

第二章 代理法

第一节 代理法概述

一、代理的概念

所谓代理(agency)是指代理人(agent)按照本人(principal)的授权(authorization),代表本人同第三人订立合同或作其他的法律行为,由此而产生的权利与义务直接对本人发生效力。

二、代理权的产生

关于代理权产生的原因,大陆法和英美法的法例有所不同,现分别介绍如下:

(一)大陆法

1. 法定代理

- (1) 根据法律的规定而享有代理权;
- (2) 根据法院的选任而取得代理权;
- (3) 因私人的选任而取得代理权。

2. 意定代理

意定代理是由本人的意思表示产生的代理权。这种意思表示可以采用口头方式,也可以采用书面方式;可以向代理人表示,也可以向同代理人打交道的第三人表示。

(二)英美法

英美法认为,代理权可以由下列原因而产生:

1. 明示的授权(express authority)

所谓明示的指定就是由本人以明示的方式指定某人为他的代理人。按照英美的法例,代理协议的成立并不要求特定形式,既可以采用口头方式,也可以采用书面方式。

2. 默示的授权(implied authority)

所谓默示的授权是指一个人以他的言词或行动使另一个人有权以他的名义签订合同,他就要受该合同的拘束,就像他明示地指定了代理人一样。

3. 不容否认的代理(agency by estoppel)

不容否认的代理,是指一个人以他的言词或行动使善意第三人合理相信某人是其代理人,有权以他的名义签订合同,且该第三人已基于这种相信改变了自己的经济地位,他就要受该合同的拘束,而不能事后否认某人是其代理人。

4. 客观必需的代理权(agency of necessity)

客观必需的代理权是在一个人受委托照管另一个人的财产,为了保护这种财产而必须采取某种行动时产生的。在这种情况下,虽然受委托管理财产的人并没有得到采取此种行动的明示的授权,但由于客观情况的需要得视为具有此种授权。这种情况在国际贸易中是时有发

生的。

5. 追认的代理(agency by ratification)

如果代理人未经授权或者超出了授权的范围而以本人的名义同第三人订立了合同,这个合同对本人是没有拘束力的。但是,本人可以在事后批准或承认这个合同,这种行动就叫做追认。追认的效果就是使该合同对本人具有拘束力,如同本人授权代理人替他订立了该合同一样。追认具有溯及力,即自该合同成立时起就对本人生效。

三、无权代理

无权代理是指欠缺代理权的人所作的代理行为。无权代理的产生主要有以下四种情形:

- (1)不具备默示授权条件的代理;
- (2)授权行为无效的代理;
- (3)越出授权范围行事的代理;
- (4)代理权消灭后的代理。

根据各国法律的规定,无权代理所做的代理行为,如与第三人订立合同或处分财产等,非经本人的追认,对本人是没有的拘束力的。

1. 大陆法的有关规定

无代理权人以他人名义订立合同者,非经本人追认不发生效力。在本人追认以前,无权代理人所作的代理行为处于效力不确定的状态。在这种情况下,大陆法有两种处理办法:一是由第三人向本人发出催告,要求本人在一定时间内答复是否予以追认;二是允许第三人在本人追认以前,撤销他与无权代理人所订立的合同。

关于无权代理人的责任,大陆法各国法律的规定并不完全相同。从原则上来说,无权代理人对第三人是否须承担责任,主要取决于第三人是否知道该代理人有没有代理权。如果第三人不知道该代理人没有代理权而与之订立了合同,无权代理人就要对第三人承担责任;反之,如果第三人明知该代理人没有代理权而与之订立了合同,无权代理人就不负责任。在这一点上,大陆法各国的法律规定是一致的。

2. 英美法的原则

英美法把大陆法上的无权代理称为违反有代理权的默示担保(breach of implied warranty of authority)。按照英美法的解释,当代理人同第三人订立合同时,代理人对第三人有一项默示的担保,即保证他是有代理权的。因此,如果某人冒充是别人的代理人,但实际上并没有得到本人的授权,或者是越出了他的授权范围行事,则与其订立合同的第三人就可以以其违反有代理权的默示担保对他提起诉讼,该冒牌的代理人或越权的代理人就须对第三人承担责任。

