

民法总则与商事立法: 共识、问题及选项

——以商事代理为例

郑泰安 钟 凯

(四川省社会科学院, 四川 成都 610071)

摘 要: 在民法典编纂背景下, 商法体系化及其规范实现适当的立法表达, 已成为学界共识。《民法总则》所包含的直接或间接商法规范即为民法商法化之最新例证。但总体来看, 包括职务代理规则在内的有关规范群缺失, 表明民法总则的商法品格明显不足。在民法典之外制定《商事通则》, 是接续职务代理等商事立法安排相对合理的选择。以商事代理规则设置为例, 《商事通则》应摒弃法典化的统率模式, 宜采以问题为导向、有限体系化的“剩余法”模式。

关键词: 民法总则; 商事通则; 职务代理; 商事代理

中图分类号: DF51 文献标志码: A DOI: 10.3969/j.issn.1001-2397.2018.02.05

民法与商法的关系历来存在民商合一与民商分立的重大争议, 各国或地区在立法安排上也有是否分别制定法典的不同做法^①。相应地, 中国民商法学界也有所谓私法一元化与二元化模式之争^[1]。民法学界多认为民法是私法体系的一般法, 商法是民法体系整体不可分割的组成部分。商法学界多认为商法与民法既有联系也有实质性区别。前几年, 伴随着对《商事通则》制定的热议, 商法学界对商事立法研究投入了大量的精力, 不少学者起草了相关专家建议稿^[2]。当民法典编纂(而非商法典)成为国家立法决策时, 有关争议似乎应尘埃落定。然而, “编纂民法典”的官方决定非但没有结束这场

争论, 反而再度“撩动着商事立法的神经, 掀起了学界商事立法研究的热潮”^[3]。

在民法典编纂的时代背景下, 如何理解民法与商法的关系, 特别是如何评估商法的地位并选择恰当的立法安排, 民法学界与商法学界仍在孜孜以求。毋庸讳言, 民法和商法联系紧密, 虽然习惯统称为民商法, 但不论是在学科研究还是立法研究上, 学者存在明显的学术分歧。客观上, 这些分歧容易加深立法者和法律工作者对民商关系理解的困惑, 不利于民商事立法的科学合理布局。如何破局, 这正是本文希望探讨的核心问题。

收稿日期: 2017-10-12

作者简介: 郑泰安(1965), 男, 四川成都人, 四川省社会科学院研究员; 钟凯(1980), 男, 广东高州人, 四川省社会科学院副研究员, 经济学博士。

^① 在民法典之外还单独制定商法典的国家或地区有德国、法国、日本和我国澳门等。仅有民法典而无商法典的国家或地区有意大利、瑞士、我国台湾等。

一、民商关系及民商立法之争议与共识

民商立法的争议源于对民与商关系的不同认知。研究民商立法布局及其具体路径,首先要弄清楚学者所争论为何物。不同学者出于自己对民、商关系的理解,纷纷提出了各自的观点。简要梳理,总体上存有以下学说:(1)一般法与特别法说。此说承认商法规范区别于民法规范的特殊性,但主张民法是私法之一般法,商法是私法之特别法^①。(2)相互融合说。此说主张民法和商法并非截然不同的法律部门,在当代存在相互融合的趋势^[4]。(3)形式与实质双重独立说。这种观点认为,民法和商法在现代已在内容和形式(法律渊源)都截然分开,前者调整家庭关系,后者调整市场交易关系^[5]。(4)实质独立说。该说不追求商法形式上的独立性(如商法典),但认为商法在实质内容上与民法不同,故与其说商法是民法的特别法,不如说商法是私法的特别法^[6]。(5)商法独特而非独立说。这种学说不否定商事规范具有自身的独特性,但否认商法独立于民法,因商法在主体制度、行为主体、权利制度和法律保护制度等方面均难以脱离民事规范而独立存在^[7]。

从学者的讨论来看,有关争议很难简单地用所谓“民商合一”或“民商分立”来概括。其中民商的“分”与“合”既有学科层面的思考,也有具体立法上的考量。就立法而言,不同的立法例其实各有千秋,利弊互见,优劣并存^[8]。在此层面,哪怕是持“民商合一”论立场最为极致的学者,也主张尽可能将商事特别法的共性规则纳入民法典总则,在此之外的共性规则能否单独制定商事通则,则留有讨论余地^[9]。更倾向于商法独立性的商法学者,同样提出要认真研究总纲性商法规范纳入民法的可能性^[10]。而且,即便商事规范有实质的独立性,民法典的基本精神在于务实、精简,不可过多置入庞杂的商事规范^[11],民法典编纂背景下商事规范自身依然需要适当的“法典化”表达形式^[12]。

一言蔽之,学界不否认民法和商法各自规范体系化的必要性,当前考虑的主要问题是民商事立法

的具体表达。对这一问题,有关探讨已有部分共识:一方面,另立《商事通则》用以涵盖民法典难以涵盖的内容,现已成为处理民法和商法关系在立法形式选择上的通说^[13]。只不过,对商事通则的规范功能、立法对象和具体规范内容等方面,则未有定论。另一方面,民法和商法学者为顺应民商融合的趋势,共同提出了“民法的商法化与商法的民法化”^[14]“编纂一部商事品格的民法典”^[15]等类似口号。按照这一立法目标,民法典编纂要尽量满足商法特性的立法要求,以使相关规范体现出某种程度的商法化。

如何通过民法典编纂实现民法规范商法化?按照民法学者的设想,立法上的主要着力点有:于价值层面,“引进商法的基本理念和原则,为商事发展预留充足的空间”^[16];在立法技术层面,“从商法规则中抽象出共通性公因式融入民法典总则和分则”^[17];在具体内容上,主要对法人制度、法律行为与合同以及代理等制度进行一定调整,以满足商人、商行为制度发展和多元化商事代理的需要^[15]。

二、民法总则:民商立法互动的最新范例

民法规范在多大程度上体现了商法化的要求,某种意义上可作为评判民法典编纂成功与否的重要标准。2017年3月全国人民代表大会正式通过《中华人民共和国民法总则》(以下简称《民法总则》)。学界若干期许究竟实现几何,首先需要探明。

从法律文本来看,我们赞同部分学者的总体评价,即《民法总则》并没有完成提取民法与商法公因式的任务^[18]。造成这一局面的原因是多方面的(容后文详述)。若从价值理念、立法技术、规范内容上看,《民法总则》对民法商法化的立法诉求其实还是做了不少回应。笔者尝试对这些条款作一番立法技术上的类型化总结。

① 参见:王利明.民商合一体例下中国民法典总则的制定[J].法商研究,2015(4);王轶,关淑芳.民法商法关系论——以民法典编纂为背景[J].社会科学战线,2016(4);王保树.商事通则,超越民商合一与民商分立[J].法学研究,2005(1).

