

# 货运代理转委托行为的 类型区分及法律效力

方新军\*

---

---

**内容提要：**货运代理合同在我国属于无名合同，相关司法解释认为应该参照适用合同法第400条的规定解决货运代理转委托的法律效力问题。这种解释未能准确地区分代理、委任、行纪、复代理、相继货运代理等概念之间的区别和联系，司法实务中同案不同判现象仍然普遍存在。由于货运代理人既可以货主的名义，也可以自己的名义进行法律行为，在司法实务中应该区分货运代理人进行法律行为的名义，分别参照适用民法通则中有关代理的规定和合同法中有关行纪合同的规定，处理货运代理合同的相关纠纷。在此基础上，货运代理转委托行为可以区分为复代理和相继货运代理两种类型，同时应考虑货运代理人转变为承运人的可能性，以及货运代理行业的惯例对货运代理转委托行为的影响。唯有如此，才能实现解释论上的融贯性。

**关键词：**货运代理 行纪 复代理 相继货运代理 承运人

---

---

## 一、问题的由来

近年来，货运代理合同纠纷出现了爆炸式增长。在有些法院，该类案件甚至连续多年占据全部收案的首位。<sup>〔1〕</sup>其中，因为货运代理转委托行为引发的纠纷又特别引人注目。在某些年份，该类案件甚至占据全部货运代理合同案件的四分之三。<sup>〔2〕</sup>实务中货运代理转委

---

\* 苏州大学王健法学院教授。

本文的写作得到湖南大学罗马法研究中心横向经费的支持，英国牛津大学法学院吴至诚博士提供了多种英语文献，特致谢意。

〔1〕 上述现象在上海表现得最为明显。自2010年以来，上海港集装箱吞吐量已经连续4年位居世界第一，上海浦东国际机场货邮吞吐量已经连续6年位居世界第三。与此同步，货运代理合同纠纷也急剧增长。参见上海海事法院：《上海海事法院海事审判情况通报（2007—2009年度）》，载刘年夫主编：《中国海事审判2010》，广东人民出版社2010年版，第29页；上海市浦东新区人民法院课题组：《航空货运代理纠纷中的疑难问题及审理对策》，载郭俭主编：《国际航空货运代理纠纷疑难案例评析》，法律出版社2013年版，第5页。在最高人民法院审理的海事海商案件中，货运代理合同纠纷同样是主要类型。参见最高人民法院民四庭：《最高人民法院2010年至2011年海事海商审判综述》，载刘年夫主编：《中国海事审判2012》，广东人民出版社2012年版，第2页以下。

〔2〕 参见汪洋、杨雯：《货运代理人转委托法律问题实证分析》，《中国海商法研究》2013年第4期，第9页。

托行为的典型表现形式是：货主将相关业务单证交给货代1，委托货代1办理货代事务，货代1又将货代事务转委托货代2办理，货代2实际办理了货代事务。法律争点是：在转委托情况下，货主—货代1—货代2—承运人之间究竟处于何种法律关系？这种表面上看起来并不复杂的法律关系之所以在司法实务中引发诸多纠纷，一方面是因为面对社会分工日益细化和复杂化的趋势，我国现行法律明显存在滞后性；另一方面是因为在具体的解释论上，我国法院未能很好地厘清代理、委托、行纪、复代理、转委托、相继货运代理这些概念之间的区别和联系。在传统大陆法系，上述概念之间的关系已经非常复杂，而我国合同法通过第402条、第403条引入了英美法系的代理制度，使得我国代理制度呈现出混合法系的特色，这在一定程度上加剧了问题的复杂性。

由于上海是货运代理纠纷的高发地，上海市高级人民法院于2005年发布了《关于审理货运代理合同纠纷案件若干问题的解答（二）》（简称“上海高院解答”）。该解答的第8个问题是：“受托人将货运代理事务全部或部分转委托第三人处理时，如何认定委托人、受托人和第三人之间的法律关系？”上海高院认为：“依据合同法第400条的规定，受托人将货运代理事务全部或部分转委托第三人处理，经委托人同意的，委托人和第三人之间直接成立货运代理合同关系。转委托未经同意的，委托人与受托人、受托人与第三人之间成立各自独立的法律关系。”上海高院在具体论证上述解答的理由时，对司法实务中存在的三种不同观点进行了反驳：<sup>〔3〕</sup>

第一种观点认为，货代1将载有货主名称的出口单证交给货代2，可以视为货代1以货主的名义委托货代2办理货运及相关事务，货代2有充分理由相信货代1有货主授予的代理权，依据合同法第49条的规定，货代1的转委托行为构成表见代理。但是上海高院认为，第49条中的“合同”不应理解为从中抽象出代理权授予的基础合同（委托合同），代理人、被代理人之间的基础合同与代理人以被代理人名义和相对人订立的“合同”是两个内容和性质均不相同的合同，第49条中的“相对人”不包括第400条中的次受托人，第49条中的“代理权”更不是所谓的“代理转委托权”。因此，在货主—货代1—货代2的关系中，不能适用第49条，只有在货主—货代—承运人的关系中，第49条才有适用的可能。

第二种观点认为，货代1将出口单证交给货代2，可以视为货代1以自己的名义委托货代2，货代2从接受的单证上应当知道货主与货代1之间的代理关系，依据合同法第402条的规定，货代1与货代2之间的货运代理合同直接约束货主和货代2。但是上海高院认为，第402条中的“第三人”是货代接受货主委托而缔结合同中的一方当事人，不包括第400条中的次受托人。第402条中的“合同”不应被理解为委托合同本身，而是委托合同中要求受托人代理委托人去缔结的“合同”。第402条中的“授权”是指“授予代理权”，而不是“授予转委托权”。相反，承运人可以成为第402条中的“第三人”，该运输合同是第402条中的“合同”。

第三种观点认为，货代实务中转委托属常见现象，货主对此应属明知，其将自己的单证交给货代1办理货运事务时，应当预见到货代1可能会转委托。因此，除非货主事先予以排除，否则货主的单证交付行为构成转委托的默示同意。但是上海高院认为，货主只关心

〔3〕“上海高院解答”的具体内容可参见“北大法宝”数据库，[法宝引证码] CLI.13.92929。

委托事务能否完成，并不关心货代1以何种方式完成受托事务。货主交付单证是货代1完成受托事务的前提，将货主交付单证的行为理解为“默示同意转委托”，对当事人真意的探讨似乎有主观臆断之嫌。另外，实务中也罕见货主在单证上特别注明何人处理受托事务，对货主的此项要求过于苛刻。

在对上述三种观点进行分析后，上海高院认为，无论货代1以货主的名义还是以自己的名义委托货代2，依据合同法第400条，如果该转委托未得到货主的同意，货主与货代1、货代1与货代2之间成立两个各自独立的委托合同关系。上海高院认为这种分析不仅符合法律逻辑，而且契合“层层转托，认人不认单”的货代实务。

“上海高院解答”在全国法院系统产生了强烈的示范效应，并最终影响了最高人民法院于2012年发布的《关于审理海上货运代理纠纷案件若干问题的规定》（法释〔2012〕3号，简称“最高院规定”）。其第5条规定：“委托人与货运代理企业约定了转委托权限，当事人就权限范围内的海上货运事务主张委托人同意转委托的，人民法院应予支持。没有约定转委托权限，货运代理企业或第三人以委托人知道货运代理企业将海上货运代理事务转委托或部分转委托第三人处理而未表示反对为由，主张委托人同意转委托的，人民法院不予支持，但委托人的行为明确表明其接受转委托的除外。”最高院的法官明确指出，该条规定的解释依据就是合同法第400条。<sup>〔4〕</sup>

但是，上述解答和司法解释在理论上存在认识上的偏差，在具体的解释方法上仍然存在矛盾和冲突，同时也留下了一些解释上的空白点，司法实务中同案不同判的现象仍然普遍存在。归纳起来，以下几个问题仍然需要进一步探究：

第一，上述解答和司法解释适用合同法第400条解决货运代理转委托纠纷的法律依据是：货运代理合同属于无名合同，依据合同法第124条的规定，应该参照适用与其最相类似的委托合同的规定。但是，对于合同法分则中为什么只有委托合同和货运代理合同最相类似，则未作进一步的说明，其先前理解似乎认为，既然货主委托货运代理人处理与货物运输相关的业务，适用委托合同的规定乃当然之理，无需进一步说明。但是，传统大陆法系的主流立法例均规定，在承揽运送合同（即我国语境中的货运代理合同）无规定时，应参照适用有关行纪合同的规定。上海高院和最高院对于参照适用行纪合同之规定的可能性基本未予考虑。

第二，上海高院拒绝适用合同法第49条、第402条解决货运代理转委托纠纷的基本理论前提是：货运代理人的转委托行为与代理权的实行行为是两种不同的法律行为。但是这种区分与典型的大陆法系代理理论的区分论存在差异。大陆法系代理理论的区分论强调作为基础的委托合同与代理权授予的区分。基于这种区分论，只有在有代理权的前提下，代理人才能以被代理人的名义进行法律行为，没有代理权的只能以自己的名义进行法律行为，否则构成无权代理。一旦存在代理权的授予，货运代理的转委托有可能构成复代理，此时应该适用民法通则第68条的规定，而不是合同法第400条。对此，“上海高院解答”并未予以考虑。

〔4〕 参见王彦君、傅晓强：《〈关于审理海上货运代理纠纷案件若干问题的规定〉的理解与适用》，《人民司法》2012年第11期，第37页。

第三,大陆法系代理理论的区别论强调代理人进行法律行为的名义,但是上海高院认为货运代理人究竟是以货主的名义还是以自己的名义进行转委托,在解释论上没有实质意义。既然名义标准不重要,那么通过借鉴英美法代理理论制定的同样处于委托合同一章的第402条、第403条能否适用于货运代理转委托行为,就是一个问题。上海高院认为第402条在货代和承运人之间有适用的可能,在货代之间的转委托行为中则没有适用的余地。而最高院就第402条能否适用于货运代理合同,专门和全国人大法工委进行了沟通,最终的结论是:“在目前的司法实践中,无论是海事审判还是涉外商事审判,对该条的理解和适用均存在疑问,需要统一考虑,必要时请全国人大法工委作出解释”。〔5〕但是货运代理行业的实务人士却认为,法院关注的第402条在货运代理实践中的适用相对有限,真正需要关注的是第403条,只有通过适用该条才能正本清源,还原海上货运代理的传统职能。〔6〕“上海高院解答”和“最高院规定”对第403条能否适用于转委托基本未予考虑,但是司法实务中法院运用第403条解决货运代理合同转委托案件已经不少,需要在理论上得到澄清。

