



岭/南/理/论/视/野/丛/书

国际商法视阙下的一般法律原则

刘丽 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



岭/南/理/论/视/野/丛/书

特别感谢广东省委党校（广东行政学院）对本书出版的大力支持

国际商法视阙下的一般法律原则

刘丽 著

图书在版编目(CIP)数据

国际商法视阙下的一般法律原则 / 刘丽著. —北京: 法律出版社, 2015. 7

ISBN 978 - 7 - 5118 - 8195 - 3

I. ①国… II. ①刘… III. ①国际商法—研究 IV. ①D996. 1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 167414 号

国际商法视阙下的一般法律原则

刘 丽 著

责任编辑 刘文科
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 787 毫米×960 毫米 1/16

版本 2015 年 9 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

责任校对 郭艳萍

印刷 北京京华虎彩印刷有限公司

印张 13.25 字数 207 千

印次 2015 年 9 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 8195 - 3

定价:38.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

《岭南理论视野丛书》编辑委员会

主 任	李玉妹			
副主任	苟志效	马星光	杨建伟	余甫功
委 员	谢林平	孙燕青	方 真	杨 劲
	吴灿新	余正荣	周立彩	黄铁苗
	谢仁寿	唐晓阳	宋儒亮	伍俊斌
	毕 德	欧海龙	吕晓阳	蔡 兵
	林盛根	成 龙	段华明	郑志国
	李 云	李 青		

《岭南理论视野丛书》总序

党的十七届四中全会指出：“紧密结合我国国情和时代特征大力推进理论创新，在实践中检验真理、发现真理，用发展着的马克思主义指导新的实践，是建设马克思主义学习型政党的首要任务。”建设学习型政党，加强理论研究和学习是应有之义。理论研究既有助于我们实现对客观世界的准确把握和对未来发展趋势的深刻洞察，又有助于我们紧跟时代发展步伐，不断以新的研究成果指导新的实践，以新的实践印证新的理论。

当今世界正处在大变革大调整大发展之中，出现许多新情况和新问题。如果不深入加以研究，就无法掌握经济社会发展的新特点、新规律，就无法掌握工作的主动权，面对困难时就会束手无策。因此，加强理论研究和学习，无论是对理论工作者还是对领导干部来说，都显得尤为重要。

《岭南理论视野丛书》是由中共广东省委党校（广东行政学院）有关专家学者研究、撰写，由校（院）资助出版的丛书。从今年开始，每年出版一套共五部。这套丛书重视理论性和学术性，在对重大现实问题的研究上注重理论提升，力图形成以理论性和学术性为基础，具有岭南视野与党校和行政学院特色的系列著作。相信丛书的出版，对理论工作者尤其是领导干部学习和研究中国特色社会主义理论体系，提高逻辑思维和理论分析水平，深入理解当代中国特别是广东经济社会发展的现状和趋势，将很有帮助。

李玉妹

2010年8月

总 序

英国著名国际商法学者施米托夫曾经断言：“国际商法的出现和发展是 20 世纪最重要的法律发展之一。”^①诚哉斯言。国际商法经过 20 世纪的百年发展，已经蔚为大观，初成体系。在经历两次世界大战浩劫之后，在 20 世纪的后 55 年和 21 世纪的第一个 10 年，人类见证了国际商务的空前繁荣，并因此获得莫大福祉。其间，国际商法在提供统一的法律保障和可预见性方面居功至伟。

