

委托代理法律适用规则新探

谢新胜

摘要: 对于委托代理的内部关系,意思自治原则仍旧是适用的首选原则;在当事人没有选择时,代理人营业地、住所地、惯常居所地应作为补充性连结点;但在代理人代理行为地与被代理人住所地重合的情况下,则应以代理行为地为例外适用规则。对于代理的外部关系,本文主张适用代理行为地法或代理人营业地法。

关键词: 代理;连结点;内部关系;外部关系;法律适用

中图分类号: DF5 **文献标识码:** A

文章编号: 1001-490X(2006)10-105-03

作者: 武汉大学国际法研究所博士生;湖北,武汉,430072

代理概念问题比较复杂,如何恰当地拟订其法律适用条文也颇费斟酌,一方面理论界对如何将代理法律关系进行分割分歧较大;另一方面代理法律适用所涉连结点众多,如何妥帖安排使其在冲突规范中发挥合理的作用也较为棘手。

一 代理内部关系的法律适用规则

1. 意思自治是代理内部关系法律适用的首要规则

代理的内部关系也即被代理人与代理人的关系实质就是一种委任合同关系,并不产生特殊的法律适用问题,一般受合同适用的冲突规范所支配。其首要原则是意思自治原则,由当事人合意选择的法律支配被代理人与代理人之间的关系,罗马尼亚、美国、德国、瑞士等国立法和实践及《代理法律适用公约》都采用此项原则。意思自治作为处理委托代理法律适用的首要原则,其优势是显而易见的,它有利于审理结果的可预见性、一致性,也有利于争议迅速解决,即使从保护我国当事人利益的角度上来考虑,适用当事人选择的法律也是合适的。

但当事人的法律选择是否必须是“明示”的呢?笔者对此颇感疑惑,在我国相当多的司法实践中,法官都是根据当事人在案件审理中对适用中国法不表示异议或者当事人主动援引中国法作为诉讼依据来推定当事人具有选择中国法的意图,如果代理内部关系只能适用当事人明示选择法律,中国法适用的机会可能会少很多。有学者可能会认为,我国现行法律制度不承认当事人的默示法律选择,因此法律条文中不管是否出现“明示”二字,都应该认为当事人只能作明示的法律选择。这种观点在理论上当然无何挑剔,但却与我国目前司法实践不契合。在实际案件中,当事人之间虽然没有以书面协议或口头协议的形式作出合意选择,但从整体看合同订立的情况,合同内容以及争议发生后当事人的行为等方面看,可

以清楚地显示当事人所要选择的法律。如在德国胜利航运公司诉骏业(天津)国际货物贸易有限公司无正本提单放货损失赔偿纠纷案中,二审法院认为:“二审期间,双方当事人均援引《中华人民共和国海商法》、《中华人民共和国民事诉讼法》作为索赔、抗辩的依据,应视为双方当事人合意选择争议适用中国法律。因此,根据《民法通则》第145条的规定,本案应适用中国法律。”可以说这是一种特殊的合意选择,是对当事人意思自治原则本意的尊重。所以代理的内部关系作为一种合同关系,当事人选择的法律没有必要限定一定为“明示”的合意,可为法院的司法实践预留一定的空间,使其更好地保护我国当事人的利益。实际上,正在起草的《民法典》(草案)第九编的规定也没有对当事人合意选择法律的意思表示方式作出限定。

2. 适用代理人营业地法是代理内部关系法律适用的补充规则

当事人未作法律选择时应如何适用法律各国理论和实践分歧较为明显,根据保护利益的取向不同主要可分为五种做法:依代理行为地法,如罗马尼亚、奥地利等;依代理人营业所在地法,如我国《示范法》;依代理关系成立地法,如澳大利亚和德国等;以适用营业所在地法为主,特定情况下适用代理行为地法,如《代理法律适用公约》;依最密切联系或重心所在地法,如美国等。笔者认为,依代理关系成立地法的弊端比较明显,因为代理关系的成立地通常是偶然的,尤其在电报、电传及电子商务手段广泛应用的今天更加难以确定,所以代理关系成立地并不能反映委任合同的特征性履行。而依最密切联系地或法律关系重心所在地法的法律适用规则,虽然很灵活,但灵活的另一面却又显得较抽象,此种做法更适合赋予法官较大司法裁量权的普通法系国家,与我国目前立法上严格成文化、司法上严格限制法官裁量权的法律现实颇有距离。

