

# 论代理的本质

## 以代理权授予时的意思瑕疵问题为契机

王 浩\*\*\*\*

---

**摘 要** 在代理之中,民法所标榜的自我决定原理如何实现?代理人在代理时的自由意思决定,往往让人以为意定代理的本质是代理人一人的具有“他人效”的行为。但事实上,意定代理在本质上就是本人与代理人的共同参与。相应地,代理权授予行为与代理行为也应被统合为一个法律行为,由此生发出代理效果。所以当本人在代理权授予时存在意思瑕疵时,可以依据《民法总则》第 146 条以下各规定,直接撤销包括代理行为在内的整个法律行为,或宣告该法律行为无效。

**关键词** 意思瑕疵 代理权授予 代理行为 私法自治

---

### 引 言

代理行为实施之后,本人可否因代理权授予时的重大误解、受欺诈、受胁迫等情事而撤销该代理行为?

譬如,[案例 1]A 打算授予 B 最低以 350 万元出售房屋甲的代理权,但在授权时错误说成了 250 万元,结果 B 以 A 的名义以 250 万元的价格出售了房屋甲。

又譬如,[案例 2]A 授予了 B 购买房屋甲的代理权,但实际 A 真正想买的是房屋乙,只是将房屋甲错当成房屋乙,后 B 以 A 的名义购买了房屋甲。

再譬如,[案例 3]A 受到 C 的欺诈之后授予了 B 购买 C 的货物的代理权,后 B 以 A 的名

---

\*\*\*\* 华东政法大学讲师。

义从C处购买了该货物。

《民法通则》《合同法》等对这一问题并无明文规定,刚出台的《民法总则》也避而不谈。学说上常能见到这样的观点,即是否存在影响代理行为之效力的错误、受欺诈等情事,应就代理人来判断。<sup>〔1〕</sup>也即本人是否可以撤销代理行为或主张代理行为无效,要看代理人在实施该行为时是否存在意思瑕疵,至于本人在授权时的意思瑕疵,不直接影响代理行为的效力。

如果采纳这一观点,那么存在意思瑕疵的本人似乎只能通过撤销代理权授予行为来阻止代理行为的效果归属自己。按照通常的理解,代理权授予行为被撤销后,代理权溯及消灭,代理人已实施的行为构成无权代理。此时或许尚有表见代理的适用余地。构成表见代理时,本人依然须承受代理行为的后果。于是,比如[案例1][案例2]中,本人一定会产生这样的疑问:如果我直接与相对人买卖房屋时,说错了价格或搞错了房屋,那么我还可能通过重大误解制度撤销契约,不至于承担契约履行的责任。为何通过代理人缔结同样的契约时,犯了相同错误,却得不到相同救济?难道仅仅因为契约是代理人代订的,而非本人自己?如果不构成表见代理,<sup>〔2〕</sup>本人当然可以不接受代理行为的后果,但代理人却要承担无权代理人的责任。按照《民法总则》第171条,代理人的这种责任可以高至履行责任,且文义上看,也不问代理人是否恶意或有过失。可是,既然本人自身的原因引起了无权代理,为何代理人要代为受过,承担如此重大的责任?

之所以认为只有代理人的意思瑕疵可以影响代理行为的效力,一个理由是,“代理行为是由代理人实施,代理行为的意思表示由代理人根据自己的利益分析自行决定或接受”。<sup>〔3〕</sup>如果代理中的行为人只是代理人,代理人所缔结的法律行为也仅是贯彻代理人的意思,那么在该法律行为的效力问题上,只考虑代理人的意思瑕疵实属当然。但如果本人的意思对代理人所缔结之法律行为也有重要意义,那么这一观点的妥当性就有了疑问。于是必须先回答这一问题,即代理之中,真正的行为人是本人还是代理人,代理贯彻的究竟是本人还是代理人的意思?这就是代理的本质为何的问题。其实这一问题的提出可以追溯到《德国民法典》制定之前。当时人们对经济交往需要,但罗马法上不承认的“代理”心生疑惑。正是为了弄清代理的真相,探索其立法的可能性,当时的学说围绕代理的本质展开了讨论。今天立法上虽已承认了代理制度,但从上述有关代理中的意思瑕疵的问题来看,对于代理的本质,似乎仍有探讨的必要。

此外,我国大多数学者之所以认为仅代理人的意思瑕疵可影响代理行为的效力,可能还要

---

〔1〕 参见梁慧星:《民法总论》,法律出版社2017年第5版,第231页;李永军:《民法总论》,法律出版社2009年第2版,第649页;朱庆育:《民法总论》,北京大学出版社2016年第2版,第338页;汪渊智:《代理法论》,法律出版社2015年版,第289页。

〔2〕 因代理权授予行为被撤销而致“代理权后发欠缺”的场合下,相对人往往善意无过失,但仍可能不成立表见代理。比如有德国学者就认为,表见代理的原理旨在填补授权要件,而非治愈授权要件中的意思瑕疵,也即表见代理的适用范围仅限于“代理权自始欠缺”的场合。Vgl. Bork, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 2. Aufl., 2006, § 34, Rdn. 1474.

〔3〕 参见汪渊智,见前注〔1〕,第289页。类似比如李永军,见前注〔1〕,第649页;朱庆育,见前注〔1〕,第338页。

归功于德国、日本民法典的影响。<sup>〔4〕</sup>《德国民法典》第166条规定：“①以意思表示的法律效果因意思瑕疵或因知道或应当知道一定情事而受影响为限，不考虑被代理人自身、而考虑代理人自身。②在以法律行为授予代理权的情形下，代理人按照授权人的特定指示实施行为的，授权人就自己所知道的情事，不得援用代理人的不知。只要应当知道与知道相同，授权人应当知道的情事亦同。”<sup>〔5〕</sup>与之类似的是《日本民法典》第101条：“①意思表示的效力，如果会因为意思的不存在、欺诈或胁迫以及就某事的已知或不知存在过失而应该受到影响时，其事实的有无，应就代理人的情况予以确定。②在被委托实施特定法律行为的场合，只要代理人是在依本人的指示为其行为，本人不能就自己已知的事情主张代理人不知。就其因过失而不知的事情，亦同。”<sup>〔6〕</sup>直观地看，这些规定导致本人一方面不得因自己在授权时的错误、受欺诈或胁迫等意思瑕疵而免去法律行为上的责任，另一方面却必须承受自己的恶意或过失引发的结果，也即受到法律关注的，仅是对本人不利的主观情事，而不包括对本人有利的主观情事。问题是仅关注对本人不利的主观情事是否妥当？或许有人会说，考虑对本人不利的主观情事，本人虽然得到了保护，却可能危及相对人的利益。然而代理是由三方当事人共同参与的民事交易，这种优先保护相对人的观念本身就不乏疑问。何况有时，即便本人可主张意思瑕疵，相对人也未必会受到何种损害。<sup>〔7〕</sup>比如[案例3]，本人以受相对人欺诈为由否定代理行为效力，对相对人何害之有？

总之在代理中的意思瑕疵问题上，常见于教科书中的观点乃至比较法上的规定并非没有可检讨之处。实际在我国学界，偶尔也能见这样的观点，即致代理行为可撤销或无效的意思瑕疵之有无，“在意定代理场合，倘若代理人的意思表示，系依本人指示实施者，则应就本人的授权行为而予认定。”<sup>〔8〕</sup>只是为何此时应就本人有无意思瑕疵而定，并未见更深入的论述。所以笔者想通过本文，对代理的本质及在此基础上对本人的意思瑕疵问题作若干讨论。至于本文讨论上述问题的径路，考虑到我国的学说观点更多还是受上述比较法的影响，所以姑且先从比较法上之诸规定的由来谈起。

## 一、代理的本质与《德国民法典》第166条、《日本民法典》第101条

如前所述，上述德、日民法典的规定看似有着保护相对人和交易安全之意。那么事实是否

〔4〕 我国的学者在论及此类问题时常会引用这些条文。比如汪渊智，见前注〔1〕，第289—290页；张俊浩主编：《民法学原理》，中国政法大学出版社2000年修订第3版，第324页；龙卫球：《民法总论》，中国法制出版社2006年第2版，第574页。

〔5〕 本文中《德国民法典》条文的中译文参考自：陈卫佐译注：《德国民法典》，法律出版社2015年第4版。

〔6〕 本文中《日本民法典》条文的中译文参考自：渠涛译：《最新日本民法》，法律出版社2006年版。

〔7〕 参见佐久间毅：“代理取引の保護法理”，有斐阁2001年版，第24页。

〔8〕 张俊浩，见前注〔4〕，第323页。类似比如马俊驹、余延满：《民法原论》，法律出版社2010年第4版，第234页。

如此?立法者究竟有着何种考虑?

