

## 第一章 代理的基本理论

### 第一节 代理的定义

#### 一、英美法关于代理的若干典型定义

诚如英国学者马克西尼斯(B. S. Markesinis)和孟代(R. J. C. Munday)所言,下定义对于起草合同和法律来说,非常必要。因为这有助于确定合同文本和立法文件中所用术语的含义。但下定义在著书授课活动中的必要性则大打折扣,有时甚至还具有误导性,尤其是在试图把讨论的详细内容浓缩成精炼、准确的一句话时。<sup>①</sup>这一观点对于英美代理法的研究来说,尤为如此。难怪英美代理法学者对于代理所下的定义各不相同,有的甚至还互相批评。但是,概念毕竟是研究的起点。要研究英美代理法,就必须先分析一下英美代理法学者关于代理的不同定义,并从中发掘每个定义所折射出来的定义者的思维方式和价值取向。

#### 1. 合意说的代理定义

《鲍斯泰德代理法》一书认为,“代理是存在于两人之间的一种信任关系,其中一方明示或默示地同意由另一方代表自己实施某种法律行为,另一方也同意实施该法律行为。在代理关系中,被另一方代表实施法律行为的人称为被代理人(principal),实施法律行为的人称为代理人(agent)。被代理人和代理人以外的任何人称

<sup>①</sup> B. S. Markesinis, R. J. C. Munday, *An outline of the law of agency*, second edition, Butterworths, London, 1986, p. 4.

为第三人(third party)”。<sup>①</sup>

《美国代理法重述》第1条第1款对代理所下的定义与之类似：“代理是一种信任关系；这种关系产生的理论基础在于，一方表示同意由另一方代表自己实施法律行为，并受自己控制；另一方也表示同意实施该法律行为。其中，前者称为被代理人，后者称为代理人”。<sup>②</sup>

美国代理法学者希维(Warren A Scavy)认为，代理是一种合意关系，其中一方当事人(代理人)在另一方当事人(被代理人)的制约下，受托拥有改变被代理人法律关系的权力。<sup>③</sup>

还有人把代理界定为，“一种双方合意的诚信关系。该关系产生的依据是代理人同意代表被代理人或者为了被代理人的利益而介入和第三人的关系”。<sup>④</sup>

上述定义强调了被代理人与代理人之间的合意(consent)或者意思表示一致。这些定义对于通常情形下的协议代理无疑是适用的。因为，在协议代理中，合意确实是代理关系的理论基础，并决定了代理权限的范围。但合意说代理定义无法适用于表见代理(apparent agency)和推定代理(presumed agency)的情形。因为，在表见代理和推定代理，代理关系的成立与当事人的意思和愿望毫不相关，甚至迥然不同。如果硬要坚持代理定义的合意性，则容易扭曲代理制度的本来含义。因此，合意说代理定义与其说是代理的定义，毋宁说是协议代理的定义。

---

① F. M. B. Reynolds, *Bostead on agency*, fifteenth edition, Sweet & Maxwell, London, 1985, p. 1.

② *Restatement of Agency*, second edition, American Law Institute, American Law Institute Publisher, 1958.

③ Warren A Scavy, "The rationale of Agency" (1920) 29 Yale L J 859, p. 868.

④ *Agency and Distribution Agreements: An international survey*, edited by Agustín Jauses, Graham & Trotman, London. pp. 266—267.

## 2. 权限说的代理定义

弗理德曼认为,代理是存在于两人之间的一种关系,其中一人(代理人)被认为在法律上代表另一人(被代理人),并能够通过签订合同或处分财产的方式来影响被代理人和第三人之间的法律关系。<sup>①</sup>

英国普通法中代理的经典定义是由齐梯(chitty)在《合同法》(第26版第2卷第1页)中给出的:“代理代表着的一套普通规则,在该规则下,一方(代理人)有权改变另一方(被代理人)的法律关系”。<sup>②</sup>

可见,与强调代理人和被代理人同意的合意说代理定义不同,权限说的代理定义侧重于代理人的权限。

## 3. 权力说的代理定义

不少英美代理法专家跳出合意说与权限说的框臼,把代理理解为一种权力责任关系(power-liability relationship)。正如多利克教授指出的,代理关系的基本特征在于以下事实:代理人享有改变被代理人与第三人之间法律关系的法律权力(legal power),被代理人负有改变其法律关系的相应责任。<sup>③</sup>英国学者马克西尼斯和孟代也同意这一观点,主张“权力”(power)是一个法律概念,而“权限”(authority)是一种事实状态,具体说来,权限是被代理人与代理人都同意的、由代理人实施某种行为,并对被代理人产生拘束力的行为的总称。另外,权力的存在与范围大小由公共利益决定,而权限仅限于被代理人与代理人之间的协议中所包含的被代理人的

① G. H. L. Fridman: *The Law on Agency*, London Butterworths, p. 9.

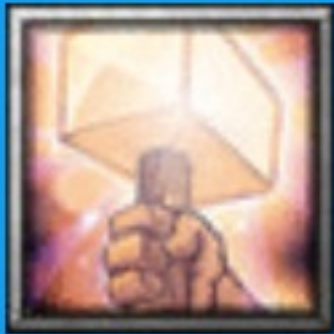
② *Agency and Distribution Agreements: An international survey*, edited by Agustin Jausas, Graham & Trotman, London, p. 255.

③ Dowrick, "The relationship of principal and agent", (1954) 17 MLR 24 at 36.

[www.docriver.com](http://www.docriver.com)

---

搜索商家 巨力电子书



意思表示。<sup>①</sup>本书作者赞同权力说代理定义。

## 二、代理的法律特征

虽然合意说、权限说和权力说对代理定义的表述方式各有侧重,但都不约而同地指出或暗示了代理的某些共同法律特征。

### 1. 被代理人和代理人之间是一种法律关系

现实生活中,一方当事人代表另一方当事人,或为了另一方当事人利益而实施某种行为的情形很多。只有当这种行为能够影响另一方当事人的法律地位,也即另一方当事人通过一方当事人实施的某种行为而对第三人享有权利或承担义务时,才产生代理法上的代理关系。

如果双方当事人之间的互相代表仅仅是一种道德关系或者纯粹事实上的社会关系,就不能称之为代理法上的代理关系。例如,丈夫可以委托妻子参加某一对夫妇的婚礼,并代表自己向新婚夫妇表示祝贺。这种情况下的代表仅仅是一种社交关系,而非法律关系,当然不适用代理法。但这并不意味着代理作为一种法律关系,一定非常复杂。恰恰相反,代理法上的某些代理关系有时非常简单。例如,母亲让儿子购买牛奶,儿子就是母亲的代理人。同样,公司授权董事对外签订合同,董事就是公司的代理人。

因此,考察一项代表关系是否构成代理,必须区分行为人是为另一方当事人履行一项道德或者社交上的义务,还是缔结、变更或终止某种法律关系。在前一情形下,就不存在代理关系;而在后一情形下,则存在代理关系。因此,判断行为人是否是代理人的关键在于行为人的行为是否改变了另一方当事人的法律地位。

### 2. 代理是一种涉及被代理人、代理人和第三人之间的三方关系

---

<sup>①</sup> B. S. Markesinis, R. J. C. Munday, *An outline of the law of agency*, second edition, Butterworths, London, 1986, p. 4.

