

# 法国新债法的代理制度与 我国民法总则代理之比较

刘 骏\*

---

## 目次

### 导言

#### 一、代理与委托合同之区分

#### 二、代理权的一般规定

##### (一) 代理权的产生

##### (二) 代理权的范围

##### (三) 直接代理与间接代理

##### (四) 代理权之终止

#### 三、无权代理和代理权滥用

##### (一) 狭义无权代理的法效果

##### (二) 表见代理

##### (三) 代理权滥用

#### 四、代理权不明时的询问程序

#### 五、结论

**摘要** 法国法和中国法的经验表明分别规范一般代理制度和委托合同不代表必然采纳“代理权授予之无因性”理论,我国法可明确也可委托授权限制行为能力人完成法律行为。在表见代理方面,二者都强调第三人的合理信赖,不将“本人之归责性”作为单独构成要件,而是以例外的方式排除与本人无关的表象。就代理权终止时表见代理之适用,我国法可关注本人是否合理地通知第三人代理权终止之事实,而非一概由第三人就表见代理之适用提供举证责任。我国法解释上还可认为在代理权滥用时代理行为针对善意第三人仍有效。最后,法国法新设的“代理权不明时的询问程序”可供我们参考。

**关键词** 代理权 委托合同 无权代理 表见代理

---

\* 法语布鲁塞尔自由大学(ULB)私法中心博士研究生。

## 导 言

在欧盟范围内私法统一趋势的影响之下,法国2016年的债法改革正式在民法典中确立了一般代理制度(représentation),尽管这一制度早就被学理和判例所承认。早在2005年的《卡特拉债法改革草案》中,其第1119条到第1120-2条规范了“以他人名义行为的权利”,2008年12月的“司法部合同法改革草案”第36条至第44条也规定了代理制度,而2008年11月的“泰雷合同法草案”并没有提及代理制度。民法典中新确立的代理制度很大程度上受前两个草案的启发,其位于第三卷(livre)“取得所有权方式”、第三编“债之渊源”、第一次编“合同”、第二章“合同的成立”、第二节“合同的生效”、第二次节“行为能力和代理”中的第二段“代理”,只有九个法条。

我国新近通过的《民法总则》也在第七章规定了“代理”(第161条到第175条),紧跟“法律行为”一章,也吸收了比较法上代理法公约、示范法典等先进成果。本文拟选取“代理与委托合同之区分”“无权代理”“代理权不明时的询问程序”等几个主要问题,比较二者之处理方案。

### 一、代理与委托合同之区分

代理这一制度系统地形成,是19世纪的事情。比较法学者普遍认为,大陆法系上代理理论最重要的特征是把委托合同与授权区分起来,其关键在于委托合同对代理人权限的限制对第三人无拘束力。<sup>〔1〕</sup>这一区分与德国公法学家拉邦德的学说分不开。拉邦德从实证法上的“经理权”出发,认为委托合同以及类似的合伙和雇佣合同,仅指委托人与代理人之间的合同关系,仅限于代理人可以为委托人利益而行为的义务和权利。但委托与代理人的授权无关,委托和授权这两个关系并不总是重叠的。在有些委托合同中,受托人根本没有权限拘束委托人,或者其代理权限小于委托合同的范围,反之亦然。<sup>〔2〕</sup>汉斯·多勒(Hans Dollé)将拉邦德的理论称为“法学上的发现”。<sup>〔3〕</sup>19世纪末20世纪初的德国民法典、瑞士债法典等,除了规定委托合同之外,还在总则部分规定代理制度,这一立法模式得到了很多后来法典或示范法典的追随。拉邦德的理论在德国得到热烈响应,逐渐被后世阐发为“代理权授权之无因性”。<sup>〔4〕</sup>在德国法上,委托合同(德民第662条及其以下)属于双方法律行为,而代理权之授予是单方的和抽象的:即被代理人宣布其授权另一人有权以其名义,为其利益而行为。向代理人做出的授权表示为内部授权,向第三人做出的为外部授权(德民第167条)。由于授权行为是单方的,使代理人仅承担权利而不负担义务,而无须代理人的承诺表示。依据抽象原则进行逻辑推导,授权不依赖于基础关系,内部基础关系效力出现瑕疵并不必然影响授权行为,基础关系不生效力授权行为也不一定无效,甚至认为即使没有任何

〔1〕 [英]施米托夫:《国际贸易法文选》,赵秀文译,中国大百科全书出版社,第371~372页;〔德〕海因·克茨:《欧洲合同法》(上卷),周忠海等译,法律出版社2006年版,第317~318页。

〔2〕 Wolfram Müller-Freienfel, “Legal Relations in the Law of Agency: Power of Agency and Commercial Certainty”, 13 The American Journal of Comparative Law 208 (1964);参见陈自强:《代理权与经理权之间》,法律出版社2008年版,第58页及以下。

〔3〕 王泽鉴:《民法学说与判例研究(四)》,北京大学出版社2009年版,第1页。

〔4〕 关于德国民法典起草专家的观点、后世法学家对拉邦德理论的阐发以及“独立性”到“无因性”的发展,请参见前注〔2〕,陈自强书,第60~61页。

约定作为基础,孤立的代理权也是可能的。<sup>〔5〕</sup> 在代理权限制方面,基础关系对代理权内容之限制原则上不加以斟酌,除非代理权滥用之情形。但是,关于代理权的消灭,基础关系和代理权再次被牵连起来,依据《德国民法典》第 168 条第 1 句,基础关系的结束也导致代理权的消灭。

