

国际商法丛书之五

国际代理法理论与实务

顾 问	江 平		
主 编	赵 威		
副主编	王利民		
撰 稿	王利民	赵 威	
	段农根	程 洁	
	郭 强		

中国政法大学出版社

作者的话

《国际代理法理论与实务》一书，经过多方努力，终于付梓成书，这使作者深感欣慰。

本书是国内第一本专门阐述有关国际代理法的著作。作者力求详尽地论述世界上有代表性的国家和地区以及国际条约对代理的有关理论上的观点和法律规定。由于目前国际上还没有业已生效的有关国际代理的条约，所以，在本书之中主要介绍大陆法系和英美法系有代表性的国家和地区的有关观点和规定。但是，随着国际经贸关系的日益密切，国际代理法的统一乃大势所趋，有关国际代理法公约的生效将不是遥远之事，故作者将国际代理法公约作为单独一章加以阐述。关于实务方面，本书除在阐述理论时尽量举一些各国的案例加以说明外，还在第八章专门介绍了几种国际代理人的情况。

由于作者的水平及时间、资料的有限，本书的缺点与不足在所难免，热情欢迎读者批评、指正。同时，作者热忱地希望有更多的人从事国际代理法的研究。

作 者

1995 年 9 月

(京) 新登字 185 号

图书在版编目 (CIP) 数据

国际代理法理论与实务/赵威主编. -北京: 中国政法大学出版社, 1995. 9

ISBN 7-5620-0205-4

I. 国… II. 赵… III. 代理(法律)-国际法: 民法-基本知识 IV. D913

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (95) 第 10315 号

国际代理法理论与实务

赵威 主编

出 版	中国政法大学出版社
责任编辑	邵利琪
印 刷	北京燕东印刷厂印刷
经 销	新华书店
开 本	850×1168
印 张	9.75
字 数	243 千字
版 次	1995 年第一版
印 次	1995 年第一次印刷
印 数	0001—5000
定 价	12.50 元

ISBN7-5620-0205-4/F·9

《国际商法丛书》

序 言

江 平

我的博士研究生赵威副教授主编了这套《国际商法丛书》，并请我作序。系统地学习、研究、宣传国际商法知识，对于建设我国市场经济法制来说是十分重要的。我愿意也有责任为这套丛书的出版说上几句。

我国的法制建设经过长时间的理论与实践上的艰难探索，终于从排斥商法走到了承认商法和在国内商事立法中借鉴外国商法或国际通行商法规范的道路上来。时至今日，世界经济已经发展成为一体，世界上许多有代表性的国家和地区以及国际条约的商法规范，都是对市场经济法制一般规律的反映，中国经济与国际经济接轨，我国企业参与国际市场竞争，不弄通国际商法规范和惯例是难以想像的。我相信，阅读丛书的读者，是会有益处的。

丛书由六本书组成，它们是《国际商事合同法理论与实务》、《国际融资法理论与实务》、《国际票据法理论与实务》、《国际会计法理论与实务》、《国际代理法理论与实务》、《国际仲裁法理论与实务》。其中《国际代理法理论与实务》、《国际融资法理论与实务》、《国际会计法理论与实务》是国内第一本有关这方面的著述，参考资料较少，写作难度较大。尽管如此，丛书作者在写作过程中，仍力求在理论上进行详尽而系统的论述，并在阐述理论的同时尽可能举一些案例加以说明，使丛书兼具理论与实用价值。因此，我乐于把这套丛书介绍给读者，并衷心祝愿丛书的出版发行。

目 录

第一章 国际代理法概述.....	(1)
第一节 大陆法中代理的概念.....	(2)
一、概念.....	(2)
二、代理的要件.....	(2)
第二节 普通法中代理的概念.....	(6)
一、概念.....	(6)
二、代理的要件.....	(7)
第三节 我国民法中的代理概念.....	(9)
一、概念.....	(9)
二、代理的要件	(10)
第四节 国际代理法的统一	(12)
一、《商业代理指南》	(12)
二、《代理统一法公约》和《代理合同统一法公约》	(14)
第五节 代理制度的产生及其历史发展	(19)
第六节 国际代理的类型	(26)
一、直接代理与间接代理	(27)
二、委托代理与法定代理	(29)
三、单独代理与共同代理	(33)
四、本代理与复代理	(34)
五、一般代理与特别代理	(37)
六、按代理商是否掌握商品的所有权划分	(38)
七、按业务性质分类	(39)
八、按特殊责任分类	(39)