以 20 世纪观之，国际商法“其兴起也忽焉”，但事实上，当代国际商法的起源可以上溯到中世纪欧洲的商人法。从 11 世纪到 15 世纪，发端于意大利沿海的中世纪商人法，逐渐扩张到整个地中海和欧洲，成为从事国际商业的商人间的一种自治性、统一性和普遍性的习惯法，对欧洲商业的繁荣和欧洲文化的丰富起到了重要的作用。今天国际商业中广为采用的提单、保险单、票据、信用证、商业合伙和公司等商业工具和商事组织形式当时就已经存在。^② 凭借这一习惯法体系，欧洲各地的商人通过共同的商业语言进行交流，通过自己的行商法院维护权利。尽管商人法后来被吸收到大陆法系的商法典和英美法系的普通法中，但商人法作为一种商人的世界语，作为一种自治的法律，一直存在于国际商业之中，从未消失或湮没，只是其光芒有所消减而已。而自 19 世纪后期开始直跨 20 世纪，这种商人习惯法再度兴起，发出耀眼的光芒。从国际商会对贸易术语、信用证和托收惯例的编纂，到国际统一私法协会对货物买卖、国际代理、国际保理、国际融资租赁和国际商事合同通则的发展和编纂，再到联合国国际贸易法委员会对货物买卖、海上货物运输、国际银行担保、电子商务、商事仲裁法律文件的制定，大量的国际统一商事惯例、条约、重述和示范法连缀出一个完整的法律体系，这就是新商人法，即

① [英]施米托夫著：《国际贸易法文选》，程家瑞编辑，赵秀文选译，中国大百科全书出版社 1993 年版，第 2 页。

② [美]伯尔曼著：《法律与革命——西方法律传统的形成》，贺卫方等译，法律出版社 2008 年版，第 327 ~ 349 页。

我们所称的国际商法。现代国际商法不仅以国际商事惯例为基本渊源,也包含大量的由国家间相互谈判而缔结的国际商事条约。它的实施也不再只靠行业协会、商事仲裁,还依靠国家法院的审判以及对仲裁裁决、法院判决的强制执行。条约的出现、法院的作用,扩大了国际商法的调整范围,加强了国际商法的效力,使得它作为一个独立的法律体系的地位更为牢固,使得它与国家法和国家行为有了密切的联系,但自治性作为其本原性特质则继续得以保持。

正如施米托夫所指出的,国际商法制度的特点之一是它趋向于自治,即尽可能地规定出独立于各国国内法制的规则。^①因此,国际商法的自治性内在地要求国际商法独立于国内民法法,尽管它与国内民法法有着密切的联系。

法律部门的产生必然要求对应的法律学科,国际商法也不例外。世界上最早对国际商法进行系统研究的当属英国的施米托夫教授,他在1948年就出版了《出口贸易:国际贸易的法律与实务》一书。从20世纪40年代到60年代,欧美一部分商法学者和国际法学者专注于国际商事条约和惯例的各种专题和综合研究,成为一个新的法学职业研究群体——国际商法学者,而他们所研究的国际商法也成了——一门新的学科。在20世纪60年代,在法国、苏联和美国也出现了同样类型的教科书,如法国教授 Philippe Kahn 所著《国际商业买卖》(1961年),苏联学者 D. M. Genkin 的教材《苏联对外贸易和法律调整》(1961年),美国 W. S. Surrey 和 C. Shaw 合著的《国际商事交易法律指南》(1963年)。^②可以认为,在20世纪60年代,西方国家就基本确立了国际商法学的独立法学部门地位。进入21世纪,在欧美国际商法教学和研究得到进一步发展。在英国,《施米托夫出口贸易:国际贸易的法律与实务》在2000年出了第10版。在欧洲大陆,Hans van Houtte 教授的《国际贸易法》于2002年出了第2版。在美国,圣地亚哥大学教授福尔索穆(R. H. Folsom)与其他三位教授一起合著的《国际商事交易》被美国120多所大学法学院采用为教材。^③从20世纪50年代开始,在欧美出现了各种国际商法学说和流派,其中英国施米托夫的“现代商人法理论”和法国戈德曼的“商人自治法理论”产生

① [英]施米托夫著:《国际贸易法文选》,程家瑞编辑,赵秀文选译,中国大百科全书出版社1993年版,第217页。

② 同上,第30页。

③ R. H. Folsom, M. W. Gordon, J. A. Spanogle, P. L. Fitzgerald, *International Business Transactions*, West Publishing Co., 2005, 8th edition, Preface.

