

# 冲突法中的选法意外规制

黄 晖\*

**摘 要:**不确定性是冲突法作为间接调整方法的内在属性,选法意外则是不确定性的一种极端形态。立法的空白、不明晰以及司法裁量的存在是选法意外的现实基础。作为冲突法理性之治产生的非理性结果,选法意外合法但不合理。选法意外应被规制,因其挑战了选法的纯粹理性、违背了立法的规范理性、削减了司法的实践理性并减损了主体的期待理性。由于选法意外是合法的,因此现有针对违法性问题设置的制度安排无法对其进行有效矫正;也因其独特性,故现有针对合理性问题设计的制度安排无法对其进行有效救济。为否定极端选法,排除最不合理的选法结果,有必要构建选法意外的规制方案。选法意外与冲突法具有共生关系,无法完全切割,相对合理且现实的对策是从原则、制度与规则 3 个层面进行限制,综合构建选法意外的阻断安排,将冲突法的选法结果限定在最不坏的选项之中。

**关键词:**冲突法 选法期待 选法意外 法律规制 选法排除

在冲突法情形下,通过法律选择解决法律冲突是一个不确定的“走钢丝”般的过程。<sup>①</sup> 这种不确定性的极端形态就是选法意外。由于选法意外并不涉及合法性问题,且呈现出与现有合理性问题不同的独特形态,因此在现有针对合法性问题进行矫正和针对合理性问题进行救济的制度安排中尚无有效应对方案,亟须另辟蹊径。

## 一、冲突法中选法意外规制问题的提出

### (一)选法意外

有关涉外遗嘱效力问题的法律适用,《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》)第 33 条以无条件选择性冲突规范的形式列举了 4 类可供适用的法律。若在一起

\* 重庆大学法学院副教授

基金项目:重庆大学中央高校基本科研业务费专项资金资助项目(2021DSKXYFX009)

<sup>①</sup> Hélène Gaudemet-Tallon, Le pluralisme en droit international privé: richesses et faiblesses (le funambule et l'arc-en-ciel), 23 Recueil des cours, 312 (2005).

涉外遗嘱案件中,双方当事人对案涉遗嘱的效力发生分歧,一方当事人援引遗嘱人立遗嘱时的经常居所地法请求确认遗嘱有效,另一方当事人则援引遗嘱人死亡时的国籍国法请求确认遗嘱无效。此时,法官应如何适用法律?答案是清晰的,法官具有完全的自由裁量权,可在4类法律中任择其一适用。据此,法官无外乎在当事人争讼中或争讼外的法律中进行选择。这两种选择均无违法之处,但如果法官跳出当事人争讼的法律而在该规范的系属内另行选法,那么将构成合法但不合理的选法意外。对于此种无条件选择性冲突规范对法官选法广泛授权而可能造成的选法意外,现有立法与司法并无有效举措,严格而言,此种选法意外并不在现行立法与司法的规制范围内。这是无条件选择性冲突规范带来的选法合理性问题。有学者主张,由法官考虑个案中的实体正义和公共政策来选择应当适用的连结点,不能完全无条件地自由裁量。<sup>①</sup>该观点在法理上值得肯定,但在实在法机制中则与立法要旨相悖,如果立法旨在为此类选法确定一个次序,那么在冲突规范的立法构造上就会考虑授权当事人选择,或赋予“有利于××”的特定结果等条件。既然立法有精确实现其选法意向的立法技术,那么在其明确选择无条件选择性冲突规范的情形下,只能合理解释为立法授权法官在若干法律体系中自由裁量。简言之,从立法原旨角度看,无法从无条件选择性冲突规范中推出选法条件。

## (二)选法意外规制问题的提出

试图在无条件选择性冲突规范指向的若干法律体系中明确一个标准、制定一条附加的规则,可能会偏离立法意图。否则,立法设置无条件选择性冲突规范即无必要。对于涉外遗嘱效力的法律适用,假设法官在4种法律体系中确实做到了“无条件”选法,那么其选法结果能否得到无条件的赞同?特别是考虑案涉的若干具体情形,如双方当事人各执一法或共执一法提出主张、进行辩论时,法官若另行选法则有些缺乏说服力。但如果进行更精细的法律适用考究,那么“当事人援引”这一因素就值得关注,并成为影响我们对案件法律适用是否妥当的一个判断基准。

虽然无条件选法是立法之规定,但是当事人的意向或其他事实也应作为不可忽视的选法考量因素。如此思考,法律选择就会分化出合理与否的结果:在当事人援引的一个或两个法律体系中择一适用,相比于在当事人未主张的其他法律体系中择一适用更为妥当。这种更为妥当的理据不是合法性标准而是合理性标准。

“当事人援引”在这里具有开示和遮蔽的双重效果:(1)开示效果。“当事人援引”的存在对立法中所列示的4个法律体系发挥了分流作用,在当事人援引与否的法律体系之间,为法官选法提供了一种合理性基础,产生了法律选择的开示效果。(2)遮蔽效果。“当事人援引”意味着一种在无条件选法下的条件,这种条件即当事人意思或者法律选择的可预见性。倘若作此理解,此类因素就可能演变为一立法上并不存在、也不应存在的选法条件,从而在司法层面实质性地无条件选择性冲突规范改造为有条件选择性冲突规范。“当事人援引”作为一个偶然性因素,遮蔽了更深层次地影响选法的因素,即本文所指的选法意外及其规制。“当事人援引”是条件,但并未实质改变无条件选择性冲突规范的无条件性。为更准确地理解选法意外,需要考察其在实践中的具体表现。

<sup>①</sup> 参见肖永平、丁汉韬:《论〈法律适用法〉中无条件选择性冲突规范的适用》,《法律科学》(西北政法大学学报)2017年第4期。

## 二、冲突法中选法意外的表现

### (一)法无规定情形下的选法意外

涉外合同中选法条款的法律适用,在我国立法上属于法无明确规定的情形。在涉外合同中,当事人通过选法条款确定的合同准据法仅仅是调整当事人之间合同的其他条款,还是一并调整包括选法条款在内的所有合同条款?如果合同准据法仅调整选法条款之外的其他合同条款,那么选法条款应适用何种法律?此涉及选法条款本身的法律适用问题。有学者对此作过学术检讨并归纳出意思自治与法院地法两种主要的法律适用模式。<sup>①</sup>由于立法对此并无规定,因此司法实践中难免出现选法意外,“山东省威海船厂诉 SCHOELLER 控股有限公司案”<sup>②</sup>就是典型例子。该案系涉外船舶建造、买卖合同纠纷,案涉船舶建造地为中国威海,合同履行地在中国境内。被告与案外人湖北机械公司签署的合同将原告列为合同一方并约定“适用英国法律”。诉讼中原告认为其未签章,并非合同当事人。本案争议焦点之一就是原、被告之间是否存在合同法律关系,应否适用法律选择条款以及在不适用的情形下应如何适用法律。受案法院认为:涉外合同当事人可以选择处理合同争议所适用的法律,该法律应当是指双方当事人共同明确选定的合同发生争议时所应适用的实体法。虽然案涉合同中有法律适用的约定,但双方之间对合同是否存在有所分歧,此时,应视为原、被告双方对适用法律都没有选择,根据当时法律,应适用与合同有最密切联系的法律即中国法。