九、按代理是否具有行政性因素分类	(41)
第二章 国际代理的产生和终止	(43)
第一节 国际代理的产生	(43)
一、国际代理权的概念	(43)
二、普通法中代理关系的产生	(44)
三、大陆法中代理关系的产生	(49)
四、我国代理关系的产生	(51)
第二节 国际代理行为的效果	(52)
一、大陆法中国际代理行为的法律效力	(53)
二、普通法中国际代理行为的法律效力	(56)
第三节 国际代理权的终止	(57)
一、大陆法中国际代理权的终止	(57)
二、普通法中国际代理权的终止	(60)
三、我国民法中的代理权终止	(61)
第三章 国际代理关系当事人的权利义务	(65)
第一节 代理人对委托人的义务	(65)
一、由协议产生的义务	(65)
二、产生于代理关系忠诚性质的义务	(70)
第二节 委托人对代理人的义务	(73)
一、支付报酬	(73)
二、偿还代理人在代理义务中的费用	(76)
第三节 代理人对第三人的责任	(76)
一、普通代理情况下代理人的责任	(76)
二、无权代理人的责任	(77)
三、承担特别责任的代理人的责任	(79)
四、现代英国法对外国被代理的本人说之否定	(81)
五、结论	(81)
第四章 无权代理	(83)
第一节 概述	(83)

第二节 表见代理	(84)
一、表见代理概念	(84)
二、由代理权限制所产生的表见代理	(85)
三、因逾越代理权限制的表见代理	(87)
四、因代理的撤回或消灭的表见代理	(88)
五、表见代理的类推适用	(92)
第三节 狭义的无权代理	(92)
一、本人与相对人之间的法律关系	(92)
二、无权代理人与相对人之间的法律关系	(92)
三、无权代理人与本人之间的法律关系	(97)
第四节 单独行为的无权代理	(98)
第五章 国际代理合同的法律适用	(100)
第一节 法律适用的概述	(100)
第二节 各国及国际条约对国际代理合同的法律适用的有关规定	(101)
一、美国	(101)
二、英国	(106)
三、法国	(109)
四、奥地利	(110)
五、前联邦德国、丹麦、比利时和《1980年罗马公约》	(111)
六、瑞士	(111)
七、《代理法律适用公约》	(113)
八、中国	(116)
第三节 小结与评论	(113)
一、当事人意思自治原则的运用	(116)
二、委托人与代理人之间的内部关系	(117)
三、委托人与第三人之间的外部关系	(118)
四、分歧的存在	(119)

五、其他主张	(120)
第六章 代理人的侵权和犯罪	(121)
第一节 代理人的侵权	(121)
一、概述	(121)
二、本人的地位	(126)
三、代理人的法律地位	(128)
四、本人和代理人共同和单独的责任	(129)
第二节 代理人的犯罪	(130)
一、代理人和本人的个人责任	(130)
二、代理责任(替代责任)	(130)
三、法人的刑事责任	(131)
第七章 有关国际代理法的公约	(134)
第一节 概述	(134)
第二节 《国际货物销售代理公约》	(139)
一、《代理公约》的适用范围	(139)
二、代理权的设定和范围	(141)
三、代理人行为的法律效力	(141)
四、代理权的终止	(143)
第八章 国际代理人种类	(144)
第一节 房地产代理人	(144)
一、房地产代理人的概念	(144)
二、房地产代理人资格的取得	(147)
三、房地产委托协议	(149)
四、房地产代理人的佣金	(150)
五、房地产代理人的管理机构	(152)
六、房地产代理人职业道德规范和义务	(153)
七、房地产代理人经营规则	(154)
八、房地产代理人的法律责任及处罚	(156)
第二节 拍卖人	(157)

一、拍卖及基本知识·····	(157)
二、拍卖法律关系·····	(160)
第三节 代理商——商务代办·····	(176)
一、概述·····	(176)
二、代理商与被代理人的法律关系·····	(178)
三、代理商和被代理人 与顾客（第三人）之间的 法律关系·····	(183)
四、代理商与被代理人代理关系的解除·····	(184)
五、我国的外贸代理制·····	(187)
第四节 经纪人·····	(190)
一、概述·····	(190)
二、经纪人实务·····	(195)
三、有关经纪人的国内外立法·····	(200)
第五节 保付商行·····	(204)
一、保付代理与保付商行·····	(204)
二、保付代理实务·····	(207)
第六节 证券经纪人·····	(220)
一、证券交易与证券经纪人·····	(220)
二、证券经纪人种类及实务·····	(230)
三、欧美主要国家及港、台证券经纪人·····	(236)
附录·····	(244)
1、《德国民法典》（节录）·····	(244)
2、《日本民法典》（节录）·····	(248)
3、《台湾民法典》（节录）·····	(251)
4、《中华人民共和国民事诉讼法通则》（节录）·····	(256)
5、《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国 民法通则〉若干问题的意见（试行）》（节录） ·····	(258)
6、《中华人民共和国专利代理条例》·····	(260)

