

## 司法实务

## 涉台民商事案件中的“返家”现象及合理限制

于亮

(厦门大学, 厦门 361005)

摘要: 涉台案件中的“返家”现象是指法官不经冲突规范的指引直接适用我国大陆地区法律进行裁判的现象。“返家”现象具备一定的合理性与法理基础, 但如果不加限制任其发展就会影响两岸民商事交往的正常进行。应该从规范判决书的说理部分、规范法官的释明权、适当类推国际统一实体法等方面入手, 对涉台案件中的“返家”现象进行合理限制。

关键词: 区际私法; 两岸民商事法律冲突; 涉台民商事案件; “返家”现象

中图分类号: DF59 文献标识码: A 文章编号: 1674-9502(2012)06-130-06

最高人民法院在2010年颁布了有关涉台案件法律适用的司法解释——《关于审理涉台民商事案件法律适用问题的规定》, 该规定只有短短三条, 但却具有里程碑式的意义。它明确规定法院在审理涉台案件时可以以台湾地区法律为准据法。两年时间过去了, 司法实践中适用台湾地区法律的案件并不多见, 大多数案件仍以大陆法为准据法。可以说, 在我国涉台民商事案件的司法实践中存在着一定的“返家”现象。

## 一、“返家”现象的基本含义

“返家”现象, 又被称为“回家去的趋势”(homeward trend), 通常有两种含义: 其一是指法官在涉外案件中存在适用本地法的倾向; 其二是指用本国法律观念来解释国际统一实体法公约, 比如《联合国国际货物销售合同公约》。国(区)际私法学通常在第一种含义上使用这一概念。法官可能在两种情况下适用本地法: 基于冲突规范的指引和非基于冲突规范的指引。前者是正常适用冲突规范的结果, 后者才是通常所说的“返家”现象。涉台案件的“返家”现象是指法官不经冲突规范的指引直接适用大陆地区法律进行裁判的现象。

国际私法从产生至今始终伴随着“返家”现象, 法官常常利用识别、反致、公共秩序保留、外国法的查明等冲突法的基本制度来达到适用本国法的效果。美国冲突法革命兴起的“政府利益分析”、“较好的法”等学说在实际运用过程中也催生了大量适用本地法的案例, 尽管这些学说的本意未必如

作者单位: 厦门大学法学院 收稿日期: 2012-10-17

何其生、许威:《浅析我国涉外民事法律适用中“回家去的趋势”》,《武汉大学学报(哲学社会科学版)》,2011年第2期。

Franco Ferrari, Homeward Trend and Lex Forism Despite Uniform Sales Law, *Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration*, 2009.

此。出于司法便利的考虑 加之美国冲突法革命的广泛影响 ,各国的涉外司法实践大都在不同程度上存在着“返家”现象。我国的情况尤为突出,虽然立法规定了大量的双边冲突规范,但据学者统计我国法院大都以中国内地法律作为涉外案件的准据法。 尽管国际私法中的“返家”现象可能增加法律选择的灵活性并有助于保护弱方当事人的利益,但因其违背可预见性与判决一致的目标而受到诟病。目前已经有立法开始限制这种“返家”现象,例如欧盟晚近的国际私法统一立法就有排除反致的规定。

区际私法调整一国内部的法律冲突,虽然也存在“返家”现象但却受到一定限制。首先,公共秩序保留原则在区际私法中的作用有限。有学者甚至主张在解决区际法律冲突时不得以公共秩序保留为由排除外法域法的适用,一些国家的实践也支持了这种主张。例如西班牙1974年《民法典》明确规定国际法律冲突中公共政策的规定不得类推适用于区际法律冲突;再比如英国法院可以以违反公共政策为由拒绝承认其他英联邦国家的法律,却不能援引公共政策排除英国另一法域的法律。其次,区际私法中反致的存在意义远不如国际私法中的反致那么大。如果复合法域国家制定了全国统一的区际冲突法,那么反致制度就没有存在的空间了。再次,联邦制国家的宪法通常都有“充分诚信条款”,即各州对于他州之公共法令、记录与裁判文书应有完全的诚意与信任,这类条款在一定程度上限制了“返家”现象。

