

前 言

本指南在严格意义上只涉及委托人与商业代理人之间的关系，即委托人与由其授予长期权力的自然人或法人之间的关系。后者为前者寻访客户，进行交易磋商，并在适当的时候以前者的名义代签销售合同。本指南不适用于所有的代理合同；作者的目标只是国际贸易中最常见的合同，即那些委托代理人销售货物的合同。所以，读者如拟使用本指南草拟其它类型的代理合同，诸如货物购买代理、服务代理、旅游或广告代理，则需加以注意。

在现行的贸易实践中，“代理”这个名词经常被不恰当地使用。因此，“代理”、“经销代理”或其它类似的用语，往往被视同由经销商将他从供货人购买来的货物销售给第三者的活动。以自己的名义，并为自己取得货物再卖给客户的经销商，不具备作为一个代理人的条件。严格地讲，商业代理人不处于委托人下属的地位。所以，本指南不涉及受雇于委托人并由委托人支付工资的代表订立的合同。

无论是法律解释的差别、特定行业的惯例或习惯做法、法律冲突，还是经济问题，都不属本指南的讨论范围；但在订立代理合同时，当事人应弄清确切的地位，因这些事情正是在国际贸易中易于引起争议的根源。

关于代理人的法律地位，不同国家的法律对此差异很大。在很多情况下，法律特地为关于委托人和代理人的关系作出详细规定。所以，必须保证所签订的商业代理合同不与将适用于该合同的任何法律的强制性规定相抵触。

应当牢记，商业代理人在其权限范围内的行为对委托人有约束力。一些国家的法律明示

或默示地强制规定赋予代理人以这些权力，因而合同将按该法律解释并受制于该法律。

为此，在草拟合同时，必须考虑：代理人或其任何下属是否为委托人所授权或按照法律的实施承担任何义务或责任；是否可达成任何有约束力的协议；是否可提供任何保证；是否

可代表委托人作出任何担保或陈述；是否可处理由委托人提出的或向委托人提出的任何索赔；是否可按合同以委托人的信用作抵押；是否可明示或默示地说明他自己是委托人的代理人或合法代表。

合同双方应根据各别的事实情况，谨慎地决定合同所应包含的各项条款。他们的决定将取决于所适用法律的详细程度和留给当事人按其自己的意愿做出规定的范围。但是，尽管当事人对合同中未明示规定的所有事项，以采用援引有关法律的办法来力求使合同简短，按适用的一般原则，对各别的情况仍要求在合同中以一定数量的条款做出详细确切的规定。

有必要指出，在代理区域内委托人可能有纳税的义务。很多国家规定，非该国居民的委托人有义务纳税，如果他的代理人有全权并经常行使该权力代表他洽谈业务和订立合同。例如，一个委托人指定的一个在外国的代理人，在该国有固定的营业所，并有权代他订立合同，该委托人可被认为在该国经营业务，因此就得纳税。

经验清楚地表明，尤其在外贸领域中，把商业代理合同以及对合同的任何修改作成书面

商业代理^①——草拟合同指南

莫明云 译

周秉成 校

① 本文是国际商会第410号出版物《Commercial Agency》-Guide for the drawing up of contracts的译文。这个指南是由国际商会商业惯例委员会所属的专家小组草拟的。该专家小组由 Fabio BORTOLOTTI 教授（意大利）主持。具体撰写由 BORTOLOTTI 教授和 Didier MATRAY 先生（比利时）共同完成。

形式是有益的；某些国家的法律也规定必须这样做。再者，合同双方当事人必须认识到，不事先寻求法律和财政方面的建议而草拟合同是困难和危险的，这不仅在委托人国家，而且在代理人将要行使其代理权力的每个国家（如不止一个国家的话）也是如此。

1. 合同的标题；代理合同的法律性质

合同的标题（或序言部分），需明确声明它是一项商业代理合同，合同的法律性质及其权利和义务由此得以明确。但是，法院或仲裁人没有义务必须认可双方所选择的说明，这种表示只有在它与双方当事人所作出的承诺不相矛盾的情况下才属有效。

2. 合同的当事人

合同双方当事人的身份和能力不明确是经常引起混乱的根源。因此，不仅要指出合同当事人各方个人、商行、公司等法律地位或有关情况，并且要证明每个签署文件的人对履行合同具有能力。

合同必须清楚地规定双方当事人的全名、地址（所有通讯地址，包括通知和司法程序应送往的地址）、能力，如果是商行或公司，须说明商行、合伙者或公司的名字或完整的称呼，它的法律地位、成立的时间和地点，总办事处以及可以用来识别它的任何其它表示（例如，成立的日期、注册的地点及贸易注册证的序号），等等。

