

外贸 法律 实务

王 中 王晓茜 / 主编

对外经济贸易大学出版社

外贸法律实务

主 编 王 中 王晓菡
副 主 编 周中浦 李 欣 马秀红

对外经济贸易大学出版社

(京)新登字 182 号

图书在版编目(CIP)数据

外贸法律实务/王中,王晓菡主编. —北京:对外经济贸易大学出版社,2004
ISBN 7-81078-369-6

I. 外… II. ①王…②王… III. 对外贸易—法律—基本知识—中国
IV. D922.295

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 076006 号

© 2004 年 对外经济贸易大学出版社出版发行

版权所有 翻印必究

外 贸 法 律 实 务

王 中 王晓菡 主编

责任编辑:尹政英

对外经济贸易大学出版社

北京市朝阳区惠新东街 12 号 邮政编码:100029

网址:<http://www.uibep.com>

北京市山华苑印刷有限责任公司印装 新华书店北京发行所发行

成品尺寸:185mm×260mm 17 印张 424 千字

2004 年 8 月北京第 1 版 2004 年 8 月第 1 次印刷

ISBN 7-81078-369-6/D·028

印数:0001—5000 册 定价:28.00 元

编写说明

本书的特点是，强化外贸法律的实用性。体例上，每章分为基础篇和实务篇。基础篇力求言简意赅，化难为易，介绍基本的法律知识。实务篇在基础篇之后，具体包括基本要求、章节配套法律实务、典型判例、案例分析、模拟法庭、名著选读、参考索引等内容。实务篇的目的在于使读者感悟法律，并提高法律运用能力。基本要求是每章学习后，您应该领会和掌握的基本能力；与章节配套的法律实务，是从律师专业角度提出的参考建议；典型判例，多是英美法的指导判例，有助于更深地理解法律的精髓；案例分析，是作者从大量案例中选出来供读者检验适用法律的判断能力的，其中的指导分析可作为实务工作的参考；模拟法庭，提供翔实的证据资料供实战演练，可以提高运用法律解决实际问题的能力；名著选读，是从另外一个角度领悟章节的精华内容；参考索引，给读者提供可以参阅的书籍和主要相关网站，便于查阅详细内容和最新资料。

需注意的是，本书的实务篇应与基础篇配套使用。在学习基础篇章内容的同时，可以从实务篇找到相应的内容进行实务训练。

本书由长期从事国际商务法律专业教学的教授、副教授和讲师撰写，其中两人为已经从事 10 年左右的执业律师。书稿编写后，多次修改，长达一年。这些保证了该书的优势所在。

另外，本书的章节与内容基本覆盖了我国“外销员资格考试”、“货代员资格考试”的法律考试内容。因此，本书不仅适合外贸从业人员、从事外贸专业的法律工作者阅读、参考，更适合全国外经贸高职院校的教学、外贸公司业务培训之用。

本书共九章。第一、二、九章由王中编写，第四、五章由王晓菡编写，第六、七章由周中浦编写，第三章由李欣编写，第五章由马秀红编写。各章初稿完成后，由王中、王晓菡统稿定稿。

