

自治性商事规则法源地位否定论

宋 阳*

内容提要: 自治性商事规则由于自身所存在的诸多缺陷和客观上的限制, 导致其所可能发挥的作用空间极为有限。因此, 这类规则不可能成为实现商法统一的主要法律渊源。在民族国家出现以后, 商事立法的权力已经不可避免地被纳入到国家的控制下, 而且国家立法性渊源从本质上排斥与否定自治性商事规则。由于这类自治性的民间规则所能发挥的功能区域是极为有限的, 因此我国不宜将其作为处理涉外商事交易法律关系中的主要法律渊源。

关键词: 自治性商事规则; 功能缺陷; 国家制定法; 法律多元

一、问题的提出

对于自治性商事规则在商法统一过程中乃至其在整个商法体系中所可能发挥的作用, 是国际商法学中一个非常重要的问题。⁽¹⁾ 自 20 世纪中期以来, 对于自治性商事规则所能够发挥的作用, 有一种较为主流的学术观点认为: 商法从起源上来看是商人自发意识的产物, 商人通过在集市中的实践自发地形成了一整套行为规范和准则。商人法庭则是将这套行为规则明晰化和具体化的场所。这种自治性的商事规则具有普遍性和天然统一性的特征, 在今天经济全球化虽有波折但仍占世界发展主流的形式下, 应该“重新发现商法的国际性”。通过以国际商事惯例为核心的自治性规则来实现全球范围内的商法统一。从国内法层面来看, 在我国民法典的编纂过程中必须对原有之交易习惯、国际商事惯例等自治性国际商事规则的效力位阶规则进行重构, 将国际商事惯例的适用地位提高于国内法的任意性规则之上。⁽²⁾ 总之, 我国国内主要国际商法学者基本上接受了西方“商人法浪漫主义”思潮的影响, 倾向于强调国际商事惯例“超国家”的法律作用, 将自治性的国际商事规则的效力拔高到国家制定法之上, 意图透过商人社会内部的自治过程所产生的自发规则来实现全球范围内的商法统一。

在“一带一路”倡议的大背景下, 通过起草和谈判相关的国际条约来协调沿线国家的商法将变成我国日益紧迫的任务。在此客观需求下, 究竟使用何种方法引领并实现沿线国家的商法统

* 河北大学国家治理法治化研究中心研究员, 法学博士。本文系国家社科基金一般项目“国际商事惯例适用问题研究”(16BFX195)的阶段性成果。

(1) 自治性商事规则是指那些在商人社会交易中自发形成的交易规则, 这类规则与国家制定的交易规则不同, 其具有自发性和灵活性的特点。对于该类规则的最为经典定义可以参见 Ole Lando, “The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration”, 20 *International & Comparative Law Quarterly* 747, 752 (1986)。

(2) 参见左海聪《从国际商法的特质看〈民法典(草案)〉中的国际商法渊源条款》, 载《中国国际法年刊(2013)》, 法律出版社2014年版, 第317-318页。又见陈晶莹《论 CISG 项下国际惯例的效力——兼析我国〈民法通则〉第142条的改良》, 《国际贸易问题》2011年第5期, 第165页。

一化进程是今后一段时间内我国政府所必须回答和解决的问题。此外，我国法院和仲裁机构在进行涉外审判和仲裁的过程中，对自治性国际商事规则采取何种态度、采用什么样的方法和程序来适用自治性的国际商事规则也是一个亟待解决的问题。将上述具体问题的内核加以融合，似乎可以归结为一个核心问题：自治性的国际商事规则究竟能否像国际公法中的“国际习惯”那样作为最为根本的法律渊源来发挥作用？只有回答了这个问题，才可能让我们在今后的工作和实践的过程中明确思路，把握基本问题方向，从而牢牢把握住各种商事规则制定的话语权。对此笔者旗帜鲜明地提出：由于自治性的国际商事规则的自身性质特点，很难成为真正意义上的国际商事法律体系的基本渊源。因此，我国在实践“一带一路”倡议的过程中不宜拔高自治性商事规则的地位；同时在我国涉外审判以及仲裁的过程中也应对自治性商事规则的适用采取审慎的态度，并对其适用加以严格限制。

二、自治性商事规则的自身缺陷

规则与法律是两个不尽相同的概念，规则的外延范围是远远大于法律的。并不是所有规则都可以被认为是法律。譬如说，在自习室资源紧张的情况下，很可能会自发地形成占座位的习惯性规则。相信有很多人会遵循这种所谓的“规则”。但是，没有人会认为这个规则可以成为法律。同理，“自治性商事规则”也不能单独成为“第三类法律秩序”发挥独立功能。具体理由如下：

（一）自治性的国际商事规则缺乏体系性和一般性

我国台湾著名国际私法学者柯泽东教授早在 20 世纪 80 年代就展开了对自治性商事规则问题的研究，只不过他称之为“国际贸易习惯法”。在当时对于这种自发产生的规则的法律性质，学界就存在争论。柯泽东教授从三个角度阐释了自治性商事规则的法律属性。其中他认为最重要的条件是自治性商事规则是否具有一般性。他指出“凡社会规范之欲成为法律规范，必须具备一般性之价值。易言之，所谓法律，曾被实证主义法学者予以简明定义：为具有一般性且充分明确，而于行为前预先得知其规定内容者”。⁽³⁾ 笔者赞同他确认法律之甄别条件。但根据柯泽东教授的标准，我们发现自治性商事规则的法律性特征是十分值得怀疑的。

作为法律而存在的规则必须是充分明确且不能相互矛盾的。但是，国际惯例的存在却往往是以一种多变和不确定的形态存在，适用范围极为狭窄。而且，除了《国际贸易术语解释通则》(Incoterms) 这种极为少数的国际商事惯例能被普遍接受且调整的范围相对具有一般性以外，其他很多商事惯例往往是调整某一类特殊产品贸易或者交易中极为琐碎问题的规则。笔者在考察了欧洲中世纪时期的贸易惯例后发现，这些规则所调整的内容往往根本不涉及商人交易中的权利义务。例如中世纪为当时欧洲商人广为熟知的《奥莱龙海事法典》，在公元 14 世纪以前，该“法典”并不是为所有商人遵守的，只是在几个贸易海港的部分商人会通过明示选择的方式在一些具体的海事事务中进行援引，例如投弃、打捞，而且交易规则带有明显的地域性和行业性特征。⁽⁴⁾ 显然这类规则与法律的普遍性和一般性特征还存在有不小的差异。而且由于《奥莱龙海事法典》存在多个版本，在同一个港口就可能存在数个版本同时存在，不同的裁判人会根据不同的版本对类似的案件作出不同的裁决，这就进一步加大了这类规则非体系性特征。

从本质上来说，自治性的商事规则所指向范围大多与交易的技术细节相关，而这些交易细节与合同法上规范当事人实体权利义务的内容，诸如违约责任、合同成立以及生效，有着本质上的

(3) 柯泽东 《国际贸易习惯法与国际贸易》，载《国际贸易习惯法与国际商务仲裁》，元照出版公司 2008 年版，第 42 页。

(4) See James Shephard, "The Rôles d'Oléron: A Lex Mercatoria of the Sea?", in Vito Piergiovanni (ed.), *From Lex Mercatoria to Commercial Law*, Duncker & Humblot, 2005, pp. 252-253.

