

# 论代理制度的立法模式\*

汪渊智 赵 搏

(山西大学 法学院, 山西 太原 030006)

[摘要] 如何处理意定代理与基础法律关系的关系,大陆法系国家的立法采用“区别论”的模式,英美法系国家的立法采用“等同论”的模式。我国未来民法典的代理制度基于法律传统、代理行为的性质、代理权的相对独立性以及代理法律关系的构造等原因,应当采纳“区别论”的立法模式,并且应将代理制度统一规定在民法典总则中,债编中不适宜规定代理权的授予。

[关键词] 意定代理;区别论;等同论;代理权的授予

[DOI] 10.16396/j.cnki.sxgskxb.2017.03.013

[中图分类号] D923 [文献标识码] A [文章编号] 1008-6285(2017)03-0053-05

代理总是基于一定的原因关系而产生,此种原因关系即为代理的基础关系。在法定代理,此种基础关系或者为夫妻关系,或者为监护关系等。而在意定代理,其基础关系可能是委托关系、雇佣关系,也可能是合伙关系或企业内部组织关系等。在法定代理下,无论是基于夫妻关系,还是基于监护关系,代理权产生于法律的直接规定,代理关系独立于其基础关系,这在立法与学说上没有分歧。但在意定代理下,代理与其基础关系究竟是一种什么样的关系,在立法上如何处理二者之间的关系,世界各国有“区别论”和“等同论”两种立法模式。当前,我国正在积极起草民法典,未来民法典中的代理制度应当采用何种立法模式,首先需要在理论上予以充分的说明,然后才能进行理性的选择。

## 一、“区别论”的立法模式

### (一)“区别论”的认识历程

在大陆法系,关于代理与其基础法律关系的认识经历了一个漫长的过程,并与代理制度的发展紧密相连。17世纪荷兰自然法学家格老秀斯较早提出代理与委任的关系,他在其名著《战争与和平法》(1624年出版)一书中写道,代理人的权利直接来源于本人,他的行为基于本人的委任<sup>[1]365-459</sup>。格老秀斯显然已经注意到了代理与委任之间的联系,但未能对二者做出区分,只是简单地认为委任合同就是代理人代理权产生的基础,二者具有同一性。基于

这一认识,1794年的《普鲁士国家的普通邦法》、1804年《法国民法典》将代理与委任不加区分进行规定。如《法国民法典》第1984条第1款规定“委托或代理是指,一人依此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。”依据该规定,代理权因委托契约而生,契约之外别无代理权的渊源。委托契约与代理权的授予有因果关系,授权的意思表示仅仅是委任契约之申告,而委任契约即以代理权之授予为目的的契约<sup>[2]</sup>。随后,1811年的《奥地利民法典》、1834年的《荷兰民法典》等都继承此种思想,不承认代理是一项独立的法律制度,有关代理的规则被包含在委任合同中,代理人所为法律行为之效力归属于本人,被视为委任合同的一种附属性法律效果<sup>[3]</sup>。19世纪中叶的德国法学家耶林(Jhering)注意到了代理与委任的区别,指出代理权授予是一个与委任合同不同的问题。他强调委任与代理的并存,在本质上纯属偶然,受任人无代理权者有之,代理人未受委任者也有之。但他仍坚持代理权授予和委任是一物两面的传统观念。1861年《德国商法典》的制定,尤其是其导入的“法定商业代理制度”,才使德国学者真正认识到代理权的授予就其发生、范围及存续期间而言,是可以从构成其基础关系的事务执行关系中脱离出来,他们感到应当放弃传统的将代理权与基础关系视为一体的理论。德国罗马法学派的拉班德(Laband)当属新理论的代言人,他在1866年发表的《代理权授予及其

