

中国人民大学民商事法律科学研究中心
民商事法律科学研究文丛(1)

中国民法典基本理论 问题研究

Theoretical Issues of China Civil Code

| 主编·王利明 郭明瑞 潘维大 |

人民法院出版社

中国民法典基本理论 问题研究

Theoretical Issues of China Civil Code

| 主编 王利明 郭明瑞 潘维大 |



人民法院出版社

图书在版编目(CIP)数据

中国民法典基本理论问题研究/王利明, 郭明瑞, 潘维大主编.
—北京: 人民法院出版社, 2004. 1

ISBN 7-80161-693-6

I. 中… II. ①王…②郭…③潘… III. 民法-立法-中国-文集 IV. D923.04-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 124108 号

中国民法典基本理论问题研究

主 编 王利明 郭明瑞 潘维大

责任编辑 郭继良

出版发行 人民法院出版社

地 址 北京市朝阳区安慧北里(亚运村)安园甲 9 号(100101)

电 话 (010)65290581(责任编辑) 65290516(出版部)

65290558 65290559(发行部)

网 址 www.courtpress.com

E - mail courtpress@sohu.com

印 刷 北京人卫印刷厂

经 销 新华书店

开 本 787×1092 毫米 1/16

字 数 873 千字

印 张 50

印 次 2004 年 1 月第 1 版 2004 年 1 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 7-80161-693-6/D·693

定 价 88.00 元

版权所有 侵权必究

(如有缺页、倒装, 请与出版社联系调换)

序

民法是市民社会的基本规则，也是市场经济的根本大法。作为最高形式的民事成文法，民法典是每一个大陆法系国家民法理论体系化与民事立法最高成就的表现，制定一部中国的民法典早已成为我国民法学界同仁共同的心愿与企盼。

我国自 1993 年全面启动社会主义市场经济体制建设以来，历经十年的艰辛，市场经济体制已经初步建立，民商法律体系逐步完善。尤其是十六届三中全会作出的《中共中央关于完善社会主义市场经济体制若干问题的决定》中，明确提出要建立健全现代产权制度，依法保护各类产权，健全产权交易规则和监管制度，推动产权有序流转，保障所有市场主体的平等法律地位和发展权利。这一决定从根本上为我国民法典的制定工作指明了方向。可以说，在 20 多年来改革开放的实践、十余年来建设社会主义市场经济实践的基础上，作为市场经济基本法律制度的民法典已经瓜熟蒂落、呼之欲出了！

要制定一部顺应时代潮流、符合我国实际，先进、科学的民法典，必须以成熟的民法理论为支撑。如何通过我们的深入研究、讨论、思考，进一步完善我们的民法学体系，从而为民法典的制定作出我们应有的努力，是我们当代中国学者的时代使命！

近年来，围绕民法典的制定，广大学界同仁就制定民法典的意义、未来我国民法典的体系框架、规则、制度的设计献计献策，展开了深入而有益的探讨，并发表了大量学术论著，在不少重大疑难问题上取得了共识。在这一过程中，面对面的交流、探讨、乃至争论，是十分必要的。所谓石本无火，相撞乃生灵光；水本无波，相激乃有涟漪。通过争论，相互启发彼此的思维，有利于进一步推动民法研究，有助于我们未来民法典的完善。有鉴于此，中国人民大学民商事法律科学研究中心积极组织了一系列关于民法典重大疑难问题的学术研讨会。

在改革开放之初，大陆民商法学重建之际，我国台湾地区学者对我们的研究有过很大的帮助，台湾学者的研究方法、体系、路径对大陆学者曾产生过一定影响。现阶段，制定一部高质量的中国民法典也是两岸学者共同的企

盼。因此，海峡两岸民法学者共聚一堂深入交流，为中国民法典的制定献计献策，具有重要的意义。

在东吴大学法学院院长潘维大教授、烟台大学校长郭明瑞教授以及烟台大学法学院院长房绍坤教授的大力支持下，2003年11月10日~12日，中国人民大学民商事法律科学研究中心、东吴大学法学院、烟台大学法学院在山东省烟台市东山宾馆共同举办了海峡两岸民法典理论研讨会。来自中国人民大学、清华大学、中国政法大学、西南政法大学、中南财经政法大学、复旦大学、吉林大学、对外经贸大学、山东大学、烟台大学等五十多所高校、科研院所及全国人大法工委的近百名学者，以及来自我国台湾地区的东吴大学、中正大学等高校的十多位学者参加了会议。

