

我国商事代理制度的立法完善

——从商事代理与民事代理的区别角度论述

任雨凡*

商事代理普遍存在于经济生活中,是商品经济社会不可或缺的法律制度。从理论研究的角度来看,商事代理是商法的重要内容之一,也是我们民法学人不能回避的重要课题。特别是在我国迄今为止尚无有关商事代理的专门立法的背景下,对商事代理的研究就显得尤为重要。

一、商事代理与民事代理区分之必要

从代理的制度价值和产生原因来看。代理作为一种法律制度,以扩张及补充私法自治为目的,其功能是增进主体的活动范围。通过代理,无论是自然人还是组织都可以延伸自治能力,取得权利负担义务。特别是在商业领域,代理可以起到突破时空的局限、弥补本人专业技能不足的作用。代理制度(法定代理除外)的最初产生,也是随着社会经济的发展,商品交换规模的不断扩大,人们为了获得更大的经济利益,突破“债不能自为”原则的结果。可见,经济利益是代理制度产生的原动力,而这恰恰是商事活动的特点。我们可以说,在某种程度上,代理的出现与商事活动密切相关、不可分割。商事代理在实践中的产生和适用要早于民事代理。作为营利性活动的商事代理在社会生活中的数量及其重要性要远大于民事代理。此外,商事代理的发展,亦为民事代理提供了宝贵经验^①。民事代理制度的产生和形成,一方面是社会生活的客观需要,另一方面则是法学家们对大量商事代理实践分析研究,抽象出行为规则予以形式理性化的产物。

从民法与商法的价值取向来看。虽然在我国,民商合一、商法为民法的特别法的观念深入人心,已经成为学界的主流思想。但是对于民法与商法分属不同的法律部门并无争议,这一点也为绝大多数大陆法系国家确认,主要的原因在于民法和商法在调整对象和调整内容上有明显的差异性,除此之外,民法和商法在价值取向上具有显著不同以及在产生基础上具有较大的差异性,也是区分民商法分属不同法律部门的重要原因。民法和商法在立法价值取向上的主要差异性表现在:在民法的诸项价值目标中,最基本的是公平,即当公平原则与民法的其他基本原则发生冲突与矛盾时民法首先会选择公平,在处理公平与其他民法原则的关系时采取的是公平至上、兼顾效益与其他。而

* 中南财经政法大学经济学 2014 级。

① 张俊浩:《民法学原理》,中国政法大学出版社 2000 年版。

在商事立事代理权的发生可能因为法律规定也可能因为本人的授权;而商事代理只能因为本人的授权发生,法律规定不是商事代理发生的原因。换句话说,民事代理包括法定代理、意定代理和指定代理,商事代理只有意定代理一种。

从各国立法例来看。对于大陆法系国家而言,其民法具有完备的体系以及深厚的理论基础,对于民事代理的研究和制度建构较之商事代理成熟许多。代理制度,在大陆法系实行民商分立的国家中,在立法上早有民事代理和商事代理之分,分别在民法和商法中确立起了有关代理制度的规定。^②近代法律史上的第一部民法典——《法国民法典》,并未建立起完备的代理法律制度,只是在“取得财产的各种方法”中将代理作为“委托契约”予以规定。在随后 1808 年实施的《法国商法典》中,有关于行纪商的若干规定。一个半世纪后的 1958 年,在商法典中增附关于商业代理人的规定。1991 年又增加关于商业代理人与其委托人之间关系的条文。比《法国民法典》晚将近一个世纪的《德国民法典》,在“法律行为”一章中,明确规定了“代理”的内容。这是德国法学家们运用缜密的逻辑思维对商业活动中普遍存在的代理实践抽象而出的。民事代理与商事代理被明确区分开来,分别规定在 1900 年 1 月 1 日同时生效的《德国民法典》和《德国商法典》中。《日本民法典》在“债编”中以委任合同的形式规定了代理制度。《日本商法典》在第一编(总则)第七章专门规定了代理商。普通法系国家的代理制度与大陆法系国家不同,在理论上与立法上并未明确区分民事代理与商事代理。一般而言,没有对民事代理予以专门规定,但在财产法、公司法以及合同法等法令中有关于代理制度的规定。其关于代理的专门立法与判例大多属于商事代理范畴。早在中世纪早期的盎格鲁—撒克逊时代,代理制度就在英国发端,以后随着商事习惯法的成熟英国在 1889 年就制定了《商事代理人法》,1971 年制定了《代理权利法》,1993 年制定了《英国商事代理条例》。美国于 1953 年 8 月 6 日也专门制定了《商法典修订法(商业代理法)》。

