

无权代理人对恶意相对人之责任

夏昊晗*

摘要:我国《民法总则》第171条第4款的规范对象限于无权代理人对恶意相对人的责任。该款规定在法政策上有其妥当性,因为代理人原则上应承担无权代理的风险,恶意相对人在一定情形下亦可能值得保护。相较于“全有或全无”的规范模式,此种过失相抵规范模式更为灵活,有助于在个案中实现对妥当性的追求。在同条第3款明确要求相对人善意的情况下,该款规定可以避免法官在相对人恶意时一概排除无权代理人的责任。该款规定应定性为责任承担规范,在责任原理上宜采《侵权责任法》第6条第1款的一般侵权责任构成。在分担责任时,有约定则从其约定,此时无过失相抵的适用余地;无约定则应根据过失相抵法理进行责任分担。相对人明知代理权欠缺并不足以排除无权代理人之责任;无权代理人对于代理权欠缺之明知亦不一定令其负全责,而应根据相对人的过错程度进行区别处理。

关键词:无权代理;恶意相对人;侵权责任;过失相抵

《中华人民共和国民法总则》(以下简称《民法总则》)第171条第4款规定“相对人知道或者应当知道行为人无权代理的,相对人和行为人按照各自的过错承担责任。”依此规定,即便相对人系属恶意,即相对人知道或者应当知道代理权欠缺,无权代理人亦可能需要对其承担责任。而在比较法上,至少单纯从立法文本观之,相对人恶意通常构成无权代理人免责的法定事由。其著例为《德国民法典》第179条第3款第1句的规定“相对人知道或者应当知道代理权欠缺者,代理人不负责任。”其理由似乎毋庸置疑,因为法律不保护恶意之人乃自明之理。⁽¹⁾在此背景之下,《民法总则》第171条第4款这一立法创新就显得有些离经叛道了。或许正因如此,颇多学者强烈质疑该款规定的妥当性。⁽²⁾此种立场自然又会直接影响该款规定的解释论进路和结果。例如,持否定立场的学者或主张将该款规定的规范对象限定为无权代理人和相对人对被代理人承担责任的情形,⁽³⁾或主张将该款规定理解为无权代理人和相对人各自负担自己所受的损害,而无需就对方所受的损害负责,⁽⁴⁾以达到在实质上架空该款规定的目的。

因此,极有必要在界定该款规定规范对象的基础上审视其在法政策上的妥当性,为正确适用扫除障碍。此外,关于该款规定的规范性质、责任构成、责任分担等诸多法律适用问题,目前尚缺乏系统而

* 中南财经政法大学法学院讲师,法学博士。本文系2018年度国家社科基金青年项目“体系视角下婚姻家庭关系法律适用问题研究”(18CFX075)的阶段性成果。

(1) 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816页。

(2) 同注1引书,第816页;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。有学者虽然肯定《民法总则》第171条第4款规定的合理性,但依然认为过于偏惠相对人。参见张家勇《论无权代理人赔偿责任的双层结构》,载《中国法学》2019年第3期,第138、143页。

(3) 同注1引书,第816页。

(4) 参见朱广新,同注2引书,第260页。

深入的研究,⁽⁵⁾亦亟需厘清。

一、规范对象与法政策上的妥当性

在解释论上必须解决的一个前置问题是《民法总则》第171条第4款究竟是否具有法政策上的妥当性?而对此问题的回答又取决于其规范对象究竟为何。

(一) 规范对象的界定

关于《民法总则》第171条第4款的规范对象,目前存在五种观点。第一种观点主张,第4款仅系第3款所定责任的过失相抵规定。⁽⁶⁾第二种观点认为,第4款的规范对象是无权代理人对恶意相对人的内部责任承担问题。⁽⁷⁾第三种观点认为,该款规定的规范对象是恶意相对人与无权代理人对他人(包括被代理人)的外部责任承担问题。⁽⁸⁾第四种观点则将前述内部责任和外部责任的承担问题均理解为第4款的规范对象。⁽⁹⁾第五种观点另辟蹊径,认为第4款只不过是表明,在相对人恶意的情形,无权代理人 and 相对人各负其责,互不承担责任。⁽¹⁰⁾

第一种观点极具迷惑性。由于第4款系直接承接第3款而来,且未规定任何责任构成要件,如果未加深究,极易令人误认为第4款意在规定:在第3款所定责任成立的基础上,过失相抵规则有其适用空间。问题是,若作此种理解,第3款和第4款的规定将陷入自相矛盾,因为相对人善意系第3款所规定的无权代理人责任的成立要件,一旦相对人系属恶意,则第3款所规定的无权代理人责任即无从成立,自无过失相抵规则的适用问题。此外,第3款所规定的责任基于信赖原理产生,而过失相抵于信赖责任中原则上并无适用余地。更为重要的是,在相对人恶意的情形,令无权代理人承担第3款所规定的履行责任或替代履行的损害赔偿,即使适用过失相抵,在利益衡量上亦非允当。当然,如果在相对人善意的认定上坚持“重大过失”标准,则具有一般过失的相对人依然构成第3款所要求的“善意相对人”,此时便有在第3款责任成立的基础上适用第4款过失相抵规则的可能性。然而,一般过失即理应排除相对人的善意。关于该问题,笔者已经专文阐述,此处不赘。⁽¹¹⁾退一步言之,即便在相对人善意的认定上坚持“重大过失”标准,此种观点亦不可取。因其无法回答,第4款的过失相抵规定如何适用于第3款所规定的履行责任?即便履行责任依其性质的确无法适用过失相抵,该观点亦无法解释,为何具有一般过失而被认系“善意”的相对人可以通过选择无权代理人承担履行责任来规避第4款过失相抵规则的适用?相对人仅因请求内容的不同而得以处于更有利的法律地位,此显非立法者之所欲。因此,第一种观点并不妥当。

第三种观点所持的核心理由是,如果将第4款理解为关于内部责任承担的规定,则其会成为和第

(5) 新近的两篇论文对相关问题进行了阐释,不过依然有诸多问题有待深入讨论。参见张家勇,同注2引文,第133-138页;郝丽燕《论无权代理人的法律责任》,载《中国社会科学院研究生院学报》2018年第4期,第101-105页。

(6) 参见韩世远《合同法总论》,法律出版社2018年版,第306页。司法实务中亦不乏判决持此见解。参见北京市第三中级人民法院(2018)京03民终7983号民事判决书。

(7) 参见纪海龙《〈合同法〉第48条无权代理规则评注》,载《法学家》2017年第4期,第172页;陈甦主编《民法总则评注》(下册),法律出版社2017年版,第1223页。

(8) 同注1引书,第816页。

(9) 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》(下册),人民法院出版社2017年版,第1132-1133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。

