



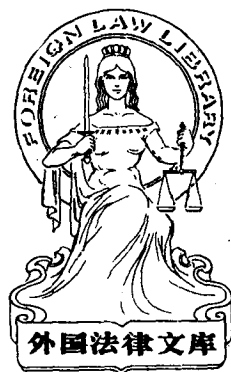
国际贸易法 文选

[英] 施米托夫著

中国大百科全书出版社



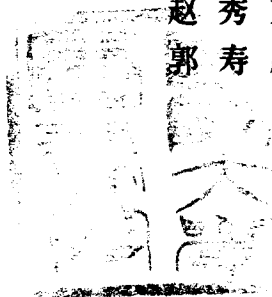
605991934



国际贸易法文选

[英] 施米托夫 著

程家瑞 编辑
赵秀文 选译
郭寿康 校



中国大百科全书出版社

*Clive M. Schmitthoff's Select Essays on
International Trade Law*

Edited by

CHIA-JUI CHENG

© 1988 by Kluwer Academic Publishers

根据荷兰克鲁沃学术著作出版公司 1988 年版选译

丛书编辑:杜晓光

执行编辑:金 英

陈红军

封面设计:姜 梁

责任校对:刘树权

国际贸易法文选

赵秀文 选译

中国大百科全书出版社出版发行

(北京阜成门北大街 17 号)

新华书店总店北京发行所经销 中国科学院印刷厂印刷

开本: 850×1168 1/32 印张: 23 字数: 540 千字

1993 年 12 月第 1 版 1993 年 12 月第 1 次印刷

印数 1-4500 册

ISBN7-5000-5145-X / D · 6

定价: 16.00 元

(京)新登字 187 号

“外国法律文库”序

江 平

“外国法律文库”是一套大型翻译丛书，入选书目主要是外国尤其是西方的重要法律著作。中国法学界 15 名从事外国法与比较法研究与教学的学者组成的编译委员会负责确定书目和组织翻译，中国大百科全书出版社印行。受编委会之托，我将组织出版这样一套丛书的缘起及有关情况作些说明。

我平生治学，以罗马法和西方民商法为主。50 年代末以后的 20 多年间，我国法制建设历尽坎坷。那时，像罗马法这类洋货，不仅是奢侈品，简直可以说是违禁品。“文革”结束后，法制建设与法学教育都逐渐走上正轨。10 多年来，在我所在的大学里，罗马法、西方民商法以及比较法等都成了深受学生欢迎的课程。在立法方面，每制定一项法律都广泛地搜集国外立法资料，博采众长，以求既符合中国情况，又顺应国际潮流。不过，在这些过程中，有一个困难时时制约着人们的手脚，限制着人们的视野，那就是翻译为中文的外国法律著作数量太少。说来难以置信，自 1949 年直到今天，西方法律学术著作在大陆译为中文出版者只有寥寥 10 余种。这些著作的汉译又没有有效的组织，因此必然存在着书目安排上缺乏系统性、选材上却不乏偶然性的毛病，甚至有个别译本的译者中外文修养不够，率尔操觚，致使误译多有，贻患学林。在

这样的情况下，当然不可能期待对外国法律的全面而准确的认识了，而没有这样的认识，又怎么能希望博采众长、融合中外的借鉴呢？

近年来，组织翻译一套外国法律丛书一直是我一个迫切的念头。曾与法学界的一些同行谈起，他们也都对这样一项工程极表赞成。曾对中国文化研究提供过大力支持的福特基金会也决定对该项目提供赞助。1991年初，“外国法律文库”第一届编委会正式成立。15位委员中包括了北京法学界——今后还要吸收各地学者，使其成为一项全国性的学术事业——的一些知名教授和中青年学者。编委会确定了这套丛书在选题方面的三个标准：（一）以学术著作为主，兼顾重要的立法文件；（二）以本世纪作品为主，兼顾此前的经典著作；（三）以西方作品为主，兼顾其他地区的代表性作品。力求通过整套丛书反映外国法学与法律的概貌，为学术研究提供素材，为法律教学提供辅助，为国家立法提供借镜，为一般读者提供有益于增进法律知识和培育法治意识的读物。编委会又聘请了4位外国著名法学家作为顾问，以更好地保证选题上的权威性。在译校者的确定上，除语言修养外，还要求他们是相关领域的专家，以有利于忠实地传达原意。丛书的规模，初步确定为50种，当然，若条件许可，它完全应当成为一套不间断出版下去的丛书；法律翻译要追随法律与法学的发展，如同译文要忠实地追随原文。

