

国际法专题研究丛书 屈广清主编

新型贸易融资的 国际私法统一法源研究

王淑敏 著

□从法哲学的角度提出新型贸易融资的国际私法统一法源理念。

□研究新型贸易融资的法律制度中“新型”的意义，将种类不一、性质各异，却具有代表性的福费庭、保理、融资租赁以及资产证券化中的贸易融资加以比较、鉴别，寻找其共性，以甄别其个性。

□探索了新型贸易融资领域适用国际惯例的发展趋势；通过对比的方法将《国际保理业务惯例规则》两个文本，《国际商事合同通则》2004与应收账款转让的国际统一惯例逐一评析。

□对新型贸易融资领域适用国际条约发展趋势进行预测；将《国际保理公约》与《联合国国际贸易中应收账款转让公约》逐条对比。

□将“大国际私法”观点与国内法的研究相结合，研究调整新型贸易融资领域的国际统一实体法与我国国内法的衔接，以解决国内法源面临的困境。

知识产权出版社

国际法专题研究丛书 屈广清主编

新型贸易融资的国际 私法统一法源研究

王淑敏 著

知识产权出版社

注：本书为教育部 2005 年度规划基金项目成果

图书在版编目 (CIP) 数据

新型贸易融资的国际私法统一法源研究/王淑敏著.

北京: 知识产权出版社, 2006.5

ISBN 7-80198-514-1

I. 新… II. 王… III. 国际私法—研究

IV. D997

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2006) 第 042987 号

内容提要

本书是作者在博士论文的基础上, 运用法哲学的研究方法, 研究新型贸易融资的国际私法统一法源理念, 包括内涵、外延与价值; 分析调整新型贸易融资关系的国际私法统一化背景, 探寻专门适用新型贸易融资方式的统一法源及其发展趋势, 对于改革各国的冲突法体系以及加剧冲突规范统一化进程, 扩大统一实体法所占比重, 具有重要的理论意义和实用价值。

本书属于教育部人文社会科学研究项目《新型国际贸易融资关系中的国际私法问题研究》课题组研究成果的一部分内容。本书可为法学院校、司法界人士提供最新的理论成果和实务指南, 可作为其他高等院校相关专业的辅助教材使用, 也可以作为司法审判工作者和律师的工具书。

新型贸易融资的国际私法统一法源研究

王淑敏 著

责任编辑: 陆彩云

责任校对: 董志英

装帧设计: 段维东

责任出版: 杨宝林

出版发行: 知识产权出版社

社址: 北京市海淀区马甸南村 1 号

邮 编: 100088

网 址: <http://www.cnipr.com>

邮 箱: BJB@cnipr.com.cn

电 话: 010-82000893 82000860 转 8110

传 真: 010-82000733

印 刷: 知识产权出版社电子印制中心

经 销: 新华书店及相关销售网点

开 本: 880mm×1230mm 1/32

印 张: 11.875

版 次: 2006 年 6 月第 1 版

印 次: 2006 年 6 月第 1 次印刷

字 数: 285 千字

ISBN 7-80198-514-1/D·405

定 价: 30.00 元

如有印装质量问题, 本社负责调换。

引 言

WTO《服务贸易总协定》的《金融服务附件一》对金融服务贸易的范围和定义进行了界定。涉及银行及其他金融服务业务 B 类包括：各类借贷，包括消费借贷、抵押贷款、信用贷款、保理及贸易融资等。

根据被称为银行业“基本法”的《巴塞尔协议》第 244 条，贸易融资是指在商品交易中，银行运用结构性短期融资工具，基于商品交易（如原油、金属、谷物等）中的存货、预付款、应收账款等资产的融资。

美国学者指出：“我们通常把银行及其他涉足商业贷款的金融机构为国际贸易所提供的大范围的融资渠道称为贸易融资（trade finance）。贸易融资不仅包括向买方支付货款所提供的资金融通，还包括为卖方的货物出售提供即时现金。”^①

来自银行业的观点主要有两种：

定义之一：国际贸易融资是指在办理进出口贸易结算过程中由农业银行提供的本外币资金融通，分为进口贸易融资和出口贸易融资两大类。其中进口贸易融资包括减免保证金开证、担保提货、进口押汇；出口贸易融资包括打包放款、出口押汇、出口票据贴现、买入外币票据、保理和福费廷。^②

定义之二：贸易融资与保函授信业务。这一术语是“国际贸易融资”全面的表述。是指银行依托办理各种国际结算业务，为

① [美] 理查德·谢弗、贝弗利·厄尔、菲利普·阿格斯蒂著：《国际商法》邹建华主译，人民邮电出版社 2003 年版，第 197 页。

② <http://www.abccqz.com>.

