

商法系列丛书

主编：徐学鹿

张 艳 著

代理法 商事

市场主体法的基础理论与实务

人民法院出版社

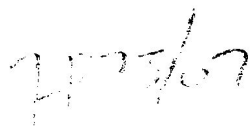
商法系列丛书之四·市场主体法的基础理论与实务

丛书主编：徐学鹿

商事代理法

张 艳 著

人民法院出版社



图书在版编目 (CIP) 数据

商事代理法/徐学鹿主编. —北京: 人民法院出版社,
2000.1

(商法系列丛书·市场主体法的基础理论与实务)
ISBN 7-80056-883-0

I. 商… II. 徐… III. 代理 (法律) - 中国 - 普及读物
IV. D923

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (1999) 第 66952 号

商法系列丛书之四

商事代理法

——市场主体法的基础理论与实务

张 艳 著

人民法院出版社

(北京东交民巷 27 号 100745)

北京人卫印刷厂印刷

850×1168 毫米 1/32 11.625 印张 290 千字

2000 年 1 月第 1 版 2000 年 1 月第 1 次印刷

印数: 0001—3000 册

ISBN 7-80056-883-0/D·955

定价: 17.00 元

丛书编委会

编 委:

- 刘凯湘 北京商学院法律系教授、北京大学博士
司玉琢 大连海事大学前校长、教授、博士生导师
吴志攀 北京大学法学院院长、教授、博士生导师
吴慎宗 法制日报、中国律师报、长安杂志原总编、高级编辑
范 健 南京大学法学院院长、教授
徐学鹿 北京商学院商法研究所所长、教授
张文显 吉林大学副校长、教授、博士生导师
曹建明 华东政法学院院长、教授
曾宪义 中国人民大学法学院院长、教授、博士生导师
王亦平 北京商学院教师、中国人民大学博士

名誉编委:

- 安德鲁·麦克吉 英国利兹大学法律系商法教授、商事
Andrew McGee 法律与实务研究中心主任
岩原绅作 东京大学法学部教授、日本法制审议会商法
部会委员
朴容燮 韩国海洋大学教授、韩国海事法学会会长、博士

主 编 徐学鹿

副主编 刘凯湘 王亦平

序

我们这个时代法律舞台上最重要的发展之一，是商法作为世界通用的法律越来越成为更多人的共识，商法世界统一化的潮流汹涌澎湃，势不可挡。但是，亚洲、非洲等发展中国家“他们之中的许多国家还没有来得及发展其本国的商法，就已经获得独立了”，把这些“国家所急需的商法提供给他们”，是对他们提供的最好的“技术上的帮助”，对他们来说“是无价之宝”^①。对这种现象我们可称作为“补课”。有名望的和公正的国际组织，以及不少的国际知名专家、学者，在亚太国家商法“补课”活动中，作了大量的工作，值得指出的是亚太法协一届又一届的会议总是研讨商法的理论与实务问题，目的无非是从理论导向上使亚太国家重视商法，从而使亚太国家从“无价之宝”中获得实际收益，让更多的人掌握商法“技术”，使这些国家因此而走向繁荣富强。在“补课”过程中，还值得提到的是《外国法律文库》的组织者，向我国推荐的两本有关商法的著作：《法律与革命》、《国际贸易法文选》，这两本书回答了商法补课的必要性，从理论上澄清了商法的诸多界限，可以说是商法“补课”的基本教科书。我国是亚太国家之一，1949年才结束了半封建、半殖民地的统治，走上了独立自主的发展道路，属于发展中国家。我国的商法“补课”情况至今如何呢？我想介绍我的学生在求职中的实际经历来说明问题。当

