

论代理商:法律上的严格判断

——以《深圳经济特区商事条例》为参照*

于新循

(重庆工商大学 法学院,重庆 400067)

[摘要]代理商是广泛盛行于市场的一种极为重要的独立商辅助人即中间商的商人形式,但对于代理商的法律认识却始终含混不清,也导致了实践活动中不应有的混乱。其实,(狭义)代理商在概念、特征、类型等方面蕴涵着明显区别于行纪商和居间商的法律特质,与其他制度相比具有诸多优势并因此发挥着独特效用。对于代理商的法律解析与定位,有助于理论上和实践中的有效判别及准确适用。而基于《深圳经济特区商事条例》特有的立法价值,实有必要以之为主要参照而对代理商作出有针对性的法理解析。

[关键词]代理商;概念界说;特征分析;类型辨别;制度评价

[中图分类号] D64[文献标识码] A [文章编号] 1672-0598(2007)03-0088-04

深圳市人大常委会于1999年公布施行了具有商法通则性质、对我国商事立法必将产生深远影响的《深圳经济特区商事条例》(后经2004年修订,以下简称《商事条例》)。我们认为,该条例即便有所瑕疵,仍可谓瑕不掩瑜,其开拓性的制定及其内容在国内商事立法上迈出了极富代表意义的一大步,不仅对促进我国商法理论研究大有裨益,更对有关商事立法乃至将来拟可制定的《商法通则》或《商事通则》等国家立法提供了极为重要的具体参考。其中,该条例第六章“代理商”(第51条~第62条)专门对于代理商作出了系统规定,这些不乏亮点的规定,加之浓厚的大陆法尤其是德国商法色彩,不仅在国内尚无类似法律规定的背景下能够有效发挥独特的规制作用,而且也为理论研判提供了不可多得的第一手素材。基于此,我们以该条例规定为主要参照,并结合国内外其他相关立法,对代理商进行全面的法理揭示。

一、代理商的概念界说及立法反映

代理商是广泛盛行于市场的一种极为重要的独立商辅助人即中间商(中介商)的商人形式,但代

理商的法律意义究竟如何,各种立法定义、学者界说可谓“五花八门”,也因此造成经济与司法实践活动中不应有的混乱。

在宽泛意义上,认为依法从事商事(商务)代理营业之商人即代理商(有时也被称作代办商)。此实乃广义所指。对于代理商的定义,依《商事条例》第51条规定,代理商是“固定或持续地接受委托,代理其他商人或促成与其他商人进行交易的独立商人。”然而,怎样才能准确揭示该定义的实质内涵,却是一个值得考究的法律问题。

其实,代理商就是实践中所熟称的一种经纪人。具体而言,代理商有广义、中义与狭义之分。广义代理商是指以营利为目的,在受托权限范围内代替委托人与第三人建立商事法律关系,并由此获取报酬(佣金),其法律后果归属于委托人的商人,包括直接代理商、间接代理商(即行纪商)以及居间代理商(即居间商),统称经纪人(广义经纪人包括代理人、行纪人、居间人,正如我国国家工商行政管理局1995年发布、2004年修订的《经纪人管理办法》第2条规定之“在经济活动中,以收取佣金为目

* [收稿日期]2007-04-07

[作者简介]于新循(1966-),男,四川人,重庆工商大学法学院,副教授。研究方向:商法学。

的,为促进他人交易而从事居间、行纪和代理等经纪业务的公民、法人和其他经济组织”。其中,代理商与委托人均为依法设立的商人,其代理行为均属有偿代理,具有“非显名”性;中义代理商即包括直接代理商和间接代理商;狭义代理商即严格意义上的代理商,仅指从事直接代理的商人。

以狭义代理商为基准,我们认为,较为完整意义上的代理商概念可以这样界定:代理商是指接受其他商人之固定委托,在受托权限内职业性地以委托人的名义代理或促成其与第三人的交易而实施商行为,并由此获取约定或法定报酬或佣金,委托人对该商事代理行为承担法律责任的商人。例如,《德国商法典》第 84 条规定:“代理商是指作为独立的经营人受托为另一企业主媒介或以其名义成立交易的人。”并且“非为第 1 项意义上的人而平常受托为一名企业主媒介交易或以其名义成立交易的人,视为职员。”又如,《日本商法典》第 46 条规定:“代理商是非使用人而为一定商人充任平常属于其营业部类交易的代理或媒介者,称为代理商。”再如,《瑞士债务法》第 418 条规定:“代理人是指为一个或数个委托人基于一个持续的基础进行交易协商或者代表委托人由委托人承担后果缔结合同,但并非委托人的雇员的人。”同样,《商事条例》第 51 条也作出了可谓上述法“翻版”的规定。

