

■ 中国当代法学文库-研究生教学参考书

比较民商法

Comparative Researches on
Civil and Commercial Laws

李燕 杨淦 著

李燕认为：

在浩瀚的历史长河中，没有一种制度安排能够被永久的尊为“最优方案”，
任何一次法律规则的重释或法律制度的型构都是在寻根与反思、探寻与求证中逐步推进的，

歌德所言：“不知别国语言者，对自己的语言便也一无所知”。

在研究生课程中，设立《比较民商法》的学习的意义也正在于此。



华中科技大学出版社

<http://www.hustp.com>



014040504

D913.01
103

中国当代法学文库-研究生教学参考书

比较民商法

Comparative Researches on
Civil and Commercial Laws

李燕 杨淦 著



北航

C1727770



华中科技大学出版社

<http://www.hustp.com>

中国·武汉

D913.01
103

图书在版编目 (CIP) 数据

比较民商法/李燕, 杨淦著. —武汉: 华中科技大学出版社, 2014. 3

(中国当代法学文库—研究生教学参考书)

ISBN 978-7-5609-9973-9

I. ①比… II. ①李… ②杨… III. ①民法—比较法学—研究生—教材 ②商法—比较法学—研究生—教材 IV. ①D913.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2014) 第 055728 号

比较民商法

李燕 杨淦 著

策划编辑: 王 梓

责任编辑: 李 娜

封面设计: 傅瑞学

责任校对: 九万里文字工作室

责任监印: 朱 霞

出版发行: 华中科技大学出版社 (中国·武汉)

武汉喻家山 邮编: 430074 电话: (027) 81321915

录 排: 北京楠竹文化发展有限公司

印 刷: 湖北新华印务有限公司

开 本: 710mm×1000mm 1/16

印 张: 20.5 插页: 2

字 数: 460 千字

版 次: 2014 年 4 月第 1 版第 1 次印刷

定 价: 45.00 元



本书若有印装质量问题, 请向出版社营销中心调换
全国免费服务热线: 400-6679-118, 竭诚为您服务



北航

C1727770

必究

序 言

各位读者好，经过一年多的辛苦准备与积极撰写，《比较民商法》教材终于与大家见面了！

多年来，在民商法的课堂教学和指导学生撰写论文过程中，笔者欣然发现不少学生对比较式的学习方法有着浓厚兴趣，同时在写作过程中也乐于尝试运用比较法的写作路径，但遗憾在于，多数学生对于比较法的理解和认识仍然极为模糊和粗浅。深究起来，目前尚没有一本可供学生阅读使用的比较民商法的教材可能是原因之一。于是，编写一本比较民商法的基础教材这一想法逐渐萌生。然而，当真正将这一想法付诸实践之后，困惑也一直伴随着我们。

首先，“民商法”语境下所涵盖的内容博大精深，如果将民商事法律制度中的所有内容一并归入该书，笔者担心力有不逮，可能因偏重关注资料的完整性而对内容的针对性和可研性有所疏漏，导致该书成为一本提供参考素材的索引，继而背离了写作初衷。其次，既然书名冠之以“比较”二字，在具体内容的编撰中如何进行比较也成为一個必须要解决的问题，是选取几个国家或地区的立法情况进行简单介绍，还是应当确立一定的标准做出进一步的归纳整理，抑或是以判例为切入点进行分析判别，需要确立统一的风格和体例。最后，如何使书中编写的内容给予学生知识增量的同时启发其进一步进行思考也是颇费周章的难题。

为了解决这些棘手问题，我们深入研读了国内外许多比较法方面的论著，借此在方法论和知识点的归纳中都获得了一些启示和指引；同时与授课老师及学生进行积极的沟通和交流，了解学生在学习中的需要和困惑，经过不停的探讨、协商，最终确立了本书的内容和体例。我们期望借助比较法这种明智通达的法律科学来引领学生们走出有限的本国法律世界，去领略其他民族法律文化和法律秩序的独特风采，并在此间展开一场关于民商法律各种问题的国际对话，从而映射出法律传播的有益价值和具有普适性的法律规则。

