



中国涉外商事审判丛书

中国涉外商事 审判热点问题探析



STUDY ON CHINA'S FOREIGN-RELATED
COMMERCIAL TRIALS

- 广东省高级人民法院 编
- 主 编 吕伯涛
- 副主编 李 琦 陶凯元

在审理的涉外商事案件数量多、案情复杂，而我国涉外法律又不完善的情况下，广东从事涉外商事审判的法官们通过处理各种类型的涉外商事争议，通过对法律法规的反复理解与适用，积累了宝贵的经验，形成了对各类争议和相关法律问题的审判心得、法律观点，本书正是这些实践经验经过系统整理、提炼而来的成果。



法律出版社
LAW PRESS CHINA

中国涉外商事审判丛书

中国涉外商事审判热点问题探析

广东省高级人民法院 编

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

中国涉外商事审判热点问题探析/广东省高级人民法院编. —北京:法律出版社, 2004.5
(中国涉外商事审判丛书)
ISBN 7-5036-4919-4

I. 中… II. 广… III. 国际商事仲裁—研究—中国
IV. D997.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 041388 号

法律出版社·中国

责任编辑/戴 伟

装帧设计/于 佳

出版/法律出版社

编辑/法律应用出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/陶 松

开本/787×960 毫米 1/16

印张/22.5 字数/383 千

版本/2004 年 6 月第 1 版

印次/2004 年 6 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

法律应用出版分社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/yingyong@lawpress.com.cn

读者热线/010-63939642

传真/010-63939650

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

传真/010-63939777

中法图第一法律书店/010-63939781/9782

网址/www.chinalawbook.com

中法图上海公司/021-62071010/1636

客服热线/010-63939792

中法图北京分公司/010-62534456

电子邮件/service@chinalawbook.com

中法图苏州公司/0512-65293270

中法图深圳公司/0755-83072995

中法图重庆公司/023-65382816

书号:ISBN 7-5036-4919-4/D·4637 定价:39.00 元

《中国涉外商事审判丛书》序

改革开放以来,在广大涉外商事审判人员的努力下,我国法院审理了大量涉外商事纠纷案件,涉外商事审判工作取得了令人瞩目的成绩。在我国加入世贸组织后,涉外商事审判工作受到了前所未有的重视。2002年2月25日,最高人民法院为进一步提高涉外商事案件的审理质量,适应入世后新形势的需要,颁布了《关于涉外民商事案件诉讼管辖若干问题的规定》,确立了涉外商事案件由少数法院管辖的集中管辖制度。该制度于2002年3月1日实施后,各有集中管辖权的法院以此为契机,在审判机构改革、审判队伍建设、审判指导、调研培训等方面全面加强了涉外商事审判工作,这些法院大多组建了专门审理涉外商事案件的民事审判庭,并配备了高素质的审判人员,涉外商事审判的专业化程度进一步提高。目前我国已初步形成了以“特定管辖法院、专门审判机构、专业审判人员”为特征的涉外商事审判新格局,这标志着我国涉外商事审判工作已发展到一个新的阶段。

在为我国涉外商事审判工作的发展感到欣慰的同时,我们必须清醒地认识到,在目前涉外法律法规不尽完善,而社会又要求法官具有较高的涉外审判水平的形势下,涉外商事审判领域还有许多工作要做,其中一项重要工作就是总结涉外商事审判的经验。及时总结和不断积累审判经验,对我国涉外商事审判事业的稳步持续发展具有重要意义。在这个问题上,我认为当前尤其应当重视和加强以下三方面的具体工作:

第一,涉外商事案例的整理总结工作。多年来,涉外审判人员在审理大量涉外商事案件的基础上,积累了丰富而宝贵的案件资料,但遗憾的是,这些资料一直没有被很好地整理、总结和利用,致使寓含在相关案例中的审判经验不能

充分发挥对以后同类案件的指导或参考作用,从而容易造成不同法官或不同法院对相同问题的处理结果不一致的现象,不利于司法统一。因此目前非常有必要对涉外商事案例进行有针对性的整理和总结。

