



专题：
国际争议解决

《北大法律评论》(2018)
第 19 卷·第 2 辑·页 1—25
Peking University Law Review
Vol. 19, No. 2, 2018, pp. 1-25

国际规则中的“民商事项”

——范围之争与解释方法

何其生*

“Civil or Commercial Matters” in International Instruments: Scope and Interpretation

He Qisheng

内容摘要:在晚近私法领域国际法律文书的制定中,“民商事项”这一术语经常被使用,以决定国际法律文书的适用范围。在对“民商事项”的判断上,以法律关系的性质作为标准得到了国际社会的普遍认可。但以海牙公约为代表的国际公约更进一步主张自治性地解释这一概念,独立于请求国或被请求国的国内法。自治性解释是目的解释、自由解释,旨在尽量扩大公约的适用范围,尤其是公私法交叉的灰色区域,近年来通过海牙公约特委会的解释,逐渐被纳入公约的适用领域。在民商事案件性质的判断上,我国实践中亦是以法律关系的

* 何其生,北京大学法学院教授、博士生导师。本文是司法部司法协助交流中心课题“中外司法协助立法与实践问题研究”和北京大学科研项目“判决流动全球性规则的博弈”的中期成果之一。

性质作为标准,并应以我国法律作为认定和解释的依据,但在不违反我国法律基本原则的情况下,应逐步扩大民商事领域的合作范围。

关键词:民商事项 国际法律文书 自治性解释 司法协助

在私法领域国际法律文书的制定中,经常会使用“民商事项”一词^{〔1〕},其英文表述为“civil and commercial matters”或“civil or commercial matters”,or 和 and 的变化没有实质意义的不同。^{〔2〕} 但如何理解这一术语,并在实践中保持一致性和适当的灵活性,一直是各国争议的问题。在 2016 年国际组织海牙国际私法会议主持的《承认与执行外国法院判决公约(草案)》(以下简称《海牙判决公约草案》)谈判中,美国代表团就要求针对该术语尽可能提供一些指引,原因是这一术语所涵盖的范围过于广泛。^{〔3〕} 在 2017 年欧洲法院(the Court of Justice of the European Union)审理的 *Pula Parking d. o. o. v. Sven Klaus Tederahn* 案^{〔4〕}中,“民商事项”的判断成为该案争议的焦点。在中国缔结的 39 个双边民事司法协助协定中,“民事”“民事和商事”是经常使用的术语。在《海牙判决公约草案》的谈判过程中,刑事附带民事赔偿、反垄断、涉及国家的民事诉讼等情形是否被纳入“民商事项”的范围,也是中国代表团关注的重点。本文主要从比较法的视角,探讨“民商事项”的判断标准和解释方法。^{〔5〕}

一、“民商事项”术语的使用与分歧

(一)“民商事项”术语的使用

在民商事领域国际规则的谈判中,除非议题特别具体(如离婚、扶养、收养等),通常相关法律文书都会涉及“民商事”“民事”“商事”所涉范围的界定问题,

〔1〕 本文所讨论的国际规则主要包括民事诉讼程序性法律文书,尤其是司法协助方面的国际公约,也涉及联合国贸易法委员会和国际统一私法协会少量实体性的法律文书,但不包括公法领域的一些国际公约,如 1950 年《欧洲人权公约》Art. 6(1)提到的“民事权利和义务”,1969 年《美洲人权公约》第 8(1)条提到的“民事性质的权利和义务”。

〔2〕 See HCCH Permanent Bureau, Annotated Checklist of Issues to Be Discussed by the Working Group on Recognition and Enforcement of Judgments: Glossary, January 2013.

〔3〕 See Note on Article 1(1) of the 2016 Preliminary Draft Convention and the Term “Civil or Commercial Matters”, drawn up by the co-Rapporteurs of the draft Convention and the Permanent Bureau, Preliminary Document No 4 of December 2016 for the attention of the Special Commission of February 2017 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments, December 2016. (Hereafter “Note on the Term ‘Civil or Commercial Matters’”.)

〔4〕 Case C551/15, Judgment of The ECJ (Second Chamber), 9 March 2017.

〔5〕 对于这一问题,目前国内除了少量的关于司法协助的学术专著对此进行了介绍和讨论外[例如,徐宏:《国际民事司法协助》(第 2 版),武汉大学出版社 2006 年版,第 13—20 页;何其生:《域外送达制度研究》,北京大学出版社 2006 年版,第 125—129 页;乔雄兵:《域外取证的国际合作研究》,武汉大学出版社 2010 年版,第 39—46 页],专门性的研究非常薄弱。

这实际上就直接关涉到法律文书的适用范围。总结现有的国际法律文书,其对于“民商事项”规制的主要方式如下:

一是在适用范围中使用“民商事项”一词,但不做具体界定,也不排除具体的事项。1905年和1954年的《民事诉讼公约》、1965年《关于向国外送达民事或商事司法文书和司法外文书公约》(以下简称《海牙送达公约》)、1970年《关于从国外获取民事或商事证据公约》(以下简称《海牙取证公约》)是这方面的代表。

二是在适用范围中使用“民商事项”一词,但随后详细罗列具体排除事项。这些被排除的事项主要是因为各国重大关切,或不适合适用目前的条约,或已经有专门性的条约。例如,1971年《外国民商事判决承认和执行公约》^{〔6〕}和2005年《选择法院协议公约》^{〔7〕}等,均使用了术语“民商事项”,而且罗列了一些具体的排除事项,诸如自然人的身份和能力、家庭法、继承、破产、核损害责任等。

三是没有使用“民商事项”这一全称表述,使用“商事”或其他术语,实践中需要对这些术语所涵盖的范围进行判断。例如,《国际商事合同通则》仅适用于商人或商事交易;《承认及执行外国仲裁裁决公约》(以下简称《纽约公约》)不仅涉及“契约性和非契约性纠纷”的解决,而且允许缔约国进行商事保留。

中国不仅是上述《海牙送达公约》《海牙取证公约》《纽约公约》等的缔约国,而且中国缔结了三十多个民事、民刑或民商事双边司法协助协定。例如,1993年签署的《中华人民共和国和保加利亚共和国关于民事司法协助的决定》(以下简称《中保加利亚民》)聚焦于“民事”领域,而在解释时,“民事”一词包括由民法、商法、家庭法和劳动法调整的事项。^{〔8〕}这一解释能否理解为我国官方就“民事”所下的定义,值得深究。而在标题含有“民商事”的表述时,特别强调民事包含劳动方面的事项。^{〔9〕}“民法”“商法”“家庭法”“劳动法”通常都是比较大的概念和范围,在履行公约时,如何解释这些概念,需要有效的解释方法。^{〔10〕}

〔6〕 参见该公约第1条第2款。

〔7〕 参见该公约第2条。

〔8〕 参见《中保加利亚民》第1条。

〔9〕 参见《中华人民共和国和阿根廷共和国关于民事和商事司法协助的条约》(以下简称“《中阿根廷民商》”)第1条。

〔10〕 另外,就中国区际司法协助而言,2006年《内地与澳门特别行政区关于相互认可和执行民商事判决的安排》(法释〔2006〕2号,2006年2月13日最高人民法院审判委员会第1378次会议通过)规定了该《安排》适用于民商事案件(在内地包括劳动争议案件,在澳门特别行政区包括劳动民事案件)、刑事案件中有关民事损害赔偿,但不适用于行政案件。2019年1月内地与香港特别行政区签署的《关于内地与香港特别行政区法院相互认可和执行民商事案件判决的安排》也规定适用于“民商事案件”,其第1—3条还就民商事案件进行了界定。实际上,中国区际法律冲突和区际民事司法协助的范围均涉及民商事范围的界定,而且由于香港特别行政区是普通法的传统,而澳门特别行政区又承继了葡萄牙的法律体系,研究国际规则中“民商事项”的界定,对于我国区际案件的处理和司法协助的开展也具有一定的借鉴意义。

（二）“民商事项”的分歧及成因

上述双边和多边性国际法律文书没有对“民商事项”的范围进行界定,并非公约起草者的疏忽。事实上,在《海牙送达公约》和《海牙取证公约》的制定及实施过程中,确曾有国家要求明确民事或商事含义,但经过反复讨论,终难取得一致意见^{〔11〕},以至于实践中,各公约关于“民商事项”的理解不一。而各国分歧最直接的体现是:以英美为代表的普通法系国家认为,除刑事案件外,其他所有的诉讼案件包括行政案件,都属于民商事范畴;而大陆法系国家则认为,不仅刑事案件不属民事范畴,行政和税收案件也不能与民商事相提并论。^{〔12〕}之所以有此巨大的差异,主要与各国的法律传统有关,同时也与晚近公法和私法的交织融合有关。