(10) 参见朱广新,同注2引书,第260页。

(11) 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,第142页以下。

3款自相矛盾的错误规定。⁽¹²⁾然而,立法者既然已经作出了此种规定,自不得完全无视之。无奈之下,有学者遂主张将其理解为《民法通则》第66条第4款的替代性规定,尽管其亦认为如此解释将使第4款成为重复无意义的规定,因为其不过是侵权责任相关规定的重复。⁽¹³⁾单从方法论观之,此种观点即非无疑问,因为法律解释的一个基本原则是不得将某个法律条文解释得毫无意义。何况,如果将第4款和第3款分别理解成关于无权代理人对恶意和善意相对人责任的规定,则两款规定并不会陷入自相矛盾,且第4款的规定在法政策上确有其正当性(容后详述),这样就并无突破此法律解释原则将第4款解释为重复无意义之规定的正当理由。于此真正需要探讨的问题也许仅仅在于,如果不将外部责任承担问题视为第4款的规范对象或其中之一,是否会导致产生法律漏洞?《民法总则》第164条第2款取代《民法通则》第66条第3款,规定了代理人和相对人恶意串通情形下二者对被代理人承担连带责任的情形。除了此种特殊情形,无权代理人和相对人可能需要对被代理人在内的其他人共同承担责任的情形可能就只剩下《民法通则》第66条第4款规定的情形,即相对人知道行为人欠缺代理权,还与之实施法律行为给他人造成损害。诚如学者所言,于此情形,被代理人一般通过拒绝追认即可避免给自己造成损害。⁽¹⁴⁾在例外情形下,如果被代理人在拒绝追认后依然受有损害,也可直接适用侵权规则解决,无须在《民法总则》第171条对其进行特别规定。⁽¹⁵⁾在受害人为被代理人之外的其他人之时,自亦可通过适用共同侵权的相关规定予以解决。如果将《民法总则》第171条第4款视为《民法通则》第66条第4款的替代性规定,自然难逃学者对后者“偏离规范重心”那样的批评,⁽¹⁶⁾因为《民法总则》第171条理应解决无权代理行为是否有效以及无权代理人是否需要以及如何对相对人承担责任的问题,至于外部责任承担问题已经完全逸出代理法领域而进入侵权法领域。⁽¹⁷⁾既然如此,实不宜再透过《民法总则》第171条第4款让《民法通则》第66条第4款得以“借尸还魂”。应予以注意的是,立法者以《民法总则》第164条第1款和第2款取代《民法通则》第66条第2款和第3款,而在形式上唯独未保留《民法通则》第66条第4款的规范内容。将此种立法变化解读为立法者对于既往批评的虚心接受,当无可厚非。当然,将外部责任承担问题纳入《民法总则》第171条第4款的规范对象范围,亦难谓有多大害处。不过,基于立法科学性的考虑,笔者倾向于持否定意见。因此第三种和第四种观点均站不住脚。

至于第五种观点,其依然囿于恶意相对人不值得保护的认知,在本质上实系认为相对人恶意构成无权代理人免于承担《民法总则》第171条第3款责任的理由。姑且不论此种架空第4款的解释在方法论上存在的问题,⁽¹⁸⁾至少此种解释将面临如下诘问:如果立法者果真意在于此,则直接照搬德国法、日本法上的规定岂不是来得更容易?何况,明文规定相对人恶意构成法定免责事由,也不易滋生疑义。然则,立法者为何偏偏要另起炉灶,并且采用如此易滋生疑义的表述?毕竟,《民法总则》第171条第4款所谓“按照各自的过错承担责任”的表述在我国已经成为过失相抵的惯常表达。⁽¹⁹⁾因

(12) 同注1引书,第816页。

(13) 同注1引书,第816页。亦有学者怀疑《民法总则》第171条第4款为《民法通则》第66条第4款之残留。参见徐涤宇《代理制度如何贯彻私法自治——〈民法总则〉代理制度评述》,载《中外法学》2017年第3期,第691页。

(14) 参见纪海龙,同注7引文,第172页。

(15) 参见王利明主编《中华人民共和国民法总则详解》(下册),中国法制出版社2017年版,第775页。

(16) 参见朱庆育《民法总论》,北京大学出版社2016年版,第362页。

(17) 同注16引书,第362页。

(18) 有观点认为,“此种解释明显背离规范文义,不应赞同”。张家勇,同注2引文,第133页,注释43。

(19) 同注6引书,第306页。

此,第五种观点亦经不起推敲。

不无疑问的是,该款规定的规范对象是否包括恶意相对人对无权代理人的责任承担?此种问题可能出于下述情形中:无权代理人不知或不应当知道自己并无代理权,而相对人知道或者应当知道其并无代理权。由于代理人在自己有无代理权方面具有信息优势,此种情形是较为罕见的。即便出现了此种情形,恶意相对人也毋庸对无权代理人承担责任,⁽²⁰⁾毕竟无权代理的风险是由代理人自己引起的这一点在此种情形中并无本质变化。

综上所述,第二种观点可值赞同,宜将《民法总则》第171条第4款的规范对象界定为无权代理人对恶意相对人的责任承担。如此一来,第4款和第3款便构成并列关系,两者均涉及无权代理人的责任承担问题,只不过前者规定的是相对人恶意时的责任承担问题,而后者规定的是相对人善意时的责任承担问题。

(二) 妥当性的追问

明确了《民法总则》第171条第4款的规范对象是无权代理人对恶意相对人的责任,紧接着需要回答的问题是:该款规定在法政策上是否妥当?依照该款规定,相对人的恶意并非必然导致无权代理人免责,而是要在个案中根据双方的过错情况进行综合权衡,通过适用过失相抵规则确定无权代理人责任的有无以及承担责任的比例。前已述及,与此种过失相抵规范模式不同的是,比较法上一般采取“全有或全无”的规范模式,即无权代理人于相对人善意时承担全部责任,于相对人恶意时则免于承担任何责任。相较而言,过失相抵规范模式在法政策上更具有妥当性,申而论之:

1. 代理人作为无权代理风险的首要承担者

在无权代理中,一旦被代理人拒绝追认,根据《民法总则》第171条第1款的规定,原本效力待定之代理行为即告终局无效。如果表见代理也不成立,令无权代理人抑或相对人承担代理行为无效之不利后果,遂成为法政策上必须予以决断的问题。世界各国立法在此问题上给出了惊人一致的答案:原则上由代理人承受此种不利后果。其实质理由可分别从代理人和相对人的角度进行观察。从代理人的角度来看,由于无权代理的风险系代理人主动引发,且相较于相对人,代理人在判断代理权之有无及其权限范围方面通常具有不可否认的信息优势,自然也更容易防范无权代理的风险,因此无权代理人相较于相对人更适于或者说更应当承担无权代理风险实现所带来的不利后果。⁽²¹⁾从相对人的角度来看,如果法律令其原则上承担此种不利后果,则任何理性人均将尽可能避免与代理人这个“中间人”进行交易,以避免不测之损害,因为除了在外授权授权的场合,相对人通常无法确知代理人是否具有代理权,而弄清楚代理人究竟有无代理权通常意味着时间、金钱和精力的巨大付出。因此,为维护交易安全和维持代理制度的信用,也有必要令代理人原则上承担无权代理的风险。惟其如此,方可理解为何通说坚持无权代理人对善意相对人承担无过错责任,⁽²²⁾即使代理人无从知晓亦无法判断代理权的欠缺,例如,被代理人授予代理权时有他人所不知的精神疾病,代理人对善意相对人也不得主张免责。⁽²³⁾

代理人原则上应承担无权代理风险的基本价值判断在《欧洲合同法原则》第3:204条第2款第2句得到了鲜明的体现。根据该句规定,仅于相对人明知或不应不知代理人欠缺代理权时,相对人方

(20) 参见朱广新,同注2引书,第260页;张家勇,同注2引文,第134页。

(21) 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2002年版,第878页。

(22) 参见梁慧星《民法总论》,法律出版社2017年版,第243页;同注16引书,第774页;陈甦主编,同注7引书,第1219-1221页;同注1引书,第812页。

(23) 同注21引书,第878页。反对观点,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963-964页。

不得请求无权代理人承担履行利益的损害赔偿。 “不应不知”这一表述充分表明, 无权代理人免责只应是一种例外。⁽²⁴⁾ 在比较法上, 一些国家和地区的立法仅于相对人明知时方排除无权代理人的责任, 也就是说有过失甚至有重大过失的相对人不仅可以要求无权代理人承担责任, 而且代理人所要承担的是沉重的履行责任或替代履行的损害赔偿。例如, 我国台湾地区“民法”第110条规定: “无代理权人, 以他人之代理人名义所为之法律行为, 对于善意之相对人, 负损害赔偿之责。”台湾司法实务一直坚持认为, 此处之“善意”指不知代理人无代理权, 是否存有过失, 在非所问。⁽²⁵⁾ 此亦为台湾学界主流意见。⁽²⁶⁾ 此外, 《路易斯安那民法典》第3019条和《美国第三次代理法重述》第6-10条第3项均规定, 仅于相对人明知时方排除无权代理人责任。姑且不论此种规定在法政策上是否有过于保护相对人之嫌, 但其以代理人原则上应承担无权代理风险这一基本价值判断为内在依据, 当无疑义。

