

涉外代理法律適用之研究

吳光平*

要 目

壹、前 言	參、特殊代理型態法律適用之探討
貳、代理三面法律關係之法律適用	一、間接代理
一、本人與代理人間關係之法律適用	二、訴訟代理
二、本人與相對人間關係之法律適用	三、不動產交易代理
三、代理人與相對人間關係之準據法	四、證券交易代理
	肆、結 論

關鍵字：代理、代理法律適用公約、當事人意思自主原則、最重要牽連關係理論、代理行為地法、代理人營業所所在地法

投稿日期：107年03月13日；接受刊登日期：107年06月11日

* 開南大學法律學系暨研究所專任副教授、法律碩士在職專班執行長，輔仁大學法學博士。

壹、前言

代理，代理人於代理權限內，以本人（被代理人）名義向相對人爲意思表示或受相對人意思表示，而對本人發生效力之法律制度。代理制度之勃興，與資本主義之興盛有關，蓋資本主義愈發興盛，交易行爲更加頻繁，社會分工日趨顯著，倘從事各種交易需事必躬親不得假手他人，諸多不便且抑制交易活動，故爲提高交易成立之機會、擴張交易活動之領域並增進經濟效益，代理制度自西元十七世紀起便逐漸發展成爲獨立之法律制度，且配合企業「所有者與經營者分離」、「財產歸屬與財產管理分化」之開展而發達。此外，代理制度更對國際經貿活動之繁榮有不可抹滅之貢獻，蓋跨國交易雙方當事人身處不同國家乃屬常事，但跨國交易過程複雜，若諸事皆要身處異地之交易雙方當事人親自爲之，事所難能，而藉由代理制度即能解決身處異地之交易雙方當事人無法親自爲交易之窘境，使跨國交易易於進行，國際經貿更爲繁榮。

代理制度雖於國際經貿廣爲應用，但各國代理制度之法律規定仍存歧異，大陸法系與英美法系有結構性之不同¹，大陸法系更

¹ 大陸法系與英美法系代理制度之結構性差異有九：一、代理之本質，大陸法系採取「代理人行爲論」（Representationstheorie），亦即代理人所爲之行爲是代理人自己之行爲，只不過其效力歸屬於本人，而英美法系採取「等同論」（the theory of identity），亦即代理人與本人爲一體，代理人之行爲即為本人之行爲；二、代理及其成立原因關係，大陸法系除了法國法系代理與委任不分，故而代理是委任之外部效果外，德國法系嚴格區分代理權授與及其基礎關係，代理權只是一種資格，故授與代理權是賦予代理人代理之資格，發生此種資格之原因可由多種的權利義務關係組成，包括委任、僱傭、代辦商等，而英美法系則不區分代理權授與及其基礎關係，認為代理權是一種權利，故授與代理權是賦予代理人代理之權

有法國法系與德國法系之差異，這些差異，大多在代理適用之範圍、代理人之權限、代理權之行使、無權代理等方面，代理制度

利，故本人與代理人間之法律關係為權利義務關係；三、成立代理之原因，大陸法系將發生代理之原因區分為法定代理與意定代理，前者依法律規定而生，後者則依當事人約定而生，英美法系則因信託制度取代了大部分大陸法系法定代理之功能，故而發生代理之原因只有當事人約定之合意授權而無法定代理，雖其法制上也有類似於大陸法系法定代理之非合意授權，但一般認為法律將非合意授權視為當事人間有合意存在而賦予合意授權之效果；四、無權代理人對第三人責任之嚴格度，大陸法系上無權代理人對第三人之責任雖不同國家間有履行責任或損害賠償責任之差異，但皆為過失責任，而英美法系上無權代理人對第三人的責任為默示授權擔保責任（the implied warranty of authority），為嚴格責任；五、對無原因為他人管理事務之定位，無原因而為他人管理事務，不論被管理者之財產是否因管理而增值，大陸法系將之定位於無因管理，為債之關係的發生原因，而無原因而為他人管理事務且被管理者之財產因管理而增值時，英美法系將之定位為非合意授權中之必要授權，為成立代理關係之原因；六、間接代理之效力，大陸法系上，代理人於為代理行為時，未揭露代理之意旨、表明本人之存在，則為間接代理而不構成代理，契約雙方當事人仍為代理人與第三人，本人不得直接要求第三人履行契約，英美法系上代理人於為代理行為時，未揭露代理之意旨、表明本人之存在，為「不公開本人身分之代理」，除與契約規定不符、第三人個人考量或第三人有得對抗代理人之事由外，本人原則上得直接要求第三人履行契約；七、對代理權撤回之限制，大陸法系因代理權為一種資格，故除依法律關係之性質不得撤回外，以可撤回為原則，不可撤回為例外，而英美法系因代理權係為權利，故雖可撤回，但基於對既得權之保障，既生權利不受影響；八、對代理法之定位，大陸法系代理係私法之一種制度，分散於私法之各法條中，並非一部獨立之法律，英美法系有獨立之「代理法」（law of agency）；九、代理人之侵權行為，大陸法系採取「代理人行為論」，故代理行為僅及於法律行為，不法行為不包括在內，英美法系採取「等同論」，故代理行為法律行為與不法行為兼具，代理人所為之侵權行為為本人原則上亦須負責，故代理人所為侵權行為之效力亦受英美法系代理法規範。

存在著頗複雜之法律衝突，此顯示出，於涉外代理之場合，國際私法就扮演著重要之角色。而涉外代理，除非有代理統一實體法可茲適用，例如將來生效的，由「國際私法統一協會」於1983年所通過的「國際貨物買賣代理公約」（Convention on Agency in the International Sale of Goods），簡稱為「日內瓦公約」（Geneva Convention），否則即須依國際私法衝突法則選擇應適用之法律。

我國於民國42年制定之「涉外民事法律適用法」中，並無代理衝突法則之規定，而民國99年修正通過、次年施行之新「涉外民事法律適用法」（以下簡稱為「涉外民法」），則於第17條至第19條新增了三條代理衝突法則，擔負起解決涉外代理之重責大任，但第17條至第19條於當事人無明示之合意時依與代理行為關係最切地之法律，全面採行了「彈性選法方法」之「最重要牽連關係理論」（the most significant relationship），於選法方法論上雖符合大陸法系國際私法晚近軟化（soften）衝突法則之趨勢，但從無代理衝突法則可茲適用直接躍進到以「彈性選法方法」選擇代理之準據法，對我國法院實務而言，是否有足夠之經驗與充足之認識，妥適地解釋、適用第17條至第19條之代理衝突法則以選擇出代理準據法，不無疑義。因此，要妥適地解釋、適用第17條至第19條之代理衝突法則，對於代理準據法之各立法主義及其演進發展，實有深入探究之必要，如此方能於判斷與代理行為關係最切地之法律時，從各立法主義之觀點，並分別從質、量兩角度，就連繫因素進行分析比較，判斷何者與代理行為關係最切，並以該連繫因素所連繫地域之法律作為代理之準據法。因此，本文擬全面探討涉外代理之法律適用，就代理準據法之立法主義除了兼顧理論與立法實務而為探討外，於立法實務方面更將各國立

法例與統一衝突法則國際公約（主要為「海牙國際私法會議」於1978年所通過「代理法律適用公約」（Convention on the Law Applicable to Agency），以下簡稱為「海牙公約」）並陳，並對特殊代理形態之法律適用加以分析，期能對「涉外民法」第17條至第19條之解釋與適用，提供可供參酌之建議。

貳、代理三面法律關係之法律適用

一、本人與代理人間關係之法律適用

（一）問題之所在

本人與代理人間關係，乃本人授與代理人代理權以成立代理之法律關係，以及基於代理權授與行為所生之本人與代理人間之法律關係。在大陸法系，本人與代理人間關係有因法律規定而生之法定代理，亦有因當事人間法律行為而生之意定代理，在英美法系國家，本人與代理人間關係多以契約成立，其並無法定代理之概念，蓋英美法上之信託制度擔當了大陸法系上法定代理之大部分職能，但實際上，英美法上仍有與大陸法系國家法定代理若符其節之慣常授權（usual authority）²與必要授權（authority of necessity）³。由於英美法系國家無法定代理之概念，且涉外代理

² 慣常授權（usual authority），非明示、默示之合意授權（actual authority），亦非表見授權（apparent authority），但本人仍受代理人行為拘束之情況，更精確地說，係等同於「職業授權」，亦即以某種代理行為作為職業之人，例如拍賣商、不動產代理人、代理商、律師、合夥人、公司總經理等，所享有之代理權可以擴大到此類代理人於職業上通常所享有之權力範圍。See G.H. TREITEL, THE LAW OF CONTRACT 542 (1979).

³ 必要授權（authority of necessity），亦稱客觀必要之代理權，乃是於特定情況下，某人依法律推定取得代理他人為某些處置之授權，

事件幾乎皆源於因國際貿易所生之代理契約（意定代理），故探討涉外代理法律適用之文獻，論及本人與代理人間關係，乃置重於意定代理，至於法定代理，即以原因關係準據法概括⁴。以下即就意定代理之情形討論之。

於意定代理：德國法系因採取代理權授與及其基礎關係之「區別論」，區分代理權授與及其基礎關係（亦有稱「內部關係」（*Innenverhältnis*）、「原因關係」（*Kausalverhältnis*）或「基礎關係」。民法學者習慣稱「基礎關係」，國際私法學者則因原因關係準據法之故，習慣稱「原因關係」），代理權只是一種資格、權限，故授與代理權是賦予代理人代理之資格、權限，代理權之授與其發生、範圍及存續期間，是從構成其基礎之事務執行關係中脫離出來，至於發生此種資格之原因可由多種權利義務關係組成，包括委任、僱傭、代辦商等，且承認外部授權，故本人與代理人間關係除了基礎關係外，尚有獨立於基礎關係外的代理關係，而代理權授與行為乃法律行為，但究為單獨行為抑或

例如保全他人財產、施與個人援助或履行對他人之債務，雖未經本人同意，但這些處置之效力及於本人，故此種授權有強制性與不可選擇性之特徵。*See id.* at 543-546. 其實，此類情形於大陸法系國家多歸於無因管理，但由於英美法系並無無因管理存在，故而於判例法上乃將此類情形列入代理法。

- ⁴ 除了本人與法定代理人間之內部關係，甚至本人與相對人間之外部關係，皆依原因關係準據法，亦即法定代理權發生原因之法律關係的準據法，例如於父母為未成年子女法定代理人之情形，即依親權之準據法，於監護人為受監護人法定代理人之情形，即依監護之準據法，於夫妻在日常家務互為代理人之情形，即依婚姻之身分上效力準據法。國內之討論，參閱何佳芳，論涉外代理關係之準據法——以「與代理行為關係最切地」之判斷為中心，東吳法律學報，第27卷第3期，頁107-109（2016）。

契約行為，則有爭論⁵；法國不區別代理權授與及其基礎關係，而採取不區分委任（mandat）與代理（représentation）之「一體論」，代理權之發生、範圍及存續期間與構成其事務執行之委任契約關係同一，委任契約之效力即為代理之效力，故本人與代理人間關係只有委任契約關係；英美法系亦不區別代理權授與及其基礎關係，蓋彼認為代理權為權利，授與代理權乃是以契約賦予代理人代理之權利，故本人與代理人間關係只有代理契約關係。因此，論及本人與代理人間關係，德國法系乃指基於代理權授與行為所生之代理關係，法國乃指委任契約關係，英美法系乃指代理契約關係，故於涉外代理事件中本人與代理人間之關係，於德國法系應定性為本人與代理人間之代理關係，於法國應定性為委任人與受任人間之委任契約關係，於英美法系則應定性為本人與代理人間之代理契約關係，此不可不察。

至於我國，「民法」採行德國法系之「區別論」，第167條：「代理權係以法律行為授與者，其授與應向代理人或向代理人對之為代理行為之第三人，以意思表示為之。」承認外部授權即為明證，故「涉外民法」第17條本人與代理人間關係衝突法則「代理權係以法律行為授與者，其代理權之成立及在本人與代理

⁵ 代理權授與行為之性質，我國通說採取單獨行為說，但本文認為，代理權授與行為究為單獨行為抑或契約行為，不能一概而論。若將代理權授與行為之各種態樣加以考察，可以發現代理權授與行為為單獨行為者有之，例如外部授權、內部授權代理人未為承諾亦未為代理行為、遺囑同時遺贈數人並指定一人代收等情形；代理權授與行為為契約行為者亦有之，例如內部授權代理人為承諾或未為承諾但仍為代理行為等情形；代理權授與行為為共同行為者同樣有之，例如董事會決議授權一位經理人全權處理事務之情形。故代理權授與行為之概念實大於單獨行為、契約行為、共同行為等各法律行為之種類，單獨行為、契約行為、共同行為皆足當之。

人間之效力」之規定，係指代理權授與以及基於代理權授與行為所生之本人與代理人間代理關係，此由立法理由：「二、代理權之授與，與其原因法律關係（如委任契約）本各自獨立，並各有其準據法。本條係針對代理權授與之行為，明定其應適用之法律，至其原因法律關係應適用之法律，則宜另依該法律關係（如委任契約）之衝突規則決定之。代理權係以法律行為授與者，本人及代理人常可直接就其相關問題達成協議……」可知。然各國立法例中，雖仍規定有本人與代理人間關係衝突法則，但頗多卻不為實質性之規範，反而規定適用本人與代理人間原因關係契約之準據法，例如1989年「瑞士國際私法」第126條第1項、2001年「韓國國際私法」第18條第1項、2007年「土耳其關於國際私法與國際民事訴訟程序法之法令」第30條第1項等是，其結果，原因關係契約之準據法即為代理關係之準據法，如此雖簡化了本人與代理人間關係之法律適用，卻也模糊了基礎關係與代理關係之區別。

（二）本人與代理人合意約定準據法

契約由雙方當事人依其合意約定應適用法律之「當事人意思自主原則」（英文：autonomy of the parties；法文：autonomie de la volonté；德文：Parteiautonomie），為國際私法之金科玉律。本人與代理人間關係，無論是德國法系之代理關係，或法國之委任契約關係，抑或是英美法系之代理契約關係，皆為法律行為或契約，故本人與代理人間關係之準據法採行「當事人意思自主原則」，乃屬自然，「海牙公約」第5條第1項：「本人與代理人間之關係，由當事人合意選擇之法律為準據法。」⁶之規定，即揭斯

⁶ Article 5(1): The internal law chosen by the principal and the agent shall govern the agency relationship between them.