平面几何中的三角形是由三边构成的,缺乏任何一边都无法构成三角形。同样,代理也是一种三方关系。英国代理法学者鲍威尔认为:“代理”一语既可以指被代理人 and 代理人之间的对内关系,也可以指代理人的对外关系,还可以指涉及被代理人、代理人 and 第三人之间的所有法律关系。<sup>①</sup>

虽然上述有的代理定义没有提及第三人,但代理人代表被代理人实施法律行为的目的,不在于在代理人和被代理人之间建立法律关系,也不在于在代理人和自己之间建立法律关系。因为,如果在代理人和被代理人之间建立了法律关系,那么二者都是民事法律关系的当事人,根本无代理关系可言。代理人如果代表被代理人和自己建立了法律关系,并以此来约束被代理人,那么,就构成了代理人义务的违反。关于此点,将在“第四章被代理人与代理人的关系”中详细论述。

因此,代理的特征之一就是,代理由三方关系构成:一是被代理人 and 代理人之间的内部关系,这是代理的基础关系;二是被代理人 and 第三人之间的法律效果归属关系;三是代理人 and 第三人之间的代理行为当事人关系。

### 3. 被代理人与代理人之间是一种信任(fiduciary)关系

代理人代表被代理人、或者为了被代理人的利益而实施民事法律行为,其法律后果由被代理人承担,这就决定了被代理人 and 代理人之间是一种信任关系。在代理关系中,被代理人处于一种消极地承受代理人法律行为后果的地位。因此,信任关系主要是针对代理人而言的,由信任关系所引申的受托信义也是代理人对被代理人所负的一项重要义务。根据受托信义义务,代理人在代理关系存续期间,如果没有被代理人的许可,不得代表和被代理人对立的一方,或为了代理人自己的利益而实施民事法律行为;也不得

<sup>①</sup> Powell, *The Law of Agency*(1961) Sweet & Maxwell, 110. 商家巨力

从被代理人和第三人的交易中谋取自己的利益；更不得把自己或他人的利益置于和被代理人利益相竞争的位置。概括起来，受托信义义务表明，代理人不能为了自己或他人的利益而损害被代理人的利益。

### 三、正确区分法律意义上的代理和商业意义上的代理

“代理”和“代理人”的术语在商业活动中被广泛运用。例如，汽车经销商(car dealer)可以被称为生产商的代理人。但是，这种称呼并不意味着通过汽车经销商的介入，使得汽车生产商和购买者之间缔结了买卖合同。实际上，汽车经销商首先从生产商那里购买汽车，然后再销售给购买者。如果汽车有瑕疵，购买者只能根据销售合同向经销商寻求救济。如果购买者愿意向生产商寻求救济，他只能追究生产商的瑕疵担保责任，或者就生产商的疏忽而导致的产品对财产或人身的损害提起侵权之诉。<sup>①</sup>

同样，独家代理协议(sole agency agreement)虽然赋予代理人独家销售产品的权利，但这并非严格法律意义上的代理关系。在“兰博诉格林”一案<sup>②</sup>中，被告委托原告在一定时间内作为其产品的独家代理人。但是，在独家代理协议有效期内，被告开始自己销售产品。如果该案中的“独家代理协议”是法律意义上的代理，那么被告自己销售产品是完全可以的。但它并不是法律意义上的代理，因为，本案中的代理协议规定了原告的独家销售权，所以被告在协议有效期内，自己销售产品就等于违反了合同的约定，应当向代理人承担违约责任。

### 四、正确区分代理与替代责任

传统英美代理法的理念要求代理人必须具有代理权限或者代

<sup>①</sup> B. S. Markesinis, R. J. C. Munday, *An outline of the law of agency*, second edition, Butterworths, London, 1986, p. 11.

<sup>②</sup> *Lamb (W T) & Sons v. Goring Brick Co Ltd (1932) 1 KB 710.*

理权限的外观,才能改变被代理人的法律地位。有人认为这种观点有欠周延,例如,法律自动构成代理中的代理人既不具有代理权限,也不具有代理权限的外观。还有人主张,类似于侵权法中替代责任原则应当取代一般的代理理念。

从历史上看来,代理法与替代责任一直密切相关,并且在实践中都规制着被代理人的某些侵权责任。例如,不容否认代理和表见权限理论在某种程度上,与侵权法的替代责任十分相似,因为它们都仅仅涉及到责任的承担。在美国,把合同法与财产法中的代理理念与侵权法中的替代责任联系起来,曾经风靡一时,其目的是为了创造更加一般、宽泛的原则。但这种时髦没有持续多长时间,原因在于合同债务与侵权责任性质不同,很难从中提炼出一条共同的代理原则。例如,侵权法中的赔偿责任比起合同法中的违约责任更容易追究一些。另外,追究一方当事人对另一方当事人的侵权行为所负的责任,往往是由于前者对后者具有一定的控制力。所以,最为典型的替代责任的例子就是雇主对雇员的侵权行为所负的替代责任。虽然代理人可以是雇员,但典型的代理人却不是雇员,而是独立实施法律行为的主体。与侵权法中的情形不同,代理法中争议的焦点不只是一个唆使者的责任问题。因为,在交易中被确定为被代理人的当事人也可以起诉,除非是在纯粹的表见权限的场合。即使在这种场合下,也还存在追认代理的可能性。所以,代理与其说是涉及某人对他人行为负责的一般法域的组成部分,不如说是一种商事法律制度。<sup>①</sup>笔者也赞同这一观点。

## 五、小结

在英美法系,代理关系不仅因协议,一方当事人的追认、不容否认法理而产生,而且还可以由法律自动构成。从理论上讲,在追

<sup>①</sup> F. M. B. Reynolds, *Bostead on agency*, fifteenth edition, Sweet & Maxwell, London, 1985, pp. 8—9.



认代理、不容否认代理及法律自动构成代理中,虽然事先没有被代理人的与其内心真意相一致的授予代理权限的意思表示,但为了保护善意第三人的利益和维护交易的动态安全,法律可以拟制或推定代理关系的存在。

有鉴于此,在给代理作出定义时,应当避免过分强调当事人的“同意”,同时,不应忽视代理人享有的改变被代理人法律地位的“权力”,以及被代理人所负的改变其与第三人之间法律关系的“责任”。

笔者认为,英美法上的代理可以定义为:“根据双方当事人的意思表示、法律的拟制或推定,一方当事人(代理人)有权改变另一方当事人(被代理人)与第三人之间的法律关系,而另一方当事人有责任改变其与第三人之间的法律关系的三方法律关系。”

## 第二节 代理的理论基础

关于代理的理论基础,英美法系学者们的观点仁智互见。归纳起来,主要有三种:一是合意说,二是权限说,三是权力说。

### 一、合意说 (consent)

以鲍思泰德(Bowstead william)、希维(Warren A Seavy)、鲍威尔(Raphael Powell)为代表的英美代理法学者,主张代理的理论基础是双方的合意。鲍思泰德认为:被代理人明示或默示地同意由代理人代表自己实施某种法律行为,代理人也恰好同意实施该法律行为。<sup>①</sup>《美国代理法重述》也同样强调被代理人和代理人的合意。希维称代理为一种“合意关系”。鲍威尔在论述代理人的定义

<sup>①</sup> F. M. B. Reynolds, Bostead on agency, fifteenth edition, Sweet & Maxwell, London, 1985, p. 1.

