

## 内 容 摘 要

# 内 容 摘 要

国际商事代理是国际经济发展的产物，在国际经济交往中起着重要的作用。由于国际商事代理具有不同于传统代理的特殊性，导致许多国际商事代理纠纷的发生。虽然大陆法系和英美法系的代理概念和代理理论基础差异较大，调整国际商事代理法律关系的法律制度存在不少分歧，但从代理法律制度的目的和功能性出发，两大法系正趋于融合。国际商事代理法律制度在此基础上呈现出统一化的必然趋势。我国的外贸代理法律制度存在着重大缺陷，虽然《合同法》借鉴英美法系的规则为其提供了一些解决方法，但其最根本的解决方法是兼采两大法系之长，在民事基本法中重新确立代理的概念和理论基础，才能使我国外贸代理法律制度顺应国际商事代理法的发展趋势。

本文主要采取比较研究的方法，结合国际货物销售代理（国际商事代理的普遍形式）的发展实践，比较大陆法系、英美法体系以及中国法的代理法律制度，分析评价国际统一私法协会制订的《国际货物销售代理公约》、欧共体理事会制订的《关于协调成员国间有关独立商事代理人法律的指令》、欧洲合同法委员会制订的《欧洲合同法原则》第三章以及国际商会拟定的《国际贸易代理合同范本》，以展望国际代理统一法的发展趋势。

本文由前言、主文、结论三部分组成。主文包括四章。第一章阐述国际商事代理的内涵及其法律关系。本章比较分析了各国法律对代理的定义，结合《国际货物销售代理公约》的规定，对国际商事代理的内涵和外延做出界定。在此基础上，概括两大法系关于国际商事代理关系产生和终止的原因，认为本人授权作为国际商事代理的产生原因，较符合国际商事代理关系稳定性、确定性的需要，而国际商事代理的终止原因，一般包括了双方协议、一方法律行为和法律规定等原因。本章阐明了两大法系在代理概念和理论基础上的分歧，为下文的比较分析作好铺垫。

第二章对作为国际商事代理法律制度调整对象的国际商事代理法律关系进行辨析。包括国际商事代理的本人与代理人关系；本人、代理人与第三人关系；承担特别责任的代理人与第三人关系；无权代理中当事人的关系。首先论

述本人与代理人关系的几个问题，一是是否允许代理人转委托，认为国际商事代理原则上不得进行转委托，如果出现这种情形，可采纳英美法系的合同关系标准来认定本人、原代理人 and 再代理人的权利义务关系。二是在几种特殊情况下本人应否向代理人支付佣金。其次，比较分析两大法系、中国法律以及《国际货物销售代理公约》的认定国际商事代理法律后果归属的标准，认为英美法系的标准更为符合国际商事代理实践的需要。再次，阐述因法律、贸易惯例和当事人协议而产生的承担特别责任的代理人与第三人关系。最后，阐明无权代理中当事人的关系。将无权代理分为发生本人责任之无权代理（表见代理）与本人责任待定之无权代理（狭义之无权代理），分别论述相应的法律后果。结论是，各国代理法律制度相关规定的目的都是为了解决无权代理所导致的法律效力不确定的问题，以及保护善意无过失的第三人的利益。

第三章阐述国际商事代理统一实体法的发展。简单评述《代理统一法公约》、《代理合同统一法公约》、《国际货物销售代理公约》、欧共体《关于协调成员国间有关独立商事代理人法律的指令》以及《欧洲合同法原则》，展望由此呈现的国际商事代理统一实体法的发展趋势，认为国际商事代理统一法的形成是必然的，并将作为国际贸易法典的组成部分。

第四章结合我国实际情况探讨我国外贸代理法律制度的发展与完善。首先分析我国外贸代理的现状及其缺陷。其次，论述《合同法》对外贸代理制的积极影响及其局限性。最后提出完善我国外贸代理法律制度的对策，即制订民法典，借鉴国际代理统一法，对传统的大陆法系的代理概念进行扩张；考虑加入《国际货物销售代理公约》；拟订《外贸代理合同范本》。最终的目的是使我国的外贸代理法律制度能够符合我国经济发展的实际需要，顺应国际代理统一法的发展趋势。

