

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

王莹莹

摘要：代理，这一自古罗马就存在于经济和法律中的现象，在被大陆法系民法学抽象理性化后形成的现代代理制度所牺牲的个性在其起源之时曾是自然的存在，如能回归这些自然的个性，将会使得大陆法系和普通法系的代理制度走向融合。施米托夫提出的特别代理制度对罗马法代理概念的回归，可以说是现代代理制度对实践理性的一种回归。在罗马法基础上寻求两大法系代理制度的统一，不是要套用罗马法的代理制度，而是在面对日益变化的社会经济实践和层出不穷的代理现象时，现代代理制度对过度理论理性的反省。

关键词：普通法系代理制度；大陆法系代理制度；总管之诉

中图分类号：D923.1 **文献标识码：**A **文章编号：**0257-5833(2009)12-0091-09

作者简介：王莹莹，厦门大学民商法学博士研究生、西北政法大学讲师、罗马第二大学罗马法学博士研究生（陕西 西安 710611）

代理制度无论在大陆法系还是普通法系都是一个重要而普遍的制度。它的出现源于经济发展引起的日益细化的社会分工对劳动力分配与合作的需要，正如 M. 费恩菲尔（Muller Feienfels）所说的：“代理作为一种组织劳动力分配的必要方式是现代社会的特征。”这个现象从其产生到成为法律制度历经几个时代法学家的不懈努力，以不同的形态进入到大陆法系和普通法系制度中，直至今日两大法系在代理制度上的分歧仍然是国际贸易法律制度统一的障碍。两大法系的代理制度是否存在统一的基础及如何统一是各国民法学致力解决的问题。

一、两大法系代理制度的分歧和联系

在罗马法的基础上，中世纪注释法学家面对经济发展对代理制度的需要的压力，在教会法中发展出了“代理人（*procurator*）”制度。自然法的鼻祖格劳秀斯（Hugo Grotius）明确提出代理并不违反自然法，为代理概念在法律制度中的立足扫清了最后的理论障碍，并最先把代理引入民法理论之中，提出了代理人在被代理人委托的基础上，直接从其被代理人处获得权利。在格

收稿日期：2009-10-08

Muller Feienfels, Wolfram, "Legal Relations in the Law of Agency: Power of Agency and Commercial Certainty", 13 Am. Jour. Comp. Law (1964), p. 195.

Cfr. Cleve M. Schmitthoff 'select essays on international trade law, edited by Cheng, Chia Jui, *Agency in international trade: a study in comparative law*, London: Martinus Nijhoff Publishers, 1988, p. 309.

Cfr. Hugo Grotius, *On the Law of War and Peace*, translated by A. C. Campbell, London, 1814, II, pp. 11 - 18.

劳秀斯理论的基础上,大陆法系国家把代理作为委托的结果规定在民法典中,例如《法国民法典》在分则中规定了委托,并将委托和代理授权等同,根据1984条:“委托(mandat)或代理(procuration),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行为。……”1998条又规定:“委托人,对受托人按照授予的权限缔结的义务,应当履行之。委托人对于受受托人超出授权已进行的事务,仅在给予明示或默示追认时,始负履行责任。”根据这个规定,委托人要直接承担受托人行为的法律后果。这样的立法体例还包括1794年的《普鲁士民法典》,1811年的《奥地利民法典》。

后来的大陆法系民法学说在接受德国法学家P.拉邦德(Paul Laband)的“区别论”之后,形成了更为抽象和完善的代理理论。1844年P.拉邦德在著作中正式提出的“区别论”是大陆法系现代代理制度的理论基础。“区别论”严格区分了两个概念:委托和代理授权,即委托是被代理人和代理人之间法律关系的基础;而代理授权是被代理人和第三人之间法律关系的基础。例如1900年《德国民法典》在总则中规定了直接代理制度,分则中规定了委托合同。1942年《意大利民法典》在债的总论中规定了直接代理,在债的分论中又分别规定了委任和代理契约,并且明确规定受托人被授予以委托人名义进行活动的权利时,相当与直接代理人,适用总论中直接代理的规定。这样的立法体例还包括1912年的《瑞士民法典》、1896年《日本民法典》,2002年修订的《台湾民法典》,还有我国的民法通则和《合同法》的规定。

在普通法系国家,随着13世纪的莫顿法令(Statute of Merton, 1235)对担任代理人作为一般人的权利的肯定和教会法中对僧侣地位的规制,代理概念逐渐开始在经济生活和司法实践中缓慢成长^⑩;在14到15世纪期间,被代理人的责任不再仅仅是一种债务,而更多的是成为一个合同问题^⑪;直到18世纪初期,出现了两种代理:代理人(factor)和居间人(broker)^⑫。在代理制度的形成和发展中普通法系接受了“等同论”作为代理制度的理论基础,即“通过他人实施的行为如同自己所为(qui facit per alterum facit per se)”,代理人如同被代理人的第二个“自我”(alter ego)^⑬。

“等同论”基础上的代理理论与大陆法系在接受“区别论”之前的几部民法典的代理理论实质是一致的,即代理是委托的结果。因此施米托夫提出,普通法系的代理学说和大陆法系的代理

参见《法国民法典》(下),罗结珍译,法律出版社2004年版,第1438页。笔者认为这里的“procuration”更确切地应是“代理授权”的意思,第1984条法文本:“Le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom”。

《法国民法典》,罗结珍译,中国法制出版社1999年版,第458页。

P.拉邦德“区别论”被Döle视为德国法学的一大伟大的发现。Cfr. Döle, “Juristische Entdeckungen”, in *Verhandlungen des 42. Deutschen Juristentages*, 1957, Vol. II, 1959, B5. 转引自Cleve M. Schmitthoff 'select essays on international trade law, edited by Cheng, Chia Jui, Agency in international trade: a study in comparative law, London: Martinus Nijhoff Publishers, 1988, p. 311.

