

论我国外贸代理制的法律冲突及其解决途径

刘红, 胡雪萍

(山东农业大学文法学院, 山东泰安, 271018; 孝感工业学校法学教研室, 湖北孝感, 432100)

摘要: 采用实证分析的方法, 探讨了我国外贸代理制法律冲突的具体表现、法律适用和解决途径。其冲突主要表现为:《民法通则》与《暂行规定》的冲突,《合同法》与《暂行规定》的冲突,《民法通则》与《合同法》的冲突。在法律适用中,虽然可以通过法律选择的若干原则确定何者优先适用,使冲突暂得缓解,但这不是根本的解决办法。我国应以入世为契机,实行外贸经营权的登记制;完善我国外贸代理立法,消除法律冲突,建立起既符合国际通行代理规则又与我国国情相适应的外贸代理法律制度;积极加入《国际货物销售代理公约》。

关键词: 外贸代理制; 法律冲突; 外贸经营权; WTO; 基本法律

中图分类号: D923.6

文献标识码: A

文章编号: 1672-3104(2004)02-0198-04

我国外贸代理制的法律冲突问题由来已久,学界关于外贸代理制的著述甚多,但立足于法律冲突角度深入研究的尚不多见。法律冲突传统上是国际私法研究的问题,近年来,对该问题的研究已经突破国际私法领域,成为法理学研究的重要课题。其他法学分支学科,如民商法学、经济法学等也在研究各自领域的法律冲突问题。从法理学上讲,法律冲突是指两个或两个以上的不同法律同时调整一个相同的法律关系而在这些法律之间产生矛盾的社会现象。^{[1](85)} 本文对我国外贸代理法律冲突的剖析,正是从法理学意义上展开的。

一、我国外贸代理制的法律规定及其冲突

我国外贸代理制的法律冲突在很大程度上是不同时期的立法者借鉴和移植不同法系代理制度,力图构建本国特色代理制度的结果。大陆法上的代理制度以“区别论”为基础,把委任与代理严格区别开来,其代理概念强调代理人在实施代理行为时须以本人的名义,只有直接代理才是真正意义上的代理。普通法上的代理制度的理论基础是“等同论”,不区分代理与委任合同,认为代理人的行为等同于本人的行为。因此,普通法上的代理比大陆法更为宽泛,除直接代理外,间接代理、居间、行纪、信托等均可纳

入代理的范畴。^{[1](170)} 普通法国家将代理分为公开本人的代理(包括显名代理和隐名代理)和不公开本人的代理。

在我国,规范外贸代理制的规范性法律文件主要有 1987 年 1 月 1 日起实施的《民法通则》、外贸部 1991 年《关于对外贸易代理制的暂行规定》(以下简称《暂行规定》)、1994 年的《对外贸易法》和 1999 年 10 月 1 日生效的《合同法》。

(1) 《民法通则》关于代理的规定。《民法通则》中关于代理的规定带有明显的大陆法色彩。依照《民法通则》第 63 条规定,代理须“以被代理人的名义”,按照我国学者较为一致的解释,是指明确指出被代理人的姓名或名称,即仅指显名代理,不包括隐名代理,这显然比大陆法的要求还严格。^{[2](8,9)} 这样就将实践中大量存在的代理人以自己名义为委托人办理进出口业务的情况排除在代理制度之外。

(2) 《暂行规定》与《民法通则》的冲突。根据《暂行规定》第 1 条、第 2 条之规定,外贸代理既包括直接代理也包括间接代理。《暂行规定》与《民法通则》之间存在明显冲突:其一,《暂行规定》扩大了代理的范围,与《民法通则》关于显名代理的单一规定相抵触;其二,关于权利义务的规定违反了《民法通则》所确立的民法基本原则。外贸经营权的行政审批制使得某些企业获得外贸经营权,而某些企业没有,等于给这些企业贴上了不同身份的标签,不同的