7、《国际货物销售代理公约》	(266)
8、《一般代理协议书》	(276)
9、《独家代理协议书》	(279)
10、《总代理协议书》	(280)
11、《销售代理协议书》	(286)
12、《中外项目委托合同》	(291)
参考书目	(296)

第一章 国际代理法概述

在民事代理中，如果介入国际的因素，或者从某一具体国家来看，介入了外国的因素，便构成国际代理。而国际代理法则专指规定或调整民事代理中含有国际或外国因素的那部分法律。

当前，国际代理作为一种商业行为在当代国际经济生活中已普遍得到发展，十分发达。但是，作为一种法律制度的国际代理法，在国际上，特别是在我国，却鲜有专门研究。究其原因，有以下几点：第一，各个国家由于其历史传统，社会环境，经济发展状况和构建现代代理制度的理论基础不同，致各国有关代理的法律规定有很大的差别。虽然，随着贸易交往的需要，各国有关统一的国际代理制度的愿望，但是为维护其商业上的现实利益，这种愿望在当前难以实现。第二，国际代理具有较强的实际操作性，这导致人们忽视从理论上探讨这一法律制度。随着国际贸易的迅速增长，贸易方式、途径的多样性，代理的方式、种类也迅速得到发展，这也增加了从理论上来探讨和统一国际代理法的难度。

值得可喜的是，在 1961 年，国际统一私法协会制订了《国际性私法关系中的代理统一法公约》（简称《代理统一法公约》）、《国际贸易买卖代理合同统一法公约》（简称《代理合同统一法公约》）和《国际货物运输代理人代理合同公约》（简称《运输代理人公约》）。国际商会于 1960 年制订了《商业代理合同起草指南》（简称《商业代理指南》）。这些公约、指南虽然未获各国政府批准实行，但是它毕竟在统一世界各国代理制度方面作出了不少有益的尝试。

针对国际代理法发展的现状，本书在充分尊重国际贸易代理的现实作法的基础上，重点介绍我国和世界上两大主要法系，即

大陆法系和普通法系国家有关代理的制度,以及《代理统一法公约》等公约中有关代理制度的规定,以求在促进我国国际贸易,发展我国的代理制度中作出一点点贡献。

第一节 大陆法中代理的概念

一、概念

大陆法的代理制度是建立在区别论的理论基础之上的。所谓区别论,其最主要的特征是把委任(即委托人与代理人之间的合同)与授权(即代理人代理委托人与第三人签订合同的权利)的概念严格区别开来。委任指本人(Principal 委托人、被代理人)与代理人(Agent)之间的内部关系(internal relationship);代理则指交易的本人和代理人同第三人(a third person)的外部关系(external relationship)。

建立在区别论理论基础上的大陆法国家的代理概念可简单地概括为:一人为他人进行的法律行为。

二、代理的要件

(一) 法律行为的可代理性

根据大陆法国家的法律的一般规定,原则上任何一种意思表示和法律行为都是可以代理的。但是,法律同时却又在具体的方面规定,某些法律行为或意思表示是不能够由他人代理的。这些不具有可代理性的法律行为,主要是那些所谓有最高属人性质的法律行为,尤其是家庭法和继承法领域的一些法律行为。例如结婚的法律行为便必须配偶双方亲自、同时地在户籍官处进行(见德国婚姻法第十三条第一款);立遗嘱人只能够亲自订立遗嘱(见德国民法典第 2064 条)。

(二) 代理人的意思表示

1. 代理人的法律行为能力要求。由于代理人亲自参与法律行为交往,所以代理人如果不具有法律行为能力,便无法进行代理

行为。因此，他所作的，或者向他作出的意思表示都是无效的（参见德国民法典第105条，第131条第1款，第165条）。但是，代理人并不必须是完全法律行为能力人。也就是说，限制法律行为能力人也可以成为代理人，而进行代理行为。例如日本民法典第102条规定：“代理人无须为能力人”。这是因为代理人在代理权范围内所为的意思表示和法律行为的后果并不及于自身，而是及于被代理人。而且，限制行为能力的代理人在缺乏代理权的情况下去进行代理，也能够获得法律上规定的特别的保护。例如德国民法典第179条第3款规定：“1、相对人明知或可得而知代理人欠缺代理权时，代理人不负责任。2、代理人的行为能力受限制者，亦同，但经其法定代理人同意的行为，不在此限。”但是，由父母或监护人所为的法定代理，不能够由限制法律行为能力人进行。

