

学校编码: 10384

分类号_____密级_____

学号: X2005120157

UDC_____

厦门大学

硕士学位论文

本人身份不公开的代理与行纪的比较研究

Comparative Research on The Undisclosed Principal And The Brokerage

王雪辉

指导教师姓名: 郑永宽 讲师

专业名称: 法律硕士

论文提交日期: 2008 年 11 月

论文答辩时间: 2008 年 月

学位授予日期: 2008 年 月

答辩委员会主席:_____

评 阅 人:_____

2008 年 11 月

厦门大学学位论文原创性声明

本人呈交的学位论文是本人在导师指导下,独立完成的研究成果。本人在论文写作中参考其他个人或集体已经发表的研究成果,均在文中以适当方式明确标明,并符合法律规范和《厦门大学研究生学术活动规范(试行)》。

另外,该学位论文为()课题(组)的研究成果,获得()课题(组)经费或实验室的资助,在()实验室完成。(请在以上括号内填写课题或课题组负责人或实验室名称,未有此项声明内容的,可以不作特别声明。)

声明人(签名):

年 月 日

厦门大学学位论文著作权使用声明

本人同意厦门大学根据《中华人民共和国学位条例暂行实施办法》等规定保留和使用此学位论文，并向主管部门或其指定机构送交学位论文（包括纸质版和电子版），允许学位论文进入厦门大学图书馆及其数据库被查阅、借阅。本人同意厦门大学将学位论文加入全国博士、硕士学位论文共建单位数据库进行检索，将学位论文的标题和摘要汇编出版，采用影印、缩印或者其它方式合理复制学位论文。

本学位论文属于：

1. 经厦门大学保密委员会审查核定的保密学位论文，
于 年 月 日解密，解密后适用上述授权。

2. 不保密，适用上述授权。

（请在以上相应括号内打“√”或填上相应内容。保密学位论文应是已经厦门大学保密委员会审定过的学位论文，未经厦门大学保密委员会审定的学位论文均为公开学位论文。此声明栏不填写的，默认为公开学位论文，均适用上述授权。）

声明人（签名）：

年 月 日

内 容 摘 要

普通法系与大陆法系由于法律传统、思维方式和理念的不同，在代理法律体系上存在着明显的差别。但无论如何，始终要围绕着委托人、代理人及第三人之间权利义务的规定、代理人的代理权等问题展开，在功能上也具有趋同性。随着世界一体化进程不断加速，经济交往日益频繁，两大法系在法律理念与制度方面也相互融合、借鉴，以求得相通的法律语言和共同认可的行为模式，这也体现在代理法律制度中。分析表明，普通法上的显名代理与大陆法上的直接代理本质上并无不同，两大法系的区别主要存在于普通法上的隐名代理与大陆法上的间接代理及行纪之间。

本文首先对本人身份不公开的代理和行纪的一般概念、特点、制度内容和有关的理论作了一般性的介绍。在此基础上，对比二者的区别与联系，以论证二者相互借鉴与相互融合的可能性，并简要介绍了国际统一私法协会制订统一代理法的实践。

本文对我国代理立法的现状进行了总结，特别是我国于1999年3月15日公布实施的《中华人民共和国合同法》（以下简称《合同法》）中关于委托合同一章中对隐名代理的借鉴以及关于行纪合同的规定。结合对本人身份不公开的代理与行纪制度的比较分析，提出我国应更多地借鉴英美法上隐名代理的优点，完善我国间接代理立法，并保留行纪制度作为重要补充，以灵活适应现代商业活动中各种代理活动的需求。

关键词：本人身份不公开的代理；行纪；间接代理

厦门大学博硕士学位论文摘要库

ABSTRACT

Due to the diversity in legal tradition, way of thinking and notions, there are sharp differences between the common law system and the civil law system in terms of agency law. However, agency law always centers upon issues such as the rights and duties of the principal, the agent and the third party, and the agency rights and therefore functions alike. With the increasingly accelerated world integration and frequent economic exchanges, the two tradition legal systems have gradually come to the road of convergence to achieve the common legal language and mutually accepted modes of behavior. This trend of convergence has also been reflected in agency law. Analysis shows that the named agency under the common law system is not in essence different from the term direct agency under the civil law system. The differences between the two legal systems are mostly on the unnamed agency, the unnamed agency under the common law system, and the indirect agency and the brokerage under the civil law system.

