

商务代理指南

山厚 著



人民日报出版社

图书在版编目(CIP)数据

商务代理指导/曹厚昌著. —北京:人民日报出版社,
1996. 5

ISBN 7-80002-843-7

I. 商… I. 曹… III. 商务工作—代理(经济)
IV. F715

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (96) 第 06135 号

书 名: 商务代理指导

著 者: 曹厚昌
责任编辑: 陈伟光
封面设计: 黄华斌

出 版 者: 人民日报出版社 (北京金台西路 2 号
/ 邮编: 100733)
发 行 者: 新华书店
印 刷 者: 北京市昌平印刷厂印刷

字 数: 247 千字
开 本: 850×1168 毫米 1/32
印 张: 10.25
印 数: 8000
印 次: 1996 年 5 月 第 1 次印刷

书 号: ISBN 7-80002-843-7/F·185
定 价: 14.80 元

前 言

在市场经济体制下,“一切靠自己,万事不求人”“事必躬亲”的时代已经过去。代理活动已深入到社会和经济生活中的各个方面。

在市场经济体制下的商务活动中,如何调动生产和流通方面的积极性,实现合理的社会分工,使资源配置合理化,经济效益最大化,一直是人们关注、探索与实践的重大课题。从发达国家的实践经验来看,遵循社会分工和平均利润原则的商务代理形式,是业已证明为一种较好的形式。

1995年3月5日,在第八届全国人民代表大会第三次会议上,李鹏总理所作的《政府工作报告》中指出:“要深化流通体制改革……国有与合作流通企业要通过改革,在调节市场和平抑物价中积极发挥主渠道作用。……积极发展商业代理制和连锁经营等多种经营方式,适应不同层次的市场需求。”这表明,在我国商务代理的推行已引起高度的重视。为此,国内贸易部具体实施“五三一”工程,即抓好粮、油、肉、菜、糖五大商品,推行商业连锁经营、粮食两线运行、物资代理和配送三大改革,加强批发市场的建设与管理。1995年10月,国家经贸委、国家体改委、国内贸易部、冶金部、机械工业部联合召开物资代理制试点工作座谈会,通过钢材、汽车代理制的试点总体方案。这亦表明,商务代理的推行已步入运作阶段。就在这次会议上,国务院副总理李岚清同志发表了讲话,他指出:“代理制在商品流通中作用广泛,发挥的功能和作用之大,得到了越来越多的企业家和经济学家的充分肯定。实践证明,代理制能充分体现社会合理分工的原则,对于形成工商之间长期稳定的产销

合作关系,合理配置资源,组织社会化大流通,促进生产的规模效益,降低生产营销成本发挥着重要的作用。在我国推行物资流通代理制,是流通领域的一项重大改革,也是建立社会主义市场经济体制的重要措施。”(讲话全文发表于1996年1月30日“中国商报”第1版)

人们常说,市场经济是法制经济,即是指市场经济的运行不仅要用经济手段去调节,而且要靠法律手段去调节。我国著名的经济学家和教育家、北京大学教授陈岱孙先生提出过一个重要的观点:“经济法律与经济规律相结合。”这是因为,任何一个发达国家的经济政策、经济方向、经济规划都求助于法律的力量来实现,求助于法律来保护。当代世界经济发展,使法律和经济的关系越来越密切。人们对经济规律的认识和利用,需要经济法律、法规来体现和反映,而经济法律、法规要有威力,就必须反映客观经济规律。经济规律决定经济法的根本内容,而经济法则经济规律的法律表现。陈先生的这一学术观点是完全正确的。对商务代理的研究,必须体现这一精神。亦只有从法律和经济学相结合,加以研究,才能对商务代理的理论和实务方面,予以科学的内涵和解答。因此,在商务代理的理论和实务研究上,只有从法学和经济学相结合,才是正确的途径。有鉴于此,本书力求在结构、章节的编排和内容撰写上,体现这一思想。

应当指出,笔者是从事商业经济理论研究和教学的,对法学和经济法的涉猎非常有限,是一个“小学生”,只是近年来才予以重视。有感于目前我国有关这方面的理论和实务性书籍出版甚少,专著寥若晨星。为了适应形势发展的需要,作者萌生写作愿望,遂不揣孤陋,在繁忙工作之余,起草提纲,写成此书。这亦是笔者遵循陈老的教诲,所作的一次尝试。由于水平所限,时间和精力有限,书中错误难免,恭请读者指正。在写作过程中,得到了一些同志的帮助,如中国人民大学研究生段亚林同志、首都经济贸易大学祝合良同

