后继续进行违法行为。^[6]例如,早在1946年 *Market St Ry. Co. v. Railroad Commission* 案中,^[7]加利福尼亚法院的多数意见就认为:

.....该案所涉金钱,是由对顾客的收费积聚而成,而且这一收费行为也已经被断定非法。

从公正和良知的角度出发,应该将这笔金钱施惠于那些被迫支付非法收费的人,尽管他们自己可能认为没有必要或者不便于主张退还这笔个别看起来很小,积聚起来却数额巨大的金钱。

由此可见,集体诉讼最初所强调的并不是向受害人提供赔偿,而是更注重公平正义观念的维护。

但是,随着集体诉讼制度在美国的发展以及大众性侵权争议的滋生,法院开始日益忽视集体诉讼是反对“不当得利”的措施这一衡平法思想,而发展出了另外一种经济学上的理论依据,即认为将成千上万个权利主张合并在一个诉讼中是为了实现“司法效益”。在这些法院看来,为了有效并高效地处理这些大众性争议,除确认采取集体诉讼程序之外别无他法。^[8]经济计算的考虑甚至一度成为理论界对消费者集体诉讼进行论证的主流观点。^[9]

[6] 转引自 Abraham L. Pomerantz, *New Developments in Class Actions—Has Their Death Knell Been Sounded?* 25 *Bus. Law.* 1259, 1970.

[7] 该案的基本案情是:某汽车公司通过向每一位计程车乘客多收取2美元而获取了巨额的非法收入。但是,当原告所提起的集体诉讼胜诉后,只有2%的受害成员主张自己的权利,因为大部分人认为损害赔偿太少,不值得领取。针对98%的人不领取损害赔偿这一事实,Edmonds大法官在其所撰写的少数意见中说,最高法院不应该“防止乘客将非法收入留给汽车公司”;既然受害的集体成员由于懒惰或者漠不关心而不主张权利,就应该允许违法行为人保留从非法行为收取的款额。但是,多数意见却采取了与此相反的观点。最后,法院将这部分资金判决给三藩市和三藩县,由其用这笔钱改善道路设施——从而保证了施惠于所有的乘客,而不仅仅是那些被多收费的人。*Market St Ry. Co. v. Railroad Commission*, 171 P. 2d 875 (Cal. 1946).

[8] Richard O. Faulk, *Armageddon through Aggregation? The Use and Abuse of Class Actions in International Dispute Resolution*, in Charles E. F. Rickett and Thomas G. W. Telfer (ed.), *International Perspectives on Consumers' Access to Justice*, 2003.

[9] Abraham L. Pomerantz, *New Developments in Class Actions—Has Their Death Knell Been Sounded?* 25 *Bus. Law.* 1259, 1970.

对于这种转变,有学者提出了严厉的批评:“一旦‘司法效益’成为压倒一切的考虑,初审法院就可以只根据关于大众侵权危机的声明而确认采用集体诉讼程序,而既不必要求证明这样的请求确实存在,也不要求存在可以证明权利主张的任何依据。这更加恶化了第 23 条缺乏具体规定的后果。”^[10]该批评意见并进一步认为,这种做法导致法院在没有获得充分信息的情况下就确认采用集体诉讼,从而人为地制造出了很多巨额争议——这些争议使被告处在无法忍受的压力之下,不得不进行和解。鉴于这些集体诉讼对被告所造成的如此巨大的压力,人们将之贬称为“司法敲诈”。尤有甚者,这种诉讼形式的滥用不仅人为地制造了争议,而且更刺激人们以经济计算而不是以是非曲直为根据解决这些争议。^[11]

虽然集体诉讼在客观上具有节约司法资源的作用,并且在解决小额消费者争议、向受害的消费者提供损害赔偿方面发挥着重要的功能,但是,重新关注集体诉讼产生的最初动机即维护公平正义,或许有助于提醒我们更为全面地认识并评价消费者集体诉讼这种所谓的“负价值”诉讼。

(二)美国消费者集体诉讼的基本功能

具体而言,美国消费者集体诉讼的主要功能包括:

1. 直接向受害消费者提供赔偿

消费者集体诉讼的最直接功能就是至少使一部分受害的消费者获得损害赔偿。当然,这是任何损害赔偿诉讼都具有的功能,但是,消费者集体诉讼的特殊之处并不在此,而是在于,通过消费者集体诉讼获得损害赔偿的小额消费者争议通常是无法通过其他程序解决的。其所针对的是这样一种类型的消费者争议:经营者的一个违法行为造成了众多的甚至是无数的消费者的损失,但是每一个消费者的损失又很小,不值得为之进行诉讼甚至主张权利。也就是说,消费者集体诉讼将众多的小额请求合并在一起,允许一个或数个原告代表所有的受害者提起诉讼,从而使这种类型的小额请求也可以通过司法程序得到实现。因此,消费者集体诉讼的一个基本目的或者说直接目的,不仅仅是向受害的消费者提供赔偿,而且是向那些原本不可能通过普通诉讼程序实现的权利主张提供赔偿。其重要之处并不在于向消费者提供了赔偿,而在于,若没有集体诉讼制度的应用,这些权利主张不仅无法实现,甚至都不可能浮出水面,而只是停留在睡眠状态。

2 剥夺不当得利并预防违法行为

现代市场的一个特征是全国性甚至国际性大市场的存在,一个公司的顾客往往遍及全国甚至全球,数量达上百万甚至上亿。其后果之一是,对于公司来说,只要向每一个顾客多收几分钱,或者在产品中稍微做点手脚,就能获得巨大的利润;而从消费者一方面看,虽然明知自己遭受了不公平的对待,但是由于涉及的金额太小,不值得为之浪费时间和精力,更不值得为之雇请律师并诉诸法院,因此往往不加以理会。在这种情形中,如果国家不加干涉,违法经营就会因此获得巨额非法收入。英美衡平法的一个基本原则是,违法者不得从自己的违法行为中获利。^[12]因此,美国的法律认为,在经营者通过向无数消费者施加微小损害而获利的场合,即使不可能向每一个受害消费者进行精确的赔偿,也不得允许经营者保留非法收入。如果法院能够迫使违法者吐出非法收入,虽然具体的消费者可能没有享受到任何直接的利益,但社会整体却因此受益。而且,这样也可以使经营者意识到,为众多消费者造成微小损害的违法行为不再是有利可图的行当,从而可以防止他们在今后继续从事类似行为。消费者集体诉讼就是一种能够实现剥夺非法获利并预防违法行为功能的制度。就此而言,美国消费者集体诉讼不仅仅是实现个体消费者正义的工具,而且还是在缺少公共规制形式情形下控制商业行为的一种方法。

消费者集体诉讼具有剥夺不当得利并预防违法行为的功能,这也就是为什么虽然消费者集体诉讼被称为是“负价值”——为进行此类诉讼花费的成本远远高于受害消费者因此获得的直接收益——的

[10] Richard O. Faulk, Amageddon through Aggregation? The Use and Abuse of Class Actions in International Dispute Resolution, in Charles E. F. Rickett and Thomas G. W. Telfer (ed.), *International Perspectives on Consumers' Access to Justice*, 2003.