关键词：国际商事代理      法律制度      统一实体法      外贸代理

目 录

前 言.....	1
第一章 国际商事代理与国际商事代理关系的基本内涵.....	2
一、代理概念探析 .....	2
二、国际商事代理的界定 .....	5
三、国际商事代理关系的产生与终止 .....	6
第二章 国际商事代理法律关系辨析.....	11
一、国际商事代理的本人与代理人关系 .....	11
二、国际商事代理的本人、代理人与第三人的关系 .....	22
三、承担特别责任的代理人与第三人的关系 .....	29
四、无权代理中当事人的关系 .....	31
第三章 国际商事代理统一实体法的发展.....	43
一、国际商事代理统一实体法的发展过程 .....	43
二、国际商事代理统一实体法的发展趋势 .....	46
第四章 我国外贸代理法律制度的发展与完善.....	48
一、我国外贸代理制的现况及其缺陷 .....	48
二、《合同法》对我国外贸代理制的影响 .....	51
三、完善我国外贸代理法律制度的思考 .....	56
结 论.....	59
主要参考文献.....	60

## 前 言

国际商事代理是国际经济发展的产物,是代理这一古老的制度在现代国际商事领域的新体现。二十世纪以来,随着国际经济贸易分工越来越细和越来越专业化,国际商事代理的各种类型——国际货物销售代理、国际运输代理、国际保险代理、国际保付代理等贯穿着国际贸易的全过程,为世界各国所广泛应用。国际商事代理在国际贸易领域的应用,显示了其提高国际流通效率和资金使用率,降低国际流通费用和信用风险,加快国际贸易信息反馈,拓展国际贸易市场等优势。但同时,由于国际商事代理所具有的私法性质与其国际因素存在一定的矛盾,导致许多国际商事代理纠纷的产生,其焦点在于国际商事代理三方当事人——本人、代理人及第三人的法律关系问题。虽然代理规则在世界各国已经发展到较为成熟的程度,但是由于各国的国内代理法没有考虑到国际贸易的特殊需要,并且国别间的差异很大,难以形成统一的国际代理法律制度,无法妥善解决国际商事代理问题。国际统一私法协会、国际商会等国际组织在这方面已经进行了一些有益的尝试,但迄今为止,尚未有一部生效的国际代理实体法公约。尽管如此,国际商事代理法已经不可否认地成为国际经济法的重要研究对象,其国际标准的统一势在必行。

基于以上认识,本文拟在考察国际商事代理基本法律内涵的基础上,以国际商事代理法律关系为中心对国际商事代理法律制度作力所能及的探讨,同时研究了国际商事代理立法的国际统一趋势,并据此提出完善我国外贸代理制度的若干立法建议。

## 第一章 国际商事代理与国际商事代理关系的基本内涵

国际商事代理，很难直接做出一个明确的定义，但有一点可以确定，即国际商事代理是代理制度在国际商事领域的体现，因而可以从其起源——代理的概念入手，比较分析各国立法中代理的定义，结合国际商事发展的实践，以及《国际货物销售代理公约》（以下简称《公约》）的规定，以界定国际商事代理的内涵和外延。

### 一、代理概念探析

#### （一）大陆法系的代理概念

大陆法系的代理概念有两种模式，一种是以《法国民法典》为代表的将代理与委任合为一体的模式，视代理为委任而产生的以委托人名义处理事务的行为；<sup>①</sup> 另一种模式是以《德国民法典》为代表，将代理看作是代理人为本人从事的一种法律行为，并明确地把代理和代理权作为一节规定在法律行为章中，而把产生代理的委任规定在债法编中。其中后一种模式是大陆法系代理概念的主要模式。以《德国民法典》为代表的代理制度是以区别论为理论基础的。区别论首先由德国法学家保罗·拉班德在 1866 年发表的重要论文中作了系统阐述。他将委任（mandate）与授权（authority）进行“抽象”的区分。委任指本人与代理人之间的内部关系；代理则指交易的外部关系，即本人和代理人同第三人的关系。建立在区别论上的代理概念的重要特征之一是十分强调代理人在实施代理行为时须以本人的名义，即便是委任授权混同论的《法国民法典》也强调这一点。<sup>②</sup>