客户提供的表内资金融通和表外信用融通。其中表内资金融通包括打包贷款、出口押汇、保理、福费廷、出口商业发票贴现、进口押汇等；表外信用融通包括未收取足额保证金对外开立信用证、提货担保以及各种投标、履约、预付款等非融资类保函和借款、租赁、延付等融资类保函。^①

与银行传统的信贷业务相比，贸易融资与保函授信业务具有以下特点：一是品种多样。既包括各种资金融通，又包括各种信用融通，还可按当事人需求量身定做。二是期限灵活。期限可长可短，能够最大限度地满足当事人对银行提供融资或信用支持期限灵活性的需求。三是金额限制性小。只要当事人能够提供贸易背景真实性的证明文件，就可获得融资支持。四是办理手续方便。银行办理贸易融资与保函授信业务侧重关注贸易背景和当事人的资信实力，结合其具有自偿性的特征，以额度或单笔授信的方式运作。

国际贸易是跨国界、跨地区的贸易，使用不同国家的货币进行结算，并实行远距离运输，耗费时间较长的经济活动。在履行合同的过程中，从出口商制造或采购产品，货物运输、销售，到进口商购进货物，进出口商都需要动用大笔资金，并存在着商业信贷风险、政治风险、单证风险、利率风险和外汇风险。如何利用法律的手段规避上述风险，以最低的成本获取更多的融资渠道，已经成为企业经营者日益重视的热点问题之一。

综上所述，国际贸易融资系指银行对外贸企业办理国际贸易业务而提供的资金融通便利，是促进进出口贸易的一种金融支持手段。为了资金安全、收益要求和实现最大利润，在充分发挥传统融资渠道作用的同时，国际贸易融资的种类不断推陈出新。与传统的信用证、托收、银行保函业务相比较，保理、福费廷、资

① 段树军：“加快发展贸易融资与保函授信业务”，<http://www.cet.com.cn/2006/1/27.htm>。

产证券化等基于应收账款转让的融资产品已成为进入我国银行业的新型贸易融资工具。

在 20 年的时间里,中国国际私法的理论研究在深度上和广度上都有了突破性的发展,几乎涵盖了整个国际民商、经济领域所有的法律问题。有学者已经作出结论:“国际私法包括直接适用的法、冲突法、国际民商法等,而国际民商法又包括国际合同法、国际经济贸易法。”^① 笔者认为,有关新型国际贸易融资领域的统一国际私法研究包括统一实体法、统一冲突法及统一程序法,其中统一实体法研究较为丰富,但后两方面的研究仍显得薄弱。

邹小燕、樊兵所著《结构贸易融资》一书系统介绍了福费廷等新型及传统的融资方式,并提出了结构贸易融资的新概念。^② 李金泽在《国际贸易融资法律风险防范》一书中详细介绍了国际保理、福费廷等几种贸易融资业务的运作及法律风险的防范,其中第 13 章为“国际贸易融资业务的法律适用与纠纷解决”。^③ 李仁真的《国际金融法学》一书全面阐述了国际金融法的基础理论和主要法律制度,内容包括国际结算与贸易融资制度、国际融资租赁制度和 WTO 金融服务贸易制度等。^④

新型贸易融资以担保为先决条件,可谓“无担保、无融资”。我国学者非常关注融资担保的研究,发表了一系列论文,如郭华春的“福费廷业务中的担保法律问题分析”^⑤、李金泽的“银行保理商:面临的法律风险及防范”^⑥、Jennifer Norris. Cra “商业银

① 屈广清等:《国际统一实体法》,海事大学出版社 2002 年版,第 3 页。

② 邹小燕、樊兵:《结构贸易融资》,中信出版社 1998 年版。

③ 李金泽:《国际贸易融资法律风险防范》,中信出版社 2004 年版。

④ 李仁真:《国际金融法学》,复旦大学出版社 2004 年版。

⑤ 郭华春:“福费廷业务中的担保法律问题分析”,<http://ibdaily.mofcom.gov.cn>。

⑥ 李金泽:“银行保理商:面临的法律风险及防范”,<http://www.jinshangonline.com/fallbehind/24.asp>。

行贸易融资问题探讨”^①等论文。

涉及新型贸易融资的核心法律问题——债权让与的实体法与冲突法研究，学术成果最为丰富。较有代表性的是郭玉军、徐卫莲“论国际贸易中应收款转让的法律问题——兼评联合国国际贸易法委员会《国际贸易中应收款转让公约草案》”等。^②