实际上,任何法律适用规则,除意思自治原则外,本质上均可说是力求适用最密切联系地法或法律关系之本座法,关键是如何在具体的代理内部关系中落实最密切联系地或法律本座,这便需要借助特征性履行说,找出最能反映代理内部关系特征性履行的连结点。而代理内部关系法律适用规则主要基于这样的考虑,代理合同的目的在于代理人按规定完成其代理业务,使被代理人的利益得到实现,按照特征性履行说,代理合同的重心一般在代理人业务开展地。所以,在未作法律选择时,适用代理关系成立时代理人营业所在地比较合适,而且代理人的营业所在绝大多数的情况下都和代理人行为地相重合,在不重合的情况下,出于维持本人和代理人利益的平衡,适用代理人营业所在地法比代理行为地法更好,实际上,代理人有时在何地为代理行为他自己也难以预料到。

3. 代理人住所地或惯常居所地应作为代理人营业所所在地的补充性连结

在代理人没有营业所的情况下,代理人的住所或惯常居所地也可充当代理内部关系重心的重任,因为代理人如果没有营业所,一般在其住所地或惯常居所地开展业务。很多学者认为惯常居所比住所作为连结点更具合理性,因为住所不仅需要当事人久住的事实而且需要久住的意思才能认定,而我国法律干脆把住所解释为户籍所在地,这早已不符合现代经济的流转需要;而惯常居所只需要当事人的久住事实即可认定,更能反映代理人最近的经济活动重心。因而很多国际私法立法摒弃了住所作为连结,而采用惯常居所代替,《代理法律适用公约》即如此。但我国目前立法对住所这一连结还还不能舍弃,因为它已在现行法律中广泛使用,并且为司法者和守法者所共同熟知。为了保持国际私法与国内法的立法衔接,同时又吸收国际先进立法经验,可将住所和惯常居所并列作为选择性连结共同对代理人营业所所在地进行补充。

4. 适用代理行为地法可作为代理内部关系法律适用的例外规则

代理人营业所所在地、住所或惯常居所地作为代理关系重心地也并非一成不变。如果本人在代理人代理行为地有营业所、住所或惯常居所,则代理行为地很大程度上应为法律关系重心所在地。颇具特色的《代理法律适用公约》即采用这种做法,其第6条规定“在没有根据第五条选择法律的情况下,适用的法律应是在代理关系成立时,该代理人设有营业所的国家的国内法,或者如果没有营业所,则是其惯常居所地国家的国内法。但如果本人在代理人主要活动地国设有营业所,或虽无营业所但在该国设有惯常居所,则该国国内法应予以适用。笔者认为这种作法较为先进,可在我国冲突规范立法实践中加以借鉴,理由主要有两点:

(1)这种做法平衡了代理人和被代理人两者利益。如果说代理内部关系适用代理人所在地法偏重法律适用预见性和代理人利益的话,那么在法律重心明显偏向被代理人所在地时,适用代理行为地法既保障了法律适用的预见性,又选择了一个较为中性的法律作为准据法,有助于保证双方当事人的公平。因为被代理人所在地和代理行为地的重合,明显加重了代理行为地在代理内部关系中的分量,也在代理人的预见范围内。

(2)这种做法可以增加我国实体法适用的机会,并且增强法律选择的灵活性。虽然增加连结点的数量可能会使立法稍嫌复杂,但单一从代理人方面规定连结点有些僵化。因为我国作为发展中国家,公司、企业很大程度上是作为被代理人而存在,常常委托发达国家的机构对内、对外从事业务。下面一个例子或许更能说明被代理人所在地与代理行为地重合时,代理行为地的重要性:

住所位于美国加州的美籍华人 A 回国探亲。其故友 B 得知 A 回国后,积极与 A 联系,期望委托 A 代其向 A 之国内某亲戚 C 购得一幅古画。A 欣然同意,与 B 约定 5 万元以内成交即可获佣金若干,后 B 向 A 发放授权委托书,但并未详列代理权限。A 获委托后积极联系奔走,但 C 要价颇高,A 终以 B 之名义以 8 万元和 C 订立购画合同。B 无奈只得支付价金。后 A 向 B 要求偿付佣金,B 则以 A 越权代理为由向 A 要求赔偿

