

第一章 代 理

I 總說

一 歸責規範

實例題出現的甲、乙、丙，我們多半會聯想到有血有肉、活生生的人，即民法第 6 條以下所謂的自然人。因為只有自然人才有理性，能感覺、思考、判斷，對自己的行為負責。一個人受自己所訂立的契約的拘束、對自己的行為負責，理所當然，天經地義，反之，受他人訂立的契約的拘束、對他人的行為負責任，就不是如水之就下，順理成章者也。此時，須有法律的規定，使自己受他人行為的拘束、對他人的行為負責，此類規定，不妨稱為歸責規範（Zurechnungsnormen）¹。

A 有關契約成立之歸責規範

1 擴張經濟活動空間

歸責規範形成的契機之一，是為滿足個人擴張自己經濟生活可能性的實際需要。如：

甲名畫收藏家委託乙在丙經營藝術品拍賣會場上，以一千萬元為限度，購買 A 畫。

¹ 王澤鑑，民法總則，2020 年，頁 526，稱為「歸屬規範」。

甲當然可以親自在拍賣會場上購買 A 畫，但若甲因個人因素，不方便出面，或無法出席，可以委託他人購買。甲所能委託的人愈多，其經濟活動空間也愈大。

乙為取得 A 畫，若嚴格遵循契約相對性原則，唯有自己向丙購買，與丙訂立買賣契約，對丙負擔支付價金義務並取得 A 畫之交付請求權，所需價金則依委任關係，向甲請求（民法第 546 條第 1 項），A 畫轉交給甲（民法第 541 條），完成受託事務。此交易流程即後述的間接代理（II、二、B）。

若乙不願對丙負擔價金支付義務，甲也想對丙直接請求交付標的物，則因買賣契約之行為人為乙及丙，須有歸責規範方能使他人（乙）行為之效果歸屬於自己（甲）。運用代理制度，甲得授與代理權於乙，乙以甲之名義訂立買賣契約，買賣契約成立生效時，由甲及丙成為買賣契約當事人（民法第 103 條），乙則脫離買賣關係。以本人名義為法律行為，為彰顯與間接代理之不同，學說特稱「直接代理」。

2 使無完全行為能力人能參與法律交易活動

其次，能有理性自己負責地自我決定的自然人，一般是成年人。未成年人或無行為能力的成年人，雖然無法思慮成熟地、有理性地認識其行為在法律上的意義與重要性，但也不能因此剝奪其得享受權利、負擔義務的權利能力。民法第 6 條所規定人的權利主體性，不因其性別、年齡、心智成熟程度而有不同。為保護此等需要家庭、社會照顧扶助的人，法律對一定之人課以保護及教養的權利與義務。負有保護監督義務之人，透過代理制度，也可以使被保護者參與法律交易活動，如：

乙以其五歲之子甲的名義，向丙購買房屋一間。

甲雖無行為能力，但透過代理，能成為買賣契約的當事人。

3 使團體能參與法律交易

a 團體

並非只有自然人才能參與法律交易生活。現代經濟生活中，重要的經濟活動，可以說主要由組織嚴密、內部分工細緻的企業經營者為主體。此企業經營者，最重要的就是公司。公司是以股東為其成立與存續的基礎，屬於社團法人，因以營利為目的，其法人資格的取得，依公司法的規定（民法第 45 條）。其他非以營利為目的的社團法人，主要為人民團體法第 4 條所規定的職業團體、社會團體、政治團體，其依法完成法人設立登記的情形（民法第 30 條）。

民法上法人，除社團法人外，尚有以一定財產為其成立與存續基礎的財團法人（民法第 59 條以下），如消費者文教基金會、海峽交流基金會、長庚紀念醫院、北港朝天宮等。依財團法人法第 2 條第 1 項規定，財團法人指以從事公益為目的，由捐助人捐助一定財產，經主管機關許可，並向法院登記之私法人。

