

# 论冲突法中的单方法律选择权

姜志腾<sup>1</sup>, 唐秋玲<sup>2</sup>, 黄莉<sup>3</sup>

(1. 湖南师范大学 法学院, 湖南 长沙 410081; 2. 湖南工业大学, 湖南 株洲 412007;  
3. 株洲市石峰区人民检察院, 湖南 株洲 412005)

**[摘要]** 单方法律选择权是指某些涉外民事案件中争议一方当事人依法享有的单方选择所涉民事法律关系所适用法律的权能。此种权利自美国冲突法革命时便开始萌芽, 最近几十年来被越来越多的国家立法与国际公约所吸收、采纳, 其主要体现在涉外侵权、遗嘱继承、信托等领域。单方法律选择权的出现与发展丰富了法律选择方法的理论, 有效地弘扬了实质正义。我国应结合自身实际在未来修法中在更多领域纳入此种法律选择方法。

**[关键词]** 冲突法; 单方法律选择权; 实质正义

**[中图分类号]** D99

**[文献标识码]** A

**[文章编号]** 1674-117X(2015)01-0082-05

## On the Unilateral Right of Choice of Law in Conflict Law

JIANG Zhiteng<sup>1</sup>, TANG Qiuling<sup>2</sup>, HUANG Li<sup>3</sup>

(1. College of Law, Hunan Normal University, Changsha, 410081 China;  
2. Hunan University of Technology, Zhuzhou, Hunan 412007 China;  
3. People's Procuratorate of Shifeng District Zhuzhou City, Zhuzhou, Hunan 412005 China)

**Abstract:** The unilateral right of choice of law refers to the right, belonging to one of the parties involved in Foreign-related civil disputes, of choosing the proper law applicable to the involved civil relations unilaterally. Emerging from the time of American Revolution of conflict laws, this right, which is mainly embodied in the areas of international torts, testate succession and trust, has been incorporated and adopted by increasing national legislation and international conventions in the past decades. The emergence and development of the right effectively enriches the theory of law selection and promotes the material justice. China should combine the actual situation and adopt such approach of legal option into law amendment in the future.

**Key words:** Conflict Law; the unilateral right of choice of law; material justice

自20世纪70年代以来,随着各国国际私法典化的风潮。在合同、侵权、继承以及婚姻家庭等主要的法律领域,出现了一种全新的选择准据法的方式,即在一些涉外的民事争议中,给予一方当事人在若干法域中选择适用其法律关系的某国法律,例如瑞士《关于国际私法的联邦法》第138条规定了受害人对因“排放物”引起的侵权责任的法律选择:“因跨国不动产污染造成的侵权,被侵权人有权在不动产所在地国家的法律或者损害结果地国家法进行选择。”<sup>[1]</sup>有学者称之为单方法律选择权。

此种方法近年来得到了不少国家立法以及一些国际公约和区际公约的采用。我国2011年颁布的《中华人民共和国涉外民事法律关系适用法》第42条与第45条也确定了类似的规则。这种新型规则涉及领域广、分布国家多,值得我们进行深入系统的研究。

### 一 对单方法律选择权的界定

要对单方法律选择权下准确的定义,首先还需明晰它的上位概念法律选择权是什么。法律选择

收稿日期: 2014-09-16

作者简介: 姜志腾(1989-),男,湖南娄底人,湖南师范大学硕士研究生,研究方向为国际私法;唐秋玲(1980-),女,湖南邵阳人,湖南工业大学讲师,研究方向为法学;黄莉(1974-),女,湖南常德人,湖南省株洲市石峰区人民检察院干警,研究方向为民商法学。

权是相关主体在法律选择过程中具有的得到法律认可的可以影响法律选择结果的一种正当性的力量或可能性。和其他权利相比,此权利既不能归为实体权利也不可以看做是程序性的权利,首先它不直接配置当事人之间的实体权利义务,其次它也和诉讼中的程序性权力或权利不同,因此它似乎是游离在实体性权利与程序性权利之间。它是一个特殊的法律选择方法,出现在法律规定的某些涉外领域中,而某个特定主体在此法律选择过程中享有支配的权利,一般此权利主体是自然人。换言之,它是一个在涉外民商事案件里选择法律的过程中,法律赋予特定主体选择法律并决定法律选择的结果的权利,单方法律选择权它的依据是依一定标准建立起来的冲突法中的一种法律选择规则。