旨。惟，當事人準據法合意之方法，除了明示合意（express intention）外，是否包括默示合意（implied intention），目前多數立法例予以肯定，但要求須由契約條款、案件情況、當事人行爲之整體觀察等中可得合理確定當事人有準據法之默示合意⁷，冀藉此限制提升法律適用之確定性，而非提高盲目依默示合意選擇準據法之機會，「海牙公約」第5條第2項亦同，要求準據法之默示合意須自契約條款（terms）與周遭環境中（circumstances）得到合理之確定（with reasonable certainty）方可⁸。

由於代理原因關係之契約，最常爲委任契約與勞動／僱傭契約，但二者於本質上有根本之差異：委任契約以處理事務爲目的（給付勞務爲其手段），又稱「事務處理契約」（Geschäftsbesorgungsvertrag），故受任人與委任人間不以具上下從屬關係爲必要，受任人就事務之處理有獨立裁量權；勞動／僱傭契約以給付勞務爲目的，故勞工／受僱人與雇主／僱用人具上下從屬關係，勞工／受僱人就勞務之給付無獨立裁量權⁹。因此，實體法上之「契約自由原則」

⁷ 參閱吳光平，契約準據法發展新趨勢與比較國際私法——韓國、日本與海峽兩岸新國際私法之契約準據法，東海大學法學研究，第44期，頁251-253（2014）。

⁸ Article 5(2): This choice must be express or must be such that it may be inferred with reasonable certainty from the terms of the agreement between the parties and the circumstances of the case.

⁹ 最高法院83年度台上字第1018號民事判決要旨：「按所謂委任，係指委任人委託受任人處理事務之契約而言。委任之目的，在一定事務之處理。故受任人給付勞務，僅爲手段，除當事人另有約定外，得在委任人所授權限範圍內，自行裁量決定處理一定事務之方法，以完成委任之目的。而所謂僱傭，則指受僱人爲僱用人服勞務之契約而言。僱傭之目的，僅在受僱人單純提供勞務，有如機械，對於服勞務之方法毫無自由裁量之餘地。兩者之內容及當事人間之權利義務均不相同。上訴人受被上人訴人自五十八年五月十二日僱用爲

(Prinzip der Vertragsfreiheit) 於二者之適用程度即有不同：「契約自由原則」於勞動／僱傭契約之適用受到限制、公法介入勞動／僱傭契約以保護勞工／受僱人等手段為多國所採；以處理事務為目的之委任契約以事務之處理能力為核心，事務之處理能力與勞務提供不同係屬可儲藏性質，委任契約貫徹自由的結果，形成委任人一方絕對自由、受任人一方受盡剝削之不公平現象機會不多，故「契約自由原則」於委任契約之適用較不受限制。隨著實體法上「契約自由原則」於勞動／僱傭契約之適用受到限制，反映於國際私法上，「當事人意思自主原則」於勞動／僱傭契約之適用，亦應限制。事實上，多數立法例於契約衝突法則之外，另就勞動／僱傭契約衝突法則規定特則，且多規定勞動／僱傭契約當事人所合意之準據法剝奪勞工／受僱人依勞動／僱傭契約當事人未合意準據法時所應適用法律之強制規定的保護者，則勞動／僱傭契約當事人所合意之準據法不予適用，限制「當事人意思自主原則」於勞動／僱傭契約之適用，以免雇主／僱用人利用擬訂定型化勞動契約之機會，置入不利於勞工／受僱人之準據法條款¹⁰。因此，當事人合意選擇之法律（*lex voluntatis*）的適用，於勞動／僱傭契約因保護勞工／受僱人之要求，固受到限制，但委任契約則不受限制，「海牙公約」第10條：「代理關係是因僱傭

其管理部辦事員，其後擔任股長、科長、課長，其職務之性質，均為單純給付勞務為目的之工作，其與被上訴人間之關係，為單純僱傭性質。惟其後升任被上訴人之襄理、副理、副總經理，因其職務屬經理人之性質，其與被上訴人間已變更為委任關係。而委任與僱傭性質不同，且無可兼而有之，故原有僱傭關係應認業已終止。」可供參考。

¹⁰ 參閱吳光平，涉外勞動契約與資遣費請求之法律適用——從最高法院九十九年度台上字第一〇九號判決談起，月旦法學雜誌，第207期，頁220-222（2012）。

契約而產生時，本人與代理人間關係之準據法，不適用公約第二章的規定。」¹¹更規定原因關係為勞工／僱傭契約時排除於「海牙公約」之適用範圍之外，由各國適用各自之衝突法則來決定本人與代理人間關係之準據法，即係出自於勞動／僱傭契約與強制性勞工保護法規及國際公序之考量。

（三）本人與代理人未合意約定準據法

本人與代理人未合意約定準據法時，即依法律之規定決定準據法，此可稱為客觀準據法。本人與代理人間關係之客觀準據法，立法主義上有代理關係成立地法、代理行為地法、代理人住所地法、代理人營業所所在地法等不同主張。以下即說明之。

1. 代理關係成立地法

代理原因關係為契約者，原因關係成立地即為代理關係成立地，亦即契約之締約地，故代理關係成立地法，實即締約地法（*lex loci contractus*）於本人與代理人間關係之化身。主張代理關係成立地法（the law of the country where the relation of principal and agent is created）者，乃因本人與代理人間之關係既然於締約地成立，且締約地常為本人之居所地或營業地，自應以代理關係成立地，亦即契約之締約地法為準據法¹²，且本人與代理人間原因關係若為勞動／僱傭契約時，則有關薪資、工作時間、工作條件等事項，可受締約地法規範，特別是當締約地施行有勞工保護法規時¹³。惟，代理關係成立地法之缺點亦如同締約地法之缺

¹¹ Article 10: This Chapter shall not apply where the agreement creating the agency relationship is a contract of employment.

¹² See LAWRENCE COLLINS, DICEY AND MORRIS ON THE CONFLICT OF LAWS 1465 (2000); see also P.M. NORTH & J.J. FAWCETT, CHESHIRE AND NORTH PRIVATE INTERNATIONAL LAW 493 (1987).

¹³ See HERMA HILL KAY, CONFLICT OF LAWS 105 (2000).

點，即代理關係成立地常屬偶然而與代理關係難謂關係最切，故謂當事人有接受該法域法律管轄之意思乃屬牽強，況若本人與代理人係以電話、電報、通信、電子郵件、視訊會議、LINE、FACEBOOK等方法成立代理關係，則代理關係成立地之認定尤生困擾，故若無其他代理關係之場所，例如代理行為地（契約履行地）、代理人住所地（債務人住所地）等同時聚合於代理關係成立地，則單純之代理關係成立地法，尚嫌單薄。各國立法例中，2010年「中華人民共和國涉外民事關係法律適用法」第16條第1項但書：「……但被代理人與代理人的民事關係，適用代理關係發生地法律。」即採此見。

2. 代理行為地法

代理原因關係為契約者，原因關係履行地即為代理行為地，亦即契約之履行地，故代理行為地法，實即履行地法（*lex loci solutionis*）於本人與代理人間關係之化身。主張代理行為地法（the law of the place of acting）者，乃因代理行為地為代理人欲實行代理行為之地，亦即契約履行地¹⁴，當本人與代理人居住於不同國家時，以之為準據法自較妥當，且縱本人與代理人居住於同一國家，於證券交易代理與不動產交易代理之場合，證券交易代理人與其客戶之關係應以該代理人所屬證券交易所所在地法為準據法，不動產交易代理以不動產買賣所在地法為準據法，此皆為以代理行為地法為準據法¹⁵。惟，代理之地域範圍及於數國時，適用代理行為地法即有不妥¹⁶，蓋此時代理行為地之判斷即不確定，以控制於契約當事人一方之代理行為地法決定契約他方

¹⁴ *Id.* at 105.

¹⁵ See COLLINS, *supra* note 12, at 1465-1466.

¹⁶ See NORTH & FAWCETT, *supra* note 12, at 493.

當事人所享權利與所負義務，至為不當，故若無其他代理關係之場所，如代理關係成立地（契約締約地）、代理人住所地（債務人住所地法）等同時聚合於代理行為地，則單純之代理行為地法，亦嫌單薄。各國立法例中，1992年「羅馬尼亞國際私法」第93條第1項：「本人與代理人或代理商間之法律關係若無其他協議，適用代理人辦理委託業務的國家之法律。」即採此見。

3. 代理人住所地法

代理原因關係為契約者，債務人住所地為原因關係當事人住所地，亦即代理人之住所地，故代理人住所地法，實即債務人住所地法（*lex domicilli*）於本人與代理人間關係之化身。主張代理人住所地法（the law of the country which the agent is domiciled）者，乃因原因關係為勞動／僱傭契約時，則有關薪資、工作時間、工作條件等事項，除受締約地法規範外，亦可受勞工／受僱人住所地法規範，特別是當勞工／受僱人住所地施行有勞工保護法規時¹⁷。惟，代理之法律非獨為保護代理人利益而設，以代理人住所地法為原因關係準據法之立論即有偏差，況觀國際私法之發展趨勢，住所地作為連繫因素，已逐漸被「慣常居所」（*habitual residence*）取代，住所地法之重要性大不如前，若無其他代理關係之場所，如代理關係成立地（契約締約地）、代理行為地（契約履行地）等同時聚合於代理人住所地，則單純之代理人住所地法，亦為單薄。立法例中，2002年「俄羅斯民法第六編國際私法」第1217條之1¹⁸第2項第二段：「本人未選擇適用於授權書之法律或所選擇之法律依法不能適用時，則本人與代理人或代理人與第三人間之關係，由代理人住所地國法或主營業地國法

¹⁷ See KAY, *supra* note 13, at 105.

¹⁸ 於2013年增訂。

確定。」即兼採此見。

4. 代理人營業所所在地法

(1) 植基於特徵性履行理論之代理人營業所所在地法

自1980年「歐洲共同體契約之債法律適用公約」(EC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations)，簡稱為「羅馬公約」，此公約並於2008年6月17日經轉化為歐洲共同體立法成為「2008年6月17日關於契約之債法律適用的歐洲議會與歐洲共同理事會規則」(Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the Law Applicable to Contractual Obligations)，簡稱為「羅馬規則 I」(Rome Regulation I)第4條開始，大陸法系國際私法逐漸形成了將「最重要牽連關係理論」與「特徵性履行理論」(英文：characteristic performance；法文：prestation caractéristique；德文：Charakteristische Leistung)結合運用，以決定契約客觀準據法之新趨勢¹⁹。而「特徵性履行理論」亦被運用於本人與代理人間關係準據法之確定。

對於「特徵性履行」之認定，瑞士學者Frank B. Vischer(費舍)提出以下判斷標準²⁰：一、牽涉商業活動時，因契約深植於該國之內國經濟中，故以金錢給付為內容之對待給付義務僅具次要重要地位，而應適用該商業活動實施地法，但所牽涉者兩項商業活動時，則應選擇非以金錢給付為內容之商業活動；二、非以金錢給付為給付義務內容之一方係受到契約他方控制時(例如僱

¹⁹ 吳光平，前揭註7，頁253-258。

²⁰ 參閱吳光平，法律行為之特徵性債務與關係最切之法律——臺灣臺北地方法院一〇二年度勞訴字第五五號判決評析，月旦法學雜誌，第235期，頁263-264(2014)。

傭契約），應適用他方營業地法；三、單務契約（例如贈與契約或無償借貸契約）之特徵性履行為唯一之給付義務；四、契約雙方當事人均以金錢給付為給付義務之內容時（例如金錢借貸契約或保險契約），因承擔較大風險之一方與社會有較深之牽連，承擔較大風險之一方為特徵性履行方（例如貸與人或保險人），應適用該方之法律；五、於標準格式契約或附合契約，以草擬契約之一方為特徵性履行方，應適用該方之法律。

本人與代理人間關係之特徵性履行應如何依Vischer所提出上述標準判斷，容有探討餘地。代理原因關係契約之一方當事人P以金錢給付為履行義務之內容，而另一方A以事務處理或勞務提供為履行義務之內容，此時應以上述第2項標準判斷，蓋A以事務處理或勞務提供為履行義務之內容，A之履行行為為原因關係契約履行行為之特徵，故應以A之營業所所在地法，亦即代理人營業所所在地法為代理原因關係之準據法，而因A之履行行為同時為代理人之代理行為，故同時應以A之營業所所在地法為本人與代理人間關係之準據法；但於例外情形，如不動產買賣代理或證券買賣代理等情形，雖然亦為契約一方當事人P以金錢給付、另一方A以事務處理或勞務提供為履行義務之內容，但此時給付金錢之P常為自然人，處理事務或提供勞務為之A常為公司，而不動產買賣代理契約或證券買賣代理契約又多為處理事務或提供勞務之一方所草擬的標準格式契約與附合契約，此時應以上述第4項標準判斷，以草擬契約之一方A為特徵性履行方，故應以A之營業所所在地法，亦即代理人營業所所在地法為代理原因關係之準據法，而因A之履行行為同時為代理人之代理行為，故同時應以A之營業所所在地法為本人與代理人間關係之準據法。以上二情形結果雖皆為代理人營業所所在地法，但理由構成卻有不同。

（2）植基於代理人住所地法之代理人營業所所在地法

代理人營業所所在地法（the law of the place where the agent has his business establishment）為代理人住所地法之延伸。按住所乃人生活之本據或業務中心之地，各種法律關係頻繁地於該人住所地發生，因此住所地為人私法生活之重心，此於代理關係同時發生顯著之效用，蓋意定代理具有擴張私法自治之功能，既然各種法律關係頻繁地於該人住所地發生，則本人或著眼於欲於代理人住所地與相對人為交易，因而授與代理權予代理人於其住所地代理本人為交易，此時代理人住所地法之適用即具有意義。

由於代理人無論為自然人或法人皆足當之，當代理人為自然人時，除了保護經濟上弱者之考量外，代理人住所地法之適用亦具商業上之便利，蓋以代理為職業之場合，專業代理人之常業代理行為多於其住所地為之，此時代理人住所地與代理人營業所所在地二者聚合成為一地，只不過代理人住所地法之表述方式較能彰顯其保護經濟上弱者之意義，而代理人營業所所在地法之表述方式較能彰顯其為商業代理之意義。而代理人為公司或法人時，由於殊難想像公司或法人為經濟上弱者，且法人係追求商業利益之商業組織，故公司或法人雖以其營業所所在地為住所地²¹，但

²¹ 有關法人住所地之確定，有管理中心說與營業所所在地說之不同主張。前者認為法人住所地應依其管理中心而定，亦即董事會與股東會經常集會之處；後者認為，法人住所地應依其營業所所在地而定，蓋關於公司之法律制度，並非僅以監督主事務所之事務為目的，而乃係對在其領域內實際營業之公司，加以監督，且公司營業所所在地依公司營業之性質，較為固定，而非如主事務所之聽由發起人任意選定。本文採營業所所在地說。有關法人住所地之確定，參閱（依出版時間由先到後）：柯澤東（吳光平增修），國際私法，頁190，元照出版有限公司，5版（2016）；馬漢寶，國際私法——總論各論，頁174-179，翰蘆圖書出版有限公司，3版（2014）；劉

