

代理公开的例外类型和效果

朱 虎^{*}

内容提要：代理人公开代理但未公开被代理人的情形，仍属于民法总则第162条的适用范围。合同法第402条规定的代理人未公开代理而相对人知情的情形，是代理公开原则在具体情形中的进一步延伸。区分公开代理和不公开代理的标准并非名义，而是相对人是否知道代理事实，其适用范围应从意思表示解释角度严格认定。代理人未公开代理而相对人不知情的情形由合同法第403条规定，该条并非效果直接归属规范，教义上可采取债权转让和债务移转的解释构造，具体规则虽有进一步补充完善的余地，但整体上能够在区分不同类型的风险的基础上妥当平衡被代理人、代理人和相对人的三方利益，具有价值正当性。

关键词：公开代理 不公开代理 间接代理 介入权 选择权

一、争论与问题定位

民法总则第162条规定了代理公开（显名）原则，即代理行为的法律后果归属于被代理人的要件之一是代理人以被代理人名义实施行为。合同法第402条、第403条则规定了代理人以自己名义实施行为的类型。对于合同法第402条、第403条的争论颇多。^{〔1〕}

关于规范定位，有认为这两条都是关于间接代理或者隐名代理的规定；亦有认为第402条规定的是隐名代理，第403条规定的是不公开代理或间接代理；还有认为，第402条规定的是直接或公开代理的特殊形态，第403条规定的是不公开代理或者间接代理。关于第402条的价值正当性，有认为该条是对大陆法系代理公开原则的背离，实践中也多有误用滥用；也有认为，代理公开也包括仅公开代理事实但未公开被代理人的情形，因此该条并非是对

^{*} 中国人民大学民商事法律科学研究中心副研究员、中国人民大学法学院副教授。

〔1〕 教科书和释义书的代理部分对此几乎都有阐述。直接讨论该问题的近五年的专题文献，参见尹飞：《论我国民法典中代理制度的类型与体系地位》，《法学杂志》2015年第9期，第12页以下；殷秋实：《论代理中的显名原则及其例外》，《政治与法律》2016年第1期，第76页以下；耿林、崔建远：《未来民法总则如何对待间接代理》，《吉林大学社会科学学报》2016年第3期，第21页以下；武亦文、潘重阳：《民法典编纂中代理制度的体系整合》，《浙江社会科学》2016年第10期，第60页以下；方新军：《民法典编纂视野下合同法第402条、第403条的存废》，《法学研究》2019年第1期，第78页以下。

代理公开原则的突破,具有价值正当性。关于第403条的价值正当性,有认为该条是为了应对制定时的外贸代理,但现在外贸代理已经放开,并且该条对代理公开原则产生了重大冲击,与我国民法体系存在冲突,与行纪合同内容也存在体系违反,带来了实践中的难题;也有认为,该条是对代理公开原则的必要补充,有助于减少讼争和维护经济秩序,并不会因为外贸体制的变化而丧失其价值。^{〔2〕}关于适用范围,有认为这两条应当仅适用于商事交易;但也有认为,代理公开和不公开并非民事代理和商事代理的区分标准,应当一体适用于所有交易。^{〔3〕}关于体系位置,有认为这两条应当在修正后置于民法总则;有认为,第402条与大陆法系的意思表示理论并不冲突,体系上应置于民法总则的代理部分,但第403条对公开原则的弱化已经到了极致,不应纳入代理,而应规定于委托合同中;亦有认为,这两条是关于对外效力而非内部关系的规定,不应放入合同法之中,放入合同法中也是无奈之举。在民法总则的立法过程中,曾经将第402条规定在民法总则的代理部分,但是最终审议时,该条被认为没有必要在总则中规定,在合同法中规定即可。^{〔4〕}

可以看出,论者对于不公开代理、间接代理、隐名代理所设定的内涵各不相同,对于合同法第402条、第403条的规范定位、价值正当性、适用范围和体系定位存在截然不同的观点。但所有这些争论的背后都围绕着一个实质问题,即在代理人有为被代理人行为的意思并且在代理权限范围内作出代理行为时,行为效果是归属于代理人还是被代理人。^{〔5〕}具体可区分为四种情形:(1)代理人公开了代理事实和被代理人,即代理人以代理人的身份行为,并且公开了特定的被代理人;(2)代理人公开了代理事实但未公开被代理人;(3)代理人以自己的名义行为,但相对人知道代理人的代理事实;(4)代理人以自己的名义行为,且相对人不知道代理人的代理事实。第一种情形属于民法总则第162条的适用范围,即“以被代理人名义”,无论是明示还是默示方式,其行为效果均由被代理人承受,对此英美法系和大陆法系均没有差异。^{〔6〕}因此,本文重点探讨在后三种情形中,代理行为的法律效果是由代理人还是被代理人承受。

〔2〕 合同法第402条、第403条原本确实是为了解决外贸代理问题。参见杜涛:《从合同法征求意见稿到合同法草案》,载全国人大常委会法制工作委员会民法室编著:《〈中华人民共和国合同法〉及其重要草稿介绍》,法律出版社2000年版,第171页。但自2004年7月1日起,外贸经营权已经由审批制改为登记制,代理人可以自由选择是以自己的名义还是以被代理人的名义行为。

〔3〕 民法总则的释义书认为,对于第403条,“只有某些情况下,为了交易活动的便捷、减少纠纷,法律特别规定具备一定条件的,间接代理可以发生直接代理的部分效力。但作为对代理显名主义的补充,此种情形应当是特殊的、适用范围是狭窄的。”石宏主编:《中华人民共和国民法总则:条文说明、立法理由和相关规定》,北京大学出版社2017年版,第385页。

〔4〕 同上。《欧洲合同法原则》(PECL)在第三章“代理人的权限”中规定了公开代理(agent)和非公开代理(intermediary),并统一称为代理(representation),但批评者众多。《欧洲示范民法典草案》(DCFR)的起草者认为,PECL的做法已经遭到了批评,且非公开代理只有很少规定与委托人、代理人之间的内部关系有关,故放到委托合同中也不合适,最终将其规定于“当事人的变更”中,认为其是一种债权债务转移。参见欧洲民法典研究组、欧盟现行私法研究组编著:《欧洲私法的原则、定义与示范规则:欧洲示范民法典草案》(第1-3卷),高圣平等译,法律出版社2014年版,第968页。

〔5〕 民法总则第162条使用“对被代理人发生效力”的表述,清晰地表明了代理是一种效果直接归属规范,而非行为效力规范。民法总则第171条贯彻了这一定位,但第172条仍使用“代理行为有效”这一表明行为效力规范的用语。

〔6〕 参见德国民法典第164条第1款后句规定。默示方式包括依据当事人的行为、意思表示的时间和场所、所使用的职位等推知。Vgl. Staudinger/Schilken (2014), § 164, Rn. 2. 我国民法总则第170条关于职务代理的规定也部分地体现了这一点。

“在代理行为本身中清晰可见的对被代理人的关涉，并非代理的先验要件，完全可以设想的是，即使在行为本身中看不出来行为关涉到他人，法律秩序仍可以将关涉到他人的法律行为评价为代理行为。”〔7〕司法实践中对合同法第402条、第403条确实存在大量的误用和滥用，〔8〕但任何一个规范都存在此种可能性。这并非规范本身的问题，是“用刀”的人存在问题而非“刀”的问题。对规范本身是否存在问题的判断，仍要基于规范本身分析其价值正当性。

二、代理人公开代理而未公开被代理人

（一）代理公开的类型

代理人仅表明自己是代理人，而未表明谁是被代理人，此种情形有正当的经济理由。可能是为了被代理人的利益，如果相对人知道实际的交易对象是被代理人，交易条件可能更为苛刻，或者被代理人基于合理原因而更愿意隐居于幕后；也可能是为了代理人的利益，其付出大量成本发展出其资源网络，不愿让相对人和被代理人直接联系而使得自己被绕开，或者是代理人先与相对人订立合同，之后再寻找愿意承受代理行为效果的特定被代理人，但代理人同时不愿直接对相对人承担责任。这些合理的需求应当被满足，从而使得代理行为的效果由被代理人承受。但是，此中仍涉及到两个可能的障碍：第一，体系障碍，即代理公开原则。如果将代理公开原则理解为必须同时公开代理事实和被代理人，那么所讨论情形就并非代理，被代理人就不承受代理行为的效果。第二，实质障碍，即这些经济原因都是从被代理人和代理人的利益出发的，却并未考虑相对人的利益。