本书在编辑过程中，得到了领导和同事的指导和大力支持，出版社的编辑们也付出了大量辛勤的汗水，在此表示衷心的感谢。书中不当之处，敬请读者不吝赐教，批评指正。

编 者

2004 年 5 月 25 日

目 录

第一章 国际贸易法律概述.....	(1)
• 基础篇	
第一节 法律概述.....	(2)
第二节 资本主义国家的两大法系.....	(7)
第三节 国际贸易法概述.....	(9)
• 实务篇	(11)
第二章 国际货物买卖法	(16)
• 基础篇	
第一节 国际货物买卖法的法律形式	(17)
第二节 国际货物买卖合同的订立	(20)
第三节 国际货物买卖合同的形式与条款	(26)
第四节 国际货物买卖合同的效力	(29)
第五节 国际货物买卖合同的履行义务	(31)
第六节 违约的补救办法	(39)
第七节 合同的变更、转让、终止	(46)
第八节 产品责任法	(48)
• 实务篇	(53)
第三章 国际货物运输与保险法	(70)
• 基础篇	
第一节 国际海上货物运输法	(71)
第二节 国际航空货物运输法和其他相关运输法	(82)
第三节 海上货物保险法	(87)
• 实务篇	(95)
第四章 国际结算法	(109)
• 基础篇	
第一节 信用证法	(110)
第二节 其他国际结算方式法律制度	(113)
第三节 票据法	(120)
• 实务篇	(132)

第五章 知识产权法	(146)
• 基础篇	
第一节 知识产权法概述	(147)
第二节 我国知识产权法的主要规定	(155)
第三节 国际技术贸易法	(162)
• 实务篇	(165)
第六章 公司法	(174)
• 基础篇	
第一节 公司概况	(175)
第二节 股份有限公司	(181)
第三节 股份有限公司的股份	(184)
第四节 股份有限公司的机关	(186)
第五节 股份有限公司的财务会计制度	(191)
第六节 股份有限公司的公司债	(192)
第七节 有限公司	(193)
• 实务篇	(194)
第七章 商事代理法	(202)
• 基础篇	
第一节 代理法概述	(203)
第二节 商事代理法	(205)
第三节 几种国际商事代理	(212)
• 实务篇	(216)
第八章 对外贸易管理法	(220)
• 基础篇	
第一节 对外贸易管理法概述	(221)
第二节 我国的对外贸易管理法	(226)
• 实务篇	(236)
第九章 国际贸易纠纷的解析	(240)
• 基础篇	
第一节 国际贸易纠纷解决的一般步骤	(241)
第二节 国际贸易纠纷的解决方式	(245)
• 实务篇	(252)

第一章 国际贸易 法律概述

抱法处势则治，背法去势则乱——韩非子（中国）

- 基础篇
- 实务篇

第一节 法律概述

一、法

与其他社会规范相比，法律是一种以公共权力为后盾的、具有特殊强制性的社会规范；而习惯、道德、宗教、政党政策等社会规范则建立在人们的信仰或确信的基础上，通过人们的内心发生作用。



相关链接：法的分类

- (1) 国内法和国际法：如《美国统一商法典》是国内法，国际公约是国际法。
- (2) 一般法和特别法：如货物买卖法是合同法的特别法，也是房屋买卖法的一般法。
- (3) 实体法和程序法：如合同法等是实体法，仲裁法和诉讼法是程序法。
- (4) 公法和私法：公法一般指宪法、行政法、刑法、刑事诉讼法等，公法基本上代表公共利益。公法主要调整纵向关系，即调整国家机关之间、国家或国家机关与公民、非国家机关法人或社团的关系，体现国家干预的特征。私法一般指民法与商法，私法基本上代表私人利益。私法主要调整平等主体之间的横向关系，即调整私人事务和私人之间的相互关系，体现个人自由的特征。
- (5) 判例法和成文法：英美国家法律存在有法院以判例形式确立的法律原则，又称为普通法（common law），也有立法机关通过的成文法律。
- (6) 联邦法和州法：在美国等联邦制国家，既有联邦国家的立法，还有各州的立法。美国宪法规定，有关贸易方面的立法权原则上属于各州，联邦只对涉及州际之间和国际贸易的事项享有立法权。

二、法的作用

法的作用可以分为规范作用与社会作用。

（一）法的规范作用

1. 指引作用：指法对本人的行为具有引导作用。
2. 评价作用：法律具有判断、衡量他人行为合法与否的评判作用
3. 教育作用：法律对一般人的行为产生影响，具体表现为警示作用和示范作用。
4. 预测作用：凭借法律的存在，可以预先估计到人们相互之间会如何行为。
5. 强制作用：指法可以通过制裁违法犯罪行为来强制人们遵守法律。

