

从风险规避到实质保护*

——目的论视角下对自我交易规则的重新建构

于程远

摘要: 自己代理与双方代理行为的法律效力待定,需要被代理人追认方可生效,被代理人也可提前对自己代理与双方代理行为进行许可。否定自我交易行为的效力,其目的归根结底在于保护被代理人利益。若自己代理与双方代理行为不损害被代理人利益,则无需被代理人许可亦得生效。自己代理与双方代理规则不仅适用于委托代理,还适用于法定代理。自己代理与双方代理的撤销权模式与我国既有法律规范体系存在冲突,我国宜采纳效力待定模式。

关键词: 自己代理; 双方代理; 自我交易; 利益冲突; 效力待定

自己代理指代理人以被代理人名义与自己进行法律行为。^①在自己代理关系中,被代理人作为法律行为的其中一方,代理人自己则作为另一方出现;双方代理指代理人以被代理人名义,同时作为第三人的代理人,代理双方进行法律行为。^②德国法上,自己代理(Selbstkontrahieren)^③与双方代理(Mehrvertretung)被统一在“自我交易”(Insichgeschäft)的上位概念之下,作为自我交易最为典型的两种类型。^④鉴于自己代理与双方代理在多数情形下的近似性,本文在接下来的论述中亦采“自我交易”的表述方式,此种表述一方面更具抽象性、更为简洁,另一方面也更清晰地体现出自己代理与双方代理制度的实质内涵。

一、中国法上对自我交易认识的分歧

(一) 在“如何禁止”问题上的分歧

民法总则颁布之前,我国民法通则与合同法并未对自己代理与双方代理做出明确规定,学界对此问题的研究也较少。就已有成果来看,最初我国倾向于完全否定自己代理与双方代理行为的效力,例如有学者指出“只要是属于‘自己代理’,一般都应归于无效,而不应以是否‘公平’和损害了被代理人的利益来加以界定。”^[1]

但新近的研究逐渐倾向于为自己代理与双方代理的禁止原则设置例外。例如此前中国法学会颁布的《中华人民共和国民法典·民法总则(专家建议稿)》(以下简称《民法总则建议稿(中国法学会版)》)

作者简介:于程远,德国波恩大学罗马法与比较法史研究所民法学博士研究生。

* 本文系国家留学基金委“国家建设高水平大学公派研究生项目”资助。

① Vgl. MüKoBGB/Schubert BGB § 181 7. Auflage 2015, Rn. 1.

② Vgl. Fröhler: *Anwendbarkeit und Reichweite der Insichgeschäftsbeschränkung nach § 181 BGB bei Rechtsgeschäften*, die Gemeinden betreffen – Eine zivilrechtliche Analyse unter Berücksichtigung des baden-württembergischen Kommunalverfassungsrechts, BWNNotZ 2003, 14.

③ 根据德文语词原意,或可直译为“自我缔约”,笔者认为“缔约”这一表述方式较之“代理”过于狭窄,而事实上其试图表达的意思就是自己代理,故而直接采用“自己代理”的表述方式或为更佳。

④ 我国司法实践中,江苏省高级人民法院在(2013)苏审三民申字第382号民事裁定书中亦使用了“自我交易”的概念,作为自己代理的同义表述。也有学者将其译为“自我行为”,参见(德)弗卢梅著《法律行为论》,迟颖译,法律出版社2013年版,第965页。

第158条承认了自己代理与双方代理行为在被代理人同意或追认的情形下有效的例外：“非依法律规定或者非经被代理人的同意，代理人不得以被代理人的名义与自己实施法律行为。代理人不得以被代理人的名义与其同时代理的其他人实施法律行为，法律另有规定或者被代理的双方同意或者追认的除外。”^①从“追认”的法律表述上不难看出，《民法总则建议稿（中国法学会版）》倾向于采纳效力待定的处理方式。

此外也有意见指出应当将被代理人之利益作为考察自己代理与双方代理正当性的重要因素，建议将选择权交给与之利益攸关的被代理人，在立法上“不是采取无效的模式，而是采取可撤销的方案”^②。中国社会科学院民法立法研究课题组颁布的《民法总则建议稿》（以下简称《民法总则建议稿（社科院版）》）第211条便采纳了撤销权方案：“代理人以被代理人的名义和自己进行法律行为，被代理人可以撤销。代理人同时作为第三人的代理人与被代理人实施法律行为，第三人知道或者应当知道的，被代理人可以撤销。但是在以下情况，被代理人不得行使撤销权：（一）被代理人纯获利益的；（二）代理人事先征得被代理人同意的；（三）代理人已经向被代理人披露自己代理或者双方代理的事实，被代理人在合理期限内未表示反对的；（四）被代理人通过其他途径知道或者应当知道代理人进行自己代理或者双方代理的事实，但未在合理期限内表示反对的。”^③此条规定为自己代理与双方代理规则的建构提供了一个可能的撤销权模式的范本，与《欧洲合同法原则》、《共同参考框架草案》以及《国际商事合同通则》的规定相呼应。

司法实践中，虽然“自己代理与双方代理应当被禁止”这一点已在各级法院判决中形成绝对主流意见，但对于“为什么禁止”、“如何禁止”、“是否存在例外”等问题，不同的判决意见的解释也截然不同。就禁止的效果而言，撤销权方案尚未为我国司法实践所认可，但自始无效与效力待定的处理方式已在司法判例中屡见不鲜。一种观点采一律自始无效模式，即自己代理与双方代理行为自始无效，不存在例外情形。例如在佛山市远泰化工有限公司与林林松等财产损害赔偿纠纷再审案中法院认为：“……其委托代理的行为属于自己代理，其签订的合同无效，自始不能产生法律效力。”^④此外在房地产登记中虽然没有因自己代理行为认定登记无效的实例，但却不乏登记机关以禁止自己代理为由，要求双方当事人必须同时到场方予登记的情形，这实际上也是将自己代理与双方代理理解为绝对无效行为的结果。^⑤另一种观点则采纳效力待定模式，即自己代理与双方代理原则上为法律所禁止，但允许被代理人进行追认，被代理人拒绝追认的，无效。在莫兵兵、梁秋连与玉克房屋买卖合同纠纷案中^⑥法院曾明确提出：“自己代理……其行为效力有待被代理人的追认。”在盛华周、刘欢与王玉红确认合同无效纠纷案中，法院则更进一步指出“自己代理行为指代理人以被代理人名义与自己实施的民事行为。自己代理很难避免发生代理人为自己利益而牺牲被代理人利益或损害一方或双方利益的情况。所以一般无效。但自己代理订立的合同得到被代理人的追认，其法律后果归属于被代理人，应为有效。”^⑦此种意见认为被代理人的追认也可以使自己代理行为有效，与绝对无效的观点相比，更符合私法自治原则，更有利于促进交易，在实践中为越来越多的判例所接受。

（二）在“为何禁止”问题上的分歧

对于禁止自己代理与双方代理的原因，我国司法判例中大致存在以下几种观点。

① 北大法宝引证码：CLI.DL.7724。

② <http://www.iolaw.org.cn/showNews.aspx?id=49193>。最后访问时间：2016-08-07。

③ 参见广东省佛山市中级人民法院（2004）佛中法民一再字第2号，法宝引证码CLI.C.62132。

④ 参见徐险峰、王泽义、高秀珍案外人执行异议之诉判决书案，吉林省吉林市中级人民法院（2016）吉02民终865号，法宝引证码CLI.C.8435567。对房地产登记中拒绝自己代理的批评，参见刁其怀“房地产登记中能否‘自己代理’与‘双方代理’——对于一种流行登记模式的批判”，载《中国房地产》2013年第5期。

⑤ 参见广西壮族自治区高级人民法院（2013）桂民申字第16号民事裁定书，发布于中国裁判文书网。

⑥ 参见广东省佛山市城区人民法院（2015）佛顺法容民初字第158号，法宝引证码CLI.C.34186168。

(1) 自己代理与双方代理侵害了被代理人利益。基于此种观点,自己代理与双方代理行为侵害了被代理人利益,因此无效,而其当然的推论则是,若该行为未侵害被代理人利益,则并不当然无效。由此,被代理人利益是否受损成为判断自己代理与双方代理行为的重要标准之一。例如在李建华、郁莺与上海庆齐实业发展有限公司、乔斌房屋买卖合同纠纷案中,一审法院明确提出“对自己代理行为是否有效,应当以该代理行为是否损害被代理人利益为依据。”^①而在上海威鸿国际货运有限公司与厦门贝品儿童用品有限公司海上货物运输合同纠纷上诉案中,^②福建省高级人民法院认为“被上诉人……行为构成自己代理。鉴于本案货物运输为运费到付,没有加重上诉人的负担,且货物实际上已经按照上诉人的要求运到目的港,被上诉人以自己代理的方式完成了上诉人要求的义务,该行为应认定有效。”^③

