

（四）相对人的选择权

与被代理人的介入权相对应，相对人具有选择权。合同法第403条第2款规定，如果“受托人因委托人的原因对第三人不履行义务”，则相对人可以选择向代理人或者被代理人主张权利。相对人选择权的内在经济理性考量和教义构造与被代理人介入权基本保持一致。就此，代理人因自身原因对相对人违约，这是相对人所应承担的一般交易风险，此时不应赋予相对人选择权，否则就将被代理人不合理地作为担保提供者。^[69] 代理人因被代理人原因对相对人违约，相对人的选择权具有正当性；如果代理人破产且被代理人未履行义务，则可以纳入代理人因被代理人原因违约的情形。同样，在代理人破产时相对人与代理人的其他债权人之间的关系中，只有在代理人具有为他人利益而行为的营业外观时，相对人才可以行使取回权和提起执行异议。

相对人行使选择权的效果也可以采取债务移转的教义构造。按照合同法第398条，委托人应当偿还受托人为处理委托事务垫付的必要费用和利息，虽然文义上不包括委托人负有承担受托人因处理委托事务所负债务的义务，但基于事物的相似性，也能作出目的性扩张解释。相对人选择向被代理人直接主张权利，即可被认为同意了债务移转，此时无需被代理人 and 代理人之间的债务移转合意，而合同法第85条、第86条和其他法律中有关债务移转的规定也同样具有适用余地。当然，相对人选择向被代理人直接主张权利的，也应当通知被代理人 and 代理人，被代理人在收到通知后，即不得向代理人履行义务或者与代理人协商而使得自己的债务减少或消灭。^[70] 总之，本文该部分未特别说明之处，相对人选择权的规则与被代理人介入权的规则并无不同，可参考上文论述。

合同法第403条第2款规定相对人不得变更选择，这意味着相对人行使选择权的效果并非形成代理人和被代理人之间的连带债务，故并非债务加入。相对人一旦选择向被代理人直接主张，之后便不能再转而向代理人主张权利，通过赋予相对人选择权已经对其进行了保护，没有理由再通过连带责任给予进一步保护。^[71] 相对人行使选择权后虽然不得变更，但是在相对人因误信代理人或者被代理人有足够资力而进行了选择的情形则未必公平。美国《代理法重述（第三次）》第6.09条对此规定，“被代理人或代理人对相对人负有债务，针对其中一方的判决得到满足的，另一方的债务消灭”，此时另一方居于类似于一般保证人的地位。^[72] 考虑到此种情形发生的前提是代理人未公开代理而相对人不知情，相对人无从预先采取风险预防措施，而被代理人的风险控制成本较低，将此种情形的风险分配给被代理人可能是合理的。因此，美国法的上述规定值得借鉴，解释上可以考虑行使选择权的意

[69] 对于被代理人已经向代理人履行了义务而代理人破产或者对相对人违约的情形，英国法仍然要求被代理人对相对人履行义务。参见前引[63]，Peel书，第16-064段。但反对观点认为，由此所导致的被代理人双重给付是不公平的。参见前引[28]，徐海燕书，第175页以下。在大陆法系，即使被代理人行使了介入权，相对人也不可要求被代理人履行。但也有反对观点认为，如果被代理人选择了代理人以促进自己利益，委托其参与合同缔结，就必须承担代理人破产或不履行义务而给相对人带来损失的风险。参见前引[21]，Kötz书，第466页以下。我国也有学者认为，相对人比较被动，所以相对人选择权的行使条件比较宽松，只要是代理人不履行义务，均可行使选择权。参见前引[20]，汪渊智书，第222页。

[70] 《国际货物销售代理公约》第13条、PECL第3:304条对此同样予以明确规定。

[71] 前引[35]，Krebs文，第171页。

[72] See Merrill, *Election Between Agent and Undisclosed Principal: Shall We Follow the Restatement*, 12 Neb. L. Bull. 100 (1933); 前引[38]，Reynolds文，第638页以下。

思表示存在重大误解，以实现此种风险分配。

同时，在相对人选择向被代理人直接主张时，为了保障被代理人的利益，依照合同法第403条第3款，被代理人可以向相对人主张被代理人对代理人的抗辩以及代理人对相对人的抗辩。其中，被代理人可以主张代理人对相对人的抗辩，这与合同法第85条的规范逻辑也保持一致。同时，毕竟被代理人是被迫成为请求对象的，不能使其地位恶化，因此其也可以对相对人主张被代理人对代理人的抗辩；^[73]但为了避免被代理人和代理人串通的道德风险，该抗辩必须发生于相对人选择前。关于抵销，被代理人不得以相对人对代理人独立承担的债务抵销被代理人根据代理行为对相对人承担的债务。^[74]相对人和代理人之间的合同约定了仲裁条款时，如果相对人行使了选择权，虽然相对人的仲裁利益很重要，但其具有选择可能性，而被代理人是被迫成为请求对象的，两相权衡，被代理人不应当受到仲裁条款的约束。^[75]

