

南开国际经济法系列论著

A各国代理法概论
ttorney 孙建 / 著
Law

天津人民出版社

各国代理法概论

南开国际经济法系列论著

孙 建 著

各国代理法概论

孙建 著

*

天津人民出版社出版

(天津市张自忠路189号)

天津新华印刷二厂印刷 新华书店天津发行所发行

*

850×1168毫米 32开本 7.25印张 160千字

1998年10月第1版 1998年10月第1次印刷

印数:1—1,000

ISBN 7-201-03132-5

D·329 定价:13.80元

序

在现代各国民事经济活动中,由于商品交换关系高度发达,社会关系复杂多样,人们的时间和精力有限,不可能事必躬亲。因此,无论是在国内民事商事活动中或者是在国际民事商事活动中,代理制度都是必不可少的。当前世界各国经济正日益向一体化发展,要使我国企业参与国际市场竞争,就必须了解各国的代理制度。并且,研究、借鉴它们的经验,不断地完善我国的代理制度。

本书是作者经过艰苦努力,花费了多年时间,克服了参考资料较少的困难,在广泛收集国内外代理法例资料的基础上写成的。书中系统地论述了各个有代表性的国家的代理制度,并对各国代理制度中的一些重要问题进行了比较和研究,提出了自己的独立见解。此外,还选用了一些案例对代理制的理论加以说明。我深望这本书的出版,将有益于广大读者了解、掌握、研究各主要国家的代理制度,有益于我国代理制度的发展和完善。

目前,各国的代理制度仍处于不断发展、完善进程之中,代理制度中的许多理论和实践问题都有待于深入地探讨研究,对于书中的缺点和不足之处,诚挚地希望广大读者多多指正。

高尔森

1998年4月于南开大学

国际经济法研究所

目 录

第一章 各国代理法概述.....	(1)
第一节 大陆法中代理的概念.....	(2)
第二节 普通法中代理的概念.....	(7)
第三节 我国法律中代理的概念	(12)
第四节 代理制度的产生与发展	(15)
第五节 代理的适用范围	(20)
第六节 代理的种类	(23)
第二章 各国代理关系的产生和终止	(39)
第一节 各国代理关系的产生	(39)
第二节 各国代理行为的法律效果	(51)
第三节 各国代理关系的终止	(63)
第三章 各国代理关系当事人的权利义务	(75)
第一节 代理人对委托人的义务	(75)
第二节 委托人对代理人的义务	(87)
第三节 代理人和委托人对第三人的义务和责任	(92)
第四节 代理关系中当事人的连带责任	(99)

第四章 代理权的滥用和无权代理·····	(110)
第一节 代理权的滥用·····	(110)
第二节 无权代理·····	(115)
第五章 国际代理的法律适用·····	(133)
第一节 国际代理的法律适用概述·····	(133)
第二节 各国及国际条约对国际代理的法律适用的 有关规定·····	(135)
第六章 国际代理法的公约·····	(156)
第一节 国际代理法公约概述·····	(156)
第二节 《国际货物销售代理公约》·····	(160)
第七章 几种主要的国际专业代理·····	(169)
第一节 代理商·····	(169)
第二节 保付代理和保兑银行·····	(178)
第三节 信用担保代理·····	(184)
第四节 货运代理·····	(187)
第五节 保险代理·····	(192)
第六节 税务代理·····	(198)
第七节 房地产代理·····	(216)

第一章 各国代理法概述

本书所称的各国代理法,是指法国、德国、日本、英国、美国等一些具有代表性的国家的代理法和我国内地及台湾地区的代理法。我国台湾的代理法虽然属于一个地区的代理法,然而它确具有自己的特色。代理是各国普遍承认的法律概念。这个概念无论是在大陆法国家还是在普通法国家,也不论是在自由市场经济国家、社会主义市场经济国家还是在非市场经济国家都广为人知。大陆法和普通法关于代理的理论,具有符合现代经济发展要求的多样性。

