

# 示范性诉讼:旅游消费者群体性纠纷救济的制度更新

毕玉谦 吐热尼萨·萨丁

**[摘要]** 旅游业的发展、旅游市场的繁荣以成熟的旅游纠纷解决机制作为保障。在旅游过程中,当旅游者的人身财产安全、知悉权、自主选择权、求偿权等被侵害时,因旅游消费的特殊性,考虑到成本等原因,多数的旅游消费者选择沉默或“弃权”。虽然,新制定的《旅游法》参照我国《民事诉讼法》群体诉讼的模式规定由代表人诉讼来解决旅游群体性纠纷,但我国的代表人诉讼制度功能在解决大型侵害纠纷上发挥得最佳,在解决“小额多数”性的旅游群体侵害纠纷上发生功能错位而不能完全满足旅游消费者群体性侵害纠纷之解决的需要。通过比较、分析各国群体诉讼形态之功能,本文指出德国式的职权型示范诉讼更能够有效的解决“小额多数”的旅游消费者群体性纠纷。

**[关键词]** 旅游消费者群体性纠纷;代表人诉讼;示范性诉讼

旅游过程中,诸如交通晚点、旅行者人身财产安全无法得到保障、随意变更合同约定的旅游路线、强迫购物、景点抬价、餐饮宰客等现象屡见不鲜。这些行为侵害的不仅是每一个个体的权益,也会侵害不特定多数人的权益。但或因侵害不严重,救济成本大,个体选择隐忍,或因不特定多数人意见不一致选择沉默、“弃权”,导致这类侵害行为“逍遥于法律之外”。这不仅不利于维护民事主体的权益,也会冲击旅游市场的安全性与稳定性,从长远而言,会阻碍旅游业的发展,增加社会治理的成本。在旅游立法领域,新制定的《旅游法》第94条以《民事诉讼法》第53、54条中的群体诉讼模式为参照规定代表人诉讼,<sup>①</sup>试图解决旅游纠纷中的群体诉讼。然而,与群体诉讼其他形态相比,我国代表人诉讼制度在解决旅游消费者群体性纠纷上发生功能错位,无法完全满足解决小额旅游纠纷的需求。正如学者所提出,群体性诉讼制度改革应该要根据不同类型、不同要求的群体诉讼案件的需要而建构不同类型的群体性诉讼制度。<sup>②</sup>因此,本文在考察我国代表人诉讼制度功能及其与其他群体诉讼形态功能之间的差异之后,较全面分析旅游消费者群体性纠纷特殊性的基础上,进一步论述引入国外的示范性诉讼制度作为解决旅游群体性纠纷的诉讼形态具有一定的实践与理论意义。

毕玉谦,法学博士,“2011计划”司法文明协同创新中心专家,中国政法大学教授、博士生导师(北京100088)吐热尼萨·萨丁,中国政法大学民商经济法学院诉讼法学博士研究生(北京100088)。

①《中华人民共和国旅游法》第九十四条,旅游者与旅游经营者发生纠纷,旅游者一方人数众多并有共同请求的,可以推选代表人参加协商、调解、仲裁、诉讼活动。

②杨严炎:《群体诉讼研究》,北京:法律出版社,2010年,第216页。

## 一、代表人诉讼及其司法实践

随着我国社会经济的快速发展,涉及各领域的群体性纠纷也大量出现,在司法领域,原被告一对一的单一性为特点的传统诉讼结构无法有效回应大量的群体性纠纷。我国的代表人诉讼正是在这种社会背景之下参照国外解决群体性纠纷诉讼形态并结合我国国情应运而生的。因此,在理论上,我国代表人诉讼有其区别于国外群体性诉讼形态的特点。然而,在司法实践中代表人诉讼适用也并不理想。那么我国代表人诉讼能否满足解决旅游消费者群体性的纠纷的需求呢?为此,笔者首先考察我国代表人诉讼特点以及在司法实践中的适用状况。

### (一) 代表人诉讼的特点

自上世纪中后期,人们生活水平的提高以及生活方式的多元化使社会关系日益复杂化,社会矛盾亦多样化。类似旅游、消费等一些特定领域中,多数人的共同利益被侵害的事件层出不穷,这逐渐引起社会各界人士广泛的关注。在多数人纠纷中往往受到侵害的不仅是个体利益,也包括多数人的共同利益。与此相应的,在诉讼领域中,诉讼形态也由解决个别纠纷的个别诉讼演变为解决大规模多数人纠纷的群体诉讼形态。各国及地区相继规定了群体诉讼制度,如英美的集团诉讼、德国的团体诉讼、日本及我国台湾地区的选定当事人制度等。我国于1991年修改《民事诉讼法》时,以英美集团诉讼、德国团体诉讼、日本及我国台湾地区的选定当事人为参考,根据我国国情制定了解决群体纠纷的诉讼形态——代表人诉讼制度。在日本环境公害诉讼、消费者诉讼等纠纷形态被泛称为“现代型诉讼”,或“政策形成型诉讼”、“政策指向诉讼”。<sup>①</sup>可知,现代型诉讼的救济对象是多数人利益,多数人具有同一的或同一种类诉求。从研究的角度,可以把多数人利益分为扩散性利益(diffuse interest)或普遍利益(interessidiffusi)与集合性利益(collective interest)或集体利益(interessicollettivi)两种。前者因为一定的事实因素产生关系,享有者总是一些不确定的人,如居住在同一地区或者消费同样的产品联系起来的;后者基于一定的法律关系产生,享有者则是一个群体或者阶层,是有组织性的,如协会、工会,职业性团体。<sup>②</sup>无论是扩散性利益还是集合性利益,它们的司法救济方式在民事诉讼中的表现形式是对群体利益的诉讼保护,美国的集团诉讼或我国的代表人诉讼可与之相对应。我国代表人诉讼有自己的特点,它以共同诉讼为基础,吸收诉讼代理制度机能而建立起来的。<sup>③</sup>它有人数确定的代表人诉讼与人数不确定的代表人诉讼两种类型。<sup>④</sup>顾名思义,前者是指在起诉时人数确定的多数人诉讼,后者为起诉时人数不确定的多数人诉讼。总的来说,代表人诉讼最显著的特点有以下两点:

第一,多数当事人之间具有同一的诉讼标的或同一种类的诉讼标的。从这点上来看,在起诉时人数确定,那么这里的代表人诉讼可以是必要共同诉讼,也可以是普通共同诉讼。若起诉时人数不确定,要求其诉讼标的是同一种类的而不是同一的,也即这里的代表人诉讼只能是普通共同诉讼。第二,必须推选出代表人。在起诉时人数确定,由全体当事人推选出一个或几个代表人;若起诉时人数不确定,只能由向人民法院登记权利的当事人推选诉讼代表人。

<sup>①</sup>转引自肖建国:《现代型民事诉讼的结构与功能》,《政法论坛》2008年第1期。

<sup>②</sup>肖建国:《现代型民事诉讼的结构与功能》。

<sup>③</sup>江伟:《民事诉讼法》,北京:高等教育出版社,2013年,第126页。

<sup>④</sup>对此学者之间曾存在争议。如一些学者认为,我国民事诉讼法规定的代表人诉讼分为共同诉讼中的代表人与群体诉讼中的代表人诉讼;有的学者认为,我国民法规定的群体诉讼分为人数确定的诉讼与人数不确定的诉讼;有的学者将我国民事诉讼法中的代表人诉讼分为选定代表人和集团诉讼两种。彭武生:《论群体诉讼的表现形式》,《中外法学》2007年第4期。但如今对此达成共识,这体现在法条规定上,即我国2012年新修改的《民事诉讼法》53条人数确定的代表人诉讼与第54条人数不确定的代表人诉讼。

从代表人诉讼这两点最主要特点可以看出,人数不确定的代表人诉讼的特殊性主要体现在其公告、登记程序及其裁判效力上。也即若多数人起诉时人数不确定,人民法院会发出公告通知权利人向人民法院登记。登记时要求权利人提供相关的身份及基本情况证明,并要求其证明与对方当事人之间的法律关系。在损害赔偿类案件中,还要求证明其损害情况及程度。裁判效力的特殊性在于其间接地把判决的效力扩张及有关的利害关系人。

在旅游纠纷领域,在利益纠纷分类上,基于消费同样的旅游产品,多数旅游消费者利益属于扩散性利益。在代表人诉讼分类上,旅游群体诉讼中的大部分纠纷是属于人数不确定的代表人诉讼,这由旅游纠纷涉及面广泛性特征决定的。虽然,旅游群体诉讼一直不断,但对这一类诉讼解决的效果却很难令人满意。这是为何?司法实践中代表人诉讼的适用情况又是如何呢?下面是对代表人诉讼在我国司法实践中的适用考察。

## (二) 代表人诉讼在实践中的适用

在司法实践中,法院对群体诉讼的有几种处理方式,如“单独立案、合并审理”,“单独立案、分案审理”,“示范性诉讼”,“合一立案、合并审理”,“代表人诉讼”等。其中人数不确定的代表人诉讼是“难觅踪影”<sup>①</sup>。因此,学界一致认为我国代表人诉讼在实践中没有被充分适用而一直处于搁置状态。对此,学界存在几种解释,“超前说”认为,我国人数不确定代表人诉讼借鉴了美国集团诉讼而显得超前于时代,因此很少被使用;“内在缺陷”、认为我国代表人诉讼在制度设计上存在的“内在缺陷”导致其很少被使用;“司法环境不完备”,认为我国代表人诉讼是合理而先进的,但由于司法机关追求自身利益的现实及司法不能完全独立的体制原因导致很少被使用。“完善说”认为,我国代表人诉讼符合目前群体纠纷的实际状况,是妥当的、具有内在合理性的,但需要在现有的制度框架内进一步加以修订完善。<sup>②</sup>

根据有学者调研显示,从法院的角度来说,案件类型、审判成本、是否有利于案件审理和纠纷解决、外部压力、诉讼周期、当事人的诉讼成本、法院内部绩效考核等是影响法官在处理群体诉讼时采用何种诉讼方式的主要因素。在调研中有相当一部分法官与律师对代表人诉讼制度的优势予以肯定的。<sup>③</sup>笔者认为,代表人诉讼制度在实践中出现的适用情况原因由上述各种学说都能解释,它有法院内部的原因也有制度本身的原因,甚至与当事人程序选择权也有关系。但最主要的原因应该在于代表人诉讼功能的发挥出现错误了,也即其制度设计目的与实践中案件类型不相匹配,也即代表人诉讼主要考虑如何提高大规模侵害案件的诉讼效率。而对于小额分散性利益的救济并非其重点达到的立法目的。<sup>④</sup>可知,旅游群体纠纷中的人数不确定代表人诉讼在实践中的适用情况令人不满是有其制度设计目的上的原因,这导致代表人诉讼在旅游群体纠纷解决功能发挥出现问题。