相反,大陆法系中也有立法例倾向于坚持委托和授权的结合,典型是《法国民法典》《奥地利普通民法典》(第 1002 条及以下)。法国法的传统模式是仅规定委托合同(Mandat,法民第 1994 条至第 2010 条),而未设置一般代理制度,又被称为“一体论”,即意定代理与委托合同不区分,委托合同是意定代理的具体形式,而法定或司法代理则依据情况类推适用委托合同的规则。由于在民法总则制定过程中,我国学者对“代理权授予之无因性”有较热烈的讨论和分歧,<sup>〔6〕</sup> 本文尝试解答这一问题:法国法虽然长时间没有明确承认这种“区分论”,也没采“授权行为之无因性理论”,它是如何解决这一问题的。这一比较有着重要意义,因为《民法总则》也没采纳“授权行为之无因性”,委托代理即意定代理,授权行为就是委托合同(第 163 条)。

在法国法上,在法定代理和指定代理领域,他们的代理权根据不是委托合同,基础关系与代理权可以是分离的,而在意定代理,代理权与委托合同是统一的,授予代理权的就是委托合同。在委托代理人与第三人之间的关系中,授予代理权是委托合同的核心要素,<sup>〔7〕</sup> 委托合同以法律行为(acte juridique)完成为内容,而非事实行为(acte matériel),否则即成为承揽合同或劳务合同。<sup>〔8〕</sup>

乍一看,法国法并未区分委托合同和授予代理权的行为,二者是结合在一起的,特别是民法典第 1984 条起草时混淆了二者,其规定“委托或授权是一人给予另一人权力以其名义、为其利益完成一些事务。委托合同仅因被委托人的接受才成立”。但是从某种意义上看,法国法系也是区分授权(procurator)和委托合同(mandat)的,委托是委托人与被委托人之间订立的合同(negotium),而授权是给予委托人的权力,即委托合同的履行,以使受托人向第三人证成其有权以委托人名义缔结法律行为(instrumentum)。<sup>〔9〕</sup> 委托和授权在直接代理形态委托中,是密不可分的。在意定代理,原则上受托人与第三人交易时,需要出具授权以证明其有资格从事代理行为;相反,除默示委托和口头委托外,谨慎的第三人也最好通过授权书来核实受托人的代理权,要求后者出示并保存之,以防在被代理人争议代理权授予时或无权代理时,遭受不利,除非一些商事代理情形或者交易习惯免除第三人的查证义务。委托人在授权的同时,应交付受托人授权书,同理,受托

〔5〕 见前注〔2〕,陈自强书,第 61 页。

〔6〕 赞同无因性的有:陈华彬:《论意定代理权的授予行为》,载《比较法研究》2017 年第 2 期,第 190 页;迟颖:《意定代理授权行为无因性解析》,载《法学》2017 年第 1 期,第 20 页;尹田:《论代理制度的独立性》,载《北方法学》2010 年第 5 期,第 46 页;邓海峰:《代理授权行为法律地位辨析》,载《法学》2002 年第 8 期,第 56 页;北京航空航天大学法学院起草的“民法通则”建议稿明确承认“授权行为的无因性”,其第 176 条规定:“代理权授予的效力,不受代理人或被代理人之间基础法律关系不成立、无效或者被撤销、消灭的影响。”中国政法大学的“民法总则专家建议稿”第 151 条似也采纳了该理论。反对者有:叶金强:《代理权的有因构造》,载《政法论坛》2010 年第 1 期,第 109 页;冉克平:《代理授权行为无因性的反思与建构》,载《法律科学》2014 年第 5 期,第 86 页;殷秋实:《代理权授予与基础行为的联系》,载《现代法学》2016 年第 1 期,第 89 页;汪渊智:《论代理权的授予行为》,载《山西大学学报(哲学社会科学版)》2015 年第 6 期,第 118 页。

〔7〕 Ph. le Tourneau, *Rép. Civ.*, v° Mandat, juin 2011, n° 63, p.14.

〔8〕 François Collart Dutilleul et Philippe Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, 10<sup>e</sup> éd., 2015, Paris, Dalloz, p.556 et p.558, n° 642; A. Bénabent, *Droit civil, Les contrats spéciaux et commerciaux*, 9<sup>e</sup> éd., 2011, Paris, Montchrestien, p.432, n° 909.

〔9〕 Ph. le Tourneau, *o. c.*, n° 1, p.3; H. De Page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, Bruxelles, Bruylant, tome V, 2<sup>e</sup> éd., 1975, p.377.

