

论无权代理人赔偿责任的双层结构

张家勇*

内容提要 《民法总则》第 171 条第 3、4 款系无权代理未被追认时行为人赔偿责任的规范基础。因规范技术上的原因,该两款规定在解释上引发明显分歧。从现行规定看,无权代理行为人的赔偿责任系分别基于信赖原理和缔约过失原理而构建,在解释该规范时,需顾及法律文义所反映的立法者价值判断及法律体系所呈现的价值秩序,并兼顾代理制度与法律行为规则间的亲缘关系。在相对人善意时,其可向行为人主张履行利益的损害赔偿,亦可选择主张信赖利益的损害赔偿,但均不得超过行为人有代理权时其本可由被代理人获得的利益;在相对人明知或应知代理权欠缺时,行为人仅因过失而负信赖利益的赔偿责任,此时应结合《民法总则》第 171 条第 3 款确立的价值秩序,在相对人与行为人之间作妥当的损害分担。

关键词 无权代理 无过失责任 信赖原理 缔约过失

引言

在无权代理未获被代理人追认且不成表见代理时,原则上相对人就其所受损害只能向无权代理人(以下均依现行法称“行为人”)请求赔偿。^①我国新颁行的《民法总则》第 171 条第 3、4 款将《民法通则》第 66 条第 1 款第 2 句及《合同法》第 48 条第 1 款关于“由行为人承担民事责任”的规定加以细化,不仅在责任形式上指明其内容为“履行债务”或“损害赔偿”,更进一步明确了归责标准与赔偿范围。从立法史看,《民法总则》前述规定自民法室室内稿即已存在(“室内稿”第 131 条第 3、4 款),在此后各稿中(含正式草案)均未再作改动。根据官方披露的讨论情况,立法过程中就前述第 3 款与

* 中南财经政法大学法学院教授,博士生导师。

① 虽不成立表见代理,但若被代理人对无权代理的发生亦可归责,其仍可能要相对人负赔偿责任。参见最高人民法院(2008)民二终字第 124 号民事判决书。

第4款的关系,以及它们与总则其他规定间的衔接问题并无异议。^②吊诡的是,学界在立法过程中对该规定集体沉默,在立法通过后却发生了极大的认识分歧(后文将对此详述)。本文不拟探究该现象何以发生,而意图回应几种主要的解释歧见,以期在法解释论上构建对该规定的妥当理解结构。

关于行为人对相对人/第三人的责任,比较法上的立法经验可概述为:原则上,行为人在被代理人拒绝追认且不成立表见代理时须向相对人承担责任。其中,多数立法例规定行为人仅承担赔偿责任(履行利益或者信赖利益^③),少数立法例规定,行为人不能证明自己不知无代理权时,应根据相对人的选择而承担履行义务(如德国与日本)。^④绝大多数立法例在确定行为人责任时不要求其具备故意或过失,但赔偿范围可能因故意或过失而有所不同;仅少数国家规定,行为人有过错时才承担赔偿责任(如法国与比利时)。^⑤若相对人明知或应知行为人无代理权,则排除其赔偿请求权。^⑥不过,《瑞士债法典》规定,行为人如有重大过失,法院得依公平原则,判决其赔偿契约外的其他损害。^⑦

从三个影响较大的国内民法典学者建议稿来看,除“绿色民法典”完全沿袭《合同法》第48条,未就行为人责任的具体内容作细化规定外,梁慧星教授主持的民法典专家建议稿(第187条)采纳了与《德国民法典》基本相同的规定;王利明教授主持的民法典专家建议稿(第228条)则采纳了单纯信赖利益的赔偿方案,同时有履行利益的限制规定。后两个草案的共同之处在于,均排除明知行为人无代理权之相对人的赔偿请求权。^⑧

不难看出,比较法立法例及我国学界均无争议的是,明知行为人无代理权的相对人无论如何不享有对行为人的赔偿请求权;在行为人承担信赖利益赔偿责任时,应不超过

^② 有关《民法总则》立法中涉及无权代理人责任的讨论情况,请参见《民法总则立法背景与观点全集》编写组《民法总则立法背景与观点全集》,法律出版社2017年版,第229、261、342、413页。少见的例外是,谢鸿飞教授曾建议删除第3款的限制规定,并排除第4款相对人明知时的赔偿请求权。参见谢鸿飞《代理部分立法的基本理念和重要制度》,载《华东政法大学学报》2016年第5期。

^③ 根据《德国民法典》第179条之规定,无权代理人原则上应依相对人的选择而赔偿期待利益损害(第1款),但在不知代理权欠缺时,则仅赔偿不超过期待利益的信赖利益损害(第2款)。

^④ 参见《德国民法典》第179条第1款。此时,通说认为,无权代理人与相对人间不成立合同关系,仅依法律规定而成立法定债之关系。

^⑤ 它们通常以侵权作为无权代理人的赔偿基础,仅在无权代理人行为时存在对代理权的明示担保时,才准予提起合同之诉。See Danny Busch & Laura J. Macgregor eds., *The Unauthorized Agent: Perspectives from European and Comparative Law*, at 422f (Cambridge University Press, 2009)。

^⑥ 如德、意、希、荷、日等国民法典与《国际统一商事合同通则》《欧洲合同法原则》《欧洲示范民法典草案》以及《国际货物销售代理公约》对此有明确规定。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、2、3卷),高圣平等译,法律出版社2014年版,第382-383页;《国际商事合同通则》第2.2.6条;《日本民法典》第117条第2款。

^⑦ 参见《瑞士债法典》第39条第2款。

^⑧ “王利明建议稿”仅赋予善意相对人的赔偿请求权,虽然这里涉及“善意”的解释问题,但排除相对人明知时的赔偿请求权应属无疑。

代理行为有效时相对人可以获得利益(积极利益或履行利益)。立法例上的差异仅存于行为人承担责任的条件(是否要求过失)、责任形式(是否承认履行责任)以及赔偿责任的内容(履行利益还是信赖利益)等方面。

反观我国《民法总则》第171条第3、4款,可以发现其明显的“立法创新”:相对人善意与否不仅影响行为人承担责任的形式与范围,而且是其归责标准区分的基础。在相对人善意时,行为人承担无过失责任,且相对人有选择履行债务或请求损害赔偿的权利(第3款);在相对人恶意时,行为人应与相对人按照各自的过错分担损失(第4款)。这种简洁的规范结构,整体上表现出强化保护相对人的价值立场。不过,该规范在技术上杂糅了多种立法表达方式:一方面将履行债务与损害赔偿并举,表明二者具有价值等同性,即损害赔偿的内容为履行利益,但另一方面对该损害赔偿的限制规定却采纳比较法和学理上限制信赖利益赔偿的规范措辞(第3款);一方面对恶意的相对人亦提供保护,但另一方面又省略责任成立规范,仅规定了责任承担规范(第4款)。由于这种状况的存在,该规定存在明显的解释或合理化困境,极可能在未来司法适用中引致混乱,因而需要通过解释构造预作应对。

为此,本文将首先从现有解释理论的论争出发,确定解释分歧的症结所在,然后运用比较法与体系解释的方法,分别就善意相对人与恶意相对人的赔偿请求权加以讨论,确认现行法上无权代理人责任的双层结构,并通过探讨相对人赔偿请求权与撤销权、表见代理与(狭义)无权代理的关系等,确定相对人赔偿请求权的边界。

一、既有解释方案的问题

关于《民法总则》第171条第3、4款有关相对人对行为人的损害赔偿请求权规定,解释上具有代表性的观点主要有五种:

第一种观点认为,第3款不区分行为人对无代理权事实有无认知均施予相同的损害赔偿,显有不公,故应对其作目的性限缩,仅在行为人知道其无权代理时,非因故意或重大过失而不知代理权欠缺的相对人才有权请求行为人履行债务或赔偿期待利益的损害,否则,行为人只承担不超过期待利益的信赖利益赔偿责任。第4款应当依照一般侵权责任的规定确定损害分担。^⑨

第二种观点认为,考虑到表见代理比行为人赔偿责任更充分且更强大,要件要求更严格,所以,第3款中的“善意”应弱化解为“不知且非因重大过失而不知”。相应地,相对人可要求行为人承担履行债务或履行利益的损害赔偿,仅赔偿范围不得超过相对人在代理有效时能够由被代理人获得的利益,故而,若被代理人根本不能履行或无财产能力,则相对人亦不得向行为人主张赔偿。但是,基于利益平衡的考虑,需对本款

^⑨ 方新军教授对第171条的评注即持此观点,参见陈甦主编《民法总则评注》(下册),法律出版社2017年版,第1220-1222页。

前半句加以限制,即非因过错而不知其无代理权的行为人仅赔偿相对人的信赖利益损失,其不超过相对人在代理有效时能够由被代理人获得的利益。在相对人恶意时应依第4款,由相对人与行为人分担信赖利益的损失,若行为人无过错,则无需承担任何赔偿责任。^⑩