（一）通用型条款

所谓通用型条款，是指民法典中能够反映民事规范与商事规范共通特性的，可以统一适用于所有民商事法律关系的民事条款。通用型条款实质反映了“民商合一”立法体例的基本立场。当然，通用型条款之一般性，只体现了民法和商法的最大公因式，不能因此否定或取代商法规范的特殊性。在具体的法律适用中，商法规范更多是对一般性规定的变更、补充或排除^[19]。《民法总则》中存在大量民法和商法的通用型条款，仅择数例阐述：

1. 习惯的法源地位

《民法总则》第10条规定“处理民事纠纷，应当依照法律；法律没有规定的，可以适用习惯，但是不得违背公序良俗。”从性质上看，本条规定为裁判规范，其规范对象系为裁判之人或机关。^[20]这意味着，法官在裁判民事案件时只能依据法律和习惯，形成“法律—习惯”二位阶法源体系^[21]。从内容来看，本条所指习惯，需在法律没有规定的情况下才能补充适用，而并非指习惯法。盖因习惯法应包含在“法律”之中^[22]。从适用范围来看，不论持“民商合一”或“民商分立”之立场，学者皆主张，商事习惯应当被规定为法律渊源^①。既然本条规定未明确区分民事习惯和商事习惯，那么按“民商合一”之基本要义，商事习惯亦得适用于本条规定，故可视为通用型条款。

2. 决议的成立

在民法学通说中，决议是一种调整社团组织内部关系的特殊法律行为^[19]。除社团决议、业主管理规约和村民集体决议外，商事法上的股东会与董事会决议亦属民法上的决议范畴。《民法总则》第134条将法律行为分为单方的、双方的和多方的行为。该条第2款规定“法人、非法人组织依照法律或者章程规定的议事方式和表决程序作出决议的，该决议行为成立。”据此，决议被单列为独立的法律行为，包括股东表决等商事组织行为与业主委员会、村民委员会决议等民事组织行为，均可适用《民法总则》该条规定。

3. 职务代理

《民法总则》以第170条新增了职务代理的一

般规则“执行法人或者非法人组织工作任务的人员，就其职权范围内的事项，以法人或者非法人组织的名义实施民事法律行为，对法人或者非法人组织发生效力。法人或者非法人组织对执行其工作任务的人员职权范围的限制，不得对抗善意相对人。”根据规定及相关原理，职务代理是依据劳动或雇佣关系中的职务而取得的代理权^[23]。职务代理属于传统民法的既有内容，《民法通则》第43条规定即为其历史渊源^②。职务代理同时也是传统商法中的重要内容。按照大陆法系“民商分立”的立法体例，商事代理权与商业辅助人这一概念紧密相关。狭义上，商业辅助人主要指受雇于商人以辅助其营业的经理、店员及学徒^[24]。经理等商事代理权实质是民法一般代理权的特殊形式，目的在于对商事交易的特殊保护^[25]。《民法总则》所规定的“执行组织工作任务的人员”，解释上可涵盖传统商法中的狭义商业辅助人。在没有特别规定的情况下，有关商事代理可适用《民法总则》职务代理规则。

4. 股权和其他投资性权利

《民法总则》第125条规定了股权和其他投资项目权利作为民事权利客体。“民商分立”的民法典通常不调整股权，《民法总则》的立法思路是“民商合一”，因此将股权纳入民事权利^[21]。“投资性权利”这一概念为《民法总则》所创设，其涵盖范围既包括传统民法基于个人合伙产生的份额权益，也包括传统商法的非公司类企业的投资性权利，如合伙企业、个人独资企业，还包括了无法被股权、物权、债权等概念涵盖的理财产品、信托产品和基金份额等新型投资。“投资性权利”之概念，可谓《民法总则》基于对民法和商事单行法财产制度的统摄而贡献的最新抽象化立法成果。

（二）融合型条款

在立法技术上，着力于提取民法和商法公因式

① 参见：王利明，民商合一体例下中国民法典总则的制定[J]，法商研究，2015(4)；范健，我国《商法通则》立法中的几个问题[J]，南京大学学报(哲学·人文科学·社会科学)，2009(1)。

② 有民法学者认为，《民法通则》第43条规定即属于职务代理。(参见：佟柔，民法通则疑难问题解答[G]//佟柔，佟柔文集，北京：中国政法大学出版社，1996：337.)

的通用模式,并非民法商法化的唯一路径。民事立法还可以径直将商法规范的基本内容吸收所用,并对原有内容按规范目的和体系安排加以整合、嫁接、优化,从而使民事规范集民事和商事特性于一体,实现“民”与“商”的有机融合。如果说通用型条款是一种新创,融合型条款就是“拿来主义”,体现了民法与商法规范上的合作^[26]。《民法总则》的部分条款没有对各类规范作统摄处理,而是把商事单行法中的某些规范进行了吸收。融合型条款主要集中于“法人”一章,特别是“营利法人”一节。试举例如下:

1. 法人登记的公信力

按照商法通说,商事登记的主要效力有二:一是通过登记和公示创设权利;二是通过登记赋予登记事实正确性的推定效力,^[27]第三人根据该推定而与法人建立的法律关系,具有相应确定的法律效力。对于法人登记的效力,《民法通则》未做规定,《公司法》也仅对公司登记的个别事项加以规定。例如《公司法》第32条第3款规定,股东姓名或名称未经登记或者变更登记的,不得对抗第三人。《民法总则》依据商法原理作出了第65条规定:“法人的实际情况与登记的事项不一致的,不得对抗善意相对人。”本条规定不仅统一确认法人登记事项的真实性推定,并且部分改变了以往司法实践不承认住所登记具有事实推定效力的做法。按照《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第3条的规定,判断法人的住所以主要办事机构所在地之客观事实为标准,只有在客观事实无法确定时,才按照法人登记的住所地认定^①。

2. 法人人格否认与关联交易损害赔偿

《民法总则》以第83条和第84条分别规定了营利法人出资人禁止滥用出资人权利及其法人人格否认责任,控股出资人和“董监高”滥用关联关系损害营利法人的赔偿责任。其理论渊源,系基于股东相互之间以及控制股东对公司所负担的诚信义务^[28]。这两项规范原本属于商事特别法中的内容,适用范围限于公司这类商事主体^②。为了减少和遏制公司股东以外出资人及控制权人的权利滥用,《民法总则》几乎原封不动地把有关内容直接吸

收为民事主体制度的一般性规则,创设出具有商法特性的民事规范,同时扩大了商事特别法的适用范围,使之适用于所有营利法人主体。

3. 营利法人内部决议与外部法律关系

依民法学说,决议的调整范围限于参与人的共同权利领域或他们所代表的法人权利领域,不调整团体或法人与第三人之间的关系,也不调整参与者的个人关系^{[19]433}。根据这一原理,有民法学者论及《公司法》第16条决议规则的规范后果,主张切断公司内部决议与外部行为的效力牵连^[29]。商法学者虽也认同内部行为与外部行为的区分,但主张以商事组织法作为基本依据建立某种审查规则,苛以第三人对内部行为瑕疵一定程度的注意义务^③。按照《民法总则》第85条规定的设计,营利法人的决议被确认无效或被撤销时,法人依据该决议与善意相对人形成的民事法律关系不受影响。这一规定既遵循了民商法学界关于决议行为不影响外部关系的共识,同时借鉴了商法研究的成果。营利法人依据瑕疵决议对外形成的法律关系“是否归属于营利法人,该第三人是否善意是决定性的因素”^[30]。

此外,《民法总则》第69条规定的法人解散和第七十条规定的清算义务人等规定,均是在《民法通则》没有直接规定或者规定极为简陋的前提下,借鉴《公司法》第180条和第183条的规定提炼、吸收和改造的产物^④。

(三) 转引条款

在立法技术上,为了实现法典简化、务实的编纂目的,以避免繁琐重复的表述,立法者经常会大量运用限制性、指示参照或转介条款,将可适用的事项援引至其他法律条款的构成要件上。这类条

① 《民法总则》第63条虽然延续了法人的主要办事机构所在地为住所地的规定,但后半句同时规定,需要登记的法人,住所办事机构所在地与登记的住所地应当同一。

② 这两项内容分别源自《公司法》第20条和第21条的规定。

③ 有关观点可参见:罗培新,公司担保法律规则的价值冲突与司法考量[J],中外法学,2012(6);梁上上,公司担保合同的相对人审查义务[J],法学,2013(3);钱玉林,《公司法》第16条的规范意义[J],法学研究,2011(6)。

④ 《民法通则》没有对法人解散及其事由加以规定。该法第47条仅规定企业法人的清算事由,但未规定清算义务人及其违反清算义务的法律后果。

款的主要功能是为不同的法秩序预留接口,以共同构建新的法秩序,由此可形象称为“转引条款”。转引条款在规范性上属不完全法条,其仅为构成要件或法律效果之部分,只有与其他法条相结合,才能发挥共同创设法效果的作用^[31]。在《民法总则》中,为数不少的商法规范可借由转引条款进入民法秩序,得以限制或改造民事条款的规范功能,从而更新并形成具有商法特性的商事秩序。具体列举如下:

1. 限制性法条

《民法总则》设置的民事规范作为一般性规定,适用范围可涵盖民事和商事领域。但在某些特殊的商事领域,因商法规范之特有逻辑,若完全适用民事条款规范,则不能发挥预期规范功能。其典型例子是《民法总则》第12条规定“其他法律对民事关系有特别规定的,依照其规定。”从立法目的看,私法领域涉及的某些特殊商事规则,很难也不宜纳入民法典,故这条规则明确了民法总则与民事特别法的关系^①。本条规定把民法的一般性条款排除在商事特别法之外,为限制性法条。此外,该规定还体现了法条完全性上的相对性^[20]。《民法总则》的部分条款相对于民事生活事实而言,未必不属于完全法条,但相对于所规范的商事生活事实而言,则具有不完全性,须具体援用转引的法条才能充实其规范效果。

2. 参照性法条

参照性法条的构成要件同样具有不完全性,缺失部分需参照另一法条补充,其主要功能在于避免立法上的重复规定^{[31]141-142}。《民法总则》第62条第2款规定,法人承担民事责任后,依照法律或者法人章程的规定,可以向有过错的法定代表人追偿。这里所谓“依照法律”,意为参照适用所有在构成要件上可向法定代表人追偿的法条。目前有关向法定代表人追偿的法律主要是商事特别法。例如《公司法》第147条规定,“董监高”对公司负有忠实和勤勉义务,违反此法定义务应按照该法第149条规定向公司承担赔偿责任。

3. 转介条款

所谓转介条款又称引致条款或引致规范,是指

本身没有独立的规范内涵,甚至不具有解释规则的意义,单纯引致到某一具体规范,法官需要从所引致的具体规范的目的去确定其效果的法律条款^[32]。它是民法学者在研究不同法域(如公法与私法)互动关系时提出的解释性概念。《民法总则》第71条和第127条,皆为转介条款。有人认为,这样的规定不应出现在《民法总则》,因为它们没有提供任何规范,只是写上其他法律有规定的,依照其他法律的规定,这无异于同语反复^[33]。我们承认转介条款过多会带来一些消极作用,例如减损了《民法总则》的法典化功能,但其独特价值仍然不应被忽视,即至少提供了构成要件的规范前提。《民法总则》第71条规定“法人的清算程序和清算组职权,依照有关法律的规定,没有规定的,参照适用公司法的有关规定。”不难看出,这里所引致的《公司法》第183条至189条等规定,不是可有可无的重复性说明,它限定了非公司法人清算所援引的法律依据。例如,现行《民办非企业单位登记管理暂行条例》中也有些关于民办非企业单位的清算规定,而《民法总则》第71条的存在,令民办非企业单位的前述清算规定不能再适用,其清算程序应当直接参照《公司法》的规定。可见,这类条款的引致功能有助于民法规范向商法规范转化。

三、民商融合未竟之功:以商事代理之职务代理为例

《民法总则》为保持一般法的地位,需以抽象化方式统摄民商各项规则。抽象化立法在法律适用中的作用主要体现在,当特别法领域找不到可直接适用的依据时,可“回归民法寻找源泉性法理依据作解释说明”^[17]。但是,《民法总则》对各类规范的统摄毕竟是有限度的,不仅有大量商法规范相较于民法规范差异甚大,民法各编内容亦具有相当独特性,通用性条款设置难度之大,可想而知。如欲降低其抽象程度,在总则为具体制度提供详细规

^① 参见:全国人大常委会常务委员会《关于〈中华人民共和国民法总则〉(草案)的说明》,全国人大常委会副秘书长李建国2017年3月8日在第十二届全国人民代表大会第五次会议上所做的说明。

范,则违背“一体适用”提取公因式的抽象化原则^[6];反之,总则条款越抽象,通用性越强,则对商法的指导作用可能越弱。因为直接套用民法规定,必对商法自身原理规则有欠考虑,难以真正体现规范目的之例外性。

《民法总则》一般法的定位会使其在吸收商法规范方面遇到众多限制。“特别立法篇幅巨大,将其纳入法典将使法典膨胀而成为难以掌控的鸿篇巨制”^[34],而“在规则和价值上太过缤纷,也可能影响乃至失去其作为一般规则和价值提供者的指引性”^[35]。有关因素构筑的立法“天花板”,决定了民法典只能维持“低度立法模式”^[36]。《民法总则》大量借用转引条款,就是这种立法定位的明证。由此形成的后果,是商法规范难以完全寄希望于《民法总则》的统摄、融合与技术协同,而必须另寻立法表达路径。这既是由民法和商法之间的关系所决定的,也是民法和商法良好互动的必然要求。下文以《民法总则》第一百七十条所增设的职务代理规则予以具体说明。

(一) 职务代理之代理范围不清

《民法总则》职务代理规定于“委托代理”一章,体系上为委托代理之特别规则,可归属意定代理范畴。依民法学说,意定代理是扩展本人(被代理人)的意思自治,补充、延长其“手足”的必要手段^[37],体现了本人的私法自治自决权^[38]。关于职务代理权源,学说却存争议。大体上区分有本人授权说、职务权源说和多元权源说等不同主张^①。

字面上,《民法总则》把职务代理的权源定位于“职权范围”。这一立法处理具有一定合理性。将法律规定、交易习惯等作为意定代理或商事代理的多元化权源,理论逻辑难以自洽。意定代理的权源只能来自于本人的授权,基于特别规范需要,法律规定和交易习惯与其说体现了代理权源的多元化,毋宁只是授权范围的类型化。不过,依民法学通说,代理权授予是单独行为^[37],意定代理权之范围仍应取决于授权行为所表示之意思,而非基础行为之内容^[39]。设定职权范围所依据的法人或非法人组织意思表示,可体现在劳动合同中的岗位安排条款、委任协议或由章程、决议任命之中,等等。有关

规定直接将职务代理的权源表述为“职权范围”,似与“基础关系与授权行为相区分”的民法原理冲突。

对此较为合理的解释,是将职权授予之意思与产生职权的基础关系相区分,并将前者直接视作代理权授予。如此,职务代理的权源复归本人授权说。只不过,职务代理之授权不同于一般委托代理之单一性,而体现为组织性以及由此呈现出的持续性、反复性和独立性等特征^[40]。授予职权之意思无须就每项交易一一确定授权范围,实质系概括性授权,其代理事项及范围应根据职务地位而延伸。例如,店员虽没有任何明确的授权,仍得认定其依职务有代理销售的权利^{[21]120}。

《民法总则》虽笼统规定职务代理依职权范围而定,但并没有明确代理范围确定的原则,后者恰恰是商事代理不同于民事代理的关键所在。在此意义上,二者的主要区别在于:民法上意定代理范围原则上依照本人的意思发生,商事代理(如经理权)的代理范围,却不完全取决于本人之意思,而为法律之规定,经理人特定的代理行为,是否为本人之意思,无关宏旨^{[39]118}。职务代理条款此种界定缺失,必然引起司法实践种种问题。其所谓的“职权范围”,性质上纯属组织内部事务,仅依赖于内部授权确定代理范围,处理外部关系必须结合第2款之善意对抗规则,以构建一套复杂的关于相对人“善意”的构成要件。而在缺乏法律规定的前提下,容易“增加学理上和实务中就职权范围界定的不必要争议,甚至在司法实践中大大增加涉及法人和非法人组织代理的纠纷”^[41]。

(二) 未对不同职权范围及代理权限作合理细分

《民法总则》第170条不同于《民法通则》第43条的最大区别,就是改变了将“法定代表人和其他工作人员”并列的做法,仅规定“执行法人或者非法人组织工作任务的人员”。按照体系安排,法定代表人由《民法总则》第61条的代表制度规范,而法

^① 有关意定代理的不同权源,参见:尹飞,体系化视角下的意定代理权来源[J].法学研究,2016(6);关于商事代理的不同权源,参见: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).