这两点是相互联系的，代理公开最重要的目的就是为了保护相对人的利益。通过对于代理事实和被代理人的公开，相对人能够知悉特定的交易对方，这涉及到相对人对交易对方的履行能力和信用状况的信赖。〔9〕如果仅公开了代理事实而未公开被代理人，代理行为的效果是否应当由被代理人承受，关键是此时是否需要保护相对人的利益。由于代理人已经清晰地表明了代理事实 and 为他人利益行为的意思，相对人已经知道合同当事人并非代理人而是另有他人，此时相对人就有两种选择，或者接受这一点并订立合同，行为效果不由代理人而由隐藏的被代理人承受；或者其不愿承担交易对方不明的风险而拒绝交易。相对人可以基于自己的利益自由地选择，这种自由选择的可能性已足以保护相对人的利益。据此，如果相对人选择接受，则代理行为应当直接约束被代理人 and 相对人，代理人并非合同当事人。

此种价值正当性也可通过比较法的处理方案得到进一步证明。德国法中，此种情形被称为“公开的行为归属”（offenes Geschäft für den, den es angeht），行为效果直接由被代理人承受。〔10〕美国《代理法重述（第三次）》第1.04条将这种情形称为“被代理人不公开的

〔7〕 Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, Das Rechtsgeschäft, Aufl. 4, Springer, 1992, S. 763.

〔8〕 具体梳理参见前引〔1〕，方新军文，第85页以下。

〔9〕 参见朱庆育：《民法总论》，北京大学出版社2013年版，第326页。

〔10〕 Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Aufl. 9, C. H. Beck, 2004, § 46, Rn. 38ff.; Staudinger/Schilken (2014), Vorbem. zu § § 164ff., Rn. 35; [德] 布洛克斯、瓦尔克：《德国民法总论》，张艳译，中国人民大学出版社2012年版，第317页。

代理”(unidentified principal), 其第6.02条明确规定被代理人 and 相对人是合同当事人, 英国法也持此种观点。^[11]《国际商事合同通则》(以下简称“PICC”)第2.2.3条的适用范围也包括此种情形, 此时“代理人的行为直接影响被代理人 and 相对人之间的关系, 在代理人 and 相对人之间不创设法律关系”。《欧洲合同法原则》(以下简称“PECL”)第3:203条同样规定了此种情形, 其第3:102条(1)明确规定“代理人行为时或者以后是否透露了被代理人是无关紧要的”。《欧洲示范民法典草案》(以下简称“DCFR”)第2-6:105条规定, 如果代理人的行为是在代理权限内实施, 且以被代理人名义或以向相对人表明旨在影响被代理人法律地位的其他方式行为, 则该行为影响被代理人对相对人的法律地位, 其官方注释认为被代理人不需要被公开。^[12]

代理人公开了代理事实而未公开被代理人, 代理行为的效果由被代理人承受, 这与民法总则第162条的法律效果相同。行为效果之所以由被代理人承受, 最重要的不是代理人是否公开了被代理人, 而是代理人表明其所为的意思表示效果不归属于代理人自己, 代理人具有将效果归属于被代理人的意思, 且代理人 and 相对人基于此共同认识而订立合同。^[13]因此, 民法总则第162条中的“以被代理人名义”, 应被理解为代理人公开了代理事实, 是否公开了具体的被代理人则是无关紧要的。据此, 该情形应当是代理公开的类型之一而非例外, 属于民法总则第162条的适用范围。

(二) 相对人利益的保护

此种情形中, 合同等代理行为直接约束被代理人 and 相对人, 代理人可以事后披露被代理人。但是, 在两种情形中, 仍有保护相对人利益的必要性: 一是代理人事后在合理期限内未披露被代理人, 导致相对人的目的无法实现; 二是虽然代理人事后披露了被代理人, 但相对人有充分的正当理由不愿与被代理人直接交易。

第一种情形比较容易理解。代理行为的效果需要由特定人承受, 在代理人未在相对人请求后的合理期限内披露被代理人, 导致相对人无法请求被代理人履行代理行为产生的义务和责任时, 为保护相对人利益, 代理人应当承担代理行为的义务和责任。这对于代理人也并非不合理, 毕竟其可披露而未披露, 并且可以事先与相对人约定排除此种可能性。^[14]但是, 相对人在订立合同时是基于与被代理人而非代理人交易的意思, 基于交易相对人的履行能力和信用状况的重要性, 当然也可能出现相对人不愿意与代理人交易的可能性。此时, 相对人应当具有选择请求代理人履行债务或者赔偿损害的可能性, 在相对人选择要求代理人予以赔偿时, 有权拒绝代理人的履行请求。基于这些利益考量, 可能合理的方案是类推民法总则第171条第3款的规定, 相对人有权请求代理人“履行债务或者就其受到的

[11] See Watts and Reynolds, *Bowstead and Reynolds on Agency*, 20th ed., Sweet & Maxwell, 2014, para. 8-001. 英国法中的公开代理 (disclosed agency) 包括被代理人公开的代理 (named principal) 和被代理人不公开的代理 (unnamed principal)。根据美国《代理法重述 (第三次)》第1.04条第2款, 代理被区分为不公开代理 (undisclosed principal)、被代理人公开的代理 (disclosed principal) 和被代理人未公开的代理人 (unidentified principal)。

[12] 前引[4], 欧洲民法典研究组等书, 第377页。

[13] 前引[9], 朱庆育书, 第327页。

[14] 类似立法例参见意大利民法典第1405条、荷兰民法典第3:67条、DCFR第2-6:108条、美国《代理法重述 (第三次)》第1.04条第2款。

损害请求行为人赔偿”。^{〔15〕}

第二种情形中,即使相对人通过订立合同承担了交易对方不明的风险,仍会出现相对人有充分的正当理由不愿与被代理人交易的可能性。此时或者基于对相对人的意思表示的解释,合意并未成立;或者相对人可以基于重大误解行使撤销权,使得代理行为不能约束被代理人 and 相对人。

三、代理人未公开代理但相对人知情

(一) 代理公开原则的延伸

代理人未公开代理事实,在授权范围内以自己的名义和相对人订立合同,这确实不符合代理公开原则,但按照合同法第402条的规定,若相对人知道被代理人与代理人之间的代理关系,此时合同原则上仍直接约束被代理人 and 相对人。^{〔16〕}在不符合代理公开原则的情形下,为何仍能发生与公开代理相同的效果?