[11] Richard O. Faulk, Amageddon through Aggregation? The Use and Abuse of Class Actions in International Dispute Resolution, in Charles E. F. Rickett and Thomas G. W. Telfer (ed.), *International Perspectives on Consumers' Access to Justice*, 2003.

[12] Kerry Bamett, Equitable Trusts: An Effective Remedy in Consumer Class Actions, 96 Yale L. J. 1591, June, 1987.

诉讼,而美国人仍然坚持采用消费者集体诉讼制度的根本原因。

三 美国消费者集体诉讼的主要适用范围

集体诉讼是美国一种基本的民事程序,而并非消费者保护法的禁脔,因此,无论何种类型的民事争议,只要满足了有关的前提条件,都可以依据美国《联邦民事诉讼规则》第23(b)(3)提起集体诉讼。实际上,自1966年以来,先后以此为依据提起的诉讼主要有反托拉斯诉讼、证券诉讼、大众性侵权诉讼和小额消费者集体诉讼。一般而言,有关学者特别是美国之外的一些学者在论述美国消费者集体诉讼时,对于其所解决的争议类型并不严格加以区分,而只是笼统地称为消费者争议或者大众性侵权诉讼。但是,消费者争议具有大小不一、形态多样及案情繁简不同等特征,消费者集体诉讼显然并非适于解决所有类型的消费者争议。因此,为了更好地凸显美国消费者集体诉讼的特色,就有必要关注美国法官到底利用集体诉讼程序解决过或正在解决何种类型的消费者争议。这不仅有助于我们从智识上更好地理解美国的消费者集体诉讼,而且也有益于对这种制度的移植,如果这种移植确是必要且可能的话。

(一) 美国消费者集体诉讼很少被用来解决产品责任案件

声言美国法院很少使用集体诉讼程序解决产品责任案件无疑会令人感觉有点突然,但事实确是如此。美国的集体诉讼在1938年产生时的主要功能就是使那些没有能力或不愿意提起单个诉讼的个人进入司法过程,从而向很多相对较小的损害或伤害提供损害赔偿。因此,《联邦民事诉讼规则》第23条的主要目的是向那些在其他情况下无法获得损害赔偿的个人提供救济。^[13]变化主要发生在20世纪70和80年代,尤其是在80年代,人们在美国各州通过集体诉讼提出了很多大众性侵权诉讼,其中最著名的案件是石棉案(Abestos)、^[14]橙剂案(Agent Orange)、^[15]Dalkon Shield子宫避孕环案,^[16]等等。有两位意志坚强、精力充沛并富有创造性的联邦法官利用第23条规则成功地解决了一些著名的产品责任案。纽约东区法官温斯坦(Weinstein)利用集体诉讼制度解决过“橙剂案”和“石棉案”;得克萨斯东区的联邦法官罗伯特·帕克(Robert Parker)利用集体诉讼解决了发生在其辖区的“石棉案”。^[17]

在大众性侵权诉讼中,虽然基本的目标仍然是向个人提供损害赔偿,但是,集体诉讼的基本模式却发生了改变。一方面,由于法院日益为产生于同一种产品或同一种服务的单个诉讼所淹没,法官开始转而将集体诉讼视为是一种避免因逐个审理而导致的拖延和费用的手段。^[18]另一方面,大众性侵权诉讼所涉的集体及所提供的巨额赔偿也导致了重要的后果:1)“流动补偿”导致了作为管理损害赔偿金手段的基金会的产生。这就需要法院承担有组织的广泛意义上的行政管理活动,包括专门官员的指定、对基金会的控制和规制等。2)在通过公共机构管理成千上万的因同一种产品而提起的诉讼中,产生了“行政化”难题。这显然是尝试借助于规制或立法解决大众性侵权案件的必然结果。3)惩罚性损害赔偿在大众性侵权案件中的大量使用。由于一般认为惩罚性损害赔偿具有威慑违法行为者、防止其继续或重复从事违法行为的功能,所以,也可以认为大众性侵权案件通过重塑违法行为者的行为及影响潜在违法

[13] Michele Tanuffo, Some Remarks on Group Litigation in Comparative Perspective, 11 Duke J. Comp. & Int'l L. 405, Spring/Summer 2001.

[14] 由于石棉中含有致癌物质,很多从事有关行业的工人因此生病。20世纪80年代的美国,有将近20万的工人就此提起索赔诉讼,其中以得克萨斯州情形最烈。

[15] 橙剂是一种用于化学毒物武器的除草剂,因其容器的标志条纹为橙色,故名。1961至1971年间,美军在越南投洒了大量的橙剂以让敌人无处藏身。橙剂的主要成分TCDD是一种强力的致癌剂。从1984年起,超过20万名越战老兵因身受其害而提起集体诉讼。

[16] 许多美国妇女在使用Dalkon Shield公司生产的子宫内避孕器后出现骨盆感染等疾病。数十万妇女为此提起了诉讼,Dalkon Shield公司最后被美国家用产品公司收购,后者拿出23亿美元作为Dalkon Shield产品受害者的补偿基金。

[17] Richard B. Cappalli and Claudio Consolo, Class Actions for Continental Europe? A Preliminary Inquiry, 6 Temp. Int'l & Comp. L. J. 217, Fall, 1992.

[18] 见 Jack B. Weinstein & Eileen B. Hershenov, The Effect of Equity on Mass Tort Law, 1991 U. ILL. L. REV. 269, 288.

行为者的态度而发挥了规制功能。

的确,美国法院基于诉讼经济的考虑利用第 23(b)(3)规定的集体诉讼解决过一些产品责任案件,而且还是一些非常著名的产品责任案件,但是不可否认的是,集体诉讼是否适用于大众性侵权案件,理论上一直存在很大争议。有人认为第 23 条从来都没有打算适用于我们现在所称的大众性侵权,即所谓的突发性灾难诉讼或慢性灾难诉讼案件。^[19]而且,在司法实践中,当美国法官面对重要的个人权利和事实情节高度具体的诉讼请求时,对程序性问题也是非常保守的。虽然存在一些不同的观点,但美国法官中的主流观点仍然认为不应该通过集体诉讼制度审理这样的案件。《联邦民事诉讼规则》咨询委员会曾评论认为,对于大众性侵权诉讼,不适于加以集体诉讼确认。^[20]总之,在美国存在这样一种一致的看法:对于产品责任案件最好是通过特别法定程序解决,而不应该通过第 23 条规定的集体诉讼制度审理。^[21]

