

# 委托 行纪 居间合同

肖建华 肖建国 著

人民法院出版社

合同法理论与审判述要丛书



合同法理论与审判述要丛书

# 委托、行纪、居间合同

肖建华 肖建国 著

人民法院出版社

**图书在版编目 (CIP) 数据**

委托、行纪、居间合同/肖建华, 肖建国著. —北京:  
人民法院出版社, 2000. 6

(合同法理论与审判述要丛书)

ISBN 7-80056-984-5

I. 委… II. ①肖…②肖… III. 合同法-基本知识-  
中国 IV. D923.64

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2000)第 03169 号

**委托、行纪、居间合同**

肖建华 · 肖建国/著

人民法院出版社

(北京东交民巷 27 号 100745)

保定市文化彩印厂印刷

850×1168 毫米 1/32 12.375 印张 306 千字

2000 年 6 月第 1 版 2001 年 1 月第 2 次印刷

印数:3000—6000 册

ISBN 7-80056-984-5/D · 1056

---

定价:18.00 元

责任编辑：范春雪

封面设计：仙然作为

# 目 录

<b>第一编 委任契约的一般原理</b> ·····	( 1 )
<b>第一章 委任契约概述</b> ·····	( 1 )
第一节 委任契约的含义·····	( 1 )
第二节 委任契约与代理的关系·····	( 5 )
<b>第二章 委任契约的相对性及其例外</b> ·····	( 16 )
第一节 委任契约关系的相对性·····	( 16 )
第二节 委任契约关系相对性的例外·····	( 23 )
<b>第三章 委任契约的相对性在民事诉讼上的意义</b> ·····	( 43 )
第一节 契约相对性的实体和程序意义·····	( 43 )
第二节 委任契约的相对性之诉讼意义·····	( 52 )
<b>第四章 委任契约中的风险负担</b> ·····	( 83 )
第一节 合同法上的风险负担概说·····	( 83 )
第二节 委任契约中的风险负担·····	( 90 )
<b>第五章 委任契约的解除</b> ·····	( 93 )
第一节 合同的解除·····	( 93 )
第二节 委任契约的解除·····	( 109 )
<b>第六章 委任契约的终止</b> ·····	( 115 )
第一节 委任契约终止的含义·····	( 115 )
第二节 委任契约终止的事由·····	( 120 )
第三节 委任契约终止的法律后果·····	( 143 )

<b>第二编 委托代理合同的原理与审判实务</b> ·····	(151)
<b>第一章 委托代理合同概述</b> ·····	(153)
第一节 委托代理合同的概念与法律特征·····	(153)
第二节 委托代理合同与相关合同的区别·····	(159)
第三节 委托代理合同的种类·····	(164)
<b>第二章 委托代理合同的订立</b> ·····	(166)
第一节 委托代理合同订立概述·····	(166)
第二节 委托代理合同当事人·····	(168)
第三节 委托代理合同的形式·····	(172)
第四节 委托代理合同订立实务·····	(175)
第五节 特别委托与概括委托·····	(178)
<b>第三章 委托代理合同的效力</b> ·····	(182)
第一节 委托代理合同的效力概述·····	(182)
第二节 委托代理合同对受托人的效力·····	(183)
第三节 委托代理合同对委托人的效力·····	(193)
第四节 委托代理合同对第三人的效力·····	(200)
第五节 第三人与委托人的抗辩权·····	(208)
<b>第四章 委托代理合同的变更</b> ·····	(211)
第一节 转委托·····	(212)
第二节 另行委托·····	(217)
<b>第五章 外贸代理合同</b> ·····	(221)
<b>第三编 行纪合同的原理和审判实务</b> ·····	(229)
<b>第一章 行纪合同概述</b> ·····	(231)
第一节 行纪合同的概念·····	(231)
第二节 行纪合同的法律特征·····	(234)
第三节 行纪合同的性质及其与信托合同的比较·····	(238)
第四节 行纪的发展与经纪人·····	(244)

第二章 行纪法律关系与审判实务·····	(253)
第一节 行纪法律关系概述·····	(253)
第二节 行纪的内部法律关系——行纪人和委托人 在行纪合同中的权利与义务·····	(257)
第三节 行纪的外部法律关系——行纪人、委托人 与第三人的权利与义务·····	(289)
第三章 期货行纪合同·····	(301)
第四章 证券行纪合同·····	(313)
第五章 保险代理合同与保险经纪合同·····	(322)
第六章 房地产行纪合同·····	(331)
<b>第四编 居间合同的原理与审判实务·····</b>	<b>(337)</b>
第一章 居间合同概述·····	(339)
第一节 居间合同的概念和法律特征·····	(339)
第二节 居间合同与相关概念的比较·····	(353)
第三节 居间法律关系和双方居间行为·····	(357)
第二章 居间合同当事人的权利和义务·····	(362)