第三种观点认为,第3款规定的损害赔偿从字面含义解释,同时包括履行利益赔偿与信赖利益赔偿。不过,对非明知的行为人也施予履行责任在利益平衡上显然不当,故仅明知行为人承担履行债务或履行利益的损害赔偿责任,非明知的行为人则只承担信赖利益的损害赔偿责任。同时,要是“但书”也限制履行利益赔偿,会发生“以履行利益限制履行利益的损害赔偿”这种荒谬结果,故需对“但书”进行目的性限缩,即仅限制其中的信赖利益赔偿;对于若代理行为有效而被代理人存在履行不能的情况,则应进行漏洞填补,否定行为人的赔偿责任。在适用第4款时,可充分利用“按照各自的过错承担责任”将责任比例在0%~100%间调整,在相对人明知时,其承担全部责任;在相对人应知时,则与行为人按照各自的过错大小分担损害。^⑪

第四种观点认为,第3款“但书”是指不超过履行利益的限制规则,由此可反推“损害赔偿”仅指信赖利益赔偿。第4款规定相对人恶意时的责任分担,“此时,行为人和相对人对无权代理都心知肚明,法律自无对哪一方加以保护的必要,双方应当根据各自的过错来确定相应的责任。”^⑫

第五种观点认为,第3款原则上应为履行利益的赔偿,仅相对人得依具体情况(如可得利益是否容易证明)改依信赖利益主张损害赔偿,且受履行利益的限制。第4款则为第3款责任下对过失相抵规则的适用。^⑬

不难看出,尽管各种解释结论彼此有别,但都一致认为第3款规定的系特殊的信赖责任,不以行为人有故意或过失为必要。此外,前三种解释主张基于“公平”“利益衡量”“妥当性”等一般价值立场对第3款的文义设限,就“损害赔偿”的内容作目的性限缩或类型区分,即允许在特定情形下将行为人的责任限于信赖利益的赔偿:第一种观点将信赖赔偿限于相对人善意无重大过失,且行为人非明知其无代理权的情形;第二种观点在相对人方面的要求与第一种观点相同,但在行为人方面则要求其非因过错而不知无代理权;第三种观点在相对人方面要求无过失的不知,行为人方面则仅要求其非明知。由于该三种观点对第3款都采用了目的性限缩的解释手段,其实际上已超出法律解释之界域,进入了法律改订的立法层面。与之不同,第四种观点或从“但书”反面推导,或从缔约过失的定性推导,得出信赖赔偿效果,但对履行债务与损害赔偿之责任内

^⑩ 朱虎教授对第171条的评注即持此观点,参见王利明主编《中华人民共和国民法总则详解》,中国法制出版社2017年版,第774-775页。

^⑪ 此为笔者与金可可教授讨论《民法总则》第171条第3、4款的解释时,其持取的观点。

^⑫ 李适时主编《中华人民共和国民法总则释义》,法律出版社2017年版,第536-537页。类似看法亦可参见王利明:《民法总则》,中国人民大学出版社2017年版,第392页。

^⑬ 参见韩世远《合同法总论》(第4版),法律出版社2018年版,第307页。

容的潜在紧张关系未作解释,说服力不足。第五种观点虽最大限度地与规范文义保持了一致,但对善意相对人亦以履行利益为救济范围,且令行为人负担无过错责任,对相对人似嫌过于优厚。^⑭

在第4款的解释上,除第一种观点提及侵权原理,第五种观点认为其与第3款一样为无过错责任外,其他三种观点均未就第4款所涉责任的法律基础作必要说明:其为缔约过失、侵权责任抑或独立的法定责任?此外,第一、三、四种观点亦未说明损害分担的范围,致第4款与第3款的关系不明。

必须看到,从规范文义所反映的逻辑看,行为人依《民法总则》第171条第3款承担的是无过错责任(理论上亦称担保责任),且以相对人善意为必要;依同条第4款,纵然相对人明知亦不排除其责任,双方应当按照各自的过错分担损害。因此,两款所定责任的构成原理有所不同,系采双层责任构成。循此规范构造逻辑或为形成妥当解释结论的必由之路。

二、相对人善意时行为人的无过失责任

因其代理属性,无权代理中的被代理人而非行为人才是相对人意定的交易当事人。行为之所以应向相对人承担责任,系因其无代理权而使相对人从被代理人获得交易利益之正当期待落空。正是在这样的意义上,纵有无权代理,若相对人已由被代理人获得预期的交易利益,即不得再向行为人求偿。^⑮由此观之,行为人与表见代理情形下被代理人所承担的责任皆非因法律行为所生,仅系与法律行为有关。换言之,既然(广义)无权代理下行为人与被代理人的责任都旨在保护善意相对人的正当信赖,依循的是信赖原理而非法律行为的规范逻辑,其责任性质当属法定责任而非合同责任。^⑯准此,有必要从信赖原理的角度而非意思表示的效果归属角度证立其责任构成。^⑰

(一) 责任成立的基本考量因素

从责任关系的两极性来看,一方面,信赖责任要求权利人一方存在信赖且信赖具有合理性;另一方面,信赖责任还要求责任人的可归责性。^⑱同时,信赖保护有多种效果,或者

^⑭ 一些司法裁判让相对人与行为人按照过错分担履行利益的损害,使无权代理人的责任构成呈现出单一而非双层结构,可谓为此种观点的实践印证。参见苏州市中级人民法院(2017)苏05民终1700号民事判决书、江苏省常熟市人民法院(2017)苏0581民初7002号民事判决书。

^⑮ 这与表见代理与无权代理能否同时成立非属同一问题,这里仅指二者在效果上不能并存。

^⑯ 参见梁慧星《民法总论》(第5版),法律出版社2017年版,第243页;前引^⑬,韩世远书,第305-306页;朱庆育《民法总论》(第2版),北京大学出版社2016年版,第361页。不同看法请参见崔建远《合同法总论》(上卷),中国人民大学出版社2008年版,第316页(认为行为人承担的是合同责任);王利明《合同法研究》(第1卷),中国人民大学出版社2002年版,第586页(认为行为人承担的是缔约过失责任)。

^⑰ 需要说明的是,无权代理情形的责任须以所涉行为本身除代理权欠缺外再无其他瑕疵为必要,否则,无权代理人亦可因其他瑕疵的存在而免责,如相对人存在欺诈、胁迫即是。原因在于,纵然行为人有代理权,相对人亦因存在欺诈、胁迫情事而不享有因法律行为所生的预期利益。

^⑱ 参见叶金强《信赖原理的私法结构》,北京大学出版社2014年版,第86页以下。

在于保护表象事实真实存在时权利人应处之状态(积极信赖保护) ,或者保护未有交易时权利人本应处于之状态(消极信赖保护)。^①具体到无权代理人对相对人的责任而言,可抽象为逐次降低的三个层级:替代被代理人而履行债务、履行利益的损害赔偿,以及信赖利益的损害赔偿。前二者在价值上等值,仅在给付内容及给付风险上有别。一般而言,信赖合理程度将影响到具体效果的确定,信赖合理性越高,可获得的保护程度越高。^②

就信赖责任而言,无信赖即无责任。所谓信赖,系不知真实信息而有所作为,即善意行为。因此,“明知”者不受信赖原理的保护,至为显然。“应知”者是否同样享受信赖保护,则取决于特殊的价值判断。“应知而不知”或因过失,或非因过失。从归责的正当性上讲,当事人的过失越重,其受保护必要性越弱,施予其不利后果的正当性越强。

反之,从行为人方面看,其系信赖事实的引致者,正是其声称自己有代理权,或者以代理人身份而行为,才使得相对人基于信赖而与之作为法律行为,所以,相对人与被代理人之交易落空风险系因行为人无代理权所致。“风险引致者应承接风险”,行为人自应在被代理人不追认时负其责任。不过,恰如前述,其负责之内容或有不同,是代为履行还是承担履行利益的损害赔偿,抑或承担信赖利益的损害赔偿,亦需与具体的风险情境相结合。从比较法的角度看,是否将行为人的责任与其对代理权欠缺之认知状况关联,也非无可议。

职是之故,尽管在无权代理未受追认时应由行为人承担责任,但相对人、行为人对无代理权之认识状况及无认知时的可归责性,以及应当归责时的责任效果,都会影响到信赖责任的法律构造。这既涉及利益权衡的妥当性,也涉及立法者的政策选择。对于前者,无法进行抽象判断(立法例的差异本身就表明不存在唯一的构造模式);对于后者,则应结合规范整体把握具体规范所蕴含的立法者价值判断。

(二) 相对人“善意”