在一些国家，特别是在许多阿拉伯国家，代理职责的行使被强制性地保留给本国国民，并需另行为此目的办理注册。

在另外一些国家，如阿尔及利亚和大多数东欧国家，所有的代理业务都为国家机构所保留，私人或非官方组织不得从事此类活动。在有些情况下，还订有违法处罚的规定。

在商业实践中，一般都排除了未经另一方当事人同意而转让合同的可能性。相反，如果允许这种可能，则需以明示的条文规定，在哪些情况下合同的权利和义务得予转让，以及转让人须将其拟转让的合伙人的意图及时作出通知的义务，等等……

如果所订立的合同将取消或废弃委托人与代理人之间曾达成的有关合同事项的所有先前的协议（有些问题可除外，如先前协议中有关帐目结算等），应在合同中清楚地予以说明。

3. 正式文本

如果合同是用两种文字写成的，双方应商定：如对合同的解释发生困难，两种文本中的哪一种作为正式文本。如果双方希望两种文本的合同都作为正式的，那么，最好由专家来审核译文。

4. 合同生效和正常满期的日期

由于合同当事人居住于不同的国家，合同往往在不同的日期由各方分别签署。如果合同没有作出明示的规定，当它订立时（即双方当事人协商一致时）就生效了。因此，最好在合同中规定它生效的日期和满期的确切日期，如它将继续在一段固定的期间内有效的話。

5. 合同货物

明确规定合同所包括的货物以及在有些情况下规定这些货物的用途（如民用的或军用的）是重要的。如果委托人经营不止一种货物，那么，合同应说明哪一种或哪几种包括在内，以有别于委托人经营的其它货物。如果委托人随后发展新产品，或扩展他的销售至其它种类的货物，而合同对其它种类的货物并不授予代理人任何权利的话，合同应对此作出明确规定。一般合同也可规定代理人有权接受或拒绝把这种添加油货物包括在合同里。

委托人应事先弄清货物能被允许进入合同区域。如果担心代理人所在国有特定的规则，可规定后者将这些规则及时通知他。

如果合同的一方当事人希望在合同有效期内保留撤销或添加合同上所列的货物的权利，也需在合同里明确说明。

在这方面，应该记住合同货物的任何改变都可能导致双方当事人责任的改变。例如，关于代理人不与委托人竞争的限度（见10e段）。

如双方当事人愿意用定期的商议或其它办法来确定在规定的期间委托人供应的最多或最少的数量，则应在这个标题下作出必要的规

定。有关最少销售量的问题将在本指南 10 p) 段述及。

6. 合同区域

合同应明确规定代理人被授权经营的合同区域(包括或不包括与该区域有联系的任何其它国家)。双方当事人对区域的认定应给予最大的注意。因为缺少精确性,可能会引起争议,特别是在该代理人和委托人的其它代理人之间关于他们各自区域的权利的争议。

如果代理人无权征求或获得他知道或理应知道的不在合同区域内消费的货物的定单,合同对此应作明确规定。这一条款是重要的,因为它关系到防止有牌号的货物和商标在第三国发生侵权情事,以及防止委托人在同一笔交易中被一个以上的代理人索取佣金。

这类条款应予仔细研究,它们可能与限制性做法相抵触而构成违法。

7. 独家和专营代理的权利 (Sole and exclusive agency rights)①

如果一个代理人在合同区域内有代表委托人独家和专营的权利,双方当事人应约定:委托人可以在什么程度上为他自己或他的雇员保留在该区域内经营的权利;是否需要代理人协助;是否要付给代理人佣金。

双方当事人通常应规定关于合同区域内的客户直接向委托人定货时,独家代理人的权利。委托人可能希望保留对某些指名的客户或某些范围的客户,或两者(如政府部门、国营工业等)供货的权利,如他们直接与他接洽的话。这样的情况可能出现:外国买主来委托人国家访问时或通过他们在委托人国家的采购机构拟向委托人定货,如果把这些定单转回给代理人,这可能会不方便,或在商业上不合适。此外,在有些情况下,国家、政府机构或其它类似单位只愿与委托人交易,如要排除或限制在这些交易中代理人收取佣金的权利,应在合同中予以明确说明。