第一,法律传统上的差异。英美国家由于其特有的法律传统,只有判例法与制定法、普通法与衡平法之分,立法上没有民法与商法的概念。^{〔13〕}在诉讼程序上,美国的实践是除刑事以外,其他的诉讼都是民事诉讼。^{〔14〕}行政法并不是一个明确的专门性法律领域,美国也没有专门处理行政诉讼的法院系统,相关法律纠纷依靠一般法院处理。^{〔15〕}而美国法院是一般管辖权的法院,它没有德国那种单独分开的法院系统,对劳动法、行政法或社会福利法等领域进行专门管辖。^{〔16〕}因此,有学者认为:“美国的民事司法并非一般意义上的民事司法。实际上,以我们的观点言之,它包括了三种类型的诉讼案件:一是民事、经济诉讼案件,二是行政诉讼案件,三是宪法诉讼案件。美国法院除刑事案件的解决依照刑事诉讼程序法外,其余案件的解决一概依循民事诉讼程序。”^{〔17〕}在英国,也是将“民商事项”界定为除刑事以外的事项。宪法、行政法和税法的事项是

〔11〕 参见徐宏:《国际民事司法协助》(第2版),同前注〔5〕,第14页。

〔12〕 参见徐宏:《国际民事司法协助》(第2版),同前注〔5〕,第14页。

〔13〕 当然,这并不是说明英美国家没有相关的法律制度。英美国家的商事法律制度分散规定于财产法、契约法、代理法、侵权行为法、公司法、合伙法、担保法、票据法、保险法、海商法、破产法、竞争法之中,以判例或制定法的形式表现出来。参见陈本寒主编:《商法新论》,武汉大学出版社2009年版,第30页。

〔14〕 See Restatement (Third) of Foreign Relations Law (American Law Institute, Restatement of the Law, Third; The Foreign Relations Law of the United States, American Law Institute Publishers, 1987), § 471 comment f, as regards the Hague Service and Evidence Conventions (Hague Convention of 15 November 1965 on the service abroad of judicial and extrajudicial documents in civil or commercial matters, 658 UNTS 163, and Hague Convention of 18 March 1970 on the taking of evidence abroad in civil or commercial matters, 847 UNTS 241).

〔15〕 参见彼得·哈伊:《美国法律概论》(第2版),沈宗灵译,北京大学出版社1997年版,第207页。

〔16〕 同上注,第39页。

〔17〕 汤维建:《美国民事司法制度与民事诉讼程序》,中国法制出版社2001年版,第72页。

“民法”范围。^{〔18〕}因此,英美国家对“民商事项”的界定范围相对较宽泛,一般可囊括刑事以外的情形。^{〔19〕}

在大陆法系,自罗马法起,法律常区分为公法和私法。作为区分的首创者,古罗马著名法学家乌尔比安在其著作中写道:“它们有的造福公共利益,有的造福于私人。公法见之于宗教事务、宗教机构和国家管理机构之中。”^{〔20〕}查士丁尼钦定的《法学阶梯》明确肯定:“法律学习分为两部分,即公法与私法。公法涉及罗马帝国的政体,私法则涉及个人利益。”^{〔21〕}罗马法的传统与继承,最终形成了公法和私法在大陆法系国家的二元传统。进一步而言,对于私法领域的民事和商事规范,又可以分为民商分立和民商合一两种立法模式。一些大陆法系国家认为商事事项是民事的次级事项;其他一些国家则认为它们是相互独立的事项。^{〔22〕}在民商分立的国家,二者是不同的法律部门,民法调整民事关系,商法调整商事关系。此种立法模式以法国、德国和瑞士为代表,这些国家都有单独的商法典。在以瑞士为代表的民商合一的国家,商事关系是民事关系的一部分,民事观念是商事观念的立法基础。因此,在民法典外,不另行制定商法典。^{〔23〕}尽管商事法在各国的立法中大量存在,但目前还没有国家的立法对商法的概念和范围予以明确的界定,学术界的理解也不一致。^{〔24〕}商法主要涉及个人利益,因此当属私法,但现代商法越来越多地规定商事罚则条款和一些处罚性规定。尽管如此,“我们应该明白商法只是一般私法中的一个特殊的组成部分,我们不能仅仅从商法规范本身来理解和适用商法”。^{〔25〕}考虑到立法形式的不同,2005年《选择法院协议公约》选择使用“民事”和“商事”事项,旨在满足那些将“民事”和“商事”视为两个单独法律制度的国家的需求。而对于那些将商事诉讼视为民事诉讼的次级类型的国家,这么做也不会带来伤害。^{〔26〕}

〔18〕 See Report by Professor Dr Peter Schlosser on the Convention of 9 October 1978 on the Association of the Kingdom of Denmark, Ireland and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland to the Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters and to the Protocol on its interpretation by the Court of Justice, OJ 1979 C 59/03, para. 24. (Hereafter “Schlosser Report”).

〔19〕 See Jürgen Basedow, *et al*, *Encyclopedia of Private International Law*, Edward Elgar Publishing, 2017, p. 346.

〔20〕 彼德罗·彭梵得:《罗马法教科书》,黄风译,中国政法大学出版社1992年版,第9页。

〔21〕 查士丁尼:《法学总论:法学阶梯》,张企泰译,商务印书馆1989年版,第5页。

〔22〕 See Trevor Hartley and Masato Dogauchi, “Explanatory Report on the 2005 Hague Choice of Court Agreements Convention”, *Den Haag*, 2013, para. 49. (Hereafter “Hartley/Dogauchi Report”).

〔23〕 参见张国键:《商事法论》,台湾三民书局1985年版,第6—7页。

〔24〕 参见范健主编:《商法》,高等教育出版社、北京大学出版社2000年版,第3页。

〔25〕 罗伯特·霍恩等:《德国民商法导论》,楚建译,中国大百科全书出版社1996年版,第240页。

〔26〕 See Hartley/Dogauchi Report, para. 49.

第二,公法和私法的交织与融合。一方面,20 世纪后半期,随着经济的发展和国家干预经济生活的需要,公法私法化表现明显。^[27] 政府不但在管理公共事务的行政活动中引进私法理念和管理制度,还日益参与到私法关系中去,成为私法活动中的主体。随着公法对私法价值和制度方面的吸收,现代公法在利益上兼顾公益与私益。另一方面,19 世纪末 20 世纪初发生的一系列的经济危机,使国家开始广泛干预经济生活,介入传统的私法领域,私法公法化现象出现。为了维护交易安全和社会公共生活的秩序,公法对私人活动的控制增强,传统的私法概念、制度和原则发生重大变化。^[28] 公法私法化和私法公法化是公法私法二元划分传统下大陆法系国家法律出现的新变化,这使私法领域出现了许多管理性和处罚性规范。^[29] 尽管立法中这些强制性规范并没有改变民法或商法属于私法的本质属性,但却使民商事事项的划分日益复杂,对于一些灰色领域而言,人们很难将其简单地归类为私法。

具体到“民商事事项”的判断上,分歧的焦点主要集中在能否将行政诉讼案件和公法与私法之间的“灰色区域”包括在民事范围之内^[30],包括下述一些情形:(1) 刑事附带民事赔偿。此类诉讼主要是刑事案件,但犯罪行为导致的损害问题常常需要和刑事诉讼一并进行审理,由于民事赔偿被刑事诉讼吸收,因此具有模糊性。(2) 惩罚性赔偿。惩罚性赔偿突破了民事损害的补偿性质,具有惩罚性功能,其是否属于私法范畴,各国争议很大。(3) 管理权行为。当一国在从事商业活动而非运用其公权力(public powers)进行管理活动时,该国一般不享有主权豁免,但该商业活动是否会被纳入民商事范围内,因国家及其机构相关活动性质的模糊性而产生了认识上的差异。(4) 税法。虽然财政税收一般会被明示排除在民商事范围以外,但税收行为的界定仍然非常有争议。比如欧洲法院在 *Sunico* 案^[31] 的裁判中便表明,税收机关因欺诈追讨偷税漏税的行为,就不应被排除在民商事范围之外。(5) 反垄断行为。现今不少观点认为,只要是私人(个人或集体)而非政府对反垄断采取行动,就应当落入民商事范畴^[32],但这一观点并没有得到普遍的接受。另外,像破产、知识产权、反不正当竞争等领域能否纳入民商事范围,都存在比较大的争议。

[27] 参见袁曙宏:《建立统一的公法学》,载《中国法学》2003 年第 5 期,第 25 页。

[28] 参见刘翀:《大陆法系公法私法二元传统的新变化及评价》,载《辽宁行政学院学报》2009 年第 5 期,第 29 页。

[29] 关于公法私法化和私法公法化的现象,详细讨论可参见何其生、孙慧:《外国公法适用的冲突法路径》,载《武大国际法评论》2011 年第 1 期,第 191—194 页。

[30] *Supra* note[19], pp. 355-357.

[31] *The Commissioners for Her Majesty's Revenue & Customs v Sunico ApS and Others*, C-49/12, Judgment of the Court (Third Chamber), 12 September 2013.

[32] See Note on the Term “Civil or Commercial Matters”, para. 41.

