

# “外贸逆向代理”法律问题探析

○任宗堂

在我国,人们通常所说的外贸代理制的推行始于 90 年代中期,而对外贸代理制的特别立法则是外经贸部于 1991 年 8 月 29 日颁布实施的《关于外贸代理制的暂行规定》(下称《暂行规定》),该行政规章对这种代理的相关问题作了较详尽的规定。但《暂行规定》只部分地解决了大多数国内生产企业无直接对外贸易经营权而产生的问题。随着我国市场经济体制的逐步建立和我国经济的进一步国际化,在我国对外贸易实践中,产生了一种与外贸代理制相呼应的新的代理方式即“外贸逆向代理”并已发挥了较大的作用。这一新现象难免在理论和实务中存在不少问题,本文拟就“外贸逆向代理”有关法律问题略作探析。

## 一、“外贸逆向代理”的产生及其法律性质

根据《暂行规定》,目前在我国外贸领域存在有两类外贸代理,一类是由我国民法通则所调整的外贸显名直接代理;另一类是由我国《暂行规定》所特别调整的外贸代理。<sup>①</sup>由我国《暂行规定》所调整的外贸代理主要包括国内外贸公司代理另一有外贸经营权的公司企业为进出口行为,以及国内外贸公司代理国内无外贸经营权的公司企业、其他组织和个人为进出口行为两种情形。该两种情形中,代理人均以自己而非以被代理人名义对外签订进出口合同。因此,从性质上讲,这种代理属于外贸间接代理。<sup>②</sup>我们通常所说的外贸代理也就是这种特殊代理。应当说,这种外贸代理制的推行导源于我国的外贸实践。首先,我国《民法通则》所调整的显名的直接代理并不能完全适应外贸实践的需要,当事人在具体操作上显得繁琐,而且有时不利于交易安全和商业秘密的保护。在这种情况下,部分外贸业务采取间接代理的

作法也就接踵而来,这时,这种代理一般存在于有外贸经营权的公司企业之间;其次,我国实行外贸经营权制度,并不是所有国内生产企业都得经营进出口业务或经营与其生产相适应的进出口业务,个人就更不用说了,在这种情况下,他们必然不得直接成为进出口合同的当事人,不能采取显名的直接代理方式以达到进出口之目的,因此,在实践中,这些企业就往往绕过这一体制的藩篱,采取间接代理以实现进出口的目的。

我国《暂行规定》的制定是对外贸实践中所采取的这种代理方式的肯定和确认。但同样由于我国现行外贸体制,国内大多数生产厂家不能获得直接进出口业务的权利,我国《暂行规定》也不可能就此问题作出突破。因此,他们在生产战略的制定上以及将其产品参与国际竞争方面就显得极为被动。<sup>③</sup>随着我国市场经济体制的逐步建立和我国经济不断参与国际化,生产企业在这一浪潮的冲击下,更加意识到生产与市场紧密联系的必要性,要采取主动,将自己与国际市场相结合,以市场促发展,真正做到产品能适销对路。我国《暂行规定》调整的单纯由外贸公司代理生产企业进出口的方式已远远不能满足我国经济参与国际化的要求,在这种情况下,一种新的代理方式在外贸实践中出现并日渐推广开来。这就是由贸易公司、生产企业外贸公司的名义,出口自己组织的货源或自己生产的产品,替代外贸公司办理进出口的各种手续,收汇、结汇暂存外贸公司帐户,一定时期后以人民币进行结算,并向外贸公司交付约定费用。这种代理方式由于呈现出由生产企业代外贸公司从事外贸业务的形式,因此人们称之为逆向代理。<sup>④</sup>它有可能存在于双方均为有外贸经营权的公司

企业之间,以一方为另一方为代理行为为前提,这与正向代理没什么区别,但逆向代理的作法主要存在于外贸公司和国内无外贸经营权的生产厂家之间,无须以外贸公司为该生产厂家为代理行为为前提。本文也主要指后者。

