

從歐盟及德國代理商法看我國民法 之代辦商*

陳 自 強**

要 目

- | | |
|------------------|---------------|
| 壹、問題之說明 | (二)代理商之競業禁止義務 |
| 貳、代理商指令下之德國代理商法 | (三)委託人之誠信履約義務 |
| 一、德國代理商法與代理商指令 | 四、報 酬 |
| (一)歐盟整合前之德國代理商法 | (一)成交佣金 |
| (二)代理商指令 | (二)佣金結算義務 |
| (三)轉化後之德國代理商法 | (三)債務擔保佣金 |
| 二、代理商之概念與代理商契約 | (四)費用償還 |
| (一)代理商指令適用對象之代理商 | (五)消滅時效 |
| (二)德國代理商之概念 | (六)代理商之留置權利 |
| (三)契約之成立與法律性質 | 五、契約之消滅與補償 |
| 三、當事人之行為義務 | (一)契約之消滅 |
| (一)代理商之誠信履約義務 | (二)補償或賠償 |

* 本文係行政院國家科學委員會補助專題研究計畫「代辦商之比較研究」(計畫編號94-2414-H-002-010)研究成果之一。

** 現任台灣大學法律學院教授，曾任政治大學法律系專任教授，德國慕尼黑大學法學博士。

投稿日期：九十七年十二月八日；接受刊登日期：九十八年三月十一日

責任校對：吳美慧

(三)契約消滅後之競業禁止	(一)民法以外之代辦商與代理商
六、與第三人之外部關係	(二)代辦商是否為代理商之爭議
(一)締約代理商	(三)我國民法代辦商之圖像
(二)媒介代理商	三、代辦商規定之檢討
參、我國民法之代辦商及對代理商之規範	(一)契約類型之觀點
(一)民法代辦商之制定及學說判例之發展	(二)誠信履約義務掛一漏萬
(二)學說判例之發展	(三)報酬之規定不完整
二、代理商或代辦商？	(四)契約終止後之補償？
	肆、展望

摘 要

交易常見之代理商commercial agency、總代理、代理店、經銷商Distributor及加盟店Franchising等，與商品或服務之供應商有持續且經常之合作關係，被供應商納入與整合在其產品之銷售體系中，學說上稱為「銷售中間人」Absatzmittler。民法債編第二章第十一節第五五八條以下所規定之代辦商，乃民法制定之初唯一直接與銷售中間人有關之法律規範。然而，我國民法立法當時立法者所設想之代辦商形象，是否即為現代經濟生活所理解之代理商，民法代辦商規範之對象是否與其他國家代理商法所規定之對象相同，民法所規定之代辦商是否足以解決現代商事交易常見之代理商相關之法律問題，均有待詳細檢討。抑有其甚者，在行銷國際化之趨勢下，該規定是否已達到國際化之程度而能與世界大多數國家之規範接軌，降低法律交易之風險，更不無疑義。本稿乃藉觀察一九八六年歐盟代理商指令轉化後之德國代理商法之發展，對以上問題提出個人想法，從而，對我國代辦商或代理商，乃至於銷售中間人法制之現代化，野人獻曝，提供一愚之得。

關鍵詞：代辦商、代理商、銷售中間人、歐盟代理商指令、媒介代理、締約代理、佣金、歸入權、補償請求權、賠償請求權

壹、問題之說明

商品或服務之銷售，固然可由商品製造人或服務提供者（以下簡稱「供應商」）自己擔任，如菜農將自己種植之農產品擔運到市場銷售，但企業規模愈大，銷售之範圍愈大，愈有必要將銷售事宜假手他人。供應商自己僱用銷售人員，甚至派遣於自己設立之分行、分店、分公司、直營店，在如銀行等服務業，固然仍相當常見。在此種直接行銷，銷售人員被納入供應商自己之企業經營組織架構中，供應商對銷售人員有選任指示關係，行銷成敗之利益及不利益均供應商負擔。供應商如欲免除僱用行銷人員之人事成本，且無法（如在公司型態之情形）或難以自己躬親銷售產品，惟有透過獨立之第三人。此之第三人固然可為一般之批發商或零售商，以自己名義及自己之計算轉售於後手（零售商或消費者），然在現代行銷管道marketing channels，愈來愈多之獨立第三人，與製造人間非僅存在單純的買賣關係，毋寧係被供應商納入其行銷體系中，形成親疏不一的依存關係或合作關係。此學說上稱為「銷售中間人」Absatzmittler之獨立之第三人¹，如一般交易界所稱之代理商commercial agency、總代理²、代理店³、經銷商Distributor及加盟店

¹ 依Martinek in: Martinek/Semler/Habermeier, Handbuch des Vertriebsrechts, 2. Aufl., München 2003, § 1, Rn. 7-8. 銷售中間人之概念，商學觀點與法學觀點不完全相同，依前者認為唯有自己先取得商品之所有權，再轉售於他人之人方屬銷售中間人，代理商因未先取得商品之所有權，故非真正之銷售中間人。傳統之批發商、零售商因亦先取得商品之所有權，再轉售他人，故亦屬於商學觀點之銷售中間人，但因其與其上游供應商僅存在單純買賣關係，並無經常性合作關係，並非法學觀點之銷售中間人。

² 楊盤江，論「總代理」之性質及其侵害，萬國法律，34期，頁18，1987年8月。氏曾舉甲公司與日本A公司所簽訂之「總代理契約」案例事實，說明「總代理契約」：(→)A授與甲在台灣獨家總代理權，銷售A公司之產品；(↔)該商品在台灣之銷售，僅得透過甲；(≡)甲不得在台灣以外銷售該商品；(⊄)甲不得銷售

Franchising，均與供應商有持續且經常之合作關係，被供應商納入與整合在其產品之銷售體系中，與由從屬銷售人員之行銷及由完全獨立之批發商或零售商之商品銷售，當事人之利益狀態迥然有別而有特殊問題存焉⁴。

在現代專業分工之經濟體制，銷售係生產、消費之第三支柱，在許多領域，行銷之成本甚至高於生產成本，整體經濟水準愈高，行銷成本所占之比重也愈高⁵。在生產與銷售之分工合作已成為常態之經濟生活中，法律之規範本應亦步亦趨，甚至迎頭趕上，然法律之腳步似乎永遠跟不上商人的巧思與經濟生活實際需要之改變。我國民法對獨立商品銷售之行銷型態，固然並非全然空白，對由獨立之第三人擔任或居中於商品銷售之情形，提供幾種可能的契約型態：買賣、代辦商、居間及行紀等有名契約類型，乃其犖犖大者。供應商及批發商或零售商之關係，民法買賣之規定即能擔此大任。然其他獨立之第三人銷售商品之情形，民法是否足以因應立法後蓬勃發展之行銷體系及契約型態，特別是上述銷售中間人，有待商榷。

其他廠牌之同一商品或類似商品；(ㄅ)甲每年向A訂購該產品之金額不得低於一定金額；(ㄆ)甲應依A所提供之價目表以信用狀付款；(ㄇ)A保證品質；(ㄏ)甲負產品檢查及通知義務；(ㄏ)甲應保持適當之庫存量並提供售後服務；(ㄏ)甲應負擔產品促銷費用，A應免費提供型錄及說明書資料，以利促銷；(ㄏ)甲應定期向A報告銷售、庫存及一般市場狀況。

3 「代理店」之用語應出於日本，日本交易上常見之代理店契約，係以供應商供給商品予代理店而販售於第三人為內容，為繼續的供給商品之契約，其法律性質極有爭論，有認為係繼續的商品買賣契約，亦有認為係商法規定之代理商，亦有認為係行紀，關此，參照，滝井朋子，代理店契約，載：現代契約法大系，8卷，國際取引契約(1)，頁347，1983年。

4 Canaris, Handelsrecht, 24. Aufl., 2006, § 15 I a, Rn. 1.

5 Martinek in: Martinek/Semler/Habermeier, aaO.(Fn. 1), § 1, Rn. 1.

台灣的不動產、人力、婚姻等仲介業，居間固然仍扮演極其重要之角色，但在現代貨物之銷售體系中，居間已漸失其重要性。再者，行紀在藝術品、古董與有價證券之買賣上，雖仍有一定之地位，然立法者所設想之行紀人乃偶然一次或數次受託為動產之買賣或其他商業上交易之商人（民法第五七六條），委託人通常為一般人，而非供應商，行紀人並不被整合於委託人之銷售體系中，並不屬於上述所謂之銷售中間人。唯一可認為與銷售中間人有關之法律規範，係民法債編第二章第十一節第五五八條以下所規定之代辦商。然而，我國民法立法當時立法者所設想之代辦商形象，是否即為現代經濟生活所理解之代理商，民法代辦商規範之對象是否與其他國家代理商法所規定之對象相同，即不免啓人疑竇。其次，民法所規定之代辦商是否足以解決現代商事交易常見之代理商相關之法律問題，更有待詳細檢討。抑有其甚者，在行銷國際化之趨勢下，該規定是否已達到國際化之程度而能與世界大多數國家之規範接軌，降低法律交易之風險，更不無疑義。

我國代辦商之規定，並非繼受自英美法代理法制之結果，而係大陸法系法律繼受之結果，固不待言，然在民法制定當時，立法者所引以為鑑之外國法究竟為何？何者又係立法者之別出心裁？不僅為法律史關切之課題，對法律之解釋與適用，亦有一定之裨益，自不待言。我國民法釋義學（*Rechtsdogmatik*）窮本溯源之工作，傳統上多自德國、日本民法之規定出發，並研究兩國學說判例之發展，進而比較我國學說判例之狀況。然而，在瞬息萬變且又高度國際化之商事交易領域，此種傳統法學研究之方法是否能完全滿足經濟生活對法律之殷切期盼，並非無疑。法律若欲與時俱進，則特別在發展一日千里之商品行銷領域，不應僅緬懷過去，更應尋覓出符合滿足當今經濟生活交易實際需要之法律規範。在以法律釋義學之觀點對我國現行代辦商規定進行探討前，對以現代經濟實務為規範

基礎之現代立法，特別是同屬大陸法系之歐洲法制之新發展，其基本之認識，應有其必要。對交易實務所謂之代理商，歐盟理事會早在一九八六年十二月十八日公布「整合成員國關於獨立代理商法律之指令」Council Directives 86/653/EEC of 18 December 1986 on the coordination of the laws of the Member States relating to self-employed commercial agents（以下簡稱「代理商指令」），依其第二十二條第一項之規定，成員國應在一九九〇年一月一日前使符合該指令之法律生效，我國民法主要繼受對象之一的德國亦在同日施行符合上述指令之代理商之新規定。觀察代理商指令轉化後之德國代理商法之發展，縱然無法對歐洲各國代理商之規定一覽無遺，但一葉知秋，亦可概然想見其餘。

探究歐盟及德國關於代理商之法律發展，另一個重要意義，在為將來關於銷售中間人法律原則及法律體系建構之研究奠下礎石。有鑑於銷售在經濟分工體制舉足輕重之地位，不僅在商學或企業管理領域，商品之行銷已成為獨立之研究領域，在法學方面，就個人所知，經德國第二次世界大戰後Rittner、Ulmer、Ebenroth等學者前仆後繼之研究後，銷售中間人之行銷型態在法律規範面上，被認為有類似的問題點及解決方向，得歸納出共通之法律原則，形成獨立之法律體系⁶。關於銷售中間人之立法，德國與歐洲許多國家僅對代理商有所規範，其餘新興的型態，仍屬於學說判例發展領域。若代理商以外之銷售中間人與代理商間有一定類似性，則基於代理商規定之指導功能，法學方法上，在其他銷售中間人之型態尚未有名契約類型化之前，透過類推適用代理商之規定，問題亦能獲得至少部分之解決。

⁶ 關此，參見，Martinek in: Martinek/Semler/Habermeier aaO.(Fn. 1), Rn. 13. 前揭書個人認為更係德國關於銷售中間人法學研究之重要參考文獻。

此外，須附帶一言者係代理商之用語。如後所述（貳、二、(二)），德國商法所謂之代理商已不限於商人，亦得為商人以外之企業經營者，準此，德文Handelsvertreter、英文commercial agency翻譯為「代理商」，或不盡妥適，直譯為商事代理人也許較不至於讓人誤解。然而，在中文世界「代理商」究竟已約定俗成，成為交易界普遍使用者，況且，非商人而從事代理商之工作者，應屬少數，在我國民商合一之立法體例下，商人之概念未嘗成為法典核心概念，「商人」云爾，在我國並未如德國商法由立法者精確界定其意義，其範疇伊於胡底，仍為學說判例發展之所在。更有其甚者，在大陸法系確立之代理分離原則下，「代理人」與基礎關係之當事人係不同之概念，稱「商事代理人」極易使人誤以為本文係探討代理關係，殊不知各國關於代理商法規範重心主要仍為代理商與其委託人間之內部關係。從而，本文仍以代理商稱之，而非英文或德文字譯之商事代理人。再者，銷售中間人是否因其行銷活動與交易相對人直接發生契約關係，將因中間人是否為代理人而有所不同，而因代理之觀念，英美法系與大陸法系各有堅持⁷，本文關於與第三人之外部關係之論述，將僅論述德國代理商法之相關規定，而不及於其他歐盟國家，更無法兼顧英美法之情形。事實上，上述代理商指令亦僅規範代理商與本人之內部關係，而不及於委託人與第三人之外部關係。抑有進者，代理商涉及之法律問題固然不以民法為限，

⁷ 關於英美法系與大陸法系代理法之差異，茲無法詳論，簡言之，最大之不同，乃前者之代理涵蓋間接代理，後者之代理，限於直接代理，從而，受託為委託人之利益銷售貨物，但卻以自己名義訂立契約者，至少在德國法，並不可能為代理商，在英國，則可能為所謂undisclosed agent，關此，參照，陳自強，從商事代理談民商合一與民商分立，月旦民商法雜誌，14期，頁128，2006年12月。

亦可能牽涉公平交易法及其他法律之適用問題⁸，然限於篇幅，本文探討之對象，仍集中在民法之適用。

貳、代理商指令下之德國代理商法

一、德國代理商法與代理商指令

(一) 歐盟整合前之德國代理商法

德國採民商分立，代理商並不規定在民法典，而安身立命於形式上獨立於民法典之商法典⁹。然而，從代理商發展沿革以觀，德國代理商並不屬於傳統商法規範對象，甚至對歐洲之立法者而言，代理商亦為初生之犢。

相較於歷史悠久的商事居間及行紀，德國代理商遲至十九世紀後半葉方在營業自由及工業革命之洗禮下發榮滋長¹⁰，其重要性並逐漸在銀行、保險、運輸及貨物銷售（特別是機器、紡織品、菸酒）等行業凌駕傳統的行紀¹¹。德國商法前身之一八六一年普通德國商法典（das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch，簡稱ADHGB，即所謂舊商法）之立法者，並未詳細規範此新崛起之交

⁸ 德國關於代理商是否有競爭法Kartellrecht之適用討論極多，簡要說明，Schmidt, Vom Handelsvertreterrecht zum modernen Vertriebsrecht- Handelsrecht, Vertriebspraxis und Kartellrecht, JuS 2008, 669-671.

⁹ 民商二法之關係，有分有合，糾纏不清，錯綜複雜，德國雖採民商分立，但就法學發展之現狀而言，德國民法學與商法學毋寧是合而為一，關此，參照，陳自強，代理權與經理權之間，民商合一與民商分立，頁253以下，2006年。

¹⁰ 然而，代理商起源於何時，有不同說法，有認為代理商與漢摩拉比法典同時，有認為在羅馬法時代方見代理商之芳蹤，文獻，參照，SAINTIER, COMMERCIAL AGENCY LAW, 8 (2002).

¹¹ Martinek, Vom Handelsvertreter zum Recht der Vertriebssysteme, ZHR 161 (1997), 67, 69.

易型態，對獨立第三人媒介商品之銷售者，僅規定居間，代理商之法律地位僅能依僱傭或承攬之規定判斷。一八九七年現行商法典之立法者有鑑於代理商之重要性與日俱增，為改善代理商相較於商事輔助人弱勢之法律地位¹²，遂將代理商（Handlungsagent）明文化。雖然代理商與委託人間基本上為契約關係，但立法者認為代理商性質上屬於商事輔助人，將代理商規定在第一編「商人」、第七章第八十四條到第九十二條，第六章商事輔助人及學徒之後，第八章商事居間人之前¹³。依當時商法第八十四條第一項之法律定義，代理商指：「非受僱為商事輔助人，而經常性的受託媒介他人之商事行為或以他人名義締結商事行為之人。」受託在特定區域處理事務之代理商，其報酬及契約終止之保護尤為規範之重點¹⁴。德國代理商之立法雖非鉅細靡遺，而僅有短短九個條文，但卻開啓歐洲代理商立法之先河，瑞典、挪威、丹麥分別在一九一四年、一九一六年、一九一七年，奧地利在一九二一年，荷蘭在一九三六年，義大利在一九四二年，瑞士在一九四九年紛紛繼踵效尤¹⁵。法國亦在一九五八年制定特別法承認代理商並予以保護¹⁶。

德國現行商法甫施行，代理商團體即對代理商之規定提出批判，認為代理商多無自有資本，其經濟地位多半較委託人為弱，且

¹² Denkschrift zum RJA-E I，引自Heymann/Sonnenschein, HGB, Berlin. New York 1989, vor § 84, Fn. 1.

¹³ 代理商究竟應規定於商事行為或商事主體中，在有獨立商法典國家，亦非無疑，德國商法立法者似認為代理商亦有其對外關係之問題，而此涉及商事代理權之範圍及限制等，與商事代理有密切關係，故將代理商規定於從屬代理商之後，關於德國代理商之體系地位，參照，Canaris, aaO.(Fn. 4), § 15 I, Rn. 5-6.

¹⁴ Martinek, aaO.(Fn. 11).

¹⁵ Hopt, Handelsvertreterrecht, 3. Aufl., München 2003, § 84, Rn. 2.

¹⁶ Decree 58-1345 of 23-12-1958, D 1958, L, p.132; 關於法國在整合前之代理商法之發展，詳參，SAINTIER, *supra* note 10. at 6-48.

