

# 我国外贸间接代理若干法律问题研究

朱崇实 邓德雄

**摘要** 实行外贸代理制是我国外贸体制改革的主要内容,建立完善的外贸代理法律制度是改革的关键。我国现行的外贸代理立法存在诸多的矛盾与冲突。解决问题的根本出路在于打破我国现行立法所设立的“外贸经营权”与“外贸缔约权”的恒等关系,而代之以有无外贸业务决定企业有无外贸缔约权,从而建立规范的外贸许可制和外贸代理制。

**关键词** 外贸代理制 立法 法律调整

党的十五大明确指出我国外贸体制改革的主要方向是实行外贸代理制。改革成功与否的一个标志是能否通过立法实现制度创新。多年来,我国在外贸代理立法上进行了不断的探索,但是收效甚微。究其原因何在?本文拟就此提出若干思考。

## 一、我国外贸代理制与我国民法代理制之间的矛盾及由此引发的相关问题

1991年8月29日,我国对外经济贸易部发布了《关于对外贸易代理制的暂行规定》(下称《暂行规定》),以专门调整由我国有外贸经营权的公司企业代理另一有外贸经营权的公司企业或国内无外贸经营权的公司企业、其他组织和个人,以自己的名义对外签定进出口合同,由此产生的合同责任归由代理人直接承担,代理人再根据委托合同将其转致本人间接承担的代理关系。《暂行规定》主要是为解决国内组织和个人无外贸经营权问题而设,它虽以部门规章的形式表现出来,但在实践中却对我国《民法通则》起了很大的补充作用。然而,无论从理论上还是实践上看,这一立法都是困惑重重,与我国现行的其他法律存在大量的矛盾与冲突。特别是与《民法通则》相抵触,因而极大地减弱了《暂行规定》的效力。

按照我国《民法通则》的规定,我国民法上的代理是指当事人一方依代理权,以他方名义向相对人实施意思表示或者向相对人受领意思表示,而意思表示的效果却归属于该他方的民事法律行为。<sup>①</sup>一项民事法律行为要构成我国民法上的代理须具备以下要求:(1)必须以许可代理行为为标的;(2)必须依代理权为民事法律行为;(3)须向相对人实施或受领意思表示;(4)必须以本人名义实施法律行为;(5)代理的法律后果直接归属于本人。因此我国民法上的代理是一种显名的直接代理。

而由我国《暂行规定》所调整的外贸代理应当说是大陆法系中的间接代理。<sup>②</sup>依大陆法,间接代理是指代理人以自己的名义,既不表明自己代理人身份,亦不表明本人身份,与第三人签

定合同,由此产生的合同责任直接由代理人承担,代理人承担责任后,再将其转移给本人承担的一种代理。在间接代理中,本人不能直接向第三人主张权利,第三人亦然,本人在此与第三人无直接的合同关系(privity of contract)。实质上,这种间接代理属于债权债务的转移,大陆法系不将其作为代理关系处理,而将其作为行纪关系来处理。<sup>③</sup>它与直接代理的最大区别在于:(1)代理人以自己的名义向相对人实施意思表示或受领相对人的意思表示;(2)代理的法律后果直接由代理人承担,代理人承担后,再依委托合同将其转移给本人承担;(3)在合同表现为两个合同关系,即本人与代理人之间的委托合同以及代理人与第三人之间的民事合同,其中委托人只是委托合同的一方主体,而在直接代理中委托人既是委托合同的主体而且更主要的是其与第三人存在直接民事合同关系。

这样显然就在我国的外贸代理制与我国民法上的代理制度之间产生了矛盾,这一矛盾主要表现在我国外贸间接代理制与民法代理制之间的相互区别上。正因为这一矛盾,再加上我国外贸代理立法的表现形式与民法上代理立法的表现形式不同,我国外贸间接代理立法的效力问题以及审理外贸代理纠纷的法律适用问题也必然会同时发生,而且这两个问题是相互联系的。就法律的表现形式来讲,我国《暂行规定》属于部门规章这一层次,因此,在我国相关立法对两者的效力进行协调之前,民法代理制的效力优先于间接代理制的效力,相应地,在法的适用上《民法通则》的效力优于《暂行规定》。由于两者之间存在的矛盾,从而在实际上大大地减弱了《暂行规定》的效力。