因此,基于以上分析,对于单方法律选择权,可以这样理解。作为法律选择权的下位概念,单方法律选择权似乎可以认为它是一种权利。理由如下:(1)法律选择主体为自然人;(2)他可以自由行使此权利,无论是行使还是放弃。

基于此,单方法律选择权可以定义为在某些涉外民商事案件中,根据法律的事先规定,其中一方当事人在争议前或争议后在法律选择过程中,具有的得到法律认可的可以影响法律选择结果的一种正当性的力量或可能性。即涉外民商事案件中争议两方中的其中一方有选择适用其争议案件准据法的权利。此外,还可以从以下几个维度更加深入地了解单方法律选择权:

1. 单方法律选择权是一种特殊的权利。单方法律选择权既不直接调整双方实体权利义务,也不是诉讼过程中的程序性权利,因此它更像一个处在实体权利与诉讼程序权利之间的一种权利。但是,单方法律选择权可以对实体权利与程序权利进行一定的安排,它把选择适用法律的权利交给一方当事人行使,对方的义务即不作为,这可以说是它的指引作用。它是一个特殊的法律选择方法,出现在法律规定的某些涉外领域中,而某个特定主体在此法律选择过程中享有支配的权利,一般此权利主体是自然人。换言之,它是一个在涉外民商事案件里选择法律的过程中,法律赋予特定主体选择法律并决定法律选择的结果的权利,单方法律选择权它的依据是依一定标准建立起来的冲突法中的一种法律选择规则。

2. 单方法律选择权是一种得到法律认可的权利。权利来源的依据是法律的规定,单方法律选择权也不例外,它的行使只能在法律有规定的适用范围内才会得到法律上的效力;如果超出法律规定的适用范围之外行使,单方法律选择权便犹如无本之木,不会得到法律上的承认。这可以从两个方面理

解,一是必须一国有法律规定,涉外民事法律关系的其中一方当事人才享有此潜在权利;二是此权利必须在法律规定的范围内行使才会有效。如我国《涉外民事法律关系适用法》第规定,在涉外产品责任范围内,受害人一方权利单方选择适用其涉外民商事法律关系的法律,因此只有在此种涉外法律关系中,争议中的一方当事人才享有此种在法律规定的范围内自由行使的权利。另外还有些以判例、学说为法律渊源的国家,其判例与学说承认单方法律选择权的,也可以说此权利得到了广义上的法律认可,具有法律效力。

3. 单方法律选择权是一种具有个体正当性的权利。传统的法律选择方法大多只注重冲突正义,强调适用过程的确定性。但这种只注重涉案国家之间的正义(即形式正义)的法律选择方法在很多时候往往忽略了个案正义的诉求。而单方法律选择权把法律选择权交给实际涉案的当事人一方(通常为弱势一方,有值得法律保护的利益),作为一个理性的主体,此当事人肯定会选择对其有利的适用法律,这样便在当事双方之间做到了利益平衡,实现了个体的正义。

4. 单方法律选择权的权利主体有决定是否行使此权利的自由。单方法律选择权的存在,只是表明一方当事人有权选择现存涉外民商事关系适用法,此当事人有权决定是否行使此权利,若他放弃这权利并不意味着他违反了法定义务。同时,此权利的义务对象是所有不特定的第三人,这表示即使是司法者也必须尊重单方法律权人的选择。

## 二 单方法律选择权的历史沿革

单方法律选择权自美国冲突法革命时便开始萌芽,美国冲突法学家卡弗斯在1933年哈佛法学评论上发表了《法律选择问题评论》一文,他对传统的“管辖权选择”制度进行批评,指出这种法律选择过程不考虑适用结果的公正性。因此,他认为准据法适用结果公正应该是:一是做到对当事人实现公正,二是和社会的目的相符。法院在审理涉外案件时,首先要对比可选择的不同实体法所产生的结果,然后衡量此结果对当事人是否有利和符合社会目的。