在保护被代理人利益的基础上,有些法院还将代理人的告知纳入了考量范围,例如在盛华周、刘欢与王玉红确认合同无效纠纷案中,法院指出“自己代理很难避免发生代理人为自己利益而牺牲被代理人利益或损害一方或双方利益的情况。所以一般无效。……本案中被告上述代理行为有效,理由如下:一、……明确了被告与第三人股东的关系,不存在被告隐瞒真实身份的情况。二、第三人对被告代理其进行转让和收款的行为予以认可。……综上,本案中被告自己代理行为不存在损害被代理人利益或损害双方利益的情况,合法有效,……各方当事人应严格按合同约定履行义务。”^④在司徒国敏等与黄月婵等房屋买卖合同纠纷上诉案中,法院同样认为代理人对自己代理情形的披露是衡量自己代理行为合法性的指标之一:“一审法院仅以‘自己代理自己’为由认定合同无效错误,自己代理行为不存在恶意串通的情形,且司徒国敏、侯慧敏购买案涉房屋向产权人支付了合理的对价,并如实向产权人披露了交易价格和实际购买人,不存在违反诚实信用原则的情形。”^⑤需要指出的是,基于上述判决理由,代理人对自己代理事实的披露并不成为独立的例外情形,而仅为判断自己代理行为是否损害被代理人利益的一个重要考量因素。

(2) 自己代理与双方代理属于滥用代理权的行为。例如河南省巩义市人民法院在判决中指出“民法中规定了多种被法律禁止的滥用代理权的行为,其中有一项为自己代理,即以被代理人名义与自己进行民事行为。这种行为因为有悖代理权设定宗旨和代理行为的基本准则、有损被代理人的利益和诚实信用原则,被各国法律所禁止。”^⑥十堰市房地产管理局与代霞及原审被告刘丛菊、陈某某民间借贷纠纷案中,一审法院亦持类似观点。^⑦

(3) 自己代理与双方代理违反诚实信用原则。例如丛党日等诉宋涛股权转让纠纷案中,一审法院指出“自己代理行为是指代理人以被代理人名义与自己所实施的民事行为,是明显的滥用代理权,有违代理的本质特征与诚实信用原则。”^⑧本文之所以将违背诚实信用原则独立于滥用代理权单独列出,是因为在后者的情形中,从代理的关系的角度看,主要涉及的是代理行为与代理授权范围相背离的情形,而诚实信用原则的范围虽然更加宽泛,但未必每次对代理授权的超出都必然违背诚实信用原则,故而违背诚实信用原则与滥用代理权是两个存在联系却又相互独立的原因,不可混为一谈。

(4) 我国民法中存在禁止自己代理与双方代理的基本原则。例如在罗书月与重庆市九龙坡区张落机电咨询有限公司股权确认纠纷上诉案中,重庆市第五中级人民法院曾直接运用该原则进行裁判“罗书月以实际出资人的身份作为原告提起本案诉讼,经一审法院释明后,仍以张落机电公司法定代表人的

① 二审法院对此亦未表示反对。参见上海市第二中级人民法院(2015)沪二中民二(民)终字第2960号,法宝引证码CLI.C.15568693。

② 参见福建省高级人民法院(2009)闽民终字第745号判决,北大法宝引证码CLI.C.1765428。

③ 对于本案的评述参见俞建林、章丽美“国际海运中自己代理行为的效力”,载《人民司法》2012年第2期。

④ 参见广东省佛山市城区人民法院(2015)佛顺法容民初字第158号,法宝引证码CLI.C.34186168。

⑤ 参见广东省广州市中级人民法院(2014)穗中法民五终字第1108号,法宝引证码CLI.C.4074916。

⑥ 参见河南省巩义市人民法院(2008)巩民初字第2823号,《人民司法·案例》2010年第6期,法宝引证码CLI.C.1762581。

⑦ 参见湖北省十堰市中级人民法院(2015)鄂十堰中民少终字第00051号,法宝引证码CLI.C.15709012。

⑧ 参见山东省威海市中级人民法院(2015)威海商终字第370号,法宝引证码CLI.C.8064814。

身份代表张落机电公司参加诉讼,违反了民事法律中‘禁止自己代理’的原则。”^①又如在李春有与李春元确认合同无效纠纷上诉案中,北京市第二中级人民法院指出“根据民法的基本理论,代理人的自己代理行为除非有被代理人的明确许可或确认,否则亦属不当。”^②

(5) 在自己代理与双方代理中,不存在真实的订立合同的意思表示。然而在同样基于此点理由做出的判决中,法院认定的法律后果却截然不同。

a. 不存在有效的合意,合同无效。在罗枚英与罗景丰确认合同无效纠纷案中,法院认为不存在当事人的真实有效的合意,在法律后果上则认为合同无效“本案讼争的合同是罗景丰以罗枚英的代理人的身份与自己签订的合同,构成‘自己代理’……在这种情形下,合同的内容实际上由一人决定,不能反映合同当事人的一致真实意思表示,违背了合同成立的根本特征和条件,因而合同是不成立的。而合同成立又是认定合同效力形态的前提,故合同也应是无效的。”^③

b. 不存在有效合意,但合同效力待定。在上海宝建集团宝山建筑发展有限公司与上海越盛塑胶装饰有限公司建设工程施工合同纠纷上诉案中,法院同样认为双方代理行为中不存在有效合意,但在法律效果上却主张双方代理行为效力待定“张伟方修改合同的行为是典型的‘双方代理’行为,即代理人以被代理人的名义与自己代理的其他人签订合同,合同的内容实际上由一人决定,不能反映双方协商一致的真实意思表示。张伟方的行为实际是滥用代理权,其行为效力有待于被代理人追认。”^④

c. 不存在有效合意,合同原则上无效,但若该合同未损害被代理人利益,则有效。例如在王白辉诉宁波众缘金融服务外包有限公司等合同纠纷案中,法院认为“通常自己代理的情况下,代理人既代表自己,又代表被代理人本人,很可能侵害本人的利益,故认为自己代理因实质上缺乏两个意思表示而使合同归于无效。”^⑤然而该案法院却在其后提出“但本案《出借咨询与服务协议》系被告众缘公司预先拟制的格式合同,原告作为业务人员,对格式条款并无修改的余地,而出借方是谁、谁提供资金并不影响被告的权利义务,本案签订的协议对格式合同未作任何修改,被告亦未证明其限制过原告本人不得作为资金出借方。在此种情况下,本案签署的《出借咨询与服务协议》并不损害被告众缘公司的利益,应认定该合同有效。”

6、自己代理与双方代理违背代理制度本质。例如在上诉人王亚芹、吕昊泽为与被上诉人王锡娟民间借贷纠纷案^⑥中,一审法院指出“我国代理法律制度的特征是代理人以被代理人的名义同第三人为民事行为,而本案的代理行为是以被代理人的名义同自己进行民事行为,不存在第三人,违背了代理行为的本质特征。”

从上述研究成果与司法判例中不难发现,一方面我国对于自己代理与双方代理行为已有了一定的初步认识,并且开始在实践中有意地处理相关问题;而另一方面虽然对自己代理与双方代理行为一概否定其效力的处理方法已经不符合我国经济发展的实际需求,但相应法律规则以及系统化理论的缺失也使得相关实践仍然处于摸着石头过河的状态,尤其是对于自己代理与双方代理问题的讨论缺乏统一的话语平台,法院对该问题的认识也从被害人利益保护、诚实信用原则到意思表示瑕疵以及违背代理本质等观点不一而足,而其在论证时对相关观点与论据的取用也缺乏规范性与体系性,这就导致了上文中法院对同样的案件作出不同的判决,甚至基于同样的理由得出截然不同的结论的局面。在这样的背景下,对上述判例中的观点的合理性一一予以评述已无必要,本文希望能够在此提供一种在我国法律制度下从教义学视角上来看可行的、在逻辑上得以自洽的民法总则自己代理与双方代理规则构建方案,而该方