本次会议中，与会学者提交的会议论文以及会议发言中，大家不仅对民法典的基本理论问题进行了探讨，也对民法典各具体制度进行了研究，几乎涵盖了民法典的各个组成部分。而且，大家多是围绕我国民法典制定中争议较大的问题而进行的深入分析，具有浓厚的问题意识。尤其是各篇文章中突破了就法论法之痼疾，全面引入比较法的方法、历史研究的方法、概念分析的方法，对我国民法典所涉重大疑难问题进行了深入的分析，提出了不少创见。会后，我们挑选了部分优秀与会论文由人民法院出版社结集出版。鉴于此次会议论文的学术价值，相信本书的出版对我国民法典的制定以及民法学的发展，具有重要的推动意义！

再一次感谢为筹备本次会议付出辛勤劳动的潘维大院长、郭明瑞校长、房绍坤院长以及烟台大学的各位老师和同学们！同时也对积极参与本次会议并提交论文的学者致以谢意！人民法院出版社陈建德、刘德权两位编辑以及中国人民大学法学院博士后流动站研究人员高圣平博士，博士生尹飞、易军、马特、熊涓龙、周友军等同学为本书的出版付出了很大辛劳，本人也在此表示感谢！

“士不可以不弘毅，任重而道远”！我衷心的希望这种高层次的、深入的学术交流能更多的举行，更希望通过广大民法学界同仁的同心协力，在可以预见的将来，一部符合我国国情，具有中国特色、傲立于二十一世纪世界民法典之林的中国民法典必将诞生！

目 录

第一编 民法典一般理论问题

《中华人民共和国民法》草案立法编制初探·····	孙森焱 (3)
关于我国民法典的体系的再思考 ·····	王利明 (12)
民法典的时代意义 ·····	苏永钦 (44)
民法基础理论体系与立法	
——评大陆 (中华人民共和国) 民法草案 ·····	谢哲胜 (59)
制定民法典需解决的两个基本问题 ·····	柳经纬 (84)
私法中的“社会公共利益” ·····	熊谿龙 (100)

第二编 民法总则

民法总则编立法问题之建议 ·····	黄阳寿 余文恭 (119)
论民事习惯与我国民法典 ·····	李建华 许中缘 (134)
民法一般规定的重构	
——评民法草案一般规定章 ·····	谢耿亮 (155)
法人责任形式与我国民事主体制度的构建 ·····	马俊驹 曹治国 (170)
法人本质学说评判	
——兼论民法典法人制度设计的基本思路 ·····	蔡立东 (188)
关于进一步完善我国民事法律责任体系的几点思考 ·····	李秀芬 (200)
法律行为的有效与生效 ·····	柳经纬 (210)
民事时效立法要简论 ·····	温世扬 廖焕国 (218)
论消灭时效的若干问题 ·····	屈茂辉 (238)
关于诉讼时效的修正意见 ·····	洪英花 刘清景 (253)

第三编 人格权法

论信用权制度在我国的创设与完善 朱呈义 (265)

第四编 婚姻继承法

亲子法中的子本位

——论我国亲子法的完善 王丽萍 (277)

配偶权问题检讨 马 特 (291)

离婚扶养制度研究

——中国法与俄罗斯法之比较 陈 苇 冉启玉 (316)

建立完善的遗产管理制度 何丽新 谢美山 (336)

海峡两岸继承法比较研究 张平华 (356)

第五编 物 权 法

物权法体系设计问题之我见 刘保玉 (389)

物权法草案总则一般规定之浅评 郑冠宇 (405)

论我国现行不动产登记制度的缺陷及未来的完善 程 啸 (415)

物权法定主义否定论论纲 张 鹏 (442)

大陆法系民法中的人役权

——兼论民法典中用益物权的体系 关 涛 (459)

自然资源利用中的私法自治与国家强制

——兼评自然资源利用立法的思路论争 胡吕银 (471)

自然资源利用权对民法物权理论的新发展 张洪波 (481)

渔业权制度建立的宏观思考 田茂兴 (493)

两岸担保物权法之比较 陈荣隆 (501)

大陆法系动产担保制度之法外演进与中国物权法 高圣平 (515)

论留置权的特殊消灭原因 董学立 (529)

物权法定与权利质押	王建萍 (538)
论优先权在物权立法中的设计	贾传建 赵贵龙 张 涵 (548)

