

我国现行外贸代理制度的若干法律分析

陆 屹

摘要 本文简要回顾外贸代理制度产生、发展的过程,阐明现行外贸代理制度总体上已陷入困境;分别从概念的混乱、法律冲突、制度本身隐含的矛盾等 5 个方面,对这一制度的理论和实践进行分析;最后得出结论:我国现行外贸代理制度已远远脱离商业现实,制度本身即存在根本缺陷,并已深深陷入自身理论与社会经济实践尖锐冲突的困境。

关键词 外贸 代理 法律

一、我国外贸代理制度的发展及总体评价

我国现行的外贸代理制度,起始于 80 年代。自 1980 年起,各外贸专业公司开始从事外贸代理业务。1984 年,国务院在体制改革方案中使用了“外贸代理”的提法,1991 年,外经贸部制定并颁布了《关于对外贸易代理制的暂行规定》(以下简称《暂行规定》),以国务院部委规章的形式对外贸代理制度的基本方面,包括外贸代理的含义、适用范围、委托人与受托人权利义务、争议解决等问题作出规范,标志确立了我国现行外贸代理制度的基本框架。1994 年,《中华人民共和国对外贸易法》正式以法律形式确认了外贸中的委托经营方式。

实践中,所谓外贸代理,主要有 3 种方式:(1) 有外贸经营权的公司、企业之间的代理,代理人以本人名义对外签订合同;(2) 有外贸经营权的公司、企业之间的代理,代理人以自己名义对外签订合同;(3) 无外贸经营权的公司、企业及个人与有外贸经营权的外贸专业公司之间的代理,外贸专业公司只能以自己的名义对外签订合同。第(3)种方式最为常见。

仔细考察我国外贸代理制度的产生、发展的全过程,就会发现这一制度并非建立在市场主体的理性选择基础之上,而是政府行政强力推动的结果。可以说,自 80 年代提出外贸收购制向外贸代理制转变以来,在历次的有关外经贸体制改革甚至经济体制改革的重要报告、文件中,几乎都不忘强调外贸代理制的重要性及推进的紧迫性。而事实是,直到目前为止,我国的外贸代理制度仍处于一种止步不前的停滞状态,各外贸专业公司在代理操作业务中都采取非常谨慎的态度,决不轻易接单。从年度的外贸进出口总量分析,大部分业务仍采用了传统的收购制,代理业务对于出口创汇的贡献与政府推行的力度不成正比。即使在有限的代理业务中,也不断出现大量的纠纷。

二、我国外贸代理制度面临理论与实践冲突的困境

现行外贸代理制度本身面临的理论与实践冲突的困境主要体现在 5 个方面:

(一) 概念的混乱

由于当初提出“外贸代理”这一称谓时,就未对其有明确定义,故当这一称谓被广泛使用甚至进入立法后,称谓中包含的“代理”概念与原本“外贸代理”意图指代的外贸中介制度的实践操作及民法通则中的代理概念造成了极大的混淆,使“外贸代理”这一概念本身就十分混乱。如今其面临的理论挑战中,首当其冲的便是这个被广泛使用却指代不清、内涵不明、外延模糊的概念。

如仅从称谓的逻辑上分析,外贸代理首先应当是代理的一种,在本质法律特征上应归属于代理。而事实上,仅有上述第(1)种代理属于民法通则规定的代理,而第(2)、(3)种代理就与民法通则的代理有本质的不同,其两个连续性合同的法律结构,决不是民法通则中代理的法律特征,而是类似大陆法的间接代理。因此,可发现我国的外贸代理概念的外延中除大陆法的直接代理外,还包括间接代理,这已经突破了其属概念——民法通则上代理概念的外延(仅包括直接代理),造成了逻辑的混乱。