如前文所述,代理公开使得相对人能够获知其交易对方并非代理人而是被代理人,降低相对人的交易成本,进而保护相对人的利益,故代理公开原则是保护相对人利益的规范手段。据此,当相对人利益不需要通过代理公开保护时,即使代理未公开,也可以产生与代理公开相同的后果。不需要通过代理公开保护相对人利益的第一种情形,是对于相对人而言,交易对方是代理人还是被代理人根本不重要,德国法称之为“隐蔽的行为归属”(verdecktes Geschäft für den, den es angeht)。例如日常生活中的现金交易,如果相对人的权利已经消灭,则相对人的义务和责任是对被代理人还是代理人承担无关紧要,对于相对人的利益并无影响,所以德国法通说认为此时由被代理人承受行为后果而享有违约请求权、撤销权等。^{〔17〕}

第二种情形就是这里所讨论的代理人未公开代理但相对人知情。代理人公开代理事实,相对人自然知道其交易相对人并非代理人而是被代理人,但代理人未公开代理事实,并不意味着相对人必然不知道代理事实。重要的是保护相对人利益这个实质目的,不能舍本逐末地把手段当成目的本身。代理人虽然以自己名义作出代理行为,但相对人已经知道代理人实际上是为被代理人的利益行为,此时代理公开所要实现的使相对人获知交易对方的目的已经实现,即使代理未公开,同样有理由使被代理人承受代理行为的后果。^{〔18〕}

但是,在代理人具有代理权的前提下,代理人并非只能为被代理人的利益行为,其也

〔15〕 德国法即采取此种方案。参见〔德〕梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2000年版,第699页;前引〔10〕,布洛克斯等书,第364页。

〔16〕 该条中的委托人、受托人和第三人,为了体现对外关系以及与民法总则的用语相一致,在本文中分别表述为被代理人、代理人 and 相对人。

〔17〕 参见王泽鉴:《民法总则》,北京大学出版社2009年版,第424页;前引〔10〕,布洛克斯等书,第318页;〔德〕吕特斯、施塔德勒:《德国民法总论》,于馨森、张姝译,法律出版社2017年版,第500页。但是,在涉及到动产所有权取得方面,反对观点认为,即使不承认被代理人直接取得动产所有权,在“逻辑的短时间”之内由代理人享有对买卖货物的所有权,之后再让与给被代理人,这并不会产生不可忍受的结果,故即使承认被代理人直接取得动产所有权,在实践中也意义甚微。参见〔德〕拉伦茨:《德国民法通论》,王晓晔等译,法律出版社2003年版,第841页。

〔18〕 同样观点参见前引〔10〕,布洛克斯等书,第317页;〔日〕山本敬三:《民法讲义I总则》,解亘译,北京大学出版社2012年版,第283页;王利明主编:《中华人民共和国民法总则详解》,中国法制出版社2017年版,第716页。

可以为自己利益行为。如果代理人选择以自己的名义行为，一般表达的就是为自己利益的意图，代理人以自己名义行为本身就表明代理行为仅约束代理人和相对人而无法约束被代理人。同时，代理人以自己的名义行为也可能体现了被代理人隐身幕后不愿被约束的意思。相对人即使知道代理人与被代理人之间的代理关系，但既然代理人以自己的名义行为，相对人也不能合理信赖代理人以自己名义作出的法律行为能够约束被代理人。因此，在代理人以自己的名义行为时，概括地使得被代理人承受行为效果，就可能使得本来愿意受到行为约束的代理人可以不受约束，而本来不愿受到行为约束的被代理人却受到约束。这也是《国际货物销售代理公约》第12条未将“以自己名义”作为要件的原因。据此，合同法第402条不应将“以自己名义”作为构成要件，最直接的方案就是删除这个要件。^{〔19〕}

目前，民法典合同编草案的一审稿和二审稿第708条对合同法第402条未作任何修改，在审议说明中对此也未说明原因。在立法不删除此要件的前提下，要通过妥当的解释方式消除此中的困难，可以考虑的方式就是意思表示的解释。如果代理人“以自己的名义”作出法律行为，此时的“以自己的名义”首先应依据客观化的文义立场，即民法总则第142条第1款中的“按照所使用的词句”，予以认定。以合同为例，是否以代理人自己的名义指的就是所签订合同的词句和当事人条款显示出来的双方当事人。如果代理人作出代理行为，且代理行为根据文义判断的当事人是代理人，那么一般而言，不能将代理行为的效果直接归属于被代理人，否则就会出现上述困难。但即使以文义为起点，也还要“结合相关条款、行为的性质和目的、习惯以及诚信原则”，从规范解释的立场确定代理人的意思。例如，代理人的明确表示或者交易过程中明确显示出来的代理人意思，使得交易相对人知道代理人的真正意思是将代理行为的效果直接归属于被代理人，此时相对人仍然具有选择交易对方的自由，按照意思表示的解释，可以使被代理人受到代理行为的约束。换言之，合同法第402条中的代理人“以自己的名义”仅仅是依据文义而认定，仅构成了意思表示解释的起点，但如果根据意思表示解释的其他因素，相对人知道代理人具有将效果归属于被代理人的真实代理意思，那么从规范立场和相对人立场对代理人意思予以解释的结果就是代理人具有代理意思，即代理人的代理意思与相对人知道代理的存在乃一体两面，由此在意思表示解释结果上也符合民法总则第162条的代理人“以被代理人名义”，进而与民法总则第142条第1款的意思表示解释规则能够形成一致。另一方面，按照此种解释方案，合同法第402条的适用范围绝对不是非常广泛，而仅指代理人文辞上以自己的名义但从客观的相对人立场认为代理人具有代理意思的情形，第402条中的“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”，即指的是从客观的相对人立场认为受托人具有代理意思。

可能有学者会担心此种处理方案会导致与行纪之间的冲突。在行纪合同中，即使相对人知道委托人的存在，委托人和相对人之间也不直接发生合同权利义务关系。但合同法第423条规定了行纪合同准用委托合同的相关规定，这会导致合同法第402条的规定被适用于行纪中。但是，委托合同的规定补充适用于行纪的前提是行纪合同无相应规定，而合同法第421条已经明确规定相对人和行纪人发生权利义务关系。如果委托人选择行纪人，相对人与具有营业外观的行纪人进行交易，这本身就意味着从客观的相对人立场不能认为行纪人

〔19〕 参见前引〔1〕，殷秋实文，第84页以下。

行为时具有代理意思。委托人取得合同权利义务仅能基于其和行纪人之间的关系进行合同权利义务的约定概括移转,故第402条不能适用于行纪。^[20]

(二) 代理公开原则的再理解

代理公开原则的目的是为了使相对人获知代理事实,进而实现对相对人利益的保护。如果在代理未公开但相对人知道的情形中发生与公开代理相同的法律效果,那么为何不直接以相对人是否知道代理事实作为区分公开代理和不公开代理的标准呢?

这种理解并非无源之水,学者早就从比较法研究的角度提出了类似观点。“在以他人名义行为和以自己名义行为之间作出如此泾渭分明的区分是否是正当的,这颇有疑问。……这种严格的区分并没有在欧洲大陆的法秩序中得到完全的维持。事实上,从经济功能角度看,以自己名义行为与以他人名义行为本是同根而生。”^[21]英美法则对于所有相对人知道代理事实的情形都作相同处理,只要相对人认识到存在被代理人,并且在交易时并非仅仅只意图与代理人交易即可。^[22]所以,本部分讨论的代理人未公开代理但相对人知情的情形,在英美法中并非一种单独的类型,而是与代理人公开了代理事实的情形相同,被区分为被代理人公开(named principal或者identified principal)或被代理人不公开(unnamed principal或者unidentified principal)两种情况分别讨论。就此,英美法区分公开代理和不公开代理的标准就并非以被代理人名义或者公开代理事实,而是相对人是否知道代理事实。同样,瑞士债法典第32条第2款规定,代理人在订立合同时未表明其为代理人的,仅在相对人依据具体情事可推知存在代理关系而订立合同,或者相对人并不在意订约相对人时,才由被代理人直接取得权利和承担义务。日本民法第100条也规定,代理人未公开代理事实,但相对人明知或可知代理人为被代理人行为时,代理行为直接对被代理人发生效力。^[23]我国台湾的学说也认为,代理人未公开代理但相对人明知或可得而知者,亦得发生代理之效果。^[24]国际统一私法协会的《国际货物销售代理公约》第12条对此同样作了明确规定。

PICC认为,行为究竟是以何人名义为之,时常不易证明,且该种区别违背商业认知。与其以名义为基准,不如认为除非代理不公开,否则被代理人均应当承受代理行为的法律后果,因此其区分了公开代理和不公开代理,区分标准就是相对人是否知道代理事实而非是否以被代理人名义行为。^[25]其第2.2.3条规定,公开代理指的是“代理人在其权限范围内行为,并且相对人知道或者应当知道代理人的代理身份”,此时法律后果是“代理人的行为直接影响被代理人 and 相对人之间的关系,在代理人和第三人之间不创设法律关系”。因此,相对人知道代理事实的公开代理,包括了代理事实公开(“以被代理人名义”)和代理

[20] 相同观点参见汪渊智:《代理法论》,北京大学出版社2015年版,第211页以下;李宇:《民法总则要义:规范释论与判解集注》,法律出版社2017年版,第769页;尹田:《民事代理之显名主义及其发展》,《清华法学》2010年第4期,第24页。

[21] Kötz, Europäisches Vertragsrecht, Aufl. 2, Mohr Siebeck, 2015, S. 432-433.