## 二、代表人诉讼的功能错位

我国代表人诉讼有提高诉讼效率、威慑与预防违法行为等功能。然而,我国代表人诉讼制度在解决大型的侵权纠纷之上功能最佳,而它在制度设计上的一些缺陷导致它在救济小额多数群体性纠纷上

---

①章武生:《论群体诉讼的表现形式》,《中外法学》2007年第4期。如今在裁判文书网输入关键词“人数确定的代表人诉讼”搜到3份判决书,输入关键词“人数不确定代表人诉讼”则一份裁判文书也没有。当然,这有可能有些裁判文书没被公开,也有可能存在技术方面的原因,但这些原因不占绝对地位。然而,这种搜索结果也能在一定程度上反映出代表人诉讼在我国司法实践中的适用情况。

②陈巍:《我国代表人诉讼若干观点评析》,《山东大学法律评论》2007年第00期。

③吴英姿:《代表人诉讼制度设计缺点》,《法学家》2009年第2期。

④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。

功能发生错位。

### （一）难以实现诉讼经济与效率功能

旅游者是特殊的消费者,其特殊性表现在消费地域的异地性、消费范围的广泛性等。正因为这些特殊性,在旅游过程中旅游者会跟许多辅助服务人接触,因而很容易在跟旅游者有密切相关的如交通、住宿、用餐、娱乐等各个环节引发纠纷。<sup>①</sup>在旅游中,权益受侵害的旅游消费者的旅游经费不算太大,而为了解决纠纷、讨回损失而参加群体诉讼的费用有可能会超过所受的损失,甚至是旅游经费,此外,判决结果对旅游消费者来说也是未知数,在这种情况下,大多数人选择观望而不去参加群体诉讼。因此,多数消费者倾向于选择单独诉讼,以此获得舆论的支持,从而实现违法者停止或改变违法行为的目的。根据学者调研以及所能掌握的信息,目前尚未收集到一例小额分散性侵害案件适用代表人诉讼。在实践中被称为“公益诉讼第一人”的邱建东、“一块二”等官司属于多数小额分散案件,然而受害人愿意选择单独诉讼的模式。<sup>②</sup>这种现象的出现由我国代表人诉讼的制度特征决定的。

首先,代表人诉讼制度的“登记加入”与“推选代表”程序在时间与资金成本上远远超出了私人所受侵害的范围。一般而言,旅游者是临时结集群体,居住比较分散,结束旅游活动之后各奔东西。旅游群体诉讼是属于人数不确定的代表人诉讼,人民法院发出公告通知权利人向人民法院登记时要求权利人证明事实及受损害程度。小额多数纠纷的旅游群体纠纷中的原告主体所具有的多元、分散、不特定性、利益的扩散性等特征导致其在经济实力、信息获取等方面,比侵害方处于弱势地位,在证明相关事实方面存在较大的难度,也耗时耗费。此外,在推选代表人上,临时结集的旅游群体彼此陌生,人多心不齐,这更是耗时耗费耗精力。即便法院可以与权利人商定代表人,商定代表人之前的相关调查仍费时。总之,在旅游者提起群体诉讼成本中的高契约成本、信息成本及控制成本造成了代表人诉讼方式在我国旅游群体纠纷中的经济与诉讼效率的功能难以实现。<sup>③</sup>

其次,代表人在诉讼过程中若要变更、放弃或承认对方诉讼请求,须取得被代表人同意,这在小额分散性侵害诉讼的实现中也耗时耗费。在旅游群体纠纷中,为了实现临时的诉讼目标而结集的群体之间缺乏对彼此的了解、信任。代表人在诉讼过程中若要变更、放弃或承认对方诉讼请求而征得每个旅游纠纷当事人同意,可能此时的费用早已超过了赔偿额,这增大了契约成本。<sup>④</sup>

最后,特定受害者及其具体权利内容是代表人请求损害赔偿的主要要件,这会成为小额分散性侵害诉讼进程的巨大的障碍。此外,我国没有激励律师代理小额案件的费用推动机制,对小额标的案件律师不愿意去代理,这也会在一定程度上影响诉讼的效果。

### （二）未发挥行为矫正功能

小额分散性侵害诉讼与大规模侵害诉讼相比较,因从保护个人利益迈向保护一般权益,从而具有了公益诉讼性,其目的是制止和威慑不法侵害。<sup>⑤</sup>正如学者所指出,“当涉及众多的小额请求时,私人诉讼所能带来的效果不单是获得损害赔偿或维护个人权利,而更多甚至全部是在于使做错事的人通过付出代价而为社会的福利做出贡献。”<sup>⑥</sup>也即其主要目标在于震慑和矫正违法行为。旅游纠纷是有其