第二节 本人与代理人之间的关系

一、代理人的义务

1. 代理人应勤勉地履行其代理职责
2. 代理人对本人应诚信、忠实(good faith and loyalty)

(1)代理人必须向本人公开他所掌握的有关客户的一切必要的情况，以供本人考虑决定是否同该客户订立合同。

(2)代理人不得以本人的名义同代理人自己订立合同，除非事先征得本人的同意。

(3)代理人不得受贿或密谋私利，或与第三人串通损害本人的利益。代理人不得谋取超出本人给他的佣金或酬金以外的任何私利。

3. 代理人不得泄露他在代理业务中所获得的保密情报和资料

但在代理合同终止后，除经双方同意的合理的贸易上的限制外，本人也不得不适当地限制代理人使用他在代理期间所获得的技术、经验和资料。因为根据某些国家关于限制性商业做法的法律(restrictive business practice)，这种限制是无效的。

4. 代理人须向本人申报账目
5. 代理人不得把他的代理权委托给他人

二、本人的义务

1. 支付佣金

本人必须按照代理合同的规定付给代理人佣金或其他约定的报酬，这是本人的一项最主要的义务。在商订代理合同时，对佣金问题必须特别注意以下两点：

(1)本人不经代理人的介绍，直接从代理人代理的地区内收到订货单，直接同第三人订立买卖合同时，是否仍须对代理人照付佣金；

(2)代理人所介绍的买主日后连续订货时，是否仍须支付佣金。

2. 偿还代理人因履行代理义务而产生的费用
3. 本人有义务让代理人检查核对其账册

这主要是大陆法国家的规定。

第三节 本人及代理人同第三人的关系

代理关系是一种三角关系，其中既有代理人同第三人的关系，也有本人同第三人的关系，因此，从第三人的角度看来，最重要的问题是弄清楚他究竟是同代理人还是同本人订立了合同？即与他订立合同的另一方当事人究竟是代理人还是本人？这个问题在外贸业务中是时常发生的。例如，我国对外贸易企业在同外商订立合同时双方或其中一方究竟作为代理人还是作为“本人”签订合同，究竟应该由谁对合同负责？

对于这个问题，大陆法和英美法有不同的处理方法。

一、大陆法

在确定第三人究竟是同代理人还是同本人订立了合同的问题时，大陆法所采取的标准是看代理人是以代表的身份同第三人订立合同，还是以他自己个人的身份同第三人订立合同。当代理人是以代表身份同第三人订立合同时，这个合同就是第三人同本人之间的合同，合同的双方当事人是第三人与本人，合同的权利义务直接归属于本人，由本人直接对第三人负责。在这种情况下，代理人在同第三人订立合同的时候，可以指出本人的姓名，也可以不指出本人的姓名，而仅声明他是受他人的委托进行交易，但无论如何代理人必须表示作为代理人身份订约的意思，或依订约时的环境情况可以表明这一点，否则就将认为是代理人自己同第三人订立合同，代理人就应对该合同负责。如果代理人是以他个人的身份同第三人订立合同，则无论代理人事先是否得到本人的授权，这个合同都将认为是代理人与第三人之间的合同，代理人必须对合同负责。在这种情况下，本人原则上同第三人没有直接的法律上的联系。

复习思考题

1. 何谓法定代理、意定代理？
2. 代理人对本人负有哪些义务？

二、英美法

对于第三人究竟是同代理人还是同本人订立合同的问题，英美法的标准是，对第三人来说，究竟是谁应当对该合同承担义务，即采取所谓义务标准。

英美法在回答这个问题时，区分三种不同的情况：①代理人在同第三人订约时具体指出本人的姓名；②代理人表示出自己的代理身份，但不指出本人的姓名；③代理人事实上拥有代理权，但他在订约时不披露代理关系的存在。这是英美法特有的制度。现分别介绍如下：