於此場合彰顯保護經濟上弱者意義之代理人住所地法並無實益，而應由彰顯商業代理之代理人營業所所在地法表述之。因此，代理人營業所所在地法之表述方式，方能含括代理人為自然人與代理人為法人二種情形。

（3）具特徵性履行、代理人住所地法與代理行為地法三重意義之代理人營業所所在地法

由上述可知，代理人營業所所在地法具有雙重意義：第一、「特徵性履行理論」為契約履行地法發展精緻化之成果，代理人之原因關係契約履行行為，即為代理人之代理行為，經由「特徵性履行理論」之運用，使代理人營業所所在地法具有代理行為地法之意義；第二、代理人住所地作為代理人生活之本據或業務中心之地，代理人無論為自然人或法人，基於專業代理人於住所地所為之常業代理行為，代理之商業性質使代理人營業所所在地法具有代理人住所地之意義。除此之外，代理人營業所所在地法亦具有代理行為地法之意義，蓋於商業代理之場合，專業代理人之常業代理行為通常係於代理人營業所所在地為之。

因此，代理人營業所所在地法同時具有特徵履行、代理行為地法（契約履行地法）與代理人住所地法（債務人住所地法）之三重意義，故常被認為是本人與代理人間原因關係契約之「重心地」（center of gravity），且代理人營業所所在地較為固定，不像代理行為地般較不確定而無法預測，故而代理人營業所所在地法之適用漸受青睞。惟，當代理人於不同國家各有營業所時，代

鐵錚、陳榮傳，國際私法論，頁278-280，三民書局股份有限公司，修訂5版（2010）；王文宇，外國法人在我國法律地位之研究，收錄於千禧年跨世紀法學之演進——柯澤東教授祝壽論文集，頁9，學林文化事業有限公司（2000）。

理人營業所所在地即生積極衝突，或有謂此時可以代理人為代理行為之營業所所在地認定為代理人營業所所在地，或代理人設有住所之營業所所在地認定為代理人營業所所在地，但若代理人係於所有營業所所在地之外為代理行為，或於所有營業所所在地內皆未設有住所，甚至代理人之代理行為係跨所有營業所所在地之連續行為，或於所有營業所所在地皆設有住所時，此時代理人營業所所在地之認定仍有困難。由此可知，代理人營業所所在地法雖同時具有代理行為地法與代理人住所地法之意義，具有認定為與代理行為關係最切地之法律的優勢，但其仍無法適用於所有情形，此顯示出僵化之硬性一元規則並無法解決所有問題，惟有運用較開放之彈性方法才能解決日益複雜之涉外代理事件。

代理人營業所所在地法作為本人與代理人間關係之準據法，「海牙公約」具有示範性作用，其第6條：「（第1項）倘當事人未依本公約第五條合意選擇準據法，則以代理關係成立時，代理人營業所在地國法為準據法，代理人無營業所時，適用其慣常居所地國法。（第2項）本人營業所，在代理行為地國，或本人無營業所但慣居於該國者，優先以代理行為地法為準據法。（第3項）代理人或本人有二處以上之營業所，則以關係最密切之營業所為準。」²²之規定優先考量有無代理行為地法之適用，當本人

²² Article 6(1): In so far as it has not been chosen in accordance with Article 5, the applicable law shall be the internal law of the State where, at the time of formation of the agency relationship, the agent has his business establishment or, if he has none, his habitual residence. (2) However, the internal law of the State where the agent is primarily to act shall apply if the principal has his business establishment or, if he has none, his habitual residence in that State. (3) Where the principal or the agent has more than one business establishment, this Article refers to the establishment with which the

營業所所在地或慣常居所地在代理行為地時，則該地因同時與代理人及本人產生連繫，則優先適用該地之法律（第6條第2項），可知「海牙公約」偏重於保護代理人之利益，倘若未符合第6條第2項之條件時，始以代理關係成立時，代理人營業所所在地國法或慣常居所地國法為準據法（第6條第1項）²³。又當代理人或本人有二以上之營業所，亦即營業所所在地「積極衝突」時，則運用「最重要牽連關係理論」以關係最切之營業所為準。各國立法例中，1992年「羅馬尼亞國際私法」第93條第2項：「代理人或代理商若開展的是職業性業務，適用其營業所所在地之法律。」採此說，2002年「俄羅斯民法第六編國際私法」第1217條

agency relationship is most closely connected.

²³ 至於本人與代理人間關係準據法之適用範圍，「海牙公約」第8條規定：「（第1項）本公約第五條、第六條適用於代理關係之成立與效力、當事人間之權利義務、履行之要件、不履行之效果及此等義務之消滅。（第2項）特別應適用於：a.代理人代理權之存在及範圍、代理權之變更與消滅、無權代理或越權代理之效果；b.代理人委任複代理人之權限；c.自己代理之權限；d.代理人不得與本人競業之條款；e.代理人之報酬；f.本人請求代理人損害賠償之種類。」（Article 8: 1. The law applicable under Articles 5 and 6 shall govern the formation and validity of the agency relationship, the obligations of the parties, the conditions of performance, the consequences of non-performance, and the extinction of those obligations. 2. This law shall apply in particular to – a. the existence and extent of the authority of the agent, its modification or termination, and the consequences of the fact that the agent has exceeded or misused his authority; b. the right of the agent to appoint a substitute agent, a sub-agent or an additional agent; c. the right of the agent to enter into a contract on behalf of the principal where there is a potential conflict of interest between himself and the principal; d. non-competition clauses and *del credere* clauses; e. clientele allowances (l'indemnité de clientèle); f. the categories of damage for which compensation may be recovered.)

之1第2項第二段：「本人未選擇適用於授權書之法律或所選擇之法律依法不能適用時，則本人與代理人或代理人與第三人間之關係，由代理人住所地國法或主營業地國法確定。」則兼採此見。

（四）我國規定之分析與解釋

1. 第17條前段

我國民法之意定代理，代理權授予行為雖有單獨行為說與契約行為說之爭議，但無論如何，乃為法律行為，而有「當事人意思自主原則」之適用。「涉外民法」對於契約準據法之合意限於明示合意，於第20條第1、2項規定：「法律行為發生債之關係者，其成立及效力，依當事人意思定其應適用之法律。當事人無明示之意思或其明示之意思依所定應適用之法律無效時，依關係最切之法律。」故對於本人與代理人間關係之準據法雖採行「當事人意思自主原則」，但對於當事人準據法合意之方法，於第17條前段：「代理權係以法律行為授與者，其代理權之成立及在本人與代理人間之效力，依本人及代理人所明示合意應適用之法律……」亦規定限於明示合意。惟，我國「涉外民法」於第20條契約衝突法則外別無勞動／僱傭契約衝突法則特則之規定，故於勞動／僱傭契約仍應適用第20條而無限制「當事人意思自主原則」之問題，但為保護勞工／受僱人，倘勞動／僱傭契約當事人所明示合意之準據法為外國法而勞工／受僱人（慣常）工作地為我國者，倘適用該外國法之結果較適用我國法之結果對勞工／受僱人保護為不周，此時不妨依「涉外民法」第8條：「依本法適用外國法時，如其適用之結果有背於中華民國公共秩序或善良風俗者，不適用之。」以該外國法之適用結果背於我國國際公序為

由而拒卻適用並改適用我國法²⁴。而我國法制下因區分代理權授與及其基礎關係（代理原因關係），代理關係之準據法與代理原因關係之準據法原屬二事，前者依第17條擇定準據法，後者依第20條擇定準據法，但代理原因關係為勞動／僱傭契約者，以勞工／受僱人作為代理人，代理關係所涉及代理人之權限、代理人得請求報酬之數額、本人或代理人終止代理關係之條件、代理人越權代理之責任等問題，亦須顧及勞工保護，故代理原因關係為勞動／僱傭契約者，亦應認為本人與代理人所明示合意之準據法為外國法而代理行為地為我國者，倘適用該外國法之結果較適用我國法之結果對勞工／受僱人保護為不周，應依「涉外民法」第8條以該外國法之適用結果背於我國國際公序為由而拒卻適用並改適用我國法。

第17條前段之規定係參考自「海牙公約」，此由立法說明「爰參考一九七八年海牙代理之準據法公約第五條、第六條規定之精神，明定代理權之成立及在本人與代理人間之效力，應依本人及代理人明示之合意定其應適用之法律，以貫徹當事人意思自主原則」所述可知。惟，「海牙公約」對於代理關係較偏向英美法系之代理契約關係，故而有由本人與代理人合意選擇法律之規定，但我國民法係採取德國法系之代理權授與行為所生之代理關係，且通說認為代理權授與行為係單獨行為，但第17條前段由本人及代理人明示合意應適用法律之規定，較偏向契約關係之規定，而與我國民法似不符合。就此以言，「德國民法施行法」於2017年增訂代理衝突法則於第8條，該條第1項：「意定代理，適用本人於代理權被行使前所選擇之法律，但該選擇須為第三人與代理人知悉。本人、代理人、第三人得隨時選擇應適用之法律。」

²⁴ 吳光平，前揭註10，頁228。

依第二段所選擇之法律優先於第一段所規定之法律。」²⁵之規定，允許本人自行選擇應適用之法律，似較符合代理權授與行為為單獨行為之性質，但同時為求顧及代理人之利益，而要求該選擇需為代理人所知悉，且由本人與代理人所合意選擇應適用之法律可優先於而取代本人所自行選擇應適用之法律。該項規定細緻，不但較能與民法對應，亦兼顧本人與代理人之利益，可供我國省思與參考。

2. 第17條後段

本人與代理人未合意約定準據法時，即應依法律之規定決定客觀準據法，雖立法主義上有代理關係成立地法、代理行為地法、代理人住所地法、代理人營業所所在地法之不同主張，但「涉外民法」第17條後段：「……無明示之合意者，依與代理行為關係最切地之法律。」採取「最重要牽連關係理論」，並未獨鍾某一立法主義。惟，法院於判斷與代理行為關係最切地之法律時，仍應參酌各立法主義，就代理關係成立地、代理行為地、代理人住所地、代理人營業所所在地法等進行分析比較並綜合判斷，以得出何者為與代理行為關係最切地，而適用該地之法律，誠如立法理由所言：「二、……至於當事人無明示之合意者，則由法院就具體個案中之各種主觀、客觀因素及實際情形，比較代理行為及相關各地之間之關係，而以其中與代理行為關係最切地之法律，為應適用之法律。」但涉外代理因常為商業代理，故代

²⁵ Art 8 Gewillkürte Stellvertretung (1) Auf die gewillkürte Stellvertretung ist das vom Vollmachtgeber vor der Ausübung der Vollmacht gewählte Recht anzuwenden, wenn die Rechtswahl dem Dritten und dem Bevollmächtigten bekannt ist. Der Vollmachtgeber, der Bevollmächtigte und der Dritte können das anzuwendende Recht jederzeit wählen. Die Wahl nach Satz 2 geht derjenigen nach Satz 1 vor.

理人營業所所在地法通常為與代理行為關係最切地之法律，倘代理人無設置營業所時，則以代理人之慣常居所地法或住所法為與代理行為關係最切地之法律，如此實乃符合本條所據以參考「海牙公約」第6條第1項規定之精神（見立法理由），且再參考「海牙公約」第6條第2項規定之精神，倘本人之營業所位於代理行為地，或本人無營業所但其慣常居所或住所位於代理行為地者，則不以代理人營業所所在地法／代理人之慣常居所地法或住所法為與代理行為關係最切地之法律，而應以代理行為地法為與代理行為關係最切地之法律。

3. 準據法之適用範圍

「涉外民法」第17條本人與代理人間關係衝突法則，對於準據法之適用範圍雖明文規定「代理權之成立及在本人與代理人間之效力」，但因用語概括而較簡略，故對準據法之適用範圍，乃有進一步細化之必要。所謂「代理權之成立及在本人與代理人間之效力」，乃指代理權授與以及基於代理權授與行為所生之本人與代理人間代理關係，包括有代理權授與行為之成立及其效力、代理行為對本人之效力、代理行為瑕疵之認定、代理權之範圍及其變更、代理權之消滅或撤回、代理之容許性、授權書之交還義務、代理人逾越或濫用其代理權之效果、代理人指定替補代理人、複代理人或共同代理人之權限、自己代理及雙方代理之允許或禁止等事項，至於代理權授與行為之方式，非本條之適用範圍，應自本條分割（*dépeçage*）出而適用第16條：「法律行為之方式，依該行為所應適用之法律。但依行為地法所定之方式者，亦為有效；行為地不同時，依任一行為地法所定之方式者，皆為有效。」法律行為方式衝突法則決之，又代理人是否須具備行為能力之代理能力，亦非本條之適用範圍，應自本條分割出而適用

第10條第1至3項：「人之行為能力，依其本國法。有行為能力人之行為能力，不因其國籍變更而喪失或受限制。外國人依其本國法無行為能力或僅有限制行為能力，而依中華民國法律有行為能力者，就其在中華民國之法律行為，視為有行為能力。」人之行為能力衝突法則決之。

二、本人與相對人間關係之法律適用

（一）問題之所在

本人與相對人間關係之準據法，為代理準據法中，最複雜、困難，但也最特殊之部分，此乃因代理權為代理三面法律關係之橋樑兼催化劑，若代理權為本人合法授與之代理權，則代理權同時將本人與代理人間、代理人與相對人間、本人與相對人間三方關係連結，代理人與相對人間關係藉由代理權之連結，轉變為本人與相對人間關係，該代理權同時拘束本人與相對人。故有謂代理權為內部關係與外部關係之交叉點，一方面，除非本人已向代理人授權，否則本人原則上不受約束，這就把代理權與內部關係連結，另一方面，代理權顯然是用來針對相對人，因為代理權也是與外部關係之連接點。由於合法代理權會發生同時拘束本人與相對人之效果，故本人與相對人間關係之準據法，存有保護本人利益與保護相對人利益之對立觀點²⁶：有從保護本人利益之觀

²⁶ 但美國衝突法學者Joseph Story（史托瑞，1779-1845 A.D.），認為以此二元對立之觀點，並於本人與第三人間關係絕對地適用基此之單一準據法，過於狹隘，故而主張應將本人與相對人間關係為事之區分，將代理權區分為代理權之發生、作用、消滅的代理權之授與及其爭議、代理人行使代理權之範圍與限制及其爭議、代理權撤銷及其爭議三階段，於代理權授與及撤銷這兩個階段，本人利益之保護重於相對人利益之保護，以本人住所地法或原因關係準據法（大部分為本人授權地法）為準據法，而代理人行使代理權之範圍與限

點，主張以本人住所地法、原因關係準據法為準據法；有從保護相對人之觀點，主張以主契約準據法或代理行為地法為準據法²⁷。

（二）各種立法主義：保護本人利益 v. 保護相對人利益

1. 本人住所地法

本人住所地法（the law of the country which the principal is domiciled）為解決代理權法律衝突問題最古老之主張，係著眼於保護本人之利益，蓋本人對其住所地法最為熟悉，且住所地法也必然最符合其利益，同時亦可以避免適用本人所不熟悉之其他法律所可能帶來之無法預期的風險，更何況代理之作用既然在擴張個人之法律行為能力，故代理關係實類似於能力之產生，既然行為能力以當事人屬人法為準據法，則代理關係自應以本人屬人法為準據法，尤其是本人住所地法之適用²⁸。德國學者Gerhard Kegel（克格爾，1907-1989 A.D.）主張此說，另一德國學者Carl Ludwig von Bar（馮·巴爾，1836-1913 A.D.）亦贊成此說²⁹，但卻認為於常設代理人之情形，例外以常設代理人住所地法為準據法。

制及其爭議，相對人利益之保護重於本人利益之保護，以主契約準據法、代理行為地法或代理人營業所所在地法為準據法。See JOSEPH STORY, COMMENTARIES ON THE CONFLICT OF LAWS 450 (1857).