由于区别论实际上是法学家从法律概念中所做出的一种极其理性和合乎逻辑的推论，而未考虑社会的功能与价值，这使区别论面临着如何与商业实践中发展起来的各种代理人形式协调一致的难题。建立在区别论基础上的大陆法

<sup>①</sup> 《法国民法典》第 1984 条，马育民译，北京大学出版社 1982 年版。

<sup>②</sup> 同上。

系代理制度解决方法是：对实践中各种代理人进行分析，尽最大可能地对各种中间人的权限范围做出准确规定。比如德国法就规定了十三种代理，其中包括委任（mandate）、经纪（courtage）、代理（agency）、佣金代理（the commission agent）等等。

## （二）英美法系中的代理概念

英美法系中的代理概念是建立在等同论基础上的，可以概括为：通过他人去做的行为视为自己亲自做的一样（*qui facit per alterum facit per se*）。<sup>①</sup> 代理被看作两个人之间的受托信义关系（*fiduciary relationship*）。<sup>②</sup> 等同论认为代理是委任后果，至少二者是不可分的。在此种意义上，英美法系中的代理范围比大陆法系的代理范围广泛得多，避免了大陆法系中类型分割的复杂性。

根据美国《法律重述·代理（第二次）》第1条第1款：代理是当事人明示同意由一方当事人遵照他方当事人的指示，并代表他为一定行为的信托关系。<sup>③</sup> 它既包括独立缔约人（*independent contractor*）与本人之间的关系，也包括雇主（*master*）与受雇人（*servant*）之间的雇佣关系。英国的弗里德曼教授认为，代理是存在于两个人之间的一种关系，其中一个人（称代理人）在法律上被认为能代表另一个人（称本人），通过订立合同或处置财产影响本人与第三人的法律地位。<sup>④</sup>

以上都说明了英美法系中的代理是一个极其广泛的概念，许多法律关系都可视为代理关系，比如合伙、经纪、受受益人控制的受信托人（*trustee*）等等。因而，英美法系中判断代理关系的标准可以是：某人是否经过另一人同意或授权在他的指导或监督下为他的利益而行为，如果存在这种受托信义关系，即成立代理关系，前者的法律后果自然由后者承担。

## （三）我国民法中的代理概念

《中华人民共和国民法通则》第63条规定：“公民、法人可以通过代理人

① [英]施米托夫：《国际贸易文选》，中国大百科全书出版社1993年中文版，第381页。

② “Restatement of the Law of Agency”，2nd Ed, 1958, p.1。

③ Id。

④ G.H.L.Fridman, The Law of Agency, 5nd Ed, Butterworths 1983, p.9.

实施民事行为。代理人在代理权限内，以被代理人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。”上述规定明确界定了代理的概念。这种代理制度包含了以下三方面的法律关系，即被代理人（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；代理人依据代理权与第三人之间的代理行为关系；被代理人与第三人存在的代理行为的效果归属关系。由于我国民法在历史上受德国、日本、前苏联等国家的影响较大，较之于英美法，更接近大陆法。但同时我国有自己独特的法律历史传统，而且作为民法制度产生的土壤的商品经济不如德、日等国发达，因此我国的代理概念既具有大陆法系代理概念的特征，又有自己独具的特点：

1、代理人必须以被代理人名义从事代理活动，大陆法也强调这一点，但我国要求更为严格。所谓“以被代理人的名义”，我国学者较为一致的理解是，明确指出被代理人，仅指显名代理，而不包含隐名代理，从而将代理与行纪区分开来。

2、代理人必须在代理权限内独立进行代理活动。代理人必须在被代理人的授权范围内，或法律规定或指定的范围内进行活动，不得擅自变更或超越代理权限，否则事后若被代理人不予追认，代理人所进行的活动则为无效，被代理人对此不承担责任，而由代理人自行承担。

