

香港法律改革委员会

集体诉讼小组委员会

谘询文件

集体诉讼

本谘询文件已上载互联网，网址为：<http://www.hkreform.gov.hk>。

2009年11月

本谘询文件是由法律改革委员会（法改会）属下的集体诉讼小组委员会拟备，以供各界人士讨论及发表意见。本谘询文件的内容并不代表法改会或小组委员会的最终意见。

小组委员会欢迎各界人士就本谘询文件发表意见，并请于 2010 年 2 月 4 日或之前将有关的书面意见送达：

香港湾仔

告士打道 39 号夏慤大厦 20 楼

法律改革委员会

集体诉讼小组委员会秘书

电话：(852) 2528 0472

传真：(852) 2865 2902

电邮：hklrc@hkreform.gov.hk

法改会和小组委员会日后与其他人士讨论或发表报告书时，可能会提述和引用各界人士就本谘询文件所提交的意见。任何人士如要求将他提出的所有或部分意见保密，法改会当乐于接纳，惟请清楚表明，否则法改会将假设有关意见无须保密。

法改会在日后发表的报告书中，通常会载录就本谘询文件提交意见的人士的姓名。任何人士如不愿意接纳这项安排，请于书面意见中表明。

香港法律改革委员会

集体诉讼小组委员会

谘询文件

集体诉讼

目录

	页
导言	1
研究范围	1
小组委员会	1
会议	2
多方诉讼与集体诉讼的定义	3
集体诉讼机制的典型要素	5
法院的管制：核证	5
选择加入制或选择退出制	6
截止日期	7
通知	7
小组及先导或代表案件	8
需要设立具弹性的规则以达致最佳结果	9
本谘询文件的编排	9
鸣谢	9
第1章 香港的代表诉讼程序的现有规则	11
引言	11
放宽“相同权益”的规定	15
将“相同权益”验证改为“共通因素”验证	15
各别的合约不再成为障碍	16
各别的抗辩不是羁绊	16
可在代表诉讼中判给损害赔偿	17

	页
有助于代表诉讼的其他进展	17
把经法庭扩展的关于代表诉讼程序的规则，应用于可援引集体诉讼机制的案件类别上	19
全面集体诉讼机制与经法庭扩展的代表诉讼程序规则比较	22
第2章 其他司法管辖区关于代表诉讼程序及集体诉讼机制的法律	24
引言	24
澳大利亚：联邦体制	24
加拿大	28
英格兰与威尔斯	34
德国	47
爱尔兰	48
日本	51
新西兰	53
中华人民共和国（内地）	54
新加坡	58
南非	58
台湾	61
美国：联邦体制	63
第3章 引入集体诉讼机制的需要	68
引言	68
对原告人的好处	69
有更畅通的渠道寻求司法公正	69
对被告人的好处	71
避免重复的相关法律诉讼	71
最终解决争议和及早锁定争议项目	71
经协商的核证	72
对社会的好处	72
加强节约司法资源	72
提升司法公正	73
阻吓犯过者（改善行为）	73
原则和一致性	74

	页
集体诉讼机制的潜在风险	75
促使不必要地提起诉讼的风险	75
提起无胜诉机会的诉讼程序的风险	76
令企业型的律师受惠的风险	76
集体成员权益得不到充分保障的风险	76
美国的经验与香港的相关之处	77
惩罚性损害赔偿或三倍损害赔偿	77
民事审讯中的陪审团	77
按判决金额收费	78
讼费规则	78
需要留意美国与香港的差异	78
完成处理集体诉讼程序所需的时间	79
监管机构的行动	82
我们的结论	82
调解与仲裁	84
《澳洲联邦法院法令》第53A条	85
相关的澳大利亚案件	86
选择退出制的集体诉讼的和解	90
金融业的纠纷解决机制	92
关于竞争法的建议	92
第4章 选择加入制与选择退出制的比较	94
引言	94
集体诉讼的两种程序的基本特征	94
正反的论据	95
有渠道寻求司法公正	97
在不同机制下参与程度的经验数据	99
争论点的锁定及最终了结	100
人权及《基本法》方面的考虑	101
我们的建议	101
以选择退出制为起点	101
法庭的酌情决定权	102
第5章 公法案件的处理方法	104
引言	104

	页
集体诉讼程序是否普遍适用于公法诉讼	104
公法诉讼的特点：将一般情况与个别情况区分	106
香港在宪法方面的特点	108
其他可行做法	109
方案一：将公法案件摒除于集体诉讼机制之外	110
方案二：在公法案件中由法庭酌情决定采用选择加入制还是选择退出制	117
方案三：在公法案件的集体诉讼中采用可选择退出模式	120
方案四：在公法案件的集体诉讼中采用可选择加入模式	124
结论	124
第6章 选择原告人及避免潜在的滥用情况	126
引言	126
认定的问题	126
引用针对无理缠扰／滥用程序的法院规则	127
诉讼代表的核证准则	129
核证时的出资证明	130
讼费保证	130
关乎讼费保证的具体案例	135
<i>Woodhouse v McPhee</i>	135
<i>Ryan v Great Lakes Council</i>	137
<i>Tobacco Control Coalition Inc v Philip Morris (Australia) Ltd</i>	138
<i>Nendy Enterprises Pty Ltd v New Holland Australia Pty Ltd</i>	139
<i>Bray v F Hoffman – La Roche Ltd</i>	139
<i>Milfull v Terranora Lakes Country Club Ltd (in liq)</i>	141
私人诉讼出资及讼费保证	142
结论	142
第7章 处理涉及来自其他司法管辖区的当事人的集体诉讼	144
认定的问题	144
对“已判事项”（ <i>res judicata</i> ）法则的关注	145
内地法院对香港集体诉讼判决的认可和执行	147

	页
可供选择的解决方案	148
(a) 为司法公正而将集体诉讼程序转移的酌情决定权	148
(b) 排除外地的集体成员	152
(c) 来自其他司法管辖区的集体成员另立组别	153
(d) “选择加入”规定	153
我们的建议	158
集体诉讼资料库	158
法庭关于“选择加入”通知的具弹性指示	159
涉及来自其他司法管辖区的被告人的集体诉讼	160
“不便诉讼地”（ <i>forum non conveniens</i> ）的普通法法则	162
结论	163
第8章 集体诉讼机制的筹措资金模式	165
认定的问题	165
讼费规则	166
和解下的讼费	169
法律程序不再以集体诉讼方式继续进行时的讼费	170
其他司法管辖区的讼费转嫁措施	171
(a) 将讼费转嫁被告人	171
(b) 将讼费转嫁集体成员	172
(c) 将讼费转嫁集体代表律师	174
其他资金来源	180
按条件收费法律援助基金	180
法律援助	181
集体诉讼基金	184
诉讼出资公司	189
发展路向：现有的不同界别基金	213
金融界的界别诉讼基金	213
消费者诉讼基金	217
总结	223
第9章 关于程序的详细建议	228
详细设计方面的议题	228
核证准则的模式	228

	页
在香港实施集体诉讼程序的法例	237
集体诉讼机制所需的主体法例	238
对《高等法院规则》第15号命令作出的修改	239
公法案件的处理	240
选择原告人及避免潜在的滥用情况	240
处理来自其他司法管辖区的当事人	240
在可能展开的集体诉讼程序中提供法律援助	241
集体诉讼的筹措资金方案	242
案件管理的权力	243
聆讯集体诉讼案件的司法管辖权	243
第10章 总览各项建议及征求意见	245
引言	245
问题	245
附件1 可能适合采用集体诉讼程序的案件类别以及相关条文	252
附件2 集体诉讼及无律师代表诉讼人	260
附件3 集体诉讼机制的潜在风险	263
附件4 香港采用选择退出制的集体诉讼机制在人权和《基本法》方面的相关问题	283
附件5 在选择退出制的集体诉讼机制下采用选择加入程序的实例	294
附件6 在其他司法管辖区的集体诉讼中应用“不便诉讼地”法则	307

导言

研究范围

1. 终审法院首席法官于 2000 年委出了一个工作小组，检讨高等法院的民事诉讼规则及程序。工作小组在 2004 年发表最后报告，其中一项提议是：

“原则上应采纳一套用以处理涉及多方诉讼的程序。应成立工作小组研究其他法制相似的地区所采用的程序，以期找出适合香港采用的模式并作出建议。”¹

2. 工作小组表示，引入涉及多方诉讼的程序获得广泛支持，支持者包括香港大律师公会人身伤亡赔偿委员会以及消费者委员会。² 最后报告亦提出，由终审法院首席法官及律政司司长将涉及多方的法律程序这个课题交给香港法律改革委员会研究，也许是适宜的。³

3. 法律改革委员会在 2006 年 9 月 5 日的会议上，同意承接集体诉讼这个研究项目，其研究范围如下：

“研究应否采纳一套用以处理涉及多方诉讼的机制，而如应予采纳的话，则全面提出适当的建议。”

小组委员会

4. 2006 年 11 月，法律改革委员会委出一个由资深大律师梁定邦先生担任主席的小组委员会，以研究这个课题及向法律改革委员会提出改革建议。小组委员会的成员为：

梁定邦先生，SC
(主席)

资深大律师

鲍晏明法官

高等法院法官

¹ 终审法院首席法官辖下民事司法制度改革工作小组，《民事司法制度改革——最后报告》(2004 年)，提议 70，第 240 页。

² 上文引述的报告书，第 239 页，第 464 段。

³ 上文引述的报告书，第 240 页，第 465 段。

蔡香君女士	汇丰保险集团（亚太）有限公司 总经理暨企业保险部主管
吴莉娴女士	证券及期货事务监察委员会 法律服务部高级律师
霍兆刚先生，SC	资深大律师
何沛谦先生，SC	资深大律师 消费者委员会副主席
简雅思教授	香港中文大学法律学院副教授
高敏坚先生	英特韦特公司董事长
邝宝昌先生	法律援助署副署长（诉讼）
伍成业先生	香港上海汇丰银行 法律及审核事务部主管
罗嘉诚先生	高伟绅律师行律师
曾澍基教授	香港浸会大学经济学系教授
李天恩先生 (秘书，任期由2007年9月至 2009年6月)	法律改革委员会高级政府律师
梁东华先生 (秘书，2007年9月至2009年 6月除外)	法律改革委员会高级政府律师

会议

5. 小组委员会在 2007 年 1 月开始研究这个课题，而由开始研究起计至本谘询文件发表为止的期间内，一共举行了五次会议。法律改革委员会亦在两次会议中讨论过这份谘询文件。

多方诉讼与集体诉讼的定义

6. 多方诉讼被界定为指以下情况：

“…… 一群或一组〔法院〕使用者的申诉都具有一些特点，而这些特点足以令他们的申诉获得集体处理。在不同的群体中，主要的共通点各有不同，但都会有利于以集体或群体方式处理。这项共通点可见于由共同、相关或大家有份的事情或交易所引起的某一法律问题或事实问题。这项关于联合所需各方力量以展开涉及多方的法律程序的定义，旨在建立一项概念，令它可以在不违背行政效率及公平这两项凌驾性原则的情况下尽展其灵活性。”⁴

7. 正如民事司法制度改革工作小组指出，需要明确的程序处理涉及多名准诉讼人的案件，会在两种主要情况中出现。⁵ 第一种情况是有很多人因他人的行为而受到不利影响，但每一名受影响者的损失又未足以令他以个人名义提起的诉讼合算。第二种情况是有大量相同或相关的申索同时出现（而每一宗申索在财政上都是合算的），令法庭难以有效率地处理如此繁多的法律程序。在大部分主要的普通法司法管辖区中，这些情况都是透过采取所谓“集体诉讼”的程序来解决的。

8. 《普通法法律体系中的集体诉讼》（*The Class Action in Common Law Legal Systems*）一书的作者梅丽朗（Rachael Mulheron）将集体诉讼界定为：

“一种可让多人针对同一名被告人提出的申索（或其中部分申索）在一宗讼案里一并裁定的法律程序。在集体诉讼中，一人或多于一人（‘原告代表人’）可代表自己提出诉讼，亦可以同时代表多名因与原告代表人所指称过失相同或同类的过失而申索补救的其他人（‘该集体’）提出诉讼，而这些人的申索或原告代表人的申索涉及相同的法律问题或事实问题（‘共通的争论点’）。只有原告代表人是有关诉讼的一方。对于该集体的成员，通常不会识别为个别的诉讼一方，而只会笼统地描述他们的身分。集体成员虽然

⁴ 爱尔兰法律改革委员会，*Multi-Party Litigation*（2005年，报告书 LRC 76-2005），第3页。

⁵ 终审法院首席法官辖下民事司法制度改革工作小组，《中期报告及谘询文件》（2001年），第146页。

在该项诉讼的大部份过程中都没有积极参与，但就共通的争论点而言会受到诉讼结果约束，不论结果是有利或不利于该集体亦然。”⁶

9. 这个做法可能带来的好处包括以下事实：它促进寻求司法公正渠道的畅通（令单靠个人则没有足够经济能力追讨赔偿的申索人可以集合一起追讨赔偿），避免法庭资源不必要地耗用于众多的个人诉讼上，并确保对所有具同类诉讼因由的申索人一致处理。得以引用集体诉讼程序，对消费者诉讼特别有用，因为个别消费者所申索的金额也许会很小，但涉及的人数可能会很多。在伍尔夫勋爵（Lord Woolf）对寻求司法公正的渠道作出的检讨中，英国的国家消费者委员会（National Consumer Council）呈上以下意见：

“当我们成为一个越来越大量生产及大量消费的社会时，一件产品或一项服务的缺陷，可能会对越来越多人造成伤害或损失。然而，我们的民事司法制度没有就大量出现的法律诉讼作出应变。我们大致上仍然视之为一大堆个别案件，以致其中一宗案件的裁决对所有其他案件而言，在法律上没有甚么相关之处。”⁷

10. 虽然集体诉讼普遍是由“原告人牵头”的，但由“被告人牵头”的集体诉讼亦有可能出现（不过实际上很罕有）。爱尔兰法律改革委员会在建议引入关于涉及多方诉讼的新程序时，论述涉及多方被告人的诉讼只占有涉及多方诉讼中的甚小部分，但是“没有理由排除出现涉及多方被告人的诉讼的可能性。”⁸

11. 梅丽朗将集体诉讼机制的主要目标总结为包括以下几点：

“……提高法院及法律制度的效率，并将共通的争论点由一个法律程序处理，以减低法律诉讼的费用；在证实有不当行为时，让集体成员较易采用及时和切实可行的方法，以取得法律上可予强制执行的补救；让被告人可以避免承受在长时间内（而且可能在不同诉讼地）不时作出的不一致判决；在适当情况下照顾到被指认为集体成员的人的自主权；令诉讼程序规则和

⁶ 梅丽朗，*The Class Action in Common Law Legal Systems*（2004年，Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing），第3页。

⁷ 伍尔夫勋爵，*Access to Justice, Final Report*（1996年7月），第223页。

⁸ 爱尔兰法律改革委员会，*Multi-Party Litigation*（2005年，报告书LRC 76-2005），第42页。

结果都可以预计；以及按照合乎量度而非要求完美的思维来达致结果。”⁹

12. 这几点（加强寻求司法公正的渠道、减少讼费、较大机会得到一致的裁决等）大部分都可以同样形容为集体诉讼机制的“好处”。这个机制可以说能令诉讼过程更有效率，也令诉讼各方在法律争议中能够达致最终结果，从而让他们得以更快地评定风险和讼费，故此相信会减低社会成本。举例说，在一项集体诉讼中被列为被告人的上市公司，可较轻易地估量所须承受风险的程度，并在其帐目中有根据地拨出准备金；如果它面对的是众多可能出现的法律诉讼，就不可能如此轻易作出估量和拨备。在后述的情况下，关于时效的法律会有所帮助，但在法定的时效期内，这类被告人仍要面对不确定的诉讼结果。¹⁰

集体诉讼机制的典型要素

法院的管制：核证

13. 在我们研究过的所有集体诉讼机制中，有一项占主导地位的主要特征，就是所有集体诉讼必定是由法院管理的。一般来说，法院的管理程序由批准提出集体诉讼的一刻开始。法院在批准集体诉讼程序展开之前会审核某些准则是否已获符合，这做法一般称为“核证”。核证这项初步程序并不是毫无争议的。举例说，澳大利亚法律改革委员会（下称“澳洲法改会”）强烈反对采纳核证程序，并表示该程序不但未能带来高效率，反而令程序上的效率降低。澳洲法改会以美国及魁北克省的经验为例，指出：

“决定有关法律程序的形式这项初步事宜，一直以来都比聆讯案件的实质争论点更为复杂及更耗费时间。由于需要法院作出酌情决定，以致经常引起上诉，并导致延误及进一步的开支。”¹¹

14. 相反的意见则认为，鉴于集体诉讼的特殊性质，核证程序保障了缺席的集体成员及被告人：

⁹ 梅丽朗，上文引述的著作，第 66 页。

¹⁰ 不同诉讼因由的时效期由《时效条例》（第 347 章）订明，而最常见的诉讼因由的时效期则载于《时效条例》第 4 条，即以下所列者：

“（1）以下诉讼，于诉讼因由产生的日期起计满 6 年后，不得提出——（a）基于简单合约或侵权行为的诉讼；……。”

¹¹ 澳洲法改会，*Grouped Proceedings in the Federal Court*（第 46 号报告，1988 年），第 146 页。

“展开集体诉讼程序不能视为一项当然权利。……由于在诉讼中不积极参与的集体成员，其权利会由集体诉讼程序决定，因此法院必须裁定有关诉讼是否适宜以集体方式处理，包括裁定缺席成员的权益会否在诉讼中获得充分代表。核证的动议亦让反对核证的（被告人）得以表明为何该项诉讼不应以集体诉讼程序的方式进行。”¹²

15. 已实施集体诉讼机制的司法管辖区，普遍都采纳了核证程序。¹³ 法庭在裁定某些诉讼是否可获核证时，一般需要信纳有关集体的成员人数已达最低要求（即所谓“人数多寡”（*numerosity*）的问题）、个别当事人的申索之间有必要的连系、集体诉讼较其他程序可取，以及原告代表人和先导案件具足够份量且是典型的。

选择加入制或选择退出制

16. 在集体诉讼程序中必然出现的一个问题，是应如何确定该集体的成员。根据“可选择退出”的机制，凡就有关集体程序中提出的（法律或事实）问题具有申索权利的人，均必然地属于该集体的一员；除非他们采取明确的步骤表示他们不欲被纳入这项集体诉讼中及不欲受到所取得裁决的效力影响，否则他们便会受到这项诉讼程序中的任何裁决所约束。¹⁴

17. “可选择退出”的做法已获澳大利亚、美国、¹⁵ 魁北克及不列颠哥伦比亚等司法管辖区采用。这项程序可保障整个集体不再受制于诉讼时效法律所订明的时间的流逝，因为集体诉讼一经展开，时效期限对于经核证的集体而言便暂停计算。选择退出诉讼的人则要自己留意，因为时效期限仍会针对他们继续计算。

¹² 梅丽朗的著作，第 24 页。

¹³ 在安大略及美国的机制下以及在加拿大的马尼托巴，拉布拉多、萨斯喀彻温、圣约翰与拉布拉多、纽芬兰及艾伯塔所有省级机制下，核证均是必须的。澳大利亚机制的不同之处，在于除非法官另有命令，否则根据《澳大利亚联邦法院法令》（*Federal Court of Australia Act*）第 IVA 部以集体诉讼形式展开的诉讼即可继续进行。（梅丽朗的上述著作，第 24 页）在瑞典，《2002 年集体诉讼程序法令》（*Group Proceedings Act 2002*）规定集体诉讼可依照《司法程序守则》中关于申请展开诉讼的规则而提起，无须任何特别许可（“核证”）即可展开集体诉讼。（依据 Henrik Lindblom 在《国家报告：瑞典的集体诉讼》（*National Report: Group Litigation in Sweden*）第 11 页所述。）（该报告是为 2007 年 12 月在牛津大学举行的“集体诉讼全球化会议”（*Globalization for Class Actions Conference*）而拟备的）。

¹⁴ 梅丽朗的上述著作，第 29 页。

¹⁵ 根据美国的《联邦民事诉讼规则》（*Federal Rules of Civil Procedures*）第 23(b)(3)条提出追讨损害赔偿的集体诉讼，已推定诉讼人有选择退出的绝对权利。

18. 在“可选择加入”的做法下，一名可能成为集体成员的人必须在规定的期间内采取订明的步骤，明确选择加入有关集体诉讼程序。该人一经成为集体的一名成员，便受有关裁决或和解所约束，亦随时可以获取诉讼所带来的利益。“可选择加入”机制的主要好处是保留了个人的自主权，让他只在有意参与诉讼的情况下才选择加入。另一好处是原告人集体的人数会少一些，令确定损害赔偿金额以及为所有与讼者准备诉讼工作较为容易。但在此情况下，只有已选择加入的成员才会在诉讼时效方面得到保障，不致因时间流逝而丧失诉讼权。没有选择加入诉讼的人则要自己留意诉讼的时效。

截止日期

19. 为了令集体诉讼有达致最终结果的一日，有关机制中设有一个“截止”日期。“截止”日期是指在某一日期过后，可能成为诉讼一方的人便不能获准加入有关诉讼。设立截止日期是有需要的，以防参与诉讼的人数不断累积。爱尔兰法律改革委员会认为在厘定适当的截止日期时，必须在未登记原告人的权益连同其加入诉讼的权利与被告人的权益两者之间取得平衡，而被告人及整个集体的权益系于诉讼的迅速了结。¹⁶ 爱尔兰法律改革委员会的结论是，截止日期应定于将来哪一天，最好在核证时决定。¹⁷

通知

20. 集体诉讼机制一般订有条文，说明如何将有关诉讼告知可能成为集体一员的人，其原因很明显，就是应尽量广泛地让人知道有这项诉讼，令集体的准成员能够决定选择加入还是退出（视乎该机制采用何种程序而定）。伍尔夫勋爵在其最后报告书中赞成应灵活处理通知规定：

“〔法院〕应有酌情权决定如何作出通知——个别通知、登广告、透过传媒广播、通知样本群体，或综合使用各种方法，或以不同方法通知群体中不同的成员。¹⁸

法院必须有酌情权决定在顾及某些因素后，免却可让当事人选择退出的通知。这些因素包括讼费、济助的

¹⁶ 爱尔兰法律改革委员会，*Multi-party Litigation*（2005年，报告书LRC 76-2005），第44-45页。

¹⁷ 爱尔兰法律改革委员会，*Multi-party Litigation*（2005年，报告书LRC 76-2005），第45页。

¹⁸ 伍尔夫勋爵，上诉法院民事法庭庭长，*Access to Justice: Final Report*（1996年），第49段。

性质、个别申索金额的大小、群体成员的人数、成员会选择退出的机会等等。”¹⁹

21. 在美国，有意见认同如果通知费用昂贵，以致与诉讼的讼费及可取得的利益不相称，免除通知规定也许是适当的。因此，法院有酌情决定权免却通知准申索人可选择退出的权利。在决定免却这类通知时，法院必须“顾及某些因素，例如讼费、济助的性质、个别申索金额的大小、群体的人数、成员会选择退出的机会等等。”²⁰

22. 应注意的是在有关诉讼的多个阶段中，可能需要作出通知，包括在诉讼展开以及达致和解之时。²¹ 此外，由于互联网的普及，法院的网站内亦设有集体诉讼的网页，而以多媒体方式运作（印刷媒体、电台、电视台、网上广播、网站）的新闻传媒在宣传集体诉讼方面，亦预期可扮演一定角色。

小组及先导或代表案件

23. 在很多案件中，由于只会有单一个原告人群体，所以没有需要将整个群体分为小组。然而，当申索人数目庞大，而其中一个群体的某些申索与其他申索人群体的又有所差异时，则将整个群体分为不同的小组一般来说会有帮助：

“大多数涉及多方诉讼的情况都不仅牵涉整个群体共通的一些主要争论点，亦会在个别成员或小组的层面上有各式各样不同的争论点。任何欲一并解决这些争论点的尝试，都会超越有关法律程序的能力所及范围，并令整个过程变得无法处理。……最重要的是将案件中各项要素分为简便的类别，以利于为这些类别找到集体解决的方法。”²²

24. 使用先导或代表案件，可令致有关法律程序较有效率地得以解决。²³ 先导案件应尽量能够公平和充分地代表有关群体的权益。至于测试案件是否合适，则视乎情况而定，不应就其拣选定下一成不变的规则。²⁴

¹⁹ 伍尔夫勋爵，上诉法院民事法庭庭长，*Access to Justice: Final Report*（1996年），第49段。

²⁰ 美国《联邦民事诉讼规则》第23条规则。

²¹ 伍尔夫勋爵，上诉法院民事法庭庭长，*Access to Justice: Final Report*（1996年），第47段。

²² 爱尔兰法律改革委员会，*Multi-party Litigation*（2005年，报告书LRC 76-2005），第18页。

²³ 爱尔兰法律改革委员会，*Multi-party Litigation*（2005年，报告书LRC 76-2005），第38-9页。

²⁴ 爱尔兰法律改革委员会，*Multi-party Litigation*（2005年，报告书LRC 76-2005），第39页。

需要设立具弹性的规则以达致最佳结果

25. 从上述介绍可见，不论采取“可选择加入”或“可选择退出”程序，聆讯集体诉讼的法庭在确保有关纠纷的解决能达致最佳结果方面，扮演着核心的角色。因此，我们应采纳一套规则，让法庭可以在一个原则性的框架内具有高度酌情决定权，以灵活处理有关案件。

本谘询文件的编排

26. 第 1 章列出代表诉讼程序的现有规则，并述说这些规则在应付一系列不同种类的准集体诉讼案件时所暴露的不足之处。第 2 章研究其他司法管辖区在代表诉讼程序和集体诉讼程序方面的法律，而第 3 章则列出赞成和反对引入集体诉讼机制的论据。第 4 章转而探讨在集体诉讼中采用选择加入模式或选择退出模式时，在程序上有何处理方法。第 5 章研究在集体诉讼机制下处理公法案件的情况，而第 6 章探讨选择原告人的问题及如何避免可能出现的滥用情况。第 7 章审视当集体诉讼牵涉来自其他司法管辖区的当事人时，会如何处理，而第 8 章则列出适用于集体诉讼的筹措资金方式。小组委员会就程序细节而提出的建议载于第 9 章，而第 10 章则载有我们所有建议的概览。

鸣谢

27. 我们特别希望向下列人士表示谢意：以色列司法部的艾芙娜女士（Ms Shirley Avner）、牛津大学的贺捷思博士（Dr Christopher Hodges）、蒙那许大学的莫拉比图教授（Professor Vince Morabito）、伦敦玛丽皇后大学的梅丽朗教授（Professor Rachael Mulheron）、澳大利亚 Maurice Blackburn Pty 有限公司的梅费先生（Mr Bernard Murphy）及香港中文大学的习超博士。另外，小组委员会主席在访问澳大利亚联邦法院期间，得蒙澳大利亚联邦法院首席法官布立克先生（the Honourable Justice Michael Black, AC）以及联邦法院两位女法官施道恩女士（the Honourable Madam Justice Margaret Stone）及贝纳德女士（the Honourable Madam Justice Annabelle Bennett）盛情协助，特此鸣谢。各界人士在本谘询文件的草拟过程中所提供的意见及协助，确实非常宝贵。

28. 我们亦特此感谢小组委员会的两位秘书。他们分别是在 2007 年 9 月至 2009 年 6 月期间担任小组委员会秘书的高级政府律师李天恩先生以及在上述期间外的其余时间担任秘书的高级政府律

师梁东华先生。这项课题内容复杂，并涵盖多个司法管辖区，因此若是没有他们俩辛勤及一丝不苟地进行研究工作，我们不可能在仅仅不足三年的较短时间内完成这份谘询文件。

第 1 章

香港的代表诉讼程序的现有规则

引言

1.1 在香港，处理涉及多方的法律程序的唯一机制由《高等法院规则》（第 4 章附属法例 A）第 15 号命令第 12 条规则订定。第 15 号命令第 12(1)条规则规定如下：

“凡在任何法律程序……中多人有相同的权益，则该等法律程序可由或针对该等人之中的任何一人或多于一人作为所有人或除一人或多于一人所有人的代表而展开，并除非法庭另有命令，否则可如此继续进行。”

根据第 15 号命令第 12(2)条规则，法庭亦有权应原告人的申请委任一名被告人作为其他被起诉的被告人的代表。

1.2 在代表诉讼程序中作出的判决或命令，对所有如上述般由他人代表的人均具约束力。¹ 然而，被告人仍可随时基于他的案所特有的事实及事宜令他有权获豁免有关法律责任为理由，就他在该项可针对他强制执行的判决或命令中负有的法律责任提出异议。²

1.3 香港现行的第 15 号命令第 12 条规则是以英格兰相应法令的第 15 号命令第 12 条规则为蓝本的。该项规则过往一直获严格执行，但近年已开始有所放松。在 *Hong Kong Kam Lan Koon Ltd v Realray Investment Ltd*³ 一案，当时任职高等法院暂委法官的辛达诚法官采纳了麦格利法官（Megarry J）在 *John v Rees*⁴ 一案中的说法，即代表诉讼的规则并不是一成不变的，而是一套方便行事的规则；重要的是让所有会受到诉讼影响的人都能亲自或派代表来到法庭席前，令所有人都应受到诉讼结果所约束。

1.4 英格兰在代表诉讼程序方面的规则，由法庭在 *Markt & Co Ltd v Knight Steamship Co Ltd*⁵ 这宗成为日后判例的案件中考虑过。在该案

¹ 《高等法院规则》（第 4 章附属法例 A）第 15 号命令第 12(3)条规则。

² 《高等法院规则》（第 4 章附属法例 A）第 15 号命令第 12(5)条规则。

³ [2004] 2 HKC 673，第 7 段。

⁴ [1970] Ch 345.

⁵ [1910] 2 KB 1021 (CA).

中，45 名付运人各自有货物载于被告人的船只上，而船只在战争中被击沉。数名原告代表人代表自己及其他付运人起诉被告人，追讨“在海上货物运输中或就海上货物运输而违反合约及其他法律责任的损害赔偿”。上诉法院过半数法官裁定各付运人不具有该项规则所规定的“相同权益”。

1.5 麦礼庭勋爵（Lord Macnaghten）在 *Duke of Bedford v Ellis* 一案中，对“相同权益”这项规定作出了经典的司法表述：

“在权益相同和苦况相同的情况下，如果所寻求的救济在本质上对原告人所拟代表的所有人皆有利，代表诉讼便属恰当。”⁶

香港高等法院在 *CBS/Sony Hong Kong Ltd v Television Broadcasts Ltd*⁷ 一案中引用上述准则，并裁定原告人须通过“权益相同、苦况相同以及补救对所有原告皆有利”这项三重验证。⁸ 法庭裁定原告人未能通过这项验证。⁹ 另一方面，在 *Fynn v AG*¹⁰ 一案中，梅贤玉法官容许一名警务处研究主任代表所有受相类影响的同事起诉政府违反雇佣合约，因为政府决定在纪律部队内订定不同的薪级表。法庭裁定原告人符合第 15 号命令第 12 条规则及 *Prudential Assurance Co Ltd v Newman Industries*¹¹ 一案所订立的规定。

1.6 在 *Hong Kong Kam Lan Koon Ltd v Realray Investment Ltd (No 2)*¹² 一案中，林文瀚法官裁定法庭在决定代表诉讼是否适当时，其主要关注点是确保可能受到诉讼结果影响的个别成员的权益已获得公平和足够的保障。在该案件的非正审阶段，法庭所能够做的，只是参考所呈上的有关材料及陈词来评估这些成员之间的权益是否有足够相同之处，以致以代表诉讼方式进行是公平和公正的。被代表的当事人在有关法律程序中利益的是否一致，可在案件进展期间予以检讨，法庭亦有司法权限命令有关法律程序不以代表诉讼的形式进行。¹³

⁶ [1901] AC 1 (HL), 第 8 页。穆尔顿勋爵法官（Fletcher Moulton LJ）在“*Markt*”案中视此为“最具权威性”的定义。该定义在其后的英格兰案件裁决中不断获得引述，并“获赋予近乎法定公式的地位”。

⁷ [1987] HKLR 306.

⁸ [1987] HKLR 306, 第 311 页。

⁹ 钟士法官（Jones J）表示即使他弄错了，他仍会行使酌情决定权不容许该项诉讼以现有形式继续下去，因为这对各被告人既不方便亦不公平，尤其是代表诉讼会剥夺被告人申请诉讼费保证和申请透露文件的命令这两项权利。

¹⁰ 未经汇报，高等法院上诉案件 1990 年 A3562 号，1990 年 8 月 30 日。

¹¹ [1981] Ch 229.

¹² [2005] 1 HK 565, 第 16 及 17 段。

¹³ 在 *China Vest II-A, LP v Chan Kueng Un, Roy* [1998] 4 HKC 453 (CA)（第 459 页）一案中，高等法院上诉法庭法官高奕辉裁定，虽然代表多名卖家而提起代表诉讼的发起方式是恰当的，但由于有些卖家是在本司法管辖区以外的多个地方注册的，所以认为提起代表诉讼并不妥善。因此，他下令所有卖家加入有关法律程序中成为原告人。

1.7 现有条文的缺陷已由终审法院首席法官辖下民事司法制度改革工作小组撮录如下：

“这些条文的局限是不言而喻的。如果案件涉及数目较少的诉讼人，而他们在处理其案件的同一项法律程序中有紧密的关连，这些条文会是有用的，因此值得保留；但如用作处理大规模且涉及多方当事人的情况的框架，则力有不逮。

首先，可发出关于代表的命令的情况是经严格界定的，而且受限于大量技术性细节。其次，即使已发出关于代表的命令，而案件亦已进展至判决阶段，亦不一定等如已取得最终结果。受到关于代表的命令影响的个别人士，仍可随时挑战判决的执行，甚至基于他本身的案有特别的事实和情况而重新展开法律程序。第三，有关规则没有就处理多方诉讼中的特殊问题订立具体的规定（下文会进一步讨论这点）。

鉴于没有专门为处理集体诉讼而设的规则，英格兰与威尔斯的法院及香港的法院唯有以权宜方式处理，在不同案件中作出其觉得是适当的指示，并尽可能寻求将会受到测试案件的结果约束的当事人或准当事人之间的协议。这类有限度的权宜做法成效不一。”¹⁴

1.8 麦礼庭勋爵在 *Duke of Bedford v Ellis* 案中的司法表述（见上文）的作用，是令到所有集体成员必须证明他们在事实和法律上都有相同的争议点，而其含意是他们必须证明：

- (a) 所有原告集体成员与被告人均订立了同一份合约——如果集体每一名成员与被告人所订立的是各别的合约，则不能构成提起代表诉讼的基础理据。各别的合约没有“*相同的权利来源*”，而且“*在任何一方面均没有关连*”。¹⁵

结果是消费者案件不能采用代表诉讼，即使每名集体成员的申索都源自与同一被告人订立的“标准格式”合约亦然。换言之，在代表诉讼应可大派用场时，它反而不能应用。

¹⁴ 终审法院首席法官辖下民事司法制度改革工作小组，《民事司法制度改革中期报告及谘询文件》（2001年），第385至387段，第148-9页。

¹⁵ [1910] 2 KB 1021(CA), 第1040页（穆尔顿勋爵法官（Fletcher Moulton, LJ））。

- (b) 被告人针对所有原告集体成员而提出的抗辩（如有的话）是相同的——如果被告人能就集体中不同的原告人提出各别的抗辩，便可能须要有各别的审讯，其法律责任亦不能够在同一项法律程序中得以裁定。另一方面，如果被告人能在单一诉讼中提出该等抗辩，则不容许他在代表诉讼中提出相同的抗辩便属不公平。

结果是若有任何抗辩只是针对原告人集体的其中一名成员，便足以否定该集体在有关法律程序中具有“相同权益”。

- (c) 原告集体成员所申索的济助是相同的——如寻求济助的原告代表人是代表所有集体成员追讨各别的损害赔偿，便不能以代表诉讼的方式进行。¹⁶ 由于损害的证明对每一名集体成员来说各有不同，而计算损害赔偿所依据的事实亦不一样，因此所有集体成员不一定会获判给相同的损害赔偿。这进一步局限了代表诉讼程序的用处。在麦礼庭勋爵的表述中提到的“对……所有人皆有利”一词，亦可理解为表示“原告人必须能够申索某些共通于所有成员的济助”，但如果他同时申索只切合他本人的济助，则没有问题。¹⁷

结果是由于有相同济助的规定，如果集体中某些成员所申索的济助与其他成员不一样，那么即使他们的申索是基于相同的事实（例如沉船的乘客可申索人身伤害赔偿或财物损坏赔偿或两者），也不能采用代表诉讼形式来申索损害赔偿。在基于侵权的诉讼因由中，证明损害是必不可少的一环，而原告代表人不能透过证明自己所受到的损害而声称这代表所有集体成员所受到的损害，亦不能藉此代表他们取得济助。¹⁸ 因此，在英格兰的代表

¹⁶ [1910] 2 KB 1021(CA), 第 1040-1041 页（穆尔顿受勋法官）。在本案中，每一名集体成员各自蒙受不同程度的损害（即他们所失去的货物的价值），而且不占有原告代表人所申索的损害赔偿中的任何权益。因此，损害赔偿金额证明，对每一名集体成员而言都是个别的事情，而且须予各自证明，因为各人计算损害赔偿金额所基于事实都有差异。

¹⁷ [1910] 2 KB 1021(CA), 第 1045 页（布克利受勋法官（Buckley, LJ））。

¹⁸ “……长久以来的看法是，根据英格兰的代表诉讼规则，‘如果原告人宣称代表的每一名集体成员的诉讼因由乃基于侵权，而且如获证实的话会是一项独立的诉讼因由而非属于整个集体的共同诉讼因由，便不能提起代表诉讼。’在基于侵权的诉讼因由中，证明损害是必不可少的一环，而原告代表人不能透过证明自己所受到的损害而声称这代表集体所受到的损害和代表所有集体成员取得济助。”梅丽朗，*The Class Action in Common Law Legal Systems, a Comparative Perspective*（2004 年，Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing），第 82 页。

诉讼中，法庭通常（即使不是一律地）只以衡平法方式（例如作出宣布或强制令／禁制令）判给济助。¹⁹

放宽“相同权益”的规定

1.9 应用于 *Markt* 案的裁决中并经麦礼庭勋爵阐释的“相同权益”规定，令能够根据代表诉讼的规则提起的诉讼绝无仅有。结果，法庭便谋求找出各种方法来放宽这些规定，让人较易提起代表诉讼。

将“相同权益”验证改为“共通因素”验证

1.10 在 *Prudential Assurance Co Ltd v Newman Industries* 案中，原告代表人是代表有关公司的股东起诉被告人串谋侵权。²⁰ 被告人辩称由于每一名集体成员都有各别的基于侵权的诉讼因由，所以每一名成员均需要证明所受到的损害，并由于他们各自申索损害赔偿，因此不能提起代表诉讼。

1.11 文礼乐法官（Vinelott J）维持该项诉讼是有效地展开的裁定，并特别指明在该项关于串谋侵权的诉讼中，有甚么可在代表诉讼中处理的“共通因素”，就是在受质疑的通告中由被告人作出的误导陈述。文礼乐法官表示“每一名集体成员的诉讼因由中，必须有一项共通因素”²¹ 或“所有集体成员的申索中，必须有某些共通的元素”，²² 而原告代表人所代表的就是这些因素或元素。如果共通因素获得证实，集体成员可视之为已判事项而依据有关判决行事，并可在另外的法律程序中证明其诉讼因由中其余的元素。²³

1.12 由“相同权益”验证改变为“共通因素”验证，令关于代表诉讼的规则更具弹性及更为有用。然而，文礼乐法官的观点虽然已在其他司法管辖区中获得采纳，但没有在英格兰的法理学中得到进一步发展。²⁴

¹⁹ *Prudential Assurance Co Ltd v Newman Industries Ltd* [1981] Ch 229, 第 244、255 页。麦礼庭勋爵继而表示，即使所判给的济助是强制令，但仍有“各别的抗辩”这个问题——集体成员需要各自证明有遭受伤害的忧虑，并要个别地面对被指称疏忽延误或默许的抗辩。

²⁰ [1981] Ch 229.

²¹ [1981] Ch 229, 第 255 页。

²² [1981] Ch 229, 第 252 页。

²³ [1981] Ch 229, 第 255 页。

²⁴ 梅丽朗, *The Class Action in Common Law Legal Systems, a Comparative Perspective* (2004 年, Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing), 第 84 页。

各别的合约不再成为障碍

1.13 “同一份合约”的规定在 *Markt* 案以后的案件中已获放宽。在 *Irish Shipping Ltd v Commercial Union Assurance Co plc (The Irish Rowan)*²⁵ 这宗被告人代表诉讼中，原告船东依据第 15 号命令第 12 条规则起诉几名被告代表人。被告代表人不仅自己被起诉，亦代表其余 77 个法律责任保险人被起诉。每一名保险人均订有各自的保险合约，而且没有一人须承担其他保险人的法律责任。上诉法庭裁定该项诉讼是有效地展开的，因为被告人集体虽有各自的合约，但他们在抗辩该项诉讼方面则具有“相同权益”。在他们的每一份保险合约中，均有一条共通的首要承保条款，订明由被告代表人承诺的所有了结申索的做法，对所有集体成员皆有约束力。

1.14 在 *Bank of America National Trust and Savings Association v Taylor (The Kyriaki)* 一案中，虽然所涉的保险合约没有共通的首要承保条款，但获卡法官（Walker J）基于代表诉讼程序是便利的而维持该案以被告人代表诉讼方式进行的裁定。²⁶ 他赞同在 *The Irish Rowan* 案中表述的观点，即展开各别的诉讼会非常不便利。²⁷ 有鉴于这方面的发展，在“相同权益”这项特定规定的举证上，各别合约的存在可以说不再是障碍了。

各别的抗辩不是羁绊

1.15 在 *RJ Flowers Ltd v Burns*²⁸ 这宗新西兰案件里，被告人向原告人集体中不同的成员提出各别的抗辩。麦纪勤法官（McGechan J）说，该项诉讼可以分为多个较小的代表法律程序，以分别处理每一项抗辩。在 *The Irish Rowan* 案中，司徒登受勋法官（Staughton LJ）也表示，让 77 名被告人在诉讼中各自提出抗辩，“理论上是行得通的”。²⁹ 因此，仅是向集体中不同成员提出各别的抗辩此一事实，看来无碍于符合“相同权益”这项规定。

1.16 在 *Independiente Ltd v Music Trading On-Line (HK) Ltd*³⁰ 这宗近期的英格兰案件里，原告集体成员是多项录音的英国版权的拥有人或专用特许持有人。被告人经营一个网站，售卖自香港进口的受欢迎艺人的影音光碟。原告集体成员投诉被告人的做法等同平行进口（即

²⁵ [1991] 2 QB 206 (CA).

²⁶ [1992] 1 Lloyd's Rep 484 (QB), 第 493 页。

²⁷ [1991] 2 QB 206 (CA), 第 231-326 页（麦戈爵士（Sir John Megaw））。

²⁸ [1987] 1 NZLR 260 (HC).

²⁹ [1991] 2 QB 206 (CA), 第 222 页。

³⁰ [2003] EWHC 470 (Ch).

输入“水货”），遂向法庭寻求禁制令、损害赔偿或交出所得利润，并交出侵犯版权的光碟。被告人对于代表诉讼适用于此案有异议。法庭不接纳被告人的论据，并裁定即使可向原告人集体中不同成员提出各别的抗辩，但“相同权益”的规定已予符合，故此这宗代表诉讼可以进行。

可在代表诉讼中判给损害赔偿

1.17 法庭曾多次尝试在代表诉讼中判给损害赔偿。首先，在 *Prudential Assurance Co Ltd v Newman Industries* 一案中，原告人所申索的济助并非损害赔偿，而是一项宣布，表示有关集体成员因被告公司高级人员的串谋行为而有权获得损害赔偿。³¹ 有法庭的宣布在手，集体成员其后便可以个别地申索损害赔偿。

1.18 其次，被告人的全部法律责任可化为亏欠该集体的一整笔款项，而无须再就各成员作出个别评估。³² 这样便会符合“相同济助”的规定。若集体成员同意将损害赔偿支付予某一指定团体，³³ 或代表人有责任将款项按比例分配，³⁴ 这个方法会特别合用。

1.19 第三，在 *CBS Songs Ltd v Amstrad Consumer Electronics plc*³⁵ 一案中，卜克礼爵士（Sir Denys Buckley）将集体成员所追讨不同程度的损害赔偿视为附属济助，而主要济助是适用于整个集体的一项禁制令，以阻止被告人的侵权行为。在 *Independiente* 案中，原告人同时寻求禁制方式的济助以及损害赔偿，法庭表明是按照卜克礼法官的观点来处理该案。³⁶ *Duke of Bedford v Ellis*³⁷ 一案的情况亦类似，案中所寻求的主要济助是就一项法规的释义作出宣布，并发出禁制令制止该项法规遭违反，而交出超额收取的款项的申索，只是主要济助以外的附属济助。

有助于代表诉讼的其他进展

1.20 除了放宽“相同权益”的规定外，还有其他方面的进展有助于代表诉讼的展开。

³¹ [1981] Ch 229.

³² *Walker v Murphy* [1915] 1 Ch 71 (CA), 第 85 页 (Kennedy LJ), 第 90 页 (Swinfen Eady LJ); *EMI Records Ltd v Riley* [1981] 1 WLR 923 (Ch), 第 926 页 (Dillon J)。

³³ *EMI Records* [1981] 1 WLR 923 (Ch), 第 926 页。

³⁴ *Morrison Steamship Co Ltd v Greystoke Castle (Cargo Owners)* [1947] AC 265 (HL).

³⁵ [1988] Ch 61 (CA).

³⁶ [2003] EWHC 470 (Ch), 第 30 段。

³⁷ [1901] AC 1 (HL).

1.21 *集体中另立组别*——集体中另立的组别本身有特殊的共通议题，而该议题并不共通于集体的其他成员。这类组别在原告人集体中³⁸及被告人集体中³⁹均曾获准成立。另立组别有助于代表诉讼的展开。⁴⁰

1.22 *集体的描述而非个别成员的识别*——第15号命令第12条规则没有指明在展开诉讼时须否已知悉集体成员的身分，或至少能否确定集体成员的身分。有些学者提议在出现疑问时，应将集体成员的名字附录在令状上。然而，若所寻求的禁制方式的济助是针对被告人集体的，法庭便曾经允许只需描述被告人集体而无须识别其个别成员的身分。⁴¹在 *Independiente* 案中，被告人表示由于有关英国版权的拥有人及专用特许持有人天天不同，因此辩称“相同权益”的规定不获符合。然而，法庭裁定虽然难以确定该集体成员的数目和身分，但并不妨碍代表诉讼的展开。⁴²

1.23 *代表诉讼中相对利益的评估*——进行代表诉讼的理由是为了方便和节约司法资源。⁴³近期有司法言论指出法庭在考虑是否容许代表诉讼时，应顾及节约司法资源及便利两方面。贝卓士受勋法官（Purchas LJ）在 *The Irish Rowan* 案中表示：

“在这一类多方合约安排中，代表诉讼的好处当然是不言而喻的，而且对这项规则作出宽松的解释，能令诉讼更方便和快捷地进行，远比其他方法有效。”⁴⁴

应该将代表诉讼程序与单一诉讼程序两者的好处和坏处加以比较。如果代表诉讼不比单一诉讼合适的话，便不应允许提起任何代表诉讼。⁴⁵ *Independiente* 案是一个较为近期的例子，案中被告人认为鉴于该案的案情，代表诉讼会拖长案件的审讯，可是法庭没有被说服：

“这项申索中可透过代表诉讼方式进行的部分，的确很可能会比只限于由个别申索人提出申索需要较冗长

³⁸ *Duke of Bedford* [1901] AC 1 (HL)（以代表参与诉讼的3批种植者对抗一名被告人）。

³⁹ *The Kyriaki* [1992] 1 Lloyd's Rep 484 (QB).

⁴⁰ 梅丽朗, *The Class Action in Common Law Legal Systems, a Comparative Perspective* (2004年, Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing), 第90页。

⁴¹ 在 *EMI Records Ltd v Kudhail* [1985] FSR 36 (CA) 一案中，由于被告人集体的活动是秘密的，所以原告人不能确定其所有成员的身分，法庭仍容许进行该项代表诉讼。

⁴² [2003] EWHC 470 (Ch), 第23页。

⁴³ 在 *Duke of Bedford v Ellis* [1901] AC 1 (HL) 案中的判词第8页，麦礼庭勋爵评论说：“例如当事人数目太多，令你永远不能‘得到公义’”。

⁴⁴ [1991] 2 QB 206 (CA), 第241页。

⁴⁵ 麦格理法官（Megarry J）在 *Bollinger SA v Goldwell Ltd* [1971] FSR 405 (Ch) 案中的判词，第411-412页。

的法律程序和较高昂的费用，但要加以比较的并非只有这两点。另外要比较的，是假如这些申索人以及每一名相关成员均各自提出申索的话，合计会耗用多少时间和讼费。容许将该项申索中的一部分可透过代表诉讼方式进行，而该部分又可与申索人各自的申索一并进行，显然会节省大量时间和费用。若申索成功的话，被告人便无话可说。如果申索失败，则被告人可取得按整项申索计算的讼费或其中以代表诉讼方式进行的部分的讼费，这视乎情况而定。”⁴⁶

1.24 不需取得集体的明示同意——展开代表诉讼看来不需要取得集体成员的明示同意。代表诉讼的特性是，具相类权益的人未必知道或赞同由原告代表人展开的诉讼。⁴⁷ 在 *Independiente* 案中，被告人辩称原告代表人未有证明他们已获得集体成员授权。法庭认同未见有如此授权，但表示这一点“在法律上并不相关”。⁴⁸ 这项裁定其后在 *Howells v Dominion Insurance Co Ltd.*⁴⁹ 案中获依循。在 *Sung Sheung Hong & Ors v Leung Wong Soo Ching & Ors*⁵⁰ 一案中，法庭裁定推选代表一事无须集体同意，而且代表可以是自荐的。

把经法庭扩展的关于代表诉讼程序的规则，应用于可援引集体诉讼机制的案件类别上

1.25 从上文的讨论中看来，法庭努力尝试放宽由 *Markt* 案对现行代表诉讼规则设下的种种限制，已为多方诉讼设定了一些主要特点和骨干架构。

1.26 由“相同权益”验证改变为“共通因素”验证，令关于代表诉讼程序的规则更具弹性和更为有用。各别的合约及各别的抗辩，已不再成为提起代表诉讼的障碍，损害赔偿亦可以在该等诉讼中判给。所有这些由法庭主动提出的改变，已在某程度上令代表诉讼得以展开。小组委员会曾考虑把经法庭扩展的关于代表诉讼程序的规则，应用于可能适合采用在集体诉讼机制下的法律程序的不同类别案件中，例如保险案件、地产发展案件、环境案件、劳资纠纷、消费者案件、关乎公众利益的案件、证券案件等。小组委员会

⁴⁶ [2003] EWHC 470 (Ch), 第 38 页。

⁴⁷ *Gaspet Ltd v Elliss (Inspector of Taxes)* [1985] 1WLR 1214 (Ch), 第 1220-1221 页。

⁴⁸ [2003] EWHC 470 (Ch), 第 32 段。

⁴⁹ [2005] EWHC 552 (QB), 第 26 段。法庭裁定：“集体成员的授权对于提起和继续进行有关法律程序并不相关，因为这种授权已在有关情况下透过（代表诉讼规则）的条文清楚订明”。

⁵⁰ [1965] HKLR 602, 第 612 段。

认为可能适合采用集体诉讼程序的各类案件，已经详列于本咨询文件的附件 1。概括而言，我们注意到在“无律师代表的诉讼人”（Litigants in Person）研究计划中发现，在这项计划的初步研究中所接触的诉讼人即使获提供集体诉讼程序这项选择，也没有甚么证据显示他们会参与这项程序。⁵¹ 此外，一些指明类别的案件所具有的特点，亦值得讨论。

1.27 *劳资纠纷*——现有的破产欠薪保障基金也许已照顾到雇主无力偿债的情况，因为可从基金中拨出特惠款项。此外，《劳资审裁处条例》（第 25 章）第 25 条以宽松的措词就劳资纠纷中的代表申索作出具体的规定。《小额薪酬索偿仲裁处条例》（第 453 章）第 24 条和《小额钱债审裁处条例》（第 338 章）第 21 条有几乎一样的规定。很多涉及多方的劳资纠纷，都是根据管限破产欠薪保障基金的规则及其他现行有效的规则处理的。因此，这类案件也许不需要一套集体诉讼机制。

1.28 *消费者案件*——消费者委员会的消费者诉讼基金是信托基金，其设立目的是向消费者提供经济支援及法律协助，令他们得以寻求法律上的补偿。从消费者诉讼基金获得的法律意见及消费者委员会的实际工作经验均显示，在《高等法院规则》第 15 号命令第 12 条规则下的代表诉讼程序未尝获引用，因为这些现行的规则在释义上有不确定之处。事实上，消费者诉讼基金至今仍未尝展开过任何代表诉讼。代表诉讼会引起一些可以想象到的复杂情况。参考过一些消费者个案研究，我们察觉到由于可予确定的消费者人数有限，以测试案件展开法律程序是较可取的选择（涉及流动电话营办商的个案除外）。如果利用测试案件，则只会对被告人提起单一项法律诉讼，而被告人不会因此免于面对其他法律诉讼。被告人能否基于测试案件的判决而与其他消费者达成和解则令人怀疑。就涉及住宅发展纠纷的案件而言，我们也察觉到每一宗案件都是不同的，而所涉及的争议也无既定范畴，因此也没有采用代表诉讼。

1.29 *关乎公众利益的案件*——这类案件涵盖范围甚广，包括人权案件、宪法争议、公务员案件、居留权案件，以至关乎歧视的法定条文的案件。

1.30 *证券案件*——我们考虑过五种情境。第一种是关于持牌法团的高级人员不当挪用或盗窃客户资产，对于损失少于\$150,000 的客户来说，《证券及期货条例》（第 571 章）第 XII 部中的赔偿方

⁵¹ 见附件 2。

案看来可提供比诉讼更为有效的补救，因此似乎没有特别需要在此情况下援引多方诉讼。第二种情境是一名无力偿债的中介人代客户持有的证券出现不足之数。看来有一种惯常做法处理此情况，就是依照案情将客户的申索分为不同组别，并提出样本申索寻求法庭的指示，目的是以较具效率及成本效益的方法厘定各方的权益。在这一类情境中，多方诉讼的机制会否特别有用颇成疑问。

1.31 第三种情境涉及不当销售、提供不合适的建议或提供疏忽的投资意见。按照这类申索的性质，法律责任系于客户的个人情况，而且每一宗个案都可以是与别不同的，因此难以符合“相同权益”的规定。文礼乐法官在 *Prudential Assurance* 案中弃用“相同权益”验证而改用“共通因素”验证，可令申索人较易援引代表诉讼程序的规则。他述说原告代表人所代表“每一名集体成员的诉讼因由中，必须有一项共通因素”⁵² 或“所有集体成员的申索中，必须有某些共通的元素”⁵³。是否有一项“共通因素”是一个事实问题。如果共通因素获得证实，集体成员可视之为已判事项而依据有关判决行事，继而在另外的法律程序中证明其诉讼因由中其余的元素。⁵⁴ 至于在判给应参照每名成员所蒙受个别损失来计算的损害赔偿方面所遇到的困难，法庭亦曾多次尝试解决。以 *Prudential Assurance* 一案为例，所申索的济助并非损害赔偿，而是一项宣布，表示有关集体成员因被告公司高级人员的串谋行为而有权获得损害赔偿。集体成员其后便可以利用法庭的宣布，个别地申索损害赔偿。此外，虽然证券及期货事务监察委员会无权命令持牌人士支付赔偿，但在这类情况中，该委员会可在适用的个案中促使持牌人士与投资者达成和解。

1.32 第四种情境是有关诉讼因由引起《证券及期货事务监察委员会条例》（第 571 章）中多项条文所订定的民事法律责任，而这些诉讼因由可产生个别但相关的针对被告人的申索。⁵⁵ 与上一种情境一样，上文所讨论的经法庭扩展的代表诉讼程序规则，令申索人较易援引这类法律程序。

1.33 第五种情境涉及由非受规管人士引致的损失。如有大量申索人在相类的情况下蒙受损失，由于法庭已扩展了关于这类法律程序的规则，他们可能会发觉提起代表诉讼程序较为容易，正如上述两种情境一样。

⁵² [1981] Ch 229, 第 255 页。

⁵³ [1981] Ch 229, 第 252 页。

⁵⁴ [1981] Ch 229, 第 255 页。

⁵⁵ 第 108、281、305 及 391 条。

全面集体诉讼机制与经法庭扩展的代表诉讼程序规则比较

1.34 梅丽朗虽然称许法庭努力抗衡由 *Markt* 案的裁决所订立的严格要求，但她相信为了令寻求司法公正的渠道具有效率、清晰明确和实际可行，设立一套多方诉讼的全面机制是较为可取的。梅丽朗认为一套全面的机制能提供法定保障和多项利益及好处，这是代表诉讼程序所不能提供的：⁵⁶

法律程序的进行

- (a) 设有限制条款，规定集体中个别成员须透露文件这项可能带来沉重负担的要求，必须取得法庭的许可才可以提出而不是一项当然权利；
- (b) 属统计资料的证据必须在严格及按照法例述明的条件下才可以获得接纳；
- (c) 被告人针对某一集体成员提出的任何反申索会被搁置，直至共通的争议已予解决为止；

保障申索代表人

- (a) 虽然准许针对申索代表人申请讼费保证，但法庭在处理这些申请时相对于在单一诉讼的情况下较为宽松；
- (b) 容许申索代表人透过法定委托书申索任何胜诉的讼费，并将之指定为被告人支付的判定款额的第一押记，从而在申索代表人胜诉时保障他免于承受讼费方面的风险；

讼费及律师费

- (a) 特别设有讼费准备金，或可提供公共资金，以减轻提起集体诉讼的财政负担，而这些都是单一诉讼中的申索人不获提供的；
- (b) 由法庭监察及核准事务律师与当事人之间的费用协议（尤其是取决于胜诉的费用协议），这样做既保障胜诉的集体（他们希望判定款额不会被高昂的法律费用蚕食鲸

⁵⁶ 梅丽朗，"From Representative Rule to Class Action: Steps Rather Than Leaps"，（2005年）24 CJQ 424，第445页。

吞），亦保障申索人的事务律师，因为在取得最终胜诉前，事务律师承担了集体诉讼会很昂贵和烦冗的风险；

案件的处理

- (a) 法庭判给损害赔偿时，有权为每一名集体成员指明一笔款项，亦可判给一个合计总额而无须指明集体的个别成员可获判给的款项；
- (b) **只有**在获得法庭核准的情况下，集体诉讼才可以和解或中止；
- (c) 法庭有权命令成立基金（由法庭管控或法庭所提名的一名当事人管控），并规定支付予集体成员的款项须由该基金拨出；
- (d) 若将判定款额分发给集体各成员是不可能做到的或不切实可行的，则准许透过法例授权按照近似原则（*cy-prés*）作出分发；

杂项

- (a) 在申索代表人撤回申索或达致和解、集体诉讼展开、法庭作出判决或被告人提出和解建议或申请中止诉讼等关键事件发生后，规定须发布经法庭核准的通告；
- (b) 集体诉讼一经展开，时效期限对于集体的个别成员而言即暂停计算。

1.35 我们认为，即使法庭对《高等法院规则》第 15 号命令第 12 条规则已采取较为宽松的看法，但在使用现行的代表诉讼程序方面，仍有很大程度的不确定性。我们同意梅丽朗教授的看法，就是为集体诉讼设立一套全面的机制，是较为可取的做法。

建议 1

我们相信为了令寻求司法公正的渠道具有效率、清晰明确和实际可行，为多方诉讼引入一套全面的机制是言之成理的。我们欢迎公众人士对于应否引入这种机制发表意见。

第 2 章

其他司法管辖区关于代表诉讼程序及集体诉讼机制的法律

引言

2.1 我们研究过多个司法管辖区关于代表诉讼程序及集体诉讼的法律，计有澳大利亚、加拿大、英格兰与威尔斯、德国、爱尔兰、日本、中华人民共和国（内地）、新西兰、新加坡、南非、台湾及美国。澳大利亚和美国境内又有多个司法管辖区，而下文会主力分析它们各自的联邦体制（多数会反映在州立的程序法规中）。我们亦提及过一些仍未引入集体诉讼体制的司法管辖区（较值得注意的例子是爱尔兰及南非）的法律改革建议。下文列出其他司法管辖区的集体诉讼机制概览，旨在作为我们在其后各章所提建议的考虑基础。

澳大利亚：联邦体制

2.2 在澳大利亚，只有两个司法管辖区订有关于代表诉讼程序的明确法例：澳大利亚联邦及维多利亚州。1988 年，澳大利亚法律改革委员会就集体诉讼机制发表了一些建议。¹ 随着《1976 年澳大利亚联邦法院法令（联邦）》（下称“《澳洲联邦法院法令》”）第 IVA 部（由《1991 年澳大利亚联邦法院第 181 号修订法令》（第 3 条）加入）的制定，该委员会的建议已大部分得以落实。

2.3 《1986 年最高法院法令》第 4A 部（集体诉讼程序）规管在澳大利亚维多利亚州的集体诉讼法律程序。第 4A 部的条文大致上与《澳洲联邦法院法令》第 IVA 部的相同。下文的讨论会集中于联邦体制方面。

代表诉讼程序的展开

2.4 《澳洲联邦法院法令》第 IVA 部的标题是“代表诉讼程序”，而在第 IVA 部之下，“代表诉讼程序”由第 33A 条界定，指

¹ 澳大利亚法律改革委员会，*Grouped Proceedings in the Federal Court*（第 46 号报告书，1988 年）。

一项根据第 33C 条展开的法律程序。该法令第 33C(1)条列出在展开代表诉讼程序之前必须符合的准则：

- (a) 必须有“七人或多于七人”针对同一人提出申索，
- (b) 所有这些人的申索关乎或源于相同、相类或相关的情况，及
- (c) 所有这些人的申索必须带出“大致上共通的法律争论点或事实争论点”。

2.5 至于有关申索是否源于答辩人与个别集体成员之间的各别交易或合约，或源于答辩人各别的作为或不作为，则无关重要。² 展开代表诉讼程序的人必须有足以自行提起法律程序的充分利害关系。³ 提出该等程序无须经法庭核证。第 33L 条订明不受限于人数规定的例外情况，就是如在任何阶段法庭发觉集体成员的人数少于七人时，该条容许法庭“在其认为合适的条件（如有的话）下”继续进行有关法律程序。⁴

选择退出制

2.6 展开代表诉讼程序的申请只需描述或以其他方式识别集体成员，但不需要提交各集体成员的名字或指明集体成员的人数。⁵ 澳大利亚联邦体制采用了“选择退出制”。《澳洲联邦法院法令》第 33E(1)条订明：“在代表诉讼程序中，无需任何人同意成为集体一员”。法庭必须定下一个截止日期，让集体成员在该日期前可选择退出代表诉讼程序，⁶ 而欲选择退出的集体成员必须在该日期前以书面通知表达其退出的意愿。⁷

通知规定

2.7 必须就以下事宜向集体成员发出通知：

- (a) 法律程序的展开以及成员在某一指明日期前选择退出的权利；

² 《澳洲联邦法院法令》第 33C (2)(b)条。

³ 《澳洲联邦法院法令》第 33D 条。

⁴ 根据本条，法庭亦可命令有关法律程序不再继续进行。

⁵ 《澳洲联邦法院法令》第 33H 条。

⁶ 《澳洲联邦法院法令》第 33J(1)条。

⁷ 《澳洲联邦法院法令》第 33J(2)条。

- (b) 答辩人以在诉讼程序中无人作出行动为理由，申请撤销该项法律程序；及
- (c) 诉讼代表提出申请以谋求获准根据第 33W 条退任诉讼代表。⁸

若有关法律程序并不包含损害赔偿的申索，法庭可免除发出此类通知的任何规定。⁹ 根据第 33X 条发出的通知，其形式和内容以及发出通知的方法（及由谁人发出），均必须获得法庭核准。¹⁰

小组

2.8 为了解决只共通于集体中某些成员的争论点，法庭可发出指示，处理在集体之中成立小组以及委任一人为该小组的诉讼代表等事情，¹¹ 而应如何解决这些个别的争论点亦可包括在法庭的指示内。¹² 法庭获赋予广泛权力以保障集体的权益。若法庭觉得现有的诉讼代表没有充分代表集体成员的权益，可因应任何一名集体成员提出的撤换申请，以另一名集体成员代为出任诉讼代表。¹³

法庭的广泛权力

2.9 除了一些指明的权力外，法庭也获赋予权力“作出法庭认为适当或必需的命令，以确保有关法律程序秉行公义。”¹⁴ 代表诉讼程序若要和解或中止，必须事先获得法庭批准。¹⁵ 诉讼代表如欲就其个人申索达致和解，亦只有在取得法庭许可下方可获准。¹⁶

判决

2.10 法庭就代表诉讼程序中的一项事宜作出裁定时，可：

- (a) 裁定一项法律争论点；
- (b) 裁定一项事实争论点；
- (c) 作出法律责任谁属的宣布；

⁸ 《澳洲联邦法院法令》第 33X(1)条。

⁹ 《澳洲联邦法院法令》第 33X(2)条。

¹⁰ 《澳洲联邦法院法令》第 33Y 条。

¹¹ 《澳洲联邦法院法令》第 33Q(2)条。

¹² 《澳洲联邦法院法令》第 33Q(1)、33R 及 33S 条。

¹³ 《澳洲联邦法院法令》第 33T(1)条。

¹⁴ 《澳洲联邦法院法令》第 33ZF(1)条。

¹⁵ 《澳洲联邦法院法令》第 33V(1)条。

¹⁶ 《澳洲联邦法院法令》第 33W 条。

- (d) 批给任何衡平法济助；
- (e) 向各集体成员、小组成员或集体中的个别成员判给损害赔偿，而损害赔偿是指明数额的款项或以法庭指明的方法计算所得的款项；
- (f) 判给一个损害赔偿合计总额而不指明集体的个别成员可获判给的款项；及
- (g) 作出法庭认为公正的其他命令。¹⁷

2.11 判决必须描述或以其他方式指明受影响的集体成员，并会约束所有成员（已根据第 33J 条选择退出法律程序的人除外）。¹⁸ 任何判决必须表明已顾及其对集体成员的影响。¹⁹

上诉

2.12 诉讼代表可代表集体成员就判决提出上诉，但只限于关乎集体成员申索所涉的共通争论点的范围内。²⁰ 同样地，小组的诉讼代表也可代表小组成员就判决提出上诉，但亦只限于关乎小组成员申索所涉的共通争论点的范围内。此外，原本的代表诉讼程序的答辩人及个别的成员（就其个别的申索而言）亦可根据第 33ZC 条提出上诉。如果诉讼代表或小组诉讼代表没有在订明期限提出上诉，集体或小组的另一名成员可代表其集体或小组（视属何情况而定）提出上诉（第 33ZC 条）。

讼费

2.13 若法庭信纳就代表诉讼程序而合理地招致的讼费相当可能超逾可向答辩人追讨的讼费，则法庭可应诉讼代表根据第 33ZJ 条提出的申请，命令从获判给的损害赔偿中付款予诉讼代表，数额相当于所超逾讼费的全部或部分。法庭亦可作出其认为合适的其他有关命令。

程序事宜

2.14 《1979 年联邦法院规则（第 140 号）》订明根据《澳洲联邦法院法令》展开的诉讼的常规及程序，其中第 73 号命令有一部分

¹⁷ 《澳洲联邦法院法令》第 33Z 条。

¹⁸ 《澳洲联邦法院法令》第 33ZB 条。

¹⁹ *Jenkins v NZI Securities Australia Ltd* (1994) 52 FCR 572, 第 577 页, 澳大利亚联邦法院合议庭。

²⁰ 《澳洲联邦法院法令》第 33ZC 条。

是特别关于代表诉讼程序的。第 73 号命令所载述的各项事宜中，有关于展开代表诉讼程序的形式以及选择退出通知，并规管关乎作出通知的申请的申请。代表诉讼程序在常规和程序方面的较细致事宜（例如文件透露、专家证供及其他关于案件管理的事宜或非正审事项），由《1979 年联邦法院规则》的一般条文规管。这些条文亦适用于其他种类的法律程序，并非专为集体诉讼程序而设，所以无需在本谘询文件中将之列出。

目前的改革工作

2.15 “集体诉讼使用者群体会议”（Class Action User Group meetings）已多次在悉尼及墨尔本召开，以研究有何方法可令澳大利亚联邦法院中的代表诉讼程序较为精简。²¹ 这些会议是为了回应对集体诉讼程序会耗费时间和资源的关注而举行，有法官、司法常务官及法律执业者参与。有鉴于非正审事项的聆讯很多都是十分复杂的，会议的目的是研发和实施一些有助减少这类聆讯次数的程序，并让有关事宜可以尽快获得审讯。这些会议亦会研究一些有关议题，例如商业的诉讼出资者的角色，以及有关的立法机制本身会不会有问题。

2.16 在联邦法院，代表诉讼程序可根据《澳洲联邦法院法令》第 IVA 部提起。这项法例的制定是政府的责任，故其任何改变最终都是国会的事情。只要上述使用者群体会议能指出立法体制方面有甚么问题，这些问题便会转介给政府跟进。

2.17 在现阶段，澳大利亚未有制备任何这方面的讨论文件或改革建议，亦没有任何进行建议改革的具体时间表。

加拿大

2.18 加拿大境内有两个普通法司法管辖区设有集体诉讼机制：安大略及不列颠哥伦比亚，并有建议将该等机制扩展至加拿大联邦法院、艾伯塔及马尼托巴。²² 这些现有及建议的机制均主要以《统一集体诉讼程序法令》（Uniform Class Proceedings Act）为蓝本，该法令在

²¹ 载于澳大利亚联邦法院副司法常务官 Philip Kellow 先生在 2008 年 6 月 24 日发给小组委员会秘书的电子邮件中。

²² 加拿大联邦法院，*Discussion Paper on Class Proceedings in the Federal Court of Canada*，通告第 2/2000 号 <http://www.fct-cf.gc.ca/bulletins/notices/circular2_e.shtml>；艾伯塔法律改革研究所，*Report on Class Actions*（2000 年），第 85 号；马尼托巴法律改革委员会，*Report on Class Proceedings*（1999 年），第 100 号。

1996 年获加拿大统一法律议会通过采用。²³ 因此，不列颠哥伦比亚的机制（《1996 年集体诉讼程序法令》，不列颠哥伦比亚经修订法规 c50）与安大略的机制大致上是一样的。下文的讨论会集中于安大略的《1992 年集体诉讼程序法令》（下称“《1992 年法令》”）。

集体诉讼程序的展开

2.19 根据《1992 年法令》第 2 条，集体的一名或多于一名成员可代表该集体的成员在法庭展开法律程序。展开这类法律程序的人必须向法院的一名法官提出动议，要求该法官发出命令核证有关法律程序是一项集体诉讼程序，并委任该人为原告代表人（第 2(2) 条）。

2.20 根据第 4 条，在针对两名或多于两名被告人的法律程序中，任何一方当事人可在该法律程序的任何阶段向法院的一名法官提出动议，要求该法官发出命令，核证该法律程序为一项集体诉讼程序，并委任一名被告代表人。

核证

2.21 根据第 5 条，法庭会因应一项动议而核证一项集体诉讼程序，但先决条件是：

- (a) 状书或申请通知书披露一项诉讼因由；
- (b) 有一个可予识别的、由两人或多于两人组成的集体，而该集体会以原告代表人或被告代表人作为代表；
- (c) 集体成员的申索或抗辩有共通的争论点；
- (d) 集体诉讼程序会是解决这些共通争论点的较可取程序；及
- (e) 有符合以下描述的原告代表人或被告代表人：
 - (i) 会公平和充分地代表该集体的权益，
 - (ii) 已就该法律诉讼制订计划，列明代表该集体进行该法律程序及将该法律程序通知集体成员的可行方法；及

²³ 爱尔兰法律改革委员会，*Consultation Paper on Multi-Party Litigation (Class Actions)*（2003 年），第 23 号，第 2.16 段。

- (iii) 在该集体的共通争论点方面没有任何权益与该集体其他成员的权益有冲突。

2.22 若集体中包括一个组别，而法庭认为该组别的权益应另有代表，法庭必须在核证有关集体诉讼程序之前，确保有符合以下描述的原告代表人或被告代表人：

- (a) 会公平和充分地代表该组别的权益；
- (b) 已就该法律程序制订如何代表该组别进行该法律程序的计划；及
- (c) 在该组别的共通争论点方面没有任何权益与该组别其他成员的权益有冲突。²⁴

选择退出制

2.23 集体的任何成员可以按照在核证令中指明的方式及在该命令指明的时间内，根据第 9 条选择退出该项集体诉讼程序。

通知规定

2.24 下述通知须予发出：

- (a) 由诉讼代表向集体成员发出的通知，告知他们集体诉讼程序已取得核证（第 17 条）；
- (b) 若法庭在共通的争论点上裁定集体胜诉，但认为必须要有集体个别成员的参与，以裁定个别的争论点，则由诉讼代表向该等个别成员发出的有关通知（第 18 条）；
- (c) 在法庭觉得为保障集体任何成员或一方当事人的权益或为确保该法律程序得以公平进行而有需要时，由一方当事人发出的有关通知（第 19 条）。

这些通知必须事先获得法庭核准方可发出（第 20 条）。

共通的争论点和个别的争论点

2.25 《1992 年法令》明确地承认在单一处事程序内将共通的争论点和个别的争论点分开处理的可能性。²⁵ 法庭一般会先处理集体

²⁴ 《1992 年法令》第 5(2)条。

²⁵ 爱尔兰法律改革委员会，*Consultation Paper on Multi-Party Litigation (Class Actions)*（2003 年），第 23 号文件，第 2.22 段。

的共通争论点，继而处理任何组别的共通争论点，然后才处理关于集体个别成员的任何争论点（第 24 及 25 条）。²⁶

2.26 集体或组别的共通争论点会一起裁定。²⁷ 规定必须要有集体中的个别成员参与诉讼的个别争论点，则会按照第 24 及 25 条个别地裁定。根据第 11(2)条，法庭可就共通的争论点作出判决，亦可就任何其他争论点另作判决。

法庭的广泛权力

2.27 在整个法律程序中，法庭可以就集体诉讼的进行而作出任何命令，以确保它可以公正及迅速地作出裁定，甚至可以搁置该等法律程序，并可为这些目的而向各方当事人施加其认为适当的条件。²⁸

2.28 为了根据《1992 年法令》裁定关乎金钱判给的款额或分发的争论点，法庭可接纳某些在其他情况下本来不会获得接纳的统计资料作为证据，但条件是这些资料乃按照统计界专家所普遍接纳的原则编制而成的。²⁹

判决

2.29 集体或组别的共通争论点的判决，对每一名没有选择退出集体诉讼程序的成员均具约束力（第 27(3)条）。然而，这项判决并不约束以下人士：(a) 已选择退出该集体诉讼程序的人；或(b) 属该集体诉讼的一方当事人但在其后的任何法律程序中与(a)段所述人士成为对手的人。³⁰

诉讼的中止、放弃及和解

2.30 根据《1992 年法令》第 29(1)条，依据该法令展开和取得核证的集体诉讼程序，只有在获得法庭核准和在法庭认为适当的条件下方可予以中止或放弃。集体诉讼的和解若未经法庭核准，是不具约束力的，但如获法庭核准，则会约束集体的所有成员（第 29(2)及(3)条）。

²⁶ 亦请参阅爱尔兰法律改革委员会，*Consultation Paper on Multi-Party Litigation (Class Actions)*（2003 年），第 23 号文件，第 2.22 段。

²⁷ 《1992 年法令》第 11 条。

²⁸ 《1992 年法令》第 12 及 13 条。

²⁹ 《1992 年法令》第 23(1)条。

³⁰ 《1992 年法令》第 27(2)条。

上诉

2.31 根据第 30 条，集体诉讼程序的一方当事人可就以下事宜提出上诉：

- (a) 拒绝核证某项法律程序为集体诉讼程序的命令，及取消某项法律程序的核证的命令；
- (b) 核证某项法律程序为集体诉讼程序的命令，但此项上诉须取得高等法院的许可；
- (c) 对共通争论点的判决。

根据第 30(4)及(5)条，如果诉讼代表放弃上诉或不提出上诉，任何集体成员可向法庭提出动议，要求给予许可担任诉讼代表。此外，如法庭根据第 24 或 25 条发出一项裁定个别申索的命令，任何集体成员、原告代表人或被告人均可就此项命令提出上诉。³¹

讼费、费用及开销

2.32 除了诉讼代表外，其他集体成员只须就其个别申索的裁定而支付讼费，其他方面的讼费则无须支付。³² 法庭行使在讼费方面的酌情决定权时，可将该项集体诉讼是否一宗测试案件、有否带出新的法律观点或是否涉及公众利益列为考虑因素。³³

2.33 为抗衡因费用问题令人不欲提起诉讼的情况，第 33 条让事务律师与诉讼代表可以订立书面协议，规定只有在集体诉讼取得胜利的情况下才须支付各项费用和开销（虽然在民事法律程序中一般是禁止按判决金额收费的）。³⁴ 这类协议必须由该事务律师向法庭提出动议，然后获法庭核准，才可以强制执行。³⁵ 事务律师亦可以向法庭提出动议，要求将其费用以某一倍数增加，以抗衡只在胜诉时才获付款的协议所涉及的风险。³⁶ 该协议必须以书面：

- (a) 述明可获支付费用及开销的条件；

³¹ 第 30(6)及(11)条。

³² 《1992 年法令》第 31(2)条。

³³ 《1992 年法令》第 31(1)条。

³⁴ 《1897 年安大略经修订法规》第 327 章：《事务律师法令》及《关乎包揽诉讼罪的法令》；爱尔兰法律改革委员会，*Consultation Paper on Multi-Party Litigation (Class Actions)* (2003 年)，第 23 号文件，第 2.23 段。

³⁵ 《1992 年法令》第 32(2)条。

³⁶ 《1992 年法令》第 33(4)条。

- (b) 提供预期费用的估计，并表明该费用是否取决于集体诉讼程序的胜诉与否；及
- (c) 述明付款的方法是以一整笔款项、薪金还是其他方式支付。³⁷

根据第 32(3)条，在该协议下所欠下的款项，是任何和解资金或金钱判给的第一押记。

提供资金的机制

2.34 修订《1990 年律师会法令》的《1992 年律师会修订法令（集体诉讼的资金提供）》，设立了集体诉讼程序委员会及集体诉讼基金，目的是在集体诉讼中就有关开销向原告人提供财政支援及支付经裁决由原告人支付的讼费。³⁸ 应否在某一案件中提供资金以及（如决定提供的话）所提供资金的数额，由集体诉讼程序委员会决定。³⁹ 该委员会在作出提供资金的决定时，会考虑多项因素，包括案件的胜诉机会、原告人有否尽合理努力从其他途径筹措资金、原告人就如何使用获批给的资金是否有明确和合理的建议、原告人是否有适当的财政管控措施以确保获批给的资金会用于批给的目的、公众利益以及取得核证的可能性。⁴⁰

2.35 作为取得资金的交换条件，获财政资助的人在法庭上取得金钱判给时，或集体中某一或某些成员有权在和解中取得和解资金时，须支付一笔征费。⁴¹ 征费的款额是所支付的财政援助款额（不包括原告人已偿还之数）另加所获判给款项或和解资金的十分之一。⁴² 然而，这个机制是否可行颇成疑问。本文件第 8 章将会详细讨论其成效有限的原因。

程序事宜

2.36 根据《1992 年法令》第 35 条，法院规则适用于集体诉讼。有关法院规则是《1990 年民事诉讼程序规则》（第 194 号规例）（下称“《1990 年规则》”），乃根据《1990 年法院法令》制定的。《1990 年规则》第 12 条是特别为集体诉讼程序而订立的，

³⁷ 《1992 年法令》第 32(1)条。

³⁸ 《1990 年律师会法令》第 59.1(2)条。

³⁹ 《1990 年律师会法令》第 59.3(3)条。

⁴⁰ 《1990 年律师会法令》第 59.3(4)条及《集体诉讼程序规例（第 771/92 号）》第 5 条。

⁴¹ 《集体诉讼程序规例（第 771/92 号）》第 10(2)条。

⁴² 《集体诉讼程序规例（第 771/92 号）》第 10(3)条。

但这条规则颇为简略、零碎及属于辅助性质，⁴³ 其功能并不是提供适用于集体诉讼的任何全面法律程序，而是提供适用于集体诉讼的附属规定，并将《1990年规则》普遍运用于集体诉讼程序一事合理化。⁴⁴ 因此，集体诉讼所依循的法律程序整体而言部分载于《1992年法令》中，而部分则载于《1990年规则》中。⁴⁵

2.37 《1992年法令》第12条容许法庭在一方当事人或一名集体成员的动议下，作出其认为适当的、关于集体诉讼的进行的命令，以确保可公正及迅速地作出裁决，并可为该目的而向各方当事人施加其认为适当的条件。法庭获赋予这项广泛的酌情决定权，让其能够在《1990年规则》中作出所需的补充，以应付集体诉讼程序的特殊性质，而不是为了规避《1990年规则》。⁴⁶

2.38 《1992年法令》第15条特别订定了集体诉讼的各方根据《1990年规则》互相向对方要求透露文件的权利，这与他们在任何其他法律程序中所具有的该等权力是相同的。在诉讼代表透露文件后，任何一方即可提出动议，要求其他集体成员根据《1990年规则》透露文件。

英格兰与威尔斯

2.39 《民事诉讼程序规则》第19部第III分部引入了“集体诉讼令”（Group Litigation Order）这个概念。它是由《2000年民事诉讼程序（修订）规则》（SI 2000年第221号）第9条规则加入《民事诉讼程序规则》中，并于2000年5月2日生效，从而落实了伍尔夫勋爵的《寻求司法公正的渠道》（*Access to Justice*）最终报告书建议。⁴⁷ 第III分部第19.10至19.15条规则，是为了达成该报告书中所述的目标而设计的，并辅以《实务指示》第19B部。可是该等规则和实务指示都不能视为进行集体诉讼的法庭程序的全面机制，因为《民事诉讼程序规则》的其他条文亦会涉及集体诉讼。⁴⁸ 然而，这些规则就案件管理设立了一个框架，并让法庭在处理集体诉讼时

⁴³ 举例说，第12.02条规则规定，集体诉讼程序的标题必须包括在各方当事人的名字之后加上“在《1992年集体诉讼程序法令》下的法律程序”。另一例子是根据第12.06条规则，依据《1992年法令》第30条向分区法院提出上诉的许可，必须从作出原有命令的法官以外的另一名法官取得。

⁴⁴ *Canadian Encyclopedic Digest: Ontario* (Carswell, 3rd Ed), Vol 24, Title 105, 第189段。

⁴⁵ *Canadian Encyclopedic Digest: Ontario* (Carswell, 3rd Ed), Vol 24, Title 105, 第189段。

⁴⁶ *Canadian Encyclopedic Digest: Ontario* (Carswell, 3rd Ed), Vol 24, Title 105, 第231段。

⁴⁷ 伍尔夫勋爵，*Access to Justice – Final Report to the Lord Chancellor on the Civil Justice System in England and Wales* (London HMSO; 1996年7月)，第17章。

⁴⁸ *Civil Procedure Vol 1* (Sweet & Maxwell, 2007年)，第19.9.9段。

具有弹性。⁴⁹ 集体诉讼令与集体诉讼有根本上的差异，因为集体诉讼令牵涉的不是单一项诉讼，而是集中在一起处理的多项不同的诉讼。⁵⁰ 当多名当事人都是原告人时，《实务指示》第 19B 部便适用。当多名当事人都是被告人时，《实务指示》第 19 部第 III 分部亦适用。⁵¹

2.40 集体诉讼令被界定为一项“*申索案件管理的命令，而有关申索引起共通或相关的事实争论点或法律争论点*”。⁵² “*共通或相关的……争论点*”这几个字十分重要，因为个别人士的权益无须像在代表诉讼程序所规定般是“相同”的。

申请集体诉讼令

2.41 在申请集体诉讼令之前，申请人的事务律师应先谘询律师会的“多方诉讼资讯服务处”（Multi Party Action Information Service），以取得引致同一集体诉讼令所涉争论点的其他案件的资料。⁵³

“通常较为方便的做法，是由各申索人的事务律师组成一个‘事务律师小组’，并挑选出其中一名律师，由他牵头申请集体诉讼令及就集体诉讼令所涉争论点进行讼辩。牵头律师的职责及与事务律师小组其他成员的关系应小心地以书面界定，并会受限于法庭根据《民事诉讼程序规则》第 19.13(c)条规则而给予的任何指示。”⁵⁴

2.42 第 19.11(1)条规则没有指明最少要有多少宗申索才会作出集体诉讼令，亦没有指明谁人可以申请这项命令。集体诉讼令的申请必须按照《民事诉讼程序规则》第 23 部提出，但可以在发出申索之前或之后提出以及可以由申索人或被告人提出。⁵⁵ 申请通知必须 (a) 述明申请人正寻求甚么命令；及 (b) 扼要地述明申请人为何要寻求这项命令（第 23.6 条规则）。申请通告或为支持申请而提交的书面证据应载有下列资料：

(1) 有关诉讼的性质简介；

⁴⁹ *Civil Procedure Vol 1* (Sweet & Maxwell, 2007 年), 第 19.9.9 段。

⁵⁰ 爱尔兰法律改革委员会, *Consultation Paper on Multi-Party Litigation (Class Actions)* (2003 年), 第 23 号文件, 第 2.35 段。

⁵¹ 《实务指示》第 19BPD.1 项。

⁵² 《民事诉讼程序规则》第 19.10 条规则。

⁵³ 《实务指示》第 19BPD.2.1 项。

⁵⁴ 《实务指示》第 19BPD.2.2 项。

⁵⁵ 《实务指示》第 19BPD.3.1 项。

- (2) 已提出的申索的数目及性质；
- (3) 很可能牵涉在内的当事人的人数；
- (4) 在诉讼中很可能出现的共通事实争论点或法律争论点（“集体诉讼令所涉争论点”）；及
- (5) 有没有任何事宜令整个群体内可区分出较小的申索群体。⁵⁶

2.43 以下事实反映出由法庭负责案件管理的重要性：必须取得首席受勋法官（皇座法庭）、副司法大臣（司法大臣法庭）或民事法院首席法官（郡级法庭）（视属何情况而定）的批准，方可作出该项命令。⁵⁷ 寻求该项批准可在申请集体诉讼令的聆讯进行之前或之后进行，此外，法庭亦可自行作出集体诉讼令。⁵⁸

作出集体诉讼令

2.44 依据第 19.11(1)条规则，在有或很可能有大量引起集体诉讼令所涉争论点的申索出现时，法庭可作出集体诉讼令。集体诉讼令必须就设立登记册（集体登记册）以登记该等申索一事给予指示，并须指明根据该命令以集体方式处理的争论点，也须指明将会处理列于登记册上的申索的案件管理法庭。⁵⁹

2.45 根据第 19.11(3)条规则，集体诉讼令可：

- (a) 就引起集体诉讼令所涉的一个或多个争论点的申索而——
 - (i) 指示将该等申索移交案件管理法庭；
 - (ii) 命令搁置该等申索，直至另有命令为止；及
 - (iii) 指示将该等申索登记在集体登记册内；
- (b) 指示由某一指明日期起计，引起集体诉讼令所涉的一个或多个争论点的申索，应在案件管理法庭展开诉讼，并登记在集体登记册内；及
- (c) 就公布该项集体诉讼令作出指示。

⁵⁶ 《实务指示》第 19BPD.3.2 项。

⁵⁷ 《实务指示》第 19BPD.3.3 项。

⁵⁸ 《实务指示》第 19BPD.4 项。《民事诉讼程序规则》第 3.3 条是关于法庭拟自行作出命令时所须依循的程序。

⁵⁹ 《民事诉讼程序规则》第 19.11(2)(c)条规则。

2.46 集体诉讼令程序引用“选择加入”制。一项申索必须已予提出才可以记入集体登记册内。⁶⁰ 第 19.11(3)(a)(iii)条规则、第 19.11(3)(b)条规则及《实务指示》第 9.1 部列出选择加入者所须符合规定的一个例外情况。案件管理法庭可指明一个选择加入诉讼或记入集体登记册的截止日期。⁶¹ 任何要求更改集体诉讼令条款的申请必须向案件管理法庭提出。⁶²

集体登记册

2.47 当集体诉讼令发出后，便会设立集体登记册以登记受制于该项集体诉讼令的案件，并按照法庭的指示登记所需的详情。⁶³ 根据《实务指示》（第 19BPD.6.2 项），案件的任何一方当事人可申请将某宗案件的详情记入集体登记册内，而除非该案件引起最少一个集体诉讼令所涉的争论点，否则法庭不会命令将该案的详情记入集体登记内。⁶⁴ 集体登记册一般由案件管理法庭备存，但案件管理法庭亦可指示由登录于集体登记册内的某一案件其中一名当事人的事务律师备存该登记册。⁶⁵

2.48 根据第 19.14 条规则，登录于集体登记册内的申索的一方当事人，可向案件管理法庭申请将其申索自登记册中删除。如案件管理法庭命令将该宗申索自登记册中删除，则可就该宗申索将来的管理事宜作出指示。

集体诉讼令的作用

2.49 如已就集体诉讼令所涉的某一争论点作出一项判决或命令，该项判决或命令将会对作出判决或命令之时已载于集体登记册内的所有其他申索的当事人具约束力。⁶⁶ 对于在判决或命令作出后才登录于集体登记册内的任何申索，法庭亦可就该项判决或命令对其适用的范围作出指示。⁶⁷ 然而，任何当事人如因对其具约束力的判决或命令而受到不利影响，可根据《民事诉讼程序规则》第 19.12(2)条规则寻求上诉批准，以对该项判决或命令提出上诉。

⁶⁰ 《实务指示》第 19BPD.6.1A 项及《民事诉讼程序规则》第 19.11(3)条规则。

⁶¹ 《实务指示》第 19BPD.13 项。

⁶² 《实务指示》第 19BPD.12.2 项。

⁶³ 《实务指示》第 19BPD.6.1 项。

⁶⁴ 《实务指示》第 19BPD.6.3 项。

⁶⁵ 《实务指示》第 19BPD.6.5 项。

⁶⁶ 《民事诉讼程序规则》第 19.12(1)(a)条规则。

⁶⁷ 《民事诉讼程序规则》第 19.12(1)(b)条规则。

2.50 除非法庭另有命令，否则集体登记册内任何申索的当事人若披露关于集体诉讼令所涉争论点的任何文件，即等如向该登记册内各宗申索及其后登录于该登记册内的申索的所有当事人披露该份文件。⁶⁸

案件管理

2.51 根据第 19.13 条规则，案件管理法庭就集体诉讼程序的案件管理获赋予广泛的权力。据此，案件管理法庭可作出范围广泛的指示，包括：

- (a) 更改集体诉讼令所涉争论点；
- (b) 安排集体登记册内的一宗或多宗申索作为测试申索；
- (c) 委任一名或多名当事人的事务律师为各申索人或被告人的牵头律师；
- (d) 指明须包括在案件呈述中的详情，以显示将该项申索登录于集体登记册中的准则已获符合；
- (e) 指明一个截止登记日期；在该日期后，任何申索除非获得法庭批准，否则均不得加入集体登记册中；及
- (f) 将符合集体诉讼令所涉的一个或多个争论点的任何个别申索登录于集体登记册中。⁶⁹

2.52 案件管理法庭可在集体诉讼令作出之时或之后，给予案件管理方面的指示。⁷⁰ 依据第 19.12(1)条规则，在案件管理聆讯中作出的指示，一般会约束其后登录于集体登记册内的所有申索。⁷¹ 案件管理通常是在有关案件的有效期内由一名法官执行，如有需要时亦会由聆案官单独或连同讼费评定法官加以协助。⁷² 负责管理的法官“会就申索的管理承担整体责任，而且一般会聆讯集体诉讼令所涉争论点。”⁷³ 一名聆案官或区域法院法官也许会获委任处理有关的程序事宜，而该法官会按照案件管理法官所作出的任何指示处理

⁶⁸ 《民事诉讼程序规则》第 19.12(4)条规则。

⁶⁹ 《民事诉讼程序规则》第 19.13 条规则。

⁷⁰ 第 19 BPD.12.1 项。

⁷¹ 第 19 BPD.12.1 项。

⁷² *Civil Procedure Vol 1* (Sweet & Maxwell, 2007 年)，第 19.13.1 段。

⁷³ 第 19 BPD.8 项。

这些事宜。⁷⁴ 一名讼费评定法官亦可能会获委任，并可能会获邀请出席案件管理聆讯。⁷⁵

2.53 根据第 19.13(e)条规则订定的截止日期，只限制将其后的申索加入集体诉讼中⁷⁶ 而不会影响到时效期限，亦不能阻止个别人士寻求法庭批准在一个较后的日期加入该群体或独自提起法律程序。⁷⁷

测试申索

2.54 根据第 19.13(b)条规则，案件管理法庭可指示一宗或多宗申索以测试申索为名展开法律诉讼。若任何测试申索达致和解，案件管理法庭可命令由集体登记册中的另一宗申索取代为测试申索。⁷⁸ 不论《民事诉讼程序规则》或《实务指示》都没有订立“测试申索”的定义，亦没有任何关于何时及如何拣选该类申索的指引。《民事诉讼程序规则》没有订下任何详细规则以指示如何拣选测试个案。有人对《民事诉讼程序规则》作出以下评论：

“《民事诉讼程序规则词汇》没有界定或提述测试申索，而不论其中规则或实务指示都没有就何时及如何拣选测试个案而订定任何指引。事实上，集体诉讼可针对个别案件以多种不同方式处理，包括将群体分成小组、识别同类或共通的争论点、使用总状书、聆讯初步争议，及对样本申索或所有个别申索作出某些研讯，以及采用测试案件。有关规则只提述测试案件，喻示这是较可取的选择。”⁷⁹

2.55 在 *Boake Allen Ltd & Ors v Her Majesty's Revenue and Customs* 一案中，上议院聆讯了源于由多组公司提起的一些测试案件的上诉。这些公司因不满税务当局并非一视同仁的处事手法而寻求济助。上议院考虑了是否有需要修订案件呈述书，以澄清各原告人寻求补救时所依据的基础。伍尔夫勋爵描述集体诉讼令的机制如下：

“基本上，该机制透过减少具共同权益的诉讼人为证实其权利而须个别采取的步骤，以期尽可能达致该机

⁷⁴ 第 19 BPD.8 项。

⁷⁵ 第 19 BPD.8 项。

⁷⁶ *Civil Procedure Vol 1* (Sweet & Maxwell; 2007 年)，第 19.13.1 段。亦请参阅第 19 BPD.13 项。

⁷⁷ *Civil Procedure Vol 1* (Sweet & Maxwell; 2007 年)，第 19.13.1 段。

⁷⁸ 《民事诉讼程序规则》第 19.15 条规则。

⁷⁹ *Civil Procedure Vol 1* (Sweet & Maxwell; 2007 年)，第 19.15.1 段。

制的目的，并让有关诉讼人以集体诉讼令所涉群体的一员的身分而集体进行这些步骤。这表示不论该群体有多少人，有关诉讼中每一个程序上的步骤都只需进行一次。这不仅对群体的成员有利，对提起这些法律程序所针对的人亦有利。在一个建基于讼费转嫁的制度下，就像我们的制度一样，这对法律程序中所有的当事人都是有利的。

.....

