

《中华人民共和国合同法》

专家指导丛书

◎陈甦/编著

委托合同 行纪合同 居间合同

WEITUO HETONG
HANGJI HETONG
JUJIAN HETONG

委托、行纪、居间合同概述
委托、行纪、居间合同的订立
委托、行纪、居间合同的效力
委托、行纪、居间合同的履行
委托、行纪、居间合同的变更和终止
委托、行纪、居间合同的违约责任
委托、行纪、居间合同谈判指南
委托、行纪、居间合同签约指南
委托、行纪、居间合同文本格式
委托、行纪、居间合同案例透视



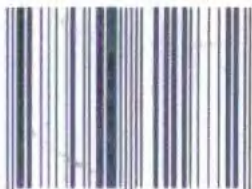
《中华人民共和国合同法》的颁布是中国法制建设的一件大事。为了让企事业单位及广大公民全面理解和熟知合同法知识，我们组织国内权威的专家、学者编撰了《中华人民共和国合同法》专家指导丛书，《委托合同 行纪合同 居间合同》系丛中一本。

《委托合同 行纪合同 居间合同》一书以新合同法及相关法律法规为依据，全面深刻地阐述了委托、行纪、居间三类合同的概述、订立与效力、履行、变更、解除、终止及违约责任等理论问题。本书在阐述理论的基础上，还就委托、行纪、居间合同的谈判与签约等实践问题进行了剖析。本书还选编了三类合同的文本格式及典型案例。本书语言流畅、通俗易懂，是各类中介机构及组织、经济管理人士及广大公民参阅的一本实用性较强的权威图书。

《中华人民共和国合同法》专家指导丛书

- 《合同法总则》（上）
- 《合同法总则》（下）
- 《买卖合同 赠与合同》
- 《借款合同》
- 《租赁合同 融资租赁合同》
- 《委托合同 行纪合同 居间合同》
- 《供用电、水、气、热力合同》
- 《运输合同》
- 《技术合同》
- 《建设工程合同》
- 《承揽合同》
- 《仓储合同 保管合同》

ISBN 7-5036-1187-1



9 787503 611872 >

ISBN 7-5036-1187-1/D · 952 定价:15.00元

D923.64

974

C47

同
同
同
合
合
合
托
纪
间
委
行
居

陈 魁 编著



A0915102

法律出版社

委 托 合 同

上 编

理 论 篇

第一章 委托合同概述

第一节 委托合同的概念

委托合同,又称委任合同,是指委托人和受托人约定,由受托人处理委托人事务的合同(合同法第 396 条)。在委托合同关系中,委托对方为自己处理事务的当事人为委托人;接受委托,为对方处理事务的当事人为受托人。

随着人类活动领域的不断扩大和社会生活内容的不断丰富,任何主体(无论是自然人抑或法人)对于自己的事务都作不到也没有必要事必躬亲。因为事必躬亲固然可靠,然而一个人的精力、时间、活动空间乃至喜好偏爱都是有限度的,对自己的事务不可能一一亲自处理,如果将自己的事务委托所信任之人代为处理,则可弥补上述诸种限制。比如,某人将自己在异地的事务委任他人处理,可弥补其在活动空间上的限制;某人在其上班时间将其家庭私人事务委托他人处理,可弥补其活动时间上的限制;某人为专心从事艺术创作,而将其他经济事务或日常事务委托他人处理,可使得自己不喜好然而必要的事务得以处理。另一方面,一个人的知识、经验和身份条件也是有限度的,将自己事务委托有专门技能的他人处理,可能获得比亲自处理更好的效果。比如,将自己的会计事务委托注册会计师处理,将自己的法律事务委托律师处理,将自己的经营事务委托给经理人员处理等,在一般情况下,均可提高处理效率,获得更好的处理效果。