受案法院将本案认定为“无合同存在,因而选法条款及其选择的法律也不存在”,其后按照查明后的合同法律关系援引冲突规范,并适用了最密切联系条款。这就存在明显的选法意外:在有表面证据证明含选法条款的合同存在的前提下,合同是否存在的问题不仅涉及事实认定,而且可能涉及法律的价值判断,因此受案法院不宜径直从证据所证明的事实角度认定合同是否存在,而应先行确定准据法,并据此判断合同是否存在。这就进入选法条款及其法律适用问题,但我国并无此规定,受案法院既未考虑也未检讨选法条款的法律适用,而是将其并入合同之中在事实上予以否定后,根据查明的事实进行法律选择。此种选法意外的发生与我国立法缺乏关于选法条款如何适用法律的规定有关。

从合理性角度看,本案中双方当事人并未在合同中签章,但仅以未签章为根据是否就可以认定当事人之间无合同关系?这一问题涉及法律价值判断,本质上是一个准据法上的实体问题,需要先择定准据法再据之判断。即便在我国合同实体法中,当事人未共同签章也并不必然导致合同法律关系不存在。据此,在依据表面证据认定合同及其中的选法条款表面存在的前提下,应先搁置其存在与效力的判断,根据其中的选法条款确定准据法,继而根据准据法判断合同存在与否。如果合同存在,那么适用当事人选择的法律;如果合同不存在,那么根据案件事实上的法律关系确定应适用的法律。对比而言,本案有一个急转式的意外选法。

### (二)法不明晰情形下的选法意外

在阶梯选法中,当某法律关系或问题应适用“X法>Y法>Z法”时,如果前位序的法律因无

<sup>①</sup> 参见沈涓:《法律选择协议效力的法律适用辨析》,《法学研究》2015年第6期。

<sup>②</sup> 参见青岛海事法院(2002)青海法威海商初字第3号民事判决书。

法查明或者被公共秩序保留后,那么应转而适用法院地法,还是后位序法?这在我国立法中缺乏明确规定。此时,法官就可能根据其理解作出许多意料之外的选法,即便是为法官所熟悉的涉外合同领域“意思自治>最密切联系”这一经典的选法搭配,也可能出现选法意外。在当事人有选法但所选之法无法查明或被公共秩序保留之后,法官将面临两个选择:一是适用最密切联系地法,二是适用法院地法进行兜底补救。

这里应当分析两条选法路径的立法预设或立法意向。“意思自治>最密切联系”这一选法组合,是涉外合同领域较为合理的选法模式。其中的立法预设不言而喻,即经由意思自治所选之法是涉外合同应首先适用的法律;在没有该法律或该法律因特定原因无法适用时,则应适用最密切联系地法。从第二条路径看,在当事人所选之法无法查明或查无规定时,为什么要适用法院地法,其立法意向也是清晰的,这就是无法可依时法律适用的最后救济。由此结合两条路径的立法意向看,有关涉外合同法律适用的模式应当是“意思自治>最密切联系>法院地法”。应当指出的是,从法条思维出发,很难说法官从意思自治之后转向法院地法进行救济一定不合法,这在本质上应属于合理性问题。从合理性角度看,不论当事人是否选法、如何选法,在意思自治不能适用时最合理的法律适用规则都应是最密切联系地法。鉴此,从意思自治到最密切联系之间并不能出人意料地插入任何第三国法律,包括法院地法,除非法院地法构成最密切联系规则指向的法律。否则,即构成选法意外,应得到相应的法律规制。

通过法理和逻辑的梳理,可以揭示司法实践出现选法意外的可能,“香港井川国际航运集团诉华威近海船舶服务有限公司与交通部上海海上救助打捞局案”<sup>①</sup>(以下简称“香港井川国际航运集团案”)即是如此。在该案中,井川集团与华威公司自愿达成“TOWCON”格式的拖航合同,双方约定选择英国法解决纠纷。后因分歧诉诸国内相关法院,受案法院就法律适用问题作出简单的说理,一方面承认当事人选择的英国法有效,另一方面则以“在诉讼中双方均未能提供合乎要求的英国法律”、外国法无法查明为根据,主张本案应适用法院地法即中国法律。这里的核心问题不是法院查明英国法时是否正确,而是在不能查明英国法时应如何适用法律。在英国法不能查明时,本案不能直接转入法院地法的适用,而应循“意思自治法>最密切联系地法”的阶梯转而适用最密切联系地法。显然,在本案中,法院地法的适用属意外。如果外国法正确查明了,那么应当适用之;如果不能正确地查明外国法,那么应适用最密切联系地法。在这两种情形下,均无法院地法适用的可能。因当事人选择的法律不能查明而转向适用法院地法,这一做法应属选法意外。

与之相同但在法律适用上却相反地展示出何谓更合理选法的案例是“华比富通银行与广东省水利厅担保合同纠纷案”。<sup>②</sup> 该案历经两审,两审法院在选法上作出了不同选择。该案涉及的是由广东省水利厅提供贷款担保引起的涉港担保合同纠纷。在借贷人不能依约偿还贷款时,作为出借行的原告在广东省广州市中级人民法院以担保人广东省水利厅为被告提起担保合同之诉。广州市中级人民法院认为:本案系涉港担保合同纠纷,应比照涉外案件处理。虽然华比富通银行、广东省水利厅在担保函中约定适用中国香港特别行政区法律,但因华比富通银行擅自变更

<sup>①</sup> 参见翁子明:《一宗拖航合同纠纷案》,《中国海商法年刊》1994年第1期。

<sup>②</sup> 参见广东省广州市中级人民法院(2002)穗中法民三初第189号民事判决书;广东省高级人民法院(2004)粤高法民四终字第232号民事判决书。



