

## 涉外代理关系准据法的确定

林 强 \*

**内容提要：**涉外民事关系法律适用法第16条对代理类型、连结对象与连结点的界定均不清晰，需从学理上予以重述。第1款中的“代理”不能径直依民法来解释，宜从功能识别与目的识别的原理出发，将法定代理与机关代理排除在外，而仅指涉意定代理。代理实体法的学说与体系构造影响着冲突规则的设置。无论是从实体法还是冲突法的立场出发，我国都应采纳德国的意定代理权独立连结理论，而非混合继受英国法与海牙《代理法律适用公约》。继受该德国学说时，需明确代理内部基础关系与外部法律行为均可在第16条之外找到对应的冲突规则，第16条的连结对象只为意定代理权。第16条第1款前段的“代理”应进一步限缩解释为意定代理权，第1款但书未来宜完全删除。在依第16条规定的主、客观连结点确定意定代理权的准据法时，应依实体类型作精细化的利益衡量，从而具体化连结点的运用。

**关键词：**涉外代理 代理冲突法 代理行为地 意思自治 利益衡量

### 一、问题的提出

代理是当代私法中不可或缺的一项制度。由于罗马法上并无代理的制度基础，后世各国在缺乏“共同法”洗礼下发展出来的代理制度，在理念与技术上存在较大差异。<sup>〔1〕</sup>当前，代理实体法大致呈现出罗马法系、德意志法系与普通法系三足鼎立之势。<sup>〔2〕</sup>随着代理渗透进生活的各方面，私主体在跨境民商事交往中面临此种“法律冲突”的可能性较大。

统一实体法或相关示范法是应对“法律冲突”的重要潜在途径，但迄今为止，在统一代理实体法或制定代理实体示范法方面所做的努力，均未取得明显成功，<sup>〔3〕</sup>一个重要原因

\* 清华大学法学院博士研究生。

〔1〕 See Konrad Zweigert & Hein Kötz, *An Introduction to Comparative Law*, 3rd ed., trans., Tony Weir, New York: Oxford University Press, 1998, pp. 431 - 441.

〔2〕 See Hendrik Verhagen & Laura Macgregor, *Agency and Representation*, in Jan M. Smits (ed.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, 2d ed., Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2012, p. 61.

〔3〕 代表性的代理统一实体法如1983年2月17日订立于日内瓦的《国际货物买卖代理公约》，该公约至今未生效。国际统一私法协会制定的《国际商事合同通则》（PICC）以及欧洲合同法委员会制定的《欧洲合同法原则》（PECL）中的代理规则，都可以视为代理实体法的示范法，但是目前各国代理实体规则并没有呈现出明显的趋同化趋势。

在于各国并不愿意放弃各自固有的法理念。<sup>〔4〕</sup>法系隔阂从代理实体法渗透进冲突法中,加之代理三方关系的错综复杂,使得代理冲突法的统一进程同样步履维艰。<sup>〔5〕</sup>最近一次的法系立场对峙在《罗马规则 I》的起草过程中暴露无遗:德国在国际私法理论上延续了民法中的意定代理权授权行为独立性理论,主张意定代理权应当单独确定准据法,故而强烈反对沿袭海牙国际私法会议 1978 年 3 月 14 日通过的《关于代理法律适用的公约》(以下简称《代理法律适用公约》)的规定,笼统地将代理关系区分为内部关系与外部关系并分别拟定冲突规则。<sup>〔6〕</sup>草案中内外部关系的区分理念更接近于法国和英国<sup>〔7〕</sup>的立场,但事实上两国的代理冲突法也有实质差别。<sup>〔8〕</sup>立场僵持不下,最终《罗马规则 I》放弃制定代理冲突规则。<sup>〔9〕</sup>可以说,国际范围内代理实体法或冲突法的统一恐怕很难在短期内实现。

我国涉外民事关系法律适用法第 16 条对代理问题作了规定,共两款,堪称比较法上简洁的“典范”。该条第 1 款规定:“代理适用代理行为地法律,但被代理人与代理人的民事关系,适用代理关系发生地法律。”第 2 款规定:“当事人可以协议选择委托代理适用的法律。”在立法前,国内学者几乎未意识到域外代理冲突法存在前述理论分歧,<sup>〔10〕</sup>并且第 16 条与早先国际私法学会拟定的《中华人民共和国国际私法示范法》第 71 条和第 72 条差异较大,<sup>〔11〕</sup>很难说该规则的制定获得了学者的严密论证。就目前来看,第 16 条条文简洁却不明了,<sup>〔12〕</sup>其中代理类型、连结对象以及连结点的界定均不清晰。首先,第 1 款之“代理”可否依照多数学者的见解,径直依法院地实体法作解释,从而涵盖我国实体法上的所有代理类型?其次,第 1 款前段规定的“代理”以及但书规定的“被代理人与代理人的民事关系”,分别指代哪些民事关系?再次,第 1 款客观连结点“代理行为地”如何确定?抽象的“代理关系发生地”又该如何解释?最后,第 2 款规定的主观连结点可运用于委托代理的哪些事项?协议选择的主体、时间、方式如何?这些问题环环相扣,需体系化地予以把握。

本文在第二至四部分探讨第 16 条适用的代理类型、连结对象的界定以及连结点的运用三大问题。不同于既有的学术观点,本文反对先入为主地从《代理法律适用公约》中寻找解释路径,<sup>〔13〕</sup>主张充分关注代理实体法与冲突法存在法系差异这一事实,无论是从实体法

〔4〕 Vgl. Frank Vischer *et al.*, Internationales Vertragsrecht, 2. Aufl. 2000, Stämpfli, S. 481 f.

〔5〕 See Peter Hay & Wolfram Muller-Freienfels, *Agency in the Conflict of Laws and the 1978 Hague Convention*, 27 Am. J. Com. L. 1, 12 (1979).

〔6〕 Vgl. Peter Mankowski, Der Vorschlag für die RomI-Verordnung, IPRax 2006, S. 108; Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, *Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the Law Applicable to Contractual Obligations (Rome I)*, RabelsZ 71 (2007), S. 298 ff.

〔7〕 英国内部有英格兰与威尔士、北爱尔兰、苏格兰三个法域。虽然它们的国际私法有许多相同的法源,但仍各自保留了自己的一部分规则。本文所称的英国冲突法特指英国主体即英格兰与威尔士的冲突法。

〔8〕 具体分析可见本文第三部分。

〔9〕 参见《罗马规则 I》第 1 条第 2 款 (g) 项。

〔10〕 我国学者大多只注意到域外代理冲突规则在连结点选取上有差异,未意识到各法系之间对于连结对象的界定存在明显分歧。参见韩德培主编:《国际私法》,高等教育出版社、北京大学出版社 2014 年版,第 176 页以下;赵相林主编:《国际私法》,中国政法大学出版社 2014 年版,第 272 页以下。

〔11〕 条文见中国国际私法学会:《中华人民共和国国际私法示范法》,法律出版社 2000 年版,第 18 页。

〔12〕 已有学者对第 16 条提出批评,参见陈卫佐:《比较国际私法:涉外民事关系法律适用法的立法、规则和原理的比较研究》,法律出版社 2012 年版,第 293 页以下。

〔13〕 目前,我国多数学者援引《代理法律适用公约》解释第 16 条。代表性的见解参见万鄂湘主编:《〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉条文理解与适用》,中国法制出版社 2011 年版,第 126 页以下;黄进、姜茹娇主编:《〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉释义与分析》,法律出版社 2011 年版,第 82 页以下。

的亲疏还是比较法的严谨程度上,都应当扩大比较的范围,认真对待德国代理冲突法理论,从而为第16条寻找到更为妥当的解释或完善路径。在此基础上,本文最后分析第16条存在缺陷的深层原因,并提出未来国际私法立法与研究应当注意的若干学术命题。

## 二、涉外民事关系法律适用法第16条适用的代理类型

第16条第1款前段的“代理”应如何解释,我国学者持两种见解:多数学者认为,从立法表述来看,第1款与第2款在连结对象上有所区别,第2款为“委托代理”,而第1款采用的是其上位概念“代理”,依我国民法通则第64条第1款之规定,可以认为“代理”涵盖了委托代理、法定代理与指定代理。也就是说,多数说认为第16条第1款的“代理”应依民法来解释。<sup>[14]</sup> 应予注意的是,民法通则对代理所作的法定分类并不科学,民法典第163条第1款的分类也有不足之处。后文将采纳学理分类,将民法上的代理划分为意定代理、法定代理与机关代理。<sup>[15]</sup> 与多数学者观点不同,少数学者认为应按照各国普遍做法,将法定代理、机关代理和诉讼代理排除在第16条的适用范围之外。<sup>[16]</sup> 但两种观点均未提供其他实质性论证理由。

### (一) 不能径直依本国民法解释“代理”

用以描述冲突规则连结对象的概念在学理上称作“体系概念”,<sup>[17]</sup> 从国际私法体系概念的形成原理分析,将有助于说明相同的概念在民法与国际私法中所指涉的实体内容有何异同。在国际私法中,冲突规则一方面需确定本国私法规则在何种情况下应予适用,另一方面需确定何种情况下应适用外国私法规则。<sup>[18]</sup> 为了形成一个无漏洞的冲突规则体系,最为直接的方式是将本国民法的体系性概念移植入国际私法中。大致围绕着本国民法体系的总则、物、债、继承、婚姻家庭等几大类法律关系设置对应的冲突规则,能够至少保证本国民法中既有的法律关系可以在冲突法中找到归类,也使得国际私法的法典化得以可能。这是冲突规则的体系概念与本国民法概念保持内涵一致的主要益处。

[14] 参见前引〔13〕,万鄂湘主编书,第122页以下;前引〔13〕,黄进等主编书,第80页以下;前引〔10〕,赵相林主编书,第280页;齐湘泉:《〈涉外民事关系法律适用法〉原理与精要》,法律出版社2011年版,第171页。