“善意”是《民法总则》第171条明确规定的无权代理相对人对行为人主张赔偿请求权的主观要件。征诸法律文本,该条第3款使用“善意”概念,而第4款则使用“知道或者应当知道”的表述,两款均指向无权代理事实,故非将二者解释为对立关系,不足以满足规范逻辑的周延性。鉴此,第3款所称“善意”应指“不知道也不应当知道”。“应当知道”涉及过失问题,“不应当知道”在逻辑上就当然排除“因过失而不知”。然则,此一逻辑结论,是否得基于利益考量而被修正,尚需作进一步检视。

《民法总则》除在第171条第3款规定“善意”外,另有六处“善意相对人”的规定^③,因其涉及的利益状况迥然有别,对它们能否采纳相同解释,实难断言。不过,对于同样与信赖原理相关的物权善意取得和表见代理,法律对相对人有明确的主观要求,或可提

^① 参见前引^③叶金强书,第171页。

^② 参见前引^③叶金强书,第172页。

^③ 分别涉及:法定代表人的代表权内部限制(第61条)、法人登记不正确(第65条)、营利法人或捐助法人决议被撤销时的决议效力(第85、94条)、与限制行为能力为法律行为人之相对人的撤销权(第145条第2款)以及法人或非法人组织对其工作人员职权范围的限制(第170条第2款)等。

供指引。

在物权善意取得情形,最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国物权法〉若干问题的解释(一)》(法释〔2016〕5号)第15条将“善意”界定为“无重大过失的不知”。与之不同,表见代理虽同属信赖保护之典型,但有过失之相对人则被排除于表见代理的适用范围之外。^②可见,虽然善意取得与表见代理均系保护积极信赖的法律制度,二者在物权取得人或交易相对人主观方面的要求却并不一致。

有学者认为,表见代理的效果比行为人赔偿责任更充分且更强大,故后者的适用要件应当相对宽松。^③恰如所见,在《民法总则》第171条第3款的构造下,行为人要像表见代理成立时的被代理人一样承担履行债务的责任,而无权代理下善意相对人还享有“履行债务”与“损害赔偿”的选择权,故其待遇实际上更优。毋庸置疑,相对人所获更优待遇只可能与无权代理引致的责任主体变更有关(在这两种情形下,相对人想要与之交易的当事人均系被代理人而非行为人)。从这个意义上讲,在无权代理情形中,弱化相对人主观要件将进一步强化该款偏向保护善意相对人的既有立场,造成不应有的利益失衡。^④更应当看到,在无权代理情形下,相对人对行为人代理权声明的信赖(“善意”)是被推定的,并无进行主动审查的义务。^⑤反之,在表见代理情形,“善意”须以代理权外观存在为必要,“善意”乃合理相信代理权之外观与真实情况一致,相对人需要根据情况对代理权外观事实的真实性作必要调查。^⑥因此,相对人满足无权代理情形的善意要件,并不必定满足表见代理的善意要件。^⑦可见,纵然无权代理和表见代理情形的“善意”都采纳“无过失不知”的统一界定^⑧,无权代理下的“善意”实际上也更容易成立。

反面观之,尽管物权善意取得采纳“无重大过失的不知”标准,但需要进一步深究其规范价值。在不动产善意取得情形,因善意与否主要依登记簿记载判定,故过失程度的

^② 参见最高人民法院《关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》(法发〔2009〕40号,“13、合同法第四十九条规定的表见代理制度不仅要求代理人的无权代理行为在客观上形成具有代理权的表象,而且要求相对人在主观上善意且无过失地相信行为人有代理权。……”

^③ 朱虎教授对第171条的评注即持此观点,参见前引⑩,王利明主编书,第773页。朱虎教授的该观点引自殷秋实《论无权代理人的赔偿责任》,载《法律适用》2016年第1期。殷文发表在《民法总则》颁行前,应予留意。

^④ 主张这种观点的学者对此显然有所认识,故另外引入行为人对无权代理人的认知因素,将不知无代理权的行为人责任减为信赖利益的损害赔偿(恰如后述,这种责任内容并非当然),实系通过重构规范进行利益平衡,已然超出法律解释之可能范围。

^⑤ 参见最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第5条第3款规定,代理权发生争议时,主张有代理权一方应承担举证责任。由此可见,在实施交易行为时,相对人通常无需主动调查以他人名义行为者是否确有代理权。

^⑥ 参见前引②,法发〔2009〕40号,“13、……合同相对人主张构成表见代理的,应当承担举证责任,不仅应当举证证明代理行为存在诸如合同书、公章、印鉴等有权代理的客观表象形式要素,而且应当证明其善意且无过失地相信行为人具有代理权。”

^⑦ 值得注意的是,在实践中,法官常依表见代理下相对人有过失,而直接认定无权代理下相对人有过失。参见最高人民法院(2017)最高法民申2719号民事裁定书、最高人民法院(2012)民提字第35号民事判决书、广州市中级人民法院(2017)粤01民终24036号民事判决书、北京市第三中级人民法院(2018)京03民终7983号民事判决书等。依本文所见,这种做法是不妥当的。

^⑧ 参见夏昊晗《无权代理中相对人善意的判断标准》,载《法学》2018年第6期。

区分仅在引入登记簿记载外影响善意判定的因素时有其意义。²⁹ 此际,不动产善意取得之“无重大过失”与动产善意取得同其意义。超越不动产登记引入影响物权取得的其他考量因素,减弱了不动产登记的公信力,但有助于保护真正权利人³⁰;动产依赖占有权利推定效果提供信赖基础,且真正权利人系自愿交付动产于无权处分人占有³¹,因此,为保护交易安全而降低取得人之主观要求并非不合理。由此可见,在善意取得的法律构造中,利益平衡思想发挥了明显作用。

在无权代理情形,基于交易效率考虑,相对人仅需信赖行为人之代理权声明,或信赖由其行为通常可推知之代理权存在事实即可,原则上并无审查代理权有无之义务;同时,对善意相对人的保护于无权代理人无主观方面的要求,不论其对无代理权事实是否明知或有无过失,均应承担相同责任,且相对人所受保护更优于有权代理,在这种情况下,提升对受保护者主观的要求,在利益平衡上显然更为妥当。据上可见,《民法总则》第171条第3款所称“善意”应指“非因过失而不知行为人无代理权”。

(三) 行为人的可归责性

理论通说认为,行为人对善意相对人所负赔偿责任为无过失责任,这与《民法总则》第171条第3款的规范结构相符,亦合于利益状况,本文从之。然则,无过失责任仅不以过失为责任成立要件,其责任基础(Haftungsgrund)才提供归责的正当性与标准。就此,理论上常以担保责任与风险归责说明无权代理人的责任,兹简述之。

无权代理行为人承担的“担保责任”并非确保债权实现的特别法律措施(特别担保),而接近于“瑕疵担保”中的“担保”之意,系将某种事实状况作为义务承担的条件。这种“担保”直接由法律规定,与当事人自愿作出的“担保允诺”有所不同。应当看到,从行为人实施了代理行为就认定其作出了“默示担保”³²,不过是出于责任施予的目的而运用法律拟制技术而已。行为人通常仅在相对人对代理权有所怀疑,或者明知其无代理权时才会向相对人表示自己确有代理权,或能够取得被代理人同意或追认。既然相对人明知或应知行为人无代理权,其已难谓善意,应属第4款适用问题,而行为人是

²⁹ 例如,甲向丙转让其对乙之附抵押担保之分期付款债权,尽管债权已获部分清偿,但仍谎称未清偿,丙信其言而受让该债权。因抵押权登记并未显示债权被清偿状况,故仅就登记的内容而言,丙系善意。但其依常理能够预见债权正常清偿的情况,本应向债务人(抵押人)乙作必要询问,其不作询问应被认为有重大过失。参见[德]鲍尔·施蒂尔纳:《德国物权法》,张双根译,法律出版社2004年版,第501-502页。

³⁰ 反对引入登记簿外影响善意判定因素(即采纳主观善意标准)的观点,参见孙宪忠《中国物权法总论》(第3版),法律出版社2014年版,第320-321页。

³¹ 动产善意取得是否限于占有委托物而不适用于遗失物、盗赃物等占有脱离物等情形,理论上就此有不同认识。但是,从《物权法》第107条的规定看,应以否定占有脱离物的善意取得为当。因为,在权利人回复请求权存续的情况下,承认受让人善意取得无意义,也与“回复”内容为“返还原物”的规范文义不符。

³² 德国判例法将行为人的责任建立在其“至少默示地表示”自己有代理权,且相对人可以信赖其声称的代理权基础上;理论通说亦持同样看法,认为其应担保该种主张所引致的信赖。Vgl. Detlef Leenen, BGB allgemeiner Teil: Rechtsgeschäftslehre, 2. neu bearbeitete Auflage, 2015 Walter de Gruyter GmbH, Berlin/Boston, S. 315. 学者认为,德国法上“担保责任”的观点其实就源自英美法“默示担保允诺”。参见[德]维尔纳·弗卢梅《法律行为论》,迟颖译,法律出版社2013年版,第956页。

