

●新合同法难点、热点、疑点实务操作指南丛书

44577/3
**委托合同、行纪合同与居间合同
实务操作指南**

主 编 王 鹏

副主编 冯 翔 曾月英

中国人民公安大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

新合同法难点、热点、疑点实务操作指南丛书/孙积禄主
编. - 北京: 中国人民公安大学出版社, 1999

ISBN 7-81059-428-1

I. 新… II. 孙… III. 合同法-中国-指南 IV. D923.64

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (1999) 第 76344 号

中国人民公安大学出版社出版发行

(北京木樨地南里 邮编 100038)

新华书店北京发行所经销

北京牛山世兴印刷厂印刷

850×1168 毫米 1/32 13.125 印张 319 千字

2000 年 1 月第 1 版 2000 年 1 月第 1 次印刷

印数: 0001-6000 (套)

定价: 308.00 元 (全套 14 册 每册 22.00 元)

ISBN 7-81059-428-1/D·356

(如有印装质量问题, 请与出版社联系)

编辑委员会

主任：江 平

副主任：刘心稳 孙积禄 王洪亮
刘 彰 贺 嘉 刘 青

编 委（按姓氏拼音为序）：

昌伶芬	晁农平	陈海燕
董 伟	冯 琴	李 丰
李 静	李 毅	林志农
马志刚	牛光军	曲 忠
谭 甄	王海虹	王建平
王 鹏	王铁生	闫 海
尹德勇	张建明	张守仁
周学锋		

序 言

《合同法》通过后,国内有关新合同法释义、解说、实例及研究的书籍不下上百本,所长所短各异,精品劣品参差,使读者感到眼花缭乱,无从选择。

在《合同法》出版热告一段落后,这本合同法系列丛书,才告问世,不可谓没有“后发制人”的意义,后发制人有后发制人的优势:其一,后发制人可以避免先发制人时的抢先发售商业动机。不以时间抢先取胜,而以内容质量取胜;其二,后发制人可以舍“热”而取“冷”,“冷者”,冷静思考,分析比较,取长补短,择优舍劣,取众家之所长;其三,后发制人可以在新合同法通过后生效前一段期间内所反映出来的法律空白点、疑惑点加以更深的学术探索,针对人们挖出的问题而加以回答。有此三点,足以显示后发制人之优势。

这套《合同法》系列丛书是由一些具有实践经验的博士、硕士、法官编写的,作者均具有一定的民法功底,对问题的解析较为透彻、到位,力争对每一问题的解答都具有明确的法律依据,写作范围不仅涵盖债权法相关内容,而且还编写了一些物权法的内容,从整体法律操作的角度上来研究问题,编写的合同种类也较广泛,不仅涵盖了新《合同法》中15种合同类型,而且包括担保合同,金融合同,知识产权合同,劳动合同,合伙合同,国际货物买卖、海商、保险合同,旅游、培训、演员等诸多合同,具有相当的全面性、实用性、纵深性。

新《合同法》的普及,是一个长期的任务,在法条注释阶段之后,便是法律操作阶段,其中的问题亦会层出不穷。我祝愿这套丛书能够解决一些实际问题,并有利于合同法的实施。

江 平

目 录

第一章 委托合同	(1)
第一节 委托合同概述	(1)
一、如何辨别认定一份委托合同?	(1)
二、委托合同中必然包含代理关系吗?	(7)
三、委托他人修理家电的合同属于委托合同还是 承揽合同?	(12)
四、委托他人定期帮助打扫卫生的合同属于委托 合同还是雇佣合同	(17)
第二节 委托合同的订立与生效	(24)
一、怎样签订一份委托合同?	(24)
二、怎样识别无效的委托合同?	(33)
三、委托合同的当事人可否单方面撤销显失公平 的合同?	(41)
四、委托人可否全权委托受托人处理一切事务?	(46)
第三节 委托合同的履行	(49)
一、委托人是否有义务在处理委托事务时垫付费用?	(49)
二、受托人在处理委托事务的过程中可否变更 委托人的指示?	(52)
三、受托人可否将委托事务转委托第三人?	(55)
四、受托人以自己的名义与第三人订立合同, 而该 第三人知道其为代理人身份时, 该合同是否约	

