

《合同法》第四〇二条 对我国涉外商事仲裁制度的挑战

●陈治东

【内容摘要】 1999年10月1日起施行的《合同法》第402条规定的代理制度,是在我国对外贸易许可制的特殊历史条件下设立的一种特殊“代理”制度。由于国际贸易合同中普遍约定以仲裁方式解决争议,中国国际经济贸易仲裁委员会已经在《合同法》施行后审理了数起涉及到中国外贸代理问题的贸易合同争议仲裁案,其中若干案件以适用《合同法》第402条规定结案,^①笔者认为,其中有些案件的断案思路和结论值得深思和探讨。本文意在比较《联合国国际货物销售代理公约》与《合同法》第402条规定的差异;系统地分析外贸合同中的仲裁条款在我国涉外仲裁程序中对委托人、代理人和第三人的约束力及法律后果;探讨与外贸代理有关的委托人与代理人关系对外贸代理制的异化;研究涉及外贸代理争议的实体法适用问题。

【关键词】 合同法 第402条 外贸代理 涉外仲裁 仲裁条款

在我国的涉外商事仲裁实践中,仲裁庭适用实体法来解决各种国际商事争议是最普通不过的做法。因为商事仲裁作为一种争议解决程序和方法,每一国际商事争议仲裁案件都需要确定应予适用的法律,才能最终解决当事人的实体权利义务关系,不论是通过当事人的约定,抑或仲裁庭通过国际私法规则的选择。根据国际私法之管辖权与法律适用关系的一般规律,当确定了仲裁机构(仲裁庭)对特定案件的管辖权后(基于有效合同中的仲裁条款或者独立的仲裁协议),仲裁庭从而在审理过程再确定适用某国之实体法,这种被仲裁庭所确定的实体法并不应当影响仲裁庭对争议的管辖权。然而,在我国涉外商事仲裁实践中,却产生了如本文所研究的现象:在仲裁程序中仲裁庭确定适用中国《合同法》第402条时,将反过来对仲裁委员会的管辖权以及法律适用的原则提出一系列挑战。这一独特现象无法从一般仲裁制度本身或者一般的法律适用规则来加以理解,而应当将其置于中国对外贸易体制的发展背景下进行综合考察。

一、《合同法》第402条的产生背景

1. 《合同法》之前我国外贸代理制的相关立法

我国的外贸代理制与国外一般意义的贸易代理相比较,有着其特殊背景和特殊性质。具体

^① 康明:《外贸代理与〈合同法〉第402条适用问题初探》,《仲裁与法律》2003年第2期。

表现在:

第一,在2004年7月1日《中华人民共和国对外贸易法》(2004年4月6日第十届全国人民代表大会常务委员会第八次会议修订,以下简称2004年《对外贸易法》)施行前,^①我国一直实行对外贸易的垄断以及与此相适应的外贸权的许可制度,大部分国内企业没有进出口权,其自营产品的出口以及所需进口设备、物料都必须通过有进出口代理权的外贸公司代理。在进出口交易中,外贸公司以自己的名义与外商订立外贸合同、向海关报关、办理外汇核销以及出口退税手续等法律行为。所以,我国外贸代理制度的建立具有强烈的行政色彩,企业之所以委托外贸公司作为代理人办理进出口业务,基本上不是出于商业考虑。

第二,在2004年《对外贸易法》施行前,我国调整外贸代理的法律制度同时并存着两部由全国人大及其常委会所颁布的法律和一部国务院部门的行政规章,并在此基础上建立起颇具“中国特色”的外贸代理制,这些法律所涉及的相关规定以及行政规章包括:《中华人民共和国民事诉讼法》(《民法通则》)第63条;1994年《对外贸易法》(第八届全国人民代表大会常务委员会第七次会议于1994年5月12日通过,1994年7月1日起施行)第13条;原对外贸易经济合作部(现商务部)1991年8月29日颁布的《关于对外贸易代理制的暂行规定》(《暂行规定》)。

第三,尽管这些法律和行政规章的位阶孰高孰低是一目了然的,但现实情况是,我国的外贸代理制从1991年起一直依照上述三者中位价最低的《暂行规定》所确定的模式进行,而且迄今为止仍然是我国外贸公司进行代理活动的依据。

2.《暂行规定》设立的外贸代理制基本规则

《暂行规定》所设置的外贸代理制在业务操作和责任划分上分成相互独立的两个环节:不论是进口业务抑或出口业务,国内无外贸权的公司企业(委托人)跟拥有外贸代理权的外贸公司(代理人)订立代理进口(出口)协议,约定由代理人以自己的名义(而不是以委托人的名义)与外商(第三人)签订外贸合同。

在外贸公司以自己的名义与外商签订外贸合同后,尽管作为委托人的国内公司经常参与外贸合同部分义务的实际履行;甚至外商就是由委托人自己寻找的,外贸合同的主要条款也是委托人自己与外商磋商后确定的,外贸公司仅仅在外贸合同上签字而已,但是在法律关系上委托人与外商彻底隔绝,外贸合同项下一切合同权利、义务、责任均由外贸公司承受。

在履行合同过程中,如果因外商违反外贸合同致使委托人实际遭受损失,若委托人同意支付相关法律费用并愿意承受诉讼或仲裁的结果,应由外贸公司依据外贸合同中约定的争议解决方式、以自己的名义向外商追索;如果因委托人的缘故导致外贸公司对外商的违约,应由外贸公司首先向外商承担违约责任后,再依据委托代理协议向委托人追索。故在此机制下不论委托代理协议和外贸合同是否约定了争议解决方式,作为可能的诉讼或者仲裁程序的主体非常明确:外贸合同争议的当事人为外商(第三人)与外贸公司(代理人);委托代理协议争议的当事人是国内公司(委托人)与外贸公司(代理人),两个法律关系相互独立,不会发生任何当事人就索赔相对人行使选择权或者介入权问题。

3.《暂行规定》框架下的外贸代理制评析

从这种外贸代理制的制度建设和具体业务流程上看,可以发现此项制度存在着诸多先天不

^① 2004年修订的《对外贸易法》第8条规定,依法办理工商登记或者其他执业手续,依照该法和其他有关法律、行政法规的规定从事对外贸易经营活动的法人、其他组织或者个人,均为对外贸易经营者。