在集体诉讼令的范围内，申索表格所需的只是一份最为简单的文件。它需要与登录申请及有关登记册一并理解，并须谨记它在集体诉讼令所涉程序中的地位及有需要尽可能限制登录前的讼费。在这宗案件里，申索表格中被指为不足的地方，是该等表格没有充分指明基于税务局原本不应申索这笔税款的假设，因此税务局有责任偿还该笔已支付的税款。这是在法律中其界限尚在发展的一个范畴。以本席判断，要求纳税人在申索表格中详细述明所申索补救的性质，会完全违背集体诉讼令的目的。税务局在该等申索的争论点为集体诉讼令的目的而界定后，即完全清楚知道该等申索的理据。要求每一名当事人以他们会在诉讼开始时展述其申索的方式来述明有关细节，会因各当事人需要对有关法律进行研究而招致庞大的额外讼费，而累积起来便会造成巨大的浪费。”⁸⁰（表示强调的粗体后加）

2.56 英格兰的上诉法院在集体诉讼令的范围外考虑过在 *R v Hertfordshire County Criminal ex p Cheung*⁸¹ 这宗测试案件的判决所依据的相关原则。上诉法院民事法庭庭长唐纳信法官（Donaldson MR）说：

“本席完全接受以下说法：如果有一宗测试案件的审讯正在一个审理公法案件的法庭进行，我们便不应期望与诉讼当事人处境相同的其他人会自行展开法律程序以保障他们的处境。本席基于两个理由而这样说。首先，这会大量耗用公法法庭的资源，令其不胜负荷。其次，而且可能是更为重要的一点，是**良好公共管理的首要原则，是处境相同的人应获得相同的待**

⁸⁰ *Boake Allen Ltd & Ors v Her Majesty's Revenue and Customs* [2007] UKHL 25, 第[31]及[33]段。

⁸¹ 未经彙报，《泰晤士报》1986年4月4日。

遇。据此，可以假定的是测试案件的结果，会获有关主管当局应用于这些人身上而无需另行提起法律程序；而如果此情况在本案中没有出现，法庭会视之为批准逾期申请司法复核的完全充分理据。”⁸²（表示强调的粗体后加）

2.57 使用测试案件作为程序上的工具来处理集体诉讼，会引起不少相关连的问题。梅丽朗教授就涉及多方的诉讼而识别出以下问题：⁸³

- (a) 该项程序规定须搁置其他案件的裁定，直至测试案件得出结果为止。有人认为将不被视为测试案件的案件的调查或进展无限期押后，可能违反《欧洲人权公约》第 6(1) 条。⁸⁴ 其中一个论点是个别诉讼人有权要求其案件在合理时间内获得裁定，只选择和裁定某些测试案件，可以说是剥夺了个别诉讼人的这项权利；
- (b) 根据《民事诉讼程序规则》而适用于司法复核的诉讼前议定书有以下规定：所有原告人须在法律程序展开前彻底调查及披露其案。拣选测试案件有违这个做法；及
- (c) 鉴于通常要在寻找共通的争论点、使用测试案件或审讯获拣选的个别案件三者之间作出取舍，在《民事诉讼程序规则》中提述可能使用测试案件，其重要性未能予以确定。

2.58 马尼托巴法律改革委员会亦批评在集体诉讼中使用测试案件的做法。该委员会认为，在多方诉讼中，以先导案件或测试案件进行诉讼的作用有限，原因如下：

“原告人没有法律责任顾及他们的案件对其他人将来提起诉讼的影响，而律师则必须为其当事人争取最有利的结果——即使这项结果所造成的案例对其他情况相同的诉讼人没有用处或甚至可能有损害亦然。此外，测试案件经常以有利于其原告人的条款达致和解，却

⁸² *R v Hertfordshire County Criminal ex p Cheung*, 上文引述的案件，法庭誊本第 5 页。

⁸³ 梅丽朗, *The Class Action in Common Law Legal Systems, a Comparative Perspective* (2004 年, Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing), 第 102-5 页。

⁸⁴ 《欧洲人权公约》第 6(1)条部分条文规定如下：“在个人的民事权利和责任的裁定方面或在被控以任何刑事罪行时，每一个人均有权在合理时间内获得由法律设立的独立公正仲裁机构进行的公平及公开的聆讯。”

没有解决首先引致有关诉讼的基本争论点（例如承认法律责任、修订法例或改变政府的企划方式）。”⁸⁵

2.59 案件管理法庭可就列于集体登记册内的申索人如何承担或共同分担解决共通争论点所涉及的讼费，或以测试申索进行法律程序所需的讼费，作出指示。⁸⁶

共通争论点的裁定

2.60 另一做法是法庭会把某些源自个别案件的争论点作为共通争论点来裁定。这些争论点是在某集体诉讼令下共通于多名当事人的争论点，但不能藉以裁定个别案件中需取决于其本身案情的争议。在 *Esso Petroleum Co Ltd v David, Christine Addison & Ors*⁸⁷ 案中，摩碧克法官（Moore-Bick J）所面对的是一群获埃索公司（Esso）准许在加油站经营汽车燃料零售业务的特许持有人。核心问题源于一项产品推广活动，并取决于按照特许协议的真正解释和推广活动的运作方式，埃索公司是否有权从特许持有人手上取回向其供应的推广赠品的成本，而供应这些赠品是让特许持有人得以进行该项产品推广活动。摩碧克法官发出命令，让法庭能够裁定关于该推广活动的特许协议应如何解释这项共通争论点，以及源自该协议而法庭又可便捷地裁定的其他争论点。所发出的集体诉讼令的用词刻意地尽量宽松，让法庭能够裁定该项集体诉讼中的其他同类案件。摩碧克法官将其想法述明如下：

“虽然有待裁定的各项争论点在审讯开始前一早已经议定，但其确切范围及内容仍有若干讨论余地，并未完全获得解决。大致上来说，〔被告人的律师〕促请本席在当下能够裁定多少事实上及法律上的争论点便裁定多少，让其当事人能够在集体诉讼中取得最大的益处。〔申索人的律师〕则较着眼于在欠缺来自双方的充分证据下，确保法庭不会就只切合个别特许持有人的争论点作出裁定。在根据有关证据及论据决定甚么争论点可便捷地在这个阶段裁定，指引本席的有两个考虑因素。第一是本席应只裁定共通的争论点，即通用于所有或大部分特许持有人的争论点，或……通用于某一指定的特许持有人群体的争论点。这项限制是必需的，既因为集体诉讼的本质就是法庭只可以裁

⁸⁵ 马尼托巴法律改革委员会，*Class Proceedings*，报告书#100（1999年），第10-11页。

⁸⁶ 第19 BPD20 (12.4)项。

⁸⁷ [2003] EWHC 1730 (Comm).

定共通于多方当事人的争论点，亦因为在这次审讯中，或事实上在任何单一次审讯中，要以有效率的方式裁定取决于各别案情的大量争议是颇为不可能之事。这种取向的其中一个后果，就是虽然本席听取了埃索公司的八名区域经理及十七名特许持有人的证供，但本席没有试图就任何个别特许持有人与其本人的区域经理之间在任何阶段有甚么鞫鞫而作出裁断。其次是本席应该在能力范围内裁定尽量多的共通争论点，以尽用这种形式的程序所带来的好处，并让特许持有人尽可能知道他们的处境。”⁸⁸（表示强调的粗体后加）

和解

2.61 《民事诉讼程序规则》及其实务指示都没有就如何处理集体诉讼的和解提供任何具体的指引。⁸⁹ 有些问题是集体诉讼独有的，而且可以导致申索人之间出现争议，即使他们的法律代表也难以解决这些争议。⁹⁰

审讯

2.62 案件管理法庭可就共通争论点及个别争论点的审讯给予指示。⁹¹ 共通争论点及测试申索一般会由案件管理法庭审讯。法庭可指示将个别争论点交由利便当事人前往的其他法庭审讯。⁹²

讼费

2.63 《民事诉讼程序规则》第 44 部概括地管限在法庭进行有关法律程序的讼费，而第 48.6A 条规则特别适用于法庭已发出集体诉讼令的案件。在第 44.3(2)条规则下败诉一方将会被下令支付胜诉一方的讼费这项一般规则，亦适用于集体诉讼。根据第 48.6A(4)条规则，集体诉讼人有法律责任支付其本身的申索所涉的个别讼费。针对集体诉讼人而发出的支付共同讼费的命令，是向每一名集体诉讼

⁸⁸ *Esso Petroleum Co Ltd v David, Christine Addison & Ors* [2003] EWHC 1730 (Comm), 第[14]段。

⁸⁹ *Civil Procedure Vol 1* (Sweet & Maxwell, 2007 年), 第 19.15.1 段。

⁹⁰ “…… (a) 当一项令某宗先导案件或测试案件达致和解的‘可予接受’要约获提出时（超越给予法庭酌情决定权下令以另一宗案件代替的做法）所应出现的情况，及(b) 当一项令整项诉讼达致和解的‘全体’要约获提出时，但获要约的对象又无需指明有关款额如何分配给个别收款人，法庭所可以做的事情……” *Civil Procedure Vol 1* (Sweet & Maxwell, 2007 年), 第 19.15.1 段。

⁹¹ 《实务指示》第 19 BPD.15.1 项。

⁹² 《实务指示》第 19 BPD.15.2 项。

人施加的法律责任，要求支付相同份额的共同讼费，除非法庭另有命令。⁹³ 另外，一名后来加入集体登记册内的集体诉讼人，可能会被裁定为须支付在其名字登入登记册之前已招致的部分讼费。⁹⁴

2.64 如法庭同时就关乎集体诉讼令所涉的一项或多项争论点以及只关乎个别申索的争论点的任何申请或聆讯，作出讼费方面的命令，法庭会指示如何分配关乎共同讼费的份额与关乎个别讼费的份额。⁹⁵

其他程序事宜

2.65 《民事诉讼程序规则》第 19 部第 III 分部及《实务指示》第 19B 部不能视为用以进行集体诉讼的全面机制，因为《民事诉讼程序规则》的其他条文亦影响到集体诉讼。⁹⁶ 举例说，虽然《实务指示》第 19BPD.14 项就关于集体诉讼的案件呈述及申索详情订下了一些具体指引，但第 16.4 条规则及《实务指示》（案件呈述）中的一般规则依然适用。

民事司法委员会的改革建议

2.66 民事司法委员会于 2008 年 11 月发表了关于“透过集体诉讼改善寻求司法公正的渠道”（*Improving Access to Justice through Collective Actions*）的报告书。该委员会发觉现有的程序未能向广泛类别的公民提供充分或有效的渠道以寻求司法公正，尤其是（但并不限于）欲提起集体诉讼或多方诉讼的消费者、小本经营者及雇员。有绝对充分的证据显示，一些可以提起的有胜诉机会的申索，现已被放弃。该报告书亦发觉现有的集体诉讼机制局部有效，但可予大幅改善，令人们能够更佳地行使公民权利，但同时又保障被告人免于面对没有胜诉机会的诉讼。⁹⁷ 有大量证据支持以下说法：有些种类的申索较宜透过采用选择加入制的诉讼来解决，而其他种类的申索则较宜透过采用选择退出制的诉讼来解决。⁹⁸

⁹³ 《民事诉讼程序规则》第 48.6A(3)及(4)条规则。第 48.6(A)(2)条规则将“共同讼费”界定为：

“(i) 因集体诉讼令所涉争论点而招致的讼费；
(ii) 作为测试申索而进行的申索所招致的个别讼费；及
(iii) 牵头事务律师在管理该项群体诉讼时所招致的讼费。”

⁹⁴ 《民事诉讼程序规则》第 48.6A(6)条规则。

⁹⁵ 《民事诉讼程序规则》第 48.6A(5)条规则。亦请参阅《实务指示》第 19 BPD.24(16.2)项。

⁹⁶ *Civil Procedure Vol 1* (Sweet & Maxwell, 2007 年)，第 19.9.9 段。

⁹⁷ 民事司法委员会，*Improving Access to Justice through Collective Actions – Developing a More Efficient and Effective Procedure for Collective Actions* (2008 年 11 月) 第 17-18 页。

⁹⁸ 见上述著作第 145 页。

2.67 民事司法委员会向政府提出 11 项建议，并促请司法大臣作出正式回应。这些建议是：

“建议 1

应引入通用类别的集体诉讼，亦可在较广泛的民事范畴内恰当地引入个别的及不同类别的集体诉讼，例如在竞争事务上诉审裁处或雇佣审裁处引入该等诉讼，以补充通用类别的民事集体诉讼之不足。

建议 2

集体申索应可让广泛类别的诉讼代表提出：个别的申索代表人或被告代表人、指定团体及专责团体。

建议 3

在已得法庭核证的情况下（参阅建议 4），集体申索可以选择如入或选择退出的形式提起。不论采用选择退出制或选择加入制提起集体诉讼，在未有经界定的情况转变出现之前，时效期应就集体成员而言暂停计算。

建议 4

集体诉讼除非经法庭核证为适宜以这种诉讼形式进行，否则不应获准展开。应以严格的核证程序进行核证。

建议 5

针对取得核证或不获核证而提出的上诉，应受限于关乎准许对案件管理裁决提出上诉的现行规则。同样地，所有源于集体诉讼程序的上诉应受限于一般的上诉规则。集体成员可针对最终判决及和解的核准寻求上诉。

建议 6

集体申索应受限于由特定案件类别法官负责的案件加强管理方式。这种案件加强管理应以艾更斯法官（Mr Justice Aikens）的工作小组所提出的建议为基础。这

些建议产生了现时在商事法庭推行的“复杂案件管理先导计划”（Complex Case Management Pilot）。

建议 7

凡诉讼以选择退出制或选择加入制而提起，法庭应有权在适当的案件中将损害赔偿合并计算。民事司法委员会建议司法大臣就这方面的改革进行较广的政策咨询，因为该项改革同时影响实体法及程序法。

建议 8

为保障有代表的申索人集体的权益，任何由申索代表人与被告人议定的和解必须经法庭在“寻求公平的聆讯”中核准，方可对该有代表的申索人集体具约束力。法庭在就某一集体申索而核准一项和解或作出一项判决时，应考虑到多个事项，以确保有代表的集体获给予充分机会，以申索他们在该项和解或判决中所占的份额。

建议 9

应设有全面的讼费转嫁机制。⁹⁹

建议 10

合计判给总额中未获分配的损害赔偿金额，应由该项判给的受托人按照一般的信托法原则分发。在适当的案件中，有关判给可依据近似原则分发至某一基金或信托中。

建议 11

虽然新设的集体诉讼中的大部分要素可由民事诉讼程序规则委员会引入，但任何新的诉讼形式适宜透过主体法例引入。”¹⁰⁰

⁹⁹ 换言之，“讼费随结果而定”这项现行的英格兰规则应予维持。然而，民事司法委员会亦提议“作为核证程序的一部分，各方当事人可随意根据现有程序向法庭申请讼费保障令（Protective Costs Order）及/或讼费预算或上限，以局限申索人面临不利（讼费令）的风险，但他们必须说服法庭他们的申索符合公众利益准则（其内容现正由民事司法委员会的一个工作小组釐定）。”（见上述著作第 179 页）。

¹⁰⁰ 见上述著作第 21-23 页。

德国

2.68 根据德国的《民事诉讼程序法则》（*Zivilprozessordnung*）¹⁰¹第 59 至 63 条，一大群人可在一案诉讼里联合为原告人或被告人。该国也有趋势以立法方式便利“关注组织的投诉”（*Verbandsklagen*）。这些投诉由经认可的消费者“关注组织”（*Verbände*）及环保“关注组织”代表其成员及他们所关涉的共同权益而提出。¹⁰²

2.69 除了关注组织的投诉外，《私人投资者先导案件法令》（*Act on Lead Cases of Private Investors*，德文简称 *KapMuG*）的制定亦值得一提。根据 *KapMuG* 第 1 及 4 条，由公开市场上据称不正确的公开资讯引致的损害赔偿诉讼的当事人，可提出先导案件并要求审讯该案，但条件是该案所针对的问题在其他同类案件中亦属相关，而且有最少 10 宗其他案件的当事人亦要求以先导案件的方式处理。高等区域法院会在一项示范法律程序中，裁决共通于待决的各项诉讼中经精确界定的基本事实问题及／或法律问题，而关乎相同公开资讯的所有其他待决案件均会暂停处理。在先导案件中作出的最终决定，对所有原讼法庭均具约束力，不论是否有某一原告人积极参与先导案件的审讯，亦不论个别案件所带出的争论点与在先导案件中所处理的争论点是否完全相同（*KapMuG* 第 16 条）。当中不涉采用选择加入制还是选择退出制的问题：程序一经订立，即会自行运作而无需选择加入，亦没有选择退出的可能。有关判决对所有人均具约束力。意欲受益于先导案件的裁决的原告人，仍须个别提起损害赔偿诉讼。法例并不容许一宗申索以未指明身分的原告人群体的名义提起。¹⁰³ *KapMuG* 会在最初的五年试验期内维持有效，直至 2010 年 11 月 1 日才期满失效，但如立法机关决定延长该期限，则作别论。

2.70 德国民事司法制度的一个首要原则是，诉讼人若要受益于或受限于法庭的裁决，必须个别来到法庭席前。¹⁰⁴ 因此，德国一直以来都不愿意采纳任何形式的群众诉讼，亦没有英美形式的“集体诉讼”或“群体诉讼”。¹⁰⁵ 有人认为由工业界提供部分资金的德国社会保障及福利制度，已发挥了集体诉讼在美国所发挥的复原作

¹⁰¹ 由 Charles E Stewart 翻译，*German Commercial Code & Code of Civil Procedure in English* (Oceana Publications, Inc, 2001 年)，第 203 页。

¹⁰² 请参阅在 Dietmar Baetge 的以下文件中列出的各项机制：“Class Actions, Group Litigation & Other Forms of Collective Litigation in Germany”（为牛津大学的集体诉讼全球化会议而拟备的报告，2007 年 12 月），第 4-7 页。

¹⁰³ Freshfields Bruckhaus Deringer, (2007 年 6 月) “Class Actions and Third Party Funding of Litigation”, 第 28 页。

¹⁰⁴ Peter L Murray 与 Rolf Stumer, *German Civil Justice* (Carolina Academic Press, 2004 年)，第 203 页。

¹⁰⁵ Peter L Murray 与 Rolf Stumer, *German Civil Justice* (Carolina Academic Press, 2004 年)，第 203 页。

用，因此德国不需要美国式的集体诉讼机制。¹⁰⁶ KapMuG 试图调和集体诉讼程序的必要性与恰当地顾及个别案件的具体情节这两个互相矛盾的目标，是这类法例中一个颇有意思的榜样。¹⁰⁷

爱尔兰

2.71 爱尔兰主要有两种方法展开由私人推动的多方诉讼：(1) 代表诉讼及(2) 测试案件。¹⁰⁸ 《1986 年高等法院规则》第 9 条规则说明代表诉讼的程序：

“如有多人在某一因由或事宜中具有相同权益，该等人士的其中一人或多于一人可代表所有具该项权益的人或为他们的利益，就该项因由或事宜起诉或被起诉，亦可经法庭准许而在同样情况下提出抗辩。”

然而，法庭将第 9 条规则理解为具有下列限制：¹⁰⁹

- (a) 可取得的补救只限于禁制／强制或宣布性质的济助；在代表诉讼中不得寻求损害赔偿。
- (b) 由于有“相同权益”这项规定，对于代表诉讼的各方当事人之间必须有的连系的性质，被理解为有非常严格的要求。
- (c) 代表诉讼不会获得法律援助：《1995 年民事法律援助法令》第 28(9)(a)(ix)条将任何下述申请摒除于民事法律援助的服务范围之外：“由或代表某群在有关法律程序中具相同权利的人士的其中一员提出的申请及代该群人士的其中一员行事而提出的申请，及代该群人士行事而提出的申请。”

2.72 上述限制的综合作用，令到第 9 条规则在大多数多方诉讼中的用处有所局限，尤其局限的是不能提供损害赔偿作为补救。爱尔兰法律改革委员会相信由于其界限订得如此严格，代表诉讼因而

¹⁰⁶ Peter L Murray 与 Rolf Stumer, *German Civil Justice* (Carolina Academic Press, 2004 年), 第 205 页。

¹⁰⁷ Dietmar Baetge, "Class Actions, Group Litigation & Other Forms of Collective Litigation in Germany" (为牛津大学的集体诉讼全球化会议而拟备的报告, 2007 年 12 月), 第 31 页。

¹⁰⁸ 爱尔兰法律改革委员会, *Report on Multi-party Litigation* (2005 年, 报告书 LRC76-2005), 第 1.16 段。

¹⁰⁹ 爱尔兰法律改革委员会, *Report on Multi-party Litigation* (2005 年, 报告书 LRC76-2005), 第 1.19 段。

一直未获充分利用作为应付多方诉讼的需求的方法，更大致上被人遗忘了它的用途。¹¹⁰

2.73 测试案件的本质，是将某一案件中的裁断引用到案情类同的其他案件上。测试案件可透过两种方法产生。第一种是从一批同类诉讼中选出最适合用作测试案件的某一宗诉讼人申索。在这种做法中，各准诉讼人之间会有某程度上的组织联系。第二种方法涉及较少协调工作，即“首宗”进行审讯的案件的結果，会为其后的案件的结果提供指引。“首宗”案件实际上会成为测试案件。不论属上述的哪一种情况，测试案件的原告人都只是为自己的权益而行事，对该批诉讼中的其余诉讼人并不负有任何责任或职责。

2.74 测试案件的做法较代表诉讼更具弹性，因此在爱尔兰较为常用。¹¹¹ 然而，爱尔兰法律改革委员会指出，测试案件的做法有多个问题。¹¹² 首先，聆讯测试案件的法庭在达致判决时，心目中未必对该项诉讼所牵涉的范畴有一个准确概念。其后案件的原告人的申索即使基于相同情理而有胜诉机会，但却不一定能够获取相同款额的损害赔偿。其次，被告人需要面对将来还会有人提出申索的不确定情况，并可能需要为每一宗申索支付整套讼费。第三，如出现有共通争论点的多重申索案件，则会重复耗用律师和法庭的资源，尤其是当不同的律师处理来自同一群体的不同案件时。在这种情况下，处理共通争论点的工作便会重复，而这会反映在所招致的讼费上。如果案件涉及专家证人，更会令讼费显得格外高昂。

2.75 鉴于现有的代表诉讼及测试案件的做法的不足之处，爱尔兰法律改革委员会建议引入一个将会在《高等法院规则》中列明的正式程序架构，以处理涉及多方当事人的诉讼情况（“多方诉讼”）。¹¹³ 该委员会的详细建议如下：

1. 关于多方诉讼的提议乃建基于同样适用于原告人及被告人的**程序上公平的原则**、程序的良好效率及有渠道寻求司法公正，但不得被视为用以取代现有的程序（尤其是测试案件的程序）。有关建议只是提供另一套程序以供选择。

¹¹⁰ 爱尔兰法律改革委员会，*Report on Multi-party Litigation*（2005年，报告书 LRC76-2005），第1.20段。

¹¹¹ 爱尔兰法律改革委员会，*Report on Multi-party Litigation*（2005年，报告书 LRC76-2005），第1.21段。

¹¹² 爱尔兰法律改革委员会，*Report on Multi-party Litigation*（2005年，报告书 LRC76-2005），第1.23至1.31段。

¹¹³ 爱尔兰法律改革委员会，*Report on Multi-party Litigation*（2005年，报告书 LRC76-2005），第69-71页。

2. 多方诉讼的**司法核证**须被视为展开多方诉讼的一个必需的起初步骤。
3. 多方诉讼的**核证没有最低数量要求**，但这会是法庭在考虑多方诉讼能否同时为已知及预期的争论点提供公平而有效率的解决办法时，所需顾及的一项事宜。
4. 谋求取得核证的案件应带出一些**事实上或法律上的共通争论点**，而非必须显示严格的共通性。
5. 在多方诉讼中，**共通的争论点无需凌驾于**个别的争论点。
6. 法庭在决定是否核证某项法律程序为多方诉讼时，必须信纳在有关情况下**多方诉讼会是适当、公平及有效率的程序**。
7. 法庭会在核证阶段中定出一个**截止日期**，任何当事人如欲在该日期后加入登记册，必须获得法庭批准。
8. 应就**被告人多方诉讼**订定条文。
9. 新的程序会按**可选择加入的机制**运作，并只受限于以下归属法庭的权力：法庭可强令一项诉讼合并于现有群体的诉讼中。
10. 多方诉讼的**状书**必须披露一项诉讼因由。
11. 为多方诉讼而拣选**代表案件或先导案件**时，目的应是讼辩一个的具体争论点，而该争论点会公平和充分地代表该项多方诉讼中个别诉讼人的权益，至于是否需要先有先导案件或需要有多少宗先导案件，则由法庭酌情决定。
12. 多方诉讼的共通争论点的处理，是由**单一一位法律代表**负责。该名代表的提名可依据两种做法：自动请缨或由法庭委任，并须获得法庭核准。可就群体内各项不同的争论点议按小组或个别的层次由各别的法律代表负责。
13. 若个别诉讼人在抗辩已经提出后欲**自登记册除名**，必须首先寻求法庭批准。
14. 接纳或拒绝一项**和解**的条件，应在选择加入的阶段获群体的每一个成员同意。法庭在进行核证时应获告知所同意的条件。法庭只会在特殊情况下才有司法权限厘定接纳或拒绝一项和解的条件。

15. 在提起该宗多方诉讼之前，《时效法规》不会就每宗申索而停止运作。当申索在法庭的管控下记入登记册后，该法规才会随即停止运作。
16. 多方诉讼中某一共通争论点的诉讼所涉的**讼费**，由组成该群体的各个成员平均分担，但如法庭认为为了个别案件的利益着想，这项规则应予改变，则作别论。一般的规则是，支付讼费的法律责任会被当作受到共同及各别法律责任的机制所管限。
17. 《1995 年民事法律援助法令》应予修订，以就原本合格获得法律援助的群体成员的资助作出规定，让他们能够支付任何最终讼费令中他们所须分担的份额。

2.76 该委员会的上述建议，至今仍未透过立法得以落实。

日本

2.77 日本的民事诉讼制度源于德国的制度。一般的规律是民法不会区分集体权利与个别权利。因此，在以民法为本的国家里，本来就难以接受集体诉讼的概念。¹¹⁴ 在这个背景下，日本没有就集体诉讼立法。¹¹⁵ 有多方面的原因令日本不欲引入集体诉讼制度，其中三个因素现列明如下：

1. 日本的法律制度，特别是以《民法》为中心的民事法律制度，是以令受害人从所蒙受损害得以复原为本的。防止或抑制损害一般被视为属行政上的问题，而《民法》内没有关于就集体诉讼申请强制令的通则。此外，惩罚犯事者及维持社会秩序或制定社会政策，均被视为刑法或行政方面的问题，并不在民事法律制度的规管范围内。
2. 民事法律制度的主要使命是为作为单独实体的每一名个人或法人提供复原，而不论是实体法或程序法的理论，

¹¹⁴ Carl F Goodman, *Justice and Civil Procedure in Japan* (Oceana Publications, Inc, 2004 年), 第 414 页。亦请参阅中村英郎着，陈刚、林剑锋和郭美松译：《新民事诉讼法讲义》（早稻田大学日本法学丛书）（北京：法律出版社，2001 年），第 85 页。这里述明集体诉讼制度是以解决纠纷为本的，因此与日本以规管为本的制度并不相符。

¹¹⁵ “实情是日本之所以不接受集体诉讼，很可能与法律理论的关系较小，而是与工业界反对集体诉讼这项构思的关系较大。工业界的反对可能是基于它洞悉集体诉讼已在美国引致款额庞大的损害赔偿判给。工业界亦知道集体诉讼这项设计可以被滥用，令只能追讨得到小量赔偿或追讨不到赔偿的集体成员可以从大机构身上取得大量法律费用。集体诉讼机制的滥用情况在日本是众所周知的。” Carl F Goodman, *Justice and Civil Procedure in Japan* (Oceana Publications, Inc, 2004 年), 第 414 页。

均以认明个人的损失为基础。如准当事人缺乏具体申索因由或证据，则一整群受害人蒙受损害（准当事人的损失亦计算在内）的概念便难以形成。

3. 律师在日本的诉讼中所扮演的角色，亦是建基于个别实体及其权利。有一些具体、个别的权利必须加以保障，而人们只预期律师在这个范畴内进行诉讼。以抽象方式界定的集体权益或社会权益，被视为不足以成为律师进行诉讼活动的基础。¹¹⁶

2.78 关于集体诉讼应否成为日本司法制度一部分的讨论，至少可以追溯至二十世纪七十年代。日本最终决定不采纳集体诉讼，但作为折衷做法，该国在 1996 年修订《民事诉讼法》时，强化了 1926 年设立的原有“代表诉讼”机制（亦称为“诉讼人委任机制”（appointed party system））。虽然日本的民事诉讼制度源自德国，但日本的代表诉讼的根基其实源自英格兰的衡平法法庭（具体而言是指息讼状）。

2.79 《民事诉讼法》第 30(1)条规定，一名（或多名）代表可以身为原告人或应诉人而选自一群在有关法律程序中有共同权益的人。“有代表的一方”（即已拣选一名代表的一方）会退出有关法律程序，不再成为诉讼一方。¹¹⁷

2.80 《民事诉讼法》在 1996 年进行改革后，只要有共同权益的一方已展开法律程序，任何一方即可拣选经已展开法律程序一方为其代表，无需专门为此目的而提出申索。¹¹⁸

2.81 由于在 2007 年对《消费者契约法》作出的修订，日本的消费者群体现时可代表消费者提起寻求禁制令的法律程序，以保障消费者的权利。受限于该等禁制令的行为包括针对没有指明身分的大量消费者而进行不当招揽，以及会不公平地损害消费者权益的合约条款。消费者群体可针对已与或可能会与消费者订立的合约而申请禁制令。可申请禁制令的消费者群体称为合资格消费者群体，他们

¹¹⁶ Ikuo Sugawara, "The Current Situation of Class Action in Japan"（日本的集体诉讼现况）（为牛津大学的集体诉讼全球化会议而拟备的报告，2007 年 12 月），第 18-20 页。

¹¹⁷ Ikuo Sugawara, "The Current Situation of Class Action in Japan"（为牛津大学的集体诉讼全球化会议而拟备的报告，2007 年 12 月），第 5 页。

¹¹⁸ Ikuo Sugawara, "The Current Situation of Class Action in Japan"（为牛津大学的集体诉讼全球化会议而拟备的报告，2007 年 12 月），第 6 页。

必须事先获得首相核证。给予核证的考虑因素包括有关群体的宗旨、发展史及行政架构。¹¹⁹

2.82 我们相信代表诉讼给日本工业界所造成的困境，不会像美国的集体诉讼那么严重，而所引致的损害赔偿及法律费用亦不会如美国的集体诉讼那么庞大。¹²⁰ 代表诉讼被称颂为“集体诉讼与诉讼无门两者中间的有用之道”。¹²¹ 然而，有人质疑经修订的代表诉讼制度的受欢迎程度。¹²²

新西兰

2.83 与澳大利亚和加拿大不同，新西兰没有特定法例专门处理集体诉讼，不过新西兰的《高等法院规则》第 78 条规则等同香港的《高等法院规则》第 15 号命令第 12 条规则的简化本。第 78 条规则的内容如下：

“凡 2 人或多于 2 人在一项法律程序的标的中有相同的权益，他们的其中一人或多于一人可在取得另一人或其他人的同意下，或在法庭因应该法律程序的任何一方或准一方的申请而作出的指示下，代表所有具如此权益的人或为这些人的利益而在该法律程序中起诉或被起诉。”

已取得在该法律程序的标的中有相同权益的所有人同意的原告人，即具当然权利提起代表诉讼程序。¹²³ 被代表的人均受到有关判决的约束，即使他们没有个别地被指名为诉讼一方亦然。

2.84 新西兰司法部的规则委员会现正研究如何在新西兰引入代表诉讼程序，并设想到在任何法律程序展开之初，法庭便会高度介入，这包括决定集体诉讼程序会采用可选择加入还是可选择退出的模式之时。其他地方的各种集体诉讼机制中均不见有如此广泛的权

¹¹⁹ Ikuo Sugawara, "The Current Situation of Class Action in Japan" (为牛津大学的集体诉讼全球化会议而拟备的报告, 2007 年 12 月), 第 7 页。

¹²⁰ Carl F Goodman, *Justice and Civil Procedure in Japan* (Oceana Publications, Inc, 2004 年), 第 416 页。

¹²¹ Carl F Goodman, *Justice and Civil Procedure in Japan* (Oceana Publications, Inc, 2004 年), 第 510 页。

¹²² 中村英郎着, 陈刚、林剑锋和郭美松译:《新民事诉讼法讲义》(早稻田大学日本法学丛书)北京:法律出版社, 2001, 第 84 页。Ikuo Sugawara 说道:“事实上,即使在 1996 年对《民事诉讼法》进行改革后,这个机制依然没有被使用过。”见他的以下报告:“The Current Situation of Class Action in Japan”(为牛津大学的集体诉讼全球化会议而拟备的报告, 2007 年 12 月), 第 6 页。

¹²³ *Laws of New Zealand* (Butterworths, Service 39, 2005 年 4 月 21 日版本)《高等法院民事诉讼程序》第 5 册, 第 69 段。

力。根据规则委员会的会议纪录，¹²⁴ 规则委员会已备妥及斟酌过一份草拟法案，不过该法案目前仍未公开。

中华人民共和国（内地）

2.85 《中华人民共和国民事诉讼法》¹²⁵（下称“《民事诉讼法》”）及《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》¹²⁶（下称“《最高人民法院意见》”）均有就关于提起集体诉讼的事宜作出规定。自从《民事诉讼法》及《最高人民法院意见》分别在 1991 及 1991 年颁布后，其中关于集体诉讼的条文没有经过任何修订。¹²⁷

集体诉讼的含义

2.86 《民事诉讼法》第五十五条对申索标的属同一种类而当事人一方人数众多但在起诉时人数尚未确定的诉讼，有具体的处理规定。¹²⁸ 学者普遍将在该条下所指明的诉讼视为“群体／集团诉讼”。¹²⁹

2.87 根据《最高人民法院意见》第五十九条，《民事诉讼法》第五十五条下的“当事人一方人数众多”是指“十人以上”。换言之，如在一项诉讼中当事人一方有十人以上关涉同一样的标的事项，便可根据《民事诉讼法》第五十五条提起“集体诉讼”。

人民法院发出公告

2.88 根据《民事诉讼法》第五十五条，人民法院可以发出公告，说明集体诉讼的案件情况和诉讼请求，通知权利人在一定期间向人民法院登记。¹³⁰ 人民法院有酌情权决定应否根据《民事诉讼

¹²⁴ 这份会议纪录可于以下网页找到：http://www.courtsofnz.govt.nz/about/system/rules_committee/meetings.html（最近一次登入日期为 2008 年 8 月 25 日）。

¹²⁵ 于 1991 年 4 月 9 日第七届全国人民代表大会第 4 次会议通过，并于同日生效。

¹²⁶ 由最高人民法院于 1992 年 7 月 14 日颁布，并于同日生效。

¹²⁷ 根据帕尔玛（Michael Palmer）与习超合着的“Collective and Representative Actions in China”（为牛津大学的集体诉讼全球化会议而拟备的报告，2007 年 12 月）第 2 页所述，在《民事诉讼法》下有大概三类“集体诉讼”，即“无代表人的集体诉讼”（《民事诉讼法》第五十三条）、“有代表人的集体诉讼”而在起诉时“诉讼人数目已经确定”（《民事诉讼法》第五十四条）及“有代表人的集体诉讼”而在起诉时“诉讼人数目尚未确定”（《民事诉讼法》第五十五条）。以下段落将会集中研究《民事诉讼法》第五十五条的条文。

¹²⁸ “诉讼标的是同一种类、当事人一方人数众多在起诉时人数尚未确定的……”。

¹²⁹ 梁书文：《民事诉讼法适用意见新释》（中国法制出版社），第 104 页；及唐德华（主编）：《新民事诉讼法条文释义》（人民法院出版社），第 106-107 页。

¹³⁰ “……人民法院可以发出公告，说明案件情况和诉讼请求，通知权利人在一定期间向人民法院登记……”。

法》第五十五条发出公告。¹³¹ 在某宗案件里，人民法院裁定根据第五十五条，人民法院是“可以”发出公告，但不是每一宗案件里都必须这样做。¹³² 《最高人民法院意见》第六十三条订明公告期限据具体案件的情况确定，但最少不得少于 30 日。¹³³

2.89 《民事诉讼法》和《最高人民法院意见》都没有就应以甚么形式发出公告而作出规定。然而，有人认为这种公告可透过以下方式发出：

- (a) 在位于有关案件的各方当事人居住地区内的人民法院报告板上张贴；
- (b) 在有关案件的各方当事人居住的地区内张贴；或
- (c) 在报章上刊登。¹³⁴

2.90 除了关于由人民法院发出集体诉讼公告的条文外，《民事诉讼法》和《最高人民法院意见》没有就如何由有关当事人展开集体诉讼而作出规定。

登记集体诉讼的各方当事人

2.91 根据《民事诉讼法》第五十五条，人民法院发出公告的目的，是通知可参与集体诉讼的权利人向法院登记其权利。《最高人民法院意见》第六十四条订明登记人应证明其与对方当事人的法律关系和所受到的损害。¹³⁵

2.92 看来根据《最高人民法院意见》第六十四条，登记人仅须提出证据证明其权利受到损害的事实。¹³⁶ 第六十四条进一步规定如当事人证明不了这些事实，法院应不予登记，但该人可以另行起诉。¹³⁷

¹³¹ 梁书文：《民事诉讼法适用意见新释》（法制出版社），第 110 页。

¹³² 这宗案件未经汇报，但其探讨及评论则见于以下文章：吴飞：“从清华‘200 卡’案件评中国集团诉讼”《法学》，1999 年第 10 期，第 60-64 页。在该案中，22 名大学生因中国邮电电信管理总局、北京市邮电电信管理总局及湖北省邮电电信管理总局未有提供服务而向这三家机构申索损害赔偿。各原告人向北京市西城区人民法院申请根据《民事诉讼法》第五十五条发出公告，通知其他受害人登记其申索。

¹³³ “……公告期限据具体案件的情况确定，最少不得少于三十日”。

¹³⁴ 《〈中华人民共和国民事诉讼法〉释论》（中国政法大学出版社出版），第 81 页。

¹³⁵ “……向法院登记的当事人，应证明其与对方当事人的法律关系和所受到的损害……”。

¹³⁶ 梁书文：《民事诉讼法适用意见新释》（法制出版社），第 112 页。

¹³⁷ “……证明不了的，不予登记，当事人可以另行起诉……”。

委任代表人

2.93 集体成员可根据第五十五条推选代表人，代表他们进行诉讼。该条亦订明：

“向人民法院登院的权利人可以推选代表人进行诉讼，推选不出代表人的，人民法院可以与参加登记的权利人商定代表人。”¹³⁸

2.94 如果推选不出代表人，按《最高人民法院意见》第六十一条的规定，人民法院可在该案件的各方当事人中指定代表人。¹³⁹ 然而《民事诉讼法》和《最高人民法院意见》没有列出推选或指定代表人的准则和程序。

2.95 根据《最高人民法院意见》第六十二条，第五十五条规定的代表人数目限于二至五人；而根据《民事诉讼法》第 58 条，每一名代表人可以委任一至二人作为他们的“诉讼代理人”。¹⁴⁰

代表人的权限

2.96 《民事诉讼法》第五十五条订明，代表人在集体诉讼中的行为对其所代表的人具约束力。然而，若代表人变更或放弃申索，或承认对方当事人的申索或进行和解，必须先首获得被代表的当事人同意。¹⁴¹

判决的效力

2.97 根据《民事诉讼法》第五十五条及《最高人民法院意见》第六十四条，集体诉讼的判决对已向法院登记其权利的人具约束力。¹⁴² 依据第五十五条第四项，该项判决亦会用以裁定未登记的权利人在诉讼时效期内向人民法院提起的诉讼。

¹³⁸ “……向人民法院登记的权利人可以推选代表人进行诉讼；推选不出代表人的，人民法院可以与参加登记的权利人商定代表人……”。

¹³⁹ “……协商不成的，也可以由人民法院在起诉的当事人中指定代表人……”。

¹⁴⁰ “……第五十五条规定的代表人为二至五人，每位代表人可以委托一至二人作为诉讼代理人……”。《民事诉讼法》第五十八条规定，诉讼的一方当事人可以委任一至二人为“诉讼代理人”。

¹⁴¹ “……代表人的诉讼行为对其所代表的当事人发生法律效力，但代表人变更、放弃诉讼请求或者承认对方当事人的诉讼请求，进行和解，必须经被代表的当事人同意……”。

¹⁴² “……人民法院作出的判决、裁定，对参加登记的全体权利人发生法律效力。未参加登记的权利人在诉讼时效期间提起诉讼的，适用该判决、裁决”：第五十五条。

讼费

2.98 一般而言，根据《民事诉讼法》第一百零七条，向人民法院提起民事诉讼的当事人一方需要支付订明的“案件受理费”（律师费不包括在内），但是《最高人民法院意见》第一百二十九条规定，依照《民事诉讼法》第五十五条审理的案件不须预交案件受理费，而是结案后按照诉讼标的额由败诉方支付。¹⁴³

2.99 至于律师的费用，中国大陆没有规定败诉方支付胜诉方部份或全部法律费用的“败诉者支付讼费”制度。不论哪一方胜诉，中国的法庭一般都会让双方各自负责己方的律师费。¹⁴⁴

2.100 根据《最高人民法院意见》第一百三十条，凡未登记其权利但在诉讼时效期提起诉讼的人向法院申请执行根据第五十五条作出的判决，须按《人民法院诉讼收费办法》第八条第一项的规定支付“申请执行费”。¹⁴⁵

2.101 2006年颁布的《律师服务收费管理办法》第十二条，禁止在集体诉讼案件中按判决金额收费（在内地称为“风险代理收费”），律师亦不得收取以追讨所得收益净额的某一百分比计算的费用。¹⁴⁶

其他程序

2.102 除了上文所讨论的《民事诉讼法》和《最高人民法院意见》中的有关条文外，看来再没有关于集体诉讼的其他具体条文规定。有一些法庭的裁决援引了第五十五条，但没有就集体诉讼的程序提供实质的资料。¹⁴⁷ 因此，主要存在于《民事诉讼法》和《最高

¹⁴³ “依照《民事诉讼法》第五十五条审理的案件不预交案件受理费，结案后按照诉讼标的额由败诉方交纳”。

¹⁴⁴ 帕尔玛与习超合着的"Collective and Representative Actions in China"（为牛津大学的集体诉讼全球化会议而拟备的报告，2007年12月），第15页。

¹⁴⁵ 由最高人民法院在1989年7月12日颁布，于1989年9月1日生效。“依照民事诉讼法第五十五条第四款的规定，未参加登记的权利人向人民法院申请执行的，按《人民法院诉讼收费办法》第八条第(一)项的规定交纳申请执行费。”

¹⁴⁶ 帕尔玛与习超合着的"Collective and Representative Actions in China"（为牛津大学的集体诉讼全球化会议而拟备的报告，2007年12月），第17页。

¹⁴⁷ 记录于国家法规数据库（由国家信息中心运作）的经汇报案件有：

- (i) 景连喜等 51 户虾农诉中晨公司等在建港吹填作业中回水污染其养殖水源损害赔偿案；
- (ii) 程学文等 146 户养殖户诉焦作市粮油运输综合公司富达养殖厂利用虚假广告诱使签订的合同无效纠纷案；
- (iii) 周迪武等 34 人诉衡阳市飞龙股份有限公司按原定优先股股利率支付股息纠纷案；
- (iv) 陈百谦、秋里焕等 832 人诉哈尔滨市道里区太平镇人民政府购销玉米种子质量纠纷案；及
- (v) 刘先锋等 44 户农民认为盐亭县黄甸镇人民政府违法加重农民负担案。

人民法院意见》的关于民事诉讼程序的一般条文，看来会管限集体诉讼的常规与程序。¹⁴⁸

新加坡

2.103 与新西兰一样，新加坡没有澳大利亚式或加拿大式的集体诉讼法例。根据该地的《最高法院法令》（*Supreme Court of Judicature Act*）（第 322 章）而订立的《法院规则》第 15 号命令第 12 条规则（与香港的《高等法院规则》第 15 号命令第 12 条规则完全相同），管限代表诉讼程序。看来该地极少使用过代表诉讼程序。在 2003 年至 2007 年期间，只有一宗经汇报的案件涉及依据第 15 号命令第 12 条规则进行的代表诉讼程序：*Tan Chin Seng & Others v Raffles Town Club Pte Ltd*。¹⁴⁹

2.104 新加坡法律界发展委员会（*Committee to Develop the Singapore Legal Sector*）认为，代表诉讼程序的现有规则所涉范畴十分有限，该委员会因此建议考虑在新加坡某些适当类别的案件中，容许引用集体诉讼。¹⁵⁰ 委员会也认为如有很多人因另一人的行为而受到不利影响，而所争议的款额数目不少，但当中每一人的损失又不足以令该人独自试图证实其权利之举在经济上合算，集体诉讼便可作为增加寻求司法公正的渠道的一种工具。¹⁵¹ 但委员会亦承认，若没有适当的限制或管控便落实集体诉讼程序，该程序可能会被滥用。¹⁵² 新加坡政府已原则上接纳该委员会的建议。¹⁵³

南非

2.105 南非法律委员会认为，南非的起诉权法律在传统上比较严谨：法庭一向要求诉讼人在诉讼事项中有个人的、充分的和直接的

¹⁴⁸ 规管民事诉讼案件的常规程序的个别方面还有其他的法律和规例，例如《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》（于 2002 年 4 月 1 日颁布）。

¹⁴⁹ [2002] SGHC 278 (High Court) ; [2003] 3 SLR 307 (Court of Appeal)。另见彭士立 (Jeffrey Pinsler) 教授 (2007 年) 的 “*Responses to Questions on Class Actions and Group Litigation*” (向集体诉讼全球化会议提交的国家报告)。

¹⁵⁰ 《新加坡法律界发展委员会最后报告书》（*Final Report of the Committee to Develop the Singapore Legal Sector*）（2007 年 9 月），第 3.28 段。

¹⁵¹ 上文引述的《新加坡法律界发展委员会最后报告书》（2007 年 9 月），第 3.19 段。

¹⁵² 上文引述的《新加坡法律界发展委员会最后报告书》（2007 年 9 月），第 3.20 段。

¹⁵³ 参阅新加坡律政部 (Ministry of Law) 在 2007 年 12 月 7 日发表的新闻稿，载于：http://notesapp.internet.gov.sg/_48256DF2001567.nsf/LookupContentDocsByKey/GOVI-79LDRE?OpenDocument.

权益，才会给予他在法庭提起诉讼的权利。¹⁵⁴ 该委员会相信集体诉讼（包括关乎公众利益的诉讼¹⁵⁵）是全世界为实现有渠道寻求司法公正的目标而付诸行动的其中一个环节。¹⁵⁶ 若严格依循传统的起诉权规定，一心为公的个人便不能为了公共利益或为了不能行使其权利的其他人的利益而申索济助。¹⁵⁷ 南非法律委员会因此建议为集体诉讼制定新的法例。根据该委员会 2007 至 2008 年度的周年报告，该委员会关于集体诉讼的报告书已于 1998 年 9 月呈交予司法及宪法发展部部长，并正在审议中。¹⁵⁸ 该委员会就集体诉讼而作出的建议如下：¹⁵⁹

1. **“集体诉讼”应指**以下诉讼：当某一集体中所有成员的申索所寻求的济助以及所涉及的争论点大致上相同时，由一名代表他们的人代为提起的诉讼，而该项诉讼已根据本法令获核证为一项集体诉讼。
2. **展开集体诉讼的人**或在集体诉讼中获委任为**代表**的人，不应需要是该集体的成员。应该只委任适当人选为代表，因为代表的素质可能是关键的。申请核证的人应可请求法庭委任他或另一人（须事先取得该另一人同意）为代表。法庭在委任代表之前，必须信纳所拟提出的诉讼是真正的集体诉讼。法庭可在获告知充分理由的情况下解除某代表的委任。
3. 应向法庭提出初步申请，请求法庭准许以集体诉讼的形式提起诉讼或对诉讼进行抗辩。法庭可在下列情况下批准一宗集体诉讼的**核证申请**：
 - (a) 有一群可予识别的人；

¹⁵⁴ 南非法律委员会，*Report on the Recognition of Class Actions and Public Interest Actions in South African Law*（1998 年），第 88 号研究计划，第 1.2.1 段。

¹⁵⁵ 该委员会在报告书（第 24 页）建议将“公众利益诉讼”界定为“一名代表为普罗大众的利益或为某部分公众的利益但不一定为该代表自己的利益而提起的诉讼。虽然公众利益诉讼是为他人的利益而提起，但法庭就该类诉讼而作出的判决并不对这些入具约束力（依据已判事项法则）。”关于在南非宪法第 38 条下集体诉讼中的起诉权规则的应用所存在的问题，其讨论可在 Clive Plasket 的以下文章中找到，"Representative Standing in South African Law"，（为牛津大学的集体诉讼全球化会议而拟备的报告，2007 年 12 月）。本文件以下段落的讨论将会针对该委员会就集体诉讼而提出的建议。

¹⁵⁶ 南非法律委员会，*Report on the Recognition of Class Actions and Public Interest Actions in South African Law*（1998 年），第 88 号研究计划，第 1.2.2 段。

¹⁵⁷ 南非法律委员会，*Report on the Recognition of Class Actions and Public Interest Actions in South African Law*（1998 年），第 88 号研究计划，第 1.2.2 段。

¹⁵⁸ 南非法律委员会，*Annual Report 2007-2008*，附件 C。

¹⁵⁹ 南非法律委员会，*Report on the Recognition of Class Actions and Public Interest Actions in South African Law*（1998 年），第 88 号研究计划，第 vi 页。

- (b) 诉讼因由已予披露；
 - (c) 有共通于该集体的事实问题或法律问题；
 - (d) 可找到一名合适的代表；
 - (e) 为司法公正着想而有需要；及
 - (f) 集体诉讼是进行该项诉讼的适当方法。
4. 聆讯集体诉讼核证申请的法庭须有权就**这宗诉讼适宜在哪一法庭展开给予指示**。
 5. 一般的规则是一定要**向集体的成员或准成员发出通知**。建议的法例应就何时、由谁人、向谁人及如何发出通知等问题作出规定。法庭须有酌情决定权作出选择加入令、选择退出令或不发通知令。在所有案件中，法庭必须考虑应否向所有合资格成为集体成员的人发出申请核证通知。
 6. 起初，只有最高上诉法院、宪法法院、高等法院、土地申索法庭及劳工法庭才会获准审判集体诉讼。最终，**集体诉讼将会获准在任何法庭提起**。获赋权为法庭订立规则的主管当局将要为各级法庭订明适当的程序。
 7. 如在核证令批出后的任何时间，核证所取决于的准则已不再获得符合，法庭可**命令有关集体诉讼不再以这种诉讼形式进行**。
 8. 在核证的过程中，应就程序事宜向法庭寻求指示。法庭须有**广泛的酌情权决定本身的程序**。
 9. 法庭须有**广泛权力全面进行案件管理**，法庭可自行动议行使这些权力，亦可应诉讼一方或集体一名成员的申请而行使这些权力。
 10. 建议的法例须界定“**共通的争论点**”一词。各项共通的争论点将会一起裁定，而需要个别集体成员参与诉讼的争论点则会个别地裁定。法庭不得仅因为有些的争论点乃关乎任何须要个别裁定的申索或集体不同成员寻求不同形式的济助而拒绝批准该宗集体诉讼进行。
 11. 集体诉讼的和解、中止或放弃须事先获得法庭核准。

12. 法庭须有酌情决定权就其判决如何约束集体成员而作出命令。
13. 法庭可就所判给的损害赔偿的款额作出合计评估或个别评估。法庭可就此事委任一名专员协助法庭。法庭如作出合计评估，应就判给款项如何分发予集体成员一事发出指示，并可在适当情况下规定被告人须将判给款项直接分发予集体成员。建议的法例须就金钱判给的合计评估及合计判给款项中未获分发的余额的处置方法，作出规定。
14. 将一宗诉讼核证为集体诉讼的决定，只是有关法律程序的第一步，不得就这项决定提出上诉，但可就不将某诉讼核证为集体诉讼一事提出上诉。如代表没有就此事提出上诉，则该集体的另一名成员可在法庭的许可下就此事提出上诉。
15. 法庭得在施行“讼费随结果而定”这项一般规则方面保留其酌情决定权。除非有特殊情况，否则法庭不应命令代表提供讼费保证。法庭核证一项集体诉讼时，可以法律援助局（Legal Aid Board）会批给所需资金或在讼费上弥偿被告人为条件。选择加入集体的成员可被命令分担讼费，并在适当情况下可被命令提供讼费保证。
16. 在《胜诉收费法令》（Contingency Fees Act）的规限下，法律执业者可就在胜诉后如何支付有关费用及／或开销而与代表作出安排。
17. 现有的法律援助局应加以利用，作为在集体诉讼中向经济拮据的诉讼人提供法律援助的机制。
18. 一项诉讼获核证为集体诉讼后，诉讼的时效期对该集体的所有成员而言即暂停计算，直至任何下述事项发生为止：成员选择退出、成员被排除于集体外、该诉讼的核证被取消，或该诉讼被撤销、被放弃、已中止或已达致和解。

台湾

2.106 在 2003 年经修订后的台湾《民事诉讼法》，订定了台湾的集体诉讼制度。该制度包含根据选定当事人制度行事的公益社团

（台湾《民事诉讼法》（下称“《民诉法》”）第 44-1 条）、并案选定当事人制度（《民诉法》第 44-2 条）及团体的不为之诉（《民诉法》第 44-3 条）。

2.107 根据《民诉法》第 44-1 条，多数有共同利益之人为同一公益社团法人之社员者，于章程所定目的范围内，得选定该法人为选定人起诉。选定当事人原则上可代表选定人作出一切诉讼行为，但选定人可限制被选定人在作出舍弃、认清、撤回或和解方面的权限。（《民诉法》第 44 条）由选定当事人提起的诉讼的确定判决，对被选定人亦有效力。（《民诉法》第 401(2)条）。

2.108 2003 年，《民诉法》加入了第 44-2 条，于台湾确立并案选定当事人制度。根据现时的条文规定，因公害、交通事故、商品瑕疵或其他本于同一事务或事故而有共同权益的多数人，依据第 41 条的规定选定一人或数人为同类之法律关系起诉者，法院得征求被选定人的同意，或由被选定人声称经法院认为适当时，公告晓示其他有共同权益的人，得于一定期间内以状书表明请求并案。

2.109 台湾的并案选定当事人制度的优点，据说是它尊重当事人在加入一项法律程序方面的选择、倾向或决定。是否采用并案制度，完全由当事人在衡量过其实质上和程序方面的权益后自行决定。该制度亦容许当事人拒绝被其他具共同权益的当事人选定，以尊重当事人对其程序上之权益的关注。¹⁶⁰

2.110 依据《民诉法》第 44-3 条，以公益为目的之社团法人或财团法人，经其目的事业主管机关许可，于章程所定目的范围内，可对作出侵害多数人利益的行为的人，提起不作为诉讼。司法院及行政院已共同颁布《公益社团法人财团法人提起不作为诉讼许可及监督办法》，以规管主管机关给予许可的程序和准则。该《办法》列明对公益社团法人及财团法人所施加的规限，包括成立时间之长短、成员之人数、资产总额、指称非法行为所侵害之权益等。有意见指该制度的特点是保障公众利益和集体权益而无需多数当事人各自提起法律诉讼，因为有需要直接赋予公益社团或财团提起法律诉讼的权力，以维护公众利益及集体权益。¹⁶¹

¹⁶⁰ 沈冠伶与 Alex, Yuen-PingYang 合着的 "Multi-Party Proceedings in Taiwan: Representative and Group Actions," 为牛津大学的集体诉讼全球化会议而拟备的报告，2007 年 12 月，第 12 页。

¹⁶¹ 沈冠伶与 Alex, Yuen-PingYang 合着的 "Multi-Party Proceedings in Taiwan: Representative and Group Actions," 为牛津大学的集体诉讼全球化会议而拟备的报告，2007 年 12 月，第 19 页。

美国：联邦体制

集体诉讼的先决条件

2.111 规管在联邦法庭行集体诉讼的美国《联邦民事诉讼规则》（下称“《联邦民诉规则》”）第 23 条，可追溯至 1938 年，且自 1966 年起已以目前的方式运作。¹⁶² 集体诉讼被界定为“集体的一名或多名成员可作为诉讼代表而代表所有成员起诉或被起诉”的诉讼。¹⁶³

2.112 第 23(a)条规则规定，集体诉讼须具下列先决条件：

- “(1) 由于该集体成员众多，合并所有成员于某项诉讼中并不切实可行，
- (2) 有共通于整个集体的法律问题或事实问题，
- (3) 诉讼代表的申索或抗辩是该集体的申索或抗辩的典型，及
- (4) 诉讼代表会公平和充分地保障该集体的权益。”

2.113 第 23(b)条规则另外施加一项规定，即只要符合下述三项条件的其中一项，便可提出集体诉讼。第一项是各别的诉讼有产生不一致判决的风险，造成对被告人的行为判断有互相矛盾的准则，或对集体个别成员作出的判决会对不属该判决所针对的一方的其他成员的权益造成不利影响（第 23(b)(1)条规则）。第二项是与该集体对抗的一方基于通用于该集体的理由而行事或拒绝行事，以致最终的禁制令／强制令或属宣布性质的济助可适当地为整个集体而发出（第 23(b)(2)条规则）。

2.114 第三项条件是最经常被引用的一项条件。该条件是法庭裁断共通于集体成员的法律问题或事实问题凌驾于只影响个别成员的争论点，而欲公平且有效率地判断该事，则集体诉讼优胜于其他可

¹⁶² 虽然第 23 条规则只适用于在联邦法院进行的集体诉讼，但大部分州份现时已设有与 1966 年后的第 23 条规则版本大致上相同的集体诉讼机制。为免各地集体诉讼的法律与常规五花八门，亦为免在某一州提起的单一项集体诉讼有可能影响到居住于该州以外地方的公民，美国在 2005 年制定了《2005 年集体诉讼公平法令》（Class Action Fairness Act of 2005）（公法第 109-2 号）。根据该法令，在州级法庭提起集体诉讼的被告人，现时可以在诉讼的任何当事人（包括集体的个别成员）是另一州的公民以及所争议的款额合计超逾五百万美元的情况下，将其案件转交联邦区域法院审理。（Nicholas M Pace, "Class Actions in the United States of America: An Overview of the Process and the Empirical Literature", 为牛津大学的集体诉讼全球化会议而拟备的报告，2007 年 12 月，第 2-3 页。）

¹⁶³ 《联邦民诉规则》第 23(a)条规则。

供使用的方法。在裁定一宗集体诉讼是否符合这第三项条件时，第 23(b)(3)条规则继而订明“与作出的裁断相关的事项”包括：

- “(A) 集体成员在各别的诉讼中个别管控有关起诉或抗辩的权益；
- (B) 已由或针对集体任何成员就所涉争议而展开的诉讼的涵盖范围及性质；
- (C) 将各项有关申索的诉讼集中由一个指定法庭审理是否可取；
- (D) 管理该集体诉讼时很可能遇到的困难。”

集体诉讼的核证

2.115 依据第 23(c)(1)(A)条规则，集体诉讼必须在一个“及早的切实可行时间内”由法庭核证。核证有关诉讼的命令必须界定所涉集体及该集体的各项申索、争论点或抗辩，而且必须委任代表该集体的律师。¹⁶⁴ 根据第 23(c)(1)(C)条规则，核证令可在最终判决作出前予以更改或修订。

通知

2.116 法庭可指示向根据第 23(b)(1)或(2)条规则取得核证的任何集体发出适当的公告（第 23(c)(2)(A)条规则）。至于根据第 23(b)(3)条规则取得核证的任何集体，法庭必须指示向集体成员发出在有关情况下属最切实可行的通知，包括向可以透过合理努力而识别的所有成员发出个别的通知。通知必须以显浅和易于理解的文字简洁地述明：

- “• 诉讼的性质，
- 经核证的集体的界定，
- 集体的申索、争论点或抗辩，
- 集体成员可按其意愿由代表律师代为呈交应诉被告书，

¹⁶⁴ 《联邦民诉规则》第 23(c)(1)(B)条。

- 法庭会将要求不被纳入有关集体内的任何成员排除于集体之外，并述明集体成员可于何时和如何选择被排除，及
- 根据第 23(c)(3)条规则，集体诉讼的判决对集体成员具约束力。”¹⁶⁵

集体中的组别

2.117 根据第 23(c)(4)条规则，一项诉讼可就个别争论点而以集体诉讼的形式提起或展开。另一做法是将一个集体再分为一些组别，而每一个组别可被视为另一个集体，本条规则的规定亦可据此加以解释和应用。

法庭的广泛权力

2.118 第 23 条规则就法庭上的法律程序赋予法庭广泛的权力。第 23(d)条规则列出法庭可以作出的命令，为下列目的而规管有关诉讼的进行：

- “(1) 决定有关法律程序的方向或订立措施，以防止在呈示证据或论据时出现不当的重复或复杂情况；
- (2) 为了保障集体成员或为有关诉讼的公平进行，规定须以法庭所指示的方式向某些或所有成员发出关于诉讼所采取的任何步骤的通告，或关于判决所拟涵盖范围的通告，或让成员表达他们认为有关代表是否公平和充分的通告，或让他们介入或呈述申索或抗辩的通告，或可让他们在其他情况下加入诉讼的通告；
- (3) 对诉讼代表或介入者施加条件；
- (4) 规定状书要加以修正，以删除其中指称代表缺席者的段落，并规定诉讼须按经修正的形式继续进行；
- (5) 处理类似的程序事宜。

¹⁶⁵ 《联邦民诉规则》第 23(c)(2)(B)条。

上述命令可与根据第 16 条规则发出的命令合并，亦可不时对其作出合宜的更改或修正。”

和解、自行撤诉或妥协

2.119 第 23(e)条规则关乎法庭所获赋予的权力，以规管在有关法律程序中出现任何和解、自行撤诉或妥协。关于申索、争论点或抗辩的任何形式的和解、自行撤诉或妥协，必须经法庭核准，而法庭只有在经过聆讯后裁断有关和解、自行撤诉或妥协是公平、合理和周全的，才会给予核准。¹⁶⁶ 法庭必须指示以合理方式，向会受到建议的和解、自行撤诉或妥协约束的所有成员发出通告（第 23(e)(1)(B)条规则）。根据第 23(e)(4)(A)条规则，集体的任何成员均可反对建议的和解、自行撤诉或妥协。

判决

2.120 第 23(c)(3)条规则规定，法庭在集体诉讼中根据第 23(b)(1)或(b)(2)条作出的判决，不论是否有利于有关集体，均适用于经法庭裁断为属该集体成员的人。在集体诉讼中根据第 23(b)(3)条规则作出的判决，不论是否有利于有关集体，则适用于已获发给有关通知但没有要求不被纳入该集体内且经法庭裁断为属该集体成员的人。

上诉

2.121 根据第 23(f)条规则，上诉法庭可行使酌情决定权，准许就某区域法庭批给或不批给集体诉讼核证令而提出的上诉，条件是上诉申请是在有关命令登录后十天之内提出的。上诉不会搁置正在区域法院进行的有关法律程序，但如区域法院法官或上诉法庭作出搁置有关法律程序的命令，则作别论。

代表集体的律师

2.122 核证某一集体诉讼的法庭，亦须委任一名代表集体的律师¹⁶⁷，并须评估某些事项，其中包括所委任的律师会否公平和充分地代表该集体的权益。¹⁶⁸ 法庭可指示有可能代表该集体的律师就任

¹⁶⁶ 《联邦民诉规则》第 23(e)(1)条。

¹⁶⁷ 《联邦民诉规则》第 23(g)(1)(A)条规则。

¹⁶⁸ 《联邦民诉规则》第 23(g)(1)(B)及(C)条规则。委任代表集体的律师时，法庭亦须考虑：

- 律师在识别和调查有关诉讼中的准申索上所已经付出的努力，
- 律师在处理集体诉讼、其他复杂诉讼及在有关诉讼中提出的一类申索方面的经验，
- 律师对适用的法律所具的知识，及
- 律师在代表该群体时所承诺会动用的资源。

何与其委任有关的事项提供资料，并就收取律师费和不可予评定的讼费的条款提出建议，亦可就委任之事作出进一步的命令（第 23(g)(1)(C)条规则）。获委任为代表某集体的律师者，必须公平和充分地代表该集体的权益行事（第 23(g)(1)(B)条规则）。为委任代表某集体的律师而作出的命令，可包含根据第 23(h)条规则判给律师费或不可予评定的讼费的有关规定。¹⁶⁹

律师费的判给

2.123 根据第 23(h)条规则，法庭可判给法律所批准的或诉讼各方所议定的律师费和不可予评定的讼费。寻求获判给律师费及不可予评定讼费的申索，必须以动议方式在法庭所定下的时间内提出。集体任何成员或被要求付款的诉讼一方可反对该项动议。法庭可将关于判给款额的争议转介一名特委聆案官或裁判官处理。

¹⁶⁹ 《联邦民诉规则》第 23(g)(2)(C)条规则。

第 3 章

引入集体诉讼机制的需要

引言

3.1 在本章中，我们会较深入研究是否有需要在香港引入集体诉讼机制。我们已基于下列整体的政策目标考虑过集体诉讼的不同模式选择：

- (a) 应让能够提出具良好理据的申索的原告人较易采用民事司法程序。安大略法律改革委员会经提及“一个目标，就是让那些有胜诉机会但以往因不合算以致未能提起的申索得以进行，而不合算是因为每一名个别原告人透过一般法庭程序所能追讨的损害赔偿金额太小。”¹ 伍尔夫勋爵亦说过：“凡多人曾因另一人的行为而受影响，但每个人的损失小至令个别地提起的诉讼不合算，便应〔向他们〕提供寻求司法公正的渠道。”²
- (b) 民事司法程序应便利民事纠纷达成对各方均具约束力的解决办法，从而免除在别的法律程序中重提有关争议的需要。这项原则所包含的概念是，被告人不应因为可能要面对大量法律诉讼而要额外花费金钱或面对负面的报道。正如艾伯塔法律改革研究所指出：“这项原则〔亦〕包含以下概念：凡原告人能够提出认可的诉讼因由，民事司法制度应让被告人有机会在规则明确、可在合理准确的程度内预测结果以及在合理时间及有限讼费内得到结果的法律程序中作出抗辩。”³
- (c) 民事司法制度应促进司法效率。法庭可核证一宗集体诉讼，让所有受影响的人有机会陈词，亦可产生一致和具约束力的判决。安大略法律改革委员会提及“一个目标，就是在单一项法律程序中解决有事实上或法律上共通争论点的大量纠纷，以免出现不一致的结果，并防止

¹ 安大略法律改革委员会，*Report on Class Actions*，共 3 册，（1982 年），在 *Abdool v Anaheim Management Ltd* (1993), 15 OR (3rd) 39 一案中引述。

² 伍尔夫勋爵，*Access to Justice*（最后报告书，1996 年），第 223 页，第 2 段。

³ 艾伯塔法律改革研究所，*Class Actions*（最后报告书第 85 号，2000 年 12 月），第 97 段。

法院的资源被重复的法律程序所大量耗用”，亦说到“容许原告代表人代表整个集体起诉以追讨损害赔偿”可带来“规模经济之利”。⁴

3.2 这些政策目标亦反映于本地的民事司法制度改革建议所概述的下列基本目标中：⁵

- “(i) 提高法庭程序的成本效益；
- (ii) 提倡以经济和与案情相称为原则来提起诉讼和进行审讯；
- (iii) 迅速处理案件；
- (iv) 使诉讼各方地位更平等；
- (v) 协助与讼人达成和解；及
- (vii) 公平分配法庭的资源；

同时紧守一个原则，就是法院施行案件管理的主要目标，是确保诉讼各方可按其实质权利公正地解决纠纷。”

对原告人的好处

有更畅通的渠道寻求司法公正

3.3 有渠道寻求司法公正被视为“集体诉讼法律程序的基石。”根据“*The Class Action in Common Law Legal Systems, a Comparative Perspective*”（《从比较的角度看普通法法律体系中的集体诉讼》）一书的作者梅丽朗的说法，“有渠道寻求司法公正”这项概念有几个层面。⁶首先，集体诉讼机制为实体法赋以有效的实施手段。如果法律制度中欠缺实际而合算的方法提起具良好理据的申索，则单凭在侵权或

⁴ 安大略法律改革委员会，*Report on Class Actions*，共 3 册，（1982 年），在 *Abdool v Anaheim Management Ltd* (1993), 15 OR (3rd) 39 一案中引述。

⁵ 终审法院首席法官辖下民事司法制度改革工作小组，《民事司法制度改革最后报告摘要》（2004 年），第 23 段。

⁶ 梅丽朗，*The Class Action in Common Law Legal Systems, a Comparative Perspective*（2004 年，Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing），第 53 页。

合约方面的精深法理亦不会有甚么大帮助。⁷ 普雷察 (J Prichard) 解释集体诉讼与实体法之间的关系如下：

“在欠缺有效程序机制追讨合情合理且为法律认可的申索的情况下，我们的实体法的全面意义永远不能被洞悉。因此，普通法及我们的法律权利的法定表述经常似是而非，这是说它们可以令人产生很高期望，但后来却因为程序上的绊脚石而完全落空。”⁸

3.4 第二方面是要克服与费用有关的羁绊。诉讼的费用加上民事案件不易获得法律援助，令意欲透过诉讼寻求补偿的人却步，尤其是当申索小额款项之时。单一原告人提起的申索因所涉讼费而未必合算，但原告人集体申索的合计总额则可能大至足以值得为此付出可能招致的讼费。第三方面是将诉讼各方的差距收窄，特别是当一名原告人或单一诉讼人或消费者的申索对象是政府机构或富裕且有保险公司作后盾的跨国公司，而它们为抗辩有关申索而招致的费用又享有可扣税的优惠。纽伯格 (HB Newberg) 对此有以下评论：

“〔集体成员〕站在一个较强势的对抗性位置上，这是他们不能透过个别提起的诉讼而达到的，〔而这〕令当时强弱不均的对抗性结构达致平衡，否则规模巨大且财力充裕的被告人便能够在对抗个别小额申索的当事人方面，占有压倒性优势。”⁹

3.5 除了经济方面的考虑外，提起一项法律程序还会遇上其他障碍，而集体诉讼机制有助克服这些障碍：

“据澳大利亚及其他海外地方的经验证据显示，担忧雇主或其他可采取报复手段者作出制裁、害怕卷入法律制度中以及不知悉本身的法律权利等因素，令到受伤的人不敢采取法律行动（例如诉讼）来行使其权利。‘蒙受相同损害者如有一人能代表其所属群体的所有成员展开法律程序，便能协助〔这些人〕取得补救’。”¹⁰

⁷ 马尼托巴法律改革委员会，*Class Proceedings* (1999年) MAN LRC REP 100, 第23页。

⁸ 普雷察，"Class Action Reform: Some General Comments" (1984年) 9 *Canadian Business* LJ 309, 第322-23页。

⁹ 纽伯格与 A Conte, *Newberg on Class Actions* (2001年第4版, Colorado Springs, McGraw-Hill Inc), 第5.57段, 第478页。

¹⁰ 维多利亚州司法部长辖下法律改革谘询委员会，*Report on Class Actions in Victoria: Time for a New Approach*, 1997年, 第2.8段。

3.6 因此，我们认为马尼托巴法律改革委员会的以下观点十分值得推荐：“施行现代的集体诉讼机制，是为了确保因别人的过失而蒙受损失的人尽可能有最广泛的渠道寻求司法公正，特别是若其经济上的损失未庞大至足以支持他牵涉入昂贵的诉讼程序中。”¹¹

对被告人的好处

避免重复的相关法律诉讼

3.7 集体诉讼机制可让被告人在单一宗审讯里解决相类（甚至相同）的争论点，从而免却他为了这些争论点而卷入重复的法律程序中。这样做令被告人为众多相关、相类或相同而且可能为时甚久且在不同司法管辖区提起的申索提出抗辩时，可以节省时间和费用及减少不便。安大略法律改革委员会指出：

“将个别可予提出的申索合并的集体诉讼，不仅对原告人有好处，对被告人亦有好处。因为这种诉讼免却被告人在每一宗个别讼案中提出相同的抗辩，从而节省抗辩的讼费。”¹²

最终解决争议和及早锁定争议项目

3.8 集体诉讼机制对被告人是有利的，因为它可令争议达致最终的及可约束整个集体的结果，而争议的解决方法，最好是透过和解。这是因为针对共通争论点的法庭裁定及和解协议，对所有集体成员均具约束力。艾伯塔法律改革研究所在其报告书中指出：

“与其等候个别的申索累积起来，身为法团的被告人可在单一项法律程序中清理它的所有法律责任，又可免于面对裁决不一致或来自多个司法管辖区的多重诉讼的风险。”¹³

被告人乐意接受约束整个集体的和解，甚至宁愿集体的界定尽量广阔，以求确切地约束集体的成员及为其法律责任风险封顶。¹⁴

¹¹ 马尼托巴法律改革委员会，*Class Proceedings Report # 100*（1999年），第25页。

¹² 安大略法律改革委员会，*Report on Class Actions*（1982年），第118页。

¹³ 艾伯塔法律改革研究所，*Class Actions*（最后报告书第85号，2000年12月），第122段。

¹⁴ DR Hensler, NM Pace, B Dombey-Moore, E Giddens and J Gross, EK Moller, *Class Action Dilemmas: Pursuing Public Goals for Private Gain*（Santa Monica, 兰德民事司法研究所，2000年），第410及402页。

经协商的核证

3.9 安大略省的一名辩护律师认为，经协商的核证可令辩护律师有机会斟酌有关集体的性质界定、局限有关的申索和建立迅速且合乎成本效益的方法解决集体成员的申索，¹⁵ 艾伯塔法律改革研究所认许该律师的观点。

对社会的好处

加强节约司法资源

3.10 集体诉讼机制让法庭可以在单一项法律程序中，处理涉及共通的事实或法律争论点的多宗申索，而无需个别裁定每宗申索，这尤其适用于就这些申索提起个别诉讼亦属可行的情况。这种集体处理方法会节省紧绌的司法资源，以免消耗于涉及相类或相同争论点的重复法律程序中。举例说，这做法可免却在不同的法律程序中再次听取证人的相同证供。在现今世代，这个好处尤有关连：

“当我们成为一个越来越大量生产及大量消费的社会时，一件产品或一项服务的缺陷，可能会对越来越多人造成伤害或损失。”¹⁶

美国最高法院表示，集体诉讼可以促进“*诉讼的效率和节约耗用于诉讼的资源，这是该项程序的一个主要作用。*”¹⁷ 此外，大部分集体诉讼在开始审讯前已达致和解¹⁸，而集体诉讼亦可以令诉讼各方及早和解。

3.11 然而，集体诉讼机制不一定在所有方面均能促进司法资源的节约。¹⁹ 根据一些经验分析，集体诉讼耗用的司法资源比典型的

¹⁵ 艾伯塔法律改革研究所，*Class Actions*（最后报告书第 85 号，2000 年 12 月），第 123 段，引述 Heenan Blaikie 的 Jeffrey Goodman 的观点。

¹⁶ 国家消费者委员会的意见书，在伍尔夫勋爵的 *Access to Justice: Final Report to the Lord Chancellor on the Civil Justice System in England and Wales*（1996 年）第 17 章第 1 段引述。

¹⁷ *General Telephone Co of Southwest v Falcon* 457 US 147, 159, 102 S Ct 2364 (1982).

¹⁸ 联邦司法中心（The Federal Judicial Centre）对由 1992 年 7 月 1 日至 1994 年 6 月 30 日经四个联邦区域法院审理完毕的所有集体诉讼（关于对群众侵权的集体诉讼除外）展开研究。向法院提起的集体诉讼中，只有少于 4% 要交付审讯：TE Willging、LL Hooper 与 J Niemic, *Empirical Study of Class Actions in Four Federal District Courts: Final Report to the Advisory Committee on Civil Rules*（1996 年）。

¹⁹ 梅丽朗，*The Class Action in Common Law Legal Systems, a Comparative Perspective*（2004 年，Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing），第 59 页。

民事案件为多。²⁰ 不过，若可独自提出的申索将会透过个别的诉讼进行，有关聆讯将会一再重复，累积计算就会耗用较多司法资源。²¹

提升司法公正

3.12 艾伯塔法律改革研究所评论说，集体诉讼机制可在多方面提升司法公正。²² 首先，人们可获得较多渠道寻求司法公正，而社会亦会因此更加公正。其次，若在不同的诉讼中原告人所提出的申索是相近或相同的，则集体诉讼可避免在这些申索中出现不同以至互相矛盾的裁定。第三，审理集体诉讼的法官可透过案件管理减少有争议之处，增加达致公正及公平的裁定的可能性。

阻吓犯过者（改善行为）

3.13 集体诉讼机制可阻吓可能犯过者（例如法团或政府机构），以免它们干犯错误作为，并督促它们加强对普罗大众的责任感。²³ 这是透过以下方法达致的：“有些犯过者以往无需为其过失负上责任，因为受害人基于经济上的原因及其他障碍而不能提起个人的法律程序，〔这个机制〕令这些受害人能够向这些犯过者追讨损害赔偿”，²⁴ 而其基本哲理是：

“法律制度的功能不仅在于为个人提供解决纠纷和补偿所受委屈的机制，也是作为社会期望每一员能达到的行为标准；同样道理，司法制度应提供社会大众能援引的实际制裁，以促使大家服从其订明的价值观和行为准则。因此，若货品销售者或制造商不论甚么原因实际上可就某些针对他们的申索而免受现有法律架构下的制裁，则在此范围内便明显令人觉得社会已失去能力，无法强制大众服从它所确立的行为标准。”²⁵

²⁰ 集体诉讼由提起到处置完毕所需的时间，通常是一般民事案件的两至三倍，所消耗的法庭时间则达五倍：TE Willging, LL Hooper 与 J Niemic, *Empirical Study of Class Actions in Four Federal District Courts: Final Report to the Advisory Committee on Civil Rules* (1996 年) 第 9 页。马尼托巴法律改革委员会, *Class Proceedings* (1999 年), MAN LRC REP 100, 第 26 页。

²¹ 马尼托巴法律改革委员会, *Class Proceedings* (1999 年), MAN LRC REP 100, 第 26 页。

²² 艾伯塔法律改革研究所, *Class Actions* (最后报告书第 85 号, 2000 年 12 月), 第 114 段。

²³ 安大略司法部长辖下集体诉讼谘询委员会, *Report of the Attorney-General's Advisory Committee on Class Action Reform* (1990 年), 第 17 页。马尼托巴法律改革委员会, *Class Proceedings* (1999 年), MAN LRC REP 100, 第 28、30 及 35 页。艾伯塔法律改革研究所, *Class Actions* (最后报告书第 85 号, 2000 年 12 月), 第 115 段。安大略法律改革委员会, *Report on Class Actions*, (1982 年), 第 140-146 页。

²⁴ *Webb v K-Mart Canada Ltd* (2000), 45 OR (3d) 389 (SCJ) [44] (Brockenshire J)。

²⁵ Jones 与 Boyer, “Improving the Quality of Justice in the Marketplace: The Need for Better Consumer Remedies” (1971-72 年) 40 *George Washington Law Review* 357, 第 361 页, 在维多利亚州司法部长辖下法律改革谘询委员会的 *Report on Class Actions in Victoria: Time for a New Approach*, 1997 年, 第 2.13 段引述。

3.14 美国的司法机构（包括最高法院）亦承认集体诉讼能产生阻吓作用。²⁶ 有人评论说，集体诉讼机制的其中一个作用，是促使法团更加注意其财务及雇佣方面的行事方式，亦促使制造商在决定其产品设计时需要三思。²⁷

3.15 相对而言，苏格兰法律委员会表示，民事诉讼（包括多方法律程序）的“唯一恰当目的”是“取得赔偿”。²⁸ 该委员会认为，应透过改革实体法或引入具刑事处罚则的规管机制而非改善法庭的程序来达致行为改善。同样地，澳大利亚法律改革委员会亦说，便利人们寻求司法公正是主要目标，而集体诉讼对不良行为所产生的阻吓作用，只是这个主要目标的副产品而已。²⁹

原则和一致性

3.16 梅丽朗认为，集体诉讼机制可提供予原告人、被告人和法庭的另一好处，是在诉讼展开的一刻，程序便已经确定。³⁰ 律师向当事人提供法律意见前，需要评估有关情况是否适宜展开集体诉讼。一套为集体诉讼而订立的明确规则，可以帮助律师作出这项评估。艾伯塔法律改革研究所亦指出：

“民事司法制度应让被告人有机会在一项有已知规则的法律程序中作出抗辩。”³¹

²⁶ 梅丽朗, *The Class Action in Common Law Legal Systems, a Comparative Perspective* (2004年, Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing), 第63-64页。

²⁷ DR Hensler, NM Pace, B Dombey-Moore, E Giddens, J Gross, EK Moller, *Class Action Dilemmas: Pursuing Public Goals for Private Gain* (Santa Monica, 兰德民事司法研究所, 2000年), 第50页, 第4章第4部及表15-16。

²⁸ 苏格兰法律委员会, *Multi-Party Actions* (Scot Law Com No 154, 1996年), 第2.23段。对于改善行为这个目标的批评, 请参阅 K Scott, "Two Models of the Civil Process" (1975) 27 *Stanford Law Review* 937, 第937-9页; 及 Simon, "Class Actions - Useful Tool or Engine of Destruction" (1972) 55 *Federal Rules Decisions* 375, 第392页。

²⁹ 澳大利亚法律改革委员会, *Grouped Proceedings in the Federal Court* (第46号报告书, 1988年), 第323段。亦请参阅艾伯塔法律改革研究所, *Class Actions* (第9号备忘录, 2000年), 第116及118段: “对于集体诉讼改革是否明智抱怀疑态度的人, 虽然同意加强节约司法资源会令社会受惠, 但亦提醒我们重要的是考虑须达致平衡多方面的权益。这些权益包括需要平衡集体诉讼的讼费与所带给该群体的好处。……至于阻吓他人不要犯过方面, 他们指出例如消费者保障法例一类的机制已约束着市场上的公司。他们认为订立规范以管制公司行为是政府而非法庭要做的事, 而在消费者群体损失总额庞大但群体每一名成员申索小额损失的个案中, 尤其如是。其理据实质上就是根本不应为这类个案提起诉讼。他们认为, 较佳的解决办法是加强政府的规管, 以逆转要透过私人诉讼来强制公司承担责任的趋势。政府有渠道取得层面较广的资讯, 亦有可基于稳妥的经济学意见作出决定的专家, 但法庭则受限于在其席前显示的证据, 因此看不见‘全盘景象’。他们进一步指出, 集体诉讼不能帮助解决大量的个别差异所牵涉的问题(例如关于温哥华漏水公寓的情况), 却可透过加强政府规管来作出较佳的处理”。

³⁰ 梅丽朗, *The Class Action in Common Law Legal Systems, a Comparative Perspective* (2004年, Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing), 第47-49页。

³¹ 艾伯塔法律改革研究所, *Class Actions* (第9号备忘录, 2000年), 第15段。

加拿大最高法院则从司法机构的角度审视这一点：

“虽然法庭可凭借本身在程序上的固有权力，受理不太复杂的集体诉讼，但这需要法庭按个别案件的情况为程序上的复杂之处提出一些权宜的解决方法。……《1992年集体诉讼程序法令》获得采纳，是为了确保法庭在程序上有精细的方法，足以让法庭有效率地按照原则处理现今世代日益复杂的案件，而不是权宜行事。”³²

3.17 此外，集体诉讼机制能令法庭对相类或相同的申索作出更为一致的裁定：

“〔集体诉讼机制〕保障被告人免于承担不一致的法律责任，因为不同法庭的处理可能会出现各种各样的结果；而基于相同道理，该机制促进公平原则，使同样处境的原告人应获得同样的赔偿。”³³

集体诉讼机制的潜在风险

3.18 我们已找出集体诉讼的几个潜在风险，而多个海外的法律改革机构也研究过这些风险。这些潜在风险的详情及可有的回应，则列于本文件的附件3中。我们在这里指出集体诉讼的几个主要风险。

促使不必要地提起诉讼的风险

3.19 首先，有人关注到香港不像其他地方的法律文化般动辄提起诉讼，但如果在香港社会中引入集体诉讼机制，便可能会促使人们不必要地提起诉讼。正如艾伯塔法律改革研究所评论说：

“一些人在没有集体诉讼法例的情况下不会提起诉讼，但会纯粹因为他们正好属于某一特定集体的成员才加入某些集体诉讼。这在小额申索中最可能发生，因为加入集体诉讼的成本极低，甚至无需成本。在如此情况下，集体诉讼促使人们不必要地提起诉讼。”³⁴

³² *Hollick v Metropolitan Toronto (Municipality)* 2001 SCC 68, 205 DLR (4th) 19 (SCC) [14].