两岸民商事案件中的“返家”现象则有其特殊背景。两岸民商事法律冲突是一种特殊的区际法律冲突,即国家统一前的区际法律冲突。在台湾地区,《台湾地区与大陆地区人民关系条例》当中有一部分是解决两岸民商事法律冲突的区际私法规则。在这些冲突规范中有很多是直接规定适用台湾地区法律的单边冲突规范,例如,第41条、第45条、第52条、第53条等。我国大陆地区并没有一般的或专门针对台湾地区的区际私法规则,在解决区际法律冲突时通常类推国际私法规则。然而,适用台湾地区法律毕竟是个敏感的问题,法官总是小心翼翼并尽量避免。最高人民法院2010年公布、2011年开始施行的《关于审理涉台民商事案件法律适用问题的规定》可能带来转变,其第一条明确规定台湾地区法律可以作为准据法,但尽管如此实践中以台湾法律作为准据法的案例依然很少。总的来说,涉台民商事案件中可能更容易发生“返家”现象,有必要对其加以研究并找出相应对策。

“返家”现象的实质是法官抛开冲突规范的指引径自适用本法域法进行裁判。从广义上讲,冲突法的立法也可能存在“返家现象”,典型的例子为单边冲突规范。这种立法上的“返家”同样不利于判决一致目标的实现,但它并非通常所指的“返家”现象,而是立法政策的反映。“返家”现象应被界定为司法上的“返家”。

## 二、“返家”现象在涉台民商事案件中的具体表现

通过对大陆地区法院的有关判决进行分析可以发现,涉台民商事案件中的“返家”现象通常有两种表现形式,其一是法官未对法律适用问题进行分析直接适用大陆法律;其二是法官对意思自治原则进行扩大解释。

### (一) 法官未对法律适用问题进行分析

黄进、肖永平、刘仁山:《2009年中国国际私法司法实践述评》,载《中国国际私法与比较法年刊(2010)(第13卷)》,北京大学出版社2010年版,第18页。

Regulation(EC) on the Law Applicable to Contractual Obligations(Rome I),Article 20. Regulation(EC) on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations(Rome II),Article 24. Council Regulation (EU) Implementing Enhanced Cooperation in the Area of the Law Applicable to Divorce and Legal Separation,Article 11.

转引自于飞:《海峡两岸民商事法律冲突问题研究》,商务印书馆2007年版,第179-183页。

黄进:《中国的区际法律问题研究》,法律出版社2001年版,第109页。

涉台民商事案件中的“返家”现象主要表现为此种形式。从北大法律信息网检索的结果来看,在很多案件中法官有意或无意地忽视案件中的涉台因素,未对法律适用进行分析直接适用大陆法律进行裁判。

案例一:在2011年审结的一起民间借贷纠纷中,原被告都是大陆嫁到台湾地区的外嫁女,被告曾向原告借款100000元新台币,未还,原告将被告起诉至舟山市中级人民法院。从该案来看,虽然判决书中没有提到借款合同的签订地和履行地,但至少当事人双方的住所地或惯常居所地都在台湾地区,案件初步具备了涉台因素。法官在判决中未对法律适用进行阐述,直接适用大陆法律作出裁判。该案的借款合同没有法律选择条款,当事人事后也未就法律适用达成一致,事实上被告未出庭答辩也未提交书面答辩状,在这种情况下应该根据最密切联系原则决定法律适用。最高人民法院在《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》中明确指出: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;除非合同明显与另一国家或者地区有更密切联系。具体到借款合同,应适用贷款人住所地法。因此,如果对该案中的涉台因素加以详细分析,准据法很有可能是台湾地区法律。当然,上述《规定》第11条特别规定:“涉及香港特别行政区、澳门特别行政区的民事或商事合同的法律适用,参照本规定”,并没有提到涉及台湾地区的合同纠纷。这可能是由于《规定》出台较早(2007年),对适用台湾地区法律还有所保留。直到2010年最高院出台的《关于审理涉台民商事案件法律适用问题的规定》才明确规定根据法律和司法解释中选择适用法律的规则,确定适用台湾地区民事法律的,人民法院予以适用。但无论如何,本案是在2011年审理的,法官应该对涉台因素进行分析论证。

