

# 论民法总则对商事代理的调整

## ——比较法与规范分析的逻辑\*

蒋大兴 王首杰

---

【提 要】从各国的立法例来看，无论是大陆法系民商分立、民商合一的国家，还是英美法系国家，都注重对商事代理的调整。但在我国，无论是现有立法还是民法典建议稿，规范模式均注重民事代理而忽视商事代理。我国忽略了对经理权和代办权的规范，且对于组织能力行使的规范，存在着诸多不足；对于大陆法系其它国家所重视的代理商制度，我国的规范是缺失的。鉴于商事代理与民事代理的差别，在民法典编纂之时，应预留商事代理的规范空间，对商事代理做出特别规定。

【关键词】民法典 民法总则 代理 民事代理 商事代理

【中图分类号】D923 【文献标识码】A 【文章编号】1000-114X(2016)01-0227-09

---

代理是一种重要的社会经济活动方式，也是重要的法律制度。代理制度调整的，是被代理人、代理人和第三人之间的法律关系。大陆法系一般在法律行为框架内讨论代理，《法国民法典》第1984条将代理定义为“一人据以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”。<sup>①</sup>《德国民法典》第164条关于代理人意思表示的规定，<sup>②</sup>可以看出其所彰显的代理之概念，即认为代理是代理人在代理权限内、以被代理人的名义所实施的、对被代理人产生效力的行为。瑞士（债法典32条）、日本（民法典99条）、意大利（民法典1388条）、俄罗斯（民法典182条）等国，与德国定义类似。<sup>③</sup>而英美法系则将代理偏重于理解为一种法律关系。我国对代理的定义也与德国类似，王泽鉴认为代理是一种行为，郑玉波认为代理是一种制度，尹田认为代理是一种法律关系。<sup>④</sup>我国目前面临民法法典化，对于各国代理规范进行比较和分析，检视中国代理规范模式之不足，寻求中国问题的规范答案，有助于提高立法的适用性。

---

\* 本文系国家社会科学基金重大项目“社会主义市场经济中的公共商行为及其规制”（项目号14ZDC019）的阶段性成果。

## 一、代理的比较法模式

大陆法系和英美法系对代理的规范模式不尽相同，甚至在大陆法系之内，民商分立的国家和民商合一的国家对代理的规范也不尽相同，而英美法系将代理分为显名代理、隐名代理和不公开本人身份的代理。

### （一）民商分立之规范模式

在大陆法系实行民商分立的国家，立法上早有民事代理和商事代理之分，一般是在民法典中规定代理的一般法律规范，在商法典中对商事代理进行特别规范。《德国民法典》第164条至第181条规定了直接代理，在意思表示归属上，由被代理人自己发出或到达至代理人处的意思表示被归于被代理人，就像被代理人自己发出或受领了该意思表示一样。直接代理作为一种思维形态，直到19世纪才清晰地显现出来，而与之相对应的间接代理则历史悠久的多。<sup>⑤</sup>在《法国民法典》当中，没有专门规定代理制度，在委托合同编中，第1984条至2010条规定了委托的性质与形式、受托人的义务、委托人的义务和终止委托的各种方式。其对于经理人行使公司权力进行了特别规定，比如，第1849条规定，“公司章程中关于限制经理管理人权力的条款对第三人不具有对抗效力。”<sup>⑥</sup>德国则将代理与委任区别对待，形成了独立的代理制度。

