



## 浅析我国涉外民事法律适用中 “回家去的趋势”

何其生 许 威

**摘要:**在我国涉外民事法律适用中,“回家去的趋势”是客观存在的。法院地法倾向形成的原因不是单一的,而是许多原因“合力”的结果。谈趋势有其历史和现实的必然性,但自身确实存在不少弊端,例如阻碍判决的承认与执行、加剧当事人“挑选法院”、妨碍国际民商事正常交流等。在全球化和中国国际地位日渐凸显的背景下,法院地法的片面性成为学者们批评的对象。因此,需要对法院地法倾向进行适当的限制。

**关键词:**法律适用;回家去的趋势;国际私法

改革开放以来,调整国际民商事关系的国际私法在我国受到了空前的重视,理论与实践的成果十分丰富,但这并不意味着我国国际私法实践与理论是“比翼齐飞”的。我国的涉外审判中法律适用存在许多问题,而表现最为明显的无疑是适用法院地法占绝对比例的情形了<sup>①</sup>。国际私法规则通过双边性连结为内外国法律的适用均提供机会,而在我国的涉外司法实践中适用外国法判决的案件屈指可数。法官在涉外案件中存在适用本地法的倾向,这种现象在国外被称为法律适用的“回家去的趋势(homeward trend)”。1932年亚瑟·努斯鲍姆出版的《德国国际私法》第一次提出了“回家去的趋势”,它的含义是指在一些冲突法的规则或原则中出现的法院地法优先适用的倾向从而影响法院法律选择的态度<sup>②</sup>。尽管根据美国学者的研究结果显示,冲突法的晚近发展中一个重要的趋势就是法院地法被适用的比例一直稳步上升。但是,通常这种“回家去的趋势”是法律调控范围内的趋向。而在中国,这种趋向既有合法适用冲突规范的结果,也存在大量违法适用法院地法的情形。

在我国学术界,有学者认为这是一种“回家去的趋势”或“归乡情结”<sup>③</sup>。也有学者认为,中国的这种适用法律状况与英美等国际私法发达国家适用法律“回家去”的状况实际上是不同的,它是一种扭曲的不正常的法律适用。因为既然要“回家去”,必然有一个前提条件,那就是曾“走出来(go out)”,也就是适用外国(法域)法。而实际上,从改革开放以来,尽管涉外民商事案件逐年增多,但中国法院在处理有关涉外民商事案件时基本上适用的是中国法,而很少适用外国法,既然没有“走出来”,何谈“回家去”?目前,中国缺少的是

①郭玉军、徐锦堂:《从统计分析方法看我国涉外民商事审判实践的发展》,载《中国国际私法与比较法年刊》2008年第11卷,第142~145页。

②Th. M. De Boer. *Facultative Choice of Law: The Procedural Status of Choice of Law Rules and Foreign Law*, 257 *Hague Academy of International Law* 391-392 (1996).

③何 易:《中国法院审理涉外民商事案件法律适用实证分析》,载《中国涉外商事海事审判指导与研究》2001年第1期,第229页。

一种平等对待和适用内外国法律的理念和理性<sup>①</sup>。

这种现状不仅影响了我国国际私法的实践质量,不利于我国国际私法理论的发展和 innovation,同时也有违国际私法产生的“本意”。因为众所周知,国际私法从诞生的那一刻起,就意味着限制法院地法的适用。本文除了对“回家去的趋势”作以分析外,并尝试对“回家去的趋势”的利弊及其背后的成因进行分析。

## 一、涉外审判中适用法院地法的相关统计

在国际私法的实践中,一方面,法官可以依照冲突法的指引适用法院地法;另一方面,法院还可以运用国际私法中排除外国法适用的制度,从而达到适用法院地法的目的。根据我国《民法通则》及最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见(试行)》等的规定,法院地法的适用理由概况起来大致有:(1)如果冲突规范指引我国法律为涉外案件的准据法,那么以中国法律为准据法;(2)如果合同当事人合意选择中国法律,那么中国法律会得到适用;(3)如果法官认为中国是最密切联系的国家,那么就会适用中国法律;(4)如果本应适用的外国法无法查明,中国法律就有可能得到适用;(5)如果法官认为本应适用的外国法违反了我国的公共秩序,那么我国法律就会得到适用;(6)如果当事人规避我国的法律,那么外国法就会被排除适用,从而适用我国的法律。近年来,黄进教授针对我国涉外商事海事案件的裁判文书,连续多年来对涉外案件准据法的适用情况作了统计<sup>②</sup>。