①杨富斌:《旅游者权益保护的特殊性探析》,《法学杂志》2015年第9期。

②杨富斌:《旅游者权益保护的特殊性探析》。

③韩阳:《旅游纠纷中群体诉讼的交易成本分析》,《法学杂志》2007年第6期。

④韩阳:《旅游纠纷中群体诉讼的交易成本分析》。

⑤熊跃敏:《消费者群体性损害赔偿诉讼的类型化分析》。

⑥[美]史蒂文·苏本、玛格丽特·伍:《美国民事诉讼的真谛:从历史、文化、实务的视角》,蔡彦敏、徐卉译,北京:法律出版社,2002年版,第200页。



一定的特殊性,它不仅涉及面广,其利益牵涉范围包括私人利益及公共利益,准确地来说,旅游群体性纠纷有一定的公益性。在维护私人利益的同时,也应该注重保护公共利益。及时、公平地解决旅游纠纷,且营造安全、稳定、繁荣的旅游市场也是旅游消费者群体性纠纷面临的挑战。这要求在旅游领域内,违法者受到惩罚并停止其违法行为。从我国民事诉讼的目的来看,它是以解决纠纷为首要目的多元化的诉讼。在旅游领域,不紧要解决纠纷,更要净化旅游环境,创造安全、繁荣的旅游市场。这要求必须构建一个符合上述双重目的的旅游群体纠纷解决机制。我国代表人诉讼制度是以共同诉讼为基础的,对当事人呈现多数时的一种技术性简化,着眼点在于维护个人权利,以传统的处分权理论为依据,因而缺少惩治违法、行为导向和政策制定的功能,而美国集团诉讼具有以上的功能,我国代表人诉讼制度也无法承担更高层次公共利益的救济功能。<sup>①</sup>但我国缺乏美国集团诉讼成功运行所要求的一些配套性制度。因此,在我国引入美国集团诉讼来解决小额多数的群体性纠纷,乃至解决小额多数的旅游消费者群体性纠纷不可行。(如律师强制代理、惩罚性赔偿制度等)

综上,西方国家群体诉讼是在社会发展进入后现代阶段时大规模商品生产、销售与服务过程中产生的小额多数分散利益纠纷与司法机能限度之间矛盾的产物,而我国的代表人诉讼制度是市场经济发展初期的产物,难免在制度设计的理论基础与功能定位上带有一定的片面性。<sup>②</sup>我国代表人诉讼虽然在小额分散性侵害类型案件的司法救济中达不到其预期目标,但在救济大规模侵害方面的适用空间极大。

群体性纠纷的类型是多样的,如消费者侵权群体性纠纷、证券欺诈群体性纠纷、环境侵权群体性纠纷、大规模灾难群体性纠纷等。每种类型的群体性纠纷所要达到的预期目标各异,因此它们对纠纷解决机制的要求也有所异。从这个意义上来看,笔者认为依据群体性纠纷的案件类型以及其系争利益大小来构建不同的诉讼救济制度是很有必要的。笔者的该观点与有学者观点不谋而合,即将来在群体性纠纷解决研究中,应当以多元化机制解决群体性纠纷并引入“类型化”的研究路径。<sup>③</sup>在旅游群体纠纷解决的制度更应当以本国国情以及诉讼文化,具体领域所要达到的具体目的为基础。具体来说,此文提倡的制度上的更新应该是包含两层含义,一是完善代表人诉讼制度,二是引进适合解决小额多数的旅游消费者群体性纠纷的诉讼制度。需要强调的是,这二者之间不存在冲突,引进适合解决小额多数的旅游消费者群体性纠纷的诉讼制度并不是为了取代代表人诉讼制度,而是为了能够找到适合解决小额多数旅游消费者群体性纠纷,维护旅游消费者合法权利、矫正违法行为,构建安全、繁荣的旅游市场。在理论意义上来看,提出这种制度更新建议也是为了能够在“类型化”研究的思路下构建多元化的群体性纠纷机制解决,为更好地指导司法实践。

### 三、旅游消费者群体性纠纷救济的制度更新

代表人诉讼在旅游消费者群体性纠纷的解决中无法发挥其功能的情况下,是否还有别的替代方式呢?笔者认为,与其他几种群体诉讼形态相比较而言,在“小额多数”型群体性纠纷的解决中,各国也将示范诉讼制度作为新的选择,在小额多数的旅游消费者群体性纠纷中,示范性诉讼具有引入的可行性。

#### (一) 示范性诉讼及其优势

示范性诉讼是在国外司法实践中解决“小额多数”型群体性纠纷的一项制度。根据《元照英美

①薛永慧:《代表人诉讼抑或集团诉讼——我国群体诉讼制度的选择》,《中国政法大学学报》2009年第5期。

②吴英姿:《代表人诉讼制度设计缺点》。

③吴泽勇:《建构中国的群体诉讼程序:评论与展望》,《当代法学》2012年第3期。

法律词典》,“示范性诉讼”指法院从存在共同原告或共同被告且主要事实与证据相同、所要解决的法律问题亦相同的数个案件中选出一个案件,经全体当事人同意,作出相当于合并审理的裁定,全体当事人均受该裁决约束的诉讼制度。<sup>①</sup>在我国,也有学者按照自己的理解解释示范性诉讼的含义,即作为原告的一部分成员与其他成员之间尽管不存在代表关系,但其他成员可以期待作为原告的部分成员进行的诉讼能够给他们带来某种共同的效果。<sup>②</sup>总之,它是指在具有同一事实基础的群体性纠纷中,尤其是在当事人诉讼动力不足的小额多数的群体性纠纷中,法院从数个案件中选出一个或一个以上的案件进行裁判并将其效力波及其他相同案件的解决群体性纠纷的诉讼制度。

示范性诉讼与代表人诉讼之间存在一些差异。一是在诉讼形式上,前者表现为“一对一”诉讼程序模式,个案处理模式是示范性诉讼的鲜明特点,而后者表现为共同诉讼模式。二是主体性质上,示范性诉讼而言,与涉诉行为有一定利益关系的自然人、法人及社会团体皆能成为其主体;代表人诉讼的主体限定在与诉讼有直接利害关系的自然人。三是在诉讼标的上,前者要求基于共同事实基础或法律问题即可以起诉,后者要求多数人之间的诉讼标的是同一种类的。四是在裁判效力的扩张问题上,前者效力不会直接扩张至未起诉的其他人,而仅及于签订诉讼契约的其他人或共同起诉的人;后者效力会直接扩张至所有未进行登记参加诉讼但在法院规定的诉讼时效内另行提起诉讼的权利人。<sup>③</sup>在解决小额多数的群体性纠纷中示范型性诉讼有以下几点优势:

首先,有效实现诉讼经济与效率的优势。从群体性纠纷当事人的角度来说,及时、低成本的解决纠纷是首要目的。从法官角度来说,快速、公正的结案为首要目的。示范性诉讼区别于其他群体性诉讼形式最明显的特征是个案审理,示范性诉讼“一对一”的简化诉讼模式有利于缩短诉讼周期,使得个体利益及时得到救济。法院基于证据共通的事实认定原则对个案进行裁判。也即受诉法院在审理一个案件过程中所获得的证据可以适用于其他案件的事实查明为证据共同的事实认定原则。该裁判的效力会直接影响到其他所有涉案被害者对自己损害救济方式的选择,基于该裁判结果他们会做出比较合理的选择。<sup>④</sup>法院在解决小额多数的群体性纠纷中避免审理大量类似的案件,这不仅能够提高诉讼效率,也能节省司法资源。在旅游群体性纠纷中法院选定一个或几个案件作为示范性的审判,该判决的效力对具有相同的事实或法律问题的其他案件也有约束力。其他的当事人能够以被选择的示范诉讼判决中的法律责任认定作为前提,提起损害赔偿请求的诉讼时,不需要再举证证明被告的侵害行为,这对当事人来说又无疑是节省了诉讼成本,也能够及时的获得有效的判决。

其次,通过示范效应,制止与威慑违法行为的优势。法院在解决群体性纠纷时考虑的不仅是维护当前诉讼中各个当事人的利益,还要考虑本案的判决结果对类似纠纷中其他当事人,乃至对社会公众的影响。如学者所言,示范性诉讼通过一些技术性程序规则(如判决效力的扩张等)实现其纠纷解决和利益救济之法律效果的公益性扩张,借以承载“集合性公益之价值目标”。<sup>⑤</sup>因此,示范诉讼的目的并不局限于当前纠纷本身,它还有通过示范诉讼的示范效应来制止与威慑违法行为,最终实现公益的目的。示范诉讼判决效力会对具有相同事实基础的同类纠纷的违法者起到威慑的作用,由此,违法者会停止其继续侵害其他人的行为。

从示范性诉讼的上述几点优势可知,在旅游消费者群体性纠纷中引入示范性诉讼能够达到该类型纠纷有效、公正地解决,并制止违法行为的目的。

①薛波:《元照英美法词典》,北京:法律出版社2003年版,第1339页。

②刘璐:《“三鹿奶粉事件”损害赔偿之民事诉讼程序保障》,《法学》2008年第11期。

③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。

④肖建华、李美燕:《示范诉讼对解决航班延误纠纷的启示》,《河南财经政法大学学报》2013年第6期。

⑤丁宝同:《民事公益之基本类型与程序路径》,《法律科学(西北政法大学学报)》2014年第2期。

## （二）示范性诉讼在旅游消费者群体性纠纷救济中的引入

任何一项制度都有其产生的制度背景以及得以生存的土壤环境,不具备该制度得以生存的土壤环境再先进的制度也会失去其原先的价值。因此,示范性诉讼在我国旅游消费者群体纠纷中是否具有可行性以及必要性是在此需要论述的重要问题之一。

宏观上,我国民事诉讼学界本着以类型化研究作为方法,构建多元化的群体性纠纷解决的理念,对完善代表人诉讼制度的同时,在引入示范性诉讼制度上达成共识。但是,还有些学者对于示范性诉讼在我国审判中的适用不以为然。有观点认为,我国民事诉讼法中未对诉讼契约进行明文规定的情况下,引入需要当事人之间达成诉讼契约的示范性诉讼会违背禁止法院与当事人任意改变法定程序的规定。此外,将示范诉讼的判决效力波及于未起诉的当事人会违背程序公正理念,这又会剥夺了当事人的程序参与权。还有观点认为,在解决群体性纠纷中,法院完全可以发挥其解决纠纷、维护社会稳定的功能,按照自己的实际情况去创新一种更适合于解决我国群体性纠纷的方法。<sup>①</sup>对此,笔者认为,虽然示范诉讼在我国还无明文规定,但也没有与我国诉讼制度的相关规定或理念之间存在冲突之处,何况在我国司法实践中已经有了适用示范诉讼解决小额群体性纠纷的先例,其效果也客观,也得到学界及实践工作者的认可。从民事诉讼的角度来说,处分权是当事人核心、基础的权利。当事人可以自愿地处分其起诉、撤诉、和解等权利。在意思自治之下,当事人若愿意接受示范判决效力的扩张,这可以被视为对自己程序参与权的处分。总而言之,示范性诉讼在解决小额多数的群体性纠纷上有着上述的独特优势。因此,示范性诉讼在我国旅游消费者群体性纠纷中的引入具有可行性,这主要体现在我国司法实践中的以下两个方面:

第一,在我国司法实践中已经有适用示范诉讼的案列,这为示范诉讼的引入提供实践基础。如2002年“大庆联谊股东索赔案”及2005年“珠江绿洲家园小区氟化物超标违约案”可以被视为在我国实践中适用示范性诉讼的典型案列。<sup>②</sup>从性质、特征上来珠江绿洲案与旅游者在旅游中遇到的侵害相似,两者都属于小额的多数人利益,是小额扩散性损害赔偿诉讼。这为适用示范性诉讼解决旅游群体性纠纷奠定了实践基础。

第二,我国已有的案例指导制度为示范性诉讼的顺利推行提供现实基础。案例指导制度吸收了示范性诉讼的内核,也为解决一些具有典型性的纠纷的解决提供一些路径。<sup>③</sup>示范性诉讼在我国司法实践中的典型案例与案例指导制度在示范性诉讼的推行上会使得法官得心应手,也不会遭到当事人的排斥示。

虽然,示范性诉讼在我国司法实践中有初步的发展,但理论指导与具体法律规范的缺位会为这一诉讼形态在司法实践中的发展留下一些盲区。因此,示范性诉讼在旅游消费者群体性纠纷救济中的引入进行理论梳理是必要的。

认识到在解决小额多数的群体性纠纷中示范性诉讼独特的优势之后,该如何在小额多数纠纷中引入示范性诉讼是我们面临的下一个问题。如前所述,小额多数的群体性纠纷,乃至小额多数的旅游群体性纠纷中,当事人考虑到诉讼成本问题,在无法达成和解的情况下选择继续维权。由此得出的结论是,在小额多数的群体性纠纷中当事人起诉动力不足是问题的关键。那么引入示范性诉讼时又该怎么解决此问题呢?这应该从示范性诉讼形成原因为标准的分类上寻找答案。

根据示范性诉讼形成原因,它被分为契约型、职权型及混合型的示范性诉讼等三种类型。契约型示范诉讼,是基于当事人之间的意思自治对示范诉讼相关事宜自愿缔结协议,并由纠纷当事人基于该协议启动示范性诉讼程序,诉讼效力及于示范诉讼契约当事人,非示范当事人会选择退出诉讼程序。

<sup>①</sup>转引自刘毅、张谷:《示范诉讼及其在我国审判实践中的运用》,《人民司法·应用》2009年第11期。

<sup>②</sup>于是:《“示范诉讼”张力困局辨析及程序性破解——以司法公开为建构路径》,《上海政法学院学报(法治论丛)》2013年第4期。

<sup>③</sup>刘璐:《“三鹿奶粉事件”损害赔偿之民事诉讼程序保障》。



在契约型示范诉讼中会充分尊重当事人的自主选择权,但其诉讼效率低下,且昂贵的诉讼程序中很难实现契约目的。

英国与德国等国家可以被称之为职权型示范诉讼的主要代表国。这两国虽然规定的都是职权型示范诉讼,但彼此之间有一定的差异。在英国的职权型示范诉讼中,以法院管理作为其正当性来源,由法院启动诉讼程序,其判决效力及于所有当事人,非示范当事人会选择退出诉讼程序。其优点在于实现诉讼经济的目的,但忽视非示范诉讼当事人的程序利益。德国职权型示范诉讼以保障非示范诉讼当事人程序参与权为正当性基础,可以由当事人申请启动诉讼程序,也可以由法院依职权启动,诉讼效力及于得到法院出庭通知的所有当事人,有利害关系的第三人可以参与诉讼。其优点是能实现诉讼经济、高效的目的,同时也能保障受示范判决约束的非示范诉讼当事人的程序参与权;缺点在于若非示范诉讼当事人实际参与诉讼程序,可能造成审理上的负担。

混合型示范诉讼为尊重当事人自主选择权和法院依职权干预诉讼程序的双重特征,代表国家是美国。诉讼效力及于示范诉讼契约当事人,非示范当事人会选择退出诉讼程序。优点在于其保证非示范诉讼当事人的权益不因示范诉讼当事人的行为受到损害;缺点在于诉讼效率低下以及诉讼的高成本使得契约目的易落空。<sup>①</sup>

从示范性诉讼上述三种分类的比较中发现,德国式的职权型示范诉讼不仅能够弥补当前我国小额多数的旅游群体性纠纷中诉讼当事人能力不足的问题,也能够保护当事人程序利益、实现诉讼经济与高效的目的。为此,德国式的职权型示范诉讼可以成为我国解决小额多数的旅游消费者群体性纠纷的诉讼形态。

#### 四、示范性诉讼的具体适用规则

就如前所述,示范性诉讼在解决小额多数的群体性纠纷上效果最佳。倘若没有具体的适用规则,示范性诉讼也将会成为“纸上的法律”,只有通过设计具体适用规则才能促使其真正发挥功能。以下试着从示范诉讼管辖、法院选择示范诉讼的标准与方式、法院的程序管理以及诉讼费用等方面进行论述。

##### (一) 示范性诉讼的管辖问题

从民事诉讼的相关理论上来看,管辖分为地域管辖与级别管辖。在地域管辖问题上,司法实践中一般适用原告就被告的原则。我国现行的《民事诉讼法》及司法解释中都没有对代表人诉讼案件管辖的相关规定。但在司法实践中仍适用我国现行民事诉讼管辖规则。在示范诉讼的地域管辖问题上,仍然可以适用原告就被告原则,也即原告到被告所在地法院起诉。由于在群体诉讼中大多数纠纷因侵权行为引起的,原告也可以选择侵权行为地提起诉讼。