商法典中关于商事代理的规范，一般直接采用“商事代理人”或者“代理商”的概念，以与民事代理人相区别。如《法国高法典》第L134-1条规定，“商业代理人是指，没有劳务合同约束，以从事独立职业的名义，经常性以生产商、工业生产者、商人或其他商业代理人的名义并为他们的利益负责进行谈判，以及在可能情况下，签订买卖、销售、租赁或提供服务之合同的委托代理人。商业代理人可以是自然人或法人。就执行的任务而言，在受特别立法调整的经济活动领域从事代理任务的代理人，不属于本法的调整范围。”<sup>⑦</sup>德国商法采商人法立法体系，以商人概念构造法典的核心，从代理商角度构建其商事代理制度。《德国商法典》第84条规定了代理商的概念，“（1）代理商是指作为独立的经营人受托为另一企业主媒介交易或以其名义成立交易的人。独立的人是指基本上可以自由形成其活动和决定其工作时间的人。（2）非为第1项意义上的独立的人而平常受托为一名企业主媒介交易或以其名义成立交易的人，视为职员。（3）该企业主也可以是一名代理商。（4）代理商的企业依种类或范围不要求以商人方式进行经营的，也适用本章的规定。”<sup>⑧</sup>此外，还规定了商事居间人（第93条至104条），在第四编“商行为”当中，规定了行纪营业（第383条至406条）、运输代理营业（第453条至466条）等。有学者将《德国商法典》规定的商事代理人区分为四类，即雇佣代理人、独立代理人、行纪商和经纪人。<sup>⑨</sup>《日本商法典》第504条承认了间接代理的效力，在第552条规定了行纪可准用第504条。<sup>⑩</sup>《韩国商法》之立法体例与《日本商法典》基本相同，采用商主体、商行为混合主义，分别在总则的“商业使用人”章和“商行为的代理”章对商事代理作出了规定。<sup>⑪</sup>可见，在民商分立的国家，较为重视对商事代理的规范，尤其是德国模式，对几种类型的商事代理比如职务代理和代理商都进行了特别规范。但需要注意的是，商事代理并不是完全意义上的民事代理之特殊情形，二者有各自发展轨迹，依瑞士学者布赫尔的研究，民事代理基于代理之意思，而商事代理基于经理之地位和职位，而不关乎商号之意思。<sup>⑫</sup>

### （二）民商合一之规范模式

在民商合一的国家，如意大利，在其民法典第一编第二章法人制度中，第19条规定了代表

权限的限制,“从第三十三条所定的登记不能发生结果的代表权限的限制,不得以之对抗第三人。但证明第三人已知有此种限制场合,不在此限。”<sup>⑬</sup>第五编中对农业和商业企业中的代理特别形式做出专门规范,认为商业代理包括委任经营,即接受企业主的委托,经营商业企业的人是经理,<sup>⑭</sup>委任状需进行公示,即,由经理认证由被代理人签名的委托书,需进行登记和存放于企业登记机关,<sup>⑮</sup>委任状撤回或变更的,也需登记,<sup>⑯</sup>代理人基于继续性关系,为企业主完成有关企业经营行为权限下的活动。<sup>⑰</sup>可见,其民法典虽然对代理商规范不足,但较为重视对职务代理的规范。瑞士虽采民商合一的模式,但其学说仍强调民事代理与商事代理本质上的不同,而隶属于企业的人员与独立代办商属于商事代理,<sup>⑱</sup>其立法规范的内容与德国规范并无太大差别。可见,即便是民商合一国家,依然在规范中对民事代理与商事代理加以区别对待。

### (三) 英美法之规范模式

英美法系将代理人的行为视为被代理人亲自所为行为,根据实质上的合同权利义务关系将商事代理划分为显名代理、隐名代理以及不公开本人身份的代理。代理商可以以自己的名义销售被代理人委托出售的货物,除非被代理人指示代理商必须以被代理人的名义销售货物。代理商如果以自己的名义销售货物,可以收取第三人支付的货款。另外,代理商可以按照他认为最合理的方式销售货物。只要第三人延期付款的理由是合理的,代理商就可以允许对方延期付款。如果对销售的货物提供保证是交易惯例,那么代理商就可以对所销售货物的质量作出保证。在英美法系,如果代理人被委托销售被代理人的物品,那他就不不得对该物品设定质押,也不得对该物品开展以物易物的交易。<sup>⑲</sup>可见,英美法系上的商事代理不关心代理人究竟是以自己还是代理人名义从事代理行为,仅关注代理人是否取得了代理权,商事代理的效果能否归属于本人。

### (四) 国际条约之规范模式

鉴于代理制度在跨国经济活动中的重要性,国际条约对代理问题也作出了明确规范,如《海牙国际公约》第1条规定,“所谓代理关系,是指某人(即代理人)有权代表另一方当事人(即被代理人)实施法律行为,并且代表或者意在代表另一方当事人而与第三人实施法律行为的法律关系,即使代理人的作用是代表被代理人接受或送达意思表示或进行谈判,也适用该《公约》。”《公约》第1条还规定,“代理人无论是以自己的名义实施行为,还是以被代理人的名义实施行为,无论这种行为是经常的,还是偶尔的,均适用《公约》”。<sup>⑳</sup>可见,公约对于隐名代理和被代理人身份不公开的代理予以一揽子调整。

