

# 国际私法之 弱者保护

屈广清 等著



GUOJI SIFA ZHI RUOZHE BAOHU



1887

商務印書館  
The Commercial Press

# 国际私法之弱者保护

屈广清 等著



商务印书馆  
The Commercial Press

2011年·北京

**图书在版编目(CIP)数据**

国际私法之弱者保护/屈广清等著. —北京:商务印书馆,  
2011.6

ISBN 978-7-100-08451-2

I. ①国… II. ①屈… III. ①国际私法—研究 IV.  
①D997

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 126132 号

**所有权利保留。**

**未经许可,不得以任何方式使用。**

**国际私法之弱者保护**

屈广清 等 著

---

商务印书馆出版

(北京王府井大街36号 邮政编码100710)

商务印书馆发行

北京市白帆印务有限公司印刷

ISBN 978-7-100-08451-2

---

2011年9月第1版

开本 880 × 1230 1/32

2011年9月北京第1次印刷

印张 8 1/4

定价: 18.00 元

# 目 录

前言 .....	1
第一章 国际私法保护弱者的意义 .....	4
一、人权保护的理念 .....	5
二、正义价值的涵义 .....	11
三、和谐社会的基石 .....	26
第二章 国际私法语境下的弱者 .....	29
一、弱者之谓 .....	29
二、弱者之特征 .....	42
三、弱者之现状 .....	45
第三章 保护弱者之原则与制度 .....	55
一、原则之提出 .....	55
二、原则之功效 .....	62
三、制度之设计 .....	68
第四章 保护弱者之方法 .....	148
一、直接调整方法 .....	148
二、间接调整方法 .....	191

2 国际私法之弱者保护

第五章 中国国际私法保护弱者之立法 .....	218
一、立法现状与立法建议 .....	218
二、海事国际私法的专门制定 .....	237
后记 .....	253

# 前 言

法律保护弱者,自古以来就是最重要的立法的宗旨之一。无论是宪法、刑法、民法,还是程序法,都是从保护人权、惩罚犯罪人、救济受害者等角度出发制定的。只是各国政治、经济、文化诸方面发展并不同步,因此各国法律内容各异,保护的程序亦不相同。国际私法的本体是冲突法,构成冲突法的冲突规范仅是一种对涉外民事法律关系起间接调整作用的规范,在法律效果上,冲突规范必须与它指引的某国的实体法结合起来,最后根据该实体法才能解决当事人之间的法律纠纷。

形式上看,冲突规范没有也无法直接涉及保护“弱者”的问题。但是,考察晚近国际私法的发展,不难发现在强调抽象人格、法律面前人人平等的主流下,已经开始涌动着要求突破内外国人平等的局限、倡导保护弱者的潮流,这究竟是动摇了国际私法的基础,还是国际私法与现实生活博弈之后的因应之举?学者们的认识并不清晰、观点聚讼纷纭。但有一点是可以肯定的,即国际私法作为法律体系的组成部分,在保护弱者问题上,不能袖手旁观。施米托夫在《国际贸易法文选》里提出,在国际贸易中保护弱方当事人的利益,不仅是正义的需要,而且是发达国家自我利益的需要。凯弗斯提出了“优先原则”,其中的可考因素就包括了弱者利益。弗朗西斯卡基斯提出的“直接适用的法”理论也包含有保护弱者利益的

## 2 国际私法之弱者保护

判断标准。

相应于国际私法保护弱者理论的发展,国际私法立法也产生了一定互动,表现在瑞士《联邦国际私法》、奥地利《国际私法》、欧盟《合同义务法律适用公约》及海牙国际私法会议制定的一些公约、GATT、WTO的一些规定中。还有一些国家的立法把适用“有利于弱方当事人的法律”作为“内容导向”附之于“管辖权规则”之后。而“内容导向”与“导向保护弱方当事人的合法权益”几成同义语。

中国在《中华人民共和国宪法》等许多重要的法律中,也十分强调保护妇女、儿童的利益,保护消费者的利益。2002年的《涉外民事法律关系适用法(草案)》已经开始出现弱者权利保护的一些冲突法条款。2010年10月28日第十一届全国人民代表大会常务委员会第十七次会议通过、2011年4月1日起施行的《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》也有保护弱者的冲突规范。

保护弱者是人类高度文明在法律上的明确彰显,是法律规范人性化的集中反映,是法律人文关怀的重要体现,是国际私法价值取向的终极目标,是和谐社会构建的必经之路。国际私法理论与立法对弱者权利的保护,不是对传统国际私法的离经叛道,它反映了价值追求目标的多元化和多层次性及国家力量渗入国际私法领域的现状,反映了国际私法的“活性”。