“外国法律文库”能够顺利出版，得益于法学界的一些资深教授的积极参与，他们有些参加了编委会，做了大量细致而有效的工作。有些虽然不是编委，却也给予文库热情的关心，他们推荐书目与译者，有些还应邀审阅译稿。一大批中青年学者以其眼界、才华以及勤勉的工作精神，使文库的翻译进度与质量得到了保证。福特基金会对于文库的翻译与出版提供了宝贵的资助。所有这些都是应该在这里深表谢意的。

声称作品“错误在所难免”已成为一些序文的套语，对于“外国法律文库”一类的翻译丛书来说，这样的俗套却决非客套——完美到无可挑剔程度的译作至今还只是一种理想。但是，重要的在于积极的参与和认真的实践。随着越来越多的学者热衷此道，随着一本本译著的出版，作为文化建设事业组成部分的法律翻译，必将会对我国的法制现代化事业作出重要的贡献。在这个过程中，翻译的技巧也会日渐成熟。我对于这样的前景，套用一句老话，诚可谓馨香而祝之矣！

是为序。

译 者 序

施米托夫《国际贸易法文选》系根据荷兰克鲁沃学术著作出版公司 1988 年出版的施米托夫《国际贸易法文集》(以下简称《文集》)选译而成。《文集》收录了施米托夫教授 1937 至 1987 年间发表的 54 篇论文(附录一)。由于篇幅的限制,本书只选译了其中的 34 篇。

施米托夫教授(1903~1991)生前长期从事国际贸易法的教学与研究,是国际贸易法学的主要创始人之一,曾任联合国法律顾问和联合国国际贸易法委员会主席,是世界上许多国家著名大学的名誉教授和客座教授。他的主要著作有:《英国冲突法》、《出口贸易》、《货物买卖》、《出口货物买卖中的法律问题》、《公司法》、《变化着的经济环境下的商法》、《出口贸易代理协议》、《国际贸易法的渊源》、《国际贸易惯例的解释与适用》等,以及论文多篇。施米托夫教授是国际上知名度很高的著名法学家之一,他的代表作《出口贸易》一书,截至 1990 年已出 9 版,并被译成俄、日、法、汉等多种文字。

施米托夫教授对国际贸易法的发展所作的杰出贡献,得到许多国家学术界的承认。他对国际贸易法的精辟论述,特别是关于国际贸易法的形成与发展、编纂、协调和统一等一系列重大问题的独特见解,是研究国际贸易法不可多得的历史与现实教材,即使若干年后,在理论、学术和历史等方面仍具有重要的意义。正因为如此,我们决定把这本书翻译成中文,介绍给我国的读者。

《文选》中的论文,除某些引文和引著涉及德、法、西、意和荷兰等国文字外,均用英文写成。其中引文和引著中的德、法文,主要由郭寿康教授翻译。郭教授还承担了对全书的校正。

鉴于译者学力有限，加上时间紧迫，译文中的差错和不妥之处实为难免，但好在各篇译文中每一页都注有原书（《文集》）页码，供有志于深入研究施米托夫国际贸易法的读者查证。此外，《文集》注释中，特别是某些缩写语，因难以把握或查找出准确的中文表达方式，故引用了原版文字。对于译文中的不妥或讹误之处，敬请读者惠予指正。

《文集》英文版翻译成中文，得到了该书编辑者——台湾东吴大学国际贸易法和国际公法教授、法学研究所所长程家瑞和克鲁沃学术著作出版公司的书面许可和授权。此外，美国福特基金会、江平教授及中国大百科全书出版社对本书的出版，也给予了热情的支持和协助。在此，谨向上述单位和个人一并表示最为诚挚的谢意。

赵秀文

1992年9月

于中国人民大学法律系

编辑 者 序

人类历史上不同地区商人之间商事交往的发展，逐渐形成一系列支配他们之间贸易关系的商业惯例和习惯性做法。建立国际商业方面的有效的行为规则需要有法律手段，以保证在一个地区实施的行为能够得到另一个地区的承认。正如地方惯例产生于当地商业的迫切需要一样，国际商业交易领域中的原则和规则过去是，现在仍然是在处理国际商业问题的过程中逐渐形成的。国际贸易法存在的必要性正在于此。