足:

第一,此项代理制度有别于我国《民法通则》第63条所规定的直接代理制度。《暂行规定》仅是一部行政规章,而全国人大常委会通过的《对外贸易法》虽从上位法的地位肯定了《民法通则》下并不存在的“间接代理”的做法,但它对外贸代理的具体规则并未作明确规定。^①这样,一旦发生当事人之间的争议时,我国人民法院根本不将《暂行规定》作为“法律”加以适用,只能作为法院审判的参考。这样,虽然在外部关系中——即在外贸公司与外商的外贸合同关系中——当事人相互权利义务清楚明确,但在内部关系方面仍然存在模糊不清之处;特别是涉及外商违反外贸合同导致委托人的实际损失时,作为代理人的外贸公司是否应当向委托人承担责任,各地人民法院对此作出的判决是大相径庭。

第二,《民法通则》第63条所规定的是直接代理,代理人以委托人的名义实施民事法律行为,委托人对代理人的代理行为承担责任。而《暂行规定》所规定的代理制度下代理人完全以自己的名义从事外贸业务并承担相应责任,故从严格意义上讲,它是一种行纪合同关系,而非委托代理关系。

第三,委托人与代理人的权利义务不平衡。一方面,外贸公司作为外贸合同当事人必须首先承担合同的义务和责任,假定严格地遵循《暂行规定》的要求办理业务,外贸公司只收取1~3%代理费,即使是委托人的过错导致其违反外贸合同,外贸公司也要首先对外商承担100%的赔偿责任;另一方面,若外商违约而外贸公司怠于行使诉权之时,作为委托人的国内公司并非外贸合同之当事人,故无法直接向外商主张权利而及时获得救济。此外,若这种制度设计方面的缺陷被不法商人所利用,例如,委托人与第三人相勾结,就可能使作为代理人的外贸公司处于十分不利的境地。

正是上述原因,在起草《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》)时,据称立法机关特别考虑我国外贸代理制的现状,试图兼顾委托人、代理人以及第三人的合法权益,^②在《合同法》中载入了颇具中国特色的第402条。^③

虽然从《合同法》的规定表面无法反映第402条的立法精神是为了解决外贸代理制的矛盾、兼顾三者利益,它仅一般地规定了第三人在明知存在代理关系时其与委托人、代理人之间的关系。然而,从《合同法》生效后至今的外贸代理制以及与此有关的贸易争议解决实践来看,法律的天平仍然是偏向于处于代理人地位的我国外贸公司。

二、第402条确立的外贸代理制:与《国际货物销售代理公约》的比较^④

第402条规定“受托人以自己的名义,在委托人授权范围内与第三人订立的合同,第三人在订立合同时知道受托人与委托人之间的代理关系的,该合同直接约束委托人和第三人,但有确切证据证明该合同只约束受托人和第三人的除外。”

^① 1994年《对外贸易法》第13条规定:“没有对外贸易经营许可的组织或者个人,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”。

^② 胡康生:《中华人民共和国合同法释义》,法律出版社1999年版,第573~574页。

^③ 以后凡提及第402条,均指《合同法》第402条。

^④ 考虑到本文所要研究的问题并非在于代理制度本身,而在于被认定属委托代理关系时的涉外仲裁问题,考虑到篇幅所限和本文的主题,本文基本上不涉及第402条的代理属于何种性质的代理、与两大法系的渊源等法理问题,不对这些法理问题展开讨论。

迄今为止的观点一般认为,《合同法》以第 402 条对外贸代理作出上述规定,充分借鉴或者参考了《国际货物销售代理公约》等有关规定,^①笔者认为,倘若仔细对照和分析该公约的相关条款,就可知这实际上是一种误解。

《国际货物销售代理公约》(Convention on Agency in the International Sale of Goods)^②第 12 条规定:“代理人于其权限范围内代理本人实施行为,而且第三人知道或理应知道代理人是以代理人身份实施行为时,代理人的行为直接约束本人与第三人,但代理人实施该行为只对自己发生拘束力时(例如所涉及的是行纪合同),不在此限。”

对照上述规定可知,我国《合同法》第 402 条与《国际货物销售代理公约》第 12 条的大部分内容是类似的,但是其中最实质性的区别在于:《公约》第 12 条规定是“代理人的行为直接约束本人与第三人”,而第 402 条的规定却变成了“该合同直接约束委托人和第三人”。

笔者认为,在《国际货物销售代理公约》第 12 条所确立的代理制度下,代理人的行为直接约束委托人与第三人,表明在代理人与第三人签订外贸合同后,履行合同的当事人仍然是代理人而非委托人;在签订外贸合同后,代理人并不退出合同的履行,相反应当全部履行该合同;假定因委托人的缘故导致代理人未履行与第三人的合同,违约责任将由委托人承担;如果第三人针对代理人提起诉讼或者仲裁,其后果亦由委托人承担。换言之,在《国际货物销售代理公约》第 12 条所确立的代理制度下,代理人在其权限内所为之任何行为的后果均及于委托人。尽管该公约条款并未就发生第三人所提起的仲裁或者诉讼程序中应当以谁作为相对人一事作出明确规定,可是从第 12 条规定所使用的措辞分析,人们至少无法得出下述结论:代理人与第三人签订合同后,一旦发生争议,代理人就退出争议的解决程序,第三人只能向委托人进行追索,而不能向代理人追索。因为代理人的行为直接约束委托人与第三人,理所当然包括代理人作为诉讼或者仲裁当事人所作之行为在内。