否仍须依此种担保允诺而承担类似第3款所定责任,则涉及法律行为意义上允诺效力的判定问题^{③③},与第3款规定的法定责任已无关联。要言之,理论上将第3款称为“担保责任”不过欲达“无过失责任”的效果,但既然法律已有明文,此种解释实非必要。^{③④}

这样看来,行为人的可归责性实际上源自法律的如下评价:行为人作为他人的代理人而行为,相比于善意相对人,其更有能力避免代理权的欠缺,因而也更应该承担因此所生的不利后果。^{③⑤}在这个意义上,行为人依代理人身份而行为是引致相对人信赖并使之遭受损害的原因,其本来能控制并可避免该种损害风险而未避免,故应负担更加严格的责任,这就是所谓风险归责的思想。风险归责同时着眼于风险控制与结果回避,兼具行为与结果双重视角,故与单从行为标准考察的过错归责常有交错。若行为人根本无从控制无权代理的发生时,如授权行为因授权人错误而被撤销,却仍将无过错责任看作是建立在风险控制基础上,则难免牵强。因此,绝对的无过失责任已非风险归责,而系诱因归责(Veranlassungsprinzip),只反映因果关系,而不能提供责任基础。^{③⑥}或如所见,无权代理人的责任不在于没有代理权,而在于其在被代理人拒绝承认时不能证明自己有代理权,因而是一种基于交易安全的信赖责任。^{③⑦}这样一来,“信赖”与“交易安全”都指向受保护的相对人一方,责任构成事实上就不再要求行为人的可归责性了。

有学者认为,无权代理时相对人享有之地位不应优于行为人有代理权时其所处之地位,若有代理权时被代理人仅负过失责任,则使行为人负担无过失责任或有不妥。^{③⑧}此种解释系将行为人因无权代理未受追认而承担的责任等同于“债务不履行责任”^{③⑨},显已混淆原级债务与次级债务之分际。行为人所承担的赔偿责任系因无权代理未受追认所生法定责任/债务,并不以原级债务之违反为前提,故以原级债务不履行的归责标准类比无权代理行为人的归责标准,混淆了不同责任层次。简言之,行为人因无权代理未受追认时所承担的责任(无论履行债务或损害赔偿),为一种法定之债,与行为人不履行此种法定债务所生之责任依循不同责任原理与归责标准,不应并论。

真正可能成为问题的是,《民法总则》第171条第3款与第157条第2句在归责标准上的差异。若行为人对欠缺代理权的事实并非明知,其所处状态与意思形成上存在错误的表意人实相类似,在基于“默示担保允诺”确认行为人责任时更加突显了这种类

^{③③} 相对人此时所处地位与第三人负担契约下的债权人地位具有相似性,既不损害他人利益,法律亦无禁止规定,宜作有效对待。

^{③④} Vgl. Detlef Leenen(Fn. 32), S. 315f.

^{③⑤} 参见[德]卡尔·拉伦茨《德国民法通论》(下册),王晓晔等译,法律出版社2003年版,第878页; Münchener Kommentar/Schramm BGB § 179 Rn. 2.

^{③⑥} Vgl. Canaris, Claus-Wilhelm, Die Vertrauenshaftung im Deutschen Privatrecht. München 1971, S. 474.

^{③⑦} Vgl. Hirsch, BGB Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 2016, S. 369.

^{③⑧} 参见陈添辉《无权代理人对善意相对人之责任》,载《政大法学评论》2016年第146期。

^{③⑨} 这里的“债务不履行责任”是指在相对人要求行为人履行债务而行为人不履行时,行为人所承担的责任。Vgl. Boemke & Ulrici, BGB Allgemeiner Teil, Springer, 2014, S. 342; Medicus, Petersen, Allgemeiner Teil des BGB, 11. Aufl., C. F. Müller, 2016, S. 429.

似性。虽然错误表意人系为自己行为,而无权代理的行为人系为他人行为,对后者应施予更高行为标准,但是否足以确立过失与无过失归责之差异化处置,非无可议。除非将无过失归责视同非重大错误,否则前述问题引发的体系协调疑虑就难以消解。因此,更为合理的做法是将二者的归责标准予以统一,尽管统一与否不会影响前引规定的适用。

(四)“损害赔偿”的内容

就《民法总则》第171条第3款所称“损害赔偿”的内容,理解分歧极大:一是认为仅指履行利益的赔偿,二是仅指信赖利益的赔偿,三是兼指二者,应分类适用。

需明确的是,如果同一责任形式存在多重内容确定标准,就意味着法律规范的构成要件不完整,需要授权裁判者嗣后补充。这涉及立法权与裁判权的配置问题,会影响法律效果的可预期性。在无权代理行为人责任承担上,并没有证据显示立法者意图授予裁判者这样的裁量权。主张二元标准者的目的在于分类处理,实际上是代行立法权,已溢出法律解释而进入法律创制的领域了。与之不同,法律允许权利人在不超出其应得利益的范围内主张替代性赔偿计算标准,如在本应采纳履行利益赔偿标准时,在不超出该赔偿标准的限度内,允许权利人基于具体情况而改采信赖利益标准请求赔偿,则不会发生类似问题。^⑩

于是,《民法总则》第171条第3款规定的赔偿标准只能要么是履行利益,要么是信赖利益。持信赖利益标准者或者是通过该款“但书”进行反推,或者是通过责任定性的方式进行推论。反推的考虑是,该款“但书”只能理解为对信赖利益的限制,否则会出现“以履行利益限制履行利益”的荒谬结果。必须承认,该款“但书”的表达方式在比较法上,如《德国民法典》第179条第2款,的确属于对信赖利益赔偿的限制,但不意味着只能作此种理解,只要存在符合“但书”文义的其他理解可能性,前述悖谬就能够被消解。事实上,这种可能性的确存在(对此,下文另作详述)。通过责任定性进行推论的逻辑是“缔约过失责任的效果是信赖利益赔偿”,而“无权代理未受追认时行为人承担的责任是缔约过失责任”,故“行为人承担的是信赖利益赔偿责任”。不难看出,这个推论的大、小前提都是不成立的,因为,不仅缔约过失责任也可能表现为履行利益赔偿^⑪,而且无权代理未被追认时,行为人对善意相对人承担的也非缔约过失责任。因此,前述观点不过是将结论隐藏在论据中,是没有说服力的。

尤为重要的是,该款规定相对人有权要求行为人“履行债务或者赔偿损害”,两种责任形式都旨在救济善意相对人因与被代理人交易受挫时所受损害,将二者作等值评价,应属自然。否则,将“损害赔偿”理解为“信赖利益的赔偿”,则在相对人想要实现履行利益时,就只能选择先要求行为人“履行债务”,在其不履行时再要求替代履行的损害赔偿。然而“履行债务”与“信赖赔偿”保护的利益完全相反,要是信赖利益微不足道或者显著低于履行利益,相对人将不得不选择履行债务的救济方式,被迫以行为人为交易对

^⑩ 参见前引^⑬韩世远书,第307页。

^⑪ 参见张家勇《论前合同损害赔偿中的期待利益:基于动态缔约过程观的分析》,载《中外法学》2016年第3期。

方,并承担行为人的信用风险。如果行为人的信用水平低于被代理人的信用水平,相对人在变更交易对方时就需要承担与前述信用差异相应的交易风险。表面来看,这种选择是相对人自愿作出的,但它是立足于特定制度安排或解释结论的非完全自主性决定,而在允许相对人直接主张履行利益的赔偿时,这种风险本来是不会发生的。这样的制度安排或解释结论不仅与该款通过无过失责任强化交易安全保护的规范意旨不合,也没有改善非明知行为人的法律地位,反倒增加了规范适用的复杂性。有鉴于此,认为“善意相对人既可要求行为人履行债务,也可直接要求其赔偿履行利益之损害”^⑫的解释结论,能够最大限度地保护善意相对人的利益,并使规范结构简化,值得采纳。

可见,根据《民法总则》第171条第3款规定,非因过失而不知代理权欠缺的相对人得要求行为人履行债务或赔偿履行利益的损害,行为人无论是否明知代理权欠缺均然,但其赔偿范围不超过被代理人追认时相对人所能获得的利益。

三、相对人恶意时行为人的过失责任

与比较法上多数立法例不同,《民法总则》第171条第4款并未排除恶意相对人的赔偿请求权,而是采取与有过失的分担规则。^⑬这样的规范构造引致了如下问题:依第4款分担的责任是否为第3款所定责任?如果是,第4款的规范内容是否与之协调?如果不是,其责任基础又当如何确定?此外,应当如何进行损害分担?

