

## 代理显名主义的例外\*

龙翼飞,高一寒

(中国人民大学法学院,北京 100872)

[摘要]“显名主义”虽然是我国代理制度的基本原则,但是也承认非显名的代理。在某些特殊情况下,虽然代理人没有明确指明被代理人的名称,但是法律行为的后果仍然直接归属于被代理人。此类特殊情况可以总结成为:行为所关涉之人而实施的行为、未指名被代理人姓名的代理、与企业相关的法律行为,它们被称为“特殊的显名代理”。然而,与之不同的是德国法中的“间接代理”和英国法中的“隐藏代理”。虽然我国《合同法》第 402 条规定了受托人“以自己的名义”订立合同时合同的效力归属,但是这与“间接代理”和“隐藏代理”都不完全相同,修订《合同法》时应重新检视第 402 条。

[关键词]代理;显名主义;间接代理;隐名代理

[中图分类号]D913

[文献标识码]A

[文章编号]1008—1763(2018)05—0136—07

DOI:10.16339/j.cnki.hdxbskb.2018.05.020

## On the Breakthrough of Named Principal of the Agency

LONG Yi-fei, GAO Yi-han

(Ren Min University of China Law School, Beijing 100872, China)

**Abstract:** Although "named principal" is the basic principle of China's agency system, exceptions, although the agent does not explicitly list the name of the public agent, the consequences of legal acts are directly attributable to the agent. Such a special case can be summed up as the act of the person involved in the act, the agency of the unnamed agent's name, and the legal act related to the enterprise. In these cases, although the agent does not act in the name of the agent accordingly, it still belongs to the famous agent. The indirect agent is different from the direct one. In an indirect agent, the agent conducts legal action in its own name, and the legal consequences occur between the agent and the relative person of the transaction. The 402nd contract law of China is different from the indirect agent in the German civil law, and the agency system in the English law is not the same. It shows the unique characteristics of our agency system.

**Key words:** agency; named principal; indirect agency; named agency

### 一 引 言

在现代交易社会中,如果没有代理制度,那么劳动分工、商品和服务分配体系的发展不可想象。现代大陆法系的代理区分为直接代理和间接代理,直接代理制度遵循“显名主义”,其目的在于保护交易相对人。代理人在进行法律行为时应该向交易相对

方明示真正的交易对象,法律行为的效果直接归属被代理人。1861 年生效的《德国普通商法典》第 52 条,第 298 条规定了直接代理的显名主义。受其影响,《德国民法典》只规定了显名原则的直接代理,“以被代理人名义行为”是直接代理最关键的特点。代理显名主义之后被多国立法继受,《日本民法典》《意大利民法典》中的代理制度莫不要求“以本人(被代理人)名义”实施法律行为。

\* [收稿日期] 2017-12-28

[作者简介] 龙翼飞(1959—),男,辽宁铁岭人,中国人民大学法学院教授、博士研究生导师。研究方向:民商法学。

我国民法理论整体上继承了德国的民法理论,代理制度原则上同样继承了德国民法代理制度的基本理念。<sup>①</sup>《民法通则》第63条第2款规定直接代理需要“以被代理人名义”,《民法总则》第162条同样要求代理制度以“显名主义”为原则。“以被代理人名义”实施法律行为是产生代理归属效力的外在形式要件。<sup>②</sup>然而,无论是立法、理论、还是实践,我国都承认“非显名主义”的代理制度。而这些没有遵循“显名”原则的代理,根据具体的表现形式,产生的法律后果不同。在实践中存在不少情况,“代理人”为了被代理人的利益进行代理行为,但是出于各种原因没有明确“以被代理人名义”做出意思表示,这时法律行为应当对被代理人发生法律效力还是对代理人发生法律效力,要根据具体情况进行分析。在代理制度遵循显名主义原则的立法中,有必要厘清非显名主义的代理制度的特点以及它们的法律行为效力的归属情况。

## 二 显名代理的特殊情况

我国《民法总则》第162条要求代理人“以被代理人”名义实施法律行为,然而在一些特殊情况下,代理人虽然没有做到“显名”这一要求,但是这些法律行为的效力也直接归属于被代理人。

