

doi:12.3969/j.issn.1672-0598.2012.01.020

# 论我国涉外消费者合同的法律适用及其完善<sup>\*</sup>

杨月萍

(华侨大学法学院,福建泉州362021)

**摘要:**在消费者合同关系中,由于信息不对称及谈判能力的差别,消费者相较于经营者处于弱势地位。在冲突法层面上为涉外消费者合同中的弱势消费者提供保护是当代国际私法的一项重要任务。我国关于涉外消费者合同法律适用的规定独创性地赋予了消费者单方面的法律选择权,在一定程度上平衡了消费者和经营者之间的关系,对于保护消费者具有积极的意义。但在消费者没有选择法律时,由于缺乏以保护消费者为结果导向的规则的运用,可能导致所适用的法律不利于消费者,从而背离消费者保护的初衷。

**关键词:**消费者合同;冲突法;消费者保护;单方面的法律选择权;涉外

**中图分类号:**D923.6 **文献标志码:**A **文章编号:**1672-0598(2012)01-0116-06

美国著名法哲学家博登海默指出:在冲突法领域,有关公平和正义的一般考虑,在发展这一部门法的过程中起到了特别重大的作用。<sup>[1]</sup>对公平和正义的追求是现代冲突法的重要特征之一。为实现公平和正义,对涉外民事法律关系中处于弱势地位的当事人提供特殊保护已成为国际私法的一项重要任务。具体到国际消费者合同领域,就是对由于信息不对称及谈判能力上的差别导致的处于弱势地位的消费者利益予以特殊保护。

## 一、我国涉外消费者合同法律适用的规定

### (一)《民法通则》、《合同法》关于我国涉外消费者合同法律适用的规定

2011年4月1日《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》(以下简称《法律适用法》)实施之前,我国涉外消费者合同的法律适用问题主

要是依据《民法通则》第145条及《合同法》第126条第1款的规定,比照一般商事合同来处理。《民法通则》第145条规定:“涉外合同的当事人可以选择处理合同争议所适用的法律,法律另有规定的除外。涉外合同的当事人没有选择的,适用与合同有最密切联系的国家的法律。”《合同法》第126条第1款也规定:“涉外合同的当事人可以选择处理合同争议所适用的法律,但法律另有规定的除外。涉外合同的当事人没有选择的,适用与合同有最密切联系的国家的法律。”两者的规定并无二致,均要求消费者合同首先适用当事人选择的法律;当事人没有选择法律时,适用与消费者合同有最密切联系的国家的法律。

从保护消费者的角度来看,《民法通则》、《合同法》关于涉外消费者合同法律适用的有关规定,存在如下不足:

\* [收稿日期]2011-10-16

[作者简介]杨月萍(1978—),女,福建泉州人;华侨大学法学院讲师,主要从事国际私法学、仲裁法学研究。

## 1. 缺乏对涉外消费者合同当事人选择法律权利的必要限制

当事人可以自由选择合同准据法已为当今世界各国普遍接受。然而,消费者合同与一般的商事合同存在着一定的区别。其中最显著的就是:一般商事合同的双方当事人往往是谈判实力相当、市场经验丰富的交易者;而在消费者合同领域,虽然当事方在法律地位上是平等的,但作为平等主体的消费者与生产者、经营者之间,消费者所掌握的信息相对有限,虽然在互联网时代下这种情况会有所改观,但相比之下,生产者对信息的提供是出于主动地位的,消费者的这种被动获取信息的客观事实决定了他所处的不利地位。<sup>[2]</sup>消费者往往只能被动地接受经营者所提供的格式合同。因此,由消费者合同的双方当事人选择法律,貌似尊重当事人的意思自治,实则是赋予强势一方的经营者话语权,可能使消费者受到不利的法律条款的约束。《民法通则》、《合同法》没有考虑到消费者合同的特殊性,在赋予当事人选择法律的权利的同时没有施加任何限制,显然是不可取的。

