

# 民法典编纂视野下合同法 第402条、第403条的存废

方新军\*

**内容提要：**合同法第402条、第403条的原初立法目的是为了解决外贸代理的特殊问题，在合同法立法过程中上述条文的体系位置和具体内容数易其稿。由于对所移植的制度的了解不彻底和本国特殊因素的刺激，上述条文的内容出现了严重异化。尤其是第402条，其既不属于大陆法系，也不属于英美法系。第402条将第403条代表的不公开本人代理制度对合同相对性的冲击放大了若干倍，对第三人的影响非常大。在原初的立法背景消失以后，第402条、第403条在司法实践中引发了诸多乱象。上述条文的存在不但没有起到简化法律关系的作用，反而被当事人频频用来逃避责任、规避法律。各级各地法院的判决经常出现理解不一和同案不同判的现象。民法典编纂中，应该将第402条彻底删除，第403条则可以通过改变体系位置和明确限制条件予以保留。这样一方面可以维持合同相对性原则不动摇，另一方面也可以弥补传统大陆法系在受托人破产时可能出现的不公平问题。

**关键词：**间接代理 不公开本人的代理 介入权 选择权 合同相对性 名义标准

## 一、问题的由来

在民法总则正式通过之前，民法总则草案第166条最终被删除。第166条是合同法第402条的翻版，自2016年5月20日的民法总则草案征求意见稿以来，该条文在历次的审议稿中一直存在，突然消失的原因未见官方的正式说明。由此引发的问题是，合同法第402条、第403条在民法典编纂中应该如何取舍？上述条文在合同法的起草过程中已经引起激烈的争论，合同法生效以后，争论也从未停歇。

赞扬的人认为，上述条文在民法典中不仅应该保留，而且应该进一步放宽限制条件，使其在更大的范围内得到适用。理由是：第一，合同法采纳上述条文是为了解决特定背景下的外贸代理问题，尽管当时的立法背景已经不复存在，但是上述条文在外贸代理以外的领域被广泛适用，正说明其生命力。第二，上述条文尽管源自英美法，但是反映了代理法

\* 苏州大学王健法学院教授。

本文是国家社科基金重点项目“民法典编纂技术问题研究”（14AZD143）的阶段性成果。

的最新发展趋势。以《国际货物销售代理公约》（下称《代理公约》）为代表的国际条约接受了英美法的代理制度。第三，英美法的代理制度，尤其是“不公开本人的代理”，是在突破合同相对性原则的基础上发展起来的，可以说是实质正义对形式正义的胜利。第四，上述条文体现出来的灵活性，很好地适应了商事实践的发展。尤其是在民商合一的背景下，上述条文可以很好地弥补我国法律对商事代理规定的不足。<sup>〔1〕</sup>

批判的人包括笔者则认为，应该借民法典编纂之机，删除上述条文。理由是：第一，上述源自英美法的条文和大陆法系的相关制度存在严重的异质性，它们从根本上动摇了大陆法的体系结构，首要表现就是和行纪合同制度之间的不相容性。更重要的是，根据我国对外贸易法第9条的规定，自2004年7月1日起，外贸经营权已经由审批制改为登记制。外贸代理人究竟是以自己的名义还是以被代理人的名义进行法律行为，不再受法律的强制，完全是其自由选择的结果。直接代理和行纪制度的区分足以应对外贸代理领域的法律问题。<sup>〔2〕</sup>

第二，民法总则在民事法律行为之后规定代理制度，说明我国采取了大陆法系的区分理论，即将解决内部关系的委托合同和解决外部关系的代理制度区分开来。位于“委托合同”一章的第402条、第403条解决的实际是代理制度的外部关系问题，放在“委托合同”中是一种体系违反。<sup>〔3〕</sup>

第三，《代理公约》的相关条文并不是源自英美法，它们是以大陆法为起点并在一定程度上调和两大法系制度的结果。同时，《国际商事合同通则》（PICC）、《欧洲合同法原则》（PECL）、《欧洲示范民法典草案》（DCFR）均采取了更偏向于大陆法系的立法模式。<sup>〔4〕</sup>“二战”后大陆法系国家制定的民法典或者对民法典的修订，均坚持自身的传统，强调代理的名义标准。英美法代理制度引领世界立法潮流的说法没有根据。<sup>〔5〕</sup>

第四，第402条、第403条严重冲击了合同相对性原则。即使在英美法系，“不公开本人的代理”作为合同法中的异类，一直被严加控制，数百年来判例已经发展出各种各样的限制条件，以防止其对合同相对性原则的过度冲击。<sup>〔6〕</sup>英美法系的最新研究甚至指出，

〔1〕 参见徐海燕：《英美代理法研究》，法律出版社2000年版，第389页以下；马新彦：《民法总则代理立法研究》，《法学家》2016年第5期，第134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；耿林：《〈民法总则〉关于“代理”规定的释评》，《法律适用》2017年第9期，第36页；蒋大兴：《论民法典（民法总则）对商行为之调整——透视法观念、法技术与商行为之特殊性》，《比较法研究》2015年第4期，第19页。

〔2〕 参见方新军：《民法总则第162条的体系意义和规范意义》，《法治研究》2017年第3期，第73页以下。

〔3〕 参见陈甦主编：《民法总则评注》下册，法律出版社2017年版，第1151页。

〔4〕 See Sebastian Kortmann and Jeroen Kortmann, *Undisclosed Indirect Representation—Protecting The Principal, The Third Party, or Both?*, in Danny Busch, Laura McGregor, and Peter Watts (eds.), *Agency Law in Commercial Practice*, Oxford University Press, 2016, pp. 88–90.

〔5〕 参见〔德〕海因·克茨：《欧洲合同法》上卷，周忠海等译，法律出版社2001年版，第318页。

〔6〕 在英美法系，不公开本人的代理被认为是对合同相对性的最大挑战。因此，在长期的司法实践中，英国法逐渐归纳出关于不公开代理的五项规则，以限制该理论对合同相对性原则的过度冲击：1.代理人在实际的授权范围内，为了不公开本人的利益签订的合同，不公开本人可以起诉和被告；2.在缔结合同时，代理人必须有为不公开本人利益的意图；3.基于该合同，不公开本人的代理人也可以起诉和被告；4.第三人可以针对代理人主张的任何抗辩，都可以向本人主张；5.基于明示或者默示的合同条款，可以排除本人起诉的权利和被告的责任。合同本身或者合同的周遭情势可以表明代理人就是真正的、唯一的本人。See Thomas Krebs, *Some Thoughts on Undisclosed Agency*, in Louise Gullifer and Stefan Vogenauer (eds.), *English and European Perspectives on Contract and Commercial Law. Essays in Honour of Hugh Beale*, Oxford, Hart Publishing, 2017, pp. 164–165; Robert Merkin, *Privity of Contract*, London: LLP Professional Publishing, 2000, p. 36.

“不公开本人的代理”的出现纯粹是一个历史的偶然，它的目的是为了解决代理人破产时不公开本人的保护问题，出现的时机是合同相对性原则和合同的客观性理论在当时都没有确定下来。<sup>〔7〕</sup>当时这个理论也只是为了解决现金交易和口头交易中出现的问题，后来适用范围不断扩大。随着信用交易的大规模出现，该理论对合同相对性原则的冲击引发了很多问题。目前应该从根本上质疑“不公开本人的代理”继续适用的必要性。<sup>〔8〕</sup>

第五，认为第402条、第403条符合商事实践的需要，很多时候只是学者们在书房里的主观想象。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。在英美法中发展出来的“承担特别责任的代理人”制度，恰恰是商事实践需要合同相对性的结果，甚至是主动借鉴大陆法系行纪制度的结果。<sup>〔9〕</sup>

2018年8月公布的民法典各分编草案第708条、第709条几乎原文不动地照搬了合同法第402条、第403条。确定该两条的存废问题，可谓迫在眉睫。鉴于单纯的理论争议已经没有什么意义，也很难说服对方，笔者认为，更加重要的是仔细研究上述条文在司法实践中的运作状况。合同法生效已近二十年，司法实践已经积累了大量的案例。正反两方各自提出的优点或者指责对方存在的缺点，可以通过大量的案例分析予以验证。

笔者以“合同法第402条”为关键词，在“中国裁判文书网”通过“高级检索”共检索到902个案件，其中最高院裁判的案件3个，高级法院裁判的案件59个，中级法院裁判的案件486个，基层法院裁判的案件354个；以“合同法第403条”为关键词，共检索到277个案件，其中最高院裁判的案件2个，高级法院裁判的案件17个，中级法院裁判的案件161个，基层法院裁判的案件97个。<sup>〔10〕</sup>本文以高级法院裁判的案件为核心展开分析。<sup>〔11〕</sup>上述高级法院裁判的涉及合同法第402条、第403条的案件共有76个，剔除重复案例后共有68个，其中适用第402条或者第403条的有26个，不适用的有36个，模棱两可的有6个。<sup>〔12〕</sup>对实际案例的分析表明，在当下的司法实践中，上述条文原初的立法目的消失以后，它们在很多时候已经变成当事人规避法律、逃避责任的工具，不但在司法实践中引起了很大的混乱，而且极大地浪费了司法资源。究其原因，一方面是因为第402条、第403条的体系位置变化所产生的外溢影响，另一方面是第402条存在立法者未曾预料的内容异化，这种变异将源自英美法系的“不公开本人的代理”制度对合同相对性的冲击放大了若干倍，

〔7〕 不公开本人的代理制度源自1742年的“Scrimshire v. Alderton”案。原告委托代理商销售燕麦，代理商以自己的名义进行销售。后代理商破产，原告通知买方不要再向代理商付钱，而是应该将货款支付给他，但是买方仍然向代理商的管理人付款。原告起诉要求买方继续向其支付。主审法官认为，买方应该向原告支付货款，但是陪审团的意见支持被告，先后表决三次，陪审团也不改变表决意见。最后只有重组陪审团，才使得主审法官的意见占据上风。See Samuel J. Stoljar, *The Law of Agency: Its History and Present Principles*, London, Sweet & Maxwell, 1961, pp. 207-208.