### (一) 为行为所关涉之人而实施的行为

普遍承认的代理显名原则,其例外情况是所谓的“为行为所关涉之人而实施的行为(das Geschäft an den, den es angeht)”<sup>③</sup>,德国学界和司法裁判一致认为,在这种法律行为中,尽管代理人没有遵循显名原则,但是有代理权,此时法律行为的效力直接归属于被代理人。有很大争议的是,在什么条件下法律行为应当被认定为“为行为所关涉之人而实施的行为”。德国学界对此问题提出了不同的观点。观点之一提出,只要代理人在订立合同的时间点,内心有为被代理人实施法律行为的意思就足以产生直接代理的效果,不需要外在的客观因素将这种内在意思对外显示。<sup>④</sup>另一种观点同样认为,个人的意思具有决定性意义,但是要求个人的代理意思必须对外予以显示。而与之相反的观点则认为,决定因素

是法律行为在客观上可以被归属到被代理人的利益范围中,需要满足两个条件才能使效力归属给被代理人。<sup>⑤</sup>第四种观点对第三种观点进行了修正,该观点要求代理人和被代理人之间要存在某种特定的法律关系,代理人实施法律行为是为了履行他们之间基于这种法律关系产生的义务。

本文认为,代理人进行的法律行为产生“对他效力”的前提条件是,不仅代理人的意思表示要包括“合同要对被代理人产生效力”的意思,而且交易相对人的意思表示的内容也要包括“法律行为应当对被代理人发生法律效力”的意思。确定非显名的法律行为是否直接对被代理人有效应当是双方当事人的假定意思:当事人在考虑合同目的的情况下应当如何约定理性的、客观上恰当的合同内容。其原因是,代理显名原则的目的在于保护交易相对人个人,判断非显名的法律行为是否能产生直接的对他人效力,不能从客观的交易视角出发,而应当从交易人的主观利益方面考量。除此之外还要考虑代理人的利益,否则不足以使对他效力被包括在合同的内容中。

目前国外学界和实践形成的通说不仅对代理人方面有要求,同时在交易相对人方面也要满足一定的前提条件。首先,代理人有将法律行为的后果直接归属于被代理人的意思。其次,对于交易的相对方而言,具体谁是他的交易相对人并不重要,换言之,交易相对人对自己的合同相对人的身份一致性并不关心,也没有必要关心。对交易相对人方面的上述要求,使“为行为所关涉之人而实施的行为”只能限定在特定类型的法律行为的范围内。代理显名原则的目的在于保护交易相对人,当交易相对人的利益无需保护时,则显名原则可以被限制,甚至突破,最常见的情况是日常生活中的现金交易(Bargeschäft),此时双方义务立即得到履行,权利即时实现,交易相对人不需要通过“显名”来保护。

从法律后果看,“为行为所关涉之人而实施的行为”属于直接代理,这种直接代理的形式是否允许,一直饱受争议,因为代理人没有“以被代理的名义”进行法律行为,其表现形式与间接代理(见下文)相似,如果承认这种形式的代理为直接代理,可能会导

① 尹田:民事代理显名主义及其发展,载《清华法学》2010年第4期,第20页。

② 陈甦主编:《民法总则评注(下册)》,法律出版社2017年5月版,第1146页。

③ 也有文献将其翻译成“对该当之人的代理”(王泽鉴:《民法总则》,北京大学出版社2009年版,第423页)。

④ 转引自Müller, Klaus: Das Geschäft für den, den es angeht. In JZ 1982, 778; Bork, Reinhart: Allgemeiner Teil des BGBs. Mohr Siebeck 2016, Rn. 1399.

⑤ Bork, Reinhart: Allgemeiner Teil des BGBs. Mohr Siebeck 2016, Rn. 1399.