## 2. 适用最密切联系地法律时,忽视了对消费者的保护

消费者合同的当事人没有选择法律时,根据《民法通则》与《合同法》的规定,应适用与消费者合同有最密切联系的国家的法律。但究竟哪一个国家的法律是与消费者合同有最密切联系的国家的法律呢?2007年《最高人民法院关于审理涉外民事或商事合同纠纷案件适用法律若干问题的规定》第5条要求:“人民法院根据最密切联系原则确定合同争议应适用的法律时,应根据合同的特殊性质,以及某一方当事人履行的义务最能体现合同的本质特性等因素,确定与合同有最密切联系的国家或者地区的法律作为合同的准据法。”同时以特征性履行方法为买卖合同、成套设备供应合同、借款合同、保险合同等17种合同确定应适用的法律,这当中并不包括消费者合同。因此,尽管有特征性履行方法作为确定最密切联系地的指导方法,在实践中法院对何为与消费者合同有

最密切联系的国家仍有不同的认识,更为尴尬的是法院所确定的与消费者合同最密切联系的国家的法律,可能是所有与消费者合同有关的连接因素所指向的法律中对消费者的保护水平最低的,进而导致法院做出不利于消费者利益的保护的判决。这种缺乏以保护消费者为结果导向的规则的运用将可能置消费者于不利的地位。

因此,从弱者保护角度而言,有必要对消费者合同的法律适用做出专门规定。

## (二)《法律适用法》关于涉外消费者合同法律适用的规定

《法律适用法》出台之后,该法第42条成为当前我国关于涉外消费者合同法律适用的主要依据。《法律适用法》第42条规定:“消费者合同,适用消费者经常居所地<sup>①</sup>法律;消费者选择适用商品、服务提供地法律或者经营者在消费者经常居所地没有从事相关经营活动的,适用商品、服务提供地法律。”与《民法通则》、《合同法》的规定有所不同,《法律适用法》意识到了消费者合同与一般商事合同之间的区别,将其从一般商事合同中抽离出来,为其确立了独立的法律适用方法。这同目前国际上越来越多的国家为消费者合同制定专门冲突规范的做法是相一致的。但通过分析和对比国际上的相关做法,可以发现,《法律适用法》关于涉外消费者合同法律适用的规定具有积极的意义,也仍存在需进一步完善的地方。

## 二、国际上关于涉外消费者合同几种当事人选择法律的权利模式及其利弊分析

### (一)完全排除当事人选择法律的权利

排除消费者合同法律适用中的意思自治是一种简单而直接的法律适用方法,但采取这一做法的国家较少。典型的如《瑞士联邦国际私法法规》第120条规定:“如果供货人在消费者惯常居所地国收到订货单、如果缔结合同的要约或广告在消费者惯常居所地国发出且消费者为缔结合同而完成了必要行为或消费者受供货人的鼓励,为订货而来到外国的情况下,消费者为购买与其业务

① 《法律适用法》所称的消费者经常居所地即消费者惯常居所地。

或商业活动无关的、专供个人或家庭使用的物品而形成的消费合同,适用消费者惯常居所地国的法律。不允许当事人自行选择所适用的法律。”

## (二) 限制当事人选择的法律的范围

有些国家虽没有完全排除消费者合同当事人选择法律的权利,但对当事人所选择的法律的范围予以一定的限制。例如美国。美国没有把消费者合同与一般的商事合同的法律适用区别开来。从《美国第二次冲突法重述》第187条第2款规定来看,消费者合同当事人有权选择法律,但所选择的法律必须与当事人或交易存在实质性的联系方为有效。<sup>①</sup>

