

论代理行为中的意思表示

汪渊智

(山西大学 法学院, 太原 030006)

摘 要 代理行为中的意思表示是代理人自己的意思,只不过代理人在实施这一行为时表达了要为他人的意思,因此法律才将其后果归属于本人。代理人根据自己的判断独立决定意思表示,因而区别于传达。代理行为的后果直接由被代理人承受,代理人不受代理行为的约束,所以意定代理人无需具有完全行为能力。代理行为因意思表示的瑕疵或是否知情而受有影响时,应以代理人的情况进行判断。但是,如果该行为是受被代理人指示的意思而为时,应以被代理人的情况为判断。

关键词 代理行为;代理人的意思能力;代理行为中的意思表示;意思表示瑕疵

中图分类号 D922.7

文献标识码 A

文章编号 :1000-2987(2014)01-0122-08

代理就是代他人实施法律行为,法律行为的核心要素是意思表示,所以,代理就是法律行为要素之意思表示的代理。代理之在于为意思表示者,谓之积极代理或主动代理,代理之在于接受意思表示者,谓之消极代理或被动代理^①。代理行为作为一种法律行为,不是普通法律行为,而是一种特殊的法律行为。普通法律行为依照意思自治原则,实行自己责任法则,即意思表示的效力,只能对表意人发生。但是,代理人实施的法律行为,其后果不是由自己承受,而是由他所代理的被代理人承受,所以我国《民法通则》第63条第2款规定:“代理人在代理权限内,以被代理人的名义实施民事法律行为。被代理人对代理人的代理行为,承担民事责任”。既然由代理人发出的意思表示,其法律效果由被代理人承受,那么在理论上就必须澄清下列问题:1、代理人发出的意思表示在性质上应当归属于代理人还是被代理人?2、代理人发出的意思表示是传达被代理人的意思,还是根据自己的判断独立决定的意思?3、代理人发出意思表示是否需要具备完全行为能力?4、代理人发出的意

思表示,其效力应当以代理人为判断,还是以被代理人为判断?本文试图就上述问题进行阐述,以期就教于学界同仁。

一、代理行为中意思表示的归属

代理行为中的意思表示在性质上究竟是代理人的意思,还是被代理人的意思,大陆法系的学者对此一直存在争议,主要有以下几种观点:

1、本人说(Geschäftsherrtheorie)

又称为意思表示拟制说,该说认为,代理是基于本人的授权行为而实施,代理人所表示的意思,是本人的意思。虽然本人并不发出意思表示,但是法律拟制由代理人发出的意思表示是由本人自己发出的。所以,在代理行为中,真正的行为人不是代理人,而是本人。此说为萨维尼(Savigny)、赫尔曼(Hellman)主张。本人行为说是法律意思主义的产物,其目的在于从法律上将代理拟制为一种本人自身的法律行为,从而恪守“意欲法律关系只能在行为人之间发生”的原则。不过这种观点有以下几方面的缺陷:第

收稿日期 2013-05-08

作者简介 汪渊智(1965-)男,山西宁武人,山西大学法学院教授,硕士生导师,副院长,研究方向为民法学。

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”(项目编号:13BFX086)的阶段性成果。

一、拟制是一种法律技术上的权宜之计，拟制作为概念上的最后应急措施，只有在找不到思想上更为简便、更符合法律体系以及实质上更为明白易懂的解决方案的情况下，才能考虑适用。第二，该说抹杀了代理人独立的意思能力，使代理人沦为本人的一种工具，从而丧失其独立法律主体的价值。如果说代理行为的意义仅止于此，代理制度并无独立的必要，且事实上传达已足以完成这一“本人行为”之意义^[2]。第三，该说忽视了代理制度存在的宗旨，即扩张或弥补本人实施民事法律行为之不足或缺陷，如果认为代理行为就是本人行为的话，那么代理制度本身是否有存在的必要也就成了疑问。所以，该说已为现代学说所不采。

2、代理人说(Representationstheorie)

又称效力及于他人的意思表示说，该说认为，将代理拟制为本人的行为是不必要的。既然代理与否以及代理的意思表示完全由代理人决定完成，就应该承认代理行为是代理人自己的行为，只不过代理人在实施这一行为时表达了要为他人的意思，因此法律才将其后果归属于本人。所以，代理行为的后果归属于本人是基于行为人的意思，即代理人表示将行为的结果归属于本人。此说为耶林(Jhering)、温德夏特(Windscheid)等学者所倡，为现今之通说^[3]，并被《德国民法典》所采，后为意大利、瑞士等国民法承袭之。

