



武大国际法评论

INTERNATIONAL LAW REVIEW OF WUHAN UNIVERSITY

教育部人文社会科学重点研究基地
武汉大学国际法研究所
主办



第二卷
VOL.2



全国优秀出版社
武汉大学出版社

武大国际法评论

INTERNATIONAL LAW REVIEW OF WUHAN UNIVERSITY

教育部人文社会科学重点研究基地

武汉大学国际法研究所

主办



第二卷

VOL.2

全国优秀出版社
武汉大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

武大国际法评论. 第2卷/武汉大学国际法研究所主办. —武汉: 武汉大学出版社, 2004. 4

ISBN 7-307-04177-4

I. 武… II. 武… III. 国际法—研究 IV. D99

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 028397 号

责任编辑: 张 琼 责任校对: 黄添生 版式设计: 支 笛

出版发行: 武汉大学出版社 (430072 武昌 珞珈山)

(电子邮件: wdp4@whu.edu.cn 网址: www.wdp.whu.edu.cn)

印刷: 武汉理工大印刷厂

开本: 787×1092 1/16 印张: 23.5 字数: 457 千字 插页: 1

版次: 2004 年 4 月第 1 版 2004 年 4 月第 1 次印刷

ISBN 7-307-04177-4/D · 560 定价: 32.00 元

版权所有, 不得翻印; 凡购我社的图书, 如有缺页、倒页、脱页等质量问题, 请与当地图书销售部门联系调换。

顾 问：

韩德培 梁 西 李双元 刘丰名 万鄂湘

编委会成员（按姓氏拼音先后为序）：

杜志华 郭玉军 黄德明 黄 进 李仁真

邵沙平 宋连斌 肖永平 余劲松 余敏友

左海聪 曾令良 张庆麟 张湘兰

主 编 黄 进

副 主 编 何其生 王承志

编 辑（按姓氏拼音先后为序）：

艾素君 杜焕芳 何其生 康庭婷

孙立文 王承志 王孔祥

前 言

《武大国际法评论》创刊号（2003年第1卷）在国内外专家、学者及各界同仁的关心鼓励下已顺利出版，我们将一如既往地秉承兼容并包、博采众长、思想自由、百家争鸣的学术传统，力图向社会展示国际法理论研究的优秀成果。本卷为2003年第2卷，共设“论文”、“案例研究”、“国际法学人”和“书评”四个栏目，分别以不同的形式、从不同的角度揭示国际法理论与实践的发展动态。

目前，国际项目融资已经成为国际融资的一种重要方式，但它是一个庞大的系统工程，法律关系错综复杂，融资风险高，技术难度大，回收期又长，因此在国际项目融资的架构中有必要平衡各方当事人的权益。在“论文”栏目中，徐冬根教授的《论国际项目融资架构中的权益平衡》一文认为，国际项目融资的架构，应当根据平衡原理，既正视项目融资法律关系矛盾双方的对立性，又顾及矛盾双方的合作性，使项目所在国政府与项目主办人/贷款人以及贷款人与项目公司/项目主办人之间的法律关系达到动态平衡。陈治东教授在《国际托收业务中银行责任之法律分析》一文中结合国内外的案例，探讨了委托人、托收行、代收行三者之间的关系以及调整托收业务的国际惯例与国内法的关系，提出了依据URC522判断银行是否违反善意和合理谨慎义务、适用国内法判断银行的法律责任的观点，并从诉讼主体、诉因和归责原则三方面分析了如何解决国际托收争议。这对于中国法院正确审理国际托收争议案件以及合理确定银行的法律责任，无疑具有十分重要的参考价值。

张湘兰教授和徐国平在《船舶油污自然资源损害赔偿：法律制度障碍的跨越》中认为，船舶油污给传统海事侵权损害赔偿法带来一个难以解决的新问题，即自然资源损害赔偿。在传统法律制度背景下，船舶油污所致自然资源损害赔偿存在两大障碍：索赔资格和损害估算。但船舶油污损害赔偿公约体系和美国油污法分别作了不同的跨越障碍的努力，为自然资源损害赔偿提供了法律依据。因此，我国船舶油污自然资源损害赔偿法律制度的建立也应明确索赔资格主体和损害估算方式。