让我们比较一下大陆法系的代理制度。在德国民法典中,明确界定了代理的概念,这就是直接代理的概念。须注意的是,在民法典中,并无其他任何有关间接代理的条文,只是在德国商法典的规定中出现了具有间接代理法律特征的行纪。此外,德国商法典还详细规定了其他各种中间人制度,包括非商业代理、法定商业代理、佣金代理人、商业经纪人、保险代理人等。由于德国采用民商分立的立法体制,故商法意义上的代理,并不等同于民法意义上的代理。商法典中的这些中间人制度,在法律特征上,并非民法典意义上的代理。可见,虽然德国民法典中关于代理仅规定了直接代理,但由于其他相关制度如行纪、法定商业代理、佣金代理人等,在商法典上已经确立,故民法典仅采用直接代理的概念在商业现实中并不会造成负面影响。而我国采用的是民商合一的立法体制,商法仅作为民法特别法而存在,从总体上说(排除某些例外规则),商法上的概念首先应是民法上的概念,在这一前提下,方允许商法有其特有的法律特征。所以,民法通则上的代理概念应能够涵盖民商法整体。因此,如果在民法通则中采用狭义的代理概念,即只规定大陆法意义上的直接代理,就应该在民商法的其他规定中确立不同于代理的其他中介法律制度,如行纪、居间等,如此才能适应商业现实的需要。事实上,我们的民商法制度中,除了代理外,其他中介制度如行纪、居间等,长期以来处于空白,只是在1999年10月1日实施的合同法中才作了规定。因此,在合同法实施前,由于我国民商合一立法体制的原因,外贸代理始终与民商法体制格格不入,也由此引发了概念的混乱。

再来看看英美法系的代理制度。英美法系对于代理这一概念采取了较为宽松的态度,也从未在成文法中很严密地定义代理。其关于代理制度的规则是建立在大量判例基础之上。它不强调代理的公开性要求,只强调代理的内部特征。其最具特色的制度就是在代表不公开本人姓名的代理和代表不公开本人身份的代理中,如本人行使介入权或第三人行使选择权选择本人为合同当事人的情况下,则法律承认在第三人与第三人之间存在直接的合同关系,并不需要通过另外的合同由代理人向本人转让合同权利义务,即使与第三人订立合同的当事人是代理人。所以,英美法系的代理较大陆法系的代理制度更加贴近于商业现实,适用范围更广,更加灵活。因此,同样也不会产生我国目前面临的代理难题。

综上所述,正是由于我国在深具大陆法传统的民法中采取了大陆法的代理概念,而在外

贸代理这一特别商法领域却采用了英美法中代表不公开本人姓名的代理和代表不公开本人身份的代理的概念,从而导致大陆法的代理与英美法的代理概念在我国这个不完善的民商法体制内直接冲突的现状,造成概念使用的混乱。

(二) 法律的冲突

目前,调整外贸代理或与之相关的法律规范呈现出一种杂乱无章的无序状态。各类规范之间的冲突、矛盾屡见不鲜。

目前共有4部法律或规章与外贸代理有关:民法通则及相关司法解释、外贸法、合同法、《暂行规定》。此外,外经贸部还为规范外贸代理而陆续发布了一些规范性文件。

这些法律规范之间的冲突体现在:

1. 不同性质法律之间调整对象的冲突 外贸法从本质上讲,是一部调整政府对于外贸经营活动管理的经济行政法,其所确立的外贸经营许可制度、配额许可证制度、反倾销反补贴制度等也说明了这一点。对于平等主体的国内公司、企业与外贸公司之间的外贸代理而言,应属于规范平等主体之间财产关系的民商法来调整。所以,外贸法中只能简单地提一下建立在外贸经营许可制度上的外贸委托制度,而无法详细规定。但即使是这样的简单规定,也已经造成了外贸法作为经济行政法却超出其所应调整的对象范围,并与民法通则等民商法律规范冲突的局面。事实上,建立在外贸经营权审批许可基础上的、带有强制性色彩的外贸代理制度,也无法完全被现行的民商法体制所容纳。从这个意义上讲,外贸代理这一领域又缺乏明确的归属,与外贸法、民商法都搭一点边,又都不能完全被纳入,造成另一种消极意义上的法律冲突。

2. 同性性质法律之间调整对象的冲突 主要体现在民法通则与合同法的冲突。在我国民商合一的立法体制下,民法通则享有无可置疑的统领全局的地位,其他的相关民商法律规范须与通则保持一致。因此,当民法通则中规定了代理的概念和一般代理规则后,其他民商特别法就无法突破通则已经确定的代理制度框架。合同法是调整平等主体之间设立、变更、终止民事权利义务关系的特别法,也不能突破民法通则的规定。因此,合同法也只有避开“代理”而在“委托”、“行纪”中做文章,希望能够通过迂回的方法规范外贸代理,又保证与民法通则的一致。但这种做法本身就有不可回避的矛盾:从法理上讲,代理和委托、行纪是不同的法律制度,委托强调的是委托人和受托人两方的权利义务承担,并不注重第三人的交易地位,与大陆法代理强调第三人交易地位的特点并不相同,而行纪根本就不是严格意义上的法律代理。因此,如强行在委托、行纪制度中加入代理的规范,就必然会混淆三者的区别,从而造成调整对象的冲突。