时,也强调了代理人作为一方当事人的代理协议。<sup>①</sup>

英美法院也不乏支持这一观点的判例。1863年格兰沃斯勋爵在“泼勒索李斯克”<sup>②</sup>一案中指出:“除非根据另一个人的意思,否则,任何人都不得成为其代理人。”一百多年后的1968年,皮尔森勋爵(Lord Pearson)仍然认为,“被代理人与代理人之间的关系只能根据被代理人和代理人之间的合意而确立。如果本案中的当事人就法律上构成此种代理关系的意思表示一致,那么即使他们拒绝承认、甚至公开否认这种代理关系,他们也应当被认为具有创设代理关系的合意。”<sup>③</sup>类似地,迪克森法官(Dickson J)在“盖林”一案<sup>④</sup>中也认为,该案中不存在代理关系的原因在于,缺乏双方当事人之间的代理合同。由此可见,主张代理的理论基础是合意的观点的不仅有学者,还有法官。

当然,也有很多学者反对把“合意”作为代理的理论基础。弗理德曼就曾强烈批评皮尔森勋爵的观点。批评之一是,应当由法律在当事人意思自治的基础上决定什么是代理。批评之二是,皮尔森否认尽管代理关系的创设违背了一方或双方当事人的愿望,却仍然能够得到法律确认的情形。在这种代理关系下,当事人之间不存在合同或合意的理论基础。也就是说,即使没有被代理人的批准,或者代理人愿意代表被代理人实施法律行为的意图,仍然存在代理关系。不容否认代理就属于这种情形。<sup>⑤</sup>

澳大利亚代理法学者斯图嘉(Stoljar)教授则反对合意代理和不容否认代理这种两分法。他认为,代理关系永远是一种合同关系,因为,代理关系总是牵涉到两个不同的合同:一是代理人和第

① G. H. L. Fridman: *The Law on Agency*, London Butterworths, p. 12.

② *Pole v. Leask*(1863)33 L. J. Ch. 155, 161.

③ *Garnac Grain Co. Inc. v. H. M. F. Fairclough Ltd.* (1968)A. C. 1130n., 1937.

④ *Guerin v R*(1984)13 DLR (4th)321.

⑤ G. H. L. Fridman: *The Law on Agency*, London Butterworths, pp. 12—13.

三人之间的合同,另一个是被代理人和第三人之间的合同。他认为,这就出现了“可转让的合同”(transmissible contracts)理论或“可转让的合同利益”(transmissible contract-interests)的理论。<sup>①</sup>但是,弗理德曼认为,斯图嘉的理论不仅文义令人费解,而且容易使人对各类代理的理念产生误解。<sup>②</sup>

道里克(Dowrick)教授也反对把合意视为代理的理论基础。他认为,许多与代理相关的法律都来源于衡平法、准合同或者侵权法。例如,代理人所负的一些义务是由法律强行赋予,而不是协议规定的,充其量只能视为一种准合同性质的义务。<sup>③</sup>另外,许多法院判例认为,代理人有义务把属于被代理人的金钱交给被代理人;根据侵权法,无偿代理人即使在缺乏代理合同的情况下,也必须谨慎地处理被代理人的事务,否则必须就其过错向被代理人承担侵权责任。

过分强调合意重要性的观点,也遭到了司法界人士的批评。例如,法院在“布尔德曼诉菲利普斯”一案<sup>④</sup>中主张:代理行为缺乏合意的当事人可以被视为“自我指定的代理人(self-appointed agents)”。在“布兰怀特诉沃塞斯特”一案<sup>⑤</sup>中,威尔伯弗斯勋爵(Lord Wilberforce)认为:为了囊括更复杂的、涉及到交易一方当事人是两个人以上的案例,应当采纳外延更加宽泛的“替代责任(vicarious responsibility)”概念,以代替代理的概念。理由是:如果把对行使代理权的合意强调为代理关系的理论基础,那么如何让被代理人对未授权的代理行为负责呢?难怪弗理德曼也认为,正是为了弥补代理理论基础合意说或协议说的漏洞,让某人(被代理

① Stoljar, *The Law of Agency*, Sweet & Maxwell Limited, 1961. pp. 18—36.

② G. H. L. Fridman: *The Law on Agency*, London Butterworths, p. 13.

③ Dowrick(1954)17 MLR 24 at p. 32.

④ Boardman v Phipps(1967)2 AC 46.

⑤ Branwhite v Worcester Finance Ltd (1968)3 ALL ER 104 at 122.

人)对其行为的合理预期结果负责,普通法才运用不容否认的概念,创设了不容否认代理权限的理论。<sup>①</sup>

笔者也赞同弗理德曼等人的观点,而对合意说难以苟同。当然,也不能从过分强调合意的极端滑向过分漠视合意的泥潭。因为,在现代市场经济社会,与其说“合意”或者“意思表示一致”不再重要,不如说原始的代理理论和制度随着经济理论基础的变化和发展作出了相应的调整,从而使得代理制度更加灵活高效地适应时代的发展潮流,而且协议代理仍然是最常见的代理方式。

## 二、权限说(authority)

在介绍和评价权限说之前,有必要澄清有关对“Authority”和“power”的译法。“Authority”在法律词典上主要有3类涵义:(1)权力,权限,职权;(2)根据,典据,权威言论;(3)判例,先例,委托书等。“power”主要有4类涵义:(1)权力,政权,势力,权限,权力范围;(2)强国,大国;(3)有权力的人,有影响的机构;(4)授权证书。<sup>②</sup>可见,“Authority”和“power”在文义上有交叉重复之处,即二者都有“权力”、“权限”之意。在英美代理法著作中,有学者认为代理的理论基础是“Authority”,也有学者认为是“power”。

那么,这两个英语单词究竟与中文里的哪个词汇相对应呢?香港学者何美欢在其《香港代理法》一书中,将“Authority”译为“权力”,而将“power”译为“势力”。<sup>③</sup>笔者认为这种译法值得商榷。因为,“势力”是社会生活中的一个概念,而不是法律术语。例如,“某人有势力”,表明某人在政治上、金钱上、学术上或者信仰上有很强的影响力,但这种影响力不是法律所赋予的,并且其内容也不直接体现为法律关系。因此,将“power”译为“势力”不符合法律用

① G. H. L. Fridman: *The Law on Agency*, London Butterworths, p. 14.

