



# 《民法典总则》代理制度立法建议

赵秀梅\*

**摘要** 《民法典总则专家建议稿》(提交稿)关于代理的规定应进行体系化的修改为隐名代理留下了立法空间。关于无权代理人的赔偿责任应删掉履行责任,其赔偿额不得超过相对人在契约有效时可得到的利益,而非代理行为有效所能获得的利益。

**关键词** 民法典 隐名代理 间接代理 无权代理

中国法学会民法典项目编撰小组于2015年4月19日公布了《民法典总则专家建议稿(征求意见稿)》(以下简称《征求意见稿》)。在广泛征求社会各界意见的基础上,2015年6月20日将《民法典总则专家建议稿(提交稿)》(以下简称《提交稿》),提交全国人民代表大会法律工作委员会。这两份专家建议稿在第八章规定了与代理有关的制度,与我国目前《民法通则》和《合同法》的立法体例不同。《建议稿》一并规定了代理制度的内容,这是一种新的立法体例。本文赞同该立法体例,但认为,需要对代理相关的内容进行体系化的整合,《提交稿》的内容还需要修改和完善。

## 一、关于代理概念的立法建议

### (一)显名代理概念的修正

《征求意见稿》第153条规定了“代理的定义”：“代理是指代理人在代理权限内，以被代理人的名义实施法律行为，该行为直接对被代理人发生效力。”该条明确规定代理是代理人应以被代理人的名义实施法律行为。这表明《征求意见稿》仍然强调代理的“显名原则”，即代理人实施代理行为必须以被代理人的名义。同时《征求意见稿》第166条又规定了“间接代理”的概念：“涉外民事活动中，代理人以自己的名义，在被代理人的授权范围内与第三人实施法律行为，第三人在法律行为成立时知道代理人与被代理人之间的代理关系的，该法律行为直接约束被代理人和第三人，有确切证据证明该法律行为只约束代理人和第三人的除外。”这两个条文的逻辑关系是存在问题的。之后的《提交稿》修改了上述规定。《提交稿》第151条规定了“代理的定

义”：“代理人在代理权限内实施的法律行为，对被代理人发生效力。依照法律规定或者法律行为的性质，应由本人亲自实施的法律行为，不得代理。”该条的规定，完全抛弃了代理的“显名原则”，这样的规定是否合理？其目的是否是为了避免与第164条关于间接代理的规定相冲突？《提交稿》第164条规定：“代理人以自己的名义，在被代理人的授权范围内与第三人实施法律行为，第三人在法律行为成立时知道代理人与被代理人之间的代理关系的，该法律行为直接约束被代理人和第三人，有确切证据证明该法律行为只约束代理人和第三人的除外。”第151条所规定的代理的定义时没有规定代理的发生必须以本人的名义，但第164条规定“间接代理”时又规定“代理人以自己的名义”，这样的规定是否合理。“显名代理”无须以本人名义，而“隐名代理”又必须以本人名义？

本文认为，《提交稿》第151条的规定不能赞同，这样的规定完全抛弃了代理的本质，即显名原则。这样的规定，如何解释本人须对代理人的行为承担责任？据此，本文认为《提交稿》第151条第1款所规定的“代理的定义”应该修改为：“代理人在代理权限内，以被代理人的名义实施法律行为，该行为直接对被代理人发生效力。但法律另有规定的除外。”这样的规定，就为不以被代理人的名义实施法律行为的隐名代理留下了立法空间。

### (二)间接代理概念的修正

从《征求意见稿》到《提交稿》都使用了“间接代理”的概念，这种规定是否妥当？另外，《提交稿》第165条使用“被代理人的介入权与第三人的选择权”的名称是

\*赵秀梅,北京理工大学法学院副教授,法学博士。

否妥当? 本文认为上述规定应当斟酌。

《提交稿》第164条和165条所规定内容,其实是《合同法》第402条和403条的内容。但《合同法》第402条和403条所规定的代理,是否是“间接代理”呢?《合同法》颁布后,有学者认为上述法条规定的就是“间接代理”。《合同法》在“委托合同”一章的第402条和403条规定间接代理的同时,专设“行纪合同”一章明确了行纪合同相对独立的法律地位。可见,《合同法》突破《民法通则》遵循的显名代理原则,借鉴英美法及国际公约的经验设立了间接代理制度,但并没有废弃行纪制度,相反承认行纪为一种相对独立的民事制度。<sup>[1]</sup>