在人类历史上发生社会分工与社会合作的很早阶段,就出现了委托现象,因而在法制史上,委托合同作为一种合同类型出现甚早。在古代巴比伦的汉穆拉比法典中,对委任合同就已有专门规定。在罗马法上,早期并无委任合同,因为早期罗马法要求凡进行法律行为须当事人亲自为之,家子与奴隶并无法律人格,其所为之行为,当然对家父或主人发生效力,而不问是否经委任授权。至帝政时期,商品经济日渐发达,故而罗马法上开始出现有关委任、代理的规定。当时的委托制度将委任合同划分为五种:只为委任人利益的委托,为委任人和受任人的利益的委托,为第三人利益的委托,为委任人和第三人利益的委托,以及为受任人和第三人利益的委托。^①但是罗马法将委任合同与代理关系相混淆,认为委任合同必含有代理权之授予。此种混淆在《法国民法典》上依然存在,如该法典第1984条规定:“委任或委托书为一方授权他方以委任人的名义处理其事务的行为。”至德国民法典,始对委任与代理加以区别,并在总则中专门规定代理制度,而在分则债编中专门规定委任合同。此种区分及立法体例,为以后大陆法系国家的立法所仿效。

委托合同制度成为我国法律体系特别是合同法体系的一个组成部分,是在经济体制改革以后开始形成的。在经济体制改革以前的计划经济体制下,在我国当时的社会生活中,虽然也存在着分工与合作,虽然也存在着为他人处理事务或者要求他人为自己处理事务的情形,但是这种情形通常并不表现为一个委托合同关系。其原因是:(1)在高度集中统一的计划经济体制条件下,生产经营领域中的活动根据国家的生产计划进行,生活消费领域中的活动则根据国家的供应配给计划进行,其中没有生产者消费者行使自主权的空间,生产与生活中的分工与合作不表现为法律意义上的

^① [罗马]查士丁尼:《法学总论》,商务印书馆1989年版,第181页。

权利义务关系,因而没有真正意义上的合同法律关系的存在,当然也就没有委托合同关系存在。(2)在生产领域,虽然也存在受单位指派为单位处理事务的情形,或者一单位受政府部门指示为其他单位处理事务的情形,但这往往是受指派人根据行政命令进行的,其性质与今天的委托合同关系有所不同。(3)在民间的日常生活中,虽然也委托他人为自己处理事务的现象,但是这种委托关系并不受法律调整,而是受民间习惯或者道德规范调整。

经济体制改革以来,人们的自主权和独立利益受到法律的尊重和保障,人们的社会经济关系以及许多日常生活关系受到法律调整,因而表现为法律上的权利义务关系。委托关系作为一种重要的民事关系,也受到了法律的调整和规范。比如,1982年颁行的民事诉讼法(试行)第50条、第51条,即对诉讼委托代理制度作了规定。但是,至《合同法》颁布时为止,委托合同关系并没有得到法律特别是合同法律的系统规范。虽然民法通则第四章规定了代理制度,并规定委托代理是代理的一种,但是对委托合同没作具体规定。1981年颁行的经济合同法对委托合同亦未作规定,其第10条规定的“代订经济合同,必须事先取得委托人的委托证明,并根据授权范围以委托人的名义签订,才对委托人直接产生权利和义务。”实际上是对订立合同时的委托代理所作的规定,而不是对委托合同所作的规定。对于十分普遍存在的委托合同关系,在《合同法》颁布之前,主要是通过两种方式规范的:其一,通过制定单行法规予以规范,如律师法对委托人与受托律师事务所之间的委托关系进行了规范,注册会计师法对委托人与会计师事务所之间的委托关系进行了规范。其二,由于单行法规所规范的委托合同关系,大多是某些行业或领域中的具有特别性的委托合同关系,而对于许多普通的委托合同关系来说,在发生纠纷时,法院或仲裁机关主要是根据合同法基本原则和委托合同原理来解决的。散见于单行法规的有关委托合同的法律规范,是不系统不完备的,不能适应对

社会生活中普遍存在的委托合同关系进行调整规范的法治需要；而仅利用委托合同原理来解决委托合同纠纷，也必然有更大的限制性。因此，在制定合同法的过程中，学者普遍主张将委托合同列为有名合同，以专章进行规定。《合同法》第 21 章即专章规定“委托合同”。