国际贸易法的发展经历了几个不同的阶段。第1阶段的国际贸易法由古代原始的商业惯例和习惯性做法构成，它们支配着中国、印度、波斯、阿拉伯，腓尼基、希腊和罗马的商人在各贸易港口，以及沿着连接东西方之间关系的“丝绸之路”所在的波斯湾、中东、地中海东部沿岸和中亚广大区域的贸易市场上的贸易行为。这是真正意义上的基于不同原始惯例基础上的世界贸易。然而所有的地方惯例都包括对不同地区的同类交易的调整，它们是中世纪商人习惯法(*lex mercatoria*)^①的基本渊源之一。

第2阶段的国际贸易法表现为欧洲商业社会的商人习惯法。它是一套支配商事企业所在的港口，集市之间的跨国商事关系的国际习惯性规则，它是部分地建立在古代商事习惯性作法和惯例基础上的欧洲中世纪社会旧的商人习惯法。

第3阶段国际贸易法的发展由于欧洲民族国家的出现而受到挫折。从18世纪开始，国际商人习惯法被纳入欧洲各国的国内

^①*lex mercatoria*，最初为中世纪的商人习惯法。发展到后来，也包括有某些国际公约、示范法和国际惯例。本书为统一用语，一律译为商人习惯法。——译校者注

法，20世纪初被陆续地纳入其他地区的国家的国内法。这时的国际贸易法作为一项国际法律制度已停止存在，而吸收了中世纪商人习惯法的各国商法典却以不同的形式保留着其各自的特征，进而产生了冲突法方面的问题。

1957年，施米托夫教授在赫尔辛基大学发表演讲时适时地提出：“我们正在开始重新发现商法的国际性，国际法——国内法——国际法这个发展圈子已经自行完成；各地商法的总趋势是摆脱国内法的限制，朝着普遍性和国际性概念的国际贸易法的方向发展。”施米托夫教授揭开了法制史上新的一页，它记载了新的商人习惯法（a new *lex mercatoria*）的内容，即普遍接受的支配国际商事关系的一整套规则。

施米托夫教授提出，国际贸易自治法可作为一套单独的法律规则。在国际法律科学协会（International Association of Legal Science）的组织安排和联合国教科文组织（UNESCO）的资助下，1962年9月24至27日在伦敦召开了“国际贸易法的新渊源”国际研讨会，各国学者在他们提交的论文中，对施氏的观点表示了全力的支持。施米托夫教授关于“国际贸易法的发展、制定与实施”这一学识渊博的论文，对于奠定新的商人习惯法的理论基础，又树立了一个新的里程碑。他的观点得到各国学者的一致赞同，并对他们产生了广泛的影响。可以认为，这是现代国际贸易法发展的第2阶段。在这一阶段中，施米托夫教授的观点引起全世界对新的商人习惯法已经逐渐形成这一事实的关注。

1964年，施米托夫教授在瑞典哥德堡大学发表演讲时，着重指出“我们对于全球统一作出的制度上的安排尚未跟上国际贸易法迅速发展的步伐”的同时，强烈呼吁建立一个“最高层次的国际机构，可能像联合国这样高级别的国际机构”。联合国响应了他的这一呼吁。因此，当他所作的“国际贸易法的发展”这一内容详尽的研究提交联合国大会后，联合国国际贸易法委员会

(UNCITRAL)于1966年成立了。这是现代国际贸易法发展的第3阶段。此后,制定国际商业惯例的工作首先就由这个世界性的机构承担起来。通过这个机构准备或促进通过新的国际公约、示范法、促进法典编纂和更加广泛地采用国际贸易术语、规则、惯例和习惯性做法而实现的国际贸易法的协调与统一,正在迅速发展与扩大。联合国国际贸易法委员会的成立,标志着现代国际贸易法的制定又上了一个新台阶,同时也反映了施米托夫教授在这一重大变革中发挥的重要作用。

施米托夫教授所作的一切,决非仅限于倡导和阐明国际贸易法。他是为现代国际贸易法奠定基础而勤于思考、精于写作和善于团结他人的极少数最有声望的学者之一。

在现代国际贸易法的发展过程中,施米托夫教授是创立该法实体内容的开拓者。他博学多才,具首创精神,他的论文能始终抓住问题的要害。

施米托夫教授在各国发表的极有价值的论文,一直是大学生和实务工作者渴求得到的宝贵资料。然而,找到所有这些资料决非易事,因此我们把这些有永久性保留价值的论文或专著中的某些章节编辑成册,便于读者经常不断地仔细阅读。