第二,涉外商事审判实践中一些行之有效的实务操作方法的介绍工作。由于涉外商事审判具有不同于一般民事审判的特殊性和复杂性,加之目前我国与此相关的法律法规不尽完善,因此法官在审理案件过程中难免会遇到各种各样的疑难问题,而法官又必须及时公正地审结案件,于是他们努力寻求解决问题的方法,逐步形成了一些行之有效的实务操作方法。例如,在域外法查明问题上,有些地方的法院将域外法作为“特殊的事实”来查明,强调当事人对域外法的举证义务,这种作法不仅澄清了长期以来审判人员在这一问题上的不少误区,而且取得了良好的审判效果;又如,在域外证据的认定方面,不少法院并没有对未经公证认证的域外证据一概否定,而是本着具体情况具体分析的态度来认定其证明力。诸如此类的实务操作方法无论对涉外审判,还是对立法和司法解释的完善都具有重要的参考价值。将之予以整理介绍,不仅有利于各地法院之间的交流,以相互取长补短,而且有利于立法机关和最高人民法院在调研的基础上统一各种作法,以维护我国司法统一。

第三,对涉外审判人员在实践中形成的审判心得、法律观点和研究成果的发掘和提炼工作。涉外审判人员通过处理各种类型的涉外商事争议,通过对法律法规的反复理解和适用,逐渐形成了对某一类型的争议或某一法律问题的审判心得、法律观点甚至系统的报告、论文等研究成果。但除了在内部一些场合或个别刊物提出或发表外,这些宝贵的经验一直都没有得到系统的整理,以至于显得较为零散,也难以通过更多的渠道发表、交流和传播。因此当前亟须对这类审判经验进行发掘和提炼。

由广东省从事涉外商事审判的法官们编著的《中国涉外商事审判丛书》就是一套力求在以上三个方面有所贡献的专业丛书。

《中国涉外商事审判丛书》是多年来广东涉外商事审判经验的总结,书中介绍的经验和观点都是涉外审判人员在长期审判实践的基础上辛勤劳动和反复思考的结晶,具有极为重要的审判指导价值。广东省作为我国改革开放的前沿省份,涉外商事审判工作始终走在全国的前列,该省各法院每年审理的涉外商事案件约占全国总数量的三分之一强,案件类型几乎涉及商事纠纷的所有类型。在案件数量多、案情复杂,而我国涉外立法又存在诸多缺憾的情况下,广东的法官们在严格遵循现行法律和涉外审判规律的前提下,勇于探求解决问题的办法,大胆尝试,积累了宝贵的经验,不少典型案件的判决和许多行之有效的实

务操作方法已成为有关司法解释和立法的重要参考。《中国涉外商事审判丛书》正是在总结这些实践经验的基础上编著而成的,因此,它不是一套纯理论性的学术著作,但也绝非案例汇编或法条释义性质的普法材料,而是一套旨在总结审判经验、解决实务问题的操作性极强的专业著作。书中提出和研究的问题都是经过精心筛选后确定的,这些问题的产生或者是由于现行法律缺少相关的规定,或者是由于法律规定得不够明确,或者是由于不同的法律规定相互矛盾,还有的是由于审判人员对相关法律有不同的理解。可以说,书中提出的问题在全国涉外商事审判实践中具有代表性。作者在书中提出的观点和结论都力求具有可操作性或可行性。因此,《中国涉外商事审判丛书》是一套具有重要实践价值的丛书。