于20世纪50年代,影响深远。在21世纪,德国法学家彼得·伯格(Peter Berger)和托伊布纳(G. Teubner)通过对商人习惯法的研究,“取得了一些新的符合二十一世纪情况的观点”。^①总而言之,在西方,国际商法已经具有一千年的历史,既是其法律体系中与国际法和国内法相独立的第三法律秩序,也是西方国际商业发达的根本保障。西方现代国际商法学于20世纪60年代成为独立的学科并得到了持续发展,保持着在世界范围的领先地位,也为西方人在国际商事立法和司法中的主导地位提供了智力和人才支持。

反观近现代中国,可兴叹者良多。从郑和下西洋到清初的“片帆不许下海”,从甲午的樯櫓灰飞烟灭到新中国成立之初的被迫闭关,中华民族或懵懂自得,或扼腕向洋,失去了成为海洋大国和贸易大国的诸多良机,国际商法的研究也无从附着。纵观当代中国,则欣慰有加。改革开放33年来,中国迅速崛起为世界海洋大国和贸易大国,涌现了一批世界级的工业企业、航运公司、保险公司和银行,中国企业迅速掌握了和自如运用着国际商法,中国政府全面参与了国际商法的制定和修改,中国法院和仲裁机构仲裁了大量的国际商事纠纷,国际商法研究也全面开展。

改革开放以来中国的国际商法研究,至少有以下两个特点。第一,研究人员的研究理念差异颇大,没有形成一个共同的职业群体。一批学者在大国际私法的框架下研究国际统一实体法或现代商人法,其研究成为冲突法研究的附庸;另一批学者在广义国际经济法的范畴下研究国际商法,相关研究附庸于国际经济管制法的研究。第二,具体制度研究成果丰富,宏观和整体性研究成果相对缺乏。一方面,对货物买卖、海上运输、海上保险、信用证、国际保理、国际融资租赁、国际银行担保、国际借贷、国际证券、国际知识产权保护、国际投资、电子商务领域的具体制度的研究成果丰富;另一方面,基础理论研究一直匮乏,而整体性、宏观性、前瞻性研究也是寥若晨星。这种研究状况影响了中国国际商法学术的纵深积累,也制约着国际商法专门人才的培养。究其原因,国际商法学一直没有成为一个独立的法律学科是一个重要因素。不成立独立的学科,就无法构建出普遍接受的学科体系和理论元素,无法大规模地培养具有现代国际商法理念和素养的专门人才,也势必影响国际商法研究对法律实务的理论指导和支持力度。

^① 罗季奥诺夫·安德烈:《新商人习惯法初论》,载《中外法学》第19卷,第115页。

近年来,我国国际法学者特别是国际经济法学者对国际经济法的概念和国际商法的独立性进行了新的反思。关于国际经济法的概念,国内学者一直存在较大分歧。多数国际经济法教材持广义国际经济法的概念。近年来,也有不少学者对广义国际经济法的概念提出商榷意见。有学者提出应借鉴美国国际经济法教科书体系,确立国际经济的“公法”定位,适当分离国际商事交易法和国际经济规制法,打破传统国际经济法教科书模式,构建权威的“跨国经济公法”教科书体系。^①有学者认为,国际经济法是所有国家之间协调经济关系和配置经济利益以及对国际经济交往行为进行宏观调控和管理的国内法和国际法规范的总称,按照这种理念需要重构国际经济法。^②也有的学者从国际商法的独立性出发,主张建立独立的国际商法学或开设独立的国际商法课程。^③笔者自1996年即主张国际法应该划分为国际公法、国际私法、国际经济法和国际商法四个部门,^④近年来对这一观点作了一定的扩展和深化,^⑤也出版了基于统一法理念的国际商法教材。^⑥总的来说,无论国际商法是否成为独立的法律学科,将调整跨国商事关系的统一实体法视为相对独立的研究对象探讨其基本理论问题,辨析其内在发展规律,形成自身的学科体系和知识元素,可以成为我国国际法学者的努力方向,也是我们与国际学术界接轨的要求,更是中国成为世界主要商业大国的需求。