〔8〕 See Gerald Fridman, *Undisclosed Principals and The Sale of Goods*, 载前引〔4〕, Danny Busch等编书, 第81页以下。

〔9〕 参见方新军:《对合同法第402条、第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》2002年第4卷第2辑,第534页以下。

〔10〕 这是2018年5月18日最后访问的数据。后文分析的案例全部源自中国裁判文书网(<http://wenshu.court.gov.cn/>),不再一一注明。

〔11〕 这种选择的主要理由是:高级法院裁判的案件一般而言疑难度较高,这些案件覆盖的案由类型比较广泛,同时案件的数量也比较适中。如果以中级法院和基层法院裁判的案件为样本,由于案件数量太大,只能抽取一部分进行分析,难以避免主观选择对于分析结论的可靠性的影响。

〔12〕 模棱两可的判决的典型表现是,法院在判决书的说理部分提及了第402条或者第403条,但是在判决依据中不直接引用上述条文。

并且引发了在比较法层面十分罕见的问题。对此，无论是学术界还是司法实务界，似乎都没有意识到问题的严重性。

## 二、第402条、第403条引发司法乱象的原因

### （一）体系位置的变动

合同法第402条、第403条的立法目的是为了解决特定背景下的外贸代理问题。在起草合同法的时候，我国的外贸经营权采取审批制，除了专业的外贸代理公司外，只有极少数大型企业能够获得外贸经营权。根据原对外经济贸易部1991年颁布的《关于对外贸易代理制的暂行规定》第1条，有外贸经营权的主体可以为另外一个有外贸经营权的主体代理进出口业务。如果代理人以被代理人的名义对外签订合同，双方的权利义务适用民法通则的有关规定。如果代理人以自己名义对外签订合同，双方的权利义务适用该暂行规定。第2条规定，无外贸经营权的主体必须委托有外贸经营权的主体代理进出口业务。此时，外贸代理人只能以自己的名义对外签订合同，双方的权利义务同样适用该暂行规定。第15条规定，受托人根据委托协议以自己的名义与外商签订合同，受托人对外商承担合同义务，享有合同权利。这是非常典型的大陆法系的问题解决方式，即以名义为标准对受托人的行为类型进行划分，并赋予主体不同的权利和义务。

在合同法的起草过程中，外经贸部的官员认为，外贸代理人以自己的名义对外签订合同，并非其自由选择的结果，因为在审批制下绝大多数企业没有外贸经营权。外贸代理人收取了很少的费用，对外却可能承担全部赔偿责任，这非常不公平。因此，在合同法的“行纪合同”中应该更多地反映外贸代理法律关系的实践。总之，应该将外贸代理人以自己的名义对外签订合同所承担的风险降到最低。<sup>[13]</sup>

在合同法正式审议通过之前，曾经有过三个重要的草稿，即1995年的“试拟稿”、1997年的“征求意见稿”和1998年的“草案”。“试拟稿”确实是在“行纪合同”的第二节专门规定了“对外贸易行纪”，其核心内容和《关于对外贸易代理制的暂行规定》基本一致，仍然遵循合同的相对性，由外贸代理人首先对外承担责任，然后再进行追偿。但是“行纪合同”第一节“一般规定”第396条规定了“委托人的介入权”：“委托人可以介入行纪人与第三人签订的合同，直接对第三人行使权利和履行义务；但委托人的介入不得违反国家的法律或者合同的约定。”第397条规定了“第三人的选择权”：“第三人在确知委托人时，可以选择委托人或者行纪人，作为自己行使权利和履行义务的相对人。第三人一旦选定相对人，不得另行变更，法律另有规定的除外。”这是合同法第403条的雏形。根据梁慧星的介绍，试拟稿“关于对外贸易中的行纪，吸收了英美法的间接代理等制度”。<sup>[14]</sup>

在1997年的“征求意见稿”中，上述规定全部消失，完全恢复了大陆法系的传统。1998年的“草案”则又在“行纪合同”中恢复规定了委托人的“介入权”和第三人的“选择权”，但没有再设专节规定“对外贸易行纪”。“草案”第423条规定：“行纪人与第三人

[13] 参见张月娇：《三足鼎立分天下——中国式外贸代理制面临的法律问题》，《国际贸易》1997年第2期，第3页。

[14] 梁慧星：《从三足鼎立走向统一的合同法——合同法试拟稿的指导思想及其特色》，载全国人大常委会法制工作委员会民法室编：《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11页。

订立合同时，第三人知道委托人的，委托人可以介入行纪人与第三人订立的合同，以自己的名义对该合同直接享有权利、承担义务，但行纪人与第三人另有约定的除外。”第424条规定：“行纪人与第三人订立的合同，第三人知道委托人的，可以选择委托人或者行纪人作为该合同的相对人，但行纪人与第三人另有约定的除外。第三人依照前款规定选定相对人的，不得变更。”杜涛在对“草案”内容进行介绍时特别提及，上述两个条文是应外经贸部的要求而增加的，目的就是为了解决外贸代理问题。<sup>[15]</sup>这两个条文和后来的第402条、第403条还是存在非常大的差异：第一，这两个条文均以“第三人知道委托人”为前提条件，并没有出现“知道”和“不知道”的区分；第二，这两个条文在逻辑上存在矛盾，根据第423条的规定，只要第三人知道委托人的，委托人就可以介入，第424条则规定，只要第三人知道委托人的，第三人就可以选择。如果第三人选择代理人而委托人要求介入，则会出现法律适用的僵局。

正式通过的合同法最终将第402条和第403条纳入“委托合同”中，但同时保留了“行纪合同”。立法者可能没有意识到与先前的“试拟稿”和“草案”相关条文的体系位置相比，合同法的立法体例极大地拓展了第402条和第403条的适用范围。如果只是作为“行纪合同”的特殊规定，上述条文对合同相对性的冲击将会小得多。

## （二）条文内容的异化

条文内容的异化主要体现在第402条。第403条相对于传统大陆法系虽然具有异质性，但是属于纯粹的英美法系“不公开本人的代理”。有学者认为，合同法第402条、第403条是借鉴英美法代理制度的结果，第402条相当于英美法中的隐名代理，第403条相当于不公开本人的代理。<sup>[16]</sup>这一观点值得商榷。

第403条主要是对《代理公约》第13条第2款和第6款的模仿，但是第403条舍弃掉的内容恰恰是反映大陆法系特征的内容。《代理公约》第13条规定：<sup>[17]</sup>

（1）代理人于其权限范围内代理本人实施行为，在下列情形，其行为只拘束代理人和第三人：（a）第三人不知道、亦无从知道代理人是以代理人身份实施行为；或者（b）代理人实施该行为只对自己发生拘束力（例如所涉及的是行纪合同）。

（2）但是：（a）当代理人无论是因第三人不履行义务或是因其他理由而未履行或无法履行其对本人的义务时，本人可以对第三人行使代理人代理本人所取得的权利，但应受到第三人可能对代理人提出的任何抗辩的限制。（b）当代理人未履行或无法履行其对第三人的义务时，第三人可对本人行使该第三人对代理人所有的权利，但应受到代理人可能对第三人提出的任何抗辩以及本人可能对代理人提出的任何抗辩的限制。

（3）本条第2款所述各项权利只有在意欲行使这些权利的通知视情况送达代理人与第三人或本人时才可行使。一旦第三人或本人收到该项通知，即不得再与代理人交涉而解除自己的义务。

[15] 杜涛：《从合同法征求意见稿到合同法草案——〈中华人民共和国合同法（草案）〉介绍》，载前引〔14〕，全国人大常委会法制工作委员会民法室编书，第171页。

[16] 前引〔1〕，徐海燕书，第370页。这种观点影响非常大。在法院的判决书中，无论是当事人的主张还是法官的裁判说理，经常认为第402条属于隐名代理。

[17] <https://www.unidroit.org/instruments/agency>.

(4) 当代理人因本人未履行义务或无法履行其对第三人的义务时，代理人应将本人的名称通知第三人。

(5) 当第三人未履行其对代理人的合同义务时，代理人应将第三人的名称通知本人。

(6) 如果按照当时情况，第三人若知道本人的身份就不会订立合同时，本人不得对第三人行使代理人代理本人所取得的权利。

(7) 代理人可按本人明示或默示的指示与第三人约定，改变本条第2款或改变其效力。

《代理公约》第13条第1款的规定表明，该公约实际是以大陆法作为起点的，因为合同原则上只约束代理人和第三人，只有在例外情况下委托人才能行使介入权、第三人才能行使选择权。第13条第2款则是两大法系代理理论相互妥协的结果，只有在特定条件下委托人才能行使介入权、第三人才能行使选择权。<sup>[18]</sup> 与该款规定相比，第403条规定的行使条件更加严格，这也是司法实务中当事人主张适用第403条远少于第402条的重要原因。<sup>[19]</sup> 《代理公约》第13条第7款保留了当事人通过约定排除第2款适用的可能性，第13条第3、4、5款规定的通知义务，实际上是强调委托人介入权和第三人选择权的行使依据是法定的债权让与，这仍然是一种大陆法系的思维方式，合同法第403条均没有采纳。总体来看，由于源自英美法系的“不公开本人的代理”相对于大陆法系代理制度的固有异质性无法在根本上消除，合同法第403条对合同相对性原则仍然构成冲击。但是由于第403条规定的限制条件的严格性，第403条的冲击要弱一些。

合同法第402条的内容则存在严重的异化，该条既不是英美法的隐名代理，也不是传统大陆法的制度。英美法将代理分为两大类：公开代理（disclosed agency）和不公开代理（undisclosed agency），公开代理又分为显名代理（named agency）和隐名代理（unnamed agency）。<sup>[20]</sup> 前者根据代理人和第三人缔结法律关系时，第三人是否知道被代理人的存在进行区分；后者则是在第三人知道被代理人存在的前提下，根据第三人是否知道被代理人的确切姓名（身份）进行区分。