[15] 机关代理(Organschaftliche Vertretung)是德国学理上的类型,我国亦有学者采纳,认为其特征介于法定代理与意定代理之间(参见朱庆育:《民法总论》,北京大学出版社2016年版,第329页以下)。我国实证法称此类代理人为“法定代表人”,民法主流意见认为代表制度与代理制度相异,由此似乎说明我国法背景下没有讨论此类代理之必要(参见梁慧星:《民法总论》,法律出版社2017年版,第223页以下;王利明主编:《民法》,中国人民大学出版社2018年版,第138页)。但是,立法上对于代表人对外行为效力的认定,又基本上是在代理法的框架下展开,学者也不否定这一点(参见王军:《中国公司法》,高等教育出版社2017年版,第294页以下;朱广新:《法定代表人的越权代表行为》,《中外法学》2012年第3期,第484页以下;王泽鉴:《民法总则》,新学林出版股份有限公司2014年版,第492页)。法定代表人制度在实质上已与域外的机关代理没有太大差异。另外,国际私法不独是面对本国民商事实践,不仅是德国,域外英美、日等多数国家也是采纳代理制度来说明法人代表的对外行为效力(参见本注所引朱广新文,第485页以下),故讨论机关代理是必要的。

[16] 参见杜涛:《国际私法原理》,复旦大学出版社2018年版,第236页。

[17] 本文采取较为常见的称谓,文献中还有很多其他称谓,如集合概念、范围概念等。Vgl. Abbo Junker, Internationales Privatrecht, 3. Aufl. 2019, § 6 Rn. 3.

[18] Vgl. Heinz-Peter Mansel, Privatrechtsdogmatik und Internationales Privatrecht, FS Canaris, 2017, S. 741 f.

但是，国际私法的体系概念所指涉的法律关系或实体类型又不能完全依本国民法来认定，而是必须依照自身的规范目的保持一定的自主性。<sup>[19]</sup>一方面，国际私法需要面对本国民法不认识、由外国法塑造的法律关系，为其寻找到对应的冲突规则并确定准据法。因此，有时冲突规则所用的体系概念需要比国内民法的概念涵盖更多的实体类型，才不至面临体系上的漏洞。例如，涉外民事关系法律适用法第26条、第27条中的“离婚”概念，“婚”可以涵盖本国没有但在域外有效缔结的事实婚与宗教婚，“离”也可以包括本国没有的别居制度。扩张解释的依据是这些陌生的域外法律关系与本国法的相关制度功能等同，调整着相同的生活关系。另一方面，国际私法在为法律关系确定准据法时，需要服务于特定的国际私法上的利益，这些利益成为制定冲突规则的重要依据。相应地，发端自民法的“体系概念”需要依照国际私法的利益作扩张或者限缩解释，有时甚至需要创设出自己的体系概念。例如，涉外民事关系法律适用法第41条以一般合同类型为基准，侧重维护法律适用的确定性和期待性。但实体法上认为消费者与劳动者属于弱者，需要法律的特别保护，这些价值渗透进冲突法中，形成了冲突法上也认可的保护利益。<sup>[20]</sup>因此，立法者特别拟定第42条与第43条，从而第41条中的“合同”就应限缩性地理解为不包括消费合同与劳动合同。

因此，本国民法只是解释国际私法“体系概念”的起点，二者所指涉的实体内容并不完全相同。国际私法的“体系概念”需要依照自身的规范目的，在民法概念的基础上作必要的扩张和限缩解释，从而容纳或者排除特定实体法律关系。由此，直接依照民法解释第16条中的“代理”，并不具有绝对的说服力。

## （二）不依照本国民法又如何解释“代理”

对“体系概念”作不同于民法概念的扩张或者限缩解释以容纳或者排除特定实体关系的过程，在国际私法学中被理解为“识别”（即特定法律关系能否涵摄入某一冲突规则的体系概念中）的过程。“体系概念”的解释与法律关系的“识别”实际上是同一过程的两个面向，共同决定着冲突规则的适用范围。<sup>[21]</sup>上文通过比照域外实体法类型与国内实体法类型的功能进行识别的方式叫作“功能识别”，通过国际私法上的利益确定“体系概念”的内容以及涵摄范围的方式则叫作“目的识别”。<sup>[22]</sup>跳出国内民法概念的桎梏，可以运用功能识别以及目的识别的原理，检视作为体系概念的“代理”能否理解成法定代理、意定代理以及机关代理的上位概念。

无论是多数说还是少数说，对于第16条应当适用于意定代理这一点存在共识。事实上，多数国家都只针对意定代理设置准据法。<sup>[23]</sup>因此，可以将意定代理冲突法作为第16条的规范原型，通过比照其他代理与意定代理是否具有相似的功能以及在法律选择过程中所

[19] 拉贝尔在其经典文献《识别问题》中，提出国际私法体系概念具有自主性（Vgl. Ernst Rabel, Das Problem der Qualifikation, RabelsZ 5 (1931), S. 282 ff.），目前已得到普遍认可（Vgl. Jan Kropholler, Internationales Privatrecht, 6. Aufl. 2006, § 16 II 2; Gerhard Kegel, Klaus Schurig, Internationales Privatrecht, 9. Aufl. 2004, § 7 III 3）。

[20] 参见上引 Kropholler 书，第 33 页以下。

[21] 参见前引 [17]，Junker 书，第 7 I 2 (b) 节。

[22] 关于“功能识别”的原理可进一步参见前引 [19]，Kegel 等书，第 346 页以下。关于“功能识别”的原理可进一步参见前引 [17]，Junker 书，第 7 III 1 (a) 节。这两种识别方法都可以被归入到“开明的法院地法识别说”。Vgl. Jan von Hein, in: Münchener Kommentar BGB, Band 11, 7. Aufl. 2018, Einleitung zum Internationalen Privatrecht, Rn. 118 ff. 本文为强化论证效果而区分这两种识别方法，在分析具体案件时，实际上是目的识别与功能识别并用。

[23] 参见前引 [13]，黄进等主编书，第 82 页。

侧重保护的利益是否相同,来判断它们可否由第16条予以统一调整。<sup>[24]</sup>

### 1. 功能识别

学理上的三种代理类型除了都具有代理的效果归属于本人这一特征外,在功能上各不相同。第一,以父母或监护人对未成年子女的法定代理为例,其主要功能在于保护未成年人。大陆法系之所以用法定代理来实现这种功能,完全是社会和历史条件下的偶然结果,普通法系就没有相应类型的法定代理,而是采用信托制度或在合同法中直接规定保护性条款来实现前述目的。<sup>[25]</sup>这从一个侧面也可以反映出意定代理与法定代理的同质程度甚至还不如信托。类似地,对丧失行为能力成年人的法定代理等其他法定代理类型都体现了不同程度的保护功能。第二,公司为法律上拟制的“人”,必须借助自然人为特定行为,机关代理的首要功能就在于使法人能够参与法律交往。<sup>[26]</sup>第三,意定代理是生产分工的产物,其重要功能是拓展私主体的经济活动空间。借助意定代理,私法主体可以授权他人代劳而效果归属于本人。<sup>[27]</sup>如果第16条的核心调整类型是意定代理,假定法定代理与机关代理是待识别的陌生制度,以功能识别为识别方法,是不会将二者涵摄到第16条的“代理”之下的。

### 2. 目的识别

20世纪中叶前后,受到利益法学与评价法学思潮的影响以及美国冲突法革命的冲击,欧陆国际私法开始了摆脱“概念法学”的探索。克格尔的国际私法利益法学理论脱颖而出,成为解释与建构冲突规则的重要分析工具。该理论中有两类利益与本论题的讨论相关,分别是“当事人利益”与“交往利益”。所谓“当事人利益”,是指每个人都意欲适用与自己具有密切联系的法律,或是国籍国法,或是住所地法,或是经常居所地法。属人法领域在连结点的选取上就特别保护这种利益。<sup>[28]</sup>“交往利益”则体现为每个潜在的社会交往参与者都希望交往的过程更为便捷,交易安全以及交往中的合理期待可以得到保护。适用行为地法是保护“交往利益”的一种方式。<sup>[29]</sup>其他两种代理与意定代理的利益保护侧重点不同:法定代理与机关代理着重于保护被代理人的“当事人利益”,有限地保护善意第三人的“交往利益”,意定代理则主要保护代理三方当事人的“交往利益”。<sup>[30]</sup>在涉外法定代理与机关代理的案件中,适用第16条不能很好地实现其利益保护需求。

#### (1) 法定代理中的利益分析

法定代理权直接派生自父母子女关系或监护等关系,应适用基础关系准据法来判定代理的内部关系,才不至于割裂法定代理与基础关系的有机联系。其准据法通常是内部双方或者被代理人一方的属人法,特别保护被代理人的“当事人利益”。在对外关系上,法定代理制度不允许法定代理人积极地从事经济交往活动,<sup>[31]</sup>当出现法定代理人与第三人进行交易的特别情形时,第三人应当负有充分的注意义务去查实交易相对人的身份与代理权限。

[24] 此种分析路径类似于克劳斯·舒里希的“捆绑理论”(Bündelung Theorie),该理论用于说明冲突规则是如何建构与解释的。Vgl. Klaus Schurig, Kollisionsnorm und Sachrecht, 1981, S. 102 ff.

[25] 参见前引〔1〕, Zweigert等书,第435页以下。

[26] Helmut Köhler, BGB Allgemeiner Teil, 43. Aufl. 2019, S. 156.