致直接代理与间接代理之间的界限模糊。如前文所述,代理制度遵循“显名原则”的主要目的是为了为了保护交易相对人,当交易相对人的利益与他是否知道具体的交易相对人是谁没有任何关联时,交易相对人不需要保护,没有必要严格遵循“显名原则”。严格地说,“为行为所关涉之人而实施的行为”并不是“显名原则”的例外或者限制,只是代理显名原则的目的性降低,在这种情况下只考虑交易相对人的保护需求。需要明确的是,“为行为所关涉之人而实施的行为”是代理制度的特殊情况,其适用范围受到严格限制。

要注意的是,在“为行为所关涉之人而实施的行为”中,虽然不要求代理人“公示”被代理人的身份一致性,但是要求在实施法律行为时被代理人已经确定。换言之,为行为所关涉之人而实施的行为仅仅放弃了“显名”,没有放弃“被代理人的确定性”,否则,法律行为的效果无法直接归属于被代理人。

## (二)公开的为行为所关涉之人而实施的行为(未指名被代理人姓名)

代理人向交易相对人表示法律行为的后果应当归属于他人,即“以他人名义”进行法律行为,但是没有明确指出被代理人的名字,也可能是出于各种原因无法确定具体的被代理人。我国学界认为,代理人虽然表明自己的代理人身份,但是不告知被代理人姓名,如果交易相对人嗣后不要求指出被代理人姓名,则法律行为后果归属于隐名的被代理人;如果交易相对人要求披露被代理人姓名,但是代理人未披露的,则代理人属于无权代理,他要根据无权代理的相关规定承担法律责任。<sup>①</sup>实际上,未指明被代理人姓名又区别为两种不同的情况:一种情况是被代理人已经客观存在,且已经授予代理人代理权;第二种情况是被代理人还没有确定。应当分别讨论这两种情况。

无论是上述的哪种具体情况,首先需要明确的问题是,代理中的“显名原则”是否要求代理人特别指出被代理人的姓名或名称。或者说,“显名原则”是指“以代理人的名义”,还是指“不以代理人自己的名义”。从法律文本上看,无论我国《民法总则》第162条,还是《德国民法典》第164条第1款第1句,都要求“以被代理人名义”。但是根据《德国民法典》第164条第1款第2句,从相关因素中得出“以被代理人名义”进行法律行为已足,对“以被代理人名义”

的理解不能局限于明确指出被代理人姓名。因此在德国民法中,“以被代理人名义”实际上无异于“不以自己的名义”。欧洲合同法基本原则同样遵循直接代理的“显名原则”,但是进行交易时,被代理人的身份一致性不必对外显示,如果交易相对人要求知道被代理人的身份一致性,则代理人必须在合适的时间内予以公示,否则代理人本人受合同约束。《欧洲示范民法典草案》第II-6:108条规定,未披露被代理人的,代理人被视为以个人身份实施法律行为。

我国《民法总则》第162条没有类似于《德国民法典》第164条第1款第2句的规定,因此要从代理公示原则的目的和意义分析此时代理行为的法律后果。从法律历史的视角看,显名原则应当要求指出被代理人姓名。德国民法典立法理由书称,代理意思的公示也有助于确认代理法律行为所设立的权利和义务的承担者。<sup>②</sup>只有在代理人具体指出被代理人是谁的情况下,才能确定权利人和义务人。民事代理中显名原则的目的首先是为了保护交易相对人,使相对人能确定谁是法律行为的权利义务主体,如果代理人没有使交易相对人准确认识具体的交易相对人,显名原则就没有达到其功能。但是通说认为,没有必要在缔结契约时就明确指出被代理人,代理人可以保留被代理人的具体姓名、名称。要求代理人以被代理人名义实施法律行为的目的是为了为了保护交易相对人不错认自己的交易伙伴,交易相对人在缔结契约时必须知道,自己的交易伙伴不是代理人,而是被代理人。如果代理人告知交易相对人自己是“以他人名义”缔结契约,并且实际已经获得代理权,这时交易相对人已经得到足够的保护。因为他可以自己决定是否缔结契约,是否立即要求代理人遗漏被代理人,抑或以后披露被代理人。鉴于此,只要被代理人是确定的或者客观可以确定的,且代理人已经取得了代理权,代理人在进行法律行为时可以不告知被代理人姓名。