\* 2013年国家社科基金项目“我国民法典总则中代理制度立法研究”(13BFX086)之阶段性成果。

[收稿日期] 2016-12-21

[作者简介] 汪渊智(1965-),男,山西宁武人,山西大学法学院副院长,教授,法学博士。研究方向:民商法。

赵搏(1988-),女,山西太原人,山西大学硕士生。

基础关系的区别》一文中,创造性地提出了独立的抽象的代理权授予概念,完全摆脱了将代理权授予与委任基础关系视为一体的理论。在他看来,委托与代理并非相互一致,二者属于不同的关系,不应被理解为同一关系的内部侧面和外部侧面。具体而言,一方面存在无代理权的委托,即受托人以自己的名义进行契约活动,如商事交易中的行纪等;另一方面,也存在未经委托的代理权,例如公司董事、法人代表、船长等不管有无委托,对外均具有代理权限。可见,代理权的产生与否,与委托并无必然联系。与耶林仅仅发现代理权与委任存在区别不同,拉班德认为,代理权授予这一行为,丝毫不要求有作为其支持的基础法律关系的存在,它是一个与基础关系有区别的独立合同,称代理权授予合同。所以,代理权取得与委任,彼此之间存在完全的独立性。拉班德提出的独立代理权授予行为概念,是一种抽象的构成。没有基础法律关系,代理权仍可以发生。这一理论被后来的德国民法著作称为“抽象性原则”,又称区别论,并被誉为“法学上之发现”<sup>[4]</sup>。拉班德使代理权独立于代理人义务关系的构想是一项杰出的贡献,代理权的独立使人们得以形成具有普遍性和统一性的代理制度<sup>[5]89</sup>。不过,拉班德在进一步对代理权的授予行为定性时,认为代理权授予是合同,而不是单独行为,残存了若干“代理权与委任一体性”的看法。后来,德国学者在拉班德的基础上进一步提出,代理权授予不是合同,而是单独行为,属于有相对人的单方法律行为。目前德国通说认为,对代理权的授予,法律应当以最小的生效要件加以限制,因此,不需以契约方式为之<sup>[6]</sup>。

## (二) “区别论”对大陆法系代理制度立法的影响

拉班德的理论对大陆法系民法典中关于代理制度的规定产生了重大影响。1900年的《德国民法典》、1896年的《日本民法典》、1911年的《瑞士民法典》、1915年的《瑞典合同法》、1940年的《希腊民法典》、1942年的《意大利民法典》、1966年的《葡萄牙民法典》<sup>[7]</sup>、1992年的新《荷兰民法典》、1994年的《俄罗斯民法典》和《蒙古民法典》、1995年的《越南民法典》等,均受这一理论的影响,对委托合同与代理加以区别,将代理与代理权规定在民法总则(《德国民法典》《日本民法典》)、债务法总则(《瑞士债务法》)、合同总则(《意大利民法典》)或财产法总则(《荷兰新民法典》),将委托合同规定在债编分则。如《德国民法典》第167条规定“代理权的授

予应向代理人或向代理人对之为代理行为的第三人以意思表示为之。”原来在立法上采代理与委任一体说的法国、奥地利等,在《德国民法典》颁行后,判例与学说均致力于扬弃传统见解,采取于法典实施后新创设的、在法律上并无拘束力的理论。

## 二、“等同论”的立法模式

### (一) “等同论”的原因

英美法系不区分代理与委托合同,其代理法的基础是被代理人与代理人的“等同论”。该理论认为,代理关系是一种合同关系,代理合同关系与委托合同关系混而不分,即代理关系与基础关系是同一的,由此决定了代理人的行为不仅是行使代理权的行为,而且也是履行合同义务的行为。同时,由于代理人获得了被代理人的授权,因而在结果上代理人的行为等同于被代理人的行为,也就是说“通过他人实施的行为视同自己亲做的一样”<sup>[5]365-459</sup>。与大陆法的区别论不同,英美法的等同论笼统地把代理人行为视同于被代理人的行为,即代理人实施的代理行为,其产生的结果和被代理人亲自为之一模一样。由于英美法不强调区分被代理人与代理人之间的内部关系,以及代理人与第三人之间的外部关系,只是简单地从一者引申出另一者。因此,在代理人和被代理人之间,谁和第三人进行交易并不重要<sup>[8]</sup>。

