

江帆 著

代理 法律制度 研究

STUDIES ON THE LAW
OF AGENCY

中国法制出版社

STUDIES ON THE LAW OF AGENCY

代理法律制度研究

江 帆 著

中国法制出版社

图书在版编目(CIP)数据

代理法律制度研究/江帆著. - 1 版. - 北京:中国法制出版社, 2000.7

ISBN 7 - 80083 - 725 - 4

I . 代… II . 江… III . 代理(法律)-研究 IV . D913

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2000)第 63983 号

代理法律制度研究

DAILI FALU ZHIDU YANJIU

著者/江帆

经销/新华书店

印刷/北京市朝阳区科普印刷厂

开本/850×1168 毫米 32 印张/8.75 字数/188 千

版次/2000 年 7 月北京第 1 版 2000 年 7 月北京第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 7 - 80083 - 725 - 4/D·697

(北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031) 定价:15.00 元

(如发现印装问题请与本社发行部联系 电话:66062752)

序

代理制度在我国立法进程中引发了越来越多的争议和思考，其原因就在于我们的法律体系属大陆法系，但同时又受到英美法的猛烈撞击。大陆法系代理制度的核心是看“以谁的名义”，凡是“以被代理人”名义实施法律行为者才算代理，否则不能视为代理；而英美法系代理制度的核心是看“有无被代理人的授权”，凡是有被代理人授权的即为代理，而不论是以谁的名义，如无授权则不能视为代理。两大法系的撞击就给我国新合同法中如何规定合同分则中的委托合同、行纪合同、居间合同以及外贸代理究竟应视为委托合同抑或行纪合同带来了很大的争论。新合同法中对外贸代理的这种规定可以说是试图溶合两大法系代理制度的一次尝试，是否成功还有待实践和历史的考验。

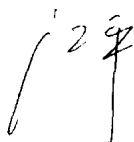
市场经济的发展使代理的概念及领域发生很大变化：不仅有民事代理，商事代理愈显重要；不仅有直接代理，间接代理愈显重要；不仅有外部代理，内部代理（经理人代理）愈显重要；不仅有显名代理，隐名代理愈显重要；不仅有授权代理，表见代理愈显重要。

序
——
1

我的博士生江帆女士在西南政法大学获学士、硕士学位，1996年考进中国政法大学在我的指导下，以代理制度为研究课题获取了博士学位，其选题动机也是希图在代理制度这一领域中对一些理论、观念的不同加以分析、比较，对代理制度的新发展及其在我国市场经济中应起的作用加以阐

述。

有关代理制度的法律研究虽已有几本著作出版，但作为专著性发表的尚很少。这本书的问世可以使读者从中获取许多有益的观点和见解。江帆女士是我少有的几位女博士生中的一位，作学问和研究问题颇为刻苦、认真，在她的著作付梓之际，特作此序。



2000年5月12日北京

前言

我们生活在一个代理人无处不在的世界，证券、保险、国际贸易、地产、产品推销等形形色色的经济行业孕育出林林总总的代理人。代理人几乎经营着现代世界经济生活的全部。正如麦克尼尔认为，人类生活的大部分事务必须由那些并非凭借自己的资格，也不是凭借自己对事务的固有权利，而是凭借从别人那里获得权力行事的人来进行下去。^①从某种意义上说，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梦想。不仅如此，代理也蕴含了一种智慧，正如古人曰：“假舆马者，而行千里；假舟楫者，而绝江河。君子性非异也，善假于物。”^②从社会学意义来讲，代理尚体现了人类社会生活中的互助精神，如代理早期之“委任”以无偿为原则，有偿为例外。

然而，制度意义上的代理的确是人类社会商业理性精神的反映，如果说契约关系意味着人与人之间的合作，^③那么代理则是一种需要更加相互信任的合作。正是因为本人（被代理人）对代理人这种基于特别信任的授权意思，使代理形

①（美）麦克尼尔：《新社会契约论》，雷喜宁、潘勤译，第72页，中国政法大学出版社1994年。

② 句子：《劝学》。这里的“物”应作广义理解。

③（美）麦克尼尔认为，没有社会创造的共同需求和爱好，契约是不可想象的；在完全孤立、追求功利最大化的个人之间的契约不是契约，而是战争。参见（美）麦克尼尔：《新社会契约论》，第1页。