(一) 分担的损害范围

有学者认为,《民法总则》第171条第4款规定的行为人责任并不以过错为必要,仅系过失相抵的适用规定。^⑭也就是说,第4款乃第3款所定赔偿责任的特殊适用规则。这种理解可由司法实践中部分判决获得印证,恶意相对人可以要求有过错的行为人分担履行利益的损害。^⑮单就规范结构而言,这种解释较为顺畅自然,与第3款偏重相对人保护的规范目的亦相符。但是,细考之下,则不尽然。

首先,在无权代理未获被代理人追认的统一前提下,第3款的适用对象是“善意相对人”,第4款则是“恶意相对人”,两款乃矛盾关系,不可并存。^⑯其次,立法机关人员

^⑫ 有学者认为,这里的损害赔偿是基于债务不履行而发生的赔偿责任,相当于违约赔偿责任。参见李宇《民法总则要义:规范释论与判解集注》,法律出版社2017年版,第813页。这种理解将损害赔偿看作是债务不履行的后果,将法定责任与债务不履行责任混淆,不应赞同。

^⑬ 朱广新教授认为,本款规定系指相对人与行为人各自对自己所受损害负责,而无需就对方损害负责。参见朱广新:《合同法总则研究》(上册),中国人民大学出版社2018年版,第260页。这种理解与比较法的通行做法保持一致。但是,该款明确规定“按照各自的过错分担责任”,而相对人与行为人的过错与他们各自所受损害未必相当,故此种解释明显背离规范文义,不应赞同。

^⑭ 参见前引^⑬,韩世远书,第306页。

^⑮ 参见苏州市中级人民法院(2017)苏05民终1700号民事判决书、北京市第三中级人民法院(2018)京03民终7983号民事判决书、福建省福州市中级人民法院(2018)闽01民终403号民事判决书等。

^⑯ 参见前引^⑫,李宇书,第816页。

所撰释义书指出,因相对人与行为人彼此对无权代理都“心知肚明”,故无保护任何一方的必要。^⑭第3款明显倾向保护相对人,以该款所定责任为分担对象,与第4款不保护任何一方的规范意旨自难相符。再次,行为人依第3款承担的责任为无过失责任,第4款明确规定“按照各自的过错承担责任”,而行为人无过失即无须分担责任,进而可推知,行为人依第4款分担的责任在性质上为过错责任,与其依第3款承担的无过失责任应有不同。最后,如前所述,第3款保护履行利益的基础在于善意相对人的正当信赖,若相对人为恶意,当无理由信赖交易如其所欲地发生效力。我国立法纵然无须依循多数立法例而排除其赔偿请求权,但令仅有过失的行为人分担履行利益之损害,则过于优厚相对人,诚非适当。从比较法观之,《瑞士债法典》规定,法院得依公平原则判决有重大过失的行为人赔偿相对人契约外的其他损害。^⑮其权衡得当,可资参照。

据上观之,第4款规定的分担对象应非第3款救济的履行利益损害,而需另行确定。就此存在三种观点:一是认为所分担者为相对人与行为人因无权代理所受之损害;^⑯二是认为系分担原由《民法通则》第66条第4款规定的恶意相对人与行为人致被代理人所受损害的责任后果;^⑰三是认为兼含前述两种损害。^⑱

从规范体系而言,第3款规定善意相对人之损害救济,第4款自宜处理恶意相对人所受损害,然而,依第4款分担之对象是否也包含行为人所受损害,则不无可疑。因为,自前述规范逻辑,第4款引入行为人所受损害,略显突兀。尤其是,行为人因实施代理行为所支出的缔约费用,仅与代理权欠缺有因果关系,相对人纵然明知或应知其无代理权,因代理权之存否系行为人负担风险的事项(与第3款相同),故相对人无告知义务,其仅需自负交易落空之风险而已。若允许行为人向相对人请求分担,即与第3款规定行为人负无过失责任存在价值冲突。因此,依第4款分担的损害应不包括行为人所受损害。

此外,若行为人与相对人依《民法通则》第66条第4款负连带责任,其内部自须分担该责任后果。不过,连带责任的内部分担问题已由《民法总则》第178条第2款明确规定,同法第171条第4款自无重复规定的必要。相对人明知或应知行为人无代理权,仍与行为人实施行为而致被代理人损害的,其部分效果(即代理行为对被代理人不生效力)已由第171条第1款处理,其余效果(即由此致被代理人损害)应属侵权法调整对象,在第4款对此特作规范,既显突兀,亦背离体系,实无必要。

因此,依《民法总则》第171条第4款分担之损害,仅限于相对人因行为人代理实施的法律行为确定不生效所受信赖利益损失。^⑲

^⑭ 参见前引^⑫李适时主编书,第536-537页。亦有学者持类似看法,参见前引^⑫王利明书,第392页。

^⑮ 参见《瑞士债法典》第39条第2款。

^⑯ 参见前引^⑫李适时主编书,第537页;前引^⑫王利明书,第392页。

^⑰ 方新军教授对第171条的评注即持此观点,参见前引^⑨陈甦主编书,第1222页;另参见前引^⑫李宇书,第816页。

^⑱ 参见沈德咏主编《〈中华人民共和国民法总则〉条文理解与适用》(下),人民法院出版社2017年版,第1132页;张新宝《中华人民共和国民法总则释义》,中国人民大学出版社2017年版,第372页;纪海龙《〈合同法〉第48条(无权代理规则)评注》,载《法学家》2017年第4期。

^⑲ 参见最高人民法院(2017)最高法民申2719号民事裁定书。

(二) 分担请求权的规范基础

既然《民法总则》第 171 条第 4 款所分担的责任并非第 3 款所定赔偿责任,则行为
人依该款向相对人承担的责任就必须另行他求。不难看出,该款第 4 款明显受到《合同
法》第 58 条第 2 句及《民法总则》第 157 条第 2 句的影响。其完整的规范结构本应是:
“相对人知道或者应当知道行为人无代理权的,仍有权要求有过错的行为人赔偿损害,
但应与行为人按照各自的过错分担损失。”也就是说,虽然其规范文义仅涉及《民法总
则》第 157 条第 2 句后段之内容,但须以该条第 2 句前段为前提。果如此,该款规定实
际上就为第 157 条第 2 句所覆盖,岂非蛇足?

就此疑问,宜与无权代理人责任之属性作一体把握。代理行为效果归属于被代理
人的前提是代理人须在代理权限范围内行为,由此,与相对人和被代理人直接为法律行
为不同,相对人不仅面临法律交易本身固有之风险,而且会面临代理权欠缺引致的风
险,为平衡,法律通过强化代理人责任的方式对相对人提供救济:因欠缺代理权所致
交易失败的风险通常应由代理人承担。有鉴于此,在归责标准上,为代理行为者所承担
的责任与其为自己交易时所承担的责任因而有别,即无须以代理人有故意或过失为必
要(比较第 157 条第 2 句前段)。若相对人明知或应知代理人无代理权,在其本可防范
的限度内,就不能将与此相关的交易失败风险转嫁给行为人。此时是否排除行为人的
责任,实属政策判断问题,第 171 条第 4 款就此特作规定,将行为人责任由无过失担保
责任降为过失责任,并适用与有过失规定,非无必要。

还应看到,第 4 款虽在理论上颇受诟病,比较法上多数立法例也都否定明知或应知
的相对人对行为人的赔偿请求权^③,但此种规定在比较法上仍有所循。就德国来看,虽
然其民法典第 179 条第 3 款明文排除相对人明知或应知代理权欠缺时行为人依同条
第 1、2 款所承担的担保责任,但在理论上,对行为人有过失时相对人是否得基于其民法
典第 311 条第 2、3 款主张缔约过失赔偿仍有争论。德国主流观点认为,在第 179 条外应
排除第 311 条第 3 款有关缔约过失规则之适用。^④但是,若行为人违反缔约中的保护或
照顾义务,或者其不当之处并非悖于事实地声称自己有代理权,而是因其对合同的缔结
存在自身的经济利益或特殊的人身信赖,诱使相对人信其能够获得被代理人授权,则第
179 条第 3 款就不再作为特别法而排除行为人基于第 311 条第 3 款所负缔约过失责
任。^⑤在相对人明知时,法国与英国等类似,原则上否定相对人的赔偿请求权,但若其仅

^③ 《荷兰民法典》《德国民法典》《欧洲合同法原则》《国际商事合同通则》以及《美国代理法重述(第三次)》都不支持知
道的相对人对无权代理人的赔偿请求权。英国、苏格兰以及南非则通常以否定因果关系产生同样效果。See Danny
Busch & Laura J. Macgregor eds., *supra* note 5, at 427f.

^④ Vgl. Münchener Kommentar zum BGB/Schramm (2006), § 179, Rn. 45.

^⑤ 参见[德]吕特斯、施塔姆勒《德国民法总论》,于馨森、张妹译,法律出版社 2017 年版,第 546 页; Staudinger/Eberhard
Schilken (2014) BGB § 179, Rn. 20; Georg Crezelius, *Culpa in contrahendo des Vertreters ohne Vertretungsmacht*. In JuS
1977, 798; Jens Koch, § 311 Abs. 3 BGB als Grundlage einer vertrauensrechtlichen Auskunftshaftung, AcP 204 (2004),
S. 64.