## (三) 限制当事人选择的法律的效力

多数国家的立法和一些国际条约对消费者合同当事人选择法律的范围没有限制,但在一定条件下限制当事人所选择的法律的效力。这种限制主要体现在当事人所选择的法律不得剥夺消费者惯常居所地法律中强制性规则为消费者提供的保护。例如《韩国2001年修正国际私法》第27条第1款的规定:“在下类各项中任何一种因消费者职业或营业活动以外的目的缔结合同的情况下,即使当事人选择了准据法,仍不能剥夺消费者惯常居所所在国家的强制性规定赋予消费者的保护:(1)在合同缔结之前,消费者的对方当事人消费者惯常居所所在国或从该国以外地区进入该国、通过广告诱导消费者与其进行交易和其他职业或营业活动,且消费者已经采取了在该国缔结合同的必要步骤;(2)消费者的对方当事人已经在该国接受了消费者的预订;(3)消费者的对方当事人诱导消费者去外国提出预订”。2005年《保加利亚共和国关于国际私法的法典》第95条第2款也规定:“与消费者订立的合同,依当事人所选择的法律。但是准据法的选择不得剥夺消费者惯常居所地国的强制性规范给予消费者的保护,如果:(1)合同的订立系由某项给消费者的具体报价或在该国的广告所致,而且消费者在该国

实施了所有为订立合同所必需的行为;(2)合同对方或者代理人在该国接受了消费者的订单;(3)合同涉及货物的销售,且卖方为了促使消费者购买货物而安排消费者去另一国提交订单”。类似的国内立法还有1996年《列支敦士登关于国际私法的立法》第45条第2款、2006年《日本法律适用通则法》第11条第1款、2005年《乌克兰国际私法》第45条、2002年《俄罗斯民法典》第1212条第1款的规定。1980年《罗马国际合同义务法律适用的公约》第5条第2款规定:“尽管有第3条的规定(该条是关于法律选择自由的规定),由双方当事人作出的法律选择不具有剥夺消费者惯常居所地法律的强制性后果:如于该国订立合同是先经过向消费者个别推销或通过广告推销,然后该消费者已于该国采取了在其他方面为订立合同所需要的一切步骤;或如另一方或其代理人系于该国收到消费者的订单,或如系售货合同,消费者曾离开该国至另一国提交订单,而消费者的旅程又系卖方为导致消费者购买之目的而为之安排的”。

从前述立法来看,当事人选择的法律不得剥夺消费者惯常居所地法律中强制性规则为消费者提供的保护。这种限制的目的在于保证消费者合同与消费者惯常居所地国的联系,从而可以合理地获得该国强制规则的保护。<sup>[3]</sup>

采用这一立法模式的国家一般要求法官在当事人所选择的法律与消费者惯常居所地的强制规则之间进行具体的比较。如果当事人所选择的法律能够为消费者提供更多的保护,则予以适用。反之,消费者合同受当事人选择的法律以及消费者经常居所地法律中强制规则的混合支配。此时,消费者惯常居所地法的强制规则是消费者保护标准的下限。

## (四) 当事人选择法律的权利模式评析

在消费者合同中排除当事人选择法律的权

<sup>①</sup> 《美国第二次冲突法重述》第187条第2款规定:“当事人选择的法律管辖合同的权利与义务,即使是当事人通过明示规定都不能解决的特殊问题也是如此,除非(a)所选择的法律与当事人或交易没有实质性联系,当事人的选择没有正当的基础。或(b)适用所选择的法律将违背和合同或交易有实质性重大联系的州和根据第188节(和合同有最密切联系的州)的规定,在当事人没有法律选择的情况下,确定地应适用法律的所在州的基本政策”。

利,意在保护作为弱势一方的消费者,避免消费者被动接受经营者的法律选择条款而使自身处于不利的地位。但是这种做法能否真正起到保护消费者的作用,令人怀疑。尽管消费者合同双方当事人经济实力相差悬殊,但并不意味着每一个合同的强势当事人都要仗势欺人,所选择的法律对弱方当事人都不利,假如所选法律能更好地保护消费者的利益,而排除了当事人的选择,结果可想而知。<sup>[4]</sup>