① 参见重庆市第五中级人民法院(2010)渝五中法民终字第93号,法宝引证码CLI.C.305908。

② 参见北京市第二中级人民法院(2015)二中民终字第00671号,法宝引证码CLI.C.6260558。

③ 参见广东省兴宁市人民法院(2016)粤1481民初345号,法宝引证码CLI.C.34282412。

④ 参见上海市第二中级人民法院(2005)沪二中民二(民)终字第1575号,法宝引证码CLI.C.140609。

⑤ 参见浙江省宁波市江北区人民法院(2016)浙0205民初867号,法宝引证码CLI.C.33855042。

⑥ 参见浙江省绍兴市中级人民法院(2008)绍中民二终字第219号,法宝引证码CLI.C.16224276。

案的产生,一方面应立足于我国既有的立法与司法实践经验,另一方面也应对比较法上相对成熟的制度加以借鉴。

二、比较法上以“利益冲突”为核心的自我交易规则

自己代理与双方代理有可能损害被代理人利益,应当对其效力予以否定——尽管这一规则几乎为世所公认,但在如何否定其效力的问题上,各国法律制度之间、各国法律实践在自身的不同历史时期各有不同。从德国法与欧盟法的发展来看,自己代理与双方代理的自始无效模式已成明日黄花,效力待定模式与撤销权模式则分别为德国法与欧盟法所采纳。

(一) 德国法的效力待定模式

1. 对利益冲突的抽象考察

《德国民法典》第181条规定“除另外得到许可外,代理人不得以被代理人名义并以自己的名义与自己实施法律行为,或以被代理人名义并作为第三人的代理人与自己实施法律行为,但该法律行为专为履行债务的除外。”^{[3][P.61]}德国法上最初认为自我交易行为的法律后果是行为无效(Nichtigkeit),^①而如今被广为接受的主流意见则认为,《德国民法典》第181条并非对自我交易行为的法定禁止,^②并不直接导致自我交易行为无效,而是使其效力待定,允许被代理人事后进行追认,^③且准用无权代理的相关规则(《德国民法典》第177条至第179条)。^④

在自我交易的情形中,行为人至少为一方的代理人同时代表双方进行法律行为。其前提条件是人身上的同一性(Personenidentität),而不仅仅是经济上的同一性。此外行为人必须代表法律行为中对立的双方,若代理人与被代理人出于法律关系中的同一方,则不属于自我交易。^⑤因为此种情形下,从一般抽象观察的角度来看,在代理人与被代理人之间不存在利益冲突。在双方代理的情形下,代理人同时作为法律行为双方的代理人。虽然法律行为效力涉及代理人之外的不同当事人,但却在代理人处形成利益冲突。

德国法上,联邦最高法院的判例拒绝在个案中对具体的利益冲突进行考察,而是坚守自己代理与双方代理的形式要件,其认为自我交易制度并不一定要求被代理人遭受实际损害,只要存在抽象的利益冲突,便有可能构成自我交易。换言之,自我交易行为的具体内容在对其进行判断的时候通常并不重要,重要的是其行为的类型。^⑥采用此种考察方法的目的在于提升法律安定性,增强自我交易制度的可操作性——根据德国法通说,在个案中是否存在事实上的利益冲突,超出自我交易规则的考察范围,无关紧要。^⑦自我交易作为利益冲突的典型情况写入法律,事实上是立法者所做出的类型化归纳,此种归纳使得对于利益冲突的避免变得更加清晰和具有可操作性。由于利益冲突的多样性和隐蔽性,实践中很难真正实现对利益冲突的具体考察,^⑧如果不借助这样清晰的案例类型的帮助,容易使得法律交往陷入巨大的不确定性当中。防范利益冲突虽然是自我交易制度的动机,但后者构成要件的满足却并不完全取决于前者。^⑨具体而言,自我交易规则的适用必须以一个“一般抽象(generell abstrakt)的”、“客观(objektiv)且能够无可争辩地得以确定的(einwandfrei feststellbar)构成要件”为前提。^⑩自我交易制度是代理制度的必要补充,保障了代理制度的功用。若无自我交易制度,那么在自己代理与双方代理的情形

① Vgl. RGZ 51 422 426.

② Vgl. Staudinger/Schilken, BGB § 181 2009, Rn. 45.

③ Vgl. Reetz, Beck'scher Online-Kommentar BGB § 181 26. Edition 01. 02. 2016, Rn. 70; LG Saarbrücken, MittBayNot 2000 433.

④ Vgl. BGH NJW - RR 1994 291 292; BGH NJW 1976 104.

⑤ Vgl. OLG Düsseldorf NJW 1985 390.

⑥ Vgl. BGH NJW 1991 982 983; BGH NJW 1972 2262 2263.

⑦ Vgl. Suttman, *Insichgeschäfte im Gesellschaftsrecht*, MittBayNot 2011 2; OLG Jena NJW 1995 3126 3127.

⑧ Vgl. MüKoBGB/Schubert BGB § 181, Rn. 2.

⑨ Vgl. Staudinger/Schilken, Rn. 4; BGH NJW 1960 2285.

⑩ Vgl. BGH NJW 1971 1355 1357.

下,被代理人只能诉诸基于内部关系(Innenverhältnis)的损害赔偿请求权维护自身利益。^①

值得注意的是,德国法上近期的判例与学界主流意见呈现出与此种高度形式化的观点渐行渐远的趋势:德国法上原本被紧紧限制在特定案例类型上的自我交易制度有时可能过于狭窄,有时又可能过于宽泛,因此需要在不损伤其功能性的前提下对其进行修正,即在承认其合理性的基础上继续考察,在自我交易制度原本适用的领域,是否存在某些事实上不存在利益冲突的情形。如果存在这类情形,那么便应当对自我交易制度进行目的性限缩(teleologische Reduktion)。^②而对于自我交易的扩张亦应如此,若要对自我交易进行扩张,则必须存在明显的、可类型化的利益冲突,此种利益冲突的情形应当和自己代理以及双方代理的情形类似,至少在事实上存在人身同一性。^③这并不意味着在实践中开始对于具体利益冲突进行考察,而只是将通过抽象的一般性观察发现的利益冲突作为对法条进行限制或者扩张的前提条件。^④从这些修正中不难发现,德国法实践中虽然并未放弃原则上对形式主义的坚守,但实质意义上对被代理人的保护作为法条目的却愈发得到重视。^⑤

2. 与无权代理规则的重合

理论上存在争议的是代理人同时进行自我交易(特别是双方代理)和无权代理的情形。如上文所述,在双方代理的情形下,双方代理行为效力待定,需要被代理人追认,而若此时还涉及无权代理,则也需被代理人依无权代理之规定进行追认。两种情形都需要被代理人追认,那么究竟应当如何适用法律,是同时适用自我交易规则和无权代理规则,还是仅适用其中一条?^⑥

对此问题,德国法上颇有争议。一种较为主流的观点认为自我交易规则在无权代理情形下亦得无限制地适用。^⑦其原因在于自我交易禁止制度对被代理人利益的保护并不关注该情形是否还涉及无权代理。^⑧在无权代理与双方代理同时发生的情形下,在无权代理之外还存在因双方代理而导致的利益冲突以及由此产生的损害被代理人利益的抽象风险。例如杜塞尔多夫高级法院曾在针对此问题的重要判决中指出“法人的代理人不得与自己——或以自己名义,或作为第三人的代理人,进行法律行为。此点并不因代理人无权代理第三人,而第三人事后对此行为进行了追认而有所改变。”^⑨而一种同样不乏拥趸的意见则认为自我交易禁止规则在无权代理情形下不适用。^⑩例如此种观点的代表人物利希滕贝格(Lichtenberger)曾指出,《德国民法典》第181条在很多情况下是一只“沉睡的巨兽”,“一旦这头巨兽苏醒,便会给法律交往设下一个阴险的陷阱。……这对法律交往而言是一种阻碍,而非促进。……长期以来的实践表明,如果要使得大量的法律行为的效力陷入待定状态,则必须要有强制性的理由。”^⑪在无权代理规则之外同时适用自我交易禁止规则,“与一个公正的观察者的视角相悖,……要求一个已经做出追认的被代理人再次追认,似乎是形式主义的。……被代理人会将其作为无法理解的法律手续而加以摒弃。”^⑫

① Vgl. MüKoBGB/Schubert BGB § 181 ,Rn. 2.

② Vgl. Staudinger/Schilken ,Rn. 7.

③ Vgl. MüKoBGB/Schubert BGB § 181 ,Rn. 5.

④ Vgl. Baetzgen *Insichgeschäfte im Gesellschaftsrecht* ,RNotZ 2005 ,193 ,195; Tebben *Das schwebend unwirksame Insichgeschäft und seine Genehmigung* ,DNotZ 2005 ,173 ,174; Mock *Grundfälle zum Stellvertretungsrecht* ,JuS 2008 ,486 ,488.

⑤ Vgl. BGH NJW 2005 ,415 ,416; BGH NJW 1985 ,2407 ,2408.

⑥ 该问题与是否准用无权代理规则无关。只要法律制度中的自己代理与双方代理规则允许被代理人对该行为进行追认,同时无权代理规则亦做类似规定,便可能产生此问题。

⑦ Vgl. OLG Düsseldorf ,MittBayNot 1999 ,470; BayObLG ,MittBayNot 1986 ,68; Vgl. Fröhler: *Anwendbarkeit und Reichweite der Insichgeschäftsbeschränkung nach § 181 BGB bei Rechtsgeschäften , die Gemeinden betreffen – Eine zivilrechtliche Analyse unter Berücksichtigung des baden – württembergischen Kommunalverfassungsrechts* ,BWNNotZ 2003 ,18.

