

“东方法言”文丛

国际商法 理论问题研究

姜世波 著

GUOJI SHANGFA LILUN WENTI YANJIU



中国人民公安大学出版社

“东方法言”文丛

国际商法理论问题研究

姜世波 著

中国人民公安大学出版社

·北京·

图书在版编目 (CIP) 数据

国际商法理论问题研究/姜世波著. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2005. 10

ISBN 7-81109-213-1

I. 国... II. 姜... III. 国际商法—法的理论——研究
IV. D996.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2005) 第 122256 号

国际商法理论问题研究
GUOJI SHANGFA LILUN WENTI YANJIU
姜世波 著

出版发行: 中国人民公安大学出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷: 北京兴华昌盛印刷有限公司

版 次: 2006 年 3 月第 1 版

印 次: 2006 年 3 月第 1 次

印 张: 11

开 本: 880 毫米 × 1230 毫米 1/32

字 数: 323 千字

印 数: 0001 ~ 1500 册

ISBN 7-81109-213-1/D · 207

定 价: 26.00 元

本社图书出现印装质量问题, 由发行部负责调换

联系电话: (010) 83903254

版权所有 侵权必究

E-mail: cpep@public.bta.net.cn

www.jgclub.com.cn

《东方法言》总序

(代序)

谢 晖*

小城威海，红瓦绿树，远在天涯，雄踞东方。为大陆中国最东岸城市之一，亦为世界陆上最东端城市之一。其环境优美，是宜于人类居住之所；人杰地灵，为文武茂才辈出之地^①。近20年前，此地诞生正规大学教育，开中国大学建立正式分校之先河；近十年前，山东大学威海分校成立法律系，是为本埠高等法学教育之肇始。

十年创业，十岁辛苦。法律系从五人起家，而今已有教职员工近四十人，本科生、研究生千余人，成功跻身海内中等规模法院系之列。尤令人欣喜者，来自五湖四海之法律学人，在此天堂般地方，不止优哉游哉、享受生活，更能发愤图强，立志成才。余至此工作之

* 谢晖，哲学博士，山东大学法学院教授，理论法学博士生导师，山东首批“泰山学者”，山东大学校学术委员会委员，法学院学术委员会主任，山东大学威海分校法学院院长，山东省理论法学研究会会长，国际法哲学—社会哲学学会理事。

① 数文才如冯德英、宋健、谷建芬等，查武将则威海下属之荣城市为中华人民共和国成立以来第一“将军县”。而在古代，据闻，威海下属之文登市就因为秦始皇东巡时邀约文人登山聚会而得名；蜚声宇内的“文登学”孕育出了当地明清时代的61位进士；而在此前，汉代硕儒郑玄讲学于此，其盛况达“弟子数百千人”，宋代文豪苏东坡则盛赞这里“至今东鲁遗风在，十万人家读书声”；著名的全真道，尽管由陕西人王重阳创立于终南山，但其发扬光大，却是在如今威海境内昆崙山一带，其中丘处机等主要代表人物皆为如今威海一带人氏。即使在法学和法律领域，受到乾隆帝嘉赏的名吏、威海人徐士林就值得今天的学子们特别关注。怪不得闻一多先生曾在《七子歌》中针对威海部分这样写道：“再让我看守着中华最古的海，这边岸上原有圣人的丘陵在……”山大曾两度崛起于海上（青岛），而今威海分校之蓬勃发展，为其第三次崛起征兆乎？

前，即知此情，故当山大校长展涛兄嘱余任该系主任时，我未加多思，欣然领命。余兼任不过半岁，更亲身感受同仁们在学问上你追我赶、争先恐后之情景！

大学者，既为文化薪火相传之处，亦是知识点滴积累之地。故发现、创造知识，乃大学学人分内任务。令人深长思之者：自上世纪中叶以来，吾国大学之知识创造使命被人为破坏，知识反为“反动”之口实，学问不过“迂腐”之象征。于是乎，“知识越多越反动”被推崇为至理名言；“马尾巴的功能”被讥讽为奇谈怪论……此种颠倒是非之时代，尽管早已过去，然其潜移默化之影响，至今依然。因之大学教师职业，每每为他处求职不得者来勉强任之（忆当初，余选择从教于大学，曾回家乡对友人自豪言及，然余小学老师闻之曰：“再好，只不过一介老师”）。乌呼，如此大学，大楼不大、衣食寒酸；大师阙如、庸人如市，岂不哀也哉！岂不痛也哉！

