

学校编码: 10384

分类号_____密级_____

学 号: 200008054

UDC _____

学 位 论 文

《国际商事合同通则》的效力问题研究

林 建 章

指导教师姓名: 徐崇利 教授

申请学位级别: 硕 士

专 业 名 称: 国际经济法

论文提交日期: 2003 年 5 月

论文答辩时间: 2003 年 5 月

学位授予单位: 厦 门 大 学

学位授予日期: 2003 年 月

答辩委员会主席: _____

评 阅 人: _____

2003年5月

内 容 提 要

《国际商事合同通则》（以下称《通则》）是继 1980 年《联合国国际货物销售合同公约》之后，私法统一化进程的又一里程碑。与传统的私法统一方式不同，《通则》采用了法律“重述”的立法模式来推进合同法的国际统一。因此，对《通则》效力的评估就不能局限于传统的法律渊源理论。本文主张以历史发展的眼光来认识《通则》的法律效力，并结合实践肯定了《通则》的法律效力。

本文除引言和结束语外，主文共分四部分。

第一部分是《通则》法律效力问题综论。分析《通则》与统一实体法、现代商人法以及法律实证主义的关系，不难得出这样的结论：《通则》是国际商业社会制定统一规则实践的必然产物。

第二部分剖析《通则》的立法方式——《通则》效力之“源泉”。《通则》的权威性、“重述”式立法模式以及传统与创新相结合的特点，从外在的立法技术上保障了《通则》的质量和效力。

第三部分阐述《通则》的基本原则——《通则》效力之“灵魂”。通过详细分析贯穿于《通则》之中的五项基本原则，把握《通则》的灵魂和真正内涵，进而归纳国际合同法发展的一般趋势。

第四部分介绍《通则》在各国立法和司法实践中的应用，从实践角度来验证《通则》的法律效力，其国际商事仲裁的有关实践是对《通则》效力最强有力的证明。

关键词： 国际统一私法协会 《通则》 法律“重述” 效力根据

目 录

引 言	1
一、《通则》的起草历史	1
二、国内外学者对《通则》研究概述	2
第一章 《通则》法律效力问题综论	5
一、对《通则》价值和性质的质疑	5
二、从传统法律渊源理论看《通则》的效力	6
三、从统一私法的历史发展看《通则》的效力	8
(一)《通则》与统一实体法理论	8
(二)《通则》与现代商人法理论	10
(三)《通则》与法律实证主义	13
第二章 《通则》的立法方式——《通则》效力之“源泉”	15
一、《通则》的权威性	15
二、《通则》的“重述”式立法模式	18
(一)“重述”式立法模式的由来	18
(二)《通则》“重述”与美国法“重述”的比较	19
(三)传统与创新相结合的合同法国际“重述”	20
三、《通则》内容上的创新	23
第三章 《通则》的基本原则——《通则》效力之“灵魂”	25
一、合同自由原则	25
二、对惯例开放适用原则	28
三、保存合同原则	30
(一)合同订立与保存合同原则	31

(二) 合同效力与保存合同原则	33
(三) 合同履行与保存合同原则	34
四、诚信与公平交易原则	35
五、管制不公平原则	38
(一) 管制交易谈判中的不公平行为	38
(二) 管制合同实体内容上的不公平现象	40
(三) 兼管合同程序与实体上的不公平情形：“重大失衡”问题	42
第四章 实践对《通则》效力的确认	44
一、《通则》作为立法范本和合同谈判的指导	44
(一) 《通则》作为国内和国际立法范本	44
(二) 《通则》作为合同谈判的指导	45
二、国际商事仲裁实践对《通则》效力的肯定	46
(一) 国际商事仲裁是测试《通则》效力的“活实验室”	46
(二) 对国际商事仲裁实践检验《通则》效力的实证分析	47
结束语	53
主要参考文献	54

引 言

1994年5月，国际统一私法协会（以下简称协会）颁布《国际商事合同通则》（以下简称《通则》），这是国家间私法统一和协调进程中的一大创举。协会历经十余年，组织众多国家的合同法和国际贸易法专家、学者、律师共同研究，完成制定这部国际商事合同的一般规则。