《合同法》第402条和《建议稿》第166条所规定的内容并非是间接代理而是英美法系中的“隐名代理”与大陆法系不同,英美法系中的代理是一个非常广泛的概念,只要一方为他方活动,为他方与第三人设定权利、义务关系均被称为代理。其关于代理的分类可分为显名代理(named principal)、隐名的直接代理(unnamed principal)和不公开本人身份的代理(undisclosed principal)。其中,前两种情况与大陆法的直接代理相同,而不公开本人身份的代理,则是指代理人在签订合同时,既不明示以被代理人名义,也不明示为被代理人利益,而以自己的名义与第三人为意思表示的代理。不公开本人身份的代理具有两重法律效果:一方面代理人为合同的当事人;另一方面除了一些例外与限制以外,不公开身份的本人享有介入权,第三人享有选择权。<sup>[2]</sup>

《提交稿》第164条的规定,虽然名字为“间接代理”,但实际上是“隐名代理”之内容。间接代理和隐名代理的法律后果是不同的,尽管在这两种情况下,“代理人”都是以自己的名义与第三人为民事法律行为。在间接代理,也就是行纪合同中,存在着两个各自独立的法律关系:一个存在于本人(委托人)与间接代理人(受托人)之间;一个存在于间接代理人与第三人之间。但委托人和第三人之间是不存在法律关系的;而在隐名

代理的情形下,委托人和第三人直接产生法律关系。受托人以自己的名义,在委托人的授权范围内与第三人订立的合同,第三人在订立合同时知道受托人与委托人之间的代理关系的,该合同直接约束委托人和第三人,也就是委托人和第三人直接产生法律关系。

我国台湾地区“民法”第103条规定了显名代理,但我国台湾地区司法实务上是承认隐名代理的。1977年我国台湾地区台上字第2055号判决:“甲授权乙与丙订立房屋合建契约,乙以自己名义与丙订立契约,倘乙系以代理之意思而为,纵未明示代理之旨,并以本人名义为之,惟其代理意思为相对人所明知或可得而知,且本人已确定者,仍不妨成立代理。”这种情形,法院均认为效力直接及于本人,而成立隐名的直接代理。<sup>[3]</sup>

中国社会科学院课题组《民法总则》(建议稿)第198条采纳了“隐名代理”的概念:“代理人和第三人进行法律行为时,表明自己的代理人身份,但是未告知具体的被代理人,第三人可以要求代理人在合理期限内告知具体的被代理人。代理人未告知的,视为代理人以自己的名义进行法律行为。”民法中所谓间接代理乃代理的类似制度,并非代理。故直接代理与间接代理并非代理的分类。二者的区别甚具实益。<sup>[4]</sup>关于间接代理,民法于行纪设有规定。称行纪者,谓以自己名义为他人计算,为动产之买卖或其他商业上之交易,而受报酬之营业。因此“间接代理”是民法中的行纪合同。

本文认为,《提交稿》第164条应修改为“隐名代理”,其内容可以参照目前《合同法》第402条的规定。《提交稿》第165条规定了“被代理人的介入权和第三人的选择权”,不妥。该条文的内容是《合同法》第403条的规定,应该是英美法系的“不公开本人身份”的代理,因此其第165条的名称要修改。