人在委托终止时,应该返还委托书(法民第2004条)。因此,法国法系主要把“授权”(procuration)看作是一个证据问题或者委托合同的履行,而在德国法上,将其作为一种抽象的单方行为,但关于具体问题的解决二者的差别并无多大影响。

首先,法国法系不禁止委托限制行为能力人(incapable)完成法律行为,未成年人也可成为受托人(第1990条)。代理人为限制行为能力的,其以被代理人名义缔结的法律行为效力依据被代理人的行为能力进行判断。因此,不存在德国法上“授权行为之无因性”所欲解决的典型问题:授予未成年人完成法律行为的授权行为有效,而被代理人与未成年人之间的基础关系不成立或无效。也很少见法国学者专门探讨“基础关系无效或被撤销对代理权授予的影响”,在为数不多的文献中,<sup>[10]</sup>如果代理人缔结法律行为之后,其与被代理人之前订立的委托合同出现效力瑕疵,第三人可经由表见代理而受到保护,概因相信授权委托书的第三人几乎不可能发现内部委托关系的效力瑕疵。

其次,关于委托关系的终止,委托人可以随时(ad nutum)以通知受托人的方式撤回委托(法民第2004条)。但委托代理人与被代理人(受托人)之间关系终止的,不可对抗善意第三人。依据第2005条之规定,“仅仅通知给代理人的撤回不可对抗已经与代理人缔约且不知情该撤回的第三人,委托人仍保有针对受托人的救济”。也就是说,撤回代理权或委托的,需要通知第三人或经公示之后,才可对抗之。依据第2008条和第2009条之规定,在委托人死亡或其他使委托终止的原因的情况下,受托人因不知情而作的代理行为仍有效,因此产生的拘束仍应针对善意第三人履行。法国学说多认为,这是表见理论的特殊应用。<sup>[11]</sup> 这些产生于自然法时代的法典规定并非抽象理论构造的结果,而是事理之要求,盖因代理人与被代理人之间的关系消灭或者无效等,如同代理权的产生一样,只有通知给第三人之后或可期待第三人知情时才可对抗之。

最后,在向受托人表示的“内部授权”与向第三人表示的“外部授权”不一致时,为保护善意第三人,以外部授权为准。法国法是这样处理的,所谓“外部授权”在法国法意义上,常是指被代理人将内部委托授权这一事实通知给第三人,例如采纳授权委托书或公示等措施,第三人可以相信这一通知所传递的授权范围。至于没有成立委托关系,而仅仅是被代理人以其行为或表示使人相信其已经授权给某人,法国法将其看作是“表见代理”(mandat apparent)的具体适用,因为严格而言,委托授权属于合同行为,委托人以其行为对第三人的表示属于法律事实,并不构成委托授权。相反,依据德国法上的“代理权授予无因性”,授权行为是单方的、抽象的,将“外部授权”看作是已经有效做出的授权,不受基础关系效力的影响,代理人因此做出的行为当然地拘束被代理人。

不过,在委托人与被委托人之间的内部关系中,委托合同的规则诸如忠实义务、汇报和偿还完成委托事务的费用等,可类推适用于所有形式代理人和各种形式中间人。

综上可看出,法国民法中没有类似“代理权授予之无因性”这样严格和抽象的理论,而求助于表见理论解决后者所欲解决问题。<sup>[12]</sup> 从《民法总则》来看,我国法上的意定代理就是委托代理

[10] P. Lescot, 《Le mandat apparent》, J.C.P., 1964, 1826, n°5; A. Batteur, *Le mandat apparent en droit privé*, thèse Caen, 1989, n°229, pp.151 à 152.

[11] Ph. le Tourneau, *o. c.*, n° 394, p.62; J. Ghestin, G. Goubeau et F. Magnan, *Traité de droit civil, Introduction générale*, L.G.D.J., 4° éd., 1994, n°858, p.848.

[12] 当然,在商事代理特别是公司机关代理领域,“经理人”(prokura)制度或“不可限制之概括代理权”借由欧盟公司法第一指令而在欧洲取得了成功,即使转化这一制度,法国法也似认为公司与公司法定代表人之间的权力授予属于合同,而非单方行为。可参见刘骏:《合同法第50条解释论基础》,载梁慧星主编:《民商法论丛》第62卷,法律出版社2016年版,第70页。

(第 158 条和第 160 条),即因委托合同而被授予代理权,而非单方法律行为。<sup>[13]</sup> 在直接代理形态委托中,授予代理权是其核心要素,代理与委托紧密联系。在意定代理权领域,没必要采纳代理权授予之无因性。法国法和中国法在此有共通之处,其经验表明分别规范一般代理制度和委托合同不代表必然采纳“代理权授予之无因性”全部内涵,而“委托授权之区分”只是该理论的内涵之一。然而,《民法总则》没有明确能否授予限制行为能力人完成法律行为,为兼顾实践需要以及避免“授权有效、基础关系无效”式典型问题的提出,在解释上认为也可委托授权限制行为能力人完成法律行为。

## 二、代理权的一般规定

### (一) 代理权的产生

《法国民法典》第 1153 条在列举代理形式(意定、法定或司法)之后,规定代理权应在被授予的代理权范围之内行为。代理形式或代理权产生的渊源有三种,法定代理诸如负责代理、照管限制行为能力人的监护人;司法代理人则是由法院指定,例如被法院指定照管失踪人财产的近亲属;意定代理则是由当事人的意思而产生,即委托合同。

代理权来源的不同也会对代理权的行使产生影响,依据第 1159 条之规定,享有法定或司法代理权的机构在代理权享有期间,剥夺被代理人授予他人进行代理的权利,概因法定代理或司法指定代理以保护或管制被代理人之目的。而在意定代理,被代理人仍保有就授予代理权事项亲自行使权利的自由,不过,如果其与代理人约定代理权之行使是排他的,或者代理人对代理权之行使也有利益时,在代理人与被代理人之内部关系层面,违反之可引起损害赔偿。

