

消费者集体性损害赔偿诉讼的二阶构造^{*}

黄忠顺

内容提要:消费者集体性损害赔偿案件通过个别诉讼方式解决虽符合诉讼原理,但因消费者诉讼动力不足、司法资源有限而难以穷尽经营者的不法收益。集团诉讼、团体诉讼、示范性诉讼和共同代理人诉讼等立法或者司法层面的群体性纠纷解决机制试图通过法定赋权模式或者意定赋权模式实现化繁为简的宗旨,但均在实现集体性纠纷解决的规模化效应和确保当事人最低限度的程序正义之间存在难以调和的矛盾。二阶型消费者集体性损害团体诉讼制度将法定赋权模式与意定赋权模式高度融合,则很好地解决了前述矛盾,代表着消费者集体性损害赔偿团体诉讼的未来走向。尽管我国现行《消费者权益保护法》尚未确立消费者集体性损害赔偿团体诉讼的二阶构造,但在解释论上得将确认共通性义务的一阶程序解释为公益诉讼,而将个别确定消费者债权的二阶程序解释为诉讼信托,并将消费者放弃行使的损害赔偿请求权凝集成撤去不法收益请求权并由消费者协会提起具有公益诉讼属性的补充性撤去不法收益之诉。

关键词:公益诉讼 团体诉讼 示范性诉讼 集团诉讼 撤去不法收益之诉

黄忠顺,中国人民大学法学院博士研究生。

一 我国消费者集体性损害赔偿诉讼的现状与挑战

在消费者权益保护领域,享有损害赔偿请求权的消费者只能是业已遭受违法经营行为现实侵害的特定消费者,而不特定消费者只是潜在的受害人而仅存在预防性救济的必要,既然消费者享有的损害赔偿请求权属于私权,消费者协会提起损害赔偿团体诉讼就并非是天经地义的事情,而需要分析其享有私益性诉讼实施权的正当性基础。既然消费者集体性损害属于私人利益受损,消费者集体性损害赔偿请求权的实现也就只能通过私益

^{*} 本文系肖建国教授主持的中国人民大学科学研究基金项目(中央高校基本科研业务费项目)“民事纠纷的多元化解机制研究”(批准号:10XN1033)的阶段性研究成果。

诉讼的形式实现。但是,私益诉讼并不局限于个别诉讼,在诸多消费者基于同一事件(如航班延误)或者同一原因(如产品责任)而发生群体性损害时,如果受害人遭受的损害足够大而存在提起个别诉讼的动力,法院将面临着“诉讼爆炸”的压力,即使法院能够勉强应付,仍然存在浪费司法资源的嫌疑;如果受害人遭受的损害带有小额分散性或者受害人预期诉讼收益并不显著超过其诉讼成本(含机会成本),则违法经营者因诸多受害消费者放弃行使损害赔偿请求权具备继续甚至加大侵害消费者合法权益的经济动力。为此,消费者集体性损害赔偿诉讼在各法域通常表现为集体诉讼、团体诉讼、示范性诉讼、代表诉讼和选定当事人诉讼等集体诉讼形式。在我国,因不法经营行为受有损失的众多受害消费者尽管可以提起个别诉讼、共同诉讼、代表人诉讼,但是个别诉讼与共同诉讼以及人数确定的代表人诉讼并不适用于大规模消费侵权案件,而人数不确定的代表人诉讼因被扣上容易引发群体性事件的帽子而在司法实践中长期处于“休眠状态”。^[1] 长期缺乏行之有效的消费者集体性损害赔偿诉讼机制导致我国消费者权益司法保护处于较低水平。以2010-2013年最高人民法院和中国消费者协会的统计数据为例,全国地方法院共受理各类消费者维权一审案件482545件,^[2] 同期全国地方法院共受理民商事一审案件28785173件,^[3] 消费者维权案件仅占1.68%。^[4] 与此同时,2010-2013年全国各级消协组织受理消费者投诉多达2519340件,^[5] 法院受理消费者维权一审案件仅占其19.15%。诚然,消费者在其合法权益受到侵害时选择放弃维权者占绝大多数,中国新闻网2009年针对消费者维权意识所作的一项有着2012名消费者参与的调查显示,在当消费者合法权益受到侵害时,受调查者选择“默默忍受”的高达63.817%,而选择“向消协求助”的则仅占5.467%。^[6] 倘若前述两项调查数据均符合中国当前消费者维权实际情况,则受害消

[1] 参见范愉著:《集团诉讼问题研究》,北京大学出版社2006年版,第411页。

[2] 参见最高人民法院发布的《2010-2013年人民法院维护消费者权益状况》白皮书,http://file.chinacourt.org/f.php?id=1444&class=file,访问时间:2014年9月9日。

[3] 其中,2010年民商事案件收案6090622件,2011年民商事案件收案7596116件,2012年民商事案件收案7316463件,2013年民商事案件收案7781972件。分别参见《2010年全国法院审理各类案件情况》,http://www.court.gov.cn/qwfb/sfsj/201103/t20110324_19084.htm,《2011年全国法院审理各类案件情况统计表》,http://www.court.gov.cn/qwfb/sfsj/201206/P020120628447577202640.xls,《2012年人民法院审理一审案件情况》,http://www.court.gov.cn/qwfb/sfsj/201312/t20131213_190136.htm,《2013年全国法院审理各类一审案件情况统计表》,http://www.court.gov.cn/qwfb/sfsj/201407/t20140725_196829.htm,访问时间:2014年9月9日。

[4] 与此相似地,江苏省高级人民法院民一庭对该省人民法院审理消费者权益民事纠纷案件进行的统计数据表明,2010年全省法院受理一审民事案件597505件,其中涉及消费者权益保护民事纠纷一审案件8228件,占全部受理民事案件总数的1.37%;2011年全省法院受理一审民事案件650198件,其中涉及消费者权益保护民事纠纷一审案件8986件,占全部受理民事案件总数的1.38%。参见省法院民一庭课题组:《引导消费维权 强化司法保护》,《江苏法制报》2012年3月13日第A07版。

[5] 2010年共受理消费者投诉666255件,2011年共受理消费者投诉607263件,2012年共受理消费者投诉543338件,2013年共受理消费者投诉702484件。分别参见中国消费者协会:《二〇一〇年全国消协组织受理投诉情况分析》,http://www.cca.org.cn/web/xfts/newsShow.jsp?id=50618&cid=306,《二〇一一年全国消协组织受理投诉情况分析》,http://www.cca.org.cn/web/xfts/newsShow.jsp?id=55919,《二〇一二年全国消协组织受理投诉情况分析》,http://www.cca.org.cn/web/xfts/newsShow.jsp?id=60898,《二〇一三年全国消协组织受理投诉情况分析》,http://www.cca.org.cn/web/xfts/newsShow.jsp?id=66800,访问时间:2014年9月9日。

[6] 参见《调查:中国消费者维权意识弱 维权成本高是主因》,http://www.chinanews.com/cj/xfsh/news/2009/03-15/1602204.shtml,访问时间:2014年9月9日。

费者提起消费维权诉讼的几率仅为 1%。这使得被生产经营者外部化的成本无法通过司法的方式进行内部化,其继续甚至加大损害消费者权益的行为符合经济利益最大化原则,在客观上也抑制着诚实信用原则在生产经营活动中的贯彻。面对着消费者集体性损害赔偿诉讼机制的匮乏,立法机关试图通过在《民事诉讼法》与《消费者权益保护法》中增设消费公益诉讼的方式提供新的解决思路,而司法机关自觉或不自觉地利用现有的民事诉讼制度创设或者接受类似的消费者集体性损害赔偿诉讼制度,但前者因其适用范围局限于公益性诉讼请求而后者受制于现有制度的拘束,都难以实现或者替代实现消费者损害赔偿集体诉讼的应有功能。

(一) 公益诉讼不能替代实现集体诉讼的功能

根据《民事诉讼法》第 55 条以及《消费者权益保护法》第 47 条的规定,对侵害众多消费者合法权益的行为,省级以上消费者协会可以向人民法院提起诉讼。然而,省级以上消费者协会提起诉讼的类型、条件、程序和效力等均无法律明确规定,最高人民法院也尚未出台司法解释,使得各地消费者协会虽然蠢蠢欲动却又不敢第一个吃螃蟹。在传统大陆法系国家和地区,消费者团体提起公益诉讼主要在于谋求预防性救济,原告提起旨在要求被告停止侵害、排除妨碍、消除影响、恢复原状的不作为之诉或者撤销之诉是团体诉讼的最初形态,我国立法机关、司法机关以及理论工作者对此类消费团体诉讼均已达成共识并有较为深入的研究。