合同的行为违反了中国内地的对外担保审批制度,根据当时有效的《中华人民共和国民事诉讼法通则》关于公共秩序保留的规定,上述行为不发生适用中国香港特别行政区法律的效力,故本案应适用中国内地法律作为解决争议的准据法。从这一裁判可以看出,一审法院在选法上走向了“意思自治>法院地法”的道路,与“香港井川国际航运集团案”略有不同的是,本案当事人所选之法不是因无法查明而不能适用,而是因公共秩序保留而被排除适用,但两案选法的法理和逻辑是一致的。

与一审法院相反,二审的广东省高级人民法院认为:本案属涉港担保合同纠纷,合同当事人可以选择法律适用。但是,适用当事人选择的外法域法律的结果不得违反中国内地的公共利益。中国内地对国家机关提供担保有强制性规定,这些强制性规定的目的在于维护中国内地的基本经济秩序。本案若适用当事人选择的香港特别行政区法律,则违反了保护中国内地公共利益的规定,因此原审法院在本案中不适用当事人选择的香港特别行政区法律,而根据最密切联系原则适用担保人所在地法律并无不妥,应予以维持。

二审法院的选法说理与一审法院最大的不同在最后一部分:一审法院直接适用兜底的法院地法;二审法院则是根据最密切联系地法适用了法院地法。可见,针对本案中合法但不合理的选法意外,在现有立法中并无可供救济的渠道,二审法院的救济虽然有效,但具有偶然性。从必然性救济角度看,只有通过确立选法意外规制安排,才能有效防范此类选法意外的出现。

### (三)司法裁量中的选法意外

在法律虽有明确规定但存在解释空间时,司法裁量权的存在是产生选法意外的重要原因。典型情形是海上货物运输中承运人无单放货的识别与法律适用问题。在最高人民法院不得不通过司法解释对此予以明确之前,不同人民法院作出了合同或侵权的不同定性并出现了矛盾的法律适用及判决。

一方面,部分人民法院将无单放货纠纷定性为涉外合同纠纷。“江苏省纺织品进出口集团股份有限公司诉北京华夏企业货运有限公司上海分公司、华夏货运有限公司案”<sup>①</sup>属典型案例。在该案中,一方当事人与案外人签署了以提单为形式的案涉合同,另一方当事人虽然在提单中列名,但并未签章。提单背面条款载明:“承运人的责任必须依据《美国1936年海上货物运输法》。”后因承运人无单放货引发纠纷,一方当事人(原告)诉诸中国法院。被告根据提单背面条款主张适用美国法,但原告不同意。受案法院在对选法进行说理时:一方面认为,被告未能证明本案提单是原告自愿选择适用的,对被告作出的适用美国法的主张不予支持;另一方面则认为,根据最密切联系原则,涉案提单的签发、货物的出运都在中国境内,合同的当事人也都是中国法人,本案应适用中国法。无单放货涉及的问题本质是:承运人在未见正本提单的情形下即将承运的货物交出,提单持有人无货可提。本案中受案法院将案件定性为涉外合同纠纷无可厚非,根据涉外合同的“意思自治>最密切联系”法律适用规则确定应适用的法律也是合乎逻辑的。

另一方面,在当事人力主案由为合同纠纷的无单放货纠纷案件中,受案法院却对案件作了完全相反的定性,将无单放货纠纷定性为涉外侵权案件,从而适用了侵权冲突规范,典型案例如“万

<sup>①</sup> 参见上海海事法院(2003)沪海法商初字第299号民事判决书;上海市高级人民法院(2004)沪高民四(海)终字第87号民事判决书。

宝集团广州菲达电器厂诉美国总统轮船公司案”<sup>①</sup>(以下简称“万宝集团广州菲达电器厂案”)。该案历经两审,在当事人主张依据提单条款适用意思自治原则的情形下,一审法院将案件识别为涉外合同纠纷,并援引合同冲突规范,但二审法院将本案识别为涉外侵权纠纷,援引侵权冲突规范确定法律适用。一审法院认为:本案所涉提单首要条款约定,因本提单而产生的争议适用《美国 1936 年海上货物运输法》或 1924 年《海牙规则》。该约定没有违反中国法律,应确认其效力。因此,应适用中国法律和有关国际航运惯例。美国总统轮船公司提起上诉。二审法院则认为:本案系美国总统轮船公司与万宝集团广州菲达电器厂之间因侵权行为而产生的权利义务关系,受有关侵权法律规范调整而不受当事人之间的运输合同和选择适用的法律约束。根据当时有效的立法,侵权行为的损害赔偿应适用侵权行为地法。

在本案中,二审法院将本案定性为涉外侵权纠纷,选择适用侵权行为地法属于明显的选法意外。即便在最高人民法院尚未就无单放货纠纷进行统一定性之前,根据无单放货的法律关系本质,二审法院也不应作出如此意外的选法。从法律关系的性质分析出发,无单放货的法律问题是以提单为形式,具有合同关系和侵权关系的竞合属性。一方面,根据我国立法和司法解释,在法律关系竞合的情形下当事人可以选择;另一方面,根据国际私法原理,识别适用的法律是法院的职权行为,应依据法院地法进行。在本案中,一审法院及当事人均将无单放货纠纷定性为涉外合同纠纷,将我国法律作为识别依据,且我国法律允许当事人在法律关系竞合时进行选择,此时无论从何种角度看,二审法院作出的“侵权”识别虽然不违反规则,但是具有极大的“意外”。

出于对无正本提单放货定性混乱的实践问题的回应,为统一裁判尺度,《最高人民法院关于审理无正本提单交付货物案件适用法律若干问题的规定》第 3 条明确了识别冲突的解决规则:正本提单持有人可以要求承运人承担违约责任或侵权责任。根据这一规则,无单放货纠纷既可能被定性为涉外合同纠纷,也可能被定性为涉外侵权纠纷,决定于正本提单持有人以何种案由起诉。这一规则的出现也改变了这一问题的属性,将它本属于合理性尺度内的问题转变为合法性尺度内的问题,自此以后,受案法院必须按照正本提单持有人主张的案由进行识别,否则即违法。这也反过来表明,在相关立法或司法解释未明确规则、法官掌握司法裁量权时,属于合理性尺度内的问题完全可能存在如“万宝集团广州菲达电器厂案”两审法院所采取的截然不同的立场,由此导致选法意外问题。在其未转化为合法性问题之前,我国法律在客观上缺乏有效的抑制或解决问题的规则。

### 三、冲突法中选法意外规制的理据

在冲突法立法体系中需要建立选法意外规制安排,主要有两个理据:一方面,极端的选法意外加剧了选法的消极性,使原本就不确定的选法过程变得更加反复无常;另一方面,现行选法原则和制度安排难以有效解决选法意外规制所针对的问题。

