

辩护与代理丛书 ②

主编 曹成 副主编 刘学仁 黄丽敏

雄辩



辽宁民族出版社

辩护与代理丛书⑧

雄 辩

主 编：曹 成

副主编：刘学仁 黄丽敏

辽宁民族出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

雄辩/曹成主编. —沈阳: 辽宁民族出版社, 1999.12
(辩护与代理丛书)

ISBN 7-80644-328-2

I. 雄… II. 曹… III. 经济纠纷 - 辩护 - 案例 - 中国
IV. D926.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (1999) 第 71452 号

辽宁民族出版社出版

(沈阳市和平区十一纬路 25 号 邮政编码 110003)

辽宁美术印刷厂印刷

辽宁省新华书店发行

字数: 356 千字 开本: 850×1168 1/32 印张: 14 1/8

2000 年 9 月第 1 版

2000 年 9 月第 1 次印刷

责任编辑: 韩桂荣

版式设计: 文忠实

封面设计: 杜 江

责任校对: 张启发

印数: 1—6 500 册

定价: 20.00 元

辩护与代理丛书⑧《雄辩》编委会

主任委员:	于凤升	曹 成	赵东岩
副主任委员:	丁玉兰	黄丽敏	刘继任
委 员:	刘学仁	陈庆阳	吕福棠
	金健民	于国光	李文博
	范国华	程方顺	白 群
主 编:	曹 成		
副 主 编:	刘学仁	黄丽敏	

序

·曹 成

《雄辩》是“辩护与代理”丛书第二卷。

本卷收集选编律师代理经济诉讼及代理非诉讼经济法律事务63篇。涉及外贸、期货、保险、借款、买卖、房产、质量纠纷等。以质朴的文字，真实地记录了律师代理当事人处理经济纷争的业绩。反映了律师执业中娴熟运用法律，成功地解决纷争的技巧，表现出律师为委托人排忧解难的高尚的职业道德。

这是历史业绩。我们看重业绩是为了将来，为着将来的辉煌。

律师为社会主义经济建设提供法律服务，是律师的主要业务之一，是依法治国的重大方略决定的。在全球经济一体化进程和我国社会主义市场经济体制建立和发展中，律师代理经济诉讼、处理非诉讼经济法律事务，化解矛盾，维护当事人的合法权益，维护法律的正确实施发挥了重要的作用。

社会主义市场经济促进企业产品结构调整，推动了经济体制的改革，给企业带来生机与活力。平等民事主体之间实施的市场行为，促进了自身发展和经济繁荣。与此同时也发生的各种法律关系，这些法律关系纵横交错，时而出现权利义务之争。于是法律调整成为必需的手段。可以说经济活动是在“争议—调整—争议—调整”过程中进行的，在“矛盾—解决—矛盾—解决”过程中使经济不断发展。律师运用法律调整当事人权利义务争议，做了很多向积极方面转化的工作。应当说，律师作为向社会提供法律服务的执业人员，在经贸活动中处于不可取代的地位。

人们的法律水平逐步提高，以规定权利与义务的合同方式等自我保护意识不断增强。因此，经济领域渴求懂法律、懂经济、懂科技、懂外语的律师作为“外脑”。律师也在经贸、科技、金融、证

券、期货、房地产、知识产权、企业合同管理等社会公共经济生活领域中展示才能,提供智能型服务,以避免或减少讼争。经济活动中出现争议,虽不足为奇,但留有阴影,当事人之间在人力、财力、时间上有所消耗。律师以非诉讼方式处理这些法律事务,得心应手,达到事半功倍的效果。律师执业实践证明,经济活动必然纳入法制化轨道,以法律规范经济行为;法律必须强制调整经济活动,使参与经济竞争的行为规范化,法律化。