目 录

前言	(1)
一 代理、代理人和代理制度	(1)
(一) 代理、代理人的概念和行为特点	(1)
(二) 代理制度	(7)
(三) 我国代理制度的法律规定	(13)
二 代理的种类	(15)
(一) 委托代理、法定代理和指定代理	(15)
(二) 直接代理和间接代理	(18)
(三) 一般代理和特别代理	(20)
(四) 单独代理和共同代理	(22)
(五) 本代理和复代理	(23)
三 代理权与代理关系的终止	(25)
(一) 代理权的产生	(25)
(二) 授权不明和授权错误	(27)
(三) 无权代理	(28)
(四) 代理权的行使和行使的限制	(29)
(五) 代理关系终止	(31)
四 代理的内部关系与外部关系	(35)
(一) 本人与代理人之间的关系	(35)
(二) 第三人与本人和代理人的关系	(37)

五 代理与法律的地位	(40)
(一) 代理形式的发展与法律的重要地位上升.....	(40)
(二) 国际上主要两大法律体系.....	(41)
(三) 有关国际货物销售代理的国际公约.....	(43)
六 经纪人与代理人	(46)
(一) 经纪业务与经纪人.....	(46)
(二) 经纪业务和经纪人的产生和发展.....	(47)
(三) 经纪人的类别.....	(49)
(四) 经纪人的资格.....	(50)
(五) 我国《经纪人管理办法》简介.....	(51)
(六) 经纪人与代理人之异同.....	(54)
(七) 经济人居间活动的两面性.....	(56)
七 现代经济学中的委托—代理理论	(58)
(一) 企业的层级组织.....	(58)
(二) 层级组织中的代理理论.....	(59)
(三) 从委托—代理理论中的若干启示.....	(61)
(四) 国外当代马克思主义经济学家对商务代理 的理论分析	(62)
八 商务代理的类别与功能	(64)
(一) 商务代理的特征.....	(64)
(二) 商务代理的类别.....	(67)
(三) 商务代理功能.....	(74)
九 销售代理	(77)
(一) 销售代理是当代商务代理中主要的形式.....	(77)
(二) 当代世界各国销售代理盛行的原因.....	(79)
(三) 销售代理推行与我国商品流通体制改革.....	(81)
(四) 推行销售代理方式的若干条件.....	(85)

(五) 销售代理与其它贸易方式和类似概念之区别·····	(86)
(六) 目前我国销售代理的若干形式和国外销售代理的类型 ·····	(92)
(七) 他山之石·····	(94)
十 我国的外贸代理 ·····	(97)
(一) 我国外贸代理的法律规定·····	(97)
(二) 我国的外贸代理制 ·····	(100)
(三) 出口代理制 ·····	(102)
十一 国际货物运输代理 ·····	(109)
(一) 运输的重要性和现代运输的要素 ·····	(109)
(二) 国际贸易运输的任务和要求 ·····	(110)
(三) 运输代理 ·····	(111)
(四) 国际货运代理 ·····	(112)
十二 保险代理 ·····	(118)
(一) 保险的基本职能 ·····	(118)
(二) 保险合同的当事人和关系人 ·····	(120)
(三) 保险当事人应严格遵守的准则 ·····	(122)
(四) 保险代理人的作用与类型 ·····	(123)
(五) 保险代理人的资格和法律地位 ·····	(129)
(六) 保险代理人的权利和义务 ·····	(130)
(七) 保险代理人应具备的基本素质 ·····	(131)
(八) 我国的保险公司与保险代理人的关系 ·····	(131)
十三 广告代理 ·····	(133)
(一) 广告的作用 ·····	(133)
(二) 广告代理机构或广告代理商 ·····	(136)
(三) 广告代理机构的择定 ·····	(137)