不同。例如，在奥地利进行木材交易时有交货前验货的惯例，但这类惯例根本无法形成一种规则体系网络去调整当事人的交易行为，甚至都不能反复进行适用。⁽⁵⁾ 惯例在司法实践中，往往是需要当事方进行证明的。这显然与“法官知法”这一法律的最基本要求背道而驰。这从另一个侧面证明了所谓惯例很难像国家制定的法律那样形成完整的体系。

对此，又有人辩解认为，在法官断案的过程中，应该探寻当事人的真实意思，这本身就是在适用当事人之间的自治规则，“在当事人并没有明确约定的情况下，在若干情形下，也不得解释认定当事人有适用国内法的意愿，而应该依照当事人订立的契约的经济意旨解释之”。⁽⁶⁾ 这种观点的核心便是探求当事人的真实意思，而当事人的真实意思是体现在国际商事惯例或者是其他商人的一般性做法之上。因此，从这个意义上来说，自治性的商事惯例便有了发挥效力的空间，可以被认为具有了法律一般性和明确性的特征。但是，我们必须注意到，这种通过法官或者仲裁员的思维和认识来代替当事人的意思的做法从根本上来说就是背离自治性原则的初衷的。既然已经发生了争议，那一定意味着双方对交易的认识和理解发生了分歧，此时再奢谈发现当事人真正的意思一致，只能说是一种“掩耳盗铃”的妄谈。退一步来说，即便裁判者能够敏锐地发现当事人的真实意思，他们也必须依托“法律”上的依据，否则极易造成法官对商事争端的主观擅断。从这个意义上来说，探寻当事人的真实“经济意旨”不意味着抛开法律，而天马行空地适用那些虚无的“意思”。从根本上来说，法官若想做出令人信服的判决，最终还是要借助一种稳定的规则，那么国家所制定的法律在这方面无疑是最有优势的。

杜克大学讲席教授拉尔夫·迈克尔斯指出“对于国际商事交易来说，适用国家制定还是当事人之间自发产生的规则并不重要，关键还是要看哪种规则更能减小交易成本。”⁽⁷⁾ 自治性的国际商事惯例确实具有灵活性和弹性，在有些时候确实能够得到较为理想的判决结果。但是，惯例本身的灵活多变性，在很多情况下又会加大当事方的交易成本。以在国际贸易中当事人在例外条件下可以迟延交货之“习惯性做法”为例，这有时确实是给双方灵活履约带来了方便，但也极有可能使当事方和第三方造成损失。总之，惯例的灵活性并不是在所有情况下都是具有正价值的。反倒是国家制定的法律，由于具有成文性和稳定性之特质，在被跨国商事交易当事人所理解的情况下，可能才是真正能够反映当事人合理预期的规则体系。但自治性商事规则的支持者往往对此视而不见，片面地强调惯例灵活性和多变性所带来的好处，同时夸大成文法弹性不足的弊端。

总之，以商业惯例为代表的自治性商事规则并不是在所有情况下都优于制定法。如果对其适用不加以控制，其不稳定和难以预测的特点反倒可能会损害国际商事交易的确定性，甚至可能成为裁判者进行任意裁判的借口。在笔者看来，以国际商事惯例为代表的自治性商事规则严重缺乏体系性和一般性，其灵活性有时会破坏法律规则存在所需的稳定性和体系性，反倒可能加大当事人之间的交易成本。⁽⁸⁾

(二) 自治性商事规则在普遍性上存在缺陷

国际商法主流学者都相信，国际商法是一个自发地进行进化并且独立于国家制定法的独立秩序体系，是商人这个群体透过意思自治求同的结果。⁽⁹⁾ 但是，在纷繁复杂的商事交易中能否自

(5) 例如有英国学者指出，从历史上来看，所谓的惯例本身就是反复变化的，单纯通过这种极易变化的规则来进行断案就是一种谎言 (fiction)。See J. H. Baker, *An Introduction to English Legal History*, Oxford University Press, 2002, pp. 121-123.

(6) 柯泽东 《现阶段国际贸易与国际私法之关系 (上)》，《台大法学论丛》1977年第2期，第272页。

(7) Ralf Michaels, “The True Lex Mercatoria: The Law Beyond the State”, 14 *Indiana Journal of Global Legal Studies* 447, 463 (2007).

(8) 宋阳 《论交易习惯的司法适用及其限制》，《比较法研究》2017年第6期，第174页。

(9) 孙希尧 《国际海事商人法断思——一个民间法的角度》，《甘肃政法学院学报》2007年第6期，第26-27页。

发地形成一个精密化、系统化的交易规则体系在笔者看来是很困难的。在全世界范围内，通过商人自发的行为形成一个普遍的行为规则体系更可能是一个神话。

以法律作为参照物，之所以说法律（任意规则）具有普遍性，是因为这种规则由于有国家作为强制性的保障支持，其可以视为被每个人所默示同意。但是，任何交易中的合同不可能约束没有签署合同的第三人。有学者将商事惯例的效力归结于当事人之间的合理期待，并将其视为更为具体的规则。⁽¹⁰⁾ 这种学说不论是在过去还是在现在，都是值得商榷的。这是因为，法律上所应当承认和强制执行的当事人的合理期待的认定是有严格的限制条件的。例如，伯格教授认为在国际商事交易法律关系中，确实存在“自发形成的交易规则网络”。但是伯格教授在做这段论述的时候将这种规则网络存在限定于新国际商法中的特定的商业群体或行业之中，如建筑、金融、企业联合等非常专业的领域，这些行业领域存在专业性和技术性较强的特征，这是产生充分的“交易一致性”（consensual density）的根本前提。⁽¹¹⁾ 不过，至少从已有的文献来看，这种交易一致性是否存在或曾经存在于普遍的商事交易的过程中都存在严重证据不足的现象。⁽¹²⁾