代理人不指出被代理人的名称,只是表示“不是以自己的名义”,而是“以他人名义”,还可能存在的—种情况是,被代理人根本没有确定,代理人正在“寻找”被代理人。这种情况下法律行为相当于无权代理的情况,代理人有可能嗣后根本不能找到合适的被代理人,这时代理人必须自己承担责任。因此在公开的至少要求被代理人在进行法律行为时是确

<sup>①</sup> 陈甦:《民法总则评注》,法律出版社2017年版,第162条(第1146页)。

<sup>②</sup> Schubert, Vorlagen der Redaktoren zum BGB AT 2, S. 160。

定的或者是可以被确定的。

### (三)与企业相关的法律行为

另一种常见的显名代理的特殊情况被称为与企业相关的法律行为,即行为人明显地为某个企业进行法律行为,典型的情形是商店里的营业员进行的交易。在所谓的与企业相关的法律行为中,行为人没有明确以被代理人企业的名义订立合同,但是法律行为直接对企业持有人产生效力。德国的联邦法院<sup>①</sup>曾经一度认为,此类法律行为是代理显名原则的“例外”情况,这种说法并不准确。温特沙伊德(Windscheid)对代理显名原则进行如下描述:“只要某人在做出意思表示时(明确或推定)表明,他是以他人名义进行法律行为,那么他的意思表示只要没有超过授权界限就不对代理人本人产生法律效果,而是对名义人产生效果,就像名义人自己实施法律行为那样”。<sup>②</sup>这一观点同样被德国民法接受,根据《德国民法典》第164条第1款第2句,代理制度中的“以被代理人名义”并不要求代理人必须“明确”表示,从相关因素中“推定”出行为人的意愿是“以他人名义”实施法律行为,或者其意愿是使法律行为的后果直接归属于他人,而不是作为“自己的交易”就满足“显名”的要求。<sup>③</sup>在与企业相关的法律行为中,虽然行为人没有明确指出被代理人,但是交易相对人可以从相关因素中得出,其工作人员不是以自己的名义进行法律行为。比如商店里的售货人员,他在与顾客进行交易时,从其法律地位就可以推断出他本人不想受约束,其法律行为的后果应当归属于商店持有人。代理显名主义的要求并不是“明确表示”以被代理人的名义,《德国民法典》第164条第2款规定的“推定”以他人名义已足。尽管我国《民法总则》第162条没有类似的规定,但是理论中承认推定(默示)的“以被代理人名义”进行法律行为。<sup>④</sup>在“与企业相关的法律行为”中,无论是从交易相对人的视角看,还是从客观交易的视角看,企业作为交易相对人并无疑问。确切地说,这里涉及的是解释规则问题:明显在企业业务范围内进行的法律行为,在存疑的情况下当事人之间一致的意思表示应当是,法律后果归属于企业或者企业持有人。效力归属企业的法律行为具体区分为两种情况:如果行为人不是企业持有人,而是其工作人员,比如商店营业员,

他在订立合同时是以企业的名义;如果行为人人就是企业持有人,比如个人独资企业的持有人,他就是以自己的名义进行法律行为。

根据代理制度的“显名主义”原则,“以被代理人的名义行为”是代理人作出的意思表示的一部分,<sup>⑤</sup>尽管确定交易伙伴是法律行为人自己的事情,但是在有疑问的情况下,法院应当通过解释来确定,行为人做出的意思表示是否包含了“以他人名义”进行法律行为。

### (四)小结

代理“显名”是直接代理的特点,在直接代理中,代理人实施的法律行为直接约束被代理人 and 交易相对人。然而,代理显名主义也有例外的情况,即虽然代理人没有以被代理人的名义进行法律行为,但是法律行为的效力仍然归属于被代理人,学理上称之为“代理显名的突破”。“为行为所关涉之人而实施的行为”是典型的代理显明原则的突破,之所以允许代理制度在这种情况下突破显名主义,主要原因是交易相对人没有受保护的必要。另外,代理制度的“显名”并不是严格要求代理人在进行法律行为时明确指出被代理人的姓名,只要通过解释意思表示可以认为代理人是以被代理人名义实施法律行为,则可以认定存在直接代理。“与企业相关的法律行为”就是通过解释意思表示确定代理人“以他人名义”实施法律行为的情况。