下面对本书选取的各个专题进行简单介绍，以帮助同学对本书的内容和风格有一个宏观认识和大体把握：

专题一为民事代理制度之比较研究。民事代理制度是民事主体实现自身权利的重要途径，文中围绕两大法系中代理制度的立法及司法实践所呈现的不同面向

展开介绍,希望有助于学生理解相关理论分歧的产生原因,并以此对代理制度有更为宏观的认识。专题二为民事时效制度之比较研究,主要对取得时效、消灭时效中相关问题的域外立法进行分析,希望学生把握民事时效制度在整个民事法律关系和民事诉讼中发挥的重要作用。专题三为无效合同制度之比较研究。无效合同制度在合同法理论和实务中均有重大意义,而不同国家在无效合同的分类、认定等问题上存在不同认识,了解这些差异是读者全面理解无效合同制度的基础。

专题四、专题五分别为无效婚姻制度和遗产债务清偿制度。无效婚姻制度是避免不必要的法律冲突、维护婚姻法定性的重要保障,其中也涉及各国对于同性婚姻这一颇具争议的问题所抱持的立法态度。遗产债务清偿制度对于明确继承人权利义务以及债权人的利益具有重要意义,而遗产债务的清偿范围和清偿顺序又是近年来学界和实务界都讨论关注的热点问题,因此,在该专题中我们也是重点围绕这两个问题展开陈述。

专题六、专题七为公司法方面的内容。优化的公司治理模式是公司实现高效益、低成本运行的重要保障,因此我们选取了公司治理模式的比较研究作为第六个专题,主要介绍了典型的公司治理模式在不同国家和地区的立法设计和实践形态,两种模式各有优缺,但相互借鉴并趋同发展将是未来的趋势。专题七为一人公司法律制度,一人公司是基于经济发展需要而对传统公司形态的成功突破,它集独资企业与有限责任之优点于一身,但同时股东滥用公司人格的风险也相应增加,因此各国立法中关于一人公司风险防范制度设计也是本章探讨的重点。

专题八、专题九为证券法方面的内容。专题八为证券民事责任之比较研究,本章主要对美国 and 欧盟证券法中规制虚假陈述、内幕交易及操纵市场三种典型的证券违法交易行为的立法规定作了归纳总结,鉴于篇幅有限,对于文中提及的一些典型案例未能展开讲述,但事实上这些案例所确立的裁判规则又是推动立法完善的重要渊源,因此建议有兴趣的学生可以自己收集这些案例的完整资料并深入研读。专题九为证券监管模式之比较研究,文中介绍了目前在世界范围内三种典型的证券监管模式,即集中型监管模式、自律型监管模式和中间型监管模式,同公司治理模式类似,不同的监管模式都有自己的优劣所在,我们认为没有一种可以通用于世界各国的最好模式,各国应根据自己的国情选择最适合的监管模式并随着社会经济的变迁灵活调适。

专题十、专题十一为票据法方面的内容。鉴于票据丧失在实践中常有发生,因此我们在专题十中介绍了各国关于票据丧失补救制度的一些内容,其中包括挂失止付、公示催告和提起诉讼等问题。专题十一为瑕疵票据法律制度之比较研究,虽然瑕疵票据的概念在票据法理论上还未形成统一概念,但这也未能影响立法者对各类型的瑕疵票据作出规制,同时因政治和经济体制的影响,各国票据法的价值取向有所不同,对于瑕疵票据的认定依据和处理方式也各有所异,相信读者通过对本章的阅读能够有所体会。

专题十二、专题十三为破产法方面的内容。专题十二为破产程序中管理人制度之比较研究,在企业破产程序中管理人发挥着核心作用,其专业素养和道德修养关乎破产程序能否顺利进行。我们期望通过阅读这一专题,学生不仅对破产管理人制度有所了解,同时也对整个破产程序有更为全面的认识。专题十三为个人破产法律制度之比较研究,个人破产制度是破产法的开端并贯穿于破产法发展的整个历史长河,本专题中我们对个人破产制度的理论基础、和解制度及免责制度等问题作了详细介绍,最后我们对中国大陆法上个人破产制度的构建提出了初步构想,当然,是否要构建以及如何构建都是值得讨论的问题,希望有兴趣的学生可以对这一问题进行深入思考。