3. 法律效力的冲突 主要体现在民法通则与《暂行规定》的冲突。民法通则是民商基本法,其法律效力仅次于宪法,《暂行规定》从法律渊源上讲,只是一部由外经贸部颁布的部门行政规章,充其量只能覆盖外经贸部行政权力所及范围。若与民法通则发生冲突,以民法通则为准。因此,虽然在《暂行规定》中规定了第(1)种外贸代理适用民法通则,第(2)、(3)种外贸代理适用《暂行规定》,但因《暂行规定》本身法律效力的有限,其所作的规定自然也很有限。在诉讼中,由于规章仅具审理参考的价值,故法官仍有权完全适用民法通则。从这个意义上讲,在法律效力这个层面并不存在两者的冲突。可问题是,外贸代理的后两种类型又无法在民法通则中找到合适的法律规范以适用,由此造成民法通则一方面排斥《暂行规定》,另一方面又无奈地无法以传统方式调整外贸代理的局面。因此,对于民法通则自身而言,这

种两难境地本身就是一种法律的冲突。

(三) 制度本身隐含的矛盾日益显现

我国的外贸代理制度,由于其所处社会经济大环境的特殊性,本身即已存在结构性矛盾。因此,无论之后如何补救,如不能从根本上解决制度本身隐含的矛盾,都是徒劳的。这种结构性矛盾主要体现在:

1. 建立在原计划经济基础上的制度与社会经济发展现实的矛盾 现行的外贸代理制度建立在原来的计划经济或以计划为主的经济体制基础上,最显著的体现就是外贸经营权的审批许可制度。通过考察关于外贸代理制度的有关规定,可以看出,这一制度的关键在于人为地强制外经贸进出口业务垄断经营资格。所谓外贸代理,其实也就是主要为那些由于种种原因得不到外贸经营权的公司、企业提供从事外贸活动的渠道。在当时,由于大多数国内生产厂商几乎没有机会直接参与国际经贸活动,也没有足够的贸易业务技能和人才、渠道,这种带有行政垄断色彩的外贸代理制度是可行的,并且为当时经济的发展尤其是外贸的发展作出巨大的推动。而经过改革开放20年的发展,今天我国国民经济的国际化程度大大提高,国际经贸活动对于国内贸易的渗透与当初不可同日而语,许多当初的国内生产厂商经过这些年的亲身参与国际贸易的体验,已逐步掌握了国际贸易的技能,完全可以自行从事外贸活动。从促进交易、发展经济的角度来说,原本人为强制实行行业准入垄断的外贸,应逐步放开,取消准入资格的不恰当限制。事实上直到今天为止,外贸经营权审批制度仍在有效实行。因此,那些已经具备国际贸易技能的厂家,如得不到外贸经营权,即使完全是自己拉来的生意,也只能通过外贸公司做个样子搞代理。在市场经济日趋成熟的今天,在民商事活动领域,契约自由和当事人地位平等的原则深入人心。很明显,建立在外贸经营权审批基础上的外贸代理制度,在制度体现的价值取向上,更多地表现为强制性和人为限制的特点。因此,在价值上,外贸代理制度与经济发展现实存在根本矛盾。这是这一制度最致命的要害。

2. 意图补救的法律规范与外贸代理实践的矛盾 无论是外贸法、《暂行规定》,还是合同法,都意图在其各自领域补救外贸代理制度。但由于前述根本矛盾的存在,无论如何补救,都无法解决与外贸代理实践的矛盾,反而由于这种补救,使自己本身的法律体系和原则面临挑战。

对于外贸法而言,其原本就是经济行政法,本无须去规定外贸代理这种本应由民商法调整的制度,而强行加入外贸委托条款的结果就是使自己超越了自己应调整的社会经济范畴。

再比较合同法关于委托合同、行纪合同的规定,与目前外贸代理实践的现状,就会发现如果单就合同法这些规则本身而言,确实无可非议,甚至可以说体现了英美法系代理法律制度的精华所在。但适用于外贸代理实践,仍会使人感到生硬而不当。因为在实质问题上,外贸代理的难题还是没解决。