对比《民法总则》第 163 条规定,“代理包括委托代理和法定代理”,似略去了《民法通则》提到的指定代理(第 21)条,这一修改有待立法者的说明。

### (二) 代理权的范围

《法国民法典》第 1155 条是关于代理权范围的规定,直接取自民法典关于委托合同的规定(第 1988 条)。依据第 1 款,当代理人的代理权被不明确地授予时,<sup>[14]</sup> 其只可完成保存和管理行为,例如授权委托书写道,“代理人有权完成所有必要的行为”。潜在的逻辑是,在代理权授权不明确时,为保护委托人或被代理人的利益,处分行为之完成因其重要性需要被代理人明示之。第 2 款规定,当代理权授权明确时,代理人仅可完成得到授权的行为以及该被授权行为的附属行为。但是,债法改革并没有重新确认民法典第 1987 条一般委托授权或概括授权(mandat general)和“特殊委托授权”(mandat special)之区分。

而我国法上并无类似之规定,原则上应该依据委托代理人授权委托书或其职务(第 165 条规范了“职务代理”)解释其享有的代理权范围。

### (三) 直接代理与间接代理

《法国民法典》第 1154 条区分直接代理(représentation directe)和间接代理(représentation

[13] 不同观点参见谢鸿飞:《代理部分立法的基本理念和重要制度》,载《华东政法大学学报》2016 年第 5 期,第 68 页,谢研究员认为应采纳“代理权授予之独立性”,不采纳“代理权授予之无因性”。

[14] 本条参考了民法典第 1988 条关于委托(mandat)的规定,罗结珍先生将其翻译为“以一般概括性语言成立的委托,仅包括管理行为”,参见罗结珍:《法国民法典》,北京大学出版社 2010 年版,第 466 页;le mandat donné en termes généraux 可直译为以概括性语言或不明确语言成立的委托,但主要指的是授权不明确的情况,其对应的情况是 mandat exprès 即明确的授权。

indirecte)而规定代理的法效果,第1款规定代理权在其权力范围内以被代理人名义行为,仅仅被代理人成为该行为的当事人,受因代理行为而缔结的债务拘束。第2款规范的是“间接代理”,即代理人以自己名义缔约,但为他人利益行事的,仅代理人针对相对人而受合同拘束。这一区分沿袭“司法部合同法改革草案”第37条之区分,强调代理之显名主义。在整个代理制度中,提及间接代理的只有第1154条第2款,因为立法者认为只有直接代理值得被总则性质的共同法所规范,而间接代理性质上最好交由特殊合同或商法典来规范。<sup>[15]</sup>

我国民法总则草案(三次审议稿)第165条强调了“直接代理”的“显名主义”,即代理人以被代理人名义实施的有权代理行为直接对被代理人发生法律效力。随后,在吸纳《合同法》第402条之基础上,第166条直接定义了“间接代理”,其规定:“代理人在代理权限内以自己的名义与第三人实施民事法律行为,第三人知道代理人与被代理人之间的代理关系的,该民事法律行为直接约束被代理人 and 第三人,但是有确切证据证明该民事法律行为只约束代理人和第三人的除外。”随后草案中有关间接代理的规定没有出现在最终文本中,概因立法者认为民法总则应以直接代理为规范对象,间接代理可留待合同法等具体规定。因此,可以看出,法国法和中国法都以直接代理为主要规范对象,注重代理的“显名主义”。

#### (四) 代理权之终止

《法国民法典》第1160条规定:“当被代理人成为限制行为能力人或受禁令时,其代理权终止。”这条规定的潜在逻辑是,无行为能力人或受禁令之人不能亲自从事法律行为,更不论说为他人利益而缔结法律行为。值得注意的是,本规定并非强制性规定,当事人可以将其排除,例如,被代理人可以自由选任限制行为能力人完成一些日常行为,因为这涉及其自己利益的判断和风险承担。与此相适应,民法典第1990条不禁止委托未成年人从事法律行为,该条规定:“未被解除监护的未成年人也可成为受托人;但是委托只可依据与未成年人义务有关的规则追诉其选任的未成年人受托人。”另外,民法典委托合同部分也有委托终止之规定,第2003条规定,委托因委托人之撤回、受托人之请辞、双方当事人的破产或死亡或受成年监护而终止。这一规定也属于补充性规定,可被当事人排除之。

我国民法总则在代理章节的第三节详细规定了代理的终止。第177条是关于委托代理终止事由的规定,有期限届满、代理人或被代理人死亡等;为保护交易安全,第178条规定在若干情形下,尽管被代理人死亡的,委托代理人实施的行为仍有效;第179条则规定的是法定代理人的终止事由。因此,总的来看,二者在代理权终止方面差别不大。

### 三、无权代理和代理权滥用

#### (一) 狭义无权代理的法效果

##### 1. “不可对抗性”抑或“相对无效”

《法国民法典》第1156条规定了无权代理(dépassement de pouvoir)的法效果,无权代理包括根本没有代理权和超越代理权的情况,无权代理行为不可对抗被代理人。这一条款貌似结束了关于“不可对抗性”(inopposabilité)和“相对无效”(nullité relative)之争论。

卡特拉草案第1119-3条认为无权代理行为属于无效,未明确属于绝对无效抑或相对无效。之

[15] R. Cabrillac, 《La théorie générale de la représentation dans le projet de réforme du droit des contrats français》, in *Mélanges en l'honneur du Professeur Didier R. Martin*, Paris, L.G.D.J., 2015, n° 7, p.115.