从其统计可以看出,8年来法院地法得到适用的数量平均在92.9%左右。考虑到我国法院适用的许多国际条约通常是我国参加或缔结的,其应该看做是我国法律的一部分,适用法院地法的比例就更高了。这从8年平均每年适用外域法只有2.95%就可见一斑。

还有学者对我国900起涉外案件进行统计后,发现适用我国内地实体法律的共781件,约占总数的87%,适用国际条约为5.11%,适用国际惯例为3.67%,适用外国法的只有2.67%,另外还有1.78%适用了港澳地区的法律<sup>③</sup>。

《中国涉外商事海事审判指导与研究》有一份资料反映1978—1999年中国内地法院审理的62宗涉外涉港澳台民商事案件有关法律适用的情况。其中,内地法院适用中国法律(包括根据中国法律之规定参照适用国际惯例)占91.9%,而适用域外法审理案件的仅占6.5%<sup>④</sup>。有法官因此而言,内地法院在审理涉外涉港澳台民商事案件时基本上是适用内地法律,同时参照国际惯例,真正适用域外法的情况很少。虽然近几年来这种情况有所转变,但严格适用域外法的局面却没有得到彻底地改变<sup>⑤</sup>。

从上文的统计结果可以看出,在我国涉外审判中,适用法院地法的案件占有相当大的比例。其中,有些是根据我国冲突规范的指引适用我国法,有些是利用法律规避和公共秩序保留等制度排除外国法后适用我国的法律。过度适用法院地法虽然存在一定的问题,但合法地适用法院地法并不可怕,可怕地是为了适用法院地法而忽视法律适用的基本规则。有些甚至架构起一套规则和模式,形成了法官适用法院地法的固定思维,因此,有学者还称之为“法院地法主义”<sup>⑥</sup>。

## 二、“回家去的趋势”的存在背景及其不足

### (一)“回家去的趋势”的存在背景

客观而言,法院地法的大量适用有其历史和现实必然性。一方面国际私法强调适用外国法的重要性和必要性;另一方面又以各种方法或制度来排除或限制外国法的适用,从而保障法院地法的适用。适用外国法与限制外国法的适用,或者适用法院地法和限制法院地法的适用,贯穿于国际私法的整个发展

①黄进、杜焕芳:《2001年中国国际私法的司法实践述评》,载《中国国际私法与比较法年刊》2003年,第445页。

②黄进、胡炜、杜焕芳:《2008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》第12卷,北京大学出版社2009年,第435页。其他数据参见黄进教授等自2003年以来在《中国国际私法与比较法年刊》上所发表的相关论文。

③郭玉军、徐锦堂:《从统计分析方法看我国涉外民商事审判实践的发展》,载《中国国际私法与比较法年刊》第11卷,北京大学出版社2008年,第127页。

④何易:《中国法院审理涉外民商事案件法律适用实证分析》,载《中国涉外商事海事审判指导与研究》2001年第1期,第229页。

⑤郑新俭、张磊:《完善我国域外法查明制度之研究》,载《人民司法》2005年第6期,第71页。

⑥《从统计分析方法看我国涉外民商事审判实践的发展》,载《中国国际私法与比较法年刊》第11卷,第143页。

历史。这对矛盾共同存在于国际私法,并统一于国际私法的实践之中。作为一个特殊的法律部门,国际私法的选法特性决定了这一矛盾无法回避,甚至可以这样说,国际私法就是在适用与限制外国法的矛盾运动过程中形成和发展起来的<sup>①</sup>。这就决定了涉外审判中“国家去的趋势”的存在有其合理的背景。具体来说,其正当性和成因可归纳如下:

首先,主权原则是国际私法的一项基本原则<sup>②</sup>。在这种观念的下,主权者通过立法或司法途径解决法律冲突时,总是努力选择自己的实体法,减少或排斥外国实体法的适用机会。而且,由于冲突规范具有选法的功能,它在选择所适用的法律时,既不会全部指向外国法,也不会全部指向内国法。但是,由于国际私法的民族性,当冲突规范指引外国法为应该适用的准据法时,如果该外国法的适用对法院地国不利,各国法院总会寻找各种各样的方法,从而排除或限制外国法的适用,达到适用法院地法的目的。这些方法包括在国际私法中逐渐形成的反致、法律规避、识别、公共秩序保留等排除外国法适用的制度。

其次,在立法层面,我国早期国际私法立法的自我本位观念和许多法律规定的缺失是法院地法倾向的重要原因。在涉外案件中,根据冲突规范,不会一味的适用法院地法,也不会一味的适用外国法。但在我国立法中,法律适用规则自身就体现了优先适用我国法的倾向。例如,《民法通则》第143条规定在当事人民事行为能力上以我国法律进行限制;第146条侵权行为规定了以法院地法为限制的双重可诉原则;第147条规定离婚适用法院地法;第150条规定依照本章规定适用外国法律或者国际惯例的,不得违背中华人民共和国的社会公共利益。另外,《合同法》第126条在合同的法律适用方面也专门规定了三资合同只能适用中国法的单边冲突规范。这些规定从不同的方面为法院地法的适用提供了有力的保证。

除此之外,我国国际私法法律规定存在较多的缺失。例如,中国国际私法长期以来缺乏冲突法一般制度的规定,诸如反致、识别、先决问题等。在具体的内容上,诸如保险、信托、代理、法人的民事能力、不当得利、无因管理、公司、破产、产品责任、技术转让、知识产权以及法律的时际冲突、区际冲突等尚未得以规范,一些新型的商事、海事法律关系,特别是与互联网有关的纠纷中出现的法律冲突问题的解决更是付之阙如。在这些领域,由于不存在冲突规范,也就缺乏了指引适用外国法的媒介,“回家去的趋势”就不足为奇了。

再次,在法官层面,法律适用法的运用需要法官具有一定的国际私法素养,对法官素质提出了较高的要求。而目前的社会背景下,适用法院地法常常是法官“趋利避害”的选择。通常,法官在适用法律的时候,首先考虑的就是法院地法,而适用外国法则是一种例外<sup>③</sup>。因为,法官适用法院法有许多便利,“最明白不过的事实,就是内国的法官无疑最熟悉自己的法律。”<sup>④</sup>在适用法院法的时候,他们一定不会忽略新颁布的法律或者法院新做出的判决,而且大多可以做到不出解释上的错误。相反,如果他们要适用外国法,那么就会有許多麻烦。例如,他们需要通过一些途径查明外国法,并且在查明该外国法后,需要判断或证明其正确与否,或者他们需要掌握多门外语以查明外国法的内容。但是,不可否认的是,既使他懂得所涉准据法国家的语言,由于文化上的差异,也不一定能够断定自己对该国法律的解释正确无误<sup>⑤</sup>。这对法官来说,如果能在国际私法中找到一些适当的手段去适用法院地法,那将是他十分乐意的事。况且,在中国,由于体制方面的原因,错案率与法官的业绩、工资相挂钩,在涉外民商事案件中,适用外国法面临着对外国法理解是否正确的潜在风险,从而可能会导致错案率增加。出于现实的目的,法官在司法实践中也往往会通过各种方法适用其最为熟悉的内国法,从而导致本应适用的外国法被“技术性”的排除在外。