二、“民商事项”的认定标准

判断“民商事项”的范围,其话语语境通常系相对于行政和刑事事项而言,其实质是在讨论私法事项和公法事项的区分。在某种程度上,“民商事项”的判断标准就是公私法划分的标准。而这一领域的讨论毫无疑问汗牛充栋。^{〔33〕}在国际规则谈判和具体的司法实践中,讨论最多的有三种标准,即依法院的性质、依当事人的性质和依法律关系的性质。^{〔34〕}

(一) 依法院的性质

如果法院系统是按照公私法划分的方法建立的,依法院的性质来区分公私法无疑是一种简单易行的标准。“19世纪,民法法系各国先后建立了双重法院系统——普通法院系统和行政法院系统,进一步确立了公法和私法的分离。”^{〔35〕}然而,这种标准现今无疑应该是最先排除的标准,前述英美国家的司法案件主要是民事案件和刑事案件,而民事案件中包含了大量的公法案件。民事诉讼程序尚且如此,法院系统的区分就更笼统了。目前世界各国法院的设立纷繁复杂,千变万化,难以有统一的标准,确定其性质并不容易。

因此,在《海牙判决公约草案》早期的谈判过程中,起草公约的特别委员会(通常简称“特委会”)就表示,公约的适用并不取决于法院的性质,公约应适用于刑事法庭所审理的民事赔偿案件。^{〔36〕}该解释已经明确将刑事附带民事赔偿纳入公约的适用范围。

(二) 依当事人的性质

依当事人的性质决定公私法的差别,即“主体说”。“公法所规律的法主体,最少有一方是国家或是由国家予以国家的公权者,反之,私法所规律的法主体,直接地都是个人或非‘国家公权的主体’的团体。”^{〔37〕}这是早期区别公法和私法的基本标准。作此区分的核心理由是公法是直接关于国家的法,其以保护国家

〔33〕 关于公私法的区别标准,“瑞士人荷灵加(Holliger)在其学位论文《公法与私法的区别标准》(Das Kriterium des Gegensatzes zwischen dem öffentlichen Recht und dem Privatrecht, Inaugural Dissertation 1904)中举出十七种不同的学说;马尔堡(Marburg)的私讲师华尔兹(Walz)在就职演讲《关于公法的本质》(Vom wesen des öffentlichen rechts, 1928)中亦举出十二种不同的学说。”参见美浓部达吉:《公法与私法》,黄冯明译,中国政法大学出版社2003年版,第23—24页。

〔34〕 See Note on the Term “Civil or Commercial Matters”, paras. 4-8.

〔35〕 吕芳:《公法与私法的二元论及双重法院系统》,载《法律适用》2000年第11期,第17页。

〔36〕 “Preliminary Draft Convention adopted by the Special Commission and Report by Peter Nygh and Fausto Pocar”, Prel. Doc. No 11 of August 2000 for the attention of the Nineteenth Session of June 2001, in Proceedings of the Twentieth Session (2005), Tome II, Judgments, Cambridge—Antwerp—Portland, Intersentia, 2013 (Hereafter “Nygh/Pocar Report”), paras. 23 & 27.

〔37〕 同前注〔33〕,第36页。

利益或社会公共利益为任务;私法是个人相互间的意思和利益交涉的法,其以保护个人利益为主要任务,原则上由社会本身的力量维持。但现代国家也从事大量的商业活动,如发行债券、从事投资等。依当事人的性质就可能导致这部分民商事关系划归到公法的范畴,违背法律关系本身的性质。

在《海牙判决公约草案》谈判过程,与会各国代表同意不能仅仅因为如下事实,即国家,包括政府、政府部门或者代表国家行事的人是诉讼的一方当事人,就将判决排除在公约的适用范围之外。而且,关于诉讼的定性不得仅因为诉讼请求转移给另外一个人,或义务由另一人承担,而变换其性质。例如,如果一个私人主体将其诉讼请求转让给一个国家、政府或政府机构,诸如在一个国家保险计划下,私人机构的诉讼权利发生转移,其民商事性质并不因此而变化。^[38]因此,如果一个国家或者国际组织成为诉讼程序的当事人,这本身并不阻止公约的适用。^[39]

(三) 依法律关系的性质

以法律关系的性质作为公私法的区分标准一直以来为学者们所推崇:“公法关系是权力者与服从者间的关系,私法关系是对等者间的关系。”^[40]实践中,公法关系不仅要有公共机构为主体,而且要有公权力的介入。在此方面,欧盟的实践颇丰,而《海牙判决公约》在起草过程中又对此进行了发展。

欧盟“民商事事项”的规定开始于1968年的《关于民商事案件管辖权及判决执行的公约》(通常简称“《布鲁塞尔公约》”)。^[41]该公约第1条第1款的原始版本只提及了“民商事事项”,并没有排除条款。出现在欧盟《关于民商事管辖权及判决的承认与执行的第44/2001号条例》(通常简称“《布鲁塞尔条例I》”)^[42]中的第二句话:“公约不适用税收、关税或行政事项”,是1978年在《丹麦、爱尔兰和联合王国加入公约》^[43]中加入的。该加入公约的解释报告指出:“关于民商事事项和公法事项的区别,为欧共体原始成员国的法律制度所认可;尽管有一些重要的不同,但整体上标准相似。”^[44]但在英国和爱尔兰,并不存在上述欧共

[38] See Note on the Term “Civil or Commercial Matters”, para. 8.

[39] *Id.*, para. 7.

[40] 同前注[33],第40页。

[41] Convention of 27 September 1968 on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters, concluded at Brussels (OJ 1972 L 299).

[42] Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (OJ 2001 L 12).

[43] Convention on the accession of the Kingdom of Denmark, Ireland and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland to the Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters and to the Protocol on its interpretation by the Court of Justice (signed on 9 October 1978—78/884/EEC).

[44] Schlosser Report, para. 23.

体原始成员国的标准。英国和爱尔兰的民法主要是相对于刑法而言的。除此有限的意义外,公法与私法并没有像欧共体原始成员国法律制度那样的区分。宪法、行政法和税法都被包括在民法中。^[45] 因此,为了说明不同,新的句子被加入原始文本中。这一例外背后的意图是:私法事项是指民商事项;公法或刑法事项是国家以主权者身份而行为的事项。^[46] 这一表述不仅为 2007 年的《洛迦诺公约》所接受^[47],而且重复使用于 2012 年修订的《关于民商事管辖权及判决的承认与执行的第 1215/2012 号条例》[以下简称“《布鲁塞尔条例 I(重订)》”]中。^[48]

迄今为止,欧洲法院已有不少案件涉及“民商事项”的认定,并形成了一般性的规则。一是“民商事项”是一个独立的概念,应该自治性地解释,并不参考某一成员国的国内法。二是本质上来说,“民商事项”的范围由争议当事人间法律关系的特征性元素决定。^[49] 这就意味着为了确定案件是否与“民商事项”有关,必须对争议当事人间的法律关系进行定性,审查其基础和适用于诉讼的具体规则。^[50]

而对于公私法交叉的领域,总结已有的案例,下述事项被纳入了“民商事项”的范围:公立学校的教师责任^[51]、消费者保护组织提起的诉讼^[52]、公共机构通过社会援助方式支付补助费用的追索权之诉^[53]、政府和保险公司之间的担保合同之诉^[54]、专利侵权争议的惩罚性支付令^[55]、税收机关基于欺诈所提起的诉

[45] *Id.*, para. 24.

[46] *Id.*, paras. 25-28.

[47] Convention of 30 October 2007 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, concluded at Lugano(OJ 2007 L 339), replacing the Convention of 16 September 1988 on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters, concluded at Lugano(OJ 1988 L 319).《洛迦诺公约》主要适用于欧盟(包括丹麦)、冰岛、挪威和瑞士之间。

[48] Regulation (EU) No 1215/2012 of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast), entered into force 1 January 2015 (OJ 2012 L 351).

[49] *E. g.*, C-645/11, at 32.

[50] *E. g.*, C-49/12, at 35; C-302/13, at 26; C-102/15, at 35.

[51] *Volker Sonntag v. Hans Waidmann and Others*, C-172/91. 该案是在一次学校组织的旅行中,因为老师的疏忽导致学生受到伤害。法院认为老师的行为与行使公权力无关。

[52] *Verein für Konsumenteninformation v. Karl Heinz Henkel*, C-167/00. 该案中消费者保护组织请求禁止贸易者在其合同中使用不公平条款。法院认为其与行使公权力无关,而且主要受私法规制。

[53] *E. g.*, C-271/00; C-433/01. 法院认为此类案件主要适用的是关于扶养的法律规则。

[54] *E. g.*, C-266/01.

[55] *E. g.*, C-406/09; C-4/14.

