

民商法论丛

Civil and Commercial Law Series

# 代理法论

The Law of Agency

汪渊智 著



北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS

民商法论丛

Civil and Commercial Law Series

# 代理法论

The Law of Agency

汪渊智 著



北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS

## 图书在版编目(CIP)数据

代理法论/汪渊智著. —北京:北京大学出版社,2015.9

(民商法论丛)

ISBN 978-7-301-18978-8

I. ①代… II. ①汪… III. ①代理(法律)—研究—中国

IV. ①D923.04

中国版本图书馆CIP数据核字(2015)第218476号

- 书 名** 代理法论  
**著作责任者** 汪渊智 著  
**策划编辑** 毕苗苗  
**责任编辑** 毕苗苗  
**标准书号** ISBN 978-7-301-18978-8  
**出版发行** 北京大学出版社  
**地 址** 北京市海淀区成府路205号 100871  
**网 址** <http://www.pup.cn>  
**电子信箱** law@pup.pku.edu.cn  
**新浪微博** @北京大学出版社 @北大出版社法律图书  
**电 话** 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027  
**印刷者** 三河市北燕印装有限公司  
**经 销 者** 新华书店  
965毫米×1300毫米 16开本 33.5印张 450千字  
2015年9月第1版 2015年9月第1次印刷  
**定 价** 68.00元

---

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子信箱:fd@pup.pku.edu.cn

图书如有印装质量问题,请与出版部联系,电话:010-62756370

## 前 言

基于自然法思想的要求,一个人的行为后果只能由自己承受,也即一个人只能作出对自己产生法律效果的行为,而不能作出对他人产生法律效果的行为,除非得到他人的同意。如果严格奉行这一原则,会给经济生活带来许多不便。市场经济的发展,使某项行为能够对他人产生法律效果的制度成为必然趋势。

如果一个企业在它的经营范围内的所有业务,事无巨细都由企业主亲自来完成,诸如原材料的采购与加工、产品的宣传与出售等,不仅缺乏效率,而且也是不可能的,这就在客观上需要一种法律技术,即通过他人的行为来完成企业的所有业务,并且其法律后果归属于企业主。换言之,将他人的行为视为企业主自己的行为。达到这一效果的法律途径主要包括:

- (1) 可以通过代理人来为自己作出或受领意思表示;
- (2) 可以通过占有辅助人制度或占有媒介关系使对物的实际控制(即占有)归属于他人;
- (3) 可以通过雇员的职务行为,使产品的所有权归属



于真正的加工人——企业主，而不是完成工作的雇员或工人；

(4) 可以通过法人机构(董事或经理)的行为从事企业活动,视董事或经理的行为为企业的行为。

上述法律途径在现代社会均已变成了现实,并在各国的立法中已经成为不可或缺的法律制度,如代理制度、占有辅助制度、雇佣制度、法人代表制度等。

代理者,代人处理事务也。代理属于法律行为中的一项法律制度。法律行为可以通过他人即代理人实施,某人在其所享有的代理权限内以被代理人的名义作出的意思表示,直接发生有利和不利于被代理人的效力。<sup>①</sup> 代理可以帮助人们实现因自身能力短缺而不能实现的经济事务,它不仅体现了人类社会生活的互助精神,而且也体现了现代商业理性精神——信任与合作。同时,代理也蕴含了一种智慧,因为代理从本质上讲,就是借助他人的行为而坐收其行为后果。所以,早在先秦时期,大学者荀况就曾讲过:“假舆马者,非力足也,而致千里;假舟楫者,非能水也,而绝江河。君子生非异也,善假于物也。”<sup>②</sup>