遗憾的是,由于国际私法保护弱者起步较晚,理论体系还待完善,立法条文数量不多,保护弱者成效还不显著。在此背景下,本书主要探讨国际私法保护弱者意义、弱者内涵与外延的界定、保护弱者的国际私法原则、制度与方法构建、保护弱者的国际私法立法的完善等问题,特别是系统地提出了“保护弱者”的中国国际私法(草案),以期将国际私法保护弱者的实效进一步拓展。

只是由于笔者的水平有限,不能够当此大任,本书权且当作抛砖引玉,不当之处,欢迎读者朋友批评指正、绳愆纠谬。

屈广清

2010年11月于福州



# 第一章 国际私法

## 保护弱者的意义

卢梭指出：“人与人之间本来都是平等的。”<sup>①</sup>“不平等在自然状态中几乎是人们感觉不到的。”<sup>②</sup>洛克指出：“同种和同等的人们既毫无差别地生来就享有自然的一切同样有利条件，能够运用相同的身心能力，就应当人人平等。”<sup>③</sup>但从客观事实上看，因为资源占有、身体状况等原因确实产生了人与人之间的不平等，产生了弱者与强者。恩格斯指出：“在国与国、省与省、甚至地方和地方之间总会有生活条件方面的某种不平等存在，这种不平等可以减少到最低限度，但是永远不可能消除。阿尔卑斯山的居民和平原上的居民的生活条件总是不同。”<sup>④</sup>虽然无法阻挡客观原因制造弱者与强者，但人类可以借助一种自身的力量来矫正这种天然原因造成的不平等，而法律亘古不变的追求公平正义的价值取向，决定了可以通过法律制定规则、确定制度来对弱者进行倾斜性保护，也就是实施弱者人权的特殊保护，从而实现正义。国际私法作为一

---

① [法]让-雅克·卢梭著、高煜译：《论人类不平等的起源和基础》，商务印书馆1994年版，第63页。

② 同上，第109页。

③ [英]洛克著，瞿菊农、叶启芳译：《政府论（下）》，商务印书馆1964年版，第5页。

④ 《马克思恩格斯选集》第3卷，人民出版社1972年版，第31页。

个法律部门,同样担负着法的这一使命,这构成了国际私法保护弱者的正当性,而作为调整涉外民商事法律关系的法律部门,国际私法有其特有的制度和调整方法,这些特有之处又构成了国际私法对弱者保护的的特殊性。可以说,在强调以人为本、人文关怀的理念下,对弱者的保护不是哪一个部门法单独可完成的,它需要众多的法律部门从其各自的特点出发来共同发挥作用。下面,我们从法理依据上考察国际私法与保护弱者之间的内在联系、必然要求。

## 一、人权保护的理念

### (一) 纷纭的权利学说

人权是权利的一部分,人权中的“权”,可以解释为“自然的权利”、“市民的权利”、“国民的权利”、“人民的权利”、“公民权”、“基本权”、“宪法权”、“公民的基本权利”等,它回答的是人权在所有权利中的地位问题。<sup>①</sup>“权利”一词的含义十分丰富,人们频繁地使用它,却又往往是在不同角度、不同意义上加以使用的,即使是同一个人也可能如此。<sup>②</sup>《布莱克法律词典》将权利解释为:(1)在法律、道德或者伦理上适当的东西;(2)由正当的要求、法律保障、道德原则而归于某人的东西;(3)由法律保障给人的权力、特权和豁免;(4)一个在法律上可强制实施的、要求他人为或不为特定行为的要求,一项被确认和保护的利益,如果侵犯就会构成过错;(5)人对于有形物或者无形物的利益、要求或者拥有权(狭义上的财产权