这一理论,直接影响了英美代理法的立法与司法实践。如《美国代理法重述(第三次)》第1.01条为代理所下的定义是“代理是一种受托信义关系,这种关系由一方(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。”依此定义,代理就是一种委托合同关系,代理依附于委托,与委托混而不分。基于这样的认识,在英美法系国家,代理制度与委托合同制度在立法上总是合二为一,在表现形式上,代理制度尽管有专门的立法,但代理制度中当然包含了相当于大陆法中的委托合同制度。所以,从形式上看,英美法系的代理制度虽然是独立存在的,但在其中却融合了委托合同制度的内容。

据施米托夫(Clive M. Schmitthoff)的考证,等同论与拉班德理论问世之前出台的大陆法系民法典的主流观点“代理是委任的法律效果”是相同的,二者都源于教会法。只不过由于大陆法系接受了拉班德的理论,使得等同论的发展受到阻碍;而英美法系没有接受拉班德的理论,致使等同论在英美法系扎根

生花,从而形成了代理的一般概念,避免了对不同的代理形式进行烦琐的肢解和分割。因此,代理的一般概念可以作为实践中出现的各类代理关系的理论基础,甚至成为合伙法的理论基础<sup>[1]365-459</sup>。

## (二)“等同论”与“区别论”的利与弊

大陆法系在区别论思想的影响下,将代理从委托等基础法律关系中分离出来,形成了独立的法律制度,一方面增强了代理制度的功能,另一方面也为代理的发展开创了广阔的法律空间。英美法系虽然在对待代理与其基础法律关系的态度上与大陆法系截然不同,但是也同样建立了独立的代理制度,成为英美法中的重要组成部分。在这一点上,二者可谓异曲同工。不可否认,这两种不同的理论很难绝对地讲孰优孰劣,应该是各有利弊。

大陆法系的区别论,借助于法律行为制度,将代理进行了高度抽象,其结果使得代理立法更加缜密。与此同时,由于将代理抽象为特殊的法律行为,结果使代理的范围变得狭窄,只限于以本人名义实施法律行为,非此则不生代理效果。英美法系的等同论,将代理与委托混为一体,既不强调以本人的名义,也不限于法律行为,代理制度极为灵活。其弊端在于代理的范围过于宽广,以至于类似代理的现象均可纳入,诸如合伙、雇佣、代表、承揽以及替代责任等全部包括在内。

此外,大陆法上的区别论由于将代理权的授予和基础法律关系分离,使得代理权不容易受到基础关系的影响,具有稳定性。换言之,使交易资格具有独立存在的可能性<sup>[5]936</sup>,因而有利于对第三人利益的保护。而英美法上的等同论将代理权的授予和基础法律关系捆绑在一起,当基础法律关系不存在时,行为人就不能获得授权,其行为就不会影响到本人,所以该理论更倾向于保护本人的利益<sup>[9]</sup>。

## 三、“区别论”模式是我国代理制度的理性选择

我国未来民法典中在处理代理与其基础法律关系的关系时,应当采用大陆法的“区别论”,将代理制度与委托合同等制度分别规定,即将代理制度规定于民法典总则中,委托合同等置于合同法分则中,其理由如下所述。

(一)我国的法律传统决定了应当采用“区别论”

我国作为大陆法系传统的传承者,从近代开始就在立法上继受了代理法的区别论。从《大清民律

草案》《国民律草案》,一直到至今在台湾生效的《中华民国民法》(以下称我国台湾地区“民法”)都是采纳了德国的“区别论”,即把代理规定在民法总则,把委任合同规定在债编各论中。新中国建立后,我国《民法通则》在法律行为一章规定了代理的一般事项,然后在《合同法》总则中又规定了表见代理,而委托合同、行纪合同则放入分则中,足见我国立法采区别论的态度。因此,在未来民法典中应当继续坚持这一立法模式。