从法律的角度来讲,这一逆向代理是有其法律依据的。根据代理理论,一般在代理关系中,本人得有与第三人为一定行为的权利能力,而代理人则无须有此权利能力。“关于权利能力,代理人不必有之,盖以代理人非权利义务主体也……反之,本人非有权利能力不可。”<sup>⑧</sup>同时,由于代理人无缔约权,因此,他不得以自己名义与外商签订合同,也不得直接承担合同法律责任。由此,尽管这种逆向代理与我国外贸代理制相呼应,但它绝非我国外贸代理制的一种,由于在这一代理中,代理人以本人名义为进出口行为,因此,它应当是我国《民法通则》所调整的显名的直接代理。至于存在于有外贸经营权的公司企业之间的外贸逆向代理,则与正向代理(包括民法代理和间接代理)没什么区别,其法律性质既可以是显名的直接代理也可以是间接代理。

## 二、“外贸逆向代理”关系中三方当事人的权利义务及进出口合同法律责任的承担

从整体上讲,“外贸逆向代理”关系包括外贸公司与国内生产厂家的委托关系,以及委托关系双方当事人与外商之间的关系,我们称前者为“逆向代理”之内部关系,它一般表现为委托合同关系,后者为外部关系,一般表现为外贸公司与外商之间的进出口合同关系。在委托合同关系中,外贸公司是生产厂家名义上的被代理人,其权利主要是收取委托合同中约定的费用,并以当事人名义直接享有进出口合同中的权利,其义务是作为当事人直接承担进出口合同中的义务;而生产厂家(代理人)的义务是自行组织货源或自己生产的产品,代理外贸公司办理进出口的各种手续,收汇、结汇暂存外贸公司帐户,一定时期后以人民币进行结算,最终承担进出口合同的法律责任,并向被代理人支付因获得代理而应付的约定费用。由此可见,在该内部关系中,双方当事人权利义务与一般代理基本一致,所不同的是:(1)代理人最终承担进出口合同之法律责任;(2)代

理人不得获取代理费用或佣金,相反,他还必须向被代理人支付约定的费用。在存在于有外贸经营权的公司企业之间的外贸逆向代理中,则不存在这些情况。在“逆向代理”之外部关系中,作为合同当事人双方的“外商”和外贸公司之权利义务从一般进出口合同。从合同法律责任的承担上来讲,外贸公司必须直接对外商承担进出口合同之法律责任,不得以其并未实际参与合同的谈判,并未实际向外商进出口货物为抗辩事由,而只能以并且能以其为进出口合同当事人所享有的抗辩事由对抗外商。同时,因为该代理的性质属显名的直接代理,作为该代理关系第三人的外商不能以向他进出口产品的实际进出口商是国内产家为由直接要求其承担合同责任。但若因进出口合同发生纠纷,外商起诉外贸公司,因代理人即国内生产厂家与该合同有直接的利害关系,在司法实践中,我国法院可根据我国《民事诉讼法》第56条的规定将其列为第三人。

值得注意的是,在外贸实践中,不可避免地会产生“外贸逆向代理”之无权代理现象。根据我国《民法通则》第66条的规定,无权代理系“没有代理权、超越代理权或者代理终止后的”代理行为,它“只有经被代理人的追认,被代理人才承担民事责任,未经追认的行为由行为人承担民事责任。”但是,在“外贸逆向代理”关系中,若因行为人之无权代理行为而引起合同纠纷,在被代理人不予追认的情况下,因代理人无直接对外贸易经营权,因此,由其所签订的进出口合同不具备民事法律行为有效之条件,其结果是合同自始不产生法律上的效力,故而第三人往往不能依约享受权利,从而要承担更大的风险。尽管目前我国有关特别立法和最高人民法院司法解释均认为未经追认的无权代理行为属于无效,<sup>⑨</sup>但从理论上讲,如果无权代理行为具备了一般民事法律行为之有效条件,虽不发生代理行为之效力,仍将发生一般民事法律行为的效力,这种效力同时得到了《民法通则》的承认。<sup>⑩</sup>从长远上看,通过统一我国国内立法肯定这一效力是必然的,如果是这样,那么发生于有外贸经营权的公司企业之间的“逆向外贸代理”若属无权代理时,则代理人得直接对外承担合同责任。

