

◎姜世波 著

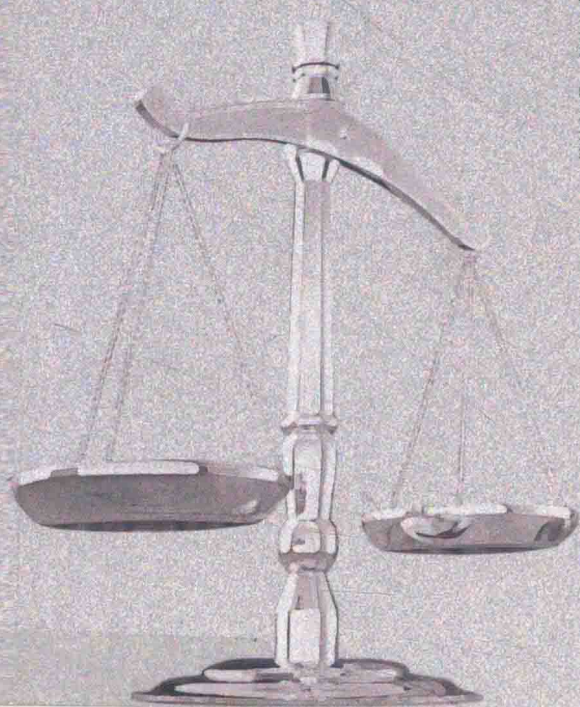
跨国商法研究

理论、编纂与适用

本书属于国际经济法著作，着重对英美法系和大陆法系一些主要国家的商法及跨国商法体系进行了系统研究，并对照我国商法和国际贸易规范性文件，提出了有建设性意义的见解。本书对跨国的商法规范性文件按照逻辑标准进行编纂及适用分析，特别是编纂，为本书具备工具书的性能特征提供支撑。

总主编 谢晖

【法意文丛】



大学出版社 国家一级出版社
UNIVERSITY PRESS 全国百佳图书出版单位

【法意文丛】

总主编
谢晖

跨国商法研究

理论、
编纂与适用

◎ 姜世波 著



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社
全国百佳图书出版单位

图书在版编目(CIP)数据

跨国商法研究:理论、编纂与适用/姜世波著. —厦门:厦门大学出版社,2014.10
(法意文丛)

ISBN 978-7-5615-5211-7

I. ①跨… II. ①姜… III. ①国际商法-研究 IV. ①D996.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 207847 号



厦门大学出版社出版发行

(地址:厦门市软件园二期望海路 39 号 邮编:361008)

<http://www.xmupress.com>

xmup@xmupress.com

厦门市金凯龙印刷有限公司印刷

2014 年 10 月第 1 版 2014 年 10 月第 1 次印刷

开本:720×970 1/16 印张:16.5 插页:2

字数:287 千字 印数:1~1 500 册

定价:39.00 元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换

总 序

在人世生活中寻求法意

——“法意文丛”总序

去岁中,周贇君来信告诉我,厦门大学出版社拟出版一套以法学理论和法律史学术论著为收录对象的学术文丛,问我有没有意向组织书稿、担任主编。我回信说容我思考数日再说。若干天后,他又来信询及此事,我回信说最好见过出版社相关人员后再做决定。去岁中秋期间,我亲赴厦门,和该社负责这套丛书的编辑甘世恒君详细磋商了有关细节,决定组织并编辑这套丛书,并把丛书命名为“法意文丛”。

之所以选择这一丛书名,一为遵循法理、法史探索之宗旨,二为倡导在生活意义中探寻法理意义。众所周知,自从严译《法意》以来,这个多少带有浪漫色彩,但又不乏中性温情的词汇,就在中国法律学人心中,有了其独特的地位——它一反法律就是专政工具,就是刑杀镇压一类“词的暴政”,而道出了法律以勾连交往行为中人们的日常生活为使命这一真谛。法律不是日常生活的外在之物,而是日常生活方式的规范提纯、精神萃取,从而成为日常生活的内在构成性因素。然而,验之以学术史,这种对法意的理解框架并非一以贯之。一方面,所谓神意论、自然精神论、理性论等等,都给法律涂上了一层神圣的光环,从而使法律为什么有权威这样的现实考虑有了预设和保障。另一方面,所谓法律虚无论、阶级意志论、主权者命