讼^[56]、因违反欧盟竞争法而产生侵权的损害赔偿之诉^[57]、公共债务^[58]等。

下列事项则被排除在“民商事项”范围之外：欧洲航空安全组织的费用诉讼^[59]、负责公共水路管理的代理人为移除沉船而产生费用的追偿诉讼^[60]、针对一缔约国武装力量行动而产生的损害赔偿之诉^[61]、因违反竞争法所涉罚款数目的返回之诉^[62]。

最近颇有影响的是 2017 年欧洲法院审理的 *Pula Parking d. o. o. v. Sven Klaus Tederahn* 案^[63]。该案被告 Tederahn 是德国居民。2010 年，被告在克罗地亚普拉镇停车 8 天，没有缴纳停车费。5 年后，受委托负责管理该停车场的公司 Pula Parking d. o. o.（以下简称“普拉停车场公司”）请求克罗地亚的公证人针对被告发出执行令，要求被告支付停车费（大约 13 欧元）及延期利息。2015 年 4 月 21 日，被告对该执行令提出异议，案件转交给了普拉市法院。普拉市法院向欧洲法院请求咨询的问题之一就是：申请人是普拉镇所拥有的公司，受委托管理、维护和清洁停车场，并收取一定的停车费，该案是不是“民商事”案件，以及是否属于 2012 年修订的《布鲁塞尔条例 I》的适用范围。

《布鲁塞尔条例 I(重订)》序言第 10 段声明，条例主要调整的是民商事案件。其第 1 条第 1 款明确规定：“本条例适用于民商事案件，而不管法院或法庭的性质。本条例特别不适用于税收、关税或行政事项或者在行使国家权力中的作为和不作为(主权行为)所引发的国家责任。”普拉市法院、克罗地亚、瑞士政府和欧盟委员会认为，此案的法律关系主要是民事性质。^[64] 欧洲法院认为，为了保证《布鲁塞尔条例 I(重订)》在其所有成员国和公民间平等和一致的适用，“民商事项”的解释不应仅参考某一国家的国内法，而是应考虑条例的目标和范围以及国内法律体系中的一般原则。^[65] 为此，需要鉴别法律关系，审查诉讼的基础和所适用的具体规则。本案中，管理停车场、收取停车费，是普拉停车场公

[56] *E. g.*, C-49/12. 本案中，一公共机构针对私人的税务欺诈行为提起损害之诉。法院认为，该诉讼并不是基于英国的增值税法，而是共谋欺诈，因此，应适用侵权法。

[57] *E. g.*, C-302/13.

[58] *E. g.*, C-226/13, C-245/13, C-247/13 and C-578/13. 政府债务的私人持有者针对发行国提起的合同履行之诉等。

[59] *E. g.*, C-29/76. 欧洲航空安全组织要求使用特定的装备和服务，这种装备和服务是义务性的和排他性的。而且收费的费率、计算方法、收费的程序均由该组织单边制订。此案的争议是该组织单方面规定了义务履行地在其登记的办公室。

[60] *E. g.*, C-814/79.

[61] *E. g.*, C-292/05.

[62] *E. g.*, C-102/15.

[63] Case C551/15, Judgment of the ECJ (Second Chamber), 9 March 2017.

[64] *Id.*, para. 30.

[65] *Id.*, para. 33.

司为了当地利益而承担的任务。尽管该公司权力来源于公共当局的授权行为,但收取具有契约性质的未付停车费和因此而产生的债务诉讼,均在于维护私人利益,适用私人之间关系的法律规定,并不要求普拉镇或普拉停车场公司行使公权力。普拉停车场公司所主张的停车债务不涉及任何惩罚性的赔偿,仅仅是其所提供服务的对价。^[66] 因此,该案是私法关系,是“民商事项”的所辖范围。^[67]

普拉停车场公司案和其他一些案例之所以在欧盟产生争议,主要是因为一方当事人是国家或公共机构,其共同的特色是行使公权力的机关。在公私身份不明的情况下,影响案件性质的判断也就成为必然。对于此类主体,如果其是以私人身份提起诉讼,即使争议缘起于国家的行为,相关事项原则上也应该是民商法性质。而如果争议缘起于国家或公共机构在行使公权力中的行为或不行为,则不属于民商事项的范围。^[68] 因行使公权力行为而产生的赔偿请求或损害请求是公法上的事项。^[69] 法院在提及“公权力”时使用了不同的公式化表述,诸如“相较于那些适用于由私法所支配关系的规则,公权力是其例外的权力”;“对于那些适用于私人关系的规则,公权力是超出这些规则的权力”;“对于那些适用于私人关系的普通法律规则,公权力是超出这些规则范围之外的权力”。^[70] 这些公权力在一些国家的表现是:无须诉诸普通法院而具备实施和执行请求的能力。^[71]

对于国家及其机构以私人身份从事相关行为的判断,在讨论 2005 年《选择法院协议公约》对于国家的适用时,公约的解释报告认为:“作为一般性规则,如果公共机构正在做一个普通公民能做的事情,该案件就可能涉及民商事项。而如果该公共机构正在行使普通公民并不能享有的政府权力,此案件就可能不是民商事案件。”^[72] 在《海牙判决公约草案》的谈判过程中,与会各国代表同意并不因为国家介入诉讼而改变其性质。在判断国家的私人行为时,公约的解释报告列出了三个核心标准:(1) 诉讼请求所基于的行为是私人所从事的行为;(2) 当事人所声称的损害是私人所承受的损害;(3) 所请求的救济是私人针对相同行为所产生的相同损害而寻求的那一类型救济。尽管精确的限制很难穷

[66] *Id.*, paras. 34-36.

[67] *Id.*, paras. 38-39.

[68] *E.g.*, C-266/01, at 22; C-292/05, at 31; C-645/11, at 33; C-302/13, at 30; or C-226/13 at 50.

[69] See, *e.g.*, C-814/79, at 13-15; C-292/05, at 41; C-102/15, at 40.

[70] See, *e.g.*, C-167/00, at 30; C-420/07, at 44; C-302/13 at 30.

[71] See, *e.g.*, C-49/12, at 39. 例如,在法国,政府和公有公司订立行政合同,如地铁建设、土地开发等,政府和公有公司并非以私人身份行事。如果对方当事人不履行合同,它们不一定需要到法院诉讼,而是可以单独地通过行政行为实施制裁。See Schlosser Report, para. 26.

[72] Hartley/Dogauchi Report, para. 85.

尽,上述标准仍是在国家或政府涉及诉讼时界定案件是否属于民商事性质的重要标准。^[73]

综上所述,欧盟和海牙公约提及“民商事事项”的主要目的是区分私法事项和公法事项。为了识别一个争议与“民商事事项”是否相关,法律关系的性质是决定性因素,尽管普拉停车场公司案和其他一些案例均考虑了其他一些因素,包括公共机构是否行使了公权力、适用的法律是公法还是私法等。^[74]然而,不管是海牙公约还是欧盟的条例,本身没有直接规定“依法律关系的性质”来确定“民商事事项”的范围,而是在后来的实践中要求自治性地解释这一术语。因此,如何理解自治性解释以及其与“法律关系的性质”这一判断标准之间的关系就成为实践中一个重要的问题。

三、“民商事事项”的自治性解释

国际文书所规定的术语通常需要根据自身的规则来解释,在自身没有规定的情况下,则需要考虑国际条约的解释方法,具体体现在联合国《条约法公约》的规定之中。而在相关术语或约文含义依据上述解释方法依旧模糊不清的情况下,具体实施公约的缔约国法就尤为重要。就前述的海牙公约而言,本身均未规定解释规则。对于“民商事事项”的自治性(in an autonomous manner)解释是1989年《海牙送达公约》和《海牙取证公约》特委会正式提出的^[75],但特委会及之后海牙国际私法会议的相关国际规则均未对这一概念进行界定。不过,从国际公约的解释方法以及海牙国际私法会议的一些文件中,依旧可以发现这一术语的基本含义。

(一) 自治性解释的方法

关于国际条约的解释,联合国《条约法公约》在其第三编第三节规定了3条

[73] See Nygh/Pocar Report, paras. 43-45.

[74] 在其他一些国际法律文书中,也常常考虑多项因素。例如,2016年《国际商事合同通则》就采纳了当事人的性质和法律关系性质双重标准,其序言第2款指出:对“商事”合同的限定,并非照搬某些法律体系中对“民事”和“商事”当事人和/或这两种交易的传统界定,即该《通则》的适用仅依赖于当事人是否有正式的“商人”身份,和/或交易是否具有商业性质。……该《通则》对“商事”合同并没有给予任何明确的定义,只是假定对“商事”合同这一概念应在尽可能宽泛的意义上理解,以使它不仅包括提供或交换商品或服务的一般贸易交易,还可包括其他类型的经济交易,如投资和/或特许协议、专业服务合同等。

[75] Report on the work of the Special Commission of April 1989 on the operation of the Hague Conventions of 15 November 1965 on the Service Abroad of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters and of 18 March 1970 on the Taking of Evidence Abroad in Civil or Commercial Matters, drawn up by the Permanent Bureau, available on the Hague Conference website at <www.hcch.net> under “Service Section”, Conclusion No 26. (Hereafter “Report of the 1989 SC”.)

