



公司法律简报

2007 年 11 月 15 日(总第 27 期)

注重世界最普遍之法则。瀛海交通于今为盛，凡都邑钜阜，无一非商战之场，而华侨之流寓南洋者，生齿日益繁庶，按国际私法向据其人之本国法办理，如一遇相互之诉讼，彼执大同之成规，我守拘墟之旧习，利害相去不可以道里计。是编为振斯弊，凡能力之差异，买卖之规定，以及利率时效等项，悉采用普通之制，以均彼我而保公平。

原本后出最精确之法理。学术之精进由于学说者半，由于经验者半，推之法律，亦何莫不然？以故各国法律愈出后者最为世人注目，义取规随，自殊剽袭。良以学问乃世界所公，初非一国所独也。是遍关于法人及土地债务诸规，采用各国新制，既原于精确之法理，自无桎梏之虞。

求最适于中国民情之法则。立宪国政治几无不同，而民情风俗一则由于种族之观念，一则由于宗教之支流，则不能强令一致，在泰西大陆尚如此区分，引其为亚欧礼教之殊？人事法缘于民情风俗而生，自不能强行规抚，致貽削趾就履之诮。是编凡亲属婚姻继承等事，除与立宪相背酌量变通外，或本诸经义，或参诸道德，或取诸现行法制，务期整饬风纪，以维持数千年民彝于不蔽。

期于改进上最有利益之法则。文子有言：“君者盘也，民者水也，盘圆水圆，盘方水方。”是知匡时救弊，贵在转移，拘古牵文，无裨治理。中国法制历史大抵稗贩陈编，创制盖寡。即以私法而论，验之社交非无事例，征之条教，反失定衡，改进无从，遑谋统一？是编有鉴于斯，特设债权物权详细之区域，庶几循序渐进，冀收一道同风之益。

主 编：信利律师事务所 章琦律师

主编与投稿邮箱：zq@xinlilaw.com company-lawyer@sohu.com

编者的话：

《公司法律简报》重点介绍公司、外商投资、房产建筑、知识产权、WTO、劳动争议等领域法律动态，旨在传播法律知识，避免法律纠纷，促进共同发展，为中国的法制建设贡献自己的应有之力。

《公司法律简报》对有关法律问题进行的评述，并非本律师正式法律意见。如您需要得到全面的法律帮助并获取详实的法律意见，我们愿意为您提供周到的服务。您如果对《公司法律简报》有任何意见和建议，或对其中的话题感兴趣，请与本律师联系。

导 读

新法解读

- ❖ [解读民事诉讼法修订](#)
- ❖ [解读律师法修订](#)

他山之玉

- ❖ [出口代理纠纷审判实务研究](#)

劳动法研究

- ❖ [服务期——《劳动合同法》解读之四](#)

章律师信箱

- ❖ [我可以要求张三返还 10 万元吗？](#)

联系律师

❖ 解读民事诉讼法修订

2007年2月28日表决通过的全国人大常委会关于修改民事诉讼法的决定，针对民众反映强烈的“申诉难”和“执行难”问题作出了新的规定。

一、公民不服判决，申诉渠道拓展了

法律变化：修改前的民事诉讼法规定了5项可以申请再审的事由，现在把这5项具体化为13项，其中有很多新的拓展，比如，“对审理案件需要的证据，当事人因客观原因不能自行收集，书面申请人民法院调查收集，人民法院未调查收集的”。

解读：好几项规定都是对现行民诉法的突破。比如说，原来特别强调法院中立，一些法官只管审理而不愿积极去调取证据，而民诉法修改后，这将成为当事人申请再审的一个法定理由，将促使法院依法调取证据，查明案件事实，保证案件的公正审理。

二、规定相关期限让当事人减轻诉累

法律变化：修改后的民诉法规定“接受抗诉的人民法院应当在30日内作出再审的裁定”，申请再审期限被延长，原来规定是2年，修改后增加了“二年后据以作出原判决、裁定的法律文书被撤销或者变更，以及发现审判人员在审理该案件时有贪污受贿，徇私舞弊，枉法裁判行为的，自知道或者应当知道之日起三个月内提出”。

解读：抗诉案件的期限规定，更加完善了检察机关的法律监督，并将促进再审案件效率的提高；在2年的申诉期基础上增加两种特指情形，更加完善了再审期间的规定，有利于保护当事人的权利。

三、再审可向上一级法院提起

法律变化：修改后的民诉法明确规定申请再审可向上一级法院提起，并明确了申请时间。

解读：这一点对当事人非常重要。原来民诉法申请再审一般是向原审法院提出，而事实上让原审法院改变自己的判决，毕竟有一定难度和阻力，修改的民诉法给了公民向上级法院申诉的权利。另外，原来再审的审查时间没有规定，有个别案件可能拖得时间很长，造成重复申诉，修改后民诉法规定再审申请书要3个月内审查，必须给当事人一个答复，减少当事人诉累。