第四,货运代理人被称为货物运输中的变色龙,他有可能直接使用自己的或者租赁的运输工具运输货物从而转变成实际承运人,也可能以自己的名义签发运输单证、实施集合载运和固定运费从而转变成契约承运人。此时货运代理人 and 货主之间的合同就不再是货运代理合同,而是具体的运输合同,因此也就不再存在转委托问题。上海高院和最高院对于货运代理人转变为承运人的情形有所涉及,但是未能考虑比较法上的最新发展趋势,令人遗憾。

第五,从比较法的角度进行观察,在我国引发如此多争论的货运代理转委托问题,无论在大陆法系还是英美法系,似乎都没有引起充分的关注。他们关注的重点一直是货运代理人在何种情况下转变为承运人。我国出现的这种状况究竟是因为我国货运代理业务的特殊性所导致的,还是我国法律规定的特殊性所导致的,抑或根本就是我们在法学方法论上出现的偏差所导致的,也是一个值得关注和认真思索的问题。

## 二、货运代理合同应当参照适用的法律规范

### (一)“货运代理人”名称引发的困惑

在我国的法律语境中,货运代理人的表述容易引起误解。因为根据民法通则的规定,代理人只能以被代理人的名义进行法律行为,但是根据原外经贸部1995年颁布的《国际货运代理行业管理的若干规定》第2条的规定,国际货运代理人既可以委托人的名义,也可以自己的名义为委托人办理国际货物运输及相关业务。这使得法院对货运代理人的法律定性充满了疑惑。上海高院认为,货运代理系英美法系“Freight Forwarder”的中文翻译,已成为约定俗成的用法,但“货运代理人”是一个商业概念而不是现行法律体系下严格意义

〔5〕 万鄂湘、陆效龙、余晓汉:《最高人民法院2009年海事海商审判综述》,《环球法律评论》2010年第5期,第154页。

〔6〕 参见高伟:《正本清源 还原海上货运代理的传统职能——以〈中华人民共和国合同法〉第403条为基础构建中国的海上货运代理制度》,《中国海商法研究》2012年第2期,第19页。

上的法律概念。上海海事法院的法官也认为，货运代理合同转委托纠纷很大程度上是由于货运代理合同中“代理”字样所导致的迷惑。货运代理源自对英美法系相关术语的翻译，但是大陆法系代理和英美法系代理的法律意义迥然不同，容易造成误读。<sup>〔7〕</sup>

我国的货运代理人称谓确实受到了英美法的影响，因为该行业的运作模式是历史遗留的产物。解放前，我国的货运代理行业主要是由英商太古、怡和等洋行经营，<sup>〔8〕</sup>而根据英美法的代理理论，代理人既可以被代理人的名义，也可以自己的名义进行法律行为，两者均称为代理。但是在传统大陆法系，我国语境中的货运代理人则被称为承揽运送人（意大利语是 Spedizionere，德语是 Spediteur，荷兰语是 Expediteur，斯堪的纳维亚语是 Speditör，法语是 Commissionnaire de transport，西班牙语是 Comisionista de transportes）。我国学者经常从自身语境出发，将上述语词译成“货运代理人”，这容易引起误解。以意大利语为例，Spedizionere 的词根是 spedire，在古意大利语中是“速办”的意思，在现代意大利语中是“发送、寄送”的意思。如果对 Spedizionere 进行直译，就是“发送人”，这表明他本身并不直接进行运送，将其转译为“承揽运送人”以示和运送人相区分，还是可以的。如果对法语 Commissionnaire de transport 进行直译，就是“运输行纪商”，这表明了承揽运送人和行纪之间的关联。承揽运送人确实是起源于行纪商，这个行业的出现是海运业的扩张所导致的社会分工细化的结果。<sup>〔9〕</sup>因此传统大陆法系均要求承揽运送人只能以自己的名义，为托运人计算进行具体的业务活动。如果承揽运送人以托运人的名义进行具体的业务活动，那么他就不是承揽运送人，而是运送代理人。在意大利语中，承揽运送人的表述是 Spedizionere，而运送代理人的表述是 L'agenzia di trasporti，二者截然不同。<sup>〔10〕</sup>但是在英语中，Freight forwarder 和 Forwarding agent 是同一个意思。

由于英美法系国家在世界海运业的广泛影响力，在国际货代行业中，货运代理人既可以货主的名义，也可以自己的名义进行法律行为，已经成为一种惯例，这也导致传统大陆法系出现了引人注目的变化。德国商法典于 1999 年进行了重大修改，该法典原先的第 407 条第 1 款规定，承揽运送人只能以自己的名义进行法律行为，修改后的第 453 条第 3 款则规定，“承揽运送人以自己的名义签订相关合同，如果得到授权，可以货主的名义签订相关合同”。<sup>〔11〕</sup>在苏联，承揽运送人只能以货主的名义进行法律行为。<sup>〔12〕</sup>但是在苏联解体之后，于 1996 年生效的俄罗斯联邦民法典第 801 条规定，承揽运送人可以货主的名义或自己的名义签订货物运输合同。法国商法典的变动实际上更早，根据 1863 年的修改，该法典第 94 条规定，行纪商既可以自己的名义，也可以委托人的名义进行法律行为，而运输行纪商属于行纪商之一种，当然可以准用。同时，根据“法国运输与物流企业协会 2001 年标准交易条件”第 2 条、第 3 条的规定，报关代理人（货运代理人的一种）既可以自己的名义，也可

〔7〕 参见郑肇芳主编：《海上货物运输代理案例》，上海人民出版社 2006 年版，第 5 页。

〔8〕 参见孟于群编著：《货运代理与物流法律及案例评析》，中国商务出版社 2005 年版，第 10 页。

〔9〕 See Hans-Joachim Schramm, *Freight Forwarder's Intermediary Role in Multimodal Transport Chains*, Springer-Verlag, Heidelberg, 2012, pp. 13 - 14.

〔10〕 See Guido Capozzi, *Dei singolicontratti*, Volume Secondo, Giuffrè, Milano, 2002, p. 171.

〔11〕 日本商法典修改建议草案也拟追随德国立法的变化，但是目前还未被接受。参见刘成杰：《日本最新商法典译注》，中国政法大学出版社 2012 年版，第 181 页。

〔12〕 参见〔苏联〕坚金、布拉图斯编著：《苏维埃民法》第 3 册，中国人民大学民法教研室译，法律出版社 1957 年版，第 244 页。

以货主的名义进行法律行为。<sup>[13]</sup> 在斯堪的纳维亚国家、荷兰和西班牙, 货运代理人同样既可以货主的名义, 也可以自己的名义进行法律行为。<sup>[14]</sup>

因此, 我国的货运代理人以自己的名义或者以货主的名义进行法律行为的运作模式, 符合货运代理行业的发展趋势。我国通过货运代理人的概念囊括了原本狭义代理人无法涵盖的承揽运送人, 而德国则通过承揽运送人概念囊括了原本和行纪制度截然不同的货运代理人。接下来的问题就是, 在同一名称下用不同名义进行法律行为的货运代理人, 是否应该适用不同的法律? 这个问题是解决货运代理转委托纠纷的理论前提。在德国, 当承揽运送人以货主的名义进行法律行为时, 应该准用德国商法典有关代理商的规定; 当承揽运送人以自己的名义进行法律行为时, 尽管原先的准用行纪合同的规定被删除, 但此时承揽运送人与行纪人的相似性仍然应该被肯定。<sup>[15]</sup> 这种区分适用法律的原则在俄罗斯<sup>[16]</sup> 和法国<sup>[17]</sup> 同样被坚持。但是, “上海高院解答” 根本不考虑名义标准的必要性, “最高院规定” 虽然考虑了, 在确定具体适用的法律规范时也出现了偏差。

## (二) 区分名义标准的理论依据

上海高院认为, 在货主—货代1—货代2的关系中, 无论货代1基于何种名义, 对于转委托行为的认定没有影响。在货主—货代—承运人的关系中, 上海高院没有明确表明是否考虑名义标准。既然没有明确排除, 似乎名义标准应该予以考虑, 但是上海高院又认为在这种情况下可以适用合同法第402条, 这使得名义标准又受到冲击。

“最高院规定” 出现了一些显著的变化。其第2条规定: “人民法院审理海上货运代理纠纷案件, 认定货运代理企业因处理海上货运代理事务与委托人之间形成代理、运输、仓储等不同法律关系的, 应分别适用相关的法律规定。” 最高院的法官指出, 单纯通过适用合同法委托合同一章的规定解决货运代理合同纠纷, 不符合货运代理行业的实际状况, 因为货运代理人不但接受货主的委托联系具体的货运事宜, 而且可能实际承担短途货物运输、仓储、货物的包装、熏蒸等事务, 货运代理合同是由数个典型合同的部分而构成的无名合同。因此, 在适用法律时应分解各构成部分, 分别适用各种有名合同的规范, 但是货运代理人接受货主的委托, 以货主的名义或者是以自己的名义对外联系货运事宜的, 则应分别适用民法通则关于代理的规定和合同法关于委托合同的规定。<sup>[18]</sup> “最高院规定” 对于货运代理合同是一个混合性的无名合同的界定非常准确, 对于货运代理人进行具体法律行为时的名义进行区分也非常符合大陆法系的传统脉络, 但是在货运代理人以自己的名义进行具体的法律行为时, 最高院和上海高院一致认为应该适用合同法中有关委托合同的规定, 这种理解与大陆法系的传统脉络不符。实际上, 只有坚持对货运代理人进行法律行为时的名

[13] 参见 [瑞典] 雅恩·拉姆伯格: 《国际贸易运输经营人法律与实务》, 杨运涛等译, 中国商务出版社 2011 年版, 第 186 页。

[14] See D. J. Hill, *Freight Forwarders*, Stevens & Sons, London, 1972, p. 52.