内容,即第31条“解释的通则”、第32条“补充的解释资料”^[76]和第33条“以两种以上文字认证之条约之解释”。与本文主题相关的主要是第31条的规定。该条第1款规定:“条约应依其用语按其上下文并参照条约之目的及宗旨所具有之通常意义,善意解释之。”这一规定概括了条约解释中的三个主要因素:条约约文、条约的上下文、条约的目的和宗旨,并确立了条约解释的三个基本原则。

首先,善意解释。善意原则源于《条约法公约》第26条“条约必须遵守”(pacta sunt servanda)的规定,解释是履行条约的一部分。因此,解释条约需从善意履行条约的角度进行。其次,用语的通常意义。条约当事国按照条约所使用词语的通常意义进行理解,这是约文解释的精髓。^[77]“因为合理的假定是,至少直到有确立的相反表示为止,通常意义是最可能反映当事国意图的内容的。”^[78]最后,词语的上下文并参考该条约的目的和宗旨。“词语的通常意义不应抽象地予以决定,而应按该词语的上下文并参考该条约的目的和宗旨予以决定,这是常识和善意的要求,也是折中地采纳了目的解释。”^[79]需要指出的是,与条约的文本解释相比,条约目的与宗旨更多的是为了确认一项解释,也即如果一项解释与该条约的目的和宗旨不符,其可能是错误的。^[80]借鉴上述《条约法公约》的解释规定,对于海牙公约中“民商事事项”的自治性解释可做如下理解:

其一,自治性解释是公约解释的自治,既要考虑公约的目的,也要考虑公约的文本。对于“民商事事项”一词,广泛的分歧也体现在适用什么样的法律决定其内容上,一些国家提出应该由请求国法来决定,而另一些国家则主张由被请求国法律来决定。这对于希望扩大公约适用和自身影响力的海牙国际私法会议来说,显然不是其所想看到的。于是,海牙公约的特委会提出以自治方式解释“民商事事项”一词,避免单纯地指向适用请求国法律或被请求国法律,或重叠适用两国法律^[81],从而实现解释上的自治。自治性解释应考虑公约的目标,而不是各国国内法的规定。这一方法保证公约能够在所有缔约国间统一解释和适用。^[82]此外,《条约法公约》所规定的文本解释中,词语的上下文包括序言和附

[76] 条文原文为:“为证实由适用第三十一条所得之意义起见,或遇依第三十一条做解释而:(甲)意义仍属不明或难解;或(乙)所获结果显属荒谬或不合理时,为确定其意义起见,得使用解释之补充资料,包括条约之准备工作及缔约之情况在内。”

[77] 参见李浩培:《条约法概论》(第2版),法律出版社2003年版,第351页。

[78] 安托尼·奥斯特:《现代条约法与实践》,江国青译,中国人民大学出版社2005年版,第204页。

[79] 同前注[77],第351页。

[80] 参见同前注[78],第205页。

[81] See Report of the 1989 SC, Conclusion No. 26.

[82] See Hartley /Dogauchi Report, para. 49.

件,同时还包括“全体当事国间因缔结条约所订与条约有关之任何协定”等。^{〔83〕}在海牙国际私法会议所通过的公约中,通常在公约的制定过程中会指定专门的专家起草公约的解释报告,这些报告不仅与公约一起公布,而且会在谈判过程中反复修改。“这些解释性报告为这些公约的解释提供了一种非常宝贵的指导,而应当被理解为缔结这些公约的‘上下文’的一部分。”^{〔84〕}例如,2005年《选择法院协议公约》在其解释报告中专门指出:“‘民商事项’有其自治性的含义:并不需要参考国内法或其他法律文书。民商事国际公约均有此类限制,主要用于排除公法和刑法事项。”^{〔85〕}从这一规定来看,首先,自治性解释独立存在,不需要考虑缔约国国内法或其他国际法律文书的规定;其次,自治性解释的目的是排除公法和刑法事项。

其二,自治性解释作为独立于缔约国国内法的解释,体现于公约的审议机构在其报告和建议中不断发展这一概念。海牙公约通常规定要对公约执行情况进行审查,即海牙国际私法会议秘书长应当定期作出安排以便审查公约的执行情况,包括任何声明。^{〔86〕}实践中,秘书长经常召开公约的特委会对于公约的执行情况进行审议,同时对于公约的发展进行总结,包括对公约的有些术语进行解释。委员会的这种解释是以报告的形式作出的,而报告的本身又是各国政府专家一起起草的,不同于各国政府的解释,其为公约的权威性解释。^{〔87〕}综观海牙公约的情况,特委会关于“民商事项”的解释主要体现在对《海牙送达公约》和《海牙取证公约》的审议中。

《海牙送达公约》的解释报告指出,该术语产生了一些困难,尤其是在普通法系它没有具体的含义。^{〔88〕}无论是在起草公约的过程中,还是在1977年和1989年特委会上,这都引起了激烈的争论。在1977年的特委会上,与会专家意识到对该术语的解释将导致在不同法系间产生严重的分歧。例如,许多普通法系国家并不刻意去区分公法与私法,或至少认为这种区分没有什么意义。对这些国家,不是刑事的就是民事或商事。而民法法系国家则习惯上将刑事、税

〔83〕 参见《条约法公约》第31条第2款。

〔84〕 同前注〔78〕,第208页。

〔85〕 Hartley /Dogauchi Report, para. 49.

〔86〕 参见《选择法院协议公约》第24条。

〔87〕 See HCCH, Supporting Documents for Information Document No. 4, Document for the attention of the Special Commission of June 2016 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments, June 2016, para. 63. (Hereafter “HCCH, Supporting Documents for Information Document No. 4”.)

〔88〕 公约的起草者最后决定不处理这个问题,留待成员国来解决。See V. Taborda Ferreira, “Rapport explicatif sur la Convention Notification de 1965”, *Actes et documents de la Dixième session (1964)*, Tome III, *Notification*, The Hague, Imprimerie Nationale, 1965, pp. 365-366.

收和行政法排除在民商事之外。专家们发现,实践中,中央机关是非常自由的,常常愿意送达公约体制下没有义务送达的一些文书,以向文书的接收者提供援助。大多数中央机关仅在刑事和税收案件的情况下拒绝送达文书。出于上述情况的考虑,推荐一个为所有成员国所接受的统一的解决方案是不可行的。专家们建议尽可能以最自由的方式来处理公约所适用的事项。^[89]

1989年,关于《海牙送达公约》和《海牙取证公约》特委会达成了如下结论:

(1) 委员会认为,“民商事事项”适合于以自治方式(autonomous manner)进行解释,而不是单独地参考请求国法或者被请求国法,或者重叠适用两国的法律;

(2) 对于私法和公法之间的灰色区域,发展的趋势是“对民商事事项”进行灵活解释,破产、保险和雇佣均属于这一概念的范围;

(3) 相反,对于大多数国家所认为的属于公法的事项,例如,税收事项,并不因这一趋势而视为公约所适用的范围;

(4) 缔约国仍可不受妨碍地在其相互关系中将《海牙送达公约》和《海牙取证公约》适用于公法案件,且不必以同一方式适用两公约。^[90]

之后,2003年、2009年和2014年特委会不仅鼓励自由和自治地解释“民商事事项”的概念^[91],而且自2003年起特委会改变了1989年的观点,鼓励在《海牙送达公约》和《海牙取证公约》间一致性地适用公约。^[92]

其三,自治性解释是一种自由的解释,其以法律关系的性质为标准,并适度向公私法交叉的领域扩张。这种扩张最明显的体现是:即使对那些依据法律关系的性质来进行判断后依旧模糊不清的事项,保留纳入公约适用的范围。在2003年《海牙送达公约》和《海牙取证公约》特委会上,委员会希望鼓励对于“民商事事项”进行扩大性解释,以涵盖和证实1989年的结论,即对于公法和私法之间的“灰色区域”,发展趋势是对该词给予更为灵活的解释。^[93]而且,2003年特委会还特别提及了在一些国家,税收问题、追回犯罪所得等事项亦属于公约的适用范围。^[94]2009年特委会的报告将自由解释和自治的方式放在一起,即

[89] See Report on the Work of the Special Commission on the Operation of the Convention of 15 November 1965 on the Service Abroad of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters, Drawn Up by the Permanent Bureau, December 1977.

[90] See Report of the 1989 SC, No. 26.

[91] See Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law, *Practical Handbook on the Operation of the Evidence Convention*, 3rd ed., The Hague, 2016, para. 52.

[92] See Conclusions and Recommendations of the Special Commission on the practical operation of the Hague Service, Evidence and Access to Justice Conventions (20-23 May 2014), C&R No. 40 (Hereafter “C&R No. * of the ** SC”), available on the Hague Conference website at <www.hcch.net> under “Service Section”. 然而实践中,许多缔约国并没有采纳这一做法。

[93] See Report of the 1989 SC, Conclusion No. 26.

[94] See C&R No. 69-71 of the 2003 SC.