四、“法律白条”有望破解，赖账者将被重罚

法律变化：对拒不执行判决的，罚款金额由原来的公民1000元以下，法人3万元以下加重为公民1万元以下，法人30万元以下。被执行人不履行法律文书确定的义务，并有可能隐匿、转移财产的，执行员可以立即采取强制执行措施。

解读：提高处罚将对赖账行为产生震慑，而司法实践中，被执行人转移、隐匿财产以逃避债务，则是造成“执行难”的重要原因之一，这条新的“立即执行”的制度使得执行的成功率更高。

五、“财产报告”制度更加约束赖账者

法律变化：对被执行人未按执行通知履行法律文书确定的义务增加了限制出境、在征信系统记录、通过媒体曝光等处罚措施。这次修改的第17条明确规定“被执行人未按执行通知履行法律文书确定的义务，应当报告当前以及收到执行通知之日前一年的财产情况”。

解读：前几项规定实际上是法院已经在采取的措施，并且已经起到了作用。新的“财产报告制度”，则增加了对赖账者的威慑机制，如果他提供虚假报告或者拒绝报告的，人民法院可以根据情节轻重给被执行人或其法定代理人、有关单位主要负责人和责任人员予以罚款和拘留，将保证执行效果。

此外，修改的民诉法规定了提级执行等举措，并增加财产所在地法院的执行权限，将有利于打破地方保护的禁锢。关于延长申请执行期限的规定，从原来的半年修改为两

年，而且还可以适用中止中断等规定，则使债权人获得救济能力增强。

❖ 解读律师法修订

“会见难”“阅卷难”“调查取证难”等是中国律师在执业中长期存在的难题。2007年10月28日，十届全国人大常委会第三十次会议表决通过的修改后的律师法，专门规定了一些新措施破解律师执业“难题”，更好地改善律师执业环境。

据了解，新修改的律师法中专门列出了“律师的业务和权利、义务”一章，对中国律师在诉讼中的会见、阅卷、调查取证、辩护等权利专门作出了明确规定。

在这部法律的三十三条中除规定了“犯罪嫌疑人被侦查机关第一次讯问或者采取强制措施之日起，受委托的律师凭律师执业证书、律师事务所证明和委托书或者法律援助公函，有权会见犯罪嫌疑人、被告人并了解有关案件情况”外，还特别强调了“律师会见犯罪嫌疑人、被告人，不被监听”，让规定的“会见权”具有了更加实在的内容。

为了更好保障律师的阅卷权利，新修改的律师法第三十四条明确规定：受委托的律师自案件审查起诉之日起，有权查阅、摘抄和复制与案件有关的诉讼文书及案卷材料。受委托的律师自案件被人民法院受理之日起，有权查阅、摘抄和复制与案件有关的所有材料。

与此同时，新修改的律师法还针对原来律师调查取证要“经有关单位或者个人同意”、实践中基本无人同意的实际情况，增加规定：受委托的律师根据案情的需要，可以申请人民检察院、人民法院收集、调取证据或者申请人民法院通知证人出庭作证；律师自行调查取证的，凭律师执业证书和律师事务所证明，可以向有关单位或者个人调查与承办法律事务有关的情况。

一、律师“法庭言论”不受法律追究

新修改的律师法除原则规定“律师担任诉讼代理人或者辩护人的，其辩论或者辩护

的权利依法受到保障”“律师在执业活动中的人身权利不受侵犯”外，还明确规定：律师在法庭上发表的代理、辩护意见不受法律追究。但是，发表危害国家安全、恶意诽谤他人、严重扰乱法庭秩序的言论除外。

新修改的律师法还规定，律师在参与诉讼活动中因涉嫌犯罪被依法决定拘留、逮捕的，拘留、逮捕机关应当在拘留、逮捕实施后的二十四小时内通知该律师的家属、所在的律师事务所以及所属的律师协会。

此外，为了保障在诉讼活动中切实履行“根据事实和法律，提出证明犯罪嫌疑人、被告人无罪、罪轻或者减轻、免除其刑事责任的材料和意见”的职责，律师法在诉讼法有关规定的基礎上，又补充完善了有关律师的会见权、阅卷权和调查取证权等方面的规定。

二、“不被监听”写入法律 律师“会见权”更有保障

据了解，新修改的律师法在明确规定了“犯罪嫌疑人被侦查机关第一次讯问或者采取强制措施之日起，受委托的律师凭律师执业证书、律师事务所证明和委托书或者法律援助公函，有权会见犯罪嫌疑人、被告人并了解有关案件情况”后，又特别补充了“律师会见犯罪嫌疑人、被告人，不被监听”，这让规定的“会见权”具有了更加实在的内容。

此外，在这部法律中还明确规定，律师不得违反规定会见法官、检察官、仲裁员以及其他有关工作人员等。

三、个人律师事务所首次“入法”

新修改的律师法，规定了设立个人律师事务所，除应当具备有自己的名称、住所和章程，有符合国务院司法行政部门规定数额资产等条件外，还规定了设立人应当是具有五年以上执业经历的律师。设立人对律师事务所的债务承担无限责任。