事实上,上述所列的几个案件几乎是美国法院利用集体诉讼程序解决产品责任案件的仅有例子。^[22]造成这种现象的原因是,在产品责任案件中,虽然众多消费者因同一种商品遭受了伤害,但是具体的案情却因人而异,以至于受害消费者之间的共同问题根本无法占据主导地位,或者集体诉讼制度无法显示其优越性。实际上,在产品责任案件中,每一个受害者都有一个特别的故事需要诉说,例如,自己食用或饮用了何种产品、在何种时期内消费了这样的产品、造成的后果如何等等;每一个被告也都享有一种宪法性权利,对于针对自己的每一个诉讼请求提出全面的辩护,包括因果关系、混合过错及风险评估等因素。由于产品责任案件中的每一个诉讼请求都具有这种个别性特色,因此,很少有美国的法院愿意通过集体诉讼对其加以审理,尤其是当他们发现多个受害人的共同问题并没有占据主导地位,或者是集体诉讼制度并不优越于其他的争端解决方式,或者是个别原告拥有控制自己的诉讼请求的优先权时,就更不愿意适用集体诉讼制度。只有在特别不寻常的情形中,例如,当被告在面临无数诉讼请求的猛烈攻击而请求破产,并利用联邦法院的破产权力——合并众多的诉讼请求并将公司的剩余资产在权利主张者之间加以分配时,或者当被告自愿设立一个共同基金,使受害者能够通过该基金受偿时,法官才会通过集体诉讼制度解决产品责任案件。

(二)美国消费者集体诉讼的主要适用领域是小额消费者争议

美国的消费者集体诉讼是指当众多的消费者因经营者的同一个违法行为或同一种产品或服务受害,但由于每一个消费者所遭受的损失又很小,因此不值得提起个别诉讼时,而通过集体诉讼程序迫使违法经营者吐出非法所得并为消费者提供救济的一种诉讼制度。它使得那些原本因标的额太小而不可能进入法院的消费者争议可以通过司法程序解决,从而使成千上万的持有“微不足道”的权利主张的受害消费者享受了司法保护,因此,就本质而言,美国式消费者集体诉讼主要是一种解决小额消费者争议的手段。这一点与加拿大、澳大利亚的消费者集体诉讼以及我国一般所指的集体诉讼都存在根本性不同,而这也正是“美国的消费者集体诉讼制度之所以值得特别重视的原因之一。”^[23]

虽然第 23(b)(3)在过去几十年间曾被美国的一些法院用于解决大众性侵权案件,但正如前文中已经指出的,从集体诉讼制度的初衷看,其主要目的是向那些在其他情况下无法获得损害赔偿的个人提供救济。^[24]而到 20 世纪末,小额消费者集体诉讼在集体诉讼中的比例则更是日益增多,甚至有掩蔽一度是美国商业祸根的大众性侵权诉讼之势。^[25]代表消费者提起的集体诉讼,不论其是针对有瑕疵的产品还是针对不适当的或

[19] 例如,见 W. Schwarzer, Settlement of Mass Tort Class Actions: Order Out of Chaos? (1995) 80 Cornell LR 837.

[20] 39 F. R. D. 69, 103 (1966) Advisory Committee's Note (Commenting on the 1966 Amendments to Rule 23).

[21] Richard B. Cappalli and Claudio Consolo, Class Actions for Continental Europe? A Preliminary Inquiry, 6 Temp. Int'l & Comp. L. J. 217, Fall, 1992.

[22] 见 In re Fibreboard Corp., 893 F.2d 706, 712 (5th Cir. 1990).

[23] Geraint Howells and Rhoda James, Litigation in the Consumer Interest, LSA Journal of International and Comparative Law, Fall, 2002. 在我国,无论是理论中还是司法实践中,都从未把代表人诉讼制度视为可以解决小额消费者争议的备选制度。

[24] Michele Taruffo, Some Remarks on Group Litigation in Comparative Perspective, 11 Duke J. Comp. & Int'l L. 405, Spring/Summer 2001.

[25] Edward F. Sherman, Consumer Class Actions: Who Are the Real Winners? 6 Me. L. Rev. 223, 2004.

欺诈性的商业行为,一直如影随形地咬紧生产商,以及保险、银行、金融、信用报告和通讯等服务行业不放。事实上,每一个美国人都曾经是某次集体诉讼的成员,集体诉讼的原因可能是航空公司或 CD 生产商的违法定价,信用卡公司未经许可就收费,电力公司或电缆公司的费率不合适,手机公司的服务不充分,卫生服务提供者不当执业,或者是电脑企业销售的硬件或软件出现故障,等等。

上述所列各种情形的共同特征是:经营者的一个违法行为造成的受害消费者人数众多,甚至可高达数百万人;而每一个消费者的损害又很微小,例如可能只不过是 5 美分。在这些案件中,集体诉讼都是被用来解决群众性消费者问题,帮助消费者实现其小额索赔请求,其鲜明特征就是落实极度分散的群体性小额损害赔偿请求,从经营者处收回其不当得利。这种消费者集体诉讼与通过集体诉讼审理的产品责任案件的不同在于:第一,在产品责任案件中,每一个消费者获得的损害赔偿额很高,而消费者集体诉讼中每一个消费者获得的损害赔偿通常很小;第二,产品责任案件寻求的是人身伤害赔偿,而消费者集体诉讼常常只是要求经营者对经济损失提供赔偿,赔偿的形式可以是退款、对相关损失的赔偿或法定惩罚金。

美国的消费者集体诉讼致力于为消费者群体遭受的小额而分散的损害寻求赔偿,这与其他国家主要通过集体诉讼解决人身伤害问题具有根本性不同。实际上,其他国家模仿美国模式设立的集体诉讼,全部都是针对高额案件的诉讼程序,而不是用于解决群众性的、小额的、极度分散的消费者请求的小额诉讼制度。^[26] 一些法律体系似乎也并不关注美国的这种集体诉讼程序,例如,澳大利亚法律规定,如果由于消费者人数过多并且个人请求的数额微小而造成分配赔偿的成本过高,就可以停止集体诉讼。^[27]

四 美国消费者集体诉讼的“类似救济制度

美国消费者集体诉讼制度的一个鲜明特色是其所采用的类似救济制度。“类似救济”又叫“流动补偿”,是一种通过“次优”方式利用未分配完毕的损害赔偿金的手段。

(一) 损害赔偿金的分配难题和类似原则

在美国消费者集体诉讼中,当消费者集体在集体诉讼中与被告达成和解或获得胜诉时,从被告收取的资金通常被用于支付单个消费者的请求、案件的管理费用以及律师的报酬。但是,事实上,即使集体诉讼的代表当事人尽最大努力地通知所有的集体成员并请求他们提出损害赔偿请求,常常仍然有一部分资金无法分配完毕。^[28] 其原因主要有二:首先,并非能够找到所有的成员并能够通知他们领取损害赔偿,而且一些获得通知的集体成员也并不领取损害赔偿金。其次,每一个消费者所可以获得的损害赔偿是如此之小,以至于通知和分配的费用超出了可以领取的数额或者使消费者只能领取微不足道的金额。总之,无论出于什么原因,剩余的损害赔偿金都使法院和律师面临一个挑战:如何通过最佳的方案处理这些没有能够分配完毕的资金?

正如前文已经论述过的,美国消费者集体诉讼的目标是向受害者直接提供赔偿,剥夺非法收入并预防违法行为。为了迫使被告吐出所有的非法收入,就必须对集体成员的损失进行合并计算;被告吐出金钱后,法院必须决定如何使用这笔钱;公平原则还要求金钱的用途应尽可能地施惠于受害者集体的所有个人,包括没有提出申请的那些人;如果无法直接实现向消费者提供损害赔偿的目的,就应该通过间接

[26] Geraint Howells and Rhoda James, *Litigation in the Consumer Interest*, *LSA Journal of International and Comparative Law*, Fall, 2002.