(二) 法的社会作用：主要体现在三个领域和两个方向

1. 三个领域：社会经济生活；政治生活；思想文化领域。
2. 两个方向：政治职能（阶级统治的职能）；社会职能（执行社会公共事务的职能）。

(三) 法的局限性：法律不是万能的

1. 法不是调整社会关系的唯一手段；
2. “徒善不足以为政，徒法不足以自行”；
3. 法律的抽象性、稳定性与现实生活的矛盾；
4. 法律所要适用的事实无法确定。



相关链接：中外法律名言

法律是一切人类智慧聪明的结晶，包含了一切社会思想和道德。（柏拉图）。

主张法治的人并不想抹杀人们的智慧，他们不过是认为这种审议与其寄托一人，不如交给众人。法律是最优良的统治者（亚里士多德）。

一次不公正的审判，比多次不公平的举动更为祸烈。因为这些不公平的举动不过弄脏了水，而不公正的审判则把水源败坏了（培根）。

法律是显露的道德，道德是隐藏的法律（林肯）。

法典是人民自由的圣经（马克思）。

天网恢恢，疏而不漏（老子）。

法败则国乱（韩非子）。

法者，天下之公器也（梁启超）。

三、我国的法律体系与适用

我国的法律体系见表1-1。

表1-1

我国的法律体系

法律形式		立法机关	效力等级
宪法		全国人民代表大会	效力最高
法律		全国人大及其常委会	效力次之
法规	行政法规	国务院	效力再次
	地方法规	省级与国务院批准较大市的人大及其常委会	本辖区有效
规章	部门规章	国务院部委	本系统有效
	政府规章	省级与国务院批准较大市的政府	本辖区有效
司法解释		最高人民法院或检察院	本系统有效
香港澳门特区法律		香港澳门立法会	本辖区有效



相关链接：我国《立法法》法律适用

第七十八条 宪法具有最高的法律效力，一切法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章都不得同宪法相抵触。

第七十九条 法律的效力高于行政法规、地方性法规、规章。

行政法规的效力高于地方性法规、规章。

第八十条 地方性法规的效力高于本级和下级地方政府规章。

省、自治区的人民政府制定的规章的效力高于本行政区域内的较大的市的人民政府制定的规章。

第八十一条 自治条例和单行条例依法对法律、行政法规、地方性法规作变通规定的，在本自治地方适用自治条例和单行条例的规定。

经济特区法规根据授权对法律、行政法规、地方性法规作变通规定的，在本经济特区适用经济特区法规的规定。

第八十二条 部门规章之间、部门规章与地方政府规章之间具有同等效力，在各自的权限范围内施行。

第八十三条 同一机关制定的法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章，特别规定与一般规定不一致的，适用特别规定；新的规定与旧的规定不一致的，适用新的规定。

四、法律效力

法律效力可以分为四个效力范围：对人的效力；对事的效力；空间效力；时间效力。

(一) 法律对人的效力：指法律对谁有效力，适用于哪些人。法律对人的效力的四种原则：

1. 属人主义，即法律只适用于本国公民，不论其身在国内还是国外；非本国公民即便身在该国领域内也不适用。

2. 属地主义：法律适用于该国管辖地区内的所有人，不论是否本国公民，都受法律约束和法律保护；本国公民不在本国，则不受本国法律的约束和保护。

3. 保护主义：即以维护本国利益作为是否适用本国法律的依据；任何侵害了本国利益的人，不论其国籍和所在地域，都要受该国法律的追究。

4. 以属地主义为主，与属人主义、保护主义相结合。这是近代以来多数国家所采用的原则。我国也是如此。

(二) 法律对事的效力：指法律对什么样的行为有效力，适用于哪些事项。这种效力范围的意义在于：

1. 告诉人们什么行为应当做，什么行为不应当做，什么行为可以做。

2. 指明法律对什么事项有效，确定不同法律之间调整范围的界限。

(续上表)