在现代各国经济交往中,代理已经成为最普遍的法律形式之一。由于商品交换关系高度发达,社会关系复杂多样,人们不可能事必躬亲,因此,无论是在国内经济贸易活动中或者是在国际经济贸易活动中,代理制度都得到了广泛应用。1804年《法国民法典》开始确认了代理,此后《德国商法典》中专设商业代理一章,于是代理制度进一步得到了发展。在现代国际经济活动中,许多业务工作都是通过各种代理人进行的,代理人是国际经济交往关系人之一。在西方各国代理人有各种类型,如代理商、保付代理人、保兑银行、

信用担保代理人、货运代理人、保险代理人、税务代理人 and 房地产代理人等。国际经济贸易中的代理人对于沟通各国当事人之间的业务联系,促进国际经济贸易的发展,起着非常重要的作用,但也使国际经济贸易产生了更为复杂的多方面的法律关系。因此,各国都十分重视代理制度和代理人的法律地位问题,为了妥善地调整代理法律关系,各国通过立法手段,确认了代理制度,制定了代理制度规则。

本书根据各主要国家代理法发展的现状,着重介绍、研究国际上两大法系,即大陆法系和普通法系国家有关代理的法律制度,我国代理的法律制度,以及有关国际代理法公约规定的代理法律制度,以求促进我国国际经济贸易的发展和我国代理制度的逐步完善。

第一节 大陆法中代理的概念

一、代理的概念

在罗马法上,代理的概念出现在查士丁尼(Justinian)时期和后世查士丁尼时期^①。但由于罗马经济多以家族为单位,家庭成员获得的财产自动归家长所有,因此在这一时期,代理制度的发展非常缓慢。

在中世纪,由于商业发展的迫切需要,出现了有关代理的理论。荷兰著名政治家、法学家格老秀斯(Grotius Hugo, 1583—

^① 施米托夫:“国际贸易代理:比较研究”,载《国际贸易法文选》,中国大百科全书出版社,1993年12月版,第369页。

1645)在其《战争与和平法》中,提出了关于“代理人的权利直接来源于他的委托人,其行为基于委托人的授权”的理论^①。

大陆法上的代理制度建立在把委任(mandate)与授权(authority)严格区别开来的基础上。委任是本人(principal,又称委托人或被代理人)与代理人(agent)之间的契约,调整本人与代理人之间的内部关系(internal relationship)授权则指代理人代表本人与第三人(a third person)签订合同的权力,它调整的是本人和代理人与第三人之间的外部关系(external relationship)。本人对代理人在其授权范围内实施的代理行为,承担责任。这就是大陆法上的代理制度赖以存在的基本理论——“区别论”(the theory of separation)。建立在区别论基础上的大陆法国家的代理概念可以简单地概括为:一人为他人进行的法律行为。

二、代理的特征

(一)代理人要具有法律行为能力。

由于代理人要亲自从事法律活动,所以代理人如果不具有法律行为能力,就无法进行代理活动。因此,当代理人在法律上无行为能力时他所作的,或者第三人向他作出的意思表示对于他都是无效的。但是,代理人不必具有完全的行为能力,限制行为能力的人也可以成为代理人,从事代理活动。例如,《德国民法典》第165条规定:“代理人所为或所受的意思表示的效力,不因代理人为限制行为能力人而受影响”。又如《日本民法典》第102条规定:“代理人无须为能力人”。就代理效果来看,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一般并不及于代理人本身,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

① 格老秀斯:《战争与和平法》第2卷,第11、18页。

从事代理活动,也能得到法律上规定的相应的保护。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,不能由限制法律行为能力人代理。

(二)代理人在授权范围内独立地表现自己的意志。

代理人在与第三人进行法律行为时的意思表示,在代理权规定的范围内可以独立地表现他自己的意志。在代理关系中,代理人要反映被代理人的意志,这个意志就是指授权的内容。代理人不能用自己的意志代替授权的内容。但是代理人的行为既然是他自己的行为,他就要独立地进行意思表示,代理人要以自己的意志去积极地为被代理人的利益进行各项活动。代理的这一特征,使代理人与居间人、传达人的行为区别开来。居间人只是在当事人之间起媒介作用,促使意欲进行民事法律行为的当事人双方达成协议,居间人无权在当事人之间的法律行为中表示自己的意志。传达人自己不作任何意思表示,也没有责任替当事人一方造成任何法律后果。由于代理与传达行为易于混淆,下面对两者的区别作进一步分析。