[22] 参见前引[11], Watts等书,第1-037段。

[23] 日本学说中,有依据显名主义的意思表示理论,认为这仅仅是“显名也可以默示”的注意规定;也有采取显名主义保护相对人的理论。关于该争论参见前引[18],山本敬三书,第282页以下。

[24] 参见前引[17],王泽鉴书,第423页;陈聪富:《民法总则》,元照出版公司2016年版,第332页。

[25] *Unidroit Principles of International Commercial Contracts* 2010, Article 2.2.1, Comment 3, <https://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf>, 2019年7月6日最后访问。

事实未公开但相对人知道这两种情形，两者具有相同的法律效果。PECL 采取了同样的处理方式，其第 3:102 条区分了直接代理和间接代理。间接代理指的是“中间人依委托人的指令并为委托人的利益行事，但并非以委托人的名义者，或者相对人既不知道也没有理由知道中间人系作为代理人而行为者”。如果进行反面解释，则所谓的直接代理就同样包括以委托人名义和并非以委托人名义但相对人知道或者应当知道中间人系作为代理人而行为这两种情形。

因此，代理公开原则可以更宽泛地理解为相对人知道代理事实，包括代理人以被代理人名义行为，以及代理人未以被代理人名义行为但相对人知道代理事实这两种情形。民法总则第 162 条与合同法第 402 条因此同样属于效果直接归属规范。^[26] 这具有重要的意义。例如，由于代理行为的后果直接归属于被代理人，因此，相对人不得以代理人对相对人所独立负担的债务抵销相对人根据代理行为对被代理人负担的债务，同样，被代理人也不得以相对人对代理人独立负担的债务抵销被代理人根据代理行为对相对人负担的债务，美国《代理法重述（第三次）》第 6.06 条第 1 款对此有明确规定。又如，如果代理人基于被代理人的明确授权，在与相对人的合同中约定了仲裁条款，由于代理行为的后果直接归属于被代理人，此时应认为被代理人也受到仲裁条款的约束，这对于相对人的利益没有影响，同时也并不违背被代理人的预期。^[27]

（三）对于合同法第 402 条的进一步阐释

合同法第 402 条继受了《国际货物销售代理公约》第 12 条和 PICC 第 2.2.3 条，但在一些具体问题上仍不清晰。首先，被借鉴的两个条文都规定了“相对人知道或者应当知道”，但合同法第 402 条仅规定了订立合同时“知道”，那么是否包括“应当知道”的情形呢？对此存在不同的观点。^[28] 问题的关键在于，如果包括相对人应当知道的情形，是否会增加相对人的注意和审查义务？当代理人以自己名义行为时，代理意思和事实的公开程度较为薄弱，此时相对人对背后的代理意思和事实不应当负有较高程度的注意义务，否则会增加相对人的交易成本。因此，即使认为应该包括相对人应当知道的情形，也要根据相对人较低的注意和审查义务判断何为“应当知道”。在英国法院，除相对人实际知道外，只有基于个案情形和代理人的表示可清楚认定代理人是为被代理人而行为时，才可认定相对人应当知道。法院此时并非探求一方当事人的主观意思，而应探求客观第三人处在相对人的地位将会如何理解，斟酌合同缔结前的联系、被代理人与相对人先前的交易关系和商业习

[26] 由此，第 402 条涉及到外部关系，这与仅规定委托人和受托人之间内部关系的委托合同规范不同。既然该条与民法总则第 162 条同属于效果直接归属关系，体系定位上理应相同。

[27] 同样观点参见前引〔20〕，汪渊智书，第 210 页以下；徐涤宇：《间接代理制度对仲裁条款的适用》，《法学研究》2009 年第 1 期，第 36 页以下。徐文认为，基于仲裁条款的独立性，不能直接适用第 402 条，但可对第 402 条进行目的性扩张，使得被代理人 and 相对人受到仲裁条款的约束，因此在结果上并无不同。

[28] 肯定观点参见徐海燕：《英美代理法研究》，法律出版社 2000 年版，第 392 页；杜颖：《解读〈中华人民共和国合同法〉第 402 条和第 403 条》，《中外法学》2007 年第 6 期，第 761 页；张平华、刘耀东：《间接代理制度研究——以〈合同法〉第 402 条与第 403 条为中心》，《北方法学》2009 年第 4 期，第 34 页；曾大鹏：《民法典编纂中商事代理的制度构造》，《法学》2017 年第 8 期，第 92 页。否定观点参见王利明：《合同法研究》第 3 卷，中国人民大学出版社 2015 年版，第 717 页；尹飞：《论隐名代理的构成与效力》，《法律科学》2011 年第 3 期，第 111 页；方新军：《〈民法总则〉第七章“代理”制度的成功与不足》，《华东政法大学学报》2017 年第 3 期，第 44 页。

惯等予以判断。^{〔29〕}

相对人“知道”的具体内容,按照合同法第402条规定,是指代理人和被代理人之间的代理关系。对于是否需要知道具体的被代理人 and 委托授权的内容和权限,仍然存在不同的观点。^{〔30〕}按照文义解释,合同法第402条的表述是知道代理关系,这意味着相对人要知道代理事实。至于具体的被代理人,则无需构成相对人必须知道的内容,如果相对人不知道这一点,完全可以按照前文所述的“代理人公开代理事实而未公开被代理人”这种情形予以处理。关于授权的范围,第402条将代理人在授权范围内与相对人订立合同作为其适用的构成要件之一,在解释上可以认为相对人知道的内容不包括授权的内容和权限,如果相对人知道代理事实,但不知道代理人无代理权限,可以考虑适用民法总则第171条、第172条的规定处理。

当然,这里仍涉及到相对人利益的进一步保护。相对人即使知道代理事实,仍可能只愿意与代理人形成合同关系,合同法第402条的但书规定即为了实现对相对人利益的进一步保护,《国际货物销售代理公约》第12条和PICC第2.2.3条第2款也同样如此。^{〔31〕}实际上,这是对前文所述的从客观的相对人立场判断代理人是否具有代理意思的必然推论,即符合但书规定的,应当认为以自己名义行为的代理人不具有代理意思。例如,在货运代理中,虽然承运人明显知道货运代理中的代理事实,但是承运人基于交易成本的考虑而不愿意与大量的散货货主形成合同关系。除此之外,现代商事实践的节奏加快、陌生人趋势增强反而更加注重代理制度的形式性要求,因此产生大量的广告代理人、保付代理人、海运经纪人等“承担特别责任的代理人”,此时,相对人对代理人的信赖程度可能要高于相对人对被代理人的信赖程度。^{〔32〕}所有这些都属于第402条的但书规定,在相对人和代理人于订立合同时明确表明不愿意使得被代理人成为合同当事人,依据交易惯例和交易情境等可以推断相对人只愿意与代理人形成该合同关系,或者有证据证明如果被代理人作为合同当事人,相对人就不会订立该合同时,合同自然仅能约束代理人和相对人,而不能在被代理人 and 相对人之间形成合同关系。^{〔33〕}同时,由于这是对前文所述的从客观的相对人立场判断代理人是否具有代理意思的逻辑推论,代理人以自己名义行为,一般应当认定为代理行为不对被代理人发生效力,当被代理人主张自己直接享有对相对人的权利时,被代理人就应当首先证明即使代理人以自己名义行为但相对人仍知道代理人具有代理意思;^{〔34〕}此种举证责任完成后,相对人才有必要证明其明确表明或者依据交易情境推断相对人只愿意与代理人