然而,是否允许消费者协会提起其他大陆法系国家和地区近年来尝试确立的损害赔偿团体诉讼与撤去不法收益团体诉讼则在理论界与实务界存在广泛的争议,绝大多数观点持否定立场,其理由包括但不限于:其一,立法者确立的消费团体诉讼仅限于公益诉讼的范畴,消费者权益保护领域不存在公益性财产损害,众多特定消费者遭受的私益性损害并不能运用公益诉讼的形式予以救济;其二,消费团体诉讼在我国刚确立,应当遵循制度成长规律,先确立较为简单的预防性团体诉讼,损害赔偿之诉与撤去不法收益之诉只有在积累足够实务经验之后才能提上日程;其三,损害赔偿之诉与撤去不法收益之诉即使在德国学术界都充满争议且已被其司法实践证明是失败的立法尝试,我国不宜简单照搬。尽管众多特定消费者的合法权益是否构成社会公共利益在我国尚未达成共识,但是众多特定消费者基于同一时间或者同一原因造成的损害在客观上具有建立群体性诉讼机制的必要却已为学者所普遍接受,人们所争议问题的实质是旨在保护众多特定消费者合法权益的群体性诉讼是否属于公益诉讼,或者说能否借助现有的消费公益诉讼制度攻克消费者群体性纠纷解决的难题。即使采取少数说将众多特定消费者的合法权益理解为社会公共利益或者利用《消费者权益保护法》第 47 条没有出现“不特定”、“公共利益”字眼而将消费公益诉讼区分为消费共益诉讼和消费众益诉讼,在消费者协会的当事人适格方面却不得不对二者作出区分,前者适用法定赋权模式,而后者则采取意定赋权模式。^{〔7〕}然而,这种解释方案与《消费者权益保护法》第 47 条明确授予省级以上消费者协会以公益性诉讼

〔7〕 参见肖建国、黄忠顺:《消费公益诉讼中的当事人适格问题研究——兼评〈消费者权益保护法修正案(草案)〉》第十九条,《山东警察学院学报》2013 年第 6 期,第 7-10 页。

实施权构成冲突,既然消费者协会提起旨在实现损害赔偿请求权的众益诉讼属于公益诉讼,其对应的公益性诉讼实施权亦应包含在本条的授权范围之内。然而,消费者协会提起损害赔偿团体诉讼无须经过受害消费者授权必然存在公益性诉讼实施权与私益性诉讼实施权的交错问题:如果消费者协会提起损害赔偿团体诉讼不影响消费者提起损害赔偿个别诉讼,则不法生产经营者将在事实上承担双重责任;如果消费者协会提起损害赔偿团体诉讼后消费者丧失提起损害赔偿个别诉讼的诉讼实施权,则涉嫌侵犯受害消费者的裁判请求权。由此可见,在解释论层面简单地套用消费公益诉讼制度无法实现消费集体诉讼的预期功能。也正因为如此,不少学者在立法论层面呼吁建立消费集体诉讼制度,旨在保护不特定消费者权益的不作为之诉、撤销之诉、确认之诉属于固有的消费公益诉讼范畴,而旨在集约化实现受害消费者损害赔偿请求权的给付之诉则被进一步类型化为针对大规模侵害案件的私益性集体诉讼程序和针对小额分散性侵害的公益性集体诉讼程序,前者适用意定赋权模式,而后者适用法定赋权模式。^{〔8〕}

在大规模侵害案件中,受害消费者因涉诉金额较大而存在诉讼动力,尽管因人数众多、原因同一或者相似而存在利用群体性诉讼机制的必要和可能,但其私益诉讼本质并不因人数众多而改变。与此不同,在小额分散性侵害案件中,因涉诉金额通常微不足道难以在激励受害消费者积极行使诉讼实施权而在客观上存在运用法定诉讼担当、另赋实体请求权等法定赋权方式授予消费者协会以诉讼实施权的必要,且其诉讼宗旨在于撇去不法经营者的不法收益而并非填补特定消费者的损失,因而,小额分散性损害的团体诉讼被上升为公益诉讼。然而,大规模侵害与小额分散性侵害的边界模糊,彰显私益属性和尊重特定受害消费者处分权的意定赋权模式难以有效形成大规模诉讼集体,对于彰显公益属性并追求群体性纠纷解决效率的法定赋权模式而言,如果从根本上排除特定受害消费者另行提起个别性损害赔偿之诉涉嫌侵犯公民裁判请求权,如果允许特定受害消费者针对违法经营者另行提起个别性损害赔偿之诉则涉嫌要求被告重复承担赔偿责任,如果规定特定受害消费者得针对胜诉团体提起诉讼收益分摊之诉则有违诉讼效率原则。

(二) 类似的消费者集体诉讼的类型及其困惑

如前所述,在集体诉讼缺位而个别诉讼成本过高的法制背景下,绝大多数消费者基于“理性冷漠”而倾向于采取容忍的态度处理消费纠纷。消费者的“谅解”并不能换成经营者的“知错就改”,某些唯利是图的商家更是直接利用了消费者“懒得折腾”的心理而大肆对众多消费者实行小额损害,对市场秩序和社会诚信造成威胁。即使消费者谋求救济的金额足以供给足够充分的诉讼动力,某些消费领域具有较大的专业性,作为普通消费者难以与经营者抗衡,而通过鉴定人或者专家辅助人的方式解决专业性问题,则导致诉讼成本增高且诉讼风险加大。此外,特定领域的经营者具有垄断性或者寡头垄断性,消费者即使明知霸王条款的存在仍难以“用脚投票”,而不得不再次“跳入火坑”。面对着消费者维权

〔8〕 参见吴泽勇:《群体性纠纷解决机制的建构原理》,《法学家》2010年第5期,第99-100页;刘学在:《请求损害赔偿之团体诉讼制度研究》,《法学家》2011年第6期,第155-156页;熊跃敏:《消费者群体性损害赔偿诉讼的类型化分析》,《中国法学》2014年第1期,第208-210页。

的现实困难,各地消费者协会以及某些热衷于维护公共利益的个人纷纷试图在现行法律的框架内寻求构建消费维权公益诉讼的突破口,逐渐形成自益诉讼型、支持起诉型两种类似的消费者集体诉讼模式。然而,无论是自益诉讼型消费集体诉讼还是支持起诉型消费集体诉讼,都建立在实体权利义务归属主体的诉讼实施权基础之上。也正是因为未突破直接利害人的观念限制,类似的消费者集体诉讼并不能取得理想效果,并且在法律适用方面面临着诸多挑战。

【案例 1】近年来无锡市消协接到了很多消费者关于餐饮企业强制消费一次性消毒餐具的投诉,而经过市场走访调查发现,一次性餐具的强制消费在无锡大多数餐饮企业都普遍存在。无锡消费者协会 3 名调查员以普通消费者的身份在某家火锅店消费。结果,三位调查者均被收取了每人一元的一次性消毒餐具费用,而且饭店的服务人员也没有对是否收取给予提前告知,更没有在调查者拒绝使用强制收费餐具之后,提供其他免费的餐具使用。为此,消协以其作为消费者所享有的知情权、选择权为依据,将火锅店告上法庭,请求退还强制消费的一次性餐具费用 3 元,并要求商家停止这种强制消费行为。崇安区法院对此案进行了民事调解,被告接受了原告诉求,答应今后要求员工务必在点餐时询问顾客是否使用一次性碗筷,尽到相应的提醒义务。^[9]

在现行法律框架下,具备提起消费维权公益诉讼的原告资格的主体仅有 32 家省级以上消费者协会,其他热衷于消费维权公益诉讼的个人与组织则因缺乏公益性诉讼实施权而无法冠冕堂皇地提起消费维权公益诉讼。为避免法院以缺乏相应的诉讼实施权为由不受理案件,人们习惯性地 will 将眼光转向传统的私益诉讼制度。破解私益诉讼当事人限制的主要方法是,对其与经营者无意间发生的消费纠纷进行“借题发挥”甚至有意制造消费纠纷,使得自身与案件的处理结果存在直接利害关系,以维护私人利益之名,行保护公共利益之实,这就是所谓的自益诉讼型消费集体诉讼。上述【案例 1】中的无锡消协就是为了诉讼而有意制造消费纠纷,并以自身利益遭受存在为依据提起私益诉讼,但却又都在私益诉讼中提出超越个人利益保护必要的公益性诉讼请求:无锡消协委派其调查员在火锅店就餐并被强制使用收费消毒餐具的目的在于促使自身成为“直接利害关系人”,尽管消协此时是否构成消费者以及是否受《消费者权益保护法》调整尚且存在争议,^[10]但即使否认消协的消费者身份,其仍可以依据《合同法》、《侵权责任法》等其他法律谋求救济,因而,消协具备以自身名义起诉火锅店的私益性诉讼实施权。然而,依法不享有公益性诉讼实施权的无锡消协在其私益诉讼中请求火锅店的停止侵权,只能是要求经营者停止对消协的侵权,而不能要求经营者停止对不特定第三人的侵权,相信这是无锡消协接受调解的原因所在。事实上,无锡消协提起该诉讼自始就没有期待法院作出拘束所有餐饮企业的判

