

法学研究

民事代理制度的新发展

耿卓

(中南财经政法大学《法商研究》编辑部,湖北 武汉 430073)

摘要:代理制度作为意思自治之补充和扩张的工具,在现代社会更发挥着独特的功用。从代理的发展历史与现状来看,代理在未来有以下发展趋势:代理的意义和价值在放大,更人性化,代理在立法上越来越表现出主体法、技术法和利益衡平法的色彩,各法系内部及其之间在代理立法上走向融合,代理的国际统一立法步伐也在以令人乐观的进度加快。

关键词:代理;共同论;区别论;趋同化;国际一体化

中图分类号:D923

文献标志码:A

文章编号:1005-6378(2014)01-0056-05

古老的民事代理制度经历着巨大的变革。在现代思潮的冲击下,体现现代民法理念的代理制度到底有何发展?这是我们理解代理中蕴含的民法精神理念乃至进行立法完善时必须要考虑的问题。

一、代理制度发展的历史基础

代理制度在大陆法系与英美法系有着不同的发展轨迹。一般认为,大陆法上的代理肇始于罗马法,在古希腊法律概念的影响下以附带债务诉讼等各种诉的形式零星规定的方式对社会现实中的代理加以承认^[1]。这以罗马法上的总管之诉为代表^[2]。到了中世纪,由于商业上的需求,注释法学派和教会法发展了代理制度。到近代的格劳修斯时期,代理理论初步形成。之后代理理论及立法在大陆法内走向分裂:以法国为代表的民法立法对委任与代理未作区分,把之规定于合同项下(同一论);而以德国为代表并受其影响的大陆法各国和地区在拉班德的区别论——委任与授权行为相区分、各自独立的指导下,进行相应的制度构建^①。在现代,区别论有两大发展趋势:一是在法

国法学界得到承认;二是区别论作为精致的反映德国法学特征、有明显概念法学色彩的理论,面对复杂生动的社会现实有所松动^{[3]374-375}。英美法上的代理由于其法系本身的特性,理论化、体系化不够,其发展脉络不够清晰。其前期的发展类似于大陆法代理的发展:诉讼代理是其发展的制度起点。到了15世纪,作为代理理论基石的等同论被提出,并由科克(Coke)爵士表述为“通过他人去做的行为同自己亲自做得一样”^[4]。

从功能角度看,代理制度,一是体现了对私法自治原则的贯彻与补充,可谓人手之添附,有助于限制行为能力人与无行为能力人参与社会,使私法自治原则落到实处,同时实现权利能力制度之实效^{[5]210-211};二是体现了对私法自治原则之强化与扩展,可谓是人手之延长,而且从经济上看,“代理作为连接商人的纽带和媒介,对活跃贸易,促进交易便捷,消除跨区域、跨行业之间的界限具有越来越重要的作用”^[6]。这都体现出代理制度在民法上的重大价值:一是对民事主体制度的重要发展,体现出民法尊重人、关心人的人文关怀;二是对民法平等观的深化,不但从形式上实现了平等,同时还实现了实质平等。

收稿日期:2013-12-16

作者简介:耿卓(1977—),男,河南淇县人,法学博士、硕士研究生导师,中南财经政法大学《法商研究》编辑部副编审,主要研究方向:民法、土地法。

^① 参见王莹莹:《论两大法系代理制度统一的基础——通过古罗马法学家的发现》,《社会科学》2009年第12期,第91—93页;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369—378页。

二、代理制度现代发展之制度基础

(一)大陆法系

一般认为大陆法系以名义标准把代理分为直接代理和行纪(间接代理)。对于直接代理,以代理人是否获得授权为标准分为有权代理和无权代理,有权代理根据授权的方式可以分为法定代理和意定代理,后者又根据获得授权的时间分为事前授权和事后追认两种;无权代理在学理上分为广义的无权代理和狭义的无权代理:两者的区别在于表见代理的定性不同,广义无权代理一般认为除包括狭义无权代理外还包括表见代理。以德国、法国为代表的大陆法系虽在立法上不存在间接代理之字样,但在学者论述中却有较明确的体现^①。在我国,《合同法》第402条、第22章的规定表明,两者有区别,属上下位阶关系。当然行纪合同除包含上述情况外还有自己的特点——行纪人恒为(与第三人签订的)合同的当事人^②。