从以上的规范模式来看,代理存在着大陆法系上的直接代理与间接代理的区分、英美法系上的显名代理与隐名代理的二元划分,抑或说,民事代理与商事代理的二元划分。<sup>㉑</sup>虽然民事代理和商事代理均可归于代理法律关系框架,当中均包含被代理人、代理人和第三人的法律关系,但二者明显存在着差异,具体而言:从历史上看,商事代理并非由民事代理演化,而是具备着比民事代理更为悠久的历史;<sup>㉒</sup>从代理权的来源看,商事代理的代理权限来源单一,仅为授权,而民事代理权的来源包括委任代理、法定代理和指定代理;<sup>㉓</sup>从营利性来看,商事代理的营利性特征明显,而民事代理则不一定为营利性的;从被代理人身份来看,商事代理是基于组织关系的代理,或基于组织内部的雇佣关系,通常组织内的雇员对组织的代理,或基于组织外部的组织之间的代理,通常表现为组织外的主体对组织的代理,基于这种组织性,商事代理呈现出持续性、反复性和独立性等特征,这些特点与民事代理上的单一性代理存在明显差别。且商事代理不以显名为必要,间接代理为商业代理之常态。

商事代理授权因其性质不同可以分为委任 (mandate)、委托 (authorize) 和信托 (trust) 三种,具体表现为经办、代办和受托。<sup>24</sup>在商事代理当中,所有权与控制权相分离的特点更为突出,基于两权分离的程度,经营支配非属于自身财产的一方负有相应程度的信义义务。对于商事代理与民事代理的区别标准,英美法系秉持实质标准,即基于是否构建了被代理人与第三人的合同关系展开判断;而大陆法系秉持外观标准,区别委任关系与代理关系,根据是否具备形式要件来判断营业后果的归属。<sup>25</sup>可见商事代理确实与民事代理存在着相当大的差异,不可一概而论。

## 二、中国对代理行为规范模式之欠缺

我国《民法通则》对代理行为的一般事项进行了规范,在《合同法》总则中规定了表见代理,在分则中规定了委托合同、行纪合同。从立法框架上来看,是将委托与代理区别对待的,但在委托合同中第402条、第403条规定了援引自英美法系的身份不公开的代理与本人身份不明的代理,<sup>26</sup>又将委托与代理等同对待。因此我国对于代理的规范上,揉合了大陆法系、英美法系的特征,本身存在着一定的矛盾。

民法典的建议稿中,关于代理的规定主要针对单一性民事代理(一次性代理行为),针对商事代理的内容,大多以民事代理模式展开,并未充分体现商事代理之特殊性。比如,中国法学会版民法典建议稿中,第165条规定了职务代理,“法人或者其他组织的成员就其职权范围内的事项,无须特别授权,就得以法人或者其他组织名义实施法律行为,其法律后果由法人或者其他组织承受。除非法律另有规定,法人或者其他组织对其成员职权范围的限制,不得对抗善意第三人。”第166条规定了间接代理,“涉外民事活动中,代理人以自己的名义,在被代理人的授权范围内与第三人实施法律行为,第三人在法律行为成立时知道代理人与被代理人之间的代理关系的,该法律行为直接约束被代理人 and 第三人,有确切证据证明该法律行为只约束代理人和第三人的除外。”可见,以上主要是调整单一性代理,而商事代理通常是持续性的“营业性代理”,多表现为代理商的持续、反复的经营行为。前述民法典建议稿民法总则中的间接代理主要运用于涉外民事活动,范围过窄,对商事代理之调整,欠缺对其职业性、组织性代理特征的考量。而且,未能考虑到商事代理的特殊性,未对经销商、代理商的“持续性代理行为”予以一般规范,应当专门设计条款,填补其片面关注个别性代理之缺陷,以回应商事代理法律调整之需求。<sup>27</sup>