参见《德国民法典》第164条第1款:“代理人在其代理权限内,以被代理人的名义所作的的意思表示,直接为被代理人和对被代理人发生效力。无论是明确表示以被代理人的名义所作的的意思表示,还是根据情况可以断定是以被代理人的名义所作的的意思表示,均无区别。事先不能明辨以他人名义行事的意愿的,即使欠缺以自己名义行事的意愿,对此欠缺也不予考虑”。《德国民法典》,郑冲、贾红梅译,法律出版社1999年版,第31页。

参见《德国民法典》第662条:“因接受委托,受托人负有为委托人无偿处理委托人移交事务的义务。”《德国民法典》,郑冲、贾红梅译,法律出版社1999年版,第31页。根据这个定义德国民法典中的委托应是最忠实于罗马法委托制度原型的。

参见《意大利民法典》第1388条:“【代理人缔结的企业】代理人以被代理人的名义为被代理人的利益在授权范围内缔结的契约,直接对被代理人产生效力。”《意大利民法典》,费安玲等译,中国政法大学出版社2004年版,第334页。

参见《意大利民法典》,费安玲等译,中国政法大学出版社2004年版,第406、414页。

参见《意大利民法典》第1704条:受托人被授予以委托人名义进行活动的权利的,也应当适用本编第二章第六节的规定。《意大利民法典》,费安玲等译,中国政法大学出版社2004年版,第407页。

⑩⑪ Cfr. Cleve M. Schmitthoff 'select essays on international trade law, edited by Cheng, Chia Jui, Agency in international trade: a study in comparative law, London: Martinus Nijhoff Publishers, 1988, p. 315, p. 316.

⑪ Cfr. S. J. Stoljar, *The law of Agency*, 1961, London, p. 39.

⑫ Cfr. Holdsworth, *History*, Vol. V III, p. 224.

学说共享了同一个古老的渊源,即教会法。而教会法是在罗马法的基础上继承发展而来,从这个意义上追溯,虽说普通法系的代理概念的发展更多的来自其自身的司法实践,但它和罗马法的渊源是难以断开的。

虽然现代法学家多认为罗马法尚未形成现代代理制度,用现代代理概念解释罗马法中的代理现象无疑是对罗马法的过度阐释,罗马法学家同样也不可能面临现代民法中两大法系关于代理制度的理论分歧和制度差异。然而两大法系在起源上的联系让我们看到在久远的法律文明罗马法中寻找两大法系代理制度统一的基础的可能,而且现代罗马法体系在各国民法典的影响和罗马法渊源的非法定性激发出的法学家在面对经济生活中出现的代理现象构建法律制度时所运用的实践理性,对如今我们解决两大法系代理制度的分歧可能会提供可行性的解决办法。

二、古罗马法学家的发现

施米托夫在分析由于两大法系对代理制度的理论分歧产生的实践问题时,指出特别代理人制度发展的结果可能导致实质的罗马法代理概念的回归,即由代理人对第三人承担清偿债务的主要责任。既然罗马法不存在现代代理概念,那施米托夫所说的“罗马法代理概念”指的又是什么?

一直以来罗马家庭在父权的笼罩下形成一个封闭的经济体,传统的支配权主导的家庭劳动力分配格局一开始并不需要代理式的劳动力合作。这种小圈子内的封闭式的经济体结构最终在共和国晚期经济发展所带来的家庭之外的资源交换和资金流动的作用下逐渐解体,其直接的表现就是大量集中于个人手中的财富迫切地需要更多的劳动力,支配权下的劳动力分配格局不能再适应社会的发展,代理现象开始在海运业出现,继而迅速扩及各行各业。

但是这一现象一直未能获得法律的明确承认。由于市民法所坚持的“任何人皆不能为他人订立要式口约”的原则,出于对债的相对性原则的严格遵守,罗马法起初将直接代理制度排斥在外。父亲虽然可以直接取得其家庭成员的行为结果,但是却不因此而负担法律上的债。这样的利益风险分担失衡制度渐渐不能适应经济发展的需要,最终使得裁判官通过设立增加之诉讼群赋予了缔约相对人就企业主任命的管理者的合同行为可以直接向企业主主张合同之债的诉讼权利,建立了类似于商业代理的制度,德国学者A.瓦克指出现代代理制度的进化正是从增加之诉开始的,其中以总管之诉为典型代表。

总管之诉孕育的正是施米托夫所说的“罗马法的代理概念”,与现代代理最大的不同是没有免除代理人对第三人的责任,这也正是施米托夫认为现代特别代理制度中代理人承担责任是对罗马法代理概念的实质性回归的原因,他还进一步推测也许罗马法学家在代理人责任免除规定上的沉默并不是没有理由的。

(一) 总管之诉的含义

总管的拉丁文是“insititore”,意思是“商人、小贩”,根据J.J.阿乌伯特的考证,他认为

Cfr. Cleve M. Schmitthoff 'select essays on international trade law, edited by Cheng, Chia Jui, Agency in international trade: a study in comparative law, London: Martinus Nijhoff Publishers, 1988, p. 318, p. 339.