在学理上，大陆法系将代理区分为直接代理和间接代理。之所以说是在学理上，是因为大陆法系在立法上不存在间接代理，间接代理就是行纪。英美法中也不存在间接代理。间接代理的概念是两大法系的学者为了进行比较法分析而创造出来的学理概念。英美法的公开代理（包括显名代理和隐名代理）和大陆法的直接代理没有根本差异，真正的差异在于英美法的不公开代理和大陆法的行纪（间接代理）之间。在大陆法的行纪法律关系中，两个合同（行纪合同与行纪实行合同）、三方当事人（委托人、行纪人、第三人）的结构是固定不变的，行纪人以自己的名义进行的法律行为，其结果只能由自己承担，原则上委托人与第三人之间不发生法律关系。英美法不公开本人代理的实质是：“经适当授权的代理人在不公开他的代理人身份而以他自己的名义行动时，第三人不知道本人的存在。然而，在

[18] 前引〔4〕，Sebastian Kortmann 等文，第88页。

[19] 《代理公约》规定的本人行使介入权的条件是：代理人因第三人不履行义务或是因其他理由而未履行或无法履行其对本人的义务；合同法第403条规定的条件只是受托人因第三人的原因对委托人不履行义务；《代理公约》规定的第三人行使选择权的条件是：代理人未履行或无法履行其对第三人的义务；合同法第403条规定的条件只是受托人因委托人的原因对第三人不履行义务。

[20] See Francis Reynolds, *Unidentified Principals in Common Law*, 载前引〔4〕，Danny Busch 等编书，第55页。

某些明确限定的情况下，合同上的权利与义务直接及于本人与第三人。这两个人将成为主合同的当事人，而最初以自己的名义订立合同的代理人的居间地位不予考虑。”<sup>[21]</sup>这在传统大陆法系是不可思议的。

尽管大陆法系以名义为标准对代理进行区分，但是也考虑将代理人既没有明确地以被代理人的名义、也没有明确地以自己的名义进行的法律行为纳入直接代理的范围。例如，德国民法典第164条第1款规定：“某人在代理权限内以被代理人的名义所作出的意思表示，直接发生对被代理人有利或不利的效力。该意思表示是否明示地以被代理人的名义作出，或情势是否表明该意思表示系以被代理人的名义作出的，并无区别。”学者在解释该款第2句时，一般举商店营业员或者银行职员在营业场所实施职务行为的例子，或者是现金交易即时清结的例子。在解释论上，大陆法系普遍认可代理人表明自己的代理人身份但是不告知第三人被代理人的具体姓名的行为方式。如果第三人对被代理人究竟是谁不感兴趣，合同履行完毕各不相扰；如果第三人要求代理人披露被代理人姓名，代理人在合理期限内不披露的，将由代理人自己承担责任。<sup>[22]</sup>但是，只要代理人以自己的名义进行法律行为，他就被排除在直接代理的范围之外。因此第402条不可能是大陆法系的。问题是，第402条也不是英美法系的。英美法系并不根据名义标准对代理进行分类，它们根据第三人是否知道本人的存在进行分类。第402条和第403条确实根据第三人是否知道委托人和受托人之间的代理关系进行区分，表面上看和英美法的分类很类似。但是，第402条的前提条件是“受托人以自己的名义”，这在英美法的隐名代理中是不存在的。在英美法系，尽管有些学者明确指出不公开代理就是代理人以自己的名义和第三人进行法律行为的代理，<sup>[23]</sup>但是从来没有一位学者指出隐名代理是代理人“以自己的名义”进行法律行为。在英美法系，隐名代理和不公开代理的差别巨大，因为隐名代理属于公开代理，只要本人最终确定，本人和第三人之间直接产生法律关系。不公开代理中，本人只有在特定条件下才能行使介入权，而且不公开代理不能被事后追认。在公开代理中，本人事后追认的条件是，代理人没有代理权，但是以本人的名义和第三人进行法律行为，所以，一旦以自己的名义和第三人进行法律行为，就不存在追认的可能性。<sup>[24]</sup>因此，当代理人以自己的名义和第三人签订合同，试图证明构成隐名代理的难度非常大。英美法中隐名代理的最主要类型，是代理人向第三人表明自己的代理人身份，第三人知道本人的存在，但是不知道本人的确切姓名。

第402条一方面规定受托人必须以自己的名义，另一方面又规定只要第三人在订立合同时知道受托人和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。这在比较法上没有先例。如此规定的原因可能是：第402条、第403条的雏形一直被规定在行纪合同中，行纪合同的核心特征就是受托人以自己的名义进行法律行为，其规范目的是为了了解决外贸代理人以自己的名义与第三人进行法律行为时的法律效果归属问题，因此受托人以自

[21] [英] 施米托夫：《国际贸易法文选》，赵秀文选译，中国大百科全书出版社1993年版，第387页。

[22] 参见欧洲民法典研究组、欧盟现行私法研究组：《欧洲私法的原则、定义与示范规范：欧洲示范民法典草案》（第一、二、三卷），高圣平等译，法律出版社2014年版，第384页以下；[德] 维尔纳·弗卢梅：《法律行为》，迟颖译，法律出版社2013年版，第914页。

[23] 前引[7]，Stoljar书，第203页；Roderick Munday, *Agency: Law and Principles*, 3<sup>rd</sup> ed., Oxford University Press, 2016, p. 26.

[24] 同上引 Roderick Munday 书，第274页。

己的名义进行法律行为已经形成思维定式。立法者在先前的规定中一直考虑的是第三人知道委托人时的介入权和选择权问题，后来可能是受到《代理公约》的影响，开始区分第三人是否知道的不同情形，但是以自己的名义进行法律行为的前提条件没有改变。立法者并没有意识到这种内容异化会对未来的司法实践带来严重的负面影响。

第402条对合同相对性的冲击要比第403条大得多。根据第403条的规定，在委托人被披露以后，第三人有选择权；而根据第402条的规定，只要能够证明在合同订立时第三人知道受托人和委托人之间存在代理关系的，该合同直接约束委托人和第三人，第三人反而没有选择权。有学者在对“不公开本人的代理”进行比较研究时指出：“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，不公开本人和代理人之间的关系在何种程度上影响代理人和第三人之间的合同才是正当的。”<sup>[25]</sup> 托马斯·克莱布斯更是明确指出，允许不公开本人介入代理人签订的合同，是基于商业便利，但是必须尽最大努力避免第三人的利益因为这种介入而受到损害。<sup>[26]</sup> 在委托人、受托人和第三人之间，由于信息不对称，第三人处在相对弱势的地位。委托人和受托人不但可以隐瞒相关信息，甚至可能事后伪造相关信息。因此，在受托人以自己的名义进行法律行为时，一方面要严格限制委托人任意行使介入权，另一方面要赋予第三人选择权，使其有机会维持合同的相对性。<sup>[27]</sup>

### 三、体系位置的变动对司法实践的影响

如果第402条、第403条像“试拟稿”一样存在于“行纪合同”的单独一节“对外贸易行纪”中，那么随着外贸经营权的放开，这两个条文就自然死亡了。如果上述条文像“草案”一样规定在“行纪合同”的一般规定中，即使外贸经营权放开了，上述条文仍然可能对其他行纪制度例如货运代理制度产生影响，只是影响范围很难及于行纪制度之外。但是，第402条、第403条最终被规定在“委托合同”中，由此产生的体系影响则是全方位的。

自从拉班德发表那篇著名论文以来，大陆法系普遍接受了作为基础合同的委托合同和代理权授予行为的区分理论。<sup>[28]</sup> 实际上，委托合同不仅是直接代理的基础合同，而且也可能是行纪合同和居间合同的基础合同。甲委托乙处理一项事务，乙既可能以直接代理的方式，也可能以行纪的方式甚至是居间的方式去完成。名义标准是大陆法系区分理论的核心特征，无论当事人在委托关系的内部怎么约定，只要乙以自己的名义和第三人进行法律行为，原则上都是乙和第三人之间直接产生法律关系，只有在法律特别规定的情况下才可能在甲和第三人之间产生法律关系。但是，由于第402条和第403条的存在，原先只是解决委托人和受托人之间内部关系的委托合同开始产生意想不到的外溢效应。在中国的司法实践中，当乙接受甲的委托和第三人进行法律行为，法官对于究竟应该适用民法通则中的直接代理还是合同法中有关“行纪合同”的规定，甚至是直接适用“委托合同”中的第402条、第403条，感到茫然失措，原本泾渭分明的直接代理和行纪的区分变得模糊不清。

[25] W. Muller-freienfels, *Comparative Aspects of Undisclosed Agency*, 18 *Modern Law Review* 33 (1955).

