

# 第一章 绪论

## 一、商事争端概说

争端是人类社会各种矛盾激化的表现，争端的不断产生与解决，是人类社会矛盾运动的表现。社会矛盾是多种多样的，争端也是形形色色的，如政治争端、军事争端、经济争端等。商事争端是其中重要的一类。它的外延和内涵，取决于对“商事”这个术语的理解。将“商事”的定义明确了，也就明确了本书所要讨论的是哪一类争端的解决。

商事又称“商”，这一概念，在一般社会观念中、经济学中及法学中是有不同含义的。对商事最直观的理解即是“通财鬻货”。经济学上所谓商，乃指以营利为目的，直接媒介财货交易的行为，换言之，商即介于农业、工业等生产者与消费者之间，直接媒介财货交易，调剂供需，而从中获取利润之行为。(1)实际上这些都是传统的商事概念，在这里，商实际上是指贸易。随着现代社会中商品经济关系的长足发展，传统意义上的商品概念日益得到扩大，制造业、金融业、服务业、信息贸易、技术贸易与传统商业的实质性差别越来越趋于模糊，(2)直接生产过程与商品流通过程不再有严格的界限，甚至“交换本身是包含在生产之中的行为。”(3)

现代商法上所称的商事比经济学上的商事的外延要广泛得多，体现了商事范围愈来愈广大、种类愈来愈繁多的一种社会现实。在商法中，商事是指营利性主体所从事的一切营利性营业活动和事业的总称。在我国法学理论与实践，尽管对于商事的概念缺乏统一的认识和集中的研究，但是与商事概念相似或具有共同性的范畴其实是颇受关注的。例如我国经济合同中关于“经济活动”的概括，

民法中关于“营业行为”和“企业活动”的表述，工商管理法中关于“经营活动”和“经营范围”的规定等等。这些概括的共同意义在于使营利性主体的营利性营业活动与非营利性主体的非营业性活动区别开来，从而实际上起到了商事概念的法律界定作用。<sup>(4)</sup>我国法律并以列举方式概括了商事活动或商业的基本范围，包括：农、林、牧、渔、水利及其服务业；工业；地质普查和勘探业；建筑业；交通运输业；商业；公共饮食业；物资供销业；仓储业；房地产经营业；民间服务业；咨询服务业；金融、保险业等。<sup>(5)</sup>

商事与民事实际上是对两类不同社会活动性质的概括。民事活动是指平等主体的公民或法人所从事的具有民法意义的活动；而商事活动则是指平等的营利性主体所从事的具有民法和商法意义的活动。民事与商事是包容关系。民事包含人身关系和财产关系，而商事的内容只有财产关系。商事主体是民事主体中特定的一类，以营利为目的，并经法定要式手续方可成为商事主体，民事主体则无此种要求。反映到法律层面上，商法是对商事主体所从事商务行为的规范，民法则适用于包括商事主体在内所有民事主体间的民事关系。二者是特别法与普通法的关系。

就商事关系与经济关系的区别和联系来讲，经济关系包含两个方面，一是经济行政关系，一是经济协作关系，前者是纵向的，是指政府经济主管部门作为行政管理者与被管理的经济活动主体（商事主体）之间的行政关系；后者是横向的，是指平等的经济活动主体之间的交易关系。对于后一类关系，尽管我国在习惯上并不以“商事”概括，但从其主体的平等性及行为的营利性（即所谓“出于经济目的”）<sup>(6)</sup>来考察，是完全与商事特征相符的。

与各种社会关系一样，商事关系也是一类对立统一的关系，如购销合同关系，没有购，也就无所谓销，二者互相依存，互为因果，因而是统一的；但同时二者又是相对立的两个方面，二者追求的目标是相反的，购买者希望以最少的价钱获得最优的产品，而销售者则是希