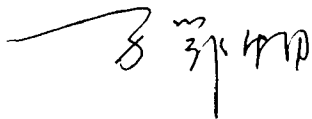
《中国涉外商事审判丛书》十分重视从法理角度研究实务问题,在书中,作者或对某一判决进行精辟的点评,或对实践中一些做法的科学性从理论上予以论证,或对某一理论的可行性从司法实践的角度进行批判性的分析,或结合审判实务对我国的相关法律规定进行深刻的反思。无论是对观点的论证还是对法律的诠释都坚持实践联系理论的方法,因此这套丛书具有不同寻常的理论价值。首先,书中不少观点因其拥有坚实的实践基础而具有较强的说服力,可能会对一些学术观点产生影响和冲击,并有助于澄清法学界一些有争议的法律问题,或者可能为法学研究提供新的研究课题。其次,书中大量的实践素材必然能为一些学术观点的论证提供生动的事实论据,从而有助于这些学术观点的建立和传播。最后,该套丛书的出版会对目前我国国际私法的研究方法产生一定的影响。目前,我国国际私法学界在研究问题时多遵循从理论到理论,或从规则到理论,或从规则到规则的论证模式,很少从司法实践的角度进行实证性研究。这种单一的研究方法有可能导致理论与实践相脱离的后果。《中国涉外商事审判丛书》力求以审判实务为基础,揭示和研究国际私法问题,这种实证性研究方法会令国际私法学界耳目一新,进而对我国国际私法的研究方法产生重要影响。因此,这套丛书的出版一定会对我国国际私法理论的研究有所贡献。

《中国涉外商事审判丛书》的作者主要是广东法院系统从事涉外商事审判的法官,他们均受过良好的高等法学教育,大多已获得硕士或博士学位,并且具有丰富的涉外审判经验。这套丛书是他们在审判实践基础上不断探索和思考的结晶,其内容充分体现了每位作者扎实的理论功底和务实的写作态度。书中可能会存在这样或那样的不足,但我相信,它的出版不仅会为审判人员提供一套具有重要指导意义的参考书,而且也必然会给整个法学界带来一缕清新的气息。我衷心地希望这套丛书的出版有助于审判实务和法学研究和谐互动发展,

也希望其能成为国际国内社会了解我国目前涉外商事审判状况的一个窗口,更希望该丛书的出版能对我国涉外商事审判事业的发展起到积极的推动作用。

最后我由衷地期望广东的法官们能够在现有成绩的基础上,更上一层楼,为我国的审判事业作出更大的贡献。

最高人民法院副院长

A handwritten signature in black ink, appearing to read '张小明' (Zhang Xiaomeng), written in a cursive style.

2004.3.22

编写说明

由于涉外商事审判涉及到管辖权的确定、法律文书的送达、冲突规范的适用、外国法的查明、域外取证、裁判文书的域外执行等环节,具有不同于一般民事审判的特殊性和复杂性,加之我国目前的涉外审判法律法规不尽完善,因此法官在适用法律、进行涉外案件审理时难免会遇到各种各样的复杂问题。广东省作为涉外案件大省,审判人员不可避免地会遇到更多的法律问题,由于目前我国学术界的研究成果与涉外商事审判实践严重脱节,法学理论与涉外商事审判和谐互动的局面尚未形成,实践中的很多问题在目前出版的学术著作中都无法找到答案。广东法官在长期的涉外审判实践中,不断思考和探索这些问题,逐渐形成了自己的观点和看法。由于广东的涉外商事审判在全国备受瞩目,因此我们相信,广东法官关于涉外商事审判的观点和看法对中国涉外商事审判和学术研究具有宝贵的价值。为了系统地总结和反映这些观点和看法,我们编写了《中国涉外商事审判热点问题探析》。

《中国涉外商事审判热点问题探析》的作者主要是广东法院系统从事涉外商事审判的法官,他们均受过良好的高等法学教育,大多已获得硕士或博士学位,并且具有丰富的涉外审判经验。这本书是他们在审判实践基础上不断探索和思考的结果。

《中国涉外商事审判热点问题探析》共收集了43篇优秀论文,内容涉及管辖、诉讼参与人、法律适用、证据、送达、域外判决的承认与执行、仲裁的司法审查等涉外商事审判方方面面的问题。这本书的突出特点是实践针对性强,并具有一定的理论水平。在内容上,作者或寻求解决问题的方法,或提出完善立法的建议,或指出目前理论研究的不足,反映出每位作者扎实的理论功底和务实