分类	民事责任	行政责任	刑事责任	违宪责任
归责原则	过错责任为主、无过错责任为辅	无过错责任	过错责任	违反宪法
责任方式	停止侵害、排除妨碍、消除危险；返还财产；恢复原状；修理、重作、更换；赔偿损失；支付违约金；消除影响、恢复名誉；赔礼道歉。	(1) 行政处罚：警告；罚款；没收违法所得或非法财物；责令停产停业、暂扣或者吊销许可证、暂扣或者吊销执照；行政拘留；其他法定处罚。(2) 行政处分。(3) 劳动教养。	刑罚分为主刑和附加刑两类，包括自由刑、生命刑、资格刑和财产刑。此外还有非刑法方法。	罢免等

例：一种行为的法律后果，有可能导致承担三种法律责任。如，某警察在假期旅游期间，因旅游纪念品质量问题与当地小贩发生争执并动手，小贩被打成轻伤。该警察对小贩承担人身损害赔偿的民事责任，因为构成犯罪还要被最追究刑事责任，且警察还要承担公职被开除的行政责任。

又如，在国际贸易中某海关工作人员渎职放任走私，要依法承担行政责任和刑事责任。

(二) 归责原则

1. 过错责任原则：有过错的一方赔偿无过错的一方；双方都有过错的，按照各自的过错承担相应的责任。广泛适用于刑事责任领域和民事责任的侵权领域。

例：德国法学家耶林曾指出：“使人负损害赔偿的，不是因为有损害，而是因为有过失，其道理就如同化学上之原则，使蜡烛燃烧的，不是光，而是氧一般的浅显明显。”耶林的观点深刻地揭示了民事归责的根本要素，阐明了对责任的基本法律价值观。

2. 无过错责任原则：从各国关于无过错责任的立法和实践来看，是指不以行为人的过错为责任要件，而依法律的特别规定承担的责任。我国民法的无过错责任，主要体现在合同违约责任和某些高度危险责任、产品责任、环境污染责任、地面施工责任等特殊侵权责任。显然，无过错责任原则的确立和发展是基于分配正义和照顾弱者、稳定社会的考虑。但哪些领域适用无过错责任，通常由法律明确规定。

例：《美国统一商法典》、《联合国国际货物销售合同公约》、《国际商事合同通则》、我国《合同法》都采取违约的无过错责任原则。

我国《合同法》第一百零七条规定：当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。

(三) 法律责任的免除（免责）

1. 时效免责，即法律责任经过了一定的期限后因超过诉讼时效或除斥期间而免责。

2. 不诉及协议免责，是指如果受害人或有关当事人不向法院起诉要求追究行为人的法

律责任，行为人的法律责任就实际上被免除，或者受害人与加害人在法律允许的范围内协商同意的免责。

3. 自首、立功免责，主要指对那些违法犯罪之后有自首、立功表现的人，免除其部分和全部的法律 responsibility。

4. 因不可抗力等免责。

第二节 资本主义国家的两大法系

一、世界五大法系

根据世界各国法律的基本特征，法学家们一般将其划分为五大法系：欧洲大陆法系、英美法系、阿拉伯法系、印度法系、中华法系（有的法学家将其分为资本主义法系和社会主义法系）。

（一）中华法系

中华法系是以《唐律》为基础形成和发展起来的，它对国外影响也很大。如：“明治维新”的日本、朝鲜、越南等国的法律，也以《唐律》为蓝本，形成了中华法系。中华法系的特点是法自君出，狱由君断；“德主刑辅”已经成为中华法律思想体系最主要的支柱；另外还有刑民不分，诸法合体；司法和行政不分，行政长官兼管司法等特征。



