

无权代理人对相对人的法律责任

朱 虎

内容提要:无权代理和表见代理中相对人善意的认定标准相同,均为不知且未因过失而不知行为人无代理权。善意相对人有权选择请求无权代理人履行债务或者赔偿履行利益,但无权代理人不知其无权代理且无过错时,可仅承担信赖利益的赔偿。恶意相对人有权请求无权代理人赔偿信赖利益,具体分担比例要考虑相对人和无权代理人的过错而非仅仅是恶意,同时结合受害人故意和过错相抵的规则;相对人明知行为人无代理权,不能排除无权代理人的责任。无论是善意相对人行使撤销权,还是构成表见代理,都不能当然排除无权代理人对善意相对人的责任。

关键词:无权代理 表见代理 善意相对人 履行利益

朱虎,中国人民大学民商事法律科学研究中心研究员。

关于被代理人未追认时无权代理人对相对人所应承担的具体责任,《民法通则》第66条与《合同法》第48条均未明确规定;《民法典》第171条第3款、第4款则根据相对人的主观状态,对无权代理人的责任加以区分,而予以一定程度的明确。但诸多问题仍存在解释争议,包括:相对人善意的认定标准为何;善意相对人请求的赔偿范围为何;无权代理人对善意相对人承担责任是否应当以其有过错为前提;恶意相对人请求的赔偿范围为何;如何在恶意相对人和无权代理人之间具体分配责任;善意相对人行使撤销权或构成表见代理时,是否仍有权依据第171条第3款请求无权代理人承担责任。比较法上,各国和各地区的民法典以及国际性或者区域性公约的规则,在无权代理人的责任问题上虽有共识,但在上述问题上也存在相当的差异。本文即以对《民法典》第171条第3款和第4款的解释为中心,围绕上述争议问题展开分析。

一 相对人善意的认定标准和举证责任

(一) 相对人善意认定的“重大过失”说

《民法典》第171条第3款、第4款区分相对人的善恶意而分别规定了其对无权代理

人的请求权,故关键问题之一就是如何区分相对人的善意与恶意。这关涉第 171 条第 3 款与第 172 条的规范协调,二者均要求满足相对人善意的要件。《关于适用〈中华人民共和国民法典〉总则编若干问题的解释》(下称“《民法典总则编解释》”)第 28 条第 1 款第 2 项规定,表见代理中相对人善意是“相对人不知道行为人行为时没有代理权,且无过失”;但关于如何理解无权代理中的相对人善意,现行规范未予明确澄清,存在较为弹性的解释空间。不同解释路径的核心分歧在于,这两个规则中的相对人善意的标准应否相同。

一种观点认为,无权代理中相对人善意的要求应比表见代理中相对人善意的要求更低,后者以无过失为标准,而前者以无重大过失为标准。^[1] 首先,从文义上看,基于对第 171 条第 4 款构成要件的反面解读可知,该条中相对人善意的基本内涵为“不知道且不当知道行为人无权代理”,是消极地相信有代理权;而 172 条则要求相对人“有理由相信行为人有代理权”,是积极地相信有代理权。对比之下,后者规范中的善意标准明显更为严格。其次,从体系上看,如果采取相同的相对人善意认定标准,则构成无权代理的案型通常也符合表见代理的要件,前者将形同具文;反之,通过不同善意标准界分两者的适用领域,有助于协调两者的关系。如果把视野放大到善意取得中的相对人善意,《关于适用〈中华人民共和国民法典〉物权编的解释(一)》(下称“《民法典物权编解释(一)》”)第 14 条将其解释为“不知道转让人无处分权,且无重大过失”,在同一法体系内部,对善意的认定应该尽量保持一致,即应将狭义无权代理规则中的“善意”解释为“不知代理人无代理权,且无重大过失”。再次,从价值判断上看,对相对人而言,表见代理比无权代理人责任提供的救济更为充分,既然如此,相对人主张表见代理的举证责任也应更高,在相对人善意的判断中,此种理念也应当有所体现。就归责性而言,不管采取何种归责路径,考虑到行为人终究是无权代理的直接实施主体,其通常比被代理人对此具备更强的控制能力,由此亦具备更为严重的可谴责性。