设立个人律师事务所，是国外比较通行的一种做法。但目前我国原有的律师法只规

定了国家出资、合作、合伙三种律师事务所组织形式。据司法部有关负责人介绍，新修改的律师法在借鉴国际经验、充分考虑我国国情的基础上，对律师事务所的组织形式作出了补充规定，并增加了合伙律师事务所类型的规定，明确了普通合伙和特殊合伙（即有限合伙）两种合伙组织形式。

此外，因为合作律师事务所作为过渡形式在我国实践中已经基本消失，律师法中未再保留有关合作律师事务所的规定。而对于国家出资设立的律师事务所，新修改的律师法中则保留了原有的规定，即：依法自主开展律师业务，以该律师事务所的全部资产对其债务承担责任。

四、为律师事务所执业划出八大禁区

修改后的律师法规定：律师事务所有下列行为之一的，由设区的市级或者直辖市的区人民政府司法行政部门视其情节给予警告、停业整顿一个月以上六个月以下的处罚，可以处十万元以下的罚款；有违法所得的，没收违法所得；情节特别严重的，由省、自治区、直辖市人民政府司法行政部门吊销律师事务所执业证书：

- 违反规定接受委托、收取费用的；
- 违反法定程序办理变更名称、负责人、章程、合伙协议、住所、合伙人等重大事项的；
- 从事法律服务以外的经营活动的；
- 以诋毁其他律师事务所、律师或者支付介绍费等不正当手段承揽业务的；
- 违反规定接受有利益冲突的案件的；
- 拒绝履行法律援助义务的；
- 向司法行政部门提供虚假材料或者有其他弄虚作假行为的；
- 对本所律师疏于管理，造成严重后果的。

律师事务所因前款违法行为受到处罚的，对其负责人视情节轻重，给予警告或者处

二万元以下的罚款。

五、律师特许执业制度被保留

新修改的律师法对于律师特许执业制度设定了种种严格的限定条件，除要“具有高等院校本科以上学历”“具有高级职称或者同等专业水平并具有相应的专业法律知识”等限制条件外，还特别限定了要“在法律服务人员紧缺领域从事专业工作满十五年”“经国务院司法行政部门考核合格”等，才能“准予执业。”

据了解，在律师法修订草案二次审议稿时曾提出：“具有高等院校本科以上学历，从事法律研究、教学工作满二十年，具有较高的专业水平的人员，或者从事金融、知识产权、信息技术等工作满二十年，具有较高的专业水平和法律知识的人员，申请律师执业的，经国务院司法行政部门审核同意，准予执业。具体办法由国务院规定。”

对此，有些常委会委员认为不应设立律师特许执业制度，有些常委会委员认为律师特许执业的范围不宜过宽，有些法学研究、教学人员并不一定具备律师执业能力。在十届全国人大常委会第三十次会议分组审议中，又有许多常委会委员对此条规定提出意见。经综合各方意见，草案最终修改为：“具有高等院校本科以上学历，在法律服务人员紧缺领域从事专业工作满十五年，具有高级职称或者同等专业水平并具有相应的专业法律知识的人员，申请专职律师执业的，经国务院司法行政部门考核合格，准予执业。具体办法由国务院规定。”

“对于目前我国律师队伍在诸如知识产权、反倾销、反垄断等高精尖领域缺乏足够的专才情况下，此条规定不仅体现了严把律师队伍‘入口关’的精神，也有一定的现实性和必要性。”中华全国律师协会副会长、北京律师协会会长李大进说。

六、扩大律师保密义务

由于律师具有知悉委托人有关情况的执业便利，对此新修改的律师法除规定“律师应当保守在执业活动中知悉的国家秘密、商业秘密，不得泄露当事人的隐私”外，还特

别规定：“律师对在执业活动中知悉的委托人和其他人不愿泄露的情况和信息，应当予以保密。但是，委托人或者其他准备或者正在实施的危害国家安全、公共安全以及其他严重危害他人人身、财产安全的犯罪事实和信息除外。”

此前律师法关于律师的保密义务规定为：“律师应当保守在执业活动中知悉的国家秘密和当事人的商业秘密，不得泄露当事人的隐私。”

对律师法的上述修改，全国人大内务司法委员会认为：“这些规定较好地解决了律师为委托人保密与维护国家利益、公共利益和他人利益的矛盾，也与现行法律关于公民作证义务的规定相衔接。”



他山之玉

❖ 出口代理纠纷审判实务研究

本文从出口代理纠纷的审判实务出发，就出口代理与连环买卖的甄别、以收汇为付款条件的条款的效力、“外贸掮客”的法律地位以及外贸企业是否尽到代理义务的尺度把握等问题进行了探讨。文章认为，在认定法律关系的性质时，应当综合考虑各种要素，并力求从合同的约定与签约的过程中探寻当事人的真意。对于以收汇为付款条件的条款，在买卖合同情况下，应认定为无效格式条款。对于外贸掮客，应视不同案情作不同区分。文章最后还就衡量外贸企业是否尽到了代理人职责提出可操作性的标准。