# 第一篇 委任契約的 一般原理





## 委任契约概述

### 第一节 委任契约的含义

委任契约，又称委任合同，是指双方当事人订立的以约定一方为他方处理事务为内容的协议。委任契约的双方当事人为委托人和受托人。

委任契约是受托人为委托人处理事务，是由受托人向委托人提供的一种服务形式。通过委任关系，民事主体以代理、行纪和居间等法律形式借助他人之手帮助进行民事活动。<sup>①</sup> 在现代社会中，由于精力、专业技能等方面的要求，商人不可能对每一项活动“事必躬亲”，公民、法人或其他组织对获得各种服务的需求越来越普遍，所以委任现象十分频繁。并且有些受任活动甚至成为一种以营利为目的的服务行业。随着社会的发展，原有的各种服务业不断扩大其规模，并不断产生新的行业和服务种类：如运输、保管、仓储、行纪、居间等经济性的服务，以及医疗、邮电、旅游、律师、会计等非经济性的服务。尽管其与第三人签订的合同可能不包含委任字样，但这些专门从事服务的企业组织或个人无不需他人委托开展业务而生存。除法律对某些行业

<sup>①</sup> 李开国：《民法基本问题研究》，法律出版社1997年版，第198页。

的活动另有调整之外，委托人委托他人与从事上述行业的个人或企业进行民事法律活动需要订立委任契约，委托人委托从事这些行业的单位和个人处理事务也要有委任契约。

在大陆法系，民法的许多制度都可以追溯到古罗马法。古代罗马法原则上不承认代理制度，奉行“非本人不得缔结契约”原则，并且在自然经济和商品经济发展之初，经济活动的规模和范围不大，经营活动在家庭成员的协助下即可完成。家子和奴隶是家长的工具，他们的行为常被视为家长的行为，对家主或家父发生效力，所以也没有委任的必要。家主就不得用自由人代己获得财产，凡进行法律行为必须亲自为之。但是，共和国末叶，罗马的版图空前扩大，商品经济发达，有些事务，家长不能亲自处理，家属和奴隶又不能或不宜担负此类任务，就不得不委托他人办理，因此在法律上出现了相应的委任制度，委任成为法律上合意契约的一种形式。在查士丁尼的《法学总论》中，委任就作为契约的一种被详细予以规定。

罗马法委任契约的含义是：当事人约定由一方（受任人）为对方（委任人）的利益而无偿处理事务的契约。委任有三个要件：（1）受任人为委任人的利益处理事务，但是有些法律行为，在性质上必须由本人决定其意思效果的，如婚姻、订立遗嘱等，是不能委任他人进行的。（2）委任须为无偿，若为有偿，罗马法就认为属劳务租赁（雇佣）关系。（3）必须有当事人的合意。因委任是非要式行为，故不要求有书面委任书，既可以明示也可以默示。以接受处理委托事务为职业的，如律师、建筑师等，如对委托事务的要约不即时拒绝表示的，即视为默示承诺。

## 第二节 委任契约与代理的关系

### 一、罗马法上的委任契约和代理

罗马法有代理权的委任和无代理权的委任的区分。特别是从有代理权的委任和无代理权的委任的区分方法——对契约相对性的维护和突破的矛盾中可以窥见近现代代理制度的雏形。

罗马法中，“合同只约束缔约人”，受任人与第三人所为法律行为，不能对委任人发生效力。受任人在与第三人订立合同后，需要把契约的权利和义务转移给委托人。所以，无代理权的委任，是受任人是以自己的名义为法律行为，并接受法律行为的效果，委托人要取得代理行为的效果，只能依受任人的让与行为间接取得。如果受任人背信弃义，不让与其行为的法律效果，被代理人将处于无可奈何的地步。此即现代大陆法系民法中间接代理的早期形式。<sup>①</sup> 由于罗马法除承认无行为能力的法定代理外，原则上不承认代理制度，故罗马的委任多属于无代理权的委任。

有代理权的委任，是受任人以委任人的名义为法律行为，而其效果直接归于委任人的直接代理。这一委任类型是为了克服无代理权的委任制度而出现的。罗马法上由于家属和奴隶在市民法中并非权利义务的主体，他们和家主之间就不能发生有效法律关系，加之家属、奴隶只能为家主增加利益而不能减少利益的原则，人们就不愿意和家子、奴隶进行民事活动，这样就妨碍了家