的写作态度。尽管书中会存在这样或那样的不足,但我们相信,这本书的出版不仅会为涉外审判人员提供一本可读性很强的参考书,而且也必然会给学术界带来一缕清新的气息。

编 者

2004年1月于南国花城

目 录

涉外商事审判及其特征之研究/郑新俭	1
关于涉外民商事审判中的几个问题/任生林	16

管辖

论我国区际民商事案件管辖权的冲突与协调/陈友强	21
对完善涉港澳民商事案件司法管辖制度的思考/陈发启	28
析两类管辖权冲突	
——以内地法院与港澳法院商事案件管辖权的关系为中心/李磊明	35
论不方便法院原则/王美英	42
浅析非方便法院原则的适用	
——评住友银行与新华公司贷款合同纠纷管辖权异议上诉案/张章宜	50
论提单诉讼管辖条款的效力/宋伟莉	58
船舶所属企业破产管辖问题研究	
——英美法与中国法之比较/詹卫全	66

诉讼参与人

外国破产的域内效力及其在我国涉外审判中的运用/易新华	74
非实体法律关系主体所提起民事诉讼之处理/李云朝	82
“三来一补”企业不应具有诉讼主体资格/陈 宇	88

法律适用

典型无单放货案件定性问题分析/邓宇锋	94
域外法查明的若干基本问题探讨/詹思敏 侯向磊	111
涉外民商事审判中外国法证明问题浅析/李 继	127
对外担保案件诸问题研析/何文龙	136
审理涉外借款担保合同纠纷案件的若干问题与思考/张 彬	149
外商投资企业股权转让的法律问题/邓燕辉	156
论信用证欺诈及其救济/赵 虹	163
倒签提单的法律性质探讨/李翔晖	170
香港楼花按揭法律规制借鉴/黄 宇	176
试论对我国海上保险合同中保证条款的认定/覃伟国	182
对确定迟延交付的时间标准的立法思考/黄青男	188
涉三来一补企业的逃废债问题及对策/叶绚丽	195
《中华人民共和国合同法》与《联合国国际货物销售合同公约》法律适用之比较研究/蔡晓玲	202
论 WTO 规则在我国法院的适用/詹旭伟	210

证据

盖然性证明标准	
——达到涉外民商事案件事实法律真实性的最低程度追求/王玉宇	215
民事诉讼证据举证时限制度的理解与适用/孙 志	229
浅析民事诉讼中电子邮件的证据效力/谢 平	241
论内地与香港法院就民商事案件调取证据的区际司法协助/肖璟翊	249

送达

广东涉港澳民商事诉讼中送达的理论与实践/杜以星	258
对涉外商事审判中送达问题的一点看法/卢伟斌	273

域外判决的承认与执行

论对外国法院裁判承认与执行的条件与程序/杨建成	277
-------------------------	-----

关于内地与香港民商事判决的承认与执行问题的几点思考/程 炜	282
内地与香港民商事司法协助的回顾与展望/奚向阳	289

涉外仲裁的司法审查

涉外商事合同仲裁协议独立性初探/钟向芬	298
仲裁条款的独立性与默示援引仲裁条款研究/刘建红	306
论对有缺陷的国际商事仲裁协议的效力的认定/陈治艳	318
《最高人民法院关于内地与香港特别行政区相互执行仲裁裁决的安排》若干问题的探讨/温达人	326

其他问题

立法应允许中院采用简易程序审理涉外商事案件/侯向磊	336
关于适用民事简易程序审理涉港澳台商事案件的几点思考/陈浩辉	340
谈谈涉外裁判文书的写作/万 翔	343