望尽可能以最小的成本和最高价钱售出。二者各自都以多营利为目的，但此目的的实现却是以对方的少营利为结果。当商事关系的这种对立性激化时，就会发生商事争端，体现为商事主体之间的契约被违反，权利受到侵犯以及相互之间的索赔和拒赔等。以购销合同纠纷为例，可能是购买方未按期付款，也可能是销售方提供的货物质量不合格，交货时间迟延，还可能是因销售方提供的产品质量问题而造成购买方的财产或人身损失，从而引发了一方以违约或侵权（产品质量责任）为由向另一方索赔，而另一方则以己方并未违约，产品质量无问题，或对方也有过错等为由，拒绝付赔或少付赔，甚而提出反索赔。在我国目前市场经济不断发展的条件下，商品生产者独立经营的商事主体，每个商事主体都十分注意维护己身的商事利益。商品经济越发达，商事争端的发生也越频繁。但是由于长期以来实行计划经济而否认商品经济，中国社会（包括国家机构）习惯上用“经济”这一大而笼统的词汇来表述“商事”的含义，对于商事争端亦多以“经济纠纷”称之，仅在国际或涉外层面上，保留了“商事争端”这一说法，实则二者并无不同。

我们可以从最高人民法院有关人民法院经济审判收案范围的规定中界定出中国司法机关所认为的商事争端的范围，包括：（1）商事合同纠纷案件。包括法人之间、法人与非法人之商事主体之间的商事合同纠纷；（2）涉外的和涉港澳台的经济、贸易、运输和海事纠纷；（3）商事主体之间或以商事主体为一方当事人，在生产、流通领域因侵权行为发生的损害赔偿纠纷；（4）其他商事纠纷。<sup>(7)</sup>最高人民法院在 1987 年 4 月 10 日《关于执行我国加入的承认和执行外国仲裁裁决公约的通知》<sup>(8)</sup>中，对于按照中国法律属于“契约性和非契约性商事法律关系引起的争议”一词作出解释，它是专指：由于合同、侵权或者根据有关法律规定而产生的经济上的权利义务关系引起的争议，例如，货物买卖、财产租赁、工程承包、加工承揽、技术转让、合资经营、合作经营、勘探开发自然资源、保险、

信贷、劳务、代理、咨询服务和海上、民用航空、铁路、公路的客货运输以及产品责任、环境污染、海上事故和所有权争议等，但不包括外国投资者与东道国政府之间的争端。这一定义是中国的最高司法机关首次明确地使用商事争议或争端的概念。

《中华人民共和国合同法》始订于 1981 年 12 月，后来在 1993 年 9 月经过修改，扩大了该法的适用范围。其第 2 条规定：“本法适用于平等民事主体的法人、其他经济组织、个体工商户、农村承包经营户相互之间，为实现一定经济目的，明确相互权利义务关系而订立的合同。”在这里，对商事主体与民事主体两者之间的关系以及商事合同的涵义，都作了间接的表述。

基于对“商事”概念的上述理解，并结合中国有关法律和司法解释，作者认为商事争端是商事主体之间因其商事行为而引起的契约或侵权性质的财产权益争端。它具有以下特征：（1）争端双方或一方必须是商事主体；（2）是因商事行为而引起的争端；（3）是平等主体之间的争端；（4）是财产权益方面的争端。因此，非商事主体之间的民事纠纷，如婚姻、收养、监护、继承纠纷，商事主体之间的不涉及财产权益的纠纷，又如名誉纠纷，以及商事主体与行政机关因后者的行政行为引起的行政争议，均不属于商事争端的范畴。

随着我国改革开放的深入和市场经济体制的日益完善，我国的经济持续高速增长，但同时商事争端的增加也十分迅速，解决商事争端的任务也更加繁重了。近年来，中国每年仅通过诉讼途径解决的商事争端案件就达百万起以上。在仲裁方面，中国自 1981 年建立国内经济合同仲裁制度，到 1995 年《仲裁法》颁布之前，共仲裁经济合同纠纷案件 250 多万起，争议总金额达 236 亿元。<sup>(9)</sup>而在国际商事仲裁方面，中国国际经济贸易仲裁委员会的受案数量也早已跃居世界前列。