最后,当事人层面。对于大多数中国人来说,国际私法本来就是一座古老而神秘的象牙塔。它是由

① 裴普:《从对外国法的适用与限制看国际私法的矛盾统一》,载《现代法学》1998年第2期,第99页。

② 李双元:《国际私法》,北京大学出版社2000年,第26页。

③ 邓正来:《美国现代国际私法流派》,中国政法大学出版社2006年,第150页。

④ 李双元、邓杰、熊之才:《国际社会本位的理念与法院地法适用的合理限制》,载《武汉大学学报(社会科学版)》2001年第5期,第519页。

⑤ 马丁·沃尔夫:《国际私法》,法律出版社1988年,第38页。

许多抽象而又深奥的理论和术语构建而成的,当事人知之者甚少。由于其缺乏专业的涉外法律适用知识,并且由于外国法比较复杂难懂,以及外国法的查明、理解和适用上存在很大的难度,再加上繁琐的查明程序往往会浪费很多金钱和精力,出于效率和功利的目的,当事人即便约定适用外国法,真正坚持适用外国法的也不多。

## (二)“回家去的趋势”的弊端

“回家去的趋势”有利有弊。早期,我国的涉外民商事关系不很发达,其潜在的弊端被利益保护的外表所遮掩。而今天,中国在国际社会地位日渐突出并要成为一个负责任的大国,在此情况下,“回家去的趋势”的弊端就会得以彰显。

首先,它违反了平等互利原则,会妨碍国际民商事交流。因为如果一国在本该适用外国法的时候,把本国的利益目标置于比较显著的地位,去追求法院地法的适用,通过各种各样的制度或方法扩大本国法的适用,很有可能损害对方当事人的利益。这在一定程度上会挫伤对方当事人和本国国民民商事交流的信心,而且也增加了相互交流的障碍,最终妨碍国际民商交流的正常发展。

其次,它会阻碍判决的承认与执行。一般来说,任何国家的判决都是一国司法机关代表其主权国家针对特定的法律争议作出的,原则上只能在判决国境内生效,没有域外效力,这早已为国际社会所公认。基于各种各样的考虑,现代国际社会在一定条件下相互承认外国法院判决在内国具有与外国判决同等的法律效力,并在必要时按内国的有关规定予以强制执行。各国对于承认与执行外国法院的判决往往规定一些严格的条件<sup>①</sup>,其中一个条件就是原判决国法院适用了适当的准据法。例如,《中法民商事司法协助协定》第22条第2款规定,在自然人的身份或能力方面,请求一方法院没有适用按照被请求一方国际私法规则应适用的法律时,可以拒绝承认与执行请求法院做出的有关判决,但其所适用的法律可以得到相同结果的除外。很显然,如果我国人民法院以各种方法达到适用自己法律的目的,这样肯定会给判决的承认与执行增加难度。

最后,它助长了当事人“挑选法院”的现象。在国际私法的司法实践中,无论当事人在何国起诉,法院都适用确定的同一国的法律,做出相同的判决,这符合许多国际私法学者所追求的判决一致的目标——即“公道要求不论诉讼在什么地方提起,判决总是一样的”<sup>②</sup>。但是,事实上,“回家去的趋势”的出现使这一目标成为一个遥不可及的理想,并且会在一定程度上加剧“挑选法院”的现象。“回家去的趋势”是“挑选法院”的原因之一,这已被广泛认可<sup>③</sup>。因为,在“回家去的趋势”下,原告如果判断适用某国法对自己有利,他就会在该国起诉。这无疑会促使原告制造多种连结点,故意选择对自己有利而对被告不利的法院起诉。“挑选法院”不仅浪费了司法资源,而且会导致对被告的严重不公。

## 三、“回家去的趋势”的适当限制

在国际私法发展的历史长河之中,内外国法律平等的法律平位观念备受推崇。如德国学者萨维尼提出的平等地看待内外国法律的“法律关系本座说”,得到了国际社会的广泛认可,并一度促进了国际私法的成文化。后来的“法律关系重心说”、“最密切联系说”都继承了该理念。而鼓吹内国法优于外国法的严格的属地主义,却有着与之相反的命运,它们或被批判或被抛弃,如英国学者戴赛提出的“既得权说”,开始得到英国学者威希尔拥护,但是后来被威希尔所抛弃,并转而对它进行批判。就连戴赛所著的《冲突法》,在1949年第六版中,修订者也对该原则加以修改,而1976年第八版已将它完全删去<sup>④</sup>。因此,必须对法院地法倾向进行适当的限制。针对中国目前存在的法院地法倾向的问题,至少要解决以下几个问题:

1. 重视冲突法的作用,平等对待内外国的法律。随着全球化的发展,人类联系的越紧密,其存在的

① 韩德培:《国际私法》,高等教育出版社、北京大学出版社2007年,第506页。

② 马丁·沃尔夫:《国际私法》,法律出版社1988年,第22页。

③ 弗里德里希·K. 荣格:《法律选择与涉外司法》,北京大学出版社2007年,第5页。

④ 沃尔夫:《国际私法》,第43~45页。

共同利益也越多。在此情况下,我们应该树立内外国法律之间以及内外国当事人之间平等的观念,而不能厚此薄彼,对正在进入全球化时代的国际私法来说,即不能简单地认为凡适用法院地法就符合国际私法的要求,凡适用法院地法便能保护我国当事人的权益;也不能简单地认为凡适用外国法就符合国际私法的要求。事实上,当代国际私法越来越要求必须平等地对待内外国法。如果我们要从理论和实践中去衡量当今一个国家的冲突法是否先进或涉外审判是否合理时,在相当程度上,就看它在决定法律选择时是否充分而又科学地贯彻了这种理念<sup>①</sup>。这种法律适用是体现一国法院能否确保程序公正、不狭隘维护本国利益的关键,是确保国际民商事交往正常秩序的重要法律条件,对于营造国际贸易良好透明的法制环境,保障公平、公正、及时地解决涉外纠纷争端,维系世界各国对我国法律的信心,具有重要意义<sup>②</sup>。

2. 关注新法,进一步精细化相关规定。2010年10月28日,我国颁布了《涉外民事关系法律适用法》,并于2011年4月1日起施行。新法很多条文是粗线条的规定,如合同领域即是如此。最高人民法院不仅要考虑既有司法解释的继续适用性,还需要考虑使新法的规定更加精细化,以适应审判实践的需要。

3. 依法审判,不断提升法官的国际私法专业素质。人类社会正处于知识经济的时代,并且日益向信息化的方向迈进,在这个时代之中,事物的变化越来越快,社会关系也日益复杂多变,我们要想适应它,就必须进行学习,不断地掌握新的知识。法官所从事的工作——审判,也是如此。国际私法的专业性要求不仅法官自己要加强学习,而且法院也应该针对涉外法律适用的特殊性和所出现的问题,有目的地进行法官培训。

4. 增强我国当事人涉外法律适用意识。在许多涉外民商事案件中,当事人对于法律适用意识淡薄,事先并不做出法律选择,这样就为事后纠纷的解决留下隐患。有的当事人即使事先做出了法律选择,然而事后却不提供适用的准据法,从而为法官适用法院地法提供了理由。对于我国当事人来说,适用法院法可能对其有利,但是也不尽然,有时适用外国法可能更有利于保护我国当事人的利益。诸如在人身和财产损害赔偿方面,美国和欧洲的许多国家都规定了比我国更高的赔偿标准,适用外国法有时会得到更好的救济。因此,提高法律适用的意识,当事人主动要求适用外国法,并积极查明外国法,从而督促法官不得不考虑适用外国法,是解决我国目前错误适用法院地法倾向的一个重要途径。

■作者简介:何其生,武汉大学国际法研究所教授,博士生导师;湖北 武汉 430072;

许 威,南宁市级人民法院法官。

■基金项目:教育部人文社会科学重点研究基地 2009 年度重大项目(2009JJD820008)

■责任编辑:车 英

①李双元:《国际私法(冲突法篇)》,武汉大学出版社 2001 年,第 337~338 页。

②李双元:《走向 21 世纪的国际私法》,法律出版社 1999 年,第 204 页。