1. 代理人在订约时已指出本人的姓名(agent for a named principal)

如果代理人在同第三人订约时已经表明他是代表指名的本人订约的，在这种情况下，这个合同就是本人与第三人之间的合同，本人应对合同负责，代理人不承担个人责任。代理人在订立合同后，即退居合同之外(drops out)，他既不能从合同中取得权利，也不对该合同承担义务。

2. 代理人在订约时表示有代理关系存在，但没有指出本人的姓名(agent for an unnamed principal)

如果代理人在同第三人订立合同时表明他是代理人，但没有指出他为之代理的本人的姓名，在这种情况下，这个合同仍认为是本人与第三人之间的合同，应由本人对合同负责，代理人对该合同不承担个人责任。

3. 代理人在订约时根本不披露有代理关系的存在

在这种情况下，第三人究竟是同本人还是同代理人订立了合同，他们当中谁应当对该合

同负责，这是一个比较复杂的问题。毫无疑问，在这种情况下，代理人对合同是应当负责的，因为他在同第三人订约时根本没有披露有代理关系的存在，这样他实际上就是把自己置于本人的地位同第三人订立合同，所以他应当对合同承担法律上的责任。问题在于，在这种情况下，未被披露的本人能否直接依据这个合同取得权利并承担义务？英美法认为，未被披露的本人原则上可以直接取得这个合同的权利并承担其义务。

第四节 我国的代理法与外贸代理制

一、外贸代理制中的法律问题

按照《合同法》第 396 条的规定，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。关于委托合同双方当事人之间的权利和义务，合同法的规定与其他国家有关法律大体相同，在此不赘述。

在我国外贸代理制中，大量的是外贸公司接受无外贸经营权的企业的委托，以外贸公司自己的名义，作为买卖合同的一方同外商签订进出口合同。对于这种情况，《合同法》第 402 条、第 403 条作了专门的规定。

根据《合同法》第 402 条，受托人以自己的名义，在委托人的授权范围内与第三人订立合同，第三人在订立合同时知道受托人与委托人之间存在代理关系的，则该合同直接约束委托人和第三人。该条还规定，如果有确切证据证明该合同只约束受托人和第三人时，则该合同不能直接约束委托人。这一条款对外贸公司有很大意义。在实践中，国内的委托企业常常与外方当事人先谈判合同的条件，然后再找到外贸企业，委托外贸企业对外签订进出口合同。在这种情况下，外方当事人清楚地知道外贸公司只是国内企业的外贸代理人。在外贸公司完成委托事务后，如双方发生争议，根据《合同法》第 402 条的规定，委托人或第三人一般应直接进行协商或提起诉讼、仲裁，外贸公司则可以以此作为抗辩理由，不再承担合同责任。

根据《合同法》第 403 条规定，当受托人以自己的名义与第三人订立合同，而第三人不知道受托人与委托人之间的代理关系时，其后果分为以下几种情况：

(1) 当受托人因第三人的原因对委托人不履行义务时，即受托人对于未能履行对委托人的义务没有过错时，受托人应向委托人披露第三人，由委托人直接行使受托人对第三人的权利。但是，在第三人与受托人订立合同时，如第三人知道该委托人就不会订立合同的话，则委托人不得直接对第三人行使权利。

(2) 当受托人因委托人的原因对第三人未能履行合同时，受托人应当向第三人披露委托人。在这种情况下，第三人拥有选择权，可以选择受托人主张权利，或者选择委托人主张权利。但是，第三人一旦作出了选择，便不得变更选定的相对人。例如，一旦他选择受托人主张权利，那么即使他在对受托人的诉讼中败诉，或者虽胜诉，但未能得到实际履行，他也不能重新对委托人提起诉讼。可以看出，合同法的这一规定在很大程度上借鉴了英美法中有

关未被披露本人的代理的法律制度。

复习思考题

1. 当代理人未披露被代理人的存在，而以自己的名义订立合同时，其法律后果 在大陆法和英美法中有何差异？
2. 如何理解《合同法》第 402 条和第 403 条？