

借鉴国外商业代理制 构建我国药品代理制度

郑金华,冯国忠

(中国药科大学国际医药商学院,南京 210009)

[摘要] 在现行的商业环境和法律环境下,我国药品代理制度亟待规范。文章通过对英美法和大陆法中商业代理制度的比较分析和借鉴,从政策制定的角度,初步探讨了我国药品代理制度建立和完善的方向。

[关键词] 药品代理制度;商业代理制;英美法;大陆法

[中图分类号] R951 **[文献标识码]** C **[文章编号]** 1004-0781(2010)06-0824-04

商业代理作为一种商业经营模式,于20世纪80年代引入我国,在家电和汽车行业首先得以发展。相对厂家直销而言,代理制有风险共担、利益共享、提高流通效率、利于开发新市场等优势。该模式随后在医药行业被采用,影响逐步扩大。然而,在法律层面,代理制度的立法明显滞后于它在商业活动中的发展。我国尚未建立完善的代理制度,仅在《民法通则》中规定了直接代理,《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》)第402,403条中把代理的涵义扩大到间接代理,对实际的商业代理行为缺乏可行的指导。对医药这一特殊行业而言,药品代理亟待规范。而代理制在西方国家相对成熟,则可以从中学习到一些经验。笔者将从英美法和大陆法两大法系关于商业代理制度的规定出发,结合我国药品代理的现状和问题,提出我国药品代理制度建立应遵循的规则。

1 两大法系代理法比较分析

1.1 代理理论——区别论与等同论 大陆法代理制度建立在区别论的基础上^[1]。该理论认为,代理制度中的“委任”与“授权”是有严格区别的。委任是本人与代理人之间的契约关系,它调整本人与代理人之间的内部关系;授权则是代理人为实施本人的授权,代表本人与第三人订立合同的权利,它调整的是本人和代理人同第三人之间的外部关系。以代理权为基础,并通过“名义”或“显名”的要求实现了代理理论的体系完整性。

英美法系代理制度则以等同论为依据^[1]。该理论认为:“本人与代理人等同”该理论的基点不在于形式。即不在于形式上代理人是以本人名义还是以自己

的名义与第三人缔约,而是关注商业交易的实质内容,即究竟应由谁来承担代理人与第三人所签合同的责任。该理论在整体上发展了代理制度的完整概念。其出发点是,将代理视为一种替被代理人利益计算的一种法律制度。因此,名义并不重要,关键是为本人利益这一实质。

可见,大陆法以代理权为核心并依此将代理分为两段式:内部关系和外部关系。相比于英美法它更加强调整理关系对外的一面,甚至过多强调对第三人利益的保护,过分注重第三人究竟是与谁缔约。而且,由于该理论较为抽象严密,因而包容性弱。相反,英美法从代理的最一般事实出发,以被代理人委托作为逻辑起点,因此其涵盖面更广,包容性更强。但是,这些差异不能忽略两者在解决问题的功能上具有一致性。

1.2 代理权产生——授权行为与双方合意 大陆法从区别论出发,认为代理人的代理权来源于委托人单独授权行为。而英美法则认为代理权来自于委托人与代理人的双方合意,体现了等同论的思想。授权行为是单方民事法律行为。以德国为代表的多数国家基本一致的看法是,代理权的产生是基于委托人向代理人或第三人以授权方式所为的单方意思表示。另外,授权行为独立产生代理权。

英美法认为,代理关系产生于本人与代理人之间的合意。从英美法的立法及判例上看,代理权来源于以下方面:①明示授权(事先同意),又称协议代理;②默示授权(默示同意),又称推定代理;③追认代理(事后同意)。

1.3 代理分类——名义标准与责任标准 大陆法按照名义标准将代理主要分为直接代理和间接代理。大陆法代理的通常定义认为:代理是指代理人在授予的代理权限范围内,以被代理人的名义为意思表示或受意思表示,而法律效果归属于他人的法律行为。直接代理无非更突出“以被代理人名义”。可见,大陆法代理的定义本身就是指直接代理。间接代理虽然为了理解的方便而称其为代理,但并非真正大陆法意义上的

[收稿日期] 2009-09-30

[作者简介] 郑金华(1984-),女,福建龙岩人,在读硕士,研究方向:药品行政监督管理。电话:(0)13505194025,E-mail:zhengjinhua03438@163.com。

[通讯作者] 冯国忠(1961-),男,江苏宜兴人,硕士生导师,研究方向:药品行政监督管理。电话:025-86185038,E-mail:fengzhongcpu@126.com。