3、代理行为必须是法律行为和具有法律意义的行为，也就是能够在代理人与第三人之间产生法律上权利、义务的行为。这一特征，使代理与委托事实行为相区别。

4、代理行为的法律后果直接归被代理人，代理人一般不对第三人承担法律后果。《中华人民共和国民法通则》第63条明确规定：被代理人对代理人的行为承担民事责任。

考察了两大法系及我国法律中代理的概念和特征，可以发现虽然代理概念的规定各自不同，但从代理的抽象本质而言，都可将代理概括为代理人以自己行为为他人利益服务，并且代理的功能性或目的也是一致的，都是为了弥补个

人能力的不足和扩张个人的能力。

## 二、国际商事代理的界定

### (一) 商事代理

商事代理是民事代理的特殊形式，是民事代理在商事领域的应用。要明确商事代理的定义，首先应从“商事”和“代理”两个因素入手。现代意义上的商事，是一个高度抽象的概念，其本质特征为一切适法的营利性的职业活动。商事概念的外延极广，不仅包括传统的商品买卖，还包括货运、仓储、保险等一切与商品交换相关的营利性行为，此外商事是一个开放性的范畴，随着商事实践的发展，其内涵不断丰富。而代理，本是传统民法学中的概念，将之运用于商事领域，其内涵和外延将顺应商事关系的客观要求，产生一些质的变化。商事代理制度应是商事实践发展的总结与概括，其抽象本质与代理是一致的，即代理人以自己行为为他人利益服务。因而，商事代理是指代理人以营利为目的，依本人的授权而为的，效果终归于本人的，具有法律意义的行为。

### (二) 国际商事代理

在商事代理中引入国际因素，或从某一具体国家角度而言引入涉外因素，即构成国际商事代理，或称涉外商事代理。国际商事代理，即代理人以营利为目的，依本人的授权，为本人的利益与第三人为商行为，由此在具有国际因素的本人、代理人及第三人之间产生权利、义务关系。这种国际或涉外因素的基本构成情况是：代理人和本人或者代理人和第三人具有不同国籍，或者住所在不同国家；代理人以本人的身份与第三人建立涉外民事法律关系；代理人根据本人的委托，代理本人在另一国家或地区实施代理行为。目前，各国对国际因素的衡量标准不一，主要有两种，一是国籍标准，另一是地域标准。所谓国籍标准，是商事代理涉及的三方当事人中至少有两方的国籍不同，至于三方当事人的营业地则不予考虑。如中国的外贸代理（即为涉外商事代理）的当事人中，本人是国内企业，代理人是国内的进出口公司，都是有中国国籍，而第三人是外商，采取的即为国籍标准。所谓地域标准，指商事代理所涉及的三方当事人

中至少有两方的营业地位于不同的国家或代理行为地与营业地位于不同的国家，至于当事人的国籍则不予考虑。国际统一私法协会于1983年制订的《国际货物销售代理公约》采取的即为地域标准。《公约》第2条规定：“（1）本公约仅适用于委托人与第三人的营业所分处于不同国家，并且：（a）代理人在某一缔约国设有营业所，或（b）依国际私法原则，应适用某一缔约国的法律。

（2）第三人在订立合同时，如不知道亦无从知道该代理人以代理人身份行事，则只有在代理人与第三人的营业所分处不同国家，并符合本条第（1）款规定条件的情况下，才适用本公约。”上述规定与联合国《国际货物销售合同公约》（第1条）采取的标准是一致的，反映了《公约》起草者想将《公约》作为《国际货物销售合同公约》的补充公约的愿望，对推进国际统一代理法的形成具有重要意义。

### 三、国际商事代理关系的产生与终止

#### （一）国际商事代理关系的产生

##### 1、因委托授权而产生

大陆法系将代理权产生的原因分为两种，一种是法定代理权，即直接依照法律规定或根据法院指定而产生的代理权，另一种是委托代理权，又称为意定代理权。在大陆法系国家，商事代理产生的依据是后者，而不是前者。中国法律对代理权及商事代理权产生的规定，与大陆法基本相同。