(一)《德国民法典》第166条的由来

现行《德国民法典》第166条的立场在民法典第一草案时已基本确立,<sup>〔9〕</sup>至第二草案时表述基本成型。

第一草案的起草者认为,代理人所实施的法律行为的有效性是取决于“代理人”还是“本人”,关系到“有关代理之法律性质的基本见解”:“法律行为于代理人而成立,只不过该法律行为所生的各种效力与本人相关”,又或者“本人才是法律行为上实施行为的一方,本人通过代理人的中介发出了意思表示”。<sup>〔10〕</sup>采不同的见解,得出的结论自然不同,而起草者最终选择了前一见解。既然法律行为的实施者或作出意思决定的是代理人,因此影响到法律行为效力的意思瑕疵之有无,也只能求诸代理人。故起草者认为,关于所表示的意思与实际意思的一致、胁迫、欺诈、错误、知道以及应知道的重大性等问题,以代理人一方为标准来确定。关于法律行为的解释问题,也同样是看代理人意图什么、表示了什么。<sup>〔11〕</sup>

但当本人授权实施某种特定的法律行为时,第一草案例外规定了应考虑本人的知情或应当知情。之所以如此,起草者认为,在这样的事例中,本人影响了代理人的意思决定,与代理人的意思决定存在关联,故本人知道或应当知道,与代理人知道或应当知道具有同一效力。<sup>〔12〕</sup>

至第二草案起草时,有多个提案建议将第一草案的规定修改为:代理人依据本人的特定指示实施行为的,意思瑕疵对代理行为效力的影响,可依据本人的情况来判断。<sup>〔13〕</sup>但这些提案均未被采纳。第二草案的起草者认为:

关于意思瑕疵的影响,应立足于草案和有关直接代理之本质的支配性见解,即代理人所为之法律行为于代理人而成立,只是效力及于本人。从这一观点来看,即便依据本人之一定指示实施行为的,也应认为存在于代理人自身的意思瑕疵才具有影响力。只要某人是代理人,而非单纯的使者,那么至少他还能作出这样的意思决定,即是不是要最终发出本人所委托的意思表示。比如代理人被授权委托就指定的物品按指定的价格进行购买时,他在与卖家进行谈判的过程中应会有所察觉,于是作为一个忠诚的代理人,此时首先会中止缔结契约,然后将真实情况告知本人,并等待本人作出决定。假如这种场合下代理人因受胁迫或欺诈而决定继续实施法律行为的,那么就应允许撤销代理人所缔结的法律

---

〔9〕 《德国民法典》第一草案第117条规定:“所表示的意思与现实的意思一致的要件、以及胁迫、欺诈、错误、知情或应当知情等的重大性,以代理人来确定。”第118条规定:“本人通过法律行为实施了代理的授权,且该授权是有关特定的法律行为的场合下,本人知情,或者知情与应当知情同等等时应当知情的,代理人的不知情并不重要。”

〔10〕 Vgl. *Mugdan*, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 1.Bd., 1899, S. 477.

〔11〕 Vgl. *Mugdan* I, S. 477f.

〔12〕 Vgl. *Mugdan* I, S. 478.

〔13〕 Vgl. *Mugdan* I, S. 738.

行为。<sup>〔14〕</sup>

起草者认为,本人授权时的意思瑕疵至多只能影响意定代理权授予行为的效力。<sup>〔15〕</sup>

对于“知情或应当知情”的问题,第二草案依然维持了第一草案的做法,在本人授权实施某种特定的法律行为时,作了例外规定。第二草案的起草者特别强调,对于“知情或应当知情”的问题,有特别考虑之必要,因为上述有关代理的本质的见解尚不能直接提供答案。<sup>〔16〕</sup>

## (二)《日本民法典》第 101 条的由来

《日本民法典》第 101 条的起草其实也是借鉴了《德国民法典》第一草案。《日本民法典》的起草者认为,第 101 条是这样一种原则的归结,即代理人是在实施自己的意思表示,而不是在实施本人的意思表示。<sup>〔17〕</sup> 在起草代理相关规定时,有人就提出过这样的问题:代理中的意思表示,到底是本人的意思表示,还是代理人的意思表示?<sup>〔18〕</sup> 对此起草者的回答是:学说上确实存在分歧,有认为代理人实施了本人的意思表示,也有认为代理人实施的是其自己的意思表示,但本法案还是认为,“意思表示始终是代理人的意思表示,法律行为是代理人的法律行为”。<sup>〔19〕</sup>

不过,上述原则的归结主要是指第 101 条第 1 款。对于该条第 2 款涉及的“知情、应当知情”的问题,起草者认为,“第二款是对第一款的部分限制,这种场合下,因为本人对于代理人的意思决定具有影响力,所以很有必要将其视同代理人自己知道一样。”<sup>〔20〕</sup>

## (三)小结

德、日民法典之所以规定仅代理人的意思瑕疵可影响代理行为的效力,未必是基于何种利益或价值上的考量,而是演绎自一种有关代理之本质的观点。这种演绎又显得非常教条:首先将代理人视为代理中唯一的行为人,即意思表示的作出者,然后在此基础上认为只有代理人的意思瑕疵才可影响代理行为的效力;而对于意思瑕疵以外的“知情、应当知情”,因脱离了“意思”的范畴,便认为代理人行为说无法提供答案,不得不另作考虑。结果在本人对代理行为做出特定指示的场合下,本人的知情、应当知情又被认为具有意义,因为这时“本人影响了代理人的意思决定,与代理人的意思决定存在关联”。既然本人的意思瑕疵与知情、应当知情同属本人的主观情事,为何前者不可能与后者一样,随着本人的指示对代理行为产生“影响”或“关联”?至于《德国民法典》第二草案所附理由中提及的“代理人被授权委托就指定的物品按指定的价格进行购买”的例子,这至多说明依本人的指示实施代理的场合,本人的意思瑕疵并非一定会影响到代理行为,但不能说明本人的意思瑕疵绝不会影响到代理行为。总之,起草者的教条引起了矛盾,矛盾不禁让人产生了疑问:代理的本质是否真如起草者所理解的那样?

〔14〕 Vgl. *Mugdan* I, S. 739.

〔15〕 Vgl. *Mugdan* I, S. 739.

〔16〕 Vgl. *Mugdan* I, S. 739.

〔17〕 参见法典調査会民法議事速記録 1(法務図書館),第 78 页。

〔18〕 参见民法議事速記録 1・21 页

〔19〕 参见民法議事速記録 1・22 页。

〔20〕 参见民法議事速記録 1・78 页。

## 二、关于代理之本质的再讨论

如本文开篇所言,从我国学者的论述来看,代理中的意思瑕疵问题与代理的本质似有密切关系。德日民法典之所以规定仅代理人的意思瑕疵可以影响代理行为的效力,也是因为起草者对代理的本质有着特定理解。所以关于代理授予时的意思瑕疵问题,还需从代理的本质论起。

### (一) 代理人行为说

德日民法典的起草者对代理的本质所持之观点,就是所谓的“代理人行为说”或“代理人意思说”(Repräsentationstheorie)。〔21〕在该说看来,无论是意定代理还是法定代理,代理中的行为人均是代理人,所要贯彻的意思也是代理人自己的意思,只是效力归属于本人而已,也即代理与通常的法律行为不同,要件与效力并非存在于同一人。〔22〕那么为何一个人的意思决定可以给另一个人带来效力,即所谓的“他人效”(Fremdwirkung)?在代理人行为说看来,这是因为代理人表示了其希望为他人(本人)带来一定的法律效力,也即代理效果发生的根据是代理人的意思,以及认可这种意思的制定法。〔23〕所以代理行为是代理效果发生的“要件”,而代理权授予行为,也即本人的意思决定,完全落在了要件之外。当然,只有当行为人有代理权时,代理行为的效果才归属本人,但在代理人行为说看来,代理权授予行为只是效果发生的“条件”或“有效前提”,如同行为能力之于法律行为的效果。〔24〕冯图尔(von Tuhr)也说过,代理权授予行为缺失的场合下,代理人所缔结的法律行为是一种“未完成”的法律行为,这有别于诸如仅存在要约的场合,人们并不会因为承诺的缺失,而说这是未完成的契约。〔25〕

### (二) 本人行为说、共同行为说

实际上,在《德国民法典》制定之前,有关代理之本质的学说并非代理人行为说一家。我国学者对此已多有提及。〔26〕

〔21〕 关于这一点,德日学者也多有提及。Müller-Freienfels, Die Vertretung beim Rechtsgeschäft, 1955, S. 391; Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Band: Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl., 1991, § 52, S. 867f; 於保不二雄編:“注釈民法(4)”,有斐閣 1967 年版,第 36 页〔浜上則雄〕;佐久間・前掲注〔7〕,第 18 页。

〔22〕 Vgl. von Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd.2 2, 1919, § 84, S. 337.

〔23〕 Vgl. von Tuhr, a.a.O., S. 337; Enneccerus/Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. Aufl., 1960, § 182, S. 1115.

〔24〕 Vgl. Hupka, Die Vollmacht, 1900, § 2, S. 39; Oertmann, Die Rechtsbedingung, 1924, § 3, S. 23ff; Enneccerus/Nipperdey, a.a.O., S. 937; Müller-Freienfels, a.a.O., S. 212f.

〔25〕 Vgl. von Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd.2 1, 1919, § 55, S. 274.

〔26〕 参见龙卫球,见前注〔4〕,第 567—570 页;张俊浩,见前注〔4〕,第 311—313 页;朱庆育,见前注〔1〕,第 331—333 页;汪渊智,见前注〔1〕,第 281—286 页。

比如萨维尼(Savigny)为贯彻意思教条,主张真正的行为人是本人和相对人,契约仍是依本人的意思而缔结。他认为,即便是代理人从本人的数个决定中自由选择了一个告诉相对人,代理人所选择的依然还是本人的意思,所以代理人任何时候都只是本人意思的搬运工(Träger)。<sup>[27]</sup> 此即“本人行为说”或“本人意思说”(Geschäftsherrentheorie)。又比如米特艾斯(Mitteis)主张,代理行为中的意思可分割为两个部分,一部分是本人的,另一部分是代理人的,代理行为就是通过本人和代理人的共同协力而产生的。<sup>[28]</sup> 此即“共同行为说”或“共同意思说”(Vermittelungstheorie)。

### (三)米勒—弗莱恩菲尔斯的批判

随着《德国民法典》的出台,代理人行为说渐成通说,其他学说则淡出了视线。在当时的人们看来,本人行为说、共同行为说的弊端是无法诠释法定代理,<sup>[29]</sup>而代理人行为说则可对意定代理与法定代理予以统一说明。甚至可以说,正是因为代理人行为说将本人的意思排除在了代理的要件之外,才使得统一的——包括意定代理与法定代理的——“代理”概念得以形成。<sup>[30]</sup>