涉外商事审判及其特征之研究

广东省高级人民法院 郑新俭

一、涉外商事审判

“审判”是由审与判两部分构成的。“审”的基本语义是“详查,细究”,后被引申为“审讯”、审理等,专指审判机关审理案件的活动。“判”的基本语义是“分”,后被引申为“裁判”“判决”,是专指审判机关在审理的基础上对案件的裁决活动。因此,“审判”一词在现代汉语中是用来专指国家审判机关依照法律审理和裁决案件的活动。审判机关的审判又分为不同的类型,如刑事审判、民事审判和行政审判等。这些不同的类型就是在“审判”之前冠以不同的限定词加以区别。在“审判”前加上“涉外商事”一词,就构成了涉外商事审判的特有内涵,以区别于刑事、一般民事、行政等审判。

从一般意义上讲,无论何种审判,都是特定的审判机构,运用特定的程序,对特定的案件,适用特定的法律进行裁决的过程。这四个“特定”的有机结合就构成了某一审判的基本内涵,也构成了某一审判区别于其他审判之所在。

基于上述分析,涉外商事审判可以定义为人民法院依照法律审理和裁判涉外商事案件的活动。涉外商事审判,就其性质而言,是一种特殊的民事审判;这种特殊性也就体现在上述的四个特定之上:(一)特定的审判机关;(二)特定的审判对象;(三)特定的审判(诉讼)程序;(四)特定的法律适用。这四个方面构成了涉外商事审判的基本内涵,也构成了涉外商事审判区别于其他审判的基本特征。

二、特征之一——特定的审判机构

涉外商事审判是随着我国对外开放政策的施行和对外贸易的发展而逐渐发展壮大起来的。

早在 20 世纪 80 年代初期,我们就开始审理涉外商事案件。最早审理涉外商事案件的机构是当时的经济审判庭。后来由于涉外商事案件的特殊性,在经济审判庭中设立了专门审理涉外商事案件的合议庭。再后来,一些法院成立了专门审理涉外商事案件的审判庭,如深圳市中级人民法院在 1988 年 7 月成立了专门审理涉外经济纠纷案件的经济审判第二庭。广东省高级人民法院于 1993 年成立了专门审理涉外经济纠纷案件的经济审判第二庭。深圳、重庆、广东高院等均是设立这样机构的法院。但是,在这一时期,涉外商事纠纷案件由这样的一些机构审理仅只是法院内部的一种分工而已,没有什么其他的特别含义。也就是说,这种分工并未使涉外商事审判的机构特定化。

最高人民法院于 2000 年进行了一次大的机构改革,建立了大民事审判格局,成立了专门审判涉外商事案件的民事审判第四庭。最高人民法院民事审判第四庭的职责包括由最高人民法院承担的涉外合同、证券、期货、票据、信用证、公司、破产等类型的商事案件的第一审、二审和再审工作,对涉外仲裁条款效力的认定工作,对涉外仲裁裁决、外国法院判决的承认和执行案件的审查监督工作,与上述领域相关的司法解释工作,以及对下级人民法院就相关案件提出的问题和请示的指导答复工作。^① 随后各高级人民法院也先后进行了机构改革,成立了与最高人民法院相对应的审判部门——民事审判第四庭。所承担的职责范围与最高人民法院是相同的。

2001 年 12 月 25 日最高人民法院审判委员会 1203 次会议通过了《最高人民法院关于涉外民商事案件诉讼管辖若干问题的规定》,该规定自 2002 年 3 月 1 日起施行。该规定的第 1 条规定:“第一审涉外民商事案件由下列人民法院管辖:(一)国务院批准设立的经济技术开发区人民法院;(二)省会、自治区首府、直辖市所在地的中级人民法院;(三)经济特区、计划单列市中级人民法院;(四)最高人民法院指定的其他中级人民法院;(五)高级人民法院。”第 6 条规定:“高级人民法院应当对涉外民商事案件的管辖实施监督,凡越权受理涉外民商事案件的,应当通知或者裁定将案件移送有管辖权的人民法院审理。”这样,涉外商事纠纷案件在审理机关上就真正具有了特殊性。即必须是有审理涉外民商事案件管辖权的人民法院才具有涉外民商事案件的审判权。没有管辖权的法院就不能审判涉外商事纠纷案件。这就使得涉外商事审判在审判机构上具有了专门审判的性质。