成了区别于委任等契约制度之特色。然而，与其他法律制度一样，代理法理论在两大法系中表现出明显的差异，甚至成为二者不同思维特点和司法传统的缩影。以德国为代表的大陆法系从代理关系中抽象出代理权，认为代理并非一定是委任之结果，将“区别论”（即代理权之授与与委任等基本法律关系相区别）作为代理制度独立存在的理论依据；而英美法系之代理理论认为，代理乃委任之当然结果，并不区分代理权之授与与委任等基本法律关系，即以“等同论”作为代理制度存在的前提。

当然，两大法系有关代理法的理论也并非截然对峙，仍然具有某种程度的相容性。对于代理构成的本人、代理人、第三人三方法律关系以及代理行为后果对本人利益之影响，两大法系并无异议；而看似针锋相对的区别论和等同论并非完全不能调和，区别论认为代理不一定是委任的必然结果，主要是为了强调代理权授与的独立意义，但不能以此否认委任作为基础关系对代理权产生的直接影响，等同论不分离代理权与基础关系，但代理权及代理权之授与并非不存在，而是体现于委任或其他契约关系的权利义务之中，只是没有进行法律抽象而已。

理论总是更容易在抽象的层面上得到统一，而指导具体实践的理论是很难完全统一的，然而那种抽象意义的形而上的理论往往又无法对纷繁复杂且变幻多端的现实直接发生作用。大陆法系之法典化作为法律理论概括、总结的结果，无疑具有一定的抽象性和封闭性，也不能对实践中的代理活动作出无一遗漏的规定。相反，英美法系之判例法空间非常宽松，能够不断地适应现实的发展，然而这种发展必须以普通法体系和渊源为前提。但是，大陆法没有判例法的依赖，却有自罗马法以来的法典化传统，大陆法仍然只能在不断克服

理论局限的情况下继续走法典化的道路。也许行进中的中国民法典之路将为代理立法的完善作出典范。

查阅国内有关研究成果，发现对代理进行比较系统的研究几乎没有，一些个别化的研究只是停留在对德国民法典有关代理的法条注释的程度上，或者对英美法上的代理制度进行客观的介绍，而对于如何吸收英美法中那些符合现实的代理规则以克服德国法以来代理规范的僵化与滞后则缺乏应有的分析。事实上，在我国未来的民事立法中，对于代理制度的完善，应该进行怎样的选择和借鉴，这的确有赖于我们进行比较充分的理论准备。

本书通过对民事代理理论与立法比较深入的探讨，旨在确立我国法制变迁中代理法理念，以期建立完善的代理法律规范模式。其研究路径在理论框架上仍以大陆法立法体系为基础，主要对代理权、代理权之授与、代理行为、无权代理等理论进行了深入的探讨；但在制度层面上对这些理论意义的局限又进行了充分的检讨，并从不同角度比较了英美法代理理论的实用性和可操作性，从而主张在大陆法的理论结构中引入英美代理制度的适当内容，并以此建立和完善我国民事代理立法制度。

内 容 提 要

本书分八章，内容提要如下：

对代理进行总体的“概述”是第一章的内容。本章对于代理的认识体系仍然以德国民法典为代表的大陆法上的代理观念为基础，对于民事代理的制度价值、概念特征、范围的限定、类型划分以及相关概念的比较作了比较充分的论述，但并不拘泥于固有的理论传统，例如，对于代理概念的界定即是在比较两大法系对于代理概念的不同表述的基础上作出了取舍；对于代理的制度价值，除了从民法意义上通常所认识到的扩张和补充民事主体行为能力的作用之外，还对代理制度在经济生活中的功能进行了分析。此外，还对经济学上委托代理理论进行了简要的介绍，除了知识性的认识意义之外，也试图通过这种认识更好地理解 and 把握民法规范中的代理关系。

代理在大陆法系和普通法系的差异非常明显，直接反映出两大法系不同的思维特点和司法传统，大陆法上的代理源于罗马法上的委任制度，法国民法典中的委任制度虽然没有以代理命名，却已经完全确立了代理行为后果由被代理人承担的法律效果归属关系。到德国民法典时代，因德国法理学家拉班德对“代理权”的发现，从而确立了“代理权之授与即授权行为与委任契约等基础法律关系相分立”的代理区别论，代理区别论的本质在于强调代理并非是委任契约的必然产物，只有授权行为才是代理发生的惟一根据。根据这一理