对于上述界定及类似立法规定所指称的代理商,可以认为是一种较为灵活的狭义代理商。不过,虽然在实践中代理商也可以从事居间代理等业务(源于授权的不同,通过具体居间行为来实现受托事务的代理商又有别于无独立意思表示能力的居间商),但最为严格意义上的狭义代理商则应确定为:依法设立的具有从事直接代理资格的商人。对此,法国 1991 年 6 月 25 日第 91—593 号关于商业代理人与其委托人之间关系的法律就规定得十分明确:“商业代理人是指,作为独立职业,不受雇佣合同约定,以制造商、工业者、商人或其他商业代理人名义,为他们的利益进行谈判、并通常签订采购、销售、租赁或提供服务的合同,且将其作为经常性的职业的代理人。商业代理人可为自然人或法人。在代理受特别立法调整的经济活动领域从事代理业务的代理人,不属于本法的调整范围。”

按德国法理,代理商是一种“完全商人”。依商人严格法定原则,代理作为一种营业,代理商应是依法经登记设立的具有从事代理资格的商人。所以说,代理商本身并不是直接生产者,也非原始营

业者,而是一种独立的、为商人提供服务的营业辅助人。代理商依委托合同约定享有报酬请求权、留置权等权利,并履行通知、竞业禁止、保密等义务。

代理商制度在国内、国际交易活动中得到普遍运用。实践中,与行纪商及居间商相比,代理商所代理的业务范围可谓是最为广泛的。可以这样说,代理商业务范围最宽,行纪商则有所限制,但业务介入程度最深且责任最大,而居间商业务范围不限,但介入程度最浅且责任最小。代理商业务除一般商事代理业务以外,还包括保险代理、票据代理、税务代理、商标代理、专利代理以及证券公司或投资银行从事的代销式承销业务等特种业务。

尚需言明的是,代理商之商事代理有别于一般民事代理。无论是大陆法系国家还是英美法系国家(无民法传统之英美法系国家代理法主要适用于商事代理领域),对代理商及代理商行为都有专门立法。不过,大陆法系国家存在基于主观主义而侧重于代理商和基于客观主义而侧重于代理商行为的立法差异(在行纪商和行纪商行为、居间商和居间商行为立法上也同样如此)。

我国现实生活中存在着大量的商事代理活动,但迄今尚缺乏系统规范的专门立法,司法实践中对于有关代理商的商事代理纠纷案也仅是简单、有限地适用《民法通则》、《合同法》中关于民事代理的一般规定。事实上,我国立法并未严格区分民事代理和商事代理,且侧重于行为立法而忽视主体立法,更未具体规定代理商,只是《经纪人管理办法》等有关经纪人的规定中涉及了广义上的代理商,较为直接的主要还是《合同法》从行为法角度规定的委托合同、行纪合同及居间合同(其中狭义代理商产生的对应法律行为即委托合同)。

值得充分肯定的是,《商事条例》对代理商设专章作出了较为系统的规定。其中,在第 51 条规定的基础之上,该条例第 52 条规定:“代理商在代理其他商人或促成与其他商人交易时,必须首先与委托人订立代理合同,否则其行为适用民事法律的有关规定。”而且,该条例第 57 条还规定:“委托人应当依照合同的约定支付代理商应得的报酬。如果代理合同未明确规定报酬的数额的,代理商有权依据其在授权范围内实际提供的服务,依商业惯例获得合理的报酬。”当然,这里规定的代理商应理解为上述所称的一种较为灵活的狭义代理商。

基于广义代理商的复杂性和不确定性,以下主要以狭义代理商为基准进行分析与比较。

二、代理商法律特征的理论分析

在大陆法系国家,代理商与其他商人相比,其主要特点在于:

其一,代理商的营业活动是为委托人促成或缔结交易。其中,所谓促成交易,是指通过代理商的介绍活动而直接或间接地影响到有意缔结交易之第三人,从而使委托人和第三人达成交易协议。此即所谓的媒介代理或促成代理,契约上一般并不显示媒介代理商的身份(这与居间代理大体上也并无二致,代理商其实本身就可以从事居间业务,但不同的是代理商在中介活动中可以进行独立的意思表示);所谓缔结交易,指代理商以委托人名义提出缔约之要约表示,或者为委托人接受第三人缔约之承诺表示。此即所谓的缔约代理,代理商应显示作为缔约代理人的身份。

其中,委托人是否必须都是商人,在理论上仍有不同看法。我们认为,普遍的具有代表性的代理商是为其他商人而进行的代理中介活动,委托人必须都是商人,因而代理商所代理的行为一定是商行为。而行纪商及居间商则为不特定的人而进行的代理中介活动,其委托人虽然一般是商人,却不必都是商人。不过,其所从事的行为一定是商行为,兹因将他人委托的民事事务而已营业方式为之即可构成商行为。

其二,代理商须固定地从事促成或缔结所受托的交易活动。其中,“固定”并非指永久或无期限,而是指根据代理契约去从事专门的代理业务,在涉及处理具体事务时,不必单独或专门再被授予代理权。

代理商与委托人之间其实是一种持续性的法律关系。也就是说,代理商与委托人之间的协议实际上是一种具有持续性、完整性的委托协议,而非偶然的、临时的、不完整的一般性协议,所体现的关系类似于民法上一种依事务处理协议而形成的委任关系,从而有别于一般的委托关系,也不同于委托人与行纪商、居间商之间形成的委托关系。而且,代理商可以同时接受多个特定商人的委托而与之建立固定持续的代理关系,若接受不特定的多个商人的委托而临时偶然地代办有关事务的则不能认为是代理商。这也是代理商与行纪商、居间商一个较为明显的差异。

其三,代理商是独立的商人。所谓“独立”,即如《德国商法典》第84条所规定的“基本上可以形成其活动和决定其工作时间”。代理商本身作为一种依法经登记设立的“完全商人”(行纪商、居间商

也是如此),并不依赖于委托人而存在,其代理营业活动也不依赖于委托人而进行。也就是说,作为独立的商人,代理商实施代理营业是完全自由和独立的,诸如:1. 代理商自己拥有营业场所;2. 自己承担营业费用。其中,各国立法及学说上对代理事务是否以委托人费用进行的对待不尽相同。我们认为,一般应以约定为条件,未约定时才由委托人自行承担。对此,我国《合同法》第398条则规定为“委托人应当预付处理委托事务的费用。受托人为处理委托事务垫付的必要费用,委托人应当偿还该费用及其利息”;3. 使用自己商号;4. 自己编制商事账簿;5. 自己收取代理佣金;6. 可以同时是几个委托人的代理商。对此,《商事条例》第54条规定:“除代理合同有明确限制外,代理商可同时接受二个或两个以上委托人的委托或者从事与委托人存在竞争关系的营业。”

代理商在代理事务中具有独立的意思表示能力,在代理权限内能够独立地按照自己的意思进行活动。比较而言,行纪商在此与代理商一样,且行纪商独立意思能力最强;而居间商则仅起到传递交易双方的意思,不能独立地表达自己的意思,其活动范围也因此最为狭窄。

此外,作为一种独立的商人,代理商完全有别于作为商使用人的职员、普通雇员。

其四,代理商须以代理商事事务为其营业。易言之,代理商所从事的代理活动就是具有营业特点的商行为。

三、代理商的类型及辨别

大陆法系国家商法中将代理商分为多种类型。根据委托权限大小和是否具有排他性的标准不同,主要有普通代理商与全权代理商、独家代理商与多家代理商、总代理商与分代理商之分;根据是否有缔约权的不同,有缔约代理商与媒介代理商之分;根据代理的内容不同,有生产代理商(多为生产业务集中于服饰、家具、家电等行业的中小型商人)、销售代理商、采购代理商之分;根据是否由委托人选任,有由委托人直接选任的上级代理商和由(总)代理商直接选任的次级代理商(或称复代理商、再代理商)之分。

其一,关于普通代理商与全权代理商。所谓普通代理商,指以委托人名义从事受委托业务,其代理权限受到指定区域及业务范围限制的代理商,若授权委托书无特别说明即为普通代理商。普通代