一、《通则》的起草历史

订立这样一部规则的设想，早在1968年就由当时协会秘书长 Mario Matteucci 教授在一次庆祝协会成立40周年的国际研讨会中提出：“国际层面的法律‘重述’虽对各国不具拘束力，但能为法律的统一化做观念上的准备。针对国际关系的具体领域，提炼出各国通行的原则，并为法官们制定一套反映这些共同原则的规则，这就迈出法律统一化的第一步。当法官和法律工作者熟悉这些规则后，就可以考虑以条约或其它形式将法律‘重述’转化为有拘束力的立法文件。”^①对这项提议，协会秘书处进行了初步的研究。在初步研究的基础上，协会理事会于1971年将该项议题列入协会的工作计划。在取得成员国的批准后，协会成立了一个由 Rene David 教授、Schmitthoff 教授和 Tudor Popescu 教授（分别代表大陆法系、英美法系和社会主义法系）组成的筹划委员会，负责项目的可行性研究。

筹划委员会1974年出具的第一个报告，再次肯定项目的重要性，并且也大致确定了规则体系的结构。然而，由于协会任务繁多，这项起初命名为“国际贸易法的逐步法典化”、后改名为“国际商事合同通则准备”的项目，在此后的几年内并未得到应有的重视。

^① UNIDROIT (ed.), IVth Meeting of the Organizations Concerned with Unification of Law, Unification of Law—Yearbook 1967-1968, II, p.267.

只是到了 1980 年，协会才重新成立一个工作组，由其负责起草《通则》各章文本。工作组的成员包括世界各主要法系和社会经济制度的代表，他们都是合同法或国际贸易法专家，有些还是高级别的法官或政府官员，但他们只以个人身份参与起草工作，并不代表所属政府的观点。1994 年 2 月，工作组完成《通则》各章不同草案的拟订，并提交一专门编辑委员会负责《通则》最终文本的制定。1994 年 5 月《通则》终于公诸于世，文本最先使用的是英文，此后翻译成其它语言。截止 1999 年 12 月底，《通则》全文（包括条文和注释）已被译成汉语、荷兰语、法语、德语、意大利语、捷克语、俄语、斯洛伐克语、西班牙语、越南语、阿拉伯语和葡萄牙语。此外，《通则》的条文部分还被翻译成保加利亚语、朝鲜语、佛兰德语、匈牙利语、日语、波斯语、塞尔维亚语和印尼语等。^①

二、国内外学者对《通则》研究概述

《通则》自公布以来赢得了世界各国的普遍关注和赞誉，世界各地纷纷举行各式的研讨会和座谈会，《通则》也成为世界各主要法学杂志讨论的热点。工作组主席 Bonell 教授在《合同法国际重述》（An International Restatement of Contract Law）一书中列举的有关《通则》的文章已达 50 页之多，足见学术界对《通则》的讨论是何等活跃。在法学教学实践中，《通则》也占有一席之地。据协会的一项问卷调查，全球近百所法学院将《通则》设为课程或作为教学材料，^②一些欧洲国家的法学院甚至将《通则》列为学生的必修课程。国际比较法学会 1998 年大会也将《通则》列为其中的一项议题，能在这样一个由世界顶尖学者组成的论坛中进行讨论，又是对《通则》重要性的进一步肯定。来自各主要法系的 18 个国家的学者，分别就《通则》在本国学术与司法

^① M.J.Bonell, General Report, in M.J.Bonell (ed.), A New Approach to International Commercial Contracts, Kluwer, 1999, p.2.

^② M.J.Bonell, An International Restatement of Contract Law, 2nd ed., Transnational Publishers Inc., 1997, p.234.