法人與自然人，均為法律上的人，換言之，可以享受權利、負擔義務，成為權利義務關係（法律關係）的主體，具有與自然人相同的權利能力（民法第 26 條），但法人究竟是組織體，無法自己思考、自己決定，而須透過自然人進行法律交易生活。如在百貨公司購買商品，交易相對人雖面對的是公司的受僱人，但相對人並不是想與較無資力的受僱人，而是與財力較為雄厚，能有更多保障的公司發生契約關係。為解決因此類社會組織體參與法律交易生活所發生的法律問題，歸責規範展現嶄新的面貌，其重要性相當程度凌駕傳統以個人主義為指導思想的法律規定。

b 代理

在現代以公司等法人為主要企業經營者的經濟型態中，意定代理成為不可或缺的制度。如公司型態企業經營者僱用售貨人員，專任銷售工作的情形，比比皆是，毋寧成為現代經濟活動的常態，相較之下，獨資經營商店，僱用店員銷售貨物的情形，在企業經營的比重上，有衰退的趨勢。

由於法人等社會組織體，必須透過自然人進行法律交易，使意定代理制度，不僅能擴張法律交易活動的空間，更為社會組織體參與法律交易所不可或缺。

c 代表

甲公司董事長乙以公司名義，向丙購買土地一筆，準備興建房屋。

公司等法人參與交易生活，雖須透過自然人，但此自然人未必一定是被授與代理權之人，而有其他可能性。在本例，乙是自然人，自己為權利義務的主體，但因被甲公司委任為董事長，又成為公司組織體的一個部分。依公司法第 208 條第 3 項，董事長對外代表公司，為公司的代表機關。代表機關是公司組織的一個部分，在代表權限內代表機關的行為，就是法人的行為。上舉之例，實際行為人雖然是乙與丙，但因乙是以甲公司代表人的身分成立買賣契約，買賣契約的當事人是甲與丙。

甲公司想要與丙發生買賣契約關係，如上所述，有二種可能性：第一，就是由甲授與乙代理權（意定代理權），而由乙以甲的名義，成立買賣契約。第二種可能性，是由在公司組織法上為公司代表機關的自然人，以公司的名義訂立買賣契約。結果雖然相同，但法律構造上，代表與代理並不相同。在第一種情形，乙要取得代理權，須由甲以法律行為（授權行為）授與代理權，但甲公司無法自為意思表示，必須由甲公司的代表機關（董事長），以公司的名義授與代理權於代理人。代理人即使被授與代理權，仍然為獨立的權利義務主體，其以公司名義所為的法律行為，透過歸責規範（民法第 103 條），法律效果始歸屬於公司。

在第二種情形，乙被公司股東會（意思決定機關）選任為董事（公司法第 192 條第 1 項），並於公司董事會或常務董事會被選任為董事長，依公司組織法的規定（公司法第 208 條第 3 項），當然成為公司的代表機關，不需要就個別的法律行為另外授與代表權。公司代表機關僅是公司組織體的部分，代表機關的行為就是法人的行為，而不是第三人的行為。所以，公司成為契約的當事人，並不需要透過歸責規範。

關於代理與代表的關係，最高法院認為代表與代理法律性質及效果均不同：代表在法人組織法上不可欠缺，代表與法人係一個權利主體間之關係，代表人所為之行為，不論為法律行為、事實行為或侵權行為，均為法人之行為；代理，代理人與本人則係兩個權利主體間之關係，代理人之行為並非本人之行為，僅其效力歸屬於本人，且代理人僅得代為法律行為及準法律行為（最高法院 86 年度台上字第 1782 號判決）。

民法就代理有詳細的規定，僅在法人（民法第 27 條、第 28 條、第 48 條、第 61 條）與合夥（民法第 679 條）的規定中，提及「代表」二字，代表制度本身並未有獨立的規定。如果過分強調二者的區別，將使代表陷於無法可循的窘境。最高法院 74 年台上字第 2014 號判例雖然認為代表與代理不相同，但關於公司機關之代表行為，解釋上應類推適用關於代理之規定，故無代表權人代表公司所為之法律行為，若經公司承認，即對於公司發生效力。

B 有關損害賠償之歸責規範

損害賠償請求權基礎，雖然多如牛毛，但最重要的，不外乎二大類：契約違反所生的損害賠償與侵權行為法所規定的損害賠償。在契約法領域，最重要的歸責規範為民法第 224 條債務人對履行輔助人的責任；在侵權行為法領域，是民法第 188 條所規定的僱用人對受僱人侵權行為責任。如：