一、当前出口代理纠纷的主要法律难点

1、法律关系性质的认定。在出口代理纠纷案件中，当事人争议最多、最大的问题在于国内供货商、外贸企业以及外商之间法律关系的性质究竟为代理还是连环买卖。据不完全统计，这类纠纷占全部外贸出口代理纠纷的 1/3。由于这两种法律关系的法律后果完

全不同，因此区分代理还是连环买卖的法律性质就显得尤为重要。根据代理关系，代理人的代理行为，对于被代理人具有约束力，由于第三人的原因对被代理人不履行义务的，被代理人应直接向第三人行使权利。同样，代理人因被代理人的原因对第三人不履行义务的，第三人也可以直接追究被代理人的责任。因此，一旦货物出口后，外商未付或拒付货款，供货商无权要求出口商付款。而在连环买卖中，前一买卖与后一买卖是相互独立的合同，每一买卖的当事人可以也必须根据合同的相对性，向直接的买方或卖方主张权利，承担责任。因此货物出口后，即使外商未付或拒付货款，出口商也必须根据其供货商的合同约定向供货商支付货款。

2、合同条款效力的认定。在外贸实践中，供货商与外贸企业的合同中往往存在以收汇作为付款条件的条款，即约定外贸企业只有在收到外商付款之后，才有义务向供货商付款，一旦外商拒绝付款，外贸企业也有权拒绝向供货商付款。如前所述，出口代理纠纷大多为货物出口后未收到外商货款而国内供货商请求付款，因此这一条款是否有效将直接影响大多数出口代理纠纷的判决结果。而这一条款的法律效力与前述法律关系的性质的认定又是紧密相连的。

3、法律关系当事人的认定。在外贸实践中，常常有一些个人或企业穿梭于国内供货商与外贸企业之间，或促成两者直接达成交易收取佣金，或收购供货商货物再委托外贸企业出口赚取差价，这些人俗称“外贸掮客”。由于外贸掮客的存在，外贸出口的法律关系变得更为复杂，国内供货商往往主张外贸掮客为外贸企业的委托代理人或履行辅助人，要求外贸企业对外贸掮客的民事行为承担法律责任，而外贸企业则主张外贸掮客为国内供货商或外商的委托代理人或辅助人，认为外贸企业与国内供货商为委托代理关系，不对外贸掮客的法律行为承担责任。因此，确定外贸掮客的法律地位对于理清出口代理的法律关系和决定当事人法律责任的承担具有重要的意义。

4、外贸企业代理义务的认定。在出口代理纠纷案件中，如何认定外贸企业是否尽到

专业代理人的义务也是当事人经常争议的问题。外贸企业如果未尽到应尽的代理人义务,即便法律关系的性质为代理,其仍应向国内供货商承担相应的赔偿责任。因而厘清外贸企业的代理义务的范围,把握好是否尽到代理人义务的尺度,也是需要研究的问题之一。

二、出口代理与连环买卖的法律性质辨别

(一)区分出口代理与连环买卖应当考虑的因素

典型的代理是指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,被代理人对代理人的代理行为,承担民事责任。代理人以谁的名义对外为民事法律行为,通常被视为代理和连环买卖的最为重要的区别。在代理中,代理人是以被代理人的名义为被代理人的利益从事民事活动。而在连环买卖中,中间商是以自己的名义与后一买卖的卖方或买方签订合同,进行交易。但是在外贸实践中,外贸企业基本是以自己的名义与外商签订进出口合同,而根据《关于对外贸易代理制的暂行规定》,即便外贸企业系以自己的名义对外签订合同,其法律后果也可由国内供货商承担,即也可以认定为代理关系。这一规定突破了我国传统的显名代理的概念。1998年颁布的我国《合同法》进一步吸收大陆法系隐名代理和英美法系“不公开代理”的原理,在第402条和403条规定,以自己的名义与他人进行民事行为同样可以认定为代理。这就使得根据“代理人是否以被代理人的名义为法律行为”这一标准来判断各方是否为代理关系变得不可靠。即便代理人以自己的名义对外为法律行为,也可认定为代理关系。因此,在出口代理纠纷案件中,区分出口代理与连环买卖还得考虑其他的因素。

1、国内供货商与外贸企业合同的名称。合同名称本身就是合同主体自己对于合同性质的界定,因此合同名称究竟为买卖、购销还是代理是判断合同性质的重要因素之一。不过,在外贸实践中,有时合同的名称本身就互相矛盾,如写明为购销合同,但括号中注明为代理合同;还有的名称很难直接判断其性质,如要货合同、代购销合同等,这些合同必须考虑其他的因素。