前有较老的最高法院判例认为,无权代理行为属于绝对无效,<sup>[16]</sup>目前似为少数说。争论主要在于“不可对抗性”和“相对无效”,“不可对抗性”认为,无权代理行为仅仅是对被代理人不产生法律效果,被代理人一般也不需要提起诉讼以主张不可对抗之,第三人不得向其请求履行;但并不意味着无权代理行为不产生任何效力的,该无权代理行为已经成立,并在无权代理人和第三人之间产生一定的法效果,无权代理人未告知第三人其享有的代理权的可被要求承担合同履行或替代履行。<sup>[17]</sup>这一学说也得到了最高法院若干判例的认同。<sup>[18]</sup>关于无权代理行为的“不可对抗性”的适用范围,最高法院则有着更细微的区分,也就是并非整个完成的代理行为都不可对抗被代理人,仅仅是超越授权的部分不可对抗之。<sup>[19]</sup>

相反,有学者主张其属于相对无效,可被被代理人撤销。<sup>[20]</sup>事实上,“不可对抗性”和“相对无效说”并无实质不同,<sup>[21]</sup>都是只在被代理人追认后才对其发生效力,第1156条第3款试图调和二者,规定道,“当被代理人已追认无权代理行为时,不可对抗性作为代理行为无效的原因不可被提起”,将“不可对抗性”作为无效的原因之一。

《民法总则》第171条规定:“行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后,仍然实施代理行为,未经被代理人追认的,对被代理人不发生效力。”表述与《合同法》第48条一致,也就是说虽不发生代理行为的归属效力,但仍发生法律行为的一般效力,并由无权代理人承担责任。<sup>[22]</sup>

## 2. 无权代理时善意第三人是否可主张无效

《法国民法典》第1156条第2款规定:“当第三人不知道其与无权代理人缔结的法律行为是后者无代理权或超越代理权而做出的,第三人可主张该行为的无效。”这一规定属于创新,<sup>[23]</sup>借鉴了欧盟私法融合中的代理法,特别是《德国民法典》第178条、国际统一私法协会的1983年《国际货物销售代理公约》第15条、《国际商事合同通则2010版》第2.2.9条。<sup>[24]</sup>我国《合同法》第48条第2款和《民法总则》第171条第2款也有类似规定。债法改革之前,法国最高法院的判例多次认为“无

[16] Cass., 3<sup>e</sup> civ., 15 avril 1980, n° 78 - 15836, Bull. civ., 1980, III, n° 73; RTD civ., 1981, p.155, obs. F. Chabas; Cass., 1<sup>re</sup> civ., 23 novembre, 1976, n°75 - 11525, Bull. civ., 1976, I, n° 361, p.284.

[17] Ph. Didier, *De la représentation en droit privé*, 2000, Paris, L.G.D.J., n° 174 et n°175, pp.123 à 124; M. Storck, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, Paris, 1982, L.G.D.J., n° 231, p.170.

[18] Cass., 6 octobre 2004, Bull. civ., 2004, III, n° 166, p.152; Cass., 28 mai 1982, n° 79 - 13660, Bull. Cass. Ass. Plén., 1982, n°3.

[19] Cass. 1<sup>re</sup> civ., 26 janvier 1999, n° 96 - 21192, Bull. civ. 1999, I, n° 30, p.20.

[20] J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet, *La formation du contrat, tome 1, le Contrat — le consentement*, Paris, L.G.D.J., 4<sup>e</sup> éd., 2013, n°1074, pp.844 à 845; Cass., 1<sup>re</sup> civ., 12 novembre 2015, n° 14 - 23340; Cass., 1<sup>re</sup> civ., 17 juin 2015, n° 14 - 14.568 et 14 - 17.353, inédit; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 9 juillet 2009, n° 08 - 15413; Cass., 1<sup>re</sup> civ., 2 novembre 2005, n° 02 - 14614, Bull. civ. 2005 I n° 395, p.329; RTD. Civ., 2006, p.138; Cass., civ., 3<sup>e</sup> ch., 6 octobre 2004, Bull. civ., 2004, III, n° 166, p.152; Cass., 1<sup>re</sup> civ., 25 mai 1992, n° 90 - 19969, Bull. civ., 1992, I, n° 156, p.107.

[21] Voy. N. Mathey, *Représentation, Rép. Civ.*, avril 2007, n° 55, p.8.

[22] 梁慧星:《民法总论》,法律出版社2011年第四版,第211、237页;韩世远:《合同法总论》,法律出版社2011年第三版,第213页。

[23] G. Chantepie et M. Latina, *La réforme du droit des obligations Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Paris, Dalloz, 2016, n° 387, pp.314 à 315.