限制涉外消费者合同当事人选择法律的范围,意在避免消费者合同中的经营者通过法律选择规避保护弱势消费者的强制规则。然而,它同时也可能限制了生产者选择对消费者保护更为有利的法律。这一立法模式同前一种立法模式的主要缺陷在于没有为消费者保护提供更广阔的空间,缺乏必要的灵活性。

限制涉外消费者合同当事人选择的法律的效力,有利于涉外消费者合同的当事人就法律选择达成一致,毕竟当事人可选择法律的范围更广了。此外,当事人还可选择与消费者合同虽无实质联系但更有利于保护消费者的法律。尽管我们承认,在涉外消费者合同中,法律选择的条款往往规定在由生产者单方面提供的格式合同中。但已如前述,并非所有的强势一方都会仗势欺人。取消当事人选择法律的范围,为当事人选择更高水平的消费者保护的法律规定了可能。从法律适用的灵活性及消费者保护的角度而言更具合理性。同时,为避免生产者趋向于选择低水平的消费者保护的法律规定,对当事人选择法律的效力予以限制也是必要的。因此,限制涉外消费者合同当事人选择的法律的效力在前述三种立法模式中更为合理。

### 三、国际上关于当事人未选择法律时涉外消费者合同法律适用

消费者合同的当事人没有选择法律时,国际上的做法一般是适用消费者惯常居所地法律。例如1986《联邦德国关于改革国际私法的立法》第29条规定,消费者合同当事人没有法律选择时,适用消费者惯常居所地法。1980年海牙《有关消费者买卖法律适用公约》草案第7条也规定:“如果当事人未选择准据法,则适用消费者惯常居所地国家的法律。”

当事人没有选择法律时,适用消费者惯常居所地法律对于保护消费者而言具有一定的意义:

1. 在消费者合同当中,消费者惯常居所地这一客观连接点较不易被经营者操纵。在缺乏法律选择的情况下,适用消费者惯常居所地以外的法律如经营者的惯常居所地或经营者的营业所所在地法律等,经营者完全可以通过单方面地改变连接点来改变应适用的法律,进而损害消费者的利益。

2. 可以避免查明外国法的成本。这是因为实践中,消费者在其惯常居所地提起诉讼较之在外国法院提起诉讼更为便利,也更为节省诉讼成本,特别是争议标的不大时更是如此。而关于消费者合同管辖权的条约如欧盟理事会2000年通过的《关于民商事案件管辖权与判决承认及执行的规则》、2001年海牙《民商事管辖权和外国判决公约》通常也将消费者合同争议分配给消费者惯常居所地法院管辖。因此,争议一旦发生,消费者在其惯常居所地提起诉讼时,适用消费者惯常居所地法律即适用法院地法律。此时,受诉法院无需适用外国法,可以避免查明外国法的成本,并且可以较准确地适用法律。由于消费者案件通常涉及小额请求,诉讼成本的减少对消费者是较有利的。此外,管辖权与法律适用的统一也提高了消费者最终实现他们权利的机会。如果经常居所地法院享有管辖权,却适用外国的消费者保护法,而该外国法对消费者的保护程度相当的低,国内实体法上保护消费者的政策就可能无法实现。

但是,国际社会在消费者合同中适用消费者惯常居所地法是有一定限制的。这种限制一般是要求消费者合同与消费者惯常居所地国存在联系。这是因为消费者可能散居各处,若毫无限制地在任何情况下都适用消费者惯常居所地法,就容易破坏消费者的正当合理期待,对其反而不公平,因而有必要附加一定限制,只有在符合这些条件的情况下,才能适用消费惯常居所地法。<sup>[5]</sup>

### 四、我国涉外消费者合同法律适用规定的完善

#### (一)当事人选择法律权利模式的合理选择

与前述几种当事人选择法律权利模式不同,《法律适用法》规定消费者可以选择适用商品或

服务提供地的法律。可见,我国并没有像瑞士那般断然地排除消费者合同领域中的意思自治。毕竟,当事人没有法律选择权也就意味着必须服从客观连接点所指引的准据法,消费者被剥夺了选择法律的潜在权利,利益实现空间受到了极大的限制。因此,比起瑞士的法律规定,我国的规定更有利于消费者利益的实现——至少,消费者可以选择可能更有利于自身利益实现的商品或服务提供地的法律。