[27] S. 33M. *Federal Court Of Australia Act 1976*.

[28] 例如,在联邦地区法院审理的 *West Virginia v. Chas. Pfizer & Co* 案中,在通过和解获得 10 亿美元的损害赔偿中,剩余大概 3.2 亿美元无人领取。在 *In re Folding Carton* 反托拉斯诉讼中,联邦地区法院认可了 20 亿美元的和解,最后剩余 0.8 亿美元没有分配完毕。类似的,在加利福尼亚州高等法院审理的 *Vasquez v. Avco Financial Services* 案中,超过 0.1 亿美元的损害赔偿金没有人认领。见 *Natalie A. DeJarlais, The Consumer Trust Fund: A Cy Pres Solution to Undistributed Funds in Consumer Class Actions*, 38 *Hastings L. J.* 729, April, 1987.

方式。类似性救济制度无疑是实现所有这些要求的最佳手段。

“类似”(cy pres)一词源自诺曼底法语中的“cy pres comme possible”,表示“尽可能靠近”的意思。^[29]类似原则(the cy pres doctrine)是衡平法上对法律文件进行解释的一项规则,指如果法律文件按其字面意义生效将成为不可能或者不合法,则可以借类似原则使当事人的目的尽可能地得到实现。^[30]传统上,类似原则主要适用于对遗嘱和慈善信托的解释。根据类似原则的要求,即使立遗嘱者的意愿无法加以精确的执行,也不可以对其完全置之不管;法院应该尽可能地以接近立遗嘱者的真实意愿的方式加以执行。人们一般通过如下例子说明类似原则的具体运作:死者生前通过遗嘱将一件遗物捐赠给一所教堂,但是,立遗嘱者死亡之前该教堂就已经被烧为灰烬。于是,法院就把死者的遗物交给了与原来的教堂属于同一个教派的附近的另一所教堂。比起严格持守僵化的字义原则,并因而允许立遗嘱者的亲属获得天外横财来说,这显然更符合立遗嘱者的愿意。

类似原则在消费者集体诉讼中的应用是,当受害的集体成员因为一些原因无法逐个获得赔偿,并且损害赔偿金因此而有剩余时,就可以根据类似原则将利益分配给“次优”的集体。

(二)消费者集体诉讼中的各种类似救济制度

美国消费者集体诉讼中存在四种类似救济制度:政府收缴、降价、主张者分配、消费者信托基金。

1. 政府收缴

处理和资金或损害赔偿资金的办法之一是由各州收缴。具体可采取两种形式:一是法院命令将资金用于特定的目的,从而施惠于与受害集体大致相当的一群人,即“专款专用式”收缴;二是无条件地将资金收归国库,并由政府自由支配。专款专用式收缴不仅可以通过国家现存的机构将资金用于有利于社会大众的项目上而实现分配成本的最小化,而且还实现了防止不当得利和预防违法行为的目的。但是,专款专用式收缴也有危险:无法防止政府将专用资金挪用于其他与最初意愿完全无关的事项上。如果没有办法控制政府对损害赔偿金或和解资金的利用,就会危及专款专用式收缴的有效性。在将资金无条件收归国库的场合,受害消费者因此获得的利益极度分散,甚至都可以忽略不计,所以说,虽然收归国库的方式实现了防止不当得利和禁止违法行为的目的,但并没有实现向消费者提供损害赔偿的目的。在 West Virginia v. Chas. Pfizer & Co. 案^[31]中,美国法院曾采用专款专用式收缴处理剩余的资金。

2. 降价

降价就是要求被告降低其产品或服务的价格,直到所有的非法收入被完全吐出为止。由于与原告类似的一个集体享受了降价的利益,因此降价也是一种有用的类似救济制度。例如,在 Daar v. Yellow Cab Co. 案、Colson v. Hilton Hotels Corp. 案以及 Oakland Raiders v. Office of Emergency Preparedness 案^[32]中,美国法院曾成功地利用了降价制度。但是,降价制度也存在种种问题和不足。例如,消费者为了找到降价的商品而不得不浪费时间和精力,甚至还必须排队等候;可能影响到被告的竞争者而迫使他们也不得不进行降价;甚至可能使许多销售商成批购买降价的产品,然后再以较高的价格出售;被告还可能降低降价产品或服务的质量,等等。鉴于降价具有如此多的弱点,其在消费者集体诉讼中的有用性是有限的。

3. 主张者分配资金

主张者分配资金制度就是允许那些提出权利请求的集体成员按比例全部分配和解资金或损害赔偿金。由于资金在支付了各种开销和律师费之后被所有的主张者分配完毕,因此就避免了资金剩余的问题。但是这种救济方式的内在弊端也是显而易见的,那些提出请求的集体成员将获得意外之财,管理成

[29] E. Fisch, The Cy Pres Doctrine in the United States, § 1000, at 1 (1950). 在集体诉讼中,“流动补偿”有时候被用作“类似的”的同义词;此外,“流动补偿”也专指类似救济制度的一种即降价。

[30] 见《元照英美法词典》,法律社,2003年。

[31] 314 F. Supp. 710 (S.D.N.Y. 1970), aff'd, 440 F.2d 1079 (2d Cir.), cert. denied, 404 U.S. 871 (1971).

[32] Natalie A. DeJarlais, The Consumer Trust Fund: A Cy Pres Solution to Undistributed Funds in Consumer Class Actions, 38 Hastings L.J. 729, April, 1987.

本很高,集体诉讼的代表当事人可能为了自己的利益而阻止其他成员提出权利请求,完全剥夺了未提出请求的集体成员获得补偿的任何机会。因此,主张者分配资金的制度比较适用于那些绝大多数集体成员都提出了权利主张的集体诉讼。加利福尼亚最高法院在 *State v. Levi Strauss & Co* 案^[33]中曾适用了这种救济方式。

4. 消费者信托基金

消费者信托基金是指利用未能分配完毕的和解资金或损害赔偿资金设立的基金。设立消费者信托基金的方式有两种:第一,利用未分配的资金设立新的基金会,并由受托人资助那些有利于受害消费者或与其处境相似的人的项目;第二,将资金提交给现存的组织,由其支持新的或已经存在的造福消费者的项目。后一种方式能够利用现存的组织,因此节省了启动费用并避免了拖延;而且,由于现存组织必须对消费者承担忠实义务,法院又有监督职责,远比将钱交给政府更为保险。在 *Vasquez v. Avco Financial Services* 案^[34]中,剩余的资金就被交给了美国消费者联盟,由其用这些资金从事各种消费者保护活动。

