

第七章 代理

第一节 代理的概念

一、代理的意义

(一) 代理的概念

指一人代另一人实施法律行为，其所产生的法律效果直接归属于所代的另一人。代他人实施法律行为的人称为代理人，为其所代并承受法律行为效果的人称为本人，又称为被代理人、委托人或授权人，通过代理人与本人建立法律关系的当事人称为相对人或第三人。

我们以到书店买书为例看一下代理的法律结构：

1、当事人之间直接实施法律行为的模式是：甲到书店买书，甲和书店相互进行意思表示，建立买卖合同，甲和书店是这个合同的当事人

2、通过代理人实施法律行为的模式是：甲没有时间去买书，便委托乙代他到书店买书，由乙代甲向书店进行意思表示，建立买卖合同，甲和书店是这个合同的当事人。乙作为甲的代理人，在完成代他买书的代理工作后，就退出了这一交易，乙并不是买卖合同的当事人。

(二) 代理关系的当事人

由三方当事人构成：本人（被代理人、委托人、授权人）、代理人、相对人（第三人）。

本人是借助于代理人的代理行为同相对人发生民事法律关系的人。无行为能力人或者限制行为能力人均可作为代理关系的本人。

代理人是指代本人实施民事法律行为的人，须有民事权利能力和民事行为能力，分为三种：法定代理人、指定代理人和委托代理人。法定代理人的代理权出自法律的直接规定；指定代理人的代理权因法院判决指定或有关机关依法指定而发生；委托代理人的代理权则来自本人的授权。

相对人是由于代理人的代理行为而与本人发生民事法律关系的对方当事人。

举例：甲是8周岁的儿童，擅长绘画，某出版社决定出版其画作。根据我国《著作权法》的规定，出版社应当和甲签订出版合同。但是，由于甲是无行为能力人，不能直接从事民事法律行为，因此由其父亲乙作为法定代理人代他签订该出版合同。在这一民事法律关系中，甲是被代理人或者本人，乙是代理人，出版社是相对人或第三人，甲和出版社是这个出版合同的当事人。

问题：为什么乙不是出版合同的当事人？

(三) 代理是三方关系

第一，本人与代理人之间的关系，这是代理的基础关系。在任意代理的场合，基础关系通常是委托、合伙、劳动、雇佣、承揽等合同关系；在法定代理的场合，其基础关系是父母子女关系或者监护关系。

第二，本人与相对人之间的关系，这是代理人进行代理活动的结果所产生的民事法律关系，如买卖合同关系。

第三，代理人与相对人之间的关系。一般情况下，代理人与相对人并不发生任何法律关系，只有在特殊情形下，代理人与相对人之间才发生民事法律关系，即由该代理人作为法律关系的当事人并对相对人承担责任，如无权代理行为。

(四) 代理制度的社会作用

第一，私法自治之扩张。代理制度可以最大可能地延伸当事人从事民事活动的空间，我们可以通过世界各个企业的代理商买到各种商品或者得到各种服务。例如，我们可以通过代理商购买机票或者火车票。

第二，私法自治之补充。限制行为能力人和无行为能力人可以通过代理制度弥补民事行为能力方面的不足。

二、与代理相类似的概念

（一）使者

指帮助民事主体实施民事行为的辅助人，其任务在于传达主体的意思或意思表示，或者代主体接受意思表示。无论何种使者，均无权决定意思表示的内容。但代理人直接作出意思表示，即决定意思表示的内容。

问题：商店的营业员是使者还是代理人？

（二）法人代表

代表人是法人本身的机关，而非独立的民事主体；代理人则为独立的民事主体。

问题：某公司的董事长是该公司的代表人还是代理人，该公司的业务人员是代表人还是代理人？

（三）居间人

居间人为委托人报告签订合同的机会或充当签订合同的媒介，而由委托人给付报酬。代理人有缔结合同的代理权，可以代委托人订立合同；居间人无代理权，不能代委托人订立合同。

问题：某招聘网站负责向其注册会员提供工作信息。当你成为它的注册会员后，该网站会随时将符合你要求的信息提供给你，并在你与工作单位签订劳动合同后，向你或者工作单位收取一定的费用。请问该招聘网站是代理人还是居间人？

（四）行纪人

两者的区别是：行纪人是以自己的名义进行法律行为，其法律效果间接地归属于委托人，代理人是以委托人的名义进行法律行为，其法律效果直接归属于委托人。行纪又称为间接代理，而将前述代理称为直接代理。