This article begins with a general introduction of the relevant concepts, theories, contents and features of the undisclosed principal and the brokerage. On this basis, this article tries to give a comparison and link of the undisclosed principal and the brokerage and proves that it is possible that either of the two ideas be a reference to the other or integrate with the other. A brief introduction is also given on UNIDROIT's practice to unify the agency law.

This article then gives a summary of China's legislation on agency law as status quo, especially the introduction of unnamed agency into the chapter on the contract of mandate and the rules on the brokerage contract in the Contract Law. Based on the comparative research of the undisclosed principal and the brokerage, the article advances that in terms of the modes of behavior and the legal consequences the undisclosed principal and the brokerage may not replace each other, and therefore China's indirect agency system should more comprehensively absorb the rules on the unnamed agency under the Anglo-American law in order to meet the needs of various modern commercial agency activities.

Key Words: the undisclosed principal; the brokerage; the indirect agency

厦门大学博硕士学位论文摘要库

目 录

引 言	1
第一章 本人身份不公开的代理	2
第一节 本人身份不公开的代理的产生	2
一、本人身份不公开的代理的产生	2
二、本人身份不公开的代理的发展	2
第二节 本人身份不公开的代理的概念和特点	3
一、本人身份不公开的代理的概念	3
二、本人身份不公开的代理的特点	4
第三节 本人身份不公开的代理的法律关系	5
一、介入权的行使及法律后果	5
二、选择权的行使及法律后果	6
三、介入权与选择权的冲突	7
四、第三人的抗辩权和抵销权	8
五、小结	8
第二章 行 纪	10
第一节 行纪的产生	10
一、行纪的产生	10
二、我国行纪制度的萌芽	10
三、行纪的发展	10
第二节 行纪的概念与特点	11
一、行纪的概念	11
二、行纪的特点	12
第三节 行纪的法律关系及法律性质	14
一、行纪的法律关系	14
二、行纪的法律性质	17

三、行纪与代理制度的区别与内在联系·····	17
第三章 本人身份不公开的代理与行纪的比较 ·····	19
第一节 本人身份不公开的代理与行纪的区别 ·····	19
一、两大法系代理理念的根本差异·····	19
二、委托人与第三人之间不同的法律关系·····	19
三、制度功能存在的差异·····	20
四、其他方面的不同·····	20
第二节 本人身份不公开的代理与行纪的联系 ·····	21
第三节 本人身份不公开的代理与行纪的发展趋势 ·····	22
一、等同论与区别论具有相同的渊源·····	22
二、与商业现实的协调的要求·····	22
三、国际统一代理立法的实践·····	23
第四章 我国代理立法体系的现状及完善 ·····	25
第一节 我国代理立法之现状 ·····	25
一、《民法通则》对代理的规定·····	25
二、《合同法》对代理的规定·····	25
三、其他单行法规涉及的行业性代理·····	25
第二节 我国间接代理立法的评价及完善 ·····	26
一、我国代理立法体系存在的问题·····	26
二、我国间接代理立法的取向·····	27
三、我国间接代理立法的完善·····	31
结 论 ·····	35
参考文献 ·····	36
致 谢 ·····	38