令说等等,又把法律从天庭拉到凡世,不仅如此,而且法律不过是实践人间既得利益者需要的工具,是当权者随其所需任意打扮的婢女,因之法律进入令文人不齿的境地,这不禁令人想起苏轼“读书不读律”的遗训。此种情形,为有人借机打破人间一切法律秩序,作好了前提性准备。

介于两者之间的,乃是把法律作为一种社会—政治契约。法律就是选民和选民、选民和政府间达成的社会—政治交往的契约,是社会—政治交往的规范构成要素,人类只要不能舍弃社会—政治交往,也就无法舍弃法律。所以,法律是社会构造的必要性和构成性因素,而非选择性和权宜性因素;法律是主体交往行为的规范根据,而非镌刻在精美石头上的装饰物;人因为法律所布置的交往路线和逻辑构图而显示其存在,显示其主体身份,取消了这一交往路线和逻辑构图,势必就模糊了人存在的意义,消隐了人的主体身份。这样,法律就摆脱了被置诸神界的虚无缥缈,也摆脱了被置诸魔界的面目狰狞。法律回到了它应有的生活场景——法律是人们日常生活不可或缺的构成性因素。所以,法律既是世俗的,它强调以清晰的概念表达“群己权界”;也是值得“信仰”的,因为人类离开法律,其交往就会事倍功半。

当下我国对法意的处理,一面是想方设法将其意识形态化,“依法治国,建设社会主义法治国家”的响亮口号,成功地从法学家的意识形态走向官方意识形态。不时自我表扬一番“我们是法治国家”,既是表扬者的时髦,也可以隐约看出其对法治的某种崇仰,或者至少在其看来,法律和法治不会是什么坏东西。于是乎,法治、法律之类,俨然再度显示出其神圣面貌。另一面却自觉不自觉地将其工具化,譬如广受学界质疑的所谓法治“五句话”,对世所公认的法治原则视而不见,转而以“权治”精神,解构法治理念,从而法律及法治又轻飘飘自天庭落入凡世。遗憾的是,此番落入凡世的法律,并非世人必需之交往规范,而只是强化一元化领导的一种可替代的手段。



一旦公民利用这种手段从事“合法斗争”，便立马会遭到“依法办事，不是说几毛钱的纠纷也要诉诸法院”一类的无理指责！这样，法治这个标签就如同当年的人权一般，只剩下在国际社会对敌斗争的场合，偶露峥嵘。由此必然导致的结局是当年西北政法学院图书馆前的一幅雕塑所引发的、流传法学界已多年的那个隐语：“宪法顶个毬球”——法律虚无论又隐隐死灰复燃，教化意识形态和权术治理又想方设法，粉墨登场。

这一切，自然表达的也是一种“法意”，但和近代以来法学家心目中的法意以及法治实践中的法意大相径庭；同时也表明，按照日常生活之规范需要，对法意的继续探寻和深入钻研，依然是法学家任重道远的使命。如何按照世俗生活的要求，撷取法意，又以法意之内容，安排世俗生活，使世俗生活和法律精神相得益彰——以世俗生活彰显法律精神，以法律精神光照世俗生活，让人们生活在自治、自由、文明、有序的法律交往体系中，既是法学家的使命所在，也是全体公民之福祉所系。