[26] 参见前引[6], Thomas Krebs文, 第165页。

[27] 前引[4], Sebastian Kortmann等文, 第94页。

[28] 参见前引[5], 克茨书, 第318页以下。



### （一）对直接代理制度的影响

尽管民法总则和民法通则一样，坚持了大陆法系代理制度的显名主义传统，但是只要委托合同中存在第402条和第403条，很多时候这种坚持就是徒劳的。

在“王智房屋买卖合同纠纷申诉案”中，<sup>[29]</sup>王智诉称，其与耿秀萍签订房屋买卖合同时，误以为耿秀萍有代理耿效宇签订合同的权利，后发现耿秀萍没有代理权，立即行使了撤销权，合同因此无效。法院审查认为，耿秀萍在合同书落款处签字时已经写明“代耿效宇”，同时定金收据也显示定金给付人是耿效宇。因此，根据合同法第402条的规定，涉案合同直接约束耿效宇和王智。但是，耿秀萍在合同书落款处写明代理意旨，本案就不存在适用合同法第402条的可能性，因为耿秀萍并没有以自己的名义进行法律行为。本案的关键在于是否存在代理权的授予，如果有，则按照民法通则第63条解决；如果没有，则按照民法通则第66条解决。

在存在有效代理权授予的前提下，适用民法通则第63条或者适用合同法第402条，似乎在最终结果上没有本质差别，但是这是两种完全不同的思维方式。如果不存在有效的代理权授予，适用合同法第402条就是将无权代理直接转变为有权代理，从而架空了有关表见代理的规定，并且，在本人是否有追认权方面，也有重大差异。如果案件发生在英国，耿秀萍以耿效宇的名义签订合同，事后发现没有代理权的，属于无权代理，在第三人撤销之前，公开的本人即耿效宇有追认的权利；如果耿秀萍以自己的名义签订合同，事后发现没有代理权，则不公开的本人自始不存在追认的权利。在1901年的 *Keighley, Maxsted & Co. v. Durant* 案中，麦克那顿法官明确指出：“英国法中的民事义务不能由不公开的意图进行创设，或者是奠定在不公开的意图上。”<sup>[30]</sup> 尽管一直有人试图挑战这项规则，但是直到2011年的最新判决，法官仍然坚持，约束不公开本人的代理权必须在代理人签订合同时就存在，这是英国法上清晰的法律。<sup>[31]</sup>

与上述案件中法官直接用合同法第402条代替民法通则第63条相比，在“利宏公司与袁福珍、曾显福房屋买卖合同纠纷案”中，<sup>[32]</sup>法官则同时适用民法通则第63条和合同法第402条。该案中，原告袁福珍是买受人，被告曾显福是代理人，利宏公司是被代理人。利宏公司没有在合同书上加盖公章，但是在《内部承包协议书》中委托曾显福全权售房。法院依据民法通则第63条和合同法第402条判决房屋买卖合同合法有效，对二被告曾显福、利宏公司均有约束力。但是，这两个条文水火不容，根本不存在同时适用的可能。本案同样与合同法第402条没有任何关系，因为当事人之间的代理意旨表述非常明确，问题的核心仍然在于是否存在有效的代理权授予和代理权的范围问题。如果法院认定不超越授权范围，根据民法通则第63条作出判决即可，也不存在该合同对二被告同时有效的问题，该合同只能对被告利宏公司有效。<sup>[33]</sup>

上述两个案件表明，合同法第402条对直接代理制度的干扰和影响已经显露无疑，很多

[29] 北京市高级人民法院（2016）京民申4319号。

[30] 前引[23]，Roderick Munday书，第275页。

[31] 前引[6]，Thomas Krebs文，第165页以下。

[32] 四川省泸州市中级人民法院（2012）泸民终字第609号。

[33] 在“徐明宝与朱建云、马永勤财产损害赔偿纠纷案”〔（2017）吉民申2009号〕中，吉林高院也同时依据民法通则第63条和合同法第402条作出判决。

时候它使得代理的显名主义、无权代理的法律效力、表见代理的认定标准等都失去了意义。法官的注意力主要集中于当事人“是否知道”这个主观标准上，对于代理权授予的法律效力 and 范围问题反而不予关注。

## （二）对行纪制度的影响

第402条、第403条对行纪制度的影响主要体现在货运代理领域。在传统大陆法系国家，货运代理合同（承揽运送合同）一般作为行纪合同的一个亚类进行规定。货运代理合同在我国属于无名合同。根据原对外贸易经济合作部1995年颁布的《国际货物运输代理业管理规定》第2条和商务部1998年颁布的《国际货物运输业管理规定实施细则》（2004年修订）第2条的规定，国际货运代理人既可以以委托人的名义，也可以以自己的名义为委托人办理国际货物运输及相关业务。第402条、第403条给法院处理货运代理纠纷带来了很多困惑。<sup>[34]</sup>

在“维度公司与建峰公司海上货物运输合同纠纷案”中，<sup>[35]</sup>浙江高院适用第403条解决货运代理合同纠纷。维度公司委托富豪公司作为外贸代理人，为其办理一批服装的出口业务。富豪公司委托飞轮公司办理相关订舱事宜，飞轮公司以无船承运人的身份向富豪公司签发提单。飞轮公司又以自己的名义委托建峰公司订舱，建峰公司作为无船承运人向飞轮公司签发了记名提单。飞轮公司随后收回了自己的提单，并将建峰公司的提单通过富豪公司转交给了维度公司。货物出运后，因国外客户未付款赎单，最终导致涉案货物在目的港灭失。维度公司起诉要求建峰公司赔偿因无单放货导致的货款损失。

宁波海事法院在一审判决中认为：根据第403条的规定，在飞轮公司披露了建峰公司后，维度公司可以行使飞轮公司对建峰公司的权利。同时维度公司合法持有建峰公司签发的正本提单，作为正本提单持有人，可以要求承运人承担责任。由此判决建峰公司赔付维度公司相应货款损失。

建峰公司提起上诉，理由是：第一，飞轮公司是以自己的名义向建峰公司订舱，维度公司和建峰公司之间不存在合同关系。原审判决适用第403条，曲解了建峰公司、维度公司和飞轮公司之间的法律关系。第二，飞轮公司作为无船承运人已经向维度公司签发了提单，原审判决认为飞轮公司和维度公司之间属于委托合同关系显然有误，两者已经构成海上货物运输合同关系。第三，建峰公司出具给飞轮公司的提单是记名提单，不具有可转让性，即使维度公司持有该提单，也不享有提单权利。第四，因维度公司和国外买家存在贸易纠纷，导致货物到港后一直没有人提货，最后由进口国海关进行了处理。建峰公司一直向飞轮公司披露上述情况，尽到了告知义务，建峰公司不应承担无单放货的责任。但是浙江高院几乎未对上述理由进行分析，仍然坚持适用第403条，维持原判，驳回上诉。

本案判决存在如下问题值得分析：第一，第402条和第403条的立法目的就是为了解决外贸代理问题，法院几乎完全忽略作为外贸代理的富豪公司的存在。如果富豪公司是以维度公司的名义和飞轮公司签订合同，富豪公司应该消失；如果富豪公司是以自己的名义和飞

[34] 最高人民法院就第402条能否适用于货运代理合同的问题专门与全国人大法工委进行过沟通，最终的结论是“在目前的司法实践中，无论是海事审判还是涉外商事审判，对该条的理解和适用均存在疑问，需要统一考虑，必要时请全国人大法工委作出解释”。但是这个解释一直没有出现。参见万鄂湘、陆效龙、余晓汉：《最高人民法院2009年海事海商审判综述》，《环球法律评论》2010年第5期，第154页。

[35] 宁波海事法院（2011）甬海法商初字第99号民事判决书；浙江省高级人民法院（2011）浙海终字第102号民事判决书。

轮公司签订合同,飞轮公司签发无船承运人提单,那么富豪公司和飞轮公司之间成立运输合同。如果提单上的托运人是富豪公司,即便是在英国,维度公司也很难主张不公开代理中的介入权。如果飞轮公司没有签发提单,其以自己的名义委托建峰公司,建峰公司签发无船承运人提单的,那么,富豪公司和飞轮公司之间涉及转委托的问题,飞轮公司和建峰公司之间涉及运输合同问题。维度公司能否起诉飞轮公司要看维度公司是否授权给富豪公司,富豪公司和飞轮公司之间究竟属于转委托还是属于复代理,<sup>[36]</sup>但是绝不可能一步跨到建峰公司。建峰公司的抗辩是合理的,其签发的提单是不可转让的,它只和飞轮公司存在法律关系。<sup>[37]</sup>

第二,在商业实践中,一部分代理人有意识地选择以自己的名义和第三人进行法律行为。第一种情况是,不公开本人主动要求代理人以自己的名义进行法律行为,因为他和第三人之间存在竞争关系。如果第三人知道实际的交易对象是谁,交易条件会比较苛刻。第二种情况是,代理人不愿意让第三人知道谁是本人,因为他花费了大量的时间和精力发展出一个销售网络。如果第三人知道本人的存在,他就会被踢开。第三种情况是,本人和第三人都知道代理人以自己的名义进行法律行为,甚至本人和第三人相互之间也知道对方的存在,但是他们都只愿意和代理人产生直接的法律关系。以货运代理人为例,承运人明确知道托运的货物不是货运代理人自己的,货主也明确知道货运代理人不可能亲自运输。但是承运人一般不愿意和成千上万的货主打交道,货主的散货通过货运代理的组织以一单货物托运给承运人;货主也不愿意和承运人直接打交道,因为承运人可能是一家外国公司,货主直接和承运人联系可能运费更高,而且货主也很难了解货运的具体事宜。这种承担特别责任的代理人包括拍卖商、保险经纪人、证券经纪人、海运经纪人、运输代理人、广告代理人、保付代理人等。在英美法系,这些代理人也不能作为不公开代理人对待,因而委托人没有介入权,第三人也没有选择权。“承担特别责任的代理人的金融地位往往极易为第三人所接受,第三人对代理人的信任高于对他可能完全不知道的本人信誉的信任。例如,在许多情况下,第三人与该特定的代理人建立了固定的贸易模式,而代理人往往为几个不同的本人工作。”<sup>[38]</sup>合同法第402条和第403条却可以被本应承担特别责任的代理人用来逃避责任。<sup>[39]</sup>

在“中国裁判文书网”中用“合同法第402条”“合同法第403条”作为关键词进行

[36] 关于货运代理转委托的分析,参见方新军:《货运代理转委托的类型区分和法律效力》,《法学研究》2015年第1期,第125页以下。

[37] 在天津高院审理的“鲜味坊饭店与滨海新区国有商业投资集团等联营合同纠纷案”[(2016)津民终136号]中,滨海新区公园管理所授权国投公司开发河滨公园,国投公司设立全资子公司河滨公司,并授权其负责河滨公园开发事宜,河滨公司又授权国成公司负责开发事宜,国成公司以自己的名义和鲜味坊签订合作经营协议,鲜味坊对经营区域进行了装修,但是因为政策变化不允许民营资本参与公园开发,合作经营协议被解除。问题是哪一个主体应该赔偿鲜味坊的投入和损失?鲜味坊认为是国投公司,国投公司、河滨公司和国成公司认为是河滨公司。一审依据第402条判决由国投公司承担损害赔偿赔偿责任。二审维持原判。问题是,天津高院在判决书中明确指出滨海新区公园管理所和国投公司之间也是民事法律关系中的委托合同关系,不是行政管理授权性质。那么为什么不是由滨海新区公园管理所承担损害赔偿赔偿责任呢?如果不存在第402条,只能是国成公司对鲜味坊饭店承担损害赔偿赔偿责任。只有在国成公司破产的情况下,鲜味坊才有可能承受不利。这也是某些国际公约和某些国家民法典只在代理人破产情况下例外准许介入权和选择权存在的理由。

[38] D. J. Hill, *Agents with Special Responsibility*, *Journal of Business Law*, 1964, Stevens & Sons Limited, London, p. 304.