但是,正因为这一极度的抽象和“普适性”,自20世纪50年代起代理人行为说逐渐受到了质疑。德国学者米勒—弗莱恩菲尔斯(Müller—Freienfels)是战后对代理人行为说展开深入批判的第一人。他认为:19世纪的教义学并未止步于意定代理权的抽象化,同时还对各个法律关联进行精密解析,尝试将与代理有关的规定尽可能多地植入“总则”之中,于是所有代理(意定代理和法定代理)的构成要件都得到了同等的评价。结果不仅代理权授予行为与委托之间的联系被否定了,甚至连代理权授予行为与代理行为之间的关联也被否定了。尽管代理权授予行为的目的(在本人与第三人之间创设直接的关系)只有在代理人和第三人缔结法律行为之后才能达成,但人们对于意定代理权,仍和法定代理一样,教条地将代理权的创设与代理行为完全切断,使之独立化。<sup>[31]</sup>

这样的构造对于具体问题的妥善处理是否有益,米勒—弗莱恩菲尔斯提出了如下的质疑。在限制行为能力人可否授予代理权之类的问题上,难道可以无视具体代理行为的性质而得出正确的结论?限制行为能力人仅因事先没有得到法定代理人的同意,就不能授予他人旨在领受赠与的代理权?对于限制行为能力人为缔结买卖合同而作出的代理权授予行为,与其将之视为单方行为而绝对无效,难道不是更应认为像双方行为那样,经法定代理人追认后可溯及有效?<sup>[32]</sup>

在米勒—弗莱恩菲尔斯看来,割裂代理权授予行为与代理行为间之关联的罪魁祸首就是

[27] Vgl. Savigny, Obligationenrecht, als Teil des heutigen römischen Rechts, Bd.2, 1853, S. 19, 58f.

[28] Vgl. Mitteis, Die Lehre von der Stellvertretung nach römischem Recht mit Berücksichtigung des österreichischen Rechtes, 1885, § 13, S. 109ff.

[29] Vgl. von Tuhr, a.a.O., S. 337.

[30] Vgl. Müller—Freienfels, a.a.O., S. 4.

[31] Vgl. Müller—Freienfels, a.a.O., S. 4.

[32] Vgl. Müller—Freienfels, a.a.O., S. 6f.

代理人行为说,随之而来的一个重大问题,就是该说使得代理与私人自治理念产生了矛盾:代理人行为说主张本人并没有作出任何法律行为意义上的要件,法律行为意义上的要件全于代理人而实现,只不过法律行为的效力于本人而生成。但私法既然是私人自主决定的一种法形式,那么在私法之下,代理人如何得以缔结归属于他人的法律行为?一边认为法律行为是自主决定理念的实现手段,一边却认为代理人可根据其在该法律行为中的意愿,为本人而不是自己来决定法律效果,这难道不是完全矛盾的吗?<sup>[33]</sup>

在这样的批判意识之下,米勒-弗莱恩菲尔斯从改造共同行为说入手,开始重构新的代理理论。他认为:依据米特艾斯的共同行为说,代理效果是由本人与代理人共同创设的,而这种学说的指导原理是法律效果一部分是基于这个人的意思,一部分是基于另一个人的意思。但是,要么一个意思表示产生一个法律效果,要么不产生任何法律效果,部分法律效果之说是很难想象的,所以在这一点上共同行为说显然不正确,但该说的初衷不可被抹杀。<sup>[34]</sup> 因为如果法律效果发生的正当性在于当事人的意思,那么代理行为与代理权授予行为就具有同等的价值,均不可或缺,如同要约承诺之于契约效果。<sup>[35]</sup> 在米勒-弗莱恩菲尔斯看来,一方面代理权授予行为本身是一个法律行为,<sup>[36]</sup>另一方面该法律行为又可与代理行为统合为一个法律行为,此即代理效果发生的“统一要件”(Gesamtatbestand)。<sup>[37]</sup> 米勒-弗莱恩菲尔斯意在通过这样的构成告诉世人,意定代理仍未脱离本人的自我决定的范畴,同时在前述他所列举的具体问题的处理上,必须要对代理权授予行为与代理行为进行关联考察。而对于法定代理,米勒-弗莱恩菲尔斯认为其属于完全意义上的他主决定,因为法定代理之中,本人无论对法律效果的创设还是范围均无法决定,只能被决定。<sup>[38]</sup>

正因米勒-弗莱恩菲尔斯对于意定代理的本质有着完全不同于《德国民法典》的起草者的理解,所以在本人的意思瑕疵问题的处理上,米勒-弗莱恩菲尔斯也有完全不同的看法。其主张,“代理中的法律行为不仅是基于代理人的决定,同时也是基于本人的决定,所以相应地,对于本人的意思瑕疵,也应依据《德国民法典》第166条第2款在整体之中予以考虑。”<sup>[39]</sup> 不过同时,米勒-弗莱恩菲尔斯告诫人们不应像《德国民法典》的起草者那样从一种代理学说出发去教条演绎规则。他认为,“《德国民法典》从‘法律行为的创制、法律对此的认可及射程范围等完全基于代理人的决定与行为,唯代理人的意思和表示才是决定性的’这一命题演绎出规定,是不能令人信服的。因为这背后并非逻辑的问题,而是‘合目的性’的问题。若某人参与实现第三人缔结之法律行为,则其知情是否应当被考虑,在何种程度上被考虑,并不能从意定代理权是否为统一要件之构成要素这一体系问题出发进行推论,也不能依据其他理论或上位命题,

[33] Vgl. Müller-Freienfels, a.a.O., S. 13f.

[34] Vgl. Müller-Freienfels, a.a.O., S. 14.

[35] Vgl. Müller-Freienfels, a.a.O., S. 216f.

[36] Vgl. Müller-Freienfels, a.a.O., S. 192f.

[37] Vgl. Müller-Freienfels, a.a.O., S. 202ff.

[38] Vgl. Müller-Freienfels, a.a.O., S. 341.

[39] Vgl. Müller-Freienfels, a.a.O., S. 405.



以逻辑涵射的方式得出结论。而是应当考虑各种利害关系,依据制定法上各规定之主旨与目的进行判断。”〔40〕

#### (四) 代理人行为说的式微

米勒—弗莱恩菲尔斯的代理理论着实对后来的代理法研究产生了很大影响。在不少德日学者眼中,意定代理的本质已不再是代理人一方的意思决定,本人的意思决定对代理效果的发生同样具有重要意义。〔41〕有学者甚至断言,代理人行为说已不复往日的支配地位。〔42〕这虽有些武断,但在今天,即便仍坚持代理人行为说的学者也承认,正是因代理权授予时的本人的自我决定,法律行为上的代理才能得以正当化。〔43〕此外,尽管将代理权授予行为与代理行为统合为一个法律行为的观点未得到普遍赞同,但米勒—弗莱恩菲尔斯所强调的代理权授予行为与代理行为的内在关联性,以及对代理权授予行为的法律处理应结合代理行为的内容进行判断,如今已成为了常识。〔44〕弗卢梅直言,米勒—弗莱恩菲尔斯的一大贡献,就在于让人们正确认识到本人的代理权授予行为与代理人的代理行为之间存在着紧密的法律联系。〔45〕

随之而来的,便是反思经由代理人行为说演绎而来的各种规定。《德国民法典》第166条、《日本民法典》第101条正是其中之一。例如近来在一个本人受到交易相对人欺诈而授权委托他人实施代理的案件上,德国联邦法院就通过类推适用《德国民法典》第166条第2款,认可了本人得以自身的意思瑕疵而撤销代理行为。〔46〕在今日的德、日学界,也有愈来愈多的学者指出,至少在本人对代理行为作出特定指示的场合下,代理权授予时的意思瑕疵不仅会导致代理

〔40〕 Vgl. Müller—Freienfels, a.a.O., S. 392.

〔41〕 比如蒂勒、西本哈尔、佐久间毅、伊藤进等学者的代理理论在很多方面承袭了米勒—弗莱恩菲尔斯的代理理论。Thiele, Die Zustimmung in der Lehre vom Rechtsgeschäft, 1966, § 5, S. 56ff; Thiele, in: Münchener kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1, 2. Aufl., 1984, Vor § 164 Rdn. 64f; Siebenhaar, Vertreter des Vertreters? AcP 162(1963), 354ff; 佐久間・前掲注〔7〕,第31页注(49);於保不二雄=奥田昌道編:“新版 注积民法(4)”,有斐阁2015年版,第59页〔佐久間毅〕;伊藤進:“任意代理基礎理論(私法研究第2卷)”,成文堂1990年版,第139页以下。伊藤进在后期强调代理不光只是本人和代理人的意思作用,还包括了相对人的意思作用,于是提出所谓的“三方当事人法律关系论”。参见伊藤進:“代理法理の探求”,日本評論社2013年版,第305页以下。又比如高橋三知雄进一步提出,代理之中,本人的效果意思与代理人的自由意志之表示结合为一个意思表示。参见高橋三知雄:“代理理論の研究”,有斐阁1976年版,第61页。还比如帕夫洛夫斯基(Pawlowski)主张,意定代理之下,代理人是本人的辅助人,原则上受约束于本人的指示;本人并非仅是消极接受代理人所为法律行为之效力,实际本人还通过积极指示或委托对法律行为的内容进行了决策。Vgl. Pawlowski, Allgemeiner Teil des BGB, 7. Aufl., 2003, § 5, Rdn. 671, 775. 弗卢梅(Flume)虽不赞同将代理权授予行为与代理行为统合为一个法律行为,不过他还是认为,只要代理依授权完成,本人也就是行为人。Vgl. Flume, a.a.O., S. 794, 860.

〔42〕 参见高橋・前掲注〔41〕,第6页。

〔43〕 Vgl. Schilken, in: Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2004, Vor § 164ff Rdn. 32; Schramm, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 5. Aufl., 2006, Vor § 164 Rdn. 68.

〔44〕 Vgl. Larenz, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 7. Aufl., 1989, § 31, S. 620f; Flume, a. a. O., S. 859f.