笔者认为过分地强调自治性商事规则的优先性，不但无助于国际商事法律的统一适用，反倒会起到负效果。很可能导致司法过程有意无意地将“本地的惯例”国际化，以致出现“本地偏见”（homeward bias）的现象，这些都是与《联合国国际货物销售合同公约》（CISG）的根本宗旨不符的。例如，在德国裁判的一个案件，在适用 CISG 第 39 条第 1 款时，就适用了德国商人之间公认的惯例，从而驳回了较为灵活的期间标准，做出了明显不符合 CISG 精神的判决。⁽¹³⁾ 这也从另外一个角度再次驳斥了自治性的商事惯例具有统一性和普遍性特征的观点。

再以国际贸易术语为例，通过笔者的考察，在贸易术语解释上，也存在不同的惯例解释体系。即便是采用了目前所谓最为通用的 Incoterms 解释规则，在不同国家进行适用时，也会受到诸多限制。譬如，在和美国客户谈判合同中，就特别需要注意根据美国的《对外贸易定义》中关于 FOB 术语的规定与 Incoterms 的相应规定不尽相同，在该定义下 FOB 不仅仅可以适用于水上运输，陆地运输和多式联运也完全可以适用。⁽¹⁴⁾ 再者，与国家所制定的法律有明确的法律生效与废止制度不同，自治性的国际商事惯例采用的是一种类似“软件升级”的方式来进行修改。也就是说，新版本的解释通过后，并不意味着旧版本的失效。还以 FOB 为例，2010 年的版本规定卖方的风险转移是在装运港船上，取消了 2000 年版本船舷转移的概念。那么，假设在装运时发生船舷处的意外损失时，便会出现 2010 年版本和 2000 年版本的规则冲突问题。此时，与国家制定的法律不同，并不能直接认定新的国际商事惯例优先适用。⁽¹⁵⁾

综上，不论是过去的商人法历史还是目前的所谓普遍适用的国际商事惯例，由于并不完全具备法律普遍性和反复适用性的特点，国际商事自治法渊源不能构成真正意义上的法律体系，至少不是一个普遍的国际商事法律体系。

(10)左海聪 《国际商事条约和国际商事惯例的特点及相互关系》，《法学》2007 年第 4 期，第 100 页。

(11)Klaus Peter Berger, *The Creeping Codification of Lex Mercatoria*, 2nd ed., Kluwer International, 2010, pp. 143-144.

(12)David J. Bederma, *Custom as a Source of Law*, Cambridge University Press, 2010, p. 121. 该书在回顾了对中世纪存在统一的商人法的怀疑后，承认了商人法的产生和实施在很大程度上必须依靠公权力机构，但是其又再一次强调各个国家和地区商事自治规则在交易中的基本模式、争端解决的根本机制和一些特定的规则细节上是高度稳定和统一的。虽然这本书到最后也没有列举哪些具体规则是“高度统一的”。

(13)See Clayton P. Gillette, “The Law Merchant in the Modern Age: Institutional Design and International Usages under the CISG”, 5 *Chicago Journal of International Law* 157, 161 (2004).

(14)See. Leonardo Graffi, “Remarks on Trade Usages and Business Practices in International Sales Law”, 29 *Journal of Law and Commerce* 273, 285 (2011).

(15)参见 Incoterms2010 出版的官方说明，该说明明确指出：由于 Incoterms 并不是法律，因此新版本不能否决和替代老的版本。因此国际商会要求当事人在选择贸易术语时必须注明术语解释通则的版本，否则新版本不能适用。

(三) 自治性商事规则强制力的有限性

在自治性商事规则的支持者看来,自治性商事规则的制裁性主要来自两个方面。一是行业商会对违反所谓自治性商事规则的惩罚。⁽¹⁶⁾ 在这些学者看来,在中世纪时期的商人法的执行过程中,行会发挥了主要的执行作用,并且通过行会可以保护所有商人的合理诉求与利益。另一个则是通过国际商事仲裁来执行这些自治规则。⁽¹⁷⁾ 但是,我们通过对中世纪商人法的历史梳理,以及目前国际商法现状的观察,发现这很可能是站不住脚的。

一方面,姑且不论商人对“违法”的商人进行联合抵制这种类似于社会放逐式的惩罚手段是不是一种法律的惩罚机制,⁽¹⁸⁾ 不管是历史上还是现阶段,行会更多的是对其成员提供一种保护性机制。⁽¹⁹⁾ 这种保护性机制大多只是涉及到行业成员共同利益的事项,例如帮助商人成员制定相应的竞争策略以保护共同市场、开拓海外市场、应对国外政府的贸易限制等功能,有的行业协会确实可能制定一些标准合同,但是往往并不设立相应的争端解决机构,更不会对商人之间的交易纠纷采取干预措施。⁽²⁰⁾

另一方面,国际商事仲裁确实是一种自治性解决国际商事争端的方法,而且国家的法律制度也确实支持了商事仲裁制度。对国际商事仲裁机构的设立和仲裁裁决的执行采取了积极支持态度。⁽²¹⁾ 但是,对国际商事仲裁的支持本身并不意味着能够适用乃至统一适用那些自治性的商事规则。虽然欧盟委员会曾经发布了一个绿皮书,指出目前国际统一性的法律文件和示范性的自治规则得到仲裁领域的广泛应用(该文件所指的商事法律渊源范围远大于自治性的国际商事法律渊源范围)。但是该绿皮书并没有提供实际证据来对这种说法进行支持。对此笔者透过Unilex案例库进行了实证性研究,发现至少自2010年以后到2017年初,没有一个案件适用了所谓“自治性规则”“商事习惯法”以及“商事惯例”来进行断案。在此之前的10年案例库样本中也只有2006年的一个关于货物风险转移案件适用了所谓“国际通行的一般习惯”,而且这还是在当事人选择了相关贸易术语的大前提下才出现的个别情况。以上数据表明从仲裁员的角度来说,他们适用成文的制定法可以彰显出他们裁决的公正性,因为这种裁决所依据的规则是提前公之于众的,即便这种规则不合理,那也是规则制定者的过错。但如果选择“自治性国际商事规则”这种在很多时候不成文不成体系的原则(principles),⁽²²⁾ 那么一旦仲裁结果被质疑或不满,仲裁员所受的指责和非难之程度显然是要大于依照成文的国内法律所作出的裁决。正是由于自治性的国际商事惯例本身所具有的这种劣势,其在仲裁适用过程中与国内法律相比并不具有什么优势,导致很少有仲裁员和当事方“喜欢”这种规则。因此,期待国际商事仲裁普遍性地适用自治性规则的想法又极有可能是一种一厢情愿。

(16)左海聪 《国际商法》,法律出版社2013年版,第17页。

(17)Alec Stone Sweet, “The New Lex Mercatoria and Transnational Governance”, 13 *Journal of European Public Policy* 627, 642-643 (2006).