本书收集的论著是作者在1937至1987年间发表的,只有“当事人意思自治原则的限制”一文是在本书首次发表。论文按论述的对象分类、按年代编排,以便使本书的读者更好地利用她。

第1部分论述的是国际贸易法的一般问题。施米托夫教授阐述并分析了国际贸易法的起源、历史发展和最近形成的新的商人习惯法——国际贸易自治法。

第2部分论述了国际贸易法的性质、特征、渊源和范围。本部分构成现代商人习惯法的实体内容。对于现代国际贸易法的含义及其作用,进行了深入的考察与探索,其中大部分涉及对理论问题的研究。这些理论是国际贸易法的核心内容。

第3部分论述了国际贸易法的专门问题。施米托夫教授分析了下列问题的法律含义及其展望：国际合同中的不履行与不可抗力；货物损失风险的转移；国际商业代理；联合运输单据；货币问题；艰难情势条款与调停条款；对销贸易；信用证业务中的单证不符。

第4部分指出了国际贸易法与国际私法的关系。为了减少法律冲突与差异，产生了国际私法，其基本方法是确定解决法律冲突的规则，即选择适用于特定交易的实体法。施米托夫教授的研究主要集中在避免法律冲突的理论与实践、外国法的适用、对合同准据法的新的理解、当事人意思自治原则的限制，以及有关信用证的法律冲突问题。

第5部分论述的是国际商事仲裁。收集的论文反映了通过司法外措施解决国际商业交易中的争议的当代实践。施米托夫教授详细地阐述了地区性与全球性的国际商事仲裁，特别注重有缺陷的仲裁条款、仲裁裁决的终局性及司法复审、仲裁与欧洲经济共同体法。在“司法外解决争议的方法”这篇论文中，充分论述了日趋发展的仲裁的重要性。

第6部分是国际贸易法中的公司问题，特别是多国公司的地位。施米托夫教授在他的论文中分析了联合股份公司、国际公司、多国企业、独资与控股子公司在国际贸易法中的法律地位，并阐述了协调欧洲公司法所取得的成就，进而描绘了一副在欧洲地区从事国际贸易的方法的宏图。

第7部分共选择了3篇论文：比较法学；英国人是如何发现不公开招股的公司的？先例有拘束力吗？这三篇论文构成最后的杂项部分。

本书编辑者充分地意识到自己所从事的工作的艰巨性，并且深深地懂得，哪些问题该优先考虑，这些问题该怎样阐述，这也不是件容易的事。不过，如果成功地收集了施米托夫教授发表的

所有有关国际贸易法的精彩论著，并提供出这一重要领域中比较容易接触到的所有有关资料的来源，也就心满意足了。

最后，本书编者对于为本书的出版给予各方面热情帮助的施米托夫教授表示最衷心的感谢。

程家瑞 (Chia-Jui CHENG)

1988年6月15日

于海牙

作者简历

施米托夫于1903年3月24日出生在德国柏林的一个著名律师家庭，在柏林最老的文法学校之一——弗里德里希高级文科中学（Friedrichsgymnasium）接受传统教育。1921年通过毕业考试后去柏林大学和布雷斯高（Breisgau）的弗赖堡大学读书，并于1929年通过了德国律师资格考试。

当他还在柏林大学学习时，就被沃尔夫（Martin Wolf）教授看中。沃尔夫教授是当时最著名的法学教师之一。他收施米托夫攻读博士学位。施米托夫于1927年获得民法和教会法博士学位，他的毕业论文是有关公司法的问题，即公开招股的有限公司经营中的控股问题。

德国的政治形势使施米托夫不能追求他所喜爱的并打算倾注全部身心的学术生涯。1929年他被接纳为柏林上诉法院的辩护律师，他在很短的时间内即在法院实践中崭露头角。1933年纳粹掌权后，他离开德国前往英国定居。

施米托夫于1933年开始学习英国法，被录取为格雷律师学院和伦敦大学伦敦经济学院的学生。1936年取得英国律师资格和伦敦大学法学硕士学位，该大学还在1953年向他授予了法学博士学位。获得律师资格后，他曾作为财政部二级顾问的霍姆斯（Valentine Holmes）的学生参加了英国出庭大律师的培训，后来又成为霍姆斯顾问室的成员至今。