规定“liberally and in an autonomous manner”。^{〔95〕} 2009 年和 2014 年的特委会提出对于“民商事项”的判断要聚焦于诉因的实体性质,而不是提出请求的机构。特委会鼓励实践中灵活的做法,焦点并不是寻求救济的性质(如惩罚性赔偿诉讼),也不是当事人的身份(如国家部门是一方当事人的诉讼)以及诉讼程序开始或即将开始的司法机构的身份(如破产法院开始的诉讼)。^{〔96〕} 实践中,这种自由的解释使公约下的“民商事项”呈现扩张的趋势。

尽管自治性解释独立于国内法而自治,但海牙公约的“民商事项”决定了其属于私法性条约,具体履行和实施依赖于各缔约国的法院或中央机关。虽然公约的特委会强调公约的统一解释和适用,但实践中由于各国法律制度和传统的巨大差异,公约特委会虽试图扩大公约的适用范围,但不可能强迫缔约国违背自己的法律来提供司法协助。一方面,由于公约并未具体界定“民商事项”,对于提出司法协助请求的缔约国来说,它有权根据自己的法律提出在其他国家不属于“民商事项”的请求,这既是请求国的自由,也不违反公约自治性解释的规定;另一方面,请求国的请求是否得以执行取决于被请求国对于“民商事项”范围和性质的认识,因此,被请求国可能拒绝提供司法协助。为此,特委会鼓励各国的中央机关之间加强交流,在请求书中阐明诉因的性质。^{〔97〕} 因此,自治性解释本身就是一个悖论,一方面它不特别参考某一国国内法来解释,另一方面它又需要依靠缔约国的国内法来实施。尽管如此,自治性解释确实在一定程度上扩大了公约的适用范围。

(二) 自治性解释的效果

在上述自治性解释的界定中,目的解释、自由解释都是扩大性解释。公约特委会也特别关注公约的新发展和新突破,上述特委会的报告、建议和结论都充分地说明了这一点。实践中,即使是将自治性解释限制于被请求国的自主性解释,实际上由于公约缔约国法律制度的多元性,其在一定程度上也是扩大性解释。因为在一国不认为是民商事范围内的事项,在另一国可能被认为是民商事项。这种差异性结合公约特委会强调自由解释和扩大性适用的趋势,使越来越多的事项被纳入公约的适用范围。现有一些争议领域的突破基本上都来自于被请求国法院的认可。例如,下述一些事项:

(1) 破产。在 *Arcalon v. Ramar* 案^{〔98〕}中,荷兰最高法院认为,应该对《海牙取证公约》的适用事项和范围作广义的解释,美国加利福尼亚州破产法院所

〔95〕 C&R No. 40 of the 2014 SC.

〔96〕 See C&R No. 14 of the 2009 SC; C&R No. 41 of the 2014 SC.

〔97〕 See C&R No. 14 of the 2009 SC.

〔98〕 HR 21 February 1986, NJ 1987, 149; RvdW 1986, 50.

发出的证据请求书属于民商事范畴。在 *Pickles v. Gratzon* 案^[99]中,澳大利亚新南威尔士州最高法院同样执行了一起破产程序的取证请求书。

(2) 惩罚性赔偿。在一起惩罚性赔偿的诉讼中,德国的中央机关拒绝了美国法院送达的请求,理由是“惩罚性赔偿”不属于民商事范畴。不过,1989年巴伐利亚州上诉法院拒绝了中央机关这一立场,认为“惩罚性赔偿”诉讼也是一个民事案件。在1992年针对美国法院的另一起惩罚性赔偿的案件中^[100],德国法院再次认为这属于《海牙送达公约》的适用范围,尽管它认为诉讼请求数额有些过分,但债权争议的数额并不能作为区分民事和刑事的一个恰当标准。^[101]同样,德国塞勒上诉法院(州高等法院)在一起根据美国1970年《反犯罪组织侵蚀合法组织法》(RICO Act)主张“三倍赔偿”的诉讼中,认为该案依旧属于《海牙送达公约》第1条所规定的“民商事项”范围。^[102]

(3) 反托拉斯。在 *Rio Tinto Zinc Corp. v. Westinghouse Electric Corp.* 案^[103]中,英国上议院认为在伊利诺伊州发生的这起违反反托拉斯法的案件是民事案件。

(4) 商标侵权和不公平竞争。在一起关于《海牙取证公约》适用的案件中,南澳大利亚州最高法院认为,美国加利福尼亚州的商标侵权和不公平竞争案件是民商事范围,裁定根据公约执行请求书。^[104]

上述争议领域因被请求国法院的认可而获得了突破。而且即使是重叠适用请求国法和被请求国法,由于缔约国的多样性,也可能扩大公约的适用。在 *Re State of Norway's Application* 案的裁决中,英国上议院需要对一份取证请求书是否属于民商事范围作出认定。该案是以民事诉讼的形式提起的,但包括挪威政府针对死者的遗产征收继承税的诉讼请求。英国上议院认为双重识别制度应该适用,即应根据请求国法和被请求国法来进行双重识别。而无论是在挪威还是在英国,都将税收视为“民商事项”。因此,该案取证的请求属于公约的适用范围。

民商事范围在自治性解释下的扩大化趋势在税收案件中表现非常明显。1989年的特委会明确表明,公约扩大化的趋势“并不导致将大多数国家都视为属于公法范畴的其他案件,如税收案件等,解释为属于公约适用范围之内”^[105];

[99] (2002) 55 NSWLR 533.

[100] OLG Munich, 9 May 1989, published in part in RIW, 1989, Heft 6, p. 483.

[101] OLG Munich, 15 June 1992, IPRax 1993, p. 309.

[102] OLG Celle, 14 June 1996, IPRax. 类似的案件还有 OLG Dusseldorf, 22 July 2007, No. I-3 VA 9/03, and OLG Frankfurt am Main, 8 February 2010, No. 20 VA 15/09.

[103] (1978) 1 All ER 434.

[104] *Re the Matter of the Hague Convention on the Taking of Evidence Abroad in Civil and Commercial Matters 1970* (2008) SASC 51 (29 February 2008).

[105] Report of the 1989 SC, Conclusion No 26.

但在 2003 年的特委会上就软化了立场,因为特委会注意到在一些国家“税收问题被视为属于公约适用范围之内”^[106]。

总之,在海牙公约缺乏超国家法院作为监督者统一解释公约的情况下,公约解释报告所要求的自治性解释兼顾了《条约法公约》的善意解释、目的解释和文本解释,同时鼓励了成员国的信息交流和交换,扩大了公约的适用范围。这一解释最大程度保证了公约的和谐适用,同时也是实现公约目标最好的方法。

四、“民商事项”在中国的运用与解释

(一) 中外双边司法协助协定中的“民商事项”

中国目前与世界范围内的 39 个国家签订了涉及民事的双边司法协助协定,其中与 2 个国家(伊朗和比利时)签订的双边司法协助协定尚未生效。在这些双边司法协助协定中,有 21 个协定对民事或民商事的范围没有进行界定,18 个协定在其第 1 条中设置专门款项对于“民事”或“民事和商事”进行了界定。

在“民事和商事”司法协助协定中,只有两个条约对于民商事范围进行了规定。《中阿根廷民商》规定“民事”一词包括劳动方面的事项;《中华人民共和国和巴西联邦共和国关于民事和商事司法协助的条约》(以下简称“《中巴西民商》”)则规定“民事包括劳动法事项”。

单独使用“民事”一词或者“民事和刑事”一起使用的中外双边司法协助协定有 16 个,其通常的规定形式为:

一是强调是某一类型法律所调整的对象。例如,1994 年签署的《中华人民共和国和希腊共和国关于民事和刑事司法协助的协定》第 1 条规定“民事”一词包括由民法、商法、家庭法和劳动法调整的事项。在目前生效的双边协定中,有 3 个协定作了此类规定。^[107]

二是指某种类型的案件,但此种规定又可分为两种:一类直接是指某种类型的案件,如 1997 年签署的《中华人民共和国和乌兹别克斯坦共和国关于民事和刑事司法协助的条约》(以下简称“《中乌兹别克斯坦民刑》”)第 1 条规定“民事案件”包括经济、婚姻家庭和劳动案件。在目前生效的双边协定中,有 7 个协定采用了此类规定的模式,占比较高。^[108] 另一类是指某种类型法律所调整的案件,如《中华人民共和国和罗马尼亚关于民事和刑事司法协助的条约》(以下简称

^[106] C&R No. 70 of the 2003 SC.