1. 代理人与传达人有本质上的区别。两者的本质区别是,代理人在授权范围内自己独立地进行意思表示,而传达人只是传达他人的意思表示。根据德国联邦法院的观点,在区分代理人和传达人时,应当考虑第三人对行为人行为的理解,应当从意思表示的接受人的立场分析解释意思表示。此外,在对意思表示进行解释时,还须考虑行为人的资格、地位和社会经验等因素。例如,一个公司的高级雇员去订立一份销售合同,如果该雇员在该公司具有相当高的地位,那么,其行为就是代理该公司的代理行为,而不具有传达行为的特征。反之,如果该公司的普通服务人员进行这一行为,

他在公司的地位就表明了他只是传达人，而不是代理人。

2. 两者在法律形式要求上的区别。有些国家法律规定某种法律行为必须具备特定的形式。例如在办理土地买卖的过户手续时，《德国民法典》第 925 条第 1 款规定，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。在这种情况下，土地买卖合同的当事人双方只能通过其代理人为其从事该项法律行为，而不能通过传达人从事该项法律行为。

3. 对两者的法律行为能力要求的区别。大陆法各国普遍认为，由于传达人只是传达他人的意思表示，传达行为并不产生法律责任，因此，传达人无须具有法律行为能力，无法律行为能力的人同样可以进行传达行为。而代理人的代理行为是负有法律责任的行为，他至少需要具有限制行为能力。

4. 错误的传达行为与错误的代理行为其后果不同。对于传达行为，如果传达人错误地传达了他人的意思表示，后果由发出意思表示人承担。而对于代理行为，由于代理人是独立地进行意思表示的，因此，对他错误地作出的意思表示，一般要由代理人承担法律后果。

（三）代理关系的公开性

1. 代理人必须以被代理人的名义实施法律行为。代理人的任务就是代替被代理人进行法律活动，而这种法律关系的主体是被代理人。因此，代理人必须以被代理人的名义进行法律活动。如果用他自己的名义从事法律活动，就不是代理，而是行纪活动。行纪是行纪人受委托人的委托，由委托人给付一定的报酬，为了实现委托人的利益，而以自己的名义进行的法律活动。在行纪关系中委托人和第三人之间是没有直接关系的，双方都不能直接向对方行使权利和履行义务。

为了保护代理关系中第三人的利益,大陆法国家的法律一般都规定代理人必须以被代理人的名义进行活动。例如,《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法律效力”。又如《法国民法典》第1984条第1款规定:“委托或代理,为一方授权他方以委托人的名义为委托人处理事务的行为”。大陆法国家的这些规定有利于第三人在进行法律行为时,了解他的行为的相对人及其资信。然而,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的名义进行法律行为的。如果根据客观存在的表征,已经显示出他是以被代理人名义进行法律行为的,那么它就符合了法律对代理的规定。毋庸置疑,这种规定对于确认代理关系的是否存在是十分必要的。

值得注意的是,如果代理人仅以他人名义进行法律活动,然而他却并未明确表示自己是为了他人的利益进行法律活动,而且,第三人对此也无法知晓,那么代理人的行为就是存在代理关系公开性的瑕疵行为。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《德国民法典》第164条、《日本民法典》第100条的规定,这种行为应视为“代理人”自己的行为,不能宣告这种错误的意思表示无效而逃避应当对第三人承担的法律 responsibility。

2. 允许不公开代理关系的情况。大陆法各国的法律对代理关系的公开性一般都有严格的要求,然而这种要求并非是绝对的,只有就法律行为的对方当事人而言,无论其合同的相对人是谁,均具有同样法律效果的情况下,法律才允许不公开代理关系。但是在这种情况下,代理人代理行为的法律后果及于被代理人,也就是说在代理人与被代理人之间要确有代理关系存在。

