

大规模侵权的内涵界定

——基于美国法的考察

曹相见*

内容提要：大规模侵权概念源自美国法上的 mass tort，意指基于同一或者同质的原因，受害人数众多且不确定，超越传统侵权法救济范围的侵权行为，是经济、技术环境下的特殊产物。早期 mass tort 仅指大型事故，是作为事实概念出现的；后来获得了集团诉讼资格，从而成为法律上的程序概念。依不同的标准，mass tort 有同一性与同质性、成熟与不成熟、集中与分散，以及财产损害型、人身伤害型和纯粹经济损失型之分。从救济角度上来说，mass tort 须综合运用诉讼、行政救济、和解等多种救济手段。

关键词：大规模侵权 mass tort 责任类型 程序救济

我国法上的大规模侵权概念，源自美国法上的“mass tort”。^①依《布莱克法律词典》的释义，mass tort 意指因来自企业的有毒排放物、商业飞机的失事、工业废物处理厂的污染等，造成多人损害的民事不法行为。^②关于 mass tort 的中译，除“大规模侵权”以外，尚有“大众侵权”^③“集合侵权”^④等，只不过“大规模侵权”得到了多数学者的认同。^⑤译名混乱的背后，是概念共识的缺乏。本文试从概念、类型、程序的角度，界定 mass tort 的内涵，以凝聚共识，就教于方家。

一、mass tort 的概念考察

mass tort 不同于因自然原因导致的大型灾害，其产生背景是科技发展和经济全球化。但 mass

* 华东政法大学博士研究生、山东农业大学文法学院讲师，烟台大学中欧侵权法研究院研究员。

朱岩：《大规模侵权的实体法问题初探》，载《法律适用》2006年第10期。

Black's Law Dictionary (9th ed. 2009), tort.

《美国集团诉讼制度与文化》（李响、陆文婷著，武汉大学出版社2005年版）一书译为大众侵权。《集团诉讼研究》（范愉著，北京大学出版社2005年版）也译为大众侵权。《论群体性纠纷的解决机制》（章武生文，《中国法学》2007年第3期）一文亦使用大众侵权。另请参见简资修：《科学证据与侵权行为法：美国有关边得克汀诉讼的省思》，载《人文及社会科学集刊》（台湾）1999年第4期，第587页。

参见[美]约翰·法比安·维特：《事故共和国》，田雷译，上海三联书店2008年版，第354页；张平华：《揭开集合侵权的面纱》，《法律科学》2013年第6期。

2007年召开的“中美侵权法国际研讨会”中采用了大规模侵权；冯·巴尔教授提交给德国法律人大会的鉴定意见被翻译成《大规模侵权损害责任法的改革》出版；中国法学会民法学研究会2010年年会暨学术研讨会中的相关论文均为大规模侵权。

tort 与其说是一个严谨的法律概念, 毋宁说是一种广泛的侵权现象, 且与诉讼制度紧密相关。

(一) mass tort 的产生

1. 产生原因。mass tort 作为群体性纠纷的一种, 并没有和美国法上的集团诉讼、德国法上的团体诉讼等同期发生。^⑥这不是历史的或然。以集团诉讼为例,《联邦诉讼规则》第 23 条 a 款规定了四个前提条件:(1) 集团人数众多, 以至于所有集团成员进行诉讼成为不可能;(2) 集团的所有成员有共同的法律问题或事实问题;(3) 集团代表所提出的请求或抗辩具有典型性;(4) 集团代表能够公正和充分地保护集团的利益。^⑦主要问题在于要件(2), 因为 mass tort 案件虽然是具有同一或同质的发生原因, 但很难说有共同的法律问题或事实问题。

mass tort 的发生根植于特定的历史时期。在 1970 年代后期和 1980 年代早期, 社会和法律迅速发展导致了它的产生。^⑧此外, 知识、程序以及政治上的进步所带来的影响, 也是原因之一。^⑨科技在带给我们便利的同时, 也隐藏着人类无法控制的危险, 所以有人认为现代社会是危险社会。例如, 核能的利用, 一旦出现意外, 人类无法避免其所带来巨大损害。有些产品, 特别是医疗产品, 在其生产时人类尚不能发现其缺陷, 而在投入流通之后却可造成损害。经济全球化则在将科技成果带向全世界的同时, 也使这种危险分散到各地, 使危险社会愈加复杂化。这种情况在产品责任中特别普遍, 例如“DES 案”“硅胶隆胸案”以及发生在我国的“三鹿奶粉”事件。之所以说社会发展也是造成 mass tort 的原因, 主要是基于大众传媒、社会网络的引导作用。“人们对相关的侵权知识了解越多, 其提起诉讼的可能性就越大, 特别是当信息来源具有权威性, 例如政府、医疗共同体或者值得信赖的私人机构时(其情形尤为如此)。”^⑩

2. mass tort 作为一种法律现象。mass tort 在其概念形成之前即已存在。实际上, 以飞机失事、宾馆火灾为代表的大型事故在更早的时候就有, 但是只有当其大量的发生, 作为一种法律现象出现在人们的视野中时, 才会引起关注。此时 mass tort 范围较窄, 甚至大型事故(mass accident)也被排除在外。不过, 也有学者将 mass tort 追溯到 20 世纪 60 年代末以及 70 年代初。当时律师有组织地代理飞机失事中众多的受害者对包括制造者、供应商以及航空公司在内的大批原告进行诉讼。在这些大型事故中, 一个灾难性的事件造成了无数严重和致命的伤害, 且损害一般发生在一个中心区域并且通常会很快消失。^⑪尽管如此, mass tort 并没有获得集团诉讼的资格。“1966 年联邦诉讼规则修正案的制定者也了解到例如飞机失事一类的大型事故, 但他们没有在当时适用 ‘mass tort litigation’ 的打算。因此, 在其咨询委员会的著名意见中, 他们刻意的避开了大规模灾害中的集团资格问题。”^⑫该意见对联邦诉讼规则 23 条 b 款第 3 项中的“占优势地位的共同事实和法律问题之要件”做出了解读:“造成多人伤害的 ‘mass accident’ 通常不适合集团诉讼。因为不仅损害, 而且责任和抗辩等重大问题均会出现, 它们以不同的方式影响到个人。在这种情况下, 名义上将其

英美法上的集团诉讼源于衡平法, 其雏形可见于 17 世纪英国颁布的《和平法令》。德国法 1896 年《反不正当竞争法》最先规定了团体诉讼。参见前引③, 李响、陆文婷书, 第 16 页; 吴泽勇:《德国团体诉讼的历史考察》, 载《中外法学》2009 年第 4 期。

参见前引③, 李响、陆文婷书, 第 18 页。

See Karen A. Geduldig, Casey At the BAT:judicial treatment of mass tort litigation. 29 Hofstra Law Review. 314 (2000) .