实践中的应用发表评论，这些评论加上 Bonell 教授的一个总报告，已经编成书出版发行。同时，由于《通则》已被译成 20 多种语言，《通则》在司法实践中得到日益广泛的应用，为数不少的法院判决和仲裁裁决都曾以某种形式援引《通则》的规定；许多国家在其合同法的制定或修订过程中也大量借鉴《通则》的规定。

《通则》的公布在中国法学界和司法界也引起了一定的震动。1996 年 4 月，由原对外贸易经济合作部条约法律司编译的《通则》全文付诸出版发行，该中译本附有英文原文，便于读者对照学习，从而为《通则》在国内的传播奠定了基础。当时正值我国统一《合同法》制定大讨论之时，《通则》对我国 1999 年出台的《合同法》的影响，可用黄丹涵先生提交国际比较法学会 1998 年大会的中国报告书上的结语来概括，“《通则》作为国内和国际立法范本的目标已经实现，因为它对正在进行的中国合同立法有着相当大的影响”。^①一些学者开始著书立说，介绍或评论《通则》，其中较有分量的是一些译文，有梁慧星先生译的、Bonell 教授 1997 年 10 月 3 日在日本商事法务研究会主办的演讲会上的演讲稿；丁玫先生译的《〈国际商事合同通则〉与罗马法——债务人优惠制与国际贸易原则初探》；黄绍芬先生译的《国际仲裁实践与〈国际商事合同通则〉》；等等。在国际贸易法或国际商法的专著中，也有学者专章介绍《通则》，诸如法律出版社 1998 年 9 月出版、赵承璧编著的《国际贸易统一法》；中国法制出版社 2000 年出版、刘笋主编的《国际贸易法学》；等等。《中国国际私法与比较法年刊》1998 年创刊号也收录了一篇有关《通则》的研究生论文。此外还有一些介绍《通则》的文章，或是选取某项具体制度单纯进行法条的比较研究，或是笼统地将《通则》的规定一概抄下，单列一部分作为与大陆法系或英美法系合同法比较的素材而不作任何评述。国内学者零散的较浅层次的研究给笔者的写作带来了困难，现成可供利用的中文资料

^① Huang Dan han, China, in M.J.Bonell (ed.), supra, p.65.

极为有限，只能转向收集英文资料。在阅读和消化这些资料的过程中，笔者真正感受到各种法律文化的交汇，要对这样一个庞大的规则体系进行逐条全面的分析是不可能的。因而，笔者决意从宏观层面上把握《通则》，专门探求这一“重述”式国际合同立法的效力及其根据问题。

第一章 《通则》法律效力问题综论

一、对《通则》价值和性质的质疑

《通则》不是以条约的形式颁布，对于协会成员国并不具有当然的拘束力。《通则》“前言”指出，对《通则》的适用，要求有当事人明示选择《通则》或同意适用“法律的一般原则”、“商事规则”等类似规则。从表面上看，《通则》似乎仅是合同标准条款一类的东西；在解释和补充国际法律文件以及作为示范法等其它用途上，《通则》也只是使用“可以”这样的措辞，这不禁让人怀疑《通则》的价值。

《通则》旨在制定国际商事合同的一般规则，对其价值的评估，国外学者多数将之归入现代商人法或跨国法的范畴。^①国内有学者认为它是示范法，^②也有学者认为，由于《通则》是对现今合同法领域国际通行做法的成功总结和编纂，是国际社会通过求助于非立法的方式来统一和协调合同的国内和国际立法的成功范例，因而从《通则》制定的目的来看，人们也可将其看作国际惯例，虽然它尚未达到《国际贸易术语解释通则》、《跟单信用证统一惯例》等重要国际经贸惯例那样广泛地使用和明确接受的程度。^③还有学者在比较《通则》和国际贸易惯例后指出，“《通则》着重解决各国合同法的差异问题，其许多内容必然与有关国内法规定相冲突。因此，到底《通则》能在国际贸易合同中得到多大程度的适用，能得到国际贸易当事人多大程度的认可，现

^① K.P.Berger, The Lex Mercatoria doctrine and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, Law & Policy in International Business, Vol.28, 1997, pp.943-990; G.Baron, Do the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts Form a New Lex Mercatoria?, Arbitration International, No.2, 1999, pp.115-130.