然而,第 402 条却规定,代理人所订立的合同直接约束委托人与第三人。按一般合同法原理的理解,如果一项合同直接约束合同的相关当事人,那么合同当事人就应当按照合同约定履行合同义务;^③换言之,依照第 402 条的规定,作为代理人的中国外贸公司自从签订外贸合同后就应当退出交易,由委托人直接作为合同当事人来履行外贸合同义务。假定发生外贸合同的争议,第三人也只能向直接承受合同约束的委托人进行追索,而不能向代理人追索。众所周知,第 402 条规定代理人所订立的合同直接约束委托人与第三人,那么意味着委托人可以(而且应该)直接向第三人履行合同义务,包括为进口货物支付货款或者交付货物。可是,直至 2004 年 6 月 30 日为止,对于不拥有外贸经营权的中国国内公司企业,根本不可能直接履行代理人与第三人所达成的外贸合同!它们根本不具备履行外贸合同所需的全部行为能力!毫无疑问,第 402 条在规定合同直接约束委托人与第三人时,根本不考虑此项规定在对外贸易实践中的不可执行性。

① 胡康生:《中华人民共和国合同法释义》,法律出版社 1999 年版,第 574 页;康明:《外贸代理与〈合同法〉第 402 条适用问题初探》,《仲裁与法律》2003 年第 2 期。

② 本公约由国际统一私法协会(UNIDROIT)起草,1983 年 2 月 17 日在日内瓦外交会议上通过,至 2004 年 6 月 22 日止,只有 6 个国家在公约上签字,其中意大利和法国批准了公约,南非、墨西哥和荷兰参加了公约,中国尚未在公约上签字。因为参加公约的尚未达到公约第 33 条规定的 10 个国家,故公约未生效。资料来源:<http://www.unidroit.org>, 访问日期:2004 年 6 月 22 日。

③ 例如,《合同法》第 8 条明确规定:“依法成立的合同,对当事人具有法律约束力。当事人应当按照约定履行自己的义务,不得擅自变更或者解除合同。”

显然,我国《合同法》第402条将“合同直接约束委托人与第三人”替换了《国际货物销售代理公约》的“行为直接约束本人与第三人”,形似而神异,它使公约的本质精神在我国《合同法》中荡然无存。这种实质性的、明显的区别,导致在以仲裁方式解决与“代理”^①有关的国际贸易争议时,产生了一系列亟待解决的仲裁制度和法律适用方面的基础性法律问题。

笔者感到,虽然从《合同法》第402条规定表面无法体现该条的立法精神是为了解决外贸代理制的矛盾,它仅一般地规定了第三人在明知存在代理关系时其与委托人、代理人之间的关系;换言之,任何交易中涉及三者关系的,都可以适用该条规定。然而,从立法背景可以清楚地表明第402条的立法精神,它仍然基于外贸权垄断的前提偏向维护处于代理人地位的外贸公司的利益,这正是“中国特色”在合同制度上的体现。

第402条作为一项旨在调整具有中国特色的外贸代理制的特殊规定,在《合同法》施行后的五年内对我国外贸代理制本身并未产生什么重大影响,甚至根本未产生任何的涟漪。从1999年《合同法》施行至今,我国的外贸代理制仍然顽强地遵循着1991年《暂行规定》所设定的轨迹在运行,丝毫未见到任何实质性变化。然而,第402条对中国涉外仲裁制度所带来的挑战则伴随着实践的增加而愈加引人关注和引人深思。简而言之,因适用第402条必将导致外贸合同的法律关系变化和合同约束主体的变化,使外贸合同中仲裁条款的效力范围受到法律关系变化的挑战。^②

三、CIETAC 实践及仲裁条款约束力的法律逻辑分析

在我国外贸公司与外商订立的大量外贸合同中,约定由CIETAC解决争议的为数不少。这样,在《合同法》施行后,CIETAC作为解决国际商事争议的专门仲裁机构,首当其冲面临着因适用第402条解决争议所引起的一系列问题。从若干披露的已决案件来看,仲裁庭在特定案件的审理中适用第402条解决争议的方式确实值得商榷。^③

考察CIETAC审理的涉及外贸代理的外贸合同争议案件的特点,较普遍的情况是:外商依据外贸合同的仲裁条款对中国外贸公司提起仲裁程序,而外贸公司则以自己为代理人作为抗辩,认为自己不应承担责任;如果仲裁庭认定应适用第402条之规定的话,即以外贸合同直接约束第三人与委托人为理由,在实体上驳回申请人的仲裁请求。

笔者认为,从法律逻辑角度分析有关案例,可以提出一系列引人深思的问题。

1. 外贸合同中仲裁条款约束的主体是哪两方当事人

在涉案合同中,外贸合同的签约当事人均为外商(第三人)与一家中国外贸公司(代理人),合同中载有仲裁条款,实际参与仲裁的申请人与被申请人即是外贸合同的该两方当事人。然而,仲裁庭一方面适用第402条确认外贸合同直接约束外商与委托人,另一方面却在实体上驳回外商作为仲裁申请人的请求。问题在于:既然外贸合同被仲裁庭确认为仅约束第三人与委托人,它不约束第三人与代理人,那么仲裁委员会(仲裁庭)对第三人与代理人之间争议的管辖权基础是否适当?

根据合同相对性的原则,合同约束合同当事人,就意味着包括合同中的仲裁条款也约束有关

① 此处使用引号的代理一词,就在于有些争议中尽管外贸公司以代理人作为抗辩,但是其代理人的身份是值得怀疑的,甚至很难将其视为一般的外贸代理。本文后面将讨论此问题。

② 王生长:《新合同法对仲裁的影响》,《仲裁与法律通讯》1999年第3期。

③ 康明:《外贸代理与〈合同法〉第402条适用问题初探》,《仲裁与法律》2003年第2期。

当事人。既然已经认定外贸合同约定第三人与委托人,显然合同中的仲裁条款也仅仅约束第三人与委托人,不能同时约束第三人与代理人。在仲裁条款不能约束第三人与代理人的条件下,仲裁庭在实体上驳回第三人对代理人的仲裁请求的仲裁管辖权基础就不存在;换言之,当仲裁庭认定外贸合同直接约束第三人与委托人,另一个必然的结论便是:包含在外贸合同中的仲裁条款也直接约束第三人与委托人,仲裁庭就不能就第三人与代理人之间的实体争议进行审理并作出判断。

关于合同约定特定当事人,合同中包括仲裁条款在内的所有权利义务也同时约束特定当事人,这是不容质疑的合同法原则。从第402条规定的精神是无论如何推导不出这样的立法本意:合同直接约束第三人与委托人,但是合同中的仲裁条款约束第三人与代理人。