发生代理显名主义的特殊情况时,虽然代理人没有明确以被代理人名义实施法律行为,但是并没有从根本上违反代理显名主义的目的,因此法律行为的效力仍然直接归属于被代理人。

## 三 间接代理

与上述显名代理的特殊情况相区别的是“间接代理”。在间接代理制度中,代理人同样没有“以被代理人名义”实施法律行为,但是法律后果不能归属于被代理人,而是约束代理人。

符合“显名主义”要求的代理被称为直接代理,包括上文所描述的几种特殊情况。与直接代理相对应的则是间接代理,这是大陆法中通用的概念。《德

① BGHZ 64, 11; BGH WM 1983, 728。

② Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts I. 1906, S. 350。

③ Kötz, Hein: Vertragsrecht. Mohr Siebeck 2009, S. 394。

④ 梁慧星:《民法总则》,法律出版社2011年版,第234页;尹田:民事代理显名主义及其发展,载《清华法学》2010年第4期,第18页以下。

⑤ Moser, Dominik, Die Offenkundigkeit der Stellvertretung. Mohr Siebeck 2010, S. 65。

国民法典》虽然不承认间接代理制度,但是《德国商法典》中规定的行纪属于间接代理。间接代理要求代理人以自己的名义、为他人利益进行法律行为。这一点与直接代理的特殊情况完全不同,因为在上文阐述的特殊情况中,代理人并没有以自己的名义实施法律行为。间接代理人是法律行为的权利和义务承担者,尽管在德国民法中也有“间接代理”的概念,但是一般认为这种代理并非真正的代理。Müller-Erzbach 曾经提出,在间接代理的情况下,法律行为也应当直接约束被代理人 and 交易相对人,在他们之间产生权利和义务。但是该观点在德国学界遭受了激烈的抨击,因为这样一来,直接代理和间接代理两个制度的区别就不明显了,甚至可以说,这种观点冲击了大陆法系的直接代理制度。《德国商法典》第 383 条规定的行纪一致被认为是立法对间接代理的承认,因为行纪人只能“以自己的名义”为“委托人的利益”进行法律行为。<sup>①</sup> 在法律后果上,第 392 条第 1 款是对间接代理一般法律后果的规定,即委托人要想取得请求权,需要经过行纪人的权利让与,该条款规定的是委托人与交易相对人之间的外部法律关系。在外部关系中,法律行为实际约束的是交易相对人和行纪人。第 393 条第 2 款规定的是委托人和行纪人之间的内部法律关系。根据该规定,即使不发生权利让与,在委托人和行纪人或其代理人之间,债权仍然属于委托人。从其规定可以看出,德国民法中并不承认“间接代理”中的交易相对人可以直接对被代理人主张请求权。

我国台湾地区的学者对间接代理的定义与德国相同。<sup>②</sup> 我国大陆学者对间接代理的界定基本承袭德国和我国台湾地区学者的观点。比如,梁慧星教授认为,代理人以自己名义为被代理人利益实施法律行为的,是间接代理;<sup>③</sup> 张平华和刘耀东认为,间接代理应当从两个方面界定,在对外表现形式方面代理人以自己的名义实施法律行为,在法律后果方面法律行为应当在代理人和交易人之间有效。<sup>④</sup> 间