损失。B 为此将争议诉之某人民法院,A 则提出反诉要求。

首先考察 A 和 B 之间有没有就法律适用问题做出选择,如果作了选择,则可以按照他们的选择适用中国法,或者美国法。其次,如果当事人未选择应适用的法律,一般情况下,应考虑适用代理人营业所所在地法,如果代理人没有营业所则适用代理人住所地或者惯常居所地法,在本案中即是美国法。但本案中所有案件事实均发生在中国,而且当事人 B 的住所也在中国,案件显然与中国具有最密切的联系,适用美国法完全在 B 的预料范围之外。考虑到被代理人的住所地在中国,代理人代理行为地也在中国,中国在该代理关系中是法律关系重心所在地,适用中国法才能比较公平的解决争议。

二 代理外部关系的法律适用规则

代理的外部关系是指被代理人与第三人的关系以及代理人与第三人的关系,它常表现为代理人与第三人的法律行为是否拘束本人的问题。关于代理外部关系法律适用的连结选择,理论和实践上主要有三种做法:(1)适用本人住所地法或调整本人与代理内部关系的法律,这种立法着眼于保护本人的利益,在 19 世纪末期为各国普遍采用,此种主张现在已无多少人赞同;(2)适用主要合同准据法,英国、法国采用这一做法,1940 年《蒙得维多公约》第 41 条也规定主要合同的准据法是规范整个外部关系的准据法,但代理的外部关系多为代理人与第三人所为的法律行为是否拘束本人的问题,与主合同的准据法并不一致;(3)适用代理人代理行为地法,这是一种着眼于保护第三人利益的法律适用原则,瑞士、《代理法律适用公约》、我国《示范法》和《民法典(草案)》实质上皆采此种做法。

《示范法》主张代理外部关系“适用代理人实施代理行为时的营业所所在地法。代理人无营业所或者在非营业所所在地进行代理活动的,适用其代理行为地法”。而《民法典(草案)》则主张代理“适用代理行为地法律或者代理人行为时住所地法律”。这两种做法本质上差别并不大,《示范法》的主张实际上就是适用代理行为地法,因为解读该条文可以发现,首先适用代理人营业地法,其次,如果代理人没有营业地或者营业地与代理行为地不重合,那么适用代理行为地法;但代理人的营业地可分三种情况:营业地与行为地重合、营业地与行为地不重合以及代理人没有营业地,所以条文意思绕来绕去一句即可概括:代理的外部关系适用代理行为地法。

总的来说,代理外部关系的法律适用关键要体现保护第三人利益的原则,由这个原则出发选择第三人能够期待或者预见的中性连结点比较合适。首先,代理外部关系的主要争议焦点在于本人通过代理人的活动与第三人缔结的契约效力如何,出于第三人利益考虑,第三人对行为地的法律适用最能预见。其次,无论被代理人还是第三人,总会和代理人发生关系,所以双方当事人都能预见代理人营业所所在地,而且代理行为地绝大多数情形下和代理人营业所所在地相重合。但出于法律适用的灵活性,笔者认为将这两个连结规定为选择性连结点比较好。因为在某些情形下,代理行为地恐怕很难确定,两者兼用更能相得益彰,而且在绝大多数情况下代理行为地和代理人营业所所在地都是重合的,当两者不一致时,由法官行使自由裁量权也可增强法律适用的灵活性。下面的案例可对代理外部关系的法律适用规则作出较好说明:

韩国 A 贸易株式会社 2001 年 6 月与大连 B 贸易有限公司签订了售货合同, A 购买被告的中药材 A 级细辛根, 合同卖方署名为 B 公司工作人员 C 的姓名。2001 年 7 月 2 日, A 申请开列了以 B 为受益人、金额为 50,000 美元的即期信用证, 同年 7 月 9 日, A 给付 C 15,000 美元的先期收货款。嗣后, B 只向 A 发运了 8,000 公斤的细辛根。因货物质量与样品不符, 经双方协商, A 将该货物返还给 B, 但此后 B 并未向 A 再发新货。A 主张: 在售货合同卖方一栏签字的 C 是被告的工作人员, C 的行为是职务行为; 货物质量与样品严重不符。所以, B 在接受退货后未再发新货, 应承担赔偿责任。原告请求法院判令 B 立即偿还原告货款 55,000 美元及利息 27,382.60 元人民币, 并承担本案的诉讼费用。经法院查明 B 作为具有外贸进出口权的公司与 C 签订了代理协议。A 在订立合同时也知道委托人与受托人之间的代理关系, 但误以为这种代理关系并非合法有效。