有法必依,是律师执业的原则。纵然律师有深厚的法律功底,有参与诉讼、调解处理非诉讼经济纠纷的技能技巧,若缺少正气,有法不依,则失之准绳,丧失社会公正;若没有韧性,不执着追求正确适用法律,则使法律失去崇高尊严,破坏了司法公正的屏障。“智者不得越法而肆谋,辩者不得越法而肆议。”关键在于律师的素质。律师的品行与学识应当兼而有之。品行与学识兼优的律师能够依法执业,为当事人提供优质的法律服务。

随着我国市场经济与世界市场经济接轨进程,特别是随着我国即将加入 WTO 给律师带来新的机遇和挑战,境外投资者对我国法律服务的需求,涉外法律服务会骤增;国内吸引外资而发生的涉外业务也会明显增加。面对新形势,要提高律师法律服务的水平,创造出更好的法制投资环境。面临新的领域,律师要主动迎接挑战,树立全方位服务观念,学会掌握与运用现代化服务方式与手段。现在,律师队伍中有一批法律博士生、硕士生。他们精通外语,了解外国人思维方式与国际贸易等法律,懂得中国法律与律师实务,有一定政策水平和良好的职业道德,有处理法律事务的经验。尽管如此,造就复合型律师仍然是不容忽视的课题。法制环境要求律师不断学习,丰富自己的学识,这样才能适应客观需要。

愿律师事业兴旺发达。

2000年6月于沈阳

作者系辽宁省律师协会会长

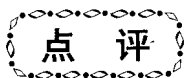
目 录

赔偿损失	外贸代理违约	赵星奇	1
诉辩相争	力陈法律关系	徐英卿	9
针锋相对	期货纠纷和解	佟国民	17
分事析理	反驳连带责任	李殿魁	24
揭示假相	追索占用货款	付国忠 郝宝林	35
转嫁责任	海蜇皮起纷争	邢凤华	42
货物混装	质量异议何在	韩 杰	47
强行发货	伪造签名提款	陈桂荣	54
个人行为	法人不能负责	徐英卿	64
据理力争	戳穿逃债真相	朱 榕	71
求实依法	双方握手言和	孙德彬	78
不安抗辩	保护自身利益	赵文安 李宗胜	86
抓住焦点	全案是非自明	崔仕义	93
转败为胜	返还部分定金	程秀明 张志毅	98
车辆被盗	保险理赔应当	李淑华	103
转让无效	双方共同结算	张立军	107
剖析证据	否定质量纠纷	李乃文	114
无由涉讼	力陈事实真相	张耀东	118
根本违约	公平合理赔偿	陈桂荣	124
保全证据	有理有利有节	刘继高	130
出售企业	债务主体依旧	宋利庆 范文治	135
索赔无据	商检证书瑕疵	王恩群	139
先行抗辩	不负违约责任	徐英卿	144

班子换届	果林承包不变	于 洪	151
情势变更	不可随意适用	张君伟	158
解析事理	执言索回货款	张久飞	163
债权追偿	破产重组企业	王万福	169
细辨是非	和解货款讼争	牛 睿	王振华 177
以贷还贷	债务关系消失	杨富强	192
确认案由	阐释代理主张	战硕军	198
广告合同	还是赠与合同	齐德富	王乃龙 204
货物运到	运费由谁承付	朱 清	210
送货上门	不该违约拒收	姜学琳	215
个人行为	不是法人行为	马文利	221
四审两年	依法施辩免责	雷雨波	235
企业负债	购企业者无责	王钟波	240
运用证据	决胜千里之外	关启发	247
应当返款	联营协议无效	韩德伟	252
联营解体	精心清算账目	吴冬阳	257
虚中求实	变造合同无效	赵 勇	264
无效合同	返还转让楼房	张希臣	272
合同无效	返回投入财产	张云鹏	278
协议变更	免除担保责任	宋诗军	286
讲事论法	否定连带之债	张云鹏	291
据理追偿	保险公司胜诉	刘巨丰	299
无效保证	违背真实意思	姜学琳	304
锅炉价格	均依国家规定	宋凤英	312
查疑探源	由被动为主动	郑显锋	336
据实依法	反驳免责条款	张英伟	344
欠债还钱	不容质量借口	王 方	349
依法讲理	化解购房纠纷	王 男	路兴华 355
被告胜诉	诉讼主体错误	战硕芳	359