## 二、我国外贸代理制与合同法理论以及我国合同立法相悖

如果从代理的内外部关系来讲,我国外贸代理关系表现为这样两组民事法律关系:一是我国外贸公司(代理人)与国内其他有外贸经营权的公司企业之间或与国内无外贸经营权的公司企业、其他组织和个人之间的委托合同关系,我们称之为代理之内部关系;二是这一内部关系之双方当事人与“外商”(第三人)之间的进出口合同关系(名义上只表现为代理人与外商之间的进出口合同关系),我们称之为代理之外部关系。按照买卖合同理论,缔约主体必须具备缔约能力(包括权利能力和行为能力,且对法人来讲,权力能力和行为能力相统一)。我国涉外经济合同法也明确要求我国涉外买卖合同双方当事人首先得具备法律规定的缔约主体资格,其中我国一方当事人必须为有外贸经营权的公司企业。显然,《暂行规定》已充分考虑到这一合同关系双方当事人之适格问题。再按照委托代理合同理论,所有签定或代为签定合同的代理人(包括有法定代理人授权之代理人)均要得到委托人之委托或至少客观环境能表明这一委托关系方取得缔约能力。当事人不得通过委托代理人以完成他们本身没有权力和能力完成的事项,或说当事人不能通过代理人来扩大其缔约能力。<sup>④</sup>而根据我国《暂行规定》,我国不具备外贸经营权的国内公司企业、其他组织和个人却能成为该类委托合同中的委托人。显然,这类委托合同有重大瑕疵。

另外,在大陆法系,间接代理属债权债务之转移,按行纪关系来处理。按照我国《民法通则》第91条之规定,合同当事人之间的债权债务转移需要对方当事人的同意。退一步讲,即使《民法通则》要求债权转移得通过合同对方当事人同意这一规定有其缺陷,但一般来讲,债务转移须经对方当事人同意自不待言。而在间接代理中,一般不发生相对方同意问题。由于我国未

设行纪制度,《暂行规定》避开债的转移须经对方同意,这一作法其效力值得怀疑。再者,由于国内无外贸经营权的组织和个人在缔约能力上有欠缺,从而引起委托合同存在瑕疵,即使合同转移之上述条件不存在,委托人从代理人处受让涉外买卖合同权利义务的合理性也值得怀疑。

### 三、我国现有外贸代理立法适用范围的局限

从适用于我国外贸业的现行代理制度来讲,我国的这一代理制度由两个部分组成:一部分是民法上显名的直接代理制度,另一部分是我国的《暂行规定》所调整的间接代理制。而在大陆法系,直接代理除了包括显名的直接代理外,还包括代理人仅表明其代理人身份,但不表明本人身份,与第三人签订合同,由此产生的责任由本人直接承担的代理,我们称之为隐名的直接代理。笔者认为,我国对外贸易中真正可能出现问题且无法律规定的是隐名的直接代理。目前在这种代理及合同责任的归属上,无论是英美法系还是大陆法系甚或国际立法,对其进行的法律规定可以说已达到空前的统一。<sup>⑤</sup>而我国目前无论是《民法通则》还是《暂行规定》对此都未作任何规定,更谈不上承认这一制度。也就是说,“外商”与我国本人之代理人签订合同时或事后,即使他有充分理由判断该代理人实际上代理本人或即使代理人也以某种方式表明自己是代理人,而且也明确告知本人的身份,“外商”也只得充耳不闻,权当其为间接代理,出了问题就直接找代理人。在这种情况下,代理关系三方当事人权利义务之失衡是很明显的,而且往往加大商事风险。