⑧ Vgl. Fröhler ,BWNNotZ 2003 ,18.

⑨ Vgl. OLG Düsseldorf ,MittBayNot 1999 ,470.

⑩ Vgl. Lichtenberger ,MittBayNot 1999 ,470; ders. ,MittBayNot 2000 ,434; Schneeweiß ,MittBayNot 2001 ,341 ,342.

⑪ Vgl. Lichtenberger ,MittBayNot 1999 ,470 – 471.

⑫ Id.

本文认为在自我交易与无权代理同时发生时,虽然存在利益冲突,在构成要件上也存在同时适用两种规则的可能,但此时应当对自我交易规则进行目的性限缩,排除其适用。^①其原因首先在于,由于无权代理的存在,若无被代理人追认,则此代理行为并不对被代理人发生效力,故不存在自我交易禁止规则介入的必要;^②而当被代理人在对无权代理行为进行追认时,其对该行为已经进行了相应的了解,若要求被代理人再对自我交易行为单独进行追认,才允许该行为发生效力,过于形式主义,与其说保护了被代理人利益,不如说给被代理人增添了麻烦。^③其次,代理权滥用的风险在代理的任何情况下皆有可能发生,自我交易制度无意于防范此种一般性风险,^④该制度的目的在于预防更为特殊的风险,这种风险是由代理人与被代理人之间可能存在的利益冲突导致的。^⑤被代理人的追认不仅包含对无权代理行为的许可,也同时包含对自我交易行为的许可,因为被代理人的追认所针对的行为,就是代理人所订立的行为本身,它也包含了自我交易的相关情形。^⑥当被代理人根据无权代理规则对无权代理行为进行追认时,就可以对此行为及其法律后果进行了解,在此基础上,自我交易产生的利益冲突带来的风险便不再存在了。^⑦在存在无权代理的情形下排除自我交易规则的适用,是最简明也因此是最恰当的做法。^⑧在双方代理的情形下,自我交易规则对属于无权代理的那一方的代理行为不适用,却可对属于有权代理的那一方的代理行为适用,因为后一种情形正是自我交易禁止规则试图规制的对象。

(二) 欧盟法的撤销权模式

在自始无效与效力待定模式之外,《欧洲合同法原则》(PECL)^⑨与《共同参考框架草案》(DCFR)^⑩的相关规定为自我交易的法律后果提供了新的制度选择。与《德国民法典》不同,《欧洲合同法原则》与《共同参考框架草案》不仅包含了对自我交易行为的禁止,还直接涉及了利益冲突这一概念。例如《欧洲合同法原则》第3:205条直接在“利益冲突”的标题下规定“1. 如果代理人订立的合同涉及为第三方所了解的或不可能不知道的与本人有冲突的利益,本人可……撤销此合同。2. 在下列情况下视为与本人有冲突的利益:(1) 代理人同时作为该第三人的代理人;或(2) 代理人与他自己订立合同。3. 在下列情况下,本人不得撤销合同:(1) 本人已经同意或不可能不知道该代理人的上述行为;或(2) 代理人向本人披露了有关利益的冲突情况,而本人未能在合理的时间内对此提出异议。”《共同参考框架草案》第II-6:109条亦与之类似。

根据《欧洲合同法原则》与《共同参考框架草案》的规定,自己代理和双方代理作为利益冲突的典型情况成为利益冲突的推定情形。与德国法不同,此规定原则上承认自我交易行为的效力,但赋予被代理人形成权,使之得以从自我交易行为导致的法律效果中抽身而出。《欧洲合同法原则》第3:205条第3款就此规定了例外情形,即当被代理人知晓或应当知晓,以及代理人将此利益冲突向其披露而其并未在恰当时间内提出异议时,自我交易行为有效。《共同参考框架草案》第II-6:109条第3款则在此外还增加了一个兜底性质的条款,将其它许可自我交易的理由也纳入其中“但本人不得撤销此行为……(d) 若代理人有其它理由对本人依据IV. D. - 5:101(自己代理)或IV. D. - 5:102(双方代理)进行此行为。”值得一提的是,在欧盟法之外,《国际商事合同通则》(PICC)第2.2.7条也对此问题作出了类似

① Vgl. Suttman *Insichgeschäfte im Gesellschaftsrecht*, MittBayNot 2011, 3.

② Vgl. Auktor, MittBayNot 2012, 377, 379.

③ Vgl. OLG Zweibrücken NJOZ 2012, 1678, 1679.

④ Vgl. Schneeweiß, MittBayNot 2001, 341, 342.

⑤ Vgl. Pflzisches OLG Zweibrücken, MittBayNot 2012, 377, 378.

⑥ Vgl. Auktor, MittBayNot 2012, 377, 379.

⑦ Vgl. MüKoBGB/Schubert BGB § 181, Rn. 39.

⑧ Vgl. Lichtenberger, MittBayNot 2000, 433, 434.

⑨ <http://www.transnational.deusto.es/emttl/documentos/Principles%20of%20European%20Contract%20Law.pdf>, 最后访问日期:2016-06-27。

⑩ http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfv_outline_edition_en.pdf, 最后访问日期:2016-06-27。

规定^①，其注释2明确指出“利益冲突作为撤销合同的基础”，其注释5则指出此条规定旨在明确代理行为的外部效力问题，而类似代理人的披露义务等问题超出此条规制范围。^②

需要加以明确的是，被代理人与代理人之间是否存在“利益冲突”，与被代理人利益是否受到损害是两个不同的问题。利益冲突这一概念强调当代理人与被代理人处于同一法律关系当中时，双方因其各自的立场而产生的利益上的对立：例如当代理人作为卖方，与被代理人订立买卖合同时，其利益冲突产生于双方“买方——卖方”的对立关系中，这是由买卖合同的性质决定的，而与作为卖方的代理人在个案中是否损害了作为买方的被代理人的利益无关。而被代理人的利益是否受到损害，则需要考察作为卖方的被代理人是否因为与代理人订立了该买卖合同而遭受了（特别是价款上的）不利益。简而言之，“利益冲突”这一概念关注的是被代理人遭受不利益的“风险”，而在个案中被代理人利益是否受到侵害，在所不论。只要被代理人的利益因利益冲突的存在有受到损害的可能，被代理人便可以行使撤销权，撤销自我交易行为。

与效力待定模式相比，欧盟法撤销权模式的规定对于自我交易行为持更为宽容的态度。二者的差异主要体现在：第一，对自我交易行为效力初始状态的设定不同。效力待定模式以否定自我交易行为效力为原则，若无特殊情形（如被代理人追认），自我交易行为不发生效力；而在欧盟法的撤销权模式下，若被代理人不行使或怠于行使撤销权，则该自我交易行为有效。此点区别在实践中最突出的影响表现在被代理人是否需要主动采取措施，以避免自我交易行为的效力约束自身。第二，对价值保护的侧重不同。在自己代理与双方代理的情形下，法律需要在被代理人利益与交易保护之间寻求平衡点。否定自我交易行为效力，有利于保护被代理人利益，但却与交易保护的价值存在冲突；而要求被代理人必须通过做出撤销的意思表示才可使得自我交易行为无效，虽然更有利于促进交易，却会使得被代理人更容易陷入对其不利的境地之中。第三，对双方当事人能动性的要求不同。效力待定模式下，被代理人只需沉默，即可使自我交易行为不生效力；而依照欧盟法撤回权的制度设计，被代理人不仅仅在其已知自我交易的情形下应当及时对此作出反应，还应为其因过失不知的情形负责。将自我交易行为的效力与被代理人已知或应知挂钩，实际上是期待被代理人对代理人进行相对更为严格的选择和监控。

究其原因主要有以下两点：首先，两种规则背后隐含的假设不同。效力待定模式所隐含的假设是：在自己代理与双方代理的情形下存在利益冲突，在此前提下被代理人的利益受损是常态，故而在促进交易与保护被代理人利益之间，该模式更倾向于后者，这体现为其原则上否定自我交易效力，而对被代理人利益不受损害的情形设定例外规则；而欧盟法规则隐含的假定则是：利益冲突是交易的异常情形，在异常情形下，法律赋予利益受损的被代理人以撤销权以否定其效力，但原则上代理行为有效，利益有受损之虞的被代理人应当主动行使权利以避免自身利益在此种异常情形中受损。其次，效力待定模式的思维进路体现的是传统民法下的价值考量，而欧盟法撤回权模式更多地体现了追求经济效率的思想。效力待定模式显然更多地考量了代理中被代理人与代理人的信赖关系，代理人应当为被代理人利益行事，若被代理人利益因自己代理或双方代理行为而有受到损害之虞，则应着重保护被代理人利益；欧盟法的撤回权模式则更多关注了动因与激励的侧面，被代理人作为利益攸关者，理论上有足够的动力去对代理行为进行监管，在这种前提下赋予其撤销权，事实上是使被代理人负担了采取行动的责任，若其怠于采取行动，则须承担对其不利的后果。此种倾向在被代理人因过失不知自我交易情形时更为明显——被代理人通过其他途径知道或者应当知道代理人进行自己代理或者双方代理的事实，但未在合理期限内表示反对的，亦不能行使撤销权。

将被代理人因过失不知自我交易纳入禁止自我交易的例外规则，实际上是使得被代理人对有关自

^① <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf> 最后访问日期：2016-06-27。

^② id.