身份又进一步决定了其在法律上权利义务的不平等,从而违反了《民法通则》所确定的平等原则;《暂行规定》所确定的代理是一种外贸垄断经营的强制性代理,无对外贸易经营权的企业办理进出口业务,必须委托有该类商品外贸经营权的企业代理,违反了民法的意思自治原则。

(3)《对外贸易法》的规定。《对外贸易法》仅在第13条规定了外贸代理,因过于概括,无法具体指导外贸代理实践活动,且其内容已包含于《暂行规定》中,故本文不再专门讨论它与其它法律文件的冲突问题。

(4)《合同法》对规范外贸代理的贡献及与原有法律文件的冲突。《合同法》引进了普通法的隐名代理和不公开本人的代理制度,完善了代理的形式,这无疑是对《民法通则》仅限于显名代理的一个突破;在不公开本人的代理中赋予委托人介入权,改变了《暂行规定》关于代理人承担对外索赔和理赔义务、委托人协助的规定,并且明确了代理人在对外索赔和理赔中协助委托人的地位。这样就克服了《暂行规定》中委托人无索赔权,代理人不愿对外索赔的被动局面,理顺了代理关系;确立了行纪合同,为外贸间接代理提供了法律依据。

综上所述,我国外贸代理制法律冲突主要包括《民法通则》与《暂行规定》的冲突、《合同法》与《暂行规定》的冲突、《民法通则》与《合同法》的冲突。

二、外贸代理的法律适用问题

冲突业已存在,如何适用法律?无论是外贸代理关系的当事人在依法设定自己的法律行为时,还是法官、仲裁员在依法处理外贸代理纠纷时,都面临一个共同的问题:依哪个法?

问题的关键在于确定各规范性法律文件的效力层次(或称效力位阶)。高位阶法的效力优于低位阶的法。我国《立法法》第79条规定:“法律的效力高于行政法规、地方性法规和规章。”基于此,《民法通则》《合同法》作为法律,效力优于作为行政规章的《暂行规定》。“低位阶法与高位阶法之间,由于二者有明确的等级效力差别,因此就法律效力而言,它们之间的冲突应当是不存在的,因为其中一者高于另一者而‘吞没’了冲突,因而只能是一种虚假冲突。”^[3]这样,《民法通则》与《暂行规定》的冲突、《合同法》与《暂行规定》的冲突就迎刃而解。但是,理论

上解决途径的提出并不意味着实践困境的终结。在《合同法》实施之前,《民法通则》关于代理的单一规定远远不能适应纷繁复杂的代理实践,如果一概否认《暂行规定》的效力,会使得实践中大量存在的隐名代理和间接代理无法可依,不利于我国外贸代理事业的发展。

至于《民法通则》与《合同法》的冲突,在探讨我国外贸代理的文章中,似乎《合同法》的出台就弥补了《民法通则》的缺陷,二者的冲突不值一提。事实上,问题并不因被忽略而不存在。这种冲突比“虚假冲突”更容易导致法律适用上的难题:二者同为法律,且都是由全国人民代表大会制定,是不是在效力等级上没有差别?

笔者认为,这取决于如何理解《宪法》和《立法法》关于全国人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会关于立法权限的规定。全国人民代表大会“制定和修改刑事、民事、国家机构的和其他的基本法律”;全国人民代表大会常务委员会“制定和修改除应当由全国人民代表大会制定的法律以外的其他法律”。仅从字面上理解,可以认为凡全国人民代表大会制定的法律都是“基本法律”。但如果做系统解释,并结合我国的立法实践,全国人民代表大会制定的法律并不都是基本法律。在民事领域中,惟有《民法通则》可称得上基本法律,其他民事立法,如《合同法》《婚姻法》《继承法》,不管是由全国人民代表大会制定,还是由全国人民代表大会常务委员会制定,都是非基本法律。