如彭梵得所说的“至于债权,通过非从属中介人实现的取得,直到更晚的时期,原则上都是被明确否认的,无论是一般地说,还是在特殊的债关系上”。参见[意]彼得罗·彭梵得《罗马法教科书》(修订版),黄风译,中国政法大学出版社2005年版,第236页。

[古罗马]优士丁尼:《法学阶梯》(第2版),徐国栋译,中国政法大学出版社2005年版,第369页。

参见王莹莹《论罗马法中的‘增加之诉’》,博士学位论文,厦门大学法学院,2009年。

Cfr. Andreas Wacke, Le Azioni Adiettizie, Nozione Formazione e Interpretazione Del Diritto dall'ET à Romana Alle Esperienze Moderne Ricerche Dedicare AF. Gallo 2, Napoli, 1997, p. 585. 关于准总管之诉对代理制度的特殊意义,见 Cfr. Maria Miceli. Studi sulla <<Rappresentanza>> nel Diritto Romano (1), Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2008, p. 19.

Luigi Castiglioni, Scewola Mariotti, *L. Vocabolario Della Lingua Latina (nuova edizione con appendice antiquaria)*, Milano: Loescher Editore, 1990, p. 544.

“这个词最早在公元前44年间西塞罗的著作中作为古典法学和后古典法学的术语出现”。总管从事商业经营并非是罗马人的独创,事实上这个经济现象在希腊已经十分普遍,后被罗马社会中贵族拿来使用,他们拥有土地、厂房却不愿意从事生产管理,于是通过授权自己的奴隶、家子或者自由人作为总管来代替自己进行经营管理,从中享受收益。

根据《学说汇纂》中乌尔比安的解释,总管是指被授权从事经营活动的人,即企业的管理人;保罗对总管的解释是“被任命在某个场所进行商业经营或者在某个或者不确定的场所进行买卖的人”。

总管之诉中始终存在三方当事人,企业主、总管和缔约相对人。企业主授权总管从事经营活动,总管和他人进行交易,裁判官通过总管之诉赋予该缔约相对人对企业主直接的诉权,把合同的后果归于企业主。

(二) 与现代代理授权相似的“总管授权”

总管作为企业主授权从事经营管理的人,它的存在更多地意味着一个人获得了一种法律认可的地位,而不是一种职业。总管通过授权获得的是一种概括的、持续的经营权利。B.阿巴纳斯(Benardo Albanese)坚持认为总管授权是授权人意愿的表达,因此总管的行为如同企业主意愿下的行为,他在分析总管之诉的授权时,指出授权一方面指企业主把管理权授予他人;另一方面也是要划定其总管订立合同的范围。M.米切里(Maria Miceli)认为“授权实现的是一种持续、稳定的合作经营活动”。

但是总管获得的这种概括的、持续的经营权并不是没有限制的,罗马法学家把这个限制称作“授权活动的范围”,因此不是所有的和总管订立的合同都约束授权人,只有那些是为了完成他授权的行为而订立的合同,即在他所授权活动的范围内。这个“授权活动的范围”意味着企业主在授权时可以通过限定总管的活动范围来实现自己的经营意愿并限定责任范围。

这主要体现在两方面:一方面是授权活动本身所划定的范围,比如授权进行卖出的当然不能进行买进,反之亦然。另一方面体现为企业主对总管权能附加的明示限制:(1)禁止总管和

Jean Jacques Aubert, *Business Managers in Ancient Rome: A Social and Economic Study of Institores, 200 B. C. - A. D. 250*, Leiden; New York; and K? In: E. J. Brill, 1994, p. 28. 但是在古罗马文学作品中“insitote”一直都没有总管的意思, J. J. Aubert认为这主要是由于罗马社会对商业盈利者的歧视,导致他们对这个词“商人”含义的刻意忽略。Cfr. Jean Jacques Aubert, *Business Managers in Ancient Rome A Social and Economic Study of Institores, 200 B. C. - A. D. 250*, Leiden; New York; and K? In: E. J. Brill, 1994, pp. 18 - 28.

Cfr. Jean Jacques Aubert, *Business Managers in Ancient Rome A Social and Economic Study of Institores, 200 B. C. - A. D. 250*, Leiden; New York; and K? In: E. J. Brill, 1994, p. 28.

参见片段 D. 14, 3, 5 p. 6 乌尔比安:《告示评注》第20卷:因此任何企业主的经营管理授权于他后,他就被称作总管。D. 14, 3, 3, p. 6 乌尔比安:《告示评注》第28卷:被称作总管的人是因为他是企业的管理人……。后文引用《学说汇纂》的片段都直接列出作者的中文译本。笔者翻译的拉丁文本参照的是 Digesti O Pandette Dell' Imperatore Giustiniano Testo E Traduzione (K—XIV) [M], a cura di SCHIPANI, SANDRO con la collaborazione di LANTELLA, LEL D, Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2007. 读者也可在罗马法教研室网站 www.romanlaw.cn 查阅到《学说汇纂》的拉丁文本。

参见片段 D. 14, 3, 18. 保罗:《各种课文 (Variis Lectionibus)》单卷本:总管就是被授权在某个地方进行商事经营或者在某个地方进行买卖,或者同样的授权只是不确定地方。

Cfr. Benardo Albanese, *Le Persone Nel Diritto Privato Romano*, Palermo: Tipografia S. Montaina, 1979, p. 150.

