

# 《涉外民事关系法律适用法》 中的弱者利益保护规则\*

罗芳

**【提要】**《涉外民事关系法律适用法》中的有利于一方规则、单方意思自治规则以及弱者属人法规则彰显了弱者利益保护原则。学者对三类弱者利益保护规则的保护对象、保护手段及保护力度提出了诸多质疑。有的观点颇具合理性，也有的观点可待商榷。弱者利益保护原则无疑应当作为国际私法立法的基本原则，但无须在法条中专门作出明文规定，在具体的法律适用规则设计中充分贯彻该原则，即是对这一原则的最好遵循。

**【关键词】**弱者利益保护 《涉外民事关系法律适用法》 有利于一方规则 单方意思自治规则 弱者属人法规则

〔中图分类号〕D997〔文献标识码〕A〔文章编号〕1000-2952(2019)04-0051-09

“在当代国际社会，社会群体，尤其是弱势群体的人权正不断受到重视。”<sup>①</sup>弱者利益保护原则成为各国立法的一个重要原则。这一原则不仅贯彻于实体法领域，也体现在冲突法中。我国《涉外民事关系法律适用法》(以下简称《法律适用法》)共四十条法律适用规则，其中有七条体现了弱者利益保护原则，<sup>②</sup>本文称其为“弱者利益保护规则”，并就此七条规则所涉及的保护对象、保护方式和保护力度进行探究。

## 一、关于弱者利益保护规则的保护对象

顾名思义，弱者利益保护规则的保护对象为“弱者”。《法律适用法》并未就弱者进行统一的界定，在整个立法中，仅仅出现一次“弱者”的措辞，但从具体规则来看，《法律适用法》主要就三类

\* 本文系2018年福建省中青年教育科研项目“强制性规定在涉外审判中的适用——基于我国审判实践的实证研究”(JAS180829)的阶段性成果。

① 参见周后春：《我国〈涉外民事关系法律适用法〉关于人权保护的规定评析》，《广州大学学报(社会科学版)》2011年第9期，第22页。

② 本文以具体的法律适用规则为研究对象，公共秩序保留制度以及强制规定的直接适用制度也在一定程度上体现了弱者利益保护原则。《法律适用法》七条弱者利益保护规则分别为第二十五条(父母子女关系)、第二十九条(扶养)、第三十条(监护)、第四十二条(消费者合同)、第四十三条(劳动合同)、第四十五条(产品责任)、第四十六条(网络人格权侵权)。

弱者予以特殊保护。

### (一) 保护对象的多元性

一是在生理和心理上处于弱势，在经济上和情感上具有明显的依赖性和依附性的当事人。婚姻家庭关系中，由于年龄、家庭分工、劳动能力以及收入来源等差异，家庭成员之间在生理和心理上处于不平等的地位，老人、儿童等往往处于弱势地位。《法律适用法》第二十五条、第二十九条、第三十条分别为父母子女关系中的弱者、被监护人、被扶养人提供特殊保护。

二是在谈判能力、技能和信息获得等方面处于相对弱势的合同当事人。合同法以意思自治为原则，充分尊重当事人的自由意志。但在经济地位有明显势差的交易者之间，契约自由正在变成弱肉强食的工具，强者可以凭借契约自由之名迫使弱势一方接受其预先拟定的契约条款。<sup>①</sup>《法律适用法》第四十二条、第四十三条就劳动合同、消费者合同的法律适用做出特殊规定，为劳动者、消费者提供特殊保护。

三是在经济实力、维权方面存在明显弱势或特殊困难的当事人。在产品侵权责任中，相对于经济实力雄厚、经营服务遍及全球的经营者而言，被侵权人显然处于弱势。在人格权侵权关系中，因侵权对象的特殊性、侵权手段的隐蔽性等，侵权行为地极难确定，“适用侵权行为地法”的一般规则存在操作上的特殊困难。《法律适用法》第四十五条、第四十六条就产品责任的被侵权人、网络人格权侵权的被侵权人提供倾斜性保护。