丙到甲醫院就診，因其受僱主治醫師乙之過失，而成為植物人。

1 履行輔助人

丙到甲醫院就診，成立醫療契約，基於醫療契約，甲負有診療義務，甲醫院僱用乙履行此義務，乙成為債務履行輔助人。民法第 224 條債務人對履行輔助人的規定，毫無疑問，屬於歸責規範。蓋實際為債務履行的人，不是債務人自己，乙對丙並不負有任何契約上債務，僅是契約關係以外的第三人，在自己責任原則下，因第三人的行為導致契約義務違反，債務人

原則上不須負責。正因有民法第 224 條的規定，債務人對履行輔助人的行為負責任²。

2 侵權行為中受僱人

甲除須對丙負債務不履行之損害賠償責任外，因乙是在執行職務時因過失加損害於丙，依民法第 188 條第 1 項，僱用人甲須負連帶損害賠償責任。此時，實際加害的行為人是乙，而非甲，甲因有民法第 188 條僱用人侵權行為的規定而負損害賠償之責。所以，民法第 188 條的規定也是屬於歸責規範³。

3 民法第 28 條？

民法第 28 條：「法人對於其董事或其他有代表權之人因執行職務所加於他人之損害，與該行為人連帶負賠償之責任。」是否屬於歸責規範，取決於法人是為自己行為負責或為他人行為負責。德國民法並未形成代表一般理論，我國民法稱「代表」之處，德國民法相當的規定均稱「代理」，德國民法第 31 條因而規定：「董事會、董事或其他依章程選任之代理人，因執行職務所應負賠償義務之行為加損害於他人者，社團應負責任。」，學說認為社團董事因執行職務侵害他人者，行為人仍為董事，若無歸責規範，無法使被害人向社團法人請求損害賠償⁴。我國民法若採法人實在說，法人董事之侵權行為即為法人之侵權行為，並不須有歸責規範方能使法

² 關於債務人對履行輔助人責任，詳見，陳自強，違約責任與契約回復，第一章、II、四。

³ 關於僱用人責任之歷史發展，詳見，陳自強，契約責任與侵權責任之歸責——以法律史及比較法為中心——契約法之現代化 IX，2025 年，第三章「為輔助人之侵權行為負責」、二、「為從屬輔助人負侵權責任」。

⁴ Medicus, Allgemeiner Teil des BGB, 5. Aufl., 1992, Rn. 1136；王澤鑑，民法總則，2020 年，頁 526「歸屬規範」圖表，也將民法第 28 條之規定列為本書所稱的歸責規範。

人負侵權責任。若有規範的必要，反而是確認董事個人亦應負責⁵，此即同採法人實在說的瑞士民法第 55 條的立場⁶。

C 有關占有之歸責規範

甲百貨公司之店員乙出售衣服一件價金一千元於顧客丙，丙付以千元大鈔，即將衣服取走。

物之出賣人，負有交付標的物並移轉所有權的義務。動產所有權的移轉，應具備讓與合意（意思要素、法律行為的要素）與交付（公示要素）二要件。出賣人將動產交付買受人，一方面履行出賣人交付標的物義務，他方面也履行移轉所有權義務。讓與合意，得由代理人以本人（即讓與人或受讓人）名義為之，但交付並非法律行為，而為事實行為，無法透過代理制度完成。甲百貨公司履行其對顧客丙交付標的物之義務，是使用其店員乙履行，故乙為民法第 224 條所謂「履行輔助人」。銷售之商品在交付於顧客丙之前，實際上雖由乙支配（管領），法律上之占有人仍為甲，乙僅為占有輔助人（民法第 942 條），而非占有人。就買賣標的商品占有的移轉而言，乙作為占有輔助人，將直接占有移轉於受讓人丙時，法律上就等於占有人甲自為。就金錢所有權的移轉而言，丙將千元大鈔的物理上的直接支配力移轉於乙時，法律上，甲取得占有。所有權讓與所應具備的意思要素（讓與合意），則透過代理制度完成。

⁵ 鄭冠宇，民法總則，2021 年，頁 151，建議該條應規定為：「法人之董事或其他有代表權之人，因執行職務所加於他人之損害，應與法人連帶負賠償之責任。」

⁶ 瑞士民法第 55 條第 1 項：「法人的意思，由其機關表示之。」第 2 項：「法人對其機關所為之法律行為及其他行為，負其責任。」第 3 項：「行為人對其過錯亦應自負責任。」