3、共同说

该说认为，法律行为中的意思表示，未必不可分割开来，合作地加以实施。在代理中，并非代理人单独地，也并非被代理人单独地和排他地在法律上从事行为，而是代理人与被代理人一起从事行为，他们都是法律行为的实施者。换言之，本人通过授权行为，实施了一部分意思表示；代理人则通过代理行为，实施另一部分意思表示。代理不过是本人与代理人的共同行为而已。此说主要为图尔(Thul)、米泰斯(Mitteis)等人主张^[4]。共同行为说的价值在于：一是肯定了代理人与被代理人在法律上处于相互作用的关系，将代理制度作为一个整体来研究；二是强调了代理行为的独立性，并对代理行为后果的归属找到了原因。该说的不足之处是：首先，否定了授权行为与代理行为的区别，授权行为是本人的行为，是产生代理权的前提，但并非当然发生代理关系的后果。代理行为是代理人的行为，与被代理人的授权行为是

两个不同的行为，将二者强行揉合到一起，较为牵强。其次，在法定代理中，根本就不存在被代理人的授权行为，何谈二者的共同呢？

4、统一要件说

该说进一步发展了共同行为说，认为代理由授权行为与代理行为共同构成，其中，本人授予代理权的行为，既含有效果意思，又含有表示意思和表示行为，因而属于法律行为，代理人的代理行为因欠缺为自己取得法律效果的意思而不能成为法律行为，因此，代理行为只有与授权行为相结合，才能构成统一的法律行为。代理的统一要件是：本人的效果意思(经授权行为)+代理人的补充和具体化+代理人的表示意思+代理人的表示行为。可见，在代理中，代理人不是简单地传达本人的意思表示，而是为着本人计算的宗旨，使本人的意思得以具体形成，因而属于效果意思的一个形成阶段。代理行为的效果意思乃本人意思融合代理人之补助意思(为本人意思具体化所需之补充意思)而成，是为统一意思。此项统一意思以直接对本人发生全部效果意思为内容，丝毫不发生效果意思于代理人之意思，故仅对本人发生代理之法律效果^[5]。该说主要为穆伦·佛莱茵费尔斯(Mullen Freinfers)于1955年提出，后来受到维奈尔·佛鲁莫(Werner Flume)、柯因(Coing)等人的支持。统一要件说与共同行为说在本质上是一致的，无非是为了说明对代理行为的判断，部分以代理人、部分以被代理人为准，但其缺陷与共同行为的缺陷是相同的。

5、媒介说

该说认为，代理不是代理人行为之效力及于他人的行为，而是被代理人的自我行为，换言之，是被代理人借助代理人的表示辅助间接实施的自我行为。代理人是被代理人的表示媒介人，代理人虽然表示了一定内容的意思，但由于是以他人的名义从事行为，因此其表示行为对他自己来说并不是意思表示。只有在代理人以自己的名义，针对他人发出意思表示，才存在代理人自己的意思表示行为。而在代理行为中，代理人从事的恰恰不是这种行为。在代理行为中，代理人明显是针对另一个人从事行为，代理人不过是被代理人的表示辅助人而已。所以，被代理人在法律交易中借助其代理人发出了意思表示。代理人发出的意思表示，在法律上作为被代理人自己的意思表示，全部归属于被代理人^[6]。此说为德国学者

福·博伊庭(Volker Beuthien)所主张。本人间接的自我行为说在本质上也是本人行为说的翻版,虽然舍弃了意思拟制的路径,但将代理人视为被代理人意思表示的辅助人,仍然不能说明代理人实施代理行为时是一种独立的意志行为,代理人的独立性无法反映。所以,这种观点虽然解决了代理行为的效果归属问题,但却无法解决代理制度的独立性问题。