(18)社会放逐与法律制裁虽然都可能具有强制力,但还是存在着明显的区别。法律制裁针对的是当事人的当前行为,而社会放逐则是针对其今后的行为。将这两者之间的界限混淆起来的“泛法律化”概念是十分危险的。

(19)郭德香 《幻象与真实——中世纪商人法形貌考辨》,《河南大学学报(社会科学版)》2017年第6期,第42页。

(20)斯坦福大学的经济史学家在研究长达几百年的行会功能时确实提及商人行会中会采取联合行动以及声誉传播等制度或机制,但是这些都是指向某些城市的,而且都与行会商人的集体利益有关。例如一个城市的领主对行会的商人克重税或抢劫这个行会的商人,那么这个行会就可能资助这个领主的敌人来对该领主进行报复。See Avner Greif, Paul Milgrom, and Barry R. Weingast, “Coordination, Commitment, and Enforcement: The Case of the Merchant Guild”, 102 *Journal of Political Economy* 745, 757-760 (1994).

(21)宋阳、左海聪 《论国际商事规则与主权国家立法的关系——从独立到超越》,《天府新论》2013年第5期,第72页。

(22)有学者甚至认为,当事人一旦选择依照自治性的国际商事规则来进行裁决他们之间的纠纷的话,就意味着他们放弃了规则(rules)而选择了原则(principles)来进行裁决。See Yves Dezalay, *Dealing in Virtue: International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order*, Chicago University Press, 1996, pp. 131-133.

(四) 自治性商事规则并不能独立于国家的法律体系

倾向于将自治性商事规则作为国际商法的法源的学者总是对所谓的“条款法”充满了幻想。在他们看来,这种条款法是商人之间脱离国内法而独立基于实践产生的法律规则,是国际商法自治性最集中的体现。这种所谓的“行业性规则”的最大特点和优势是更加贴近商人们的交易实践并且相对于成文法更加灵活与务实,其从性质上来讲是国际商事惯例被纳入到国际商法中根本性证据所在。⁽²³⁾如施米托夫就特别强调社会主义国家所使用的“共同交货条件”以及资本主义国家所广泛使用的标准合同的作用。⁽²⁴⁾

但是,虽然这些标准性的合同范本在一些具体的规定上和适用的方式上与国家所制定的法律存在一定程度上的不同,似乎可以作为国际商事惯例体系化与普遍接受的证据。不过,这应该只能归类为局部和细节上的不同,这些条款法并不能从根本上脱离于国家的法律制度。首先,社会主义国家的所谓“共同交货条件”是带有极强的国家计划经济背景的,其根本的依托是以苏联为首的“经济互助委员会”(经互会),这是一个典型的官方性质组织。该组织于1949年成立后,制定了一系列交货共同条件,适用于经互会成员国之间的贸易关系。这种共同交货条件也具有政府间协议的性质,对所有成员国具有约束力。因此,施米托夫等将其归类为自治性的法律文件显然是值得商榷的。西方国家各种行业协会所制定的各种标准贸易合同倒是可以被认为是一种带有明显民间性质的规则体系,不过这种规则体系自打诞生之日起,就从来没有宣告其有脱离国家制定法律的强烈意向。以美国国际谷物与种子协会(NGFA)为例,其发展已有上百年的历史,而且制定了最为完善的谷物交易规则和标准合同范本,甚至还设立有专门的仲裁机构,但是其从未宣称它的规则自治独立于美国的国家立法。正好相反,在进行裁决和适用时,这个行业协会的仲裁机构几乎没有在任何一个案件中是单独和优先适用其规则的,而是反复在美国的《统一商法典》和其他成文法规则中寻找解决争端的方案。⁽²⁵⁾无独有偶,坐落于英国的另一个谷物贸易协会“谷物和种子贸易协会”(GAFTA)也制定了在该行业中广泛应用的标准合同,而且该组织也有专门的专家机构来对其成员之间的争议进行裁决。虽然规则非常完备,而且其中具有法律适用排除条款,排除了国际条约的适用,但其明确规定所有的条款都要用英国的法律来进行解释并与之取得一致,而英国正是这个组织总部的所在地。⁽²⁶⁾

在金融市场上另外一个明显的例证是“国际掉期与衍生品协会”(ISDA)这个行业性组织。该组织已拥有来自于六大洲的800多个成员,这个组织的最大任务之一就是起草和不断改进ISDA协议体系,该体系是一种伞状合同结构。ISDA主协议包括主协议正文、补充协议、交易确认书及英国法下信用支持文件四部分,此四部分共同构成单一协议。主协议正文是对一系列交易所涉及的诸多共同问题所做出的规定,特别是对交易双方在正常履约与不能履约状况下的权利义务关系做出非常详细严格的约定。补充协议的作用是允许交易双方对主协议正文的格式条款进行修订及补充,以适应交易双方有关信用、法律与结算等条款的特定要求。交易确认书是对主协议项下每项具体交易的经济条款进行确认,也可以对于本次交易所涉及的某些特殊问题进行补充规定,或是为了本次交易需要而对补充协议及主协议正文内容进行修改。如果交易确认书的内容与补充协议及主协议正文内容有冲突,以交易确认书为准,⁽²⁷⁾构成了极为紧密的合同自我规则体

(23) Roy Goode, "Usage and Its Reception in Transnational Commercial Law", 46 *International and Comparative Law Quarterly* 1, 26-27 (1997).

(24) 参见 [英] 克里夫·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210-216页。

(25) Lisa Bernstein, "Custom in the Courts", 110 *Northwestern Law Review* 63, 106 (2015).