我交易情况的相关信息承担了注意义务,若其应当知晓却不知晓相关情形,则不能撤销自我交易行为。此种规则在自我交易的情形下对被代理人提出了与无权代理相比更为严格的要求,也由此引发了撤销权与我国既有代理制度的分歧。根据我国合同法第48条之规定“行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被代理人名义订立的合同,未经被代理人追认,对被代理人不发生效力,由行为人承担责任。……被代理人未作表示的,视为拒绝追认。……”依此规定,即便被代理人已知相关情形而未作表示,也应视为拒绝追认,合同不生效——换言之,被代理人只需沉默,即可避免自身利益受到无权代理行为可能带来的损害。对于为何偏偏在自我交易的情形下,被代理人要承担更重的义务,尚缺乏相应的具有说服力的论证。

三、我国法律制度下以“被代理人保护”为核心的自我交易规则

比较法上以“利益冲突”这一概念为核心的自我交易规则实际上将对被代理人的保护进行了“前置”——无须发生真实的损害,只要存在利益冲突,即便代理人可能并未以损害被代理人利益的方式为自己谋取利益,该行为便需要被代理人同意方可生效。而我国一直以来的司法实践则倾向于直接诉诸被代理人保护这一概念解决该问题,若被代理人利益并未因自我交易行为受到损害,则其不得以自己代理或双方代理为由主张该行为无效。

自我交易规则实质上是对代理权的限制。代理人以被代理人名义对第三人做出意思表示只是代理的常态,而并非全部。代理人以他人名义对自己做出意思表示,或同时代理双方进行法律行为的情形,实际上与代理的概念本身并不冲突。^①通常情形下,代理人无权自己代理或双方代理,但此种代理行为并非绝对被禁止,之所以要对自我交易行为进行限制,归根结底是为了保护被代理人的利益。其逻辑出发点在于,代理人原本应当为被代理人利益行事,保障被代理人利益,但在自我交易的情形下存在利益冲突,可能使此目的落空:在自己代理的情形下,代理人可能将被代理人的利益置于其自身意愿之后;而在双方代理的情形下,被代理双方被假定对立的利益诉求则集于代理人一身。立法者无意概括否定自我交易的效力,而只是意图在必要的情形下对自我交易加以禁止。在立法者的利益天平上,一边是被代理人的利益,要求其利益冲突的典型情况加以规制;另一边则是交易保护的价值考量,要求其在对法律交往的效力进行否定时持保守态度,避免损害法律交往的稳定性。故而立法者需要寻找一条平衡之路,对二者予以兼顾。

(一) 对自我交易行为的禁止

1. 自我交易禁止规则的适用范围

民法总则第168条对自我交易行为作出了明确规定“代理人不得以被代理人的名义与自己实施民事法律行为,但是被代理人同意或者追认的除外。代理人不得以被代理人的名义与自己同时代理的其他人实施民事法律行为,但是被代理的双方同意或者追认的除外。”根据此条规定,在得到被代理人同意、追认的情形下自己代理与双方代理始得生效。这也为对自己代理与双方代理问题的后续讨论提供了规则基础。

自我交易原则上适用于包括单方法律行为在内的所有法律行为,只要相关的意思表示是有相对人的意思表示(Empfangsbedürftige Willenserklärung)^②——否则的话则会欠缺自我交易中的相对人。因此自我交易规则也适用于解除合同、撤销以及同意等情形,事实上对自我交易行为的许可本身也属于此种法律行为。^③自我交易规则不仅适用于债法上的行为,还适用于物权法、婚姻家庭法以及继承法上的法

^① Vgl. MüKoBGB/Schubert BGB § 181 Rn. 1.

^② Vgl. Staudinger/Schilken Rn. 13.

^③ Vgl. BGH NJW 1972 623.

律行为。^①此外自我交易规则也适用于准法律行为,例如催告和设置合理期限。^②

《民法总则》第168条将自己代理与双方代理规定于“委托代理”的章节之下,似乎认为自我交易规则仅对意定代理适用,此种体例安排有待商榷。自我交易规则不仅适用于意定代理,也适用于法定代理的情形。^③其理由如下:第一,将自我交易规则适用于法定代理符合代理制度的目的与功能。代理制度的目的总体而言在于将意思表示的法律效力归于被代理人,不仅仅意定代理如此,法定代理更是如此,因为在法定代理关系中被代理人往往自身的民事行为能力受到限制,此时对于自我交易进行预防和控制的需求更甚于前者。将自我交易规则适用于法定代理,为代理制度的目的与功能在法定代理情形下得以充分实现提供了保障。例如《德国民法典》第1795条以及第1629条的相关规定均指向总则部分第181条关于自我交易的规定。在法定代理关系中,若父母一方涉及自己代理,则自己代理的禁令也应适用于另一方,^④在此种情形下应当根据同法第1909条指定保佐人(Ergänzungspfleger)。^⑤第二,从自我交易制度的规制客体上看,自己代理与双方代理针对的客体是法律行为,在这一点上并不因意定代理或法定代理而有所不同,法定代理并不排斥自我交易规则的适用。第三,从实践中被代理人的保护需求上看,在法定代理情形下,法定代理人与被代理人的利益诉求未必完全一致,亦可能存在利益冲突,特别是当此法定代理关系不属于父母对子女的法定代理的常态时,更是存在着法定代理人的行为对被代理人利益造成损害的可能。例如在韩信与中国人寿保险股份有限公司江苏省分公司等人身保险合同纠纷上诉案中^⑥便出现了未成年人韩某成年之后主张继母杨某在其未成年时解除合同的行为使其丧失了纯获利益的保险合同的保障,因此解除行为无效,江苏省南京市中级人民法院亦在判决中确认了该观点。由此可见即便是在法定代理关系中,代理人与被代理人之间同样可能存在利益冲突,需要法律规则在外部加以控制,以保护被代理人的利益。在上诉人刘甲、刘乙、刘丙、刘丁、刘甲1因遗嘱继承、分家析产纠纷案中,上海市第一中级人民法院更曾直接适用自己代理规则解决法定代理关系中法定代理人通过自己代理损害被代理人(未成年人)利益的问题“刘甲以刘乙委托代理人及刘丙法定代理人的身份陈述两人均同意上海市浦东新区B房屋、C房屋、D房屋三套房屋产权归刘甲一人所有,对此本院认为,刘甲的行为有违于代理人禁止‘自己代理’的原则,且明显有损于身为未成年人的刘丙的利益。”^⑦基于上述理论与实践上的考量,《民法总则》将自己代理与双方代理规定于“委托代理”的章节之下,或有失妥当。

2. 利益冲突与自我交易规则的类推适用

禁止自我交易的目的在于避免代理人与被代理人之间的利益冲突,保护被代理人利益,但代理人与被代理人之间利益冲突的存在,却并非适用、或类推适用自我交易规则的充分条件。个案中在不满足自己代理与双方代理适用条件的情形下,仅因利益冲突的存在便贸然类推适用自我交易规则的风险不容忽视。例如在上海宏都企业(集团)有限公司诉上海市发展律师事务所双方代理纠纷案中^⑧,该案中的代理律师谷某和沈某作为民生银行的法律顾问,经民生银行推荐,在原告与民生银行的业务往来中为原告起草合同,原告对谷某与沈某为民生银行法律顾问一事并不知情。该案一审二审法院均认为,谷某与沈某同时为原告与民生银行提供法律服务,构成了双方代理“发展所作为民生银行的常年法律顾问,其根据《常年法律顾问合同》的约定维护民生银行的合法权益。但当其与宏都公司签订《授权委托协议书》,为宏都公司向民生银行质押贷款等事宜提供法律服务时,该法律顾问行为相对于宏都公司而言是

① Vgl. OLG Hamm MittBayNot 1994, 53.