---

<sup>①</sup> 参见周枬：《罗马法原论》，商务印书馆1994年版，第741页；李开国：《民法基本问题研究》，法律出版社1997年版，第234页。

主利用家属和奴隶的才能的可能，因而在事务日益繁忙的情况下，仍必须事必躬亲，严重影响了经济的发展。罗马后期大法官通过确立“海商诉”、“企业诉”、“特有财产所得利益取得之诉”等特殊类型的诉讼形式而确认的委任制度在一定程度上解决了这一问题。如“海商诉”，是航行中因过失造成的货物损失，既允许货物托运人向船舶所有人提起请求赔偿的诉讼，也允许货物托运人向船长提起请求赔偿的诉讼。在“企业诉”中，商业家委任奴隶或自由人为经理，第三人对家属或奴隶因业务而取得的债权，有权向其家长、家主请求赔偿。后来罗马法学界普遍接受了“企业诉”可适用于其他法律关系的观点，凡委任他人处理事务的，相对人对委任人有权提起此诉。同时，大法官又认可一般债的关系可以转移的理论，在受任人为债权人时，他可以根据委任契约将债权转让给债权人，而自卸其责，由委任人直接与相对人交涉。此种转让的方法，不久渐渐成为习惯，即使受任人没有向委任人转移债权，大法官亦同意委任人可以用准诉权直接向相对人起诉。在受任人处理委任事务与相对人发生的关系中，受任人为债务人时，由于债务的转让要征得作为债权人的相对人的同意，受任人不能随意将债务转移给委托人，而由相对人对委任人直接行使诉权。受托人仍然是主债务人，相对人既可以直接对受任人起诉，又可以用准企业诉向委任人起诉，所以相对人对同一债权，同时有两个诉权。另一方面，当相对人是债务人时，除受任人可以依据债务关系直接向其追偿外，又可以委任人为被告以准诉权向其追诉。这样，他人对相对人因同一债务也获得了两个诉权。虽然两个诉权只有一个给付，只能行使一次，但是，一个债权上的两个债务人的责任处于不确定状态。比如，受任人是债务人时，委任人如果破产，就应由受任人代为清偿；相对人为是债务人时，如果无力清偿，则由委任人自行承担；如果相对人在

订约时明知受任人是代理委任人为法律行为，在委任人破产时仍由受任人负责，根据诚信原则，显然是不公平的。受任人在立约时即使声明受人之托，仍不能摆脱主债务人的地位，以及在同一法律关系中同时存在两个连带债权人和两个连带债务人的局面。这种状况，一直持续到罗马后期。所以，在罗马法上，受任人完全退出与相对人订立的合同从而产生直接代理关系并未得到普遍的承认。有代理权的委任在罗马法的委任中，只属例外。只存在于诉讼代理和消费借贷等形式中。<sup>①</sup>

总之，罗马法中委任契约的概念本身尚不成熟，它不仅蕴涵着近代的代理制度，而且还与信托、寄托、承揽等法律关系混为一体。<sup>②</sup>同时，罗马法上的委任契约以无偿为原则，无论有无特别约定，受托人均不能接受报酬，也限制了委任代理制度的发展。<sup>③</sup>虽然因商业发展和海上贸易的需要，船东委任自由人或奴隶为船长、家主委任奴隶或家子处理事务得到承认，“赋予代理人以委托人身份的倾向已经出现了，而且一般委托是通过代理人来实现的”。<sup>④</sup>但是，委任契约原则上尚未形成三方当事人之间的法律责任关系。在古罗马，作为代理人的自由人应当向第三人承担个人责任，契约仅存在于实际缔约人即第三人与代理人之间。在这种关系下，本人只处于从属地位，只有通过附带债务的方式才能被诉。也就是说，本人并未因代理人的行为而取得契约关系主体的地位。从性质上看，罗马法上本人的责任几乎类似于

---

① 周枏：《罗马法原论》，商务印书馆1994年版，第740—741页。

② 江帆：《代理法律制度研究》，中国政法大学1999年博士论文，第23页。

③ 王家福、谢怀栻等：《合同法》，中国社会科学出版社，1986年版，295页。

④ [意]彼德罗·彭梵得：《罗马法教科书》，黄风译，中国政法大学出版社1996年版，第382页。

对主债务人的债务承担责任的保证人。<sup>①</sup>但是受托人对于能否退出受托订立的契约处于不确定状态，就是对契约相对性的重大突破，是向普遍承认直接代理的一种过渡形式，是直接代理制度的产生和发展的源泉。

比较而言，古罗马通过附带债务诉讼所确立的委任制度，可以在今天大陆法国家民法典中设立的行纪等间接代理找到惊人的相似之处，今天英美法系的隐名代理也与之很相近。它是合同相对性的缝隙中逐渐生长出的特别产物，是商业交往和人、财、物在市场中的流动促进了契约发展的一个明证。在代理制度形成过程中，代理要从合同相对性的约束中完全解脱出来，成为合同相对性原则以外的独立民事法律制度，还需要在观念上承认意思表示的表意人与法律效果的取得人可以完全分离。