(26) 参见 GAFTA 第 64 号谷物贸易标准合同第 24 条。

(27) 刘全雷《金融衍生产品主协议在我国商业银行的应用研究——以 ISDA 与 NAFMII 主协议为框架》,中国社会科学院研究生院 2011 年博士学位论文,第 33 页。

系。该协会称这些合同为“权威合同”(the authoritative contract),甚至宣称其“已经建立起调整私人掉期金融衍生产品交易的国际合同标准”。⁽²⁸⁾即便如是,ISDA也并不主张这种标准合同独立于相关的国家立法之外,而是寻求通过游说的方法来促进国内法律的修改与之相一致。⁽²⁹⁾而且该组织也不像前述谷物组织那样有自己的争端解决机构,当掉期交易商发生争议时,他们解决争端的方式是通过法院诉讼解决。因此很明显,这种所谓的自治性规则不但不能独立于国家的法律体系,反而是很明显地受制于国内法律的。⁽³⁰⁾

三、国家制定法对自治性商事规则的排斥

有学者认为,国际商法之所以能够形成“自治的”一体化法律体系,在于国际商法从根本上是以自治的国际商事惯例为核心展开的。作为国家所制定的立法性渊源——“国际商事条约”在内容上很大程度是国际商事惯例的编纂,国际商法发展的核心动力是商人们在实际中的行为的具体化和制度化。反过来,国际公约的规定又可能影响商人们的行为转换为国际惯例。⁽³¹⁾还有学者指出:利益驱动会产生合理的愿望,即保障国际商事惯例不再被推翻,而且由于强烈的激励和集中的认同,于是明确地将它置于实施机制的保障之下,国际商事惯例就演变成国际商事习惯或国际立法(国际条约)。⁽³²⁾总之,以上学者认为国际商事公约或条约的本源是国际商事惯例,国际商事公约本质上来讲是对已然存在的国际商事惯例的编纂。可是,以上观点可能与现实情况存在较大出入。通过综合性地研究,笔者试图从以下几个方面对上述观点进行简单地驳斥:

(一) 国际商事条约并不是国际商事惯例的编纂

可以肯定的是,国际公约的制定从根本上来说是一种自上而下的立法模式制定出来的,并不是国际商事惯例的编纂的产物。在很大程度上,国际商事条约和公约基本上是政府间利益妥协的结果,这与国际惯例的自下而上的法律发展模式具有非常巨大的差异性。以《统一销售法公约》(ULIS)为例,该公约经过宣读后就受到了来自当时苏联和东欧国家的抵制,他们的理由是公约只反映了发达国家的利益,未照顾到广大发展中国家的根本利益。⁽³³⁾而CISG在谈判和起草的过程中此种情况反映得更为集中,英国甚至因为CISG将诚实信用原则作为公约的核心基本原则与其国内法上的客观解释合同的规则相违背的原因,选择拒绝批准CISG。不过,这从另一个侧面也印证了,CISG相关工作的建立和推进正是以“推进国际贸易法的逐步协调与统一”为目的。在这里的“逐步协调”(progressive harmonization)并不是对惯例的所谓“渐进编纂”,而是对国家的国内法进行重塑来适应国际贸易的需要。“统一”(unification)则是要以保证相关国家接受这种共同的法律标准为目标。⁽³⁴⁾这也就意味着,在整个缔约过程中一定是以国家和国家

(28) See *Opinions on ISDA Key Contracts*, <https://www.isda.org/category/opinions>, last visited on 23 December 2017.

(29) 需要指出的是,这种游说并不是像自治性商事规则鼓吹者所想象的那样把合同条款直接编纂进国家的立法之中,而是通过要求法律的修改来保护其合同的实效性。See Christopher J. Mertens, “Australian Insolvency Law and the 1992 ISDA Master Agreement—Catalyst, Reaction, and Solution”, 15 *Pacific Rim Law and Policy Journal* 233, 244–246 (2006).

(30) Ulla Liukkunen, “Lex Mercatoria in International Arbitration”, in Jan Klabbers & Touko Piiparinen (eds.), *Normative Pluralism and international law: Exploring Global Governance*, Cambridge University Press, 2013, pp. 227–228.

(31) 左海聪 《国际商事条约和国际商事惯例的特点及相互关系》,《法学》2007年第4期,第99页。

(32) 胡绪雨 《国际商事惯例的作用空间与效力基础》,《当代法学》2006年第2期,第111页。但是胡绪雨博士并没有指出哪些惯例转换为了国际商事公约。而只是在脚注中引用博登海默专著中的一个观点“与一个社会的正当观念或实际要求相抵触的法律,很可能会因人们对它们的消极抵制以及在对它们进行长期监督和约束方面所具有的困难而丧失其效力”。但这丝毫不能证明国际商事惯例真的转化为了国际商事公约。

(33) Bruno Zeller, *The CISG and the Unification of International Trade Law*, Routledge Press, 2007, pp. 16–17.

(34) Peter Schlechtriem & Petra Butler, *UN Law on International Sales: The UN Convention on International Sales of Goods*, Springer Verlag, 2009, pp. 1–2.

的法律为核心和出发点。约翰·杭诺尔德教授是参与 CISG 起草的核心成员之一，他指出：CISG 的起草者往往是来自大学的学者和中央政府的官员，官方性十分明显。他们对各自代表国家的政府负责，而不是对国际组织和商业机构负责。⁽³⁵⁾ 从起草的参与者来看，国际贸易法委员会特别强调讨论公约成员的广泛代表性，以期提高解决法律问题的效率。起草委员会邀请了 36 个国家的代表，并力求这些国家能够涵盖各个地区和国家层次。其中非洲 9 个国家、亚洲 7 个国家、东欧 5 个国家、拉丁美洲 6 个国家、西欧 9 个国家，最后还有其他几个西方工业国家，包括澳大利亚、新西兰、加拿大和美国。⁽³⁶⁾ 在这些代表中并没有考虑到商人作为一个群体而加入到谈判中来。