② Vgl. Staudinger/Schilken, Rn. 14.

③ Vgl. BGH NJW 1968, 936.

④ Vgl. BGH NJW 1972, 1708.

⑤ Vgl. BGH NJW 1956, 1433, 对此概念的翻译出自陈卫佐译《德国民法典》法律出版社, 2010年3版, 第545页。

⑥ 参见江苏省南京市中级人民法院(2006)宁民二终字第846号, 法宝引证码: CLI. C. 1761854.

⑦ 参见上海市第一中级人民法院(2014)沪一中民一(民)终字第1986号, 法宝引证码 CLI. C. 16396224.

⑧ 参见上海市第二中级人民法院(2000)沪二中民终字第455号, 法宝引证码 CLI. C. 225347.

一种代理行为。而在宏都公司与民生银行的借贷关系中,双方的利益是相互对立的。”一审二审法院正确认识认识到该案中存在的利益冲突,但却忽略了双方代理的适用条件——双方代理针对的是某个单独的法律行为。例如该案中,谷某与沈某作为民生银行法律顾问时,其行为仅代表民生银行一方,而当谷某与沈某为原告起草合同时,是为原告提供法律服务,并非代理民生银行行事。换言之,该案中谷某与沈某虽然在两段业务关系中分别为原告及民生银行提供法律服务,但其并未在同一法律行为中代理双方。假设该案中,谷某与沈某所为并非起草合同,而是代理原告订立合同,而前者隐瞒双方代理事实,同时作为民生银行代理人而自己订立了合同,此时方才成立双方代理。谷某与沈某平时作为民生银行法律顾问,在此期间为原告拟定了一次合同,虽然存在利益冲突,但后来订立合同的行为并非是由其代理完成,因此并不构成双方代理。当然这并不意味着谷某与沈某的行为在法律上不存在瑕疵,正如二审法院在判决中指出的那样“发展所同时接受双方当事人的委托,在同一借贷关系中为利益相对立的双方同时提供法律服务并参与贷款项目谈判,协调合同履行中产生的纠纷,这使发展所在客观上无法为宏都公司公正地提供《授权委托协议书》中约定的有关法律服务,维护宏都公司的合法权益,也不符合我国民法诚实信用原则。”谷某与沈某同时作为民生银行法律顾问这一事实对于原告而言利益攸关,若原告知悉此事,很可能便不会委托二人为其处理相关法律事务,且原告很难自己调查得知此事,故而谷某与沈某就此承担告知义务,应当在订立合同时对相关情形予以告知,若未告知,可能产生缔约过失责任。而双方代理规则的功能在于否定基于双方代理而产生的法律约束的效力,该案中法院虽然认为存在双方代理行为,但最终判决被告返还因当初提供法律服务而收取的律师费,而并未涉及被告起草的合同的效力,其实是基于缔约过失责任或根本就是违约责任,与双方代理规则无关。自己代理与双方代理规则的适用不仅要求人身同一性,更要求针对的是单一法律行为,对于该规则的类推适用,必须以与自己代理与双方代理同等程度的类型化与抽象性为前提,谨防在司法实践中将该规则泛化为禁止利益冲突——或根本成为诚实信用原则的另一个翻版。

适用自我交易规则的前提条件是代理人与被代理人之间存在“人身同一性”,换言之,代理人必须同时作为意思表示的发出者和接受者,对自己做出意思表示从而促使法律行为成立。实践中不乏当事人之间存在利益冲突,但该利益冲突却不存在于单一的法律行为之中,或在某法律行为中事实上并不存在适用自我交易规则所要求的人身同一性的情形。在此种情形下,自我交易规则无法直接适用,而对自我交易规则的类推适用,亦应持谨慎态度。在存在利益冲突时,对自我交易规则进行类推适用的重要前提是存在一个可以抽象一般化描述的案例类型,而非根据个案情况的修正。^①其原因在于在个案中对利益冲突的认定具有极大的不确定性,而自我交易规则作为利益冲突的类型化结果,正是为了克服这种不确定性。因此如果将利益冲突规则泛化,则会与既有的规则体系相悖,原本通过此种类型化规则保障的法律确定性则可能丧失。

例如楼颂春与祁连县科技农牧扶贫开发局等建设工程施工合同纠纷上诉案中,^②当事人楼某认为一审原告施某所委托的代理人许某与一审被告农牧局所委托的代理人均为青海盛通律师事务所律师,同一律师事务所律师代理原告与被告已构成双重代理。对此,最高人民法院在判决中正确指出“关于同一律师事务所在同一案件中接受原被告双方的委托,民事诉讼法和其他法律、司法解释并无禁止性规定。本案……虽然均委托同一律师事务所代理诉讼,并未损害任何一方当事人的诉讼权利。”人身同一性是双方代理最重要的构成要件,同一律所在同一案件中以不同律师代理双方当事人,并不具备人身同一性,因为双方律师皆以自身独立意思代理各自当事人参与诉讼,故而不存在双方代理意义上的利益冲突,从构成要件上便不符合双方代理规则适用的前提。上述楼颂春案属于不具有人身同一性的情况,而

^① Vgl. MüKoBGB/Schubert BGB § 181, Rn. 40.

^② 参见最高人民法院(2013)民一终字第149号,北大法宝引证码CLI. C. 2227840。

在王诚旭与黑龙江省惠福房地产开发有限公司集贤分公司、黑龙江省惠福房地产开发有限公司房屋拆迁安置补偿合同纠纷案中,^①黑龙江诺成律师事务所的律师在一审程序和二审程序中分别代理双方当事人,则属于虽然存在利益冲突,但该利益冲突却存在于两个或多个法律行为之间,故而亦不构成双方代理。具体来看,该案中律师在一审与二审中分别代理双方当事人,不属于同一个法律行为,在单独的法律行为当中,并不存在自我交易意义上的利益冲突。值得注意的是,本案恰恰构成了一个虽然存在利益冲突的风险,但却不宜适用或准用自我交易规则的典型。这也再次印证了上文所述观点,利益冲突虽然逐渐作为对自我交易规则进行目的性限制或扩张的动因而被认可,但仅凭存在利益冲突一条理由,却不足以构成适用或准用自我交易规则的原因。

一个可以类推适用自我交易规则的典型情况是代理人通过指定复代理人(Untervertreter)进行实质上的自我交易的情形。具体而言,若代理人指定复代理人与自己进行法律行为,则此情形实质上为自己代理;若代理人代理其中一方当事人,而为原本由其代理的另一方当事人指定复代理人,从而为法律行为,则构成事实上的双方代理。虽然在这两种情形下,代理人通过指定复代理人,从而在形式上规避了人身同一性这一自我交易规则的构成要件,但实际上由原本的利益冲突导致的被代理人利益受损的风险并未因此措施得以消弭,故而得以类推适用自我交易规则,对于代理人指定复代理人并由自己针对自我交易行为向复代理人做出许可的情形,亦同。^②

(二) 自我交易禁止规则的例外及其扩张

1. 被代理人对自我交易行为的许可

被代理人的许可原则上属于单方法律行为,其实质是对代理权的扩张。被代理人对自我交易进行许可,便意味着他放弃了自我交易禁止规则的保护。^③许可应当由被代理人做出,因为被代理人在自我交易的法律关系中承担了利益冲突带来的风险。在双方代理的情形下,双方被代理人必须均对双方代理行为进行许可,此行为始得有效。许可的相对人通常是代理人,在双方代理的情形下也可向对方被代理人作出。

许可可以明示或默示作出^④,且同代理权授权一样,许可原则上也无须特定形式。^⑤默示许可的典型情形通常发生在被授权的代理行为仅能通过自我交易形式进行时,此时通常认为被代理人已经知晓此情形并对其做出了许可。例如在房地产买卖中,买方或卖方将过户事宜完全委托给另一方;或者抵押权人授权房产所有权人代为进行抵押权登记。^⑥又例如在继承关系中,若继承人同时被指定为遗嘱执行人,则德国法院判例一直以来倾向于将其解释为对自我交易的默示许可,^⑦因为在此种情形下,遗嘱执行人只有通过自我交易执行遗嘱。在对许可进行解释时,解释的基础可能是代理权的授权,在解释中主要关注的是代理人究竟可以——或需要在何种范围内以被代理人名义行事。^⑧但需要注意的是,特别宽泛的代理权授权并不天然地包含对自我交易的授权。从类似“对所有法律允许的行为”的授权中,若无其它情形,不能得出自我交易也被包含在内的结论。^⑨此外还应当兼顾交易习惯并关注代理权是为谁的利益而授予。被代理人的沉默原则上没有任何法律意义,除非构成表见代理的情形,否则不能从其沉默中得出被代理人同意自我交易行为的结论。^⑩

① 参见最高人民法院(2015)民申字第425号,发布于中国裁判文书网。

② Vgl. KG, NJW - RR 1999, 168.