从法律上讲,代理制度是调整被代理人、代理人和第三人之间代理关系的一项重要法律制度,它产生于市场经济,并服务于市场经济,只要有商品交换和市场经济,就要有代

---

① [德]维尔纳·弗卢梅:《法律行为论》,迟颖译,法律出版社2013年版,第894页。

② 王先谦:《荀子集解·劝学篇》(卷一),载《诸子集成》(二),上海书店1986年版,第2~3页。

理制度；市场交换越频繁，市场机制越成熟，代理制度也越发达。可以说，市场经济与代理制度是一对孪生姐妹。<sup>①</sup> 在自然经济时期，代理制度没有产生的基础与可能；到了市场经济时期，代理制度应运而生，代理成为人们社会经济生活的重要组成部分，代理现象无处不在，诸如商品营销、证券、期货、保险、房地产、国际贸易等均离不开代理，正如美国学者麦克尼尔所言，“代理人在经营着现代世界经济的绝大部分”<sup>②</sup>。与此同时，代理业也成为新型的社会产业，并诞生了以代理为业的新经济阶层——代理商。可以预见，随着市场经济的高度发达，社会分工更加细密，商品交换和经济流转更加复杂化、专业化，特别是经济全球化进程的加快，越来越需要通过代理制度来扩展经济主体意思自治的空间，从而使市场经济能够高效、快捷、有序地运行。

在发达的市场经济国家，无论是英美法系国家，还是大陆法系国家，虽然在法律传统上有差异，但都存在着能够适应经济发展水平要求的完善的代理制度。我国在改革开放前曾实行高度集中的计划经济，社会经济活动全部由政府组织，客观上无代理制度产生的土壤和基础。改革开放以来，尤其是市场经济体制确立以来，基于投资的扩大、商品交换的繁荣、贸易范围的拓展以及社会分工的精细化、市场交易的信息化的需求，我国在《民法通则》《合同法》等法律中建立了代理制度，但是与市场经济发达国家相比，我国代

---

① 徐海燕：《英美代理法研究》，法律出版社2000年版，第1页。

② [美]麦克尼尔：《新社会契约论》，雷喜宁、潘勤译，中国政法大学出版社1994年版，第71页。



理制度还处于初级阶段,在法律实践中存在诸多问题,尤其是我国基于大陆法系的传统,借鉴和吸收了英美法上的代理制度,结果导致在我国的法律中两大法系代理制度产生了猛烈的碰撞,从而对我国的代理法理论提出了新的挑战。

为了丰富和发展我国的代理法学理论,健全和完善我国的代理制度,消除两大法系代理制度在我国的冲突与矛盾,本书通过对两大法系代理制度的比较与鉴别,总结国际代理法的发展趋势,进而在分析我国现行代理制度的基础上,提出完善我国代理制度的建议和意见,以期适应我国市场经济快速发展的要求。

# 目 录

第一章 代理制度的缘起与发展 .....	001
一、大陆法系代理制度的缘起与发展 .....	002
二、英美法系代理制度的缘起与发展 .....	025
三、两大法系代理制度之差异 .....	031
四、我国代理制度的历史沿革 .....	036
第二章 代理制度的功能与价值取向 .....	046
一、代理与归属规范 .....	047
二、代理制度与私法自治 .....	064
三、代理制度的价值取向 .....	068
第三章 代理与基础法律关系：“区别论”与 “等同论” .....	075
一、大陆法系的“区别论” .....	076
二、英美法系的“等同论” .....	080
三、我国代理制度立法模式的选择 .....	083





<b>第四章 代理权的性质与权限范围</b> .....	086
一、代理权的性质 .....	087
二、代理权的权限范围 .....	097
<b>第五章 意定代理权的变动:尊重本人的自由意思</b> ...	114
一、代理权的授予 .....	115
二、代理权的撤回 .....	136
三、代理权的消灭 .....	151
<b>第六章 代理关系的公开性:显名主义与非显名主义</b> .....	179
一、大陆法上的显名主义 .....	180
二、英美法上的非显名主义 .....	190
三、我国非显名主义立法的冲突与消解 .....	198
四、对我国《合同法》第 402 条、第 403 条的修改建议 .....	214
<b>第七章 代理权行使之合理限制</b> .....	225
一、自我行为之限制 .....	225
二、代理权滥用之禁止 .....	236
<b>第八章 共同代理与复代理</b> .....	242
一、共同代理 .....	242
二、复代理 .....	247
<b>第九章 代理行为的效力</b> .....	262
一、代理行为之生效要件 .....	263
二、有效代理行为之法律效果 .....	297
三、无权代理行为之追认 .....	331