第二节 委托合同的特点

1. 委托合同的目的是由受托人为委托人处理事务

各国法律均认为，委托合同的目的是由受托人为委托人处理事务或管理事务。但是关于“事务”的范围，则学术上的见解有所不同。一种观点认为，事务之种类，并无限制，为法律行为或非法律行为均可；另一种观点则认为，委托受托人处理的事务，只限于法律行为。^①但学者多认为，委托受托人处理的事务范围不应限于法律行为，非法律行为亦得委托受托人处理。在国外立法上，日本民法第 643 条规定：“委任，因当事人一方委托相对人实施法律行为，相对人予以承诺，而发生效力。”将委托事务的范围限于法律行为，将非法律行为事务的委托规定为“准委任”（日本民法第 656 条）。我国合同法亦未将委托事务的范围限于法律行为，各种事务均可委托他人办理。

依据合同法的规定，可以将委托受托人处理的事务划分为两类：（1）法律行为。法律行为是以意思表示为构成要素并可产生法律效果的行为，如为委托人订立各种合同，代理委托人参加诉讼等。（2）非法律行为。非法律行为系不以意思表示为构成要素的事实行为，如注册会计师为委托人整理帐目，邻居为委托人照看房子等。

① 参见王家福主编：《中国民法学·民法债权》，法律出版社 1991 年版，第 723 页。

但是,委托事务的范围并非不受任何限制,在社会生活中,有些事务是不能委托他人处理的,比如:(1)法律有特别规定不得委托他人代理的事务,如婚姻登记。(2)具有较强人身属性的事务,如由合同约定的演出行为。(3)违背公序良俗和违反法律的事务,如委托他人购买毒品。

2. 委托合同是当事人之间基于特别信任而订立

委托人之所以选定某一特定受托人为自己处理事务,是以了解并相信受托人的品行、能力、经验等为前提的;受托人之所以接受委托,愿意为委托人处理事务,也是以了解并相信委托人的信用与信任为前提的。因此,委托合同是双方当事人之间基于信任而订立的。对于其他合同来说,由于合同标的的数量、质量等是明确的,因而双方当事人对合同的履行结果是可以预先确定的,也就是说,如果没有不可抗力等因素的存在,只要双方当事人认真履行合约,一般就能够达到合同订立时的预期目的。但是,委托合同的标的是处理委托事务,当事人在订立合同时,一般不能预定委托事务的处理结果,比如,委托律师处理诉讼事务时,不能要求律师一定要胜诉;委托受托人代为订立合同时,不能要求受托人一定要能够与第三人成立合同,或者更进一步地,要求受托人完全按照委托人预想的那样与第三人成立合同。这是委托合同与其他合同的明显区别。所以,委托事务的处理结果如何,受托人的主观自觉努力起了很大的作用,这就是为什么只有委托人特别信任受托人时,才能够将委托事务交给受托人处理。

广义而言,任何合同都是基于当事人之间的相互“信任”而订立,因为只有一方当事人在相信对方会履约的前提下,才会与对方订立合同。即使在即时清结的场合,如果一方当事人认为在其支付金钱后对方不会交货,他是不会与对方订立合同的。但是,作为委任合同订立基础的当事人之间的信任是一种特别信任,此种特别信任的要求与表现均高于其他种类的合同。

3. 委托合同的受托人可以委托人的名义亦可以自己名义为受托人处理事务

有观点认为,在委托合同中,受托人既可以用委托人名义活动,也可以用自己的名义活动。^①也有观点认为,委托合同的目的在于由受托人用委托人的名义和费用处理或管理委托人的事务。^②但通说认为,委托合同含有代理权授予的情况下,受托人须以委托人的名义办理委托事务,否则,受托人可以自己名义为受托人处理事务。合同法亦明确规定受托人得以自己的名义为受托人处理事务(合同法第402、403条)。