(三) 房地产经纪人的主要业务	(192)
(四) 房地产代理的费用支出和收入来源	(193)
十八 企业营销方式的选择	(196)
(一) 企业营销方式选择的必要性	(196)
(二) 企业营销方式的选择	(199)
十九 销售代理策略	(202)
(一) 选择销售代理的影响因素	(202)
(二) 评估选择方案	(212)
(三) 独家销售代理商与一般销售代理商的选择	(213)
(四) 一步到位代理与初步代理的选择	(215)
(五) 买断代理商与佣金代理商的选择	(216)
(六) 代理商选择	(217)
(七) 激励代理商	(223)
(八) 控制代理商	(225)
(九) 对代理商的协调	(226)
(十) 佣金的运用	(228)
(十一) 销售代理权的收回	(230)
二十 销售代理合同	(235)
(一) 接受委托签订代理合同	(235)
(二) 销售代理合同示范文本	(248)
附录:	
《中华人民共和国民法通则》(节录)	(265)
《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)	(267)
《经纪人管理办法》	(269)
《中华人民共和国对外贸易法》	(275)

《中华人民共和国国际货物运输代理业管理规定》	(283)
《专利代理条例》	(289)
《国际代理合同标准格式》(国际商会销售代理 合同)(1990)	(295)
主要参考书目	(315)

一 代理、代理人和代理制度

(一)代理、代理人的概念和行为特点

1. 代理、代理人的概念

有些人做事,大大小小的事情统统自己动手,造成自己整天忙得不亦乐乎。事实证明,没有必要事必躬亲。那么,在人们的社会生活中就出现了有的人把某种活动委托给他人来代办或处理的行为。这种行为就是代理。它区别于行为主体亲自从事某种特定的活动,而是把该活动委托给他人来办理和处理。换言之,由代理人来作为委托者办事的代表。

凡事总有一定的界限。就委托的内容而言,也总有一定的界限。因此代理人都有一定的权限,即代理人只能在委托者的授权范围内来处理并承担代理的事宜。就其代理内容而言,有经济的,也有非经济的。就经济事务而言,经济的事务一般委托者要给代理人以一定的报酬。非经济的则有的有报酬,有的则靠双方彼此的情义而接受委托并不计报酬。

《中华人民共和国民法通则》(以下简称《民法通则》)第四章第二节第六十三条规定:

“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。

依照法律规定或者按照双方当事人约定,应当由本人实施的

民事法律行为,不得代理。”

这就是我国民法规定的代理。所谓代理,是指代理人按照本人的授权,代表本人同第三人订立合同或作其它的法律行为,由此而产生的权利与义务直接对本人发生效力。这里所说的本人就是委托人。代理人就是指受本人的委托替本人办事的人。而第三人则是泛指一切与代理人打交道的人。

代理是发生在被代理人、代理人及第三人之间的民事法律关系。代理至少存在三个关系人,即:其一,本人,称为委托人或被代理人;其二,代理人,就是受本人委托替本人办事的人;其三,第三人,除委托人之外与代理人打交道的所有的人。

这三个关系人,其代理关系包含以下三方面的关系。

(1)本人与代理人之间基于委托授权或法律规定而形成的代理权关系。

(2)代理人依据代理权与第三人之间的代理行为的关系。

(3)本人与第三人之间存在的代理行为的法律后果承受关系。

在代理中存在两种关系,即代理的内部关系和代理的外部关系。内部关系是指本人与代理人之间的关系;外部关系是指本人和代理人对第三人的关系。显然,上述(1)为代理的内部关系,(2)与(3)则为代理的外部关系。

内部关系是代理制度中基本的法律关系。这种关系系由委托人与代理人之间的合同决定。这种合同可以是委任合同、雇佣合同或合伙合同中的任何一种。该合同既规定双方的权利与义务,也规定代理人的权限范围。

在代理关系的三方面主体中,显然代理人的地位则尤为突出。他既是代理权的享有者,又是代理行为的实施者。大量实践证明,代理关系中当事人之间的争议很多都是围绕着代理的权限和代理行为的实施问题而展开的。因此,研究代理人的代理权、代理行为以及有关问题有着重要的意义。

代理关系中外部关系涉及到保护第三人利益的问题,就是在第三人对本人或委托人与代理人内部关系无法了解清楚的情况下,代理人与第三人订立的合同是否受内部关系的影响?合同是否成立?对本人是否具有约束力?对这个问题,各国代理法有不同的解决办法。在大陆法中,通过将委任与授权行为加以区别和解决,即授权行为(外部关系)与委任合同(内部关系)相互独立、互不牵连,即使委任合同无效或撤销,授权行为依然存在,代理人与第三人订立的合同仍然有效。在英美法中,则通过代理的客观标准来解决此问题,即只要本人的行为使第三人认为某人是本人的代理,该第三人与某人订立了合同,则该合同对本人具有约束力。