²⁷ 參閱劉鐵錚，論國際私法上代理關係之準據法，收錄於國際私法論叢，頁157，三民書局股份有限公司，修訂3版（1994）。

²⁸ Kegel, Internationales Privatrecht, 2. Aufl., 1964, S. 218.

²⁹ von Bar, Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts, 2 bände, 1889, S. 69.

2. 原因關係準據法

有認為，既然本人授與代理人代理權係基於原因關係，為保護本人之利益，本人與相對人間關係應受本人與代理人間原因關係準據法之支配³⁰。

3. 主契約準據法

主契約準據法，或為代理人以本人名義與相對人合意約定之主觀準據法，或為締約地法、履行地法等客觀準據法，係著眼於保護相對人之利益，蓋主契約之主觀準據法或客觀準據法皆具有可控制於相對人之因素（相對人可與代理人合意約定主觀準據法，而主契約締約或履行之地點亦可由相對人與代理人合意決定），故二者皆能為相對人所事先預料。按本人授權代理人為代理行為，故本人與相對人間之法律關係受主契約準據法支配，不但符合本人之主觀期望，毋寧亦為交易便利的考量³¹。此外，雖有認為代理人所締結契約中相對人權利義務，應依交易發生地法（the law where the transaction take place）為準據法之主張³²，但此見毋寧為主契約準據法之另一種表述方法，蓋其所言交易，應兼指締約與履行，故「交易發生地法」一語應兼指締約地法或履行地法其一，而所謂「契約中相對人權利義務」一語，應係指本人與相對人間關係，蓋契約中相對人的權利義務係相對於契約中本人之權利義務，相對人對契約之權利即為本人對契約之義務、本人對契約之權利即為相對人對契約之義務。各國立法例中，2010年「中華人民共和國涉外民事關係法律適用法」第16條第2

³⁰ See 3 F. Rigaux, *Chapter 29: Agency*, in: KURT LIPSTEIN ED., INTERNATIONAL ENCYCLOPEDIA OF COMPARATIVE LAW: PRIVATE INTERNATIONAL LAW 10-11 (1980).

³¹ See COLLINS, *supra* note 12, at 1475-1476.

³² See KAY, *supra* note 13, at 105.

項：「當事人可以協議選擇委託代理適用的法律。」即採此見。

4. 代理行為地法

代理行為地法，亦即代理人與相對人之締約地法，係著眼於保護相對人利益、維護交易安全，蓋代理人與相對人締約之場所係可控制於相對人之因素（相對人可與代理人約定締約地點），而能為相對人所事先預測，且相對人於某地與代理人締約時，通常亦期望能適用該地之法律，此時相對人能較易了解該地法律關於代理人代理權限之規定，若依該地法律代理人無越權代理或無權代理（狹義之無權代理，不包括表見代理。下同）之情事，本人就要對代理人之行為負責，交易安全即能獲得保障。各國立法例中，1978年「奧地利國際私法」第49條第2項：「未指定應適用之法律，適用代理人依本人為第三人顯能得知之意思而為代理行為之所在地國法；代理人被授權為多種行為，以代理人於通常情形下依本人為第三人顯能得知之意思而為代理行為之所在地國法為準。」及2010年「中華人民共和國涉外民事關係法律適用法」第16條第1項本文：「代理適用代理行為地法律……」即以代理行為地法作為本人與相對人間關係之基本準據法，2012年「捷克關於國際私法之法律」第44條第2項第1款：「由代理人所為之法律行為，符合下列法律之規定，即對本人發生效力：一、代理行為地。」即以代理行為地法作為本人與相對人間關係準據法之選擇適用，而以代理人營業所所在地法作為本人與相對人間關係基本準據法之立法例，則又以代理行為地法作為代理人無營業所時本人與相對人間關係之補充準據法，諸如1989年「瑞士國際私法」第126條第2項後段、1992年「羅馬尼亞國際私法」第95條第2項、1995年「義大利國際私法」第60條第1項後段、1998年「喬治亞關於調整國際私法之法律」第28條後段、2001年「韓國

國際私法」第18條第2項後段、2007年「土耳其關於國際私法與國際民事訴訟程序法之法令」第30條第2項第二段、2011年「波蘭關於國際私法之法律」第23條第2項第3款等是，而2017年增訂「德國民法施行法」第8條第5項亦以代理行為地法作為無法依同條第1項至第4項確定應適用法律時之補充準據法。惟，代理行為地法之適用，將有使本人遭受外國法之約束但卻無機會表達自己意思之危險，而無這種危險卻是本人住所地法或原因關係準據法之擁護者所自豪的。又代理行為地法之適用，仍有以下若干問題待釐清。

（1）代理行為地之確定

適用代理行為地法，首須確定代理行為地，而代理行為地，則有二種可能之解釋：一、代理人為某一特定行為之地；二、代理人欲行使或被本人要求為特定行為之地。此二可能之解釋中，第一種解釋似乎較恰當，蓋若本人授權代理人於數個地方為行為時，第二種解釋可能會發生行為地之積極衝突（即多數行為地中之何地）。若欠缺其他更明確指示時，代理行為地究指第一種解釋抑或第二種解釋，有主張應根據法律用語所使用動詞之時態來加以判斷³³，若所用動詞為現在式（*carries out or acts*）則意涵較不明確，蓋現在式係用於表示此時發生之動作或存在之狀況，行為以現在式表示，則並不排除代理人欲行使或被本人要求為特定行為之地，此時究為第一種解釋抑或第二種解釋，則應更一進步探求；若所用動詞為現在完成式或過去式（*has carried out or acted*），則因現在完成式或過去式皆用於表示過去時間所發生之動作，行為以現在完成式或過去式表示，則為已作為之行為，而為特定行為，此時即為第一種解釋。又法律用語所使用為國家

³³ See Rigaux, *supra* note 30, at 10-11.

(country or state) 或地方 (place)，亦有差異，蓋地方表示一國之內某一特定地域而非整個國家，因此若用語提及某一特定地方，則為第一種解釋，從而排除考慮空間範圍較廣之第二種解釋。由此可知，第一種解釋下之代理行為地，為代理人特定行為完成當時所處之地，已具體為地理空間上之「一點」，而第二種解釋下之代理行為地，為可得確定之代理人特定行為完成時所處之地，但由於尚未確定，故為地理空間上之「數點」，因範圍較廣，故而須藉由其他同為地理空間上之一「點」加以充實，包括須為代理行為之地之行為地法、代理人為代理行為的分支機構所在地法、代理人住所地法、代理人居所地法等，大多數情況下，仍會導致同樣之結果，而且只要代理行為之範圍不擴展到多個國家，大多數代理行為都將在同一國為之，故此解釋對行為地之確定仍有意義，而具存在價值。

(2) 代理行為地法之適用條件

代理行為地法之適用條件，有不同看法：有認為，適用代理行為地法須符合密切關聯 (a sufficiently close connection) 與公平合理 (fair and reasonable) 二要件，故法院須確認本人與代理行為地具密切關聯且代理行為地法之適用為公平合理，若不符合此二要件，則代理行為地法之適用將對本人造成不利，尤其是第一要件，當法院地就是代理行為地時，法院可直接就是否公平合理進行判斷，但若法院地非代理行為地時，則法院須就適用代理行為地法之條件是否存在先為判斷，故而代理人為實際授權或表見授權此一問題乃為「先決問題」(英文：preliminary question；法文：question préalable；德文：die Vorfrage。英文亦有稱為 incidental question)，以法院地衝突法則判斷³⁴，之後方判斷代理

³⁴ 關於先決問題之解決標準，向有主要問題準據法國衝突法則說與法

行為地法之適用是否公平合理³⁵；有認為，若代理人未被授權於外國為法律行為時，則本人不應受該外國行為地法之拘束，故為使相對人能知悉代理權之合法性，本人有義務於授權行為中，對代理權之範圍及其限制作出明確表示，若本人未予明確限制，則無論代理人於何地為代理行為，本人均應受代理行為地法之拘束³⁶；另有認為，代理人適用行為地法之真正原因，是基於客觀上之便利（objective expediency），但應以本人期望（contemplated）該代理人於外國活動為限，故只有在本人預期代理人應於某國為行為或至少授權範圍及於在外國為行為時，代理行為地法方能適用³⁷；更有認為應截然區分本人住所地法與代理行為地法之適用，前者適用於本人是否授權予代理人之問題，後者則決定代理權之範圍³⁸。

院地衝突法則之對立，晚近則有不拘泥於上述二說之任一說，而依先決問題之事實與主要問題準據法國或法院地何者較有密切牽連，而決定應適用主要問題準據法國衝突法則，抑或法院地衝突法則之分別處理說。另有認為應以平衡涉外民事訴訟實體利益與程序利益之角度，以牽連性作為彈性運用主要問題準據法國衝突法則及法院地衝突法則。有關於此，參閱吳光平，從平衡涉外民事訴訟實體利益與程序利益之觀點探討國際私法上先決問題之解決標準——由最高法院八十五年度臺上字第二四二三號判決談起，玄奘法律學報，第10期，頁133-168（2008）。

³⁵ See William L. M. Reese, *Agency in the Conflict of Laws*, in: KURT H. NADELMANN, ARTHUR T. VON MEHREN & JOHN N. HAZARD EDS., XXTH CENTURY COMPARATIVE AND CONFLICTS LAWS: LEGAL ESSAYS IN HONOR OF HESSEL E. YNTEMA 409-417 (1961).

³⁶ JOHN DELATRE FALCONBRIDGE, *ESSAYS ON THE CONFLICT OF LAWS* 369 (1947).

³⁷ See 3 ERNST RABEL, *THE CONFLICT OF LAWS: A COMPARATIVE STUDY* 157 (1964).

³⁸ Raape, *Internationales Privatrecht*, 5. Aufl., 1961, S. 466-467.

由上述可知，代理行為地法之適用條件，見解頗為分歧。本文認為，於交通便利、通訊發達之今日，涉外代理範圍之限制已大幅減少，交易安全與商業便利實為跨國商業與國際貿易之首重且應致力維護者，基此考量，本人若欲對代理權範圍與事項作出限制，實應於授權行為中作出明確表達³⁹，以使為交易對象之相對人能知悉代理權之合法性，並明確本人、代理人與相對人三方關係，故若本人未就代理權範圍或事項作出任何表示時，原則上應視為本人未作出限制，但本人對代理權範圍與事項雖未明確表達，而相對人明知本人於實際上作出限制，或本人之作為或不作為依交易習慣顯為對代理權範圍與事項之限制（例如本人未交付印鑑章予代理人，即為對代理人為物權行為之限制），本人仍不受代理行為地法之拘束，惟若就此限制有爭議時，則應由本人負舉證責任證明有此限制。基此，本人原則上受代理行為地法拘束，但下三情形之一者，為例外：一、本人於授權行為中明確表達對代理權範圍與事項作出限制；二、本人對代理權範圍與事項雖未明確表達，但相對人明知本人於實際上已作出限制；三、本人之作為或不作為依交易習慣顯為對代理權範圍與事項之限制。

（3）默示授權之有效性及本人授權意思之有效性

由於意定代理本就包含有本人之意思，若無本人欲授權代理人為某一行為，則非屬代理權範圍、限制及其爭議之問題，相對

³⁹ 對此，可為如下之措施：一、由法律強制規定，若干類型之代理其授權行為須書面化，同時並規定，限制代理權範圍與事項為授權書之應記載事項，如未記載則視為未加限制，如此方能昭公信，並杜紛爭；二、各公會、組織、機關宜聘請專家學者，針對各類型授權書擬定定型化授權書範本，並於該範本中，除列入限制代理權範圍與事項之應記載事項外，並列入準據法條款，以事先預防選法爭議。

人自無法依賴適用代理行為地法以求得保護，故於本人與相對人之爭執中，本人可能希望確認為無權代理，則其即可不受代理行為地法之拘束，相反地，相對人可能希望確認為有權代理，則其可受代理行為地法之保護。因此，遂生默示授權之有效性及本人授權意思之有效性，是否屬代理人行使代理權之範圍、限制及其爭議之問題的爭議。就默示授權之有效性而言，當代理人無法證明實際授權而依賴默示授權時，有認為應以代理行為地法決定本人是否默示授權，另有認為應以本人住所地法決定本人默示授權意思之存在與範圍，若依本人住所地法本人無默示授權之意思時，則仍可依代理行為地法將其視為表見授權⁴⁰。就本人授權意思之有效性而言，當本人確有授權，但其為授權意思之資格有疑義時，亦即本人為無行為能力人或限制行為能力人，此時因代理權確已授與，故非為代理權有否授與之問題，且依其性質亦非為代理人行使代理權之範圍、限制及其爭議之問題，而為本人與代理人間原因關係契約締約能力之問題，應受締約能力準據法，亦即當事人屬人法之支配。故默示授權之有效性乃屬代理權有否授與之問題，非屬代理人行使代理權之範圍、限制及其爭議之問題，而本人授權意思之有效性則更非本人與相對人間關係之內容，而為本人與代理人間原因關係之內容，二者皆無適用代理行為地法與否之問題。

（三）晚近有力說：代理人營業所所在地法

代理行為地法，著眼於保護相對人利益與維護交易安全，但卻有使本人受外國法約束但卻無機會表達自己意思之缺點，雖保護相對人利益、維護交易安全，但也折損了本人之利益，損及本人利益或正當期待之保護，故為調和本人利益與相對人之利益，

⁴⁰ See Rigaux, *supra* note 30, at 13-14.