此外,即使发生合同权利义务转让的场合,如果合同中载有仲裁条款,一旦合同合法地转让给第三方,除非第三方明示地表示不受合同中仲裁条款的约束,否则合同中的仲裁条款自动地约束该合同的受让方和合同的其他当事人。^①更何况,在基于第402条认定属于委托代理关系时,合同根本未发生主体方面的变化,法律将代理人所为之一切代理权限内的行为视为委托人之行为。

有鉴于此,笔者认为,倘若仲裁庭确定外贸合同的当事人为第三人与委托人,那么合乎逻辑的结论是:系争外贸合同之仲裁条款的效力及于第三人和委托人,作为代理人的外贸公司就不应当受到仲裁条款的约束,外贸公司就不应当成为仲裁案件的当事人,仲裁委员会(仲裁庭)对第三人与代理人之间的争议无管辖权。实际上,仲裁庭在确定外贸合同的当事人为第三人与委托人之时,就否定了自己对于第三人与代理人之间争议的管辖权。因为仲裁庭认为代理人与第三人之间无合同关系,所有合同项下的权利义务(包括仲裁的权利义务)全部属于第三人与委托人,既然如此,仲裁庭在实体上审理第三人与代理人的争议就有疑问。在此情况下,另一个合乎逻辑的行事方式是:根据CIETAC仲裁规则之规定,仲裁庭就不应该对第三人与代理人之间仲裁案作出实体裁决(因为代理人根本就不是合同的一方,也不受仲裁条款的约束),而应当将案件发回仲裁委员会,由后者作出不予受理的决定,而非任何裁决。^②

有一种说法是,仲裁委员会受理案件依据的是外贸合同之仲裁条款,即使通过审查并适用第402条认定外贸合同直接约束第三人与委托人,毕竟代理人是合同(也是仲裁协议)的签字一方,仲裁委员会的管辖权是毫无疑问的,因为仲裁条款与主合同是相互独立的。^③

笔者认为,这一说法不适当地理解了仲裁条款独立性原则的概念并错误地扩大其适用范围。仲裁条款独立性是针对主合同效力有瑕疵而产生的人所共知的一项仲裁理论和仲裁法原则。仲裁条款独立性原则的基本精神在于:主合同效力的瑕疵不至于影响到仲裁条款的效力;即使合同效力存在争议,合同当事人仍然可以依据合同中的仲裁协议将争议交付仲裁解决。因而仲裁条

^① 参见2003年12月31日发布的《最高人民法院关于人民法院处理涉外仲裁及外国仲裁案件的若干规定(征求意见稿)》第29条;关于合同转让,还可细分为合同权利转让,合同义务转让,合同权利义务的概括转让等,此等情况下仲裁条款的约束力可能存在某些差异,这方面的论述浩如烟海,限于篇幅,故无法一一引注,故仅仅引用我国最高司法机关对此的一般看法作为支持笔者观点的资料。

^② 中国仲裁法并未确立起仲裁庭的自裁管辖权,而是仲裁委员会的自裁管辖权,所以,一旦涉及到管辖权问题,只能由仲裁委员会作出决定。见《中华人民共和国仲裁法》第20条;《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》第4条。

^③ 这是某中级人民法院受理的一件当事人提出撤销仲裁裁决的案件中,被申请人提出的裁决不应被撤销的理由之一。考虑到案件正在审理过程中,无论是披露当事人的名称还是受案法院、案件号等信息,都可能不一定适当,故只能不载明这一说法的出处。

款独立性原则的适用范围是特定的,而不能扩大适用到代理关系或者合同转让等场合。CIETAC所审理的涉及外贸代理的争议案中,载有仲裁条款的外贸合同并未产生效力瑕疵的争议,就不存在适用仲裁条款独立性原则的基础。假定运用仲裁条款独立性原则来诠释外贸合同仲裁条款的约束力,就会得出不符合逻辑的结论:根据第402条,外贸合同中的仲裁条款约束第三人与代理人,而外贸合同直接约束第三人与委托人。无论在我国《合同法》还是《仲裁法》中都找不到支持这种割裂外贸合同与合同仲裁条款关系的法律依据。

2. 第三人或者委托人可否直接援引外贸合同之仲裁条款和第402条相互提请仲裁

笔者感到,这是一个与前述问题相联系但又可能相互独立的、考验我们法律逻辑的难题。

第一,如果发生了第三人对代理人的仲裁程序,仲裁庭适用了第402条规定而驳回第三人对代理人的仲裁请求之后,尽管未解决第三人对代理人的实体索赔问题,但至少它确认了外贸合同对第三人与委托人产生约束力。这样,第三人理应有权依据该仲裁裁决以及外贸合同中的仲裁条款向委托人追索。学者们也都认为第402条规定使合同对未签字的委托人有直接约束力,这在本质上相当于合同的全部承受,即未签约方概括承受签约一方在合同项下的全部权利和义务,故合同中的仲裁条款随主合同一起对委托人产生约束力。^①

在上述条件下,第三人通过针对代理人的第一次仲裁尚可获得一份确认代理关系以及外贸合同当事人的仲裁裁决,凭借此份裁决,第三人可以再通过适当程序向委托人追索。

但是,如果适用第402条的结果是必须先通过第一次仲裁解决外贸合同的约束主体问题,再通过第三人与委托人的第二次程序方能最终解决第三人的索赔,对以迅速及时解决国际商事争议为宗旨和特征的仲裁制度而言,实在是一个莫大的悲哀。