随着人权保障国际化的发展，国际人权法对国家紧急状态也有了明确的规定，而紧急状态下的人权保障又是国际人权法特别关注的一个领域。郭春明博士在《国际人权法中的紧急状态研究》中从三大国际人权公约的紧急状态条款入手，分析了

国际人权机构在解释和判决案件的过程中逐步发展起来的构成紧急状态的实体要件和程序要件,同时认为,紧急状态下的人权国际保障是国家对国际条约所规定的紧急状态下的人权保障义务的承担与履行,有必要接受国际监督,以实现普遍的人权保障。Sean Cooney 在《争取更有效地实施中国劳工法》中认为,中国虽然已经建立了合理的规制劳动关系的法律体系,但是问题在于如何实施这些劳动标准。作者应用西方的有关理论和中国的有关实践分析了劳动标准在中国实施存在的问题,讨论了如何改善弱势工人群体的雇佣条件以及各种改善实施的方法,并建议所有政府和非政府的实施方法都应予以充分评估并使之充分协调。

中国加入 WTO 后,有关条约在中国国内的适用问题日益突出,理论研究也方兴未艾。孙焕为博士在《试论条约在中国国内的适用》中指出,在中国的条约实践中,条约实际上是被区分为自执行的条约和非自执行的条约两类。自执行的条约由于只适用于涉外法律关系的当事人之间而不适用于中国国内的当事人之间,因此只能被认为是一种有限范围内的直接适用。高健军博士在《论冲绳海槽在中日东海大陆架划界中的作用》中认为,自然延伸原则是沿海国对大陆架的权利基础之一,冲绳海槽构成了中国大陆领土和日本琉球群岛间自然延伸的界限,因此,中日东海的大陆架划界不应当使用等距离方法为划界出发点。这种主张对于中日东海大陆架的划界具有重要的理论意义。

随着冲突法的演进,当事人意思自治原则在合同冲突法中的发展具有双重性,一方面,这一古老的冲突法原则在深度和广度上不断拓展;另一方面,私法自治在涉外合同领域不断遭遇挑战。刘想树教授和江保国在《论涉外消费者合同的法律适用》中认为,实质正义在法律选择中的作用日益彰现,这在涉外消费者合同的法律适用上尤为明显,对此各国国际私法存在着多种不同的模式。鉴于冲突法立法相对滞后的现状,中国在司法实践中应综合运用实体规范和冲突规范来解决涉外消费者合同的法律适用问题,而在将来的冲突法立法中则宜借鉴《罗马公约》的模式,注重对冲突正义和实质正义的平衡。

当代法律的发展趋势之一在于示范法成为辅助立法的重要方式,此种由学者、专家或由其组成的学术团体、职业团体或者专门机构草拟的示范法对国内、国际立法的影响越来越大。曾涛博士在《示范法比较研究——以公约为视角》中,界定了示范法的基本概念,并从法律价值、认识论、法律性质、法律文化等方面,以公约为视角对示范法进行了理论分析。宋晓博士在《20 世纪国际私法的“危机”与“革命”》中指出,20 世纪国际私法“革命”对传统国际私法的理论基础、冲突规则的形式和内容进行了彻底的批判。“革命”的理论建构主要包括政府利益分析说、最密切联系原则和优法方法。同时认为当代国际私法的实体取向是传统方法与革命理论的合成,是“冲突正义”与“实质正义”两种正义的共同要求。