³³ *US Parole Comm v Geraghty*, 445 US 388, 402-3, 100 S Ct 1202 (1980).

³⁴ 艾伯塔法律改革研究所，*Class Actions*（最后报告书第85号，2000年12月），第126段。

法团可能要为此付出社会成本，例如它们需要为应付集体诉讼的风险而购买额外保险。

提起无胜诉机会的诉讼程序的风险

3.20 其次，有些反对者断言，集体诉讼机制会促使不少人提起欠缺充分理据的法律诉讼。澳大利亚法律改革委员会对这项批评概述如下：

“〔反对者〕说到一些无组织的集体，他们当中一人或一个小组宣称是代表……‘美国所有人士’进行申索而提起了法律程序。……他们指称，凡有多于一个由未经认明的成员组成的庞大集体，而各成员都有小额的申索，即构成‘主动出击的诉讼’；这是一些本属琐屑无聊的申索，但利用被告人恐怕面对无法控制和昂贵的诉讼而被迫提出和解，因为任何诉讼皆存在固有风险，而且抗辩一宗集体诉讼可能要付出巨额的讼费。他们表示，面对集体诉讼的被告人因此被迫和解，即使原告人的申索是理据薄弱的亦无可奈何。”³⁵

令企业型的律师受惠的风险

3.21 第三个引入集体诉讼机制的潜在风险，是会令并非该机制所预定会受惠的人（例如企业型的律师）获得益处，而付出的却是有关集体的成员。有人断言，这类企业型的律师会驱使更多类型和数量的集体诉讼出现，其中风险是集体诉讼成为这些律师的生财工具以赚取律师费。原告人的律师可能为求快速达致和解而展开集体诉讼，希望付出相对较少的辛劳而赚得巨额的律师费。³⁶

集体成员权益得不到充分保障的风险

3.22 由于集体诉讼程序欠缺保障集体成员权益的措施，令这个风险更为严峻。该风险源于集体成员在有关诉讼中一向只扮演小角色这项事实。如果原告人代表人没有积极地向代表其集体的律师作出指示，这宗“无当事人”的诉讼或会令原告人的律师以有问题的手段行事，例如只求达到自己的财务目的而非谋求集体成员的权益。兰德研究院指出：

³⁵ 澳大利亚法律改革委员会，*Access to the Courts – II, Class Actions*（第 11 号讨论文件，1979 年），第 23 段。

³⁶ 艾伯塔法律改革研究所，*Class Actions*（最后报告书第 85 号，2000 年 12 月）第 131 段。

“驱使原告人的律师甘冒诉讼风险的强大金钱诱因，与被告一方在最少人知道下尽早及尽量廉宜地了结诉讼的巨大利益，两者是互相交接的。发出通知的规定及和解须经法庭核准等程序上的规则，对于防止私下交易和互相串通而言，只是软弱无力的保障措施。”³⁷

美国的经验与香港的相关之处

3.23 引入集体诉讼机制会带来若干风险，而我们特别着意的是美国集体诉讼的固有风险。然而本地的消费市场比美国的规模小得多，因此香港的集体诉讼很可能会较少出现，而任何集体诉讼所涉集体的人数亦很可能会较少。³⁸ 此外，美国法律制度的一些特点并不存在于香港的法律制度中。我们会在下文列出这些不同之处。³⁹

惩罚性损害赔偿或三倍损害赔偿

3.24 美国的法庭经常会判给惩戒性、惩罚性或三倍的损害赔偿：

“美国的一些法例（特别是反垄断法例）规定，为一项法律上的过失追讨损害赔偿而胜诉的一方，有权取得三倍的损害赔偿。在集体诉讼中判给巨额损害赔偿的裁决，经常都是判给三倍的损害赔偿。在其他案件中，提起集体诉讼是为了追讨法定罚款或最起码的损害赔偿，而法例为所须支付的最起码损害赔偿厘定了一个任意和普遍加大的款额。”⁴⁰

反而在香港，除了属极其恶劣的侵权活动这类非常罕见的案件外，损害赔偿都是为了赔偿实际上蒙受的损失或伤害而判给的。⁴¹

民事审讯中的陪审团

3.25 在美国，民事审讯可以在陪审团席前进行：

³⁷ 韩斯乐（Deborah R Hensler）与其他人合着的 *Class Action Dilemmas: Pursuing Public Goals for Private Gain*, (Santa Monica, CA 兰德民事司法研究所，2000年)，第119-120页。

³⁸ 澳大利亚法律改革委员会，*Access to the Courts – II, Class Actions*（第11号讨论文件，1979年），第35段。

³⁹ Damian Grave 与 Ken Adams, *Class Actions in Australia* (Lawbook Co, 2005年)，第1.210段。

⁴⁰ 澳大利亚法律改革委员会，*Access to the Courts – II, Class Actions*（第11号讨论文件，1979年），第34段。

⁴¹ *Rookes v Barnard* [1964] AC 1129一案裁定，只有在下列个案的情况下才会容许判给惩罚性的损害赔偿（即旨在惩罚犯过者而非只是赔偿申索人）：(a) 政府公仆作出欺压性、任意妄为或违反宪法的行为；(b) 被告人的行为是‘刻意’令自己得益的；(c) 有法规明文准许施加这种惩罚。

“有些评论者忧虑到据称陪审团在集体诉讼中作出的裁决可能十分过度。在美国的民事审讯中，损害赔偿是由陪审团评定的，而陪审团经常在裁决中判给金额巨大的损害赔偿。”⁴²

在香港，只有在非常有限的情况下，并须取得法庭的许可，民事审讯才会有陪审团参与。⁴³

按判决金额收费

3.26 在美国，律师可以按照判决金额获取报酬：

“在美国，支付予律师的按判决金额收费，对集体诉讼有很大的推动作用。若然败诉，律师通常不会收取任何费用，但胜诉的话便会获支付追讨所得的损害赔偿的某一议定份额，一般是裁决所判给的款项的两成至三成。……美国已采取步骤以管制这种陋习，方法是规定法庭须监督在集体诉讼中给予律师的费用。然而，按判决金额收费的确在美国激起诉讼企业化之风。……”⁴⁴

香港不容许律师按判决金额收费。香港法律改革委员会在其《按条件收费》报告书中建议，香港不应采纳按条件收费的做法。⁴⁵

讼费规则

3.27 在美国，诉讼每一方各自负担己方的讼费。在香港，讼费则视乎诉讼结果而定，即由败诉的一方支付胜方的讼费。

需要留意美国与香港的差异

3.28 我们在作出建议时，留意到美国的法律制度与香港的并不相同这项事实，亦注意到使用集体诉讼会令诉讼的规模达至一个香

⁴² 澳大利亚法律改革委员会，*Access to the Courts – II, Class Actions*（第 11 号讨论文件，1979 年），第 36 段。

⁴³ 《高等法院条例》第 33A(1)条规定：

“(1) 凡在诉讼的任何一方提出申请时，原讼法庭信纳所争论的是——

(a) 就永久形式诽谤、短暂形式诽谤、恶意检控、非法禁锢或诱奸提出的申索；或

(b) 属法院规则为施行本段而订明的一类问题或争论点，

则有关的诉讼须在有陪审团的情况下进行审讯，但如法院认为审讯需长时间研究文件或帐目或作科学或实地调查而不便与陪审团一起进行，则属例外。”

⁴⁴ 澳大利亚法律改革委员会，*Access to the Courts – II, Class Actions*（第 11 号讨论文件，1979 年），第 37 段。

⁴⁵ 《按条件收费》报告书，香港法律改革委员会（2007 年 7 月）。

港社会难以负担的程度。民事司法委员会亦指出美国与英国这两个司法管辖区有类似的不同之处。⁴⁶ 因此，我们相信其他普通法司法管辖区（例如加拿大和澳大利亚）的有关法律与常规，对香港在这方面的改革会提供较为恰当的先例。

完成处理集体诉讼程序所需的时间

3.29 我们基于节约司法资源这项政策目标，研究过有关原告人在集体诉讼中取得结果所需的时间，并与由个别诉讼人展开的单一诉讼所需时间作比较。

3.30 集体诉讼全球化国际会议的主办者，邀请多个来自设有集体诉讼程序的普通法司法管辖区的报告者，回应一份关于他们各自的集体诉讼体制的不同层面的议定书。对于“**集体案件平均需时多久完成处理，而且与可堪比拟的非代表暨非集体的诉讼所需时间相差多少？**”这个问题，下列各段是他们回应的摘录。

澳大利亚

“〔莫拉比图的〕以经验为根据的〔集体诉讼程序〕研究显示，19宗〔集体诉讼〕程序的完成时间平均为18个月，而中位数是14个月。这项数据与维多利亚州的最高法院周年报告中所载的、关于在该法院提起的非集体诉讼程序所需时间的数据大致相同。

将〔集体诉讼〕程序分为两大类会有帮助：第一类是随着经法庭核准的和解或在审讯完毕后，经判决而告终的法律程序；第二类包括自愿或不自愿(a)中止的，(b)不再以集体诉讼形式进行的，或(c)转移至另一司法管辖区审讯的法律程序。

- 第一类〔集体诉讼〕程序平均需要时稍为多于26个月，而所需时间的中位数是17个月。
- 第二类〔集体诉讼〕程序平均需时稍为多于6个月。”⁴⁷

⁴⁶ 民事司法委员会，*Improving Access to Justice through Collective Actions – Developing a More Efficient and Effective Procedure for Collective Actions* (2008年7月)，第29-34页。

⁴⁷ 莫拉比图，“Class Actions, Group Litigation & Other Forms of Collective Litigation – National Report on Australia”，为集体诉讼全球化会议而拟备的报告，2007年12月，第56页。

加拿大

“一宗案件达到核证动议阶段所需时间，对于不同诉讼而言差异很大。平均来说，由一宗诉讼展开的时间起计，预计最少一年仍未达至聆讯核证动议的阶段，甚至由提出申索之时起计两至三年后才聆讯该动议亦非罕见，因为以状书提出动议、核证材料的盘问以及时间安排皆存在困难。一般的诉讼也取决于相同变数而可能需时三数年才达至审讯阶段。”

法院曾就案件达至核证及按照是非曲直作出裁定的阶段所需时间发表评论。安大略上诉法院首席法官在一宗两度就非正审事宜上达加拿大最高法院处理的案件里评论说，该事项的冗长性质‘令人有点怀疑分阶段聆讯一宗案件是否明智。’他继而表示‘在采用分阶段处理的方法之前，应考虑到这项程序有甚么方面可能导致在不同级别的法庭重复进行多回的法律程序。应该尽可能避免出现这种结果，因为它对诉讼各方及司法效率均无甚帮助。’⁴⁸最近，一名拒绝就反对一项核证令的上诉给予许可的法官指出，有关申索早于三年前已展开，而‘现时已是适当时候将所提出的争论点交付审讯。为了司法公正着想，而且本席认为也为了诉讼各方的利益着想，均需要作出解决。’⁴⁹另一方面，在复杂的案件里，有经验的律师认为在核证之前先就主要的争论点进行诉讼而非立即就整宗案件进行诉讼，会缩短而不是延长有关法律程序，并可遏止讼费的增加。⁵⁰此外，为了回应对案件达至核证聆讯所需时间的关注，案件管理法官对于是否坚持‘90天规则’（即规定核证动议须在状书提交期结束后的90天内提出）越来越持开放态度。⁵¹

⁴⁸ *Garland v Consumers' Gas Co*, [2001] O.J. No. 4651 第 76 段(CA)(QL)。

⁴⁹ *Smith v National Money Mart Co* (2007 年 4 月 2 日)，法庭档案第 03-CV-1275 号（安大略，SCJ）（未经汇报）。

⁵⁰ 见以下例子：*Attis v Canada (Minister of Health)* [2007] OJ No. 2990 第 11 段(SCJ) (QL)。亦见 Roy Millen, "Addressing the Merits of a Proposed Class Proceeding in Advance of Certification", *Class Action V* : 4 (2007 年 7 月) 第 367 页。作者认为“针对案件理据的核证前动议，已成为精简所建议的集体诉讼程序的重要工具，藉以减少由核证过程及其后事宜所必然造成的费用浪费、时间拖延及结果不明朗的风险。”

⁵¹ 首席法官荣克勒（Winkler）评论 W A Bogart, Jasminka Kalajdzie 与 Ian Matthews 合着的、名为“Class Actions in Canada: A National Procedure in a Multi-jurisdictional Society?”（见前文）的论文稿时发表的意见。‘90 天规则’是很多集体诉讼法规所共有的，包括安大略的《集体诉讼程序法令》第 2(3)条及不列颠哥伦比亚的《集体诉讼程序法令》第 2(3)条。

一宗案件的共通争论点进展至审讯阶段所需的时间当然更长。以在 2001 年 12 月展开诉讼的 *Mandville v Manufacturers Life Insurance Co* 案件为例，核证动议及简易判决动议是在 2002 年 9 月进行辩论的（[2002] OJ No. 5386 (SCJ) (QL)），而上诉是在 2004 年 6 月进行辩论并被拒绝的（[2004] OJ 2509 (CA) (QL)）。截至 2007 年夏季，该案仍在口头证据和文件证据的透露阶段，并预期不会在 2008 年之前开始审讯。”⁵²

英格兰与威尔斯

“不可能为〔集体诉讼令〕说出一个平均所需时间：答案视乎个别案件而定。涉及很多个别申索人的案件，显然需要若干时间供共用的律师团与个别申索人互相沟通。然而，集体诉讼令的精髓是在个人争论点并不占主导地位和不需由法庭作出任何深入调查或考虑的案件里，将正常程序作出某种形式而合乎经济原则的简化以提高效率，⁵³ 并以测试案件或初步争论点为基础，及早解决主要的决定性争论点。”⁵⁴

美国

“研究显示联邦集体诉讼耗用的法庭资源，大约是非集体形式的诉讼所耗费的五倍。⁵⁵ 如果只集中看在核证过程中遭强烈反对的经核证集体诉讼，所得数字可能会有很大差异。然而，要将在复杂程度方面可粗略地与集体诉讼、大规模合并案或大规模综合案比拟的一系列“普通”案件区分出来，以作出较为精确的比较，并非易事。此外，人们普遍相信虽然以每一宗集体诉讼或大规模综合案计，会耗费较多法庭时间，但

⁵² W A Bogart、Jasminka Kalajdzic 与 Ian Matthews, "Class Actions in Canada: A National Procedure in a Multi-jurisdictional Society?" 为集体诉讼全球化会议而拟备的报告，2007 年 12 月，第 32 页。

⁵³ 在例如是关于药物或烟草产品责任的案件中，个人争论点并不占主导地位，而避免调查个人在医疗方面的争论点，其实往往不能真正节省资源。

⁵⁴ 贺捷思, "Global Class Actions Project Country Report: England and Wales", 为集体诉讼全球化会议而拟备的报告，2007 年 12 月，第 30 页。

⁵⁵ 在这一方面，可参考 Thomas E Willging、Laurel L Hopper 与 Robert J Niemic 合着的 *Empirical Study of Class Actions in Four District Courts: Final Report to the Advisory Committee on Civil Rules* (Federal Judicial Center, 1996 年) 中载述的研究结果，第 22-23 页。该报告亦表示“与非集体形式的民事案件比较，集体诉讼所需时间并非如惯常般较长。整体而言，在（所研究的）四个地区的其中三个，集体诉讼由提起至处理完毕所需时间的中位数，是其他民事案件的两至三倍；而在第四个地区（佛罗里达州），集体诉讼所需时间多出中位数大约四个半月。”第 19 页。

将相关的申索以集体方式处理与每宗申索均作为独立诉讼而起诉的所需时间比较，法庭最终会有所得益。另一方面，在很多集体诉讼中，各成员在集体诉讼程序以外的申索会因为所索涉的金钱利益太少而蒸发。”⁵⁶

3.31 将处理集体诉讼程序所需时间概括起来，并说出一个相对于非集体法律程序而言的平均时间，并不容易。现时案件进展至核证聆讯所需时间是一个令人关注的因素。以经验为依据的有限研究显示，集体诉讼比典型的民事案件较大机会耗用较多的司法资源，但有人认为集体诉讼程序与处理一大群人的申索比较，最终还是会让法庭得益。如果各项能独自追讨赔偿的申索均个别地进行诉讼，聆讯将会重复，整体而言会耗用较多司法资源。

规管机构的行动

3.32 在我们结束检讨赞成及反对集体诉讼机制的论据之前，或须指出一点，就是规管机构在行使其法定权力时，可进行诉讼，使那些因失当行为影响其利益的个别市民从中受惠。例如证券及期货事务监察委员会（证监会）具有法定权力，可在上市公司或前上市公司的事务中出现失当行为（包括欺压股东及对股东造成不公平损害）的个案中，根据《证券及期货条例》（第 571 章）第 214 条向高等法院原讼法庭寻求一项获得订明补救的命令。这类命令相信能够令这些公司的股东受惠（虽然只是间接受惠）。证监会可就失当行为采取纪律行动；如果证监会裁定持牌人或注册机构不是进行《证券及期货条例》下的规管活动的适当人士或机构，亦可采取纪律行动。证监会施加罚则时，可考虑到持牌人或注册机构已支付的赔偿，不过证监会本身无权要求支付赔偿。关于证监会的规管权力的进一步资料，可登入证监会的网站查阅，其网址是 www.sfc.hk。虽然规管机构的行动可为个人争取到某程度上的补偿或利益，但不能视之为可取代透过集体诉讼以获得较佳的寻求司法公正渠道。

我们的结论

3.33 我们认为有具说服力的理据支持改革香港现时规管多方诉讼的程序，令本章开首所列的政策目标可较易达致。在我们看来，

⁵⁶ Nicholas M Pace, "Class Actions in the United States of America: An Overview of the Process and the Empirical Literature", 为集体诉讼而化会议而拟备的报告，2007年12月，第93-4页。

适当的改革能加强寻求司法公正的渠道，令欠缺经济能力的人有途径为别人的过失取得赔偿。再者，集体诉讼机制可以说是纠正了消费者与商界之间的不均称力量。香港不少公司就市场占有率及资源而言都很强大，但却没有在财力和能力上可堪比拟的有组织消费者团体，只有消费者委员会局部填补了这方面的空白。我们经商议后，达致有需要进行改革的立场，我们亦建议改革的形式是引入一套可以应付可在香港出现的集体诉讼的机制，以求所有人都有均等机会找到寻求司法公正的渠道。

3.34 我们小心考虑过引入集体诉讼机制的潜在风险。我们研究过多个海外法律改革机构和学者对此作出的风险评估。他们识别出的风险及其回应论点均载列于本文件的附件 3。我们知道，在香港引入集体诉讼机制，会有促使人们无必要地提起诉讼的风险。法团或要为此付出额外成本，例如它们需要为应付集体诉讼的风险而购买保险。同样地，为了管理其风险，它们亦有能力避免堕入正正会带来集体诉讼风险的境况中。

3.35 小组委员会不相信这些忧虑令反对改革的理据占优，不过我们在拟定改革建议时，会对引入集体诉讼机制附带的风险保持醒觉。我们在考虑适合香港的机制时，已参考过欧洲联盟（下称“欧盟”）现正就改革建议而进行的辩论。这场辩论的要点是私人的损害赔偿申索应否列为辅助执行规管措施的机制，及能否以此平衡民事诉讼程序与多重申索的出资机制，以避免出现过量的诉讼及讼费。⁵⁷ 有人十分关注如何避免美国的集体诉讼制度中被视为弊点的一些情况，包括大量的诉讼、高昂的法律交易成本、勒索式的和解，以及对经营业务者构成高得可怕的成本，令致对经济和创新造成重大阻滞。⁵⁸ 我们较早前已在本章讨论过美国制度中导致上述所察觉到的困境的一些独特因素，因此并不建议依循美国的集体诉讼模式。

3.36 我们时刻紧记，有需要确保在香港引入集体诉讼机制不会鼓励人们提起没有胜诉机会的诉讼。而重要的是，要有适当程序过滤明显不可为的案件，并要有适当的规则确保该等诉讼是公正、快捷及具成本效益的，同时亦有需要探讨法庭程序以外而能辅助集体诉讼的其他程序。

⁵⁷ 贺捷思，"Global Class Actions Project: Summary of European Union Developments"，为集体诉讼全球化会议而拟备的报告，2007年12月，第6页。

⁵⁸ 贺捷思，"Global Class Actions Project: Summary of European Union Developments"，为集体诉讼全球化会议而拟备的报告，2007年12月，第6页。

调解与仲裁

3.37 贺捷思博士（Christopher Hodges）就在香港引入集体诉讼机制一事所发表的意见，令我们注意到“解决纠纷的另类办法”机制的发展。由于人们希望避免诉讼过程所引起的讼费和延搁，并采用“解决纠纷的另类办法”与“申诉专员”机制中的新方法，带动了这方面的发展。⁵⁹ 一项由司徒克（Jules Stuyck）教授领导的2007年研究达致以下结论：⁶⁰

- (a) 在欧盟各成员国中，“解决纠纷的另类办法”是一个连续性的整体，包含直接谈判、调解／仲裁、小额索偿程序、集体诉讼及寻求强制令的诉讼等主要元素；
- (b) 欧盟的每一个成员国各自设立了独一无二的混合体制。在任何一个成员国中，必须从以下方面观察“解决纠纷的另类办法”这个模式：其一般司法程序的组织和有效性、其商业结构及消费者群体的组成方法、市场监察是否有效、政府在当地及整体层面的运作方式，以及其历史、政治、社会经济、教育及文化等因素；
- (c) 没有任何一种方法或混合方式的“解决纠纷的另类办法”程序或技巧可以被推荐为对消费者而言的最佳选择；
- (d) 普遍而言，某一解决纠纷机制对于某具体情况而言是否适合，会视乎一系列可变的因素，包括引起纠纷的情况、投诉或申索的性质、所涉及的金额，以及有关消费者及业务所涉的经验、人物、资源、知识和理解、技能、以及态度。这些可变因素在每一个司法管辖区都可能各有不同，以致适合在一个司法管辖区运作的某一混合体制不一定能在另一个司法管辖区中发挥效力。

3.38 寻求损害赔偿的集体诉讼，通常由两个部分组成。第一个部分是断定适用的法律原则，这些原则必须应用于个别的案件，并在适当情况下亦会用以裁定被告人的法律责任问题。诉讼的第二个

⁵⁹ 贺捷思，“Global Class Actions Project: Summary of European Union Developments”，为集体诉讼全球化会议而拟备的报告，2007年12月，第8页。

⁶⁰ 司徒克与其他人合着的 *An Analysis and Evaluation of Alternative Means of Consumer Redress Other Than Redress Through Ordinary Judicial Proceedings*（Catholic University of Leuven，2007年1月17日，于2007年4月发表）及其摘要，第5-15页。这是一项重要的研究，涵盖欧盟每个成员国加上美国、加拿大及澳大利亚就现有机制的各种形式而拟备的报告。

部分是将这些法律原则应用于个别案件中，并在适当情况下评估须支付予集体个别成员的损害赔偿金额。“解决纠纷的另类办法”程序对集体诉讼的第二个部分尤其有帮助。我们考虑过澳大利亚境内集体诉讼的程序框架，并觉得以下条文对于在香港引入集体诉讼机制有重大的实用意义。

《澳洲联邦法院法令》第 53A 条

3.39 《1976 年澳大利亚联邦法院法令（联邦）》（Federal Court Act of Australia 1976 (Cth)，下称“《澳洲联邦法院法令》”）第 53A 条赋权法院即使在未取得诉讼各方的同意下亦可将法律程序转介给一名调解员处理，或在取得诉讼各方的同意下交付仲裁：

“(1) 在不抵触《法院规则》的情况下，法庭可藉命令将法庭内的法律程序或其中任何部分或源于法律程序的任何事宜按照《法院规则》的规定转介一名调解员或仲裁员，以进行调解或仲裁（视属何情况而定）。

(1A) 根据第(1)款向调解员作出的转介，不论有没有取得诉讼各方的同意均可作出。然而，向仲裁员作出的转介，则只可在诉讼各方同意下作出。”

3.40 《联邦法院规则》第 10 号命令有就调解和仲裁作出规定：

“1. 寻求指示的聆讯——一般规定

(1) 在寻求指示的聆讯中，法庭须就有关法律程序的进行给予其认为恰当的指示。

(2) 在不抵触第(1)或(1A)款规则的一般性的原则下，法庭可——……

(g) 根据第 72 号命令下令将法律程序、法律程序的一部分或源于法律程序的任何事宜，转介予一名调解员或仲裁员；

(h) 下令诉讼各方出席在司法常务官席前举行的会议，会议目的是令司法常务官信纳已采取所有合理步骤以令有关法律程序达致一个经协商的结果，若无结果则澄清真正的争论点，让司法常务官可发出适当的指示，以解

决有关事宜或缩短审讯时间或缩短为审讯作出准备所需的时间。……”

3.41 同样地，凡有集体诉讼程序在维多利亚最高法院有待裁定，《最高法院规则》已就该法院将这项法律程序或其任何部分在有或没有任何一方当事人同意下转介一名调解员一事，作出规定。⁶¹

3.42 此外，在联邦法院及维多利亚最高法院这两级法院中，还有多种其他程序上的方法供人自由选择，包括将有关事宜或争论点转介特别裁判人处理。⁶²

相关的澳大利亚案件

3.43 在 *McMullin v ICI Australia Operations Pty Ltd*⁶³ 一案中，联邦法院就法律责任问题作出裁决后，继而听取七名群体成员的申索、将申索额低于\$100,000的个别人士分成16个小组，并将聆讯及裁定该等申索的权力转授予一名司法常务官。韦克斯法官（Wilcox J）在一份非司法文件中写道，他觉得与须支付予每名群体成员的损害赔偿的评估有关的情况：

“差异极大，所以不得不进行个别评估。然而，各方当事人挑选了几宗引起重大原则问题的个案。这几宗个案的聆讯花了几天时间便有了裁定。**各方当事人然后就个别个案进行谈判，并按照法庭的指示及法院人员就多宗个案进行的调解而交换资料。有两或三宗个案未有透过协议解决，这些个案中的损害赔偿便须由法官裁定。其余所有个案则达成协议。**

在谈判和解的过程将近结束时，法庭下令在畜牧业界行销的报章上刊登广告，通知群体成员必须在一个指定日期之前呈上任何尚未提出的申索，否则便不能受惠于有关判决。截至该日期到临时，一共接获499宗申索。在解决了最后一宗申索后，付出的金额总数约有\$1亿，而整个运作过程所需的法庭时间总计只是大约30天。”⁶⁴（表示强调的粗体后加）

⁶¹ 见《2005年最高法院（一般民事诉讼程序）规则（维多利亚）》第50.07号命令。

⁶² 例子见《2005年最高法院（一般民事诉讼程序）规则（维多利亚）》第50号命令。

⁶³ (1991) 72 FCR 1.

⁶⁴ 见 Wilcox M, "Class Actions in Australia" (在〔澳大利亚〕联邦法律会议上呈述的文件，墨尔本，2003年)第7-8页，于 D Grave 与 K Adams 合着的 *Class Actions in Australia* (Thomson, 2005年)第323页中引述。

3.44 在 *Johnson Tiles Pty Ltd v Esso Australia Pty Ltd (No 2)*⁶⁵ 一案中，基尔勒法官（Gillard J）接获多份书面呈述，但没有就聆讯及裁定群体其余成员的申索的适当机制作出任何指示。该法官宁可等到能够在该项法律程序中提出申索的申索人集体不再接受他人加入之时才作出指示。原告人有以下建议：

- 申索金额超逾\$250,000 的群体成员应获许可依据《1986年最高法院法令（维多利亚）》第 33R(1)条参与有关法律程序，令他们可获赔偿的损失金额得以裁定，法庭并发出指示让每一宗这类申索得以进展至由法官进行审讯的阶段。如情况合适，法庭亦可依据《1996年最高法院（一般民事诉讼程序）规则（维多利亚）》第 50.01 条规则将个别申索转介特别裁判人以进行评估。
- 申索金额在\$50,000 至\$250,000 之间的群体成员不应获许可依据《1986年最高法院法令（维多利亚）》第 33R(1)条参与有关法律程序。这些群体成员的申索应予以具体列述，并转介至一项联合调解中。如该项调解未能就这些申索达成协议，他们应获许可依据该法令第 33R(1)条参与有关法律程序，而其申索应依据《1996年最高法院（一般民事诉讼程序）规则（维多利亚）》第 50.01 条规则，转介一名特别裁判人进行评估；⁶⁶
- 申索金额少于\$50,000 的群体组成员的申索应予以具体列述，并转介至一项调解中。如该项调解未能就这些申索达成协议，则法庭应依据《1996年最高法院（一般民事诉讼程序）规则（维多利亚）》第 50.01 条规则，将这些群体成员的申索转介一名特别裁判人处理，或应为依据《1986年最高法院法令（维多利亚）》第 33Z(1)(f)条裁定损害赔偿判给的合计总额而进行审讯。

3.45 基尔勒法官（在第〔83〕页）表示：

“本席认为各方当事人应认真考虑将有关申索依据第 50.08 条规则转介以进行仲裁的机制。虽然只有在各方当事人同意下才可采用这个程序，不过它的好处是仲裁裁决通常是最终的，对有关裁断提出异议的途径亦有限，而将案件转介特别裁判人，有时会因为一方当

⁶⁵ [2003] VSC 212.

⁶⁶ 亦请参阅上文的《澳洲联邦法院法令》第 53A 条。

事人向法庭申请发出一项法庭不接纳根据第 50.04 条规则提出的报告的命令，以致陷入僵局。”⁶⁷

3.46 一宗近期的案件说明越来越有人在集体诉讼程序中使用“解决纠纷的另类办法”，以避免支付讼费和诉讼程序延误。2008年5月23日，一宗针对 Centro Properties Ltd 及其他人的集体诉讼程序在澳大利亚联邦法院提起（下称“Centro 集体诉讼案”）。据称被告公司向市场作出了某些申述，又没有即时向澳大利亚证券交易所披露合理的人预期会对该公司证券的价格或价值有关键影响的消息，从而违反该交易所的《上市规则》、《2001 年法团法令（联邦）》（Corporation Act 2001 (Cth)）、《2001 年澳大利亚证券及投资委员会法令》（Australian Securities and Investment Commission Act 2001）及《1974 年营商手法法令（联邦）》（Trade Practices Act 1974 (Cth)）。联邦法院已下令进行调解，以探讨有甚么方法可以解决 Centro 集体诉讼案中的申索。在 Centro 公司及代表投资者的律师事务所同意下，澳大利亚联邦法院在 2008 年 12 月 17 日命令 Centro 集体诉讼案须在 2009 年 4 月 17 日前进行调解，并对所有股东登记其申索以维持在该集体诉讼中的当事人身分或选择退出该法律程序订下严格的时限。法院下令，若余下的股东不在限期前向原告人的律师事务所登记，他们会被禁止就该项法律程序的标的或关乎该标的而针对被告公司提出任何申索。该集体的准成员均获提醒，这是加入该集体诉讼的最后机会，是在 Centro 公司同意探讨解决有关申索的方法后议定的。⁶⁸

3.47 在香港，终审法院首席法官辖下民事司法制度改革工作小组已建议法院向诉讼人提供更多资讯及支援，以鼓励更多诉讼人采用纯属自愿的调解办法（工作小组报告的《提议 138》）。该工作小组亦已建议采纳适当的规则授予法庭权力，目的是在任何诉讼人收到对方送达的要求调解通知书后，或在法庭已主动提议调解或对方申请提议调解时，如该诉讼人无理地拒绝接受调解，法庭在考虑所有有关情况后便有权作出不利该诉讼人的讼费令（《提议 143》）。

3.48 该工作小组指出，在适合的案件中，调解可以大量节省讼费。对于一些复杂及争持剧烈的案件，所能够节省的讼费更加瞩目。

⁶⁷ 亦请参阅基尔勒法官在 *Johnson Tiles Pty Ltd v Esso Australia Pty Ltd (No 2)* [2003] VSC 212 案第 (85) 页中意思相同的评论。

⁶⁸ 见 Slater & Gordon 律师事务所在其网站（www.slatergordon.com.au）公布的新闻稿及股东通知书。

目。⁶⁹ 此外，调解能够为各方当事人带来具弹性及建设性的结果，是传统的法律补救所不能提供的；亦让纠纷有机会在保密的情况下较快捷地获得解决，而各方当事人在过程中均获引导如何寻求和解，而非如何令对方遭受最大的敌对损害。⁷⁰

3.49 在 *Halsey v Milton Keynes General NHS Trust*⁷¹ 一案中，虽然英格兰上诉法院拒绝批准强制性的调解，但表示法庭就讼费作出决定时，可考虑诉讼各方在有关法律程序进行之前或期间的行为表现，以及他们对解决纠纷所付出的努力。若要施行讼费制裁的话，败诉的一方须证明其对手拒绝采用“解决纠纷的另类办法”是“在所有有关情况下属不合理的”。

3.50 在 *iRiver Hong Kong Ltd v Thakral Corporation (HK) Ltd*，⁷² 杨振权法官认同戴嵩受动法官（Dyson LJ）在 *Halsey* 案的附带意见⁷³：

“‘解决纠纷的另类办法’的价值和重要性，在一段非常短的时间内已予确立。法律界所有从事诉讼工作的成员，现在都应以此为常规程序，与当事人研究他们的纠纷是否适宜采用‘解决纠纷的另类办法’。”⁷⁴

杨振权法官亦告诫说，根据《高等法院规则》新订立的第 1A 号命令（内附该等规则的基本目标为“便利就争论点达成和解”）及《高等法院规则》第 1B 号命令（列明法庭的案件管理权力），各方当事人及其律师在促进这个基本目标方面向法庭负有责任。杨振权法官说道：“他们在尝试有效地解决他们的纠纷时，忠告他们要牢记以上关于‘解决纠纷的另类办法’的意见”。⁷⁵

3.51 爱尔兰法律改革委员会亦建议使用“解决纠纷的另类办法”作为无需透过诉讼来处理牵涉多方的情况的一种方法。⁷⁶ 该委员会讨论了英国在二十世纪九十年代末期发生的一宗案件，当时多间医院被揭发未经家长及监护人的同意，私下保留了一些婴儿的器官及其他身体组织。透过使用“解决纠纷的另类办法”，其中一些

⁶⁹ 终审法院首席法官辖下民事司法制度改革工作小组，《民事司法改革最后报告》（2004年），第 798 段。

⁷⁰ 出处同上，第 799-800 段。

⁷¹ [2004] 4 All ER.

⁷² 民事上诉案件 2007 年第 252 号，2008 年 8 月 8 日。

⁷³ 上文引述的案件，[2004] 4 All ER，第 11 段。

⁷⁴ 民事上诉案件 2007 年第 252 号，2008 年 8 月 8 日，第 100 段。

⁷⁵ 上文引述的民事上诉案件 2007 年第 252 号，第 106 段。

⁷⁶ 下文的例子是爱尔兰法律改革委员会在其 *Multi-Party Litigation*（2005 年，报告书 LRC 76-2005）中第 1.11-1.12 段提供的。

个案得以在法院以外成功解决。该委员会评论说，虽然损害赔偿申索对一些个案是合适的，但亦可透过非诉讼的“解决纠纷的另类办法”，令有关家长及监护人得到恰当的解释和道歉，使“纠纷”得以解决。举例说，关于艾达海医院（Alder Hey Hospital）私下保留器官的集体诉讼（约涉 1,100 宗申索）透过“有效解决纠纷中心”（Centre for Effective Dispute Resolution）安排的三天调解即达致和解。该项和解虽然包括金钱赔偿，但大家都同意是因为各方能够讨论与金钱无关的补救方法，才确保事件得以圆满了结。受害的家庭提出一份“意愿清单”，最终促使院方在医院里设立纪念碑匾，发出道歉信，召开记者招待会以及向申索人所指定的慈善机构捐款。

3.52 我们认为，只要能以节制的方式施行“解决纠纷的另类办法”，使用这机制便能够促使人们以具成本效益的方法，解决集体诉讼所牵涉的纠纷。香港应该以海外司法管辖区的相关经验为借鉴，更详细地进一步研究如何全面利用和采纳“解决纠纷的另类办法”的技巧，例如在集体诉讼程序中进行临时的或最终的调解及仲裁等。

选择退出制的集体诉讼的和解

3.53 我们考虑过，选择退出制的集体诉讼机制，与牵头原告人须代表缺席的集体成员协商具约束力和解协议的调解程序，两者之间的恰当关系为何。

3.54 这个问题在澳大利亚也有出现。⁷⁷ 与传统的民事诉讼和解不同的是，集体诉讼中的群体成员通常没有参与和解协商，亦没有对和解条款表示同意，甚至很多时都不知道有这些条款，但和解协议只要获法庭核准，便会对他们具约束力。为了尝试确保群体成员的权益，澳大利亚联邦法例将获法庭核准的重要规定纳入其中。《澳洲联邦法院法令》第 33V 条有以下规定：

- “(1) 未经法庭核准，代表诉讼程序不得和解或中止。
- “(2) 如法庭给予上述核准，则可就分发在和解下支付的任何款项或支付予法庭的任何款项，作出公正的命令。”

⁷⁷ 见莫拉比图在 "An Australian Perspective on Class Action Settlements" (2006 年) 69(3) *Modern Law Review* 第 347 页中的讨论，亦见 Peter Cashman, *Class Action Law and Practice* (2007, The Federal Press), 第 348-400 页。

3.55 诉讼若然圆满了结，代表申请人及案件所涉群体的律师所获支付的费用，通常只会等同收回一大笔已支出的手头现款，故此在财政上往往有很大诱因令律师寻求和解。同样道理，一名为该宗诉讼提供资金的商业诉讼出资者，亦有很强的商业意愿见到其投资取得回报。谋求集体诉讼达致和解，很多时亦会基于各种理由而合乎答辩人的商业利益。正如波杰努法官（Bongiorno J）在 *Tasfast Air Freight v Mobil Oil Australia Ltd* 一案中，就在维多利亚州有关法例中一项大致上相等的条文而指出：

“第 33V 条所基于的原则，可以说是法院保障性质的司法权限所基于的原则，类似导致法庭要求代表幼年人或无行为能力的人作出妥协时须经核准所依据的原则。”⁷⁸

3.56 我们已在第 8 章标题为“和解下的讼费”的段落中，列出关于支付代表原告人事务律师的讼费如何评估的澳大利亚相关案件。

3.57 莫拉比图博士认为可从澳大利亚在和解须经法庭核准的经验中汲取以下教训：⁷⁹

- (a) 为了让法庭能够圆满履行审视集体诉讼的和解这项艰巨任务，应就实质上及程序上有争议的事宜提供有效的协助和详细的指引。建议应采取类似美国的做法，任命特委律师／聆案官代表有关集体，以维持该等法律程序的对抗性质。守护者可担任“魔鬼的讼师”（即为争辩而故意持不同意见的人），既保障缺席集体成员的权益，亦向法庭提供多一些资料。
- (b) 在保障没有法律代表的集体成员方面，法庭必须获得协助。参考美国的联邦集体诉讼，建议法庭在集体成员包括有法律代表和没有法律代表的当事人的情况下，应考虑委出一个无法律代表集体成员小组，担任没有法律代表的当事人的发言人；及
- (c) 集体诉讼机制必须指明法庭在审视建议的和解协议时所会引用的考虑因素。现将建议包括的有关考虑因素分项列出如下：⁸⁰

⁷⁸ [2002] VSC 457, [4].

⁷⁹ 莫拉比图，"An Australian Perspective on Class Action Settlements"（2006 年）69(3) *Modern Law Review* 347，第 380-382 页。

- “ (i) 和解的条款；
- (ii) 假设和解不获核准，诉讼很可能会费时多
久、所需要的讼费及诉讼的复杂程度；
- (iii) 假如集体诉讼大有机会胜诉，则每名集体成
员会获发给的款额；
- (iv) 即使在审讯中集体取得胜诉，所获判给的款
额不会显著地多于和解所提供的款额；
- (v) 集体的法律代表的建议及经验；
- (vi) 中立当事人（如有的话）的建议；
- (vii) 集体成员对该项和解所持的态度（包括反对
者的人数）；
- (viii) 出于真诚、没有串通及与集体诉讼的目标相
符；及
- (ix) 和解利益的分发是否令人满意。”

金融业的纠纷解决机制

3.58 我们考虑过近期在香港提出的在金融业设立纠纷解决机制的建议。⁸¹ 我们注意到在有这类机制存在的其他司法管辖区中，仍有需要设立集体诉讼机制。

关于竞争法的建议

3.59 2008年5月7日，政府发表了一份谘询文件，列明关于制定一套跨行业竞争法及设立独立的竞争法委员会来执行整套法律的主要建议条文。⁸² 该谘询文件建议，应容许因反竞争行为而受屈的当事人在建议的竞争事务仲裁处提起私人诉讼。这类诉讼可以是

⁸⁰ 见梅丽朗的 *The Class Action in Common Law Legal Systems, a Comparative Perspective* (2004年, Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing) 第397-8页中对这些考虑因素的讨论。

⁸¹ 包括证券及期货事务监察委员会的《就雷曼迷你债券事件引起的事项向财政司司长呈交的报告》(2008年12月)，第35.5段以及香港金融管理局的《香港金融管理局就分销与雷曼集团公司相关的结构性投资产品的事宜提交的报告》(2008年12月31日)，第8.49段。

⁸² 《竞争法详细建议—公众谘询文件》，香港特别行政区政府(2008年5月)，可于以下网页找到：http://www.cedb.gov.hk/citb/html/pdf/consultation/Consultation_Paper_Chi_Final_by_GLD.pdf。

“跟进”诉讼，即为因反竞争行为而蒙受的损失要求赔偿的诉讼，或是“独立”诉讼，即要求竞争事务审裁处就有关行为作出裁定。

3.60 2008年8月，消费者委员会发表了它对上述各项建议的回应。⁸³ 消费者委员会提议，政府应采取一种综合上述两项相辅相成机制的做法，容许那些因有人违犯反垄断法规的行为而提出个别申索的受害者获得集体补偿（例如由合资格实体为追讨损害赔偿而提起的代表诉讼，或采用选择加入制的追讨损害赔偿集体诉讼），这与欧洲委员会为改善针对反竞争行为的集体补偿制度而提出的建议相类似。

建议 2

我们认为，建基于公平、便捷及合乎成本效益等概念的人人皆有均等渠道寻求司法公正的原则，应引领涉及多方诉讼的现行制度的任何改革。在上述信念的引领下，我们确信现已有充分理由考虑在香港的法院中建立一套全面的程序框架，以规管集体诉讼，但同时紧记需要谨慎行事，以免不当地鼓励人们提起诉讼。我们认为在任何集体诉讼制度中，最重要的是要有适当的程序筛除明显不可为的案件，并应设立适当规则以确保公平、便捷和合乎成本效益的原则。此外，应充分利用“解决纠纷的另类办法”，例如调解和仲裁，作为中期和最终的解决争议办法。

⁸³ 消费者委员会的意见书可于以下网页找到：<http://www2.consumer.org.hk/2008080501/full.pdf>。

第 4 章

选择加入制与选择退出制的比较

引言

4.1 在集体诉讼程序中必然出现的一个问题，是如何确定谁是集体成员。事实上，其他司法管辖区的法律改革机构均一致认同在设计多方诉讼机制时，采用选择加入制还是选择退出制很可能是最令人争议的议题。¹ 在“选择退出制”下，任何人的申索凡涉及在集体诉讼程序中提出的问题（不论属法律或事实问题），即必然成为有关集体的成员，其权利亦会受到在该项集体诉讼程序中的任何判决所约制，除非他们采取肯定的行动表示他们不欲被纳入该项诉讼之中及不欲受制于所产生判决的效力。² “选择退出制”已获澳大利亚、美国³、魁北克及不列颠哥伦比亚⁴ 等司法管辖区采用。相对而言，在“可选择加入”的做法下，准集体成员必须在订明期间内采取订明步骤，表明他选择加入集体诉讼程序。任何人除非已选择加入有关诉讼程序，否则不会受到其判决或和解所约束。

集体诉讼的两种程序的基本特征

4.2 根据梅丽朗教授的分析，“可选择退出”程序牵涉两个阶段：

“首先，原告代表人必须采取步骤，通知那些可能合资格成为集体成员的人集体诉讼已经展开。第二个阶段是要求符合集体成员的描述但不欲参与有关诉讼的人提交退出通知书。”⁵

¹ 例子之一是安大略法律改革委员会的 *Report on Class Actions* (1982 年)，第 467 页。

² 梅丽朗（前述著作），第 29 页。

³ 根据《联邦民事诉讼规则》第 23(b)(3)条作出的推断，为追讨损害赔偿而提起的集体诉讼中有可选择退出的绝对权利。

⁴ 梅丽朗教授在（前述著作）第 34 页中论述：

“……在可选择退出的模式中，有关人等必然成为集体成员，除非他们采取肯定的行动表示他们不欲被纳入有关诉讼之中及不欲受制于所产生判决的效力。这种模式已获绝大多数普通法司法管辖区采用。选择退出模式容许原告代表人**无需取得集体成员的明示同意**，便可展开集体诉讼。”（表示强调的粗体后加）

⁵ 梅丽朗（前述著作），第 35 页。

4.3 梅丽朗教授解释已选择退出的成员面对的后果如下：

“至于选择退出的成员，他们因此有权自行提起法律程序，或完全与有关争议脱离关系。不过，他们无权分享该集体所取得的任何济助，亦不受到不利该集体的判决所约束。另一方面，对于完全没有采取任何行动的成员，他们会受到法庭就该诉讼的共通问题作出的裁定或诉讼的和解所约束；而如果两者都是对该集体有利的，他们亦可视乎其个别争论点的诉讼结果而取得他们所占份额的金钱济助。”⁶

4.4 相对而言，根据“可选择加入”的做法，准集体成员必须在订明期间内采取订明步骤，明示加入该项集体诉讼程序。由他成为集体成员的那一刻起，便会受到有关判决或和解所约束，亦具资格收取所获得的利益。“选择加入”制的主要好处，是保留个人是否参与诉讼的自主权，即只有在他愿意的情况下才会让他参与诉讼。另一个好处是原告人群体的人数会减少，令损害赔偿的评定及所有当事人的案件准备功夫均较为易办。英格兰与威尔斯根据其集体诉讼令程序采取了这一种做法，不过附带一项不易察觉的例外，就是可透过法庭的命令将诉讼人的申索综合于集体诉讼中。⁷

正反的论据

4.5 梅丽朗教授将赞成和反对“可选择退出”模式的论据总结如下：

正反的论据：可选择退出模式⁸

赞成	反对
(a) 被告人大抵无须面对集体诉讼中没有提及的其他申索；即使要面对的话，他们也能较准确地掌握其后的个别法律程序中他们可能会面对的集体成员人数；	(a) 某人可在未有他人明示的委托下代表他们进行诉讼的做法，是可遭非议的； (b) 那些甚少或完全没有出过力鼓吹提起诉讼的人，却要采取肯定的步骤以摆脱诉讼；

⁶ 梅丽朗（前述著作），第 38 页。

⁷ 《民事诉讼程序规则》第 19.11(3)(b)条规则。

⁸ 梅丽朗（前述著作），第 37-38 页。

赞成	反对
<p>(b) 选择退出制能令那些在社会上、智力上或心理上处于弱势及因不同理由未能采取肯定的步骤加入有关法律程序的人有更大机会取得法律上的补救；</p> <p>(c) 法律程序的效率得以提高，而且可避免重复进行法律程序，这令所有有关人等都得益；</p> <p>(d) 集体诉讼的基本理念在于提供寻求司法公正的渠道，而将个人纳入集体之中是应予鼓励的（例如易受伤害的人应一律纳入其中）；</p> <p>(e) 某些措施可防止当事人“被捆绑在一起”，例如妥当的通知以解释退出的权利，容许在诉讼后期选择退出，以及其他程序上的规定；</p> <p>(f) 对每一名集体成员来说，若他所需决定的事情只是是否继续进行法律程序而非是否展开法律程序，则可保留是否寻求补救的个人选择权；</p> <p>(g) “选择退出”较有效地确保被告人能够对他们所造成损害的程度作出全面的评估，而非仅因为有某数目的集体成员没有采取步骤加入诉讼而免于承担全面后果；</p> <p>(h) 沉默可代表意向模棱两可，</p>	<p>(c) 集体诉讼可能会由一些爱管闲事的人在某些不讲原则的企业型律师鼓动下提起；</p> <p>(d) 缺席的集体成员可能会太迟获悉有关诉讼，以致赶不及退出，在此情况下不论他们是否愿意，也要受到有关结果所约束；</p> <p>(e) 因制造出一个大得难以管理的集体，而且其中成员并没有以名字认明，以致很难进行寻求和解的谈判，增加了对被告人的不公平；</p> <p>(f) 法庭为回应一群完全被动、甚至不欲为其申索提起诉讼的原告人的提请，因而针对抗辩一方强制执行有关申索，是一件乏味的工作；</p> <p>(g) 选择退出制令集体诉讼判决所产生的“已判事项”普遍效应，可能因为个别集体成员行使其不被纳入集体的权利而遭削弱；</p> <p>(h) 只要有集体成员是为提起其个人的诉讼而行使选择退出的权利，则在此范围内便会令所欲达致的节约受损，亦令产生不一致裁决的风险增加；</p> <p>(i) 有人始终会因为胆怯、无知、不熟悉商业或法律事宜或不明白通知内容而不想参</p>

赞成	反对
<p>但不一定显示漠不关心或无兴趣追讨。所以不论透过集体诉讼取得甚么利益，都不应因为集体成员没有在诉讼初期采取任何行动而拒将利益分给他们——这对于被视为集体一部分的沉默者来说较为公平。</p>	<p>与诉讼，选择退出制不能改变这项事实——这些不会选择加入的人同样亦会选择退出，令将所有当事人纳入为集体成员的目的受到削弱。</p>

有渠道寻求司法公正

4.6 澳大利亚法律改革委员会透过下文述明赞成采用选择退出制的原因：

“须取得同意的规定，将会实际上令一些人不能得到法律上的补救，亦可能会破坏提高效率 and 避免进行重复的法律程序等目标。要成功推行**所有**这些政策，必须容许代表所有因同一过失而提出相关申索的人展开法律程序，但无须取得他们的同意……。”⁹

4.7 在集体诉讼中实施可选择加入的规定，反而会令那些没有采取步骤加入的人被遗弃于诉讼之外。如诉讼因由涉及众多人士蒙受轻微伤害，可选择加入规定的结果可能会未符理想，而原因仅是个别人士的损失太小，引不起准集体成员的注意。亦有人认为社会中较为弱勢的群体对选择加入规定的不良影响，会有较深刻的体会。¹⁰ 这会令透过引入集体诉讼机制让人人有相同渠道寻求司法公正的政策目标，受到挫败。

4.8 莫拉比图认为，当事人没有选择加入诉讼，除了因为他们对集体诉讼不感兴趣外，还可归咎于多个原因：¹¹

⁹ 澳大利亚法律改革委员会，第 46 号报告书，*Grouped Proceedings in the Federal Court*，第 108 段。

¹⁰ 韩斯乐与 Thomas D Rowe, 'Complex Litigation At the Millennium: Beyond "It Just Ain't Worth It": Alternative Strategies for Damage Class Action Reform' 64 *Law & Contemporary Problems* 137 (2001 年春季 / 夏季) 第 145-146 页。

¹¹ 莫拉比图，"Class Actions: The Right to Opt Out Under Part IVA of the Federal Court of Australia Act" 1976 (CTH) 19 *Melbourne University Law Review*, 615 (1994 年)，第 630-633 页。

- (a) 没有选择加入的人可能未有接获有关通知，因为他们不能被个别地识别，或因为他们已经搬家；
- (b) 他们可能因为无知、胆怯或不熟悉商业或法律事宜而没有采取肯定的步骤加入诉讼；
- (c) 他们可能惧怕雇主或其他可向他们采取报复行动的人制裁他们，亦惧怕牵涉于法律程序中；
- (d) 集体成员很多都是没有受过教育、无见识或胆小怕事的人，因此欠缺所需的教育水平和理解能力妥当地回应要求他们选择加入诉讼的法定通知。

总结以上所述，莫拉比图说道：

“选择加入制会令最需要透过集体诉讼取得利益的人（即不能提起个别法律程序者，例如若个别提起其申索，则不能讨得任何赔偿的人），无法获得这类诉讼所带来的利益。”¹²

4.9 英格兰与威尔斯的民事司法委员会一份近期的研究文件，谋求找出在代表诉讼规则及集体诉讼令之外及之上，是否在法律上仍有尚待满足的需要，得为追讨集体赔偿而订定新的做法。该文件认为只要引入可选择退出的集体赔偿机制，便可满足上述“尚待满足的需要”。该委员会发现，由于受到集体诉讼令下的选择加入制所掣肘，英格兰的集体诉讼在数量和种类上都颇为有限。该委员会报告谓：

“一份分发予曾在英格兰经历选择加入制集体诉讼的回应者的问卷，在这份研究文件拟备期间提供了一些颇有意思的见解。英格兰集体诉讼的经验显示，在选择加入制下，选择加入的比率差距很大，选择参与诉讼者由极低百分比（低于 1%）至几乎所有（90%）或真正所有的群体成员不等。然而，在其中几个例子里，由于订定了一个比较早的截止日期，且在诉讼了结之前一直未能确定有关群体的总人数，以至未能算出选择加入者的比率。回应者表示极大多数〔研究所涉的诉讼〕均遇上某些程序上的困难，因为这些诉讼都是采用选择加入制——而在庞大的集体中进行识别和

¹² 莫拉比图（上述著作），第 633 页。

沟通工作，连同在诉讼刚展开时履行关于状书的规定，是特别困难的。

此外，从英格兰集体诉讼所得的经验显示，……有几乎二十种原因导致群体成员可能不会选择加入诉讼——其原因的五花八门不下于人性的形形色色。虽然其中某些原因会令申索人绝不会选择透过诉讼来申诉其冤屈，但在本文件的研究工作中发现，很多不选择加入的原因，都与有关诉讼仍在‘襁褓’阶段有特别密切的关系，即当时尚未就共通的争论点作出任何裁定或和解，而这时候该项诉讼难免仍保留着一种‘个别化’色彩。”¹³（表示强调的粗体后加）

在不同机制下参与程度的经验数据

4.10 在一个比较多个司法管辖区中主要的集体诉讼制度的研究中，发现在选择加入制下的参与诉讼程度，比在选择退出制下的为低。该研究总结认为：

“将选择加入制与选择退出制的相对数字‘消化’后，证实了一句已成为趣谈的实话：选择退出制‘是一张能够捞获较多诉讼人的渔网’。在有收集现代经验数据的地方，选择退出率的中位数有低至 0.1%的，而且也未尝高于 13%。在尚未有广泛收集经验数据的地方，经法院合计所得的选择退出率介乎 40%（在研究所涵盖的案件中，极少出现这个比率）与 0%之间，而在选择退出制下会倾向于出现较高的参与率……。另一方面，虽然英格兰集体诉讼的经验显示，在选择加入制下的选择加入比率差异甚大，由极低百分比（<1%）至几乎所有集体成员均选择参与诉讼不等，欧洲的经验却显示在必须采用选择加入制的消费者申索中及在集体人数很多的情况下，有时会出现极低的参与率（低于 1%）。在美国也是一样，在选择加入制下的参与率明显低于在选择退出制下的参与率。在这一方面而言，**司法制度的双重支柱——寻求司法公正的渠道畅通，以及一次过完成处理所有争议的司法效率一**

¹³ 梅丽朗，*Reform of Collective Redress in England and Wales: A Perspective of Need*，呈交英格兰与威尔斯民事司法委员会的研究文件（2008年），第160页。

一均透过选择退出制而得以加强。”¹⁴（表示强调粗体后加）

争论点的锁定及最终了结

4.11 对于所有受被告人的不当行为影响的集体成员，要识别他们的身分和名字确有困难，而可选择退出的程序能够克服这些困难，从而令各方当事人之间的争论点得以锁定。爱尔兰法律委员会表示：

“选择退出制的最终了结性质看来令其值得推荐。大多数经指认的案件一下子便可获处理，而被告人可以颇为准确地预计到争论点的锁定。……被告人在诉讼刚开始时便可知悉原告人群体的大小。这对原告人其实亦可能是有利的，因为被告人会较易接受和解。若被告人是一间依赖在市场上的名声和信誉营运的公司，则引起公众注意的多方申索所涉的界线越早划定，对其越有利。……”

争论点的锁定对司法制度的运作亦可能有好处，因为鼓励人们有效率地处理诉讼，亦有利于司法制度的运作。在选择退出制下，法庭无需在一系列独立的案件中聆讯相同的事实争论点或法律争论点，所以有较大机会避免因‘慢滴’效应而造成的浪费。……”¹⁵

4.12 要保障集体成员的权益和尊严，不一定需要有绝对和无限制的选择退出权。只要符合下列要求，采用选择退出模式的集体诉讼机制的理想目标便可以达致：

- “(a) 展开集体诉讼程序需要符合一些先决条件，从而不会因为要将太多不同的申索集合在一项诉讼中而造成不公平；
- (b) 缺席的集体成员能充分参与该项集体诉讼，并对该项诉讼有充分的管控权；

¹⁴ 梅丽朗，*Reform of Collective Redress in England and Wales: A Perspective of Need*，呈交英格兰与威尔斯民事司法委员会的研究文件（2008年），第160-1页。

¹⁵ 爱尔兰法律委员会，*Multi-party Litigation*（2005年，报告书LRC76-2005），第2.20-2.21段。

- (c) 原告代表人在诉讼中充分代表缺席集体成员的权益；
- (d) 主审该宗集体诉讼的法庭采取积极行动，以保障缺席集体成员的权益；及
- (e) 集体成员获给予机会向法庭陈词，以说服法庭容许他们退出。”¹⁶

人权及《基本法》方面的考虑

4.13 我们研究过以下问题：建议的可选择退出模式，是否符合在《基本法》第六条及第三十五条下关于有权寻求司法公正及保护财产权的规定。我们信纳，建议的“可选择退出”模式的确是谋求达致某些正当目的，并可为该模式设立适当的程序，而该等程序对于促进寻求司法公正渠道的畅通这个正当目的而言，是一个适度的回应。只要可选择退出模式内对申请进行代表诉讼程序设有足够的“门槛”规定，并在程序上订有足够的保障，让群体成员依然拥有与《联邦法院法令》第 IVA 部所订定的自由可堪比拟的选择自由，相信便会符合《基本法》第六条及第三十五条中可以说是隐含的“公正的平衡”（fair balance）规定。关于人权和《基本法》的议题的更详细讨论，可于附件 4 中找到。

我们的建议

以选择退出制为起点

4.14 我们建议，香港的集体诉讼机制应采用“可选择退出”的模式，但如为了司法公正的利益而有强烈理由不依循这个做法，则作别论。我们相信，只要可选择退出的模式内含足够的“门槛”规定及程序上的保障，让群体成员对集体诉讼的参与程度及管控权得以维持，便能在令寻求司法公正的渠道更为畅通这目标与维持各方当事人的自主权两者之间达致公正的平衡。话虽如此，没有一种机制能照顾到所有情况，因此我们认为法庭应获赋予酌情决定权，可以在有强而有力的理由时不采用选择退出制，而主要的理据必然是若不这样做的话，便不能达致司法公正。

¹⁶ 莫拉比图（前述著作），第 622-3 页。

4.15 然而，鉴于将会在第 5 章及第 7 章进一步探讨的考虑因素，我们对于选择退出制是否适用于公法诉讼或涉及来自其他司法管辖区与讼人的集体诉讼，则有保留。我们反而认为在这些情况下的多方诉讼，应以可选择加入的模式为预设机制，令只有那些已明示同意接受该集体诉讼的判决约束的人，才会被当作该项判决所关乎的一方当事人。

法庭的酌情决定权

4.16 我们也考虑过应否赋予法庭充分的酌情决定权，以实现集体诉讼的目标。我们已详细审视了英格兰与威尔斯的《伍尔夫报告书》和《民事司法委员会报告书》以及南非法律委员会均赞同的弹性措施。然而，我们关注的是集体诉讼规则的弹性不应令程序上的结果难以预计。我们同意艾伯塔法律改革研究所的结论，即“若法庭可以作出选择，便会将诉讼各方置于不明朗的境况中，因为他们不能事先知道哪一个程序会获采用，因而诱使他们为程序上的选择而提起诉讼。”¹⁷ 爱尔兰法律委员会亦支持这个结论。¹⁸

4.17 我们认为重要的是设计一套原则，让法庭可在这套原则的框架内行使其酌情决定权。这套原则应考虑到当一些也许不知道有集体诉讼的集体成员受制于有关判决时，他们可能会受到甚么程度的损害。向所有成员发出个别通知的做法，也许会因有实际困难而成为不可能、不切实可行或难以负担的事情。希望法庭不采用预设的选择退出制的申请人，有责任证明在有关案件的特殊情况限制下，只有不同的通知规定方能维护司法公正和令司法工作获妥善执行。

建议 3

我们建议，除因法庭为维护司法公正和妥善执行司法工作而行使其所获赋予的酌情决定权另作命令外，新的集体诉讼机制应采用“可选择退出”的模式，即某宗案件一经法庭核证为适合以集体诉讼的方式进行，有关集体的成员（符合法庭所发出的命令所界定者）便会自动被视为受到该项诉讼所约束，但如任何成员在法庭命令所限定的时间内以该命令所订明的方式选择退出，则不在此限。

¹⁷ 艾伯塔法律改革研究所，*Class Actions Final Report* 第 85 号（2000 年 12 月），第 242 段。

¹⁸ 爱尔兰法律委员会，*Multi-Party Litigation*（2005 年，报告书 LRC 76-2005），第 2.24 段。

这项建议乃基于本章所载的资料及讨论而作出。我们欢迎各界发表意见，讨论应否将选择退出模式定为预设模式，但受限于法庭在出现强而有力的理由时有权另作命令；又如果不以此为预设模式，则应采取甚么妥善的模式。

第 5 章

公法案件的处理方法

引言

5.1 我们在本章所考虑的，是有鉴于香港公法诉讼的特点，尤其是包括在《基本法》下香港现行的独特宪法地位，就公法诉讼而采纳我们在建议 1 至建议 3 中提议的集体诉讼机制（不论是完整地采纳还是加以变通后采纳）是否适合。我们现在提出以集体诉讼方式进行公法诉讼的四个可行方案，供公众讨论。

5.2 若要对某项成文法则或裁决、执行公职的作为或不作为在实质上或程序上的合法性提出异议，须依据《高等法院条例》（第 4 章）第 21K(1)条及《高等法院规则》第 53 号命令申请司法复核。该项程序分为两个阶段。申请人必须首先申请提出司法复核的许可。在申请许可的阶段，法庭会审核有关申请以确定 (i) 申请人与遭异议的事宜有充分的利害关系，(ii) 有关个案有合理的争议事项，及 (iii) 没有不适当地拖延提出申请。许可一经批予，申请人便可就司法复核提出实质的申请。

5.3 在很多情况下，就一项司法复核申请而作出的公法裁决所产生的影响，会超越个别申请人的案件。举例说，对主体法例的合宪性提出的异议如获得法院接纳，一般会导致有关法例被宣布为与《基本法》有抵触。同样地，挑战某项政府政策的合法性，或提出司法复核以谋求实现一个因政府所作申述而产生的合理期望，通常会对该项司法复核的个别申请人以外的较大群人士产生影响。因此，研究集体诉讼机制，尤其是采用选择退出模式的集体诉讼机制，是否普遍适用于公法诉讼的情况，特别是对于香港是否合适，是十分适切的。

集体诉讼程序是否普遍适用于公法诉讼

5.4 在设有集体诉讼程序的司法管辖区中，不论公法或私法的诉讼都可以引用该项程序。事实上，安大略法律改革委员会发现在美国的集体诉讼中，以控告政府违反民权及向政府申索衡平法补救

（例如强制令或宣布）的诉讼占最大部分，而起诉理由是政府错误行事或拒绝行事，以致侵害了某一集体作为一个整体的民权。¹

5.5 在澳大利亚，司法复核的法律程序也有采用集体诉讼，即使适用的法例没有明确地提到可引用司法复核亦然。正如费兰治法官（French J）在 *Zhang De Yong v Minister for Immigration, Local Government and Ethnic Affairs* 一案中就澳大利亚联邦的集体诉讼机制而表示：

“新的程序据说令构成群体的人们（不论是股东或投资者或提起消费者申索的人）能够取得赔偿，而且与以个人名义提起诉讼相比，他们能较便宜和有效率地这样做。在有关法例的二读讲辞中，没有提及在司法复核的法律程序中使用代表诉讼。……在有关法例制定之前及之时，公众讨论的重点是将法例应用于可能出现的消费者集体诉讼及这类诉讼对营商的冲击。但第 IVA 部的用语没有任何地方限制将该项法例应用于这类诉讼上，亦没有任何条文阻止人们将它应用于为寻求根据《1977 年行政决定（司法复核）法令（联邦）》（**Administrative Decisions (Judicial Review) Act 1977 (Cth)**）作出司法复核的命令或为寻求特权济助而提起的适当法律程序。”²（表示强调的粗体后加）

5.6 上述案件是在澳大利亚联邦法院的公法诉讼中采用集体诉讼程序的范例。这项诉讼是代表所有在 1992 年 3 月至 1993 年 6 月期间被拒给予难民身分的人而提出的。原告代表人认为，自然公正原则赋予所有申请难民身分的人一项法律权利，令他们可获相关决策者对其申请进行口头聆讯。费兰治法官裁定他们可在联邦法院以集体诉讼的方式提起法律程序，亦裁定集体成员的申索是关乎“相同、相近或相关情况的”：

“在作出这样的裁定时，我考虑到需要以目标为本的方法解释〔《1976 年澳大利亚联邦法院法令》〕第 33C(1)(b)条，并顾及以这种方法裁定共通争论点的用处。假如这项申请成功的话，所有集体成员便会有权获安排由决策者对其个案进行口头聆讯。……如果这项申请不成功的话，一项适用于每一名集体成员的原则便会成立，就是不会仅因该集体的任何成员被拒给

¹ 安大略法律改革委员会，*Class Actions*（1982 年报告书）。

² *Zhang De Yong v Minister for Immigration, Local Government and Ethnic Affairs* (1993) 118 ALR 165, 第 183 页。

予难民身分而提出行政复核申请这项事实，便令该成员有权获得口头聆讯的机会。”³

在有关期间内透过单一项集体诉讼处理所有被拒给予难民身分的人的申索，显然是有好处的，因可以一次过裁定他们的共通争论点，就是他们是否有权获得口头聆讯的机会。

公法诉讼的特点：将一般情况与个别情况区分

5.7 公法诉讼的某些特点，必须特别顾及规管涉及多方当事人的情况的程序规则。其中一个特点是以下事实：在公法诉讼中，虽然可能会有共通于整个集体的法律上及／或事实上的争论点，但每一名申索人的案件的个别情况，对某些行政决策过程的判决结果可能会是十分关键的。容许展开集体诉讼的决定，所牵涉的是要在下述的两者之间达致便利和公正的平衡：一方面是容许个人将法庭的注意力完全集中到其个别情况上，另一方面是首先处理共通的争论点，然后才裁定个别的案件。在 *Zhang De Yong* 案中，法庭根据该案的案情而裁定进行集体诉讼是适当的，因为被宣称为共通的法律问题或事实问题对群体所有成员均适用。然而，每宗案件的个别情况对有关行政决定的结果可能会有重大影响，即使当中有足以成为使用集体诉讼程序的理据的一项或多项共通争论点亦然。法庭指出以下情况：

“对影响法定权力的行使的行政政策或常规的合法性提出异议，或会引致一个范围狭窄的论点有待裁定，就如本案的情况一样。如果代表诉讼败诉的话，关乎在该项权力下的某项决定的个别申索，便不会获得聆讯。这种可能性源于已判事项法则的延伸，令没有在代表诉讼程序中提出的其他争论点也被波及。考虑到上述可能性，代表诉讼在司法复核中的用处有必要加以审视。在每宗案件里必须提出的问题是，对于群体成员及决策者来说，只就一项争论点作出约束全体的裁决而没有处理个别的申索，是否很可能会对双方都比较有利。当某项政策的合法性受到某人质疑时，测试案件便可能成为案例，除非在上诉中被推翻。然而，它在抗衡就同类个案中的相同论点再提起诉讼方面的能力，便不如代表诉讼程序的裁定那么强而有

³ 出处同上。亦请参阅 *Wu v Minister for Immigration and Ethnic Affairs (no 2)* (1994) 51 FCR 232 案及 *Ling v Minister for Immigration and Ethnic Affairs* 案（未经汇报，联邦法院，聂富思（Neaves J）法官的判词，1994年2月10日）。

力，因为后者是直接约束决策者和群体成员的。在司法复核的范畴内，代表诉讼程序的成本和效益是按每宗案件的个别情况而评定的。”⁴（表示强调的粗体后加）

5.8 正如上一段的引文所述，决定集体诉讼程序是否适当的一项重要考虑因素，是已判事项法则的延伸运作对群体个别成员所造成的不利后果，尤其是在各项个别申索之间有重大差异的情况下更需考虑这一点。费兰治法官在下文中分析了这个问题：

“……已判事项法则的延伸能否应用于只关乎一项在法律上或事实上的共通争论点的代表诉讼程序，是一个仍未有肯定答案的问题。第 33Q 条〔即法庭可在集体内委出小组，或为解决个别争论点而作出指示〕设想到当共通的裁决没有最终裁定所有集体成员的申索时，便将个别的申索分开来处理。这可以说是支持了一个看法，就是当各项申索没有根据该条分开来处理时，上述法则的延伸便会发挥作用。**在集体成员没有提出个别申索的案件中，而他们又已按其有关情况及共通的争论点被界定为属于该集体，便需小心处理，以确保基于个别情况而提出但法庭又一无所知的申索不会蒙受不利。**”⁵（表示强调的粗体后加）

5.9 这个例子显示，有需要密切审视在公法层面上采取集体诉讼程序是否适当，而如这程序被视为合适的话，则须顾及对申请代表人所提申索的裁定会产生的后果（并在有需要的情况下局限其后果），令被代表的集体的其他成员其后个别申请提出的追讨可获允许（虽然在共通的争论点上均会受制于有关法庭的裁定）。如一项法律上或事实上的共通争论点会有任何可能令集体内的任何个别申索蒙受不利影响，则不应下令进行集体诉讼，但如找到某些方法防止对个别申索人造成不公，例如为集体中不被照顾到的成员作出适用于其组别的命令或免被纳入集体的命令，则作别论。

⁴ *Zhang De Yong v Minister of Immigration, Local Government & Ethnic Affairs* (1993) 118 ALR 165, 第 184 页。

⁵ *Zhang De Yong v Minister of Immigration, Local Government & Ethnic Affairs* (1993) 118 ALR 165, 第 185-6 页。

香港在宪法方面的特点

5.10 小组委员会商议香港在公法层面采用集体诉讼机制是否适当时，有考虑到其他司法管辖区所没有的一个宪法特点，即《基本法》第一百五十八条所述者。《基本法》第一百五十八条规定：

“本法的解释权属于全国人民代表大会常务委员会。”

全国人民代表大会常务委员会授权香港特别行政区法院在审理案件时对本法关于香港特别行政区自治范围内的条款自行解释。

香港特别行政区法院在审理案件时对本法的其他条款也可解释。但如香港特别行政区法院在审理案件时需要对本法关于中央人民政府管理的事务或中央和香港特别行政区关系的条款进行解释，而该条款解释的又影响到案件的判决，在对该案件作出不可上诉的终局判决前，应由香港特别行政区终审法院请全国人民代表大会常务委员会对有关条款作出解释。如全国人民代表大会常务委员会的解释，香港特别行政区法院在引用该条款时，应以全国人民代表大会常务委员会的解释为准。但在此以前作出的判决不受影响。”

5.11 其中一种解释是由全国人民代表大会常务委员会（下称“人大常委会”）根据《基本法》第一百五十八（一）条自行作出独立的解释，另一种解释是基于第一百五十八（三）条所批准的做法以司法提请的方式邀请人大常委会作出解释。无论属那一种情况，有关解释对香港特别行政区的法院均具约束力，是本地各级法庭必须依循的。⁶ 我们称前一种解释为“独立”解释，因为被解释的《基本法》条文无需是任何诉讼的标的项。至于在第一百五十八（三）条下产生的后一种情况，则需要有一宗正由香港特别行政区的法院审讯的案件。

5.12 解释一经作出，即会追溯至 1997 年 7 月 1 日，因为人大常委会所宣布的是有关法律一向的状况（这与普通法中关于司法裁定的宣布论相符）。⁷ 然而，在由人大常委会作出解释的情况下，不论这是为回应《基本法》第一百五十八（三）条下的司法提请而作

⁶ 见刘港榕及其他人士诉入境事务处处长（1999 年）2 HKCFAR 300，第 326G-H 页，及吴小彤及其他人士诉入境事务处处长（2002 年）5 HKCFAR 1，第 140 页（第 27 段）。

⁷ 见刘港榕案，于上文引述，第 326D-E 页。

出的解释，还是根据第一百五十八（一）条作出的独立解释，引用普通法下的终结性原则，在此以前作出的判决不受该项解释影响。⁸ 在吴小彤一案中，⁹ 终审法院裁定“在此以前作出的判决”中的“判决”一词，只涵盖法庭在裁定诉讼时所宣告的正式命令，并不延伸适用于判决的法律原则及逻辑思维。因此，有关判决只对诉讼当事人有约束力，不会约束该诉讼的局外人。后者只是凭借案例的效力才能在某项判决中享有任何利益。如果有关判决作为案例的价值被人大常委会其后作出的解释推翻；该判决便不再代表正施行的法律。

5.13 先前判决不受人大的解释所影响这项原则，由于只适用于已审结的诉讼中真正的当事人，故个别人士的公法申索若关乎《基本法》的恰当解释，则由他们展开诉讼便合乎其利益。这样做可以确保他们因为是某项法庭判决所涉的诉讼一方而受到保障，即使人大常委会日后对有关条文作出任何可能有损他们利益的解释亦不受影响。这项因素会给案件管理带来问题，因此必须从公法诉讼的角度考虑有没有理据引用集体诉讼机制。

5.14 然而，采用选择退出模式的集体诉讼机制，可以说是实质上会令人大常委会的解释失去任何实际作用，因为所有准申索人除非已选择退出，否则都会自动成为先前判决所针对的当事人。有人可能会认为我们在建议 1 至建议 3 中所提议的那种集体诉讼机制，会实际上变成间接推动了根本性的宪法改革。另一种可能出现的说法，是我们所提议的集体诉讼机制完全没有这种效应：由人大常委会所作出的解释的法律及宪法地位，依然像《基本法》所设想的一样维持不变，并会适用于日后的任何诉讼，对香港特别行政区的法院具约束力。不论该项解释影响到一人还是 1,000 人，都与其法律及宪法地位不相干。

5.15 香港在宪法上的这一点独特之处，是我们于下文进行的讨论的基础背景。

其他可行做法

5.16 鉴于香港特殊的宪法地位，我们很难直接借助其他司法管辖区的经验以处理公法诉讼。为了应付我们独特的宪法情况，我们研究过下列在集体诉讼机制中处理公法案件的四个方案：

⁸ 见吴小彤案，于上文引述，第 140 页（第 26 段）及第 142 页（第 37 段）。

⁹ 见吴小彤案，于上文引述。

- 方案一：公法案件应摒除于一般集体诉讼机制之外，并分开处理，而集体诉讼机制只处理私法案件；
- 方案二：法庭应获赋予酌情决定权，可在公法案件中选用可选择加入或可选择退出的程序，而赞同采用可选择加入程序（一如我们的建议 1 至 3 所主张者）的推定并不存在；
- 方案三：公法案件应采用我们所提议普遍施行的可选择退出模式（建议 1 至 3），但加设核证准则以筛除不适宜以集体诉讼程序处理的公法案件；及
- 方案四：公法案件应采用可选择加入模式，令只有已明示同意受集体诉讼判决约束的人才会被视为该项判决所关涉的当事人。

下文列出赞成及反对上述每一个方案的论据。

方案一：将公法案件摒除于集体诉讼机制之外

可供选择的做法

5.17 我们搜寻过将公法案件摒除于集体诉讼机制之外的适当方法后，发现有多种方法可以将宪法案件（或部分宪法案件）摒除于一般集体诉讼机制之外：

- (a) 透过立法将指明的标的事项摒除于集体诉讼机制之外（例如依循澳大利亚的《1958 年移民法令》（Migration Act 1958）第 486B 条或以色列的《2006 年集体诉讼法》（Class Actions Law 2006）第 3(a)条）；
- (b) 局限集体诉讼只可由集体的实际成员参与，并排除没有直接诉讼因由者的参与（例如依据英格兰的《民事诉讼程序规则》第 19III 部将申请集体诉讼令的人限于申索人或被告人）；或
- (c) 容许法庭考虑到若批准针对政府的集体诉讼，可能会对公众造成的不利影响（正如以色列的《集体诉讼法》第 8(b)(1)条所规定者）。

5.18 这些可供选择的做法的详情，见于下文我们对方案三的讨论中。有关机制不一定导致公法案件被摒除于一般集体诉讼机制之外。上文的方法(a)只将指明的公法案件标的事项摒除于集体诉讼程

序之外，而方法(b)只禁止既无直接诉讼因由亦无直接投诉基础的法人展开集体诉讼程序。方法(c)是赋予法庭的剩余酌情决定权，令法庭可基于某类集体诉讼程序有可能“对公众做成严重伤害”而拒绝核证该类诉讼程序。因此，有好些方法可以剔除某些宪法案件而不会将所有公法案件的法律程序摒除于集体诉讼机制之外。我们稍后会在本章讨论集体诉讼在《基本法》方面所会引起的困难。虽然我们并不察觉有任何司法管辖区采取将所有公法案件完全摒除于集体诉讼机制之外的做法，但鉴于我们所讨论到的《基本法》方面的考虑，或许有需要采取这一种做法。

赞成和反对在集体诉讼机制中摒除公法案件的论据

5.19 在上文的讨论中，我们概述了应考虑在集体诉讼机制中摒除具宪法性质的公法案件的论据，因为这类集体诉讼案件实质上会抵销人大常委会释法的效力。虽然至今为止，人大常委会只作过三次释法，而且可合理地假定人大常委会只有在极不寻常的情况下才会再度释法，但我们始终不能排除这个可能性。因此，有提议谓在建议的集体诉讼机制中完全摒除具宪法性质的公法案件是最佳的做法。有论据谓因为释法只会对尚未提起诉讼的当事人有效力，若有集体诉讼机制可供引用的话，参与诉讼的准申索人便会比选择自行提起诉讼者多，所以在集体诉讼机制中摒除具宪法性质的公法案件会令释法影响较多准申索人。因此，有意见表示这是不会令释法效力受到削弱的。

5.20 然而，还有一项额外的困难，就是在有关法律程序中会不会出现与《基本法》有关的议题，并非时常都可以准确地预计得到。如果要解决对人大常委会释法的适用范围所表达的关注，便需要在集体诉讼机制中摒除所有公法案件。有意见认为如此概括的摒除的影响，会因采用现存的案件管理技巧（例如引用测试案件）而减弱。下文会讨论这一点。

5.21 不过，反对摒除公法案件的论据也有不少。首先，人们可以说如集体诉讼机制适用，释法可能会影响到的人数会比该机制不适用的情况较少这项事实，对有关解释在法律上或宪法上的地位或有效性并无影响，亦不能合理地说是等同“根本性的宪法改革”（见第 5.14 段）。无论如何，这个问题（如果真有这问题）不大可能会出现，或只会在极少数案件中出现，因此不足以成为排除公法案件中每一名申索人受惠于集体诉讼机制的理据。任何集体诉讼机制的理念均是为所有人加强寻求司法公正的渠道。可以预料的是有可能关涉《基本法》第一百五十八（三）条的案件数目会很少，人

们大可以质疑这个注意到的问题的严重程度，是否足以凌驾加强寻求司法公正的渠道的广泛公众利益。

5.22 实际上，香港在居留权诉讼方面的经验，加上香港法院判决所针对的当事人，因其案件的判决不是早于人大常委会释法而蒙受不利后果，这些事实均显示在没有集体诉讼机制的情况下，每一个个别申索人均可能会展开个别的诉讼。集体成员为免会有释法损害其权益，会在释法作出之前不顾一切地赶快取得判决。

5.23 为公法诉讼（相对于私法诉讼而言）采用不同的做法，可能会被理解为“偏袒”政府。如果认为释法问题会构成真正的困难，则应寻找方法舒缓这个宪法上的难题，但应仍然容许所有公法案件引用集体诉讼的方式进行。有一点可以一提，就是关于集体诉讼法的类似辩论曾在以色列发生，结果达致一个折衷方案。参考以色列所采取的逐步递增做法（《2006年集体诉讼法》适用的诉讼因由清单已作出第二次增订，而随着时间过去可将特定范畴内的新诉讼因由加入该清单中），一个可行的做法是在初期（例如在首五年）将公法案件法律程序摒除于集体诉讼机制之外，令私法案件的集体诉讼经验得以累积，并让一套处理涉及多方的公法案件法律程序的独立机制得以形成，而在过程中顾及上文所讨论过的宪法问题。

以英格兰与威尔斯的“集体诉讼令”机制为香港的蓝本

5.24 若然决定集体诉讼机制不应适用于公法案件，则显然有需要给予法庭弹性，以处理多方诉讼所涉及的争论点。其中一个选择是以英格兰现正使用的集体诉讼令程序为蓝本，设立一个新的独立机制。

5.25 英格兰的《民事诉讼程序规则》为“引起共通或相关的事实争论点或法律争论点的申索”设立一个案件管理框架，¹⁰旨在让法庭可弹性处理这些案件所产生的特定问题。法庭获赋权力“在有或很可能有多宗申索引致集体诉讼令所适用的争论点时”，作出集体诉讼令。¹¹这些规则让法庭能够以协调的方式管理该项命令所涵盖的申索。集体诉讼令会载有关于设立“集体登记册”的指示，所有将会在集体诉讼令下受管理的申索都会记入登记册内；该命令亦会指

¹⁰ 第 19.10 条规则。

¹¹ 第 19.11 条规则。

定法庭（“案件管理法庭”）负责管理登记册内的申索。¹² 该法庭的判决、命令及指示对集体诉讼令下的所有申索均具约束力。¹³

5.26 案件管理法庭所作出的指示，可包括指明在案件呈述中所须包括的详情，以显示规管将该项申索登入集体登记册的准则已获符合。《集体诉讼实务指示》第 14.3 段显示，可利用个别申索资料附表或问卷以取得关于集体登记册内每一名申索人的具体案情。这样做经常会比每一名申索人自行拟备其申索详情更合乎成本效益。

测试案件

5.27 在集体诉讼令下的测试案件 正如上文第 2 章所述，在集体诉讼令下，案件管理法庭获赋予管理案件的权力，令该法庭能够处理共通的争论点，例如透过挑选某些申索案件作为测试申索。¹⁴ 上文已讨论过相关案例所衍生的法律，及与使用一宗测试案件作为程序上的工具，以处理与集体诉讼有关连的潜在问题。

5.28 另一做法是，法庭可将个别案件中所出现的争论点归纳为共通争论点，并随即作出裁定。我们就此研究过 *Esso Petroleum Co Ltd v David, Christine Addison & Ors*¹⁵ 一案，其详情已在本文件第 2 章列出。

5.29 关于居留权集体诉讼的经验 在香港关于居留权的公法诉讼中，测试案件曾被用来处理涉及质疑某些行为的是否合乎宪法的诉讼。请参阅 *吴嘉玲及其他人士诉入境事务处处长*¹⁶ 和 *陈锦雅及其他人士诉入境事务处处长*¹⁷ 这两宗案件。

5.30 在香港主权于 1997 年 7 月回归之前及在回归后的一段短时间内，多名声称依据《基本法》第二十四条第二款第（三）项¹⁸ 拥有居留权的人提出多宗司法复核（例如 1997 年 HCAL 9、13 及 44 号案件）。法庭邀请各当事人的法律代表回应祁彦辉法官为快速处理这些案件及其后的申请而提出的建议。法庭亦促请律政司注意另一宗同类的申请。律政司代表入境事务处处长回应了法庭的建议。与此同时，三名申请人展开了 1997 年 HCAL 60 号案件的法律程序。律

¹² 第 19.12 条规则。

¹³ 第 19.12(1)条规则。

¹⁴ 第 19.13(b)及 19.15 条规则。

¹⁵ [2003] EWHC 1730.

¹⁶ (1999) 2 HKCFAR 4.

¹⁷ (1999) 2 HKCFAR 82.