(二)英美法系

在英美法系,一般是按代理人获得授权方式的不同分为合意代理与法律推定代理。合意代理中的合意一般不再细分。根据公开原则,以代理人是否公开本人(被代理人)的身份为标准,合意代理被分为公开本人身份的显名代理和不公开本人身份的隐名代理。其中,显名代理又根据公开本人身份的程度分为公开本人姓名的代理和不公开本人姓名的代理。法律推定代理,为法律所明确规定,公开性更强,主要有两类:一类是从当事人的行为进行推定,法律要求当事人的行为不得前后不一致,是适用禁反言原则的当然结论;一类是法律直接规定的代理,即代理权来自法律的直接授权,主要分为必要性代理和同居代理。可见,从显名代理到隐名代理,“被代理人与代理人间就

代理事宜(包含授权)的对外(主要是向第三人)公示程度,呈现由强而弱的递减序列排列情况”^[7]⁶¹。

综上,大陆法上的代理类型体系是以内部视角建立起来的,反映出抽象性和逻辑性;而英美法上的代理类型体系是以外部视角建立起来的,反映出实践性和实用性^③。

三、代理制度现代发展的理念基础

从民法的精神理念讲,民法“最尊重人,最关心人,成就人,强调人性,追求真善美”,通过促进人的发展而促进社会的发展,体现出民法对人的认识的深化与丰富,体现了人的互助与合作^[8]。这都仰赖各项精妙制度的支撑。作为私法自治之扩张与补充工具的代理制度就是一例。代理制度有助于填平无行为能力人、限制行为能力人与完全行为能力人之间的鸿沟,保障人成为人,享受平等、自由、权利及自主;凭借日益加强的专业化代理,减弱平等的完全行为能力人之间因天资禀赋、专业智识等差别而再造成的机会不平等。

从代理的复杂化、专业化看,随着人在社会和自然各方面的开拓,社会事务的日益复杂化和专业化,以补充性、临时性为基本特点的民事代理逐渐分化出具有主导性、经常性特点的商事代理,而“营业行为的复杂性、职业性以及商法人、商合伙组织在商事活动中的主导地位,使营业行为无不以商事代理行为的某种具体形态表现出来”^[9]。这使得代理出现以下发展趋势^[10]:一是代理活动日益专业化并从个体发展到团体组织,形成独立的产业;二是代理费用日趋增加;三是代理人日益独立,表现出极大的权利自主性与利益独立性,此乃代理产业化之必然结果;四是代理人责任日趋强化。

^① 从施米托夫所著《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390页)中Kommission(德文)与史尚宽先生所著《债法各论》(中国政法大学出版社2000年版,第481页)中的术语可以看出仅是翻译的不同,他们分别译为“间接代理”与“行纪”(实指一物)。这说明有些问题可能是由于理解、翻译的不同造成的,是个伪问题。

^② 崔建远教授对委任下以自己名义进行代理的情形与行纪的区别作了详细论述。参见崔建远主编:《合同法》第5版,法律出版社2010年版,第520页。

^③ 有学者持类似见解。参见李锡鹤:《两大法系代理之法理根据比较》,《华东政法学院学报》2004年第5期,第89—90页。

从代理的适用范围看,呈现日益扩张之势:一是代理范围有扩大趋势,从对日常事务的代理到经济领域内的各种专业化代理如知识产权贸易代理^[11],从私法上代理到公法上代理,如行政代理;二是英美法(与大陆法相比)上代理制度功用多元化,如无因管理职能^{[12]240}。需要指出的是,民法代理是经济学上委托—代理理论^[13]的体现与法律制度安排,两者不能混同。

四、代理制度现代发展的国内立法表现

从制度的历史沿革及发展趋势来看,代理制度的立法模式可以从以下方面进行总结:一是从社会及代理的发展情形来看,民商事代理呈分化趋势^[14]。二是代理人越来越经常地固定地成为代理人,并成为其职业,接受他人的委托。这在法律上表现为主体性立法,如美国1889年的《行纪人法》、英国1979年的《王室代理人法》以及德国商事相关立法^[15]。我国立法大体上也是如此,同时“有必要在比较分析的基础上,以公开原则为中心,对我国分散、凌乱的代理制度予以整合并加以体系化与类型化的解读,对代理的后果加以界定,以期适应代理制度理论发展与实践需要”^[16]。

从立法特点看,代理制度日益表现出技术法的特色,并在世界经济一体化的形势下得到强化。《国际货物销售代理公约》《国际保付代理公约》《代理法律适用公约》等就是典型。正是代理的技术法特点,有利于我们借鉴他国民法代理制度。