跨国证券交易的兴起使得有关跨国证券交易的法律调控问题显得尤为重要,如何解决和协调跨国证券交易中法律适用的冲突问题一直受到各国的关注。第19次海牙国际私法会议于2002年12月13日通过了《关于经由中间人持有证券的某些权利的法律适用公约》,博士生余延宏对该公约作了述评。公约的主要贡献在于明确采用了“相关中间人所在地理论”(PRIMA)作为确定证券的物之所在地的方法,发展和丰富了传统的物之所在地法的理论和方法。博士生杜焕芳在《试评近年来中国有关国际私法的若干司法解释》中,通过对近年来中国有关国际私法的若干司法解释的考察和分析,指出了存在的问题,并提出了合理的解决方案,有助于进一步规范和完善中国国际私法的司法解释。硕士生黄存真在《WTO框架内电子商务规则现状与发展及我国相应对策》中认为,中国作为WTO中的发展中国家,应该坚持以GATS作为规制电子商务的主体的观点,同时,中国应该为电子商务创造良好的物质基础、市场环境和法律体系。朱颖硕士在《提单并入条款的英美法比较》中,通过英美法中提单并入条款规则的介绍、比较及分析,为中国的司法实践提供了一些可资借鉴的经验。

在“案例研究”栏目中,博士生王茂祺和王承志对珠海A公司与香港B公司氧化铝买卖合同纠纷案分别从管辖权、法律适用及合同是否成立等方面进行了有价值的探讨。硕士生苏浩从泛美卫星税案入手,着重讨论了跨国营业利润和特许权使用费的界分问题。硕士生贺琼琼从国际条约法的角度探讨了盖巴斯科夫-拉基玛洛工程案。这些案例研究从不同方面使我们的国际法理论知识得到了实践的检验,通过具体案件的研究,有助于我们更好地理解国际法的基本理论,并有利于我们提高运用国际法分析实际问题的能力。

在“国际法学人”栏目中,何其生博士在《格劳秀斯及其理论学说》一文中,对格劳秀斯的代表之作《海洋自由论》和《战争与和平法》,尤其是他在这两部书中所展示的国际法思想和相关的理论学说,进行了重点评析,从而揭示出格劳秀斯对于国际法的重大贡献。这对于我们更深入地了解格劳秀斯及其理论学说,可以说是受益匪浅。

任何科学在最广义范围上都可以说是比较的科学,比较法在法学领域同多门学科都有着密切的联系,而整个国际法可以说都是建立在比较法的基础之上的。在“书评”栏目中,硕士生房沫对德国法学家茨威格特和克茨合著的《比较法总论》进行了独到的评论,同时认为我们应关注中国的法律现实,用比较的眼光拓宽视野,培养比较法的精神并将其内化成为一种信仰。

人类历史进入21世纪的今天,国际法在促进国际政治经济新秩序的建立中有了更大的作用空间,在这一历史进程中,国际法学者也应负起更大的责任。正如霍姆斯大法官所言,“法律的生命不在逻辑,而在经验”。进言之,法律存在于我们的

精神和实际生存状态之中。因此，对理性规则和整体秩序的追求，从而建立人与人之间的公平，继续社会关系的稳定与恒久，也应该成为国际法理论研究的一种精神与信仰。

黄 进

2003 年 11 月 15 日

目 录

一、论文

国际托收业务中银行责任之法律分析·····	陈治东 (1)
论国际项目融资架构中的权益平衡·····	徐冬根 (20)
船舶油污自然资源损害赔偿:法律制度障碍的跨越·····	张湘兰 徐国平 (36)
TOWARDS MORE EFFECTIVE IMPLEMENTATION	
OF LABOUR STANDARDS IN CHINA ·····	Sean Cooney (64)
论冲绳海槽在中日东海大陆架划界中的作用·····	高健军 (94)
试论条约在中国国内的适用 ·····	孙焕为 (113)
国际人权法中的紧急状态研究 ·····	郭春明 (135)
涉外消费者合同的法律适用 ·····	刘想树、江保国 (156)
20 世纪国际私法的“危机”与“革命” ·····	宋 晓 (177)
示范法比较研究——以公约为视角 ·····	曾 涛 (207)
试评近年来中国有关国际私法的若干司法解释 ·····	杜焕芳 (228)
海牙《关于经由中间人持有证券的某些权利的法律	
适用公约》述评 ·····	余延宏 (246)
提单并入条款的英美法比较 ·····	朱 颖 (259)
论 WTO 框架内电子商务规则现状与发展及我国	
相应对策 ·····	黄存真 (281)