第六编 合 同 法

我国合同法上交易习惯之研究	房绍坤 王洪平 (561)
合同成立与生效区分的再探讨	尹 飞 (589)
第三人利益合同的功能及效力运作	王旭冬 (607)
关于契约解除权立法之变革	苏惠卿 (619)
商品房双重买卖法律问题研究	赵秀梅 (626)
我国雇用契约制度的立法完善	宁红丽 (633)
民法典应当建立电子合同制度	于海防 姜泮格 (672)

第七编 侵权责任法

第三人精神上损害之研究	潘维大 (689)
论两岸产品责任法制	林诚二 (706)
惩罚性赔偿纳入我国民法典立法的思考	金福海 (720)

第八编 其 他

美国普通法体系中法律的生命	李国利 (737)
民事判例：从幕后走向台前	吕 杰 (752)
中国民法理论研究热点问题探索与意见	
——中国人民大学民商事法律科学研究中心	
海南民法理论研讨会观点综述	杨立新 (764)
北川善太郎教授的学说汇纂体系	
——《民法讲要》I～V的理论构成	(787)

第一编

民法典一般理论问题

《中华人民共和国民法》草案立法编制初探

孙森焱*

一、前言

《中华人民共和国民法》草案（简称本草案）据称于2002年12月17日经人大常委会一读会通过，其体系为第一编总则、第二编物权法、第三编合同法（即契约法）、第四编人格权法、第五编婚姻法、第六编收养法、第七编继承法、第八编侵权责任法、第九编涉外民事关系的法律适用法。其中有关“债”的规定，为第三编合同法及第八编侵权责任法，与德、法、日、瑞士债务法之立法例不同；于民法的末编规定涉外民事关系的法律适用法，亦为特色。因民法所涉范围浩瀚，以下仅就有关民法债编的编排及代理权之规定叙述私见，就教于大方。

二、关于民法债编的编排

（一）债编宜设通论

债编通论系规定适用于债之关系的一般原则，债编各论则规定各种之债，主要是各种契约类型。就日本民法所采体例而言，债权编第一编、第一章“债权总则”设债权之目的（即标的）、债权之效力、多数债权人之债权、债权之让与、债权之消灭，共五节；第二章设“契约”，下分总则、赠与、买卖、互易、消费借贷等典型契约；第三章规定“无因管理”、第四章规定“不当得利”、第五章为“侵权行为”。德国民法的体例系于第二编设“债

* 东吴大学法学院教授。

法”，第一章为“债之内容”、第二章为“基于契约而生之债”、第三章为“债之消灭”、第四章设“债权之移转”、第五章是“债务之承担”、第六章为“多数债务人及债权人”、第七章始规定“各种之债”。值得注意者，德国民法于“各种之债”第24节设“不当得利”、第25节规定“侵权行为”。关于债之发生原因，即契约、无因管理、不当得利及侵权行为，各该立法例均设有详细规定。就债之标的而言，日本民法于第399条至第410条、德国民法于第241条至第265条分别设有明文。本草案就债之关系，于第87条及第88条仅就无因管理及不当得利为原则性规定，再于第三编及第八编就合同法、侵权行为法设详细规定。关于债之标的、债之效力、多数债之关系、债之移转及债之消灭未见专章或节之规定。

（二）关于人格权保护之规定

本草案对于人格权的保护，设有第四编人格权法，可谓周全。惟同编第1条第2项（大陆称款，下同）、第3项规定与第一编第90条重复，文字有待修正。又人格权法第10条规定自然人的遗体、骨灰受法律保护，不得污辱、损害遗体、骨灰。然自然人死亡后，其遗体、骨灰之权利归属如何，有待厘清。此与由何人出面主张权利攸关，于条文中应予明文规定。第6条分别祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女，与第五编第28条、第七编第10条规定有关，然在法律上此项分类有何实益？与男女平等原则是否有违？不无疑义。

（三）关于损害赔偿之债

第一编总则、第92条规定自然人、法人违反合同或者不履行其他义务的，应承担民事责任。第93条第1项则规定承担民事责任的方式，主要有：（1）停止侵害；（2）排除妨碍；（3）消除危险；（4）返还财产；（5）恢复原状；（6）修理、重作、更换；（7）赔偿损失；（8）支付违约金；（9）消除影响、恢复名誉；（10）赔礼道歉。参照第八编侵权行为法、第4条第1项规定，承担侵权行为的方式，与第一编总则第93条规定比较，前者为债务不履行的损害赔偿責任；后者为侵权行为責任。其中仅前者支付违约金为第八编侵权行为法第4条第1项规定所无。关于违约金之支付，第三编合同法第12条第1项第1款规定合同的内容得约定违约责任。第111条复就违约金的意义、效力为规定。是债务人违反契约而不履行债务时，依照违约金为给付不能、迟延给付或不完全给付而约定，于符合该约定之事实发生时，债权人得依约请求履行，不待法律另为特别规定。是债务不履行的损害赔偿責任与侵权行为的损害赔偿責任两者之标的，有必要于损害赔偿之债为综合规