[27] 参见陈自强:《代理权与经理权之间——民商合一与民商分立》,元照出版社2006年版,第17页。

[28] 参见前引〔19〕, Kegel等书,第2 II 1节。

[29] 同上书,第2 II 2节。

[30] 同上书,第620页。

[31] 对此可见民法典第35条。

国际私法没有理由背离民法的这一基本价值判断，一味地为便捷和促进交易而适用行为地法。原则上，仍应贯彻保护被代理人的“当事人利益”。仅当法定代理人以欺诈等方式致使第三人善意相信其有代理权，而后又企图援引内部关系准据法主张自己无代理权时，为保护善意第三人的交易安全，例外地适用行为地法。德国学者即持此主张。<sup>[32]</sup>因此，仅是有限地保护第三人的“交往利益”。但是，第16条的两个客观连结点都并非旨在保护“当事人利益”，尤其是“代理行为地”这一连结点明显侧重于保护行为人的“交往利益”。将第16条适用于法定代理难免产生不当的结果。例如，我国学者在解释第16条时认为，父母对子女的法定代理之内部关系适用的是“代理关系发生地法”，即子女出生地法。<sup>[33]</sup>依此所确定的准据法完全偏离了被代理人的属人法。假设子女在英国出生，不久就回到中国定居生活，此时仍适用出生地英国法判断父母有无法定代理权吗？英国法根本就没有对应的法定代理制度，难道父母就此丧失了法定代理权？不合理之处还有，依照第16条，法定代理人与第三人交易时，需适用代理行为地法，如此可能判定依“代理关系发生地法”认定的法定代理人无代理权限。难道为了某次交易的顺利进行，就需要依代理行为地法选任法定代理人？因此，涉外法定代理关系不适合依第16条确定所适用的准据法。

## （2）机关代理中的利益分析

选任法定代表人，属于公司内部治理的一个重要环节，当法定代表人对外履行职能、与第三人发生交易时，则又涉及交易安全的保护。在实体法中，公司内部治理与保护交易安全的紧张关系在法定代表人越权行为的效力认定中凸显出来。在国际私法上，争议则聚焦于究竟是适用公司属人法还是代理行为地法来认定机关代理之效力。适用前者，则优先保护法人的“当事人利益”，适用后者，则优先保护交易相对人的“交往利益”。优先适用代理行为地法，可能导致非公司属人法过度介入到公司治理中。例如，我国公司法第13条规定，法定代表人需由董事长、执行董事或经理担任；而我国台湾民法第27条第2项规定，董事有数人者，除章程另有规定外，各董事均得代表法人。假设我国台湾A公司章程中规定董事甲为公司法定代表人，甲因不符合我国公司法的选任要求，即丧失在我国大陆代表A公司的可能吗？如果A公司的主要原材料采购地和产品销往地都在我国大陆，是否意味着其需要根据我国公司法选任代表人，方能便利交易？假设A公司与亚太多个国家有密切的业务往来，又该如何选任法人代表呢？可见，忽略机关代理的特性，一味保护交易相对人的“交往利益”，可能会过度介入公司治理，甚至反过来会阻碍交易的进行。

德国学界为应对前述困境，给出的方案是：原则上优先保护法人在国际私法上的“当事人利益”，适用其公司属人法任命法定代表人并确定其权限。当代表人依照公司属人法不具有代理权限，第三人对此不知或不应知悉，而依据行为地法善意地认为其有代表公司的权限时，为了保护第三人的交易安全，类推适用德国民法典施行法第12条第1句（或《罗马规则I》第13条）之规定，<sup>[34]</sup>此时准据法应为合同缔结地法，机关代理人不得援引公司属人法的规定主张自己无代表权限。此种利益衡量的方式兼顾了法人的“当事人利益”与

[32] 参见前引[19]，Kropholler书，第320页；前引[19]，Kegel等书，第620页。

[33] 参见前引[10]，赵相林主编书，第280页。

[34] Kindler, in: Münchener Kommentar zum BGB, Band 12, Teil X; Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht, 7 Aufl. 2018, Rn. 562. 德国民法典施行法第12条之条文，参见《外国国际私法立法选译》，邹国勇译注，武汉大学出版社2017年版，第113页。

第三人的“交往利益”。回到我国法，如在机关代理问题上适用第16条，牵强附会地认为“代理关系发生地法”是公司属人法或许尚可容忍，但若在对外关系上完全适用“代理行为地法”，则将产生前述负面影响。在我国涉外司法实践中，存在依法人属人法、合同准据法抑或是签字行为地法来裁判法定代表人越权订立之合同的效力等多种做法。<sup>[35]</sup>这是典型的机关代理问题，应首先在机关代理的框架下分析法定代表人行为的效果归属。

### （三）小结：第16条只适用于意定代理

依前述原理来看，既然第16条以意定代理为规范重心，其他两类代理就不宜放在一起规定。第16条不适用于这些代理类型，完全不必担心法律漏洞的产生，涉外民事关系法律适用法中已有相应的冲突规则调整这些代理关系：父母对子女的法定代理适用第25条父母子女人身关系的冲突规则，因监护产生的法定代理适用第30条关于监护的冲突规则，法人中的机关代理适用第14条公司属人法的规定。为保护善意第三人，可类推适用第12条第2款关于自然人行为能力的冲突规则，但该款不以交易相对人善意与否为适用前提，立法上似有瑕疵，宜在解释上考虑限缩适用。另外，诉讼代理作为程序事项，适用法院地法，也不宜纳入第16条的适用范围。

## 三、涉外民事关系法律适用法第16条连结对象的界定

我国国际私法学者大多认为第16条第1款的结构较为清晰：第1款但书的连结对象是代理人与被代理人的民事关系，即代理的内部关系；由但书可以反推出第1款前段的“代理”是指代理的其他关系及问题，也可以说是代理的外部关系，具体包括被代理人与第三人之间的关系以及代理人与第三人之间的关系。<sup>[36]</sup>

依我国民法学说来审视，笼统地把代理关系界分为内、外两个部分，经不起推敲。第一，民法上被代理人与代理人之间的关系为基础关系，通常为委托、劳动、承揽等合同关系，那么被代理人与代理人之间的此种合同关系应当适用对应的合同冲突规则，还是适用但书的规定？<sup>[37]</sup>我国民法承认授权行为的独立性，<sup>[38]</sup>所以从理论上说，基础关系就不应当被视为代理关系的一部分，那么所谓的“被代理人与代理人之间的民事关系”又是指什么？第二，同样有疑问的是，代理权有效行使之后，被代理人与第三人之间通常形成的也是合同关系（下文简称“主合同”），<sup>[39]</sup>对此究竟是适用对应的合同冲突规则，还是适用第1款

[35] 典型案例如宏智实业股份有限公司与陈孟榆等股权转让纠纷案，湖北省高级人民法院（2014）鄂民监三再字第9号民事判决书。在该案中，针对我国台湾公司董事长丁某能否代表该公司签署合同转让武汉子公司的股份这一问题，一审法院认为需先判断董事长有无该权限，故应适用公司属人法（我国台湾法）；二审法院则认为无需将丁某在协议上签字的效力问题从股权转让合同的效力问题中分割出来，而是一体地适用股权转让合同的准据法（中国法）即可；再审法院则认为应当依据签字行为地法（中国法）判断丁某能否代表宏智公司签订合同。

[36] 参见前引〔13〕，黄进等主编书，第83页；前引〔13〕，万鄂湘主编书，第122页以下；前引〔14〕，齐湘泉书，第171页；前引〔10〕，赵相林主编书，第280页；前引〔16〕，杜涛书，第237页以下。

[37] 法院在该问题上已有分歧。少数案例认为应适用但书的规定，参见（2018）粤0391民初2168号、（2019）粤0391民初3367号等判决书；多数案例认为应适用合同冲突规则，参见（2018）京04民初63号、（2018）津01民初143号、（2016）陕01民初6号、（2018）吉2404民初51号等判决书。

[38] 参见前引〔15〕，梁慧星书，第238页。

[39] 在合同关系之外，代理制度还可用于准法律行为、事实行为、与合同相关的程序行为等。参见前引〔15〕，梁慧星书，第229页。

前段的规定?第三, 现有观点不能很好地解答意定代理权的法律适用问题。例如, 被代理人主张代理人逾越代理权、代理行为无效, 而第三人主张构成表见代理、代理行为有效。面对此种争议, 究竟是适用内部关系准据法还是外部关系准据法来裁判?

前述分析表明, 我国冲突法理论与实体法理论在代理关系的界分上存在着一定的分歧, 进而带来第 16 条适用上的困惑, 司法实践已现端倪,<sup>[40]</sup> 对此需要予以深刻剖析。若是从实体法着眼, 我国代理实体法体系与德国法具有一定的亲缘性, 那么德国在代理冲突法中是如何界定连结对象的? 若是从冲突法着眼, 则会想到《代理法律适用公约》(也是目前法国的立场) 与英国冲突法, 它们都分别针对代理的内部和外部关系确定准据法。<sup>[41]</sup> 并且, 内部关系适用“代理关系发生地法”曾是英国冲突法的做法,<sup>[42]</sup> 其他国家并不采取此种连结方式。而第 16 条在代理外部关系上又不完全效仿英国法, 其所采取的依代理行为地确定准据法是《代理法律适用公约》中的重要连结方式(见公约第 11 条)。综合来看, 第 16 条更像是混合继受二者的产物。

### (一) 德国国际私法对代理关系的界分

#### 1. 德国代理实体法对冲突法的影响: 意定代理权独立连结理论

19 世纪, 拉邦德明确提出代理权授予应当与基础关系相区分, 这一法学上的“发现”成为德国民法典及许多现代民法典的立法基础。<sup>[43]</sup> 德国民法典中代理的效果以及代理权的授予、消灭、存续、撤回、行使等事项, 被单独规定在总则, 而关于代理人与被代理人之间存在的内部关系(即基础关系)以及代理权有效行使后在被代理人与第三人之间形成的法律关系(通常是主合同关系), 则在总则之外予以规定。德国国际私法在界分代理关系、确定代理冲突规则的连结对象时, 也大致延续了其民法典的思路: 2017 年立法增补了关于意定代理的冲突规则, 该规则被置于德国民法典施行法第 8 条,<sup>[44]</sup> 体系上位于针对民法总则事项的第三章中。不同于《代理法律适用公约》, 第 8 条没有所谓的内外关系的界分, 只涉及意定代理权行使的前提与效果,<sup>[45]</sup> 至于基础关系和主合同的准据法如何确定, 均不属于第 8 条解决的事项。这种立法例背后的学理基础为意定代理权的独立连结, 所确定的准据法为意定代理权准据法。<sup>[46]</sup> “连结”是德国法上的一个概念, 表述的是根据连结节点确定准据法的过程。<sup>[47]</sup>

[40] 依照我国多数学者的见解, 涉外代理关系的内外各层面的关系都必须通过第 16 条的指引才能找到准据法。但是截至 2020 年 3 月 7 日, 笔者在裁判文书网上以“法律依据:《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第十六条”为检索条件, 仅查找到有效案例 16 个。这在一定程度上表明, 涉外代理关系准据法的司法与立法中有一个环节出现了问题。

[41] 截至 2020 年 5 月 5 日, 《代理法律适用公约》仅对法国、阿根廷、荷兰与葡萄牙生效, 远算不上成功。该公约的成员国信息公布于海牙国际私法会议网站 (<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=89>, last visited on 2020-05-05)。

[42] See Rule 167 in J. H. C. Morris et al., *Dicey and Morris on the Conflict of Laws*, 9th ed., London: Stevens & Sons limited, 1973, p. 869.