如果从代理关系之外部关系来讲,我国外贸间接代理关系之外部关系仅为以外商为第三人的进出口合同关系,由此,我国国内无外贸经营权的组织和个人不得成为外贸代理关系之第三人。也即以我国国内无外贸经营权的组织和个人为第三人,以“外商”为本人的外贸代理关系无法律上的依据。随着我国对外贸易交往的加深,对外贸易代理中,以“外商”为本人,以国内有外贸经营权的公司企业为代理人,国内无外贸经营权的公司企业及其他组织和个人为第三人的这一类代理关系必将会产生,客观上也已实际存在。在这种情况下,要真正做到有法可依,充其量只能采取这样一组双重代理:即以“外商”为本人,以国内一外贸公司企业为其代理人与代理国内无外贸经营权的公司企业、其他组织和个人之另一外贸公司签定进出口合同。在这一双重代理中,有“外商”及其代理人及国内无外贸经营权之组织和个人之代理人共同构成可由我国《民法通则》调整的显名的直接代理,又有由“外商”、国内无外贸经营权之组织和个人及其代理人共同构成由《暂行规定》所调整的间接代理关系。<sup>⑥</sup>“外商”在前一代理关系中为本人,在后一代理关系中则为第三人。可想而知,在没有明确的法律规定的情况下,国内无外贸经营权的组织和个人要通过代理来开展其对外贸易业务、提高经济效益是如何之艰难。同样,可以想象“外商”在考虑委托我国国内外贸公司向我国国内无外贸经营权的第三人购买或销售产品时的那种彷徨和无助。况且,从涉外代理关系适用之准据法来讲,由于代理人为我国贸易公司,按目前国际上通行做法,这类代理关系应依我国法,这样,导致无法可依或依别国法(如法院所在国等)就不足为奇了。其结果是我国外贸公司干脆拒绝担任这类代理关系中的代理人,因而不利于我国相关代理业务的开展。

由此可见,将我国外贸代理立法(包括民法上之代理立法)局限于一定的范围,是我国代理立法的一个重大缺陷。我国的《民法通则》和《暂行规定》均只能规范一部分代理关系。

## 四、根据我国外贸间接代理立法而开展的 对外贸易代理实践中的困惑

在一定程度上可以这么说,我国外贸代理立法源于我国对外贸易的实践,是实践做法的法律化。有人曾高度赞扬这种立法的作用。笔者并不否认这种作法在实践中的作用,但我们也不得不承认其作用有很大的局限性。从长远来看,这一制度必然重新束缚我国外贸企业的手脚,制约我国外贸业务的开展。

首先,我国外贸代理制是一种间接代理制,这等于是将我国大部分外贸代理纳入行纪的范畴。但是,行纪制度运用于外贸行业有很大的缺陷。大陆法系行纪制度普遍要求行纪人必须具备特殊身份,凡依法登记专门从事行纪营业的主体,一般都是以代理为营业的专门代理商,如经纪人、行纪人、承销商、拍卖商等。<sup>⑤</sup>如果将行纪关系普遍运用于我国外贸行业,必将造成我国外贸企业运转不灵。总的来看,我们不能在对外贸易领域过多地、过于普遍地扩大行纪制度的作用,相反,在我国引入该制度的过程中,有必要使其专门化,并通过立法明确其主体、行为范围及其具体运作。

其次,在外贸代理中,代理关系各方当事人权责不平衡。我国外贸间接代理中,代理人与本人权、责之不平衡是极为明显的,代理人承担过重责任的现象经常发生。其结果之一是,代理人不得不在进出口合同中设置“自我保护性条款”。例如,外贸公司甲代理无外贸经营权的乙公司向外商丙购买一批货物,甲公司为了免受其责任过重而引起的损失,建议在合同中约定:“到货验收后四十五天内由乙公司将货款汇给甲公司甲扣除手续费1%后在十天内将款汇到丙公司银行帐户上。”这是一项“自我保护性条款”。但这种条款只有在乙和丙之间直接达成协议的情况下,丙才能接受,否则,甲公司这一建议一般很难得到采纳。但《暂行规定》是不允许无外贸经营权的企业与“外商”直接谈判达成协议的。如果外贸公司均以在进出口合同中约定这类条款为前提,那么必然会丧失很多贸易机会,但如果不这么做,其权利又很难得到保障。