论，代理在德国民法典中获得了与法律行为相当的地位，体现在德国民法典上，代理与代理权被规定在总则编，委任则作为合同之一种规定在债编。代理区别论不仅反映了德国民法抽象思维的结果，而且也满足了大陆法法典化体系的要求，与其他民事法律制度一样，德国民法典代理的理论与立法被日本等大陆法系国家广泛继受。然而与大陆法系相对的是，普通法系对于代理制度的确立最终源于司法判例，并且遵循“代理乃委任的结果”，并不区分授权行为与委任契约等基础法律关系，认为有委任即有授权存在，这种认识在理论上被学者概括为等同论。区别论与等同论的差异直接引出了对代理的不同规定，例如，如何定义代理，代理是一种关系还是一种行为？代理的构成是否必须以被代理人名义为标准？代理的范围？代理类型如何划分，等等，这些问题即在本书第二章“代理的沿革及比较法研究”中作了回答。

第三章是“代理权与代理权的授与”，对代理权和授权行为这两个代理制度中最核心的理论问题进行了比较深入的探讨，并且提出了自己的见解。对于代理权性质的认识，学者们争议很多，有权利说、权限说、权力说、资格说等等，权利说最先遭到批评，因为自从德国民法上代理区别论确立以来，代理权之授与与委任契约相分立的结果表明：代理人与代理权上的利益无关，既然民事主体所享有权利与利益无关，这种权利的权利性即遭到彻底的怀疑。然而，否定代理权权利性质的其他学说也并不是无懈可击，对此，我一一进行了分析。我的认识是，代理权是一种权利，但应当通过权利的构成要素去理解权利，即权利本身应该包括利益、主张、资格、权能和自由而不仅仅是利益；并且不应当把利益仅仅理解为一种可以看得见的物质状态；也不应该从大陆法系固有的民事权利体系去寻找代理权存在的空间。也许我的

认识是一种折中的态度，不过折中的态度未必不是一种可取的态度，正如盲人摸象，盲人们各自所强调的大象的特征只是从某一个角度出发，但如果想要准确地认识大象的特征，就只能终合大家的印象。其实，对代理权性质的争论，就像有关股权、公司法人财产权性质的争论，同样代表了大陆法系的思维传统，其理论意义大于实践意义。本章所涉及的第二个问题即授权行为的性质以及授权行为的独立性和无因性问题。如何认识授权行为的单方法律行为的性质，我认为要从民事法律行为的原理出发，民事法律行为可以说是对各种具有意思表示之行为的法律抽象，授权行为则是对具有授权意思之法律行为的再归纳。在买卖、租赁、委任、合伙等形形色色的契约行为中，无疑蕴涵着当事人设定权利义务的意思表示，但在委任、行纪、居间、合伙、承揽等契约关系中，除法律行为意义的设权意思外，实际上还存在着一方当事人向另一方当事人的授权意思。由于这份授权意思的法律性质及法律后果并不以每个具体的授权内容而有所不同，因此法律上将其概括为授权行为，并成为建立代理制度的重要基石。而授权行为是否具有独立性和无因性呢，对此问题的论述，笔者借用了我国台湾民法学家王泽鉴先生对这个问题进行论述的例证，但得出的结论与王先生相反，认为授权行为不具有独立性和无因性，所谓授权行为的独立只不过是授权意思的独立，或者说是抽象授权行为的独立，而在每一个具体的代理关系中，授权意思必须依附于委任契约等基础法律关系中的具体权利义务而存在，也就是必须是具体授权行为。而且从立法上考察，德国民法典、我国台湾地区民法典等都明文规定：代理权之消灭，依其被授与的基础法律关系而确定。其实，授权行为独立性和无因性的探讨，与物权行为颇为相类似，具有理论意义大于立法意义的特点。

