

梁慧星主编

中国民商法专题研究丛书

英美代理法研究

徐海燕 著

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

英美代理法研究/徐海燕著. —北京:法律出版社,
2000.6

(中国民商法专题研究丛书/梁慧星主编)

ISBN 7-5036-3094-9

I. 英… II. 徐… III. ①代理(法律)-研究-英国
②代理(法律)-研究-美国 IV. D913

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2000)第 07556 号

出版·发行/法律出版社

经销/新华书店

责任印制/李 跃

责任校对/杨昆玲

印刷/北京宏伟胶印厂

开本/850×1168 毫米 1/32

印张/13.25 字数/319 千

版本/2000 年 7 月第 1 版

2000 年 7 月第 1 次印刷

印数/0,001—5,000

社址/北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)

电子信箱/pholaw@public.bta.net.cn

电话/88414899 88414900(发行部) 88414121(总编室)

出版声明/版权所有,侵权必究。

书号:ISBN 7-5036-3094-9/D·2815

定价:21.00 元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

第一章 代理的基本理论

第一节 代理的定义

一、英美法关于代理的若干典型定义

诚如英国学者马克西尼斯(B. S. Markesinis)和孟代(R. J. C. Munday)所言,下定义对于起草合同和法律来说,非常必要。因为这有助于确定合同文本和立法文件中所用术语的含义。但下定义在著书授课活动中的必要性则大打折扣,有时甚至还具有误导性,尤其是在试图把讨论的详细内容浓缩成精炼、准确的一句话时。^①这一观点对于英美代理法的研究来说,尤为如此。难怪英美代理法学者对于代理所下的定义各不相同,有的甚至还互相批评。但是,概念毕竟是研究的起点。要研究英美代理法,就必须先分析一下英美代理法学者关于代理的不同定义,并从中发掘每个定义所折射出来的定义者的思维方式和价值取向。

1. 合意说的代理定义

《鲍斯泰德代理法》一书认为,“代理是存在于两人之间的一种信任关系,其中一方明示或默示地同意由另一方代表自己实施某种法律行为,另一方也同意实施该法律行为。在代理关系中,被另一方代表实施法律行为的人称为被代理人(principal),实施法律行为的人称为代理人(agent)。被代理人和代理人以外的任何人称

^① B. S. Markesinis, R. J. C. Munday, *An outline of the law of agency*, second edition, Butterworths, London, 1986, p. 4.

为第三人(third party)”。^①

《美国代理法重述》第1条第1款对代理所下的定义与之类似:“代理是一种信任关系;这种关系产生的理论基础在于,一方表示同意由另一方代表自己实施法律行为,并受自己控制;另一方也表示同意实施该法律行为。其中,前者称为被代理人,后者称为代理人”。^②

美国代理法学者希维(Warren A Seavy)认为,代理是一种合意关系,其中一方当事人(代理人)在另一方当事人(被代理人)的制约下,受托拥有改变被代理人法律关系的权力。^③

还有人把代理界定为,“一种双方合意的诚信关系。该关系产生的依据是代理人同意代表被代理人或者为了被代理人的利益而介入和第三人的关系”。^④

上述定义强调了被代理人与代理人之间的合意(consent)或者意思表示一致。这些定义对于通常情形下的协议代理无疑是适用的。因为,在协议代理中,合意确实是代理关系的理论基础,并决定了代理权限的范围。但合意说代理定义无法适用于表见代理(apparent agency)和推定代理(presumed agency)的情形。因为,在表见代理和推定代理,代理关系的成立与当事人的意思和愿望毫不相关,甚至迥然不同。如果硬要坚持代理定义的合意性,则容易扭曲代理制度的本来含义。因此,合意说代理定义与其说是代理的定义,毋宁说是协议代理的定义。

① F. M. B. Reynolds, *Bostead on agency*, fifteenth edition, Sweet & Maxwell, London, 1985, p. 1.

② *Restatement of Agency*, second edition, American Law Institute, American Law Institute Publisher, 1958.

③ Warren A Seavy, “The rationale of Agency” (1920) 29 Yale L J 859, p. 868.