## 五、我国外贸代理立法在司法实践上的困惑

我国《暂行规定》尽量将外贸代理关系中的委托合同与进出口合同分割开来,或说尽量将委托人和第三人相互分开。这一作法必然给司法实践带来困难。综观目前有关外贸代理的司法实践,我国法院在审理这类案件时基本上将代理合同纠纷与涉外货物买卖合同纠纷区别对待,从而在不同纠纷的司法处理中,分别采取不同的作法。<sup>⑥</sup>这一处理方式一方面使法院在办理这类案件时,在程序上很繁琐;另一方面,它使某些诉讼法规范难以在司法实践中得到运用或履行。比如,有学者指出,在间接代理关系中,若因“外商”拖欠货款或提供的货物有瑕疵,外贸公司索赔不力或不提起仲裁或诉讼,导致国内生产企业起诉外贸公司,由于国内生产企业与外贸公司之间的纠纷属国内合同(委托合同)纠纷,若将外商列为第三人就会使该纠纷的性质由国内合同纠纷转为涉外合同纠纷,由此产生的适用法律和司法管辖等问题将难以解决。<sup>⑦</sup>显然,若从这一学者所提出的观点看,在确定国内委托合同纠纷的第三人这一问题上,基于我国外贸代理的现行立法,会使我国《民事诉讼法》的相关规定受到排斥。<sup>⑧</sup>如果要按我国民事诉讼

法的规定来审理这类案子,法院在司法实践中则会无所适从。大概这也是为什么我国没有相应地设立以“外商”为本人,以国内外贸公司为代理人,国内无外贸经营权的组织和个人为第三人之间间接代理的一个原因。如果设立这种代理指定,那么进出口合同就成了国内合同,委托合同就成了涉外合同,法院在司法实践中则更加无所适从了。此外,法院在适用《民法通则》与《暂行规定》的选择上也会有困难,很难说当事人不会在法律适用上提出疑义。

## 六、产生困惑的原因

通过上述对现行外贸代理立法所存在的困惑的罗列,应该说产生这些困惑的原因已经一目了然,不外乎经济体制上的原因和法律制度上的原因,我国现有外贸代理制就是这两种体制或制度相互作用的结果。从我国外贸间接代理制度的产生过程来看,这一代理制产生于我国外贸体制不允许国内大部分经济组织和个人直接经营外贸业务,而只允许有外贸经营权的公司企业经营这一大前提下,是由此而出现的当事人“钻法律的空子”的结果。但其出现也确实反映了我国外贸业务从国家垄断经营到外贸公司专营或代理经营的变化客观需要。《暂行规定》则是适应这一形势的需要而采取的权宜之计。因此,只要在我国现有外贸体制下实施我国现行外贸间接代理制,上述诸困惑必然会存在,这是《暂行规定》所必然存在的问题,也是《暂行规定》所不能解决的问题。从代理立法的角度来讲,由于我国国内大部分经济组织和所有个人无外贸经营权,而外贸经营权是外贸缔约权的法定前提,故这些组织和个人不能直接经营进出口业务,不能与外商签订进出口合同。在这种情况下,外贸代理制便应运而生。但这一代理制是一种特殊的代理制,而《民法通则》又未赋予其法律效力,因此从代理立法上来讲,我国《暂行规定》与《民法通则》必然产生效力上的矛盾;从合同法角度讲,依我国现行立法,债之转移必须符合一定条件,故这种表现为债之转移的间接代理在我国尚缺乏存在的法律环境;又由于采取这种代理方式的大部分委托人无外贸缔约权,他们既不能成为合同双方当事人,也无理由受让具有涉外性质的货物买卖合同项下的权利义务。