在消费者合同中,多数国家的立法把法律选择权交给消费者和经营者双方。我国的立法则是将法律选择权单方面地赋予消费者。但它仍然可以归为当事人意思自治,只不过是弱者一方的意思自治,有人称为“意思自治的变异”。<sup>[6]</sup>结合《法律适用法》第10条第1款的规定,“当事人选择适用外国法律的,应当提供该国法律”,意味着消费者有证明商品或服务提供地的法律的义务。但单方面的法律选择权在一定程度上矫正了消费者和经营者之间由于信息不对称造成的谈判实力上的不对等,尊重了消费者的利益预期,消费者可选择较其经常居所地法律更有利于自己的商品、服务提供地法律,这显然更符合当前国际社会关于消费者合同中保护弱势消费者的政策。

笔者认为,规定消费者单方面的法律选择权要比赋予消费者与经营者双方的法律选择权更为明智。由于消费者合同往往是由经营者单方面提供的格式合同,合同中的法律选择条款也往往是经营者单方面的法律选择。特别是在网络消费环境下,经营者普遍使用包含了对经营者较有利的法律选择条款的点击合同,消费者只有点击确认后才能购买商品或接受服务,没有选择的余地。允许消费者合同双方的法律选择可能对消费者不利,这就需要予以一定的限制,即如美国所要求的所选择的法律与当事人或交易的实质联系或如韩国、保加利亚等国所要求的所选择的法律不得限制或剥夺消费者惯常居所地法强制规则为消费者提供的法律保护。而这种限制意味着增加了法律适用过程的复杂性——法官不得不对当事人所选择的法律与当事人或交易之间是否存在实质联系进行分析;或者不得不比较当事人所选择的法律

与消费者惯常居所地法律的内容,以判断当事人所选择的法律是否剥夺了消费者惯常居所地的强制规则为消费者提供的特殊保护。

赋予消费者单方面的法律选择权,并把其限定在商品、服务提供地这一范围上,体现出了法律适用中的联系性要求。毕竟,消费者保护的目的并非使消费者在各方面成为强势方,而是抵制供应商的优势,维持两者的平衡。<sup>[7]</sup>如果任由消费者选择与当事人或交易无任何联系的法律,将增加经营者收集信息的成本,从而增加交易成本,反而不利于对消费者的保护。此外,我国法律没有像其他国家要求当事人所选择的法律不得剥夺消费者惯常居所地的强制规则为消费者提供的保护,是因为既然法律赋予了消费者单方面的法律选择权,我们有理由相信消费者会在商品、服务提供地的法律关于消费者的保护程度高于消费者经常居所地法时才选择商品、服务提供地法律。毕竟,趋利避害是人类的天性。

综上,我国关于消费者当事人选择法律权利模式完全不同于前述三种模式,具有独创性,更具有合理性。

## (二)当事人未选择法律时,涉外消费者合同法律适用的合理确定

消费者没有选择法律时,《法律适用法》视具体情况分别适用的是消费者经常居所地法律和商品、服务提供地法律。即:1. 经营者在消费者经常居所地从事相关经营活动的,适用消费者经常居所地法律;2. 经营者在消费者经常居所地没有从事相关经营活动的,适用商品、服务提供地法律。

虽然《法律适用法》在依客观连接点选择法律时也采用了消费者经常居所地这一连接点但该法并不要求消费者合同与消费者经常居所地之间存在联系,而是要求经营者与消费者经常居所地存在联系,即要求经营者在消费者经常居所地从事相关经营活动。这一联系要求对于消费者的利益保护并无益处。