2、付款条件、责任承担与纠纷解决。根据代理的法律效果，外贸企业由于外商的原因不履行对国内供货商的义务的，国内供货商应直接或通过外贸企业，追究外商的责任。同样，外贸企业由于供货商的原因对外商不履行义务的，其法律责任应由供货商承担。因此，供货商与外贸企业的合同中若约定有“外商未付款的，外贸企业可以拒绝向国内供货商付款”，或者“供货商提供的货物有质量问题的，供货商应向外商承担责任”诸如此类条款的，应是认定双方为代理法律关系的有利证据。但是，仅仅约定出口货物的质量由供货商负责之类的条款还不足以证明双方的法律关系为代理，因为在连环买卖中，同样可以对后环买卖出现的质量问题在前环买卖中进行约定。

3、代理费。在典型代理中，代理人收取的是代理费，而在连环买卖中，中间商获取的是前后买卖的差价，若合同约定了代理费，则可以将其作为认定代理关系的因素之一。但是在外贸出口实务中，外贸企业通常并不是赚取以出口货物价值百分比计算的代理费，在外贸企业与供货企业的合同中，往往也不出现代理费的字样及其计算方法。外贸企业一般是根据供货企业向其开具的增值税发票和外商的付汇水单办理出口退税，从中获益。由于从出口退税中获益既可理解为连环买卖中的差价也可理解为一种特殊的代理费形式，因此不能仅仅根据外贸企业的这种获益方式判断外贸企业与供货企业双方合同的法律性质。

4、合同签订的过程。外商先与国内供货商联系洽谈，而后再找到外贸企业办理出口，则倾向于认定为出口代理关系；如外商系外贸企业联系，或外贸企业先与国内供货商联系再联系外商，则倾向于认定为买卖关系。有关出口货物的种类、数量、价格、包装等事项系由国内供货商与外商直接商定的，则倾向于认定为出口代理；如系外贸企业与外商、外贸企业与国内供货商之间分别商定的，则倾向于认定为买卖关系。

5、合同性质的特别约定。合同双方若对合同性质有特别约定的，该特别约定应是考虑合同性质的重要因素之一。

(二)辨别遵循的原则

1、综合考虑原则。以上这些因素，应当综合考虑、判断，不能在未考虑其他因素的情况下，仅仅依据其中某一或若干因素认定法律关系性质为代理或买卖。例如，不能仅仅根据合同的名称来认定合同的性质，因为合同的名与实可能是不一致的，在不一致的情况下，还应当根据合同的实质来认定。也不能根据合同约定有“以收汇为外贸企业付款条件”的条款即认定合同为代理性质。同样，合同签订过程也不具有当然的决定性，只有在考虑其他因素无法判断合同性质的情况下，可以依其探究当事人合同的真意。

2、追求真意原则。综合考虑的目的应当是探求当事人的真实意思表示。在各种因素均可视为代理或买卖特征或者具有买卖特征的因素与具有代理特征的因素势均力敌时，合同中有特别约定的，原则上应当从特别约定。例如合同名称虽冠以买卖合同，但在合同主文中又明确载明该合同为代理合同的，应当尊重当事人的特别约定。合同没有特别约定的，应当根据合同订立的过程来探求当事人的真意。在无法根据签约过程判断的情况下，只有根据合同的名称确定当事人的法律关系。

三、以收汇作为付款条件的条款的效力

(一)实践中不同观点及其分析

对于以收汇作为付款条件的条款的效力，实践中存在以下几种不同意见。一种观点认为，外贸企业的付款应以外商的付款为条件这一条款更符合代理的法律性质，因此应认定双方为代理关系，该条款为有效。第二种观点认为，该条款使得付款时间不确定，因此属于付款时间约定不明，应当根据合同法第六十一条、六十二条的规定，由双方当事人协议补充；不能达成补充协议的，按照合同有关条款或者交易习惯确定。仍不能确定的，供货商可以随时要求外贸企业履行，但应当给予对方必要的准备时间。第三种观点认为，即便合同的性质被认定是买卖，该约定也是一种附条件的行为，符合双方当事人的真实意思表示，也应当认定为有效。第四种观点认为，应当首先认定合同的性质，