相关链接：中国法

在当代，儒家与法家在理论上的争论仍具有现实意义。法家强调对民众的政治控制，与今天的极权主义类似；同时，法家又主张无论是贵族还是平民，都应服从同一种法律，是平等主义者。儒家注重个人的道德进步，因而可以称其为民主主义者；同时，儒家又认为，在等级社会中，不同的社会阶层应分别适用不同的法律，从这一意义上看，儒家又是非民主主义者。由于民主发展的不足，历史上的中国社会始终存在双重标准——一方面，在具有完全平民资格的人中间，个体之间享有平等的权利；另一方面，那些不具备完全平民资格的人则受到歧视对待，或者处于受剥削的地位。（节选自《中国法的范围和意义》[美] 迪克·布迪、克拉伦斯·莫里斯著）

（二）阿拉伯法系

阿拉伯法系以伊斯兰的《古兰经》为主要法律渊源。创建于阿拉伯地区，随着阿拉伯国家对外扩张，在形成横跨欧、亚、非三洲的阿拉伯封建帝国的过程中，伊斯兰法得到广泛传播。这一法系具有宗教特色。

(三) 印度法系

印度法系以《摩奴法典》为基础，体现古印度等级制度和习惯法。伴随大量移民的宗教的传播，印度法律输入东南亚各国和毗邻印度的国家。

(四) 大陆法系

大陆法系指以罗马法为基础而发展起来的法律的总称，又称罗马法系、民法法系等。首先在欧洲大陆各国兴起，代表性法律文献是古罗马法和《法国民法典》。代表国家是法、德(日)，法律以法典为形式特征。

大陆法国家主要是欧洲大陆国家及其过去的殖民地：欧洲大陆、南美洲大陆及部分非洲国家。其中日本、我国台湾、澳门也属大陆法的国家或地区。

(五) 英美法系

英美法系指以英国普通法为基础而发展起来的法律的总称。主要以英、美两国为代表，又称英国法系或普通法法系，法律以判例法(case law)为形式特征。英美法系的判例法，是特定法院经过一定程序的案例判决，构成以后法院“遵循先例”的判决依据，成为其国内法的组成部分。大陆法系不承认法院的判例构成法律，仅在裁判时起参照作用。

由于历史原因，有些国家和地区，如菲律宾、南非、英国的苏格兰、美国路易斯安那州、加拿大魁北克省的法律兼有两法系的特点。而在亚洲和非洲的一些国家和地区的法律，往往兼有西方某一法系与原有的宗教法系的特点，如印度法律主要属于普通法法系，但又属于印度教法系；叙利亚法律主要属于民法法系，但又属于伊斯兰教法系。总体上讲，英美法系国家主要是英国及其过去的殖民地：英国、美国、加拿大、澳大利亚、新西兰、马来西亚、印度、巴基斯坦等；不包括英国的苏格兰、美国的路易斯安那州、加拿大的魁北克省。

二、大陆法系与英美法系的比较

(一) 法律渊源方面的差别

在民法法系国家，判例在法律上或理论上不被认为是正式意义上的法的渊源，判例在法院审判中可以有重大参考作用，但只能被认为是非正式意义上的法的渊源。在普通法法系国家，判例被认为是正式意义上的法的渊源，即上级法院（甚至本法院）以前类似案件的判决，作为先例，对下级法院（甚至本法院）有法律上的约束力，制定法与判例法并行存在，相互作用。

(二) 在适用法律技术方面的差别

由于法的渊源上的差别，在法官审理案件适用法律的技术，或者说在法律推理方面也就存在重大差别。民法法系国家，法官审理案件除确定事实外，首先是考虑有关制定法的规定，而不能把判例作为判案的依据；普通法法系国家，法官除确定事实外，首先要考虑以前类似案件的判例，并确定是否有可以适用于本案的法律规则，以便作为判决本案的依据。