加工承揽	管辖异议何在	刘明玉	365
中止执行	放行误扣汽车	张云鹏	370
管辖权争	提单条款有效	赵程涛 周 强	374
涉讼被告	缺乏主体资格	林文彬 杜振家	385
超过时效	不受法律保护	潘公明	392
不应保护	超过诉讼时效	张久飞	401
担保责任	不可随意免除	李贵祥	405
仓储费用	不该涉讼返回	徐汝兰	412
澄清事实	反驳起诉不实	宋凤英	417
借新还旧	保证人受蒙蔽	司永生	420
不负重托	胜诉斯德哥尔摩	金健民	424

赔偿损失 外贸代理违约



本案所涉及的是外贸代理合同问题,代理律师根据外贸代理合同中对代理人的特殊规定,在代理过程中,不仅适用了我国《民法通则》及相关司法解释中关于代理行为的一般规定,还具体适用了我国《经济合同法》和外贸代理的专项法规,即外经贸部 1991 年 8 月 29 日发布的《关于对外贸易代理制的暂行规定》。我国对外贸易代理制中代理人责任的规定,更加明确、具体。如《民法通则》第 66 条规定:“代理人不履行职务而给被代理人造成损失的,应当承担民事责任。”而《关于对外贸易代理制的暂行规定》第 19 条规定:“因委托人不按委托协议履行其义务,导致进出口合同不能履行、不能完全履行、延迟履行或履行不符合约定条件的,受托人应赔偿委托人因此受到的损失,并自行承担一切对外责任。”这些法律规定都是处理本案的法律依据。以法律为准绳是我国司法制度的根本原则。代理律师能准确、全面、综合地适用法律、法规促使法院正确判决此案,有效地维护了委托人的合法权益。

本案是由于被告违约,使原告无法接收镀锌版并造成了原告的实际损失。代理律师抓住违约这一关键问题,通过认真分析案情,紧紧围绕违约事实,对被告的行为逐一分析,层层深入,经过充分说理,得出被告违约,应依法承担违约责任的结论,并通过对被告答辩观点的有力反驳,更加明确了双方签订的合同并未规定镀锌版的等级详见码单,而是规定等级

为一级这一重要事实。明确指出被告提出的待向外商索赔后,所得赔偿转付原告,已不是本案解决的问题。从而进一步证明被告的违约事实和违约责任是无法推卸的。这样,就形成了重点突出,层次清楚,逻辑严谨,反驳有力,无懈可击的代理意见。

案情概述

原告贸易总公司与被告矿产公司于1993年6月9日签订了一份委托代理进口镀锌版的合同。合同规定,被告代理原告进口日本产型号为SPGC镀锌版500吨;规格为 $0.3 \sim 2.3 \times 1\,000 \times 1\,830 \sim 2\,000$ (具体规格详见码单),等级一级品;价格每吨342美元;1993年7月15日前交货,到货港大连。合同还规定,原告在合同签订后三日内向被告交付保证金30万元人民币;被告可以协助调剂外汇;原告接到装船通知后,五日内将全部美元划入被告账号支付,货到港后一周内如逾期付款,被告有权收回货物所有权,并将保证金作为罚金;进口许可证、保险费、关税、商检等费用由原告支付。合同同时规定,如外商不执行合同规定的交货期,被告负责对外进行索赔,并如数退还;发现货物与合同规定质量不符,原告在一个月内提供商检证明,被告代原告向外商索赔。合同签订前被告曾向原告出示过码单,码单注明镀锌版为二级品,但该单注明的等级字样为外文,没有中文注释,原告在不明真相的情况下,在码单上加盖了合同章。

