

DOI: 10.13451/j.cnki.shanxi.univ(phil.soc.).2015.06.016

论代理权的授予行为

汪渊智

(山西大学 法学院,山西 太原 030006)

摘要: 代理权的授予属于有相对人的单方法律行为,包括内部授权与外部授权两种。代理权的授予,既可以是明示的,也可以是默示的,并且无需与代理实施的法律行为的形式相同。授权意思表示的瑕疵不同,所产生的法律效力也各有差异。代理权是否有效授予取决于原因行为的效力,原因行为无效时,代理权也随之消灭。授予代理权的行为不产生债的效果,因而在立法上无需规定于债法中。

关键词: 代理权; 授权行为; 授权意思表示; 授权行为的无因性

中图分类号: D913 **文献标识码:** A **文章编号:** 1000-5935(2015)06-0118-07

意定代理权,在代理与委托混同的国家(如英美、法国等),是通过本人与受托人之间的委托合同(或代理合同)当然产生的,但在区分代理与委托的国家(如德国),则是通过本人独立于基础法律关系的授权行为而产生的。我国的现行立法与学说虽然区分了代理与委托,但对于代理权的授予行为并未给予足够的重视,诸如授权行为的性质、授权行为的形式、授权意思表示的瑕疵、授权行为的有因与无因以及授权行为是否为债的发生原因等问题,由于在立法上不明确,导致在司法实践中无所适从。未来民法典中代理制度应当如何规定代理权的授予行为,也迫切需要在理论上解决上述问题。

一 授权行为的性质

代理法理论中,关于代理权授予行为的性质,主要有双方行为说与单独行为说两种观点。

(一) 双方行为说

双方行为说又可分为以下两种主张:第一,委任契约说。该说认为代理权是由委任契约而发生,委任以外,并无代理权发生之可能,亦即认为委任契约与代理权之发生,具有因果关系,委任契约即系代理权之授予。此说主要是代理与委任混同的国家的主张,如法国学者和日本部分学者采此说。在英美法国家,意定代理权称之为实有代理权(actual authori-

ty, real authority),专指通过代理人与被代理人的协议而实际授予的代理权。实有代理权可以是明示授权(express authority),也可以是默示授权(implied authority)^[1]。其中,明示授权是指本人和代理人之间以明确的意思表示达成建立代理关系的协议,代理人通过本人的明示指定或委任而获得代理权。第二,无名契约说。该说认为代理权虽非委任契约而生,但究系本人与代理人间之一种契约,此种契约属于无名契约。此说首倡于拉班德(Laband),后为日本多数学者支持^[2]。

(二) 单独行为说

该说认为代理权依授权之意思表示而发生,而代理权既非权利,亦非义务,不过为得代本人为有效意思表示之资格,其代理权授予行为,亦不过决定代理人之意思表示应否对于自己发生法律效力,故仅须以自己之意思表示授予之,无需代理人同意之必要。此说主要是代理与委任相区分的国家(地区)的主张。如《德国民法典》第167条第2款规定“代理权的授予,应向代理人或向其为代理行为的第三人以意思表示为之”。我国台湾地区民法也采此说,其民法典第167条也规定“代理权系以法律行为授予者,其授予应向代理人或向代理人对之为法律行为之第三人以意思表示为之”。

收稿日期:2015-06-08

基金项目:2013年国家社科基金项目“我国民法典总则中代理制度立法研究”(13BFX086)

作者简介:汪渊智(1965-),男,山西宁武人,法学博士,山西大学法学院教授,主要从事民法学研究。

此外,中国台湾学者曾世雄先生对代理权授予行为的性质有不同的看法。他认为,代理权之授予具有基础法律关系者,则代理权授予行为之性质,应当依据基础法律关系的性质认定。如果基础法律关系为契约行为(如委任)或合同行为(如董事会决议)者,授权行为也为契约行为或合同行为;如果基础法律关系为单独行为者(如遗嘱),授权行为也应为单独行为;如代理权之授予无基础法律关系者,其性质则为单独行为^[3]。