[9] 参见路若愚:《无锡市消协状告一家火锅店》,《湛江晚报》2012 年 3 月 16 日第 23 版。

[10] 对于单位能否构成消费者以及非消费动机购买商品或者接受服务者是否构成消费者等两个问题,理论界与实务界存在激烈的争议。一方面,无锡消协尽管以消费者组织身份自居,但法院受理本案的根基在于其合法权益遭受损害,作为单位的消协能否以普通消费者身份提起私益诉讼恐怕在理论界与实务界尚难以达成共识。另一方面,无锡消协调查员在火锅店就餐的主观追求并非“自己和家庭生活消费目的”,而是在为提起诉讼创造条件,为诉讼目的进行的消费能否受《消费者权益保护法》调整已经是学术界长期讨论却又达不成共识的棘手问题。

决书,而是试图通过本案促成法院向辖区内的餐饮企业发出司法建议,要求相关餐饮行业协会在规定期限内改正强制消费者使用消毒餐具并收取相关费用的行为。^[11]即使省级以上消费者协会可以避免原告缺乏公益性诉讼实施权的上述指责,但无论哪级消费者协会都始终缺乏请求被告返还已经向其他消费者收取的一次性消毒餐具费用的诉讼实施权。因而,如果说不享有公益性诉讼实施权的消费者个人或者单位利用自身固有的私益性诉讼实施权提起旨在公共利益或者兼顾维护社会公共利益的民事诉讼尚且可以被法院受理,但自益诉讼型消费集体诉讼只能止步于消费公益诉讼,而无法涉足消费私益诉讼。

【案例2】朱某等56名农民于2005年11月至2006年4月期间,分别从梁某经营的“三才种子农药经销部”购买数量不等的305稻种,并按季节下种育苗。但是,后来发现出苗率极低,发现时已经时值春稻插播季节,迫使农民寻买稻种,甚至被迫改种玉米,给农民带来了不同程度的经济损失。这些农民向区工商局以及消费者协会进行投诉。在工商局的组织、协调并垫付鉴定费的情况下,从农民宋某家提取剩余305稻种,经梁某确认签字,封存样品,并交北京市种子质量监督检验站检验,检验报告结论是:样品305稻种发芽率为53%,而按照国家《农作物种子质量标准(一)(GB4404.1-1996粮食作物种子、禾谷类)》规定,该稻种的发芽率不得低于80%。在此基础上,消费者协会组织当事人进行调解,要求梁某承担赔偿责任,遭到拒绝后,在挨家挨户地取得56名农民112份的授权委托书的基础上,消费者协会垫付诉讼受理费用,并委派该协会的副秘书长郑某、法律支持中心主任李某(执业律师)以诉讼代理人身份向该区法院提起56个民事诉讼案件,起诉要求被告梁某赔偿经济损失、承担诉讼费用,其中原告之一的宋某还要求被告承担鉴定费,区法院决定合并审理,并于2007年1月8日开庭审理后作出原告胜诉的判决。^[12]

根据我国《民事诉讼法》第15条的规定,作为社会团体的消协可以支持受损害的消费者向法院起诉,而《消费者权益保护法》第37条第1款中更是将“就损害消费者合法权益的行为,支持受损害的消费者提起诉讼”作为消协的公益性职责加以规定。在字面解释上,支持起诉意味着消协仅能从事垫付诉讼费用、提供免费法律咨询、代为起草诉讼文书等方式在背后为消费者的起诉行为提供帮助,而不能越俎代庖地包揽后续诉讼活动。但是,鉴于消费集体诉讼制度长期缺位而规模化解消费纠纷的内在需求客观存在,人们已经普遍接受对支持起诉制度作目的性扩张解释,司法实践中的支持起诉制度已经远远地超过了起诉环节的限制,在支持起诉的方式方面也取得了很大的突破。上述**【案例2】**就是支持起诉制度与诉讼代理制度有机结合的典范,或者说将诉讼代理作为支持消费者提起诉讼的具体方式,消协帮助消费者收集证据、垫付诉讼费用等行为属于传统的支持起诉方式,而委派郑某、李某以个人名义担任消费者的诉讼代理人的做法则属于诉讼代理制度的适用。在**【案例2】**中,通过全体56名农民共同委托消协副秘书长和法律支持中心主任为诉讼代理人的方式,消协在事实上发挥着类似加入制集体诉讼所能发挥的凝集诉讼实施权的功能:将56名消费者各自的诉讼实施权统一交给消协委派的两名诉讼代理人行

[11] 于洋、翟宁:《无锡消委会不当“裁判”当原告》,《江南晚报》2012年3月16日第A9版。

[12] 肖建国、黄忠明著:《消费纠纷解决——理论与实务》,清华大学出版社2012年版,第312-313页。

使,在法院决定合并审理全部案件的语境下,共同代理人诉讼实现集约化维护消费者权益的功能。然而,共同代理人诉讼系建立在消费者分别享有诉讼实施权、委托共同的诉讼代理人、法院对所有个别案件均享有管辖权、法院决定合并审理所有案件基础之上,而且消费者个人随时可以撤销代理权或者分别对诉讼代理权作出不同限制,所以,消协利用诉讼代理制度解决群体性消费纠纷的难度较大,难以替代实现消费者集体性损害赔偿诉讼的功能。

综上所述,我国现行法律规定和司法解释均没有为消费者集体性损害赔偿诉讼创设必要的制度空间,即使采取学者在立法论层面所主张的“案件类型二分法”也不能妥善解决消费者集体性损害赔偿诉讼中的纠纷解决效率与正当程序保障之间的紧张关系,而衍生于司法实践的类似的消费者集体诉讼的本质是消费者协会固有的私益性诉讼实施权与法定的公益性诉讼实施权的融合或者消费者协会固有的支持起诉职责与诉讼代理制度的结合,均不能替代性实现消费者集体性损害赔偿诉讼的应有功能。鉴于此,消费者集体性损害赔偿诉讼需要开拓新思路,笔者试图揭示传统消费者集体性损害赔偿诉讼中的二阶思维,参考域外二阶型消费者集体性损害赔偿诉讼的最新立法动态,倡导在解释论上将消费者集体性损害赔偿诉讼区分为确认经营者共通性义务的公益诉讼以及个别确定消费者具体损害的私益诉讼两个阶段,前者采取法定赋权模式,后者采取意定赋权模式,并辅之以具有公益诉讼属性的补充性撤去不法收益之诉,以剥夺经营者因消费者放弃损害赔偿请求权而继续保有的不法收益。

二 传统消费者集体性损害赔偿诉讼中的二阶精神

消费者集体性损害赔偿难以通过传统的个别诉讼获得实现,为破解消费者诉讼维权的困难,各国决策者通过集团诉讼、团体诉讼、示范性诉讼、选定当事人诉讼、代表诉讼、代表人诉讼和集中诉讼等方式缓解消费者维权之难。在比较法上,各国在处理消费者集体性损害赔偿诉讼的适格原告方面存在着退出制和加入制两种类型,前者对受害消费者的实体处分权和程序选择权构成威胁,后者因要求取得受害消费者的个别性授权而难以形成大规模群体性诉讼。退出制与加入制之间的矛盾彰显了消费者集体性损害赔偿案件中的解决纠纷效率诉求与程序正义保障之间的紧张关系。为此,退出制与加入制从各国只能在两者之中选择其一的“国别二分化”逐步过渡到较为折中的“类型二分法”。然而,如前所述,“类型二分法”仍然难以满足实现消费者损害赔偿请求权和剥夺经营者损害消费者权益经济动机的需要,各国消费者集体性损害赔偿诉讼制度越来越呈现出“二阶精神”。事实上,不管是大陆法系传统的团体诉讼,还是盛行于英美法系的集团诉讼,抑或是两大法系均尝试推行的示范性诉讼,均存在诉讼程序阶段化的改革趋势。