人或非法人组织的其他工作人员则由第 170 条的职务代理制度规范^①。但是，不论是法人或非法人组织，执行其组织工作者众，相应的职务类型也纷繁复杂，《民法总则》未对此作进一步职权划分。不同执行工作任务者是否均对外有职务代理权，其代理类型和效力范围如何划分，《民法总则》没有提供答案。

将目光转移至大陆法系相关立法，在“商业使用人”“商业辅助人”“商业雇员”等概念统摄下，职务代理权通常有三类：一种是经理权，其代理范围最为宽泛，可代理实施诉讼上和诉讼外的一切法律行为；另一种是特定范围的代理权，其权限范围窄于经理权，在不同国家有不同称谓，如代办权、部分代理权、企业辅助权等等；第三种是店员代理权，这种权利不需要业主授权，只要受雇于店铺即视其享有销售权限^[24]。总体来看，各类职务代理的范围具有法定性，各国通过立法技术对上述几种形式的职务代理权予以类型化，使职务代理构成以经理权为重心的逻辑严密的权利体系。

检索我国现行立法，在《民法总则》之外有不同类似称谓。除《民法通则》规定的企业法人的“工作人员”外，有《公司法》第 216 条规定的“高级管理人员”，《合伙法》第 35 条规定的“经营管理人员”。另外，我国有关企业立法上还存在着“职工”“员工”甚至“雇工”“雇员”等概念。未入立法表述而依章程、内部约定和商业观念所表现的职务，更是五花八门，如总裁、主任、部门经理、业务经理、店长、总监等等，不一而足。简要分析，这些概念均难以对应于境外立法的职务代理人。例如，“工作人员”从字义上应当指企业除法定代表人以外的所有人员，与职务代理人相比，其外延显得过于宽泛；“高级管理人员”仅指作为公司负责人的管理人员，与职务代理人相比，其外延又显得过于狭窄。如果将这些概念嫁接《民法总则》的职务代理，完全可能出现适用上的宽窄失当的问题。

更为关键者，商事单行法上的相关概念并非基于商事代理权而设计。例如，从《公司法》第 50 条的规定明显可见，公司总经理职权虽然也具有法定

的属性，但基本为公司内部管理的内容，并不必然产生公司与第三人的外部关系。另外，我国有关企业立法上关于“职工”“员工”“雇工”和“雇员”等概念，都是着眼于其与企业的劳动关系来做出的规定，并且各自背后还加入了不同的价值考量，如国有企业与“职工”对应，而私营企业的员工则常被称为“雇工”。

较为罕见的是《建筑施工企业项目经理资质管理办法》第八条，其直接规定项目经理有权“处理与所承担的工程项目有关的外部关系，受委托签署有关合同”。但毕竟这一规定仅为部门规章，且是作为解决个别问题而存在的。在更为普遍的商事领域，仅仅凭借《民法总则》第 170 条所规定的简单概念以及其他单行法关于组织内的职权划分规定，无法构建起如同境外民法典或商法典那种系统性的职务代理权制度。

（三）未充分贯彻商事外观主义的立场

所谓外观主义，指以交易当事人行为的外观为准，而认定其行为所产生的法律效果^[42]。商事登记所展现的客观信赖效力，即为外观主义之典型特征。透过登记，一方面得以推定正确的公示方式创设或变动私法权利，另一方面通过赋予反面事实“默示”信赖，使未经登记者不得对抗善意第三人^{[27]74-75, 80-81}。由于职务代理更多实施具有组织性和持续性的交易，故对交易安全之强调尤为重视。基于法定性、客观性的代理构造特征，交易相对人只要以登记等易于辨识的方式确定其身份，“即可安心于经理人进行交易，无须一一调查经理权之有无”^[43]。

在比较法上，经理权等职务代理权之取得，原则上都要求采取明示授权的方式，且须进行登记，如《德国商法典》第 53 条第 1 款规定、《意大利民法典》第 2206 条第 1 款规定，以及日本、韩国、瑞士、我国澳门地区，均规定有类似内容^[24]。为保护交易安全，我国《民法总则》职务代理条款也承认“职权范

^① 关于代表与代理的区别参见：黄立，民法总则[M]，北京：中国政法大学出版社，2002：131。

围的限制不得对抗善意相对人”,但如何判断“善意”造成了民事审判实践的困扰^①。缺少职权范围的法定标准及相应授权的公示方法,相对人便难以证明其构成“善意”。

值得注意的是,关于《物权法》第一百零六条善意取得之“善意”构成,司法实践已明确以登记推定的方式来审查认定^②。笔者认为,善意取得的形式化标准尚不属于彻底的商事外观主义。民法上的“善意”认定,通常会以相对人“知道或应当知道”之主观心态来否定登记信赖^③。与之相比,商事外观主义具有更强的登记信赖客观效力。经理授权一旦为公司登记,为求法律关系的划一与确定,第三人无论善意或恶意,均不得对抗之^[44]。即便考虑“善意”的法律意义,认定上也应严格遵循客观解释,不得动辄探求行为人的主观心态。依此要求,相对人主观上是否知道内部瑕疵,对代理行为的效力并无影响,除非相对人有滥用自己“知情”的行为,方可认定其构成恶意^{[28][214]}。

未对职务代理的职权范围进行法定化、客观化处理,实践中还容易造成把有权代理混淆于表见代理。一种意见认为,如职务代理人所实施的行为超出其职权范围,即超出了被代理人的授权范围,因此应当属于无权代理的情形,由此适用《民法总则》第172条规定的表见代理规则^[45]。按照代理授权与基础关系相区分的原理,法人或非法人组织的内部约定,不能当然视为对代理权授予的限制,如存在外部授权(如公告、登记)或其他可推知的默示授权形式,该职务代理仍为有权代理^④。如将职权范围限制按表见代理处理,则会明显降低商事外观信赖保护的客观基础品质。与善意取得类似,表见代理对相对人注意义务要求也较高,这对于相关领域交易安全的保障往往是不利的。从民法学者的讨论来看,适用表见代理须考虑本人是否有“可归责性”、是否属于“本人可以控制的风险”等公平因素,或至少把本人的归责性纳入相对人的“合理信赖”因素^{[21][1228-1229]}。

由上分析,唯有按照商事代理的价值要求建立职务代理权之公示制度,才能与大陆法系奉行的商事外观主义原则相吻合,并有效解决上文提及的概

括授权所带来的权限界限不清晰的问题^[40]。

(四) 缺乏职务代理内部关系的实质性规范

在大陆法系,代理制度规范的是代理人与相对人之间进行法律行为的法律效力归属问题,被代理人和代理人之间的关系不属于代理制度的调整范围^[21]。职务代理作为私法意定代理的特殊类型,自当遵循此民法脉络。一如《民法通则》,《民法总则》代理制度亦以代理权为核心,重点规范代理人行为之法律后果归属,对代理人与被代理人的基础关系着墨不多。从有关规定来看,职务代理人与组织之内部关系,仅有第一百六十五条的代理权滥用条款可供援引,如此设计固然合乎理论逻辑,却未必满足商法之实践需求。理由如下:

1. 职务代理内部规范并非聊胜于无

法人或非法人组织内部各类工作任务执行人员,对外代理权仅是其依据职务而发生的权利义务关系之一,依据职务或基础关系的不同,相关人员在组织内享有不同法律地位。以公司经理(总经理)为例,其与公司之内部关系,既包括民法上的委任关系、劳动或雇佣关系^[46]。也可作为公司负责日常经营的负责人,从而与公司成立特殊的信义关系^⑤。经公司章程规定,经理还可以成为公司的法定代表人。是故,职务代理人与法人或非法人组织的内部关系具有多元属性,且内外之间未必一一对应,需要于代理规则之外对其另作规范。

① 有关实务界观点认为,善意系一种内在心理活动状况,它并不直接显露于外部,因而难以度测。(参见:最高人民法院民事审判第一庭:《最高人民法院物权法司法解释(一)理解适用与案例指导》[M],北京:法律出版社,2016:19.)