## 二、请求

### 1. 请求和请求权

请求 (claim) 是商事争端当事人直接向对方当事人或通过某种商事争端解决机制提出的要求实现其“合法”权利的主张。请求是引发商事争端解决程序发生的媒介,例如双方当事人因一方提出请求而开始谈判并可能达成和解,或一方当事人依仲裁协议向仲裁机构提起仲裁申请,或者迳向法院起诉。在诉讼法学中,请求被称作“诉”,界定为当事人向人民法院提出的保护其合法权益的请求。

商事争端的当事双方均有权提起请求,比如在诉讼程序中,原告以起诉方式提出请求,被告可以抗辩,反驳原告的主张,也可以提出反请求。抗辩和反请求,实际上也都是提出请求的一种形式。当事人的这种权利,首先是基于商事实体法律的规定而产生,当事人一方或双方基于商事实体法律,认为其商事权益受到侵犯,因而要求对方停止侵犯或给付赔偿,或者权利义务关系发生争议,而要求对权利加以确认或变更。这种请求是实体法意义上的请求,而当事人提起这种请求的权利,即为实体法意义上的请求权,在诉讼法学理论中称为“诉权”。但同时当事人提起请求的权利又是因程序法的规定而产生,如《中华人民共和国仲裁法》(以下简称《仲裁法》)规定:“平等主体的公民、法人和其他组织之间发生的合同纠纷和其他财产权益纠纷,可以仲裁。”<sup>(10)</sup>此类纠纷的当事人因而享有向仲裁机关提出请求的权利。而另一类纠纷则不能仲裁,如行政争议,当事人就不享有仲裁请求权。这种依程序法而提起的请求,为程序法意义上的请求,在诉讼法学理论中称为程序法意义上的“诉”。当事人提起这种请求的权利,为程序法意义上的请求权。实体法意义上的请求,是程序法意义上请求的

内容；程序法意义上的请求，是实现实体法意义上请求的形式与途径，二者紧密联系，相互依存。

## 2. 请求的要素

当事人提出请求，首先应当有一定的理由，称为请求的理由；其次请求还必须是针对争端当事人之间的某种权利义务关系，也就是当事人之间所存在的但却发生了纠纷的那种法律关系，这种法律关系是请求所指向的标的，称为请求标的。请求的理由和请求标的是构成一项完整的请求必不可少的两个组成部分，称为请求的要素。

请求的理由是当事人要求实现其合法权益的根据，包括：（1）事实根据，一是引起当事人之间法律关系发生、变更或消灭的事实；二是商事权益受到侵犯或发生争议的事实。（2）法律根据，即证明当事人享有请求权的实体法和程序法上的法律依据。（3）主观认识，是指当事人自己的证明过程和其他有关的个人见解。（4）请求的理由是请求的必备要素。没有理由的请求是荒唐的，是无理取闹，对方当事人可不予理睬，争端解决机关也不会予以保护。请求理由不充分或不真实，提出请求的一方当事人可以变更，也可以依法撤回，但是通过仲裁或诉讼解决争端时，有时需获得有关争端解决机关的同意。

请求所指向的权利义务关系，即请求的标的，可以是实体法意义上的权利义务关系，如购销合同关系；也可以是程序法意义上的权利义务关系，如存在于当事人与法庭之间的诉讼权利义务关系。确定请求标的意义在于，只要请求标的明确了，就可从纷繁复杂的商事争端的种种表面现象中发现争端的根本性质，这有助于迅速、有效地解决争端。

### 3. 请求的内容及分类

请求的内容是指当事人要求用以消除请求标的（即一定的法律关系）的不正常状态，使其恢复合法、确定状态的措施或行为。这种法律行为可以是要求对方当事人或争端解决机关确认或否认法律关系的存在，如某种合同关系的存在；也可以是要求对方当事人给付一定的实物或实行某种行为，如要求对方当事人履行合同，支付赔偿等；还可以是要求对方当事人或争端解决机关变更某种法律关系，如以情势变迁为由要求变更合同内容。请求也相应地可依上述内容的不同而分为确认请求、给付请求和变更请求。这三者的区别在于确认请求是对于某种法律关系本身是否存在有争议；给付请求是对法律关系的存在无争议但争端一方不履行其义务而被另一方要求履行，或者是争端一方根本否认义务的存在，争端另一方除要求确认双方之间的这种权利义务关系之外，还要求对方履行义务以实现其权利；变更请求是争端双方对法律关系的存在无异议，但基于某种合法理由而请求变更之，如对已生效的合同，双方对其效力均无异议，但一方以不可抗力为由要求解除合同。