---

① 徐显明:《人权理论研究中的几个普遍性问题》,《文史哲》1996年第2期。

② [美]罗纳德·德沃金著、许章润主编:《认真对待人权》,广西师范大学出版社2003年版,第31—81页。

利);(6)公司股东购买与其所拥有股份相适应的新发行股的优先权;(7)授予公司股东前项优先权的票证。<sup>①</sup> 美国法学家庞德通过考查权利的历史与现实,认为权利一词,曾作为六个方面的意义而被加以使用:利益、法律承认的利益、强制他人作为或不为的能力、改变或引导权利义务的强制、法律不加过问、不加限制的状态、伦理上的正当。<sup>②</sup> 张文显教授从不同的层面和要素出发,认为可以将权利总结为资格说、主张说、自由说、利益说、法力说、可能说、规范说和选择说等八种,并将权利界定为:法律权利是规定或者隐含在法律规范中、实现于法律关系中的,主体以相对自由的作为或不作为的方式获得利益的一种手段。<sup>③</sup> 郑成良教授认为:“权利就是正当理由,持有这个理由,相应的行为、利益、主张和期待在法律上就会被认为是正当的并得到支持。”<sup>④</sup> 郑成良教授在定义权利的同时指出:“严格地说,权利和义务是非定义性概念。这是因为,一方面,权利和义务像时间、空间、存在、虚无等概念一样,很难找到一个能把它们归入其中的属概念;另一方面,给权利和义务下定义常常会遇到复杂的技术性问题和重大的法律理论分歧问题。因此,给出一个严谨和周延并能对抗一切合理怀疑的定义,几乎是不可能的。”<sup>⑤</sup> 有的学者认为权利并非“不可定义、不可分析的原始

---

① Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary*, 8<sup>th</sup> ed., West, a Thomson Business, 2004, p. 1347.

② [美]罗斯科·庞德著,沈宗灵、董世忠译:《通过法律的社会控制——法律的任务》,商务印书馆1984年版,第46—48页。

③ 张文显主编:《法理学》,高等教育出版社、北京大学出版社1999年版,第85—86页。

④ 郑成良主编:《现代法理学》,吉林大学出版社1999年版,第85—86页。

⑤ 同上,第89—92页。

概念”，但是实际上也没有对“权利是什么”做出一个简洁而清楚的回答。<sup>①</sup> 比较而言，笔者认为，《布莱克法律词典》的规定显得比较具体、完整。本文涉及的弱者权利保护中的权利问题，也可以《布莱克法律词典》为参照。虽然有时在学者之间对弱者权利保护的提法并不一致，例如有“保护弱者权利”、“保护弱者”、“保护弱者利益”、“保护弱者权益”等多种提法。

## （二）弱者的抗争与人权的实然性

作为种概念的权利很难有明确的界定，那么作为属概念的人权也一样很难有一致的定义。尽管一般认为“不存在普遍接受的人权的定义”<sup>②</sup>，但人们还是对人权作了很多解说。如米尔恩说：“在西方，自从18世纪以来，人权观念就一直被作为这样一种标准（是指最低限度的标准）来鼓吹。但是，如果这一观念要经得起理性的辩驳，它就必须正视人的多样性这一事实。”<sup>③</sup> 有人指出，“人权是所有人无条件地及不可更换的平等拥有的基本而重要的道德权利的一种”<sup>④</sup>；“有一些权利是由于人性或人的本质而应当平等地并且在同等程度上适用于人类社会的一切人的”；<sup>⑤</sup>“我们的时代是权利的时代。人权是我们时代的观念，是已经得到普遍接受的唯一的政治与道德观念。”<sup>⑥</sup>可见这些解说均是从观念及道德角度在