接代理是一个与直接代理对立的观念,既然代理人以自己的名义进行法律行为,其效力必然归属于代理人自己。

#### 四 我国《合同法》第 402 条的本质

探讨代理人不以被代理人名义实施法律行为的代理制度时,就不得不涉及我国《合同法》第 402 条。该条款到底是借鉴德国法上的间接代理制度还是英美法中的隐名代理,不无疑问。一种观点认为,我国《合同法》第 402 条和第 403 条以英美法和国际条约的代理制度为借鉴。<sup>⑤</sup> 对于第 403 条,学界一致认为是对代理“显名原则”的突破,但是,是否能将第 402 条理解为对“显名原则”的突破,则存在争议。学界有学者提出,《合同法》第 402 条仍然遵守了“显名主义”原则,当交易相对人认识到“代理”关系时,则可以认为“推定”代理人以被代理人的名义进行法律行为,这与《德国民法典》第 164 条第 1 款第 2 句的规定一致,是对显名代理的缓和。<sup>⑥</sup> 相反观点则认为该条款规定的是英美法上的“隐名代理”。<sup>⑦</sup> 另有观点称,第 402 条规定的是“间接代理”制度。<sup>⑧</sup> 部分观点认为第 402 条是对英美法中隐名代理的肯定。<sup>⑨</sup> 由此可见,对于第 402 条,学界并没有形成多数意见。

前文已经阐释了间接代理的含义,为了分析《合同法》第 402 条的本质,需要首先对英国法中的“公开代理”和“隐藏代理”进行阐释。

##### (一) 英国法中的“公开代理”和“隐藏代理”

英国法中的代理制度包括公开代理 (disclosed agency) 和隐藏代理 (undisclosed agency), 在公开代理制度中, 合同的权利义务人是被代理人; 在隐藏代理中则是代理人。但是如果交易相对人发现代理关系, 交易人可以直接向被代理人主张权利, 相应地, 被代理可以援引代理人可以主张的抗辩与抗辩权。

① 尹田:《民事代理显名主义及其发展》,载《清华法学》2010年第4期,第23页;张平华,刘耀东:《间接代理制度研究》,《北方法学》2009年第4期,第32页。

② 李宜琛:《民法总则》,中国方正出版社2004年版,第215页;林诚二:《民法总则(下册)》,法律出版社2008年版,第432页;史尚宽:《民法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第517页。

③ 梁慧星主编:《中国民法典草案建议稿附理由·总则编》,法律出版社2004年版,第231页;王利明主编:《民法学》,法律出版社2006年版,第138页。

④ 张平华,刘耀东:《间接代理制度研究》,《北方法学》2009年第4期,第32页。

⑤ 梁慧星:《民法总则》,法律出版社2011年版,第234页。

⑥ 尹田:《民事代理显名主义及其发展》,《清华法学》2010年第4期,第21页以下;谢鸿飞:《代理部分立法的基本理念和重要制度》,《华东政法大学学报》2016年第5期,第66页。

⑦ 张平华,刘耀东:《间接代理制度研究》,《北方法学》2009年第4期,第32页。

⑧ 王利明:《论间接代理》,载《中德法学学术论文集》,法律出版社2003年版,第171页。

⑨ 张平华,刘耀东:《间接代理制度研究》,《北方法学》2009年第4期,第32页。

与大陆法系代理制度不同的是,英国法区别公开代理和隐藏代理与大陆法意义上的“显名原则”无关,其判断的标准是:是否使交易相对人知道存在代理关系。因此,将英国法中的代理称为“隐名代理”和“显名代理”并不准确,这种代理制度实际与是否对外公示被代理人的姓名无关,对外公示的是“代理关系”。如何理解代理关系则是其中的关键问题。

从理论中的观点来看,对“公示”的内容要求主要可以概括为两类表述:第一类要求“交易相对人知道被代理人存在”或者“知道代理人的代理身份”,常见的表达包括“第三方知道被代理人”,“公开被代理人是指第三人在订立合同时知道被代理人的存在”,“第三方知道代理人的身份”等等。无论“公示”的内容的核心是“被代理人的存在”还是“代理人的代理身份”,都指向代理人和被代理人的内部关系。这种代理的内部关系实际是为了强调,代理人应当为了被代理人的利益进行法律行为,这是英国公开代理制度的最本质的特点。<sup>①</sup> 另一类表达则明确强调代理人为被代理人的利益行为的意愿:“代理人公开他为被代理人利益行为的意思”,以及“如果代理人意图使他人受约束,并且他也这样宣告”。与第一类表述相比,第二类表述不仅要求公示被代理人的存在,还进一步要求公示“为被代理人利益行为的意愿”。无论采取哪种表达方式,英国法学理论中都认为,公开代理是指代理人使交易相对人知道行为是为被代理人的利益。<sup>②</sup> 在这里起决定性作用的是代理人表达出来的意思,如果对外表达的意思与内心实际意思不一致,则以对外表达的意思为标准,未对外表示的意思不予以考虑<sup>③</sup>。