④ *Agency and Distribution Agreements: An international survey*, edited by Agustín Jaussas, Graham & Trotman, London. pp. 266—267.

2. 权限说的代理定义

弗理德曼认为,代理是存在于两人之间的一种关系,其中一人(代理人)被认为在法律上代表另一人(被代理人),并能够通过签订合同或处分财产的方式来影响被代理人和第三人之间的法律关系。^①

英国普通法中代理的经典定义是由齐梯(chitty)在《合同法》(第26版第2卷第1页)中给出的:“代理代表着一套普通规则,在该规则下,一方(代理人)有权改变另一方(被代理人)的法律关系”。^②

可见,与强调代理人和被代理人同意的合意说代理定义不同,权限说的代理定义侧重于代理人的权限。

3. 权力说的代理定义

不少英美代理法专家跳出合意说与权限说的框臼,把代理理解为一种权力责任关系(power-libility relationship)。正如多利克教授指出的,代理关系的基本特征在于以下事实:代理人享有改变被代理人与第三人之间法律关系的法律权力(legal power),被代理人负有改变其法律关系的相应责任。^③英国学者马克西尼斯和孟代也同意这一观点,主张“权力”(power)是一个法律概念,而“权限”(authority)是一种事实状态,具体说来,权限是被代理人与代理人都同意的、由代理人实施某种行为,并对被代理人产生拘束力的行为的总称。另外,权力的存在与范围大小由公共利益决定,而权限仅限于被代理人与代理人之间的协议中所包含的被代理人的

① G. H. L. Fridman: The Law on Agency, London Butterworths, p. 9.

② Agency and Distribution Agreements: An international survey, edited by Agustin Jausas, Graham & Trotman, London. p. 255.

③ Dowrick, "The relationship of principal and agent", (1954) 17 MLR 24 at 36.

意思表示。^①本书作者赞同权力说代理定义。

二、代理的法律特征

虽然合意说、权限说和权力说对代理定义的表述方式各有侧重,但都不约而同地指出或暗示了代理的某些共同法律特征。

1. 被代理人和代理人之间是一种法律关系

现实生活中,一方当事人代表另一方当事人,或为了另一方当事人利益而实施某种行为的情形很多。只有当这种行为能够影响另一方当事人的法律地位,也即另一方当事人通过一方当事人实施的某种行为而对第三人享有权利或承担义务时,才产生代理法上的代理关系。

如果双方当事人之间的互相代表仅仅是一种道德关系或者纯粹事实上的社会关系,就不能称之为代理法上的代理关系。例如,丈夫可以委托妻子参加某一对夫妇的婚礼,并代表自己向新婚夫妇表示祝贺。这种情况下的代表仅仅是一种社交关系,而非法律关系,当然不适用代理法。但这并不意味着代理作为一种法律关系,一定非常复杂。恰恰相反,代理法上的某些代理关系有时非常简单。例如,母亲让儿子购买牛奶,儿子就是母亲的代理人。同样,公司授权董事对外签订合同,董事就是公司的代理人。

因此,考察一项代表关系是否构成代理,必须区分行为人是为另一方当事人履行一项道德或者社交上的义务,还是缔结、变更或终止某种法律关系。在前一情形下,就不存在代理关系;而在后一情形下,则存在代理关系。因此,判断行为人是否是代理人的关键在于行为人的行为是否改变了另一方当事人的法律地位。

2. 代理是一种涉及被代理人、代理人和第三人之间的三方关系

^① B. S. Markesinis, R. J. C. Munday, *An outline of the law of agency*, second edition, Butterworths, London, 1986, p. 4.