消费者信托基金也存在弱点,例如:第三方获得意外之财,正当程序问题,法院的衡平权,等等。但不可忽视的一个关键事实是,消费者信托基金更容易向消费者提供长久的利益,而不仅仅是一时性的分配和解资金或损害赔偿资金。而且,消费者信托基金制度不仅满足了消费者集体诉讼的三个目的,而且节省了司法资源。因此,与其他类似救济制度相比,消费者信托基金是实现消费者集体诉讼制度和类似性分配救济方式的目的的最佳方式。

(三)对类似性分配制度的批评及回应

类似救济制度的主要优势是它们具有实现三种基本目标的潜能。首先,可以将获得的所有损害赔偿分配净尽,而不需将剩余资金返还给被告。这满足了迫使被告吐出非法收入的政策。其次,类似救济制度的存在使分配资金成为一个可以完成的任务,因此法院更有可能确认集体诉讼并按照是非曲直对其继续加以审理。法院有可能确认集体诉讼,败诉的被告必须吐出所有的非法收入,这两个因素加起来就能够有效地阻止被告继续从事违法行为。最后,类似原则具有通过“次优”方式使用损害赔偿的性质,这就保证了可以利用损害赔偿施惠于尽可能多的集体成员。尽管如此,类似救济制度仍然遭受了基于各种原因的批判。对类似救济制度的批判及相关的回应是:

1. 为某些人带来了意外之财

显然,通过类似制度分配损害赔偿金或和解基金,无法避免第三方获得意外之财的情形发生。美国有的法院以此为理由反对适用类似救济制度。有学者对此的回应是,意外之财并非法律中的禁忌。^[35]事实上,传统上将类似原则适用于立遗嘱人意愿受挫的情形,也导致了某种形式的意外之财,从而使那些没有被包括在立遗嘱人最初计划之中的人获得利益。另外,禁制令、法定最低损害赔偿金、约定违约金、三倍损害赔偿金、惩罚性损害赔偿、股东派生诉讼等许多制度都表明,具有意外之财后果的救济方式仍然得到了人们普遍的认可和接受。上述各种制度的共通原则就是,为了实现所适用的法律的威慑目的并确保向事实上受害的当事人提供赔偿,可以容忍一定的意外之财的发生。

在集体诉讼的救济形式中完全禁止意外之财的存在,将使法院面临三种选择:由可以识别的权利人分配资金;允许将资金返还给被告;驳回起诉。由于第一种方式只不过是意外之财从第三方转移给了提出主张的集体成员,因此并没有解决意外之财的难题。其他两种替代方式则使被告保持了违法得利,而这本身就是意外之财。不仅如此,这些替代性方式基本上都不能处理消费者的冤情,也很难实现消费者保护法的目的。正如一位评论者所指出的,“仅仅以对第三方造成了意外之财就否定或许是惟一

[33] 41 Cal. 3d 460, 715 P. 2d 564, 224 Cal. Rptr. 605 (1986).

[34] No. NCC 11933 B (Los Angeles Super. Ct. Apr. 24, 1984).

[35] Natalie A. DeJarlais, *The Consumer Trust Fund: A Cy Pres Solution to Undistributed Funds in Consumer Class Actions*, 38 *Hastings L. J.* 729, April, 1987.

种能够有效地实现集体成员权利的救济方式,这种做法到底是为了实现何种政策,不得而知”。^[36]

因此,从对这些替代性选择的考察来看,虽然类似救济制度为第三方带来了意外之财,但这只不过是实施保护集体成员的法律所承担的一种“附加但必需的成本”。再说,法院还通过根据具体案件的特殊情况调整对资金的分配,从而保证这种成本是一种“附加的成本”。一位评论者曾建议,在特定案件中确定意外之财是否可接受的适宜标准是,在受害的集体和因类似救济制度获利的人群当中应该存在一种“合理的重合”。^[37]如果打算适用类似救济制度的法官和律师意识到适用类似制度的含义和目的就是要将资金分配于次优的集体,上述所建议的标准将不会造成任何难题。

2 法官衡平权的合法性问题

对于类似性救济制度的第二个批评是:虽然确实需要保护消费者的利益并剥夺违法行为者的非法得利,但是《联邦民事诉讼规则》第 23 条却并没有授权法院提供类似性救济的自由裁量权。^[38]因此,法院这样做就是越权的。

针对这种批评,有学者认为,虽然第 23 条没有明确授权法院提供类似性救济,但是它也没有就所可以采取的救济形式及法院的救济权问题做出任何相反的规定。^[39]在司法实践中,很多法院确实也并没有因为第 23 条缺少明确授权就被束缚住手脚。例如,在 *West Virginia v. Chas. Pfizer & Co.* 案中,联邦地区法院声称,自己有权力采用类似性救济方式并“应该为了所有消费者的利益对所获得的资金进行衡平性管理”。^[40]类似的,联邦地区法院在 *Bebchick v. Public Utilities Commission* 案中也采用了一种类似性救济方式,因为法院认为这是一种“适于实现判决意见的方式”。^[41]

而且,当原告有权获得衡平性救济的时候,联邦法院还可以依据《联邦民事诉讼规则》第 54(c) 实施衡平性救济。在 *In re Folding Carton Antitrust Litigation* 案中,联邦地区法院声明,“广为承认的是,对集体诉讼的管理……将造成新的意想不到的行政性困难。有人警告我们要以灵活而充满想像力的态度回应这些难题。这种警告部分地反映了集体诉讼制度的衡平法起源,其特点是富有创新精神而又不违反既定的原则”。^[42]

3 与联邦制定法和宪法的冲突

有法院还认为类似性救济制度有悖于正当程序原则,并且质疑由流动集体所提起的集体诉讼程序的基本合法性。^[43]例如,在 *Eisen* 案中,威廉·西蒙(William Simon)这样论述自己反对类似性救济的理由:“流动集体中的很多成员——在 20 世纪 60 年代早期没有购买零股而在 20 世纪 70 年代晚期购买了零股的交易者——将从判决中获利,尽管他们并没有因诉称的违法行为受害;其他一些人——在这两个时期中都购买了零股并证明了自己的权利主张的人——则获得了两次补偿。还有很多事实上在诉讼期间受害的人则什么补偿也无法得到。……法院就是利用程序性规则实现了改变实体性法律的后果……这直接违反了颁布这些规则所依据的授权法案。该法案规定,最高法院为地区法院设定的规则‘不应剥夺、扩大、修正任何实体性权利’。”^[44]简单地说就是,西蒙认为,在类似性救济制度中,不是要求被告向受害的单个原告而是向一个庞大的集体支付损害赔偿,而集体中则可能包括一些根本没有受

[36] *Eisen v. Carlisle & Jacquelin*, 417 U. S. 156, 172 n. 10 (1974).

[37] 2 H. Newberg, *Class Actions*, § 10.22, at 385-386.

[38] 479 F.2d 1005, 1018 (2d Cir. 1972), vacated on other grounds, 417 U. S. 156 (1974).

[39] 见 Natalie A. DeJarlais, *The Consumer Trust Fund: A Cy Pres Solution to Undistributed Funds in Consumer Class Actions*, 38 *Hastings L. J.* 729, April, 1987.

[40] 314 F. Supp. 710 (S.D.N.Y. 1970), aff'd, 440 F.2d 1079 (2d Cir.), cert. denied, 404 U. S. 871 (1971), at 728.