¹⁸ 《基本法》第二十四条第二款规定：

“香港特别行政区永久性居民为：(一) 在香港特别行政区成立以前或以后在香港出生的中国公民；(二) 在香港特别行政区成立以前或以后在香港通常居住连续七年以上的中国公民；(三) 第(一)、(二)两项所列居民在香港以外所生的中国籍子女；……”

政司获告知法庭的看法，就是该案件提出了一些本来可以在过往的案件中提出的争论点，亦引起了另一项关乎《入境条例》中新的附表 1 第 1(2)段条文的争论点，因此应加快在 1997 年 7 月底进行聆讯。附表 1 是由《入境（修订）条例》（1997 年第 122 号条例）引入的，旨在限制下述中国公民的香港居留权：在该人出生时或其后任何时间，该人的父亲或母亲已是香港居民或拥有香港居留权。

5.31 贾伟林、刘天均律师行在致予律政司的函件中表示，他们获法律援助署署长委派，代表另外 54 名居留权申索人提出司法复核，并打算选出几宗涵盖所有相关争论点的代表案件。为寻求指示而进行的聆讯在祁彦辉法官席前展开（他当时是高等法院原讼法庭的宪法及行政诉讼审讯表的主管法官），当中讨论过挑选适当个案作为代表案件的问题。数名适合的申请代表人获挑选以测试所涉的法律争论点，好让法庭无需聆讯当时正等候审讯的每一宗有关案件，令这些案件的聆讯可以搁置。由于有了这一次聆讯，法庭遂下令不再就 1997 年 HCAL 9、13、44、56 及 60 号案件采取进一步行动，直至将予识别及挑选出来的代表案件聆讯完毕及已予裁定为止。

5.32 在法律援助署署长的请求下，入境事务处处长同意不会将获批给法律援助但尚未提起法律程序的申索人移离香港，以待测试案件的审讯结果。律政司与贾伟林、刘天均律师行就挑选适当的代表案件而进行书信来往，最后双方同意选出其中五名申请代表人所涉的四宗案件作为代表案件，交由祁彦辉法官裁定。

5.33 这些代表案件的聆讯如期在祁彦辉法官席前进行。除了 1997 年 HCAL 9、13、44、56 及 60 号案件之外，1997 年 HCAL 79 及 107 号案件及 1998 年 HCAL 5 号案件亦已搁置，以待祁彦辉法官就上述代表案件作出裁定。

5.34 这几宗代表案件最终以终审法院在吴嘉玲案及陈锦雅案的判决作结。其后，人大常委会就《基本法》的有关条文作出解释，其效力是推翻了终审法院在这几宗案件里的大部分判决。然后，一群人数超逾 5,000 的申索人谋求受惠于法院早前在吴小彤案作出的判决，其部分论据是他们应获视为这些原本案件的当事人。在这个背景下，终审法院有需要检视之前的测试案件的效力，从而裁定：

“在吴嘉玲案及陈锦雅案中，争议中问题属公法的范畴。这两宗案件普遍被认为是例案〔_test cases‘，即测试案件〕。人们可以假设，在例案中所宣告的原则

（这些原则构成法律问题的答案）会适用于相同状况的人士。结果是，政府及政府机关在其他案件中会执行法院的决定，以及如有需要的话，其他法院会按先例法则执行法院的决定。”（方括号中的文字后加）¹⁹

5.35 鉴于以上的法官附带意见，有人认为单就宪法案件而言，采用测试案件能提供一个可行机制，以处理涉及多方的公法诉讼。然而，由于个人必须是相关判决所针对的当事人，方可受惠于“先前判决不受后来对《基本法》第一百五十八条所作出的解释影响”这项原则，可合理地预期涉及多方的公法诉讼会牵涉数目庞大的申索人。因此，单靠设立测试案件机制可能并不足够，而且我们认为法庭须获赋予进一步的案件管理权力，才能够令这类诉讼获得快捷和有效的处理。

法庭在案件管理方面的一般权力

5.36 在各式各样的集体诉讼机制中，法庭均在案件管理方面获授予广泛的一般权力，以处理大多数集体诉讼中的复杂事项，以及让缺席法庭聆讯的集体成员的权利和责任获得公正的裁定。举例说，魁北克的《民事程序法典》第 1045 条规定：

“法庭可在集体诉讼程序的任何阶段，为加快其进展及简化其举证而订定措施，只要该等措施不损害任何集体成员便可。”

5.37 同样地，安大略的《集体诉讼程序法令》第 12 条规定：

“12. 法庭可在诉讼一方或一名集体成员的动议下，作出关于集体诉讼程序的进行而它认为适当的任何命令，以确保能公正及迅速地作出裁定，并可为此目的而向诉讼各方施加它认为属适当的任何条款。”

5.38 南非法律委员会在考虑过多个司法管辖区的集体诉讼法例后，就规管集体诉讼机制中的案件管理程序事宜而建议订立以下草拟条文：

“9.(1) 审讯集体诉讼的法庭须—

¹⁹ 吴小彤及其他人士诉入境事务处处长（2002 年）5 HKCFAR 1, 第 150 页（第 80 段）。

- (a) 就进行集体诉讼所须依循的程序给予指示；
- (b) 界定在集体诉讼中须予裁定的共通争论点；
- (c) 决定有没有个别争论点须予另行裁决；如有的话，则就裁决该等争论点所须依循的程序给予指示；……”²⁰

5.39 在这个背景下，最近由终审法院首席法官辖下民事司法制度改革工作小组进行的香港民事司法制度检讨中所提出的一项主要建议，便应予以注意。该项建议是给予法庭明示的案件管理权力。当局已因应该工作小组的建议而同时修订有关的主体法例和附属法例。第 1A 号命令已加入《高等法院规则》中，以列明有关建议的基本目标（即提高法庭程序的成本效益、在合理地切实可行范围内迅速处理案件、以程序上合乎经济和与案情合理地相称为原则来进行审讯、确保诉讼各方平等、协助达成和解、公平分配法庭的资源等），而主要目标则是确保“诉讼各方可按其**实质权利公正地解决纠纷**。”

5.40 法庭在行使其权力或解释有关规则时，必须谋求达致上述基本目标。²¹ 诉讼各方及律师必须协助法庭迈向上述基本目标，而这些基本目标亦需由法庭积极进行案件管理方可达致。²²

5.41 积极的案件管理包括由法庭鼓励诉讼各方互相合作、编定时间表、识别出争论点并将之独立或综合处理、鼓励诉讼各方寻求解决纠纷的另类办法、处理案件而无需要求诉讼各方出席等。²³

5.42 第 1B 号命令亦已加入《高等法院规则》中，以列明某些关于案件管理的明示权力，特别是包括法庭可在先听取或没有听取诉讼各方陈词的情况下主动作出命令（在所述情况下诉讼各方有权申请撤销该项命令），及在法庭认为诉讼各方不大可能会反对法庭就程序事宜作出指示的情况下，以暂准命令的形式作出该等指示。

²⁰ 南非法律委员会，*Report on the Recognition of Class Actions and Public Interest Actions in South African Law*（1998 年），第 88 号研究项目，第 96-97 页。

²¹ 《高等法院规则》第 1A(2)号命令。

²² 《高等法院规则》第 1A(3)及(4)号命令。

²³ 《高等法院规则》第 1A(4)号命令。

5.43 《高等法院规则》第 25 号命令亦已重新草拟，以“案件管理传票”及“会议程序”取代“要求作指示的传票”，以利便积极的案件管理。诉讼各方在状书提交期结束后 28 日内，须填妥并提交一份订明问卷。诉讼各方如未能就法庭对案件管理作出指示一事达成协议，可取得要求作指示的传票。法庭获赋权就审讯日之前所应采取的步骤给予指示及编定案件管理时间表。该时间表包括进度指标日期和非进度指标日期（只有后者可透过“同意传票”更改）。《高等法院规则》第 25 号命令也处理案件管理会议的编定及／或审讯前的复核等。

5.44 《高等法院规则》的上述各项修订已于 2009 年 4 月生效。

5.45 有了经民事司法制度改革而引入的新的案件管理权力的帮助，也许可以在香港设立仿照英格兰的集体诉讼令模式的公法诉讼机制（即使没有一套新的集体诉讼机制亦可）。在该模式中，法庭应获赋予权力并获鼓励采用具弹性的案件管理机制，令涉及多方的公法诉讼能以有效率、具成本效益和公平的方式获得处理。

方案二：在公法案件中由法庭酌情决定采用选择加入制还是选择退出制

5.46 在英格兰、南非及新西兰，有人提议法庭应在任何案件中均有权视乎情况而决定采用可选择加入还是可选择退出的程序。本文件第 2 章讨论过新西兰所提出的暂定改革建议。英格兰的伍尔夫勋爵在《寻求司法公正的渠道（最后报告书）》（*Access to Justice (Final Report)*）中表示：

“法庭应有权基于‘选择退出制’或‘选择加入制’来处理涉及多方当事人的情况，视乎在当时情况下哪一种机制最为适当和最有利于案件的整体处置而定。在某些情况下，采取‘选择退出制’展开多方诉讼和在稍后阶段才设立‘选择加入’登记册，会是适当的做法。”²⁴

5.47 民事司法委员会于 2008 年 11 月发表的《透过集体诉讼改善寻求司法公正的渠道》（*Improving Access to Justice through Collective Actions*）报告书中采取的观点，与伍尔夫勋爵的雷同，并认为选择退

²⁴ 伍尔夫勋爵，*Access to Justice*（最后报告书，1996 年），第 236 页，第 46 段。

出制和选择加入制各有其好处。民事司法委员会上述报告书的主要研究结果第 9 项是：

“**不应推定**集体申索应基于选择加入制或选择退出制而提起。法庭应按照新的规则、实务指示及／或指引并顾及所有相关情况，以决定哪种机制对某一宗申索来说最为适当。在评定选择加入制还是选择退出制最为适当时，法庭应特别留意的，是需要确保不论申索人还是被告人的实质法律权利都不会因为所选择的程序而受损。”²⁵（表示强调的粗体为原文所有）

5.48 因此，民事司法委员会建议，只要获得法庭核证，集体申索不论基于选择加入制还是选择退出制而提起皆可以。凡基于选择加入制或选择退出制而提起诉讼，诉讼的时效期应就有关集体成员而言暂停计算，直至情况出现明确转变为止。²⁶

5.49 南非法律委员会建议，拟为集体诉讼而制定的法例，应订立向集体成员及准成员发出通知的规定。南非法律委员会在详尽检视过各种通知机制后，赞同安大略法律改革委员会的酌情做法，因此建议法庭的酌情决定权应予进一步扩阔，让它可在发出选择加入通知（只在有限情况下）、发出选择退出通知或完全不发出通知之间作一选择，其基本理由如下：

“我们相信，安大略的委员会所采取的酌情做法，按其所述理由来说是适当的。然而，我们建议法庭的酌情决定权应予进一步扩阔，让它可在发出选择加入通知（只在有限情况下）、发出选择退出通知或完全不发出通知之间作一选择。我们不同意否决采用选择加入制的法律程序，原因是在某些情况中，集体成员所申索的金额庞大；如果诉讼失败，或诉讼没有取得所能达到的成效，他们便可能蒙受严重的损害。在〔选择退出〕制下作出的判决，会令个别成员的申索成为已判事项，使他们不能够就同一争论点再度提起诉讼。在这些情况下，重要的是如果申索人受到有关诉讼的结果所约束的话，则须确保他们知道有该项诉讼

²⁵ 英格兰与威尔斯的民事司法委员会，"Improving Access to Justice through Collective Actions – Developing a More Efficient and Effective Procedure for Collective Actions"（2008 年 11 月）第 18-19 页。

²⁶ 见上述文献，第 145 页。

以及进行该项诉讼的方式。”²⁷（表示强调的粗体后加）

5.50 南非法律委员会亦明确表示，引用关于选择加入通知的规定，应只是作为在一般的选择退出规则下的例外情况，应在有限的情况下才可下令引用。该委员会讨论了美国的机制，继而述明它认为发出选择加入通知只属例外而非常规的理由如下：

“虽然有人建议规定须发出选择加入通知应属法庭可随时拣选的做法，但我们承认这只属例外而非常规。宁取选择退出程序而非选择加入程序的原因是完全说得通的，而这选择结果乃归因于〔美国的《联邦民事诉讼规则》第 23 条规则的〕1966 年修订条文的草拟者。南非社会中有很高比例的人是文盲，而且既无知又贫困，因为他们不获提供机会接受良好的教育。南非需要确保集体诉讼所带来的好处能令这些人得益，其程度相信比美国大得多。因此，我们建议法庭应在下述情况下才命令发出选择加入通知：法庭认为集体成员事实上会受到一项判决约束，因而可能蒙受重大损害，但该项判决是在一宗他们未必知悉的诉讼中作出的。这一类可预见会造成重大损害的情况，其中一例是很多人因同一宗事故（例如飞机坠毁）而蒙受损害。当个人所申索的金额庞大至足以令他很可能行使自己的申索权时，除非他们已明示同意受到某项有关判决所约束，否则便不应被如此约束。……”²⁸（表示强调的粗体后加）

5.51 或许可以这样说，假如香港的集体诉讼机制容许法庭在任何案件中决定引用可选择加入还是可选择退出的程序，法庭便会考虑到在选择退出制的集体诉讼中，作出具约束力的判决可能对香港特别行政区的宪法构成损害。这说法假设香港特别行政区政府一开始已能够断言所牵涉的《基本法》问题很可能会引致人大常委会释法。另一方面，如果大家都知道政府因人大常委会可能会释法而要求引用可选择加入的程序，这情况本身便很可能会导致大量诉讼人士选择加入诉讼。因此，不论采用可选择加入还是可选择退出的程序，实际上可能没有甚么分别。

²⁷ 南非法律委员会，*The Recognition of A Class Action in South African Law*（工作文件第 57 号），第 5.23 段。

²⁸ 南非法律委员会，*The Recognition of A Class Action in South African Law*（工作文件第 57 号），第 5.25 段。

5.52 另一个要加以考虑的问题是，在不会援引《基本法》条文（因此不会引起人大常委会可能会释法的问题）的公法案件中，是否适宜给予法庭酌情决定权，以决定应采用选择加入制还是选择退出制。在这一类案件中，采用可选择加入的程序只会增加诉讼的费用。

5.53 最后一个问题是，如果法庭获给予这方面的酌情决定权，便需制订一些如何行使该项酌情决定权的原则。法庭需以平衡公正和方便两者作为指引，同时应考虑上文所讨论与人大常委会释法问题有关的因素。

方案三：在公法案件的集体诉讼中采用可选择退出模式

5.54 如果集体诉讼采用选择退出模式，缺席的成员亦会被纳入集体内，而人大常委会其后的释法对他们没有实际效力。实际上，如采用可选择退出的程序，集体诉讼当事人的人数必然比根据可选择加入的程序进行诉讼的与讼人数为多：在后述的程序中，个人必须采取主动加入集体，但在前述的程序中，个人甚么事也不需要做。

5.55 即使在香港的集体诉讼中采用选择退出模式，仍可能有需要为核证集体诉讼引入额外的准则。我们考虑过在引用集体诉讼机制处理涉及有关标的事项的公法案件时可以施加的多项限制，也考虑过核证集体诉讼的申请人的身分，或容许展开一宗针对政府的集体诉讼对公众所可能造成的不良后果。

5.56 **(a) 摒除某些标的事项** 澳大利亚的《1958年移民法令》第486(B)条（引入时订明在2001年10月1日生效）规定，关于移民的法律程序（即提出与签证、递解离境或将非法的非公民遣送离境有关的议题的法律程序）不得采用集体诉讼。²⁹

5.57 以色列的《2006年集体诉讼法》第3(a)条规定，不得呈上任何集体诉讼以求将之核证为代表申索，“除非该宗诉讼属〔本法的〕第二次增订中所指明的讼案，或属在本法的一项明文指令中订定的事宜所指明者，而该项指令容许呈上集体诉讼。”该《集体诉讼法》的第二次增订载列一份诉讼因由清单，原告人可基于该等诉讼因由而请求法庭将某宗申索核证为代表申索。该清单的最后一项

²⁹ 该项修订条文反映联邦政府的政策意向，是寻求方法处理以下情况：无合法权限在澳大利亚停留的人越来越多采用集体诉讼，以取得过渡签证（bridging visa）来大幅延长其停留在澳大利亚的时间。集体诉讼现时被用以鼓励大量人士在他们本来不会提起诉讼的情况下兴讼，而鼓励大量人士参与集体诉讼的目的相信是为了取得签证。这些人没有合法权利留在澳大利亚境内，但却利用集体诉讼以取得过渡签证（见澳大利亚移民及多元文化事务部的陈述书，撮录于澳大利亚联邦国会辖下移民事务联合常务委员会的 *Review of Migration Legislation Amendment Bill (No. 2) 2000*（2000年10月）第1.6-1.15段中）。

（即第 11 项）规定，要求政府机关退回非法收取的款项（包括税款、收费或其他强制性付款）的申索，即属可请求核证为代表申索者。以色列司法部的艾芙娜女士向我们表示，她认为清除不适当的行政法案件的最有效率过滤方法，是采用有限度的逐步递增做法，让在特定范畴内的新诉讼因由可随着时间过去而经谨慎商议后加入该清单中。因此，以集体诉讼方式提起诉讼，应只限于其诉讼因由属《集体诉讼法》的第二次增订所列者。³⁰

5.58 由此可见，其他地方的先例显示可借着专门立法而将某几类集体诉讼从香港的通用类别集体诉讼的范围中剔除。

5.59 **(b) 只限集体成员参与集体诉讼** 梅丽朗教授指出，如果日后拟定的香港集体诉讼机制，规定任何关于公法事宜的集体诉讼必须由一名**集体成员**提起，则纯粹属“意识形态上的申索人”便会被拒诸门外。所谓“意识形态上的申索人”，是指没有任何直接诉讼因由或直接申诉基础，而只不过是其组织章程细则的内容涉及有关事宜的法人（例如职工会或社区组织）。这实际上是将某些公众利益诉讼局限于有直接诉讼因由的当事人之间的一种方法（如果诉讼所涉的集体成员受限于一项他们无能力遵从的讼费保证令，则情况尤然）。在香港，有关的常设规定载于《高等法院规则》第 53 号命令第 3(7)条规则，即“*除非法庭认为申请人在申请所关乎的事宜中有足够权益，否则不得批予〔申请司法复核的〕许可*”。“意识形态上的申索人”要符合这项现行规定才可展开任何公法诉讼。然而，他们还要跨越“直接利害关系”这另一项障碍，才可被当作是有关集体的成员。

5.60 在英格兰，《实务指示》第 19B 部第 3.1 段规定，只可以由申索人或被告人根据《民事诉讼程序规则》第 19 III 部提出集体诉讼令的申请。因此，在集体诉讼令下的申索人必须是一名集体成员，“意识形态上的申索人”遂不能引用该项程序。

5.61 如果梅丽朗教授所提议的做法在香港获得采纳，代表申索人集体的一名申索人除非本身在一宗公法案件中有直接的诉讼因由，否则便不能提起公法诉讼。虽然这做法能将某些类别公法案件摒除于集体诉讼机制的范围之外，但只摒除公法诉讼中的非集体成员而不摒除其他类别的诉讼（例如关于消费者或环境议题的私人诉讼）的非集体成员，则看来较难找到理据支持。虽然也许可以透过

³⁰ 以色列司法部的首席助理律政人员（Head Counseling Assistant）艾芙娜律师致予小组委员会秘书的函件，日期是 2009 年 5 月 17 日。

立法订定特别的摒除条文，或规定集体诉讼必须由一名“集体成员”提起，从而将公法诉讼摒除于通用集体诉讼机制之外，但我们不建议这样做，因为这是一种零碎不全的做法。

5.62 (c) **容许法庭考虑可能会对公众造成的不良后果** 我们亦考虑过以色列《2006年集体诉讼法》的条文规定。该等规定容许法庭在决定是否批准针对政府而提起集体诉讼的申请时，考虑集体诉讼方式的起诉可能会对公众造成的不良后果。反对使用集体诉讼针对以色列政府的人认为，在这情况下可区分政府与其他法律实体。这些人认为有多个因素可合情合理地摒除针对政府提起的集体诉讼：

- (a) 在以色列，另有更佳的机制可保障其他司法管辖区的代表诉讼所欲达致的公共目标——就是为关于政府的诉讼及决定是否合法等事宜，可向以色列最高法院（审案时作为高等法院）提起呈请；
- (b) 不能针对政府提起集体诉讼，不会损害以色列的诉讼人由政府导致的任何个人损害而起诉政府的现有权利，这项权利与起诉任何其他实体的权利一样；及
- (c) 如果可以透过集体诉讼强迫政府机关退回非法收取的应缴费用、税款、收费或其他强制性付款，则不仅会扰乱公共行政（特别是对地方当局而言），亦会违反公众利益，因为政府所收取的款项是用于公益之事，而不是为了私下得益。

5.63 以色列的《集体诉讼法》于2006年3月12日通过。马根（Amichai Magen）及斯高（Peretz Segal）于集体诉讼全球化会议上呈交的国家报告指出有关规定代表：

“〔可针对政府提起集体诉讼〕的赞成者与反对者之间的妥协，一方面是针对政府提起的代表诉讼已被列入可采用代表诉讼的诉讼因由列表当中，而另一方面，有关法律载有多项保障政府……的措施，旨在回应反对者所表达的关注。”³¹

5.64 以色列的《集体诉讼法》第8(b)(1)条规定，凡有：

“核准〔集体诉讼〕的请求提出，而诉讼是针对国家、国家的某一机关、地方当局或合法成立的法团而

³¹ 马根与斯高，"National Report: Israel"，向集体诉讼全球化会议呈交的报告，2007年12月，第20页。

提起的，且法庭确信正因为该诉讼是以集体诉讼的方式由法庭管理这项事实，虽然集体成员或公众因这种管理方式而预期会获益，但相对而言却会对需要被告人提供服务的公众或对一般公众造成严重损害，而且有关损害不能透过核准上述第 13 条所提到的修订而得以避免〔第 13 条授权法庭可核准集体诉讼，但在核准时规定诉讼须作出法庭所决定的修订，而法庭认为为了确保集体诉讼获得公平和有效率的管理，这些修订是必需的〕，则法庭在决定是否核准集体诉讼时，可将这项因素加以考虑。”

5.65 以色列司法部的艾芙娜女士向我们表示，以色列有特定的法律处理针对银行及保险公司的集体诉讼，当中载列与上文相类的验证，而《2006 年集体诉讼法》第 8(b)(1)条就是从该等验证中演化而成的。在有关条文的立法过程中，当局没有参考过海外的经验。艾芙娜女士告诉我们，只有寥寥可数的法庭案件曾考虑和解释过“对……公众造成严重损害”这项验证。在每一宗案件里，法庭都基于其他理由而拒绝了核证的请求，例如尚有其他法律补救未经尝试（特别是在针对税务当局的诉讼中，因以色列为此而设有专门的上诉委员会），或诉讼并非基于《2006 年集体诉讼法》的第二次增订中所指明的其中一项诉因这项事实。为防止某一集体诉讼会“对……公众造成严重损害”而根据该法例第 13 条核准对该宗诉讼作出更改的个案，至今仍未出现过。假如香港采用类似条文的话，有人或会认为未可逆料的宪法窘境可能会出现，这会构成“对……公众造成严重损害”，因而足以成为在集体诉讼程序中摒除针对政府的宪法案件的充分理据。

5.66 选择退出制产生一个包罗范围较为全面的集体，那些沉默的成员亦包括在其中。或许可以说，集体诉讼机制不会令人大常委会根据《基本法》第一百五十八条第三款作出的释法无效。除了使用上文所讨论的方法限制公法案件引用一般的集体诉讼机制外，我们也考虑过一些可行的实际措施。当牵涉《基本法》的公法案件提交法庭核证时，若香港特别行政区政府认为很可能会引致人大常委会释法，乃可寻求将核证申请暂时搁置，而法庭可依据会让所有当事人维持现状的条款批准搁置。无论如何，香港的法院在其后的案件中都会受到释法的约束。另一方面，这做法关系到香港特别行政区政府表示人大常委会很可能会释法。有人或会认为这种说法会造成一些困难，因为可透过两种不同方法提请人大常委会释法：因为有《基本法》第一百五十八（三）条所批准的司法提请，或根据第

一百五十八（一）条作出的独立解释。当有关的《基本法》条文并非一项摒除条文而需要作出《基本法》第一百五十八（三）条所批准的司法提请时，有人或许认为期望香港特别行政区政府为此而公布寻求释法的意向是不切实际的。再者，公布寻求释法的意向本身也大有可能随时造成宪法窘境。

方案四：在公法案件的集体诉讼中采用可选择加入模式

5.67 我们所考虑过的最后一个方案，是在香港涉及多方的公法诉讼中，采用选择加入制作为预设模式，令只有已明示同意受到集体诉讼判决的人才会被视为该项的判决所针对的当事人。这样做既可在香港实现并便利进行涉及多方的公法诉讼，亦同时可避免我们所提到或会出现的宪法困境。

5.68 由于选择加入模式不会阻止未选择加入集体诉讼程序的人其后就相同的争论点提起诉讼，相信这模式不会被指为干预《香港人权法案》及《基本法》所保障的向法院提起诉讼的权利。在此情况下，在公法集体诉讼中采用可选择加入的程序，不大可能会引致根据《香港人权法案》第十条或《基本法》第三十五条（向法院提起诉讼）或根据《基本法》第六条及第一百零五条（保护财产权）而提出的反对。

结论

5.69 我们相信有明确需要为公法案件的集体诉讼设定一套程序，亦相信现时将公法案件和私法案件分开处理的做法应予维持。目前，公法案件的诉讼是在高等法院原讼法庭提起的，并由《高等法院条例》第 21K(1)条及《高等法院规则》第 53 号命令规管。我们建议不改变这个基本制度，而集体诉讼的机制应建基于这个制度上。任何集体诉讼机制应最起码能做到让法庭有酌情决定权，以设定适当的机制处理涉及多方的公法诉讼，例如在参考英格兰的集体诉讼令及其他地方的集体诉讼的经验，透过采用测试案件或解决共通于所有申索人的争论点来处理这类诉讼，但我们不赞成这种零碎不全的做法。

5.70 我们已在本章中认定并讨论过以集体诉讼机制处理公法案件的下列四个方案：

方案一：公法案件应摒除于一般集体诉讼机制之外，并应设立另一机制处理涉及多方的公法诉讼程序，而集体诉讼机制只处理私法案件；

方案二：法庭应获赋予酌情决定权，可在公法案件中选用可选择加入或可选择退出的程序，而赞同采用可选择加入程序（一如我们的建议 1 至 3 所主张者）的推定并不存在；

方案三：公法案件应采用我们所提议普遍施行的可选择退出模式（建议 1 至 3），但加设核证准则以筛除不适宜以集体诉讼程序处理的公法案件；及

方案四：公法案件应采用可选择加入模式，令只有已明示同意受集体诉讼判决约束的人才会被视为该项判决所关涉的当事人。

5.71 我们在讨论这些方案时，已顾及香港独特的宪法情况和《基本法》第一百五十八条的重要性。不过，我们对本章所提到的各项议题尚未有定论，因此在我们进一步研究这些议题之前，欢迎社会各界提出意见。

第 6 章

选择原告人及避免潜在的滥用情况

引言

6.1 我们认为在集体诉讼中，如胜诉的被告人有可能无法向担任集体代表但财力短绌的原告人讨回讼费，便应提供适当的保障以针对这些败诉申索的个案。澳大利亚的经验带出另一个相关的问题，就是代集体诉讼代表行事的律师事务所需要处理由被告人提出的大量程序上的争议。¹ 经济拮据的原告人如何筹措资金，是任何集体诉讼机制所要处理的问题。我们会在本文件第 8 章列出我们在资金筹措问题上的意见。

6.2 为了避免滥用法院程序以及确保有可能面对诉讼的人士应得到公平保障，我们相信应设立程序上的保障措施，并且探讨可否引用一般关于滥用法院程序的原则。我们曾考虑，在核证集体诉讼时，应否要由集体代表提供关于资金筹措方面的证明。我们也曾研究，关于就讼费提供保证的既定原则是否适用于集体诉讼，以便能达致恰当的平衡，让经济窘迫的诉讼人能够有合理的寻求司法公正的渠道，而同时给予被告人足够的保障。

认定的问题

6.3 所有集体诉讼机制都有一项共同特点，就是如果集体败诉，集体成员享有特定及单边的讼费豁免权。这项豁免权在澳大利

¹ 澳大利亚的法庭对此情况有以下的描述：

“在代表诉讼程序中，正出现令人感到困扰的趋势，此情况宜予终止。本席所指的是在这些诉讼程序中（被告人提出）的很多项非正审申请，包括非正审上诉。……法庭可以借着发出适当的指引，确保各方当事人顺利地进行诉讼，不致因涉及状书、细节、常规及程序方面的纯理论或无结果的争论而被拖慢进度。集体诉讼中的答辩人会为避免进行审讯而做出任何所需的事，常见的做法是令申请人招致高昂的讼费而使其却步，这些事并非未有所闻。法庭应提高警觉，确保这些伎俩不能得逞。”（*Bright v Femcare Ltd* (2002) 195 ALR 574，第 607 页）。

“那些没完没了、耗费高昂的非正审申请以及冗长、耗费更高的非正审命令上诉，拖慢了很多集体诉讼的进度。”（*Bray v F Hoffman-La Roche Ltd* (2003) 200 ALR 607，第 660 页）。

亚、² 安大略³ 及不列颠哥伦比亚⁴ 均有法例予以订明。然而，法庭一般会在集体诉讼败诉时判原告代表人支付讼费。在这样的情况下，集体成员会有强烈倾向，为集体诉讼程序作出特别步署，以避免集体中的富有成员须支付被判付的讼费。如果被告人赢得诉讼（或在初始的反对核证争议中胜出）并获判给讼费，便有很大机会要面对庞大数额的法律费用，而这笔款项是无法讨回的。正如参议员凡斯敦（Vanstone）在澳大利亚的国会就制定集体成员讼费豁免权的条文（《1976年澳大利亚联邦法院法令》（下称“《澳洲联邦法院法令》”）第43(1A)条）而进行的辩论中所指出：

“联盟支持以下的一般原则：就是法庭应该不能够判一名由别人代表展开诉讼的人支付讼费，特别是因为该人可能是在未得其知悉或同意下被加入为诉讼一方。然而，我们相信当中会有滥用的机会。例如，拟提出诉讼的集体中较富有的成员可能会刻意选择一名财力短绌的成员出任诉讼代表。即使诉讼失败，也只会由诉讼代表来承担讼费，以致被告人无法讨得任何讼费。因此，我们相信法庭应有酌情决定权，在特殊情况下可判那些由别人代表展开诉讼的人支付讼费。明显地，这项酌情决定权只会在秉行司法公正所需的情况下才适用。”⁵（表示强调的粗体后加）

6.4 申索代表人资金可能不足的情况，也会衍生其他方面的问题。举例说，如果集体诉讼获准进行，则当需要发出选择退出通知时，由谁负责支付发出选择退出通知的费用？向身分已悉的集体成员发出个别通知以及在媒体刊登关于集体诉讼的广告，可以是很昂贵的。

6.5 以经济拮据者担任申索代表人的问题，可循四种方式处理，这包括在集体诉讼机制内的，或是诉诸于一般民事诉讼程序规则的。以下段落会作讨论。

引用针对无理缠扰／滥用程序的法院规则

6.6 刻意选择一名资源匮乏的“伪诉讼人”为申索人之举，可被诠释为无理缠扰及滥用程序的行径，而有关的法律程序可基于这

² 《澳洲联邦法院法令》第22、33Q、33R及43(1A)条。

³ 《集体诉讼程序法令（安大略）》第31(2)条。

⁴ 《集体诉讼程序法令（不列颠哥伦比亚）》第37(4)条。

⁵ 《国会辩论，参议院（联邦）》，1992年11月24日，3348。

个理由而告终。不论在澳大利亚或加拿大，都找不到法律程序以此理由而停止的案例，但得要承认这可以是一个反对的理据。

6.7 值得注意的是，在澳大利亚案例 *Cook v Pasmenco Ltd (No2)* 中的被告人采用了这个论据。在此案中，一名未获解除破产的人被挑选为原告代表人。法官林格恩（Lindgren J）讨论到逃避讼费法律责任是否恰当的问题：

“面对一定数目的人可担任诉讼代表时，事务律师并无责任要为准答辩人的利益作出选择。无疑有多项因素可导致某人而非另一人担任诉讼代表，例如：该人所在位置较接近事务律师的办公室，该人与事务律师的沟通较容易，关注案件与牵涉其中的程度，如任证人则预期表现如何，个别案件的案情等。

现假设一名准诉讼代表看来在经济上有能力支付不利讼费令的全数或部分款项，而另有一人却几乎是无力偿债的。事务律师在法律和道义上都没有责任要选择前者。肯定而言，事务律师即使选择后者，也是无可指责的。甚至有人认为（本席不表意见），除非有其他因素显示应另作选择，否则事务律师在职责上要对前者负责，故而应该选择后者。”⁶（表示强调的粗体后加）

6.8 对于在上述案件中未获解除破产的人为何获选为原告代表人一事，澳大利亚的法庭无意作出不利的推论。在加拿大案例 *Sturmer v Beaverton (Town)* 中，可看到法官对于为集体诉讼作出特别部署以逃避讼费法律责任的做法，作出较不客气的批评。法官米杜顿（Middleton J）在该案中就代表诉讼程序有以下言论：

“在本案中，不能说韩美顿‘只是在诉讼中有利害关系’，而应说并且确实显示这是他本人的诉讼案件，但他却犯了类似诉讼教唆及助讼性质的罪行，因为他为了测试自己的权益，找来了这位伪诉讼人，并以该人的名义来提出诉讼。

正如案情所显示，这属于滥用法院程序的行为，而本席认为这更是性质最严重的藐视法庭罪，因为被要求出来主持公道的法院，正被人利用作为工具，并且有

⁶ (2000) 107 FCR 44, 第 29-30 页。

人说，即使因此而造成了伤害，法院也未能作出补救。

……

在令人生疑的诉讼中，真正的原告人为逃避支付可能须由原告人负担的讼费，特意找来一名穷人做名义上的原告人。试问有何欺诈尤甚于本案中所作的行径，以致本法院更应予以正视……？”⁷（表示强调的粗体后加）

6.9 上述评论为法官道森（Dawson J）在 *Knight v FP Special Assets Ltd* 一案中所引述，并予以认同。在这宗案件中，澳大利亚高等法院裁定昆士兰最高法院有权命令两家无力偿债的公司的接管人及财产管理人（非属有关诉讼中的一方）支付讼费。在作此裁定时，占多数意见的法官们表示：

“适宜认定一通用类别的个案，据此可判令非诉讼一方支付讼费……**该类个案包含以下情况：参与诉讼者是无力偿债的人或是伪诉讼人，该非诉讼一方在诉讼过程中扮演积极的角色，该非诉讼一方……在诉讼的标的中有利害关系等。凡个案的有关情况符合上述类别，则在司法公正所需的情况下，应针对该非诉讼一方作出讼费令。**”⁸（表示强调的粗体后加）

6.10 有鉴于以上所述，假如被告人的挫败感足以令法院相信，对方正利用“伪原告人”来庇护财务上较宽裕的集体成员，使这类成员免受讼费令所影响，则在此情况下，法院大可以作出上述的推论或施加上述的责任。然而，我们认为一般关于无理缠扰／滥用程序的法院规则以及从案例所归纳的原则，都不能发挥足够的效力，原因在于这些规则和原则并非专门针对由财力短绌者担任集体代表的问题。比较之下，我们认为以下订明核证准则的选择方案较为可取。

诉讼代表的核证准则

6.11 在任何选择退出制的集体诉讼机制中，其中一项核证准则是“**申索代表人的代表性足够**”。所谓代表性足够，曾被裁定为包

⁷ (1912) 2 DLR 501.

⁸ (1992) 174 CLR 178, 第 201-202 页。

括指申索代表人如获判不利讼费令时，有能力支付有关款项。如果申索代表人不能向法院证明他能这样做，则集体诉讼的核证可予否决（或至少就该申索代表人而言）。

6.12 在英联邦及美国的案例中，在核证阶段评估代表人的足够性时，会估算申索代表人的财务资源。在 *Fehring v Sun Media Corp* 案中，安大略的法庭认为在裁断一名集体代表的代表性是否足够时，该代表的财务资源应是相关的考虑因素。案中裁定：

“法庭必须信纳，原告代表人有财力承担为恰当地进行集体诉讼而必然牵涉的开支……。如果没有这方面的证据，法院便欠缺所需的必要依据来得出结论，谓该名建议的原告代表人可以公平和充分地代表集体的利益。”⁹
（表示强调的粗体后加）

核证时的出资证明

6.13 我们认为，一个新的香港集体诉讼机制亦应包含明订条文，规定集体代表必须向法院证明并使其信纳，（在申索代表人及／或其律师方面）已为诉讼作出适当的出资及讼费保障安排。这方面的研讯大可构成核证研讯的其中一个环节。

6.14 虽然在我们所探讨的各地集体诉讼机制中，均没有就此准则制定明订条文，但我们为觉得这条文与美国制度中《联邦民事诉讼规则》（*Federal Rules of Civil Procedure*）第 23(g)(1)(B)条的规定略有相似之处。该条文规定，法庭必须委任一名代表集体的律师，而该律师须令法院信纳他会“公平和充分地代表集体的利益”。根据第 23(g)(1)(C)(i)条，法庭必须明确地考虑“律师为代表集体而承诺动用的资源”。在各集体诉讼的法规中，这项条文是独一无二的。由此类推，（借着在设立集体诉讼机制的法例中明订的条文）确保法院应信纳集体代表在诉讼败诉时有能力遵照不利讼费令支付款项，似乎是合理的做法。

讼费保证

6.15 就集体诉讼而言，《澳洲联邦法院法令》第 4A 部之下的代表诉讼程序，如经刻意的特别部署，目的是使无力偿债的集体成

⁹ (2002), 27 CPC (5th) 155 (SCJ), 第 35 段。

员豁免讼费令的付款责任，则此举可引致法庭作出讼费保证令。¹⁰ 在 *Ryan v Great Lakes Council* 一案中，法庭有以下的观察：

“如果集体成员或部分成员是通常居于澳大利亚境外并且是财务窘困的公司或人士，而有一名‘伪诉讼人’被刻意挑选为诉讼代表，则应可命令该诉讼代表提供保证，并且暂时搁置有关的法律程序，直至该诉讼代表提供保证为止。”¹¹

6.16 法律改革机构就被告人应否有申请讼费保证令的一般权利，持有不同看法。有些机构强烈反对，¹² 有些机构则表示支持。¹³ 梅丽朗教授评论说：

“讼费保证规则的目的，在于使胜诉的被告人在败诉的原告代表人被判付给讼费（按诉讼各方对评基准评定者）的情况下，得到局部保障；假如没有讼费保证的裁定，则被告人虽然最终胜诉但却不能讨回讼费，这很可能对被告人造成很大的困苦。在另一方面，如讼费保证的要求获准，在实际上会对并非富有但其个人申索只涉微薄款额的原告代表人有消极作用，令他不敢提出有胜诉机会的申索。”¹⁴

6.17 澳大利亚联邦国会在《澳洲联邦法院法令》第 33ZG 条中明文规定：

“除本部另有规定外，本部并无条文影响：

.....

(c) 任何关乎以下事项的法律的施行

.....

(v) 就讼费提供保证。”

¹⁰ Damian Grave 与 Ken Adams, *Class Actions in Australia* (Lawbook Co, 2005 年)，第 5.220 段。

¹¹ *Ryan v Great Lakes Council* (1998) 155 ALR 447, 第 456 页。

¹² 澳大利亚法律改革委员会, *Grouped Proceedings in the Federal Court* (第 46 号报告书, 1988 年)，第[270]页；以及安大略法律改革委员会, *Report on Class Actions* (1982 年)，第 745-46 页。

¹³ 南非法律委员会的 *The Recognition of a Class Action in South African Law* (1995 年第 57 号工作文件) 第 5.43 段，支持设有讼费保证机制，但先决条件是法庭就讼费保证问题行使其酌情决定权时，应考虑有关的集体诉讼程序是否属于测试案件，有否引起新的法律观点，或是否牵涉公众利益的事项；亦见于南非法律委员会, *Report on The Recognition of Class Actions and Public Interest Actions in South African Law*, 第 5.17.5 段。

¹⁴ 梅丽朗, *The Class Action in Common Law Systems, a Comparative Perspective* (2004 年, Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing)，第 368 页。

6.18 《澳洲联邦法院法令》第 56 条赋权联邦法院，可命令于其所指明的时间提供其所指明款额的讼费保证。规管讼费保证的提供的有关规则，可见于《联邦法院规则》第 28 号命令。¹⁵ 至于从澳大利亚案例所归纳的原则，撮录于下：¹⁶

- (a) 一般而言，诉讼代表会为自己及其他人提出诉讼。如事实的确如此，《联邦法院规则》第 28 号命令第 3(1)(b) 条规则所述的情况（即申请人非为申请人自己的利益而是为其他人的利益提出诉讼）便不会存在；
- (b) 凡申请人是一法团，联邦法院乃根据《2001 年法团法令（联邦）》（Corporations Act 2001 (Cth)）第 1335 条¹⁷ 或是根据《澳洲联邦法院法令》第 56 条行使其酌情决定权以命令提供讼费保证；
- (c) 凡申请人是一自然人，联邦法院乃根据第 56(1) 条行使其酌情决定权以命令提供讼费保证；
- (d) 集体成员根据《澳洲联邦法院法令》第 43(1A) 条对讼费令享有豁免权的事实，与根据第 56(1) 条对关于讼费保证申请作出裁定一事，并不相关；
- (e) 代表诉讼程序是为其他人的利益而提出的。此一因素可用以支持作出讼费保证令；
- (f) 一名财力短绌的自然人可被命令提供讼费保证。自然人不应只因其财力短绌而被命令提供讼费保证的这项传统规则（基于诉讼人不因贫穷而被禁制提起诉讼），并不适用；

¹⁵ 《联邦法院规则》第 28 号命令第 3 条规则规定：

“要求提供保证的有关情况

(1) 在根据法令第 56 条审核由答辩人提出的讼费保证令的申请时，法院可将以下事项列入考虑：

- (a) 申请人通常居于澳大利亚境外；
- (b) 申请人并非为申请人自己的利益而是为其他人的利益提出诉讼，而法院有理由相信申请人如被命令支付答辩人的讼费，申请人没有能力遵办；
- (c) 除规则第(2)款另有规定外，在原诉法律程序文件中没有述明或没有正确述明申请人的地址；
- (d) 申请人在法律程序展开后曾更改地址，企图逃避法律程序的后果。”

¹⁶ Damian Grave 与 Ken Adams, *Class Actions in Australia* (Lawbook Co, 2005 年)，第 10.200 段。

¹⁷ 《2001 年法团法令》第 1335(1) 条规定：“凡在任何诉讼或其他法律程序中的原告人是一法团，则对有关事项有司法管辖权的法庭，如根据可信的证供而觉得有理由相信，如被告人的抗辩一旦成功，该法团将没有能力支付被告人的讼费，则法庭可要求为该等讼费提供足够的保证，并搁置所有法律程序直至保证获得提供为止。”

- (g) 即使传统上不得命令由财力短绌的自然人提供讼费保证的规则，在《联邦法院法令》第 56 条制定后依然有效，这项规则始终与代表诉讼程序没有多大关连。法庭就讼费保证问题行使酌情决定权时，集体成员的特点是重要的考虑因素，或许比诉讼代表的特点更为重要；
- (h) 在代表诉讼程序中应否命令提供讼费保证的问题，一如在非代表诉讼程序中，是需要考虑全部情况后才能裁定的问题；
- (i) 在代表诉讼程序中，以下三点事项是与讼费保证令的作出（相对于数额评估而言）相关的：
 - i. 集体成员的身分与特点；
 - ii. 诉讼程序的资金来源；及
 - iii. 申索的胜诉机会。
- (j) 就上述第(i)项所述特点而言，其中部分特点的相关考虑因素是：假设有集体成员对答辩人提出独立分开的诉讼程序，则会否针对该等成员判给讼费令；
- (k) 行使酌情决定权以决定应否命令提供讼费保证时，其中一项相关的考虑因素是，在向联邦法院动议作出讼费保证令的事上是否有延误。

6.19 正如在 *Cook v Pasmenco Ltd (No 2)*¹⁸ 一案中，集体的代表律师在选择原告代表人时，无须顾及准被告人的利益。根据该案的案情，没有证据向法庭提出，以证明为何选择了一名未获解除破产的人为原告代表人，而法院亦不打算作出任何推论。

6.20 另一方面，联邦法院合议庭在 *Bray v F Hoffmann-La Roche Ltd* 一案中，表达了更加强而有力的观点：

“视乎特定的情况，本席并不认为一项规定提供合理讼费保证的命令，会必然间接地消除第 43(1A)条所订明的豁免权的作用。由一名集体成员在代表诉讼程序终结时承担讼费令的庞大款项（本可属共同及各别的法律责任），与有权选择对集体基金作数额不大的供款而申请人可以藉此基金提供讼费保证，这两种情况

¹⁸ (2000) 107 FCR 44, 第 29-30 页。

是截然不同的。施行第 43(1A)条所反映的政策时，需要平衡答辩人可能蒙受不公的问题……，而从法庭所接纳的事实来看，答辩人即使在法律程序中获得胜诉，但却没有机会讨回其所付出的巨额讼费。在很大程度上，这视乎涉及集体成员的人数、他们的财务状况，特别是讼费保证令会否窒碍法律程序等因素而定。在该问题上，本席认为应由申请人提出证据，以证明讼费保证令所产生的作用。”¹⁹（表示强调的粗体后加）

6.21 从芬克斯坦法官（Finkelstein J）在同一案件中的以下陈述，可显示对讼费保证一事所持的更强支持态度：

“虽然集体诉讼对社会有很多好处，但也随之而带来一些危险弊端。集体诉讼可被人用作压制的工具。有人就一项没有胜诉机会的申索提出集体诉讼，希望藉此强迫被告人答应和解以避免支付打官司的庞大开支，这种事并非未有所闻。一项适当的保证令，可使拟提出该类诉讼的人却步。”²⁰（表示强调的粗体后加）

6.22 芬克斯坦法官的这个取态，曾遭到论者的批评。如果集体成员人数众多而且财务状况宽裕，但却没有兴趣分担诉讼费用，则由诉讼代表所提出的申索可以因讼费保证令的颁下而中止。这会削弱了集体成员根据《澳洲联邦法院法令》第 43(1A)条所享有的讼费豁免权。²¹ 在一项对澳大利亚的主要集体诉讼进行的研究中，并无发现证据显示原告一方曾故意选定一名财力短绌的原告人出任牵头原告人，以确保法庭不能够作出讼费保证令。相反而言，在这些案件中的牵头原告人通常是财政充裕的人士。²²

6.23 莫拉比图博士指出，²³ 这个司法取态与以下各项不相符：
(a) 在这方面的传统规则，即不应基于原告人财力短绌而作出讼费保证令；
(b) 澳大利亚法律改革委员会的意见，即不应纯粹基于法律程序是由诉讼代表为集体成员的利益而非自己的利益提出的，从

¹⁹ (2003) 200 ALR 607 (Full FCA), 第 141-142 页。

²⁰ 上文所引述的案件，第 214 页。

²¹ Bernard Murphy 与 Camille Cameron, "Access to Justice and the Evolution of Class Action Litigation in Australia", (2006) *Melbourne University Law Review* Vol 30 399, 第 421 页。

²² Bernard Murphy 与 Camille Cameron, "Access to Justice and the Evolution of Class Action Litigation in Australia", (2006) *Melbourne University Law Review* Vol 30 399, 第 421 页，及附于注脚 160-7 的内文，第 433-4 页。

²³ 莫拉比图, "Class Actions in the Federal Court of Australia – The Story So Far" (2004 年), Vol 10 *Canterbury Law Review* 229, 第 255 页。

而作出讼费保证令²⁴；(c) 有需要不要对第 4A 部机制的提供，制造重大障碍；及(d) 第 43(1A)条为集体成员所赋予的讼费豁免权，在实际上不会被取消的重要性。就(c)及(d)项而言，曾有意见谓讼费保证令会窒碍诉讼的继续进行，或会迫使诉讼当事人展开个别诉讼。莫拉比图博士曾指出，如法庭下令提供讼费保证，而所基于的理由是与财力短绌的名义上原告人案件所涉的理据相若，则会产生异常情况，即就讼费保证事宜而言，被告人遭集体成员根据第 4A 部以代表诉讼程序起诉，比较起遭集体成员以个别诉讼形式起诉，在处境上会较为有利。

6.24 莫拉比图博士因此建议，法庭所应采取的原则为只在下述情况下要求提供讼费保证：集体成员（或其中部分成员）是财力短绌的公司或人士，通常居于司法管辖区以外地区，并且有一名“伪诉讼人”被刻意挑选为诉讼代表。²⁵

6.25 在另一方面，梅丽朗教授认为，在集体诉讼程序中，如申索代表人明显地并无财力就一项潜在的不利讼费令支付款项，则在该类个案中，法庭可命令提供讼费保证。如认为采取该做法是适当的话，则新订的香港集体诉讼条文可包括一条与《澳洲联邦法院法令》第 33ZG 条相类似的条文。

6.26 我们亦注意到，英国的民事司法委员会（Civil Justice Council）赞成扩大法庭的现有权力，使法庭可判给讼费保证令，以保障被告人免被财力短绌的申索人提出勒索式的申索。²⁶

关乎讼费保证的具体案例

6.27 在以下案例中，澳大利亚的法庭曾命令集体代表须支付讼费保证。我们借着研究这些案例详细探讨有关的机制。

Woodhouse v McPhee²⁷

6.28 答辩人申请讼费保证，所据理由为：诉讼代表很可能无法遵行讼费令，并且是为他人的利益而非为自己的利益提出诉讼的。

²⁴ 澳大利亚法律改革委员会，*Grouped Proceedings in the Federal Court*，第 46 号报告书（1988 年），第 181 页。

²⁵ 莫拉比图，"Class Actions in the Federal Court of Australia – The Story So Far"（2004 年），Vol 10 *Canterbury Law Review* 229，第 256 页。

²⁶ 民事司法委员会，*Improving Access to Justice through Collective Actions – Developing a More Efficient and Effective Procedure for Collective Actions*（2008 年 7 月）第 156-157 页。

²⁷ (1997) 80 FCR 529.

申请人作为诉讼代表，针对答辩人而申索济助，所据理由为：答辩人身为公司董事，当有合理理由怀疑公司无力偿债时，未能防止公司对其雇员负债。要求法庭作出讼费保证令的理据，主要在于个人身分的申请人（他是 98 名雇员的其中一名）一旦被判令支付讼费，很可能无力遵办；此外，他是为其余 97 名雇员的利益而非只为其个人的利益而提出诉讼，他大可要求该等被代表人士为应付讼费保证令而支付各自分担的份额，因此讼费保证令不会令致他不能继续进行法律程序。

6.29 梅克尔法官（Merkel J）基于下述的理据来审理：联邦法院可根据《澳洲联邦法院法令》第 56 条在集体诉讼程序中命令一名个人身分的申请人提供讼费保证（该条文赋权联邦法院可命令于其所指明的时间提供其所指明款额的讼费保证）。梅克尔法官在处理第 56 条时，犹如该项传统规则（即拒绝命令财力短绌的自然人提供讼费保证的规则）在一般情况下适用，但条件是该财力短绌的申请人并非名义上的原告人。梅克尔法官倾向于认为，代表诉讼程序是为其他人的利益而提出的此一事实，乃是一项支持作出讼费保证令的因素：

“然而，本席认为在一般情况下，根据第 IVA 部为其他人的利益而提出法律程序此一事实，连同其他因素来考虑，没有理由不应构成支持颁令提供保证的考虑因素。”²⁸

6.30 然而，《澳洲联邦法院法令》第 43(1A)条给予集体成员对不利讼费令的豁免权，是要让他们寻求司法公正的渠道能更畅通。法庭则基于申请人是为其他人的利益提起法律程序，而这些人应与其他诉讼当事人各自分担其潜在讼费的法律责任，因而撤销该项豁免权，命令提供讼费保证。梅克尔法官在顾及第 43(1A)条的作用后，认为法庭的做法是“不一致和异常的”。这项关乎第 43(1A)条相关性的结论，其重要性大于上述支持作出讼费保证令的考虑因素，即代表诉讼程序是为其他人的利益而提起的。根据第 IVA 部为被代表人士的利益而提起法律程序此一事实，“虽然是一项支持提供讼费保证的相关考虑因素，但在支持提供讼费保证之事上，它并不是一项那么重要的考虑因素。”²⁹

²⁸ 上文所引述的案件，第 533 页。

²⁹ 上文所引述的案件，第 533 页。

6.31 梅克尔法官继而行使第 56 条下的酌情决定权（这项权力不因第 43(1A)条或第 33ZG(c)(v)条而受到限制），拒绝作出讼费保证令，并根据该案件的案情，驳回要求提供讼费保证的申请。法庭在作出决定时考虑过以下因素：

- “• 该名个人身分的申请人有真正的申索权，并且有合理可争辩的理据，根据该法令第 IVA 部在有关事宜中就清盘公司的前雇员的权利，提出重要的原则性争论点；
- 公共政策的考虑远比任何保证令重要，因保证令可能会妨碍为雇员的累算权益而针对公司董事提出的集体申索（申索的理据是基于公司董事对其公司在无力偿债的状况下经营而招致法律责任）；
- 保证令很有可能窒碍法律程序的进行，除非是从被代表人士取得有关保证。”³⁰

6.32 梅克尔法官指出，在其他情况下，酌情决定权的行使会有所不同：

“第 IVA 部之下的特定个案，可能会出现一些情况，以致需要使用另一方法来处理上述事宜。例如，有关的申索属虚假性、欺压性，或明显地与进行申索所涉讼费不成比例，或者有关的法律程序经特别部署，使有财力人士豁免受讼费令约束。本席并不认为，在这类案件中被代表人士有权引用第 43(1A)条此一事实，会产生反对作出保证令的作用。”³¹（表示强调的粗体后加）

Ryan v Great Lakes Council³²

6.33 多人吃了来自大湖地区内湖泊中被指称受污染的蚝，因而对身为被告的大湖地区议会提出申索。在有关的法律程序中，法庭接纳申请人并无足够财务资源来支付答辩人的讼费此一事实。代表答辩人的律师在申请讼费保证令时陈词，谓讼费保证令不会窒碍诉讼，因集体成员鉴于诉讼一旦成功便可从中得益，可能愿意并且有能力向汇集基金供款，而保证金便可从基金中拨付。然而，初审法庭否决了讼费保证令的申请。答辩人的上诉也遭驳回。

³⁰ *Woodhouse v McPhee* (1997) 80 FCR 529, 第 534 页。

³¹ *Woodhouse v McPhee* (1997) 80 FCR 529, 第 534 页。

³² (1998) 155 ALR 447.

6.34 案件上诉时，林格恩法官（Lindgren J）指出，没有人提出说集体成员如曾提出个别诉讼，则他们当中会有任何人被命令提供讼费保证。在本案中，集体成员都是通常居于司法管辖区内个人，为自己的利益进行诉讼。这意味如果在代表诉讼程序中法庭作出讼费保证令，则比较起由个人分别提出的法律程序，答辩人会因代表诉讼程序的采用而得益较大。再者，如讼费保证令的发出，令致需要设立“财务汇集基金”，这对集体成员有何影响，则无法了解。

6.35 但法官认为（他没有局限可作出保证令的情况），在某些情况下，在代表诉讼程序中是可以命令提供讼费保证的。他所指的是有关程序经过特别部署，使有财力的人士对讼费令得享豁免权，以及假设集体成员（即被代表进行有关法律程序者）是以个人身分对答辩人提出个别诉讼的话，则有可能被命令提供讼费保证等情况。

***Tobacco Control Coalition Inc v Philip Morris (Australia) Ltd*³³**

6.36 申请人是一个法团协会，成员都是新南威尔士癌病委员会（New South Wales Cancer Council）及／或澳大利亚反吸烟与健康行动委员会（Action on Smoking and Health (Australia)）的干事。后述机构曾得到新南威尔士癌病委员会拨款资助，而新南威尔士癌病委员会本身拥有超过澳元\$2,600 万的资产。有关法律程序的答辩人是三家主要烟草制造商，他们要求法庭命令对方诉讼代表提供讼费保证。韦克斯法官（Wilcox J）发觉：

- 该诉讼代表是在法律程序展开前几天以及在取得法律意见后才成立为法团的；
- 有一名干事曾在信中表示，该诉讼代表是为保障卫生及医务团体免受潜在的不利讼费令所影响而特意成立，作为诉讼工具；及
- 该诉讼代表是由该两个机构的高级人员操控的，而有关的法律程序经过特别部署，以对该两个机构提供涉及讼费令的豁免权。

6.37 法官认为，有关的法律程序并没有很高的成功机会，也不属于关乎“公众利益”的诉讼，于是命令诉讼代表提供讼费保证。在作此命令时，法官曾考虑上述因素，并考虑到“集体成员”定义的缺点及申请人状书的其他缺点（有关状书即为寻求属禁制及宣布

³³ [2002] FCA 1004.

形式的济助而呈交者)。再者，申请人即使在证据方面作出对其有利的假定，但却未能提出任何可争论的法律理据，使答辩人须对申索声明书中所提述的行为负上大部分法律责任。

***Nendy Enterprises Pty Ltd v New Holland Australia Pty Ltd*³⁴**

6.38 在此案的法律程序中，成立为法团的诉讼代表，乃代表一群农夫及承包人。他们购买了答辩人所出售的联合收割机。法庭命令提供讼费保证。据指称，收割机有毛病，以致影响集体成员的生计。在一份简短的判决书中，威特兰法官（Whitlam J）关注在此案中申请人获挑选为代表人的方式，并且留意到代表该诉讼代表的事务律师曾向多人（包括申请人）就代表诉讼寄出指引。威特兰法官说：“在该单张中提及如何物色一人展开代表〔原文如此〕诉讼程序，这些内容是重要的。”³⁵

***Bray v F Hoffman – La Roche Ltd*³⁶**

6.39 在此法律程序中的每一名答辩人都是制造和销售维生素产品的公司。申请人依据《澳洲联邦法院法令》第 IVA 部在联邦法院展开代表诉讼程序，指称答辩人曾就个别维生素产品订立并实施一项国际性的限定价格及分占市场安排，违反《1974 年贸易行为法令》（Trade Practices Act 1974）第 45 条。

6.40 根据经同意的案情，申请人拥有净资产澳元 \$73,000，而她唯一的收入来源是残疾津贴，每月澳元 \$931.40。很明显，申请人并无足够资金支付她可被命令支付的巨额讼费（估计在澳元 \$300,000 至 \$400,000 之间）。初审法官梅克尔承认不清楚由谁来为目前的诉讼提供资金，但推测可能是由申请人的事务律师而非由任何个别集体成员来承担。案件上诉时，联邦上诉法院不信纳有关证据，谓那些从法律程序中得益的人，刻意挑选了一名财力短绌的申请人，以期一旦败诉时保障自己免受讼费风险。联邦上诉法院指出，初审法官似乎偏离了以下的前提，即刻意挑选一名“伪诉讼人”，是法庭可作出讼费保证令的其中一种情况，并且可构成作出讼费保证令的一项先决条件。在有关情况下，梅克尔法官没有作出讼费保证令。

6.41 联邦法院合议庭由卡尔（Carr）、布兰森（Branson）及芬克斯坦三位法官所组成，他们对梅克尔法官的判决连同其他事项进行

³⁴ [2001] FCA 582.

³⁵ [2001] FCA 582，第 4 段。

³⁶ (2003) 130 FCR 317.

上诉聆讯。该法庭的每名法官都认为梅克尔法官的取态有错，因为讼费保证令并不对《澳洲联邦法院法令》第 43(1A)条所订的讼费豁免权起否定作用。第 43(1A)条所订的讼费豁免权，容许集体成员避过共同及各别的讼费法律责任的风险。但合议庭认为，要求集体成员向一项基金供付一笔数额相信不大的款项，以便申请人可以从基金中取得款项以提供讼费保证，则是另一回事。

6.42 芬克斯坦法官就与讼费保证令相关的决定（相对于保证金的数额评估而言），列出了以下一份并非巨细无遗的考虑因素清单：

“视乎法律程序的类别，被代表的集体可以有差异颇大的成员。集体中可以有法团及自然人。集体成员，不论是法团与否，都可以是财雄势大或财力短绌的。**本席认为，在处理要求提供保证申请时，应考虑到有关集体的特点。**因此，不对财力短绌的自然人作出讼费令此一规则，如果仍然存在的话，……该规则对很多集体诉讼都不大适用。另一应予考虑的事项，是很多集体诉讼的进行被没完没了和费用高昂的非正审命令所阻碍，这情况与国会的意愿相反。在评估任何可判付的保证金的数额时，可能有需要考虑哪一方需对这些情况负责。我们也适宜记住，在集体诉讼中，有一共通情况，就是会有人愿为申请人的后盾（本席的意思是指出资）。这个人通常是申请人的事务律师，他会收取称为‘按判决金额收费’的利益。如果法律程序是由‘名义上的原告人’提出的，意味原告人自己不会从诉讼中得益，但正为其他人的利益而提出申索，在此情况下通常会作出保证令。**获得事务律师资助的诉讼一方，不算是真正的‘名义上的原告人’。**然而，**该事务律师的确欲在诉讼最终成功时从中得益（特别是在额外收费方面），**因他可以藉此而讨得他的费用。在决定应否命令提供保证时，这情况虽不属决定性，但也是相关的考虑因素。在很多个案中，在考虑申索的成功机会时，这情况亦属相关的因素。本席觉得法庭不应逃避对申索的成功机会进行初步评核。该项工作并非如想象中困难。每一天，在不同的申请中，例如申请非正审强制令、委任接管人或其他较严重的济助案件，法官需要裁决诉讼一方是否已提出表面证据成立的个案，或是否已提出有待审理的严肃争论点。虽然集体诉讼对社会有很多好处，但也随之而带来一些危险弊

端。集体诉讼可被人用作压制的工具。有人就一项没有胜诉机会的申索提出集体诉讼，希望藉此强迫被告人答应和解以避免支付打官司的庞大开支，这种事并非未有所闻。一项适当的保证令，可使拟提出该类诉讼的人却步。”³⁷（表示强调的粗体后加）

Milfull v Terranora Lakes Country Club Ltd (in liq)³⁸

6.43 这宗代表诉讼程序最初于 1995 年 8 月展开。由于发觉每名集体成员必须针对每名答辩人提出申索，原本一宗代表诉讼程序便继而引起五宗代表诉讼程序。2004 年 3 月，合议庭在 *Bray v F Hoffman-La Roche Ltd*（见上文）一案中的裁决，引起了代表第二至第五答辩人的事务律师的注意。2004 年 8 月，第一答辩人通知代表第二至第五答辩人的事务律师，将会向申请人分配澳元 \$380,000。七日之后，代表第二至第五答辩人的事务律师要求提供澳元 \$380,000 的保证金。于 2003 年 7 月至 2004 年 8 月期间，在有关法律程序中曾采取多项步骤，包括提交答辩书及反申索书，以及进行了一次调解。

6.44 基菲尔法官（Kiefel J）认为延迟提交讼费保证动议是相关和起决定作用的因素：

“答辩人应可一早提出申请。虽然他们事实上可能要甘冒支付讼费的风险，但申请人及集体成员在不知悉会有此申请的情况下，继续支付大笔金钱，并且不知道他们有可能要付出更多。如申请人被要求提供讼费保证，他有权预早得知。如法庭在这时候便已作出命令，集体成员可及早考虑他们的形势。本席认为申请提出得太迟，而就延迟而提出的解释，理由也不充份。”³⁹

6.45 根据这一系列案例，卡舒曼（Peter Cashman）将各项考虑因素撮要如下：

“足以支持讼费保证令的特定情况包括：案件看来胜诉机会不大；由于申请人的行径，曾招致不必要的费用；或有正面证据显示申请人被人刻意挑选为伪诉讼人。

反对讼费保证令的因素则可包括以下各项：有关的法律程序看来有很大的胜诉机会；在法律程序中，有关

³⁷ (2003) 130 FCR 317, 第 252 段。

³⁸ (2004) 214 ALR 228.

³⁹ (2004) 214 ALR 228, 第 21 段。

乎公众利益的特定争论点须予裁断；受法律程序影响的集体的大小；答辩人的行径（包括在非正审申请及上诉不成功的情况中）；以及在进行集体诉讼程序一事上普遍关乎的公众利益。”⁴⁰

私人诉讼出资及讼费保证

6.46 正如在第 8 章中所论及，集体诉讼的资金可由私人诉讼出资公司提供。如有申请提出，要求提供讼费保证，则法庭在行使酌情决定权以决定是否作出命令及／或评估讼费的数额时，会审视是否存在第三者商业诉讼出资安排，作为相关的考虑因素。在 *Baygol Pty Ltd v Huntsman Chemical Co Australia Pty Ltd* 一案中，谭柏林法官（Tamberlin J）说，他认为在厘定讼费保证金的水平时，诉讼是由他人出资的这个事实应占一定比重：

“本席认为，诉讼是由他人出资当作一项投资的这个事实，在考虑上应占一定比重。以本席来看，尤其是当考虑到保证金不足所带来的后果时，这个事实有利于支持更宽松的拨备安排。如果〔被告人〕胜诉，可以赔上一大金钱。如果〔被告人〕败诉，〔原告人〕便可解除支付保证金的责任。本席不认为这是一项具操控性的考虑因素，也不认为应视之为极重要的因素，但在评估保证金的数额时，不得不加以考虑。”⁴¹

结论

6.47 在研究过讼费保证机制及法院根据《澳洲联邦法院法令》第 33ZG 条列入考虑的各项因素，并且衡量有关利弊后，我们确信讼费保障机制会是一项合理的过滤程序，能有效地阻止财力充裕的集体成员刻意挑选财力短绌的原告人担任集体代表，从而滥用有关程序。该机制的有效性，当然端赖代表集体的律师能秉行诚信，就集体成员的身分和财务状况提供可靠的资料。同样地，法庭将须在法律程序的较早阶段，审查诉讼当事人的一系列财务因素。

6.48 我们认为，引用针对无理缠扰／滥用程序的诉讼人的现有法院规则，不能有效地防止财力短绌的代表提出诉讼。新订的香港集体诉讼法规，可包含一条类似《澳洲联邦法院法令》第 33ZG 条

⁴⁰ 卡舒曼，*Class Action – Law and Practice*（The Federation Press, 2007 年），第 440-441 页。

⁴¹ [2004] FCA 1248，第 39 段。

的条文，以赋权法庭可在适用的个案中命令提供讼费保证。另一个做法是令申索代表人的财务状况可恰当地构成“代表足够性”的核证准则的其中一环。再者，申索代表人（及其法律代表）为诉讼出资以及应付任何不利讼费裁决的能力，可于诉讼展开之初在法庭进行核证审查时列为审查事项之一。

建议 4

- (1) 我们建议，应就代表性是否足够的问题订明适当的规定，以防止财力充裕的集体成员刻意挑选财力短绌的原告人作为集体代表，从而滥用法院程序。**
- (2) 与此同时，真正财力短绌的诉讼人应有筹措资金的渠道。**
- (3) 为避免滥用法院程序及确保受诉讼风险影响的人不应蒙受不公，我们建议，法庭应在适当的个案中命令原告代表人按照讼费保证令的既定原则支付讼费保证金，此外可借着一条类似《1976 年澳大利亚联邦法院法令》第 33ZG 条的条文，赋权法庭可在适用的个案中命令提供讼费保证。**

第 7 章

处理涉及来自其他司法 管辖区的当事人的集体诉讼

认定的问题

7.1 我们预见在香港展开的集体诉讼中，当事人可能横跨多个司法管辖区（例如中国内地、香港及第三司法管辖区）。涉及来自其他司法管辖区的当事人的集体诉讼，可引起一些相关连的问题，包括择地行诉、重复诉讼程序、“已判事项”法则就一项判决而对外地或境外集体成员的影响等。就本章而言，我们将“外地原告人”界定为由别人代表展开集体诉讼程序的一个群体中的一名成员，并且不是居住于香港的。¹ 我们将“外地被告人”界定为不能够在香港获送达法律程序文件的一名法人或自然人。²

7.2 集体诉讼可以由原告人在众多的司法管辖区中之任何一个提出，包括本地、本国或跨国。正如兰德研究所（Rand Institute）指出：“集体诉讼律师通常在选择诉讼地或审判地点方面，较一般诉讼案件的律师有更大的自由度”，故而能将交易成本推高：

“在某些情况下，就涉及一州范围的案件提出集体诉讼的律师，可在州的任何一郡提出，而就涉及全国范围的案件提出集体诉讼的律师，实际上可在全国的任何一州或甚至在州的任何一郡提出。此外，集体诉讼律师经常可提出重复诉讼，并在同一时间进行。这些都是部署诉讼的强而有力工具，不单提供机会以便寻

¹ 我们建议采用民事司法委员会在 *Improving Access to Justice through Collective Actions – Developing a More Efficient and Effective Procedure for Collective Actions (Final Report)*（2008 年 11 月）第 190 页中所提出的 Civil Procedure Rules（《民事诉讼程序规则》）草拟本中的同一定义。

² 参看 *Hong Kong Civil Procedure 2008*（《2008 年香港民事诉讼程序》）第 11/02 – 11/03 段，内容如下：

“任何人均可诉诸或接受原讼法庭的司法管辖。令状必须当面交付被告人，或以邮递方式送交，或将令状文本放入被告人的信箱内。然而，必须向身处香港的被告人执行送达；或如以邮递或将文本放入信箱的方式送达，则须于被告人身处香港时如此执行送达；见第 10 号命令。”

“由于被告人并非处身于本司法管辖区内，以致原告人未能向被告人执行送达，则可能会因此而令致法庭对一些适宜于本地审讯的案件(例如在本司法管辖区干犯的侵权行为)丧失司法管辖权。然而，法庭有酌情决定权向原告人授予许可，让原告人可在多种情况下向身处本司法管辖区以外的被告人送达令状。”

求有利的法律和态度正面的裁决者，也提供机会以对其他集体诉讼律师所提出的‘高注码’诉讼维持（或夺取）控制权。”³（表示强调的粗体后加）

7.3 加拿大统一法律议会（Uniform Law Conference of Canada）就涉及来自不同司法管辖区的当事人的集体诉讼程序出现重复问题，有以下观察：

“由于加拿大有广泛途径进行集体诉讼，所以有可能在国内不同的司法管辖区内，就相同或相类的标的事项展开重迭的并涉及多个司法管辖区的集体诉讼。结果，有可能成为集体成员的人士，可（根据推定）发现自己牵涉入多于一个司法管辖区的多于一宗集体诉讼中，并继而受到一些互相矛盾的裁断所影响。再者，被告人及代表集体的律师可能难以确定集体的规模大小及组成。此外，也可能难以断定哪一名集体成员会受哪项裁决约束。”⁴

对“已判事项”（*res judicata*）法则的关注

7.4 即使已向外地的集体成员发出适当通知，一项集体诉讼判决在另一司法管辖区的认可和执行，也可能有其困难之处。有关问题已述明如下：

“〔集体诉讼〕可经诉讼和解或审讯完结后而得出判决。不论是哪一种情况，非来自作出判决的司法管辖区的申索人，都会希望知道他们是否或能否受该项外地〔集体诉讼〕的约束，以及如是的话，他们要怎样做才可以执行或反对执行该项判决。同样地，经审讯后判被告人败诉或是由于和解的结果而已作判决的案

³ 韩斯乐及其他人，*Class Action Dilemmas: Pursuing Public Goals for Private Gain*, (Santa Monica, CA 兰德民事司法研究所，2000年)第411页。

⁴ 加拿大统一法律议会对《2006年统一集体诉讼程序法令（修订）》（Uniform Class Proceedings Act (Amendment) 2006）的评论。亦请参看 Report of the Uniform Law Conference of Canada's Committee on the National Class and Related Inter Jurisdictional Issues: Background, Analysis and Recommendations, 2005年3月9日，第[14]-[18]页。在第[18]页中特别指出：“可进行的多重诉讼所产生的不明朗因素，意味会有较少的集体诉讼提出，原因是（1）任何司法管辖区代表集体的律师，不会知道他或她最终获授权代表的集体所涉范围；及（2）这情况会使到一些集体诉讼因经济上不合算而较难进行，因为代表律师将需要与多名律师订立财务安排，致令预期收费及集体成员有机会获得的赔偿减少。”

件中，被告人也希望判决能尽可能就范围最广阔的申索人，解决他们的法律责任问题。”⁵

7.5 在美国集体诉讼包括有外地集体成员在内的情况下，会出现以下问题：集体诉讼判决或和解对外地集体成员到底有多大约束力？纽约南部地区的区域法院最近所审理的 *In re Vivendi Universal SA Securities Litigation* 一案，便曾提出对“已判事项”法则的关注。在该案中，法庭对于“并无明确的权威案例，触及已判事项法则对美国诉讼判决在英格兰的影响”，感到困扰。⁶

7.6 美国法院在向包括外地缺席集体成员在内的一群原告人批予核证之前，其中一项先决条件是：任何有可能作出的判决，确实有机会得到认可。由于这个原因，假如欧洲的司法管辖区不愿意对美国集体诉讼判决应用“已判事项”法则，则跨国集体诉讼的核证会受到妨碍。美国集体诉讼中最难相容的一点，似乎是选择退出规则，据此规则，原告人即使未有表明提出申索的意愿，也都一律被纳入集体内。⁷

7.7 国际大律师公会（International Bar Association，简称 IBA）于 2007 年 10 月在新加坡举行的 IBA 大会上发表了一份名为“*Guidelines for Recognizing and Enforcing Foreign Judgments for Collective Redress – A Report of the IBA Task Force on International Procedures and Protocols for Collective Redress*”的指引（《关于集体寻求补救案件的外地判决的认可及执行指引-IBA 关于国际集体寻求补救案件的程序与议定书工作组的报告》）。该指引旨在规定在哪些情况下，在某一个司法管辖区作出的判决，是可以在另一个司法管辖区执行的，因而对在该另一个司法管辖区的外地集体成员具有约束力。该指引并无法律效力，而且仍待 IBA 的行政议会（Executive Council）正式批准，但该指引就各司法管辖区在一般情况下如何关涉到重复诉讼，以及“已判事项”法则由一个司法管辖区适用于另一司法管辖区的问题，提供了有用的框架。

7.8 该指引的最终目的，是希望采用选择退出制的集体诉讼机制的司法管辖区，能实施一份《实务指示》以确认该指引，并将该指引的有关主张纳入《实务指示》内。然而，至今仍未清楚各个司法管辖区会于何时愿意落实此事，或落实到甚么程度。事实上，也

⁵ 国际大律师公会的 *Guidelines for Recognizing and Enforcing Foreign Judgments for Collective Redress*（国际大律师公会的 Task Force on International Procedures and Protocols for Collective Redress 的报告，于 2007 年 10 月在新加坡举行的 IBA 大会上提交讨论）。

⁶ 242 FRD 76 (SDNY 2007)，第 91 页。

⁷ Andrea Pinna, “Recognition and Res Judicata of US Class Action Judgments in European Legal Systems” *Erasmus Law Review*, Vol 1, Issue 2 [2008] 31, 第 60 页。

不清楚各个司法管辖区的本地法律会否就外地判决的认可问题，批准实施《实务指示》。无论如何，在关于集体诉讼的重复诉讼问题上，这已是向前跨出的重要一步。

内地法院对香港集体诉讼判决的认可和执行

7.9 由于在香港展开的集体诉讼，可包括来自香港及内地的成员，我们考虑过以下问题：

- (a) 内地法院对于认可和／或执行由香港及其他普通法司法管辖区（并采用选择退出制的集体诉讼机制者）所作出的判决，会否有法律上的保留；
- (b) 将来可否扩大相互司法协助的范围，以包括集体诉讼的判决在内，以便达致内地与香港的集体诉讼判决能相互认可及交互执行；及
- (c) 如香港采用选择退出制的集体诉讼机制，则在中华人民共和国的法律中，是否有任何其他条文可对内地与香港特区之间集体诉讼判决的相互认可及执行有所冲击；如有的话，是否有任何程序上的保障措施，可处理中华人民共和国的法律中的有关异议情况。

7.10 简而言之，我们虽然注意到《关于内地与香港特别行政区法院相互认可和执行当事人协议管辖的民商事案件判决的安排》，就香港的民事判决可以在内地执行一事订定条文，但在内地执行集体诉讼判决则不在其管限范围内。在可见将来，该《安排》会否扩大至包括集体诉讼的判决在内，则属疑问。

7.11 再者，如内地与一个普通法司法管辖区（例如香港）订立了相互认可及执行协议，很难预计内地在裁定诉讼各方在程序上的权利时，会否坚持应用中华人民共和国的法律。此外还有一项潜在风险，就是内地法院会视判付律师费的裁定，违反中华人民共和国法律所规定诉讼人应负担自己的律师费这项基本原则，因而完全拒绝认可及执行有关判决。最后，“公共秩序”法则（*ordre public doctrine*）的确切范围仍属未知，因此不可能预测执行哪些类别的集体诉讼判决会被视为损害中华人民共和国的公共利益。

可供选择的解决方案

7.12 我们曾考虑，对于来自多个不同司法管辖区的原告人所展开的集体诉讼，应否施加法律上的限制。假如就集体诉讼的展开，并无此等限制，则需要认定其他精简诉讼程序的方法。

7.13 在以下段落中，我们考虑采用两种方法，以控制由来自多个司法管辖区的集体原告人所展开的集体诉讼程序：(a) 法庭为司法公正而将集体诉讼程序转移至另一司法管辖区的酌情决定权；及 (b) 将外地集体成员排除于诉讼程序之外。

(a) 为司法公正而将集体诉讼程序转移的酌情决定权

7.14 香港集体诉讼机制的法例，大可容许法庭为司法公正，并且在考虑香港是否适当的诉讼地后，命令将集体诉讼程序转移或将集体诉讼程序搁置。澳大利亚的多宗案例列明，在考虑哪个地方是作为展开及进行集体诉讼的适当诉讼地时，有哪些相关的因素。

7.15 在 *Mobil Oil Australia Pty Ltd v The State of Victoria*⁸ 一案中，澳大利亚高等法院应用了传统的分析方法，即可凭向被告送达文件一事，裁定最高法院对《1986年最高法院法令（维多利亚）》（*Supreme Court Act 1986 (Vic)*）第4A部下的集体诉讼程序的司法管辖权。⁹ 虽然最高法院可能拥有司法管辖权，以对集体诉讼作出裁决，但如果被指控的过失是在另一州犯下，而所有集体成员、原告人及被告人均身处于该州，则原告人会面对一项根据《1987年法院司法管辖权（转归）法令（维多利亚）》（*Jurisdiction of Courts (Cross-vesting) Act 1987 (Vic)*）第5条所提出转移诉讼程序的申请。戈德朗（Gaudron）、古茂（Gummow）及海恩（Hayne）三位法官在 *Mobil Oil Australia Pty Ltd v The State of Victoria* 案中承认，为司法公正，并且基于诉讼地是否适当的问题，是有可能将诉讼程序转移或将诉讼程序搁置的。他们指出：

“在一般个案中，如法律程序文件的送达是在一州境内执行的，法律程序与州的地域连系便很明显。……如法律程序文件的送达，是根据《1992年法律程序文件送达及执行法令（联邦）》（*Service and Execution of Process Act 1992 (Cth)*）在澳大利亚境内执行的，便无须显

⁸ (2002) 211 CLR 1.

⁹ 见纪理信首席法官（Gleeson CJ）的判词，第[11]页；及戈德朗、古茂及海恩三位法官的判词，第[53]、[55]及[56]页。

示任何连系。……可予注意的是，最高法院法律程序的被告人，如根据《法律程序文件送达及执行法令》获送达文件，则总可寻求将法律程序转归另一州的最
高法院审理。”¹⁰（表示强调的粗体后加）

7.16 对于在某一州所进行的法律程序，可申请颁令，根据《法院司法管辖权（转归）法令》第 5(2)(b)(iii)条将该法律程序转移。¹¹ 高等法院在 *BHP Billiton Ltd v Shultz*¹² 一案中，就第 5(2)(b)(iii)条有以下的论点提出：

- (a) 在该款中所提述的“为司法公正”，并不等如说转移案件的法院是不适当的诉讼地（所谓不适当的诉讼地，即“不便诉讼地”（*forum non conveniens*）法则所应用的测试）。¹³
- (b) 何谓“为司法公正”，牵涉一系列的考虑因素。为司法公正，并不等同为诉讼当事人的利益，也不是脱离现实情况的。¹⁴ 在裁断何谓为司法公正时，不应偏取某一州的法律所反映的政策而不顾另一州议会的法令。¹⁵ 某一法庭或仲裁处的专门性质及其独特的程序上的便利，均可予以考虑。¹⁶ 侵权行为发生于何地，是在侵权申索中为司法公正而须作的重要考虑。侵权行为的发生地如与各诉讼当事人的居住地相同，则一般而言在决定使用哪个法院始为适当时，此点为决定因素。同样地，合同法以至任何可引用的法例条文的管限范围，亦将会是重要的考虑因素。¹⁷
- (c) 如转移案件的法院一旦觉得，为司法公正，有关的法律程序应由获转移案件的法院裁断，则必须将有关的法律程序转移，当中不存在酌情决定权的问题。¹⁸

¹⁰ (2002) 211 CLR 1, 第 60 段。

¹¹ 第 5(2)(b)(iii)条规定，最高法院（转移案件的法院）须将一项法律程序转移至另一最高法院（获转移案件的法院），但条件是转移案件的法院觉得，为司法公正应由获转移案件的法院裁决该法律程序。

¹² (2004) 211 ALR 523. 引述于 *Damian Grave 与 Ken Adams, Class Actions in Australia* (Lawbook Co., 2005 年)，第 3.310 段。

¹³ 见纪理信首席法官、麦尧 (McHugh) 法官及黑顿 (Heydon) 法官的判词，第 14 及 25 段；及古茂法官的判词，第 69 段。

¹⁴ 见纪理信首席法官、麦尧及黑顿法官的判词，第 15 段；及卡利南法官的判词，第 258 段。

¹⁵ 见纪理信首席法官、麦尧及黑顿法官的判词，第 26 段。

¹⁶ 见纪理信首席法官、麦尧及黑顿法官的判词，第 31 段。

¹⁷ 见第 170 及 259 段。

¹⁸ 见第 14、62 及 172 段。

- (d) 法律程序一经转移，所产生的问题是，获转移案件的法院是在行使其本身的司法管辖权，还是在行使司法管辖权转归法令所“赋予”的司法管辖权。¹⁹

7.17 关于某些集体诉讼程序能否转移，的确存有疑问。在这议题上，没有经汇报的案例，但波杰努法官（Bongiorno J）在 *McLean v Nicholson*²⁰ 一案中的评论则是相关的。他认为可根据司法管辖权转归法令有效地将一项集体诉讼程序转移。他在判决时提出附带意见，指出在维多利亚展开的集体诉讼程序可予转移，由其他最高法院同样视作集体诉讼程序来聆讯，即使它们并无法例订明有关展开及进行集体诉讼程序的司法管辖权，情况也一样。然而，我们不清楚获转移诉讼程序的最高法院会否采用《1986年最高法院法令（维多利亚）》第4A部所订的同一程序。²¹

7.18 在选择诉讼地的问题上，加拿大统一法律议会曾作相类似的考虑。该议会建议有关的法例应规定，法院在审议应否及在何范围内核证任何集体诉讼程序时，须考虑多个因素。是否有涉及多个司法管辖区的集体诉讼就相同或相类的标的事项而展开，乃属首要的考虑因素。《2006年统一集体诉讼程序法令（修订）》（Uniform Class Proceedings Act (Amendment) 2006）第4条规定：

“（2）如有一项涉及多个司法管辖区的集体诉讼程序或有一项建议进行的涉及多个司法管辖区的集体诉讼程序已在加拿大另一地方展开，而该诉讼程序所牵涉的标的事项，是与正待核证而审议中的诉讼程序的标的事项相同或相类，则法庭必须裁定应否由该诉讼程序审理准集体成员的部分或全部申索。

¹⁹ 见古茂法官的判词，第52-54段。

²⁰ (2002) 172 FLR 90. 在本案中，波杰努法官审议一项要求将《1986年最高法院法令（维多利亚）》第4A部下的集体诉讼程序转移至昆士兰最高法院的申请。最后裁定不需要转移该集体诉讼程序，因为法官命令，依据该《最高法院法令》第33N条，该诉讼程序不再是集体诉讼程序。法庭裁定（见第24段）：

“《1987年法院司法管辖权（转归）法令（维多利亚）》容许本法庭在符合司法公正的情况下，将一项诉讼程序转移至另一州或地区的最高法院。该司法管辖权转归法令将本法院的所有司法管辖区赋予昆士兰最高法院：见《1987年法院司法管辖权（转归）法令（维多利亚）》第4(3)条。因此，该最高法院会具有司法管辖权，以裁断被告人的申请，即本诉讼程序不再根据《最高法院法令》第4A部继续进行。然而，本法院可否行使权力将案件的司法管辖权转移，乃视乎为司法公正是否需作此转移而定。顾及到第4A部的独特性质（昆士兰无相同法例），以及根据第33N条作出的命令并不影响任何诉讼当事人的实质利益此一事实，并且基于司法公正，并无规定本法院不得就第33N条的适用问题作出裁定，即使有结论谓本案的是非曲直最终应由昆士兰最高法院裁定亦然。”（表示强调的粗体后加）

²¹ Damian Grave 与 Ken Adams, *Class Actions in Australia* (Lawbook Co., 2005年)，第3.315段。

- (3) 在根据第(2)款作出裁定时，法庭必须
- (a) 依循以下宗旨：
- (i) 确保在每个有关的司法管辖区中的各当事人的利益得到适当的考虑，
 - (ii) 确保能秉行司法公正，
 - (iii) 在可能的范围内，避免作出不可协调的判决，
 - (iv) 促进司法资源的节约；及
- (b) 考虑所有相关因素，包括以下者：
- (i) 所指称的法律责任的理据，包括适用的法律，
 - (ii) 每项诉讼程序所达到的进度，
 - (iii) 建议进行的涉及多个司法管辖区的集体诉讼程序的计划，包括该计划在经济上的可行性，以及为该建议中的集体进行诉讼程序的能力及资源，
 - (iv) 在各个诉讼程序中，各集体成员及集体代表所处地点，集体代表参与诉讼程序及代表集体成员利益的能力，以及证据与证人所处地点。”

7.19 法庭可作出任何其认为公正的命令，包括：²²

- (a) 核证一项涉及多个司法管辖区的选择退出制的集体诉讼程序，但先决条件为：(i) 所有的法定核证准则均已符合，及(ii) 法庭裁定其为审理涉及多个司法管辖区的集体诉讼程序的适当地点；
- (b) 拒绝核证一项诉讼，理由为该项诉讼属涉及多个司法管辖区的集体诉讼程序，故应在另一司法管辖区进行；
- (c) 拒绝核证建议中的集体的某部分，该部分所包括的集体成员可能牵涉入另一司法管辖区的待决或建议进行的集体诉讼程序中；及

²² 《2006年统一集体诉讼程序法令（修订）》第4.1条。

- (d) 要求在该集体诉讼程序中，集体组别的诉讼程序分开核证，并有分开的律师代表。

(b) 排除外地的集体成员

7.20 如法庭认为适当的话，另一做法是排除外地的集体成员。例如，维多利亚最高法院可主动将某些人排除于集体之外。《1986年最高法院法令（维多利亚）》第33KA条规定：

- “(1) 法院可在任何时间，不论是在判决之前或之后，因应集体诉讼程序中一名当事人的申请或主动地，命令—
- (a) 某人终止为集体成员；
 - (b) 某人不得成为集体成员。
- (2) 法院如认为有以下情况，可根据第(1)款作出命令—
- (a) 该人与澳大利亚无足够的连系，以致缺乏理据将该人列为集体成员；或
 - (b) 因任何其他理由，该人之所以不应该是或不应该成为集体成员，乃是公平合宜的。
- (3) 如法院命令某人终止为集体成员，则法院一旦作此命令，该人即被视为从未成为集体成员。”

7.21 在 *Mobil Oil Australia Pty Ltd v Victoria*²³ 一案中，澳大利亚高等法院注意到上述条文规定是一项要求不高的测试，原因是“与维多利亚的连系”并不是列为集体成员的测试准则，而即使身处在维多利亚境外，甚至是身处在澳大利亚境外，也不一定是列为集体成员的障碍。据法庭观察，第33KA条是一条会引起麻烦的条文。第33KA(2)条提述到法庭认为某名集体成员与澳大利亚无足够连系的情况。该条文似在默示，集体成员如身处维多利亚境外但是在澳大利亚境内，便不会有问题（就诉讼地是否适当的问题所引起的实际理由除外）。然而，如果一名集体成员身处澳大利亚境外，则会引起争议，因为就第33KA条而言，究竟甚么构成与澳大利亚的连系或所谓足够的连系，尚未清楚。²⁴

²³ [2002] HCA 27, 第5段。

²⁴ 参看 Damian Grave 与 Ken Adams, *Class Actions in Australia* (Lawbook Co., 2005年), 第3.280段的评论。

7.22 在美国，如果提起集体诉讼所依据的成文法则，并无足够的治外司法管辖权以将外地集体成员纳入，则法庭也要将外地集体成员排除。这情况最近发生于 *In re Parmalat Securities Litigation*²⁵ 及 *F Hoffmann-La Roche Ltd v Empagran*²⁶ 两案的诉讼中。

7.23 虽然有上述可供讨论的两种选择方法，皆可将来自其他司法管辖区的当事人排除，使他们不能诉诸香港的集体诉讼机制，但我们不赞成采用一刀切的排除规则。如果来自其他司法管辖区的原告人被排除于香港的集体诉讼程序之外，则这些诉讼程序的判决只会约束居于香港的集体成员。日后来自其他司法管辖区的原告人，可能会被禁止就有关的集体诉讼的相同标的事项展开新的诉讼程序，但这视乎法庭对“居于”香港的定义以及日后的原告人会否被纳入定义的范围而定。假如来自其他司法管辖区的诉讼人被排除于集体之外，则法庭将难以处理集体诉讼中的共通争论点。原则上，法庭应容许尽量多的诉讼人参与集体诉讼。与此同时，我们也注意到，集体诉讼如涉及来自其他司法管辖区的当事人，则选择退出程序耗费会较高昂，而相关的实际问题（例如适当通知的发出）应予审慎考虑。

(c) 来自其他司法管辖区的集体成员另立组别

7.24 与其将来自其他司法管辖区的当事人排除，我们建议应寻找程序上的／个案管理的技巧用以精简诉讼程序。我们可运用个案管理技巧，要求参与香港集体诉讼的外地集体成员另立组别，有自己的申索代表人。在此形式下，可对有关组别成员的代表施加分开的通知规定，又如果出现不同的法律争论点，则也可兼容只是共通于该组别的有关争论点，但与主要的集体诉讼分开处理（甚至可以分开聆讯）。如此另立组别，有助精简集体诉讼。在 *Kruman v Christie's plc*²⁷ 一案中，外地集体成员便另立一个组别。

(d) “选择加入”规定

7.25 关乎外地集体成员的通知规定，引起特定的问题。实际上，很难逐一认定所有应获发通知的地方，又即使已广发通知，也不能肯定是否所有准原告人都得悉此事。如达成和解或就共通争论

²⁵ 497 F Supp 2d 526 (SDNY 2007)（关于《1934年证券交易所法令》(Securities Exchange Act of 1934)）。

²⁶ SA, 542 US 155, 124 S Ct 2359（2004年）（关于《1982年对外贸易反垄断改进法令》(Foreign Trade Antitrust Improvements Act of 1982)及《谢尔曼法令》(Sherman Act)）。

²⁷ 284 F 3d 384 (2nd Cir 2003).