我国多数学者赞同单独行为说^①,笔者从之,理由如下:第一,委任契约说将委任合同与代理权的授予看作是同一行为的两面,在本质上否认代理权授予的独立性,从而也否认了代理制度的独立性,为现代各国所不采;第二,无名契约说虽避免了代理权的授予仅限于委任情形之误认,但仍然没有摆脱代理与基础法律关系混同的嫌疑。至于根据代理基础关系的性质来决定代理权授予行为的性质的观点,与前述两种观点在本质上是一致的,都没有把授权行为独立出来;第三,《民法通则》第65条第2款规定“书面委托代理的授权委托书应当载明代理人的姓名或者名称、代理事项、权限和期间,并由委托人签名或者盖章”。根据这一规定,授权委托书中并未要求代理人签名、盖章即无需代理人的承诺就能完成授权行为;第四,将代理权的授予行为确定为有相对人的单独行为,可以简化授权行为的手续,降低取得代理权的门槛,有利于调动受托人完成受托事务的积极性。更何况,如果采契约说,使代理权的授予由被授权人参与进来可能会节外生枝,产生许多因意思表示瑕疵而影响其生效或存在之情形^[4]。

代理权的授予行为是有相对人的单方法律行为,这就意味着:第一,授予代理权的意思表示,于相对人了解(对话)或到达相对人(非对话)时即发生效力,不以相对人的承诺为必要,但相对人不愿意接受代理权时可以舍弃,此舍弃不是对授权意思表示的拒绝,而是取得代理权之后的另行抛弃;第二,相对人可以是代理人,也可以是代理人对之为法律行为的第三人。德国民法典第167条第2款、瑞士债法典第33条第2项和第3项、我国台湾地区民法典第167条都规定,代理权的授予,应向代理人或向其为代理行为的第三人以意思表示为之。代理权的授予如果向代理人为之者,称为内部授权;如果向第三

人为之者,称为外部授权。实践中,在完成内部授权之后,又将这一授权事实公之于外部,这种行为并不是外部授权,而是向外部告知的内部授权^[5]。因为公开并不是授权的意思表示,只是单纯的事实通知。区分内部授权与外部授权的法律意义有三:其一,关于代理权的范围,在内部授权,应以代理人理解的意思范围为准;在外部授权,则应以第三人理解的意思范围为准;其二,代理权授予行为有瑕疵时(如错误、受诈欺或胁迫),于内部授权,其撤销原则上应向代理人为之;于外部授权,则应向第三人为之;其三,在外部授权的情况下,如果授权人在内部撤回或限制代理权时,不得以之对抗善意第三人^[6]。

二 授权行为的形式

代理权的授予,既可以是明示的,也可以是默示的。对此,两大法系国家的立法均予以认可。如,《荷兰民法典》第3:61条第1项规定“代理权可以以明示或默示的方式授予”。在美国,《代理法重述(第三次)》第1.03条规定“当事人可以通过书面、口头或其他方式作出授权意思表示”。国际代理立法也持相同的立法态度。如,《国际货物销售代理公约》第10条规定“授权无需以书面形式授与或证明,亦不受其他任何形式要求的约束。授权可以任何方式,包括证人加以证实”。《国际商事合同通则》第2.2.2条第(1)项规定“本人授予代理人的权限既可以是明示的也可以是默示的”。《欧洲合同法原则》第3.201条第1款也规定“本人授权其代理人以他的名义行为时,此项授权可以是明示的,在一定条件下也可以是默示的”。

(一) 明示授权的形式

在大陆法系各国(地区)的立法中,基于形式自由原则,明示授予代理权时,书面形式、口头形式或其他形式均可,为不要式行为。对此,立法与学说均无疑问。有问题的是,本人授予代理权的意思表示是否需要采取代理人实施法律行为所应采取的方式,有两种截然相反的态度:一是肯定论。意大利民法典第1392条明确规定,“如果未采用与代理人应当缔结的合同的形式给与授权,则代理权是无效的”。《路易斯安那民法典》第2993条规定“代理合同不需要以特别形式订立。但是,如法律对某行为规定了一定的形式,对该行为的代理授权必须以该形式作出”。我国台湾地区民法典在第531条规定“为委

① 佟柔,主编.中国民法学·民法总论[M].北京:人民法院出版,2008:207;梁慧星.民法总论(第三版)[M].北京:法律出版社,2007:221;马俊驹.民法原论[M].北京:法律出版社,2007:229.