在经济体制和法律制度之间,可以说现行外贸代理立法是在力图维护我国现存外贸体制的前提下,对我国其他法律制度的一种突破,但其特殊的立法表现形式及其本身的内在缺陷,使得其突破力受到层层束缚,不能向更大范围扩张。我们前面所述的外贸代理适用范围问题就是一种典型表现。有些学者认为,完善外贸代理制的出路在于完善我国民法代理立法,例如,在民法一般法中设立间接代理或隐名代理。<sup>⑩</sup>笔者认为,这在客观上会为我国外贸代理立法之此种突破开道,而且,我国民法中的代理制度也确实存在缺陷,但必须看到,即使我国立法确立了这些代理制度,这一制度仍没有其存在的合理性。因为如果真要建立法律意义上的这些代理制,从法理上讲,我国不具备外贸经营权的组织和个人实难成为这些代理关系的当事人;换句话说,用这些代理规范来调整这些当事人之间的相互关系必将产生自相矛盾,其结果是要重写我国民法上权利能力和行为能力的相关规定,以迁就这些不具备外贸缔约权的人(包括法人和自然人)对这些代理制度的运用。显然这太不合法理。因此,说到底,我国这种外贸代理制所存在的困惑尽管有法律上的原因,但其根本原因却在于我国外贸体制。

## 七、对解除困惑的出路的初步思考

通过上述分析,我们发现,我国外贸代理制的上述困惑,症结在于我国现有外贸体制。我国外贸体制通过设立“对外贸易经营权”制度,并以此为标准决定国内不同组织(包括公司企业)及个人的外贸缔约权,从而在我国外贸体制所确定的“对外贸易经营权”和“外贸缔约权”之间划上等号。但在我国经济不断参与国际化的进程中,我国国内生产企业以及个人在进出口产品或技术方面的需求不断扩大,事实上,不管他们通过何种渠道,他们的产品或技术参与国际竞争是必然的,在这些生产企业的业务范围中,有部分或相当部分的对外贸易业务。而且,不论从理论上还是实践上讲,他们绝对有权将自己的产品通过合法途径出口到国外,也得向国外进口生产或业务所需的产品和技术。可以说这种进出口权是客观存在的。这种权利的存在和享有并无须以他们实际直接经营进出口业务或专门从事该业务为前提。目前,为了更好地管理本国对外贸易,不少国家法律规定对某些产品之进出口只得由部分公司企业专门经营,但其他生产或需要该产品的企业仍享有对该项产品的进出口权,只是在程序上应当通过委托专营企业或公司进出口该类产品。<sup>②</sup>可以承认,没有对外贸易经营权的组织和个人必然不得直接从事对外贸易业务,这是显而易见的,但,是不是等于说不得直接经营外贸业务(即我国外贸体制确定的“不拥有外贸经营权”)就足以否认该类组织和个人的“外贸缔约权”呢?上述情况表明这是行不通的。

笔者认为,真正能决定企业是否有“外贸缔约权”的因素不应当是我国外贸体制所确立的“外贸经营权”制度。因为,实际上我国目前的“对外贸易经营权”只是“对外贸易直接经营资格”。笔者认为,享有“外贸经营权”的前提应是“对外贸易业务的具备”,而享有“对外贸易直接经营资格”的前提只能是国家立法明确规定的特定条件的具备。我国1994年颁布的《对外贸易法》第9条对“对外贸易直接经营者”规定了两项条件,只要具备其中一项,某公司或企业即可拥有“对外贸易直接经营资格”,可直接经营进出口业务,也可委托他人代理进出口业务。这两项条件分别为“许可经营”和“非许可经营”。“非许可经营”主要是针对外商投资企业。该法第九条第三款规定:“外商投资企业依照有关外商投资企业的法律、行政法规的规定,进口企业自用的非生产物品、进口企业生产所需的设备、原材料和其他物品、出口其生产的产品免于办理第一款规定的许可。”设置对外贸易直接经营资格的目的是众所周知的,但它以“对外贸易经营权”的面目出现,从而掩盖了“对外贸易经营权”本身的内涵。如果对外贸易直接经营资格与对外贸易经营权可以等同的话,那么委托人不具备对外贸易经营权时,凭什么来委托他人为其本身无能力为的行为呢?而在我国,某些无对外贸易经营许可的国内生产企业一定范围的对外贸易业务是客观存在的,并且其存在为我国《对外贸易法》所承认。该法第十三条第一款明确规定:“没有对外贸易经营许可的组织和个人,可以在国内委托对外贸易经营者在其经营范围内代为办理其对外贸易业务。”既然这些企业存在一定范围内的对外贸易业务,从法人权利能力的角度来讲,他们就应当具备与其对外贸易业务相适应的外贸经营权及由此决定之下的外贸缔约权。但是,基于我国国内企业分工的需要,也基于我国提高经济效益的需要,并适应我国外贸管理上的需要,采取外贸许可制和外贸代理制是有必要的。许可制排除了未经许可的企业对外直接签定进出口合同的可能性,代理制则使这些企业的外贸业务得以进行,同时也表明委托