在若干行業盛行僅代理單一公司之代理商Einfirmenvertreter¹⁷，代理商之地位類似從屬的受僱人，故建議應修法賦予其社會的保護，使代理商與商事輔助人之區別更加明確，澄清類似勞工之代理商之法律地位，及改善所有代理商之法律地位。一九四〇年雖曾有修法之議論，但一直到一九五二年德國政府提出新的代理商法修正草案，並在一九五三年八月六日通過，而放棄制定代理商法特別法之構想。修正法先將舊法代理商法律用語Handlungsagent改為Handelsvertreter，並全面修正舊法：限縮代理商獨立性之概念，澄清所謂類似從屬受僱人之代理商之地位，導入保護所有代理人，特別是關於其報酬請求權及補償請求權之強行規定¹⁸。立法目的在使代理商之規定符合社會政策之要求，並充分考慮代理商與委託人之利益，讓努力有成之代理商不至於徒勞而無功。為達成此目的，許多代理商規定轉而為限制私法自治原則之強行規定¹⁹。其後，德國代理商法雖有零星修正²⁰，但對德國立法者而言，真正的挑戰來自於歐盟代理商指令。

(二)代理商指令

代理商指令之立法工作，開始於一九七六年歐盟執委會提出第一草案，歷經一九七九年第二草案，終於在一九八六年由理事會制定²¹。制定之原因，依其前言之說明，係有鑑於：「個別成員國在

¹⁷ 指或依代理商契約之約定，代理商不得為其他委託人為活動，或依委託人所委託之活動之種類及範圍，代理商事實上不可能為其他委託人為活動之代理商，學說認此為特殊型態之代理商，關此，參照，Schmidt, Handelsrecht, 5. Aufl., 1999, § 27 VI 2a.

¹⁸ Martinek, aaO.(Fn. 11), 67, 73.

¹⁹ 以上，參照，Heymann/Sonnenschein, aaO.(Fn. 12), Rn. 3-4.

²⁰ Heymann/Sonnenschein, aaO.(Fn. 12), Rn. 5.

²¹ SAINTIER, *supra* note 10, at 90.

商事代理領域之法律分歧，影響歐盟內部競爭條件及競爭活動之進行，且有害於代理商在與其委託人關係上之保護範圍及商業交易之安定。且此分歧亦將嚴重損害不同成員國之代理商及委託人代理商契約之締結及履行。成員國間貨物之交易應在符合單一市場之條件下進行，因而，成員國間之法律應整合到共同市場發揮良好功能之程度。即使代理商領域抵觸法已整合完成，亦無法除去上述分歧之不利利益，從而，法律之整合洵有其必要。關此，代理商與委託人間之法律關係應優先處理。」主要目的在調和成員國對代理商與其委託人間法律關係之內國法及強化代理商之保護。

調和歐盟成員國間內國法之歧異，從而降低共同市場之法律障礙（法律交易成本），一向為歐盟私法領域整合正當化理由，然在代理商或商事代理領域，歐盟成員國間究竟存在何種重大歧見，從指令本身難以窺知底蘊。事實上，也因代理商不僅涉及委託人、代理商及第三人（交易相對人）三個以上的當事人，法律關係即有內部關係（委託人及代理商之代理商契約關係）及外部關係（代理關係）之分，民事法律關係本身即相當複雜，更有其甚者，代理商非唯現身於傳統商品之買賣，亦出現在金融保險服務業、不動產買賣，有些國家甚至包括合夥、公司之組織²²，代理商領域之法律統一成效不彰：一九八三年統一私法協會UNIDROIT之Convention on agency in the international sale of goods（國際商品銷售代理公約）僅能規範代理之外部關係²³，且制定至今雖已逾二十餘載，仍因尚未獲得十個以上國家之簽署而尚未生效。相對於此，代理商指令則

²² GOODE/KRONKE/MCKENDRICK/WOOL, *INTERNATIONAL INSTRUMENTS AND COMMENTARY*, 287 (2004).

²³ 關此，我國文獻，參照，侯麗莉，國際商品買賣代理商之研究，台灣大學法律學研究所碩士論文，頁199以下，1987年6月。

僅規範代理商與委託人間之內部關係，外部關係之法律整合，唯有留待代理一般法則之統一²⁴。外部關係整合之困難，主因在於大陸法系 *civil law* 國家與英美法系 *common law* 國家對代理概念本身之理解即大相逕庭，前者在代理權授與行為獨立性原則下，認為代理與基礎關係相分離，代理法則係獨立於基礎關係²⁵，且代理限於代理人以本人名義之直接代理；反之，英美法之代理 *agency*，更包含大陸法系所謂之 *indirect representation*（間接代理），承認代理人雖未表明代理意旨，只要在授權範圍內，其為本人利益所訂立之契約，均由本人取得權利並負擔義務，此即所謂 *doctrine of the undisclosed principal*（未揭露本人之代理法則）²⁶。姑不論代理商之外部關係，即使在代理商與委託人間之內部關係上，就個人所知，至少整合前英國與其他歐盟國家即有重大差異存在：首先，英美代理法為一般制度，涵蓋面極為廣泛，在代理商指令整合前，並無代理商之特別立法，而與其他代理型態相同，均適用代理之一般法則，且其代理法則也涵蓋本人與代理人間之內部關係²⁷；相對於此，如前所述，在德國之帶領下，代理商之立法在歐洲風起雲湧，蔚為流行。其次，大陸法系國家普遍認為委託人可能以任意終止契約方式規避其報酬給付義務，從而對經濟上依存於委託人之代理商產生不公平之結果，代理商特別立法之目的，主要在賦予代理商一定之保護，

²⁴ 關此，由歐洲契約法委員會 *Commission on European Contract Law* 提交之歐洲契約法原則 *Principles of European Law*, Chapter 3 即詳細規範意定代理權及代理之效果。

²⁵ 關於德國授權行為無因性理論之發展，參照，陳自強，同註9，頁67以下。

²⁶ 英國法簡要之說明，*ATIYAH & SMITH, ATIYAH'S INTRODUCTION TO THE LAW OF CONTRACT*, (6th ed., 2005), at 346; 比較法，參照，*Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3. Aufl., 1996, S. 427 ff.

²⁷ *See BEATSON, ANSON'S LAW OF CONTRACT*, 675-681 (28th ed., 2002).

反之，於英國法，基於代理之信託性質，委託人反倒是值得保護者²⁸。

在上述英美法與大陸法系代理制度本身南轅北轍狀態下，代理商指令決定優先整合代理商與委託人之內部關係，並採大陸法系認為代理商為優先保護對象之一貫立場，特別在報酬之給付及契約終止之補償方面，予代理商一定之保護。由是觀之，代理商指令似乎並非英美法系與大陸法系之調和，而為身為歐盟成員國的英國之委曲求全。英國雖通過The Commercial Agents (Council Directive) Regulations 1993，並於一九九四年施行，然而，也因受代理商指令影響者僅限於該法所謂之代理商²⁹，其餘屬於傳統代理之法律領域仍然不受整合之影響，依舊適用代理之一般法則。關於英國法之發展，擬留待他日再論³⁰。代理商指令雖對大陸法系國家並未帶來嚴重之衝擊，但包括德國在內之歐盟成員國仍然須進行指令轉化之工作。

(三)轉化後之德國代理商法

在代理商指令討論過程，歐盟成員國各有盤算：對一九七六年與一九七九年較為詳細的代理商指令草案，英國均持反對態度，法國與義大利則因對特立獨行的保護代理商之規定，難分難捨，對上

²⁸ SAINTIER, *supra* note 10, at 2, at 87-9, 依氏之說明，部分原因在於英國代理法則大多成形於19世紀，斯時正值英國海外霸權極勝，代理商多位居海外，在英國之委託人之保護自然成為英國法關切所在。

²⁹ 關於轉化後英國代理商法之狀態，*see* SINGLETON, *COMMERCIAL AGENCY AGREEMENTS: LAW AND PRACTICE*, (2nd ed., 2005), at 1-134; 德文介紹：Fielder, *Der Handelsvertreter (commercial agent) in Grossbritannien*, Mai 2004, *available at* www.osec.ch.

³⁰ 關於英國代理商在代理商指令整合前之法律狀態，*see* SAINTIER, *supra* note 10, at 48-3.

述草案亦多所質疑，相較之下，德國甚少有批評之議，蓋德國一九五三年代理商法之改正，早已成為指令草擬之範本³¹。德國在面對歐盟轉化之要求時，一般亦認為德國代理商法早已符合指令之基本要求，如指令第三條第一項規定代理商於處理事務時應維護委託人之利益，早已規範於舊法；指令第三條第一項及第四條第一項所規定之當事人誠信原則義務，雖未特別規定於德國代理商法，卻為德國民法第二四二條揭櫫之基本原則；代理商之報酬請求權及補償請求權，也早已存在於舊法，轉化之工作乃配合指令之要求，作更詳細之規定³²。職是，德國一九九〇年為轉化代理商指令所為之商法修正，雖有若干具有實際上重要意義之修正，但未帶來革命性之重大變革。以下，雖主要為探討德國商法代理商之規定，但也將介紹代理商指令之規定，以明德國轉化之實際情形，及與其他幾乎逐字逐句轉化代理商指令（如英國）國家之差異。

二、代理商之概念與代理商契約

何謂代理商，無疑地，可因認識目的之不同而有差異，代理商之概念如作為立法定義加以規範，則因代理商之概念本身涉及法律之適用範圍，立法目的不同，同一法律概念之意涵即可能有參商。

(一)代理商指令適用對象之代理商

代理商指令對代理商之定義規定在第一章適用範圍第一條第二項：「本指令所謂之代理商係得到繼續的授權 has continuing authority 為他人（以下簡稱「委託人」、principal、Unternehmer）」

³¹ Hakenberg in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, *Handelsgesetzbuch*, Band 1, 2. Aufl., München 2008, vor § 84 Anhang, Rn. 3.

³² Eckert, *Das neue Recht der Handelsvertreter- Die Umsetzung der EG-Richtlinie in deutsches Recht*, NZA 1990, 384.

為商品買入賣出之媒介，或以委託人之名義及計算媒介並成立該等交易行為之獨立的中間人self-employed intermediary³³。」為免爭議，指令第一條第三項特別將以下情形排除在代理商概念範疇外：

第一、有權為團體（company or association）為行為而發生拘束力之機關；

第二、法律上得為他合夥人為行為而發生拘束力之合夥人；

第三、管理人（reciever; Zwangsverwalter）、法院選任之財產管理人（receiver and manager; ein gerichtlich bestellter Vermögensverwalter）、清算人（liquidator）或破產管理人（trustee in bankruptcy; Konkursverwalter）。

此外，依指令第二條第一項之規定，以下情形或原本屬於前揭代理商定義範疇，但明文排除在適用範圍外：

第一、代理商未獲得報酬者；

第二、在商品交易所或商品市場為交易行為之代理商；

第三、依據一九七九年英國皇家代理法案設立的「為海外政府及行政之皇家代理人」Crown Agents for Overseas Governments and Administrations或其分支機構。

最後，第二條第一項規定各成員國均得將依其內國法代理行為僅屬於次要行為之情形，排除在代理商法適用範圍之外。德國雖未排除一定種類之代理商，然對特殊型態之代理商：如商法第九十二條對保險代理商及Bausparkassenvertreter、第九十二a條對僅代理單一公司之代理商Einfirmenvertreter、第九十二b條對以代理商為副業Handelsvertreter im Nebenberuf之情形，卻有若干異於一般代理商之

³³ 如前所述（見前註1），商學意義下之中間人自己先取得商品所有權再轉售他人，代理商並非此屬，故學說認為該指令之用語並不妥，而建議以代表人Representative代之，see SAINTIER, *supra* note 10, at 99, note 69所引文獻。

特別規定。此外，第九十二c條對在歐盟境外之代理商與船舶代理商Schiffahrtsvertreter，甚至規定當事人得為與德國商法代理商規定不同之約定，即當事人得排除所有代理商規定之適用，對此類代理商契約，德國商法代理商規定又成為不折不扣之任意規定。

(二)德國代理商之概念

依德國商法第八十四條第一項第一句：「稱代理商者，謂經常性地受託為他企業為法律行為之媒介或以其名義為法律行為之獨立企業經營者selbständiger Gewerbetreibender。」代理商有如下特徵：

1. 獨立企業經營者

德國商法立法之初，仍以代理商為獨立商事輔助人，故收編於第一編「商人」內。然自一九五三年代理商法大改正後，代理商之委託人已不再限於商人，僅須為企業經營者Unternehmer（德國民法第十四條參照），且凡企業經營者均得為代理商，故代理商不限於自然人，公司亦為得為代理商，亦得為委託人之子公司。準此，代理商已非商事輔助人，代理商契約與行紀運送相同，均為商事行為³⁴。且也，代理商亦不限於商人（德國商法第八十四條第四項明文規定），代理商之規定已不能算是嚴格意義之商人特別法，從而，亦不屬於嚴格意義的商法³⁵。

依前揭條項第二句，基本上能自由為代理商活動並決定其工作

³⁴ 學說遂有認為代理商應移置於商法典第4編商事行為中，參照，Schmidt, aaO.(Fn. 8), 666.

³⁵ Canaris, aaO.(Fn. 4), § 15, Rn. 7; Canaris, aaO.(Fn. 4), § 1, Rn. 31, 甚至認為德國代理商規定主要立法目的係在保護屬於經濟上弱者之代理商，與典型商法所規範之對象難以相提並論，反而較接近勞工法，由是觀之，民法典反而是代理商安身立命之所。

時間，即具有獨立性，學說上稱為人格上獨立性³⁶。反之，雖經常性受託為媒介或訂約，但不具獨立性，依同條第二項，視為受僱人，此即受僱之銷售人員 **employed sales representatives**，而有勞工法之適用。典型的代理商，有自己之營業所，營業費用自行負擔，有自己之信封、自己之會計，收入來源係因媒介或訂約而獲得報酬，且其報酬主要係依其成功撮合之契約金額計算³⁷。

2. 經常性受託

代理商第二個特徵，為經常性（持續性）受託 **ständig betraut sein**，代理商指令直譯為：「得到繼續的授權」 **has continuing authority**，語言雖不同，意涵初無二致。此特徵雖非代理行為標的本身，卻有畫龍點睛之妙，且為幾乎所有保護代理商強行規定（德國商法第八十六a條第三項、第八十七a條第五項、第八十七c條第五項、第八十八a條第一項、第八十九條第二項、第八十九b條第四項、第九十a條第四項、第九十二a條等規定）正當化所在³⁸。蓋因代理商經常性受託，與委託人間並非一時性，而為繼續性契約關係，特別是中小企業小本經營的代理商，代理商收入主要來源為依成交金額計算之佣金，代理商契約成為其謀生來源，代理商雖非具有獨立性不可，但卻在經濟上某程度依存其委託人，不僅締約談判居於劣勢，代理商工作之進行原則上亦受委託人指示之拘束，大陸法系傳統上因而認為代理商應受到強行規定之保護。

所謂經常並非永遠或不定期，依學者之解釋，係指受託締結不定數量之契約，故亦得受託於一季或一個展覽會場為締約之媒介，

³⁶ Oetker, Handelsrecht, 4. Aufl., Berlin Heidelberg New York 2005, § 6, Rn. 12.

³⁷ Oetker, aaO., Rn. 13.

³⁸ Fischer, Der Handelsvertreter im deutschen und europäischen Rech, ZVglRWiss 101(2002), 143,146; Canaris, aaO.(Fn. 4), § 15 I, Rn. 12.

但須在一個單一契約關係架構下繼續地為媒介代理行為，而非基於個別之委託³⁹。反之，若僅受託媒介一個或數個交易或偶一為之，均非德國商法所謂之代理商，而為居間。德國居間雖有規定於民法典之民事居間Maklervvertrag（德國民法第六五二條以下）與規範於商法典之商事居間Handelsmakler（德國商法第九十三條以下）之分⁴⁰，然無論民事或商事居間，居間人乃基於不同委託人個別委託為報告訂約之機會或為訂約之媒介，居間並非繼續性契約關係⁴¹，居間人並非經常性受託為訂約之媒介，乃媒介居間Vermittlungsmakler與代理商契約區別之關鍵所在。而且，因居間人並無代為締結契約之權限，故若僅受託以委託人名義締結一個或數個交易，如中古車所有人委託中古車商以其名義出售其車，受託人既非德國商法所謂代理商，亦非居間人，而為德國民法所規範之具有僱傭性質之事務處理契約（德國民法第六七五條第一項、第六一一條）Geschäftsbesorungsvertrag mit Dienstleistungscharakter⁴²。

3. 媒介代理商與締約代理商

無論依代理商指令或德國商法，代理商得單純僅為交易之媒介negotiate而不負責訂約（媒介代理商Vermittlungsvertreter），或除為交易媒介外，更得進而以委託人名義訂立契約（締約代理商

³⁹ Brox, Handels- und Wertpapierrecht, 17. Aufl., München 2004, Rn. 201; Oetker, aaO.(Fn. 36), Rn. 21.

⁴⁰ 關於德國法民事居間與商事居間之不同，並非本文論述之主題，茲不贅，參照，Schmidt, aaO.(Fn. 17), § 26 II 1。我國採民商合一，自無此區別，民法第565條所定之居間有二種情形，一為報告訂約機會之報告居間，一為訂約之媒介居間（參照，最高法院52年度台上字第2675號判例），與德國民事居間相同，但與德國商事居間限於媒介居間者不同。

⁴¹ Brox, aaO.(Fn. 39), Rn. 228.

⁴² Hofmann, Agenturverträge im Gebrauchtwagenhandel, JuS 2005, 8; Schmidt, Verbraucherbegriff und Verbrauchervertrag – Grundlage des § 13 BGB, JuS 2006, 6.

Abschlussvertreter)。因交易相對人之資力及信用等因素影響委託人之利益，委託人多力求保有締約與否之最後決定權，故代理商僅負責為交易之媒介之情形，應屬多數。於締約代理商之情形，代理商更可能處理交運貨物、收取貨款、將餘額交付委託人等事務⁴³。與報告居間不同者，媒介代理商僅報告訂約之機會尚有不足，交易須基於代理商之積極協同行為而成立，單純廣告行為、未具體與特定契約發生關聯之客戶服務，代理商尚無法主張佣金⁴⁴。於締約代理商，代理商須以委託人名義為法律行為，反之，代理商若以自己名義為交易，無論如何並非代理商指令或德國商法所謂之代理商。

代理商指令之適用範圍，僅限於受託為商品買入及賣出之交易行為，德國商法卻不加以限制，代理商媒介或代理訂約之交易行為，亦得為不動產之出售、機器之租賃、保險、甚至演奏會門票之預售⁴⁵。

(三)契約之成立與法律性質

1. 不要式契約

代理商指令第十三條規定：「當事人之任何一方得請求他方交付經他方簽署之關於契約內容、契約變更與補充之文書。此請求權不得排除之（第一項）。前項規定不妨礙成員國規定代理商契約須以書面為之（第二項）。」德國商法第八十五條並未據第二項之立法空間將代理商列為要式行為，而仍維持代理商契約之不要式原則，換言之，當事人任何一方雖均得請求他方將契約內容記載於經簽署之書面中，但此僅為證據目的，書面所載之契約內容僅推定為

⁴³ SINGLETON, *supra* note 29, at 6.

⁴⁴ Oetker, aaO.(Fn.36), Rn. 18; Canaris, aaO.(Fn. 4), § 15 I, Rn. 11.