“间接代理”、“隐名代理”和“不公开本人身份的代理”的概念之所以发生混淆,主要是《合同法》既吸收了大陆法系代理制度的规定,同时又借鉴了英美法系的

[1]其木提:“论行纪合同委托人的取回权”,载《环球法律评论》2005年第1期。

[2]徐晓燕:“间接代理制度比较研究”,载《外国法译评》1998年第4期;王利明:《民商法研究》(第5辑),法律出版社2001年版,第86页以下。

[3]陈聪富:《民法总则》,元照出版股份有限公司2014版,第332页。

[4]王泽鉴:《民法总则》(增订新版),北京大学出版社2014年版,第524页。



代理制度。两大法系关于代理的规定,并不能简单的照搬,而是应该进行技术化的处理。采纳何种名称,应当探究该概念之本意。

## 二、关于无权代理的立法建议

《建议稿》第8章第4节和第5节规定了无权代理和表见代理制度,其中所包括的内容比较全面,本文认为这两节的有些内容需要修改。

### (一)无权代理和表见代理的体系问题

广义的无权代理包括表见代理,因此二者并列规定,不符合逻辑。无权代理有广义和狭义之分。广义的无权代理包括所谓的表见代理与狭义无权代理。狭义无权代理指不具表见代理的无权代理,可称为固有的无权代理,凡称无权代理时,通常指狭义无权代理而言。表见代理,指无权代理人,具有代理权存在的外观,足令使人信其有代理权时,法律规定本人应负授权人责任之制度。<sup>[5]</sup>《提交稿》第7章第3节和第4节并列规定无权代理和表见代理不妥。我国台湾地区“民法”总则编并没有专门规定无权代理和表见代理制度。关于无权代理和表见代理之内容规定在“民法”的债权编,是作为债发生的根据来规定的。《提交稿》在总则中规定无权代理和表见代理,但体系问题不容忽视,无权代理和表见代理并列规定是值得斟酌的。

### (二)无权代理人对第三人的赔偿责任

我国台湾地区“民法”只是在第169条、第170条和第171条3个条文中规定了“无权代理”和“表见代理”的内容,并没有进行详细的规定,相关内容由判例和学说加以完善。《提交稿》第167条第1款规定:“无权代理,不能构成表见代理,又未被追认的,善意相对人有权要求无权代理人履行债务或者就其所受到的损害要求无权代理人赔偿,但赔偿的范围不得超过代理行为有效时所能获得的利益。”本文认为这条规定的无权代理人责任性质不明,赔偿范围不明,应当修改。

#### 1. 无权代理人责任的性质

无权代理人责任性质如何?我国民法理论界存在不同观点。有观点认为:“应采契约责任。认为无权代理人是契约当事人,应受与第三人契约责任的拘束。即当

本人拒绝追认时,由无权代理人作为合同当事人,履行合同义务或者承担损害赔偿责任,其目的是使相对人达到其应有的法律地位。”也有观点认为:“无权代理人对于善意相对人所为之无权代理行为,系属于侵权行为,因而对相对人应负责基于侵权行为的损害赔偿责任。但是,由于侵权行为强调过错责任原则,行为人可以较容易地通过举证证明自己无过错而免责,因此这一理论不能有效地保护善意第三人的利益。”还有观点认为应采取缔约过失责任:“无权代理人与第三人缔约时,应有义务注意自己是否享有本人授予之代理权。如果疏于注意使本人与第三人之间的契约不成立或生效,即应承担缔约过失之责。”<sup>[6]</sup>

我国台湾地区“民法”第110条规定:“无代理权人,以他人之代理人名义所为之法律行为,对于善意之相对人,负损害赔偿之责。”1967年台上字第305号判例谓:“无权代理人责任之法律根据如何,见解不一,而依照通说,无权代理人之责任,系直接基于民法之规定而发生之特别责任,并不以无权代理人有故意或过失谓其要件,系属于所谓原因责任、结果责任或无过失责任之一种,而非基于侵权行为之损害赔偿。”

《提交稿》第167条的规定,显然认为无权代理人应承担契约责任,而且应承担的是缔约过失责任。中国社会科学院课题组所提出的《民法总则》(建议稿)采纳的是侵权责任的观点,第215条规定:“第三人知道行为人没有代理权、超越代理权或者代理权消灭后仍然与行为人实施法律行为给他人造成损害的,构成共同侵权行为的,由第三人和无权代理人承担连带责任。”

本文认为无权代理人的责任,不应采纳侵权责任和缔约过失责任。如果无权代理人对第三人承担侵权责任,虽不必受到契约履行利益的限制,但相对人必须证明无权代理人有过错。如果无权代理人对第三人承担缔约过失责任,与侵权责任一样,第三人须证明无权代理人有过错。此外,承担缔约过失责任,损害赔偿数额通常是信赖利益,在无权代理人故意和重大过失的情形下,仅赔偿信赖利益,不足以保护善意第三人的利益。而应借鉴我国台湾地区“民法”的规定,无权代理人