#### (一)选法意外的消极效应

选法意外的消极效应从根本上破坏了法律选择的预设。选法意外规制一词意味着法律选择

<sup>①</sup> 参见广东省广州海事法院(1995)广海法商字第 66 号民事判决书;广东省高级人民法院(1996)广经终字第 35 号民事判决书。

应当落入特定的“意料之中”，这是选法正义的要求。这里的选法“意料”不能狭义地理解为当事人的预期，而应当理解为兼容了冲突法方案的逻辑、立法、司法和涉外案件当事人等各方面的选法意向，是一个综合衡量的立体指标。因此，选法意外的消极效应是对这一具有综合内涵的选法预设的根本否定。

1. 挑战选法的纯粹理性。在解决因涉外私法交往而引起的法律冲突问题的众多方案中，冲突法方案显然不是唯一和最佳的方案，但无疑是迄今为止在全球范围内不可替代的历史抉择，其瑕疵并不影响冲突法在法律冲突解决方案中的主流地位。冲突法方案的酝酿、成形、确立、发展、被革命、<sup>①</sup>重归<sup>②</sup>与演进，<sup>③</sup>均有其“纯粹理性”的选法底蕴。尽管法律选择以间接方式进行调整，已在相当程度上模糊了法律适用的稳定性和可预期的透明度，但尽可能维持此种选法的预期性和预判性，则是冲突法方案的纯粹理性。法律选择的极端意外在根源上是对这一预设的冲击。

2. 违背立法的规范理性。冲突法立法是对特定冲突法方案的规范化安排，提升法律适用的合理性必然通过立法中的抽象原则、具体规则和救济安排予以体现。考察当下各国冲突法立法的发展趋势，虽然各国立法不尽一致，但在各国法律适用中都逐渐显现出五大共性规则：一是可自由处分领域的意思自治；<sup>④</sup>二是不可自由处分领域的密切、更密切、最密切联系；三是一方或双方当事人的合理期待；<sup>⑤</sup>四是结果导向的有利于规则；<sup>⑥</sup>五是作为法律适用救济的法院地法。这些法律适用规则均有其合理的法律适用预期，不仅将选法意外规制作为其不言而喻的基本要求，而且还积极地致力于追求更高标准的法律适用可预见性，尽力消除或控制法律选择中的不确定性。但理想与实践之间不可避免的落差以及立法者的有限理性致使立法及其实践难免偏离立法目标，出现难以预料的选法意外，诸如引爆美国冲突法革命的“巴布科克诉杰克逊案”<sup>⑦</sup>（以下简称“巴布科克案”）的法律选择就在以理性著称的德国著名法学家萨维尼“法律关系本座说”方案的影响下作出了意外的选法。可见，因选法意外对立法规范理性的背离而需要选法意外规制安排来确保冲突法理想在向实践效果的转换中不会出现极端意外。

3. 削减司法的实践理性。在选法的纯粹理性和立法的规范理性均强调对选法过程进行必要的控制、提升选法的稳定性和透明度的前提下，冲突法司法的实践理性应当是在具体案件的选法中尽可能避免选法意外的发生。最高人民法院颁布了许多保障涉外司法的司法解释，综合这

<sup>①</sup> See Symeon. C. Symeonides, *The American Choice—of—Law Revolution: Past, Present and Future*, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, p.13.

<sup>②</sup> See Rosenberg, M., *The Comeback of Choice—of—Law Rules*, 81 *Columbia Law Review*, 96(1981).

<sup>③</sup> See J. Dolinger, *Evolution of Principles for Resolving Conflicts in the Field of Contracts and Torts*, 283 *Recueil des cours*, 468(2000).

<sup>④</sup> See T.M. de Boer, *Party Autonomy and Its Limitations in the Rome II Regulation*, 9 *Yearbook of Private International Law*, 19(2008).

<sup>⑤</sup> See P. E. Nygh, *The Reasonable Expectations of the Parties as a Guide to the Choice of Law in Contract and Tort*, 251 *Recueil des cours*, 378(1995).

<sup>⑥</sup> 现代化的冲突法立法通常会针对儿童、被扶养人、消费者、被侵权人以及其他弱者采取结果导向的选法规则，或者授权法院或者授权弱方当事人在相关法律中进行选择，以获得妥善的结果。See Symeon. C. Symeonides, *Codifying Choice of Law Around the World: An International Comparative Analysis*, Oxford University Press, 2014, p.350.

<sup>⑦</sup> See *Babcock v. Jackson*, 191 N.E.2d 279, 12 N.Y.2d 473 (N.Y. 1963).

些规则看,有约必守、准确选法和尊重当事人意思自治是其中的核心标准。一个理性的冲突法立法体系和健全的司法实践均应具备这些核心标准。由于冲突法的方案预设和立法安排在逻辑层面是尽可能消除或避免选法意外,因此极端的选法意外情形最可能发生在冲突法的司法环节。鉴于影响司法的因素众多且变化无常,许多致使意外发生的负面因素不可预测,有必要在立法中确立选法意外规制这一兜底安排,以发挥其以不变应万变的过滤功能。

4. 减损主体的期待理性。在冲突法的人文关怀中,当事人权益的保障是其焦点。作为冲突法上特有的保障方式,赋予当事人选法的参与权乃至决策权是冲突法有温度之治的重要呈现。涉外法律关系主体对法律适用的期待理性也被认为是冲突法得以存在的主要正当理据。<sup>①</sup> 为提升冲突法对当事人选法期待的回应度,意思自治这一选法规则有逐渐原则化的趋势。我国国际私法立法就对当事人法律适用期待给予较为充分的尊重。不仅如此,我国立法还通过赋予一方当事人以选法权利、将最密切联系原则具体化为选法规则等方式,强化当事人的选法期待。此外,司法解释还要求在外国法的查明与适用中征询当事人意见,尽可能避免出现选法意外的情形。通过从立法到司法的制度安排,当事人对法律适用的期待成为立法和司法的必要预设。

#### (二)相关选法原则的矫正不能

由于选法意外规制是在选法合法的前提下针对选法合理性设置的矫正举措,因此所有旨在确保合法性的立法安排都无法解决选法意外规制问题。只有那些旨在对合理性进行平衡调整的选法安排才可能与选法意外规制安排出现功能重叠的情形,从而需要进行功能比较以验证在现行安排下有无新增选法意外规制安排之必要。具体而言,与选法意外规制安排相关的选法原则主要是意思自治原则和最密切联系原则。如果此两项原则在冲突法立法中得以确立,那么的确可以大幅提升法律选择的可预见性、稳定性或透明度,但它们积极的选法功能与选法意外规制安排通过逆向思维进行反式排除的功能存在定位上的偏差,难以弥补救济因选法意外而出现的合理问题的功能目标。

