

夏敏. 货运代理转委托中委托人和第三人之间的请求权——以《民法典》第925条、第926条作为请求权基础之反思[J]. 中国海商法研究, 2020, 31(4): 23-30

## 货运代理转委托中委托人和第三人之间的请求权

——以《民法典》第925条、第926条作为请求权基础之反思

夏敏

(清华大学法学院, 北京 100084)

**摘要:**在货运代理转委托中,现行法未对委托人和第三人之间的请求权问题予以规定。不少司法裁判适用《合同法》第402条、第403条(《民法典》第925条、第926条),以突破合同相对性原则。在货主—货代1—货代2—承运人的层层委托关系中,将货主—货代—承运人的间接代理关系纳入货运代理转委托中的讨论十分必要。应分别在货主—货代1—货代2和货主—货代—承运人两种法律关系中对这两条的适用问题进行探讨。

**关键词:**货运代理;转委托;间接代理;合同相对性;直接请求权

**中图分类号:**D922.294 **文献标志码:**A **文章编号:**2096-028X(2020)04-0023-08

### Claims between principal and third party in sub-mandate of freight forwarding

— a critical analysis on taking articles 925 and 926 of the *Civil Code* as legal basis

XIA Min

(School of Law, Tsinghua University, Beijing 100084, China)

**Abstract:** In sub-mandate of freight forwarding, our law says nothing about the question of claims between principal and third party. It is not uncommon for judges to apply articles 402 and 403 of the *Contract Law* (articles 925 and 926 of the *Civil Code*) in freight forwarding to break the principle of privity of contract. In legal relationships of entrustment and re-entrustment among owner of cargo, freight forwarder 1, freight forwarder 2 and carrier, it is rather necessary to adopt the indirect agency relationship among owner of cargo, freight forwarder and carrier into the discussion of sub-mandate of freight forwarding. A critical analysis on the application of these two articles should be developed in the following two legal relationships. Firstly, in relationship among owner of cargo, freight forwarder 1 and freight forwarder 2. Secondly, in relationship among owner of cargo, freight forwarder and carrier.

**Key words:** freight forwarding; sub-mandate; indirect agency; privity of contract; direct action

货运代理合同是指委托人委托货运代理人代为处理订舱等安排货物运输、仓储、保管、报关、商检、保险等事务,并向其支付报酬的合同。中国实务观点认为,货运代理合同为无名合同,应参照适用与其最类似的委托合同的规定<sup>①</sup>。对于货运代理人将受托事务的全部或部分另行交由第三人履行的行为,中国实务以转委托术语予以讨论。《最高人民法院

关于审理海上货运代理纠纷案件若干问题的规定》(法释[2012]3号)以《中华人民共和国合同法》(简称《合同法》)第400条的转委托规定为法律适用依据。<sup>[1]</sup>根据后者,未经委托人同意,受托人擅自转委托第三人处理受托事务的,受托人应向委托人承担责任。但其未对委托人和第三人之间的请求权问题予以规定。不少司法裁判适用《合同法》第402条、

收稿日期:2020-09-29

基金项目:国家留学基金委“2020年国家建设高水平大学公派研究生项目”(202006210319)

作者简介:夏敏(1993-),女,湖北公安人,清华大学法学院民法专业博士研究生, E-mail: xiamin\_law@163.com。

① 参见广东省高级人民法院(2019)粤民终1494号民事判决书、广东省高级人民法院(2016)粤民终53号民事判决书、广东省高级人民法院(2016)粤民终54号民事判决书。

第403条<sup>①</sup>,以下以一则案例予以说明。

誉名公司接受货主(案外人)的委托后,与达原公司订立《内装箱业务协议书》,委托达原公司办理货运代理业务,包括就涉案货物提取20个20尺集装箱。达原公司与延升公司订立《代办出口放箱合同》,委托后者提取20个20尺集装箱。嗣后延升公司从锦诚公司处提取了涉案的20个集装箱。为办理这批货物的出运事宜,延升公司向万升公司订舱,万升公司向锦江公司订舱。在办理出口申报时,这批集装箱中的货物因申报品名不实遭到海关扣押。嗣后锦江公司在另一案中起诉延升公司,要求其返还涉案集装箱并支付集装箱的超期使用费,经人民法院调解,延升公司就无法返还这些集装箱向锦江公司承担了赔偿损失的责任,且支付了集装箱的超期使用费,锦江公司则将其对集装箱享有的权利全部转让给了延升公司。本案一审中,延升公司试图援引《合同法》第402条向誉名公司主张权利,请求其返还20个集装箱或赔偿损失。上海海事法院认为,延升公司未举证证明其在订立合同时知道达原公司系受誉名公司的委托,故不支持延升公司直接向誉名公司主张权利的诉讼请求<sup>②</sup>。二审中,延升公司提出,即使不能适用《合同法》第402条,其亦能通过同法第403条选择委托人作为合同相对方。上海市高级人民法院仍未支持其主张,判决理由为:因延升公司未实际完成放箱业务,而是将事务交由第三人锦诚公司处理,故无论是达原公司,还是延升公司,其作为货运代理人,均为层层委托中的一环,而非《合同法》第403条的第三人<sup>③</sup>。该案结束后,延升公司起诉了达原公司,纠纷最终以达原公司向延升公司赔偿损失而告终<sup>④</sup>。上海市高级人民法院认为,不得混淆《合同法》第400条的第三人与同法第402条的第三人;在货主—货代1—货代2模式下,货代2是前者中的第三人;在货主—货代—承运人模式下,承运人是后者中的第三人<sup>⑤</sup>。相反,有实务人士认为,当货运代理人以自己的名义将受托事务转委托次货运代理人,在货主—货代1—货代2之间,可发生《合同法》第403条的适用。<sup>[2]</sup>