二、案例研究

珠海 A 公司与香港 B 公司氧化铝买卖合同	
纠纷案探析 ·····	王茂祺 王承志 (309)
泛美卫星公司税案与跨国营业利润和特许权使用费的	
界分 ·····	苏 浩 (318)
盖巴斯科夫—拉基玛洛工程案分析 ·····	贺琼琼 (334)

三、国际法学人

格劳秀斯及其理论学说 何其生 (347)

四、书评

评《比较法总论》 房 沫 (361)

TABLE OF CONTENTS

Articles

Legal Analysis on the Liability of Banks in International Collection	/ Chen Zhidong	(1)
On the Balance of Interests of Parties in International Project Finance	/ Xu Donggen	(20)
Compensation Regime for Oil Pollution Damage to Natural Resources: Overcoming the Obstacles ...	/ Zhang Xianglan & Xu Guoping	(36)
Towards More Effective Implementation of Labor Standards in China	/ Sean Cooney	(64)
The Role of Okinawa Trough in the Continental Shelf Delimitation between China and Japan in East China Sea	/ Gao Jianjun	(94)
The Application of Treaties in China	/ Sun Huanwei	(113)
State of Emergency in International Human Rights Law	/ Guo Chunming	(135)
Choice-of-law Problems of Foreign-related Consumer Contracts	/ Liu Xiangshu & Jiang Baoguo	(156)
The "Crisis" and "Revolution" of Private International Law in the 20th Century	/ Song Xiao	(177)
Comparative Studies on Model Laws: Analyses from the Perspective of International Conventions	/ Zeng Tao	(207)
A Review on Some Judicial Interpretations concerning Private International Law in China	/ Du Huanfang	(228)
A Review on the Hague Convention on the Law Applicable to Certain Rights in Respect of Securities Held with an Intermediary	/ She Yanhong	(246)
A Comparative Study of American and English Case Law on Incorporation Clause in B/L	/ Zhu Ying	(259)

- The Status and Development of Rules on Electronic Commerce in the
Framework of WTO and China's Strategies / Huang Cunzhen (281)

Case Studies

- An Analysis on the Dispute between Zhuhai A Inc. and Hongkong B Co. Ltd.
on an Alumina Sale Contract / Wang Maoqi & Wang Chengzhi (309)
- PASC Case and Differentiation between Transnational Business
Profits and Royalties / Su Hao (318)
- An Analysis on the Gabcikovo-Nagymaros Project
Case / He Qiongqiong (334)

Scholars of Interantional Laws

- Grotius, His Ideas and Related Theories of International
Law / He Qisheng (347)

Book Reviews

- Introduction to Comparative Law (K. Zweigert and
H. Kötz) / Fang Mo (361)

一、论 文

国际托收业务中银行责任之法律分析

□ 陈治东*

内容摘要 托收是国际贸易中普遍采用的支付方式。托收业务通常涉及到分处两个国家的四个当事人，当事人之间的关系主要受国际惯例的支配，国内法体系中专门法规阙如。托收业务的委托人与银行因托收而引发争议时，如何确定银行法律责任的问题，我国法律界对此未进行系统深入的研究；而中国法律界存在的一些误解，深深地影响了我国法院对于国际托收争议案件的正确判断。本文结合国内外的案例，探讨委托人、托收行、代收行三者之间的关系，阐述了调整托收业务的国际惯例与国内法的关系，提出依据 URC522 判断银行是否违反善意和合理谨慎义务，适用国内法判断银行的法律责任的观点，并从诉讼主体、诉因和归责原则三方面探讨了如何解决国际托收争议。