(三) 在法典编撰方面的差别

民法法系国家的一些基本法律一般采用较系统的法典形式；普通法法系国家一般不倾向



相关链接：适用的法律不同，结果可能相反

例 1：美国承运人凭记名提单无正本提单放货不承担责任案

我国某公司诉美国总统轮船公司无正本提单放货纠纷一案，历经海事法院、高级人民法院和最高人民法院三审其案，一波三折，判决各有分歧。案情是，承运人（被告）美国总统轮船公司（以下简称 APL）签发以买方为收货人的记名提单，货物运抵目的港新加坡，承运人没有收回正本提单将货物交给买方（记名提单收货人）。原告起诉认为 APL 无单放货。广州海事法院认为：应适用中华人民共和国法律及有关国际航运惯例，判决被告败诉。APL 不服判决上诉，广东高级人民法院认为，适用侵权行为地中国法律，维持原判。APL 申诉，最高人民法院判决，根据提单首要条款约定适用美国 1936 年海上货物运输法或海牙规则。该案涉及提单为记名提单，它不是一种物权凭证，因而该案只适用于美国 1936 年海上货物运输法。根据该法，承运人有权在未获取正本记名提单的情况下直接将货物交付给记名收货人。因而撤销了广州海事法院和广东高级人民法院的判决，裁定 APL 不应承担无正本提单放货的责任。

例 2：应当诉讼还是仲裁？

香港三菱公司与三峡投资公司等因买卖合同发生争议，一方向湖北省高级人民法院起诉，另一方提出管辖异议，理由是依据合同约定：“合同发生争议，应当在香港依据国际商会的仲裁规则进行仲裁，合同适用中国的法律。”该仲裁条款的效力，按照中国的《仲裁法》，由于没有约定明确的仲裁机构而无效。我国最高人民法院答复认为，应当适用合同约定的仲裁地香港的法律，该仲裁条款是有效的、可以执行的。人民法院对本案没有管辖权。可见，在程序法上也要注意所适用的法律。

国际贸易法以三种法律形式出现：一是国际贸易条约；二是国际贸易惯例；三是有关国际贸易的国内法。

至于国际标准格式合同、国际贸易仲裁案例、国际贸易著名书籍专家意见等一般不被认为是国际贸易法的法律形式，不具有法律一样的约束力，但可以作为处理纠纷的参考，而不是依照的依据。

（一）国际贸易条约

国际贸易条约一般只对参加国有效，对非参加国无效。也就是说，贸易条约不约束第三国。但是，非参加国的商人在合同中自愿约定接受贸易条约约束的，是有约束力的。

例：我国没有加入海牙维斯比规则，但我国公司提单中约定适用海牙维斯比规则的，该约定有效。日本韩国现在没有加入《联合国国际货物买卖合同公约》，但与我国公司签订的服装买卖合同中约定适用该公约的，该公约对双方都有法律约束力。

（二）国际贸易惯例

国际贸易惯例，一旦合同约定适用就具有了和法律一样的效力，即构成成为双方之间的法律。没有纳入合同的，也可以在其它法律没有规定时参照适用。

例：买卖合同采取 CIF 术语跟单信用证支付方式，就要适用最新版的《国际贸易术语解释通则》和《跟单信用证统一惯例》，另有特殊约定的除外。

（三）有关国际贸易的国内法

1. 国内法的效力

国内法原则上只在其领土内和对其国民有必然约束力。

有的时候国内法在双方合同中约定适用，被用来解决国际纠纷时，作为国际贸易法适用；也有的时候在发生纠纷后，没有国际贸易条约和国际贸易惯例适用，不得不适用依照规则适用某国的国内法，该国内法实质上已经暂时转变身份上升为国际贸易法。可见国内法是国际贸易法律的重要补充。例如，买卖合同约定可以适用中国法律；提单约定适用美国运输法律；保险单约定适用伦敦保险协会条款。还有的国际贸易条约和国际贸易惯例没有规定，如货物所有权如何转移、合同是否无效、惩罚性违约金效力等，从而不得不适用国内法解决。