⁴⁵ Brox, aaO.(Fn. 39), Rn. 200.

契約內容，當事人仍得舉證證明當事人另有約定⁴⁶。

2. 事務處理契約

代理商契約既為法有明文之有名契約，則代理商與委託人間契約之法律性質似無待探求。然德國學說並不以此而自滿，更從代理商契約之典型內容探求其法律性質，認為代理商契約乃具僱傭性質之事務處理契約。蓋代理商之義務並非在於完成媒介或締約之成果，即非承攬契約所謂一定工作之完成（我國民法第四九〇條參照），而僅為媒介之努力，套用債法理論之術語，代理商之給付為給付行為而非給付結果⁴⁷，故具有僱傭之性質⁴⁸。此法律性質之探討並非無病呻吟，而有實際意義存焉。蓋基於事務處理契約之性質，代理商無明文規定時，德國民法委任之規定，如第六六五條至第六七〇條及第六七二條至第六七四條有適用餘地⁴⁹。

3. 有償契約？

依代理商指令第二條第一項之規定，代理商若未因其活動受有報酬者，無該指令之適用，比利時、英國、芬蘭、希臘、義大利、波蘭、葡萄牙及瑞典等國亦準此旨⁵⁰。德國商法則未明白以報酬之約定列為代理商契約之必要之點。

⁴⁶ Oetker, aaO.(Fn.36), Rn. 28.

⁴⁷ 關於給付之雙重意義，我國學說參照，王澤鑑，債法原理(一)，基本理論、債之發生，頁38，1999年。

⁴⁸ MünchKomm/HGB/v. Hoyningen-Huene, § 84, Rn. 67.

⁴⁹ Canaris, aaO.(Fn. 4), § 15, Rn. 15; Schmidt, aaO.(Fn. 17), § 27 III 2.

⁵⁰ Study Group an a European Civil Code, Principles of European Law, Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts (PEL CAFDC), 2006, Art 2:101, Note 4.

三、當事人之行為義務

代理商指令第二章之標題為「權利及義務」Rights and obligations，然其所規範者，並非因代理商契約所生之全部權利義務，甚至最重要之報酬請求權，亦不在該章規範之列。該章規定之要旨有二，從德國法之觀點，幾乎是無待贅言：第一、當事人均應依誠信原則履行契約（指令第三條、第四條）；第二、此誠信履約之義務為強行規定，當事人不得規避指令第三條、第四條之規定。一九八九年德國轉化代理商指令時，立法者認為德國民法第二四二條就誠信原則已有明文，故拒絕在修正條文中納入誠信履約義務，而僅在商法第八十六條增訂第四項明示上述指令第二個要旨⁵¹。此從德國法之觀點看似畫蛇添足之規定，從英倫海峽對岸的英國來說，卻有積極之意義，蓋英國契約法一般法律原則並不承認當事人有依誠信原則談判及履約之義務⁵²，換言之，類似德國民法第二四二條或我國民法第一四八條第二項行使權利（債權）履行義務（債務）應依誠實及信用原則之規定，並未成為英國契約法一般法律原則。英國前開代理商指令規定之轉化，不啻將誠信原則履約義務導入代理商契約關係中，縱非退讓，亦為重大突破。關於英國實際轉化之情形，並非本文論述所在，擬待他日再論。委託人之報酬給付義務，及契約消滅後之法律關係雖亦屬於代理商契約之權利義務，但因其問題特殊，本文將參照代理商指令之編排方式獨立論述。

⁵¹ 歐盟及德國代理商法雖寓有強烈保護代理商立法意旨，然代理商義務之強行性格並不在單方保護代理商，縱免除代理商義務有利於代理商，約定仍為無效，關此，Canaris, aaO.(Fn. 4), § 15, Rn. 30.

⁵² WITAKER & ZIMMERMANN, *Good faith in European contract law; surveying the legal landscape*, in: GOOD FAITH IN EUROPEAN CONTRACT LAW, 39-48 (1996).

(一)代理商之誠信履約義務

1. 誠信原則及利益維護義務

德國代理商法雖未重申誠信原則在代理商法之規範意義，但早在歐盟整合前，即已在商法第八十六條規定盡力媒介及締約義務及利益維護義務（第一項）及報告義務（第二項），而代理商應以一般商人之注意履行其義務（第三項）。上述義務，從代理商指令觀點，均為誠信履約義務之具體化。德國學說基於代理商所具有之委任及僱傭契約之性質，認為商法第八十六條所定之義務僅具有宣示之意義⁵³，即縱無該條之明文，從代理商契約事務處理契約之性質，亦可導出。

2. 盡力媒介及締約義務

依德國商法第八十六條第一項前段之規定：「代理商應盡力為交易之媒介或締結契約，此時，應維護委託人之利益。」因媒介或締約義務並非一般居間人之義務，亦為其他有名契約類型所無，此義務可認為係代理商之主義務Hauptpflicht，且能賦予代理商契約有名契約之輪廓⁵⁴。但代理商應努力到何種程度方符合契約本旨，德國商法並未明示，此點，代理商指令第三條二(a)雖規定：「代理商應盡適當之努力為交易之媒介，依其情形，並成立所受託之交易。」使用「適當」proper字眼，然何者為適當，仍應取決於個案。一般而言，代理商應觀察市場狀況、探尋銷售機會、維護客戶關係並注意客戶履約能力等狀況⁵⁵。

3. 告知義務

代理商指令第三條2(a)規定代理商應告知所有其能取得之必要

⁵³ Canaris, aaO.(Fn. 4), § 15, Rn. 29.

⁵⁴ Oetker, aaO.(Fn. 36), Rn. 30; Canaris, aaO.(Fn. 4), § 15, Rn. 29.

⁵⁵ Brox, aaO.(Fn. 39), Rn. 210.

資訊，德國商法第八十六條第二項更詳細：「代理商應告知必要資訊，尤應立即告知關於交易之媒介及成交所有之訊息。」媒介或訂立契約為代理商受託處理之事務，受託人應隨時將事務處理結果報告本人，此報告義務在委任有明文（我國民法第五四〇條參照），從代理商契約所具有之事務處理契約之性質，代理商之告知義務，毋寧為自明之理。

4. 遵從指示義務

代理商指令第三條二(b)規定代理商應遵從委託人適當之指示，一九八九年德國聯邦政府為轉化該指令提出商法修正案時，本亦有相同文句，但法律委員會以德國法代理商不受指示之拘束正為其與受僱人區別之所在為由建議刪除。此見解顯然有誤，蓋一般委任契約受任人亦有遵從指示之義務（德國民法第六七五第一項、第六六五條；我國民法第五三五條參照），但受任人仍與受僱人之法律地位不同，法律委員會乃將基於受僱人之從屬性所導出之僱用人之指示權，與事務處理契約委託人之指示權混為一談。事實上，基於代理商契約所具有之事務處理契約之性質，委託人之指示權屬於代理商契約之類型特徵，故學說認為透過德國法解釋所得之代理商遵從指示之義務，具有強行性格⁵⁶。

然而，委託人之指示權並非無遠弗屆而有其界線，因代理商並非委託人企業經營組織之一部分，而具有獨立性，故委託人之指示若損害代理商企業經營自主決定之核心內涵，損及代理商之獨立性時，即非代理商指令所謂之「適當的指示」，如委託人不得指示代理商解雇其受僱人或僱用新進人員之標準⁵⁷。

⁵⁶ Canaris, aaO.(Fn. 4), § 15, Rn. 34.

⁵⁷ Canaris, aaO.(Fn. 4), § 15, Rn. 37-38; Brox, aaO.(Fn. 39), Rn. 212.

5. 保密義務

契約關係存續中，代理商負有維護委託人利益之義務，從而，代理商對委託人所託付之營業秘密，或其因代理活動所知悉者，負有保守秘密之義務，委託人所交付之客戶名單更不得為自己之利益而使用（如將客戶資料提供給他人甚至出售）。縱代理商契約不成立或無效，該義務仍可作為先契約義務而存在⁵⁸，義務之違反，可能發生締約上過失之損害賠償責任（我國民法第二四五條之一參照）。德國商法雖未在代理商之一般行為義務明示代理商之保密義務，但在第九十條對後契約之保密義務有所規定：「代理商對委託人所託付之營業秘密，或其因代理活動所知悉者，若綜合所有情事，代理商利用該秘密或洩漏於他人將牴觸一般商人之職業觀念時，縱在契約關係消滅後，亦不得為之。」由此可知，保密義務並不以契約關係存續為要件，惟契約關係消滅後之保密義務範圍較狹，僅當綜合所有情事，代理商利用該秘密或洩漏於他人將牴觸一般商人之職業觀念時，方負有此義務，蓋代理商已不再為委託人為活動，不應過度限制其後之營業活動空間。義務違反之效果，除損害賠償外（參照德國民法第二八〇條），學說認為代理商若因利用委託人之營業秘密而獲利時，委託人得依德國民法第六八七條第二項自己事務管理Eigengeschäftsführung之規定（我國民法第一七七條第二項參照）請求返還其所得之利益⁵⁹。

(二)代理商之競業禁止義務

1. 依據及範圍

關於代理商營業活動之限制，代理商指令僅在第二十條對限制

⁵⁸ Hopt, aaO.(Fn. 15), § 90, Rn. 1.

⁵⁹ Hopt, aaO.(Fn. 15), § 90, Rn. 8.

代理商在契約消滅後之營業活動之約定（競業禁止約定restraint of trade clause; Wettbewerbsabrede）有所規範，至於在契約存續期間代理商是否亦有此義務，並無明文，德國商法於第六〇條雖有競業禁止之規定，但此僅針對從屬商業輔助人，在代理商亦無明文。

契約若明文規定代理商於契約關係存續中之競業禁止義務，固從其約定，縱無明文約定，亦不得以「明示其一排除其他」之法諺，逕否定該義務之存在⁶⁰。德國通說及判例從德國商法第八十六條第一項第二句代理商之利益維護義務肯認此義務，認為代理商在契約存續期間不得為委託人之競爭對手為活動（如推銷或銷售委託人競爭對手之產品）⁶¹。此義務因係基於誠實信用原則，故其存在與當事人意思無關，不僅應考慮到委託人之利益，亦應顧及代理商之利益，從而，學說認為不應一般性肯定代理商競業禁止義務之存在，而仍應依必要性及相當性原則個案認定之：委託人之利益若愈少受到代理商營業活動之影響，而代理商若被禁止為該活動，對代理商之影響愈大，則愈應允許競業活動。再者，代理商若僅受託為媒介交易行為，委託人一旦拒絕媒介結果，代理商即無法獲得報酬，為確保其收入來源，從事其他營業活動之需要也愈高⁶²。

2. 義務違反之效果與歸入權

代理商違反競業禁止義務之一般效果為損害賠償，固不待言，依其情形構成基於重大事由終止契約之原因，委託人並得請求代理商報告其所為之違反競業禁止義務之營業活動⁶³。然委託人是否得向代理商請求返還利益Herausgabe des Gewinns，並非毫無爭議。

⁶⁰ Oetker, aaO.(Fn. 36), Rn. 32.

⁶¹ BGHZ42,59,61; 112, 221.

⁶² Canaris, aaO.(Fn. 4), § 15, Rn. 41-42; Hopt, aaO.(Fn. 15), § 86, Rn. 27.

⁶³ Canaris, aaO.(Fn. 4), § 15, Rn. 43.

聯邦最高法院及通說採否定說⁶⁴，認為德國商法固然對從屬商業輔助人及對無限公司 *offene Handelsgesellschaft* 股東違反競業禁止義務有利益返還義務之規定（德國商法第六十一條第一項、第一一三條第一項），但代理商為獨立之企業經營者，並未被納入委託人企業經營組織中，且此義務將影響到代理商經濟上生存基礎。反之，*Canaris* 獨排眾議主張代理商與居間人及行紀人不同，而與受僱人或無限公司股東均為經常性受託處理事務，具有高度之信賴拘束，應負相同之利益維護義務，故應類推前開利益返還之規定，至於反對見解所顧慮之利益返還義務將危及代理商之經濟基礎，則應在構成要件上適當限制代理商競業禁止之範圍，而不應一概否定以利益返還請求作為義務違反之法律效果⁶⁵。我國法在第五六二條、第五六三條第一項對代辦商不僅有競業禁止之明文，更規定違反競業禁止規定者，委託人得向代辦商請求因其行為所得之利益作為損害賠償，上述否定與肯定說之爭論，事關德國商法之解釋，似與我國法之解釋無關，然若否定說為德國通說及實務見解所採，其主張似不無可供借鏡之處，尤其經理人屬於從屬商業代理人，代理商則否，二者不加以區別，一律等而視之，是否得當，似有待商榷。關此，詳下述。

(三)委託人之誠信履約義務

如前所述，代理商指令第二章並未規範所有與代理商契約有關之權利義務，而僅規定誠信履約義務，且其為得其平，非唯代理商，委託人依第四條(1)亦有誠信履約義務：「在與代理商之關係上，委託人應以誠實及信用為其行為。」在此概括條款性質之規定

⁶⁴ BGH NJW 1964, 817 f.; Hopt, aaO.(Fn. 15), § 86, Rn. 32.

⁶⁵ Canaris, aaO.(Fn. 4), § 15, Rn. 44.

基礎上，同條(2)及(3)更有例示性質之規定：「(2)委託人尤其應：(a)提供代理商以關於商品必要之文件；(b)提供代理商契約履行必要之資訊，而且，若委託人可預見交易量將遠較代理商通常所可得而期待者為低時，尤應於合理期限內告知此情事。(3)此外，委託人應於合理期限內告知代理商接受、拒絕及不履行其所媒介之交易之情事。」德國代理商雖未有前揭第四條(1)之明文，但對委託人報酬給付義務以外之其他義務（附隨義務Nebenpflichten）在一九五三年代理商大改正時即已導入，一九八九年代理商指令整合之修正主要為文字之潤飾，但在第八十六a條第三項明訂該條第一項及第二項之規定具強行性，不得以契約排除其適用。

依商法第八十六a條第一項之規定，委託人應提供如樣品、圖說、價目表、廣告文件及交易條件等代理商為其行為所必要之資料。第二項規定委託人應提供代理商必要之資訊（第一句）、且對代理商所媒介或無代理權所締結之契約，應即告知其接受或拒絕之決定，及告知代理商媒介或締結之交易之不履行（第二句），再者，委託人預期其能或願意接受之交易量較代理商在一般情形下可預期者為低時，亦應立即告知（第三句）。然學說認為委託人之告知義務亦有其限度，即若委託人保持緘默有其正當之利益時，依誠信原則，不負有告知義務，如原則上不須將自己經濟困難之情事告知代理商⁶⁶。

四、報 酬

代理商為以營利為目的，報酬自然而然為其最關切者，然也可能是委託人最斤斤計較者，事實上，報酬也是代理商規定最核心的部分。歐洲代理商指令第三章以七個條文詳細規定代理商之報酬

⁶⁶ Canaris, aaO.(Fn. 4), § 15, Rn. 73.

Remuneration; Vergütung。報酬固然不以佣金 commission; Provision，即依交易之價值或數量之一定百分比計算而得之報酬為限，當事人亦得約定佣金以外之報酬⁶⁷，特別是固定數額之給付⁶⁸，然佣金為代理商最主要之收入來源，亦為該章及德國商法第八十七條至八十七d條所規範者。大多數之佣金固然係因媒介或訂約有成而支付 Abschlussprovision（成交佣金），然亦有其他種類之佣金，德國商法另外規定託收佣金 Inkassoprovision（第八十六條第四項）及擔保佣金 Delcredderprovision（第八十六b條）。

(一)成交佣金

1. 對價關係且附條件之給付

如前所述，代理商契約之類型特徵為代理商負有盡力為委託人為交易之媒介或代理訂約，然委託人卻無法訴請代理商使一定交易達到成交的結果，一般情形，代理商亦不因其努力而獲得佣金，就此意義而言，代理商契約並非以發生一定給付結果為要素之承攬契約可比。但是，代理商一旦滿足委託人佣金給付之條件，其所取得之佣金即為委託人因媒介或訂約有成所負之對價關係給付，德國通說因而為代理商契約為雙務契約⁶⁹，且不論代理商因其活動是否支

⁶⁷ 代理商指令第6條第2項：「任何一部分之報酬係隨諸交易之數量或價值而定者，均為本指令所謂之佣金 commission。」

⁶⁸ Hopt, aaO.(Fn. 15), § 87, Rn. 5.

⁶⁹ Oetker, aaO.(Fn. 36), Rn. 29; Flohr in: Martinek/Semler/Habermeier, Handbuch des Vertriebsrechts, 2. Aufl., München 2003, § 12, Rn. 33. 契約成立後，代理商負有一定行為義務，委託人則負有支付報酬之義務，故代理商契約至少為所謂雙方負擔契約。然代理商契約究竟非如一般買賣等交換契約可比，代理商之行為義務與報酬給付義務間嚴格來說並非處於雙務契約之交換關係或牽連關係，且報酬亦非如租賃、附利息之消費借貸，係以契約存續期限之長短為計算之基準。事實上，雙務契約概念，最能解釋如一般買賣有清楚的交換對象（給付與對待

出費用（詳後述），佣金均係依成交之交易之價值決定，若功敗垂成，亦無佣金請求權，此點，與居間⁷⁰或行紀契約類似，而使代理商契約成為具有媒介性格之事務處理契約 *Geschäftsbesorgungsvertrag mit Vermittlungscharakter*⁷¹。

代理商為獲得佣金固然應為其所當為，即盡其所能促成第三人同意與委託人訂立契約，然其佣金請求權並非因第三人準備與委託人訂約而發生，而繫於若干其所無法掌控之情事，綜合歐盟及德國商法之規定，委託人支付成交佣金之條件如下⁷²：

第一、委託人同意與代理商媒介有成之交易相對人訂立契約（代理商指令第七條第一項；德國商法第八十七條第一項），且基於拒絕締約自由原則 *Grundsatz der Ablehnungsfreiheit*，委託人對代理商並無與第三人訂約之義務，此從德國商法第八十六a條第二項第二句委託人告知是否同意締約之義務之規定，可見其一斑⁷³。委

給付）者，欲以傳統雙務契約之概念理解交換契約以外之契約，常若非扞格不入，即為削足適履，現代服務契約類型雖亦為服務與金錢之交換，但因勞務給付之內容經常為多樣而豐富，報酬給付之條件與計算方法亦不一而足，故報酬之給付固然為對待給付，但何者成為其交換對象並不易確定，探討是否為雙務契約經常有困難，是否有其必要，亦有待思之再三。

⁷⁰ 德國通說及立法理由基於典型之民事居間人不負有報告及媒介之義務，認為居間為單務契約，若依約定居間人負有行為義務，則已非單純之居間契約，而為混合契約，參照，Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts, Band II, Besonderer Teil*, 12. Aufl., 1981, S. 396.