1. 意思自治原则的矫正不能。选法意外规制与意思自治虽然相关,但二者在功能上存在本质差异。意思自治必然排除了法律选择的意外和突袭,因此在存在意思自治的领域和实践中,并无选法意外规制得以适用的基础。虽然选法意外规制与意思自治在选法的透明度方面均是逐步提升的,但是选法意外规制安排并不要求达到意思自治的选法高透明度。例如,合同缔结地或履行地法的适用,对于合同当事人而言是具有可预见性的,但当事人合意选择特定国家法律的适用对他们而言无疑具有更透明的预见性。然而,选法意外规制的功能不在于此。在当事人意思自治约定应予适用特定法律的情形下,确保被选择的法律得以适用是意思自治的功能但并非选法意外规制的目标;当事人选择的法律未得到适用并不当然是选法意外规制适用的情形,因为诸如合同缔结地法、履行地法、标的物所在地法等法律体系的适用可能也是符合立法预设的“意料之中”的选法,并不属于选法意外的情形。在当事人意思自治选法的情形下,对于法律适用的意料而言至少可分为三大类型,即完全可预期(适用当事人所选之法)、非当事人预期但仍在意料之中(与案件存在特定关联从而属于立法预设之中)和意料之外(与案件没有任何关联且无适用的任何正当理据)。显然,意思自治的功能在于第一顺位的绝对确定性目标,而选法意外规制在于排

<sup>①</sup> See Lord Collins of Mapesbury and Others(eds.), Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws, 15th edn., Sweet & Maxwell, 2012, p.4.



除最后位序的目标。

2. 最密切联系原则的矫正不能。最密切联系原则可以在一定程度上消除选法意外。根据常理,当适用的法律与案件存在最密切联系时,就不可能存在极端的意外选法,因此也就无选法意外规制适用的空间。然而,基于如下缘由,最密切联系原则在立法或实践中有其力所不及之处,从而产生了由立法确立选法意外规制的必要:(1)包括我国在内的许多国家并未在立法中将最密切联系确立为基本原则,最密切联系原则只能在特定领域中发挥作用,<sup>①</sup>因此选法意外规制安排就有了适用空间。(2)即便在立法确立最密切联系原则的法律体系中,仍有部分特殊的法律关系并不能合理地以最密切联系的角度进行选法设计。例如,适用意思自治和有利于结果导向的一些法律关系,前者强调当事人合意,即便所选之法与案件毫无关联也仍然合理;<sup>②</sup>后者强调特定结果,只要特定结果出现,即便所选法律与案件或当事人仅存一定程度的甚至谈不上密切关联的联系也仍然合理。此时,选法意外规制就具有合理性和必要性。(3)即便在立法上确立了最密切联系原则的法律体系中,受到司法实践不可预测因素的影响,法律选择的意外也可能发生。例如,在我国涉外司法实践中较为突出的典型情形之一是法官“错用”最密切联系原则,在某一涉外案件中即便仅有一个因素与中国相关,也将该唯一连结因素牵强地解释为最密切联系根据,从而以最密切联系之名行适用最不密切联系地法之实。事实上,许多选法意外就是在具有完善立法的情形下因实践中的异常因素或司法裁量的滥用而出现的,选法意外规制针对此种异常或滥用情形具有拨乱反正的功效,它不致力于探究司法裁量的主观意图,只在结果上比对所选之法与客观选法意向之间是否存在偏差以及此种偏差是否构成极端非理性情形,然后根据比对结果来决定是否纳入选法意外规制的过滤机制中。

总体而言,选法意外规制与意思自治原则、最密切联系原则基本处于一体之两面,功能互补而非互相干涉:选法意外规制在于否定,采取的是负面清单的逆向思维,对所有法律选择的结果作统一的兜底性、排除性保护;而意思自治原则和最密切联系原则均在于肯定,采取的是积极的正向思维,且通常仅在特定的而非全部领域的涉外民商事法律关系领域发挥规范功效。正是路径的差异决定了它们的功能一正一反,无法相互替代。

### (三)司法裁量法律规制的矫正不能

关于自由裁量的法律规制,从作用路径和原理看可分为两类:一类是规则型规制,即通过规则对司法裁量权的不当行使进行干预;另一类则是裁量型规制,即通过理性的司法裁量及对结果的再衡量,实现对滥用的司法裁量的自我救济。两种类型的规制均可通过冲突法中最密切联系原则得到例释,而事实上最密切联系原则在逻辑上和实践中给司法者留下很大的自由裁量空间,对它的法律规制安排也具有典型性。

1. 规则型规制的矫正不能。以《法律适用法》为例,最密切联系并未被确立为普遍的选法原则。许多具体法条的确贯彻了最密切联系的精神,特别突出的系属表达式有两种:一是“共同属

<sup>①</sup> 关于这一问题,学界存在一定的分歧。参见刘想树:《论最密切联系的司法原则化》,《现代法学》2012年第3期;张丽珍:《我国最密切联系原则兜底条款性质之辨:原则抑或规则》,载黄进、肖永平、刘仁山主编:《中国国际私法与比较法年刊》2020年第2期,法律出版社2021年版,第51页。

<sup>②</sup> 我国立法允许涉外合同当事人自由选法,不论所选之法是否与合同及其当事人有联系,除非立法另有强制性限制。

人法”，包括共同经常居所地法、共同国籍国法等。二是“重叠性”连结点，即通过两个连结点的结合形成一个选法指向，如在涉外结婚手续的法律适用上，就采取了“一方经常居所地或国籍国+婚姻缔结地”这样的结合形成的选法系属。连结点的聚集，在法律选择的效果上必然造就法律上的紧密联系。从效果上看，这种规则型规制较好地通过把连结点具体特定化的技术让最密切联系原则落地。然而从功能角度看，对司法裁量的规则型规制与选法意外规制安排具有较大差距：（1）规则型规制的功能属性是积极进取，而选法意外规制则是消极守护。规则型规制是以规则硬化来收缩自由裁量空间，从而实现特定的立法目标。与之相对，选法意外规制不追求法律适用的“更合理”或“更密切”，而在于确保“不意外”。如果将合理性视为一个有等级的谱系，那么规则型规制旨在获得更合理的结果，而选法意外规制的功能则可理解为排除最坏的结果。（2）规则型规制的有效边界在于有法可依，而选法意外规制安排则是无差别兜底。规则型规制是通过明确具体的规则对自由裁量进行规制，因此其必然表现为可依之法，这也就将规则型规制的功效局限在有法可依的特定领域内。简言之，规则型规制在本质上是规则，是特定的一个或一些“点”，而选法意外规制在本质上是泛在的“面”，即针对所有意外情形进行兜底规制。（3）规则型规制非但不能预防所有选法意外，反而可能产生选法意外。意外总是相对于特定的期待而言的，规则型规制也有特定的期待。相应地，规则型规制能够通过选择更合理的法从而排除一些选法意外，但它不能排除所有选法意外。事实上，一切规则都可能被自由裁量滥用，包括对自由裁量进行规制的规则。规则型规制的适用本身既可能基于自由裁量的滥用，也可能基于客观上的种种局限而出现选法目标的落空，甚至产生背道而驰的“意外”，从而它与选法意外规制安排不是处于重叠中，而是被后者包含。