^② 赵秀文著：《国际商事仲裁及其适用法律研究》，北京大学出版社2002年版，第168页。

^③ 刘笋主编：《国际贸易法学》，中国法制出版社2000年版，第86页。

在还难以下结论”。^①到底应如何对《通则》进行定性？又应如何理解《通则》“前言”所列举的四项用途？^②显然，这两个问题是理论界和实务界研究和适用《通则》首先要解决的问题。

二、从传统法律渊源理论看《通则》的效力

探讨某一法律文件的效力，往往是应用法律渊源理论。法律渊源有法律的历史渊源和法律形式两个含义：前者指一定法律制度的历史源流，即它是从什么样的法律演变而来，和什么法律存在着继承关系；后者指法律采取的是何种形式，到底是以国际法还是国内法，以成文法还是习惯法，以制定法还是以判例法等方式存在。^③划分法律的形式，主要是根据其效力。本文探讨《通则》的效力问题，因而采纳后一种含义的法律渊源。《通则》调整的范围是国际商事合同，对“国际”和“商事”这两个概念，《通则》也给予尽可能广义的解释。从部门法的划分来看，国际商事合同应属国际贸易法或国际商法的范畴。

在国际贸易法或国际商法的渊源问题上，国内学者主要有以下三种观点：

第一种观点认为，国际贸易法的渊源有：（1）国际贸易（商事）条约；（2）国际贸易（商事）惯例或国际习惯法；（3）各国有关贸易（商事）的国内立法。^④

第二种观点认为，国际贸易法的渊源有：（1）国际贸易（商事）条约；（2）国际贸易（商事）惯例或国际习惯法；（3）各国有关贸易（商事）的国

^① 何力编著：《国际贸易法学》，复旦大学出版社 2000 年版，第 99 页。

^② 《通则》“前言”注释 4、5、6、7。

^③ 邹瑜、顾明主编：《法学大辞典》，中国政法大学出版社 1991 年版，第 1044 页。

^④ 邹建华主编：《国际商法》，中国金融出版社 1995 年版，第 10-15 页；张勇编著：《国际货物贸易法》，南开大学出版社 1997 年版，第 15-17 页；朱立芬主编：《国际商法》，立信会计出版社 2000 年版，第 5 页；郭寿康、韩立余著：《国际贸易法》，中国人民大学出版社 2000 年版，第 10 页；单文华主编：《国际贸易法学》，北京大学出版社 2000 年版，第 10-23 页。

内立法；（4）标准合同、司法判例和法律学说。^①

第三种观点认为，国际贸易法的渊源主要有：（1）国际公约与区域性条约；（2）国际双边协定；（3）国际商业惯例；（4）各国国内有关贸易方面的法律规定；（5）国际组织发表的宣言与决议；（6）跨国公司及其同业公会制定的标准合同。^②

且不论哪种观点更为合理，但不难发现的是，即使将上述所有国际贸易法或国际商法渊源综合起来，也是无法包容《通则》——一项由权威国际组织制定但不具拘束力的法律文件。《通则》不是国际公约，不是协会成员国共同制定并在外交大会上通过的法律文件。《通则》“重述”的是国际商事合同的一般规则，因而必然包含某些国际惯例，但《通则》并不是国际惯例的民间编纂，其宗旨不只是汇总国际商业社会已普遍接受的原则或规则；《通则》的内容是传统与创新的结合，其中包括为更好地适应国际贸易发展要求进行创新而产生的规则，有些还只是代表少数派的观点，不可能是国际商业社会已经广为接受并得到国家认可的国际惯例。《通则》更不是跨国公司和同业公会制定的标准合同，其制定者是协会这样的权威国际组织，其调整范围是一般的商事合同，而不是特定类型的合同。虽然“前言”列举了《通则》作为国内和国际立法范本的用途，但显然，《通则》不只是示范法，而是还有着成为合同准据法、仲裁裁决根据和国际法律文件解释工具等多种用途的法律文件。