另一个问题是,在货主—货代—承运人的关系中,《合同法》第402条、第403条的适用就具有正

当性吗?方新军教授指出,目前在货运代理合同中,司法裁判中适用《合同法》第402条、第403条的做法已经不在少数,需要得到理论上的澄清。<sup>[3]118</sup>方新军教授一方面认为,在货主—货代—承运人关系中,应排除和限制《合同法》第402条、第403条的适用,因为货主和货运代理人之间不存在代理权之授予;而且,货运代理合同应参照适用行纪合同。<sup>[3]124,128-129</sup>另一方面,在《合同法》第403条的存废问题上,其建议将该条的“受托人”改为“行纪人”,将该条从委托合同移到行纪合同一章,以将该条的适用范围限缩于行纪关系。<sup>[4]98</sup>按照此逻辑,在货运代理转委托情形中,仍将有《合同法》第403条的适用。这两处观点存在自我矛盾。汪洋法官认为,应以履行辅助人制度对委托人、货运代理人和第三人三者之间的关系进行解释;在履行辅助人的范围问题上,其认为与债务人有合同关系的一方亦可成为履行辅助人。<sup>[5]</sup>但其仅讨论了货运代理人如何为其履行辅助人之行为向委托人承担责任的问题,未讨论委托人与第三人之间的请求权问题。

《民法典》生效后,在货主—货代1—货代2—承运人的层层委托模式下,《民法典》第925条、第926条的适用将主要发生在货运代理转委托纠纷中的两类法律关系中:货主—货代1—货代2的关系和货主—货代—承运人的关系。这达到了突破合同相对性,让委托人和第三人可直接向对方主张合同权利的法律效果。然而,这是否具有正当性?

### 一、讨论范围的限定

当货运代理人以自己的名义向承运人订舱,这看似在货主、货代和承运人之间成立间接代理关系。但是,订舱亦属于货运代理人将受托事务的一部分交由承运人履行的行为,与货运代理转委托问题密不可分。陈自强教授认为,运送契约虽然为有名契约,在德国法上属于承揽契约,是因为德国法上的委任契约须为无偿;但在中国台湾地区,劳务契约是委任契约的典型,运送契约为劳务给付契约,运送他人的物品当然是在处理他人的事务。<sup>[6]</sup>而且,即便将运输合同划归于承揽关系的学者,在描述货运代理人向第三人订舱的行为时,亦使用“委托其运输上述货物”的表述。<sup>[7]</sup>在海上货物运输合同中使用转

① 2020年5月28日中华人民共和国第十三届全国人民代表大会第三次会议通过的《中华人民共和国民法典》(简称《民法典》)第925条、第926条几乎沿用了《合同法》第402条、第403条的内容,仅作了微小的文字修改。

② 参见上海海事法院(2018)沪72民初405号民事判决书。

③ 参见上海市高级人民法院(2018)沪民终418号民事判决书。

④ 参见上海海事法院(2019)沪72民初1248号民事判决书。

⑤ 参见2005年上海市高级人民法院发布的《关于审理货运代理合同纠纷案件若干问题的解答(二)》的第八个问题。

委托术语的做法十分常见。郭瑜教授认为,雇佣、承揽、运输、保管合同中可能都包括委托关系。<sup>[8]</sup>傅廷中教授将海上货物运输中托运人与承运人订立运输合同形成的关系称为“委托运输”,将承运人与实际承运人订立运输合同的做法称为“转委托运输”。<sup>[9]</sup>从这个角度而言,运输合同亦为委托关系。按照该逻辑,货运代理人向承运人订舱,二者之间成立运输合同。同时,该行为是货运代理人(受托人)将受托事务的全部或部分交由承运人(第三人)履行,这符合广义的转委托的概念。因此,在货运代理转委托纠纷,尤其在货主—货代1—货代2—承运人这样的层层委托关系下,将货主—货代—承运人的间接代理关系放入货运代理转委托的讨论范畴中十分必要。方新军教授在其文章中,亦讨论了货主—货代—承运人关系中《合同法》第402条、第403条的适用问题。<sup>[3]124</sup>