束委托人？	(59)
五、委托人以自己的名义与第三人订立合同，第三人并不知道委托人与受托人之间的代理关系时，该合同是否约束委托人？	(65)
六、受托人处理完委托事务后有何种义务？	(71)
七、未完成委托事务的受托人能否向委托人请求支付报酬？	(75)
八、无偿委托合同的受托人给委托人造成损失时是否应当负责赔偿？	(80)
九、受托人在处理委托事务过程中所受到的损害，可否要求委托人赔偿？	(85)
十、委托人在受托人之外另行委托第三人处理委托事务造成受托人损失时，委托人应否赔偿？	(89)
十一、两个以上的受托人对委托人如何承担责任？	(91)
十二、委托合同的双方是否可以任意解除合同？	(93)
十三、委托人丧失民事行为能力时，委托合同是否一概终止？	(97)
十四、委托人或受托人丧失行为能力时，有关当事人负有何种义务？	(100)

第二章 行纪合同..... (105)

第一节 行纪合同概述..... (105)

一、受托人以自己的名义为委托人的利益与第三订立买卖合同时，其与委托人之间的关系属于委托关系还是行纪关系？	(105)
二、行纪合同与信托合同是同一类合同吗？	(113)

第二节 行纪合同的履行..... (118)

一、行纪人为处理委托事务而支出的费用可否请求委

托人返还?	(118)
二、委托人交付给行纪人占有的物品被盗时, 行纪人是否应承担赔偿责任?	(121)
三、行纪人发现委托人交付的物品即将腐烂变质时, 是否有权进行处分?	(125)
四、行纪人以高于委托人指定的价格出售物品后, 是否有权获得该多得的价款?	(127)
五、行纪人可否作为买受人或者出卖人直接与委托人进行交易?	(132)
六、委托人拒绝受领为其买入的委托物时, 行纪人应如何处置该物品?	(136)
七、第三人违反贸易合同造成委托人损害时, 委托人可否要求行纪人赔偿?	(141)
八、委托人不如约向行纪人支付报酬时, 行纪人是否有权处分委托物?	(144)
九、行纪人能否将其委托事务转委托给第三人?	(149)
十、委托人丧失民事行为能力时, 行纪合同是否应终止?	(153)
十一、行纪合同的行纪人有哪些与委托合同的受托人类似的权利义务?	(156)
第三章 居间合同	(162)
第一节 居间合同概述	(162)
一、委托他人寻找合同订立机会的合同是委托合同吗?	(162)
二、为买卖走私物品的活动提供中介服务是否属于居间行为?	(167)
三、在职工作的人员能否以个人名义作为居间人为委	

托人提供居间服务?	(171)
四、居间人在介绍委托人与第三人订立合同时可否不 公开该委托人的姓名或名称?	(176)
五、居间人可否同时为两方委托人服务以使该两方 订立合同?	(181)
六、居间人对于委托人是否有忠实的义务及尽力的义务?	(184)
第二节 居间合同的履行	(189)
一、居间人向委托人负有的报告义务与受托人的报告 义务一样吗?	(189)
二、居间人所介绍成立的合同无效时,居间人是否应 退还居间报酬?	(196)
三、居间人可否要求委托人支付居间费用?	(203)
第四章 经纪合同及中介服务合同	(208)
第一节 经纪合同及中介服务合同概述	(208)
一、经纪合同和中介服务合同是否就是居间合同?	(208)
二、未经注册的人员可否作为经纪人开展经纪业务?	(215)
第二节 特定种类的经纪合同及中介服务合同	(224)
一、如何通过专利代理人办理有关专利事务?	(224)
二、如何通过商标代理人办理有关商标事务?	(231)
三、保险公司如何通过保险代理人开展保险业务?	(238)
四、投保人如何通过保险经纪人办理保险事宜?	(245)
五、纳税人如何通过税务代理人(税务师)办理纳税 事务?	(251)

六、期货交易人怎样通过期货经纪人进行期货交易？	(258)
七、怎样签订证券承销合同？	(268)
八、怎样签订证券经纪合同？	(276)
九、怎样签订房地产代理合同？	(286)
十、怎样签订国际货运代理合同？	(292)
十一、我国的外贸代理合同是委托代理合同还是行 纪合同？	(301)
十二、外贸代理合同中的委托人能否自行与外商修 改进出口合同？	(309)
十三、外贸代理合同的受托人是否有义务履行进出口 合同所需的各种手续？	(314)
十四、外贸代理关系中的一方当事人违约时，各方当 事人的权利义务如何确定？	(319)

附 合同示范文本

1. 专利代理人委托书格式	(326)
2. 商标委托书格式	(327)
3. 委托代销协议格式	(328)
4. 租赁委托合同格式	(329)
5. 委托资金借贷合同	(331)
6. 中外项目委托合同	(334)
7. 销售代理协议书	(338)
8. 商业代理合同	(343)
9. 一般代理协议书	(344)
10. 独家代理协议书	(346)
11. 总代理协议书	(347)
12. 授权委托书格式	(352)