See Richard A. Nagareda, Mass torts in a World of Settlement. University of Chicago Press (2007) . p.1.

Francis E. Megovern, An Analysis Of Mass Torts For Judges, 73 Texas Law Review 1828 (1995) .

⑪ See Andy D. Birchfield, Introduction and History of Mass torts. www.beasleyallen.com/search/mass+tort.

⑫ See Linda S. Mullenix, practical wisdom and third-generation mass tort litigation. 31 Loyola of Los Angeles Law Review 551 (1998) .

作为集团诉讼，在实践中则会分化为多个单独诉讼。”¹³ 也就是说，在这些意见制定者看来，因为 mass tort 中权利请求者之间事实和法律问题的不同，其并不能满足集团诉讼关于占优势地位的共同事实和法律问题的要求，故而不可适用集团诉讼。

3. mass tort 作为一个法律概念。mass tort 一词最早出现在 1973 年左右。随着牵涉大量人群侵权案例的增多，尽管法院仍未赋予其集团诉讼的资格，但是人们开始用 mass tort 来指代这类侵权现象。随着此类案例洪水般的增多，大量的原告挤破了法院的门槛。在此情况下，法院开始改变态度，赋予联邦诉讼规则特别规定以新的涵义，而此前的这些规则反对在 mass tort 中适用集团诉讼。法官通过自由解释规则，同时保持对 mass tort 人身伤害请求独特性的强调，来避免其适用集团诉讼的不利后果。¹⁴ 1986 年联邦第五巡回上诉法院首次授予在德克萨斯州提起的石棉个人伤害诉讼以集团诉讼资格，就此打破了 mass tort 的集团诉讼之限制。¹⁵

由此可以看出，mass tort 并没有引起实体法上的深入探讨。相反，法院规避了这些探讨，仅在实践中层面进行回应。学界的情形也与之相当，学者多认识到其与传统侵权的不同，而进入对策论的研究。德国学者冯·巴尔甚至认为，它并不是一个法律概念。¹⁶

（二）“mass”的语义解释

mass tort 由 mass 和 tort 组成。其中，tort 为侵权法上的术语，意指侵权行为。而 mass 则为法律术语，因此，要了解 mass tort 的语义，关键在于如何理解 mass 的含义。大部分英汉词典认为：mass 作形容词时，有三个基本意思：（1）大量的，大批的，大规模的；（2）群众的，民众的，群众性的，普及的，普通的；（3）总的，整个的。¹⁷ 显然，大规模侵权的译法着力于 mass tort 的第二种意思，“大众侵权”采取了 mass tort 第一种意思，“集合侵权”则采取了第三种意思。但是，英英词典则与此稍有不同。例如《何林斯精选英语词典》的释义为：“牵涉或影响众多大量人群或大量事物的。”¹⁸ 《美国英语》的释义为：“‘mass’用来描述牵涉或影响大量人群的事物。”¹⁹ 也就是说，英英词典的表述更强调所描述对象对众多人或事的影响。

由此引起概念上的差别是明显的。例如，“大规模的侵权”与“牵涉或影响大量人群的侵权”所揭示的含义就不相同。前者将大规模作为侵权的特征，而后者则无意作此诠释：除了强调涉及或影响的人的数量外，它并未涉及到侵权的特征。造成这种差别的原因，在于英汉字典与英英字典所采取的解释路径不同：同样是用作形容词，前者对涉及或影响多数人事物的特征进行了类型化，有关 mass 的每一个意思都是一种特征；而后者则完全没有这个意思，仅仅是对其进行了抽象的描述，从而将具体情形下 mass 的特征认定搁置。假如我们认识到这个问题，我们就不难明白，对 mass tort 译名的确定，关键在于 mass tort 的内涵特征是什么。

本文认为，法律术语的翻译应在直译的基础上兼顾信、达、雅标准。因为即使是同一个词语其与不同语词的结合会有不同的表述。例如在 mass control 与 mass media 两词中，前者为“群众管制”，后者翻译为“大众传媒”，显然要比统一的用群众或者大众的翻译更为妥当。这给我们的启示

¹³ See Karen A. Geduldig, *Casey At the BAT: judicial treatment of mass tort litigation*, 29 Hofstra Law Review, 317 (2000).

¹⁴ See Karen A. Geduldig, *Casey At the BAT: judicial treatment of mass tort litigation*, 29 Hofstra Law Review, 320-321 (2000).

¹⁵ 范愉：《集团诉讼问题研究》，北京大学出版社 2005 年版，第 168 页。

¹⁶ [德] 克里斯蒂安·冯·巴尔：《大规模侵权损害责任法的改革》，贺栩栩译，中国法制出版社 2010 年版，第 1 页。

¹⁷ 《英汉法律词典》，法律出版社 1985 年版，第 517 页；陆谷孙：《英汉大辞典》，上海译文出版社 2007 年版，第 2023 页。

¹⁸ 参见《柯林斯精选英语词典》，中国对外翻译出版公司 1989 年版，第 480 页。

¹⁹ See American English, Cambridge University Press 2000. p.530.