[39] 货运代理行业的实务人士竭力主张通过适用第403条还原海上货运代理的传统职能,其核心观点就是通过打破合同相对性原则的约束,使货运代理人能够置身事外。参见高伟:《正本清源还原海上货运代理的传统职能——以〈中华人民共和国合同法〉第403条为基础构建中国的海上货运代理制度》,《中国海商法研究》2012年第2期,第17页以下。

检索之后，再用“货运代理”作为关键词进行检索，包括上述案例共获得8个相关案例。其中适用第402条一个，适用第403条一个，其他6个案例中法院均坚持合同的相对性。不适用上述两个条文，可以看出法院对突破行业惯例心存顾忌。但是在拒绝适用上述条文的案件中，法院经常面临说理困难，因为货运代理托运的货物不是他自己的，是一个众所周知的事实，很多时候第三人确实知道真正的托运人是谁。法院为了坚持合同的相对性，有时对当事人的主张不作任何回应，实际上也是一种无奈之举。

### （三）其他外溢影响

如果说第402条、第403条对直接代理和行纪制度的影响，是因为委托合同作为基础合同和上述制度之间存在千丝万缕的联系，那么其他外溢影响则完全是因为委托合同本身的体系位置。这类案件的典型表现是当事人试图通过主张第402条或者第403条来改变既有法律关系的性质，从而达到自己的特殊目的。尽管很多时候并没有成功，但也给司法机关增添了很多负担。

在“天健公司、广厦公司合资开发房地产合同纠纷案”中，<sup>[40]</sup>当事人试图通过第402条替换隐名合伙和借贷法律关系，从而为自己的行为寻求正当性。该案中，杨洪源和雷清波等三人签订“共同开发某房地产项目协议”，由雷清波担任法定代表人的广厦公司竞得国有土地使用权，同时四人约定每人出资2500万元共同设立天健公司开发房地产。杨洪源分两次实际出资452万元，第一次出资172万，其中70万借自黄贺茹、102万借自黄建文；第二次出资280万元，资金来源于陈小荣等三人。后杨洪源无力继续履行出资义务，与雷清波等产生纠纷。黄贺茹、陈小荣等五人要求天健公司退还相应款项，天健公司加算利息后予以退还。杨洪源认为黄贺茹等五人和天健公司无任何法律关系，天健公司单方面的退款行为侵犯了他作为股东的合法权益，因为该土地使用权已经大幅增值。根据先前法院的生效判决，杨洪源对该地块享有8.88%的权益。天健公司抗辩称，黄贺茹等五人和杨洪源之间不是借贷关系，而是投资关系，“因投资收益归隐名出资人享有，且管理权限又完全归名义出资人，则二者之间形成隐名委托代理关系，也即杨洪源仅仅是五位实际出资人在天健公司房地产项目的实际投资人而已”。特别是杨洪源和陈小荣等三人签订协议时，雷清波甚至还是见证人。因此根据第402条、第403条的规定，作为第三人的天健公司在知道委托人以后，可以选择与陈小荣等三人发生法律关系。天健公司退款以后，作为代理人的杨洪源就不再享有代理权，更不能享有投资收益权。一审法院不支持被告关于适用合同法第402条、第403条的主张，判决雷清波、天健公司、广厦公司向杨洪源返还2157万元。

被告不服一审判决提起上诉，江西高院认为，杨洪源和黄贺茹等二人构成借贷法律关系，和陈小荣等三人构成隐名合伙关系。因为上述五人不承担亏损并享有固定回报，杨洪源与五位出资人之间并无委托代理的意思表示，且隐名合伙与隐名委托代理不是同一法律概念，故雷清波等上诉人的主张不能成立。无论杨洪源与五位出资人内部是合伙关系还是借款合同关系，杨洪源与五位出资人就诉争资金投入问题发生的争议，按照内部合同解决，与本案属于不同的法律关系。

[40] 江西省高级人民法院（2016）赣民终458号。

在“阿尔赛公司与山东鲁阳浩特公司等管辖权纠纷案”中，<sup>[41]</sup>当事人试图通过主张第402条改变案件的管辖地。阿尔赛公司起诉鲁阳浩特公司、鲁阳节能公司、金奇峰公司侵犯其实用新型专利权，因被告之一金奇峰公司位于苏州市，因此在苏州中院起诉。鲁阳浩特公司提出管辖权异议，理由是涉案产品是阿尔赛公司委托金奇峰公司以自己的名义向鲁阳浩特公司购买，再由金奇峰公司向阿尔赛公司转卖，两者属于委托代理关系。根据第402条和民法通则第63条的规定，真正的涉案主体是阿尔赛公司和鲁阳节能公司、鲁阳浩特公司，金奇峰公司并非本案当事人。因此案件的管辖地应为山东淄博市。阿尔赛公司坚持其和金奇峰公司之间是买卖关系，因为金奇峰公司赚取了涉案物品的差价。苏州中院裁定驳回该管辖权异议，江苏高院驳回上诉，维持原裁定。

在“XXX、张士林、海源阁等股权转让纠纷案”中，<sup>[42]</sup>当事人试图通过主张第402条突破公司法关于有限责任公司股权转让的限制。该案中，XXX将亚世公司的股权转让给张士林，并办理了股权过户手续。后因公司未能清偿先前所欠银行贷款，反而新增贷款，违反股权转让协议中的约定，海源阁公司和张士林要求解除股权转让协议，XXX应退还股款并承担相应的违约责任。山东高院依据第402条认定海源阁公司具有诉讼主体资格，因为张士林是基于海源阁公司的委托，以自己的名义和XXX签订股权转让协议，其中收购款均由海源阁公司支付。XXX不服一审判决上诉至最高院，除书面协议外，XXX另提供三份录音证据证明张士林本人是股权受让的主体。

最高院认为，海源阁公司主张张士林系受其委托与XXX签订相关协议，但并未提交证据证明其向XXX披露了该代理关系。案涉股权转让款由海源阁公司财务人员的私人账户转给XXX，仅此事实并不能直接得出海源阁公司是案涉股权转让合同主体的结论。因此撤销山东高院的判决，发回重审。实际上，在本案中，即使能够证明XXX在签订股权转让合同时知道张士林和海源阁公司的委托关系，法院也应该坚持合同的相对性。因为根据公司法第71条和第72条的规定，股东对外转让股权的，应征得其他股东过半数同意，同时其他股东还有优先购买权。即使XXX知道，并不代表其他股东也同意。如果海源阁公司是上市公司，适用第402条还可能使证券法第67条关于重大事件披露义务的规定落空。

这种因为体系位置的外溢影响所引发的案件类型非常多样。在“中国银行福州市马江支行与陈素金、祝瑛等金融借款合同纠纷案”中，<sup>[43]</sup>当事人主张适用第402条解决商业银行的内部授权问题。在系列案件“王平与奥斯玛公司、建安公司、辉华公司执行异议案”等判决中，<sup>[44]</sup>挂靠人均试图通过主张第402条改变挂靠投标的违法性，进而主张被挂靠公司账户中的保证金归其所有，第三人不能强制执行。在“廖艳清与刘俞宏返还原物纠纷案”中，<sup>[45]</sup>当事人主张适用第402条解决汽车挂靠租赁问题。在“焦作市商业银行马村支行与东星公司、未来公司等金融借款合同纠纷案”中，<sup>[46]</sup>当事人主张适用第402条解决政府协调破产企业

[41] 江苏省高级人民法院（2016）苏民辖终221号。

[42] 山东省高级人民法院（2014）鲁商初字第24号。

[43] 福建省高级人民法院（2014）闽民终字第659号。

[44] 广东省高级人民法院（2013）粤高法民终字第64号、（2013）粤高法民终字第65号、（2013）粤高法民终字第66号、（2013）粤高法民终字第67号。

[45] 广西壮族自治区高级人民法院（2013）桂民提字第146号。

[46] 河南省高级人民法院（2014）豫法民一终字第122号。

还款问题。在系列案件“沈胡才与兰州天润汽车销售公司、尤海学财产损害赔偿纠纷案”中，<sup>[47]</sup>当事人主张适用第402条和第403条解决融资租赁合同中的租赁物转让问题。尽管在上述案件中法院基本不采纳当事人的主张，但是这种外溢影响确实增加了法院的讼累。

#### 四、条文内容异化对司法实践的影响

这种影响集中体现在第402条上。很长一段时间以来，无论是学术界还是实务界，均认为第402条在规范性质上属于隐名代理。前文已经论述这是一种极大的误解。隐名代理作为直接代理的一种简化方式，在实务中本较为少见，但是前文提及的案例检索表明，涉及第402条的案例占整个案件比例的77%。如果只涉及隐名代理，第402条不可能有如此广泛的适用范围。

##### （一）第402条的随意适用

这类案件表现为法院随意适用第402条，从而导致同一法院的前后判决矛盾，不同法院对于同一案件事实的判决相互矛盾。

在“假期旅行社申请服务租赁合同纠纷再审案”中，<sup>[48]</sup>假期旅行社不服北京二中院适用第402条的民事裁定，向北京高院申请再审，北京高院裁定驳回。该案中，假期旅行社和北京东城区机关服务中心签订房屋租赁合同，因为机关服务中心不能提供相关权属证明导致假期旅行社无法进行装修营业，因此要求解除房屋租赁合同并赔偿相关损失。北京东城区法院在一审民事裁定中认为，假期旅行社和机关服务中心签订合同时，出具了案外人桂林市政府驻北京联络处的委托书。因此根据第402条的规定，假期旅行社不是涉案合同的当事人，无权以自己的名义向机关服务中心提起合同之诉，原告主体不适格，裁定驳回。