因过失而不知,仍可能有部分请求权。⁵⁶《日本民法典》第117条第2款第2项亦规定,仅有过失的相对人可向明知行为人求偿,实际上调和了既已存在的下级法院的判决意见与日本民法改正研究会的专家建议。⁵⁷可见,相对人若仅因过失而不知行为人无代理权,其对有过失的行为人并非当然丧失赔偿请求权。

实际上,真正的争议焦点在于,明知的相对人是否亦有分担请求权?就此,单纯依据“恶意者不受保护”而提出否定看法显然是不够的,更具实质性的观点则是,“明知”的相对人行为应视同“自甘冒险”或“受害人故意”,行为人据此免责。⁵⁸此外,通过否定明知的相对人所受损失与无权代理行为之间的因果关系,也能达致否定行为人责任的效果。⁵⁹但是,结合我国现行法规定来看,这些看法是无法被证立的。

由于我国现行法上并无“自甘冒险”免责的规定,且理论上也倾向于将其作为责任减轻事由对待⁶⁰,故以之为否定恶意相对人赔偿请求权的理由显有未足。与之不同,“受害人故意”则见之于《侵权责任法》第27条,损害系由受害人故意造成的,行为人不承担责任。⁶¹不过,无权代理涉及的仅仅是因无代理权导致相对人无法向被代理人主张交易之效果所生损失的补偿问题,其本身并不违法⁶²,明知他人无代理权仍与之作为法律行为亦非违法,将此等行为等同于侵权行为,显然与其可因被代理人追认而生效的法律行为定性不符。⁶³况且,无权代理情形的“明知”系指向欠缺代理权的事实,《侵权责任法》第27条所称“故意”则针对损害后果,二者非属同类,不可不察。在与实施法律行为相关的情形中,“明知”而不构成“故意”的情况同样存在。当行为人与被代理人有特殊关系(如夫妻或父母子女关系),尤其是有职业人士参与缔约(如中介机构参与房屋买卖合同的订立)时,情况往往就是如此。⁶⁴在特定情形下,当事人虽明知无效事由而仍为法律行为,其因无效所受损失亦非当然不得请求同有过失的相对人分担。例如,建设工程合同因承包人欠缺相应资质或者必须招标而未招标导致无效,且建设工程经竣工验收不合格造成损失的,有过错的发包人应当分担损失。⁶⁵

⁵⁶ See Danny Busch & Laura J. Macgregor eds., *supra* note 5, at 429.

⁵⁷ 参见[日]加藤雅信《日本民法典修正案I第一编总则》,朱晔、张挺译,北京大学出版社2017年版,第384页。

⁵⁸ 参见前引¹⁶朱庆育书,第362页。关于受害人故意与自甘冒险的区分,参见王利明《侵权责任法研究》(上卷),中国人民大学出版社2010年版,第431-432页。

⁵⁹ 这是英国、苏格兰以及南非通常采取的做法。See Danny Busch & Laura J. Macgregor eds., *supra* note 5, at 428.

⁶⁰ 参见王泽鉴《损害赔偿》,北京大学出版社2017年版,第320页;前引⁵⁸王利明书,第432页。

⁶¹ 类似规定也可见《中华人民共和国侵权责任法》第70-73条、第78条。

⁶² Vgl. Detlef Leenen(Fn. 32) ,S. 307.

⁶³ 在这种情况下认定行为人责任,责任基础不在于其从事了违法行为,而在于从事了引致交易损害的行为。就一般侵权行为而论,违法性不论是否被视为独立的侵权构成要件,都必须是侵权责任承担的前提。即使在单纯造成纯粹经济损失的侵权情形(无权代理通常都只造成纯粹经济损失),行为的不当性或悖俗性也是必须满足的要件。在这个意义上,《民法总则》第171条第4款所规定的责任就不应当是侵权责任。

⁶⁴ 参见浙江省衢州市中级人民法院民事判决书(2017)浙08民终1040号民事判决书、苏州中院(2017)苏05民终1700号民事判决书、天津市滨海新区法院(2017)津0116民初24399号民事判决书、江苏常熟市法院(2017)苏0581民初7002号民事判决书等。

⁶⁵ 参见《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》第3条。

在一方故意为欺诈或胁迫行为致法律行为被撤销,或者明知他人无行为能力仍与之作为法律行为时,其不得要求相对人分担其损害,一个重要的原因在于,行为人所受损害被认为系因自身违法行为或冒险行为所致,与他人无关。与之不同,若受害人和他人行为同样构成损害发生的原因,是否仍得因为受害人故意而排除其赔偿请求权,则需要立法者在公平分担损害与阻遏违法或冒险行为之间进行价值权衡,非单纯逻辑推断可为。^{⑥⑥}

由此看来,相对人明知行为人无代理权,虽难谓无故意或过失,但有过错之行为人的行为亦与无权代理不被追认所生损失存在因果关系,相对人所受损害非可完全归责于自身。就此观之,《民法总则》第171条第4款与同法第157条第2句后段在价值判断上可谓融贯,不妨将二者解为一般与特别的规范关系,前者构成后者的特别规范。^{⑥⑦}不过,也应看到,第4款的请求权基础实际上被包含在责任承担规范的表面结构中。目前的规范表达虽可称简洁,但从立法技术的角度看,隐含的规范结构既不便于法律适用,也容易造成规范误用。

(三) 分担的标准

《民法总则》第171条第4款规定的责任分担标准是“各自的过错”,这里所称过错应指对代理权欠缺的认知过错,而非通常责任法意义上造成损害的过错。因为,拟分担的损失系由无权代理而生,且该条第3、4款将对代理权欠缺的认知过错作为归责标准和责任内容的决定基础。相应地,相关过错可据此区分为明知(相当于故意)、应知(有过失)两种基本形态。

鉴于《民法总则》第171条第3、4款确定的损害分配结构是:相对人非因过失而不知行为人无代理权的,行为人需独自承担履行利益的赔偿责任;相对人明知或应知行为人无代理权的,非因过失而不知无代理权的行为人不承担责任,但行为人明知或因过失而不知时须分担相对人所受信赖利益的损失。据此,在依第4款确定责任分担时,应当将相对人无过失不知与行为人无过失不知代理权欠缺作为两端,然后根据相对人与行为人过错因素作相应调节。

若相对人明知行为人无代理权,则其应当预见到代理行为不受追认的后果,因而能够有所应对。此时,其可要求行为人担保代理行为能够获得被代理人追认,或者与之约定未获追认时的损害分担。这种约定不违反法律的禁止性规定(除非存在恶意串通或悖俗等本身无效的情形),应承认其效力,由行为人依允诺承担责任,而无须考虑《民法总则》第171条第4款的适用问题。因而,只有在没有前述允诺或约定的情况下,才需

^{⑥⑥} 在侵权情形,受害人故意免责原则上也仅适用于受害人故意系损害发生的唯一原因情形。若行为人对损害的发生亦有故意或重大过失,仍应适用《侵权责任法》第26条与有过失的责任减轻规定。参见王胜明《中华人民共和国侵权责任法释义》,法律出版社2010年版,第139-141页。

^{⑥⑦} 需作说明的是,《民法总则》第171条第4款的责任机理除可纳入缔约过失中解释外,因我国《侵权责任法》第6条第1款涵括甚广,亦可将所有因过失而致他人损害的情形都囊括其中,故依侵权责任原理说明《民法总则》第171条第4款所涉责任之构成机理,亦非不可。因不同解释进路在结果上并无不同,且无权代理行为与法律行为有特别联系,故在已有特别规定的情况下,本文就可能的侵权解释进路存而不论。

要依该款分担损害。此时,若行为人亦属明知,考虑到法律已将分担之对象由履行利益的损害降为信赖利益的损害,对行为人的归责标准也由无过失责任降为过失责任,故无须对其再作优待,宜由行为人与相对人均担损害,这不会对相对人产生负面激励。若行为人因过失而不知其无代理权,其负担的比例在不超过二分之一的限度内,根据行为人的过失程度作相应调整。

若相对人系应知而不知行为人无代理权,此时,其无法通过约定分配交易失败的损害后果,只能在考虑其与行为人的相对过错状态情况下分担损害。在行为人明知或者过失程度与相对人相当时,其应分担更多的责任。理由是,在相对人仅有过失的情况下,行为人处于更有利的避免发生无权代理的地位,故其相当程度的过失应当被施予更多责任。

综上,《民法总则》第171条第4款在借鉴第157条确立的缔约过失责任原理基础上,构建了认定无权代理人责任的双层规范结构。这种结构不仅与我国现行法确立的损害分担一般原理相符合,而且能够有效防范未受追认的无权代理行为所引致的风险。