增进我国国际商法学的专业积累,促进我国国际商法学的繁荣发展,为中国政府和企业的国际商法实践提供理论支持,为全球化时代新的国际共同商业语言的形成贡献中华力量,是中国国际商法学者的使命,也是本丛书的期许。

① 王彦志:《国际经济法教科书体系的反思和重构:一种“跨国经济公法”的思路》,载《当代法学》2007年第1期。

② 何志鹏:《国际经济法的基本理论》,社会科学文献出版社2010年版,第25页。

③ 姜世波:《国际商法学科的独立性刍议》,载《山东大学学报》2004年第4期;王军,高建学:《关于国际经济法与国际商法的学科设置的思考》,载《山西大学学报》2004年第4期;刘萍、屈广清:《国际商法与国际经济法关系的法理学思考》,载《政法论丛》2005年第2期;宋阳、刘霖:《刍议跨国商法——一种新的国际商事规则体系探索》,载《河北师范大学学报》2009年第6期;王敏:《国际商法独立性刍议》,载《黑龙江省政法管理干部学院学报》2010年第12期;胡宏雁、孙冬鹤:《法学专业本科国际经济法课程设置探析》,载《黑龙江省政法管理干部学院学报》2010年第12期。

④ 这一观点体现在中国国际法学会1996年会论文《论国际法部门的划分》之中,该文后来发表在《中国国际私法和比较法年刊》1998年卷上。

⑤ 左海聪:《国际商法是一个独立的法律部门》,载《法商研究》2005年第2期;《国际经济法基本问题论纲》,载《法学评论》2009年第1期;《国际经济管制法的范围、体系和内容》,载《时代法学》2010年第6期。

⑥ 左海聪主编:《国际商法》,法律出版社2008年版。

真诚欢迎海内外的有识之士向本丛书赐稿。凡是秉持国际商事统一法理念的学术著作,无论是研究国际商事统一法的体系、渊源、特质、沿革、范畴、理念、精神、价值、方法和原则等理论问题,还是探讨具体的统一法制度,无论是结合既存的国际公约、惯例、重述或示范法讨论买卖、运输、保险、融资、知识产权等领域的统一法制度,还是从一般法律原则的视角辨明公司法、破产法、证券法的统一规则,均在本丛书的征稿范围之内。

最后,我想叙明本丛书的缘起并表达由衷的谢意。从1994年在武汉大学国际法研究所讲授和研究国际贸易法开始,本人逐渐认识到对国际货物买卖、运输、保险、支付、借贷、担保、融资租赁、知识产权保护等领域的统一实体法需要进行整体性的独立研究。2003年本人开始招收博士生时就将国际商法和国际经济法作为两个独立的研究方向。数年下来,计有吴思颖、孙占利、张海燕、向前、罗洁、朱雅妮、刘丽、郭德香八位博士生的论文选择了国际商法领域的论题,并且都成功撰写出了有一定创新性的博士学位论文。八篇论文中,有四篇是关于国际商法基础理论的研究,涵盖国际商事合同法统一化理论、国际商法的自治性、国际商法视角下的法律重述和国际商法一般法律原则等问题,另四篇则分别研究电子商务、遗传资源保护、CISG的解释、国际银行担保等具体制度。上述论文中有的已经出版,将余下的几篇论文作为丛书出版成为本人和作者的共识,这是本丛书出版的最初动因。而法律出版社学术分社朱宁社长和刘文科编辑的远见卓识和大力支持使本套丛书出版成为可能。我的大学同窗及多年挚友、合康亿盛变频科技股份有限公司董事长刘锦成先生的慷慨资助则使得首批三部曲的出版有了资金保障。在此,我要对各位作者的创新研究、法律出版社的出版筹划和刘锦成先生的古道热肠表示衷心的感谢!