①〔英〕施米托夫著，江平主编，赵秀文译：《国际贸易法文选》，中国大百科全书出版社1993年版，第200页。

求职者表明自己是商法方向研究生时,对方总是发出这样的问题:什么是商法;商法与经济法有什么不同;什么是民商法;商法与民商法有什么不同等。发问者有法院、检察院等司法机关的,也有工商行政管理等政府机关的,有律师事务所的,有公司企业的,还有高等学校的领导人员等。这些有关商法的典型实例,充分说明了商法在我国“补课”的必要性。发达国家也经历过农业社会,但是,他们从农业发展中积累起来的资本,很自然地就转化成为商业资本,实现了商业革命;而我国漫长的农业社会延续了数千年,农业资本不仅很难转化成为商业资本,发了财的商人转而投资土地,使自己也成为不承担风险的地主。商业革命造就商法,商法也有助于推动商业革命。发达国家在这种良性循环中发达了,而我国却在资本不离土,以土地为中心的经济中,使小农经济社会保持了数千年。在一个存在自然经济、小生产方式汪洋大海的国度里,接受简单商品生产的理论、文化包括法律在内,具有天然性,可以说是根深蒂固、驾轻就熟,而对适应社会化大生产的理论、观念,包括法律,特别是商法,会自觉不自觉地采取种种办法加以阻挠。我们认识这些障碍,“这些障碍包括与法律本身相关的思想和行动的狭隘性和孤立性”^①。我们就要更加增强在商法问题上“补课”的自觉性。既然是“补课”必然有异于常规,它必然要比在常规中付出更大的精力。我们组织编撰这套《商法系列丛书》,就是为了在商法“补课”中,让人们能集中了解商法是什么,而且花较少的精力,获得较多的对商法的了解。从而把我们长期以来在这方面耽误了的时间,在短期内有效地追回来。并且,在市场经济条件下商法是市场交易的基本规则,商法对于市场经

①〔美〕伯尔曼著,江平主编,贺卫方等译:《法律与革命——西方法律传统的形成》,中国大百科全书出版社1993年版,第Ⅱ页。

济，犹如空气对于人一样重要。因此，在商法问题上不能仅是被动地“补课”，而是要在市场经济立法体系的模式选择、总体设计、具体立法规划等诸多方面，充分享受后发性利益，主动地“开新课”，全面创新适应中国社会主义市场经济的新的商法体系。《丛书》在这方面作了一些尝试，以便引起大家共同来探讨建立我国市场经济创新制度体系的兴趣。19世纪问世的近代商法，延续了近两个世纪，20世纪50年代问世的《美国统一商法典》，结束了近代商法的历史。在商法世界统一的时代潮流中迎来的21世纪，将是一个商法的新世纪，让我们与世界上所有的国家满怀激情的迎接商法的新时代。

《商法系列丛书》在组稿和编写中，得到了中国人民大学、北京大学、吉林大学、南京大学法学院，中国政法大学、华东政法学院、大连海事大学、北京商学院等的大力支持，在此谨表诚挚的感谢。《丛书》成书时间仓促，加之水平等方面原因，存在的谬误敬请读者批评、指正。

商法在我国是一个崭新的领域，为便于展开学习、研究、讨论，主编在统稿中没有将丛书作者的不同观点、见解加以统一。这样更有助于读者思考、鉴别不同的观点、主张，从而有利于形成科学的、创新的、具有社会主义市场经济特色的我国的商法体系，有利于这一领域理论与实务的繁荣。

徐学鹿 于北京商学院商法研究所 1999年3月

前 言

商事代理制度是在市场经济发达国家十分发达的法律制度。纵观世界市场经济发达国家，不论是英美法系国家还是大陆法系国家，均用法律对商事代理制度予以规范、调整。商事代理源远流长，但其历经千年不衰的最根本原因乃在于其所独具的功能；在商事交易打破地域国别界限、全球贸易走向一体化的态势下，“一切靠自己，万事不求人”、“事必躬亲”的传统商事交易模式，不仅与追求高速、便捷的市场经济交易规则不完全协调，而且也会徒增交易成本，难以实现效益最大化。我国正处在社会主义市场经济体制构筑时期，我国的商事交易不仅在数量和质量上、而且在地域上都不断增加和扩大，于此情形，如果仍然墨守成规，一味沿用计划经济体制下形成的单一以购进卖出谋取利润的买断式经营方式，不但难以完全克服生产商与销售商之间的矛盾，导致产销关系不稳定，而且也会妨碍资源的最优配置。相反，商事代理制的推行，却有利于降低交易成本，有利于提高全社会资金的使用效益，因此，我们完全有理由相信，随着市场机制的逐步创立和人们观念的更新，商事代理制度一定会在我国经济生活中扮演重要的角色。

商事代理制度虽然在国外极为发达，但在我国，商事代理制还没有得到广泛的应用，对商事代理予以调整的法律也不完善，法律调整的“盲区”依然存在。本书以完善我国的商事代理制度为基本出发点，详细论述了商事代理的基本理论问题，在此基础上，针对我国现已逐步推行的保险代理、票据代理、商标代理、专利

代理、外贸代理、广告代理等代理实践中出现的问题，进行了专题研究，并对其中若干有争议的问题发表了自己的浅见，目的在于使读者对商事代理制度有一个全面的理解和把握。当然，由于作者能力有限，加之资料匮乏，书中错漏之处在所难免，祈望读者不吝指教！