点有了判决，则事后需再发通知，这造成额外的负担。要做到一无遗漏会是耗费不菲的。无论如何，其他司法管辖区的法庭会否视选择退出制为理想的机制，颇成疑问，因为很难说来自其他司法管辖区的原告人没有选择退出（不论原因为何），便等于已求助于香港法院的司法管辖。就这类原告人而言，此事会影响判决的执行及其约束性。因此，“已判事项”法则对于集体诉讼中的这类成员，并不能产生效用。

7.26 为控制或限制外地集体成员，以及为确保在关乎这些外地集体成员的事上符合正当的法律程序（*due process*）法则，《不列颠哥伦比亚集体诉讼程序法令》（*British Columbia Class Proceedings Act*）规定，一名不列颠哥伦比亚居民可代表居民集体展开诉讼，他们因此而受到约束，但如他们选择退出，则作别论。外地集体成员如选择加入，则表示愿受不列颠哥伦比亚法院的司法管辖。

7.27 该《集体诉讼程序法令》第 16 条规定，非居民可透过选择加入及以组别成员身分加入而参与诉讼程序。²⁸ 涉及多个司法管辖区的集体诉讼的核证，是可准予的。²⁹ 不列颠哥伦比亚法例的草拟者已采纳在不列颠哥伦比亚律政部（*British Columbia Ministry of the Attorney General*）所拟备的讨论文件中的下述建议：

“在根据该安大略法令提出的集体诉讼中所界定的集体，看来可包括其诉讼因由是在不列颠哥伦比亚引起的一些个别人士。如果这样的一名个别人士没有选择退出安大略的集体诉讼，并且试图在不列颠哥伦比亚控告被告人，他或她可能会面对这样的争论，谓他或她受安大略判决的约束，并且被禁止提出个别诉讼。这名不列颠哥伦比亚的诉讼人会回应说，安大略的法

²⁸ 《集体诉讼程序法令（不列颠哥伦比亚）》第 16 条规定如下：

- “(1) 牵涉入集体诉讼程序的集体的一名成员，可按核证令所指明的方式及在该命令所指明的时限内，选择退出该诉讼程序。
- (2) 除第(4)款另有规定外，一名不是不列颠哥伦比亚居民的人，可按一项就集体诉讼程序而作出的核证令所指明的方式及在该命令所指明的时限内，选择加入该诉讼程序，但条件是**该人若非因不是不列颠哥伦比亚居民，即会成为牵涉入该集体诉讼程序的集体成员。**
- (3) 为施行本法令而言，如第(2)款所提述的人选择加入集体诉讼程序，则**该人由加入之时起，成为牵涉入该集体诉讼程序的集体成员。**
- (4) 任何人不得根据第(2)款选择加入集体诉讼程序，除非该人所将属的组别，在该人成为成员之时，已有或将有一名符合第 6(1)(a)、(b)及(c)条规定的原告代表人。”
- （表示强调的粗体后加）

²⁹ 参看例如 *Harrington v Dow Corning* (1996), 22 BCLR (3d) 97 (S.C.), supplemented (1997), 29 BCLR (3rd) 88 (S.C.)。案中法庭核准将某些妇女列入集体之内的申请，这些妇女曾在加拿大其他地方（安大略及魁北克境外）接受植入手术，或曾在其他地方接受植入手术但现居于加拿大其他地方（安大略及魁北克境外）。

例没有约束他或她。多个省份均有提供扩大的集体诉讼程序，这情况可导致数宗涉及同一名被告人及相同争论点的集体诉讼在每一个司法管辖区展开。在某些情况下，节约司法资源这项集体诉讼的基本目标，可能因此而受到损害。……

一名评论人曾建议，集体成员可分为两组——本省居民及外省居民。居住于提出集体诉讼所据法例适用省份的集体成员，或诉讼因由在有关的司法管辖区引起的集体成员，会受该法令关于选择退出的一般规定所规管。**外省的集体成员则须选择加入，才可成为集体的一员。**³⁰
(表示强调的粗体后加)

7.28 在 *Harrington v Dow Corning Corp*³¹ 一案中，不列颠哥伦比亚最高法院审议一项要求将非居于不列颠哥伦比亚的女性居民纳入集体内的申请。案中的原告人提出诉讼，控告乳房植入物的制造商及分销商。该宗诉讼获核证为一项集体诉讼程序。原告人又提出申请，要求将所有曾植入一个或多个乳房植入物但居于加拿大（安大略及魁北克除外）的妇女，或曾在加拿大（安大略及魁北克除外）接受植入手术的妇女，都列为集体成员。但制造商及分销商认为，非居民组别应只限于现时为非居民但曾在不列颠哥伦比亚接受植入手术的妇女；又谓曾在省外接受植入手术的妇女不应纳入不列颠哥伦比亚的居民组别内。

7.29 法院准许申请，非居民的原告人只要曾在加拿大（安大略及魁北克除外）接受乳房植入手术，或居于安大略及魁北克以外的加拿大其他地方，皆可纳入集体内。法院确认索坚拿法官（Sopkina J）在 *Amchem Products Inc v British Columbia (Workers' Compensation Board)* 案中的判决意见：

“由于自由贸易的增加及多国公司的快速增长，要为这类诉讼识别明显适当的诉讼地，变得更加困难。被告人可能不止在一个司法管辖区被识别。再者，通常会有多于一名被告人在多个司法管辖区经营业务，并且在全球分销其产品或服务。此外，原告人可以是一个很大的集体，居于不同的司法管辖区。要确切指出引起诉讼的交易是在哪个地方发生，总不是容易的

³⁰ 不列颠哥伦比亚律政部，*Class Action Legislation for British Columbia*; Consultation Document, c.12 "Interjurisdictional Issues", 第 22 页（1994 年），引述于 Janet Walker 的 "Crossborder Class Actions: A View from Across the Border" 2004 *Michigan State Law Review* 755。

³¹ (1997), 29 BCLR (3rd) 88 (SC).

事。很多时，并无单一个诉讼地可肯定为审讯有关诉讼的最方便或最适当地方，而是有多个同等合适的诉讼地可供选择。”³²

7.30 审理 *Harrington* 案（见上文）的法庭确认，多名申索人就制造商的法律 responsibility 所提出的诉讼，牵涉到加拿大国内法院同时并行的司法管辖权问题。法庭裁定，与制造商的法律 responsibility 有关的共通争点，确立了司法管辖所需的真确及实质连系点。将非居民纳入为集体成员，不会令这个共通争点变得更复杂。被告人可能会被剥夺机会，让该项事实争点在数个司法管辖区分别审讯，但假如这是有不利影响的话，事情的好处应可超过坏处。好处就是能够让集体成员经过单一裁决，解决这复杂的事项。须知这类复杂案件的诉讼费用都很高昂。法庭认为，如果原告人在共通争点的事上胜诉，本案其后的诉讼程序会因有非居民组别的存在而涉及面变得更加广泛，但比起在不同司法管辖区分别进行诉讼，费用应较低。法庭又认为，非居民集体成员一旦选择加入，将要承担责任，为其申索的适当审理而提供所需的相关证据。（见判决书第[19]页）

7.31 然而，有一位评论者批评非居民成员须选择加入才能成为集体成员的规定，其理由如下：³³

- (a) 如原告人集体少纳入成员，意味集体诉讼内在化的经济损失，会比过失行为所引起的经济损失为少；
- (b) 集体诉讼旨在便利成员因过失行为蒙受损失而追讨赔偿，因此如原告人集体少纳入成员，可导致当中的成员收不到应得的赔偿；
- (c) 集体诉讼也旨在为被告人锁定争议，因此如原告人集体少纳入成员，意味被告人还会面对一些尚未解决的申索，有可能在其他诉讼中或在其他诉讼地提出。

7.32 马尼托巴法律改革委员会（*Manitoba Law Reform Commission*）认为应对所有准原告人作出集体诉讼核证，不论他们居于何处：

“并无令人信服的理由，阻止马尼托巴法庭对包括有非本省居民在内的集体诉讼程序作出核证。而如果他们能参与诉讼，会促使在订有集体诉讼程序法例的省

³² [1993] 1 SCR 897, 第 911-2 页。

³³ Janet Walker, "Crossborder Class Actions: A View from Across the Border" 2004 *Michigan State Law Review* 755, 第 770 页。

份之间引入适当的相互实施规定。我们又认为，〔对所有准原告人（不论其居住地）在内的集体作出核证〕，是实行此事的最佳做法，理由有二。第一，**规定非居民以选择加入方式参与诉讼程序，将窒碍参与，因而局限寻求司法公正的渠道**，一如选择加入的程序若施加于马尼托巴居民，一样会窒碍他们的参与。选择加入的程序并不可取的第二个理由，是因为在现实中，**由居民及非居民组成的集体所涉的集体诉讼程序，倾向于在不需要非居民选择加入的司法管辖区提出。**³⁴（表示强调的粗体后加）

7.33 加拿大统一法律议会曾研究涉及多个司法管辖区的集体诉讼的问题。“涉及多个司法管辖区的集体诉讼程序”指涉及非居于负责核证的法院所处司法管辖区内的集体成员的集体诉讼。³⁵为了解决涉及多个司法管辖区的集体诉讼所引起的重复诉讼问题，加拿大统一法律议会辖下的全国集体及相关跨司法管辖区争议事宜委员会（Committee on the National Class And Related Interjurisdictional Issues）提出模范法例以供改革。该委员会建议集体诉讼法例应规定，一名寻求集体诉讼程序核证的原告人必须发出关于其申请的通知，让加拿大有相同或相类标的事项的集体诉讼程序的原告人周知。《2006年统一集体诉讼程序法令（修订）》第2(2)条规定如下：

~~展开一项〔涉及多个司法管辖区的集体〕~~诉讼程序的成员……必须

(a) 向法庭申请命令

- i. 核证该项诉讼程序是一项集体诉讼程序，及
- ii. 除第(4)款另有规定外，委任该成员为该项集体诉讼程序的原告代表人；及

(b) 发出关于申请核证的通知予

- i. 任何涉及多个司法管辖区的集体诉讼程序的原告代表人，及
- ii. 任何建议进行的涉及多个司法管辖区的集体诉讼程序的原告代表人，

³⁴ 马尼托巴法律改革委员会，*Class Proceedings*（1999年），第67页。

³⁵ 《2006年统一集体诉讼程序法令（修订）》第1条。

而该项诉讼程序是在加拿大其他地方展开，并涉及相同或相类的标的事项者。”

我们的建议

7.34 有别于我们在第 4 章就一般情况所建议的“选择退出”制，我们认为，对于在香港以外的司法管辖区居住的任何集体成员，预设的模式应是他们必须选择加入在香港展开的集体诉讼程序，才可以就共通争论点受判决所约束或享有判决所赋利益。实际而言，这样的规定确保集体代表（及其律师）知悉来自其他司法管辖区的集体成员的身分。在香港展开的集体诉讼程序可在某个网址公布消息，以协助来自其他司法管辖区的准当事人。

集体诉讼资料库

7.35 我们曾研究在加拿大的集体诉讼程序透过互联网公布消息的方式。“全国集体诉讼资料库”（National Class Action Database，简称 NCAB），是加拿大大律师公会（Canadian Bar Association，简称 CBA）民事诉讼分会根据加拿大统一法律议会辖下的关于涉及多个司法管辖区的集体诉讼事宜工作小组（Working Group on Multi-jurisdictional Class Actions）的建议而推行的先导项目。CBA 是该资料库的储存机构。使用者可于 CBA 网页浏览及使用该资料库。³⁶ 其内载有加拿大全国现有的集体诉讼案件及其最新情况，让公众、律师及法庭无需付费而可从单一来源得到这方面的信息。资料库列出在 2007 年 1 月 1 日之后在加拿大提出而有关信息已送交 CBA 的所有集体诉讼案件。一经刊登，集体诉讼程序的信息便会一直留存在该资料库内，除非及直至法庭拒绝将案件视作集体诉讼为止。

7.36 希望将诉讼程序的信息刊登在资料库的律师，必须填妥可在资料库网页找到的“资料库登记表格”，连同原诉状书及核证动议（用 PDF 或 Word 格式）送交 CBA。提交登记表格的律师被要求核对刊登于网上的信息正确无误，如需更改信息内容，便要通知 CBA。信息刊登后，资料库的使用者便可以浏览关于集体诉讼程序

³⁶ www.cba.org/classactions/main/gate/index。此资料库是为大众而设的公益项目，让公民得知是否有任何建议中的集体诉讼可能会影响他们的权益，以及有关诉讼进行的时间。集体诉讼一旦提出，一般而言诉讼时效期即暂停计算，这是为了确保个别的诉讼程序不会不必要地提出。再者，准集体成员可按其意愿向原告人或被告人提供资料，以助核证程序的进行。最后，在其他司法管辖区代表准集体的律师如果看见该准集体已获得另一名胜任的律师“照顾”，他便无需提出重迭的诉讼（虽然他没有被禁止提此诉讼）。（参看 Ward K. Branch 与 Christopher Rhone, "Solving the National Class Problem", 4th Annual Symposium on Class Actions (Toronto: Osgoode Hall Law School of York University, 2007 年), 第 9-10 页)。

的信息，取得其中有用的资料以及下载相关文件。资料库载有集体诉讼程序的简要说明，即案件送交法庭存档日期、诉讼因由的形式、集体的描述、诉讼的标的事项、案件的最新情况等。

7.37 加拿大某些司法管辖区的法院曾发出实务指引，规定代表原告人的律师向 CBA 送交有关的集体诉讼信息。然而，CBA 不能保证所列出的集体诉讼案件全无遗漏，或所刊登的信息正确无误。

7.38 我们也注意到史丹福法学院证券集体诉讼信息交换所（Securities Class Action Clearinghouse of the Stanford Law School）在其网站所提供的、关乎美国联邦集体诉讼中涉及证券欺诈诉讼的详细信息。有关信息包括这些案件的起诉、抗辩、和解等事项。³⁷ 证券集体诉讼指依据《联邦民事诉讼规则》第 23 条，代表一群在指明期间内购买了某公司的证券的人而提起的讼案。有关申诉通常是指控该公司及／或该公司的某些高级人员及董事违反了一项或多于一项联邦或州的证券法律。该信息交换所备存了一份自《1995 年私人证券诉讼改革法令》（Private Securities Litigation Reform Act of 1995）通过后，在联邦集体诉讼证券欺诈讼案中被指名者的案件的索引。

7.39 参照加拿大的运作形式，香港的律师会或大律师公会也许是负责管理及更新本地同类网站的适当机构。法院也可发出实务指引，规定在香港展开集体诉讼的律师向上述专业团体送交有关的集体诉讼信息，再由上述负责的专业团体直接在该网站转贴。另一可行的做法，是设立一个以大学为基地的集体诉讼资料库（一如史丹福大学的资料库）。在此事上，将这个集体诉讼资料库连结到香港司法机构网页的可行性，亦应予以探讨。

法庭关于“选择加入”通知的具弹性指示

7.40 我们对来自其他司法管辖区的集体成员所建议采用的“选择加入”程序，与适宜一般案件采用的“选择退出”设定程序，在运在上正好是相对的。为了反映这个事实，我们提议应让法庭保留弹性，因应申请并按照每宗个案的特别情况而容许采用适当的程序。法庭应在一个原则性的框架内弹性处理，而有关原则须予说明。

7.41 我们在附件 5 中检讨过美国和澳大利亚法庭所作的一些命令例子。法庭是在原本属选择退出制的集体诉讼机制中，为“选择加入”通知而发出指令。这些例子显示应予考虑的一些相关因素如下：

³⁷ <http://securities.stanford.edu/info.htm#about03>.

- (a) 在有外地原告人以及在外地法庭就相同争论点再诉讼的问题出现的情况下，“已判事项”法则的实施；
- (b) “选择加入”程序的采用，会否使缺席的集体成员能够提交肯定的回应，以便清楚地让人知悉他们是自愿受本地司法管辖还是刻意不受本地司法管辖；及
- (c) 第二份通知的使用，会否为被告人带来实际好处，因为他们将能够及早确定集体的规模大小及他们所面对的诉讼风险。

7.42 我们认为，上文所列因素并非详尽无遗。这些因素关乎在有人申请采用选择加入程序时，法庭在原则性的框架内可行使的酌情决定权。

涉及来自其他司法管辖区的被告人的集体诉讼

7.43 如有被告人来自香港以外的司法管辖区，则《最高法院规则》第 11 号命令所载在香港境外送达法律程序文件的现行规则，以及“不便诉讼地”规则的案例，均应予同等适用。这些规则应足以管限牵涉香港境外的被告人的集体诉讼。

7.44 《最高法院规则》第 11 号命令第 4 条规则规定：

“(1) 根据第 1(1)条规则要求批予许可的申请，必须由誓章支持，誓章须述明—

- (a) 提出申请的理由；
- (b) 宣誓人相信原告人有好的诉讼因由；
- (c) 被告人身在何地或颇有可能会于何地寻获；及
- (d) （如申请是根据第 1(1)(c)条规则提出）宣誓人相信原告人与令状所送达的人之间有实在的争论点的理由，而该争论点是原告人可合理地要求法庭审讯的。

(2) 除非有足够理由使法庭觉得就有关案件而言，根据本命令在本司法管辖权范围外送达令状是恰当的，否则不得批予许可。”

7.45 如有令状在司法管辖权范围外送达，则第 11 号命令第 1(1) 条规则所提述的条件必须予以符合。第 1(1) 条规则列明有哪些不同类别的情况，是容许在司法管辖权范围外送达令状的。与在香港展开的集体诉讼最为相关的情况类别似乎是下述者：

“(1) ……在法庭许可下，将该令状在本司法管辖权范围外送达是容许的一

……

- (d) 提出申索是为了强制执行、撤销、解除、废止或以其他方式影响一份合约，或就一份合约的违反追讨损害赔偿或取得其他济助；而该份合约(在上述任何一种情况中)是—
 - (i) 在本司法管辖权范围内订立，或
 - (ii) 由或透过一名在本司法管辖权范围内营商或居住的代理人，代表一名在本司法管辖权范围外营商或居住的委托人订立，或
 - (iii) 因其条款或隐含情况而受香港法律管限，或
 - (iv) 载有一项条款，表明原讼法庭具有司法管辖权聆讯并裁定就该合约进行的任何诉讼；
- (e) 申索是就在本司法管辖权范围内违反一份在本司法管辖权范围以内或以外订立的合约而提出，即使在该违约事件发生的先前或同时有一项在本司法管辖权范围外作出的违约事件发生，致令该份合约中本应在本司法管辖权范围内履行的部分无法履行(如情况是如此的话)；
- (f) 申索是基于一项侵权行为而提出，而损害是因一项在本司法管辖权范围内作出的作为而产生或造成；……”

7.46 在一宗特定诉讼中，意欲以某诉讼因由追究境外被告人的每名个别原告人，需个别取得许可，即使各原告人在同一宗申请中

提出申请，情况亦然。³⁸ 就集体诉讼程序而言，这项规定可能带来困难，因为实难证明每名集体成员均有针对外地被告人的诉讼因由。在 *Inverness Corp & Ors v Magic Dreams Cosmetics Infantil, SL & Ors* 一案中，杨振权法官（当时为原讼法庭法官）搁置在司法管辖权范围外作送达的命令，理据为其他原告人未能证明他们有充分理由，要将他们的申索加入原有的原告人的同一诉讼内。该原有的原告人已陈述理由，要求法庭批予许可。杨法官的意见如下：

“……在涉及多于一名原告人针对在本司法管辖区外的被告人的诉讼中，每名原告人都必须证明其针对各别被告人的申索，都是在第 11 号命令第 1(1)(a)至(u)条规则的范围内的，始能就诉讼适当地取得在司法管辖权外作送达的命令。”³⁹

7.47 我们需要放宽法律限制，以批准在司法管辖权范围外作送达的申请，而无须证明集体诉讼中成员的每项申索皆是在第 11 号命令第 1(1)条规则的范围内的。只要原告代表人能陈述理由申请批予许可，则法庭可作出命令，准许在司法管辖权范围外作送达。

“不便诉讼地” (*forum non conveniens*) 的普通法法则

7.48 除法例条文有所规定外，普通法亦已发展出“不便诉讼地”法则，以处理来自另一司法管辖区的诉讼当事人。他们可以是在本地法院寻求司法公正的原告人，或是对本地法院审理的申索提出抗辩的被告人。有关法则的阐释见于英格兰案例 *Spiliada Maritime Corp v Casulex Ltd*。⁴⁰ 在考虑应否拒绝司法管辖时，香港法院通常依循 *Spiliada* 案的二步式测试法，但略作变通。 *Adhiguna Meranti (Cargo Owners) v Adhiguna Harapan (Owners)* ⁴¹ 案列出香港法院所采用的测试步骤如下：

“(I) 是否证明香港不是唯一理所当然的或适当的进行审讯的诉讼地，并证明有其他诉讼地明显地或截然不同地比香港更为适当？〔申请搁置诉讼程序的〕申请人对此负有举证责任。重点在于‘适当’而非‘方便’，因为这不是一桩但求实际方便的事情。目的是要找出诉讼与哪个诉讼地有‘最确实及实质的连系’……〔申请搁置诉讼程

³⁸ *Hong Kong Civil Procedure* (《香港民事诉讼程序》) (2008 年) Vol 1 Part A, 第 11/1/1 段, 第 103 页。

³⁹ [1997] HKLRD 1377, 第 1383 页, G-H 行。

⁴⁰ [1987] 1 AC 460.

⁴¹ [1987] HKLR 904.

序的〕申请人如于这个阶段未能提出证明，则申请通常会失败。

- (II) 如对(I)的答案是肯定的话，则在该另一诉讼地进行的审讯会否令原告人得不到‘在个人或司法审讯方面的正当好处’？就此而言，举证责任在于〔法律诉讼〕的原告人。
- (III) 如对(II)的答案是肯定的话，法庭须平衡(I)的好处与(II)的坏处。……对于〔申请搁置诉讼程序的〕申请人来说，即使得不到一项或多项‘在个人或司法审讯方面的好处’，但只要法庭信纳‘公义在适当的诉讼地得到大大伸张’，则申请人不一定失败。法庭必须尽力客观。举证此事的责任（亦大抵可称为说服法庭的最终责任），落在申请搁置诉讼程序的申请人身上。申请人藉此方式证明，经衡量后，另一诉讼地就‘为所有诉讼当事人的利益及为秉行司法公正’而言更为合适。换句话说，原告人以所谓‘择地行诉’（forum-shopping）的方式选择诉讼地，而其选择已被证明为不适当的，并因此而受到制约。”⁴²

7.49 我们认为，引用“不便诉讼地”的现行规则已足以处理有关情况。虽然香港法院在面对搁置香港集体诉讼程序的申请时，可引用“不便诉讼地”的香港规则，但我们相信，外地法院在集体诉讼案件中所引用的规则，具有有用的参考价值。我们已在附件 6 中列出我们的研究结果。该附件检讨英国、澳大利亚及美国的相关案例法及评论。《海牙国际私法会议民商事管辖权及外国判决公约（草案）》（*Preliminary Draft Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters of the Hague Conference on Private International Law*）（日期为 2000 年 8 月）建议中的第 22 条，亦在讨论之列。

结论

7.50 在集体诉讼的机制范围内，用以管理或排除外地集体成员的有用技巧包括：行使酌情决定权，将集体诉讼程序转移至适当的法院；规定外地集体成员另立组别；及规定外地集体成员须选择加

⁴² *Adhiguna Meranti (Cargo Owners) v Adhiguna Harapan (Owners)* [1987] HKLR 904, 第 907-8 页。

入，才可受制／受惠于案件管理法庭的司法管辖。我们赞同外地集体成员另立组别的规定，并赋予法庭在原则性的框架内具弹性的酌情决定权，以规定须向其他司法管辖区的准集体成员发出“选择加入”通知（有别于第 4 章所建议的一般“选择退出”机制）。我们认为《高等法院规则》第 11 号命令中的现行法院规则（经稍作变通）及“不便诉讼地”的普通法规则，可用以管限来自其他司法管辖区的原告人或被告人。

建议 5

- (1) 我们建议，凡集体诉讼程序涉及来自香港以外的一个或多个司法管辖区的当事人，则对于这些外地原告人，应采用“选择加入”程序作为预设模式。这项预设规则应附加一项赋予法庭的酌情决定权，让法庭能因应申请并按照每宗个案的特别情况，容许外地原告人的整个集体或其经界定的组别采用“选择退出”程序。
- (2) 如被告人是来自香港以外的一个或多个其他司法管辖区，我们建议《最高法院规则》第 11 号命令所载在香港司法管辖权范围外送达法律程序文件的现行规则（经稍作变通），应予适用。
- (3) 我们建议，如果主审法庭行使司法管辖权是明显地不适当的，以及在解决有关争议的事上别处的法庭具有明显地更为适当的司法管辖权，则主审法庭可在适当情况下，引用“不便诉讼地”的普通法规则，搁置涉及来自其他司法管辖区的原告人的集体诉讼程序。
- (4) 为协助外地的准当事人考虑是否加入在香港展开的集体诉讼程序，我们提议应在某一网站内公告有关诉讼程序的信息。

第 8 章

集体诉讼机制的筹措资金模式

认定的问题

8.1 在集体诉讼程序中，诉讼费用显然是一个关键问题。一般人都承认，如果不能找到一个适当的筹措资金模式，让财力有限的原告人得以提起诉讼，则集体诉讼机制的成效将会非常小。正如安大略法律改革委员会所观察到：

“在本委员会设计一个扩大的集体诉讼程序时，（诉讼）费用问题是曾予考虑的单一项最为重要的议题。……**讼费事项不单止影响集体诉讼的效用，而且事实上决定本程序最终会否为当事人所使用。**”¹（表示强调的粗体后加）

8.2 集体诉讼在程序上的额外规定，大幅增加原告代表人所招致的讼费，而且使集体诉讼比起个人诉讼来说，成为一种耗费大很多的诉讼形式。对美国集体诉讼的经验所进行的广泛研究，得出以下的结论：

“集体诉讼是很昂贵的。我们评估〔所研究的〕十宗案件的讼费总额（不包括被告人本身的律师费用），由约一百万元起至超逾十亿元之数。其中有八宗案件的讼费超过一千万元；四宗超过五千万元；三宗超过五亿元。

集体诉讼中的交易成本，不单止包括代表原告人集体的律师及辩方律师的费用及开支，也包括作出通知及和解管理所需的费用，故此可以是很巨额的。”²

¹ 安大略法律改革委员会，*Report on Class Actions*（1982年）647。

² 韩斯乐（Deborah R. Hensler）及其他人，*Class Action Dilemmas – Pursuing Public Goals for Private Gain*（Executive Summary；兰德民事司法研究所（RAND Institute for Civil Justice）；Santa Monica；1999年），第22页，引述于莫拉比图的“Contingency Fee Agreements with Represented Persons in Class Actions – An Undesirable Australian Phenomenon”（2005年）*Common Law World Review* Vol 34 201，第207页。

讼费规则

8.3 讼费的一般规则是“讼费归胜诉一方”，³ 如果这项规则不经变通而应用于集体诉讼机制，会对集体诉讼的展开构成主要障碍。在集体诉讼中，这项一般规则的应用会有下述的广泛作用：⁴

讼费归胜诉一方规则所引起的讼费法律责任

诉讼结果	原告代表人	集体的其他成员	被告人
诉讼成功（集体胜诉）	<p>权益：向被告入讨回“诉讼各方对评”的讼费。</p> <p>法律责任：承担法庭在“评定”原告代表人为进行诉讼而合理招致的讼费（“事务律师与当事人议定”的讼费）时，所准予的讼费（“诉讼各方对评”的讼费）中未有包括的己方事务律师的费用。</p>	<p>权益：无。</p> <p>法律责任：无。</p>	<p>权益：无。</p> <p>法律责任：承担(a)己方事务律师的费用（“事务律师与当事人议定”的讼费）及(b)原告代表人的讼费（“诉讼各方对评”的讼费）</p>
诉讼失败（集体败诉）	<p>权益：无。</p> <p>法律责任：承担(a)己方事务律师的费用（“事务律师与当事人议定”的讼费）及</p>	<p>权益：无。</p> <p>法律责任：无。</p>	<p>权益：从原告代表人讨回“诉讼各方对评”的讼费。</p> <p>法律责任：承担己方事务律师</p>

³ 参看《高等法院规则》第 62 号命令第 3(2)条规则，其规定如下：“如行使其酌情决定权的法庭，认为适合就任何法律程序的讼费或附带费用作出任何命令，则除本命令另有规定外，法庭须命令该等讼费须视乎诉讼结果而定，但如法庭觉得就有关案件的情况而言，应就该等讼费的全部或任何部分另作命令，则属例外。”香港现行的讼费规则，为败诉一方须支付胜诉一方的讼费。不论是原告人或是被告人胜诉，胜诉一方所招致的讼费均不能从败诉一方全数讨回。胜诉一方为进行诉讼而承担的实际讼费金额（事务律师与当事人议定的讼费），与胜诉一方有权向败诉一方追讨回的讼费金额（诉讼各方对评的讼费），两者之间相当可能有很大的差距。

⁴ 列表改编自苏格兰法律委员会(Scottish Law Commission), *Multi-Party Actions* (第 154 号, 1996 年) 第 5.6 段。

诉讼结果	原告代表人	集体的其他成员	被告人
	(b) 被告人的讼 费 (“诉讼各方 对评”的讼费)		的费用 (“事 务律师与当事 人议定”的讼 费)。

8.4 原告人如败诉，将要承担己方的法律费用及被告人所招致的讼费中的一大部分。如此巨额讼费的潜在法律责任，实际上令很多个别人士即使有具胜诉机会的申索，也不敢提出法律诉讼。正如莫拉比图教授所指出，讼费方面的障碍令致目标不能达到：

“有些准原告代表人，他们的申索如果是个别提出的话，便无法成功追讨。由于讼费的潜在法律责任会超越申索的价值，这些人不大可能会展开集体诉讼。这个情况令致集体诉讼中提供‘寻求司法公正的渠道’这一目标不能实现。另一方面，有些准集体代表人，他们的申索如果是个别提出的话却能成功追讨。对于这类人来说，个别提出法律程序牵涉较低讼费，故比起集体诉讼更为吸引。结果，集体诉讼中一般称为‘节约司法资源’的另一主要目标，也无法达到。”⁵
(表示强调的粗体后加)

8.5 此外，在其他司法管辖区的集体诉讼机制中，已实施或建议的讼费规则有以下两种：

(a) **“无讼费令”规则** —— 根据这项规则，胜诉的诉讼人通常无权向败诉人收取法律讼费。这种做法在美国采用。安大略法律改革委员会也建议采用这项规则，理由是它对原告人有利，并会消除被判付大额讼费的威胁，而这样的裁定正是提起集体诉讼程序的障碍。⁶ 不列颠哥伦比亚在本质上采纳了这种做法：即除非“诉讼任何一方有无理缠扰、琐屑无聊或滥用程序的行径”，“不当地或不必要地提出申请或采取其他步骤，以期拖延或增加讼费或达到其他不当目的”，或“有特殊情况令剥夺胜诉一方获付讼费的权利，会导致不公平”，否则胜诉的一方无权取得讼费。⁷ 维多利亚法律改革谘询委员会 (Victorian Law

⁵ 莫拉比图，"Federal Class Actions, Contingency Fees, and the Rules Governing Litigation Costs", (1995年) *Monash University Law Review*, Vol 21, No. 2, 231, 第 233-4 页。

⁶ 安大略法律改革委员会，*Report on Class Actions* (1982年)，第 704 页。

⁷ 《1996年集体诉讼程序法令 (不列颠哥伦比亚经修订法规)》第 50 及 37 条。

Reform Advisory Council) 建议采用美国的“无讼费”规则，并指出使用“讼费视乎诉讼结果而定”规则作为处理无理据申索的手段，会为所有诉讼带来风险和不明朗因素。⁸ 败诉者纯因败诉而受罚，无论他们有多么充分的理据支持他们进行诉讼或拒绝和解的决定亦然。⁹ 马尼托巴法律改革委员会 (Manitoba Law Reform Commission) 建议采用不列颠哥伦比亚的做法。这可以确保准原告人不会因惧怕一旦败诉便要承担潜在的巨额讼费风险而不敢展开集体诉讼，准申索人寻求司法公正的渠道便会因此而更畅通。¹⁰

- (b) **“讼费视乎诉讼结果而定”规则**——根据本规则，胜诉者表面上有权获付讼费。安大略政府采用“讼费视乎诉讼结果而定”规则，与安大略法律改革委员会的建议有别。有指引规定法庭在对讼费行使酌情决定权时，须考虑有关的集体诉讼是否属测试案件，有否提出新的法律观点，或是否牵涉关乎公众利益的事项。¹¹ 原告人如要求核证其诉讼为集体诉讼程序的申请被否决或未能确立案情的理据，则可能要支付被告人的讼费（款额可以是很大的）。在英国，苏格兰法律委员会建议，法庭应保留其酌情权以决定是否应用“讼费归胜诉一方”的一般规则。¹² 伍尔夫勋爵认为多方诉讼与普通诉讼的分别不足以构成更改“讼费视乎诉讼结果而定”规则的理据。¹³ 南非法律委员会建议，法庭应保留其酌情权以决定在集体诉讼程序中是否应用“讼费视乎诉讼结果而定”的一般规则。¹⁴ 澳大利亚法律改革委员会曾建议，保留在民事及司法复核的法律程序中败诉者支付胜诉者的讼费的一般规则。¹⁵

⁸ 莫拉比图与艾普斯坦 (Judd Epstein)、维多利亚司法部长辖下法律改革谘询委员会，*Expert Report 2 on Class Actions in Victoria: Time for a New Approach*, 1997年，第7.22-7.28段。

⁹ G A Hicks, 'Statutory Damage Caps are an Incomplete Reform: A Proposal for Attorney Fee Shifting in Tort Action' (1989) 49 Louisiana Law Review 763, 791. 引述于莫拉比图与艾普斯坦、维多利亚司法部长辖下法律改革谘询委员会的 *Expert Report 2 on Class Actions in Victoria: Time for a New Approach*, 1997年，第7.25段。

¹⁰ 马尼托巴法律改革委员会，*Class Proceedings* (1999年)，第75页。

¹¹ 《集体诉讼程序法令 (安大略)》第31(1)条。

¹² 苏格兰法律委员会，*Multi-Party Actions Report* (1996年)，第5.10段。

¹³ 伍尔夫勋爵，*Access to Justice* (最后报告书，1996年)，第239页，第58段。

¹⁴ 南非法律委员会，*Report on the Recognition of Class Actions and Public Interest Actions in South African Law* (1998年) 建议22，第5.17.1 - 5.17.5段。

¹⁵ 澳大利亚法律改革委员会，*Costs Shifting - Who Pays for Litigation* (第75号报告书，1995年) 第4.30段，建议8。“讼费视乎诉讼结果而定”规则也在澳大利亚联邦集体诉讼机制下适用 (参看澳大利亚法律改革委员会，*Costs Shifting - Who Pays for Litigation* 报告书，第16.25-16.26段)。

和解下的讼费

8.6 在我们所探讨过的加拿大、美国及澳大利亚等司法管辖区中，和解都是需要得到法庭核准的。我们会集中研究澳大利亚的情况。《1976 年澳大利亚联邦法院法令》（下称“《澳洲联邦法院法令》”）第 33V 条规定如下：

- “(1) 如无法庭的核准，代表诉讼程序不可和解或中止。
- (2) 如法庭给予此项核准，它可就如何分配和解下支付的或付予法庭的任何款项，作出公平的命令。”

8.7 若一项和解建议涉及支付原告人事务律师的讼费，法庭已规定须提供证据以证明厘定这些讼费的方式，并须信纳在计及所进行的工作下，有关的款额是公平合理的。¹⁶

8.8 在 *Williams v FAI Home Security Pty Ltd (No 5)* 一案中，高柏格法官（Goldberg J）提及一名独立的法律讼费顾问的证供。该顾问曾审阅申请人的事务律师的档案连同他们的工时记录。¹⁷ 法官基于其证供而信纳将要支付予申请人的事务律师的讼费是公平合理的，而且比申请人的事务律师原本可向其当事人收取的数额为低。

8.9 在 *King v AG Australia Holdings Ltd (formerly GIO Australia Holdings Ltd)* 一案中，摩尔法官（Moore J）指出，申请人引用一名维多利亚最高法院的大律师兼事务律师（自 1992 年起专办法律费用顾问工作）所提交的一份誓章，而他在誓章中表示由申请人的事务律师所拟备的帐目是公平合理的，并且准确地反映和应用了该事务律师与申请人议定的计算讼费及开销方法。¹⁸ 事务律师的费用包括 25% 的成功额外收费，而摩尔法官并不认为协议中的这条款应令和解不获核准。

8.10 在 *Courtney v Medtel Pty Ltd (No 5)* 一案中，法庭在裁定一项核准根据《澳洲联邦法院法令》第 33V(1)条达致和解的申请前，要求取得一名独立、有经验的事务律师或讼费顾问的证供。¹⁹ 法庭表示在决定是否核准和解时，需要考虑：

¹⁶ *Williams v FAI Home Security Pty Ltd (No 4)* (2000) 180 ALR 459, 第 47 段。

¹⁷ [2001] FCA 399, 第 19 段。

¹⁸ [2003] FCA 980, 第 15 段。

¹⁹ [2004] FCA 1406. 亦参看 *Williams v FAI Home Security Pty Ltd (No 5)* [2001] FCA 399, 第 19 段（高柏格法官）；*Williams v FAI Home Security Pty Ltd (No 4)* [2000] FCA 1925, 第 19 段（高柏格法官）；引述于 *Jarrama Pty Ltd v Caltex Australia Petroleum Pty Ltd* [2004] FCA 1114, 第 10 段（古理南法官）。

- (a) 讼费及延聘费协议（包括附带服务、利息、成功额外收费等方面的条款）是否合理；
- (b) 所征收的费用及开销，是否已根据讼费及延聘费协议计算；及
- (c) 该等费用及开销中的任何一大部分，有否在代表申请代表人及被代表的集体进行的法律程序中，不适当地或不必要地招致。²⁰

8.11 在该案中，萨威尔法官（Sackville J）认为有“特殊情况”，以致有需要就讼费是否合理的问题取得一名独立、有经验的事务律师或讼费顾问的证供。法官所指的情况包括以下事实：

- (a) 为支付“数额明显会是很大的讼费及开销”而作拨备；
- (b) 此等讼费及开销中的一部分将要由集体成员负担；及
- (c) 被代表的集体中，包括在法律程序中没有个别法律代表的人。²¹

正如萨威尔法官所注意到，这些情况至少有可能引起事务律师与集体中其余某些成员之间的利益冲突。

8.12 萨威尔法官也关注到一项建议，就是集体成员的代表如在法律程序展开前去世，便不会获支付赔偿。法官认为，就有关的小组而言，如果小组中的 47 名成员均收到和解建议的通知，并且没有选择退出法律程序，则建议的和解方案会是公平合理的。在他看来，公平原则所要求的，就是这批成员应收到通知，并且有机会选择退出。萨威尔法官后来考虑过进一步的证供，包括一名事务律师兼讼费顾问的证供，最终核准该项和解方案。²²

法律程序不再以集体诉讼方式继续进行时的讼费

8.13 澳大利亚联邦法院可（根据《澳洲联邦法院法令》第 33L、33M 或 33N 条）作出命令，着令一项法律程序不再以第 IVA 部之下的代表诉讼程序继续进行。

²⁰ [2004] FCA 1406, 第 61 段。

²¹ [2004] FCA 1406, 第 59 段。

²² *Courtney v Medtel Pty Ltd* (No 6) [2004] FCA 1598.

8.14 在这些情况下，法律程序可继续由诉讼代表进行，不过他所代表的是他自己（第 33P(a)条），而集体成员可提出申请，要求加入法律程序为申请人（第 33P(b)条）。

8.15 为继续进行（非代表诉讼的）法律程序而成为诉讼当事人的集体成员，将会丧失其就不利讼费令的潜在法律责任所享有的讼费豁免权，而这项豁免权是他在代表诉讼程序中身为集体成员所享有的。前集体成员不一定能够就集体诉讼进行期间的讼费令保留讼费豁免权。²³

其他司法管辖区的讼费转嫁措施

8.16 为了克服讼费方面的障碍，其他司法管辖区引入了下述措施，将讼费的负担由原告代表人转嫁被告人、集体成员、集体的代表律师或外间出资者。

(a) 将讼费转嫁被告人

8.17 在安大略，“讼费归胜诉一方”规则适用（即败诉的原告代表人须支付胜诉被告人的“诉讼各方对评的讼费”），但《安大略集体诉讼程序法令》第 31(1)条容许法庭在某些指明的情况下，作出不同的讼费令：

“法庭在根据《法院法令》（Courts of Justice Act）第 131(1)条就讼费行使酌情决定权时，可考虑**有关的集体诉讼程序是否属测试案件，有否提出新的法律观点，或是否牵涉关乎公众利益的事项。**”（表示强调的粗体后加）

8.18 梅丽朗教授发现，败诉的原告代表人会试图要求法庭就上述三种特殊情况中之一种行使其酌情决定权，但结果颇为分歧。²⁴再者，新近的法庭裁决显示，司法机构倾向于将集体诉讼视为民事诉讼中的非特别分支。梅丽朗教授总结说：

“安大略的经验强烈显示，在现实中，为了减轻〔讼费归胜诉一方〕规则的严苛作用而由法例订定的任何法庭指引，最终也须由法庭酌情决定是否遵行，而原告代表人有可能或确实面对胜诉被告人所送上的巨额

²³ 卡舒曼，*Class Action Law and Practice*（2007年，the Federation Press），第456页。

²⁴ 梅丽朗，*The Class Action in Common Law Systems: a Comparative Perspective*（2004年，Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing），第450页。

讼费单，故此将不会因为法庭有此酌情决定权而稍感宽怀。”²⁵（表示强调的粗体后加）

8.19 由于只有在特殊情况下才可以将讼费转移至胜诉的被告人，以及法庭行使酌情决定权的狭窄范围，我们认为这对于集体诉讼在筹措资金方面的普遍困难，实无济于事。因此，我们不建议在香港采纳此方案。

(b) 将讼费转嫁集体成员

8.20 澳大利亚的集体诉讼法例实施一项措施，在集体诉讼招致讼费的问题上保障原告代表人。《澳洲联邦法院法令》第 33ZJ(2)条规定，凡寻求金钱济助的集体诉讼得到胜诉：

“如……法庭信纳提出申请的人〔即原告代表人〕〔在集体诉讼中〕所合理招致的讼费，相当可能超逾该人从答辩人讨回的讼费，则法庭可命令从判给的损害赔偿中支付一笔款项给该人〔即该代表人〕，该笔款项相等于上述超逾额的全数或一部分。”

8.21 这项条文规定类似美国的“共同基金”原则。²⁶ 澳大利亚法律改革委员会²⁷、安大略法律改革委员会²⁸ 及南澳大利亚法律改革委员会²⁹ 均提议使用与第 33ZJ(2)条相类似的条文。有关条文确保“根据诉讼各方对评讼费命令而讨回的讼费，与事务律师就诉讼而合理收取的讼费两者之间的差距，能从追讨所得的损害赔偿中填补”。³⁰ 再者，有关规定可解决所谓集体成员“搭顺风车”所引起的问题。³¹ 在寻求

²⁵ 梅丽朗，*The Class Action in Common Law Systems: a Comparative Perspective*（2004年，Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing），第451页。

²⁶ “共同基金”原则由梅丽朗教授解释为：“凡有基金设立，则在‘共同基金’原则下，进行诉讼的律师如因诉讼导致‘一项由其他人持有权益的基金的成立、持续或增大’，则他们有权为补偿其代表他人行事而提供的服务，从该项基金收取诉讼的讼费，包括律师费，而有关讼费是附加于他们有权从其自己的当事人收取的费用之上的。”梅丽朗，*The Class Action in Common Law Systems: a Comparative Perspective*（2004年，Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing），第440页。

²⁷ 澳大利亚法律改革委员会，*Grouped Proceedings in the Federal Court*（第46号报告书，1988年），第289段。

²⁸ 安大略法律改革委员会，*Report on Class Actions*（1982年）714。

²⁹ 南澳大利亚法律改革委员会，*Report Relating to Class Actions*（第36号报告书，1977年）13。

³⁰ 在 *McMullin v ICI Aust Operations Pty Ltd*（澳大利亚联邦法院，1997年11月27日）第4页中提及。

³¹ 所谓“搭顺风车”所引起的问题描述如下：“缺席的集体成员而成为集体代表人及集体代表律师努力成果的受惠人者，即在两方面‘搭顺风车’。首先，由于缺席的集体成员不是诉讼的一方，即使诉讼失败，他们无须为被告人的‘诉讼各方对评的’讼费承担法律责任。其次，缺席的集体成员除非已订立分担讼费协议，否则并无责任支付集体代表人欠集体代表律师的讼费（‘事务律师与当事人议定的’讼费）。”（表示强调的粗体后加）安大略法律改革委员会，*Report on Class Actions*（1982年）657。

损害赔偿的集体诉讼胜诉的情况下，第 33ZJ(2)条容许法庭要求集体成员作非直接的供款。然而，第 33ZJ(2)条有多项局限：

- (a) 如集体诉讼只寻求非金钱济助，例如禁制令／强制令或宣布，则并无款项讨回可供扣除讼费及开销之用；
- (b) 法庭只可就损害赔偿的判给作出命令。如集体成员已藉和解而从被告人讨回损害赔偿或补偿，则此条文不适用；
- (c) 此条文并不处理一开始便缺乏足够资金展开法律程序的问题；及
- (d) 此条文并不处理集体诉讼失败时原告代表人可能面对不利讼费令的问题。³²

8.22 所有集体诉讼机制均有一项普遍的特点，就是若集体败诉的话，集体成员得享有特定及单方的讼费豁免权。这项豁免权在澳大利亚³³、安大略³⁴及不列颠哥伦比亚³⁵的法例中都有订明。不列颠哥伦比亚的《集体诉讼程序法令》第 19(7)条没有向集体成员施加付款的法律责任，反而是提供别的方法，为集体诉讼的展开及进行筹措资金：

“在得到法庭许可下，〔关于核证的〕通知可包括向集体成员要求供款，以助支付事务律师的费用及开销。”

8.23 如欠缺针对没有供款的集体成员的制裁措施，上述条文能否有效地为集体诉讼筹措资金实成疑问。莫拉比图教授曾提述缺席的集体成员不愿意供款作集体诉讼费用之用的情况：

“不愿供款的情况可归因于两个主要因素。首先，**集体成员**无论是否向原告代表人提供财政资助，都能够从胜诉的集体诉讼中得享其成。另一个不愿供款的原因，是在提出供款要求时（也通常是法律程序的较早阶段），潜在的利益遥不可及。”³⁶（表示强调的粗体后加）

³² 莫拉比图，"Federal Class Actions, Contingency Fees, and the Rules Governing Litigation Costs", (1995年) *Monash University Law Review*, Vol 21, No.2, 231, 第 237-8 页，以及梅丽朗，*The Class Action in Common Law Systems: a Comparative Perspective* (2004年, Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing), 第 463-4 页。

³³ 《澳洲联邦法院法令》第 22、33Q、33R 及 43(1A)条。

³⁴ 《集体诉讼程序法令（安大略）》第 31(2)条。

³⁵ 《集体诉讼程序法令（不列颠哥伦比亚）》第 37(4)条。

³⁶ 莫拉比图，"Federal Class Actions, Contingency Fees, and the Rules Governing Litigation Costs", (1995年) *Monash University Law Review*, Vol 21, No. 2, 231, 第 236 页。

8.24 鉴于依循第 33ZJ(2)条而订立的条文的局限，以及集体成员不愿意自愿供款资助原告代表人的讼费，我们认为将财务负担转移至集体成员的做法不大可能为集体诉讼提供所需的资金。

(c) 将讼费转嫁集体代表律师

8.25 就集体诉讼而言，将诉讼固有的财务风险由原告代表人转移至集体代表律师的机制，乃透过他们之间的律师收费协议来运作。“按条件收费”是按传统方法计算的律师费：如集体诉讼胜诉，则另加收某个百分比的附加费；如集体诉讼败诉，则不会收取律师费。相对而言，“按判决金额收费”是按集体诉讼追讨所得的赔偿金额而计算的律师费。如集体诉讼败诉，不会收取律师费；如集体诉讼胜诉，则会收取一笔相等于追讨所得赔偿金额某个百分比的律师费。³⁷

8.26 传统上，普通法并不容许私人资助诉讼。助讼罪³⁸根据普通法可判罚款或监禁。助讼包含非法插手、支持或协助他人进行民事诉讼或争议，以致干预共通权利，而其出发点亦非为慈善公益。“包揽诉讼”³⁹是指包揽诉讼人与原告或被告一方协议提供诉讼所需资金，条件是该方一旦胜诉，则让包揽诉讼人按协议分享诉讼所得的土地或其他东西作为回报。

8.27 在美国，律师获准以按判决金额收费协议接办集体诉讼（及其他诉讼），即除非申索成功，否则律师不收取任何形式的费用。律师有权收取的款额，是以追讨所得款额的某个百分比来计算，或是以所谓“导向星”的方法来厘定（即费用基于某个倍数计算，每小时收费根据案件复杂程度而调整，而存置费用则乘以风险权数。在适当情况下，以倍数计算的费用之上可加以大律师费用）。⁴⁰

8.28 继英国于 1967 年废除助讼及包揽诉讼这两种行为的刑事及侵权罪行后，澳大利亚的维多利亚、南澳大利亚、新南威尔士各州及澳洲首都地区其后亦追随英国的做法。⁴¹

8.29 在不列颠哥伦比亚，如集体诉讼胜诉，律师获准收取集体追讨所得的损害赔偿数额的某一特定百分比。法庭曾准许差距颇大

³⁷ 参看香港法律改革委员会《按条件收费》报告书（2007年7月）第6段中的定义。

³⁸ 参看 *Bradlaugh v Newdegate* 11 QB 1; *Alabaster v Harness* [1895] 1 QB 339; *Holden v Thomson* [1907] 2 KB 489; *Neville v London "Express" Newspapers, Ltd* [1919] AC 368。

³⁹ 至于何谓包揽诉讼，参看 *Re Thomas* [1894] 1 QB 747; *Rees v De Bernardy* [1896] 2 Ch 437。

⁴⁰ 马尼托巴法律改革委员会，*Class Proceedings*（1999年），第35页。

⁴¹ 香港法律改革委员会，《按条件收费》报告书（2007年7月），第5.2段。

的百分比数额。⁴² 安大略的《集体诉讼程序法令》明确规定，律师及诉讼代表可订立书面协议，订明只在集体诉讼胜诉的情况下始须支付费用及开销。该法令第 33 条规定：

“(3) ‘基本收费’指将总工作时数乘以每小时费率所得之数……。‘倍数’指得应用于基本收费的倍数……

(4) ……事务律师〔可〕向法庭〔申请〕将其收费以某个倍数增加……

(7) ……法庭(a) 须厘定事务律师的基本收费数额，(b) 可应用某个倍数于基本收费，以公平合理地补偿事务律师根据一项成功始收费的协议接办及持续进行法律程序时所招致的风险；……

(8) 在根据第(7)(a)款作出厘定时，法庭只可容许合理的收费。

(9) 在根据第(7)(b)款作出厘定时，法庭可考虑该事务律师进行该法律程序的方式。”

8.30 安大略的法例并无特别就按判决金额收费（基于追讨所得款额的某个百分比计算者）订定条文，但这种收费模式曾得到法官的认同，所据理由为有关安排促进诉讼的效率，并且促使律师放弃做一些纯为提高基本收费而原本会做的非必要工作。⁴³

8.31 在马尼托巴，《律师会法令》（*Law Society Act*）第 58 条准许订立按判决金额收费（基于判给或和解款额的某个百分比计算者）的协议。鉴于集体诉讼程序的特殊性质，马尼托巴法律改革委员会建议在集体诉讼程序法例中加入若干条文，专门用以处理涉及集体诉讼程序的按判决金额收费协议。该委员会认为，应在集体诉讼程序的背景下准许订立按判决金额收费协议，而《律师会法令》第 58 条应适用于集体诉讼程序，但只在集体诉讼程序法例不特别影响该条的范围内适用。该委员会进一步建议，凡向法庭申请作出宣布，谓某项按判决金额收费协议对当事人并不公平合理，则有关申请应向主审法官或核准该和解协议的法官提出，视何种情况适用而定。⁴⁴

⁴² 梅丽朗，*The Class Action in Common Law Legal Systems: a Comparative Perspective*（2004 年，Oxford and Portland, Oregon Hart Publishing），第 471-3 页。

⁴³ *Crown Bay Hotel Ltd Partnership v Zurich Indemnity Co of Canada* (1998), 160 DLR (4th) 186, 40 OR (3rd) 83 (Gen Div) [11].

⁴⁴ 马尼托巴法律改革委员会，*Class Proceedings*，报告书#100 (1999 年)，第 79-80 页。

8.32 澳大利亚法律改革委员会建议，为根据澳大利亚联邦体制进行的集体诉讼程序引入经提高的按判决金额收费。⁴⁵ 这项建议没有制定为法例。然而，澳大利亚的律师（维多利亚州的律师可能属例外）只要相信其当事人有合理的诉讼因由，而且没有与当事人议价以求在诉讼的标的事项中占有一份权益，便获准收取按推测的收费。⁴⁶ 南澳大利亚及新南威尔士的律师获准订立经提高金额的收费安排。⁴⁷

8.33 苏格兰法律委员会强烈反对在其司法管辖区为集体诉讼引入以追讨所得款额的某个百分比计算的按判决金额收费，不过亦指出苏格兰已准许收取“按推测的收费”（即只有其当事人胜诉，律师才获支付费用，而这笔费用可以是平常的费用加上该费用的某个经议定的百分比，最高可达 100%）。⁴⁸ 另一方面，南非法律委员会建议采用安大略的规则。南非制定了《1997 年按判决金额收费法令》（Contingency Fees Act 1997），容许法律执业者在胜诉时除了收取有关案件的平常费用外，增收为该平常费用的最多达 100% 的款项。南非法律委员会建议，集体诉讼的法律执业者应获准与诉讼代表订立安排，令法律执业者只有胜诉才会获支付费用或获支付费用连同开销。⁴⁹

8.34 苏格兰法律委员会列出以下考虑因素，以决定应否准许关于按判决金额收费的安排：

“按判决金额收费的可见优点如下：

- (a) 不能支付律师费的贫困当事人可向法院提起诉讼。
- (b) 基于这种安排接办案件的律师，胜诉诉讼对其有利害关系，因此在预备工作及陈述理据时会更为尽心尽力。

⁴⁵ 这项建议是准许法庭核准收费协议，其中可包括在法律程序了结之前经提高金额的收费（但不是按判决金额收费的某个百分比）：澳大利亚法律改革委员会，*Grouped Proceedings in the Federal Court*，第 48 号报告书（1988 年），第 296-297 段。

⁴⁶ 莫拉比图与艾普斯坦、维多利亚州司法部长辖下法律改革谘询委员会，*Expert Report 2 on Class Actions in Victoria: Time for a New Approach*，1997 年，第 7.11 段。

⁴⁷ 《1987 年法律专业法令（新南威尔士）》（*Legal Profession Act 1987 (NSW)*）第 186 条、第 187(2)、(3)、(4) 条；《1996 年法律执业法令（维多利亚）》（*Legal Practice Act 1996 (Vic)*）第 98 条；《1981 年法律执业者法令（南澳大利亚）》（*Legal Practitioners Act 1981 (SA)*）第 42 条及《2003 年专业操守及常规规则（南澳大利亚）》（*Rules of Professional Conduct and Practice 2003 (SA)*）第 42 条规则；及《大律师规则（昆士兰）》（*Barristers' Rules (Qld)*）第 102A(d) 条规则。塔斯曼尼亚禁止大律师收取经提高金额的费用：《1994 年执业规则（塔斯曼尼亚）》（*Rules of Practice 1994 (Tas)*）第 92(1) 条规则。

⁴⁸ 苏格兰法律委员会，*Multi-Party Actions Report*（1996 年），第 5.12-5.15 段。

⁴⁹ 南非法律委员会，*Report on the Recognition of Class Actions and Public Interest Actions in South African Law*（1998 年）建议 23，第 5.18.1-5.18.6 段。

- (c) 如安排付款的行政程序简化，律师便可受惠，而他们也可因收入增加而得益。

另一方面，按判决金额收费的可见缺点则如下：

- (a) 有意见谓根据美国的经验，按判决金额收费的机制引致判给的款额过多，并令诉讼激增。
- (b) 这种收费方式令律师与当事人出现利益冲突。律师为了避免因预备审讯（证据）的工作而需付出庞大费用，可能会鼓励和解，即使这样做未必符合当事人的最佳利益。
- (c) 收费过度高昂，因为律师（在欠缺控制过度收费的安排的情况下）可收取不合理百分比的费用。
- (d) 律师有诱因使用不道德的手段进行诉讼。
- (e) 在英国，讼费归胜诉一方的规则削弱了按判决金额收费对诉讼人的吸引力，因为假如他们败诉，他们仍须支付对方的讼费。
- (f) 对于接受法律援助而没有分担讼费的诉讼人来说，这做法看似没有给他们带来甚么好处（除非有法定的扣除，因而极有可能去掉大部分判给的款项）。
- (g) 这做法只适用于有金钱申索的诉讼而不适用于其他诉讼，例如〔谋求禁制令或法庭的宣布〕的诉讼，或司法复核的申请。”⁵⁰

8.35 这做法的最重要益处，可以说是透过消除或减轻一些令人不敢展开集体诉讼的讼费问题，从而加强寻求司法公正的渠道。这目的是借着将诉讼的某些风险和部分开支由当事人转移至律师身上而达致的，因为律师较有能力评估诉讼所牵涉的风险，并可将这些

⁵⁰ 苏格兰法律委员会，*Multi-Party Actions Court Proceedings and Funding* 第98号讨论文件，第8.20-8.21段。参照香港法律改革委员会在《按条件收费》报告书（2007年7月）第7.5-7.30段中的看法。

风险摊分于大量其他诉讼之间，令其较易承担。⁵¹ 在另一方面，反对按判决金额收费最具说服力的论据，也许是这做法有可能在关乎当事人申索的和解事宜上产生利益冲突。律师酬金若取决于诉讼结果，对律师产生很强的金钱诱因去接受金额偏低的和解，以确保他们起码收取到一些费用，总好过冒上因败诉而收不到任何费用的风险。因主事人与代理人之间可能存在利益冲突而招致的损失，经济学家称为“代理成本”。⁵²

8.36 在集体诉讼中，代理成本的问题可透过以下规定处理：和解必须获得主理有关集体诉讼的法庭核准。不列颠哥伦比亚和安大略两地规管集体诉讼机制的法例，均订明代表集体的律师与原告代表人之间的任何费用协议（不论是否按判决金额收费的协议）必须是书面的，⁵³ 而且必须获得法庭核准。⁵⁴

8.37 有两项理据支持法庭审视集体诉讼的费用协议。第一项是要保障可能受到聘用协议约束的其他集体成员，而这些成员又没有参与达成该项协议的谈判。第二项是要确保法律费用不会与所提供的法律服务不相称。⁵⁵

8.38 美国的经验显示，如果由法庭核准集体诉讼的和解能提供足够保障措施，防止代表集体的律师与集体成员之间出现利益冲突，法官便要准备好随时放弃其传统的消极做法，改为极力谋求担当缺席集体成员的权益的守护者。⁵⁶ 兰德研究所的分析员对十宗近期追讨损害赔偿的集体诉讼进行个案研究后，发现各集体成员因诉讼结果而获得的赔偿有很大差异，各集体的代表律师所得回报亦是如此。⁵⁷ 兰德研究所认为这次个案研究所得的结果显示，如法官更仔细审视建议的和解及收费要求并拒绝核准有问题的协议或要求，

⁵¹ 莫拉比图及艾普斯坦、维多利亚州司法部长辖下法律改革谘询委员会，*Expert Report 2 on Class Actions in Victoria: Time for a New Approach*, 1997年，第7.13段及注脚36。

⁵² 莫拉比图及艾普斯坦、维多利亚州司法部长辖下法律改革谘询委员会，*Expert Report 2 on Class Actions in Victoria: Time for a New Approach*, 1997年，第7.15-7.16段。

⁵³ 《集体诉讼程序法令（不列颠哥伦比亚）》第38(1)条；《集体诉讼程序法令（安大略）》第32(1)条。

⁵⁴ 《集体诉讼程序法令（不列颠哥伦比亚）》第38(2)条；《集体诉讼程序法令（安大略）》第32(2)条。

⁵⁵ 梅丽朗，*The Class Action in Common Law Legal Systems: a Comparative Perspective* (2004年，Oxford and Portland, Oregon Hart Publishing)，第477页。

⁵⁶ 莫拉比图，"Federal Class Actions, Contingency Fees, and the Rules Governing Litigation Costs", (1995年) *Monash University Law Review*, Vol 21, No.2, 231, 第248页。

⁵⁷ 韩斯乐及其他人、兰德研究所，*Class Action Dilemmas: Pursuing Public Goals for Private Gain* (2000年)，引述于韩斯乐与 Thomas D Rowe 合着的“Complex Litigation at the Millenium Beyond 'It just ain't worth it': Alternative Strategies for Damage Class Action Reform”2001年春/夏季，64 *Law and Contemporary Problems* 137, 第148页。

集体成员所获得的会多于被告人为了和解而愿意付出的金额。分析员的结论是：

“……如法官采取了以下行动，〔集体成员〕所得利益与所付讼费的对比会更为合乎其利益：

- 要求发出清楚及详细的通知
- 仔细审视和解的细节，包括利益分配的策略
- 邀请具合法地位的反对者及介入者参与其中
- 负起裁定律师费的责任，而非只是如橡皮图章般批准先前商订的协议
- 按照有关法律诉讼所产生的实际利益而裁定所需费用〔及〕
- 要求持续向法庭汇报和解利益的实际分配情况。”⁵⁸

8.39 美国及不列颠哥伦比亚两地的法庭均曾判给 30—40% 的高百分比按判决金额收费。⁵⁹ 实际上，这些判给为律师建立“作战基金”，让他们能够为集体诉讼提供资金，从而强化了寻求司法公正的渠道。

8.40 香港法律改革委员会在 2007 年 7 月发表的报告书中考虑过按条件收费的议题。⁶⁰ 香港实施“讼费视乎诉讼结果而定”规则，这表示败诉的诉讼人除了要支付自己的讼费外，通常也会被法庭命令支付胜诉一方的讼费。上述报告书指出，假如香港容许按条件收费的话，订立了按条件收费安排的败诉申索人将无须付款给自己的律师，但仍有法律责任支付被告人的法律费用，但如他已购买了事后保险以应付这方面的讼费，则作别论。该报告书指出，富裕的法团当事人在衡量过保险费、败诉的可能性及他们一旦有需要支付对方讼费时的财政能力后，也许会选用按条件收费的做法而不购买事后保险。不过，其他司法管辖区的经验显示，事后保险是按条件收费机制的一个主要组成部分，对于那些财力有限而正是按条件收费安排所设想帮助的人来说，尤其如是。由于保险公司未必能够以人

⁵⁸ 出处同上，第 149 页。

⁵⁹ 梅丽朗，*The Class Action in Common Law Legal Systems: a Comparative Perspective*（2004 年，Oxford and Portland, Oregon Hart Publishing），第 469-73 页。

⁶⁰ 香港法律改革委员会，《按条件收费》报告书（2007 年 7 月）。

们负担得起的保费在香港长期提供事后保险，所以该报告书总结认为，以目前的情况来说，并不适宜推行按条件收费。⁶¹

8.41 我们认为应在集体诉讼的背景下重新研究这个议题。英国的民事司法委员会处理过在多方申索中为按判决金额收费筹措资金的问题，并有以下建议：

“在涉及多方的案件中，如没有其他筹措资金的方式，应准许受管制的按判决金额收费办法以提供寻求司法公正的渠道。司法部应进行深入研究，以确定在解决民事纠纷方面，按判决金额收费能否全面改善寻求司法公正的渠道。”⁶²

8.42 我们已在建议 4(3)提出，在适当的个案中，法庭应按照既定的原则命令原告代表人缴付讼费保证金。换言之，法庭会确保申索人本身有足够经济能力支付任何被判付的讼费，从而保障被告人免遭财力短绌的申索人提起勒索式的申索。申索人需要证明他们有充足资金应付不利讼费令或已由事后保险提供充分保障。在符合为确保足够代表性而订下的适当财务规定的范围内，准申索人可能仍有空间透过按判决金额收费安排寻求私人出资。鉴于香港法律改革委员会在《按条件收费》报告书中对于目前情况的评估，我们未有建议在集体诉讼中容许作出按判决金额收费的安排。然而，我们同意民事司法委员会的提议，即应进行进一步研究，以确定在解决民事纠纷方面，按判决金额收费能否全面改善寻求司法公正的渠道。

其他资金来源

按条件收费法律援助基金

8.43 香港法律改革委员会（下称“法改会”）在《按条件收费》报告书中，建议设立一个结合按条件收费与法律援助的“按条件收费法律援助基金”。⁶³ 该基金可藉收取胜诉的原告人所得到的赔偿金的某一比例，以应付败诉的原告人向基金提出的申索。起初的资金将需要由政府提供。申请人须令基金信纳他的申请具有明显的良好理据，就像申请法律援助一样。当局会成立一个新的管理组织，以管理该基金及筛选引用按条件收费的申请、将案件外判予私

⁶¹ 香港法律改革委员会上述报告书，建议 1，第 7.5-7.30 段。

⁶² 民事司法委员会，《The Future Funding of Litigation – Alternative Funding Structures》（2007 年 6 月），建议 4，第 68 页。

⁶³ 香港法律改革委员会，《按条件收费》报告书（2007 年 7 月），第 157-167 页。

人律师、为诉讼提供资金、败诉时支付对手的讼费等。该报告书亦建议，准许该基金以按条件收费为基础延聘私人律师，而该基金亦应获准以按判决金额收费的方式向当事人收取费用。

8.44 2007年9月，香港律师会发表了《按条件收费工作小组报告书》，以回应法改会的有关建议。香港律师会认为，按条件收费协议的弊端超逾它作为加强寻求司法公正的渠道所可能带来的好处。法改会所建议设立的“按条件收费法律援助基金”在财政上不大可能合算，而且在香港没有提供事后保险的情况下是难以维持的。香港律师会相信，假如将法律援助辅助计划扩展至包括胜诉及讨得损害赔偿或归还财产的机会均高的其他种类案件，则如此扩展便不会危害到其财政上的可行性。

8.45 法改会关于“按条件收费法律援助基金”的建议，看来不大可能会得到落实。法律援助署已在其回应法改会早前就该议题发表的谘询文件时清楚表明，该署不赞成扩展现行的法律援助辅助计划。对于上述基金，虽然法改会相信它可以（像现行的法律援助辅助计划一样）自负盈亏，但需要先有一笔起动的本金，而不论政府抑或法律界都不大可能愿意提供所需的首笔资金。

8.46 虽然这类基金自有其吸引之处，因为它能令集体诉讼有更广阔的寻求司法公正渠道，但就集体诉讼而言，其最严重的缺点是这种机制只在涉及大笔金钱的诉讼中才会发挥效用。该基金在财政上是否合算，实在令人怀疑。⁶⁴ 另外还有原则性的难题，就是胜诉的诉讼人实际上是从损害赔偿判给金额中拿钱出来资助那些败诉的案件，但法庭是基于公平才判给这笔损害赔偿的。⁶⁵ 我们不建议设立“按条件收费法律援助基金”以应付香港的集体诉讼程序。

法律援助

8.47 我们可考虑应否鉴于海外的经验，将现行的法律援助机制扩展至包括资助集体诉讼。苏格兰法律委员会及南非法律委员会均认为，法律援助是为集体诉讼提供财政援助的最适当做法。⁶⁶ 由于我们所讨论过的其他第三者出资方式所存在的局限，如欲为集体诉

⁶⁴ 苏格兰法律委员会，*Multi-Party Actions Court Proceedings and Funding* 第98号讨论文件，第8.42段。南非法律委员会，*Report on the Recognition of Class Actions and Public Interest Actions in South African Law*，第5.19.4段。

⁶⁵ 南非法律委员会，*Report on the Recognition of Class Actions and Public Interest Actions in South African Law*，第5.19.4段。

⁶⁶ 苏格兰法律委员会，*Multi-Party Actions Report*，第5.50段。南非法律委员会，*Report on the Recognition of Class Actions and Public Interest Actions in South African Law*，第5.19.13段。

讼提供公共财政援助，法律援助实际上是唯一可行的第三者出资方法。苏格兰法律委员会注意到，现行的民事法律援助安排并非特别为集体诉讼而设计。⁶⁷ 法律援助是个别提供予每一名诉讼人，因为每一名受助者都是个别地提起诉讼。诉讼人必须符合财务方面的条件，才会获批法律援助，这表示群体中可能会有某一或某些成员被拒法律援助。如果要为集体诉讼中的原告代表人提供法律援助，便很可能要宽免财务方面的条件限制方可。

8.48 澳大利亚法律改革委员会认为，现有的法律援助安排对集体诉讼来说是不适当的。⁶⁸ 在“财务资源审查”中引用严谨的资格准则会产生漏洞，令一些资产超乎接受法律援助资格但财力又不足以支付律师费的人陷于困局。财务资源审查亦为集体诉讼带来其他问题。既要为原告代表人亦要为所有集体成员的经济能力进行审查，会造成明显的行政问题，对因采用选择退出制而不须识别集体成员及取得其明示同意便可提出的集体诉讼尤其如是。基本的问题是，在个别诉讼中所提供的法律援助，未能解决集体诉讼的潜在庞大讼费可能远超每一名原告人所持有的利益的问题。若在此情况下展开集体诉讼，在经济上是有悖常理的。⁶⁹

8.49 我们曾征询法律援助署署长（下称“法援署长”）的意见，以探讨是否有可能将法律援助扩展至在香港展开的集体诉讼程序。法援署长明确表示，现行的法定架构只容许个别地批给法律援助。⁷⁰ 如要改变以个人为受助单位的法律援助机制，就必须修订《法律援助条例》（第 91 章）。

⁶⁷ 苏格兰法律委员会，*Multi-Party Actions Court Proceedings and Funding* 第 98 号讨论文件，第 8.27 段。

⁶⁸ 澳大利亚法律改革委员会，*Grouped Proceedings in the Federal Court*（第 46 号报告书，1988 年），第 305 段。

⁶⁹ 莫拉比图，"Federal Class Actions, Contingency Fees, and the Rules Governing Litigation Costs", (1995 年)，*Monash University Law Review*, Vol. 21, No. 2, at 231, 第 263-5 页。

⁷⁰ 《法律援助条例》（第 91 章）的弁言是：

“本条例旨在就向经济能力有限的人给予法律援助以进行民事诉讼事宜，以及为由该事宜附带引起的或与该事宜相关的目的，订定条文。”

第 2(1)条规定：

“‘受助人’指已获发给法律援助证书的人，而该证书仍然有效；而就授权给予任何人法律援助而言，‘人’不包括属法团或非法团的团体。”

第 10 条规定：

—(1) 除第(2)及(3)款另有规定外，署长如信纳以下事宜，可将法律援助证书发给中人，证明该人有权根据本条例条文获得法律援助，进行任何法律程序—

(a) 申请人要求给予法律援助进行的法律程序，是根据第 5 或 5A 条（视属何情况而定）可给予法律援助的法律程序；

(b) 如属第 5 条适用的法律援助，除第 5AA 条另有规定外，该人的财务资源不超过该条指明的财务资源款额；及

(c) 如属第 5A 条适用的法律援助，该人的财务资源不超过该条指明的财务资源款额。

……

8.50 如果法律诉讼是由获法律援助和没有获法律援助的原告人共同展开的，法援署长所会支付的只是可归于获法律援助的原告人的那一部份讼费。如果集体诉讼中名义上的原告人符合接受法律援助的资格（这是指他同时通过财务资源及案情两方面的审查），法律援助便必须批出。法援署长不会理会有关诉讼是否以集体诉讼的方式进行，抑或集体的其他成员能否循其他途径取得资助；法援署长只会负责受助人的讼费，犹如他是以个人身分而非诉讼代表的身分进行诉讼一样。

8.51 如果集体诉讼败诉，法援署长便有法律责任支付获法律援助的人所招致的讼费，犹如他是以私人原告人身分自行提出诉讼一样。法援署长没有法律责任支付该宗集体诉讼程序所另外招致的讼费，亦没有法律责任支付其他集体成员所招致的讼费。按照推断，集体诉讼若胜诉的话，法援署长可取回共同基金讼费另加只由获法律援助的人分担的款项，并会谋求追讨他在这宗诉讼里所占的一份诉讼各方对评的讼费。集体诉讼程序的其他讼费，便须要由名义上的原告人自行支付。

8.52 我们曾就法援署长可否获给予较大酌情决定权，让他可在适当的个案中考虑公众利益这项因素后批给法律援助一事，向法援署长查询。法援署长在回应时强调，法律援助的基本政策是帮助那些没有经济能力寻求司法公正的人，所以原则上不应容许富裕的集体成员因集体中有代表取得法律援助而搭上“顺风车”。

8.53 法援署长清楚表示，只要个别申请人根据《法律援助条例》符合获得法律援助的资格，集体诉讼的展开本身不会令该申请人变为不符合受助资格。不过，鉴于共同基金讼费一般不能透过讼费评定向对方讨回，便有需要将代表诉讼的共同基金讼费中归于获法律援助的人负责的部分，从共同基金讼费总额中分开计算，犹如该诉讼本是一宗个人诉讼一样。因此，如果获法律援助的人愿意在集体诉讼中担任原告代表人，他便需获告知他不仅要承担应缴付予法援署长的共同基金讼费，还要承担诉讼中其余的共同基金讼费，但如他能够向其他集体成员或其他原告代表人寻求弥偿，则作别论。

(3) 任何人均须显示他有合理理由进行法律程序、在法律程序中抗辩、反对或继续法律程序或作为其中一方，否则不可获发给法律援助证书，进行该等法律程序；署长如觉得有以下情况，亦可拒绝给予法律援助—

……

(g) 在寻求该等法律程序的实质相似结果方面，有其他人与申请人共同受涉及或与申请人有相同的利害关系，但如申请人不能提出其本人的法律程序便会蒙受不利的话，则属例外。”

8.54 在这方面，我们观察到除非法庭所颁布的讼费令能够将共同基金讼费平均分配给所有集体成员，否则难有吸引力能推动任何人带头展开集体诉讼。

建议 6

我们建议，在牵涉获法律援助的原告人的集体诉讼程序中：

- (1) 获法律援助的人不应因为答应在集体诉讼中出任原告代表人而失去法律援助，但他所获得的资助或保障，只应犹如他是正在进行个人诉讼一样，而不是就集体诉讼而获得的；
- (2) 如果获法律援助的人在集体诉讼中成为原告代表人，在共同基金讼费总额中会归于该人负责的部分，应从共同讼费总额中分开计算，犹如他是正在以个人身分进行诉讼一样。

我们建议，如果将《法律援助条例》修订以容许为集体诉讼提供法律援助，则应订定机制以确保不获法律援助的诉讼人公平地分担讼费。

集体诉讼基金

8.55 另一种为集体诉讼提供资金的方法，是设立集体诉讼基金。对于有需要为原告代表人设立特别基金以提供财政援助，澳大利亚法律改革委员会有以下解释：

“集体诉讼程序的设计，是为了向那些可能因为费用问题及其他障碍而无法为其权利作出追讨的人，提供寻求法律补救的渠道。以不能透过个人追讨的申索来说，特别基金可支援申请人的法律程序……协助他们取得法律补救。……在可透过个人追讨的个案中，该基金可用来帮助主要申请人支付他也许要额外承担的讼费，从而鼓励人们将这些法律程序集体处理，藉此促进司法资源的节约。以合乎成本效益的方法加强寻求补救的渠道（特别是在很多人受到影响的个案

中），能达致有利于公众的目的，而公共资助就是对这个做法表示认同。”⁷¹（表示强调的粗体后加）

8.56 这个特别基金有权拨付经酌情决定批出的款项。这项酌情决定权可延伸至包括考虑申请人的财政资源，申请亦可设有财务资源审查，或在胜诉时会索取一笔供款，例如胜诉得益的某一份额。这个基金的主要好处是它有权（但并非一定要）帮助所有集体诉讼人（而非像法律援助般只能帮助财力短绌的原告人）为任何种类的补救而提起诉讼（不仅是为追讨损害赔偿而提起诉讼，而这类诉讼可能是上文讨论过的按条件收费法律援助基金所支援的唯一诉讼种类）。⁷² 设立这种集体诉讼特别基金曾被形容为“支援集体诉讼程的最具吸引力方法”⁷³。魁北克和安大略这两个加拿大司法管辖区已设有特别基金资助集体诉讼。

魁北克：集体诉讼援助基金

8.57 在魁北克，《1978年集体诉讼法令》（*An Act Respecting the Class Action 1978*）设立了集体诉讼援助基金（*Fonds d'aide aux recours collectifs*）。该法令第23条规定，该基金在决定是否批给援助时：

“须评估若没有基金提供的援助，有关集体诉讼能否提起或继续进行；此外，若代表身分仍未赋予申请人，基金须考虑申请人所欲维护的权利是否可能存在，以及将会提起集体诉讼的可能性。”

8.58 该法令第5及6条规定，若该基金所资助的诉讼获胜，原告代表人必须把取自被告人的任何费用、讼费或开支偿还给该基金，而该基金亦可扣起追讨所得款额的某一百分比。该法令第29条规定，该基金须向受助人支付对集体诉讼的筹备或提起有利的律师费、专家费用及其他附带的开支。

8.59 关于该基金的活动而可找得到的最近期报告（2003至2004年度），显示这种做法仍然十分活跃。期间共有65宗申索呈上，其中51宗获接纳。援助金额合计为加元\$1,590,123，较过往一年上升加元\$40,000。虽然85%的申索是由个别人士提出，但也有8%是由

⁷¹ 澳大利亚法律改革委员会，*Grouped Proceedings in the Federal Court*，第46号报告书，（1988年），第308段。

⁷² 苏格兰法律委员会，*Multi-Party Actions Court Proceedings and Funding*，第98号讨论文件，第8.43段。

⁷³ 加拿大联邦法院规则委员会，*Class Proceedings in the Federal Court of Canada*，讨论文件（2000年），第102页。

非牟利团体提出，另有 5%则由合作社提出。89%的被告人是代表牟利机构、地方政府或中央政府的。⁷⁴

安大略：集体诉讼基金

8.60 安大略的《律师会法令》第 59(1)条设立了一个集体诉讼基金：

“理事会须：

- (a) 设立一个基金会户口，称为集体诉讼基金；
- (b) 在本法令生效后 60 天内，从基金会的资金中捐赠 \$300,000 给集体诉讼基金；
- (c) 在一年内……从基金会的资金中另再捐赠 \$200,000 给集体诉讼基金”。

8.61 集体诉讼基金的宗旨是为原告人在集体诉讼中的开销提供财政支援，并支付原告人被判付的讼费。⁷⁵ 根据该法令设立的集体诉讼委员会，负责在个别案件中决定应否批给资助以及（如应批给的话）资助的款额。⁷⁶ 在作出资助决定时，该委员会得考虑多项因素，包括有关案件的胜诉机会、原告人有否作出合理努力向其他人筹措资金、原告人对如何使用获批给的资金有没有明确而合理的提议、原告人有没有财政管控措施确保获批给的资金用于批给资金的目的、公众利益以及获得核证的可能性。⁷⁷ 若集体诉讼胜诉的话，原告代表人必须向基金偿还已代为支付的款额，另加法庭命令下的判给或和解款额的 10%作为征费，⁷⁸ 这是为了将来需要寻求基金帮助的诉讼人的利益而设的“填补资金”机制。

8.62 安大略基金的 2002 年度及 2003 年度周年报告显示，在 2001 年至 2003 年期间，提出的申请少于 12 宗，获批给资助的申请更只有几宗。⁷⁹ 2005 年只有六宗资助申请，其中一宗已获准批给资助，另一宗不获资助，其余四宗则截至 2005 年的财政年度结束时仍有待审批。2005 年批给申请人的款项总额（包括为前一年的批给而

⁷⁴ *Fonds D'aide Aux Recours Collectifs Rapport Annuel 2003-2004*, 引述于 Alan Riley 与 John Peysner 合着的 "Damages in EC Antitrust Actions: Who Pays the Piper?" (2006) 31 *EL Rev.* 748, 第 758 页。

⁷⁵ 《1990 年律师会法令》第 59.1(2)条。

⁷⁶ 《1990 年律师会法令》第 59.3(3)条。

⁷⁷ 《1990 年律师会法令》第 59.3(4)条及《第 771/92 号集体诉讼规则》第 5 条规则。

⁷⁸ 《第 771/92 号集体诉讼规则》第 8(4)(c)及 10(1)条规则。

⁷⁹ 引述于 Alan Riley 与 John Peysner 合着的 "Damages in EC Antitrust Actions: Who Pays the Piper?" (2006) 31 *EL Rev.* 748, 第 758 页。

支付的款项)只是\$288,149.22。⁸⁰虽然该基金仍未获充分利用,2008年所见情况则略有进展:在2007年,该基金所接获的资助申请只有三宗,但在2008年首八个月,基金已核准六宗申请,拒绝一宗申请和延迟决定第八宗申请。⁸¹该基金的运作备受批评。首先,有意见认为收取判决或和解款额的10%作为征费也许太高,可能会阻吓低收入的集体成员,而胜算高的诉讼人又未必愿意被收取10%征费。其次,有人认为由于首笔财政捐赠金额不大,令集体诉讼委员会在批准资助申请方面过于害怕承受风险。该基金未获充分利用,可以说是因为该委员会的以下政策:如有关诉讼的抗辩陈述书尚未提交,委员会不会考虑任何资助请求。⁸²伯格特(Bogart)及其他人发现,原告人没有较踊跃地寻求基金资助,主要原因有:集体诉讼委员会的核准率偏低;所批给的资助款额甚少;而基金所收取的征费占最终和解或判给款额的颇高比例。⁸³正如梅丽朗教授指出,安大略的经验也显示根据通常的“讼费视乎结果而定”规则,若胜诉的被告人能够向某基金申请偿还胜诉下的有关费用,败诉一方被判付讼费的可能性会很大,这不仅会令原告代表人却步,同样亦会令管理该基金的人员畏缩。⁸⁴

维多利亚法律改革委员会: 建议的司法公义基金

8.63 维多利亚法律改革委员会在其2008年的《民事司法检讨报告书》中,建议成立司法公义基金,目的是(a)向有胜诉机会的民事申索当事人提供财政援助,及(b)为针对受该基金援助的当事人作出的任何不利讼费令或讼费保证令提供弥偿。

8.64 为管理上的方便及尽量减少成立费用,维多利亚法律改革委员会建议该基金应附属於一个现存机构,起码在其成立初期应如此。该委员会提议,维多利亚法律援助署可以是一个选择。

8.65 维多利亚法律改革委员会建议,司法公义基金应透过以下方法谋求在资金方面自给自足:

⁸⁰ 见 W A Bogart, Jasmine Kalajdzic 与 Ian Matthews, "Class Actions in Canada: A National Procedure in a Multi-jurisdictional Society?" (为牛津大学的集体诉讼全球化会议而拟备的报告,2007年12月),第30页。

⁸¹ 该基金的《半年报告》,引述于 Jasmine Kalajdzic 的 "Class Actions in Canada": 为牛津大学的集体诉讼全球化小型会议而拟备的国家报告,(2007年12月),第6页。

⁸² 见梅丽朗在 *The Class Action in Common Law Legal Systems: a Comparative Perspective* (2004年, Oxford and Portland, Oregon Hart Publishing) 第457-9页中关于该基金所受批评的讨论。

⁸³ 见 W A Bogart, Jasmine Kalajdzic 与 Ian Matthews 合着的 "Class Actions in Canada: A National Procedure in a Multi-jurisdictional Society?" (为牛津大学的集体诉讼全球化会议而拟备的报告,2007年12月),第30页。

⁸⁴ 梅丽朗(出处同上),第459页。

- (a) 与受助当事人订立资助协议，令司法公义基金有权从胜诉的受助当事人追讨所得的款项中取得某一份额；
- (b) 根据《1986 年最高法院法令（维多利亚）》第 4A 部享有下列其中一项法定权限：
 - (i) 在获得法庭批准的前提下，与受助的诉讼代表订立协议，令该基金有权从有关集体根据任何和解或判决而取得的款项总额中，获得某一份额，或
 - (ii) 向法庭提出申请，要求获准收取有关集体根据任何和解或判决而取得的款项总额中的某一份额；
- (c) 若受助当事人胜诉，并取得获付讼费的命令，则向该项法律程序的其他当事人追讨为向该名受助当事人提供援助而招致的讼费；
- (d) 当可获得的是按“近似原则”作出的一类补救时（例如把取自该项法律程序的得益分配，让公众在关乎集体诉讼目的之某方面整体间接受益），由法庭发出命令以收取资金；及
- (e) 与商业诉讼出资机构订立联手诉讼出资安排。

8.66 该委员会提议，若由司法公义基金提供援助，代表受助当事人的律师一般而言须在未有酬金或开支补还的情况下进行法律程序，直至有关法律程序结束为止。假如胜诉的话，律师一般而言应从向败诉一方讨回的讼费及／或在该项法律程序中讨回的任何款项中支取酬金，从而无须司法公义基金支付在该项法律程序中招致的讼费。若受助当事人败诉，司法公义基金应按照出资协议所列的条款，或按照该基金与为受助当事人的案件进行诉讼的律师事务所其后经修订的条款，支付受助当事人的讼费。

8.67 该委员会提议，在司法公义基金的首五年运作期间（或司法公义基金受托人鉴于基金的财政状况而决定的较短期间），该基金就针对受资助当事人作出的任何讼费令或讼费保证令而负有的法律责任，应透过法规订明为局限于受助当事人所招致的讼费金额，而根据出资协议司法公义基金须支付该等讼费予代表受助当事人的律师。在此期间，如司法公义基金有法律责任支付的讼费款额不足

以应付针对受助当事人作出的不利讼费令或讼费保证令所涉的款额，司法公义基金有酌情权决定是否局部还是全数支付不足之数。⁸⁵

8.68 在法律程序的任何阶段，司法公义基金或受助当事人可向法庭申请一项命令，将受资助当事人一旦败诉时可能被命令支付予任何其他当事人的讼费数额加以限制。

8.69 我们认为，集体诉讼基金的概念给现今的集体诉讼机制提供了有用的资助方法。

诉讼出资公司

8.70 诉讼出资公司被界定为：

“……与一名或多名准诉讼人订立合约的商业实体。诉讼出资公司支付诉讼的费用，并承受在败诉时须支付对方讼费的风险，换来的是诉讼出资公司对诉讼有管控权，并在胜诉时获付有关得益的某一份额（通常是在获付还讼费之后）。”⁸⁶

法庭对诉讼出资公司的看法

8.71 澳大利亚——诉讼出资公司日益获认可为切合集体诉讼的商业现实。关于在普通法下诉讼出资协议的法律地位的很多不明朗之处，已由澳大利亚高等法院在 *Campbells Cash & Carry Pty Ltd v Fostif Pty Ltd*⁸⁷ 一案的裁定中解决。该案件涉及大量烟草零售商追讨已支付予批发商的特许费。每一名零售商所申索的款额甚小，不足以成为采取法律行动的理由，但一家名为 Firmstone 的诉讼出资公司接触了多名受影响的零售商，继而提起集体诉讼，并同时谋求使用文件透露程序以识别出该集体的所有其他成员。被告人指 Firmstone 实际上是在招

⁸⁵ 维多利亚法律改革委员会在 *Civil Justice Review Draft Proposals* (2007年) 第 52-3 页，对有关建议提出以下解释及支持理据：“在该基金已提供援助的案件中，为了精算上及维持偿债能力的理由，该基金必需（最起码在起初之时）能够将该基金在应付不利讼费令方面的潜在法律责任量化。有建议谓要达成此事，可引用英格兰上诉法院在裁定商业诉讼出资者在英格兰与威尔斯的民事诉讼中对不利讼费所负有的法律责任时（在 *Arkin v Borchard Lines Ltd* [2005] 3 All ER 613 案中）采取的做法。因此，**该基金在不利讼费方面的法律责任的上限，会等同该基金已向受助当事人提供的财政援助。**换言之，若该基金已向受助当事人提供一百万元财政援助，则该基金在不利讼费令方面的最高法律责任便会是相同金额。虽然在某些案件中，该金额不一定能够充分弥偿胜诉的被告人（尤其是有多名被告人时），但在抗辩由多名经济能力有限的当事人提起的集体诉讼时，这种财政弥偿对被告人所面对的情况来说已属极大的改善。”（表示强调的粗体后加）

⁸⁶ 澳大利亚法律议会（Law Council of Australia），*Submission to Standing Committee of Attorney-General, in response to Litigation Funding in Australia*（《回应“澳大利亚的诉讼出资”议题而向司法部长辖下常务委员会呈交的意见书》），2006年9月14日，第2段。

⁸⁷ [2006] HCA 41.