虽然凯弗斯的学说被批评过于抽象且缺乏实践性,但其提出的理念却在以后得到认同。其实质就是强调冲突法中的准据法选择不仅要注重形式正义,更要有实质正义在里面。20世纪60年代初前后,一场冲突法“革命”在美国爆发,首要目标便是质疑以往的法律选择方法,改革以往那些仅仅注重形式正义的冲突规则,使得法律选择过程中体现工具与功能主义。美国冲突法学家们从现实主义

的法哲学出发,相继提出各种基于实质正义理念的法律选择方法。此后的1965年,卡弗斯出版了《法律选择程序》一书,提出了解决冲突案件的“优先选择原则”,完善了他倡导的“公正论”。卡弗斯的这一理论首次提出直接对实体法进行选择的大胆设想,其中就包含了给予原告方单方选择法律适用法的构想,卡弗斯的这一理论首次提出直接对实体法进行选择的大胆设想,其中就包含了给予原告方单方选择法律适用法的构想,如其于1977年发表的阐述其“优先原则”的论文中提出了原告准据法选择权的观点。另一位美国冲突法学者里斯早在参加《海牙产品责任法律适用公约》的制定过程中时就曾撰文《产品责任法律适用公约草案稿》,文章中他便提议应该给予原告在若干法域的法律中选择适用其法律关系准据法的权利。

这场“革命”将关于“实质正义”的讨论传播到美国域外,对包括欧洲在内的其他国家国际私法立法产生了深远的影响。正如美国著名冲突法学家西蒙尼德斯在1998年国际司法年会中所言,“20世纪的最后20多年里,对涉外法律争议一方有利的法律选择规则越来越多,那些当事人被认为在法律体系中为处于弱势,无论他们是被雇佣者、被侵权者、消费者,只要他们的利益被认为是需要保护的,一些冲突规则便事先给予他们一定的优先权利。”<sup>[2]</sup>这样的赋予真正关心案件的实体处理结果,维护了较弱者一方的权益,国际私法的实质正义价值也更好地得以体现。

### 三 单方法律选择权的立法体现以及对其的适当限制

#### (一)单方法律选择权的立法体现

在这些理论的影响下,当代国家的国际私法中,保护特定当事人的利益都往往是作为选择准据法的依据。<sup>[3]</sup>此种法律选择方法在近二三十年中被越来越多的国家立法所采用,出现的数量也日益增多,适用的范围也愈来愈广。纵观各国立法,体现单方法律选择权的冲突法主要出现在以下领域:

1. 涉外一般侵权领域。如今,大规模侵权现象早已突破国境线,可能发生在我们生活的各个领域之中,也向我们提出了如何补偿受害人损害等一系列侵权责任法上的问题。<sup>[4]</sup>因此,一些国家的立法规则赋予了跨国侵权被侵害人单方面选择准据法的权利。这样,受害者可以在比较的基础上,选择对其最有利的法域的法律作为案件适用的准据法。例如,德国的冲突法规定:在涉外侵权中,倘若侵权人与受害人的惯常居所地同属一国,便适用两者共同惯常居所地法律;如果两者惯常居所地不属一国,则被侵权人可以选择侵权行为地或损害地法

律。此外,意大利的国际私法典也一改侵权行为适用侵权行为发生地法律这一连接点,在其第62条规定:“发生涉外侵权时,损害结果发生地法得以适用,如果被侵权人要求适用行为地国法律,则侵权行为地国法律得以适用”。即给予原告一方在损害发生地法和侵权行为发生地法之间进行选择的权利。立陶宛、委内瑞拉都有类似规定。