是,在确定 mass tort 的译名时,首先应当对其所描述之现象有客观、全面的认识。在此基础上,我们还应当兼顾修辞上的“雅”,只有这样, mass tort 的译名才会更使人信服。从这个意义上讲,大规模侵权的翻译存在一定问题。

在美国法中, mass tort 经常与 mass tort litigation 同义,^①但也反映了视角的不同,因为美国法上的 mass tort 主要是程序法上的问题。有时候,人们甚至将 mass tort 视为一种诉讼形式。例如《牛津现代法律用语辞典》的释义为:“在一个共同原因——例如单个灾难事故、一种导致多人伤害的缺陷产品、或者某个地点上的环境污染——下的大量诉讼。”^②究其原因,一方面与美国注重解决问题的实用主义有关,另一方面也是因为在美国从实体方面来界定 mass tort 无助于问题的解决。也正是有鉴于此,后文将专门从诉讼角度考察。

(三) mass tort 的定义比较

mass tort 的定义有限的程序方式与抽象的概念方式以及折衷方式三种。

1. 限定的程序方式。mass tort 既非美国侵权法内的概念,故学者定义往往从诉讼程序角度出发。有学者认为,如果有可能对 mass tort litigation 进行一般描述的话,这种定义必须为——甚至是充斥着——限定性条件和例外所缓和。^③美国律师协会 mass tort 委员会^④的定义反映了这种思想:“涉及由单个事故以及使用或暴露于同一产品或物质造成的至少 100 件民事侵权诉讼,其中每一个诉讼都因不合理死亡、人身伤害或物理损坏或对有形财产的损害而超过 5 万美元的赔偿请求。”^⑤这种定义方式的主要目的在于方便法院的实际操作,其缺点是没有对 mass tort 的性质与特征进行描述,因而在认识上较为模糊。

2. 抽象的概念方式。有学者认为:“‘mass tort’经常发生某些广泛使用并可能对人身或财产造成大规模伤害的产品或者物质导致的产品责任和环境侵权行为中。”^⑥民事诉讼规则咨询委员会和 mass tort 工作组提出了一个宽泛的定义:“mass tort litigation 出现在一个或多个相关事件对大量人群造成人身伤害或财产损失的情形”。^⑦有学者认为,这种宽泛的方式更为合理。^⑧朱岩教授的定义较窄:“基于一个不法行为或者多个具有同质性的事由,如瑕疵产品,给大量的受害人造成的人身损害、财产损失或者同时造成上述两种损害。”^⑨与限定性程序方式相比,抽象的概念方式在内涵上显然较为清晰。但是它没有完全反映 mass tort 在性质与诉讼上的特征。

^① mass litigation 系由 mass tort 演化出来的古怪术语,但是 mass tort litigation 是更好的表达方式。参见 [美] Bryan A. Garner:《牛津现代法律用语辞典》,法律出版社 2003 年版,第 550 页。

^② [美] Bryan A. Garner:《牛津现代法律用语辞典》,法律出版社 2003 年版,第 550 页。

^③ See Linda S. Mullenix, practical wisdom and third-generation mass tort litigation. 553 Loyola of Los Angeles Law Review 31 (1998).

^④ 该委员会由包含联邦和州法官,经验丰富的原告与被告律师,一个医药公司总顾问,一个大型保险公司总顾问,以及一个法学教授在内的十二人组成。See Thomas E. Willging, Mass torts Problems & Proposals: A report to the Mass torts Working Group. 90.187 Federal Rules Decisions 328 (1999).

^⑤ Thomas E. Willging, Mass torts Problems & Proposals: A report to the Mass torts Working Group. 8-9.187 Federal Rules Decisions 328 (1999).

^⑥ See Robert J. Miller, Chapter 1 Reorganization—available solution to the problem of mass torts. Norton Annual Survey of Bankruptcy Law 3 (1996).

^⑦ See Advisory Comm. on Civil Rules and Working Group on Mass Torts, Report on Mass Tort Litigation 10 (Feb. 15, 1999), reprinted without appendices in 187 F.R.D. 293, 300 [hereinafter, Working Group Report].

^⑧ See L. Elizabeth Chamblee, Unsetting Efficiency: When Non-Class Aggregation Of Mass Torts Creates Second-Class Settlements. 65 Louisiana Law Review 165 (2004).

^⑨ 参见前引①,朱岩文。

3. 折衷的方式。2004年发布的美国《复杂诉讼指南》认为,“mass tort 的定义必须由其性质和诉讼请求的数量组成;其诉讼请求必须是起因于可辨识的影响众多人利益并导致众多人身损害或财产损害赔偿诉讼的事件或产品。”^②张新宝教授认为:“大规模侵权”是被侵权人应为达到数十人以上的产品责任案件、污染环境致人损害案件以及重大交通事故、重大高度危险作业和危险物品致人损害案件、重大物件(如桥梁垮塌)致人损害案件。^③

我们更赞成折衷方式。理由是:第一,从上述比较中可以看出, mass tort 是一个宽泛的概念,它既可能发生在过错领域,也可能发生在无过错领域,^④甚至可以指代从飞机失事到化学品溢漏、产品缺陷等影响到相当多数人的任何侵权现象。^⑤因此我们必须从其一般特征入手。第二,美国学者多以对策论的角度对 mass tort 进行程序研究,我们也必须从程序上对其进行限定。

二、mass tort 的类型思考

在实践中,有法官将 mass tort 分为四类:大型故事、分散型人身伤害、财产损失与经济损失。^⑥但这种分类较为笼统,也并不全面。下文以更为精细的标准进行类型化。

(一) 不同发生原因的类型

依照发生原因的不同, mass tort 可分为同一性 mass tort 与同质性 mass tort。前者系指发生原因为同一个侵权行为的类型,例如因宾馆火灾、飞机失事等造成多人损害的侵权行为;后者则指因多个但性质相同的原因给多数人造成损害的侵权类型,典型的如 DES 案。^⑦需要说明的是,同质性原因与第三人原因有所不同。虽然二者均体现了原因的复数,但前者强调同质性,后者则是不同质的其他原因。从法律关系上看,前者为各个侵权人对受害人的侵权关系,而后者既包含对受害人的侵权关系,也包含了第三人对侵权人的侵权。从法律规定上来看,在第三人侵权的场合,不仅受害人享有双重请求权,侵权人也享有对第三人的追偿权。例如我国《侵权责任法》第六十八条规定,“因第三人的过错污染环境造成损害的,被侵权人可以向污染者请求赔偿,也可以向第三人请求赔偿。污染者赔偿后,有权向第三人追偿。”