揽诉讼生意，而该公司的介入构成滥用程序行为。新南威尔士上诉法院认为，问题的核心在于该诉讼出资公司事实上对这宗诉讼所行使的管控权有多大，而该法院有以下论述：

“本席认为，滥用程序的结论必须源自针对以其名义提起诉讼的当事人（或其代理人）的实际行为或很可能表现的行为而作出的裁断。至于如何平衡出资者与其客户之间的权益，不是法庭所关注的事情。事实上，法庭并不关注原告人与出资者之间不论在受信责任或其他方面的安排，除非该等安排具舞弊性或在某一诉讼中倾向于损害法庭程序的公正持平。只有当他们的行为具有这种性质时，被告人方有权投诉该等行为。”⁸⁸（表示强调的粗体后加）

8.72 在该案的上诉中，澳大利亚高等法院的过半数法官不接受以滥用程序的说法作为被告一方声称这宗受资助诉讼应予搁置的基本理据，而原因只不过是当中有出资协议。高等法院同意上诉法庭庭长麦臣法官（Mason P）的主要裁断：

“对于能够提供寻求司法公正渠道的出资安排，只要其滥用法律程序的倾向受到控制，法律是以赞同的态度看待的。”⁸⁹

“证明有滥用程序，并据此即时撤销或永久搁置法律程序，所要求的举证标准很高（见 *Williams v Spaults* (1992) 174 CLR 509 第 518-520 页）。如此要求是适当的，因为这里涉及寻求司法公正的渠道的问题。”⁹⁰

8.73 首席法官纪理信（Chief Justice Gleeson）代表上诉法庭过半数法官写道：

“谋求促使更多零售商维护其权利的诉讼出资者介入诉讼，即使被视为是某种形式的干预，亦没有理由否认此事的存在。”⁹¹

⁸⁸ *Fostif Pty Ltd v Campbells Cash & Carry Pty Ltd* (2005) NSWLR203 第[114]页，上诉法庭庭长麦臣法官的判词，而上诉法庭法官舒勒（Sheller JA）及上诉法庭法官鹤臣（Hodgson JA）同意其说法；亦见上诉法庭庭长麦臣法官在第[132]页的判词。

⁸⁹ (2005) 63 NSWLR 203 第 227 页，上诉法庭庭长麦臣法官在第[105]页的判词。

⁹⁰ (2005) 63 NSWLR 203 第 237 页，上诉法庭庭长麦臣法官在第[151]页的判词。

⁹¹ [2006] HCA 41, 第 19 段。

8.74 古茂法官、海恩法官及古理南法官（Crennan J）亦代表上诉法庭过半数法官写道：

“上诉人陈词说，‘集体诉讼’还得考虑一些特殊的因素，因为（按照其陈述）这种诉讼有可能被用来达致在美国有时被称为‘**勒索式的和解**’的目的。然而，正如较早前在上述理由中指出，在不同的法庭之间，规管代表诉讼或集体诉讼的规则有很大差异，以‘集体诉讼’一词来识别单一种独特的法律程序是没有帮助的。即使以类似的程序规则来规管这类诉讼，但在每一宗由一名或多名已指名的原告人代表其他人的权益而进行的诉讼，会出现不同的争论点和不同种类的难题。……”⁹²（表示强调的粗体后加）

“有些诉讼若控诉成功的话，会带来巨额的损害赔偿，但若对这些诉讼进行抗辩的话，则会耗用很长时间和大量资源。这种被视为本质上的困境，是法庭在很多情况下都会面对的难题，不仅在指名的原告人代表其他人之时，也不仅在指名的原告人接受由身为第三者的出资者提供的财政支援之时。这个难题的解决方法（如有解决方法的话）并不是以有别于处理其他诉讼的方式处理由第三者提供的财政支援的诉讼。而如果该难题的某一环节主要是在由一名原告人代表其他人的诉讼中得见，则首先要透过该类诉讼所使用的程序来解决该难题，而不是借着识别出被告人或会援引的公共政策中的一些**普遍规则**来阻止法庭就针对被告人的申索作出裁决。”⁹³（表示强调的粗体后加）

“这表示由〔诉讼出资公司〕作出或建议作出的出资安排并不构成搁置目前的法律程序的理由。”⁹⁴

8.75 克尔比法官（Kirby J）也代表上诉法庭过半数法官写道：

“对于在这类多重申索、代表诉讼及诉讼资助出现的世代之前培养出来的律师来说，有关的收费安排及条件看来是离经叛道和可怖的。然而，与在有见识的法庭中由经验丰富的法官于可堪比拟的情况下所核准的

⁹² [2006] HCA 41, 第 94 段。

⁹³ [2006] HCA 41, 第 95 段。

⁹⁴ [2006] HCA 41, 第 96 段。

条件比较，它们一点也不异常。此外，另一情况是很多人在法律上有明显地可予论证的申索，而且其理据已在其他相类案件中再三地获得证实，但却不能按照他们的法律权利基于该等申索而讨回任何赔偿。”⁹⁵

“正是针对这些固有的不平等之处（从上述生活中招惹争讼的实况得见），代表诉讼可在恰当条件下向诉讼人提供个别提出申索的机会，同时又有合理希望可确保取得实际渠道联同很多其他人行使该诉讼人在法律上的权利。个别的申索的金额（正如在本法律程序中很多烟草零售商所申索的）可以因细小而难以值得花费金钱及精神去追讨。但愿意按照例如〔诉讼出资公司〕这类出资者及组织者的建议一起进行诉讼的人，其申索的合计总额却事实上可能十分庞大。这些个别的诉讼或一连串的诉讼在理论上是可以提起的，但因此需要某一愿意展开测试案件的人物介入，将之转变为实质的讼案，并需要获得愿意组织诉讼人采取相同立场的其他人等依循，以及在适当的条件下，透过帮助他们一起行事以讨回其法律权利。”⁹⁶（表示强调的粗体后加）

“行使法律权利的真正渠道：除了上述考虑因素外，承认法庭终止本属合法的诉讼（正如本案的原审法官所实际作出的）为极之特殊的情况，亦十分重要。命令将这类诉讼永久搁置，是极不寻常的做法。上诉法庭承认这项考虑因素。这恰当地强调了一点，就是答辩人的诉讼是否构成滥用程序，是由上诉人证明的……。”⁹⁷

“很难确保取得这类济助的原因，可综合以下几项因素作为解释：关于法庭的角色的历史因素；关于法庭有责任裁定人们诉诸法院的案件的宪法因素；以及基于现今我们承认人人有相同渠道向独立的法庭和仲裁处寻求司法公正是基本的人权这项原因。应让这些机制能够无障碍地维护法律上的权利。亦无须拒绝那些能打通上述渠道的人，否则提起诉讼只会变成妄想或纯属理论之事。”⁹⁸（表示强调的粗体后加）

⁹⁵ [2006] HCA 41, 第 120 段。

⁹⁶ [2006] HCA 41, 第 138 段。

⁹⁷ [2006] HCA 41, 第 143 段。

⁹⁸ [2006] HCA 41, 第 144 段。

“作为应让所有人随时可得的基本人权，寻求司法公正的渠道的重要性显然是触发人们对代表诉讼或‘集体’诉讼重新思量的新考虑因素。”⁹⁹（表示强调的粗体后加）

“本席认为那些〔排除诉讼出资公司的〕理由显示对代表诉讼程序的敌意，是早期法律时代的残留思想。这些理由与当代多重法律申索的提出格格不入。而最重要的，是它们与根据法定权力订立的规则以及令这些规则有实质效力的需要均背道而驰。”¹⁰⁰

8.76 然而，卡利南法官（Callinan J）和黑顿法官的少数判决却坚持不赞成由第三者出资：

“像 Firmstone & Feil〔本案所涉的诉讼出资公司〕一类并非由事务律师组成而且没有聘用具执业证书的律师的机构，并不肩负相同的道德责任。任何有道德的事务律师都不可能像 Firmstone & Feil 那般，找 Howarth〔一间广告公司〕进行那种广告宣传。Firmstone & Feil 所建议的收费基础是不能合法地供事务律师依循的。而且，像 Firmstone & Feil 这一类机构所担当的角色较律师隐晦。它们的角色不会在法庭档案中披露，它们的出现不会在法庭公开宣布。长远而言，它们无疑也可以因为藐视法庭或滥用程序而被制裁，但施加制裁的速率及方便程度远不及制裁法律执业者那样。扼要而言，法庭有能力监督由当事人自己进行的诉讼；但如进行诉讼的一方是当事人自己，但其对手只是名义上的当事人，而对方的真正掌控案件者不受法庭直接管控，则法庭要监督这宗诉讼便没有那么容易。”¹⁰¹（表示强调的粗体后加）

8.77 在其判词的结尾，这两位法官补充说：

“如果有权制定国会法例或转授法例的人基于在这类上诉所涉及的诉讼出资是有益的，因而对上述结论不感满意，他们大可以行使其权力设立一个准许如此行事的机制。应否在有关法例中加入一些保障措施以防

⁹⁹ [2006] HCA 41, 第 145 段。

¹⁰⁰ [2006] HCA 41, 第 148 段。

¹⁰¹ [2006] HCA 41, 第 266 段。

止滥用，亦会由他们决定。”¹⁰²（表示强调的粗体后加）

8.78 **英格兰与威尔斯**——英格兰与威尔斯在公共政策方面亦出现相同的转变，以容许对诉讼结果有合法权益的一方资助有关诉讼。民事司法委员会将英格兰与威尔斯的情况归纳如下：

“英格兰的法院认为，为了寻求司法公正着想，现时已可以接受第三者资助诉讼，尤其是当准申索人没有任何其他筹措资金的办法以提出申索之时。简而言之，个人寻求司法公正的权利，最终必须归入包揽诉讼和助讼这类行为所令人关注的原则性事宜中。”¹⁰³

8.79 在 *London & Regional (St George's Court) Ltd v Ministry of Defence*¹⁰⁴ 一案中，库尔臣法官（Coulson J）将现行的案例法归纳如下：

- (a) 单是因为可分享胜诉得益的承诺而提供了诉讼服务这项事实，本身不足以成为令该项承诺被裁定为不能强制执行的充分理据；
- (b) 在考虑某项协议因涉及包揽诉讼或助讼而不合法时，问题是该项协议是否倾向于败坏社会公义，而要找出答案，必须对某项协议的性质及环绕的境况作最深入的研究；
- (c) 新近的案例显示法院采取了具弹性的处理方法，一般不会把某方在诉讼中提供援助以换取胜诉得益的某一份额的协议裁定为不能强制执行；
- (d) 针对包揽诉讼的规则至今仍留存的部分，主要是为了保障诉讼过程的公正不阿。

8.80 **加拿大**——安大略的法院在 *Nantais v Telectronics Proprietary (Canada) Ltd*¹⁰⁵ 一案的裁决中，考虑过诉讼出资公司在资助诉讼方面

¹⁰² [2006] HCA 41, 第 289 段。

¹⁰³ 民事司法委员会, *Improved Access to Justice – Funding Options and Proportionate Costs* (2007 年 6 月), 第 127 段。

¹⁰⁴ [2008] EWHC 526 (TCC), 第[103]页, 引述自较早前 Underhill 法官在 *Mansell v Robinson* [2007] EWHC 101QB (未经汇报) 一案中的总结。

¹⁰⁵ 28 O.R. (3rd) 523 (Gen Div). 这是一宗控告某款有缺陷的心脏起搏器的制造商的集体诉讼, 而投资者的提供诉讼资金机制显然已获得主审法官核准。几名富裕的个人合共提供了 (加元) \$35,000, 以资助这宗诉讼。**有关安排是如果取得胜诉, 投资者将会获偿还起初的投资金额以及按年利率 20%计算的利息, 而他们将会优先于所有其他当事人 (包括原**

的法律地位。法庭准许该宗诉讼的局外人（他们是投资者，在这宗集体诉讼中没有法律上的权益）在诉讼中为讼费及开销提供资金，以换取高比率的回报，但纯粹是基于胜诉所取得的收益计算。

赞成及反对诉讼出资公司的论据

8.81 容许诉讼出资公司提供资金的好处包括：

- (a) 为诉讼人提供公平的竞争环境；亦为没有资助的话便不能负担提出其申索的费用的人，提供寻求司法公正的渠道。
- (b) 帮助当事人应付可介乎合理与天文数字之间的讼费。
- (c) 填补由削减法律援助拨款、在商业诉讼（而非人身伤害诉讼）中欠缺按条件收费安排以及难以取得并强制执行事后保险所造成的缺口。
- (d) 令当事人集中精神留意他在诉讼中可能要付出的代价（若诉讼根据“不成功，不收费”的安排获资助，他也许会对诉讼结果不感兴趣）。出资者应尽的努力会提供另一重过滤，令申索在耗用诉讼人及法庭的资源前须经仔细审核，从而减少无胜诉机会的诉讼。
- (e) 诉讼出资保障胜诉的被告人，令他有很大机会讨回（起码部分）讼费。
- (f) 确保将讼费减至最低，因此应可在法律服务方面带来较大的竞争。
- (g) 出资者不会愿意承接高风险但胜诉机会低的案件，这表示实际上可能只有少量案件适合由第三者出资，不大可能会因而出现过量的诉讼。¹⁰⁶

8.82 反对诉讼出资公司的论据则包括：

告人）获得付款。如果败诉的话，投资者便会损失整笔投资。该案件展开诉讼三年后，以（加元）\$23.5 百万达成和解，投资者亦按照上述协议取得补偿。这项由投资者提供诉讼资金的机制之所以获准，很可能是因为该机制符合相关的证券法律，投资回报亦属合理，而且原告人及其诉讼看来有合理的胜诉机会。（见普南普里（Poonam Puri）在下述文件中的讨论：“Financing of Litigation By Third-Party Investors: A Share of Justice?” *Osgoode Hall Law Journal* [1998] Vol 36 No 3, 515, 第 540 页）。

¹⁰⁶ 梅丽朗及卡舒曼，“Third-party Funding of Litigation: A Changing Landscape” [2008 年] *Civil Justice Quarterly* Vol 27, Issue 3, 312, 第 316-7 页。

- (a) 有人指出，重要的是任何不能预先证明有能力支付胜诉被告人的讼费的“流氓”出资者均应被摒除，以维护该行业的诚信。
- (b) 有人担忧出资者会制造更多大规模诉讼，而这种提供资金方式会滋长“勒索式的诉讼”及“赔偿文化”，令商业经营及向商业经营提供专业服务者加强其防御态度。
- (c) 其他人则表示这做法给对冲基金提供更多投资机会，代价则由有意和解的被告人付出。
- (d) 有人告诫说，出资者的成功会影响到专业弥偿保险的保费及／或鼓动更多有可能成为被告的商号成立有限法律责任合伙，以透过该身分来寻求较大的保障。
- (e) 有人担心出资者有能力压榨律师可在诉讼中收取的费用。
- (f) 亦有人表示，出资者会暗中谋求影响他们所资助的诉讼的结果（“任何开出支票的人都会关心钱如何被花掉”）。
- (g) 其他人则指出，第三者出资所收取的费用太高，不会吸引到很多人采用（在大部分案件中，胜诉收费介乎得益的 25%至 50%之间。）¹⁰⁷

8.83 澳大利亚的经验显示，诉讼出资公司取去获判给的损害赔偿的大部分。在 *Green v CGU Insurance Ltd*¹⁰⁸ 这宗虽然不是集体诉讼的案件中，出现了滥用程序以及清盘人和律师没有履行责任的情况。在该案中，清盘人看来难以应付一项不利讼费令所预计的庞大金额。该名清盘人与一间诉讼出资公司订立了诉讼出资协议，而根据该协议，清盘人会在不利讼费令方面（包括讼费保证金）获得弥偿。当时法庭估计澳元 \$500,000 或已足够，但结果所花讼费达澳元 \$2 百万。这间诉讼出资公司看似一个为特殊目的而成立的实体，令人质疑它拥有多少资产。因此，能否针对它强制履行任何讼费令实有疑问。上诉法庭法官鹤臣（Hodgson JA）裁定（上诉法庭法官甘宝（Campbell JA）同意，而上诉法庭法官巴仕顿（Basten JA）则不同意）在上述情况下，应针对清盘人判给讼费保证金。上诉法庭裁定：

¹⁰⁷ 出处同上，第 317 页。

¹⁰⁸ [2008] NSWCA 148.

“若可从有关诉讼中受益的非当事人一方不是犹如原告法团的股东或债权人般有意于证实其权利的人，反而只是一名纯粹意欲透过资助这宗诉讼以获取商业利润的人，则法庭应更易决定下令他作出讼费保证。虽然资助诉讼并不违反公共政策（*Campbells Cash and Carry Pty Ltd v Fostif Pty Ltd* [2006] HCA 41; 229 CLR 386 第[87]-[95]页），法院系统的存在主要是让人能够证实其权利，而非让人能够赚取商业利润。而且本席认为法庭应特别关注的，是纯粹为商业利润而牵涉于诉讼中的人在败诉时不应回避支付讼费的责任。”¹⁰⁹

8.84 在其他司法管辖区仍在进行的有关辩论，其重点看来集中于诉讼出资公司有没有取代了各当事人的正常角色，并在诉讼的进行方面夺取了不当的掌控权。澳大利亚联邦法院的费兰治法官在2006年4月29日的第二次反垄断春季会议上呈上一份文件，当中讨论到代表诉讼的效率问题：

“可将复杂商业诉讼的讼费风险分散的安排，如其发展有助正当的申索的强制执行，则可以认为是具有经济上的益处。如果这类安排牵涉由熟悉诉讼费用的商业出资者制订一份预算，则在构思这种预算时以及在进行诉讼的效率方面，也许会注入客观的商业考虑因素。制订了这种预算并不等同出资者掌握了如何进行诉讼的操控权。这类安排是否违背公众利益，并非由法庭判定，但如能够证明个别安排有可能在某方面损害法庭程序的公正不阿，则作别论。见 *PSX v. Ericsson (No. 3)* (2006) 66 IPLR 277，第 289-90 页。”¹¹⁰（表示强调的粗体后加）

8.85 梅丽朗教授认为，如将 *Campbells Cash and Carry Pty Ltd v Fostif Pty Ltd*¹¹¹ 的判决应用于其他范畴，会为诉讼出资公司资助申索代表人敞开大门，但在有关集体败诉时又可在讼费方面令被告人获得弥偿。

8.86 澳大利亚法律议会亦同样发表了一份赞成为诉讼提供资金的意见书，并在意见书中述明这种资助为改善寻求司法公正的渠道

¹⁰⁹ *Green v CGU Insurance Ltd*, [2008] NSWCA 148, 第 51 段。

¹¹⁰ 引述于澳大利亚法律议会的 *Submission to Standing Committee of Attorney-General, in response to Litigation Funding in Australia* 中，2006 年 9 月 14 日，第 38 段。

¹¹¹ [2006] HCA 41.

提供重要的途径，故此应予鼓励。¹¹² 澳大利亚法律议会评论说，诉讼出资公司在无力偿债诉讼及非无力偿债诉讼中均扮演重要角色，因为它们能为基于讼费问题而无法提出正当申索的当事人提供另一途径进行诉讼。该议会认为，赞成诉讼出资公司资助非无力偿债诉讼的论据，比任何反对的论据均有力得多，只要符合一些比较简单的准则及法庭同意担任监管角色便可。该议会亦指出，有渠道寻求司法公正是公共政策的主要考虑因素，应引领和贯穿关于为诉讼提供资金或任何建议规管措施的一切讨论。¹¹³

8.87 基于对第三者出资安排现时如何在英格兰与威尔斯运作的理解，民事司法委员会达致以下结论：

“……第三者出资应予鼓励，但须(i) 符合由 *Arkin* 案订立的限制〔即有关基金就不利讼费而负有的法律责任的上限，以该基金已向受助当事人所提供的财政援助为准： *Arkin v Borchard Lines Ltd* [2005] 3 All ER 613〕及(ii) 受制于对身为第三者的商业出资者的适当规管，以确保消费者受到保障，尤其是在出资者、律师及当事人之间的聘用关系及谁人有诉讼的掌控权方面。这种规管可以利用《法院规则》及／或《金融服务规例》（*Financial Services Regulation*）的现行涵盖范畴及／或《赔偿法令》（*Compensation Act*）中关于处理申索的新条文而达致。”¹¹⁴

8.88 普南普里（*Poonam Puri*）在比较过不同形式的资助后（虽然不是以集体诉讼为比较对象），总结认为以投资者资助的形式提供的第三者资金，能填补在既有的资助安排中遗下的缺口，因此可担当有用的角色。¹¹⁵

包揽诉讼和助讼

8.89 传统上，如讼费是按照追讨所得金额的某一比例计算的，即触犯普通法中针对包揽诉讼和助讼的规则。“助讼”牵涉在有关诉讼中既无利害关系亦无认可介入动机的人，向诉讼的其中一方当

¹¹² 澳大利亚法律议会，*Submission to Standing Committee of Attorney-General, in response to Litigation Funding in Australia*, 2006年9月14日。

¹¹³ 澳大利亚法律议会，*Submission to Standing Committee of Attorney-General, in response to Litigation Funding in Australia*, 2006年9月14日。

¹¹⁴ 民事司法委员会，*Improved Access to Justice – Funding Options and Proportionate Costs*（2007年6月），第155段。

¹¹⁵ 普南普里，"Financing of Litigation by Third-Party Investors: A Share of Justice?" *Osgoode Hall Law Journal* [1998] Vol 36 No. 3, 515, 第525页。

事人给予援助或鼓励。¹¹⁶“包揽诉讼”则是一种特定方式的助讼，即赞助一宗诉讼以换取一项承诺，就是将诉讼的得益或标的物的某一份额给予助讼者。¹¹⁷假如诉讼出资公司获准在香港运作，则必须对普通法中针对包揽诉讼和助讼的规则作出修改。

8.90 正如本章较早前所讨论过，普通法中的包揽诉讼罪和助讼罪已在英国由《1967年刑事法法令》废除。该法令第13(1)条废除了这两项罪行，而第14(1)条则规定，无人须为相当于助讼或包揽诉讼的行为而在侵权法下承担法律责任。然而，第14(2)条规定，“如在某些案件中有合约被视为违反公共政策或因其他理由而不合法，〔则这些移除刑事及民事法律责任的行动〕不得在这些案件中影响到该等法律规则的施行。”

8.91 《1999年寻求司法公正法令》亦试图明确地处理资助诉讼的课题。该法令第28条将新的第58B条加入《1990年法院与法律服务法令》中。根据该新条文：

“诉讼出资协议如符合依据本条而适用的所有条件，不得仅因为它是诉讼出资协议而不能强制执行。”

第58B条的原意是提供“一个全面的机制，让司法大臣可批准某人或某组织为订立……诉讼出资协议而提出要约”。¹¹⁸但该条一直未曾生效。

8.92 在香港，关于包揽诉讼和助讼的法律继续适用，至今未有任何修改。¹¹⁹最近，香港终审法院在 *Unruh v Seeberger*¹²⁰ 一案中仔细地考虑过这项法律。一项分享胜诉战利品的协议，一向被视为会助长妨碍司法公正的行为。对诉讼结果进行赌博，会危害司法程序的公正不阿。终审法院认为，关于助讼罪和包揽诉讼罪的传统法律政策继续适用。¹²¹然而，法庭却在助讼罪和包揽诉讼罪的规管范畴之外发展出不同种类的做法，其中一类情况涉及“寻求司法公正的渠道”这项考虑因素。终审法院常任法官李义在宣判时附带指出：

“在香港，《基本法》第三十五条承认向法院提起诉讼的权利是一项基本权利。证明原告人正于一项构成

¹¹⁶ *Halsbury's Laws of Hong Kong* (LexisNexis), 第115-212页。

¹¹⁷ *Halsbury's Laws of Hong Kong* (LexisNexis), 第115-212页。

¹¹⁸ 见常务委员会E,《寻求司法公正法令草案》(上议院议员),1999年5月13日。

¹¹⁹ *Archbold Hong Kong: Criminal Law, Pleading, Evidence and Practice* (2007年)第30-123至126段。亦见 *Cannoway Consultants Ltd v Kenworth Engineering Ltd* [1995] 2 HKLR 475 及 *R v Wong Chuk Lam*, 未经汇报,1989年4月6日。

¹²⁰ [2007] 2 HKLRD 414.

¹²¹ 判词第82-86及100-102段。

助讼或包揽诉讼的安排中获第三者支援，在诉讼中从来不是一项免责辩护，亦从来不曾成为搁置诉讼的理由。因助讼或包揽诉讼而须承担的法律責任，也不取决于有关诉讼或抗辯在法律上站不住脚。**这表示抨击一项被描述为构成助讼或包揽诉讼的安排，会剥夺原告人得到这种安排的支援，以致一项在法律上无懈可击的申索因原告人没有能力继续追讨而受到窒碍。这是不将该类情况包括在助讼及包揽诉讼的范围内的有力论据。**”¹²²（表示强调的粗体后加）

“同样明显的是，这个‘寻求司法公正的渠道’类别并非固定不变的。促进这渠道畅通的政策和措施的不断发展，很可能会使该类别扩大，结果令助讼及包揽诉讼的涵盖范围进一步收缩。不同的司法管辖区可能采取不同的措施，不论透过法例或由法庭订立均可。在香港这里，受法律援助辅助计划资助的诉讼人必须自讨回的得益中拿出款项回馈该计划的基金。在英格兰与威尔斯，按条件（而非按判决金额）收取法律费用的安排已在某几类案件中获法例支持，因而衍生了针对不利讼费令的事后保险。**多方诉讼或集体诉讼的发展，带来了关乎这类诉讼的推动者或出资者的操守问题。**”¹²³（表示强调的粗体后加）

8.93 澳大利亚高等法院在 *Fostif* 案（见上文）中的裁决澄清了普通法的对资助诉讼的立场，并认为再无理据继续透过法例加以禁止。大部分近期的法理研究都喻示寻求司法公正的渠道现已成为最主要的关注点，而法庭在保障其程序免遭滥用方面，有足够的方法可供选用。¹²⁴ 在 *Fostif* 案中，澳大利亚高等法院裁定有关诉讼并非滥用程序，而诉讼出资安排亦非违反公共政策，理由如下：

- (a) 没有禁止资助诉讼的常规。禁止助讼或包揽诉讼的规则，已在很大程度上受到管限无力偿债的规则以及关乎应用于保险合约的代位权的规则所限制；¹²⁵

¹²² 第 95 段。

¹²³ 出处同上，第 97 段。

¹²⁴ 澳大利亚法律议会，*Submission to Standing Committee of Attorney-General, in response to Litigation Funding in Australia*，2006 年 9 月 14 日，第 65 段。

¹²⁵ 出处同上，第 89 段。

- (b) 澳大利亚多个州份（在本案中特别指新南威尔士）已通过法律废除助讼或包揽诉讼的罪行及侵权行为，从而移除了将诉讼出资安排定论为一般而言违反公共政策的依据；¹²⁶
- (c) 有关安排不合法及违反公共政策的问题仍有可能出现，但没有客观准则可用以量度有关协议是否公平。这些问题必须按照当时的普遍情况来处理；¹²⁷ 及
- (d) 现行的实体规则和程序规则，已足以保障法庭的程序。

8.94 如果香港有案件牵涉到诉讼出资公司在集体诉讼中提供资金，我们认为便有需要修改关于包揽诉讼及助讼的法律。当局可能需要考虑与澳大利亚法律议会所提出的建议类似的方案，即废除禁止助讼及包揽诉讼的法律。¹²⁸

索偿代理在香港的运作情况

8.95 索偿代理被界定为“协助受害人追讨通常源自人身伤害案件的损害赔偿的机构，其回报是收取所讨得的损害赔偿的某一百分比作为费用。”¹²⁹ 香港法律改革委员会在其《按条件收费》报告书中，将索偿代理在香港的运作情况描述如下：

“有迹象显示，香港的〔索偿代理〕愈来愈活跃。有部分律师曾对我们表示，在最短时间内赚最大的利润，是〔索偿代理〕最感兴趣的事。他们声称〔索偿代理〕经常接办价值高而成功机会亦高的案件，并以追讨得的赔偿额的20%至30%作为报酬。他们表示，如果申索人聘用合格的律师的话，付出的费用可能少得多。……”¹³⁰

8.96 从本章较早前的讨论可见，诉讼出资公司显然不应被当作等同索偿代理，但如助讼罪及包揽诉讼罪被废除的话，则对诉讼出资公司及索偿代理同样都有影响。

8.97 香港法律改革委员会（下称“法改会”）在其《按条件收费》报告书中，考虑过废除助讼及包揽诉讼这两项普遍法罪行所可

¹²⁶ 出处同上，第66-67段。

¹²⁷ 出处同上，第92段。

¹²⁸ 澳大利亚法律议会，*Submission to Standing Committee of Attorney-General, in response to Litigation Funding in Australia*，2006年9月14日，第64段。

¹²⁹ 由立法会秘书处为立法会司法及法律事务委员会于2009年2月17日举行的会议而拟备的索偿代理背景参考资料摘要，第1页。

¹³⁰ 香港法律改革委员会，《按条件收费》报告书（2007年7月）第6.38段，第137-138页。

能造成的影响。有意见指索偿代理可能会采取更激烈的推销手法，期求在诉讼市场上占有更大的份额，情况就像英格兰的一样。不过，法改会的结论是“可用以评估这方面可能造成的影响的资料十分有限。”¹³¹

规管诉讼出资公司的可行机制

8.98 我们相信有需要对诉讼出资公司在集体诉讼中的运作加以适当的管制，以防诉讼出资公司可能会为求从当事人身上取得过份的得益（或许包括法律费用）而与对方庭外和解。诉讼出资公司介入私人诉讼是近期的现象，而英国及澳大利亚仍在不断辩论须采用甚么形式的管制方属恰当。澳大利亚 Maurice Blackburn Pty Ltd（一间曾参与多宗集体诉讼的律师事务所）的梅费先生（Mr Bernard Murphy）及英国的梅丽朗教授就专业的诉讼出资这个议题及从英国和澳大利亚两地的所得经验，欣然向我们表达了他们的专业意见。这些意见已反映于下列段落中，而如此胪列是为使公众能踊跃讨论各项有关议题。

8.99 须就集体诉讼程序而应用于诉讼出资公司的法院规则或法例——关键问题是诉讼出资公司的活动应否经由法例批准。立法可大大减低诉讼出资公司的具体活动受到基于普通法提出的异议这个可能性。澳大利亚的司法部长辖下常务委员会（下称“司法常委会”）提出一个可行做法，就是列明一套准则，让法庭可据此评定某项诉讼出资安排是否违反公共政策。¹³² 另一选择是可采用较为局限的取向，即立法列明有效的诉讼出资安排所需具备的特点。在不影响法庭可决定是否考虑滥用程序的问题的酌情权下，这套准则可确保法庭对诉讼出资安排或受资助诉讼会有统一的取向。司法常委会相信借着明确指出可获接受的出资安排有何特点，可令为求搁置或剔除受资助诉讼而提出的不必要申请却步。¹³³ 相反，梅费先生认为无需令诉讼出资公司在集体诉讼方面受制于特定的法定责任，因为集体诉讼本身已为申索人的权利提供高度保障。举例说，集体诉讼不能未经法庭核准而和解或中止，而受到法庭监督的程度比个别诉讼的还要高。不过梅费先生表示，透过法院规则列明适用于所有受第三者（包括诉讼出资公司及保险人）资助的诉讼的基本规则，也许是适当的做法。这些基本规则可作出例如以下规定：法庭有权命令诉

¹³¹ 香港法律改革委员会，《按条件收费》报告书（2007年7月）第6.54段，第141页。

¹³² 澳大利亚的司法部长辖下常务委员会，《Litigation Funding in Australia》讨论文件，2006年5月，第10页。

¹³³ 澳大利亚的司法部长辖下常务委员会，《Litigation Funding in Australia》讨论文件，2006年5月，第11页。

讼出资公司或保险人遵从有利于受资助诉讼的某方当事人的任何讼费保证令或不利讼费令。¹³⁴

8.100 当受资助的申索展开后法庭所须应用的准则——澳大利亚法律议会认为，制订一个相关列表供法庭在受资助的申索展开时参考，应已足够。该表所列出的法庭在裁定某出资协议有否滥用程序或有没有可能令不在意的原告人被剥夺权利方面所需考虑的事宜，应该不是详尽无遗的。出资协议未能符合其中一项或多项上述考虑因素会否导致该协议基于公共政策理由而被撤销的问题，应交由法庭裁定。¹³⁵

8.101 与其设立一个相关准则的列表，以致很可能助长法律上的异议及非正审的争议，梅费先生建议倒不如设立一项普遍禁令，规定不得订立在诉讼中损害或倾向于损害法庭程序的公正持平的诉讼出资协议。¹³⁶ 集体诉讼及其他诉讼在澳大利亚的发展过程显示，有些被告人谋求利用这些准则对诉讼出资协议提出异议，以求制止有关诉讼。法庭一般不应干预透过私人合约订立的诉讼出资安排，但如有关安排因损害或倾向于损害法庭程序的公正持平而属滥用程序，法庭才应考虑介入。¹³⁷

8.102 梅丽朗教授认为，透过法院规则作出某种形式的温和规管是必不可少的，而由法庭透过在另一法庭进行的同一系列诉讼来清理“已不合时宜的包揽诉讼及助讼的枷锁”并不可取。假如有这样的列表存在，而非只是依赖于往昔订立的普通法规则，便可大大减低当事人在另一法庭提起同一系列诉讼的可能性。¹³⁸

8.103 由梅丽朗及卡舒曼为决定诉讼出资协议是否合法而建议的准则——在分析过英国及澳大利亚的近期案例后，梅丽朗及卡舒曼提出下列因素或情况可显示有合法的第三者出资安排正在运作：

- “(a) 当事人／受助申索人显示有意自行起诉；
- (b) 出资者在整个诉讼过程中均受到独立的‘审查及制衡’；
- (c) 出资者没有能力不恰当地‘垄断’有关诉讼；

¹³⁴ 梅费先生致予集体诉讼小组委员会秘书的函件，日期是2008年9月9日。

¹³⁵ 澳大利亚法律议会，*Submission to Standing Committee of Attorney-General, in response to Litigation Funding in Australia*, 2006年9月14日，第75及76段。

¹³⁶ *Fostif Pty Ltd v Campbells Cash & Carry Pty Ltd* 63 NSWLR 203, 第229页。

¹³⁷ 梅费先生致予集体诉讼小组委员会秘书的函件，日期是2008年9月9日。

¹³⁸ 梅丽朗教授致予集体诉讼小组委员会秘书的电子邮件，日期是2008年9月11日。

- (d) 出资者与当事人之间没有利益冲突；
- (e) 当事人所属类别与出资安排的整体评定相关；
- (f) 出资者已将出资安排的后果全部告知当事人；
- (g) 出资者必须有足够资源履行对申索人的承诺；
- (h) 出资者必须愿意且能够应付一旦败诉时受资助申索人或出资者可被判的任何不利讼费令；
- (i) 出资者不得议定‘过度高昂’的收费；及
- (j) 出资协议没有在其他方面倾向于损害有关法律程序的公正持平。”¹³⁹

8.104 梅费先生认为这不是一个适当的取向。他觉得使用这份核对表会助长对诉讼出资安排提出异议，即使消费者已获告知充分资料及有关协议属恰当亦然。虽然这些准则很多都是合情合理的，但除了要求诉讼出资协议不会在诉讼中损害或倾向于损害法庭程序的公正持平外，如果这些准则还设下其他要求，只会反而影响成效。一项诉讼出资协议即使未能符合其中一两项准则，亦不一定会表示有如此倾向。根据梅费先生的经验，这类列表会令被告人为了试图遏制正当的申索而在另一法庭提起同一系列的诉讼，这样做既昂贵又耗费时间。在不影响他对使用这份核对表的评价的原则下，他对上述各项具体论点的意见如下：

(a) *当事人／受助申索人显示有意自行起诉*

他不认为这论点可与倾向于损害法庭程序的公正持平拉上关系，而且无论如何，申索人在诉讼出资协议上签署，即有可能显示申索人有足够意思提起诉讼。

(b) *出资者在整个诉讼过程中均受到独立的‘审查及制衡’*

这一点是相关的，但在极端的案件中不应被视为独立的准则，而应是诉讼出资协议有否倾向于损害法庭程序的公正持平的部分考虑因素。他赞同审查及制衡可包括：

¹³⁹ 梅丽朗及卡舒曼，"Third-Party Funding of Litigation: A Changing Landscape" *Civil Justice Quarterly* Vol 27, Issue 3, 2008 年，312，第 339-340 页。

- (i) 由富经验、声誉良好和独立的律师向当事人提供独立的法律意见，令当事人能够就诉讼应如何进行作出妥善和有根据的决定。这项因素十分重要，因为律师的参与在防止出现法庭程序的公正持平遭损害的风险方面，是重要的保障；
- (ii) 当事人有份挑选或同意所选的律师以进行有关诉讼。在集体诉讼中，这一点通常可从诉讼出资协议获受资助者签署或附属的聘书已由律师签署而清楚得知；或
- (iii) 当事人的诉讼正由法庭监督，而集体诉讼的情况总是如此。

(c) *出资者没有能力不恰当地‘垄断’有关诉讼*

他同意对于决定诉讼出资协议有没有倾向于损害法庭程序的公正持平，这是相关的考虑因素。

(d) *出资者与当事人之间没有利益冲突*

他同意对于决定诉讼出资协议有没有倾向于损害法庭程序的公正持平，这是相关的考虑因素，但必需承认的是出现某程度的利益冲突是无可避免的。低程度的利益冲突在诉讼中很普遍，例如保险人与受保人之间对于保险免赔额的问题；“不成功，不收费”的诉讼律师与当事人之间对于是否继续进行诉讼的问题；或诉讼出资公司与受资助者之间对于在某一争议点的聆讯上花费多少金钱的问题。真正的争议是有没有恰当地处理确有出现的利益冲突，而胜任的独立律师的角色正是在这一方面显得重要。梅费先生亦指出，诉讼出资公司与当事人的利益普遍是紧密地连成一线的，因为诉讼出资公司的回报通常是判给当事人的和解或损害赔偿金额的某个百分比。

(e) *当事人所属类别与出资安排的整体评定相关*

他不同意两者是相关的，因为对诉讼出资公司施加的披露责任及其他责任，以及独立律师担当的角色，已令当事人获得充分保障。这些责任包括《2001年法团法令（联邦）》所施加的责任以及对澳大利亚金融服务牌照持有人施加的条件。

(f) *出资者已将出资安排的后果全部告知当事人*

他同意对于决定诉讼出资协议有没有倾向于损害法庭程序的公正持平，这是相关的考虑因素。

(g) *出资者必须有足够资源履行对申索人的承诺*

他同意这是相关的考虑因素，但与决定诉讼出资协议有没有倾向于损害法庭程序的公正持平一事没有甚么关系。在澳大利亚，诉讼出资公司必须有足够资源提供银行担保及讼费保证，亦可能会被要求向法庭披露其财务状况。然而，这乃关乎为讼费提供保证的需要而非诉讼出资协议是否合法。

(h) *出资者必须愿意且能够应付一旦败诉时受资助申索人或出资者可被判的任何不利讼费令*

他同意诉讼出资公司或保险人必须能够应付对其不利的讼费，但这个问题已透过为讼费提供适当的保证而得以解决，与滥用程序的倾向无关。

(i) *出资者不得议定‘过度高昂’的收费*

他同意在极端的情况下，法庭在裁定诉讼出资协议有没有倾向于损害法庭程序的公正持平时，这可能是一个合乎情理的考虑因素。不过，法庭对于介入经私下议定的合约条款以及将双方就风险及报酬所达成的协议换上自己的（而且很可能较欠根据的）主张等事，取向应十分谨慎。法庭应承认所收取的佣金百分比可反映协议双方对受资助诉讼的风险所各自持有的看法。

(j) *出资协议没有在其他方面倾向于损害法律程序的公正持平*

他同意这是相关的考虑因素，而且事实上也是唯一具实质的论点。

8.105 **根据《法团法令》作出规管**——澳大利亚法律议会提及根据《法团法令》作出规管的好处，尤其是澳大利亚金融服务牌照持有人须维持令人满意的财务状况及遵守法定的披露责任这两项规定。梅费先生认为《法团法令》所施加的责任及对澳洲的金融服务牌照

持有人施加的审慎规定，对签署诉讼出资协议的消费者提供了充分的保障。这些责任及规定包括：

- “(a) 向每一名在零售层面的当事人派发一本《金融服务指引》（*Financial Services Guide*）及一本《披露产品资料说明》（*Product Disclosure Statement*）¹⁴⁰，其中包括下列资料：
 - i. 诉讼出资安排的详情及所关涉的重大风险；
 - ii. 诉讼出资安排的全部成本，包括所有费用、收费及开支；
 - iii. 处理投诉机制的详细资料；
 - iv. 冷静期机制（目前为不少于 14 天）；及
 - v. 对申请人决定签订诉讼出资协议起关键作用的任何其他资料；
- (b) 作出所有为确保有效率、诚实和公平地提供金融服务而有需要的事情；
- (c) 设有妥善的安排以处理利益冲突；
- (d) 具有充足的可用资源以提供金融服务；
- (e) 设有妥善的风险管理制度；
- (f) 不从事不合情理的行为；
- (g) 不硬销金融产品；及
- (h) 不作出虚假或误导成份的陈述或从事具误导性或欺诈的行为。”¹⁴¹

8.106 我们注意到《法团法令》设有作出制裁及损害赔偿机制，而牌照持有人一般都是金融业投诉服务有限公司（*Financial Industry Complaints Service Limited*）的成员，这是由金融业界斥资设立的消费者争议解决机制，但它只对业界而非投诉人具约束力。¹⁴²

¹⁴⁰ 可于 IMF (Australia) Ltd 的 *Submission to Standing Committee of Attorney-General, in response to Litigation Funding in Australia* 附件 4 中，找到《披露产品资料说明》的样本。

¹⁴¹ 澳大利亚法律议会，*Submission to Standing Committee of Attorney-General, in response to Litigation Funding in Australia*，2006 年 9 月 14 日，第 89 段。

¹⁴² 澳大利亚法律议会，*Submission to Standing Committee of Attorney-General, in response to Litigation Funding in Australia*，2006 年 9 月 14 日，第 91 段。

8.107 澳大利亚法律议会陈词说，如果规定诉讼出资公司必须取得澳大利亚金融服务牌照，则关于文件披露的规定亦大致上会由《法团法令》的上述条文照顾到，而任何进一步的披露规定应属概括性的，其中可能包括：

- “(a) 同时识别申请人／原告人及诉讼出资公司在提供及保留资料方面的责任；
- (b) 披露出资者与原告人的事务律师之间的任何协议或关系（商业上或其他方面的）；
- (c) 取览已披露或根据传票而出示的文件；
- (d) 任何须由申请人／原告人付予诉讼出资公司的判给款项百分比，以及会否首先由该笔款项中扣除败诉的答辩人／被告人未有支付的任何讼费；
- (e) 如有任何讼费保证令作出的话，出资者遵从该命令的责任，并就针对申请人／原告人发出的强制支付讼费令支付有关讼费和作出弥偿；
- (f) 可终止有关协议的情况及终止协议可导致的后果，而出资者有责任给予最少一个月的终止期，并须履行其出资责任直至终止日期为止；及
- (g) 规管有关协议的司法权限。”¹⁴³

8.108 梅费先生不同意上述说法，并重申直至目前为止，澳大利亚仍未见有施加进一步保障的需要。然而，他认为为使身为第三者的诉讼出资者（包括保险人）向法院负责而施加的额外责任，会有其益处。具体而言，他支持引入下列规定：

- “(a) 各方当事人须（在诉讼展开或当一方当事人取得资助之时）通知法庭及其他当事人其诉讼的进行是否获第三者全数或局部资助，而如有资助的话，则述明该第三者的身分；

¹⁴³ 澳大利亚法律议会，*Submission to Standing Committee of Attorney-General, in response to Litigation Funding in Australia*, 2006年9月14日，第91段。

- (b) 为民事法律程序其中一方支付讼费任何部分的人，有责任协助法庭以达致公正、快捷及廉宜的方法解决诉讼中的真正争论点。

8.109 **澳大利亚法律议会建议诉讼出资协议应与原诉法律程序文件一并提交，其条款亦应向法庭披露**——梅费先生不认为应规定各方当事人将诉讼出资协议应与原诉法律程序文件一并提交或披露该等协议的条款，但如有一项关乎诉讼出资公司的真实投诉（例如滥用程序）已向法庭提出，则作别论。然而，应规定每当有第三者（包括保险人及诉讼出资公司）就有关争论点的诉讼提供资助时，当事人须通知法庭及该项争论点所涉的其他当事人。

8.110 **针对诉讼出资公司发出的讼费保证令**——梅费先生表示，诉讼出资公司就讼费提供保证的法律责任应是直接的，而在澳大利亚，法庭显然有权命令诉讼出资公司就讼费提供保证。不过，法庭在评定应否发出讼费保证令时，首要的相关考虑因素是原告人本身应付任何不利讼费令的能力。举例说，如果一间规模庞大且资源充沛的公众公司以诉讼代表的身分展开集体诉讼，法庭极不可能规定该公司为讼费提交保证，因为即使该公司被下令须支付不利讼费，它亦显然有资源支付该等讼费。如果该公司为了本身的风险管理原因而与一间诉讼出资公司联手提起诉讼，则无须规定该诉讼出资公司为讼费提交保证。

8.111 梅费先生继而评论说，如果诉讼代表的情况是它不能应付不利讼费，则由诉讼出资公司令法庭信纳该公司因有充足资金而不需提供讼费保证或由该公司提供讼费保证，都是适当的做法。这做法是有需要的，因为根据梅费先生的经验，即使诉讼出资公司显然有足够资金应付任何不利讼费令，亦曾有被告人利用讼费保证申请来耗尽诉讼出资公司的财政资源，以试图扼杀有关集体诉讼。

8.112 **与介入诉讼的诉讼出资公司订立协议**——梅费先生认为重要的是，当他的当事人与一间诉讼出资公司达成出资协议时，而该名当事人继续聘用他的律师事务所，其律师事务所只对这名当事人负有专业责任，而对于当时或后来在此事上与他们有利益冲突的其他人等，其律师事务所并不负有任何合约上的责任。

8.113 **诉讼出资公司对如何进行诉讼的管控权**——梅费先生告诉我们，诉讼出资公司对受其资助的诉讼的管控程度，近年来不断增加，以反映法庭对资助诉讼及诉讼出资公司的取向转变。¹⁴⁴ 由于有

¹⁴⁴ 尤其是经澳大利亚高等法院在 *Campbells Cash & Carry Pty Ltd v Fostif Pty Ltd* [2006] HCA 41 一案中的裁决。

了这些转变，他的律师事务所现今就受资助诉讼的进行每天均接收来自诉讼出资公司的指示。然而，这类诉讼出资协议规定，每当律师事务所认为某项指示不合乎其当事人的利益，他们必须直接听取其当事人指示，而其当事人的指示是至高无上的。

8.114 律师就诉讼的主要事项向谁人听取指示——梅费先生告诉我们，关于诉讼的主要事项（例如有关和解、修订状书或改变诉讼策略的决定）的指示，是由当事人与诉讼出资公司共同商议后向他们发出的。梅费先生的律师事务所如认为来自诉讼出资公司的任何指示不合乎其当事人的最佳利益，他们便会据此向其当事人提出意见，并单独听取其当事人的指示。正如上文所述，日常的指示多数来自诉讼出资公司。

8.115 当事人与诉讼出资公司意见相左时的解决方法——若当事人与诉讼出资公司意见相左时，梅费先生建议律师事务所应依循当事人的指示。不过，当事人可能受到合约所约束，必须透过载于出资协议中的解决争议机制来解除双方的矛盾。他们以往所曾使用的解决争议机制包括：

- (a) 由有份处理该宗诉讼的资深大律师（Senior Counsel）或由另一名资深大律师裁定有关争论点。
- (b) 由集体成员就有关争论点投票以作出决定（由过半数成员的意向主导）。
- (c) 由集体成员组成委员会以断定有关争论点。

8.116 确保律师独立于诉讼出资公司之外的明订措施——澳大利亚法律议会陈词表示无须任何上述明订措施，因为事务律师对其当事人负有在法规、普通法及衡平法下的责任。¹⁴⁵ 梅费先生同意这一点，并表示额外措施会加重事务律师的负担，而且可能抵触现行的规管架构。他不认为有需要设立明订的措施，但正如上文的讨论，他不认同诉讼出资公司与律师相互之间应就如何进行受资助的诉讼订立协议。受资助的诉讼中的律师应只向其当事人而非诉讼出资公司负责。这样已确保律师在集体诉讼中为其当事人的最佳利益而独立行事。

8.117 组成集体的机制的合法性——鉴于私人出资者在提供财政资助方面的重要角色，尤其是当“讼费视乎结果而定”的规则适用而

¹⁴⁵ 澳大利亚法律议会，*Submission to Standing Committee of Attorney-General, in response to Litigation Funding in Australia*, 2006年9月14日，第92段。

按判决金额收费的安排不获允许时，便有需要保障出资者的财政权益。卡舒曼对于常见的安排有以下解释：

“……若某身为第三者的商业诉讼出资者已准备好付出进行诉讼所需的资金及为应付任何讼费和讼费保证而承担法律责任……，出资者通常只会帮助那些已透过合约同意出资者所建议条款的受助者。这通常需要集体成员同意由出资者收取(a) 由（胜诉的）集体成员偿付的未能从答辩人讨回的讼费；及(b) 追讨所得的款额的一部分，即代表出资者在该诉讼中的‘投资’利润。出资者亦通常会提名将会受其资助的律师进行诉讼。”¹⁴⁶

8.118 这种集体成员与商业诉讼出资者之间的安排是否合法，对澳大利亚的法庭来说已成为具争议的事项。在 *Dorajay Pty Ltd v Aristocrat Leisure Ltd*¹⁴⁷ 一案中，史东法官（Stone J）裁定一间律师事务所用以组成集体的机制是不合法的。根据该机制，在集体诉讼程序中获代表（因此须受诉讼结果约束）的集体只限于被告人的据称非法行为的某些受害者，而这些受害者都是已与该律师事务所订立了聘用协议（因而成为该律师事务所的客户）的人。联邦法院认为将联邦法例所订的选择退出程序（如《澳洲联邦法院法令》第 IVA 部所述的形式）改变而设立一项选择加入的规定，是濫用法庭程序。新南威尔士最高法院首席法官杨格（Young CJ）在 *Jameson v Professional Investment Services Pty Ltd*¹⁴⁸ 一案中对此看法表示同意。

8.119 *Dorajay* 案的裁决受到论者批评，例如卡舒曼便有以下意见：

“〔*Dorajay*〕及 *Rod Investments* 两案的裁决的作用，看来是阻止代表某些由个人组成的集体而提起的集体诉讼程序进行下去（最低限度是根据规管集体诉讼的法定条文阻止其进行），而这些个人同意集体地追讨申索，并寻求可让其他人参与追讨的程序上机制。……很难理解为何只因为这样做是在诉讼展开后打开门户让其他处境相近的个人参与其中（不论是透过加入集体还是正式谋求选择加入诉讼），而会令其不获准许。”¹⁴⁹

¹⁴⁶ 卡舒曼，"Class Actions on Behalf of Clients: Is This Permissible?" (2006) 80 *Australian Law Journal* 738, 第 742 页。

¹⁴⁷ (2005) 147 FCR 394.

¹⁴⁸ [2007] NSWSC 1437.

¹⁴⁹ 卡舒曼，"Class Actions on Behalf of Clients: Is This Permissible?" (2006) 80 *Australian Law Journal* 738, 第 748-9 页。

8.120 2007年12月21日，澳大利亚联邦法院合议庭在 *Multiplex Funds Management Ltd v P Dawson Nominees Pty Ltd*¹⁵⁰ 一案中达致与 *Dorajay* 案相反的结论。联邦法院合议庭允许某集体被描述为一名诉讼出资者的客户。合议庭指出，集体诉讼只接受已采取积极步骤与指名出资者签订诉讼出资协议的人参与的此项限制，与加强寻求司法公正的渠道及司法效率（以作出为所有受屈人士的利益而具共通约束力的裁决的形式表现）的目标，可以说是很难调和的。然而，法庭没有责任依据一些政策因素来决定有关做法是否不适当或没有效率，而这些政策因素都没有在《澳洲联邦法院法令》第 IVA 部条文的文字或设计中表明，亦非从中可见的。按照这条 1976 年的法令第 33C(1)条¹⁵¹ 的字面解释，合议庭裁定该款准许有诉讼代表的一方借着“代表部分或所有当事人”的一人或多人符合该款(a)至(c)段的门槛规定而展开诉讼。这些字句明文准许诉讼代表在所代表的人数少于有关集体准成员全体人数的情况下展开诉讼。*Dorajay* 案的裁决与此情况有所分别，因为集体成员的组合在诉讼程序展开后是可以改变的。史东法官在该案中断定，集体成员可选择加入有关法律程序的条文，是违背了订立第 IVA 部的条款及政策的。不过，在该案中获允许选择加入诉讼的人，其范围则扩展至包括在诉讼程序展开后仍聘用诉讼代表的律师的人。

8.121 这一系列裁决导致一项辩论，就是在 1976 年法令第 IVA 部中关于设立联邦机制的条文，就集体的描述而言应按照立法目的还是按照字面意思解释。这类组成集体的机制通常与私人诉讼出资有关连，而法院会否把批准这类机制所依据的准则清楚列明，仍有待观察。

关于诉讼出资公司的总结

8.122 从上述讨论可见，诉讼出资公司在澳大利亚已获得认可并受到规管。如果诉讼出资公司在香港受到恰当的规管，我们相信这类公司能够为广大民众疏通寻求司法公正的渠道，尤其是当讼费很可能超逾单一名诉讼人所申索的款额时。在允许诉讼接受资助前，必需设有妥善的监管措施，其中可包括检定合法的诉讼出资安排的核对表、规定须披露诉讼出资安排及对所涉律师的独立性提供充分

¹⁵⁰ [2007] FCAFC 200 1061.

¹⁵¹ 这条 1976 年的法令第 33C(1)条规定如下：

“(1) 除本部另有规定外，如

(a) 有七人或多人针对同一人提出申索；及

(b) 所有这些人的申索关乎或源于相同、相类或相关的情况；及

(c) 所有这些人的申索带出大致上共通的法律争论点或事实争论点；

他们当中一人或多人可**代表这些人的部分或全部**展开诉讼。”（表示强调的粗体后加）

保障。对于香港应否认可诉讼出资公司，以及如应认可的话则有何适当的监控及规管方式以防滥用，我们欢迎社会各界发表意见。

发展路向：现有的不同界别基金

8.123 上文所讨论过的每一个资助集体诉讼程序的方案，都带来一些难题：要将法律援助普遍扩及集体诉讼程序，便需要从公帑拨款，或设立集体诉讼基金；而引入诉讼出资公司会衍生不少影响，应谨慎处理。

8.124 鉴于上述难题，我们认为较佳的选择是审视一些已设有诉讼出资机制的特定界别，目的是首先在其中一个或多个界别中实施新设的集体诉讼机制，以测试其运作。我们于下文讨论几个这一类基金，既有现存的，也有建议成立的。我们对于哪一种选择最为可取尚未有任何定论，并欢迎社会各界就这方面提出意见。

金融界的界别诉讼基金

(a) 证监会的投资者赔偿基金

8.125 我们考虑过是否可以将现有的证券及期货事务监察委员会投资者赔偿基金（下称“证监会赔偿基金”）的涵盖范围扩阔，以资助在证券业内的集体诉讼。我们认为证监会赔偿基金不能解决问题。证监会赔偿基金是根据《证券及期货条例》第 236 条设立的，旨在对因任何指明人士（包括根据该条例就某些受规管活动获发牌或已予注册的中介人）在与指明证券或期货合约有关连的情况下所犯的违责事项而蒙受损失的该人士的客户，提供适度的赔偿。只有在该条例第 242 条所列明的有限情况下，才可从证监会赔偿基金中作出付款。证券交易的征费亦订明是为了证监会赔偿基金的目的而收取的，因此与证监会赔偿基金的宗旨联系在一起。将证监会赔偿基金用于资助集体诉讼，会大幅改变该基金的目的及性质，因此需要透过制定主体法例才可以实行。对于建议将证监会赔偿基金视为资助金融界的集体诉讼的可行模式，我们不敢苟同，而且无论如何，该基金不能作为一个即时的解决办法。

(b) 香港小股东权益协会的建议

8.126 David Webb 先生建议设立香港小股东权益协会，以代表其会员在类似集体诉讼中行使股东权利，并遏止股东滥权。香港小股东

权益协会的建议对上一次更新的日期是 2001 年 7 月 1 日。¹⁵² 我们也谘询过 David Webb 先生对于设立界别诉讼基金以协助集体诉讼这个建议的看法。香港小股东权益协会接纳任何不论来自本地或海外的个人或机构投资者或准投资者作为会员，并会在以下三个主要范畴运作：

- **政策**—— 倡议改善投资的法例及规管架构，并为此进行游说。
- **公司管治评级**—— 透过设立全面和客观的公司管治评级制度来促进良好的公司管治及遏止不良的公司管治。
- **执行**—— 透过代表会员投资者对最恶劣的个案提起类似集体诉讼，将上述架构转化为有意义的阻吓措施，以遏止不良的公司管治。

8.127 根据建议，香港小股东权益协会向会员直接收取的费用，只会是用来应付与会员通讯的成本。维持低廉的入会费，最能吸引公众投资者广泛地参与会务。个人需缴付的年费大约会是 \$100，而机构（公司）的年费则大约是 \$1000。个人会员如要求收取印刷本的邮件通讯，则会被额外收取 \$100 以支付邮费及印刷费。

8.128 Webb 先生估计，香港的市场最少有 500,000 名经常投资者（包括本地和海外人士），而他预计该协会头两年起码会有 50,000 名会员，而且随着加入该会的好处开始显现，会员数目将会不断增加。Webb 先生相信，凭借如此可观的会员数目，香港小股东权益协会将会具有权威，而在改革公司管治的过程中，投资者的意见亦会具有真正的份量。

8.129 香港小股东权益协会的整体方针及策略，会由其非执行理事会决定。为了能真正代表投资者的意愿及向投资者负责，Webb 先生建议理事会的成员应由该会的会员选出。个人投资者与机构投资者的利益偶然会有分歧，为了平衡双方的利益，理事会的半数成员应由个人会员选出，而另一半成员则应由机构投资者选出。Webb 先生认为，假如香港小股东权益协会由政府委任的董事主理，便会无法达致其目标。

8.130 Webb 先生提议，香港小股东权益协会执行部内的一队非常能干的律师及其他专业人士，会代表所有会员引用香港小股东权益协会策略部所争取到的股东权益。在有不少于 50,000 名会员的情况

¹⁵² 载于 www.webb-site.com/articles/ham.htm（最近一次登入日期为 2008 年 5 月 27 日）。

下，Webb 先生相信任何诉讼所针对的股票都会是该会某会员过往曾经持有的。

8.131 香港小股东权益协会的执行部会以最恶劣和胜诉机会最高的滥用程序个案为对象，向对方提出申索以追讨损害赔偿，而如有需要的话，会提起诉讼来追讨。该协会亦会引用法庭在这些法律程序中作出的裁断，以抗衡市场失当行为审裁处根据《证券及期货条例》（第 571 章）作出的任何裁断。诉讼一经展开，香港小股东权益协会可通告在适当时间曾是有关公司股东的任何会员，邀请他们加入成为原告人，任何为参与诉讼而加入香港小股东权益协会的人亦会包括在内。很多会员将会由香港小股东权益协会代表，并会在胜诉时从追讨所得的损害赔偿款项中收取某一适度的份额。

8.132 Webb 先生建议，香港小股东权益协会的执行部会以不良管治为由，向有关公司及其董事提出申索。不良管治的例子有作出虚假或具误导性的陈述、违反受信责任、欺压小股东及侵吞资产等。与其他部门一样，执行部会由香港小股东权益协会的现行预算中取得资助，但亦会在胜诉案件中谋求追讨其讼费加上一份盈余。Webb 先生相信，设立一个可靠且资金充裕的诉讼克星，能遏止不良的公司管治和促使违责者更加愿意在不一定需要承认法律责任的情况下达致和解。

8.133 Webb 先生又建议，要资助香港小股东权益协会的行动，最公平的实际方法是在市场上收取征费，而他建议将之命名为“良好管治征费”。投资者进行买卖的交投量，大约与他们的投资组合的大小成正比。买卖频密的投资者所支付的征费，会比长线投资者稍多一些。Webb 先生估计，收取交易额的 0.005% 作为征费，即每 \$20,000 交易收取 \$1，对香港小股东权益协会而言属合理的资助水平。部分征费会累积起来作为应变储备金，因为市场的交投量及价格起伏不定，但营运开支则比较固定。需要透过立法，才可以在市场上实施这项征费。

8.134 根据 Webb 先生的网站报道，公司法改革常务委员会拒绝接纳香港小股东权益协会的建议。财经事务局副局长传达了公司法改革常务委员会的意见，并如下写道：

“鉴于公司法改革常务委员会的成员所表达的意见，我们未能将香港小股东权益协会的建议按其现有形式推行。根据我们现时所获告知的情况，在公司法改革常务委员会作为公司管治检讨的其中一步而即将发表的谘询文件中，香港小股东权益协会的建议不大可能会成为委员会建议的一部分。”

财经事务局副局长继而写道：

“〔公司法改革常务委员会〕的成员表示，无论香港小股东权益协会的某些建议会有甚么优点，一个基本的问题是难以界定这个建议设立的组织在使用公帑方面要向谁负责。”

8.135 Webb 先生回应说，该机制已内置多项审查及制衡措施：理事会属非执行性质（其一半成员由机构会员选出，另一半则由散户会员选出）；任何人只需缴交用于通讯开支的象征式年费，便可加入香港小股东权益协会；其行政总裁每年均须向立法会汇报如何运用其收入，有甚么差错便可能被禁止收取征费。

8.136 Webb 先生强调，香港小股东权益协会的执行部只是“在欠缺恰当的集体诉讼制度的情况下”才有需要出手。香港若（为整体消费者而非仅为股东）设有集体诉讼制度，会比由该协会出手好得多。他认为香港小股东权益协会只是一个次佳选择，并补充说澳大利亚的集体诉讼已连系到违反竞争法的行为（例如操控价格），因此现在是适当时候考虑在香港引入竞争法的同时，亦引入集体诉讼。Webb 先生认为这是重要的一步，因为虽然会对作出反竞争行为的商号处以其营业额 10%的罚款，但罚款是缴付给政府的，有关商号的反竞争行为的受害者并没有直接获得赔偿，而这些受害者与政府所代表的社会大众相比，可能只是一个小得多的集体。受害者集体理应能够直接透过集体诉讼追讨赔偿。同样道理，在内幕交易案件中，向政府缴付罚款并没有令因内幕交易行为而蒙受损失的人获得赔偿。

8.137 Webb 先生提议我们这份谘询文件应附载设立全面的集体诉讼机制的建议。他不赞同设立一个不完整的中途机制，只让一个由政府委出的组织决定可否进行集体诉讼或拥有某些特权。社会所需要的是一个自由市场式的解决方法。

8.138 依循香港小股东权益协会的方向设立一个基金，会有不少困难。该协会的建议已被公司法改革常务委员会否决，亦很可能会在社会某些界别中遭遇强烈反对。能否设计出一套可同时解除立法者及 Webb 先生的顾虑的法例，实无法肯定。因此，我们并不认为以香港小股东权益协会的建议为蓝本的基金在短期内能够解决在金融界为集体诉讼提供资金的问题。

消费者诉讼基金¹⁵³

8.139 消费者委员会的消费者诉讼基金（下称“基金”）是一项信托基金，于 1994 年 11 月设立，旨在透过提供经济支援及法律协助令消费者能有更多渠道寻求法律上的补救。提供法律协助的方式，可以是向申请人提供意见、提供协助，以及指派事务律师和大律师代表申请人。基金旨在于下列情况为消费者提供协助：

- (a) 协助消费者提出代表诉讼或在代表诉讼中提出抗辩，而藉着代表诉讼，一名消费者能代一群在事件中有相同利害关系的消费者行事；
- (b) 协助消费者，就涉及共通的法律或事实问题的同一宗交易或同一系列的交易联名索偿；
- (c) 在行政上将诉讼因由及申索类同的个别消费者集合起来，安排其案件同时或接续进行聆讯；
- (d) 为公众利益而提出诉讼；及
- (e) 处理涉及重大消费者利益的个案。

8.140 如所涉事件符合以下说明，个别消费者或一群消费者可申请基金所提供的法律协助：

- (a) 与消费者交易有关（例如苛刻、不良或限制竞争的经营手法，或虚假或有误导成分的广告声称），
- (b) 涉及重大公众利益或不公平情况，

而有关的消费者已在事件中尝试采用所有其他排解纠纷的方法，而且亦不符合资格申请任何形式的法律援助。不过，基金的信托人可酌情决定在适用的个案中是否批给协助。

8.141 在考虑是否批给法律援助时，基金可能会特别考虑以下各项因素：

- (a) 是否已有一群消费者或可能会有一大群消费者受到不利的影晌；

¹⁵³ 关于消费者诉讼基金的详细资料，已摘录自见于消费者委员会网站内的下述文件：
http://www.consumer.org.hk/website/ws_en/legal_protection/consumer_legal_actions_fund/CLAFBriefPDF.pdf
至于基金如何运作，有关资料也是由消费者委员会提供。

- (b) 在有关情况下诉讼是否为解决事件的最有效方法；
- (c) 诉讼的成本效益；
- (d) 事件的胜诉机会；
- (e) 有关消费者的议价能力；
- (f) （如事件涉及一群消费者）对这群消费者属共通的事实问题或法律问题；
- (g) 群体的大小（如适用的话）；
- (h) 牵涉于事件之中的另一方财务状况是否稳健；
- (i) 若然胜诉，事件可有宣传价值，能否促进消费者权益，以及对不良经营手法可有阻吓作用；
- (j) 事件会否对基金造成过度的经济负担；及
- (k) 基金在事件中提供及时协助是否切实可行。

8.142 如消费者所提出的诉讼败诉，消费者除申请费用外无须支付任何其他费用。基金会代为支付他们的所有讼费及支出。如诉讼胜诉，则消费者须向基金缴付分担费用，计算方法如下：

- (a) 为诉讼已实际支付的讼费及支出，但会扣除对方所须支付的讼费及已向对方讨回的讼费；
- (b) 基金为诉讼所拨付的所有其他款项；及
- (c) “利益价值”的 10%。“利益价值”指代消费者所收取的款项总额（向对方讨回的讼费不计在内）、已讨回或保留的财产价值、消费者的法律责任获减轻或免除之数，或消费者在事件中所得利益的价值。

分担费用设有上限。可由或实际经由小额钱债审裁处裁决的事宜，上限是“利益价值”的 25%，而所有其他事宜的上限，则为 50%。

8.143 基金自成立以来，每年批出的申请个案数目及支出如下¹⁵⁴：

年度	获批出的申请个案数目	全年总支出（港元）
1995-96	2	24,000
1996-97	5	140,000
1997-98	1	121,000
1998-99	5	321,000
1999-2000	1	235,000
2000-01	3	215,000
2001-02	2	329,000
2002-03	2	125,000
2003-04	2	284,000
2004-05	4	45,000
2005-06	0 (截至 2005 年 5 月)	548,000 (预计用作支付过去获批个案截至 2005 年 5 月的诉讼费用)

基金每年的支出包括诉讼费用和其他为准备进行诉讼及因进行诉讼而须作出的相关费用，例如为审批申请个案而查阅公司注册，以及寻求法律意见的费用。此外，由于诉讼过程需时，受助个案的总诉讼费用可能会分开在不同年度内支付。

8.144 消费者委员会是基金的信托人，由两个委员会负责审批申请。管理委员会负责考虑向基金提出的申请，并就应否批准协助申请人向执行委员会作出建议。执行委员会负责处理基金的一切行政及投资事宜，也负责管理与基金有关的政策和在接获建议后批准申请。律师在收到申请后会就个案的背景和所涉及的法律争论点草拟文件，然后向管理委员会作出简报。管理委员会每年召开约四至五次会议。

¹⁵⁴ 见经济发展及劳工局局长 2005 年 6 月 8 日于立法会席上提交的书面答复。《立法会会议过程正式纪录》第 8232-3 页。

消费者诉讼基金审批申请时所须考虑的因素

8.145 以下多宗个案可说明各项与申请相关的因素：

➤ 欠缺诉讼因由

一名年轻女士受雇于某间贸易公司为试衫模特儿。按公司的规定，她须购买公司所提供的美容服务套餐，而她亦购买了此套餐。她为公司当模特儿是有薪酬可支的，而她亦不觉得此套餐的价钱不合理或服务质素欠佳，但她怀疑这只是个诱使她购买美容服务套餐的骗局。这宗申请不获批准，因为并无行骗的证据，而事主亦未有蒙受损失。此案明显欠缺诉讼因由。

➤ 不涉及公众利益

须予考虑的因素包括：受传媒注目的程度会有多大，可有涉及重大的消费者问题，对公众会否起教育作用，以及会否造成先例。

申请人参加某旅行社所办的欧游团，事后投诉住宿货不对辨。他们不满意旅行社所提出的赔偿，于是向基金提出申请，要求协助他们就所损失的旅游乐趣提出申索。他们的申请不获批准，因为法庭有很大机会对损失乐趣仅判以小额赔偿，而且个案也不涉及公众利益。

➤ 获批给协助的个案

两间幼稚园向学生家长多收取了费用，款额超出教育署署长所核准者。幼稚园的经营者的声称家长并无实际损失，因为他们已得到好的代价，而教育署所核准的收费，根本并不足以支付学校的开支，故此即使是多收取了费用，幼稚园仍是蚀本经营。

家长在小额钱债审裁处获判胜诉。幼稚园的经营者的向高等法院原讼法庭提出上诉，家长便向基金求助。此个案被认为涉及公众利益，并可提高公众在消费者权益方面的意识。委员在批给协助之前曾就案件是否有理据咨询大律师的意见。在基金的协助之下，家长获判胜诉，而校方的上诉则被驳回。

在首批家长向基金提出申请和案件受到传媒报道后，另一批为数约 136 人的受影响家长，也向消费者委员会投诉或向基金提出申请。由于高等法院已裁定首批家长胜诉，涉及法律责任的争论点已经解决，因此第二批家长只需在小额钱债审裁处证明自己所受损害的程度有多大。案件未有引用《小额钱债审裁处条例》第 21 条（根据该条，如多于两人有多宗针对同一被告人的申索，其中一人可以代表的身分提出该等申索）所订的代表诉讼，因为每一名申索人所受的损害程度，均需独立予以评估。

幼稚园的经营商愿意和解。不愿意和解的申索人后来在小额钱债审裁处取得胜诉判决。

➤ **影视租赁店的个案**

涉及大批消费者的此类个案亦曾获批协助。举例来说，在 1998 年，消费者委员会接获 1,951 宗涉及某影视租赁店的投诉，而基金则接获 581 宗申请。虽然受影响的消费者数目庞大，但由于经营商已结束业务，所以基金未有进一步行动。

➤ **流动电话用户的个案**

另一宗实例所涉及的争论点，影响遍及数以百万计的流动电话用户。电讯服务营办商单方面更改其固定合约的条款，每月收取 \$10 的过海隧道费／流动电话服务费。消费者委员会接获超过 100 宗投诉。经考虑大律师的意见后，基金决定批给协助。有 38 名投诉人申请协助，但后来只有十人与基金订立法律协助协议，而在基金协助之下预备案件者，则更减至六人。这可能是因为诉讼须花时间和精力但申索所涉及的款额却不高。在受助的六名消费者之中，有三人的案件后来在诉讼展开前和解，有两人的案件在各自提交申索书之后和解，有一人的案件发展至审讯阶段并获胜诉。事件中并无采用代表诉讼程序。

➤ **涉及失实陈述的个案**

涉及多群自称因失实陈述而蒙受损失的消费者的个案实例，包括有多宗业主投诉发展商的个案。这些业主都是指称发展商在与他们签订售楼合约时，曾承诺楼宇的景观不会受阻。

8.146 在决定是否批给协助时，须予考虑的因素包括案件的理据、所涉及的消费者人数、共通的权益、可以教育消费者的机会，以及是否涉及一些重大的消费者争论点和法律争论点（例如合约条款是否不合情理），但所列出的各项准则也不是全部均须符合。举例来说，如果个案对重大的消费者权益有影响，又或者能反映欺骗消费者的新手法，则即使所涉及的消费者人数不多，申请仍可获批准。

8.147 一宗个案获批协助，不一定代表以后的相类个案均会获批准。举例来说，如果透过协助原来的个案，消费者委员会已得到教育公众的效果，后来的个案便有可能不获批给协助。

8.148 获基金协助的申索如获胜诉，或会有助消费者委员会以调解的方式，解决针对同一商家所提出的投诉，幼稚园的个案便是以此方式解决。在考虑是否批给协助时，基金会考虑申请人是否已尝试采用诉讼以外的所有其他排解纠纷方法（例如调解）。

讼费的讨回和分担费用

8.149 受助的消费者，如因获基金协助而透过诉讼或和解或其他方式得到利益，即须支付分担费用。分担费用相等于讼费净额（实际支出的讼费减去讨回的讼费）及其他开支再加以因受助而取得的利益（获判给的损害赔偿或和解款项）的 10%。就小额钱债审裁处的案件而言，分担费用的上限是所得利益的 25%，至于在较高级法院审理的案件，分担费用的上限则为所得利益的 50%。

8.150 如在一组受助案件中有一宗案件被选定为测试案件，其他受助消费者如因测试案件胜诉而同样取得利益（例如是透过和解而取得利益），则也会根据自己与基金所签订的协议而须分担测试案件的讼费。在理论上来说，基金会运用其酌情权，决定其他消费者须负担多少讼费。有可能会获考虑的因素，例如是其他受助消费者的申索在测试案件胜诉时发展至法律程序的甚么阶段。

8.151 在上述幼稚园的个案中，各宗案件均是独立进行的。大部分申索人都是在校方不服小额钱债审裁处判决向高等法院提出上诉（涉及九名受助的答辩人）遭驳回之后才开始进行诉讼。他们当中与被告人和解的占大多数（56 人），而拒绝接受和解提议并继续进行诉讼直至取得判决为止的则有 20 人。上诉所涉及的讼费，是按弥偿基准讨回，故此受助的答辩人及其他受助的消费者，无须就此支付任何分担费用。不过，基金在考虑各宗申请时曾因谘询大律师的意见而招致一些开支，所以要求经基金协助而取得利益的受助答辩

人及小额钱债诉讼中的受助申索人，按自己所得利益的比例而分担大律师提供意见所需的费用。至于那些在法律程序展开前已接受和解提议因而令基金得免招致可观讼费的受助消费者，基金则没有要求他们支付这部分的分担费用。

雷曼兄弟投资产品

8.152 雷曼兄弟公司于 2008 年倒闭，令持有其发行的迷你债券的人损失不菲。消费者委员会接获数以千计的投诉，全都指称零售银行以不当的手法销售这项衍生产品，除了在债券持有人与各银行之间作出调停外，消费者委员会也在众多投诉中筛选合适的个案以转介基金考虑提供援助。挑选的准则主要是投诉人是否属于弱势社群，以及关于销售手法不当、风险披露不足及失实陈述等的证据是否充分。截至 2009 年 4 月 6 日为止，基金已接获 71 宗申请。

我们的结论

8.153 关于如何为集体诉讼程序筹措资金，我们建议考虑扩阔基金的涵盖范围。事实上，消费者委员会曾于 2008 年 2 月发表报告书提出一系列建议，认为应就营商手法全面立法，而该等建议的其中一环，便是增拨资源令基金可惠及更多消费者。¹⁵⁵ 报告书指出，昂贵的讼费特别对“夹心阶层”人士而言，是一个窒碍诉讼的因素。这些人士本身不符合资格申请法律援助，他们的个案亦不是基金的适当协助对象。消费者委员会故此建议改善消费者追讨赔偿的途径，方式可以是放宽法律援助辅助计划所订的经济审查规定，或是增拨资源令基金可惠及更多消费者。

8.154 我们认为消费者申索特别适合进行集体诉讼，故此应优先考虑为属此范畴的集体诉讼提供资金。当局应考虑扩阔基金的涵盖范围，以为集体诉讼程序提供法律协助。不过，由于基金是以消费者申索为主，涵盖范围不会扩及涉及公法的案件，所以有必要为该等案件寻求其他形式的公帑资助，以应付其财政上的需要。

总结

8.155 我们的出发点是，除非可找到适当的方法资助经济能力有限的原告人，否则集体诉讼机制不会取得甚么成效。

¹⁵⁵ 消费者委员会，《公平营商·买卖共赢》（2008 年 2 月，香港）第 2.56 段。

8.156 我们以表列形式将集体诉讼机制中提供资金的不同方案概括在其中。首四个方案必须透过立法实施（虽然第四个方案并不涉及公帑拨款）。诉讼出资公司的方案对现行的民事司法制度会有很大冲击。我们因此建议短期而言，应首先在香港的某些界别中引入为集体诉讼提供资助的做法。当局可以视乎这些界别出资安排的运作情况和成效如何，才对首三个建议方案作出调整。我们的整体意向是采取循序渐进的做法，长远而言令致全面的集体诉讼基金得以设立。

8.157 这个列表亦显示不同方案可否互相兼容。应指出一点，就是假如设立一个集体诉讼公共基金的话，个别界别的诉讼出资安排也许便没有需要。除此之外，列表中的各个方案一般是可以互相兼容的（虽然各自的运作范畴有分别），而且可以一起实施。

8.158 我们认为这些方案其实是互补不足的，并可以说是在不同领域的诉讼业务中发挥作用。一方面是当诉讼的争论点关乎公众利益及对法律有重大影响时，即使只有不超过一半的胜诉机会，仍应可从公帑中获得资助。在另一方面，诉讼出资公司大概只会投资于胜诉机会大的案件中，在这情况下并不怎样需要由公帑资助。就所有涉及公帑的资助模式（不论是透过扩展法律援助、设立特殊公共基金还是扩大消费者诉讼基金的适用范围）而言，都牵涉相同的政策考虑，应严格地验证其可取之处以作比较。

集体诉讼机制的出资

方案	资金来源	所需立法	能否与其他方案兼容		运作范畴	公众利益考虑
			与甚么方案互相排斥	可以与其他方案共存		
扩展法律援助	公帑	修订以个人为受助者的资格准则	无	是	所有合资格接受法律援助的人士	重要
集体诉讼基金	起初由公帑注资	设立集体诉讼基金	香港小股东权益协会的建议	是	提供予所有集体诉讼申请人	重要
诉讼出资公司	私人	认可及规管诉讼出资公司	无	是	商业上高度合算的案件	不重要
香港小股东权益协会的建议	私人	从股票交易中收取征费	集体诉讼基金	否	只提供予香港小股东权益协会的会员	不重要
消费者诉讼基金	起初由公帑注资	无	集体诉讼基金	否	只适用于消费者申索个案	重要

建议 7

(1) 如果找不到适当的方法资助经济能力有限的原告人，则普遍认为集体诉讼机制不会取得甚么成效。在香港，鉴于一般规则是“讼费视乎结果而定”（即除非法庭依据案情行使酌情决定权而另有安排，否则败诉一方要支付诉讼的费用），我们考虑过其他做法以将集体诉讼的财政负担转嫁以下群体：被告人、集体成员及代表集体的律师。但除了按条件收费安排外（这安排有需要基于我们在建议 4(3)中就集体诉讼程序而建议的讼费保证机制，再作进一步研究），我们在参考过海外的经验和本地的条件后，认为这些做法都是不可行或不切实际的。

(2) 我们因此提议，鉴于香港的情况，将普通的法律援助计划和法律援助辅助计划扩及集体诉讼程序，会较为适合。应令这项扩展受限于法律援助署署长的剩余权力，即署长可酌情拒绝向经济能力超出取得法律援助的资格上限的人批给法律援助，以免这些人因此获益。

我们的整体意向是采取循序渐进的做法，长远而言令致全面的集体诉讼基金得以设立（这是一个可酌情批出款项予所有合资格的集体诉讼原告人的特殊公共基金，而原告代表人必须从向被告人讨回的得益中付还获批给的款项作为回报）。

(3) 鉴于把全面的出资机制引入香港牵涉的复杂情况和困难，我们建议短期而言，较佳的做法是研究某些已有诉讼出资机制存在的界别，目的是先行在其中一个或多个界别中实施新设的集体诉讼机制，以检验其施行情况。我们考虑过基于香港小股东权益协会的建议设立与证券有

关的诉讼基金，但最终认为在短期内这不大可能是一个解决方法。我们讨论过将消费者诉讼基金的适用范围扩及消费者申索个案中的集体诉讼。该基金是向受屈消费者提供财政支援和法律协助以获得法律补救的信托基金。以这个目前的架构为基础，我们建议应增加该基金的资源，以加强对消费者申索个案中的集体诉讼提供资助。假如该基金的适用范围扩及集体诉讼，设计机制以确保在有关集体诉讼中没有获该基金协助的成员公平地分担该宗诉讼的讼费，便十分重要。至于哪一个方案较为可取，我们至今仍未有定论，欢迎社会各界就此发表意见。

- (4) 我们考虑过由私人的诉讼出资公司（即与准诉讼人订立合约的商业实体）介入以提供资助的方案（由诉讼出资公司支付诉讼的费用，并承担一旦败诉时须支付对方讼费的风险。诉讼出资公司会获支付因胜诉而取得的收益的一部分，作为回报）。这个方案很可能会引起争议，我们亦未达致最终结论，因此欢迎社会各界就此发表意见。假如诉讼出资公司获容许在香港运作，当局可能需要立法以认可及规管诉讼出资公司，并澄清在属商业性质的第三者诉讼出资中，哪些活动是获得核准的。

第 9 章

关于程序的详细建议

详细设计方面的议题

9.1 我们曾在本文件的较早部分建议，应将一套处理集体诉讼的新法庭程序引入香港。如果引入集体诉讼机制一事经谘询后获得公众认同，我们便有需要考虑这个程序应有的设计特点以及所应采纳的具体条文规定。

9.2 我们在文件开始时已建议，法庭必须参考订明准则以考虑集体诉讼程序是否适用于某宗案件。关于集体核证的规定及诉讼过程中所须遵守的规则，则须作进一步研究。必须设立程序上的保障措施，以应付该程序可能被滥用的问题。集体诉讼所采用的程序，要反映我们对四个曾考虑过的主要议题（即公法案件的处理、避免原告人的潜在滥用、处理涉及来自海外司法管辖区的当事人的集体诉讼及为集体诉讼筹措资金）的关注及讨论结果。法庭应获赋予更多案件管理权力及更大弹性，以决定处理某些案件的最适当方法。

核证准则的模式

9.3 就这方面而言，我们注意到梅丽朗教授在向民事司法委员会提交的意见书中，表示已在可选择退出的集体诉讼机制中识别出 60 个设计上的议题。¹ 至于与可选择退出的集体诉讼在每一个阶段的程序有关的各项设计议题，则须作进一步研究。

9.4 在任何集体诉讼机制中，核证阶段是非常重要的的一环。民事司法委员会建议：

“任何集体申索除非已获核证为适宜以集体诉讼的方式展开，否则均不应获准以这种方式展开。核证须受制于严格的核证程序，其中要包含施加讼费保证的条文。”²

¹ 梅丽朗，*Sixty Design Issues for an Opt-out Collective Action Regime*，向民事司法委员会提交的意见书(2008 年 3 月)。

² 民事司法委员会，*Improving Access to Justice through Collective Actions – Developing a More Efficient and Effective Procedure for Collective Actions* (2008 年 11 月)，建议 4，第 51 页。

9.5 因此，民事司法委员会建议，新的集体诉讼机制应包含一个核证程序。该程序应在诉讼中尽早进行，而且应由法庭严格执行。严格执行的意思，是诉讼代表人须令法庭信纳以下核证准则已予符合：

- (a) 可予识别的申索人已达最低限度的人数（“人数”准则）；
- (b) 该宗申索不仅是可由法庭审理的（显示有真正的诉讼因由），而且在法律上有理据，即在核证时法庭须进行初步的理据验证（“理据”准则）；
- (c) 各集体成员之间在权益及补救上有足够的共通之处（“共通性”准则）；
- (d) 集体诉讼是解决受争议的争论点的最适当法律工具，即它优于其他补救机制（其他补救机制的例子有：透过民事法庭或专责审裁处以传统的单一诉讼方式提出申索；或透过规管行动追讨赔偿性质的补救，只要设有这类行动并能藉此有效地寻求公道便成）（“优越性”准则）；及
- (e) 集体诉讼的诉讼代表是代表群体所有成员而展开诉讼；该代表所关心的不仅是其个人权益，亦是群体内其他成员的相类权益。集体诉讼的判决不仅约束原告代表人，亦约束由该代表代为起诉的群体成员。诉讼代表应有地位和能力妥当及充分地代表申索人集体的权益而提起诉讼（“代表性”准则）。³

9.6 我们就四个司法管辖区（澳大利亚联邦、安大略、不列颠哥伦比亚及美国联邦）的核证准则如何应用于一宗假设的消费者申索案中，将有关的核证规定的一系列应用模式于下表列出。我们可以利用这个列表决定某宗诉讼是否符合上述准则，因而属于集体诉讼机制的涵盖范畴内。同时，下列模式亦是一个起步点，让公众讨论其他司法管辖区的不同核证准则所涵盖的范围是否太广泛，故此应予变通才可于香港采用。

³ 民事司法委员会，*Improving Access to Justice through Collective Actions – Developing a More Efficient and Effective Procedure for Collective Actions*（2008年11月）第153-4页。与本文件所检视的每个司法管辖区对核证规定的理解有关的案例法，其详细讨论可见于梅丽朗所著的 *The Class Action in Common Law Legal Systems*（2004年，Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing）第5至8章中。

以一宗消费者申索案述明四个司法管辖区所采用
的核证准则模式⁴

概括的考虑范畴	所提出的问题	特别是……	澳大利亚：联邦	安大略	不列颠哥伦比亚	美国：联邦
最低人数规定	应有多少名消费者受害才有充分理由提起集体诉讼？	是否要指定一个具体的最低人数？还是只要有两名或以上消费者便成？或述明每当他们的案件合并或综合处理并不切实可行时便成？	FCA(Aus) 第 33C(1)(a)条： “7 人或多于 7 人提出针对同一人的申索”	CPA(Ont) 第 5(1)(b)条： “一个由两人或多于两人组成的可予识别的集体”	CPA(BC) 第 4(1)(b)条： “一个由两人或多于两人组成的可予识别的集体”	FRCP 第 23(a)(1)条： “集体人数众多，以致将所有成员的案件合并并不切实可行”
初步理据	除了状书须披露诉讼因由的一般规定外，还应符合怎样的初步理据审查（如有这项	应否需要证明该项集体诉讼有“很大胜诉机会”，因而有充分理由支持耗用大量司法资源？有没有充分理由	无明示规定	CPA(Ont) 第 5 (1)(a)条： “状书或申请通知书须披露诉讼因由”	CPA(BC) 第 4(1)(a)条： “状书或申请通知书须披露诉讼因由”	无明示规定

⁴ 列表的首三栏撷取自梅丽朗所著的"Justice Enhanced: Framing an Opt-Out Class Action for England" [2007] 70(4) *Modern Law Review* 第 550 页。

概括的考虑范畴	所提出的问题	特别是……	澳大利亚：联邦	安大略	不列颠哥伦比亚	美国：联邦
	审查的话)？	为每名消费者订定最起码金额的门槛？应否规定须为集体诉讼的利益着想而进行成本效益分析？				
共通的争论点	所要求的共通程度如何以文字表达？	共通的争论点必须重要至甚么程度？凌驾一切？对诉讼的进展很重要？仅是一项“可予审讯的争论点”？个别的争论点必须有多重要才会令集体诉讼不能取得核证？	<p>FCA(Aus) 第 33C(1)(c)条：</p> <p>“所有〔集体成员〕的申索在法律上或事实上引致相当共通的争论点。”</p>	<p>CPA(Ont) 第 5(1)(c)条：</p> <p>“集体成员的申索……引致共通的争论点”</p>	<p>CPA(BC) 第 4(2)(a)条：</p> <p>“在决定集体诉讼程序是否可取的程序时，……法庭必须考虑…… (a) 共通于集体成员的事实问题或法律问题是否凌驾于只影响个别成员的任何问题。”</p>	<p>FRCP 第 23(a)(2)条：</p> <p>“有共通于集体的法律问题或事实问题”</p> <p>FRCP 第 23(b)(3)条：</p> <p>“共通于集体的法律问题或事实问题凌驾于只影响个别成员的任何问题。”</p>

概括的考虑范畴	所提出的问题	特别是……	澳大利亚：联邦	安大略	不列颠哥伦比亚	美国：联邦
优越性	集体诉讼是否必须为解决共通争论点或全部争议的较优方法？	优越性由甚么因素构成？单一诉讼与集体诉讼之间的讼费比较？审视有关消费者的特质？审视有没有“任何需要”提起集体诉讼？被告人如受到集体诉讼的不利影响应否相干？提起各别的法律程序对优越性有何影响？	<p>FCA(Aus) 第 33N(1)条：</p> <p>法庭可因以下情况而为了司法公正，下令中止一项集体诉讼：</p> <p>(a) 集体诉讼招致的讼费高于每名集体成员个别起诉的讼费；</p> <p>(b) 所寻求的所有济助均可透过集体诉讼以外的其他法律程序取得；</p> <p>(c) 在处理集体成员的申索</p>	<p>CPA(Ont) 第 5(1)(d)条：</p> <p>法庭必须裁定集体诉讼会是“解决共通争论点的可取程序。”</p>	<p>CPA(BC) 第 4(1)(d)条及第 4(2)条：</p> <p>在决定是否可取时，法庭必须考虑：</p> <p>(a) 共通的事实或法律问题是否凌驾于个别问题；</p> <p>(b) 是否有大量集体成员在个别管辖诉讼方面具有有效权益；</p> <p>(c) 集体诉讼会否牵涉正由另一诉讼处理的申索；</p>	<p>FRCP 第 23(b)(3)条：</p> <p>法庭必须裁定集体诉讼优于“为公平而有效率地裁定有关争端而可用的其他方法”。相关的事项包括：</p> <p>(a) 集体成员在个别管辖分开提起的诉讼方面的权益；</p> <p>(b) 集体成员已予展开的诉讼所涉的范围及性质；</p>

概括的考虑范畴	所提出的问题	特别是……	澳大利亚：联邦	安大略	不列颠哥伦比亚	美国：联邦
			<p>方面，集体诉讼不能提供迅速和有效的方法；</p> <p>(d) 透过集体诉讼追讨有关申索“因其他理由而并不适当。”</p>		<p>(d) 解决有关申索的其他方法是否较为不切实际或效率较差；</p> <p>(e) 进行集体诉讼是否会比其他济助方式较难处理？</p>	<p>(c) 将集体诉讼集中在指定的诉讼地进行是否可取；</p> <p>(d) 管理有关集体诉讼所可能遇到的困难。</p>
诉讼代表	没有利益冲突、代表性充分及本身案件属典型，应否都是诉讼代表欲通过核证所必须符合的条件？	如何评估利益冲突？甚么因素与代表性是否充分相干，而甚么因素又可视为不相干？案件是否典型有关系吗？如有关系，是否表示有关消费者本身必须在诉讼中有利害关系？	<p>FCA(Aus) 第 33T(1)条：</p> <p>“如……法庭觉得某诉讼代表不能充分代表群体成员的权益，法庭可找群体的另一成员取代他出任诉讼代表，并作出其认为合适的其他命令”</p>	<p>CPA(Ont) 第 5(1)(e)条：</p> <p>“有一名原告代表人或被告代表人，而该人：</p> <p>(i) 会公平及充分地代表集体的权益，</p> <p>(ii) 已经为诉讼提出一个计</p>	<p>CPA(BC) 第 4(1)(e)条：</p> <p>与 CPA(Ont)第 5(1)(e)条大致相同。</p>	<p>FRCP 第 23(a)(4)条：</p> <p>“诉讼代表人会公平及充分地保障集体的权益”</p> <p>FRCP 第 23(a)(3)条：</p> <p>“诉讼代表的申索或抗辩是</p>