货运代理人的角色可分为两种。第一种是受托人,接受委托人的委托,负责安排货物的运输等事务,大多以自己的名义为委托人的利益行事。第二种是承运人,虽然其名为货运代理人。或者,虽然其与委托人订立的合同名为货运代理合同,但合同实为运输合同。例如,委托合同中对于费用支付的内容包括运费,这与货运代理合同中委托人向货运代理人支付报酬,货运代理人对外垫付费用的特征不同<sup>①</sup>。再如,货运代理人以自己的名义对外签发提单、海运单或其他运输单证<sup>②</sup>。尽管货运代理人的角色可为承运人,但该情形下,托运人可否向与其没有合同关系的实际承运人主张合同权利的问题,与运输合同规则的联系更为紧密。笔者的讨论范围将限缩于货运代理转委托纠纷,不涉及货运代理人为承运人的情形。对运输合同中的转委托问题,笔者拟另写文章予以讨论,作为转委托制度的一部分<sup>③</sup>。

## 二、货主—货代1—货代2 关系中委托人和第三人之间的请求权

### (一) 司法裁判之观察

人民法院认为,货代2作为货运代理人,其属于《合同法》第400条的第三人,而非同法第402条、第403条中的第三人<sup>④</sup>。在货运代理转委托中,尽管货代1、货代2、货代3所从事之受托事务均系为了货主的利益而为,但是,货主与货代2、货代3或者货代1与货代3之间均不存在合同关系<sup>⑤</sup>。在货主—货代1—货代2—货代3的层层委托关系中,存在这些内容大致相同的,分别独立的委托合同。后面的货代或许知道前面的货代亦是受他人之托,或者前面的货代向后续的货代出具的委托书中载明了发货人,然而,该做法仅基于海运单证签发的需求。在货主和货代2、货代3之间,货代1和货代3之间,均没有合同关系,不得直接向对方主张合同权利<sup>⑥</sup>。反过来,第三人亦不得直接向委托人主张报酬或费用之给付<sup>⑦</sup>。

一个典型案例为,货主委托货代1办理货物的出口货运代理事宜,货代1委托货代2办理该货物的仓储、装箱、运输等事务,货代2委托货代3办理货物的仓储、装箱等事务。货代2指示货代1将该货物运送到货代3处,后货物因遭受淋雨而产生货损。货代1对货主的货物损失予以赔偿后<sup>⑧</sup>,继而向货代2主张权利。货代2抗辩仓储合同应在货代1与货代3之间成立。上海海事法院认为,货代1根据货代2的指示,将货物运送到货代3处,这并不表明货代1与货代3之间成立仓储合同关系。相反,货代2作为货代1的受托人,应就其擅自转委托行为向货代1承担合同责任<sup>⑨</sup>。从中可以看出,在货运代理转委托中,尽管货代1、货代2、货代3所从事之受托事务均系为了货主的利益而为,但是,基于合同相对性原则,货主与货代2、货代3以及货代1

① 参见湖北省高级人民法院(2019)鄂民终1036号民事判决书、北京市第四中级人民法院(2018)京04民初274号民事判决书。

② 值得注意的是,不得将货代货物收据认定为运输单证,从而认定委托人和货运代理人之间成立运输合同。货代货物收据符合国际货运代理协会规定的货代收据格式,其表明货代代理人是代理人,而非承运人。参见“骏荣内衣有限公司诉宏鹰国际货运(深圳)有限公司等海上货运代理合同纠纷案”,载《最高人民法院公报》2019年第7期。

③ 笔者暂不以运输合同、委托合同相区分为由,将运输合同中的托运人、承运人和实际承运人三者之间的请求权问题排除出转委托制度的讨论范畴。

④ 参见上海市高级人民法院(2018)沪民终418号民事判决书、大连海事法院(2016)辽72民初139号民事判决书、青岛海事法院(2015)青海法海商初字第522号民事判决书。

⑤ 参见上海海事法院(2019)沪72民初3003号民事判决书。

⑥ 参见上海海事法院(2019)沪72民初628号民事判决书。

⑦ 参见广东省高级人民法院(2018)粤民终2383号民事判决书、山东省高级人民法院(2016)鲁民终1460号民事判决书。另见上海市高级人民法院(2016)沪民终352号民事判决书,本案的特殊之处在于,第三人(货代2)甚至愿意承担因受托人(货主)未向受托人(货代1)付款而导致受托人无法对第三人支付货款的风险。