随着证券间接持有制度日益占据至关重要的地位，有学者专门对证券间接持有跨境的法律问题进行了研究，分析了各国关于这一问题的立法以及国际统一私法委员会起草证券间接持有统一规则过程中的关键问题，包括转让手续、证券存托、非正式存托、善意取得、净清算、最终性和不可撤销性、临时信贷的可能性、不足分担、清盘保护等，以及探讨了我国立法与国际统一法的差距及对策。^③

围绕资产证券化这一问题，众多学者所开展的研究具有非常深远的理论与现实意义。^④通过分析英国、美国和日本这三个有代表性国家的国内法律制度对这一问题的具体规定，有学者认为，未来应收账款的转让以及完善将是我国资产证券化法律制度设计中一个不能回避的问题，我国非常有必要借鉴一些国家的成熟做法，对其进行完善，协调破产法以及合同法等诸多法律部门。^⑤在资产证券化过程中，特设目的实体居于非常重要的地位，有学者专门对应收账款证券化中 SPV 的法律特征进行了

① Jennifer Norris. Cra: “商业银行贸易融资问题探讨”，<http://www.fti.org.cn/magazine/read.asp>。

② 郭玉军、徐卫莲：“论国际贸易中应收款转让的法律问题——兼评联合国国际贸易法委员会《国际贸易中应收款转让公约草案》”，载《中国国际私法与比较年刊 2002》（第 5 卷），法律出版社 2002 年版，第 197 页。

③ 吴志攀：“证券间接持有跨境的法律问题”，中国法学 2004 年第 1 期。

④ 洪艳蓉：《资产证券化法律问题研究》，北京大学出版社 2004 年版。

⑤ 郭玉军、甘勇：“未来应收账款证券化的比较法研究”，载《武汉大学学报》（哲学社会科学版）2004 年第 3 期。

分析。^①

尤其值得注意的是,中国国际私法学会副会长、吉林大学法学院吕岩峰教授在“中国国际私法研究的五年回顾与前瞻”一文中列举了我国国际私法应着重研究的领域,其中第十一方面就是“新型融资与贸易关系中的国际私法问题”。^②

综合中外学者的研究成果,笔者认为,新型融资与贸易关系中的国际私法问题包括新型国际贸易融资的法律选择和法律适用(包括管辖权和司法协助)中具有统领性和全局性意义的普遍性的基本原则、基本制度和其他基本理论。上述研究将对中国的国际私法立法产生重大的指导意义。基本原则是指其效力贯穿于国际私法始终,是对作为国际私法调整对象的新型国际贸易融资关系的本质和规律以及此领域所实行的立法政策的集中反映。基本制度是在运用冲突规范以确定新型国际贸易融资准据法时所产生的各项制度,主要研究识别、反致和公共秩序、法律冲突等问题。除了上述基本原则和基本制度以外,还研究其他国际私法基本理论问题,如时效、区际冲突、人际冲突、时际冲突的解决、程序问题适用法、适用外国法的条件等,研究重点旨在解决国际租赁融资、福费廷、国际保理及应收款转让等新型贸易融资方式适用上述国际私法理论所面临的共同及特殊问题。

2005年12月,经导师屈广清教授推荐,笔者加入了教育部人文社会科学研究项目《新型国际贸易融资关系中的国际私法问题研究》课题组,对上述领域开展深入研究。本书属于研究成果的一部分内容。

本书运用法哲学的研究方法,研究新型贸易融资的国际私法统一法源理念,包括内涵、外延与价值;分析调整新型贸易融资

① 徐冬根:“应收账款证券化中SPV的法律特征”,载《法治论丛》2003年第6期。

② 吕岩峰:“中国国际私法研究的五年回顾与前瞻”,<http://www.jcrb.com/zyw/n65/ca160908.htm>。

关系的国际私法统一化背景，探寻专门适用新型贸易融资方式的统一法源及其发展趋势。这对于改革各国的冲突法体系以及加剧冲突规范的统一化进程，扩大统一实体法所占比重，具有重要的理论意义和实用价值。