这里须注意的是，请求的内容除实体法意义上的法律行为外，还可以是程序法意义上的法律行为，如要求法庭让其行使辩论权（给付请求），或要求法庭确认其当事人主体资格（确认请求），或以发现新的证据为由要求撤销已生效的裁判（变更请求）。

### 4. 反请求

对于当事人一方提出的请求，对方当事人除可以予以反驳（抗辩）外，还可以基于同一法律关系，提出反请求。反请求与反驳的区别在于，反驳与请求所指向的标的物是相同的，如购销合同买方请求卖方

按合同数量交足货物，卖方则反驳说它已交足货物，并无缺斤少两，二者所指向的标的都是货物。如果卖方除反驳以外，还指摘买方未支付货款，因而要求其支付货款，买方请求标的物为货物，卖方请求标的物为货款，二者不同，是为反请求。在诉讼法中称为“反诉”。而原先提起争端解决程序一方所提的请求称为“本请求”（“本诉”）。提起反请求的目的在于抵销或吞并本请求，反请求可以在同一争端解决程序中提起，并且不因提起本请求的一方撤销或放弃本请求而终结；也可以另案提起。但在同一争端解决程序中，将本请求和反请求一并处理，有助于彻底解决争端，提高效率。故商事诉讼和仲裁法律中均确立了可以并案处理的反请求制度。

### 三、法律传统

#### 1. 制度沿革

##### 1.1 古代中国

在古代中国，无论是在奴隶社会还是封建社会，历代统治者多奉行重农抑商的政策，商事实体法与程序法均不发达，但商事诉讼制度还是存在的。只是“民刑不分，诸法合体”，诉讼法和实体法合一，民商争端的解决以刑律为根据，用刑罚手段来处理商事争端。如《唐律疏议·杂律》中明确规定：违反契约欠债不还，凡欠一匹布以上者，违约二十日，笞二十，欠二十匹，还要加一等，杖六十，欠三十匹加二等，欠一百匹加三等，笞杖以外还要责令赔偿。<sup>(12)</sup>同时，司法与行政合一，行政官吏兼掌司法。除在中央设有主管狱讼的司法机关和司法官吏，在地方上，都由州、

县行政长官兼掌司法，没有专门的司法机关。地方行政官吏不仅要对刑事案件进行裁决，也要负责对户婚、田土、钱债等民商事争议进行审理。<sup>(13)</sup>

在商事争端解决的法哲学基础方面，尽管在春秋时期有过法治还是人治（礼治、德治）之争，但从实质上讲，当时所谓的“法治”也不过是君权的派生物。自汉代武帝以降，历代王朝“罢黜百家，独尊儒术”，强调以纲常礼教作为调整人们行为和社会各种关系的主要准则，礼法合流，德主刑辅。正如东汉王府所总结的：“是故上圣不务治民而务治民心，故曰：听讼，吾犹人也，必也使无讼乎！导之以行，齐之以礼，务厚其情，而务明其义。民亲则无相伤害之意，动思义则无邪之心。”<sup>(14)</sup>主张以“和为贵”，“必也使无讼”。这种观念经过统治阶级几千年的长期灌输，深入中国社会人心。因而在民商事争端的解决方面，倾向于当事各方自相和解，以“息讼宁人”。而封建官吏也广泛采用调解的方法来解决民商事纠纷。据清代《顺天府档案》记载，嘉庆十五年至二十五年宝坻县档案中的自理案件共有 244 件，其中约有 90% 的案件是采取调解结案的。调解成为封建官吏处理民商事案件的一种重要方式。<sup>(15)</sup>

## 2 近代中国

清末变法修律的活动在中国历史上第一次改变了“民刑不分、诸法合体”的立法体制，草拟了《大清民律草案》、《大清商律草案》及《民事诉讼律草案》，设立专门的审判机关，并将民商事诉讼与刑事诉讼分离。但这些立法和司法方面的改革尚未付诸实施，清王朝就覆灭了。<sup>(16)</sup>