^[107] 另外两个协定是《中保加利亚民》(参见其第 1 条)、《中华人民共和国和意大利共和国关于民事司法协助的条约》(参见其第 1 条)。

^[108] 另外 6 个协定为:《中华人民共和国和白俄罗斯共和国关于民事和刑事司法协助的条约》(参见其第 1 条)、《中华人民共和国和俄罗斯联邦关于民事和刑事司法协助的条约》(参见其第 1 条)、《中华人民共和国和哈萨克斯坦共和国关于民事和刑事司法协助的条约》(参见其第 1 条)、《中华人民共和国和吉尔吉斯共和国关于民事和刑事司法协助的条约》(参见其第 1 条)、《中华人民共和国和塔吉克斯坦共和国关于民事和刑事司法协助的条约》(参见其第 1 条)、《中华人民共和国和乌克兰关于民事和刑事司法协助的条约》(参见其第 1 条)。

“《中罗马尼亚民刑》”)第1条规定:“‘民事案件’系指民事法、婚姻法、商法和劳动法方面的案件。”《中华人民共和国和波兰人民共和国关于民事和刑事司法协助的协定》(以下简称“《中波兰民刑》”)第1条规定,“民事案件”包括“商法、婚姻法和劳动法等范围内有关财产权益和人身权利的案件”。

三是直接规定是某种事项。如《中华人民共和国和越南社会主义共和国关于民事和刑事司法协助的条约》(以下简称“《中越南民刑》”)第1条规定,“民事”一词应理解为包括“商事、婚姻、家庭和劳动事项”。在目前生效的双边协定中,有4个协定采纳了此类规定。^[109]

上述规定方式尽管大同小异,在内容上没有实质的区别,但出于条约案文一致性的考虑,我国的相关表述应采纳第三种表述较好。对于某种类型法律所调整的“事项”或“案件”,由于现代商事法律经常规定一些行政或刑事法则,相关事项可能并不完全属于民商事范畴。而直接罗列民商事的范围较为简单明了。对于其具体内容,在规范民商事范围的18个双边司法协助协定中,相关术语的涵盖范围如下表^[110]:

表1 司法协助协定中的民商事术语涵盖范围

序号	条约(简称)	民事	商事	经济	婚姻家庭	劳动
1	中白俄罗斯民刑	✓	✓	✓	婚姻家庭	✓
2	中越南民刑	✓	✓		婚姻、家庭	✓
3	中保加利亚民	✓	✓		家庭法	✓
4	中比利时民	✓	✓		婚姻	✓
5	中波兰民刑	✓	✓		婚姻	✓
6	中俄罗斯民刑	✓	✓		婚姻家庭	✓
7	中意大利民	✓	✓		婚姻	✓
8	中哈萨克斯坦民刑	✓	✓	✓	婚姻家庭	✓
9	中吉尔吉斯民刑	✓	✓		婚姻家庭	✓
10	中立陶宛民刑	✓	✓		婚姻、家庭	✓
11	中蒙古民刑	✓		✓	婚姻	✓
12	中塔吉克斯坦民刑	✓		✓	婚姻家庭	✓

^[109] 另外3个协定为:《中华人民共和国和比利时王国关于民事司法协助的协定》(参见其第1条)、《中华人民共和国和立陶宛共和国关于民事和刑事司法协助的条约》(参见其第1条)、《中华人民共和国和蒙古人民共和国关于民事和刑事司法协助的条约》(参见其第1条)。

^[110] 表中简写的中外双边司法协助协定,在本文中均可以找到全称。表中的“婚姻家庭”“婚姻”“家庭”是协定中所使用的术语。

(续表)

序号	条约	民事	商事	经济	婚姻家庭	劳动
13	中罗马尼亚民刑	√	√		婚姻	√
14	中乌克兰民刑	√	√	√	婚姻家庭	√
15	中乌兹别克斯坦民刑	√		√	婚姻家庭	√
16	中希腊民刑	√	√		家庭	√
17	中阿根廷民商	√	√			√
18	中巴西民商	√	√			√

从上表可以看出,民事是基本范畴,商事、婚姻家庭、劳动事项得到了基本的肯定,而经济事项则只在 18 个协定中的 6 个协定中得以规定。尽管如此,这类规定并不是官方对于民事的界定,而是谈判中的折中和妥协。

首先,尽管我国没有专门的“商法典”,但将“商事”事项包含进中外民事司法协助协定的范围并无分歧。对于双边协定中没有言明“商事”事项的,相关国家主要是民商合一国家,民事包含商事事项;而特别突出“商事”的主要是民商分立的国家,避免在概念上产生过多的分歧而使用。“‘商法’这一概念应该理解为系指我国调整平等主体之间在生产经营活动中产生的财产关系的经济法律规范,但不包括调整经济行政关系的法律规范。”^{〔11〕}

其次,考虑到行政法并不属于“民事”的范畴,因此,关于中外司法协助协定中的“经济”事项应该理解为与经济有关的私法事项,而不应该包含经济行政法所调整的内容。

再次,关于婚姻家庭事项,传统而言,民事应该自然包含婚姻家庭方面的事项,但由于各国在“婚姻法”“家庭法”“亲属法”上的理解有着重要分歧,因此,在罗列时也有很大的差异。有意思的是,由于我国《婚姻法》^{〔12〕}含有外国家庭法所规定的内容,“我国与外国缔结的司法协助条约中对这一概念的表述,中文文本为‘婚姻法’,外国文本则一般采用‘家庭法’一词。缔约双方在谈判中确认,中文文本的‘婚姻法’与外文文本的‘家庭法’的实质含义是一致的。”^{〔13〕}

最后,关于劳动事项,尽管表述中有“劳动案件”“劳动法调整的事项”“劳动事项”或“劳动方面的事项”,但更多的是指与雇佣合同有关的案件,而不包括行政机关处理的劳动纠纷案件或者当事人与劳动行政管理部门之间的行政诉讼案件。^{〔14〕}

〔11〕 徐宏:《国际民事司法协助》(第 2 版),同前注〔5〕,第 14 页。

〔12〕 参见我国《婚姻法》第 3 章第 13—30 条。

〔13〕 徐宏:《国际民事司法协助》(第 2 版),同前注〔5〕,第 19 页。

〔14〕 参见徐宏:《国际民事司法协助》(第 2 版),前注〔5〕,第 19 页。

综上 18 个规定民商事范围的司法协助中,其所涵盖的范围尽管表述不一,但均包括民商事项,术语的不同更多的是因为谈判对象的差异而有所区别,在实质内容和范围上,和那些没有具体界定“民商”“民事和商事”的司法协助协定没有本质的区别。采用列举的形式简要概括民事的范围,主要是“使有关缔约方不致由于本国法律部门的划分不同而缩小民事司法协助所应当包括的范围”^{〔115〕}。但这些协定在侧面也反映了我国的立场,即除相关的刑事和行政案件外,其他事项应该属于民商事的范畴。至于具体的某一案件是否属于民商事范围,仍需要由我国的法院或相关机关来进行认定。当然,标准和依据依旧是客观之需。

(二) “民商事项”的识别依据和认定标准

在涉外案件的处理中,一个案件是什么性质,是个识别问题,首先需要找到识别的法律依据,然后根据该法律规定的判断标准来定性案件的性质。而我国《涉外民事关系法律适用法》第 8 条规定:“涉外民事关系的定性,适用法院地法律。”根据这一规定,对于我国法院审理的民事案件是何种性质的法律关系,主要是适用我国法律的规定。进一步而言,“民商事项”的权衡涉及公私法的划分,涉及我国民事、行政和刑事的范围,是法律制度层面最基础性的内容,属于法律基本原则的范畴;且公私法交叉的灰色区域,大都属于一国强行法规则的范畴。根据我国《涉外民事关系法律适用法》第 4 条的规定,我国法律对涉外民事关系有强制性规定的,直接适用该强制性规定。这些规定无疑都是适用我国法律的理由和依据。

就司法协助而言,我国《民事诉讼法》第 260 条规定:“中华人民共和国缔结或者参加的国际条约同本法有不同规定的,适用该国际条约的规定,但中华人民共和国声明保留的条款除外。”考虑到前述所讨论的国际公约和中外双边司法协助协定中并没有对“民商事项”的范围进行明确界定,因此,尽管海牙公约规定了自治性解释,但实践中如何处理,无疑有待我国相关机关具体落实。进一步来说,人民法院提供司法协助,依照我国法律规定的程序进行。^{〔116〕} 对于不属于我国民事诉讼程序法所规定的范围内而是属于行政诉讼程序或刑事诉讼程序范围内的事项,我国可以拒绝司法协助。因此,作为被请求国的法律,这些规则依旧是我国在协助外国进行司法活动时判断是否属于民商事项的最终依据。

关于案件性质的判断,前述介绍了三种认定案件性质的标准,结合我国法律和法院的实践可分析如下:

一是法院的性质。在我国法院审理涉外案件或向国外请求司法协助时,若

〔115〕 徐宏:《国际民事司法协助》(第 2 版),同前注〔5〕,第 18 页。

〔116〕 参见我国《民事诉讼法》第 279 条。

依法院的性质进行判断,则很难认定案件的性质。就法院的审判业务庭来说,2006年《人民法院组织法》规定了我国基层人民法院可以设刑事审判庭、民事审判庭和经济审判庭;除前述三个审判庭外,中级人民法院、高级人民法院和最高人民法院还可以设置其他需要设置的审判庭。^{〔117〕}2018年修订的《人民法院组织法》去除了关于审判庭设置的规定,但在第2条中规定人民法院审判“刑事案件、民事案件、行政案件以及法律规定的其他案件”。由此可以看出,我国法院的案件主要由刑事、民事和行政案件组成。各级人民法院都有审理这些案件的职能。近年来,我国设立了越来越多的专门人民法院,包括军事法院和海事法院、知识产权法院、金融法院、互联网法院^{〔118〕};最高人民法院还专门设立了巡回法庭、国际商事法庭等^{〔119〕}。有些专门性的法院专门审理刑事案件,如军事法院;而有些则只能审理民事和行政案件,如金融法院和互联网法院;而知识产权法院在设置时似乎考虑了三审合一的情形,即民事、行政和刑事三审合一。^{〔120〕}由是观之,仅根据法院的性质或法庭的性质很难判断一起案件是民事、行政还是刑事案件。在中国法院请求司法协助时,外国法院也很难知悉中国法院的性质设置。同样,在对外提供司法协助时,不管是我国的联络机关还是负责的法院,也都难以了解外国法院的性质。