第十章 无权代理之规制:以保护交易安全为重心 ...	353
一、本人对第三人的表见代理责任 .....	354
二、无权代理人对第三人的责任 .....	404
第十一章 代理法律制度的未来:趋同与融合 .....	425
一、经济全球化与代理法律制度的发展趋势 .....	426
二、国际代理法的统一化 .....	431
三、欧盟代理法的一体化 .....	444
四、我国代理法律制度存在的问题与完善路径 .....	455
附录	
1889 年英国代理商法案 .....	464
1993 年英国商事代理条例 .....	476
美国代理法重述(第三次) .....	488
参考文献 .....	520

## 第一章

# 代理制度的缘起与发展

代理制度是市场经济发展的产物,哪里有市场经济,哪里就会产生代理制度。无论是英美法系国家,还是大陆法系国家,虽然在法律传统上存在较大差异,但都随着市场经济的发展建立起相应的代理制度,只不过演变路径相异。

在代理制度的发展历程上,大陆法系代理制度的发展主要是依靠有权制定法律的机关进行立法活动,法官只是被动地适用法律的机器。在英美法系国家,法官却发挥着十分积极的作用,通过大量的判例丰富和发展了代理制度,为代理制度不断地注入新鲜血液。我国传统法律制度中并无真正意义上的代理制度,只是在近代立法运动中才引入了西方的代理制度。改革开放以来,随着市场经济的快速发展,我国的代理法律制度有了长足的进步,但离发达的市场经济的要求还有很大的距离。



## 一、大陆法系代理制度的缘起与发展

### (一) 罗马法时代代理制度的缘起

大陆法系各国民事法律的许多原则和制度都是在继承古罗马法规定的基础上发展起来的。然而,在被恩格斯誉为简单商品生产社会最完备的法律体系的罗马法早期,代理制度并没有得到重视和应有的发展。在相当长的一段时间中,罗马市民法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,并且由他人直接承担代理行为的后果,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。罗马法的这一传统原则典型地体现在戴克里先皇帝的以下谕令中:“任何物都不能通过受制于他人权力的自由人<sup>①</sup>取得,占有的情况除外,这是无可置疑的法。”<sup>②</sup>

罗马早期之所以不承认代理,主要基于以下原因:

第一,古罗马社会商品经济不发达,是罗马法中未能形成代理法律制度的根本(经济)原因。<sup>③</sup>古罗马处于小商品经济社会时期,交易活动简单,贸易范围狭隘,不管是个人

---

① 此之自由人是指除家子、奴隶以外的自由民。参见黄右昌:《罗马法与现代》,中国方正出版社2006年版,第262页。

② 黄风:《罗马私法导论》,中国政法大学出版社2003年版,第109页。

③ 佟柔主编:《中国民法学·民法总则》,人民法院出版社2008年版,第189页。



经营还是合伙经营,其规模极其有限,出资人一般是自己经营、自己管理,这种简单的经营形式使经营者依靠自己的能力就可以实现经营所需的各种民事活动,而无需借助于其他人的行为。

第二,罗马人坚持“行为的结果只能发生在行为人之间”的原则和“任何人不得为他人作出约定”的原则,而代理制度却使后果发生于非行为人之间,故与这一观念不合。

第三,古罗马法对实施法律行为有严格的形式主义要求,是制约罗马法中形成代理制度的法律原因。古罗马时期对法律行为的形式与程序极为严格,法律规定凡自由人无论是按照买卖式让与(mancipatio)方式还是按照拟弃诉权(cessio in iure)方式转移或取得财产的所有权,都必须亲自到场,并履行特定的程序和套语才能完成意思表示。“非经本人不得缔结契约”的原则在古罗马时代被视为天经地义,由此相沿成习。后来虽不须履行一定形式的法律行为逐渐增加,但习惯不容易改变,代理仍未得到发展。<sup>①</sup>