代理。

与大陆法相比,英美法更关注是否为本人的利益计算,更关注谁应当承担法律责任。英美法按照对本人的披露程度,将代理分为公开本人代理和不公开本人的代理。而公开本人代理又分为:表明本人姓名的“显名代理”和只表明代表本人但不指明本人姓名的“隐名代理”。其代理的责任归属各不相同。而不公开本人的代理是两大法系代理制度最显著的区别之一。它是指享有实际代理权的代理人与第三人缔约时,既未表明本人的存在,也未披露本人的姓名,而是以自己的名义订立合同。表面上看与大陆法的间接代理相似,但两者本质不同。

此外,两大法系的另一个重要差别表现在价值取向的不同,或者说两者利益本位不同。大陆法主张第三人本位,即以维护第三人利益为原则,而英美法主张本人本位,即以维护本人利益为原则。

2 关于代理制度内容的规定

两大法系对代理制度的内容规定都较为详细。以法国为例,有关商业代理的规定主要体现在《1991 年 6 月 25 日第 91 - 593 号关于商业代理人与其委托人(本人)之间关系的法律》和经过两次修改,现仍在适用的《1958 年 12 月 23 日第 58 - 1345 号关于商业代理人的法令》两个法律规范中,其主要内容如下。

2.1 代理人的地位 商业代理人代表本人从事民事法律行为时,不受委托人的约束,可以独立地进行意思表示。商业代理人与本人之间的代理合同,不是雇佣合同,本人与代理人之间的关系不是雇佣与被雇佣关系。

2.2 代理权的产生 商业代理人之代理权产生于代理协议。代理协议的形式可为口头,也可为书面。但在本人授予商业代理人代理权时必须具体指明代理人可以经办的业务。

2.3 佣金 佣金是代理合同中的核心问题。佣金的数量由本人与代理人协商确定;合同未作规定的,商业代理人有权获得根据与交易有关的一切因素计算出来的合理报酬。此外,该法律对佣金中的几个特殊问题还作了明确规定:①代理合同存续期间佣金的支付。在代理合同存续期间本人与第三人达成交易的,只要存在有代理人代理行为的因素,无论每次交易代理人是否实际参与,代理人均有权获取佣金。②代理合同终止后佣金的支付。在代理合同终止后,如果本人与第三人达成的交易主要归功于代理人在代理合同存续期间为本人建立起来的商业信誉,代理人仍有权获取佣金;对于代理合同终止前代理人获取的而本人与第三人尚未达成交易的订单,代理人也有权获取佣金。

2.4 本人与商业代理人的义务 本人的主要义务有:向商业代理人支付佣金;向商业代理人提供一切为履行合同所必需的详细信息;向商业代理人通知其对合同履行与否的态度等。商业代理人的主要义务有:未经本人许可,商业代理人不得接受与本人经营业务相竞争的企业之委托;商业代理人对委托人之委托应尽职尽责等。

2.5 代理关系的终止 定期代理合同以合同约定的时间为限,期满即可终止。不定期代理合同的终止应预先通知。

代理关系终止后,商业代理人可得到一定的补偿。代理关系无论是基于本人的原因,还是基于商业代理人一般过错而终止,商业代理人均可自终止合同之日起 1 年内行使补偿权。该法又规定,代理合同终止后的两年内,原商业代理人不得在原本人授权其从事代理活动的地理区域或客户范围内,再从事与代理活动相同或类似的经营行为,即不得与原本人形成竞争。

3 我国医药代理制的现状及问题

我国法律体系属于大陆法系,在代理立法方面基本上接受了代理制度为法律制度以及委托作为合同的立法模式。在《民法通则》第四章第二节中,专门对代理制度的有关问题作出了明确的规定。同时,在《合同法》中将委托合同单列为一种有名合同加以规定,为代理及其他受托行为的基础关系提供了一般规范。但针对药品代理制,我国的法律法规体系仍存在着以下问题:

3.1 《民法通则》关于代理定义的缺陷 我国《民法通则》第 63 条规定:“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。”显然,《民法通则》中规定的代理制度,相当于大陆法中的直接代理。范围过于狭窄,也没有将一般的民事代理与商事代理区分开来。

3.2 合同法关于商业代理的规定及缺陷 与《民法通则》中规定的狭义代理不同,1999 年 10 月 1 日施行的《中华人民共和国合同法》在一定程度上承认了广义的代理,即包括直接代理和间接代理。《合同法》第 402 条的规定实际上引入了英美法系隐名代理的概念。其核心内容是代理人在订约时须向第三人证明自己是代理人,并证明委托关系确实存在,以便取得与直接代理同样的法律后果。

《合同法》第 403 条规定则同时引入了英美法中不公开本人身份代理制度中的介入权、选择权及抗辩权的概念,从而确立了我国间接代理的法律制度,突破了《民法通则》中代理仅限于直接代理的规定,弥补了