问题：拍卖公司是代理人还是行纪人？

（五）经销商

经销商是合同当事人，代理人不是合同当事人。

问题：位于上海的甲公司面向全国诚征经销商或代理商。位于北京的乙公司同意销售甲公司的产品，双方约定甲公司先向乙公司供货，待乙公司将货物销售后再与甲公司结帐。如果乙公司在半年之内无法出售的货物，甲公司同意乙公司无条件退货。请问乙公司是经销商还是代理商？

第二节 代理权

一、代理权发生原因

（一）依法律规定当然发生

如民法通则第 16 条的规定，未成年人的父母因具有监护人身份而成为未成年人的代理人。

（二）依法院或者其他有权机关的指定而发生

如民法通则第 21 条的规定，人民法院为失踪人指定的代管人在不损害失踪人利益的

范围内有指定代理权。

(三) 依本人授权行为而发生

这是委托代理权的发生原因。

所谓授权行为，指本人对于代理人授予代理权的单方意思表示。在实践中，授权行为经常与基础法律关系相结合。这类基础关系是委托合同关系、合伙合同关系、劳动合同关系等。

(四) 依“外表授权”而发生，即表见代理，见后叙。

(五) 依某种紧急情况而发生

即在某种紧急情况下，无须本人授权，法律直接授予当事人以代理权。例如船长、承运人在某种紧急情况下，有权作为货主的代理人而处分其货物。

二、授权行为

(一) 授权行为的独立性

授权行为独立于基础法律关系（典型代表为委托合同），具有独立性。

根据委托合同，受托人享有事务处理权，可以代委托人处理不涉及意思表示的事务，如保管、照看。如果受托事务涉及意思表示，如订立合同，则须委托人授予受托人代理权。因此，代理权的授权是受托人取得代理权的依据。

举例：甲与乙之间有一民事纠纷，甲准备到法院起诉乙，但由于甲不懂法，因此委托某律师事务所代理他处理这一案件。甲首先应与律师事务所签订一份委托合同，律师事务所随后会指定某一律师丙为甲实际代理这一案件，包括起诉、出庭、调解、执行等事项。为了证明丙有代理权，甲就应当向丙出具一份授权委托书。

(二) 授权行为为单方行为

委托人单方的意思表示即可决定该授权行为的内容，并不要求受托人的认可。

第三节 代理行为

一、代理行为的范围

(一) 违法行为不适用代理

举例：代理销赃是违法的，不得适用代理。

(二) 民事法律行为中不能适用代理的行为

1、法律要求本人亲自实施的行为，如结婚、离婚、收养、遗嘱、遗赠、遗赠扶养协议等；

2、依其性质不得适用代理的行为

如公司设立行为、捐助行为、继承的承认或抛弃等。

(三) 代理的适用范围

主要适用于订立合同及与合同密切相关的法律行为

二、代理行为的成立要件

包括一般成立要件和特殊成立要件。一般成立要件指代理行为作为一种民事法律行为所应具备一般民事法律行为的成立要件。特殊成立要件指代理行为作为一种特殊的民事法律行为，除一般成立要件外，还应特别具备的成立要件。此处的成立要件指特殊成立要件。

第一，是否以本人名义。直接代理须以本人名义进行，即行为人表示代本人实施民事法律行为，并使行为效果直接归属于本人的意思。间接代理则往往不以本人名义进行；

第二，须代理人实施民事法律行为

三、代理行为的生效要件

(一) 须具备一般民事行为的生效要件

- 1、关于权利能力的有无，应当根据本人情况决定，不必要求代理人有此权利能力；
- 2、关于行为能力的有无，应当根据代理人情况决定，代理人应具有与代理行为相应的民事行为能力，而不必要求本人有此行为能力；
- 3、关于意思表示是否真实，是否具有瑕疵，应当根据代理人的情况决定；
- 4、关于行为内容和目的是否违法，应当根据代理人与本人双方情况决定。

(二) 须有本人存在。

如果被代理人死亡（自然人）或终止（法人），一般来说代理关系终止，但如果代理人不知本人死亡，或双方原有约定，或经本人的继承人承认，其代理行为应有效；本人死亡之前已经进行，于本人死亡后代理人继续完成的代理行为，亦应有效。