(二) 以无过失为相对人善意的认定标准

本文作者也曾主张上述观点,虽然并非认为上述所有理由均能成立。^[2] 但是,现在转而认为反对观点更为有力,无权代理中和表见代理中的相对人善意应采取相同的认定标准,即“不知且非因过失而不知”,^[3]理由如下。

第一,当采取体系解释的思路时,首先需考量的显然是同一条文规范的内部体系是否统一。如前所述,结合第 171 条第 4 款的规范表达,应将相对人的善意解释为“不知道且不当知道行为人无权代理”,此处并未存在重大过失的特殊要求。再者,区分过失和重

[1] 参见殷秋实:《论无权代理人的赔偿责任》,《法律适用》2016 年第 1 期,第 119 页;方新军:《无权代理的类型区分和法律责任——〈民法总则〉第 171 条评释》,《法治现代化研究》2017 年第 2 期,第 53-55 页;迟颖:《〈民法总则〉无权代理法律责任体系研究》,《清华法学》2017 年第 3 期,第 122 页;冉克平:《狭义无权代理人责任论》,《现代法学》2020 年第 3 期,第 55-56 页。实践中也有采取此种观点,例如认为相对人“虽在订约时未认真履行注意义务,存在过失,但其仍为善意相对人”,参见北京市高级人民法院(2019)京民申 3833 号民事裁定书。

[2] 参见王利明主编:《中国民法典释评·总则编》,中国人民大学出版社 2020 年版,第 427 页(朱虎执笔)。

[3] 相同观点,参见夏昊晗:《无权代理中相对人善意的判断标准》,《法学》2018 年第 6 期,第 139 页以下;张家勇:《论无权代理人赔偿责任的双层结构》,《中国法学》2019 年第 3 期,第 130 页;杨代雄:《〈民法典〉无权代理人责任制度的解释论》,《南京社会科学》2021 年第 6 期,第 109 页。

大过失理论上可能说得清楚,但实践中仍存在巨大的认定难题,如无必要,毋增实践困难。

第二,如果着眼于无权代理人责任的规则和表见代理规则的适用关系,由于表见代理的构成要件更为严苛,除了相对人善意之外,还要求必须存在代理权外观(《民法典总则编解释》第28条第1款第1项),并且在解释上一般仍要求被代理人的可归责性,^[4]因此即使两个规则对相对人善意的认定采取一致标准,仍不会导致适用范围的完全重叠。在对相对人保护的强度上,表见代理的制度救济也并不必然较之无权代理人责任更优,承担责任的内容并无实质区分,仅存在承担责任的主体是被代理人还是无权代理人之别,相对人保护的强度最终取决于无权代理人和被代理人之间履行能力的比较。^[5]所以,不能以表见代理对相对人保护强度更高,来论证其对相对人善意的要求更高。

第三,如果着眼于无权代理和善意取得之间的体系协调,必然承认的是,《民法典》不同规范中善意的内容是不同的,善意的标准也可能因具体情形而异。根据《民法典物权编解释(一)》第14条,在善意取得制度中,受让人的善意为非因“重大过失”而不知转让人无处分权,实际上较之无权代理,善意取得和表见代理更具有类推的可能性,但《民法典总则编解释》第28条第1款第2项仍然将表见代理中相对人的善意界定为非因“过失”而不知行为人无代理权。其原因在于,与善意取得相比,在表见代理中,行为人需以被代理人名义实施代理行为,故而相对人至少能够知晓被代理人的存在,由此其查证行为人是否欠缺代理权的信息成本相对要低;相应地,相对人的善意认定标准自应更高。而在无权代理中的相对人善意中,同样不具有类推善意取得中相对人善意的基础。^[6]