Maria Miceli, *Sulla Struttura Formulare Delle Aziones Adiecticiae Qualitatis*, Torino: G. Giappichelli Editore, 2001, p. 207.

参见片段 D. 14, 3, 5, 11. 乌尔比安:《告示评注》第28卷。

参见片段 D. 14, 3, 5, 12. 乌尔比安:《告示评注》第28卷:因此如果我授权他出卖商品,我将因他的原因可被买受人起诉;同样,如果我授权他购买商品,我将因此可被出卖人起诉。同样我将不会因我授权购买的人的出卖行为被诉,也不会因我授权出卖的人的购买行为被诉。卡修斯同意这样。

参见片段 D. 14, 3, 11, 5. 乌尔比安:《告示评注》第28卷:授权的条款应该遵守:事实上如果授权人有意愿指定和总管订立合同的相对人要插入特定的条款明示,或者加入特定的保证人或者质押或者就某个特定的物订立合同?这样是合理的,即总管被授权。同样的,如果某人授权了很多的总管并且指定他们一起订立合同或者指定和一个订立合同。但是如果他特别的指出某个人不能和总管订立合同,他就不受总管之诉的束缚:事实上,我们可以禁止总管和某个特定的人订立合同或者某类特定的人或者企业主,或者允许特定的人。但是如果不停的改变禁止订立合同的相对人,有时是这个人,有时是那个人,授权人要对其所有的承担总管之诉:事实上,不能欺骗缔约人。

某个特定的人缔约；(2) 要求和特定的人缔约；(3) 要求特定的人提供担保；(4) 设定质押；(5) 指定多个总管中某一个的特别缔约权。

但是授权限制不包括对总管的一般缔约权的禁止。乌尔比安认为不给予缔约权的授权不能算作总管授权，接受这样授权的人不能称其为总管，而是照管人。

总管获得的权利不包括再授权，即次总管的任命需要得到企业主的认可。

(三) 总管之诉的法律后果是单向的

有效的授权把他人行为的法律后果归于授权人本身，依据是授权行为表达出的授权人的意愿。根据告示作为被代理人的企业主还不能直接起诉和总管缔约的人。如彭梵得所说的“至于债权，通过非从属中介人实现的取得，直到更晚的时期，原则上都是被明确否认的，无论是一般地说，还是在特殊的债关系上”。艾伦·沃森在描述这个特质时十分贴切的使用了一个短语“单向的 (one way)”，即这个诉权不是两方都互有的权利，因此它构建出的代理关系也是单向性的。

(四) 总管之诉中的公示制度

授权是缔约相对人和企业主之间债的基础，因此缔约相对人对于授权信息的知情权的保护就非常重要。法学家为此在总管之诉中设立了公示制度。

1. 需要公示的内容。乌尔比安认为凡是对授权行为的特别限制或者特别要求都必须公示，即一般授权之外附加的特定条款。其中包括特定缔约对象的禁止或者特定合同标的、合同担保的指定以及多个总管经营权利的分配。

2. 公示的方式。对此乌尔比安也进行了十分详细的说明。公示要求以张贴公告的形式，并且公告要以清楚的文字、可阅读的高度、大众的可获知程度在公开场所张贴，并且是持续性的，这是因为授权需要一贯性，不可朝令夕改。

三、总管之诉对现代代理制度的影响

(一) 后古典法时期总管之诉向现代代理制度的趋近

总管之诉在古典法时期没有确认被代理人对第三人的直接诉权，但是罗马法始终在法学家的

参见片段 D. 14, 3, 11, 6。乌尔比安：《告示评注》第 28 卷：但是，如果企业主禁止了总管和所有的人订立合同，这不认为是一种总管授权，其实是一种照管而不是总管。因此这个人，不能出卖即使是价值十分小的商品。

参见片段 D. 14, 1, 1, 5。乌尔比安《告示评注》第 28 卷：我们说船舶总管不仅仅包括由船舶经营人授权的而且也包括由船舶总管自己授权的人。尤里安认为正如在某种情形中船舶经营人不知道再授权。如果船舶经营人知道再授权并且允许替代船舶总管，被视为由船舶经营人自己进行的授权。就我而言这看上去是合理的：我必须为自己授权的总管的所有行为负责；否则那些合同相对人将会受骗；从实践来看，这一点对于船舶总管应该比对总管更容易接受。D. 14, 3, 7。乌尔比安：《告示评注》第 28 卷：但是，如果某人管理我的事务，他授权了总管并且我也认可了，那

我应该受总管之诉的约束。

参见片段 D. 14, 3, 2。乌尔比安：《告示评注》第 28 卷：这个诉讼只能针对总管缔结的合同，(这是) (授权人) 不能用其它的方法维护自己的理由。

[意] 彼得罗·彭梵得：《罗马法教科书》(修订版)，黄风译，中国政法大学出版社 2005 年版，第 236 页。

A lan Watson, *Contract of Mandate in Roman Law*, Oxford: Oxford University Press, 1961, p. 79.