托收是当代国际贸易的主要支付方式之一，特别在信用体系较健全的欧美国家，通过托收方式支付货款的国际贸易额更是占了大部分。我国已经成为全球的主要贸易大国之一，在国际市场早已形成买方市场的背景下，我国企业在出口货物时以托收方式结算货款的比重亦逐年提高，出口收汇的风险亦随之增加。就法律界而言，有关托收的争议是伴随着贸易量的增长而增长的，正确理解托收关系中当事人之间的法律关系、银行的基本义务、发生争议后的诉讼主体和归责原则等问题，无疑是十分重要的。

一、国际托收当事人间关系及责任的法律基础

依据 1996 年起施行的国际商会第 522 号出版物《托收统一规则》（Uniform

* 复旦大学法学院教授、博士生导师。

Rules for Collections, 以下简称 URC522), “托收”系指银行根据所收到的指示, 处理有关的单据, 其目的为: 取得付款和/或承兑、凭付款和/或承兑交单、按其他条款及条件交单。^① 简言之, 托收是银行接受委托人的指示, 以付款人支付款项或者对汇票进行承兑为条件, 并向付款人交付有关货物装运单据的交易。

托收业务通常涉及四方当事人: 委托人(出口合同之卖方)、托收行(出口地银行)、代收行(进口地银行)和付款人(买卖合同之买方)。在传统上, 我国法学界一般认为:^②

委托人与托收行之间是委托代理关系, 托收行是委托人的代理人。委托人通过“托收委托书”(Remittance Letter)与托收行建立了委托代理关系。托收行与代收行之间亦是委托代理关系, 托收行通过“托收指示书”(Collection Instruction)与代收行建立起委托代理关系, 而该“托收指示书”构成了两者之间的委托代理合同。^③ 委托人与代收行之间不存在直接的合同关系, 因为托收行是委托人的代理人, 代收行是托收行的代理人, 在委托人与代收行之间并没有合同关系。^④

笔者认为, 在考察托收关系当事人之间的关系时, 应当理解 URC522 是一项成文的国际惯例, 而不是一项国际条约; 国际商会从未试图(也不可能)在 URC522 中以代理法原理来阐明托收当事人之间的法律关系, 并且赋予有关托收文件以“合同”的性质。例如, URC 将委托银行办理托收业务的当事人称为“委托人”, 但并未将委托人与托收行之间的“托收委托书”定性为委托合同, 亦未规定银行违反该“托收委托书”时应承担何种责任。在 URC522 中, 国际商会主要从维护银行的利益出发制定规则, 虽然它规定了银行的若干原则性的义务, 但主要规定的是银行在诸多情况下的广泛免责,^⑤ 更未就银行违反该项国际惯例所设定的义务时将承担什么法律责任作出任何规定。显而易见, 关于当事人间的“委托代理关

① 参见 URC 522 第 2 条。

② 例如: 沈达明、冯大同编著:《国际贸易法新论》, 法律出版社 1989 年版, 第 262 页; 王传丽主编:《国际贸易法》, 法律出版社 1998 年版, 第 181~182 页; 张圣翠主编:《国际商法》, 上海财经大学出版社 2002 年版, 第 289~291 页; 司法部国家司法考试中心编审:《国家司法考试辅导用书》(第 1 卷), 法律出版社 2003 年版, 第 648~649 页。至于委托人与付款人之间的关系, 是不言而喻的。再者, 即使付款人拒绝付款或者拒绝承兑, 委托人向付款人的追索已经超越了托收关系, 故本文并不研究这两者之间的法律关系。

③ 司法部国家司法考试中心编审:《国家司法考试辅导用书》(第 1 卷), 法律出版社 2003 年版, 第 648 页。

④ 司法部国家司法考试中心编审:《国家司法考试辅导用书》(第 1 卷), 法律出版社 2003 年版, 第 648~649 页。

⑤ URC522 第 11~15 条。

系”以及“委托合同”等的界定和定性,是法学界基于国内法中的代理法原理来解释托收当事人间的法律关系,并且以合同法原理来解释托收业务中当事人所签订或者出具的各类文件的性质。正因此缘故,一旦因银行违反 URC522 基本义务导致委托人损失时,法院或者仲裁庭就无法直接从 URC522 本身找到银行应承担的法律责任,为此而不得不求助于相关的国内法。有鉴于此,对 URC522 法律性质及其与国内法关系的正确理解是处理国际托收争议的前提,它不仅有理论研究意义,而且还有实践意义;它关系到委托人在遭受损失时能否寻求救济以及如何寻求救济的问题。