## (二)代理行为的性质决定了应当采用“区别论”

我国学界普遍接受了大陆法的区别论,并认为代理关系的建立,通常有其基本法律关系,但二者并非必然。实践中二者的关系可能有三种形态:其一,有授权行为,但未伴有基础法律关系;其二,虽有基础法律关系,但未授予代理权;其三,有基础法律关系,并伴有授权行为<sup>[10]226</sup>。由此可见,存在委托等基础法律关系,并不一定要产生代理关系。是否产生代理关系,取决于完成受托事务所采取的行为的性质,如果受托事务需要通过事实行为完成时,就无授予代理权之必要,只需有事务处理权即可;如果受托事务需要通过法律行为完成时,才需要授予代理权,此时二者之间连接在一起,产生了代理关系。

(三)代理权变动的相对独立性决定了应当采用“区别论”

代理制度独立于委托等基础法律关系,除了在立法体例上应与委托合同分别规定外,在代理权的变动上也不应依赖于委托,主要表现在以下几方面。第一,委托等基础法律关系建立后,代理权的产生依赖于委托人的单独授权行为;第二,委托关系存续期间,基于特定理由委托人可以撤回代理权,而委托关系并不结束;第三,委托关系消灭后,出于对相关当事人利益的保护,代理权继续存在,直到目的实现。

(四)代理法律关系的构造决定了应当采用“区别论”

代理涉及三方当事人,因而在法律关系层面存在三种关系<sup>[10]220</sup>,即本人与代理人的基础法律关系、本人与第三人的效果归属关系以及代理人与第三人的代理行为关系。其中,第一个关系为代理的内部关系,是外部关系得以产生和存在的前提,属于产生代理的原因关系,后两个关系为代理的外部关系,是内部关系的目的和归属。内部关系与外部关系以代理权为纽带连成了一个整体,共同构成代理关系。不过,从制度层面而言,代理制度只是就代理的外部关系进行规范,至于内部关系,则视其关系的

性质或内容分别由其他制度予以规范。例如:在法定代理,如果内部关系为夫妻关系或监护关系时,则属于婚姻制度或监护制度;在任意代理,如果内部关系为委托时,则属于委托合同制度,如果内部关系属于合伙关系或劳动合同关系时,则属于合伙制度或劳动合同制度。可见,代理制度与其基础法律关系分属不同层面的问题,不应当放在一起规定。

#### 四、“区别论”模式下代理制度的设置体例

##### (一)应当将代理制度统一规定在民法典总则中

代理制度既然应与基础法律关系分别规定,那么,代理制度应当置于民法典中的什么位置,此即设置体例问题。考察世界各国民法典,代理制度一般存在两种设置体例:一是将代理制度置于民法典总则编中,二是将代理制度规定于民法债编。本文认为,我国的代理制度应当置于民法典总则编中,理由如下所述。

第一,采纳区别论并建立了抽象的法律行为制度的国家(地区),通常将代理制度规定在民法典总则编中,并且安排在法律行为一章中或该章之后,如德国、日本、俄罗斯、越南、葡萄牙、韩国、朝鲜、独联体成员国示范民法典以及欧洲民法典草案等,我国台湾地区民法典、澳门地区民法典也采此例。未建立抽象法律行为制度的国家,通常将代理制度置于债编总则或者合同总则中,如荷兰、瑞士、意大利、泰国、埃塞俄比亚、菲律宾等。之所以有这样的差异,一方面是基于法典的提取公因式的立法技术,另一方面是基于代理与法律行为的密切联系,因为只有法律行为方可代理。我国早在《民法通则》中就建立了抽象的法律行为制度,并且只认可法律行为的代理,未来民法典继续这一做法已无疑义。所以,民法典总则中规定代理制度应成为必然。