从英国法的理论和判例中可以认为,英国的公开代理要求代理人对外表示出他是为了代理人的利益进行法律行为。与德国民事代理制度不同,英国法中的代理制度不区分“以被代理人名义”还是“为被代理人利益”行为,无论公开了哪个具体的内容,都可以认为存在公开代理。实践中,“公开”的细节可能不一样,有的代理人可能公开了被代人的存在,有的可能公开了代理关系,有的可能公开了自己的代理人身份,但是最终的目的都是为了表达自己是

为他人的利益进行法律行为的意思。这一点与德国民事直接代理所要求的公示的内容不同,德国民事代理要求的是“以被代理人名义”,借助该要件公示的是代理人“将法律行为的后果归属于被代理人”的意愿。

与德国民事代理制度面临的一个相同的问题是,英国的民事代理中的“公示原则”是否包含被代理人的身份一致性。如前所述,英国法代理的公示原则的内容包括“代理人为被代理人的利益行为,即代理人的意愿是为被代理人进行交易”。公开代理并不要求在进行法律行为时就指出被代理人具体姓名或名称,只要代理人进行交易时对相对人公示被代理人的存在已足。如果代理人未指出被代理人的具体名称或姓名,其法律后果具有特殊性。至于被代理人在进行法律行为时是否已经确定,或者可确定,英国法的裁判和理论界的要求不一致。英国法在公开代理中还要区分被代理人是否被明确指出名称,分别被冠以“显名代理”(named prinzipal)和“隐名代理”(unnamed prinzipal)。<sup>④</sup> 英国法中代理制度设计在实践中遭遇到很多不利,必须借助例外规则来平衡。比如在1927年的Greer v. Downs Supply Co.案中,A是K的间接代理人,B之所以与A缔结契约,其原因是B意欲将自己对A的请求权与A进行抵消,因为A之前有对B的请求权;K诉B,要求支付通过间接代理取得的价款请求权。根据英国法律,合同直接在B与K之间产生效力,但是英国法院(King's Bench Division)却驳回了K的诉讼请求,为了保护交易,必须引入一系列的补充性保护规则:比如“被代理人的诉讼不能使第三人(交易相对人)的处境比合同仅在第三人和代理人之间实施时更为不利”;<sup>⑤</sup>“不知道存在代理关系,与隐名代理人订立合同,可以对事后公开的被代理人主张所有的他可以向代理人主张的权利”。<sup>⑥</sup> 但是如果根据德国法的间接代理理论,合同的当事人是A和B,可以更简单地得出合理的结论。

## (二)对《合同法》第402条的分析

《合同法》第402条中的两个关键表达是“以自己的名义”、“知道代理关系”。这两个表述同时出现

<sup>①</sup> Moser, Dominik, Die Offenkundigkeit der Stellvertretung. Mohr Siebeck 2010, S. 173.

<sup>②</sup> Markesinis/Munday: An Outline of the Law of Agency. London 1998, S. 141.

<sup>③</sup> Peel, Edwin, Treitel on the Law of Contract. London 2007, 16-45.

<sup>④</sup> 对于这两者的区别,英国法律用语并不一致,除了“named prinzipal”和“unnamed prinzipal”,有的情况下也被称为“identified prinzipal”和“unidentified prinzipal”。

<sup>⑤</sup> Zweigert, Konrad/Kötz, Hein, Einführung in die Rechtsvergleichung. Tübingen 1996, S. 435.