[5]同上注。

[6]汪渊智:“论无权代理人对第三人的责任”,载《暨南学报》2012年第2期。

的赔偿责任是法定担保责任。在这种情形下,第三人无须证明无权代理人有过错,损害赔偿的范围亦不受信赖利益赔偿的限制。

另外,第167条规定了无权代理人履行债务的责任,这种立法是否正确?无权代理人承担损害赔偿的责任固然无可非议,但能否承担“履行债务”的责任?我国台湾地区“民法”第110条规定:“无代理权人,以他人之代理人名义所为之法律行为,对于善意之相对人,负损害赔偿之责。”这是因为,无权代理行为,经本人承认者,本人与相对人之间发生契约法上法律关系,固无问题。惟若本人拒绝承认者,不仅本人无须承担法律行为之责任,无权代理人因非合同当事人,亦无须承担法律行为之责任。此时,相对人仅得向无权代理人主张损害赔偿。我国台湾地区1996年台上字第3037号和1970年台上字第3311号判决指出,本条规定之责任,系无权代理人的损害赔偿,而非代为履行契约义务的责任。相对人不得以无权代理行为,对本人确定不生效力,而主张该法律效果应归属于无权代理人,而由其代负履行责任。本文赞同该判决之观点,无权代理人不应承担履行债务之责任,因此《提交稿》第167条应修改为无权代理人对善意第三人仅承担损害赔偿的责任。

## 2. 无权代理人赔偿的范围

无权代理人应对第三人承担损害赔偿,但就损害赔偿的范围存在不同观点,主要是存在信赖利益和履行利益赔偿之争。

有观点认为:“在无权代理的情形下,相对人得以获得契约有效成立之利益,此项履行利益,因代理人无代理权而丧失,基于完全赔偿原则,无权代理人应赔偿相对人丧失的履行利益。”我国台湾地区2001年台上字第1923号判决也认为:“相对人依该法条规定请求损害赔偿,不得超过相对人因契约有效所得利益之程度,易言之,相对人得请求履行利益之给付。”

另外,也有观点认为:“关于无权代理人应赔偿之范围,民法未设明文,为顾及无权代理人对相对人应负责任之依据,并着重彼此间之公平,宜解为:无权代理人,如于行为时,不知其无代理权者,仅应赔偿信赖利

益。”<sup>[7]</sup>北京航空航天大学法学院课题组完成的《中华人民共和国民法典通则编》草案建议稿第192条第2款规定了“无权代理确定不能补正的后果”:“被代理人拒绝追认的,相对人知道或应当知道代理人无代理权的,代理人不承担责任。被代理人拒绝追认的,不知道也不应知道代理人无代理权的相对人,可以要求恶意的无权代理人履行义务或者承担违约损害赔偿责任;但无权代理人为善意的,相对人仅可以请求其赔偿信赖利益损失。”

我国《合同法》和最高人民法院司法解释都没有对无权代理人的赔偿范围做出明确的规定。《提交稿》第167条规定:“赔偿范围不得超过代理行为有效所能获得的利益。”该法条所用的“代理行为有效所能获得的利益”的含义具体是什么?是否是履行利益?本文认为无权代理人赔偿“信赖利益损失”,不超过履行利益的限制显然已经不适合司法实践的需要。因为,无权代理,其代理行为虽不生效力,但不能因此径认为仅能请求信赖利益,此观诸各国立法例即可知之。德国债法现代化改革已经修正了之前的做法。缔约过失责任的发源地德国,也在其2002年《债法现代化法》中取消了信赖利益不能超过履行利益的限制,最新的对《德国民法典》的研究表明:“缔约过失的法律后果,义务人通常负责赔偿信赖利益损害即消极利益,但这并不以履行利益或者积极利益为限。如果没有受到正常告知的买受人在正常告知的情形下将会订立另外一个较为有利的合同,那么该买受人完全也可以请求赔偿履行利益。在具体情况下究竟应当赔偿何种利益,也就是说在具体情况下义务人的责任范围究竟有多大,说到底应当由被侵害的义务所具有的保护目的来决定”。<sup>[8]</sup>

在无权代理人没有过失的情形下,仅赔偿信赖利益损失。无权代理人故意或有重大过失的情形下,善意相对人则有权获得契约有效所能获得的利益,即“履行利益”的损害赔偿。因此《提交稿》第167条应修改为:“无权代理,善意相对人有权要求赔偿。当无权代理人没有过失时,其赔偿范围不得超过契约有效时所能获得的利益。”