2. 恶意相对人的值得保护性

衡诸上述代理人原则上应承担无权代理风险的基本价值判断, 以相对人知道或者应当知道代理权欠缺为由拒绝给予其任何法律救济, 令其独自承担无权代理的全部不利后果, 完全不再考虑无权代理人方面的因素, 恐非允当。此时, 相对人固然不得主张无权代理人承担《民法总则》第171条第3款规定的履行责任或替代履行的损害赔偿, 因为该责任基于信赖责任原理产生,⁽²⁷⁾ 而在相对人恶意的情形, 其的确并不需要和值得保护的信赖可言。⁽²⁸⁾ 然而, 严格来说, 恶意相对人仅仅是不得法律给予第3款这般强度的充分保护, 而非在任何情形下均不值得法律给予任何程度的保护。至少在相对人仅因轻微过失而不知道代理权欠缺而代理人对此明知的情形, 即难言相对人不得法律的保护。此时, 代理人相较于相对人所具有的信息优势以及由此产生的更优风险控制能力并未因相对人存有过失而有丝毫改变, 因此, 在考虑相对人过失的基础上让代理人分担一部分损失, 在利益衡量上可能更为妥当。⁽²⁹⁾ 诚如日本学者所言, 无权代理人通常应当知道自己有无代理权, 因此无论相对人是否存有过失, 无权代理人均应对其承担责任, “这样的想法更为自然”。⁽³⁰⁾ 此外, 如下文所述, 与无权代理人依据《民法总则》第171条第3款承担无过错的履行责任或替代履行的损害赔偿不同, 无权代理人依据第4款承担的是一般过错侵权责任。而在过错责任中, 受害人的过失通常不能消除加害人的责任基础, 而是应当通过过失相抵对之进行考虑,⁽³¹⁾ 因此相对人的过失不应一概排除无权代理人的过错责任。应予注意的是, 要求无权代理人对恶意相对人根据过失相抵法理承担过错侵权责任, 不仅不会过度妨害行为自由, 导致人们在交易中不愿意充任代理人, 反而可以起到督促双方均尽到交易中必要注意义务的作用。因此, 相较于“全有或全无”规范模式, “过失相抵”规范模式与代理人原则上应承担无权代理风险的基本价值判断更为契合。

其实, 在《民法总则》尚未出台之前, 我国即有个别学者对相对人于存有过失之时即丧失任何法律救济这一教条的合理性进行过反思, 并提出了一个并未加以回答的问题: 有无可能仅令相对人之过错

(24) See Howard Bennett, *Agency in the Principles of European Contract Law and the Unidroit Principles of International Commercial Contracts*, 11 *Uniform Law Review* 786 (2006).

(25) 参见我国台湾地区“最高法院”56年台上字第305号判决、90年度台上字第1923号判决。

(26) 参见王泽鉴《民法总则》, 北京大学出版社2009年版, 第372页。

(27) 同注11引文, 第142页。

(28) Vgl. MüKoBGB/Schubert, § 179, Rn. 53.

(29) 同注16引书, 第362页; 梁慧星, 同注22引书, 第243页。

(30) 参见[日]民法改正研究会、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。

(31) Vgl. Jürgen Prölss, *Haftung bei der Vertretung ohne Vertretungsmacht*, *JuS* 1986, 169 (172).

影响无权代理人责任的范围而非其成立?⁽³²⁾ 有个别学者甚至直接否定该教条的合理性,主张根据个案具体情况和双方的过错程度确定责任的承担。⁽³³⁾ 而在我国的司法实践中,判令无权代理人对有过失甚至是有重大过失的相对人承担责任的现象早已司空见惯。⁽³⁴⁾ “抚州市金锋房地产开发有限公司、福建三盛房地产开发有限公司股权转让纠纷再审案”即其适例。⁽³⁵⁾ 在该案中,最高人民法院虽然认定相对人存在重大过失,但是依然判令无权代理人向相对人承担损害赔偿责任,只是在确定损害赔偿范围和额度时对相对人自身的过错予以了考虑。正如学者指出的那样,即便相对人有过错,也不必完全排除无权代理人之责任,已经成为我国司法人员的普遍价值判断。⁽³⁶⁾ 此种实践理性当可作为《民法总则》第 171 条第 4 款在法政策上妥当性的一种注脚。

3. 缓解“全有或全无”规范模式之僵化的比较法动向

正是因为代理人原则上应承担无权代理风险,恶意相对人也并非在任何情形下均不值得任何程度的保护,在立法上采用“全有或全无”规范模式的国家,遂出现了通过迂回手段缓解此种规范模式之僵化的尝试和努力。

在德国,通说认为,即便相对人仅存有过失,而代理人对于自己欠缺代理权是明知的,无权代理人亦可援引《德国民法典》第 179 条第 3 款第 1 句主张免责。⁽³⁷⁾ 早在《德国民法典》施行初期,即有学者意识到,如此一刀切地免除无权代理人责任有可能产生不公平,因此主张对《德国民法典》第 179 条第 3 款第 1 句进行目的限缩解释,认为在无权代理人明知自己并无代理权尤其是具有损害他人之故意的情形下,不应排除其责任,即便相对人知道或者应当知道代理权欠缺。⁽³⁸⁾ 如此处理,将使有过失之相对人得以向无权代理人主张《德国民法典》第 179 条第 1 款或第 2 款规定的基于信赖责任原理产生的责任,显然有违信赖责任原理。因此,大部分学者倾向于在《德国民法典》第 179 条之外寻求纠偏办法。其中,部分学者主张,相对人之恶意仅可阻却《德国民法典》第 179 条第 1 款和第 2 款所规定的无过错责任,但是并不必然排除无权代理人承担缔约过失责任这样的过错责任,并肯认此时过失相抵有其适用空间。⁽³⁹⁾ 当然,此种主张遭到了反对者的批评。反对意见认为,相较于缔约过失责任的规定(《德国民法典》第 280 条第 1 款并结合第 241 条第 2 款、第 311 条第 2 款和第 3 款),《德国民法典》第 179 条属于特别规定,因此,一旦满足第 179 条第 3 款第 1 句的免责条件,则缔约过失责任相应也应当被排除,否则此种责任限制将形同具文。⁽⁴⁰⁾ 在德国法的语境下,反对意见的此种体系解释结论自有其合理的一面。然而,反对意见并没有提出足以支持其主张的实质理由。也许正因如此,两派意见迄今依然呈分庭抗礼之势,难分上下。此外,应予注意的是,德国学说和实务在认定相对人是否存在过错时异常谨慎。⁽⁴¹⁾ 依照通说,相对人原则上得信赖行为人关于其具有代理权的声明,并无调查核实义务;唯有在签订合同时对代理权是否存在产生怀疑,或者基于客观情况理应产生合理怀疑时,相对

(32) 参见张弛《狭义无权代理人责任论》,载《东方法学》2017 年第 5 期,第 10 页。

(33) 参见付翠英《无权代理的内涵与效力分析——兼评〈合同法〉第 48 条》,载《法学论坛》2002 年第 3 期,第 70 页。

(34) 参见最高人民法院(2013)民申字第 828 号民事裁定书。

(35) 参见最高人民法院(2017)民申 2719 号民事裁定书。

(36) 参见纪海龙,同注 7 引文,第 172 页。

(37) Vgl. Palandt/Ellenberger, § 179, Rn. 4; MüKoBGB/Schubert, § 179, Rn. 53.

(38) Vgl. Josef Hupka, Die Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht, Leipzig 1903, S. 200.