参见片段 D. 14, 3, 11, 5。乌尔比安：《告示评注》第 28 卷：授权的条款应该遵守：事实上如果授权人有愿意指定和总管订立合同的相对人要插入特定的条款明示，或者加入特定的保证人或者质押或者就某个特定的物订立合同？这样是合理的，即总管被授权。同样的，如果某人授权了很多的总管并且指定他们一起订立合同或者指定和一个订立合同。但是如果他特别的指出某个人不能和总管订立合同，他就不受总管之诉的束缚：事实上，我们可以禁止总管和某个特定的人订立合同或者某类特定的人或者企业主，或者允许特定的人。但是如果不停的变化禁止订立合同的相对人，有时是这个人，有时是那个人，授权人要应对所有的承担总管之诉：事实上，不能欺骗缔约人。

参见片段 D. 14, 3, 11, 3。乌尔比安：《告示评注》第 28 卷：“公告”意味着：清楚的文字，可阅读的张贴高度，在这个公司或者商店的前面，而不是一个藏起来的地方，而是公示出来。是用希腊语还是拉丁语呢？根据地方的条件，为的是没有人可以提出借口说自己没有看见公示。当然，如果某人说他不知道公告的内容或者没有注意到公告的张贴，但大多数人阅读了公告或者公告公布于众，他的借口就不应该听从。D. 14, 3, 11, 4。乌尔比安：《告示评注》第 28 卷：公告应该要持续的公示于公共场所……D. 14, 3, 11, 5。乌尔比安：《告示评注》第 28 卷：……但是如果不停的变化禁止订立合同的相对人，有时是这个人，有时是那个人，授权者要对所有的人承担总管之诉：事实上，不能欺骗缔约者。

手中不断地发展,后古典法学家们为了被代理人的利益,同时为了追求“互惠 (reciprocità)”和利益的平衡,开始承认被代理人对第三人的诉权。

虽然授权的法律后果是单向的,但是乌尔比安在他的片段中援引了马尔切鲁斯的观点:“应该给授权总管的人诉权以对抗和总管订立合同的人”。显然马尔切鲁斯已经认识到了这个缺漏,提出应该给企业主起诉缔约相对人的权利,这不能不说是古典法学在这个问题上松动的迹象。同样是出自乌尔比安的片段,他援引帕比尼安的观点,面对如果代理人代理买卖货物,要不要给被代理人一个可以针对买受人的诉权的问题时,他的回答是买受人可以对被代理人提起总管之诉,如果被代理人指示货物卖出的;从另一方面,同样的基于买卖的诉讼也可以由主人提起,即企业主最终通过出卖之诉 (actio venditi) 的扩用获得了对缔约相对人的诉权。这样的发展奠定了中世纪法学家提出现代代理概念的基础。因此 A. 瓦克会认为虽然一开始裁判官没有承认被代理人对第三人的诉权,但是后来的罗马法学家以扩用之诉的形式予以承认,催生出了现代民法直接代理演进的第四步的完成。

(二) 总管之诉后形成的委托和代理并列的他人行为之债的体系

罗马法在总管之诉之后形成的他人行为之债的体系包括两部分:间接取得他人行为之债的委托制度和直接取得他人行为之债的商业代理制度。

古典法中的委托是一种有名合同,约定的是一方受另一方委托无偿的履行一件特定的事务,受托人与总管的行为性质具有很大的相似性,都属于“代理式的劳动合作形式”,但是它们的区别也是显而易见的:

1. 对象不同。委托的对象是一件特定的事务,事先在委托合同中要明确规定。而总管授权的对象是一系列的还尚未发生、并且无法完全预测如何发生的经营活动,因而授权人无法在授权时明确具体的总管的活动内容。

2. 无偿性要求不同。委托必须是无偿的,而总管则无此要求。

3. 可继承性不同。委托是不能继承的,而总管之诉是可以继承的,授权人的死亡不会影响企业经营的持续性。

4. 形成的债的关系不同。委托合同形成的是委托人和受托人之间的债,而总管授权形成的是授权人和缔约相对人的债。

关于第 1 点区别, M. 米切里的解释是认为委托中委托人的意愿决定委托的内容;而在总管中,授权人的意愿仅仅在开始时,并且对经营行为的限定要公示,是一个对外的责任,而且经营行为本身具有难以完全预见性^⑩。对于第 3 点区别, A. 瓦克认为总管之诉中的企业主的死亡对

Cfr. Andreas Wacke, *Le Azioni Adiectivae, Nozione Formazione e Interpretazione Del Diritto dall'ET à Romana Alle Esperienza Modeme Ricerche Dedicata* AF. Gallo 2, Napoli, 1997, p. 608, p. 605.