由于委托合同的标的不限于为受托人处理法律行为,因此,不应要求受托人必须以委托人的名义处理事务。非法律行为不以意思表示为要件,因而以何者名义处理非法律行为事务并无意义。法律行为以意思表示为要件,因而以何者名义处理委托事务具有法律上的意义,比如受托人为委托人订立合同时,如果以委托人的名义则为代理;如果以受托人自己名义则不是代理。但是,这并不是说受托人在处理事务是法律行为时一定要以委托人的名义,比如,受托人在商店为委托人购物时,完全可以以自己名义为买卖行为而实现委托合同的目的;再如,抵押人(受托人)受债务人(委托人)委托为其设定抵押担保时,应当以抵押人(受托人)自己的名义与主债权人订立抵押合同。

4. 委托合同可以有偿的,亦可以是无偿的

在罗马法上,委任合同以无偿为原则,并且罗马法将是否无偿作为委任与租赁的区别之一。比如根据罗马法,将衣服交洗衣人

^① 参见王家福主编:《中国民法学·民法债权》,法律出版社1991年版,第724页。

^② 参见郭明瑞、王轶著:《合同法新论·分则》,中国政法大学出版社1997年版,第301页。

洗涤或整洁,如果是无偿,即为委任;如果是有偿,即为租赁。^①以后大陆法系国家的民法亦是规定委托合同以无偿为原则,如日本民法第648条第1项规定:“受任人除非有特约,不得对委任人请求报酬。”德国民法典第662条规定:“因接受委托,受任人负有为委任人无偿处理委任人委托事务的义务。”法国民法典第1986条:“委任在无相反的约定时,为无偿的。”

但我国学界的通说认为,委托合同可以是无偿的,亦可以是有偿的,其具体的委托合同有偿与否,应由当事人自由约定;对于特定行业或经济领域中的委托合同应否有偿,可由法律特别规定。有的学者建议:在一般情况下,“委托他人办理营利性事务,以有偿为宜,委托他人办理非营利性的事务,以无偿为宜;商事委托(如代办商等)应为有偿,普通民事委托则可无偿。”^②当然,这只是为当事人订立委托合同时应如何进行商业性判断提供建议,并不意味着法律应当如此规定。

但需特别注意的是,我国合同法不仅规定委托合同可以是有偿的亦可是无偿的,而且还更进了一步,规定委托合同以有偿为原则。根据合同法第405条的规定,受托人完成委托事务的,委托人应当向其支付报酬。因不可归责于受托人的事由,委托合同解除或者委托事务不能完成的,委托人应当向受托人支付相应的报酬。当事人另有约定的,按照其约定。从这一规定的内容来看,合同法显然是规定委托合同以有偿为原则:在未有约定时,如果受托人完成委托事务,委托人须支付报酬;而以无偿为例外,即当事人另有约定为无偿的,委托人在受托人完成委托事务时,可以不支付报

① [罗马]查士丁尼:《法学总论》,商务印书馆1989年版,第181页。罗马法上的租赁是极为广义的,既包括物的租赁,如今天的租赁;也包括劳务的租赁,后世发展分解为承揽和雇用。

② 参见王家福主编:《中国民法学·民法债权》,法律出版社1991年版,第724页。

酬。

当然,在为他人处理同一种类的事务时是否有偿,有时可能会引起当事人之间合同关系性质的变化。也就是说,在某种情形中,特别是所处理事务为非法律行为的某些场合,是否有偿可作为区别委托合同与其他合同的标准。比如,某乙长期固定地为某甲接送孩子,如果是无偿的,是为委托合同关系;如果是有偿的,则不能认为是委托合同关系,而应认定为雇用合同关系。

5. 委托合同为诺成合同和不要式合同

委托合同是诺成合同。在订立委托合同时,双方当事人意思表示一致,委托合同即成立,无须以物的交付或者其他给付行为作为成立要件。委托合同的成立,须经受托人的承诺。如果委托人发出订立委托合同的要约后,对方当事人不为承诺,则委托合同不能成立。此点与代理关系的成立殊不相同,代理关系经被代理人单方授权后即可成立。