^① 参见《中国涉外商事海事审判指导与研究》,万鄂湘主编,人民法院出版社 2001 年版,第 1 页。

三、特征之二——特定的审判对象

涉外商事审判的第二个特征是审判对象上的特定性。涉外商事审判的对象是涉外、涉我国港澳台商事纠纷案件。

涉外商事审判对象上的特定(特殊)性集中体现在涉外(包括涉港澳台)性和商事性两个方面。

(一)涉外性

什么是涉外,我国法学理论、有关法律和司法解释都有明确的表述。

首先,我们来考察一下法学理论在这方面的界定。法学理论是从当代国际社会的实际状况出发去研究什么是涉外的。从当代国际社会的实际状况看,首先是存在着不同的国家。这些国家之间都是平等的主权国家,有着自己的法律,有独立的司法主权,彼此之间必须相互尊重。这就有了内外之分。其次,由于这些国家之间的交往,特别是贸易和经济交往关系的发展,不同国家之间的自然人、法人之间发生着各种各样的关系,诸如贸易关系、经济关系、婚姻、家庭关系等等,这种关系的日益频繁就产生超越国家界限的各种财产关系、婚姻家庭关系以及其他的一些关系。这些关系在资本主义生产方式的推动下得到了迅速地发展。马克思说:“不断扩大产品销路的需要,驱使资产阶级奔走于全球各地,它必须到处落户,到处创业,到处建立联系。”^①再次,要使这种关系能有序地进行,并能获得发展,就必须对这种关系进行法律调整,经过法律调整下的这种关系,就成为国际法律关系。从一个国家的角度来看,就可以称之为涉外法律关系。因此,涉外法律关系指的就是这种超越一国领域或者是具有涉外因素的法律关系。

法学理论在此基础上还对涉外法律关系进行了深入地解剖。涉外法律关系既然是指超越一国领域的具有涉外因素的那种法律关系。那么,那种法律关系中到底存在着一些什么样的涉外因素呢?学者们认为,法律关系具有主体、客体和内容三要素,那么,具有涉外因素的法律关系就是指在法律关系的诸因素(主体、客体、权利义务)中至少有一个因素与外国有联系。这包括以下三种情况:

第一,法律关系的主体一方或各方是外国国家、外国法人或外国自然人。

第二,法律关系的客体是位于外国的物。例如一个中国人继承一个在中国死亡的华侨遗留在外国的遗产,就属于这种情况。

^① 《马克思恩格斯选集》第1卷,第254页。

第三,法律关系的内容与外国发生联系,即产生、变更或消灭法律关系的法律事实发生在国外。例如,一个华侨在外国死亡,作为其亲属的中国人继承其位于国内的遗产。

具有以上这些情况的法律关系均是具有涉外因素的法律关系,及涉外法律关系。在实践中,某一涉外法律关系往往不仅仅是其中一个因素与外国发生联系,而是有多个因素同时与外国发生联系。例如,中国某进出口公司与某一外国公司在中国签订合同,进口一宗外国货物。在这一法律关系中就有两个因素即主体一方与客体具有涉外因素;或者某中国进出口公司与某一外国公司在外国签订合同,进口一批外国货物,其中就有三个因素,即主体一方、客体、法律事实都具有涉外因素。^①

从我国司法实践的情况看,关于涉外的认识与法学家们所持的观点基本上是一致的。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第304条对什么是“涉外”民事案件有一个明确的界定:“当事人一方或双方是外国人、无国籍人、外国企业或组织,或者当事人之间民事法律关系的设立、变更、终止的法律事实发生在国外,或者诉讼标的物在外国的民事案件,为涉外民事案件。”可见这里的涉外也是指法律关系的主体、客体以及设立、变更或终止法律关系的法律事实具有涉外因素的情况。