是为序。

左海聪

2011年5月于南开大学西南村

目 录

引 言 / 001

第一章 一般法律原则的基本理论 / 014

第一节 一般法律原则的基本含义 / 014

- 一、源概念:法律原则的含义和特征 / 014
- 二、一般法律原则含义的学说辨析 / 021
- 三、一般法律原则的含义——司法维度的考察 / 024

第二节 一般法律原则的具体构成 / 026

- 一、一般法律原则的构成之学界分说 / 026
- 二、对一般法律原则构成的重新解读 / 027

第三节 一般法律原则对国际法的重要价值 / 030

- 一、法律原则的重要功能 / 030
- 二、一般法律原则引入国际法体系的必要性 / 036
- 三、一般法律原则的主要功能:弥补法律漏洞 / 041

本章小结 / 043

第二章 国际商法视阙下的一般法律原则的特殊地位 / 045

第一节 论争中不断繁荣的国际商法理论 / 045

- 一、经济全球化下国际商法的蔚然发展 / 045
- 二、对国际商法的多维度解读 / 051

第二节 一般法律原则对国际商法的重要价值 / 062

- 一、一般法律原则在国际商法渊源中的特殊地位 / 062
- 二、一般法律原则与国际商事惯例之关系辨析 / 069
- 三、一般法律原则与国际商法的其他渊源之冲突问题 / 073

第三节 国际商法的一般法律原则之法律表现 / 075

一、各国国内法对一般法律原则的立法与实践 / 075

二、国际商事法律文件中对一般法律原则的规定 / 084

本章小结 / 088

第三章 国际商法视阙下一般法律原则之例示分析 / 090

第一节 国际商法中的一般法律原则之发现 / 090

一、如何发现一般法律原则 / 090

二、国际商法中的一般法律原则的归纳总结 / 093

第二节 国际商法中重要的一般法律原则之例证 / 095

一、意思自治原则 / 095

二、诚信原则 / 101

三、不可抗力原则 / 108

四、情势变更原则 / 112

本章小结 / 116

第四章 国际商法视阙下一般法律原则之适用考察 / 118

第一节 一般法律原则在国际商事仲裁中适用的正当性 / 118

一、国际商事仲裁“非内国化”理论兴起之背景 / 118

二、一般法律原则对国际商事仲裁的重要价值 / 123

第二节 一般法律原则在国际商事仲裁中的适用规则 / 124

一、法律原则如何被具体适用 / 124

二、一般法律原则适用的条件 / 126

三、一般法律原则适用的途径 / 129

第三节 国际商事仲裁庭适用一般法律原则的实证分析

——以国际商会仲裁院的实践为考察 / 133

一、国际商会仲裁院的法律适用问题 / 133

二、国际商会仲裁院适用一般法律原则的案件概览 / 136

三、国际商会仲裁院第 7375 号仲裁典型案例分析 / 139

四、其他重要商事仲裁机构适用一般法律原则之例证 / 143

引言

一、研究动机和目的

在国际法研究领域,对法律渊源的研究从来就是研究的核心问题之一。这是因为,第一,它是联结国际立法与国际司法的纽带。从立法角度说,它是法的创制形式即一种行为规范通过什么方式创制出来并具有什么样的外在形式才能成为法律规则,成为处理问题、审理案件的依据;从司法角度说,它是法官发现法律的地方,是法律解释的对象,它为法官选择适用法律确定了界限。第二,法律渊源也是国际司法的出发点,司法的核心就是法律适用。从法治理念观之,法出何处,唯法律渊源是也。