其实，《通则》的制定，已对传统法律概念和法律渊源理论形成一种挑战。《通则》是国际比较法学的伟大成果，法律比较的目的可能只是在于对比较得出的共同规则进行简单汇编，也可能更广些，旨在于统一规则的法典化。

^① 王建平编著：《国际商法新编》，华东师范大学出版社 1996 年版，第 12-17 页；左海聪、陆泽峰著：《国际贸易法学》，武汉大学出版社 1997 年版，第 10-17 页；何力编著：《国际贸易法》，复旦大学出版社 2000 年版，第 8-14 页；刘笋主编：《国际贸易法学》，中国法制出版社 2000 年版，第 22-28 页。

^② 王传丽主编：《国际贸易法学》，中国政法大学出版社 1995 年版，第 10 页；余劲松、吴志攀主编：《国际经济法》，北京大学出版社、高等教育出版社 2000 版，第 54 页。

统一规则的法典化实际上是一种法律编纂活动，在某些情况下，为了更好地满足所涉领域或问题的需要，会导向创造某些新规则。这两种形式的法律比较，对于《通则》的制定都是非常重要的；事实上，《通则》工作组同时运用了上述两种形式的法律比较：在查证某一领域某一特定问题上的共同规则的同时，《通则》往往超越国内法设定的解决办法，而着眼于创设能更好地切合国际贸易需要的规则。^①因而，《通则》作为规范的价值只有在一个全新的理论框架中才能得以评估，而这种理论框架必须是模糊了关于法律和事实的传统界限。^②

三、从统一私法的历史发展看《通则》的效力

（一）《通则》与统一实体法理论

由于全球通讯技术的变革和世界市场的日益一体化，国际贸易的增长出现了史无前例的景象，但是跨国交易在多数情况下仍然适用国内法。各国国内法往往不适应国际贸易的特殊情况，而且在内容上也存在较大差异。差异的共存就必然造成国际商事交易法律适用上的冲突问题。传统的方法是由冲突规则指引适用某一国家的实体法律规范来解决国际商事纠纷。然而，由于这只是一种间接调整涉外民商事法律关系的方法，运用起来有时不免缺乏明确性、预见性和针对性，而且还会带来不少复杂的法律问题。为了避免和消除各国民商事法律的冲突，在 19 世纪末 20 世纪初，国际社会便开始制定直接调整某些国际民商事关系的统一实体法规范的工作。^③

《通则》颁布之前，国际统一实体法规范都试图以对成员国有拘束力的条约形式制定，但是，此类法律文件时常会遭遇因为无法获得预定数目国家

^① K.P.Berger, *supra*, p.967.

^② J.Basedow, Germany, in M.J.Bonell (ed.), *supra*, p.125.

^③ 韩德培主编：《国际私法新论》（普通高等教育“九五”国家级重点教材），武汉大学出版社 1997 年版，第 8 页。

或主要贸易国家的批准而成为“死文件”(Dead Letter)的处境。其中的原因是多方面的,或是因为一开始就没能向潜在的利益群体说明存在着一个急需起草条约帮助解决的严重问题;或是某些强势群体的敌意;或是缺乏足够的利益或压力促使各国政府将其纳入本已十分繁重的立法议程之中;或是各国的相互观望从而导致最终一事无成。^①另外,多数条约只是规范特定类型的合同,其调整范围有着相当的局限,即便是1980年《联合国国际销售合同公约》(以下称《销售合同公约》)也存在重大的空白,对合同的效力、标准合同以及国家进出口管制和外汇管制对当事人履行义务的影响等问题,都未做规定。最后,条约在不同国家可能产生不同的解释,尤其在一些空白问题上,条约一般只是由存在差异的各国国内法规则来补充。立法技术上的一个致命问题是,此类法典化文件只具非常有限的“成长潜力”,条约的起草者往往将私法统一化视为一劳永逸的成果,视为无须任何改进的里程碑。对条约的这种静态的定性是非常有害的。时代在改变而法律没能随之改变,使得法律的滞后性弊端暴露无遗,由此,法典化终将演变为法律改革的障碍,条约僵化所带来的代价往往是很沉重的;情势的变化要求必要的法律修订,然而,条约繁琐的修订程序往往会使必需的法律改革进程缓慢得让人无法接受。^②