[15] 参见 [德] C. W. 卡纳里斯: 《德国商法》, 杨继译, 法律出版社 2006 年版, 第 766 页。

[16] 参见 [俄] E. A. 苏哈诺夫: 《俄罗斯民法》第 4 册, 付荣译, 中国政法大学出版社 2011 年版, 第 1353 页。

[17] 法国商法典第 94 条第 2 款规定, 行纪商以委托人名义进行活动的, 其权利义务由民法典第 3 卷第 13 编“委托合同”确定。在法国, 委任和代理权的授予没有区分, 但是民法典规定受托人必须以委托人的名义进行法律行为。根据“法国运输与物流企业协会 2001 年标准交易条件”第 2 条、第 3 条的规定, 报关代理人以委托人名义进行法律行为的, 适用有关代理的规则, 以自己名义进行法律行为的, 适用有关行纪的规则。

[18] 参见前引 [4], 王彦君等文, 第 35 页。

义予以区分，才能够在解释论上做到最大程度的融贯性。

大陆法系代理理论最重要的特征是，把委任合同和代理权的授予严格地区别开来。这种区分论强调的是事物的外部趋向，把代理人以谁的名义与第三人交易视为重要的问题。由此，大陆法系在学理上以名义为标准将代理区分为直接代理与间接代理。在实际的立法中，大陆法系把以被代理人的名义所进行的民事法律行为称为代理，而把以自己的名义为他人的利益所进行的法律行为称为行纪。<sup>[19]</sup>在代理法律关系中，代理人在代理权限范围内所进行的法律行为，其法律后果由被代理人承担；而在行纪法律关系中，两个合同（行纪合同与行纪实行合同）、三方当事人（委托人、行纪人、第三人）的结构是固定不变的，行纪人以自己的名义进行的法律行为，其结果只能由自己承担，委托人与第三人之间原则上不发生法律关系。同时，大陆法系基于名义标准又推导出以下三个原则：第一，即便代理人被授予代理权，但是代理人以自己的名义和第三人进行法律行为的，其仍然是行纪人。第二，代理人对代理权的存在负举证责任，不能证明的则为无权代理，即便在特殊情况下有表见代理的存在，但是表见代理人以本人的名义进行法律行为仍然是判断的前提。第三，代理人以被代理人的名义和以自己的名义进行法律行为无法区分的，则推定为是以自己的名义进行法律行为。

英美法系代理理论最重要的特征是，强调代理权的真实存在，只要存在代理权，无论代理人是以被代理人的名义还是以自己的名义进行法律行为，其法律效果均直接归属于被代理人。这使得英美法中不存在与大陆法行纪制度相类似的制度。当代理人以自己的名义和第三人进行法律行为时，只要代理权存在，被代理人就可以通过行使介入权直接和第三人产生法律关系，而第三人也可以通过行使选择权和被代理人产生直接的法律关系。因此，在货运代理制度中，大陆法系和英美法系最为关键的区别，就是是否考虑货运代理人在和第三人进行法律行为时的名义。<sup>[20]</sup>

虽然英美法的代理理论认为代理人进行法律行为时的名义不重要，但是在货运代理行业还是出现了引人注目的变化。美国 1916 年航运法对货运代理人的行为名义未作任何区分。但是美国学者古斯塔夫·H. 邦基认为，如果货运代理人以委托人的名义和第三人进行法律行为，当然应该适用有关代理的规定，本人和第三人之间产生直接的法律关系；如果货运代理人以自己的名义和第三人进行法律行为，则只能适用有关寄托（bailment）的规则，货运代理人必须被认定为独立的合同方。<sup>[21]</sup>美国 1998 年航运改革法则规定，远洋运输中介人包括远洋货运代理人和无船公共承运人，远洋货运代理人只能以货主的名义进行法律行为，而无船公共承运人在和实际承运人的关系中属于托运人，此时他只能以自己的名义进行法律行为，并且作为独立的合同方。<sup>[22]</sup>根据《英国国际货运代理协会标准交易条件 2005 A 版》（BIFA2005A）第 1 条和第 7 条的规定，货运代理人依据欧盟理事会制定的《关

[19] See Michael Joachim Bonell, *Agency. Towards a European Civil Code*, Third Fully Revised and Expanded Edition, Kluwer Law International, Nijmegen, 2004, p. 382.

[20] 参见前引 [14]，Hill 书，第 53 页。

[21] See Gustav H. Bunge, *Law of Draymen, Freight Forwarders and Warehousemen: A Complication of and Commentary on the Laws Concerning Draymen, Freight Forwarders and Warehousemen*, Chicago, Nickerson Collins Company, 1915, pp. 113 - 114.

[22] 参见於世成主编：《美国航运管理法律法规汇编》，北京大学出版社 2008 年版，第 221 页，第 228 页。

于建立欧盟海关法典的第2913/92号法规》代表货主向英国税务局申请关税优惠时，只能作为直接代理人以货主的名义申请。尽管这种直接代理人的要求只限于税务方面，但是根据该标准交易条件第6(B)条的规定，根据货主的要求，货运代理人必须提供自己是以货主代理人的身份和第三人进行法律行为的证明，不能提供证明的，货运代理人将被认为是本人，在和第三人的关系中是独立的合同方。如果货运代理人是以自己的名义和第三人进行法律行为，这种证明将会非常困难，即使能够证明，也可能面对本人或者第三人的各种抗辩，这也会间接地导致货运代理人关注自己和第三人进行法律行为时的名义。<sup>[23]</sup>

我国民法通则将代理和民事法律行为并列规定在第四章，在合同法委托合同一章则未见任何关于代理权授予的内容，显然我国立法例遵循了大陆法系的传统理论。上海海事法院的法官在对两则涉及货运代理合同转委托效力的案件进行评论时指出，大陆法系代理制度最重要的特征是将委托和代理权的授予严格地区别开来，委托是代理的内部关系，代理人基于授权，可以代本人与第三人建立法律关系，这是代理的外部关系。委托是代理的基础关系之一，因为可能存在无代理的委托，也可能存在无委托的代理。授权行为是本人的单方行为，既可以向相对人为之，也可以向第三人为之，并且具有独立性和无因性。<sup>[24]</sup>上述评论阐述了大陆法系代理理论的核心内容。但是上海海事法院在具体判决中却认为货运代理人在进行法律行为时究竟是以自己的名义还是以委托人的名义，在案件中不发生法律上的意义，这种观点显然存在体系的矛盾性。一旦不考虑受任人进行法律行为时的名义，委任合同和代理权授予的区分也就失去了意义。

### (三) 根据名义标准确定适用的法律

我国司法实务对委托合同、代理权授予以及代理人运用代理权与第三人签订合同这三者之间的区分是非常清楚的，但是对于委托合同和行纪合同之间的区分，似乎没有顾及。当货主委托货代1办理货物运输事宜时，货主对货代1既可能授予代理权，也可能没有授予代理权。只有在货主对货代1授予代理权时，货代1对外才能够以货主的名义进行法律行为。如果货主没有对货代1授予代理权，货代1只能以自己的名义对外进行民事法律行为，否则构成无权代理。因此，委任合同可以区分为有代理权的委任和无代理权的委任。在前者，委任合同是基础合同，它调整的是委任人和受任人之间的内部关系；代理权的授予是与委任合同相区分的单方行为，它是内部关系和外部关系的媒介；受任人以委任人的名义对外进行法律行为是委任合同的实行行为，它涉及的是委任人和第三人之间的外部关系。在后者，行纪合同涉及的同样是委任人和受任人之间的内部关系，因此行纪合同在本质上属于无代理权的委任合同之一种。它是关于受任人以自己的名义完成委任人的委托事项，委任人支付报酬的约定；受任人（行纪人）以自己的名义与第三人签订合同以完成委托事务，则是行纪合同的实行行为。两者的核心差异是有无代理权的授予。

当货运代理人以自己的名义，为了货主的利益与他人进行法律行为时，在大陆法系被称为承揽运送人。承揽运送起源于行纪，因此，在传统大陆法系的主流立法例中，承揽运送要么被规定在行纪章之末，要么紧跟在行纪章之后予以单独规定，而且承揽运送合同无

[23] See *Bowstead and Reynolds on Agency*, 17<sup>th</sup> ed., Sweet & Maxwell, London, 2001, pp. 352 - 353.

[24] 参见前引[7]，郑肇芳主编书，第3页。



规定的，一般都准用有关行纪合同的规定。<sup>[25]</sup>因此，当货运代理人以货主的名义与第三人进行法律行为时，应该适用民法通则关于代理的规定；当货运代理人以自己的名义，为了货主的利益与第三人进行法律行为时，根据合同法第124条的规定，应该类推适用与其最相类似的行纪合同的规定。只有当行纪合同章也没有规定时，才根据合同法第423条的规定，适用委托合同章的规定。无论最高院还是上海高院，在解决货运代理转委托纠纷时，均指出应该尊重“层层转托，认人不认单”的货代实务，这实际上是强调严格的合同相对性原则，而这正是行纪合同第421条规定的主旨。英国学者D. J. 希尔对大陆法系和英美法系的相关制度进行详细对比后指出，在英国法上货运代理人引发的大量困惑，最关键的原因就在于英国代理法不区分代理人进行法律行为的名义，如果英美法能够引入大陆法系的行纪制度，有关货运代理纠纷的处理将会简化很多。<sup>[26]</sup>

由于我国合同法在行纪合同章中并没有规定有关转委托的内容，因此根据第423条的规定，应该再参照适用委托合同章第400条的规定。如此一来，上述解释似乎是人为复杂化地兜了一个圈子，最终还是回到了原点，但是这种解释在教义学上的融贯性是直接类推适用委托合同的规定无法比拟的。