⁷¹ Canaris, aaO.(Fn. 4), § 15, Rn. 53.

⁷² 以下乃Canaris, aaO.(Fn. 4), § 15, Rn. 54所主張之三重條件說，反之，Hopt, aaO.(Fn. 15), § 87a, Rn. 1主張二重條件說，即不認為下述同意締約為佣金給付之條件。

⁷³ 德國聯邦最高法院BGHZ 26,165雖認為委託人拒絕締約之自由亦受誠信原則之支配而有一定之界限，若拒絕訂約將使代理商之報酬減少，則須有合理及明顯之理由，但具體之界限如何劃定，仍未完全澄清，關此，Canaris, aaO.(Fn. 4), § 15, Rn. 59.

託人是否同意訂約，原則上繫於其自由決定，故屬於隨意停止條件。

第二、並以委託人履行契約為停止條件（代理商指令第十條第一項；德國商法第八十七a條第一項）。

第三、委託人雖履行契約，但第三人若不給付，佣金請求權喪失，即以第三人不履行契約為解除條件（代理商指令第十一條；德國商法第八十七a條第二項）。

2. 應支付佣金之交易

佣金固然係依交易之數量或價值之一定比率而決定，但顯然非所有委託人之交易均成為計算佣金之基礎，德國商法即在第八十七條規定何種交易為此之屬（*provisionspflichtige Geschäfte*）。然而，並非凡屬於該條之交易，委託人均負有給付義務，而應視是否有上述第二點之停止條件及第三點之解除條件。

(1) 一般情形之交易

交易若係因代理商之努力而媒介成功，且係在代理商契約存續期間而成交，依德國商法第八十七條第一項第一句第一種情形（參照代理商指令第七條第一項a），代理商對所有因其活動而成立之交易均有佣金請求權。此代理商行為與交易之成立因果關係之判斷，學說認為不須太過嚴格，只需與有原因即可，如第三人訂約之疑慮因代理商之行為因而消除亦可⁷⁴。

(2) 締結其他同種類之交易

上述因果關係之判斷，時有困難，如因代理商乙之媒介，第三人丙向委託人甲訂購汽車一輛，後來丙又向甲購買第二輛車，因第二輛車之交易並非直接因代理商行為而成，代理商之行為與第二輛車之交易是否有因果關係，不無疑問，德國商法第八十七條第一項第一句第二種情形即規定委託人對此委託人與代理商所爭取來之第

⁷⁴ Oetker, aaO.(Fn. 36), Rn. 35.

三人，其後成立之同種類之交易，亦應給付佣金（參照代理商指令第七條第一項b。

(3) 特定區域或客戶群之代理商

代理商代理活動之範圍若限定在特定區域，或有特定客戶群，則所有在代理商契約存續期間委託人在此區域範圍內或與該特定客戶群所締結之契約，依德國商法第八十七條第二項之規定（參照代理商指令第七條第二項），代理商均有佣金請求權，此時，代理商不須證明其行為與契約之成立有因果關係⁷⁵。

(4) 代理商契約消滅後之交易

上述情形交易均係在代理商契約期間而成立，若交易係在代理商契約期滿後成立，依德國商法第八十七條第三項第一句之規定（參照代理商指令第八條），在下列兩個情形，代理商仍得請求佣金Überhangsprovision：

第一、代理商已為該交易之媒介或開始，且已進行到該交易主要係因代理商之活動而成之程度，而該交易係在代理商契約關係消滅後合理之期限內成立者；

第二、在契約關係消滅前，第三人成立契約之要約已到達代理商或委託人，而此交易屬於上述(1)及(3)之情形者。

若代理商契約消滅後，委託人與他人發生新的代理商契約關係，而交易係在新的代理商契約存續期間成立，則委託人究竟應向何人支付佣金，不無疑義。依前開條項第二句之規定，若基於特殊之情形，佣金分配在先後兩位代理商符合公平時，繼任之代理商得請求部分之佣金。依之，在通常情形，佣金請求權屬於前任之代理商（參照代理商指令第九條本文）。

(5) 託收佣金

⁷⁵ Canaris, aaO.(Fn. 4), § 15, Rn. 64.

除上述成交佣金外，若代理商受託收取委託人對第三人之金錢債權，更得請求託收佣金Inkassoprovision（德國商法第八十七條第四項）。

3. 佣金請求權之發生

依代理商指令第十條第一項，只要有以下情形之一，佣金請求權即發生：

- 第一、委託人已履行契約；
- 第二、依與第三人之契約，委託人可得履行契約；
- 第三、第三人已履行契約。

依德國商法第八十七a條第一項第一句，佣金請求權原則上繫於委託人履行契約，且縱契約之履行係在代理商契約消滅，亦同⁷⁶。因該規定非強行規定，實務上多約定佣金以第三人履行契約為條件，且多為以第三人支付為佣金請求權發生之要件，此約定不啻使代理商關於佣金之請求承擔第三人契約履行之風險⁷⁷。當事人雖有相反之約定，即約定唯當第三人履行契約時，委託人方有給付佣金之義務，依前揭條項第二句，代理商得於委託人履行契約時請求相當金額之預付，且最遲應在下一個月之最後一日支付之。再者，依前揭條項第三句，無論當事人之約定如何，第三人履行契約時，代理商即得請求佣金。佣金請求權之清償期，依德國商法第八十七a條第四項為依第八十七c條結算佣金當月之最後一日。

4. 佣金請求權之喪失

當事人之約定若與以下規定不同，而不利於代理商者，依德國商法第八十七a條第四項規定，該約定無效。

⁷⁶ Hopt, aaO.(Fn. 15), § 87a, Rn. 7.

⁷⁷ Flohr in: Martinek/Semler/Habermeier, aaO.(Fn. 69), § 13, Rn. 10.

(1) 第三人不履行契約

依德國商法第八十七a條第二項之規定，第三人不給付者，佣金請求權消滅，已受領之佣金應返還之。若委託人得以訴訟或以強制執行方式強制其履行，則不得謂第三人不給付，唯當訴訟或強制執行在經濟上無望時，佣金請求權喪失⁷⁸。

(2) 委託人因不可歸責於自己之事由不履行契約

綜上，第三人履行契約時，委託人必能請求給付佣金，第三人不履行契約者，佣金請求權喪失。委託人全部或一部未依約履行時，依德國商法第八十七a條第三項，代理商亦有佣金請求權，然不履行若係因不可歸責於委託人之事由者，佣金請求權消滅。如因不可歸責於委託人之事由而給付不能，代理商喪失佣金請求權⁷⁹。

5. 佣金之數額

依德國商法第八十七b條第一項之規定，佣金數額未約定者，通常之數額視為約定之數額。又依德國商法第八十七b條第二項，佣金係以第三人或委託人應給付之對價而計算之。佣金之計算，不扣除現金付款之折讓（Skonto）。委託人所支出之運費、包裝費、稅捐等附屬費用，且特別約定由第三人負擔者，並非第三人所負擔之對價，故於佣金計算時應予扣除，反之，未特別提計之附屬費用則不扣除⁸⁰。對繼續性契約交易佣金之計算，前揭條第三項特別對使用與利用契約Gebrauchsüberlassungs- und Nutzungsverträge有規定：於定有期限者，依契約期限之對價計算佣金；於不定期者，佣金則計算到第三人最初得終止契約之時點，但若契約在此時點以後仍繼續，代理商仍得請求該時點以後之佣金。

⁷⁸ Canaris, aaO.(Fn. 4), § 15, Rn. 67.

⁷⁹ 關於可歸責之概念，參照，Canaris, aaO.(Fn. 4), § 15, Rn. 6.

⁸⁰ Hopt, aaO.(Fn. 15), § 87b, Rn. 9-11.

(二)佣金結算義務

依德國商法第八十七c條，委託人應按月結算代理商所得請求之佣金，結算期限至多不得超過三個月，結算最遲需在次月最後一日為之。代理商得請求委託人交付所有依第八十七條其所得請求佣金之交易之帳簿節錄本，此外，代理商得請求所有對佣金請求權、其發生及清償期與其結算重要之資料。委託人若拒絕交付帳簿節錄本，或對結算或帳簿節錄本之正確性或完整性有合理之懷疑存在，依第八十七c條第四項，代理商得請求在確定結算或帳簿節錄本正確或完整性必要範圍內，由委託人決定由代理商自己或由會計師或帳簿鑑定人檢視帳簿或其他文件。

(三)債務擔保佣金

1. 代理商對第三人債務履行承擔責任

代理商並非交易當事人，亦不因其為代理商契約當事人而負保證責任，然依契約自由原則，得約定代理商對第三人債務之履行承擔責任。此責任之承擔為債務之擔保 *Interzessionserklärung*，依責任承擔約定之內容，該約定之法律性質，可能為保證，亦可能為併存債務承擔 *Schuldbeitritt*，甚至為債務擔保契約 *Garantievertrag*⁸¹，無論如何，依德國商法第八十六b條第一項第三句，責任承擔之約定應以書面為之。再者，為使代理商之責任明確，前揭條項第二句規定該責任之承擔以特定之交易或與代理商所媒介或締約之特定第三人所為者為限。

2. 佣金請求權

此責任之承擔因已超出代理商契約典型之契約內容，代理商就

⁸¹ Canaris, aaO.(Fn. 4), § 15, Rn. 50; 關於債務擔保契約，詳參，陳自強，無因債權契約論，頁57以下，1998年。

此責任之承擔得額外請求報酬（債務擔保佣金 *Delkrederehaftung*），且依德國商法第八十六b條第一項第一句後段，該請求權不得事先排除。依該條第二項，交易成立時，佣金請求權即發生。

3. 例 外

若委託人或第三人之住所在國外、無住所而其居所在國外，或代理商對契約之成立與履行被授與無限制之代理權 *unbeschränkte Vollmacht* 時，依前揭條第三項之規定，上述a所述第八十六b條第一項關於代理商保護之規定，不適用之。蓋於上述情形，代理商自由決定交易相對人與評估控制其信用風險之可能性較一般情形為高。此時，委託人承諾對代理商承擔第三人債務履行風險支付佣金，固然仍有效，但已不適用前揭條之規定。

(四) 費用償還

1. 通常營業範圍所生之費用

如認為代理商契約具有委任事務處理契約之性質，依委任費用償還請求權之規定（德國民法第六七〇條、我國民法第五四六條），代理商本可請求償還事務處理之費用，然德國商法第八十七d條明文規定：「代理商在其通常營業範圍內所生之費用，唯當費用之償還符合商業習慣時，始得請求之。」明示排除委任一般規定之適用。準此，代理商與其他獨立商事輔助人相同，以自行負擔營業費用為原則，除另有約定外，不得請求費用之償還，此點，我國民法居間明示此旨（民法第五六九條第一項）。

2. 通常營業範圍以外之費用

若為營業範圍以外所生之費用，代理商並非均得請求返還，而係回歸委任之一般原則解決，一般認為如市場分析、客戶服務及廣

告費用均屬於通常營業範圍以外所生之費用⁸²。

(五)消滅時效

契約關係所生之請求權之消滅時效期間，依德國商法第八十八條之規定，均自請求權屆清償期*fällig*之當年結束之時起算四年。於佣金請求權，請求權之發生與請求權之清償期未必一致，德國商法第八十七a條第一項到第三項之規定，關於佣金請求權之發生與喪失之規定，均屬於前者，而佣金請求權之清償期，依前揭條第四項，為依第八十七c條應結算佣金之月之最後一天。舉例而言，代理商媒介成立之交易及履行日為一九九二年十一月十五日，依第八十七a條第一項到第三項之規定，該日為佣金請求權發生之日；結算期間，依第八十七c條第一項第一句為一九九二年十月一日到一九九二年十二月三十一日；依第八十七a條第四項、第八十七c條第一項第二句佣金請求權之清償期為一九九三年一月三十一日，則佣金請求權於一九九七年十二月三十一日罹於時效而消滅⁸³。

(六)代理商之留置權利

代理商固然可透過擔保制度確保其債權，如設定物保或成立保證契約，亦得約定違約金，然此類擔保均須以契約為之。代理商如為確保其債權，得主張法定之留置權利*gesetzliche Zurückbehaltungsrecht*。此法定留置權利之依據有二，其一為德國民法第二七三條所規定之一般留置權利（民事留置權利）：「債務人基於與其所由負擔債務之同一法律關係，對債權人享有已屆清償期之請求權者，除依該法律關係另有規定外，於給付未提出前，得拒絕自己之給付（留置權利）。」依之，債權人之請求權與債務人之反對債權

⁸² LAG Bremen DB 1955,535; LAG Bremen DB 1960,1212.

⁸³ Hopt, aaO.(Fn. 15), § 88, Rn. 5.

須基於同一法律關係，或至少須有一定之牽連性Konnexität⁸⁴，法定留置權利要件具備時，發生拒絕給付之抗辯權⁸⁵。相對於此，德國商法第三六九條迄第三七二條所規定之留置權利（商事留置權利），要件上，除要求當事人雙方均須為商人外，並不要求有一定之牽連性，效果方面，除民事留置權利所賦予之抗辯權外，債權人更得換價其留置之物，以滿足其債權（換價權Verwertungsrecht），性質上雖非擔保物權，但已相當接近質權⁸⁶。關於德國法之留置權利並非本文論述焦點，無論如何，代理商依德國民法與商法均在法定要件下享有留置權利，此留置權利依德國商法第八十八a條第一項之規定，不得預先拋棄。

此外，上開條第二項特別針對代理商所得留置之物，規定若為委託人依德國商法第八十六a條第一項所提供之文件，在契約關係消滅後，僅能對已屆清償期之佣金及費用償還請求權行使上述留置權利。

五、契約之消滅與補償

代理商指令第四章規定代理商契約之成立與消滅（conclusion and termination of the agency contract）。關於契約之成立，已述如前，僅有一個條文，該章規範之重心，乃在契約之消滅，尤其是其

⁸⁴ 依德國聯邦最高法院BGHZ 73, 319; 116, 244, 此牽連性不限於基於同一契約，二請求權若有同一的自然與經濟關聯，亦足當之，關此，Brox/Walker, Allgemeines Schuldrecht, 31. Aufl., 2006, § 13, Rn. 5.

⁸⁵ 此留置權利非我國民法物權編所謂之留置權，我國民法之留置權為法定擔保物權，但德國民法之留置權僅賦予債務人拒絕自己給付之抗辯權，法律性質迥異，我國民法無相當之制度，翻譯上拿捏不易，台灣大學法律研究所編譯之德國民法，314頁，1965年，翻譯為留置權，為明示二者之差異，本文特譯為留置權利。

⁸⁶ Brox, aaO.(Fn. 39), Rn. 274.

關於契約終止之補償（第十七條、第十八條），在歐盟各國均成為代理商法解釋適用上最具有爭議之處。

（一）契約之消滅

代理商契約若定有期限者，期限屆滿時消滅，固不待言，期限屆滿後雙方當事人仍繼續契約關係者，依代理商指令第十四條、德國商法第八十九條第三項第一句之規定，視為以不定期限繼續契約。因代理商契約為繼續性契約關係，除定有期限，因期限屆滿而消滅外，以契約之終止為契約消滅最主要之原因。所謂契約終止，可為合意終止與終止權之行使，後者又可分為意定終止權與法定終止權之行使，法定終止權更為法律規範之重心。依德國法之傳統，法定終止權通常又分為一般終止權與因重大事由而賦予之終止權。代理商指令第十五條亦對一般終止為規定。

1. 一般之終止

縱當事人於契約成立時未定有期限，依德國商法第八十九條第一項之規定，當事人亦得不附理由通知他造終止契約，然契約關係並非自表示終止時即消滅，而係於終止期限Kündigungsfrist屆滿時契約消滅，此終止期限依契約存續期間之長短而定，如契約第一年，終止期限為一個月、第二年開始為兩個月、第三年到第五年為三個月，第五年以後，終止期限為六個月，且終止期限之終期須為曆載月之末日。依前揭條第二項，終止期限得延長，但委託人之終止期限不得短於代理商之終止期限，否則，將以較長之終止期限作為雙方之終止期限，反之，終止期限不得縮短，當事人約定縮短終止期限者，代理商契約不因牴觸法律禁止規定而無效，而係強制適用該條之終止期限之規定⁸⁷。

⁸⁷ Canaris, aaO.(Fn. 4), § 15, Rn. 83.

2. 因重大事由之終止

代理商指令第十六條規定：「本指令不妨礙各會員國於下列情形規定契約關係之立即終止：A. 當事人之一方全部或一部不履行其義務；B. 不尋常之情事發生。」雖未強制各國轉化，但因重大事由而終止 *Kündigung aus wichtigem Grund* 為德國民法制定後重要之發展，已被認為得適用於所有繼續性債之關係之法律原則⁸⁸，德國一九五三年代理商法大改正時，即於第八十九a條已有類似之明文：「契約任一方均得基於重大事由無待遵守終止期限終止契約關係。此權利不得排除或限制之。契約之終止若係因可歸責於他方之事由所致，他方應賠償因契約關係解消所生之損害。」上述所謂基於重大事由而終止之法律原則，德國二〇〇二年債編修正於第三一四條明文規定其要件及效果後，德國商法第八十九a條所謂之「重大事由」，抽象而言，不外德國民法第三一四條第一項第二句之情形：「在斟酌個案之所有具體情事，且衡量雙方之利益後，維持該契約關係到約定之消滅期限或終止期限屆滿，若對終止之一造無期待可能性時，有前述重大事由之存在（第二句）。」更具體而論，如因重大契約違反而導致當事人間之信賴關係之破壞或契約目的無法達成或難以實現⁸⁹。至於終止權行使之期限，德國商法並無明文，德國聯邦最高法院認為終止權人應於知悉有終止原因時起兩個月內表示終止⁹⁰，然學說認為應參酌德國民法第三一四條第三項應於適當期限內為表示⁹¹。

⁸⁸ Das neue Schuldrecht/Medicus, Kap. 3, Rn. 188.

⁸⁹ 其詳，參照，Canaris, aaO.(Fn. 4), § 15, Rn. 89; Hopt, aaO.(Fn. 15), § 89a, Rn. 17-24.

⁹⁰ BGH WM 1983, 820, 821.

⁹¹ Canaris, aaO.(Fn. 4), § 15, Rn. 91.