1911 年中华民国成立，以大陆法系为模式的资本主义性质的立法和司法制度被引进 商事争端解决制度也逐步确立。1912 年国

民政府颁布了《商事公断处章程》，次年颁布《商事公断处办事细则》。商事公断处在商会内设立“，对于商人间商事之争议，立于仲裁地位，以息诉和解为主旨。”<sup>17)</sup>1928 年以后还颁布了《法院组织法》、《民法》、《民事诉讼法》等基本法律，建立了较为完整的司法独立、辩护、公开审判、陪审、律师、公证、仲裁、调解等制度。

### 1.3 当代中国

中华人民共和国成立后，国家即着手建立诉讼、仲裁等民商事争端解决机制。在诉讼方面，1950 年 12 月政务院法制委员会起草了《中华人民共和国民事诉讼法试行通则》（草案）。1954 年 9 月第一届全国人民代表大会通过颁行了《中华人民共和国民事诉讼法组织法》。1956 年 10 月最高人民法院印发了《关于各级人民法院民事案件程序总结》，并于 1957 年将这个总结条文化，制定了《民事案件审判程序》。在仲裁方面，1954 年 5 月，当时的政务院通过了《关于在中国国际贸易促进委员会内设立对外贸易常设仲裁委员会的决定》，1958 年 11 月，国务院通过了《关于在中国国际贸易促进委员会内设立海事仲裁委员会的决定》。据此两项规定，先后设立了“对外贸易常设仲裁委员会”和“海事仲裁委员会”。

1958 年社会主义改造完成之后，私营经济成分基本被消灭，中国成为一个完全的计划经济国家，商品经济被否定，自然也就不存在所谓“商事争端”。凡企业间的经济纠纷均通过行政途径解决。例如 1962 年中共中央、国务院发布的《关于严格执行基本建设、严格执行经济合同的通知》规定，“在执行合同中发生纠纷，由各级经济委员会予以仲裁。各地人民银行或者建设银行，负责执行经济委员会的决定，扣付货款。”这个通知否定了法院对经济合同纠纷的审判，合同纠纷只由行政部门处理。虽然出现“仲裁”

一词 但显然不是仲裁 而是行政裁决。<sup>(18)</sup>

1966 年文化大革命开始以后，我国的法制建设遭到严重破坏。法院系统几乎瘫痪，一般民事案件都很少受理，罔论商事案件。仲裁制度的建设毫无进展，对外经济贸易仲裁工作虽未停顿，但也受到了很大的干扰。1976 年文革结束，我国的政治、经济、文化等各个领域的发展重新走上正轨。1978 年国家将工作重心转移到经济建设上来，民主与法制建设也进入了一个新的发展时期。这一年最高人民法院召开了第二次全国民事审判工作会议，纠正了以往削弱民事审判工作的错误做法，并颁发了《关于贯彻执行民事政策法律的意见》和《人民法院审判民事案件程序制度的规定（试行）》，在当时民商事法律、法规不完善的情况下，为民商事诉讼提供了一定的法律依据。1982 年，国家颁布了《中华人民共和国民事诉讼法（试行）》。在试用了 9 年之后，又结合改革开放和经济发展所带来的新情况和新问题，对原《民事诉讼法（试行）》进行了修改补充，以便和一些新颁民商事法律、法规相衔接，并适应解决种类和数量越来越繁多的商事争端的需要，这就是 1991 年 4 月通过的《中华人民共和国民事诉讼法》。它在我国法制建设史上和社会主义经济建设中有极重要的意义和作用，标志着我国社会主义法制建设又有了重大进展，标志着我国完整的民商事诉讼制度的确立。《民事诉讼法》的颁布，有益于保障民商事实体法的贯彻实施，保障各种商事主体的合法权益，有益于促进社会主义市场经济的发展。