专题十四、专题十五为知识产权法方面的内容。专题十四为著作权侵权损害赔偿额确定方法之比较研究。著作权侵权损害赔偿的确定方法对于实现著作权人利益、促进作品的传播具有理论价值和现实意义,该专题对各国立法中不同态度的介绍和阐明,希望学生在阅读时能够思考著作权侵权纠纷中诉讼当事人的诉讼策略和法官的裁判立场。专题十五为商标权取得制度之比较研究。商标权取得制度是商标法律制度的基础,各国商标法对商标权取得的态度基本上经历了从使用取得向注册取得的转变,但商标注册实质性要件以及程序性要件在各国商标法相关规定中存在一些差别,了解和认识这些异同,正是学习商标法历史发展、理解商标法同市场经济之间密切关系的重要桥梁。

在本书的编写过程中,笔者有幸得到西南政法大学民商法学院各位领导和老师的支持与帮助,知识产权专业的博士研究生曹博同学、民商法硕士研究生蔡思婷、张玉萍、朱志发、邹玉婷、黎茹昕、张瑞彬等同学在本书的前期资料收集和后期文稿校定工作中也付出了辛勤的劳动,此外,华中科技大学出版社中负责本书出版工作的各位编辑也就本书的格式校定等问题提出了宝贵意见。在此特别表示衷心感谢。

正如歌德所言:“不知别国语言者,对自己的语言便也一无所知”,在浩瀚的历史长河中,没有一种制度安排能够被永久地尊为“最优方案”,任何一次法律规则的重释或法律制度的型构都是在寻根与反思、探寻与求证中逐步推进的,而学习比较民商法的意义也正在于此。千里之行,始于足下,在此谨希望同学们能坚持努力,用自己年轻的梦想在历史与现实、理论与实践相互交织的经纬网上去编织一个个绚丽多彩的图景!

李燕于西南政法大学
2013年10月

目 录

第一编 民事编

专题一 代理制度之比较研究	1
第一节 概述	1
第二节 代理制度之立法体系	4
第三节 隐名代理	10
第四节 表见代理	14
第五节 代理制度之域外立法评析	19
第六节 对我国大陆代理制度的立法思考及完善建议	19
专题二 民事时效制度之比较研究	21
第一节 概 述	21
第二节 取得时效	27
第三节 消灭时效	33
第四节 民事时效制度之域外立法评析	36
第五节 对我国大陆民事时效制度之立法思考及完善建议	38
专题三 无效合同制度之比较研究	42
第一节 概 述	42
第二节 无效合同的分类	45
第三节 无效合同的认定	49
第四节 无效合同制度之域外立法评析	60
第五节 对我国大陆无效合同制度之立法思考与完善建议	62
专题四 无效婚姻立法制度之比较研究	64
第一节 概 述	64
第二节 国际上无效婚姻的立法及实践	68
第三节 我国无效婚姻的立法及实践	74
第四节 无效婚姻的争议问题	82

第五节 无效婚姻制度之域外立法评析	85
第六节 对我国大陆无效婚姻制度之立法思考与完善建议	86
专题五 遗产债务清偿制度之比较研究	87
第一节 概 述	87
第二节 遗产债务的清偿范围及责任	91
第三节 遗产债务的清偿顺序及程序	97
第四节 遗产债务清偿制度之域外立法评析	102
第五节 对我国大陆遗产债务清偿制度之立法思考与完善建议	106

第二编 商事编

专题六 公司治理模式之比较研究	111
第一节 概 述	111
第二节 两种典型公司治理模式的实践	113
第三节 公司治理模式现状之域外评析	122
第四节 对我国大陆公司治理的现状思考及完善建议	127
专题七 一人公司法律制度之比较研究	130
第一节 一人公司概述	130
第二节 一人公司之资本制度	136
第三节 一人公司之组织机构	139
第四节 一人公司之风险防范制度	143
第五节 一人公司法律制度之域外立法评析	146
第六节 对我国大陆地区有一人公司法律制度之立法思考与 完善建议	147
专题八 证券民事责任之比较研究	149
第一节 概 述	149
第二节 虚假陈述的民事责任	151
第三节 内幕交易的民事责任	161
第四节 操纵市场的民事责任	168
第五节 证券民事责任制度之域外立法评析	173
第六节 对我国大陆证券民事责任制度之立法思考与完善建议	174
专题九 证券监管模式之比较研究	176
第一节 概 述	176
第二节 证券监管模式之比较	178
第三节 发达国家与新兴国家证券监管制度之比较	187
第四节 证券监管模式之域外立法评析	188