13. 授权委托书格式	(353)
14. 委托代理合同	(354)
15. 聘请法律顾问合同	(355)
16. 委托培训合同	(356)
17. 物业管理委托合同	(358)
18. 期货委托合同格式	(368)
19. 境外国有资产以个人名义持股委托协议书格式	(371)
20. 境外国有资产以个人名义拥有物业产权委托协 议书格式	(373)
21. 行纪合同	(375)
22. 居间合同	(376)
23. 合资代理协议书	(377)
24. 代理出售股票委托书	(383)
25. 代理购入股票委托书	(384)
26. 委托代理发行股票协议书	(384)
27. 委托保管有价证券申请书	(386)
28. × × 公司代理业务细则 (样本)	(387)
29. × × 公司代理协议书 (样本)	(393)
30. × × 公司风险揭示书 (样本)	(398)
31. 中包国际期货经纪有限公司合同文件	(399)
32. 中包国际期货经纪有限公司风险揭示声明书	(401)
33. 中国国际期货经纪有限公司国内期货、现货合约 委托代理协议书	(402)

第一章 委托合同

第一节 委托合同概述

一、如何辨别认定一份委托合同？

(一) 术语解释及基本理论

委托合同，又称委任合同，指双方当事人约定，由一方委托他方办理一定事务，他方接受该委托的协议。根据我国《民法通则》第 85 条及《合同法》第 2 条，合同是平等主体的自然人、法人、其他组织之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议。因此，委托合同实际上就是约定当事人双方关于委托的权利义务关系的协议。在委托合同关系中，委托他方处理一定事务的一方称为委托人，又称委任人；接受该委任的一方称为受托人，又称受任人。

订立委托合同的目的主要是通过受托人解决委托人在生产、生活中不能自己处理或自己处理不好的事务，比如委托代为采购或销售商品，委托律师办理有关法律事务等等。由于社会经济生活的纷繁复杂，而每个个体又受时间、空间以及自身能力的限制，因而不得不经常委托他人为其利益办理一些事务。在现实生活中存在着大量委托合同关系，而委托合同又是一种比较古老的合同类型。在古巴比伦王国的汉谟拉比法典中，就曾对委任合同有过专门规定。在早期罗马法中，由于过分要求法律行为的外在程式，当事人必须亲自为之，因而委托及代理制度不甚发达。随商品经济的发展，罗马法中出现了委任关系，即所谓“当事人约定一方为他方处理事务而不给受报酬的合意契约。”罗马法原则

上强调委托合同的无偿性，但依照商业习惯及民间风俗，有些如医师、讼师与委托人间委托合同事实上是有偿的。另外罗马法上并没有规定代理制度，而是将委托合同与代理合同混合在一起不作区分，认为委托合同中必含有代理权之授与。法国民法典作为近代资产阶级革命的产物，具有划时代的意义。它对委托的种类、委托权限范围、当事人双方权利义务等方面都作了较为系统的规定，但仍承袭罗马法，将委任与代理相混淆，只是开始明确使用代理这一术语并将其包含在委任的规定之中。到德国民法典时代，基于法学理论的研究成果，该法典开始严格区分委托和代理。德国民法典与法国民法典相反，并不要求受托人必须以委托人名义处理事务。同时，该法典中关于委托的规定放在第二编“债的各种关系”之中，而关于代理的规定则放入法典第一编“总则”中。德国民法典的这一创新较以往立法更为科学，影响十分广泛，包括北欧诸国及意大利、希腊、日本和我国台湾。我国立法也采纳了这一立法模式。

（二）常见纠纷及注意问题

要认定一份合同是否为委托合同，首先应了解委托合同的主要特征，然后比较分析有关合同是否符合这些特征。关于委托合同的主要特征，应注意如下一些问题：

1. 委托合同为诺成合同。委托合同的订立不仅要有委托人的委托意思表示，还应有受托人的接受委托人委托而愿意为其办理委托事务的承诺。同时，委托合同无须以物之交付或当事人为履行行为作为合同成立的条件，因此委托合同属于诺成性合同而非实践性合同。实践中，有的当事人认为委托合同应待受托人完成受托事务或至少已开始履行受托事务时，合同才告成立，其理由是有些委托合同在受托人履行合同之前似乎并不对双方当事人有拘束力。这种观点是错误的。尽管有些合同中规定，受托人未能开始或未能完成受托事务时不负合同责任，但合同义务其实早