新世纪伊始，此情此景，明显改变，大学门栏，越筑越高。社会精英，以任教大学为荣；国民观念，以拥有知识为尚。学术气息，弥漫杏坛；创造之风，遍布学园。此不仅大学兴隆之征兆，更为中华复兴之奠基。山大威海分校法律系，正乘此东风，蓬勃发展，蒸蒸日上、欣欣向荣。借此机遇，提升其学术品位，展现其学术水平，势所必然。而拥有自身刊物，为达致如上理想之通道。

法律学科，固以实践应用为初衷、为宗旨、为归宿，然法律学术，却非径写于法庭、律师事务所。文科学术，每每赖刊物而成长。诸如“国粹”派之借《学衡》而名世；“疑古”（“古史辨”）派之缘《禹贡》而发家；“经济分析法学”之因《经济与法律杂志》而成长；“伯克利学派”之倚《伯克利妇女法律评论》、《伯克利科技法律评论》而壮大……皆可为其注脚。近十年间，国内大学法律院系纷纷创办各自《法律评论》，盖皆因于此。这亦为《东方法言》问世之缘由也。

去岁夏日，金钊兄曾向我言及筹备创办“山大威海分校法律评论”事，余深表赞同。与此同时，提议可定刊名为《东方法言》。余陈述其缘由曰：“东方”者，不止威海地界东方，更指生机盎然、朝

气蓬勃之谓也；“法言”者，外取汉代文豪扬雄《法言》之名，内则倡导学术创新，言论自由。听此陈述，坐中山大李书记建军先生、金钊兄等皆予首肯。年初赴任以来，经全体同事同心同德、群策群力，终使本刊问世可期。

创刊物不易，办好刊尤难。查当今国内文科学术期刊，煌煌千余种，法科刊物，也在百种左右，其中不乏令人阅过前期，切切以待后期之佳刊；然更多刊物，读之味同嚼蜡。故弃其如敝履，又未尝不可？有人尝曰：当世“著作”，职称评过即为废纸。此说尽管不乏成见在其中，但亦绝非无中生有、捕风捉影。学术刊物之遭遇也大抵如此。是世风日下、人心不古，只重金钱、轻视知识使然，抑或刊物自身刊载者多为“文字垃圾”，不值得人们珍之似宝、护之如命？我看后者可能更大。有鉴于此，诚望本刊每期主编及编者们务必尽心竭力，无论版式设计、文章内容、文字校对……皆当精益求精：选文惟质是取、校对惟严是从，决不认稿惟亲、马虎校对、敷衍塞责、贻害学林。果如此，则分校法律学科之崛起，不难期许；本刊志于学术之贡献，或可呈现……

是为序。

陇右天水学士谢晖

序于公元2003年11月9日

自 序

国际商法这一学科自上个世纪在我国经贸院校恢复国际经贸专业以来一直作为该专业的选修课而存在，二十多年来，国内虽然也出版了不少国际商法著作，但几乎都是教材；其体系大同小异，类同于“比较商法”，其中对国际商法学科的理论研究很少，基本是介绍国际商事活动各领域的法律规定。就发表的学术论文看，虽然有一些涉及该学科的理论阐述，但数量并不多，而且研究的范围也仅限于学科属性或现代商人法方面的，至于作为支撑一个学科独立所需要的关于学科的价值、内在逻辑体系、基本原则、学科（从另一个方面讲即法律部门）发展的规律等的研究几乎是空白，如此，国际商法必然难以从国际经济法、国际私法的联合夹击下分立出来而独立存在。这种后果究其原因，根本在于国际商法的基础理论研究的薄弱所致，一个缺乏理论支持的学科若不能成为发育成熟的学科，就不可能发展成为独立的学科，可以说，构建国际商法学科的基础理论势在必行。这也是本书的意义所在。

本书共分为十章：

第一章主要从学科划分的理论出发论述了国际商法的调整对象和特点，国际商法与其他邻近法律部门的关系，提出了国际商法应当从国际经济法和国际私法部门中分离出来作为一个独立的法律部门的观点。

第二章研究了国际商法的发展历史，将国际商法的形成为萌芽、中世纪商人习惯法、近代国内法化和当代国际商法部门四个阶段，并着重通过对国际商法产生、存在和发展的社会基础的分析揭示了国际商法的本质属性：自治性和国际性。