本丛书即着眼于此种追求。书稿标准，唯学术是尚，不论大腕名流，抑或无名小卒，尚可提供自生活之活水源头，求索法意之学术作品，概可纳入计划。选题范围，可着眼宏大，可着手细微，宏则法治路线、法律传统，微则法条诠释，疑案精解，只要源于生活，富含法意，皆入选题范围。研究方法，可崇尚思辨，可奉行实证，无论逻辑辩驳，还是事实白描，但能反映生活，突出法意，尽在欢迎之列。期待相关有志者，能贡献一家之言；也期待作者、编者和出版者锲而不舍，能助窥天人之际。

是为序。

陇右天水学士 谢晖

序于公元2011年4月10日

前 言

自美国著名国际法学者、前国际法院大法官菲利普·C. 杰塞普教授在 1956 年提出“跨国法”这一概念以来,在西方,对于跨国法是否真的存在,其与国际法、国内法的关系是什么就没有停止过争论。虽然争论不休,但这并没有妨碍西方学界对这一概念的接受。但西方学者所研究的“跨国商法”与杰赛普的“跨国法”涵义并不一致。跨国商法仅指国际商事领域中由商人社会发展起来的私人自治的法律体系,并不包括杰赛普“跨国法”概念中所包含的国际公法、国内法中调整涉外问题的法律,如冲突法、涉外民商法、涉外行政法、经济法等。

即便对源自跨国法理念的“跨国商法”(Transnational Commercial Law)这一概念,西方学界认识也不统一。从整体而言,大多数学者还是将其与“新商人习惯法”(New Lex Mercatoria, New Law Merchant)相等同。不过,以德国科隆大学跨国法研究中心为代表的跨国商法学派,主张跨国商法与新商人习惯法还是存在一定的区别。他们认为,后者是与中世纪商人习惯法相对应的概念,而商人习惯法最受诟病之处就是它的内容的不确定性,因此,这些学者避开使用 Lex Mercatoria 这一说法,创立了“跨国商法”这一概念,以体现现代国际商法已经进入超越编纂商事惯例,进而通过比较国内法获得一般法律原则,加以逐步编纂以实现法典化的新阶段。

我国对跨国商法的研究基本还停留在国外上世纪八九十年代的水平,其典型标志是在这一领域的研究至今没有突破 2001 年郑远民出版的《现代商人法研究》一书的水平,而该书实际上是对之前西方这方面研究成果的一个梳理和总结。对于之后西方的研究进展,一是在其后再也没有系统的研究专著出版,二是其后发表的零星论文基本都没有离开商人习惯法与国际商事仲裁的关系,而对于“跨国商法”这一新学说的理论基础的研究基本没有反映。这从中国期刊网以及 google 网络检索中也看得出来。

前述西方跨国商法概念的提出是在激烈的争论中发展的。这场跨国商法的性质之争至今依然硝烟未尽,因此,我们十分有必要将其展现出来。这种展现至少具有如下意义:第一,它让我们了解西方学者建构跨国商法体系的种种不同的哲学法学、经济学、社会学理论基础,开阔中国学界对跨国商法这一新兴法律部门的认识视野;第二,跨国商法是否构成一个自足的法律体系之争实际上显现的是国家与市民社会、以国家主权为中心形成的国际法(国家间法)与全球市民社会形成所要求的全球民主治理之间的冲突与协调关系,而这恰恰构成了当代国际法发展的新主题;第三,通过研究跨国商法在国际商事仲裁和 ADR 实践中的适用,洞察这一新兴法律部门的生机与活力,同时,为我国国际商事仲裁事业的发展提供借鉴与启示,也为在我国立法中如何确立商人习惯法的地位提供理论依据,并提出修改相关法律规定的建议;第四,跨国商法理念的澄清也将对国际法学的教学改革,尤其是课程设置、实践教学等方面产生深远影响。比如是否需要开设此类课程,课程体系如何构建,如何在国际法教学中置入“跨国法”的观念等。

本研究总体分为以下三大部分:

第一部分是“对‘跨国商法’的理论阐释”。该部分对“跨国商法”这一核心概念进行了梳理和澄清。重点对跨国商法与跨国法、商人习惯法、新商人习惯法、国际商法等既有密切联系,又有一定区别的概念进行分析。这种分析将从不同学者的不同理解、历史起源、各个概念所蕴含的政治、经济