为克服传统国内法的不足,国际商业社会也逐渐发展了各种形式的格式合同或标准条款,但是它们往往也存在各式各样的缺陷,并不能成为令人满意的替代物。标准合同文件多数是由私人企业或国内贸易团体制定的,因而,标准合同的内容必然是偏向一方的,同时也摆脱不了各自国家法律概念的影响。^③即便是《国际贸易术语解释通则》与《跟单信用证统一惯例》此类力求中立的法律文件,也只能就其所涉的有限范围提供局部性的解决办法;再者,

^① R.M.Goode, *International Restatements of Contract and English Contract Law*, *Uniform Law Review*, Vol.5, 1997, p.231.

^② A.Rosett, *Unification, Harmonization, Restatement, Codification, and Reform in International Commercial Law*, *the American journal of Comparative Law*, vol.40,1992, p.688.

^③ 转引自 M.J.Bonell, *Le regole oggettive del commercio internazionale. Clausole tipiche e condizioni generali*, Milan 1976, p.22.

由于此类法律文件都假设存在一个可供补缺补漏的更具一般性的规范体系，因而，即使在相关的贸易领域内得到普遍接受，它们也可能会与国内立法者所采纳的一般原则发生冲突，从而因其“合法性缺陷”而招致效力减损。^①

本着克服上述各种途径的缺陷，《通则》工作组尝试采纳新的方式来实现国际商事合同一般规则的法典化。以具有拘束力的条约形式进行私法统一，不可避免就限制了起草者的活动空间。由于缔约各国在法律传统、社会经济结构上的差异，有些问题就被排除在预期的法律文件之外；对另一些问题，又只能以妥协来解决规则的冲突，反而使问题变得更加不确定。从某种意义上讲，正是条约这种立法方式导致《销售合同公约》存在重大的法律空白和一些模棱两可的规定。^②但不可否认的是，《销售合同公约》取得了令人瞩目的成就，该公约是国际私法统一进程的里程碑。事实上，正是该公约取得的成就和存在的不足，促成协会展开这项旨在制定国际商事合同一般规则的宏伟计划。如果没有《销售合同公约》在国际货物销售合同问题上的辉煌成就，任何制定国际商事合同一般规则的企图，都是可欲而不可求的；同时，该公约的立法过程也清楚地表明《销售合同公约》是条约方式所能取得的最佳成果，这就迫使协会放弃有拘束力的条约方式，改以合同法国际“重述”的方式来实现私法统一化。

（二）《通则》与现代商人法理论

现代商人法是一个自治性、边缘性和综合性的法律体系或法律部门，是用来调整从事跨国性商事交往的各种公、私主体之间商事关系的法律规范。现代商人法是在商事交易实践的基础上形成和发展起来的，后又经民间国际组织编纂成文，它完全独立于国内法。^③按照上述对现代商人法的界定，《通

^① 转引自 K.P.Berger, *Formalisierte oder "schleichende" Kodifizierung des transnationalen Wirtschaftsrechts*, Berlin-New York 1996, p.26.

^② M. J.Bonell, *supra*, p.63.