〔45〕 Vgl. Flume, a.a.O., S. 860.

〔46〕 BGHZ 51, 141, 147 = NJW 1969, 925.

权授予行为被撤销或无效,也可直接导致代理行为被撤销或无效。〔47〕

### (五)再议意定代理的本质

我国学者中,王利明教授就认为共同行为说更符合“代理行为的性质”,〔48〕而汪渊智、朱庆育教授似乎认为代理人行为说更可取,一个原因就是本人行为说、共同行为说无法解释法定代理。〔49〕梁慧星、龙卫球、汪渊智等教授甚至认为,我国现行法已经采纳了代理人行为说。〔50〕但如上所见,自米勒—弗莱恩菲尔斯的批判说以来,古典的代理人行为说在德日早已受到了修正。所以笔者认为有必要结合我国现行法的规定,反思意定代理的本质或法律构成,以为代理中的意思瑕疵问题的讨论构建基础。需说明一点,诚如米勒—弗莱恩菲尔斯所言,重逻辑演绎轻价值目的是不可取的。因为一般而言,在解决具体问题之际,需考虑的因素往往不止一个。但是,对某种制度中的问题进行解释之时,无视该制度的本质或构成也是不可能的。〔51〕就代理中的意思瑕疵问题而言,因为是意思表示成立过程中的问题,也即附着于意思表示本身的问题,所以“代理中的意思表示是谁的意思表示”这一当初代理学说的问题设定仍提供了一种重要视角。〔52〕

#### 1. 本人的意思与意定代理的效果归属

《民法总则》第162条规定:“代理人在代理权限内,以被代理人名义实施的民事法律行为,对被代理人发生效力。”又依同法第163条,意定代理权产生自本人的委托。而学理因受德国法上的代理与委任分离理论的影响,将此种委托一般理解为“代理权授予行为”。该行为的固有意义当然在于为代理人创设权限,这种权限可以是特定权限或概括权限,可以是为了本人的利益的权限或为了代理人、第三人的利益的权限,可以是可撤回的权限或不可撤回的权限,可以是有期限的权限或没有期限的权限等等,而这一切又完全是基于本人自己的意思。所以代理权授予行为本身就是本人的一种法律行为,产生特定的法律效果。〔53〕那么它与代理效果归属本人之间又是何种关系?如前所述,古典的代理人行为说一般将代理权授予行为看作代理效果发生的“条件”。的确,代理权授予行为与要约等契约效果发生的“要件”或“要件”的一

〔47〕 Vgl. Larenz, a.a.O., S.609; Medicus, Allgemeiner Teil des BGB, 10. Aufl., 2010, Rdn. 902; Pawlowski, a.a.O., Rdn. 779; Schramm, a.a.O., § 166 Rdn. 59; Beuthien, Zur Theorie der Stellvertretung im Bürgerlichen Recht, Festschrift für Dieter Medicus zum 70. Geburtstag, 1999, S. 17Anm. 45; 於保編·前掲注〔21〕,第41页以下〔浜上〕;佐久間·前掲注〔7〕,第57页以下。

〔48〕 参见王利明:《民法总则研究》,中国人民大学出版社2012年第2版,第666页。

〔49〕 参见汪渊智,见前注〔1〕,第287页;朱庆育,见前注〔1〕,第331—333页。

〔50〕 参见梁慧星,见前注〔1〕,第230页;龙卫球,见前注〔4〕,第571页;汪渊智,见前注〔1〕,第287—288页。

〔51〕 博伊庭(Beuthien)指出,要回答诸如谁有权撤回意思表示、代理人是否必须具备行为能力、在意思表示有瑕疵时,应以谁的意思瑕疵为准等问题,必须首先确立一种清晰的代理理论。Vgl. Beuthien, a.a.O., S. 1.

〔52〕 参见佐久間毅:《代理学説と民法第一〇一条の規律》,冈山大学法学会杂志40卷3=4号,第566页;同氏:“代理の法的構成”,内田貴·大村敦志編:《民法の争点》,有斐阁2007年版,第73页。

〔53〕 Vgl. Müller—Freienfels, a.a.O., S. 201f.

部分是有些不同的。要约中已包含了契约的全部内容,换言之,作出要约时,当事人无例外地已经考虑到了将发生的契约效果。所以契约效果归属作出要约的一方,显然是其意思使然。而本人授予代理权时,未必考虑到最终代理人会带来何种法律效果。比如授予概括代理权的场合,代理行为的内容均由代理人将来自主决定,本人在授予代理权时无法预见具体的法律效果。<sup>[54]</sup>但是,没有考虑到某具体、特定的法律效果,与愿意发生该法律效果之间并不矛盾。当事人愿意发生某法律效果,可能只是因为这种未知的法律效果是他所信任的人带来的。授予概括代理权的场合即如是。因为本人相信经验和知识远胜自己的代理人可以为自己合理评判法律效果,所以不再指手画脚,而是授予了概括代理权。可见本人授权的目的就是欲求未知的法律效果,对特定代理人的信任就是该目的的体现。所以由该目的转化而来的代理权授予的意思表示不仅指向了代理权,同时在一定条件之下也指向了代理效果,这个条件就是代理人为本人积极评判法律效果。实际上,要约与契约效果之间也是如此。发出要约当然不只是为了要约存在之本身,更是为了在一定条件下契约效果的发生。这个条件就是受要约人作出承诺。<sup>[55]</sup>总之,代理效果归属本人仍是本人愿意为之,代理权授予行为与代理行为同属代理效果发生的要件范畴,而非条件。当然,代理效果并非代理权授予行为与代理行为之各自效果的简单相加,因为代理权授予行为所带来的固有的法律效果是代理权,这与代理效果本身是完全不同的。但代理权却是代理效果发生的基础,一种处于组织结构中的前法律效果。在此意义上,代理效果更像是代理权授予行为与代理行为之各自效果的“化学结合”,而非“机械结合”。<sup>[56]</sup>

将“代理权授予行为”矮化为代理效果归属本人的一种“条件”,的确使意定代理与法定代理有了几乎相同的“构造”,从而有助于创设统一的“代理”概念。《民法总则》第162条的存在,似乎表明我国的立法者也认为两种代理具有相同的法律构造。当然意定代理与法定代理之间并非没有共通之处,将两者置于同一概念之下在法技术上也并非不可能。<sup>[57]</sup>但是,如果出于“总则”思维或立法经济上的考虑,也即为了用尽可能少的条文规定更多的与代理相关的事项,而无视法定代理与意定代理在本质上的诸多不同,进行过度的抽象化,则不得不说这正是当今代理法的问题所在。

意定代理的效果发生之基础在于本人的意思,这不仅体现于代理权的授予,也体现在本人对代理权的撤回。不应忘却这样一种正确的观点:只有当代理人代理本人的权利以及他基于此而掌控本人的权利为本人的意思所涵盖时,人们才能容忍代理人享有这一权利,所以本人得自由撤回代理权授予,是意定代理的本质要素。<sup>[58]</sup>也正因为此,在本人死亡或丧失行为能力而无法撤回代理权时,代理权授予行为就无法再保持其效力,意定代理权将不能继续存在。有

[54] Vgl. Müller-Freienfels, a.a.O., S. 205f.

[55] Vgl. Müller-Freienfels, a.a.O., S. 206ff.

[56] Vgl. Müller-Freienfels, a.a.O., S. 204.

[57] Vgl. Flume, a.a.O., S. 792.

[58] Vgl. Flume, a.a.O., S. 845.

人可能会说,这与有关意思表示效力的通常规则不符。众所周知,意思表示成立之后,表意人死亡或丧失行为能力通常不会影响意思表示的效力,代理权授予行为又恰恰是一个意思表示。但不应忘记,代理权授予行为须经由代理行为才能产生代理效果,如同要约须经由承诺才发生契约效果,所以代理权授予行为和要约一样,均只是一种暂时的、过程性的意思表示。就这类意思表示而言,表意人事后的死亡或能力丧失难道不会影响其效力?比如要约人发出要约之后死亡或丧失行为能力的,要约是否还能保持承诺适格的效力,学说上就不乏争议。<sup>[59]</sup>从这个意义上说,《民法通则》第69条和《民法总则》第173条均有商榷的余地。这些规定或者完全将本人死亡、丧失行为能力排除在意定代理终止的事由之外,或者仅含其中之一。

当然,本人与相对人的法律关系的形成最终还是基于代理人的自由意志,也即在代理之中,代理人的确作出了属于代理人自己的意思表示。即便本人已经对法律行为的内容和形式作出详细决策,但代理人仍有决定是否实施这一法律行为的自由。如本人行为说那样将代理人矮化为本人意思的搬运工,是不切实际的。所以即便米勒-弗莱恩菲尔斯也承认,在意定代理中,本人的自我决定权一定程度上受到了限制。<sup>[60]</sup>但这是否因此说代理与私人自治的理念存在根本矛盾?对这一问题,博伊庭(Beuthien)的解决之策是将代理人看做如给付辅助人般的本人之意思的表示辅助人或表示手段,进而将代理人所作的意思表示定性为本人的意思表示。<sup>[61]</sup>但只要博伊庭承认代理人是在“构筑意思表示的内容”,<sup>[62]</sup>那么仅靠这样的论理尚不足以说服人,充其量还只是意思的“拟制”。<sup>[63]</sup>其实米勒-弗莱恩菲尔斯早说过,既然本人通过代理权授予或事后追认对“自我决定受限”予以了认可,那么对实现私人自治或纳入法律行为的体系而言就已足够。<sup>[64]</sup>用伊藤进的话说,即便在“意思表示的效果内容”上存在“他主决定”,但只要“意思表示的效果归属”上是“自主决定”的,那么就仍能说是本人的自我决定、自我规制。<sup>[65]</sup>当然,这里涉及私人自治概念的意义变迁。在创制代理制度以前,各人若要利用他人之行为去形成自己的法律关系,则只能通过间接代理,或将他人当作自己的手足。这是因为彼时的私人自治被限定在这样的意义上,即各人只能依据自己的“直接”意思去形成自己的法律关系。<sup>[66]</sup>而在今日,所谓私人自治,正如斯图瑟(Stüsser)所言,仅是指各人可免受外

[59] 参见王家福主编:《中国民法学·民法债权》,法律出版社1991年版,第296页;崔建远:《合同法总论》(上卷),中国人民大学出版社2008年版,第112页;梁慧星主编:《中国民法典草案建议稿附理由:合同编》(上册),法律出版社2013年版,第45页。

[60] Vgl. Müller-Freienfels, a.a.O., S. 104f.