目 录

引 言	(1)
第一章 新型贸易融资的国际私法统一法源理念	(1)
第一节 国际私法统一法源的新理念	(1)
一、国际私法传统法源理念的价值与缺陷	(1)
二、国际私法统一法源的新理念	(7)
第二节 新型贸易融资领域的独特新理念	(16)
一、新型贸易融资的迅速崛起	(16)
二、调整新型贸易融资关系的国际私法统一化 背景	(58)
三、独特新理念的发展趋势	(60)
第二章 新型贸易融资的国际私法国内法源面临的 困境	(69)
第一节 各国新型贸易融资实体法之间的冲突	(70)
一、公法的冲突	(70)
二、新型贸易融资面临的担保法律冲突	(83)
三、新型贸易融资面临的债权让与法律冲突	(94)
四、融资租赁协议面临的法律冲突	(110)
五、资产证券化融资面临的法律冲突	(116)
第二节 各国新型贸易融资法律适用的冲突	(131)
一、国内法源面临困境的原因	(131)
二、新型贸易融资面临的票据法律适用冲突	(132)
三、新型贸易融资面临的合同法律适用冲突	(136)
四、新型贸易融资面临的信托法律适用冲突	(153)
五、新型贸易融资面临的证券法律适用冲突	(160)

第三章 居于主导地位的国际惯例	(165)
第一节 新型贸易融资领域适用国际惯例的发展	
趋势	(165)
一、国际惯例在新型贸易融资领域中的含义	(165)
二、对不同类别法源之评价	(167)
第二节 调整新型贸易融资独立担保关系的《见索即付保函统一规则》	(168)
一、URDG458 调整的法律关系	(169)
二、URDG458 与其他国际惯例之比较	(171)
第三节 调整新型贸易融资债权让与关系的国际惯例	(177)
一、《国际保理业务惯例规则》的最新发展趋势	(177)
二、《国际保理业务惯例规则》的司法实践	(188)
三、《国际商事合同通则》2004 修订版	(190)
第四节 巴塞尔银行监管委员会制定的资产证券化国际惯例	(197)
一、《资产转移与证券化》	(197)
二、新资本协议的修订	(201)
第四章 影响日益扩大的国际条约	(207)
第一节 新型贸易融资领域适用国际条约的发展	
趋势	(207)
一、新型贸易融资领域适用国际条约之背景	(207)
二、对不同类别法源之评价	(212)
第二节 《国际保理公约》与《联合国国际贸易中应收账款转让公约》之比较	(215)
一、适用范围	(215)
二、转让的效力	(219)
三、权利、义务和抗辩	(223)
四、独立适用的法律冲突规则	(233)

五、公约附件	(237)
第三节 《国际融资租赁公约》	(242)
一、公约制定的背景评述	(242)
二、公约的成就与缺陷	(246)
三、适用公约的最新发展趋势	(255)
第四节 《关于信托法律适用及其承认的公约》	
对于新型贸易融资的适用	(257)
一、对公约的评价	(257)
二、公约的适用范围	(259)
三、准据法	(266)
第五节 海牙《关于由中间人混合持有证券若干	
权利法律适用公约》	(274)
一、公约的成就	(275)
二、定义及适用范围	(279)
三、准据法	(282)
四、过渡条款	(287)
第五章 国际私法统一法源对中国的启示与借鉴	(292)
第一节 中国国内制定的法源与国际统一法源的	
差距	(292)
一、中国国内实体法法源的现状与缺陷	(292)
二、中国国内冲突法法源的现状与缺陷	(328)
第二节 制定与完善中国新型贸易融资国内法源的	
建议	(340)
一、制定与完善中国国内实体法法的建议	(340)
二、制定与完善中国国内冲突法法的建议	(352)
结 论	(361)
后 记	(364)

第一章 新型贸易融资的国际私法统一法源理念

第一节 国际私法统一法源的新理念

一、国际私法传统法源理念的价值与缺陷

(一) 法律理念的源起

1. 理念的含义

理念,译自英文的 idea, 德语的 idee。从词源上考察, 源自古希腊的 eidos 或 idea, 由 idein (看) 演化而来, 原意是“一个人所看见的事物的‘外观’或‘形象’”。理念属于文化、观念的范畴, 以纯文化、纯精神的角度对事物本质所作的高度抽象与概括, 扎根于民间、融合于人心。理念者, 事物之最高价值也。

2. 法律理念的含义

柏拉图将理念用于专门的哲学术语;^① 最早将“理念”从哲学引入法律领域的是康德,^② 而真正提出“法律理念”将法与理念结合起来的是黑格尔。^③ 德国的新康德主义法学家鲁道夫·施塔姆勒则将法律概念与法律理念作了区分, 提出“法律理念乃是