⑧ 参见上海海事法院(2018)沪72民初4185号民事判决书。

⑨ 参见上海海事法院(2019)沪72民初3003号民事判决书。

与货代3之间均不存在合同关系。

## (二) 比较法之观察

### 1. 英国法

英国法的复代理(sub-agency)可包括中国法的转委托中的一部分情形。Factor为英国法上本人不公开的代理中的代理人。出卖人委托代理人出售其农作物,买受人与代理人订立以农作物为标的物的买卖合同时,代理人无需向买受人公开该农作物的所有人——出卖人的存在,只要代理人的行为在出卖人的授权范围内,该合同将直接约束出卖人与买受人。当出卖人将货物移转给代理人占有时,代理人只享有对货物的占有权(possession),所有权(title)仍为出卖人所有。故当代理人破产时,出卖人可就其所交之农作物行使取回权。若农作物已经出卖给买受人,在买受人尚未支付价款的情形下,出卖人可直接对买受人主张价款之给付;反过来,买受人知道出卖人之存在后,亦可直接向出卖人请求交付农作物。<sup>[10]</sup>委托人(卖方)授权代理人(factor)出售一批货物,代理人就买方的支付能力向卖方作出保证。代理人雇佣一个经纪人(broker)负责出售该货物。从中国法的角度而言,这更类似于转委托。当货物的出售价款尚在该经纪人手中时,因代理人和经纪人之间的其他交易上的问题,代理人对经纪人存在欠账,故经纪人拒绝向代理人给付出售该批货物的所得价款。就该纠纷英国法院判决:(1)本人(委托人)和经纪人之间不存在合同关系;(2)经纪人不对本人承担给付出卖该货物的价款的责任;(3)尽管经纪人有理由相信代理人系本人的代理人,但是,本人在未清偿代理人对经纪人的债务前,不得直接向经纪人主张给付货物的价款。<sup>[11]182</sup>

英国法复代理中的本人与复代理人之间不发生合同关系,复代理人不必对本人承担违约责任,本人亦不对复代理人承担报酬给付的责任。除非代理人和复代理人之间订立的合同是为本人利益的合同,则本人可根据1999年《第三人权利的合同法》[*Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999*],直接对复代理人主张合同权利,但本人没有对复代理人承担给付报酬的合同责任。<sup>[11]177-179</sup>

### 2. 法国法

法国民法第1994条被称为转委托规范,该条规定:“受托人对在事务中替代他的人负责:(1)当他没有获得转委托他人的权限时;(2)当授予他的此

种权力没有指明一个人,而他选择的这个人明显地无能力或无清偿能力时。在所有这些情形中,委托人可以直接向替代受托人的人主张权利。”<sup>[12]</sup>根据该条的规定,在未经委托人同意的转委托中,委托人可直接向第三人主张权利。同时,判例赋予了第三人直接向委托人主张报酬的权利。<sup>[13]</sup>2016年2月10日,法国通过了新债法,新法第1341-3条维持了对赋予委托人和第三人之间的双向的直接请求权的怀疑态度,仅赋予了委托人对第三人的直接诉权;若第三人想直接向委托人主张报酬、费用之给付,则需依靠判例。<sup>[14]</sup>

但是,若要发生该条中的委托人向第三人直接主张权利的法律效果,该条中的“替代受托人的人”与受托人的关系,应与代理制度相关。在讨论对法国民法第1994条中的直接诉权理论的批判时,有学者曾作出十分经典的评价:“委托和代理曾经如此紧密地混合在一起,以至于可以用代理中的一些论证去正当化委托合同中的一些效果。如今,事情再也不是这样。委托和代理的区分已经得到了确立。因此,批判的对象主要限缩于委托代理中的直接诉权。在欠缺法定内容的情况下,在不存在代理的委托中,让委托人直接向替代受托人的人主张权利,将十分困难。”<sup>[15]</sup>

## 三、货主—货代—承运人关系中委托人和第三人之间的请求权

货主委托货运代理人办理进口货物的运输代理事务,货运代理人以自己的名义与承运人订立运输合同,根据合同相对性原则,货主和承运人之间不得发生直接请求权。若因承运人的原因造成货物损失,嗣后货主可否直接向承运人主张权利?承运人完成事务后,可否直接向委托人主张报酬等费用之给付?此时考虑的重点在于,能否以《民法典》第925条、第926条作为货主和承运人之间直接向对方主张权利的请求权基础?

### (一) 以《民法典》第925条为请求权基础

#### 1. 司法裁判之观察

在货主—货代—承运人关系中,涉及货主和承运人之间的请求权问题时,援引《合同法》第402条的案例不多。在笔者检索到的一个案例中,当事人以承运人签发的提单上记载的托运人为货主为由,主张根据《合同法》第402条,运输合同在货主与承运人之间成立<sup>①</sup>。提单作为运输合同,纵然能表明

<sup>①</sup> 参见最高人民法院(2018)最高法民再196号民事判决书。最高人民法院没有采纳被上诉人的这一见解。

运输合同的当事人系货主和承运人,但是,此时货运代理人一定构成货主的代理人吗?