代理人營業所所在地法遂被提出。代理人營業所所在地法之所以可調和本人利益與相對人之利益，乃因於多數情況，特別是以代理為職業之場合，專業代理人之常業代理行為，大都於其營業所所在地為之，代理行為地與營業所所在地常為同一，倘以代理行為地作為支配本人與相對人間關係之準據法，於代理人以電話、電報、通信、電子郵件、視訊會議、LINE、FACEBOOK等方法與相對人為法律行為時，就會發生代理行為地不易確定之困境，此將逸脫本人對準據法選擇之正當期待，損及本人利益；反之，由於營業所所在地較為固定、不常變動，適用代理人營業所所在地法能夠保證法律適用之確定性與可預見性，此種因法律適用確定性與可預見性之利益將由本人與相對人共享，蓋固定之營業所所在地能同時為本人與相對人知悉，以該地為準據法不至逸脫本人對準據法選擇之正當期待，能兼顧各方當事人之利益。

代理人營業所所在地法為晚近有力說，特別是在獨立代理人（independent agent），亦即以代理為職業之專業代理人之場合，更有其適用實益，但代理人營業所所在地法之支持者亦不否認，無固定營業所之巡迴代理人（travelling agent）或偶然代理人（occasional agent），仍應適用代理行為地法。惟，倘獨立代理人之行為地與代理人營業所所在地不一致時，此時應依代理人營業所所在地法抑或代理行為地法，不無疑義：有認為應依代理行為地法⁴¹；有認為無論是否為代理權之範圍，代理人於營業所所在地以外之地為行為時以代理行為地法決之，但相對人明知或可得而知本人不願代理人之所為時，則以本人住所地法決之⁴²；有

⁴¹ See RABEL, *supra* note 37, at 176.

⁴² See Peter Hay & Wolfram Müller-Freienfels, *Agency in the Conflict of Laws and the 1978 Hague Convention*, 27 AM. J. COMP. L. 1, 31 (1979).

認為無論是否為代理權之範圍，代理人於營業所所在地以外之地為行為時以代理行為地法決之，但相對人明知或可得而知本人不願代理人之所為時，以授權地法決之⁴³；亦有認為除了相對人不知代理人營業所所在地之情形應適用代理行為地法外，一律適用代理人營業所所在地法，蓋代理人營業所所在地比代理行為地更適宜為代理權發生效力之地⁴⁴。本文認為，本人若未就代理權之範圍或事項作出任何表示時，應視為本人未為限制，此時代理人於營業所所在地以外之地為行為時以代理行為地法決之，但本人於授權行為中明確表達禁止代理人於營業所所在地以外之地為行為、本人對代理權之範圍與事項雖未明確表達但相對人明知本人於實際上禁止代理人於營業所所在地以外之地為行為、本人之作為或不作為依交易習慣顯為禁止代理人於營業所所在地以外之地為行為，因本人已明確禁止，或相對人有故意或過失，相對人之利益無保護必要，此時應以保護本人利益為重，而以本人慣常居所地法或住所地法決之。

代理人營業所所在地法雖可調和本人利益與相對人之利益，成為晚近之有力說，但其並非無所疑義，例如：台灣人P在德國指定德國代理商A為其代理人，但對A接受要約之權限作了限制，並禁止A受理對P提出貨物有關之申訴，然依「德國商法典」第91條第2項之規定，代理人有權受理前述申訴，除非相對人應知或明知本人對此之限制，故在主契約締約地同為代理行為地與代理人營業所所在地時，前述代理權被擴大了。由此可知，代理人營業所所在地法之適用，有可能會導致代理權因代理人營業所所在地之強行法規而擴大或限縮，而生不同於本人期待之結果。

⁴³ *Id.* at 32.

⁴⁴ *Id.* at 32.

惟，依代理人營業所所在地法，該代理權之變更爲強行法規須被適用之結果，爲合法變更，此係出於保護代理權行使地商業正常進行之需要，而此變更對本人而言也並非盡失公平，蓋期望該代理人於其營業所所在地行使代理權之本人，亦應有代理權之範圍可能會因該地法律中強行法規而變更之合理認識，故此疑義，應不至損及代理人營業所所在地法之有力地位。

代理人營業所所在地法作爲本人與相對人間關係之準據法，「海牙公約」具有示範性作用，其第11條第1項：「本人與第三人間之關係、代理人代理權之存在及其範圍、代理人之行爲與行使代理權之效果，適用代理人爲相關行爲時之營業所所在地國法。」⁴⁵規定以代理人營業所所在地法爲本人與相對人間關係之基本準據法，主要係出自代理人營業所所在地法原則上能平衡本人與相對人間之利益，且可減少於三方當事人皆有爭執之訴訟中得適用法律之數量的考量，但對代理人營業所所在地法之適用，則又於第11條第2項：「但以下情形，適用代理行爲地國法：a.本人之營業所，無營業所者其慣常居所地，係於代理行爲地國，且代理人以本人之名義爲代理行爲者；b.第三人之營業所，或無營業所者其慣常居所地，於代理人行爲所在地者；c.代理人係在拍賣或公共市場爲代理行爲者；d.代理人無營業所者。」⁴⁶作出重大限

⁴⁵ Article 11(1): As between the principal and the third party, the existence and extent of the agent's authority and the effects of the agent's exercise or purported exercise of his authority shall be governed by the internal law of the State in which the agent had his business establishment at the time of his relevant acts.

⁴⁶ Article 11(2): However, the internal law of the State in which the agent has acted shall apply if – a. the principal has his business establishment or, if he has none, his habitual residence in that State, and the agent has acted in the name of the principal; or b. the third party has his business

制，此限制明顯係考量保護相對人之利益而向相對人之利益傾斜。此外，依第14條：「就第十一條所規範事項，倘本人或第三人以書面指定準據法，並為他方明確接受時，則適用該準據法，不受本公約第十一條之限制。」⁴⁷之規定，本人或相對人就其法律適用以書面指定準據法並為他方明確接受時，應優先適用此意定準據法，故「當事人意思自主原則」亦可排除包括代理人營業所所在地法在內的第11條之適用⁴⁸。此外，各國立法例中，1989年「瑞士國際私法」第126條第2項前段：「代理人行為拘束本人與相對人之要件，由代理人營業所所在地國法規範。」、1992年「羅馬尼亞國際私法」第95條第1項：「本人與第三人間之關係，若無其他明文約定，適用代理人營業所所在地法。」、1995年「義大利國際私法」第60條第1項前段：「於意定代理只要代理人之行為符合其職業要求，並且其代理之成立為第三人所知或應為第三人所知者，適用代理人營業所所在地國法。」、1998年「喬治亞關於調整國際私法之法律」第28條前段：「無協議時，法律行為之代理的準據法依代理人本營業地國法。」、2001年

establishment or, if he has none, his habitual residence in that State; or c. the agent has acted at an exchange or auction; or d. the agent has no business establishment.

⁴⁷ Article 14: Notwithstanding Article 11, where a written specification by the principal or by the third party of the law applicable to questions falling within Article 11 has been expressly accepted by the other party, the law so specified shall apply to such questions.

⁴⁸ 至於本人與第三人間關係準據法之適用範圍，「海牙公約」第15條規定：「本章之準據法，亦適用於由代理人行使代理權、越權代理或無權代理等事項，所發生於代理人及第三人間之關係。」
(Article 15: The law applicable under this Chapter shall also govern the relationship between the agent and the third party arising from the fact that the agent has acted in the exercise of his authority, has exceeded his authority, or has acted without authority.)

「韓國國際私法」第18條第2項前段：「本人對代理人向第三人所為之責任，適用代理人營業所所在地國法。」、2001年「立陶宛民法第一卷第一編第二章國際私法」第1.40條後段：「代理人與本人之相互責任及其對第三人之責任，適用代理人營業所所在地國法。」、2007年「土耳其關於國際私法與國際民事訴訟程序法之法令」第30條第2項第一段：「代理人為本人向第三人為代理行為之條件，適用代理人營業地法。」、2011年「波蘭關於國際私法之法律」第23條第2項第1款：「未選擇法律時，代理依次適用下列法律：一、代理人營業所所在地國法。」等，亦皆以代理人營業所所在地法作為本人與相對人間關係之基本準據法；2002年「俄羅斯民法第六編國際私法」第1217條之1第2項第二段：「本人未選擇適用於授權書之法律或所選擇之法律依法不能適用時，則本人與代理人或代理人與第三人間之關係，由代理人住所地國法或主營業地國法確定。」則兼採此見；2017年增訂「德國民法施行法」第8條第2項：「未依第一項之規定選擇準據法，且代理人係從事營業性活動，適用代理人行使代理權時之慣常居所地國之法律，除非該慣常居所地為第三人所不知。」⁴⁹雖規定為代理人慣常居地國法，但亦隱含代理人營業所所在地國法之精神。

⁴⁹ Art 8 Gewillkürte Stellvertretung (2) Ist keine Rechtswahl nach Absatz 1 getroffen worden und handelt der Bevollmächtigte in Ausübung seiner unternehmerischen Tätigkeit, so sind die Sachvorschriften des Staates anzuwenden, in dem der Bevollmächtigte im Zeitpunkt der Ausübung der Vollmacht seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, es sei denn, dieser Ort ist für den Dritten nicht erkennbar.

（四）我國規定之分析與解釋

1. 第18條前段

「涉外民法」第18條前段：「代理人以本人之名義與相對人爲法律行爲時，在本人與相對人間，關於代理權之有無、限制及行使代理權所生之法律效果，依本人與相對人所明示合意應適用之法律……」爲本人與相對人間關係衝突法則之規定，由其中「本人與相對人所明示合意應適用之法律」可知本條前段係參考「海牙公約」第14條規定之精神而來，此於立法理由中亦有說明，但本條前段所規定準據法之合意方式，並未如「海牙公約」第14條之規定般嚴格，「海牙公約」要求須以「書面」指定準據法並爲他方明確接受，本條前段僅要求明示合意，而明示並不限於書面，只要將準據法之合意直接表示於外，就是以明示合意準據法，只不過未以書面表現明示合意者，法院或仲裁人即須確定契約雙方當事人是否曾以口頭、電子郵件或Skype等之方式達成準據法的合意，倘一方當事人主張有此合意但卻爲他方當事人否認時，法院或仲裁人就必須由主契約條款或從當事人行爲之整體判斷是否確有此準據法合意。

將「當事人意思自主原則」導入本人與相對人間關係之法律適用，係爲簡化本人與相對人間關係之法律適用，並提升本人與相對人間關係法律適用之靈活性。惟，於無權代理之場合，無權代理人以本人之名義與相對人所爲之法律行爲，本人不承認者，對本人即不生效力，此時無權代理人以本人之名義與相對人所爲之法律行爲即與本人無涉，本人與相對人不發生法律關係，但本條前段規定本人與相對人明示合意應適用之法律，則使本人與相對人發生法律關係，如此乃使實體法上不發生法律關係之本人與相對人，發生國際私法上之法律關係，有強本人所難之嫌，故本

條前段雖係參考「海牙公約」第14條規定之精神而來，但就無權代理之部分，於立法論上是否允當，不無探討之餘地。就此以言，2017年「德國民法施行法」增訂第8條，該條第1項：「意定代理，適用本人於代理權被行使前所選擇之法律，但該選擇須為第三人與代理人知悉。本人、代理人、第三人得隨時選擇應適用之法律。依第二段所選擇之法律優先於第一段所規定之法律。」之規定，似較能適應無權代理之部分，蓋於無權代理之場合，本人並未授與代理權，故而並無依第一段本人自行選擇應適用法律之可能，且因為無權代理本人並未授與代理權而與本人無關，即得依第二段由無權代理人與第三人選擇應適用之法律，無須強本人所難使本人涉入而與第三人選擇應適用之法律。該項規定細緻，不但能適應於無權代理，亦兼顧本人、代理人、第三人三方之利益，可供我國省思與參考。

而從解釋論之角度，「本人與相對人所明示合意應適用之法律」並非代理人以本人之名義與相對人所明示合意主契約應適用法律之主契約準據法，而係本人自行與相對人所明示合意代理權應適用之法律。而本人與相對人明示合意代理權應適用之法律，可有如下情形⁵⁰：一、本人與相對人直接聯絡而明示合意代理權應適用之法律；二、本人與相對人共同聲明以某國法律為代理權應適用法律；三、授權書載明準據法條款而相對人以言詞或以書面表示同意；四、相對人提出以某國法律為代理權應適用法律之要約，此發要約之通知經由代理人到達於本人，而本人以言詞或以書面表示同意；五、於慣常代理，代理人將依先前之授權內容

⁵⁰ See H.L.E. VERHAGEN, AGENCY IN PRIVATE INTERNATIONAL LAW: THE HAGUE CONVENTION ON THE LAW APPLICABLE TO AGENCY 355-356 (1995).

爲代理行爲，本人與相對人同意代理權依先前之代理權應適用之法律。

茲有疑義者，「本人與相對人所明示合意應適用之法律」得否由代理人以本人之名義與相對人明示合意代理權應適用之法律？有認爲因僅規定「本人」（by the principal）而並未規定「本人或代理人以本人之名義」（by or on behalf of the principal），故而應僅限於本人能與相對人明示合意代理權應適用之法律⁵¹；有認爲本人有明示授權代理人得同意相對人所提出以某國法律爲代理權應適用法律之要約者，代理人即得以本人名義與相對人明示合意代理權應適用之法律⁵²；有認爲若嚴格解釋僅限於本人而不及於代理人以本人之名義，將嚴重阻礙商業交往，且將迫使本人直接與相對人聯絡，但本人直接與相對人聯絡卻是違背了代理制度之目的，故而應認爲除了本人以外，亦得由代理人以本人之名義與相對人明示合意代理權應適用之法律⁵³。本文認爲，僅限於本人能與相對人明示合意代理權應適用之法律，理由有三：一、第18條前段之所以規定「本人與相對人所明示合意應適用之法律」，係有意排除「代理人以本人之名義與相對人明示合意應適用之法律」之情形，蓋同條中同時規定了「代理人以本人之名義與相對人爲法律行爲」，此顯示出針對代理人以本人之名義的情形，僅容認就法律行爲得與相對人爲之，而不容認就明示合意應適用之法律得與相對人爲之，否則既已意識代理人以本人之名

⁵¹ *Id.* at 356.