〔29〕 参见陈自强:《代理公开原则之比较》,《月旦法学杂志》第277期(2018年6月),第120页。我国的具体案例,参见“大连羽田钢管有限公司与大连保税区弘丰钢铁工贸有限公司等物权确认纠纷案”,最高人民法院(2011)民提字第29号民事判决书。

〔30〕 肯定观点参见前引〔28〕,王利明书,第717页以下。认为应当包括知道具体的被代理人,但无需知道委托授权的内容和权限的,参见前引〔28〕,杜颖文,第761页。认为“知道”的内容仅限于代理事实的,参见前引〔28〕,尹飞文,第110页以下。

〔31〕 参见前引〔25〕,PICC评注,第2.2.3条,评注4。

〔32〕 参见方新军:《对我国合同法第402、403条的评说——关于两大法系代理理论差异的再思考》,《北大法律评论》2001年第4卷第2辑,第534页以下。

〔33〕 参见胡康生主编:《中华人民共和国合同法释义》,法律出版社2013年版,第624页。

〔34〕 英国法中,无论是被代理人还是相对人主张,都对相对人知道代理事实负有举证责任。参见前引〔29〕,陈自强文,第119页以下。

形成合同关系，举证责任的此种分配方式才是合理的。同样，根据合同法第402条前述较为狭窄的适用范围，代理人以自己名义行为原则上使得代理行为仅约束代理人和相对人，而无法约束被代理人。因此，如果相对人对被代理人主张权利，相对人必须证明虽然代理人以自己名义行为，但从客观的相对人立场判断代理人仍然具有代理意思，从而属于合同法第402条的适用范围。

四、代理人未公开代理而相对人不知情

（一）合同法第403条的规范定位

合同法第403条规定了代理人未公开代理而相对人不知情的情形。从文义上观察，民法总则第162条中的“对被代理人发生效力”和合同法第402条中的“该合同直接约束委托人和第三人”，都表明这两条是效果直接归属规范，即代理行为的后果直接归属于被代理人。但是，合同法第403条的文义表述却并非如此，表明该条并非效果直接归属规范。这恰恰是其区别于英美法中不公开代理的关键。

英国法中，劳伊德（Lloyd）勋爵对涉及不公开代理的规则作了总结：（1）代理人在被代理人实际授权范围内，为被代理人的利益所订立的合同，被代理人可以直接起诉和被告；（2）在订立合同时，代理人有为被代理人利益而行为的意思；（3）不公开代理中，代理人也可以基于合同起诉和被告；（4）相对人对代理人可主张的抗辩，也可向被代理人主张；（5）合同条款可能明示或默示排除被代理人起诉的权利和被告的义务，合同本身或者合同的相关情事可能显示代理人是唯一的合同当事人。^[35] 此等观念在美国《代理法重述（第三次）》第6.03条中得到了明确表述。就此，代理人不退出合同关系，仍然是合同当事人，以保障相对人选择向代理人和被代理人主张的权利，但代理行为的后果仍可直接归属于被代理人，由此相对人和被代理人、相对人和代理人之间合同的当事人重叠，形成三方关系。

这与大陆法系的代理观念迥然有别。英美法采取代理的“等同论”，代理关系的发生关键在于是否为被代理人的利益，而非是否以被代理人的名义，代理人的行为等同于被代理人的行为，故不公开代理也是代理。大陆法系则采取区分委托合同和代理权授予行为的“区别论”，注重对外以被代理人名义，构成代理的，代理行为的法律后果直接归属于被代理人；在代理人未公开代理而相对人不知情的情形中，代理行为的效果直接归属于代理人，之后再移转给被代理人，因此不存在不公开代理。^[36] 在大陆法系很多国家中，代理人未公开代理而相对人不知情的，代理行为的后果归属于代理人而非被代理人；但是，依据代理人和被代理人的内部关系，代理人负有将其对相对人的权利转让给被代理人的义务，被代理人也负有承担代理人对相对人之债务的义务，代理人和被代理人履行了该义务后，被代

[35] *Siu Yin Kwan v. Eastern Insurance Co Ltd* [1994] 2 A. C. 199 at 207, cited. Krebs, *Some Thoughts On Undisclosed Agency*, in Gullifer and Vogenauer (eds.), *English and European Perspectives on Contract and Commercial Law: Essays in Honour of Hugh Beale*, Oxford, Hart Publishing, 2014, p. 165.

[36] 参见 [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1993年版，第371页以下。

理人可以直接向相对人主张,相对人也可以选择直接向被代理人主张。^[37]为协调两大法系之间的差异,《国际货物销售代理公约》第13条、PECL第3:301-304条、DCFR第2-6:106条和第3-5:401-402条都首先规定了不公开代理情形中,代理行为约束代理人和相对人,代理行为的后果直接归属于代理人而非被代理人,毕竟相对人是基于对代理人的履行能力和资信状况的评估而订立合同的;但同时也规定了在一定条件下被代理人和相对人能够相互主张权利,此时更类似于在一定条件下对违约责任作出的特别规定,是通过被代理人的介入权或者相对人的选择权而产生的债权转让和债务移转的特殊样态。^[38]

与上述国际性规定类似的合同法第403条同样并非效果直接归属规范,代理行为仍然仅直接约束代理人和相对人,^[39]只有代理人因相对人的原因对被代理人不履行义务,或者代理人因被代理人的原因对相对人不履行义务时,才有被代理人介入权和相对人选择权的问题,也才有相互主张权利的可能性。^[40]

(二) 适用前提的多元化

英美法中的不公开代理缘起于在代理人存在破产可能性时,使得被代理人 and 相对人能够相互主张权利,从而作为处理代理人破产风险的工具。^[41]之后的发展则突破了最初的功能设定和代理人破产这一适用前提,使得被代理人 and 相对人直接受到约束。这使得许多学者认为不公开代理与合同的相对性发生矛盾,从而欠缺正当性。最常被质疑者引用的是波洛克的观点:“不应被忘记的一个常识是,关于不公开代理的权利和责任的所有规则与合同法的基本教义是不协调的。一个人有权起诉另一个没有真正与之缔约的人,除了英美之外,这在其他所有的法律体系中都不存在。”^[42]

[37] 欧洲普遍认可代理人 and 相对人受到代理行为的约束,但如果要使得被代理人 and 相对人相互主张权利,则欧洲法律一般会采取上述方式。参见德国民法典第164条第2款和德国商法典第392条、瑞士债法典第32条第3款和第401条、意大利民法典第1705条、葡萄牙民法典第1180条和第1181条、西班牙民法典第1717条。荷兰民法典第7:420-421条则在相对人根本违约和代理人破产时允许被代理人向相对人直接主张,以及在代理人破产时允许相对人向被代理人直接主张。比较特殊的是日本,根据日本商法典第504条(“即使商行为的代理人未表示为被代理人而为商行为,其行为对被代理人发生效力。但相对人不知代理人为被代理人而为时,不妨碍相对人请求代理人履行”),在商行为中,被代理人直接受约束故可以直接向相对人主张,同时赋予相对人选择权,更类似于英美法中的不公开代理。参见[日]我妻荣:《新订民法总则》,于敏译,中国法制出版社2008年版,第325页;前引[29],陈自强文,第126页以下。

[38] See Macgregor, *Agency*, in MacQueen, Zimmermann (eds.), *European Contract Law: Scots and South African Perspectives*, Edinburgh University Press, 2006, p. 140; Reynolds, *Agency*, in Burrows (ed.), *English Private Law*, 3rd ed., Oxford University Press, 2013, p. 637. 学者认为,公开代理和不公开代理的制度目的、概念基础和规则完全不同,都冠以代理的名称,作为一个类别,并无意义。参见前引[35], Krebs文,第162页以下,第171页,第181页。

[39] 在解释上,该条仍以代理人在代理权限范围内与相对人订立合同为前提,这避开了英美法系中不公开代理是否有被代理人的追认权和是否有表见代理的适用可能性的争论。关于此争论,参见前引[38], Reynolds文,第638页以下。

[40] 同样观点参见前引[27],徐涤宇文,第39页;前引[28],张平华等文,第34页;尹田:《民事代理之显名主义及其发展》,《清华法学》2010年第4期,第22页以下;前引[1],殷秋实文,第86页以下;前引[1],武亦文等文,第65页。就此而言,合同法第403条将被代理人 and 代理人称为委托人和受托人,更为妥当,但是本文为了研究的前后一致性和凸显问题的相关性,仍勉强称之为被代理人 and 代理人。

[41] 前引[35], Krebs文,第162页以下,第180页;Munday, *Agency: Law and Principles*, 3rd ed., Oxford University Press, 2016, p. 268.