### (一) 职务代理规范之欠缺

职务代理涉及到经理权、代办权和店员代理,其本质上还涉及到公司组织的能力及其行使,对此,学术界早有萨维尼的代表说<sup>28</sup>与奥托·丰·吉尔克的机构说<sup>29</sup>之争。代表说将法人视为一个“人为创造的组织”,既没有意思能力也没有行为能力,只能靠根据组织法所任命的自然人来代表。<sup>30</sup>该逻辑存在着内在矛盾,既然被拟制的主体没有权利能力,就没有了授权的“权利源”,又何来授权一说?于是,机构说在学理和立法上逐渐胜出,该学说主张,并非法人机构的行为归属于法人承受,而是法人通过其机构自身从事着行为,即,机构的行为被理解为法人自身的行为,而各部法律使用的却是“代表”的概念。<sup>31</sup>但机构说也存在着内在的矛盾,即法人一方面是通过其机构从事自我行为,另一方面,自我行为同时又是机构或者机构里面的人所从事的代理行为。而我们现在所称的“代表”基于机构说而非萨维尼的代表说。于是,为了缓和机构说的内在矛盾,成文法上允许其准用代理法的规定。而英美法系则直接认为法人代表是法人的代理人,该做法使法人于内部成员之间的关系更为明晰。

关于法人组织的权利行使，我国采用的是“代表说”。<sup>②</sup>蔡立东认为，代表说在中国的缘起，符合当时的社会经济环境需要，但随着经济的发展，代表说的弊端也显现出来，即容易造成顾此失彼的“僭主现象”，不利于保护法人利益，主张用代理制度一揽子解决企业、法人组织的权利行使。<sup>③</sup>在表见代理基础上，《合同法》又规定了表见代表制度，<sup>④</sup>适用主体为法定代表人。该“代表说”存在着理论和实务的双重挑战——理论上而言，源自于机构说的“代表说”无法规避机构说的内在逻辑矛盾，也就是说，对第三人而言，既然组织机构的意思就是组织意思，又何来超越授权对组织的自我行为的限制？实务上而言，因为组织机构的行为，又被视为代理行为，实务中，又采用代理的架构处理法人组织的权利行使问题，这与表面上奉行“代表说”也产生矛盾。而我国对经理权的规范存在着缺失，对于某些应由经理行使的职权没有做出明确规定，比如执行业务时代表公司签字的权利，以及代表公司为诉讼行为的权利。<sup>⑤</sup>经理以外的人员，被授权经营或实施一项商事营利事业的个别行为的代理权，德国法上称之为代办权，<sup>⑥</sup>对此我国也没有进行规范。针对法定代表人以外的、现实中已经存在的经理权及代办权等层面的商事代理，依然适用民事代理相关规则，一方面，会遭遇因概括授权模式而产生的难以厘清授权界限之困境，另一方面，也未能在法律后果上对商事代理和民事代理加以区别。<sup>⑦</sup>

## （二）代理商规范之欠缺

代理商制度，一般认为其发端于行商的商业雇员制度，当商业雇员离开商人，在某地定居下来成为辅助商人营业的独立商人时，即形成了代理商。<sup>⑧</sup>民商分立的国家诸如法国、德国、日本、韩国等，以及民商合一的国家瑞士，均对商事代理之代理商进行了重点规范。代理商现象大量存在于经济事实生活，但我国法律并未对这种形态的商事代理进行规范。代理商的概念包含三个层次，第一，代理商与企业主签订代理契约后，代理商负有履行为企业主促成交易或缔结交易的义务；第二，代理商固定地从事该委托业务；第三，代理商是独立的商事经营者。代理商对企业主负有尽力促成或达成交易、报告和忠实义务。<sup>⑨</sup>代理商往往和雇员在经济功能上存在着相似之处，都是代表商人营业、接受商人的指示，但代理商与特定商事组织之间不存在雇员关系，二者关系由合同约定。代理商的权限为意定，雇员代理权尤其是经理权的诸多内容为法定，代理商在经营过程中产生的费用由自己承担，而这种代理关系不以作为委托人的商人消灭而消灭。<sup>⑩</sup>可见代理商区别于雇员代理，是另一种重要的商事代理形式，而对于代理商的法律地位、代理权限、代理期限、代理关系的推定、代理商的竞业禁止义务等，我国并没有进行规范，存在着重大的缺失。

对商事代理进行规范，要求对作为非独立商主体的商业使用人中的经理人、代办人（企业采购人员、推销人员）、店员（有代理权的雇员）以及作为独立商主体的商中间人如代理商、居间商、行纪商的特殊代理权利与义务作出相应规定。<sup>⑪</sup>而我国目前的做法是，针对职务代理，将法定代表人和非法定代表人进行二元区分处理，并没有对经理权和代办权进行规范。针对独立商主体，没有规范代理商，只规范了居间商和行纪商。因此，在民法典的编纂当中，应该就此做出规范，以弥补制度上的缺失。