参见片段 D. 14, 3, 1. 乌尔比安:《告示评注》第 28 卷:裁判官人认为这样是公正的,如我们从总管的行为中获得收益这样我们应受这些合同的约束和被起诉,但是考虑到授权总管的人,裁判官没有同样对待,即没有在这些合同上给其诉权;相反,如果总管是自己的奴隶,授权人可以确定有这个诉权;如果相反担任总管的是他人的奴隶或者是自由人,就不能提起这些诉讼;但是可以起诉其总管或以委托之诉或者无因管理之诉起诉总管的家父。但是马尔切鲁斯认为应该给授权总管的人诉权以对抗和总管缔结合同的人。

参见片段 D. 19, 1, 13, 25. 乌尔比安:《告示评注》第 32 卷:如果代理人代为进行出卖并向买受人提供担保,我们是应该给被代理人诉权还是给买受人针对他的诉权。帕比尼安在《解答集》第 3 卷中认为可以适用总管之诉的扩用之诉对被代理人提起买物之诉,如同他自己进行的出售,同样的扩用之诉给予被代理人以提起买物之诉。

Maria Miceli, *Sulla Struttura Formulare Delle 'Actiones Adiectivae Qualitatis'*, Torino: G. Giappichelli Editore, 2001, p. 202.

参见片段 D. 17, 1, 2. 盖尤斯《金言集》第 11 卷:委托之债基于下面的原因而产生:我把自己的事务委托给你,或者别人的事务或者他和我的事务,或者我和你的事务或者你和他的事务。……

参见片段 D. 17, 1, 1, 4. 保罗:《告示评注》第 32 卷:委托除非是无偿的,否则无效,……

参见片段 D. 17, 1, 22, 26. 保罗:《告示评注》第 32 卷:……尤里安也认为委托因委托人的死亡而消灭,但是已经产生的债务将继续存续。

参见片段 D. 17, 1, 1p. 保罗:《告示评注》第 32 卷:委托之债建立在合同双方合意的基础上。

^⑩ Cfr. Maria Miceli, *Sulla Struttura Formulare Delle 'Actiones Adiectivae Qualitatis'*, Torino: G. Giappichelli Editore, 2001, p. 189.

经营的持续性没有影响，是因为作为一个经营组织体，它的存在具有独立于企业主人格的独立性。

后古典时期这个区分随着准总管之诉的出现变得不再那么明确。由于市民法否定代理，在经营行为的委托中，常常会发生在委托基础上的商业代理现象，这个时候仅适用委托之诉则无法追究真正从中受益的委托人的责任，罗马法学家认为这样是不公正的。帕比尼安也认为，对于保证人，当他的委托人指示他作为他的代理人进行借贷时，他被认为是要承担责任的；同样的根据总管的特性，一个公正的诉讼应该被确认，因为委托人可以被认为是他授权他的代理人进行的借贷。对于这样的委托“后古典法学允许适用总管诉讼的模式”。此时委托式的代理关系在委托合同和准总管之诉结合中已逐渐形成。

四、两大法系代理制度的分歧与罗马法代理制度相应规定的比较

（一）委托和代理的关系

接受“区别论”的大陆法系民法典都区分了委托和代理，普通法系基于“等同论”，代理是委托的结果，因而不区分委托和代理。

罗马法在以总管之诉为代表的增加之诉之后形成了委托和代理并列的他人行为之债的体系。从总管之诉和委托的关系可以看出委托和代理在起源时就被区分。委托处理的是委托人和受托人的内部关系；总管之诉产生的原因在于裁判官希望打破合同的相对性原则，把合同效力扩张到未参与合同订立的被代理人身上，从而使缔约相对人从被代理人处获得直接的救济，因而代理制度从产生之初为的是处理缔约相对人和被代理人的关系。这两个制度常常在受托人以委托人名义执行事务时发生混淆，但只是在特定的时刻名称上的重合，即受托人和代理人的重合，委托人和被代理人的重合，但是两个制度规制的仍然是不同层面的关系，这也是为什么商业代理从一开始就没能依存于委托制度产生。总管之诉展现的商业代理在罗马法中的发展过程让我们清楚的从起源上看到代理和委托的不可相互替代性。大陆法系委托和代理的区分是对自罗马法以来的法学传统的继受，在两大法系代理制度的融合中这个传统应该得到尊重。

（二）代理人以谁的名义行为

代理人以谁的名义与第三人交易是以“区别论”为基础的大陆法系代理制度的重要问题，在学理上以此为标准，代理被区分为直接代理与间接代理；在立法中接受“区别论”之后的各国民法典把以被代理人的名义为被代理人进行的行为归为代理，把以自己的名义为他人进行的交易行为归为行纪。普通法系国家基于“等同论”，代理人以谁的名义行为不会影响其行为的代理性质，并根据代理人在交易中是否披露本人的姓名和身份，把代理分为三种情况：显名代理、隐名代理和不公开被代理人身份的代理。

反观罗马法的总管之诉，总管进行经营活动是以自己的名义还是企业主的名义，罗马法学家对这个没有特别要求，即无论是以自己的名义还是企业主的名义，只要是在授权范围内的行为，其法律后果都归于企业主。如 A. 瓦克所指出的“总管以谁的名义进行行为并不重要”。

（三）代理人权能的限制

Cfr. Andreas Wacke, Le Azioni Adietitiae, Nozione Formazione e Interpretazione Del Diritto dall'ET à Romana Alle Esperienza Modeme Ricerche Dedicare AF. Gallo 2, Napoli, 1997, p. 598.

D. 17, 1, 10, 5. 乌尔比安：《告示评注》第 31 卷。

Andreas Wacke, Le Azioni Adietitiae, Nozione Formazione e Interpretazione Del Diritto dall'ET à Romana Alle Esperienza Modeme Ricerche Dedicare AF. Gallo 2, Napoli, 1997, p. 610, p. 605.