2. 涉外特殊侵权领域。一是涉外产品责任侵权。因消费合同而引起产品责任的法律适用方面,许多国家为了保护消费者,也允许受害人一方在规定的范围内选择适用其争议的法律。1987年《瑞士联邦国际私法》第135条[b、产品责任]规定:因产品瑕疵造成被侵权人损害,被侵权人有权选择(A)侵权人营业地国法律,如果侵权人没有营业地,则适用其惯常居所地法律;(B)产品购买地法律,但产品则让人能证明该产品未经其同意便在该国上市的除外。1995年《意大利国际私法制度改革法》、1991年《加拿大魁北克民法典》等国家的规定也都允许跨国产品责任受害人在被告的主营业地法和产品的取得地法之间进行选择。二是涉外其他种类特殊侵权。除了在涉外产品责任中规定了争议一方有权选择法律的冲突规范外,瑞士的国际私法典还在其他几类特殊侵权关系中授予争议一方单方法律选择权。一类是不动产污染排放引起的侵权,其138条规定,被侵权人有权选择侵权人所在地法或损害结果地法。另一类是大众传媒传播造成的侵害人格权的行为。其139条规定了被侵权人有权在其经常居所地法、损害结果发生地、侵权人事务所所在地法或其经常居所地法之间进行选择,其中经常居所地法域损害结果发生地法的适用还需以侵权人可以事先预见为条件。这都给予了受害人获得最大赔偿的机会,有效地保护了弱势一方的利益。

3. 涉外继承领域。遗产继承准据法的决定因为家庭关系法、财产法和债法都汇集而变得很困难。目前各国普遍的做法是将赋予被继承人在有限的范围内选择准据法权利,即被继承人享有一定的选择准据法权利。如《保加利亚关于国际私法的法典》第89条3款规定:“被继承人有权选择其财产的继承顺位及选择法律时的国籍国法。”海牙《死者遗产继承法律适用公约》规定了被继承人有权在他指定准据法时或者死亡时的本国法或经常居住地法中进行选择,并且此公约还倾向于采取全部遗产的同一制。<sup>[5]</sup>

4. 涉外信托领域。英国国际私法著作《戴西和莫里斯论冲突法》规则第151条规定:信托的有效性、解释、效力和管理由财产授予人选择的法律支配;在财产委托人未进行信托法律适用的选择

时,最密切联系原则得以适用。<sup>[6]</sup>另外,海牙国际私法协会颁布的《信托的法律适用及其承认公约》第6条第1款规定:“信托应依财产授予人所选择的法律,而且选择必须为明示,或者默示的规定在信托文件的条款中。”比利时的国际私法典也有相类似的规定”。

此外,在跨国单方行为、代理等领域也出现了授权单方选择准据法的规则。如2004年《比利时国际私法典》第105条规定:“单方声明所生之债由承诺着选择的法律支配,如果没有选择,则由承诺者承诺时的惯常居所地国家的法律支配”。

## (二)对单方法律选择权的适当限制

尽管赋予涉外民商事案件中一方当事人法律选择权是为了保护弱势一方的利益,但社会中每个人都期望自己的利益能够得到最大化,当一方握有此法律选择权的时候,总会选择能实现利益最大化的法律体系,这可能导致弱方当事人进行无所顾忌、随心所欲地进行法律选择而损害到另一方当事人的合理利益。因此,对单方法律选择权也必须加以一定的限制,从以上各国立法实践来看,一般是对当事人法律选择的范围加以限制,具体而言:

1. 一般涉外侵权领域的被侵权人只能在侵权行为发生地法或损害结果地法之间进行选择。如委内瑞拉国际私法典关于涉外侵权法律适用的规定便是:“侵权行为由侵权结果发生地法支配,但受害人可以要求适用侵权行为发生地法。”又如《德国民法施行法》第40条规定:“因涉外侵权行为造成的侵权责任,适用侵权行为地法法律。但受害人有权要求选择适用结果发生地法法律,在此种情形下,侵权结果发生地法律得以适用。此项指定法律的权利,只能在第一审法院首次开庭日期届满前或书面预审程序完毕前行使。”

2. 产品责任这样的特殊侵权领域中,限定受害人只能在消费者惯常居所地、产品或服务提供地、生产者或服务提供者营业地国法之间进行选择。我国的《涉外民事关系法律适用法》的45条以及国外许多相关法律都是如是规定。