更加值得深思的仲裁理论问题是,外贸合同中的仲裁条款是否能够使用两次:它既可以使仲裁机构获得对第三人与代理人之间争议的管辖权,继而使仲裁庭作出外贸合同约定第三人与委托人的实体裁决;又可以使仲裁机构获得第三人对委托人进行追索的仲裁管辖权?据笔者的知识,在国际商事仲裁制度中并不存在类似于知识产权制度中的权利“耗竭”或“用尽”原则(Exhaustion)。然而从仲裁协议的本质属性分析,^②在涉及仲裁条款对未签署人的效力等问题上,司法实践和仲裁实践大致遵循着类似于“耗竭”原则来处理仲裁条款的约束主体问题的。换言之,在发生合同主体变化的场合,合同之仲裁条款随之约束变化后的合同主体以及合同的相对方。^③这就表明,合同之仲裁条款仅约束合同当事人;并不存在合同之仲裁条款既可约束合同的原当事人,又可同时约束变更主体后的新当事人之双重效力。由此观之,事实上当仲裁机构受理并就第三人与代理人之争议作出实体裁决之时,仲裁机构已经使自己置于非常尴尬的境地,它承认一项仲裁条款可以同时约束第三人与代理人以及第三人与委托人。

第二,适用第402条引起的仲裁制度的问题还不尽如此。即使以牺牲效率和导致仲裁条款约束主体的矛盾为代价,至少可以确定第三人与委托人的关系。可是,假定第三人认为不必多此一举先向外贸公司追索,干脆直接依据外贸合同中的仲裁条款对委托人提起仲裁;或者委托人认为第三人在与其代理人签订合同时明知委托人与代理人之间代理关系的,直接依据代理人与第

^① 王生长:《新合同法对仲裁的影响》,《仲裁与法律通讯》1999年第3期。

^② 参见《联合国国际贸易法委员会国际商事仲裁示范法》第7条;《承认及执行外国仲裁裁决公约》第2条;《中华人民共和国民事诉讼法》第16条。各国的仲裁立法均对仲裁协议作出规定。

^③ 参见2003年12月31日发布的《最高人民法院关于人民法院处理涉外仲裁及外国仲裁案件的若干规定(征求意见稿)》第29条。

三人之间合同中的仲裁条款向仲裁机构提起仲裁,此时有关的仲裁机构将如何处理?这恐怕是第 402 条的合同法制度对仲裁制度的最大挑战。迄今为止,国际商事仲裁机构受理仲裁申请人提起仲裁程序的基本条件是:当事人之间存在着仲裁协议的初步证据或表面证据(*prima facie*),^①如果不存在最起码的书面仲裁协议的初步证据,任何仲裁机构均不会受理此类仲裁申请。第三人基于第 402 条对委托人所提起的仲裁申请,恰恰是在不具备书面仲裁协议的初步证据的条件下提出的。

法律是最具有逻辑性的文件,司法活动或者仲裁活动亦十分强调逻辑性。遵循一般的法律逻辑,既然仲裁庭已经认定外贸合同仅约束第三人与委托人,合同之仲裁条款的效力也及于第三人和委托人,那么第三人顺理成章可以依据外贸合同中的仲裁条款对委托人提起仲裁。不过,当第三人依据同一仲裁条款向委托人进行追索时,就不得不让人思考仲裁条款对第三人与代理人的约束力问题。

第三,如果第 402 条确定的原则是“合同直接约束第三人与代理人”,毋庸置疑,第三人是否明知存在委托人与代理人之间的代理关系,应作为一项事实问题通过实体审查予以查明。由此又必须面对另一个法律逻辑问题:在第三人声称其明知代理人与委托人之代理关系而直接对委托人提起仲裁,或者委托人以第三人明知存在代理关系而直接对第三人提起仲裁的场合,仲裁机构就不能以不存在仲裁协议为理由拒绝受理各该当事人的仲裁申请。因为合同是否直接约束第三人与委托人是一项实体问题,实体问题本不应当构成仲裁庭行使管辖权的法律障碍,是否存在代理关系只有通过仲裁程序才能确定。换言之,假定某外国公司声称其作为第三人与某委托人之代理人订立一份外贸合同,并且合同中载有仲裁条款,当该外国公司径直对该委托人提起仲裁时,究竟是由仲裁委员会先行在实体上审查是否存在外贸代理关系,还是在未经证实外贸代理关系、且当事人间(外国公司与所称之委托人)不存在书面仲裁协议条件下就受理案件?

3. 仲裁庭认定存在委托代理关系的依据和标准

基于第三人与外贸公司的外贸合同之仲裁条款,仲裁庭是否有权审查代理人与委托人的代理关系,依据什么标准才能确认存在着代理关系,这是第 402 条既未规定也无法回答的问题。在第三人针对外贸公司提起仲裁时,外贸公司均以存在代理关系且作为第三人的外商知悉这种代理关系作为抗辩。

无疑,仲裁庭若要认定存在代理关系,并且这种代理关系为第三人所知悉,就必须对委托人与代理人之间的法律关系进行实体审查。当仲裁庭依据外贸合同的仲裁条款审理第三人与外贸公司的争议案中,审查外贸公司与委托人之间的关系,就难免有越权审理之嫌。更为实质性的挑战是,在审理第三人与外贸公司的争议案时,外贸公司以代理关系作为其不应承担责任的抗辩理由,完全凭其一家之言。

再者,在法律上要确认代理关系,究竟以委托人与代理人签署代理协议为准,抑或只要依据相关事实表明委托人与代理人存在着事实上的代理关系,从第 402 条规定无从答复。例如,在我国大部分成套设备进口业务中,国内设备最终用户了解设备的技术性能等事项,故在成套设备进口交易中,国内最终用户通常都参加外贸公司与外商的贸易合同的谈判;外贸合同中均要求外国公司承担在国内最终用户所在地进行设备安装、调试、试生产等义务。在此情况下,如何断定作为最终用户的国内公司与外贸公司之间一定属外贸代理关系而不是销售关系?