### (二) 关于保护对象的质疑观点及分析

学者就《法律适用法》所保护的弱者范围提出诸多质疑，主要有以下三个方面：

1. 认为婚姻家庭关系中不存在国际私法上的弱者，所谓妇女、儿童、老人是涉外家庭关系中弱者的认识是一种误解。

学者提出，“国际私法语境下的弱者是法律选择方法和争议解决方式及场所选择上的弱者，而不是实体权益方面的弱者。”“父母或子女一方都无法利用年龄实现在法律选择上的优势，也不存在弱势地位的说法。因此，所谓妇女、儿童、老人是涉外家庭关系中弱者的认识是一种误解。”<sup>②</sup>这一观点可待商榷。

据上述观点，国际私法语境下的“弱者”极为有限。国际私法上的法律选择方法包括依据法律的性质选择、依据法律关系的性质选择、依据最密切联系原则选择、依据政府利益选择、采用规则选择方法以及当事人协议选择等。除当事人协议选择的方法外，余下的所有法律选择方法均由立法确定客观连结点、法官选法，当事人之间不存在所谓“法律选择方法”上的弱者。仅在采用当事人协议选法时，由于双方存在谈判地位上的不平等而存在法律选择方法意义上的“弱者”，将国际私法语境下的“弱者”仅限于在协议选法时处于弱势地位的一方，未免稍显狭隘。

2. 认为法律适用法所保护的弱者范围偏窄，应当将一般侵权关系的被侵权人、家庭关系中的妇女、保险合同、证券服务合同等格式合同中的被保险人、投资方等纳入弱者范围，给予特殊保护。<sup>③</sup>

一般侵权关系中是否存在弱者，是一个值得探讨的问题。从维权的角度而言，涉外侵权纠纷的受害人的确面临侵权行为复杂、侵权行为地难以确定、不熟悉侵权行为地法、路途遥远、取证困难、语言障碍等维权困难。然而，涉外民事法律关系本身的“涉外性”、“跨国性”即意味着其复杂性。

<sup>①</sup> 参见徐冬根：《人文关怀与国际私法中弱者利益保护》，《当代法学》2004年第5期，第14页。

<sup>②</sup> 参见袁发强：《我国国际私法中弱者保护制度的反思与重构》，《法商研究》2014年第6期，第102~104页。

<sup>③</sup> 参见尹雪萍：《论涉外民事关系法律适用中的弱者利益保护》，《河北学刊》2011年第6期，第165页；袁雪：《法律选择中的弱者利益保护探究——以〈涉外民事关系法律适用法〉的规定为视角》，《南昌大学学报（人文社会科学版）》2014年第1期，第95页。

任何涉外民事纠纷中，都存在当事人对外国法不熟悉、诉讼成本高、语言障碍等问题，若将涉外关系本身的复杂性作为“弱者”地位的考量标准，涉外案件的当事人均可纳入“弱者”的范畴。原告固然面临维权的困难，反之被告也存在应诉的不便。“如果过分强调受害人的利益，超出了侵权人正常合理的预期，对侵权人的利益也将造成不应有的损害。”<sup>①</sup> 将一般侵权关系的受害人纳入弱者范畴，有过当之嫌。

再者，将妇女认定为社会关系和家庭关系中的弱者未免武断。随着社会的发展，男女之间的社会地位、社会分工越来越趋于平衡，经济实力渐趋相当。在家庭关系以及社会关系中，夫妻平等、男女平等原则得以彰显。在夫妻关系中，不一定因性别差异存在强弱之分。同理，其他的社会关系中，妇女也并不处于必然弱势，将妇女规定为普遍意义上的弱者，并无合理性和必要性。

最后，泛泛地将保险合同、证券服务合同等格式合同统统作为特殊合同，适用弱者利益保护规则，并不合理。随着社会结构的转变，生产方式、经营模式的改进，现代社会越来越追求高效，不断提高交易效率，格式合同越来越多见，若是武断地将所有的格式合同均列入特殊合同的范畴，全面排除格式合同中的法律选择条款，将对合同法上的意思自治原则造成极大的动摇。

3. 有观点认为立法未明确规定“弱者”、“弱者利益”的定义和范围，法官自由裁量权过大，容易导致司法实践的混乱。<sup>②</sup>

在立法上对弱者作细致的界定，进行穷尽性的规定，可能导致立法的僵化。如前文所析，从整体社会关系来看，弱者地位不断变化。妇女曾因经济实力和体能问题被视为家庭关系中的弱者，随着社会的发展，妇女的工作能力、社会地位明显提升，在夫妻之间并不存在必然的弱者地位；从个人角度而言，弱者的地位也在不断的变化，如家庭关系中的父母和子女，何谓弱者很难界定，一般在子女未成年之前，子女处于弱者地位；到了父母年迈、劳动能力不足时，双方地位很可能反转；而当父母子女均处于盛年或经济实力较强时，双方往往难以做出强弱之分。