3. 依德國民法第六二四條之終止

除上述一般終止及因重大事由而終止外，通說認為因代理商契約具有僱傭契約之性質，故若契約係以代理商之生存期為期限或契約期限超過五年者，原則上亦得依德國民法第六二四條之規定，五年期滿即得以六個月為終止期限終止契約⁹²。

(二) 補償或賠償

1. 歐盟之雙軌制

如前所述，無論是一九五三年修正後之德國代理商法，或以該法為標竿之代理商指令，立法者均以經濟上有依存關係之代理商為假想之規範對象，從而，以保護代理商為職志。上述關於佣金之規定，代理商指令第十條第四項、第十一條第三項、第十二條第三項均有「當事人約定排除法律規定之適用，不得不利於代理商」之規定；德國商法第八十七a條第五項、第八十七c條第五項亦無不然，均可得其明證。立法者獨厚於代理商，非僅此爾，如何賦予契約關係消滅後之代理商一定金錢上請求權，亦為立法者殫精竭慮所在。在歐盟整合前，對此問題之解決，向來有所謂補償體系The indemnity system及賠償體系The compensation system之別，前者，係由德國一九五三年代理商法大改正增訂商法第八十九b條而發其端緒；後者，則為法國自一九五八年所採，目的在賠償代理商因代理商契約消滅所受之損害。特別是關於補償或賠償金額之計算，德國法國兩國之法院均累積豐富之實務經驗，事實上也形成判例法體系。歐盟整合時，似乎無法打破補償與賠償體系對立之僵局，故讓會員國自由抉擇，代理商指令第十七條第一項遂規定：「各成員國應採取必要措施，讓代理商在契約關係消滅後得依第二項之規定請

⁹² 文獻參照，Canaris, aaO.(Fn. 4), § 15, Rn. 94.

求補償 (indemity; Ausgleich) 或第三項之規定請求賠償 (compensation; Schadenersatz)。」且依第十九條之規定：「契約期滿前，當事人不得為抵觸第十七條、第十八條而不利於代理商之約定。」可知歐盟關於佣金及補償或賠償之規定，均在保護代理商之範圍內，具有強行法之性格。抑有其甚者，代理商指令第十七條第六項更規定：「執委會應在本指令公告後八年內向理事會提交該條執行之報告，必要時並提交修改建議。」歐盟執委會果真在一九九六年七月二十三日提交該條所要求之報告 (Report on the application of article 17 of council directive on the co-ordination of the member states relating to self-employed commercial agents, COM(96), 364 final，以下簡稱「代理商指令報告」)。依「代理商指令報告」所載，歐盟各國轉化之結果，德國勝出，除法國、英國及愛爾蘭外，其他成員國均採用德國之補償體系⁹³。除二制度發源地之德國與法國外，對大多數成員國而言，補償或賠償制度均為新引進者，各國新法僅適用於一九九四年一月一日仍存續之代理商契約，故迄一九九六年該報告提交之時，各國適用整合後規定之實務見解仍不多，此外，代理商之經濟地位未必容許其以訴訟方式請求，故當事人常在法院外解決相關爭議。

2. 代理商指令之賠償請求權

依代理商指令第十七條第三項，代理商得向委託人請求因契約終止之損害賠償，此損害尤其指下列情形所生者：

第一、佣金請求權之喪失，而此佣金係代理商契約適當履行下，代理商終將取得，而委託人不支付此佣金，將使委託人從代理

⁹³ 英國1993年代理商規則 Commercial Agents (Council Directive) Regulations 1993，第17條雖兼採二者，但依其第2項之規定，除當事人另有約定外，代理商得請求賠償而非請求補償。

商之活動中獲取重大之利益；

第二、代理商因聽從委託人之建議之支出與花費，因契約之終止無法攤還所受之不利益。

代理商指令並無金額上限之規定，法國法院則多以最後兩年之佣金總額或最後三年平均佣金之兩倍作為損害賠償之額度，但委託人若能證明代理商實際受到之損害低於此數額，或代理商因其年齡所受不利益大於此數額，法院得依其裁量另外決定賠償之數額⁹⁴。

3. 補償請求權之發生及數額

歐盟轉化指令之實踐上，大多數國家均採用德國補償體系，法國賠償體系簡要論述如上即可。而且，因代理商指令補償制係借鏡德國法，故直接論述德國法之規定即可窺其全豹。依德國商法第八十九b條第一項第一句在代理商契約消滅後，代理商在以下要件具備時得向委託人請求適當之補償：

第一、即使在契約消滅後，委託人亦從與代理商所爭取到之新顧客之生意往來獲得顯著之利益；

第二、代理商契約關係若繼續，基於與其所爭取到之顧客而成立之契約或將來可得成立之契約得請求之佣金，因契約之消滅而喪失佣金請求權；且

第三、於斟酌所有之情事，補償之支付係符合公平。

所謂爭取到新顧客，依前揭條項第二句，包括代理商擴展與顧客之生意往來關係已經達到經濟上與爭取到新顧客相當之程度。再者，依其第二項之規定，補償請求之數額有上限，請求數額不得超過代理商最後五年活動年平均佣金或其他年報酬之數額，契約期限若短於五年，則以契約期限之平均數為準。此外，如同前揭代理商指令第十九條所示，補償請求權之規定為強行法，德國商法第八十

⁹⁴ 以上，參照，「代理商指令報告」頁6-7。

九b條第四項之規定該請求權當事人不得預先排除，且代理商應在代理關係消滅後一年內為請求。

德國補償請求權之規定，被認為係代理商法中理論上最有趣之規定⁹⁵，相關文獻汗牛充棟。學說對該請求權之法律性質即聚訟紛紜，早期有認為補償制度係為取代對代理商在終止方面之保護Kündigungsschutz而導入者⁹⁶，通說及實務見解則認為其既非對代理商之生計照顧Versorgungsanspruch，亦非損害賠償，而係對代理商給付之對價，其無法透過原約定佣金滿足者⁹⁷。Canaris教授一方面贊同通說，他方面更認為該規定具有類似不當得利法利益取除之功能Abschöpfung eines ungerechtfertigten Vorteils⁹⁸，蓋委託人在契約終止後，仍繼續從代理商之努力成果獲得利益，此努力雖屬於代理商之行為義務，且為其主義務，卻因契約消滅而無法自佣金獲得對價給付，補償請求權不啻取除法律上原因嗣後不存在之利益condictio ob causam finitam。德國補償請求權之法律性質如何、規定之正當化基礎何在，因事關德國法之解釋與適用，茲不詳論。然因補償請求權之發生及數額相當程度繫於公平觀點，該規定之適用因而具有相當程度開放性及不確定性，成為實務上爭論焦點，德國自一九五三年導入補償制度後，事實上也累積相當之判決，此由判例法所具體化之補償制度，對歐盟許多尚無實施經驗之國家而言，堪為借鏡，如丹麥及奧地利即步踵效尤德國之計算模式，但奧地利裁判之補償數額，常達到補償金額（年平均佣金）之上限，德國自己卻甚少達到補償之上限，也有些成員國不採德國經驗，自己形成

⁹⁵ Canaris, aaO.(Fn. 4), § 15, Rn. 12.

⁹⁶ 文獻參照，Canaris, aaO.(Fn. 4), § 15, Rn. 123.

⁹⁷ BGHZ 24, 214, 222; Brox, aaO.(Fn. 39), Rn. 222; Schmidt, aaO.(Fn. 8), 668.

⁹⁸ 關於不當得利之功能，詳參，陳自強，雙務契約不當得利返還之請求，政大法學評論，54期，頁209以下，1995年12月。

補償之考量因素⁹⁹。雖然在歐盟境內就補償制度已整合完成，但因規定本身之不明確及解釋上開放性，最終實踐上亦難免有落差，委託人與代理商為解決補償之爭議，而需耗費交易成本，此是否將影響供應商使用代理商之意願，轉而採用其他行銷管道，尚有待觀察。

4. 補償之排除

代理商指令第十八條規定無論採取德國之補償制或法國之賠償制，在以下情形，請求權均被排除：第一、委託人因代理商過失之行為而終止契約，此終止係基於各會員國之法律規定委託人得即時終止者；第二、代理商終止契約者，但若終止係可歸責於委託人，或因代理商之年齡、健康等因素致無法合理期待其繼續其代理活動；第三、代理商依其與委託人之約定將代理契約所生之權利義務移轉於第三人。德國商法雖在一九五三年代理商法大改正已有補償請求權之規定，但為更忠實轉化歐盟上開規定，按前揭代理商指令之內容，重新改寫第八十九b條第三項之規定。

(三) 契約消滅後之競業禁止

如前所述，代理商指令及德國商法對代理商契約存續期間代理商之營業活動限制（競業禁止）並無明文規定，而僅對契約消滅後之競業禁止約定有規定。依德國商法第九十a條第一項之規定，此約定應以書面為之，並應將由委託人所簽署且載有該約定條款之契約文件交付於代理商。此外，該條項亦限制競業禁止約定之實質內容：首先，當事人所約定之競業禁止期限，不得超過兩年；其次，競業限制僅能及於代理商被委託之區域或顧客群，且為代理商依代

⁹⁹ 前開「代理商指令報告」第2頁以下歸納德國實務見解，整理出補償請求權之計算之步驟及考量因素。

理商契約所應盡力媒介或訂約之標的物。又依前揭條第四項，當事人不得有不利於代理商之不同約定，故競業禁止期限逾兩年之約定，雖違背法律禁止規定而無效，但通說依維持效力之限縮 *geltungserhaltende Reduktion* 之方法，認為約定仍在兩年內有效¹⁰⁰。若當事人有此類競業禁止約定，無論當事人是否有補償之約定，在競業禁止期間，委託人依前揭條第一項第三句之規定，應予代理商適當之補償。再者，依前揭條第二項，委託人在契約消滅之前，得以書面拋棄競業禁止，其效果為自表示六個月後其支付補償之義務消滅。當事人之一方係因他方之過失，以重大事由為由終止契約關係者，依前揭條第三項之規定，得自終止後一個月內以書面表示解消競業禁止之約定¹⁰¹。

六、與第三人之外部關係

以上所述者，均為代理商與委託人之契約關係（代理商契約關係），至於代理商媒介或締約行為對第三人與委託人究竟發生何種法律關係，即所謂外部關係，在代理商指令蛛絲馬跡全無，由各成員國內國法規範之。依德國民法代理一般法則，代理商若被授與代理權，則其以委託人名義所為之意思表示，效果直接歸屬於本人，無待贅言；反之，代理商若僅被委託為交易之媒介，而未同時授與代理權，則其傳達委託人之意思表示，僅為傳達使者，若受領第三人之意思表示，則應認其為有受領意思表示之權限之受領使

¹⁰⁰ Canaris, aaO.(Fn. 4), § 15, Rn. 125.

¹⁰¹ 在美國，各州對禁止代理商經營與前委託人相同營業之約定，均認為無法強制履行，但禁止代理商向前委託人之顧客招攬生意，一般認為得強制履行，*see Katz, in: InteRn. ational encyclopedia of agency and distribution agreements-* (Supp 4/2000), 7- United States.

者¹⁰²。無論如何，代理商與第三人並無契約關係。委託人與第三人是否因代理商之行為而直接發生契約關係，應視代理商為媒介或締約代理商而定。

(一) 締約代理商

締約代理商在代理權限內，以委託人名義訂立之契約及為其他法律行為，效果直接歸屬於委託人。然則，締約代理商代理權之範圍如何？代理權得否加以限制？其限制得否對抗第三人？德國代理商法雖僅有第九十一條一個條文觸及代理商之代理權限，然該條僅為代理商代理權限之特別規定，該條未規定者，仍應回歸商事代理權之一般原則。

1. 代理權之範圍

德國商法典第一編第五章規定「經理權及商事代理權」，乃為民法代理之特別規定。德國商法所謂商事代理人 *Handlungsbevollmächtigte*，簡言之，係指經理人以外為本人營業而被授與代理權之人（第五十四條），依德國商法第五十五條第一項規定：「第五十四條之規定亦適用於被授與商事代理權之代理商及商事輔助人，其被授權在本人營業外，以本人名義為交易行為之商事代理人。」因第五十四條與第五十五條之適用，授與代理權之本人均須為商人¹⁰³，而德國代理商契約之委託人不以商人為限，故德國商法第九十一條第一項明文規定，代理商契約之委託人雖非商人而授與代理權予代理商者，商法第五十五條亦有其適用。依德國商法第五十五條第一項規定，締約代理商之代理權之範圍，係依第五十四條之規定，其代理權之範圍雖依其為概括代理 *Generalhand-*

¹⁰² Brox, aaO.(Fn. 39), Rn. 217則認其為消極代理人（我國民法第103條第2項參照）。

¹⁰³ Hopt, aaO.(Fn. 15), § 55, Rn. 2.

lungsvollmacht (授權為商業之經營)、種類代理Arthandlungsvollmacht (授權為營業中特定種類之交易)及特別代理Spezialhandlungsvollmacht (授權為營業中特定之交易)而有不同,然其代理權均及於為該等營業、該特定種類之營業或個別之法律行為時通常相伴而生之所有交易及法律上行為。

抑有進者,為保護善意第三人,第五十五條第四項規定,無論代理商是否獲得授權,第三人所為與貨物瑕疵有關之表示,如貨物有瑕疵之通知,代理商均被視為有受領之權限¹⁰⁴;對第三人所主張之貨物之瑕疵,代理商得以委託人名義為訴訟外或訴訟上之證據保全¹⁰⁵。

2. 代理權之限制

依德國商法第九十一條、第五十五條、第五十四條第二項之規定,締約代理商為不動產之移轉或設定負擔、負擔票據債務、為消費借貸或為訴訟行為,須獲得特別授權。商事代理權之意定限制僅得對抗明知或可得而知其限制之第三人(德國商法第九十一條、第五十五條、第五十四條第三項)。

此外,依第五十五條第二項之規定,締約代理商代理權之範圍並不及於契約之變更,特別是事後付款期限之容許Gewährung von Zahlungsfristen,更有其甚者,締約代理商除獲得特別授權外,並無帳款之收取權Inkassorecht。

(二) 媒介代理商

1. 代理權限

媒介代理商並未被授與代理權,故無所謂代理權範圍確定及限

¹⁰⁴ Brox, aaO.(Fn. 39), Rn. 198稱該代理權為「表見商事代理權」Scheinhandlungsvollmacht.

¹⁰⁵ Hopt, aaO.(Fn. 15) § 55, Rn. 8.

制之問題。然為確保交易安全，依第九十一條第二項第一句之規定，代理商縱無締約之權限，第三人所為與貨物瑕疵有關之表示，如貨物有瑕疵之通知，亦被視為有受領之權限，並得為委託人主張證據保全，且此代理權並不限於由代理商所媒介之交易，縱非其所媒介之交易，代理商亦有受領表示及證據保全之代理權。且此代理權限之限制，依前揭條項第二句，僅得對抗明知或可得而知此限制之第三人。

2. 無權代理

媒介代理商以委託人名義締結契約為無權代理，依無權代理一般規定，該法律行為本為效力未定（德國民法第一七七條以下、我國民法第一七〇條、第一七一條參照）。依德國民法第一七七條第二項規定，若本人於兩週內不表示承認者，視為拒絕承認（我國民法第一七〇條第二項參照）。對此，德國商法第九十一a條第一項有特別之規定，即若交易相對人不知代理商欠缺代理權限，而委託人被代理商或第三人告知契約之成立及其重要之內容而不即表示反對之意思，視為委託人承認無權代理行為。單純之沉默本來無意思表示之價值，但在商事交易領域，為確保交易安全，德國商法常有沉默擬制為一定意思表示之規定，此規定乃其例證也¹⁰⁶。此法則不僅適用於媒介代理商，依德國商法第九十一a條第二項，於締約代理商，其以委託人名義成立之交易欠缺代理權限者，亦同。

¹⁰⁶ 關於沉默在商事交易之評價，參照，Canaris, aaO.(Fn. 4), § 23; Canaris, Schweigen im Rechtsverkehr als Verpflichtungsgrund, in FS Wilburg, 1975, S. 77 ff.

參、我國民法之代辦商及對代理商之規範

以上關於歐盟及德國代理商法之鳥瞰固然無法呈現德國學說判例之全貌，更無法觸及歐盟成員國轉化代理商指令之實際運用情形，毋乃以管窺天，以蠡測海，然而，回顧前瞻我國相關法制之際，應該可為他山之石。

我國民法立法之初，交易生活上是否已有今日一般交易界所理解之代理商之存在，若然，立法者是否視若無睹，或認為尚未到有名契約化之必要，抑或欲以代辦商之規定規整當時交易上已存在之代理商等問題，現似難以考證。事實上，早在一八九九年日本商法即出現「代理商」之法律概念，我國民法立法者對日本商法規定之代理商，絕非茫然無知，何以不繼受此用語，而特創「代辦商」之法律概念，更無從稽考。無論如何，我國民法僅在各種之債「經理人與代辦商」節中規定代辦商，民法並未出現過「代理商」之字眼，未如世界成文法典國家將代理商列為獨立之契約類型，乃不爭之事實。民法制定後學說判例之發展，在許多領域，雖不無一日千里之態勢，但對交易上若干新興之重要契約類型，卻常留諸交易界之自治，對個別契約類型之探討，常以消費者保護法之適用為契機，較不重視契約雙方當事人均為企業經營者之雙方商事契約¹⁰⁷。從而，民法學說對交易上常見之代理商契約並未有所眷顧，其論述仍多為教科書對民法代辦商規定之釋義，而未結合交易生活現實存在之交易型態，並不足為奇。然而，我國民法學說判例關於民法代辦商之釋義是否真能妥適規範交易上常見代理商契約，並公平解決當事人之爭議，應有待詳論。

¹⁰⁷ 關於商事契約之研究，參照，陳自強，同註9，頁295以下。

(一)民法代辦商之制定及學說判例之發展

有鑑於我國民法基本上為法律繼受之產物，至少債法絕大多數之規定，立法者均有所本，以下，擬先回到民法制定代辦商規定之時空，探討立法當時立法者主要繼受國家有關代理商之法律狀態，還原代辦商規定之來龍去脈，再整理民法制定後學說判例關於代辦商之發展。

1. 民法代辦商之回顧

我國民法債編制定於一九二九年十一月二十二日，一九九九年之債編修正，在原六一九條條文中，增修刪除條文二三四條，變動達三分之一，雖堪稱世紀大修正¹⁰⁸，但在原關於代辦商的七個條文中僅變動其一，即將第五六三條第二項所規定之一個月延長為兩個月，從其修正之理由：「商號知其經理人或代辦商違反競業禁止之義務時，一個月內難以明瞭違反行為之詳情。為期商號能切實蒐集證據，瞭解詳情，原規定『一個月』期間過短，爰延長為『二個月』，以符實際需要並收成效。」可知其修正並非動搖代辦商原有法律結構之重大變革，從而，我國民法代辦商之規定，基本上仍停滯在八十年前之狀態。民法基本上是法律繼受之結果，如同民法絕大多數之條文，我國代辦商規定應非立法者憑空杜撰之產物，而係參考若干國家相關而成者，似可斷言。我國民法在法典結構之安排上，雖繼受德國民法，實際上亦受到德國民法之影響最大，然因我國採瑞士之民商合一體例，而非德國之民商分立，瑞士債務法規定之身影，在債編隨處可見，如在承攬後規定出版契約，並將民商分立國家商法典所規定之商事契約，如行紀、運送等契約類型，規定於各種之債中，更應係繼受瑞士債務法之傑作，我國民法經理人之

¹⁰⁸ 林信和，民法債編修正經過與結果評述，月旦法學雜誌，54期，頁19，1999年。

規定大致亦係繼受該法之結果¹⁰⁹。問題在於我國民法代辦商之規定是否亦係繼受自瑞士債務法，或為七拼八湊之結果？

一九一一年三月三十日公布之瑞士債務法並未有代理商之規範，實務認其為特殊委任，依契約型態之不同，適用居間、行紀、僱傭或承攬等規定。為強化代理商之保障，於一九四九年二月四日立法通過在第十三章委任，第三節居間之後，增訂第四節代理商 *Agenturvertrag*¹¹⁰。準此，我國民法代辦商不可能以瑞士現行代理商契約為藍本。一九二九年民法制定時已有代理商規定之國家，雖不在少數¹¹¹，但個人認為我國民法立法者最有可能參照之法律，應為當時已有代理商規定之德國與日本商法。日本一八九九年商法第一編總則第七章規定代理商¹¹²，凡六條（第四十六條到第五十一條），在當時時空背景下，其立法應受到德國一八九七年商法代理商規定之影響。然若謂我國代辦商僅受到德國與日本法之影響，似又言過其實。依個人所見，我國代辦商之規定依然無法擺脫瑞士債務法。以下擬比較瑞士債務法、德國與日本商法我國立法者可能參考之規定，試圖將我國民法代辦商之圖像拆解，還原至立法者開始拼裝時之狀態。

¹⁰⁹ 瑞士債務法第458條到第461條；關於我國民法經理人，參照，陳自強，同註9，頁137以下。

¹¹⁰ OR-Wettenschwiler, Vorbemerkung zu Art. 418a-418v, N1.