首先，通过参照适用行纪合同章第419条的规定，可以解决货运代理人行使介入权转变为运送人、仓储人的问题；在结合货运代理业惯例的基础上，通过目的性扩张解释，可以解决货运代理人行使介入拟制行为转变为运送人的问题。其次，通过参照适用行纪合同章第421条的规定，可以契合货运代理行业“层层转托，认人不认单”的惯例，通过对严格的合同相对性的强调，限制或者是排除合同法第402条、第403条的适用。第三，通过类推适用行纪合同章第422条的规定，可以明确货运代理人的留置权，避免“最高院规定”对货运代理人留置权的不当限制。<sup>[27]</sup>第四，尽管行纪合同章没有关于转委托的规定，但是这并不意味着必须参照适用委托合同章第400条的规定解决货运代理转委托问题。因为根据合同法第61条的规定，当事人对合同内容没有约定或者约定不明确的，可以按照交易习惯确定。在货运代理行业，货运代理人通过向其他货运代理人（相继承揽运送人）转委托完成受托事务，一直以来就是一种惯例，而且随着物流行业的兴起，这种转委托现象越来越普遍，传统大陆法系一直对货运代理行业的转委托行为作单独处理，并没有遵循委托合同中关于转委托行为的一般原理。

[25] 日本商法典第559条、捷克斯洛伐克商法典第609条、瑞士债法典第439条、我国台湾民法第660条、我国澳门商法典第621条均规定承揽运送合同可以准用有关行纪合同的规定。德国旧商法典第407条明确规定承揽运送合同可以准用行纪合同的规定，在1998年修订的德国商法典中上述条文被删除，主要原因是新法增加了承揽运送人可以被代理人的名义进行法律行为的可能性，这使得在整体上规定承揽运送合同全部可以准用行纪合同不再全面。但是，当承揽运送人以自己的名义进行法律行为时，承揽运送人与行纪人的相似性仍然应该被肯定。参见前引〔15〕，卡纳里斯书，第766页。

[26] 参见前引〔14〕，Hill书，第177页。

[27] “最高院规定”第7条规定，委托人无正当理由不支付相关费用的，货运代理人可以拒绝交付单证，但是提单、海运单或者其他运输单证除外。因此实际可以拒绝交付的只是核销单、报关单等单证。最高院作出上述规定的理由是，根据合同法第404条的规定，受托人处理委托事务取得的财产，应当转交给委托人。据此，委托合同项下受托人不享有留置权。但是，货运代理人扣留单证的权利以同时履行抗辩权为基础，并非基于留置权而行使。最高院的上述理解明显与货运代理行业的最新发展趋势不符。如果参照适用行纪合同的规定，则根据合同法第422条的规定，行纪人对委托物享有留置权，而提单等运输单证作为物权凭证当然处于留置权的范围之内。See Jan Ramberg, *Unification of the Law of International Freight Forwarding*, 3 *Uniform Law Review* 11 (1998).

#### （四）对合同法第402条、第403条适用的排除和限制

采纳名义标准，不但可以确定货运代理合同的规范适用，而且可以排除和限制合同法第402条、第403条在货运代理合同中的适用。根据这两个条文，受托人以自己的名义和第三人进行法律行为，也可能在委托人和第三人之间产生直接的法律关系，这是对合同相对性原则的突破。货主委托货代安排运输事宜，最关心的是运费的优惠和运送的及时，至于货代究竟采取何种方式、选择何种具体的承运人进行运输，货主一般并不关心，而且一般也不愿意和具体的承运人直接发生法律关系。在集装箱运输兴起之后，货代经常将多个货主的货物拼装在一个集装箱中，以自己的名义和承运人签订运输合同从而获得运费的差价，此时承运人也不愿意和不特定多数的货主发生直接的法律关系。真正喜欢主张这两个条款的恰恰是货代，如果运输事宜安排顺利，货代按照合同的约定获取自己的利益；如果运输事宜中出现差错，货代一般会主张这两个条款，让货主和承运人相互主张自己的诉求，而自己置身事外。这是货代实务部门的人士极力主张适用第403条解决货代纠纷的真正原因。

排除和限制第402条、第403条在货代合同中的适用，可以采取如下方法：

第一是体系解释。由于这两条位于委托合同一章，如果货主在委托货代处理运输事务时并没有授予代理权，货代以自己的名义进行法律行为，就应该参照适用行纪合同章的有关规定。如果适用第402条、第403条，则构成与第421条规定的体系违反。

第二是严格的文义解释。根据第402条的规定，受托人只有在委托人的授权范围内以自己的名义和第三人签订合同，该合同才可能直接约束委托人和第三人。根据第403条的规定，只有在委托人和受托人存在代理关系的前提下，委托人才可能行使介入权、第三人才可能行使选择权。因此，只要不能证明货主对货代明确授予代理权的，上述两个条文在货代合同中就不能适用。在货代实务中，当事人之间很少就是否授予代理权作出明确约定，很多时候需要法院通过解释予以确定。“上海高院解答”认为：（1）只盖有委托人公章的空白报关委托书应视为委托人应海关的要求向海关提交的文件，不应视为民事法律意义上的空白委托书或空白授权。（2）外贸代理关系的存在不影响货运代理合同委托人的认定。外贸代理人以自己的名义委托货运代理人，当然认定外贸代理人和货运代理人之间成立货运代理合同关系。因为外贸代理合同是外贸代理人和厂家约定的外贸买卖代理合同，该合同中的受托事项不包括缔结货运代理合同。上述解答就是对货主是否授予货代代理权的严格解释，一旦不存在代理权的授予，第402条、第403条就不存在适用的余地。

第三是比较法的解释。即便能够认定货主对货代授予了代理权，如果货代仍然以自己的名义和第三人进行法律行为，这在传统大陆法系仍然是行纪。但是在英美法系，理论上货主可以通过行使介入权、第三人可以通过行使选择权在两者之间产生直接的合同关系。而实际上，即便是在英美法系，在货运代理行业上述代理制度的一般规定也是不适用的。在英国，货运代理人作为一种承担特别责任的代理人，当他以自己的名义进行法律行为时，将直接对第三人承担责任，而不是由本人对第三人承担责任。这一规则来自贸易惯例。因为承担特别责任的代理人的金融地位往往极易为第三人所接受，第三人对代理人的信任高于他对于可能完全不知道的本人的信任。在许多情况下，第三人与该特定代理人建立了固定的贸易模式，而该代理人有时为几个不同的本人工作。D. J. 希尔甚至指出，承担特别责任的代理人概念已经过时，一种新型的代理，诸如名为“承担双重责任的代理”可能由法

院发展出来，这种代理人既对本人承担责任，也对第三人承担责任。<sup>[28]</sup> 如果这种代理人真的被英国法院发展出来，那么他和大陆法系的行纪人就不存在本质的差别。<sup>[29]</sup>

### 三、货运代理转委托行为的类型划分

具体到货运代理转委托行为，也应根据货代 1、货代 2 是否获得授权以及进行具体法律行为的名义，确定其行为性质与法律适用。货主授予货代 1 代理权，货代 1 转委托货代 2 完成货主委托事项的，首先应该考虑货代 1 是否授予货代 2 代理权。如果授予代理权，应该再考虑货代 1 是以自己的名义还是以货主的名义授予货代 2 代理权。货主未授予货代 1 代理权，货代 1 转委托货代 2 完成货主委托事项的，同样应该考虑货代 1 是否授予货代 2 代理权。其中某个环节是否存在代理权，将影响货运代理转委托行为的法律适用。

#### （一）构成复代理的货运代理转委托行为

货主对货代 1 授予代理权，并不必然意味着允许货代 1 转托他人代理。根据民法通则第 68 条的规定，只有取得被代理人的同意或者在紧急情况下为了保护被代理人的利益，代理人才可以转托他人代理。这种严格限制与货运代理行业的发展趋势不符。

在比较法的层面上，放宽对复代理的限制是一种趋势。在英国法上，代理人和被代理人之间被认为具有高度的人身信任性，因此原则上代理人无权再委托他人代理，除非有本人明示或默示的授权。但是在下列各情形，默示授权存在：1. 在授予代理权的时候，本人知道并接受代理人进行复代理的意图。2. 使用复代理人符合委托事务的本质和需要。3. 使用复代理人符合特定行业的惯例。4. 出现无法预计的情况必须使用复代理人的。5. 从本人的行为或者本人和代理人之间的行为可以合理地推断出代理人可以使用复代理人。<sup>[30]</sup> 在英国的货运代理行业，上述默示授权根据惯例被认为是当然的，否则该行业不可能顺利发展，<sup>[31]</sup> 因为货运代理人的义务中不包括一般代理人必须亲自履行的义务。<sup>[32]</sup> 德国通说认为，如果本人对由代理人亲自履行并无明显利益，则复代理权存在。<sup>[33]</sup> 上海海事法院的法

[28] See D. J. Hill, *Agents with Special Responsibility*, Journal of Business Law, 1964, Stevens & Sons Limited, London, pp. 304 - 314. 澳大利亚学者 G. E. 戴尔波特指出，货运代理人以自己的名义进行法律行为，未披露本人的代理的一般原则不能适用。因为根据贸易惯例，货运代理人即使披露本人，他仍然应当独立地对承运人承担合同责任。See G. E. Dal Pont, *Law of Agency*, LexisNexis Butterworths, Australia, 2008, p. 39. 加拿大学者彼特·琼斯指出，上述原则在货运代理行业的实践中受到诸多制约。参见 [加拿大] 彼特·琼斯：《FIATA 货运代理法律手册》，载杨运涛等译著：《国际货运代理法律指南》，人民交通出版社 2002 年版，第 77 页。

[29] D. J. 希尔是英国研究货运代理制度的知名学者，他正是通过对货运代理人的研究发现英美法系代理制度的最大缺陷就是不存在和大陆法系相似的行纪制度。他通过大量的案例分析证明，英美法系的法官在很多时候运用了类似于大陆法系的行纪制度解决案件，只是在理论上英美法系并没有将其归纳为一个独立的制度。See D. J. Hill, *The Commission Merchant at Common Law: Inadequacy of Agency Law*, 31 Modern Law Review 623 - 641 (1968).