《公约》也规定委托授权是产生商事代理关系的唯一原因（见《公约》第二章的“代理人权利之确立及范围”）《公约》较多采纳了英美法系尽可能避免形式主义的规定，规定本人对代理人的授权可以明示（口头或书面），也可以默示，并且无需用书面形式或书面证明，也不受其他任何形式要求的限制。授权为口头或默示形式时，亦可以用任何方式（包括人证）予以证明（公约第9、10条）。由于默示授权的认定有其复杂性，不少国家尤其是社会主义国家倾向于所有对外贸易合同必须以书面订立。<sup>①</sup>因此，《公约》在第11条、27条中补充规定，当某缔约国声明涉及代理权的授予、追认或终止某代理权在任何情

<sup>①</sup> 见中国对外经济贸易合作部1991年制订的《关于对外贸易代理的暂行规定》，第5条。

况下均须以书面形式做出或以文字佐证时,在该缔约国有营业所的本人和代理人不得适用其他形式。上述规定表明了《公约》为统一国际代理法所作的努力或者说是妥协。

## 2、因客观必需而产生

英美法系关于商事代理关系产生原因的规定,除了上述的委托授权外,还有基于客观必需而产生的代理权。也就是说,某人虽未得到他人关于采取行动的明示授权,但由于客观情况需要得视为有此种授权。例如,船舶、火车等交通工具承运货物时,船长、车长等在货物即将腐烂,且无法征求货主的意见时,有权将货物出售,这时法律将货主视为委托人,船长或车长视为代理人,货主将受船长或车长行为的约束。<sup>①</sup>

由于两大法系中对代理关系产生原因的规定,是基于对传统代理关系的规定,包括了一些与人身关系、家庭关系有关的代理关系,因而产生原因有多种。而在国际商事代理这一特殊领域,笔者认为应采取《公约》的规定,即只承认本人授权为国际商事代理权产生原因,较为符合国际商事关系稳定性、确定性的需要。

至于表见代理,虽然各国对其产生的理论依据主张不一,也不认为表见代理是来自本人的授权,<sup>②</sup>但对其所导致的本人责任等同于代理的法律效果的认识是一致的,因而可以说表见代理不属于国际商事代理权产生的原因,但却可以导致国际商事代理关系的产生。

## (二) 国际商事代理关系的终止

各国法律对国际商事代理关系终止原因的规定较为相似,没有本质性的区别,故而综合论述如下:

### 1、因本人与代理人之间的协议终止。

包括下列几种情形:(1)代理合同约定的法律事务完成;(2)代理合同约定的代理期间届满。

### 2、因一方当事人的法律行为而终止。

<sup>①</sup> G.H.Treitel, The Law of Contract, 1987, pp.540-541。

<sup>②</sup> 由于参加日内瓦外交会议的大多数代表认为表见代理权不是来自本人的授权,因此《公约》没有在代理权的设定中对其加以规定,而是将其放在代理行为的法律效力中规定(见《公约》第14条)。

包括下列几种情形：（1）本人撤回委托；（2）代理人辞去委托。产生上述两种情形的原因有多种，有可能是由于一方严重违约，另一方有权解除代理合同；也有可能并不存在违约情形，仅仅是一般的事由，一方也可以解除代理合同。各国法律原则上都允许本人撤回委托或代理人辞去委托。如《法国民法典》第 2003 条规定：“委托终止：1、因受托人解职；2、因受托人放弃委托。”美国《法律重述·代理（第二次）》第 118 条也规定：“代理权于代理人或本人向他方表示反对其存在时终止。”但是，由于国际商事代理当事人相互间存在商事利益关系，如果一方随意终止代理关系，将损害另一方甚至第三人的利益。因此，为维护公平，各国法律采取了不同程度和方式的限制性规定。大陆法系国家多规定了通知义务，如德国法律规定，一项未定期限的代理合同，缔结后三年内的解约期为六个月，缔结三年后的解约期为三个月，且都须在下一个季度做出终止通知。<sup>①</sup>在英美法系国家，根据判例，本人单方面撤回代理的行为受到以下几方面的限制：<sup>②</sup>（1）代理人正在执行本人指示的过程中或第三人已按与代理人议定的合同开始行为，则本人不得撤销代理人的代理权；<sup>③</sup>（2）存在“并联利益代理的情况下，即代理权的授予是以契据或对价的形式并与代理人的佣金以外的利益联系在一起，这种代理权不能因本人（或代理人）的单方面撤回、死亡或破产而终止；（3）根据英国 1971 年《授权书法》规定，为保证受赠人的财产利益或未受偿债务的履行而明示表明不可撤销的授权书，只要该利益或债务仍受授权书保护，未经受赠人同意或授权人死亡、无行为能力或破产，均不能撤销。1985 年《持续授权书法》（The Enduring Powers of Attorney Act 1985）进一步规定，即使授权人后来丧失精神能力，授权书应以规定的形式履行，并明示继续，这种“持续的权限”不因本人无能力而撤回。此外，在法庭登记之前实际处于中止状态的授权，一旦经法庭登记，非经法庭同意，该权限便不能由授权人撤回。（4）在客观必需的代理的情况下，如果促使代理人为代理行为的客观需求十分强烈，则代理权不能因通知代理人而终止。另外，本人撤回代理权的行为只有在通知第三人时才对其生效，这也是对本人撤回权的限制。