第四,古罗马等级森严的家长制与奴隶制,是罗马法中未能建立代理制度的社会原因。古罗马社会是一个崇尚等级、身份的家长制和奴隶制的社会,“家子”的人格全为“家父”所吸收,奴隶则视为“家主”的所有物,“家子”与奴隶所取得的财产,无论是否有为“家父”或“家主”取得财产权利的意思,家父即当然取得之。是之,家父已在事实上获得了类似代理之便利,因而法律再无创设代理制度之必要。<sup>②</sup>

① 周枏:《罗马法原论》(下册),商务印书馆1994年版,第616页。

② 陈朝璧:《罗马法原理》,法律出版社2006年版,第96页。



第五,罗马法上无现代意义上的法人制度,不必处理何种情况下自然人行为由法人这另一主体承受效果的问题。<sup>①</sup>

由于在古罗马时期,无论是作为他权人的家子或奴隶,还是作为自权人的家主或主人,都不得代理他人进行民事活动,因此,在一定程度上阻碍了商品的流转。而到共和国末年,随着贸易活动的扩大和民事生活的频繁,形成了一套关于通过第三人(自权人或他权人)的法律行为的责任承担规则,根据这些规则,裁判官允许对有关的代理行为提起一系列诉讼,以确定当事人的相关责任。由于这些规则主要是通过大法官在司法实践中确立的,与之相关的代理行为在理论上被称之为“裁判官法代理”<sup>②</sup>。这些代理规则,虽然与近代以来形成的代理制度相去甚远,但与之极为类似,无疑是代理制度在罗马法上的萌芽或雏形。据学者考证,这些规则的形成,先后经历了以下两个阶段:一是共和国末年他权人作为代理人的情形,二是帝政时期自权人作为代理人的情形。

### 1. 共和国末年他权人作为代理人的情形

在古罗马,家属在司法上并无独立的人格,奴隶则为主家的工具。按市民法的规定,他们仅能为家主、家长增加利益而不能使家主、家长负担义务,即使家属、奴隶奉命与第三人进行民事活动,日后第三人对家主、家长也无权诉请履行债务。这种不公平的现象,表面上看有利于家主和家長,但适得其反,因为一般人不愿意与家属或奴隶订约,使得家

<sup>①</sup> 朱庆育:《民法总论》,北京大学出版社2013年版,第319页。

<sup>②</sup> 黄风:《罗马私法导论》,中国政法大学出版社2003年版,第110页。

主或家长无法利用家子、奴隶进行代理,这在很大程度上妨碍了交易的进行,因为家主或家长不可能事事躬亲。迫于商品流转的需求,共和国末年,大法官乃创设各种诉权,以使第三人能够直接对家主或家长诉请其履行由家属或奴隶所代理的行为而产生的债务。这些诉权主要有以下几种<sup>①</sup>:

(1) 奉命诉(*actio quod jussu*)。该诉权规定,凡家属或奴隶奉家长或家主之命而与人订约的,该家长、家主应对第三人与其家属、奴隶负连带责任。

(2) 海商诉(*actio exercitoria*),又叫船主诉。该诉权规定,凡家长、家主命其家属或奴隶为船长,则该家属、奴隶在航海经商的范围内所负的债务,家长、家主须直接负责任。

(3) 企业诉(*actio institoria*)。该诉权规定,凡家长、家主命其家属、奴隶担任经理,开作坊、商店或经营垦殖等的,第三者对家属或奴隶因业务而取得的债权,有权向家长、家主请求清偿,家长、家主对家属、奴隶职权所加的限制,非预先向第三人声明或于店铺等前布告周知外,不得推卸责任。