3. 对涉外遗嘱继承领域的被继承人限定其仅能选择其属人法。从上述立法实践中,在立法中赋予被继承人单方选择法律的国家往往作出限定其只能选择属人法的限定。当然对属人法这一概念的界定,不同的国家之间对此还尚有分歧,有些国家限定被继承人属人法为其本国法,如上述保加利亚国际私法的相关规定;而有些国家则限定被继承人的属人法为惯常居所地法,如《意大利国际私法制度改革法》第46条2款(《意大利国际私法制度改革法》第46条第2款规定:“被继承人可以通过其遗嘱中的明示条款选择其惯常居所地国法律适

用于其所有财产的继承。如果被继承人在死亡时在该国内不再有惯常居所,则此种法律选择无效。”)。随着海牙国际私法会议不断推广使用“惯常居所”这一概念,也出现了一些国家允许被继承人选择本国法或惯常居所地法的权利。如《列支敦士登国际私法》第29条3款规定外国被继承人有权通过遗嘱或遗产处置协议在其本国法或其最后惯常居住地法之间选择其权利继承的适用法。

因此,从实质正义的角度来看,给予特定涉外民商事案件中弱方当事人单方法律选择权是为了彰显正义的话,那么为了维护法的正义价值,对单方法律选择权进行合理的限制同样重要。

## 四 我国的应对策略

从上述分析可以看出,冲突法中的单方选择准据法的规定一般出现在两类领域:一类是出现在一方当事人具有特殊地位的民事关系领域,如遗嘱继承领域、涉外信托领域;另一类是争议案件中一方处于较弱势的领域,例如涉外侵权领域等,也赋予弱方当事人单方选择法律的权利。在就前者来说,当事人一般处在一个特殊的地位上,被继承人、涉外信托中委托方都是把自己所有的财产交予另一方,因此给予他们有选择适用其法律关系的法律,可以说是现代法律思想财产类关系中尊重当事人意志的内在要求;对于后者,双方所掌握的资源、信息等方面来考查,实际上两边处于不平等的地位,若给予当事人双方合意选择准据法的权利则有失公平;但给予法官自由裁量选择对当事人有利的准据法时有可能达不到最佳的效果,甚至给予法官太大的自由裁量,也浪费了很多的司法资源。而给一方选择法律,也减轻了法院在受理案件后进行外国法查明并在几个法律间进行比较选择最优法律的负担。因此,在这样一些领域,给予值得保护一方的当事人自主选择适用其案件的法律,似乎是一种比较有效的方法。在国际私法多元化趋势日益明显的21世纪,单方法律选择权为当代国际私法提供了更多样化的调整方式,国际私法的法律选择方法理论也更加充实。

我国颁布的《涉外民事法律关系适用法》(以下简称“适用法”)第42条和第45条不仅是我国对消费合同和产品责任法律适用的首次单独专门立法,而且在这两个领域引入了单方法律选择权。

和国外立法一般把消费合同和产品责任的法律适用整合在一起规定不同,我国将消费合同和产品责任的法律适用分别单独进行规定,这一方面是考虑到我国的《消费者权益保护法》和《产品质量法》在立法体系上的整体协调性,另一方面也有在

更大力度上保护弱者权益的立法考量<sup>[6]245</sup>。这赋予消费合同责任和产品质量责任竞合下的受害人以更大的法律选择权。

由此观之,我国目前将单方法律选择权仅适用到涉外产品责任和消费者合同这两个有弱方当事人存在的领域,而对于一般侵权以及其他种类的特殊侵权并没有引入单方法律选择权,由涉外民商事关系的特殊性质决定的领域比如信托、遗嘱领域对单方法律选择权同样未予关注。因此,我国在以后修订立法时可以考虑以下问题:

1. 如上所举,各国现有冲突法涉外侵权法律适用大都采用受害人选择法律的做法,且在法典中占有一定比重。从侵权法律关系来看,受害人无疑处于较弱势的地位,强调对受害人的保护是非常必要的。而我国《适用法》44条规定的侵权责任,双方当事人有共同惯常居住地的,适用共同惯常居所地法律,否则适用侵权行为地法律。但如果侵权行为发生后,双方共同选择适用法律的,则从其约定,即由双方当事人合意选择适用的法律。笔者认为,此时的法律选择权赋予给受害人可能更好,因为如前所述,涉外侵权案件中被侵权人往往处于弱势地位,允许受害人自行选择对其有利的法律是比较好的方式。