由于“经营者在消费者经常居所地从事相关经营活动的,适用消费者经常居所地法律;经营者在消费者经常居所地没有从事相关经营活动的,适用商品、服务提供地法律。”这就可能导致有意

进入我国市场的经营者避开在我国从事经营活动,消费者不能获得质优价廉的商品或服务,反而不利于消费者保护。即使经营者为实现其市场利益在我国从事经营活动,适用消费者经常居所地的法律并不必然有利于消费者。特别是在我国消费者保护水平与欧美发达国家相比仍较低的情况下更是如此。因为当经营者在我国从事经营活动,但商品、服务提供地关于消费者的保护水平更高时,适用消费者经常居所地法律事实上降低了对我国消费者的保护。

“经营者在消费者经常居所地没有从事相关经营活动的,适用商品、服务提供地法律”的立法规定也面临着同样的问题。因为此时商品、服务提供地的法律对于消费者的保护水平也可能低于消费者经常居所地提供的法律保护。已如前述,许多国家在允许当事人选择法律时都限定不得剥夺消费者经常居所地法所提供的强制保护。即消费者经常居所地法律提供了最低限度的保护标准。仅因经营者没有在消费者惯常居所地从事相关经营活动就剥夺了消费者受其经常居所地提供的法律保护显然是不合理的。

笔者认为,《法律适用法》在消费者没有选择法律时,无论适用经常居所或商品、服务提供地法律,都缺乏以有利于消费者的结果为导向的规则的运用。这将导致所适用的法律可能不利于消费者,从而背离消费者保护的初衷。弱者利益保护已是国际私法的一项基本原则,国际、国内立法中

均已出现了有利于弱者利益的法的适用。《法律适用法》中关于父母子女人身、财产关系;扶养、监护的法律适用也都明确采用“有利于”弱者权益保护的法律规定,体现出很强的保护弱者的结果导向。因此,在消费者没有选择法律时,我们完全可以在立法中直接规定适用消费者惯常居所地和商品、服务提供地中最有利于消费者利益的法律,向消费者合同中的弱势一方倾斜,以凸显国际私法的正义内核。

#### [参考文献]

- [1] 埃德加·博登海默. 法理学:法律哲学与法律方法[M]. 邓正来,译. 北京:中国政法大学出版社,2004:466.
- [2] 曲波. 国际私法本体下弱者利益的保护问题[M]. 北京:法律出版社,2009:10.
- [3] 曲波. 国际私法本体下弱者利益的保护问题[M]. 北京:法律出版社,2009:43.
- [4] 许军珂. 国际私法上的意思自治[M]. 北京:法律出版社,2006:188-189.
- [5] 徐冬根. 人文关怀与国际私法中弱者利益保护[J]. 当代法学,2004(5):18.
- [6] 胡秀娟. 论国际私法中弱者权益之保护对意思自治原则的冲击[J]. 理论月刊,2006(11):112.
- [7] 刘益灯. 国际消费者保护法律制度研究[M]. 北京:中国方正出版社,2005:234.

(责任编辑:杨 睿)

## Legal Application of China's Consumer Contract Involving Foreign Elements and Its Perfection

YANG Yue-ping

(School of Law, Huaqiao University, Fujian Quanzhou 362021, China)

**Abstract:** Due to the information asymmetry and the difference of bargaining power between the consumers and operators, consumers are in weak side in the consumers contract relation. The protection for weak consumers in consumer contract involving foreign elements on the level of conflict law has become a most important task of modern international private law. In China, the applicable clauses in consumer contract law involving foreign elements uniquely entitle consumers to choose the applicable law unilaterally, which balances the relationship between the consumers and operators to some extent and which is of active significance to the consumer protection. While in the absence of choice of law, the applicable law is probably not suitable for the consumers because of the lacking of result-oriented rules aiming to protect consumer so that the original intention to protect consumers may be deviated from.

**Key words:** consumer contract; conflict law; consumer protection; unilateral right of choosing law; foreign affairs