[43] 参见前引 [1], Zweigert 等书, 第 434 页以下。

[44] 该条译文见前引 [34], 邹国勇译注书, 第 111 页。

[45] Entwurf eines Gesetzes zur Änderung von Vorschriften im Bereich des Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrechts, Deutscher Bundestag, Drucksache 18/10714, Dez. 20, 2016, S. 24.

[46] 前引 [19], Kropholler 书, 第 411 节。

[47] 参见前引 [17], Junker 书, 第 73 页。



## 2. 意定代理权独立连结理论的进一步证成

针对意定代理权单独确定准据法,不仅是民法思维的惯性使然,更有其深层次的冲突法上的考量。各国针对代理权的授予、权限及消灭事由的规定常有差异,以明确且合理的方式确定代理权问题的准据法,对于代理关系中的三方当事人而言均十分必要。<sup>[48]</sup>第一,被代理人需要知道代理权准据法,以知悉如何有效地授予、撤回代理权限,避免因无法知悉的形式被判定授予他人代理权,最终承受不想要的合同之约束。同时被代理人还具有的利益是,避免在确定准据法的过程中,代理人与第三人合谋操纵连结点,适用自己无法知悉的代理准据法。第二,第三人在与代理人订立合同之前,需要确认对方是否有代理权限,才能避免花费成本订立了合同,最终却没能与被代理人成功缔结契约的风险。第三人还具有的诉求是,希望自己对代理外观的合理信赖能够最终得到保护。第三,代理人需要知悉代理权准据法,以判断自己的代理权限、有效地行使代理权,避免因无法预见的法律适用而被判定为无权代理,进而对被代理人或第三人承担责任。

但是,依基础关系准据法抑或主合同准据法均不能较好地实现代理三方当事人的利益平衡。<sup>[49]</sup>适用基础关系准据法有利于被代理人与代理人,因为他们可以自行磋商确定代理准据法,但对第三人的利益保护却不足。其一,被代理人和代理人可以在任何时候就内部合同关系的法律适用达成协议,第三人未必知悉他们选择了准据法;即使第三人知悉,当事人通常选择的是双方都熟知的法律,第三人却未必熟悉,把查明法律的成本施加在第三人身上,难免利益失衡。其二,如果内部关系当事人在主合同缔结之后才选定准据法,第三人就根本丧失了知悉代理准据法的可能。如果依照内部的法律选择不影响第三人利益的原理,在前述情况下,应适用特征履行方的经常居所地法。在复杂的双务合同关系(如代理分销合同)中,确定特征履行方不是一件容易的事情,第三人为查明代理准据法未免需花费过多的交易成本。甚至极端地说,因为最密切联系原则的可能适用,或者是因法院地未确定,相应合同冲突规则也无法知悉,代理三方当事人事前可能根本无从查明内部准据法。

适用主合同准据法也不合理。主合同是否有效缔结本身就取决于代理人是否有代理权限,依主合同准据法确定代理权准据法,逻辑上未免难以自治。即使能依照主合同确定准据法,又进一步地衍生出类似前述的逻辑问题,例如在确定特征履行方时可否将被代理人视为合同当事人?代理人与第三人选择的准据法是否有效?如有效,就不排除第三人与代理人串通选择有利于代理行为有效的法律,从而损害被代理人的利益。<sup>[50]</sup>再有,少数情形下代理人的行为不以缔结合同为目的,例如代理人受托申请专利,这时并不存在所谓的主合同准据法。<sup>[51]</sup>从根本上说,在主合同缔结之后才能确定代理权的准据法,对于各方当事人来说已经没有太大意义,因为在缔结主合同前各方知悉代理权的准据法,才有可能明确权利义务、规避法律风险,否则代理关系的展开将完全陷于法律的不确定性中。

[48] Vgl. Andreas Spickhoff, Kodifikation des Internationalen Privatrechts der Stellvertretung, *RabelsZ* 80 (2016), S. 486.

[49] Vgl. Simon Schwarz, Das Internationale Stellvertretungsrecht im Spiegel nationaler und supranationaler Kodifikationen, *RabelsZ* 71 (2007), S. 741 ff.

[50] 参见前引[5], Hay等文,第44页。

[51] See I. G. F. Karsten, *Explanatory Report on the 1978 Hague Agency Convention*, in: Act. Doc. La Haye 13. Sess. 1976, para. 72.

### 3. 我国借鉴意定代理权独立连结理论的障碍：第16条第1款但书

晚近诸多国家都专门针对意定代理权规定了独立的冲突规则。<sup>[52]</sup> 意定代理权独立连结理论的要义就在于内部基础关系和外部合同关系都不是意定代理冲突规则的适用对象，意定代理冲突规则只确定意定代理权的准据法。依该理论来解释我国法，第16条第1款前段以及第2款的连结对象均需限缩解释为“意定代理权（行使的前提与效果）”，第16条第1款但书便没有存在的必要，即使有，也应当像瑞士国际私法第126条第1款一样，指示法官适用对应的基础关系准据法，<sup>[53]</sup> 而不是规定“代理关系发生地”这么一个“另类”的连结点。如果前述德国学说具有说服力，但书的正当性就必须予以重估。下文在探讨《代理法律适用公约》和英国代理冲突法时，将着重围绕规定代理内部关系冲突规则的正当性展开。

#### （二）《代理法律适用公约》对代理关系的界分

《代理法律适用公约》第二章规定“被代理人与代理人的关系”，第三章规定“与第三人的关系”。从公约第11条的连结对象来看，“与第三人的关系”并不包括被代理人与第三人的主合同关系，<sup>[54]</sup> 主要解决的是“在本人和第三人之间，代理权的存在与范围以及代理人行使或打算行使其权限所产生的效力”的问题。这样，所谓的外部关系的规定几乎可以视为意定代理权的冲突规则。公约面临着与第16条一样的问题，即第三章已经解决了代理的核心法律适用问题（即确定意定代理权的准据法），第二章似乎可以不用规定。那么公约第二章的立法基础何在？能否加以借鉴成为解释第16条第1款但书的依据？

#### 1. 《代理法律适用公约》第二章制定的实体法背景及存在的问题

与德国民法典相异，在法国民法典中代理并不是一项独立的法律制度。委任合同产生两种关系：委托人与受托人的债务关系，即内部关系，以及由受托人以委托人名义行为而产生的与第三人之间的外部关系。<sup>[55]</sup> 追随法国民法典的西班牙、葡萄牙、巴西以及其他拉美国家民法典也持此种立场。<sup>[56]</sup> 普通法系承认合意之外产生代理的可能，但实践中被代理人与代理人之间的“代理合同”仍是代理发生的主要原因，<sup>[57]</sup> 并产生如前所述的代理内、外部关系的区分。<sup>[58]</sup> 在罗马法系与普通法系国家，德国法上所谓的行使代理权产生的外部效果，仅仅是代理人与被代理人内部关系的副产品，<sup>[59]</sup> 只规定外部关系，从实体法的立场来看便难以想象。另外，诉讼实务中，代理内部关系中关于报酬、损害赔偿等问题要比代理的其他问题更为常见，制定统一的冲突规则确实有需求。<sup>[60]</sup> 《代理法律适用公约》为增强实效性并争取更多国家加入，超越德国等国家的理论见解而制定第二章，便可以理解。

但是，《代理法律适用公约》在第二章的内容上却存在局限性。公约面临的第一个障碍便是，针对性质各异的内部关系制定冲突规则如何可能？代理的内部关系不局限于委托合

[52] 参见前引〔49〕，Schwarz文，第744页以下。

[53] 参见陈卫佐：《瑞士国际私法法典研究》，法律出版社1998年版，第185页。

[54] 参见前引〔51〕，Karsten报告，第42段。

[55] See Ernst Rabel, *The Conflict of Laws: A Comparative Study*, 2d ed., Vol. 3., Ann Arbor: The University of Michigan Press, 1964, p. 126.

[56] 参见前引〔51〕，Karsten报告，第16段。

[57] See GHL Fridman, *The Law of Agency*, 6th ed., Butterworths, 1990, p. 47.