② 《英汉法律词典》,法律出版社1985年11月第1版。

③ 何美欢:《香港代理法》(上册),北京大学出版社1996年版,第4—5页。

语的习惯。根据习惯用法,“Authority”一词侧重于表达权力的范围,也即“权限”之意;而“power”一词侧重于表达权力的本身。因此,“Authority”最好译为“权限”,而“power”最好译为“权力”。

在英美代理法上,代理人的权限不仅被视为代理的核心,连接被代理人和代理人的理论基础;而且被视为代理关系中的奠基石。时至今日,代理权限仍然是在理解代理关系及其法律效果时经常被使用的概念。因此,不少学者用代理权限解释代理关系。

虽然在大多数场合下,代理权限确实是代理关系的理论基础;但在某些场合下,代理人即使没有代理权限,或者其行为超越了固有的代理权限范围,但根据法律的公平正义原则,仍然可以影响被代理人的法律关系。<sup>①</sup>因此,弗理德曼认为权限实际上是一个虚拟(artificial)的概念。因为,在许多场合下,代理人尽管没被授予代理权限,但仍然被视为拥有代理权力。他认为,用代理权限来解释代理人的行为能够改变被代理人法律地位的观点,是牵强附会的。

当然,如果用“权限”一词来说明代理关系的法律效果,却是行之有效的。具体说来,“权限”一词可以说明代理权是产生于当事人的协议,还是产生于当事人的行为。例如,这一概念可以帮助法学家简单而又精确地陈述代理人能够做什么,不能做什么;如何以有益或者有害的方式影响被代理人的法律地位。

但是,作为描述代理关系法律性质的一种手段,“权限”一词却不能令人满意。因为,它固然能够描述代理关系的目的在于一方当事人允许另一方当事人实施某种法律行为,但是无法解释为什么这种允许或者授权对于代理关系是至关重要的。<sup>②</sup>也就是说,从法学意义上看,这一术语无法揭示被代理人与代理人关系的性质,

<sup>①</sup> B. S. Markesinis, R. J. C. Munday, *An outline of the law of agency*, second edition, Butterworths, London, 1986, p. 5.

<sup>②</sup> G. H. L. Fridman: *The Law on Agency*, London Butterworths, p. 15.

而源于创设代理关系的权力与责任则能较好地揭示这一本质。

从英美代理法学者的著作来看，“权限”和“权力”是有严格区别的。这种区别主要表现在以下四个方面：

第一，二者的性质不同。权力是一个法律概念 (legal concept)，而权限是一种实际状况 (factual situation)。道里克教授认为：“代理人是被法律赋予拥有改变被代理人和第三人之间法律关系的法律权力 (power) 的人”。<sup>①</sup>而权限是被代理人和代理人都同意的、由代理人实施、并拘束被代理人的所有行为的总和。例如，“甲授权乙”意味着甲和乙都同意由乙代表甲实施一定的法律行为，乙则通过行使该权限具备了改变甲的法律关系的权力。

第二，二者的来源不同。权力的存在及其外延是由法律和公共利益决定的，而权限是在被代理人和代理人的协议中由被代理人的意思决定的。蒙特罗斯 (Montrose) 教授从法律规范的角度探讨了权力的实质。他认为，代理人的权力严格说来不是由被代理人赋予的，而是由法律赋予的。被代理人和代理人通过实施法律行为使得法律的规定运作起来，其结果是代理人取得了这种权力。”<sup>②</sup>

第三，二者的外延不同。与权限相比，权力是一个外延更加宽泛的概念。有权限必然有权力，而有权力则不一定存在权限。就被代理人明示或默示地同意代理人代表自己实施的法律行为而言，代理人被认为具有实施这些法律行为的权限；这种权限 (authority) 就构成了影响被代理人和第三人之间法律关系的一种权力 (power)。在某些情形下，代理人既没有被代理人的明示授权，

---

① Dowrick(1954)17 MLR 24 at p. 36.

② “The basis of the power of an agent in cases of actual and apparent authority” Can Bar Rev 756, 761(1938).

也没有被代理人的默示授权,但却拥有拘束被代理人的权力。<sup>①</sup>正如鲍斯泰德指出的,当被代理人自愿向代理人授予权限时,代理人被认为获得了授权,或者拥有了被代理人的权限。但是,即使在被代理人没有自愿向代理人授予代理权限的情况下,也有可能存在代理人的权力。在英美法系中,这些比较少见的情形被称为法律自动构成的权限、不容否认代理或者表见权限。但是,这些情形下的代理人权力与通常情形下的代理人权力是相同的,因而没有“表见权力”的说法。无论是“实际权限”,还是“表见权限”,代理人拥有的“权力”都是一样的。<sup>②</sup>这一点,在不容否认的代理中表现得最明显。

值得注意的是,尽管本书有时在行文时遵照一些英美代理法学者的用法,使用了“表见代理权限”、“法律自动构成代理权限”、“紧急代理权限”等提法,但严格说来,笔者并不同意这种提法。因为在表见代理和法律自动构成代理(含紧急代理)的情形下,代理人其实并无实有代理权限,只不过具有拘束被代理人的代理权力而已。因此,“法律自动构成代理权限”、“紧急代理权限”应当改称为“法律自动构成代理权力”、“紧急代理权力”。

第四,二者蕴含的伦理价值不同。权限与占有(possession)一样,一般认为是产生某种法律结果的事实,可以用来说明某种法律结果的正当性;权力则是中性的,它只简单地陈述一种结果,而不论导致这种结果的原因的正当性如何。<sup>③</sup>

---

① B. S. Markesinis, R. J. C. Munday, *An outline of the law of agency*, second edition, Butterworths, London, 1986, p. 8.

② F. M. B. Reynolds, *Bostead on agency*, fifteenth edition, Sweet & Maxwell, London, 1985, p. 5.

③ F. M. B. Reynolds, *Bostead on agency*, fifteenth edition, Sweet & Maxwell, London, 1985, p. 5.

### 三、权力说(power)

正是由于权力与权限之间存在着本质区别,而且权限说在解释代理关系的理论上存在着局限性,因此,当代许多英美代理法学者主张:代理的理论基础是权力。例如,希维在代理的定义中说到:代理人在被代理人的控制下,为被代理人的利益而在信托法上拥有影响被代理人特定法律关系的权力。<sup>①</sup>鲍威尔称,代理人有权力影响被代理人和第三人之间的法律关系。<sup>②</sup>道里克认为代理的本质特征是,代理人被赋予改变被代理人和第三人之间法律关系的法律权力,而被代理人则负有相应的责任改变自己的法律关系。<sup>③</sup>

但是,代理关系仅仅是诸多权力责任关系中的一种。那么,代理关系中的权力和其他法律关系中的权力有何不同呢?代理关系中权力的最显著特征是,代理人拥有的改变被代理人法律关系的权力,是被代理人自身拥有的改变自己法律关系这一权力的复制品(reproduction)。易言之,法律赋予代理人的权力恰恰是被代理人自身拥有的权力的复本(facsimile)。<sup>④</sup>难怪英国学者波洛克(Pollock)发出这样的感慨,“通过代理关系的创设,个人的法律人格在空间上可以得到极大的扩张”。<sup>⑤</sup>

这可以从以下几方面加以说明:(1)代理人的代理权力与被代理人自身所拥有的权力范围相同。代理人拥有的拘束被代理人的权力应限制在被代理人所拥有的拘束自己的权力范围之内,代理人行使的权力不得超过被代理人授权或者法律规定的范围。

① Seavy, 'The Rationale of Agency' (1920) 29 Yale LJ 859 p. 868.

② Powell, The Law of Agency (1961) Sweet & Maxwell, p. 7.

③ Dowrick (1954) 17 MLR 24 at p. 36.

④ B. S. Markesinis, R. J. C. Munday, An outline of the law of agency, second edition, Butterworths, London, 1986, p. 11.

⑤ Pollock, Principles of contract (ed Winfield, 13th edn) p. 45.