我国代理制度的不足^[2]。

可见《合同法》立法更为灵活,其中对代理的范围的突破,对本人的介入权和第三人的选择权、抗辩权概念的引入,确实满足了实践中当事人的需要,但也带来了法律适用方面的困难。因为我国的立法以大陆法立法模式为基础,《合同法》也不例外。因此,在移植英美法体系中的一些规定时,就需要解决英美法和大陆法相互融合的问题。如前所述,大陆法在商事代理中采用“区别论”,英美法则采用“等同论”。就商事代理的内涵而言,英美法要比大陆法更具包容性。合同法虽然引入英美法概念,但未能改变我国一贯采用的大陆法传统中关于代理的基本理论,因此立法中期望达到的“互补效果”不尽理想。

此外,代理制是通过代理行为,使本人和第三人建立合同关系的一种制度安排,它涉及三方当事人、三重法律关系,而合同法仅规范委托人和代理人之间的权利义务,即只规定代理的内部关系。因此,合同法对代理的规范是有限的,它只限于对代理的内部关系的调整。另外,由于没有专门的代理法,普通当事人很难区分一般的民事代理人收取一定费用从事一定经济活动,与经纪人行为的不同,也很容易造成适用法律上的矛盾。

3.3 《药品管理法》的相关规定 《药品管理法》对药品经营企业的资质、经营条件、认证作了规定。对药品经营管理行为实行许可证制度,从人员、场所、设备、环境、规章制度等方面提出要求,并实行《药品经营质量管理规范》(GSP)认证制度。对规范药品代理行为起到一定的作用。但是,规定过于笼统,不能满足药品代理实践的需要,不利于规范药品代理商,也不利于保护本人和第三人的合法权益。

3.4 法律未明确的其他问题 由于上述相关法律对药品代理制度尚未形成完整体系,实践中难免出现很多漏洞。**① 代理人地位不明确。**根据代理的一般理论,代理人与本人间是一种委托关系,而非雇佣关系,因此,代理人的地位是独立的,本人对代理人的代理行为无权干涉。**② 代理商权益得不到有效保护。**在商业代理中,代理商始终处于事实上的弱势地位,因此,各国法律均给予较多的保护。而事实上,在我国商业代理中,经常出现代理商业务做成功后可获取佣金,而业务未做成时不仅得不到佣金反而承担风险的情况。但法律对此未做任何调整,以至于代理商的合法权益无任何保障。**③ 代理关系的终止无法律规定。**由于代理活动的后果是由本人承担,代理活动的实现不仅需要时间,而且需要投资,因此,各国代理法对代理合同

的终止都有严格规定——预先通知,以防止突然终止代理关系后给本人、代理人和第三人造成无法挽回的损失。但在我国的《民法通则》中仅规定了代理合同无效的法定情形,对更为重要的代理关系的终止时间未作规定。**④ 商业代理配套政策的空白。**与商业代理制相关的配套政策,没有以法律形式固定下来。如税收配套制度中,佣金代理因商业企业收取的是佣金,在税收上没有相应的征收率,这造成了法律上的漏洞。

4 两大法系对我国药品代理制度建立和完善的启示

4.1 完善我国《民法通则》中有关代理制度的规定 完善代理立法是以巩固、完善、科学化其理论基础为首要条件的。《民法通则》的规定是我国民商事代理制度的立法基础。虽然商事代理相对于民事代理有显著区别,更强调广泛、多变、快捷、流转的特点,但仍然是以《民法通则》为立法基础。

因此,首先完善《民法通则》中有关代理的定义、适用范围、种类等基础概念是重中之重。把代理的涵义扩展到间接代理,把隐名代理和不公开本人的代理方式纳入法定范畴,是我国商业代理制度发展的趋势。

4.2 对英美法和大陆法进行有效的融合 英美法在实践中更具灵活性,其中的隐名代理方式、本人的介入权、第三人的选择权、抗辩权已为我国合同法所引入。但由于我国沿用大陆法的法律体系,难免产生新旧冲突。在实践中如何融合两大法系的优势,消除冲突,是今后代理制立法要解决的问题。

4.3 制定代理制度单行法 **① 确立代理商制度。**鉴于我国目前商业代理中出现的代理形式不规范、适用法律不统一、代理行为无法可依等诸多现象,我国应尽快参照两大法系,结合我国的特点制订一部专门的代理法,确立代理商制度,以规范代理行为,使代理活动有法可依。**② 严格代理商资格的取得条件。**商业代理不同于民事代理,因此,法律应明确规定代理商必须有自己的商号、一定数额的财产、营业场所并登记注册。否则,不赋予其代理商资格,无代理商资格的组织机构不能从事代理活动。**③ 确立代理商的地位。**代理业是一个独立的行业,因此,代理商在从事代理活动时享有独立权,本人不能干涉。这样,既可保障代理商独立行使其代理权,也可杜绝一些生产企业的内部机构从事代理活动扰乱代理市场秩序。**④ 在倾向性保护代理人合法权益的同时,明确代理商的义务。**由于代理商在代理关系中始终处于弱势,因此,立法应尽可能保护代理商的合法权益,如在佣金支付上、代理合同终止后本人对代理商的补偿等问题上可作一些倾向性规定。但在对代理商倾向性保护的同时,也应明确代