(4) 特有产和所得利益诉(*actio de peculio et de in rem verso*)。该诉权规定,若家属或奴隶与第三者为法律行为时并未得到家长或家主明示或默示的准许,则第三者仅得在家长、家主因家属、奴隶的行为而所得的利益及家长、家主授予家属、奴隶的特有产范围内追偿。此虽为一个诉权,但包括两个判决,即先判决家长、家主返还其所得的利益,如果不足,则判决以特有产抵补。

---

<sup>①</sup> 周枏:《罗马法原论》(下册),商务印书馆1994年版,第616—618页。



(5) 分摊诉 (*actio tributorio*)。若家属、奴隶以其特有产经营企业,虽没有家长、家主的授权,但家长、家主知悉而容忍的,大法官为维护商业上的信用起见,规定该特有产即作为其企业的担保,一旦企业破产,家长、家主不得再主张其特有产的所有权。

上述诉权表明,家长、家主所承担的责任均是一种附带责任,即债权人虽可起诉家长、家主,但主债务人仍为家属与奴隶。基于附带责任之请求权,原出于裁判官法所加于原告之救济权,故又称之为“附加之诉” (*actiones adjecticiae qualitatis*)。<sup>①</sup> 就家长、家主的责任来说,在前三种诉讼中,家长、家主所承担的责任是无限的,因第三者所以与家属、奴隶为法律行为,是基于家长、家主的信用。而在后两种诉讼中,家长、家主的责任为有限的,因第三者为法律行为,是基于家属、奴隶的特有产。总之,起基本作用的观念不是代理,而是根据受益分担风险:主人取得来自于奴隶活动的收益,并且应当因此而承担责任。<sup>②</sup>

## 2. 帝政时期自权人作为代理人的情形

共和国末年,虽然家长、家主可以在一定范围内利用家属、奴隶代为实施法律行为,但仍不能由家外人 (*per extraneam personam*) 代理。因为按市民法的规定,契约以不影响第三人为原则。故代理人代本人与第三人所为的法律行为,与本人不发生关系,仅代理人自己为第三人的债权人或

<sup>①</sup> 丘汉平:《罗马法》,中国方正出版社 2004 年版,第 383 页。

<sup>②</sup> [英]巴里·尼古拉斯:《罗马法概论》,黄风译,法律出版社 2000 年版,第 212 页。





债务人,事后再将所有权利义务移转给本人。帝政以后,代理观念始行萌芽。但对物权的代理产生在前,债权的代理发达较迟。

首先,在物权的代理方面,自公元1世纪末以来,罗马法学家主张,占有可因代理人而取得。这一主张被采纳后,凡属略式移转物,均因第三人交付其物于代理人,本人即可取得该物的所有权。至于要式移转物,则取得大法官法所有权。优帝一世时,要式移转物与略式移转物的区别已正式废止,于是代理人取得物权时声明是代理本人的,则该项物权即直接进入本人的财产中。

其次,在债权的代理方面,自大法官创设海商诉和企业诉后,不久就推行于自权人的代理。不过此种代理中,代理人仍然是主债务人。同时,第三人虽可直接向本人起诉,但本人无权直接向第三人追索。因为代理人在没有摆脱第三人的追索前,如果允许本人对第三者起诉,那么法律行为的利益将被本人取得,而代理人的义务却不被免除。除非在特定情形下,本人可享有直接的诉权。比如,东罗马时期法律规定,下列两种情形,本人可直接起诉第三人:一是代理人没有保留诉权必要的,如代理买或卖,本人已付清货款或已提供追夺和瑕疵的担保;二是非给予本人诉权则无法保全本人利益的,如代理人宣告破产,若本人无直接诉权,则势必与其他债权人平等受偿而蒙受损失<sup>①</sup>。

从以上的叙述中不难看出,罗马法上从未形成现代意

---

<sup>①</sup> 周枬:《罗马法原论》(下册),商务印书馆1994年版,第619—621页。