

試論海峽兩岸民商事案件中的“返家”現象及其合理限制

——以大陸司法實踐為視角

于亮

廈門大學法學院，中國文化大學交換生

摘要：涉臺民商事案件中的“返家”現象是指法官不經衝突規範的指引直接適用我國大陸地區法律進行裁判的現象。“返家”現象具備一定的合理性與法理基礎，但如果不加限制任其發展就會影響兩岸民商事交往的正常進行。應該從規範判決書的說理、適當類推國際統一實體法等方面入手，對涉臺案件中的“返家”現象進行合理限制。

關鍵字：區際私法；兩岸民商事法律衝突；“返家”現象

Abstract: Homeward trend in judicial cases relating to Taiwan, which is to some extent reasonable and has some legal basis, is the phenomenon that the judge applies the law of mainland China directly without the guidance of conflict rules. However, it does harm to the exchanges between people from mainland and Taiwan, if homeward trend is not properly controlled. Measures such as improving the reasoning of verdicts, analogy of international uniform substantive law, should be taken to confine the phenomenon of homeward trend.

Keyword: Private Regional law; Conflict of Law between Mainland China and Taiwan; Homeward trend

中華人民共和國最高人民法院在 2010 年頒佈了有關涉臺案件法律適用的司法解釋——《關於審理涉臺民商事案件法律適用問題的規定》，該規定只有短短三條，但卻具有里程碑式的意義，它明確規定法院在審理涉臺案件時可以以臺灣地區法律為準據法。兩年時間過去了，大陸法院在司法實踐中適用臺灣地區法律的情形並不多見，大多數案件仍以大陸法為準據法。其中有些是正常適用衝突規範的結果，另外一些則是本文所要研究的“返家”現象。由於“返家”現象的實質是法官拋開衝突規範直接適用本法域法，而臺灣的《臺灣地區與大陸地區人民關係條例》在區際私法部分規定了大量的單邊衝突

規範，其本身就指向臺灣本地法，所以似無必要探討臺灣司法實踐中的“返家”現象，本文將以大陸地區的司法實踐為視角進行探討，以求教於各位專家學者。

壹、“返家”現象的基本含義

“返家”現象，又被稱為“回家去的趨勢”（homeward trend），通常有兩種含義：其一指法官在涉外案件中存在適用本地法的傾向；（何其生、許威，2011）其二是用本國法律觀念來解釋國際統一實體法公約，比如《聯合國國際貨物銷售合同公約》。（Ferrari，2009）國（區）際私法學通常在第一種含義上使用這一概念。法官可能在兩種情況下適用本地法：基於衝突規範的指引和非基於衝突規範的指引。前者是正常適用衝突規範的結果，後者才是通常所說的“返家”現象。涉臺案件的“返家”現象是指法官不經衝突規範的指引直接適用大陸地區法律進行裁判的現象。

在國際私法中，衝突法的基本制度——比如識別、反致、外國法的查明、公共秩序保留等——為“返家”現象的出現提供了溫床，法官常常濫用這些制度盡可能地適用本國法。美國衝突法革命興起的“政府利益分析”、“較好的法”等學說在實際運用過程中也催生了大量適用本地法的案例，儘管這些學說的本意未必如此。出於司法便利的考慮，加之美國衝突法革命的廣泛影響，各國的涉外司法實踐大都在不同程度上存在著“返家”現象。我國大陸的情況尤為突出，雖然立法規定了大量的雙邊衝突規範，但據學者統計大陸法院大都以中國內地法律作為涉外案件的准據法。（黃進、肖永平、劉仁山，2010）儘管國際私法中的“返家”現象可能增加法律選擇的靈活性並有助於保護弱方當事人的利益，但因其違背可預見性與判決一致的目標而受到詬病。目前已經有立法開始限制這種“返家”現象，例如歐盟晚近的國際私法統一立法就有排除反致的規定。（Rome I Article20，Rome II Article24，Rome III Article11）