⁵² See I.G.F. KARSTEN, EXPLANATORY REPORT ON THE 1978 HAGUE AGENCY CONVENTION, HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW [HCCH] 59 (1978), <https://assets.hcch.net/upload/exp127.pdf> (last visited Jan. 7, 2018).

⁵³ See VERHAGEN, *supra* note 50, at 356.

義的情形，何以不將代理人以本人之名義納入與相對人明示合意應適用法律之適用範圍，而規定為「本人或代理人以本人之名義與相對人所明示合意應適用之法律」；二、依第18條所擇定之準據法可決定本人與相對人間代理人有無代理權，倘可由代理人以本人之名義與相對人明示合意代理權應適用之法律，即有可能會發生依代理人以本人之名義與相對人明示合意代理權應適用之法律代理人為無權代理，但代理人既係無權代理，卻允許由無權代理人以本人之名義與相對人明示合意代理權應適用之法律，於邏輯上乃有矛盾；三、為維護本人之利益，不得由代理人以本人之名義與相對人明示合意代理權應適用之法律，蓋倘可由代理人以本人之名義與相對人明示合意代理權應適用之法律，則將使本人受其所無法預見之法律所拘束。

此外，須特別說明者為表見代理（英美法系稱為「不容否認之代理」）（agency by estoppel）。表見代理本質上為無權代理，但因無權代理人有代理權之外觀（授權外觀）係可歸責於本人所致，且相對人善意並無過失而正當信賴無權代理人有代理權之外觀，為保障交易安全，使本人對相對人負授權人責任。因此，對本人之行為是否構成表見代理及其限制之問題，於本人與相對人間關係之法律適用未引入「當事人意思自主原則」時，一般認為應以代理人行為地法決之，以保障相對人信賴由本人所引起「授權外觀」之利益及商業上交易安全⁵⁴。以代理人行為地法決定表見代理，固置重相對人之信賴利益及交易安全之維護，但由本人所引發之「授權外觀」倘依本人慣常居所地法或住所法不構成表見代理，依代理人行為地法卻構成表見代理時，本人依

⁵⁴ See CLIVE M. SCHMITTHOFF, CLIVE M. SCHMITTHOFF'S SELECT ESSAYS ON INTERNATIONAL TRADE LAW 352 (1988).

其所熟悉且親近之慣常居所地法，或住所地法規律自身行為，並認知其行為不構成表見代理，此時若仍依代理人行為地法要本人負授權人責任，對本人未免不公，故為了適時顧及本人之利益，以代理人行為地法決定表見代理，應有例外。而於本人與相對人間關係之法律適用引入「當事人意思自主原則」，而以「本人與相對人所明示合意應適用之法律」決定表見代理，或可調和本人之利益及相對人之利益，蓋本人與相對人就準據法進行磋商，正可就彼此之利益折衝、協調而求取平衡。

2. 第18條後段

「涉外民法」第18條後段：「……無明示之合意者，依與代理行為關係最切地之法律。」採取「最重要牽連關係理論」而未獨鍾某一立法主義，但法院於判斷與代理行為關係最切地之法律時，著重於保護本人利益之本人住所地法、原因關係準據法以及著重於保護相對人利益之主契約準據法、代理行為地法，尤其是晚近所興起之代理人營業所所在地法等，皆應分析比較並綜合判斷，以得出何者為與代理行為關係最切地之法律，誠如立法理由所言：「二、……法院於認定某地是否為關係最切地時，應斟酌所有主觀及客觀之因素，除當事人之意願及對各地之認識情形外，尚應包括該地是否為代理人或其僱用人於代理行為成立時之營業地、標的物之所在地、代理行為地或代理人之住所地等因素……」但涉外代理因常為商業代理，故代理人營業所所在地法通常為與代理行為關係最切地之法律，倘代理人無設置營業所時，則以代理人之慣常居所地法或住所地法為與代理行為關係最切地之法律，如此實乃符合本條所據以參考「海牙公約」第11條第1項規定之精神，且再參考「海牙公約」第11條第2項規定之精神，倘有本人之營業所位於代理行為地且代理人以本人之名義為

代理行為、本人無營業所但其慣常居所或住所位於代理行為地且代理人以本人之名義為代理行為、相對人之營業所位於代理行為地、相對人無營業所但其慣常居所或住所位於代理行為地、代理人於拍賣或公共市場為代理行為、代理人無營業所等情形，則不以代理人營業所所在地法／代理人之慣常居所地法或住所地法為與代理行為關係最切地之法律，而應以代理行為地法為與代理行為關係最切地之法律，且代理人為本人之勞工／受僱人者，則應將本人之營業所視為代理人之營業所（參考「海牙公約」第12條：「代理人為本人之受僱人時，以本人之營業所視為代理人之營業所。」⁵⁵規定之精神），又代理人以電話、電報、通信、電子郵件、視訊會議、LINE、FACEBOOK等方法與相對人為法律行為時，為免代理行為地不易確定，應將代理人以此等方法與相對人為法律行為之地視為代理人之營業所所在地／慣常居所地或住所地（參考「海牙公約」第13條規定：「代理人於一國以電文、電報、傳真、電話或其他類此方法聯絡與在他國之第三人者，視為代理人於其營業所所在地，無營業所者其慣常居所地，為代理行為。」⁵⁶規定之精神）。

此外，於表見代理，上述參考「海牙公約」規定之精神，以

⁵⁵ Article 12: For the purposes of Article 11, first paragraph, where an agent acting under a contract of employment with his principal has no personal business establishment, he shall be deemed to have his establishment at the business establishment of the principal to which he is attached.

⁵⁶ Article 13: For the purposes of Article 11, second paragraph, where an agent in one State has communicated with the third party in another, by message, telegram, telex, telephone, or other similar means, the agent shall be deemed to have acted in that respect at the place of his business establishment or, if he has none, of his habitual residence.

代理人營業所所在地法為與代理行為關係最切地之法律的通常情形，以及以代理行為地法為與代理行為關係最切地之法律的例外情形，乃為仔細衡量並調和本人之利益及相對人之利益所得的結論，故於決定本人之行為是否構成表見代理及其限制，亦有適用。

3. 準據法之適用範圍

「涉外民法」第18條本人與相對人間關係衝突法則，對於準據法之適用範圍，明文規定「本人與相對人間，關於代理權之有無、限制及行使代理權所生之法律效果」，所謂「代理權之成立及在本人與代理人間之效力」，乃指代理權授與以及基於代理權授與行為所生之本人與代理人間代理關係。簡言之，就是代理權於本人與相對人間之效力。

三、代理人與相對人間關係之準據法

（一）問題之所在

於一般情形，代理人與相對人間之關係，很少產生特殊之準據法問題，蓋代理人若無無權代理之情事，代理人以本人名義與相對人所締結之契約，效力歸屬於本人，亦由本人負履行契約之義務，代理人與相對人間無任何關係可言。若代理人為代理行為時，其行為構成侵權行為，因代理行為並不及於不法行為，故該行為為代理人自己之行為，代理人應依侵權行為準據法負侵權行為責任，自不待言。至於本人與代理人間原因法律關係為勞動／僱傭契約時，由於本人有負僱用人責任之「連帶損害賠償責任」（大陸法系）⁵⁷或「侵權行為代償責任」（the vicarious liability in

⁵⁷ 我國「民法」第188條第1項本文：「受僱人因執行職務，不法侵害他人之權利者，由僱用人與行為人連帶負損害賠償責任。」為僱用

tort) (英美法系)之可能,此時本人是否負有該責任,須視代理人之行爲是否成立侵權行爲,故本人之僱用人責任,自應以代理人之侵權行爲準據法爲斷⁵⁸。而於間接代理之情形,代理人係以自己之名義與相對人締結契約,契約當事人就是代理人與相對人,故無契約效力歸屬本人之問題,此時代理人與相對人間關係自應以契約準據法決之,且於此情形,代理人與相對人住居於同一住所(國)之可能性極高,此時若契約履行地亦爲該地(國)時,則因該契約中並無涉外成分,該契約爲內國契約,應受內國法所支配。

倘代理人有無權代理之情事且未獲本人承認,則此時無權代理人與相對人之間關係準據法爲何,亦生問題。對此,有認爲應以無權代理行爲地法爲準據法,有認爲應以主契約準據法爲準據

人責任之規定,本條之受僱人,並不限於僱傭契約中受僱用人監督而爲僱用人服勞務之受僱人,只要客觀事實上受僱用人之選任、監督而爲其服勞務之人即是,不問其間是否訂有僱傭契約、勞務種類如何、期間長短,乃至有無報酬,均有本條適用,此即「行爲外觀說」,例如:將自己所有車子借人駕駛,自己同車搭乘而於途中爲指示者,駕駛人亦爲本條項所稱之受僱人,如其因駕駛不慎肇事者,同乘者仍應負僱用人責任。故僱用人責任上關於僱用人概念之界定,大體循「僱用人主觀意思說」、到「受僱人主觀意思說」、再到「行爲外觀說」而發展,其意義範圍亦因之逐漸擴大。參閱邱聰智著(姚志明修訂),新訂民法債編通則(上),頁211-212,自版,新訂2版(2013)。但晚近則又有「內在關聯說」之提出,而成為有力說,此說認爲凡與僱用人所委辦職務具有通常合理關聯之行爲,即由僱用人負責,而合理關聯之行爲,乃指行爲與職務間,除了有時間或地點上的外在關聯外,尚須受僱人之行爲與受託辦理之職務間,依其目的與種類在客觀上有「緊密或直接的內在關聯」存在。參閱王澤鑑,侵權行爲法,頁570-572,自版,增訂新版(2016)。

⁵⁸ 劉鐵錚,前揭註27,頁166。

法，亦有認為應以本人與相對人間關係準據法為準據法。由於無權代理，無權代理人對相對人所應負責任為履行責任抑或損害賠償責任，各國規定不一，有規定相對人僅能向無權代理人請求履行契約者，有規定相對人僅能向無權代理人請求損害賠償者，亦有規定二者可擇一請求者，但無論如何，於無權代理，應將相對人利益之保護置於優先地位，實體法如此，國際私法亦應如此。準此，於國際私法上，若實體法上相對人僅能向無權代理人請求履行契約時，由於此履行責任為契約責任，於國際私法上則以主契約準據法決之為宜，倘若實體法上相對人僅能向無權代理人請求損害賠償責任，由於此損害賠償責任⁵⁹係代理人擔保其為有權代理之法定擔保責任，故國際私法上則以代理行為地法決之為宜，若實體法上相對人於二者可擇一請求者，於國際私法上應可選擇適用主契約準據法或代理行為地法。

此外，須注意者，雖為直接代理，但相對人是基於代理人於商業或金融市場之特殊名聲或地位，方願意經由代理人與本人締結契約，相對人對代理人之信賴高於對他可能完全不知道的本人之信賴，且相對人與該特定代理人建立了固定之交易模式，而該代理人有時亦往往為幾個不同之本人工作，若不考量代理人之因素，相對人根本不願與本人締結契約，代理人之特質成為本人能否與相對人締結契約之關鍵因素。於此情形，相對人常要求代理人保證本人履行，或於本人不履行時承擔履行責任，前者，代理人為本人履行之保證人，後者，代理人為承擔特別責任之代理人（the agent with special responsibility）——包括保險代理人、運

⁵⁹ 此損害賠償責任之性質，學說上有契約責任說、侵權行為責任說、法定擔保責任說等不同看法，其中以法定擔保責任說為通說。

送代理人、保付代理人（confirming agent）及廣告代理人等⁶⁰。於此情形，由於本人與相對人間成立契約之關鍵為代理人之保證或承擔責任，因此代理人與相對人間關係應特重代理人此一因素，故代理人與相對人間關係之準據法，應例外為代理人所屬國法⁶¹。

（二）我國規定之分析與解釋

「涉外民法」第19條：「代理人以本人之名義與相對人為法律行為時，在相對人與代理人間，關於代理人依其代理權限、逾越代理權限或無代理權而為法律行為所生之法律效果，依前條所定應適用之法律。」規定適用第18條之本人與相對人間關係準據法，非為主契約準據法，亦非代理行為地法，但我國「民法」第110條：「無代理權人，以他人之代理人名義所為之法律行為，對於善意之相對人，負損害賠償之責。」之規定係採法定擔保責

⁶⁰ 與一般代理人相較，承擔特別責任之代理人除了向第三人承擔個人責任外，承擔特別責任之代理人與一般代理人的地位相同，包括以本人支付之佣金為報酬、從第三人處取得貨物時應立即轉交給本人等。故承擔特別責任之代理人對相對人而言為本人，但在與本人之關係上，其為代理人，其代理公開姓名之本人活動，但又對相對人承擔個人責任，放棄了作為直接代理人的最大好處——對相對人不承擔個人責任。此外，承擔特別責任代理人以法律、交易習慣、約定三種方式產生：保險代理人為依法律產生之承擔特別責任代理人，1906年英國「海上保險法」第54條第1款規定：「由代理人代表被保險人辦理的海上保險單生效後，該代理人應直接向保險人承擔對該保險費的責任。」即是；運送代理人對於由他為客戶安排的海上或航空運輸費用承擔個人責任之來源則為交易習慣；而廣告代理人對廣告媒介所有人承擔之個人責任，以及保付代理人對供貨人承擔之個人責任，皆以契約約定。See SCHMITTHOFF, *supra* note 54, at 333-334.

⁶¹ See SCHMITTHOFF, *supra* note 54, at 348-349.

任說⁶²，對應至「涉外民法」第19條則應以採代理行為地法為宜，但卻規定依本人與相對人間關係準據法，此使得「涉外民法」與「民法」對於越／無權代理人對相對人所應負責任之性質，並不符合。

按「涉外民法」第19條係參考「海牙公約」第15條：「本章之準據法，亦適用於由代理人行使代理權、越權代理或無權代理等事項，所發生於代理人及第三人間之關係。」⁶³規定之精神所制定，此觀立法理由：「二、代理人欠缺代理權或逾越代理權限，仍以本人之名義為法律行為者，其相對人與代理人因此所生之法律關係，例如就其所受損害請求賠償之問題等，亦有決定其準據法之必要。爰參考一九七八年海牙代理之準據法公約第十五條規定之精神，規定應與前條所定之法律關係適用相同之準據法。」可明，而代理人與相對人間之關係依前條所定應適用之法律，無疑擴張了本人與相對人間關係準據法之適用範圍。「海牙公約」於起草時，有代表建議，不應將代理人與相對人間之關係列入公約規範，蓋其性質有時屬於侵權行為，或代理人與相對人間之契約問題，但此建議不為大多數會員國所接受，蓋彼等不願將此問題拖延不決而延誤了公約之制定時程，且為了避免代理人與相對人間關係準據法及本人與相對人間關係準據法之不同導致

⁶² 參閱：王澤鑑，債法原理，頁344，自版，增訂版（2014）；林誠二，民法總則新解——體系化解說（下），頁212，瑞興圖書股份有限公司，3版（2012）；邱聰智，民法總則（下），頁212，三民書局股份有限公司（2011）。

⁶³ Article 15: The law applicable under this Chapter shall also govern the relationship between the agent and the third party arising from the fact that the agent has acted in the exercise of his authority, has exceeded his authority, or has acted without authority.