平面几何中的三角形是由三边构成的,缺乏任何一边都无法构成三角形。同样,代理也是一种三方关系。英国代理法学者鲍威尔认为:“代理”一语既可以指被代理人 and 代理人之间的对内关系,也可以指代理人的对外关系,还可以指涉及被代理人、代理人 and 第三人之间的所有法律关系。^①

虽然上述有的代理定义没有提及第三人,但代理人代表被代理人实施法律行为的目的,不在于在代理人和被代理人之间建立法律关系,也不在于在代理人和自己之间建立法律关系。因为,如果在代理人和被代理人之间建立了法律关系,那么二者都是民事法律关系的当事人,根本无代理关系可言。代理人如果代表被代理人和自己建立了法律关系,并以此来约束被代理人,那么,就构成了代理人义务的违反。关于此点,将在“第四章被代理人与代理人的关系”中详细论述。

因此,代理的特征之一就是,代理由三方关系构成:一是被代理人 and 代理人之间的内部关系,这是代理的基础关系;二是被代理人 and 第三人之间的法律效果归属关系;三是代理人 and 第三人之间的代理行为当事人关系。

3. 被代理人与代理人之间是一种信任(fiduciary)关系

代理人代表被代理人、或者为了被代理人的利益而实施民事法律行为,其法律后果由被代理人承担,这就决定了被代理人 and 代理人之间是一种信任关系。在代理关系中,被代理人处于一种消极地承受代理人法律行为后果的地位。因此,信任关系主要是针对代理人而言的,由信任关系所引申的受托信义也是代理人对被代理人所负的一项重要义务。根据受托信义义务,代理人在代理关系存续期间,如果没有被代理人的许可,不得代表和被代理人对立的一方,或为了代理人自己的利益而实施民事法律行为;也不得

^① Powell, The Law of Agency(1961) Sweet & Maxwell, pp. 31—32.

从被代理人和第三人的交易中谋取自己的利益;更不得把自己或他人的利益置于和被代理人利益相竞争的位置。概括起来,受托信义义务表明,代理人不能为了自己或他人的利益而损害被代理人的利益。

三、正确区分法律意义上的代理和商业意义上的代理

“代理”和“代理人”的术语在商业活动中被广泛运用。例如,汽车经销商(car dealer)可以被称为生产商的代理人。但是,这种称呼并不意味着通过汽车经销商的介入,使得汽车生产商和购买者之间缔结了买卖合同。实际上,汽车经销商首先从生产商那里购买汽车,然后再销售给购买者。如果汽车有瑕疵,购买者只能根据销售合同向经销商寻求救济。如果购买者愿意向生产商寻求救济,他只能追究生产商的瑕疵担保责任,或者就生产商的疏忽而导致的产品对财产或人身的损害提起侵权之诉。^①

同样,独家代理协议(sole agency agreement)虽然赋予代理人独家销售产品的权利,但这并非严格法律意义上的代理关系。在“兰博诉格林”一案^②中,被告委托原告在一定时间内作为其产品的独家代理人。但是,在独家代理协议有效期内,被告开始自己销售产品。如果该案中的“独家代理协议”是法律意义上的代理,那么被告自己销售产品是完全可以的。但它并不是法律意义上的代理,因为,本案中的代理协议规定了原告的独家销售权,所以被告在协议有效期内,自己销售产品就等于违反了合同的约定,应当向代理人承担违约责任。

四、正确区分代理与替代责任

传统英美代理法的理念要求代理人必须具有代理权限或者代

^① B. S. Markesinis, R. J. C. Munday, *An outline of the law of agency*, second edition, Butterworths, London, 1986, p. 11.

^② *Lamb (W T) & Sons v. Goring Brick Co Ltd* (1932) 1 KB 710.

理权限的外观,才能改变被代理人的法律地位。有人认为这种观点有欠周延,例如,法律自动构成代理中的代理人既不具有代理权限,也不具有代理权限的外观。还有人主张,类似于侵权法中替代责任原则应当取代一般的代理理念。