此外,大陆法上的代理根据代理人究竟是以代表的身份还是以他个人的名义与第三人订立合同,分为直接代理和间接代理。如果代理人以自己的名义与第三人签订合同,但实际上是为了本人的利益(for the account of the principal),则为间接代理。间接代理人又称行纪人(commissionnaire〈法〉;kommissionär〈德〉)。在间接代理的情况下,由于代理人是以自己的名义同第三人签订合同的,尽管该合同的签订完全是为了本人的利益,代理人对此也应承担个人责任,而本人并不承担责任,除非代理人把该合同项下的权利和义务转让给本人。间接代理关系也是属于一种代理关系公开性原则的例外。

第二节 普通法中代理的概念

一、代理的概念

普通法上的代理制度中没有直接代理与间接代理的划分,而是较早地确立了本人与第三人有直接合同关系的原则。普通法中的代理是建立在本人与代理人“等同论”(the theory of identity)的基础上的。这个理论可以表述为“通过他人去做的行为视同自己亲自做的一样”(qui facit per alterum facit per se)。^①建立在这个理论基础上的代理概念指当一个人(代理人)根据委托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。代理人所订立的合同对委托人和该第三人发生法律效力。

^① 施米托夫:《国际贸易法文选》,中国大百科全书出版社 1993 年 12 月版,第 381 页。

普通法上关于代理制度的“等同论”，打破了大陆法上把委任与授权严格区别开来的“区别论”，从整体上发展了代理的完整的概念。普通法所关心的并不是代理人究竟以代表的身份还是以本人的名义与第三人签订合同这一表面上的形式，它所涉及的是商业交易的实质内容，即由谁来承担代理人与第三人签订的合同的责任。按照普通法关于代理关系中本人与代理人“等同论”的理论，代理人不必以合同当事人的名义订立。因此代理人不必具有完全的合同能力，他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。根据普通法中代理关系的基本原则，代理关系不仅在代理人和委托人之间具有约束力，而且代理关系使代理人要对第三人承担默示担保责任，即代理人默示担保他对于所代理签订的合同具有合法而无瑕疵的代理权，以及他所代理的委托人具有完全的合同能力和履行能力，此外，代理关系的不同形式还可能会影响代理人所订合同的法律效果。

二、代理的特征

在国际商事交易实践上，从第三人的角度出发，根据代理人在交易中是否披露本人的姓名和身份，在普通法上形成了三种代理关系，这三种代理关系的不同特征构成了普通法上代理的基本特征。

(一)公开本人姓名(named principal)的代理，又称显名代理，即代理人在交往中既公开本人的存在，也公开本人姓名的代理。根据 1876 年哥德诉胡弗顿判例原则，代理签约时在向对方公开代理关系并指明本人姓名的情况下，合同将对本人产生法律约束力，代理人则不享有合同中的权利，也不承担合同中的义务或责任。

然而，以上判例的原则具有下面 4 项例外：1. 当代理人以自

己的名义执行了契据合同时,他应对合同负责;2. 当代理人以自己的名义签发了汇票又未指明其代理人身份时,他应对该汇票负责;3. 在以代理人身份订立的合同中,当代理人事实上与本人为同一人时,代理人应对合同负责,并有权诉请该合同强制执行;4. 在按照商业惯例代理人负有个人责任的情况下,代理人应对合同负责。例如,按运输行业的惯例,运输代理人替本人预订舱位时须对轮船公司负责交纳运费及空舱费。

(二)不公开本人姓名(unnamed principal)的代理,又称隐名代理,即代理人在从事法律活动中只公开本人的存在,不公开本人姓名的代理。如在买卖合同中注明“卖方代理”的字样。在代理人代订合同时向第三人公开了代理关系的存在但未公开本人姓名时,所订立的合同对隐名的本人发生法律效力,而代理人对合同不承担个人责任。根据普通法的判例规则,代理人为隐名的本人代订合同时,只有向对方表明有本人的存在,并在合同中指明所订立的合同为代理订约时,才能适用有效代理原则。