委托合同既可以采用口头形式,也可以采用书面形式。究竟采用何种形式,由当事人根据具体情况自由选择,合同法不作特别限定。但是,在法律对委托合同形式有特别规定(如必须为书面)的情况下,当事人应当遵循法律的规定。另外,如果某些行业自律规则对委托合同形式有特别要求,当事人亦应遵行。

第三节 委托与代理

代理概念有广狭两义。民法通则第63条规定:“公民、法人可以通过代理人实施民事法律行为。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。”根据该条的规定,民法通则所规定的代理,是狭义的代理。由于代理权可以委托合同为基础而授予,受托人常常以代理人身份办理委托事务,因而委托与代理在立法上、理论上和实

务上常相混淆。

代理与委托的联系,主要表现在以下几方面:(1)在代理关系中,代理人以被代理人的名义实施法律行为;在委托关系中,受托人为委托人处理的事务,亦可以是法律行为,其中也包括以委托人的名义实施法律行为,即为代理行为。(2)代理如果属于委托代理,其中须以委托合同作为代理权的授予基础。(3)在委托合同关系中,如果委托事务是法律行为,代理往往是处理委托事务的手段。

代理与委托的区别,主要表现在以下几方面:(1)代理关系是三方关系,当事人是被代理人、代理人和相对人;委托合同是双方关系,当事人是委托人和受托人。(2)代理属于对外关系,即代理人与相对人或者被代理人与相对人之间的关系;委托是委托人和受托人双方内部关系,即使在委托代理的情形中,委托合同关系也仅存在被代理人与代理人之间。(3)代理权的授予为单方行为,仅依被代理人的授权即可使代理关系成立,代理人不须为接受授权的意思表示;而委托合同的订立是双方行为,须经受托人承诺。(4)代理包括委托代理、法定代理和指定代理,委托合同仅仅是委托代理的基础关系。(5)依民法通则,代理人必须依被代理人的名义为法律行为;而受托人既可以委托人名义为法律行为,亦可以自己名义为法律行为。(6)代理的内容,是代理人以被代理人的名义实施法律行为;而委托合同的受托人,既可根据委托实施法律行为,亦可根据委托实施非法律行为。(7)代理与委托体现了不同的法律关系,代理制度与委托合同制度是不同的民事法律制度。代理不必一定以委托合同为基础,委托合同也不是一定伴随代理权的授予。在实际生活中,有代理而无委托(如无权代理的追认),有委托而无代理(如为事实行为),均为常见情形。

第四节 委托合同与其他类似合同的区别

1. 委托合同与雇用合同

委托合同与雇用合同均以给付劳务为其内容,在理论与实践上均难以明确区分。雇用合同,是指当事人双方约定一方为他方提供劳务,他方给付报酬的合同。^①从雇用合同的概念来看,其与委托合同有许多相似之处。其一,在委托合同中,受托人为委托人处理事务,必须得为委托人的利益付出一定的劳务,即受托人要向委托人提供劳务;在雇用合同中,受雇人也是向雇用人提供劳务。其二,在委托合同中,受托人要根据委托人的指示处理委托事务;在雇用合同中,受雇人也要根据雇用人的指示进行工作。

但是,委托合同与雇用合同的区别是根本性的,并由此决定了委托合同与雇用合同是两种不同的合同类型。(1)在委托合同关系中,受托人处理的事务包括法律行为。在雇用合同关系中,受雇人为雇用人处理的事务限于非法律事务。(2)由于处理事务的范围不同,受托人与受雇人在处理事务时的独立性不同。受托人处理的事务包括法律行为,而“民事法律行为作为法律事实之一,其区别于他种法律事实之点,在于法律行为以意思表示为构成要素,而其他法律事实不以意思表示为构成要素。”^②因此,受托人在处理委托事务时,是独立的意思表示主体,具有一定的法律意义上的独立决定权。受雇人处理的事务限于非法律行为,在处理事务中不需要受雇人对外为意思表示,因而不是独立的意思表示主体。受雇人在提供劳务过程中,可以作工艺技术上的独立判断,但