任事务之处理,须为法律行为,而该法律行为,依法应以文字为之者,其处理权之授与,亦应以文字为之。其授与代理权者,代理权之授与亦同”。我国澳门地区民法典第255条第2款也规定,“授权方式须为就授权人因实施法律行为所要求的方式,但法律另有规定的除外”。二是否定论。德国民法典第167条第2款规定“前项意思表示不需要依照有关代理权的法律行为所规定的方式”,依此规定,即使依代理权实施的行为需要符合形式要求,授予代理权之意思表示也不需要具备与之相同的形式。

在英美法系中,根据英国《1971年授权书法》的规定,代理人和委托人之间订立代理协议不要求有特别的形式^[7]。在普通法看来,行使需要签名盖章的文件的代理权必须由同样庄重的文件证明,但许多州已废除了关于盖章与不盖章的文件之间的区别。所以,英美法系一般不规定明示代理合同的特殊形式,代理合同不必拘泥于任何形式,可以采取契据(deed)、一般书面形式(by writing)或口头方式(by oral)等多种形式。即使代理人被授权订立应当采取书面形式的合同,或者签署这类合同的备忘录时,对代理人的委托也不一定非采取书面形式不可^[8]。但是在英国,如果代理人代表本人创设或处分土地利益,则授权必须是以书面形式。《1925年财产法》第53条第1款、第54条。《美国代理法重述(第三次)》第3.02条规定“在某一合同或其他交易中,如果法律要求以经委托人签章(签字)的书面凭证或记录来证明代理人的代理权,用以约束委托人的,如果没有上述书面凭证或记录时,委托人不受合同约束。但当第三人根据委托人的言行,认为代理人有权约束委托人的,如果第三人出于对代理人的这一合理信赖对其法律处境作不利改变的,委托人不得以没有上述书面凭证或记录为由拒绝承担责任”。依据该条规定,如果法律对代理权的书面形式有要求时,必须具备该书面形式。不过,由于代理人的行为已经引起了第三人的信赖,即使不具备书面形式,也产生有权代理的效果。在英美法上,一般在下列情况下,要求以某种特定方式指定代理人:其一,如果代理人以签字蜡封的方式代本人签订合同,他就必须经过一种被称为“授权书”(power of attorney)的要式证书授权;其二,如果代理人没有书面代理合同,就无权为被代理人取得衡平法上的土地所有权;其三,如果某人作为公司的代理人进行活

动,他就必须经要式文书的指定;其四,如果代表公司董事签署公司发起书或经董事同意进行活动时,根据英国1948年公司法规定,必须经过书面授权;其五,如果签订价金超过500美元的货物买卖合同,根据美国《诈欺法》规定,必须采取书面形式授权^[9]。

笔者认为,法律不应当强行规定授予代理权的意思表示方式与代理人实施法律行为所采取的方式相同,因为这是两个不同性质的行为,前者是产生代理权的行为,后者是与第三人实施的法律行为,只要能够证明代理权的存在,不论代理权的授予采用何种形式,都应当是被允许的。我国《民法通则》第65条第1款规定“民事法律行为的委托代理,可以用书面形式,也可以用口头形式。法律规定用书面形式的,应当用书面形式”。这一规定是合理的。

(二) 默示授权的形式

授予代理权的意思,虽然没有明确表示,但可以通过授权人的行为或某种事实来推断有此意思,此即默示授权。《法国民法典》第1985条第2款规定“接受委托,得仅以默示而成立,以及因受委托人(委托代理人)执行向其委托的事务而成立”。根据英美判例法规则,除明示授权之外,根据实际情况还可推断出默示授权的情形。穆勒菲尔茨教授认为“合意并不是授予代理权所必须具备的条件。因为,被代理人可以在没有向代理人披露自己授予代理权的意图,也未征得代理人同意的情况下,授权代理人代表自己实施某种法律行为”^[10]。默示授权不是法律的专门规定,而是由法院根据具体情况加以认定。在“布兰怀特”一案中,威尔伯弗斯勋爵指出,代理最终必然源于合意,但合意不一定是被代理人 and 代理人之间的关系本身,也可以是一种事实状态,法律认为这种事实状态具有代理的法律效果^①。默示授权主要包括以下几种情形:

(1) 职业授权(usual authority)。即代理人在特定情形下具有通常所拥有的代表被代理人实施法律行为的权限,而无论他实际上是否得到了此种授权。换言之,以某种代理行为作为职业的人,如拍卖商、不动产代理人、代理商、律师、合伙人、公司总经理或公司秘书等所享有的代理权,可以扩大到这类代理人的职业通常所享有的权力范围。克兰沃兹法官在1863年的波尔诉利斯克案的判词中说:“……仅把

① Branwhite v. Worcester Works Finance Ltd (1969) 1A. C. 552.

另一个人安置于某一职位上 根据通常的法律规则,或者更精确地说 根据人类的普通惯例 处于某一职位的人 会懂得他是代表安置他的人并为他行事”^[11]。如根据英美等国合伙法的规定,合伙人之间互为代理人,其中任何一个合伙人依合伙经营方式订立的合同对其他合伙人均有默示代理效力^[12]。在大陆法系国家,合伙人受委托执行合伙事务者,依委任本旨,对于第三人也视为发生代理权授予的效力,有代理其他合伙人从事合伙事务之权,如德国民法典第714条^[13]。又如,公司的总经理在他职权范围内行事,即使这一具体行动未得董事会的明示授权,但由于他的行动被认为是代表公司行事的,因此对公司具有拘束力。总之,代理人所为代理行为是在其职业的惯常权力范围之内时,尽管没有本人的明确授权,同样对本人产生约束力。所以,被代理人应对代理人在同类代理人所拥有的代理权限之内实施的全部行为负责,即使被代理人和代理人对这种权限约定了一些限制。不过,职业授权的适用范围是有限制的。如果代理人所为行为不属其职业惯常权力范围之内,或者代理人所为行为非为本人利益或根本不属于本人业务范围,则不适用惯常授权规则。

(2) 习惯授权(customary authority)。即当代理人在某一特定场所、市场或营业中代表被代理人实施某种法律行为时,视为拥有按照该场所、市场和营业中的惯例实施有关代理行为的默示代理权。帕克法官在“白立富”一案中指出,如果在某一特定场所存在着有关交易和缔约方式的定型惯例,那么,在该场所接受委托开展交易或缔结合同的代理人就具有遵循定型惯例的默示权限^①。换言之,在商店或公开的营业场所任职者,视为存在代理权之授予,就其通常营业行为,有出卖或收受的代理权,如德国商法典第56条。《瑞典合同法》第10条第2款规定:“作为雇员,或者是与另一个人订立合同而接受某一职位,根据法律或习惯行使代表他人的法律权利的人,……视为有权进行此权限范围内的交易”^[14]。习惯授权必须具备以下四个要件:第一,在某一特定场所、市场或营业中客观上存在着代理人可以遵循的习惯;第二,该惯例直接影响到代理人代表被代理人实施法律行为的方式与内容;第三,被代理人知道或应当知道这种交易惯例,否则就不能适用该惯例;第四,交易惯例必须既合理又合法,如果某一交易惯例合法但不合理,那么,除非被代理人明

确同意受该交易惯例的约束,否则该交易惯例不产生约束力。当某一交易惯例和代理关系的本质特征发生冲突,该交易惯例不能被认为具有合理性。因为,如果该不合理的交易惯例具有约束力,那就必须明确纳入创设代理关系的合同^[15]。

(3) 附带授权(incidental authority)。由于本人的明示授权并不一定能详尽地说明代理人在实际行动中所应具有的一切权力,因此受托从事某一种特殊任务的代理人,可以享有合理地附属于其履行明示代理权所必不可少的默示行为的权力。这种附带授权的范围视情况各不相同。如,受雇出售土地的代理人为了使合同具有强制执行力,享有签署任何必要的备忘录的默示授权;又如,受雇参加诉讼的律师或法律顾问享有和解的默示代理权。