[30] 参见前引 [23]，Bowstead and Reynolds 书，第 137 页。

[31] See David A. Glass, *Freight Forwarding and Multimodal Transport Contracts*, 2d ed., Routledge, London and New York, 2012, pp. 104 - 105.

[32] See Paul M. Bugden, Simone Lamont-Black, *Goods in Transit and Freight Forwarding*, Sweet & Maxwell, London, 2010, p. 18.

[33] 参见 [德] 汉斯·布洛克斯、沃尔夫·迪特里希·瓦尔克：《德国民法总论》，张艳译，中国人民大学出版社 2012 年版，第 331 页。国际统一私法协会《国际商事合同通则》第 2.2.8 条和《欧盟合同法原则》第 3:206 条均规定，代理人有默示的授权指定次代理人完成不具有人身性质的并且非合理预期代理人亲自完成的任务。参见张玉卿主编：《国际商事合同通则 2004》，中国商务出版社 2005 年版，第 799 页。

官也指出, 货运代理作为一种商事代理, 其人身属性呈现弱化趋势, 商业成本考虑是占据重要地位的影响因素, 货主更关心事务完成的结果, 并不在意货运代理人是否亲力亲为。<sup>[34]</sup>

上述观点非常契合货运代理行业的发展趋势。集装箱的发明使得货物多式联合运输真正成为可能, 货运代理基于对货运信息的专业掌握成为运输设计师。同时, 由于集装箱带来的标准化和互联网技术带来的整体运输体系的建立, 专业的物流行业开始出现, 中国很多大型的国际货运代理公司纷纷改变名称成为国际物流公司, 这甚至成为货运代理行业未来发展的趋势。<sup>[35]</sup> 现代物流的本质特征就是外包和虚拟经营, 由于企业核心能力的差异, 为了达到降低成本、充分发挥自身核心竞争力的目的, 现代企业纷纷将一些非核心的、辅助性的业务外包给企业外部的专业机构, 利用他们的专长来提高企业整体的竞争力, 这也是社会分工日趋细化的结果。现代的货物运输已经成为一个复杂的体系, 运输方式、承运人的选择、运输线路的设计均涉及大量的专业知识和行业信息, 一旦货物的销售方寻找货运代理人安排货物运输的各项事务, 货运代理人实际上就承担了“第三方物流经营人”的角色。但是货运代理人之间仍然存在核心能力的差异和信息不对称的情况, 实务中货运代理人经常将自己承接的业务再转包或分包给其他货运代理人处理, 此时的其他货运代理人实际上承担了“第四方物流经营人”的角色。

因此, 在司法实践中应该对民法通则第 68 条进行扩张解释, 在委托人授予代理权时已经明确认可代理人可以转托他人代理的, 当然属于事先同意; 没有明确认可, 也可以根据行业惯例和委托事务的性质认定存在默示的事先同意。但是这种扩张解释有一个前提, 即货主授予货代代理权这一事实必须被认定, 否则也就不存在复代理的问题。一旦能够认定货主对货代 1 授予代理权, 同时也能认定货代 1 有权转托他人代理, 那么货代 1 委托货代 2 办理具体货运代理业务就可能构成复代理。此时, 仍然需要进一步区分货代 1 和货代 2 进行具体法律行为时的名义。根据我国通说, 所谓复代理, 是代理人以自己的名义授权他人代理之代理, 复代理人在自己和代理人代理权范围内所为行为, 直接拘束本人和相对人。<sup>[36]</sup> 从比较法的角度观察, 我国通说只考虑代理人以自己的名义授权他人代理, 同时对复代理人进行法律行为的名义不作任何区分, 不符合复代理的复杂状况。

德国民法典对复代理问题未作任何规定, 但是德国联邦最高法院将复代理区分为两种情形: 第一种是代理人以本人的名义授予复代理人直接代理本人的代理权(直接复代理)。如果复代理人以本人的名义出现, 则法律行为的后果归属于本人。此时复代理人是本人的代理人。第二种是代理人以自己的名义授予复代理人代理自己(即本代理人)的权利(间接复代理)。如果复代理人以本代理人的名义出现, 则法律行为的效力“通过本代理人”间接地作用于本人。此时复代理人是本代理人的代理人。<sup>[37]</sup>

根据《美国代理法重述第二版》第 5 条的规定, 复代理人是本代理人根据授权任命的, 完成本代理人对于本人应承担的事务, 但是对于复代理人的行为, 本代理人对本人承担首

[34] 参见前引 [2], 汪洋等文, 第 9 页。

[35] 参见中国国际货运代理协会:《中国国际货运代理行业发展报告》, 中国商务出版社 2009 年版, 第 82 页。

[36] 参见梁慧星:《民法总论》, 法律出版社 2011 年版, 第 231 页; 王泽鉴:《民法总论》, 北京大学出版社 2009 年版, 第 356 页。

[37] 参见前引 [33], 布洛克斯等书, 第 331 页; [德] 迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》, 邵建东译, 法律出版社 2000 年版, 第 721 页。

要的责任。如果本代理人任命的复代理人并不代表本代理人，而只是代表本人进行法律行为，那么他就是代理人，而不是复代理人。根据《美国代理法重述第二版》第 142 条的规定，复代理和代理的最主要区别在于本人、本代理人和复代理人之间的关系。如果复代理人的目的是使本代理人成为合同的一方，或者是使本代理人和本代理人一起成为合同的一方，那么对于复代理人而言，本代理人是本人。

根据英国的代理理论，需要区分共同代理和复代理。共同代理人可以由本人直接任命，也可以由本代理人代表本人任命。如果本代理人任命的代理人只是代表本代理人完成本代理人对本人应承担的任务，那么该代理人就是复代理人。<sup>[38]</sup> 如果本代理人任命复代理人得到本人的事先授权或者事后追认，那么复代理人的行为直接约束本人。但是，这并不代表复代理人和本代理人之间存在直接的合同关系，复代理人仍然是本代理人的代理人。本人和本代理人、本代理人 and 复代理人之间的权利义务关系分别由双方当事人之间的合同关系调整。<sup>[39]</sup> 因此，在英国的货运代理业务中，货代 1 委托货代 2 处理货运事务，可以分为两种情形：第一种是货代 1 得到授权代表本人任命一个代理人；第二种是货代 1 得到授权任命复代理人完成部分货运事务。在第一种情形，本人和后任命的代理人之间成立直接的合同关系；在第二种情形，本人和复代理人之间不存在直接的合同关系，货代 1 仍然对全部的事务承担个人责任。<sup>[40]</sup>

通过上述介绍，我们可以看出，无论是大陆法系还是英美法系，在复代理环节均考虑行为人的名义标准，但是相互之间还是存在差别。德国不但考虑代理人授予复代理权时的名义标准，而且考虑复代理人进行具体法律行为时的名义标准；英美法则主要关注复代理人进行法律行为时的名义标准，对于代理人授予复代理权的名义标准似乎并不关注。我国民法通则第 68 条对复代理行为中是否应该区分行为人的名义标准未作任何规定，但是在解释论上我们仍然应该对行为人的名义标准进行区分。因为复代理权的授予本质上属于代理权授予之一种，在法律没有明确规定的情况下，应该参照适用有关代理权授予的规定。在本代理环节，由于委托合同和代理权授予的区分，在传统大陆法系行为人的名义标准具有重要意义，在复代理环节名义标准的区分意义同样存在。同时，在解释论上，我们不但要区分本代理人授予复代理权时的名义标准，还要考虑复代理人在和第三人进行法律行为时的名义标准。只有这样才能清晰地界定本人、本代理人、复代理人 and 第三人之间的权利义务关系，而且也符合体系解释的原理。

在具体的解释论上，我国应该借鉴德国联邦最高法院关于复代理类型的划分理论。在货代 1 拥有明示或默示的授权可以转托他人代理的前提下，货代 1 可能以货主的名义授予货代 2 代理权，也可能以自己的名义授予货代 2 代理权。这两种情形都属于复代理，前者是直接复代理，后者是间接复代理。如果按照我国通说，只有第二种情形才属于复代理，第一种情形只能是单纯的一般代理，而不是复代理。尽管在货代 2 法律行为的归属效果上，无论将第二种情形界定为复代理还是一般代理，并不存在本质区别，但是在法律关系上两者存在重大差别。如果货主直接授予货代 2 代理权，此时属于典型的一般代理；如果货代 1 以货

[38] 参见前引 [32]，Paul M. Bugden 等书，第 18 页。

[39] 参见前引 [23]，Bowstead and Reynolds 书，第 140 页。

[40] 参见前引 [14]，Hill 书，第 173 页以下。

主的名义授予货代2代理权,则是复代理,因为此时涉及货主、货代1和货代2三方法律关系,而这正是复代理和一般代理的关键区别。因为货代1的授权行为可能存在无权代理和表见代理的问题,这在一般代理中是不存在的。

在货代1以货主的名义授予货代2代理权时,货代2是货主的复代理人,货代2只能以货主的名义和第三人进行法律行为,由此产生的法律后果由货主承担。

在货代1以自己的名义授予货代2代理权时,应进一步区分货代2进行法律行为的名义。如果货代1在授予代理权时,没有告知其代理权源自货主的,货代2只能以货代1的名义进行法律行为,此时货代2是货代1的代理人。根据代理权的归属理论,货代2和第三人进行法律行为的法律后果只能归属于货代1,然后再根据货代1和货主之间的代理关系将该法律后果归属于货主,但是在货代2和货主之间不存在直接的法律关系。如果按照我国通说,此时货代2进行法律行为的法律后果直接归属于货主,但是通过前文的介绍我们能够看出,无论是德国还是英美国家,货代2的法律效果只能先归属于货代1。这种解释论的差异在货代1破产时将会产生明显不同的法律后果。如果货代1在授予代理权时告知货代2其代理权源自货主的,货代2以货主的名义进行法律行为,此时货代2是货主的复代理人,货代2和第三人进行法律行为的法律后果直接归属于货主。