¹¹¹ 如前所述，瑞典、挪威、丹麥分別在1914、1916、1917年，奧地利在1921年師法德國商法增訂代理商。

¹¹² 代理商為日文原文，前司法行政部民事司於1975年出版之日本民商法規彙編，第246頁將代理商翻譯為「代辦商」。該書關於商法部分，係翻譯自昭和41年（1967年）日本商法條文，以後，日本商法屢有修正，最近重大變革係2005年6月，由於以下之論述，係以我國民法制定當時日本商法之規定為考察之對象，所引條文號數與現行法當有差異，然代理商之規定新法與舊法基本上並無重大不同。

首先，一八九七年德國商法第八十四條及日本一八九九年商法第四十六條關於代理商之定義，大致均謂代理商乃非使用人或商事輔助人，而受託媒介或代理屬於通常營業之交易之人，與我國民法所謂之代辦商為辦理商號事務全部或一部之人，差異甚大。我國民法第五五八條之規定應該係繼受自瑞士債務法第四六二條關於其他商事代理之規定：「商業、工廠或其他經營商業之所有人並非授與經理權，而委託其為辦理其所營事業之全部或辦理特定之事務之代理人者，其代理權及於辦理該等事業或完成該等行為通常相伴而生之法律的行為（第一項）。但負擔票據債務、為消費借貸及為訴訟行為，商事代理人僅於獲得明示授權時方得為之（第二項）。」德國商法類似我國民法第五五八條及瑞士債務法第四六二條之規定，雖不見於代理商法，卻出現於商法第一編（商人）第五章（經理權及商事代理）第五十四條中，唯一之重大差異在於德國商法第五十四條第三項有類似我國民法第五五七條商事代理權限制之規定。如純從規範之形式觀察，將經理人及代辦商融治一爐，此立法體例至少受到瑞士債務法與德國商法之啟發，與日本商法將商業使用人及代理商分別於第一編第六章與第七章規定者，大異其趣。但若繼續與德國商法「經理權及商事代理」之其他規定比較我國代辦商，不難發現重大之差異存焉，蓋德國商法「經理權及商事代理」一章，主要在規範代理權，性質上乃民法代理權之特別規定¹¹³，而非經理人或商事代理人與本人（商號）間之內部關係。綜上說明，我國民法經理人與代辦商雞兔同籠之現象，應該係仿自瑞士及德國將經理權及其他商事代理權同置一節之立法例，第五五八條之規定更係參照瑞士與德國關於其他商事代理人之定義。然而，我國立法者對代辦商之規範，並未繼受德國商法「經理權及商事代理」一章關於

¹¹³ Canaris, aaO.(Fn. 4), § 12, Rn. 1 ; § 13, Rn. 1.

商事代理之規定，而將重心擺在代辦商與委託人間之內部關係。

關於代辦商與商號之內部關係，立法者似又在徘徊猶疑在瑞士債務法第四六四條迄第四六五條商事代理人及一八九九年日本商法代理商規定之間，相較之下，受後者刻鑿之痕跡更是歷歷在目。我國民法第五六二條及第五六三條關於競業禁止之規定，乃昭彰顯著者也。蓋以一八九七年德國商法雖亦有關於商事代理人競業禁止之規定，但卻未對代理商，更未針對經理人，而係於第六十條對第五十九條意義下之從屬商業輔助人*Handlungsgehilfe*課以競業禁止義務，並於第六十一條規定違反之法律效果。瑞士債務法第四六四條非唯課商事代理人以競業禁止義務，更將義務人擴及於經理人，而將二者繩之以一個條文。一八九九年日本商法則將此意旨轉為第四十一條經理人競業禁止及第四十八條代理商競業禁止規定¹¹⁴，我國民法第五六二條及第五六三條再將日本商法前開二個條文融合為一，並斟酌損益。我國代辦商之規定並不僅深受一八九九年日本商法代理商法之啓發，更受瑞士債務法之影響，從我國民法第五六四條之規定更可得其明證。蓋該規定乃日本及德國代理商法所無，唯一較接近之條文為瑞士債務法第四六五條第二項：「營業主之死亡或喪失行為能力並不使經理權或商事代理權消滅。」瑞士債務法第四六五條第一項雖亦有經理權及商事代理權撤回之規定，我國民法

¹¹⁴ 1899年日本商法第41條：「經理人非經營業主同意，不得自為營業行為，或為自己或他人為屬於營業主營業範圍內之交易，或為公司無限責任股東、董事或其他商人之使用人。經理人違反前項規定為其自己為交易時，營業主得將之視同係為營業主自己所為。前項規定之權利，自營業主知有交易時起兩週消滅，自交易時起經過一年者，亦同。」1899年日本商法第48條：「代理商非得本人之許諾，不得為自己或他人為屬於與本人同類營業之交易，或為以同類營業為目的之公司之無限責任股東或董事。第四十一條第二項及第三項之規定，於代理商違反前項規定時，準用之。」前者，現行法改列第23條；後者，第28條。

第五六一條則又參照一八九七年德國商法第九十二條之規定：「代理商及委託人間之契約未定期限者，各當事人均得六週前先期通知，契約自每季最後一日終止。若有重大事由，各當事人均得不預告即時終止。」及日本商法第五十條之規定：「契約未定期限者，當事人均得於兩個月前預告解除契約。不問是否定有期限，若有不得已之事由，不論何時各當事人均得解除契約。」

此外，民法第五五九條代辦商報告義務之規定，與一八九七年德國代理商法第八十四條第二項：「代理商應適當告知其委託人所有必要情事，尤應立即告知其所為之交易。」一八九九年日本商法第四十七條：「代理商為交易之代理或媒介時，應無遲延地對本人發出通知。」用語雖不完全相同，但精神一貫。我國代辦商規定中較為特立獨行者，應為第五六〇條代辦商報酬請求權之規定。蓋日本商法代理商或瑞士債務法商事代理人之規定均無之，一八九七年德國代理商法雖在第八十八條及第八十九條規定代理商之佣金請求權，但第九十條明文規定除契約另有約定或另有習慣外，代理商並無費用償還請求權，與我國民法第五六〇條有費用償還請求之規定者，顯然大異其趣。

以上，時空倒流到民法制定時幾個我國立法者可能參考之他國立法例，再與我國代辦商法對比，我國立法者同中求異之用心良苦，躍然紙上。然在代理商契約仍未躍上現代行銷體系要角舞台之二十世紀初，立法者之苦心孤詣似非意在創造出符合我國本土代理商交易實態之法律，而應為七拼八湊之結果：將經理人與代理商規定於一節，應係受瑞士債務法之啟迪，第五五八條及第五六四條係改編自其關於商事代理人之規定；第五六二條、第五六三條競業禁止則為日本商法代理商之繼受；第五五九條代辦商報告義務及第五六一條代辦權之終止則又受到一八九七年德國商法及日本商法代理商規定之影響。此等拼裝而成之立法例，是否能面對代理商蓬勃發

展之現代社會生活，有待檢討與評估。

(二)學說判例之發展

在契約法領域，法律之發展不僅在調和當事人間之利益衝突，更應符合交易之實際需要，實現當事人之締約目的。民法發展之原動力，常不在立法者而在學說判例，縱然立法者無法與時俱進，學說判例若能迎頭趕上，仍然能救其窮。觀察民法施行後八十餘年學說判例在代辦商或代理商之發展，大概僅能以乏善可陳形容。姑不論少數與代理商有關之碩士論文¹¹⁵，關於代辦商之專論，應仍以史尚寬在一九五九年所發表之「代辦商是否為代理商之探討」為最重要參考文獻，學說對代辦商乃至於代理商之探討，主要仍見諸債各教科書之介紹。法律繼受觀點之比較法內容最為豐富者，似仍為一九六〇年史尚寬所著之「債法各論」關於代辦商之說明¹¹⁶。其後公表之債編各論教科書雖極富參考價值，但受限於論著之目的，不可諱言者，仍集中在法律條文之詮釋，尚未著眼於交易生活上典型交易，探究典型契約內容下，經法律評價與規整後之當事人契約關係。民法所規定之代辦商契約類型，是否與交易上常見之交易型態相符，是否能完整解決交易紛爭，更未成為討論焦點。學說之論述似多半為德國、日本商法學說繼受之結果，然因德、日或瑞士均未使用類似「代辦權」之概念，我國學說對代辦權之詮釋，勢必無法繼受德日之學說¹¹⁷，而須自求多福，蔚為我國學說對代辦商規

¹¹⁵ 侯麗莉，同註23；張昌琳，保險代理人之權限及保險外務員法律地位之研究，東吳大學法律學研究所碩士論文，1988年；劉建志，國際商品買賣代理商內部關係之研究，東吳大學法律學研究所碩士論文，1998年。

¹¹⁶ 史尚寬，債法各論，頁420以下，1986年初版6刷。

¹¹⁷ 史尚寬於債各教科書頁427以下，關於代辦商之論述主要參考德國商法註釋書，對代辦權之著墨甚少，僅謂：「代辦商於受商號委託之範圍有代理權。」

定之詮釋較有特色者。無論對代辦權之概念，或代辦權之授與及限制，我國學說似套用經理權相關之說明¹¹⁸，而認為代辦權具有對內事務辦理權與對外代理權雙重之性質，而與經理權類似；代辦權之授與與代理權授與相同，一般得依民法第一六七條代理權授與之規定為之¹¹⁹；代辦商違反代辦權法定限制之規定，商號得以之對抗善意第三人；牴觸代辦權意定限制者，有認為應適用民法第一〇七條¹²⁰，亦有主張應類推適用民法第五五七條之規定¹²¹。

法院實務見解對代辦商法律發展，不能謂毫無建樹，但因裁判數量有限，難以形成推波助瀾之力量。司法院法學資料檢索系統判解函示搜尋最高法院判例及裁判中提及「代辦商」者，判例共三件，判決計五件¹²²。比較重要之實務見解，或許為最高法院六十六年台上字第二八六七號判例：「代辦商與委託人間之關係，為委任性質，除民法代辦商一節別有規定外，準用委任之規定。」，但其說並無創新之意，乃通說見解之確認¹²³。此外，最高法院四十二年台上字第六一七號判例：「民法第五五八條第一項規定『稱代辦商者，謂非經理人而受商號之委託，於一定處所或一定區域內，以該商號之名義，辦理其事務之全部或一部之人』。是代辦商本係以商號名義處理其受委託之事務，其因此所發生之請求權，與民法

¹¹⁸ 以下，參照，劉春堂，民法債編各論（中），頁234-240，2007年。

¹¹⁹ 鄭玉波，民法債編各論，下冊，頁480，1980年；林誠二，民法債編各論（中），頁276，2002年。

¹²⁰ 邱聰智著、姚志明校訂，新訂債法各論（中），頁295，2002年。

¹²¹ 劉春堂，同註118，頁240；蘇惠卿，民法債編各論（下），黃立主編，頁133，2002年。

¹²² 上網最後瀏覽日：2008年5月23日。

¹²³ 委任說，亦為我國之通說，參照，鄭玉波，同註119，頁479；史尚寬，同註116，頁425。

第一二七條第一、第八兩款所定情形不符。故代辦商因處理所受委託事務，而收取金錢、物品及孳息時，應依民法第五四一條第一項規定以之交付於委託之商號，而其交付之時間，自不受同法第一二七條第一、第八兩款之限制。」認為商號對代辦商之金錢、物品及孳息之交付請求權，不適用民法第一二七條之短期消滅時效規定，並非針對代辦商規定所為之解釋，該判例實際上乃對民法第五四一條委任人之交付請求權消滅時效期間之表態也，惟其必以代辦商契約具有委任性質之見解為前提。

因最高法院判例均非以契約類型之判斷為爭點，無從得知最高法院判例對代辦商契約類型之理解，及其與其他契約之區別。如在最高法院四十二年台上字第六一七號判例，法院並未詳細論證，即認定代辦分銷報紙，及招登廣告事務得為代辦商事務；在最高法院六十六年台上字第二八六七號判例一案，原審法院認為代銷推銷藥品為民法所定之代辦商，然因非委任，故不得依委任關係請求給付，最高法院則認為代辦商具有委任之性質，將原判決廢棄；六十六年台上字第一〇六四號判例以船務代理公司亦屬於民法代辦商為判決基礎，但未觸及代辦商之契約認定。真正觸及代辦商契約類型者，係最高法院七十三年台上字第二五三八號判決，認為總代理性質係屬民法上代辦商之一種，及同院七十七年度台上字第十七號判決：「代辦商係指非經理人而受商號之委託，於一定處所或一定區域內，以該商號之名義，辦理其事務之全部或一部之人（民法第五五八條第一項）。故代辦商係獨立營業之人，以辦理商號之事務為目的。且依商業登記法第三條規定，非經登記不得開業（同法第二條第三十款規定參照）。而僱傭則為以服務為目的之契約。故受僱人須提供勞務以供對方使用。此為兩之主要不同處。至支付報酬之名義及方式為何，工作場所如何提供，與協助工作之人如何聘僱，尚非區別兩者之主要標準。」然而，從本文研究目的上，最有討論

價值者，非最高法院八十七年度台上字第三六二號判決莫屬：「社會上所謂『經銷商契約』（或稱『代理店契約』或『代理商契約』）（以下簡稱「經銷商契約」），係指商品之製造商或進口商將其製造或進口之商品，經由經銷商（或代理店或代理商）為商品之販賣，以維持或擴張其商品之銷路，而製造商或進口商與經銷商（或代理店或代理商）所訂之契約。至其法律上之性質，則依其契約之具體內容，可能有三種類型，即具買賣契約之性質者，具行紀契約之性質者及具代辦商契約之性質者是，不同類型之當事人間之權利義務關係自屬不同。查為原審認定屬實之前開備忘錄，其第一條雖載有『代理經銷』等用語，惟由其後各條之約定內容觀之，是否具有代理承銷契約與補充買賣契約混合契約之性質，抑或僅具有買賣契約之性質，既攸關當事人間之權利義務，自應先予釐清。」依個人所見，該判決係最高法院對交易上慣稱之「代理商契約」法律性質認定之重要闡述，然對本件涉及之電腦軟體產品之經銷契約，究竟屬於買賣、代辦商或行紀，最高法院並未表態，徒留遐思及想像空間。

二、代理商或代辦商？

(一)民法以外之代辦商與代理商

以我國代辦商之裁判，屈指可數，斷言我國代辦商契約並非重要契約類型，絕非交易現實。在同一法學資料檢索系統鍵入「代理商」作為關鍵字，查詢最高法院民事判解評釋，裁判中出現「代理商」之最高法院裁判，判例有二則，裁判暴增為五十筆，高等法院民事裁判也有四十七則¹²⁴。倘再分別以「代辦商」及「代理商」

¹²⁴ 資料庫中最早為69年台上字第637號判決，最近則為95年台上字第1777號判決，最後瀏覽日：2008年5月23日。

搜尋全國法規資料庫中央法規法條內容出現該二關鍵字之次數¹²⁵，除民法第五五八條到第五六〇條及第五六二條迄第五六三條關於代辦商之規定提及「代辦商」外，唯有一九三五年施行之破產法第十二條，形單影隻與民法代辦商遙遙相對，彷彿是為證明民法代辦商之存在而存在者。相較之下，中央法規內容出現「代理商」字眼者，共五十餘個法規，數量差異極為懸殊，其中，具法律位階者，有經濟部國際貿易局組織條例第二條明列進出口代理商有關貿易之管理事項為該局掌管範圍，及二〇〇三年十二月修正通過之衛星廣播電視法，其餘均為命令。值得一提者，係二〇〇八年四月修正之商業團體分業標準，列有「汽車代理商業」、「船務代理商業」、「保險代理人商業」¹²⁶、「廣告代理商業」及「西藥代理商業」等團體業別。若將搜尋對象擴及於以居間為營業範圍之經紀商，更有「不動產仲介經紀商業」、「不動產代銷經紀商業」¹²⁷、「證券經紀商」¹²⁸、「期貨經紀商」（期貨交易法第七十一

¹²⁵ 最後瀏覽日：2008年5月25日。

¹²⁶ 關於保險代理人之法律地位，尹章華，意定代理制度之比較研究——兼論保險代理人之法律地位，法學叢刊，142期，頁55，1990年4月；尹章華，論保險之代理、雙方代理與多重代理——兼論保險經營之改進，保險專刊，26輯，頁35-50，1990年12月。

¹²⁷ 不動產經紀人專業訓練機構團體認可辦法第2條：「下列機構、團體，得向中央主管機關申請認可辦理不動產經紀人專業訓練：一、（略）。二、不動產仲介經紀商業、代銷經紀商業同業公會全國聯合會或其各地同業公會。三、（略）。」。

¹²⁸ 證券交易法第16條：「經營前條各款業務之一者為證券商，並依左列各款定其種類：一、經營前條第一款規定之業務者，為證券承銷商。二、經營前條第二款規定之業務者，為證券自營商。三、經營前條第三款規定之業務者，為證券經紀商。」同法第15條第3款：「有價證券買賣之行紀、居間、代理及其他經主管機關核准之相關業務。」