此外,本人此前曾经数次对于同一之契约相对人,以同一之人为其代理人;或者屡次容许他人以其代理人之名义,为某种行为,或代收取债务,或代为签署商业信件,可推断其有与此相当之授权^[16]。

三 授权意思表示的瑕疵

在理论上,授权行为与代理行为都属于独立的行为,二者应分别判断。但是,在代理行为实施后,主张代理权授予行为存在瑕疵的唯一意义在于,授权人不承认代理行为的效力,这就使得授权行为与代理行为连接在一起,在判断授权行为的瑕疵时,必须同时考虑代理行为已经对他人产生的影响。授权行为既为单方法律行为,应适用民法总则关于意思表示的规定,兹就授权行为中的通谋虚伪表示、错误和诈欺等瑕疵予以说明。

(一) 通谋虚伪授权

表意人与相对人通谋而为意思表示者,属于意思表示有意之不一致,法律不认可其意思表示,故无效。在代理权授予行为中,如果本人与代理人通谋,或者本人与代理人对之为代理行为之第三人通谋,二者任有其一,均导致授权行为无效。换言之,不仅本人与授权意思表示之具体的受领人通谋为无效,而且本人与法律上可能为意思表示之相对人之通谋亦无效^[17]。

(二) 因错误而授权

本人因意思表示错误而授予代理权,如果代理人未实施代理行为可以撤回代理权,也可撤销授权意思表示;如果代理人已为代理行为的,本人不得撤

① Baylife v. Butterworth (1847) 1 Exch 425.

回代理权,但可对第三人撤销授权意思表示^{[18]287}。

(三) 因被诈欺而授权

对此应区分两种情形:第一,如果代理人诈欺本人而获得授权时,在实施代理行为前,本人既可以撤回代理权,也可以撤销授权之意思表示。如果已实施代理行为,本人只能撤销授权之意思表示,其授予行为自始无效,代理人的行为属于无权代理行为,代理人应直接对第三人承担责任。第二,如果第三人诈欺本人而使不知情之代理人获得授权时,由于代理行为是在本人与第三人之间直接产生法律效力,因此本人可以撤销授予代理权的意思表示。

授权意思表示真实,授权行为生效,代理人可取得代理权。授权意思表示若存在瑕疵,或者授权行为无效,或者为可撤销。若为无效,代理人自始、确定地不能取得代理权;若为可撤销,代理人的代理权处于不确定状态,即如果授权人行使撤销权,代理人的代理权随着授权行为的撤销而撤销,如果授权人放弃撤销权或不行使撤销权,代理人的代理权将确定地获得。无论是授权行为无效,还是可撤销,在代理人未行使代理权之前,对第三人的利益不会产生任何影响。但是,如果代理人已经行使了代理权,当授权行为无效或被撤销而产生溯及力时,无疑会对第三人的利益产生影响。对此,若为恶意第三人,无保护之必要;若为善意第三人,在构成表见代理情形下,由授权人对第三人承担表见代理责任,否则,应当由代理人对善意第三人承担无权代理责任。

授权行为被撤销后,代理人若负无权代理责任,第三人利益固然得到充分的保护,授权意思表示的瑕疵也得到救济,但是代理人却置于极为不利的境地。因而,德国有学者认为,授权意思表示存在瑕疵时,若代理权已经行使,原则上应排除授权行为的可撤销性^[19],被代理人不得拒绝代理行为的法律效果,理由在于:第一,在授权情形下,授权意思表示存在瑕疵时,授权人可以行使撤销权将无权代理的风险转移于代理人,但在无授权的情形下,如果构成表见代理,授权人必须承担授权人责任。两者相较,在前一种情形下,第三人的利益更值得保护。第二,代理行为中意思表示的瑕疵应以代理人为判断标准,表明代理人意思表示瑕疵,相当于被代理人亲自实施法律行为时本人的瑕疵。如果允许被代理人通过撤销授权意思表示“推翻”已经实施的代理行为,其法律地位将优于本人亲自实施法律行为的情形。^[20]本书认为,授权意思表示存在瑕疵时,若代理权已经行使,授权人仍然有权撤销该授权意思。因为,授权