[24] 共同参考框架(DCFR)和欧洲合同法原则(1998)中有关代理的部分并未提及这一问题。

权代理行为是相对无效,只有被代理人才可主张该无效”,<sup>[25]</sup>也就是说第三人不可主张无权代理行为的效力。有必要从比较法上思考这一创新。

德国法上,无权代理人与第三人缔结的双方法律行为<sup>[26]</sup>在被追认之前并非当然无效,而是效力待定,<sup>[27]</sup>第三人可以催告被代理人在两周内予以追认(德民第177条第2款)。在此等待期间,代理行为已经产生了一些法律效果,代理人和第三人应受其已做出意思表示的拘束,原则上不可单方面脱离该法律关系。但是为了保护善意第三人,即不知道或不应当知道代理权缺失的第三人,在被代理人追认之前,可以撤回合同(德民第178条)。在被代理人拒绝追认的情况下,依据德民第179条之规定,第三人可以要求被代理人承担相应责任。

在与代理人交易之前,理性的、谨慎的第三人应该通过授权委托书来核实代理人的权限。但是,在一些特定情形下,第三人可免除该项查证,例如基于第三人与代理人之前的交易关系、交易习惯、代理人所处的地位等。不被争议的是,恶意第三人既明知道代理人没有代理权还与其交易的,不受保护,不可主张代理行为的效力。在善意第三人的情形,在缔约之后,谁告知第三人无权代理人没有权限这一事实?如果是被代理人争议代理人的权限,是否同时意味着被代理人不想被代理人的代理行为所拘束?反之,如果被代理人对代理人完成的代理行为不持异议,则其他人很难主张代理行为因欠缺代理权而无效。

德国法上关于“无权代理时善意第三人的撤销权”的理论构造,似以严格的形式逻辑为特征,这也符合德国民法典制定时代的概念法学背景。承认效力代理期间已发生一些法律效果,其实际作用并不大,这一期间并不存在可被要求履行的给付,也无履行迟延之适用。在实践中,很难看到无权代理时善意第三人撤销权的具体运用。因此,似乎不应夸大各国法之间对此问题所做出的区别对待。

## (二) 表见代理

### 1. 法国法

本次改革还第一次以实证法的形式确立了“表见代理”理论,该理论是最高法院于1962年以原则性的判例创立的。<sup>[28]</sup>第1156条第1款规定:“无权代理或超越代理权而完成的行为不可对抗被代理人,除非相对人可合理信赖代理人的权力是真实的,特别是因被代理人的行为或表示。”

在1962年的原则性判例之前,在很长一段时间内,表见代理的承认需要被代理人“有过错地”创造出了表象,其与侵权责任联系在一起。之后,表见代理的构成只要求第三人可合理信赖(croyance légitime)表见代理人的代理权。所谓合理信赖,就是法律行为订立时的环境要求第三人不去详细审查表见代理人的真实权力。至于合理信赖的判断,则由实体法法官视案件情况而定,诸如表见代理人的身份、交易数额的大小、代理行为的性质、所处的交易环境、第三人是否是商人等。<sup>[29]</sup>

[25] Cass., 1<sup>re</sup> civ., 12 novembre 2015, n° 14 - 23340; Cass., 1<sup>re</sup> civ., 17 juin 2015, n° 14 - 14.568 et 14 - 17.353, inédit; Cass., 1<sup>re</sup> civ., 9 juillet 2009, n° 08 - 15413; Cass., 1<sup>re</sup> civ., 2 novembre 2005, n° 02 - 14614, Bull. civ. 2005 I n° 395, p.329; RTD. Civ., 2006, p.138; Cass., civ., 3<sup>e</sup> ch., 6 octobre 2004, Bull. civ., 2004, III, n° 166, p.152; Cass., 1<sup>re</sup> civ., 25 mai 1992, n° 90 - 19969, Bull. civ., 1992, I, n° 156 p.107.

[26] 德民第180条规定:“单方无权代理在特定情形下,准用合同的规定,本文以合同法律行为为讨论对象。”

[27] [德]弗卢梅:《法律行为论》,迟颖译,法律出版社2013年版,第954页。

[28] Cass. Ass. Plén., 13 décembre 1962, D. 1963, 277, note de Calais-Auroly; JCP., 1963, II, 13105, note de P. Esmein.

[29] 有学者总结了判例是如何类型化判断第三人的合理信赖, Voy. A. Danis-Fatôme, *Apparence et contrat*, Paris, L.G.D.J., 2004, n° 218 et s., pp.145 et s.; Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y., Gautier, *Droit des contrats spéciaux*, 8<sup>e</sup> éd., 2016, Paris, L.G.D.J., n° 583, p.346.

一些学者特别是陈忠五教授认为,表见代理的构成需要表象可被归责于(imputable)被代理人,由其创造或惹起。<sup>[30]</sup>然而,判例和学说并没有明确单独将“归责性”作为表见代理的构成要件之一,概因“归责性”要件与其他要件在适用时很难明确区分。第1156条第1款虽没有明确提及需要表象可归责于被代理人,但是其后段中的副词“特别是”(notamment)强调了表象与被代理人行为或表示的关联性。在实践中,如果表象根本与被代理人没有任何关联,很难承认构成表见代理。例如,最高法院商事庭曾在一起票据纠纷中认为,表见代理人仿造一个公司的印章,但与该公司没有任何关联,公司不可因表见代理人的行为而被拘束。<sup>[31]</sup>