## 三、中国代理规范模式之改进建议

我国目前可能采民商合一的做法，该做法的问题在于——如若建立一种普通规则同时适用于民事与商事，则会导致此等规则极度抽象而远离生活事实；<sup>⑫</sup>如若按照民事逻辑构建法典，则会导致此等规范难以适用于商事实践。因此，对商事问题的最优调整模式可能是形成独立的商法典

或者商事通则。<sup>③</sup>若不得不以民法典统辖商事关系之法律调整，恐怕在民法典当中，对于明显本质不同的生活事实（比如民事代理与商事代理），有必要区分出民事规则和商事规则。

鉴于商事代理与民事代理的区别，应在民法典的民法总则当中，预留商事代理存在的空间。从对各国的代理规范分析来看，代理可分为两种类型，即单一性代理和反复性代理，也可区分为个人性（个别性）代理和组织性代理。前者多属一次性、非反复进行的代理行为，多由民事代理规范调整；后者虽在法律关系框架上，与前者一脉相承，都是代理人代本人参与法律关系，却在代理关系形成、代理的反复性等方面，与前者区别甚大，属商事代理之主流——此乃商事之营利性本质使然。组织性代理可区分为内部的组织性代理及外部的组织性代理。其中，职业性代理可视为对内的组织性代理，例如，法人内部的机构与董事、员工对法人组织的代理；代理商/代办商可视为外部组织性代理，即组织外的商主体代理该组织实施有关法律行为。在外部的组织性代理中，其代理关系更明显地表现为由一系列契约形成、反复实施类似代理行为，例如，持续买卖同类货物。鉴于组织性代理与个人性（个别性）代理的区别，针对这两种代理，法律应予特别调整。下文主要讨论民法典对商事代理之核心部分——组织性代理的规范问题。

#### （一）商事代理之内部组织性调整

企业法人对外为商事活动必须通过代理人进行。在我国目前的立法体系下，法定代表人对商事组织具有代表权。考查比较法例，对法人代表之规范，多直接准用代理制度。就法人活动而言，除法人之代表外的经营管理者也存在实施经常性、持续性与概括性的代理行为之可能及需要。基于商法上的外观主义法理及交易效率的考量，为保护交易安全，对这些代表与代理行为，各国往往规定，代理权的存在以商事法人证明代理并不存在为原则，而不同于一般民事代理中以出示代理证明材料为原则，这也是出于维护该类代理的稳定性以及交易相对人之信任所需。因此，对这类代理，以理论思维见长的大陆法系一些国家将其概括为“经理的代理权”（经理权）及“员工的代办权”（代办权）。鉴于我国实践中所采“职务代理”的表述已成习惯，我们认为，在立法/法学语词选用上，仍以延续职务代理的概念为宜，并应在民法典中对其进行特别规定，即明确商事代理的类型和范围、代理权的创设以及代理行为后果的归属等问题。此外，若运用代理一体化地处理雇员与企业的关系，则既能避免“代表说”之逻辑不足，又可避免实务中法律关系认知的混乱。

唯针对职务代理之代理人混乱、不明，有害交易之透明度等问题，应采某些国家商法对职务性代理人的习惯性调整方法——“公示主义”，在公司登记机关登记职务性代理人之名称及联系方式，并在企业信息公示平台予以公示，这符合商法“公示代理关系”之本质——商法上的代理关系多以“集团性表彰”来证明（代理关系应当公示），而民法上的代理关系则多以“个别性表彰”来证明（向具体民事主体个别性地出示代理凭证），前者是“对公行为”（对公众公开），后者乃“对私行为”（合同相对性）。<sup>④</sup>委托权之公示，既符合大陆法系奉行的商事外观主义原则<sup>⑤</sup>，也解决了上文提及的概括授权所带来的权限界限不清晰的问题。