综上,无权代理中相对人善意的认定标准是,不知且未因过失而不知行为人无代理权。不过,尽管抽象标准的适用具有统一性,但在不同的代理类型中,关于是否满足此种善意标准的判断尺度并不相同。在民事活动中,相对人对于行为人是否具备代理权负有一般的合理注意义务,即应对行为人的代理授权进行必要审查,例如要求代理人出示身份证明及授权文件、查看被代理人印章、要求被代理人在合同上签名或盖章等。^[7]只要相对人尽到此种义务,通常即符合善意要求。但在商事活动中,相对人往往需要根据该交易是否属于被代理人的日常交易抑或异常交易而有不同程度的注意义务,如果是其后者,相对人的注意义务程度较高。同时,需要考虑特别法的要求,根据交易的具体性质、主体、标的、方式等进行个别判定,实现交易效率和风险预防之间的平衡。例如,在很多方面类似于无权代理的越权代表而签订担保合同的交易中,根据《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法

[4] 具体文献和案例列举,参见朱虎:《表见代理中的被代理人可归责性》,《法学研究》2017年第2期,第58页以下;杨芳:《〈合同法〉第49条(表见代理规则)评注》,《法学家》2017年第6期,第165-170页。

[5] 在假设被代理人和无权代理人履行能力相似的情况下,由于第171条第2款赋予善意相对人以撤销权,使得善意相对人可以根据市场目前状况决定是否撤销,而在表见代理中相对人无此等撤销权,故甚至可以认为善意相对人主张无权代理对其更为有利,参见夏昊晗:《无权代理中相对人善意的判断标准》,《法学》2018年第6期,第148页。关于这一点,参见下文论述。

[6] 也有观点基于不同论据得出相同结论,认为在动产善意取得情形下,相对人善意指向的是对物权变动方式的信赖(即无权处分人可以正常完成物权移转方式),在不动产善意取得情形下,相对人善意指向的是不动产登记簿的正确性;无论如何,其可信赖性均远高于无权代理人对其拥有代理权的单方声明,参见夏昊晗:《无权代理中相对人善意的判断标准》,《法学》2018年第6期,第150页。

[7] 参见李宇著:《民法总则要义:规范释论与判解集注》,法律出版社2017年版,第824-827页。

典》有关担保制度的解释》(下称“《民法典担保制度解释》”)第 7 条、第 9 条的规定,相对人也即担保权人需要履行对被代理人也即担保人的决议进行合理审查的义务;而当被代理人是上市公司时,相对人则需负担审查公开披露之担保信息的义务,并据此签订担保合同,若该信息未进行公开披露,则相对人无法满足善意要求。^[8]

(三) 相对人善意的举证责任

《民法典总则编解释》第 27 条明确了无权代理中相对人的善意推定规则,推定相对人为善意,而适用《民法典》第 171 条第 3 款;由无权代理人提出反证推翻该善意推定,进而适用第 171 条第 4 款。之所以采用相对人善意的推定规则,是因为由相对人证明自己为善意是一个“魔鬼证明”,证明自己不知道某事物比证明他人知道某事物要困难得多。在现行的法律规范中也多采取了善意推定规则,例如《民法典物权编解释(一)》第 14 条第 2 款和《民法典担保制度解释》第 7 条。因此,在无权代理中,贯彻此种善意推定原则,能够确保民商事审判中善意认定的一致性。^[9]

二 善意相对人的请求权

(一) 选择权和赔偿范围

善意相对人信赖的是行为人具有代理权,为保障这种合理信赖,在行为人欠缺代理权且不构成表见代理的场景下,无权代理人应当承受代理后果,如同代理行为对其产生效力。所以第 171 条第 3 款规定,善意相对人有权选择请求行为人履行债务或赔偿损失。^[10] 若其主张前者,则相对人与无权代理人构成法定的债之关系,无权代理人需要承担其有权代理时被代理人所应负有的履行债务义务。当然,无权代理人在承担法律义务的同时,亦得享有与此相关的一系列法律权利,尤其是针对相对人的瑕疵担保责任请求权,以及代理行为本身所产生的各种抗辩。^[11] 例如,相对人选择请求无权代理人履行债务的权利,应当受到第 580 条第 1 款中对请求继续履行的限制,在不能请求继续履行的情形中,例如无权代理人不具有相应的资质等,相对人只能请求其赔偿损失。

善意相对人选择向无权代理人主张损害赔偿时的赔偿范围究竟是信赖利益抑或履行利益?一种观点认为应当是信赖利益赔偿。^[12] 但是,既然善意相对人能够根据第 171 条第 3 款请求无权代理人履行债务,则应当认为,其当然能够请求其赔偿履行利益。毕竟,