[42] Sebastian Kortmann and Jeroen Kortmann, *Undisclosed Indirect Representation: Protecting the Principal, the Third Party or Both?*, in Busch, Macgregor and Watts (eds.), *Agency Law in Commercial Practice*, Oxford University Press, 2016, p. 83; 前引[11], Watts等书,第8-069段,注364。

这些争论也反映到国际性合同文本的起草中。2004年版的PICC在第2.2.4条的讨论阶段曾经试图借鉴《国际货物销售代理公约》和PECL的规定,但起草小组最终认为,在国际贸易中,未公开的被代理人突然出现并主张权利,这和绝大多数交易主体的预期相违背,且适用范围和具体适用均不明确,因此原则上不赋予被代理人和相对人相互起诉的权利。^[43]但是,该条第2款规定了例外,即如果代理人代表一个企业与相对人订立合同,并声称自己是该企业的所有人,相对人在发现该企业的真正所有人后,也可以向该企业的真正所有人主张其对代理人的权利。^[44]即使如此,该例外与英美法不公开代理仍然不同,首先,相对人向被代理人直接主张的情形极为狭窄;其次,仅允许相对人直接向被代理人主张,被代理人不能直接向相对人主张。

与此不同的是《国际货物销售代理公约》第13条第2款。其规定,当代理人无论是因相对人不履行义务或者其他理由而未履行或无法履行其对被代理人的义务时,被代理人都可以向相对人直接主张;而当代理人未履行或无法履行其对相对人的义务时,相对人可选择向被代理人直接主张。PECL第3:302-304条作了类似规定。

DCFR考虑到《国际货物销售代理公约》和PECL在此问题上所遭受的批评,在其第3-5:401-402条规定,只有在代理人破产时,被代理人才可以直接向相对人主张,并且只有在被代理人直接向相对人主张时,相对人才可选择向被代理人直接主张。代理人对被代理人的根本违约被认为完全是被代理人和代理人之间的事务,该代理人是被代理人自己选择的,并且相对人可能很难知道是否实际存在代理人不向被代理人履行的事实,不应使相对人面临更换债权人的不确定处境;如果代理人并未陷于破产,被代理人只能向代理人寻求救济;并且,如果允许相对人在任何情形下都可以选择向被代理人直接请求,则实际上是不合理地将被代理人作为担保提供者。^[45]

依据我国合同法第403条,只有当代理人因相对人原因对被代理人不履行义务时,被代理人才可以直接向相对人主张;同样,只有当代理人因被代理人原因对相对人不履行义务时,相对人才可以选择直接向被代理人主张。因此,被代理人和相对人相互直接请求的条件比DCFR更为宽松,但较之《国际货物销售代理公约》和PECL则更为严格,当相对人已经向代理人履行了义务,而代理人因破产未向被代理人履行义务时,我国似乎不允许被代理人直接向相对人主张;同样,当被代理人已经向代理人履行了义务,而代理人因破产未向相对人履行义务时,相对人也不能选择直接向被代理人主张。

[43] 前引[42], Sebastian Kortmann等文,第88页以下。英美代理法学者De Mott和Reynolds也认为不公开代理法没有必要被采纳。但其也承认,不公开代理的利弊仍然是高度不确定的,如果对其以适当方式加以运用,它有助于解决争议。参见前引[38], Reynolds文,第635页以下。

[44] 其所举的案例是:制造商A在将资产转移给新设立的C公司后,继续以自己的名义订立合同,而没有向供货商B公开自己事实上仅是作为C公司的管理董事而行为,在发现C的存在后,B也享有针对公司C的请求权。参见前引[25], PICC评注,第2.2.4条,评注3。德国法将这种情形称为“企业关联行为”(unternehmensbezogene Geschäfte)(RGZ 30, 77; 67, 148; BGH 62, 216, 219)。在公司并购等情形发生后,代理人行为与公司经营有关,但并未明示以公司名义,也无法依据具体情形推断为默示,但合同当事人仍然是公司而非代理人,此时,与所有人进行交易这个意思更为重要,关键不在于明确的意思表示的内容,而是谁是企业客观上的所有人,这是基于公司内部的组织控制成本较低的原因而将风险分配给公司。参见前引[15], 梅迪库斯书,第699页;[德]弗卢梅:《法律行为论》,迟颖译,法律出版社2013年版,第912页。

[45] 前引[4], 欧洲民法典研究组等书,第968页。

综上, 代理人未公开代理而相对人不知情时, 按照被代理人和相对人相互直接请求的条件从严格到宽松的程度, 大致可以列表如下:

	被代理人向相对人直接请求	相对人选择向被代理人直接请求
PICC	无	仅有一种情形〔46〕
DCFR	代理人破产	被代理人向相对人直接请求
荷兰	代理人破产、相对人根本违约	代理人破产
我国	代理人因相对人原因对被代理人不履行义务	代理人因被代理人原因对相对人不履行义务
国际货物销售代理公约、PECL	代理人破产或者不履行其对被代理人的义务	代理人破产或者不履行其对相对人的义务
日本	商行为, 不限其他条件	商行为, 不限其他条件
英美	不限条件	不限条件

可以看出, “因为存在各种各样对立利益的冲突, 每一个法律体系都必须考虑, 不公开的被代理人 and 代理人之间的关系在何种程度上影响代理人和相对人之间的合同才是正当的。换句话说, 代理人以自己的名义进行的法律行为要转变为是代表被代理人签订合同的效力, 在多大程度上是必须的”。〔47〕关于价值正当性的讨论应结合被代理人和相对人相互直接请求的具体条件予以更细致地分析检讨。如果关于被代理人和相对人相互直接请求的规则在具体构成和效果上能够妥当平衡被代理人、代理人和相对人的三方利益, 那么该规则就具有较强的价值正当性, 反之则否。

(三) 被代理人的介入权

1. 行使前提

在代理人未公开代理而相对人不知情的情形中, 代理行为直接约束代理人和相对人, 但按照合同法第 403 条第 1 款的规定, 代理人因相对人的原因对被代理人不履行义务的, 代理人应当向被代理人披露相对人, 被代理人因此可以行使代理人对相对人的权利。这里就会产生对价值正当性的追问, 被代理人此时为何能够突破合同相对性行使介入权, 而直接对相对人主张权利。

该介入权可以从诸多方面予以证成, 例如代理人工具理论、约因理论、效率理论等, 〔48〕但毫无疑问, 介入权是保障被代理人利益的制度工具。对于被代理人而言, 基于专业分工等合理考虑, 存在通过专业的中间人进入市场这种重要的商业需求, 同时也存在交易时不

〔46〕 即如果代理人代表一个企业与相对人订立合同, 并声称自己是该企业的所有人, 相对人在发现该企业的真正所有人后, 也可以向该企业的真正所有人主张其对代理人的权利。

〔47〕 Müller-Freienfels, *Comparative Aspects of Undisclosed Agency*, 18 Mod. L. Rev. 33 (1955).