① 余涌：《道德权利研究》，中央编译出版社2001年版，第2—12页。

② 国际人权法教程项目组：《国际人权法教程》，中国政法大学出版社2002年版，第4页。

③ [英]A. J. M. 米尔恩著，夏勇、张志铭译：《人的权利与人的多样性——人权哲学》，中国大百科全书出版社1995年版，序言。

④ [美]范伯格：《自由、权利和社会正义》，转引自叶保强：《人权的理念与实践》，香港天地图书有限公司1991年版，第16页。

⑤ 董云虎、刘武萍：《世界人权公约法总览》，四川人民出版社1991年版，第75页。

⑥ [美]路易斯·亨金著，信春鹰译：《权利的时代》，知识出版社1997年版，第60页。

诠释人权,也就是在论说人权的应然性。但应然不等于实然,对弱者来说更是如此。

在强弱存在的背景下,强者可以靠自己的力量得到权利,而弱者无法依靠自身的力量来得到权利,即使是合理的权利,很多时候是通过弱者的呐喊、抗争,最终依赖建立制度来实现的。事实上,人权思想理论从提出之日起,就是适应弱者的呼声而产生的。“17、18世纪西方启蒙思想家提出人权理论,虽然是代表了新兴资产阶级的要求,也同时是反映了第三等级中无产阶级的要求,他们都是当时的弱势群体。”<sup>①</sup>1648年的《威斯特伐利亚和约》试图在德国为天主教徒和新教徒规定平等的权利。国际联盟时期对人权的保护主要集中在对少数者和工人权利的保护,如1926年和1930年的《禁奴公约》和《禁止强迫劳动公约》就是很好的说明。二战以后,人权问题真正进入国际领域,“尽管现有文件几乎涉及人权问题的各方面,但国际人权法保护的重点是集体人权和处于困境的人们或弱者。”<sup>②</sup>所以可以说,从人权思想的启蒙到人权成为国内法的问题最后到人权走向国际领域,我们可以看到人权的最初主张者是这个社会的弱者。从某种意义上可以说,人权是一项反抗的权利,是从不人道的现实中反推出来的权利。<sup>③</sup>它一方面是弱者的要求,另一方面也是弱者不得已而为之的请求,所以对弱者的利益进行特殊的保护,而法律具有这样的功能,“从应有权利转

---

① 郭道晖:《关注社会弱势群体——法学视角的几点思考》,《河北法学》2005年第7期。

② 郑杭生、谷春德:《人权史话》,北京出版社1994年版,第48页。

③ 徐显明:《对人权的普遍性与人权文化之解析》,《法学评论》1999年第6期。

化为法定权利,再从法定权利转化为实有权利,这是人权在社会生活中得到实现的基本形式。”<sup>①</sup>这样才能将人权落到实处。

### (三) 人权理念下国际私法的作为

正如有人所言的:“纵览人权发展的历史进程,人权之树植根于世界各地的古老文明,人权之花初绽于近代的欧美数国,人权之果遍挂于当今全球的每个角落。人权的精神体现于普遍性与特殊性、共性与个性的有机而完美的结合之中。”<sup>②</sup>我们可以接着说人权的观念已对各个法律部门产生了深刻的影响。不同的法律部门用其特有的调整方法来调整着特定的调整对象,但由于各个法律部门之间不是毫不相干的,因此彼此对人权的保护又是相互联系的。比如与生产者、经营者相比,由于信息不对称等原因,消费者处于弱者地位,而消费者“为进行生活消费而完全和公平地获得基本的消费品及服务的权利,实质上是以生存权为主的基本人权”。<sup>③</sup>为了维护他们的权利,需要制定切实有效的实体规范,但在涉外民商事纠纷中,不可避免要通过冲突规范指引才能适用一国的实体规范,那么冲突规范如何指定,是否能指定适用该实体规范就是国际私法中的问题。因此基于对人权的保护,国际私法同样应有所作为。下面两则案例均涉及对弱者的保护,而其中无不蕴涵着人权保护的理念。

在 Home Insurance Co. v. Dick(家庭保险公司诉迪克案)中,

---

① 李步云:《论人权的三种存在形态》,《法学研究》1991年第4期。

② 国际人权法教程项目组:《国际人权法教程》,中国政法大学出版社2002版,第4页。

③ 宁立志、许多奇:《试论消费者权益保护法的价值取向》,《法学评论》1999年第4期。

原告与被告墨西哥保险公司在墨西哥签订了一份合同。保险标的是位于墨西哥海域的船舶,合同规定,船舶只在墨西哥海域受保,保赔期限为1年。按照得克萨斯州法的规定,该保单无效。美国最高法院最后认为合同缔结地位于墨西哥,案件主要与墨西哥存在联系,如适用得克萨斯州法则违反了“正当程序条款”,这意味着剥夺了合同缔结地法赋予被告的合同权利,因此应适用墨西哥法律判决此案。<sup>①</sup> 该案当然涉及最密切联系原则的运用,但法院当时的判决中提到的“正当程序条款”就是对公民权利中的正当审判权的要求。Alaska Packers Ass'n v. Industrial Accident Commission of California 案也是人身权保护的典型例子。该案中,非加利福尼亚州居民帕尔玛(Palma)与营业所在加利福尼亚州的一家公司签订了一份书面雇佣合同。随后,她在鲑鱼捕获季节被派往阿拉斯加工作。合同规定,公司将在季末将其接回旧金山,并在旧金山支付其劳动报酬,而且约定一旦发生工伤,将适用阿拉斯加的妇女赔偿法。帕尔玛不幸在阿拉斯加因工负伤。但加利福尼亚的妇女赔偿条例规定,不论伤害是否发生在该州,只要受伤的雇员在受伤时在该州居住或雇佣合同是在该州签订的,就属于该州赔偿委员会的管辖范围。帕尔玛在返回加利福尼亚后,即向该委员会申请裁决,并得到支持。该案几经周折,在公司向该州最高法院上诉时,州法院维持了委员会的裁决,认为加州的法律应当优先适用。该案被上诉到联邦最高法院时,联邦最高法院运用了政府利益分析的方法,认为加利福尼亚州在保护雇员因工作中的伤害而要求雇主赔偿方面拥有立法上的公共利益,而阿拉斯加州在本案

---

<sup>①</sup> Home Insurance Co. v. Dick, 281 US397(1930).