[8] 参见最高人民法院民事审判第二庭著:《最高人民法院民法典担保制度司法解释理解与适用》,人民法院出版社 2021 年版,第 151-153 页。在一起案件中,相关当事人系上市公司,相对人未根据该公司公开披露的关于担保事项需经股东大会决议通过的信息与其订立担保合同,法院据此认定相对人未尽合规审查义务。参见济南市历下区人民法院(2021)鲁 0102 民初 12439 号民事判决书。

[9] 参见贺荣主编:《最高人民法院民法典总则编司法解释理解与适用》,人民法院出版社 2022 年版,第 398 页。

[10] 该选择权的具体行使期限则有赖于个案,参见[德]保尔·拉邦德:《依〈德国普通商法典〉缔结法律行为时的代理》,刘洋译,《苏州大学学报(法学版)》2021 年第 4 期,第 156 页。

[11] 参见[德]汉斯-约哈希姆·慕斯拉克·沃夫冈·豪著:《德国民法概论》,刘志阳译,中国人民大学出版社 2016 年版,第 365 页。

[12] 参见殷秋实:《论无权代理人的赔偿责任》,《法律适用》2016 年第 1 期,第 120 页。

若认为相对人试图追求履行利益时,只得首先向无权代理人主张“履行债务”,当后者不履行时再主张替代履行的损害赔偿,这完全不必要地增加了规范适用的复杂性,甚至会让相对人承担行为人在履行债务后、请求赔偿前的信用变化风险。^[13]从体系上看,与表见代理中的被代理人相比,代理人通常更加易于避免无权代理,或者更加易于制造代理权外观,而被代理人依据第172条要受代理行为约束,并由此承担履行债务以及不履行债务时赔偿履行利益的责任;两相权衡,并无理由在赔偿责任层面给予无权代理人以特殊优待。^[14]在利益衡量上,善意相对人本期待与被代理人建立有效的法律关系,在被代理人不追认而无法实现该期待时,由于无权代理人引发了无权代理,故最好的保护方式是,无权代理人承担的赔偿责任能够尽量接近相对人的本来期待。因此,此时合理的解释方案是,无权代理人所承担的赔偿责任范围是履行利益而非信赖利益。^[15]

值得注意的是,善意相对人请求行为人赔偿的范围和相对人善意的认定标准可能存在相关性。如果认为善意相对人请求行为人赔偿的范围是履行利益,则可能会倾向于提高善意的认定标准,使得相对人的善意更难构成;如果认为赔偿范围是信赖利益,则可能会倾向于降低善意的认定标准,使得相对人的善意更容易构成。换言之,从体系层面观察,“信赖利益说”的一种正当性基础可能在于,尽管在赔偿范围上予以适当限制,但通过设定一种较为宽松的善意认定标准,即将第171条第3款中相对人的“善意”解释为“非因重大过失而不知行为人无代理权”,^[16]似乎也能在总体上实现对于相对人利益的妥当保护。但一方面,如前所述,将相对人的“善意”认定为“非因过失而不知行为人无代理权”,显然更为妥当。另一方面,即便采取相对宽松的善意认定标准,“信赖利益说”本质上仍未摆脱相对人保护不足的问题,其充其量只是为存在一般过失的相对人提供了救济,而对无过失相对人的救济不足。

也有观点认为,应当根据无权代理人的主观状态区分赔偿范围。例如,若其明知无代理权则应赔偿履行利益,若其不知(或者因过失而不知)无代理权则有赔偿信赖利益的余地。^[17]但是,第171条第3款并未在文义上作出此种区分。从体系上看,《民法典》一般也并不因明知(故意)和过失而异其赔偿范围。而在国际性或者区域性法律文件中,一般也不在无权代理人的责任中作出此种区分。^[18]更为实质性的反驳理由则在于,在行为人