the Brokerage	19
Subchapter 1 Difference between the Undisclosed Principal and the Brokerage	19
Section 1 Essential Different Notions of Agency under Common Law and Civil Law.....	19
Section 2 The Legal Relations between the Principal and the Third Party Are Different.....	19
Section 3 Functional Difference between the Undisclosed Agency and the Brokerage.....	20
Section 4 Other Difference.....	20
Subchapter 2 Links between the Undisclosed Principal and the Brokerage ...	21
Subchapter 3 Development Trends of the Undisclosed Principal and the Brokerage	22
Section 1 Ego Theory and Disparity Theory Have the Same Roots.....	22
Section 2 The Needs to Coordinate with Commercial Realities.....	22
Section 3 International Practice to Unify Agency Law.....	23
Chapter 4 Status Quo and Approach of China's Legislations on Agency	25
Subchapter 1 Status Quo of China's Legislations on Agency	25
Section 1 Rules on Agency under General Rules on Civil Law.....	25
Section 2 Rules on Agency under Contract Law.....	25
Section 3 Rules on Trade Agency under Other Statues.....	25
Subchapter 2 The appraisalment for China's Legislations on Indirect Agency	26
Section 1 The Defect of China's Legislations on Agency.....	26
Section 2 The Approach of China's Legislations on Indirect Agency.....	27
Section 3 The Improvement of China's Legislations on Indirect Agency.....	31
Conclusion	35
Bibliography	36
Acknowledgements	38

引 言

形形色色的代理充斥着现代经济生活的方方面面，与人们形成了密不可分的关系。而代理制度也从无到有，从简单到复杂，不断发展完善，这既是社会分工不断细化、市场经济流转加快、投资和贸易活动的范围不断拓宽的必然要求，也是代理法律制度的内在体系化需要。由于普通法系与大陆法系的法律文化、历史传统、思维方式以及其他社会经济因素的不同，在代理制度上也存在着较大的差异。但随着国际交往的增多，实践中出现了不同法系之间的代理法律制度相互影响、相互融合的趋势，不但国家之间的立法互相借鉴，国际社会还试图制订统一的国际代理法律制度。在此过程中，如何克服两大法系的代理制度的区别，在相互借鉴和移植过程中既能相互弥补和完善，又能克服因上述不同导致的冲突，是我们应慎重思考的。

由于我国《合同法》颁布之前，一直以来未规定间接代理制度，行纪在某种意义上发挥着与英美法上隐名代理制度（包含本人身份部分公开的代理和本人身份不公开的代理）类似的调整功能。《合同法》有限地借鉴和吸收了隐名代理制度，同时又专章规定了行纪制度，^①意味着我国初步建立了间接代理制度。我国学界由于担心上述制度安排在理论上和实践上会存在冲突，存在较大争议。笔者以为，两大法系代理制度的社会调整功能是相似的，但大陆法上的行纪与英美法上的隐名代理有根本的区别；而行纪在主体资格、行为模式和法律后果等方面与间接代理也存在明显的不同，二者无法包容或替代对方。所以，我国既要建立和完善间接代理制度，还应同时保留行纪作为间接代理在制度上的变通。

^① 分别参见《合同法》第 403 条和第 22 章“行纪”。

第一章 本人身份不公开的代理

第一节 本人身份不公开的代理的产生

一、本人身份不公开的代理的产生

本人身份不公开的代理是英美法系独特的代理制度，通说认为，该代理制度发源于 18 世纪的英国，确立于 19 世纪初。^①18 世纪的英国，商品经济正处于发展的初期，商品交换节奏缓慢。被代理人在委托代理人与第三人订立即时交货合同时，往往委托代理人直接占有自己的货物。而第三人只关注代理人，对于被代理人的身份是否公开则不感兴趣。此时，被代理人身份始终处于不公开状态，但并不影响合同的订立与履行。代理人在交易过程中的作用有限，地位相对被代理人而言也较弱，这就是本人身份不公开的代理最初形式。