2. 合同解释的路径优于《民法典》第925条之适用

以“代理人是否以被代理人的名义”为区分标准,可将代理分为直接代理和间接代理两种类型。在这种判断模式下,《合同法》第402条、第403条均被划分为间接代理。<sup>[16-18]</sup>耿林副教授、崔建远教授认为这两条均为中国对外贸代理的规定,学上说称其为间接代理是借后者之名。<sup>[19]</sup><sup>23-24</sup>然而,耿林副教授在其负责编写的代理一章里,一方面认为《合同法》第402条扩大了直接代理的范围,《合同法》第403条是间接代理;另一方面又认为民法总则只规定直接代理,合同法借助委托合同规则补充了广义的代理形式,似乎表明委托合同中规定的这两条均为间接代理。<sup>[20]</sup>其对于《合同法》第402条性质的表述,存在矛盾。

在代理公开原则的标准下,判断代理人的行为的法律效果可否归属于被代理人的重点,不再以代理人之行为是否以被代理人的名义为唯一的判断依据,而是将其认定为意思表示的解释问题,重在探究代理人在对外行为时,是否有将效果归属于本人的意思表示。<sup>[21]</sup><sup>228</sup>、<sup>[22]</sup><sup>87</sup>根据英国法,代理关系成立的重点并非公开本人的姓名,而是让第三人知道代理人的行为效果将归属于本人,而非代理人。<sup>[11]</sup><sup>568</sup>立法例上,《民法典》第925条与《国际商事合同通则》第2.2.3条第1款规定相似,根据后者的规定:“代理人在其权限范围内行事,且第三人知道或应当知道代理人系作为代理人之身份行事时,代理人的行为将直接影响本人和第三人之间的关系,代理人 and 第三人之间不产生法律关系。”通过对当事人的意思表示进行解释,只要能证明第三人在订立合同时系以行为人为代理人,则能发生合同的效力归属于本人的效果。然而难点是如何判断第三人与受托人订立合同时知道委托人和受托人之间的代理关系。

最高人民法院已经意识到《合同法》第402条在实务中的指导价值。以委托贷款情形为例,中国实行金融管制,禁止企业间拆借,贷款业务必须由金融机构统一办理。因此,愿意提供借款的委托人将

借款打入受托金融机构(如银行)的账户,再让后者以金融机构自己的名义与第三人订立借款合同并发放贷款。金融机构的确系以自己的名义与借款人订立借款合同,这看上去不符合“以被代理人的名义”标准。但最高人民法院依据《合同法》第402条认定借款合同在委托人和第三人之间成立,且已经达到一定的“先例”的效果<sup>①</sup>。但是,在委托人和第三人之间,一开始就只是想让银行作为中间人,合同仅在委托人和第三人之间成立。此时若称银行的行为符合代理公开原则,颇为勉强。即便没有《合同法》第402条,该情形亦能通过合同解释的路径得到解决。因此,与其证明受托人之行为是否符合代理公开原则,不如判断第三人系以何人为合同相对方。因为第三人若认定委托人为合同相对方,则受托人之身份究竟系为代理人还是仅为受托人,则变得不重要。现实中,委托人和受托人之间究竟有无存在代理关系,可能二者之间的内部关系都很难说清,若要让第三人举证知道他们二者之间存在代理关系,将更加困难。

同理,在货运代理人就受托之事务与第三人订立运输合同的情形中,没有必要以《民法典》第925条作为货主和承运人之间的请求权基础。在承运人签发的提单上记载的托运人为货主的情形中,提单是运输合同的证明,这直接表明承运人认定的合同相对方是委托人<sup>②</sup>。但这并未表明货运代理人是货主的代理人,其身份可能仅为中间人或受托人。

## (二)以《民法典》第926条为请求权基础

### 1. 司法裁判之观察

在货主—货代—承运人的关系中,涉及货主和承运人之间的请求权问题时,司法裁判中适用《合同法》第403条的做法有以下三种。

第一,径直适用《合同法》第403条。人民法院以该条第1款为依据,以事后货运代理人向承运人披露了货主为由,允许货主通过行使介入权的方式直接向承运人主张权利<sup>③</sup>。某种程度上,《合同法》第403条很好用。然而,该条亦成为人民法院在说理论上跨不过的障碍。<sup>[4]</sup><sup>89</sup>在货主—货代1—货代2—承运人模式下,一审人民法院援引《合同法》第403条第1款,认为货主可向承运人行使介入

① 参见“北京长富投资基金与武汉中森华世纪房地产开发有限公司等委托贷款合同纠纷案”,载《最高人民法院公报》2016年第11期;最高人民法院(2018)最高法民辖终339号民事裁定书;最高人民法院(2014)最高法民申字第57号民事裁定书。

② 参见最高人民法院(2015)民提字第225号民事判决书。该案中,在货主—货代1—货代2—第三人的转委托关系中,第三人签发的提单系通过货代2、货代1交给货主,提单上载明第三人为承运人,货主为托运人。人民法院据此认定货主得直接向第三人主张货损赔偿。

③ 参见天津海事法院(2018)津72民初347号民事判决书、上海金融法院(2018)沪74民终82号民事判决书、重庆市第五中级人民法院(2016)渝05民终6454号民事判决书。

权<sup>①</sup>。天津市高级人民法院没有对此予以回应,而是另辟蹊径,以承运人向货代2签发的运单上的托运人为货主为由,支持货主直接向承运人主张权利<sup>②</sup>。令人疑惑的是,根据一审人民法院的事实认定,承运人向货代2签发的运单上的托运人是货代2。为何二审人民法院将运单上的托运人认定为委托人?总之,二审人民法院对援引《合同法》第403条的做法保持了沉默。