(2)代理人的代理权力与被代理人自身所拥有的权力效果相同。当代理人以被代理人的名义实施法律行为时,其法律效果是改变了被代理人的法律地位,而代理人则退出其缔结的法律关系。此种情况下,代理人签订合同的结果由被代理人承担,如同被代理人亲自签订的一样。<sup>①</sup>(3)代理人的代理权力与被代理人自身所拥有的权力在得丧变更上一致。被代理人改变自己法律关系的权力因死亡、精神病或破产而终止,那么代理人的权力也自动终止。(4)为确保代理人的代理权力与被代理人自身所拥有的权力一样,不损害被代理人的利益,法律严格规范代理人权力的运用。易言之,代理人不能滥用代理权力为自己牟利,损害被代理人的利益。

“权力”一词的使用还表明,代理关系是由法律创设,而非当事人行为创设的。当事人固然可以通过签订代理协议或其他方式创设权力责任(power-liability)关系,并扩张或限制权力责任关系的范围,但是,如果被代理人和代理人之间没有代理协议,那么代理权力也可源于法律的规定。例如,不容否认代理中的代理权力就是由法律赋予,而非协议约定的。因此,蒙特罗斯(Montrose)指出:代理的理论基础包括两部分,一是被代理人向代理人授予代理权力的行为;二是代理人行使代理权力的行为。其中,前者又产生于以下任何一种情况:(1)被代理人与代理人之间订有代理协议,被代理人承诺受代理人行为的拘束,这就产生了代理人的实际权限。这种代理实际上是当事人意思自治的产物。(2)被代理人向第三人表明并引导第三人合理地相信,自己愿意接受代理人行为的拘束。这就产生了代理人的表见权限。不容否认代理就是明显的例证。<sup>②</sup>

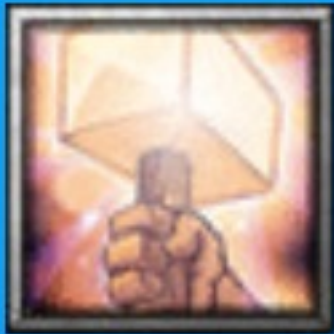
<sup>①</sup> G. H. L. Fridman: *The Law on Agency*, London Butterworths, p. 16.

<sup>②</sup> Montrose, 'The basis of the power of an agent in cases of actual and apparent authority'(1938)16 *Can BR* 757.

[www.docriver.com](http://www.docriver.com)

---

搜索商家 巨力电子书



一旦认识到代理的理论基础就是影响被代理人和第三人之间法律关系的权力,那么代理法也就很容易理解了。代理人权力的主要内容是关于被代理人和代理人的行为如何影响第三人的。被代理人和代理人之间的内部关系不仅对双方当事人很重要,而且就第三人的权利和责任而言,也很重要。另外,被代理人、代理人和第三人之间的三方关系不是互相分割、互不搭界,而是紧密相连、相互作用的。例如,代理人拘束第三人和被代理人的行为方式很可能就影响到他的报酬给付请求权和费用补偿请求权。代理人是否妥当地行使了自己的代理权限,也关系到第三人的法律地位。此外,被代理人决定代理人代理权限大小的权利虽然属于被代理人 and 代理人之间的内部关系,但也影响到第三人的权利义务。

因此,英美代理法学者认为,代理法的核心在于调整被代理人 and 代理人之间的权力责任关系,也即代理人的权力与被代理人的责任。代理法学者们探讨的中心问题就是,这种权力责任关系如何产生,如何确定这种权力责任关系,这种权力责任关系涉及到哪些方面。为此,首先要区分代理和其他产生权力责任的法律关系。代理这种权利责任关系的特殊性在于,代理人有权通过和第三人签订合同或处分被代理人的财产影响被代理人的法律地位。这种权力作为代理关系的本质,把代理人和其他有权影响他人法律关系的法律主体区分开来。后者不拥有和代理人一样的权力,因为他们既不能通过签订合同来影响他人的法律地位,也不能通过处分他人的财产而改变原财产所有人的所有权;相反,只有代理人才同时拥有这两种权力。其次,根据不同代理人权力性质和范围的不同,还可以对代理人种类作出进一步划分。<sup>①</sup>关于此点,将在本书后面予以阐述。

<sup>①</sup> G. H. L. Fridman: The Law on Agency, London Butterworths, p. 18.

#### 四、小结论

笔者认为:在英美法系,尽管“合意”在大多数情形下是判断代理关系存在与否的关键性因素,尽管被代理人和代理人之间的权利义务关系大多因他们之间的协议而产生,并且他们的行为也受到这种协议的制约,但这并不等于说,代理关系产生的理论基础就一定是被代理人和代理人之间的合意。在现实生活中,既有因合意而产生的代理,也有不容否认的代理,还有法律自动构成的代理。

正如一些英美代理法学者所指出的,应当避免过分强调“合意”的重要性,更不能把它视为代理的理论基础。原因有二:(1)在表见权限或推定权限(presumed authority),代理关系的产生与合意无关,甚至与当事人的真实意思相反。在这种情况下,大谈特谈“合意”只会歪曲该词的应有之义。(2)过分强调“合意”,还将意味着法院在审判有关案件时,只要看看眼前的事实,然后机械地判断是否存在代理关系就行了。相反,法院应有的态度是:审查有关的案件事实,并从法律的角度对事实作出解释。因此,是否存在代理关系归根结底是一个法律问题。法院不能机械地凭着当事人之间是否有代理的合意来判断代理关系的存在与否。<sup>①</sup>

同样,“权限”也不能解释代理人虽没有被代理人授予的代理权限,却拥有拘束被代理人的代理权力的情形。从本质上看,所谓代理权限,实际上也是由被代理人授予、同意代理人代其实施某种行为的意思表示。因此,虽然“合意”和“权限”的措辞不同,但二者来源一致,即都是由被代理人作出的某种意思表示。在下文归纳代理类型时,将会发现只有在协议代理中,才既存在被代理人的“同意”,也存在代理人的“权限”。因此,“合意说”和“权限说”都不

<sup>①</sup> B. S. Markesinis, R. J. C. Munday, *An outline of the law of agency*, second edition, Butterworths, London, 1986, p. 4.

能涵盖所有的代理类型,从而也无法彻底揭示代理关系的本质。

笔者赞同“权力说”或者“权力责任说”,主张代理的理论基础是权力。因为:(1)从内涵上看,“权力说”能够全面揭示被代理人、代理人与第三人之间的三方法律关系,既注意到了被代理人与代理人之间的内部关系,抓住了代理人权力的本质特征,也顾及到了被代理人与第三人之间的权利义务关系。例如,代理人的“权力”表明,代理关系是由法律创设,而不是由当事人行为创设的。(2)从外延上看,“权力说”具有强大的包容性,既能把协议代理包括在内,又能把没有当事人与内心真意一致的意思表示、但根据法律规定能够产生代理关系的不容否认代理和法律自动构成代理包括在内。

### 第三节 代理的主体

#### 一、被代理人的行为能力(capacity)

在英美代理法中,以被代理人的身份和姓名是否为第三人知晓为标准,被代理人可以划分为显名被代理人、隐名被代理人 and 身份不公开的被代理人。但是,无论何种被代理人,都应当具备作为被代理人的行为能力。但此处探讨的被代理人的行为能力仅限于协议代理、追认代理、不容否认代理、法律自动构成代理及被代理人身份不公开的代理的场合,而不包括类似于我国《民法通则》所指的法定代理和指定代理的场合。实际上,类似于我国的法定代理和指定代理的制度规定在英美的亲属法中,而不在代理法中。