作 者

1999 年 7 月

目

录

序	徐学鹿 (1)
前言	(1)
1 代理与代理法	(1)
1.1 大陆法中的代理	(2)
1.2 普通法中的代理	(7)
1.3 我国的代理	(12)
2 商事代理基本问题	(20)
2.1 商事代理概念探究	(20)
2.2 商事代理法律关系	(24)
2.3 商事代理的适用范围	(26)
2.4 商事代理与民事代理的差异比较	(28)
2.5 商事代理的类型化研究	(31)
2.6 商事代理的功能	(40)
2.7 商事代理的终止	(43)

3 代理商	(47)
3.1 代理商的概念	(47)
3.2 代理商的地位	(50)
3.3 代理商的条件	(52)
3.4 代理商与其他中间商	(56)
3.5 代理商与经销商、包销商、批发商、零售 商	(81)
4 商事代理合同	(85)
4.1 商事代理合同概述	(85)
4.2 商事代理合同的成立	(88)
4.3 商事代理合同的内容	(105)
4.4 商事代理合同的变更及权利义务的终 止	(116)
4.5 商事代理合同签订与履行鉴戒	(121)
5 代理商代理权的正确行使	(125)
5.1 代理权性质辨析	(125)
5.2 代理权的正确行使	(126)
6 保险代理	(151)
6.1 保险代理一般问题研究	(151)
6.2 保险代理人	(157)
6.3 保险代理人和保险经纪人	(163)
6.4 保险代理关系各方当事人权利义务研究	(167)

7 票据代理	(173)
7.1 票据代理一般问题研究	(173)
7.2 票据的无权代理	(182)
7.3 票据的越权代理	(186)
7.4 票据的表见代理	(189)
8 税务代理	(192)
8.1 税务代理一般问题研究	(193)
8.2 税务代理法律关系	(198)
8.3 税务代理人的资格	(205)
8.4 税务代理人的法律责任	(208)
9 专利代理	(211)
9.1 专利代理一般问题研究	(211)
9.2 专利代理人 and 专利代理机构	(215)
9.3 专利代理运作程序	(221)
10 商标代理	(234)
10.1 商标与商标代理	(234)
10.2 商标代理人 with 商标代理组织	(238)
10.3 商标代理运作实务	(242)
11 广告代理	(249)
11.1 广告与广告代理	(249)
11.2 广告代理机构	(253)

4 商事代理法 ★

11.3 广告代理运作实务	(256)
12 外贸代理	(262)
12.1 外贸代理述评	(262)
12.2 行纪基本问题研究	(264)
12.3 行纪对我国外贸代理制的影响	(271)
13 国际代理	(277)
13.1 国际代理与国际代理法	(277)
13.2 《国际货物销售代理公约》	(279)
13.3 国际代理的法律适用	(283)
13.4 我国涉外代理的实践与立法	(290)
附：中华人民共和国合同法 (1999 年 3 月 15 日)	(293)

1 代理与代理法

众所周知，尽管随着世界统一市场的形成和全球贸易一体化趋势的加强，作为市场经济基本规则的法律也正在走向统一。（这一点在代理法领域也初露端倪，例如：《代理统一法公约》和《代理合同统一法公约》已经公布），但是，诸法域分别独立存在的局面并没有太多的改变，源于不同的法律文化和法律传统而形成的两大法系仍以其独具各异的品性而独立存在着。这一点在代理法领域表现得尤为明显，尽管有关代理的国际公约早已颁布，但两大法系国家施行着迥然各异的代理制度，形成了各具特色的代理法体系，在我们探讨商事代理的有关问题前，我们将不得不花些时间来探讨有关代理和代理法的问题，只有在对代理和代理法有了全面了解之后，我们才能研究商事代理的有关问题。而且，更重要的是，由于代理在很大程度上已经超越了国界，对有关国家的代理制度加以了解，这对正确开展代理业务无疑会大有裨益。

由于大陆法系国家的代理制度完全不同于普通法系国家的代理制度，因此，我们将分别介绍大陆法系和普通法系的代理制度，随后我们将对我国现行的代理制度加以评述。

1.1 大陆法中的代理

一、代理的概念

大陆法上的代理制度是建立在将委任与代理权严格区别开来的区别论的理论基础上的。所谓区别论，其最主要的特征是把委任（即委托人与代理人之间的合同）与授权（即代理人代理委托人与第三人签订合同的权利）的概念严格区别开来。委任指被代理人（委托人）与代理人之间的内部关系；代理则指交易的被代理人 and 代理人同第三人的外部关系，按照德国法的解释，代理是一种抽象的法律关系，它独立于任何内部关系，与委任合同互不牵连。如果在被代理人与代理人的合同中规定了对代理人代理权的限制，那不过是向代理人发出“你不应该”的指令，而不等于“你不能”，也不等于削弱了代理人的权限。因此，区别论合乎逻辑的结论便是，包含在委任合同中的对代理人代理权的限制，原则上对签订合同的第三人没有拘束力，被代理人不得指望通过对代理人代理权的限制（即便第三人已经注意到这种限制）来减轻他的责任。^①