作此分类的意义在于同质性类型远比同一性类型复杂。它通常涉及到两个问题:第一,损害的证明问题。第二,责任的承担问题。依据现行法规定,只有当受害人可以举证证明,损害结果是由于某个特定行为所引起的,才可以请求损害赔偿。而这恰恰是问题症结所在。以 DES 案为例,受害人往往仅能证明损害事实是由生产这类药品的制造者所造成,至于具体哪一个生产企业则无法查明。假使法院对其不作变通,则在 DES 案中的受害人的请求将因不符合标准而得不到支持。对此,美国和荷兰的做法大相径庭。美国加利福尼亚州最高法院提出了著名的“市场份额理论”,认为受

^② See Manual For Complex Litigation, Fourth, Part II (Special Problems), 22 (Mass Torts), 22.1 (Introduction) .

^③ 张新宝:《大规模侵权损害救济(赔偿)基金构想》,载《法商研究》2010年第6期。

^④ 参见前引①,朱岩文。

^⑤ See L. Elizabeth Chamblee, Unsettling Efficiency: When Non-Class Aggregation Of Mass Torts Creates Second-Class Settlements. 65 Louisiana Law Review 165 (2004) .

^⑥ See L. Elizabeth Chamblee, supra note ⑤.

^⑦ 该案大体案情是,美国有200多家企业在1941年到1971年间不同规模的生产一种叫DES的药物,然则,在经历12至20年的潜伏期后,有人发现怀孕过程中使用该药可能导致女性后代患上腺癌。1971年,美国主管当局下令制造商停止销售这种药品。许多受害人对DES的制造商提出起诉,但是由于从服用该药到发病之间时间太长,在确定200余家生产厂家与具体受害人之间的因果联系几乎是不可能的。加州最高法院认为,原告是无辜的,而被告的行为存在过失,如果由于因果关系不能确定而不能给予原告赔偿,是极其不公平的,并在1980年的判决中支持了原告主张。

害者服用的是哪一家制药企业的产品的可能性很大程度上和各生产企业在市场上所占的份额一致。这些制药企业作为共同被告,在其各自所占有的市场份额范围内对原告的损害承担赔偿责任,除非被告可以证明,它的行为和损害结果没有因果关系。损害赔偿份额的确定要通过市场调查来完成。

但是,冯·巴尔认为,“相关市场的确定必须考虑到具体产品的市场份额以及时间上的关联,除了在实践中会出现很大的问题外,侵权企业破产或者已经不存在的风 险也将由受害人来承担。此外,受害人还要将尽可能多的生产企业列入被告项中,这样才可以获得更高额的赔偿。”^⑤相比之下,他更赞赏《荷兰民法典》第六编第99条的替代因果关系规则:“两个或两个以上事件造成损害结果,每一个事件均由多个侵权人引起,可以确认损害至少是因事件之一所致之情形,每个侵权人都负有损害赔偿义务,但是能证明损害不是因其行为所致的除外。”^⑥荷兰发生的DES案以所有被告作为共同侵权人对原告的损失负连带责任而告终。

(二) 不同成熟度的类型

依据成熟情况的不同, mass tort 有成熟 (mature) 与不成熟 (immature) 之分。这也是美国《复杂诉讼指南》采纳的区分标准,但也持有保留意见。

在理解这两种类型时,“弹性性”(elasticity)与“成熟性”(maturity)概念至关重要。“弹性性”是学者用来描述侵权案件如何形成 mass tort 的概念。当我们说一个侵权行为具有弹力时,其意指该侵权行为具有演变成 mass tort 的潜力。而其演变与否则取决于它们的事实、社会和法律环境以及原告的法律顾问、被告和法院的策略。当其演变为 mass tort——当案件结果是可一般性的预见——之后,它就具备了一定程度的成熟性。^⑦

成熟的 mass tort 有现行法调整、经过了检验,有可接受的证据。在此类案件中,审判数量以及法院的解决方案会产生一个可预见的估量范围,^⑧具有充分和完全的发现,多方的临时裁决以及原告之间的稳定意图。^⑨也就是说法院对法律和事实情况(例如在产品责任中,某产品造成了多大的损害范围:包含已经发生的损害和潜在的损害)具有充分的信息。不成熟的 mass tort 中,则缺少这方面的足够信息。

以成熟度来区分 mass tort,与 mass tort 的程序处理紧密关联。在美国的 mass tort litigation 中,“聚合”(aggregation)是法官处理案件时最为重要的决定,^⑩其意指将成百上千的诉讼请求集合为一个整体。^⑪聚合的优点在于使案件审理的公平与效率最大化,避免重复审理,减少成本和延期,提高人们对案件解决的预期,推动审判结果的一致性并促进程序公平。^⑫一般而言,成熟的 mass tort 通常应该被聚合,不成熟的 mass tort 则不应该被聚合。但是这种观点,并不绝对。有时候,成熟的 mass tort 并没有被聚合,而不成熟的 mass tort 被成功的聚合。^⑬在西沙必利 (Propulsid) 胃药案中,

^⑤ 参见前引⑩, [德]克里斯蒂安·冯·巴尔书,第117-118页。

^⑥ 参见前引⑩, [德]克里斯蒂安·冯·巴尔书,第115-116页。

^⑦ See Francis E. McGovern, Resolving Mature Mass Tort Litigation, 69, B.U. L. Rev. 659 (1989) .

^⑧ See MCL 4d, Part II. Special Problems, 22. Mass Torts, s 22.314.

^⑨ See Francis E. McGovern, Resolving Mature Mass Tort Litigation, 69 B.U. L. Rev. 659 (1989) .

^⑩ See MCL 4d, Part II. Special Problems, 22. Mass Torts, s 22.31.

^⑪ See Thomas E. Willging, Appendix C, Mass Torts Problems and Proposals: A Report to the Mass Torts Working Group (1999) , in Working Group Report, supra note 1019, at app. C.