第二,将代理制度置于民法典总则中是代理的普遍适用性决定的。代理的适用范围是较为广泛的,一般来讲,只要法律没有明确禁止或者不违反本人的意思,所有财产性法律行为皆可通过代理人进行代理。债编中的负担行为、物权编中的处分行为、亲属编中的日常家事行为、继承编中的遗产处理行为等均有代理制度的适用。因此,将代理制度规定在总则中,不仅是代理制度普遍适用性的客观要求,同时也是提取公因式的立法技术要求。

第三,我国学界普遍认同代理制度规定于民法

总则中。由梁慧星教授主持起草的《中国民法典草案建议稿》把代理制度置于总则编的法律行为一章之后,即第六章“代理”<sup>[11]</sup>;王利明教授主持起草的《中国民法典学者建议稿》也在总则编规定了代理,并放在法律行为一章之后<sup>[12]</sup>;徐国栋教授主持起草的《绿色民法典草案》虽然在法典编制体例上与上述两个建议稿有很大的差异,但是关于代理制度的规定也是放在了相当于总则编的“序编”中,与法律行为部分相并列<sup>[13]</sup>。这些建议稿足以反映我国学界的立法倾向。

我国现行立法上虽然采用“区别论”,在《民法通则》中将代理与法律行为规定在一起,但坚持得并不彻底,在《合同法》中仍然存在有关代理制度方面的规范。例如,第47条关于限制行为能力人所签合同需经法定代理人追认的规定、第48条关于无权代理人所签合同需经被代理人追认的规定、第49条关于表见代理的规定,尤其是在第21章“委托合同”中又规定了隐名代理(第402条)和本人身份不公开的代理(第403条)。这似又再现了英美法上的等同论,将委托与代理混在一起,否认了代理制度的独立性。因此,我国未来民法典应当将《合同法》中的上述规定一律放入总则关于代理制度的规定中,以便彻底坚持“区别论”,抛弃“等同论”的残余。

##### (二)代理权的授予不适宜在债法总则中规定

我国未来民法典中除了在总则中规定代理制度外,是否需要在债法中规定代理权的授予作为债的发生原因?

采纳区别论的瑞士民法,在其债法中“债的发生”一章中专设“代理权之授予”一款,对代理权的授予进行了规定。我国台湾地区民法除了在总则中规定代理的一般事项外,也仿照瑞士债务法的规定又在债编总则第1章第2节的第二款规定了代理权的授予、共同代理、无权代理等问题。按照此种立法,代理权的授予行为是产生债的原因,但在学界却不无争议,有肯定说与否定说两种观点。

一是肯定说。该说认为,本人通过授权行为,将代理权授予代理人后,代理人在其权限内所为之代理行为,即应由本人负其责任,故授权行为为债之发生原因。还有学者指出,授权行为也可以产生债权债务关系,其中代理人为权利人,享有实施代理行为的权利;本人为债务人,负有容忍代理人进行代理的义务。这种债的关系,不同于因代理行为所产生的债的关系<sup>[14]</sup>。

二是否定说。该说认为,本人虽对于代理人授

予代理权,代理人对于本人并不因此而负有为代理行为的义务。其使代理人负有此项作为义务者,乃本人与代理人间的委任、雇佣等基本法律关系,而非代理权授予行为。因为任何人不能以单方的意思表示,而使他人法律上负有某种作为义务。即使本人对于代理人负有容忍其为代理之义务,也只是代理权限的反射,非属独立的给付义务,似不足作为债之标的。所以,代理权授予行为之本身在当事人之间不发生任何债权债务关系,自非为债之发生原因<sup>[15]292</sup>。

由上所述可以看出,肯定说认为授权行为导致本人负有义务,否定说则认为授权行为不使代理人负有义务,二说并非针锋相对。笔者认为,授权行为非为债之发生原因,理由有 4 点。