已存在，不存在责任并不当然意味着不存在义务。应该认为合同于双方当事人意思表示一致时成立，并于此时确定了双方的权利义务关系。

2. 委托合同的客体是受委托人办理委托事务的行为。委托人和受托人订立委托合同的目的，就在于通过受托人办理特定的委托事务来实现委托人所追求的结果。可见，委托合同是一种典型的提供劳务的合同，其标的是行为而不是物。然而，关于可以委托给受托人处理的事务的范围，或者说对于“事务”的涵义解释，各国立法及各种理论一直存有分歧，主要有两种不同见解：一种观点认为委托事务应限于法律事务，如法律行为、催告、诉讼、登记、通知、申请等行为。日本民法典采纳这种观点，认为只有法律事务才可以成为委托合同标的，而就法律行为以外的事务所成立的“委托合同”被称为准委托合同。这里所指的法律行为的涵义是，公民或者法人设立、变更、终止民事权利和民事义务的合法行为，其成立以意思表示为要件。另一种观点认为，委托事务应包括法律事务和非法律事务，即单纯的事实行为、不包含意思表示的行为也可以成为委托合同的标的，如代替他人抄写文件、捎带物品或消息、代为探视住院病人等等。法国民法典和德国民法典采取这种立法模式。我国《合同法》也采纳了第二种观点，认为委托处理的事务包括法律事务和非法律事务。其实，无论是法律事务还是非法律事务，受托人完成这些委托事务都会给委托人带来利益，而这种通过他人的行为为本人带来利益的事实，正是委托合同的立法本意和关键，没有理由限制委托事务为法律事务。但不能认为委托人委托任何事务都可以不受限制。至少，委托的事务应受两点限制：其一是所委托的事务不得违反法律法规或违背社会公序良俗，如委托他人代为购买、销售、运输武器弹药、毒品、淫秽物品等，或者委托他人从事诽谤、侮辱、恐吓等不道德、不健康的行为。其二，某些具有特定的人身属性

的事务不得进行委托，如婚姻登记、订立遗嘱、收养子女等行为。

3. 委托合同的订立和履行以委托人和受托人双方之间相互信任为基础，具有严格的人身属性。委托人订立委托合同主要是由于其不能亲自为一定行为，而希望通过他人的行为实现其自身的利益。因此受托人处理委托事务的结果将直接由委托人承担，委托人在选择受托人时总要挑选他所信任的具有一定业务能力、专门知识或良好信誉的人来担任。而受托人基于对其声誉和利益上的考虑，在接受一项委托时也必然要了解委托人的能力和信誉。可见，委托合同的订立与履行，不仅是当事人双方意思表示一致的结果，也体现了委托人对受托人能力及声誉的信任，表明了受托人对委托人的了解和愿意为其处理委托事务的主观愿望。法律也要求受托人必须亲自处理委托事务，非经委托人事先授权或在紧急情况下为保护委托人的利益不受损害的需要，受托人不得将委托事务擅自转委托他人办理。同理，如果当事人之间这种彼此信任的关系发生变化，任何一方当事人都可以随时解除委托合同；如果作为合同当事人的公民死亡或丧失民事行为能力，或作为合同当事人的法人因撤销、解散或宣告破产等原因而丧失法人资格，均会使委托合同因失去信任基础而告终止。

4. 委托合同可以有偿的，也可以是无偿的。关于委托合同的有偿性问题，各国民法认识不一。法国民法典、德国民法典、日本民法典、意大利民法典等均未明确委托合同是否有偿或无偿为原则。在学说上，有的认为应以有偿为原则，有的认为应以无偿为原则。我们认为，我国立法未明确采用某一原则，因而实践中应以合同是否属商事合同为标准区分。对于具有营利性的商事委托合同应以有偿为原则，对于不具有营利性事务的普通民事委托合同则应以无偿为原则。

5. 委托合同一般为不要式合同，除非法律有特别规定。委

托合同不以采用特定形式为合同成立要件，当事人可以根据实际情况规定适当的口头形式或书面形式，但法律法规规定应当采用书面形式的情况除外。在法律有特别要求的情况下，委托合同属于要式合同，这种情况一般发生在委托处理的事务依法须有委托人向受托人特别授权的情况，如关于不动产的买卖、出租或设定抵押权，或者关于提交诉讼、仲裁、和解等事务。

上述所列关于委托合同的特征仅是最主要的一些，而并非委托合同的全部特征。掌握这些主要特征有助于分析识别当事人之间是否存在委托合同，是否存在有关的权利义务关系。但除这些主要特征外，关于委托合同还有其他一些特点，容后文详述。