从历史上看来,代理法与替代责任一直密切相关,并且在实践中都规制着被代理人的某些侵权责任。例如,不容否认代理和表见权限理论在某种程度上,与侵权法的替代责任十分相似,因为它们都仅仅涉及到责任的承担。在美国,把合同法与财产法中的代理理念与侵权法中的替代责任联系起来,曾经风靡一时,其目的是为了创造更加一般、宽泛的原则。但这种时髦没有持续多长时间,原因在于合同债务与侵权责任性质不同,很难从中提炼出一条共同的代理原则。例如,侵权法中的赔偿责任比起合同法中的违约责任更容易追究一些。另外,追究一方当事人对另一方当事人的侵权行为所负的责任,往往是由于前者对后者具有一定的控制力。所以,最为典型的替代责任的例子就是雇主对雇员的侵权行为所负的替代责任。虽然代理人可以是雇员,但典型的代理人却不是雇员,而是独立实施法律行为的主体。与侵权法中的情形不同,代理法中争议的焦点不只是一个唆使者的责任问题。因为,在交易中被确定为被代理人的当事人也可以起诉,除非是在纯粹的表见权限的场合。即使在这种场合下,也还存在追认代理的可能性。所以,代理与其说是涉及某人对他人行为负责的一般法域的组成部分,不如说是一种商事法律制度。^①笔者也赞同这一观点。

五、小结

在英美法系,代理关系不仅因协议,一方当事人的追认、不容否认法理而产生,而且还可以由法律自动构成。从理论上讲,在追

^① F. M. B. Reynolds, *Bostead on agency*, fifteenth edition, Sweet & Maxwell, London, 1985, pp. 8—9.

认代理、不容否认代理及法律自动构成代理中,虽然事先没有被代理人的与其内心真意相一致的授予代理权限的意思表示,但为了保护善意第三人的利益和维护交易的动态安全,法律可以拟制或推定代理关系的存在。

有鉴于此,在给代理作出定义时,应当避免过分强调当事人的“同意”,同时,不应忽视代理人享有的改变被代理人法律地位的“权力”,以及被代理人所负的改变其与第三人之间法律关系的“责任”。

笔者认为,英美法上的代理可以定义为:“根据双方当事人的意思表示、法律的拟制或推定,一方当事人(代理人)有权改变另一方当事人(被代理人)与第三人之间的法律关系,而另一方当事人有责任改变其与第三人之间的法律关系的三方法律关系。”

第二节 代理的理论基础

关于代理的理论基础,英美法系学者们的观点仁智互见。归纳起来,主要有三种:一是合意说,二是权限说,三是权力说。

一、合意说(consent)

以鲍思泰德(Bowstead william)、希维(Warren A Seavy)、鲍威尔(Raphael Powell)为代表的英美代理法学者,主张代理的理论基础是双方的合意。鲍思泰德认为:被代理人明示或默示地同意由代理人代表自己实施某种法律行为,代理人也恰好同意实施该法律行为。^①《美国代理法重述》也同样强调被代理人和代理人的合意。希维称代理为一种“合意关系”。鲍威尔在论述代理人的定义

^① F. M. B. Reynolds, Bostead on agency, fifteenth edition, Sweet & Maxwell, London, 1985, p. 1.

时,也强调了代理人作为一方当事人的代理协议。^①

英美法院也不乏支持这一观点的判例。1863年格兰沃斯勋爵在“泼勒诉李斯克”^②一案中指出:“除非根据另一个人的意思,否则,任何人都不得成为其代理人。”一百多年后的1968年,皮尔森勋爵(Lord Pearson)仍然认为,“被代理人与代理人之间的关系只能根据被代理人和代理人之间的合意而确立。如果本案中的当事人就法律上构成此种代理关系的意思表示一致,那么即使他们拒绝承认、甚至公开否认这种代理关系,他们也应当被认为具有创设代理关系的合意。”^③类似地,迪克森法官(Dickson J)在“盖林”一案^④中也认为,该案中不存在代理关系的原因在于,缺乏双方当事人之间的代理合同。由此可见,主张代理的理论基础是合意的观点的不仅有学者,还有法官。

当然,也有很多学者反对把“合意”作为代理的理论基础。弗理德曼就曾强烈批评皮尔森勋爵的观点。批评之一是,应当由法律在当事人意思自治的基础上决定什么是代理。批评之二是,皮尔森否认尽管代理关系的创设违背了一方或双方当事人的愿望,却仍然能够得到法律确认的情形。在这种代理关系下,当事人之间不存在合同或合意的理论基础。也就是说,即使没有被代理人的批准,或者代理人愿意代表被代理人实施法律行为的意图,仍然存在代理关系。不容否认代理就属于这种情形。^⑤

澳大利亚代理法学者斯图嘉(Stoljar)教授则反对合意代理和不容否认代理这种两分法。他认为,代理关系永远是一种合同关系,因为,代理关系总是牵涉到两个不同的合同:一是代理人和第

① G. H. L. Fridman: The Law on Agency, London Butterworths, p. 12.