乃至文化上的背景诸因素的影响情形展开。此外,该部分还对理论上颇具争议的跨国商法的民间性、跨国性和体系性进行了深入阐释,提出这些属性的相对强势和非绝对性。

第二部分是跨国商法的编纂进行了较为系统的考察。借鉴国外研究成果,本部分对美国 and 欧洲地区迅速发展的民间跨国商法编纂运动进行了介绍,展现了编纂活动的主要成果及其特点,回应跨国商法反对者提出的跨国商法没有确定的法律规则的质疑,最后指出我国也应关注跨国商法的编纂成果,借鉴国际编纂成果来丰富和完善我国的商事立法。

第三部分是跨国商法规范的适用。面对学界对跨国商法规范不确定性的指责,科隆大学跨国法中心专门对跨国商法在各国法院和仲裁机构以及在国际商事仲裁中的适用展开了实证研究,取得了丰硕成果,本部分将对他们的研究予以评介。最后也指出了我国也应加强对跨国商法适用的研究,更新和改革国际法课程体系、教学内容、教学方式,加大对跨国商法内容和适用的宣传,为我国的国际商事仲裁和司法审判提供指南。

本研究得到了山东大学自主创新基金的资助。本书第一章至第六章由我本人撰写。我指导的研究生徐连隆和展文文根据我所提供的外文资料和写作要求分别对“跨国商法的编纂”和“跨国商法的适用”两个问题进行了研究,并以此为主题完成了硕士论文。这两篇论文经本人修改后成为了本书的第七章和第八章。

姜世波

2013年5月12日

目 录

第一章 跨国商法的概念和渊源	1
第一节 跨国商法的概念辨析	1
第二节 跨国商法的范围(渊源)	17
第二章 新商人习惯法理论的产生和发展	46
第一节 新商人习惯法的产生	46
第二节 新商人习惯法理论的新发展	67
第三章 当代商人习惯法的理论纷争	82
第一节 “lex mercatoria”含义上的分歧	83
第二节 商人习惯法理论有没有坚实的方法论基础?	87
第三节 适用新商人习惯法会导致大量衡平裁决的产生?	96
第四节 新商人习惯法的制定缺乏必要的透明度吗?	103
第五节 国内立法者和法院是否承认和适用了新商人习惯法?	111
第四章 跨国商法的“体系性”问题	123
第一节 体系之争	123
第二节 理解“法律体系”	126
第三节 跨国商法的体系性分析	132
第四节 跨国商法体系的开放性	139
第五章 跨国商法的民间法性质	145
第一节 跨国民间规制的兴起	147

第二节 跨国民间造法的合法性	154
第三节 跨国商法是跨国民间造法的产物	161
第六章 跨国商法的自治性研究	169
第一节 “自治”(autonomy)的涵义	170
第二节 跨国商法是个自创生系统	172
第三节 跨国商法的自治性质疑	175
第四节 跨国商法是个半自治的法律体系	183
第七章 跨国商法的编纂	192
第一节 跨国商法的编纂进程	192
第二节 编纂的新模式	207
第三节 编纂方式的选择	216
第八章 跨国商法的适用	221
第一节 跨国商法适用的理论意义	221
第二节 跨国商法适用的方式	223
第三节 商人习惯法适用情形的调查及启示	233
第四节 促进跨国商法适用的建议	240



第一章

跨国商法的概念和渊源

第一节 跨国商法的概念辨析

一、对跨国商法概念的不同界定

(一) 西方学者的不同理解

按照古德教授(Roy Goode)教授的说法,跨国商法(transnational commercial law)的概念是由伯霍特·戈德曼(Berthold Goldman)、克利夫·施米托夫(Clive Schmitthoff)和亚历山大·哥德斯坦因(Aleksander Goldstajn)在20世纪60年代初首先倡导的。^①发展至今天,“跨国商法”这一用