③ Vgl. Suttman, MittBayNot 2011, 2.

④ Vgl. BGH, NJW 1983, 1186, 1187; Mock, Grundfälle zum Stellvertretungsrecht, JuS 2008, 486, 488.

⑤ Vgl. MüKoBGB/Schubert, BGB § 181, Rn. 71.

⑥ Vgl. Staudinger/Schilken, Rn. 52.

⑦ Vgl. BGH, NJW 1969, 841.

⑧ Vgl. Staudinger/Schilken, Rn. 52.

⑨ Vgl. Staudinger/Schilken, Rn. 50.

⑩ Vgl. MüKoBGB/Schubert, BGB § 181, Rn. 67.

2. 被代理人利益不受损害的行为

(1) 德国法上“纯获法律上利益的行为”

德国法通说认为应当对《德国民法典》第181条进行目的性限缩,将被代理人纯获法律上利益的自我交易行为排除在禁令之外。^①此项目的性限缩实际上是受到了《德国民法典》第107条思想的影响。根据后者规定,未成年人的意思表示原则上需要法定代理人同意方可生效,但未成年人纯获法律上利益的情形除外。这并非个案中的特别修正,而是对此种案例的类型化,这类案例是可以被清晰界定的,在这类案件中,被代理人的利益并无受到损害的风险。根据德国通说,所谓纯获法律上利益,指受保护的一方(被代理人)不因相关行为直接承担任何义务,但法律行为的间接效果并不构成法律上的不利益(Nachteil)。^②例如在未成年人无偿受赠房产的情形中,房产在公法上的负担(如税收等)不构成法律上的不利益,因为它们不是转让行为的内容(Inhalt der Auflassung)。^③故而在德国法上,双务合同(Synallagmatischer Vertrag)绝无可能落入纯法律上获利益行为的范畴,因为基于双务合同,被代理人必然直接承担某种主给付义务(Hauptleistungspflicht),这就构成了法律上的不利益。而在其它合同类型中,被代理人承担的其它义务——例如返还义务、费用偿还义务等也有可能导致其并非纯获法律上利益。所以合同上真正能够落入“纯获法律上利益”范畴的,事实上只有赠与合同一种。^④

(2) 我国法律制度下被代理人利益不受损害的行为

我国合同法第47条第1款规定,限制民事行为能力人订立“纯获利益”的合同无须法定代理人同意即可生效。《民法通则意见》第6条亦规定“无民事行为能力人、限制民事行为能力人接受奖励、赠与、报酬,他人不得以行为人无民事行为能力、限制民事行为能力为由,主张以上行为无效。”这两条规定在一定程度上采纳了德国法上“纯获法律上利益”这一法律构造的基本思想。《民法总则》第19条规定“八周岁以上的未成年人为限制民事行为能力人,实施民事法律行为由其法定代理人代理或者经其法定代理人同意、追认,但是可以独立实施纯获利益的民事法律行为或者与其年龄、智力相适应的民事法律行为。”此规定将“纯获利益的民事法律行为”明确提升至民法总则的层面,也为除了合同关系之外的其它民事法律行为适用此项例外提供了明确的法律依据。

然而与《德国民法典》相关规定不同的是,无论是现行的合同法第47条第1款之规定,或是《民法总则》第19条的规定均未采纳纯获“法律上”利益的表述方式,故而也给“纯获利益”的判断标准留下了讨论空间。在限制行为能力制度下究竟是否应当将经济效果纳入纯获利益行为的考量因素中,超出本文讨论范围,但在自我交易的情形下,福建省高级人民法院在“上海威鸿国际货运有限公司与厦门贝品儿童用品有限公司海上货物运输合同纠纷上诉案”中^⑤的判决意见值得参考:“被上诉人将货物交付运输并以自己的英文名称签发提单,系以自己为承运人与上诉人订立海上货物运输合同,该行为构成自己代理。鉴于本案货物运输为运费到付,没有加重上诉人的负担,且货物实际上已经按照上诉人的要求运到目的港,被上诉人以自己代理的方式完成了上诉人要求的义务,该行为应认定有效。”^⑥福建省高级人民法院认为在自己代理不损害被代理人利益的前提下,应当认为该行为有效,结合案例中的具体情形,该意见值得赞同,因为虽然存在自己代理行为,但对于被代理人而言,其所要求的合同义务均已履行,发生自己代理与不发生自己代理的结果对其而言并无不同,故而没有必要在此种情形下否定自己代理行为的效力。

福建省高级人民法院的判决意见显然在“纯获法律上利益行为”的基础上更进一步,将此规则发展

^① Vgl. BGH NJW 1972 2262; BGH NJW 1985 2407; Vgl. Baetgen, RNotZ 2005, 193, 195.

^② Vgl. Riehm, Lediglich rechtlich vorteilhafte Rechtsgeschäfte i. S. v. § 107, JuS Lern – CD Zivilrecht I, Rn. 27.

^③ Vgl. BGH, NJW 1955, 1353.

^④ Vgl. Palandt/Heinrichs Kommentar zum BGB § 107 67. Aufl. 2008, Rn. 2.

^⑤ 参见福建省高级人民法院(2009)闽民终字第745号判决,北大法宝引证码CLI.C.1765428。

^⑥ 对于本案的评述参见俞建林、章丽美“国际海运中自己代理行为的效力”,载《人民司法》2012年2期。

为“被代理人利益不受损害的行为”,此种判决不符合“纯获法律上利益”的判断标准,但综合自己代理行为的性质、自己代理禁止规则的保护目的以及交易保护的价值来看,该判决意见在自我交易情形下更为合理。事实上,在“纯获法律上利益”的问题上,德国学界也早已就《德国民法典》第107条达成共识,即只要未成年人之行为不会给其带来法律上的不利益,则无需法定代理人的同意。^①

3. 履行既存债务行为是否作为例外情形

如前文所述,自己代理与双方代理并不天然地为代理制度本身所排斥,而是作为利益冲突的典型类型出现。自我交易规则的适用始终不应脱离其保护被代理人的制度目的,故而在被代理人利益未受损害时,禁止自我交易的目的已然达成,此时理应对自我交易规则的适用做出限制。^②《民法总则》的规定明确采纳了被代理人同意或追认的例外,但对于其它的例外情形并未涉及,我国对自己代理与双方代理的研究中,多涉及德国理论,然而对于《德国民法典》第181条后半句规定的“履行既存债务”的例外,却鲜有讨论。本文此部分便试图对此例外情形进行阐释,并分析我国法律制度下,是否有必要采纳此例外情形。

(1) 履行既存债务的正当性基础在于无损被代理人利益

德国法通说认为,自我交易制度旨在避免利益冲突损害被代理人利益,在被代理人与代理人之间原本存在债务,而自我交易行为仅为履行既存债务的情形下,实际上只是实现了原本约定的内容,故而此处并不存在利益冲突,无否定其效力的必要。^③无论被代理人在债之关系中是债权人还是债务人,都可适用此种例外。^④对于双方代理的情形而言,代理人同时作为债权人与债务人的代理人行事,也在此列。此处所谓既存债务,必须是已经到期且不存在任何抗辩的债务。对于自我交易而言,关键是行为相对人不能有任何的抗辩,至于代理人对被代理人的抗辩权,无关紧要。^⑤但需要注意的是,在法律行为需要特定形式的情形下,代理人不能以自我交易的履行行为治愈法律行为的形式瑕疵。因为若代理人可以通过履行债务使得原本因形式瑕疵而无效的债务产生效力,便使得被代理人承担了原本不存在的债务,与自我交易的制度目的相悖。^⑥

基于上述德国法上的规则不难发现履行既存债务这一例外规则的构造紧紧围绕着被代理人利益这一中心。允许这一例外,是因为其对被代理人利益无损,而一旦出现可能损害被代理人利益的情形,这一例外规则便被禁止适用。履行既存债务这一例外情形,其实质是对“对被代理人无损行为”的类型化。而履行既存债务这一案例类型与上文所述“法律上纯获利益行为”的区别在于,履行既存债务虽然从经济上看只是实现了原本约定的内容,不存在损害被代理人利益之说,但从法律上看,被代理人却因代理人的履行行为而失去原本享有的请求权,这就构成了德国法语境下“法律上的不利益”。故而二者虽然从本质上讲都是基于“被代理人利益不受损害”这一基本思想,但在德国法上却难以将二者真正合并。履行既存债务本身并不天然赋予自我交易行为正当性,其正当性基础在于被代理人利益不受损害,而当二者发生冲突时,实质上被代理人利益才是唯一的判断标准。德国法上对于《德国民法典》第181条后半句的目的性限缩便为此提供了例证。

(2) 《德国民法典》第181条后半句的目的性限缩——一个例证

德国法上,《德国民法典》第181条之规定不仅适用于委托代理,还适用于法定代理,而《德国民法典》第181条后半句明文规定的“履行既存债务”这一例外,曾在未成年人从父母处获赠房产的情形下,引发了重大的理论难题。根据《德国民法典》第107条规定,未成年人所做意思表示须法定代理人同意始得生效,但未成年人纯获法律上利益的除外。债权层面上,未成年人从父母处获赠房产,双方之间存

^① Vgl. Bork, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs* 4. Aufl. 2016, S. 390.