四、行为人赔偿责任的限制与排除

行为人承担无权代理人责任的前提是,相对人因代理行为未被追认而失去本可从与被代理人的交易中得到的利益,或者遭受徒然的花费或其他损害。因此,若非满足该前提,行为人的赔偿责任就可能被限制或排除。

(一) 行为人赔偿责任的限制

如前所述,不能简单参照《德国民法典》第179条第2款将《民法总则》第171条第3款“但书”解释为单纯是对信赖利益赔偿的限制规定,而是需要在履行利益赔偿的原则下对其作出更为合理的理解。

《民法总则》第171条第3款清楚地表明,其规范目标是将相对人置于行为人有代理权时本可处于的状态,该款“但书”则为其消极表达形式:相对人在无权代理下所处地位不应比有权代理时更加优越。如此一来,该款“但书”就具有两方面的规范意义:一方面,相对人在不超过被代理人追认时其所能获得的利益范围内可主张信赖赔偿(直接限制);另一方面,相对人在被代理人追认时不能获得的利益也不得转而向行为人求偿(间接限制)。^⑧

一般而言,因缔结合同所付出的成本通常皆可合理期待通过交易的履行得到补偿,因而,信赖支出通常不会超过履行利益。如果保护履行利益的目的之一在于补救和预防因信赖所致损害^⑨,则在法律允许善意相对人主张履行利益的损害情况下,自无不许其选择信赖利益赔偿之理。由此,《民法总则》第171条第3款“但书”就具有允许相对

^⑧ 有观点主张,因《民法总则》第171条第3款“但书”的内容具有一定抽象性,“要结合具体代理实施的法律行为类型以及案件具体情况作一综合判断”,与本文这里的主张也若合符节。参见前引^⑤沈德咏主编书,第1132页。

^⑨ 参见[美]L. L. 富勒、小威廉·R. 帕杜《合同损害赔偿中的信赖利益》韩世远译,中国法制出版社2004年版,第20页。

人主张信赖利益赔偿的效果。法律特设信赖利益赔偿不得超过履行利益之规定,意旨即在于此。

不过,若《民法总则》第171条第3款“但书”仅能作前述理解,则其意义就与该款关于履行利益赔偿的一般原则无法顺畅衔接。实则,该款“但书”更主要的价值是对履行利益赔偿的限制,但其意义却是消极而间接的。这是因为,相对人本意是与被代理人缔结法律行为,其自当承担在此目的下为意思表示所面临的相关交易风险。若在行为人有代理权时,被代理人可基于法律行为瑕疵而主张无效,如行为人受相对人欺诈或胁迫而为意思表示,或者行为人意思表示存在重大错误等,则行为人可以通过主张撤销权而消灭法律行为的效力,排除相对人的赔偿请求权,或者仅就相对人信赖利益损害给予赔偿。

另有观点认为,即使不存在前述法律行为瑕疵,若行为人得证明,其纵有代理权,因被代理人不能履行或者进行赔偿(如被代理人破产)^⑩,或者存在不予执行合同的抗辩^⑪,也不应允许相对人转而向行为人求偿。对此,反对见解认为,这样或将使相对人面临双重风险,实非合理:在被代理人有清偿能力而行为人无能力时,其求偿无果;在被代理人无清偿能力而行为人有能力时,其求偿亦无果。^⑫不过,若从法律行为成立时观察,相对人本意就是与被代理人为法律行为,故其应承担被代理人无清偿能力的风险,不因行为人有无权代理而不同。行为人无清偿能力的风险则源自债务之本质,亦与无权代理无关。因此,两种风险的发生机制完全不同,就如同交易不成功的风险与清算该交易所生债权的实现风险一般,不可相提并论。准此以观,允许行为人以法律行为成立时相对人无清偿能力进行抗辩应属合理。此外,若代理权的欠缺处于行为人的认知或判断可能性外,如代理权因授权人不可识别的无行为能力而无效,因行为人所处的状态与相对人相近,亦应排除其责任。^⑬

概而言之,若行为人纵有代理权,相对人仍无法由本人获得之利益,其不得转而向行为人求偿。于是,本款“但书”宜从广义解释,不仅限制损害赔偿的范围,亦有允许行为人主张有代理权时被代理人对相对人享有的抗辩(权),从而减轻其所负无过失责任的效果。

(二) 行为人赔偿责任的排除

^⑩ 德国通说认为,若本人无清偿能力,无权代理人免其责任。Vgl. Leipold, BGB I, Einführung und Allgemeiner Teil, Mohr Siebeck, 2015, S. 405; Münchener Kommentar zum BGB/Schramm (2006), § 179, Rn. 34; 参见[德]吕特斯、施塔姆勒《德国民法总论》,于馨森、张姝译,法律出版社2017年版,第552页;《欧洲示范民法典草案》第II-6:107条,“评论”C;前引⑥,欧洲民法典研究组、欧盟现行私法研究组编著书,第381页。荷兰最高法院认定,无权代理人可以通过证明即使其有代理权合同也得不到适当履行,而享受责任减免。See Danny Busch & Laura J. Macgregor eds., *supra* note 5, at 427.

^⑪ See Restatement of the Law of Agency (Third), § 6.10, Comment b.

^⑫ Vgl. Medicus, Petersen, Allgemeiner Teil des BGB, 11. Aufl., C. F. Müller, 2016, S. 429; Wolf, Neuner, BGB AT, 10. Aufl., München, 2012, S. 639.

^⑬ 参见前引⑫, [德]维尔纳·弗鲁梅书,第963页。相反看法,参见 Medicus, Petersen (Fn. 72), S. 431; Wolf, Neuner (Fn. 72), S. 640。如果识别可能性采纳一般人而非行为人的判断标准,法律行为无效的风险就与其是否由他人代理无关,从而不能认为行为人比相对人更可能认知代理权之欠缺。因此,本文采肯定说。

从前述行为人责任限制的逻辑中,能够自然地发现责任排除的可能性。若以他人名义实施的法律行为不成立,相对人原则上就必须自负风险地承担缔约费用,因为这种花费与行为人有无代理权没有关系。同理,若法律行为因代理权欠缺外的事由而不生效,且不可归责于行为人,相对人纵然善意,也不能要求行为人赔偿。有疑义者,若相对人在被代理人追认前撤销法律行为,或者在成立表见代理情形下,其是否仍得依《民法总则》第171条第3款向行为人主张赔偿?

若善意相对人撤销其意思表示,则导致代理行为失去经追认而生效的可能性,在效果上与被代理人主动拒绝追认,或者经相对人催告后未作表示而被视为拒绝追认的效果相同,“无法追认”也因此可被含括在“未被追认”的可能文义内。而且,相对人的撤销权本系法律赋予善意相对人避免不获追认而主动解除法律行为约束的救济措施,撤销时排除其对行为人的请求权,将实质上剥夺该权利。^{⑦④}如此理解,似应允许善意相对人在撤销法律行为后仍得主张前引规定赋予的赔偿请求权。但是,相对人本欲与被代理人从事法律行为,因撤销所生与法律行为相关的利益损失,应视为其经利弊权衡后主动引致的结果。同时,排除相对人的赔偿请求权,实际上不过要求其在一定期间内须等待被代理人作出表示,这本属法律行为的当然约束力;并且,法律已赋予相对人催告权,亦可避免其长时间等待,且因等待而可能遭受的扩大损失,也可在追认后从行为人处获得赔偿。^{⑦⑤}若允其撤销的同时另外向行为人主张赔偿,似有过分优厚之嫌。故而,解释上宜认为,相对人行使撤销权将排除其对行为人的赔偿请求权。

相反,若无权代理行为满足表见代理的构成要件,相对人得否不主张表见代理的效果,转而向无权代理人主张权利?

赞成者认为,表见代理本属(广义)无权代理,相对人当然享有与这种属性相应的救济权利。既然被代理人未曾授权行为人,其非经追认自然不得享有无权代理行为所生利益。^{⑦⑥}赋予相对人选择权对行为人和被代理人均非不公,没有理由认为相对人的选择当然构成背信行为,或者因为存在其他救济就应剥夺其本来享有的权利。此外,在表见代理情形,相对人须证明其有理由相信行为人有代理权。相对人一旦在表见代理诉讼中善意要件被否定,其在无权代理人责任诉讼中可能也会被认为有过失,并导致其信赖利益的损失也无法获得完全赔偿。^{⑦⑦}为避免这种风险,承认相对人选择权显然是合理的。况且,在比较法上,只允许相对人而不允许行为人主张表见代理之效果的立法例并

^{⑦④} 参见前引^{⑤①}纪海龙文。

^{⑦⑤} 尽管被代理人的追认一般排除无权代理人对第三人的责任,但是,若被代理人的追认仍无法避免第三人遭受损害,如因等待追认而发生迟延履行损害,此时,追认并不排除无权代理人对第三人的责任。See Danny Busch & Laura J. Macgregor eds., *supra* note 5, at 433f.