(39) Vgl. Staudinger/Schilken, § 179, Rn. 20.

(40) Vgl. MüKoBGB/Schubert, § 177, Rn. 55.

(41) Vgl. Leenen, BGB AT, § 16, Rn. 16; MüKoBGB/Schubert, § 179, Rn. 53.

人方有调查核实代理权是否存在的义务。⁽⁴²⁾对相对人的过失进行如此严格的认定,自然在一定程度上也有助于消解《德国民法典》第179条第3款第1句的僵化所可能带来的不妥当后果。

在日本2017年修订之前的《日本民法典》第117条第2款的规定和《德国民法典》第179条第3款第1句的规定一致,即相对人明知或因过失而不知代理权欠缺的,代理人免于承担《日本民法典》第117条第1款规定的履行责任或替代履行的损害赔偿责任。与部分德国学者一样,亦有一些日本学者认为此种“全有或全无”的处理方式过于简单粗暴。与德国学者不同的是,部分日本学者试图通过将《日本民法典》第117条第2款的“过失”限缩解释为“重大过失”解决问题,即仅于相对人具有重大过失时无权代理人方可免于承担责任。⁽⁴³⁾学者的此种意见虽然得到了部分法院的支持,但是日本最高法院基于无权代理人责任为无过失责任的考虑依然坚持固守法律文义,⁽⁴⁴⁾且得到了部分学者的支持。⁽⁴⁵⁾2017年通过的《日本民法典》依然坚持无权代理人责任为无过失责任的基本立场,不过撕开了一道小口子,即于第117条第2款第2项第2句增加规定,在代理人明知自己并无代理权而相对人仅因过失而对此不知的情况下,无权代理人依然需要承担第117条第1款规定的履行责任或替代履行的损害赔偿责任。其实,在此次修法之前,即有学者主张,无权代理人在此种情形下不得援引第117条第2款相对人恶意的免责抗辩,否则有违诚实信用原则。⁽⁴⁶⁾此外,亦有部分日本学者试图通过提供侵权法上的救济以克服《日本民法典》第117条第2款的僵化。其理由略谓:侵权责任旨在通过回复到法律行为没有发生时的状态,为丧失财产之人提供最低限度的保护;既然无权代理人存在过错,有过失之相对人也应有权享受此种保护。⁽⁴⁷⁾然而,日本学者就此问题并未达成共识。

上述比较法的分析适足说明,不能单纯地根据立法文本推导出无权代理人对恶意相对人不用承担任何责任的结论,令无权代理人在一定情形下对恶意相对人承担责任实有其法政策上的正当性和必要性。对于德国和日本学者试图缓解其本国立法上“全有或全无”规范模式之僵化的迂回努力及在此过程中所产生的理论纷争,我们自不可视而不见。

4. 明文规定“过失相抵”的诸多优势

即便抛开“过失相抵”规范模式更具有实质正当性不谈,我国通过《民法总则》第171条第4款明文规定过失相抵亦有其不容忽视的诸多优势和作用。

其一,前已述及,由于德国法和日本法明文将相对人恶意作为无权代理人免责的法定事由加以规定,这就导致学说和实务对于无权代理人在相对人恶意的情形下究否需要承担缔约过失责任抑或侵权责任存在极大的分歧,迄今并无定论。理论上的此种纷争显然不利于法律适用。《民法总则》第171条第4款的明文规定可以避免此种无谓的理论纷争,提高法律适用的确定性。当然,这取决于正确地将该款规定的规范对象界定为无权代理人对恶意相对人的责任。

其二,即便与修订后的日本法相比,我国法上的这种解决方法亦更为灵活,更有助于在个案中实现对妥当性的追求,且在理论上更具有体系兼容性。修订后的《日本民法典》虽然通过增加第117条第2款第2项,令有过失之相对人得以要求明知自己并无代理权之代理人承担责任,但是这并没有解

(42) Vgl. Palandt/Ellenberger, § 179, Rn. 4; MüKoBGB/Schubert, § 179, Rn. 53.

(43) 参见[日]近江幸治《民法讲义I:民法总则》,渠涛等译,北京大学出版社2015年版,第247-248页;同注30引书,第384页。

(44) 同注30引书,第384页。

(45) 参见[日]山本敬三《民法讲义I:总则》(第3版),解亘译,北京大学出版社2013年版,第306页。

(46) 参见[日]近江幸治,同注43引书,第248页。

(47) 同注45引书,第309页。

决全部问题,因为恶意之相对人值得法律保护的情形绝非仅限于此,虽然此种情形下的相对人不予保护是最令人觉得有失公平的。例如,在代理人明知自己并无代理权而相对人对此存有重大过失的情形,依据修订后的《日本民法典》第117条第2款第2项的规定,无权代理人需要承担同条第1款规定的履行责任或替代履行的损害赔偿责任。然而,于此情形令无权代理人承担如此沉重的责任,利益衡量上显有失当,因为此时很难认定无权代理人相较于相对人过失程度更为严重。明知毕竟不等同于故意,而重大过失则几近于故意,二者通常可等而视之。⁽⁴⁸⁾在日本法上欲避免此种后果发生,唯有对修订后的《日本民法典》第117条第2款第2项第2句进行限缩解释,即明知自己并无代理权的代理人对有过失的相对人承担同条第1款的责任,但是相对人具有重大过失的除外。然而如此一来,又将导致具有重大过失之相对人在面对明知自己并无代理权之代理人时丧失一切法律救济,显然亦非允当。而依据《民法总则》第171条第4款的规定,对于此种情形的处理,却没有必要如此大费周章,完全可以在个案中通过比较权衡无权代理人和相对人的过错程度获得妥当的结果。尚值注意的是,《日本民法典》的此种修正固然有助于在代理人明知自己欠缺代理权的场合给有过失之相对人提供法律救济,但却与《日本民法典》第117条第1款无权代理人责任的信赖责任性质相抵牾,因为相对人既然有过失,自无应予保护的信赖可言。而无权代理人依据《民法总则》第171条第4款所承担的责任并非信赖责任,故不会产生与既有理论体系不兼容的问题。

其三,前已述及,为恶意相对人提供法律救济在我国司法实践中已经成为惯常做法。此处应予以注意的是,在诸多判决中可以发现,恶意相对人和善意相对人享受着同等程度的法律保护。⁽⁴⁹⁾不仅许多地方法院如此判决,甚至最高人民法院亦然如此。在“鄂州中博经济贸易有限公司等与张增华买卖合同纠纷再审案”中,最高人民法院判令无权代理人根据《合同法》第48条第1款向有过失之相对人承担实际履行责任。⁽⁵⁰⁾而在“宁波绣丰彩印实业有限公司与浙江杭州湾汽配机电市场经营服务有限公司等合同纠纷再审案”中,尽管相对人被认定存在重大过失,最高人民法院依然要求无权代表人根据《合同法》第48条第1款承担实际履行责任。⁽⁵¹⁾如此处理,在利益衡量上显有失当。而我国法院之所以如此处理,极有可能是因为《合同法》第48条第1款(包括《民法通则》第66条第1款第2句)仅规定,无权代理行为未经被代理人追认,由行为人(无权代理人)承担责任,并未根据相对人恶意或善意的不同对其责任内容进行区分,欠缺法学方法论训练的法官自然不会再考虑区别保护恶意和善意相对人的问题。当然,也不排除我国法官的内心存在一种自然的想法或者说朴素的感情,即只要表见代理不成立,代理人均应为自己的无权代理行为向相对人负责,相对人有无过错,在非所问。现在《民法总则》第171条第3款和第4款分别针对相对人善意和恶意情形下无权代理人如何承担责任进行明确规定,应可改变司法实践中的此种不当做法。当然,这取决于法官对第3款和第4款关系的正确理解。

其四,自立法技术而言,《民法总则》第171条第4款的规定的确不应也没有必要存在。一则,该款规定的内容本非无权代理规范应当表达的内容;⁽⁵²⁾二则,即使不设该款规定,法官亦可援引侵权责