定。有关绝对权或支配权的功能，有返还请求权、排除侵害请求权及防止侵害请求权。损害赔偿债权为相对权，以债权人因债务人之不履行债务或侵权行为而发生损害为构成要件。“停止侵害”或“排除妨碍”为排除侵害请求权之性质，就债权之不可侵性立论，或可承认债权人有此权利；就“消除危险”言，以防止侵害之发生为目的，如于损害赔偿债权亦承认有此权利，系在损害尚未发生前约束行为人，无异视债权为支配权。此与债权人基于所有权或其他物权，行使物上请求权，不可相提并论。再言“返还财产”、“恢复原状”、“修理”或“赔偿损失”，不外以回复原状或以金钱赔偿为损害赔偿的方法；至“消除影响、恢复名誉”是专就名誉的回复而言，于人格权法设相关规定即可。债务人于债务不履行时，是否有“修理”、“重作”或“更换”之义务，更是契约责任问题，为第三编合同法、第107条规定违约责任的解释范围。债务人是否有“修理”、“重作”的义务，亦因买卖或承揽而不同，并非损害赔偿方法的一般原则。又“赔礼道歉”须债务人内心确有此意思而表达于外，始具意义，故若基于两造和解，债务人愿意为此，固无不合；倘债务人毫无赔礼道歉之意，乃由法院强制其表达，于被害人精神上痛苦之弥平，似无何裨益。此与侵害他人名誉者，应为回复名誉之适当处分，情形不同。

（四）债之关系不限于合同及侵权行为

依瑞士债务法之立法例，其第一编总则、第一章债之发生列有“因契约而发生”、“侵权行为之成立”及“不当得利之发生”三节。另于第二编各种契约关系之第十四章规定“无因管理”。盖认无因管理亦为契约之一种。本草案于第一编总则、第86条第2项规定：“因合同、侵权行为、无因管理、不当得利及法律的其他规定，在当事人之间产生的特定的权利义务关系，为债权债务关系。享有权利的人是债权人，负有义务的人是债务人。”关此，除合同法及侵权责任法设有详细规定外，无因管理及不当得利的意义、要件，仅于第87条及第88条设原则性规定，其详细效果如何，则未见明文规定。按无因管理的构成要件，德、法、日立法例不尽相同。又不当得利涉及的问题亦甚复杂，均有待立法为之厘清。再查上开第86条第2项规定“法律的其他规定”，是否指基于物权、婚姻、收养和继承所生请求权而言，尚欠明了。如属肯定，与债的关系发生混淆；如系别有所指，其内容则难悬揣。特建议于立法草案附以立法理由，说明清楚，以备适用时查考。

（五）得让与之债权不限于因契约而发生者

得让与之债权不限于因契约而发生者，例如因侵权行为而发生之损害赔偿

偿债权，被害客体为财产权者，固不待言，即如人身权被害所生非财产上之损害而以金钱赔偿之请求权，已依契约承诺，或已起诉者，亦非不得让与参看台湾地区“民法”第195条第3项。因无因管理或不当得利发生之债权亦同。本草案第三编合同法第79条特就因契约所生债权得让与第三人为明文规定，至其余类型之债权，是否亦在准用之列，立法意旨不明。

(六) 关于涉外民事关系的法律适用法之规定

于民法设“涉外民事关系的法律适用法”规定之立法例似不多见。^① 台湾地区有关国际私法事项之规定系以“涉外民事法律适用法”为名，于1953年单独立法，惟全文仅三十一条，内容系有关民事实体事项，与本民法草案第九编规定达九十四条者详略不同。本草案包括本国人间发生争执之私法上关系或该民事关系所涉标的物所在地或债务履行地在国家领域外之情形（第1条第2款）、互惠原则之采择、诉讼程序之践行等事项，包括民事实体及程序问题，钜细靡遗，体系完整。其内容当否，因非本人专精，未便置喙，惟私见认为涉外民事法律之适用，属特殊民事事件之事项，允宜单独立法，在学术上以国际私法之名，与国际公法分庭抗礼，嗣后如为适应国际情势之变更，有修正必要时，亦可专对此特别法为之，避免动及民法。