#### （二）商事代理之外部组织性调整

对于此类独立代办商的法律地位，应参考国外商法典对代理商的规范，在民法典中规定特别类型的商事代理，对其具体内容进行专节规定。对于间接代理的适用范围，应去除仅适用于涉外民事关系的限制，而广泛适用于商事代理当中。针对此类商事代理，规范的内容可包括代理商的概念<sup>⑥</sup>、代理关系的推定<sup>⑦</sup>、代理权限<sup>⑧</sup>、代理期限<sup>⑨</sup>、代理商的竞业禁止义务的约定以及代理商的

留置权等具体内容以满足对商事代理特别调整的目的。

以区别论为基础的大陆法系代理制度，对现实中的各种代理人进行分析，尽最大可能地、准确地对各种中间人的权限范围做出分析，并详细列举于立法规范。以德国为例，包括普通代理、经理、代理商、代办商、店员、商业经纪人、小额经纪人、保险代理人、运输代理人、国内承运人、海上货物承运人。<sup>①</sup>而立法无非是用合法与违法的概念将纷繁复杂的事实进行简化处理，因此，对于本质相同的商事代理，可建立一般规则，将其置于与民事代理一般规则相平行的位置，也就是民法总则既规定民事代理一般规则，也规定商事代理一般规则，对于具体商事代理规定不明或者遇到新的商事代理事实的情形，可运用商事代理的一般规则进行处理。因此，较为妥当的商事代理规范模式为：在民法总则当中规定商事代理的一般规则，即，代理权的存在以“商事法人证明代理之存在”为原则；同时规定商事代理的类型、范围、代理权的创设以及代理行为效果的归属；针对两种不同类型的商事代理，即组织内的重复性代理（职务代理）和组织外的重复性代理（以代理商为代表）予以区别规范。公司法、合同法以及其它特别法，要随之修改以避免体系矛盾。如此，即可藉民法典编纂之机，创设商事代理体系架构。

#### 四、结论

从各国的立法例来看，无论是大陆法系之民商分立、民商合一的国家，还是英美法系国家，都注重对商事代理的调整。但在我国，无论是现有立法还是民法典建议稿，规范模式均注重民事代理而忽视商事代理，在民法典编纂之时，应预留商事代理的规范空间，对商事代理做出特别规定，具体而言，在民法总则当中规定商事代理的一般规则，以及商事代理的类型、范围、代理权的创设以及代理行为后果的归属，针对两种不同类型的商事代理，即组织内的重复性代理（职务代理）和组织外的重复性代理（以代理商为代表）予以区别规范。公司法、合同法以及其它特别法，要随之修改以避免体系矛盾。

对于商事代理之规范，早有一元论与二元论（即民商合一与民商分立）之争，我们探讨的，并非商事代理规范的理想模式，而是在目前的现实情形之下，如何在编纂民法典之时，更妥当地运用立法技术回应现实需求。“社会是进动的有机体，而法典则是静止的无机物。社会是逐日月进化变迁的，而法典一经编纂而成，其法律的形体就固结，就不能顺应社会的变迁”<sup>②</sup>这就要求立法者在修法之时顺应社会需求并留有规范的弹性空间，否则使新法在立法之初就面临实质上的“老旧”，大量的现实问题需要透过司法途径解决，当成文法的适应性不足，只能依靠法官进行解释和续造，<sup>③</sup>如此，既不能实现立法者之立法目的，也增加整个社会的司法成本。此外，从全球化法律竞争的角度来看，由于经济全球化的发展趋势，使得一国的私法不仅涉及本国事务，还涉及到对其它国家在本国的经济活动的规范，由此，各国的私法之间，始终存在着吸引投资等促进经济活动的竞争，<sup>④</sup>作为重要的商事制度，代理的规范有必要与全球接轨，以增强我国在全球法律竞争中的竞争力。