合同签订后,原告当日交付被告保证金30万元人民币,并于同年6月16日给付被告货款180万元人民币,由被告按当时市场价格调剂成美元17.1万元。同年7月22日,被告通知原告第二期货已到港。7月23日原告派人随被告到大连接货。7月24日卸货后,原告发现质量有严重问题,没有接收。原告又于7月29日交付关税15万元。该批货物于同年8月19日经中华人民共和国

国 L 省进出口商品检验局质量检验, 结论为: 检验货物不符合合同规定, 影响使用 (指被告与外商签订的合同标的物, 等级为二级品)。原告在同年 8 月和 9 月两次向被告发出处理意见书提出了索赔意见, 并多次派人催促, 均无结果。原告于 1993 年 10 月 14 日向 S 市中级人民法院提起诉讼。要求被告返还货款、关税款、返还保证金、偿付违约金、赔偿经济损失。S 市中级人民法院公开审理此案, 宣判: 原、被告双方签订的委托代理合同有效。造成原告不能接受镀锌版是被告没有按委托代理合同的规定履行义务, 所提供的镀锌版不符合合同约定的条件, 因此造成此案纠纷被告负有责任。被告返还原告已付货款 180 万元, 保证金 30 万元, 关税款 15 万元, 偿付原告违约金 25.41 万元, 偿付原告其他经济损失 12.5 万元。案件受理费由被告承担。

双方分歧及难点解决

被告认为在履行合同中沒有过错, 没有违约。待向外商索赔后, 所得赔偿可转付原告。

1. 双方在签订合同前已就外商提供的码单进行了确认, 码单明确镀锌版为二级品。与原告签订合同上的等级标准, 不是一级品, 而是一杠。被告与外商签订合同后, 即将合同副本送交原告, 原告没有异议。

2. 原告交付被告的 30 万元人民币是用于支付办理许可证、保险、港口费、关税、商检等手续费用。原告交付被告的 180 万元人民币是调剂外汇款, 双方并没有改变结算方式。

3. 发现质量问题后, 原告没有提交必要的商检证明, 但被告当即向外商提出了索赔意见, 是原告没有接受, 即向法院提起诉讼。

围绕这些问题, 代理律师在庭审中紧紧抓住违约这一关键问题, 列举了双方签订的合同、码单和商检证明及被告开给原告的收

据,原告发给被告的索赔函等大量证据,充分运用我国《民法通则》及相关司法解释和我国《经济合同法》、《关于对外贸易代理制的暂行规定》等法律、法规,对被告的行为逐一分析。经过充分说理,详细论证了被告违约,应承担违约责任的代理观点,并对被告的答辩观点进行了有力地反驳。从而使本案的焦点、难点得以解决。

代理意见

一、被告未履行外贸代理合同规定的义务,应向原告返还划款,返还保证金,并承担违约、赔偿责任。

1. 双方签订的委托代理进口镀锌版合同合法有效。

原、被告双方于1993年6月9日签订了一份委托代理进口镀锌版的合同。合同规定:被告代理原告进口日本产镀锌版,型号为SPGC;规格为 $0.3 \sim 2.3 \times 1000 \times 1830 \sim 2000$ (具体规格详见码单);数量为500吨;等级为一级品;价格每吨为342美元;交货日期为1993年7月15日前;到货港大连。合同还规定:双方签订合同后三日内,原告将30万元人民币保证金划入被告账号;原告付给被告代理费每吨50元人民币;外汇由原告自行调剂,也可由被告按市场价格协助调剂;原告接到装船通知后,五日内将全部美元划入被告账号议付,待货物到港一周内,如逾期付款,被告有权收回货物所有权,并将保证金作为罚金;进口许可证、保险费、关税、商检等费用由原告支付。合同对索赔事宜也做了具体规定。这有双方签订的合同为证。