我国有学者赞成共同行为说,认为代理人的行为首先应是本人意志的体现,代理之所以在最终的法律效果上要归属于本人,根本原因在于代理人是基于本人的意思在从事代理行为。在具体的代理行为中,代理人又应当独立地作出或接受意思表示,因为授权行为不可能十分具体,需要由代理人根据具体情况作出判断^[7]。还有学者赞同统一要件说,理由是:代理中的目的是以本人为主形成的,然而代理人也予以必要的助力,即本乎代理权,参以己意,在行为的时空条件和相对人意思表示的制约下,使本人的目的得以具体化。具体化含有决断的意思,因而对意思形成不是可有可无的。正是在这一点上,代理与传达清晰地区别开来。此外,代理中关于为本人计算的表示,对于说明代理效果的归属,也具有不可或缺的价值^{[4][313]}。我国学界多数学者赞同代理人行为说^[8],本文同之,理由如下:

第一,代理行为作为一种表示行为,包括两个方面的意思表示:一是作为普通法律行为内容的意思表示,如代人出售货物,关于买卖行为的表示;二是作为代他人实施行为的意思表示,即代理后果不属于自己的而是归属于被代理人的意思表示,如代人出售货物中,关于为他人订立出售合同的表示。前一个意思决定买卖的具体内容,后一个意思决定买卖的后果归属,但无论哪一个意思表示,都是由代理人根据具体情况独自决定、独立表示的。

第二,代理行为的后果之所以会归属于被代理人,乃是法律为尊重代理人的意思而直接规定的结果,因为代理人在实施代理行为时具有明确的效力归属意思。所以,代理行为说并不破坏“意欲法律关系只能在行为人之间发生”的理念。

第三,从大陆法系各国的规定来看,自德国民法典以来,都是秉持了代理人行为说。《德国民法典》第166条第1款规定:“意思表示在法律上的效力,因受意思瑕疵或对特定情形的知道或应该知道而受影响时,应以代理人为判断标准,而不应以被代理人为判

断标准”。对意思表示的判断既以代理人的意思为准,那么代理行为究竟是谁的行为则不言自明。通观我国《民法通则》第四章第二节关于代理制度的规定,可知中国民法代理制度之立法思想,系采代理人行为说。按照《民法通则》第63条第2款的规定,所谓代理行为,是代理人在代理权限内,以本人名义实施的法律行为。

第四,代理人行为说将动的行为与静的效果分别归属于不同的人,正是代理制度的特色之所在。

第五,将代理行为定性为代理人的行为,符合生活常情,无须通过种种路径将代理行为归结到本人头上,其实这些无谓的努力无非只有一个目的,就是为代理行为的结果归属于被代理人找到理由,殊不知,代理权的存在就是代理结果归属的依据,只要代理人拥有代理权,代理行为的法律后果就当然移转于被代理人。所以,代理权的设计,就是代理行为效果归属于被代理人的法律技术手段。

二、代理人独立进行意思表示

如前所述,代理行为非本人行为,而是代理人的行为,因此应由代理人实施。此所谓由代理人“实施”法律行为,是指由代理人决定该法律行为意思表示的内容,或者受相对人之意思表示并决定是否接受(承诺),即代理人自为意思表示。假使该意思表示之内容已由本人决定,而代理人仅予以表示,或者代理人受意思表示而无权决定是否接受(承诺),这种情形属于本人实施法律行为,而非代理人实施法律行为,该代理人只起辅助本人实施法律行为的作用,法律上称为使者或辅助人,而非真正代理人。如果一个人以使者身份传达他人的一项指示,却根本未经该他人授权(即无传达权的使者),或者使者虽有权传达但有意篡改后予以传达的,尽管属于自为意思表示,不属于法律行为之代理,原则上该意思表示对该他人不发生效力,只是在效果上可类推适用无权代理的规定。

代理不同于传达,传达是使者传达主体的意思或意思表示,是帮助民事主体实施民事行为的辅助行为,代理是代理被代理人实施法律行为,二者行为的结果虽然都由他人承受,但区别很大:

第一,意思表示的独立性不同。使者所为之意思表示,非其自己之意思,意思表示之内容是由他人决定的,使者只是表意人的传声筒^[9]。代理人所为之意

思表示, 意思的内容是由代理人自己决定的。使者所受之意思表示, 使者仅将该意思表示传达给他人, 由他人决定是否接受; 而代理人对其所受之意思表示, 根据自己的判断作出是否接受的决定。换言之, “代理人系意思之代理, 传达人系表示之代理”, “代理人在为法律行为, 传达人在服事实上之劳务”^[10]。