本书第四章讨论了“代理行为与代理关系”。其中最具有现实意义的讨论就是代理行为有效成立要件中的名义标准问题，这一问题也是两大法系代理理论中分歧最大的问题。大陆法系主张显名主义，即在代理行为中，代理人必须充分表达“以本人名义”的意思表示，这也是一个民事法律行为有效成立的基本要素，只有表明“以本人名义”这一效果意思，代理行为的法律后果归属于本人才有理论依据。显名主义直接指导了大陆法上的代理立法，将不以本人名义的代理行为排斥在代理关系之外，并以间接代理即行纪制度专门调整那些为本人利益计算但以自己名义与第三人进行法律行为而产生的权利义务关系。普通法上的代理构成则不以显名为必要，由于没有法律行为理论原理的指导和束缚，认为代理权是发生代理的依据，对于那些有代理权但不以本人名义进行活动的行为仍然可能发生代理并由本人承担代理行为的法律后果，这就是普通法上的隐名代理。隐名代理的发生除了代理权必须真实存在的条件外，还须要借助普通法通过判例所确立的两项权利即本人的介入权和第三人的选择权，这两项权利成为隐名代理关系中本人与第三人权利义务的联结点。隐名代理对我国代理理论、代理立法以及司法都产生了很大的影响。我国《合同法》在“委托合同”一章中，对于因委托合同所发生的代理构成即放弃了严格的名义标准，有条件地吸收了隐名代理制度中的本人介入权和第三人选择权。除了代理行为构成中的名义标准问题，代理行为涉及的理论问题很多，如代理行为的本质、代理行为主体的民事能力、代理行为意思表示的瑕疵、代理行为的法律效果等等，但鉴于这些问题的理论争议不大，本章只进行了一般意义的归纳。此外，对于代理关系的结构、代理关系中当事人的权利义务也作了简要的归纳和分析。

严格说来,没有代理权之授与,就没有代理关系的存在。然而,现实生活中的实际情况是:没有授权之代理并不是绝对意义上的与代理权无关,而总是或多或少与代理权有些牵连,并因此发生代理关系是否构成、代理责任如何承担的纷争。从法律后果来看,无授权之代理既有可能发生代理无效的后果,也有可能发生代理有效的后果。对于前者,大陆法系理论界通称为狭义的无权代理,即不发生属于有效代理的法律后果;对于后者,则称为表见代理,表见代理即被视为有代理权之代理,将发生与有权代理一样的法律后果。那么,如何认识狭义无权代理和表见代理的性质、如何确定狭义无权代理的法律效力及法律后果、如何理解表见代理的制度价值和理论基础等问题就是本书的第五章“无授权之代理”所论述的内容。笔者在本章提出将法律行为中的表示主义和第三人善意取得作为表见代理的理论基础,其目的在于通过认识表见代理的理论基础以更好地把握表见代理的构成要件及其法律效力。

本书的第六章“代理的衍生形式”对与代理最为密切的三个概念行纪、居间、经纪进行了大胆假设、小心求证的比较研究。通过比较代理与行纪,发现二者的产生不仅具有相似的经济背景和制度功能,而且存在内在的逻辑联系。隐名代理与行纪实际上是两大法系不同思维观念对同一现实行为的不同理解,更是两大法系的不同法制传统对同一权利义务之归属进行不同制度设计的结果,对于以自己名义与第三人行为所构成的三方权利义务关系,行纪制度必须通过两个独立的合同结构加债权转让协议去进行调整;而隐名代理只须通过本人介入权或第三人选择权的参与就可以实现相同效果的调整。本章通过具体实例进行分析,认为隐名代理原则不仅可以履行行纪制度的功能,而且在立法和司法中具有

优于行纪制度的特点。通过比较代理与居间，认为居间的两种形式与代理具有不同的联系。报告居间实际上就是以报告信息为劳务的一种委任契约；媒介居间则在形式上与双方代理近似，并极可能演变为双方代理。相对行纪与居间而言，经纪的产生更是代理在极端商业化时代的演变，但经纪并没有自己独立的法律特征，其基本性质仍是特种行业中的行纪、居间或代理，如证券经纪人、期货经纪人、保险经纪人、房地产经纪人、文化经纪人等等，这些专业性经纪人都有各自的行业特点，他们已经不仅具有行纪人、居间人的特点，而同时兼具代理人、行纪人、居间人的多重角色，而且从他们行为角度考察，也不可能形成单一居间法律关系。