第五节 对我国大陆证券监管模式之现状思考及完善建议	190
专题十 票据丧失补救制度比较研究	193
第一节 概 述	193
第二节 挂失止付	197
第三节 公示催告	202
第四节 提起诉讼	209
第五节 对我国大陆票据丧失补救制度之立法思考与完善建议	213
专题十一 瑕疵票据法律制度之比较研究	216
第一节 概 述	216
第二节 票据伪造	224
第三节 票据变造	227
第四节 票据涂销	230
第五节 票据瑕疵制度之域外立法评析	232
第六节 对我国大陆票据瑕疵制度之立法思考与完善建议	234
专题十二 破产程序中管理人制度之比较研究	237
第一节 破产程序中管理人制度概述	237
第二节 破产管理人的选任	241
第三节 破产管理人的职权与注意义务	245
第四节 破产管理人监督机制	250
第五节 破产管理人制度之域外立法评析	253
第六节 对我国大陆破产管理人制度的立法思考及完善建议	254
专题十三 个人破产法律制度之比较研究	256
第一节 概述	256
第二节 个人破产制度与相关制度的比较	259
第三节 各国个人破产法律制度之比较	261
第四节 对我国大陆个人破产制度的立法思考及完善建议	267

第三编 知识产权编

专题十四 著作权侵权损害赔偿额确定方法之比较研究	272
第一节 概 述	272
第二节 著作权侵权损害赔偿之确定方法	275
第三节 著作权侵权损害赔偿额确定方法之域外立法评析	283
第四节 对我国大陆著作权侵权损害赔偿确定方法之立法 思考与完善建议	286

专题十五 商标权取得制度之比较研究 291

 第一节 概述 291

 第二节 商标注册实质性要件的比较 294

 第三节 商标注册程序性要件的比较 299

 第四节 对我国大陆商标权取得制度之立法思考与完善建议 304

参考文献 312

第一编 民事编

专题一 代理制度之比较研究

现代代理制度的出现,无疑要归功于资本主义制度的产生与发展,因为它极大地扩展了民事活动的时间和空间,且细化了社会分工和生产贸易的专业性,这些都奠定了代理制度产生和发展的基本要素。鉴于大陆法系和英美法系在思维 and 传统上始终存在差异,故代理制度在两大法系当中的发展路径也截然不同,这不但体现为法律价值的不同追求,也体现在制度体系的各种设计之中。本专题将对两大法系民事代理制度的基本体系、主要内容作出比较研究,以期呈现现代代理制度的基本框架。

第一节 概 述

一、代理之含义

因法律文化传统的不同,大陆法系和英美法系对代理的定义也有所不同。大陆法系国家立法对代理的定义主要有以下两种:(1)法国的定义。《法国民法典》第1984条规定:“委托(mandate)或代理(procreation)是指,一人据以授权另一人以委托人的名义,为委托人完成某种事务的契约。”据此规定,法国将代理看做是委托人与受托人之间的一种契约关系,依据该契约,受托人有权以委托人的名义为委托人完成某种事务。(2)德国的定义。《德国民法典》并没有直接给代理下定义,只是在第164条第1款中规定:“代理人在其代理权限内,以被代理人的名义所作的意思表示,直接对被代理人发生效力。无论是以被代理人名义所作的意思表示还是根据情况可以断定是以被代理人的名义所作的意思表示,均无区别。”虽然这是对代理人意思表示的效力规定,但也间接反映了德国立法对代理的认识,即认为代理是代理人在代理权限内,以被代理人的名义所实施的,对被代理人产生效力的行为。比较法国与德国的立法定义,可以发现二者的相同之处在于:(1)都强调以被代理人的名义行为;(2)代理后果都直接归属于被代理人。不同之处在于:(1)法国法认为代理是一种契约关系,德国法认为代理是一种行为;(2)法国法认为代理是为被代理人完成某种事务,德国法则认为代理是代人实施法律行为。尽管法国在立法上与德国有很大的不同,但在学说与判例中却接受了德国法上的代理定义,同时大陆法