上述区分的意义在于,一方面,复代理行为之法律后果的归属存在差异;另一方面,一旦本代理权存在瑕疵,货主、货代1和货代2对第三人承担的责任是不同的。如果能够认定货代2是货代1的代理人,而本代理权存在瑕疵,此时应由货代1对第三人承担责任,货代2只有在知道货代1的代理权存在瑕疵的前提下,才和货代1对第三人承担连带责任,这也符合民法通则第66条第4款的规定。如果货代2只是货主的代理人,而本代理权存在瑕疵,此时应由货主对第三人承担责任,货代2只有在知道代理权有瑕疵的情况下才和货主对第三人承担连带责任。<sup>[41]</sup>

如果货主在委托货代1处理运输事务时未授予其代理权,此时货代1委托货代2处理相关运输事务的,应区分如下情形予以考虑:如果货代1以自己的名义授予货代2代理权的,这是单纯的代理问题,但是货代2的行为与货主无关。如果货代1以货主的名义授予货代2代理权的,此时构成无权的复代理,除非货主事后追认,或者符合表见代理的构成要件,货代2的行为与货主无关。如果货代1委托货代2处理货物运输事务,但是未授予货代2代理权,此时货代2以货代1的名义进行法律行为的,同样是无权代理问题,但是表见代理有可能存在。

## (二) 构成相继货运代理的货运代理转委托行为

在上述复代理类型的分析中,无论问题多么复杂,但有一点是共同的,即货代2不是以自己的名义和第三人进行法律行为,这使得上述问题可以在代理制度的整体框架内进行分析。现在需要考虑的是,无论货主是否授予货代1代理权,也无论货代1是否授予货代2代理权,货代2以自己的名义和第三人进行法律行为,其法律效力如何。

笔者以为,此时仍然应该基于名义标准参照适用行纪合同的规定,即只在货代2和第三

[41] 德国联邦最高法院区分直接复代理和间接复代理的最主要原因,就是区别对待复代理人依据德国民法典第179条关于代理权存在瑕疵时应承担的责任。参见[德]卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》下册,王晓晔等译,法律出版社2003年版,第859页。

人之间产生直接的合同关系，合同法第402条、第403条不能适用。如果因为第三人的原因导致合同不能履行或者履行有瑕疵的，则根据合同法第121条的规定，由货代2对货主或者货代1承担违约责任，然后再向第三人追偿。但是货代2承担的违约赔偿金额不应超过第三人作为承运人应承担的最高责任限额，这已经成为货运代理行业的惯例，“英国货运代理协会标准交易条件”、“德国货运代理协会标准交易条件”、“FIATA国际货运代理业示范法”等均有明确的规定。

在我国司法实务中，绝大多数发生货运代理转委托纠纷的场合，货代2都是以自己的名义与第三人进行法律行为。尽管货运代理人既可以货主的名义，也可以自己的名义进行法律行为，但是在货运代理实务中，货运代理人以自己的名义进行法律行为属于常态。这也是货运代理行业“层层转托，认人不认单”这一惯例的体现。如果货代2以货主或者货代1的名义进行法律行为，上述行业惯例在法理上是无法维持的。货代2以自己的名义与第三人进行法律行为，在传统大陆法系属于相继承揽运送，由于货运代理的表述在我国已经约定俗成，因此在我国语境中可以将其表述为相继货运代理。根据史尚宽先生的归纳，相继承揽运送可能涉及如下四种情形：一是承揽运送人于承受承揽运送后，使用他承揽运送人（次承揽运送人）。二是由委托人就各区间运送，利用各地承揽运送人（部分承揽运送）。三是第一承揽运送人，兼承受与中间承揽运送人订立承揽运送契约（相继承揽运送）。四是利用目的地承揽运送人。在上述第二种情形和第四种情形中，除各承揽运送人与委托人分别成立承揽运送契约，各承揽运送人相互之间不发生法律关系外，其余的情形均成立相继承揽运送。<sup>[42]</sup>在相继承揽运送中，承揽运送人和相继承揽运送人之间成立合同关系，委托人只有在承揽运送人转让债权的前提下，或者是基于侵权，才可以向相继承揽运送人主张权利。上述两种情形在英美法系则属于分合同（sub-contracting）问题，根据货运代理行业的惯例，货运代理人有权签订分合同。<sup>[43]</sup>在分合同场合，分合同人和本人之间不存在直接的合同关系。

因此，在我国司法实践中，无论先前的代理权是否存在，只要货代1以自己的名义进行法律行为，原则上都应该参照适用合同法中行纪合同的规定。但是行纪合同章中并没有关于转委托的规定，此时是否应该根据合同法第423条的规定，再参照适用委托合同一章第400条，就是一个问题。笔者认为，参照适用第400条不符合货运代理行业的惯例。根据该条的规定，只有经过委托人的同意，受托人才可以转委托，而且一经同意，委托人和转委托的第三人之间将产生直接的法律关系。依上文分析，在复代理的场合，尽管在一般代理的层面上基于代理人和被代理人的人身信任关系，复代理须得到被代理人的同意，但是在货运代理行业，可以认定被代理人默示同意代理人转托他人代理。举重明轻，在涉及法律后果直接归属的代理场合，尚且无需被代理人的明示同意，在不涉及法律后果直接归属的单纯委托场合，当然更加无需委托人的明示同意。同时，无论委托人是否同意，受托人以自己的名义进行转委托的，只在受托人和第三人之间产生法律关系。因此，应该根据合同法第61条的规定予以解决，即当事人对合同内容没有约定或者约定不明确的，可以按照交

[42] 参见史尚宽：《债法各论》，中国政法大学出版社2000年版，第679页。

[43] 参见前引[31]，David A. Glass书，第103页。

易习惯确定，而货运代理行业的惯例就是“层层转托，认人不认单”。

#### 四、货运代理人转变为承运人

作为货物运输中的变色龙，货运代理人在具体的实务中有可能是真正意义上的代理人，也有可能是广义上的行纪人，他们甚至有可能转变为契约承运人，或者是实际承运人。货运代理的每一次变色都将导致对货运代理转委托行为的不同法律定性。如果货运代理人是真正意义上的代理人，那么他的转委托行为原则上是复代理问题。如果货运代理人是广义上的行纪人，那么他的转委托行为实际上是相继货运代理问题。如果货运代理人转变为承运人，无论是契约承运人还是实际承运人，此时货运代理人 and 货主之间成立运输合同。此后无论货运代理人为了完成运输任务再寻找其他货运代理人，或者与实际承运人签订运输合同，都不存在转委托问题，货运代理人就是独立的合同当事人。如果因为其他货运代理人或者实际承运人的原因导致合同最终未能履行的，则应该根据合同法第121条的规定，坚持合同相对性原则，首先由货运代理人对货主承担违约责任，然后再向其他货运代理人或者实际承运人主张违约损害赔偿。因此，在司法实务中，准确地认定货运代理人在何种情形下转变为承运人，将会极大地简化货运代理转委托纠纷的处理。

##### （一）上海高院解答和最高院规定的不足

“上海高院解答”和“最高院规定”对货运代理人转变为承运人的情形均有涉及，但是认定的转变方式过于单一，没有考虑比较法上的最新发展趋势。“上海高院解答”认为：“当事人向货主签发了无船承运人提单、多式联运提单的，其身份为无船承运人、多式联运经营者，其与货主之间的合同为运输合同，不是本解答所称的货运代理合同。当事人虽然没有签发无船承运人提单或多式联运提单，但向货主承诺对货物运输承担类似承运人责任的，该当事人应视为承运人，其与货主之间的合同也不是本解答所称的货运代理合同。”“最高院规定”第4条则规定：“货运代理企业在处理海上货运代理事务过程中以自己的名义签发提单、海运单或者其他运输凭证，委托人据此主张货运代理企业承担承运人责任的，人民法院应予支持。货运代理企业以承运人代理人名义签发提单、海运单或者其他运输单证，但不能证明取得承运人授权，委托人据此主张货运代理企业承担承运人责任的，人民法院应予支持。”除了对名义进行区分以及在单证的范围上存在差别外，“最高院规定”和“上海高院解答”并不存在本质的区别，都将签发运输单证作为货运代理人转变为承运人的主要方式。

上述解释很可能是受到国际货运代理协会联合会（简称FIATA）“国际货运代理业示范法”的影响。该示范法第7.1条规定：“货运代理作为承运人所承担的责任，不仅仅在于他直接使用自己的运输工具进行运输时（从事承运人义务），而且在于如果他签发了自己的运输单证，就已经明示或默示地作出了承担承运人责任的承诺（契约承运人）。”但是该示范法是FIATA反对国际统一私法协会于1967年针对货运代理起草的公约草案的产物，其目的是维护货运代理组织自身的利益。因为根据国际统一私法协会相关公约草案的规定，在以下三种情况下货运代理人应当承担承运人的责任：一是对货物予以集中托运；二是为运输收取固定包干费用；三是签发表明其承担承运人责任的单证。FIATA认为上述规定严重损害了货



运代理人的利益，同时也正因为其反对，上述公约草案一直未能提交外交会议讨论。<sup>[44]</sup>

真正具有代表性的、力争平衡货主和货运代理人利益的，是“北欧货运代理标准交易条件”（简称 NSAB2000）和“德国货运代理标准交易条件”（简称 ADSp2002）。这些标准交易条件是代表货主的组织和货运代理人的组织之间充分协商的结果，这使得法院和仲裁机构倾向于接受它们，即使当事人在缔结合同时并没有明确约定适用。<sup>[45]</sup> ADSp2002 没有直接规定在何种情形下货运代理人将转变为承运人，这是因为德国商法典有明确的规定。该法典第 458 条规定，货运代理人有权以介入的方式执行货物运输从而转变为承运人；第 459 条规定，一旦固定运费，货运代理人将转变为承运人；第 460 条规定，货运代理人将不同货主的货物进行集合载运的，将转变为承运人。NSAB2000 第 2 条 A 款规定，在下列情形货运代理人将承担承运人的责任：1. 以自有的运输工具运送货物（实际承运人）。2. 明示或默示地接受承运人的责任（契约承运人）。在下列情形，货运代理人将被认为是契约承运人：（1）以自己的名义签发运输单证。（2）就整个运输提出自己的价格（固定运费）。（3）承担陆路运输。我们可以看出，即便是经过货运代理组织和货主代表充分协商的上述标准交易条件，在具体的转化条件上仍然存在差异。这也要求我国法院在解决具体案件的过程中能够充分考虑各国规定的优劣，并结合我国货运代理的具体实践作出自己的判断。