①参见《法国民法典》，罗结珍译，北京：北京大学出版社，2010年，第466页。

国政法大学出版社，2014年，第32页。

②参见《德国民法典》，杜景林、卢湛译，北京：中

③参见汪渊智《比较法视野下的代理法律制度》，北京：法律出版社，2012年，第10~11页。

- ④参见王泽鉴《民法总则》，北京：中国政法大学出版社，2001年，第440页。郑玉波《民法总则》，中国政法大学出版社，2003年，第396页。尹田《民事法律行为和代理制度研究》，重庆：重庆大学出版社，1993年，第161~162页。转引自汪渊智《比较法视野下的代理法律制度》，北京：法律出版社，2012年，第12~13页。
- ⑤参见[德]迪特尔·梅迪库斯《德国民法总论》，邵建东译，北京：法律出版社，2013年，第671页。
- ⑥参见《法国公司法典》（上），罗结珍译，北京：中国法制出版社，2006年，第27页。
- ⑦参见《法国商法典》，罗结珍译，北京：北京大学出版社，2015年，第68页。
- ⑧参见《德国商法典》，杜景林、卢湛译，北京：法律出版社，2010年，第34页。
- ⑨⑩参见[英]施米托夫《国际贸易法文选》，赵秀文译，北京：中国大百科全书出版社，1993年，第365~459、375~376页。
- ⑪参见《日本商法典》，王书江、殷建平译，北京：中国法制出版社，2000年，第154~161页。
- ⑫参见《韩国商法》，吴日焕译，北京：中国政法大学出版社，1999年，第4~5、20~25页。
- ⑬参见陈自强《代理权与经理权之间——民商合一与民商分立》，北京：北京大学出版社，2008年，第17~18页。
- ⑭⑮⑯⑰参见《意大利民法典》，陈国柱译，北京：中国人民大学出版社，2010年，第9、381、381、381、381页。
- ⑱如《瑞士债法典》第458条、第462条。
- ⑲⑳参见徐海燕《英美代理法研究》，北京：法律出版社，2000年，第63、386页。
- ㉑直接代理、显名代理、和民事代理这三个概念不一定完全对应，但基本架构和功能是极为相似的，同理适用于间接代理、隐名代理和商事代理。对此，有学者认为隐名代理和间接代理是相同的，参见王利明：《民商法研究》第5辑，法律出版社，2000年，第87页。本文旨在揭示代理的二元结构之存在，故在此不深入研究这几组概念的具体对应关系。
- ㉒人们在商事交易中创立的经理制度，超越了罗马法中“禁止代理原则”。参见[德]C. W. 卡纳里斯：《德国商法》，杨继译，北京：法律出版社，2006年，第9~10页。
- ㉓参见《民法通则》第64条。
- ㉔参见陈徐奉《论商事代理》，石家庄《河北法学》，2009年第7期。
- ㉕参见肖海军《商事代理立法模式的比较与选择》，北京《比较法研究》，2006年第1期。
- ㉖第402条规定隐名代理中委托人的介入权；第403条规定了委托人对第三人的权利及第三人选择相对人的权利。
- ㉗⑬⑭⑮⑯⑰⑱⑲⑳㉑㉒㉓参见蒋大兴《论民法典（民法总则）对商行为之调整——透视法观念、法技术与商行为之特殊性》，北京《比较法研究》，2015年第4期。
- ㉔参见萨维尼《今日罗马法之体系》，第2卷，1840年，第90章，第282页以下。转引自[德]福尔克·博依庭《德国公司法中的代表理论》，邵建东译，北京《民商法论丛》第13卷，第529~557页。
- ㉕参见奥托·丰·吉尔克《合作社理论与德国司法制度》，1887年，第603页以下及第620页以下。转引自注㉔书，第529~557页。
- ㉖参见注㉔书，第529~557页。
- ㉗如德国的民法典第26条第一款《股份法》第78条第一款《合作社法》第26条第一款以及《有限责任公司法》第35条。转引自注㉔书，第529~557页。
- ㉘该处的代表说，不是萨维尼所主张之“代表说”，而是机构说之下，被法律称之为“代表”的理论。
- ㉙参见蔡立东、孙发《重估“代表说”》，长春：《法制与社会发展》，2000年第6期。
- ㉚参见第50条，“法人或者其他组织的法定代表人、负责人超越权限订立的合同，除相对人知道或者应当知道其超越权限的以外，该代表行为有效。法人也应对此行为承受其法律后果。”
- ㉛参见范健、蒋大兴《公司经理权法律问题比较研究——兼及我国公司立法之检讨》，南京《南京大学学报》（哲学·人文·社会科学版），1998年第3期。
- ㉜参见注㉔书，第401页。
- ㉝比如，代办权与表见代理就存在着以下区别：第一，表见代理是对无权代理的事后解决，而代办权是事先对代理权存在的推定；第二，表见代理需要相对人举证有理由相信代理人有代理权，而代办权则推定被委任的人有代理权，二者的推定规则明显不同。参见刘文科《商事代理法律制度论》，北京：法律出版社，2013年，第148~149页。
- ㉞参见刘成杰《日本最新商法典译注》，北京：中