^① 参见《国际商会仲裁规则》(1998 年 1 月 1 日生效)第 6 条第 2 款。

综合上述各项考虑,仲裁庭依据第三人与外贸公司之间外贸合同的仲裁条款取得管辖权,审理的却是外贸公司与其委托人之间的关系;在不存在判断标准的条件下,仅凭外贸公司(代理人)一家之言和单方面证据,就认定外贸公司与委托人的代理关系,进而就断定外贸合同直接约束第三人与不参加仲裁的委托人,无疑是有风险的。

4. 仲裁庭对外贸代理关系认定的准确性问题

如上所述,仲裁庭审理第三人与外贸公司在外贸合同项下的争议,却要确认外贸公司与委托人之间的代理关系,并且基本上凭借外贸公司单方面的证据认定存在着代理关系。从证据角度分析,第三人对于外贸公司与其委托人之间的文件的合法性、真实性和关联性基本上无法进行质证。^①更何况,仲裁庭在审理涉外争议案件时,当事人可能提供一些争议当事人以外的法律文件(如合同、协议或者函件)作为支持其请求或抗辩的证据。仲裁庭将这些并非属于争议当事人之间的文件作为一般证据,与仲裁庭依据这些证据认定委托代理的法律关系之存在,在法律上的要求不尽不相同。

在依据单方面证据基础上作出的事实认定难免有偏差;倘若仲裁庭认定存在委托代理关系,然而,在此后审理第三人与委托人之间关系或者代理人与委托人之间关系的争议解决程序中,仲裁庭或法庭发现“第三人”与“代理人”^②之间的真正法律关系是买卖关系或者行纪关系时,该如何处理?前一项裁决的效力基础又如何?

长期以来,在我国运用外贸代理的实践中,出口代理又构成外贸代理制的一种特殊方式。其基本特征在于:国内无进出口经营权的加工厂(委托人)与外贸公司签订所谓的“代理出口协议”,但又往往会约定一个大大高于外汇交易市场的外汇汇率,其中就考虑了出口退税因素;并约定由加工厂根据出口货物的金额向外贸公司开出增值税发票,外贸公司凭以向外汇管理部门办理外汇核销和向国家税务部门办理出口退税手续。之所以采用这种做法,根本原因在于:第一,如果涉及到纺织品和服装的出口,只有外贸公司(包括部分有外贸权的工贸公司等)有权通过商务部取得必不可少的出口配额。第二,纯粹的代理出口,外贸公司按《暂行规定》只能获得1~3%的代理费,采用上述做法可由外贸公司和加工厂共同分享国家的出口退税利益。

根据《中华人民共和国增值税暂行条例》的规定,在发生货物销售时,应由货物的销售方向货物的买方开立增值税发票。所以,在加工厂向外贸公司交付出口货物并开立销售增值税发票时,我国的司法实践对于其是否属于外贸代理抑或货物销售,一直存在广泛争议。比较普遍的观点是将加工厂与外贸公司视为货物销售关系,而不是外贸代理关系;也有的观点视之为行纪关系而非委托代理。

笔者所处理的一件加工厂与外贸公司之间的合同争议就是此类交易方式的典型。^③在该案,加工厂与外贸公司签订《代理出口协议》一份,协议规定加工厂委托外贸公司办理服装出口事宜,退税率为17%,在外商的货款汇到外贸公司的账户后,按1:9.45(USD1.00=RMB9.45)汇率结汇;加工厂按结汇金额9.45汇率开立增值税发票和专用缴款书,加工厂负责国外接单,全权负责处理货源的质量及交货期等问题;外贸公司做好出口单据的缮制及出口报关等手续;外贸公司在

^① 外贸公司与代理人之间的关系属于不具有涉外因素的国内合同关系,按照我国《仲裁法》第46条之规定,证据应当庭出示并质证。而证明存在委托代理关系的基本文件如委托代理协议的当事人为委托人与代理人,第三人无从进行质证。

^② 因为此时当事人的法律关系并非委托代理关系,故只能用打引号的第三人和代理人。

^③ (2002)嘉仲字第040号仲裁案。

收汇后 7 天内,凭加工厂出具的增值税发票和专用缴款书,按结汇金额 9.45 结算给加工厂,并扣除发生的各类费用。

在履行该《代理出口协议》过程中,因有部分出口货物未收到外商的货款,加工厂依据《出口代理协议》中的仲裁条款向外贸公司索赔。加工厂的理由是:尽管双方签订了《出口代理协议》,但双方的法律关系是名为“代理”,实为“货物销售”,因为每笔交易后加工厂均向外贸公司开立增值税发票。外贸公司则辩称,双方的关系属于《暂行规定》下的外贸代理关系。

仲裁庭经审理,最终认定双方的法律关系为行纪关系。之所以作出此项认定,就在于仲裁庭考虑到《出口代理协议》以及双方当事人的法律关系具有多重性,不能仅依据协议的名称就视为委托代理关系,也不能就凭借增值税发票一项因素就断定其为销售关系。从交易的各方面加以考察,加工厂负责与外国客户进行联系并由外贸公司以自己的名义签订外销合同,这有别于销售而更符合行纪的特征;外贸公司取得收益的方式除了佣金,还包括与加工厂分享出口退税的收益,这同样符合行纪的特征;尽管加工厂向外贸公司出具增值税发票似乎带有销售的性质,然而双方的《出口代理协议》通过约定一个大大高于市场汇率的“约定汇率”,使加工厂可以从外贸公司的出口退税中分享部分利益,这种方式是一般的货物销售所绝对不会发生的。虽然外贸公司取得收益方式有别于典型的行纪合同关系,但其作为外贸合同主体独立履行义务的行为性质和方式符合行纪人的基本特征。

此案争议具有典型性和代表性,我国目前的纺织品和服装出口中有大量交易采用此类方式。上述争议尽管不牵涉到第三人与外贸公司之间的外贸合同,但对我们认识中国特色的出口业务外贸代理做法不无参考意义。该案对于我们认识“外贸代理制”与我国涉外商事仲裁制度的价值就在于:在第三人与外贸公司的外贸合同争议中,通常无法准确把握外贸公司(即所谓的代理人)与其国内供货商(既所谓的委托人)的法律关系,只有通过全面审查外贸公司与国内供货商的全部事实,方能作出正确的判断。倘若仅依据外贸公司的一面之辞和单方面提供的证据,要准确区分委托代理关系和行纪关系是相当困难的。

基于原对外经贸部《暂行规定》所建立起来的外贸代理制,在许多方面与《合同法》的行纪关系十分相似,只有全面审查所有证据方能正确地界定其性质。显然,根据外贸合同中的仲裁条款,却审理外贸公司与委托人的外贸代理关系是否存在,这可能既存在管辖权上的先天不足,又可能导致在确认实体事项方面的缺陷和不确定性。