條)、「外匯經紀商」¹²⁹等經紀商。然無論如何尋尋覓覓，「代辦商業」亦未嘗出現在燈火闌珊處。從法規制定之時間而言，「代辦商」似乎僅受到國民政府時代之立法者眷顧，二次大戰後之立法者已不再使用具有滿清末年買辦意味之「代辦商」，箇中轉折，誠不知係欲以具有相同意涵之「代理商」取代「代辦商」，即民法以外法條所謂之「代理商」即為民法所謂之「代辦商」，以「代理商」取代「代辦商」僅為用語選擇之差異，而非二者本質之不同？抑或國民政府時代「代辦商」契約型態，戰後已然銷聲匿跡，取而代之者，為交易上常見之「代理商」，為精確掌握此新興之契約型態，特以「代理商」區隔「代辦商」？上述二選項，何者為真，似有探究之必要。

(二)代辦商是否為代理商之爭議

我國民法之代辦商是否即為代理商，早在半世紀前史尚寬即撰文探討¹³⁰，史尚寬所採之肯定說，時至今日仍為我國通說¹³¹，唯一持不同看法者，應該就是梅仲協，氏認為：「現行民法關於代辦商之規定，採瑞士立法例（參照瑞債第四六三條），與日本商法上所謂代理商者不同（參照日商第五十條），瑞士債務法，認代辦商係特種之代理權」，故代辦與經理均為代理關係，「代辦商必係在商號營業所在地以外之處所，代辦事務，兼具德瑞民商法上所稱行

¹²⁹ 外匯經紀商管理辦法第2條：「本辦法所稱外匯經紀商，係指經中央銀行（以下簡稱本行）於洽商財政部後許可，並經財政部核發營業執照，經營下列全部或一部居間業務之營利事業：一、外匯買賣。二、外幣拆款。三、換匯交易。」

¹³⁰ 關此，史尚寬，代辦商是否為代理商之探討，法學論叢，15期，頁6-16，1959年，已有詳細說明。

¹³¹ 鄭玉波，同註119，頁478；劉春堂，同註118，頁232。

商（德Handelsreisende）之性質。」¹³²。史尚寬對反對說所持六點理由分別提出批駁，斬釘截鐵斷言：「代辦商不能否認其為代理商」。對之，史尚寬認為我國民法所謂代辦商，與德國商法所稱商業代表人（按：即本文所稱之代理商）相當；德國日本代理商法規定代理商亦得為商行為之媒介，我國民法第五五八條第二項明定之：「代辦商對於第三人之關係，就其所代辦之事務，視為其有為一切必要行為之權」，亦包括媒介行為在內；民法第五八八條第三項、第五六〇條關於費用償還請求權、第五六二條及第五六三條競業禁止之規定均不得作為我國民法代辦商非代理商之理由¹³³。

肯定與否定二說之論爭，並未成為我國代辦商法解釋與適用上之重大爭議，史尚寬之拋磚，並未引玉，贊同其說者，亦僅一語帶過，重拾該議題而深論者，似如鳳毛麟角。個人認為此非意味該爭議毫無討論之價值，而係我國民事財產法學發展上共通之現象，即重法定債之關係而輕契約關係，契約法之發展，又是重企業經營者與消費者間之契約（B2C契約）而輕企業經營者間之契約（B2B契約）。無論代辦商契約或代理商契約，雙方當事人均為獨立之企業經營者，雙方當事人多已透過契約之約定詳細規範契約關係，相較於消費者買賣等典型之B2C契約，適用任意規定補充契約漏洞之機會已然較小，非依法律無法解決問題之機率亦低，且雙方當事人均為企業經營者，以強行規定強行規整當事人契約關係之需要也較低。然而，從商事交易特重法律安定性與預測可能性之觀點，行為規範若越具體清楚明確，止息於紛爭之未燃，應該比事後才由法院個案探求裁判規範為佳。代辦商是否為代理商之問題，並非如史尚寬或更早期所討論者，到底我國民法所規定之代辦商是否即係瑞士

¹³² 梅仲協，民法要義，頁306、307，1966年台新9版。

¹³³ 史尚寬，同註130，頁6-7。

債務法商事代理人之繼受，或為德國日本商法之代理商，而應係對現實生活存在之代理商契約，我國法律體系是否在事前能提供明確之行為規範讓當事人有所依循，並在事後提供公平合理解決當事人紛爭之裁判規範。職是之故，上開問題應轉為：第一、我國民法立法者所理解之代辦商契約，其類型特徵如何？與歐盟成員國所理解之代理商契約是否有差異？第二、當今交易界所慣稱之代理商契約，所指為何？是否有共通之特徵而得作為將來法律有名契約化之規範基礎？其與我國民法代辦商契約之圖像是否相符？第三、交易上慣稱之代理商契約若事實上涵蓋諸多不同之契約關係，我國代辦商之規定是否足以至少完整規範其中一個交易類型？我國代辦商之規定是否有待修正不完全之處？

(三)我國民法代辦商之圖像

現實生活上，當事人是否曾有以「代辦商契約」為其契約之名者，或以「代辦商」稱當事人之一方者，無從查證，然與代理商或代辦商有關之最高法院判決中，並未之見，準此，民法代辦商之概念並非借用自日常生活或交易之慣用語，而為法律專門術語，無法顧名思義，一望即知，有待吾人闡發其類型特徵。依民法第五五八條第一項之規定，代辦商應具有如下特徵：

1. 以委託人之名義辦理委託人事務之全部或一部

代辦商係受委託人之委託，辦理其事務之全部或一部之人，事務辦理因而成為代辦商之主給付義務，若民法第五五八條第一項所謂之事務辦理與第五二八條之事務處理並無不同，則代辦商與委任契約之受任人所負之主給付義務，如出一轍，最高法院六十六年台上字第二八六七號判例認為代辦商契約具有委任之性質，良有以也。惟一般委任委託人與受任人之資格均不受限制，代辦商契約之委託人限於商號，依通說，代辦商亦須為獨立之商業或獨立之營業

人¹³⁴，因代辦商契約當事人有資格之限制，就此點而言，代辦商契約應屬於特殊委任，稱為商事委任亦無不可。

一般委任，依受任人受託處理事務之種類，得分為法律行為事務處理之委任與事實行為事務處理之委任，前者，又得分為直接代理型態與間接代理型態兩種¹³⁵。受任人處理委任事務若須以法律行為為之，斯有受託人是否被授與代理權，且其為受託之法律行為時，是否以委任人名義為之的問題，於事實行為事務之處理，無所謂以何人名義為之。民法第五五八條第一項明定代辦商辦理事務須以商號之名義為之，則立法者所設想之代辦商是否限於直接代理型態之法律行為事務處理，不無疑義。若採肯定見解，則我國代辦商之圖像，不僅與英美法代理之距離不可以道里計，更與整合後之歐盟代理商有相當差距。蓋英美法之代理包括歐陸法所理解之間接代理，而歐盟代理商得單純僅為交易媒介而不負責訂約，但若受託與第三人訂立契約，則非以委託人名義不可。對此批判，史尚寬以民法第五五八條第二項「代辦商對於第三人之關係，就其所代辦之事務，視為其有為一切必要行為之權」為依據，主張我國民法之代辦商，當然得為媒介行為。個人認為其說理由並無說服力，蓋法條特別提及「對第三人之關係」，顯然指代理關係，故該條實際上乃規範代辦商代理權之範圍，單純的交易媒介並無不涉及代理關係，當然與該條規定無涉。我國代辦商所受委託之事務，是否得為單純的交易媒介，仍應取決於第五五八條第一項。此點，個人持保留態度，我國民法立法者是否有意將媒介代理商排除在代辦商之列，固

¹³⁴ 史尚寬，同註130，頁10；鄭玉波，同註119，頁477；劉春堂，同註118，頁231。然此是否為立法者本意，並非全然無疑，蓋若代辦商亦須為一定之營利事業，立法者慣以「營業」表彰斯旨，參照，第514條之1以下、第576條、第613條、第622條。

¹³⁵ 關此，參照，陳自強，契約之內容與消滅，頁242，2004年。

然不得而知，但若同時考察同條第三項之規定，不得不持否定態度，否則，若因代辦商為代理商指令所謂之媒介代理商，即媒介代理商亦受到民法代辦商之規範，故代辦商除有書面授權外，不得負擔票據上義務，或為消費借貸與訴訟，則此類代辦商可謂動輒得咎，應非立法者本意。從而，該規定不得解為乃針對代辦商以商號為名義為上述行為之情形，而不及於以自己名義為之者¹³⁶，若然，又不得不認為第五五八條所謂之代辦商限於被授權以商號名義為代理行為之人，而不及於單純媒介交易之人。

2. 於一定處所或地域內辦理事務

其次，依民法第五五八條第一項之規定，代辦商須於一定處所或一定區域內為商號辦理事務之全部或一部。然而，立法者以此為代辦商契約之類型特徵，理由安在，似難索解。蓋代辦商若為獨立之商人，則必然有一定之處所為其事務處理之地點，此不獨於代辦商為然，其他之獨立商事輔助人亦無不同，個人難以想像如漂泊靈魂辦理事務無一定處所之代辦商。依前開規定，似縱無一定處所，但若在一定地域內辦理事務亦可為民法之代辦商。此類代辦商是否即為德國商法第八十七條第二項所謂之特定區域代理商（Bezirksvertreter），固難斷言，若此為立法者本意，則何苦特別以此類代理商作為代辦商之類型特徵，更讓人百思不得其解。雖然，因代辦商非必於一定區域內辦理事務不可，亦得於一定處所辦理，後者之情形，並無重大意義，故法條特別提及於一定地域辦理事務，並無實際意義。

3. 非經理人

非經理人而亦屬於商事代理人者，締約代理商固然相當重要，然不應以獨立之人為限，其他受僱於企業經營者而以本人名義為交

¹³⁶ 此亦為史尚寬，同註130，頁6之見解。

易行為之人，如店員銷售人員等從屬之商事代理人亦應屬之。若將商事代理人分為經理人及經理人以外之商事代理人兩類，且明文規定前者之代理權範圍、限制及其他與代理權有關之事項，則為法之完備計，立法者自應就經理人以外之其他商事代理人之代理權有所規範，事實上，此規範模式即為德國商法及瑞士債務法一九四九年增訂代理商契約Agenturvertrag之前關於商事代理規定之設計。我國民法立法者若有意追尋德國、瑞士之腳步，民法第五五八條所謂之代辦商應指經理人以外之所有商事代理人，當亦包括如店員銷售人員等從屬之商事代理人。然而，我國通說及實務見解向來認為代辦商須為獨立之營業人或商人，此使我國關於商事代理權之規定，僅針對經理人及代辦商二者，而不及於經理人以外之其他從屬商事代理人。此是否為法律漏洞而應準用代辦商之規定¹³⁷，或立法者明知而有意回歸民法代理之一般規定，有待詳論，但此不屬於本文討論之重點。

4. 經常辦理事務？

如前所述，德國及歐盟代理商契約重要之特徵，為經常性受託或得到繼續的授權，若交易之媒介與代理締約僅偶一為之，如房屋仲介業受客戶委託仲介房屋之買賣，並不屬於上述意義下之代理商，而應為民法居間。學說認為我國之代辦商亦應以此為其類型特徵者，似乎唯有史尚寬¹³⁸，其餘學說並未論及。若採否定說，則代辦商契約與其他事務處理契約之區別，主要在於當事人主體資格上，詳言之，受託為報告訂約之機會或為訂約之媒介者，委託人若為商號，受託人為獨立營業人，則屬於代辦商契約，而非居間；受託為契約之成立者，委託人一方為商號，他方為獨立營業人時，則

¹³⁷ 此為史尚寬，同註130，頁8之見解。

¹³⁸ 史尚寬，同註130，頁10。

亦屬於代辦商契約，而非委任，準此，委任及居間分別成為代辦商契約之一般契約類型，代辦商契約則為直接代理型態委任及居間之特別契約類型。最高法院六十六年台上字第二八六七號判例認為代辦商與委託人之關係為委任，或蓋此之由。然代辦商契約與居間及委任間之類型區別若僅存在於當事人之主體資格，則何以房屋仲介業同為受託仲介房屋之買賣，委託人若為一般消費者，二者間之契約屬於居間；若為公司，屬於代辦商契約，如何自圓其說，尚在未定之天。且也，後者之情形，依民法第五六二條之規定，房仲業者（代辦商）非得委託人允許不得經營同類事業（不得再為他人為房屋仲介），此法律適用之結果，不僅出人意表，引起軒然大波，更難以得其正當性。我國代辦商契約並未明文揭櫫「經常受託或獲得繼續授權」之要件，使代辦商契約類型之輪廓模糊不清，無法彰顯其特色。

事實上，訂約之媒介與締結契約並非代理商契約之重點，代理商最重要的工作毋寧為市場之開發及市場之維護，即為委託人開拓客源並拓展確保其客戶關係，從而，經常受託或獲得繼續授權乃歐盟與德國代理商不可或缺之特徵¹³⁹，而為與居間區別之基準，並為德國及歐盟所強調之誠信履約義務及契約關係消滅後之補償義務正當化基礎。若將此特徵除外，我國代辦商雖有朦朧之美，但未有清楚的輪廓，反而可能有不符合歐盟及德國代理商法之特徵者，卻可能滿足我國代辦商之特徵者。抑有進者，我國政府採購法第六條：「機關採購得委託法人或團體代辦。」所規定之採購之委辦，其委辦機關（洽辦機關）與代辦機關之契約關係，並不具有經常辦理事務之特徵，代辦機關之任務並不在為委辦機關開發並拓展客源，而係委託熟諳政府採購程序之機關或法人，如委託內政部營建

¹³⁹ Schmidt, aaO.(Fn. 8), 666.

署辦理工程採購、委託台灣銀行購料處辦理財物採購，並非歐盟與德國代理商契約關係，然若因其滿足上述 1. 至 3. 三個特徵，而被定性為我國民法之代辦商，則依民法第五六二條之規定，營建署或台灣銀行採購處除非得到洽辦機關之同意，否則不得為自己或第三人經營其他工程或財物採購，此結果顯非任何一方當事人所預見且樂見，更不符合當事人之利益及公益。

三、代辦商規定之檢討

(一)契約類型之觀點

1. 一般人所理解之代理商

綜上，我國民法代辦商之圖像雖有朦朧之美，但無具體輪廓，若不以經常辦理事務為特徵，或許可理解為特殊的居間或委任。若民法代辦商之圖像能忠實反應交易界對代理商之理解，則從交易實務而言，我國民法之代辦商並未脫離生活現實。然而，誠不知我國交易界對我國民法之代辦商是否視若無睹，非唯交易生活具體發生之契約鮮少以「代辦商契約」命名，在代辦商與代理商之間，當事人無不選擇「代理商」，且在許多法律構成上大相逕庭之意義上使用「代理商」之字眼。在個人收集到的最高法院裁判中，論及「代辦商」固有之，但當事人殆無使用「代辦商」者，而出現「代理商」關鍵字之判決，多數涉及船務代理公司，依最高法院七十三年台上字第三九五七號判決，該船務代理公司係代辦委託人在我國之船務，為其陸續招攬運送貨物代收運費。此外，交易上使用「代理商」之時機，誠如最高法院八十七年度台上字第三六二號判決所言，代理商契約常出現在商品銷售之脈絡中，成為本文所謂之銷售中間人，且其使用「代理商」更非一絲不苟嚴格遵循民法代理之概念。依本文所見，我國交易上出現之「代理商契約」、「總代理契

約」、「代理銷售契約」等等林林總總與商品銷售有關而出現代理之契約，其法律性質均不可望文生義，直接與民法代理劃上等號，而應詳細檢視當事人契約內容，依其情形，可能具有買賣、委任、居間、代辦商、行紀等契約之類型特徵，然上述扮演銷售中間人之所謂「代理商」與一般買賣、居間與行紀契約卻存在重大之差異，即彼等代理商契約無論契約性質若何，均具有繼續性契約關係之性質，與商品供應商間之信賴關係更形密切。準此，在商品銷售之脈絡中出現之代理商，的確可歸納出一定之共通特徵，即如前述，彼等均被供應商納入行銷體系，形成一定之依存或合作關係，而與供應商有一定之利益結合關係。銷售中間人雖具有此共通之特徵而得形成一定之法律體系，但當事人間之法律關係仍不可一概而論，銷售中間人與作為法律概念之代辦商或代理商均無法等量齊觀。

2. 代辦商用語之揚棄

若交易界所使用之「代理商」並未受到法律有名契約類型之束縛，民法代辦商契約並無法天羅地網囊括交易界出現之代理商契約，代辦商之用語又被交易生活摒棄，民法代辦商契約之類型特徵過於空泛模糊，甚至於與大陸法系國家所共認之代理商契約亦無法相提並論，立法政策上，不若揚棄代辦商之用語，直接使用代理商之概念，重新構思代理商契約所應具有之類型特徵。

3. 代理商契約類型之改造

縱然法律概念之意義未必須與一般生活語言一致，而得為法律專門術語，有名契約之命名，亦得為特殊之法律規範目的，使用與一般交易界不同之用語，但一旦有名契約之類型已無法對應任何一類之交易上常見之契約類型時，則法律有名契約類型應有改造之必要。此改造之工作，透過立法固然最直接了當，但經由法律之解釋甚至法律續造 *Rechtsfortbildung*，縱無法完全達成使命，至少能解決大多數問題，使有名契約之法律規定更符合交易實態與經濟生活

之實際需要。

第一個改造方向，或許也是最符合立法初衷者，係將我國民法代辦商之主要規範功能轉型為對經理人以外之其他商事代理人之規定，即將民法各種之債經理人及代辦商一節，調整為關於商事代理人之特殊規定：將通說所認為民法第五五八條第一項所具有之類型特徵描述功能，轉變為經理人以外之商事代理人之概念定義，前揭條其他規定則成為商事代理範圍之確定及限制之特殊規定，第五五八條成為經理人以外之商事代理人關於商事代理權範圍及限制之規範；代辦商其餘規定則僅於商事代理人與委託人間既無約定，亦無特別規定時作為補充契約漏洞之任意法規。此種改造方法至少能彌補我國對經理人以外之商事代理人規範不足之漏洞，亦為最忠於瑞士債務法之繼受。因代理商（至少締約代理商）亦屬於商事代理人，在修法之前，代辦商之規定於代理商契約亦有其適用。欲達成此目標，僅須在解釋論上跳脫代辦商非獨立之商業輔助人不可之窠臼，無待修法。殘留的課題，也許是以現行規定規整代理商契約是否公平妥適？