2. 代理需代理人自己为法律行为。代理的这一要件和特征是代理与传达行为的实质性区别。传达行为仅指传递给他人的意思表示的行为，而该意思表示非传达人作出的。由于代理与传达行为在实践中非常容易混淆，因而，在这里有必要作进一步区分。

（1）代理人与传达人的区别。两者的主要差异是，代理人自己为意思表示，而传达人只是传达他人的意思表示，自己不是意思表示人。实践中，应根据具体情况，通过考察该帮助人是否完全接受被帮助人的命令去进行某法律行为，或者该帮助人实际上是否与第三人进行行为交涉。如果是前者，那么该帮助人便是传达人；而后一种情况下，该帮助人则是代理人。试以下例说明差别：

甲请乙向丙购买一部电视机，货款由甲通过银行汇款。在这里，乙便是甲的代理人。因为乙必须在丙处独立决定挑选一部电视机，且只能以甲的名义向丙提出购买电视机的要约。但是，甲只是请乙向丙表示，甲想向丙购买电视机，那么乙便是传达人。因为，乙不享有任何自己决定的权利，而只是将甲的要约通知给丙

而已。

而且,根据德国联邦法院的观点,在区分代理人和传达人时,尚应考虑第三人对帮助人行为的理解。也即应该从意思表示的接受人的角度出发,去分析解释意思表示。当然,在对意思表示进行解释时,还须考虑与意思表示有关的帮助人的社会经验、资格和地位等因素。例如,一商店的高级雇员去订立一项长期供货合同,那么该雇员×在该商店有较高的身份,便是代理行为,而非传达行为的标志。相反,倘若该店的看门人去进行这一行为,那么他的身份也说明他非代理人,而只是传达人。

(2) 下列情况下,代理行为和传达行为具有重要的区别。

第一,如果法律规定,某一法律行为必须具有特定的形式,那么,在代理人为这种行为的情况下,代理人的意思表示应该符合法律规定的这一特定形式要求。而在传达情况下,只要求法律行为为人所作出的,而由传达人予以传达的意思表示符合法律规定的这一形式要求。举例来说:

乙作为甲的代理人与丙缔结一项土地买卖合同。根据德国民法典的规定,这种合同应该公证。那么乙代理甲所进行的缔结该买卖合同的法律行为,也应该以公证形式作出。但是,设若乙是甲的传达人,那么乙便必须将甲的经过公证的意思表示传达给丙。而且,在办理土地所有权过户手续时,根据德国民法典第 925 条第 1 款的规定,土地所有权的转让人和取得人必须同时在公证处办理过户手续。这时,合同当事人双方都可以指定代理人为这一法律行为。但是,由于传达人并不能在公证员面前作出自己独立的意思表示,他所能做的只是通知和传递法律行为人的意思表示。因此,传达人不能够在公证处进行土地所有权的过户手续。

第二,对代理人和传达人的法律行为能力要求不同。由于传达人只是传递通知他人的意思表示,因此,传达人不必自己具有法律行为能力,无法律行为能力人可以进行传达行为。但是,代理人起码应具有限制行为能力。

第三,法律规定的错误的传达行为和代理行为的后果不同。就传达行为而言,如果传达人错误的传达了他人意思表示,后果由意思表示者承担。而就代理而言,由于代理人是自己独立地作出意思表示,因此,对代理人所错误作出的意思表示,究竟是否可以予以撤销,取决于代理人是否具有法律所规定的,撤销该意思表示的理由。

(三) 代理的公开性

1. 代理人必须以被代理人的名义进行活动。例如日本民法典第99条第1款规定:代理人于其权限内明示为本人而进行的意思表示,直接对本人发生法律效力。德国民法典第164条第1款第1项规定:代理人于代理权限内,以被代理人名义所为的意思表示,直接为被代理人和对被代理人发生效力。大陆法国家的法律之所以这样规定是为了保护代理关系中第三人的利益。该第三人在进行法律行为时,应该知道他的行为的对方当事人是谁。但是,代理人以被代理人的名义进行法律行为,并不总是必须明确声明他是以被代理人名义进行活动的。如果以客观情况可以看出,他是以被代理人名义进行法律行为,那么也便符合了法律规定的代理的这一要件。对此日本民法典,德国民法典等都有明确规定。