系国家的多数立法也与德国法的规定相一致。^①

英美法系中关于代理的定义,可以在《布莱克法律词典》中找到相关解释:“根据明示或默示的合同或法律规定而产生的一种受托信义关系,依据这种关系,一方(代理人)接受另一方(被代理人)的指示或行为的控制,为另一方的利益而行为。”^② 英国法学家弗里德曼先生(Friedman)认为,代理是“存在于两个人之间的一种关系,其中一个人(代理人)在法律上被认为能代表另一人(被代理人),通过订立合同或处置财产影响本人与第三人的法律地位。”^③ 《美国代理法重述》(第三次修订)将代理定义为一种受托信义关系,这种关系是由一方(委托人)向另一方(代理人)作出的要求代理人接受委托人的控制,代表委托人实施代理行为的意思表示,和代理人同意接受该意思表示的约束而产生。^④ 根据上述关于代理的定义可知,英美法上的代理内含以下几个方面:(1)代理关系涉及委托人与代理人两方当事人,彼此之间的关系被认定为受托信义关系;(2)代理关系既可以基于当事人之间专门就代理问题达成的合意或契约而产生,也可以基于当事人之间已经存在的某种法律关系而产生;(3)代理人为受托之事所为的行为被视为委托人之行为;(4)代理人在代理事务中享有代理权,这种权力或来自于委托人的授权,或因存在某种基础关系而依法律规定或推定;(5)代理人在履行代理行为中有义务随时服从委托人的指示,但除非为委托人的雇员,否则代理人的工作日程、方式均不受本人控制。

从两大法系国家的立法与学说来看,大陆法系国家倾向于将代理理解为一种行为,即代理行为,如王泽鉴先生指出:“代理指代理人于代理权限内,以本人(被代理人)名义向第三人为意思表示或由第三人受意思表示,而对本人直接发生效力的行为。”^⑤ 而英美法系国家倾向于将代理理解为一种法律关系,即代理关系。同时,两大法系对代理范围的界定存在着狭义和广义两种不同的理解。大陆法系国家多采狭义代理说,即仅包括直接代理——指代理人以委托人的名义的行为;而英美法系国家多采广义代理说,即不仅包括直接代理也包括间接代理。所谓间接代理是指代理人以自己的名义代他人为法律行为,行纪代理即为间接代理。

① 参见汪渊智:《比较法视野下的代理法律制度》,法律出版社2013年版,第10~11页。

② See Bryan A. Garner, Black's Law Dictionary: A fiduciary relationship created by express or implied contract or by law, in which one party (the agent) may act on behalf of another party (the principal) and bind that other party by words or actions, West Grope St. Paul, 1999. p. 62.

③ See G. H. L. Fridman, the Law of Agency: Agency is the relationship that exists between two persons when one, called the agent, is considered in law to represent the other, called the principal, in such a way as to be able to affect the principal's legal position in respect of strangers to the relationship by the making of contracts or the disposition of property., West Grope St. Paul, 1983, p. 9.

④ See Restatement (Third) of Agency: Agency is the fiduciary relationship that arises when one person (a "principal") manifests assent to another person (an "agent") that the agent shall act on the principal's behalf and subject to the principal's control, and the agent manifests assent or otherwise consents so to act, the American Law Institute, 2006, p. 11.

⑤ 参见王泽鉴:《民法总则》,中国政法大学出版社2001年版,第440页。

二、代理的特征及功能

(一) 代理的特征

目前通说认为,代理至少包括三方面的法律关系:(1)被代理人与代理人之间的关系,该关系是代理权产生的基础关系,也是代理法律关系中的内部关系。(2)被代理人与第三人之间的关系,该关系基于代理人所实施的代理活动而产生,是代理法律关系中的外部关系。(3)代理人与第三人之间的关系,此也为代理的外部关系。通常情形下,代理人与第三人之间并不发生任何法律关系,只有在特殊情形如代理人超越代理权而被代理人不予追认时,由该无权代理人作为法律关系之当事人对第三人承担责任。前述三种法律关系的结构如下图所示:

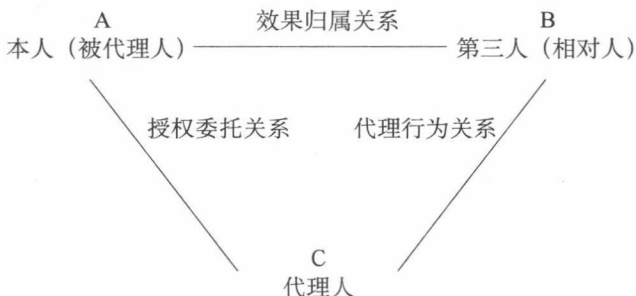


图 1

据此可知代理具有以下特征:

(1) 代理人须以被代理人的名义进行活动。这是代理关系的一个基本特征,也即所谓的“显名主义”,该特征是由代理制度的目的决定的。代理人与第三人为民事法律行为,其目的并非为代理人自己设定民事权利义务,而是基于被代理人的委托授权或依照法律规定,因此代理人只能以被代理人的名义进行活动。但随着英美法系对广义代理的承认,代理制度的这一特征已经被弱化。

(2) 代理人应在代理权限范围内独立地为意思表示或受意思表示。所谓独立为意思表示或受意思表示是指代理人在实施代理行为时须根据实际情况,独立决定并表达代理行为的效果意思,以及独立决定是否接受相对人向自己表达的意思。这一特点也是代理与使者、居间的根本区别,因为使者只传达他人之意思、居间人只为他人提供媒介服务,二者都不独立为意思表示,更不能决定民事法律行为是否成立。同时,因为意思表示是代理行为的基本要素,所以不为意思表示的行为不构成代理,这也是代理行为与其他委托行为的区别所在。如代人保管物品、照看儿童等事实行为。

(3) 代理行为的法律效果直接归属于被代理人。“直接归属”是指代理行为的法律效果不必经过代理人的中介即直接到达被代理人,也即代理行为所产生的民事权利及其利益归被代理人享有,民事义务及其损失也由被代理人承担。比如代理人在

代理活动中对第三人造成的损害应当先由被代理人对第三人承担责任,但是如果该不利后果或损害是因代理人的过错而造成的,则被代理人有权追究代理人的民事责任。

(二) 代理制度的功能

基于“非经本人不得缔结契约”的原则,古罗马市民法在相当长的一段时间内,不承认第三人可以通过自己的意思表示代表他人实施法律行为并且由该他人直接承担代理行为的法律后果,除非第三人与被代理人之间就有关责任的承担问题达成专门的协议。这就意味着曾被恩格斯誉为代表简单商品生产时期最完善立法的罗马法中,并没有代理制度。代理成为一种独立的民事法律制度,是随着商品经济的发展逐渐形成并完备的。在近代资本主义社会,代理制度是资本主义私法自治原则扩张、补充和延伸的结果,它对资本主义商品经济的发展起着十分重要的作用。时至今日,随着经济全球化的深入发展,民商事活动出现更多的时空交错,而且行业科技分工的细化和对行为人知识要求的全面性,都赋予了代理制度以新的功能。(1) 代理制度弥补和扩充了行为能力受限的民事主体从事民事行为的能力。(2) 代理制度能使当事人的意思自治得以充分体现,扩展了民事法律行为和民事法律关系的范围。(3) 代理制度能充分活跃市场经济,扩展国际贸易,开拓国外市场,扩大对外经济技术交流和合作。

第二节 代理制度之立法体系

大陆法系各国民事法律的许多制度都是在继承古罗马法的基础上发展的,但早期古罗马法坚持“行为结果只能归属于行为人自己”的立法原则,这在很大程度上限制了代理制度的发展。中世纪以后,扩大商业交易规模有了更为强烈的制度需求,借此,在注释法学派和教会法学派的推动下有了代理制度的发展萌芽。^①但代理制度的真正确立与发展,是在近代资本主义生产方式建立以后。不过令人遗憾的是1804年颁布的《法国民法典》中并没有规定独立的代理制度,而是在委托合同编中规定代理关系以此作为“取得财产的各种方式”之一。而真正将代理和委任区别开来并确立独立的代理制度是在1896年颁布的《德国民法典》中,至此在法律行为理论的指导下大陆法系的代理制度终于得以完善。

与大陆法系不同,英美法系代理制度的起源和发展基本没有受到罗马法的影响。一般认为,英美法系中的代理发端于中世纪早期,当时的英国法刚刚形成,国王和教皇授权他人以其名义举借债务或指定他人为其他特殊目的的活动,这样就出现了

^① 参见[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365~459页。

代理关系的雏形，国王或教皇是被代理人，以其名义进行活动者是委托代理人。^①后来在判例法、衡平法、契约法、海商法以及商事法的影响下，英美法系中代理制度逐步发展成熟。

可见，两大法系国家在社会制度、法律文化、经济发展、思维习惯等方面的不同，导致代理制度的起源、发展和完善过程都依循不同的历史路径。这也就使得两大法系建立了各自的代理制度体系，并在代理权性质认识、代理制度法律价值追求和代理种类认定上迥异。