其次,在考察银行办理国际托收业务时的义务和责任时,必须面对 URC522 所规定的诸多免责事项。从国际托收业务的特点分析这些免责事项,可知其大部分是合理的:例如“对单据有效性的免责”,^①银行既不是货物买卖当事人,也不是单据鉴定机构,它无能力鉴定委托人交付单据的真伪以及买卖合同当事人履行合同义务的实际状况;“对寄送途中的延误、丢失及翻译的免责”,^②因为这些失误并非银行所能控制,银行不可能对其无法控制的事项承担责任。显而易见,URC522 规定银行对此类情况导致委托人或者付款人的损失可以免责,既是合理的,也是必要的。

然而值得一提的是,银行主张对其行为的免责必须以其行为符合 URC522 第 9 条所规定的“银行办理业务应遵守善意和合理谨慎”(good faith and reasonable care)的义务。^③“善意和合理谨慎”原则构成了委托人将单据交付银行委托其办理收款或者承兑的信赖基础,脱离了这一信赖基础,委托人不可能委托银行办理托收业务;“善意和合理谨慎”原则构成了银行在国际托收业务中的基本义务,构成了银行主张免责的基础,离开“善意和合理谨慎”的基本义务,就根本谈不上银行可以对于当事人的各种损失不承担责任问题。所以,在委托人与银行之间因托收而引发争议,确定银行接受委托办理托收业务时是否违反义务时,其判断标准是 URC522;若银行主张对当事人的损失享受免责时,必须以其行为符合“善意和合理谨慎”义务为条件。

二、委托人—托收行—代收行三者关系的一般法律定性

在国际托收业务中,位于卖方所在地的托收行接受了委托人的托收业务后,托收行不可能通过邮寄单据方式直接向位于另一国(进口国)的付款人提示单据要求

^① URC522 第 13 条。

^② URC522 第 14 条。

^③ 在 URC322 中,该项义务是第 1 条规定的内容。

付款或者承兑，故必须指定一家位于付款人所在地的银行作为代收行。该代收行可以由委托人提名；如果委托人没有提名，则托收行有权自行指定代收行，并由委托人承担所有的费用和风险。^①

代收行是国际托收业务中的关键当事人。在法律上任何银行无义务接受其他银行的委托办理代收业务；然而，一旦银行接受了托收行的委托承办代收货款的业务，根据 URC522 的有关规定，代收行在遵循第 9 条“善意和合理谨慎”基本义务的前提下履行其主要义务：执行托收指示，审查、确定所收到的单据表面上与托收指示书是否相符，且在付款人承兑汇票或者付款前保管好单据；按照托收指示书规定的方式向托收行通知代收情况，并无延误地向托收行寄送付款通知、承兑通知；在付款人拒绝付款或承兑时，根据托收行的指示（或者发出拒绝付款和拒绝承兑通知 60 天后）将单据退回托收行。基于这些规定，如果代收行接受办理的是即期付款交单（D/P）业务，代收行就必须在付款人全额付款后，才能将装运单据交付（Release）给付款人；付款人未付款或未全额付款，代收行就不得将装运单据交给付款人。

如前所述，在国际托收业务中虽然托收行是接受委托人办理托收的代理人，然而托收行并不自己直接向付款人提示单据要求付款或者承兑，而是以自己的名义再委托代收行办理此项业务。从 URC522 所确立的托收制度分析国际托收业务的特点，如果以相关的国内法分析三者之间的法律关系，大致可以将其视为德国法意义上的主要委托代理权与从属代理权以及我国民法意义上的本代理与复代理（次代理）关系。^② 因为：