2. 尽管代理人以他人名义进行活动,但是他并未明确表示,是为他人进行法律行为,而且,第三人也对此无法知晓,那么代理人的行为便是存在有代理公开性的瑕疵的行为。这种行为只能视为代理人自己的行为。但是,如果代理人错误地表明他是以自己的名义为法律行为的。根据日本民法第100条、德国民法第164条的规定,这种行为应视为代理人自己的行为,并不能宣告他的这种错误的意思表示无效。

3. 代理公开原则的例外。大陆法国家的法律对代理的公开性原则要求很严,只有就法律行为的对方当事人而言,不管其合同的相对人是谁,都具有同样的意义的情况下,法律才允许代理关系的不公开。但是在这种情况下,代理人代理的法律后果及于被

代理人。

4. 间接代理。所谓间接代理是指接受他人请求而以自己的名义从事一定的行为。大陆法国家的民法基本上都未规定间接代理。如果行为人以自己的名义签订合同，那么他便是合同的一方当事人，而请求他进行这种行为的人并不是合同的当事人。在实际生活中，间接代理主要发生在商事领域，如商事代购、代销行为等。

5. 冒名行为。如果某人冒用他人名义作出某项意思表示行为，在这种场合，应区分两种不同的情况而确定这种行为的法律后果。如果对于行为的对方当事人而言，不管以谁的名义进行这种行为都具有同样的意义，那么这种行为便是行为人自己的行为，由行为人自己承担该行为产生的一切法律后果，而被冒名的人不对该行为承担任何后果。但是，如果对于行为的对方当事人而言，根据具体的情况，他也愿意与被冒名的人进行该法律行为，在这种情况下，应推定为代理行为，并考察行为人是否依据其享有的代理权进行这种行为，从而予以不同的处理。

（四）代理权

代理人必须在代理权范围内为代理行为。日本、德国、法国等大陆法国家的民法典都有这样的规定。法律这样规定，是为了保护被代理人的权利。代理人获得代理权途径有二：一是根据法律规定直接获得的；另一种是根据委托人的授权而获得代理权。

第二节 普通法中代理的概念

一、概念

普通法中的代理是建立在把本人与代理人的等同论作为理论基础。这个理论可简单的概括为“通过他人去做的行为视同自己亲自做的一样”。建立在此理论基础上的代理概念指当一人（代理人）根据委托人（被代理人）授权而与第三人订立合同时，该代理人与委托人之间发生的法律关系。代理人所订合同对委托人和

该第三人发生效力。根据英国等普通法系国家的法律，代理人并非以合同当事人的名义订约。因此代理人不必具有完全的合同能力，可以由未成年人或破产人担任，而委托人或被代理人则必须具有完全的合同能力，否则该代理关系可能归于无效。普通法认为：代理关系不仅对代理人和委托人之间具有约束力，而且使代理人承担有对第三人的默示担保责任，同时它还可能影响代理人所订合同的法律效果。

二、代理的要件

在代理人合法代理的情况下，其代理合同对实际当事人发生约束力；在代理人无效代理的情况下，应由其本人承担责任，至于那些情况下属无效代理，由于普通法国家一般没有成文法，而是以判例法为主，因此只能以其判例中推断出那些情况属于无效代理。以下根据代理人是否公开代理关系逐一进行分析。

（一）代理人明示委托人姓名而代订合同

根据 1876 年哥德诉胡弗顿判例原则，代订合同时在向对方公开代理关系并指明委托人姓名的情况下，合同将对委托人产生约束力，为有效代理；而代理人本人既不享有合同权利，也不承担合同义务或责任。

但是上诉判例原则有以下 4 项例外：1、在代理人以自己的名义执行了契据合同的情况下，他也应对合同承担责任；2、在代理人以自己名义签发了汇票而未指明其代理人身份时，他也应对该票承担责任；3、在代理人实际上与委托人为同一人，但以代理人身份订立合同的情况下，他应对合同承担责任，并有权诉请该合同强制执行；4、在依据商业惯例代理人负有个人责任的情况下，他应对合同承担责任。

（二）代理人为隐名委托人代理订立的合同

在代理人代订合同时向对方公开了代理关系但不透露委托人姓名的情况下，所订合同对隐名委托人发生约束力，而代理人对合同不承担个人责任。根据判例规则，代理人为隐名委托人代订