^① 参见郭明瑞、王轶著:《合同法新论·分则》,中国政法大学出版社1997年版,第364页。

^② 参见梁慧星:《民法总论》,法律出版社1996年版,第152页。

这不是法律意义上的独立决定权。(3)委托合同可以是有偿的,也可以是无偿的。雇用合同则只能是有偿的,雇用人必须向受雇人支付报酬。(4)在受托人为委托人处理事务时,可以用委托人的名义,也可以用自己的名义。而受雇人在为雇用人处理事务时,不以名义为必要,因而无所谓以何者名义。(5)在委托合同,给付劳务不过是受托人实现处理委托事务目的的手段;而在雇用合同,则以受雇人给付劳务本身为目的。(6)在委托合同,受托人既可以是自然人,也可以是法人。在雇用合同,受雇人应限于自然人。

尽管委托合同与雇用合同有上述区别,但在实际生活中,特别是在合同的标的都是非法律事务的场合,有时委托合同与雇用合同还是很难区别的。比如,两个自然人为他人处理同一种类的非法律事务,如为他人修建房屋,但一为有偿,而另一为无偿,其合同关系如何?再如,两个主体为他人有偿地处理同一种类的非法律事务,如为他人接送孩子,但一为自然人(如保姆),另一为法人(如社区服务公司),其合同关系又如何?有学者认为,由于委托合同更具有包容性,因此当某一合同究竟为雇用合同还是委托合同难以分辨时,应当解释为委托合同。^①

2. 委托合同与承揽合同

委托合同与承揽合同亦属相似之合同。(1)委托合同的目的,在于受托人为委托人处理委托事务;而承揽合同的目的,在于承揽人为定作人完成一定的工作。(2)在委托合同中,受托人要根据委托人的指示处理委托事务;在承揽合同中,承揽人也要按照定作人的要求完成工作。(3)在委托合同中,受托人在处理委托事务时取得的利益,应当转交给委托人;在承揽合同中,承揽人完成工作的,也应当向定作人交付工作成果。因此,委托合同与承揽合同是很

^① 参见郭明瑞、王轶著:《合同法新论·分则》,中国政法大学出版社1997年版,第304页。

相似的。

但是,在委托合同与承揽合同之间,具有很多根本性的区别:(1)委托合同以受托人为委托人处理委托事务为目的,不以委托事务的完成为要件,如委托人指示受托人与他人订立合同,但并不是以一定缔约成功为要件。承揽合同则以承揽人为定作人完成一定的工作为目的,承揽人必须为定作人完成工作,向定作人交付工作成果,如定作人向承揽人定做服装,承揽人必须按时按质按量,向定作人交付所定做的服装。(2)委托合同注重受托人处理委托事务的过程,受托人应当亲自处理委托事务。承揽合同注重工作的完成成果,承揽人可以将其承揽的辅助工作交由第三人完成。(3)委托合同可以有偿的,亦可以是无偿的。承揽合同则必须是有偿的。(4)在委托合同,委托人应当负担受托人处理事务的费用。在承揽合同,定作人可以提供材料,但并不负担承揽人工作时的设备使用和劳务支出等费用。(5)委托合同基于当事人之间特别信任而订立,当事人可以随时解除合同,并且不存在强制受托人必须依约处理事务的问题。承揽合同的承揽人则不能随时解除合同,在承揽人不履行合同时,法院视具体情形,可以强制承揽人按约完成工作。

3. 委托合同与其他一方当事人为“委托人”的合同

在合同法体系中,在委托合同之外,还有许多种类合同的一方当事人也居于委托人的地位,或者也叫“委托人”。其中包括均为中介意义的行纪合同、居间合同,这两种合同与委托合同的区分,将在本书其他篇章中论述。除此之外,还有一些合同的一方当事人也叫“委托人”。显然,一方当事人叫“委托人”的合同,并不等于就是委托合同。判断一个合同是否为委托合同,应当根据合同权利义务关系的内容来确定。

在各种有名合同中,一方当事人也叫“委托人”的合同主要有两类:(1)建设工程合同中的勘察合同、设计合同,其中委托勘察人