[61] Vgl. Beuthien, a.a.O., S. 6f.

[62] Vgl. Beuthien, a.a.O., S. 1.

[63] 参见伊藤·前掲注[41] (“代理法理”),第344页。另外朱庆育教授认为博伊庭的观点略显牵强。参见朱庆育,见前注[1],第332页。

[64] Vgl. Müller-Freienfels, a.a.O., S. 106.

[65] 参见伊藤·前掲注[41] (“代理法理”),第345页。

[66] 参见佐久間·前掲注[7],第25页注(20)。另见:Flume, a.a.O., S. 753.

部势力的强制而形成自己的法律关系,并不涉及法律关系形成的具体方法。<sup>[67]</sup>

如果像古典的代理人行为说那样,将代理效果归属本人的根据理解为,代理人有欲使行为的效力归属本人的效果意思,那么才真正会导致与自我决定、私人自治的矛盾。有人可能会认为,因代理人的这一效果意思导致本人的法律关系得以形成,对作为实际行为人的代理人而言,这就是一种——有关效果归属于谁的——自我决定、私人自治。<sup>[68]</sup>但是,对本人而言,如果完全因他人的意思而使自己承受法律上的义务或不利益,那么就是彻底的他主决定。退而言之,私人自治的原理通常是为了强调每个人得依其意思形成自己的生活关系,那么对一个自己的生活关系未受任何影响的人(代理人),仅在自己的行为的效果归属对象这一点上承认私人自治又有什么意义?<sup>[69]</sup>另外,在代理人行为说之下,代理人在行为之际的“显名”往往就被认为是对前述效果意思的表达。<sup>[70]</sup>《民法总则》第162条也规定了代理时须“以被代理人名义”。但实际上,“显名”的意义只是在于确定法律关系的当事人,以保护相对人的利益,<sup>[71]</sup>或者说是为防止代理人事后投机,即视行为结果好坏而主张法律关系的当事人是谁,以维系代理制度的信用。<sup>[72]</sup>当然,代理人在显名时确实表达了一种意思,即其是为他人,而非自己缔结法律行为,也即所谓的“代理意思”,但代理意思并非行为效果归属何人的效果意思。

## 2. 本人的意思与代理行为的内容形成

拉伦茨(Larenz)反对统一要件理论的原因,是拉伦茨认为本人在授予代理权时不可能考虑到之后代理行为的内容。<sup>[73]</sup>这一认识略显片面。尽管如上所述,本人授予代理权时的意思往往指向“未知”的代理效果,但也并非总是如此。关于这一点,不妨看一下持共同行为说的米特艾斯的论述。他认为,本人与代理人的意思结合有三种形态。一种形态是本人完全不持具体意思,而代理人具有相当明确的意思。另一种形态是本人具有相当明确的意思,而代理人完全不持具体意思,只是进行了表示。在这两种形态之间,又存在着无数没有严格边界的中间形态,<sup>[74]</sup>可以是“延伸型意思分割”(extensiv Willensteilung),也可以是“集中型意思分割”(intensiv Willensteilung)等。所谓延伸型意思分割,即法律行为的一部分基于本人的意思形成,另一部分基于代理人的意思形成,比如本人确定买卖之标的物,代理人确定价格。所谓集中型意思分割,比如本人向代理人指示了欲购之标的物 and 价格,但代理人有权决定是否将本人

[67] Vgl. Stüsser, Die Anfechtung der Vollmacht nach bürgerlichem Recht und Handsrecht, 1986, § 3, S. 39.

[68] 汪渊智教授就持类似的观点。参见汪渊智,见前注[1],第287页。域外也不乏持类似观点的学者,比如於保編·前掲注[21],第5页〔於保不二雄〕。

[69] 参见佐久間·前掲注[7],第16页。

[70] 参见於保編·前掲注[21],第6页〔於保〕。

[71] Vgl. Flume, a.a.O., S. 763. 我国学者也多从之,比如朱庆育,见前注[1],第335页;汪渊智,见前注[1],第180页。

[72] 参见於保ほか編·前掲注[41],第18页以下〔佐久間〕。

[73] Vgl. Larenz, a.a.O., S. 620.

[74] Vgl. Mitteis, a.a.O., S. 112.

的这一意思进行表示,或者本人就所购之标的物安排了数个备选,代理人有权从中进行选择。<sup>[75]</sup>米特艾斯说的头一种形态,就是概括代理权之授予。诚如米特艾斯自己所言,这种形态下,本人在代理权授予行为之中表明了这样的意思,即本人基于代理权的授予使法律效力就自己而发生,不过对法律行为的内容形成而言,本人自身尚没有施加特别影响。<sup>[76]</sup>而米特艾斯说的后一种形态中,本人对代理人的行为的内容有着绝对的影响,不过因为米特艾斯将使者视为代理之一种,所以这里说的实际是使者传达本人的意思表示。<sup>[77]</sup>鉴于此,有学者认为不妨将此形态替换为:本人对法律行为的内容和形式作出了详细的决策,代理人则有是否最终缔结该法律行为的自由,也即米特艾斯所谓的集中型意思分割中的一种情形。<sup>[78]</sup>特别代理权之授予即如是。

无论如何,米特艾斯的见解已经充分显示了,本人的意思不仅决定了代理行为的效果归属,同时对代理行为的内容形成也有不同程度的影响。从概括委托,经由无数的中间形态,再到特别委托,本人的意思与代理行为的内容形成之间的联系也由疏到密。其实拉伦茨自己也承认,在授予特别代理权的场合下,本人可能考虑到具体代理行为的内容。<sup>[79]</sup>另外实际上,本人是否考虑到了代理行为的内容,也并非统一要件理论所关心的。正如佐久间毅所言,统一要件理论只是强调了代理效果的要件始于本人,代理人再通过其独立的意思决定,也即代理行为,将要件进一步延展、完成。至于本人的意思具体及于何处,代理人的意思具体又从何处开始,统一要件理论并没予以一般性的定义,也没有必要定义。只要通过确定每个代理权的范围,自然就会清楚。<sup>[80]</sup>

### 3.代理权授予行为与代理行为的内在联系

无论本人在代理权授予时的意思对代理效果的归属和内容形成有多大影响,仅有代理权授予行为是不可能引起代理效果的。在代理权授予的基础上,还需通过具体的代理行为,才能最终引起归属本人的代理效果。代理权授予行为和代理行为的关系,如同手段之于目的。正如前文所述,代理权授予行为实际指向着最终的代理效果;由他人给本人带来一定的法律效果,始终是本人的目的所在。代理权授予行为正是实现该目的的手段。用弗卢梅的话说,代理权授予行为确实能产生独立的法律效果,“但该法律效果本身不具有任何意义,它因代理行为而具有意义”。<sup>[81]</sup>所以代理权授予行为与代理行为绝非两个孤立的行为,而是本来就有着紧密的内在联系。

也因此有关代理权授予行为的法律适用上,应结合具体的代理行为进行考察,才可使结论更符合现实的利益状况。比如代理权授予行为是否为纯获利益的行为,应依据代理行为的

[75] Vgl. *Mitteis*, a.a.O., S. 121.

[76] Vgl. *Mitteis*, a.a.O., S. 113 Anm.123.

[77] Vgl. *Mitteis*, a.a.O., S. 131.

[78] 参见佐久间·前掲注[52]《民法第一〇一条の規律》,第558页。

[79] Vgl. *Larenz*, a.a.O., S. 620.

[80] 参见佐久间毅:《任意代理の法理》,冈山大学法学会杂志39卷4号,第164页。

[81] Vgl. *Flume*, a.a.O., S. 860.

内容而定。所以未成年人为接受赠与以授予代理权时,该代理权授予行为应为绝对有效。又比如代理权授予时的意思瑕疵是否应受关注,也应结合代理行为进行具体考察。关于这一点,容后文详述。

#### 4.小结:一个统合的法律行为

综上,代理行为虽为代理人一人之独立意思表示,但意定代理在本质上并非代理人一人的行为,而是本人与代理人的共同参与。在意定代理之中,代理行为的效果之所以归属本人,还是因为本人有愿意承受该效果的意思。这种意思包含在代理权授予行为之中。而在诸如本人对代理人的行为作出具体指示的场合,代理权授予时的意思决定还会影响代理行为的形成。另一方面,也是因为代理行为,代理权授予行为才具有了实质意义。就代理效果的发生而言,两个行为均不可缺少,且密不可分。那么是否因此可以像要约与承诺那样,将代理权授予行为与代理行为统合为一个法律行为呢?或许有人会说,代理权授予行为既然已经是一个产生特定法律效果的法律行为,又如何可能是产生另一种完全不同的法律效果的法律行为的组成部分。如果认为法律行为的效果只能是法律行为的各组成部分的效果的简单相加,那么确实只有要约、承诺这样的意思表示才能统合为一个法律行为。并且要约、承诺也只能是法律行为的组成部分,而无法成为独立的法律行为。毕竟要约本身并无特定的法律效果,其目标是且只是最终的契约效果;所谓的“拘束效力”,也更多是基于法律的规定,而非要约人的意思。<sup>〔82〕</sup>但是,法律行为的效果为何不可以是像代理权授予行为与代理行为那样的各自效果的“化学结合”,而必须是“机械结合”?况且指向代理权的代理权授予行为必然也指向最终的代理效果。代理权授予行为完全可以既是一种法律行为,同时也是另一种法律行为的组成部分。此外,如果代理效果的发生仍属于私法的范畴,那么代理效果的发生就应基于法律行为这一要件,同时鉴于法律行为的特征是当事人在自己主导与形成之下,自由规制“自己”的法律关系,那么应当说,旨在决定他人事务的代理行为本身尚不属于法律行为,代理行为只有被置于本人的意思决定也即代理权授予的框架内,才能为私法所接受。<sup>〔83〕</sup>从这个意义上来说,将代理权授予行为与代理行为统合为一个法律行为,不仅可能而且必要。<sup>〔84〕</sup>

### 三、处理本人之意思瑕疵的一般规则

看来代理人行为说未必准确诠释了意定代理的本质。所以是否可以像——以代理人行为

〔82〕 蒂勒的代理理论虽然在很多方面承袭了米勒—弗莱恩菲尔斯的观点,但对于是否可以将代理权授予行为与代理行为统合为一个法律行为,仍有保留。Vgl. Thiele, a.a.O., S. 253ff, 262; MünchKomm/Thiele, Vor § 164 Rdn. 67.