[41] 318 F.2d 187 (D.C. Cir.), cert. denied, 373 U. S. 913 (1963), at 203.

[42] 557 F. Supp. 1091 (N.D. Ill. 1983), aff'd, 774 F.2d 1252 (7th Cir. 1984), cert. dismissed, 471 U. S. 1113 (1985), at 1104 (citations omitted).

[43] *Eisen v. Carlisle & Jacquelin*, 417 U. S. 156, 172 n. 10 (1974).

[44] Natalie A. DeJarlais, *The Consumer Trust Fund: A Cy Pres Solution to Undistributed Funds in Consumer Class Actions*, 38 *Hastings L. J.* 729, April, 1987.

到伤害的人。这种政策性转变改变了当事人的实体性权利,因而违反了第23条规则所依据的授权法案。

针对这种批评,有学者认为:类似性救济制度的原理表明,实体性法律的基本政策并没有被改变,原因就在于,法院乃是在无法或不能对可以识别的集体成员提供直接的损害赔偿时才适用类似原则,而且类似原则的目的是在特定案件中向可以辨认出的“次优”集体提供赔偿。这样看来,不仅提供损害赔偿的政策没有动摇,而且将利益给予“次优”的集体也显然比允许被告保留通过违反制定法而获得的利益更能促进损害赔偿目的。^[45]

此外,对于认为集体诉讼侵害了被告的正当程序权利的批判,有的学者回应道,这种观点只关注了被告的意见,而基本上或完全没有考虑到原告的利益,并且忽视了集体诉讼程序的立法目的。^[46]

五 美国消费者集体诉讼的其他难题及其解决

除了损害赔偿的分配难题之外,美国消费者集体诉讼中还存在一些其他难题。它们分别是:

(一) 诉讼费用的来源

尽管集体诉讼通常比个人诉讼在成本上更有效,但集体诉讼仍然是昂贵的。事实上,诉讼费用问题是集体诉讼中最为棘手的一个方面。^[47] 美国解决这个问题的办法是实行胜诉酬金制,即律师只在胜诉的情况下才收取报酬,而且可以收取较高的费用,通常可以高达当事人获得的损害赔偿金额的三分之一。这样,就可以刺激私人律师积极参与诉讼。美国通过胜诉酬金制度,已经大致解决了诉讼费用的来源问题。

事实上,目前大多数国家集体诉讼的融资问题都比美国严重。因此,尽管人们并不情愿完全仿效美国的做法,但仍然普遍存在一种向胜诉酬金制发展的趋势。例如,在英国,胜诉的律师可以收取鼓励金,最高可达其通常收费的100%;在加拿大安大略省,采用了一种不是根据百分比而是根据律师每小时的收费、工作小时数、当事人的数目进行计算的胜诉酬金。

当然,对于胜诉酬金也并非没有异议。一种普遍的批评是,由于胜诉酬金过高,在许多消费者集体诉讼中,最终获利的只是提供法律服务的律师。

(二) 集体诉讼的滥用

美国集体诉讼在寻求小额赔偿的实现并规范经营者行为方面成绩显著,但这也因具有诉讼滥用的弊端而声名狼藉。被滥用的可能性也是许多人对集体诉讼大加鞭挞的借口之一。为了防止集体诉讼被滥用并防止集体成员的利益被出卖,美国的主要做法是法院对集体诉讼程序从始至终进行严格的控制:

1. 集体诉讼程序的适用必须由法院裁定

美国《联邦民事诉讼规则》第23条(c)(1)规定:“法院对于所提起之集体诉讼,是否认可继续以集体诉讼方式进行,应尽快以命令决定。也就是说,法院在对集体诉讼的各种要件进行调查后,应该决定是否可以通过集体诉讼进行。而且,这种决定并非是终局的,法院在进行诉讼的过程中可以随时依职权进行调查,一旦认为不宜于通过集体诉讼进行,就可以停止集体诉讼,而转入其他的诉讼程序。”

2. 对集体成员的通知

美国《联邦民事诉讼规则》第23条(c)(2)规定,对于第23条(b)(3)所规定的集体诉讼形态,法院在裁定可以进行集体诉讼之后,应该“以可能存在之最佳方式通知各成员,包括个别通知经由合理努力

[45] Natalie A. DeJarlais, *The Consumer Trust Fund: A Cy Pres Solution to Undistributed Funds in Consumer Class Actions*, 38 *Hastings L. J.* 729, April, 1987.

[46] Natalie A. DeJarlais, *The Consumer Trust Fund: A Cy Pres Solution to Undistributed Funds in Consumer Class Actions*, 38 *Hastings L. J.* 729, April, 1987.

[47] Klaus Viitanen, *The Crisis of the Welfare State, Privatization and Consumers' Access to Justice*, in *From Dissonance to Sense: Welfare State Expectations, Privatization and Private Law* (1999).

所能发现之成员”。通知方式一般是在新闻报纸上公告、向集体成员集中居住的特别区域通过邮件送达或公告等方式。通知内容包括:被通知之人可以在指定日期前,申请法院将其从此集体诉讼中排除;判决无论有利或不利,均及于所有未申请除外之被通知者;未申请除外的成员,得自行委托律师代理出庭。

3. 诉讼的撤回与和解须法院同意

美国《联邦民事诉讼规则》第23条(e)规定:代表当事人非经法院许可,并将撤回与和解内容依法院指示之方式通知全体成员,不得撤回及和解。这一规定的目的,就是使法院可以对撤回及和解进行监督,防止当事人代表与被告勾结串通获取不正当利益。

(三)通知集体成员的形式

为了满足美国宪法正当程序的要求,美国《联邦民事诉讼规则》第23(c)(2)规定,集体成员应该获得“条件许可的最佳通知,包括对所有的成员分别加以通知,如果经过合理的努力能够寻找到他们的话”。被告律师在这一规定中看出了机会,他们要求严格执行通知要求,试图因此使原告承担事实上无法承担的经济压力,从而达到迫使原告放弃诉讼的目的。Eisen案^[48]充分证明了被告使用这一个策略的有效性。在该案中,被告在应诉之前要求原告支付对受害人进行个别通知和公开通知的费用。他们通知原告的律师说,被告能够寻找到100万个集体成员并能够提供他们的名字,而且被告也非常乐意将这些人的名字免费提供给原告。如果按照被告律师要求进行通知,原告及其律师必须发送100万封信,为此需要支付的费用是20万美元。但是除此之外,被告还指出,对于其他无法“通过合理的努力寻找到”的300万集体成员,惟一的 notification 方式就是在报纸上面面向全国进行公告;当然,为此需要支付的成本令人望而却步。事实上,联邦最高法院在该案中采纳了被告的观点。更为严重的问题是,像Eisen案一样的集体诉讼并不在少数,如果美国法院一以贯之地遵循这种做法的话,第23条规则早就寿终正寝了。