② 参见《最高人民法院关于适用若干问题的解释(一)》第16条第1款规定。

③ 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国物权法〉若干问题的解释(一)》第16条第2款规定:“真实权利人有证据证明不动产受让人应当知道转让人无处分权的,应当认定受让人具有重大过失。”该规定认可相对人知情的反证规则,实质上降低了登记的客观信赖效力。

④ 实务中多认为挂靠经营属无权代理,适用表见代理的规定。(参见:周凯,《表见代理制度的司法适用——以涉建设工程商事纠纷为对象的类型化研究》[J],《法律适用》2011(4).)

⑤ 按照信义关系构造,公司管理层必须按照信托受益人即股东的利益全力以赴并诚实行事。(参见:钟凯,《公司法实施中的关联交易法律问题研究》[M],北京:中国政法大学出版社,2015:163.)

2. 对职务代理内部关系作系统规范是境外立法之主流

从境外立法例看,商业使用人、商业辅助人等概念不仅指向商事代理权,还着眼于商人与辅助人之间的内部关系^①,重点将竞业禁止作为商业辅助人的主要义务。具体而言,各国/地区商事立法例的竞业规范存在一些差异:首先,从义务主体看,除德国《商法典》对商业辅助人的竞业禁止义务作了统一规定外^②,许多国家/地区的法例仅仅针对经理人做出这一规定,这主要是与经理人的地位及其对商人所负忠实义务有关^③。其次,从禁止的范围看,一些国家/地区的立法例规定竞业范围不限于单纯的竞业交易,而是扩展于一切营业活动^④,或者扩展于担任公司的无限责任股东、董事和其他商业雇员^⑤。究其背后考量,多是认为经理人如另为他人实施营业,或成为其他商业企业的雇员,往往须耗费其大量精力,难免顾此失彼,因而与忠实义务相悖。再次,对竞业行为的构成,各国或地区规定的要件是“为自己或为他人计算”,在有的立法例中,“为自己计算”包括“透过他人”间接从事^⑥。最后,经理人如违反竞业禁止义务,商人可主张介入权或赔偿损失^⑦。一般而言,介入权可分为两种不同类型,一种为“法律关系介入权”,委托人可以将经理人之行为视为自身进行的交易^⑧。这种介入权实际上是对整体法律关系的介入。另一种是“夺取利润型介入权”,委托人仅可请求受让人返还其交易利益,这就是通常所说的归入权^⑨。

3. 我国现行立法对公司以外的“经理人”以及其他职务代理人的义务规范阙如

在我国《公司法》上,针对职务代理人的竞业禁止和忠实义务的设定目前就只限于公司“高级管理人员”的范围,公司其他职务代理人以及非公司法人、非法人组织的职务代理人并不受约束。《劳动合同法》虽有对员工的竞业禁止规定,但该规定属任意规范并明显向劳动者倾斜^⑩。而且,我国公司法针对违反竞业之行为仅规定利润夺取型的介入权(归入权)^⑪。对于商事主体的保护而言,法律关系介入权也殊为必要,它可令公司整体介入竞业行为为法律关系,将之视为为公司从事的经营活动,从

而可以有效夺回客商,充分保护公司利益,这是仅仅通过夺取财产利益或要求损害赔偿所不能达到的目的。在某些情况下,仅仅要求职务代理人上缴竞业经营所得的收入并不符合社会经济的效益原则。比如,经理人违反竞业义务自己投资设立营利法人,须从持续性经营的每笔交易中夺取经营利润,不仅费时费力,也无法实际监督实施。如果在有关法律中规定类似介入权,公司便可以依照此规定将其发生的所有交易一概视为公司所为的行为,此时经理人设立企业和经营行为均是代理公司所进行。

综上所述,《民法总则》缺乏商事代理理念,自然不可能在相关立法中有意识地去设计与商事代理权相联系的制度,导致相关代理规范群的缺失。纵然《民法总则》第170条和《公司法》对相关问题

① 较为特殊的体例是《德国商法典》,于经理权与其他商业代理权之外,另辟“商业辅助人及学徒”专章,专门规范商业辅助人与商人的内部关系。(参见:杜景林、卢谡译,《德国商法典》[M].北京:中国政法大学出版社,1999.如无特别说明,下文有关条文均引自该译著。)

② 《德国商法典》第60条第1款规定“不经业主的允许,商业辅助人既不得经营企业,也不得以自己或他人的计算进行属于业主的营业部类的交易。”

③ 忠实义务通常由公司法专门规定,一般认为,竞业禁止是忠实义务的具体体现。(参见:甘培忠、刘兰芳,《新类型公司诉讼疑难问题研究》[M].北京:北京大学出版社,2009:310-311.)

④ 参见《德国商法典》第60条第1款前半段。

⑤ 《日本商法典》第41条第1款规定“经理人未经业主许可不得进行营业,不得为了自己或第三人,从事于业主的营业属于同一部类的交易,或成为公司的无限责任股东、董事或其它商业的使用人。”(有关条文均引自:付黎旭、吴民译,《日本商法典》[M].北京:法律出版社,2000.)

⑥ 《澳门商法典》第71条第1款规定“未经委任人明示同意,经理不得自行、透过第三人或为第三人经营与获委任经营之企业同类之商业企业。”

⑦ 明确规定损害赔偿的立法例如《澳门商法典》第3款。其他立法例,如《日本公司法》第12条第2款,将竞业行为所获利润额推定为公司所产生的损失额,纳入损害赔偿处理。

⑧ 《日本商法典》第41条第2款规定,经理违反竞业禁止规定为自己进行交易时,业主可将其视为为自己自己进行的交易。类似的规定还有《德国商法典》第61条第1款。

⑨ 我国台湾地区“民法”第563条第1款规定,经理违反竞业禁止义务,营业主可以其违反委任契约为由,请求因其行为所得之利益。

⑩ 参见《劳动合同法》第23条规定。

⑪ 参见《公司法》第148条第2款规定。

做了一定的规范,但尚未形成系统的商事代理制度。

四、商事代理等商事立法的后续选项

基于商事立法的后续需求,《民法典·分则》能否承接《民法总则》未完成的商法化任务,哪些需要留待《商事通则》再作统筹安排,需要进一步讨论。随着《民法总则》的颁布实施,民法典编纂已取得阶段性成果。然而,大量商法规范还是没能借民法典编纂之机遇登堂入室,它们或隐匿于分散的商事单行法,或仅停留在学说层面继续远离商事实践,难以被审判机关系统适用。因此,接下来要考虑商法规范立法诉求后续实现问题。

就商事代理而言,理论上存在三种后续方案:一种方案是把特殊的商事代理问题留待《民法典·分则》中另作考量,例如间接代理由债法分则相应部分作特别规定^[6]。第二种方案是将间接代理、表见代理、经理权、代办权等制度,付诸《商法通则》统一解决。第三种方案是将商事代理交由商事单行法处理,例如在《公司法》修订时增设经理权、代办权等规范^①。以上不同方案,需结合当前民法典编纂与商事立法实际,有针对性地加以论证并取舍。