80 年代以后，我国商事仲裁制度的发展也十分迅速。1981 年颁布的《中华人民共和国合同法》首先确立了“一裁两审”的内国商事仲裁制度<sup>(19)</sup>，该制度在 1983 年国务院发布的《经济合同仲裁条例》中进步得以具体化。1982 年的《民事诉讼法（试行）》规定了涉外商事仲裁的协议仲裁、或裁或审、一裁终局的原则。1985 年的《中华人民共和国涉外经济合同法》和 1991 年的

（民事诉讼法）均重申了涉外仲裁的上述原则。但真正较为完善的、符合国际惯例的商事仲裁体制则在 1994 年的《中华人民共和国仲裁法》颁布后才得以确立。该法完全摆脱了计划经济体制的影响，将协议仲裁、或裁或审、一裁终局原则扩大适用于所有国内及涉外商事争端，恢复了仲裁的“商人自治”的本来面目，从而为解决商事争端提供了一条诉讼以外的、充分符合商业社会需要的、公正、高效的途径。

## 2. 法律传统观念

数千年来，中国从来就不是一个法治社会，目前才正在朝这个方向努力。但自进入奴隶社会以来，中国就有了法制，并发展形成了十分独特的中华法系。在这个独特的法系之中，包含着独特的法统，人们对待法律的心理也十分独特。

在中国传统的法律文化中，法律从来就不是至高无上的。礼法合流、德主刑辅的传统使中国人习惯于认为，法律是为“礼”（德）服务的，是从属于“礼”的。这种所谓“礼”，在现代社会的体现方式之一就是政策，政策可能是合理的，因而也是合“礼”的。中国人总习惯于将政策和法律相提并论，称之为“国家政策法律”，而且“政策”总是放在“法律”的前头。这不仅仅是一个语言习惯的问题，而是体现了一种现实和人们在心理上对此种现实的认知，即政策大于法律，法律从属于政策，是为政策服务的。就商事审判来讲，法院的工作不仅仅是依法审判那么简单，而是有为政府的经济政策服务的任务。如法院可能加强对企业破产、联营、承包、租赁案件的审理，但并不是因为法律对审限有新的要求，而是因为转换企业经营机制的政策需要法院在审理相关案件方面予以配合。法院的商事审判工作甚至能同国家的宏观调控政策挂上钩，例如某法

院在一份报告中称，“总之，人民法院要通过正确、及时审理与宏观调控密切相关的案件，坚决维护党中央、国务院对全国经济宏观调控的统一性、权威性和有效性。”<sup>(20)</sup>人们从中不难看出，如果是与“宏观调控”政策无关的案件，该法院在审理中就可能不那么“及时”。商事审判服务于政策的一个后果就是：不同的商事争端当事人，由于政策不同，他们在适用有关诉讼法律方面不完全是平等的。同样难度的案件，如果有政策需要，可能在很短时间就可审完，结果也很妥善；但如果这一阵子政府的“工作重心”不在这一方面，法院在分配审判力量方面就可能较为不足，其结果就是案件一拖再拖，裁决执行也不力。这显然是违反了“法律面前人人平等”这样一个基本的法治原则。

在古代中国，司法多由行政长官兼掌。直至现在，司法也不是完全独立，以致在一般民众心理上形成这样一个观点：法院判决有时不如行政长官一句话。这种心理并非空穴来风，因为有时法院确实在很多方面受到了来自行政方面的干预。中国中央电视台在1997年2月间的一次《焦点访谈》节目曾经报道的一个案例，虽是行政诉讼，而非商事诉讼，但很能说明问题，故姑妄引之。在该案中，一镇政府（败诉方）拒绝履行某区法院的生效判决达3年之久，其后因某副省长下了指示才肯履行。该镇负责人并振振有词，认为“我们好歹也是一级政府”，并指责“行政诉讼法本身有问题”。显然，在该镇负责人看来，区法院判决还不如副省长一句话。行政诉讼法“不合理”，因此可以不执行。“理”应当大于“法”，这还是中国传统“礼大于法”的遗毒的体现。