適用結果的衝突⁶⁴，並鑑於公約對於本人與相對人間關係所採準據法均頗富彈性，尤其是第11條之規定，故反對意見顯然喪失力量，終有第15條規定之制定。而「涉外民法」第19條規定代理人與相對人間關係適用第18條本人與相對人間關係之準據法，立法目的為保護相對人之信賴利益以及避免代理三面關係間法律適用之複雜化。惟，於無權代理之場合，無權代理人以本人之名義與相對人所為之法律行為，本人不承認者，對本人即不生效力，而應由無權代理人對相對人負責，此時即與本人無涉，本人與相對人不發生法律關係，但依前條前段本人與相對人明示合意應適用之法律，則使本人與相對人發生法律關係，如此乃使實體法上不發生法律關係之本人與相對人，卻因與本人無關之無權代理人與相對人間之關係而使本人與相對人發生國際私法上之法律關係，有強本人所難之嫌，況且使無權代理人依本人與相對人所明示合意應適用之法律對相對人負責，無異使無權代理人依其所無法預見之法律負法律責任，對無權代理人似難謂公平。故而本條前段雖係參考「海牙公約」第15條規定之精神，但就越權代理及無權代理之部分，於立法論上是否允當，不無探討之餘地。

但就解釋論之角度言，從本條「代理人依其代理權限、逾越代理權限或無代理權而為法律行為所生之法律效果」之文義解釋，本條所規定應適用之法律，並不決定代理人以本人之名義與相對人為法律行為究係有權代理、越權代理抑或無權代理，而係決定有權代理為法律行為在相對人與代理人間所生之法律效果、越權代理為法律行為在相對人與越權代理人間所生之法律效果、無權代理為法律行為在相對人與無權代理人間所生之法律效果，故代理人以本人之名義與相對人為法律行為究係有權代理、越權

⁶⁴ See KARSTEN, *supra* note 52.

代理抑或無權代理乃是「先決問題」，而「先決問題」以適用法院地衝突法則解決為原則，從而應依「涉外民法」第18條選擇「先決問題」之準據法，以決定代理人以本人之名義與相對人為法律行為於本人與相對人間究係有權代理、越權代理抑或無權代理，其情形有三：一、依「涉外民法」第18條所選擇「先決問題」之準據法，代理人以本人之名義與相對人為法律行為於本人與相對人間為有權代理者，則代理人以本人之名義與相對人為法律行為對本人發生效力，法律效果就是於法律上該法律行為歸屬於本人而由本人對相對人負責，故而代理人即無須對相對人負責，而無進一步依「涉外民法」第19條選擇準據法以定代理人以本人之名義與相對人所為法律行為於相對人與代理人間所生法律效果之必要⁶⁵；二、依「涉外民法」第18條所選擇「先決問題」之準據法，代理人以本人之名義與相對人為法律行為，於本人與相對人間為越權代理且本人不承認者，則越權代理人以本人之名義與相對人所為法律行為對本人不發生效力，本人對相對人不負任何責任，此時即須進一步依「涉外民法」第19條選擇準據法以定越權代理人以本人之名義與相對人所為之法律行為在相對人與越權代理人間所生之法律效果，亦即越權代理人應否以及如何對相對人負責⁶⁶；三、依「涉外民法」第18條所選擇「先決問題」之準據法，代理人以本人之名義與相對人為法律行為於本人與相對人間為無權代理且本人不承認者，則無權代理人以本人之名義與相對人所為之法律行為對本人不發生效力，本人對相對人不負任何責任，此時即須進一步依「涉外民法」第19條選擇準據法以定無權代理人以本人之名義與相對人所為之法律行為在相對人與

⁶⁵ 劉鐵錚、陳榮傳，前揭註21，頁617。

⁶⁶ 參閱劉鐵錚、陳榮傳，前揭註21，頁617；劉鐵錚，前揭註27，頁167。

無權代理人間所生之法律效果，亦即無權代理人應否以及如何對相對人負責⁶⁷。因此，就第19條避免代理三面關係間法律適用複雜化之立法目的言，第19條規定代理人與相對人間之關係適用第18條本人與相對人間關係之準據法，應係爲了避免越權代理或無權代理因適用不同法律而導致法律效果之不同，例如依第18條本人與相對人間關係之準據法無權代理人應負履行責任，但依第19條代理人與相對人間關係之準據法無權代理人應負損害賠償責任，而非避免代理人以本人之名義與相對人爲法律行爲因適用不同法律而導致有權代理構成要件之衝突，例如依第18條本人與相對人間關係之準據法爲有權代理或表見代理，但依第19條代理人與相對人間關係之準據法爲無權代理，蓋代理人以本人之名義與相對人爲法律行爲是否構成有權代理乃係「先決問題」，已先依第18條決定。

此外，須特別說明者爲表見代理。倘依「涉外民法」第18條所選擇「先決問題」之準據法，代理人以本人之名義與相對人爲法律行爲於本人與相對人間構成表見代理，則無權代理人以本人之名義與相對人爲法律行爲由本人負授權人責任，法律效果就是於該法律行爲歸屬於本人而由本人對相對人負責，故代理人無須對相對人負責，而無進一步依「涉外民法」第19條選擇準據法以定代理人以本人之名義與相對人所爲法律行爲於相對人與代理人間所生法律效果之必要，但若相對人不主張表見代理而主張無權代理時，則因此概屬相對人之自由，法院不得以職權爲相對人適用表見代理⁶⁸，故法院即須依無權代理處理，而進一步依「涉外

⁶⁷ 參閱劉鐵錚、陳榮傳，前揭註21，頁617；劉鐵錚，前揭註27，頁167。

⁶⁸ 參閱鄭冠宇，民法債編總論，頁76，鄭若慈出版（2015）；陳聰富，民法總則，頁359-360，元照出版有限公司（2014）；王澤

民法」第19條選擇準據法以定無權代理人以本人之名義與相對人所爲之法律行爲在相對人與無權代理人間所生之法律效果。

至於第19條代理人與相對人間關係衝突法則之適用範圍，依其條文所示，準據法用以決定「相對人與代理人間，關於代理人依其代理權限、逾越代理權限或無代理權而爲法律行爲所生之法律效果」，亦即代理人以本人之名義有權代理爲法律行爲在相對人與代理人間所生之法律效果、越權代理人以本人之名義越權代理爲法律行爲在相對人與越權代理人間所生之法律效果、無權代理人以本人之名義無權代理爲法律行爲在相對人與無權代理人間所生之法律效果，簡言之，就是代理權於代理人與相對人間之效力。

參、特殊代理型態法律適用之探討

一、間接代理

間接代理係間接代理人以自己之名義，爲本人之計算而爲法律行爲，法律效果發生後再本於其與本人間之內部關係而移轉於本人，例如我國「民法」第576條：「稱行紀者，謂以自己之名義，爲他人之計算，爲動產之買賣或其他商業上之交易，而受報酬之營業。」行紀之規定，即爲間接代理。按我國「民法」之代理爲直接代理，間接代理並非我國「民法」之代理，僅爲代理之類似制度⁶⁹，故而涉外民商事事件涉及間接代理者，因定性以法院

鑑，民法總則，頁534，自版，增訂新版（2014）；邱聰智，前揭註62，頁75；林誠二，債法總論新解——體系化解說（上），頁212，瑞興圖書股份有限公司（2012）。

⁶⁹ 參閱陳聰富，前揭註，頁331；王澤鑑，前揭註，頁494；李淑如，民法總則與判解實例，頁342，巨流圖書股份有限公司（2013）。

地法為原則，依我國「民法」定性之結果，並非代理，故不能適用「涉外民法」第17條至第19條選擇準據法。而間接代理於本人與間接代理人間，依我國「民法」定性，乃是行紀或委任⁷⁰，故本人與間接代理人間之關係，應依「涉外民法」第20條契約衝突法則擇定準據法；間接代理於間接代理人與相對人間，因間接代理人係以自己之名義與相對人為法律行為，故間接代理人與相對人間之關係，亦應依「涉外民法」第20條契約衝突法則擇定準據法；間接代理於本人與相對人間，因間接代理人係以自己之名義與相對人為法律行為，與本人無涉，故原則上無決定本人與相對人間關係準據法之必要，但於「顯名間接代理」（間接代理人明確告知相對人，其所為法律行為係為本人所為，惟基於各種考慮，乃以自己名義為之）倘生本人與相對人間有所請求之爭議，則仍有決定本人與相對人間關係準據法以定此爭議之必要。1883年 *Maspons Y. Hermano v. Mildred, Goyeneche and Co.* 案⁷¹中，本人為哈瓦那商人，經由當地之間接代理人出售貨物，相對人為英國商人，從間接代理人處購買貨物，貨物於海上受到毀損，保險人對相對人給付保險金，但因該貨物之價金尚未支付，本人遂要求相對人賠償，相對人則抗辯其係與間接代理人締結契約，價金自應支付間接代理人，但相對人則主張抵銷以消滅其債務。本案承審法官Lindley謂：「對吾人言，西班牙法律應為考慮原告授與代理人之權利之性質及範圍之法律，但就其他目的言，西班牙法則非重要。代理人與第三人所締契約，係由英國法而非西班牙法支配，因此，在英國誰有權就契約提起訴訟或被訴，自也應由英國

⁷⁰ 參閱陳聰富，前揭註68，頁331；王澤鑑，前揭註68，頁494；邱聰智，前揭註62，頁218-219。

⁷¹ *Maspons Y. Hermano v. Mildred, Goyeneche and Co.* (1883), 9 Q. B. D. 530 (C.A.).

法決定。」判決本人與間接代理人間之關係，以西班牙法為準據法，間接代理人與相對人所締結契約則應適用英國法，而在本案之特殊情況下，本人與相對人間之關係，視為間接代理人與相對人所締結契約之部分，亦即以英國法決定。依本案所確立之標準，間接代理人與相對人所締結之契約能否在相對人與本人間發生法律關係，應以間接代理人與相對人所締結契約之準據法決之，雖部分學者對本案可否作為間接代理中本人與相對人間關係準據法之原則持懷疑態度⁷²，但更多學者仍將本案視為間接代理中本人與相對人間關係準據法之典型案例⁷³。質言之，於間接代理因係間接代理人以自己之名義與相對人締結契約，本人並非契約當事人，倘本人與相對人間就契約有所請求，請求能否成立端視該契約之效力是否可擴張至非契約當事人，而該契約之效力是否可擴張至非契約當事人，自應準據該契約所應適用之法律，從而間接代理中本人與相對人間關係，自應以間接代理人與相對人所締結契約之準據法為準據法，多數見解應為可採。而由上述可知，間接代理因非代理，其準據法之決定與「涉外民法」第17條至第19條無涉，亦無類推適用「涉外民法」第17條至第19條以補全之問題。

二、訴訟代理

於訴訟代理，當事人（本人）授與訴訟代理人（律師）訴訟代理權，為意定代理權之授與，訴訟代理人及其所代表之當事人間，訴訟代理權之成立及訴訟代理權在訴訟代理人與其所代表之當事人間之效力，自應依「涉外民法」第17條本人與代理人間關係衝突法則決定準據法。惟，訴訟代理人與其所代表當事人之對

⁷² See Hay & Müller-Freienfels, *supra* note 42, at 18.

⁷³ See SCHMITTHOFF, *supra* note 54, at 351.

造間，訴訟代理權之有無、限制及行使訴訟代理權所生之法律效果，涉及訴訟行為於程序法上之效力，應定性為程序法事項，依法院地法（*lex fori*）決之，而不能適用「涉外民法」第18條本人與相對人間關係衝突法則決定準據法，立法例中，2002年「俄羅斯民法第六編國際私法」第1217條之1第4項：「為於法院訴訟或於仲裁機構仲裁而授權代理人，適用訴訟程序或仲裁程序舉行地國之法律。」即採此說之精神。又訴訟代理人與相對人間，關於訴訟代理人依其訴訟代理權限、訴訟逾越代理權限或無訴訟代理權而為訴訟行為所生之法律效果，雖有主張應依訴訟代理人行為地法定之⁷⁴，但此亦涉及訴訟行為於程序法上之效力，應定性為程序法事項，而依法院地法決之，外國實踐亦同此⁷⁵，故於我國，自不能適用「涉外民法」第19條代理人與相對人間關係衝突法則決定準據法。

三、不動產交易代理

不動產交易代理，本人授與不動產交易代理人代理權，為意定代理權之授與，不動產交易代理人與本人間，代理權之成立及代理權在不動產交易代理人與本人間之效力，應依「涉外民法」第17條本人與代理人間關係衝突法則決定準據法。

不動產交易代理人以本人之名義與相對人為不動產法律行為時，在本人與相對人間，關於代理權之有無、限制及行使代理權所生不動產變動之法律效果，除了交易標的物位於不動產所在地而與該地具有最密切牽連關係，且更攸關不動產所在地之交易安全，故而有主張應依不動產依所在地法（*lex situs*），如英國學者

⁷⁴ See Rigaux, *supra* note 30, at 7.

⁷⁵ R. v. Doutre (1884) 9 App. Cas. 745 (P.C.); Re Maugham (1885) 2 T.L.R. 115 (C.A.).

J.H.C. Morris (莫禮士, 1910-1984 A.D.) 即作此主張⁷⁶, 而美國「衝突法第二整編」(The Restatement, Second, of Conflict of Laws) 第232條: 「(第1項) 土地上之權利是否因委任書之行使而移轉, 及其所移轉之權利之性質, 依土地所在地法院所適用之法律, 以決定之。(第2項) 該法院就此問題, 通常將適用其所屬法域之實體法以決定之。」⁷⁷之規定亦採此說, 但彼等乃認為不動產所在地法係代理人行為地法之具體化, 似未脫離代理行為地法之思考。本文認為, 本人與相對人間關係以不動產所在地法為準據法之理由, 係適用「屈服條款」(Beugungsklausel), 亦有稱「優先條款」(Vortrittsklausel) 或「親近原則」(Grundsatz der groessern Naeh) 之結果, 蓋涉及標的物為不動產之法律關係, 非但物權之實質依不動產所在地法, 即方式亦然, 又繼承、行為能力、夫妻財產制、親屬等, 甚至債之關係, 如所涉及之標的物為不動產時, 亦依不動產所在地法, 此即不動產所在地基於優先、親近之地位, 使其他原本之國籍、住所、慣居地、行為地等連繫因素屈服於其下, 故不動產所在地法取代了本國法、住所地法或行為地法等, 而不動產交易代理, 即因不動產所在地基於優先、親近之地位, 使代理行為地屈服於不動產所在地, 故不依代理行為地法而依不動產所在地法乃為「屈服條款」之適用。「涉外民法」第18條因採取「當事人意思自主原則」, 故而應依

⁷⁶ See J.H.C. MORRIS, DICEY AND MORRIS ON THE CONFLICT OF LAWS 870 (1973).