8. 合同客户

代理人一般被授权由他主动选择在合同区域内他拟征求定单的客户。双方可达成协议,规

定对某类客户或不对某类客户(如制造商、批发商、零售商、官方机构等)兜售货物。

此外,在某些情况下,可在合同里附加一份清单,列明委托人在代理合同生效前一段指定的期间(例如,紧接合同生效前12个月)出售代理合同项下的货物给合同区域内的客户、货物的数量和价值。(见 9 d)及 12)。

9. 委托人的权利和义务

a) 定单的接受

合同应规定代理人是否可以代表委托人订立具有约束力的合同。

在代理人有权代制造商订约的情况下,委托人有时可能对由代理人与客户规定的合同(例如,在销售条件方面)保留接受的权力;如果是这样,则应确定委托人在这方面保持沉默的后果是什么。

另一方面,如代理人仅仅转递他所收到的定单,委托人一般可自主地接受或拒绝它们。但是,应该规定委托人有义务把他的决定在合理的时间内告知他的代理人。

b) 信息

代理人通常根据委托人的生产和销售的计划来组织他的促销活动。因此,合同应规定委托人须随时通知代理人有关他的销售政策,特别是关于委托人拟对合同区域内的客户作任何访问,以及在什么范围内委托人须将他与合同区域内的客户交换的通讯、单据和发票寄给他的代理人。

如果委托人拟对他的价格结构、交货条件、付款条件或销售基本条件作任何改变,他必须及时通知代理人。还应注意规定这些改变在合同区域何时生效。

c) 合同区域内制造货物的许可证

应该考虑到,委托人在合同有效期内由于经济上、法律上或其它的原因在合同区域内制

① 在英语里,“专营代理人”(exclusive agent)与“独家代理人”(sole agent)是有区别的。在前一种情况下,委托人除了利用代理人的服务外,保证不在合同区域内销售货物。在后一种情况下,委托人只保证不指定其他代理人,而保留他自己在合同区域内作直接销售的权利。

造,或授予第三者制造合同货物的许可证,并应
对此在合同中作出必要的规定,以明确在这种
情况下委托人和代理人的权利。

d) 独家专营权利的保护

出于双方当事人共同利益的考虑,委托人
应尽力保障授予代理人的独家和专营的权
利,特别是帮助他抵御第三者任何企图妨碍这
些权利。在合同中,应按各别的具体情况规定
适合的条款(见7和10a)段)。

e) 不公平竞争和侵犯工业产权

当事人应考虑,是否需要规定委托人有责
任采取适当措施来防止不公平竞争,或防止在
市场上出现对他的专利、商标、徽记、设计、模
型或其它工业产权侵犯的情况。

在任何情况下,合同可规定代理人一经发
现对委托人的专利、商标或其它独占权利遭受
任何侵犯,应立即通知委托人。

f) 样品、模型和广告资料

如委托人同意有偿或无偿地向代理人提供
他认为需要的说明书、插页、小册子、商品目
录、小样和其它促销资料,这在合同中应予明确
规定。

合同应订明,委托人是否要提供代理人有
关样品、图样或其它种类的广告资料,由何方
支付宣传广告费、执照税,以及对这些样品、图
样可能征收的关税、清关费等。

如果需要翻译,应确定由何方支付费
用。

代理人的促销资料的设计、内容以及广告

工作的执行,应事先取得委托人的同意,这些
问题要在合同中予以明确。合同也应规定委托
人是否以及按照什么条件分担广告费用。

委托人提供的样品及其它具有耐久价值的
广告辅助物品是否继续作为委托人的财产,需
予考虑。如果是这样,合同中是否有规定来限
制代理人由于未收到应收佣金而按照法律对委
托人上述财产拥有留置权。应注意,在有些国
家,代理人有权扣留这种财产,直到委托人向
代理人付清所欠的金额。在有些情况下,需对
样品办理保险。

g) 旅行及其它费用

如果代理人在代理业务中发生的旅行、电
报、电话或其它正当的业务费用能得到委托人
特别的补助?应在合同中明确规定。

如果这些费用不是全部由一方当事人负担
的话,则必须规定哪些费用由另一方负担。在
有关这些费用负担的规定中,使用“分担”或“主
要负担”等用语,很容易引起争议。

此外,不少法律规定,如果委托人负担代
理人的大部分费用,后者就被认为是由前者付
给工资的雇员。

h) 展览会和交易会

有时代理人在参加合同区域内的展览会或
交易会前,需事先取得委托人的同意。这可能
是出于协调的目的,或者是由于在一定的期间
内该货物已在类似的场合下展示过。

如委托人与代理人联合参加某项活动,应
规定费用如何分担。(待续)