## 三、“外贸逆向代理”的缺陷

通过本文上一部分对“外贸逆向代理”关系三方当事人的权利义务及进出口合同法律责任的承担的简要分析,我们发现,“外贸逆向代理”至少有以下几个方面的缺陷:(1)对代理人来说,由于在该类代理关系中,他不仅要负责签订合同谈判的全过程,而且还得最终承担合同责任,特别是还要支付一定的费用给被代理人,因此,与外贸代理中以外贸公司为代理人的情形相比,他所承担的责任要比担任外贸代理中的委托人来得重,而且还往往受其对外交往能力、人员素质等方面因素的影响,再与民法上一般直接代理相比,同样是将自己生产或组织的产品出口到国外或向国外进口货物,国内生产厂家所付费用及所承担的责任较之有外贸经营权的生产厂家要多,这就势必增加其出口产品的成本和在产品成本,此外,若代理协议签订不明往往还会导致进出口合同之无效,从而不能实现货物依约进口或出口的目的,甚至还要赔偿损失。(2)对被代理人来说,由于该类逆向代理其实是代理人自行进出口货物,按理说所有与进出口合同有关的责任均得直接由国内生产厂家承担,可在这一特殊代理关系中,被代理人仅因收取部分的约定费用,就须直接承担进出口合同责任,这往往会导致双方权责之不平衡,在代理人破产或违反合同规定从而给第三人造成损害的情况下,双方当事人的权责不平衡则是更加明显的。被代理人也有可能因此对外丧失其良好的声誉。(3)对第三人来说,他应当说是依赖被代理人的信誉、诚实信用而与其签订合同的,但这类代理关系中,从签订合同的谈判到履行合同等环节往往均由代理人实际操作,一旦代理人不履行合同或不能履行合同,被代理人有时也是无能为力的,这显然对第三人不利,另一个对第三人不利之处还在于代理人的行为有可能构成无权代理,从而第三人不能根据合同获得本应获得的利益,此外,代理人和被代理人还可借助于无权代理将给他们带来的好处,在代理人无法履行合同时互相串通,毕竟,有些时候当事人宁可赔偿损失而不愿实际履行合同。但对于存在于有外贸经营权的公司企业之间的外贸逆向代理,则可以说基本上不存在以上这些缺陷。

#### 四、“外贸逆向代理”与我国外贸体制的关系以及我国“外贸逆向代理”的前景

若对我国外贸实践中的这一代理进行深层观察,我们可以发现,其实质是国内生产企业变相地经营进出口业务、扩大经营权限,从这个角度来讲,它与我国外贸体制的精神不符,可谓是“钻法律的空子。”尽管如此,与我国外贸代理制一样,这一代理也同样产生于我国外贸体制所设立的对外贸易经营权制度之下,是我国外贸体制的必然产物。此外,它与我国外贸代理制的基本精神是相一致的,不管是外贸代理,还是外贸逆向代理,无外贸经营权的国内生产企业都不直接对外承担责任,而均由外贸公司对外直接承担合同责任,事后,再由外贸公司根据委托合同向国内生产企业追索。如果从生产与市场相联系的角度来讲,“外贸逆向代理”其效果要超过外贸代理。随着我国经济进一步国际化和外贸体制的进一步改革,这一逆向代理将会朝着更加完善的方向发展,并基本上达到一般代理的合理性。但目前,无可讳言,其缺陷是存在的。这就要求外贸经营者和国内生产企业在签订委托协议过程中尽量严守信誉、明确权责、了解资信,做到有约可依,有约必依,并适当在合同中设立担保,这样才能弥补该代理本身的不足,以便更好地保护各方当事人的利益,促进对外贸易,提高经济效益。

注:

①详见《暂行规定》第一条和第二条之规定

②可参见肖伟、刘玉林《试论外贸代理制的若干法律问题》、《法律科学》1993年第4期P55

③可参见罗丙志《对市场经济条件下中国外贸经营主体的思考》、《奥港信息报》1995年2月21日第5版

④可参见周庚《对外贸代理制的纵深探讨——多元化双向代理制》、《国际经贸探索》1996年第1期P58

⑤见史尚宽《民法总论》1980年版P496

⑥详见我国经济合同法第7条,国家工商行政管理局《关于确认和处理无效经济合同的暂行规定》,最高人民法院《关于适用涉外经济合同法若干问题的解答》之三之规定

⑦参见梁慧星《中国民法经济法绪论问题》法律出版社1991年版P111

(作者单位:河南省安阳市中级人民法院)