四、审理外贸合同争议的实体法适用与第 402 条的适用

每一份外贸合同均有涉外因素,因而几乎在每一项外贸合同争议审理过程中,均牵涉到法律适用问题。本来仲裁管辖权与法律适用之间的关系以及法律适用对争议当事人实体权利义务的影响,是普遍有共识的,笔者本不准备赘述。然而,假如国际私法的法律适用规则确定系争的外贸合同本不应当适用中国法,而仲裁庭却认定应适用中国《合同法》第 402 条,并继而确认外贸合同直接约束第三人与委托人、驳回第三人对外贸公司的仲裁请求时,笔者感到不得不思考管辖权与法律适用这一老生常谈的话题。

仲裁委员会(仲裁庭)依据外贸合同中的仲裁条款取得对系争外贸合同争议的仲裁管辖权时,是否意味着仲裁庭必定适用中国法——特别是第 402 条——来解决当事人的实体争议,这是值得考虑的。

1. 依据国际私法规则确定适用中国法是适用第 402 条的前提

众所周知,第402条是中国《合同法》的一项实体规范。所以,在仲裁过程适用第402条的前提是仲裁庭确认争议的外贸合同争议应当适用中国法,只有适用中国法时才可能涉及《合同法》第402条的问题,而不是所有情况都一定导致适用中国法;^① 如果不存在适用中国法这一大前提,就根本不能得出应该适用第402条的结论。如果在审理外贸合同争议时不加区别,只要我国外贸公司提出基于第402条关于代理人的抗辩理由,就此认定有关外贸合同争议应适用中国《合同法》,显属本末倒置,这必然违反法律适用的基本规则:第402条并非属于法律适用的冲突规则,而是一项实体规范,从一项实体规范不能推导出应适用中国法的结论。

2. 适用《销售合同公约》时就排除了适用第402条的可能性

特别值得一提的是,中国是《联合国国际货物销售合同公约》(以下简称《销售合同公约》)的缔约国,根据该公约第1条第1款(a)项之规定,营业地在中国的公司与营业地在其他缔约国的公司订立的国际货物买卖合同,如果当事人未明确排除适用《销售合同公约》,或者当事人未就法律适用事项作出约定的条件下,则公约将自动适用于该项合同,包括合同的成立、买卖双方的义务、违约和违约救济、风险转移等。我国人民法院和仲裁机构负有履行我国承担的国际条约义务,在符合《销售合同公约》相关规定的条件下,审理国际货物买卖合同争议时适用该公约的有关规定以解决争议。不言而喻,在适用《销售合同公约》的条件下,并不存在同时平行适用中国《合同法》的问题;在符合适用《销售合同公约》的条件下,并未给适用第402条留有余地,除非涉及该公约未作规定的合同效力、合同对所售货物的所有权产生的影响或者产品责任等特定事项。^②

然而,恰有这样的仲裁实践,即仲裁委员会基于外国第三人(系营业地位于《销售合同公约》缔约国的公司)与中国外贸公司的外贸合同之仲裁条款取得仲裁管辖权;当事人在有关外贸合同中未约定法律适用。按照《销售合同公约》的规定,我国《民法通则》第142条之规定,本应适用《销售合同公约》解决中外当事人之间的外贸合同争议。可是,当外贸公司依据第402条进行抗辩时,仲裁庭认定外贸公司属于中国国内公司(委托人)的代理人,故转而适用第402条,以外贸合同直接约束第三人与委托人为理由,驳回第三人外国公司对外贸公司的仲裁请求。

笔者感到,当中国的(仲裁委员会)仲裁庭取得对案件的管辖权时,如果当事人未约定应适用的法律,应当遵循一般国际私法规则以确定合同的准据法。我国关于法律适用的原则,除了在一些专门法律有规定外,主要体现在《民法通则》中。就国际货物买卖合同而言,其基本原则就是首先尊重当事人意思自治;当事人未约定的,应根据最密切联系原则确定准据法;我国所参加的国际条约和国际协定优先适用;国际惯例补充适用。^③ 这样,在当事人未明确约定合同应适用的法律,而有关合同又符合《销售合同公约》的适用条件时,就不存在适用我国《合同法》第402条的可能性。通过适用第402条从而不适当地排除了本应适用的《销售合同公约》,势必违反我国所承担的国际条约义务。

对于笔者的这一观点,可能有人认为未必如此,因为仲裁庭依照第402条确认委托人是中国无外贸权的公司,合同直接约束第三人与中国的委托人,当然可以适用《销售合同公约》解决第三人与中国委托人之间的争议。换言之,即使适用了第402条,也未必排除《销售合同公约》的适用。

^① 康明:《外贸代理与〈合同法〉第402条适用问题初探》,《仲裁与法律》2003年第2期。

^② 《联合国国际货物销售合同公约》第4条、第5条。

^③ 参见《民法通则》第145~146条。

笔者认为,第402条规定是一般条款,它并未规定仅仅适用于委托人为中国公司法人、且代理人是中国外贸公司的场合。假定委托人是一家第三国公司(且其营业地所在国并非《销售合同公约》缔约国,这种可能性是存在的),中国公司作为代理人以同样的方式与另一家外国公司(其营业地所在国系《销售合同公约》缔约国)订立国际货物销售合同时,如果中国外贸公司基于第402条提出抗辩且被仲裁庭所接受,就必然产生《销售合同公约》被不当排除适用的后果:因为当仲裁庭确认合同约束第三人与委托人时,委托人营业地所在国并非《销售合同公约》缔约国,故不能适用该公约,除非能够援引该公约第1条第1款(b)项的规定。

上述分析表明,第402条作为中国《合同法》之一部分,其适用的条件是仲裁庭通过国际私法规则确定应适用中国法;当符合适用《销售合同公约》的条件时,就不存在适用第402条的可能性,否则将产生极其不合理甚至与公约原则相抵触的做法:合同双方营业地所在国为缔约国并不能当然适用该公约,还必须满足委托人营业地所在国也属公约缔约国的条件;滥用第402条将导致《销售合同公约》的适用受到贬损和以至于落空,有违相应的国际义务。