在 CISG 的文本讨论阶段，各国纷纷对公约草案的条款提出了代表本国立场的修改意见。起草委员会甚至因为各国的主张加入了许多条款。例如，第 1 条第 2 款关于“当事人营业地在不同国家的事实必须为合同的信息所能披露出来，公约方可适用”的规定就是应比利时政府的要求而加入的。这是因为，在比利时政府看来，在不同国家拥有营业地这一事实如果在合同上并无表现就应该适用国内法，而不应该适用公约，倘不如此可能不利于各国法院准确地适用法律。第 3 款则是应法国和德国政府的要求加入的。在该款中规定，在适用公约时，合同的民事性质和商事性质应不予考虑，该条款事实上是为了适应大陆法系国家对于合同的民事性质和商事性质不同的照顾。将民事性质和商事性质不予考虑事实上是为了有效地与大陆法系国家的国内法相衔接，从而达到公约在其国内法院适用更加便利的目的。公约的第 9 条更是体现了不同国家利益集团的利益分歧和妥协。该条是关于国际惯例在国际货物销售合同中的效力问题的规定。对于该条款，首先以前苏联、东欧以及第三世界为代表的国家，由于其国内的计划经济体制、较小的国际贸易规模，以及对国际贸易惯例缺乏相应的了解，对国际贸易惯例采取了极端审慎的立场。他们指出，惯例只是由少数国家或者垄断企业制定出来的，未得到世界的广泛承认和认可。例如，他们提出为什么有关谷物和可可贸易的惯例是由并不出产谷物和可可的伦敦商会制定出来的？还指出惯例只是在发达国家受到欢迎，是新殖民主义的产物。但以美国为首的发达国家则倾向于全面承认习惯做法和贸易惯例。以美国《统一商法典》为例，其核心观点之一便是强调习惯做法和贸易惯例的功能，并将习惯做法和贸易惯例默示地纳入到合同之中，甚至惯例在有些情况下要优先于合同文字本身的规定。⁽³⁷⁾

因此，在起草 CISG 的过程中引发了各国谈判代表的激烈争论，并进行了反复的平衡与博弈。美国代表强烈要求删除原草本草案中关于“通情达理”的第三人的判断标准，认为这最终会导致公约的模糊化和不确定性。⁽³⁸⁾ 应发展中国家和当时社会主义国家的要求，公约中明确规定：这种惯例必须是当事人已经知道或理应知道的惯例，而这种惯例，在国际贸易上，已为有关特定贸易当事人所广泛知道并为他们所经常遵守。

除此之外，在 CISG 谈判的过程中，笔者未发现任何证据表明 CISG 参考了已有的贸易惯例。其他的国际商事公约也基本采用的是制定法的方法来进行草案的撰写。CISG 第 59 条的规定更是直接推翻了国际贸易中相互告知的惯常性做法，规定付款无需催告便可采取公约所规定的救济手段。

(35) John Honnold, "The United Nations Commission on International Trade Law, Mission and Methods", 27 *American Journal of Comparative Law* 172, 201-209 (1979).

(36) John Honnold, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, Kluwer International, 1999, pp. 6-7.

(37) 张玉卿 《国际货物买卖统一法》，中国商务出版社 2009 年版，第 81 页。

(38) 美国代表认为，公约作为法律应该是对商人的行为作出实质性的要求，而不是只是提供一个行为标准。通情达理的第三人的标准显然过于模糊。See Stephen Bainbridge, "Trade Usage in International Sales of Goods: An Analysis of the 1964 and 1980 Sales Conventions", 89 *Virginia Journal of International Law* 619, 633 (1984).

另外一个明确的证据是，在起草 CISG 的准备阶段，国际贸易法委员会确实曾经考虑过透过贸易合同的一般条件来制定统一法规则。并且国际贸易法委员会要求秘书处去起草一个可行性报告，该报告在 1975 年被提交给国际贸易法委员会。尽管欧洲各种贸易协会有起草标准合同的丰富经验，该提案仍然被委员会所否决，理由是这种所谓的一般性贸易合同条件，可能会在不同的货物间创设不同的规则。这种过分具体的规则不能适应委员会试图构建国际货物交易统一法的需要，也无法真正起到统一各国商品买卖法的需要。最后，国际贸易法委员会仅仅批准在 3 种特别的场合可以适用 Incoterms。这是因为在那些场合中需要适用国际贸易术语来对公约的规则进行变通。⁽³⁹⁾

如果说 CISG 仅仅作为普遍性公约中的一个，不能代表所有的国际商事公约，那么在海上运输领域的三大公约体系便能从另外一个角度驳斥商事公约具有自治性的观点。作为规制海上货物运输的普遍性公约，这三大公约的出现就是为了限制那些在海上运输合同中任意加入免责条款的商人们而设立的，其明确了一些义务和责任是不得通过合同克减的。这正是国家为了航运整体的利益对航运行业进行的能动规制。如果把这也认为是行业中的惯例的话，则直接否定了海上运输法律的根本立法目的。更何况这三大体系，尤其是《汉堡规则》在根本理念上与《海牙规则》和《维斯比规则》几乎是完全相反的。如果这三大公约都是国际惯例的编纂的话，实在难以与“惯例发展的渐进性规律”相吻合。所以唯一的可能是：国际商事公约与国内立法在本质上是相同的，都是立法者的意志的产物。只不过国内法是一个国家的立法者的意志，而国际商事公约是不同国家立法者相互妥协以达成一致的产物。

唯一能够支持前述认为国际公约有可能与国际商事惯例有关的证据是国内法院和国际仲裁机构的一些裁决中的一种固有说法，例如根据国际商会 ICC 7331/1994 号仲裁裁决书的陈述：该合同应受一般性的法律原则和公认的国际惯例的约束，而诸如 CISG 等公约反映 (reflected) 了这些惯例。⁽⁴⁰⁾ 国内法院有时也会在判决中写到根据通行的国际惯例，而适用 CISG。⁽⁴¹⁾ 但是这个说法很明显混淆了一个重要问题：所谓国际公约反映了国际通行的惯例这个说法并不能反推出国际公约就是国际惯例的编纂，这是两个层面上的问题。英语 reflect 虽有反映的含义，但是也有表达的意思，而编纂和表达完全是两个不同的概念。当国际商事公约被制定出来，其可能被法院所适用，并为当事人所遵守。在这种情况下，国际商事公约便有可能转化成国际惯例。就像我们经常所说的我们要遵守世界贸易组织法律制度等国际通行惯例那样，世贸组织规则不是也不可能是所谓国际惯例的发展与编纂，而完全是国际组织造法的结果。但是通过这种造法行为制定出规则，在后来被国家和各种外贸企业和政府部门所遵守，就是遵守了所谓的“国际惯例”。将 CISG 作为国际惯例来遵守只是一种比喻性的说法，表明商人社会应该遵循作为国际商法渊源的 CISG。因此，国际商事公约与国际商事惯例之间有着明确的界限，两者虽有一些共同特性，但是并不能相互替换。

正如国际商事法律专家罗伊·古德爵士曾明确指出的那样：没有任何可靠的证据表明国际商事公约和国际商事法律文件的编纂是基于对以往既有惯例编纂而成的。这些法律文件甚至也不是法律的现状 (status quo) 的反映。因为在公约的制定和法律文件的编纂过程中人们会改变规则，有时候改变的力度可以用剧烈来形容。在公约和制定法律文件中寻找哪些规则是原来的既有规则

(39) Eric Bergsten, "Methodological Problems in the Drafting of the CISG", in André Janssen & Olaf Meyer (eds.), *CISG Methodology*, Sellier Publishing, 2009, p. 9.