[13] 参见张家勇:《论无权代理人赔偿责任的双层结构》,《中国法学》2019年第3期,第132-133页。

[14] 参见纪海龙:《〈合同法〉第48条(无权代理规则)评注》,《法学家》2017年第4期,第171页。

[15] 参见冉克平:《狭义无权代理人责任释论》,《现代法学》2020年第3期,第58-60页;王浩:《论无权代理人的责任——对民法总则第171条的一种解读》,《华东政法大学学报》2017年第6期,第82页;[德]保尔·拉邦德:《依〈德国普通商法典〉缔结法律行为时的代理》,刘洋译,《苏州大学学报(法学版)》2021年第4期,第156页。

[16] 参见殷秋实:《论无权代理人的赔偿责任》,《法律适用》2016年第1期,第120页。

[17] 参见方新军:《无权代理的类型区分和法律责任——〈民法总则〉第171条评释》,《法治现代化研究》2017年第2期,第56页;迟颖:《〈民法总则〉无权代理法律责任体系研究》,《清华法学》2017年第3期,第127页;张驰:《狭义无权代理人责任论》,《东方法学》2017年第5期,第10页;王浩:《论无权代理人的责任——对民法总则第171条的一种解读》,《华东政法大学学报》2017年第6期,第87-88页;何兆全:《无权代理人赔偿责任问题研究——以〈民法总则〉第171条第三款为中心》,《法律适用》2020年第3期,第53-57页。

[18] 《国际货物销售代理公约》(Convention on Agency in the International Sale of Goods)第16条第1款、《国际商事合同通则》(PICC)第2.2.6条第1款、《欧洲合同法原则》(PECL)第3:204条第2款、《欧洲示范民法典草案》(DCFR)第II-6:107条均未从行为人对于代理权瑕疵是否存在过失的角度,将其责任方式区分为履行利益与信赖利益。具体整理,参见冉克平:《狭义无权代理人责任释论》,《现代法学》2020年第3期,第50页。

因过失而不知无代理权的情形中,使善意相对人仅可请求信赖利益赔偿,仍然会存在利益平衡失当的问题。原因在于:其一,如上述所言,在表见代理中被代理人的过错可能比无权代理中行为人的过错更小,但被代理人仍然要承担履行利益的赔偿责任。其二,通常而言,无权代理人对代理行为的控制能力要比相对人更强,使其承担履行利益的赔偿更符合风险分配的规则。^[19]

据此,善意相对人请求行为人赔偿的原则上应当是履行利益,此种解释结论也能够与第 171 条第 3 款充分保障善意相对人权益的规范意旨有效契合。^[20]当然,这并不妨碍善意相对人选择向行为人主张赔偿信赖利益,毕竟在特定场景中,履行利益的损失数额可能不易证明或计算,而信赖利益则不存在此种问题。但无论如何,该信赖利益不得逾越履行利益。^[21]此外,既然法律效果如同无权代理行为对行为人发生效力,则行为人与相对人约定的违约金、定金等条款也得同样适用。^[22]

同时,根据第 171 条第 3 款规定,对善意相对人信赖的保护不能超过被代理人追认时相对人所能获得的利益。^[23]这意味着,如果行为人能够证明,因被代理人无履行能力等原因,即使被代理人追认相对人也不能获得一些利益时,则代理人就被代理人无力履行的部分也无需承担损害赔偿的责任。^[24]有反对观点认为,如果采取此种限制,就使相对人承担了“代理人丧失支付能力”和“被代理人丧失支付能力”的双重风险。^[25]但是,相对人本意就是与被代理人为法律行为,自应承受其履行能力欠缺的风险,此点并不因行为人为

[19] 当然也许可以认为,即使无权代理人对无权代理行为的控制能力更强,也并不排除相对人也有一定的控制能力;因此,不赔偿履行利益而赔偿信赖利益,是一种可能更合理的风险分配的折中方案。但是,这里所讨论问题的前提是相对人是善意,这意味着相对人并无过失。事实上,意思表示瑕疵,尤其是重大误解所导致的意思表示瑕疵,如果不允许撤销,就是将重大误解风险分配给误解方;而允许撤销并赔偿信赖利益,同样也是一种折中的而非风险完全分配给某一方的方案。如果认为后种方案更为合理,那么重大误解撤销的适用范围就会更大一些;如果认为前种方案更为可取,则适用范围就会更小一些。这里涉及一个笔者目前仍然无法完全解决的问题,即在现代社会中,究竟是前一种方案蕴含的积极信赖保护方式,还是后一种方案蕴含的消极信赖保护方式,更应成为一种主导性的方式。