并根据合同的不同性质对该条款效力作出不同的认定：认定合同性质为代理的，则该条款为有效；认定合同性质为买卖的，则该条款属于显示公平，应为可撤销。

如前所述，认定法律关系是否为代理，应当综合各种因素，探求当事人真意。不能仅仅根据合同中有“以收汇为付款条件”的条款，就认定合同为代理关系，因此第一种观点过于绝对。第二种观点认为该条款属于付款时间约定不明，这也不确切。该约定系附条件法律行为。条件的本质特征就是法律行为发生效力所依据的那个情况具有不确定性，不能因为存在不确定性就认为付款时间约定不明。第三种观点认定该条款为附条件法律行为并无不当，但认为该条款属于双方当事人的真实意思表示，却值得商榷，下文将详述。第四种观点根据合同的不同性质区别对待，对此笔者持赞同意见，但是认为在合同性质为买卖的情况下该条款属于可撤销条款，则没有平衡好供货商与外贸企业之间的利益关系。根据我国合同法的规定，撤销合同条款必须由受损害一方请求人民法院或仲裁机构作出，并且具有撤销权的当事人应当自知道或者应当知道撤销事由之日起一年内行使。但在实践中，供货商一般未以此主张，而是直接主张该条款无效；而且在主张时大多已经过了一年的除斥期间。笔者认为，要求在一年除斥期间内提出撤销请求对于供货商有些苛刻。因为虽然知道该条款显示公平，但在出口业务进展顺利，收汇正常的情况下，供货商就该条款提起诉讼，将破坏其与外贸企业的良好合作，这是供货商所不愿意的。在外汇无法收取，双方发生争议直至诉讼，则大多要超过一年除斥期间。而且，如下文所述，在认定合同性质为买卖的情况下，该条款应属于无效条款，要求供货商提出撤销请求不利于保护其合法权益。

（二）我们的观点

笔者认为应区分法律关系的性质来认定该条款的效力：法律关系性质为代理的，该条款有效；法律性质为买卖的，该条款属于有违公平原则的格式条款，应为无效。

所谓格式条款是指当事人为了重复使用而预先拟定，并在订立合同时未与对方协商的条

款。根据这一概念，“预先拟定”通常被视为格式条款的特征之一，但是，一些合同或条款，纵非预先拟定，而是为了每一具体契约之缔结所“撰写”，也并不就抹煞其作为格式条款的性质。判断格式合同或格式条款的最主要的标准在于其是否在客观上重复使用，其次是否未与对方协商。只要符合上述标准，即便其系每次印出甚或抄写，仍可认定为格式条款。

在外贸实践中，以收汇作为付款条件，基本已成为行业通用的条款。即便名称为买卖、购销的合同，通常也都含有此类条款，因此可以认为该条款在客观上是重复使用的。同时，当前的外贸现状是外贸企业处于强势地位，供货商为了做业务，只能选择接受该类条款。在此类条款已基本成为行业惯例的情况下，供货商拒绝接受，就意味着退出这一市场。因此此类条款并非双方自愿协商，供货商选择的结果。为平衡供货商与外贸企业之间经济力量上的不平衡，应当对于此类条款的效力进行必要的规制。

我国《合同法》对于格式条款的规制主要体现在第 39 条第 1 款和第四十条。前款规定：“采用格式条款订立合同的，提供格式条款的一方应当遵循公平原则确定当事人之间的权利和义务，并采取合理的方式提请对方注意免除或者限制其责任的条款，按照对方的要求，对该条款予以说明。”后条规定：“格式条款具有本法第 52 条和第 53 条规定情形的，或者提供格式条款一方免除其责任、加重对方责任、排除对方主要权利的，该条款无效。”对于此两条法律条款，实践中有一种观点认为，这两条存在矛盾：如果“免除其责任、加重对方责任、排除对方主要权利”的格式条款一律无效，则第 39 条“提请对方注意免除或者限制其责任的条款，按照对方的要求，对该条款予以说明”的规定就没有任何意义——提示不提示、说明不说明，该条款本身都无效，提示和说明就纯属多余。笔者认为，对于此两条规定应运用体系解释的方法来理解，即免责或限责条款并非一律无效，如果提供格式条款的一方遵循公平原则确定当事人之间的权利和义务，并采取合理的方式提请对方注意免除或者限制其责任的条款，按照对方的要求，对该条款

予以说明，则该条款仍然有效。在合同性质为买卖的情况下，约定以收汇作为付款条件实质是在一定程度上免除或限制外贸企业的责任，因此，其是否有效必须符合以下两个条件：一、程序要求，即外贸企业已经采取合理的方式提请供货商注意该条款，按照对方的要求，对该条款予以说明。二、实质要求，即该条款权利义务内容的确定符合公平的原则。姑且不论外贸企业在程序上是否尽到了提示和说明的义务，单从实质上看，在买卖合同中约定外商付款后买方再付款明显属于恶意规避合同风险，有违公平，应认定为无效。

四、“外贸掮客”的法律地位及其对法律关系的影响

外贸掮客的法律地位并没有统一的模式，确定其法律地位必须根据不同的案情做不同的区分。大致上，外贸掮客的法律地位有以下三种：

（一）视为外贸企业或国内供货商的委托代理人

当外贸掮客以外贸企业或国内供货商的名义与对方为签订合同等法律行为时，对方有理由相信外贸掮客有权代理外贸企业或国内供货商的，应根据表见代理的法律规定视外贸掮客为外贸企业或国内供货商的委托代理人。即便外贸企业或国内供货商并没有在相关合同或文书上盖章，如果有其他的证据表明对方有理由相信外贸掮客代理外贸企业或国内供货商的，该合同仍可直接约束国内供货商与外贸企业。在实践中，外贸掮客更多的是以外贸企业的委托代理人身份出现。当前的外贸掮客多为从外贸企业中跳槽出来“单干”的业务员或外商驻国内的代表，他们掌握着订单资源，又熟知出口的规则与风险，而外贸企业由于管理上的漏洞，又急于完成业务指标，往往听从外贸掮客的吩咐，出借外贸企业的名义。国内供货商则出于对外贸企业的信任与外贸企业进行交易，一旦合同履行发生纠纷，外贸企业应对此承担法律责任。