概括的考虑范畴	所提出的问题	特别是……	澳大利亚：联邦	安大略	不列颠哥伦比亚	美国：联邦
				<p>划，列明代表集体进行有关诉讼及将诉讼通知集体成员的一套可行方法，及</p> <p>(iii) 在集体的共通争论点方面没有权益与其他集体成员构成利益冲突。”</p>		<p>集体的申索或抗辩的典型。”</p>

简称： FCA(Aus): 《1976年澳大利亚联邦法院法令》。

CPA(Onto): 《1992年集体诉讼程序法令》，SO 1992年，安大略 C 6 法规。

CPA(BC): 《1996年集体诉讼程序法令》，RSBC 1996年，不列颠哥伦比亚 C 50 经修订法规。

FRCP: 《联邦民事诉讼规则》（美国）

9.7 举例说，一名制造商在香港各处售卖玩具。其中一款玩偶在设计上有严重缺陷，对大量消费者及其子女造成金钱损失及身体伤害。有人代表所有受影响人士展开群众被侵权的集体诉讼。

9.8 以上述假设性的例子为背景，我们研究在不同表述的核证准则下所喻示的各种情况：

- (a) 人数准则——澳大利亚及加拿大在指明最低诉讼人数方面的条文规定是直截了当的，并为展开集体诉讼定下一个较低的人数下限。相反，美国联邦规定须考虑应用传统的合并诉讼程序是否不适当或不切实可行的。这是一项较为严格的核证要求。如果订立这项较为严格的要求，群众被侵权的诉讼也许便不能符合这项要求，除非有关案件的主体事实有特殊的情况。
- (b) 理据准则——核证法庭会就申请人拟提起的诉讼的理据进行初步评估。加拿大体制的现有条文只要求披露诉讼因由。这是展开法律诉讼所需的一般要求，群众被侵权的诉讼应该不难符合这项要求。
- (c) 共通性准则——应该有一个可予识别的群体，而其成员所提出的申索有共通的基础，这显然是核证集体诉讼必不可少的要求。在指称玩具有缺陷而申索损害赔偿的案件中，各申索人除了都声称因同一款玩具而受伤害之外，他们之间不大可能有任何其他连系。他们所受的伤害会是在不同时间和不同情况下造成的，因此会产生以下问题：有关伤害是否都可归咎于这些有缺陷的玩具还是只可归咎于切合个别申索人的某些其他原因？上述五个司法管辖区在共通因素方面的不同界定方式，反映出对共通程度各有不同的要求，由安大略的“*共通争论点*”至澳大利亚联邦的“*在法律上或事实上引致相当共通的争论点*”不等，而在不列颠哥伦比亚及美国联邦中，则要求共通的事实问题或法律问题“*凌驾于只影响个别成员的其他问题。*”就羣众被侵权的诉讼而言，要证明共通的法律问题或事实问题凌驾于只影响别成员的其他问题，会比较困难，因为有缺陷的产品和个别申索人所受伤害的因果关系这个争论点须在每一宗案件里个别考虑。在安大略的集体诉讼机制中，所订明的共通争论点的门槛较低，这类案件反而较容易符合其要求。
- (d) 优越性准则——有一点必须弄清楚，就是只有当集体诉讼很可能比传统的解决争议方法在解决共通争论点方面较为可取或优越，才会选用集体诉讼。在没有核证聆讯的

情况下，澳大利亚联邦法院可因集体诉讼不合乎司法公正而下令集体诉讼不再继续进行。然而，联邦法院所应考虑的一系列因素，与其他司法管辖区的大致相同。我们注意到各地所述需予考虑的有关事项列表，都没有说是详尽无遗的，安大略甚至完全没有订明列表或任何有关事项。加拿大安大略及不列颠哥伦比亚的机制与美国的联邦机制在两个主要方面有分别。前者只要求集体诉讼程序是“可取”的而非“较优”的程序（不过这两个词语的精确差异则不一定很明显）。第二项分别是美国的联邦规则规定集体诉讼须是解决有关“争议”的较优方法，但在加拿大的机制中，集体诉讼只须是对于“共通争论点”（而非各方当事人之间的所有争论点）而言属可取的解决方法便成。⁵就此而言，群众被侵权的集体诉讼看来较容易符合加拿大体制下的规定，但较难符合美国联邦体制下的规定。这些司法管辖区之间的最后一项区别，环绕于“优于甚么？”这个问题。在美国的《联邦民事诉讼规则》第 23(b)(3)条下，法庭必须就争议的解决而比较集体诉讼与“可用的其他方法”何者较优。换言之，集体诉讼不能比集体成员根本不可取用的其他方法差。另一方面，澳大利亚的联邦规则所要求的其他形式的争讼，是指“在法庭进行的法律程序”而不是解决纠纷的另类办法。由于我们所检视的其他司法管辖区在草拟有关立法条文时略为宽松，所以引用另类办法处理集体争讼的可能性比在澳大利亚大得多。⁶

- (e) 代表性准则——苏格兰法律委员会将公平和充分性这两项关于代表性的规定解释如下：

“‘公平地’促进集体或群体权益的规定，其含意是有关人士应是独立于〔被告人〕的，与群体其他成员亦显然没有利益冲突，而且不会有一名群体成员凭借另一名成员蒙受不利而可能得益。诉讼代表应‘充分地’保障其他集体成员的利益这项规定，其含意是该名代表具有为支持该项诉讼而很可能需要的财政资源，并有决心坚持诉讼直至取得结果为止。”⁷

至于如何断定集体代表人行事时公平及充分地代表集体的利益，有意见认为仰赖下列几项因素：

⁵ 见马尼托巴法律改革委员会在 *Class Proceedings Report*（第 100 号报告书，1999 年）中的论述，第 52 页。

⁶ 见梅丽朗在 *The Class Action in Common Law Legal Systems: a Comparative Perspective*（2004 年，Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing）中的评论，第 225 页。

⁷ 苏格兰法律委员会，*Multi-Party Actions*（第 154 号，1996 年）第 4.36 段。

- “(i) 该名代表人与集体的其他成员没有任何利益冲突，最起码在法律上或事实上的共通争论点方面没有利益冲突；
- (ii) 该名代表人为有关法律程序而定下的计划或方案，以及就如何表述及促进集体的权益而定下的行事方式；
- (iii) 将有关法律程序的存在及进行通知集体成员的方法；
- (iv) 该集体在法律上获得充分代表。”⁸

我们已在第 6 章以“诉讼代表的核证准则”及“核证时的出资证明”为题的段落中，讨论过以集体代表有充足财务资源作为一项资格准则的重要性。第 6 章所提述的讼费保证亦与代表性是否充分的准则有连系。

美国的《联邦民事诉讼规则》第 23(a)(3)条规则，就诉讼代表的典型性质订有独立的规定，即集体代表的申索须是该集体的典型。爱尔兰法律改革委员会评论说：“严格解释这项规定，让法官可以对集体诉讼无动于衷，并以此为由拒绝给予核证。这是加拿大及澳大利亚的体制中均没有关于典型案件的规定的其中一个原因。”⁹

9.9 我们已略为详细地列出五个司法管辖区的核证规定中每项要素的不同模式。我们邀请公众对香港适宜采用哪些核证规定发表意见。

在香港实施集体诉讼程序的法例

9.10 在一些其他司法管辖区中，集体诉讼的规定是透过法院规则而不是法例订立的。安大略法律改革委员会¹⁰承认附属立法具有较大弹性，而且较易修订，但该委员会基于两个理由而建议制定主体法例。第一个理由是经常难以断定某项条文是实质的还是程序上的，而如果规则中的一条文被裁定是实质的，便可能会因属越权而被宣布为无效。如欲授予法庭新的权力，便可能需要进行主体立法。第二个理由是引入集体诉讼对法庭、各方当事人及普罗大众的潜在影响会引起

⁸ 爱尔兰法律改革委员会，*Multi-Party Litigation (Class Actions)* 谘询文件（LRC CP 25-2003）第 71 页。

⁹ 见爱尔兰法律改革委员会的上述文件，第 72 页。

¹⁰ *Report on Class Actions*，第 305-6 页。

重要及富争议性的议题，因此值得在立法议会中进行全面的辩论，而非只是以规例的形式通过采纳。¹¹

9.11 英格兰与威尔斯的民事司法委员会在其 2008 年的《透过集体诉讼改善寻求司法公正的渠道》（*Improving Access to Justice through Collective Actions*）报告书中，建议虽然有大量空间透过修订法院的规则（《民事诉讼程序规则》）来进行改革，但透过主体立法推动改革仍属较为可取。这样做可以让立法者能够就影响实体法的改革的要素进行全面辩论，并落实有关改革，而在另一方面令人无法基于有关条文越权而提出异议。¹²

9.12 海外的经验显示，改革最好以制定成文法及更改有关规则的方法达致。如果我们在谘询文件中的建议获得接纳及将会落实，便需要通过附属法例，并依据该项附属法例更改有关规则。我们在下文把将来的法例所须涵盖的范畴列出。下文所列出的并非巨细无遗。集体诉讼机制所包含的条文的细节，必须参照公众谘询的结果再作进一步研究。

集体诉讼机制所需的主体法例

9.13 若要在香港引入集体诉讼程序，必须通过与澳大利亚或美国的体制中有关的类似条文。有关法例应涵盖集体诉讼的定义、性质和种类、任何适用于获代表集体的成员的时效期的暂停计算，以及关于和附带于集体诉讼程序的妥善管理及进行的任何其他事宜。若采取选择退出制作为通用的集体诉讼机制，则须就下列事宜作出规定：(a) 向集体诉讼所涉的集体成员发出公平、合理及足够的通知，及(b) 设立公平、合理和足够的期限（“截止日期”），让集体成员能够选择退出集体诉讼程序中的被代表集体。

9.14 根据民事司法委员会的说法，只有两种采用选择退出制的集体诉讼机制是载于民事诉讼程序的规则之中，即美国的联邦机制（如《联邦民事诉讼规则》第 23 条规则所载者）以及《1998 年加拿大联邦法院规则》的第 334.1 至 334.40 条规则。其他这类机制，例如澳大利亚（联邦）的机制、维多利亚（州）的机制以及加拿大现存的可选择退出的机制，均已透过法规的制定而实施。¹³ 在维多利亚，《1986 年最高法院法令》第 4A 部中所载的可选择退出的现行机制，其历史发展可以说明上述情况。该套可选择退出的机制原本是由法院规则施

¹¹ 亦见于 *Report of the Attorney General's Advisory Committee on Class Action Reform*, 1990 年, 第 24-5 页。

¹² 民事司法委员会, *Improving Access to Justice through Collective Actions – Developing a More Efficient and Effective Procedure for Collective Actions* (2008 年 11 月), 第 183 页 (并于第 185-226 页附载《民事诉讼程序法令》及《法院规则》的草拟本)。

¹³ 民事司法委员会, *Improving Access to Justice through Collective Actions – Developing a More Efficient and Effective Procedure for Collective Actions* (2008 年 11 月), 第 432 – 433 页。

行的（透过《最高法院（一般民事诉讼程序）规则》第 18A 号命令）。在 *Schutt Flying Academy (Australia) Pty Ltd v Mobil Oil Australia Ltd (Attorney-General for the State of Victoria intervening)* 案中被控告的第一被告人对该等规则提出异议，而维多利亚上诉法院所须考虑的问题是，第 18A 号命令是否因超越了根据《1986 年最高法院法令》第 25(1)条归于法官的订立规则的权力而无效。¹⁴ 结果法庭以三比二的些微多数裁定第 18A 号命令是有效的。在就这个问题而向澳大利亚高等法院提出的进一步上诉开审之前，维多利亚议会通过了一项法例，消除对该机制是否合法的一切疑虑。

9.15 鉴于上述情况，我们建议将集体诉讼程序引入香港的条文应透过主体法例订定。

对《高等法院规则》第 15 号命令作出的修改

9.16 我们考虑过应否保留《高等法院规则》第 15 号命令为代表诉讼程序而订定的现有规则。在澳大利亚，除了适用于联邦法院及维多利亚最高法院的法定集体诉讼机制外，澳大利亚大部分司法管辖区的法院规则都有就代表诉讼订立条文。代表诉讼可在适当情况下自行展开，亦可与集体诉讼程序同时展开。

9.17 另一方面，等同《高等法院规则》第 12 条规则第 15 号命令的代表诉讼规则，被苏格兰法律委员会形容为“简单而没有帮助”，并有“多项事宜仍未有条文规定，因此可让法庭随意解释。”¹⁵ 苏格兰法律委员会所持看法，是“代表诉讼程序不足以应付苏格兰的多方诉讼中的难题，亦不能容易地经修改后用以应付这些难题。”¹⁶ 英国的民事司法委员会依据它研究其他司法管辖区的情况及广泛谘询有利害关系者后所得的结果，建议全面引入一种通用的集体诉讼。¹⁷ 民事司法委员会提议，《民事诉讼程序规则》第 19.6 条规则中列出的关于代表诉讼的现行规则，应由通用的集体诉讼程序取代，而该项程序是经革新的《民事诉讼程序规则》第 19 条规则¹⁸ 所订立的。我们认为极可能需要在《高等法院规则》中另行订立一条独立的命令，为香港的集体诉讼定下一般的程序架构。

¹⁴ [2000] VSCA 103.

¹⁵ 苏格兰法律委员会，*Multi-Party Actions*（第 154 号，1996 年），第 5.10 段。

¹⁶ 苏格兰法律委员会，*Multi-Party Actions*（第 154 号，1996 年），第 5.13 段。

¹⁷ 民事司法委员会，*Improving Access to Justice through Collective Actions – Developing a More Efficient and Effective Procedure for Collective Actions*（2008 年 11 月），第 137 页。

¹⁸ 至于《民事诉讼程序规则》第 19 条规则草拟本的内文，请参阅民事司法委员会，*Improving Access to Justice through Collective Actions – Developing a More Efficient and Effective Procedure for Collective Actions*（2008 年 11 月），第 189-222 页。

9.18 为了落实我们的建议 2（用以筛除明显不可为的集体诉讼案件的适当程序），集体诉讼除非获法庭按照《高等法院规则》所列的有关规则核证，否则不得以集体诉讼程序的方式继续进行。我们必须为核证一事订立条文，规定须于何时进行核证、适用的核证准则以及哪些法庭可核证某项法律程序为集体诉讼程序。至于香港应采用怎样的核证准则才属适当，我们欢迎各界发表意见。

公法案件的处理

9.19 对于公法案件集体诉讼的不同处理方案所引起的议题，我们仍未达致任何确切的结论。我们需要作出哪些法例修订，视乎在公众谘询后四个方案中哪一个方案获得采纳而定。

9.20 我们认为，即使决定了不将集体诉讼机制应用于公法案件，仍有需要给予法庭弹性以处理涉及多方诉讼的争论点。我们已于前文建议任何集体诉讼机制在公法诉讼中所应达致的最起码目标。法庭应获赋予酌情决定权，为处理涉及多方的公法诉讼设定适当的架构，例如利用测试案件或通过解决共通于所有申索人的争论点。我们提议应当参照英格兰的“集体诉讼令”及其他地方在集体诉讼方面的案件管理经验，以建立我们的集体诉讼机制。

选择原告人及避免潜在的滥用情况

9.21 依据我们的建议 4，应有以下一项明示的核证规定：原告代表人必须向法庭证明已就该项集体诉讼作出提供资金及讼费保障的恰当安排（就申索代表人及／或其律师而言），并须令法庭信纳该项安排。上述做法类似美国的《联邦民事诉讼规则》第 23(g)条规则中关于代表集体的律师能否充分地代表他们的规定。

9.22 此外，为了实施我们的建议 4(3)，应依循《1976 年澳大利亚联邦法院法令》第 33ZG 条制定条文，以赋权法庭在适当的案件中命令原告代表人按照讼费保证令的既定原则支付讼费保证金。

处理来自其他司法管辖区的当事人

9.23 我们的建议 5 关乎如何处理来自其他司法管辖区的当事人。外地原告人应界定为已有集体诉讼程序代其展开的集体成员，而该成员并非居于香港。为了照顾到牵涉香港境外司法管辖区的当事人的集体诉讼，法例应为外地原告人订立可选择加入的程序，并给予法庭酌情决定权，让法庭能因应申请并按照每宗个案的特别情况，容许整个外地原告人集体或其中经界定的组别选择退出（建议

5(1))。法庭会订定一个日期，订明外地的集体成员可在该日期之前选择加入集体诉讼，而没有在该日期前选择加入的外地集体成员，若未得法庭准许便不可在该日期后选择加入。为免产生疑问，法庭应获赋予明示的权力引用“不便诉讼地”的普通法规则，以搁置由外地原告人在香港展开的集体诉讼程序（见建议 5(3)）。

9.24 我们（在建议 5(2)中）建议修订《高等法院规则》第 11 号命令所载在香港以外地方送达法律程序文件的现行规则，即在被告人是来自香港以外的司法管辖区的情况下，容许提出申请，以便在本司法管辖区以外送达文件而无需证明集体诉讼中各成员的每一项申索均在《高等法院规则》第 11 号命令第 1(1)条规则所管限的范围内。只要原告代表人能提出应获批给许可的理由，法庭便可发出命令在本司法管辖区以外送达有关文件。

9.25 我们提议应于网上公告在香港展开集体诉讼程序的信息（建议 5(4)），因此要考虑到应否制定有关的法院规则或实务指示，规定原告人的代表律师须将有关的集体诉讼的信息发送给负责在网上发布的机构。

在可能展开的集体诉讼程序中提供法律援助

9.26 在第 8 章中，关于修改以个人为受助单位的法律援助计划的正反论据，我们都已一一列出。如果容许向集体诉讼程序中的原告代表人批给法律援助，则显然要修订《法律援助条例》（第 91 章）的现行法定架构。我们特别建议，将普通的法律援助计划及辅助法律援助计划扩及集体诉讼程序的做法，应受限于法律援助署署长的剩余权力，即署长可酌情拒绝向经济能力超出取得法律援助的资格上限的人批给法律援助，以免这些人因此获益（见建议 7(2)）。

9.27 我们也建议，假如《法律援助条例》将予修订以容许为集体诉讼提供法律援助，则应设计一些机制以确保没有获得法律援助的当事人应公平地分担讼费（建议 6）。苏格兰法律委员会曾要求苏格兰的法律援助当局考虑，应否在苏格兰引入以英格兰法律服务委员会的“多方诉讼安排”为蓝本的法律援助计划。¹⁹ 苏格兰法律委员会指出，上述安排就群体中所有申索人（不论有否获得法律援助）之间的讼费分摊作出规定，但受限于法庭为讼费的分担而发出的任何命令。《多方诉讼安排》列明一项普遍原则，即为某一群当

¹⁹ 苏格兰法律委员会，*Multi-Party Actions*（第 154 号，1996 年），第 5.44 段。法律服务委员会的 *Multi-Party Action Arrangements*（《多方诉讼安排》）的最新版本，于 2000 年 4 月生效。

事人所做的共通工作而招致的共通讼费，会由该群体的成员平均分担。所有其他讼费则会记入所涉个别当事人的帐目中。²⁰大家可以考虑是否依循《多方诉讼安排》的做法，在香港引入这一类计划。

集体诉讼的筹措资金方案

9.28 我们已在第 8 章讨论过为香港的集体诉讼筹措资金的一套较为可行的方案，并就此作出建议。有需要为筹措资金的机制设立稳健的法律基础，因此如果上述任何建议获社会接纳，便需要透过立法来实施。

9.29 我们认为，只要关乎有充分代表性的适当财务规定已予符合，则也许有空间让准申索人透过按判决金额收费的安排，私下寻求资助。我们没有就集体诉讼而建议容许订立按条件收费的安排。然而，我们同意民事司法委员会的提议，即应展开进一步研究，以确定按判决金额收费能否改善在香港寻求司法公正的渠道以解决各类民事纠纷，特别是涉及集体诉讼的民事纠纷。（建议 7(1)）

9.30 如果设立集体诉讼公共基金的建议（建议 7(2)）获得接纳，则需要制定赋权法例，为以下事宜作出规定：集体诉讼的融资安排、该基金在甚么范围内有权获受助当事人付还款项，以及该基金在针对受助当事人发出的不利讼费令方面须负上的法律责任有否上限（例如只限于该基金向受助当事人所提供的财务援助的水平）。

9.31 如果关于私人诉讼出资公司的参与的建议（建议 7(4)）获得接纳，则香港关于禁止助讼及包揽诉讼的普通法规则便须予变通。当局须要考虑透过立法处理私人诉讼出资公司的认可及规管，以及澄清在集体诉讼中哪些关于由第三者以商业形式出资的活动是获准的。控制及规管私人诉讼出资公司的其他可行方法，包括列出相关准则供法庭裁定某项提供资金安排是否不合法，以及列出关于出资、披露及财务状况等方面的法例规定。须予相应考虑的，是需要设立何种措施，以确保律师除了履行对其当事人应有的普通法职责及专业职责外，亦能保持其独立性而不会受私人诉讼出资公司所左右。

9.32 鉴于为香港的集体诉讼程序所引入的筹措资金方案，既复杂而又有困难，我们建议短期而言，较佳的做法是研究某些已有诉讼出资机制存在的界别，目的是先行在其中一个或多个界别中实施新设的集体诉讼机制，以检验其施行情况。我们也曾提议应考虑扩阔消费者诉讼基金（下称“该基金”）的适用范围，为集体诉讼程

²⁰ 法律服务委员会，*Multi-Party Action Arrangements 2000*，第 69 段。

序提供法律协助（建议 7(3)）。在目前以信托基金提供财政支援及法律协助的框架上，受助人如因获得该基金资助而取得利益的话，须向该基金付款以分担讼费。然而，如果该基金需为受助当事人因不利讼费令所负的法律责任而设有上限，或要设立适当机制以确保没有受该基金资助的集体诉讼成员会公平地分担该项法律程序的讼费，便需要制定有关法例。

案件管理的权力

9.33 我们相信集体诉讼所采用的程序，应反映《民事司法制度改革报告书》中建议的明订案件管理权力经实施后所取得的经验。²¹《高等法院规则》中已加入新条文，以表明其主要目的是按照各方当事人的实质权利公平地解决纠纷。一些有助推行积极案件管理的做法（例如案件管理会议及解决纠纷的另类办法）或会有用，并可纳入集体诉讼的程序规则中，但得视乎上述改革措施经实际运作后所得的经验而定。

聆讯集体诉讼案件的司法管辖权

9.34 哪些法庭应获准聆讯集体诉讼，是须予考虑的问题。我们认为明智的做法，是暂缓将聆讯集体诉讼的司法管辖权延伸至下级法院，直至有关程序在高等法院原讼法庭已运作五年或以上及由案例所衍生的法律已予确立为止。法官担当一个重要角色，以确保集体诉讼案件获有效率地及适当地处理。有关的程序规则亦可基于运作经验而加以微调。

9.35 起初，所有集体诉讼案件均应编入一个特定案件类别，由富经验的法官处理有关的非正审申请（包括核证）、进行审讯及核准和解。经过一段适当时间后，便可考虑将聆讯集体诉讼的司法管辖权限延伸至区域法院。大有可能会有一些所涉金额较小的集体诉讼，即使将其集体成员的申索金额合计，也仍在区域法院的司法管辖权限之内。鉴于有些集体诉讼涉及复杂的事宜，区域法院法官应获赋权将适当的案件转介高等法院原讼法庭审讯。

9.36 小额钱债审裁处的功能，是让个人能够以不复杂的程序提出小额钱债的申索。因此，我们认为不应赋权该审裁处聆讯集体诉讼。²²

²¹ 终审法院首席法官辖下民事司法制度改革工作小组，《民事司法制度改革——最后报告书》（2004年）。见上文第5章中在“法庭在案件管理方面的一般权力”的标题下对落实民事司法制度改革建议的讨论。

²² 安大略法律改革委员会：*Report on Class Actions* 第455段有此看法。

建议 8

- (1) 我们建议，应透过立法订立主体法例条文，在香港引入集体诉讼的新法庭程序，令可能会影响到实体法的改革的要素能获得全面辩论，并令有关改革得以落实，但在另一方面令人无法基于有关条文越权而提出异议。如果公众人士在这次谘询中赞同引入集体诉讼机制，则应进一步研究在集体诉讼中所采用的法例条文的详细设计。
- (2) 我们建议，为了落实我们就筛除明显不可为的集体诉讼案件而订立适当程序的建议，集体诉讼程序除非获法庭按照《高等法院规则》列明的规则核证，否则不应获准以集体诉讼程序的方式继续进行。
- (3) 我们建议，应在《高等法院规则》中另行订立一条独立的命令，列明通用的集体诉讼程序，以代替《高等法院规则》第 15 号命令第 12 条规则下关于代表诉讼的现有规则。
- (4) 我们建议将一些有助推行积极案件管理的做法纳入集体诉讼的程序规则中，但得视乎终审法院首席法官辖下民事司法制度改革工作小组的报告书中的建议经落实之后，实际运作所得的经验而定。
- (5) 我们建议，应暂缓将聆讯集体诉讼的司法管辖权延伸至区域法院，为期最少五年，直至由高等法院原讼法庭的案例所衍生的法律已予确立为止。
- (6) 我们建议，区域法院法官应获赋权，将适当的集体诉讼案件（基于其复杂性）转介高等法院原讼法庭审讯。
- (7) 我们建议，小额钱债审裁处不应获赋权聆讯集体诉讼程序。

第 10 章

总览各项建议及征求意见

引言

10.1 法律改革委员会的集体诉讼小组委员会获邀研究应否在香港采纳一套处理多方诉讼的机制。本谘询文件列出小组委员会的观点，并作出多项建议。小组委员会希望听到社会大众对其建议的看法。

10.2 本谘询文件篇幅颇长，并提出了一些复杂的议题。我们尝试为读者简化谘询过程，将一些我们特别希望获得回应的事项，以具体问题的方式胪列于下文。如读者意欲对本谘询文件中的任何其他事宜发表意见，我们当然亦无任欢迎。

10.3 假如你没有足够时间回答或不欲回答下列所有问题，我们已将其中最重要的几个问题以**粗体**标示，以兹识别。

问题

10.4 本文件**第 1 章**列出香港在代表诉讼方面的现行政程序，并总结认为使用现行的代表诉讼程序有很大程度的不确定性。建议 1（参照第 1.35 段）述明我们相信为了令寻求司法公正的渠道具有效率、清晰明确和实际可行，为多方诉讼引入一套全面的机制是言之成理的。

问题 1：你是否同意应在香港为多方诉讼引入一套全面的机制？

10.5 **第 3 章**较仔细地研究将集体诉讼机制引入香港的需要。建议 2（参照第 3.60 段）述明我们认为，建基于公平、便捷及合乎成本效益等概念的人人皆有均等渠道寻求司法公正的原则，应引领涉及多方诉讼的现行制度的任何改革。在上述信念的引领下，我们确信现已有充分理由考虑在香港的法院中建立一套全面的程序框架，以规管集体诉讼，但同时紧记需要谨慎行事，以免不当地鼓励人们提起诉讼。我们认为在任何集体诉讼制度中，最重要的是要有适当的程序筛除明显不可为的案件，并应设立适当规则以确保公平、便捷和合乎成本效益的原则。此外，应充分利用“解决纠纷的另类办法”，例如调解和仲裁，作为中期和最终的解决争议办法。

问题 2：你是否同意小组委员会的看法，即公平、便捷及合乎成本效益这几项概念应引领多方诉讼程序的任何改革？

10.6 **第 4 章**探讨在厘定集体成员时可供挑选的两种模式：选择加入制及选择退出制。建议 3（参照第 4.17 段）建议，除因法庭为维护司法公正和妥善执行司法工作而行使其所获赋予的酌情决定权另作命令外，新的集体诉讼机制应采用“可选择退出”的模式，即某宗案件一经法庭核证为适合以集体诉讼的方式进行，有关集体的成员（符合法庭发出的命令所界定者）便会自动被视为受到该项诉讼所约束，但如任何成员在法庭命令所限定的时间内以该命令所订明的方式选择退出，则不在此限。

问题 3：你是否同意建议的集体诉讼机制应采用“选择退出制”（即集体成员除非明确地选择退出集体诉讼，否则均自动受到该宗诉讼所约束）？

10.7 **第 5 章**考虑在集体诉讼机制中处理公法案件的四个不同方案：

- (1) 公法案件应摒除于一般集体诉讼机制之外，并应设立另一机制处理涉及多方的公法诉讼程序，而集体诉讼机制只处理私法案件；
- (2) 法庭应获赋予酌情决定权，可在公法案件中选用可选择加入或可选择退出的程序，而赞同采用可选择加入程序（一如我们的建议 1 至 3 所主张者）的推定并不存在；
- (3) 公法案件应采用我们所提议普遍施行的可选择退出模式（建议 1 至 3），但加设核证准则以筛除不适宜以集体诉讼程序处理的公法案件；及
- (4) 公法案件应采用可选择加入模式，令只有已明示同意受集体诉讼判决约束的人才会被视为该项判决所关涉的当事人。

问题 4：你认为香港应采用这四个方案中的哪一个，以处理在建议的集体诉讼机制下的公法案件？

10.8 **第 6 章**处理集体成员刻意挑选财力短绌的原告人作为集体代表，从而濫用法院程序的问题。建议 4（参照第 6.48 段）提议：

- (1) 应就代表性是否足够的问题订明适当的规定，以防止财力充裕的集体成员刻意挑选财力短绌的原告人作为集体代表，从而滥用法院程序。
- (2) 与此同时，真正财力短绌的诉讼人应有筹措资金的渠道。
- (3) 为避免滥用法院程序及确保受诉讼风险影响的人不应蒙受不公，我们建议，法庭应在适当的个案中命令原告代表人按照讼费保证令的既定原则支付讼费保证金，此外可借着一条类似《1976年澳大利亚联邦法院法令》第33ZG条的条文，赋权法庭可在适用的个案中命令提供讼费保证。

问题 5：你是否同意应设立适当措施，防止财力稳健的集体成员刻意挑选财力短绌的原告人作为集体代表，从而滥用集体诉讼程序？

问题 6：如果你同意的话，你又是否同意：

- (a) *应为真正财力短绌的诉讼人在新的集体诉讼机制下获取资助一事，订立条文；及*
- (b) *法庭应获赋予权力，可在指明情况下命令原告代表人支付讼费保证金？*

10.9 **第 7 章**就涉及来自其他司法管辖区的当事人的集体诉讼，研究与之相关连的问题。建议 5（参照第 7.50 段）提议：

- (1) 凡集体诉讼程序涉及来自香港以外的一个或多个司法管辖区的当事人，则对于这些外地原告人，应采用“选择加入”程序作为预设模式。这项预设规则应附加一项赋予法庭的酌情决定权，让法庭能因应申请并按照每宗个案的特别情况，容许外地原告人的整个集体或其经界定的组别采用“选择退出”程序。
- (2) 如被告人是来自香港以外的一个或多个其他司法管辖区，我们建议《最高法院规则》第 11 号命令所载在香港司法管辖权范围外送达法律程序文件的现行规则（经稍作变通），应予适用。
- (3) 如果主审法庭行使司法管辖权是明显地不适当的，以及在解决有关争议的事上别处的法庭具有明显地更为适当的司法管辖权，则主审法庭可在适当情况下，引用“不便诉讼地”的普通法规则，搁置涉及来自其他司法管辖区的原告人的集体诉讼程序。

- (4) 为协助准外地当事人考虑是否加入在香港展开的集体诉讼程序，应在某一网站内公告有关诉讼程序的信息。

问题 7：如果集体诉讼程序涉及来自香港以外的司法管辖区的当事人，你是否同意：

- (a) 应采用“选择加入”程序作为预设模式（换言之，除非集体成员明确选择加入诉讼，否则将不会受到集体诉讼所约束）；法庭另可在个别案件中因应外地原告人提出采用“选择退出”程序的申请，施行该项程序；
- (b) 《最高法院规则》第 11 号命令所载在香港以外送达法律程序文件的现行规则（经稍作变通），应予适用；及
- (c) 如果主审法庭行使司法管辖权是不适当的，以及在解决有关争议的事上别处的法庭具有明显地更为适当的司法管辖权，则主审法庭可引用“不便诉讼地”此项理由，搁置这类集体诉讼程序？

10.10 **第 8 章** 探讨为建议的集体诉讼程序提供资金的不同模式，而法律援助是一种主要的出资模式。建议 6（参照第 8.53-8.54 段）提议，在牵涉获法律援助的原告人的集体诉讼程序中：

- (1) 获法律援助的人不应因为答应在集体诉讼中出任原告代表人而失去法律援助，但他所获得的资助或保障，只应犹如他是正在进行个人诉讼一样，而不是就集体诉讼而获得的；
- (2) 如果获法律援助的人在集体诉讼中成为原告代表人，在共同基金讼费总额中会归于该人负责的部分，应从共同讼费总额中分开计算，犹如他是正在以个人身分进行诉讼一样。

如果将《法律援助条例》修订以容许为集体诉讼提供法律援助，则应订定机制以确保不获法律援助的诉讼人公平地分担讼费。

问题 8：你是否同意：

- (a) 获法律援助的人若答应在集体诉讼中出任原告代表人，他所获得的资助或保障应只限于《法律援助条例》所容许的程度；
- (b) 如果集体诉讼中的原告代表人是获法律援助的人，在共同基金讼费总额中会归于该名受助人负责的部分，应从

共同讼费总额中分开计算，犹如他是正在以个人身分进行诉讼一样；及

(c) 如果将《法律援助条例》修订以容许为集体诉讼提供法律援助，则不获法律援助的诉讼人应公平地分担讼费？

10.11 建议 7（参照第 8.158 段）述明：

- (1) 如果找不到适当的方法资助经济能力有限的原告人，则普遍认为集体诉讼机制不会取得甚么成效。在香港，鉴于一般规则是“讼费视乎结果而定”（即除非法庭依据案情行使酌情决定权而另有安排，否则败诉一方要支付诉讼的费用），我们考虑过其他做法以将集体诉讼的财政负担转嫁以下群体：被告人、集体成员及代表集体的律师。但除了按条件收费安排外（这安排有需要基于我们在建议 4(3)中就集体诉讼程序而建议的讼费保证机制，再作进一步研究），我们在参考过海外的经验和本地的条件后，认为这些做法都是不可行或不切实际的。
- (2) 我们因此提议，鉴于香港的情况，将普通的法律援助计划和法律援助辅助计划扩及集体诉讼程序，会较为适合。应令这项扩展受限于法律援助署署长的剩余权力，即署长可酌情拒绝向经济能力超出取得法律援助的资格上限的人批给法律援助，以免这些人因此获益。我们的整体意向是采取循序渐进的做法，长远而言令致全面的集体诉讼基金得以设立（这是一个可酌情批出款项予所有合格的集体诉讼原告人的特殊公共基金，而原告代表人必须从向被告讨回的得益中付还获批给的款项作为回报）。
- (3) 鉴于把全面的出资机制引入香港牵涉的复杂情况和困难，我们建议短期而言，较佳的做法是研究某些已有诉讼出资机制存在的界别，目的是先行在其中一个或多个界别中实施新设的集体诉讼机制，以检验其施行情况。我们考虑过基于香港小股东权益协会的建议设立与证券有关的诉讼基金，但最终认为在短期内这不大可能是一个解决方法。我们讨论过将消费者诉讼基金的适用范围扩及消费者申索个案中的集体诉讼。该基金是向受屈消费者提供财政支援和法律协助以获得法律补救的信托基金。以这个目前的架构为基础，我们建议应增加该基金的资源，以加强对消费者申索个案中的集体诉讼提供资助。假如该基金的适用范围扩及集体诉讼，设计机制以确保在有关集体诉讼中没有获该基金协助的成员公平地分担该宗诉讼的讼费，便

十分重要。至于哪一个方案较为可取，我们至今仍未有定论，欢迎社会各界就此发表意见。

- (4) 我们考虑过由私人的诉讼出资公司（即与准诉讼人订立合约的商业实体）介入以提供资助的方案（由诉讼出资公司支付诉讼的费用，并承担一旦败诉时须支付对方讼费的风险。诉讼出资公司会获支付因胜诉而取得的收益的一部分，作为回报）。这个方案很可能会引起争议，我们亦未达致最终结论，因此欢迎社会各界就此发表意见。假如诉讼出资公司获容许在香港运作，当局可能需要立法以认可及规管诉讼出资公司，并澄清在属商业性质的第三者诉讼出资中，哪些活动是获得核准的。

问题 9： 你是否同意应将普通法律援助计划和法律援助辅助计划扩及集体诉讼程序，但容许法律援助署署长拒绝向经济能力超出取得法律援助的资格上限的人批给法律援助，以免这些人因此获益？

问题 10： 你是否同意最终目标应是设立集体诉讼基金？这会令所有合格的集体诉讼原告人获酌情批出款项，而原告代表人要从向被告讨回的得益中付还款项予集体诉讼基金。

问题 11： 你是否同意消费者诉讼基金提供法律协助和财政支援的范畴应扩及消费者申索中的集体诉讼？

问题 12： 由私人诉讼出资公司资助集体诉讼的做法，应否获得认可和受到规管？

10.12 **第 9 章** 列出新机制中一些关于程序的较为详细的建议。建议 8（参照第 9.36 段）提议：

- (1) 应透过立法订立主体法例条文，在香港引入集体诉讼的新法庭程序，令可能会影响到实体法的改革的要素能获得全面辩论，并令有关改革得以落实，但在另一方面令人无法基于有关条文越权而提出异议。如果公众人士在这次谘询中赞同引入集体诉讼机制，则应进一步研究在集体诉讼中所采用的法例条文的详细设计。
- (2) 为了落实我们就筛除明显不可为的集体诉讼案件而订立适当程序的建议，集体诉讼程序除非获法庭按照《高等法院规则》列明的规则核证，否则不应获准以集体诉讼程序的方式继续进行。

- (3) 应在《高等法院规则》中另行订立一条独立的命令，列明通用的集体诉讼程序，以代替《高等法院规则》第 15 号命令第 12 条规则下关于代表诉讼的现有规则。
- (4) 将一些有助推行积极案件管理的做法纳入集体诉讼的程序规则中，但得视乎终审法院首席法官辖下民事司法制度改革工作小组的报告书中的建议经落实之后，实际运作所得的经验而定。
- (5) 应暂缓将聆讯集体诉讼的司法管辖权延伸至区域法院，为期最少五年，直至由高等法院原讼法庭的案例所衍生的法律已予确立为止。
- (6) 区域法院法官应获赋权，将适当的集体诉讼案件（基于其复杂性）转介高等法院原讼法庭审讯。
- (7) 小额钱债审裁处不应获赋权聆讯集体诉讼程序。

问题 13：你是否同意如将集体诉讼机制引入香港，应透过立法设立这个机制？

问题 14：你是否同意集体诉讼只应在获法庭核证为符合《高等法院规则》所列明的有关规则之后，才准予进行？

问题 15：应否在《高等法院规则》中列明新的集体诉讼程序，以代替《高等法院规则》第 15 号命令第 12 条规则下关于代表诉讼的现有规则？

问题 16：你是否同意将一些有助法庭推行积极案件管理的条文纳入集体诉讼的程序规则中？

问题 17：你是否同意在引入这套新机制后的最少五年之内，集体诉讼的聆讯不应在区域法院进行？

问题 18：区域法院法官应否获赋权将复杂的集体诉讼转介高等法院原讼法庭审讯？

问题 19：你是否同意小额钱债审裁处不应有权聆讯集体诉讼程序？

可能适合采用集体诉讼程序的案件类别 以及相关条文

保险案件（涉及侵权或合约的申索）

地产发展案件（例如买家因发展商延迟交楼或楼宇造工粗劣而对发展商提出的申索）

环保案件

劳资纠纷

(a) 破产欠薪保障基金

1. 当雇主无力偿债时，雇员可能有需要（通常是在法律援助署协助之下）针对雇主提出破产或清盘呈请，以追讨对方所欠的债项，例如拖欠的工资、代通知金及遣散费。此外，雇员亦可根据《破产欠薪保障条例》（第 380 章），向破产欠薪保障基金（简称“保障基金”）申请特惠款项，而保障基金的资金是来自商业登记证每年所收取的征费。劳工处负责处理及审核要求保障基金垫支特惠款项的申请。

2. 保障基金可以垫支的特惠款项为：

- (1) 所拖欠的工资
- (2) 代通知金
- (3) 遣散费

3. 在有清盘呈请或破产呈请（视乎情况而定）针对雇主提出后，劳工处处长始可支付特惠款项。如属以下情况，劳工处处长可免除上述规定：

- (1) 雇主所雇用的雇员少于 20 名；
- (2) 有足够证据支持提出呈请；及
- (3) 在该宗个案中提出呈请并不合理或不符合经济原则。

4. 如已由保障基金拨款向申请人支付特惠款项，则申请人就申请书所申明的申索项目而享有的权利及补救，在不超逾特惠款项

的范围下，均会移转及归属基金委员会。基金委员会所享有的代位权，不影响申请人就其他债项（包括累积的假日薪酬、代通知金余数及遣散费的余数）而享有的权利或补救。

(b) 容许进行代表申索的现有条文

5. 现时已订有条文容许在有劳资纠纷发生时进行代表申索。根据《劳资审裁处条例》（第25章）第25条，如两名或多于两名的人有针对同一被告人的申索，可以其中一人的名义代表全部或部分的人提出该等申索。¹ 如在法律程序的任何阶段中，审裁处认为提出代表申索可能对被告人有所损害，可命令将全部或其中一名被代表的人的申索分开查讯。审裁处就代表申索作出裁断时，可从经裁断的款项中将其认为适当的部分分配给每一名被代表的人。

6. 审裁处可将已提交的代表申索的详情，以及所定的聆讯日期地点，安排以其认为适当的方式发出公告。审裁处在作出裁断前，可随时按其认为适当的条款，给予任何人许可加入成为申索中被代表的人之一。

7. 《小额薪酬索偿仲裁处条例》（第453章）第24条及《小额钱债审裁处条例》（第338章）第21条也订有几乎完全相同的条文。

消费者案件（例如产品责任及欺诈消费者行为）

消费者诉讼基金

8. 消费者诉讼基金（简称“诉讼基金”）是一项信托基金，旨在透过提供经济支援及法律协助令消费者可取得法律上的补救。消费者委员会是诉讼基金的信托人，而诉讼基金的管理委员会，则

¹ “(3) 在代表申索中每名被代表的人，均须当作已授权其代表代为办理以下事宜—

- (a) 就申索查讯过程中出现的任何事宜，向审裁处作证及陈词，以及传唤他人作证；
- (b) 提交誓章、供词或其他文件；
- (c) 同意调查主任拟备的事实摘要；
- (d) 同意押后聆讯或更改聆讯地点；
- (e) 同意进行调解及参与调解；
- (f) 以该代表认为适当的条款，同意达成申索的和解；
- ...
- (h) 就全部或任何个别申索而修订申索事项或放弃该宗申索；及
- (i) 一般地全权及自由行事，犹如其所代表的申索人本人一样。

(4) 根据第(3)款当作已给予代表的权限，非有审裁处许可，不得撤回。”

就要求诉讼基金协助的个案是否符合资格和有理据，向消费者委员会提供意见。

9. 诉讼基金旨在：

- (a) 协助消费者提出代表诉讼或在代表诉讼中提出抗辩；
- (b) 协助消费者，就涉及共通的法律或事实问题的同一宗交易或同一系列的交易联名索偿；
- (c) 在行政上将诉讼因由及申索类同的个别消费者集合起来，安排其案件同时或接续进行聆讯；
- (d) 为公众利益而提出诉讼；及
- (e) 处理涉及重大消费者利益的个案。

10. 诉讼基金的服务范围，涵盖涉及重大公众利益或不公平情况的事件以及与消费者交易有关的事件，特别是与以下各项有关的个案：

- (i) 不宜商售的劣质货品，包括食品及药物；
- (ii) 苛刻、不良或限制竞争的经营手法；
- (iii) 不公平及不合情理的合约条款；
- (iv) 消费者合约中的免责条款；
- (v) 虚假或有误导成分的广告声称；
- (vi) 虚假的商品说明；
- (vii) 货品、服务或土地财产的失实说明或失实陈述；或
- (viii) 任何其他涉及重大消费者利益的个案。

11. 提出申请的消费者，必须已尝试采用所有其他排解纠纷的方法，并且是不符合资格申请任何形式的法律援助的。不过，作为诉讼基金信托人的消费者委员会，却可以运用酌情权决定是否批给协助。诉讼基金并无经济审查之设，但消费者委员会在决定是否接办某宗个案时，可考虑申请人的财务资源。

涉及公众利益的案件(例如涉及宪法问题、居留权案件等)

涉及歧视的案件

12. 根据《性别歧视（调查及调解）规则》（第 480 章，附属法例 B）第 3 条²，指称另一人已作出违法作为的代表申诉一

² 《残疾歧视（调查及调解）规则》（第 487 章，附属法例 B）第 3 条及《家庭岗位歧视（调查及调解）规则》（第 527 章，附属法例 A）第 3 条均订有与此条完全相同的条文。

- (a) 可由因该作为而感到受屈的人，代表该人本身以及代表另一名或另一些亦因该作为而感到受屈的人提出；
- (b) 可由两名或多于两名因该作为而感到受屈的人，代表他们本身以及代表另一名或另一些亦因该作为而感到受屈的人提出；或
- (c) 可由某人代表另一名或另一些因该作为而感到受屈的人提出。

13. 代表申诉只可在得到申诉委托人同意下提出，如有多于一名申诉委托人，则须符合以下情况始可提出：

- (a) 各申诉委托人的申诉是针对同一人的；
- (b) 所有申诉均是关乎同一、相类似或有关情况的，或均是在同一、相类似或有关情况下产生的；及
- (c) 所有申诉均引起某个实质共通的法律争议或事实争议。

14. 按法律规定，平等机会委员会（“平机会”）须先调查投诉个案，然后试图通过调解解决事件。如果投诉未能通过调解而得以解决，投诉人可向平机会提出申请，要求获得法律协助以诉诸法庭。平机会所提供的协助，可包括提供法律意见，由平机会律师担任申请人的法律代表，由外间律师担任申请人的法律代表，或平机会认为适当的任何其他形式的协助。

涉及证券的案件

挪用或盗窃证券

15. 自《证券及期货条例》（“条例”）生效以来已先后揭发多宗持牌法团的高级人员挪用客户资产的案件。在某些情况中，客户的证券被不当地质押予持牌法团的银行，而在另一些情况中，客户的证券则被售予或转让予第三者。这些案件的共通之处，就是中介人违反《证券及期货（客户证券）规则》的规定，在未获授权的情况下处理了客户的证券。

16. 在每一宗案件中，证券及期货委员会（“证监会”）均依据条例第 213(1)条向法庭申请作出各种补救，以保障有关客户的权益。证监会提出了申请，要求法庭委任破产管理人，以管理持牌法团的事务，保存客户的剩余资产，调查损失的程​​度，就客户可取回

多少余下的证券要求法庭作出指示，并且尽快把证券交还客户。破产管理人在要求法庭就余下证券的分配方法作出指示时，惯常做法是把客户的申索按实际情况分成不同类别。

17. 投资者有权根据条例第 XII 部及《证券及期货（投资者赔偿——申索）规则》所列明的法定赔偿计划要求赔偿。根据上述规则，因指明人士（规则所界定者）违责而蒙受损失的投资者可向投资者赔偿基金要求赔偿。“违责”的定义是“指明人士或其相联者有无偿债能力情况、破产或清盘”或“指明人士或其相联者犯有违反信托、亏空、欺诈或不当行为”。现时每名申索人最高可获的赔偿是\$150,000。申索程序简单直接，只需填写标准格式的申请表格和提交纪录以证明申索人有权取回多少证券。至于就申索作出裁定，则是投资者赔偿公司之责。这法定的赔偿计划，与透过法庭索偿相比，似乎能为损失（经计算管理人所发还的证券或现金后）不超过\$150,000的客户提供更有效的补救方法。

18. 损失超过此数的投资者可以申索损害赔偿，但实际上通常无人会采用此法律程序，因为准答辩人多半是陷于经济困难并已清盘，投资者只可在其清盘时证明自己尚有多少损失未获赔偿。

一名代客户持有证券的中介人无力偿债

19. 正达证券有限公司（“正达”）一案，是在涉及证券的情况中采用代表个案的例子。在正达清盘的过程中，清盘人向法庭提出申请，要求就正达客户对正达透过中央结算系统代他们购入的证券是否享有所有权权益作出指示。由于所涉客户人数庞大，法庭指示委任两名答辩人作为代表，分别代表两类客户。第一类是指在法庭裁定客户对该等证券享有上述权益的情况下可获授权在清盘中讨回该等证券的客户，而第二类则指在法庭裁定该等证券属于正达的一般资产其中一部分的情况下可讨回大部分证券的客户。为了把余下的证券归还客户，法庭按案件的独有情况，指示现金客户相对于孖展客户而言有优先权，而每一类别的客户均享有同等权益。清盘人根据法庭此决定着手把客户分为“现金”或“孖展”两类，结果导致有超过 400 份反对通知书向法院提交。清盘人结果把各式各样的反对理由过滤然后再分为五个类别，要求法庭作出指示。在案件进行聆讯时，有多名客户由不同的律师代表，而他们所提出的反对理由，总的来说都可以归入这五个类别。法庭发觉，“由于律师以这种形式来代表客户，法庭可以省回就每一类客户作出一项具代表性的命令的时间和讼费。”法庭后来作出裁定，处理了代表各类反对理由的样本个案。法庭表示希望这个裁定能适用于大部分个案，

从而可省回就个别反对理由作出裁定的时间和讼费。事件后来的发展，似乎也是如此。

不当销售、不合适的建议及有疏忽成分的投资意见

20. 基于所获提供的意见有疏忽成分而提出的申索，可能不适合进行代表诉讼或集体诉讼，因为裁定法律责任的基本考虑因素是客户本身的个人及经济情况，而这是每宗个案都不同的。因此，准集体成员在为提起第 15 号命令第 12(1)条规则所指的代表诉讼而进行的法律程序中是否有“*相同权益*”，这一点是不清晰的。再者，赔偿性质的损害赔偿是按被代表的集体的成员所各自蒙受的损失来计算，但要进行计算却可能会有困难。

21. 采用一种与英格兰所已引入的集体诉讼令相类的多方诉讼程序似乎有好处，而集体诉讼令是为出现共通或相同的事实争论点或法律争论点的申索提供案件管理，但英格兰与威尔斯高等法院于 2006 年 3 月在 *Allerton and others v Brewin Dolphin Securities and others* 一案中的裁决（未经汇报）指出，这样做可能会有困难。在该案中，集体诉讼法的事务律师就指称 11 名财务顾问犯有疏忽的索偿案件，代表客户中的 74 人提出申请，要求法庭作出集体诉讼令。这些申请人均是投资者，与答辩人订有协议，由对方提供财务意见或代为投资。据称这群投资者曾对自己的投资顾问表明自己的风险承受能力属于低或中度，但后者仍建议他们投资于高风险的投资产品之上。各申请人坚称，在每一宗个案中投资顾问于提供意见或作出投资决定时均有失职，故此他们的申索是产生自相类的情况，并且出现实质共通的争论点。首席聆案官韦嘉顿（Winegarten）拒绝批给集体诉讼令，理由是案情不适合这样做，他在各宗个案之间找不到任何共通的事实或法律争论点，因为每一宗个案都有其独特的案情。每一名投资者获提供意见的时间都不同，风险状况和投资组合亦各有不同，而即使投资者属意于低风险的投资，财务顾问在提供意见时也要考虑其风险状况和投资组合。故此，表面上是否有共通的事实争论点，要视乎个别投资者的个人情况和投资情况而定，而这是需经调查才能决定个别投资顾问所提供的意见或所作出的行动是否有疏忽成分。法庭认为按此案的情节来说，并不适宜批给集体诉讼令，因为要裁定可有疏忽成分须先评估案情是否适合作此裁决，而评估的结果是每一宗个案都不同。由于进行集体诉讼有困难，很多投资者都同意就自己的申索接受和解，以换取 21 名投资产品供应商在金融服务管理局的压力之下以特惠条件所提供的部分赔偿。

22. 如果不当销售的案件被认为不适宜采取多方诉讼程序，后果之一便是规管当局可能会面对越来越沉重的公众压力，必须与受其规管者商讨赔偿的问题。虽然香港证监会无权命令受规管人士作出赔偿，但可以在适用的个案中协助投资者达成和解³，而罗德利（亚洲）有限公司一案即为实例之一。该公司是一间获证监会发牌的投资顾问公司，证监会曾就其所销售的多只基金对其展开纪律程序，各项指控包括未有对该等基金进行充分的尽职审查，以及把该等基金售予投资目标和风险承受能力不一定与该等基金的风险状况相符的客户。该等基金后来暂停交易，并且进行清盘，受影响的客户超过 1,000 名。证监会后来终止纪律程序，而条件之一是罗德利（亚洲）有限公司须订立赔偿计划，向愿意就申索达成和解的客户支付特惠款项。

《证券及期货条例》所订的民事责任

23. 《证券及期货条例》（“条例”）订有多项法定诉讼因由，这些诉讼因由理论上可以产生多宗涉及同一间公司的独立申索。

24. 条例第 108 条订明，如某人透过欺诈的、罔顾实情的或疏忽的失实陈述（如该条所界定者），诱使另一人取得、处置、认购或包销证券，或订立受规管投资协议，或取得集体投资计划的权益，或参与集体投资计划，该另一人便有针对性人的诉讼因由。这名作出上述失实陈述的人，不论是否招致任何其他法律责任，均负有法律责任以损害赔偿的方式，赔偿该另一人因依赖该失实陈述而蒙受的金钱损失。

25. 条例第 281 条订明，任何人如作出与市场失当行为（如该条所界定者）有关的作为，则负有法律责任以损害赔偿的方式赔偿另一人因该市场失当行为而蒙受的金钱损失。在有关的法律程序中，市场失当行为审裁处裁定曾发生市场失当行为及某些人曾从事市场失当行为的裁定，可获接纳为证据，并且如获接纳即可构成一项假定。市场失当行为包括有内幕交易、虚假交易、操控价格的行为、操纵证券市场的行为，以及披露虚假或具误导性的资料以诱使进行交易的行为。

26. 条例第 305 条订明，如违反条例第 XIV 部第 2 至 4 分部所订的条文即须负民事责任（这些条文订明，内幕交易、虚假交

³ 例如在 2009 年就雷曼兄弟迷你债券所进行的谈判。

易、操控价格的行为、操纵证券市场的行为及披露虚假或具误导性的资料以诱使进行交易的行为，均属罪行)。申索人必须是因这些违例事项而蒙受金钱损失。

27. 条例第 391 条，就作出关于证券及期货合约的虚假或具误导性的公开通讯的民事法律责任订定条文。任何人对公众发出或作出关于证券或期货的合约的虚假或具误导性的通讯，又或该通讯可能影响证券的价格或期货的价格，而他知道该通讯在要项上属虚假或具误导性，或罔顾该通讯是否在要项上属虚假或具误导性，或在该通讯是否在要项上属虚假或具误导性方面有疏忽，即负有法律责任以损害赔偿的方式，赔偿另一人因依赖该通讯而蒙受的金钱损失。

28. 虽然受影响的投资者有可能通过第 15 号命令第 12(1)条规则为进行代表诉讼而订出的人数测试，他们在根据条例的此等条文而进行的法律程序中是否有“*相同权益*”却不是那么清晰的。如果涉及例如依赖、诱使及因由之类的争论点而须按个别案件的情节裁定，代表诉讼程序便多半不适合。此外，在计算赔偿性质的损害赔偿方面也可能会有困难，因为这类赔偿是按被代表的集体的成员所各自蒙受的损失来评估的。

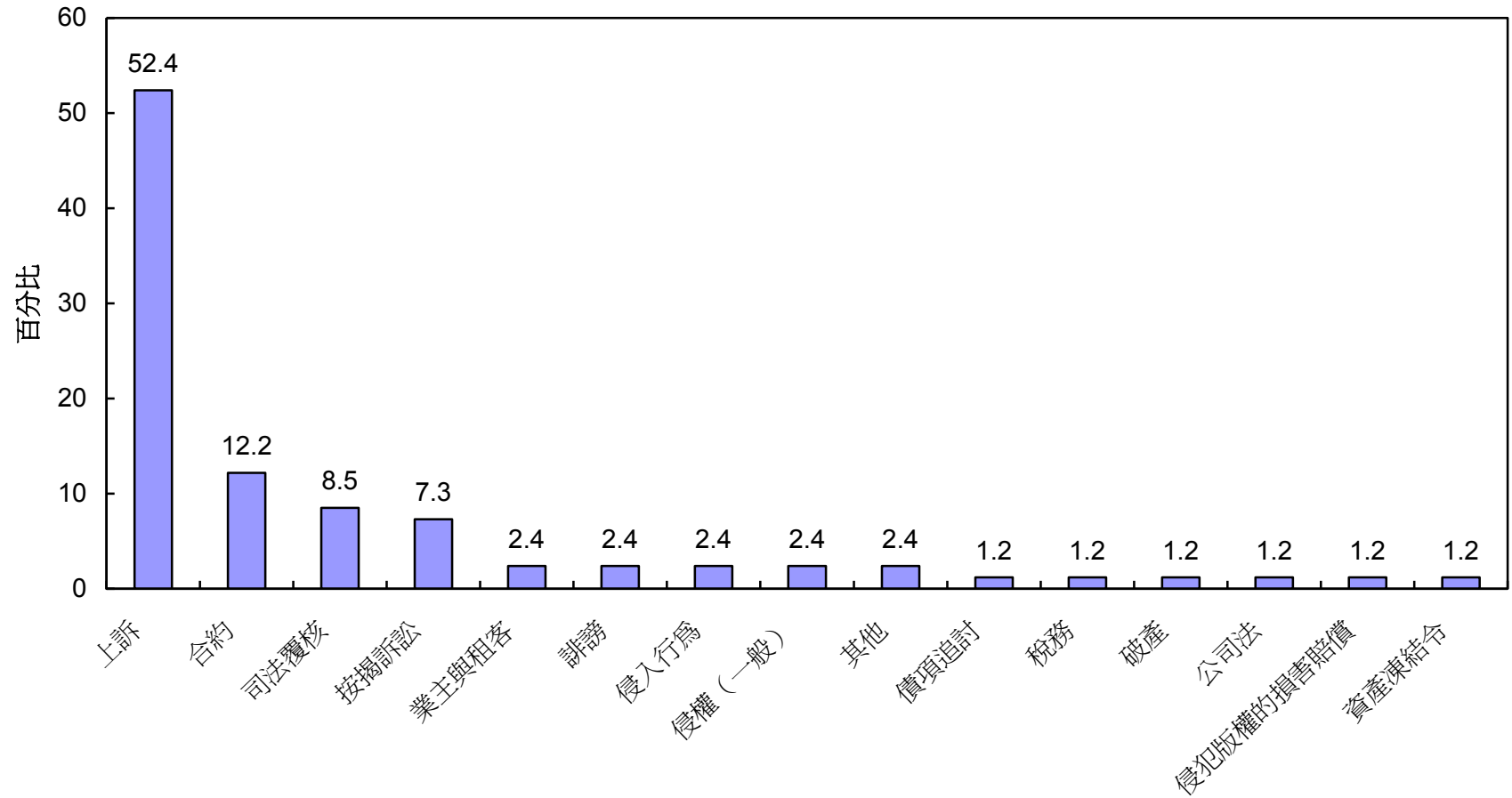
其他案件类别

- (1) 反垄断／竞争案件；
- (2) 无力偿债案件（例如涉及多名债权人的诉讼）；
- (3) 专业疏忽案件（例如在审计方面的疏忽，涉及建造工程的疏忽（例如不符合标准的建筑物））；
- (4) 侵犯版权的案件（例如唱片公司指称 Napster 侵犯版权而向对方提出的申索）；
- (5) 互联网的使用（例如指称互联网服务供应商处理个人资料不当而向对方提出的申索）；
- (6) 诽谤申索（例如诽谤某宗教团体或某机构的案件）；
- (7) 人身伤害案件（例如食物中毒案件，因进食遭污染的海产食物而感染肝炎的案件）；
- (8) 指称服务提供者所提供的服务不足或不符合标准而向对方提出的申索（例如指称医疗服务提供者行为失当而向对方提出的申索）；及
- (9) 指称硬件或软件失灵而向电脑公司提出的申索。

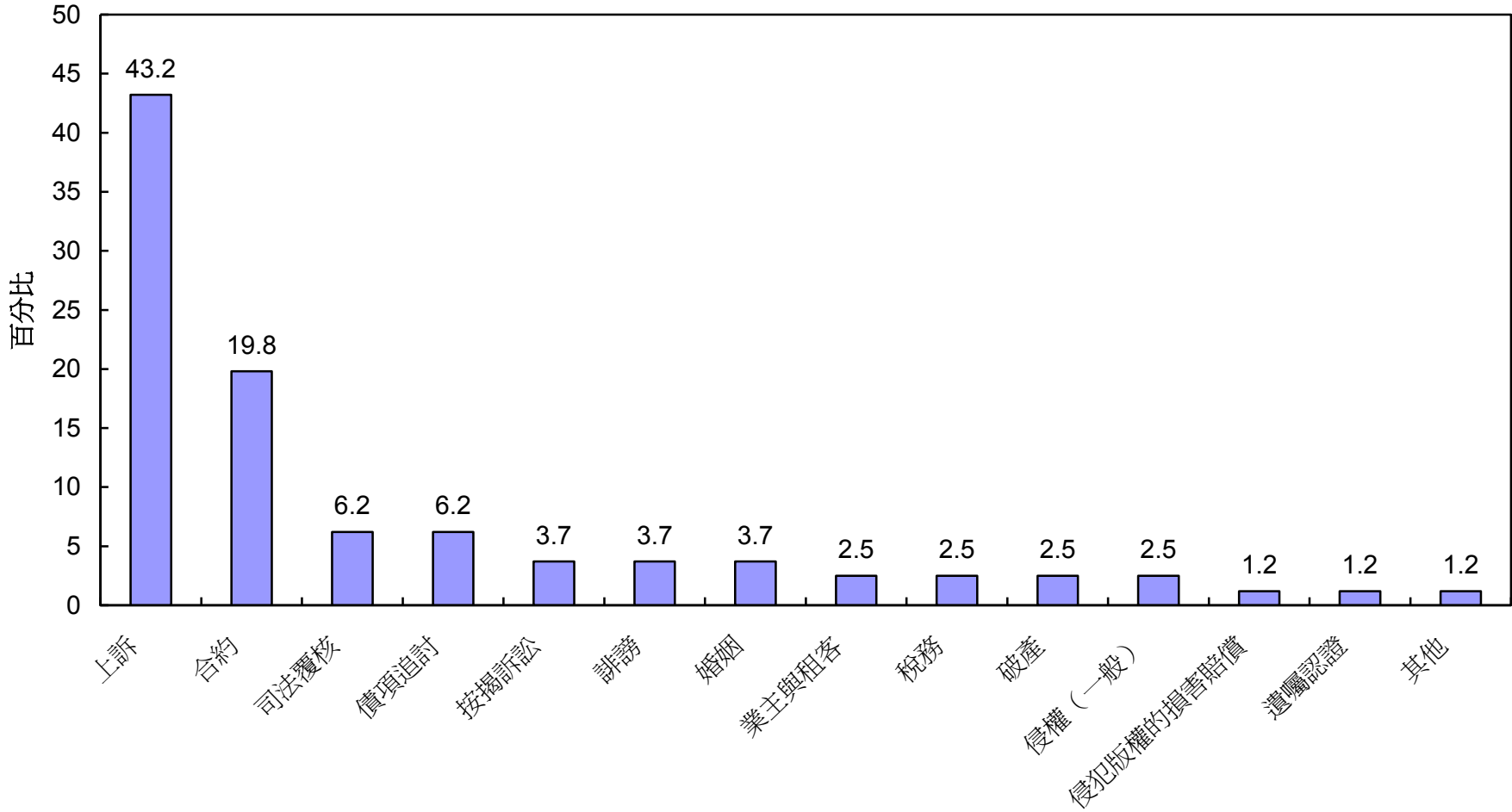
集体诉讼及无律师代表诉讼人

1. 香港中文大学的简雅思教授（亦为集体诉讼小组委员会的成员）曾重新审视她在进行无律师代表诉讼人研究计划期间所收集的部分相关资料，目的是研究如果集体诉讼程序是可供采用的话，回应人当中可有人会采用此程序。
2. 研究计划一共进行了 82 次庭上观察及 81 次庭外访问。涉及无律师代表诉讼人人数最多的单一案件类别是上诉程序，包括不服审裁处、聆案官及原讼法庭的裁定而提出的上诉。案件的类别列于以下两个图表。
3. 简雅思教授发现并无足够证据显示如果集体诉讼程序是可供选择的方案，研究计划所观察或访问的无律师代表诉讼人会采用此程序。不过，这些资料只是以一种指示性的抽样方法来收集，而且集体诉讼的问题亦非研究计划的目标。若要更全面和更准确地了解无律师代表诉讼人会否进行集体诉讼，则须进行特定的实证研究。

無律師代表訴訟人
案件性質——庭上觀察（82名回應人）



無律師代表訴訟人
案件性質——庭外訪問（81名回應人）



集体诉讼机制的潜在风险

多个海外法律改革机构及多名学者曾论及引入集体诉讼机制的潜在风险。本表列出该等风险和相关论点。

风险	论点	相反论点
助长诉讼	<p>“有一些人如无集体诉讼法例之设便不会选择作诉，但却会纯因刚好身为某个指定集体的成员之故而加入集体诉讼。这种情况最有可能发生于申索属小额之时，因为加入集体诉讼所费无几或不费分文，于是集体诉讼便不必要地助长了诉讼，沦为一种烦扰公司、政府及其他被告人的手段。”¹</p>	<p>“如果不想承受诉讼增多的风险，另一选择便是对有合情合理的申索的人不作出赔偿。我们明白，进行款额较小的申索，不论当中可有涉及多重申索，也可以是不符合经济原则的。我们不是说在构思诉讼机制之时无须考虑诉讼所涉及的社会代价，我们的意思是法律应该带来公正的审判结果。现代的集体诉讼，是透过让人有渠道寻求司法公正的方式来达致这个效果，而假若没有集体诉讼，有人便不会作诉，因为讨回公道不符合经济原则，又或者法院的体制吓怕了他们。此外，虽然个别申索可能属于小额，但申索人数众多之时，款额相加起来便会增大，如果无人索偿，准被告人便会大为</p>

¹ 艾伯塔法律改革研究所 (Alberta Law Reform Institute), *Class Actions* (Final Report No 85, 2000 年 12 月), 第 125-145 段。

风险	论点	相反论点
		得益。容许有人因过错而得益，絕无公正可言，亦不应助长此风。” ²
	“造成好讼的风气，并以‘财力雄厚’的被告人为目标” ³	
	“鼓励诉讼，但诉讼其实应是最后一着” ⁴	
无胜诉机会的申索	“此风险来自大家相信集体诉讼会‘放大和强化无胜诉机会的申索’。如有人进行集体诉讼只为投石问路，以确定诉讼因由是否存在，此风险便会出现。如有人提出‘主动出击的诉讼’(strike action)，此风险也会出现。” ⁵	“此风险的问题之一，是假定缺乏充分理据的申索很容易为人辨识，但在美国，兰德研究院(the Rand Institute)却发觉申索是否有充分理据，在某些集体诉讼中，是不容易断定的，因为大部分集体诉讼的特色，都是情节复杂，事实含糊。 被告人可能会就自己的罪责提出‘激烈抗辩’，但由于所涉及的争论点多半性质复杂，而且只有极少数的案件才会发展到审讯的阶段，原告人所提出的申索是否有充分理据，是无法确当地评定的。以美国为例，‘大部分’

² 艾伯塔法律改革研究所，*Class Actions* (Final Report No 85, 2000年12月)，第125-145段。

³ 爱尔兰法律改革委员会(The Irish Law Reform Commission), *Consultation Paper on Multi-party Litigation (Class Actions)* (LRC CP 25-2003), 第3.15段。

⁴ 苏格兰法律委员会(Scottish Law Commission), *Multi-Party Actions* (Scot Law Com No 154, 1996), 第2.11段。

⁵ 艾伯塔法律改革研究所，*Class Actions* (Final Report No 85, 2000年12月)，第125-145段。

风险	论点	相反论点
		<p>集体诉讼案件在核证前已经撤回，但解释原因何在的经验数据却付之厥如。出现这种情况，原因可能是‘原告人的律师最后认为案件不会获得核证或不会以金钱和解，案件遭法庭撤销，或原告代表人所提出的申索已作和解’。此外，由于法庭有办法清除缺乏充分理据的申索，所以其实已有保障措施防范此风险。举例而言，法庭可拒绝核证有关的法律程序，剔除琐屑无聊、无理取闹或涉及滥用程序的申索，作出判申索人败诉的简易判决，或判令支付讼费。”⁶</p>
	<p>“集体诉讼的反对者，力言集体诉讼程序在美国的滥用情况，已构成充分理由不把它引入澳洲法院。他们指出，有些群体并无组织可言，只是由一个人或一小群人代为提出法律程序，声称代表：</p> <ul style="list-style-type: none"> ● 某州的‘所有汽油消费者’； ● ‘美国所有进食蛋的消费者’；甚至乎 	<p>“不过，正如以上各例所示，代人数众多的无组织集体提出的集体诉讼，通常都不会获批准进行。这些论点，也许是低估了在美国现时已为被告人设有的程序方面的保障。据一项研究指出，在一段为时六年的研究期内进行的 120 宗追讨损害赔偿的案件中，有 81 宗发展至审讯阶段，得到某种形式的处理，但其中有 44 宗在提出初步动议时被法庭撤销。同一项研究又提及曾访问被告人的律师。据这些访问内容所透</p>

⁶ 艾伯塔法律改革研究所，*Class Actions* (Final Report No 85, 2000 年 12 月)，第 125-145 段。

风险	论点	相反论点
	<ul style="list-style-type: none"> ● ‘美国的所有人’。 <p>提出申索。</p> <p>他们担心法庭判给巨额的损害赔偿，会对澳大利亚的工业造成灾难性的影响。他们指称，如果集体的人数众多但成员身分不明且每人的申索均属小额，便会出现‘主动出击的讼案’ (strike suits)。这类讼案是琐屑无聊的申索，利用吓唬被告人诉讼将会难以控制和昂贵，迫使被告人基于任何诉讼均有风险以及就集体诉讼抗辩会涉及庞大讼费而作出和解。他们说因为这个原因，面对集体诉讼的被告人，即使原告人的申索理据薄弱，也会被迫作出和解。”⁷</p>	<p>露，只有极少数的律师会说对手的案件琐屑无聊。由于被法庭撤销的申索占高比率，这表明了集体诉讼在迫令对手作出无充分理由支持的和解之事上，并不是一种很有效的工具。”⁸</p>
	<p>“……提出无实质内容的大额申索（‘勒索式的诉讼’）可能会滥用程序。集体诉讼可以是难以控制，特别是如果原告人所寻求的是损害赔偿，而不是一项宣布或禁令。”⁹</p>	

⁷ 澳大利亚法律改革委员会 (The Australian Law Reform Commission), *Access to the Courts - II, Class Actions* (第 11 号讨论文件, 1979 年), 第 23 - 31 段。

⁸ 澳大利亚法律改革委员会, *Access to the Courts - II, Class Actions* (第 11 号讨论文件, 1979 年), 第 23 - 31 段。

⁹ 苏格兰法律委员会, *Multi-Party Actions* (Scot Law Com No 154, 1996), 第 2.11 段。

风险	论点	相反论点
		<p>“我们认为，扩大了集体诉讼程序在确有冤屈者主张其权利方面可发挥正当作用，如果纯粹因为某些人可能会滥用这程序而将之弃用，并不是恰当的做法。对于无胜诉机会的集体诉讼或只是为了增长原告代表人的个人经济利益而提出的集体诉讼，解决问题的更恰当方法是设立一些程序，令这些诉讼根本无法得以进行。”¹⁰</p>
<p>企业型的律师</p>	<p>“律师奉行企业主义的现象，已越来越普遍。在这种主义之下，会以耸人听闻的手法来处理争论点，以鼓励有关的人提出诉讼，而律师行事则只为自肥，会提出若非可以自肥便本来不会提出的申索。申索有可能会在未有研究清楚申请可有充分理据支持的情况下便提出。原告人的律师和被告人的律师在案件审讯前能否利用传媒，这方面并无清晰的规则。不论案件可有充分理据，经济和名誉方面的压力也足以令到多人愿意庭外和解。”节录自 Allen Consulting Group 所发表的文件。Phillip C所撰的 "Class Actions – Quo Vadis?"一</p>	

¹⁰ 安大略法律改革委员会 (Ontario Law Reform Commission), *Report on Class Actions* (1982), 第 163 页。

风险	论点	相反论点
	<p>文于〔2.2〕引用了此段（该篇文章于1998年9月24日假墨尔本举行的1998年公司法会议席上发表）。¹¹</p>	
	<p>“此风险就是集体诉讼会令那些非其受益对象的人得益，而付出代价者却是集体的成员；此外，由于可望获利，企业型的律师也会推动集体诉讼，令其次数更频密，性质更多样化。换言之，所涉及的风险是集体诉讼只会沦为企业型的律师的生财工具。原告人的律师可能提出诉讼，希望可以迅速达成和解，于是只花少许功夫便能赚取巨额律师费。被告人即使有好的抗辩理由，也有可能作出商业决定，宁可和解而不提出抗辩，因为在一宗大型集体诉讼中抗辩会涉及巨额讼费，那就是他们实际上是以付款的方式来打发诉讼对手。如果按判决金额收费高而诉讼风险低，滥用程序的风险便会最大。由于有机会获利，代表集体的各名律师会争相竞逐成为牵头律师，以取得诉讼的控制权。如果政府是在这种情况下成为诉讼对象，</p>	<p>“总的来说，兰德研究院所进行的研究能‘更具体地说明’，在美国，追讨损害赔偿的集体诉讼是在甚么情况下提出和如何取得核证。这些研究指出，集体诉讼律师扮演‘多种多样的角色’，而他们也不是‘经常取得和解款项的最大份数’。我们从研究得知，代表集体的律师有时更关心的是达成和解，而不是透过以下方法来保障集体成员的权益：‘查找集体成员有何损失，查找被告人有何得益，研究如果讼案真的要进行审讯，被告人确实会被判须负法律责任的机会有多大，以及根据这些问题的答案与对方谈判以达成公平和解。’不过，事实与研究结果却不太相符：在美国，企业型的原告人律师有时确是提出诉讼，希望案件可以快速和解而平白赚取律师费。我们认为，不应因律师助人讨回公道可赚取钱财便不让人有讨回公道的机会。代表集体的律</p>

¹¹ Damian Grave and Ken Adams, *Class Actions in Australia* (Lawbook Co, 2005), 第 1.210 段。

风险	论点	相反论点
	<p>支付和解之数会来自纳税人的口袋，这个结果不会造福社会。”¹²</p>	<p>师所扮演的角色，与普通诉讼中的律师所扮演的各有分别。他们须承受与这角色相关的额外风险，也要肩负与这角色相关的额外责任，故此所收取的酬金也应适当反映这一点。在此情况下，巨额的收费不一定是过高的收费。再者，加拿大的集体诉讼机制，在普通诉讼已设有的保障之上更多设一重保障，那就是规定在每一宗案件中，法庭都要对涉及收费的协议进行审批。事实上，如一名律师在多宗可根据现有法律提出的非集体诉讼中代表多名个别诉讼人，发生滥收费用的机会，是大于规定收费须经法庭审批的集体诉讼机制的。此外，我们认为，如要控制律师得自诉讼的收入，应处理的是整个律师收费的问题，而不是单处理集体诉讼中的律师收费问题。¹³</p>
	<p>“如果容许‘律师企业家’主理集体诉讼，法庭和法律专业均有可能受到不利的影响。”¹⁴</p>	

¹² 艾伯塔法律改革研究所，*Class Actions* (Final Report No 85, 2000年12月)，第125-145段。

¹³ 艾伯塔法律改革研究所，*Class Actions* (Final Report No 85, 2000年12月)，第125-145段。

¹⁴ 苏格兰法律委员会，*Multi-Party Actions* (Scot Law Com No 154, 1996)，第2.11段。

风险	论点	相反论点
	<p>“有部分法官曾表示对集体诉讼所呈现的律师企业主义有保留，例如澳大利亚高等法院的卡利南（Callinan）法官就曾说过：</p> <p>‘本席刚才提到的问题，可能会因接办集体诉讼的律师之间那种竞争越来越激烈的企业式活动而变得更严重。在集体诉讼中，律师实际上往往变为诉讼人之一，就像原告人一样，他们在诉讼结果中所持的份数，与任何一名集体成员所持的相同甚或更大。实况如此，很可能会令集体诉讼涌现遍及全国。’ <i>Mobil Oil Australia Pty Ltd v The state of Victoria</i> (2002) 211 CLR 1，第 183 页。”¹⁵</p>	
<p>所判给的损害赔偿款额高得不成比例</p>	<p>“此风险共有两方面。第一方面是所判给的损害赔偿款额会与有关的过失不相称。举例来说，因轻微错误而提出的集体诉讼，例如以某公司制造有问题的产品而要求赔偿 \$10 的个别申索，如果已出售的产品有二百万件，便足以令这间公司破产。根据美国的经验，有人认为</p>	<p>“关于此风险的第一方面，我们认为，以有渠道寻求司法公正会把讼费加诸过失责任人为理由而限制此渠道，并不是确当的社会政策。过失的程度有多大，是视乎错误行为所造成的损失有多大。我们不认为一项令一间大公司损失 \$1 亿的‘小失误’，与一项令 100,000 人每人</p>

¹⁵ Damian Grave and Ken Adams, *Class Actions in Australia* (Lawbook Co, 2005), 第 1.210 段。

风险	论点	相反论点
	<p>‘把多宗申索并合起来，会有更大机会令被告人被判须负法律责任，从而可获判给款额要高得多的损害赔偿。’ 损害赔偿款额有机会高得不成比例，或者会令被告人‘有较平常强烈的动机去作出和解，即使法庭作出对他不利的判决的可能性不高，情况也是一样。’ 此风险的第二方面，是只与诉讼沾上少许关系的被告人，也须支付法庭所判给的损害赔偿，而这些赔偿金额本来就高得不成比例。出现这种情况，是因为法律上订有共同及各别法律责任的法则，令原告人会对‘财力雄厚’的被告人提出起诉。”¹⁶</p>	<p>损失\$1,000（合共损失\$1 亿）的小失误之间，有重大的分别。霎时之间的不小心驾驶，或未及在短时间内警告人们水已遭污染以便有机会试图解决问题，对过失责任人来说代价可能是昂贵的，但没有人会说不应让受害人得到补救。受害人数目庞大这个事实，对受害人获取补救的权利，不应有任何影响。我们也怀疑美国的集体诉讼中所判给的损害赔偿金额多少，可能会与陪审团所判给的惩罚性损害赔偿有关。惩罚性损害赔偿和陪审团所判给的款项，在加拿大的民事司法体制中都不常见。</p> <p>至于此风险的第二方面，共同及各别法律责任的法则有甚么影响，是一个应另作讨论的议题。为取得法律上的补救以享有法律权利而进行的程序，本身不是改变法律权利的正当途径。”¹⁷</p>
<p>未能好好保障集体成员的权</p>	<p>“此点所关注的是集体诉讼未能充分保障集体成员的权益，而这又意味着集体诉讼未能充分保障公众利益。有此风险是因为集体成员通常</p>	<p>“我们同意有需要采取预防措施，以确保涉及集体诉讼的条文能充分保障集体成员的权益，从而保障公众的利益。在作出各项建议之时，</p>

¹⁶ 艾伯塔法律改革研究所，*Class Actions* (Final Report No 85, 2000 年 12 月)，第 125-145 段。

¹⁷ 艾伯塔法律改革研究所，*Class Actions* (Final Report No 85, 2000 年 12 月)，第 125-145 段。

风险	论点	相反论点
益	<p>只是诉讼中的小角色。如果原告代表人未有积极地对代表集体的律师发出指示，这宗‘无当事人’的诉讼便可能会令原告人的律师做出一些有问题的事情，例如只求自肥而不是保障集体成员的权益。此外，有部分代表原告人的律师对核证有异议，指这程序令人根本没机会个别索偿，故此会带来未必对集体成员公平的和解。如果原告人的律师的‘诉讼动机是希望只花少许功夫便能赚取可观的律师费’而被告人又希望能‘尽早并花费不多地达成和解’，以免支付巨额的交易成本，也免得持续诉讼带来反面宣传效果，便有可能会达成和解。此类和解‘可能会发出不恰当的阻吓讯号，浪费资源，并且鼓励日后出现更多的琐屑无聊诉讼。’再者，建议和解可能符合原告代表人的心意，但未有充分照顾到集体成员的权益。另一个风险，就是所判给的赔偿会是不均等，而结果便是不公平。这是因为求减轻交易成本，赔偿方案通常是公式计算，可能未有充分顾及集体成员之间所受损害在性质和严重</p>	<p>我们已把这个需要列为首要考虑。我们所建议采取的保障措施包括以下各项：由法庭扮演保护者的角色，程序进行期间如有重要事件发生即通知集体成员，注意代表集体的律师对集体成员的职责，让集体成员有参与的机会，原告代表人如表现欠佳可将之替换，以及计算个别赔偿的方法，可以是所判给款项总额的某个百分比或是个人所占的份数。”¹⁹</p>

风险	论点	相反论点
	性方面的差异，结果可能会令集体中有部分成员获得超额赔偿而其他的却赔偿不足。” ¹⁸	
	“集体诉讼的另一副产品是除了诉讼代表之外，个别申索人所扮演的角色和所掌握的控制权，少不免会遭削减。个别诉讼人是无法以自己进行独立或单一诉讼一样的控制权去进行申索的。” ²⁰	“伍尔夫勋爵（Lord Woolf）对此知之甚深，他在1996年曾有此评：‘要有效而又符合经济原则地处理集体诉讼，必然须为求诉讼整体得益更大而把个别诉讼人的权利削减、妥协处理或予以调整。’伍尔夫勋爵， <i>Access to Justice Inquiry, Issue Paper (Multi-Party Actions, 1996)</i> ，见〔2〕及〔2(a)〕。” ²¹
	“集体成员会失去自主权和个人代表权” ²²	
		“但重要的一点是必须强调，虽然进行集体诉讼的方式，会有可能不符合缺席的集体成员的最佳利益，但这不是充分理由可支持或要求法官或立法机关对集体诉讼此理念采取‘敌对’的态度。其实如果要保障缺席的集体成员的权益，有必要的反而是采用某些特别的保障措施

¹⁹ 艾伯塔法律改革研究所，*Class Actions* (Final Report No 85, 2000年12月)，第125-145段。

¹⁸ 艾伯塔法律改革研究所，*Class Actions* (Final Report No 85, 2000年12月)，第125-145段。

²⁰ Damian Grave and Ken Adams, *Class Actions in Australia* (Lawbook Co, 2005)，第1.200段。

²¹ Damian Grave and Ken Adams, *Class Actions in Australia* (Lawbook Co, 2005)，第1.200段。

²² 爱尔兰法律改革委员会，*Consultation Paper on Multi-party Litigation (Class Actions)* (LRC CP 25-2003)，第3.15段。

风险	论点	相反论点
		／程序，但这些措施／程序在传统形式的法律程序中根本并不存在。” ²³
讼费高昂，得不偿失	“此处的论点是‘涉及损害赔偿的集体诉讼，惠及集体成员及社会的好处不多，但被告人、法院及社会所须付出的代价却很沉重。’这风险所基于的假定，是个别集体成员所得的好处往往微不足道。第二点则是事实上，进行集体诉讼的讼费可以极之可观。这些讼费，不但包括原告人律师及辩护律师的收费及支出，也包括发出通知及办理和解的费用，再加上被告人面对被判须支付损害赔偿的风险增加，故此有论点指出，从商业角度来看，‘即使并无证据证明被告人有法律责任，但案件的核证程序也会令他们别无选择唯有和解’。” ²⁴	“美国的经验未有证明第一个假定属实。在兰德研究院所审视的讼案中，集体成员所各自估计的损失分别很大。一般来说，每个人的损失款额都不高，并不足以支持他们个别提出诉讼，但往往也有数百或数千元之数。至于第二点，虽然进行集体诉讼的讼费可能确是可以极之可观，但讼费是否会高昂得令集体成员得不偿失，这问题当然最好是由准集体成员在选择是否加入集体时作答。” ²⁵
	“高昂的讼费是包括律师费在内” ²⁶	
择地行诉	“此风险是集体诉讼律师会在某些法院提出诉	“我们同意兰德研究院的看法，可选择诉讼地

²³ 维多利亚州司法部长辖下的法律改革谘询委员会（Victorian Attorney-General's Law Reform Advisory Council），*Report on Class Action in Victoria: Time for a New Approach*, 1997, 第 2.17 段。

²⁴ 艾伯塔法律改革研究所，*Class Actions* (Final Report No 85, 2000 年 12 月)，第 125-145 段。

²⁵ 艾伯塔法律改革研究所，*Class Actions* (Final Report No 85, 2000 年 12 月)，第 125-145 段。

²⁶ 爱尔兰法律改革委员会，*Consultation Paper on Multi-party Litigation (Class Actions)* (LRC CP 25-2003)，第 3.15 段。

风险	论点	相反论点
	<p>讼，理由纯粹是他们相信某司法管辖区的法律或程序会让他们占战略优势，又或者是他们相信某一名法官最有可能会批给核证。由于集体诉讼可超越地理分界，亦即是集体诉讼往往可合法地在众多司法管辖区中的任何一个提出（包括本地，本国或跨国），此风险便更大。再者，正如兰德研究所指出：‘集体诉讼律师通常在选择诉讼地或审判地点方面，较一般诉讼案件的律师有更大的自由度’，故而能将交易成本推高：</p> <p>‘在某些情况下，就涉及一州范围的案件提出集体诉讼的律师，可在州的任何一郡提出，而就涉及全国范围的案件提出集体诉讼的律师，实际上可在全国的任何一州或甚至在州的任何一郡提出。此外，集体诉讼律师经常可提出重复诉讼，并在同一时间进行。这些都是部署诉讼的强而有力工具，不单提供机会以便寻求有利的法律和有正面倾向的裁决者，也提供机会以对</p>	<p>会令原告人律师有机会竞逐诉讼的控制权。正如美国的情况一样，可选择诉讼地，或会让被告人‘找到可作为具吸引力的和解伙伴的原告人律师’。再者，集体成员的权益和公众的利益也可能未获充分照顾：‘诉讼地可以有多种选择，会削弱减法院对集体诉讼的控制权’。它能让‘代表原告人的集体诉讼律师和被告人，均可以为自己争取更好的交易，而这交易可以是也可以不是最符合集体成员的权益或公众的利益’。我们有必要找出可以减低此风险的方法。我们留意到有一项安大略省的判决，列出了一些基本规则，‘收拾乱局，把互相角力的律师在安大略省不同地方所开展的多重诉讼整理一番，令它们不致太混乱’。不过，法庭‘仍在费力解决如何控制在其地各省所开展的相关集体诉讼的问题’。如何解决跨司法管辖区的争论点，不在本研究计划的范围之内。加拿大统一法律议会 (the Uniform Law Conference of Canada) 已通过采纳《法院司法管辖权及法律程序转移法令》(Court Jurisdiction and Proceedings Transfer</p>

风险	论点	相反论点
	其他集体诉讼律师所提出的高风险诉讼维持（或夺取）控制权。’ ” ²⁷	Act)。这项法令把在普通法律程序中行使司法管辖权的理据合理化，并且提供机制把案件移送到最方便的诉讼地。加拿大统一法律议会，会是研究各种涉及集体诉讼的择地行诉问题和作出建议的适当团体。” ²⁸
实体法有所改变	“集体的大小，以及继之而生的如何管理由为这么多的个别申索所造成的事实和法律争论点的问题（美国称之为‘管理’能力问题），已导致实体法有所改变。……美国的法院已有必要订立计算损害赔偿的新方法，因为集体成员的人数可能成千上万，甚至好几十万，要细视每一名个别成员的独立申索根本是不可能的事情。” ²⁹	“澳大利亚所要考虑的问题，是时机是否已成熟，可订立没那么正式和刻板的规则去评估损害赔偿，令被告人无法利用传统机制来逃避对那些因广泛的错误行为而蒙受损失的人作出赔偿，但被告人有权对针对他们提出的申索抗辩，这项权益也是不能忽略的。我们必须在这两项互相角力的权益中取得适当的平衡。” ³⁰
延迟取得法律上的补偿	“由于潜在的法律责任加大很多，集体诉讼所面对的抗辩要比独立诉讼更为激烈，这可能会令原告人取得法律上的补偿的时间，要比假若	“这是假定原告人本来会自己提出诉讼，但这个假定，也许在很多（即使不是大部分）案件中都是无充分理由支持的。原告人有时可能只

²⁷ 艾伯塔法律改革研究所，*Class Actions* (Final Report No 85, 2000年12月)，第125-145段。

²⁸ 艾伯塔法律改革研究所，*Class Actions* (Final Report No 85, 2000年12月)，第125-145段。

²⁹ 澳大利亚法律改革委员会，*Access to the Courts - II, Class Actions* (第11号讨论文件，1979年)，第23-31段。

³⁰ 澳大利亚法律改革委员会，*Access to the Courts - II, Class Actions* (第11号讨论文件，1979年)，第23-31段。

风险	论点	相反论点
	他自己提出诉讼所本会取得此补偿的时间迟上一截。” ³¹	可在虽或有延迟但仍可取得补偿与完全得不到补偿之间二择其一。” ³²
带有惩罚的色彩	“有一些评估损害赔偿的新方法，是计算被告人得自其非法活动的总款额，然后将之分派给提出申索的集体成员，而通常会有余数剩下。很多集体成员不会花功夫去索取此数，而其他的成员又有可能下落不明。法庭会下令把这多出之数拨作指定公众用途或拨入综合收入基金。集体诉讼的反对者，力言夺去被告人的不义之财具有惩罚作用，并且说阻吓和惩罚现已成为集体诉讼的真正目标；集体诉讼的结果是充公财产而不是作出赔偿。有人说集体诉讼程序已不再是民事法律程序而是充满刑事色彩，但被告人却未能享有刑事法所提供的特有保障（例如有权获得有陪审团的审讯，以及无合理疑点的证明）。” ³³	

³¹ 澳大利亚法律改革委员会，*Access to the Courts - II, Class Actions*（第 11 号讨论文件，1979 年），第 23 - 31 段。

³² 澳大利亚法律改革委员会，*Access to the Courts - II, Class Actions*（第 11 号讨论文件，1979 年），第 23 - 31 段。

³³ 澳大利亚法律改革委员会，*Access to the Courts - II, Class Actions*（第 11 号讨论文件，1979 年），第 23 - 31 段。

风险	论点	相反论点
	“不当地使用民事程序，所用方式实质上是惩罚被告人。” ³⁴	

³⁴ 苏格兰法律委员会，*Multi-Party Actions* (Scot Law Com No 154, 1996)，第 2.11 段。

风险	论点	相反论点
非属诉讼方的人也会受诉讼结果约束	“一个经常提出的看法，便是只有那些有足够动机诉诸法庭的人才应该可以讨回赔偿。如某人收到一封附有支票的信而因此获得一笔意外之财，原因纯粹是一名与他素不相识的人曾代他提出诉讼，有说法指这是滥用法庭的正当功能，并且不应把诉讼强加于那些未有选择或可能无意提出诉讼的人。法庭之所以存在，是为了排解有利害关系的争讼各方在法庭席前提出的确实纠纷，而不是广开财路让人可以得到意外之财。” ³⁵	
摧毁正当而又声誉良好的商业机构	“集体诉讼的反对者指出，集体诉讼有可能会摧毁正当而又声誉良好的商业机构，但真正的坏人却是那些‘一夜失踪，抢先在法律及准原告人出招前逃逸的小经营商’。一夜失踪的经营商往往能逃过法律的制裁。” ³⁶	“现实如此，诚属不幸，但承认此点不等于否定集体诉讼。一夜失踪者并非一手包办了所有的非法或不当企业活动。虽然某间公司原是声誉良好的，但为甚么单要因为该公司平素奉公守法便不让那些今次受其所害的人有机会得到补偿？再者，就委员会所能确定，美国从未有任何公司是因集体诉讼而结业的。” ³⁷
	“有部分论者持极端的看法，说集体诉讼可能	

³⁵ 澳大利亚法律改革委员会，*Access to the Courts - II, Class Actions*（第 11 号讨论文件，1979 年），第 23 - 31 段。

³⁶ 澳大利亚法律改革委员会，*Access to the Courts - II, Class Actions*（第 11 号讨论文件，1979 年），第 23 - 31 段。

³⁷ 澳大利亚法律改革委员会，*Access to the Courts - II, Class Actions*（第 11 号讨论文件，1979 年），第 23 - 31 段。

风险	论点	相反论点
	<p>窒碍在澳大利亚营商：</p> <p>‘如果商界未能在联邦、州及区域的层面游说议员修改法律，集体诉讼便更加窒碍在澳大利亚营商。’ Clarke S and Williams G, <i>‘Class Actions – A Growing Threat’, Australian Financial Review</i> (2004年3月11日)，第79页。”³⁸</p>	
<p>进行集体诉讼的代价最后要由社会来付</p>	<p>“裁决所带来的帐单，不论款额大小，总得有人来付。除非市场竞争非常激烈，否则被告人会把成本以更高的价格转嫁其他消费者，如果无法将之转嫁，被告人便可能会结业。另一个可能性，则是承保集体诉讼追讨赔偿的保险费会加在成本之上然后转嫁消费者。花在管理无建设性或防卫性的措施的时间以及花在诉讼本身的时间，费用都会加在成本之上。此外，集体诉讼中的法律责任风险，也可以对新计划和新技能起抑制作用，而这些新计划和新技能，若非受抑制本来是可能对消费者有好处的。”³⁹</p>	<p>“但为甚么有集体诉讼的威胁不会同样令人效率提高以免负上法律责任？可供集体诉讼进行成本／得益分析的经验证据并不多，而公司一般对本身财政保密的做法也令人无法进行这种有意义的研究。本来某些消费者会因有问题的产品而蒙受个人损失，但采取行动以免产品出问题的成本如今却转嫁大众市民。不过，我们应否纯粹因为集体诉讼有可能会以此方式令其他市民也要分担讼费而不让人有机会透过集体诉讼来取得个人补偿呢？”⁴⁰</p>

³⁸ Damian Grave and Ken Adams, *Class Actions in Australia* (Lawbook Co, 2005), 第 1.210 段。

³⁹ 澳大利亚法律改革委员会, *Access to the Courts - II, Class Actions* (第 11 号讨论文件, 1979 年), 第 23 - 31 段。

⁴⁰ 澳大利亚法律改革委员会, *Access to the Courts - II, Class Actions* (第 11 号讨论文件, 1979 年), 第 23 - 31 段。

风险	论点	相反论点
	<p>“如集体诉讼胜诉，可能会令供应商或制造商提高价格，以抵销预期申索。”⁴¹</p>	
<p>被告人在技术上违反法律</p>	<p>“技术上违反法律，或因法庭所作裁决（例如关于某项法规的涵义）而令过往被认为是恰当的做法如今变为不当，均会造成法律责任。商界有可能是按行规或在谘询法律顾问及适当的政府机构后出于真诚而作出某种行为。集体诉讼所牵涉的法律责任，可以是极大的，与原告人所受的损失或被告人行为的不当之处不成正比。”⁴²</p>	<p>“不过，这些论点均忽略了一点，那就是如果情况相同，被告人也会在法律上对每一名选择提出诉讼的个别原告人负有责任。既然如此，为甚么被告人不应对那些为数众多的蒙受法律上可诉讼的损失的人负责？在细视之下，我们会发现投诉更多是针对实体法中的某个缺失而发，而被告人正是因这个缺失被裁定须负法律责任。实体法制定之时，法律体制中尚未有集体诉讼之设，故此非法行为须如何受罚和有甚么法律责任支付损害赔偿，都是按个人违反法律的情况而预计出来的。要解决问题，不一定要否定集体诉讼，更可取的做法可能是修改实体法。实体法本身有缺失，并不是否定集体诉讼的理由。”⁴³</p>

⁴¹ 苏格兰法律委员会，*Multi-Party Actions* (Scot Law Com No 154, 1996)，第 2.11 段。

⁴² 澳大利亚法律改革委员会，*Access to the Courts - II, Class Actions*（第 11 号讨论文件，1979 年），第 23 - 31 段。

⁴³ 澳大利亚法律改革委员会，*Access to the Courts - II, Class Actions*（第 11 号讨论文件，1979 年），第 23 - 31 段。

风险	论点	相反论点
把不恰当的责任加诸于法官	“举例来说，如何支付损害赔偿款项的问题，可能会为法官带来社会政策方面的难题，并且可能会令人怀疑法庭是否有能力足以审理所有互相角力的申索。” ⁴⁴	
法律申索只是表面上告一段落	“另外还有多重的、独立分开的法律程序（例如某些个别申索可能须留待日后审理）……	
	以原告人和被告人立场来看，诉讼结果都是独断的。” ⁴⁵	
涉及传媒	<p>“成功操纵传媒，大肆报道在某宗集体诉讼中所提出的申索，无疑可加重被告人的压力，令他不论申索可有充分理据也要作出和解。……</p> <p>大部分处于此境况的被告人，不论负面的报道正确与否，都付不起生意遭其摧毁的代价。一旦容许此等事情发展至审讯阶段，而又没有有效的先发制人补救方法解决此类诉讼，则即使有被告人愿意承受诉讼所带来的经年累月痛</p>	

⁴⁴ 苏格兰法律委员会，*Multi-Party Actions* (Scot Law Com No 154, 1996)，第 2.11 段。

⁴⁵ 爱尔兰法律改革委员会，*Consultation Paper on Multi-party Litigation (Class Actions)* (LRC CP 25-2003)，第 3.15 段。

风险	论点	相反论点
	<p>苦，但相信为数也不会多。在这种情况下，很多被告人会认为除了以可得的最佳条件进行谈判作出和解之外，也没有其他可行的办法。”⁴⁶</p>	

⁴⁶ 节录自 Allen Consulting Group 所发表的文件。Phillip C 所撰的"Class Actions – Quo Vadis?"一文于 (2.2) 引用了此段 (该篇文章于 1998 年 9 月 24 日假墨尔本举行的 1998 年公司法会议席上发表)。Damian Grave and Ken Adams, *Class Actions in Australia* (Lawbook Co, 2005), 第 1.230 段。

香港采用选择退出制的集体诉讼机制 在人权和《基本法》方面的相关问题

《基本法》第三十五条：向法院提起诉讼

1. 采用集体诉讼“选择退出”机制可能令人关注到《基本法》第三十五条所订的向法院提起诉讼权利以及《公民权利和政治权利国际公约》（下称《国际公约》）第十四·一条所订的接受公正审问权利。《基本法》第三十五条的上半部订明：

“香港居民有权得到秘密法律谘询、向法院提起诉讼、选择律师及时保护自己的合法权益或在法庭上为其代理和获得司法补救。”

2. 《国际公约》第十四·一条的上半部（体现于《香港人权法案》第十条）订明：

“人人在法院或法庭之前，悉属平等。任何人……因其权利义务涉讼须予判定时，应有权受独立无私之法定管辖法庭公正公开审问。”

3. 《基本法》第三十五条明文保证香港居民有权向法院提起诉讼，而《国际公约》第十四·一条也暗示香港居民享有此保障。欧洲人权法院的法理学示明，《国际公约》第十四·一条的对等欧洲条文，赋予个人权利把涉及本身民事权利和责任的纠纷提交法庭裁决（*Golder v UK*¹）。

4. 至于选择退出制是否涉及向法院提起诉讼的权利，爱尔兰法律改革委员会（Irish Law Reform Commission）有以下看法：

“最起码来说，可以争驳的一点便是向法院提起诉讼的权利，也牵涉一项相对和相反的不向法院提起诉讼的权利，换言之，就是不被迫诉讼的权利”²。

¹ (1975) 1 EHRR 524.