综观国际条约与各国立法，对于“弱者”这一概念并没有明确的界定。如果在立法上将“弱者”这一概念圈定出明确的内涵与外延，保护弱者权益原则的内容会变得清晰而失去其原本的模糊性，进而降低其灵活性，反而不利于其适用范围的扩大。<sup>③</sup>

### （三）结论

第一，《法律适用法》所保护的“弱者”范围并无不当，国际私法上的弱者不应当具有“冲突法”上的特殊含义。冲突法的目的是指引实体法，将冲突法上的弱者和实体法上的弱者强行割裂似乎不妥。国际私法上的弱者利益保护与实体法上的弱者利益保护均以人权保护为目的，对于在法律关系中处于弱势的群体以倾斜性保护，以彰显公平正义。实体法给予弱者更多权利义务上的优待，冲突法则尽量使得选法的手段或结果对弱者有利。因此，国际私法层面上的“弱者”与实体法层面上的“弱者”并无本质区别，系指在涉外民商事关系中处于弱势地位或者不利地位的当事人。这弱势地位或者不利地位可能表现为当事人在生理、心理状态上的差异，也可能源于经济地位的悬殊，或是当事人知识、技能、信息获得方面的不足。

第二，《法律适用法》未就“弱者”作出统一的界定，符合现实的需要。不同类型的涉外民事法律关系、不同情境下的弱方当事人具有不同的特点；同类甚至同一涉外民事法律关系中，当事人的

<sup>①</sup> 参见贺连博：《国际私法中弱者权利保护方法》，《法学杂志》2008年第5期，第51页。

<sup>②</sup> 参见秦慧敏：《论国际私法中的弱者利益保护原则——以涉外婚姻家庭关系为视角》，《经济研究导刊》2016年第23期，第174页。

<sup>③</sup> 参见杨婧：《国际私法弱者概念再思考——以难民劳工为视阈》，《新疆师范大学学报（哲学社会科学版）》2017年第1期，第148页。

地位也处于动态变化中。鉴于现实的多样性和多变性,就所有民事法律关系中的弱者进行硬性的固化或确定的划分将导致法律适用的僵化,《法律适用法》采用“弱者”、“被监护人”、“被扶养人”的措辞,显然比“老人、妇女、儿童”等措辞更为灵活,富有弹性。

## 二、关于弱者利益保护规则的保护方式

《法律适用法》针对不同的保护对象,基于各类弱方当事人的特点,采用有区别、有差异的保护方式。

### (一) 弱者利益保护方式的灵活性

《法律适用法》中的弱者利益保护规则灵活采用了不同保护方式,总体而言分为三类:

1. 就婚姻家庭关系中的弱者保护,采用“有利于一方规则”,就当事人因生理上、心理上的依赖性造成的弱势地位予以补救。

《法律适用法》就涉外婚姻家庭关系一般规定适用当事人属人法,在涉及弱者利益保护的婚姻家庭关系中,则规定了特殊的“有利于一方规则”,具体包括“无条件的有利于一方规则”和“附条件的有利于一方规则”。

无条件的有利于一方规则,用于涉外监护关系和涉外扶养关系。在监护、扶养关系中,被监护人、被扶养人显然处于经济上的弱势地位。各国均关注对被监护人、被扶养人利益的保护,以不同的方式规定适用有利于被扶养人得到扶养的法律。<sup>①</sup>《法律适用法》第二十九条、第三十条就被监护人、被扶养人采用“无条件的有利于一方规则”进行保护:第二十九条规定准据法的选用须“有利于保护被扶养人权益”,第三十条则要求选法“有利于保护被监护人的利益”。此类规则要求法官谨慎地对规则中所列明的各个选项进行比较、甄选,不仅要对所有连结点指向的准据法内容都进行查明,且须依据“有利于保护弱者利益”的标准对各个准据法进行考察和比较,选出最符合该标准的准据法。<sup>②</sup>