第三章着重通过对国际商法进行了法社会学解读，从一个部门法的角度诠释了当下流行的法律的全球化和全球治理主题，提出了法律

全球化的差序性问题。

第四章研究国际商法的法律渊源，重点对国际商事惯例的形成、法律地位、构成等从法社会学的角度进行了阐释。

第五章对国际商法的基本原则进行了深入的研究。本章首先指出国际商法的基本原则与大陆法系关于商法的基本原则是相通的，然后重点对国际商法中的特别原则以及传统的商法原则在国际商法中的特殊表现进行了分析。

第六章是国际商法主体论。主要对国际商事行为的特殊主体——国家在国际商法中的地位，并结合中国近年的国家行为案例探讨了我国对国家及其财产豁免原则应采取的态度，即继续坚持绝对豁免原则而不是“赶时髦”地采取限制豁免主义。

第七章是国际商行为论。本章并没有采用传统商法关于商行为的分类，而是以既结合民商法的法理，又兼顾国际商界公认和熟悉的不同类型的商事活动领域为出发点，把国际商行为分为国际商事合同行为、国际商事代理行为、国际投资（开发）行为、国际破产行为、国际票据行为、国际证券发行与交易行为、国际信托行为、国际结算（支付）行为、国际担保行为等，并对这些主要的国际商行为的涵义作了简要介绍。

第八章专门对国际商事争议的特殊处理方法——国际商事仲裁，从法理学的视角加以剖析，指出国际商事仲裁经历了由最初的纯粹民间法属性，发展到国家权力全方位干预，现今演变为国家法适度干预并逐渐复原其民间法属性的过程，反映了国际商事仲裁实乃国家法与民间法属性有机结合，交互作用并达致和谐的一个典型样本。最后对国际商事仲裁未来的发展趋势作了预测。

第九章从国际立法学的角度研究了国际商法统一的方法论问题，阐述了比较法方法、博弈论在国际商法统一中的方法论意义，并通过案例分析了国际商法统一的具体步骤和存在的具体技术性问题。

第十章回应了第一章关于国际商法部门和国际商法学独立的观点，分析了当前我国国际商法学研究的现状和存在的问题，提出了构建我国特色的国际商法学的学科体系问题，并尝试性地提出了一个也

○=====

许还并不太成熟的学科体系方案，以供参考。

应当承认，国际商法学的研究在我国刚刚起步，这方面的理论研究成果还不多，尤其是学科理论建设问题的研究还没有引起普遍的关注，这给我国整个国际法学科的研究和教学工作带来了不少的混乱和资源浪费。因此，期望本书能够起到抛砖引玉的作用。

的确，本书对国际商法的基本理论问题的研究还是初步的，这主要表现在：其一，本书所提出的所谓基本理论问题显然受到了其他部门法理论体系的影响，对此恐也无可厚非，因为我国各部门法的学科体系架构本来就具有类同性，此乃我国法理学界对法律关系的认识使然。其二，本书许多问题的研究尚很肤浅，提出的一些观点也颇可商榷，这些作者都是十分清楚的，这主要在于本人的知识结构的缺陷和专业修养欠缺所致。好在学海无涯，人一生都是在不断地学习，不断的进步，不断地探索中。真理的探索之路永无止境，只要我们付出了智慧和汗水。

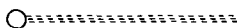
念及此，心中也便有了一些自我安慰。

二〇〇五年八月五日
于威海玛伽山麓寓所

目 录

第一章 走向独立:国际商法学的调整对象、范围和特点	1
第一节 关于国际商法学调整对象的不同观点.....	1
第二节 国际商法是一个独立的法律部门吗	13
第三节 法律部门划分的传统与创新 对国际商法部门独立性的影响	31
第四节 国际商法的性质和特点:国际商法(学) 与邻近法律部门(学科)的区别	44
第二章 从国际法—国内法—国际法的 大轮回:国际商法的历史	51
第一节 古代商法:国际商法的萌芽.....	51
第二节 中世纪商人习惯法:国际商法的雏形.....	54
第三节 近代国际商法:国际商法的国内化阶段.....	69
第四节 当代国际商法:国际商法的形成阶段.....	78
第三章 从国际商法诠释全球治理与法律全球化	99
第一节 商人社会:西方资本主义法治的社会基础.....	99
第二节 从民间习惯法到国际法:国际商法 对法律全球化内涵的诠释.....	116
第四章 从习惯法到成文法:国际商法之渊源论	124
第一节 国际商事条约.....	124
第二节 国际商事惯例.....	129
第三节 国际商事判例.....	154
第四节 一般法律原则.....	157
第五章 国际商事潜规则:国际商法的基本原则探究	166
第一节 基本原则的含义及确定依据.....	166