学者们一般从如下两个方面反驳类似于Eisen案被告的观点:^[49]首先,如果在这种类型的案件中屈服于被告的可笑主张,试图对每一个受害者提供精确的赔偿,将导致连“粗略的正义都无法实现”的后果。这显然违背了第23条规则的目的。既然昂贵的通知形式破坏了正义,而合理形式的通知则能够维护受害者的权利,就应该采取简单而切实可行的通知形式。其次,虽然通知程序直接保护的是原告的利益,但也正是由于这一程序的存在,才使法院判决可以扩张及于所有当事人,因而使被告可以享受“一事不再理”原则的保护,所以说被告也受惠于对集体成员的通知。因此,被告也应该支付通知的费用。

美国法院目前的一般做法是,原则上仍然要求原告承担通知费用,但却并不严格遵循“个别性通知”的方式,而是根据案件的具体情况采取比较合理的通知方式。^[50]

总的来看,虽然美国消费者集体诉讼存在种种难题,引发了各种争议,但是经过几十年的司法实践活动,美国法学已经基本上比较成功地解决了集体诉讼中的损害赔偿额的分配和诉讼费用难题,并在很大程度上控制了对集体诉讼的滥用。因此,如果仅仅放在美国的法律文化背景中看,美国的消费者集体诉讼或者说是整个集体诉讼制度都已经发展到成熟阶段;不仅如此,集体诉讼在美国也不再是一个无足轻重的程序,而是提供法律救济的主要手段之一,其重要性略次于披露制度和司法审查制度。^[51]

六 美国消费者集体诉讼移植的可能性

一方面由于消费者集体诉讼在美国获得的相当成功,另一方面由于对消费者保护法有效实施的日益关注,美国消费者集体诉讼制度在其他国家和地区引发了很大的借鉴热情和研究兴趣。

[48] Eisen, 391 F. 2d 555 (2d Cir., 1968).

[49] Abraham L. Pomerantz, *New Developments in Class Actions—Has Their Death Knell Been Sounded?*, 25 *Bus. Law.* 1259, 1970.

[50] 林金吾:《消费者诉讼制度之研究》,司法研究年报第十七辑第十篇,第46、48页。

[51] Richard B. Cappalli and Claudio Conso, *Class Actions for Continental Europe? A Preliminary Inquiry*, 6 *Temp. Int'l & Comp. L. J.* 217, Fall, 1992.

(一) 借鉴实践

一些国家特别是英美法系国家早就尝试引进美国的集体诉讼,或以其为蓝本对本国的制度加以改革。例如,在加拿大,安大略省于1993年颁布实施了《集体诉讼法》,不列颠哥伦比亚省于1995年通过了《集体诉讼法》。在澳大利亚,维多利亚州和南澳大利亚州率先在州的层面上适用集体诉讼程序,澳大利亚联邦则在1993年全面采用集体诉讼程序。英国也在这个方面进行了一些尝试。

而且,不仅加拿大、澳大利亚和英国等英美法系国家对移植美国的集体诉讼制度有兴趣,甚至是大陆法系国家,如德国和意大利也一度对美国的集体诉讼发生过兴趣。^[52]在大陆法系国家中,对引进集体诉讼制度最具热诚的要数巴西。20世纪80年代中期,由于西方国家特别是意大利学者如卡佩莱蒂等人的影响,巴西展开了集体诉讼运动。^[53]1985年,巴西制定《公共民事诉讼法》。虽然该法最初的目的仅是“保护环境、消费者和具有艺术、美学、历史、旅游和风景价值的财产和权利”,其后来却发展成为一部跨实体法的法律,并被扩展适用于保护一切分散性或集体性权利。《公共民事诉讼法》规定了不作为集体诉讼,并规定了对集体的分散性和集体性权利的损害的概括性赔偿,但是该法并不允许对受到侵害的个人权利进行集体性法律救济,集体的成员只能通过自己提起的个别诉讼寻求个人的损害赔偿。1990年,巴西制定《消费者法典》。^[54]立法者在该法典中详细规定了寻求个人损害赔偿的集体诉讼程序。虽然这些集体诉讼规则规定在《消费者法典》中,但它们却具有跨实体法的性质,因此可以适用于解决任何与消费者保护、环境保护、反托拉斯、侵权和税务有关的争议。《公共民事诉讼法》中用于保护分散性和集体性权利集体诉讼程序以及《消费者法典》中用于保护个人权利的集体诉讼程序之间相互补充,共同构成了巴西内容丰富的集体诉讼法。

但是,虽然英美法系和大陆法系都有国家模仿美国集体诉讼而在本国制定集体诉讼法并适用集体诉讼程序制度,而且将其适用于消费者保护领域,但是必须强调的一点是,尽管这些国家所设立的集体诉讼制度有利于实现消费者保护法的有效性,并能够促进对消费者权利的保护,尽管它们都在相当的程度上仿效了美国的做法,但是,这些国家所说的消费者集体诉讼都基本上失掉了该制度在美国被用于剥夺非法利益并阻止违法行为的真谛,因而不是原先意义上的小额诉讼制度。即使是对于对美国消费者集体诉讼的移植相对成功的巴西,有学者也在详细考察了其集体诉讼制度后总结道:尽管“……经验证明集体诉讼和大陆法系是可以相容的。但是目前为止,在大陆法系中,只有魁北克和巴西发展了复杂的集体诉讼制度。在世界上其他地区,尽管人们尤其是学术界对集体诉讼的推广做出了共同的努力,但集体诉讼的发展仍然是不确定的”。尤其重要的是,“……巴西的经验证明,大陆法系可以采取集体诉讼程序,但是却不能原封不动地照搬美国的模式而不对其进行任何实质性变更。这就是我所说的‘负责的移植’”。^[55]

(二) 理论争议

从理论上讲,关于集体诉讼制度可否向美国之外特别是在大陆法系国家移植的争论,从来就没有停止过。到目前为止,关于美国式消费者集体诉讼在美国之外特别是在欧洲大陆法系国家的移植问题,主要存在两种观点:一种观点对移植消费者集体诉讼保持比较乐观的态度,认为美国的消费者集体诉讼是值得其他国家借鉴的一种制度,尤其能够促进消费者获得正义。该观点的代表人物是佛罗伦萨和斯坦福大学伟大的比较法学家莫罗·卡佩莱蒂^[56]以及著名的消费者法学者格瑞特·豪厄尔等人^[57],他们

[52] Richard B. Cappalli and Claudio Conso, Class Actions for Continental Europe? A Preliminary Inquiry, 6 Temp. Int'l & Comp. L. J. 217, Fall, 1992.

[53] Antonio Gidi, Class Actions in Brazil—A Model for Civil Law Countries, American Journal of Comparative Law, Spring 2003.

[54] 巴西的《消费者法典》乃是由一群著名学者所组成的委员会所起草的。该法典的英文译本见 David Jaffe 和 Robert Vaughn 于 1992 年编辑的 South American Consumer Protection Laws。他们认为“巴西《消费者法典》影响了南美洲其他国家的消费者立法……是南美洲最为广泛而详尽的消费者法律”,因此将其收入所编的 South American Consumer Protection Laws 一书。

[55] Antonio Gidi, Class Actions in Brazil—A Model for Civil Law Countries, American Journal of Comparative Law, Spring 2003.