2. 我国有关国际贸易的国内法

我国有关国际贸易的国内法，既包括国家管理国际贸易方面的《对外贸易法》等公法，也包括《合同法》等私法。

形式上，我国有关国际贸易的国内法包括全国人大及其常委会颁布的法律、国务院颁布的行政法规和当地地方人大及其常委会颁布的地方法规、国务院部委和地方政府颁布的规章、最高人民法院和最高人民检察院颁布的司法解释。

3. 外国国内法：英美法和大陆法

在英美法系国家中，国际贸易法主要由判例法（又称普通法）与成文法组成。

大陆法采取法典形式，又分两大类。如法国、德国、日本、西班牙、葡萄牙等既有独立的民法典，又有独立的商法典；如瑞士、荷兰、泰国、意大利、土耳其、以及东欧的一些国家没有独立的商法典，商法的内容是在民法典中。

• 实务篇

一、本章基本要求

- （一）领会“依法办事”的优越性，了解法律思维模式。
- （二）针对案例，能掌握处理国际贸易纠纷的法律依据形式与适用。

二、章节配套部分

（一）法律概述

- 1. 组织讨论，谈谈按规则办事——“依法办事”的好处

作为管理人员，不论作为班长、公司经理，还是行政长官，通过事先“约法三章”（立法），可以对行为规范起到指引导向作用，在对违反规则处理（执法）时，又可以避免对人不对事（人治）的直接人事冲突。作为一般公民，通过熟悉规则，能预见到应该具体办理哪些事项和违反规则的后果，这会提高工作效率，减少错误的发生。诸如此类的优点，可以举例讨论说明。

2. 借鉴法律思维方法

法律思维的重要核心是如何说服人。这是理性的、反暴力的和平解决手段。

经济人以效益为思维焦点，以效益衡量行为的合理性。法律人更多的考虑是安全和公平，即风险的预防和化解。两者应该是统一的，互相借鉴弥补的关系，单独考虑任何一个方面都是不科学的。

狭义的法律思维方式，指“依据法律”的思维模式，也就是“依法办事”的思维模式。它的特点是，在分析或解决问题时，总是先寻找“准绳”（法律）来客观地判断或解决，不同于凭个人主观判断的思维模式。例如，在判断“闯红灯的司机撞伤不走人行道的人”纠纷时，法律思维一般是先拿出法律准绳，依据“过错”来判断的，如果双方都有过错的，按照各自的过错承担相应的法律责任，这就是依据法律的基本归责原则“过错责任原则”来判断的。因此，法律的思维模式突出表现在“以事实为依据，以法律为准绳”的特征。法律思维的客观理性，更容易提高效率、减少分歧、扩大共识。像英美的商业领导人物，很大部分是受过全面的法律训练和教育的，这可以说明法律思维的重要作用。

（二）资本主义两大法系

在西安举办的一次模拟法庭演示中，来自德国、美国的法官，和中国的法官一起，分别对同一桩虚拟的伤害案进行审理和判决。这种别开生面的模拟审判很好地展现了不同国家司法制度的差异，旁听席上的人们领略到的是社会主义法系、大陆法系以及英美法系三种不同的司法模式。人们甚至发现，同样的行为，在不同的国家结果却十分不同：在中国判三年（年）缓三年（年）的罪行，到了德国，监禁期减少了一半，到了美国却由于陪审团成员达不成一致而终止审判，如果检察官不再行起诉的话，那么这桩伤害案件便不了了之。

（三）国际贸易法概述

1. 国际贸易纠纷所适用的法律

在发生国际贸易纠纷时，要按照下列顺序判定国际贸易纠纷所适用的法律，而不是选择其一。

（1）约定优先原则：如果双方在国际贸易合同或裁判中，约定纠纷所适用的法律，应当适用双方约定的法律。其中双方约定的准据法，包括没有参加的国际公约、国际惯例和外国法。