[7]同注[3]。

[8]卢谦:《德国民法专题研究》,法律出版社2008年版,第235页。



### 三、关于代理授权行为的无因性

《提交稿》第 153 条规定“代理人的行为能力”：“代理人欠缺相应的民事行为能力，不影响代理行为的效力，法律另有规定的除外。”本条是否采纳了代理授权行为的无因性原则？本文认为该条的规定值得赞同，但其内涵应当限缩。

德国民法上“授权行为与基础法律关系相区分”的理论，为包括瑞士、日本、意大利以及我国台湾地区等绝大多数大陆法国家或地区所接受。我国台湾地区学者认为：“如果采纳有因说，则认为授权行为与基本法律关系不可分离，基本法律关系归于无效、不生效力或被撤销时，授权行为亦因之而消灭。依此见解，在雇佣或委任限制行为能力人的情形，若雇佣或委任契约因法定代理人不同意而不生效力时，其授予之代理权亦随之消灭，该未成年人以本人名义而为的法律行为，因欠缺代理权，应成立无权代理。此时，无权代理人应对第三人承担赔偿责任，对未成年人实属不利。采纳无因性可使第三人（相对人）不必顾虑代理人的内部基本法律关系，有助于促进交易安全。”<sup>[9]</sup>

关于代理授权行为是否采纳无因性的理论，我国《民法通则》未作明确规定。有学者认为，《民法通则》承认了代理授权行为的独立性。我国《民法通则》将代理制度在“民事法律行为”章中单独规定，并在阐述法律行为定义的条文中，特别规定“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、权限和期限，并由委托人签名或者盖章”。这一规定将授权行为规定为单方法律行为，从而表明我国立法对授权行为与基础关系相区分的理论的赞同。<sup>[10]</sup>本文对此持赞同态度。但是否应采纳授权行为的无因性理论？学界对此存在不同看法。无因说支持者认为，肯定授权行为无因性有利于保护第三人的利益，有利于保护交易安全，因为在肯定授权行为独立性与无因性的前提下，代理授权行为与基础法律关系被严格加以区分，使第三人与代理人从事交易时不必顾虑代理人与本人之间的内部关系，从而有利于保护交易安全，促进交易进行。

反对授权行为无因性的学者则认为，在无因说的立法例下，如果基础关系无效或被撤销，第三人明知这一情形仍与代理人实施代理行为的，本人仍应当承担该行为的法律后果，显然有损本人的正当利益。同时，采纳有因说有利于简化民事法律关系。<sup>[11]</sup>

北京航空航天大学法学院课题组完成的《中华人民共和国民法典通则编》草案建议稿第 176 条规定了“代理权授予的效力：无因性”：“代理权授予的效力，不受代理人与被代理人之间基础关系不成立、无效或者被撤销、消灭的影响。”这是唯一一个明确表明代理授权行为无因性的立法建议。《提交稿》第 153 条规定：“代理人欠缺相应的民事行为能力，不影响代理行为的效力，法律另有规定的除外。”本条之规定，与我国台湾地区“民法”第 104 条的规定相似。台湾“民法”第 104 条规定：“代理人所为或所受意思表示之效力，不因其为限制行为能力而受影响。”这两个法条的区别在于，《提交稿》为“代理人欠缺相应的民事行为能力”，是否包括无民事行为能力的情形？本文认为，《提交稿》第 155 条的规定，意在采纳代理授权行为的无因性原则，值得赞同。但应做适当限缩，代理人仅限于限制行为能力人。本条应借鉴我国台湾地区“民法”第 104 条的规定，修改为：“代理人所为或所受意思表示之效力，不因其为限制行为能力而受影响。”

同时，还应借鉴我国台湾地区“民法”第 108 第 1 项的规定，补充一个法条：“代理权之消灭，依其所由授予之法律关系定之。”进一步表明代理权之授予应受其基本法律关系之影响，但亦仅限于基本法律关系消灭的情形。德国民法理论和判例也认为，代理授权行为无因性适用于代理权授予之基础关系的消灭，但在基础关系无效时，并不影响授权行为的效力。

另外，本文认为如果《民法总则》规定代理行为无因性，那未来《民法典物权编》是否应承认物权行为的无因性？如果不承认物权行为的无因性，代理无因性的规定是否得以顺利实现？这些问题，立法者不得不慎重思考。

（责任编辑：罗胜华）

[9]同注[4]。

[10]尹田：“论代理制度的独立性——从一种法技术运用的角度”，载《北方法学》2010 第 5 期。

[11]同上注。