例如,合同法规定了行纪合同,就行纪制度本身而言,这些规定无可厚非,一旦适用于外贸代理实践,问题就来了:大多数的外贸代理是第(3)种类型,基本上外商已经与国内本人谈妥了交易的实质条件,找到外贸公司时,其目的不是要寻找交易机会,而是要履行已达成的交易。因此,如果没有外贸经营权规定的话,外商就会直接与国内本人交易,所以在实质上,作为第三人的外商与作为本人的国内生产商之间早已存在实际的契约关系,只是我们现行的法律规则死不承认这个事实上的契约。因此,我们只能通过变通的办法使法律承认第三人与本人之间本就存在的关系。一种办法就是套用行纪合同两个合同的结构,这就势必人为地

在本可只用一个合同就解决问题的地方,毫无必要地适用两个合同。另一种办法就是套用402条,即在表明委托代理关系情况下,受托人与第三人订立的合同直接约束委托人和第三人,这实属多余:委托人和第三人根本就认识,并早已谈妥交易条件,又有何必要在他们之间再确立契约关系?同样地,套用403条本人行使介入权和第三人行使选择权的规定,也很多余:委托人根本就参与了交易,交易的机会就是他找到的,第三人也是他选择的,用得着还在法律上确认委托人介入交易的权利?本来不允许他介入交易的规定就是不合理法的。对于第三人而言,他本就愿与委托人发生交易关系,如没有外贸经营权的强制规定,他根本不会考虑受托人的存在,难道这还要确认他的选择权?事实上,他在委托关系发生前就选择好了。

(四) 各方当事人权利义务的失衡

由于上述根本性矛盾的存在,外贸代理各方当事人权利义务就不可避免地表现出一种失衡状态。主要体现在本人与代理人的关系上。对于本人而言,虽然代理人与第三人订立的合同最后仍然要由他实际履行,但他却无权介入代理人为了他的利益而与第三人进行的交易,只能得到代理人愿意给他的一些有关信息,至于一些对于他来说至关重要的信息,代理人出于不愿、不屑、疏忽的心理未及时告之,他也只能认了,即使因此使他的利益遭到重大损失,他也只能无奈地接受,甚至可能他永远不会知道事实的真相。合同法实施后,本人的境况才得到改善,但也只能在第三人不履行义务的情况下有限地行使介入权。对于代理人而言,他的代理人身份仅仅是对内的,对第三人来说,他就是合同的当事人,承担所有的权利义务,即使合同最后的履行可能并不在他的控制之下,即使有时合同不能履行的责任并不在他,而在于委托人的过错,他也要对第三人承担全部责任。承担如此巨大商业风险的回报,仅仅是合同总额1%~3%的代理费。回报与风险差距太大。这也是许多外贸公司之所以不愿做外贸代理的重要原因。此外,在对外索赔问题上,本人与代理人也存在权利义务失衡。规定应由代理人负责索赔,本人协助。问题是作为买卖合同实际履行一方的本人,因这种外贸制度的安排而失去原本属于他的索赔权,索赔的结果还要代理人与他去共同争取,如果代理人认为代理费太少,不值得花时间精力去处理通常较复杂的索赔事宜,从而不积极行使其应行使的索赔权,本人的利益又如何得到保护?对于代理人而言,如果在索赔中,他尽职尽责地履行了义务,仍未得到赔偿,那么发生的巨额费用如果本人不予负担,则只能由他承担,而他的代理费又只有很少一点,他不是吃力不讨好吗?所以,代理人也很犹豫。正是由于实践中发生了大量本人不予配合代理人索赔,致使索赔失败,而已发生的巨额索赔费用本人拒绝承担,甚至反告代理人违反代理合同要求赔偿,代理人不仅得不到少量的代理费,还要独自承担索赔费用,甚至赔偿本人损失的情况,外经贸部于1992年针对《暂行规定》第20条作了解释,规定只有在委托协议明确规定代理人对外索赔的损失及收益由本人承担,并且由被代理人承担相关费用和索赔结果的情况下,代理人才承担索赔义务。这一规定引起了极大争议,单就规定本身而言,本人的利益根本得不到保障。