〔83〕 Vgl. Müller—Freienfels, a.a.O., S. 211.

〔84〕 蒂勒则认为,“法律行为”有基本概念(Grundbegriff)和技术性概念(technischer Begriff)之分,前者确以自己规则自己的法律关系为特征,而后者仅指一种旨在形成法律关系的私人行为,所以代理行为可以是这种技术性概念意义上的法律行为。Vgl. Thiele, a.a.O., S. 82ff., 243; MünchKomm/Thiele, Vor § 164 Rdn. 67.

说为前提的——《德国民法典》第166条、《日本民法典》第101条那样,认为仅代理人的意思瑕疵影响代理行为的效力,也就有了疑问。

(一)不仅影响代理权授予行为,而且影响代理行为

如上所述,人们之所以认为只有代理人的意思瑕疵才能影响代理行为的效力,是因为觉得代理效果的归属与内容形成,均取决于代理人一人的行为或意思。但实际上,代理人所缔结的法律行为的效果之所以归属本人,还在于本人自己的意思,同时该法律行为的具体内容的形成,有时也可归因于本人的意思。也即本人通过代理人缔结法律行为与本人亲自缔结法律行为有时并无那么大的差别。所以,基于相同事物相同对待的原则,对于本人在代理权授予时的意思瑕疵,还是可能适用《民法总则》第146条以下各规定,认定代理人所缔结的法律行为无效或可撤销。相反,如果仅考虑代理人有无意思瑕疵,而不考虑本人的意思瑕疵,则可能造成,本人因为利用代理人与相对人缔结法律行为,而使自己处在了——相较于亲自缔结法律行为的场合——更为不利的地位。

比如[案例1][案例2]就是如此。这两个案例中,本人在代理权授予时的意思决定对之后的法律行为的内容形成有重大影响,相应地,本人的表示错误被原封不动“复制”到了代理行为上。这与本人亲自出售房屋时错说成250万,或亲自购买房屋时将房屋甲错当成乙,并无本质区别。如果后一情形下,本人可以撤销买卖,而前一情形下,仅因代理人并未发生错误,本人就不能撤销买卖,则意味着代理交易、劳动分工给本人带来了额外的不利益。

[案例3]与相对人欺诈本人使其直接与该相对人缔结契约的场合也无本质区别。对本人而言,代理权授予行为不过是手段,目的还是为获得代理行为所生之结果——与相对人形成法律关系。对实施欺诈的相对人而言,其最终目的也不是为了让本人授予代理权,而是与本人形成法律关系。所以允许本人以授权时受到欺诈为由撤销买卖,才最符合该类案件的利益状况。如果将代理行为与代理权授予行为看作两个孤立的行为,那么因为代理人不知情,按照《民法总则》第149条,即受第三人欺诈的规定,所以本人不能撤销代理权授予行为;又因为代理人自身未受欺诈,所以本人也不能撤销代理行为。但相对人主张买卖对本人有效,也显然为诚实信用原则所不容。<sup>[85]</sup>既然这样,何不直接允许本人以授权时受到欺诈为由撤销买卖?

还比如[案例4]A为骗取购房贷款,与C约定通过代理人假意从C处购入房屋甲。后A全权委托不知情的B具体操办此事,包括缔结契约,B最终按照自己认为合适的价格与C缔结了购房契约。

在该案中,虽然代理人自身没有作出任何虚伪表示,但仍可以适用《民法总则》第146条,认定买卖无效。代理行为毕竟是为本人与相对人创设法律关系,既然这两方约定该法律关系不生效力,就无需再考虑代理人是否意图虚伪表示了。

或许有人会说,要救济本人的意思瑕疵,只需允许其撤销代理权授予行为即可,何必还允许其否定代理行为的效力。但是,既然代理权授予行为与代理行为可以被理解成一个统合的法律行为,那么当本人以代理权授予时的意思瑕疵为由否定代理权授予行为的效力时,就会使

[85] 参见佐久间·前掲注〔7〕,第64页。



得包括代理行为在内的整个法律行为溯及无效。<sup>〔86〕</sup>事实上,依据《民法总则》第146条以下之诸规定,发生意思瑕疵的表意人所撤销或宣告无效的,本就是“法律行为”,而不仅是法律行为的组成部分。所以就我国的法律而言,本人更可以依据代理权授予时的意思瑕疵,直接撤销包括代理行为在内的整个法律行为,或宣告该法律行为无效。

退而言之,如果仅撤销代理权授予行为,使得代理行为成为无权代理,本人尚可能因为表见代理之成立而受代理人所缔结之法律行为的约束。这仍将使本人的地位劣于其亲自缔结法律行为的场合。即便不成立表见代理,仍可能产生本文开头所提出的问题:代理人作为无权代理人须向相对人承担履行责任,但既然是本人的原因造成了代理权的欠缺,为何要让代理人代为受过?对此有些德国学者尝试构建这样的规则,即在代理行为实施后,如果本人以授权意思瑕疵撤销代理权授予行为,那么代理行为的相对人可以向本人,而非向代理人请求信赖利益的损害赔偿。<sup>〔87〕</sup>甚至本人在撤销代理权授予行为时,就应以代理交易的相对人为对象,而非代理人。<sup>〔88〕</sup>这样的规则固然可以平衡代理人、本人及相对人的利益,但只要认为代理权授予行为与代理行为仍是两个独立的法律行为,本人所撤销的也仅是代理权授予行为,那么这种规则在逻辑上难免显得牵强。其实,如果认识到本人可以代理权授予行为中的意思瑕疵为由撤销包括代理行为在内的整个法律行为,那么撤销的相对人当然是代理行为的相对人,同时本人也当然有向该相对人进行信赖利益赔偿的余地。<sup>〔89〕</sup>

## (二)相对人的可保护性?

或许有人会说,如果在代理行为实施之后,本人除了可以主张代理人的意思瑕疵外,还可以主张自己在代理权授予时的意思瑕疵,那么就等于多给本人一个理由来摆脱对己不利的代理行为,也即通过委托代理人,本人让自己处在了比其亲自缔结契约更为有利的地位,相对人则必须面临代理人的意思瑕疵和本人的意思瑕疵这双重风险。<sup>〔90〕</sup>

这样的疑虑并非没有道理。但因此说本人的意思瑕疵无需受关注,恐怕为时尚早。因为在意思瑕疵的问题上,现行法已经确立了这样的标准,即优先救济意思瑕疵。比如表意人因错误作出意思表示的场合,《民法总则》第147条明确规定表意人有撤销权。表意人行使该撤销权的,当然可能对相对人及交易造成损害。但《民法总则》所做的,仅是严格撤销权的行使条件(比如错误的范围,撤销权的短期行使期限等)以及规定表意人的过错赔偿责任。从这个意义来说现行法在一定程度上就是以牺牲交易来救济意思瑕疵,以充分实现自我决定。所以,当代理效果确与本人的意思相悖时,即便允许本人主张自己的意思瑕疵,也并不当然意味着代理交

〔86〕 Vgl. Müller-Freienfels, a.a.O., S. 404.

〔87〕 Vgl. Larenz, a.a.O., S. 622; Flume, a.a.O., S. 873.

〔88〕 Vgl. Flume, a.a.O., S. 870.

〔89〕 Vgl. Müller-Freienfels, a.a.O., S. 404.

〔90〕 Vgl. Eujen/Frank, Anfechtung der Bevollmächtigung nach Abschluß des Vertretergeschäfts, JZ 1973, 235.