(40) *Yugoslavia Company. v. Italy Company, Company Name Unavailable*, ICC Arbitration, Case No. 7331 of 1994, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/947331i1.html>, last visited on 10 July 2017.

(41) See Monica Kilian, "CISG and the Problem with Common Law Jurisdictions", 10 *Journal of Transnational Law & Policy* 224 (2001).

也是不可行的。⁽⁴²⁾ 而国际商事公约在起草中所使用的功能比较法 (function comparative methodology) 与折衷法 (compromise methodology) 等立法技术更是从方法论上否认了国际商事惯例可以演化成国际商事公约的这种可能。国际商事公约的起草者在起草国际商事公约的过程中, 大脑中所浮现的一定是主要的贸易大国的法律是什么样的, 怎样规定是更为先进的制度, 怎样规定更容易被各个国家的代表所接受, 怎样才能平衡不同国家的利益, 而绝不是商人们现在有没有自发性的规则, 商人们的所谓现行惯例是什么。因此, 国际商事公约从性质上是国家制定法妥协的产物, 并不是自治性商事规则的编纂。

(二) 对国际商事惯例的编纂反倒会使其丧失应有的价值

正是由于自治性商事规则存在前述的那些缺点, 因此一直有学者主张将其成文化和体系化, 以重述的方式建构起成文的“国际商事惯例体系”以反映国际商业社会中已然存在的缔约一致 (contractual consensus)。这种理论的代表人物是德国科隆大学的彼得·克劳斯·伯格教授。他主张自治性的商人法只有通过成文化的渐进式编纂才能真正建立起体系化的自治性商事规则体系。他建立起一套开放的法律编纂体系, 通过功能比较、案例纳入等方法试图将国际通行的商事惯例体现于纸面之上, 形成能够与国内法律分庭抗礼的完整的法律体系。⁽⁴³⁾

不过, 我们在钦佩这些学者巨大工作量的同时, 也不得不说这项工作从一开始就有很多令人生疑之处。首先, 通过对功能比较的方式来确定自治性国际商法的内容本身就是与自治性国际商法的概念相互矛盾的。自治性商事规则要求其是从商人的行为和商人的意思自治所达成的一种默契来形成相应的行为规则。而将国家与国家的法律进行比较并作为编纂“自治性国际商法”以证实“渐进编纂的自治性商事规则”合理存在的两种支柱 (two pillars on which the legitimacy of this list is based) 方法之一,⁽⁴⁴⁾ 不过是对国内法中所共同承认的原则进行的提纯与蒸馏而已。这显然已经与“自治性国际商法”自发地产生于商人行为这个基本的出发点背道而驰。我们会发现起草和编纂那些所谓的“成文化商人法”的成员基本全部是律师和法学家, 商人是极少参与这些规则的起草的。那么, 我们凭什么相信这些规则是商人的选择, 而不是法律学人对法律的所谓“共同原则”的认识呢?

其次, 对于自治性商事规则的成文化编纂也可能会从根本上破坏了自治性国际商事规则存在的价值。这是因为, 从根本性质上来说, 既然强调其是自治性商事规则, 那么其存在的形式就应该与“非自治”的国内法的存在形式相区别。其存在的方式应该是以一种合同式的灵活方式而存在的。倘若把这类规则附着于所谓的“成文规则的列表”之上, 将使得自治性商事规则原本应具有灵活性优势不复存在, 从而变成了与国家制定的立法没有什么不同的规则。这也就从根本上抹杀了自治性国际商事规则应该“自治”地存在的价值。自治性商事规则的最大价值就是通过突破国内法的樊篱来给予商人们和仲裁者一种可能的更加灵活的选择, 而对自治性商人法的法典化显然会对自治性国际商事规则的存在价值起到弱化效果。⁽⁴⁵⁾

四、自治性商事规则能够发挥作用的领域有限

当然, 我们也应该看到在一些技术性很强的领域, 国家制定的法律确实可能会出现制度无法供给或制度与实际需要相脱离的情形。在这种情况下, 自治性的规则会替代国家制定法规则发挥

(42) See Orsolya Toth, *Lex Mercatoria in Theory and Practice*, Oxford University Press, 2017, pp. 57-59.

(43) See Klaus Peter Berger, *supra* note (11), pp. 254-259.

(44) Peter Berger, *The Creeping Codification of Lex Mercatoria*, Kluwer International, 1999, pp. 210-211.

(45) Celia Wasserstein Fassberg, "Lex Mercatoria—Hoist with Its Own Petard?", *5 Chicago Journal of International Law* 67, 80-81 (2004).

规则递补功能。此时，国家的法律会用一种概括授权的方式来顺从于自发性的规则。但需要特别指出的是，这种情况是极为有限和特殊的，并不是国际商业交往中的普遍的情况。

目前，自治性国际商事规则发挥作用的最明显的两个领域分别是：网络虚拟空间的交易规则和银行业中的跟单信用证统一规则。由于这两个领域的特殊性质，导致自治性的国际商事规则能够发挥特别显著的作用。

在电子商务领域与虚拟空间中，由于在绝大部分情况下该领域的法律关系所涉及的标的物属于一种所谓的“虚拟”状态，因此其流转的方式与现实世界的情况有很大的不同。同时，虚拟空间通过虚拟的平台也构建出了有别于现实中法院的争端解决机构。在保护自己网络空间的财产和财产权利时，都是通过在线争端解决的方式来进行解决，其规则自然也会有别于现实中的法律。在很多情况下，网络管理者如“互联网名称与数字地址分配机构”（ICANN）可以制定独立于国内法律的自治规则来管理虚拟空间当事人的各种财产权利。⁽⁴⁶⁾此外，电子商务中的要约与承诺以及签名等法律规则会与现实中的合同法的规定存在极为巨大的区别，⁽⁴⁷⁾这些都可以说是在虚拟空间和电子商务领域中国际商法自治性的重要体现。对此，有学者解释了国家制定法在虚拟网络空间中功能不足的核心原因：（1）管辖权力的不足；（2）网络主体的匿名性与难以跟踪性；（3）政府执法成本过高；（4）虚拟空间的无边界性和平台的集中性。他还对国家对该领域的立法和执法进行了收益与成本分析。总之，国家对网络空间中不影响公共利益的交易行为应采取放任的管理态度，让网络自生的规则去掌控网络空间的财产交易行为以及财产保护行为。⁽⁴⁸⁾因此，在很多情况下，网络的私人管理者和服务器完全可以使用技术性方案来代替法律规则。⁽⁴⁹⁾