人承担表见代理责任是以第三人的主张为前提的,如果第三人不主张,授权人无须承担责任。至于因被代理人通过代理改变了自己的不利地位,进而否定其瑕疵意思的撤销权,对被代理人而言也是不公平的。例如,被代理人欲使代理人至少以18万元的价格出售自己的汽车,但作出授权行为时,错误表述为13万元。代理人随后以被代理人的名义与第三人订立了价格为13万元的汽车买卖合同。显然,被代理人如果亲自出售该汽车时,基于错误完全可以撤销,但如果通过代理,按照上述观点是不能撤销授权意思表示的,被代理人就无脱身之机会。

四 授权行为的有因与无因

代理权之授予,可以向代理人为之,也可以向代理人对之为法律行为的第三人为之。如果向代理人对之为法律行为的第三人为之,则为单纯的授权行为,故无问题。但如果向代理人为之者,该授权行为常与委任、雇佣、合伙等基础法律关系相结合。此时,授权行为与基础法律关系在效力上有三种情形:一是二者均有效,二是二者均无效,三是基础法律关系无效、不成立或被撤销,授权行为是否也因之无效、不成立或被撤销?对于第三种情形,就是理论上所谓授权行为的有因无因问题。

其一,无因说。该说认为授权行为与基础法律关系各自独立,互不影响,基础法律关系无效、不成立或被撤销,不影响授权行为的效力,即认为授权行为是无因行为。此说为德国学界通说,我国台湾地区学者王泽鉴先生认为,除当事人特别的意思表示外,应肯定行为的无因性,理由有三:(1)有助于交易安全,使第三人(相对人)不必顾虑代理人的内部法律关系;(2)使代理人免于负无权代理人责任;(3)台湾民法典第108条规定“代理权之消灭,依其所由授予之法律关系定之”,该条只是限于基础法律关系消灭时,代理权应随其消灭,但并未表明代理权之授予都受到基础法律关系效力的影响^[21]。

其二,有因说。该说认为,授权行为为有因行为,授权行为之效力取决于基础法律关系的效力,即基础法律关系无效、不成立或被撤销,代理权之授予行为也因之而无效、不成立或被撤销^{[2]415}。

我国大陆学界对授权行为是否有因的问题,也有不同的观点,有赞同无因说者,也有赞同有因说者,还有主张折衷说者。折衷说认为,授权行为有因与否,应以授权行为的意思为断,不能一概而论。若本人在授权意思表示中明示其授权受基础法律关系影响的,则其意思表示当为有效;如果本人在授权意

思表示中无此明确表示的,则授权行为不应受基础法律关系的影响。梁慧星教授早先赞同无因说,后来改采有因说。他认为,从保护被代理人利益及法律关系简化考虑,似应采有因说;从保护第三人利益及交易安全考虑,似应采无因说。有因说虽不利于保护第三人的利益,但通过表见代理制度来保护善意第三人的利益,可弥补此缺陷。而在无因说,虽能保护第三人利益,但恶意第三人的利益未能排除在外,有悖于法律不保护恶意者利益的宗旨。所以,“无因说之优点,有因说同样具备;无因说之缺点,有因说却可克服之”^[22]。本文赞同有因说,并进一步认为,法律行为的有因无因,是以给予行为为前提的,非给予行为因其行为之作成,当事人所欲实现之经济上或社会上意义已然达成,无待法律上原因之探求,故无所谓有因无因的问题^[23]。代理权的授予行为并非给予行为,代理人所取得的代理权仅仅是为本人实施法律行为的资格或地位,自己并不享有任何利益。因此,不能将物权行为与原因行为的关系等同于授权行为与基础行为的关系,授权行为的基础行为不属于其原因行为,不能以物权行为的无因性理论去套用代理权的授予行为。

五 授权行为是否为债的发生原因

自从瑞士债法在“债的发生”一章中的“合同之债”中规定了代理之后,我国台湾地区民法典也仿效这一体例,于债编通则中“债之发生”专设“代理权之授予”一款,对代理权的授予进行了规定。按照立法,代理权的授予行为是产生债的原因,但在学界却不无争议,有肯定说与否定说两种观点。