#### (一)关于被代理人行为能力的一般理论

鲍思泰德在论述被代理人行为能力时说到,被代理人通过代理人签订合同或实施其他法律行为的行为能力,与被代理人亲自

签订合同或亲自实施这些法律行为的行为能力在范围上是相同的。<sup>①</sup>《美国代理法重述》第 20 条也持此见解:被代理人具备亲自实施法律行为,从而设立和变更自己与他人法律关系的行为能力,也就能够授权代理人去实施此种法律行为,产生的法律效果与被代理人亲自实施法律行为的法律效果相同。<sup>②</sup>“白特曼诉米德威尔斯铁路公司”一案<sup>③</sup>也表明:被代理人没有行为能力实施的法律行为,也不能授权代理人实施。麦吉姆(Mechem)主张:精神正常的人都可以成为被代理人。<sup>④</sup>

## (二) 未成年人作为被代理人的行为能力的限制

“邹其阿伯特”<sup>⑤</sup>等早先的判例认为,未成年人不能委托代理人。丹宁勋爵在“谢菲德”一案<sup>⑥</sup>中指出:“如果未成年人委托代理人,不仅其委托无效、而且代理人代表其实施的任何法律行为也都无效,并且不可予以追认。”

但是,丹宁勋爵在随后的 G. (A.) 一案<sup>⑦</sup>中修正了自己的上述观点:当未成年人能够依法实施对自己产生拘束力的法律行为时,他也可以委托代理人实施。丹宁勋爵的观点主要来源于这样一个基本原则,即:被代理人可以亲自实施的法律行为均可委托代理人实施。因此,未成年人可以通过代理人缔结对自己产生拘束力的合同,而且未成年人可以授权代理人代为承诺,即使结果对自己不利。但是,对未成年人不能产生拘束力的合同,也不因代理人是成

① F. M. B. Reynolds: *Hostead on agency*, fifteenth edition, Sweet & Maxwell, London, 1985, p. 30.

② Restatement of the Law of Agency (second), American Law Institute, American Law Institute Publishers, 1958, § 20.

③ *Bateman v Mid-Wales Railway Co* (1866) LR 1 CP 499.

④ *Mechem*, *Outlines of Agency* (4th ed.), p. 9.

⑤ *Zouch d. Abbotand Hallett v. Parsons* (1765) 3 Burr. 1794, 1804.

⑥ *Shephard v Cartwright*, (1958) CH. 728, 735.

⑦ *G. (A.) v. G. (T)* (1970) 2 QB. 643, 652.

年人而拘束未成年人。<sup>①</sup>

英美代理法通说认为,未成年人不得签发授权委托书委托代理人。学者们经常引用的判例大多与诉讼代理人的授权问题有关。在这些情形下,未成年人只能通过监护人签发授权委托书。有些判例认为,未成年人可以撤销其代理人签署的处分财产的契据,因为,未成年人委托代理人的行为不能对自己产生不可撤销的拘束力。<sup>②</sup>

## 二、代理人的行为能力

以英国学者鲍斯泰德为代表的通说认为,任何精神正常的人(包括未成年人),都可以作为代理人,代表他人实施某种法律行为。<sup>③</sup>《美国代理法重述》第21条的规定与鲍斯泰德的观点相若。

在英美代理法学者看来,代理行为仅仅是一种工具,被代理人在选择代理人的时候,当然知道代理人的行为能力状况,他有权选择限制行为能力人、甚至无民事行为能力人作为他的代理人,只不过要承担相应的、因代理人行为能力缺陷而带来的风险。

至于代理人是否识字,并不是判断行为人是否具备作为代理人行为能力的重要标准。因此,即使文盲也可以作为代理人在书面合同上签字画押。在“弗尔曼”一案<sup>④</sup>中,一个农夫通过铁路运输一批牲畜,他雇佣的牲畜看管人虽然不识字,但是仍然代表农夫签订了一份牲畜买卖合同。法院认为,该合同对农夫具有拘束力。但是,行为人如果不能理解他正在实施的行为的性质,就不能担任代理人,即他的行为不能影响被代理人的法律地位。

① *Chaplin v. Leslie Frewin(Publishers)Ltd.* (1966)1 Ch. 71, 90, 93—94, 97.

② F. M. B. Reynolds: *Bostead on agency*, fifteenth edition, Sweet & Maxwell, London, 1985, p. 31.

③ F. M. B. Reynolds: *Bostead on agency*, fifteenth edition, Sweet & Maxwell, London, 1985, p. 33.

④ *Foreman v. G. W. Ry. Co.* (1878)38 L. T. 851.

成文立法有时要求担任特定类型代理人(如律师)必须具备特定的法律资格,在这种情况下,不具备此种资格的行为人实施的代理行为就构成违法行为。行为人无权对被代理人行使报酬请求权和费用补偿请求权。但是,除非立法规定此种代理行为无效,否则,被代理人仍然受其代理行为的拘束。

#### 第四节 代理行为的范围

英美法院的多数判例和《美国代理法重述》第17条认为,凡是可以由被代理人亲自实施的法律行为均可委托代理人实施。

但是,代理人无权行使专属于被代理人的权利或优先权,无权履行专属于被代理人的义务,无权实施需要被代理人亲自行使自由裁量权<sup>①</sup>或者需要被代理人特殊技能的行为,无权实施成文法要求被代理人亲自实施的行为。根据大陆法学者的观点,不能适用代理的行为主要有两类:第一类是根据法律要求必须由被代理人亲自实施的行为,如结婚、离婚、收养、遗嘱、遗赠、遗赠抚养协议等;第二类是法律虽然没有规定不得适用代理,但依其性质不能适用代理的行为,如捐赠、继承的承认或抛弃等。<sup>②</sup>实际上,大陆法系中禁止适用代理的行为,有的涉及到被代理人的自由裁量权,有的涉及到被代理人的个人因素。可见,在这一点上,英美法系与大陆法系的立场基本相若。

在英美法系,代理人可以实施的行为主要是订立和履行合同。一般说来,被代理人可以通过代理人订立任何合同,除非该合同强

<sup>①</sup> 在英美法系,作为一项规则,被授予自由裁量权的人必须亲自去行使。因此,如果签署授权委托书必须征得某一当事人的同意,那么该人无权指定一个代理人代表自己作出同意的意思表示;如果某法官把任命公司清算人的权力转让给其书记员,该转让也被视为无效。

<sup>②</sup> 梁慧星:《民法总论》,法律出版社1996年版,第222页。



调被代理人的个人因素 (personal attributes)。被代理人也可以委托代理人履行合同,但合同条款明示或默示地排除他人替代履行 (vicarious performance) 的情况不在此限。英美代理法学者虽然没有详细论述与签订合同有关的行为是否适用代理,但从法解释学上看,只要与订立合同有关的行为既不违法,又不必由被代理人亲自实施,原则上都可由代理人代为实施。

在英国,代理人可以自己的名义、根据《反欺诈法》(Statute of Fraudes)第4条或1925年《财产法》(Law of Property Act 1925)第40条之规定,在代理权限范围内签署备忘录。在这种情况下,代理人不必获得被代理人的专门授权。