3. 依据最密切联系原则选择准据法,未必导致适用第402条

在处理国际货物买卖合同争议时,即使中外当事人未约定合同应适用的法律,又不符合适用《销售合同公约》的条件,必须依据最密切联系原则确定合同准据法时,也未必一定可以适用中国法以及作为中国《合同法》之一部分的第402条。

我国《民法通则》第145条第2款肯定了最密切联系原则。最密切联系原则是作为当事人意思自治原则的补充来适用的,在合同当事人对法律适用未作明示选择时,应采用最密切联系原则确定合同的准据法。^①通常在运用此项原则确定合同准据法时,一般采用特征履行为主的方法。1985年,我国颁布了第一部调整涉外合同关系的《中华人民共和国合同法》,1987年,最高人民法院发布了《关于适用〈涉外经济合同法〉若干问题的解答》^②(以下简称《解答》),其中就国际货物买卖合同作为一类特殊的合同加以处理,规定了若干在不同情况下依据最密切联系原则选择应适用的法律:适用合同订立时卖方营业所所在地的法律。如果合同是在买方营业所所在地谈判订立的,或者合同主要是依买方确定的条件并应买方发出的招标订立的,或者合同明确规定卖方须在买方营业所所在地履行交货义务的,则适用合同订立时买方营业所所在地的法律。此外,成套设备供应合同,适用设备安装运转地的法律。

分析该《解答》所建立的准则可知,若采用最密切联系原则确定国际货物买卖合同的准据法,以适用合同订立时卖方营业所所在地法律作为基本考虑,而适用买方营业所所在地法律作为例外,且必须要符合一系列条件。这就表明,如果我国仲裁机构受理外贸合同争议时,即使运用最密切联系原则来确定国际货物买卖合同准据法,除非我国的外贸公司处于卖方(即出口货物的出口方)的地位;或者虽然处于买方的地位但符合《解答》所述之各项条件,否则仍然不可能得出应当适用中国法的结论;既然不应当适用中国法而应当适用其他国家(地区)的法律(主要为合同法),不言而喻,当然不存在单独适用第402条的可能性。

^① 韩德培:《国际私法新论》,武汉大学出版社1997年版,第308页;黄进:《国际私法》,法律出版社1999年版,第426~427页。

^② 该《解答》是针对《中华人民共和国合同法》所作出,现该法律已经失效,理所当然该《解答》也失去了存在的基础。然而,它所确立的一些规则仍然具有指导意义。

五、结束语

第一,第402条是我国在外贸经营权许可制背景下载入《合同法》中去的,它的立法本意是片面保护作为“代理人”的外贸公司的利益。第402条主要调整的是代理关系中委托人与代理人之间的内部关系。各国代理法的基本精神保护第三人的利益不至于因代理的内部关系而遭到损害,而第402条的立法精神却是片面地保护代理人的利益。我国《合同法》中载入第402条意味着引进了普通法系的代理制度,^①它成为一贯遵循大陆法系传统和原则的我国《合同法》中的一个异类。既然第402条的立法背景是外贸经营权的垄断,当2004年7月1日《外贸法》取消了这种垄断权时,第402条是否应继续存在的必要性就值得重新审视。

第二,持续长达十几年的我国外贸代理制究竟是委托代理关系、行纪关系还是买卖关系(以出口“代理”为例),是见仁见智的问题。此项制度的产生具有深刻的时代背景和经济体制方面的因素,而不是什么法律因素。可是,当人们将一项争议交付仲裁解决时,无论其为外商与中国外贸公司之间的争议,还是外贸公司与中国供货商(或最终用户)之间的争议,它都是一项法律问题,必须从法律角度思考管辖权、法律适用、证据规则等一系列有关问题。从我国《合同法》施行至今,《合同法》中还没有任何一条规定像第402条那样在我国仲裁界引起如此之广泛的讨论,也没有任何一项条款像第402条那样由实体规范对仲裁制度提出了如此深刻和广泛的挑战。假定我国的仲裁制度无法解决第402条对仲裁原则的挑战,例如:外贸合同之仲裁条款同时约束第三人与外贸公司以及第三人与委托人;第三人引用外贸合同之仲裁条款直接向不作为合同一方的委托人提起仲裁;或者委托人援引外贸合同之仲裁条款直接向第三人进行追索,那么惟一的出路便是考虑修改第402条的规定。

第三,第402条(包括第403条)已经与我国《仲裁法》所确立的仲裁原则产生了直接冲突,在仲裁管辖权、仲裁条款约束的当事人、确定委托代理关系的准则等一系列问题上,存在诸多矛盾和不确定性。如果第402条所称的外贸代理原则被不适当地适用,它可能不适当地成为外贸公司规避法律责任的护身符;同样,当不法的外商了解到受第402条影响的中国涉外仲裁所存在的制度性缺陷,那么这一合同法规定甚至可能成为有关公司实施欺诈的手段。

第四,在外贸合同和仲裁条款的签约当事人仅仅只有外商和中国外贸公司的条件下,否认合同对该两方当事人的约束力以及否认合同所载之仲裁条款对该两方当事人的约束力,不论从哪个角度衡量,都是不合适的。在我国已经取消外贸权垄断的条件下,任何公司企业经过适当备案就可以取得进出口权。可以这样认为:今后外贸公司再要以委托代理关系来进行抗辩的话,其充分必要条件是外贸合同中显示其代理人的身份;即使外贸公司不充分披露委托人的名称,至少应表明外贸公司为代理人的身份。

综上所述,笔者的结论是:我国涉外仲裁机构在处理当事人以第402条提出的抗辩时,必须慎重地考虑法律适用的一般原则问题;必须准确地判断外贸公司与国内公司的法律关系;即使在确定适用第402条认定存在隐名代理关系时,亦应由仲裁委员会作出撤销案件的决定,而不是由仲裁庭作出基于合法仲裁管辖权对当事人的请求作出实体裁决。

^① 关于第402条规定的代理是“隐名代理”还是“不披露本人的代理”,国内学者的观点众说纷纭,本文的意图在于讨论从代理引起的仲裁制度问题,所以不展开讨论。