假期旅行社不服一审裁定，向北京二中院提起上诉。理由是，一审法院适用第402条认定原告主体不适格与其先前的判决存在矛盾。在房屋租赁合同存续期间，假期旅行社曾将案涉房屋的一层租给咖发餐饮公司，后因该房屋不能经营餐饮业务导致合同解除。在咖发公司提起的诉讼中，北京东城区法院在（2015）东民初字第04824号民事判决中，认定假期旅行社是租赁合同的主体。北京二中院在（2015）二中民终字第08112号的二审判决中也认定假期旅行社是租赁合同的主体。但是北京二中院认为，尽管在上述二审判决中二中院提及机关服务中心将房屋租赁给假期旅行社，但是不能以此否定本案合同主体的认定。根据第402条的规定，假期旅行社的上诉理由不成立。假期旅行社申请再审，北京高院仍然支持北京二中院的意见，裁定驳回。

假期旅行社在北京穷尽司法程序以后，改变思路去广西主张权利。其在桂林市象山区法院诉称，桂林驻京办委托其和北京东城区机关服务中心签订房屋租赁合同，合同签订以后因为机关服务中心的原因导致合同被解除。假期旅行社主张根据委托合同，由桂林驻京办偿付其为履行委托合同而预先支付的费用。桂林象山区法院认为，<sup>[49]</sup>桂林驻京办确实给

[47] 青海省高级人民法院（2016）青民终字第18号、（2016）青民终字第19号、（2016）青民终字第20号。

[48] 北京市东城区人民法院（2015）东民初字第14464号；北京市第二中级人民法院（2016）京02民终47号；北京市高级人民法院（2016）京民申1787号。

[49] 广西壮族自治区桂林市象山区人民法院（2016）桂0304民初2903号。

假期旅行社出具了一份委托书，但是假期旅行社以自己的名义和机关服务中心签订了房屋租赁合同。在合同签订以后，桂林驻京办向假期旅行社发出《关于撤销委托书的通知》，其中载明：委托书是东城区机关服务中心请求出具，只是作为推荐介绍之意。现推荐介绍工作已经完成，特此通知你公司，原委托书作废。桂林驻京办自始至终未参与任何房屋租赁事宜。在北京东城区法院（2015）东民初字第04824号民事判决和北京二中院（2015）二中民终字第08112号的二审判决中，假期旅行社均被作为租赁合同的主体。因此法院判决在桂林驻京办和假期旅行社之间不存在委托关系，驳回假期旅行社的诉请。假期旅行社提起上诉，桂林中院维持原判，驳回上诉。<sup>[50]</sup>

一个不算太复杂的房屋租赁合同居然经历了五次审理，假期旅行社以自己的名义签订房屋租赁合同以后，交付了租金并支付了部分装修费用，最终因为出租方的原因解除合同，竟然无处主张损害赔偿。当他主张第402条时，法院坚持合同相对性；当他主张合同相对性时，法院坚持第402条。北京东城区法院和二中院的判决前后矛盾，广西桂林法院的判决和北京法院的判决又截然相反。如果没有第402条，假期旅行社基于合同的相对性起诉机关服务中心的主体地位不存在任何疑问，机关服务中心因自身原因导致合同解除，应对假期旅行社的相关损失作出赔偿。

## （二）第402条和第403条的混适用

在“中石化长沙分公司与捷西公司、金府公司建设用地使用权转让纠纷案”中，<sup>[51]</sup>中石化长沙分公司委托金府公司以长沙分公司的名义购买建设加油站的建设用地使用权，但是金府公司以自己的名义和捷西公司签订《土地使用权转让合同》。其后，捷西公司选择与中石油湖南分公司合作，导致和金府公司签订的合同无法履行。中石化长沙分公司主张根据第402条，捷西公司有义务将土地使用权过户到长沙分公司名下。因为在金府公司和捷西公司签订的合同中约定，捷西公司将某土地使用权转让给金府公司用于中石化长沙分公司加油站建设，同时协助金府公司将该土地使用权登记在中石化长沙分公司名下。

一审法院认为，尽管有上述协议的存在，但是在金府公司和捷西公司随后签订的补充协议中明确说明，《土地使用权转让合同》只是为银行转账所用。金府公司甚至告知捷西公司，《土地使用权转让合同》只是为了应付中石化长沙分公司，不作为履约合同使用。因此，中石化长沙分公司不得依据上述合同要求捷西公司将涉案土地过户至其名下。尽管法院自己可能并没有明确地认识到，但是上述说理非常符合英美法系适用不公开代理的两项限制条件：（1）代理人在实际的授权范围内，为了不公开本人的利益签订的合同，不公开本人可以起诉和被诉；（2）在缔结合同时，代理人必须有为不公开本人利益的意图。<sup>[52]</sup>上述证据确实表明金府公司没有为中石化长沙分公司签订合同的意图。

但是，法院的以下说理则只能用混乱来形容：“在中石化长沙分公司未提供充分证据证明捷西公司在与金府公司签订《土地使用权转让合同》和《资金归还协议》时，知道或应当知道金府公司是受中石化长沙分公司的委托及金府公司的具体代理权限的情况下，捷西公司有理由相信金府公司有权与其签订《资金归还协议》，捷西公司系善意相对人。根据合

[50] 广西壮族自治区桂林市中级人民法院（2016）桂03民终2755号。

[51] 湖南省高级人民法院（2015）湘高法民一终字第90号。

[52] 前引[6]，Thomas Krebs文，第164页。

同法第403条第3款委托人行使受托人对第三人的权利的，第三人可以向委托人主张其对受托人的抗辩的规定，捷西公司有权以资金归还协议之约定对抗中石化长沙分公司要求其交付讼争土地的主张。”在上述说明中，法官完全没有意识到第403条第3款的适用是以该条第1款的适用为前提，而法官在前面认定的事实已经排除了中石化长沙分公司介入的可能性。如果长沙分公司不能介入，那么其与捷西公司之间就没有任何法律关系，捷西公司根本无需主张所谓的抗辩权。

湖南高院显然注意到这个问题，因此在二审判决中认为，从合同内容判断捷西公司应当知道金府公司代中石化长沙分公司购买涉案土地，因此根据第402条的规定，《土地使用权转让合同》直接约束捷西公司和中石化长沙分公司。再根据第403条第3款的规定，金府公司和捷西公司签订的《资金归还协议》也对中石化长沙分公司产生法律效力。但是如此认定，新的矛盾又产生了，因为第402条和第403条是两个完全不同的、独立的请求权基础，第402条本身并没有包含抗辩权条款。如果法院想适用第403条第3款，那就只有通过第403条第1款让中石化长沙分公司行使介入权。但是即便如此，能否适用第403条第3款也存疑，因为金府公司免除捷西公司履行主合同义务并放弃主张违约赔偿责任，显然不在长沙分公司的授权范围之内。即使是在英美法系，代理人超越授权范围和第三人进行的行为，原则上也无法约束不公开的本人。<sup>[53]</sup>

如果没有第402条、第403条，本案将按照合同相对性原理予以解决。根据合同法第121条的规定，因为捷西公司原因导致金府公司无法履行对中石化长沙分公司的委托合同，金府公司应当承担违约责任，然后再由其向捷西公司追偿。金府公司单方面免除捷西公司违约责任的后果由其自己承担。由本案可以看出，名义标准实际上很重要，这也是为什么《欧洲示范民法典草案》在“委托合同”中单独规定一节“指令”，其第4.4-4:102条第2款规定，如果委托合同没有规定是直接代理委托还是间接代理委托，受托人必须请求委托人发出指令。第4.4-4:103条第3款则规定，如果委托人没有发出指令，那么受托人可以选择直接代理或者间接代理，甚至可以拒绝履行。这是非常具有实用价值的条文。

### （三）第402条、第403条的多余适用

这类案件表现为法院适用第402条或者第403条纯属多余，因为根据传统的民法理论已经可以解决纠纷，引用上述条文反而引起不必要的上诉和再审，浪费司法资源。

“冶金工业部华东勘察基础总公司、黄六叶房屋买卖合同纠纷案”<sup>[54]</sup>先后经历了三次审理，一审法院适用第402条，二审法院不适用，再审又适用。纵横公司、冶金公司和中诚公司签订三方以物抵债协议，约定中诚公司以价值400万元的房产抵充纵横公司欠冶金公司的工程款。具体的履行方式是，由冶金公司寻找购房人，然后指定中诚公司与特定购房人按特定价格签订房屋买卖合同并办理相关过户手续，但是购房款直接支付给冶金公司。冶金公司指定的购房人黄六叶与中诚公司签订购房协议并办理了登记手续，但是冶金公司一直未收到购房款，因此起诉购房人黄六叶要求支付房款。黄六叶辩称，在其一次性全额付款的《证明》上有担保人张某的签名和证明人曹某的签名。张某声称其受冶金公司项目经

[53] See G. H. L. Fridman, *The Law of Agency*, London Butterworths, 1996, pp. 285 - 286.