从双方的主体资格、经营范围、合同内容等来看,这是一份双方当事人真实意思表示明确、合法有效的合同。

2. 原告认真、严格履行了合同规定的义务。

合同签订的当日,原告就将保证金30万元人民币交付给被告,这有被告开具的收款收据为凭。并在同年的6月16日按被告通知,交付货款180万元人民币。虽然合同规定以美元结算,但同

时规定,外汇可由被告按市场价格协助调剂。所以付款时双方口头协商,原告付人民币,美元由被告负责解决。这也有被告开具的收款收据为凭,收据载明是进口货款。原告在同年7月22日接到被告货已到的通知后,即派人与被告一起于7月23日到大连接货。7月24日在大连港卸货后,发现质量有严重问题,原告当即向被告提出,并拒绝接货。被告当时表示“有问题,给予索赔,不影响你们的利润,具体事宜再定。”原告信以为真,并在7月29日又向被告交付了关税15万元人民币。期间原告多次与被告联系,均无结果。在8月12日原告向被告正式发出了书面处理意见。8月19日商检局做出“该批货物不符合合同规定,影响使用”的商检结论后,原告又找被告多次交涉,并于9月13日再次向被告发出书面处理意见,仍无结果。可见原告认真履行了合同规定的义务。

3. 被告未履行合同规定的义务,不仅违约,而且违反了外贸代理的有关规定。

其一,合同规定,交货日期为1993年7月15日前,而被告通知原告的到货时间是7月22日,晚于合同规定的日期,已经违约。

其二,被告没有将与外商签订的进口合同及时交给原告。原告与被告签订代理合同后,曾多次催要其与外商签订的合同。被告均未提供,直到原告发现货物质量有严重问题,商检不合格后,再次催要,被告在9月30日才把其与外商签订的合同交给原告。这种做法违反了我国对外经济贸易部1991年8月29日发布的《关于对外贸易代理制的暂行规定》第15条1款关于“受托人根据委托协议以自己的名义与外商签订进出口合同,并应及时将合同的副本送交委托人”的规定。

其三,被告没有按委托合同规定,代理原告进口等级为一级的镀锌版。从被告与外商签订的合同看,其进口的镀锌版的等级规定就为二级镀锌版,而且原告与被告合同规定的型号是一种,即SPGC,而被告与外商签订的型号却是两种,除SPGC外,还有JIS。实际到港的货物经商检连二级品的标准都未达到。被告的这种做

法不仅是一种严重的违约行为,而且也是一种严重超越代理权限的行为。这种行为违反了《关于对外贸易代理制的暂行规定》第15条2款关于“委托人与外商修改或变更进出口合同时,不得违背委托协议”的规定,也违背了我国《民法通则》第63条关于“代理人在代理权限内,以被代理人的名义实施民事法律行为”的规定。可见被告未履行合同规定的义务。

4. 被告应向原告返还货款,返还保证金,偿付违约金,赔偿经济损失。

被告的行为严重违反了双方的合同规定,也严重违反了外贸代理的有关法律规定,应承担本案的一切责任。

《关于对外贸易代理制的暂行规定》第4条规定:“无代理权,超越代理权或代理权终止后的行为,如未经委托人追认,由行为人自行承担责任的”。第19条规定:“因受托人不按委托协议履行其义务,导致进出口合同不能履行、不能完全履行、迟延履行或履行不符合约定条件的,受托人应赔偿委托人因此受到的损失,并自行承担一切对外责任。”我国《民法通则》第66条规定“代理人不履行职责而给被代理人造成损失的,应当承担民事责任”。我国《经济合同法》第29条规定:“由于当事人一方的过错造成经济合同不能履行或不能完全履行,由有过错的一方承担违约责任。”第31条规定:“当事人一方违反经济合同的应向对方支付违约金。如果由于违约已给对方造成的经济损失超过违约金的,还应进行赔偿,补偿违约金不足的部分。”第14条规定:“接受定金的一方不履行合同的,应当双倍返还定金。”