^⑫ See MCL 4d, Part II. Special Problems, 22. Mass Torts, s 22.312.

^⑬ See Thomas E. Willging, Beyond Maturity: Mass Tort Case Management In The Manual For Complex Litigation,148 University of Pennsylvania Law Review2225 (2000) .

专门小组拒绝直到诉讼成熟才命令案件移转的主张。在随后的意见中，该小组再次以决绝推迟集中审理的方式反对等到诉讼成熟的主张。最后，为共同事实问题选择最佳审理法院的初期，就成为该小组的灵活选择。^④

（三）不同侵权地的类型

关于侵权地的认定，有侵权行为发生地、侵权结果发生地之分。在 mass tort 中，因主要关注点在补偿受害人，所以考察更多的是侵权结果发生地。依据侵权结果发生地的不同，我们区分为集中型与分散型。前者多发生在飞机失事、建筑物倒塌、火车事故等单个事故中，但也不能排除具有多个侵权人的场合。例如，数个批零的化工厂对环境造成污染，其侵权地点亦属集中。后者则多发生普遍使用、暴露或广泛分布的产品或物质的侵权类型中。自 1980 年代早期以来，此类案件在诉讼领域快速增长。但是，这种区分并非泾渭分明。“有些单个事故，例如污染物的意外泄漏，也同样会导致在时间和地点上广泛分散的请求产生。”^⑤

法院对产生于单个事故的集中型 mass tort 有长期的认识，所以在司法处理上并没有遇到太多困难。但是分散型 mass tort 则可能造成不同的原告在不同的地区法院以及地区与联邦法院之间单独提起诉讼。这就需要跨区诉讼规则的调整以及法官协调行动，例如召开审前会议，进行集中的证据开示保存，确立联合的审理日程等。这曾引起美国学者关于 mass tort 审理联邦化的广泛探讨。此外，由于美国不存在统一的联邦或州的侵权法，案件审理不可避免的碰到“法律选择”的难题。虽然有人建议过会解决该问题，但近期内却无法实现。^⑥

（四）不同损害的类型

依据损害的不同，我们区分为财产损害型、人身伤害型和纯粹经济损失型三类。但在实践中，往往是多种损害的混合。单纯的财产损害较为简单，需要特别说明的是人身伤害型中的精神损害赔偿以及经济损失型。

在 mass tort 文献中，我们很少见到有关精神损害赔偿的探讨。但是从比较法的视角看，精神损害赔偿不应该被排除在人身损害赔偿之外。德国法上，道路交通事故、大型活动中的大规模侵权没有排除精神损害赔偿请求权，^⑦而在大型载客运输工具事故、缺陷产品责任中受害人无法获得精神损害赔偿。^⑧冯·巴尔教授呼吁在此两领域也引入精神损害赔偿。^⑨依据冯·巴尔教授的观点，除了在环境事故领域以一个公法性质上、私法操作上的请求权（即地方环保机构可以对受到破坏的环境要求侵权人恢复原状或者请求损害赔偿），^⑩在其他可能构成 mass tort 的领域均赋予受害人精神损害赔偿请求权。

在美国，纯粹经济损失规则是排除规则，不能依侵权之诉获得救济。^⑪但在“石棉案”中，原告于侵权之诉中诉请被告拆除安装在建筑物中的石棉，赔偿相关经济损失，被告则基于石棉是建筑物

^④ See MCL 4d, Part II. Special Problems, 22. Mass Torts, s 22.34.

^⑤ See, e.g. In re TMI Litig. 193 F.3d 613, 624, 625 n.8 (3d Cir. 1999).

^⑥ 参见前引⑤，范愉书，第 194 页。

^⑦ 依据冯·巴尔教授的考察，德国《大规模事故的共同理赔原则》中没有任何一个精神损害赔偿被排除的条款。原则上不论单个请求权以及全部支付的费用数额有多少，共同理赔程序处理受害人所有的请求权。而在大型活动中的大规模侵权中，德国法院以健康受到侵害的程度来判断是否可以得到精神损害赔偿。参见前引⑩，[德]克里斯蒂安·冯·巴尔书，第 26、127 页。

^⑧ 参见前引⑩，[德]克里斯蒂安·冯·巴尔书，第 119 页。

^⑨ 参见前引⑩，[德]克里斯蒂安·冯·巴尔书，第 114、177 页。

^⑩ 参见前引⑩，[德]克里斯蒂安·冯·巴尔书，第 87 页。

^⑪ 张平华：《英美法上的纯粹经济损失规则》，载《中外法学》2009 年第 5 期。

的一部分而主张免责。法院支持了原告的诉求，将石棉案件认定为纯粹经济损失规则的唯一例外。^{⑤②} 美国律师协会 mass tort 委员会的意见将其包含在损害之内。^{⑤③} 《复杂诉讼指南》、德国法原则上否认纯粹经济损失能够获赔，^{⑤④} 但是德国《水利法》第 22 条规定的危险责任也将纯粹经济损失包含在内。^{⑤⑤}

三、mass tort 的程序救济

美国学者对 mass tort 的程序配置远比实体分析丰富，有时候集团诉讼与“mass tort”具有相同的含义。^{⑤⑥} 因此，程序救济也是研究 mass tort 的基本路径。

(一) 程序上的难题

“尽管‘mass tort’理论与普通侵权法有许多共同的目标（实现矫正正义等），它们之间仍然有着重要的差别。而其最大的不同，则是受害当事人的数量。”^{⑤⑦} 但是这样的表述很容易给人误解：通过集团诉讼便能够很好的解决 mass tort 问题。实际上，法院一般不使用——但没有完全停止使用集团诉讼来解决 mass tort 案件。在 1980s 和 1990s 对某些 mass tort 案件做集团处理的尝试后，法院极力抵制集团诉讼的适用。^{⑤⑧} 原因是 mass tort 并不符合集团诉讼中的共同事实与法律事实。以产品责任为例，受害人可能同时使用了多种同类产品，很难确认到底是哪种产品实际造成了损害。对于后者，则主要是分散在不同州的而涉及到不同的法律问题。不仅如此，在 mass tort 中，还可能遇到下述问题：