在信用证领域，也存在与网络空间相类似的情况。由于在该问题上高度的技术性特征，以及银行在交易过程中的核心性地位，决定了在该领域法律应该对自治性惯例规则进行一定程度的让位。中国和美国两国都不约而同地采取了这种方针。《美国统一商法典》明确规定：除非本节有相反的规定，否则信用证的开出人、指定付款人以及提示人关于信用证下的相关责任均受制于习惯和通例。我国最高人民法院于2006年实施的《关于审理信用证纠纷案件若干问题的规定》第2条也明确指明“人民法院审理信用证纠纷案件时，当事人约定适用相关国际惯例或者其他规定的，从其约定；当事人没有约定的，适用国际商会《跟单信用证统一惯例》或者其他相关国际惯例”。这些迹象清楚地表明了制定法选择了对惯例让位的立场。

但需要特别说明的是，上述两种情况的存在并不具有一般的代表意义，因此将自治性的商事规则作为商法或国际商法的渊源是有所不妥的。这是因为在国际商事的绝大多数领域，这种自治性管理的情况并不是非常常见和稳定的现象。⁽⁵⁰⁾即便是在前述两个领域，出现上述情况也可以理解为国内法律对自治性规则的一种准用性承认和概括性授权，该领域仍然没有从根本上脱离国家制定法的调整与掌控。当国家有能力或者认为有必要对这两个领域进行调整时，这种自发性

(46) Leon E. Trakman, "From the Medieval Law Merchant to E-Merchant Law", 54 *University of Toronto Law Journal* 265, 284-286 (2003).

(47) 朱京安 《国际贸易中 EDI 的若干法律问题新探》，《法商研究》2003 年第 1 期，第 13-14 页。

(48) Bruce L. Benson, "The Spontaneous Evolution of Cyber Law: Norms, Property Rights, Contracting, Dispute Resolution and Enforcement without the State", 1 *Journal of Law, Economics and Policy* 269, 329-338 (2005).

(49) 例如有学者就曾经设计了网络合同交易协议和网络版权交易管理协议来实现对虚拟网络空间的自我掌控与管理。See Song Yang, "Improved E-Commerce Certification Security Using Contract Protocol Based on RSA and DSA Algorithm", 7 *Journal of Convergence Information Technology* 36-41 (2012). See also Song Zhihui, "An Improved Digital Copyrights Management System Based on Convergence Service Center Architecture", 4 *Advanced Information Sciences and Services Sciences* 184-190 (2012).

(50) 例如我国在最新的对于独立保函的司法解释中，对于国际商事惯例就采取了完全相左的态度：规定只有当事人明示选择或一审辩论终结前合意选择相关国际惯例的前提下，才能适用自治性的商事规则。单方面主张适用自治性商事规则的，人民法院不予支持。参见 2016 年最高人民法院《关于审理独立保函纠纷案件若干问题的规定》第 5 条。

的规则必然要让位于国家制定的精密的且由国家强制力保障实施的正式法律。正如迈克尔斯教授所断言的那样：除非不存在国家，否则任何领域不可能排除掉国家所制定的法律的影响。将自治性的商事规则称为无国家管理的法律恐怕只是一种虚无缥缈的幻象而已。⁽⁵¹⁾

从另外一个角度来说，上述自治性商事规则之所以能够存在并发挥一定作用，也可以视为国家对自治性商事规则的一种概括授权。自治性商事规则无法也不可能发挥与国家制定法、判例法等同的作用，更遑论取代国家制定法了。总之，自治性商事规则在上述狭窄领域被有限地适用，并不构成这类规则能够成为国际商法或者商法中的法律渊源的有效证据。

结 论

自治性的国际商事规则相对于国家制定法来说具有更为明显的缺陷。尽管在某些方面，自治性的国际商事规则可能发挥一定的作用，但是作为一种自发产生的“民间规则”，其地位根本无法与国家所制定的法律相提并论。特别需要指出的是，国际商事公约作为国家制定法律的一种类型并不能从各种商事惯例中提取出来。想要得到真正统一的商事法律体系，绝对不是把一切交给商人自治，等待他们自发地形成普遍接受的规则。国家通过巨大努力都无法达成的目标，凭借部分商人的力量就能解决的想法无异于天方夜谭。

国际商法和商法从来没有也不可能真正地通过“自治”来获得独立的地位以及统一性。存在于商人社会中的那种“自发默契”很可能是不存在的。因此，自治性的商事规则不可能像国家法律体系那样形成宏观的、成体系的规则网络，更不大可能形成与国家法律体系相提并论并形成相互竞争关系的规则制度体系。因此，将自治性的商事规则与国家法律体系相并列、甚至想让自治性的规则发挥超越国家法律的功能的想法都是不切实际的。

不过，从另外一个角度讲，自治性的商事规则可能确实能从一些具体的层面发挥调控当事人行为的功能，但这并不意味着商人会像宗教主义者那样把自己这个群体封闭起来，从而达到商人群体内部的全球一致。⁽⁵²⁾ 国际商法就其本身而言是一个多元的法律体系，即便其中有一些相对独立于国家立法的自治性的技术性规范，也很可能早已被国家所制定的法律所渗透和控制，并不能占据整个国际商事法律体系的主流位置。我们不可能也没必要使用“自治性”“自发性”的规则去作为构建国际商事法律体系的基础。自治性的国际商事惯例，包括各类标准性合同，最多只能作为一种辅助性的工具发挥作用。

责任编辑：姚莹

(51) Ralf Michaels, "The Mirage of Non-State Governance", *Utah Law Review* 31, 33-36 (2010).

(52) Paul Schiff Berman, "Global Legal Pluralism", 80 *Southern California Law Review* 1155, 1162-1163 (2007).