(一) 不同代理规范难以《民法典·分则》一概吸收

在商事代理立法中,由于各国的法律制度背景以及所选择的立法范式的不同,对商事代理的概括和界定也存在差异^[48]。具体而言,大陆法系不承认隐名代理和间接代理,所谓代理限于显名主义,即直接代理^[49]。大陆法系的直接代理中,除经理权、代办权、店员权等职务代理形式外,还包括独立作为受托人为商人从事媒介交易或代理活动的代理商^②。英美法虽无“商事代理”一说,但其所包含的隐名代理形式迎合了代理商的职业需要,因而更能体现出商事代理的优势^[50]。笼统来讲,商事代理的大致范围,涵盖了前文所列举的各种职务代理、代理商和间接代理等形式。

《民法总则》所规定的职务代理与大陆法系相同,仅限于直接代理。故隐名代理形式与一般代理

规则相异其趣,体系上须以特别规定融入分则。由于隐名代理规则早已为《合同法》第402和第403条所纳入,从《民法总则》历来草案版本变化来看,相关内容未来在分则占据一席之地的可能性较大,但若同时对职务代理和代理商也做出类似安排,目前来看较难实现:

第一,《民法总则》所预设分则体系未预留职务代理和代理商之空间。从体系上讲,经理人和代理商的关系是一种特殊之债的发生依据,完全可以由“债法编”吸收进入《民法典·分则》,如我国台湾地区“民法”即为代表。但祖国大陆债法体系深受《合同法》《侵权责任法》等民事单行法立法的影响而逐渐趋于分散化,《民法总则》第121和第122条又将无因管理、不当得利等原本属于《债法总则》的内容规定其中,可谓针对传统债法体系发出的解构令^[33]。没有了债法编,职务代理也就失去了融入分则的重要通道。从立法机关表述的《民法典·分则》合同编、物权编、侵权责任编等分则内容的编纂计划来看^③,其同样不可能为职务代理和代理商制度提供容身之所。

第二,通过新增编章纳入有关内容几无可能。比较法上,通过将各种企业规范独立成编的方式,职务代理制度虽可借由民法典编纂实现体系化安排,例如《意大利民法典》在“劳动编”的“企业劳动”专章中,以“商业企业与其他应当登记的企业”一节集中规定商业企业代理和登记等问题^[51]。但是若追随此种“大民商合一”的编排体例,则需要将我国《公司法》《合伙企业法》《个人独资企业法》《劳动合同法》等单行法的相关内容再度进行次级公因式提取,其工作量之大,已不可能赶上《民法典·分则》的编纂进度。况且,揉入过于庞杂的内容,

① 参见:谢鸿飞.代理部分立法的基本理念和重要制度[J].华东政法大学学报,2016(5);类似观点在商法学者的论述中也有涉及,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[J].南京大学学报(哲学·人文·社会科学),1998(3).

② 参见《德国商法典》第84条。

③ 参见:全国人民代表大会常务委员会《关于〈中华人民共和国民法总则〉(草案)的说明》,全国人大常委会副委员长李建国2017年3月8日在第十二届全国人民代表大会第五次会议上所做的说明。

所能实现者与其说是法典编纂，倒不如说是法典汇编。因此，这种思路既不符合学界关于民法典作为私法领域一般法的抽象化、简约化定位，也难与《民法总则》“低度立法”模式相配套。

第三，关于商事代理在民法典中的具体安排，学界还没有达成共识。多数学者虽意识到商事代理不同于民事代理的独特性，但在“大民法主义”思维主导下^①，民法学者往往对商法规范的特殊性体认不足。例如，有观点论及商事代理，对大陆法系直接代理中所包含的丰富商事规则视而不见，径行主张直接代理适用于民事领域，狭义间接代理（隐名代理）适用于商事领域的二元划分^[52]；还有一些观点忽视直接代理与间接代理的本质差异，错误提出以统一规尺统摄商事中间人、商业代办、商业辅助人等不同代理形式^②。按照《民法总则》制定“存在争论就不要去涉及”的求同思维^[33]，在有关问题达成科学共识前，立法者不太可能贸然效仿间接代理的立法经验，在分则中为经理权、代办权、代理商等内容设置章节条款。

（二）后续立法宜以“剩余法”模式制定《商事通则》

《民法总则》受立法模式约束，其商法品格并不突出。民法学者虽着力构建“民商合一”的统一代理制度，主张以职务代理、委托代理涵盖经理权、代办权等大陆法系商事代理^[39]，英美法间接代理也一度被考虑纳入《民法总则》^[53]，但正如前文所见，最终立法文本离民法商法化的要求相去甚远。

既然民法典难以保罗万象，采反其道而行之的去法典化路径，考虑由商事单行法作为商法规范的主流形式，倒不失为可选项之一。在法典化与单行法之间，如果单行法“特别”到与法典相距甚远，就不再是单行法，而是其他法律，就应从法典中分离出去^[54]。商法史上类似现象并不鲜见，如日本《公司法》2005年从《商法典》中独立。具体考察公司法等商事单行法，不少国家或地区的公司经理制度越来越多地融入内部治理上的职权因素，赋予经理人法定机关地位及代理权以外的法定职权^③。现代经理人具有的多元身份，使其脱离于传统商法的经营辅助人地位，渐渐过渡到经营管理之核心身份。

正如前述，我国现行《公司法》上的经理从一开始就不是基于商事代理理念来设计的企业负责人，而是主要基于企业内部管理来使用的概念。为维护我国现有法律制度的延续性和协调性，在商事代理制度设计上，须尽量解决好传统经理与现代经理因内容差异而引起的诸如经理权、经理职权、法定代表权等概念冲突的问题。考虑到不同法律意义的经理人以及《公司法》适用范围的限制，这一目标显然非商事单行法所能独自实现。

基于上述立法与实践的互动视角，试图通过修订《公司法》等商事单行法来填补以经理权为核心的职务代理商法规范群缺失，绝非最佳选择。在民法典之外制定一部《商事通则》，形成“民法典+商事通则+商事单行法”范式的商法体系，目前看来既契合我国立法实际，又易于取得共识，因而更为可取。从立法需求来看，商事通则应当在“通、统、补”三个方面发挥自身作用，即创设民法与商法的通用规范、统率商事单行法规则和填补民法与商事单行法之间的空白^[55]。

需要强调的是，上述立法路径应侧重于“通”和“补”而非“统”。这是因为，商法是开拓者，而非守成者^[56]，其生命力和价值在于鼓励、保障和规制具有营利性的商业交易，不在于法律逻辑与概念体系^[57]。大陆法系商法典虽有体系化之美，但其时空上与当前商业环境与交易需求颇有间隙，效仿传统法典编撰思路恐怕无法因应逾百年的沧桑巨变。另一方面，我国《民法典》为“统率”民商规范已然或正打造相当基础设施，《商事通则》设置商事代理规则时需主动与民法进行体系化衔接，不应抛却已有通用型、融合型和转引型条款而另起炉灶，重新设计平行规则体系。所以，《商事通则》本质上应定位于“剩余法”（residue law）：它提供的更多是立法剩余技术规范，包括商事领域所形成的相当程度上的

① 有关内容，参见：车传波，论民法典的外部关系[J]，社会科学 2014(3)。

② 有关观点参见：彭真明，论现代民商合一体制下民法典对商事规范的统摄[J]，社会科学 2017(3)。

③ 关于经理设置的法定模式及权源，参见：王保树，钱玉林，经理法律地位之比较研究[J]，法学评论 2002(2)。

“共性的特殊性与独立性”规范群,以及商法领域既不为民法典所关注,也无法为单行商事法所规范的特有制度^[6]。

(三)《商事通则》设置商事代理规则的若干问题

《商事通则》具体应当包含哪些内容,从商法学界所起草的建议稿来看,主要包含有商人、商行为、商号、商事登记、商事代理、商事账簿和营业转让等内容。民法学者所反对者,主要是针对商人和商行为概念独立的必要性,而对于商事代理的相对独立性,并无过多置喙。在商法学界,对如何设置商事代理规则也存争议,这些问题包括能否在商事领域制定统率性的代理规则,商事代理具体涵盖哪些内容,立法体例如何设置,商事代理与民事代理如何衔接等等。根据前文的有关分析,笔者提出下述初步建议:

1.《商事通则》难以提取商事代理的公因式

与民法学者的抽象化立法思维相似,部分商法学者基于商事代理的独特性及其共性特征,主张效仿《民法总则》的统摄思路,对本质相同的商事代理建立一般规则,将其置于与民事代理一般规则相平行的位置,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^[40]。管见以为,这种比照民事代理概念塑造统一性商事代理规则的立法思路,可能会减损商法规范独立存在的价值。商事代理多元化、灵活性的代理形式,正是其区别于一般民事代理的重要因缘^①。民法在吸收了间接代理、表见代理后,商事代理与民事代理的差别已然缩小,如果商事代理可被统摄一般规则,那么更具概括力与抽象性的潘德克顿民法体系又何尝不能代劳?事实上,《民法总则》对商事代理的抽象仅限于显名主义之职务代理,对商事领域各式“以自己名义为他人利益”实施的间接代理,未做任何安排。分则即便承认隐名之本人可依照代理规则直接承受行为效果,无非属于显名主义的例外^[58]。间接代理难以拔高至总则,究其原因,“商法学中的商事代理,更倾向反归纳的特征”^[50]。故在有限归纳基础上保持代理形式的开放性,才是保持商法活力的正确路径。除此而外,

代理商在外部关系上与民事代理并无特别之处,其规范重点在于与委托企业的内部关系^[27]⁴¹⁵。这一点明显异于间接代理的立法需求,使二者无法在同一体系下被有效统摄。

2.《商事通则》如何规定间接代理

间接代理是一种非显名代理。从理论上讲,商事代理不以显名为必要,是因为商事交易的非个人性,第三人不在乎相对人是谁,或交易双方对当事人之同一性不感兴趣,若“一刀切”地推定代理人仅能以被代理人名义为法律行为,则侵犯了当事人的意思自治^[59]。基于同样的逻辑,立法上不宜将非显名性固定为商事代理的充分条件。间接代理既可作为商事领域的特殊代理形式,在某些场合同样适用于传统民事关系。例如民间借贷情形,以自己名义借款的名义借款人,如果已向出借人披露了实际借款人,在一定条件下出借人仅得向实际借款人主张还款义务^②。而且,间接代理通过“合同编”进入民法典,与直接代理形成一般法与特别法的适用关系,那么《商事通则》仍然一般性地规定间接代理规则,则显然会产生体系冲突。依照其“剩余法”之定位,《商事通则》需对间接代理规则加以完善的地方在于,尽可能清晰界定间接代理、行纪合同和民事代理的边界,即在哪些情形下需要遵守合同相对性,为传统民事交易相对人明确“谁是行为所生的权利义务承受人”,以免因其不熟悉商事特别规则而无辜遭受不测之法律后果^[52]⁸⁸;哪些属于值得鼓励与保障的商行为而无需考虑交易当事人之同一性,得类型化适用代理之行为归属规则。

3. 职务代理在《商事通则》的体例安排

对职务代理进行一定程度的体系化安排,是大陆法系民商事立法的共同经验。在《商事通则》中围绕职务代理创设相对独立之商事代理规范,不仅可行且殊为必要。参照各国或地区做法,职务代理

① 例如,有学者将隐名代理梳理为“明知本人身份”的隐名代理、“知有本人存在但不知其具体身份”的隐名代理以及“未披露本人存在”的多元隐名代理形式。(参见: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).)

② 一些地方的司法实践已明确采纳类似的裁判规则,其背后法理即为隐名代理规则。(参见:《四川省高级人民法院关于审理民间借贷纠纷案件若干问题的指导意见(2016)》)

商事立法主要有两种体例：一种是遵循外部关系的独立性，设立以经理权为核心的职务代理权，其内部关系另辟章节规范；另一种是不明确区分内部关系及对外代理权，而是专设章节统一规范职务代理人。我们认为，前一种体例突出了商事代理权之特殊性，法律适用上条理更为清晰，又不至于令商事代理范围之法定性不当导入内部治理，具有相当合理性^[24]。不过，从祖国大陆民商立法前述所分析的情况来看，《商事通则》立法目的在于拾遗补缺，职务代理商法规则应以问题为导向，而不必在体例上过于追求逻辑周延。第二种立法体例，如我国《澳门商法典》第六编“经营企业之代理”及其分解的“经理人”和“企业主之辅助人员”专章，与祖国大陆立法需求最为贴近。参照这种思路，另需考虑职务代理之民法与商法的适用关系问题。其中最值得借鉴者，无疑是采“民商合一”体例的《意大利民法典》，其经理权等职务代理适用登记生效，如未登记则不能取得商事代理之特别效力，仅按照一般代理处理^①。在这样的立法体系下，职务代理应优先适用于《商事通则》，《民法总则》第一百七十条可作为一般性的补充适用条款。

五、代结语：民商立法的未来之路

可以预见，不论立法者对民法和商法采取何种布局，关于民法和商法关系的争论可能永远难以划上句号。《民法总则》所包含的直接或间接商法规范的例证表明，民商融合之趋势难以避免，“民”与“商”的互动是当代民商立法最鲜明的特征之一。在未来，商法规范借助《民法典》以及其它适当的后续立法安排，实现适度体系化也是顺理成章的立法目标。

当然，良好的愿景不等于立法科学化本身。正如有学者指出，受到英美法和大陆法不同法系影响的民法规范和商法规范，通过一部民法典来整合在一起，如果立法水平不能相应提升，容易出现“夹生饭”现象^[60]。根据前文对《民法总则》第一百七十条等商事代理立法思路和条文分析，《民法总则》的商法韵味明显不足。

本文主张，民法学界与商法学界不宜纠结于“民商合一”与“民商分立”、“私法一元化”与“私法二元化”等宏大命题的过度争论，这对于民法和商法之良性互动殊为不利。毕竟，不同立法例往往是基于这些国家或地区不同的立法需求并根植于自身立法传统而作出的现实选择，并非单纯是一种理论智力游戏。这并不是说，关于“民”与“商”的关系问题研究是全无价值的，而是说在相应的立法表达上，我们需要秉持一种现实主义的立法理念，尊重合乎国情的立法路径依赖，并注意倾听来自司法实践的呼声，以促使民法规范与商法规范在互动中完善。

总之，《民法典》的编纂是我国民商立法的划时代创举，但其无法承载民商立法的所有需求。只要承认我国商法规范体系化的历史“短板”，那么以拾遗补缺、有限体系化为目标的《商事通则》，无疑是填补有关规范群缺失的较为合理的选择。同时应明确，在民法典这一“民商”（不仅仅是民事）一般法的前提下，《商事通则》既不可能是“商法总则”，也不会是《民法通则》在商法领域的翻版。《商事通则》可以适度抽象但不宜过多统摄纷繁复杂、灵活适用的商事单行法规范。《商事通则》应采取以问题为导向的“剩余法”模式，针对诸如职务代理等一系列《民法典》和单行法无法解决而又亟待解决的现实问题，主导商事立法后续安排，最终，与《民法典》和其他单行法一道，形成既有统帅指导又相对自成一体中国特色多层次民商法律体系。■

参考文献：

- [1] 董彪, 李建华. 民法典中商事法律规范体系化的立法设计[J]. 广东社会科学, 2017(2).
- [2] 樊涛. 商法通则: 中国商事立法的应然选择(附:《中华人民共和国商法通则》建议稿)[J]. 河南大学学报(社会科学版), 2008(3).
- [3] 赵旭东. 民法典的编纂与商事立法[J]. 中国法学, 2016(4).