然而,如果未公开本人姓名的代理人在代订合同时没有在合同中指明其代理身份,或者仅以描述性语言暗示其为代理人时,该代订合同人应当对合同负责。此时第三人就享有了起诉的选择权,亦或向该代理人起诉主张权利,亦或向其暗示的本人起诉主张权利。此外,在代理人以自己的名义订立合同的情况下,即使他能够证明相对人知道他实际上以代理人资格订立合同,也必须对该合同负责。

(三)未经披露本人身份(undisclosed principal)的代理,即代理人在交往中不公开本人的存在,以自己的名义对外签约,作为合同当事人一方。应该指出,在这种情况下未公开身份的本人的法律地位与前两种情况下的本人有着重大的区别。未公开身份的本人

原则上与第三人没有直接的法律关系,他们之间的法律关系是建立在两个连续性的合同基础上的,即第三人与代理人之间的合同和代理人与本人之间的合同。在这种情况下;尽管代理人以自己的名义与第三人签约,但签约的目的却是为了本人的利益。从表面上看,代理人是同第三人订立的合同,他当然要对该合同负责,因为他在同第三人订约时根本没有披露有代理关系的存在,这样他实际上就是把自己置于本人的地位去同第三人订立合同的,所以他应当对合同承担法律责任。然而,按照英美普通法,未经披露的本人原则上可以直接取得这个合同的权利并承担其义务。未经披露的本人可以直接介入代理人与第三人的合同,向第三人提出请求权,如果有必要,还可以向第三人起诉。^①

1. 未经披露的本人有权介入合同并直接对第三人行使请求权或在必要时对第三人起诉,如果他行使了介入权(right of intervention),他就使自己对第三人承担合同的义务。

2. 第三人在发现了有本人存在之后,就享有选择权(right of election),他可以要求本人或代理人承担合同义务,也可以向本人或代理人起诉。但第三人一旦选定了要求本人或代理人承担义务之后,他就不能再改变主意对他们当中的另一个人起诉。第三人对他们中的任何一个人提起诉讼程序就是他作出抉择的初步证据;这种证据可以被推翻,如果被推翻,则第三人仍可对他们中的另一个人起诉。但一旦法院作出了判决,便成为第三人作出抉择的决定性的证据,如果第三人对判决不满意,他也不能对他们当中的另一个人再行起诉。

然而,未经披露的本人的介入权和第三人的选择权不适用以

^① Bowstead:《代理》,伦敦 1968 年第 13 版,第 8—9 页。

下四种情况：(1)如果该未经披露身份的本人的介入权与合同中的明示或默示条款相抵触，则该项介入权即不予考虑。至于是否存在着这种情况，则是对合同的解释问题。(2)如果第三人信赖的是代理人个人的技能或偿付能力，则未经披露身份的本人不能介入。(3)在代理人无权代理或越权代理的情况下，不得适用以上规则，而应适用有关无权代理的规则。(4)在未经披露身份的本人居住在国外的情况下，假如其诉权受到程序法的限制时，也不得适用以上规则。

就上述英美普通法的代理与大陆法的代理比较来看，普通法中的显名代理和隐名代理同大陆法中的直接代理是相似的，但普通法的未经披露本人身份的代理虽然在表面上与大陆法的间接代理有相似之处，但在英美普通法中未经披露的本人的法律地位同大陆法中的间接代理的委托人的法律地位是截然不同的。按照大陆法，间接代理关系中的委托人不能直接凭代理人与第三人订立的合同而对第三人主张权利，而必须由代理人同他再订立一个合同，把前一个合同中的权利移转给他，他才能对第三人主张权利，即需要经过两个合同关系，才能使间接代理关系中的委托人同第三人发生直接的法律关系。但是根据普通法，未经披露的本人享有介入权，他不必经代理人把权利移转给他，就可以直接对第三人主张权利。而第三人一经发现了未经披露的本人，就可以直接对本人起诉，即只需要有代理人同第三人之间的一个合同就可以使未经披露身份的本人直接同第三人发生法律关系，不需要再有另一个合同。这是普通法同大陆法的一个重要区别。