二、本人身份不公开的代理的发展

毕竟即时交货合同是比较简单原始的交易方式，随着社会经济的发展，商品交易环节越来越多，商品流转速度加快，信用交易也不断增多，而商业交易的风险也相应增加。代理商由于交易规模的扩张，往往在客户资源、产品供求信息、市场价格、资金实力等方面相对被代理人而言取得了优势地位，在交易中所起的作用也越来越重要。代理商为了维护自己的利益、保守其商业秘密，并不希望被代理人与第三人直接发生关系，而是既充当桥梁和纽带，又有意设置起屏障。因此，本人身份不公开的代理现象越来越普遍为人们所接受。但另一方面，由于商业交易不可避免的内在风险，代理人因为委托人的原因无法履行对第三人的义务或第三人违约的情况普遍出现，此时，代理人如果仍不公开代理关系和被代理人身份，必须面临着要直接承担因代理行为产生的商业风险，这与其代理所取得的报酬显然不对称，代理商向委托人披露第三人或向第三人披露委托人便成为其当然的选择。此时，委托人得以行使介入权，而第三人则可行使选择权，以使委托人与第三人能直接承受代理行为之法律后果。自此，完整的本人身份不公开的代

^① Stoljar SJ, The Law of Agency, 1961, London: Sweet & Maxwell, p.204.

理制度得以确立。

第二节 本人身份不公开的代理的概念和特点

一、本人身份不公开的代理的概念

概念本身并不能非常精确地反映事物的全貌，因为“我们语言的丰富程度和精妙程度还不足以反映自然现象在种类上的无限性、自然要素的组合与变化、以及一个事物向另一个事物的逐渐演变过程，而这些演变则具有着如我们所理解的那种客观现实的特性。”^①因此，给事物下定义并不是容易的事，但是概念乃是解决法律问题所必需的和必不可少的工具。概念可以通过从一定角度对事物的内涵与外延的归纳与概括，揭示事物的本质特征，使之区别于其他事物，以便于人们进行针对性的研究和了解。没有限定严格的专门概念，我们便不能清楚地和理性地思考法律问题。因此我们首先要从概念入手，对英美法上本人身份不公开的代理做一讨论。英美法系上的本人身份不公开的代理是从属于代理概念之下的，与大陆法系不同的地方在于，英美法中通常以代理关系的公开程度即代理事实和本人身体的公开状况为准，将代理划分为本人身份公开的代理、本人身份公开但姓名或名称不公开的代理以及本人身份不公开的代理这三种类型：

本人身份公开的代理（named agency or disclosed principal），即代理人既公开本人的存在，又以本人名义与第三人为法律行为的代理。这种代理又称显名代理。

本人身份公开但姓名或名称不公开的代理或称本人身份部分公开的代理（unnamed agency but disclosed principal），即代理人公开本人的存在，但并不以本人的名义而是以其自己的名义与第三人为法律行为的代理。

本人身份不公开的代理（undisclosed principal），即代理人没有公开本人的存在而以自己的名义与第三人为法律行为的代理。在这种情况下，代理人事实上得到了被代理人的授权，但他在与第三人订立合同时并未披露代理事实的存在，更不指出被代理人是谁，甚至也未向本人披露第三人是谁，而以自己的名义为法律行为。因此，第三人在和代理人缔结交易时，并不知道被代理人的存在，往往认为代理人就是合同的相对方，是合同权利义务的承担者。但实际上，合同的权利、

^① [美]博登海默.法理学[M].邓正来译,北京:中国政法大学出版社,1999.486.