第二,同时援引《合同法》第402条、第403条,支持委托人向第三人主张权利<sup>③</sup>。令人疑惑的是,若货运代理人的行为构成委托人的代理人,则合同将直接拘束委托人和第三人,何来委托人再依据《合同法》第403条行使介入权之说?而且,这两条的构成要件不同,不存在同时援引的可能。人民法院这样的做法,可能受到学说上将这两条同时界定为间接代理的影响,笼统地认为这两条均是对合同相对性原则的突破,所以在想要支持委托人向第三人直接主张权利的场合,同时援引这两条。看上去,《合同法》第402条、第403条的构成要件不同,不会造成规范冲突。有学者对判决中同时援引这两条的做法提出批判,理由为这两条系非此即彼的适用关系。<sup>[23]</sup>然而,当第三人无法证明其在订立合同时知道货运代理人系作为委托人的代理人,即无法通过适用《合同法》第402条让合同的效力归属于委托人时,第三人可通过援引同法第403条,以行使选择权的方式,选择委托人作为合同相对方,从而直接向委托人主张权利。若依据此种法律选择的方法,费尽心思地判断第三人在订立合同时是否知道货运代理人与委托人之间的代理关系的意义何在?这导致的结果是:《合同法》第403条架空了同法第402条。

第三,以《合同法》第403条第2款为由,支持承运人向货运代理人行使选择权,选择货运代理人作为合同相对方<sup>④</sup>。天津市高级人民法院的张昕法官在其文中详细地论证,起诉前受托人未向第三人披露委托人,第三人如何向受托人行使选择权的问题。<sup>[24]</sup>该情形下,若第三人想要向受托人主张权利,无需通过《合同法》第403条第2款行使所谓的选

择权。因为当货运代理人以独立缔约人的身份与第三人订立合同,合同在货运代理人和第三人之间成立<sup>⑤</sup>。

综上,目前最难以论证的,是如何对司法裁判的第一种做法作出理论上的回应。问题恰恰就在于,《民法典》第926条确实突破了合同相对性原则。这似乎成为一道绕不过去的坎。果真能单独援引该条,突破合同相对性原则吗?

## 2. 是否可以以不存在授权关系为由排除《民法典》第926条之适用

《合同法》第403条间接地吸收了英美法上的本人不公开的代理(undisclosed agency)制度。<sup>[25]</sup>但根据后者,不公开的本人和代理人之间须有授权关系。有学者认为,这条要求委托人和受托人之间存在授权关系。<sup>[3]124, [21]203</sup>是否可以委托人和货运代理人之间不存在授权关系为由,排除该条的适用?

判断的重点不在于委托人和受托人之间的内部关系上,有无代理权的授予。现实生活中,委托常常伴随着代理权之授予。<sup>[21]241</sup>这不是说委托一定伴随着代理权的授予,更不是以委托人和货运代理人之间存在货运代理合同为由,便推定二者之间存在授权关系。只是说内部授权关系的有无,对于第三人而言,很难判断,内部关系中的委托人和货运代理人可能都说不清楚。与其去推定、解释内部关系中是否存在授权,不如将重点放在外部关系上。仅以内部关系上不存在授权关系为由,便否认《民法典》第926条的适用,该理由不能让人信服。让人信服的是从第三人的角度考虑,讨论在受托人没有向第三人表明有代理权之授予的情形下,是否应有例外规则,允许委托人和第三人之间产生直接的请求权。换言之,《民法典》第926条是否具有正当性?

## 3. 《民法典》第926条的正当性检讨

首先,《民法典》第926条存在适用范围上的尴尬处境。该条突破合同相对性,看上去有助于及时解决多角关系中当事人之间的纠纷,减少讼累,有利于商事便捷。但事实上难以明确该条的适用范围。

《民法典》第926条不能适用于行纪。有学者认为该条赋予委托人和第三人之间双向的直接请求

① 参见天津海事法院(2018)津72民初347号民事判决书。

② 参见天津市高级人民法院(2019)津民终9号民事判决书。

③ 参见宁波海事法院(2015)甬海法商初字第527号民事判决书。

④ 参见厦门海事法院(2016)闽72民初717号民事判决书。

⑤ 参见山东省高级人民法院(2016)鲁民终1249号民事判决书。本案中,针对一审人民法院援引《合同法》第403条的做法,二审人民法院未予以评论,而是直接认为,货运代理人远泰国际应为第三人海外物流的合同相对方。

权,有利于商事便捷,应适用于行纪。<sup>[26]</sup>但更多学者认为该条不应适用于行纪。有学者认为,《合同法》第402条、第403条的立法背景,系基于原对外贸易经济部对于制定单独的外贸代理制度的迫切需求,但同时立法上的共识是不得破坏行纪、代办运输等其他规定;由此主张应将行纪情形排除出《合同法》第403条之适用范围。<sup>[19][27]</sup>有学者认为,行纪只是间接代理的一种;行纪中,受托人以自己之名义与第三人订立的合同,只能拘束受托人与第三人,故《合同法》第403条对间接代理的规定不应适用于行纪合同。<sup>[27]</sup>值得注意的是,英国法是否将大陆法中的行纪(commission agency)融入本人不公开的代理制度,或是认为前者系独立的法律概念,该问题尚存疑。<sup>[28]</sup>换言之,不能依据英美法上本人不公开代理制度,得出行纪中的委托人或第三人得直接向对方主张权利的结论。