[56] Mauro Cappellotti, The Judicial Process in Comparative Perspective, 291 - 292 (1989).

[57] Geraint Howells and Rhoda James, Litigation in the Consumer Interest, LSA Journal of International and Comparative Law, Fall, 2002.

积极支持集体诉讼,认为它是一种值得外国引用的制度。不过,卡佩莱蒂和豪厄尔等人并没有就此进行细致的论证。

另一种观点则认为,无论是要在大陆法系国家引进美国的消费者集体诉讼,还是将其在国际层面加以推广,都必须持谨慎的态度。在向2001年“第八届国际消费者法大会”提交的论文中,美国学者理查德·欧·福尔克(Richard O. Faulk)系统地论证了这个问题。^[58]他从三个方面对移植美国消费者集体诉讼的主张和做法提出了质疑。他认为,在美国之外引进消费者集体诉讼制度存在三个难以克服的障碍:首先,在美国之外的体系中引进集体诉讼的必要性是值得怀疑的。他说,对大陆法系国家而言,普遍的规制和公共机构的主动实施,通常就足以解决群体性争议,尤其是在有的国家还可以通过附带诉讼的形式顺便解决私人请求。因此,对大多数欧洲大陆法系国家而言,消费者集体诉讼都是没有必要的。

其次,集体诉讼实践依赖于衡平法原则和法院的裁量性确认及实施,而根深蒂固的大陆法原则则反对创设并实施集体诉讼。大陆法系传统上不信任司法独立,也不鼓励司法创造,因此无论从概念上还是从文化上讲,大陆法系的法官都不适于行使美国集体诉讼制度中法官所必需享有的自由裁量权。缺少这样的自由裁量传统而僵化地通过合并之诉实施法律,几乎必然会以远远超过立法者所预期的方式增强实体法的影响,而且由于大陆法系没有遵循先例原则,这也会阻碍禁止滥用所必需的法律实施的一致性。

第三,他还认为单个国家例如欧盟的一些国家选择性适用美国的集体诉讼规则,不利于阻止当事人和律师为创造“跨国界集体诉讼”而“选择法院”的行为。因此,他认为:

.....任何试图在国际社会引进集体诉讼制度的方式都必须予以最谨慎的对待,并充分意识到各国的司法系统受到文化的限制、集体诉讼制度内在地具有被滥用的可能性以及在该国司法系统允许国外集体诉讼的后果。^[59]

而且,他还认为,集体诉讼滥用或许是一个永远无法获得令人满意的解决的难题。在美国仍然存在对现行规则的大量滥用,而且意在矫正滥用的改革实施既不彻底,也不充分。尽管一些普通法国家,如澳大利亚和加拿大,已经采取并且甚至是自由化了美国的集体诉讼,其他一些国家如英国则拒绝了集体诉讼概念,而是倾向于一种更为保守的“团体诉讼”程序。一言以蔽之,集体诉讼在普通法国家的前途仍然备受争议。只要这种争议存在,并且只要存在被滥用的可能,美国模式就显然不适于全面地移植到外国的法律体系之中。考虑到这种情况,大陆法系国家在处理这个问题时就更应该谨慎行事。

最后,理查德·欧·福尔克在文章结论中说:

考虑到这些因素,我们必须谨记,改善“接近正义”并不是仅仅通过增强“接近”就可以实现的。任何集体诉讼体系都必须不仅能够促进可接近性,而且必须确保在所有参与的当事人之间可靠而高效地分配正义。尽管“正义”在一些学术圈子里是一个相对抽象的概念,并且在讨论行政改革时似乎是一个理想化目的,但是我们永不可忘记的是,对于个人来说,无论是原告还是被告,这是惟一的合法目的。合并之诉制度在多大程度上不能完全体谅个人的冤情,以及在何种程度上过分地迫使被告通过经济的方式而不是根据事情的是非曲直解决争议,它也就在同样的程度上拒绝了正义并背离了文明法律制度的基本目标。如果像美国集体诉讼这种具有明显缺陷的制度都被赋予国际性地位,或者更糟糕的是,被嫁接到在文化上并不足以防止集体诉讼滥用的严格僵化的国际法体系之中,这种歪曲背离的可能性将会呈几何数字增加。

[58] Richard O. Faulk, Amageddon through Aggregation? The Use and Abuse of Class Actions in International Dispute Resolution, in Charles E. F. Rickett and Thomas G. W. Telfer (ed.), *International Perspectives on Consumers' Access to Justice*, 2003.

[59] Richard O. Faulk, Amageddon through Aggregation? The Use and Abuse of Class Actions in International Dispute Resolution, in Charles E. F. Rickett and Thomas G. W. Telfer (ed.), *International Perspectives on Consumers' Access to Justice*, 2003.

因此,若不想孤注一掷,若不想冒不能接近正义而只能导致不利后果的巨大风险,就有必要谨慎细致地考虑并全面细致地分析文化差异。^[60]

的确,从消费者集体诉讼在解决群体性小额消费者争议并节约司法资源方面所获得的成功,以及美国法院在克服消费者集体诉讼的各种弊端所取得的成效看,美国的消费者集体诉讼不失为一种体现了英美法系丰富法学智慧的有用性制度。但是毋庸讳言的是,美国集体诉讼自产生以来,不仅在实践中引发了许多问题,并一度被诋毁为“司法敲诈”,而且在理论上也对当事人资格、法官的权力以及正当程序原则等方面提出了挑战。虽然美国目前在某种程度上解决了这些问题,但正如福尔克所强调的,其他国家特别是大陆法系的法律文化和法律体系却无法提供充分解决这些难题的资源 and 手段。因此,尽管美国消费者集体诉讼在美国是成功的,尽管美国消费者集体诉讼制度所承担的巨大功能也是令人羡慕的,而且其他国家也确实存在类似的需要解决的小额消费者争议,但是美国式消费者集体诉讼并不适于大规模地移植到其他国家中去,特别是不宜于完全地嫁接到与英美法律文化根本异质的大陆法系国家之中。事实上,欧盟最近几年在消费者接近正义方面的有关立法就明显地倾向于采纳比较保守的德国消费者团体诉讼,而没有太多关注美国的消费者集体诉讼;甚至连英国这样典型的英美法系国家也是对团体诉讼更感兴趣。^[61]

[Abstract] American consumer class actions are mainly used to force traders to disgorge ill-gathered gains and to compensate consumers with small claims. The article provides an outline of American consumer class actions by delineating and discussing its fundamental issues, such as the theoretical grounds, the fundamental functions, the application, and the cy pres doctrine, etc. The paper also discusses briefly the possibility of transplanting American consumer class actions to other countries.

[60] Richard O. Faulk, Amageddon through Aggregation? The Use and Abuse of Class Actions in International Dispute Resolution, in Charles E. F. Rickett and Thomas G. W. Telfer (ed.), *International Perspectives on Consumers' Access to Justice*, 2003.

[61] 关于德国的消费者团体诉讼,因篇幅所限,此不详细论述,当另撰文介绍。