[54] 安徽省高级人民法院（2016）皖民再37号。



理孔某的委托寻找购房人，张某再委托徐某，徐某找来黄六叶。黄六叶同时辩称，因徐某欠黄100万元，黄将欠条还给徐某就等于付清了房款，至于徐某是否将钱付给张某，张某是否付给冶金公司，黄不知情。

一审法院认为，黄六叶和中诚公司签订房屋买卖合同时知道冶金公司和中诚公司之间的委托关系，而且不能完全证明自己已经支付购房款，因此根据第402条的规定冶金公司可以要求解除房屋买卖合同关系，黄六叶应将案涉房屋予以返还。二审法院认为，在三方抵债协议中，冶金公司并没有取得房屋所有权，冶金公司和黄六叶之间没有任何合同关系，冶金公司在委托书中以及中诚公司和黄六叶签订的协议中对黄六叶的付款义务未作约定，一审直接判令黄六叶将案涉房屋返还给冶金公司无事实和法律依据。二审裁定撤销一审法院判决。再审法院撤销二审判决，重新维持一审判决。

法院在审理中一直纠缠于是否适用第402条上，反而忽略了核心问题。冶金公司可以向黄六叶主张购房款，但是依据不应是第402条，而应是第80条。在三方抵债协议中，房屋的所有权没有发生移转，委托人无法委托受托人处分受托人自己的财产。本案中，如果是中诚公司无法交付房屋，或者无法办理登记手续，第三人主张选择权，冶金公司也无法履行合同。根据案件事实，冶金公司只是享有指定房屋买受人的权利，中诚公司负有将房款支付给冶金公司的义务，双方约定由购房人将房款直接支付给冶金公司，在法律性质上属于债权让与。本案的关键是购房人是否已经适当地履行了付款义务。在“冶金工业部华东勘察基础总公司、戴宏文房屋买卖合同纠纷案”中，<sup>[55]</sup>除了购房人不同以及购房人主张直接向徐某支付90万元现金之外，其他案件事实完全一样。在两个案件中异常关键的徐某均未见出庭，其有可能涉及诈骗。因此该案的关键是，在徐某消失以后，冶金公司和黄六叶谁更应该承担风险，即谁处在更能够避免损失的地位。法院应该仔细审查孔某是否构成委托代理或者职务代理，孔某和张某之间究竟属于转委托还是复代理，张某和徐某之间究竟属于转委托还是复代理，冶金公司在授权时是否明确告知具体付款方式，黄六叶在付款时是否尽了最大注意义务。如果法院认定黄六叶已付款，冶金公司要承担徐某消失不能付款的风险；如果法院认定黄六叶未付款，冶金公司也不能解除合同，因为冶金公司不是房屋买卖合同的当事人，它只是受让了债权。

在“中轻公司、中外运福建公司泉州分公司物流委托协议案”中，<sup>[56]</sup>法院多此一举地适用第403条，反而使得判决说理充满了矛盾。中轻公司与中外运泉州分公司签订《物流委托协议》，约定后者代理前者的化工原料保管业务，如果货物发生短少、毁损、灭失，泉州分公司对中轻公司的实际损失承担赔偿责任。泉州分公司以自己的名义与兆丰物流签订《仓储保管合作协议》。事后，在中轻公司未发出任何指令的情况下，仓储的化工原料出现大规模短少。中轻公司诉请中外运泉州分公司承担损害赔偿责任，泉州分公司认为其与兆丰公司签订仓储协议时，已经明确告知兆丰公司委托人是中轻公司。因此根据第402条，仓储合同在中轻公司和兆丰公司之间直接产生法律效力，货物短少的责任应该由兆丰公司承担。一审法院认为，虽然根据第402条、第403条第1款的规定，在特定情况下委托人有权

[55] 安徽省高级人民法院（2016）皖民再38号。

[56] 福建省高级人民法院（2016）闽民终949号。

向与受托人订立合同的第三人主张权利，但委托人并不因此丧失直接向受托人提出主张的权利，委托人有权选择向谁主张权利。本案中，中轻公司依据与泉州分公司签订的《物流委托协议》起诉，并未向兆丰公司提出诉讼请求。因此，即使泉州分公司关于仓储协议项下所产生的权利义务依法应直接约束中轻公司与第三人的主张成立，也不意味着泉州分公司对中轻公司负有的合同义务得以免除。因此，根据第403条第1款判决泉州分公司承担损害赔偿责任。福建高院在二审中认为“根据合同相对性原则，中外运泉州分公司对中轻公司负有的合同义务并不因中外运泉州分公司与兆丰公司另行签订仓储保管合作协议而得以免除或转嫁给兆丰公司”，一审法院适用法律正确，应予维持。

上述法院判决的目的就是要维持合同的相对性，但是法院适用第403条第1款确属多此一举。因为根据第403条第1款的规定，委托人只能和第三人产生直接的法律关系，不存在委托人选择受托人的可能性。实际上，《物流委托协议》明确载明，中轻公司经过多方面考察，决定在兆丰物流公司仓库开展代理保管业务，仓储物流服务由泉州分公司负责。具体操作流程是中轻公司出具《出仓通知单》给泉州分公司，然后由泉州分公司出具自己的《出仓通知单》给兆丰公司。如果货物短少，则应当由泉州分公司对中轻公司承担损害赔偿责任。这是委托人明知第三人的存在，仍然只愿意和受托人打交道的典型例子。这个案件非常鲜明地反映出第403条对合同相对性原则的冲击给法院带来的困惑。

#### （四）委托贷款案件中第402条的选择适用

涉及委托贷款的案件基本成为法院适用第402条、第403条的重灾区，在各高院裁判的68个案件中，11个案件涉及委托贷款；在最高院裁判的5个案件中，有2个是委托贷款案件。如果以“借款”作为关键词进行检索，涉及第402条、第403条的案件是250个，在全部检索案件中占21%。

在“星航企业与隆江公司等金融借款合同纠纷案”中，<sup>[57]</sup>星航企业与浦发银行签订《委托贷款协议》，委托浦发银行向隆江公司发放贷款8000万元。同时，星航企业作为委托人、浦发银行作为贷款人、隆江公司作为借款人，三方共同签订《委托贷款合同》；隆江公司可以在建工程为客体，与浦发银行签订《抵押合同》，为借款提供担保，并办理了抵押登记手续。后隆江公司不能按期归还借款，星航企业向法院起诉。一审法院认为，星航企业和浦发银行之间是委托合同关系，浦发银行和隆江公司之间是借款法律关系，隆江公司在签订《委托贷款合同》时知道讼争贷款是星航企业委托浦发银行发放的事实。因此根据第402条，该贷款合同在星航企业和隆江公司之间产生直接的法律关系。

隆江公司不服一审判决，提起上诉。理由是：第一，关于主体问题应该适用最高院《关于如何确定委托贷款协议纠纷诉讼主体资格的批复》（法复〔1996〕6号），而不是第402条。在该批复中，最高院答复四川高院：“在履行委托贷款协议过程中，由于借款人不按期归还贷款而发生纠纷的，贷款人（受托人）可以借款合同纠纷为由向人民法院提起诉讼；贷款人坚持不起诉的，委托人可以委托贷款协议的受托人为被告，以借款人为第三人向人民法院提起诉讼。”这实际上是坚持了合同相对性原则。第二，抵押合同是由浦发银行和隆江公司签订的，登记的抵押权人是浦发银行，与星航企业无关。福建高院在二审判决

[57] 福建省高级人民法院（2016）闽民终字57号。

中对最高院的批复未作任何说明,只是重复了一审法院关于第402条的说明。关于抵押权人的问题,福建高院认为,浦发银行为星航企业接受抵押担保行为的代理人,其代理行为产生的后果应当归属于星航企业。这种说明和物权的公示公信原则有冲突,即使星航企业能够被确定为是债权人,抵押权人也应该作变更登记才能行使权利。最终福建高院维持原判。

在“长惠基金与广厦公司等金融借款合同纠纷案”中,<sup>[58]</sup>长惠基金委托交行河南分行贷款给广厦公司,后广厦公司不能按期还款,长惠基金起诉至法院,先是以广厦公司为被告,后又追加河南分行为被告。河南高院判决长惠基金胜诉,但是在判决依据中既没有引用第402条,也没有引用第403条。广厦公司不服向最高院提起上诉。理由是:根据最高院的前述批复,广厦公司只是诉讼中的第三人。长惠基金则认为根据第402条、第403条的规定,其作为原告的主体资格没有问题。最高院在判决中只是指出,《委托贷款合同》是三方共同签署的,长惠基金是委托人,河南分行是受托人,广厦公司是借款人,三方直接形成法律上的权利义务关系,《委托贷款合同》直接约束三方当事人,当广厦公司违约时,长惠基金可以直接以其为被告提起诉讼,因而驳回上诉,维持原判。但是最高院对于这种理解的依据是什么,最高院先前的批复能否适用于该案,以及在三方法律关系中各方的权利、义务究竟是什么,都未作说明。<sup>[59]</sup>

这些案件说明,第402条给委托贷款案件的处理带来了困惑。因为借款人都是委托人自己事先找好,然后再委托银行办理贷款业务。因此从形式要件看,第三人完全知道委托人和受托人之间的代理关系,适用第402条没有问题。法院需要在适用第402条与坚持合同相对性之间作出艰难选择。

在星航企业案中,《委托贷款合同》第1条约定:“借款人承认贷款人作为委托人的代理人的法律地位,承认本贷款合同直接约束委托人和借款人。”借款到期后,浦发银行向一审法院出具“声明函”,同意委托人星航企业以原告身份起诉借款人。这种约定和声明已经构成债权让与的意思表示,根据合同法第80条的规定星航企业已经具有起诉的主体资格,无须适用第402条。如果不存在债权让与的意思表示,以自己名义签订贷款合同的商业银行作为原告起诉借款人,然后将胜诉利益转给委托人,一方面符合委托合同的意旨,另一方面对于担保物权的主张也避免了解释上的麻烦。在“上海浦发银行贵阳分行与贵阳华中公司等金融借款合同纠纷案”中,<sup>[60]</sup>案件事实基本与星航企业案相同,浦发银行作为原告起诉,被告主张根据第402条浦发银行的主体资格不适格。贵州高院坚持合同相对性原则,对被告的主张不予采纳。

#### (五) 当事人对第402条的有意利用

这类案件表现为当事人有意地甚至是恶意地主张第402条,即使其诉讼请求最终没有被法院认可,其本身也没有任何损失,但是却对司法资源造成了极大的浪费。法院稍有不慎就有可能让当事人的主张得逞。