1. 因果关系与科学证据。从总体上看，因果关系的不确定性，仍然是大规模侵权（mass tort）中的一个难题。^{⑤⑨} 并且，损害的类型越是纷繁，损害范围越大，事故原因也越是复杂，证明损害源也越是困难。例如，在 DES 案中，所有生产企业的配方都相同，各个制药企业在生产时，也都使用 DES 这个统称投放市场。而医生在开处方时，也仅仅以 DES 加以标明。药店出售该药品时根本不管来自哪个生产企业，也不受医生指定了药品生产厂家的处方的约束，可以任意替换来自不同厂家的 DES 药品。加之经历了 12 至 20 年的潜伏期后，在怀孕过程中使用该药品的妇女所生育的女性后代患上腺癌才得以发现的事实，使得原告根本无法查明其母亲当时到底服用了哪一家企业生产的 DES。还有一种情况，因案件事实非常复杂，从而无法证明因果关系。例如在连环撞车事故中，“即使起因于某个确定的原因，当部分机动车得以在事故发生过程中，及时停靠下来，这样一来，导火索事故和受害人机动车所处的这个事故总体之间的关系链就在一处或多处发生了中断……越来

^{⑤②} See Gennady A. Gore, *The Economic Loss Doctrine: Arguing for the Intermediate Rule and Taming the Tort-eating Monster*, 37 Rutgers L. J. 539 (2006).

^{⑤③} 该委员会认为“mass tort”可能相对较好的包含了人身损害、财产损失以及经济损失。参见 [美] Thomas E. Willging: *Mass Torts Problems & Proposals: A report to the Mass Torts Working Group*, 8, 187 Federal Rules Decisions 328 (1999).

^{⑤④} 这也是人们将德国称之为侵权法的保守式体系的原因。参见王卫东、程乾平：《德国法上的纯粹经济损失分析》，载《德国研究》2006年第3期。

^{⑤⑤} 参见前引⑩，[德] 克里斯蒂安·冯·巴尔书，第 53 页。

^{⑤⑥} See Deborah R. Hensler, *The Role Of Multi-Districting In Mass Tort Litigation: An Empirical Investigation*, 31 Seton Hall Law Review 892 (2001).

^{⑤⑦} See Kenneth S. Abraham, *Individual Action and Collective Responsibility: The Dilemma of Mass Tort Reform*, 73 Va. L. Rev. 845, 846 (1987).

^{⑤⑧} See *Manual for Complex Litigation*, Third, § 22.7 (2004).

^{⑤⑨} 参见前引⑩，[德] 克里斯蒂安·冯·巴尔书，第 1 页。

越无规律可循的事故经过也加剧了证明的困难。采取避让措施失败、离合器打滑以及车审滞后等原因更是模糊了因果关系。”^④ 在分散型的 mass tort 中，各受害人的具体情况、损害等也各不相同，这就增加了受害人的证明负担。

此外，科学证据的采信也是 mass tort 面临的难题。某些律师和科学家指出，法院总是根据某些“无用的科学论据”（即原告的权利请求建立在产品与损害的偶然联系上，缺乏有力的证明）做出判决。^⑤ 在“边得克汀案”（Bendectin）中，除了一般 mass tort 问题外，产品与损害之间的因果关系系其诉讼争点。^⑥ 在 1923 年以后，美国通过判例法上形成了科学证据的“普遍接受原则”（即专家证言得为认证的基础，必须是其推论基础的科学原则或发现为其所属领域的科学界普遍接受）。但 1993 年，联邦最高法院通过判例宣告，普遍接受原则应不再适用，法官应实负科学证据是否具有科学上的有效性，来决定其是否具有证据能力。其适用为：首先，所谓专家证言中毫无科学基础的泛泛结论，不具证明能力；其次，在病理未明前，如果绝大多数的流行病学研究，皆无法显示原告损害与被告行为间具备统计上显著关系，则化学结构分析、动物活体实验、细胞组织实验等结果将无足轻重。而且流行病学上的统计上显著关系，其相对风险必须达于 2.0，始符合原告应负的举证责任。^⑦

基于事故的复杂性以及科技的原因，因果关系与科学证据在大部分 mass tort 案件中都将遇到。法官承担了更为重要的角色，市场份额理论、推定因果关系等都曾得到使用。但是，法官做出一个证据上的决定或创造一个新的理论，不仅要考虑受害人的损害赔偿，同时也涉及到社会财富的增加、社会伦理等问题，因而上述尝试实际上也有不少反对意见。

2. 未来请求权问题。“未来请求权”（future claims）是与“一般请求权”（claims）相对应的概念。其意指：“基于破产之前一个或多个重要事件、作为或不作为的发生，在债务人申请破产之时尚未变得明显的伤害或疾病导致的对抗债务人的请求权。”^⑧ 未来请求权是 mass tort 中的显著问题，因为许多侵权中的损害或疾病只有在未来某个时间内才会被发现，换言之它们具有潜在性。“与未来发生的汽车事故或者人身攻击不同，未来请求权中的侵权人是已知的，并且很可能没有足够的财产去补偿受害人。”^⑨ 传统的诉讼解决方式——例如通过“退出制”的集团诉讼或者在未破产中为债权申报设定时间——并不能解决这个问题。其主要原因是法院无法通知这些尚未意识到自己是潜在请求权人的参加人参加诉讼或申报债权。^⑩

公平处理期待请求在破产法中得到了重视，因为申请破产的行为即意味着被告没有足够的财产充分的补偿所有请求权人。而先前一些 mass tort 判决的教训也昭示，在以聚合形式解决所有债权之前，法院必须找到一个合理的途径去代表现有和未来请求权人的不同利益。^⑪ 议会赋予法院对未来请求权代表的指定权，但无论是破产法还是破产法规，都没有对指定程序做进一步规定，因此法院必须对此进行设计。通常，法院无须被代表人的同意即可径行指定未来请求权代表人，但人数应为

^④ 参见前引⑩，[德] 克里斯蒂安·冯·巴尔书，第 12-13 页。

^⑤ 参见前引⑮，范愉书，第 194 页。

^⑥ 参见前引③，简资修文，第 587 页。

^⑦ 参见前引③，简资修文，第 600-601、609 页。

^⑧ See Robert J. Miller. Chapter 1 Reorganization—available solution to the problem of mass torts. Norton Annual Survey of Bankruptcy Law 3 (1996).