对于商事代理与民事代理的关系，笔者认为本质上反映了商法与民法的关系。就代理而言，商与代理更具有一种历史的亲缘关系，一部代理的发展史其实也是商事代理发展的历史，因为代理的发展无不与商人的交易活动戚戚相关。商事代理与德国民法典上的代理相比，的确有一些例外的规则，例如，代理人的商事主体资格、代理行为不以显名主义为必要、授权行为以契约义务的形式存在、代理人可以独立承担代理行为责任等等，但民法的开放性并非绝对排斥这些例外规则。民商本来就是一个难以彻底分割的概念，商事代理与民事代理也非泾渭分明的关系，因此，笔者所理解的商事代理实质上就是民事代理本身发展和变迁的结果。这就是本书第七章“商事代理：民事代理的发展与变迁”所探讨的内容。

本书的第八章即最后一章是“代理法的发展与我国代理立法之完善”。本章也是前面理论探讨的落脚点，两大法系对于代理，不仅在理论上可以趋同与融合，而且实践中已经有相互妥协的立法选择，如国际货物销售代理公约、欧洲合

同法原则即是选择大陆法间接代理之名称、吸收普通法隐名代理的介入权和选择权，从而使这种间接代理关系并不须要两个合同结构进行调整。《中华人民共和国合同法》在“委托合同”一章中，对于伴随委托合同所发生的代理关系作了比较明确的规定，相对于原来《民法通则》中的代理，有了很大的改变，放弃了大陆法上严格的名义标准，引入了委托人介入权与第三人选择权。但是，我国《合同法》所规定的介入权和选择权实际上借鉴了《国际货物销售代理公约》和《欧洲合同法原则》之有关规定，只是为这种代理关系下所发生纠纷的解决作出了符合现实的设计，并没有直接引入隐名代理。在有关我国代理立法如何完善的论述中，最重要的内容就是如何引入隐名代理，但这也是最有理论争议的问题。争议至少有两点：第一，隐名代理的引入是否将破坏大陆法上民事法律行为制度之完整。因为代理人不把“法律效果归属本人”之效果意思表达于外，仅存于内心，其行为就不符合有效法律行为之构成，代理关系将如何建立呢？对此，笔者认为，大陆法上代理制度的建立应该以授权行为为理论基础，应强调代理权的存在而使代理行为对本人发生法律效力，而且，隐名代理下，代理关系的建立并不是任意的，它必须通过本人介入权和第三人选择权的行使。如果非要在代理行为中找出“法律效果归属本人”的意思，那么，本人介入权的表达可以视为对这一要件的补充。第二，隐名代理的引进以怎样的面貌出现。隐名代理原则显然将破坏行纪的法律结构，那么，是将隐名代理完全替代传统意义行纪呢（从而使行纪将从法律术语中消失），还是保留行纪之名而引入隐名代理的操作原理？我认为行纪既然在合同法中已有规定，在未来民法典的代理立法中应选择隐名代理。本章也对具有中国特色的外贸代理制度进行了理论探讨，认为外

贸代理问题的解决不仅依赖于代理立法的完善，而更重要的是必须依赖我国外贸政策的改善，也就是外贸经营权限制的解除，因为外贸经营权并不完全体现为外贸主体的民事能力，而具有一种行政能力的因素。因此在政策限制的前提下，任何立法的完善是很有限的。

ABSTRACT

Agency is an old but a new concept which has been existing since the civil law system has been created and is a permanent subject for people to talk about. This dissertation intend to give a clear description to the notion of agency in the transitional legal system of China and complete its legal system of agency through comparative studies of agency theory and legislation. The whole dissertation is constructed into 8 chapter which is abstracted as follows.

Chapter one is an introductory chapter which gives an analysis and summary to the basic concept of agency law. The author considered that the ultimate value of the agency system exists in the function of social economy whereas the economical definition to the agency theory reflects the initial state of the agency relationship, which helps us with better understanding of the nature of agency. This chapter also gives an analysis and summary to the concept, feature and content of agency, and at the meantime introduces the classification as well as the standards of classification of agency. Finally this chapter gives a comparative study to those concepts which are similar to agency.

Chapter two is a study of agency from both the historical and comparative perspectives. The chapter traces back to the root of agency from which the agency being created and gives a comparison to “the separatism” under the civil law tradition and “the