从社会生活实践来看。法律作为一种具有国家意志的行为规则,其本质不过是对社会生活实践的反映和要求而已。代理制度是为了满足人们补充行为能力之不足和扩张活动范围而产生的。而社会生活是复杂的,人们的活动目的不仅是获得物质利益那样单一。市民社会中的主体之间的差异性决定了他们的需求和行为模式的多样性。而调整市民社会各种活动的主要规则——民商法的内容要适应这一要求。民事主体在日常生活中,存在大量的非经济往来。这些往来并不是也不必都由行为人“亲历亲为”,这就有了适用代理制度的空间。当然,对于商事活动和经济往来而言,代理更是不可缺少的。显然,这两种代理是不尽相同的。前者,更多情况下是民事代理,而后者多为商事代理。

二、商事代理与民事代理的差异

两大法系制度设计不同,尽管两大法系的法学家都认为代理涉及本人与代理人、本人与第三人、第二人与代理人之间的二重关系,但各有偏重。这种差别与两大法系“区别论”与“等同论”的理论基础不同有关,并且导致对代理人的权利保护不同。相较而言,大陆法系更加注重保护相对人的利益,英美法系则对代理人的保护较多。大陆法系强调代理的外部方面,即如何代本人与相对人建立法律关系。用这一核心关系来解决本人与第三人、代理人与第三人之间的权利义务问题。而

^② 赵万一:《商法基本问题研究》,法律出版社 2002 年版。

英美法系更加强调被代理人与代理人之间的代理关系,即代理人是否已经和被代理人建立了代理关系、权限如何,本人与第三人之间的法律效果归属关系是代理的核心代理人在其中只起一个“桥梁”作用。

英法系的代理涵盖更加广泛,只要代理行为影响到被代理人的权利义务即可。现实中的各种中间服务人、受雇人,不管其称谓如何、所进行的商事行为是什么,都可以纳入到代理关系中运用代理规则分析。可以说,雇员、代理人、经纪人等称谓不具有任何实质意义,以不变应万变。而大陆法系则将代理与居间、行纪等区别开来。随着生产活动社会化,营利模式多样化,这种区分难以适应多变的市場,只能通过以单行法的形式列举对不同商事领域的代理制度进行弥补。例如,《德国商法典》列举了法定商业代理人、经理人、商业代理人、商业经纪人等;尽管法国没有如此复杂的做法,但是除了佣金代理人之外,也少量地列举了证券经纪人、经纪人等。相比之下,笔者认为英美法系的代理制度更具有包容性,更能适应实践的发展。不难看出,无论从促进交易效率,还是从维护交易安全的角度而言,英美法系以衡平理念为核心,以代理等同理论为基础,对商事代理所作的实质上的界定更有利于保护善意第三人的利益和维护交易安全。

综上所述,我们可以看出,商事代理具有独立于民事代理存在的价值,无论是在理论上还是实践中都有区分它们的必要。与民事代理比较,商事代理有以下几个特征:

第一,营利性。这一特征是由商事活动的性质决定的,也是商法效益原则的要求。大陆法系中民事代理所要求的“代理人必须以被代理人的名义”与“代理人行为后果直接归属被代理人”的法律特征,在商事代理领域受到严峻的挑战,从而使民事代理制度也在寻求发展的空间(如隐名代理原则的运用)^③。对于判断一种代理行为是具有营利性的商事代理还是非营利性的民事代理,一般依靠法律推定的原则。

第二,原则上的营业性。这种营业活动,通常情况下是由商主体即商人所实施的。营业性特征是大多数国家商法对商事代理的基本要求。但这一原则并不是绝对的。近年来,为了适应商事实践的不断变化发展,主观主义与客观主义商事立法模式逐渐走向趋同与融合。最大的变化是商人概念的统一及商事登记任意性的增强,商事法律行为并不仅限于由商主体实施,使得一般民事主体进行商事代理行为成为了可能。