参见本文的“与现代代理授权相似的总管授权”部分及片段 D14. 3. 19pr. 帕比尼安：《解答集 (Dei responsi)》第 3 卷：如果他授权一个代理人接受消费借贷，针对他可以总管之诉为例提起扩用之诉；同样的如果代理人他承诺以要是买卖的方式给付债权人以货币，并且是具有清偿能力的，也是一样的结果。显然这个要式口约是以代理人的名义和债权人订立的，此时仍然可以对被代理人提起总管之诉的扩用之诉。

以“区别论”为基础的大陆法系代理理论基于代理授权和委托的独立，必然否认委托合同中规定的被代理人对代理人权能的限制对第三人的拘束力。因此各国民法典都规定代理人和被代理人约定的代理权的限制不得对抗第三人，即使第三人事先知道代理人的行为超出代理权限。例如《德国商法典》第50条否认对经理权的限制对于缔约相对人的效力，尤其针对那类对于缔约时间、地点、情形的限制。而以“等同论”为基础的普通法的代理制度承认被代理人对代理人权利的限制对第三人的效力，除非第三人基于诚信与代理人交易。

罗马法学家对这个问题的解决办法是：在总管之诉中，总管获得的是一种持续的概括的经营管理权，企业主可以事先对总管的权能做出一定的限制，总管的经营行为必须在授权的范围进行，但是凡是对授权行为的特别限制或者特别要求都必须公示，即一般授权之外附加的特定条款。其中包括特定缔约对象的禁止或者特定合同标的、合同担保的指定以及多个总管经营权利的分配。这样通过授权限制的公示制度在保护诚信第三人的同时，又能平衡被代理人和第三人利益。

五、结 论

这样的比较让我们得以在法律起源的始点重新审视两大法系代理制度的分歧，并发现它们统一的基础。

（一）两大法系代理制度统一的基础应是遵从实践理性

在两大法系代理制度与罗马法代理制度的比较中，现代代理理论尤其是大陆法系的代理理论显示出对理论的抽象化和体系化的过度追求，从而牺牲掉对事物个性的关照。例如在面对商业实践中出现的各式各样的商业中介现象时，奉行“区别论”的大陆法系代理理论显示出过度僵化而无法适应现实生活的弊端。如果一概的否定作为基础关系的委托与代理授权的关系，使得很多商业代理现象中通过委托限制代理权能的商业中介无法纳入代理制度中，这样与实践的脱节最终迫使大陆法系民法典或者商法典中分别把商业代理单独规定，并辅之以列举式的方式规定各种各样的代理类型，例如《德国商法典》中规定了商业代理制度，详细地列出了各种类型的商业代理：经理、订约代理人、代办、店铺或仓库的职员、代理商制度、商事居间人、保险代理和商行为中的行纪制度^⑩。这些商业代理制度事实上早已偏离了“区别论”所严格遵守的委托和代理授权区别的要求。

大陆法系不能接受的间接代理制度在罗马法存在于总管之诉中；现代代理制度免除的代理人责任在总管之诉中以总管和企业主的连带责任的形态存在；对于代理人越权或者无权代理后果的认定引起的两大法系代理制度的分歧的难题，罗马法学家在总管之诉中规定了详细的授权公示制度，在保护诚信的第三人和被代理人利益之间寻找到了平衡的支点。

（二）统一中避免生硬的概念混合导致的理论不畅

两大法系代理制度的统一要避免生硬的概念混合，即一些自罗马法传承而来的概念与普通法系的代理制度混合时要注意理论的和谐统一。以我国的立法实践为例。

我国现有立法中的他人行为之债的取得制度体系由四部分组成：间接取得通过合同法的委托

参见《德国商法典》，杜景林、卢湛译，中国政法大学出版社1999年版，第23页。

参见本文关于总管的授权和公示制度的论述。

参见《德国商法典》，杜景林、卢湛译，中国政法大学出版社1999年版，第48-53条。

参见《德国商法典》，杜景林、卢湛译，中国政法大学出版社1999年版，第55条。

参见《德国商法典》，杜景林、卢湛译，中国政法大学出版社1999年版，第54条。

参见《德国商法典》，杜景林、卢湛译，中国政法大学出版社1999年版，第56条。

参见《德国商法典》，杜景林、卢湛译，中国政法大学出版社1999年版，第84-91条。

参见《德国商法典》，杜景林、卢湛译，中国政法大学出版社1999年版，第93-104条。

参见《德国商法典》，杜景林、卢湛译，中国政法大学出版社1999年版，第92条。

^⑩ 参见《德国商法典》，杜景林、卢湛译，中国政法大学出版社1999年版，第382条-406条。

和行纪；直接取得通过《民法通则》中的直接代理制度；委托合同下规定的被代理人介入制度；以及《外贸法》规定的对外贸易领域的商业间接代理制度。与意大利、德国和法国不同的是我们在他人行为之债的直接取得制度中没有规定专门的商业代理制度，仅仅在《外贸法》中规定了外贸代理，而现实生活的商业代理中的种类早已经超越了外贸领域，包括销售代理、采购代理、运输代理、广告代理、保险代理、出口代理、进口代理、证券代理、投标代理、旅行代理、保付代理等各行各业的代理，这些代理即可能体现为直接代理，也可能体现为间接代理。而我国的《民法通则》仅能对直接代理制度提供规制，但是对于代理人以自己名义订立的合同如何把责任归于被代理人却无法可依。《合同法》为了解决这个问题，在委托制度下引入了被代理人介入规定试图为间接代理提供规制。