^① Roy Goode, Usage and Its Reception in Transnational Commercial Law, *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 46, No. 1 (Jan., 1997), p. 1. 在我看来,虽然这三个人实际上确立了跨国商法的理念(当然他们的理论是有区别的,参见本书第三章),但他们并没有直接用“跨国商法”来命名自己的理论。如施米托夫教授用的是“国际贸易法”(international trade law)。

语已经出现在大量的文献之中。^① 对于跨国商法这一法律部门,国外学者的称谓并不统一,已经出现的称谓包括“新商人习惯法”(new lex mercatoria)^②、“现代商人习惯法”(modern lex mercatoria)、“国际商法”(international commercial law)^③、“跨国法”(transnational law)^④、国际商事交易的“一般法律原则”(general principles of law)^⑤等;国内学者一般习惯称其为“现代商人法”、“商事习惯法”、“国际商事惯例”、“国际商法”等等。

首先,我们这里需要指出的是,对于“跨国商法(transnational commercial law)”这一概念的使用,我们是借鉴了克劳斯·彼德·伯杰教授(Klaus Peter Berger)的用语。那么,伯杰教授为什么会避开多数学者常用的新商人习惯法(new lex mercatoria,以下简称新商人习惯法)这一用语,而经常适用“跨国商法”这一概念呢?这得从他对新商人习惯法的理解分析。

① 除了前注引用的文献,还有诸如 Klaus Peter Berger, “The Concept of the ‘Creeping Codification’ of Transnational Commercial Law”, available at www.trans-lex.org/000004; Ross Cranston, Theorizing Transnational Commercial Law, *Texas International Law Journal*, Vol. 42, pp. 597 ~ 618; Roy Goode, Rule, Practice and Pragmatism in Transnational Commercial Law, *the International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 54, 2005, pp. 539 ~ 562.

② Michael J. Miistill, “The New Les Mercatoria: The First Twenty-five Years”, in (1988) 4 *Arbitration International* 86; Berthold Goldman, “Nouvelles réflexions stir la Lex Mercatoria”, in *Etudes de Droit International en l’Honneur de Pierre Z, diire* (1993) 241; Emmanuel Gaillard, “Thirty Years of Lex Mercatoria: Toawds the Selective Application of Transnational Rules”, in 10 *ICSID Reriew-FZIJ* 208. (1995)

③ Francis Rose (ed.), *Lex Mercatoria: Essays on International Commercial Law in Honour of Francis Reynolds*, Informa Publishing, 2000, xiv.

④ Peer Zumbansen, Piercing the Legal Veil: Commercial Arbitration and Transnational Law, *European Law Journal*, September 2002, Volume 8, Issue 3, pp. 400 ~ 432; Norbert Horn & Clive M. Schmitthoff, *The Transnational Law of International Commercial Transaction*, Vol. 2, Deventer; Kluwer, 1982.

⑤ Emmanuel Gaillard, Transnational Law: A Legal System or a Method of Decision Making? *Arbitration International*, Vol. 17, No. 1.

针对上世纪 60 年代后兴起的“新商人习惯法”研究的热潮,伯杰教授指出了在这场旷日持久的讨论中,涌现出了诸多不同的关于新商人习惯法的理解。伯杰教授在 2010 年的新版著作《新商人习惯法的逐步编纂》一书中^①把跨国商法与新商人习惯法并用,就是为了避开新商人习惯法概念中的各种分歧。用这一概念是为了来表达现代商人习惯法作为一种超越国家之外的自治的商人法体系这一特点。

对于这一法律部门的内涵,国内外学者见解不一。就西方学者而言,大体可分为以下几类:

第一,把跨国商法定义为超越国内法的自主的法律体系。如戈德曼就认为,新商人习惯法是在国际贸易范围内自发地适用或制定的,不受某特定国内法律制度干涉而形成的一系列原则和习惯规则;^②雷伊(Julian Lew)认为跨国商法是用来管辖国际贸易中并非由某国内法规范的事项,并由仲裁员加以适用的非国内的或跨国的商法;^③伯杰教授也把跨国商法理解为这是一个独立于国内法和国际法,由国际商人社会根据国际商业需要自主创立的法律体系。^④彼德·诺斯(Peter North)则更加简洁地认为,现代商人法是一系列并不属于任何国家的法律规范。^⑤Gralf-Peter Calliess 提出:“跨国法应当被界定了超越国内法和国际法的第三个层面的自治的法律体系,它由正在兴起的全球公民社会创立和发展,建立在一般法

① Klaus Peter Berger, *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria*, Kluwer Law International, 2010, pp. 61~62.

② B. Goldmann, “The Applicable Law: General Principles of the Law-the Lex Mercatoria”, in Lew (ed.), *Contemporary Problems in International Arbitration*, 1986, p. 116.

③ Julian Lew, *The Case for the Publication of Arbitration Awards*, in Schultsz and van den Berg (eds.), 1982, p. 231.

④ Klaus Peter Berger, *The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria*, 2nd Revised Edition, Kluwer Law International, 2010.

⑤ 黄进、胡永庆:《现代商人法——历史和趋势》,载《比较法研究》1997年第2期。

律原则和社会惯例的基础上,并由民间争端解决服务提供者来实施,民间编法机构进行编纂。”^①

第二,把跨国商法理解为并不能取代国内法,但可以用来解决国内法无法解决的跨国法律问题的统一法。如施米托夫把国际贸易法界定为在与国家无原则性利害关系的任意性法律的范围内,在不同国家法律制度中发展起来的调整平等当事人之间关系的统一法;^②洛文费尔德认为:“商人习惯法与其说是一个自足的、涵盖国际商法所有方面而排斥国内法的体系,毋宁说它是一个由习惯和惯例、公约、先例以及很多国内法所构成的法律渊源。商人习惯法……可以为那些人为地和非包容性地寻求替代冲突法者提供一种方案,也可以提供一种不愿适用与国际商业需要和国际惯例不一致的法律规则的方式,并且会得到个别国家国内而不是国际交易的认可。”^③大多数反对跨国商法理论者,也承认存在诸多商事习惯法适用于跨国商事争端的解决的情形,但并不承认商人习惯法可以构成一个独立的法律体系。

第三,把跨国商法主要看作是一种替代国内法适用时发现法律的方法而不是一套规则体系。奥雷·兰多(Ole Lando)对跨国法的适用有如下描述:国际合同当事人有时同意不以国内法来管辖他们的争议。相反,他们使用由国际贸易的习惯和惯例或国际贸易中所有国家或大多数国家所共同的法律规范来管辖。在这些共同的法律规范不能确切地查明时,仲裁员则选择对于他来说是最为恰当和公平的方法和规范。其中,仲裁员用比较

① Gralf-Peter Calliess, *Reflexive Transnational Law: The Privatisation of Civil Law and the Civilisation of Private Law*, in: *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, Vol. 23, 2002, Heft 2, S. p. 188.

② [英]施米托夫:《国际贸易法文选》,赵秀文译,中国大百科全书出版社 1993 年版,第 264 页。

③ Andreas F. Lowenfeld, “Lex Mercatoria: An Arbitrator’s View”, in Thomas E. Carbonneau (ed.), *Lex Mercatoria and Arbitration*, 2nd ed., The Hague, 1998, pp. 84~85.