第二节 国际商法的各项基本原则·····	169
第六章 日益扩张的商人世界:国际商主体论·····	188
第一节 自然人·····	188
第二节 法人·····	190
第三节 跨国公司·····	193
第四节 国家·····	197
第七章 国际商行为论·····	238
第一节 国际商行为概述·····	238
第二节 几种主要的国际商行为·····	246
第八章 国际商事仲裁:一个民间法与 国家法和谐互动的典型样本·····	266
第一节 商事仲裁:土生土长于 商人社会的争端解决机制·····	266
第二节 国家权力介入国际商事仲裁: 国际商事仲裁的司法监督·····	271
第三节 未来国际商事仲裁的发展趋势·····	293
第九章 求同存异:国际商法统一的方法论·····	301
第一节 国际商法统一的方法论基础·····	301
第二节 国际商法统一的途径·····	309
第十章 国际商法学的体系构建·····	326
第一节 我国国际商法学的现状及评价·····	326
第二节 中国特色国际商法学体系的构建·····	329
主要参考文献·····	332
后 记·····	338



第一章 走向独立：

国际商法学的调整对象、范围和特点

第一节 关于国际商法学调整对象的不同观点

现代科学史表明，一门科学之所以能成其为独立的学科，要求其必须有自己独特的调整对象。法学作为古老的社会科学之一，^①在其长期的发展历程中，形成了一系列独立的分支学科，组成了一个可谓庞大的学科体系。这些学科除了法理学、法律史等理论学科外，其应用学科大都有具体的法律部门与相应的学科对应。如刑法与刑法学、民法与民法学、行政法与行政法学、经济法与经济法学、诉讼法与诉讼法学、国际法与国际法学等。那么本书所要研究的国际商法学是否也有一个相应的国际商法部门与之相对应呢？国际商法学是否有自己独立的调整对象呢？对上述问题，目前国际社会并没有形成一致的看法。

一、国内学者关于国际商法的内涵和外延的不同观点

首先，对国际商法的概念，目前学术界并无统一看法。在我国研究国际商法的学者中，最具经典性的定义当属对外经济贸易大学教授、已故的冯大同先生所著的《国际商法》一书中所下的定义。在这部书中，对国际商法的调整对象是这样界定的：“国际商法（International Commercial Law）是调整国际商事交易和商事组织的各种关系的法律规范的总和。”可见，冯大同教授认为，国际商法的调整对象包括国际商事交易关系和国际商事组织关系两大部分。其中的国际商

^① 从近代科学史看，法学与文学、医学、神学一起成为近代西方科学发展最早的学科之一。

事交易，他认为“随着当代国际经济贸易交流规模的扩大和商事交易的多样化、复杂化，除了国际货物买卖有了巨大的发展以外，还出现了许多新型的国际商事交易和贸易做法，如国际技术转让、工业产权与专有技术许可贸易、国际投资、国际合作生产、国际融资、国际工程承包、国际租赁，等等。”即除了有形商品的国际交易外，还包括技术、资金和劳务在国际流动中所产生的各种关系。关于国际商事组织，即国际商事关系的主体，“基本上是公司、企业等商事组织而不是国家。”^①而“国际”一词的含义，“并不是指‘国家与国家之间’的意思，而是指‘跨越国界’的意思。”基于上述认识，国际商法的法律渊源包括有关国际商业和贸易的国际条约或公约、国际贸易惯例、各国有关商事和国际贸易的国内法等。其中，国际条约或公约既包括属于实体法规则的国际条约，也包括属于冲突法规则的国际条约。此后，国内诸多国际商法学者多持此观点。^②

但国内也有学者认为，“国际商法是调整跨越国界的商事关系，以及与此有关的各种关系的法律规范之总和。国际商法的主体既包括参加国际商事活动的国际组织，也包括不同国家的公司、企业和个人。它所调整的商事关系，既包括不同国家之间的商事关系，也包括营业地跨越国界的公司、企业、个人和其他经济组织之间的商事关系，还包括各国在管理对外商事活动过程中同公司、企业和个人之间发生的各种商事关系。所以，国际商法的内容大致可以概括为以下几个方面：1. 有关调整国际货物买卖方面的法规。2. 有关管理国际商事活动方面的法规。3. 有关处理国际商事争议方面的法规。”这种观点认为，国际商法的渊源“既包括国际公法上有关调整商事之法规，也含有各国调整商事（特别是国际商事）关系的国内法规；既有属于公法性质的法律，也有大量属于私法性质的法律；既包括实体