但约定适用外国或者地区的法律有三个例外：

第一，一项约定违反了我国法律强制性要求适用我国法律的规定。如我国法律规定必须适用我国法律的，应当适用中国法律。例如，在中国境内履行的中外合资经营企业合作合同、中外合作经营企业合作合同、中外勘探开发自然资源合同，必须适用中国法律。

第二，一项约定故意规避我国强制性或禁止性规定的。如当事人在涉外担保合同中故意约定适用外国法，规避我国涉外担保合同的批准、登记手续，因为我国是实行外汇管制的国

诉人主张该笔货款。在这种情况下，被上诉人的诉权已经发生转移，其诉请返还货款在主体上是错误的。（本案的原审法院选择适用了我国的法律，双方当事人对此均未提出异议，且在二审期间明确表示同意适用中华人民共和国法律。）

判决结果是驳回上诉，维持原判。二审案件受理费 113 928 元由厦门公司负担。

问题：本案应适用哪几种国际货物买卖合同法律，并根据这些规定判断上诉人的理由是否成立？

分析：本案当事人之间的争议是国际货物买卖合同纠纷，涉及国际条约、国际贸易惯例、国内法的适用。

1. 本案不适用《公约》。因为该国际买卖合同的货物属于卖方提供制造的原材料，不在《公约》调整范围之内。

2. 本案适用国际贸易惯例《托收统一规则》，因为合同约定采纳了托收方式。该惯例并没有规定把了解资信情况作为托收有效的条件，韩商会社同意付款方式为托收承付（D/A），是韩商会社基于对厦门公司商誉上的信任，该付款方式是否符合托收的国际惯例，并不构成厦门公司拒付货款的理由。

3. 本案适用我国的法律。因为在二审期间都明确同意适用我国的法律，属于双方的一致约定。（1）根据中国的法律规定，本合同没有违反我国法律规定是有效的。上诉人以韩国法律为由主张合同无效不能成立，因为本案不适用韩国法律。（2）根据我国的有关法律规定，本案的出口代理协议与本案的国际货物买卖合同是不同的两个法律关系，即使两个法律关系有某种程度的联系，但其权利义务承受人不同，当事人的权利义务也不同，因此，两者之间不存在从属关系。况且该代理协议约定其争议应当交由韩国法院或仲裁机构解决，我国人民法院对此无管辖权，上诉人主张买卖合同真正的当事人是代理协议的双方当事人的理由不能成立。其次，韩商会社与 A 会社出口代理协议中的保险条款的权利并不及于厦门公司。保险公司只有在偿付了保险受益人之后才能取得代位求偿权，韩商会社在获得理赔之前，并不丧失对厦门公司的货款请求权。因此厦门公司上述理由不成立，原判应予维持。

四、名篇选读

（一）了解西方的法治

如果人是天使，那么就不需要政府。独立后几年之内美国人民面临的首要问题是：他们将设计何种新的政府来管理自己？

在 1787 年，这些人中的一部分聚首在费城——当时费城是首都，他们起草了美国宪法。宪法起草者们将联邦政府的权力加以划分，分配给三个政府部门：立法的国会、执法的总统领导的政府、司法的法院。他们还设计三个部门进行制衡和监督。

美国宪法第一条创建了美国国会，然而国会的立法权受到总统的立法否决权的制衡；宪法第二条创设了美国总统，但是总统任命的权力受到美国参议院的确认权的制衡；宪法第三条创建了美国法院。总统的任命权，以及国会的弹劾权，是这两个部门对联邦司法部门监督的宪法权力。然而，何为联邦法院对国会与总统的监督——司法审查？司法审查权在美国宪法中并无明文规定。

在 1803 年，美国联邦最高法院受理了马伯里诉麦迪逊（*Mabury v. Madison*）这一著名的