② Pole v. Leask (1863) 33 L. J. Ch. 155, 161.

③ Garnac Grain Co. Inc. v. H. M. F. Fairclough Ltd. (1968) A. C. 1130n., 1937.

④ Guerin v R (1984) 13 DLR (4th) 321.

⑤ G. H. L. Fridman: The Law on Agency, London Butterworths, pp. 12—13.

三人之间的合同,另一个是被代理人和第三人之间的合同。他认为,这就出现了“可转让的合同”(transmissible contracts)理论或“可转让的合同利益”(transmissible contract-interests)的理论。^①但是,弗理德曼认为,斯图嘉的理论不仅文义令人费解,而且容易使人对各类代理的理念产生误解。^②

道里克(Dowrick)教授也反对把合意视为代理的理论基础。他认为,许多与代理相关的法律都来源于衡平法、准合同或者侵权法。例如,代理人所负的一些义务是由法律强行赋予、而不是协议规定的,充其量只能视为一种准合同性质的义务。^③另外,许多法院判例认为,代理人有义务把属于被代理人的金钱交给被代理人;根据侵权法,无偿代理人即使在缺乏代理合同的情况下,也必须谨慎地处理被代理人的事务,否则必须就其过错向被代理人承担侵权责任。

过分强调合意重要性的观点,也遭到了司法界人士的批评。例如,法院在“布尔德曼诉菲利普斯”一案^④中主张:代理行为缺乏合意的当事人可以被视为“自我指定的代理人(self-appointed agents)”。在“布兰怀特诉沃塞斯特”一案^⑤中,威尔伯弗斯勋爵(Lord Wilberforce)认为:为了囊括更复杂的、涉及到交易一方当事人是两个人以上的案例,应当采纳外延更加宽泛的“替代责任(vicarious responsibility)”概念,以代代理的概念。理由是:如果把对行使代理权的合意强调为代理关系的理论基础,那么如何让被代理人对未授权的代理行为负责呢?难怪弗理德曼也认为,正是为了弥补代理理论基础合意说或协议说的漏洞,让某人(被代理

① Stoljar, *The Law of Agency*, Sweet & Maxwell Limited, 1961. pp. 18—36.

② G. H. L. Fridman: *The Law on Agency*, London Butterworths, p. 13.

③ Dowrick(1954)17 MLR 24 at p. 32.

④ Boardman v Phipps(1967)2 AC 46.

⑤ Branwhite v Worcester Finance Ltd (1968)3 ALL ER 104 at 122.

人)对其行为的合理预期结果负责,普通法才运用不容否认的概念,创设了不容否认代理权限的理论。^①

笔者也赞同弗理德曼等人的观点,而对合意说难以苟同。当然,也不能从过分强调合意的极端滑向过分漠视合意的泥潭。因为,在现代市场经济社会,与其说“合意”或者“意思表示一致”不再重要,不如说原始的代理理论和制度随着经济理论基础的变化和发展作出了相应的调整,从而使得代理制度更加灵活高效地适应时代的发展潮流,而且协议代理仍然是最常见的代理方式。

二、权限说(authority)

在介绍和评价权限说之前,有必要澄清有关对“Authority”和“power”的译法。“Authority”在法律词典上主要有3类涵义:(1)权力,权限,职权;(2)根据,典据,权威言论;(3)判例,先例,委托书等。“power”主要有4类涵义:(1)权力,政权,势力,权限,权力范围;(2)强国,大国;(3)有权力的人,有影响的机构;(4)授权证书。^②可见,“Authority”和“power”在文义上有交叉重复之处,即二者都有“权力”、“权限”之意。在英美代理法著作中,有学者认为代理的理论基础是“Authority”,也有学者认为是“power”。

那么,这两个英语单词究竟与中文里的哪个词汇相对应呢?香港学者何美欢在其《香港代理法》一书中,将“Authority”译为“权力”,而将“power”译为“势力”。^③笔者认为这种译法值得商榷。因为,“势力”是社会生活中的一个概念,而不是法律术语。例如,“某人有势力”,表明某人在政治上、金钱上、学术上或者信仰上有很强的影响力,但这种影响力不是法律所赋予的,并且其内容也不直接体现为法律关系。因此,将“power”译为“势力”不符合法律用

① G. H. L. Fridman: The Law on Agency, London Butterworths, p. 14.