接下来的问题是:基本法律的效力是否高于非基本法律?这在《宪法》和《立法法》中找不到明确的答案。有学者认为,不同等级的主体制定的法律有不同的效力,同一制定主体制定的法律“效力等级相同”。^[4]也有学者提出,“‘基本法律’的重大性和全局性等特点,决定了它应当是国家法律体系中地位仅次于宪法又高于其他法律的一个十分重要的层次,凡一个领域的‘基本法律’就应当是该领域其他法律制定的依据,即凡一个领域的‘基本法律’都具有该领域母法的特点”^[5]。

按照第一种观点,《民法通则》与《合同法》的效力等级相同,无论是依据“新法优于旧法”的原则,还是“特别法优于一般法”的原则,《合同法》优先适用,二者的冲突不会引起实践上多大的混乱;按照第二种观点,《民法通则》的效力高于《合同法》,《民法通则》优先适用。这样一种法律选择会引起外贸代理实践的混乱。

从理论上讲,笔者赞同第二种观点,因为立法者将法律分为基本法律和非基本法律,其用意就在于使二者在效力上、制定和修改程序上有所差异,否则就成了一种纯粹技术上的分类,没有什么实际意义。如果基本法的效力与其他法律相同,那就从实质上没有必要区分什么基本法和非基本法了。但是从法律实践的角度,优先适用《合同法》更为合理。因为理论上的争鸣在于探求真理,而法律实践却注重解决实际问题。《合同法》的规定更全面、更合理,更具有可适用性。适用《合同法》而不必囿于《民法通则》的狭隘规定,有利于我国对外贸易事业的发展。而且优先适用《合同法》这种做法并不违反《宪法》和《立法法》。

提出上述法律选择的办法只是一种权宜之计,我国外贸代理制法律冲突所产生的弊端并不能从根本上消除。

三、消除法律冲突的途径: 完善外贸代理立法

外贸代理制法律冲突的存在破坏了我国法制的统一,阻碍了外贸代理制优越性的发挥,因此,完善我国外贸代理立法成为一个刻不容缓的任务。这从一个方面说明了“法律冲突是法律变迁的动力,法律冲突对新法律规范和制度的建立具有激发功能”^[3]。

(1) 逐步取消外贸经营权的行政审批制,代之以登记制,使外贸代理在市场经济体制下发挥更大作用。《暂行规定》和《对外贸易法》均是在外贸经营权审批制前提下,为展开外贸代理制度设计的,这使得外贸经营权成为一种特权,限制了竞争,与WTO的要求相背离。中国政府在与美国进行入世谈判时,放开外贸经营权是谈判的焦点之一。根据中国加入WTO的承诺,除原油、粮食等大宗产品由政府指定少数公司专营以外,其他商品的进出口将在入世后3年内逐步放开经营;实行外贸代理登记制。

在我国入世前,外经贸部就发布一系列规定,逐步推进外贸经营权从审批制到登记制的过渡。1999年12月7日发布了《外经贸部关于对国有、集体生产企业实行自营进出口权登记制的通知》和《外经贸部关于对国有、集体所有制的科研院所和高新技术企业实行自营进出口权登记制的通知》,实现了公有制企业进出口经营资格的登记制。外经贸部2001

年7月10日发布的《关于进出口经营资格管理的有关规定》明确了“进出口经营资格实行登记和核准制”,“各类所有制企业(外商投资企业、商业物资、供销社企业、边境小额贸易企业,经济特区、浦东新区企业除外)进出口经营资格实行统一的标准和管理办法。”这在很大程度上放宽了私营生产企业的市场准入。

(2) 完善外贸代理立法,建立既符合国际通行代理规则又与我国国情相适应的外贸代理法律制度。随着市场经济的发展和社会经济生活的日趋复杂,不公开自己的代理人身份而以自己的名义为代理行为的情况越来越多,大陆法关于直接代理的规定已经难以适应现实生活的需要,普通法国家在这一问题上的做法则较为现实和可取。《合同法》关于代理的规定正是顺应了这一潮流,“反映了对大陆法系代理规则的重大背离”^[6]。但是,完善我国外贸代理立法的任务远非一部《合同法》所能承载。我们应以加入世贸组织后外贸体制改革的新形势为契机,遵循国际惯例,以《合同法》为基础,吸收其他国家有关代理立法的合理因素,形成比较完善的外贸代理法律制度。