① 见《德国民法典》第 89 条。

② 郑自文著：《国际代理法研究》，法律出版社 1998 年版，第 67 页。

③ Restatement of The Law, Agency, 2nd, 1958, p.326.

### 3、根据法律规定而终止。

根据各国法律，有下列法定事由之一，国际商事代理关系即依其所适用的法律而终止：

(1) 本人死亡、破产或丧失民事行为能力。<sup>①</sup> 作为国际商事代理关系主体一方的本人的死亡或消灭，代理关系因失去主体而自动消灭。但值得注意的是，《欧洲合同法原则》规定，为了保护本人或其继承人的利益，代理人在合理期间内仍有权实施必要的代理行为。<sup>②</sup> 也就是说，代理关系不因本人的死亡而当然终止。我国的《民法通则》也没有将“被代理人死亡”列为委托代理关系终止的法定原因，并且《最高人民法院关于贯彻执行〈民法通则〉若干问题的意见》（试行）第 82 条补充规定了被代理人死亡后代理人实施的代理行为依然有效的四种情况。出于保护本人利益的考虑，《欧洲合同法原则》的规定较为符合国际商事代理的现实需要。

(2) 代理人死亡、破产或丧失民事行为能力。<sup>③</sup> 美国《法律重述 代理（第二次）》第 123 条还规定：“两个以上代理人约定共同为代理行为时，如其中一代理人死亡或丧失能力，其余代理之代理权亦终止。”

(3) 履行不能或嗣后违法。根据各国法律规定，当代理标的毁损或消灭时，因代理的目的无法实现，代理关系终止。在英国，根据判例规则，若发生使代理关系不合法的事件，如爆发战争使本人或代理人成为外敌，代理关系便告终止。<sup>④</sup>

《公约》在第四章规定了代理人权利终止的情形，第 18 条规定：“为本公约之目的，代理之权利在下列情况下终止：1、当本人和代理人之间达成协议终止时；2、当为之授权的一笔或数笔交易已经完成时；3、无论是否符合其协议条款，当本人撤销代理权或代理人放弃代理权时；4、当本人或代理人死亡，或根据适用法律，停止存在或丧失其行为能力时。”第 19 条规定：“代理人之权利亦根据适用法律的规定而终止。”可以看出上述规定综合了各国法律通行的规定。但是，《公约》并没有进一步对本人通知义务做出规定，而是在第 20、

① 见《日本民法典》第 111 条第 1 项。

② 见欧洲合同法委员会 1998 年 11 月版《欧洲合同法原则》第 3: 209 条第 (3) 款—<http://www.ufsia.ac.be/~estorme/PECL2en.html>, May 21, 2001。

③ 见《德国民法典》第 673 条，《德国破产法》第 23 条，《日本民法典》第 111 条第 1 项。

④ K.Smith & D.Keenan, Mercantile Law, 1982, p.99.