(五) 背离民商法的基本原则

平等原则、意思自治原则是民商法的两条基本原则,也是构建民商法律体系的两块基石。以此为标准来衡量我国现行的外贸代理制度,不难发现这一制度在实质上已不能适应基本原则的要求,而呈现出背离的态势。

1. 背离了平等原则 民商法上的平等原则,要求的是一种程序的平等。即任何民商

事主体均有权利要求社会给予其与他人同样的起跑线,至于各人在起跑后实际得到的最后结果则不强求人人一致。最后的结果更多地取决于各人的能力、机遇等,而不是他与生俱有的特权、环境等本人无法选择的因素。在外贸代理制度中,其之所以存在的一个前提,就是在市场上,有的主体有外贸经营权,如外贸专业公司、工业自营进出口公司、三资企业等,有的主体则没有外贸经营权,如大多数生产企业。外贸专业公司、三资企业的外贸经营权是与生俱有的,并非长期市场自然选择的结果,而大多数生产企业只有在符合一定的生产规模、产品条件、出口规模要求后,才有可能向外经贸主管部门申请外贸经营权。外贸经营权对这些企业而言,并非与生俱有的权利。在市场经济日益发展的今天,任何一个国内公司、企业,都是以追求利益最大化为目标的市场主体,并且自负盈亏。因此,只要其依法成立,为何不能直接从事外贸活动?外贸的专业技能,可以在实践中不断学习。重要的是要为任何一个有意于从事外贸的主体给予平等的市场准入机会。至于其以后可能被市场淘汰或承认,则不应成为管理市场的政府主管部门应予考虑的问题。更何况,没有给予他们机会,我们又怎能知道他们不能够从事外贸呢?在法理上,外贸经营权应该是一种民商事权利,而不是权力。在这个应由市场调节的领域,政府应减少行政的不必要干预。

2. 背离了意思自治原则 意思自治原则,要求保障当事人在从事民商事活动中的意志自由,不受国家权力和其他当事人的非法干预。意思自治原则,与我国原有的高度集中的计划经济在根本上是对立的。这一原则认为,任何主体的认识能力不可能是全知全能,市场经济充满了无限的复杂性。所以不可能有万能的计划。如一定要制定万能的计划,就必定会人为地阉割市场现实,从而扭曲市场本来的面目,阻碍经济的发展。在外贸代理制度中,外贸市场严格的准入审批制度,也属于人为的扭曲。可以说,我国的外贸行业首先是政府强行划出来的,并非市场自然发展形成的。外贸公司与国内生产企业之间的分工,也是行政权力强行确定的,并非市场自然选择的结果。对于国内本人而言,他如没有外贸经营权,若要做外贸,就只能别无选择地委托外贸公司做代理,即使心里千百个不愿也不行。他的选择权仅限于选择这家或那家外贸公司做代理人而已。因此,在很大程度上,他的意思自由无法得到真正体现。因此,在外贸代理实践中,国内生产商往往会一面抱怨“代理就是外贸公司剥层皮”,一面仍旧只好委托外贸公司代理进出口业务。意思自治原则在这里被抛弃。此外,现行外贸代理实行的代理收费价格是国家物价部门于1991年核定的,当时规定的比例为买卖合同总额的1%~3%。近10年过去了,如今的外贸市场远较当初繁荣、活跃,规模也更庞大,可这一代理费标准至今仍在有效施行。外贸公司根本无法根据每笔交易的实际情况,与国内生产商确定合理的、与交易的规模、风险、行业惯例相应的代理费标准。由此造成了外贸公司所谓“1%的代理费,却要对外承担100%责任”的抱怨。

法律制度,尤其是一项重要、基本法律制度的构建,应当立足于现实的社会经济实践,并尽可能充分考虑到社会经济状况在不远将来的发展。就我国而言,构建法律制度必须要考虑到市场经济的现实与不远将来。对于外贸代理制度而言,必须要考虑到我国经济融入世界经济的大潮的趋势和如今正逐步开放的现实。但事实上,我国现行的外贸代理制度已远远脱离商业现实,不仅不能发挥其应有的作用,还由于其自身存在的根本缺陷,使之深深陷入自身理论与社会经济实践尖锐冲突的困境。

(作者单位:上海市外经贸委)