在级别管辖问题上,根据我国现行《民事诉讼法》,在一般情况下,第一审民事案件都由基层法院审理。只有重大的涉外案件、在本辖区有重大影响的案件以及最高人民法院确定由中级人民法院管辖的第一审民事案件才由中级人民法院审理。我国对共同诉讼级别管辖的相关立法中规定,一般情况下,共同诉讼应该由基层人民法院管辖。只有在本地区高级人民法院管辖内具有重大影响的共同诉讼,才由中级人民法院管辖。<sup>②</sup>我国代表人诉讼是以共同诉讼为基础的,显然在实践中代表人诉讼的

<sup>①</sup>齐树洁、徐雁:《群体诉讼的困境与出路:示范诉讼制度的建构》。

<sup>②</sup>参见《最高人民法院关于人民法院受理共同诉讼案件问题的通知》一、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。在高级人民法院辖区内有重大影响的上述案件,由中级人民法院受理。



级别管辖问题也是按照共同诉讼级别管辖的规定来处理。示范性诉讼作为一种新型的群体性纠纷解决机制,在今后的立法中该如何规定示范性诉讼案件的级别管辖呢?示范性诉讼在我国立法中尚无明文规定,但在实践中早已有相关案例出现。

在此司法实践中在没有对示范性诉讼的明文规定下,其级别管辖是按照我国共同诉讼的级别管辖相关规定进行处理的。对于示范性诉讼在今后的级别管辖立法问题上,有学者认为要提高其审级,也即但凡属于示范性诉讼的纠纷应该由中级人民法院管辖。因为,群体性纠纷涉及到民生等领域,涉及到纠纷发生当地的利益,要是由基层人民法院管辖示范诉讼,原告可能会担心地方司法保护主义而对裁判结果产生怀疑。<sup>①</sup>笔者认为,虽然学者对示范性诉讼一般情况下由基层法院受理的担忧有一定的道理,但并不赞同示范性诉讼直接由中级人民法院管辖的观点。

如前所述,本文建议引入的德国式职权型示范诉讼的诉讼程序比较复杂,即由地方法院许可当事人适用示范性诉讼的申请后将案件移交给州高等法院,由州高等法院用第一审程序来裁决示范性案件,裁决作出后,各地方法院回复原先所停止的诉讼程序继续进行审理。州高等法院所作出的裁决效力及于其他示范性诉讼的当事人。德国州高等法院相当于我国中级人民法院。笔者认为,示范性诉讼的级别管辖需要本土化的改造,参考德国示范性诉讼级别管辖使得诉讼程序变复杂,这不适合我国国民“厌讼”心理,亦不符合小额多数的旅游消费者群体纠纷的特征,该类纠纷显著特点之一是当事人起诉动力不足。若将示范诉讼的管辖直接交由中级人民法院,居住地不在中级人民法院所在地的原告就更没有起诉动力了。笔者并非鼓励当事人到法院起诉,而希望更多的案件不要走到昂贵的诉讼程序,但若当事人选择诉讼程序,必须为当事人的根本利益考虑。

因此,认为示范诉讼在一般情况下还是由基层人民法院管辖,法院依职权选择示范性诉讼并指定适用示范性诉讼的案件。只有在高级人民法院辖区内有重大影响的上述案件,由中级人民法院受理比较妥当。总的来说,代表人诉讼与示范性诉讼在级别管辖上仍应该遵循我国现行的民事诉讼管辖的相关规定。至于学者所担忧的地方保护主义相信在我国深化司法改革的推进中肯定会根除。

## （二）示范性诉讼的选择标准与方式

法院在审理群体性纠纷时,遇到小额多数的不适合采用代表人诉讼的群体性纠纷案件时,可以选择具有代表性的案件进行单独审理,并将该判决的结果引用到其余的案件。这不仅能够节省司法资源,还能够达到同案同判的效果。可知,法院适用示范性诉讼的选择标准应该是法院所选择的案件具有典型性或者示范性。具体来说,法院选择适用示范性诉讼的案件在事实及法律问题性必须具有共通性,这才是法院选择适用示范性诉讼选择标准中“代表性”或“典型性”的核心含义。此外,适用示范性诉讼的案件必须是证据充分,也即法院认定该类案件的事实必须有充分的证据依据,不能是事实不明或在后期当事人以及当事人以外的第三人提出相反或新的证据来推翻法院已认定的事实。否则无法实现示范性诉讼经济与效率价值。为了提高示范性诉讼的适用率及准确率,适用示范性诉讼的案件根据当事人所受损失程度可以通过司法审查的方式来确定。

## （三）法院适用示范性诉讼的程序管理

群体性纠纷的显著特征是起诉人数众多及具有相同或同种事实。一般来说,群体性纠纷的众多原告之间很难维持联系,亦无法进行有效的信息沟通,这导致起诉时间上出现先后问题。以旅游消费者群体性纠纷为例,若一个消费者遇到宰客问题不可能马上到法院起诉,回到各自所在地之后起诉就

---

<sup>①</sup>齐树洁、徐雁:《群体诉讼的困境与出路:示范诉讼制度的建构》。

跟其他遇到类似侵害行为的旅客无法取得联系,无法就侵害行为进行有效的信息沟通。此时,先遇到类似宰客等侵害行为的消费者先起诉,后遇到侵害行为的消费者后起诉,此种情况下,法院若对此类案件进行分别立案、分别审理就浪费了司法资源。此时,法院可以根据示范性诉讼的选择标准,选择第一个案件审理,并将审判结果援引到关联案件。问题是,法院在选择第一个案件进行立案之后,如何启动示范性诉讼呢?这就涉及到法院适用示范性诉讼的程序管理问题。从群体性诉讼的审理程序来看,法院发出公告通知相关权利人在一定时期内到法院进行权利登记,相关的权利人到法院进行权利登记方能受判决效力的约束。示范性诉讼是解决群体性纠纷的诉讼形态,因此与群体性纠纷具有共性,这就决定示范性诉讼的适用上法院在立法之后也应该进行公告以及权利登记的基础性工作。但示范性诉讼有其特殊性,法院在进行公告以及权利登记的设计上应该有别于其他的群体性纠纷的诉讼形态。这主要体现在公告与权力登记期限的特殊性上。