^② Vgl. BayOLG MittRhNotK 1987, 127128.

^③ Vgl. Suttmann, *MittBayNot* 2011, 2.

^④ Vgl. MüKoBGB/Schubert BGB § 181, Rn. 83.

^⑤ Vgl. Staudinger/Schilken, Rn. 61.

^⑥ Vgl. MüKoBGB/Schubert BGB § 181, Rn. 84.

在一个未成年人纯获法律上利益的赠与合同,未成年人因此合同仅获得一个转让房屋所有权的请求权,却不承担任何义务。根据《德国民法典》第107条之规定,该合同无须未成年人的法定代理人同意即生效力。然而物权层面上,未成年人获得房屋所有权,却可能在特定情形下使之承担与该房屋相关的义务。例如未成年人获赠房产,但此房产在此前已被出租,根据买卖不破租赁的规定,未成年人获得房屋所有权,并不影响租赁关系的存续,未成年人则可能会因此进入到原本的租赁合同关系中,成为新的出租方。^①这就使之承担了基于租赁合同产生的义务,从而构成了法律上的不利益。故而在此种情形下,未成年人获得房产所有权的物权行为对其并非纯获法律上利益。既然未成年人取得房屋所有权的行为并非纯获法律上利益,那么根据《德国民法典》第107条之规定,未成年人为取得房屋所有权所做的意思表示,须经法定代理人同意始得生效。此时父母作为法定代理人,在赠与子女房产时,同时以赠与人和受赠人的法定代理人的身份出现,属于自己代理的情形,理论上应当禁止,并依《德国民法典》第1909条之规定指定“保佐人”,以避免在法定代理人与未成年人存在利益冲突时,法定代理人利用代理权损害未成年人利益。然而《德国民法典》第181条后半句却规定了履行既有债务作为自己代理的例外情形,则如上文所述,此时存在一个已经生效的赠与合同,以及专为履行此债务而为之履行行为(转让房屋所有权),后者不受自己代理规则禁止,可以在未指定保佐人的情况下生效。这显然违背了自己代理制度的目的,对作为被代理人的未成年人造成了不利的后果。

德国法上,德国联邦法院曾经一度采用“一体观察法”(Gesamtbetrachtung)来解决此问题。^②所谓一体观察,即对负担行为与处分行为进行“一体观察”,因处分行为会给未成年人带来法律上的不利益,故而赠与合同也不在纯获法律上利益行为之列,需要法定代理人同意方可生效。这样一来,法定代理人在与未成年人订立赠与合同时,便受到自我交易规则的限制,而不存在履行既存债务的例外,从而避免了由此产生的对自我交易规则的规避效果。一体观察法被提出以来,德国学界不乏批判的声音。一体观察法主要的问题在于其突破了分离原则,使得物权行为效力影响了债权行为的效力。^③而在后来的司法实践中,德国联邦最高法院也放弃了一体观察法,转而通过对《德国民法典》第181条后半句进行目的性限缩的方式解决此问题。^④

对《德国民法典》第181条后半句的目的性限缩堪称德国法上目的性限缩的经典案例,而其对于本文所讨论问题的意义在于,它充分证明了被代理人利益在履行既存债务这一例外情形面前的优先性。从德国法的相关实践中不难得出结论,履行既存债务不但不能与被代理人利益相冲突,在纯获法律上利益的行为及中性行为共同组成“被代理人利益不受损害之行为”的基础上,履行既存债务这一例外甚至有可能在目的论的视角下为“被代理人利益不受损害之行为”所吸收。

(3) 被代理人利益不受损害的行为对履行既存债务的吸收

如上文所述,《德国民法典》第181条规定履行既存债务这一例外情形的正当性基础在于此种情形下自我交易行为不会损害被代理人利益,其立法思想与《德国民法典》第107条“纯获法律上利益行为”一致,德国在法律实践中也对第181条进行目的性限缩,使纯获法律上利益行为亦成为第181条适用的例外情形。而履行既存债务之所以在德国法上不能与“纯获法律上利益行为”(被代理人利益不受损害行为)合并,或者说被后者吸收,其原因在于履行既存债务不符合德国通说中对纯获“法律上”利益的判断。

^① 在我国法律制度下亦是如此,参见《合同法》第229条关于买卖不破租赁之规定,以及《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释(2009年7月30日法释(2009)11号)》第20条第1款之规定“租赁房屋在租赁期间发生所有权变动,承租人请求房屋受让人继续履行原租赁合同的,人民法院应予支持。”

^② Vgl. BGH NJW 1981, 109.

^③ 德国法上对于一体观察法的反思 Vgl. Staudinger, *Abschied von der Gesamtbetrachtungslehre?* Jura 2005, 547; Rastätter, *Grundstücksschenkungen an Minderjährige*, BWNotZ 2006, 1; Jänicke/Braun: *Vertretungsausschluss bei rechtlich nachteiligen Verfügungen zu Gunsten Minderjähriger*, NJW 2013, 2474.

^④ Vgl. BGH NJW 2005, 415; BGH NJW 2010, 3643.

然而此种冲突在我国法律制度下或不存在。一方面我国现行法律规定均采纳“纯获利益”的表述,并未将“法律上利益”明文规定于法条之中,就此点而言,较之《德国民法典》第107条,我国现行法律规定给解释者留下了更大的空间。另一方面,《民法总则》之规定并未触及这一问题,这也使得解释者在该条进行续造时,得以兼顾民法体系性与司法实践中的现实需要,在自己代理与双方代理的情形下,做出更为符合私法自治原则的判断。因此本文认为,在我国法律制度之下,不存在单独规定履行既存债务这一例外规则的需要,该例外可以为“被代理人利益不受损害行为”吸收。而结合比较法上经验来看,与对利益冲突的预防相比,“被代理人利益不受损害行为”这一法律构造更直接地触及被代理人利益这一核心问题,避免了过度类型化可能带来的麻烦,同时也更为符合我国法律实践中一直以来对自我交易问题的认识。

结 语

禁止自己代理与双方代理的目的在于防范代理人与被代理人之间的利益冲突,但归根结底在于保护被代理人利益,若被代理人利益并无遭受损害之虞,或被代理人对该行为表示许可时,便无须对自己代理与双方代理行为进行禁止。以“利益冲突”这一概念为核心的自我交易规则实际上将对被代理人的保护进行了“前置”——无须发生真实的损害,只要存在利益冲突,该行为便需要被代理人同意方可生效,即便代理人可能并未以损害被代理人利益的方式为自己谋取利益。而我国一直以来的司法实践则倾向于直接诉诸被代理人保护这一概念解决该问题,若被代理人利益并未因自我交易行为受到损害,则其不得以自己代理或双方代理为由主张该行为无效。在自己代理与双方代理规则的体例安排上,《民法总则》将其置于“委托代理”章节下似有不妥,无论是我国司法判例实践还是比较法上的经验均显示,自己代理与双方代理规则不仅适用于委托代理,还适用于法定代理,属于代理制度的一般规则,故而应当将其提升至代理制度一般规则的章节之下。

参考文献:

- [1] 孙建“对代理法中若干问题的探讨”,载《南开学报》2000年第1期。
 [2] 耿林、崔建远“民法总则应当如何设计代理制度”,载《法律适用》2016年第5期。
 [3] 《德国民法典》(第3版),陈卫佐译,法律出版社,2010年版。

From the Risk Aversion to Substantial Protection the Reconstruction of the Rules of Self-deal Under the View of Teleology

Yu Chengyuan

Abstract: The self-agency and double-agency are temporarily void and need the permit of the principal. The principal can also permit before the agency. The purpose of negation of the self-dealing is to protect the principal's interest. If the self-agency and double-agency make no damage to the principal, they can then be valid without the permit of the principal. The rules of the self-agency and double-agency are applicable not only to the agency by agreement, but also to the legal agency. The mode of rescission of the self-agency and double-agency collides with the existed system of the Chinese Civil Law. The mode of temporary void should be adopted under the system of the Chinese Civil Law.

KeyWords: Self-agency; Double-agency; Self-dealing; Interest Conflict; Temporarily Void

(责任编辑 寇 丽)