(48) 罗马法上有“重过失等同于故意”的格言。参见丁玫《罗马法契约责任》,中国政法大学出版社1998年版,第131页。

(49) 参见重庆市高级人民法院(2015)渝高法民申字第00166号民事裁定书。

(50) 参见最高人民法院(2013)民申字第828号民事裁定书。

(51) 参见最高人民法院(2012)民提字第208号民事判决书。

(52) 参见迟颖《〈民法总则〉无权代理法律责任体系研究》,载《清华法学》2017年第3期,第123页。

任或缔约过失责任等相关规定解决问题。⁽⁵³⁾ 然而,《民法总则》第171条第4款依然有其存在价值,除了上面提及的避免理论争议之外,其尚可发挥避免法官机械司法的重要作用。前已述及,因《合同法》第48条第1款规定无权代理人责任时并没有要求相对人善意这一要件,导致法官误以为法律对善意相对人和恶意相对人提供同等程度的保护,往往判令无权代理人对恶意相对人承担履行责任或替代履行的损害赔偿责任。现在《民法总则》第171条第3款明确规定仅善意相对人方可请求无权代理人承担此种责任,若无《民法总则》第171条第4款的明文规定,可以想象,法官完全可能基于同样的逻辑机械司法,于相对人恶意时一律排除无权代理人的责任。尽管没有该款规定,法官依然可以在具体个案中依据缔约过失责任或侵权责任原理判令相对人和行为人按照各自的过错承担责任,但是这对法官的要求相对较高,恐难以在最大程度上避免机械司法。因此,《民法总则》第171条第4款的规定至少可以起到提示法官的作用,避免法官在相对人恶意时一概免除行为人的责任。

当然,《民法总则》第171条第4款具有上述诸多优势或作用,应非立法者刻意追求的结果,毋宁说是歪打正着的意外收获。

二、规范性质与责任构成

(一) 规范性质

就规范性质而言,《民法总则》第171条第4款究系责任承担规范抑或请求权基础规范?有学者认为该款与第3款系对称的责任规范,即第3款是关于无权代理人对善意相对人责任的规定,而第4款是关于无权代理人对恶意相对人责任的规定,因此主张将第4款定性为请求权基础规范,并认为其实际上包含了类似于《民法总则》第157条第2句的规范结构,即有过错的一方(行为人)应当赔偿对方(相对人)由此所受到的损失;各方(行为人与相对人)都有过错的,应当各自承担相应的责任(即按照各自的过错承担责任)。⁽⁵⁴⁾ 然而,该款规定在表述结构上更多具有责任承担规范的特色。一则,相对人的损害这一核心要件并未出现;二则,该款规定中的“按照各自的过错承担责任”在我国只不过是过失相抵规则的立法表达。⁽⁵⁵⁾ 该款规定的最大意义,可能仅在于提醒法官,无权代理人对恶意相对人亦可能需要承担责任,此时有过失相抵的适用空间。至于无权代理人在个案中究否需要承担责任,恐依然需要结合相关的民事责任规定来进行判断。因此,笔者倾向于将《民法总则》第171条第4款理解为责任承担规范。

(二) 责任构成

当然,如何认定该款规定的规范性质本身可能并不那么重要,关键是采取何种责任原理去构成无权代理人对恶意相对人的责任。换言之,无权代理人依据该款规定所承担的责任性质为何?于此,可能存在不同理解。

1. 违约责任

在司法实践中,若合同因被代理人拒绝追认而无法履行,部分法院认为合同在相对人和无权代理

(53) 参见邹海林《民法总则》,法律出版社2018年版,第408页。

(54) 参见张家勇《论无权代理人的损害赔偿责任——民法总则第171条第3、4款的解释》,载《人民法治》2017年第10期,第31页。

(55) 同注6引书,第306页。

人之间生效,进而支持恶意相对人解除合同、要求无权代理人承担违约责任的诉请。⁽⁵⁶⁾ 认定合同在相对人和无权代理人之间生效的一个重要理由是,《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第3条规定“当事人一方以出卖人在缔约时对标的物没有所有权或者处分权为由主张合同无效的,人民法院不予支持”。⁽⁵⁷⁾ 此种见解显然混淆了无权处分和无权代理,该规定应当仅适用于无权处分,并不适用于无权代理。⁽⁵⁸⁾ 根据学理,无权代理行为效力待定,一旦被代理人拒绝追认即为无效,而非有效。⁽⁵⁹⁾ 此时,即使善意相对人可以依据《民法总则》第171条第3款的规定请求代理人承担履行责任或替代履行的损害赔偿责任,此种责任亦仅仅是一种“拟合同责任”,⁽⁶⁰⁾ 而非合同在相对人与代理人之间生效。在相对人恶意的情形,合同就更不可能在其与代理人之间生效了。因此,违约责任构成不足为训。

2. 缔约过失责任

在司法实践中,大部分法院在无权代理行为无效的基础上,将无权代理人对恶意相对人承担的责任理解为缔约过失责任,援引的裁判依据多为《合同法》第58条第2句。⁽⁶¹⁾ 在《民法总则》颁行之后,学者亦多将《民法总则》第171条第4款规定的责任理解为缔约过失责任。⁽⁶²⁾ 由于该款规定规范的是无权代理行为无效之后无权代理人对恶意相对人的责任承担问题,且其文字表述“按照各自的过错承担责任”与《合同法》第58条第2句或《民法总则》第157条第2句如出一辙,因此这种理解从表面来看的确是顺理成章的。

然而,如果对《民法总则》第171条第4款的责任采取缔约过失责任构成,在我国法上可能面临以下问题:

其一,现行法关于缔约过失责任的规定能否涵盖无权代理人对恶意相对人的责任承担问题,非无疑问。在现行法上,无论是关于缔约过失责任一般规定的《合同法》第42条,还是被认为系属缔约过失责任特别规定的《合同法》第58条第2句或《民法总则》第157条第2句,从文字表述来看,其所规定的均是法律行为或合同一方当事人对另一方当事人的损害赔偿责任。然而,前已述及,无权代理行为因被代理人拒绝追认而终局无效后,无权代理人和相对人并未成为合同当事人双方。因此,至少从文义来看,这些规定无法成为恶意相对人要求无权代理人承担损害赔偿责任的请求权基础,除非突破其文义,将包括无权代理人在内的第三人扩张为缔约过失责任的主体。此在方法论上即属通过目的性扩张填补法律漏洞的作业。然而,进行此种作业的前提是,制定法存在应予填补之法律漏洞。在无权代理人对恶意相对人的责任承担问题上,我国现行法是否存在此种法律漏洞,非无疑问。因为,此问题完全可以依据侵权责任规定加以解决。关于此点,容后详述。此外,《合同法》第42条系经由台湾学者借鉴德国缔约过失理论的产物,⁽⁶³⁾ 虽然彼时德国已经存在第三人缔约过失理论,然遍查《合同

(56) 参见佛山市中级人民法院(2018)粤06民终1635号民事判决书(一审认定合同无效,二审改判有效)。偶有法院认定此时合同不成立,参见徐州市泉山区人民法院(2017)苏0311民初2999号民事判决书。

(57) 参见福州市鼓楼区人民法院(2017)闽0102民初3796号民事判决书。

(58) 在司法实践中,亦有法院正确地认识到了这一点。参见苏州市中级人民法院(2018)苏05民终3296号民事判决书。

(59) 不过,亦有学者认为此时无权代理人和相对人成为合同关系的当事人。参见崔建远《合同法》,北京大学出版社2016年版,第103页。

(60) 同注1引书,第812页。

(61) 参见湖北省高级人民法院(2016)鄂民申1707号民事裁定书。

(62) 参见张家勇,同注2引文,第138页;郝丽燕,同注5引文,第101-105页;同注52引文,第123页。

(63) 据学者考证,我国缔约过失理论与制度继受主要是经由台湾地区学者的著述而发生。参见于飞《我国〈合同法〉上缔约过失责任性质的再认识》,载《中国政法大学学报》2014年第5期,第95页。