^③ 郑远民著：《现代商人法研究》，法律出版社 2001 年版，第 72-73 页。

则》自当归入商人法的范畴：《通则》的制定者是协会，规范的内容是商事实践中已经形成和正在发展的国际商事合同一般规则。

1、《通则》与现代商人法体现了相同的哲理

《通则》起草者试图以无拘束力法律文件的形式来进行私法统一化，其哲学理念与倡导跨国法或现代商人法的学者们的理论，是不谋而合的。按照商人法理论，要实现跨国商事争议经济有效的解决，应当适用国际商法的一般原则和规则，同时考虑相关贸易惯例和当事人订立的合同条款。这些学者认为不仅存在规范内容的一致（这一点已由《通则》证明是无可非议的），而且也存在和发展着一个跨国的自治法律体系。^①以合同法国际“重述”的方式实现私法统一化和以现代商人法的形式构建独立的法律体系，都是国际商法立法范式变化的重要例证。它们表明，私法统一化不再只是依靠国家间制定统一法的方式来推进，而是很大程度上实现了“私人化”（Privatized）。^②与传统方式相比，以“私人化”的方式推进私法统一化，具有明显的比较优势，因为这种方式制定的规则能够迅速地得到调整以适应情况的变化。

私法统一的“私人化”和法律的私人创造都是以国际商业社会的自律作为其理论基础的。商业社会具有自己的一套惩罚措施，它们构成了商业共同体内的一种非正式的社会制裁。法律已不再只依靠国家主权来制定，也不再只依靠强力制裁来保障其实现。合同往往是经反复磋商拟订或参照特定标准条款订立，自己形成了一个完全独立自主的条款体系，再加上当事人在合同履行上的相互信任，就使得当事人之间的法律关系脱离了一个原本可能要适用的国内法律体系。这样一套综合的合同条款，由国际贸易惯例和一般法律原则加以补充，就足以形成规范当事人权利义务的“替代法”。^③

《通则》的起草者就是在这种理念的指导下，开始国际商事合同一般规

^① K.P.Berger, *supra*, pp.949-950.

^② *Id.*, p.951.

^③ *Id.*, p.955.

则的制定。《通则》的制定过程清楚地表明了这一点：起初协会将项目命名为“国际贸易法的逐步法典化”，其基本目标在于拟订一套可作为商人法的原则和规则。在对 1967-1968 年的一场辩论的总结报告中，协会强调要通过创设新商人法来克服国内法在解决国际商事争议上的缺陷：“国际贸易，过去和现在一直需要一个真实的共同商法，一个能支配国际关系的实体法……，因为容忍国际贸易继续受制于无能为力的国内法规则是将国际贸易中产生的所有问题都交由惯例来解决，这都是不可思议的。”^①

2、《通则》对现代商人法发展的贡献

《通则》对现代商人法理论的一个突出贡献，就是在其“前言”中规定：如果当事人同意其合同受“法律的一般原则”、“商事规则（商人法）”或类似的措辞所指定的规则管辖时，亦可适用《通则》。该款规定虽未表明《通则》属于商人法，但充分肯定了商人法的客观存在。同时，《通则》第 1.4 条又承认了超国家强制性规则的存在。作如是规定，实际上隐含着这层意思：确实存在着一个独立于国家法之外的法律体系来支配国际商事交易关系，尽管这个体系概念模糊，规则不甚明确。

《通则》的制定，不仅证明了现代商人法的存在，而且进一步弥补了现代商人法存在的诸多缺陷。有学者指出，现代商人法至少得具备如下因素，才能作为一个独立的法律体系存在：第一，规则的可查明性；第二，规则的确定性及其内容；第三，规则的可执行性；第四，规则的自治性。^②适用超国家或跨国性规则或一般原则的做法一直是受到批评的，主要是因为此类概念极其模糊，使得相关规则的内容无法确定。商人们及其律师可能在一开始就会遇到麻烦，因为有关现代商人法的理论分析及规则的内容总是只在国际性的期刊上予以刊发，这在从事国际商贸法律业务的律师的本国，就可能难以

^① Summary of the Debates 1967-1968 L'unification Du Droit (UNDROIT), Vol.II, p.316.

^② 郑远民著，前引书，第 334-335 页。

Degree papers are in the "[Xiamen University Electronic Theses and Dissertations Database](#)". Full texts are available in the following ways:

1. If your library is a CALIS member libraries, please log on <http://etd.calis.edu.cn/> and submit requests online, or consult the interlibrary loan department in your library.
2. For users of non-CALIS member libraries, please mail to etd@xmu.edu.cn for delivery details.

厦门大学博硕士学位论文摘要库