第一,本人之所以应对代理人实施的代理行为后果负责,并非基于授权行为,而是基于代理法律的规定,因此授权行为不产生本人的义务。

第二,代理人实施代理行为是完成受托事务的履行行为,而受托事务的完成是其内部法律关系中的义务要求,并非授予代理权行为所产生的义务。所以,授权行为也不产生代理人的义务。

第三,肯定代理权的授予行为是债的发生原因,使得代理制度的一部分规定在法律行为制度中,另一部分规定在债的发生原因中,将会人为地破坏代理制度的完整性。

第四,瑞士债务法之所以在债编中规定代理,是因为瑞士债务法在制定之时,《瑞士民法典》还没有出台,无法将本属于民法总则的代理制度放入其内,等到《瑞士民法典》出台后,该法典又不设总则,就更无法将代理制度规定进去了,因而一直延续到现

在。我国台湾地区“民法”总则先于债编颁布,此时仍然效仿瑞士的立法,致使代理制度被割裂为二,立法体例显欠斟酌,解释适用上易滋疑义<sup>[15]271</sup>。

基于上述理由,我国民法典在债法中不宜规定代理权的授予为债的发生原因,而应统一纳入民法典总则关于代理制度的规定中。

#### [参考文献]

- [1] 施米托夫. 国际贸易代理: 比较法研究[M]//施米托夫. 国际贸易法文选. 北京: 中国大百科全书出版社, 1993.
- [2] 富井章章. 民法原论: 第 1 卷[M]. 陈海瀛, 等译. 北京: 中国政法大学出版社, 2003: 289.
- [3] 梁慧星. 民法总论[M]. 3 版. 北京: 法律出版社, 2007: 219.
- [4] 王泽鉴. 法学上之发现[M]//王泽鉴. 民法学说与判例研究: 第 4 册. 北京: 中国政法大学出版社, 1998: 1-25.
- [5] 维尔纳·弗卢梅. 法律行为论[M]. 迟颖, 译. 北京: 法律出版社, 2013.
- [6] 黄立. 民法总论[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2002: 402.
- [7] 海因·克茨. 欧洲合同法: 上卷[M]. 周忠海, 等译. 北京: 法律出版社, 2001: 319.
- [8] 徐海燕. 间接代理制度比较研究[J]. 外国法译评, 1998(4): 56-70.
- [9] 刘文科. 商事代理法律制度论[M]. 北京: 法律出版社, 2013: 17.
- [10] 梁慧星. 民法总论[M]. 4 版. 北京: 法律出版社, 2011.
- [11] 梁慧星. 中国民法典草案建议稿附理由: 总则编[M]. 北京: 法律出版社, 2013: 302-377.
- [12] 王利明. 中国民法典学者建议稿及立法理由: 总则编[M]. 北京: 法律出版社, 2005: 324-393.
- [13] 徐国栋. 绿色民法典草案[M]. 北京: 社会科学文献出版社, 2004: 32-35.
- [14] 郑玉波. 民法债编总论[M]. 陈荣隆, 修订. 修订 2 版. 北京: 中国政法大学出版社, 2004: 65.
- [15] 王泽鉴. 债法原理: 第 1 册[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2001.

## On the Legislative Pattern of Agency

WANG Yuanzhi ZHAO Bo

(Law School of Shanxi University, Taiyuan 030006, China)

**[Abstract]** On how to deal with the relationship between agency arising by agreement and the agreement made by principal and agent, the two different legal systems choose two different legislative pattern. Nations of the Common Law family are for the "theory of identity", while nations of its counterpart choose the opposite. Based on the legal tradition, the nature of agency, the independent characteristic of the power of agency and the structure of agency, we should accept the "theory of distinction" in the future. Meanwhile, agency should be legislated in the General Civil Law and the conferment of power of agency should not be concluded in the Law of Obligation.

**[Key words]** agency arising by agreement; theory of distinction; theory of identity; the conferment of power of agency