^{⑦⑥} 参见前引^{④②}李宇书,第831-832页。在行为人出于为被代理人管理事务的意思而以其名义缔结法律行为时,被代理人也需依无权代理行为之承认而主张其效果。参见王泽鉴《债法原理》北京大学出版社2009年版,第272页。

^{⑦⑦} 参见最高人民法院(2017)最高法民申2719号民事裁定书。

不少见。⁷⁸这也表明表见代理和本来意义上的有权代理不应等同视之。

反对者则认为,表见代理使相对人处于与行为人有权代理时相同的地位,若另外赋予其选择权,其地位就将优于行为人有权代理时。⁷⁹此外,承认相对人选择权可能引发其投机行为,使之利用选择权机制将因市场原因产生的风险转嫁给行为人。⁸⁰相对人在表见代理中败诉可能影响其在无权代理诉讼中的利益保护,更多源于司法实践对两种制度下“善意”内涵的误解,而非制度本身固有的风险。此外,不能将基于诉讼风险的策略考虑与实体法上的选择权相对应。⁸¹

必须承认,赞成和否定相对人选择权的主张彼此均不占优。对于赞成者来说,尽管诉讼策略上的考虑的确不能对应于实体法上的权利,但不可否认,举证责任分配上的差异还是为相对人的“更优”地位提供了某种“对价”。并且,被代理人既然可以通过追认而使相对人无从选择无权代理人责任,也就没有必要单纯为了剥夺相对人的“更优地位”而限制其选择权。不过,反对者的理由似乎更符合体系逻辑:在存在代理权外观的情况下,如相对人基于对授权证书或被代理人的外部授权表示而行为时,其信赖的基础本就不在行为人的代理权声明上,因而与通常无权代理应有不同。忽视此种信赖基础上的差异而承认相对人的选择权,就为其可能的投机行为提供了便利。还应当看到,行为人承担的是履行利益的无过失赔偿责任,在真实的授权因行为人控制范围外的原因而失效时(如授权行为因为相对人胁迫或本人自身错误等原因而被撤销),否定相对人的选择权至少在一定程度上改善了无辜行为人的地位。⁸²同时,否定选择权也有利于激励行为人在以他人名义行为时,主动披露与代理权授予相关的事实,对于避免无权代理引发无效率的交易亦有助益。⁸³

抛开前述实质理由的论争不论,在我国现行法上,真正成为相对人选择权障碍的还是法律关于表见代理效果的规范表达方式。与《国际商事合同通则》(2010)第2.2.5条(“本人不得以代理人无代理权为由对抗第三方”)不同,《合同法》和《民法总则》都规定表见代理成立时“代理行为有效”。这意味着,立法者根本没有为相对人预留像“对抗效力”模式那样的选择空间。也即,行为人与被代理人和相对人一样,能够通过证明可合理信赖的表见授权事实而使代理行为有效,他方当事人不得否认。因而,只要表见代

⁷⁸ 比较法上,成立表见代理时,《欧洲合同法原则》同等对待双方,即被代理人和相对人均可主张行为有效,而其他立法例(如英国、苏格兰、南非、比利时、荷兰与PICC)则只允许相对人主张表见代理。See Danny Busch & Laura J. Macgregor eds., *supra* note 5, at 392-394.

⁷⁹ 参见[德]汉斯·布洛克斯、沃尔夫·迪特里希·瓦尔克《德国民法总论》(第41版),张艳译、冯楚奇补译,中国人民大学出版社2019年版,第266页。

⁸⁰ 参见张谷《略论合同行为的效力——兼评〈合同法〉第三章》,载《中外法学》2000年第2期。

⁸¹ 参见前引⁷⁸,朱庆育书,第372页。

⁸² 我国《民法总则》第174条就因被代理人死亡所引发的代理行为效果,例外规定其有效,具有相同旨趣。

⁸³ 代理权外观披露越充分,相对人的审查义务也随之越重。参见陕西省高级人民法院(2017)晋民申709号民事裁定书。在行为人责任被强化的情况下,行为人除提高注意水平以避免无代理权发生外,更好的做法是积极主动地向相对人披露代理权授权事实,这既可增加相对人共同防免代理权欠缺的可能性,也能够增加表见代理的成立机会。

理成立,行为人的赔偿责任即被排除。

结 语

在进行法律解释时,人们不能不注意到如下问题:因多种主体共同参与了法律起草、征求意见、立法讨论与表决的创制过程,相同的规范文本可能被不同主体基于不同理解而赋予不同的意义。也就是说,纵然不考虑真正“立法者”身份确认方面存在的困难(不妨简单想象一下,赋予法律以意义的人究竟是参与法案起草但不具有表决权的人,还是仅仅有权表决通过法案的人?)单就对同一个规范文本表示赞成的人都可能具有不同的赞成理由这个事实而言,也足以令“发现立法原意”的解释目标面临极大限制。^④这种限制不仅表现为有关立法原意的探求必定受制于规范文义及其逻辑/体系的关联因素,而且表现为对规范意旨的“最终解释权”至少会部分地由本来的立法者转移至解释者。如此一来,规范文本就成为决定解释结果的基本要素。当解释活动尚在规范文义的范围内,即使其意义各别,就仍然保有“解释”的本质;当解释活动基于解释者的独立价值判断而超越文本的可能文义或逻辑关联时,它就不再是“解释”而是“创制”了。

恰如学者所指出,《民法总则》第171条乃是不同立法例(德、日民法典)的杂糅,由于该规则的起草者未能就规范的整体架构有清楚认识,尤其未对拟调整事项所涉利益关系作透彻把握,仅仅对不同规范文本进行“文字调和”以替代真正的“价值决断”,结果构造出无法获得顺畅解释的规范形式。同时,《民法总则》有关无权代理的规定还表现出一种综合性“规则体”的特色,也即,它不是像我国学者所熟悉的德、日民法典那样以规范属性为进路,即以无权代理人责任的特殊属性为规范设计的基础,而是将其当作一种引发责任的原因,把不同性质的责任问题并行规定。因此,如果不关注我国立法的这种杂糅与综合特征,单纯基于比较法获得的启示可能就是不全面甚至误导性的。

具体就无权代理未受追认时行为人之赔偿责任问题来看,为了兼顾《民法总则》第171条第3、4款所确立的价值判断,尽量避免因无权代理而引发无效的交易结果,对前引规定所确立的规范框架作如下解释是更加妥当的:相对人仅在非因过失而不知行为人无代理权时,得选择要求行为人承担替代履行的损害赔偿,亦可选择主张行为人赔偿其信赖利益的损失。但是,对行为人纵有代理权,相对人也不能由被代理人获得之利益,在无代理权时,相对人亦不得向行为人求偿。当相对人明知或应知行为人无代理权时,行为人仅就相对人所受信赖损失负赔偿责任——相对人明知行为人无代理权时,损害分担结果应当作不利于相对人的分配;否则,在仅行为人明知或者其过失程度与相对人相当时,损害分担结果应作不利于行为人的分配。

^④ 参见[美]杰里米·沃尔德伦《立法者的意图与无意图的立法者》,载[美]安德雷·马默主编《法律与解释》,张卓明、徐宗立等译,法律出版社2006年版,第444-445页。

应当看到,《民法总则》在无权代理人责任规范上,虽然在无过失责任方面的规定与国际新近立法趋势(如《国际商事合同通则》《欧洲合同法原则》,以及日本债法改订)较为一致,但在过失责任方面的规定则存在偏惠相对人的问题,尤其在司法裁判者未能准确把握规范意涵,以履行利益作为分担之对象时,更加重前述偏惠之趋势。对于无权代理人责任规范的法律适用而言,通过司法解释或者权威司法判决(公报案例或指导性案例)对相关疑点加以澄清,则是在不改变规范现状的前提下避免因规范表达失当引发的解释与适用分歧的替代策略。

Abstract: Paragraphs 3 and 4 of article 171 of the General Provisions of Civil Law are the normative basis for the actor's liability when the unauthorized agency is not ratified. Due to technical reasons of the specification, the two provisions cause significant differences in interpretation. According to the current regulations, the liability of the unauthorized agent is based on the reliance principle and the *culpa-in-contrahendo* doctrine respectively. To explain the two provisions, it is necessary to take into account the value judgment of the legislator reflected in the legal text and the value order presented by the legal system, and combine the close relationship between the agency system and the rules of legal conduct. In the case that the counterpart acts in good faith, he may claim damages for the performance interest towards the actor, or may claim damages for reliance interest, but neither of which should exceed the principal's interests when the agent is authorized; When the counterpart knew or should have known that the agent has no authority, the unauthorized agent is only liable for the reliance interest due to negligence. In this case, allocation of damages between the counterpart and the actor should be made properly in accordance with the value order established in paragraph 3 of article 171 of the General Provisions of Civil Law.

(责任编辑:任彦)