理商无排他性代理权或专营权,委托人在同一区域、同一业务范围内还可以委托其他代理商。该代理商一般从事的是媒介代理,而全权代理商则是指对代理权限不进行限制,但由授权委托书明确规定的代理商。该代理商一般从事缔约代理。

其二,关于独家代理商与多家代理商。一般意义上的独家代理商主要包括区域代理商与总代理商。所谓独家代理商,指以委托人名义从事受委托业务,在指定区域、业务范围及期限内独自享有专有的排他性代理权或专营权,委托人在同一区域、同一业务范围及期限内不得另行委托他人办理该项业务,包括委托人在同一区域接到的同一业务都要交与代理商执行的代理商。对此,《商事条例》第 51 条规定:“委托人授权在特区内独家从事代理活动的代理商,称为独家代理商。”独家代理商可谓是最为典型的代理商,一般都有缔约代理权。在独家代理情况下,一家委托人在同一区域对同一商品只能指定一名独家代理商,即使是委托人也不得在同一区域经营相同商品,除非协议另有约定;多家代理商则是指以委托人名义从事受托业务,在指定区域及业务范围内不享有排他性代理权,委托人可以同时委托两个或两个以上代理商办理该项业务,也不排除委托人在该指定区域缔结同类交易可能性的代理商。多家代理商适用于普通代理商情形。

其中,独家代理商中的所谓区域代理商,是指在特定区域或业务范围内接受委托人专有委托,以委托人名义独自从事受托业务的代理商。对此,正如《商事条例》第 51 条之规定。该条例第 60 条还规定:“委托人在区域代理商代理的区域范围内达成的交易,区域代理商代理无论是否参与这些交易,均享有对委托人的报酬请求权。”可见其中的专营权性质之所在。

比较而言,与总代理商不同,区域代理商不得擅自将其概括性受托业务再行委托于他人,即仅此

一家,也无所谓总代理商下的分代理商,所以总代理商权限较区域代理商要大得多。

其三,关于总代理商与分代理商。总代理商亦即全权代理商,属于独家代理商的一种情形,是指委托人对代理权限进行概括性授权,不进行限制,但由授权委托书明确规定在指定区域和一定期限内以委托人名义代理全部业务,享有专营权的代理商。总代理商还可将其概括性受托业务再行委托于他人(较区域代理商权限大得多),所以总代理商也是一级代理商。总代理商一般从事缔约代理;相对应地,从属于总代理商之下的分代理商则指在确定区域只能以委托人名义代理部分业务的代理商,包括由总代理商直接选任的次级代理商。

总代理商可选任自己的次级代理商,次级代理商经授权又可再选任自己的次级代理商,如复代理商、再代理商等。其中,复代理商之复代理与必须是为了委托人的利益且事先取得委托人同意的民法之复代理有所不同。在商事代理中,只要合同未有禁止性约定,代理商就有权选任自己的代理商(尽管实践中委托人往往是对此予以限制的)。这样,实践中就可以形成由一级代理商、二级代理商等构成的多层次的代理商金字塔结构。

应说明的是,以上区分实际上也可适用于广义代理商。

[参考文献]

- [1]范健,王建文.商法[M].北京:高等教育出版社,2003.
- [2]肖海军.商法学[M].长沙:湖南大学出版社,2004.
- [3]柳经纬.商法总论[M].厦门:厦门大学出版社,2004.
- [4]范健.德国商法[M].北京:中国大百科全书出版社,1993.
- [5]官欣荣.商法原理[M].北京:中国检察出版社,2004.
- [6]张楚.论商事代理[J].法律科学,1997,(4).

(责任编辑:杨 睿)

On an agent: strict judgment from legal theory

—Compared with Commercial Regulation of Shenzhen Economic Zone

YU Xin-xun

(School of Law, Chongqing Technology and Business University, Chongqing 400067, China)

Abstract: As a kind of independent commercial assistant, an agent is the common but important commercial subject in market economy. However, the legal concept of the agent is not frequently clear. Practically, the concept of the agent has distinct difference from a commission agent and an agent middleman in the aspects of concept, characteristics, type and so on. Compared with other systems, agent system has many advantages and plays special role. The legal explanation and position of the agent is helpful to effective judgment and adaptability theoretically and practically. The legislation value based on Commercial Regulation of Shenzhen Economic Zone is a main reference to make legal explanation of the agent.

Keywords: agent; definition of a concept; analysis of characteristics; comparison between forms; systematic evaluation