第二, 行为后果的归属理由不同。使者相当于委托人的喉舌, 其行为即为委托人的行为, 委托人对使者的传达行为负责, 实质是委托人对自己的行为负责, 所依据的是行为人对自己行为负责的法理。就代理而言, 代理人的行为是其自己的行为, 其行为的结果归属于被代理人, 并非基于行为人对自己的行为负责的法理, 而是基于本人对代理人行为负责的法理。

第三, 民事能力的要求不同。代理是由代理人自行决定意思表示的内容, 因而代理人须有意思能力; 而传达是由使者传达别人已经作成的意思表示, 因而没有意思能力的要求, 只要有机械劳务能力为足已。

第四, 行为的范围不同。代理必须是法律行为之代理, 对于身份性质的行为以及事实行为不能代理, 但传达无此限制。

三、代理人进行意思表示的能力要求

由于代理行为的后果直接由被代理人承受, 代理人不受代理行为的约束, 所以, 大陆法系各国民法一般均规定意定代理人无需具有完全行为能力, 限制行为能力人也可以担任代理人。《德国民法典》第165条规定: “代理人所为或所受意思表示之效力, 不因代理人为限制行为能力人而受影响”。《法国民法典》第1990条也规定: “未解除亲权的未成年人, 得受选任作为受委托人(委托代理人); 但是, 委托人仅在按照有关未成年人的义务的规则范围内, 对未成年受委托人(委托代理人)享有诉权”。《荷兰民法典》第3:63条第1款规定: “不能为自己实施法律行为的人, 并非不能担任他人的代理人”。按照《意大利民法典》第1389条的规定, 在意定代理的情况下, 代理人只要对契约的性质和内容有理解能力和意思能力, 该契约即可生效, 而无须要求代理人必须具有行为能力。《日本民法典》第102条也同样规定: “代理人无需为能力人”。由上可知, 法定代理人必须具有行为能力, 意定代理人应至少具有限制行为能力。之所以要求

代理人至少必须具备限制行为能力, 是因为要使被代理人免受损害。至少在被代理人不知道其代理人不具有完全行为能力的情况下, 被代理人是应该受到保护的。法律上, 保护被代理人的思想源自下列事实: 代理人被授予代理权以后, 即获得一项特别权限, 他有权作为表示媒介人构建他人意思表示的内容。行使此项具有信托性质的权限, 要求行为人具备一定程度的理智和判断力。正是在此意义上, 代理人必须具有意思能力^[9]。

英美法对代理人的行为能力没有明确规定, 在英美代理法学者看来, 代理人仅仅是本人的一种工具, 本人在选择代理人时有极大的自主性, 他可以选择限制行为能力人或无行为能力人作为自己的代理人, 只要他愿意承担因代理人行为能力的欠缺而发生的风险。英国学者鲍斯泰德(Bostead)认为, 任何精神正常的当事人, 包括未成年人、无行为能力人和限制行为能力人, 都可以作为代理人代表本人实施某种法律行为或签订合同^[11]。《美国代理法重述》第3.05条规定: “通常情况下, 任何人都可以接受授权实施代理行为, 并以此影响他人的法律关系。行为人的能力决定了他因实施上述代理行为, 对法律关系受其影响的当事人或第三人所承担的赔偿责任的范围”。关于代理人的行为能力, 英美法比大陆法的要求更为宽松, 即使是无行为能力人也可以担任代理人。

代理人无须行为能力, 有学者对此提出质疑: “公民以被代理人名义实施民事行为, 与公民以自己名义实施民事行为相比, 除其行为效果归属不同之外, 在其他方面具有完全相同的性质。根据法律行为的基本原则, 实施法律行为的行为人(无论是为自己实施行为或为他人实施行为), 均须具有相应的行为能力。因此, 代理人显然应当具备与其代理实施的法律行为相适应的行为能力, 即无行为能力人完全无意思能力, 故不能充当委托代理人; 限制行为能力人具有部分行为能力, 故在其意思能力范围内, 可以充当代理人, 但对超出其意思能力范围之外的行为, 无权进行代理; 同时, 鉴于代理行为的效果由被代理人直接承受, 故限制行为能力人, 也不能因限制行为能力人的法定代理人的承认而为有效”^[12]。

本文认为, 大陆法系各国(地区)的立法较为可取, 理由是:

1、行为能力制度的目的是为了保护未成年人或精神病人的利益, 使其不因自己无能力实施的行为

受到损害。但是,在代理制度中,代理行为的法律后果全部归属于被代理人,对于代理人而言,这是一种“无关紧要的法律行为”,因为该行为既不会给他带来利益,也不会给他造成损害,因此没有必要像对未成年人或精神病人那样的保护方式予以保护;

2、在意定代理情况下,被代理人既然授予代理权给未成年人,他自己就应当承担该未成年人由于缺乏经验可能产生的风险,所以,此时的被代理人也不需要保护。而在法定代理的情况下,根据各国(地区)法律的规定,监护人必须是完全行为能力人,因而无上述风险问题;

3、被代理人之所以选择限制行为能力人作为自己的代理人,一定是经过利益权衡的,根据意思自治的要求,法律没有强行干预的必要^[13];

4、代理人虽不必具有权利能力和完全行为能力,但不可无意思能力,因为代理人实施代理行为必须独立进行意思表示,因而无行为能力人不得为代理人。

我国《民法通则》虽然没有对代理人的行为能力做出明确规定,但依据第69条、第70条的规定,代理人丧失民事行为能力时,代理关系终止。对之进行反面解释即是,代理人不能是无行为能力人,最低应为限制行为能力人。不过,限制行为能力人作为代理人,仅是对于代理行为而言,不因其能力有限而受影响;至于其与被代理人之间的内部关系,应分别而论。如果代理权的授予无基础法律关系时,仅是给予代理人以代理资格,代理人并不因之而负担义务,则授权应为有效;如果代理权的授予有基础法律关系存在时,因授予代理权而使代理人负有义务者,则非得其法定代理人之许可或承认不生效力。换言之,在此种情形下本人欲授权于限制行为能力人,而使之作为代理人时,尚应征得法定代理人之同意始可^[3421]。

四、代理行为中意思表示效力的判断

(一)以代理人为判断标准

虽然代理行为的效果归属于被代理人,但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,因而意思表示的有效要件原则上应以代理人为判断,不能以被代理人为判断,对此大陆法系国家的民法大多作了明确规定。

在法国法中,关于意思瑕疵、善意或恶意,都以代理人(作为表示自己意思的行为人)作为判断标准,而不以被代理人作为判断标准。例如,根据法国最高法院的判例,委托代理人在其权限范围内所表示的同意有瑕疵时,即告委托人的同意有瑕疵,委托代理人在实施欺诈行为时,委托人应承担法律责任^[14]。在奥地利,就意思瑕疵以及知悉或因疏忽而不知某项事实而言,理论上主张应根据代理人、被代理人对实施法律行为的影响大小,来决定应以代理人还是以被代理人,抑或应以两者一起,作为判断的标准^[6]。

《德国民法典》第166条第1款规定:“意思表示在法律上之效力,因意思之欠缺或明知其事情或可得而知其事情受影响时,应根据代理人之情况决定,而非根据被代理人之情况决定”。之所以作如此规定,《德国民法典》的立法理由书中指出,“可能出现的意思瑕疵,仅可于作出意思决定的地方寻找”^[15]。既然被代理人就代理人实施的行为而言不能形成自己的、具有法律意思的意思(即如法定的被代理人是不具有完全行为能力的人)或者没有形成自己的意思(因为他对具体的行为未作设想),那么,当然就只能以代理人为判断标准了。

德国的这一规定,大陆法系其它国家(地区)也纷纷效仿。在瑞士法中,关于意思瑕疵以及知情或不知情,原则上以代理人作为判断标准,因为代理人实施着与第三人的谈判行为。然而,瑞士法中明确强调,被代理人本身不得是恶意的。即被代理人如知道事实真相,就不得主张代理人的错误。被代理人不得撤销执行行为,如果仅仅是被代理人发生了错误,而代理人并没有发生错误,则亦不得行使撤销权。《日本民法典》第101条第1款规定:“意思表示的效力,因意思欠缺、诈欺、胁迫,或知其情事,或因过失不知而受影响时,其事实之有无,就代理人予决之”。《意大利民法典》第1390条前句也规定:“如果代理人的意思有