二是当事人的性质。在我国,以国家作为一方当事人的案件来说,既涉及行政赔偿之诉,也涉及刑事赔偿。^{〔121〕}而国债权利确认纠纷、国债交易纠纷、国债回购合同纠纷又属于民事案件的范围。^{〔122〕}因此,以当事人的性质为标准也难以就此区分案件的性质。

三是法律关系的性质。根据最高人民法院关于案由的规定,目前主要分为民事、刑事、行政和执行案件,以民事涵盖相关的商事纠纷。2011年最高人民法院发布了修改后的《民事案件案由规定》^{〔123〕},该规定以民法理论对民事法律关系的分类为基础,结合现行立法及审判实践,将第一级案由划分为十大部分。^{〔124〕}关于案由的确定标准,最高人民法院特别说明:

〔117〕 参见我国2006年《人民法院组织法》第18、23、26、30条。

〔118〕 参见我国2018年《人民法院组织法》第15条。

〔119〕 参见我国2018年《人民法院组织法》第19条。

〔120〕 最高人民法院《关于知识产权法庭若干问题的规定》虽主要是针对民事和行政案件作出规定,但在第2条中也保留了“最高人民法院认为应当由知识产权法庭审理的其他案件”的规定。参见最高人民法院《关于知识产权审判工作情况的报告》,2012年12月25日发布。

〔121〕 具体可参见《国家赔偿法》的规定。

〔122〕 参见最高人民法院《民事案件案由规定》的“二十四 证券纠纷”。

〔123〕 2007年10月29日最高人民法院审判委员会第1438次会议通过;根据2011年2月18日最高人民法院《关于修改〈民事案件案由规定〉的决定》(法〔2011〕41号)第一次修正。

〔124〕 即人格权纠纷,婚姻家庭继承纠纷,物权纠纷,合同、无因管理、不当得利纠纷,知识产权与竞争纠纷,劳动争议、人事争议,海事海商纠纷,与公司、证券、保险、票据等有关的民事纠纷,侵权责任纠纷,适用特殊程序案件。

民事案件案由应当依据当事人主张的民事法律关系的性质来确定。鉴于具体案件中当事人的诉讼请求、争议的焦点可能有多个,争议的标的也可能是多个,为保证案由的高度概括和简洁明了,修改后的《民事案件案由规定》仍沿用2008年《民事案件案由规定》关于案由的确定标准,即对民事案件案由的表述方式原则上确定为“法律关系性质”加“纠纷”,一般不再包含争议焦点、标的物、侵权方式等要素。^[125]

从上述案由规定可以看出,我国确定民事案件的案由主要是依据当事人主张的民事法律关系的性质来确定的。在刑事附带民事诉讼的情况下,案由会出现“附带民事赔偿纠纷”或根据最高人民法院《民事案件案由规定》来确定。在需要外国执行时,刑事和民事部分是可以分割的,因此,也是可以依据双边司法协助协定来进行执行的。

而对于行政案件,其案由的构成要素和确定方法与民事案件不同,行政案件的案由分为:作为类案件、不作为类案件、行政赔偿类案件。前两类案件与民事案件容易区分,而对于行政赔偿类案件,其可以分为两种情况,即一并提起行政赔偿和单独提起行政赔偿。首先,对于一并提起的行政赔偿案件,在被告具体行政行为案件案由后加“及行政赔偿”。例如,“工商行政登记及行政赔偿”“诉公安机关不履行保护人身权法定职责及行政赔偿”。其次,对于单独提起行政赔偿的案件,案由的确定方法为“行政管理范围+行政赔偿”。以税务工作人员在执法中致人伤亡单独提起行政赔偿之诉为例,案由为“税务行政赔偿”。^[126]这些表述清楚地表明其不属于民商事的范围。有意思的是,我国近年来也表现出利用海牙公约扩大寻求司法协助的趋势。例如,2004年7月20日,最高人民法院办公厅的通知指出:“对于需要向海牙民商事送达公约成员国送达涉外行政案件司法文书的,可参照1965年订立于海牙的《关于向国外送达民事或商事司法文书和司法外文书公约》和我国国内相关程序向有关外国提出司法协助请求,通过公约规定的途径送达。”^[127]这一通知的目的很清楚,即当今世界的一些国家并没有特别区分民事和行政诉讼程序,并不反对利用《海牙送达公约》送达行政案件的相关文书,海牙公约是一个可以利用的送达渠道。^[128]这一规定并不意味着我国扩大“民商事事项”的范围。

针对前述国际社会普遍关注的国家和政府作为一方当事人所参与的诉讼,我国《国家赔偿法》对刑事赔偿、行政赔偿作出了明确规定,从而与《民事诉讼

[125] 参见最高人民法院《关于印发修改后的〈民事案件案由规定〉的通知》(法〔2011〕42号)。

[126] 参见最高人民法院《关于规范行政案件案由的通知》(法发〔2004〕2号)。

[127] 最高人民法院办公厅《关于向外国送达涉外行政案件司法文书的通知》(法办〔2004〕346号)。

[128] 参见徐宏:《国际民事司法协助》(第2版),前注〔5〕,第20页。

法》中的民事诉讼较为清晰地区分开来。但在国际范围内,我国目前的行政赔偿可能存在是否属于“民商事项”的认定问题。毕竟,在英美法系国家,行政赔偿依旧适用的是民事诉讼程序;而且在欧盟,许多传统的行政案件也有着新的突破。在此问题上,首先,就主体而言,国家应该和国有企业区分开来,后者即使在某种程度上提供公共服务,但依旧是市场中的商业主体。而且国家与国有企业的区分,也是我国在处理涉外纠纷中的一贯立场。^{〔129〕}其次,对于国家和政府机关所参与的案件,如果一方当事人是以行使公权力行事,则争议就不能识别为“民商事项”。而对于是否构成“公权力行事”,则可以适当考虑海牙判决公约在起草过程中所曾经达成的标准,即(1) 诉讼请求所基于的行为是私人所从事的行为;(2) 当事人所声称的损害是私人所承受的损害;(3) 所请求的救济是私人针对相同行为所产生的相同损害而寻求的那一类型救济。

总体而言,“民商事项”的界定关涉民事、行政和刑事的划分。按照我国目前法院的组织机构以及诉讼实践,以法律关系的性质为判断标准不仅契合我国当前的司法实践,也是国际社会的共通做法。在对具体案件性质的判断上,我国法律应该是履约机关作出判断的法律依据。“法律关系的性质+被请求国法”模式应该是我国处理涉外案件判断“民商事项”范围的最终选择。当然,实践永远会走在理论的前边,对于一些特殊的涉外案件,本国的法律制度是判断的法律依据。在此前提下,顺应公约的自治性解释,扩大司法协助的范围也应是我国寻求国际司法合作的趋势。

五、结论

从上述的讨论可以看出,在国际社会,由于各国法律传统的不同,“民商事项”既牵涉公法和私法的划分,也牵涉民事、刑事和行政诉讼的区别。在大陆法系认为属于公法领域的案件,例如行政案件,在英美等国则经常被纳入民事诉讼的范畴。在此基础上,要形成国际上统一的规则似乎不具有可行性。

鉴于此种情形,不论是区域性国际组织的欧盟还是全球性国际组织的海牙国际私法会议等,都要求自治性地解释“民商事项”。自治性解释实际上在某种程度就是自由的解释,也是一种扩大的解释,它不依靠某一国的国内法,不论该国是请求国还是被请求国。但由于相关国际文书缔约国法律制度的多元性,在一国不认为是民商事项的内容在另一国可能属于民商事范围。再加上公约的特委会比较关注公约适用范围的扩张,经常收集公约的新发展和新突破,在某

〔129〕 参见韩德培主编:《国际私法》(第3版),高等教育出版社、北京大学出版社2014年版,第72页。

种程度上扩大了公约的适用范围,也扩大了“民商事项”的范围。

在具体的判断标准上,法院的性质、当事人的性质已经被放弃,法律关系的性质成为判断案件的性质的核心标准,但现有的实践中依然会进一步考虑当事人诉讼的基础、适用法律的性质等因素。而对于最为复杂的国家或政府机关作为一方当事人的案件,并不因为其身份而当然被识别为公法事项,具体要以其是否以“公权力行事”来进行判断。如果其所从事的是私人能够从事的行为,且并不涉及公权力,则依旧属于“民商事项”的范围。

作为国际社会的一部分,我国的实践并没有过多的特殊之处。“被请求国法+法律关系的性质”是我国判断民商事范围的基本模式。尽管现有的双边司法协助协定对于“民事”的概念进行了一些罗列,但这并不是官方的定义,而是谈判中的需要和妥协。考虑到我国近年来所主张的深化改革开放、“一带一路”倡议、自由贸易区的建设等大的政策背景,在维护法律基本原则的底线下,逐步扩大民商事领域的合作也是国家发展之需。可以预见,民商事范围不断扩张也应该是我国未来民事司法国际合作的发展趋势之一。

(审稿编辑 刘思艺)

(校对编辑 王泓之)