(一) 团体诉讼中的二阶精神

团体诉讼是大陆法系国家和地区普遍采取的公益诉讼形式,在消费者权益保护领域主要表现为不作为之诉、撤销之诉、确认之诉(学界统称为不作为之诉),但司法实践中存

在通过集中诉讼的方式赋予消费者团体以提起损害赔偿诉讼的正当性基础,^[13]立法者为剥夺违法经营者故意或者放任致损消费者的经济动机而从实体法层面创设适用于小额分散侵害案件的撤去不法收益请求权,^[14]这些措施使得公益团体具备请求对方当事人赔偿损失或者交出违法收益的给付之诉的诉讼实施权。显而易见,消费者团体提起不作为之诉与撤去不法收益之诉的正当性基础在于立法者为其创设独立的实体请求权(法定赋权模式),但消费者团体提起损害赔偿诉讼的正当性基础则在于受害消费者的授权(意定赋权模式),前者旨在保护不特定消费者(公益诉讼),而后者旨在保护特定受害者(私益诉讼),这契合“类型二分化”的思路。但是,在处理不同类型团体诉讼方面则隐含着“阶段二分化”的精神:不作为之诉胜诉判决对消费者提起损害赔偿诉讼的效力扩张在某种意义上类似于将消费者集体损害赔偿诉讼区分为两个阶段,第一个阶段概况性宣告生产经营行为具有违法性,第二阶段生产经营者对特定受害消费者应当承担相应法律责任。撤去不法收益请求权在理论上具有补充属性,^[15]旨在填补个人损失的消费者损害赔偿请求权应当优先于旨在威慑不法生产经营者的撤去不法收益请求权获得赔偿,德国《反不正当竞争法》第10条第2款规定,债务人基于此等违法行为而对于第三人或国家所提出之给付,应当从被撤去的不法收益中扣除。如果该给付发生在责任人履行撤去不法收益请求权之后,则联邦主管部门(即联邦司法部)返还责任人该部分支付。换言之,尽管撤去不法收益之诉的设置初衷并非将胜诉所得返还个别受害人,^[16]但债务人履行撤去不法收益请求权并不能免除其对债权人承担个别性赔偿的责任,债务人承担个别性赔偿责任后得在被撤去不法收益范围内请求联邦司法部返还其重复赔付的款项。在某种意义上,本应当具有补充性的撤去不法收益之诉因小额分散侵害案件中的受害人普遍缺乏诉讼动力而不得不“前置化”,先行及时概括性剥夺生产经营者的违法所得,再通过受害消费者与生产经营者之间的个别性诉讼具体确定损害赔偿金额,先期撤去的不法收益发挥着类似保证金的功能,并且撤去不法收益之诉已对生产经营者的行为违法性有所认定,受害消费者在后续个别诉讼中的证明责任有所减轻,其运行机制也隐含着“二阶精神”。

(二) 集团诉讼中的二阶精神

集团诉讼是英美法系普遍确立的群体性诉讼机制,具体包括退出制集团诉讼和加入制集团诉讼两种立法例,其典型是美国的退出制集团诉讼。退出制集团诉讼将因同一事件或者同一原因蒙受损失的所有消费者虚拟为集团,并由经法院批准的首席原告代表全体受害人进行诉讼,将多数人诉讼尽量转化为单一诉讼。尽管退出制集团诉讼特别强调首席原告的代表充分性并带有浓重的职权主义色彩,但实际受害人因其“沉默”而受集团诉讼判决拘束的正当性基础始终是大陆法系国家引进集团诉讼制度的最大顾虑,英国、瑞

[13] 集中诉讼模式下的损害赔偿团体诉讼,是指消费者团体分别受让众多受害消费者的损害赔偿请求权或者其对应的诉讼实施权并以自己名义提起的损害赔偿之诉。

[14] 参见张大海著:《德国群体诉讼制度研究》,复旦大学2008年博士学位论文,第50页。

[15] [德]布里吉特·居普里斯:《程序法视野下的消费者权益保护——德国团体诉讼的成功经验和集体权利实现的未来》,范颖颖译,载《中德法学论坛》(第7辑),南京大学出版社2009年版,第49页。

[16] 参见吴泽勇:《集团诉讼在德国:“异类”抑或“蓝本”?》,《法学家》2009年第6期,第117页。

典、丹麦、挪威等国在引进集团诉讼制度时都采取加入制或者加入制与退出制度并存的立法模式。加入制集团诉讼充分尊重受害人的实体处分权与程序选择权,但因绝大多数的消费纠纷涉案金额较小,受害者普遍采取“理性冷漠”态度而不积极履行加入手续,难以形成大规模集团,削弱集团诉讼的纠纷解决规模效应。^[17] 尽管集团诉讼在应对消费者集体性损害赔偿诉讼方面存在前述困扰而难以单挑消费者损害赔偿集体诉讼的重任,但集团诉讼的某些制度性安排同样彰显了二阶精神:集团诉讼被区分为集团针对被告的判决或者和解阶段以及集团成员针对集团的赔偿金分配阶段,前者为集团诉讼确定了“一揽子”解决方案,后者则具体确定集团成员各自的赔偿数额以及分配程序。^[18] 集团诉讼的第一阶段解决外部责任认定问题,而不同集团成员的诉求可能千差万别,为确保一阶程序尽可能解决共同争点,普通法集团诉讼理论认为,如果集团一方提出的诉讼请求过于分散,则存在拆分集团诉讼的必要,通常以子集团的方法来处理。^[19] 集团诉讼的第二阶段解决内部收益分配问题,集团胜诉利益通常需要根据受害消费者的受损程度进行分配,因而,集团诉讼二阶程序在性质上更接近于执行程序,在启动分配程序之前需要对集团成员的损害进行评估,但根据个别化证明个别地确定赔偿在某种情形显得不符合比例原则,为此,英美法系集团诉讼实践中衍生出整体性估算方法,通过灵活、简便的方法(如公式、等额或者统计学方法)向各集团成员分配胜诉利益。^[20]

(三) 示范性诉讼中的二阶精神

示范性诉讼在大陆法系与英美法系均有立法例,包括法院依职权适用的职权型示范性诉讼、双方当事人合意适用的契约型示范性诉讼、当事人达成示范性诉讼契约需要经过法院裁定允许方才予以适用的混合型示范诉讼三种类型。^[21] 在表面上,示范性诉讼经历个别诉讼的提起、示范性案件的筛选、示范性案件的审理、平行案件的审理或者和解等具体步骤,但整体上可以区分为示范性案件的审理阶段和平行案件的审理或者和解阶段,带有阶段二分法的鲜明色彩。显而易见,示范性诉讼的每个阶段均符合“两造诉讼”原理,其特殊之处在于示范判决对共同或相似法律问题或事实问题的认定对平行案件具备拘束力而具有规模化解决平行案件的功能,但与保障平行案件当事人法定听审权(程序正义)构成紧张关系,这成为将示范性诉讼适用于消费者集体性损害赔偿诉讼的最大障碍:契约型示范性诉讼难以应对大规模消费侵权案件,而职权型与混合型示范性诉讼虽然能够提高群体性纠纷解决效率,但在示范判决向平行案件当事人扩张的正当性基础方面尚未得

[17] 美国曾在 80 年代对集团诉讼所作的调查显示,在 1938 年采用申报加入的制度下,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 年采用申报退出才不受拘束的制度后,申请“退出”的也差不多是 15%,也就是说,可以解决 85% 的纷争。参见肖建华:《群体诉讼与我国代表人诉讼的比较研究》,《比较法研究》1999 年第 2 期,第 242 页。

[18] 参见王福华:《如何向集团赔偿——以集团诉讼中的赔偿估算和分配为中心》,《法律科学》2009 年第 1 期,第 152 页。

[19] 参见王福华:《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》,《中国法学》2009 年第 5 期,第 107-108 页。

[20] 参见王福华:《如何向集团赔偿——以集团诉讼中的赔偿估算和分配为中心》,《法律科学》2009 年第 1 期,第 153 页。

[21] 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》,《中州学刊》2009 年第 1 期,第 76-77 页。

到令人满意的论证。尽管我国尚未确立示范性诉讼制度,但法院在司法实践中采取“拆分案件”的方式将群体性纠纷分成若干“系列案件”加以审理的做法已经逐渐形成示范性诉讼的雏形,^[22]即法院对同一事件或者同一原因引起的在事实认定或者法律适用方面具有共通性的多起消费者损害赔偿案件的基础上,从诸多个案中挑选最具有典型价值的案件进行全面深入的审理,并将在本案中确定的共通性事实或者法律适用结论适用于其他尚未审结甚至新受理的案件。法院审理典型案件属于一阶程序,而将典型案件的审理结果适用于其他案件或者促成当事人达成调解协议则属于二阶程序,将其理解为职权型示范性诉讼并不为过。