从立法的价值取向看,英美法的“等同论”从本人角度出发侧重对本人的利益保护,本人的介入权使得本人经过权衡决定行使与否以实现自己利益最大化,但保护交易安全和当事人预期的现实要求理论作出回应,如通过赋予第三人以选择权和抵销权,创设各种例外与限制,在代理上扩张适用禁反言原则等方式满足现实需求^{[12]238}。大

陆法则在“区别论”的指导下把委任与代理分别独立,两个合同构成三方关系。其着眼点在于是否以第三人名义(即外部标准),更重视第三人与代理人间的外部关系,优先保障交易安全以保护第三人的利益。这在表见代理中表现得最为明显。以表见代理为主要类型和典型代表的信赖责任及信赖保护原则在现代民法中开始逐渐取得优越地位,以风险控制成本的大小作为风险分配的主要考量因素^[17]。《民法通则》第65条第3款甚至规定,在授权不明时,本人与代理人承担连带责任,对第三人保护之充分可见一斑。而且表见代理在日本司法实践中上也呈现进一步扩张之趋势^{[5]235-236}。

面对我国信用缺失的现实挑战,相关立法的目标、价值取向应是侧重对第三人利益的保护(以保护交易安全),同时兼顾本人与代理人的利益^①。

五、代理制度现代发展的国际立法表现

(一)法系间代理制度发展的趋同化特点

法系间代理制度发展的趋同化表现为:(1)在各法系内部的趋同。在大陆法系,拉班德的区别论影响各国民事立法,即使是采取同一论的法国也开始接受这一理论^{[3]374}。在英美法系,有特色的隐名代理制度也表现出趋同的特点^[18]。(2)在两大法系间的趋同。两大法系间在代理制度上的趋同态势尽管是一个缓慢的过程,但上述美国的做法就已经与1992年新《荷兰民法典》第3:67条规定很接近了^②。需要指出的是,等同论与区别论分别作为英美法与大陆法的代理理论基础都有其不足之处,并且对社会现实的回应也不够,需要作出调整。两大法系在立法例上已一定程度上达成共识:英美法逐渐重视法典的立法,朝着法的体系化方向缓慢前进^[19];而大陆法系则早已开始重视并加强判例作用的发挥^③,都力求克服各自传统中的

① 《德国商法典》的规定就处处体现了保护第三人的思想。参见罗伯特·霍恩等:《德国商法导论》,楚建译,中国大百科全书出版社1996年版,第250—251页。

② 1992年新《荷兰民法典》第3:67条规定:“订立合同时未披露被代理人的姓名或名称的,必须在法律、合同或习惯规定的期限内,或者,如果没有规定期限,在合理的期限内,披露其姓名或名称。未及时披露被代理人的姓名或名称的,视为为自己订立合同,除非根据合同得出其它结论。”

③ 包括我国指导性案例制度在内的实践及其模式充分反映出大陆法上判例制度之生成。

不足,谋求双方之最佳结合点。这些在代理立法中也同样有所体现。而“技术上的灵活、开放与包容性,使其(指商事代理,引者注)成为可囊括大陆法系与英美法系一切‘为他人谋求法律后果的代理或类似制度’的理论及制度集合”^{[7]58},从而成为两大法系立法走向统一的开路先锋。

(二)代理制度之国际一体化立法趋向

代理立法的国际化体现为:国际的统一立法工作业已展开,并遵循先易后难、逐步推进的方针,已经取得一定成果。这主要体现在两步行动以及相应的成果上:第一步是“试图使本人与代理人之间的代理合同条款实现标准化,其成果是《商业代理合同起草指南,1960》,‘在商业界中,无疑发挥了十分有益的作用’”^{[3]433}。第二步是三个国际公约的起草:《国际性私法关系中的代理统一法公约》《国际货物买卖合同统一法公约》《国际货物运输代理人代理合同统一法公约》,前两个公约与第三个分别于1961年、1967年提出草案。需要关注的是,欧盟作为当今一体化程度最高的地区,其立法已经超越国内法、表现出国际实体法的特质^[20],为国际一体化立法作了有益探索。而1978年订立、1992年生效的《代理法律适用公约》对协调和统一国际商事代理的法律适用更是贡献甚巨^[21],反映出国际一体化立法在此领域取得的最新进展。