附条件的有利于一方规则中的所谓“附条件”,是指有利于一方规则的适用有一定的前提,具有“附条件”的特点。《法律适用法》第二十五条属于此类。该条规定,父母子女关系,适用有利于保护弱者权益的法律,但前提是当事人没有“共同经常居所地”。

我国立法就婚姻家庭关系中的弱方当事人采用“有利于”规则,彰显人文关怀。“有利于一方规则”以有利于弱者法律选择的唯一标准。法官承担选法的职责,弱方当事人只需“坐享其成”。从理论上而言,“有利于一方规则”是保护弱者利益最强有力的手段。

2. 就谈判实力悬殊的涉外合同关系,排除双方协议选择准据法的可能性,采用“单方意思自治规则”或“客观连结点”抵消谈判实力失衡可能带来的不公。

《法律适用法》就一般的涉外合同,采用“当事人协议为主,最密切联系为辅”的法律适用规则,<sup>③</sup>但就某些双方谈判实力悬殊的合同,《法律适用法》排除双方意思自治,代之以“单方意思自治”或“客观连结点”。

第一,就消费者合同,《法律适用法》规定了“消费者单方意思自治”与“客观连结点”相结合的法律适用规则。消费者合同和产品责任关系密切,经营者的违约责任和产品侵权责任往往存在竞合。<sup>④</sup>

<sup>①</sup> 参见齐湘泉:《〈涉外民事关系法律适用法〉原理与精要》,法律出版社2011年版,第237、241页。

<sup>②</sup> 参见万鄂湘主编:《〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉条文理解与适用》,中国法制出版社2011年版,第217页。

<sup>③</sup> 《法律适用法》第四十一条规定:当事人可以协议选择合同适用的法律。当事人没有选择的,适用履行义务最能体现该合同特征的一方当事人经常居所地法律或者其他与该合同有最密切联系的法律。

<sup>④</sup> 产品责任被侵权人往往是消费者合同中的消费者,当然,产品责任被侵权人范围比消费者更广,也可能是因产品缺陷导致损害所波及的第三人。

《法律适用法》就产品侵权责任同样采用了“被侵权人单方意思自治”与“客观连结点”相结合的选法规则。“单方意思自治”规则允许消费者、被侵权人自行选择对自身有利的实体规范，一是消解经营者和消费者之间因经济实力、谈判实力悬殊可能造成的不公；二是基于消费者具有一定的知识水平或有能力请求专业人士的协助，具备自行选法、行使选法权的现实条件；三是体现对承担侵权责任的经营者的惩罚性、苛责性。

第二，就劳动合同，《法律适用法》采用了以“劳动者工作地”为主的客观连结点。劳动关系的稳定关涉社会稳定，对一国的经济发展、社会和谐具有极其重要的影响。涉外劳动关系法律适用规则的设计，不仅应考虑劳动者的权益保护，更要考虑劳动者工作地的公共秩序。《法律适用法》否定劳动合同中的双方选法自由，采用劳动者工作地法，一方面，排除了用人单位利用优势地位迫使劳动者接受不公平的法律适用条款的可能；另一方面，体现了对劳动者工作地的公共秩序、社会稳定的尊重。《法律适用法》如此规定，体现了对弱者个人利益和社会公共利益的双重考量和保护。

3. 就某些特殊的侵权责任，采用被侵权人的经常居所地法，即“弱方当事人属人法”规则，抵消当事人在维权上的特殊困难，使得维权更为便利。

在网络虚拟环境下，侵权人通过电脑、手机等移动终端编辑、发布侵权言论，在世界各地均可以点击、接收，“侵权行为发生地”和“侵权结果发生地”均难以确定，因此，就网络侵权适用“侵权责任适用侵权行为地法”的一般规则既困难也不现实。《法律适用法》就此类侵权责任适用被侵权人更为熟悉、更加信任也更容易确定的被侵权人属人法，为被侵权人主张权利提供了便利。

在消费者合同及产品侵权责任中，《法律适用法》同样将消费者、被侵权人的经常居所地规定为主要的客观连结点。如前文所述，《法律适用法》赋予产品责任被侵权人单方面选法的权利。若被侵权人未做出单方选择，则适用被侵权人的经常居所地法。被侵权人对自己的经常居所地法最为熟悉，不存在查明和适用外国法的困难，相对于适用“侵权行为地法”，适用“被侵权人的经常居所地法”从形式上而言对被侵权人更为有利。