综上所述,各国在对消费者集体性损害赔偿诉讼制度进行改革中均有意无意地遵循着二阶精神,但却始终不能摆脱国别二分法的困扰。首先,不为之诉与损害赔偿诉讼的二阶原理在本质上是两个独立的诉讼程序,而且基于诉讼效率方面的考量,宜通过公益诉讼与私益诉讼融合理论允许消费者协会同时提起不为之诉(法定赋权模式)和损害赔偿诉讼(意定赋权模式),而这种思路已似乎为最高人民法院所认可。其次,撇去不法收益之诉与损害赔偿诉讼的二阶原理以补充性撇去不法收益请求权前置于消费者损害赔偿请求权为前提,而这种前置化的撇去不法收益之诉在德国已经被证明是失败的立法尝试。^[23]再次,集团诉讼中的二阶色彩尤为鲜明,但集团诉讼的一阶程序非但要解决共同争点,而且必须同时在整体上确定被告应当赔偿的金额,鉴于生产经营者的违法所得与消费者遭受的损失存在着正相关性,在司法公信力尚且处于低谷的国度,允许法官未经评估受害消费者损失就确定被告应当赔偿金额的做法无论如何都难以为人们所普遍接受,更何况集团诉讼存在的律师滥诉问题在法制高度发达的美国社会尚且未能得到很好的控制。最后,示范性诉讼在节约司法资源、提高诉讼效率和确保裁判统一等方面有利于群体性纠纷的解决,但如果缺乏正当程序保障和较强的司法公信力作为基础,相似案件的当事人就可能面临“被自愿达成契约”或者法官非诚信地依职权裁定其受示范性判决拘束的危险,而且示范性诉讼因选择加入制的设置模式以及管辖连接点的限制而难以适用于大规模消费者侵权案件。鉴于此,巴西在综合两大法系群体性诉讼制度的基础上,率先制定法律确立二阶型消费者集体性损害赔偿诉讼模式,将消费者集体性损害赔偿诉讼区分为“请求概括性给付判决之诉”、“判决清算”两个环节,使阶段二分法走上消费者集体性损害赔偿诉讼的大舞台。以擅长“集百家之长”闻名的日本敏锐地觉察到消费者集体性损害赔偿诉讼的新趋势,在对巴西群体性诉讼制度进行考察的基础上创建日本版的二阶型消费者集体性损害赔偿诉讼模式,规定消费者团体提起请求确认经营者共通性义务之诉采取法定赋权模式,在第一阶段获得胜诉确定判决后再采取加入制具体实现消费者的损害赔偿请求权。至此,阶段二分法从指导思想落实为现实制度,二阶型消费者集体性损害

[22] 参见汤维建等著:《群体性纠纷诉讼解决机制论》,北京大学出版社2008年版,第291页。

[23] 施塔特勒教授2013年9月10日在为中方人员作题为《德国的群体性法律保护手段》报告中指出,自2004年生效以来,德国没有发生过成功的撇去不法收益之诉案件,主要归因于以下几方面原因:其一,协会承担全部诉讼费用和败诉风险,却不能分享胜诉利益;其二,协会实际上没有能力在大型诉讼中承担诉讼成本和败诉风险;其三,在实体法层面证明生产经营者故意违法极为困难;其四,违法所得的计算比较困难。

赔偿诉讼将法定赋权模式与意定赋权模式灵活贯穿在损害赔偿诉讼中,并不需要区分消费纠纷系争标的额的大小,也不会因为法定赋权模式的设置影响受害消费者的实体处分权与程序选择权,消费者可以根据第一阶段的诉讼结果决定是否加入第二阶段的确定个别消费者债权程序,避免事先授权所必须面对的败诉风险,因而,更为契合消费者集体性损害赔偿诉讼的实际需要。

三 二阶型消费者集体性损害赔偿诉讼的域外考察

根据保护对象的不同,巴西《民事诉讼法》、《公共民事诉讼法》、《消费者保护法》将其集团诉讼分为扩散性利益集团诉讼、集合性利益集团诉讼以及个人同类性利益集团诉讼,前两者所保护的是超越个人且不可分割的利益,而后者所保护的是个别性利益,即集团成员因为有相同的事实或法律争议而拥有相同或相似的诉因,在他们之间也仅仅存在相似的利益,为了使诉讼简便迅速才合并审理案件。^[24] 基于同一事件或者同一原因而遭受损害的消费者谋求填补损失的利益显然属于个人同类性利益。在巴西,个人同类性利益集团诉讼采取二阶型诉讼构造。作为原告的团体基于法律的授权而得为全体个别受害人提起概括性损害赔偿请求诉讼,并在胜诉时获得“概括性给付判决”,但该判决并不确定赔偿金额和支付对象,而只是概括性判决被告应当承担损害赔偿义务,第一阶段的诉讼也因此被称为“请求概括性给付判决之诉”。巴西将概括性给付判决区别于宣告责任原因的确认判决,因为以确认判决为前提救济个别权利须提起通常的给付之诉,而作为第二阶段的诉讼仅须通过判决清算这一简易程序即可实现。所谓“判决清算”的原意在于根据概括性给付判决无法完成执行,就执行部分进行清算,除通过诉讼程序之外,在一定情况下允许通过简易程序进行。详言之,判决清算的方法根据概括性给付判决的概括程度不同而相异:仅根据第一阶段的记录获得的事实或证据无法将权利人特定化或计算损害金额的,需要通过普通诉讼程序进行新的主张及举证程序,但不允许审理超出第一阶段程序范围的新争议点或变更第一阶段判决;不需要审理新的事实即可通过单纯计算进行判决清算的,根据债权人所提交的计算详细说明书计算金额;根据法院判断或双方当事人约定按照专门鉴定人的鉴定结果进行判决清算的,根据鉴定进行判决清算,而不再进行新的主张及举证。请求概括性给付判决之诉的确定判决仅在有利于全体集团成员时具有对世效力,驳回概括性给付请求的确定判决则仅对已参加该集团诉讼的当事人产生拘束力,各个集团构成人员可各自提起损害赔偿请求诉讼,但其他原告适格当事人不得再次提起集团诉讼。概括性给付判决可以通过个人申请执行和集团性执行两种方式进行,为防止提起请求概括性给付判决之诉且获胜诉的团体不及时申请执行,巴西《公共民事诉讼法》第15条规定检察院在原告未在判决确定后60日内申请执行的情形下可以代为申请执行。考虑到消费者弃权情形时有发生,为避免经营者因消费者弃权而继续保有违法所得,巴西

[24] 参见肖建国:《民事公益诉讼的基本模式研究——以中、美、德三国为中心的比较法考察》,《中国法学》2007年第5期,第133页。

《消费者保护法》第100条创设类似补充性撤去不法收益之诉的制度,概括性给付判决一经生效,经过一年仍未有足够数量的利害关系人提出申请的,检察院等具有当事人适格的主体可以向第一阶段集团诉讼管辖法院启动实施判决清算程序及未支付的赔偿责任的二阶程序。^[25]

考虑到消费集体性消费损害赔偿案件难以通过选定当事人诉讼和小额诉讼程序获得解决,日本消费者委员会在2010年8月设置消费者集体受害救济制度专门调查会,截止2012年8月19日先后召开15次专门调查会并组团赴巴西取经,^[26]并于2013年底采纳二阶型构造的《集团性恢复消费者财产性损害的民事裁判程序特例法》。^[27]但是,鉴于日本法并不存在所谓的概括性给付判决制度,立法者只能采取确认之诉来替代实现类似功能,第一阶段的诉讼程序也因此被称为“确认共通义务之诉”。确认共通义务之诉的宗旨在于确定案件共通争议点,即基于相当数量的消费者在共通事实上及与此法律上的理由,经营者应否向这些消费者承担损害赔偿责任的义务。为提高纠纷解决效率,确认共通义务之诉的审理对象限于共通争议点,特定适格消费者团体不需要接受特定消费者的授权或委托,并且特定受害消费者个人不能参加该项程序。相应地,鉴于确认共通义务之诉采取法定赋权模式且未向特定受害消费者提供最低限度程序参与机会,确认共通义务之诉的确定判决仅拘束作为原告的特定适格消费者团体和作为被告的经营者,而只有原告胜诉的确定判决或者可以等同于胜诉的和解才可以启动第二阶段程序并将判决或和解的效力扩张至已向团体授权并经由团体向法院登记债权的特定受害消费者,但消费者不满意判决或和解的,仍可以不在第二阶段程序中登记,选择自行提起诉讼。在第一阶段程序的确认共通义务之诉中,原告胜诉并且判决生效或者被告同意请求启动第二阶段诉讼程序或者双方达成等同于原告胜诉的和解的,为进一步确定被告金钱给付义务的内容,第二阶段的确定对象债权程序旨在具体确定被告应当向哪些消费者(分别)支付多少金额。考虑到通过普通程序具体确定消费者债权的事实关系和证据资料需要花费大量的时间和人力,第二阶段诉讼原则上采用以书面审查为主的简易确定程序,经营者与特定适格消费者团体之间就登记债权存在争议的,法院将在调查书证的基础上作出简易确定决定。详言之,作为第一阶段的确认共通义务之诉原告的特定适格消费者团体以第一阶段的被告为对方当事人,向作出第一阶段确定判决的地方法院申请简易确定程序,法院将决定启动简易确定程序的主文、对象债权、对象消费者的范围、登记期限和确认期限等必要事项刊登在法院官报上予以公告,申请团体应在登记期限的最后一日之前的一个月内向已经掌握的受害消费者以书面或电子邮件形式通知其相关规定事项并对未掌握的对象消费者以