案例二:这是一起被告为台湾地区居民的财产损害赔偿纠纷。原告诉称,原、被告达成口头租赁协议,被告承租涉讼车辆,租赁期限自2008年1月1日至2010年12月31日,租赁费为15万元,租赁期间的保险费及修车费均由被告承担。2008年8月13日,被告向原告支付了租赁费15万元。嗣后,涉讼车辆由被告使用。2010年12月16日,被告在租赁期限届满前,未征得原告同意,将涉讼车辆以11.5万元价格转卖。原告认为,被告的行为侵犯了原告的合法财产权益。被告辩称,涉讼车辆系被告向原告购买,2008年8月13日,被告向原告付清了购车款15万元。由于被告系台湾地区居民,故双方未办理涉讼车辆产权过户手续。本案涉及买卖合同是否成立的问题,被告显然是台湾地区居民,但法官并未分析法律适用问题,直接适用大陆法律得出买卖合同成立的结论。当然,在对法律适用问题进行分析之后,仍然可能得出本案应以大陆法为准据法的结论,案件结果并无差别,但在理念上有根本的区别。

## (二)对意思自治原则的扩大解释

各国冲突规范通常都允许涉外合同的当事人协议选择解决争议所适用的法律。实践中法官经常对意思自治原则进行扩大解释以达到适用本地法的效果,即只要当事人不反对,法官就视其协商一致选择了法院地法。涉台案件经常出现如下情形:当事人在合同中没有约定准据法,纠纷发生后也未达成法律选择协议,法官在审理过程中主动询问双方当事人是否适用大陆法律,当事人未表示反对,法官进而适用大陆法律。例如,在王永先与张福隆民间借贷纠纷上诉案中,判决书中有这样的表述:因各方当事人对原审法院行使管辖权及适用中华人民共和国内地法律处理本案均无异议,故本院对此予以确认。在这类案件中,法官主动参与选法过程,甚至建议当事人适用大陆法律。严格来说,当事人

(2011)浙舟商外初字第4号,江某某诉陈某某民间借贷纠纷案。

(2011)浦民一(民)初字第42651号,李某诉杨某某财产损害赔偿纠纷案。

(2011)穗中法民四终字第39号。

并没有“选择”大陆法律，他们只是没有反对适用大陆法律，法官对意思自治原则进行了扩大解释，其主要依据也在于上文提到的《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》，该《规定》第4条规定：“当事人未选择合同争议应适用的法律，但均援引同一国家或者地区的法律且未提出法律适用异议的，应当视为当事人已经就合同争议应适用的法律作出选择。”

### 三、“返家”现象的合理性与法理基础

#### （一）“返家”现象的合理性

涉台民商事案件存在的“返家”现象有其合理性。首先，大陆地区法官往往对台湾地区法律缺乏了解，也无正式渠道获取对方法律。海协会和海基会签署的《海峡两岸共同打击犯罪及司法互助协议》所建立的合作机制也仅限于调查取证与司法文书的送达，两岸尚未建立法律信息交互机制。目前获取台湾地区法律只能通过民间途径，无法确保其准确性。在这种情况下直接适用大陆地区法律显然可以提高司法效率并确保法律适用的正确性。再次，我国涉台民商事审判中的“返家”现象并不严重，只在很小的范围内存在，事实上各国都在不同程度上存在这一现象。虽然涉台案件大部分以大陆法律为准据法，但其中很多都是冲突规范指引的结果，真正的“返家”现象并不占多数。从我国法院受理的涉台案件来看，大部分案件都仅仅是主体具有涉台因素，即当事人是台湾地区居民，而法律事实或法律关系的客体具有涉台因素的很少，因此，无论是基于最密切联系原则还是基于侵权行为地法等系属公式都会适用大陆地区法律。