中的利益并不优于加州,因此维持了加州法院的判决。<sup>①</sup> 本案中法院在分析政府利益时,对人身权的保护成为衡量政府立法方面利益的一个重要标准。<sup>②</sup> 与美国不同,欧洲各国没有含蓄或隐晦地使用“公正”标准,而是直接以人权观念为价值目标,以宪法保障的基本人权为衡量标准,去检验和改变冲突法领域中的具体制度和规则。<sup>③</sup> 如德国和意大利都专门修改了冲突法,删除了在家庭事务中适用对丈夫有利的法律规定,因为这一规定违反了宪法关于夫妻双方平等的原则。<sup>④</sup>

一个保护人权的制度就是好制度,一个侵犯人权甚至根本不承认人权的制度便是坏制度。<sup>⑤</sup> 人权的保护需要众法齐下,国际私法也应不辱使命。对弱者人权的这种特殊保护看似“不平等”,实则是以“不平等”以求正义,这也是正义的题中应有之义。<sup>⑥</sup>

## 二、正义价值的涵义

### (一) 正义价值论下命题的展开

从哲学意义上讲,价值不仅是一个表征关系的范畴,同时也是一个表征意义的范畴,在西方的政治学和法学工具书中,通常认为

① Supreme Court of the United States, 1935. 294 U. S. 532, 55 S. Ct. 518, 79 L. Ed. 1044.

② 袁发强:《人权保护对冲突法发展的影响》,《国际法学》2005年第3期。

③ 同上。

④ Benedicte Fauvarque-Cosson, "Comparative Law and Conflict of Laws: Allies or Enemies? New Perspectives on an Old Couple," 49 Am. J. Comp. L. 424 (2001).

⑤ [英] A. J. M. 米尔恩著,夏勇、张志铭译:《人的权利与人的多样性——人权哲学》,中国大百科全书出版社1995年版,第1页。

⑥ 周慧:《略论弱者的人权保护》,《长沙铁道学院学报》2006年第2期。



价值是“值得希求的或美好的事物的概念,或是值得希求的或美好的事物的本身。……价值反映的是每个人所需求的东西:目标、爱好、希求的最终地位,或者反映的是人们心中关于美好的和正确事物的观念,以及人们‘应该’做什么而不是‘想要’做什么的观念。价值是内在的主观的概念,它所提出的是道德的、伦理的、美学的和个人喜好的标准。”<sup>①</sup>

在法学研究中对法的价值有不同的使用方式。第一种使用方式是强调法的目的价值,即指法律在发挥其社会作用的过程中能够保护和增加哪些价值,如法律发挥作用来保护正义、自由、效率,就是从这个角度说的;第二种使用方式是指法的评价价值,也就是指法律所包含的价值评价标准。美国法学家庞德曾指出:“在法律史的各个经典时期,无论在古代或近代世界里,对价值准则的论证、批判或合乎逻辑的适用,都曾是法学家的主要活动。”<sup>②</sup>这就是对这一使用方法的很好的说明;第三种使用方式是用法的价值来指称法律自身所具有的价值因素。此种意义上的法的价值可称之为法的“形式价值”,这种情况仅仅是指法律在形式上应当具备哪些值得肯定的或“好”的品质。比如在任何一个有正常理性的人看来,法律都应该逻辑严谨,而不应当自相矛盾;应当简明扼要,而不应当含混繁琐;应当明确易懂,而不应当神秘莫测,等等。两种品质相对而言,前者是有价值的和好的,后者则是无价值的和不好的。<sup>③</sup> 三种价

---

① [美]普拉诺编著、胡杰译:《政治学分析词典》,中国社会科学出版社1986年版,第187页。

② [美]庞德著,沈宗灵、董世忠译:《通过法律的社会控制——法律的任务》,商务印书馆1984年版,第55页。

③ 张文显:《法理学》,高等教育出版社、北京大学出版社1999年版,第210页。