英美法系一些判例认为,代理人履行合同并不等于合同债务的转移,被代理人仍应对其债权人负责。<sup>①</sup>而且,合同的对方当事人也不得就该合同对代理人提起诉讼。此外,只要代理人合法地得到了被代理人的签字蜡封式的授权书,他就可以签署契据 (deed)。英美法系允许转代理或复代理。因此,作为代理行为的范围之一,代理人还可以委托复代理人。

英美法系关于代理行为范围的界定与大陆法系及我国的代理立法基本持有相同的立场。我国《民法通则》第63条就代理行为的范围作了规定:“公民、法人可以通过代理人实施民事法律行为。”“代理人在代理权限内,以被代理人的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。”“依照法律规定或者按照双方当事人约定,应当由本人实施的民事法律行为,不得代理。”根据对“民事法律行为”的解释,代理人不仅可以订立合同,而且还可以代表被代理人实施与订立合同密切相关的行为,如变更合同、解除合同及撤销可撤销的合同。另外,构成合同的要约和承诺、与合同密切相关的准民事法律行为(例如要约邀请、要约

<sup>①</sup> Stewart v. Reavall's Garage(1952)2 Q. B. 545.

撤回、承诺撤回、承诺迟到的通知、债权的主张和承认、解除合同通知、瑕疵通知、履行催告等)、与合同密切相关的事实行为(例如订约时样品的交付与受领、实践合同标的物的交付与受领、合同履行时标的物的交付与受领、标的物的检验等)、与合同密切相关的程序行为(例如合同的公证以不动产为标的的合同向登记机关办理登记等)也应包括在代理的适用范围内。<sup>①</sup>

另外,英美法系和大陆法系都强调,代理人实施的代理行为必须符合法律规定和公共利益,不得损害国家利益、他人利益和社会公益。

## 第五节 代理与其他法律关系的比较

为究明英美法中代理的法律特征,有必要对代理与其他近似法律关系之间的区别与联系加以研究。例如,在英美法系中,“代理人”一词经常被不加区分地使用,并且还包括一些不拥有拘束被代理人的权限,但对被代理人负有若干义务的法律主体。这些法律主体包括介绍商业机会的代理人和某些种类的经纪人(broker)。严格说来,这些法律主体不是代理人,但由于他们对被代理人负有诚信义务,因此也适用代理规则。<sup>②</sup>

### 一、代理和信托的区别

我国是一个受大陆法系影响较深的国家。当前,我国正在努力完善包括代理制度在内的民事立法体系,积极酝酿起草《民法典》。与此同时,在接受英美法系先进立法例、判例与学说的理论基础上,我国立法机关已把《信托法》纳入立法工作的议事日程。

<sup>①</sup> 梁慧星:《民法总论》,法律出版社1996年版,第223页。

<sup>②</sup> Agency and Distribution Agreements: An international survey, edited by Agustin Jausas, Graham & Trotman, London, p. 256.

那么,代理关系与信托关系到底有何联系与区别,代理人与受托人的法律地位之间又是一种什么关系?这对以大陆法系民法学素养见长的我国学者来说,容易产生混淆。因此,有必要予以澄清。

所谓信托,是指持有并管理财产的一种协议。据此,财产或者法定权利的所有者(即信托人)将财产或权利交给另一个人或几个人(即信托受托人),后者据此代表,或为另一方(*cestuique trust* 或受益人)、或为某一特定目的而持有财产和管理权。信托概念的本质在于法定所有权和收益所有权之间的分离,受托人享有普通法上的所有权,受益人享有衡平法上的请求法院强制履行的权利。信托的概念是英国衡平法对法理的最为重要的贡献。<sup>①</sup>与代理人类似,信托受托人可以代为处理委托人的事务或掌管其财产,并且能够改变他们的法律地位。

#### (一)信托受托人和代理人之间的本质区别

代理人和信托受托人在英美法的区别表现在以下几个方面。

1. 从概念上看,代理人为被代理人实施法律行为,信托受托人则为委托人掌管财产。

2. 信托受托人对其掌管的金钱或财产享有普通法上的所有权,而受益人对此种金钱或财产享有衡平法上的权利,受益人权利的实现是对物进行的,而不是对人进行的。因此,信托行为不具备代理行为的功能。而代理人一般不为被代理人掌管金钱或财产。如果代理人从被代理人那里或代表被代理人获得了金钱,那么,他的地位就相当于被代理人的债务人;如果代理人收取货物,他就要以受托人(*bailee*)的身份保管货物。因此,代理人不具有受托人的义务或责任。

3. 受托人通常不接受受益人的控制,受益人也无权撤销信托关系。而代理人必须接受被代理人的控制,被代理人一般都有权

<sup>①</sup> 《牛津法律大辞典》,光明日报出版社1988年版,第898页。

撤销自己的授权。因此,区分信托受托人和代理人的主要标志是看他们接受控制程度的大小。

4. 明示信托受托人的法律地位一般由成文法调整;而代理人的法律地位在不同领域表现不一,因此无法由一般的成文法进行调整。但是,成文法可以影响特别类型的代理人或代理情形。

5. 代理关系虽并不必然源于双方当事人的合意,但是,双方当事人之间的合意是产生代理关系的主要原因。即使在法律自动构成的代理,也涉及到一方当事人的同意。而信托关系的形成则不需要受益人或信托受托人当中任何一方的同意。此外,以协议创设的被代理人与代理人之间的代理关系不必采取特别形式;而在某些场合下,信托关系的创设必须采取书面形式。<sup>①</sup>

6. 代理人负有服从被代理人的义务。信托受托人只负有遵守信托条款的义务,而没有义务服从受益人。当然,受益人有权申请法院强制受托人履行信托条款规定的义务。

7. 根据《美国信托法重述》的规定,受托人无权通过合同或其他法律行为拘束受益人,尽管他能够使信托财产成为侵权之债、合同之债和返还义务请求权的客体。而代理人可以因其代理行为直接拘束被代理人。

8. 代理关系可因被代理人或代理人一方的意思表示、死亡或丧失行为能力而终止。但在信托关系中,除非信托条款另有规定,信托关系并不因信托人、受益人和受托人任何一方当事人的意思表示、死亡或丧失行为能力而终止。

9. 代理人不仅可以创设被代理人和第三人之间的合同关系,而且还可以使被代理人转入到其他形式的民事法律关系中。例如,代理人对第三人实施了侵权行为,就有可能导致被代理人承担责任。在信托关系中,由于受托人不是受益人的代表人,因此,受

<sup>①</sup> 英国 1925 年《财产法》第 53 条。

益人没有义务对信托受托人的契约之债或侵权之债承担责任。

10. 被代理人与代理人之间的诉讼受诉讼时效的限制,而受益人就欺诈或返还信托财产而提起的诉讼,不受诉讼时效的限制。但受托人可依据衡平法上的懈怠法理(doctrine of laches)对抗受益人的请求权。当然,在诉讼时效是否受限制方面,代理人与受托人之间的区别不大。<sup>①</sup>

## (二)代理人和受托人的联系

代理人和受托人之间既有区别,也有联系。

就二者的历史联系而言,现代社会中的代理关系由传统的社会关系(例如主仆关系、受托人和受益人关系)演变而来。英国学者梅特兰(Maitland)认为,代理法与信托法都起源于早期的用益原则(doctrine of uses)。<sup>②</sup>在很长一段时间里,代理和信托没有被加以区别。就被代理人对代理人的信任而言,直到18和19世纪,大法官法庭仍把代理人视为受托人。一些代理法律规则的演变也很容易留下一个把代理人与信托受托人法律地位相类比的印象。例如,美国学者希维(Seavey)指出,“代理只不过是受代理人授权、代理人承受信托义务的结果”。<sup>③</sup>

就二者在制度上的共性而言,更是多种多样。

1. 代理人和受托人都是为了他人的利益而实施法律行为。
2. 尽管代理本质为普通法上的概念,但代理法的主要内容由信托法派生而来,或与信托法密切相连。
3. 受托人在某些情形下拥有代理权,代理人也可像受托人那样掌管金钱。
4. 代理人负有受托信义义务(fiduciary duties)。代理人如果

① *Bejermann v Bejermann* (1895)2 Ch 474.