21、22 条规定了代理人权利终止对第三人的效力，这是由于《公约》制订的目的是调整以本人或代理人一方与以第三人为另一方之间的关系，<sup>①</sup> 规定代理人权利终止的情形也是为了说明对第三人关系的影响。

较之《公约》，同样仅是调整代理的外部关系（代理人权限对本人和第三人的影响）的《欧洲合同法原则》，在规范代理人权限终止问题时，考虑得更为周到，即规定只要本人或代理人在终止代理权限时，按照与授予代理权限相同的方式予以通知或公告，那么第三人就被视为知道代理人的权限已经终止。<sup>②</sup> 该条款显然吸收了大陆法系国家关于本人通知义务的规定，但是从第三人应当知道代理权限终止的情形角度加以规定，更易于掌握代理权限对第三人的影响，也有利于维护交易秩序的稳定。

① 见《国际货物销售代理公约》第 1 条第 3 款。

② 见 1998 年 11 月版《欧洲合同法原则》第 3: 209 条第 (2) 款。

## 第二章 国际商事代理法律关系辨析

国际商事代理法律关系，即本人、代理人、第三人相互之间的权利义务关系，是国际商事代理法律制度的核心内容和调整对象。各国对代理法律关系都有一些原则性的规定，而且对国内代理、涉外代理一般不做区分规定。因此，考察国际商事代理法律制度可以从比较分析各国关于代理法律关系的法律规定入手。

### 一、国际商事代理的本人与代理人关系

国际商事代理关系中，本人与代理人之间的关系通常都通过订立代理合同或代理协议来确立。但各国法律对本人和代理人的权利义务也有原则性的规定，而且当事人的协议不得与之相抵触。如果代理合同（协议）本身对这些权利义务没有做出明确规定，那么本人与代理人之间的权利义务关系便应依其所适用的法律来确定。在本人与代理人的权利义务问题上，虽然各国规定方式各异，但基本内容大体一致。

#### （一）代理人对本人的义务

代理人对本人的义务，可以概括为三个层次，一是因代理协议关系而产生的履行义务；二是因代理关系的信任特征所产生的忠诚（受托信义）义务；三是因日常代理工作而产生的管理义务。

##### 1. 履行义务

（1）亲自履行代理职责，即“代理人未经许可无权委托他人代理（*delegatus non potest delegare*）”。

这是一条一般原则，它源自本人和代理人之间的特定身份关系和本人对代理人的个人信任和信赖。在国际商事代理领域，尤其要强调代理人亲自履行代理职责，这是因为本人在选择代理人时或是基于对代理人知识、专业技能的信赖，或是为了降低跨国交易的信用风险等等，一般不允许代理人进行转委托（再代理）。

对于在转委托情况下,本人与再代理人之间法律关系成立与否,两大法系的认定标准不同。英美法的一般原则是,本人与再代理人之间法律关系的成立取决于他们之间是否存在合同当事人关系。如果代理人有权在再代理人和本人之间设定合同当事人关系,再代理人就直接取代原代理人。本人在起诉时可以再代理人为被告。如果本人、代理人、再代理人三方均同意本人与再代理人之间不设定合同关系,再代理人仅仅是协助履行代理事务而不是完全取代原代理人,代理人应对再代理人的行为负责,只有代理人才能成为诉讼中的被告。但此时,再代理人同样对本人负有诚信义务,而代理人在选任再代理人时尽了谨慎之责的情况下,不再因为再代理人的诈欺行为对本人负责。<sup>①</sup>

大陆法系在区分再代理人时采取的是名义标准,即再代理人是代理人以自己的名义为本人选任的本人的代理人,再代理人以本人的名义为法律行为,行为效果直接由本人承受,如果原代理人以本人的名义为本人选任代理人,且得到本人事前同意或事后追认,则这实际上是本人直接与再代理人产生委托授权关系,即本人先后将一个代理权授予数个代理人,构成共同代理而非转委托。如果再代理人是以原代理人名义为法律行为,则他与原代理人所代理的本人间并不存在代理关系,他的行为效力也仅及于原代理人而不及于本人。<sup>②</sup>

《欧洲合同法原则》第 3: 206 条规定,代理人有权委托一名再代理人 (Subagency) 完成那些不必由代理人亲自完成的工作。再代理人在自己和代理人的代理权限内实施的行为直接拘束本人与第三人。该规定承认了代理人有权指定再代理,但是限于那些无须代理人亲自完成的事务,以免与代理人亲自履行的职责相违背。