从历史的角度看,一般法律原则是《国际法院规约》第38条明确规定的国际法的渊源,同时它也是国际商法的重要渊源。由于国际商法的私法性和统一性,使得一般法律原则这一在国际公法中相对比较尴尬的渊源在国际商法领域更容易达成共识,并得到广泛的适用,从而使得一般法律原则在国际商法中焕发了新的生命力。而从法哲学的角度来看,任何法律体系都不可能涵盖所有的问题,法律漏洞不可避免。正是基于这样的考量,一般法律原则被引入国际商法,成为必不可少的法律渊源形式,主要用于弥补法律漏洞和补充解释合同。从国际商事仲裁的实践来看,一般法律原则多次被国际商事主体约定为合同适用的法律,也多次被国际商事仲裁庭适用,作为解决纠纷的准据法或者法律解释手段。这些都充分说明了一般法律原则在国际商法中具有重要价值和意义。但是,由于一般法律原则本身的抽象性和模糊性,使得学者们对它的内涵和性质充满了争议,甚至它适用的正当性也受到质疑。这些质疑和困惑对于我们理解一般法律原则本身的性质以及它对于国际商法的意义,都具有重要的理论价值,也是促成本文写作的重要源泉和动力。

从一般法律原则的本质来看,国际法和国际商法的一般法律原则的概念、性

质和构成并无不同,鉴于一般法律原则第一次正式出现在《国际法院规约》第38条中,因此,要理解一般法律原则的性质,不能脱离国际法而论。

就国际法而言,一般认为《国际法院规约》(以下简称《规约》)第38条是国际法渊源的经典出处,该条规定了国际法的三项主要法律渊源:第一是国际条约,第二是国际习惯,第三是一般法律原则。^①一般法律原则是国际法学者经常使用的概念,然而从它正式出现在《规约》之日起,关于它的争论就从未停止。在国际公法学界,对于到底什么是一般法律原则,它在国际法渊源中处于什么样的地位,它是由国内法还是由国际法构成,学术界从未停止过争论,但至今仍没有形成统一的认识。

例如,国际法泰斗奥本海认为,一般法律原则是指国内法尤其是国内私法中,能适用于国家间关系的一般原则。^②奥地利学者菲德罗斯却认为,一般法律原则是以一般的法律理念为基础的在国家和国家交往中可以互换的法律原则。^③在阿库斯特的观点中,一般法律原则是国际上公认的国际法和国内法原则的总和。^④还有一种见解,把一般法律原则视为是从各国“共同法律意识”或者所谓“文明国家的法律良知”中产生或引申出来的法律与原则。^⑤可见,对于一般法律原则,人们早就认识它,并且经常讨论它,甚至不时地运用它,但对它的本质却一直争论不休难有定论。无怪乎国际法学者甘德称一般法律原则为1920年以来“最困难的学术问题之一”。^⑥

尽管国际公法学界的争论尚未得出定论,在“二战”以后,随着国际政治、经济格局的演变和社会生产力和科学技术的迅猛发展,中世纪商人法开始回归国际层面,成为现代商人法,并不断发展完善成为一个独立的法律部门。一般法律原则这一在国际公法领域略显尴尬的法律渊源,却在国际商法中焕发了新的生命力,并多次被适用于国际商事仲裁实践,对于国际商法的发展和国际商事纠纷的解决

① 详见《国际法院规约》第38条。

② [英]劳特派特修订:《奥本海国际法》(第8版),王铁崖、陈体强译,商务印书馆1981年版,第21页。

③ 阿·菲德罗斯等编:《国际法》(上册),商务印书馆1981年版,中译本第18页。

④ M.阿库斯特:《现代国际法概论》,中国社会科学出版社1981年版,中译本第41~43页。

⑤ 胡夫:《重新考虑国际法渊源》(英文版),第137页;转引自王铁崖主编:《国际法》,法律出版社1995年版,第11页。

⑥ V. D. Degan, *Sources of International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 1997, p. 17.