国政法大学出版社, 2012年, 第64页。

⑳ 如《德国商法典》第60条、第86条的规定, 参见范健《德国商法: 传统框架与新规则》, 北京: 法律出版社, 2003年, 第175~184页。

㉑ 参见王保树《商法总论》, 北京: 清华大学出版社, 2007年, 第204页。

㉒ 比如日本商法典就规定了三种雇员代理, 即经理(第22-24条)、代办权(第25条)和店员代理(第26条), 同时规定了三种辅助性商人, 即代理商(第27-31条)、居间商(第543-550条)和行纪商(第551-558条)。参见注㉑书, 第65页。

㉓ 参见陈自强《代理权与经理权之间——民商合一与民商分立》, 北京: 北京大学出版社, 2008年, 第237页。

㉔ 参见金先银《商法上的外观主义》, 北京: 人民法院出版社, 2007年, 第21页。

㉕ 参见本文第一部分。

㉖ 如《德国商法典》第91a条[欠缺代理权](1)只受托媒介交易的代理商以企业主的名义成立交易, 并且第三人不知欠缺代理权的, 在企业主于其收到代理商或第三人关于成立交易和重要内容的通知后没有不迟延地向第三人拒绝该交易时, 该交易视为已被企业主承认。(2)受托成立交易的代理商以企业主的名义成立交易, 而其对此种交易的成立不享有代理权的, 适用相同规定。

《日本商法典》第504条[代理]商行为的代理人虽未表明为本人所为, 其行为也对本人发生效力。但是, 相对人不知其为本人所为时, 无妨对代理人提出履行请求。

《韩国商法》第48条[代理方式]商行为的代理人虽未表明该行为是为本人所为, 但该行为仍然对本人有效力。如果对方不知道是为本人所为的, 也可以请求代理人履行之。

《瑞士债法典》第32条[授权代理及其效力]代理人经委托人授权以委托人的名义订立合同的, 合同权利和义务由委托人而非代理人承担。代理人在订立合同时未公开代理关系的, 则合同对委托人不具有法律约束力。但依据客观情况合同的另一方当事人默示已知代理关系的存在或者订立合同当事人的身份对其没有影响的除外。在其他情况下, 对委托人应当适用有关债权转让或者债务承担的规定。

㉗ 如德国商法典第91条[代理商的代理权](1)对于由非为商人的企业主授权成立交易的代理商, 也适用第55条。(2)即使未授与代理商成立交易的代理权, 其仍是为有权受领商品瑕疵的通知、有权受领交付商品的意思表示以及有权受领类似的、使第三人因瑕疵给付而主张其权利或保留其权利的意思表示; 代理商可以主张企业主享有的保全证据的权利。对这些权利进行限制的, 第三人只有在其明知或应知限制时, 才需承受限制的效力。

㉘ 如法国《1991年6月25日第91—593号关于商业代理人与其委托人之间关系的法律》第11条定期合同在期满后双方当事人继续履行的, 视为变更为不定期合同。

《德国商法典》第89条[合同的终止](3)定期缔结的合同关系在约定的期间届满后由双方当事人继续的, 合同关系视为不定期延长。第1项第1款和第2款终止期间的指定, 依合同关系的总期限确定。

《澳门商法典》第647条[合同之存续期]一、如当事人双方无约定合同期限, 则推定合同为无期限。二、如合同期限届满后当事人双方继续履行合同, 则视为合同以无期限方式续期。

《英国商事代理条例》如果双方当事人在固定期限代理合同期满后继续履行合同, 则该合同被视为已转为无期限合同。

㉙ 参见[日]穗积陈重《法典论》, 李求轶译, 商务印书馆, 2014年, 第17页。

㉚ 参见[德]卡尔·拉伦茨《法学方法论》, 陈爱娥译, 商务印书馆, 2003年, 第193~315页。

㉛ See Stefano Lombardo and Piero Pasotti, Disintegrating the Regulation of the Business Corporation as a Nexus of Contracts: Regulatory Competition vs. Unification of Law. <http://ssrn.com/abstract=1112091>. Visited on June 20, 2015.

作者简介: 蒋大兴, 北京大学法学院教授、博士生导师; 王首杰, 北京大学法学院博士生。北京 100871

[责任编辑 周联合]