## （二）关于保护方式的质疑观点及分析

有文章质疑《法律适用法》对弱者利益保护的方式存在不足，认为当前我国立法中关于弱者利益保护大多采用的“盲眼”冲突规范，无法真正体现保护弱者利益的目标。<sup>①</sup>这一观点与我国立法现状不符，或者是对我国现行立法的误读。在2010年《法律适用法》出台之前，我国国际私法立法未真正体现弱者利益保护原则，未采用结果定向规则，学者曾就此提出质疑和建议。<sup>②</sup>《法律适用法》正是采纳了学者的建议，纳入了一系列弱者利益保护规则，其中“有利于一方规则”和“单方意思自治规则”均为典型的结果定向规则，以实体规范适用的结果为选法标准，实属“明眼”规则。在“李敏等诉区兆深抚养费案”<sup>③</sup>中，二审判决即依据《法律适用法》第二十九条，就相关法律（香港特别行政区《未成年人监护条例》以及《中华人民共和国婚姻法》）的适用结果进行了比较，最终认定，“由于香港与内地法律关于被抚养人抚养费的规定基本一致，故原审适用内地法律并无不当。”可见，法官并非“盲眼选法”，而是“眼明心亮”。

此外，也有观点认为《法律适用法》的保护方式单一，指出《涉外民事关系法律适用法》中主要通

<sup>①</sup> 参见袁雪：《法律选择中的弱者利益保护探究——以〈涉外民事关系法律适用法〉的规定为视角》，《南昌大学学报（人文社会科学版）》2014年第1期，第96页。

<sup>②</sup> 参见屈广清：《论保护弱者的国际私法方法及其立法完善——以冲突规范的保护方法为中心》，《法商研究》2006年第5期，第47页。

<sup>③</sup> （2011）中中法民一终字第776号。

过“有利于原则”表现对弱者的保护，没有充分利用其他方法。<sup>①</sup>这一观点显失偏颇。如前文所述，《法律适用法》有区别地采用了三类弱者利益保护规则，既有彰显实体正义的有利于一方规则，也有尊重意思自治的单方意思自治规则，还有关注冲突正义的弱者属人法规则，保护方式灵活而多样。

### （三）结论

《法律适用法》目前采用了三类弱者利益保护规则，体现了立法的进步，具有科学性。此外，《法律适用法》还可以纳入“有限制的双方意思自治”，进一步优化弱者利益保护方式。

《法律适用法》就涉外劳动合同的法律适用绝对排除当事人意思自治，这种或“全有”或“全无”的方式稍显极端。在司法实践中，法官对劳动合同的法律选择条款保留了一定的认可。例如，在“南平市剑桥英语学校与埃德劳动争议纠纷上诉案”<sup>②</sup>中，判决认为“因本案双方当事人没有选择适用的法律，根据《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第四十三条之规定，本案适用中华人民共和国法律。”可见，在涉外合同中寻找法律选择条款是法官下意识的反应，即使就特殊的劳动合同，也不妨在一定条件下保留当事人选法的自由。在立法中认可劳动合同当事人协议选法的可能性，并予以必要的限制，是更为温和、妥当的做法。第一，限定当事人的选法范围：一般的涉外合同当事人拥有不受限制的选法自由，<sup>③</sup>基于涉外劳动合同的特殊性，涉外劳动合同的选法范围应限于与合同有实际联系的法律；第二，各国为保护劳动者权益均规定了强制性的劳动法规则，劳动合同的当事人不得利用选法自由规避本应适用的强制性规则。劳动关系的稳定、公平对于劳动者工作地的社会和谐和经济发展有重要意义，应当将劳动者工作地的强制性规则纳入直接适用的范围，以限制当事人的意思自治。

在消费者合同和涉外产品侵权案件中，司法实践同样对当事人的合意给予了一定的考虑。在“韩华财产保险株式会社诉大连重工·起重集团有限公司公司代位追偿权纠纷案”<sup>④</sup>中，判决指出，“本案系原告基于代位追偿权向被告主张产品责任”，“因双方均同意以中华人民共和国法律作为处理争议的准据法，被告主营业地在中华人民共和国，故本案适用中华人民共和国法律”。因此，在消费者合同及涉外产品侵权纠纷中也可有限制地保留双方意思自治，并采用强制性规则的直接适用制度保护消费者的基本权益。一方面，允许消费者合同的当事人在一定范围内协议选择法律；另一方面，规定消费者经常居所地法中消费者权益保护规则应予以强制适用。