① 全增嘏:《西方哲学史》,上海人民出版社1983年版,第134页。

② 康德:《纯粹理性的批判》,商务印书馆1961年版,第1页。

③ [德]黑格尔:《法哲学原理》,范杨、张企泰译,商务印书馆1961年版,第1~2页。

正义的实现”，开创了从法律价值意义上研究理念的先河。^①之后，英国法理学家威罗伊德在1964年出版《法律的理念》（The Idea of Law）一书，就法律与道德、正义、自由的关系作了具体的阐述。^②著名学者江山、刘作翔及台湾学者史尚宽也就“法律理念”及其相关问题作了研究。^③

著名的国际私法学者李双元教授对“法的理念”做出了理论与实践相结合的界定：“法律理念是对法律本质及其发展规律的一种宏观、整体的理性认知、把握和构建，是一种理智的思想，是一种方法，是一种态度，是认识论、方法论和本体论有机结合的产物。”^④

上述学者对法律理念的含义并无多大的分歧，笔者认为，法律理念是指导立法、守法及执法的理论基础和主导地位的价值观，通过意识形态领域的活动，对立法、守法及执法的功能、性质和价值进行全方位的分析、判断及思考。因此，法律理念包括立法、守法及执法理念，直接作用于立法、守法及执法人员，形成司法实践中的基本准则。

从不同角度透视法律理念，其外延有所不同。从审判实践的角度看，有学者主张司法理念包括开放化理念、服务化理念、效益化理念、透明化理念、人性化理念、权力平等化理念、司法独立化理念和法官职业化理念；^⑤从法律部门的角度看，可分为民

^① [美] 博登海默：《法理学——法哲学及其方法》，邓正来、姬敬武译，华夏出版社1987年版，第163页。

^② Dennis Lloyd：《法律的理念》，张茂柏译，台北市联经出版事业公司1984年版，第138页。

^③ 史尚宽：“法律之理念与经验主义法学之综合”，载刁荣华主编：《中西法律思想论文集》，台湾汉林出版社1984年版；江山：《中国法律理念》，中国地质大学出版社1989年版；刘作翔：《法律的理想与法制建设》，西北大学出版社1995年版。

^④ 李双元：《国际民商新秩序的理论建构》，武汉大学出版社1998年，第23页。

^⑤ 徐立新：“当前审判工作中司法理念的创新”，<http://www.jslegal.com/asp/news/show/2004>。

事诉讼法的理念^①、刑法学、刑事诉讼法和行政法的理念等。^②本书从国际私法的角度研究国际私法理念。

(二) 国际私法传统理念的价值

国际私法历史悠久,源远流长,在漫长的历史发展演变中形成了深厚的文化积淀和浓醇的精神底蕴,培育了博大精深的国际私法文化,产生了国际礼让、最密切联系、当事人意思自治、司法自由裁量、公序良俗和例外性原则等基本理念。国际私法的这些理念既是吸纳、包容人类优秀文化成果的结晶,又是人类优秀文化成果的重要体现。

肖永平教授从国际私法角度,分析和提炼出国际私法学的十对关系,并归纳出最基本的理念。^③肖永平教授创设的国际私法新理念覆盖了十对关系,包括国内案件和国际私法案件、程序法问题与实体法问题、直接调整方法和间接调整方法、国内法渊源与国际法渊源、内国民商法与外国国民商法、识别、管辖权与法律适用问题、分割方法与司法任务的简单化、诉讼与仲裁和立法管辖权与司法管辖权。

根据肖永平教授的理论,笔者认为,国际私法法律理念是指导国际私法立法、守法及执法的理论基础和主导地位的价值观,通过意识形态领域的活动,对国际私法十对关系,包括国内案件和国际私法案件、程序法问题与实体法问题、直接调整方法和间接调整方法、国内法渊源与国际法渊源、内国民商法与外国国民商法、识别、管辖权与法律适用问题、分割方法与司法任务的简单

① 李富金:“民事简易程序司法解释与现代司法理念”,<http://www.dffy.com/faxuejieti>, 2004/5/30.

② 陈兴良:“21世纪刑事司法理念”,<http://www.noeye.com>, 2004; 徐国俊:“刑事审判监督权与司法理念的转换”,<http://www.xslx.com>, 2004/6/9; 杨解君:“论行政法理念的塑造——契约理念与权力理念的整合”,载《法学评论》2003年第1期。

③ 参见“肖永平教授谈国际私法学的十个基本理念”,<http://www.148china.com/ReadNews.asp>.