法》的立法资料和相关的释义书,却未见只言片语提及此问题,尤其是在列举缔约过失责任类型时并未言及第三人缔约过失。⁽⁶⁴⁾由此似可推论,立法者当时系有意识地不规定第三人的缔约过失责任。其实,即便到现在,第三人缔约过失理论也依然未进入我国主流学者的研究视野。由此益证,我国立法者当时在第三人缔约过失责任问题上的沉默可以被视为是拒绝承认。⁽⁶⁵⁾

其二,即便无视前述方法论问题而突破文义将缔约过失责任主体扩张至第三人,亦可能面临法律适用上的难题。虽然于此有德国和奥地利法上较为成熟的第三人缔约过失理论可供借镜,然而,理论的继受并非可一蹴而就之事,遑论理论在司法实践中的正确运用。在我国学者对缔约过失理论的研究尚不够深入、对第三人缔约过失理论的研究尚付阙如的情况下,如果贸然引入第三人缔约过失理论,在法律适用上恐存在极大困难。何况,关于《德国民法典》第311条第3款第三人缔约过失责任规定的适用,在德国亦殊非易事,极易引起争议。在我国学者对缔约过失责任本身的独立性还存在极大争议的背景下,⁽⁶⁶⁾引入第三人缔约过失理论更应再三斟酌。⁽⁶⁷⁾

其三,在第三人缔约过失理论的框架之内,相对人能够获得的法律保护也将极其有限,有可能不足以保护相对人。无论是在第三人缔约过失理论的发源地德国,还是在继受该理论的奥地利等国,第三人承担缔约过失责任的情形均是被严格限制的,属于绝对的例外。⁽⁶⁸⁾依据《德国民法典》第311条第3款的规定以及德国通说,第三人仅于以下两种情形可能需要承担缔约过失责任:其一,第三人享有特别的信赖,并因而对合同磋商或者合同缔结产生重大影响;其二,第三人自身对缔结合同有着直接的经济利益。⁽⁶⁹⁾对于第一种所谓的“特别信赖”情形,德国实务和学说均强调,第三人在通常的磋商信赖之外对有关法律行为的可靠性和履行提供了额外的个人保证,方享有特别的信赖。⁽⁷⁰⁾因争议较大,第二种所谓的“自身利益”情形在德国债法改革中则根本没有被法典化。⁽⁷¹⁾德国通说对“自身利益”的认定持非常严格的立场。第三人必须和合同有着如此紧密的联系,以至于可以认为他实际上是在为自己的事务而行事,并且从经济角度来看,他实际上已成为对方真正的合同当事人。⁽⁷²⁾德国法之所以对第三人缔约过失责任持此种严格认定标准,其理由在于,缔约过失责任的法律后果相当于合同责任的法律后果,原则上只有(潜在的)合同当事人承担此种责任才能够使之正当化。⁽⁷³⁾具体到无权代理,无论是无权代理人享有特别信赖,还是其自身对缔结合同有着直接的经济利益,显然均属极其例外的情形。因而,即便引入第三人缔约过失理论,亦只能于非常有限的情形保护相对人的利益。这与前述代理人原则上承担无权代理风险的价值判断显然相悖。

(64) 参见胡康生主编《中华人民共和国合同法释义》,法律出版社2012年版,第81-82页。

(65) 有学者即认为,第三人缔约过失责任并未被我国立法所承认。同注63引文,第93页。

(66) 否定缔约过失责任独立性的观点,参见李中原《缔约过失责任之独立性质疑》,载《法学》2008年第7期,第132页以下;张金海《耶林式缔约过失责任的再定位》,载《政治与法律》2010年第6期,第98页以下;同注63引文,第92页以下。

(67) 有学者对引入第三人缔约过失理论持怀疑态度。参见李昊《德国缔约过失责任的成文化》,载《清华法学》2010年第2期,第83页。

(68) Vgl. BeckOK - BGB/Sutschet, § 311, Rn. 118; OGH 5 Ob 129/11y.

(69) Vgl. Palandt/Grüneberg, § 311, Rn. 60. 国内对此问题的介绍,同注67引文,第80页以下;丁勇《论德国法中的第三人缔约过失责任》,载《法律科学》2004年第3期,第117页以下。

(70) Vgl. MüKoBGB/Emmerich, § 311, Rn. 173.

(71) 梅迪库斯认为,第三人的自身利益不仅不会引致相对人的特别信赖,反而会引起相反的结果。Vgl. Dieter Medicus, 3. Kapitel, Leistungsstörungenrecht, in: Haas/Medicus u. a. (Hrsg.), Das neue Schuldrecht, München 2002, Rn. 170-172.

(72) Vgl. Claus - Wilhelm Canaris, Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen, JZ 2001, 499 (520).

(73) Vgl. Claus - Wilhelm Canaris, Die Vertrauenshaftung im Lichte der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, in: Canaris/Heldrich u. a. (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, 2000, Band I, S. 183-184.

综上,缔约过失责任构成虽然看起来更为“自然”,但其实并不足取。

3. 侵权责任

另外一种可能是,将《民法总则》第171条第4款的责任理解为侵权责任,将关于一般侵权责任规定的《侵权责任法》第6条第1款作为其请求权基础。就笔者目前所见,我国尚无学者正式提出此种观点。⁽⁷⁴⁾然而,在学术史上,史尚宽先生曾言及“然相对人因过失而不知代理权之欠缺时,无权代理人虽可不负无权代理人之责任,如其行为具备侵权行为之要件,例如欺骗相对人为有代理权,仍不免负损害赔偿责任。”⁽⁷⁵⁾

相对人在无权代理中所遭受的损害一般均为纯粹经济损失,因其发生并非绝对权受侵害的结果。⁽⁷⁶⁾因此,侵权责任构成可能面临的问题是,相对人的此种纯粹经济利益能否得到充分的保护?虽然我国学者一致认为纯粹经济利益亦属于《侵权责任法》第6条第1款应予保护的民事权益,⁽⁷⁷⁾但是学者一般均主张纯粹经济利益不应与绝对权获得同等程度的保护,仅在满足更加严格的限定条件时才能获得侵权法上的保护。⁽⁷⁸⁾除非存在保护纯粹经济利益的特别规范或存在保护他人的法律、法规,否则过失造成的纯粹经济损失原则上不予赔偿,似已成通说。⁽⁷⁹⁾准此,则相对人恐很难依据《侵权责任法》第6条第1款要求无权代理人承担损害赔偿责任,因为无权代理人故意损害相对人的情形即使不能说不存在,也应属于极其罕见的情形,毕竟,即便代理人明知自己并无代理权也并不一定意味着其系故意致人损害。此种结果显然与代理人原则上承担无权代理风险的基本价值判断不相吻合。

然而,过失致人纯粹经济损失不予赔偿的原则在无权代理情形中不应予以适用。该原则得以确立的核心理由应在于所谓的“水闸效应”:纯粹经济损失是非因特定人的绝对权受侵害而产生的损失,由此导致受害人的数量、损失的范围可能极为广泛,而加害人对此根本无法预见。如果受害人一概可以得到赔偿,则一方面会引发所谓如洪水般泛滥的诉讼,令法院不堪重负,另一方则会令加害人承担过重的责任,在结果上会过于妨害其行为自由。⁽⁸⁰⁾然而,在无权代理情形中,令无权代理人对恶意相对人承担赔偿责任并不会导致产生此等问题。因为,请求权人是唯一确定的,即相对人,并非是不特定的人;对于相对人可能遭受的损失,至少是直接损失部分,无权代理人应当是可以预见到的。当无权代理人于此情形中仅承担过错责任时,保护民事权益与维护行为自由即达致了平衡。职是之故,在无权代理人造成相对人损害的情形中,并无固守过失致人纯粹经济损失原则上不予赔偿教条的理由。