2. 代理行为的特点

第一,代理行为必须是具有法律意义的行为。

代理人的代理行为是具有法律意义的行为,即代理人与第三人之间通过代理行为能够产生法律上的权利和义务关系并产生法律后果。也就是代理行为必须能产生法律上的权利和义务的行为,否则就不能成立。例如,代人捎信问候、代理××官职、代人请朋友吃饭、聚会之类,不能产生权利和义务关系,则不是代理;代人保管物品、代人照看老人、儿童以及代人抄写文稿等等,这只是提供劳务,并不与第三人发生法律关系,有的属于劳务合同,也不是代理。又如,“代我向××人请假”,“代我将××物转交给××人”等等,则更不是代理行为。

我国的《民法通则》将代理行为限制在“以被代理人的名义实施民事法律行为”。民事法律行为是指公民或法人设立、变更、终止民事权利和民事义务的合法行为。代理人的代理行为有很多是民事法律行为。然而,在社会生活中,代理人的代理行为又不限于民事法律行为,即代理人还可以代理其他意义的非民事法律行为,例如,某些工商行政管理咨询机构代理企业登记以及申请营业执照的行为,就其性质而言属于行政法律行为,而不是民事法律行为,

但这些行为是合法的,并能产生民法上的后果,即公民、法人的民事权益可以得到维护,企业可以产生经营的权利能力和行为能力等。而对这些行为的代理,我国的法律并没有予以禁止。

第二,代理人必须以委托人或以被代理人的名义进行活动。

在民事活动中,名义和利益必须统一。代理人虽然在委托权限内可以独立地进行代理活动,但他的行为并不是为了实现自己的利益,而是为了实现委托人的利益。委托人仍然是代理活动所产生的民事法律关系的主体,要承担法律后果。

代理人只有以被代理人或委托人的名义进行活动,才能为被代理人取得权利、设定义务。如果代理人以自己的名义进行民事活动,那么,显然这种活动就不是代理。其所取得的权利与设定之义务也只能由代理人自己承受。

应当指出,在国外关于代理的法律规定中,大陆法系将代理分为直接代理和间接代理。直接代理是指代理人在代理权限内,以本人即被代理人或委托人的名义同第三人签订合同或进行的代理行为,其效力直接溯及本人。代理人对第三人不承担责任,也不享受权利。间接代理亦称为“行纪”。间接代理人亦称为“行纪人”。“行纪人”以行纪人自己的名义与第三人签订合同,行纪人对第三人承担合同中的义务,享受合同中的权利。本人(委托人)不是该合同中一方当事人,他对第三人不承担责任。除非行纪人将合同转让给本人即被代理人或委托人。在大陆法系的国家的民法中只承认“直接代理”为代理关系,而对“间接代理”,被代理人不得直接对代理人的行为承担后果,只是当作行纪关系处理。在英美法系的国家将代理分为被披露本人的代理(又称显名代理)与未被披露本人的代理(又称隐名代理)。显名代理,是指代理人同第三人签订合同时,表明了代理关系的存在,说明他是以代理身份行为的。不管他是否指出了本人的姓名,他所签订的合同都被认为是本人与第三人之间的合同。本人应对合同负责。代理人在签订合同以后,就应退居合

同之外。他既不从合同中取得利益,也不对合同承担义务。但如果代理人以自己的名字在签字蜡封的合同上签了字,或在汇票上签了字,他就应该对该合同或该汇票负责。隐名代理,是指如果代理人根据本人授权与第三人签订合同,但未披露有代理关系存在,代理人应对合同承担责任。但是,本人仍有权介入合同并向第三人行使请求权或在必要时对第三人起诉。如果本人行使了介入权,本人则对第三人承担义务。同时,如果第三人发现了本人,就享受选择权,但第三人一旦选定了要求本人或代理人承担义务之后,就不能改变主意向他们当中另一人起诉。

可见,在英美法系,对代理概念的解释与大陆法系有原则性的分歧:英美法系国家民法不仅承认“直接代理”或显名代理,也承认“间接代理”,或隐名代理为代理关系,其代理及代理人的概念大于大陆法系国家。而在大陆法系国家民法中却只承认“直接代理”为代理关系,而对“间接代理”只是当作行纪关系来处理。