(一) 肯定说

该说认为,本人通过授权行为,将代理权授予代理人后,代理人在其权限内所为之代理行为,即应由本人负其责任,故授权行为为债之发生原因。还有学者指出,授权行为也可以产生债权债务关系,其中代理人为权利人,享有实施代理行为的权利;本人为债务人,负有容忍代理人进行代理的义务。这种债的关系,不同于因代理行为所产生的债的关系^[24]。

(二) 否定说

该说认为,本人虽对于代理人授予代理权,代理人对于本人并不因此而负有为代理行为的义务。其使代理人负有此项作为义务者,乃本人与代理人间的委任、雇佣等基础法律关系,而非代理权授予行为。因为任何人不能以单方的意思表示,而使他人法律上负有某种作为义务。即使本人对于代理人负有容忍其为代理之义务,也只是代理权限的反射,

非属独立的给付义务,似不足作为债之标的。所以,代理权授予行为之本身在当事人之间不发生任何债权债务关系,自非为债之发生原因^{[18]292}。

肯定说认为授权行为导致本人负有义务,否定说则认为授权行为不使代理人负有义务,二说并非针锋相对。本文认为,授权行为非为债之发生原因,理由是:第一,本人之所以应对代理人实施的代理行为后果负责,并非基于授权行为,而是基于代理法律的规定,因此授权行为不产生本人的义务;第二,代理人实施代理行为是完成受托事务的履行行为,而受托事务的完成是其内部法律关系中的义务要求,并非授予代理权行为所产生的义务。所以,授权行为也不产生代理人的义务;第三,肯定代理权的授予行为是债的发生原因,使得代理制度的一部分规定在法律行为制度中,另一部分规定在债的发生原因中,将会人为地破坏代理制度的完整性;第四,瑞士债务法之所以在债编中规定代理,是因为瑞士债务法在制定之时,瑞士民法典还没有出台,无法将本属于民法总则的代理制度放入其内,等到瑞士民法典出台后,该法典又不设总则,就更无法将代理制度规定进去了,因而一直延续到现在。中国台湾民法总则先于债编颁布,此时仍然效仿瑞士的立法,致使代理制度被割裂为二,立法体例显欠斟酌,解释适用上易滋疑义^{[18]271},故不足取。

六 结论

综上所述,第一,从性质上看,代理权的授予行为是独立于基础法律关系的行为,属于有相对人的单方法律行为,无需以相对人的承诺为必要。授权意思表示既可以向代理人为之,也可以向代理人对之为法律行为的第三人为之。向代理人为之者,属于内部授权;向第三人为之者,属于外部授权。第二,从形式上看,代理权的授予,既可以是明示的,也可以是默示的。明示授予代理权时,基于形式自由原则的要求,书面形式、口头形式或其他形式均可,为不要式行为,并无需与代理实施的法律行为的形式相同;默示授予代理权时,通过授权人的行为或某种事实来推定存在授权意思表示,其形式有职业授权、习惯授权和附带授权等。第三,从授权意思表示的瑕疵来看,如果授权人与相对人(或第三人)通谋虚伪表示时,不产生授权的效果;如果授权人错误表示时,可以撤回代理权,也可以撤销授权意思表示;如果授权人受相对人或第三人的欺诈而为意思表示时,既可以撤回代理权,也可以撤销授权意思表示。第四,从授权行为与原因行为的关系来看,代理权是

否有效授予取决于原因行为的效力,原因行为无效时,代理权也随之消灭。第五,从授权行为的立法体例上看,不应当将授权行为规定为债的发生原因,代理权的授予在当事人之间不产生债的后果,瑞士债务法典将授权行为规定为债的发生原因是有其特定的历史背景的,不能盲目仿效。

基于以上认识,代理权的授予行为应当统一规定在民法典总则“代理”一章中,债法中无需将代理权的授予作为产生债的原因进行规定,从而保持代理制度的完整性,在此前提下,提出关于代理权授予行为的立法条文建议:

第 X1 条:代理权的授予,应向代理人或向其为代理行为的第三人以意思表示为之。

第 X2 条:授予代理权的意思表示,既可以是明示的,也可以是默示的,并且无需与代理实施的法律行为的形式相同。

第 X3 条:通谋虚伪授予代理权者,授权行为无效。受欺诈或胁迫而为之的授权意思表示,本人可以撤销。

第 X4 条:代理权因基础法律关系的消灭而消灭,但不得对抗善意第三人。

参考文献:

- [1] Reynolds F M B. Bostead on Agency [M]. 15th. ed. London: Sweet & Maxwell. 1985: 93.
- [2] 郑玉波. 民法总论 [M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2003: 414.
- [3] 曾世雄. 民法总论之现在与未来 [M]. 北京: 中国政法大学出版 2001: 243.
- [4] 黄立. 民法债编总论 [M]. 北京: 中国政法大学出版社 2002: 141.
- [5] [德]迪特尔·梅迪库斯. 德国民法总论 [M]. 邵建东, 译. 北京: 法律出版社 2000: 707 - 708.
- [6] 王泽鉴. 民法总论 [M]. 增订版. 北京: 中国政法大学出版社 2001: 461.
- [7] 郑自文. 国际代理法研究 [M]. 北京: 法律出版社 1998: 46.

- [8] 徐海燕. 民商法总论比较研究 [M]. 北京: 中国人民公安大学出版社 2004: 312.
- [9] K. Smith & D. Keenam. Mercantile Law [M]. New York: John Westwood LL. B 1982: 84.
- [10] W. Muller - Frienfels. Legal Relations in the Law of agency [J]. American Journal of Comparative Law, 1964 (4): 13; Am J of Comp Law 193 at pp. Amer Soc Compative Law Inc 1963: 203 - 207.
- [11] G. H. Treitel. The Law of Contract [M]. London: Sweet & Maxwell Ltd 1987: 538; K. Smith & D. Keenan. Mercantile Law [M]. London: Pitman 1982: 84 - 85.
- [12] 董安生, 等. 编译. 英国商法 [M]. 北京: 法律出版社, 1991: 190.
- [13] 陈卫佐, 译注. 德国民法典 [M]. 第 3 版. 北京: 法律出版社 2010: 281.
- [14] [德]海因·克茨. 欧洲合同法: 上卷 [M]. 周忠海等, 译. 北京: 法律出版社 2001: 323.
- [15] G. H. L. Fridman. The Law of Agency [M]. London: Butterworths 1990: 67 - 68.
- [16] 史尚宽. 债法总论 [M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2000: 45 - 46.
- [17] 史尚宽. 民法总论 [M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2000: 46.
- [18] 王泽鉴. 债法原理: 第一册 [M]. 北京: 中国政法大学出版社 2001.
- [19] [德]汉斯·布洛克斯, 沃尔夫·瓦尔克. 德国民法总论 [M]. 第 33 版. 张艳, 等译. 北京: 中国人民大学出版社 2012: 344.
- [20] 朱庆育. 民法总论 [M]. 北京: 北京大学出版社 2013: 345 - 346.
- [21] 梅仲协. 民法要义 [M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1998: 140.
- [22] 梁慧星. 民法总论 [M]. 第 3 版. 北京: 法律出版社, 2007: 222.
- [23] 汪渊智. 民法总论问题新探 [M]. 北京: 中国社会科学出版社、人民法院出版社 2005: 206.
- [24] 郑玉波. 民法债编总论 [M]. 修订二版. 北京: 中国政法大学出版社 2004: 65.

On the Grant of Agency

WANG Yuan - zhi

(School of Law ,Shanxi University ,Taiyuan 030006 ,China)

Abstract: The grant of agency belongs to the unilateral legal act which involves the grantee including both external and internal authorization. It may be either explicit or implicit and needs not be in the same form of legal act of agency. Different flaws of the authorized intention produced different force of law. Whether the grant of agency is valid or not depends on the effect of reason. If the reason is invalid, the agency shall be eliminated. The act of granted agency does not produce the effect of debt, so this act shall not be provided in debt law.

Key words: agency; authorization; intention of authority; non - causative in the act of authorization

(责任编辑 魏晓虹)