[20] 参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典总则编释义》,法律出版社 2020 年版,第 454 页。

[21] 参见韩世远著:《合同法总论》,法律出版社 2018 年版,第 307 页;冉克平:《狭义无权代理人责任释论》,《现代法学》2020 年第 3 期,第 59-60 页;纪海龙:《〈合同法〉第 48 条(无权代理规则)评注》,《法学家》2017 年第 4 期,第 171 页;张家勇:《论无权代理人赔偿责任的双层结构》,《中国法学》2019 年第 3 期,第 138-139 页。

[22] 例如在一起案件中,存在过错的无权代理人向善意相对人签订了房地产买卖合同,并向后者收取了定金,法院最终判令前者承担双倍返还定金的责任,参见四川省宜宾市中级人民法院(2021)川 15 民终 57 号民事判决书。另一案件中,法院判决存在过错的无权代理人向善意相对人全额支付违约金,参见广东省佛山市中级人民法院(2018)粤 06 民终 3076 号民事判决书。

[23] 第 171 条第 3 款但书规定为“赔偿的范围不得超过被代理人追认时相对人所能获得的利益”,文义上似乎仅限于赔偿,但是,无论是履行债务还是赔偿都是相对人的利益,从该但书规定的理由上看,应对其进行目的性扩张解释,不仅适用于赔偿责任,也适用于履行债务的责任。同样观点,参见杨代雄:《〈民法典〉无权代理人责任制度的解释论》,《南京社会科学》2021 年第 6 期,第 110 页。为论述方便,下文仍然仍以赔偿为例论述。

[24] 参见欧洲民法典研究组,欧洲现行私法研究组编著:《欧洲私法的原则、定义与示范规则》(第 1-3 卷),高圣平等译,法律出版社 2014 年版,第 381 页;[德]汉斯-约哈希姆·慕斯拉克、沃夫冈·豪著:《德国民法概论》,刘志刚译,中国人民大学出版社 2016 年版,第 366 页。

[25] 参见[德]迪特尔·梅迪库斯著:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社 2013 年版,第 744 页。也有观点区分无权代理人的主观状态,来判定其责任范围是否须受被代理人履行能力的限制,认为明知代理权欠缺的无权代理人的赔偿责任不应受被代理人履约能力的限制,参见何兆全:《无权代理人赔偿责任问题研究——以〈民法总则〉第 171 条第三款为中心》,《法律适用》2020 年第 3 期,第 56 页。

是“有权代理”还是“无权代理”而存在差异;至于“无权代理人欠缺履行能力的风险”,系基于债务自身的特性而生,也和“无权代理”这一特定现象不具有内在关联性。^[26]关于被代理人履行能力欠缺的判断时点,存在着“法律行为成立时”与“债务履行期届满时”的观点对立。本文倾向于采取后者立场,毕竟相对人本来能够获得的履行利益,恰恰取决于被代理人于“债务履行期届满时”的履行能力。^[27]

(二) 行为人不知其无权代理且无过错时的赔偿范围

在相对人为善意的场景中,行为人也可能为善意,即非因过失而不知自身无代理权,虽然可能比较少见。例如,被代理人是限制民事行为能力人,其对外进行代理授权后,该授权最终无效,从而使得行为人无代理权,但行为人可能完全有理由认为其是完全行为能力人,即行为人对于此种误认并不存在过失。^[28]在这种情形下,若令行为人承担履行债务责任或履行利益的赔偿责任,不免对其要求过苛,同时可能与重大误解规则存在体系上的不协调。^[29]因为代理本质上不过是法律行为的实施方式,故法律对于因代理权引发之信赖的保护强度,不应与因意思表示引发之信赖显著有别,二者的归责标准应当大体一致。从《民法典》针对后者的规范现状来看,第147条未明确排除表意人基于自身重大误解撤销法律行为而不承担履行责任的可能,并且依据第157条,意思表示被撤销后,表意人仅在有过错的情形下才需承担赔偿责任。但是,若在无权代理规则中完全沿袭此种模式,使无过错的无权代理人无需承担任何责任,从而导致善意相对人完全失去保护,则又会令双方利益状态有所失衡,明显不妥。通常而言,与善意相对人相比,行为人更容易控制无权代理发生的风险,在信息的获取或控制上更具优势地位,故善意相对人相较而言更值得保护,由后者承担不利法律后果的风险更符合诚信原则的要求。^[30]