（二）为外贸企业的委托方

当外贸企业实际系受外贸掮客的委托与国内供货商签订合同时，外贸企业实为外贸

掮客的受托人。在外贸实践中，有时外贸掮客既委托外贸企业与国内供货商签订收购或代理合同，又委托外贸企业与外商签订出口合同。当然，外贸企业是否系受外贸掮客的委托与国内供货商签订合同，应当由外贸企业举证。

当外贸企业受外贸掮客的委托后，以自己的名义与国内供货商签订合同时(这是通常情形，外贸企业基本没有以外贸掮客的名义与国内供货商签订合同)，国内供货商、外贸企业以及外贸掮客之间的法律关系应当根据我国《合同法》第 402 条、403 条的规定处理。

1、国内供货商在签订合同时知道外贸企业系受外贸掮客的委托的，该合同直接约束国内供货商和外贸掮客，但有确认证据证明该合同只约束国内供货商和外贸企业的除外。而国内供货商在签订合同时是否知道外贸企业系受外贸掮客委托，应当由外贸企业负举证责任。

2、国内供货商在签订合同时不知道外贸企业与外贸掮客的法律关系的，若外商未付货款时，国内供货商有权选择外贸企业或者外贸掮客作为相对人主张其权利，但国内供货商不得变更选定的相对人。

(三) 视为外贸企业或外商的履行辅助人

当外贸掮客并不以合同一方当事人的名义签订合同，而仅是在外贸企业与国内供货商的合同上注明由外贸掮客验货，按外贸掮客的技术要求生产，或在履行中，实际由外贸掮客收货、验货的，一般仅能视外贸掮客为外贸企业或外商的履行辅助人，其法律责任仍应当根据合同为买卖或代理的性质，确定由外贸企业或外商承担。不能根据合同履行条款或实际履行中有外贸企业之外的第三人而认定该合同为代理合同，因为在连环买卖中，也可约定或实际由下家提供生产标准，进行验货，直接收货，等等。这些条款和行为并非连环买卖和代理合同的本质区别。在上述情形下，也不能仅仅依此认定外贸企业系受外贸掮客的受托方，外贸企业是否受外贸掮客的委托还应当依据该双方的合同或其他证据予以认定。

五、对外贸企业是否尽到专业代理人义务的尺度掌握

当外贸企业代理出口后未收到款时，作为专业代理人的外贸企业并非必然免责，而要视其是否尽到了应尽的专业代理人的义务。衡量外贸企业是否尽到了代理人职责，进而是否应就货款风险向国内供货商承担赔偿责任，需从以下几方面考察：

1、是否全面履行了出口代理合同约定的义务。外贸企业如不履行或不适当履行合同义务，并与委托方未收到货款有一定联系的，外贸企业就应当承担相应的责任，责任的大小应结合外贸企业违约情节、过错大小、因果关系程度等因素综合考察。

2、是否尽到了应尽的代理人责任。作为专业代理人的外贸企业在代理过程中的义务内容不限于合同写明的内容(外贸企业在起草合同时亦常规避自身责任)，还应根据代理制度的基本原则??即代理人是否将受托的事务当作自己的事务来关心和办理的最大诚信原则来判断外贸企业是否以委托人的利益为重，履行了代理职责。如果外贸企业未尽到对委托人利益的最大关注义务，给委托人造成损失同样应承担赔偿责任。

实践中，衡量外贸企业在代理出口中是否有过错及过错大小，可从以下几方面来审查：

(1)外贸企业是否履行了与外商订立的外销合同的义务。由于外贸企业自身原因未履行外销合同义务导致外商不付款，外贸企业应对国内供货商承担赔偿责任。(2)外贸企业是否亲自办理出口及履行了必要的单证审查。(3)如外商系非信用证形式付款，外贸企业是否对国内委托方提示了风险和必要的协助控制风险。(4)货款未收回，在委托方提供必要的资金支持的情况下，外贸企业是否积极履行了对外催讨货款和起诉的义务。

(作者：林晓镍、徐子良，转引自上海二中院网站)

❖ 服务期——《劳动合同法》解读之四

服务期是指劳动者与用人单位约定的劳动者必须为用人单位提供服务的期限。服务期可以长于劳动合同的期限，只要是双方的真实意思表示并通过合同固定下来，则对双方均具有约束力。

劳动合同中服务期条款主要的内容包括三个部分：一为服务期限，即劳动者应为用人单位提供的服务时间；二为用人单位就服务期限应对劳动者提供的培训及其他额外福利待遇；三为劳动者违约应承担的违约责任。目前实际处理中主要的争议在于后两项。