② G. H. L. Fridman: *The Law on Agency*, London Butterworths, p. 20.

③ Seavey, "The Rationale of Agency", 29 *Yale LJ* 859, 1920.

从被代理人那里获得了不当钱财,根据推定信托的原理,此种钱财就应被视为被代理人的财产,被代理人因此而享有财产返还请求权。

5. 信托和代理虽然在概念上区别较大,但实践中很难区分。例如,一方当事人可以同时拥有代理人 and 信托受托人的双重资格。

6. 在买主不知存在信托关系,而且支付对价的情况下,信托受托人向买主让渡的法律权利具有法律效力,不受受益人利益的影响。同样,代理人在把被代理人的财产让渡给善意第三人的情况下,第三人也可以抗辩被代理人对被让渡财产的请求权。

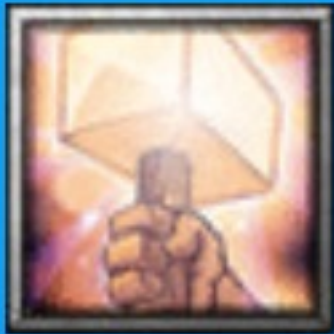
7. 代理人的义务与信托受托人对受益人所负的义务在某些方面极为相似。例如,如同受托人对受益人所负的义务,代理人不得使自己对被代理人所负的义务与代理人的个人利益发生冲突。二者一旦发生冲突,代理人的个人利益必须让位于对被代理人所负的义务。但是这种相似性不能过分夸大。因为英国 1925 年的《信托法》规定了受托人的各种义务,而代理人的义务则不是由成文法派生出来的。

8. 如同受益人对受托人享有衡平法上的救济权利,被代理人也可以就代理人支配的财产享有衡平法上的救济。例如,代理人利用代理关系谋取私利时,在衡平法上必须把这种利益交付被代理人,就像受托人在信托关系中私自谋取利益的情形一样。而且,如果被代理人的财产与代理人的财产发生混同,被代理人对于财产的权利仍然有效。这与受益人的财产和受托人的财产发生混同的情形相同。然而,富有争议的一个问题是,当被代理人的金钱转化为其他形式的财产,或者和其他资金混同时,代理人是否可以像受托人一样被提起诉讼呢? 英国学者鲍威尔(Powell)对此持肯定态度。汉伯利(Hanbury)和道里克(dowrick)教授却认为,要想使被代理人不顾财产的转换形式,一味地对原本属于被代理人的财

[www.docsriver.com](http://www.docsriver.com)

---

搜索商家 巨力电子书



产追根溯源是不可能的。<sup>①</sup>汉伯利和道里克教授的观点主要源于“李斯特”一案<sup>②</sup>的判决。该案中,代理人在购买投资股份的时候,秘密地从第三人那里收取了商业贿赂。法庭认为,被代理人不能主张这一股份。理由是,被代理人和代理人的关系是一种债权人和债务人的关系,而不是受托人和受益人的关系。当然,法院的这种观点遭到了众多批评,因为它不符合现代社会中代理关系的特征。

综上所述,英美法系中的代理制度与信托制度既有严格区别,也有许多共性。鉴于大陆法系与英美法系的代理制度存在诸多差异,我国在引进英美法系的信托制度时,更是应当慎重对待代理人与受托人这两种活跃的市场主体的法律地位。

## 二、代理人和货物寄托受托人

货物寄托(bailment),是指委托人(bailor)根据特定的委托,将某个动产(chattels)的占有权让渡给受托人(bailee),受托人负责把该动产返还委托人,或者按照特定方式占有和处分该动产。<sup>③</sup>

货物寄托的法律特征是:(1)在货物寄托关系中,处置被寄托动产的权力由委托人转移给受托人;(2)委托人对寄托动产的权利直接受受托人行为的影响,此种影响对委托人具有拘束力;(3)受托人虽为委托人掌管动产,但其只是财产的占有人,而非财产所有权人,财产的所有权仍属于委托人;(4)受托人不向委托人提供任何劳务。<sup>④</sup>

1. 代理人和受托人的区别主要有:(1)代理人有可能成为被代理人货物的受托人,这也是代理人权限的组成部分,在拍卖商

① G. H. L. Fridman: The Law on Agency, London Butterworths, p. 22.

② Lister & Co. v. Stubbs(1890)45 Ch D 1.

③ G. H. L. Fridman: The Law on Agency, London Butterworths, p. 23.

④ G. H. L. Fridman: The Law on Agency, London Butterworths, p. 23.



(auctioneer)或代理商(factor)的场合尤为如此。但是,受托人很少成为寄托人的代理人。(2)受托人虽为委托人掌管财产,但不享有代理权。受托人只是根据委托人的许可(如寄托合同),而就寄托财产行使委托人处置财产的某些权力。这从“奥伯玛乐供应公司”一案<sup>①</sup>中可以看出。(3)受托人无权代表委托人订立合同,也不能使委托人对受托人的任何行为负责。不过,应指出的是,在受托人行使委托人某些针对财产的权力,如请求他人对寄托财产进行修缮或者提供有关服务时,委托人应对此类合同负责。

2. 代理人和受托人的联系:(1)按照 19 世纪的商业惯例,代理商可以像受托人那样,占有被代理人的动产。(2)受托人为了合理地占有和使用寄托财产,有时可以像代理人那样实施法律行为,并对委托人产生拘束力。这种情形与代理人根据默示权限、表见权限或者紧急代理权限所订立的合同有相似之处。在具备表见权限的情况下,寄托人对受托人确定的有关代理权限的限制不得对抗善意第三人。(3)代理人和受托人的法律地位有时互相交叉,甚至发生重叠。因此,商业中间人既可以是寄托受托人,也可以是货物销售代理人,同时还可以是掌管货物销售价款的信托受托人。(4)当受托人请求他人对寄托财产进行修缮或者提供有关服务时,委托人应对此类合同负责。<sup>②</sup>

### 三、代理人与雇员(servant or employee)和独立合同人(independent contractor)的关系

雇员和独立合同人的二分法来源于侵权法。在英美法系,雇员被定义为“受雇主雇佣并在雇主的管理与指挥之下为雇主工作

<sup>①</sup> Albermarle Supply Co Ltd v Hind & Co(1928)1 KB 307.

<sup>②</sup> F. M. B. Reynolds, *Bostead on agency*, fifteenth edition, Sweet & Maxwell, London, 1985, p. 18.