三、关于代理制度的立法体例

(一) 代理权的意义

代理为代理人于代理权限内，以本人名义所为之意思表示或所受之意思表示直接对本人发生效力之行为（参看台湾地区“民法”第103条第1项），代理人所为代理行为之效果直接对本人发生效力，乃因代理人与本人之间有代理关系存在。代理人本此，得依自己之意思表示，积极以本人名义为法律行为；或为本人消极受意思表示，使其法律效果直接归属于本人。代理人得为代理行为的法律上地位，或资格，称代理权。本草案第一编总论、第76条前段系规定显名代理，即上述代理行为之效果；同条后段则规定所谓隐名代理。两者的法律关系，原属南辕北辙。前者为典型的代理行为；后者之适例如台湾地区“民法”第576条行纪之规定是。因隐名代理发生于各种之债，有关当事人间发生之权利义务如何，不难以其所由发生之基础法律关系

^① 参见蓝瀛芳：《国际私法的立法趋势》，刊载于辅仁法学第10期。又日本于明治三十一年（1898年）7月16日施行“法例”，规定涉外民事关系的法律。

判断，详下述（二），是草案总则编所设第五章有关代理权之规定，宜专就显名代理为之。

（二）代理权的发生

就典型代理行为言，代理权的发生原因，通常有二：一为基于法律规定而发生者；一为以法律行为授与者。前者称法定代理、后者为意定代理。惟本草案同编第 77 条第 1 项规定分代理为三类型：即委托代理（本草案谓委托代理）、法定代理和指定代理。委托代理为以法律行为授与代理权；法定代理和指定代理则均基于法律规定而发生代理权。然有关代理的规定，于总则编设第五章第 75 条至 84 条；另于第三编合同法、总则、第三章合同的效力、第 48 条设无权代理、第 49 条规定表见代理，似均适用于所谓委托代理。至于法定代理，就自然人言，宜于总则编、第二章、第二节“监护”明定之；于法人，则于同编第三章法人、第 53 条设有“法定代表人”之规定，为避免“法定代表人”与“法定代理人”发生混淆，同编第 77 条第 1 项规定无特别列举法定代理之必要。又指定代理为民事诉讼法或非讼事件法规范事项，本条宜作适宜修正。

其次，代理行为既为代理人以本人名义所为之意思表示或所受之意思表示直接对本人发生效力之行为，若代理人非以本人名义为法律行为，而以自己名义为之，是为隐名代理。该法律行为的当事人为相对人及行为人自己，行为人并未为代理行为，即不发生代理的法律效果，该法律行为发生之权利义务关系，当然系属于相对人及行为人之间，与本人无关。故第一编总则第七十六条后段规定：“以自己名义实施的民事法律行为，由代理人承担民事责任，”毋乃自明之理。问题所在厥为此际行为人与本人之间，应如何计算之问题。委托或行纪就此应有明文规定（参看本草案合同法编第二十一章委托合同第 401 条、第 404 条、第二十二章行纪合同第 421 条等，又台湾地区“民法”第 540 条至第 542 条、第 578 条等），因此，于总则编仅设第 76 条后段规定，要无必要。

再就法定代理与意定代理（即委托代理）的共同法则言，于台湾地区“民法”第 103 条至第 110 条设有代理人的行为能力、代理人意思表示的瑕疵、双方代理的禁止、代理权的限制及撤回、代理权的消灭、无权代理人的责任等规定，本草案于总则编第 76 条规定委托代理、法定代理和指定代理，倘确有必要，其共同法则如何，亦应有所交代。就本草案的立法形式言，自第 78 条至第 83 条规定系适用于委托代理；得适用于法定代理和指定代理者，仅有第 84 条规定，嫌有未足。

就第三章合同的效力所规定无权代理及表见代理言，不惟于契约（即合同）发生，于单独行为亦有适用，似于总则编第五章一并规定为宜，以免割裂。对于表见代理，亦可考虑更为详尽的规定。