#### （二）“返家”现象的法理基础——冲突规范的任意性适用

有一种冲突法理论认为冲突规范应当是任意适用而非强制适用的规范，这为涉台民商事案件的“返家”现象提供了法理依据，因为“返家”现象的本质是法官不经冲突规范的指引径自适用本法域法。所谓冲突规范的任意性适用是指在涉外民商事案件的审理中，只有在至少一方当事人提出请求时，法院才会适用冲突规范及其指向的外国法。按照这种理论，如果当事人双方均未提出适用外法域法的要求，法官不得主动援引冲突规范，而应把该案当作纯国内案件对待。可以说，几乎在所有涉及“返家”现象的涉台案件中，当事人双方都没有明确主张适用台湾地区法律。在这种情况下，根据冲突规范任意性适用的理论，法官不考虑冲突规范直接适用大陆地区法律是正确的做法。

冲突规范任意性适用的观点在我国大陆地区并非主流观点，大部分学者认为冲突规范应当由法官强制适用。2010年通过的《涉外民事关系法律适用法》第2条规定：“涉外民事关系适用的法律，依照本法确定。”从其用语来看，立法所持的也是强制性适用的观点。然而，涉台民商事案件有其特殊性，我国大陆并无区际私法立法，也未就海峡两岸的民商事法律冲突制定专门法律，对此学者们大多主张类推国际私法规则解决海峡两岸的法律冲突。既然都没有区际冲突规范，也就谈不上强制适用的问题。而且类推本身也是法官自由裁量的范畴，没有任何立法规定必须类推。法官可以类推国际私法规范进行裁判，当然也可以不进行类推直接适用大陆法，因此“返家”现象并无不当。

### 四、对“返家”现象的合理限制

虽然“返家”现象具备一定的合理性与法理基础，但如果不加限制任其发展就会影响两岸民商事

转引自徐鹏：《冲突规范任意性适用研究》，厦门大学出版社2010年版，第2页。

于飞：《法官自由裁量权与涉台民商事法律冲突的协调和解决》，《烟台大学学报（哲学社会科学版）》，2009年第1期。

交往的正常进行。首先,“返家”现象的合理性主要体现在司法便利方面,这是对法官而言的,而对当事人来说它的弊端是缺乏可预见性。如果这种现象大量存在,其在司法效率方面的优势也将被其缺乏可预见性的弊端所抵消甚至超过。其次,在国际私法案件中,法院地国与准据法国的语言往往不同,法官如欲适用别国法律就需要对其进行翻译,这会增加司法成本,因此“返家”现象的出现在一定程度上是出于经济因素的考虑。而在涉台案件中就不存在这种情况,两岸的语言都是汉语,表达习惯也基本相同,尽管大陆地区使用简体字,台湾地区使用繁体字,但这些细微的差异并不影响法官理解对方法律条文的含义,因此法官在适用台湾地区法律时并不会产生由于翻译所产生的额外成本。再次,“返家”现象的法理基础主要在于冲突规范的任意性适用理论以及我国大陆尚无区际冲突法,一旦像学者所言两岸在适当时机签订“区际法律冲突协议”统一了法律适用规则,那么“返家”现象的合法性将大打折扣。因此,为了两岸民商事交往的正常进行,必须对“返家”现象进行合理的限制。在具体的限制措施方面,除了继续坚持对公共秩序保留原则的适度适用之外,还应该注意以下几点:

#### (一) 规范判决书的说理部分

判决书说理不足不仅是涉台案件的问题,也是我国涉外(涉港澳台)案件的通病,很少有法官对法律适用问题进行详细阐述。规范判决书的说理部分,可以在一定程度上抑制“返家”现象,因为大部分“返家”现象是法官跳过法律适用阶段的分析直接适用大陆地区法律。在涉台案件中,法官不对法律适用问题进行分析并非自身素质所限,而是对适用台湾地区法律有所顾忌。最高人民法院2010年公布、2011年开始施行的《关于审理涉台民商事案件法律适用问题的规定》打消了法官的顾虑,其第1条第2款规定:“根据法律和司法解释中选择适用法律的规则,确定适用台湾地区民事法律的,人民法院予以适用。”在这个司法解释之外配套规定一个规范判决书说理的规定,可以加强法官对涉台案件法律适用的分析,减少“返家”现象的发生。