## 三、关于弱者利益保护规则的保护力度

《法律适用法》贯彻弱者利益保护原则，同时也兼顾他方利益，为弱方当事人提供充分而又不过当的保护。

### （一）保护力度的平衡性

在给予弱者倾斜性保护的同时，《法律适用法》也通过各种方式对相对方的利益予以关注。

第一，限制选法的范围。《法律适用法》采用有利于一方规则和单方意思自治规则时，均合理设计和限制选法的范围。法官和当事人只能在立法允许的范围内选择准据法，以确保被选择的准据法与涉外纠纷有合理联系，且相对方就选法的结果具有一定的预见性，体现了法律适用的公平性和合理性。

<sup>①</sup> 参见袁雪：《法律选择中的弱者利益保护探究——以〈涉外民事关系法律适用法〉的规定为视角》，《南昌大学学报（人文社会科学版）》2014年第1期，第165页。

<sup>②</sup> （2016）闽07民终1424号。

<sup>③</sup> 《涉外民事关系法律适用法司法解释（一）》第七条规定：一方当事人以双方协议选择的法律与系争的涉外民事关系没有实际联系为由主张选择无效的，人民法院不予支持。

<sup>④</sup> （2015）大民四初字第28号。

第二，采用“排除不可预见原则”。<sup>①</sup>《法律适用法》第四十二条将“消费者经常居所地”做为第一客观连结点，继而用“排除不可预见原则”进行双方利益的平衡。根据第四十二条，如果经营者在消费者经常居所地没有从事相关经营活动，便可排除消费者经常居所地这一客观连结点。这一规定体现了对经营者的保护，注重民事主体保护的平衡，避免经营者承担不可预见的过重义务。在“李湘群与蒋为芳等买卖合同纠纷上诉案”<sup>②</sup>中，二审法院即指出，“虽然本案消费者李湘群的经常居所地在台湾地区，但商品的提供者蒋艺君、蒋为芳在台湾地区并未从事相关经营活动，且李湘群在商品提供者所在地桂林提起本案诉讼，根据大陆法律要求商品提供者蒋艺君、蒋为芳承担赔偿责任，故本案的实体处理应当适用商品提供地法律即大陆法律。”《法律适用法》第四十五条同样采用“排除不可预见原则”以实现产品责任被侵权人和侵权人之间的利益平衡。

第三，共同属人法优先。《法律适用法》第二十五条为附条件的有利于一方规则。在采用弱者利益保护规则的同时，将当事人共同经常居所地法作为第一位的系属，当事人共同属人法优先于有利于一方规则，当事人无共同属人法，才启动弱者利益保护规则。如此规定，既考虑到当事人双方利益平衡，又兼顾了当事人共同经常居所地的公共利益。

## （二）关于保护力度的质疑观点及分析

1. 对“有利于一方规则”保护力度、实际效果的质疑：学者认为，“有利于一方规则”给法官带来繁重的负担，增加法院的工作难度和工作量，且没有确定的选择标准，难以实现真正的弱者保护。<sup>③</sup>

不可否认，有利于一方规则确实存在上述问题，但《法律适用法》已作出相应处理以限制其不足。首先，《法律适用法》谨慎地将有利于一方规则适用于婚姻家庭领域，仅规定三条有利于一方规则，避免法官负担过重；其次，《法律适用法》就选法的范围进行了合理设计，以防止法官滥用权力；最后，在一定范围内采用“共同属人法”限制“有利于一方规则”，力求平衡选法的确定性和灵活性。在涉港案件“秦某诉耿某 1 案”<sup>④</sup>中，再审申请人提出，二审判决适用法律错误，应适用更利于被扶养人的香港相关法律。再审法院则认为，“依据《法律适用法》第二十五条，本案中的父母子女在内地有共同经常居所，因此，适用中华人民共和国法律（内地法）作为纠纷准据法并无不当。”法官并未与当事人争论“香港法”与“内地法”何者对耿某 2 更为有利，而是直接启动“经常居所地法”，避免了长篇累牍的论证，也更具有确定性。可见，《法律适用法》就“有利于一方规则”已采取多种方式就学者前述质疑作出了适当、合理的解决。