《劳动合同法》第二十二条规定：用人单位为劳动者提供专项培训费用，对其进行专业技术培训的，可以与该劳动者订立协议，约定服务期。劳动者违反服务期约定的，应当按照约定向用人单位支付违约金。违约金的数额不得超过用人单位提供的培训费用。用人单位要求劳动者支付的违约金不得超过服务期尚未履行部分所应分摊的培训费用。用人单位与劳动者约定服务期的，不影响按正常的工资调整机制提高劳动者在服务期期间的劳动报酬。

约定培训、服务期应注意以下问题：

1. 从《劳动合同法》的上述规定分析，用人单位对劳动者的培训义务和劳动者为用人单位履行的服务期义务是相对应的，该规定同时考虑到用人单位和劳动者的利益。

2. 实际上，哪些培训费用可以约定服务期？哪些培训费用不能约定服务期？这是用人单位和劳动者共同关心的问题。

3. 按照国家规定，用人单位必须按本单位工资总额的一定比例提取培训费用，用于对劳动者的职业培训。用人单位使用法定培训费用对劳动者进行职业培训，不能作为与劳动者约定服务期的条件。

4. 对用人单位来说，只有在用人单位按国家规定必须按照本单位工资总额的一定比例提取培训费用，用于对劳动者的职业培训之外，又专门拨出经费，为劳动者提供特定

项目的专门培训的情况下，用人单位才可以与劳动者约定服务期。

5. 对劳动者来说，如果所在单位拿出专门资金对其进行培训，劳动者就有义务向单位作出自己更多的贡献，双方对此既然有约定，双方就应当遵守约定。劳动者违反服务期约定的，应当按照约定向用人单位支付违约金。

6. 法律对劳动者违反培训服务期约定向用人单位承担支付违约金的数额是有规定的，即约定违反服务期违约金的数额不得超过用人单位提供的培训费用；违约时，劳动者所支付的违约金不得超过服务期尚未履行部分所应分摊的培训费用。其实这是对用人单位的培训费用的一种赔偿。根据《劳动合同法》的规定，用人单位如要求劳动者履行服务期则必须先期专门拨出经费，为劳动者提供特定项目的专门培训或向劳动者提供相关的额外福利待遇，而此时如果劳动者提前解除合同，对于违约金的计算一般按服务期等分金额，以劳动者已履行的合同期限递减支付，即如约定服务期为 6 年违约金 6 万，劳动者工作 3 年后要求解除合同，则应承担 3 万元的违约金。

7. 在现实生活中，一些用人单位往往约定的服务期限长于劳动合同期限，其目的就是为了掌握续签合同的主动权。但必须注意的是，用人单位约定服务期或者强制性地续签剩余服务期的劳动合同，一个重要的前提条件，就是其专门出资培训了劳动者或者向劳动者提供了特殊待遇。

✉ 章律师信箱

❖ 我可以要求张三返还 10 万元吗？

2004 年朋友张三邀我投资甲有限公司，声称 2 年便可收回成本。2004 年底我交给张三 10 万元作为投资款，但没有书面和口头的出资协议。2005 年公司成立，张三任法定代表人。我投资后因为没有拿到凭据，连收条都没有，便向张三索要，两个月后，张三出

具了一份叫“出资证明”的凭据，内容为：“收到---（我）交来投资甲有限公司股金人民币 10 万元，交款时间为 2004 年 12 月 1 日”落款是：“经手人：张三，2005 年 4 月”，但没有盖公司公章。后去查工商登记的股东名册和公司章程都无我的名份，我也无权股东权利，我便要求退股还款但被拒绝。2007 年上半年张三告诉我公司全部股权已转让给一个股东了，因为经营不善，严重亏损，说是只能按暗股分配 1 万元给我了，也就是我亏了 9 万。请问，我这是暗股吗？我可以要求张三返还 10 万元吗？

根据你介绍的情况，简要回答如下：

1、法律上没有所谓“暗股”的概念。

2、本案的关键在于 10 万元的定性。如果 10 万元属于股东投资款，根据公司资本维持的原则，则你的股权只能对外转让，而不能退股。如果 10 万元属于投资借款，则你完全可以主张要回这 10 万元。

3、作为股东投资款，一般要满足以下条件：

- （1）公司章程、股东名册等文件中都能反映你的股东身份；
- （2）你作为股东在公司营运中充分行使了股东权利，享有了股东权益。
- （3）公司的其他股东均确认了你的股东身份。

从你介绍的情况看，尚未达到上述条件，所以应认定为一般投资借款，你可以随时向公司及张三主张要回 10 万元。



联系律师：



信利律师事务所

北京 上海 广州

C & I PARTNERS

深圳 青岛 新加坡

章

琦

律师 法学硕士

上海分所：中国上海浦东南路 256 号华夏银行大厦 602 室 邮编：200120

电话：(8621)63518888-859 传真：(8621)63503008

手机：13817713185

E-mail: zq@xinlilaw.com

—— END ——