[58] 参见上引Fridman书，第17页；前引〔55〕，Rabel书，第126页。

[59] 参见前引〔2〕，Verhagen等文，第39页以下。

[60] 参见前引〔5〕，Hay等文，第39页。

同, 还有其他合同类型, 针对所有内部关系都制定冲突规则, 相当于制定大半部合同冲突法公约, 这并不现实。公约采取的方案是, 只针对主要或唯一目的在于创设代理关系的合同或者可从整个基础关系中分离出来的具有代理合同性质的那部分关系制定冲突规则(公约第7条)。在效果上, 第二章相当于主要针对委托合同确定准据法, 其他内部关系如适用第二章, 则不可避免地导致“分割”。而劳动合同因与劳动法和公共政策紧密相连, 第二章对其不适用(公约第10条)。<sup>[61]</sup> 公约面临的另一个难题是, 内部关系准据法要不要适用于代理权限等问题? 实践中有可能发生代理人与被代理人之间的代理权争议, 第二章有加以规定的必要。因此, 公约第8条第a-c项特别规定了代理权的若干事项, 其中第8条第a项的规定直接与第三章第11条相冲突, 因为两条都规定自己应支配“代理权的存在与范围”等事项。对此, 公约约文本身并没有指明应如何消除矛盾。

## 2. 第16条第1款但书应当规定基础关系的冲突规则吗

《代理法律适用公约》第二章有其特殊的背景, 效仿公约在我国涉外民事关系法律适用法中规定代理内部关系的准据法并不可取, 试图用公约的方案解释第16条第1款但书也不可行。第一, 国际私法典中, 代理冲突规则并没有规定基础关系准据法的必要, 在法典其他编中可以找到对应的冲突规则。公约制定第二章的背景在一国国际私法立法中也根本不存在。第二, 代理内部关系具有多样性, 制定统一的内部关系冲突规则根本不可能, 也没有理由认为仅由于双方之间存在代理这一因素, 就需要特别对待他们的基础关系而单独拟定一条冲突规则。第三, 借鉴《代理法律适用公约》第二章的解释方案, 也将一并继承其局限性, 但书的适用将变得极其复杂。第四, 即使是借鉴了《代理法律适用公约》第二章的解释方案(即但书主要适用于委托合同), 但书还将面临着连结点选取不当的责难。在英国法中, 但书所用的“代理关系发生地”这一连结点需借助“适当的准据法(proper law)”理论才能得到妥当适用。<sup>[62]</sup> “适当的准据法”理论复杂, 对此无需赘言,<sup>[63]</sup> 而我国从来就未接受过该理论, 却引入了以该理论为解释基础的连结点, 无论是从学理还是实操层面出发, 均难理解。更为致命的是, 该连结点已无法适应当代合同冲突法呈现出的多元价值取向。例如, 在某些委托合同中双方当事人可能因主体地位的差异表现为消费合同关系, 如A国居民甲为了退休后移居B国, 委托B国的房地产经纪公司乙负责购买该国的一处地产。晚近冲突法认为应当对消费者予以特殊保护, 而第1款但书不是一条实体取向的冲突规则,<sup>[64]</sup> 所以就算是委托合同, 适用但书都不见得妥当。

因此, 《代理法律适用公约》不但不能为第16条第1款但书的存在提供依据, 反而揭示出, 将第1款但书解释成基础关系的冲突规则, 将使我国现有冲突规则体系产生诸多紧张和不适的关系。这些理由也可以用于论证主合同为什么不应当适用第1款前段, 此处不赘。

### (三) 英国代理冲突法对代理关系的界分

英国代理冲突法的典型特征是代理权的非独立连结, 即基础关系与主合同分别依对应

[61] 参见前引[51], Karsten 报告, 第56段。

[62] See Lawrence Collins *et al.*, *Dicey, Morris & Collins on the Conflict of Laws*, 15th ed., London: Sweet & Maxwell, 2012, pp. 2110 - 2111.

[63] 参见肖永平:《法理学视野下的冲突法》, 高等教育出版社2008年版, 第64页以下。

[64] 参见宋晓:《当代国际私法的实体取向》, 武汉大学出版社2004年版, 第178页以下。

的合同冲突规则确定准据法，代理权无独立的冲突规则，而是一分为二附属地依照基础关系与主合同准据法来判断。也就是说，代理人和被代理人之间的实际授权依据内部关系准据法来判断，代理人是否有表见授权等代理问题则依外部的准据法判断。<sup>[65]</sup> 这么做将面临一个难题，即特定个案中代理效果是否归属于被代理人这一问题，究竟是适用内部关系准据法，还是适用主合同准据法。例如被代理人主张他与代理人之间不存在实际授权，而第三人主张代理人存在着表见授权，又如特定个案中表见授权以及实际授权难以泾渭分明地区分开来，英国法如何解决这些问题？在承认基础关系和主合同准据法不应当由第16条确定的情况下，能否认为英国法提供了一条可能的解释路径？

#### 1. 代理权非独立连结的实体法根源及存在的问题

代理效果是否归属于被代理人的纠纷往往牵涉到第三人。因为英国代理法中存在着隐名代理，第三人在不知被代理人是否存在或者为谁的情况下，只能凭借主合同准据法去判断交易相对方所可能具有的代理人身份以及有无表见授权。对于第三人来说，内部的实际授权（明示或默示）状况是无从探知的。故早期英国法院适用主合同准据法判断代理效果归属（实质是判断有无表见授权）。<sup>[66]</sup> 前文在证立代理权独立连结理论时已经批评过这种做法，那么又如何理解英国法的此种立场？正如前述，普通法中隐名代理的特殊实践，可以部分证成这种立场，还有学者认为也可以从英国代理实体法上的“等同论”出发予以分析。<sup>[67]</sup> 该理论认为被代理人“通过他人（代理人）去做的行为被视同与自己亲自做一样”。<sup>[68]</sup> 因此，原本逻辑上应先予判断的代理人有无代理权的问题，在“等同论”中被笼统地置换为被代理人和第三人之间缔结的合同是否满足了生效要件的问题，由此推导出应适用主合同准据法来判断代理权行使问题的结论。从效果上看，就无需单独确定代理权的准据法了。但是，从“等同论”中推演出来的冲突法上的结论，未必具有信服力。例如，被代理人指示代理人采购原材料，并明确告知代理人不要前往A国购买，代理人违反被代理人的意志在A国与第三人缔结采购合同，此时“等同论”的前提根本不能成立，还应当依照主合同准据法判断代理人的代理行为效力吗？还有许多类似的疑难问题，也未得到澄清。<sup>[69]</sup>

已经显露出来的最为棘手的问题还是既有判例存在着分歧。在普通法的代理实体法中，特定个案中只要认定内部有实际授权，或者外部有表见授权，都可以产生代理效果。那么在冲突法上，如果内部关系准据法认为有实际授权，为什么不能发生代理效果呢？在1933年的Ruby案中，<sup>[70]</sup> 法院就沿着这种实体法的思路认为，虽然依照主合同准据法（英格兰法）代理人并无代理权，但依基础关系准据法（纽约法）可以认定代理人拥有实际授权，所以代理人有代理权限，从而偏离了此前适用主合同准据法判断是否发生代理效果的立场。但是，这将使得第三人有可能因此无法预见交易结果，因为在交易中他可能根本不知道被

[65] 参见前引 [62]，Collins 等书，第2122页以下。

[66] Maspons v. Mildred (1882) 9 Q. B. D. 530 (CA); Chatenay v. Brazilian Submarine Telegraph Co [1891] 1 Q. B. 79 (CA).

[67] Vgl. Ulrich Spellenberg, Geschäftsstatut und Vollmacht im internationalen Privatrecht, 1979, S. 65; 前引 [55], Ra-bel 书，第135页以下。

[68] [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381页。

[69] 参见前引 [62]，Collins 等书，第2130页以下。

[70] Ruby SS Corp v. Commercial Union Assurance Co Ltd. (1933) 150 L. T. 38 (CA).

代理人的存在以及内部关系准据法为何,故机械地依照实体法上的逻辑得出的法律适用结论颇受诟病。学者尝试着对判例的分歧作出解释,认为代理人的代理权限可以依照基础关系准据法来判断,代理人还可以根据主合同准据法享有更广泛的代理权限,<sup>[71]</sup>实质就是认为应当任择性地适用主合同准据法或者基础关系准据法,尽可能地认定代理人有代理权限。至今判例都未澄清究竟应如何对待前述分歧,英国代理冲突法总体而言混乱且纰漏颇多。

## 2. 第16条第1款但书可以是代理人与被代理人之间的代理权冲突规则吗

稍加观察,不难发现第16条虽然形式上与英国代理冲突法一样,区分代理内部与外部关系,但实质上已完全偏离了英国法的立场。《罗马规则 I》生效之后,英国法上内部关系准据法已基本全盘地依据《罗马规则 I》来判断,<sup>[72]</sup>如果是效仿英国法,但书就应当直接指示法官适用涉外民事关系法律适用法中对应的合同冲突规则,外部关系也应如此。在承认第16条第1款但书不应当是基础关系冲突规则的情况下,能否认为第16条第1款前段是从代理关系的外部出发判断有无表见授权的代理权冲突规则,而但书是从代理关系的内部出发确定代理人与被代理人之间有无实际授权的代理权冲突规则,从而形成有本土特色的“意定代理权独立连结+代理权二分判断”的解释模式?