2. 对“单方意思自治规则”保护力度、实际效果的质疑：一是认为当事人选法的范围偏窄，对消费者、被侵权人的保护力度不足；二是认为法条中侵权人、被侵权人的内涵、损害发生地的认定、经常居所地的认定等缺乏细化标准，导致法律适用的困难；<sup>⑤</sup> 本文对第一点表示赞同；<sup>⑥</sup> 对第二点持保留态度。

“侵权人、被侵权人、损害发生地”等并非国际私法上的特有概念，要求《法律适用法》进行解释并不合适，且立法本身难以就所有的法律概念进行周全的定义，往往需要司法解释及以司法实践

① “排除不可预见原则”是指，若被告不能合理地预见其商品或服务会经由商业渠道在意欲适用的准据法所属国销售或提供，则该国的法律不予以适用。此处的“不可预见”或以主观认知为标准（由被告证明自己不能合理预见自己的商品会进入当地市场），或以客观事实为标准（被告未在当地从事相关经营活动）。我国采用了客观上的不可预见原则。依据第四十二条，如果经营者在消费者经常居所地没有从事相关经营活动，便可排除原告所选择的经常居所地法。

② （2016）桂民终 34 号。

③ 参见袁发强：《我国国际私法中弱者保护制度的反思与重构》，《法商研究》2014 年第 6 期，第 103 页。

④ （2016）粤 01 民再 131 号，耿某 2 为秦某与耿某 1 的非婚生子。

⑤ 参见张学慧：《论我国涉外产品责任的法律适用》，《同济大学学报（社会科学版）》2012 年第 6 期，第 119 页。

⑥ 具体解决建议见“结论”部分。

予以补充和扩展。“经常居所”的概念已经在《涉外民事关系法律适用法司法解释（一）》（以下简称《法律适用法司法解释（一）》）中予以解释说明，为司法实践中认定“经常居所”提供了较为确定的标准，这一问题已基本解决。

3. 对“弱者属人法”规则的质疑：认为“弱者属人法”规则囿于冲突正义，不能保证其适用结果对弱方当事人真正有利。

毋庸置疑，弱者属人法规则主要体现“冲突正义”、“程序正义”，而非以“实体正义”为目标。一般而言，当事人对自己的属人法最为熟悉和信任，弱方当事人运用自身的属人法主张权利时往往更加“得心应手”，不会存在适用外国法的困难，但“弱者属人法”最终的适用结果是否真正对弱方当事人有利并不确定。《法律适用法》一是将此类规则适用于维权难的被侵权人，以程序正义抵消程序困难，可谓“有的放矢”；二是将此类规则与其他规则（单方意思自治规则）相结合，并未过度依赖“冲突正义”而无视“实体正义”，其规定是合理的。

### （三）结论

《法律适用法》中的有利于一方规则为当事人提供了充分而适度的保护，弱者属人法规则作为辅助，也为弱者利益保护发挥了相应的作用。单方意思自治规则在保护力度上稍显不足，尚可做以下改进：

1. 单方意思自治规则的选法范围可以扩大，以加大弱者保护力度。

依据《法律适用法》第四十二条，消费者的可选范围限于消费者经常居所地法以及商品、服务提供地法，而未提及经营者的主营业地法等，排除大量与消费者合同相关联的地域，未免过于保守。在司法实践中，已有判决认可消费者对“经营者所在地法”的选择，突破了立法的局限。<sup>①</sup>同样，依据第四十五条，产品责任被侵权人的选法范围明显未涵盖一般意义上的侵权行为地法。据此，可适当扩大第四十二条、第四十五条的选法范围。就消费者而言，其选择范围应当扩大到商品生产地以及经营者的主营业地；而产品责任被侵权人则可以在侵权人主营业地法、损害发生地法、被侵权人经常居所地法以及产品获得地法之间选择。