第三,代理权权源的单一性。基于代理权发生原因的不同,代理可分为法定代理、意定代理和指定代理。灵活性较强,更适应复杂多变的商事实践活动。可见,普通法发展了代理的整体概念,避免了大陆法上典型的分割状态。相应地,代理的外延较大陆法广泛,除直接代理外,间接代理、居间、行纪、信托等均可纳入代理的范畴。雇主与雇员之间在交易范围内的行为是典型的代理,合伙组织内部成员之间,成员与合伙组织间均存在典型的代理关系。显然,代理以谁的名义进行,所得利益直接还是间接归属于被代理人,在多数场合下并不重要^④。

第四,代理形式的灵活性。商事代理权既可以是实际代理权,又可以是特别代理权;既可以是明示授权,又可以是默示授权;既可以是事前授权,又可以是事后追认。实行如此灵活的制度,主要是为了适应商事活动复杂多变的需要。因此,从这种意义上来说,商事代理是广义上的代理,民事代理被认为是狭义的代理^⑤。

③ 范健:《德国商法:传统框架与新规则》,法律出版社2003年版。

④ 江帆:《代理法律制度研究》,中国法制出版社2000年版。

⑤ [德]罗伯特·霍恩、海因·科茨、汉斯·莱塞:《德国商法导论》,中国大百科全书出版社1996年版。

第五,有偿性。民事代理涉及的内容既包括财产关系,也包括非财产的人身关系;既可以是无偿的也可以是有偿的,这取决于当事人之间的约定。而商事活动所涉及的只是财产关系的流转,商事代理由其营利性特征所决定,只能是有偿的。即本人应该为代理人的代理行为付出相应的代价。因为商事代理的有偿性,较之无偿的民事代理行为而言,法律对商事代理人注意义务规定的较多,法律责任也更为严格。

第六,代理效力确定上的宽松性。民事代理对代理权的行使有着严格要求,代理人应从维护被代理人的利益出发在代理权限范围内行使代理权。“自己代理”和“双方代理”被认为是滥用代理权的行为,受到严格限制。商事代理以利益最大化为目标,追求交易的高效、迅捷、低成本,表现为:商事代理原则上承认“自己代理”和“双方代理”,许多国家的立法都有类似规定。表见代理制度虽然不是仅限于在商事代理领域使用,但绝大多数表见代理是在商业活动中发生的。

三、商事代理的制度建构

(一) 国外立法模式

世界各有关代理制度的规定各不相同,差异较大。其他民商事法律制度一样,代理制度的立法模式也主要分为大陆法系与普通法系两种。大陆法系民商法在立法体例上存在着所谓民商分立主义与民商合一主义。以德国、法国、日本等国为代表的民商分立主义国家均既有民法典又有商法典;而以意大利、瑞士等国为代表的民商合一主义国家,坚持民商统一,只有民法典,而没有商法典。对于代理制度,民商分立主义国家一般在民法典中规定民事代理,而在商法典中规定商事代理;民商合一主义国家并无商事代理制度的专门规定,一般只在民法典中规定代理制度,为民事代理制度与商事代理共同适用。另外,作为补充在有些法律法规中规定特殊的代理形式。本来,民商分立主义国家中,在商法典中有关商事法律行为的规定分为客观主义和主观主义两种。以法国为代表的客观主义主张按法律行为的客观内容其行为是否属于商业性质,而不管该行为是否由商人实施;而以德国为代表的主观主义将商人作为确定商事行为的核心概念,主张只有双方或一方为商人的法律行为才是商行为。这两种立法主义都清晰地体现在这些国家的商法典中。当然,后来在修正上述两种立法主义的基础上又出现了以折中的立场确定商事行为。这一现象反映了主观主义商事立法与客观主义商事立法相互影响、走向融合的趋势。大陆法系代理制度立法的理论基础是“区别论”。所谓“区别论”,也被称为“抽象原则”,是指把委任契约与代理权限严格区别开来。具体说来,是把代理人与第三人之间发生的外部关系和代理人与本人之间存在的内部关系严格地区分开来。在外部关系中,最重要的是代理权,即作为代理人活动而后果由本人承担的权限。本人和代理人之间的内部关系,则由委托契约或其他法定义务所决定^⑥。大陆法系国家为了解决抽象的理论与法律和商事实践相结合的问题,在民法典中详细列举了商业实践中发展起来的各种不同的代理形式,并尽可能准确地界定了每类代理形式中代理权限的范围。每类代理形式的特点取决于被代理人与代理人之间的内部关系。普通法系不明确区分民事代理与商事代理,商事代理制度有专门的商事代理法规定,其他有关代理制度的规定散见于合同法、财产法和公司法等法律文件中。普通法