第三,代理人只能在委托人授权的范围内进行代理活动。

这就明确了代理权在代理关系中的决定作用。具有代理权,代理人才能对所代理的事宜独立地进行代理。如果代理权限过小,代理人就难以独立行事。如果授权范围界限不清或过大,或代理人越出界限,滥用权利,就会使委托人或被代理人对代理人失去监督和管理。

代理权,这是确定代理人代理行为的实施和代理行为法律效果归属的依据。它表明了代理人得到以委托人或被代理人的名义向第三人的意思表示或者接受意思表示的资格。代理人必须在委托人或被代理人的授权范围内,或在法律规定或指定的权限范围内进行民事活动,不得擅自变更或超越代理权限。否则,事后如委托人或被代理人不予追认,那么,代理人所进行的活动则是无效的,委托人对此不承担责任,则由代理人自己承担由此而产生的后果,承担由此所造成的损失。

然而,代理人在代理行为中有独立进行意思表示的权利。所谓意思表示,就是指行为人把所要求进行的民事活动的意志或愿望,以口头或书面的表达方式表现于外部的行为。

为了更好地完成委托人或被代理人交给的代理事务,代理人在代理权限内可以根据代理活动的实际进行相应的意思表示。换言之,即决定如何向第三人进行意思表示,或决定是否接受第三人的意思表示。例如,在商务代理中,代理人有权在合同谈判中决定如何向对方讨价、还价,提出要求,有权决定是否接受对方提出的条件。这就意味着,代理人在实施代理行为时,可以全面地权衡利弊得失,争取在对被代理人最有利的情况下完成代理事务,并维护委托人或被代理人之利益。

代理行为这一特点,使得代理行为区别于居间、传达等行为。例如,居间行为实则为媒介行为,起穿针引线,搭桥挂钩作用。居间人只负责介绍情况、提供建议。在商品交易中,居间行为只是为买卖双方当事人创造成交机会,并不参加买卖双方订约的法律关系之中。因此,居间人的言行对买卖双方的权利与义务关系不产生法律效力,因而他无需独立地进行意思表示。所谓传达,是指传达人原封不动地传递当事人已作出的意思的表示,或其它信息。他在传达之际也不表现自己的意思。所以居间人、传达人都不能为代理人。

第四,代理人的代理行为所产生的法律后果归属于委托人或被代理人。

这是因为,代理人的行为是以委托人的名义进行的,因此,应视为委托人的行为。代理人只不过是执行委托人的意志,并体现委托人有利益的要求。利益主体则是委托人,代理活动或代理行为所产生的权利和责任,自然要由委托人来承担。

委托人或被代理人对代理人的代理行为承担民事责任。委托人或被代理人承担责任的范围,既包括对代理人在执行代理事务

中的合法行为承担民事责任,也包括对代理人在执行代理事务中的违法行为承担民事责任。换言之,委托人承受的代理行为的法律后果,既包括合法的和对委托人有利的法律后果,也包括因代理人的过错而造成的违法的和其他对委托人不利的法律后果。

从上述代理行为的特点分析中,可以看出,法律意义上之代理与我们在社会日常生活中见到一些代理行为是有区别的,不能等同起来。法律意义上之代理是原有社会生活中的代理被法律所肯定,被纳入法制化的范围内并加以规范化的代理行为。

(二)代理制度

1. 代理制度的产生与发展

所谓代理制度,直言之是代理活动成为社会活动的一种既定方式,是代理行为的制度化。换言之是专指商品经济发达的条件下专门接受委托代理的制度。简言之是委托他人代替自己进行民事活动的制度。

代理制度是随着社会的发展而逐步发展起来的。早期的古罗马法没有代理制度。因为当时的社会经济生活还没有这种需要。后来随着商品货币关系的发展,才出现了委任合同,即一个人可以委托别人代为办理某种事务。在资本主义制度下,由于商品交换关系高度发达,社会关系复杂多样,代理制度才有了很大的发展。因此,代理制度是商品经济高度发达的产物。

在古罗马,罗马法中没有关于代理的法律规定。这是因为:其一,古罗马社会,商品经济不发达,是以简单的商品经济作基础。在简单的商品经济条件下,商品交易数量少,范围小,交易活动简单。生产者可以同时从事生产和交换活动。生产者或经营者仅凭自己的能力完全可以胜任各种民事活动。其二,在古罗马的法律制度中对法律行为的形式要求特别严格。如在商品交换中作成买卖,进行