笔者认为不可行。首先,英国法依照基础关系确定代理人与被代理人之间的代理权尚有依据,因为实际授权因代理合同而产生,但我国若是在合同准据法之外,根据“代理关系发生地法”这一抽象的连结点确定代理权,其合理性值得怀疑。例如,被代理人与代理人通过电子邮件的方式订立代理协议,授予代理人在全球范围内出版和销售自己的唱片,此时如何确定代理关系发生地?<sup>[73]</sup>此种解释不但不利于双方明晰代理权限,反而人为地制造了不必要的“分割”,带来了额外的法律风险。其次,单独确认代理人与被代理人之间的代理权限及其行使后果并没有太大意义,实践中此类诉讼也并不多见。代理人如果就被代理人的授权有所疑问,在电子通信便利的当代完全可以及时交流并予以澄清。<sup>[74]</sup>双方就代理权行使后果发生纠纷时,通常已经牵涉到第三人,这时不可避免地会产生前段与但书应当适用何者的难题。最后,如果参照学者对英国判例的解释,以有利于认定有权代理的方式解决但书和前段的适用关系,被代理人将为此承担过大的法律风险,未免会挫伤商事主体在涉外民商事交往中运用代理的积极性。《代理法律适用公约》解释报告中提出了另一种协调方案:<sup>[75]</sup>在个案中具体比较依内部准据法和外部准据法确定的实际授权与表见授权,

[71] 参见前引[62], Collins等书,第2130页。

[72] 同上书,第2109页以下。

[73] 截至2020年3月7日,笔者在裁判文书网上检索到的适用涉外民事关系法律适用法第16条的案例中,真正明确指出依据第16条第1款但书中的“代理关系发生地”确定准据法的案例仅5例,相应判决书为:(2018)粤0391民初2168号;(2019)粤0391民初3367号;(2013)锡商外初字第0033号;(2015)一中民五初字第0102号;(2016)桂01民初669号。其中仅有3个案例分析“代理关系发生地”如何认定,但论理各不相同,有根据原被告住所地认定“代理关系发生地”(2018)粤0391民初2168号),有根据代理合同的签订地来认定(2013)锡商外初字第0033号、(2015)一中民五初字第0102号)。除前述提及的案例外,还有1例本应适用但书,但是被代理人与代理人通过邮件沟通委托事宜,法官故意回避“代理关系发生地”的认定,直接以代理行为发生在中国的事实,笼统地依照第16条第1款适用中国法((2013)甬海法权字第91号)。

[74] See Jürgen Basedow, *The Law of Open Societies: Private Ordering and Public Regulation in the Conflict of Laws*, Brill, 2015, p. 154.

[75] 参见前引[51], Karsten报告,第87段以下。

并结合第三人是否知悉内部代理权限，来具体判断是否产生代理效果。这种解释方案过分依赖英美代理法的概念，我国运用这套术语来解释前段与但书的关系并不合适，以第三人实际知悉内部代理权限与否作为决定准据法的重要因素，并且依个案来认定代理效果，也丝毫不利于各方在事前明晰代理权的准据法。

#### （四）小结：第16条的连结对象及适用范围

当今世界主要法系在界定代理冲突规则的连结对象以及确定代理关系准据法时，不同程度上受到了代理实体法体系构造的影响。既然我国代理实体法继受了德国法的授权行为独立性理论，冲突法上继受德国的意定代理权独立连结理论，更合乎逻辑。

目前来看，第16条第1款但书中关于代理内部关系的规定多余且有害，通过解释论的方法也无法为但书的存在提供正当化依据。司法机关可援引涉外民事关系法律适用法第六章债权编的一般合同（第41条）、消费者合同（第42条）、劳动合同（第43条）的冲突规则确定代理内部关系准据法，虚化但书的适用。<sup>[76]</sup>另外，还应考虑继受德国意定代理权独立连结理论，将第16条理解为一纯粹条的意定代理权冲突规则。解释论上可考虑将第1款前段的连结对象“代理”与第2款的“委托代理”均进一步限缩性解释为“意定代理权”，或者如瑞士国际私法第126条第2款所示，直白地理解为“代理人行为使被代理人对第三人产生义务的条件”。由此，基础关系和主合同适用对应的合同冲突规则确定准据法，而意定代理权有无的判断是一体的，无需内外有别。

当然，德国和瑞士的立法表述都过于抽象，第16条作为意定代理权的冲突规则，其适用范围还有必要予以进一步澄清。笔者认为，第16条可以适用于以下事项：第一，意定代理权是否存在的问题，具体包括意定代理权的授予、撤销、消灭等。<sup>[77]</sup>其中，德国学者认为，代理权的授予作为法律行为，应当如其他法律行为一样，在形式上放宽要求，符合行为地法或者法律行为自身的准据法的形式要求即可。<sup>[78]</sup>涉外民事关系法律适用法并没有针对法律行为拟定统一的冲突规则，部分学者认为属明智之举。<sup>[79]</sup>但是，在商事交往领域，对法律行为的形式放宽要求，承认符合行为地法形式要求的法律行为之效力，才能更便利交易。将来可以考虑针对法律行为的形式拟定特别冲突规则，填补现行立法的漏洞。第二，意定代理权的范围与行使方式，包括是否可以转代理、多方代理中的代理权如何行使等问题。<sup>[80]</sup>第三，表见代理与无权代理。有权代理、表见代理与无权代理在判断上相互牵连，适用相同的准据法进行裁判，可避免因适用不同准据法而产生矛盾裁判。<sup>[81]</sup>

意定代理权独立连结说并非完全没有弊端，特定问题究竟应当适用主合同准据法还是代理权准据法予以裁判，学者间常有分歧，如代理效果的归属是否以显名为必要条件、特

[76] 截至2020年3月7日，笔者在裁判文书网中以“法律依据：《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第四十一条”以及“案由：委托合同纠纷”为检索条件，共检索到165篇裁判文书，而适用涉外民事关系法律适用法第16条第1款但书的案例仅有5例（见前引〔73〕的说明），这在一定程度上表明本文的见解得到了绝大多数法院的认可，第1款但书在司法实践中基本名存实亡。

[77] Vgl. Keller/Girsberger, Zürcher Kommentar zum IPRG, 2. Aufl. Schulthess, Zürich 2004, Art. 126, Rn. 26, 31.

[78] 参见前引〔17〕，Junker书，第14节，边码51。

[79] 参见宋晓：《国际私法与民法典的分与合》，《法学研究》2017年第1期，第188页。

[80] 参见前引〔77〕，Keller/Girsberger书，边码29以下。

[81] 参见前引〔19〕，Kropholler书，第308页以下。

定交易或行为是否容许代理（常与可否自我代理、一般授权的权限等问题交织在一起）、追认的效力等，<sup>〔82〕</sup>有待今后的研究加以进一步澄清。

#### 四、涉外民事关系法律适用法第16条连结点的运用

在前述探讨的基础上，第16条只剩下两个可用的连结点：第1款前段的客观连结点“代理行为地”与第2款的主观连结点。早在《代理法律适用公约》制定过程中，起草者就已经意识到“代理行为地”作为连结点的弊端，<sup>〔83〕</sup>现实中单独运用“代理行为地”这一客观连结点的立法例较少。<sup>〔84〕</sup>代理权的授予及行使直接关系到三方的利益，应当如何运用主观连结点指向的意思自治，也需要探讨。

##### （一）客观连结点的运用

##### 1. “代理行为地”的运用难题

拉贝尔在20世纪中叶指出，“代理行为地”的正当性基础在于，第三人能够较为便捷地查明准据法，同时各方当事人的意向也增强了其正当性，因为被代理人明确地表达出了代理应当在何处展开，并且第三方知悉被代理人的意愿。适用代理行为地法，对于各方当事人而言既客观又便捷。<sup>〔85〕</sup>在交通和通讯尚不发达的20世纪早期，该观点有一定的说服力，因为代理关系中的各方在国际贸易中均不会冒失地选择代理行为地，代理行为地也多与代理中的一方或者双方住所地保持一致，甚至代理行为地法还是基础关系或主合同的准据法。

但是，在通讯与交通便捷的当代，“代理行为地”作为客观连结点的妥当性在减弱。第一，事前可能无法特定代理行为地。在市场全球化的当代，被代理人不明确指示代理行为地或者授权代理人在多国甚至全世界范围内从事代理行为的情形并不少见。在个案发生之前，对于被代理人来说，“代理行为地”几乎无从特定。第二，事中的实际代理行为地可能并非约定的代理行为地。当代理人违背被代理人指示，在约定的代理行为地之外行使代理权时，适用实际代理行为地法根本不是被代理人的本意，第三人又未必知悉约定的代理行为地，此时即面临着约定代理行为地与实际代理行为地的抉择难题。第三，事后代理行为地亦可能难以确定。代理人与第三人之间完全可能就特定交易历时多年在多国进行谈判，利用电子通讯不断沟通，最后偶然地选择在某国机场就近缔约，甚至在网上缔结电子合同。“代理行为地”面临着事后也无法确定的难题。

立法者在这些问题上保持了沉默，而回答每一个问题都需要进行价值判断。例如，在代理行为地出现复数可能的时候，是依个案确定代理行为地，还是需要照顾到商事代理的特殊性，总括地认定一个代理行为的中心地？约定代理行为地与实际代理行为地相冲突时，要不要考虑被代理人的利益适用约定的代理行为地法？“代理行为地”无法确定时，优先保

〔82〕 Vgl. Spellenberg, in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. XI, 7. Aufl. 2018, Art. 8 EGBGB, Rn. 150 ff; 前引〔77〕, Keller/Girsberger书, 边码25以下; Frank Vischer et al., Internationales Vertragsrecht, 2. Aufl. 2000, Stämpfli, S. 476 ff.