2. 裁量型规制的矫正不能。对最密切联系的裁量型规制是指以可裁量的方式对裁量权进行规制。这是对自由裁量权进行自我否定式的限制。此类规制主要体现在我国有关涉外合同的司法解释和零星的现行立法中，这就是更密切联系的“逸脱条款”。对于当事人没有选法时如何适用最密切联系原则，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法律适用若干问题的规定》采取的就是典型的否定之否定式三段论：首先，应适用最密切联系地法；其次，在通常情形下，司法直接推定各有名合同的最密切联系地法的具体指向；最后，如果案件显示存在一个与合同更密切联系地法时，那么应从上述第二顺位的法律适用中“逸脱”，适用该更密切联系地法。在这一规则安排中，司法推定作为第一次否定，是对自由裁量的规则型规制；更密切联系地法的“逸脱”作为第二次否定，则是对自由裁量的裁量型规制。在裁量型规制中，法官需要再次动用自由裁量权，对何谓更密切联系地法、如何判定更密切联系，以及是否存在相对于司法推定的法律而言的更密切联系地法等问题进行判断。这一判断过程对于法官而言并无明确的规则可援引，唯有诉诸自由裁量并根据个案进行判断。但现行裁量型规制无法取代选法意外规制的功能，理由在于：（1）裁量型规制是取舍兼备的规制，选法意外规制则是意在否定选法的裁量型规制。进取型的裁量规制与规则型规制一样，容易从意料之中走向“意外”，需要选法意外规制安排进行过滤。（2）从我国现行有效的制度安排看，我国立法未确立选法意外规制或具有相当功能的裁量型规制安排。从《法律适用法》和其他冲突规范立法看，其立法重心在于积极的选法进取一面，其潜在的表述词是“要这样”，或者“既要这样，又要那样”；而对于放弃、否定的消极守护一面而言，则缺乏立法关怀，仅有公共秩序保留之类的制度，并且“逸脱条款”和公共秩序保留制度在我国立法与实践最终都是有“破”（排除）有“立”（适用法院地法）的。正是由于此两类制度有所

“立”,因此在实践中因果倒置的情形常有发生。立法中的进取型规定本无可厚非,然而,在立法解决从无到有、从有到优的进程中:一方面要磨砺出更精细的选法条款;另一方面则应在众多进取型立法条款的背景下,凸显在公共秩序保留之外引入具有战略意义的守护型条款即选法意外规制安排的重大布局意义。(3)公共秩序保留作为消极型裁量型规制,仍然不能替代选法意外规制的功能定位。公共秩序保留通常仅捍卫法院地法的公共利益。选法意外规制原则捍卫的是既超越法院地法又包含法院地法在内的各国立法的“不意外”这一最低限度理性。

综上所述,针对选法意外这一独特问题,选法意外规制有其无可替代的选法过滤功效。选法意外是完美的立法理想向不完满的司法实践转换时形成的误差,对法律选择产生了深重的、多维度的消极效应。尽管存在部分相关联的选法原则与制度安排可针对特定情形的选法意外进行偶然和有限的附带矫正,但针对性救济唯有在立法中确立起选法意外规制安排并与公共秩序保留制度相匹配,才能发挥其应有的选法意外规制功能。

#### 四、冲突法中选法意外规制的功能

为进一步明确选法意外规制的性质及其功能,可在如下几对范畴之间进行衡量和把握。

##### (一) 理法之间:极端选法的排除

选法意外规制问题不解决合法性问题,只解决合理性问题,是在合法性尺度内对合理性问题进行的救济。当一个涉外案件的法律选择涉及与法不符的问题时,并无选法意外规制的空间,只需依法纠正即可。

1. 选法意外规制不解决合法性问题。选法意外规制只解决合理性问题。“裴某一与裴某二等涉外遗嘱继承纠纷案”<sup>①</sup>涉及的是与当事人意思自治相关的合法性问题,由于该问题不属于选法合理性问题,因此不属于选法意外规制的纠错范围。该案涉及涉外遗嘱继承的法律适用,一审法院按照当事人的意思适用我国法律。被告裴某一提起上诉认为:依据《法律适用法》,本案纠纷应适用外国法律,原审法院适用法律错误。二审法院将案件是否适用中国法律作为庭审焦点,并作如下判决:《法律适用法》第3条规定当事人可以依照法律明示选法。《关于适用〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释(一)》[以下简称《法律适用法司法解释(一)》]第8条规定当事人援引同一法律且均无异议的,可以认定当事人选择了适用的法律。在原审过程中,当事人在进行诉讼请求和答辩时均选择适用我国法律,同时也没有对原审法院适用我国相关法律审理本案有异议,据此,原审法院适用我国法律审理本案是可行的,故驳回上诉请求。为更好地透视本案,需要把握我国法律选择的立法背景。根据《法律适用法》第3条的规定,作为冲突规范的意思自治在我国立法体系中只能是“法有规定方允许”,与私法中作为实体规范的意思自治在我国立法体系中的“法不禁止即允许”的适用方式是完全相反的立法设置。相应地,《法律适用法司法解释(一)》第8条的规定是以法律允许意思自治为前提的。然而,本案涉及的法律适用是涉外遗嘱继承的法律适用,立法并未允许当事人通过意思自治进行选法,无《法律适用法》第3条与《法律适用法司法解释(一)》第8条适用的空间。因此,本案中的法律选择结果虽然属于偏离立法意向的选法意外,但是因其违背我国立法规定,故可根据《法律适用法》第32条、第33条