² 爱尔兰法律改革委员会（2005年）*Report on Multi-Party Litigation*（《多方诉讼报告书》）（LRC 76-2005），第 2.19 段。

5. 据我们所知，本地法院、英格兰法院或欧洲人权法院均未有任何案例主张爱尔兰法律改革委员会心目中的“不向法院提起诉讼”的权利。我们的初步看法是不论“不向法院提起诉讼”的权利是否存在，选择退出制确有涉及《国际公约》第十四·一条和《基本法》第三十五条。我们留意到就共通的争论点而言，集体成员即使不是诉讼一方，亦未有在诉讼中扮演任何积极角色，仍会受诉讼结果约束。如被告人在审讯时就共通的争论点获判胜诉，所有集体成员的申索即均告终绝。在某种形式上，集体诉讼限制了集体的个别成员向法院提起诉讼的机会，并且大幅度限制了他在进行独立申索方面的控制权。如果集体成员未有表明同意退出，集体诉讼的“选择退出”制，便很可能被视为干扰个别成员根据《基本法》第三十五条及《国际公约》第十四·一条所享有的向法院提起诉讼的权利。在这方面来说，“选择加入”制可以处理有机会出现的人权问题，因为个别集体成员必须表明同意参与集体诉讼程序。

6. 关于此干扰是否有充分理由支持，梅丽朗教授的著作及其他评论文章，均有大量篇幅用于讨论选择退出模式及选择加入模式的正反理由，以及这两个模式在促进司法渠道畅通方面的成效。我们打算详细讨论该等问题，而就探讨干扰是否有充分理由支持，我们假定采用选择退出机制，是因为它能更有效地促进司法渠道畅通，达到在节省法院资源方面的其他目的，并以一致的手法处理所有诉讼因由相类的申索。基于该项假定，我们看不到有任何原则性的人权理由足以反对采用选择退出模式。就探讨干扰是否有充分理由支持而言，我们会假定以采用选择退出模式来干扰一名缺席的集体成员的诉诸法庭权利，是为了达到某个合法的目的（例如促进司法渠道畅通）。

7. 余下要探讨的人权问题，便是干扰《基本法》第三十五条及《国际公约》第十四·一条所订明的向法院提起诉讼权利，是否与干扰所希望达到的目的相称。这个问题的答案，须视乎我们所建议订立的选择退出模式会采用甚么程序而定。

8. 选择退出制在人权方面引起关注，主要是因为个别集体成员未有明确表示同意，所以重要的是设定程序上的保障，以确保准集体成员会就集体诉讼和自己的选择退出权利收到足够通知。这又会带来一些问题，那就是(i)退出通知应否是强制性的，(ii)应否向个别集体成员发出个人通知，(iii)通知书应如何送达，以及(iv)通知书应述明何事。在这方面，我们留意到不同的司法管辖区对上述各项

问题有不同的反应。我们认为可能有帮助的做法，便是找出在评核不同选择时须予考虑的各项相关原则。

9. 虽然《美国宪法》第十四条修正案所订的正当法律程序条款与《基本法》第三十五条及《国际公约》第十四·一条的用词不同，但参考美国最高法院在 *Philips Petroleum Co v Shutts* 案³中所作的裁定（澳大利亚联邦法院在 *Femcare Ltd v Bright* 案⁴中确认此项裁定），有助探讨此问题。在 *Philips Petroleum* 案中，法庭裁定：

“如果诉讼地所在的州，希望在一宗要求判给金钱损害赔偿或相类的法律济助的申索中，缺席的原告人会受判决约束，该州必须在程序方面提供最起码的正当法律程序保障。原告人必须收到通知，并且有机会（不论亲身或透过律师）陈词和参与诉讼。通知必须是最切实可行的通知，并且必须是在所有情况下，均是‘合理地刻意告知有利害关系的诉讼方诉讼仍悬而未决，以及让他们有机会提出反对’。通知应说明这是一宗甚么诉讼和各原告人在这宗诉讼中有甚么权利。此外，我们主张正当法律程序最低限度应规定缺席的被告人须有机会以签署‘选择退出’或‘要求不纳入’表格并将之交回法院的方式退出集体。最后，正当法律程序条款当然也要规定指定的原告人，必须在任何时间均能充分代表缺席的集体成员的权益。”⁵

10. 规定须作出更广泛的通知（例如独立的个别通知），连同订立可在诉讼后期选择退出的程序，能为缺席的集体成员提供更佳保障。不过，规定须作出广泛通知会是费用昂贵，而且在某些案件中也可能会不必要地令法律程序有所延误。*Philips Petroleum* 案所列明的原则可以提供一些指引，告诉我们甚么做法才有可能被认为相称并因此而符合《基本法》第三十五条及《国际公约》第十四·一条。

11. 香港的民事司法制度现时有一些特色，在某程度上可能会干扰个人的诉诸法庭权利（例如时效期、规定须取得许可、须提供讼费保证等），但该等特色可达到正当目的（例如确保法律上的连贯性和终局性，以及确保法庭时间能更有效使用）。相同的考虑因素亦适用于选择退出机制：虽然这机制干扰缺席集体成员的诉诸法

³ 472 US 797 (1985).

⁴ (2000) 100 FCR 331.

⁵ 同前，第 8-10 页。

庭权利，但干扰是为了达到某个正当目的，而且程序方面亦已设有足够保障。我们认为，只要为选择退出模式而建议采用的程序，对于达到某个正当目的（例如促进司法渠道畅通）来说算得上是相称的做法，便可以采用“选择退出”模式。

《基本法》第六条及第一百零五条：财产权

12. 《基本法》第六条及第一百零五条保护个人的财产权。所出现的问题是选择退出模式可有抵触《基本法》第六条及第一百零五条所保证的财产权。

13. 《基本法》第六条订明“香港特别行政区依法保护私有财产权”。

14. 《基本法》第一百零五条订明：

“香港特别行政区依法保护私人和法人财产的取得、使用、处置和继承的权利，以及依法征用私人和法人财产时被征用财产的所有人得到补偿的权利。

征用财产的补偿应相当于该财产当时的实际价值，可自由兑换，不得无故迟延支付。……”

15. 在单格全诉香港特别行政区政府案中，夏正民法官信纳《基本法》第六条及第一百零五条只保护现有的财产权。他说道：

“本席认为，第六条及第一百零五条所提供的保护，只涵盖财产的现有权利，不包括预期会有的权利，即现时仍未成形的权利。简言之，第六条及第一百零五条所提供的保护，不涵盖实际上仅属预期之物。”⁶

16. 在刘国辉诉律政司司长案⁷及单格全诉律政司司长案⁸中，高等法院首席法官马道立同意夏正民法官反驳两名上诉人基于《基本法》第六条及第一百零五条所提出的论点。⁹ 上诉法庭法官及终审法院法官所作出的多数裁决，均未有处理《基本法》第六条及第一百零五条的问题，而夏正民法官在单格全诉香港特别行政区政府案中

⁶ 高院宪法及行政诉讼 2002 年第 188 号，第 79 段。

⁷ (CACV 199/2003).

⁸ (CACV 401/2003).

⁹ 判决书第 54 段。高等法院首席法官马道立同意夏正民法官的说法，公务员减薪算不上是“财产”被征用。

所提出的看法，亦未有被上诉法庭或终审法院在刘国辉诉律政司司长及单格全诉律政司司长两案中所作出的裁决推翻。

17. 夏正民法官的看法，看来是符合欧洲人权法院根据《欧洲人权公约》第 1 号议定书第 1 条发展所得的法理学，而该条是保护财产权的。欧洲人权法院的做法是申索如要构成受第 1 条所保护的“拥有物”（possession），申请人必须能够证明自己在法律上有权享有所争议的经济利益，或者对可以享有该项利益抱有合理期望。¹⁰

18. 例如在 *Stran Greek Refineries v Greece* 案¹¹ 中，为裁断申请人是否拥有相关的“拥有物”，法庭曾研究相关的当地判决和仲裁裁决，“是否令申请人得到一笔已充分证明是可予强制执行的债项”。¹² 法庭之后把该项判决与该项仲裁裁决区分开来，前者是一项初步裁决，作用只是让申请人怀有希望，相信所提出的申索会被认同，而后者则不然，是明确地承认了国家须负法律责任。根据希腊法例，仲裁裁决具有最终裁决的效力，并被视为可予强制执行，而且不得按案件的是非曲直提出上诉。欧洲人权法院故此断定，申请人根据仲裁裁决所具有的权利（而非根据判决所具有权利），构成第 1 条所指的“拥有物”。

19. 华特教授（AJ van der Walt）曾就 18 个司法管辖区中宪法对财产所提供的保护进行一项比较研究，发觉：

“一般都同意债项或权利，若要称得上是财产，就必须是以独立权利的形式而产生或确立，并且必须是凭借法规或法庭命令或合同法而归属于申索人。纯属预期之物或未来申索通常称不上是财产。”¹³

20. “选择退出”制容许原告代表人在未经集体成员明确表示同意的情况下展开集体诉讼，而涉及共通争论点的诉讼结果，不论是有利抑或不利于集体，成员均须受其约束。“选择退出”模式的这些特色，看来会影响那些未有积极参与诉讼的集体成员的申索权利。不过，如果是采用与《1976 年澳大利亚联邦法院法令（联邦）》（Federal Court of Australia Act 1976 (Cth)）所用机制（此机制只适

¹⁰ Simor and Emmerson (eds), *Human Rights Practice* (活页版, 更新日期: 2008 年 1 月) 第 15.010 段。

¹¹ (1994) (Series A, No. 301-B).

¹² 关于此案的讨论，取材自 P van Dijk 和 GJH van Hoof 所合着的 *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights* (1998 年, 第 3 版), 第 623-4 页。

¹³ 华特 (AJ van der Walt), *Constitutional Property Clauses* (1999), 第 22 页。

用于第 IVA 部¹⁴ 生效后才产生的诉讼因由) 相同的做法, 我们便有道理论说选择退出模式不会涉及《基本法》第六条及第一百零五条, 因为诉讼权未有产生, 而基于这个原因, 现有的财产权也不会受到影响。由于建议采用的“选择退出”模式的适用范围是否如此狭窄, 现时尚未明朗, 所以在本谘询文件中, 我们假定该模式不会影响《基本法》第六条及第一百零五条所保护的财产权。

征用财产

21. 在 *Weson Investment Ltd v Commissioner of Inland Revenue* 案¹⁵ 中, 上诉法庭裁定《基本法》第一百零五条不适用于合法征税。合法征税是受《基本法》第一百零八条规管。政府征税时, 纳税人的财产必然会被征用, 而且没有得到补偿的权利。上诉法庭裁定《基本法》第一百零五条英译本中的“deprivation”一字, 意思是“expropriation”, 亦即是中文本原文“征用”之意。真正为了评税和追收税项而采取的行动, 即使后来被裁定是错的, 也不属于《基本法》第一百零五条所指的合法征用财产的范围之内。¹⁶

22. 这种诠释“征用”一词涵义的方法, 原讼法庭在 *Harvest Good Development Ltd v Secretary for Justice & Ors* 案¹⁷ 及 *Hong Kong Kam Lan Koon Ltd v Realray Investment Ltd (No. 5)* 案¹⁸ 中均有遵从, 而上诉法庭在巫振汉诉渔农自然护理署案¹⁹ 中, 也是采用这种诠释方法。

23. 不过, 在 *Fine Tower Associates Ltd v Town Planning Board* 案²⁰ 中, 上诉法庭裁定, 以《基本法》第一百零五条的中文本为准(如该条的中英文版本有出入, 须以中文本为准²¹) 对案件无影响, 因为法庭在决定财产有否被征用时, 会看实际情况而不是看外在形式; 如果有关规定的作用是把财产的有意义经济价值剥夺净尽, 则即使未有正式的征用行动作出, 《基本法》第一百零五条所意指的征用亦已有

¹⁴ 见 *Femcare Ltd v Bright* (2000) 100 FCR 331 案, 第 11 段: 第 IVA 部是由《1991 年澳大利亚联邦法院修订法令(联邦)》(Federal Court of Australia Amendment Act 1991 (Cth)) 于 1991 年加入《联邦法院法令》, 并于 1992 年 3 月 4 日生效。按照第 33B 条, 只有诉讼因由是在该日之后产生的案件, 才可根第 IVA 部提出法律程序。

¹⁵ [2007] 2 HKLRD 567.

¹⁶ 第 18-20 段, 第 79 及 82 段。

¹⁷ [2007] 4 HKC 1.

¹⁸ [2007] 5 HKC 122.

¹⁹ CACV 143/2007.

²⁰ CACV 356/2006.

²¹ 全国人民代表大会常务委员会于 1990 年 6 月 28 日所通过的决定订明: “……全国人民代表大会法律委员会主持审定的《中华人民共和国香港特别行政区基本法》英译本为正式英文本, 和中文本同样使用; 英文本中的用语的含义如果有与中文本有出入的, 以中文本为准。”

发生。上诉法庭认为，久已为人接受的想法是对财产的使用有负面影响的行为，虽然算不上是正式征用财产，但在某些情况下也可以确当地称为征用，而财产被征用是可以得到补偿的权利。要确定是否有征用发生，法庭所看的是事情的本质而非形式。如果财产没有被正式征用，财产事实上可有被征用这个问题，在每一宗案件中均是一个事实和程度的问题：“通用的规则，最少会认为虽然可以对财产作出某程度的规管，但如果规管得太过分，规管便会被视为夺取。”²²

24. 如果应用上文第 21 及 22 段所提到的法庭诠释“征用”一词方式，我们可以提出争辩，说建议采用的集体诉讼选择退出模式，不可以合理地视为政府“征用”财产。夏正民法官在 *Harvest Good Development Limited* 案中经征得华特教授同意而引用后者的说法如下：

“‘征用’（*expropriation*）一词……并不适用于所有司法管辖区的情况，也未能充分解释到所有司法管辖区的情况。当谈到涉及国家征用权的财产取用问题时，大部分属于英国传统的宪法所指的是强制取用（*compulsory acquisition*），而大部分属于德国传统的司法管辖区则指征用（*expropriation*），但两词的意思是大致上相同的。很多人都接受的理解方式，是征用和强制取用均规定国家须透过某种形式的征用或取用，确实取得财产或有所得益，故此如果国家破坏或夺取财产而本身无所得益，这行动并不是征用或强制取用。”²³

25. 由于“选择退出”模式可能令集体成员受法庭所作出的不利裁决（即驳回原告代表人所提出的济助申索的裁决）约束，“选择退出”模式可能会令集体成员无法就同一申索作诉，但在这种情况下失去的申索权利，看来不属于华特教授所讨论的征用和强制性取用的范围之内。²⁴

26. 如果采用上文第 23 段所扼要介绍的法庭诠释“征用”一词方式，我们可以提出争辩，说集体诉讼的选择退出模式，基于它对集体成员的权利所造成的影响，并不构成事实上的征用。澳大利亚

²² *Fine Tower Associates Ltd v Town Planning Board*, 同前, 第 16-19 段。

²³ 华特教授, *Constitutional Property Clauses* (1999, Juta & Co. Ltd), 第 18 页, 夏正民法官在 *Harvest Good Development Ltd* [2007] 4 HKC 1 案中引用了此段文字, 见第 134 段。

²⁴ 此处的讨论是假设该项受影响的权利, 是《基本法》第六条及第一百零五条所保护的财产权: 见上文第 20-25 段。

联邦法院合议庭在 *Femcare Ltd v Bright* 案²⁵ 中所作出的裁定，足以支持这个论点。合议庭在判决中作出总结，说选择退出程序对取用集体成员的财产没有影响，而财产的取用是受到澳大利亚联邦《宪法》第 51 条保护的。²⁶ 虽然据法权产 (chose in action) 可予以强制执行，但据法权产是不可以“使用”的。

澳大利亚的法理学

27. 澳大利亚《宪法》第 51 (xxxi) 条，是关于国会就取用任何州或人的财产一事订立法律的权力。据彼得·汉斯 (Peter Hanks) 观察所得²⁷，第 51 (xxxi) 条所持的看法，是正统的看法且从未受到质疑，而狄克逊 (Dixon) 法官在 *Bank of New South Wales v Commonwealth* 案中所表达的也是这种看法。他的说法如下：

“第 51 (xxxi) 条有双重作用。在赋予联邦国会立法权力取用财产的同时，它亦订明行使该项权力的条件是必须为受影响的个人或州提供保障，令政府不能在不作出公平补偿的情况下干扰其财产权……由于有公平条件这个规定，第 51 (xxxi) 条是以禁止法律以不公平的条件取用财产的方式，对政府的立法权力施加制约。”²⁸

28. 在 *Femcare* 案中，法庭曾研究《联邦法院法令》第 IVA 部中批准进行代表诉讼程序的条文，是否容许政府为澳大利亚《宪法》第 51 (xxxi) 条所订明的目的而以不公平的条件取用财产。上诉人指出，根据《联邦法院法令》第 IVA 部中的相关条文，财产会以不公平的条件被取用，而澳大利亚《宪法》第 51 (xxxi) 条不会批准这样做。上述取用，被指为是赋予诉讼代表权利“使用”集体成员的财产，而这项财产是一项据法权产，包含有集体成员在代表诉讼程序中针对答辩人作出的申索。上诉人提出争议，说财产被“使用”是提出诉讼的因由。法庭驳回这些论点，并裁定准许代另一人就该项据法权产作强制执行的条文，不可以说是让诉讼代表可使用该项据法权产，亦不可以说是牵涉到该项据法权产中的任何权益的让与，故此第 51 (xxxi) 条未有遭违反。判决书的有关部分如下：

²⁵ (2000) 100 FCR 331

²⁶ 《宪法》第 51 (xxxi) 条订明，国会有权就以下事项订立法律：“为国会有权就之订立法律的目的，以公平的条件取用任何州或人的财产。”

²⁷ Peter Hanks, *Constitutional Law in Australia* (1996 年第 2 版)，第 499 页。

²⁸ (1948) 76 CLR 1, 第 349-350 页。

“108 赋予某人权利去使用另一人的财产（不论是土地财产抑或实产），很可能涉及财产的取用。这种形式的取用，不是拥有权或所有权的取用，而是他物权（*ius in re aliena*）的设定，亦即是就他人所拥有的财产设定一项所有权权益，故此租赁权益与终身产权均属财产。在永久产权或无产权负担的拥有权中分割出一项使用的权利并把这项有限的权利赋予第三者，显然可以构成财产的取用。

109 不过，一项据法权产或义务并非可以‘使用’之物，但却可予以强制执行。虽则如此，如果未有转让作出，凡强制执行一项据法权产或义务是为了令其拥有人得益的，便说获授权代另一人强制执行该项据法权产或义务的人有该项〔据法权产或〕义务的‘使用’权，这是很牵强的说法，把原来用词的意思扯得太远了。说授予某人权力在庭上诉讼中代一项据法权产的持有人强制执行该项据法权产便是把其中的权益让与，这种说法是全无实据支持的。”²⁹

29. 上述裁定应以《联邦法院法令》第 IVA 部所订机制为背景来理解。在该机制下，要展开代表诉讼程序，必须先符合多项门槛规定和一些程序上的保障规定，以保留集体成员的选择自由。申请人所必须证明的事情，包括须证明有七人或以上的申索是针对对同一人的，并且须证明这些人的申索在法律上或事实上引致相当共通的争论点（第 33C(1)(a)及(c)条）。此外，要求展开代表诉讼程序的申请或佐证文件，必须述明代集体成员提出的申索的性质（第 33H(1)(b)条）。如果答辩人不但能证明未能确定所有集体成员的申索是否可以提出，而且能证明部分代集体成员提出的申索并非出于真诚又或者构成濫用法院程序，则第 33C 条所订的门槛规定被裁定已获符合的可能性不高。

30. 关于旨在保留集体成员的选择自由的第 IVA 部条文，虽然一般来说确是无须先经某人同意便可把他列为代表法律程序中的集体成员之一，但集体成员可以单是透过在法庭所定的最后选择退出日期之前的任何时间发出通知而选择退出代表诉讼程序（第 33J(1)及(2)条）。按照第 33J(3)条，选择退出的期限可以延展。第 33T 条订明，集体成员如认为诉讼代表未能充分代表集体成员的权益，是

²⁹ *Femcare Ltd v Bright* (2000) 100 FCR 331, 第 108-109 段。

可以得到补救的。如有该等情况发生，法庭可以以另一名集体成员代替诉讼代表。

31. 在 *Femcare* 案中，澳大利亚联邦法院合议庭指出根据第 IVA 部提出的代表诉讼程序，不一定须向有代表的集体的成员发出个别通知：第 33Y(5)条订明，除非法庭信纳向每一名集体成员发出个别通知是“合理地”切实可行而且并非“过分”昂贵，否则法庭可以下令不这样做。合议庭裁定，要断定就第 33Y(5)条而言甚么才是“合理地”切实可行而且并非“过分”昂贵，法庭必须考虑代表诉讼程序的集体成员可能会承受的不利后果以及任何可能会得到的好处。合议庭认为，如果不利的裁决会对集体成员有重大影响，法庭显然更有可能信纳发出个别通知是合理地切实可行而且并非过分昂贵。

32. 关于代表诉讼程序的好处，澳大利亚联邦法院合议庭说得很清楚：

“《联邦法院法令》第 IVA 部旨在强化司法渠道，方式是订立程序让合情合理的共通不满得到补救。这些程序有利于那些若非如此其申索便无法得到实际补偿的集体成员。规定在每宗案件中均须发出个别通知并不切实可行，但我们又需要向集体成员发出有效的法律程序通知，这方面的法律是希望能在两者之间取得平衡。……”³⁰

法庭指出代表诉讼程序虽然有可能带来驳回济助申索的不利判决，但也有可能带来判申索胜诉的有利判决。

33. 由于建议采用的“选择退出”模式所具有的特色与上文已作讨论的《联邦法院法令》第 IVA 部所订明者相类，要争辩说该模式会涉及剥夺（事实上或非事实上）个别群体／集体成员的申索权利便会有困难。

公正平衡

34. 余下的问题是建议采用的“选择退出”模式能否通过“公正平衡”测试。虽然香港法庭至今仍未有正式采纳这个根据欧洲法理学发展而成的“公正平衡”测试，但以此准则测试《基本法》第六条及第一百零五条就不构成征用的干扰财产权所订的非明文规

³⁰ *Femcare Ltd v Bright*, 同上, 第 75 段。

定，会是明智之举。在这个测试之下，任何此类干扰必须在社会的整体利益诉求（此类干扰原是希望能满足这些诉求）与个人权利须予保护的規定之间取得平衡。所采取的手段与所希望达到的目的之间的关系，必须是合理的。

35. 在 *Femcare* 案中，澳大利亚联邦法院合议庭指出，《联邦法院法令》第 IVA 部所订的代表诉讼程序方案，旨在强化司法渠道。另外值得注意的是在 *Lithgow v United Kingdom* 案³¹ 中，欧洲人权法院曾研究为解决纠纷订立集体或多方机制的优点。³² 在该案中，《1977 年飞机及船只建造业法令》（*Aircraft and Ship Building Industries Act 1977*）为涉及赔偿的纠纷的和解事宜订立了一个集体机制。在这个机制之下，申请人公司的个别股东没有向仲裁审裁处提出诉讼的个人权利。法庭裁定这项加诸于直接向法庭提出诉讼的限制，是为了达到某个正当目的（即是在政府推行大规模的国有化措施的情况下，希望能避免由个别股东所提出的大量申索和法律程序），而所采取的手段与所希望达到的目的之间的关系是相称的。

36. 这些判决均支持一个论点，那就是建议采用的“选择退出”模式确是为了达到正当目的。如果该模式订有门槛规定，并且设有程序上的保障，以保留集体成员的选择自由，而这些规定和保障，均可与《联邦法院法令》第 IVA 部所订明者相比，则该模式或会符合可以说是隐含于《基本法》第六条及第一百零五条的“公正平衡”规定。

³¹ (1986) 8 EHRR 329.

³² 这宗案件所处理的问题之一，是该机制（以其排除提出私人诉讼权来说）有否遵从《欧洲人权公约》第 6(1)条的规定。该条订明，“在个人的民事权利及义务或所面对的刑事控告须予判定时，人人皆有权在合理的时间内，得到依法设立的独立无私裁判所对他进行公正公开的聆讯。……”。

在选择退出制的集体诉讼机制下 采用选择加入程序的实例

1. 在第 7 章中，我们建议设立一个富弹性的机制，容许法庭（在选择退出制的集体诉讼机制下）行使宽松的酌情决定权，以便在涉及来自其他司法管辖区的原告人的案件中采用选择加入的程序。本附表提供一些美国和澳大利亚的实例，都是关乎法庭在选择退出制的集体诉讼机制下所发出的选择加入通知指示。

澳大利亚

King v AG Australia Holdings Ltd (formerly GIO Australia Holdings Ltd)¹

2. 此案是澳大利亚联邦法院根据《联邦法院法令》(Federal Court Act)第 IVA 部提起的。答辩人为 GIO 澳大利亚控股有限公司 (GIO Australia Holdings Ltd, 简称“GIO”)、GIO 前董事局暨一间为 GIO 提供顾问服务的商人银行。GIO 是在澳大利亚证券交易所上市的公司，拥有多间经营保险和金融业务的附属公司。代表诉讼程序是代所有不接受 AMP 保险投资控股私人有限公司 (AMP Insurance Investment Holdings Pty Ltd)(简称“AMP”)敌对收购的 GIO 股东提出，而所依据的理由是各人均指称答辩人曾就 GIO 股份的价值作出虚假陈述。原告人指每一名答辩人均曾作出有误导性及欺骗的行为，违反《1974 年营商手法法令（联邦）》(Trade Practices Act 1974 (Cth))第 52 条或《1989 年澳大利亚证券及投资委员会法令（联邦）》(Australian Securities and Investments Commission Act 1989 (Cth))第 12DA 条或《1978 年公平贸易法令（新南威尔士）》(Fair Trading Act 1978 (NSW))第 42 条，并曾作出多项指称是有疏忽成分的陈述。原告人又指称 GIO 的多名董事违反了受信责任，而作为 GIO 顾问的商人银行则违反了《公司法》(Corporation Law)第 995 条。

3. 虽然诉讼程序原先是代大约 68,000 名股东展开的，但法庭在诉讼进行期间所作出的命令，却把诉讼程序由“选择退出”变为“选择加入”。答辩人获准向原告人群体中无人代表的成员发出信件，而法庭认同答辩人的看法，相信这样做有两个好处。第一个好处是无人代表的成员所作出的回应，有可能可以厘清在诉讼程序中提出

¹ [2002] FCA 1560.

申索的名义上的集体成员有多少人。虽然这些人可能未有交回选择退出通知把自己自诉讼除名，但在未有选择退出的集体成员之中，也不是人人都相信或坚称自己对答辩人有诉讼因由作诉。第二个好处则是这样做，会令答辩人对未有律师代表的个别人士就 GIO 对其应负的法律责任持甚么立场略知一二。

4. 法庭的命令是 GIO 可透过样本信与未有选择退出的股东沟通（信件及相关表格见本附件末部），而法庭曾下令须作修改的字眼，在信中均以粗体显示。样本信附有表格 A 及表格 B，表格 A 是一份非必须作答的问卷，用以识别名义上的集体成员（就表格 A 而言，确实字眼须经申请人与 GIO 协商同意），而对表格 B 所提问题的回答，则可能会令 GIO 及其他答辩人可以更准确地估计集体中哪些成员不会或不可能就所作诉的损害提出申索。因此，答辩人可以就自己在代表诉讼程序中所或须负上的法律责任作一估计，虽然这只是粗略的估计。

5. 不过，法庭认为样本信不宜载有以下字句：

“如未有完成问卷并于〔限期〕之前交回，你的申索会被永远搁置。这意味除非法庭在你提出申请后予以批准，否则无人可以代你继续进行申索。”

法庭拒绝行使其酌情决定权，指示如个别集体成员未有就问卷所提出的问题作答，其申索应予以搁置。法庭认为，诉讼程序中个别集体成员未有就该份必须作答的问卷作答，可以有多种原因，要法庭裁定甚么才构成不就问卷作答是困难的，而且也不能肯定裁定不会出错。

6. 行使“选择加入”权利的股东超过 20,000 人。虽然这样的安排大幅收窄了集体的范围，但也有助确保参与诉讼的股东所提出的申索是有胜诉机会的（特别是就涉及个人所持理据的争论点而言，下文会作讨论），令诉讼程序更易管理、当事人可量化其所申索的损失，以及提高和解的机会。双方最后达成和解，参与诉讼的股东可获付 9,700 万元并且兼得讼费。

7. 2003 年 8 月 26 日，联邦法院批准这份和解协议，并在 2003 年 11 月 27 日作出命令，把有权参与和解的股东名单定案。² 这份名单共有 22,051 名股东，绝大部分都是小投资者。集体诉讼成员的整体回报率，是所申索损失总额的每一元可获付 60.124 仙，亦即是说，股东如一直持有 GIO 股份直至被 AMP 于 1999 年 12 月强行收购为止，每 1000 股合资格的股份便可获付 1262.60 元。此外，申请人亦

² *King v AG Australia Holdings Ltd (formerly GIO Australia Holdings Ltd)* [2003] FCA 1420.

获全数支付因诉讼程序而引致的讼费，而拨作赔偿合资格股东之用的和解款项，无须拨出分毫来支付分担费用。

美国

*CL-Alexanders Laing & Cruickshank v Goldfeld*³

8. 在此案中，私人股票配售的包销商针对股票卖家提出证券诈骗诉讼，并代 25 名英国的投资者寻求集体核证。纽约南区的区域法院裁定集体核证并不适当，因为法庭可以运用其衡平法权力，在“选择加入”安排之下对集体进行核证，以解决根据英国法律所会出现的“已判事项”问题，而且采用传统的合并规则，较诸对集体进行核证，也来得更为恰当。被告人所提交的誓章述明，英国法院不会承认在一宗美国“选择退出”诉讼中作出的外地判决，因为有关的英国国民未有为向外地法院求助而做过任何事情。基于该看法，被告人提出争议，指判被告人胜诉的判决，不会禁止缺席的集体成员日后在英国及其他国家针对相同的被告人提出诉讼。原告人承认有这个矛盾存在，于是建议采用一种与别不同的集体诉讼方式：“选择加入”集体诉讼。原告人对这种形式的诉讼说明如下：⁴

“这会涉及发出即将进行集体诉讼的通知，述明集体成员除非已向法院特别要求加入集体，否则便不会被纳入集体之内。即将进行集体诉讼通知中用以说明该宗诉讼的特点以及成为集体成员有何作用的字句，须经法院核准。因此，已选择加入的集体成员在选择加入时，是清楚知道如果被告人在诉讼中获判胜诉将会有何后果。由于集体成员会明确表示同意受判决约束，并且自愿就诉讼而受法院的司法管辖权管辖，所以集体成员不得就诉讼的最终结果在英格兰再次提出诉讼。”

法庭认为，这程序会符合被告人誓章所列明的英国“已判事项”规定，并且能保障被告人免遭已选择加入集体者再次提出诉讼。

*Minnesota v US Steel Corp*⁵

9. 在此案中，八个不同的政府机构指称六家钢材公司串谋压抑各州之间的贸易及商业活动，影响结构用钢材装配工业，故此向该公司提出诉讼，根据《谢尔曼法令》及《克莱顿法令》（*Sherman and*

³ 127 FRD 454, 459 (SDNY 1989).

⁴ *CL-Alexanders Laing & Cruickshank v Goldfeld* 127 FRD 454, 459 (SDNY 1989), [459].

⁵ 44 FRD 559 (D Minn 1968).

Clayton Acts) 要求被告人作出三倍损害赔偿。被告人据称曾串谋操纵价格，不当地提高价格，令价格失去竞争力。被告人又据称曾互相分配合约及生意。各州的检察长被要求向其所属州分范围之内的政府机构发出通知。区域法院法官提到《联邦民事诉讼规则》(Federal Rules of Civil Procedure) 第 23(c)(2)条规则⁶，并指出该项条规则：

“订明‘法院须向集体成员发出在有关情况下实际可以发出的最佳通知。’法院不会把这项规定解释为规定法院本身须亲自发出通知，而是会解释为法院可以指示诉讼其中一方或某几方，按法院所批准的形式发出通知。负责处理第四部分案件的每一名检察长均表示，他们有关于其所属州分范围之内的政府团体的资料充足名单，而且有足够的设施可向这些机构邮寄通知。法院于是指示他们负起这项发出通知的任务。”⁷

10. 法庭指明通知书应涵盖以下事宜：

“通知书应载有第 23(c)(2)条规则规定须述明的事宜，此外并应附有性质属经核实的申索证明表格之文件，供收件人填写和交回，以示明以下各项资料：申索人姓名、熟悉申索详情的适当或知情政府人员、申索所涉钢材的购入总额及购买日期、出售钢材或作为中介人的人士或公司或作为交易一方的一般承造商、装上这些钢材的建筑物或结构的类别或产品的其他最终用途，以及任何其他被视为恰当的事宜。申索证明表格并应附有或随同付上一份批准提出申索的规管机构的议决书（须经核证）。原告人可能希望集体成员向其提供其他资料或希望向集体成员提供其他资料。法院不会禁止原告人这样做，但通知书或任何资料均必须旨在提供信息，而不是呼吁对方参与诉讼或进行游说。”⁸

⁶ 《联邦民事诉讼规则》第 23(c)(2)(B)条规则订明如下：

“就任何根据第 23(b)(3)条规则获得核证的集体而言，法院须向集体成员发出在有关情况下实际可以发出的最佳通知，包括向所有经合理努力而可辨识的成员发出个别通知。通知书必须以平实易明的文字，准确而清楚地述明：

- * 诉讼的性质，
- * 获核证的集体的界定，
- * 集体所提出的申索、争论点或抗辩，
- * 如果集体成员希望透过律师呈交应诉书，他们可以这样做，
- * 法院会把要求不被纳入的成员排除于集体之外，并会述明成员何时可选择不被纳入及如何作此选择，以及
- * 根据第 23(c)(3)条规则，集体判决对集体成员有约束力。”

⁷ *Minnesota v US Steel Corp*, 同上，第 12、13 页。

⁸ *Minnesota v US Steel Corp*, 同上，第 12、13 页。

11. 法院也有就通知书的送达发出详细指示，并订出下述时间表：

“在本命令发出 10 天之内，第四部分的原告人须向所有被告人、其他原告人及法院（以供法院批准）提交建议发出的通知书及申索证明表格各一份。

在其后 10 天之内，被告人及其他原告人可向此等原告人提出关于通知书及申索证明表格格式的建议或反对意见，以供法院考虑。

通知书及申索证明表格经法院批准后，可在 15 天之内由四名检察长送交集体成员。

在此日后 60 天之内，第四部分原告人须向本法院的书记提交自集体成员收回的回应或申索证明，并安排每一名被告人均可取得副本。这些回应或申索证明，如经进一步的法院命令批准，即（连同任何已提交的此类文件，以及由第三部分的原告人作代表的案件所已提交的现有状书或在该等案件中提交的现有状书）构成集体的组成部分，而任何其他未有如此提交的文件，均会被禁纳入集体并会被排除于集体之外。每一名检察长，亦须提交已邮寄通知的证明（并向其他当事人提供副本），列出已获邮寄通知者的名单。”⁹

12. 应留意的是按照上述法院命令的末段所言，所有未有作出回应或提交申索证明的集体成员，均会被排除于集体之外，并且会被禁止加入集体和被排除于集体之外。这其实是一项由通知书施加的选择加入规定。

Harris v Jones¹⁰

13. 这是一宗合并的申索，由一名存户代某存款机构的所有存户针对该存款机构、其高级人员及董事、某广告公司及某电台提出。该宗申索指称《证券法令》(Securities Act)遭到违反。法院命令该存款机构存户的集体成员在得到诉讼的初步通知及不被纳入诉讼的机会后，应得到进一步的通知。这通知会规定他们须以所获提供的表格及通知书，提交简单的申索书。法院会发出通知，说明如果上述陈述书未有在指定时间之内提交，诉讼有可能会被撤销，而不提交上述申索书的

⁹ *Minnesota v US Steel Corp*, 同上, 第 12、13 页。

¹⁰ 41 FRD 70 (D Utah 1966).

成员的权利会因未有尽力进行诉讼而受到影响。法院就第二份发出的选择通知书所施加的规定如下：

“本席认为，根据经修订的第 23 条规则进行的法律程序，正如公认的正确做法一样，必须遵从第(c)(2)款的规定，在切实可行的范围内向被指称是集体成员的每一个人发出个别通知，告知他们以下事项：如果他们在指定日期前要求法院不把他们纳入集体之内，法院会这样做；判决不论有利与否，均对所有未有要求不被纳入的成员有效；以及未有要求不被纳入的成员，如有此意的话是随时可以透过律师呈交应诉书的。基于前述通知书所得反应而决定谁人不会被纳入集体之后的一段合理时间（已有考虑预期的审讯日期和文件透露所需的时间）之内，集体成员会收到进一步通知，规定他们须以所获提供的表格提交简单的申索书，特别须说明他们是根据甚么类别和来源的陈述（如有的话）而购买证券，以及他们是在何时开始得知有关的陈述属虚假。法院会作出命令和发出通知，说明如果上述陈述书未有在指定时间之内提交而又没有好的理由支持，诉讼有可能会被撤销，而不提交上述申索书的集体成员的权利，会因未有尽力进行诉讼而受到影响。在这阶段的工作完结后，法院应该可以清楚断定现时的代表是否有足够的代表性，更有效地界定集体的范围或把集体分组或取消分组，并且为诉讼的审讯订立实际指引，另外也希望能向陪审团提出诉讼所涉及的争论点，让陪审团可以作出有意义的裁决。”¹¹

14. 在以上一段文字的注脚中，法院表示基于法院所不能缺少的一般权力以及凭借《联邦民事诉讼规则》第 23(d)条规则，法院相信发出额外通知的权力是存在的。第 23(d)条规则的内容如下：

“在进行本条规则适用的诉讼时，法院可作出各项适当的命令：(1) 决定进行诉讼的过程，或订明如何避免过分重复提出证据或论据或在提出证据或论据时横生枝节的方法；(2) 为保障集体成员或为使诉讼得以公平地进行，规定须按法院所指示的方式向部分或所有成员发出通知，告知他们以下事项：诉讼的步骤，或判决的建议涵盖范围，或他们有机会表明是否认为自己已得到公平和足够的代表，或他们有机会介入诉讼和提出申索或抗

¹¹ *Harris v Jones*, 同上, 第2、3页。

辯，或以其他方式参与诉讼；(3) 向诉讼代表人或介入者施加条件；(4) 规定须修改状书，以除去各项关于缺席者代表事宜的指称，并规定诉讼须据此而进行；(5) 处理其他相类的程序事宜。上述各项命令可与根据第 16 条规则作出的命令合并，并可按情况所需而不时予以修改或修订。”

实际问题及可行的解决方法

15. 有人曾指出，施加须发出选择加入通知的规定可能会带来一些问题。在载于《福德姆法律评论》(Fordham Law Review)的一篇文章中，巴西特(Debra Lyn Bassett)曾讨论过在涉及外地集体成员的跨国诉讼中采用选择加入程序的后果：

“正如最高法院所指出，‘应极度小心，别让虚构的东西令诉讼双方无法公平参与诉讼，而公平参与是唯有尽量贴近事实才能做到的。’据此，就涉及外地申索人的集体诉讼而言，这些外地申索人应获提供明确表明选择加入集体诉讼的机会，以便所得的判决能对他们有约束力。在 *Shutts* 一案中，最高法院驳回以下说法：按照正当法律程序的规定，所有根据第 23(b)(3)条规则提出的集体诉讼，均须进行让成员明确表明选择加入的程序。但是，有可能存在的语言隔阂，不熟悉法律程序，跟别国的法院和律师打交道可能会感到胆怯，在在均会令到外地申索人有更大机会感到害怕、困惑和产生误解。规定外地申索人必须明确表明选择加入，而不是不合理地把他们的缄默诠释为同意受集体诉讼所约束，只有这样才能确保他们是确实同意的。……

规定外地申索人必须选择加入集体诉讼的潜在风险，包括很多外地申索人均有可能不选择这样做，结果令到集体诉讼只能对少数外地申索人有约束力。不过，如果被告人所被指称造成的伤害是跨越国界的，那么预期他会在多于一个的国家抗辩，在本质上来说也并非有欠公平。再者，如果受影响的另一个国家没有集体诉讼程序之设，申索款额不大的外地申索人便可能会有更强烈的动机选择加入集体诉讼，而不选择加入美国的集体诉讼的外地申索人，有可能是因申索款额较大，值得他们进行独立诉讼。虽然仍有部分外地申索人可能会不明白通知书的内容，以及部分外地申索人会因为感到困惑或本

身做事拖拉而不选择加入，但从正当法律程序的角度来看，选择加入程序是一个较优胜的做法。”¹²

16. 为处理非美籍申索人在集体诉讼中采用选择加入程序所可能带来的问题，巴西特女士建议采取多项预防措施，包括委任一名外地申索人为集体代表或代表集体的律师、主审法庭须顾及得失悠关的非美国权益，以及在集体诉讼通知书夹附说明信件，以收件人的本国语文解释集体诉讼的重要性。有关的建议如下：

“1. 适用于所有集体诉讼：足够的代表性

为符合第 23(a)条规则所订明的多国集体诉讼必须有足够的代表性这项先决条件，应假定由非美国人出任集体代表是一项必须符合的规定。这名非美籍的集体代表，可以是一名被指名的代表或一名代表集体的律师。如果实际情况显示各非美籍集体成员之间权益不一致，便可能会有必要委任多于一名非美籍代表以提供足够的代表性。……

2. 适用于所有集体诉讼：法庭的聚焦审视

……法庭或会确保一名外地申索人得获委任为其中一名集体代表，但这名外地集体代表却可能会因过分胆小或只顾个人利益而未能在整个诉讼过程中保护其他外地集体成员的权益。同样地，法庭或会确保一名非美籍律师得获委任为其中一名代表集体的律师，但这名非美籍律师却可能会因过分胆小或只顾个人利益而未能在整个诉讼过程中保护外地集体成员的权益。因此，主审法官应以其惯常的谨慎态度审视法律程序如何进展，并应留意当外地申索人在法律程序中有利害关系时可能出现的特殊情况，特别是在和解阶段可能出现的特殊情况。

3. 适用于必须发出通知书的集体诉讼：说明信件

由于集体诉讼通知书容易令人困惑，故此如收件人是居于外地的话，便有必要加倍小心。为利便收件人了解通知书的内容，在此情况下发出的通知书应附有发给特定个别收件人的说明信件，以该名收件人的本国语文并以直接表达而不使用法律术语的方式，向他解释发出通知

¹² Debra Lyn Bassett “US Class Actions Go Global: Transnational Class Actions and Personal Jurisdiction” 72 *Fordham Law Review*, 41, 第 87-88 页。

书的目的。虽然说明信件应要告诉收件人须阅读实际法律通知书的全文，但说明信件也会对该通知书作一简介，并会协助收件人了解其重要性。”¹³

¹³ Debra Lyn Bassett, 同上, 第 89-90 页。

King v AG Australia Holdings Ltd (formerly GIO Australia Holdings Ltd) 案所采用的信件及表格样本

信件

“请小心阅读此信

1999年8月，尚·罗伯特·金先生（Shane Robert King）于澳大利亚联邦法院针对以下各人提出代表诉讼程序：GIO 澳大利亚控股有限公司（-GIO），Grant Samuel & Associates Limited 及 GIO 的前董事，即 David Mortimer, Bruce Hogan, Stewart Steffey, Ronald Ashton, Marina Darling, Andrew Kaldor, Lloyd Lange, David O'Halloran 及 Ian Pollard 等各人（“答辩人”）。金先生是代那些不接受 AMP 保险投资控股私人有限公司（-AMP）于 1998 年提出的 GIO 股份收购的前 GIO 股东提出代表诉讼程序，而各人均声称自己曾因答辩人所作出的陈述和其他行为蒙受损失。**为方便进行代表诉讼程序，这些股东均被称为集体成员。**金先生在代表诉讼程序中所作出的各项指称，涉及部分答辩人于收购期间在 B 部陈述书和其他通讯中曾对 GIO 股东说过的话以及未有说过的话。答辩人对这些指称作出否认，并就代表诉讼程序提出抗辩。

由于你未有选择退出代表诉讼程序，你有机会是**集体成员之一**。

如果你不认为自己是集体成员之一，请在本信所附的表格 A 方格内以划上「✓」号的方式回答问题，签署并以附上的已付邮资回邮信封寄回本公司。**你若是这样做便无须填写表格 B。**

如你认为自己是**集体成员之一**，法院或有需要在代表诉讼程序中裁断你何以不接受 AMP 的收购建议。若有此需要，你可能须在宣誓下作供。你可能（也）会被对方就你所用以支持你的申索而在宣誓下作出的证供进行盘问，以便 GIO 可就你的申索准备其抗辩。为使 GIO 能考虑你的申索是否有理据，本公司谨请你填写表格 B（问卷），并在 2003 年 2 月 28 日之前以附上的已付邮资回邮信封寄回本公司。

你如未能就任何问题作答，便应在指定之处填上“未能作答”。

你的回复应以附上的已付邮资回邮信封寄出。在等待代表诉讼程序结果期间。你的回复会由独立的会计师事务所保管，而答辩人及金先生均会获提供副本。

你可在互联网上查阅 AMP 的 A 部陈述书（问题 1 所提及者）及 GIO 的 B 部陈述书（即问题 2 所提及的小册子 1 及小册子 2），网址为

<http://www>〔容后通知〕。你如果没有联系互联网的设施但又有意查阅这些文件，则应向当地的公共图书馆查询，要求登入互联网和获得协助。有关的互联网网站也会载有陈述，说明作为集体成员所须符合的规定。

这份问卷是一份重要文件，可以影响你的法律权利。你应仔细阅读，并且可就其内容谘询法律意见。如对问卷或此信有任何问题，可拨以下电话号码〔待填〕向代表金先生的律师事务所 **Maurice Blackburn Cashman** 或你自己的律师提出。

法院已知悉本公司向你发出此信及其内容。

多谢你抽空填写问卷并将之交回。“

表格

“表格 A

1. 本人不是集体成员之一

在回答此问题时，务请仔细阅读以下关于具代表性的集体的说明为要。

你如果符合以下说明，便是集体成员之一：

- a) 于 1998 年 8 月 25 日至 1999 年 1 月 4 日整段期间已登记为 GIO 股份的拥有人；及
- b) 未有接受 AMP 于 1998 年 8 月 25 日向你提出的收购该等股份建议（条款于 1998 年 12 月 9 日有所更改）；及
- c) 基于答辩人所作出的各种陈述及行为（详情见申索陈述书）而不接受该收购建议；及
- d) 因此而蒙受损失；及
- e) 有针对所有答辩人的申索。

(e)项所提及的申索，是指夹附本表格的信件开首第一大段所简述的申索。

日期：

.....
(签署)

.....
请以清楚字体填写姓名

.....
股份持有人登记号码
(SRN)”

**“表格 B
问卷**

1. (a) 你是否曾收到 AMP 的 A 部陈述书 (该陈述书列有 AMP 提出收购你所持有的 GIO 股份的建议) ? 是 否

(b) 如对(a)的答案是“是”，你是否曾阅读：

(i) AMP 的 A 部陈述书的全部内容 ? 是 否

(ii) (1) AMP 的 A 部陈述书的部分内容 ? 是 否

(2) 如曾阅读其部分内容，你所阅读的是哪一部分或哪几个部分 ?

2. (a) 你是否曾收到 GIO 回应 AMP 收购其股份的建议的 B 部陈述书 (小册子 1 及小册子 2) ? 是 否

(b) 你在决定接受或不接受 AMP 的收购建议前是否曾阅读 GIO 的 B 部陈述书 ? 是 否

(c) 如对 2(b) 的答案是“是”：

(i) 你是否曾阅读 B 部陈述书的小册子 1 及小册子 2？ 是 否

(ii) 如未有阅读 B 部陈述书的全部内容，你所曾阅读的是哪一部分？

(iii) 如曾阅读 B 部陈述书的全部或部分内容，你所花的时间是多少？

3. (a) 关于应否接受 AMP 提出的收购你所持有的 GIO 股份建议，你是否曾得到任何人或任何机构（包括财务顾问（例如财务策划师、会计师、股票经纪或你的律师））的意见？ 是 否

(b) 如答“是”，请提供该人或该机构的资料。

(c) 如答“是”，该意见是在何时提供给你？

4. 你是否曾尝试接受 AMP 的收购建议？ 是 否

日期：

.....
(签署)

.....
请以清楚字体填写姓名

.....
股份持有人登记号码
(SRN)”

在其他司法管辖区的集体诉讼中 应用“不便诉讼地”法则

英格兰与威尔斯

1. 在 *Spillada Maritime Corporation v Cansulex Ltd* 案中，戈夫勋爵（Lord Goff）订明在英格兰与威尔斯应用“不便诉讼地”法则的理据：

“……法庭只会在下述情况以‘不便诉讼地’为理由而搁置法律程序：法庭信纳有另一具司法管辖权的诉讼地可供选用，而这个诉讼地是诉讼进行审讯的适当地点，即对于所有各方的利益以及伸张公义来说，诉讼在该处进行审讯是更为适当的。”¹

2. 在 *Connelly v RTZ Corporation PLC* 案²中，上议院曾考虑“不便诉讼地”法则能否应用于被告公司要求搁置一名苏格兰原告人所展开的人身伤害法律程序的申请。该名原告人声称自己因在纳米比亚工作之故而患上癌症，故此要求获得损害赔偿。他曾在第一被告人（一间英国公司）旗下的一间纳米比亚子公司所经营的铀矿工作四年，三年后发现患上喉癌并进行了喉切除术。他在英格兰针对第一被告人及第一被告人旗下其中一间英国子公司展开法律程序，以对方疏忽为理由而要求获得损害赔偿，而他罹患癌症是由于对方未有提供合理的工作安全系统，令他在铀矿工作时可免受铀矿尘侵害。被告人以“不便诉讼地”为理由，向法院申请在英格兰搁置法律程序的命令。

3. 上议院驳回申请，并裁定实质公义未能在适当诉讼地（即纳米比亚）得以伸张，而只能在有适当资源可资运用的诉讼地才得以伸张。戈夫勋爵说道：

“故此本席首先要指出，最低限度作为一项通用的原则来说，法庭是不会单是因为原告人能证明自己在适当诉讼地无法得到法律援助之类形式的经济援助但在英格兰却可得到该类经济援助而拒绝批准搁置法律程序。……本席不认为适当诉讼地无法律援助之设，此点

¹ [1987] AC 460, 第 476 页。

² [1998] AC 854.

本身足以支持法庭以‘不便诉讼地’为理由而拒绝批准搁置法律程序。

.....

虽则如此，本国可提供经济援助而适当诉讼地则不然，这一点在本案中却可以例外地列为相关的考虑因素。不过，问题仍然在于原告人能否证明在本案的特定情况下，如果他是在无经济援助之设的适当诉讼地进行诉讼，实质公义会否未能得以伸张。”³

4. 上议院考虑到如果原告人未能获得专业的法律协助，案件所产生的争论点根本是无法得以审理，以及如果没有属科学范畴的专家证人提供证供，原告人的案件也无法可以开展到由法庭审理的地步等事实。如果案件是在英格兰审理，原告人便可以得到法律援助形式的协助，又或者可以与自己的律师达成按条件收费的协议。基于以上各项考虑因素，法庭所得的结论是不应以“不便诉讼地”为理由而行使酌情决定权搁置法律程序：

“本席信纳，考虑到诉讼的性质，这是一宗实质公义无法在适当诉讼地伸张但可以在有资源供原告人取用的本司法管辖区伸张的案件。”⁴

5. 在 *Lubbe v Cape Plc* 案⁵中，上议院考虑是否批准一宗由超过3,000名原告人（均为居于南非的南非公民）在英格兰提出的搁置法律程序申请。被告人是一间在英格兰注册的公司，旗下有多间南非子公司经营矿务、石棉加工及售卖石棉相关产品的生意。原告人向被告提出申索，要求获得人身伤害和死亡的损害赔偿。法庭下令这些案件须以集体诉讼的形式进行。上议院裁定，南非明显是更适当的诉讼地。不过，如果申索人在南非无法讨回公道，而原因是没有资金（法律援助或按判决金额收费安排）可供动用，没有律师代表，没有专家提供意见，也没有既定的集体诉讼程序可资采用，申索人便可在英国以跨国公司设于其他司法管辖区的子公司所曾做过的事情，针对跨国公司设于英国的母公司提出集体诉讼程序。宾厄姆勋爵（Lord Bingham）说道：

³ *Connelly v RTZ Corporation PLC*, 同上, 第 873A-874D 页。

⁴ *Connelly v RTZ Corporation PLC*, 同上, 第 874D 页。

⁵ [2000] 1 WLR 1545.

“如果这些法律程序因南非有更适当的诉讼地而搁置，有可能出现的情况是原告人会没有办法取得专业代表和专家证供，但这些申索若要得到公平裁决，专业代表和专家证供却是不能缺少的。这会是等如不让原告人讨回公道。由于这些法律程序情况特殊而且不常见，原告人没有办法在南非进行申索直至案件审结为止，足以构成有力理据，让法庭可在 *Spiliada* 案测试的第二阶段拒绝批准在英国搁置法律程序。”⁶

澳大利亚

6. 澳大利亚法院曾就“不便诉讼地”法则采用另一种做法。在 *Oceanic Sun Line Special Shipping Co v Fay* 案⁷中，澳大利亚高等法院裁定，如果所选用的诉讼地与诉讼有重要联系（例如该诉讼地是交易地点，或该诉讼地的法律适用于案件所涉及的争论点其中之一，或在该诉讼地提起法律程序会为原告人带来合法和实质好处（例如被告人在该诉讼地有资产可供判决作强制执行之用）），则该诉讼地不能说是明显不适当。⁸ 澳大利亚情况如此原因有三：“希望跟从既定的澳大利亚权威做法，认为原告人有权挑选诉讼地而法庭不得剥夺此权利，并且普遍不信任法庭的酌情决定权。”⁹ 这种做法在 *Voth v Manildra Flour Mills* 案¹⁰中得到确认。在该案中，澳大利亚最高法院拒绝采取“最合适的诉讼地”的做法，反而订立了其独有的“明显不适当诉讼地”测试：澳大利亚法院如发现自己是“明显不适当的诉讼地”，便会拒绝行使司法管辖权。

7. 有人曾描述澳大利亚的准则与英国的 *Spiliada* 案准则的分别如下：

“澳大利亚的准则倾向于让审讯在本地法院继续进行，因为要证明本地法院是‘明显不适当’的诉讼地，难度实际上会甚于以 *Spiliada* 案的准则来证明海外的替代法院是‘明显更适当’的诉讼地。如果发觉现

⁶ *Lubbe v Cape Plc*, 同上, 第 1559 页。此处所指的 *Spiliada* 案测试“第二阶段”，规定即使法庭已在“第一阶段”得出结论，认为另一诉讼地明显是诉讼进行审讯的更适当地点，但如果被当时负有举证责任的原告人说服，同意为公正起见不应批准搁置法律程序，则法庭仍须拒绝批准搁置法律程序。

⁷ (1988) 165 CLR 197.

⁸ 在 P E Nygh 所著的 *Conflict of Laws in Australia*, 第 6 版（悉尼，Butterworths, 1995 年）中曾作讨论，第 103 页。

⁹ 在 P E Nygh 所著的 *Conflict of Laws in Australia*, 第 6 版（悉尼，Butterworths, 1995 年）中曾作讨论，第 103 页。

¹⁰ (1990) 71 CLR 538.

有诉讼地对审讯来说是适当的，按照澳大利亚的准则，法律程序不得予以搁置，但按照 *Spiliada* 案的做法，只要有海外诉讼地是明显更适当的诉讼地，则仍然可以搁置法律程序。”¹¹

8. 采用这个“明显不适当诉讼地”测试，令澳大利亚法院在诉讼地的裁断上采取较严格的做法。一项于 1999 年进行的研究发现，在 *Voth* 案之后所裁决的 51 宗案件中，只有 10 宗（或大约 19%）是有搁置法律程序的命令发出的。”¹²

美国

9. 在 *Gulf Oil Corporation v Gilbert* 案¹³中，最高法院处理了一宗因联邦地方法院决定应用“不便诉讼地”法则撤销纽约州的一宗侵权诉讼而引起的上诉。在此案中，一名弗吉尼亚州的居民在纽约州的联邦地方法院针对 *Gulf Oil* 提出诉讼，而后者是一间可在弗吉尼亚州和纽约州做生意的宾夕法尼亚公司。原告人指称被告人在运送汽油至其弗吉尼亚州货仓内的贮油桶和油泵时有疏忽而引致爆炸及火灾，故此向被告入追讨损害赔偿。地方法院纯粹是基于公民身分多元化的原则而对此案有司法管辖权（即是对某州公民与外地公民之间的诉讼有司法管辖权）。由于导致诉讼的事件全都是在弗吉尼亚州发生，纽约州地方法院应用了“不便诉讼地”法则并且撤销诉讼。地方法院的裁定虽然曾被上诉法院第三巡回审判庭推翻，但后来又被最高法院（按大多数法官的决定）重新确认，于是居于弗吉尼亚州的原告人，必须在弗吉尼亚州而不是纽约州进行诉讼。

10. 最高法院认为，法庭在行使其酌情决定权以裁断应否以“不便诉讼地”为理由撤销案件时，应顾及各种私人利益考虑因素和公众利益考虑因素。判决书中涉及此裁决的段落如下：

“‘不便诉讼地’法则不外乎是即使某项通用审判地法规的条文赋权法院可行使司法管辖权，但当有案件是强加于其司法管辖权时，法院仍可拒绝审理。……原告人

¹¹ 胡振杰，‘*Forum Non Conveniens: An unjustified doctrine*’ (2001) 48 *Netherlands International Law Review* 143, 第 154 页。

¹² Richard Garnett, *Stay of Proceedings in Australia: A "clearly inappropriate" test?* (1999) 23 *Melbourne University Law Review* 31, Dan J Svantesson 在其所撰的 ‘*In Defence of the Doctrine of Forum Non Conveniens*’ 一文（《香港法律学刊》（2005 年）第 35 卷，由第 395 页起）中引用了此部分资料，见第 401 页。

¹³ 330 US 501 (1946).

有时会禁不住采取策略，迫使审讯在对手最为不便的地方进行，即使这样做会为自己带来一些不便。……

没有人试图将各种情况归类，以示在哪些情况下有理由批准或不批准或必须批准或不批准作出补救，这是明智之举。‘不便诉讼地’法则，在很大程度上是视乎原告人所作诉的法庭如何行使其酌情决定权……。

……如果既定结果所必须具备的因素组合和比重是难以预测或述明的，那么要指出哪些因素是须予考虑的却并不困难。其中一项须予考虑的利益，而且可能是最迫切须予考虑的利益，便是诉讼人的私人利益。重要的考虑因素计有：是否相对地容易取得证据资源；是否有程序可强令不愿意出庭的证人出庭和征得愿意出庭的证人出庭所需的费用；如果亲到现场查看对诉讼来说是适当的，则是否有可能这样做；以及所有其他可令案件的聆讯容易、迅速及费用不昂贵的实际问题。此外，可能还有一些如果取得判决可否将之执行的问题。法院会考量这些考虑因素对公平审判的有利之处和不利之处，并会考量两者之间的比重。通常的说法是原告人有索偿的权利，但不得透过选择不便诉讼地，以令被告人须负担不必要的支出或面对不必要的麻烦的方式来‘缠扰’、‘骚扰’或‘压迫’被告人。不过，除非原告人所选择的诉讼地是极度不利于被告人，否则原告人的选择应该是很少会受到阻挠的。

……法院在应用‘不便诉讼地’法则时，公众利益也在考虑之列。诉讼不在原地审理而挤在讼务繁忙的中心等候处理，会为法院带来行政问题。陪审团所肩负的职责，是一项不应加诸与诉讼无关的社会大众的负担。在涉及众多人的事务的案件中，我们有理由把审讯安排在这些人所能见到和前往的地方进行，而不是在他们只能凭报道得知审讯情况的偏远地方进行。在原来地区解决地区性的争议，是符合地区利益的做法。安排多元公民身分的案件在符合必然管辖该案的州法律的诉讼地进行审讯，而不是在另一需解决各种法律冲突和面对陌生法律的问题的诉讼地进行审讯，也是恰当的做法。”¹⁴

¹⁴ *Gulf Oil Corporation v Gilbert*, 同上, 第 3 至 5 段。

11. 在 *Piper Aircraft Co v Rayne* 案¹⁵中，这些原则曾应用于涉及国际层面的情况。该案的有关情节如下：一架小型商用飞机于 1976 年在苏格兰坠毁，机师和 5 名乘客全部罹难，而各死者的后人均为苏格兰公民和居民。多宗过失致死的诉讼，是针对 Piper Aircraft Company 和 Hartzell Propeller Inc 而提出的。前者是肇事飞机的宾夕法尼亚州制造商，而后者则是肇事飞机的螺旋推进器的俄亥俄州制造商。案件最后移送宾夕法尼亚州中部地区审理。两名被告人均以“不便诉讼地”为理由动议撤销诉讼。地方法院基于 *Gulf Oil Corporation v Gilbert* 案中所订立的平衡私人利益与公众利益准则而批准动议，但上诉法院裁定“撤销诉讼绝非恰当，因为替代诉讼地的法律对原告人较为不利”，把这项裁定推翻。最高法院后来确认了地方法院撤销诉讼的裁定。重要的是，最高法院裁定当原告人或真正有利害关系的诉讼方是外国人时，对原告人的诉讼地选择有利的有力推定，在应用时便不会那么有力：

“上诉法院不接纳地方法院所采用的 *Gilbert* 案分析方法，也是错误的做法。上诉法院表明原告人对诉讼地的选择，在法庭的考虑因素中应占更大比重，并批评地方法院分析私人利益和公众利益的方法。不过，地方法院就原告人的诉讼地选择应得到甚么程度的重视所作出的裁定，却是一项恰当的裁定。……

地方法院承认通常会有有利于原告人的诉讼地选择的有力推定，而这个推定只在私人利益和公众利益均清楚表明审讯应在替代诉讼地进行时才会被推翻。不过，地方法院也裁定当原告人或真正有利害关系的诉讼方是外国人时，这个推定在应用时便不会那么有力。……

地方法院在居民原告人或公民原告人与外地原告人之间作出区分，是有充分理据支持的。……当原告人选择本土为诉讼地时，假定本土为方便诉讼地是合理的做法，但当原告人是外国人时，这个假定的合理程度便会大大降低。由于‘不便诉讼地’研讯的主要目的是确保审讯方便，外地原告人的选择的受重视程度便无须这么大。”¹⁶

¹⁵ 454 US 235 (1981).

¹⁶ *Piper Aircraft Co v Rayne*, 同上, 第 265-266 页。

12. 再者，外地法院（在此案中指苏格兰法院）的法律，不像美国法律那么对原告人有利，此点本身不足以令案件得免被法庭以“不便诉讼地”为理由而撤销。最高法院对法律的情况说明如下：

“上诉法院裁定，原告人只需证明替代诉讼地所适用的实体法不像现有诉讼地所适用者那么对原告人有利，便可以否决要求以‘不便诉讼地’为理由撤销诉讼的动议，这个裁定是错误的。实体法或会有变，此点在‘不便诉讼地’研讯中通常不应占决定性的比重，甚至不应占重要的比重。”¹⁷

13. 最高法院应用 *Gilbert* 案对私人利益因素的分析方法，确认地方法院所作出的结论并表示：“地方法院最后认为审讯若在苏格兰进行会出现较少证据方面的问题，并非不合理的做法。大部分相关的证据，发生的地点都是在英国。”最高法院对地方法院所得的结论表示支持，那就是无法起诉潜在的第三方被告人会产生一些问题，而这些问题显然支持在苏格兰进行审讯的做法。

14. 地方法院重新考虑了各项涉及公众利益的因素，最高法院在对此进行分析时认为其做法合理，理由如下：

“苏格兰在这宗诉讼中有很重大的利害关系。意外发生于苏格兰的领空。所有死者均是苏格兰人。除 *Piper* 和 *Hartzell* 之外，所有潜在的原告人和被告人均是苏格兰人或英格兰人。”¹⁸

15. 最高法院驳回美国公民在确保阻吓美国制造商生产劣质产品一事上有利害关系的说法，并表示：

“如果此案的审讯是在美国法院进行，对制造商所起的进一步阻吓作用有可能是微不足道。如果此案是在这里审讯，法庭无可避免须花费大量时间和动用大量资源。美国在这宗意外事故中的利害关系，根本不足以构成充分理由支持法庭这样做。”¹⁹

16. 就涉及外地原告人的美国案件而言，法庭在 *Piper Aircraft* 案中所作出的裁定，已被确立为裁断适当诉讼地的权威裁定：

¹⁷ *Piper Aircraft Co v Rayne*, 同上, 第 261 页。

¹⁸ *Piper Aircraft Co v Rayne*, 同上, 第 268 页。

¹⁹ *Piper Aircraft Co v Rayne*, 同上, 第 268 页。

“在二十多年之后，联邦法院和州法院均继续追随法庭在 *Piper Aircraft* 案中作出的指示：(1) 给予外地原告人的诉讼地选择较少重视；(2) 决定对原告人的申索来说，是否有适当的替代诉讼地；(3) 应用 *Gilbert* 案的私人利益因素和公众利益因素；以及(4) 预期上诉法院只会因为审判法院曾滥用酌情决定权才复核审判法院撤销‘不便诉讼地’申请的决定。”²⁰

美国近期的案例法

17. 美国近期有一些事件，是法院按照普通法的“不便诉讼地”法则禁止外国居民加入选择退出制集体诉讼的。

*In Re VIOXX*²¹

18. 在这宗诉讼中，98 名居于英格兰及威尔斯的原告人指称产品设计有毛病但生产商未有作出警告，以产品责任为因由在新泽西州提出诉讼，而他们在申索中还指称有以下事项：违反《新泽西消费者诈骗法令》(New Jersey Consumer Fraud Act)、违反明示保证、过失致死和尚存者权利，以及失去家人的情谊。诉讼因由是怀疑长期服用 VIOXX (一种用以治疗关节炎症状的药物) 会增加心脏病发的风险。新泽西州高级法院上诉庭裁定，就实体法及程序法 (以及损害赔偿) 而言，英国均能为涉及产品责任的诉讼提供适当的替代诉讼地，故此以“不便诉讼地”为理由，撤销该批消费者所提出的人身伤害诉讼。

19. 由于英国没有类似《新泽西州消费者诈骗法令》的法令，法庭驳回原告人的说法，并指出他们基于明示保证遭到违反而提出的申索，可能并无理据支持，而基于失去家人的情谊而提出的申索，亦未获认同。法庭的说法是：

“如果诉讼是在英国进行，原告人仍然可以极力提出他们那涉及严格法律责任的诉讼因由。这个诉讼因由，现时为英格兰与威尔斯所承认，并且是原告人指称对方须负法律责任的法律理据的主干。此外，原告人亦可极力提出因有人服用 VIOXX 致死而产生的诉讼因由，甚至乎可以极力提出涉及疏忽的诉讼因由。虽

²⁰ John R Wilson 'Coming to America to File Suit: Foreign Plaintiffs and the Forum Non Conveniens Barrier in Transnational Litigation' (2004) 65 *Ohio State Law Journal* 659, 第 681-2 页。

²¹ 395 NJ Super 358 (Sup Ct NJ, App Div, 2007).

然原告人无法取得新泽西州的法定《消费者诈骗法令》所订明的济助，亦无法采用其他可能用得上的次要诉讼因由，但无法在某个外国司法管辖区采用某个特定的诉讼因由，并不足以令法庭无法应用‘不便诉讼地’法则以撤销诉讼。只要原告人在替代诉讼地仍能采用某些诉讼因由，我们便不能说在替代诉讼地无法进行某项特定申索的事实可令替代诉讼地成为有所不足的诉讼地。……

据我们所知，从未有先例仅因替代法院不承认基于失去家人的情谊而提出的申索，便必须以一种不便的形式来维持司法管辖权。……我们认为，虽然原告人会无法取得其中一项损害赔偿作为补救，但在‘不便诉讼地’分析中让这么一个衍生的诉讼因由占有决定性的比重，是不合理的做法。在此案中，各项就诉讼地作出裁断的原则确立已久，即使作出这种本末倒置的处理也是无法弃而不用的。”²²

20. 法庭认为，英国的“讼费转嫁”机制，与“美国的讼费规则”（即“无讼费”规则）相比，并不会令原告人处于不利地位，故此不会令新泽西州成为适当或方便的诉讼地。法庭述明：

“我们又信纳，由于正如我们所描述一样，英国法院有酌情决定权可决定是否判令败诉方支付讼费，‘英国式’的讨回讼费做法不会令英国就‘不便诉讼地’的裁断而言，被裁断为不适当的诉讼地。……

一群英国居民声称在自己所居住的国家，侵权法、涉及损害赔偿的法律、关于资金筹措和讼费分配的规则，均有显然不足之处，故此令他们有权在法律和讼费安排均对他们较为有利的新泽西州讨回公道。总而言之，对于这个说法，我们难以接受。原告人提出这个论点，实际上是说英国为居于其国界以内的英格兰人和威尔斯人就排解纠纷所提供的诉讼地，并不是适当的诉讼地。我们不认为指称某国的诉讼资金筹措及讼费分配机制有不足之处，即可令人有门票可在别处

²² *In Re VIOXX*, 同上, 第 11-12 段。

寻求济助；我们反而认为作为一个改革法律或法院的课题，作出这种指称倒是合理的。”²³

*In re Factor VIII or IX Concentrate Blood Products*²⁴

21. 在这宗诉讼中，一些患有血友病的英国居民，因使用某些凝血产品而感染人类免疫缺陷病毒或 C 型肝炎病毒，故此向该等产品的制造商提出诉讼。后者向法庭提出撤销诉讼的动议，理由是英国是不便诉讼地。上诉法院第七巡回审判庭裁定，英国法院可为诉讼提供适当的替代诉讼地。

22. 法庭认为，因选用替代诉讼地而令适用的法律有变以致不利于原告人，通常不是撤销被告人的“不便诉讼地”申请的充分理由。法庭裁定：

“真正的问题在于〔区域〕法院认为英国法院可为诉讼提供‘适当’替代诉讼地的结论，是否在其酌情决定权的范围内。我们认为它有此权限。*Piper Aircraft* 案已经肯定了英国法律无须与美国法律相同，甚至乎对原告人的有利程度，亦无须与美国法律相同。*Fairchild* 案的裁定〔英国上议院近日就因果关系的‘若非’原则所作出的一项裁定〕，表明了英国的最高级法院，最少曾在某一种情况下承认在此类案件中有需要更改这些严格的‘若非’规例。我们当然不知道英国法院会否在此案中应用 *Fairchild* 案所订立的原则，但要达至此程度的确定性并无必要（特别是英国法院所遵行的是普通法制度）。”²⁵

23. 类似本案的案件越来越多，关于如何筹措资金的问题，法庭认为英国与美国在讼费制度方面有分别，并不是撤销被告人的“不便诉讼地”申请的充分理由。法庭裁定：

“原告人提出争议，说如果诉讼在英国进行，他们会在资金筹措方面遇到‘极大障碍’，主要因为英国法制在律师费方面是采用‘败方付款’的规则，也因为用作赔偿的损害赔偿金额通常偏低。不过，有鉴于 *Piper Aircraft* 一案，我们不认为在律师费方面采用另一

²³ *In Re VIOXX*, 同上, 第 13 段。

²⁴ 484F 3d 951 (7th Cir, 2007).

²⁵ *In re Factor VIII or IX Concentrate Blood Products*, 同上, 第 4.5 段。

种费用转嫁规则，可以不利于撤销申请。原告人败诉的机会太大（对于那些不喜欢冒风险的原告人来说，败诉机会甚至有可能是 30% 或 40%），英国的讼费规则显然对他们不利。但我们相信这一种不利于原告人的不同法制之间的差别不太重要。事实上，美国所采用的处理律师费做法，几乎是独此一家，所以如果我们为了这个原因而裁定撤销申请是错误的做法，我们便会是冒完全摧毁不便诉讼地法则之险。”²⁶

*In re Royal Dutch/Shell Transport Securities*²⁷

24. 美国新泽西州地区的地方法院，在一宗指称被告公司诈骗证券的集体诉讼中，把购入被告公司证券的非美国买家全部摒除于外。区域法院的法官，采纳法院所委任的特委聆案官所作出的裁决，裁定被告人就公司的石油和天然气储备重新分类所作出的行为，最多只能算是被告人在报告自己于美国已确证的石油和天然气储备时为进行被指称的诈骗行为而做的准备工作，故此法庭在非美国证券买家就证券所提出的申索之上，缺乏标的事项以行使司法管辖权。

25. 法庭采用了司法管辖区行为测试。该项测试规定在美国的行为与所指称的诈骗之间必须有关连，而法庭认为，“关连”可以是指“显示有直接因果关系，……〔以及〕国内行为最低限度必须是对该项诈骗有重要性和关键性。”²⁸ 法庭在复核特委聆案官就事实所作出的裁断时，裁定：

- (a) 蚬壳公司 (Shell) 对公众所作出的披露，全部均是在欧洲作出的，而关于石油和天然气储备的计算、复核及审批，亦是在公司设于荷兰的总部进行的；
- (b) 蚬壳公司设于纽约的投资者关系部门，未有参与公布公司有多少石油和天然气储备的准备工作，亦未有处理提交给美国证券交易委员会的文件；
- (c) 蚬壳公司在美国所曾参加的股东及分析员大会，全都没有欧洲的分析员或投资者参加，会上亦没有发布关于已确证的石油和天然气储备的资料；及

²⁶ *In re Factor VIII or IX Concentrate Blood Products*, 同上, 第 6 段。

²⁷ Civ. No. 04-374 (JAP), 2007 (DNJ Nov. 13, 2007) 522 F Supp 2d 712.

²⁸ *In re Royal Dutch/Shell Transport Securities*, 同上, 第 718 页。

- (d) 蚬壳公司旗下多间以美国为基地并且是专门负责深海勘探以及技术研究和开发的服务机构，并无报告或备存关于已确证的石油和天然气储备量资料。²⁹

26. 法庭故此同意特委聆案官的裁断，认同蚬壳公司在美国的活动，对被指称向非美国买家所作出的诈骗来说，只属准备工作，并非不可或缺。法庭于是拒绝就非美国买家的申索行使司法管辖权。

27. 法庭在撤销非美国买家的申索时，已得知诉讼各方已签订和解协议，并将之送交荷兰的阿姆斯特丹上诉法院存档，而这份协议将可以平息非美国买家的所有申索，已提出的和未有提出的均包括在内。按和解协议各方的共同请求，蚬壳公司要求阿姆斯特丹上诉法院宣布，和解协议依据荷兰的《集体财务和解法令》（*Collective Financial Settlement Act*）对所有非美国买家有约束力。法庭表示：

“法庭又强调，和解协议有约束力，并不表示非美国买家没有其他途径就所声称受到的伤害追讨赔偿。值得注意的是，非美国买家可透过在阿姆斯特丹上诉法院庭上签订的和解协议追讨赔偿，或透过在各自所属的司法管辖区内可供采用的程序追讨赔偿。因此，此处所得的裁决结果无损非美国买家的权利，并且最终可发挥节省‘美国法院的宝贵资源’的作用。”³⁰

海牙国际私法会议

28. 《海牙国际私法会议民商事管辖权及外国判决公约（草案）》（*Preliminary Draft Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters of the Hague Conference on Private International Law*，日期为2000年8月）第22条处理拒绝行使司法管辖权的特殊情况。该条订明如下：

- “1. 在特殊情况下，……如在该宗案件中，由该法庭来行使司法管辖权明显不适当，而且另一国家的法庭是具有司法管辖权和明显更适合解决有关纠纷，则法庭可应诉讼一方的申请，暂停进行其法律程序。该项申请不得迟于辩方就案件是非曲直首次抗辩之时提出。”

²⁹ *In re Royal Dutch/Shell Transport Securities*, 同上, 第719-721页。

³⁰ *In re Royal Dutch/Shell Transport Securities*, 同上, 第724页。

2. 法庭须特别考虑以下各点——
 - (a) 按诉讼各方的惯常居住地来说，会否对他们造成不便；
 - (b) 证据（包括文件和证人）的性质及所在地点，以及取得此等证据的程序；
 - (c) 适用的时效期或订明的期限；
 - (d) 按案件是非曲直所作出的裁定，是否有可能获得承认和执行。
3. 在决定是否暂停进行法律程序时，法庭不得基于诉讼各方的国籍或惯常居住地作出歧视。”

29. 上述《海牙公约草案》所采用的“不便诉讼地”分析方法，符合 *Gulf Oil Corporation v Gilbert* 案³¹中所采用者。法庭必须信纳在某宗特定案件的情况中：

- “（1）由自己来行使司管辖权是明显不适当的；
- （2）另一国家的法庭具有司法管辖权；及
- （3）该法庭明显更适合解决有关纠纷。

这三个条件的每一条均必须予以符合。……这三个条件也必须各自独立来看。因此，另一诉讼地可能会‘明显更适当’，不一定代表被夺去司法管辖权的诉讼地本身是‘明显不适当’。举例来说，一名原告人可在一名公司被告人的主要营业地点，就自己在另一国家（即原告人所居住和受聘的国家）在受雇于该名公司被告人期间所受的损害，向该名公司被告人提出诉讼。第二个国家有可能是‘明显更适当’的诉讼地，但如果公司的主要决定，包括对雇员于公司整段运作期间的安全有影响的主要决定，是在公司的主要营业地点作出，我们便不能说这地点是‘明显不适当’的

³¹ 见上文第9段。

诉讼地。〔这个例子取材自英国的 *Connelly v RTZ Corp Plc* [1997] 3 WLR 373 案的情节，该案之前已作讨论〕……”³²

30. 第 22 条第 3 段禁止以诉讼一方居于外国为理由而歧视该一方。第(2)(a)分段规定，因诉讼一方的居住地而可能会对该一方造成的任何不便，须列为考虑因素；但只要该项不便已妥为平衡而诉讼一方又未有只因居于有关诉讼地境内而占优势，则不会出现歧视的问题。

31. 上述《海牙公约草案》未有把公众利益（例如本地市政法院的行政负担）列为相关的考虑因素之一。

#350719 v 1

³² Peter Nygh 及 Fausto Pocar（2000 年 8 月）所合撰的 *Report on the Preliminary Draft Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters*（《民商事管辖权及外国判决公约（草案）》报告书），获海牙国际私法会议特别委员会于 1999 年 10 月 30 日采纳（初步文件第 11 号），第 94 页。