(二)商事性

对于“商事”一词的含义,各国立法和司法实践均存在较大的差异。《法国商法典》、《德国商法典》以及《日本商法典》关于“商人”“商业”范围的规定也各不相同^②。但是,这种“商”的界定在很大程度上是民、商分立意义上的“商”的界定,这种“商事”的含义是相对于“民事”的含义来确定的,其范围相对较窄。随着商品经济的发展,各种贸易形式的出现,国际上正在跳出民、商分立的观念,从商品经济和贸易的角度来界定商事的含义和范围。因此,“商事”这一概念所包含的范围越来越广。

联合国国际贸易法委员会在1985年6月21日通过的《国际商事仲裁示范法》中,就“商事”一词作了如下的注释说明:“商事一词应作广义的解释,使其包含产生于所有具有商业性质关系的事项,不论这种关系是否为契约关系。商事

^① 参见《国际私法》,韩德培主编,武汉大学出版社1995年版,第2~3页。《国际私法》,韩德培主编,高等教育出版社、北京大学出版社2000年版,第1页。

^② 参见《德国商法典》,杜景林、卢湛译,中国政法大学出版社2000年版,第1条;《法国商法典》,金邦贵译,中国法制出版社2000年版,第1条,《日本商法典》第501、502条。

性质的关系包括但不限于下列交易:提供或交换商品或劳务的任何贸易交易;销售协议;商事代表或代理;代理(factoring);租赁,建造工厂;咨询;工程;许可;投资;融资;银行业;保险;开发协议或特许;合营和其他形式的工业或商业合作;客货的航空、海洋、铁路或公路运输。”^①

美国加利福尼亚州的《国际商事仲裁和调解法典》借鉴《国际商事仲裁示范法》的界定将“商事”规定为以下 18 种事项:提供或交换商品或劳务的交易;销售协议;商事代表或代理;开采协议或特许权;合资或其他形式的工业或商业合作;客货的航空、海洋、铁路或公路运输;建筑;保险;许可;保付代理;租赁;咨询;工程;金融;银行;资料或技术的转让;知识或工业产权、包括商标权、专利权、版权或软件程序权;专业服务。其他国家,如加拿大也基本上采用了这样的定义^②。

国际统一私法协会于 1994 年 5 月制订的《国际商事合同通则》在其前言的注释中作了如下的说明:“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/或这种两种交易的传统界定,即《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。这就将所谓的‘消费者合同’排除在《通则》的范畴之外,此类合同在不同的法律体系中正日趋适用一些特殊规则,这些规则绝大部分带有强制性,目的在于保护消费者。消费者指的是并非出于职业和行业需要而订立合同的当事人。各国和国际上对于消费者与非消费者间的区别所采用的标准也在变化。《通则》对‘商事’合同并没有给予明确的定义,只是假定对‘商事’合同这一概念应在尽可能宽泛的意义上来理解,以使它不仅包括提供或交换商品或服务的一般贸易交易,还可以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,等等。”^③《国际商事合同通则》对“商事”一词的阐述较为透彻地揭示出现代社会关于“商事”一词的理解。

根据上述规定的阐述,我们大致可以将现代“商事”的概念归纳为以下几点:1. 现代商事的概念已经不再是大陆法系中对“民事”和“商事”含义的传统界定,而是从一般商品经济,一般贸易、经济交易的角度予以界定。2. 对“商事”一词的确切含义目前尚未取得一致的认识,但普遍主张应在较宽泛的意义上使用

① 参见《现代国际商事仲裁法的理论与实践》,韩健著,法律出版社 2000 年版,第 19 页;《国际商事仲裁新资料选编》,宋连斌、林一飞译编,武汉出版社 2001 年版,第 463 页。

② 《现代国际商事仲裁法的理论与实践》,韩健著,法律出版社 2000 年版,第 20 页。

③ 《国际统一私法协会国际商事合同通则》,对外贸易经济合作部条约法律司编译,法律出版社 1996 年版,第 1~2 页。