具体来说,首先,法院在立案时若认为案件引发群体性诉讼,并正在立案的案件具有代表性或典型性时,根据当事人所受损失程度可以将案件确定为示范性诉讼并采用权利人能够知晓的方式发出公告。如前所述,示范性诉讼具有特殊性,其公告时期也具有一定的特殊性,也即要求迅速解决纠纷。因此,笔者同意示范性诉讼公告期限规定为60天的建议。<sup>①</sup>

其次,权利登记,也即与法院立案的第一个案件具有相同事实或法律问题的相关人到法院进行权利登记并提出相关证据材料证明其与法院选择作为示范性案件具有相同事实。基于迅速解决纠纷的目的,法院在审查相关材料时可以放宽条件,不宜过于严格。同时,相关权利人向法院提出登记权利申请的期限也不宜过长,应该在公告期届满后15日之内进行权利登记。倘若还有权利人超过权利登记期限申请权利登记,也应该受示范性诉讼的审判效力的约束。

#### (四) 诉讼费用的负担

示范性诉讼的诉讼费用的负担是值得考虑的一个重点问题,因为小额多数的群体性纠纷的当事人因考虑到诉讼成本很少到法院起诉。有时候当事人所遭受的损失比诉讼费用还少,此时当事人更没有起诉的动力,但这为社会稳定埋下了隐患。对示范诉讼的诉讼费用负担问题,有学者提出引进美国律师胜诉取酬制。<sup>②</sup>笔者认为,虽然我国在目前的司法改革中也在考虑在一些特殊领域的民事案件中实行律师强制代理制度,但示范诉讼所适用的案件不在此列。此外,小额多数为特点的案件中当事人更不愿意律师代理加大诉讼成本。在这种情况下,引进美国律师胜诉取酬制在此类案件中没有立足之地了。德国示范性诉讼费用的负担也是根据其相关程序来设计的,我们需要对其进行本土化改造,即示范诉讼所解决的是侵害诉讼,为了惩罚侵害方,预防类似侵害行为的继续发生,应该由侵害方承担诉讼费用。

## 五、结语

在群体性纠纷中,双方当时诉讼地位悬殊,一方是实力雄厚的大公司、企业等,另一方则是普通公民。通过创设群体性诉讼制度可以达到平衡纠纷双方的诉讼地位,从而能够从实质上保障双方诉讼权利的平等。在旅游消费者群体性纠纷中,适用传统的一对一的诉讼模式无法有效维护消费者权益,群体诉讼则可以成为最佳的选择。然而,在各种群体诉讼形式的选择上,基于各种制度的特殊功能、对

<sup>①</sup>洪冬英:“代表人诉讼制度的完善——以职权型示范诉讼为补充”,《华东政法大学学报》2011年第3期。

<sup>②</sup>齐树洁、徐雁:《群体诉讼的困境与出路:示范诉讼制度的建构》。

象以及适用范围,我们不能做出非此即彼的选择。完善一项制度是循序渐进的系统工程,短期内在民事诉讼法中或旅游法中通过简单的修改代表人诉讼来达到解决群体性纠纷的目的是不太科学的,因为代表人诉讼制度所处的制度环境要求其通过阶段性发展来发挥功能。因此,基于旅游纠纷特殊性的现实,建议立法上对旅游群体纠纷的解决方式予以修改,即在旅游法领域以示范性诉讼替代代表人诉讼。在民事诉讼法领域,引入示范诉讼的同时立法上明文规定示范性诉讼的具体的适用规则。法院在审理旅游消费者群体性诉讼时可以结合这两部法中对示范性诉讼的相关规定合理的解决纠纷。这有利于妥善解决不断上升的群体纠纷以保障我国社会和谐稳定。

(责任编辑:蒋永华 石亚兵)

## **Model Action: An Institutional Reform in Settling Tourism Consumers' Group Disputes**

BI Yuqian, SADING Turenisa

**Abstract:** Tourism plays an important role in China's economic development and improving the quality of citizens' life. A safe and stable tourism market is conducive to promoting the prosperity of tourism, which is based on the mechanism for effective solution to tourism disputes. In tourism, when their rights are violated, most consumers choose to be silent because of the cost. Although the new tourism law with reference to our country's civil procedure law stipulates that tourism group disputes should be settled by the representative litigation system, the function of the representative litigation system in China performs effectively in settling large scale disputes, while falling short of its intended function in dealing with small scale disputes involving a large number of people. By comparing and analyzing the function of the lawsuit forms of various countries, it is found that the German model action can better solve the tourism consumer group disputes belonging to the latter category mentioned above.

**Key words:** tourism consumer group dispute; representative action; model action

**About the authors:** BI Yuqian, PhD in Law, is Professor and PhD Supervisor at China University of Political Science and Law (Beijing 100088); SADING Turenisa is PhD Candidate at Civil, Commercial and Economic Law School, China University of Political Science and Law (Beijing 100088).