(三) 须有代理权

第四节 代理的分类

一、民法上的代理与诉讼法上的代理

第一，代理的内容不同；第二，代理关系不同；第三，对代理人所要求的资格不同；第四，法人可以担任民法上的代理人，但不可以担任诉讼法上的代理人。

二、直接代理与间接代理

直接代理是指代理人以本人名义为法律行为，而使其法律效果直接归属于本人，又称为狭义代理。

所谓间接代理，指代理人以自己的名义，为本人之计算，而为法律行为，其法律效果首先对间接代理人发生，其后依间接代理人与本人之内部关系，而移转于本人之制度。我国合同法第 402、403 条规定了间接代理。

广义代理包括直接代理和间接代理。

中国在 20 世纪 90 年代之前实行的外贸代理制就是典型的间接代理。

目前的证券经纪业务也是典型的间接代理。

三、积极代理与消极代理

代为意思表示之代理为积极代理；仅代受意思表示之代理为消极代理。

四、概括代理与限定代理

代理权范围无特别限定的代理为概括代理；代理权范围有特别限定的代理为限定代理。

五、法定代理、指定代理与意定代理

六、有权代理与无权代理

七、单独代理与共同代理

八、复代理

代理人为处理其权限内事务之全部或一部，而以自己的名义授权他人代理之代理为复代理。被授权之他人为复代理人。

问题：甲委托乙到海南购买水果，但乙到达海南后病倒，又无法联系到甲，因情况紧急，乙遂将帮助甲购买水果之事委托给丙办理。甲收到水果后不满意，指责乙未经其同意而擅自转委托，要求乙对丙的行为承担法律后果。请问甲的要求合理吗？

九、紧急代理

又称必要代理，指在某种紧急情况下，船长、承运人、保管人依据法律规定的紧急

代理权，作为货主的代理人所为的代理。

第五节 无权代理

一、无权代理的含义

无代理权的人以他人名义实施的代理行为为无权代理。

二、无权代理的发生原因

第一，自始就不存在代理权；

第二，代理权已经消灭；

第三，超越代理权范围。

三、无权代理的效力

无权代理行为并非当然无效，而是属于效力待定的民事法律行为，其效力由被代理人的意思决定。经过被代理人追认，则由被代理人承担法律行为的效果；如果拒绝追认，则由行为人自己承担责任。另外，第三人享有催告权和撤销权。

四、本人的追认

本人享有对无代理权人实施的民事行为进行追认的权利。无权代理经本人追认后，即转变为有代理权的代理，发生代理行为的效力。

追认权在性质上属于形成权，受到一定期间的限制。

五、对相对人的保护

（一）相对人的催告权和撤销权

催告权指相对人在本人对无权代理行为未予追认前，可以催告其在 1 个月内进行追认的权利。如果被代理人未作表示，则视为拒绝追认。

撤销权指在本人对无权代理行为未予追认前，相对人可以行使撤销权，消灭该无权代理行为，使相对人与本人之间的民事行为归于无效。

（二）对相对人撤销权的限制

我国合同法规定：第一，只有善意相对人才有撤销权；第二，只有在本人未追认前，相对人才能行使撤销权。

六、无权代理人对相对人的责任

对于无权代理行为，如果本人拒绝追认，则由无权代理人对相对人承担民事责任，即由无权代理人作为当事人履行该民事行为中对相对人的义务，或者在不能履行时对善意相对人承担损害赔偿责任。

七、恶意相对人与无权代理人的连带责任

相对人明知代理人没有代理权仍与之实施民事行为，因此给他人造成损害的，由该恶意相对人与行为人负连带责任。

八、委托授权不明时本人与代理人的连带责任

这是为了保护相对人的利益。

第六节 表见代理

一、表见代理的含义

（一）含义

表见代理本属于无权代理，但因本人与无权代理人之间的关系，具有授予代理权的

外观即所谓外表授权，致相对人信其有代理权而与其为法律行为，法律使其发生与有权代理同样的法律效果。

（二）表见代理的存在理由

法律为了维护交易安全、公平及善意相对人的利益，将外表授权视为产生代理权的法律事实，尽管代理人实际上并未得到被代理人的授权。

二、表见代理的要件

第一，须代理人无代理权

第二，须该无权代理人有被授予代理权的外表或假象，即存在“外表授权”

第三，须相对人有正当理由信赖该无权代理人有代理权

第四，相对人基于此信赖而与该无权代理人成立法律行为

三、表见代理适用范围的扩张趋势