〔48〕 代理人工具理论认为, 代理人仅仅是被代理人行为的工具, 从而是一个中间人。合同尽管在形式上不是, 但实际上是由未被公开的被代理人订立。因此, 被代理人享有为自己利益所订立合同的权利和义务符合公平理念。See James B. Ames, *Undisclosed Principal—His Rights and Liabilities*, 18 Yale L. J. 443 (1909). 约因理论认为, 相对人虽然认为是代理人与其订立合同, 但交易的约因来自于被代理人, 因此被代理人可直接向相对人请求对价。See Müller-Freienfels, *The Undisclosed Principal*, 16 Mod. L. Rev. 299 (1953). 效率理论最初来源于迪普洛克 (Diplock) 勋爵的观点, 其认为, 被代理人基于其与代理人之间的内部关系, 可以要求代理人对相对人主张, 并要求代理人向自己移交所得利益, 与其如此, 不如允许被代理人直接向相对人主张权利, 以避免诉讼循环 (circuity of actions), 节约交易成本。See Freeman & Lockyer v. Buckhurst Park Properties (Mangal) Ltd [1964] 2 Q. B. 480 at 503; Rochvar, *Ratification and Undisclosed Principals*, 34 McGill L. J. 286 (1989).

愿公开自身的合理商业需求。如果法律不对这些商人予以保护，使得其在中间人违约或者破产时向相对人直接主张权利，则这些商人可能会因害怕中间人违约或者破产而不愿再进行此种交易。因此，允许被代理人行使介入权而直接向相对人主张，有助于减少理论逻辑与商业现实之间的冲突。^[49]

具体而言，被代理人面对的风险，首先是代理人未破产时的违约风险，这又可以区分为代理人因自身原因违约和因相对人原因违约。如果代理人因自身原因违约，由于代理人和被代理人之间存在委托等内部关系，被代理人能够采取事先的风险控制机制，而相对人由于不知道代理事实，故其无法预防代理人对被代理人违约的风险。因此，被代理人较之相对人对此种风险的控制成本更低，故有理由将这种风险分配给被代理人。换言之，此种风险是被代理人应当承担的一般交易风险，对此没有必要给予特别保护，否则将会使得不知情的相对人有更多的机会遭到委托人的突然袭击。与此不同的是代理人因相对人原因而对被代理人违约这种风险。虽然被代理人同样可以通过其与代理人的内部关系而采取事先的风险预防机制，但是相对人对此种风险的控制成本很低，即只要按照其与代理人之间的合同履行本应履行的合同义务即可。此时允许被代理人行使介入权，相对人所应当履行的仍然是其所承诺的，仅仅是履行相对方不同而已，故一般而言并未使得相对人增加新的成本。

被代理人还需要面对的风险是代理人的破产风险，此时又可以分为两种情形，即相对人已经履行了义务和未履行义务。在相对人已经履行了义务的情形中，代理人对相对人的债权已经实现，被代理人自然无法行使已经消灭的权利。在相对人未履行义务的情形中，即使代理人破产，相对人仍有义务履行，并且即使义务未到期，也应在代理人破产时视为到期。此时，毕竟相对人并未履行义务，故此种情形也可以被纳入到代理人因相对人原因而不履行义务的情形中。

因此，在被代理人、代理人和相对人的内部关系中，允许被代理人的介入权是妥当的，并且没有必要在更多情形中允许介入权的行使。^[50]但除此之外，还需要考虑的是被代理人和其他债权人之间的外部关系。这涉及到以下两个问题：在代理人的破产程序中，被代理人是否享有代理人对相对人债权的取回权和相对人已经交给代理人之财产的取回权；^[51]在代理人的其他债权人申请执行代理人的此等债权和财产时，被代理人是否可以提出执行异议。合同法对此并未涉及。^[52]

[49] 前引〔42〕，Sebastian Kortmann 等文，第 92 页；前引〔36〕，施米托夫书，第 382 页以下。

[50] 有学者认为应当扩大介入权的行使情形。参见前引〔28〕，曾大鹏文，第 92 页；韩慧莹：《商事代理》，载王保树主编：《商事法论集》第 14 卷，法律出版社 2008 年版，第 251 页。

[51] 可能对债权是否存在取回权存在疑问，但是所有的权利都有归属的问题，因此在债权或者物权的名义归属和实际归属不一致的情况下，就可能涉及到取回权的问题。参见许德风：《破产法论——解释与功能比较的视角》，北京大学出版社 2015 年版，第 223 页。当然，如果是卖出委托的情形，根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国企业破产法〉若干问题的规定（二）》第 2 条第 1 项，被代理人取回自己的物毫无疑问，但在其他情形则欠缺明确规定。

[52] 德国商法典第 392 条第 2 款允许在行纪中对债权行使此等权利，通说观点认为可以扩展到相对人向行纪人交付的标的物。Vgl. Canaris, Handelsrecht, Aufl. 24, C. H. Beck, 2006, S. 477. 与此类似的还有瑞士债法典第 401 条第 3 款、法国破产法第 121 条第 1 款和第 122 条、意大利民法典第 1705 条第 2 款和第 1707 条等，但范围和条件并不完全相同。

以取回权为例,如果从经济归属上看,似乎允许被代理人行使取回权更合适,毕竟代理人仅仅是一个管道或者中间人而已。但是,本处所讨论的情形涉及代理人既是取回权相对人又是委托合同义务人,因此确定被代理人是否享有取回权时,就必须考虑到被代理人利益保护和交易安全的平衡,以及被代理人和代理人串通的道德风险。此时,可以考虑以代理人是否具有为他人利益而行为的营业外观作为确定被代理人是否享有取回权的区分依据。^[53]如果代理人具有为他人利益而行为的营业外观,例如行纪商、外贸代理商等,虽然会存在被代理人和代理人串通的道德风险,例如乙对丙享有债权,在乙破产时,乙和甲串通虚构不存在的代理关系,如倒签委托合同等,以使甲可以就乙对丙的债权行使取回权,从而损害乙之破产债权人的利益。但是,此时代理人的债权人应当合理推定代理人持有多项他人财产,不应合理期待代理人所占有的财产均归代理人所有。同时可借由独立账户等降低代理人之债权人的信息成本,代理人的债权人与代理人进行交易时也更容易采取控制此风险的措施,且审判者也能够借由独立账户等证据查明被代理人和代理人的串通可能性,因此串通成本较高,道德风险较低,故不必担心取回权会发生欺诈其他债权人以及扰乱债权债务关系进而破坏交易安全的后果。^[54]但是,如果代理人不具有为他人利益的营业外观,代理人的其他债权人会推定代理人持有的财产是代理人自己的,尤其在债权欠缺公示机制的情形下,代理人的其他债权人获知代理人为被代理人持有财产的信息成本较高,因此预先采取控制风险措施的能力也较弱,而审判者查明被代理人与代理人串通的成本较高,故串通成本较低,道德风险较高。该等考虑同样适用于被代理人是否有权提起执行异议的问题。据此,在代理人具有为他人利益而行为的营业外观时,被代理人可以行使取回权和提起执行异议,反之则否。

2. 教义构造

对于代理人因相对人原因对被代理人不履行义务这种情形,英美法系和大陆法系的共同点是被代理人能够直接向相对人行使代理人对相对人的权利,^[55]其不同点是实现该目标的教义构造即规范实现方式。我国法规定了被代理人的介入权;大陆法系采取了债权转让的教义构造,DCFR甚至明确地将这一情形规定于“当事人的变更”之中;而英美法系采取了效果直接归属的不公开代理,但有些英美法学者也将此解释为准债权让与(quasi-assignee)。^[56]这仅仅是规范实现方式的不同,而非价值判断结论的不同。我国法中的被代理人介入权作为一种形成权,其行使的效果也可以以债权转让的教义构造予以更为体系一致的解释,也更契合我国法目前的整体体系。

以代理人和被代理人之间存在委托合同为例,如果在委托合同签订时就已经提前作出

[53] 同样观点参见前引[51],许德风书,第226页以下。下文对这个问题的论证也部分借鉴了该书。

[54] 例如,证券法第139条规定:“证券公司客户的交易结算资金应当存放在商业银行,以每个客户的名义单独立户管理。……证券公司破产或者清算时,客户的交易结算资金和证券不属于其破产财产或者清算财产。非因客户本身的债务或者法律规定的其他情形,不得查封、冻结、扣划或者强制执行客户的交易结算资金和证券。”