① 冯大同主编：《国际商法》，对外贸易教育出版社1991年版，第1页。

② 屈广清等主编：21世纪高等教育法学教材《国际商法》，法律出版社2003年版，第11页。

法规范，也包括程序法和冲突规范。”^①

还有学者综合上述两种不同观点，把国际商法的概念分为广义说和狭义说。所谓广义说，即认为国际商法就是作为调整国际商事关系这一特定的社会关系的法律部门，是调整超越一国国境的商事交往的各种法律规范的总和。国际商法并不局限于某一特定的法律规范，它的内涵以传统的国际商事惯例为主，其外延早已打破了国际法体系和国内法体系，而扩大到国际公法规范、国际经济法规范、国际私法规范、各国民商法的国际性规范（即涉外部分）。虽然国际私法和各国商法的涉外部分本质上都是各国的国内法，但是，既然它们都在各个主权国家的领域内调整着和制约着跨越国境的商事交往活动，从宏观上看，也就不能不承认它们是国际商法的重要组成部分，归属于国际商法的范围。国际商法不仅包括规定国际商法主体在国际商事活动中权利和义务的实体性规范，而且也包括解决国际商事纠纷的程序性规范，不仅包括国家对国际商事关系进行调整的强制性规范，而且也包括国家对国际商事关系进行调整的任意性规范。因此，国际商法所研究的对象的范围是非常广泛的，往往要牵涉到现有的几十个传统法律部门的部分内容，要涉及国际法、冲突法、民法、商法、税法、民事诉讼法、产品责任法、反垄断法、反倾销法等诸多法律部门的法律规范。显然这与上述第二种观点是一脉相承的。

狭义说类似于上述第一种观点。认为国际商法是调整国家之外的、主体平等的商事组织及其商事交易的各种关系的法律规范的总和，是一个新的尚在形成中的法律部门。^②

事实上，我国学者关于国际商法调整对象的不同观点，并不是空穴来风，恰恰是国际上两大法系对国际商法，甚至可以说是商法调整范围不同观点的直接反映。因此，弄清楚两大法系国家对商法概念的不同认识，是我们正确界定国际商法范围的前提。

① 邹建华等编著：《国际商法》第四版，中国金融出版社，第1页。

② 赵威：《国际商法概念初探》，载《政法论坛·中国政法大学学报》1997年第3期。

二、国外关于商法调整对象和范围的不同观点

在英美法系国家，与商法有关的概念有许多，如 business law, lex mercatoria, law merchant, commercial law, mercantile law 等，最早这一概念是由英国学者 G. Malynes 于 1622 年在其首次出版的《商人习惯法》(G. Malynes lex mercatoria) 中首先提出来的，并最终由担任英国首席大法官的 Mansfield 纳入普通法而确定下来。其含义与大陆法系的商法概念有所不同。

Business law: 《不列颠百科全书》(国际中文版) 将 “Business law” 中译为 “商业法”，是 “指通过公约、协议、国内或国际立法规定的调整商业事务中人际关系的法规总称。” 认为商业法有两个确定的领域：一是通过公司法、合伙法、代理法和破产法调整商业实体；二是通过合同法和有关的法律调整商业交易。商业法人实体有多种形式：一是单独的交易者，他们独自承担经营商业的风险和责任，独自获取利润，但不组成任何法律意义上的联合，从而不受某些法规的约束；二是承担有限责任的注册公司；三是跨国公司。国内和国际范围的商业法正在继续发展，在有关保护消费者权益、竞争和计算机等方面出现了一些新的法律领域。由其本意，我们毋宁称之为 “商贸法”，以区别于民商法分立的大陆法系国家作为法律部门的商法。英美法不讲究部门划分，与企业 and 经营有关的法就是 Business law, 反托拉斯法和税法也不妨包括在内，因此我们不宜将 Business law 和 Droit des affaires 译成颇具大陆法系部门法韵味的 “商法”；“商业” 含有狭义上的交易之义，计划经济的流通体制和流通制度也曾称为 “商业法”，因此将其译为 “商业法” 显然更有不妥，难以为法学人士所接受。日本人在吸收西方文化、引进法律概念和制度方面较为准确科学，他们从来就是把 Business law 译成 “经营法” 的。法国 “我知道什么？” 丛书《经济法》的中译者宇泉将 Droit des affaires 译成 “企业法规”，至少也是理解了 Droit commercial (Commercial law) 与 Droit des affaires (Business law) 之间具有重大的实质性差别，它与日