因此,侵权责任构成在理论上并不存在任何障碍。此外,相较于缔约过失责任构成,侵权责任构成将会使得赔偿范围、减免责任事由等问题的处理具有更充分的理据。毕竟,侵权责任的理论研究更为深入,相应的立法规定也较为全面。例如,在赔偿范围方面,依据侵权法上的完全赔偿原则,相对人的

(74) 有学者主张缔约过失责任构成,但亦认为采侵权责任构成并无不可,且认为不同解释进路在结果上并无不同。值得注意的是,该学者在别处却断言《民法总则》第171条第4款所规定的责任不应当是侵权责任。参见张家勇,同注2引文,第136页,注释63,第137页,注释67。

(75) 史尚宽《民法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第560页。

(76) 学者关于纯粹经济损失的定义在表述上并不完全一致。不过,非因绝对权受侵害而产生应系纯粹经济损失的一个本质特点。参见葛云松《纯粹经济损失的赔偿与一般侵权行为条款》,载《中外法学》2009年第5期,第692页。

(77) 参见张新宝《侵权责任法》,中国人民大学出版社2016年版,第4页;程啸《侵权责任法》,法律出版社2015年版,第196页。

(78) 同注76引文,第710-711页。

(79) 同注76引文,第728-729页;于飞《违背善良风俗故意致人损害与纯粹经济损失保护》,载《法学研究》2012年第4期,第59-60页。

(80) 同注76引文,第714-716页。

所失利益(间接损失)属于可予赔偿的损害,⁽⁸¹⁾而对于此种损失是否属于缔约过失责任的赔偿范围,学界尚未形成共识。⁽⁸²⁾

故笔者主张按照《侵权责任法》第6条第1款所规定的一般过错侵权责任的构成要件认定《民法总则》第171条第4款无权代理人责任成立与否。准此,在相对人恶意的情形,无权代理人承担的是过错责任,与无权代理人依据同条第3款对善意相对人承担无过错责任判然有别。需要注意的是,无权代理人对于自己有无代理权通常均是明知的或者至少应当知道,其无过失的情形比较罕见。无权代理人不知道自己并无代理权且对此并无过失,一般均是被代理人方面的原因导致,此时无权代理人往往可以基于其他依据免于承担责任。例如,依据《民法总则》第173条第4项的规定,意定代理于被代理人死亡时终止,代理人自此时即丧失代理权,然而《民法总则》第174条第1款第1项规定,代理人如果不知道并且不应当知道被代理人死亡的,代理行为有效。

三、无权代理人与恶意相对人的责任分担

在相对人恶意即知道或者应当知道代理权欠缺的情形,⁽⁸³⁾依据《民法总则》第171条第4款的规定,无权代理人究竟是否需要对其承担以及承担多大比例的责任,应视其与相对人对此有无约定进行区别处理。

(一) 有约定从约定,无过失相抵适用空间

在实践中,相对人与代理人在签订合同时,往往只对被代理人于违约时所需承担的责任进行约定,而对代理人于无权代理导致合同无法履行时需要承担何种责任未置一词。在此情况下,司法实务一般认为该违约责任条款对无权代理人不生效力。不过,亦有判决将此种约定定性为代理人和相对人双方对于合同不能履行所预做的安排,进而主张违约责任条款对代理人生效。⁽⁸⁴⁾由于代理人并无成为合同一方当事人的打算,自无受此违约责任条款约束的内心意思,相对人也并无理由认为代理人有受此约定约束的意思,因此,宜认定该违约责任条款对无权代理人不生效力。⁽⁸⁵⁾无权代理人应如何承担责任,按照下述无约定的情形进行处理。

在二手房买卖等极易出现无权代理情况的领域,代理人和相对人在合同中往往不仅约定被代理人的违约责任,而且约定代理人在不具有代理权或无权代理未获追认导致合同无法履行情形下需要承担的违约责任,甚至直接约定无权代理人承担与被代理人同样的违约责任。⁽⁸⁶⁾在合同因无权代理行为未获追认而无效的情形下,此种违约责任条款是否有效?如果有效,是否尚有过失相抵规则适用的空间?在司法实务中,以合同无效为由认定违约责任条款无效的判决虽不乏其例,⁽⁸⁷⁾但是大部分

(81) 参见张新宝,同注77引书,第4页;程啸,同注77引书,第701-702页。

(82) 学者多持肯定意见,同注59引书,第115页;同注6引书,第185页。但亦不乏否定意见,参见王利明《合同法研究》(第一卷),中国人民大学出版社2015年版,第366页。

(83) 关于相对人应当知道的判断标准,同注11引文,第139页以下。

(84) 参见苏州市中级人民法院(2017)苏05民终1700号民事判决书。

(85) 参见最高人民法院(2017)民申2719号民事裁定书。在该案中,一审判令无权代理人按违约责任条款承担责任,但是被二审和再审推翻。

(86) 在实践中,代理人也有可能在买卖合同之外以承诺书或保证书的形式确保具有代理权并保证被代理人履行合同,否则承担买卖合同中约定的违约责任或承担由此引发的一切法律责任。司法实务均肯认此种独立约定的效力。参见佛山市顺德区人民法院(2017)粤0606民初9335号民事判决书。

(87) 参见常州市天宁区人民法院(2017)苏0402民初393号民事判决书。

判决均倾向于认为该违约责任条款系代理人与相对人关于无权代理后果的特别约定,不因合同无效而对代理人无效。⁽⁸⁸⁾有的判决则明确援引《合同法》第56条关于合同部分无效不影响其他部分效力的规则和第58条关于合同解决争议条款独立性的规则,认定违约责任条款有效。⁽⁸⁹⁾在认为违约责任条款有效的情况下,对于无权代理人如何承担责任,司法实务中存在不同意见。一种意见认为应直接根据违约责任条款判令无权代理人承担责任,毋庸再对相对人的过错进行考虑;⁽⁹⁰⁾另外一种意见则倾向于以约定的违约金为基础,再根据代理人和相对人的过错程度进行综合权衡,权衡的结果一般是违约金被调减。⁽⁹¹⁾笔者认为,该违约责任条款既系代理人和相对人对于无权代理情形下代理人所应承担责任的预先安排,自应认可其效力,在适用该条款确定无权代理人的责任时亦无需再考虑相对人的过错,此系私法自治的当然结论。当然,并不影响代理人或相对人根据《合同法》第114条的规定申请调低或增加违约金,仅仅是说,代理人不得以相对人亦存在过错为由申请调低违约金。

(二) 无约定则适用过失相抵,进行综合权衡

在无权代理人与相对人之间就无权代理人的责任承担问题并无特别约定的情况下,则应依据过失相抵的法理进行责任分担。无权代理人是否需要承担责任以及承担多大比例的责任,悉由法官根据个案具体情况进行综合权衡,并无一定之规。此处需要特别加以探讨的仅仅是,何种情形可导致无权代理人免于承担责任或负担全部责任。

1. 无权代理人完全免责的情形

适用过失相抵的结果并不必然是责任分担,而是可能导致一方完全免责。⁽⁹²⁾在无权代理中,有可能导致无权代理人免责的情形是相对人明知代理人欠缺代理权。⁽⁹³⁾学者普遍认为,相对人此时属于自甘冒险,无须保护,无权代理人毋庸对其承担责任。⁽⁹⁴⁾胡长清先生曾言,“如相对人明知其无代理权,而竟贸然与其为一定之行为,则咎由自取,殊无予以保护之理由”。⁽⁹⁵⁾此种见解在司法实务中亦不乏支持者。⁽⁹⁶⁾偶有学者主张,除非无权代理人对其无代理权非因过失而不知,否则应由双方分担责任,因为无权代理的发生毕竟是行为人自己引起的,由相对人承担全部损失在利益衡量上有失公允。⁽⁹⁷⁾此种见解在实务中亦有反映。⁽⁹⁸⁾