<sup>⑥</sup> Schmidt, Karsten, Offene Stellvertretung. In JuS 1986, 426.

在一个条款中,意味着我们不能按《德国民法典》第164条第1款第2句解释其中的“知道代理关系”,“根据具体的情况推定‘以被代理人名义’”的条件首先是代理人没有明确表示到底是以谁的名义,当代理人明确“以自己的名义”进行法律行为时,则不存在“推定”的空间。因此,《合同法》第402条并不是本文第二节中分析的直接代理的特殊情况。

第402条规定的代理形式也不属于德国法中的“间接代理”制度。该条款的条文表述为: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,但有确切证据证明该合同只约束受托人和第三人的除外。据此,合同直接约束的是委托人和交易相对人,而德国法中的间接代理制度直接约束的是行纪人和交易相对人,委托人要想直接对交易相对人主张权利,必须由行纪人将权利让与给委托人。可见,德国法中的间接代理与我国《合同法》第402条规定的情况完全不同。第402条规定的代理制度也不是美国普通法中的代理。普通法的代理制度与是否“隐名”或“显名”并无关系,只要行为人在代理权限(authority)内进行法律行为,就直接对被代理人 and 交易相对人产生效力。

《合同法》第402条其实是德国法中的间接代理制度与英国法的“公开代理”制度嫁接后的结果。法律条文明确要求“以自己的名义”,其构建与德国法中的间接代理制度相同,然而其法律后果与德国民法中的间接代理不同。第402条的法律后果是,“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”,该规定承袭了英国法中的公开代理制度的法律后果。这样组合只能说是一种矛盾的组合,特别是在承认“委托”和“代理权”之间的区分原则下,如果代理人明确表示“以自己的名义”进行法律行为时,只能约束代理人 and 交易相对人,与被代理人没有直接的法律效力。当代理人明确以自己的名义进行交易时,一方面可能是因为代理人本人不想让交易相对人知道被代理人,还有可能是委托关系的内容只是“以代理人名义”,换言之,在委托关系中没有包括对外的授权,

如果按照大陆法系的“显名主义”原则,这样的“代理”不能直接约束被代理人。“第三人在订立合同时知道代理关系”中的“代理关系”一词则是源于英国法,它到底指大陆法系的“委托”还是“授权”,抑或两者兼指,我们很难确定。鉴于此,应当重新审视《合同法》第402条的规定。

## 五 结束语

《中华人民共和国民法总则》第162条确立了代理制度的“显名主义”原则,代理人在进行法律行为时应当“以被代理人名义”。遵循显名主义的代理制度被称为直接代理,然而,并非所有的直接代理都要求代理人必须公开“被代理人名义”。出现一些特殊情况时,即使代理人没有公开被代理人的名义,法律行为的效果也直接归属给被代理人。这种情况在实践中很常见,比如现金交易,这种情况可以说是代理显名主义的例外;然而,在为企业的法律行为中,虽然代理人不需要明示被代理名义,但是可以推定得出代理人是以被代理人名义进行法律行为。尽管有些情况特殊,但是仍然属于直接代理的范畴。与直接代理相对应的是间接代理。在间接代理中代理人以自己名义进行法律行为,法律行为约束的是代理人 and 交易相对人,典型的间接代理是《德国商法典》第383条以下条款规定的行纪。

我国《合同法》第402条规定的并不是大陆法中的间接代理制度,也与英美法中的代理制度不同。因为根据第402条,法律行为约束的是被代理人 and 交易相对人。这种规定与英国法中的间接代理也有偏差,因为虽然在英国法中只要交易相对人知道存在代理关系,法律行为就约束交易相对人和被代理人,但是代理人不能以自己的名义进行法律行为。在未来民法典分则编撰过程中,应当对第402条进行修正,因为在代理显名主义原则下,如果代理人以自己名义进行法律行为,那么他对外表达的意思应当是法律行为的效力归属于他自己,而不是归属于被代理人,即使交易相对人知道了代理关系及被代理人,也不能直接对被代理人行使权利。