代理作为民事制度的重要组成部分,在未来的民法典中应当对此做出系统的规定。承袭《合同法》的立法思路,并进一步吸收和扬弃两大法系代理立法的合理因素。可以借鉴《国际货物销售代理公约》的作法,保留直接代理和间接代理的称谓,在间接代理中介入普通法上委托人的介入权和第三人的选择权制度,平衡双方当事人的权利义务,避免《合同法》中行纪合同和委托合同的冲突现象。

民法典和《合同法》关于代理的规定是一般性的,为外贸代理提供了基础,但缺乏可操作性。国务院可根据民法典和《合同法》制订外贸代理的实施细则,这个实施细则应更具指导性和可操作性,能对我国各种形式的外贸代理加以具体、明确的规范。这既符合世贸组织所要求的透明度原则,又有利于推动我国对外贸易的发展。另外,在《合同法》实施之后,《暂行规定》关于间接代理的规定已为合同法所覆盖,《暂行规定》的存在不仅起不到拾遗补缺的作用,还容易引起法律适用上的混乱,应当及时废止。

(3) 积极加入有关国际贸易代理的公约,与国际规则接轨。国际统一私法协会1983年通过了《国

际货物销售代理公约》,它调和了大陆法和普通法上对本人、代理人和第三人之间的关系(代理的外部关系)所做的不同规定和分歧,对代理概念进行了有益的创新。^{[2] (246)}其调整范围包括了直接代理、佣金代理和不公开本人的代理。该公约揭示了国际代理法律制度发展的趋势,被普遍认为是有关国际贸易代理方面最为成功、完备的公约。加入该公约将是完善我国外贸代理制的必然选择。此外,《国际货物销售代理公约》与联合国《国际货物销售合同公约》有着密切的关系,前者是后者调整代理方式下建立的国际货物销售合同的有益补充。我国早在 1986 年就已成为《国际货物销售合同公约》的缔约国,应考

虑尽快加入《国际货物销售代理公约》。

参考文献:

- [1] 韩德培. 国际私法 [M], 北京: 高等教育出版社, 北京大学出版社, 2000.
- [2] 郑自文. 国际代理法研究 [M]. 北京: 法律出版社, 1998.
- [3] 范忠信, 侯猛. 法律冲突问题的法理认识 [J]. 江苏社会科学, 2000, (4): 61-67.
- [4] 张文显. 法理学 [M]. 北京: 法律出版社, 1997. 91.
- [5] 韩大元, 刘松山. 宪法文本中“基本法律”的实证分析 [J], 法学, 2003, (4): 3-15.
- [6] 左海聪. 国际经济法的理论与实践 [M]. 武汉: 武汉大学出版社, 2003. 245.

On conflict of laws in China foreign trade agency system and solution

LIU Hong, HU Xueping

(College of Humanities and Law, Shandong Agricultural University, Tai'an 271018, China;
Department of Law, Xiaogan Industrial School, Xiaogan 432100, China)

Abstract: The paper analyzes the forms of the conflicts, the application of law and the solutions. The major conflicts of laws in China Foreign Trade Agency system are as follows: the conflict between General Rules of Civil Law and Temporary Regulations of Foreign Trade Agency; that between Contract Law and Temporary Regulations of Foreign Trade Agency and that between General Rules of Civil Law and Contract Law. Since the entry to WTO, China should perform registration system on right to engage in foreign trade, better the legislation of foreign trade agency to eliminate the conflicts of laws; accede to the Convention on Agency in the International Sale of Goods.

Key words: system of foreign trade agency; conflict of laws; right to engage in foreign trade; WTO; basic law

[编辑: 苏慧]