笔者赞同后一种见解。姑且不论比较法上自甘冒险问题在一些国家和地区已经通过适用过失相抵进行处理,⁽⁹⁹⁾以相对人明知为由一概排除无权代理人之责任亦与现行法的立法精神相抵牾。《侵权责任法》第27条规定“损害是因受害人故意造成的,行为人不承担责任。”通说认为,此之“故意”

(88) 参见上海市第二中级人民法院(2018)沪02民终1005号民事判决书。

(89) 参见厦门市思明区人民法院(2017)闽0203民初6361号民事判决书。

(90) 参见常州市中级人民法院(2018)苏04民终342号民事判决书。

(91) 参见北京市第二中级人民法院(2018)京02民终2454号民事判决书。

(92) 参见王泽鉴《损害赔偿》,北京大学出版社2017年版,第333页。

(93) 在司法实践中,如果代理人在居间买卖合同中保证其已经获得代理授权,并承诺承担合同因被代理人拒绝承认而无法履行所引起的不利后果,有法院会以此为由认定相对人明知代理人并无代理权。参见大连市中级人民法院(2018)辽02民终6046号民事判决书。由于此种约款在实践中已经成为居间买卖合同的标准条款,仅仅是买方用于以策万一的一种自我保护措施,即便代理人确有授权并提供了授权委托书,合同中通常也会存在此种约定,因此此种认定有待商榷。

(94) 同注1引书,第812页;朱广新,同注2引书,第260页。

(95) 胡长清《中国民法总论》,中国政法大学出版社1997年版,第321页。

(96) 参见南阳市中级人民法院(2018)豫13民终2571号民事判决书。

(97) 同注15引书,第775页;张家勇,同注2引文,第138页。

(98) 参见北京市第一中级人民法院(2018)京01民终6316号民事判决书。

(99) 同注92引书,第320页。

仅限于直接故意,即受害人明知其行为会给自己造成损害却追求该结果之发生,而不包括间接故意在内,即受害人放任对自己损害的发生;只有在受害人的故意行为是造成损害的唯一原因时,加害人方可免责。而明知并不等于故意,相对人之行为亦非造成其损害的唯一原因。⁽¹⁰⁰⁾ 举重以明轻,相对人的明知自不应成为无权代理人免责的理由,此时亦应通过适用过失相抵进行责任分担。例如,在行为人亦明知自己欠缺代理权的场合,令双方平均分担责任可能较为妥当,允许行为人免责似有违反诚实信用原则之嫌。

2. 无权代理人负全责的情形

适用过失相抵的结果亦有可能是令无权代理人负全责。在我国司法实践中,当相对人应当知道代理人无代理权,而代理人知道自己并无代理权时,有法院认为代理人的过错远大于相对人的过错,足以涵盖相对人的过错,判令代理人负全责。⁽¹⁰¹⁾ 根据2017年修订后的《日本民法典》第117条第2款第2项的规定,此时相对人的过失被忽略不计,且代理人需要承担履行或者替代履行的损害赔偿责任。然而,代理人虽然知道自己并无代理权,但通常并无损害相对人的故意,其故意针对的是违反说明代理权欠缺的义务。而根据过失相抵法理,只有在债务人故意致人损害之时,受害人的过失才不予考虑,而在债务人的故意仅仅针对义务违反之时,相对人的过失则应予考虑。⁽¹⁰²⁾ 因此,笔者认为,此时无权代理人是否应当负全责,应区分不同情况进行区别处理。在相对人仅具有轻微过失的情形,无权代理人自应承担全部责任。这样处理与现行法的规定较为一致。《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第2条第1款第2句明确规定,如果侵权人因故意或者重大过失致人损害,而受害人只有一般过失的,不得减轻赔偿义务人的赔偿责任。而在相对人具有重大过失的情形,则应衡量双方的过错程度进行责任分担。如果不进行此种区别处理,将可能导致无权代理人在实际上始终必须承担全部责任,因为如前所述,无权代理人明知自己并无代理权系通常情况。

四、结论

综合全文论述,得出如下结论:

(1) 《民法总则》第171条第4款仅规范无权代理人对恶意相对人的责任,而并不包括恶意相对人对无权代理人的责任,亦不包括无权代理人和恶意相对人对被代理人的责任。

(2) 在相对人恶意的情形,令无权代理人和相对人按照各自的过错承担责任,在法政策上有其妥当性。相较于“全有或全无”的规范模式,《民法总则》第171条第4款规定的“过失相抵”规范模式更为灵活,有助于在个案中谋求一个妥当的结果。在同条第3款明确要求相对人善意的情况下,如此进行明文规定可以避免法官在相对人恶意时一概免除行为人的责任。

(3) 《民法总则》第171条第4款系责任承担规范,其所规定的责任并非违约责任,采取缔约过失责任构成虽然更符合通常的观念,但在理论上必须突破法律文义,将缔约过失责任的主体扩张至无权代理人,且不足以充分保护相对人。采取一般过错侵权责任构成则并无理论障碍,因为过失致人纯粹经济损失不予赔偿原则的核心理由在无权代理人造成相对人损害的情形中并不成立。

⁽¹⁰⁰⁾ 参见程啸,同注77引书,第299-300页。

⁽¹⁰¹⁾ 参见江苏省常熟市人民法院(2017)苏0581民初7002号民事判决书。

⁽¹⁰²⁾ Vgl. MüKoBGB/Oetker, § 254, Rn. 112.

(4) 无权代理人究竟是否需要善意相对人承担以及承担多大比例的责任,应视其与相对人对此有无约定进行区别处理。在有约定的情况下,则从其约定;如果没有约定,则应根据过失相抵法理进行责任分担,此时相对人的明知并不足以排除无权代理人的责任,无权代理人的明知亦不一定令其负全责。

应予说明的是,《民法总则》第171条第4款规定虽然有其法政策上的妥当性,但是不得不承认的是,该款规定在立法技术上的确存在重大瑕疵。在我国民法典立法过程中如果尚有修正《民法总则》的可能,不妨将该款规定重新表述如下:行为人实施的行为未被追认的,如果行为人和相对人均知道或者应当知道无权代理,由双方按照各自的过错分担相对人由此所遭受的损害。如果《民法总则》第171条第4款以目前的表述进入民法典,则此种立法技术上的瑕疵唯有藉由精细化的解释论作业方可消除,而此正为学者当仁不让的使命。

Unauthorized Agent's Responsibility to Counterparty in Bad Faith

Xia Haohan

Abstract: The normative object of Paragraph 4 of Article 171 of the General Provisions of Civil Law shall be limited to the liability of the unauthorized agent to the counterparty in bad faith. This Paragraph is a rational legislation, because the agent normally should bear the risk of unauthorized agency, and the counterparty in bad faith may also be worth protecting under certain circumstances. Compared with the normative model of "all or none," the normative model of contributory negligence is more flexible and helps to seek appropriate results in individual cases. When Paragraph 3 of the same article expressly requires the goodwill of the counterparty, the existence of Paragraph 4 can avoid the judge excluding the responsibility of the unauthorized agent in case of bad faith of the counterparty. At the time of sharing responsibility, it will be handled as agreed if there is an agreement, and there is no room for application of contributory negligence; if there is no agreement, responsibility should be shared according to the theory of contributory negligence. It is not enough to exclude the responsibility of the unauthorized agent that the counterparty knows of the unauthorized agency; the unauthorized agent does not necessarily have full responsibility for the unauthorized agency, and it should be treated differently according to the degree of fault of the counterparty.

Keywords: unauthorized agent; bad faith of the counterparty; tort liability; contributory Negligence

(责任编辑:倪鑫煜)