#### （二）货运代理人转变为承运人的具体判断

第一，实际承担运输。除非当事人事先通过约定予以排除，当货运代理人以自有或者租赁的运输工具承担实际运输时，其应该承担承运人的责任，这在比较法上几乎没有疑义。这被称为货运代理人的介入权，在我国可以通过参照适用合同法第 419 条关于行纪人的介入权的规定予以解决。但是在多式联运中，货运代理人承担陆路运输的，他只在该运输区段转变为承运人，在其他运输区段其货运代理人的身份不变。

第二，签发运输单证。在很长一段时间里，货运市场都没有产生货运代理人签发自己的运输单证的需求，即便签发了，银行也不将这些单证作为信用证下附随的适格单据。随着集装箱运输的出现，货运代理人组织实施的货物多式联合运输所占的比例越来越大，这时他们能否签发联合运输单据，以及其签发的联合运输单据具有何种法律效力，就是令人关注的问题。为了解决这一问题，FIATA 通过制定“FIATA 多式联运提单”（FBL），统一各种形式的运输代理行的提单。FIATA 秘书处对此种单据的性质作了如下说明：“作为单据签发者的运输代理人将作为联运人而不是代理人从事经营活动。”<sup>[46]</sup> 而且负责规范跟单信用证实务的国际商会在跟单信用证统一惯例（UCP400）中认可了 FIATA 的 FBL，这样它就被银行接受了。FIATA 除了制定 FBL 之外，还制定了 FIATA 运单（FWB）、货运代理运输凭证（FCT）和货运代理收货凭证（FCR）。签发 FWB 的货运代理人与签发 FBL 的货运代理人一样，都将被认为是对全程运输负责的联运经营人或承运人。两者的区别在于 FBL 只针对多式联运，并可以转让，而 FWB 既可以针对多式联运，也可以针对单一运输，但不可以转让。如果货运代理人不愿意承担承运人的责任，他们只须签发 FCT、FCR 单证即可。FIATA 的上述实践导致了无船承运人概念的出现，我国《国际海运条例》（2013）第 7 条就是这种

[44] 参见〔瑞典〕雅恩·拉姆伯格：《国际货运代理法》，杨运涛等译，人民交通出版社 2003 年版，第 57 页。

[45] 参见前引〔13〕，拉姆伯格书，第 8 页。

[46] 〔英〕施米托夫：《国际贸易法文选》，赵秀文译，中国大百科全书出版社 1993 年版，第 465 页。

影响的产物。根据该条第2款规定：“前款所称无船承运业务，是指无船承运业务经营者以承运人身份接受托运人的货载，签发自己的提单或者其他运输单证，向托运人收取运费，通过国际船舶运输经营者完成国际海上货物运输，承担承运人责任的国际海上运输经营活动。”“上海高院解答”和“最高院规定”的相关规定则是顺应上述发展趋势的产物。

由于上述法规和司法解释的存在，在海运业判断货运代理人转变为承运人相对比较明确，但是在航空运输业，这一问题则要麻烦得多。尽管民用航空法第137条明确区分了缔约承运人和实际承运人，但是这两种承运人都属于公共航空运输企业，根据该法第93条的规定，公共航空运输企业应当有符合国家规定的适应保证飞行安全要求的民用航空器。由于货运代理人不可能拥有价值巨大的航空器，因此即便货运代理人以自己的名义签发航空运输单证，他也不可能成为缔约承运人，但是这种解释与航空货运代理的实践不符。<sup>[47]</sup>在航空集中托运业务中，货运代理人从各个托运人处收取货物，以自己的名义签发分运单（HAWB）给托运人，在分运单中托运人就是托运人本人，收货人是托运人指定的人。然后货运代理人将货物集中托运给实际承运人（航空公司），航空公司签发主运单（MAWB）给货运代理人，在主运单中托运人是货运代理人，收货人是货运代理人本人或其指定的代理人。货到目的港以后，主运单中的收货人凭单提货，然后再根据分运单的指示将货物拆箱分别交给分运单中的各个收货人。在上述业务流程中，真正的托运人和收货人与实际承运人之间不存在直接的合同关系。<sup>[48]</sup>货运代理人之所以要签发分运单，一方面是为了证明已经从托运人处收到货物，另一方面也是为了托运人将结汇时间提前，加快资金周转。如果不承认签发分运单的货运代理人将转变为承运人，那么这种运输单证在国际结算中也不会被银行业所接收，这对我国作为出口大国的经济发展非常不利。实务中，航空货运代理人为了增加分运单在信用证交易中的可接收性，干脆将HAWB中的“H”（HOUSE的缩写）去掉，使其直接变为航空货运单（AWB）。但这毕竟是权宜之计，而且法律风险很大。

为了在解释论上得出航空货运代理人以自己的名义签发分运单将转变为承运人，有学者提出可以通过直接适用合同法第288条的规定绕过民用航空法的限制，因为第288条规定的承运人并不存在任何限制，国际货代企业与货主签订委托书，以自己的名义出具空运单并收取运费以后，应被认定为订立了运输合同，从而取得承运人的地位。<sup>[49]</sup>但是这种解释明显违背了特别法优于一般法的法律适用原则。南京中院在“2009宁民二终字第183号”案中判决签发分运单的货运代理人为缔约承运人。法官在评析中指出：首先，我国民用航空法对缔约承运人和实际承运人的区分源自《瓜达拉哈拉公约》和《蒙特利尔公约》，我国已经于2005年正式成为《蒙特利尔公约》的缔约国，这两个公约并没有要求航空承运人必须拥有航空器。第二，无航空器的国际货代企业作为缔约承运人参与国际航空运输，已被越来越多的国家所接收。第三，民用航空法制定于1995年，当时我国航空运输业尚处于初级阶段，国家对民用航空运输业和航空货运代理业实行严格的管理制度。进入21世纪以

[47] 在上海浦东新区法院判决的“上海世洋物流公司诉上海布拉克进出口贸易公司货运代理合同纠纷案”中，货运代理人主张自己签发了空运单，因此和货主之间已经成立运输合同，但是一审法院和二审法院均未认可。参见前引[1]，郭俭主编书，第97页以下。

[48] 参见中国国际货运代理协会主编：《国际航空货运代理理论与实务》，中国商务出版社2010年版，第14页。

[49] 参见刘昕：《国际货代在航空货运中之独立经营人身份辨析》，《北京航空航天大学学报（社会科学版）》2009年第4期，第40页。

后，我国颁布的一系列法律法规放宽了对航空运输业的管制。因此，即使不拥有航空器，货运代理人以自己的名义签发分运单的，应被认定为缔约承运人。<sup>[50]</sup> 上述判决的结论非常合理，但是说理仍不充分。因为，第一，相关公约对于双方当事人都是国内企业的并不能适用。第二，很多国家接受并不代表我国已经接受。第三，在其他方面放松管制，并不代表对承运人应该拥有航空器已经放松管制，因为民用航空法的规定并没有废止。

在解释论上可以通过两种方法软化民用航空法第 93 条的不当限制，从而认定以自己名义签发分运单的货运代理人转变为承运人。第一种方法是目的论的限缩。因为民用航空法第 93 条的规定从现今的角度看已经存在一个隐藏的法律漏洞，即尽管存在明确的法律规范，但是根据法律规整的目的或其意义脉络，该法律规范调整范围过宽。对于隐藏的法律漏洞，法官应该采取目的论限缩的解释方法，对该法律规范的范围予以缩减。<sup>[51]</sup> 这种目的论限缩的理由是，如果法院严格按照第 93 条的文义适用法律，那么第 137 条关于缔约承运人和实际承运人的区分基本失去意义，因为缔约承运人在已经拥有航空器的情况下再寻找其他实际承运人，可能性非常小。上述区分是运输行业分工细化的结果，而且代表该行业的未来发展趋势。同时，严格按照第 93 条的文义适用法律，将会对我国的经济发展产生不利影响。作为出口大国，货主在将货物托运之后能够尽快回笼资金非常重要，认可货运代理人签发分运单转变为承运人，会使银行业更加愿意接受这种单证。因此，应该将第 93 条中应该拥有航空器的要求限缩在实际承运人方面，对契约承运人该要求不适用。第二种方法是根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》第 14 条的规定，将第 93 条解释为管理性规范，而不是效力性规范，即货运代理人不拥有航空器，并不影响其成为缔约承运人。通过对规范性质的解释缩减其适用范围，在海运业已经有先例，最高人民法院在《关于未取得无船承运业务经营资格的经营者与托运人订立的海上货物运输合同或签发的提单是否有效的请示的复函》（〔2007〕民四他字第 19 号）中指出，国际货运代理公司在未取得无船承运业务经营资格的情况下签发了未在交通主管部门登记的提单，不属于合同法第 52 条第 5 项规定的违反法律、行政法规的强制性规定的情形，该提单应认定为有效。

第三，固定运费。在早期的货运代理业务中，货运代理人多按运费的比例收取佣金。但是随着集装箱的出现，货物多式联运得到飞速发展，“与早期做法不同的是，提供‘门到门’服务的货运代理很少是根据承运人的运费按比例收取佣金的。大多数客户比较喜欢一揽子的付款方式，以便在确定货物的销售价格时，能准确计算运输费用。一揽子付款方式实际上使货运代理承担运费变化的风险，这也是客户喜欢这种支付方式的另一个原因”。<sup>[52]</sup> 在大陆法系，一般认为就运送全部约定固定运费时，多少有投机之嫌，因为约定的运费与承揽运送人实际上支付给运送人的运费常有差额，而这部分差额为承揽运送人所有，这与承揽运送人“为他人之计算”的性质有异，所以法律上将其视作运送人。<sup>[53]</sup> 英美法系国家