<sup>①</sup> 参见北京市西城区人民法院(2015)西民初字第04605号民事判决书。



依法改正,非属选法意外规制的情形。

2. 选法意外规制不解决一般不合理性问题。在关于有利于弱者的有条件选择性冲突规范适用时,如关于涉外扶养或监护的法律适用问题,根据《法律适用法》相关规定,可适用一方当事人经常居所地法或国籍国法中有利于保护被扶养人或被监护人权益的法律。这里至少涉及4个法律体系,对于涉外扶养而言还有主要财产所在地法可供选择。在这些可供选择的法律体系中可能存在多个有利于弱者的法律,只不过有利程度不同。在逻辑上,这些法律体系从是否有利的定性角度看至少有3种类型,分别是:不利、有利和无利益的情形。如果进一步分析,关于有利的程度还存在定量的差异,这就是相对有利、更有利或最有利。在具体司法实践中,可能涉及两种选法适用情形均与选法意外规制无关:一种是法律适用定性上的问题,这就是本应适用有利的法,但司法者适用了不利的法或无利益的法,此时对此种选法的矫正就不是选法意外规制的适用情形,而属于违法矫正。另一种是法律适用定量上的问题,即法官可能并没有选择适用更有利的法或最有利的法,而是选择适用了相对有利的法。此时,也不属于选法意外规制的适用情形,该原则并不是要积极确保最有利的法律得到适用,因为虽然这些有利的法律有利程度不同,但是在有利的性质上是等同的,所以无论适用其中何种法律,都不属于法律适用的“意外”之列。

3. 选法意外规制解决极端不合理性问题。法律选择的不合理性从程度上还可分为一般不合理性与极端不合理性。选法意外规制是一条守护合理性底线的原则,它并不针对一般不合理性进行限制或否定,而是针对极端不合理性的情形进行排除。例如,在涉及三个或更多法律体系的无条件选择性冲突规范中,一方当事人主张适用甲国法,另一方当事人主张适用乙国法,法官在庭审中如果对适用丙国法作出过程度不同的提示,就甲乙丙三国法的适用征询过当事人的意见,那么即便双方当事人对丙国法的适用并无预期,甚至在双方当事人合意选择适用其中甲国法或乙国法的情形下,法官在统筹考虑后最终选择适用丙国法裁决案件,此种情形尽管存在合理性减弱的问题,但不能据此援引选法意外规制否定或排除丙国法的适用。但是,当法官在庭审中、当事人在法庭调查和辩论中均未对冲突规范所列示的选项之一即丁国法的适用作出任何陈述或声明时,如果法官最终选择适用丁国法,那么应视为一种极端不合理的法律适用意外情形。丙国法的选择属于一般不合理性,不应启用选法意外规制进行否定;丁国法的选择属于极端不合理性,理当启用选法意外规制予以排除。换言之,选法意外规制不解决法律选择的可预见性问题,只对极端不可预见性进行排除。

## (二) 正反之间:选法的反式

所谓选法的反式,是指选法意外规制不解决积极合理性问题,只解决消极合理性问题。区分二者的根本标准是:选法是旨在对合理性进行正面提升或增强,还是对不合理性进行反面抑制或消除。在此种选法的正与反之间,法律适用的选法意外规制应当是反式选法,即消极地确保不出现极端不合理选法情形。其涉及的是合理性的底线保留问题,是对合理性采取的反向控制。在司法实践中,法官或当事人时常会在具有可选择性的若干个法律体系中、于立法规定的条件或理由之外,另行附加选法理由,力图增强选法的合理性,此类行动均不是选法意外规制这一反式选法所要解决的问题。在适用无条件选择性冲突规范时,法官可根据自由裁量权适用法律。实践中,法官在选择法律时通常还会附加一个或多个选法理由,如有利于弱者、当事人合意、更密切联



系,<sup>①</sup>等等。这些增强的选法理由都是关于合理性若干形态的不同维度,尽管关注点不同,但它们有一个共同的特征即代表着一种积极的合理性主张。但选法意外规制并不积极确立一种合理性标准,它是从消极角度对极端意外的法律选择进行排除。

### (三)攻守之间:选法的守式

选法意外规制不在于积极建构而在于消极控制,通过避免极端性选法意外来确保法律选择最低限度的合理性。因此,在功能和本质上,选法意外规制类似于法律选择的“逸脱条款”<sup>②</sup>,它是对法官在具体案件中法律选择合法结果的否定,可理解为对选法结果的“逸脱”。然而,与冲突法中的更密切联系等“逸脱条款”相比,选法意外规制有其不同之处,即它对所选法律在否定之后适用何种法律不持立场,需要法官另行选法。简言之,否定极端意外选法是选法意外规制的全部目的。而在通常的冲突法“逸脱条款”的适用中,对法官所选法律的否定只是手段或过程,对另一更密切联系或更合理的法律的选择,才是此类“逸脱条款”的选法目标。由此可见,选法意外规制在法律适用功效上仅限于消极守护。而通常的法律选择“逸脱条款”和其他一些合理性增强的标准,如可预见性、密切联系、有利于弱者等标准,则是先破后立,适用更密切或更好的法才是其目标。

综上,所谓冲突法中的选法意外规制,是指在法律选择的合法性范围内,针对法律选择中的极端不合理情形,建立一种消极的选法“排除条款”,旨在确保法律适用的不意外。它与法律选择的“逸脱条款”构成法律适用合理性的两极:前者确保最低限度的合理性,后者追求最高程度的合理性。

## 五、冲突法中选法意外规制的方案

长期以来,大量的涉外民商事关系缺乏统一实体规范的调整而不得不按照冲突规范进行间接调整。间接调整与选法意外规制安排具有共同的价值取向,即在不可或缺的方案中,它虽非最佳,但必定排除了最坏的安排。冲突规范调整的间接性,埋下了选法过程中不确定性、非预见性的“伏笔”,选法意外即是此种“伏笔”的一种极端表现。因此,不应将选法意外视为冲突规范调整的对立面,它是冲突规范调整中的伴生物。可以说,意外选法与最佳选法一样,均系冲突规范选法谱系中若干选法形态之一,并构成这一选法谱系的两极。这一逻辑决定了冲突法与选法意外是无法切割的共生形态,对此应当通过构建选法意外规制方案来抑制选法意外的消极影响。鉴此,选法意外规制方案可归结为“一原则、两制度、多规则”的体系化抑制方案。

### (一)选法意外规制的原则化

在《法律适用法》的总论部分确立选法意外规制的原则。根据法理,一法之原则具有普遍的规范功效,可以在有法可依时作为修正规则,在无法可依时作为填补规则,在立法留白处作为解释指引规则。