发挥了重要的作用。

从国际商法发展形成的理论来看,20世纪下半叶以来,社会生产力的快速发展以及科学技术的飞跃进步给国际政治、经济和意识形态等领域带来了重大变革,伴随着这种变革,国际社会出现了一系列新的法律关系并由此引发了许多新的法律问题,这些问题依靠传统的国际法理论并不能得到有效解决。这在客观上就要求建立一种新的法律秩序,以便能更好地适应国际社会新状况,并有效解决由于社会剧变而产生的新的法律问题。“二战”以后,这一需求显得更为迫切,于是国际法学者们开始重新思考国际法律秩序的构架和重组等问题,并针对这些新的发展状况,提出了许多新的设想。

其中一部分法学家看到了国际商事法律关系的特殊性,提出应当把国际商事关系从国内法律制度中分离出来。他们认为,无论是从法律历史还是法律传统来看,国际商业社会商人间的商事活动从其出现之日起,就一直由一种完全不同于国内法的法律规则制约和调控,只不过是因为在中世纪末期随着国家主权意识的加强,才使得这种国际性的商事活动被纳入国内法律制度,受到国内法的调整。然而,随着现代社会经济全球化的不断加强,国际主义理念重新回归,国际平等商事主体之间的商事活动也更加频繁,使得调整国际商事关系的法律也应产生相应的变革。传统的通过冲突规范确定适用于国际商事关系的国内法的方法,使得国际商业社会的交易主体遇到了从事国内商业所没有的法律障碍,因为商人们需要适用不熟悉的外国民商法。因此,基于这种考量,有学者认为,对于国际商事关系的法律调整,当然不应该只适用于传统的国内法,而应当包括国际商业社会自发形成的“在自治性规则”,以及建立在人类理性基础上的“一般法律原则”。

基于以上社会经济背景的原因,研究国际商法的学者们也越来越关注一般法律原则在国际商法中的价值。在国际商法学界的领军人物之一戈德曼(Berthold Goldman)看来,一般法律原则是现代商人法(Lex Mercatoria)必不可少的重要组成部分,主要由世界上大多数国家的国内法体系中所共有的原则以及国际贸易特有的规则两部分组成。^①一般法律原则既可以用于调整具体的特定事项,也可以衍生出很多具体的法律规则。而国际商法学者菲利浦·卡恩认为,从现代商人法

^① B. Goldmam, *The Applicable Law: General principles of Law—The Lex Mercatoria*, in J. Lew ed., *Contemporary Problems in International Arbitration*, London, 1987, p. 115.

的渊源来看,国际商法主要是由国际商事法律关系的当事人在其商事交往实践中所形成的国际贸易惯例和国际商事仲裁中仲裁员所适用的一般法律原则构成,他将现代商人法视作一个“超国家的法域”。^① 还有一些学者认为,随着国际经济实践的变化,出现了国家以平等主体的身份参与的投资协议,最早以石油协议为主。对于这类特殊的协议,无论是国际法还是国内法,都不适宜对其进行调整,因为国际法是处理两个国家之间的政治和外交关系的法律,而国内法并不适用于当事人来自不同国家的合同关系,因此,他们认为,以往呆板地将法律规则划分为国内法和国际法的方式已经不合时宜。鉴于此,必须寻找或者创造一个有别于两者的法律体系,以解决新出现的法律问题,并突破国际法和国内法均不适用的局限。在他们看来,一般法律原则就是最适合调整这类特殊经济关系的法律,它已经构成一个真实的法律体系,由法律理论和合同履行的基本原则构成,可以用于调整国家参与的投资合同的法律体系。^②

基于此,一些西方学者甚至提出了“第三法律秩序”的理论。其主要观点是:应当摒弃传统的简单地将法律规则划分为国内法和国际法的做法,而应当寻求一种介于两者之间、在两者都不适用的场合发挥作用、调整一些特殊的法律关系的方法。例如,一方是国家而另一方是外国私人或者公司的合同关系。^③ 对此,麦克奈尔曾经做出详细的论述:他认为最适合调整经济特许协议的法律就是与国际公法有相同渊源的一般法律原则。^④ 他甚至提出,在有国家参与的投资合同中,如果当事人并未就适用的法律进行明确约定,就应当适用文明国家公认的“一般法律原则”。^⑤ 而在奥康内尔看来,一般法律原则构成了名副其实的法律学说,是一种有关契约履行的基本原则的混合物,它可以被视作是支配国家与外国人之间契约的一种法律秩序。^⑥ 而在捷杰赛普、法托洛斯看来,跨国法是规范跨越国境的平等商事主体之间活动的行为规范,是独立于国际法和国界法之外的第三种法律秩