建立区别论理论基础上的大陆法国家代理概念的一个重要特征就是十分强调代理人在实施代理行为时须以被代理人的名义，即强调代理人在对外进行民事活动时须表明自己的身份。通常，代理人可以通过下述几种方式来向与之交易的第三人表明自己的身

^① Clive M. Schmitthoff's Select Essays on International Trade Law, 1988. P310-311. 转引自郑自文著，《国际代理法研究》法律出版社1998年版第2页。

份：第一种是显名代理，在显名代理情形下，代理人必须明确地向第三人表明被代理人的名义，以此说明代理人只不过是代替被代理人进行民事活动；第二种是隐名代理，即仅表明代理他人进行民事活动，但并不指明被代理人的姓名或名称；第三种是既不披露被代理人的姓名，也不表明自己是代理人，而以自己的名义从事活动，大陆法只承认第一种情况是代理关系，学理上将其称为“直接代理”，而对后两种情况，学理上将其称为“间接代理”，但大陆法系各国法律均不承认“间接代理”，不属于代理法的调整范围，学理上所称的“间接代理”，在大陆法系国家的法律中实际上将其规定为一种债的关系，即行纪合同关系，德国、法国、日本及我国台湾地区民法均作如此规定。

反映在立法规定上，大陆法系各国对代理概念的规定虽然在表述方式上有所不同，但在对代理人须以被代理人的名义实施民事法律行为这一特征的强调上，则表现出惊人的一致。例如：《德国民法典》第164条第1款规定：“代理人于代理权限内，以被代理人名义所为的意思表示，直接对被代理人发生效力”。“其意思表示无论系明示以被代理人名义而为之者，或按情况可断定系以被代理人名义而为之者，并无区别”。《意大利民法典》第1388条规定：“由代理人以被代理人的名义并为其利益，在授权的范围内容缔结的契约，直接对被代理人产生效力。”《日本民法典》第99条第1款规定：“代理人于其权限内明示为本人（被代理人）而进行的意思表示，直接对本人发生效力。”《苏俄民法典》第62条第1款规定：“根据委托书、法律或行政命令的授权，一人（代理人）以他人（被代理人）的名义所实施的法律行为，直接为被代理人确立、变更和终止民事权利和民事义务。”渊源于大陆法系的我国台湾地区民法第103条规定：“代理人于代理权限内，以本人（被代理人）名义所为之意思表示，直接对本人发生效力。”《法国民

法典》虽将委任与代理混合不分，即仅将代理人的代理权看作委任契约的“外部效力”，是本人和代理人之间关系的附属品，但其第1984条也规定：“委托或代理，为一方授权他方以委托人的名义为委托人处理事务的行为。”^①

正是由于大陆法系如此特别地强调代理人必须以被代理人的名义实施代理行为这一本质特征，致使大陆法系国家法律中的代理制度与普通法系国家法律中的代理制度是如此的不同，可以说，在代理制度这一问题上，两个法系可谓是泾渭分明。例如，在普通法系国家中普遍肯认的隐名代理，在大陆法系国家中却被行纪关系、居间关系所取而代之。尽管立法的总的趋势是两大法系逐渐融合，但至少在目前，在代理制度上，得出两大法系正在融合的结论还为时太早。

二、代理的要件

根据大陆法系国家法律的规定，代理的要件，有成立要件与生效要件之分。

（一）成立要件

在成立要件方面，积极代理与消极代理有所不同。所谓积极代理与消极代理，是以代理方式的不同为区分标准所做的分类，积极代理又称“能动代理”，是代理人向相对人以本人名义所作出的意思表示。消极代理又称“被动代理”，即代理人从第三人处接受其意思表示”。^② 积极代理的成立要件有二：一是须代理人为意思表示。即须由代理人决意为意思表示而且表示之，从而代理人须有思维能力，而且为其意思表示之有效成立，其必要的要件应就

① 郑自文：《国际代理法研究》，法律出版社1998年版第3页。

② 邓曾甲：《日本民法概论》，法律出版社1995年版第66页。