[58] 最高人民法院(2014)民二终字第217号。

[59] 这种实际依据第402条认定委托贷款中各方当事人之间的法律关系,但是在裁判依据中不直接引用第402条的判决,并不少见。例如山东高院审理的“北京诚富嘉亨资产管理中心与德州市恒森投资置业有限公司等金融借款合同纠纷案”,(2016)鲁民终342号;宁夏高院审理的“银川市中小企业信用担保中心与银川市产业基金管理有限公司等借款合同纠纷案”,(2015)宁民商终字第20号等。

[60] 贵州省高级人民法院(2016)黔民终272号。

在“张忠锋、朱连桂执行异议案”中，<sup>[61]</sup>当事人试图通过主张第402条逃避财产执行。夏永明和嘉苑公司签订7份商品房买卖合同，上述合同在房地产管理局办理了网签备案。后因夏永明与他人的债务纠纷，法院查封了上述房产。在执行过程中，案外人张忠锋提出异议，主张是其委托夏永明代签上述7套商品房买卖合同，合同权利应由张忠锋享有，法院查封上述房产错误。张忠锋为证明自己执行标的物享有足以排除强制执行的权益，提交了其与夏永明签订的协议书一份、商品房买卖合同七份、承诺函一份、收款收据两份等一系列相关证据，以证明张忠锋向华信公司借款2000万并委托夏永明与嘉苑公司代签商品房买卖合同，价款已由张忠锋付给嘉苑公司的主张。后经法院查明，华信公司的法定代表人夏峰和夏永明是叔侄关系，张忠锋与夏峰是舅舅关系。同时，张忠锋提供的很多证据被证明为虚假。一是，张忠锋与夏永明签订的委托协议时间在前，却能将网签时间在后的商品房买卖合同的编号全部列明，而这些合同的编号实际上是随机的。这充分说明委托协议是事后伪造的。二是，张忠锋的借款协议在商品房网签合同一个星期以后才签订，而且2000万元的借款无任何担保，借款到期后华信公司也未采取任何措施，这和正常的商业行为不符。最终山东高院驳回上诉，维持原判。<sup>[62]</sup>

在检索到的68个各高院裁判的案件中，很少有当事人明确意识到导致自己不利的是第402条和第403条之间的差异，但是在最新发生的案件中情况开始有变化。在“克拉玛依市华隆公司与金磊公司、国凯公司等买卖合同纠纷案”中，<sup>[63]</sup>华隆公司委托国凯公司购买混凝土，国凯公司以自己的名义和金磊公司签订购销合同，因货款问题产生纠纷。金磊公司基于第402条向华隆公司主张支付货款，二审法院判决金磊公司胜诉。华隆公司申请再审的主要理由是，二审法院不应该适用第402条，而是应该适用第403条。这样，在国凯公司披露华隆公司以后，即使金磊公司选择起诉华隆公司，华隆公司可以根据第403条第3款主张其对国凯公司付清货款的抗辩。但是金磊公司和国凯公司均向法院提供各种证据证明二者在签订购销合同时已经明确知道华隆公司和国凯公司之间的委托代理关系。最终新疆高院驳回华隆公司的再审申请。该案非常明显地反映出当事人已经清楚地认识到第402条和第403条之间的核心差异。当事人在订立合同时是否知道委托人和受托人之间的代理关系，很多时候是个主观心理状态问题，法院很难判断这种“知道”是否是双方当事人事后串通的结果。<sup>[64]</sup>

## 结 论

无论是基于比较法上的最新考察还是对本国司法实践的分析，合同法第402条、第403

[61] 山东省高级人民法院（2017）鲁民终817号。

[62] 在山西高院再审的“张磊与马喜亲、山西宝地房地产公司所有权确认纠纷案”〔（2016）晋民申188号〕中，原告同样伪造证据，试图通过第402条主张借名购房，从而取得房屋的所有权。此案经历一审、二审和再审，法院通过对大量证据的排查最终驳回原告的主张。这不能不说是司法资源的极大浪费。

[63] 新疆维吾尔自治区高级人民法院（2018）新民申333号。

[64] 在河北高院审理的“津西公司与中国航空技术深圳有限公司买卖合同纠纷案”〔（2015）冀民二终字第107号〕中，被告作为受托人试图主张第402条让原告和委托人产生直接的法律关系，法院最终适用第403条第2款，第三人行使选择权，仍然选择受托人作为合同相对人主张损害赔偿。这种判决实际上就是维持了合同的相对性，但是因为第402条的存在，合同相对性被突破存在很大的变数。

条的存废问题应该不难回答。

首先，合同法第402条作为引发司法乱象的祸首，无论是基于逻辑还是基于价值，都必须予以删除。在逻辑层面，在民法总则中规定代理，实际表明我国继受了基础关系和代理权授予的区分理论，在解决内部关系的委托合同中规定解决外部关系的第402条，逻辑上存在矛盾，同时也无法和行纪制度并存。在价值层面，代理制度的核心就是要协调好委托人和第三人之间的利益平衡。由于民法总则在外部分关系层面维持了民法通则的传统，坚持代理的显名主义，那么在委托合同的内部关系层面也应该坚持名义标准的意义，从而维持价值理念的统一。并且，第402条对合同相对性的冲击太大，极易损害第三人的利益。

《代理公约》和《国际商事合同通则》均被认为是以大陆法的代理制度为起点。起草《国际商事合同通则》的工作小组甚至明确指出，在国际贸易中，不公开本人的代理制度和绝大多数交易主体的预期相违背。因此，原则上不赋予本人直接起诉第三人的权利，也不赋予第三人直接起诉本人的权利。<sup>[65]</sup>但是上述两个公约均以第三人“是否知道”为标准区分“公开代理”和“不公开代理”，这仍然是英美法的思维方式。在合同的客观性理论兴起之后，行为人的动机原则上不能影响合同的效力，但是探寻“是否知道”，很多时候就是在探寻当事人的动机。因此，《欧洲合同法原则》和《欧洲示范民法典草案》中均以名义标准区分直接代理和间接代理，并赋予完全不同的法律后果。尤其是《欧洲示范民法典草案》中关于指令的规定，具有非常好的实用价值。我国可以在委托合同中规定：“当事人没有约定受托人是以自己的名义还是以委托人的名义和第三人进行法律行为的，受托人应当请求委托人发出具体指令。委托人未发出指令的，受托人可以选择以自己的名义或者委托人的名义进行法律行为，也可以选择拒绝履行合同义务。”

其次，第403条应作如下修改后予以保留：“行纪人因为破产无法履行对委托人的义务的，应当向委托人披露第三人，委托人因此可以行使行纪人对第三人的权利，但是第三人可以向委托人主张其对行纪人的抗辩以及行纪人对委托人的抗辩。行纪人因为破产无法履行对第三人的义务的，应当向第三人披露委托人，第三人因此可以行使行纪人对委托人的权利，但是委托人可以向第三人主张其对行纪人的抗辩以及行纪人对第三人的抗辩。上述权利的行使均以通知行纪人和相应的义务人为必要，第三人或者委托人接到通知以后不得再向行纪人履行。”这种修改的理由是：

第一，将“受托人”修改为“行纪人”，一方面能够明确该条的适用范围，因为采名义标准以后，以自己的名义为委托人的计算和第三人进行法律行为的人就是各类行纪人；另一方面，这种修改有助于该条的体系位置安排。该条的目的是为了解决外部关系问题，放在委托合同中不合适。《欧洲合同法原则》将相应条款放在解决外部关系的代理制度中，但是在民法总则制定完成以后，追随这种立法例已经失去了机会。《欧洲示范民法典草案》将相应条款放在“合同转让”中，和债权让与、债务承担和合同的概括承受三种情形并列。本文认为，考虑到该条文规范内容的本质是行纪合同中的法定债权让与问题，不具有一般性，因此还是规定在行纪合同中更好。

第二，将“受托人因第三人的原因对委托人不履行义务”“受托人因委托人的原因对第

[65] 前引[4]，Sebastian Kortmann 等文，第88页以下。

三人不履行义务”一律修改为“行纪人因为破产”而不履行义务，一方面可以缩小该条的适用范围，最大程度地减少其对合同相对性的冲击。虽然《欧洲合同法原则》第3:302条、第3:303条既包括“中间人破产”，也包括“根本性不履行”，但笔者认为“根本性不履行”仍然会在司法实务中引发不必要的困扰，而且和合同法第121条确立的原则相违背。另一方面，这种修改可以适当软化行纪制度中名义标准的刚性可能带来的不公平问题。行纪人破产时，如果委托人或者第三人向行纪人履行只会增加破产财产，此时已经全部支付货款的委托人或者已经交付货物的第三人都只能申报债权按比例清偿。原先委托人只能通过事先的契约安排来消除风险，修改的条款实际上确立了行纪人破产时委托人或者第三人基于法定的债权让与而享有的权利。这对合同相对性仍然有冲击，但是处于可以容忍的范围内。

---

**Abstract:** The original legislative purpose of articles 402 and 403 of the 1999 Contract Law was to solve special problems in foreign trade agency. The location and content of these two provisions changed from time to time during the legislation process. Later, due to the lack of a thorough understanding of the transplanted system and the stimulation by some special domestic factors, severe alienations have happened to these provisions, especially Article 402, which belongs to neither the civil law system nor the common law system. Article 402 magnifies many times the effect of the system of undisclosed agency on the privity of contract provided for by Article 403, and this has a great impact on third parties. Now the original legislative purpose has already faded out, but the provisions remain, causing frequent judicial chaos. Specifically, these two provisions do not make the law clearer, but on the contrary are used by parties to evade liabilities and other legal consequences. Moreover, different courts have different understandings of these provisions. As a result, like cases are rarely treated alike. It is suggested that, in the upcoming Civil Code, Article 402 should be deleted completely and Article 403 should modify by changing its location in the code and adding qualifications to it, so as to better maintain the privity of contract, while at the same time remedying the unfair treatments in the event of the agent's insolvency in traditional civil law jurisdictions.

**Key Words:** indirect agency, undisclosed agency, right of intervention, right of choice, the privity of contract, nominal standard

---