六、结语

最后,笔者想就我国立法完善指出以下几点:一是立法借鉴应明晰代理之来龙去脉注意到两大法系在代理制度上的独特性,以免生南橘北枳之误。二是在统一规定民事、商事代理共性的基础上对二者的个性作出具体规定,在体系视角下注重其与其他相关制度的协调;就具体立法而言,“考虑在民法典的总则部分专章规定民事代理基本制度,在其分则的债或合同编中规定代理商、行纪、居间等营业活动”^[22]。三是具体规则的设计应在依托现行法规定、总结司法实践经验^[23]、因应经济全球化及法律国际一体化发展的强烈需求的条件下以类型化思维对不同的代理类型作出针对性规定。

[参 考 文 献]

- [1] 周相. 罗马法原论:下册[M]. 北京:商务印书馆, 1994:895.
- [2] 王莹莹. 论两大法系代理制度统一的基础——通过古罗马法学家的发现[J]. 社会科学, 2009(12):94.
- [3] 施米托夫. 国际贸易法文选[M]. 赵秀文,译. 北京:中国大百科全书出版社,1993.
- [4] 徐海燕. 英美代理法研究[M]. 北京:法律出版社, 2000:28.
- [5] 梁慧星. 民法总论[M]. 北京:法律出版社,2007.
- [6] 范力军. 论我国合同法确认隐名代理的必要性[J]. 中国农业大学学报:社会科学版, 2002(2):85.
- [7] 吴前煜. 从两大法系间的冲突与融合构建商事代理制度——以商事代理授权行为之无因性为契机[C]//王保树. 商事法论. 北京:法律出版社,2009.
- [8] 崔建远. 关于制定合同法的若干建议[C]//法学前沿:第1辑. 北京:法律出版社,1997:72.
- [9] 肖海军. 商事代理立法模式的比较与选择[J]. 比较法研究, 2006(1):60.
- [10] 周林彬,齐建辉. 代理制度的经济分析——兼论代理制度的创新和变迁[J]. 兰州大学学报:哲学社会科学版, 1998(2):47-54.
- [11] 代中强. 发展我国知识产权贸易代理的必要性与对策[J]. 河南科技大学学报:社会科学版, 2006(1):111.
- [12] 沈达明. 英美合同法引论[M]. 北京:对外经济贸易大学出版社,1993.
- [13] 易宪容. 交易行为与合约选择[M]. 北京:经济科学出版社,1998:137-147.
- [14] 赵磊. 商事代理与民事代理之区分——兼谈我国商事代理制度的立法完善[J]. 西南大学学报:人文社会科学版, 2006(5):129.
- [15] 罗伯特·霍恩. 德国民商法导论[M]. 楚建,译. 北京:中国大百科全书出版社,1996:252-258.
- [16] 尹飞. 代理:体系整合与概念梳理——以公开原则为中心[J]. 法学家, 2011(2):62.
- [17] 杨代雄. 表见代理的特别构成要件[J]. 法学, 2013(2):60-62.
- [18] 徐海燕. 间接代理制度比较研究[J]. 外国法译评, 1998(4):63.
- [19] 朱雅妮. 法律重述:概念、理念与国际化[J]. 湖南师范大学社会科学学报, 2012(5):61-64.
- [20] 于丹. 欧盟商事代理法律制度评介[J]. 商场现代化, 2005(1):152.

- [21] 于庆生. 海牙〈代理法律适用公约〉与我国涉外商事代理制度的完善[J]. 特区经济, 2009(8): 236.
- [22] 苟军年. 论代理制度的发展与完善[J]. 法治研究, 2008(5): 51.
- [23] 陈寒冰. 论表见代理中的本人过错[J]. 河北大学学报: 哲学社会科学版, 2012(5): 97-98.

【责任编辑 王雅坤】

On the New Development of Agent System in Modern Civil Law

GENG Zhuo

(Editorial Department of Studies in Law and Business, Zhongnan University of Economics and Law, Wuhan, Hubei 430073, China)

Abstract: As the tool of complement and expanding for independent will, agent system plays unigue role in modern society. From the history and current situation of agency to see, the agency has the tendency as follows in the future; the meaning and value are magnifying and more humanism; the agent shows more and more subject law, technical law and benefit balance law in legislation; the tendency in agency legislation is to unify inner and between of law families; the program of international legislation on agency is speeding up optimistically.

Key words: agency; theory of integration; theory of separation; convergence; internationalization