如《德国民法典》第1780条规定:“无行为能力者,或者因精神耗弱、挥霍浪费、酗酒或吸毒成癖被宣布为禁治产者,不得被选任为监护人”。
《意大利民法典》第352条规定:“患有永久性精神病的人根据申请可以免于担任监护人”。
《日本民法典》第864条规定:“下列人不得为监护人:1.未成年人;2.禁治产人及准禁治产人;3.被家庭法院免职的法定代理人和保护人;4.破产人;5.对被监护人提起诉讼或曾提起诉讼的人及其配偶和知悉血亲;6.去向不明的人。”
台湾地区民法典第1096条规定:“未成年人及禁治产人,不得为监护人”。

瑕疵，则契约是可撤销的”。第1391条第1款又规定：“在考虑善意或恶意、对特定情况知道或不知道时，要考虑代理人自身的状态，但是涉及被代理人预先确定的要素不在此限”。《葡萄牙民法典》第259条第1款也规定：“就导致意思表示之无效或得予以撤销而言，关于意思之欠缺或瑕疵，以及对可影响法律事务效力之事实之知情或不知情，应根据代理人本人之情况予以决定；但涉及取决于被代理人意思之要素者除外”。我国台湾地区民法典第105条也作了与德国民法典第166条相同的规定。根据上述各国(地区)的规定，意思表示的瑕疵，只就代理人的情况予以判断，即使被代理人无此事实而代理人有之者，其意思表示为无效或可撤销，原因是其意思表示由代理人所决定，并且由代理人所表示。

在英美法上《美国代理法重述(第三次)》也有相似的规定，即第6.11条：“(1)当身份公开代理或本人身份不明代理中的代理人，向第三人做出了与代理权有关的虚假意思表示的，委托人不负赔偿责任。但如果代理人是依实际授权或表面代理权的形式作出意思表示，并且第三人没有注意到该意思表示是虚假的除外。(2)当代理人依实际授权或表面授权，代表身份公开代理或本人身份不明代理中的委托人订立合同或财产转让协议而作出的一项意思表示，与委托人亲自作出的意思表示具有同等效力，但第三人知道或有理由知道该意思表示不真实或者代理人没有代理权的除外。(3)当发生下列情形时，代理人为身份不公开代理中的委托人订立合同或财产转让协议而作出的意思表示，与委托人亲自作出的意思表示具有同等效力：(a)代理人是依实际授权作出意思表示的，或者(b)代理人虽非依实际授权作出意思表示，但在相同事项上，代理人曾经有过作出真实意思表示的实际授权。当第三人知道或有理由知道代理人的意思表示不真实时，代理人的意思表示对委托人无效。(4)代理人代表身份不公开代理中的委托人订立合同或财产转让协议时，对第三人作出其并非代表委托人进行代理活动的虚假意思表示的，如果委托人或者代理人已经通知了第三人不得同委托人进行交易的，第三人可以撤销合同或者财产转

让协议”。《欧洲合同法原则》第1:305条：“如果某人在缔约一方当事人同意的情况下参与了合同的缔结，或者被缔约一方当事人委托履行或者在其同意的情况下履行了合同，该人(1)知道或预见到了某事实，或应当知道或预见到该事实，或者(2)故意地或具有重大过失地或者不符合诚实信用和公平交易地行为，这些知晓、预见或行为归咎于该方当事人本人”。

此外，在代理情况下，善意或恶意与否如果对意思表示的效力产生影响时，其事实之有无，也应以代理人的情况予以判断。如善意取得、债权人撤销权之受益人、买卖之瑕疵担保等之取得行为、受益行为、买受行为之善意或恶意，根据前述德国、日本、意大利、葡萄牙以及我国台湾地区民法典的规定，均应就代理人决之。如在无权处分的情况下，只有善意买受人方可取得所有权，假若买受人授权代理人代买时，其善意之有无，应当就代理人的情形予以判断。又如，代理人为被代理人购买了某物，代理人在买卖时知道权利或货物有瑕疵，那么，出卖人对权利瑕疵或货物瑕疵就不负责任。很显然，代理人的恶意，作为被代理人自己的恶意，归属于被代理人。

还需注意，代理人有2人以上时，意思表示瑕疵或善意与否应就全体代理人为判断，还是只就其中之一人为判断？按照通说，如果代理行为是共同为之者，则应就一人为判断，如果代理行为是各自分担为之者，则其中一人事实之有无，对于其他代理行为不发生影响。换言之，共同代理时，一个代理人的意思有瑕疵或为恶意，推及全体代理人有之；而在分别代理时，一个代理人的意思有瑕疵或为恶意，不能推及其他代理人的行为也有瑕疵或为恶意。