若德國與歐盟關於代理商之法律發展堪稱先進，值得吾人借鏡，則上述解釋論作業顯然無法達到法律現代化或至少「歐洲化」之目標¹⁴⁰。故而，如欲使我國與歐盟之法律發展接軌，應透過解釋論或立法論將民法代辦商之圖像更具體描繪為歐盟之代理商，讓代辦商之規定僅適用於代理商契約，而不及於其他之商事代理人。此改造作業將使經理人與代理商以外之商事代理人無特別規則可

¹⁴⁰ 如認為契約法之國際化必須斟酌英美法之發展，則代理商契約規定國際化目標之實現，唯有先將代理制度本身調整到國際化之水準，此時，除直接代理型態之締約代理商外，間接代理型態之締約代理商亦應納入代理商法之規制。

循，唯有回歸民法代理之一般原則，其內部關係則分別適用僱傭等各該契約規定。剩下來的的主要工作也應該是檢討現行規定規整代理商契約是否公平妥適。

(二)誠信履約義務掛一漏萬

1. 僅規定報告義務

如前所述，依歐盟及德國代理商法，雙方當事人均負有誠信履約之義務，尤其是代理商應盡力為交易之媒介或締結契約，並應維護委託人之利益，代理商之盡力媒介及締約義務甚至被德國學說認為係代理商之主義務，代理商契約並因該義務而得到有名契約之輪廓，基於誠信履約之義務，代理商更負有告知義務、遵從指示義務、保密義務等義務。關此，我國民法代辦商之規定雖非全然付之闕如，但僅於第五五九條規定代辦商之報告義務及第五六二條代辦商之競業禁止義務。雖因委任為所有勞務給付契約之典型（第五二九條），委任契約之規定可謂係事務處理契約之一般原則性規定，特殊委任如無特別規定，仍可適用委任，故縱於代辦商無明文規定，仍可透過委任契約受任人之注意義務（第五三五條）、遵從指示義務（第五三六條）導出上述內容之義務，但因代理商係經常性繼續性受託擔任供應商商品交易之媒介或訂約，其與委託人間有較一般委任更密切之合作甚至依存關係，代理商契約當事人之誠信履約義務之實際內涵若能在法律規定中進一步具體化，且如歐盟及德國法將之明列為強行規定，則當事人間之法律關係必更明確。

2. 競業禁止義務之再斟酌

縱然透過委任之基本原則亦可導出誠信履約義務，但各該行為義務之具體內容及其射程範圍仍應考慮到代辦商或代理商契約之特殊性，尤其不得有不合理的限制當事人之經濟活動空間及行動自由。如代辦商之規定得適用於代理商，則對代理商影響至深且鉅者，非

第五六二條、第五六三條競業禁止之規定莫屬。如前所述，代理商指令僅針對契約消滅後之競業禁止約定有規定，其規範目的顯然在保護代理商，與我國代辦商競業禁止義務重本人利益之保護，不可同日而語。經理人因係從屬商事代理人，屬商號企業經營組織的部分，負有高度之忠實義務，課以競業禁止義務乃理所當然。反之，代辦商或代理商則為獨立商事輔助人，盈虧自負，若其對委託人負有與經理人完全相同之競業禁止義務，是否妥當，應思之再三。歐盟立法隱約顯示關於競業禁止義務有不同層次之問題存焉：

第一、此義務若係當事人契約所明訂，則問題應該在於該競業禁止約定之有效性，及是否及應如何不使代理商之經濟活動空間及行動自由因競業禁止約定而受到不當之限制。此時，更應斟酌該約定係針對契約關係存續中或契約關係消滅後之競業禁止。後者之有效性，應從嚴解釋並認定。前者，固然與現行法第五六二條之價值判斷相符，但個人認為既然競業禁止義務係基於誠信原則而來，方法論上，亦得基於誠信原則，透過契約補充解釋限縮該約定之適用範圍。換言之，縱然在代理商契約存續期間，代理商競業禁止義務不應超出必要性及相當性原則。

第二、當事人若無競業禁止約定，契約亦無允許代辦商或代理商得為與委託人同種類業務之特別約定時，若認為代辦商或代理商因民法第五六二條之規定當然負有競業禁止義務，個人認為未必合理。前述德國學說主張不應一般性肯定代理商競業禁止義務之存在，而仍應依必要性及相當性原則個案認定之：委託人之利益若愈少受到代理商營業活動之影響，而代理商若被禁止為該活動，對代理商之影響愈大，則愈應允許競業活動，其見解有參考之價值。因競業禁止義務本身為誠實信用原則之表現，方法論上，亦得透過誠信原則限縮民法第五六二條之適用範圍。

第三、契約若未明訂契約關係消滅後代理商亦負有競業禁止義

務，則代辦商或代理商即當然不負有競業禁止義務。

(三)報酬之規定不完整

我國代辦商之規定不僅對代理商之主給付義務規定不完整，因而無法凸顯代辦商契約在事務處理契約中之特色，嚴格而論，代辦商契約是否為有償契約，從屬於契約類型描述之第五五八條第一項亦無法窺知，能提供比較明確肯定答案者，只有第五六〇條。然該規定除得解為確認代辦商契約為有償契約外，並無多大之實質意義，相較於代理商指令規範之用心，不啻霄壤有別。故而，我國代辦商之規定在報酬及其他請求方面可謂相當不完整。

1. 佣金無規範

代理商之報酬固然不以佣金為限，然佣金不僅為其主要收入，當事人約定報酬之計算係以媒介或締結之交易價值或數量之一定百分比計算，更成為交代理商契約之交易慣例，此類型應該為代理商契約之一般情形。反之，受託處理事務因而獲得之對價，其計算若完全與事務處理成果之價值脫鉤，而係約定固定之數額或單純依事務處理之時間長短計算報酬，是否應將之歸類為代理商契約而受到與一般代理商契約相同之規範，個人認為有待深入評估，縱然認為代理商契約不需以佣金之約定為契約必要之點，此類型之代理商契約亦應屬於特殊情形。無論代理商之規定主要規範功能在補充當事人意思之不足（任意規定），或如代理商指令在保護代理商（強行規定），立法者對一般代理商契約影響當事人權益至深且鉅之佣金請求權視若無睹，不能不說有虧職守。立法政策上，是否應如同歐盟著眼於代理商之保障而詳細規定佣金請求權之發生、計算及消滅，固然有待評估，但歐盟及德國相關規定得作為將來立法之參考，固不待言。

2. 費用償還

如前所述，德國商法規定代理商原則上須自行負擔通常營業範圍所生之費用，我國民法第五六〇條則規定代辦商得依契約所定，請求償還費用。代辦商得否請求償還費用，契約若無明文，是否應採否定見解，尚待推敲。代辦商契約雖具有委任契約之性質，受任人得請求委任人償還必要費用亦為一般原則（民法第五四六條第一項參照），但與代辦商契約在類型論上接近之居間契約，居間人原則上亦無費用償還請求權，亦為民法第五六九條所明訂，故而，現行法解釋上，宜認為除契約另有約定外，代辦商或代理商應自行負擔通常營業範圍內所生之費用，而採與德國商法相同之解釋。

（四）契約終止後之補償？

如前所述，依代理商指令，代理商於契約終止後，在一定要件下得向委託人請求一定金額之補償或賠償，德國商法第89b條補償之規定，也成為德國代理商法中實務上與法院審判實務上最重要之規定¹⁴¹。諸此在二次大戰後之立法，自然無法成為我國民法制定當時借鏡之對象。契約關係消滅後，當事人間之權利義務關係並非一刀兩斷，煙消雲散，而有所謂後契約義務，縱不論此類以保護義務為主要內容之後契約義務，於一定契約類型亦可能發生回復原狀之問題，如租借契約之租賃物或借用物返還義務（民法第四五五條、第四七〇條、第四七八條），此外，勞務契約若於約定期限屆滿前終止，亦可能發生損害賠償之問題（參照民法第四八九條、第五一一條、第五一四條之九、第五四九條第二項），然因契約期限屆滿契約關係消滅者，一方得向因契約消滅受有利益之他方請求補償或賠償，於我國民法則未之見，可謂我國契約法一貫價值判斷。

¹⁴¹ Hopt, aaO.(Fn. 15), § 89b, Rn. 1.

立法論上我國民法是否應導入類似代理商指令之補償或賠償制，固然見仁見智，然上述立法顯然係以代理商為應受保護之一方為立論基礎，事實上，德國商法立法者正係以經濟上居於類似於處於經濟上從屬性之勞工之代理商為其代理商圖像，代理商法充斥許多保護代理商之強行規定，使代理商法成為接近勞工法、消費者保護法具有高度社會保障色彩之立法¹⁴²。然現今經濟生活上，亦有許多財力雄厚、盤據市場優勢地位之代理商，商品供應商無其為銷售之中間，唯有困坐愁城，換言之，反而是委託人商品之銷售依存於代理商，而非代理商經濟上唯委託人是賴，不分代理商之保護必要性程度之不同，一律予以相同之保障，亦有欠公允。職是之故，立法政策上，是否繼受德國或代理商指令之立法例，應從長計議。

肆、展 望

以上，以德國代理商法之發展為論述主軸，襯托出歐盟代理商法之整合現狀，並未能完整呈現世界代理商法之全豹，毋庸贅言，歐盟以外國家，特別是以美國法馬首是瞻之其他國家，其代理商法之發展是否亦不謀而合，或相互影響，並非本文所得而論者¹⁴³。縱然將視野侷限在歐洲，無論由代理商指令所啟動之代理商法整合是否真正達到歐盟成員國境內代理商法一致之理想，歐洲在斯領域並非以此自滿，停滯不前。除透過代理商指令之頒行，課成員國以整合之義務外，由各歐盟成員國專家學者所組成之Study Group on a European Civil Code，在二〇〇六年所發表之歐洲代理商、加盟店及經銷商契約原則（Principles of European Law, Commercial

¹⁴² Martinek, aaO.(Fn. 11), 67, 75.

¹⁴³ 關於世界各國代理商法之報告，詳參，Jausás(editor), *InteRn. ational encyclopedia of agency and distribution agreements-* (Supp 11/2006), Volume 1 and 2.

Agency, Franchise and Distribution Contracts, 2006，簡稱：PEL CAFDC），不僅對歐洲指出代理商法發展之新途徑，對我國亦極具啓示性。如該原則標題所示，該原則規範之對象並非個別單一之代理商契約，而係將加盟店及經銷商契約併入同一個契約法原則。此三者同列一個契約法原則規範對象之正當性，誠如本文所言，代理商、加盟店及經銷商均為所謂銷售中間人，三者均在將商品（包括貨物及服務）引進市場方面扮演相同之經濟上功能，此外，此三契約均為繼續性契約關係，契約關係成功與否取決於誠信履約及契約雙方密切之合作，故又有相同之關聯性格relational character¹⁴⁴，從而，縱三者亦有不同之權利義務關係，但卻能形成共通之法律原則，如先契約之告知義務、契約告知義務、協力義務及守密義務等共通之行為義務，及契約關係消滅及終止方面有若干相同之法律規則可循，而得有異中求同之通則規定。關於該契約法原則之闡述，並非本文論述之範圍，擬留待他日再論，然對我國之法律發展而言，該原則亦彰顯代理商之法律發展可以或應該結合與其在經濟上扮演相同功能相類似之交易型態，明辨其異同，歸納出共同性，形成共通之法律原則，以避免價值判斷之矛盾與衝突。此法學研究與法律發展之方向即為本文所言，乃銷售中間人法律體系之建立。我國將來在代理商契約領域之法律規範，固然可以僅修正民法代辦商之規定，或改頭換面，重新賦予其新生命，亦可借鏡上開契約法原則，以一節規範銷售中間人，在揭櫫通則規定後，分別針對代理商契約、加盟店契約與經銷商契約之特殊性，制定銷售中間人之分則規定。如此，我國在此領域之法律發展，也許有迎頭趕上之時。

¹⁴⁴ Study Group on an European Civil Code, Principles of European Law, Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts (PEL CAFDC), 2006, introduction.

參考文獻

一、中 文

1. 尹章華，意定代理制度之比較研究——兼論保險代理人之法律地位，法學叢刊，142期，頁55，1990。
2. 尹章華，論保險之代理、雙方代理與多重代理——兼論保險經營之改進，保險專刊，26輯，頁35-50，1990。
3. 王澤鑑，債法原理(一)，基本理論、債之發生，1999。
4. 史尚寬，代辦商是否為代理商之探討，法學論叢，15期，頁6-16，1959。
5. 史尚寬，債法各論，1986。
6. 台灣大學法律學研究所外國法編譯委員會編，德國民法，1965。
7. 林信和，民法債編修正經過與結果評述，月旦法學雜誌，54期，頁18-32，1999。
8. 林誠二，民法債編各論(中)，2002。
9. 邱聰智著、姚志明校訂，新訂債法各論(中)，2002。
10. 侯麗莉，國際商品買賣代理商之研究，台灣大學法律學研究所碩士論文，1987。
11. 張昌琳，保險代理人之權限及保險外務員法律地位之研究，東吳大學法律學研究所碩士論文，1988。
12. 梅仲協，民法要義，1966。
13. 陳自強，雙務契約不當得利返還之請求，政大法學評論，54期，頁205-249，1995。
14. 陳自強，無因債權契約論，1998。
15. 陳自強，契約之內容與消滅，2004。
16. 陳自強，代理權與經理權之間，民商合一與民商分立，2006。
17. 陳自強，從商事代理談民商合一與民商分立，月旦民商法雜誌，14期，頁118-136，2006。
18. 楊盤江，論「總代理」之性質及其侵害，萬國法律，34期，頁18-43，1987。

19. 劉建志，國際商品買賣代理商內部關係之研究，東吳大學法律學研究所碩士論文，1998。
20. 劉春堂，民法債編各論（中），2007。
21. 鄭玉波，民法債編各論，下冊，1980。
22. 蘇惠卿，民法債編各論（下），黃立主編，2002。

二、日 文

- 滝井朋子，代理店契約，載：現代契約法大系，8卷，國際取引契約(1)，頁347，1983。

三、外 文

1. ATIYAH & SMITH, ATIYAH'S INTRODUCTION TO THE LAW OF CONTRACT (6th ed., 2005).
2. BEATSON, ANSON'S LAW OF CONTRACT (28th ed., 2002).
3. Brox, Handels- und Wertpapierrecht, 17. Aufl., München (2004).
4. Brox/Walker, Allgemeines Schuldrecht, 31. Aufl. (2006).
5. Canaris, Schweigen im Rechtsverkehr als Verpflichtungsgrund, in FS Wilburg, (1975).
6. Canaris, Handelsrecht, 24. Aufl. (2006).
7. Eckert, Das neue Recht der Handelsvertreter- Die Umsetzung der EG-Richtlinie in deutsches Recht, NZA (1990).
8. Fielder, Der Handelsvertreter (commercial agent) in Grossbritannien, Mai (2004).
9. Fischer, Der Handelsvertreter im deutschen und europäischen Rech, ZVglRWiss 101(2002).
10. Flohr in: Martinek/Semler/Habermeier, Handbuch des Vertriebsrechts, 2. Aufl., München (2003).
11. GOODE/KRONKE/MCKENDRICK/WOOL, INTERNATIONAL INSTRUMENTS AND COMMENTARY (2004).

- 12.Hakenberg in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, *Handelsgesetzbuch*, Band 1, 2. Aufl., München (2008).
- 13.Heymann/Sonnenschein, HGB, Berlin. New York (1989).
- 14.Hofmann, *Agenturverträge im Gebrauchtwagenhandel*, JuS (2005).
- 15.Hopt, *Handelsvertreterrecht*, 3. Aufl., München (2003).
- 16.Jausás(editor), *International encyclopedia of agency and distribution agreements-* (Supp 11/2006).
- 17.Katz, in: *International encyclopedia of agency and distribution agreements-* (Supp 4/2000), 7- United States.
- 18.Larenz. *Lehrbuch des Schuldrechts, Band II, Besonderer Teil*, 12. Aufl. (1981).
- 19.Martinek, *Vom Handelsvertreter zum Recht der Vertriebssysteme*, ZHR 161 (1997).
- 20.Martinek in: Martinek/Semler/Habermeier, *Handbuch des Vertriebsrechts*, 2. Aufl., München (2003).
- 21.Oetker, *Handelsrecht*, 4. Aufl., Berlin Heidelberg New York (2005).
- 22.SAINTIER, *COMMERCIAL AGENCY LAW*, ashgate (2002).
- 23.Schmidt, *Handelsrecht*, 5. Aufl. (1999).
- 24.Schmidt, *Verbraucherbegriff und Verbrauchervertrag – Grundlage des § 13 BGB*, JuS (2006).
- 25.Schmidt, *Vom Handelsvertreterrecht zum modernen Vertriebsrecht- Handelsrecht, Vertriebspraxis und Kartellrecht*, JuS (2008).
- 26.SINGLETON, *COMMERCIAL AGENCY AGREEMENTS: LAW AND Practice* (2nd ed., 2005).
- 27.Study Group an a European Civil Code, *Principles of European Law, Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts (PEL CAFDC)*, (2006).
- 28.WITTAKER & ZIMMERMANN, *Good faith in European contract law; surveying the legal landscape*, in: *GOOD FAITH IN EUROPEAN CONTRACT LAW*, England (1996).
- 29.Zweigert/Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3. Aufl. (1996).

From the Laws of the EC and Germany Relating to Commercial Agency to the Laws of Our Handlungsagenten

Tzu-Chiang Chen *

Abstract

The common types of transactions which include commercial agent, sole agency, distributor and franchisee that are integrated to the product sale system of suppliers and have a sustaining cooperating relation with suppliers of goods or services are sales intermediaries. The only legal rule directly related to intermediaries when our Civil Code was first enacted is Article 558 under the title “The Manager and the Handlungsagenten.” Because the commercial agent that lawmakers imaged may be different in today’s economic environment as we know it, the object which the lawmakers of our Civil Code intended to regulate may be different from that of other countries and our Handlungsagenten may be insufficient to solve the related problems in today’s commercial activities, we should therefore examine the image of Handelsvertreter which the lawmakers made. Moreover, under the trend of international marketing, it is doubtful whether our rules relating to commercial

* Doctor of Law, Professor, College of Law, National Taiwan University.

Received: December 08, 2008; accepted: March 11, 2009

agents are adequate to meet international commercial needs and can be coordinated with the laws of other countries in the world to reduce the risks of legal transactions. The study of the developments of the laws relating to commercial agents in the EC and Germany may offer very useful suggestions for modernizing the legal system of Handlungsagenten, commercial agency, and sales intermediaries in Taiwan.

Keywords: Handlungsagent, Commercial Agent, Sales Intermediaries, Council Directives 86/653/EEC of 18 December 1986 on the Coordination of the Laws of the Member States Relating to Self-employed Commercial Agents, Commission, Discharge, Indemnity, Compensation