本人的“经营法”有异曲同工之妙。^①

Lex mercatoria (law merchant): 这一用语在西方法律中有着特定的含义。依《不列颠百科全书》的解释,它是指“中世纪期间有关商人、商业事务的习惯法规和原则的总称。是商人们自己为了管理他们之间的交往而采用的。最初商人法多半由专门的准司法性质的法庭执行,如意大利由行会法庭以及随后在英国由正式成立的泥足法庭执行。商人法是11世纪早期发展起来的,目的在于保护不受当地法律管辖和保护的外国商人。在外国商人中,如果他们同国籍的人当中有人在商业交往中失信,他们就常常被没收财物并蒙受其他各种干扰。同时商人们也需要一种法律,以便他们自己可以商谈契约、合伙、商标以及买卖等各个方面。商人法因此就随着商人从一地到另一地而逐渐传播开来。他们的法院,即他们自己在集市和城市所设立的裁判庭,执行了一种适用于整个欧洲的统一的法律,尽管在国内法和语言上各不相同。商人法主要的是根据罗马法,但其中也有一些日耳曼的影响;它构成了近代商法的基础。”^② 该名词在我国常被译为“商人法”“商人习惯法”等。这具有特定的含义,专指产生于欧洲中世纪商人专门调整商人之间关系的一系列商务习惯和规则,性质上属于“习惯法”范畴,从今日之严格法意义上讲,它并不是法律。但是,“商人法”现在随着国际贸易的发展和商事立法的国际统一化的进程的加快,形成了一个被人们称为“现代商人法”(new or modern lex

① 史际春、陈岳琴:《论商法》,载《中国法学》2001年第4期。

② 《不列颠百科全书》(国际中文版)第9卷,中国大百科全书出版社1999年版,第504页。

mercatoria) 的部门,^① 它是指二次世界大战后, 国际法学界的某些学者因不满国际贸易合同受制于内容彼此相异的各主权国家国内法的状况而积极寻求的一种独立适用于日益发达的国际贸易事业, 并能反映国际特征的法律制度。^② 其法律渊源已不仅仅局限于国际商事习惯或惯例, 而且包括国际制法机构制定的商事条约、甚至包括一般交易条件和一般法律原则等形式, 它是独立于国际公法和国内法之外的, 处理国际商业交易当事人权利义务的跨国法。有人称之为“第三种法”。由于各国的参与制定和承认, 它已经成为法律, 只不过尚不完善, 正在发展中。

Commercial law: 对这一概念的翻译和理解就比较多了。《不列颠百科全书》(国际中文版) 立足于英美社会, 所以没有收入大陆法系民商法分立之“商法”(Commercial law) 词条。《中国大百科全书》(法学卷) 对此解释道: 商法是指“传统上指与民法并列, 并互为补充的部门法, 即调整市场经济关系中商人、商业组织和商业活动的法律规范的总称。”有趣的是, 该百科全书把商法和“商业法”都译为 Commercial law, 并把“商业法”解释为“调整商业经济关系的法律

① New Lex Mercatoria 或 Modern Law Merchant 的概念和理论是借鉴了中世纪商人法的概念提出的, 就拉丁语 Lex Mercatoria 和英语 Law Merchant 而言, 在国内汉译中, 有人译为“商法”; 有人译为“商人习惯法”或“商业习惯法”; 也有人译为“商人法”, 并为中国学者徐国建所采纳; 还有人译为“国际商事法”。后一种译法的理由则是认为, 此词有其特定的含义, 且作为“跨国法(或超国家法)”的同义语, 译为“国际商事法”较为恰当。考察上列译法, 若译为“商法”, 则和作为一个法律部门、法学学科的 commercial law 的译文“商法”有混淆之嫌, 而就 Lex Mercatoria 或 Law Merchant 形成而言, 前者是一个具有历史性的、地域性的概念。“商人习惯法”或“商业习惯法”的译法则把 Lex Mercatoria 或 Law Merchant 的渊源束之过窄, 不利于商人法理论以及其现代发展。笔者认为“国际商事法”的译法与本书所要论证的“国际商法”部门的建立相契合。其含义和法律渊源也符合本书对国际商法的界定, 符合大陆法系构筑国际商法部门的需要。但此处权且使用国内流行的“现代商人法”的说法。

② [英] 施米托夫:《国际贸易法文选》, 中国大百科全书出版社 1993 年版, 第 14~16 页。