一、关于代理权性质的学说

（一）大陆法系关于代理权性质的学说

在大陆法系国家中，法国不承认代理制度的独立性，故在《法国民法典》中只规定了委托合同而未规定代理制度。该法认为委托是委托人与受托人之间的法律关系，代理不过是委托关系的外部效力，因而无所谓代理权，也即否认代理权的存在。但其他的大陆法系国家则对代理制度持肯定态度，承认代理权可以独立存在，然而对代理权性质的认识却一直存在分歧，主要有以下几种观点：（1）权利说。该说认为代理权是代理人依法享有的民事实体权利，是代理人为代理行为的自由意思结果，并符合权利是行为自由的民法表达的本质属性。但至于代理权具体属于哪种权利也有不同认识，有的认为属于形成权，有的认为属于财产管理权，还有的认为属于类似于监护权的人身权等。（2）能力说。该说认为代理权是一种民事能力，该种能力不属于权利能力，而属于行为能力。“代理权为一种能力，与行为能力相类似，其与行为能力不同者，行为能力乃自己所为或所受之意思表示，直接对于自己发生效力；代理权则为代理人所为或所受之意思表示，直接对于本人发生效力也。”^②（3）资格说。该说认为代理权系以代理人名义所为法律行为的效力可以直接归属于本人的法律权能，这种法律权能在本质上是一种资格或地位。^③

（二）英美法系关于代理权性质的学说

在英美法系，虽然代理与委托混而不分，但与《法国民法典》将代理附属于委托合同之中的做法相反，英美法系将委托合同附属于代理法之中，因此代理法属于一个独立的法律部门，而代理权也成为英美代理法理论研究的核心。英美法学者一般认为，代理权是一种“权力（the power of agency）”，而代理就是一种“权力—责任关系（a power-liability relationship）”。美国学者多利克（Doric）指出，代理人享有改变被代理人与第三人之间法律关系的权力（legal power），被代理人也负有变更相应法律关系的责任。代理人的代理权力，可以从以下四个方面说明：（1）代理人与被代理人所拥有的权力范围是相同的，即代理人约束被代理人行为的权力应当限

① See G. H. L. Friedman, *The Law Agency*, 5th ED, London, *Butterworths*, 1983, p. 4.

② 胡长清：《中国民法总论》，中国政法大学出版社1997年版，第303页。

③ 参见王泽鉴：《民法总则》，中国政法大学出版社2001年版，第449页。

制在被代理人约束自己的权力范围以内；(2) 代理人与被代理人所拥有的权力效果是相同的，即代理人代被代理人所实施的行为，就像被代理人自己实施的一样，其结果归属于自己；(3) 代理人与被代理人拥有的权力在得丧变更上是一致的，即被代理人改变自己法律地位的权力因死亡、精神病或破产而终止时，代理人的代理权力也因此终止；(4) 为了确保代理人的代理权力在被代理人自身拥有的权力范围之内，法律严格规范代理人权力的运作，禁止侵害被代理人的利益。^①

综合上述关于代理权性质的各种学说，我们认为首先直接将代理权解释为权利是不妥当的。因为代理制度是为被代理人（委托人）的利益而设计的，如果将代理权的行使解释为代理人享有的权利，那么作为权利行使所得到的利益应归代理人享有，这种解释显然背离了代理制度的立法初衷。将代理权解释为能力或资格也是不妥的，因为法律上的能力在性质上与主体密不可分，无论是权利能力还是行为能力都不得转让，所以委托人如何能将自己的能力转移给代理人？这种解释也忽视了代理权更本质的东西，即其所具有的法律效力。虽然对代理权性质的认识尚未形成统一的认识，但我们注意到一个事实，即代理权与民法上的监护权极为相似，因为二者都只有权利之名而无权利之实，所以将代理权解释为一种民事权限或许更为妥当，即代理权是与自己利益并无必然联系的权限。^②