义务最终却是由委托人承担。

有的学者认为，通常的理解中，本人身份不公开的代理和本人身份部分公开的代理又可称为隐名代理。^①故在比较英美法与大陆法系之代理制度时，常将显名代理与直接代理、隐名代理与间接代理相对应。由于翻译或理解的不同，也有学者认为，隐名代理应理解为仅指本人身份不公开的代理。^②还有学者则认为，隐名代理仅指本人身份部分公开的代理，且隐名代理和显名代理可以称之为被代理人身份公开的代理（disclosed agency）。^③笔者认为，第一种理解更符合汉语通常的习惯，本人身份不公开的代理和本人身份部分公开的代理中，代理人在为法律行为时，均不以被代理人的“名义”，即将被代理人的“名字或名称”隐去，与显名代理相对应。故本文中的隐名代理指的是本人身份部分公开的代理和本人身份不公开的代理。

二、本人身份不公开的代理的特点

结合本人身份不公开的概念，并与显名代理和本人身份部分公开的代理比较，我们可以发现其以下特点：

首先，本人身份不公开的代理中，代理人事实上得到了被代理人的授权，即代理人有代理权，这是代理行为的前提。在此，更加体现委任契约是一种纯粹的委托人与代理之间的内部关系，第三人是否知晓委任契约的存在和委托人的身份并不重要。

其次，本人身份不公开的代理，不仅本人的姓名不公开，连身份也不公开，换言之，在代理人授本人之委托，与第三人发生法律行为的时候，第三人客观上并不知晓被代理人（本人）的存在，代理人也并不向第三人披露被代理人（本人）的存在。所以第三人并不知晓代理事实及本人的身份，而是以为代理人是交易合同的当事方、是合同权利义务的独立承担者。同时，由于第三人的不知情，因此其所了解的信息与被代理人、代理人了解的信息不对称，处于相对弱势地位。

再次，本人身份不公开的代理中，代理行为的法律后果并不必然地直接归属于本人，当本人不行使介入权或第三人选择代理人承担合同责任时，就可能发生

① 江帆.代理法律制度研究[M].北京：中国法制出版社，2000.21.

② 郑自文.国际代理法研究[M].北京：法律出版社.1998，3.

③ 徐海燕.英美代理法研究[M].北京：法律出版社2000，77-78.

一般契约关系或违约责任关系，而本人的利益仍需代理人通过转让债权或所有权来实现。

第三节 本人身份不公开的代理的法律关系

一般情况下，当代理人与第三人订立的交易合同顺利履行时，本人的身份则总是隐藏着，第三人或许永远也不会知晓。但现代经济生活中商业风险无处不在，当代理人由于第三人违约无法履行对本人的义务，便可由本人行使介入权，直接向第三人主张权利；或当代理人由于本人的原因无法履行对第三人的义务时，代理人作为中间人，无意承担这种风险，便会向第三人披露代理事实的存在和本人的身份，而第三人则可以行使选择权。一方面，传统的契约理论认为，契约必须具有相对性，即契约之效力仅及于缔约当事人，只有契约相对人才接受契约责任的约束，任何契约外之第三人都没有参与契约的权利和义务，而本人身份不公开的代理显然已突破了这一传统。另一方面，本人身份不公开的代理中本人与第三人的直接契约关系并非显而易见，只有在本人介入权或第三人选择权成立并行使后，本人身份不公开的代理中的本人才具有与显名代理中本人相同的法律地位。下面主要从本人系行使介入权或者第三人行使选择权之后形成的法律关系及其法律后果进行重点分析。

一、介入权的行使及法律后果

介入权 (right of intervention) 是指在本人身份部分公开的代理或本人身份不公开的代理中的本人享有的直接介入代理人与第三人所订立的契约或其他法律行为之中的权利。根据这项权利，本人既可以在必要时向第三人主张请求权或诉讼请求权，并在行使权利的同时承担契约义务和责任，从而直接与第三人发生权利义务关系，而无须经过代理人进行权利义务之转移。本人一旦行使介入权，就直接对第三人承担责任，此时本人取得了与显名代理或本人身份部分公开的代理中的被代理人相似的法律地位。

但是，介入权的行使也要受到一定的限制，具体如下：

1、代理人与第三人在契约条款上没有明示或默示排除介入权的行使；否则，

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 for delivery details.

厦门大学博硕士论文摘要库