1940至1945年间，他在英国军队服役。1944年，他和他的部队在诺曼底登陆，后又被召回伦敦在陆军部任职，持二级准尉的军衔。

1948年，施米托夫被聘为伦敦城市学院（即后来的伦敦城

市理工学院)的法学讲师,1958年成为高级讲师,1963年晋升为主讲,1971年自城市理工学院退休,1982年该院授予他为名誉教授。在任职期间,施米托夫得到了政府关于在理工学院开设法学学士和法学硕士课程的许可,组织了国际性的法学暑期课程,成立了曼斯菲尔德法学俱乐部,丹宁(Denning)大法官多年来一直任该俱乐部主任。自城市理工学院退休后,施米托夫受聘为英国坎特伯雷的肯特大学和伦敦城市大学的法学和国际商法访问教授。1976至1986年间,他是格雷汉姆(Gresham)法学教授,并被聘为许多大学的访问教授,其中著名的有:美国路易斯安那州立大学(1964至1965年)、加拿大马尼托巴大学(1965,1969,1971,1978年)。他还是坎特伯雷的肯特大学和德国鲁尔波鸿大学的名誉教授,伦敦城市大学国际商法访问教授。1966年受聘为联合国法律顾问,并以此身份起草了建议设立联合国国际贸易法委员会的报告,该委员会于1968年开始工作。施米托夫还是英国法学教师协会、曼斯菲尔德法学俱乐部和出口贸易协会副主席;伦敦大学玛丽皇后学院商法研究中心的副主席之一;以及伯尔尼大学、马尔堡大学、爱丁堡的哈罗特——

瓦特大学、肯特大学、比勒费尔德大学、英格兰和爱尔兰全国学术委员会授予的名誉博士。1973年,为庆祝施米托夫70寿辰,许多国家的同行们为他出版了题为“法律与国际贸易”纪念文集,由德国鲁尔波鸿大学费伯里休斯(Fritz Fabricius)教授主编。1983年,他在肯特大学的同事们出版了由亚当斯(John Adams)教授主编的“献给施米托夫的文集”,以向他表示祝贺。联邦德国于1974年向他授予了大十字勋章。施米托夫是伦敦出版的《商法杂志》主编,该杂志是他在1957年创办的。他还是《跨国经济法研究》编委会的编委,其他编委还有德国比勒费尔德大学的霍恩(Norbert Horn)教授和美国加利福尼亚大学伯克利分校的鲍克斯鲍姆(Richard M.Buxbaum)教授。他也

是《共同市场法学评论》、美国《海商法和商业杂志》、加拿大《国际商法评论》、《澳大利亚商法评论》以及其他一些杂志的编委会顾问。

1940年，施米托夫与伊尔斯结婚。伊尔斯是一位称职的德国律师，在美因河畔法兰克福开业执行律师业务。她与施米托夫都对法学有着浓厚的兴趣，常常共同欣赏艺术和音乐。她还是一位热心的园丁。丹宁大法官在1973年《商法杂志》第103页“赞颂施米托夫教授”一文中，把她描述为“全力支持施米托夫并始终与他为伴——在任何场合下都是一位谦逊而又有魅力的人”。

施米托夫教学工作和著述具有以下3个特点：他从历史、经济和社会角度来看待现代法律问题；能够抓住要害问题；用最清晰的语言阐明最复杂的法律问题。在他的学者生涯中，特别注意帮助来自世界各地的学子们了解法律的作用，声张正义，百炼成才。他的大量著作和论文都是分散发表的，其中最著名的著作是1948年首次出版的《施米托夫论出口贸易——国际贸易法律与实务》，现已出到第8版。此书已被译成法、俄、汉、日等多种文字。施米托夫坚信，现代世界必须开展国际合作，法律必须顾及到这一点，由他创立的来自不同国家的具有国际精神的学者们组成的学派，将继续从事他所开创的事业。

程家瑞教授

1988年3月

于台北

外国法律文库编委会

主 编：江 平

委 员（以姓氏拼音为序）：

程味秋

丛培国

冯大同

郭寿康

贺卫方

江 平

米 健

任允正

沈宗灵

王晨光

谢怀栻

徐 炳

余叔通

赵秀文

周滢嘉

司 库：李显冬

文库顾问

格扎维埃·布郎-儒万

(Xavier Blanc-Jouvan)

法国巴黎第一大学教授，比较立法
学会秘书长

保罗-安德烈·克雷波

(Paul-André Crépeau)

加拿大麦吉尔大学法学院教授，国
际比较法学会主席

威特莫尔·格雷

(Whitmore Gray)

美国密歇根大学法学院教授

海因·克茨

(Hein Kötz)

德国汉堡大学教授，马普外国法与
国际私法研究所所长