區際私法調整一國內部的法律衝突，雖然也存在“返家”現象但卻受到一定限制。

首先，公共秩序保留原則在區際私法中的作用有限，有學者甚至主張在解決區際法律衝突時不得以公共秩序保留為由排除外法域法的適用，一些國家的實踐也支持了這種主張，例如西班牙 1974 年《民法典》明確規定國際法律衝突中公共政策的規定不得類推適用於區際法律衝突，再比如英國法院可以以違反公共政策為由拒絕承認其他英聯邦國家的法律，卻不能援引公共政策排除英國另一法域的法律。（于飛，2007）其次，區際私法中的反致的存在意義遠不如國際私法中的反致那麼大。（黃進，2001，頁 109）如果複合法域國家制定了全國統一的區際衝突法，那麼反致制度就沒有存在的空間了。再次，聯邦制國家的憲法通常都有“充分誠信條款”，即各州對於他州之公共法令、記錄與裁判文書應有完全的誠意與信任，這類條款在一定程度上限制了“返家”現象。

兩岸民商事案件中的“返家”現象則有其特殊背景。兩岸民商事法律衝突是一種特殊的區際法律衝突，即國家統一前的區際法律衝突。兩岸尚未正式結束敵對狀態，彼此缺乏信任，從憲法意義上講對方的法律都是“偽法統”，因此各方對適用對方的法律自然心存疑慮。以臺灣為例，《臺灣地區與大陸地區人民關係條例》當中有一部分是解決兩岸民商事法律衝突的區際私法規則，在這些衝突規範中有很多是直接規定適用臺灣地區法律的單邊衝突規範，例如第 41 條、第 45 條、第 52 條、第 53 條等。我國大陸地區並沒有一般的或專門針對臺灣的區際私法規則，在解決區際法律衝突時通常類推國際私法規則。然而，適用臺灣地區法律畢竟是個敏感的問題，法官總是小心翼翼並儘量避免。最高人民法院 2010 年公佈、2011 年開始施行的《關於審理涉臺民商事案件法律適用問題的規定》可能帶來轉變，其第一條明確規定臺灣地區法律可以作為准據法，但儘管如此實踐中以臺灣法律作為准據法的案例依然很少。總的來說，涉臺民商事案件中可能更容易發生“返家”現象，有必要對其加以研究並找出相應對策。

“返家”現象與“直接適用的法”有本質的區別。後者是說在某國際性民商事案件

中，涉及到該國具有強制適用效力的法律規範，無須援引法院地衝突規範，而必須逕自適用於該案件。(尚永平、胡永慶，1997)大陸新近實施的《涉外民事關係法律適用法》在第四條規定了“直接適用的法”，其表述為：“中華人民共和國法律對涉外民事關係有強制性規定的，直接適用該強制性規定。”如果法官是基於上述第四條的規定直接適用大陸強制性規定的，並非本文所說的“返家”現象。

“返家”現象的實質是法官拋開衝突規範的指引直接適用本法域法進行裁判。從廣義上講，衝突法的立法也可能存在“返家現象”，典型的例子為單邊衝突規範，這種立法上的“返家”同樣不利於判決一致目標的實現，但它並非通常所指的“返家”現象，而是立法政策的反映。“返家”現象應被界定為司法中的“返家”。

貳、“返家”現象在涉臺民商事案件中的具體表現

通過對大陸地區法院的有關判決進行分析可以發現，涉臺民商事案件中的“返家”現象通常有兩種表現形式，其一是法官未對法律適用問題進行分析直接適用大陸法律；其二是法官對意思自治原則進行擴大解釋。

(一) 法官未對法律適用問題進行分析

涉臺民商事案件中的“返家”現象主要表現為此種形式。從北大法律資訊網檢索的結果來看，在很多案件中法官有意或無意地忽視案件中的涉臺因素，未對法律適用進行分析直接適用大陸法律進行裁判。

案例一：在 2011 年審結的一起民間借貸糾紛中，原被告都是大陸嫁到臺灣的外嫁女，被告曾向原告借款 100000 元新台幣，未還，原告將被告起訴至舟山市中級人民法院。從該案來看，雖然判決書中沒有提到借款合同的簽訂地和履行地，但至少當事人雙方的住所地或慣常居所地都在臺灣，案件初步具備了涉臺因素。法官在判決中未對法律適用進行闡述，直接適用大陸法律作出裁判。(江某某訴陳某某民間借貸糾紛案) 該案