(二)以代理人为判断标准的例外

代理行为之意思表示的效力虽以代理人为判断，但也存在以下例外：

1、在任意代理的情况下，如果代理人在从事行为时遵循了被代理人的指示，那么，知道或应当知道有关对自己不利情形的被代理人，就不得主张代理人的善意。盖法律行为既系经被代理人之指示而为，则代理人几乎与使者同其地位，已无考虑之自由，故

Article 1.305 - Imputed Knowledge and Intention :If any person who with a party's assent was involved in making a contract, or who was entrusted with performance by a party or performed with its assent: (a) knew or foresaw a fact, or ought to have known or foreseen it; or (b) acted intentionally or with gross negligence, or not in accordance with good faith and fair dealing, this knowledge, foresight or behaviour is imputed to the party itself.

该事实之有无,应就被代理人决之。对此《德国民法典》第166条第2款规定:“代理人之代理权系以法律行为授予者,代理人之意思表示如依代理权授予人所指示之意思而为时,本人不得就自己明知之情事,主张代理人不知其事”。之所以如此规定,是因为“被代理人的知悉和应该知悉,必须与代理人的知悉和应该知悉具有相同的效果”,从而防止通过给不知情的第三人授予代理权,而规避法律行为有瑕疵之法律后果。德国法院着眼于该条规定的保护意旨,对“所指示之意思而为”作出扩张解释,只要被授权人在代理权的范围内从事了某项特定的法律行为,而授权人正是想要被授权人从事此项行为,即可认定被授权人是在依指示行事。如果被代理人虽然知悉情况并且可以采取保护措施,但是他却袖手旁观,则视作他向代理人发出了指示。例如被授权人在授权人在场的情况下订立法律行为,而授权人对此不表示任何异议。在法国法中,如果被代理人自己对代理人的意思形成产生了影响,以被代理人的想法为准。《日本民法典》第101条第2款规定:“代理人受委托实施特定的法律行为,依本人的指示实施该行为时,本人不得就自己已知的情事,主张代理人的不知。关于因过失而不知的情事,亦同”。《意大利民法典》第1390条“但书”规定:“当瑕疵涉及被代理人预先确定的要素时,仅在被代理人的意思有瑕疵时契约得被撤销”。第1391条第2款又规定:“无论如何,恶意的被代理人均不得主张代理人的不知或善意”。《葡萄牙民法典》第259条第2款也规定:“恶意之被代理人不因代理人之善意而得益”。我国台湾地区民法典第105条但书也有类似规定。上述各国(地区)的规定,旨在强调意定代理的授权人“不得就自己明知的事情,主张代理人不知其事”^[16]。简言之,被代理人明知或者应当知道某种情事,但却指示不知情的代理人为此行为,这时法律就不再以代理人为判断是否善意的对象,而是适用实质性标准否定被代理人关于善意的主张^[17]。因为,既然被代理人自己策划了代理人从事的行为,被代理人就是该项行为的当事人,因此必须将该项行为如同其自己实施的行为那样归属于自己。此外,如果被代理人虽然知悉情况并且可以采取保护措施,但是他却袖手旁观,则视作他向代理人发出了指示,例如代理人在被代理人在场的情况下实施法律行为,而被代理人不表示任何异议^[18]。

2、代理行为之内容和目的是否违法,应就代理

人与本人双方决定之,只要其中一方有违法目的,代理行为即应无效^[19]。我国《民法通则》第67条规定:“代理人知道被委托代理的事项违法仍然进行代理活动的,或者被代理人知道代理人的代理行为违法不表示反对的,由被代理人 and 代理人负连带责任”。根据这一规定,无论是代理人还是被代理人,只要其中有一方具有违法的原因,均可导致代理行为的无效,并应承担连带责任。

3、如果交易对方当事人欺诈了被代理人,然后被代理人基于错误的认识指示代理人的具体行为时,应当允许被代理人撤销该项法律行为,理由是,代理人的意思表示实际上是基于被代理人的交易意愿而为的。如果代理人在进行交易时欺诈了交易对方当事人,该对方当事人可以如被代理人本人欺诈了他一样而撤销他所作的意思表示。