<sup>①</sup> 参见广东省高级人民法院(1996)广经终字第35号民事判决书。

<sup>②</sup> See Symeonides Symeon C., *Private International Law: Idealism, Pragmatism, Eclecticism*, Brill Nijhoff, 2021, p.240. 国内也有学者将其译为“例外条款”。参见陈卫佐:《当代国际私法上的一般性例外条款》,《法学研究》2015年第5期。

## (二) 选法意外规制的制度化

冲突规范的适用往往为一系列制度所支撑和制约。选法意外规制,不仅应予以制度化,主要作为制约性制度对法律选择的结果进行过滤;还应作为普遍的制度存在,在法律适用前接受选法意外规制原则的过滤审查,只要存在选法意外,不论所适用法律的内外属性如何,都应根据选法意外规制原则予以排除。因此,选法意外规制作为冲突规范的一种适用制度,应安排在法律选择之后。具体考察法律选择过程,识别、法律规避禁止、反致等制度均位于选法结果择定之前,而外国法查明、公共秩序保留则是在选法结果择定之后、针对所选之法实体内容的操作。鉴此,选法意外规制制度作为冲突规范制度应位于外国法查明与公共秩序保留之前。它只对法律选择结果是否意外进行审查,并不涉及对所选之法的内容进行审查。与此同时,还应增加选法释明制度。在现有的释明机制下,增设法律选择的释明安排。在庭审调查与辩论中,针对识别这一影响法律选择的制度确立抑制规则,增加法官的释明义务;针对无条件选择性冲突规范等产生选法意外的情形,法院应将其拟适用的选法规则及所选之法的适用进行释明,特别是存在法院拟采取的与当事人主张适用的选法规则和实体规则不一致的情形时,尤其应进行释明提示,并充分征询当事人的意见。

## (三) 选法意外规制的规则化

针对可能导致选法意外出现的关键环节,根据其最可能发生的路径,可主要拟定如下选法规则:(1)在明确识别依据为法院地法的基础上,对于法律关系竞合的,原告可以选择案由,法院应依其案由进行识别。若有背离,则必须尽到充分释明的义务。(2)将穷尽选法选项作为建立法院地法兜底救济的前提条件。不论是外国法无法查明或查无规定,还是基于公共秩序保留,对于法院地法的兜底救济应作置后适用。这就是在存在诸如“A法>B法>……>X法”阶梯选法结构的系属安排时,应建立法院地法兜底适用前的选法穷尽规则,不得将法院地法插入选法阶梯的中间,或者通过其他任何方式废置阶梯选法中的后位选法选项之适用。(3)为选法意外规制规则排除选法结果之后的法律适用确立救济规则。选法意外规制规则是消极排除,它无意于为特定法律的适用建立积极的指引,也不应当将其等同于公共秩序保留或法律规避禁止制度,径直适用法院地法进行填补。客观上,选法意外规制规则既然是对选法意外的排除,也就意味着必然存在某一个或某一些意料之中可供适用的法律。因此,选法意外规制规则排除选法之后,应按照相关选择规则另行选法,但选法意外规制规则对此不预设立场。例如,在“意思自治>最密切联系”这一选法安排中,倘若当事人所选法律无法查明或查无规定,或因公共秩序保留被排除,此时若法院决定适用法院地法,则应根据选法意外规制规则进行过滤后予以排除。排除之后,法院应另行按照最密切联系原则确定应适用的法律,而并非当然适用法院地法。(4)应明确将选法意外规制过滤作为法官确定准据法时的必需的审查过程,将其作为依职权行使的职责,避免选法意外规制安排在实践中落空。同理,在上诉审中,选法意外规制审查也应纳入上诉法院的必审步骤。在冲突法的适用制度中,并非各种制度在每一案件中都必须适用,如法律规避禁止制度、公共秩序保留制度等,此类制度决定于个案的实际需求。但选法意外规制审查应无一例外地纳入所有涉外案件准据法的最终确定中,因为不论准据法是否属于法院地法,选法外在逻辑上都有发生的可能。鉴此,为硬化准据法选择的选法意外规制审查,可在规则层面将其明确确立为法官必须履行的职责行为,并在裁判文书中对选法意外规制审查过程进行说明,上诉法院也应依职权进行选法意外规制的复查。

总之,尽管法律选择的过程充满了不确定性,但这并不意味着遇到极端的选法意外就只能被动接受。如果我们能够记住萨维尼“法律关系本座说”指引下的“巴布科克案”一、二审判决中的准据法选择意外,那么无论是后美国冲突法革命时代对规则的回归,抑或是欧洲冲突法重拾修正的萨维尼主义,<sup>①</sup>我们都应该牢记如下教训:选法意外仍然是冲突法不变的处境。要突破这一处境的桎梏,需要构建由原则、制度与规则构成的三位一体的选法意外规制方案,多层次、多维度、多路径地对选法意外予以抑制,为冲突法不确定的选法轨迹过滤掉可能的极端意外。一言以蔽之,从冲突法的“背面”捍卫其理性之治,以否定态度排除最坏的意外选法,从而将法律选择的最终结果锁定在最不坏的选项之中,选法意外规制即为最坏。

---

**Abstract:** Uncertainty is the inherent character of Conflict of Laws as an indirect adjustment method, while unexpectedness of law choice is an extreme form of uncertainty. The existence of legislative gap, unclear legal rules and judicial discretion is the realistic basis of unexpectedness of laws choice. As the irrational result of the rational government of Conflict of Laws, the unexpectedness of law choice is legal but unreasonable. The unexpectedness of law choice should be regulated, because it challenges the pure rationality of law choice, violates the normative rationality of legislation, reduces the practical rationality of judicature, and diminishes the expectation rationality of subjects. Because the unexpectedness of law choice is legal, it cannot be effectively corrected by the existing arrangements to deal with the problem of illegality. Because of its uniqueness, it can not be effectively relieved by the existing arrangements designed for rationality. In order to exclude the extreme law choice and eliminate the most unreasonable result of law choice, it is necessary to construct the regulation scheme of unexpectedness of law choice. Unexpectedness of law choice has a symbiotic relationship with the Conflict of Laws, so they cannot be completely separated. The relatively reasonable and realistic way is to restrict the unexpectedness of law choice from the three levels of principle, system and rule, by which blocking arrangement of unexpectedness of law choice can be comprehensively constructed, and the less bad option can be limited into the law-choice result of Conflict of Laws.

**Key Words:** conflict of laws, expectation of law choice, unexpectedness of law choice, legal regulation, exclusion of law choice

---

责任编辑 何 艳

---

<sup>①</sup> See Symeon C. Symeonides, *Choice-of-Law Revolution: Past, Present and Future*, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, p.425.