[25] 参见[日]三木浩一:《ブラジルにおけるクラスアクション(集团訴訟制度)の概要》, *New Business Law*, 总第961期, 2011年9月号, 第48-63页。

[26] 参见内閣府消費者委員会事務局:《集团的消費者被害救済制度専門調査会報告書について(配布)》, http://www.cao.go.jp/consumer/history/01/kabusoshiki/shudan/doc/110822_press_release.pdf, 访问时间:2014年6月29日。

[27] 本部分内容系立法梳理,详细条文请参见《消費者の財産的被害の集团的な回復のための民事の裁判手続の特例に関する法律》(平成25年12月11日公布?法律第96号), <http://www.caa.go.jp/planning/pdf/qa-all.pdf>, 访问时间:2014年6月29日。

适当方法进行通知,希望通过第二阶段程序确定自己债权的特定消费者需要授权申请团体,与申请团体签订简易确定程序的授权合同,而申请团体除非存在不可抗力事由不得拒绝签订该授权合同,以防止申请团体的任意判断造成对象消费者无法获得救济。获得授权的申请团体向法院申请登记对象债权,即对象消费者必须通过申请团体登记对象债权,而不得自行向法院登记债权,以防止程序变得复杂。申请团体申请登记后,法院书记员将制作登记消费者列表,列明各项登记债权内容。法院将以此登记消费者列表按照非讼程序原理进行审理:经营者在确认期限内对登记期限内已经登记的债权作出同意或不同意的意思表示,经营者同意登记债权的全部内容的,登记债权将以所登记的内容予以确定;在确认期限内无意思表示的,视为同意登记债权内容;经营者不同意(部分)登记债权内容的,申请团体应自确认期限的最后一日起的一个月内提出异议,否则登记债权内容将按照经营者所确认的内容予以确认。申请团体与经营者对登记债权的全部或者部分存在争议的,法院将在询问当事人和调查书面证据的基础上作出简易确定决定。特定适格消费者团体、登记权利的消费者、作为被告的经营者对简易确定决定不服的,自决定书送达之日起一个月内向作出该简易确定决定的法院提出异议,案件转入普通诉讼程序,但如果没有合法地提出异议,则简易确定决定与生效判决具有相同效力。

综上所述,众多消费者因相同或者相似违法经营行为遭受损失而请求赔偿损失属于典型的私益诉讼,但考虑到消费纠纷存在系争标的额小、因果关系及对方过错证明难度大、鉴定费用昂贵等原因,巴西和日本的消费者集体性损害赔偿诉讼程序均被区分为两个阶段进行,通过法定赋权模式下的争讼程序先行确定经营者对消费者的损害赔偿义务是否成立,在法院判决经营者应当承担损害赔偿赔偿责任基础上,通过意定赋权模式下的非讼程序(以及确有必要的争讼程序)具体确定经营者应当向谁给付多少金额。诚然,鉴于两国具有不同的法制背景,巴西版二阶型集团诉讼与日本版二阶型集团诉讼存在着显著的区别:首先,巴西版二阶型集团诉讼的适格主体并不局限于公益团体,而日本版二阶型集团诉讼的适格原告范围则限定于具备双重资格认定的“特定适格消费者团体”。详言之,为确保原告具备适当且正确地开展恢复消费者损害的必要体制、业务规程、会计基础、法律基础条件并避免损害赔偿消费团体诉讼被滥用或者沦为某些团体的牟利手段,日本《集团性恢复消费者财产性损害的民事裁判程序特例法》规定,已经取得提起不作为之诉适格主体资格的 11 家消费者消费者团体如欲提起集体性消费损害赔偿诉讼,必须重新向内閣总理大臣申请资格认定,只有具备双重资格认定的“特定适格消费者团体”才能提起此类团体诉讼。其次,巴西版二阶型集团诉讼的适用范围并不局限于消费者权益保护领域,而日本版二阶型集团诉讼则仅适用于特定请求范围内的特定消费争议。日本对二阶构造的损害赔偿团体诉讼的适用范围不仅局限于因消费者合同所引发的财产性纠纷案件,而且限定于履行合同项下债务的请求、不当得利的请求、因不履行合同项下债务的损害赔偿的请求、基于瑕疵担保责任的损害赔偿的请求、民法规定的基于侵权行为的损害赔偿的请求等五项与消费者合同相关的请求事项,还从反面将扩大损害、预期利益、人身损害、精神损害排除在该法适用范围之外,使得日本二阶构造的损害赔偿团体诉讼适用范围尤为狭窄,无论是从集体诉讼原理、比较法考察、司法实务需求出发,都很难提出支持限定该制度

适用范围的正当理由。^[28] 再次,巴西版二阶型集团诉讼运用其民事诉讼法所创设的概括性给付判决制度将第一阶段的诉讼程序界定为给付之诉,而日本因不存在概括性给付判决制度而不得不将第一阶段的诉讼程序界定为确定共通义务的确认之诉。鉴于唯有给付判决才可能具备执行力,日本确认经营者共通义务的判决不能充当执行名义,而巴西概括性给付判决在通过简单计算即可确定经营者金钱给付内容的,仅利用第一阶段程序就足以实现个人同类性利益,如2007年南里奥格兰德州检察院及公共辩护厅基于政府变更经济计划使存款收益率下降造成损失的理由,以巴西银行等为被告共同向州法院提起同类个别性权利集团诉讼。复次,巴西请求概括性给付判决之诉的判决效力采取片面扩张原则,“集团诉讼判决应当拘束全体集团成员,但此类判决不能损害消费者个人权益。简而言之,如果集团诉讼判决对群体有利,所有没有参加诉讼的集团成员都因该判决受益。如果判决对群体不利,禁止代表相同的群体利益再次提起集团诉讼,但集团成员则不受该判决拘束,他们仍然可以向法院提起个别诉讼以实现其私益权益”。^[29] 与此不同,日本确认共通义务之诉的判决效力并不采取片面扩张理论,判决效力除拘束双方当事人之外,仅对选择授权申请团体的消费者产生效力扩张。换言之,在经营者有责判决确定后,巴西的消费者可以选择是否参加“判决清算程序”实现其权益,也可以通过个别性诉讼并援引概括性给付判决谋求实现其自身权益,但日本的消费者如果要利用确认共通义务之诉的确定判决为实现自身权益创造条件,则必须授权申请团体通过确定个别消费者债权程序实现其私人权益,至于消费者能否通过个别诉讼援引概括性给付判决则没有法律明文规定。最后,相对于日本二阶型集团诉讼而言,巴西版二阶型集团诉讼更加注重不同类型集团诉讼之间的融合。一方面,巴西版二阶型集团诉讼尽管针对同类个别性权利,但将扩散性利益集团诉讼、集合性利益集团诉讼以及个人同类性利益集团诉讼有机融合,根据巴西《消费者保护法》第103条第3款规定,前两种集团诉讼判决的既判力不得对能够针对损害提起个别或者集团诉讼的集团成员造成不利益影响,但如果前两者诉求获法院支持,其判决则惠及所有集团成员,他们可以直接进入第二阶段的判决清算和执行程序,也可以说,第一阶段的请求概括性给付判决之诉得与扩散性利益集团诉讼、集合性利益集团诉讼发生融合,以提高诉讼效率。另一方面,为弥补第二阶段的判决清算程序需要消费者提起个别诉讼而难以应对小额消费纠纷的缺陷,根据该法第100条的规定,概括性给付判决一经生效,经过一年仍未有足够数量的利害关系人提出申请的,检察院等具有当事人适格的主体可以向第一阶段集团诉讼管辖法院申请实施判决清算程序及未支付的赔偿责任的强制执行,也就是说在意定赋权模式难以奏效的情形下可以补充性采取法定赋权模式,实现类似撤去不法收益之诉所能实现的功能。

[28] 据全程参与立法的三木浩一教授介绍,之所以如此限定所谓日本版 class action 适用范围,主要是因为本法起草者日本消费者的管辖范围局限(一般侵权及人身伤害案件系由法务省管辖)、消费者团体倾向于仅处理一些消费者合同案件(而不处理一般的侵权案件及人身伤害案件)、日本经济界及政府机关对扩大该法适用范围持反对态度,立法者对这种反对意见有所顾忌,也就造成适用范围狭窄。参见[日]三木浩一:《日本版クラスアクションの立法について》,《法学研究》第86卷第9号,第23-24页。

[29] Antonio Gidi, Class Action in Brazil—A Model for Civil Law Countries, 51 *The American Journal of Comparative Law*. 388-389(2003).