化、诉讼与仲裁和立法管辖权和司法管辖权的功能、性质和价值进行全方位的分析、判断及思考。

(三) 对国际私法传统法源理念的评价

1. 关于法源的争议

所谓法源,即法律渊源的简称,通说指法律的表现形式。美国著名法律哲学家埃德加·博登海默把法源分为正式渊源和非正式渊源两大类。^①正式渊源是指可以从体现于官方法律文件的明确条文形式中得到的渊源,主要有宪法、法律、行政法规、条例、自治或半自治机构和组织的章程与规章、条约与某些其他协议以及司法先例。非正式渊源是指具有法律意义的资料和考虑,这些资料和考虑尚未在正式法律文件中得到权威性的或至少是明文的阐述和体现。包括正义标准、推理和思考事物本质的原则、个别衡平法、公共政策、道德信念、社会倾向以及习惯法。当一种正式的法律渊源提供了一个明确的答案时,在绝大多数情形下,无须考虑非正式的渊源;但在个别极端情形下,亦即适用某种法律正式渊源与正义和公平中的基本要求、强制性要求以及占优势要求发生冲突时,例外也成为必要。当正式法律文件表现出可能会产生两种注释做法的模棱两可性和不确定性时,应诉诸非正式渊源,以求得一种最利于实现理性和正义的解决办法。另外,当正式渊源不能为案件的解决提供审判规则时,非正式渊源理所当然应变为强制性渊源。埃德加·博登海默的划分,尤其关于非正式渊源是否具有法律效力的问题,在法学中一直存在争议。正如日本著名比较法学家大木雅夫所言:“法源是一个多义词,在比较法学中,使用这一用语是指决定对社会成员具有约束力的规范的全部要素、原因及行为。因此,法律、命令、判决、习惯法、伦理性规范、宗教启示中的戒律、巫术或宗教信条、惯例、

① [美] 埃德加·博登海默:《法理学——法哲学及其方法》,邓正来等译,华夏出版社1986年版,第395-396页。

习俗等等，不拘形式都包含在法源的范畴中。”^①

通俗意义上的法理即指“法的理念”，是指法律的原理，又称法律的自然道理。^②在一定意义上是法的渊源。法理作为法的渊源，目的在于弥补法律规范的空隙。根据各国通行的立法实践，法理成为民事方面法的渊源之一，刑事方面根据罪刑法定主义原则，一般不能适用法理。法理可以补充法律的不足，所以有些国家把法理作为最后适用的法源：法律无规定者，依习惯；无习惯者，依法理。如《瑞士民法典》第1条（2）规定：无法从本法得出相应规定时，法官应依据习惯法裁判；如无习惯法时，依据如自己作为立法者应提出的规则裁判。

法理的基础是学说。某些学者认为，所谓学说是指学者关于成文法的解释、习惯法的认知、法理的探求等所表示的见解。^③另一些学者则认为，“学说”作为私人就法律从事科学研究所表示的意见。^④对学说法源性的探讨，可追溯至公元530年的古罗马。罗马皇帝优士丁尼任命以特里波尼为首的16人委员会，负责编纂历代罗马法学家的著述，标明语出何人，同时还略加注释和评论。总共包括39名法学家的50余种著述。书一经颁行，具有绝对效力，不得提出任何异议和评论。

值得注意的是“通说”。“通说”即为共通之说。诚然，许多时候，众人的趋同观念更具有正确性；法之为法在于它源之于众人博弈而演生出规则，而不是由于它是由某一种“立法机关”制定，将立法机关作为法律之源无疑是把送奶的人当成了奶牛。^⑤但绝不应因此否定少数派学说。英国著名学者哈耶克（F.A. Von

① [日]大木雅夫：《比较法》，范愉译，法律出版社1999年版，第132页。

② 魏振瀛主编：《民法》，北京大学出版社2000年版，第16页。

③ 王泽鉴著：《民法总则》，中国政法大学出版社2001年版，第71~72页。

④ 王伯琦：《王伯琦法学论著集》，台北三民书局1999年版，第213页。

⑤ P.G. Monateri：“黑色盖尤斯——寻求西方法律传统的多重文化渊源”，周静译，载朱景文编：《当代西方后现代法学》，法律出版社2002年版，第144页。