（三）授权行为的性质

授权行为的性质素有契约行为及单独行为之分。台湾地区“民法”第167条规定采德国民法第167条、瑞士债务法第30条之立法例，采单独行为说。法国民法第1984条、奥国民法第1002条不分别委托与代理契约。日本民法第110条第2项的解释，学说上认系类似委任之无名契约。^① 本草案总则、第五章、第78条第2项规定，以书面授与代理权时，应由本人（委托人）签字或盖章，似采单独行为说。但同条第3项规定：“委托书授权不明的，被代理人应当向第三人承担民事责任，代理人负连带责任。法律另有规定的除外。”惟本人（被代理人）既应负授权人的责任，即已发生代理行为之效力，就相对人言，其与代理人所为法律行为，直接对本人发生效力，因而发生预期的法律效果，如因此发生损害，应依代理行为所发生与本人之法律关系，请求履行债务或不履行债务之损害赔偿。于此情形，相对人与代理人不发生任何关系，代理人何以应与本人就契约之履行或不履行对相对人负连带责任？立法意旨不明。是否因授权行为系属契约关系，代理人对授权范围不明，仍据以为法律行为，致相对人受到损害，亦应负责任之故？如何自圆其说，颇滋疑义。

（四）契约行为的代理

民法总则的规定于债之契约行为应有适用，第一编总则、第五章代理、第79条关于无权代理的规定，与第三编合同法、第48条第1项规定类同，其故安在，有欠明了。

就总则编的规定言，第80条规定：“代理人不履行职责而给被代理人造成损害的，应当承担民事责任。”兹所谓“承担民事责任”，似指代理人经被代理人（本人）授与代理权，因未尽应负之职责，致被代理人受有损害者，应对之负赔偿责任而言。果尔，此项责任系基于代理人与本人（即被代理人）之间原有之基础法律关系，例如委任、雇佣、承揽或合伙等权利义务的内部关系，因代理人不履行债务而应负损害赔偿，此有债务不履行之一般法则可资适用，与代理人所为代理行为，直接对本人发生效力，系属两事，故于“代理”无特为规定之必要。又总则编第81条第1项规定：“代理人知道被委托代理的事项违法，

^① 授权行为性质之介绍看国立台湾大学法学研究所编译：《德国民法》，第177页以下。

仍然进行代理活动的,或者被代理人知道代理人的行为违法,不表示反对的,由被代理人 and 代理人负连带责任。”按法律行为的标的合法,为法律行为的生效要件,如果标的不法,法律行为无效。无效法律行为的损害赔偿责任,本草案总则编第 72 条设有明文,授权行为违法或代理行为无效,本人、代理人与相对人之间发生如何权利义务关系,依其相关规定(例如草案总则编第 79 条,并参看台湾地区“民法”第 110 条)判断,不难厘清其法律关系。代理行为违法而无效,相对人是否得对本人请求损害赔偿,应受草案总则编第 72 条之规范:是否应由被代理人 and 代理人负连带责任,似系应否负共同侵权行为责任的问题。总则编第 81 条第 2 项及第 3 项规定亦有相同疑义。

再就合同法编的规定言,依其第 7 条、第 12 条第 1 项第六款规定观之,系指债之契约而言,然则第 48 条第 2 项规定,无权代理行为的契约相对人,对于本人是否承认的催告权;第 49 条关于表见代理的规定,不仅于债之契约始有适用,于其他情形,例如基于法律行为为债务之清偿,无论是清偿之一方,或受领清偿之一方,系经无权代理人为之者,亦有适用。故有关规定移于总则编为宜。

(五) 代理权之限制及撤回对第三人之效力

总则编第 81 条第 3 项规定:“第三人知道行为人没有代理权、超越代理权或者代理权已终止,还与行为人实施民事行为,给他人造成损害的,由第三人和行为人负连带责任。”按无代理权人以代理人名义所为之法律行为,其相对人原得催告本人(即被代理人)确答是否承认,此就总则编第 79 条规定推之,应无疑义(参看台湾地区“民法”第 170 条),合同法编第 48 条第 2 项亦有相同规定,有如上述。总则编第 81 条第 3 项上开规定所谓“给他人造成损害”似指致本人(即被代理人)发生损害而言。于此情形,被代理人尽可拒绝承认,使无权代理之法律行为效力不及于自己。倘被代理人予以承认(即追认),即系同意与该第三人之间成立法律行为,就此所受损害已构成本人与该第三人法律行为内容的权利义务关系,自无再请求第三人赔偿之余地。至于行为人(无代理权人)基于与被代理人间之基础法律关系(例如无因管理),是否应负债务不履行之损害赔偿责任,为另一问题。即不发生“由第三人和行为人负连带责任”之问题。又未经授与代理权与逾越代理权系属二事,前者发生表见代理问题;后者以不得对抗善意第三人为是(参看台湾地区“民法”第 107 条)。将两者相提并论,是否允妥,亦待斟酌。