^⑨ See Thomas E. Willging, supra note ④.

^⑩ See Thomas E. Willging, supra note ④.

^⑪ See MCL 4d, Part II. Special Problems, 22. Mass Torts, s 22.55.

二人以上。与集团诉讼中的代表人不同，未来请求权代表人为法院指定的律师。他们被视为在双方同意下寻求改组的中立人，而非为未来请求权人利益积极代诉人。至于是否需要指定代表，则需要法院对未来请求权人可能性、数量、性质、债权种类以及债权对破产的影响进行评估。^⑥

（二）诉讼策略的演化

mass tort litigation 经历了三个发展阶段。第一代诉讼以“橙色落叶剂案”（Agent Orange）、“石棉案”（asbestos）和“达尔康顿宫内节育器案”（Dalkon Shield）为代表。第二代则以“边得克汀案”（Bendectin）、DES案、缺陷心脏瓣膜案、受污染的血液产品案和重复性精神损害案为代表。第三代则为隆胸案、烟草案和人权诉讼。^⑦ 我们知道，mass tort 并不是一个单纯的法律问题，其在美国多为对策论分析，亦即为其寻找一种合适的解决方案，故而 mass tort litigation 的代际的划分以法官所扮演的不同角色为依据。

在第一代 mass tort litigation 中，法官的角色是中立的裁判者。^⑧ 石棉诉讼早期，mass tort 的术语仍然非常新鲜。法院通常依据联邦诉讼规则第 42 条将诉讼进行合并处理。^⑨ 1985 年出版的《复杂诉讼指南》（第二版）在“大型事故和其他复杂侵权案件”一章中，其编委会催促法院将相关的案件指派给相同的法官，并且注意到案件可能经常因审前程序甚至为审判程序而被合并。因为有熟悉的联邦诉讼规则咨询委员会之警告，法院并不情愿在人身伤害诉讼中批准适用集团诉讼。但是诉讼指南的作者发现，并不是所有 mass tort litigation 均不允许适用集团诉讼。有的法院因此接受了指南的建议，将案件聚合为合并诉讼，有极少部分则为集团诉讼。^⑩

随着 mass tort litigation 在数量上的增加，集团诉讼的适用越来越广泛。mass tort litigation 逐步过渡到第二代。1991 年，司法会议石棉诉讼特别委员会寻求以聚合的方式处理石棉诉讼，并建议议会考虑立法明确批准对石棉案件合并或集团审判。在这份为司法会议采纳的报告中，1995 年《复杂诉讼指南》（第三版）认为法院越来越多的运用集团诉讼去避免 mass tort 案件中的重复诉讼。巧合的是，就在其即将出版时，mass tort 集团诉讼遭遇被严格审查并失宠的时期，其长期效应仍需考察。在很大程度上，这些法院判决面临一个严肃的难题这主要是涉及到全国范围内的不同法律的选择问题。

在 Amchem Products, Inc. v. Windsor 案中，最高法院断言，第三巡回法院将既有和将来的石棉诉讼原告作为一个蔓延到全国的集团来处理的判决，并不符合联邦民事诉讼规则第 23 条规定的代表标准的显著性和妥当性。这种 post-Amchem 诉讼就是第三代 mass tort litigation。法院不再适用集团诉讼，而是通过聚合的方式来处理 mass tort 案件问题。

（三）多元的解决路径

在 mass tort 的解决方案中，诉讼是最主要的方式。但是因为此类案件的复杂性及频发性，法院也颇感吃力。行政救济扮演着越来越大的角色，和解也得到更多的适用。诉讼已不是唯一的方式，甚至也不是最好的解决方式。

1. 聚合诉讼。上文探讨了美国的 mass tort litigation。在德国、瑞士等民法国家，主要通过示

^⑥ See MCL 4d, Part II. Special Problems, 22. Mass Torts, s 22.55.

^⑦ See Linda S. Mullenix, practical wisdom and third-generation mass tort litigation. 31 Loyola of Los Angeles Law Review 552-553 (1998).

^⑧ See Thomas E. Willging, supra note ④.

^⑨ See Thomas E. Willging, supra note ④.

^⑩ See Thomas E. Willging, supra note ④.

范诉讼 (model suits)、^{⑦③} 团体诉讼 (Verbandsklage)、^{⑦④} 基金方式来解决 mass tort 案件。^{⑦⑤}

2. 行政性措施。通过司法途径并不能充分解决 mass tort 问题, 因此有学者认为行政性措施可能是处理 mass tort 特别问题的最根本方式。^{⑦⑥} 第一, 对风险的规制。例如在行政行为所及之处设定对产品标准。但事实证明, 这种措施也不能阻止 mass tort 的发生; 第二, 建立行政性补偿机制。但对 mass tort 受害人进行行政补偿在美国有很大的争议。^{⑦⑦} 此外, 行政机关还应在有关 mass tort 相关的诉讼制度层面做出贡献。例如引入具有行政性救济的团体诉讼等。^{⑦⑧} 有学者认为, 对于集团诉讼的代表制度所遇到的问题, 也必须用行政途径来弥补。^{⑦⑨}

有时候 mass tort 是以一种公共危机的形式出现的, 政府必须对此快速的做出反映。在 2010 年墨西哥湾原油泄漏事件中, 美国国会和行政部门在事发后的第一时间采取紧急措施, 促使英国石油公司迅速拿出 200 亿美元成立救助基金, 用于油污清除与损害赔偿。^{⑧⑩}

有学者还认为, 政府应对损害先行救助与赔付: “处理公共事件是政府的基本职能和义务, 即使政府对事件本身没有任何直接责任, 也需要及时参与处理, 避免损失扩大、对受害人进行合理救助和补偿。由政府出面先行救助和赔付, 再进行责任追究和赔偿, 可以更好地减轻当事人的举证责任、经济压力和诉讼负担。”^{⑧⑪}