② 《英汉法律词典》,法律出版社1985年11月第1版。

③ 何美欢:《香港代理法》(上册),北京大学出版社1996年版,第4—5页。

语的习惯。根据习惯用法,“Authority”一词侧重于表达权力的范围,也即“权限”之意;而“power”一词侧重于表达权力的本身。因此,“Authority”最好译为“权限”,而“power”最好译为“权力”。

在英美代理法上,代理人的权限不仅被视为代理的核心,连接被代理人 and 代理人的理论基础;而且被视为代理关系中的奠基石。时至今日,代理权限仍然是在理解代理关系及其法律效果时经常被使用的概念。因此,不少学者用代理权限解释代理关系。

虽然在大多数场合下,代理权限确实是代理关系的理论基础;但在某些场合下,代理人即使没有代理权限,或者其行为超越了固有的代理权限范围,但根据法律的公平正义原则,仍然可以影响被代理人的法律关系。^①因此,弗理德曼认为权限实际上是一个虚拟(artificial)的概念。因为,在许多场合下,代理人尽管没被授予代理权限,但仍然被视为拥有代理权力。他认为,用代理权限来解释代理人的行为能够改变被代理人法律地位的观点,是牵强附会的。

当然,如果用“权限”一词来说明代理关系的法律效果,却是行之有效的。具体说来,“权限”一词可以说明代理权是产生于当事人的协议,还是产生于当事人的行为。例如,这一概念可以帮助法学家简单而又精确地陈述代理人能够做什么,不能做什么;如何以有益或者有害的方式影响被代理人的法律地位。

但是,作为描述代理关系法律性质的一种手段,“权限”一词却不能令人满意。因为,它固然能够描述代理关系的目的在于一方当事人允许另一方当事人实施某种法律行为,但是无法解释为什么这种允许或者授权对于代理关系是至关重要的。^②也就是说,从法学意义上看,这一术语无法揭示被代理人与代理人关系的性质,

① B. S. Markesinis, R. J. C. Munday, *An outline of the law of agency*, second edition, Butterworths, London, 1986, p. 5.

② G. H. L. Fridman: *The Law on Agency*, London Butterworths, p. 15.

而源于创设代理关系的权力与责任则能较好地揭示这一本质。

从英美代理法学者的著作来看,“权限”和“权力”是有严格区别的。这种区别主要表现在以下四个方面:

第一,二者的性质不同。权力是一个法律概念(legal concept),而权限是一种实际状况(factual situation)。道里克教授认为:“代理人是被法律赋予拥有改变被代理人和第三人之间法律关系的法律权力(power)的人”。^①而权限是被代理人和代理人都同意的、由代理人实施、并拘束被代理人的所有行为的总和。例如,“甲授权乙”意味着甲和乙都同意由乙代表甲实施一定的法律行为,乙则通过行使该权限具备了改变甲的法律关系的权力。

第二,二者的来源不同。权力的存在及其外延是由法律和公共利益决定的,而权限是在被代理人和代理人的协议中由被代理人的意思决定的。蒙特罗斯(Montrose)教授从法律规范的角度探讨了权力的实质。他认为,代理人的权力严格说来不是由被代理人赋予的,而是由法律赋予的。被代理人和代理人通过实施法律行为使得法律的规定运作起来,其结果是代理人取得了这种权力。”^②

第三,二者的外延不同。与权限相比,权力是一个外延更加宽泛的概念。有权限必然有权力,而有权力则不一定存在权限。就被代理人明示或默示地同意代理人代表自己实施的法律行为而言,代理人被认为具有实施这些法律行为的权限;这种权限(authority)就构成了影响被代理人和第三人之间法律关系的一种权力(power)。在某些情形下,代理人既没有被代理人的明示授权,

① Dowrick(1954)17 MLR 24 at p. 36.