如上文所述,国际商事代理原则上不采纳再代理,但是一旦出现再代理情形,应采取何种标准来认定本人、原代理人、再代理人之间的权利义务关系。笔者认为采纳英美法的合同关系标准较易于把握。也就是在代理合同中直接限制原代理人有无转委托权,或依法律规定或惯例来认定原代理人的转委托权,进而在再代理合同中约定是否在本人与再代理人之间设定合同关系,从而确定

<sup>①</sup> Fridman, *The Law of Agency*, 1983, p.144-148; *Chance's Principles of Mercantile Law*, 1980, p.94; K. Smith & D. Keenan, *Mercantile Law*, p.91.

<sup>②</sup> 史尚宽:《民法总论》,二十世纪中华法学文丛(16),中国政法大学出版社 2000 年 3 月版,第 563-572 页;王利明等:《民法新论》(上),中国政法大学出版社 1988 年版,第 429-431 页;王家福《中国民法学 民法债权》,法律出版社 1991 年版,第 606-608 页。

三者的权利义务关系。如果采用大陆法系的名义标准，由于存在不披露本人身份的代理的情况，在区分以本人名义或以代理人名义时较易造成混乱。

### （2）代理人应勤勉、谨慎地履行代理职责。

国际商事代理人多具有专业技能，并且提供的是有偿服务，因而要求其谨慎、勤勉、注意的程度比一般的民事代理以及无偿代理的程度高，还必须与其完成代理事务所要达到的要求一致，否则要承担相应的赔偿责任。关于代理人勤奋和谨慎的标准或者程度应如何掌握，各国法律理解不一，如美国《法律重述·代理（第二次）》第379条规定：“除另有约定外，有偿代理人就其受雇履行工作，应对本人负标准的注意义务，并具有当地从事该工作的标准技能，且须使用任何特有之技术。”<sup>①</sup>即以在履行地从事该代理工作的标准技能为准。欧共体理事会制订的《关于协调成员国间有关独立商事代理人法律的指令》（以下简称《指令》）第二章“权利义务”的第3条规定：“1、商事代理人在履行活动时必须照顾委托人的利益，行为尽责、诚实。2、商事代理人必须：（a）努力、恰当地谈判，并在适当的情况下达成其经指示承办的交易；（b）向委托人通报获得的必要信息。”<sup>②</sup>则是通过规定代理人应完成的具体事务来体现勤勉、谨慎的标准。国际商会拟订的《国际贸易代理合同标准格式》也在“代理人的职责”条款中贯穿“以负责任的商人的勤勉和努力，保护委托人的利益”这一基本要求。因而，在国际商事代理中，代理人的勤勉和谨慎责任应由本人和代理人在代理合同中予以明确约定，尤其是当代理人负有特殊额外的代理义务时。如果没有明确约定，则可以依据行业的惯例和履行代理义务地区从事同类事务的商人尽此项义务的标准。

### （3）代理人必须服从本人的合法指令。

如果代理人受托以某种特定方式完成某一特定事项，他就必须遵照本人的指示行事，并在发现不可能实现本人的指示时及时通知本人。这也是国际商事代理人的一项基本义务。欧共体《指令》第3条第2款（c）项规定，商事代理人应遵从委托人的合理指示。如果代理人在任何实质性方面不遵守本人的指示，或没有通知本人预期的交易无法实现的事实，他应对因其行为给本人造成的损失承担责任（除非该指示不合法或该行为是无偿的）。代理人在交易活动

<sup>①</sup> Restatement of The Law, Agency, 2nd, p.127.

<sup>②</sup> UNIDROIT Uniform Law Review, 1986, I, p.421-455.

Degree papers are in the "[Xiamen University Electronic Theses and Dissertations Database](#)". Full texts are available in the following ways:

1. If your library is a CALIS member libraries, please log on <http://etd.calis.edu.cn/> and submit requests online, or consult the interlibrary loan department in your library.
2. For users of non-CALIS member libraries, please mail to [etd@xmu.edu.cn](mailto:etd@xmu.edu.cn) for delivery details.

厦门大学博硕士学位论文摘要库