〔83〕 参见前引〔51〕, Karsten报告, 第49段。

〔84〕 参见前引〔49〕, Schwarz文, 第760页。

〔85〕 参见前引〔55〕, Rabel书, 第155页以下。

护谁的利益？这些都是“代理行为地”这个客观连结点在运用中的难题。

## 2. 意定代理冲突法中的利益分析

立法者在制定冲突规则时，决定特定类型的涉外民事案件是适用此法还是彼法的过程，体现了国际私法的评价过程，所依赖的评价基准是国际私法上的利益，而非实体法上的利益。前者只关注法律适用本身，而后者关注的是具体规则的适用所产生的实体结果对哪一方更为有利。<sup>[86]</sup> 在涉外意定代理案件中，三方当事人对于法律适用均有自己的利益诉求，这种利益体现为希望准据法的确定过程能具有可预见性、确定性，以及在此基础上，能便捷地查明准据法。适用不同的法律，背后体现的保护倾向便不同。学者在 19 世纪的学术讨论中就已经意识到了此点。例如，斯托里与冯·巴尔便认为应当优先保护被代理人，适用被代理人住所地法，即使第三人可能因此难以知悉代理人的代理权限如何。<sup>[87]</sup> 当代已很少有学者持这种观点。我国学者在解释为何适用代理行为地法时认为，这有利于第三人预见交易行为的法律后果，便于第三人了解代理准据法。<sup>[88]</sup> 但是，如果认为第三人应当得到优先保护，适用第三人的住所地法才是最为直截了当的做法，并且这种利益评价基准值得商榷，对现行法也不具有足够的解释力。笔者主张进行有层次的利益分析。

首先应考虑兼顾代理关系中三方当事人的法律适用利益，因为私法的重要品质之一就是平等地对待当事人。意定代理权的行使直接影响到三方当事人的实体利益，事前便捷地确定代理准据法，对于三方而言都至关重要。过分注重保护第三人，或过度注重保护被代理人，都可能对法律交往中的另一相对方的法律适用利益造成损害。理想的客观连结点应当能兼顾各方当事人的利益，便于各方尽速便捷地在交易开始前查明准据法。拉贝尔在分析“代理行为地”的正当性时，也隐含了这一评价基准，即各方都知悉“代理行为地”所在。<sup>[89]</sup> 当被代理人无法事前确定“代理行为地”或者约定的与实际“代理行为地”不一致时，也应尽可能地寻找利益平衡的解释方案。

在无法兼顾各方法律适用利益的情形，被代理人的利益应作出让步，优先保护善意第三人的利益。实践中不可避免地会产生无法兼顾各方法律适用利益的情形，如电子通讯环境中，“代理行为地”根本无法确定，此时必须要决定谁的利益值得优先保护。牺牲被代理人利益而保护善意第三人利益的理由是：首先，被代理人是代理制度的直接受益者，被代理人借助代理拓展了经济活动空间，享受利益的同时承受在此过程中可能出现的法律风险，并无不当。<sup>[90]</sup> 其次，法律适用的风险很大程度上是由被代理人自身造成的。被代理人完全可以提前指定代理行为在何处展开，并且在授权书中明确载明代理事宜，避免代理权事前无法确定。因选任代理人不当而产生的代理人在约定代理行为地之外行事，被代理人应当自负选任不当的责任。再者，后文将会指出，被代理人还可以通过意思自治的方式选择准据法，冲突法上也尽可能地作了利益平衡的考量并为其提供了规避风险的可能。在穷尽保护可能的情形下，牺牲被代理人利益而保护善意第三人的利益无可厚非。

[86] 参见前引 [19]，Kegel 等书，第 132 页。

[87] 参见前引 [55]，Rabel 书，第 147 页。

[88] 参见前引 [13]，万鄂湘主编书，第 125 页。

[89] 参见前引 [55]，Rabel 书，第 157 页。

[90] Vgl. Christoph Reithmann, Dieter Martiny, Internationales Vertragsrecht, 8. Aufl. 2015, 7. Teil: Vertretungsmacht und Verfügungsbefugnis, Rn. 7.372.



### 3. 类型化与“代理行为地”运用难题的破解

基于前述评价基准,笔者主张通过以下方式克服“代理行为地”的运用困境。

#### (1) “代理行为地”的推定规则

“代理行为地”事前不能确定的情形多发生在商事代理中,代理行为属于代理人的日常经营活动之一,被代理人的授权也往往是持续性的。如依事后个案来判定“代理行为地”,双方之间的代理关系亦需依个案作不同判断,对被代理人与代理人均不便利。加之,个案中的“代理行为地”也有事后确定不能的情况,第三人也会面临无法知悉准据法的风险。因此,当代立法多以代理人的营业所所在地作为“代理行为地”的替代连结点,如瑞士国际私法第126条第2款、德国民法典施行法第8条第2款、《代理法律适用公约》第11条。代理人营业所事前可确定且不易操纵更改,并且是代理关系展开的枢纽,以其作为连结点,三方当事人的法律适用利益都可得到兼顾。在解释论上,当代理行为为代理人的日常经营活动时,法律上可以构想并推定代理人的营业所所在地是总括的代理权行使地。个案中代理人没有营业所或者第三人客观上无法知悉该营业所所在地时,为保护第三人利益,则推翻既有推定,适用实际代理行为地法。

雇员为商事主体从事代理活动的情形也类似,可以考虑推定商事主体的营业所为代理行为地。第三人客观无法知悉营业所时,适用实际代理行为地法。从公司治理来看,无论(作为公司机关的)高级雇员还是普通雇员的代理行为,都统一适用营业所所在地法(通常是公司属人法),可以尽可能地实现治理的便利。

#### (2) “代理行为地”的拟制规则

当代理行为涉及拍卖、证券交易以及不动产买卖时,可以考虑将拍卖所、证券交易所以及不动产所在地拟制为“代理行为地”。事前各方都知悉这些地点,因此可提前明确准据法。另外,证券交易所、拍卖所及不动产所在地作为代理行为的“重心”所在地,<sup>[91]</sup>针对代理权限往往设置有特别的管制性交易规则,依这些场所地确定意定代理权准据法,可以尽可能地保证交易的便捷顺畅。<sup>[92]</sup>

#### (3) 约定与实际“代理行为地”不一致时的选择规则

代理人在意定“代理行为地”之外行为,如第三人知悉或应知悉被代理人指定的“代理行为地”,优先适用约定代理行为地之法律。一方面,这一规则使三方都能确定准据法,另一方面,第三人知悉情况仍与代理人交易,自身行为具有可非难性,丧失了特别保护的前提。第三人如果不知道此种约定,在被代理人与第三人之间应优先考虑保护后者,适用实际代理行为地法。德国民法典施行法第8条第5款第2句就贯彻了此种立场。

#### (4) “代理行为地”的补漏规则

无法确定“代理行为地”的可能性已经通过前述“代理行为地”的推定规则与拟制规则大大降低,但仍会存在。德国民法典施行法第8条第5款第3句规定,此种情况下应适用被代理人的经常住所地法,法律适用的风险完全加诸第三人身上。从法政策上看,这是错误的。适用代理人营业所或者经常居所地法也不当,因为此种情况是在依推定规则第三人无法知悉代理人营业所或经常居所地时才产生的。笔者认为,既然要贯彻保护善意第三人

[91] 参见前引[19], Kropholler书,第307页。

[92] 参见前引[49], Schwarz文,第770页。

的立场，此情形应适用第三人的经常居所地法。

## （二）主观连结点的运用

运用客观连结点确定准据法有难以克服的缺陷，主观连结点的引入有利于避免客观连结点运用过程中可能出现的不确定风险。<sup>[93]</sup>自《代理法律适用公约》首次引入主观连结点之后，多国立法都对意思自治原则予以了肯定，但在实现方式上存在分歧。比较法上有三种法律选择可能：三方选择、被代理人与第三人双方选择、被代理人单方选择。<sup>[94]</sup>第16条第2款有意回避了法律选择的细节，模糊地采取了“当事人可以协议选择委托代理适用的法律”的措辞。应予重申的是，该款绝非是关于基础关系与主合同的意思自治规则，而仅针对意定代理权。在此认识基础之上，第16条第2款应采取何种解释方案？

### 1. “协议选择”的文义解释

从文义来看，三方合意选择准据法的解释方案更契合第16条第2款的表述。基于三方意愿确定的准据法之正当性当属无疑，无论是事前还是事后选择均可。但如果采取这种解释方案，第16条第2款在实践中几乎不会有实益。第一，代理制度的要义就在于通过代理人代劳，被代理人可以避免事必躬亲地与第三人进行磋商接触。如要求准据法需三方合意才能确定，实质上是要求被代理人积极地介入到还未开始或者已经开始的交易中，这从根本上与代理制度的初衷相悖。第二，从理论上说，多加入一方当事人就意味着多一重分歧的可能，事前三方合意确定准据法可能不比单次小型交易的合意容易达成，被代理人不太可能费心劳力地积极参与准据法的选择。如果是长期代理，被代理人每次都参与到准据法确定过程的可能更是微乎其微。第三，事后发生纠纷时，准据法的选择往往关乎各方切身利益，三方达成法律选择协议的希望更加渺茫。因此，三方合意选择准据法可能无法有效地实现立法者引入意思自治的初衷，比较法中如此局限地运用主观连结点的做法也属罕见。

### 2. “协议选择”的扩张解释

在代理冲突法中，最为常见的两种选择意定代理权准据法的方式分别是被代理人单方选择和被代理人与第三人合意选择。第16条第2款可以采取何种解释路径？

#### （1）被代理人单方选择意定代理权的准据法

从实体法的角度来说，被代理人单方确定意定代理权准据法有一定的依据。若承认授权行为具有独立性，代理权的授予便属于被代理人的自由，授权行为本身不给他人创设何种权利与义务，被代理人在授予代理权时也无需与第三人协商。由此立场推出冲突法中被代理人享有单方确定意定代理权准据法的权利，并不困难。<sup>[95]</sup>反对意见或许指出，在罗马法系与普通法系国家，代理人的任命大多需以合同或合意为基础，不存在单方确定代理权一说，但这不足以成为强有力的反对理由。被代理人对外行使单方选择权时，不可能对内部合意不加理会，如内部双方已就准据法选择达成一定的意向基础，被代理人对外行使单方选择权反而更不容易受到代理人的抵制。从冲突法的立场出发，被代理人单方确定意定代理权也有实际意义。在持续性授权中，被代理人可以统一地确定意定代理权准据法，对于代

[93] Vgl. Jan von Hein, Beschluss der Zweiten Kommission des Deutschen Rats für Internationales Privatrecht zu dem auf die Vollmacht anwendbaren Recht, IPRax 2015, S. 579.