关于表见代理的适用范围,法国法仅提及“超越代理权权限”和“根本没有代理权”,在举证责任方面,由主张构成表见代理的第三人证明其信赖是合理的,实践中法官经常使用推定技术(présomption)缓和其证明负担。相反,表见代理之本人可通过举证其与表象或与表见代理人没有任何关系,来对抗第三人。但是,关于“代理权终止”,法国法认为不知道或者不应当知道代理权终止的善意第三人值得保护,且应由被代理人举证其已经合理通知有信赖关系的第三人权利终止之事实,<sup>[32]</sup>概因被代理人有义务通知有信赖关系的第三人代理权终止之事实,而不可放任表象的产生。

## 2. 中国法

《民法总则》中第172条关于“表见代理”的规定继承了《合同法》第49条的表述,只要求“相对人有理由相信行为人有代理权的”。在民法总则草案(三审稿)中,第176条还规定与被代理人根本没有关系的代理权表象不可构成表见代理,例如冒名行为、伪造公章和授权委托书、公章被盗等。随后,这一规定被删除,可能立法者认为还是将这些问题留待法官结合具体案情综合判断较好。尽管一些学者建议,<sup>[33]</sup>《民法总则》似并不要求表见代理之构成需要“归责性”要件。这一做法,与法国法有异曲同工之妙。关于相对人合理信赖的判断,可借鉴法国法做法,在判例上依据相对人与被代理人之间的关系、相对人的身份等因素类型化哪些因素可导致相对人不去详细审查表见代理人的授权。

在举证责任方面,由于“表见代理”覆盖“没有代理权、超越代理权或者代理权终止”三种类型,是否一概认为第三人对表见代理之构成负举证责任,<sup>[34]</sup>而不特别对待“代理权终止”的情形,有待考虑。依据《民法总则》第174条规定,代理人不知道或不应当知道被代理人死亡而完成的代理行为有效,如果主张不被该代理行为拘束,似乎应由被代理人的权利义务继承人证明代理人知道或者应当知道以及第三人的恶意。结合事理,代理权终止的,应由被代理人采取收回授权委托书、合适的公示措施等通知第三人,特别是与代理人有过多次交易的第三人。因此,我们认为表见代理

[30] C.-W. Chen, *Apparence et représentation en droit positif français*, Paris, L.G.D.J., n°406, p.190.

[31] Cass. com., 27 mai 1974, n° 73-10536, Bull. civ., 1974, n° 168, p.134; en ce sens, Cass. com., 9 mars 1999, Bull. civ. 1999, IV, n° 57, p.47.

[32] A. Danis-Fatôme, *Apparence et contrat*, o. c., n° 194, p.131.

[33] 参见杨代雄:《表见代理的特别构成要件》,载《法学》2013年第2期,第58页;叶金强:《表见代理构成中的本人归责性要件》,载《法律科学》2010年第5期,第38页。

[34] 《最高人民法院关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》(法发[2009]40号)第13条规定:“合同法第四十九条规定的表见代理制度不仅要求代理人的无权代理行为在客观上形成具有代理权的表象,而且要求相对人在主观上善意且无过失地相信行为人有代理权。合同相对人主张构成表见代理的,应当承担举证责任,不仅应当举证证明代理行为存在诸如合同书、公章、印鉴等有权代理的客观表象形式要素,而且应当证明其善意且无过失地相信行为人有代理权。”

之适用并非一概由第三人就表见代理之适用承担举证责任,在代理权终止时,应关注被代理人是否合理地通知给有信赖关系的第三人这一事实。

当然,当无权代理之本人追认无权代理行为时,该代理行为溯及地发生效力,此时也无表见代理之适用。这一点上两国法并无不同。

总的来说,法国法和中国法在“表见代理”构成上,都不将“归责性”作为单独要件,但都倾向在表象与被代理人没有关系时排除表见代理之适用。与法国法相比,我国法似乎没有特别关注代理权终止时表见代理之适用。

### (三) 代理权滥用

《法国民法典》第1157条在总结以往判例学说的基础上,规定仅在第三人知道或者应当知道代理权滥用的情况下,被代理人才可主张该行为的无效,这符合交易安全的需要。所谓代理权滥用(détournement de pouvoir)是指,代理权之行使虽然表面上在权限范围之内,但违背被代理人之利益,典型形式是滥用空白委托书(blanc-seing)。由于仅涉及私人利益,代理权滥用之无效属于相对无效。但是区分“越权代理”和“代理权滥用行为”这一做法,引起了争论。有法国学者认为应该统一对待二者,代理权滥用属于无权代理的特殊情况,没必要认为越权代理不可对抗被代理人,而代理权滥用属于相对无效。<sup>[35]</sup> 代理权滥用本质上属于无权代理,但是也略有差别。为阐释清楚这一问题,需要比较代理权之滥用与无权代理之不同。代理权之滥用侧重代理权行使之主观因素,其行使损害了被代理人的利益,代理行为表面上符合代理人被授予的代理权,但构成代理权滥用也是可能的;而无权代理侧重代理权之行使之客观因素,是否构成无权代理,只需比较授权委托书载明的代理权范围和代理人所实际完成的代理行为。<sup>[36]</sup> 另外,在无权代理的情况下,被代理人只需要证明代理人完成的行为不在其授权权限范围之内,并不一定需要提起诉讼确认该行为无效;而在代理权滥用的情形,由于原则上代理行为仍处于授权的范围之内,在对外效果上,代理行为拘束被代理人,往往需要被代理人提起诉讼并举证第三人知悉或者应当知悉代理权之滥用,而该证明比较难;在对内效果上,在代理权滥用时,代理人,必要的情况下连同第三人,需要向本人承担责任。总的来说,第1157条之规定是合适的。