（三）当事人权利义务分配

委托合同虽然是委托人和受托人之间订立的协议，但常常会涉及第三方，因此在分析当事人权利义务时也会涉及第三方。考虑到涉及第三方的权利义务与代理制度的密切关系，这里仅说明合同双方的权利义务。

委托合同中委托人的主要义务包括：

1. 支付费用的义务。对于受托人为处理委托事务而支出的必要费用，无论委托合同为有偿或无偿，委托人都应支付。合同当事人双方可以约定支付费用的数额和方式。一般委托人应当预付处理委托事务的费用，如果受托人垫付了必要费用，委托人应当偿还该费用及利息。

2. 支付报酬的义务。除无偿的委托合同外，无论当事人是否在合同中约定了报酬，委托人都应按约定或有关规定及惯例支付报酬。

3. 赔偿责任。对于有效成立的委托合同，委托人无法定或约定事由终止合同时，受托人有权就因此而造成的损失向委托人请求赔偿。受托人在处理委托事务过程中，非因可归责于自己的事由而造成损失的，有权要求委托人赔偿，但当事人间另有约定

的除外。

委托合同中受托人的主要义务包括：

1. 依照合同约定处理委托事务的义务。受托人应当在委托人授权范围内，依诚实信用原则亲自处理委托事务，除非情况紧急无法与委托人协商或已取得委托人同意，不得擅自变更委托人的指示或将委托事务转委托他人。

2. 报告义务。受托人应当按照委托人的要求，随时或定期向委托人报告委托事务的处理情况。委托合同终止时，应当将委托事务的处理经过和处理结果及时报告委托人，并提交必要的证明文件。

3. 交付财物及转移权利的义务。受托人因处理委托事务而取得的财产、物品及其孳息，应当交付委托人。受托人为自己的利益使用委托人金钱的，应当支付利息。

4. 赔偿责任。受托人因处理委托事务有过错或因超越受托权限给委托人造成损失的应负赔偿责任。

（四）法律、法规及司法解释

《合同法》第2条：本法所称合同是平等主体的自然人、法人、其他组织之间设立、变更、终止民事权利义务的协议。婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议，适用其他法律的规定。

《合同法》第6条：当事人行使权利、履行义务应当遵循诚实信用原则。

《合同法》第8条：依法成立的合同，对当事人具有法律约束力。当事人应当按照约定履行自己的义务，不得擅自变更或者解除合同。依法成立的合同，受法律保护。

《合同法》第396条：委托合同是委托人和受托人约定，由受托人处理委托人事务的合同。

二、委托合同中必然包含代理关系吗？

（一）术语解释及基本理论

代理是基于本人的授权而由代理人与第三人进行法律行为发生于三方当事人之间的权利义务关系，其本质在于代理行为的法律效果归属于行为主体以外的本人。这种行为主体与行为效果的分离实现了民事主体扩张其民事能力的需要，并且在客观上体现出代理制度的经济功能。因此，代理制度是民法上一项重要的法律制度。但大陆法系和普通法系这两大法系对于代理制度的定义及内涵，包括具体的制度规范，却存有明显的分歧。前者采取了显名主义理论，即代理人必须向相对第三人表明其以本人名义为代理行为，否则代理行为的法律效果就不能归属于本人。后者则采取了隐名代理的理论，即代理人在享有代理权的前提下，既不披露本人的姓名，也不表明自己的代理人身份，而以自己的名义与第三人进行民事法律行为，其行为的法律效果仍由本人承担。可见普通法上的代理概念十分广泛，它包括代理人由于事实上的授权或明确授权而影响到本人与第三人的法律关系的全部情况。大陆法上采取显名主义的根源在于其法律行为理论。根据法律行为中当事人意思自治原则，法律行为的表意人与该法律行为的法律效果承受人应该是同一的，任何人在为法律行为时都应该表明其民事主体的身份，如果行为人未表明为谁为法律行为，法律将推定他为该法律行为的效果承受人。

由于大陆法采取了显名主义，因而产生了直接代理和间接代理的区别。直接代理指代理人以被代理人的名义为法律行为，其法律效果直接归属于被代理人的代理。间接代理则指代理人以自己的名义但却为了被代理人即本人的利益而为法律行为，其法律效果只有通过代理人和本入之间另外的债权债务转让协议才能转移给本人的代理关系。事实上，在大陆法上间接代理并不受民事代理制度的调整，而是由行纪制度予以调整。