易中的本人处于特别有利的地位或相对人处于特别不利的地位。<sup>[91]</sup>

或许有人会说,现行法中有关意思瑕疵的规定是针对一方或双方当事人参与的法律行为,而代理是三方当事人参与的法律行为,所以有修正的必要。有日本学者就认为,本人虽然可以意思瑕疵为由向代理人主张代理权授予行为无效,但不得以这一效果对抗代理行为的相对人,因为《日本民法典》规定了诸如虚伪表示无效不得对抗善意第三人、受欺诈的意思表示的撤销不得对抗善意第三人等,对此可类推适用。<sup>[92]</sup>我国《民法总则》的草案也有类似规定,且不得对抗善意第三人的情形更加广泛,涉及虚伪表示、重大误解、受欺诈、显失公平等。但是,最终《民法总则》并未采纳这些规定,意思表示无效或撤销不得对抗善意第三人的法理遂未成为现行法中的一般规定。既然如此,至少在我国,恐怕尚无法类推上述法理而说代理权授予时的意思瑕疵无需受关注。

或许还有人会说,如果代理行为实施后,本人还可以主张代理权授予时的意思瑕疵,那么将引起与适用表见代理之间的不均衡问题。在表见代理的场合下,本人连授予代理权的意思都没有,法律出于保护相对人的目的,尚令本人承担履行责任,所以在本人有代理权授予的意思,仅是该意思存在瑕疵的时候,更有承担履行责任的余地。<sup>[93]</sup>何况在本人自始没有授予代理权的场合下,相对人尚可通过向本人核实确认行为人有无代理权来保护自己,而本人授予代理权时发生意思瑕疵的场合下,连本人自己可能都未意识到意思瑕疵,相对人就更无可能通过向本人确认核实有无意思瑕疵来保护自己。在这个意义上,后一场合下的相对人似更应受到保护。<sup>[94]</sup>但有疑问的是,适用表见代理之际,是否当然排除适用《民法总则》中有关意思瑕疵的规定?笔者就曾撰文认为,表见代理在保护相对人的同时,也应受制于现行法的评价体系。<sup>[95]</sup>所以,不能从表见代理适用的角度去拷问本人在代理行为之后是否仍可以主张代理权授予时的意思瑕疵,而是应先拷问意思瑕疵的规定可否适用于表见代理。<sup>[96]</sup>

相对人并非无需受保护,只是应在现行的法秩序之下对相对人加以保护。正如后文第五部分所述,鉴于代理权授予行为与代理行为的关联性,以及现行法中的某些固有标准,并非所

[91] 另外,如果认为本人主张自己的意思瑕疵,只是撤销代理权授予行为,从而将已实施的代理行为变为无权代理,那么正如舒瓦策(Schwarzer)所言,这看似给本人以优待,但实际是代理法的构造引发的逻辑结果。因为从有关无权代理的规定来看,代理权欠缺的风险——无论是由代理人超越授权范围引发的,还是因本人以意思瑕疵为由撤销代理权授予行为而起的——原则上本就应由相对人,而不是本人来承担。代理中的显名原则也使得相对人可以知道其是与谁交易,并且总是预见得到代理权欠缺的风险。Vgl. Schwarzer, Die Anfechtung der ausgeübten (Inner-) Vollmacht—Ein Lehrstück über konstruktion und Wertung, JZ 2004, 590.

[92] 比如辻正美:“民法総則”,成文堂1999年版,第287页。

[93] 类似的观点: Eujen/Frank, a. a. O., 236f; Brox, Die Anfechtung bei der Stellvertretung, JA 1980, 451; Brox/Walk, Allgemeiner Teil des BGB, 41. Aufl., 2017, § 25, Rdn. 574.

[94] Vgl. Schwarzer, a. a. O., 590.

[95] 参见王浩:“表见代理中的本人可归责性问题研究”,《华东政法大学学报》2014年第3期,第106—116页。

[96] 类似的观点: Schwarzer, a. a. O., 591.

有的意思瑕疵都需受到这样的关注。也正是在此程度上,相对人得到了应有的保护。

### (三)本人的可归责性?

或许有人会认为,从谁对风险更具有可归责性的角度来看,将本人的意思瑕疵的风险——通过允许本人撤销代理权授予行为乃至代理人所缔结之法律行为——分配给相对人也是不公平的。因为很多时候,相对人并无可能认识、影响本人与代理人之间的法律关系,而本人比起相对人又显然能更好地支配自己的意思瑕疵。同时本人因劳动分工而受益,受益之人当然应该承受相应的风险。<sup>[97]</sup>

基于风险支配的可能性来归责是近来流行的。但是,法律行为领域的风险归责的具体形式既可以是承担履行责任,也可以是承担信赖利益的赔偿责任。所以即便本人比起相对人可以更好地支配意思瑕疵的风险,也不能断定本人的意思瑕疵无需关注、本人应向相对人承担履行责任。让本人撤销代理权授予行为乃至代理行为之后向相对人承担信赖利益的赔偿责任,也不失为一种可以考虑的风险分配形式。关键要看现行的法秩序对于类似这样的风险采用了何种分配形式,甚至还有必要先考虑一下,现行的法秩序是否真的会基于风险归责等理论去分配这样的风险。

从我国的情况来看,对于如何分配意思瑕疵这种特殊的风险,现行法已经有了明确的标准。比如因重大误解作出意思表示的场合下,根据现行法的规定,表意人可以撤销意思表示,从而将意思瑕疵的风险转嫁给相对人。在这里,立法者并没有首先考虑表意人和相对人谁可以更好地支配意思瑕疵的风险,决定评价的还是自我决定原理。此外根据《民法总则》第157条,撤销意思表示的表意人可能需向相对人承担赔偿责任,不过这是以表意人存在过错为前提的。此处考虑的是基于过失的归责,而非基于风险支配可能性的归责,尽管法政策上完全可以因表意人能更好支配风险为由规定其应向相对人承担无过错责任。<sup>[98]</sup>

另外,基于劳动分工的受益性进行归责,即所谓的报偿责任原理,原本只是用以说明履行辅助人的责任之类的规则。将这一原理适用于代理权授予也即意思形成过程中的瑕疵问题,多少欠缺说服力。<sup>[99]</sup>既然是意思形成过程中的瑕疵问题,所以首先还是应当适用现行法中有关这一问题的规定,也即《民法总则》第146条以下之各规定。

## 四、无需关注的意思瑕疵

如上所述,在现行法之下,尚无理由认为本人的意思瑕疵不应受到关注。不过,这并非指对本人的意思瑕疵与代理人的意思瑕疵始终应受到同等的关注。法律行为毕竟是通过代理人

[97] Vgl. *Eujen/Frank*, a.a.O., 234.

[98] 比如《德国民法典》第122条就是一个例子。该条第1款规定:“意思表示依第118条无效或依第119、120条撤销的,如果该意思表示须以他人为相对人而做出,则表意人必须向相对人,在其他情形下,向任何第三人,赔偿该相对人或第三人因信赖该意思表示有效而遭受的损害,但不超过该相对人或第三人就该意思表示之有效所拥有的利益的数额。”

[99] Vgl. *Peterson*, *Die Anfechtung der ausgeübten innenvollmacht*, AcP 201(2001), 377f.

的意思决定才得以发生,所以代理人的意思瑕疵通常都应受到关注,而本人在代理权授予时的意思瑕疵何时应受关注,还需根据具体的利益状况进行判断。

### (一)本人的意思瑕疵对代理行为无影响的场合

从前文第三部分之(一)的讨论可以发现,本人在代理权授予时的意思瑕疵尽管可以导致代理权授予行为乃至包括代理行为在内的整个法律行为的效力被否定,但这均发生在意思瑕疵对代理行为有影响的场合。当本人的意思瑕疵对代理行为并无影响时,该意思瑕疵是否还需受关注,是有疑问的。比如:

[案例5]本人原本想授予5万元额度内的购货的代理权,结果错误授予了50万元额度内的购货的代理权,而最后代理人实际购入了3万元的货物。

在这一案例中,代理权授予时的表示错误已被之后的代理行为治愈,未反映到代理人所缔结的契约上。代理权授予行为毕竟只是本人缔结法律关系的手段,本人的最终目的是要创设与相对人之间的法律关系,既然与相对人的法律关系如愿实现,那么就没有必要允许本人借口表示错误去否定“手段”的效力,包括代理行为在内的整个法律行为的效力当然也不受影响。总之,只要代理权授予时的错误等意思瑕疵对代理行为并未造成影响,就无需受到法律的关注。<sup>[100]</sup> 否则本人通过代理人与相对人缔结法律行为,相比本人直接与相对人缔结法律行为,更能让本人处于有利的地位。代理、劳动分工既不能给本人带来额外的不利益,也不能给本人带来额外的利益。

[案例6]A委托B购买房屋甲,授予了B代理权,但实际上,A想买的是房屋乙,只是将房屋甲错当成房屋乙。不过,后B以A的名义购买房屋甲时,又将房屋乙错当成房屋甲,最终购买了房屋乙。

如果像古典的代理人行为说那样,割裂代理权授予行为与代理行为之间的联系,机械地将两者视为各自独立的行为,则可能以为本人在这一案例中既可以自己的错误撤销代理权授予行为,又可以代理人的错误撤销代理行为。但如上所述,代理权授予时的表示错误实际未反映到最终代理人所缔结之契约上,所以本人并不能撤销代理权授予行为。同时,尽管代理人存在

[100] 不少德国学者都认为,当本人的意思瑕疵对代理行为有重要性或影响时,本人才可以撤销代理权授予行为。Vgl. Müller-Freienfels, a.a.O., S. 404; Flume, a.a.O., S. 870 Anm.31; Stüsser, a.a.O., S. 85f; Waldeyer, Vertrauenshaftung kraft Anscheinsvollmacht bei anfechtbarer und nichtiger Bevollmächtigung, 1969, S. 11f. 此外,优简/弗兰克(Eujen/Frank)、布洛克斯(Brox)等虽然认为代理行为实施后,本人不能再以代理权授予时的意思瑕疵来撤销代理权授予行为,但仍认为,如果代理权授予时的意思瑕疵影响或“渗透”(durchschlagen)至代理行为的,那么本人可以直接撤销“代理行为”。比如本人在授权代理人缔结特定的法律行为时发生了表示错误,当代理人根据本人的指示缔结契约时,这种错误又“没有削弱”(ungebrochen)地延续到了代理行为上的,该表示错误就可使得该契约被撤销。Vgl. Eujen/Frank, a.a.O., 235; Brox, JA 1980, 451f; Brox/Walk, a.a.O., § 25, Rdn. 574a; Prölss, a.a.O., 583. 另外,佩特森(Peterson)提出了“瑕疵同一性”(Fehleridentität)标准,也即当本人授权时的意思瑕疵之后又被再度反映或复制到代理行为上时,本人可以依据这种意思瑕疵撤销代理权授予行为及代理行为。Vgl. Peterson, a.a.O., 380ff.