这是一个真实的涉外代理案例, 但法院在审理中并未提及法律适用问题, 而径直适用了中国法。实际上, 首先应对该案所涉及的 A 和 B 之间的法律关系进行定性, A 为营业所位于韩国的公司, B 为中国公司, A 和 B 之间争议的焦点在于: B 是作为 C 的代理人与 A 进行交易, 还是 B 自己作为当事人与 A 进行交易。因此该案应考虑代理外部关系的法律适用问题。按照上文的讨论, 代理的外部关系被代理人与第三人的关系或者代理人与第三人的关系适用代理行为地法或者代理人营业所所在地法。那么 A 作为第三人和 B 的关系要么适用代理行为地法要么适用代理人营业所所在地法, 两者都是中国法。按照《民法通则》有关代理的规定, B 和 C 之间签订了代理协议, 尽管 C 属于 B 的工作人员, 但这并不影响 C 与 B 之间的委托关系, 事实上合同也是 B 以 C 的名义订立的, 所以本案合同后果应由委托人 C 而不是由代理人 B 承担。法院应判决驳回

原告 A 的诉讼请求。

三 结 论

综上所述, 委托代理的法律适用条文可拟订为:

第 条:【委托代理】“在委托代理中, 被代理人与代理人的关系, 适用当事人选择的法律。没有选择法律的, 适用代理关系成立时代理人的营业所所在地法。代理人没有营业所的, 适用代理关系成立时其住所地法或者惯常居所地法。但如果被代理人在代理人实施代理行为地设有营业所, 或者虽无营业所但在该代理行为地有住所或者惯常居所, 则应适用代理行为地法。”

“被代理人与第三人的关系以及代理人与第三人的关系, 适用代理人实施代理行为地法或者代理人实施代理行为时营业所所在地法。”

注:

中国国际私法学会制定的《中国国际私法示范法》对代理法律适用的规定, 便要求当事人对代理内部关系的选择只能是明示的。

参见天津市高级人民法院 (2001) 高经终字第 229 号民事判决书。

中国《民法典第八编》(草案) 第 26 条: 委托代理的当事人可选择所适用的法律, 当事人没有选择的, 适用代理成立时被代理人住所地法律。

参见李双元、金彭年、欧福永:《中国国际私法通论》, 法律出版社 2003 年版, 第 235 页。

该案详细情况参见 (2002) 大经初字第 563 号判决书。

(责任编辑: 宇 生)

(上接 104 页)

家将在实施工作中扮演重要角色, 由它们拟制的经法律法规组织实施机构宣布的解释将是具有法律效力的权威的解释。

三是国务院法制办和省政府法制办将履行更加繁重同时又更加完整的法定职责。由国务院法制办作为中央法律法规组织实施机构, 由省政府法制办作为地方法律法规组织实施机构, 是由它们在中央立法和地方立法中的关键地位决定的。国务院法制办负责法律、行政法规草案的拟定, 省政府法制办负责地方性法规、政府规章草案的拟定, 由它们担当起组织实施法律、行政法规、地方性法规和政府规章的任务, 是最为合适的, 因为它们最熟悉将要实施的法律法规, 同时也只有它们才能组织协调与法律、法规实施相关部门一起共商实施事宜。国务院也将保证法律法规规章得到全面、正确实施作为建设法治政府的重要目标。

建立和完善法律法规组织实施制度, 由中央法律法规组织实施机构国务院法制办和地方法律法规组织实施机构省政府法制办统一组织实施法律法规规章, 既可以提高法律法规实施效能和质量, 又可以充分利用和发掘现有资源, 是加快构

建科学、规范、有序的法律法规实施制度的捷径。

注:

范健 张中秋 杨春福 编著:《法理学》, 南京大学出版社, 1995 年版, 第 321 - 322 页。

这一阶段是法律法规实施过程中的关键环节, 不仅在实践中存在诸多问题, 而且理论界对此也很少关注。法律法规不会主动实施, 没有健全的实施机制, 没有权威的实施机构去组织实施, 法律法规只是写在纸上的文字而已。法律的实施已成为制约我国法治建设的瓶颈, 有必要深入研究和解决。

对法律的权威的尊重是衡量一个国家法治化程度的重要指标, 而我国法律实施过程中由实施者对法律进行的多元化解释和理解是对法律权威的重大挑战。

周汉华:《行政许可法: 观念创新与实践挑战》, 载《法学研究》2005 年第 2 期。

(责任编辑: 宇 生)