从形式上看我国立法区分了委托和代理，继承了罗马法的传统，并在《合同法》中融合了普通法的代理制度，引入了英美法系的隐名代理制度把委托基础上的合同效力扩张到了委托人。《合同法》第 402 条规定：“受托人以自己的名义，在委托人的授权范围内与第三人订立的合同，第三人在订立合同时知道受托人与委托人之间的代理关系的，该合同直接约束委托人和第三人，但有确切证据证明该合同只约束受托人和第三人的除外。”对该规定，我们在学说上称其为委托代理制度中的第三人的介入权，通过借鉴英美法的隐名代理理论，打破了合同的相对性原则，把委托人拉入了受托人与第三人的合同关系中，这是一次有意义的两大法系代理制度融合的立法尝试。但是仔细阅读法条，我们发现问题有二：一是语言表达上存在着前后不和谐，从而显示了理论上的不通畅。其中提到“第三人在订立合同时知道受托人和委托人之间的代理关系的”，根据《民法通则》第 63 条：“代理人在代理权限内，以被代理人的名义实施民事法律行为。被代理人对代理人的代理行为，承担民事责任”，但是根据《合同法》第 402 条所说的“受托人以自己的名义”如何符合代理的要件“以被代理人的名义”，如果不是以被代理人的名义，又如何可以适用代理制度直接追究委托人责任？这是我们把罗马法的传统概念委托和英美法系的代理制度勉强糅合在一起的结果。二是以“第三人在订立合同时知道受托人与委托人之间的代理关系的”作为起诉委托人的要件使得《合同法》第 402 条在实践中的适用流于形式，因为第三人是否知道纯属主观心理状态，外人无从知晓，举证也甚为困难，终是难以实现；反观罗马法总管之诉中对于授权及其限制的公示规定则更加具有合理性和可行性。

(责任编辑：刘迎霜)

Keywords: Institutional structure; Shareholder's right-to-know; Shareholder's inspection and inquiry right; Investigation of company and its affairs; Disclosure regime

The Foundation of the Unification of the System of Agency in Statute Law and Common Law: by the Discovery of Roman Jurists

Wang Yingying(91)

Abstract: Agency was a phenomenon long existed in the world of economy and law in Rome history. Those specialties of agency which were abandoned when it was abstracted and theorized to form the modern system of agency in statute law used to be existed naturally in Roman law. If the modern system of agency picks up these specialties naturally, the system of agency in common law and statute law can be integrated. The return of the concept of agency in Roman law in the system of special agent which was proposed by Cleve M. Schmitthoff is a return to the practical rationality of the modern system of agency. To look for the way of the unification of these two systems of agency of common law and statute law, which was based on roman law, is not to apply the system of agency of Roman law directly, but to do self-examination for the excessive theoretical rationality in front of the different and unlimited phenomenon in economic practice which changes everyday.

Keywords: System of agency of common law; System of agency of statute law; Action institoria,

Epistemology and Debate of Psychology and Logic

Yu Zhenhua(100)

Abstract: Karl Popper's epistemology argues that, epistemology is the logic of scientific knowledge which has nothing to do with psychology; while Susan Haack's epistemology thinks that, psychology and logic are of the same importance. They share the premise that only the analysis of object content of knowledge is of logic character, while the study of subject and its situation and trend belongs to psychology. However, Michael Polanyi issued a challenge to the premise and provided some new idea of debate between psychology and logic. His personal epistemology discovers the logic factor in psychology field and so greatly extends the denotation of logic.

Keywords: Epistemology; Debate of psychology and logic; Karl Popper; Susan Haack; Michael Polanyi

The Aestheticism Origin of Ordinary Life's Aestheticization

Lu Yang(108)

Abstract: The idea that life is towards art, advocated by aestheticism, may be regarded as another pioneer of ordinary life's aestheticization, if we agree with Mike Featherstone's three levels of such aestheticization. The aesthetic life idea of Walter Pater and Oscar Wilde and the idea that the beautiful is the good of Bloomsbury Group, especially G. E. Moore have spread around Chinese intellectual fields since the May 4th movement. The article considers that the interaction between western theories and Chinese local culture has been a mark of studying the aestheticism origin of ordinary life's aestheticization. However, could the connection between capital and aestheticism lead to the mind liberty and liberation? Or dose it may lead to a new ideological control? Perhaps any kind of either/or choice seems insincere.

Keywords: Ordinary Life's Aestheticization; Aestheticism; Moore; Bloomsbury Group; Consumer culture

From "Extending Knowledge by Investigating Things" to "Taking Responsibility for Society": on Several Dimensions of Calligraphy Practice from Philosophy Perspective

Zhou Bin(114)

Abstract: If calligraphy is lack of practice dimension, it will be only the accumulation of ideas. The ancient artist attached importance to the practice dimension of calligraphy. But calligraphy is not only a kind of craft. It consists of aesthetics rules of fabric, art of composition, etc. And it focuses on personality, mind and ideal which is beyond craft dimension. By their calligraphy works, artists may make their ideals to acceptors. Therefore, calligraphy shows its social dimension and its responsibility for the society.