在是否选择诉讼这种争端解决方式方面，有许多因素影响争端当事人的决定。在中国传统上，民刑不分，进行民商事诉讼的结果可能招致刑罚，人们视诉讼为畏途，其心理影响波及现代。因此，许多争端当事人非到迫不得已不会求诸诉讼。诉讼成为争端当事人的最后选择，特别是在一项争端涉及到的社会关系较为复杂时，当

事人一般不愿选择诉讼这种对抗性很强的形式，而总是希望首先以斡旋、和解的方式来解决。应该说，《仲裁法》的通过，为当事人（特别是内国商事争议的当事人）提供了一条较少对抗性但却和诉讼同样有效的争端解决方式。相信随着各地统一的仲裁机构的建立以及人们对仲裁认识的提高，商事仲裁在中国商事争端解决中会起到越来越重要的作用。

注释：

- (1) 张国键：《商事法论》台湾三民书局 1980 年版，第 4 页。
- (2) 董安生等编著：《中国商法总论》，吉林人民出版社 1994 年版，第 5 页。
- (3) 《马克思恩格斯选集》第 1 卷，人民出版社 1972 年版，第 101 页。
- (4) 董安生，前引书，第 6 页。
- (5) 《企业法人登记管理条例实施细则》第 2 条。
- (6) 《中华人民共和国合同法》第 2 条。
- (7) 参见《最高人民法院关于加强经济审判工作的通知》（1957 年 12 月 9 日）载于《最高人民法院公报典型案例和司法解释精选》，中华工商联合出版社 1993 年版，第 846—847 页。在该通知中，经济行政案件也被列入经济审判的收案范围。但随着《行政诉讼法》的颁布和行政审判庭的建立，经济行政案件已划归行政审判庭主管，从而使经济审判成为纯粹的实质上的商事审判。
- (8) 载于同上书，第 1014—1015 页。
- (9) 国务院法制局研究室编：《重新组建仲裁机构手册》中国法制出版社 1995 年版，第 11 页。
- (10) 《中华人民共和国仲裁法》第 2 条。
- (11) 常怡主编：《民事诉讼法学》，中国政法大学出版社 1994 年版，第 88 页。
- (12) 马原主编：《民事审判的理论与实务》，人民法院出版社 1992 年版，第 33 页。
- (13) 同上注。
- (14) 张晋藩主编：《中国法律史》，法律出版社 1995 年版，第 119 页。

- (15) 马原, 前引书, 第 34 页。
- (16) 同上注引书, 第 35 页。
- (17) 全国人大常委会法制工作委员会民法室、中国国际经济贸易仲裁委员会  
秘书局编著:《中华人民共和国仲裁法全书》, 法律出版社 1995 年版, 第  
7 页。
- (18) 同上书, 第 9 页。
- (19) 根据这种仲裁制度, 仲裁机关有强制管辖权, 但当事人不服仲裁裁决,  
可在法定期限内向法院起诉。
- (20) 最高人民法院经济审判庭编:《经济审判参阅资料与新类型案件评析》,  
人民法院出版社 1994 年版, 第 24 页。



## 第二章 商事诉讼概述

### 一、定义、特征及历史沿革

#### 1. 定义

商事诉讼是指当事人因商事争端，经一方当事人向国家审判机关（人民法院）起诉或提出申请，在双方当事人及其他诉讼参加人的参与下，由国家审判机关进行审理，并作出裁判的一种解决方式。

#### 2. 特征

诉讼作为一种重要的商事争端解决手段，与其他如仲裁、和解或民间调解等商事争端解决方式的重要区别在于它的强制性，即是以国家强制力为后盾的。这首先体现在诉讼管辖是强制性的，任何一方当事人向法院提出请求，只要这种请求是合法的，法院即应受理，并享有对有关商事争端的管辖权，另一方除非有法定的抗辩理由，不论是否愿意，都应接受该法院的管辖。其次还体现在法院作出的判决、裁定直接具有强制执行的效力。当事人对于经诉讼程序作出的生效判决或裁定，应自觉履行，拒不履行的，法院有权采取强制执行措施。当事人自行和解达成的协议或经仲裁机构以外的第三人以民间调解途径达成的调解协议，都是无强制执行效力的。当事人欲获得强制执行，应另行向法院起诉或提出申请。