① 根据《意大利民法典》第2206条第2款规定，经理权没有登记的，视为一般代理。

- [4]江平. 民法典: 建设社会主义法治国家的基础——关于制定民法典的几点意见[J]. 法律科学, 1998(3).
- [5]徐学鹿. 什么是现代商法[M]. 北京: 中国法制出版社 2003: 213.
- [6]李建伟. 民法总则设置商法规范的限度及其理论解释[J]. 中国法学, 2016(4).
- [7]许中缘, 颜克云. 论商事规范的独特性而非独立性[J]. 法学, 2016(12).
- [8]刘凯湘. 剪不断, 理还乱: 民法典制定中民法与商法关系的再思考[J]. 环球法律评论, 2016(6).
- [9]王利明. 民商合一体例下中国民法典总则的制定[J]. 法商研究, 2015(4).
- [10]范健. 我国《商法通则》立法中的几个问题[J]. 南京大学学报(哲学·人文·社会科学), 2009(1).
- [11]王文宇. 从商法特色论民法典编纂——兼论台湾地区民商合一法制[J]. 清华法学, 2015(6).
- [12]夏小雄. 民法典编纂背景下商事规范的“法典化”表达[J]. 法学, 2016(12).
- [13]严城, 董惠江. 中国私法法典形式的历史与现实[J]. 求是学刊, 2013(4).
- [14]赵万一. 论民法的商法化与商法的民法化——兼谈我国民法典编纂的基本理念和思路[J]. 法学论坛, 2005(4).
- [15]柳经纬. 编纂一部商事品格的民法典[J]. 比较法研究, 2016(1).
- [16]孟强. 经由编纂民法典实现民商合一——兼评《民法总则专家建议稿》与《商事通则立法建议稿》[J]. 社会科学战线, 2015(12).
- [17]彭真明. 论现代民商合一体制下民法典对商事规范的统摄[J]. 社会科学, 2017(3).
- [18]赵磊. 民法典编纂中的立法模式悖论——基于商法规范如何安排的视角[J]. 北方法学, 2017(3).
- [19]卡尔·拉伦茨. 德国民法通论(上册)[M]. 王晓晔, 等译. 北京: 法律出版社 2003: 10.
- [20]黄茂荣. 法学方法与现代民法[M]. 北京: 中国政法大学出版社 2001: 111.
- [21]陈甦. 民法总则评注(上册)[M]. 北京: 法律出版社 2017: 76.
- [22]梅仲协. 民法要义[M]. 北京: 中国大学出版社 1998: 49.
- [23]张俊浩. 民法学原理[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1997: 263.
- [24]钟凯. 经理制度比较综议——以大陆法系为主要考察视角[J]. 北方法学, 2010(3).
- [25]C. W. 卡纳里斯. 德国商法[M]. 杨继, 译. 北京: 法律出版社 2006: 368.
- [26]张谷. 商法, 这只寄居蟹——兼论商法的独立性及其特点(上)[J]. 东方法学, 2006(1).
- [27]C. W. 卡纳里斯. 德国商法[M]. 杨继, 译. 北京: 法律出版社 2006: 74-75.
- [28]钟凯. 公司法实施中的关联交易法律问题研究[M]. 北京: 中国政法大学出版社 2015: 265.
- [29]崔建远, 刘玲玲. 论公司对外担保的法律效力[J]. 西南政法大学学报, 2008(4).
- [30]沈德咏. 《中华人民共和国民法总则》条文理解与适用(上)[M]. 北京: 人民法院出版社 2017: 661.
- [31]卡尔·拉伦茨. 法学方法论[M]. 陈爱娥, 译. 上海: 商务印书馆 2005: 138.
- [32]苏永钦. 私法自治中的经济理性[M]. 北京: 中国人民大学出版社 2004: 35.
- [33]薛军. 民法总则: 背景、问题与展望[J]. 华东政法大学学报, 2017(3).
- [34]约翰·亨利·梅利曼. 大陆法系[M]. 顾培东, 等译. 北京: 法律出版社 2004: 161.
- [35]茅少伟. 寻找新民法典“三思”而后行[J]. 中外法学, 2013(6).
- [36]王文宇. 从商法特色论民法典编纂——兼论台湾地区民商合一法制[J]. 清华法学, 2015(6).
- [37]陈华彬. 论意定代理权的授予行为[J]. 比较法研究, 2017(2).
- [38]梅迪库斯. 德国民法总论[M]. 邵建东, 译. 北京: 法律出版社 2000: 705.
- [39]陈自强. 代理权与经理权之间: 民商合一与民商分立[M]. 北京: 北京大学出版社 2006: 20.
- [40]蒋大兴, 王首杰. 论民法总则对商事代理的调整——比较法与规范分析的逻辑[J]. 广东社会科学, 2016(1).
- [41]尹飞. 体系化视角下的意定代理权来源[J]. 法学研究, 2016(6).
- [42]王保树. 中国商事法[M]. 北京: 人民法院出版社 2001: 25-26.
- [43]黄立. 民法债编各论(下)[M]. 北京: 中国政法大学出版社 2003: 537.
- [44]柯芳芝. 公司法论(上)[M]. 台北: 中国台湾三

民书局 2002: 19.

[45]沈德咏.《中华人民共和国民法总则》条文理解与适用(下)[M].北京:人民法院出版社 2017: 1123.

[46]王文宇.公司法论[M].北京:中国政法大学出版社 2004: 113-114.

[47]金可可.《民法总则(草案)》若干问题研究——对草案体系等若干重大问题的修改意见[J].东方法学, 2016(5).

[48]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).

[49]耿林 崔建远.未来民法总则如何对待间接代理[J].吉林大学社会科学学报 2016(3).

[50]吴前煜.从两大法系间的冲突与融合构建商事代理制度[G]//王保树.商事法论集(第16卷),北京:法律出版社 2009: 60-61.

[51]费安玲,丁枚,译.意大利民法典[M].北京:中国政法大学出版社,1997.

[52]耿林 崔建远.未来民法总则如何对待间接代理[J].吉林大学社会科学学报 2016(3).

[53]梁慧星.中国民法总则制定[J].北方法学,2017(1).

[54]车传波.论民法典的外部关系[J].社会科学研究 2014(3).

[55]王保树.商事通则:超越民商合一与民商分立[J].法学研究 2005(1).

[56]周友苏,钟凯.“商事通则”:纠缠在历史与现实中的误会——兼议私法的统一及其现代化[G]//王保树.中国商法年刊(2007):和谐社会构建中的商法建设[M].北京:北京大学出版社 2008.

[57]刘凯湘.剪不断 理还乱:民法典制定中民法与商法关系的再思考[J].环球法律评论 2016(6).

[58]朱庆育.民法总论[M].北京:北京大学出版社,2013: 335-336.

[59]徐涤宇.代理制度如何贯彻私法自治——《民法总则》代理制度评述[J].中外法学 2017(3).

[60]任昕.我国商事立法模式之选择——兼论《商事通则》的制定[J].现代法学 2004(1).

General Rules of Civil Law and Commercial Legislation: Consensus , Problems and Options , Taking Business Agency as An Example

ZHENG Tai-An ZHONG Kai

(Sichuan Academy of Social Sciences , Chengdu 610071 , China)

Abstract: In the context of the codification of China's Civil Code , it has been an academic consensus to make commercial legalization systematic and normative and implement its proper legislative expression. Many direct and indirect provisions of commercial law in General Rules of Civil Law are new evidences that civil law has been turned into commercial law. However , generally , the absence of related terms including agency in duty reveals that General Rules of Civil Law is currently lack of commercial law's characters. Besides Civil Code , making General Rules of Commerce is a relatively reasonable choice for commercial legislative arrangements such as terms of agency in duty. Taking business agency as an example , legislators should adopt problem-oriented and limited systematic pattern of "residual law" instead of unified pattern of codification.

Key Words: General Rules of Civil Law; General Rules of Commerce; agency in duty; business agency

本文责任编辑: 林士平