[55] 参见前引[21],Kötz书,第464页。

[56] 前引[35],Siu Yin Kwan案的判旨反对与债权转让之间的类比([1994] 2 A. C. 199, 210),但仍有学者认为两者并无不同。See Goodhart and Hamson, *Undisclosed Principals in Contract*, 4 (3) *The Cambridge Law Journal* 320 (1932); 前引[35], Krebs文,第173页。

了未来债权转让的安排，这当然毫无疑问。^[57]即使未提前作出该安排，基于合同法第404条，代理人应当将处理委托事务取得的财产转交给被代理人。所谓“取得的财产”，包括取得的金钱、实物，以及金钱与实物所生的孳息，也包括其他财产权利。^[58]因此，代理人对于相对人的债权，也应当转让给被代理人。基于被代理人对代理人享有请求债权转让的权利，为保障被代理人的利益，法律直接规定被代理人的介入权，行使介入权的效果就是债权转让，无需被代理人 and 代理人之间的债权转让合意。此时相当于法律拟制了被代理人 and 代理人之间的债权转让合意，从而一旦被代理人行使介入权，便导致债权从代理人移转至被代理人，据此也可将此情形概括为介入权的行使导致法定的债权让与。为了保障被代理人的介入权得以实现，合同法第403条第1款规定了代理人应当向被代理人披露相对人，但基于被代理人 and 代理人之间的内部关系，为保障代理人利益，如果被代理人没有按照其与代理人的内部关系履行自己对代理人的义务，此时代理人有权基于该内部关系行使履行抗辩权，拒绝向被代理人履行披露相对人的义务。

如果采取债权转让的教义构造，就可以将债权转让的规则适用于被代理人行使介入权的效果之中，这有助于填补合同法第403条第1款可能的法律漏洞。首先，按照合同法第79条，所转让的债权存在合同性质、当事人约定和法律规定不得转让的限制的，该限制同样适用于被代理人介入权的行使，存在此等限制时，被代理人不得行使介入权。其次，按照合同法第80条，债权转让应当通知债务人，据此，被代理人行使介入权的，应当通知代理人 and 相对人，相对人一旦收到通知，可以要求被代理人提供其特定身份和其与代理人之间关系的合理证明。在收到该证明前，相对人对代理人予以善意履行的，相对人的债务消灭；收到该证明后，相对人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。^[59]再次，被代理人也可以依据合同法第81条取得有关的从权利。最后，相对人也可以行使合同法第82条、第83条以及与债权转让有关规定中的债务人保护机制。

3. 相对人利益的保护

反对被代理人介入权者可能会认为，介入权首先突破了合同相对性；其次，相对人在订立合同时必然要对交易对方予以评估，且由于信息不对称，相对人处在相对弱势的地位，被代理人 and 代理人可能隐瞒甚至事后伪造相关信息，被代理人的介入权是对相对人预期的破坏，可能不利于对相对人利益的保护。^[60]笔者认为，虽然被代理人介入权确实是对合同相对性的一种突破，但所讨论的恰恰是对合同相对性的突破是否具有正当理由，此时保护相对人利益则构成了必须要认真考虑的反对方论据，该考量与债权转让中的基本思想——即不因债权转让恶化债务人的地位——相一致。实质问题在于，被代理人行使介入权时，合同法第403条第1款和第3款的规范是否足以保护相对人的利益。

合同法第403条第1款明确规定了但书，即“第三人与受托人订立合同时如果知道该委

[57] 参见前引〔21〕，Kötz书，第464页，注124。

[58] 前引〔33〕，胡康生主编书，第626页。

[59] 《国际货物销售代理公约》第13条、PECL第3:304条对此予以明确规定，美国《代理法重述（第三次）》第6.07条第3款、第6.08条对此规定得更为具体。德国民法典第407条关于债权转让的规定适用于此种情形，也具有类似的法律效果。但我国合同法对此则欠缺规定。

[60] 前引〔38〕，Macgregor文，第136页；前引〔42〕，Sebastian Kortmann等文，第94页。

托人就不会订立合同”的,被代理人不能行使介入权,这明显是为了保护相对人的利益。^[61]该但书的满足,可以是明示的,如果按照债权转让的规范逻辑,这也属于合同法第79条所规定的当事人约定债权不得转让的情形;^[62]也可以根据交易惯例和交易具体情事推导出来。如果根据交易的具体情事,可以推断相对人只愿意与代理人形成合同关系(尤其是在代理人承担特别责任的情形),或者相对人向被代理人履行将明显使得义务性质发生变更、显著增加相对人负担或者提高风险、显著地不利于相对人履行义务的可能性的,被代理人即不享有介入权。^[63]按照债权转让的规范逻辑,这属于合同法第79条规定的根据合同性质或者依照法律规定不得转让的情形。这也构成了与行纪的区分。在行纪中,委托人和行纪人也可以在订立行纪合同中预先作出未来债权转让的明确安排,行纪人在取得对相对人的权利后,也可以将该权利转让给委托人,但在未预先作出此等明确安排且之后也并未明确转让的情形,根据合同法第421条第1款,只能由行纪人享有权利。这就属于合同法第403条第1款但书规定的情形之一,此时委托人不享有介入权。^[64]

为进一步保护相对人的利益,与合同法第82条的规范考量一致,合同法第403条第3款同时规定了在被代理人行使介入权的情形下,“第三人可以向委托人主张其对受托人的抗辩”。^[65]即使如此,仍存在以下法律漏洞:首先,其并未规定抵销的问题,因此应适用合同法第83条的规定予以弥补。^[66]其次,同样要考虑仲裁抗辩,涉及到代理人和相对人之间合同约定的仲裁条款能否约束被代理人 and 相对人,这与债权转让中的考量仍然一致。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》第9条规定:“债权债务全部或者部分转让的,仲裁协议对受让人有效,但当事人另有约定、在受让债权债务时受让人明确反对或者不知有单独仲裁协议的除外。”被代理人行使介入权也可以据此处理,因为被代理人在判断是否介入时必然会对仲裁条款予以考虑,无需对其予以特别保护。同时,相对人本来就受到仲裁条款的约束,故也不能给其重新选择的机会。因此,仲裁条款能够约束被代理人 and 相对人。^[67]最后,相对人可以对被代理人主张的抗辩和抵销,应当限缩于相对人知道被代理人的存在前产生或者产生于相对人知道被代理人的存在后的善意行为,而不应产生于相对人知道被代理人的存在后的恶意行为,以避免相对人与代理人串通的道德风险。^[68]

[61] 《国际货物销售代理公约》第13条(6)、荷兰民法典第7:420条第1款作了同样的规定。

[62] 关于附有禁止特约的债权转让的效力,存在多种学说。无论采取哪种学说,都应一体适用于第403条,以保持逻辑一致性。

[63] 参见前引[28],王利明书,第720页;陈自强:《英美法本人不公开代理》,《月旦民商法杂志》第60期(2018年6月),第74页。关于英美法的论述,参见Edwin Peel, *Treitel on the Law of Contract*, 14th ed., Sweet & Maxwell, Thomson Reuters, 2015, para. 16-056 ff.

[64] 虽然委托人一般情形下不享有介入权,但按照前文论述,在行纪人的破产程序中委托人例外地享有介入权,委托人仍然享有行纪人对相对人之债权的取回权和相对人已经交给行纪人之财产的取回权。同样观点参见前引[1],方新军文,第99页。

[65] 《国际货物销售代理公约》第13条(2)(a)、PECL第3:302条、DCFR第3-5:401条第3款、美国《代理法重述(第三次)》第6.03条第3款也作了同样规定。该抗辩包括但不限于抗辩权,其范围更为广泛,权利不存在、权利消灭和变更的抗辩等也被包括在内。

[66] 美国《代理法重述(第三次)》第6.06条第2款对此作了明确规定。德国民法典第406条关于债权转让的规定适用于此种情形,也具有类似的法律效果。

[67] 相同观点参见前引[20],汪渊智书,第210页以下;前引[27],徐涤宇文,第42页。

[68] 参见前引[28],杜颖文,第764页。

（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关系所生的抗辩对抗债权人。”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