2. 准予遗嘱被继承人在一定范围内选择准据法的权利。我国现有《法律涉外民事法律适用法》第33条规定遗嘱效力适用被继承人立遗嘱时或者死亡时惯常居住地法律或者其国籍国法律。这其实就给了法院自由裁量的权力,而法院通常情况下都会在这范围内选择其最熟悉的法院地法。遗嘱属于私人处分自身财产的意思自治,私法首先是保护私人利益的,通过私人自己的意志和行为才能实现私人利益的最大化,我们应尊重私法自治精神,给予被继承人一定的选择自由,正如李浩培先生所言:“国际遗产继承中,被继承人选择法律的情况通常是拥有一国国籍,而经常居所在另一个国家,并且被继承人选择的通常是与其最有密切联系一国的法律,此种情形下,由于他选择的法律,此国家法院的组织并未受到损害,反而是得到加强。”<sup>[7]</sup>

3. 把信托修订进立法并规定委托人有单方选择适用法律的权利。我国现有《适用法》《信托法》还未对信托的法律适用有所规定,这给人民法院审理国际信托纠纷案件留下了法律适用的难题。基于我国现实发展情况,涉外信托与日增多,为保障我国信托委托人的利益,我国可以参考《信托的法律适用及其承认的公约》里对国际信托法律适用的规定,允许委托人单方选择事先适用其国际信托关

系的法律。这些规则比较成熟且与国际发展趋势相符,我国可以有选择地借鉴并吸收。

现代福利国家大都透过大量的社会经济立法来改善社会弱者的生存条件,增强他们在社会上的竞争力,藉此消减社会矛盾和阶级对抗,维持社会的和谐环境和宪法秩序的安定性。<sup>[8]</sup>在这样的大背景下,单方法律选择权在越来越多国际私法中的运用不仅顺应了现代国际社会对人文的关怀,而且彰显了国际私法实质正义取向,有效地平衡了某些特定涉外民商事案件中双方的利益,体现了国际私法与时俱进的态度。但同时我们又需要看到,各国国际私法典中虽然都或多或少地体现了此类新型规定,但总体而言,所占的比重都比较小。那是因为此种法律选择方法尽管非常重要,但只能作为一小部分例外的存在处理某些特定的案件,一般都是出现在此种保护规则形成相对统一价值观的领域。毕竟,作为涉外民商事法律,立法制定者必须考虑到国外的相类似立法实践。另外,在大多数涉外民商事案件中,双方所处的地位与情形是相平等的。由法律预先规定的适用规则与双方当事人意思自治原则能更好地平衡双方利益。当然,随着社会的不断发展与变化,相信会有更多国际私法领域里的规则会吸纳单方法律选择权。

#### 参考文献:

- [1] 邹国勇. 外国国际私法立法精选[M]. 北京:中国政法大学出版社,2011:170.
- [2] 西蒙尼德斯. 20世纪末的国际私法——进步还是退步[C]//梁慧星. 民商法论丛(24). 香港:金桥文化出版有限公司,2002:362-467.
- [3] 李双元. 国际私法·冲突法[M]. 武汉:武汉大学出版社,1987:156.
- [4] 罗思荣,马利峰. 大规模侵权民事救济比较研究[J]. 湖南警察学院学报,2013(3):30-35.
- [5] 宋晓. 当代国际私法的实体取向[M]. 武汉:武汉大学出版社,2004:249.
- [6] 张丽珍. 论法律选择中的单方意思自治——以涉外民事关系法律适用法第42条、第45条为引[J]. 华政国际法评论,2012(1):229-246.
- [7] 李浩培. 李浩培文选[M]. 北京:法律出版社,2000:327.
- [8] 郑旭文. 试论美国法之社会立法的平等权审查标准[J]. 湖南工业大学学报:社会科学版,2012(6):57-62.

责任编辑:黄声波