[50] 参见陈玲刚、樊荣禧：《国际货运代理企业在国际航空货运中的缔约承运人地位》，《人民司法·案例》2009 年第 20 期，第 101 页。

[51] 参见〔德〕卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆 2003 年版，第 267 页。

[52] 前引〔28〕，琼斯书，第 26 页。

[53] 参见前引〔42〕，史尚宽书，第 676 页。

也认为,“货运代理在付给承运人运费与收取客户运费之间赚取差额,正表明货运代理的当事人身份。否则,货运代理人就被认为违反了代理人在未经当事人同意的情况下不得秘密收取利润的义务。”<sup>[54]</sup>实务中,货运代理人如果不想承担运送人的责任,他应在合同中明确自己收取的运费是代为收取,自己获取的报酬是佣金。

在我国司法实践中,货运代理人收取固定运费将被认定为承运人的做法并没有被接受。“上海高院解答”在回答“实务中货运代理人采用的各种收费方式对其法律地位有无影响”时指出:货运代理人采用“大包干”(向委托人收取一笔总的数额,实务中常以“运费”的面目出现)、“小包干”(海运费代收代付,另向委托人收取包括杂费和代理费在内的一笔总的数额)、“吃差价”(在支付给有关方的海运费、杂费上另加一定的金额,向委托人收取)等收费方式收取服务报酬,不影响其作为货运代理合同的受托人的法律地位。上述解答的理由是:一般而言,赚取其向货主收取的运费与其支付给实际承运人之间的运费差价,是无船承运人的利润取得方式和通行做法。但目前的货代实务中,无论采取上述哪种收费方式,货运代理人也赚取费用之间的差价,而不是采用完全代收代付另加一定报酬的收费方式。有观点认为,从委托合同的性质分析,受托人在处理受托事务时应当为委托人的利益计算,而赚取差价的收费方式使受托人更多地为自己的利益计算,因此赚取差价的货运代理人应被视为承运人。但是上海高院认为,我国合同法委托合同一章的一般规定难以全面涵盖货运代理合同的某些特殊性,在法律适用时应进行合理的法律解释、法律漏洞填补和价值补充,上述收费方式符合商业效率的需要,已成为货代行业的收费习惯和通行做法,因此不能仅以货运代理人收取差价的收费方式就简单地认定其具有承运人的法律地位。“最高院规定”没有直接回答这个问题,但是最高法院法官在对“最高院规定”进行解释时,表达了和上海高院几乎完全一样的观点。<sup>[55]</sup>

上述观点同样是单方面受到货运代理行业影响的结果,法院在法律解释中未能通过价值补充顾及货主的利益。上述司法解释基本是商务部组织起草的“国际货运代理通用交易条件”第4.3条的翻版,即“公司按照固定运费或包干费率对任何性质的服务收取费用,其本身并不决定或证明公司是代理人或当事人”。<sup>[56]</sup>以“北欧货运代理标准交易条件”为例,在先前的版本中并没有规定固定运费将导致货运代理人转变为承运人,但是经过货主代表和货运代理组织的充分协商和讨论,终于在1974年增补了上述条文。<sup>[57]</sup>关键原因还是在于,一旦货运代理人为了自己的利益通过固定运费的方式赚取运费的差价,其就不再符合无论是代理人还是行纪人的本质。固定运费已经成为行业惯例并不能成为反对的理由。在欧洲,“承揽运送人与委托人间就全部运送约定单一价额,实务上约占所有运送案件的百分之九十,已成为常态”。<sup>[58]</sup>但是这并没有妨碍这些国家将这种货运代理人认定为承运人。如果货运代理人不愿承担承运人的责任,无论采取哪种收费方式,他只要清楚地告知货主哪些是代收代付的运费,哪些是自己应得的报酬即可。厦门海事法院的法官甚至认为,如

[54] 前引[28],琼斯书,第26页以下。

[55] 参见前引[4],王彦君等文,第36页。

[56] “国际货运代理通用交易条件”的12家起草单位,除了北京交通大学外,其余皆为从事货运代理业务的大型集团公司和代表货运代理企业的中国国际货运代理协会,未见任何代表货主的组织参加。

[57] 参见前引[13],拉姆伯格书,第56页。

[58] 林一山:《承揽运送》,载黄立主编:《民法债编各论》下,中国政法大学出版社2003年版,第720页。

果货运代理人采取包干费等模糊收费方式逃避承运人责任的，可以结合最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第9条第1款第3项的规定，推定其为承运人。<sup>[59]</sup>如果承运人返还运费的差价，货运代理人也应该将其相应地返还给各个货主，这才符合“为他人计算”的货运代理人的本质。如果其不愿意返还，那么他仍然应当承担承运人的责任。

第四，集合载运。这种方式同样是集装箱运输兴起的产物。很多国家的民商法典均规定，货运代理人一旦采取这种运输方式，就将转变为承运人。笔者认为，应该区分考虑。因为集合载运本质上只是一种运输方式的革新，它提高了运输的效率，但是并不必然导致货运代理人法律性质的转变。如果货运代理人采取集合载运的方式，但是并没有固定运费，同时也未赚取运费差价的，其仍然是货运代理人；如果货运代理人采取集合载运的方式，同时赚取运费差价的，其应当承担承运人的责任。只是在货运代理实务中，集合载运和固定运费是紧密关联的，货运代理采取集合载运的目的，也是为了赚取更多的运费差价。在集装箱发明之后，货物运输的速度和单位体积内的货物装载量都得到了极大的提升，但是在很多时候，单一货主的货物无法填满一个集装箱，货运代理人就会将多个货主的货物混拼在一个集装箱中运输。同时，货物的运价是随着货物计费重量的增加而逐级递减的，以一个集装箱的货物重量整体计算运费和以每个货主的货物重量分别计算的运费之间有一个比较大的差价。如果货运代理人在规定的期限内完成一定的货量，承运人还可能再根据一定的比例返还给货运代理人一部分运费作为奖励。无论货运代理人获得多少运费的差价，如果其均按一定的比例返还给各个货主，那么他仍然是货运代理人，但是这种情况在实务中很难看见。第一是计算的复杂性。有时不但是同一个货运代理人将不同托运人的货物混拼在一起，而且有可能是不同的货运代理人将各自已经混拼的货物再转拼在一个集装箱内，从而获取更优惠的运价。第二是马太效应。货运代理人集中的货物越多，他获得的运费差价就越多，这样他就能在对货主的初始报价中给予更多的优惠，从而吸引更多的托运人。这样就形成一个良性循环，货运代理人也越做越大。如果货运代理人将所有的运费差价均返还给托运人，那么集合载运带来的优势将荡然无存。因此，单纯的集合载运并不表明货运代理人已经转变为承运人，但是集合载运可以作为一种推定货运代理人是承运人的表面证据，除非货运代理人能够证明自己并没有从集合载运中获取运费的差价。

## 结 论

在我国司法实践中，货运代理转委托案件应该遵循以下步骤解决：首先，法院应该考虑货运代理人是否因为实施签发运输单证、实际运输、固定运费等行为而转变为承运人，一旦货运代理人转变为承运人，即便其再寻找其他货运代理人完成货运事务，也是独立的货运代理合同，不是转委托问题。

其次，如果货运代理人没有转变为承运人，则要考虑货主在委托货代1时是否授予了代理权。如果货主对货代1授予了代理权，基于行业惯例，货代1的“代理转委托权”应被

[59] 参见俞建林、邱焯：《“身份推定”模式建构初探——以无船承运人与货运代理人的辨识为研究对象》，《中国海商法研究》2012年第2期，第27页。

认为默示存在,除非货主在授予代理权时明确排除。如果货主没有对货代1授予代理权,货代1以自己的名义授予货代2代理权的,构成一般代理;货代1以货主名义授予货代2代理权的,则构成无权代理或者表见代理。

第三,如果货主对货代1授予代理权,货代1委托货代2完成相关货运事宜,应考虑货代1委托货代2时是否授予了代理权。如果没有对货代2授予代理权,则是相继货运代理问题,此时货代2只能以自己的名义进行法律行为。如果授予货代2代理权,再考虑货代1授予货代2代理权的名义,以及货代2与第三人进行法律行为时的名义,以决定他们之间的法律关系。如果货代1以货主的名义授予货代2代理权,货代2和货主之间构成直接复代理关系。如果货代1以自己的名义授予货代2代理权,此时构成间接复代理关系,货代2以货代1的名义进行法律行为的,其法律效果归属于货代1;货代2以货主的名义进行法律行为的,其法律效果归属于货主。

第四,无论货主是否授予代理权,只要货代1、货代2以自己的名义进行法律行为,此时仍然是相继货运代理问题,应该参照适用行纪合同的规定坚持合同的相对性原则。此时货代1和货代2之间存在合同关系,货主只有在货代1转让债权的前提下,或者是基于侵权,才可以向货代2主张权利。

第五,即便在有代理权的情况下,只要货代1、货代2以自己的名义进行法律行为,基于货运代理行业的惯例,合同法第402条、第403条均没有适用的余地。

---

**Abstract:** In China, a freight forwarding contract belongs to the category of innominate contract and, according to relevant judicial interpretations, the issue of legal effect of sub-delegation of freight forwarding should be dealt with in accordance with Article 400 of the Chinese Contract Law. Such interpretations fail to accurately distinguish between the concepts of agency, mandate, brokerage, sub-agency, and successive freight forwarding, thus leading to the phenomenon of like cases being treated differently in judicial practice. In freight forwarding practice, the freight forwarder can carry out juridical act both in his own name and in the name of the principal. These two kinds of juridical act should be treated differently in judicial practice and regulated in accordance with rules on agency in the General Principles of the Civil Law and rules on brokerage in the Contract Law, respectively. On the above basis, the juridical act of freight forwarding should be further divided into two categories, namely freight forwarding with successive freight forwarding and freight forwarding with sub-agency. Also, considerations should be given to the possibility of transformation of status from freight forwarder to carrier, and the influence of commercial usage of the freight forwarding industry on the act of sub-delegation under freight forwarding. Only in this way can like cases of freight forwarding be treated alike at the level of legal interpretation.

**Key Words:** freight forwarding, brokerage, sub-agency, successive freight forwarding, carrier

---