错误,但因为最终的结果并未背离本人的意思,所以也不应允许本人以代理人的错误为由撤销代理行为。

## (二)有关代理人适格的认识错误

更有疑问的是诸如这样的情形:

[案例7]A误以为B具有纺织品领域的专业知识,于是雇佣B并委托其采购男士外衣。之后B以A的名义与供货商C缔结了100件西服的买卖合同,但事后证明这次交易并不划算。

这种情形下,本人在授权时对代理人是否适格——包括代理人是否曾经有过犯罪或背信弃义的行为,是否有专业知识等——存在认识错误。这种错误是否值得关注?笔者认为,在这一问题上,要考虑的与其说是错误是否对代理行为有影响,<sup>[101]</sup>不如说是关于适格性的错误本身是否属于错误撤销制度应予关注的“错误”。

依据我国《民法总则》的规定,只有重大的误解才能成为撤销法律行为的事由。而误解是否重大,首先取决于该误解与法律行为之间是否具有因果性。也即如果表意人不发生此种误解,就不会缔结该法律行为的,则应认为此种误解具有重大性。<sup>[102]</sup>依这一标准,如果本人知道代理人不具有适格性,仍会授权其从事代理行为的,那么这种错误认识显然不是重大误解。<sup>[103]</sup>如果本人知道代理人不具有适格性,就会委托其他有专业知识的人去采购或亲自去采购的,也不当然构成重大误解。因为代理人所缔结的契约往往并未脱离本人的通常的业务范围,或虽然结果上不利于本人,但契约本身往往仍契合于市场原则,换言之,即便是其他代理人或本人自己去从事交易,仍完全可能缔结类似的契约。从这一角度看,有关适格性的错误仍难谓重大误解。<sup>[104]</sup>实际上,当本人亲自缔结法律行为时,本人可否以对自己的适格性的认识错误为由撤销该法律行为,就不无疑问。比如本人自认为其非常了解纺织品贸易,于是以较高的价格缔结了一份100件西服买卖合同,因事后看来很不划算,于是想主张对自己的适格性的认识错误。如果这很难被认同,那么本人委托代理人缔结同样的契约时,自然也不应允许以对

[101] 比如弗卢梅、瓦尔德雅(Waldeyer)、斯图瑟虽都认为只有对代理行为有重要意义的,或对代理行为有影响的“错误”才有考虑的余地,但在有关代理人的适格性的认识错误问题上,三人的看法不尽相同。弗卢梅认为从代理行为而非授权行为本身来看,有关代理人的属性的认识错误原则上无需关注。Vgl. Flume, a. a. O., S. 870 Anm. 31. 而瓦尔德雅则认为代理人既然可以依据代理权让本人承担义务,那么极其重要的就是,代理人必须是值得信赖的人,因此有关代理人的适格性的错误应受关注。Vgl. Waldeyer, a. a. O., S. 27f. 斯图瑟的立场或处于前两者之间。他认为,授权的本人不可能在不考虑代理人的人格的情况下,就表示自己甘愿受代理人的行为的约束,所以代理人的适格性对于代理权的授予无疑具有决定意义,不过最终还需根据交易习惯,视其对于具体代理行为是否重要而定。Vgl. Stüsser, a. a. O., S. 56ff., 60, 85.

[102] 参见李适时主编:《中华人民共和国民法总则释义》,法律出版社2017年版,第458页。近来的学说多有强调此点者,朱庆育,见前注[1],第276页;李宇:《民法总则要义》,法律出版社2017年版,第544页。

[103] Vgl. Schwarzer, a. a. O., 593.

[104] Vgl. Schwarzer, a. a. O., 593.

代理人的适格性的认识错误为由撤销契约。<sup>[105]</sup>

此外,为避免与代理权滥用的法理发生冲突,似也应认为代理人的适格性的认识错误不值得关注。通常认为代理权滥用是有关代理,也即原则上本人要承受代理人滥用代理权的风险。<sup>[106]</sup>而代理权滥用的案件中,本人往往对代理人是否可靠产生了误判;可靠与否几乎在所有场合下都可以被认为是代理人的适格性的一个方面。如果有关代理人的适格性的认识错误需要关注,则必将导致代理权滥用法理失效。<sup>[107]</sup>

### (三)现行法规定交易保护优先的场合

现行法对“重大误解”的限定,目的就在于平衡自我决定与交易保护。出于同样的考虑,对于其他一些意思瑕疵,现行法也会例外限制表意人的撤销权。《民法总则》第149条就规定,第三人实施欺诈,使一方在违背真实意思的情况下实施的民事法律行为,若对方不知道也不应当知道欺诈的,则受欺诈的一方无权撤销该行为。于是,比如:

[案例8]A受到D的欺诈之后授予了B购买C的货物的代理权,后B以A的名义从C处购买了该货物。

如果C并不知情也不应当知情,那么A的意思瑕疵就无需受关注,A不能撤销代理权授予行为,当然也不能否定代理行为的效力。需注意,只要相对人知情或应当知情,本人就可以撤销代理权授予行为乃至包括代理行为在内的整个法律行为。至于代理人是否知情或应当知情,并无影响。此处依然不能将代理权授予行为与代理行为看作两个孤立的行为,误将代理人视为《民法总则》第149条所谓的相对人。代理权授予行为与代理行为是一个统合的法律行为,代理交易的相对人才是第149条所称之相对人。毕竟代理权授予行为只是本人与相对人创设法律关系的手段,如果仅因作为中介的代理人不知情,本人就不能向恶意或有过失的相对人主张受欺诈,那么第149条的规范目的就将完全落空。该条所要保护的相对人只是那些对于因欺诈所引发的意思表示的有效性具有自身利益的相对人,而代理权授予行为往往都只为本人的利益,无关代理人的利益。<sup>[108]</sup>

与受第三人欺诈相对的是受第三人胁迫。《民法总则》规定无论是出自相对人还是第三人的胁迫,受胁迫方均可以撤销法律行为。所以本人受第三人胁迫而授予代理权,且代理人实施了代理行为的情形下,无论相对人是否知情,本人均可以主张受胁迫而撤销代理权授予行为乃

[105] Vgl. Kindl, *Rechtsscheintatbestände und ihre rückwirkende Beseitigung*, 1999, § 3, S. 48. 布洛克斯也认为,代理权授予时的错误是否应被关注,应当视本人亲自缔结契约之时,假设本人也发生了同种错误,是否还享有撤销权而定。根据《德国民法典》第119条,应关注的错误只有表示错误以及对交易有重要意义的性质错误,所以授权行为中的表示错误以及对代理行为中的效果意思之形成有重要意义的有关标的物的性质或交易相对人的属性的错误应予关注,而本人有关代理人的适格性的错误是代理特有的一种错误,不能以此为由赋予其撤销权。Vgl. Brox, *JA* 1980, 452.

[106] 参见朱庆育,见前注[1],第351页;汪渊智,见前注[1],第237页。

[107] Vgl. Kindl, a.a.O., S. 48.

[108] Vgl. Müller-Freienfels, a.a.O., S. 407. 当然,如果本人是为了代理人的利益而授予代理权的,那么当相对人欺诈本人或第三人欺诈本人致本人授予代理权的情形下,本人可否主张受欺诈,代理人是否知情或应当知情就具有了重要意义。Vgl. Müller-Freienfels, a.a.O., S. 407. Flume, a.a.O., S. 872.

至包括代理行为在内的整个法律行为。

## 五、结 论

本文试图回答这样一个问题,即在代理之中,民法所标榜的自我决定原理是如何实现的。意定代理的功能在于扩张私人自治,这众所周知。然而代理人在代理时的自由意思决定,往往让人以为意定代理的本质是代理人一方的具有“他人效”的行为。事实上,意定代理的效果归属根据仍在于本人自身的意思,代理行为的内容形成有时也与本人的意思密不可分。意定代理在本质上就是本人与代理人的共同参与。相应地,代理权授予行为与代理行为应如要约与承诺那样被统合为一个法律行为,由此生发出归属于本人的代理效果,从而完全纳入私法的体系。所以当本人在代理权授予时存在意思瑕疵时,可以依据《民法总则》第146条以下各规定,直接撤销包括代理行为在内的整个法律行为,或宣告该法律行为无效。或许人们会以保护交易或风险归责为由,否定本人的意思瑕疵的可关注性,然而这并非现行法的立场。在信赖保护与意思自治的取舍问题上,现行法已形成一套看似均衡的评价体系。忽视这一体系去讨论价值之取舍,充其量也只是个人的价值判断而已。<sup>[109]</sup>当然,代理权授予时的意思瑕疵对代理行为无影响时,自不应受到关注。此外现行法出于保护交易,对应受关注的意思瑕疵也已有限定。在此意义上,代理交易的相对人并非没有得到任何保护。

---

**Abstract:** How to give expression to the principle of self-determination proposed by the Civil Law in agency? The free decision of agent in agency tends to be understood to mean that the essence of entrusted agency is the act of the agent with “Fremdwirkung”. But in fact, entrusted agency is essentially the mutual participation of principal and agent. Accordingly, agent’s act of agency and the conferment of authority should be integrated into one legal transaction which leads to agency effects. Therefore, when there is the absence of intent in principal’s grantaction, according to Article 146 in the General Part of Civil Law, the entire legal transaction including the agent’s act of agency can be annulled or declared void.

**Key Words:** Absence of Intent; Conferment of Authority; Agent’s Act of Agency; Private Autonomy

---

(学术编辑:贺 剑)

(技术编辑:林昱睿)

---

[109] 笔者认为,在表见代理、无权代理人责任等问题上,同样应注意意思表示法上有关信赖保护和履行责任问题的固有评价标准。参见王浩,见前注[95],第106—116页;王浩:“论无权代理人的责任”,《华东政法大学学报》2017年第6期,第85—88页。