的借款合同沒有法律選擇條款，當事人事後也未就法律適用達成一致，事實上被告未出庭答辯也未提交書面答辯狀，在這種情況下應該根據最密切聯繫原則決定法律適用。最高人民法院在《關於審理涉外民事或商事合同糾紛案件法律適用若干問題的規定》中明確指出：應根據合同的特殊性質，以及某一方當事人履行的義務最能體現合同的本質特性等因素，確定與合同有最密切聯繫的國家或者地區的法律作為合同的准據法；除非合同明顯與另一國家或者地區有更密切聯繫。具體到借款合同，應適用貸款人住所地法。因此，如果對該案中的涉臺因素加以詳細分析，准據法很有可能是臺灣地區法律。當然，上述《規定》第十一條特別規定“涉及香港特別行政區、澳門特別行政區的民事或商事合同的法律適用，參照本規定”，並沒有提到涉及臺灣地區的合同糾紛，這可能是由於《規定》出臺較早（2007年），對適用臺灣法律還有所顧忌，直到2010年最高院出臺的《關於審理涉臺民商事案件法律適用問題的規定》才明確規定根據法律和司法解釋中選擇適用法律的規則，確定適用臺灣地區民事法律的，人民法院予以適用。但無論如何，本案是在2011年審理的，法官應該對涉臺因素進行分析論證。

案例二：這是一起被告為臺灣居民的財產損害賠償糾紛。原告訴稱，原、被告達成口頭租賃協議，被告承租涉訟車輛，租賃期限自2008年1月1日至2010年12月31日，租賃費為15萬元，租賃期間的保險費及修車費均由被告承擔。2008年8月13日，被告向原告支付了租賃費15萬元。嗣後，涉訟車輛由被告使用。2010年12月16日，被告在租賃期限屆滿前，未征得原告同意，將涉訟車輛以11.5萬元價格轉賣。原告認為，被告的行為侵犯了原告的合法財產權益。被告辯稱，涉訟車輛系被告向原告購買，2008年8月13日，被告向原告付清了購車款15萬元。由於被告系臺灣居民，故雙方未辦理涉訟車輛產權過戶手續。本案涉及買賣合同是否成立的問題，被告顯然是臺灣居民，但法官並未分析法律適用問題，直接適用大陸法律得出買賣合同成立的結論。（李某訴楊某

某財產損害賠償糾紛案)當然,在對法律適用問題進行分析之後,仍然可能得出本案應以大陸法為準據法的結論,案件結果並無差別,但在理念上有根本的區別。

類似的案例還有:陳其賢與鄭仕堂名譽權糾紛上訴案、季信法訴林銀飛民間借貸糾紛案、深圳市優某某有限公司與陳某等房屋買賣合同糾紛上訴案、餘某等訴重慶某某國際旅行社旅遊合同糾紛案等。

(二) 對意思自治原則的擴大解釋

各國衝突規範通常都允許涉外合同的當事人協議選擇解決爭議所適用的法律,實踐中法官經常對意思自治原則進行擴大解釋以達到適用本地法的效果,即只要當事人不反對,法官就視其協商一致選擇了法院地法。涉臺案件經常出現如下情形:當事人在合同中沒有約定準據法,糾紛發生後也未達成法律選擇協議,法官在審理過程中主動詢問雙方當事人是否適用大陸法律,當事人未表示反對,法官進而適用大陸法律。例如,在王永先與張福隆民間借貸糾紛上訴案中,判決書中有這樣的表述:因各方當事人對原審法院行使管轄權及適用中華人民共和國內地法律處理本案均無異議,故本院對此予以確認。在這類案件中,法官主動參與選法過程,甚至建議當事人適用大陸法律。嚴格來說,當事人並沒有“選擇”大陸法律,他們只是沒有反對適用大陸法律,法官對意思自治原則進行了擴大解釋,其主要依據也在於上文提到的《關於審理涉外民事或商事合同糾紛案件法律適用若干問題的規定》,該規定第四條規定:“當事人未選擇合同爭議應適用的法律,但均援引同一國家或者地區的法律且未提出法律適用異議的,應當視為當事人已經就合同爭議應適用的法律作出選擇。”