结 论

古典合同法原本以双方当事人之间的一次性有体物买卖合同作为原型，但是社会图景的发展变化以及合同在交易和社会中的“公分母”地位，使得合同不再仅仅是有体物买卖合同、买卖合同和一次性合同，类型极为多元。同时，合同也可能不局限于一对一的双方关系，还可能涉及一对多、多对一、多对多的复杂多角关系。合同法应当与时俱进地回应社会发展，寻求两大法系的规范区分和价值融合可能性，探索民商的合理关系，思考不同类型合同的特殊规则，分析容纳三角关系、多角关系的制度可能性，使得形式主义的合同法能够更为注重经济利益和风险的合理分配，这是合同法的时代命题。本文即为在此整体视角下对其中一个问题所作的尝试，整体结论可以总结如下：

1. 民法总则第162条的适用范围除了代理人公开代理和被代理人这种情形之外，还包括代理人公开代理而未公开被代理人的情形，后种情形中仍存在相对人利益保护的必要。

2. 在代理人未公开代理而相对人知情的情形，从客观的相对人立场认定代理人虽然以自己名义但具有代理意思时，属于合同法第402条的适用范围。虽然此种情形中也存在相对人利益保护的必要例外，但代理行为原则上仍能够直接约束被代理人，这是代理公开原则的价值延伸，具有价值正当性。

3. 民法总则第162条和合同法第402条都使得代理行为直接约束被代理人，都是效果直接归属规范。由此，代理公开原则可以更宽泛地被理解为相对人知道代理事实的所有情

[73] 德国民法典第417条第2款规定：“新债务人不得以其与原债务人间的基礎法律關係所生的抗辯對抗債權人。”如果将该债务移转的规定适用于此，则被代理人不得向相对人主张被代理人对代理人的抗辩。但是，意定的债务移转与此处情形仍有不同，毕竟在前种情形中，新债务人自愿承担了债务。

[74] 美国《代理法重述（第三次）》第6.06条第2款（c）对此作了明确规定。德国民法典第417条第1款中的“新债务人不得以属于原债务人的债权为抵销”若是适用于此，也得出同样的结论。

[75] 前引[20]，汪渊智书，第210页以下。有学者认为，在第403条中的情形，仲裁条款不能成为介入的内容而约束第三人，也不能成为选择的对象而约束委托人，但是，由于此时区分委托人介入权和第三人选择权而予以利益平衡，根据合理利益原则予以利益权衡，前者仲裁条款能够约束委托人，后者不能约束委托人。参见前引[27]，徐涤宇文，第42页以下。

形，区分公开代理和不公开代理的标准并非代理人是否以被代理人名义行为，而是相对人是否知道代理事实。

4. 代理人未公开代理而相对人不知情的情形，属于合同法第 403 条的适用范围，该条并非效果直接归属规范，而是在一定条件下对违约责任作出的特别规定，故与英美法中的不公开代理截然不同。该条限定了被代理人介入权和相对人选择权的行使前提，区分了被代理人、代理人和相对人之间的内部关系以及被代理人、相对人与代理人的其他债权人之间的外部关系，考量了被代理人和相对人面临的不同类型风险进而作出不同的处理方案，在价值上符合经济理性，教义上可采取债权转让和债务移转的解释构造，具体规则也能够妥当平衡被代理人、代理人和相对人的三方利益，虽有进一步完善的余地，但整体上具有正当性。

Abstract: The circumstance where an agent has disclosed the existence of a principal, but not the principal's identity still falls within the scope of application of Article 162 of General Provisions of the Civil Law of PRC. The circumstance regulated by Article 402 of the Chinese Contract Law, where an agent acts in its own name but the third party is aware of the existence of a principal, is the further extension of the principle of agency disclosure in certain cases, and the scope of application of this Article should be determined strictly on the basis of interpretation of declaration of will. The criterion to distinguish between the disclosed and undisclosed agencies is not the name, but whether the third party is aware of the fact that the agent acts on behalf of a principal. If the agent acts in its own name and the third party is unaware of the existence of a principal, Article 403 of the Contract Law shall apply. This article is not a norm that determines the attribution of legal effect directly, but can be interpreted as assignment of creditor's right and transfer of obligation. Although the specific rules need to be further perfected, they have value legitimacy in balancing the interests of the principal, the agent and the third party on the basis of distinguishing different types of risks.

Key Words: disclosed agency, undisclosed agency, indirect agency, right of intervention, right of choice