① 转引自郑远民:《现代商人法研究》,法律出版社2001年版,第246页。

② Ole Lando, Dickey & Morris, *The Conflict laws: A Review*, 47 LC. L. Q., 1998, p. 68.

③ Ibid., p. 55.

④ 麦克奈尔:《文明国家公认的一般法律原则》,载《英国国际法年鉴》1957年第33卷,转引自周忠海主编:《国际法》,中国政法大学出版社2004年版,第115页。

⑤ 同上。

⑥ 奥康内尔:《国际法》(英文版),第981~983页,转引自周成新:《国际投资争议的解决办法》,中国政法大学出版社1989年版,第149页。

序,其渊源既包括国际公法和国际私法,也包括国内公法、国内私法。跨国法的基础也是由一般法律原则所构成。^① 拉里夫确信,在国际或跨国仲裁中接受现代商人法尤其是一般法律原则作为仲裁准据法,是保护外国投资者利益的最好方法。他们主张,即使当事人未明确约定契约所适用法律,若在契约中订有适用公平、友好仲裁及善意和专业实践惯例的条款,或规定有国际仲裁的条款,也可推定选择第三秩序。^②

除了国际商法理论界的不断探讨,在国际商事仲裁实践中,一般法律原则多次被适用于解决具体案件纠纷,尤其是在国际条约难以最终形成和国际商事惯例数量有限的情形下,一般法律原则能有效的填补法律漏洞并解决新出现的法律问题,成为国际商事合同的当事人及国际商事仲裁庭可以选择适用的法律。

20世纪中叶以来,由于社会生产力的高度发展,国际经济格局也发生巨大变化,出现了很多新的问题。就国际商事仲裁而言,传统的适用仲裁地国内法进行仲裁的做法已经不能满足国际商业社会的现实需要。于是,有学者提出了国际商事仲裁地“非内国化理论”。^③ 这一理论主要内容是:当事人可以自由约定仲裁适用的法律,只要这一约定不违反公共秩序和强行法,仲裁庭就应当予以适用。当事人可选择的法律包括国际法、国际贸易管理法以及一般法律原则。随着这一理论的不断发 展,越来越多的国际商事仲裁机构开始摒弃以仲裁地国内法为依据的传统做法,而开始适用自己认为合适的法律准则,包括国际商事惯例、一般法律原则或当事人共同意愿来解决国际商事纠纷。其中,以国际商会的仲裁院为典型代表。在国际商会仲裁实践中,仲裁员曾多次适用一般法律原则作为裁判依据,具体案例在论文的第四章一般法律原则的具体适用中有详细阐述。

随着经济全球化的进一步推进,一般法律原则近年来也有新的发展。在国际法的新领域,越来越多地适用一般法律原则。^④ 一般法律原则已被证明国际法在

^① Philip De Ly, *International Business Law and Lex Mercatoris*, North Holland, 1992, p. 99.

^② J-F 拉里夫:《国家或国家机构同外国公司之间的契约》,载《国际法与比较法季刊》(英文版)1964年第13卷,第990页。转引自王铁崖主编:《国际法》,法律出版社1995年版,第12页。

^③ 在西方法学文献中,虽然不少学者使用“非内国化”或“非当地化”概念,但对其内涵的理解是不同的。多数学者将“使仲裁程序摆脱任何特定国家国内法支配”称之为“非内国化”,本书也是在这此意义上使用这一概念的。

^④ 周忠海主编:《国际法》,中国政法大学出版社2004年版,第118页。