依据《民法总则》第164条第1款之规定,在代理人不履行职责时,应向被代理人承担责任。第2款规定:“代理人和相对人恶意串通,损害被代理人合法权益的,由代理人和相对人承担连带责任。”这些有关代理权滥用的规定继承自《民法通则》第66条第2款和第3款,但是也可能存在代理人滥用代理权而第三人不知情的情况,此时其效力如何?《民法总则》似乎没有回答这一问题。为保护交易安全,建议以后的司法解释或解释论上明确:仅在第三人知道或者应知道代理人滥用代理权的情形下被代理人才可主张代理行为之无效。下面我们来看自己代理和双方代理。

《法国民法典》在第1161条中首次引入了自己代理和双方代理的规定。自己代理和双方代理涉及利益冲突,某种程度上也是代理权滥用的一种形式。第1161条第1款明确禁止自己代理和双方代理,但是该规定并非强制性规范,可以被当事人排除之。第2款规定了自己代理和双方代理的法效果,即无效,除非法律许可或被代理人提前同意或事后追认。这一条款与《民法总则》第168条几乎一致。

[35] J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M., Serinet, *La formation du contrat, tome 1, le Contrat — le consentement*, Paris, L.G.D.J., 4<sup>e</sup> éd., 2013, n°1074, p.844; J. Ghestin, Ch. Jamin et M. Billiau, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, Paris, L. G. D. J., 3<sup>e</sup> éd., 2002, n° 958; R. Cabrillac, «La théorie générale de la représentation dans le projet de réforme du droit des contrats français», *o. c.*, n° 10, pp.116 à 117.

[36] Voy. N. Dissaux, «Articles 1152 et suivants; la représentation», *RDC.*, 03/2016, p.749.

## 四、代理权不明时的询问程序

《法国民法典》第 1158 条规范了第三人在不确定代理人的代理权范围时的“询问程序”(action interrogatoire),这属于本次改革的创新点之一。<sup>[37]</sup> 询问的前提是第三人对代理人的代理权有所怀疑,此时其可书面(écrit)向被代理人求证,要求被代理人在其确定的且合理的期限内确认代理人是否有权完成该行为。该条第 2 款规定,被代理人在规定期限内的沉默等于承认代理人就第三人所询问的行为有代理权。这一规定与民法典中有关“要约与承诺”的第 1120 条不同,依据第 1120 条的规定,沉默原则上并不等于承诺,除非可从交易习惯、法律、特殊情形等得出承诺的意思。询问程序的规定也侧面印证了这一点:在民事意定代理,他人以本人名义为法律行为属于例外,第三人最好应核实代理人的权限;而在法定代理、商事代理等,例如监护人的代理权、公司机关的代理权,法律大多时候明确了代理人所享有的概括代理权限。

关于“询问程序”的适用范围,首先其仅适用于意定代理;其是否适用于处于“意定代理”与“法定代理”之间模糊地带的“公司机关代理”?威客尔(Wicker)教授认为,“询问程序”不适用于公司机关代理,概因公司机关属于法定代理人,其独享代理公司的权力,而且他的权力面向第三人已被法定化了。<sup>[38]</sup>

## 五、结 论

综上所述,法国债法改革引入了一般代理制度,并在代理权滥用、无权代理时善意第三人的撤销权、代理权不明时的询问程序等方面立法有所创新。在代理法走向趋同的大背景之下,法国法与中国法在法律行为归属机制“代理”这一问题上有很多相似点。两国在立法体例上采纳一般代理制度与委托合同之相对区分,但并没有承认德国式“意定代理权授予之无因性”,意定代理就是委托代理,代理权因被代理人的委托而产生,然而我国法可明确授权也可授予限制行为能力人,这是现实所需要的,还可避免“授权有效、基础关系无效”式典型问题的提出。在“表见代理”的构成要件上,二者都侧重第三人的“合理信赖”,不将“本人之归责性”作为独立的构成要件之一,也都认为如果表象根本与被代理人没有任何关联时不构成表见代理,功能上等同于“本人之归责性”要件。我国可借鉴法国法,就代理权终止时表见代理之适用,注重本人是否合理通知有信赖关系的第三人代理权终止之事实。法国法新确立了当第三人在不确定代理人的代理权范围时的“询问程序”,如果被代理人不回复书面求证,视为已授权,这一新规定可供我们参考。最后,很遗憾民法总则没有规定代理权滥用时针对第三人的效力,解释上可认为仅在第三人知道或应当知道代理权滥用时,被代理人才可主张代理行为的无效。

(责任编辑:庄加园)

<sup>[37]</sup> Voy. M. Mignot, «Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (III)», LPA., 03/2016, n° 52, p.7; Ph. Didier, «La représentation dans le nouveau droit des obligations», JCP., n° 20 - 21, 2016, p.580.

<sup>[38]</sup> G. Wicker, «Le nouveau droit commun de la représentation dans le code civil», D., 2016, n° 9 et n° 39, pp.1942 et s.