^⑥ 韩长印:《英国商事代理制度述略》,载《比较法研究》1994年第2期。

系国家的代理制度立法以“等同论”作为理论基础。所谓“等同论”,是指将代理人所实施的代理行为视为本人亲自所为,不区分内部、外部关系。与“区别论”相比较,“等同论”的灵法中,最高的价值取向则是效益,在处理效益与其他法律原则的关系时,其基本原则和要求是效益至上、兼顾公平与其他。民法法在对待公平与效益的关系与地位上所采取的这种不同的价值取向,既反映了民法和商法在立法上不同的价值追求,也反映了民法和商法在调整市场经济关系时所具有的不同作用和各自独特的存在价值。

(二)我国商事代理制度的立法完善

我国目前关于商事代理制度的立法状况比较混乱,存在着许多亟待解决的问题。主要有:一是没有区分民事代理与商事代理。在前面的论述中,我们已经清楚地看出这二者的区别,立法不应笼统地予以规制。应根据它们不同的特点分别规定,才能准确地适用代理制度指导民商事代理实践活动。二是规定商事代理制度的法律文件杂乱无章、缺乏系统性。我国现行的代理立法散见于《中华人民共和国民事诉讼法通则》《中华人民共和国合同法》等民事法律、有关代理制度的行政规章(如《关于外贸代理制的暂行规定》)以及最高人民法院的司法解释(最高人民法院《关于贯彻执行民法通则的若干意见》)等法律法规中。这些法律法规位阶不同、立法层次差异较大。这种纷繁复杂的情况容易给人造成无所适从的困境。三是商事代理制度的具体内容模糊,可操作性差。当然,我国商事代理制度立法还存在许多问题,在此不再赘述。

面对繁荣的、日新月异的商事代理实践活动,这些问题如不及时解决,就难以对商事代理活动进行有效的规制,进而会影响我国国内经济的发展以及国际贸易活动的开展。笔者以为,完善我国商事代理制度,应做到以下几点:

首先,在立法理念上突破民商合一的桎梏。从传统意义上来说,我国属于大陆法系确定无疑。民商合一的立法主义是我国民商法律制度的现状,也是为大多数学者所赞同的。但是,我们应该清楚地认识到,商法产生于市场交易实践而不是法学家们臆想和立法者的主观拟制,它应该随着市场交易实践发展而不断创新,以便与之相适应。我们不但应该向大陆法系国家学习,而且还应大胆借鉴英美法国家成熟的法律制度。特别是在整个世界范围内,两大法系已经开始相互渗透、相互融合的今天,我们更不应故步自封、墨守成规。这一点对于我国商事代理制度的立法完善是至关重要的。

其次,在价值取向上坚持效益原则。《民法通则》关于代理的规定,主要定位于民事代理,过分注重安全,侧重对本人的保护,忽略了商事交易的便捷性和高效性的要求。商事代理制度设计应该围绕着降低交易成本、实现效益最大化。

再次,在立法体例上应制定商事代理单行法。目前,民法典尚在襁褓之中,商法典的制定更是遥遥无期。在这种情况下,制定一部商事代理单行法不失理性的选择,也是可以做到的。我们应该借鉴国外的先进制度,结合我国商事实践,整合我国已有的关于商事代理的规定,特别是要认真总结已实施多年的外贸代理制度的经验和教训,制定一部崭新的商事代理法。

最后,在容的设计上要勇于创新。在上述理念的指导下,坚持来源于商事实践、适应商事实践的原则,推陈出新,合理安排商事代理法的内容。具体做法,前文有所论及,不再多言。