3. 基金和解。在 mass tort 案中, 基金与和解往往结合在一起。不仅在起诉前有可能导致基金和解, 在法院判决后仍有可能导致基金和解。有学者将 mass tort 中的救济基金分为诉讼替代性救济基金与诉讼结果性救济基金。前者是在被侵权人提出侵权诉讼之前设立和运作的救济基金, 其目的是为了“救急”, 同时其设立和运作的后果可以部分或者完全取代可能的民事诉讼救济途径; 后者则是被侵权人提出侵权诉讼之后, 侵权人与被侵权人达成协议 (调解或者和解) 设立的赔偿损失的基金, 或者通过法院的判决设立的赔偿损失的基金。^{⑧⑫} 诉讼替代性救济基金来源于侵权人的捐助、政府的拨款以及社会捐助。总结起来, 此类基金的特点有三个: 第一, 能够快速救济被侵权人, 维护社会公平和稳定; 第二, 被侵权人在领取救济基金款项时与被侵权人或者救济基金达成全部或者部分放弃诉讼请求的“免诉协议”后, 被侵权人在其所放弃的诉讼请求内不得向法院提起诉讼或类似请求; 第三, 被侵权人应当就其所获救济与基金签订请求权转让协议, 由基金向受让人追偿。^{⑧⑬}

^{⑦③} 示范诉讼意指对于有共同法律和事实问题的群体性纠纷, 法院可以从已经受理的大量集合性、扩散性或同类性利益诉讼案件中择一宗或多宗案件进行试验性诉讼, 法院对试验性诉讼所作出的判决, 对于其他有共同法律和事实问题的群体纠纷具有拘束力。See Gerhard Walter, Mass Tort litigation in Germany and Switzerland, 11Duke Journal Of Comparative & International Law 369, 374-376 (2001) .

^{⑦④} 团体诉讼是一种赋予某些团体诉讼主体资格和团体诉权, 使其可以代表团体成员提起、参加诉讼, 独立享有和承担诉讼上的权利义务, 并可以独立作出实体处分的专门性制度。肖建国:《民事公益诉讼的基本模式研究》, 载《中国法学》2007 年第 5 期。

^{⑦⑤} See Gerhard Walter, Mass Tort litigation in Germany and Switzerland, 11Duke Journal Of Comparative & International Law 369, 374-376 (2001) .

^{⑦⑥} See Stacy L. Rahl, Modification Of a Chapter 11 Plan In The Mass Tort Context, 92 Columbia Law Review 201 (1992) .

^{⑦⑦} See Stacy L. Rahl, Modification Of a Chapter 11 Plan In The Mass Tort Context, 92 Columbia Law Review 202-203 (1992) .

^{⑦⑧} 行政性救济在比较法上是比较普遍的。除德国和瑞士外, 行政性救济在瑞典一直是群体性纠纷解决的主导方式, 荷兰也依据《执行消费者保护法》设立消费者管理局, 作为团体诉讼的辅助性角色。参见吴泽勇:《瑞典的群体性纠纷解决机制分析》, 载《法学》2010 年第 7 期; 吴泽勇:《荷兰的群体性纠纷解决机制》, 载《河南大学学报》(社会科学版) 2010 年第 5 期。

^{⑦⑨} See Richard A. Nagareda, Administering Adequacy in Class Representation. 82Texas Law Review 290. (2003) .

^{⑧⑩} 参见前引^{⑦⑩}, 张新宝文。

^{⑧⑪} 范愉:《群体性侵害事件的多元化解决》, 载《法学家》2009 年第 2 期。

^{⑧⑫} 参见前引^{⑦⑩}, 张新宝文。

^{⑧⑬} 参见前引^{⑦⑩}, 张新宝文。

在“三鹿奶粉事件”中，三鹿公司与另外21家责任公司在对近30万名确诊患儿一次性现金赔偿（约9亿元）后，共同出资建立了2亿元的医疗赔偿基金，该基金由中国人寿保险公司受中国乳制品工业协会委托进行管理和运作。这也是诉讼替代性救济基金。在“DES案”荷兰最高法院不顾美国“市场份额”理论和学者谏言，判定所有企业承担共同责任。在判决作出后，代表DES受害者的DES中心与生产DES的制药公司及其保险公司开始了漫长的谈判。直到1999年，双方达成和解协议，由制药公司与其保险公司各出资一半建立一个3500万欧元的DES基金。不过，被告同意和解的一个重要条件是：和解必须对荷兰的所有受害者都具有终局效力。^④ 该案甚至促使荷兰于2005年颁布了《群体性和解法》。^⑤

结 论

本文认为，所谓大规模侵权（mass tort），是指基于同一或者同质性的原因、受害人数众多且不确定的超越传统侵权法救济的侵权行为，它也已日益成为一个社会性问题，其要点如下：

1. 要求大规模侵权的损害原因具有同一或者同质性的意义，首先是将大规模侵权与单独侵权行为区别开来。造成前者损害的原因是同一或者同质的，而这种区分对后者并无意义；其次，将其与共同侵权区分开来，前者以事实上的侵权行为为标准。后者除了共同危险行为外，以主观上的过错为标准。但其与共同危险行为的区别也是明显的，前者是造成了损害的行为，后者则是在侵权人不明时共同实施了危险行为的行为人。

2. 从受害人角度上来说，必须人数众多且具有潜在的受害人。在美国，受害人的潜在性是影响大规模侵权获得集团诉讼资格以及受害人救济的重要原因。此要件将其与受害人确定的大型侵权案件区别开来。

3. 从救济角度上来说，须是一揽子计划，即诉讼模式、行政救济、和解模式中的多个集合。因为假使此类侵权在救济上并没有什么大的困难，则完全可以在现有侵权法的体系内得到解决，而没有必要将其归入到一个没有立法根据的法理概念中。

（责任编辑：刘长兴）

^④ 吴泽勇：《荷兰的群体性纠纷解决机制》，载《河南大学学报》（社会科学版）2010年第5期。

^⑤ 参见前引^④，吴泽勇文。