## 二、代理概念的形成：与委任契约的分离

17、18世纪，欧洲社会经济的发展速度和规模及空间范围远非昔比，产生了对代理的进一步需要。1804年的法国民法典和1807年的法国商法典对代理的规定，就反映了这种趋势的要求。但是基本上是继承了罗马法的观点，仍然把代理视为委任契约的效力，即把代理人进行代理活动看作受托人对委托人的义务，把接受代理后果看作委托人对受托人的义务，没有划清代理与其基础关系的界限，<sup>②</sup>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。委任契约须经受任人的承诺而成立”。但所不同的是，法国民法典对委任契约对委任人与第三

---

<sup>①</sup> 江帆：《代理法律制度研究》，中国政法大学1999年博士论文，第23-24页。

<sup>②</sup> 李开国：《民法基本问题研究》，法律出版社1997年版，第197页。

人的效力进行了明确规定：“委任人对于受任人依授与的权限所缔结的契约，负履行的义务。委任人对于受任人权限外的行为，仅在其为明示或默示追认时，始负责任。”由此，代理的三方责任关系得以确立，代理人因享有代理权而避免了与第三人的合同责任。除此，法典对无权代理及越权代理问题规定，“受任人以受任人的资格与第三人缔结契约而使该第三人充分了解自己的权限时，对于权限以外的行为不承担担保责任，但受任人保证委任人追认而委任人拒绝追认的，不在此限。”虽然法国民法典自始至终没有明确界定代理关系中有关代理权、授权行为等法律概念，代理行为仍然没有获得独立的意义，但与古罗马法的委任制度相比，代理关系在契约制度中获得了一定的独立。<sup>①</sup>

法国的民法理论中没有“法律行为”概念，因而也不可能从抽象的法律行为中分离出代理，所以，未将基于委任契约产生的代理责任与一般契约责任截然分开。直到1896年的德国民法典将代理和代理人的概念规定在总则编，而委任作为债发生的一种原因规定于第二编“债之关系法”中。自此，代理和委任契约区分开来，代理内部关系——委托人与代理人之间的委任关系，和代理的外部关系——代理人与第三人的法律关系区分开来，委托人的授权行为与代理人的代理行为也才区分开来。所以，代理制度与委任契约的分离过程中，代理行为从法律行为中抽象出来，并与授权行为独立，具有决定的意义。

因为代理是意思自治的合理扩张或补充，其目的是要使本人能够通过他人的行为与第三人发生权利、义务关系，或者变更、消灭与第三人的权利、义务关系，其后果直接归属于被代理人，即直接将代理行为从法律行为中抽象出来，与第三人之间设立权

---

<sup>①</sup> 江帆：《代理法律制度研究》，中国政法大学1999年博士论文，第25页。



利义务关系，或者变更、消灭他们之间的权利义务关系。因此，代理行为的成立必须以行为人明示代被代理人为法律行为为要件，<sup>①</sup>并且具有法律行为的意思表示和效果意思。

代理人是表意人。代理活动中，代理人与相对人为法律行为，独立为意思表示。所谓独立为意思表示，是指代理人在实施法律行为时，须根据实施代理行为的客观情况，独立决定并表达代理行为的效果意思。例如，代签合同，由代理人向相对人为要约，要约内容和发出要约，均应由代理人完成，如果相对人向代理人发出要约，代理人应决定是否承诺该要约及是否向相对人反要约。

出于本人不能亲为的客观情况，要求代理人独立完成本人不能实施的法律行为，代理人必须在代理权限内独立为意思表示，是由本人对代理人之需要决定的。但是，代理人实施代理行为与本人亲自实施法律行为不同之处是，要受代理权限的制约并为被代理人的利益进行算计，代理人不能超越代理权限为意思表示或受意思表示，也不能提出或接受损害被代理人利益的意思表示。所以，代理权限影响着代理人实施代理行为的独立性，不同代理权限的代理人实施代理行为的独立程度不同。一般而言，法定代理人进行代理活动的独立程度较大，委托代理人进行代理活动的独立程度较小，因为法定代理的被代理人是无行为能力人或限制行为能力人，法定代理人为被代理人的利益进行代理活动，一般不受被代理人个人意志的限制。而委托代理的被代理人是有行为能力的人，委托代理人进行代理活动除受代理权限的限制外，还要向被代理人通报情况，征求意见并接受被代理人的指示等等。

---

<sup>①</sup> 英美法认为，如果行为人不以他人名义而以自己名义实施法律行为，第三人知悉行为人与委托人的代理关系的，在委托人和第三人之间也构成一项代理。