以借款合同中的转委托情形为例。甲委托乙向银行丙借款,乙以自己的名义向丙借款,银行基于对乙的资产、信用等的调查,决定借钱给乙。丙与乙订立借款合同时,一直以乙为合同相对方。嗣后乙未按约向丙还款,丙可否援引《合同法》第403条第2款直接向甲主张权利<sup>①</sup>?丙愿意借款给乙,是基于乙的信用能力和财产状况。丙选择乙作为合同相对人,应承担乙还款不能的风险。即使甲乙之间存在授权关系,即使甲为该借款真正的使用人,仍不可以此让丙直接向甲主张权利。这是基于合同的相对性原则。德国学者认为,当第三人选择与以代理人自己的名义行事的代理人进行交易时,第三人自应承担对该代理人资产信用状况评估的风险,故若对第三人予以特殊的保护,并不合理。<sup>[29]</sup>

在货运代理合同中,若单独援引《民法典》第926条,会被诟病为破坏货运代理行业的惯例。综上,若该条所谓的商事便捷理论是建立在理论的想象之上,实际上却连适用范围都难以确定,且在已有的适用范围中均产生诸多批判。那么,该条所宣称的突破合同相对性的正当性还存在吗?

其次,国际合同法示范法的态度已经发生了改变。一方面,允许委托人直接向第三人主张权利的

做法已经发生改变。《国际商事合同通则》本想沿袭《联合国国际货物销售代理公约》第13条第2款的规定,吸收英美法的本人不公开的代理制度,即在代理人破产或不履行义务时,允许不公开的本人和第三人之间享有双向的直接请求权。但在起草过程中,其最终决定删除不公开的本人对第三人的直接请求权。黛博拉·A·德莫特(Deborah A. DeMott)教授认为,在国际商事活动中,无论是不公开的本人的出现或允许其对第三人主张权利,对大多数交易的当事人而言,均为未曾料想过的意外。<sup>[30]</sup>另一方面,允许第三人直接向委托人主张权利的做法亦已发生改变。根据《国际商事合同通则》第2.2.4条第1款,在本人不公开的代理中,合同在代理人和第三人之间成立;同时,在该条第2款中存在唯一的例外情形,即企业转让情形下,第三人可直接向企业的真正所有人——不公开的本人主张权利。

最后,无法通过但书条款的解释对该条的适用范围予以限缩。有学者认为,《合同法》第403条能平衡代理关系中三者的利益,具备正当性;应通过解释论建构该条的具体适用规则,例如,可通过对该条第1款的但书条款(但第三人与受托人订立合同时如果知道该委托人就不会订立合同的除外)进行解释,从而对委托人行使介入权的适用范围予以限缩,兼顾第三人的利益。<sup>[22]94-100</sup>然而,第三人往往很难证明,若其订立合同时知道合同相对方是委托人就不会与之订立合同<sup>②</sup>。事后法院裁判的角度为客观角度,而合同自由的内容是针对当事人的主观意愿。因此,试图以但书条款达到限制委托人行使介入权的目的,这种做法几乎不可能。

综上,《民法典》第926条本身的正当性存疑。解释论上,在货主—货代—承运人关系中,不应以其作为货主和承运人之间直接向对方主张合同权利的请求权基础。

#### 四、结语

货运代理转委托纠纷中,委托人和第三人之间的请求权问题之所以复杂,是因为涉及多方当事人,且货运代理人的角色会在受托人和承运人之间变化。货运代理人为承运人时,与运输合同规则的联

<sup>①</sup> 该案例改编自“湖北沙洋农村商业银行股份有限公司、孙强金融借款合同纠纷案”,本案中一审法院认为第三人已经行使选择权,选择委托人作为合同相对人。二审人民法院则认为第三人没有通知委托人还款,也没有起诉委托人,故不宜认定第三人向委托人行使了选择权,第三人仍只能向受托人主张权利。参见湖北省荆门市中级人民法院(2019)鄂08民终116号民事判决书。尽管该案中人民法院判决第三人不能向委托人主张权利,但理由是第三人行使选择权的方式不满足要求。类似情况参见湖北省汉江中级人民法院(2019)鄂96民终32号民事判决书。

<sup>②</sup> 参见最高人民法院(2014)民二终字第131号民事判决书。该案中,作为第三人的道科公司一再提出,其合同相对方为启秀公司,而非森茂公司。然而,一审人民法院和最高人民法院均直接以《合同法》第403条为由,认为本案不属于若道科公司在订立合同时知道森茂公司为合同相对方就不会与其订立合同的情形,故支持森茂公司行使委托人之介入权。