人得有据以委托他人代理之外贸缔约权。值得强调的是,不管是外贸许可还是外贸代理均不得否认没有外贸许可的委托人的对外贸易缔约权。笔者认为,企业对外贸易缔约权是有外贸业务的企业实现其经营目的的一项必备权利,而外贸许可(本文称为“外贸直接经营资格”)本身不是一项权利,有外贸许可并不能决定企业有无外贸缔约权;没有外贸许可的企业虽不能直接经营外贸业务,但可以通过有外贸许可的企业来实现其权利。由此,我们认为,我国外贸立法确立的外贸许可制和外贸代理制的目的应在于实现政府对外贸业的宏观管理(其中代理制是许可制的补充),而管理应侧重于引导这些企业外贸缔约权如何行使和如何实现,不应侧重于否认企业的外贸缔约权。

因此,我们认为,应打破我国现行外贸体制所设立的“外贸经营权”与“对外贸易缔约权”的恒等关系;通过立法明确以对外贸易业务决定企业对外贸易缔约权,并在此基础上实行我国外贸许可制和外贸代理制,以引导企业外贸缔约权的行使;同时在此基础上,完善我国民法代理制度,使其对我国外贸业务的开展具有现实意义。从长远看,这一作法还利于实现我国外贸代理制与国际接轨。

注:

- ①立法规定请详见《民法通则》第63条第2款之规定,代理定义参见张俊浩主编《民法学原理》,中国政法大学出版社1994年版,第268页。
- ②严格地说,该类代理制与大陆法系中的间接代理制还是有很大区别。事实上,这一代理制应该说反对委托人和代理人之间的委托合同有效,它不能完全调整代理各方当事人之间的关系。
- ③参见冯大同主编《国际商法》,对外贸易出版社1991年版,第339页。
- ④参见Henry R. Cheesman "Business Law" 1992年版,第655页。
- ⑤参见1952年《代理统一法公约》,1983年《国际货物销售代理公约》有关规定,以及注④引书有关“Partially Disclosed Agency”的论述(第685页)。
- ⑥前一代理关系依《民法通则》的规定,后一代理关系由《暂行规定》调整,这主要是因为我国立法不允许代理人同时代理本人和第三人签订合同,也不允许代理人代理本人与自己签订合同。
- ⑦参见赵威主编《国际代理法理论与实务》,中国政法大学出版社1995年版,第28、29页。
- ⑧⑨参见李群星《审理外贸代理纠纷案件应注意的几个问题》,《法学评论》1995年第5期,第74、74页。
- ⑩按照我国《民事诉讼法》第56条的规定,法院在审理该类合同纠纷时,完全可以将“外商”列为第三人。
- ⑪参见郭洪俊《我国外贸代理制存在的问题及出路》,《国际贸易问题》1996年第1期,第44页。
- ⑫参见邵滨鸿等主编《东欧中亚经济贸易实务》,中国社会科学出版社1993年版,第646~647页。

作者 厦门大学法律系教授 法律系研究生 责任编辑 冈 阳