二、关于代理制度法律价值的探讨

（一）大陆法系对代理制度法律价值的认识

1. 秩序价值

秩序蕴含着稳定性和可预测性，是社会存在和发展的基本前提，有了一定的社会秩序，社会成员和群体之间的交往，就具有可期待性、一致性、连续性和确定性。秩序的核心是安全，法律上的安全可以分为静的安全和动的安全。大陆法系上的代理制度特别注重对交易安全的保护，主要表现在以下几个方面：(1) 承认代理权授予行为的独立性与无因性，使得代理权的授予行为不受基础法律关系的影响，基础法律关系无效、被撤销或不成立，授予代理权行为如果自身不存在无效、被撤销或不成立的情形，代理权仍然存在。(2) 委托人在内部关系中对代理权的限制与撤回，对于不知情的第三人不发生同等效力，委托人仍然要承担有权代理的责任。(3) 大陆法系中的代理制度强调代理人必须以被代理人的名义实施代理行为，被代理人才受代理行为的约束，否则不产生代理后果。这种显名主义的要求，其实质是向社会公开代理人的真实身份，具有公示的作用，从而确保与代理人进行交易的第三人能够根据这一信息预先安排交易风险。(4) 在无权代理情形下，如果第三人有理由相信行为人有代理权，为保护善意第三人的利益以牺牲代理人之利益为代价，确认该

^① See Doric. The Relationship of Principal and Agent. 转引自汪渊智：《比较法视野下的代理法律制度》，法律出版社 2012 年版，第 51～53 页。

^② 参见张玉敏主编，孙鹏、王洪副主编：《民法》，高等教育出版社 2007 年版，第 134～135 页。

代理产生相应的法律后果。^①

2. 正义价值

正义是法律追求的永恒价值,大陆法系的代理制度对于正义的追求尤为突出。大陆法系国家的代理制度具有两大特色,一是将代理权的授予从委托等基础法律关系中分离出来,严格区分代理的内部关系与外部关系,依据不同性质的法律关系,配置不同的权利与义务;二是依据代理效果的归属状况,将代理分为直接代理和间接代理。直接代理中,代理行为的效果之所以直接归属于被代理人,是因为代理人以被代理人的名义实施代理行为。间接代理中,由于代理人以自己的名义进行活动,因而其行为后果首先由行为人承受,然后再间接地转移于被代理人。这些都体现了大陆法系代理制度对形式正义的追求。此外,大陆法系在代理人、被代理人以及第三人之间的关系上特别注重利益平衡,尤其在代理人滥用代理权以及无权代理情形中,权利的保护与责任的分配都凸显了正义的要求。无权代理中,如代理人认为符合自己的利益时可以行使追认权,追认该无权代理行为;第三人在本人追认前既可以行使催告权催告本人追认,也可以行使撤销权撤销该无权代理行为;如果无权代理的行为符合表见代理的构成要件,善意第三人也可以主张代理行为有效;如果无权代理行为,既不符合表见代理也未经本人的追认,则由代理人向第三人承担履行合同或损害赔偿的责任。这一制度构造充分衡量了三方当事人的利益,根据不同性质的利益关系配置了相应的权利与义务。^②

(二) 英美法系对代理制度法律价值的认识

1. 自由价值

自由分为两个方面:第一,不受他人的干预和限制,即“免于……的自由”(be free from...),此为消极自由;第二,自己依赖自己,自己决定自己,即“从事……的自由”(be free to do...),此为积极自由。^③在自由价值的体现上,英美法系的代理制度比大陆法系代理制度表现得更为充分。(1)在代理权的产生上,英美法将代理权的授予与委托合二为一,只要委托合同成立,代理权就当然产生,无须像大陆法系那样,必须在委托合同之外另有授权行为存在,这在实践中能够提高行为效率;(2)在代理的范围上,由于英美法系不存在抽象的法律行为制度,因此代理的行为范围是一切在法律上有意义的行为,不像大陆法系那样只局限于法律行为;(3)在代理行为的实施上,代理人既可以被代理人的名义,也可以以自己的名义与第三人进行民事行为,无须像大陆法系那样,在直接代理时必须以被代理人的名义,在间接代理时必须以自己的名义,代理人在行为的方式上没有选择的自由;(4)在法律行为的后果上,如果是本人身份不公开的代理,既可以像大陆法系间接代理那样严守合同的相对性,也可以突破这一规定,使委托人或第三人绕过受托人,直接

① 参见汪渊智:《比较法视野下的代理法律制度》,法律出版社2012年版,第45~46页。

② 参见汪渊智:《比较法视野下的代理法律制度》,法律出版社2012年版,第46页。

③ See I. Berlin, *Four Essays on Liberty*, Oxford University Press, 1969.