叁、“返家”現象的合理性與法理基礎

(一) “返家”現象的合理性

涉臺民商事案件存在的“返家”現象有其合理性。首先,大陸地區法官往往對臺灣

地區法律缺乏瞭解，也無正式管道獲取對方法律。海協會和海基會簽署的《海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議》建立的合作機制也僅限於調查取證與司法文書的送達，兩岸尚未建立法律資訊交互機制。目前獲取臺灣地區法律只能通過民間途徑，無法確保其準確性。在這種情況下直接適用大陸地區法律顯然可以提高司法效率。再次，我國涉臺民商事審判中的“返家”現象並不嚴重，只在很小的範圍記憶體在，事實上各國都在不同程度上存在這一現象。雖然涉臺案件大部分以大陸法律為準據法，但其中很多都是衝突規範指引的結果，真正的“返家”現象並不占多數。從我國法院受理的涉臺案件來看，大部分案件都僅僅是主體具有涉臺因素，即當事人是臺灣居民，而法律事實或法律關係的客體具有涉臺因素的很少，因此，無論是基於最密切聯繫原則還是基於侵權行為地法等系屬公式都會適用大陸地區法律。

（二）“返家”現象的法理基礎——衝突規範的任意性適用

有一種衝突法理論認為衝突規範應當是任意適用而非強制適用的規範，這為涉臺民商事案件的“返家”現象提供了法理依據，因為“返家”現象的本質是法官不經衝突規範的指引逕自適用本法域法。所謂衝突規範的任意性適用是指在涉外民商事案件的審理中，只有在至少一方當事人提出請求時，法院才會適用衝突規範及其指向的外國法。（徐鵬，2010，頁 2）按照這種理論，如果當事人雙方均未提出適用外法域法的要求，法官不得主動援引衝突規範，而應把該案當作純國內案件對待。可以說，幾乎在所有涉及“返家”現象的涉臺案件中，當事人雙方都沒有明確主張適用臺灣地區法律，在這種情況下，根據衝突規範任意性適用的理論法官不考慮衝突規範直接適用大陸地區法律是正確的做法。

衝突規範任意性適用的觀點在我國大陸地區並非主流觀點，大部分學者認為衝突規範應當由法官強制適用。2010年通過的《涉外民事關係法律適用法》在第二條規定：“涉

外民事關係適用的法律，依照本法確定。”從其用語來看，立法所持的也是強制性適用的觀點。然而，涉臺民商事案件有其特殊性，我國大陸並無區際私法立法，也未就海峽兩岸的民商事法律衝突制定專門法律，對此學者們大多主張類推國際私法規則解決海峽兩岸的法律衝突。（于飛，2009）既然都沒有區際衝突規範，也就談不上強制適用的問題，而且類推本身也是法官自由裁量的範疇，沒有任何立法規定必須類推，法官可以類推國際私法規範進行裁判，當然也可以不進行類推直接適用大陸法，因此“返家”現象並無不當。

肆、對“返家”現象的合理限制

雖然“返家”現象具備一定的合理性與法理基礎，但如果不加限制任其發展就會影響兩岸民商事交往的正常進行。首先，“返家”現象的合理性主要體現在司法便利方面，這是對法官而言的，而對當事人來說它的弊端是缺乏可預見性，如果這種現象大量存在，其在司法效率方面的優勢也將被其缺乏可預見性的弊端所抵消甚至超過。過度適用大陸法顯然沒有考慮到台灣當事人對適用台灣法的合理期待。其次，在國際私法案件中，法院地國與准據法國的語言往往不同，法官如欲適用別國法律就需要對其進行翻譯，這會增加司法成本，因此“返家”現象的出現在一定程度上是出於經濟因素的考慮。而在涉臺案件中就不存在這種情況，兩岸的語言都是漢語，表達習慣也基本相同，儘管大陸地區使用簡體字臺灣地區使用繁體字，但這些細微的差異並不影響法官理解對方法律條文的含義，因此法官在適用臺灣地區法律時並不會產生由於翻譯所產生的額外成本。再次，“返家”現象的法理基礎主要在於衝突規範的任意性適用理論以及我國大陸尚無區際衝突法，一旦像學者所言兩岸在適當時機簽訂“區際法律衝突協議”統一了法律適用規則，（徐崇利，2003）那麼“返家”現象的合法性將大打折扣。因此，為了兩岸民商事交往的正常進行，必須對“返家”現象進行合理的限制。在具體的限制措施方面，除了繼續