四 二阶型消费者集体性损害赔偿诉讼的解释构建

纵观各国立法例和学者观点,在消费者集体性损害赔偿诉讼中当事人适格方面,主要存在“国别二分法”(如美国采退出制而英国采加入制)、“类型二分法”(小额分散损害案件采法定赋权模式,而大规模侵权案件采意定赋权模式)、“阶段二分法”(责任成立确认环节采取法定赋权模式,而具体责任确定环节采意定赋权模式)等三种处理模式。法系二分法是对当前主要国家和地区立法例的客观反映,英美法系的退出制被指责沦为律师牟利工具而大陆法系加入制则被实践证明效率低下。类型二分法试图在两大法系之间进行取长补短,但小额分散案件的法定赋权模式涉嫌侵犯特定受害消费者的裁判请求权,而大规模侵权案件的意定赋权模式难以应对人数众多的大规模侵权案件,而且诉讼标的额的大小绝对界分标准难以确定。阶段二分法将完整的消费者集体性损害赔偿诉讼区分为确定责任成立和确定责任内容两个阶段,无须将消费集体性损害案件区分为小额消费纠纷和小额消费纠纷,既不对消费者提起个别诉讼造成限制,也不造成经营者重复赔偿,巴西还在第二阶段诉讼中创设补充性法定诉讼实施权,以强化二阶型消费者集体性损害赔偿诉讼制度对不法经营者的打击力度。因而,二阶型消费者集体性损害赔偿诉讼构造较好地 在纠纷解决效率、正当程序保障以及剥夺经济动机之间保持平衡。鉴于此,笔者试图在解释论的框架内,综合运用我国现有的各种法律制度,以类似实现二阶型消费者集体性损害赔偿诉讼的功能。

(一) 团体诉讼≠公益诉讼

我国消费者权益保护领域的团体诉讼制度寄生于公益诉讼制度之中,2012年《民事诉讼法》第55条规定民事公益诉讼制度,而2013年《消费者权益保护法》第47条规定消费团体诉讼制度。按照多数说的观点,该法第47条系对《民事诉讼法》第55条的贯彻和细化,鉴于消费者权益保护领域不存在公益性损害赔偿请求权,而消费团体针对自身私益性损害提起的损害赔偿之诉并不属于典型的团体诉讼,因而,消费团体诉讼应当止于公益诉讼性质的不作为之诉和撤销之诉。然而,为拓展团体诉讼的适用范围,为促使损害赔偿团体诉讼获得证成,少数派主要从以下两方面进行努力:其一,借鉴环保法学者将环境利益区分为环境共益与环境众益的做法,将特定多数消费者的利益上升为公共利益,将《民事诉讼法》第55条“侵害众多消费者合法权益等损害社会公共利益的行为”解读为侵害众多消费者合法权益的行为本身即构成对社会公共利益的损害,“……等损害社会公共利益”只是为其他法律拓展公益诉讼案件类型奠定基础。其二,利用《消费者权益保护法》第47条“对侵害众多消费者合法权益的行为,中国消费者协会以及在省、自治区、直辖市设立的消费者协会,可以向人民法院提起诉讼”没有使用“损害社会公共利益”进行限定的事实,从字面解释上强调该法规定的团体诉讼并不局限于《民事诉讼法》规定的公益诉讼,并以上述两部法律均为全国人大常委会修改而不属于上下位法作为多数派对抗体系解释路径的理由。简而言之,立法者在不经意间将侵害众多消费者合法权益的行为当然地视为损害社会公共利益的行为,少数派学者以立法者不问众多消费者是否特定为

由,在字面解释上奠定消费者协会提起损害赔偿诉讼的制度性基础。笔者曾经是少数派观点的倡导者,但由于该解释路径与体系解释和历史解释相悖,而且使得公共利益的外延更加模糊,少数派据以利用的“口子”也已被立法机关出版的释法书所封上,^[30]再坚持少数说似乎有些“装瞎”的感觉。^[31]为此,本文不再通过有违立法愿意的“旁门左道”式解释路径为损害赔偿团体诉讼铺路,而是在多数派的既定框架内另行开拓损害赔偿团体诉讼的解释路径。

如前所述,消费者协会获得提起损害赔偿团体诉讼主体适格的途径有法定赋权模式和意定赋权模式,既然具有私益诉讼性质的损害赔偿团体诉讼不属于《消费者权益保护法》第47条规定的消费公益诉讼,那么消费者协会提起损害赔偿团体诉讼就没有相应的明文规定,自然不可能采取法定赋权模式。意定赋权模式包括为移转诉讼实施权而移转实体权利的诉讼信托以及仅移转诉讼实施权(但不移转实体权利)的任意诉讼担当两种形式。按照学界通说,任意诉讼担当只有立法者预先规定才可以适用,既然损害赔偿团体诉讼缺乏相应的法律规定,任意诉讼担当也就不能充当消费者协会提起损害赔偿团体诉讼的正当性基础。与此同时,《信托法》第11条禁止专以诉讼或者讨债为目的设立信托,消费者以移转诉讼实施权为目的移转损害赔偿请求权属于诉讼信托,但因公益团体集约化行使损害赔偿请求权带有显著的公益色彩,而且符合法律规定条件的公益团体充当诉讼受托人并不存在包揽诉讼的风险,笔者倾向于结合第61条有关“国家鼓励发展公益信托”的立法精神对第11条作目的性限缩解释,将公益团体作为诉讼信托禁止原则的例外情形对待,为消费者协会提起损害赔偿团体诉讼奠定正当性基础。鉴于此,尽管任意诉讼担当在立法论上优先于诉讼信托,但因任意诉讼担当在解释论上找不到任何依据,而诉讼信托则尚且可以从公益信托的角度勉强找到法律依据。此外,我国法律、司法解释已经认可劳动者与工会、著作权人与著作权集体管理组织之间存在着信托性质的民事法律关系,^[32]而消费者与劳动者、著作权人在相关争议解决中都处于弱势地位,允许消费者协会通过诉讼信托受让消费者的损害赔偿请求权符合同等情况同等处理的精神。

综上所述,消费者协会得基于《消费者权益保护法》第47条的规定取得公益性诉讼实施权而提起旨在保护不特定消费者的团体诉讼,与此同时,消费者协会还可以受让消费者私益性损害赔偿请求权并据以提起旨在保护特定消费者的团体诉讼。换言之,消费团体诉讼存在着公益诉讼与私益诉讼之分,消费者协会享有法定公益性诉讼实施权,提起消费公益诉讼无须消费者具体授权,并得受让消费者的私益性损害赔偿请求权而提起私益性团体诉讼。损害赔偿团体诉讼的本质是消费者协会收集分散的损害赔偿请求权以实现

[30] 立法机关释法书明确将消费公益诉讼界定为“众多且不特定消费者的权益受到损害时,无直接利害关系的主体为保护消费者权益提起的诉讼。与普通消费诉讼相比,消费公益诉讼的本质特征是原告在案件中无直接的个人利益,而是为了众多且不特定消费者的权益提起诉讼。”贾东明主编:《中华人民共和国消费者权益保护法》,中国法制出版社2013年版,第223页。

[31] 中国人民大学法学院高圣平教授在2014年4月12日“跨学科博士生沙龙——我国食品安全综合治理研究”上对笔者发言进行的精彩点评促使笔者不断反思少数派解释路径的可接受性,在此致谢。

[32] 参见肖建国、黄忠顺:《任意诉讼担当的类型化分析》,《北京科技大学学报(社会科学版)》2009年第1期,第61-62页。

群体性纠纷解决的规模效应,但在经营者大规模侵害消费者权益的案件中,双方信息的不对等性决定了并非所有的消费者都知悉侵害事实的存在,即使知悉侵害事实的存在,当事人基于授权成本高于潜在收益或者机会成本而不主动联系消费者协会并办理授权手续的情形较为常见,即使消费者因其遭受损害较大而愿意办理授权手续,往往也因为人数众多而需要花费多达数年时间的登记、审核、授权、统计等手续。因而,消费者协会提起损害赔偿之诉往往因前期准备程序繁琐以及损害赔偿金额难以确定和证明等因素而难以实现集约化解决消费者损害赔偿纠纷的目的。