根据上述规定,被告没有履行双方的合同,不仅应当返还货款,返还保证金,而且应当支付违约金。由于原告在同被告签订合同后,在外商所供镀锌版到货之前,已对其他单位签订供给一级镀锌版的供货合同。因为被告的原因不能履行,造成了经济损失,被告除支付违约金外,还应进行赔偿,补偿违约金不足的部分。因此原告要求被告返还货款,返还保证金,支付违约金、赔偿金的诉讼

请求是合情、合理、合法的。原告的合法权益应当受到法律的保护。

二、被告的辩解没有任何事实和法律依据。

第一,被告提出“双方在签订代理合同前,已就外商规定的码单进行了确认,码单明确镀锌版的等级为二级品。”首先,被告向原告提供的码单是英文本;被告有义务将其译成中文,并向原告讲明。可被告并未讲明,使原告不明真相。其次,双方的合同规定规格为 $0.3 \sim 2.3 \times 1\,000 \times 1\,830 \sim 2\,000$ 具体规格详见码单,就是说码单只证明镀锌版的规格,而与等级无关。所以在合同上又明确规定等级一级品。至于被告提出的等级栏内的一字不是“一”,而是“一杠”,等级未注明的说法更是无稽之谈。合同白纸黑字,在等级栏内写明一级品,却偏要说是“一杠”,没有注明。如果真是“一杠”,就应划在等级与级品之间的下方,表示可以在上面填字,而不是在中间。如果真是“一杠”,又没有注明,就没有必要写在合同上。被告以这样的理由推卸责任是无济于事的。

第二,被告提出“我公司与外商签订合同后,即将合同副本送交原告,原告并无异议。”更是弥天大谎。按规定被告理应将与其外商的合同副本及时交给原告,可事实上被告并未按规定去做。直到9月30日,原告经理等三人去被告处交涉,再次要求看合同,被告才将合同副本交给原告。原告拿回后,经翻译,才知道合同签的是二级品,而且是两个型号。如果被告的说法是事实,就请被告提供证据,证明何时、何人、何地已将合同副本送交了原告。被告为了推卸责任,采取这种说谎话的做法实不可取。

第三,被告提出:“原告须在一个月内向我公司提供有关商检证明。”这是原告无法实现的。首先,按《对外贸易代理制暂行规定》第18条关于“受托人有义务办理履行进出口合同所需要的各种手续”的规定,商检手续是被告应履行的义务。其次,被告与外商签订的合同没有交给原告,让原告如何进行商检。事实上,是原告的经办人与被告共同去办理的商检手续。商检证明是被告交给

原告的,所以不存在原告向被告提供商检证明的问题。

第四,被告提出“保证金 30 万元人民币是用于支付办理许可证、保险、税款等手续费用的。”这种辩解是无用的。首先,合同规定,所有这些手续费用,由原告支付,而并未注明从原告的保证金中支付。所以原告在 7 月 29 日又交给被告 15 万元人民币税金。其次,合同规定,待货物到港后一周内如迟付货款,被告有权收回货物所有权,并将原告的保证金作为罚金。很显然这 30 万元人民币保证金属于定金,而不是费用款。至于 180 万元人民币,收据已载明是货款,并非被告所称调汇款。

第五,至于被告提出其及时多次向外商索赔,并提出待向外商索赔后,所得赔偿可转付原告的问题。按规定,被告应赔偿原告所受到的损失,并自行承担一切对外责任。所以被告是否及时多次向外商索赔,我不想加以评论,那已成为被告自己的事情,与原告无关,已不存在向外商索赔后,再转付原告的问题了。

从以上几点可以清楚地看到,被告在答辩中提出的种种理由,没有任何事实和法律依据,凭此是无法推卸责任的。

综上所述,被告未履行合同规定的义务,应承担本案的全部责任的事实清楚,证据充分。请法庭依据事实和法律对本案做出公正判决,以维护法律的尊严,维护原告的合法权益。

【作者简介】

赵星奇,男,1958 年 5 月出生,硕士研究生。现任辽宁铭星律师事务所主任,一级律师。