堅持對公共秩序保留原則的適度適用之外，（于飛，2010）還應該注意以下幾點：

（一）規範判決書的說理部分

判決書說理不足不僅是涉臺案件的問題，也是我國涉外（涉港澳臺）案件的通病，很少有法官對法律適用問題進行詳細闡述。規範判決書的說理部分，可以在一定程度上抑制“返家”現象，因為大部分“返家”現象是法官跳過法律適用階段的分析直接適用大陸地區法律。在涉臺案件中，法官不對法律適用問題進行分析並非自身素質所限，而是對適用臺灣法律有所顧忌。最高人民法院 2010 年公佈、2011 年開始施行的《關於審理涉臺民商事案件法律適用問題的規定》打消了法官的顧慮，其第一條第二款規定：“根據法律和司法解釋中選擇適用法律的規則，確定適用臺灣地區民事法律的，人民法院予以適用。”在這個司法解釋之外配套規定一個規範判決書說理的規定，可以加強法官對涉臺案件法律適用的分析，減少“返家”現象的發生。

（二）規範法官的釋明權

釋明是指法院為了明確爭議的事實，就事實上及法律上的有關事項向當事人發問或促使當事人提出主張與證據的活動。在涉臺案件中，法官擁有的釋明權最多也只能是告知當事人有選擇合同准據法的權利（甚至這一點也是有爭議的），不能主動詢問當事人是否適用大陸法甚至誘導當事人選擇大陸法。

（三）嚴格限制《涉外民事關係法律適用法》第四條的適用範圍

由於“直接適用的法”會產生和“返家”現象一樣的效果，因此必須對其適用範圍進行嚴格限制，防止法官以直接適用的法為藉口行“返家”之實。至於具體的限制措施，可由最高人民法院出臺司法解釋，進一步明確如何適用直接適用的法。建議將其範圍限制在有關外貿管制、金融管制、交易秩序等對一國的經濟秩序有重大影響的領域。

（四）適當類推適用國際統一實體法

實體法方法是和衝突法方法並列的調整國（區）際民商事法律衝突的方法。衝突法方法是根據衝突規範的指引選擇某個國家的法律作為准據法。實體法方法主要是通過國際公約統一各國實體法，直接規定當事人之間的權利義務，典型的代表為《聯合國國際貨物銷售合同公約》。既然解決兩岸民商事法律衝突可以類推適用作為衝突法方法的國際私法規範，為什麼不能類推適用作為實體法方法的統一實體法規範呢？事實上，公約在國際社會具有重要影響，在解決貨物銷售合同糾紛方面起到了巨大作用，也對各國的合同立法起到示範作用。雖然公約本身規定了適用範圍，即營業地在不同國家的當事人之間所訂立的貨物銷售合同，但將其適用範圍擴大到一國內部不同法域當事人之間的貨物銷售合同糾紛並不違反公約的目的和宗旨。況且在實踐中可以採取類推適用的方式，即並不直接適用公約本身，而是類推其中的規則。這樣做也並不意味著承認臺灣的“國際地位”，就像類推適用國際私法規範並不等於承認臺灣是一個“國家”一樣。

（五）適用現代商人法的有關規則

現代商人法是商人之間自發形成的法律規則，它是獨立於國家法律體系的“既不屬於國內法又不屬於國際法”的第三種法律秩序。（Maniruzzaman，1999）現代商人法被全世界的商人普遍遵守，具有高度的統一性，由於各國大都在不同程度上認可了現代商人法的效力，它在事實上成為一種統一的實體規則。在涉臺案件中適用現代商人法的有關規則不僅易於當事人接受，還可以避免“返家”現象。現代商人法主要包括國際商事慣例和有關組織起草的示範法。就前者而言，在以下兩種情況下可以適用：當事人協議選擇國際慣例；我國民商事法律以及我國參加的國際公約沒有相關的規定。國際商事慣例雖然冠以“國際”二字，但其適用範圍絕不局限於跨國商事糾紛，事實上現代商人法本身就是國家法律體系之外的規則，“國際”二字意在表明其在全世界範圍通行，並非僅僅適用於國際商事爭端。其英文表述也佐證了這一點，“usage”之前並未冠以