[94] 例如德国同时承认三方选择以及被代理人单方选择；《代理法律适用公约》与瑞士承认被代理人与第三人双方选择；奥地利、韩国则允许被代理人单方选择。参见前引[49]，Schwarz文，第774页以下。

[95] 参见前引[48]，Spickhoff文，第501页；前引[49]，Schwarz文，第778页以下。

理的内部双方而言均属利好，顺应了商事实践的需求。三方或者双方合意确定准据法均无法达到此种效果。

在涉外代理中，意定代理权的授予加上意定代理权准据法的确定构成了完整的涉外意定代理权的内容，对此，代理人和第三人应当知悉，才能安全地进行交易。或许有人会提出质疑，这对于代理人和第三人利益的保护是否稍显不足？笔者认为不必有此顾虑。被代理人单方选择权的生效需要两个要件：一是时间需在代理权行使之前，二是需代理人与第三人知悉。如第三人对于准据法的选择不满，可以选择拒绝交易，或请求被代理人更改准据法，或直接与被代理人交易。同理，代理人也可在知情后，与被代理人磋商另选准据法或放弃代理，以避免可能产生的不利后果。代理人与第三人知悉准据法后，仍推进交易并最终缔结合同，即可以认为各方均默认了被代理人的选择结果。

## (2) 不宜由被代理人与第三人双方确定意定代理权的准据法

代理人与第三人合意确定准据法的做法，逻辑上难以自圆其说，可以不必考虑。代理权是对外发生效果的，所以被代理人与代理人之间确定准据法的做法也可以不必考虑。比较法上，尚有被代理人与第三人合意确定准据法的做法。典型如《代理法律适用公约》第14条的规定：被代理人或第三人书面选择的法律，经另一方明确接受，可以成为准据法。国内学者认为既然《代理法律适用公约》已经明确肯定了此种做法，合理性与可行性当无疑。<sup>[96]</sup>相反，笔者认为如肯定了被代理人的单方选择权，就不宜再认可被代理人与第三人双方确定准据法的方案，理由如下：

第一，同三方选择准据法的情形类似，在持续性的商事代理中，要求被代理人事前与第三人对准据法的选择达成合意，不具有可行性。实践中的替代做法可能是，被代理人在授权书上载明了法律选择的意向，而后留待第三人同意，但结果上需依个案认定双方是否达成了准据法选择的合意。这并不能很好地满足被代理人与代理人希望明确意定代理权准据法的预期，其效用并不比三方共同选择的方案强多少。第二，在个别的外部授权中，存在着被代理人与第三人达成选择准据法合意的可能，代理人如不知情，仍依客观连结节点确定的准据法行事，可能承担无权代理的责任。因此，需保证代理人的知悉权。如代理人知情后不同意，代理行为无法开展，双方可能需另选定准据法直到代理人同意为止，实质仍相当于三方选择准据法。第三，为克服前述弊端，也考虑到被代理人无法每次均积极介入到法律选择中，有学者主张可以允许被代理人授权代理人同第三人选择准据法。为避免代理人与第三人合谋选取不利的准据法，被代理人可以考虑在授权时限定只能选择被代理人经常居所地法或者代理人经常居所地法等。<sup>[97]</sup>但是这种方案也存在弊端，如代理人在限定的可选择的实体法范围之外另选准据法，超越选择准据法的代理权限这一问题又应依照哪个实体法予以判断？这使得该方案同样带有不确定的因素。第四，公约并没有限制双方事后选择准据法，代理人原本根据客观连结节点确定的准据法行事，但是依被代理人与第三人之间事后选定的准据法，可能最后判定为无权代理，这种做法的正当性值得怀疑。<sup>[98]</sup>为此，瑞士采取的方案是，双方选择的准据法不得影响代理人的权利。<sup>[99]</sup>这样，即使事后双

[96] 参见前引〔13〕，万鄂湘主编书，第125页。

[97] 参见前引〔90〕，Reithmann等书，边码7.381；前引〔49〕，Schwarz文，第787页以下。

[98] 参见前引〔74〕，Basedow书，第159页。

[99] 参见前引〔82〕，Vischer等书，边码1025。

方选择了准据法，为保护代理人，意思自治也未必能得到实现。第五，最为根本的是，如果肯定了被代理人的单方选择权，任何理性的被代理人都不会舍近求远地寻求与第三人达成双方法律选择的合意，两个制度没有共同存在的必要。鉴于被代理人与第三人双方选择准据法弊端重重，还是不要认可这种选法方式为好。

## 五、反思与总结

从前文的分析来看，在涉外代理关系中，要妥当地制定和解释代理冲突规则，脱离私法的背景、比较私法的视野以及私法的方法论，是无法做到的。私法、比较私法与国际私法紧密结合而共生，域外研究机构、教席以及著名学术刊物常常兼容比较私法（本国私法自然也包含其中）与国际私法两个学科，并非毫无根据。但是，我国国际私法当前呈现出的却是一种脱“私”而入“公”的趋势。一方面，因为学科设置的因素，我国国际私法研究者长期浸润在“大国际法”的理念之中，与民商法基本处于绝缘的状态，遑论研究比较私法。另一方面，学界主流持“大国际私法”的观点，认为在狭义的国际私法之外还应特别容纳国际民事诉讼法，甚至将统一实体法及外国人法都作为研究对象。在这样的知识结构背景下，很难自觉地运用私法的方法论解决问题。宏观层面上的知识结构缺陷限制了代理冲突规则的完善。

除了国际私法在理念和方法上与私法相疏离之外，从微观层面上看，学界在立法颁行近十年的时间内，鲜少对第16条的规定进行检讨或者通过解释论纠正现行立法的缺陷，反而继续依靠《代理法律适用公约》或英国代理冲突法为现行立法背书，反映出至少存在以下两个问题需要学界予以反思。

第一，利益评价与冲突规则的解释问题。我国学者对于国际私法既追求“冲突正义”也追求“实质正义”的理念并不陌生。但“实质正义”观念根源自美国冲突法革命，以种种方法为载体，更多的是关注法律选择结果本身的公正性，故本质上是敌对且瓦解冲突规则体系的，至少其初衷不在于维系冲突规则体系。<sup>[100]</sup>因此，即使认可国际私法不应“盲眼”选法，赞同实体私法的价值常常渗透进法律选择之中，但是如何将价值转化为冲突规则的立法表述以及如何运用评价来解释冲突规则，美国法本身提供不了系统而完备的立法与释法的方法论。与之相较，德国克格爾的国际私法利益理论在利益法学与评价法学思潮更替的时期产生，天然地与私法方法论具有亲缘性，是建构与解释冲突规则的关键。尽管该理论存在一定的争议，<sup>[101]</sup>但是其重要性被我国低估了。克格爾认为国际私法的利益关注的是适用此法与彼法这一法律选择过程本身，因此价值评价与利益衡量也是在“法域选择”这个层次借助连结对象与连结点的界定来展开，而非直接关注法律选择所产生的实体结果本身。这一理论可供借鉴以构建我国国际私法的解释论，将利益评价在解释冲突规则的过程中体现出来。

[100] See Gerhard Kegel, *Paternal Home and Dream Home: Traditional Conflict of Laws and the American Reformers*, 27 Am. J. Comp. L. 615 (1979).

[101] 参见杜涛：《利益法学与国际私法的危机和革命——德国国际私法一代宗师格爾哈特·克格爾教授的生平与学说》，《环球法律评论》2007年第6期，第73页以下；邹国勇：《克格爾和他的国际私法“利益论”》，《比较法研究》2004年第5期，第152页以下。

第二,国际私法的继受问题。我国作为法制后发国家,法律继受是难以回避的问题。国际私法虽然致力于超越国别性的私法,但仍是国内法,其运作被嵌套在一国法律系统之内。一方面,其概念与体系的建构可能带有一定的本国实体法的色彩,此正如各国冲突法对代理关系的界分均在不同程度上受到实体法的影响。另一方面,受到法系传统的影响,立法、司法以及学理对于冲突法的塑造在不同的法系中所起的作用不尽相同。故国际私法在某些方面也可能带有浓厚的法系色彩,不同法系的国际私法之间存在着一定的隔阂。我国总体上更接近于大陆法系,尤其是民商法大量借鉴了德日理论,但国际私法的研究却疏于研究德日国际私法,<sup>[102]</sup>相反更侧重于研究统一冲突法与英美冲突法,甚至形成了某种思维惯性。笔者并不旨在鼓吹德国法的优越论,也不否定我国国际私法作出本土化创造的可能,仅是强调国际私法在立法与理论继受过程中应当考量到法系这一要素。在比较国际私法研究中,适当地以德国以及其他大陆法系国家的国际私法理论作为参照,可能更加稳妥。

---

**Abstract:** The provisions on the types of agency, the objects of connection and the connecting factors in the Law on Choice of Law for Foreign-related Civil Relationships are all ambiguous and need to be redefined from the academic perspective. The “agency” in Art. 16.1 should not be interpreted directly in accordance with the civil law, but should, on the basis of the theory of functional qualification and teleological qualification, autonomously be interpreted as excluding statutory representation and representation by company organs, and only referring to voluntary agency. The doctrine and structure of the substantive law of agency affect the construction of conflicts rules for agency. Considering both reasons from the substantive law and the conflict of laws, Chinese legislature should adopt the German theory of “independent determination of applicable law for authority”, rather than transplant the rules from English conflict of laws and the Hague Convention on the Law Applicable to Agency. In adopting the German theory, China should make it clear that conflict rules applicable to a contract between a principal and an agent or a contract with a third party can be found outside Art. 16 and that authority is the only object of connection in Art. 16. The “agency” in Art. 16.1 should be interpreted more restrictively as authority, and the proviso in this paragraph should be removed in future revision of the law. When subjective and objective connecting factors are employed to decide the applicable law, elaborate balance of interests should be made in light of different types of substantive law, so as to concretize the employment of connecting factors.

**Key Words:** agency involving foreign elements, conflict of laws on agency, the place of representation, autonomy of will, balance of interests

---

[102] 至今,德国本土有影响力的几本教科书都未翻译成中文,我国学界利用德日文献探讨国际私法问题的,仍属少数。对域外冲突法的译介情况概览,参见何其生:《中国国际私法学的危机与变革》,《政法论坛》2018年第5期,第76页以下。