法的方法考察众多法律体系中的法律。这个裁决过程部分是法律规范的适用,部分是一个选择性的、创造性的过程,我们称之为商人法的适用。^①伊曼纽尔·盖拉德(Emmanuel Gaillard)根据晚近出现的编纂商人习惯法的趋势和动态,并考察了在国际仲裁裁决中对跨国规则的适用,指出与其把跨国商法看作一系列规则,不如把它看作是一种裁决方法。这种方法在任何特定案件中不是从当事人按照传统法律选择过程所选定的特定法律中寻找实体解决方案,而是从比较法分析中寻找答案,这种比较法分析使仲裁员能够适用最广泛接受的规则,而不是某一法律体系所特有的规则或者没太多广泛接受的规则。他进一步把这种方法分成三步:第一步,应当给予当事人的意图以最大的注意。他们可能就是提出了一种方法论,例如限于两个法律体系的比较法分析,或者一个地区的比较法分析。他们可能使用了笨拙的术语,这些术语需要仲裁员加以解释才能让当事人的真正意图得以实现。在所有这些方面,仲裁员的第一步任务就是要实现当事人的指示。第二步,仲裁员将根据前面提到的比较法资源,决定当事人所提出的争论观点是否受到广泛承认的规则的支持,还是只是反映了一个法律体系的特异性,如果是这样的话,其观点就应当拒绝。第三,在决定某一规则是否足够广泛接受而成为一条一般法律原则时,决不需要所有法律体系的一致接受。学者们普遍认为要求普遍一致是不可行的,那将会使这种方法变得没有什么意义了。一般法律原则方法的真正功能是让仲裁员们能够在获得广泛承认的规则之间和那些某一体系特有的规则或者有限数量的法律体系所有的规则之间作出区分。^②

第四,仅把跨国商法界定为商事习惯法者。如伯尔曼和考夫曼(Bermann & Kaufmann)认为,跨国商法是建立在主要由所有国家的生产商、

^① Ole Lando, *The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration*, 34 *Int & Comp. L. Q.*, 1985, p. 747.

^② Emmanuel Gaillard, *Transnational Law: A Legal System or a Method of Decision Making?* *Arbitration International*, Vol. 17, No. 1, p. 63.

运输商、保险和金融企业所组成的国际社会对商业的理解和合同惯例基础上的一个国际法律体系。^① 乔伊(J. Jew)指出新商人习惯法是规制和促进国际贸易关系而发展起来的规则,以及获得国际贸易界普遍(或者至少是十分广泛)承认的习惯和惯例。^② 蒂塔(Tita)认为新商人习惯法是一个由国际商人们巩固和统一起来的,以习惯为基础来调整商事活动的惯例体系。^③

诸如此类的定义还有很多,从研究跨国商法者对这一领域的理解来看,我们完全可以说,有多少跨国商法的支持者,恐怕也就有多少跨国商法的定义。这些定义当然反映了不同学者对这一新兴法律部门的不同理解,但这些定义本身并不能促进我们对跨国商法理论的理解。而且,定义的分歧恰恰给跨国商法理论的批判者们提供了攻击的靶子,因为这恰恰说明跨国商法的概念仍然是混乱不清的、不确定的、没有真正的实质内容。如果要进一步追寻让人难以捉摸的商人习惯法的概念,可能还要进一步考察这一法律体系的法律特征及其特定渊源。

我国学者所提出的定义大体上是对西方学者观点的一种中国式的表达。例如有学者通过综合性定义的方法,认为现代商人法是指在国际贸易交往中逐渐自发产生的,到目前仍未完善的,以国际贸易惯例、一般法律原则和一般交易条件等形式体现出来的,独立于国际公法与国内法之外的,支配国际贸易合同当事人权利与义务的法律;^④这里既表明了来源、法律渊源,同时也给出了这一法律部门的性质。还有学者仅简明扼要地把现代

① Bermann & Kaufmann, *The Law of International Commercial Transactions*, *Harvard International Law Journal*, 1978, 221, p. 273.

② J. Lew, *Applicable Law in International Commercial Arbitration: A Study in Commercial Arbitration Awards*, 1978, p. 436.

③ Tita, *A Challenge for World Trade Organisations*, *Journal of World Trade Law*, 1995, p. 84.

④ 徐国建:《现代商人法论》,载《中国社会科学》1993年第2期。