“international”。因此，在涉臺案件中完全可以適用 INCOTERMS、UCP 等商事慣例。

例如，最高人民法院《關於審理信用證糾紛案件若干問題的規定》第二條規定：“人民法院審理信用證糾紛案件時，當事人約定適用相關國際慣例或者其他規定的，從其約定；當事人沒有約定的，適用國際商會《跟單信用證統一慣例》或者其他相關國際慣例。”

隨著內地與臺灣銀行間開始直接信用證往來，（中國經濟時報，2002 年 4 月 22 日）根據最高院的司法解釋有關涉臺信用證糾紛可以適用國際商事慣例。至於有關組織起草的示範法，例如《國際商事合同通則》，其適用問題比較複雜。《通則》中部分規則是對現有國際商事慣例的記錄，還有一些規則起初並不是國際慣例，但隨著商人的實踐逐步發展成國際慣例，對於這部分規則應按照國際慣例的適用方式予以適用，在涉臺案件中完全可以適用這些規則。然而，《通則》當中還有一些規則並非國際慣例，例如違約精神損害賠償的規定，它們是起草者有意作出的超前性規定，以推動國際商事交易的發展，這些規則並無法律效力，只具有示範意義，法官只能適當參考這些規則，並不能直接將其作為裁判依據。

伍、結束語

隨著海峽兩岸民商事交往的日益頻繁與深入，兩岸司法實踐中的“返家”傾向已經不合時宜，甚至會對兩岸人民的正常交往產生負面影響，必須對這一現象進行合理限制，以使兩地法律得到平等機會的適用。對大陸方面來說，以下措施較為可行：規範判決書的說理部份、規範法官的釋明權、嚴格限制《涉外民事關係法律適用法》第四條的適用範圍、適當類推適用國際統一實體法以及適用現代商人法的有關規則。其中一些措施對台灣方面也有參考價值。同時，海協會與海基會也要加強區際私法方面的溝通與談判，在時機成熟時，可以考慮簽署一份協議以統一兩岸的區際衝突規範，這樣可以從根本上杜絕“返家”現象。

參考文獻

- 1.于飛(2007)。**海峽兩岸民商事法律衝突問題研究**。北京：商務印書館。
- 2.于飛(2009)。**法官自由裁量權與涉臺民商事法律衝突的協調和解決**。**煙臺大學學報(哲學社會科學版)**，2009年1月,18-25。
- 3.于飛(2010)。**公共秩序保留的適度適用——以兩岸相互認可與執行法院判決和仲裁裁決為視角**。**臺灣研究集刊**，2010年第3期,11-17。
- 4.中國經濟時報(2002年4月22日)。**內地與臺灣銀行間開始直接信用證往來**。取自 <http://finance.sina.com.cn/g/20020422/198747.html>
- 5.王永先與張福隆民間借貸糾紛上訴案，(2011)穗中法民四終字第39號。
- 6.江某某訴陳某某民間借貸糾紛案，(2011)浙舟商外初字第4號。
- 7.肖永平、胡永慶(1997)。**論“直接適用的法”**。**法制與社會發展**，1997年第5期,46-64。
- 8.李某訴楊某某財產損害賠償糾紛案，(2011)浦民一(民)初字第42651號。
- 9.何其生、許威(2011)。**淺析我國涉外民事法律適用中“回家去的趨勢”**。**武漢大學學報(哲學社會科學版)**，2011年3月,5-9。
- 10.黃進(2001)。**中國的區際法律問題研究**。北京：法律出版社。
- 11.黃進、肖永平、劉仁山(2010)。**2009年中國國際私法司法實踐述評**。載於黃進(主編)，**中國國際私法與比較法年刊(2010)(第13卷)**。北京：北京大學出版社。
- 12.徐崇利(2003)。**兩岸民商事法律衝突的性質及立法設計**。**廈門大學法律評論**，第5輯。
- 13.徐鵬(2010)。**衝突規範任意性適用研究**。廈門：廈門大學出版社。
- 14.Abul F.M. Maniruzzaman(1999).*The Lex Mercatoria and International Contracts: a Challenge for International Commercial Arbitration?**American University International Law*

Review, vol.14, no.3, 658-734.

15.Franco Ferrari(2009).Homeward Trend and Lex Forism Despite Uniform Sales Law.*Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration,1,15-42.*