(二)一阶程序属于公益诉讼

消费者集体性损害赔偿请求权存在集约化行使的必要,以诉讼信托为根基的损害赔偿团体诉讼在启动之前,消费者协会应当取得消费者的授权,只有选择加入该团体诉讼的消费者才受确定判决的拘束,选择加入的消费者不管诉讼结果如何都受确定判决的拘束,而没有选择加入的消费者则无论诉讼结果对其是否有利都不能因确定判决获利。在诉讼前途尚不明朗的情形下,消费者协会争取消费者授权本来就不是一件容易的事情,即使绝大多数消费者对消费者协会具有充分的信心而将其损害赔偿请求权转让给消费者协会,消费者协会在提起诉讼前不仅需要进行大量重复性事务工作,而且需要收集各个消费者支持其诉讼请求的证据并计算消费者损失的总额,严重妨碍团体诉讼在确定消费者与经营者之间存在共通性的事实争议和法律争议的功能发挥。二阶型消费者集体性损害赔偿诉讼构造解除了确定共通性争议与个别确定消费者债权之间的“绑定销售”关系,作为第一阶段的请求概括性给付判决之诉或确认共通义务的确认之诉采取法定赋权模式,无须消费者授权,消费者团体得直接依据法律规定提起针对共通性事实争议和/或法律争议的团体诉讼,至于第二阶段的债权个别性确认程序是否启动并不妨碍第一阶段诉讼程序的启动,消费者授权公益团体仅在该公益团体已就共通性争议获得胜诉判决的情形下进行,而无须承担受不利诉讼判决拘束的风险。

然而,法院在审理众多消费者与经营者之间的共通性事实争点和/或法律争点的基础上宣告经营者应当承担概括性损害赔偿责任的确定判决在理论上仅对一审口头辩论终结前已经确定和特定的受害消费者产生拘束力,属于为特定多数人利益提起的私益性团体诉讼,其所对应的诉讼实施权具有明显的私益性质而无法纳入《消费者权益保护法》第 47 条规定的公益性诉讼实施权,也就无法确立法定赋权模式的一阶程序,而意定赋权模式下的一阶程序与二节程序划分则没有现实价值。但如果能够将一阶程序解读或者改造为公益诉讼,则可以直接依据该法第 47 条的规定取得相应的诉讼实施权。考虑到瑕疵产品批次化、消费合同格式化等特点,一阶程序胜诉判决完全可以适用于共通性争议确认之诉一审口头辩论终结之后乃至判决确定之后基于相同原因发生的具体损害,因而,公益团体提起共通性争议确认之诉所谋求保护的权利主体不但可以不确定,而且可以不特定,因其谋求保护不特定第三人的利益而可以纳入公益诉讼范畴。既然请求法院确定共通性争议的一阶程序属于公益诉讼,公益团体提出此类诉讼并不受制于已经遭受损害的特定(但可能尚不确定)受害人的损害赔偿请求权,法院作出原告胜诉的共通性争议确认判决不仅得为一审口头辩论终结前遭受现实损害的具体受害人在其债权确认程序中加以援引,而

且可以为一审口头辩论终结后甚至在判决确定之后基于相同原因遭受具体损害的确定受害人所援引,此类诉讼不仅服务于已经特定的受害人,而且使得可能基于相同原因遭受损害的不特定第三人(包括已经遭受损害者再次遭受损害在内)获益。公益团体在共通性争议确认之诉中取得确定胜诉判决后,受害人既可以自行以代表人诉讼形式或者个别诉讼形式提起损害赔偿之诉,也可以将其损害赔偿请求权移转给公益团体并由其提起团体诉讼。

(三) 撤去不法收益之诉属于公益诉讼

共通性争议确认之诉的公益诉讼构造使得消费者协会提起一阶程序无须取得受害消费者的授权。在消费者协会胜诉的情形下,鉴于共通性争点已经获得有利于消费者的确定判决,消费者将其损害赔偿请求权转让给消费者协会可以合理期待获得损害赔偿,促进消费者维权的积极性。然而,消费者不知悉自身权利被经营者侵害或者虽然知悉但受各种因素影响而急于谋求损害赔偿的情形较为常见,二阶型消费者集体性损害赔偿诉讼尽管可以在某种意义上提升消费者的维权积极性,但二阶程序采取诉讼信托的加入制使得经营者制造大规模消费侵权事件仍然有利可图。为此,在立法论上,有不少学者倾向主张消费者损害赔偿团体诉讼可以采取退出制并将诉讼收益纳入或者设立消费者权益保护基金,受害消费者可以在规定期限内向基金管理人追讨其损害赔偿金额,经过法定期限没有被受害消费者索取的盈余款项参照提存制度收归国有。^[33] 笔者认为,前述解决思路固然具有其合理性,但退出制需要立法者明确规定而无法在解释论层面推行,并且考虑到消费者集体性损害赔偿金额个别性认定相对于概括性认定更具有正当性,相对于概括性认定而言,个别性认定应当优先考虑。因而,笔者认为,二阶型消费者集体性损害赔偿团体诉讼更优,但为剥夺经营者因消费者放弃损害赔偿请求权而继续保有的不法收益,建议在解释论上构建补充性撤去不法收益之诉,^[34] 为激励消费者协会积极履行职责,建议允许消费者协会从诉讼收益中扣取必要的诉讼成本并将盈余部分纳入消费者维护基金,以其作为消费者协会提起消费公益诉讼或者开展其他消费公益活动的资金来源。详言之,消费者协会在共通性争议确认之诉中取得胜诉确定判决后,应当以适当方式发布公告,促使消费者对消费侵害事件有所认识,并告知消费者加入二阶程序的相关事项,截止公告日已经遭受损害的消费者推定其自公告日前已经知悉权利遭受损害的事实,消费者既不授权消费者协会启动二阶程序也不在诉讼时效期限内提起个别诉讼的,在理论上应当推定该(些)消费者放弃权利而丧失胜诉权,不法经营者因此而继续保有的利益构成不法收益,消费者提起旨在要求经营者吐出不法收益的诉讼旨在剥夺经营者从事违法经营活动的积极动机和维护良好的市场交易秩序,带有显著的私人执法属性,属于可以依据《消费者权益保护法》第47条规定而直接提起的团体公益诉讼。诚然,公益团体为提起撤去不法收益之诉需要先行提起私益性损害赔偿团体诉讼或者共通性损害赔偿确认之诉并经过法定期限,这保障了特定受害人行使其损害赔偿请求权的机会不因撤去不法收益之诉制度的

[33] 参见熊跃敏:《消费者群体性损害赔偿诉讼的类型化分析》,《中国法学》2014年第1期,第210页。

[34] 限于篇幅,本文不对撤去不法收益之诉进行制度性介绍,读者可自行参见吴泽勇:《论德国〈反不正当竞争法〉上的撤去不法收益之诉》,《当代法学》2010年第3期,第71-85页。

引入而遭受不利益影响。

五 结 语

综上所述,消费者集体性损害赔偿请求权的个别性实现存在着障碍,集团诉讼、团体诉讼、示范性诉讼和共同代理人诉讼等旨在解决群体性纠纷的现代型诉讼机制应运而生。然而,消费者集体性损害的私益性内在地要求尊重受害人的处分权,而现代型诉讼机制化繁为简的程序设立原理以消费者不(积极)参加诉讼活动为预设条件,强制消费者舍弃实体和/或程序利益与当事人固有的处分权构成紧张关系,基于合意的消费者舍弃实体和/或程序利益尽管具有正当性但却与因违背效率原则而与现代型诉讼机制寻求规模化解解决纠纷的宗旨相悖。考虑到我国群体性诉讼机制极度匮乏且域外传统群体性诉讼机制均难以满足消费者集体性损害赔偿诉讼的现实需要,起源于巴西并为日本所推崇的二阶型诉讼构造成为妥善解决消费者集体性损害赔偿的最佳思路。尽管我国立法者尚未明确规定二阶型消费者财产性损害团体诉讼制度,但在解释论层面,旨在确定共通性争议的一阶程序可以阐释为消费者得依职权提起的公益诉讼,旨在个别性确定消费者债权的二阶程序可以通过受害消费者将其损害赔偿请求权转让给消费者协会的诉讼信托实现类似功能,而消费者放弃行使的损害赔偿请求权得凝集成撤去不法收益请求权并由消费者协会提起公益诉讼属性的补充性撤去不法收益之诉。

[**Abstract**] In theory, consumer collective damage compensation disputes can be resolved through individual litigation. However, such litigation will not be able to deprive operators of all their illegal earnings due to the consumers' lack of prosecution power and judicial resources. Group action mechanisms, including class action, group action, model action and common agent action, try to simplify the procedure by adopting the mandatory empowerment mode or the consensual empowerment mode. However, they are all faced with the intense contradiction between efficiency of dispute resolution and minimum procedural justice. The two-stage litigation structure of consumer group action for damage compensation combines the advantages of both the mandatory empowerment mode and the consensual empowerment mode, thereby satisfactorily solving the above-mentioned contradiction and representing the future trend of development of consumer collective damage compensation litigation. Although this new litigation system has not been established by the current Chinese Consumer Protection Law, the first stage of this litigation system, namely confirming of communal obligation, can be interpreted as public interest litigation; the second stage, namely confirming individual claims, can be interpreted as litigation trust; and claims for damages waived by consumers can be pursued by consumers associations in skimming-off actions.

(责任编辑:姚 佳)