#### (二) 规范法官的释明权

释明是指法院为明确争议事实,就事实及法律上的有关事项向当事人发问或促使当事人提出主张与证据的活动。在涉台案件中,法官拥有的释明权最多也只能是告知当事人有选择合同准据法的权利(甚至这一点也是有争议的),不能主动询问当事人是否适用大陆法,甚至诱导当事人选择大陆法。

#### (三) 适当类推适用国际统一实体法

实体法方法是和冲突法方法并列的调整国际(区)际民商事法律冲突的方法。冲突法方法是根据冲突规范的指引选择某个国家的法律作为准据法。实体法方法主要是通过国际公约统一各国实体法,直接规定当事人之间的权利义务,典型的代表为《联合国国际货物销售合同公约》(CISG)。既然解决两岸民商事法律冲突可以类推适用作为冲突法方法的国际私法规范,为什么不能类推适用作为实体法方法的统一实体法规范呢?事实上,CISG公约在国际社会具有重要影响,在解决货物销售合同纠纷方面起到了巨大作用,也对各国的合同立法起到示范作用。虽然CISG本身规定了适用范围,即营业地在不同国家的当事人之间所订立的货物销售合同,但将其适用范围扩大到一国内部不同法域当事人之间的货物销售合同纠纷并不违反公约的目的和宗旨。况且在实践中可以采取类推适用的方式,即并不直接适用公约本身,而是类推其中的规则。这样做也并不意味着承认台湾地区的“国际地位”,就像类推适用国际私法规范并不等于承认台湾是一个“国家”一样。

#### (四) 适用现代商人法的有关规则

现代商人法是商人之间自发形成的法律规则,它是独立于国家法律体系的,既不属于国内法又不

徐崇利:《两岸民商事法律冲突的性质及立法设计》,《厦门大学法律评论》2003年第2期。

于飞:《公共秩序保留的适度适用——以两岸相互认可与执行法院判决和仲裁裁决为视角》,载《台湾研究集刊》2010年第3期。

属于国际法”的第三种法律秩序。现代商人法被全世界的商人普遍遵守,具有高度的统一性。由于各国大都在不同程度上认可了现代商人法的效力,它在事实上成为一种统一的实体规则。在涉台案件中适用现代商人法的有关规则不仅易于当事人接受,还可以避免“返家”现象。

现代商人法主要包括国际商事惯例和有关组织起草的示范法。就前者而言,在以下两种情况下可以适用:当事人协议选择国际惯例;我国民事法律以及我国参加的国际公约没有相关的规定。国际商事惯例虽然冠以“国际”二字,但其适用范围绝不局限于跨国商事纠纷,事实上现代商人法本身就是国家法律体系之外的规则,“国际”二字意在表明其在全世界范围通行,并非仅仅适用于国际商事争端。其英文表述也佐证了这一点,“usage”之前并未冠以“international”。因此,在涉台案件中完全可以适用 INCOTERMS、UCP 等商事惯例。例如,最高人民法院《关于审理信用证纠纷案件若干问题的规定》第2条规定:“人民法院审理信用证纠纷案件时,当事人约定适用相关国际惯例或者其他规定的,从其约定;当事人没有约定的,适用国际商会《跟单信用证统一惯例》或者其他相关国际惯例。”随着内地与台湾地区银行间开始直接信用证往来,根据最高院的司法解释有关涉台信用证纠纷可以适用国际商事惯例。至于有关组织起草的示范法,例如《国际商事合同通则》,其适用问题比较复杂。《通则》中部分规则是对现有国际商事惯例的记录,还有一些规则起初并不是国际惯例,但随着商人的实践逐步发展成国际惯例。对于这部分规则应按照国际惯例的适用方式予以适用,在涉台案件中完全可以适用这些规则。然而,《通则》当中还有一些规则并非国际惯例,例如,违约精神损害赔偿的规定,它们是起草者有意作出的超前性规定,以推动国际商事交易的发展。这些规则并无法律效力,只具有示范意义,法官只能适当参考这些规则,并不能直接将其作为裁判依据。

(责任编辑:王建民)