系更为紧密,不在笔者的讨论范围中。中国以《合同法》第400条作为货运代理转委托问题的法律依据,但该条未解决委托人和第三人之间的请求权问题。不少司法裁判在货运代理纠纷中适用《合同法》第402条、第403条(《民法典》第925条、第926条)。笔者分别在货主—货代1—货代2的关系和货主—货代—承运人的关系中,对这两条的法律适用问题进行了检讨。第一,在货主—货代1—货代2的关系中,不应发生《民法典》这两条的适用。第二,在货主—货代—承运人的关系中,在货主和承运

人之间的请求权问题上,与其判断货运代理人的行为是否符合《民法典》第925条的代理公开原则,不如采取合同解释的路径判断承运人的合同相对方。不宜援引同法第926条,排除该条之适用的论证重心,不是在于货主和货运代理人之间不存在授权关系,而是从外部关系的角度而言,虽然该条被称为有利于商事便捷,但它实际上难以确定具体的适用范围,不符合国际合同法示范法的趋势,无法通过对该条第1款的但书条款之解释对该条的适用范围予以限缩,故其不具备正当性。

### 参考文献:

- [1] 王彦君,傅晓强.关于审理海上货运代理纠纷案件若干问题的规定的理解与适用[J].人民司法,2012(11):37.
- [2] 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[J].中国海商法研究,2012,23(2):24.
- [3] 方新军.货运代理转委托行为的类型区分及法律效力[J].法学研究,2015,37(1).
- [4] 方新军.民法典编纂视野下合同法第402条、第403条的存废[J].法学研究,2019,41(1).
- [5] 汪洋,杨雯.货运代理人转委托法律问题实证分析[J].中国海商法研究,2013,24(4):10,14.
- [6] 陈自强.违约责任与契约解消——契约法讲义 IV[M].台北:元照出版有限公司,2016:48-49.
- [7] 韩世远.由第三人履行的合同刍议[J].浙江工商大学学报,2008(4):14.
- [8] 郭瑜.论海上货物运输中的实际承运人制度[J].法制与社会发展,2000,6(3):81.
- [9] 傅廷中.论国际海运立法对合同相对性原则的突破[J].清华法学,2012,6(1):108,115,117.
- [10] FRIDMAN G. Undisclosed principals and the sale of goods [M]//BUSCH D, MACGREGOR L, WATTS P. Agency Law in Commercial Practice. Oxford: Oxford University Press, 2016: 69-71.
- [11] WATTS P, REYNOLDS F M B. Bowstead & Reynolds on agency [M]. 21st ed. London: Sweet & Maxwell, 2018.
- [12] Code civil [EB/OL]. [2020-09-06]. <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGIARTI000006445287/1804-03-20>.
- [13] DELEBECQUE P, PANSIER F. Droit des obligations; contrat et quasi-contrat [M]. 7 éd. Paris: LexisNexis, 2016: 296.
- [14] DISSAUX N. Mandat et réforme du droit des contrats [M]//ANDREU L, MIGNOT M. Les Contrats Spéciaux et la Réforme du Droit des Obligations. Bayonne: Institut Universitaire Varenne, 2017: 360.
- [15] FLATTET G. Les contrats pour le compte d'autrui: essai critique sur les contrats conclus par un intermédiaire en Droit français [M]. Paris: Recueil Sirey, 1950: 186.
- [16] 梁慧星.民法总论[M].5版.北京:法律出版社,2017:226.
- [17] 朱庆育.《民法总则》代理制度的新发展——根据朱庆育教授讲座录音整理[J].东南法学,2017(2):30.
- [18] 韩世远.合同法学[M].北京:高等教育出版社,2010:564.
- [19] 耿林,崔建远.未来民法总则如何对待间接代理[J].吉林大学社会科学学报,2016,56(3).
- [20] 崔建远,韩世远,申卫星,等.民法总论[M].3版.北京:清华大学出版社,2019:236.
- [21] 陈自强.多角关系请求权人之确定——契约法之现代化 V [M].台北:新学林出版股份有限公司,2018.
- [22] 朱虎.代理公开的例外类型和效果[J].法学研究,2019,41(4).
- [23] 胡东海.《合同法》第402条(隐名代理)评注[J].法学家,2019(6):179.
- [24] 张昕.判令船舶代理人支付港口费用应依据间接代理规定[J].人民司法(案例),2016(2):84.
- [25] 尹飞.代理:体系整合与概念梳理——以公开原则为中心[J].法学家,2011(2):62.
- [26] 殷秋实.论代理中的显名原则及其例外[J].政治与法律,2016(1):89.
- [27] 尹田.民事代理之显名主义及其发展[J].清华法学,2010,4(4):24.
- [28] BUSCH D. Indirect representation in European contract law [M]. Hague: Kluwer Law International, 2005: 173.
- [29] KÖTZ H. European contract law [M]. Oxford: Oxford University Press, 1997: 244.
- [30] KORTMANN S, KORTMANN J. Undisclosed indirect representation—protecting the principal, the third party, or both? [M]//BUSCH D, MACGREGOR L, WATTS P. Agency Law in Commercial Practice. Oxford: Oxford University Press, 2016: 89.