2. 明确外国法查明的义务及无法查明的后果，真正发挥单方意思自治规则的实际作用。

本文认为，单方意思自治规则存在“外国法查明”责任不清的问题，可能导致弱方当事人负担过重，无法真正行使选法权。依据《法律适用法》第十条第一款，“当事人选择适用外国法律的，应当提供该外国法律。”若严格从字面解释，此处的“选择适用外国法律”应同时包括“协议选择”和“单方选择”两种情形。然而，当事人在作出单方选择时，可能仅基于对于相关法律体系的模糊理解，选择对自己更为有利的外国法（如消费者在中国法和某外国法之间，基于“外国法规定了较高的惩罚性赔偿”的一般认识而选择外国法），此时要求消费者、被侵权人单方提供准确而具体的外国法，并提出解释和适用的意见，并非易事，很可能出现当事人无法准确提供外国法的情形。若依据《法律适用法》第十条第二款、《法律适用法司法解释（一）》第十七条第二款，<sup>②</sup>选法后当事人无法提供外国法，一律适用中华人民共和国法律，“保护弱者利益”的立法目的可能落空。本文认为，可采用以下两种方式解决此问题：

其一，可就《法律适用法》第十条第一款做缩小解释。该款可解释为：“当事人‘协议’选择适

<sup>①</sup> 如前文提到的“李湘群与蒋为芳等买卖合同纠纷上诉案”中，即适用了消费者选择的“商品提供者所在地”法。

<sup>②</sup> 《法律适用法》第十条第二款：不能查明外国法律或者该国法律没有规定的，适用中华人民共和国法律。《法律适用法司法解释（一）》第十七条第二款：根据涉外民事关系法律适用法第十条第一款的规定，当事人应当提供外国法律，在人民法院指定的合理期限内无正当理由而未提供该外国法律的，可认定为不能查明外国法律。

用外国法律的，应当提供该国法律。”若当事人依照《法律适用法》的规定单方选择外国法时，依然由法院承担查明外国法的义务。

其二，可就当事人单方无法提供外国法的法律后果作出特殊规定。若消费者或被侵权人未提供或无法提供所选择的外国法，视为当事人未行使选法权，适用第四十二条、第四十四条，<sup>①</sup> 直接启动其属人法，以体现弱者利益保护原则。

#### 四、结语

为了凸显弱者利益保护原则的重要性，有学者建议将“弱者利益保护原则”明确写入《法律适用法》条文，并认为将保护弱方当事人合法权益规定为国际私法的基本原则，有利于从宏观上指导国际私法各个领域关于弱者保护的立法，弥补其不足。<sup>②</sup>

本文完全认同弱者利益保护原则是国际私法的基本原则，但不认同将该原则明文写入《法律适用法》。保护弱者是人类高度文明在法律上的显像，是法律规范人性化的反映，弱者利益保护原则原是国内商法的一项基本原则，现已涉及国际私法的各个方面，<sup>③</sup> 并非国际私法的特有原则。在国际私法立法中专门规定该原则，就好比专门规定平等原则一般，似乎并无太大的必要。本文认为，在具体的法律选择规则设计中充分贯彻该原则，即是对这一原则的最好诠释和遵循。

本文作者：法学博士，厦门大学嘉庚学院法学院讲师

责任编辑：龚赛红

### On the Rules of Protecting the Interests of the Weak in *Law of the Application of Law for Foreign-related Civil Relations*

Luo Fang

**Abstract:** The one party-favored rules, unilateral autonomous rules, and rules of the personal law of the weak in *Law of the Application of Law for Foreign-related Civil Relations* reveal the principle of protecting the interests of the weak. Scholars have put forward many questions about the scope of protection, the methods of protection and the protection efforts of these three types of rules. Some of their opinions are rational while the others leave some room for discussion. There is no doubt that the principle of the protection of the weak shall be a basic principle for the legislation of private international law, but it is not necessary to put explicit stipulations about this into articles. The best way to follow this principle is to fully embody it in the specific design of application rules for laws.

**Keywords:** protection of the weak; *Law of the Application of Law for Foreign-related Civil Relations*; one party-favored rules; unilateral autonomous rule; rules of the personal law of the weak

① 依据第四十二条、第四十四条，若当事人未行使单方选法权，适用消费者或被侵权人的经常居所地法。

② 参见于松妍：《论我国国际私法立法对弱方当事人的保护》，《公民与法》2012年第9期，第49页。

③ 陈小云、刘淑琴、王英明：《论英国国际私法之弱者利益保护原则》，《福建政法管理干部学院学报》2007年第2期，第14页。