理商的义务。因为代理商也有一些优势,如了解市场行情、掌握本人生产经营情况甚至商业秘密等,因此,立法应明确规定代理商的义务,如向本人报告、对掌握的本人的商业秘密保密、不与本人竞争、不接受第三人贿赂、不转委托等。⑤对代理关系的产生、变更和终止作明确规定。由于代理权由代理人独立行使,代理的法律后果由本人承担,并且本人不能直接介入代理活动,因此代理权的有效性就显得尤为重要。立法对此在规定的时,应尽可能对代理权产生的依据(授权)、产生的形式(授权形式为口头或书面、内容有何要求等)、变更的条件(是否应通知第三人)、终止的要求(预先通知)等作严格要求,以免给本人、代理人第三人造成损失。⑥对佣金代理的税收政策作出规定。

4.4 发挥行业协会、医药代理联盟的引导和监督作用

在目前相关法律尚不完善的情况下,应充分利用行业协会、联盟的影响力,引导药品代理行业的自律行为。例如,中国药品代理商大联盟经常举办主题沙龙,邀请业内知名专家与企业、代理商沟通交流。不仅借此提供一个专家、企业和代理商沟通的平台,更重要的是通过这样的活动提高代理商的素质,让代理商逐步摆脱“药虫”“药贩”的地位,而成为医药销售的专家。帮助一些高素质的代理商逐步形成自己的区域品牌,同时逐步淘汰一些不规范的小型代理商。

药品代理商大联盟通过开展一系列活动,引导行业自律。例如某企业要在一个地区推广某种产品,大联盟就会给该企业推荐这一地区内代理这个品种资源最丰富、最有经验的代理商;同时,对于一些违反规定破坏价格、窜货的代理商,大联盟也会提醒生产企业注意,以此来帮助一些规范而有实力的代理商做大做强,同时淘汰一些害群之马。反过来,给代理商推荐好的生产企业作为合作伙伴也是其份内之责。所有这些有一个重要的前提,就是联盟要严守中立,所做的一切,都是为了整个代理制的健康发展。

总之,我们应该多学习西方商业代理制成功运作的经验,取长补短,为我所用,并结合我国医药行业的实际,在已有的相关法律基础上,建立真正适合我国社会主义市场经济的药品代理制度,才能使我国的药品代理制健康持续地发展。

[DOI] 10.3870/yydb.2010.06.056

[参考文献]

- [1] 吴清旺. 代理法范式比较研究——在两大法系融合的语境下,重构代理制度的新视角[J]. 甘肃社会科学, 2004, 26(2): 155 - 159.
- [2] 吴艳. 关于完善我国商事代理制度的思考[J]. 惠州学院学报(社会科学版), 2006, 26(4): 45 - 49.

医生对信息传递途径及药品信息接受程度的调查

陈玉文, 陈虹

(沈阳药科大学工商管理学院, 110016)

[摘要] 目的 通过问卷调查的形式了解医生对信息传递途径及药品信息的接受度,以改进药品信息传递方式,提高信息传递效率。**方法** 通过对 500 名临床医生对目前主要面向临床的药品信息传递方式的接受度和满意度进行问卷调查和数据分析。**结果** 在目前主要的药品信息传递方式中,药品说明书是医生认为对药品信息了解程度最详细的一种信息传递方式,其次是医药杂志上的文献和论文综述,满意度得分偏高分别是科室幻灯会,临床用药手册和大中型学术会议,大多数医生将文献记载的论文视为最可靠和最详尽的信息来源,同时治疗的病症、临床用法及不良反应等 3 方面是医生最希望从企业的产品资料中获得的药品信息。**结论** 适当调整参与方式、会议内容及人员安排可以提高药品信息传递效率。

[关键词] 药品信息; 传递方式; 问卷调查

[中图分类号] R954

[文献标识码] C

[文章编号] 1004-0781(2010)06-0827-03

从 2002 年 12 月 1 日起,国家食品药品监督管理局规定,处方药可以在国务院卫生行政部门和国务院药品监督管理部门共同指定的医学、药学专业刊物上介绍,但不得在大众传播媒介发布广告或者以其他方式进行以公众为对象的广告宣传。这一规定彻底结束

了处方药进行广告宣传的时代,在短期内给很多以广告为营销法宝的制药企业带来了营销上的瓶颈。

处方药被禁止在大众媒体上做广告后,处方药的信息该如何传递到有处方权的医生手中? 不同背景的医生对于药品信息传递方式的满意度如何? 医生们最