② “The basis of the power of an agent in cases of actual and apparent authority” Can Bar Rev 756,761(1938).

也没有被代理人的默示授权,但却拥有拘束被代理人的权力。^①正如鲍斯泰德指出的,当被代理人自愿向代理人授予权限时,代理人被认为获得了授权,或者拥有了被代理人的权限。但是,即使在被代理人没有自愿向代理人授予代理权限的情况下,也有可能存在代理人的权力。在英美法系中,这些比较少见的情形被称为法律自动构成的权限、不容否认代理或者表见权限。但是,这些情形下的代理人权力与通常情形下的代理人权力是相同的,因而没有“表见权力”的说法。无论是‘实际权限’,还是‘表见权限’,代理人拥有的‘权力’都是一样的。^②这一点,在不容否认的代理中表现得最明显。

值得注意的是,尽管本书有时在行文时遵照一些英美代理法学者的用法,使用了“表见代理权限”、“法律自动构成代理权限”、“紧急代理权限”等提法,但严格说来,笔者并不同意这种提法。因为,在表见代理和法律自动构成代理(含紧急代理)的情形下,代理人其实并无实有代理权限,只不过具有拘束被代理人的代理权力而已。因此,“法律自动构成代理权限”、“紧急代理权限”应当改称为“法律自动构成代理权力”、“紧急代理权力”。

第四,二者蕴含的伦理价值不同。权限与占有(possession)一样,一般认为是产生某种法律结果的事实,可以用来说明某种法律结果的正当性;权力则是中性的,它只简单地陈述一种结果,而不论导致这种结果的原因的正当性如何。^③

① B. S. Markesinis, R. J. C. Munday, *An outline of the law of agency*, second edition, Butterworths, London, 1986, p. 8.

② F. M. B. Reynolds, *Bostead on agency*, fifteenth edition, Sweet & Maxwell, London, 1985, p. 5.

③ F. M. B. Reynolds, *Bostead on agency*, fifteenth edition, Sweet & Maxwell, London, 1985, p. 5.

三、权力说(power)

正是由于权力与权限之间存在着本质区别,而且权限说在解释代理关系的理论基础上存在着局限性,因此,当代许多英美代理法学者主张:代理的理论基础是权力。例如,希维在代理的定义中说到:代理人在被代理人的控制下,为被代理人的利益而在信托法上拥有影响被代理人特定法律关系的权力。^①鲍威尔称,代理人有权力影响被代理人和第三人之间的法律关系。^②道里克认为代理的本质特征是,代理人被赋予改变被代理人和第三人之间法律关系的法律权力,而被代理人则负有相应的责任改变自己的法律关系。^③

但是,代理关系仅仅是诸多权力责任关系中的一种。那么,代理关系中的权力和其他法律关系中的权力有何不同呢?代理关系中权力的最显著特征是,代理人拥有的改变被代理人法律关系的权力,是被代理人自身拥有的改变自己法律关系这一权力的复制品(reproduction)。易言之,法律赋予代理人的权力恰恰是被代理人自身拥有的权力的复本(facsimile)。^④难怪英国学者波洛克(Pollock)发出这样的感慨,“通过代理关系的创设,个人的法律人格在空间上可以得到极大的扩张”。^⑤

这可以从以下几方面加以说明:(1)代理人的代理权力与被代理人自身所拥有的权力范围相同。代理人拥有的拘束被代理人的权力应限制在被代理人所拥有的拘束自己的权力范围之内,代理人行使的权力不得超过被代理人授权或者法律规定的范围。

① Seavy, 'The Rationale of Agency' (1920) 29 Yale LJ 859 p. 868.

② Powell, The Law of Agency (1961) Sweet & Maxwell, p. 7.

③ Dowrick (1954) 17 MLR 24 at p. 36.

④ B. S. Markesinis, R. J. C. Munday, An outline of the law of agency, second edition, Butterworths, London, 1986, p. 11.

⑤ Pollock, Principles of contract (ed Winfield, 13th edn) p. 45.