二 民事代理與商事代理

A 代理之任意性或必要性

如前所述，代理制度之運用，有時有其必要性。如為使無行為能力人成為契約當事人，非由法定代理人以本人名義成立契約不可；類似的情形，也發生在由法人代表機關為行為之情形⁷。此二者，均係由代理人或代表機關為法律行為之意思決定，且為獨立而自主之決定，本人乃至於法人事實上無從為代理行為之指示，就此而言，可謂取代本人或法人之地位而為意思決定，故一般而言，代理人或代表機關須有行為能力（參照民法第 1096 條、公司法第 108 條第 4 項、第 192 條第 6 項準用第 30 條之規定）。

其他單純擴張個人自由活動空間的情形，代理制度之利用，則具有任意性。此類型之代理，代理人為代理行為雖具有不同程度之自主性，但因為擴張本人之經濟活動空間而設，仍係在本人經濟活動空間之範圍內有權為其行為，行為受本人指示之拘束，但代理人不須有行為能力（民法第 104 條參照）⁸。公司及其他法人須設董事為其代表人，因法人代表機關之行為即為法人行為，法人亦得經由法人之代表機關就特定事務授與代理權於他人，從而擴張法人自己之經濟活動空間，也有其任意性。

B 商事輔助人與商事代理人

商人或其他企業經營者如欲參與法律交易，獨資或合夥經營型態的商人固然得自己沿街叫賣或推派執行合夥事務合夥人（民法第 679 條）進行交易，但在公司等法人組織體，無法自己思考、自己決定，而須透過自

⁷ 關此，Pawlowski, Allgemeiner Teil des BGB, 4. Aufl., 1993, Rz. 672 f.，亦有類似之論述，而稱為屬於 Repräsentanten（代表）類型之代理。

⁸ 此型態之代理，Pawlowski, Allgemeiner Teil des BGB, 4. Aufl., 1993, Rz. 671 稱為意定代理，屬於 Agent 型態之代理。

然人參與法律交易，完全仰賴代表機關（董事長沿街叫賣？）進行法律交易，難以想像。企業經營者運用商業輔助人進行法律交易，恆有其必要性。

所謂商業輔助人，有從屬的（隸屬的）與獨立的之分。如經理人、店員與學徒（勞動基準法第八章稱為技術生）等，為商業主體營業組織的部分，屬於前者；獨立的商業輔助人雖然輔助商業主體的經營，但自己也是獨立企業經營者，學說認為代辦商、行紀人、運送承攬人、居間人、運送人、倉庫營業人等屬之⁹。商業輔助人輔助商業主體的營業，有時須以後者的名義為法律行為，店員或其他銷售人員、經理人與代辦商應該是最重要的情形。我國民法對後二者有規定，經理人係由商號之授權，為其管理事務及簽名之人（民法第 553 條第 1 項）；而代辦商亦係受商號委託，以該商號名義辦理其事務之全部或一部之人（民法第 558 條第 1 項），二者均得以商號名義為法律行為，均有代理權。

C 民事代理與商事代理發展軌跡不同

代理制度之運用，對商業活動經常有其必要性，事實上亦為代理運用最頻繁之所在。因商業活動的實際需要而發展出來的代理，可稱為商事代理，經理人及代辦商為典型的商事代理，銷售人員亦應屬之。相對於此，代理如係使無完全行為能力人參與法律交易，本人並非企業經營者，代理之制度功能，與企業經營必然無關，屬於民事代理。代理如純係擴張個人經濟活動空間，而由本人個別授與代理權，也屬於民事代理。

代理一般規定見諸民法總則及債編通則，經理人與代辦商則規定於民法各種之債，唯有公司經理人規定於公司法。若代理一般規定及一般原則也能一體適用在商事代理，商事代理概念實際上並無存在價值。然而，從代理制度的發展來看，並非先有民事代理才有商事代理的特殊規定，事實上，民事代理與商事代理各有其發展軌跡，後者更早於前者。

⁹ 史尚寬，債法各論，1960 年，頁 393；同說，鄭玉波，民法債編各論（上），1970 年，頁 459；諸此說法，應係參考日本商法學說，參見，加美和照，新訂商法總則，1 版 2 刷，1991 年，頁 131。