第一，托收行委托代收行收款属于托收行利用代收行的服务执行委托人的委托（URC522 第 5 条 d 款、第 11 条 a 款）。托收行委托代收行后，并未退出代理关系，其仍是委托人的代理人（URC522 第 3 条 a 款）。若代收行所在国的国内法或者惯例对代收行设定义务和责任，托收行应予以承担（URC522 第 11 条 c 款）。

第二，托收行接受委托人之委托后，是以自己的名义（而非委托人的名义）委托代收行向付款人收取货款的（URC522 第 4 条 a 款），尽管托收业务有赖于代收行的参与，但是托收行仍然对委托人承担主要责任。

第三，托收行委托代收行代为收款或是得到委托人的明示授权（委托人指定代收行）；或是应推定委托人同意托收行自行指定代收行代为收款，因为托收行必须委托处于付款人所在地的代收行才能完成托收，否则托收行无法履行其托收义务；

^① URC522 第 11 条 a 款；另参见沈达明、冯大同编著：《国际贸易法新论》，法律出版社 1989 年版，第 262 页。

^② 赵威主编：《国际代理法理论与实务》，中国政法大学出版社 1995 年版，第 34～35 页。

此外委托人与托收行的“托收委托书”通常均约定适用 URC522, 依据 URC522 托收行有权自行指定代收行。代收行在向付款人提示单据、要求付款或承兑时, 以托收行的代理人身份出现。

在运用复代理的理论解释了国际托收业务中三方当事人之间法律关系后, 尚需进一步阐明在复代理关系中复代理人(代收行)对委托人及托收行的责任。在此问题上, 各国的规定大相径庭, 即使在同属大陆法系或普通法系的国家, 其立法及实践亦差异甚为明显。

我国一些学者认为, 在复代理关系中, 代理人以自己的名义选任复代理人实施代理权限内的全部或部分行为, 复代理人之代理行为的法律效果直接归于委托人。复代理人事实上构成委托人之代理人, 而非代理人之代理人。^① 也有学者指出, 大陆法国家的判例区分两种复代理, 若代理人直接以委托人的名义赋予复代理人以代理权, 则该复代理人以委托人的名义进行法律行为, 这种法律行为的法律后果由委托人承担。另一方面, 代理人以自己的名义委托复代理人, 从而由该复代理人以代理人的名义进行代理活动, 委托人通过代理人从而间接承担了复代理人之代理行为的法律后果。^②

在美国法中, 复代理人被视为委托人和代理人的代理人。《布莱克法律辞典》(Black's Law Dictionary) 指出: “复代理人受委托人和代理人的支配。”因此, “复代理人执行承诺替委托人办事时疏忽, 或者遗漏不执行, 复代理人必须向委托人负责。”美国《布莱克法律辞典》还指出: “次代理人是一个由有权的代理人委任的, 以履行代理人要为本人履行的事务的人, 代理人同意对次代理人的行为向本人负责。”因此, 在美国的代理制度中, 复代理人违反代理权限行事给委托人造成损失, 委托人既可以向代理人索赔, 也可以直接向复代理人索赔。

依据英国有关代理制度的判例, 在复代理关系下委托人与复代理人不存在合同关系, 复代理人仅仅是代理人之代理人, 而非委托人之代理人, 故委托人不能直接起诉复代理人。复代理人向代理人负责, 但无须向委托人负责; 而代理人必须就复代理人的行为向委托人负责。

综合上述各国一般代理制度的介绍, 在委托人—代理人—复代理人三者之间的关系中, 大致可分为两大类: 其一是将复代理人视为委托人的代理人之一, 复代理人应就其行为向委托人负责, 委托人可以直接起诉复代理人; 其二是将复代理人仅仅视为代理人之代理人, 而非委托人之代理人, 故委托人无权直接起诉复代理人。

① 王家福主编:《民法债权》, 法律出版社 1991 年版, 第 608 页; 彭万林主编:《民法学》, 中国政法大学出版社 1994 年版, 第 121 页。

② 赵威主编:《国际代理法理论与实务》, 中国政法大学出版社 1995 年版, 第 35 页。