⁷⁷ The Restatement, Second, of Conflict of Laws, § 232, Exercise of Power of Attorney to Transfer an Interest in Land. (1) Whether the exercise of a power of attorney transfers an interest in land and the nature of the interest transferred are determined by the law that would be applied by the courts of the situs. (2) These courts would usually apply their own local law in determining such questions.

本人與相對人所明示合意應適用之法律，倘本人與相對人未明示合意應適用之法律時則依與代理行為關係最切地之法律，此時即有不動產所在地法之適用，亦即依「屈服條款」之原理將不動產所在地法解為與代理行為關係最切地之法律，其情形與「涉外民法」第20條第3項但書：「但就不動產所為之法律行為，其所在地法推定為關係最切之法律。」契約衝突法則規定之情形類似。立法例中，2002年「俄羅斯民法第六編國際私法」第1217條之1第3項：「因不動產法律行為而授權代理人，且於該法律行為時，不動產權利之發生、移轉、限制或消滅應進行國家強制登記，適用該不動產進行國家強制登記所在國之法律。」、2012年「捷克關於國際私法之法律」第44條第2項第4款：「由代理人所為之法律行為，符合下列法律之規定，即對本人發生效力：四、法律行為所涉及之不動產所在地。」、2017年增訂「德國民法施行法」第8條第6項：「意定代理所處分為不動產或不動產上權利，應適用第43條第1項及第46條所確定之法律。」⁷⁸之規定⁷⁹即

⁷⁸ Art 8 Gewillkürte Stellvertretung (6) Auf die gewillkürte Stellvertretung bei Verfügungen über Grundstücke oder Rechte an Grundstücken ist das nach Artikel 43 Absatz 1 und Artikel 46 zu bestimmende Recht anzuwenden.

⁷⁹ 「德國民法施行法」第43條：「（第1項）對物之權利，適用物之所在地國法。（第2項）於一國依法以取得之物權，若因物之所在地有所變更，其權利之行使不得違反新的物之所在地國法。（第3項）對於由外國輸入之物適用內國物權法時，就其於外國所進行之權利取得程序，應視為內國程序。」（Art 43 Rechte an einer Sache (1) Rechte an einer Sache unterliegen dem Recht des Staates, in dem sich die Sache befindet. (2) Gelangt eine Sache, an der Rechte begründet sind, in einen anderen Staat, so können diese Rechte nicht im Widerspruch zu der Rechtsordnung dieses Staates ausgeübt werden. (3) Ist ein Recht an einer Sache, die in das Inland gelangt, nicht schon vorher erworben worden, so sind für einen solchen Erwerb im Inland

採此說之精神。

四、證券交易代理

證券交易代理，本人授與證券交易代理人代理權，為意定代理權之授與，證券交易代理人與本人間，代理權之成立及代理權在證券交易代理人與本人間之效力，應依「涉外民法」第17條本人與代理人間關係衝突法則決定準據法。

證券交易之代理，係於集中市場為代理行為者，證券交易代理人以本人之名義與相對人為法律行為時，在本人與相對人間，關於代理權之有無、限制及行使代理權所生之法律效果，與前之不動產交易代理的情形類似，亦即是否以交易所所在地法（the law of the stock exchange of which the broker is a member）來取代代理行為地法之適用，對此英國學者Morris持肯定看法⁸⁰。按證券交易，或於交易所之集中市場為之，或於證券商營業所為之，前者即所謂上市股票買賣，後者即所謂店頭買賣，故代理人行為地有可能為交易所所在地或證券商營業所所在地，二者雖絕大多數為於同一法域，但若不同，則市場地仍應以交易所所在地為準，故證券交易之代理，應以交易所所在地法取代代理人行為地法的適用，而期貨交易之代理，應可為同一之解釋。「涉外民法」第18條因採取「當事人意思自主原則」，故而應依本人與相對人所明示合意應適用之法律，倘本人與相對人未明示合意應適用之法律時則依與代理行為關係最切地之法律，此時即有交易所所在地法之適用。立法例中，2017年增訂「德國民法施行法」第8條第7項：「本條規定不適用於交易所交易及拍賣交易中之議定

Vorgänge in einem anderen Staat wie inländische zu berücksichtigen.)

⁸⁰ See MORRIS, *supra* note 76, at 870.

代理。」⁸¹似隱含此說之精神。

肆、結 論

涉外代理之法律適用，以往立法例多未明文規定代理衝突法則，而交由實務自行處理，但自「海牙公約」於1978年制定後，開始有立法例明文規定代理衝突法則，且晚近漸增⁸²，我國「涉外民法」亦加入明文規定代理衝突法則之行列，算是較為前進之立法，且明文規定代理衝突法則之立法例多以一條衝突法則加以規範，但我國則基於代理涉及本人與代理人、本人與相對人、代理人與相對人之三方法律關係，故涉外代理事件之法律適用，亦應區別為三方法律關係分別選擇準據法，而於「涉外民法」於第17至第19條分別規範了本人與代理人間關係、本人與相對人間關係、代理人與相對人間關係的三條衝突法則，於立法例上較為特殊。從比較國際私法之角度，「涉外民法」對於代理之規範不但完整，更引進「最重要牽連關係理論」，規定於當事人無明示之合意時依與代理行為關係最切地之法律，為前進之立法。惟，對我國法院實務而言，從無適用代理衝突法則之經驗，到直接依

⁸¹ Art 8 Gewillkürte Stellvertretung (7) Dieser Artikel findet keine Anwendung auf die gewillkürte Stellvertretung bei Börsengeschäften und Versteigerungen.

⁸² 與我國鄰近之日本則較為特殊。日本於2006年制定新國際私法「關於法律適用之通則法」（法の適用に関する通則法），於立法過程中所有提議應明訂代理衝突法則，並已擬就條文，但最終因學說爭議過大，無法得到共識，為避免草率立法反而對企業在國際貿易活動上產生不良影響，因此決定暫不立法，而仍委由學說解釋。有關日本「關於法律適用之通則法」立法過程中對於代理之議論，參閱小出邦夫，逐条解説法の適用に関する通則法，頁396-410，商事法務出版社，增補版（2014）。

「彈性選法方法」擇定代理之準據法，改變之劇烈，使其是否有足夠之經驗與適切之能力判斷與代理行為關係最切地之法律，徒增變數。

與代理行為關係最切地之法律，雖說應分從質、量兩角度，就連繫因素進行分析比較，判斷何者與代理行為關係最切，並以該連繫因素所連繫地域之法律為準據法，但經由本文之分析可知，代理人營業所所在地法扮演突出之角色，蓋無論是於本人與代理人間關係抑或是本人與相對人間關係，代理人營業所所在地都是能兼顧關係密切與可預測性、平衡本人利益與代理人利益及相對人利益之連繫因素，無怪乎代理人營業所所在地法成為晚近有力的立法主義。因此，我國法院實務對於與代理行為關係最切地之法律的判斷，本文建議應將代理人營業所所在地法列為最首要之考慮，尤其是代理人為商業代理、職業代理之場合，倘非商業代理、職業代理而無營業所者，依立法例之經驗，則可考慮代理行為地法，但若是為訴訟代理、不動產交易代理、證券交易代理或期貨交易代理等特殊形態代理之場合，則應另適用法院地法、不動產所在地法、交易所所在地法。

參考文獻

書 籍

- 王澤鑑，民法總則，自版，增訂新版（2014）。
- 王澤鑑，債法原理，自版，增訂版（2014）。
- 王澤鑑，侵權行為法，自版，增訂新版（2016）。
- 李淑如，民法總則與判解實例，巨流圖書股份有限公司（2013）。
- 林誠二，債法總論新解——體系化解說（上），瑞興圖書股份有限公司（2012）。
- 林誠二，民法總則新解——體系化解說（下），瑞興圖書股份有限公司，3版（2012）。
- 邱聰智，民法總則（下），三民書局股份有限公司（2011）。
- 邱聰智著（姚志明修訂），新訂民法債編通則（上），自版，新訂2版（2013）。
- 柯澤東著（吳光平增修），國際私法，元照出版有限公司，5版（2016）。
- 馬漢寶，國際私法——總論各論，翰蘆圖書出版有限公司，3版（2014）。
- 陳聰富，民法總則，元照出版有限公司（2014）。
- 劉鐵錚、陳榮傳，國際私法論，三民書局股份有限公司，修訂5版（2010）。
- 鄭冠宇，民法債編總論，鄭若慈出版（2015）。
- 小出邦夫，逐条解説法の適用に関する通則法，商事法務出版社，增補版（2014）。
- COLLINS, LAWRENCE, DICEY AND MORRIS ON THE CONFLICT OF LAWS (Sweet & Maxwell Pub, London, 2000).
- FALCONBRIDGE, JOHN DELATRE, ESSAYS ON THE CONFLICT OF LAWS

- (Canada Law Book Co., Canada, 1947).
- KAY, HERMA HILL, CONFLICT OF LAWS (Thomson, New York, 2000).
 - MORRIS, J.H.C., DICEY AND MORRIS ON THE CONFLICT OF LAWS (Stevens and Sons Limited, London, 1973).
 - NORTH, P.M. & J.J. FAWCETT, CHESHIRE AND NORTH PRIVATE INTERNATIONAL LAW (Butterworth-Heinemann, London, 1987).
 - RABEL, ERNST, THE CONFLICT OF LAWS: A COMPARATIVE STUDY VOL. 3 (University of Michigan Press, Callaghan & Company, Mich, 1964).
 - STORY, JOSEPH, COMMENTARIES ON THE CONFLICT OF LAWS (The Lawbook Exchange, New York, 1857).
 - SCHMITTHOFF, CLIVE M., CLIVE M. SCHMITTHOFF'S SELECT ESSAYS ON INTERNATIONAL TRADE LAW (Springer, Berlin, 1988).
 - TREITEL, G.H., THE LAW OF CONTRACT (Stevens & Sons, London, 1979).
 - VERHAGEN, H.L.E., AGENCY IN PRIVATE INTERNATIONAL LAW: THE HAGUE CONVENTION ON THE LAW APPLICABLE TO AGENCY (Martinus Nijhoff Publisher, Boston, 1995).
 - Kegel, Gerhard: Internationales Privatrecht, 2. Aufl., 1964.
 - Raape, Leo: Internationales Privatrecht, 5. Aufl., 1961.
 - von Bar, Carl Ludwig: Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts, 2 bände, 1889.

期刊論文

- 何佳芳，論涉外代理關係之準據法——以「與代理行為關係最切地」之判斷為中心，東吳法律學報，第27卷第3期，頁103-149（2016）。
- 吳光平，從平衡涉外民事訴訟實體利益與程序利益之觀點探討國際私法上先決問題之解決標準——由最高法院八十五年度臺上字第二四二三號判決談起，玄奘法律學報，第10期，頁133-168（2008）。
- 吳光平，涉外勞動契約與資遣費請求之法律適用——從最高法院九十九年度台上字第一〇九號判決談起，月旦法學雜誌，第207期，頁

217-230 (2012)。

- 吳光平，契約準據法發展新趨勢與比較國際私法——韓國、日本與海峽兩岸新國際私法之契約準據法，東海大學法學研究，第44期，頁245-306 (2014)。
- 吳光平，法律行為之特徵性債務與關係最切之法律——臺灣臺北地方法院一〇二年度勞訴字第五五號判決評析，月旦法學雜誌，第235期，頁257-270 (2014)。
- Hay, Peter & Wolfram Müller-Freienfels, *Agency in the Conflict of Laws and the 1978 Hague Convention*, 27 AM. J COMP. L. 1-49 (1979).

專書論文

- 王文宇，外國法人在我國法律地位之研究，收錄於千禧年跨世紀法學之演進——柯澤東教授祝壽論文集，頁1-28，學林文化事業有限公司 (2000)。
- 劉鐵錚，論國際私法上代理關係之準據法，收錄於國際私法論叢，頁151-172，三民書局股份有限公司，修訂3版 (1994)。
- Reese, William L. M., *Agency in the Conflict of Laws*, in: KURT H. NADELMANN, ARTHUR T. VON MEHREN & JOHN N. HAZARD EDS., XXTH CENTURY COMPARATIVE AND CONFLICTS LAWS: LEGAL ESSAYS IN HONOR OF HESSEL E. YNTEMA (A. W. Sythoff, Leyden, 1961).
- Rigaux, F., *Chapter 29: Agency*, in: KURT LIPSTEIN ED., INTERNATIONAL ENCYCLOPEDIA OF COMPARATIVE LAW: PRIVATE INTERNATIONAL LAW VOL. 3 (Brill-Nijhoff, Leyden, 1980).

摘 要

民國100年施行之新修正涉外民事法律適用法於第17條至第19條分別規範了本人與代理人間關係、本人與相對人間關係、代理人與相對人間關係之衝突法則，對涉外代理之法律適用為完整之規範，且採行彈性選法方法之最重要牽連關係理論，規定於當事人無明示之合意時依與代理行為關係最切地之法律，因而與代理行為關係最切地之法律的判斷乃是代理準據法選擇之重心，應分從質、量兩角度，就連繫因素進行分析比較，判斷何者與代理行為關係最切，並以該連繫因素所連繫地域之法律作為代理之準據法。代理人營業所所在地能兼顧關係密切與可預測性、平衡本人與代理人之利益以及本人與相對人之利益，代理人營業所所在地法原則上應為與代理行為關係最切地之法律。

中原財經法學

A Study on the Law Applicable to Agency

Kuang-Ping Wu

Abstract

New amendments to “the Act Governing the Choice of Law in Civil Matters Involving Foreign Elements” (Taiwan) increased new articles regarding law applicable to agency. Article 17 governs the formation of an agency and relationship between the principal and agent. Article 18 is concerned with the existence, extent, and effect of the authority an agent may exercise. Article 19 regulates the legal effect of agents acting with, without, or with insufficient authority. This paper analyzes the aforementioned articles, especially in relation to determining the law of the place with which the act undertaken by the agent is most closely connected.

Keywords: Agency, Convention on the Law Applicable to Agency, autonomy of parties, the most significant relationship, law of the place of acting, law of the place where the agent has a business establishment