五、结论与建议

综上所述,代理行为在性质上属于代理人的行为,代理行为的后果之所以会归属于被代理人,乃是法律为尊重代理人的意思而直接规定的结果,因为代理人在实施代理行为时具有明确的效力归属意思表示。代理之所以区别于传达,就在于代理人根据自己的判断独立决定意思表示的内容。代理人虽不需要具有完全行为能力,但必须具有意思能力,无行为能力人由于无意思能力,故不能充任代理人。代理人根据自己的利益衡量自行作出意思表示,如果代理行为中的意思表示有欠缺或者是否善意或恶意而导致其效力受影响时,原则上应以代理人为判断。但是,如果代理人在实施代理行为时遵循了被代理人的意思,法律不应当允许善意被代理人主张代理人的善意。基于上述认识,建议我国未来民法典中关于代理行为中的意思表示规定如下:

第X1条:代理行为的效力,不因代理人为限制行为能力人而受影响。

第X2条:代理行为因意思表示的瑕疵或是否知情而受影响时,应以代理人的情况进行判断。但是,如果该行为是受被代理人指示的意思而为时,应以被代理人的情况为判断。

[责任编辑 侯玉花]

参考文献:

[1]王泽鉴.民法总则(增订版)[M].北京:中国政法大学出版

- 社 2001 :442.
- [2]江帆.代理法律制度研究[M].北京 :中国法制出版社 2000 : 105.
- [3]郑玉波.民法总则[M].北京 :中国政法大学出版社 2003 : 404.
- [4]张俊浩.民法学原理(上册)[M].北京 :中国政法大学出版社 2000 :312.
- [5]陈元雄.民法总则新论[M].台北 :台湾三民书局股份公司印行 ,1982 :675.
- [6][德]福·博伊庭 .《德国民法典》中的代理理论[J].邵建东译.南京大学法学评论 ,1998年秋季号.
- [7]王利明.民法总则研究[M].北京 :中国人民大学出版社 , 2003 :651.
- [8]梁慧星.民法总论(第三版)[M].北京 :法律出版社 2007 : 226 ;胡长清.中国民法总论[M].北京 :中国政法大学出版社 ,1997 :299 ;龙卫球 . 民法总论[M].北京 :中国法制出版社 2002 :570 ;江帆 . 代理法律制度研究[M].北京 :中国法制出版社 2000 :107.
- [9][德]迪特尔·施瓦布 . 民法导论[M].郑冲译.北京 :法律出版社 2006 :535.
- [10]胡长清.中国民法总论[M].北京 :中国政法大学出版社 , 1997 :299.
- [11]F.M.B.Reynolds,Bostead on Agency,15th ed.,Sweet & Maxwell, London,985,p.33.
- [12]尹田.民事法律行为与代理制度研究[M].重庆 :重庆大学出版社 ,1993 :192 - 193.
- [13]龙卫球.民法总论[M].北京 :中国法制出版社 2002 :598.
- [14]法国民法典(下册)[M].罗结珍译.北京 :法律出版社 , 2005 :1439.
- [15][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 :683.
- [16][德]卡尔·拉伦茨.德国民法通论(下册)[M].晓晔 ,邵建东 , 等译.北京 :法律出版社 2003 :848.
- [17]李永军.法总论[M].北京 :法律出版社 2006 :694.
- [18]梁慧星.民法总论(第三版)[M].北京 :法律出版社 2007 : 228.

On the Intention in Agency Activities

WANG Yuan-zhi

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

Abstract : The intention in agency activities is the intention of the agent in which the agent expresses that he/she is on the behalf of others when executing the agency, so that the legal effect is assigned to the principal. The agent makes independent intention on the basis of his/her own judgment, which distinguishes from the expression. The legal effect of the agency is directedly assigned to the principal, and the agent is not bound to the agency. Therefore, the meaning fixed agent does not need to have full capacity for civil conduct. The effect of the agency which is affected by the flaw of the intention or the awareness of the agent should be judged by the situation of the agent. However, in case that the agency is indicated by the intention of the principal, the legal effect should be judged by the principal's situation.

Key words: Agency activities;Agent's civil capacity; Intention in the agency activities; Flaw intention

更正：

本刊 2013 年第 6 期《毛泽东著作研究的回顾与今后的课题》一文,第 16 页右栏第 6 行“他曾经做过毛泽东的医生”为衍出之文,应予删除,特此更正。本刊对由此造成的舛误,特向读者表示歉意。