基于利益平衡和体系协调的考虑,此种情形下,有必要寻求一种相对妥适的折中思路。具体而言,可对第171条第3款的前半句进行目的性限缩解释,认为相对人不可请求无过错的无权代理人履行债务,但仍有权主张损害赔偿,只不过此时的赔偿范围仅限于信赖利益,且无论如何不得超过被代理人追认时或行为人有权代理时相对人所能获得的利益。^[31]

[26] 参见张家勇:《论无权代理人赔偿责任的双层结构》,《中国法学》2019年第3期,第139页。

[27] 同样观点,参见杨代雄:《〈民法典〉无权代理人责任制度的解释论》,《南京社会科学》2021年第6期,第110页;认为以法律行为成立时为判断时点的观点,参见张家勇:《论无权代理人赔偿责任的双层结构》,《中国法学》2019年第3期,第139页。

[28] 参见朱庆育著:《民法总论》(第二版),北京大学出版社2016年版,第362页。

[29] 参见殷秋实:《论无权代理人的赔偿责任》,《法律适用》2016年第1期,第117页;王浩:《论无权代理人的责任——对民法总则第171条的一种解读》,《华东政法大学学报》2017年第6期,第87页。值得一提的是,尽管张家勇教授认为,无权代理人对善意相对人承担无过失责任,但其也指出,第171条第3款与第157条第2句在归责标准上的差异,或存在体系协调问题,参见张家勇:《论无权代理人赔偿责任的双层结构》,《中国法学》2019年第3期,第131-132页。

[30] 参见迟颖:《〈民法总则〉无权代理法律责任体系研究》,《清华法学》2017年第3期,第114页;纪海龙:《〈合同法〉第48条(无权代理规则)评注》,《法学家》2017年第4期,第169-170页;张家勇:《论无权代理人赔偿责任的双层结构》,《中国法学》2019年第3期,第131页;冉克平:《狭义无权代理人责任释论》,《现代法学》2020年第3期,第49页。

[31] 相似观点,参见王利明著:《民法总则研究》,中国人民大学出版社2018年版,第698页;朱庆育著:《民法总论》(第二版),北京大学出版社2016年版,第361页;潘重阳:《无权代理人对善意相对人责任之析分——以〈民法总则〉第171条第3款的解释为中心》,《华东政法大学学报》2019年第3期,110-112页。

由此,无过错的无权代理人的此种信赖利益赔偿责任构成一种无过失责任,这也使得无论是侵权责任的一般条款、还是缔约过失的法律条文,均无法为其提供请求权基础的规范支撑。在这一点上,其与有过错的无权代理人面向善意相对人的履行利益赔偿责任,存在明显不同。此时,第 171 条第 3 款在无过错的无权代理人和善意相对人之间搭建了一种法定的风险合理分担规则。

三 恶意相对人的请求权

在相对人为恶意时,根据《民法典》第 171 条第 4 款的规定,此时产生的法律效果是“相对人和行为人按照各自的过错承担责任”。第一个问题在于如何理解该款中“责任”一词的规范内涵,如果涉及赔偿责任,则赔偿范围是“履行利益”还是“信赖利益”。有观点认为,第 4 款是第 3 款所定履行利益赔偿责任的特殊适用规则,即相对人恶意构成行为人的减责事由;在相对人恶意的情形下,行为人即使没有过错,也仍要分担部分履行利益赔偿责任。^[32]但是,第 171 条第 4 款并未如同第 3 款那样规定“请求行为人履行债务或者就其受到的损害请求行为人赔偿”,而仅是规定了“按照各自的过错承担责任”,至少从文义上看,善意相对人和恶意相对人在请求赔偿的范围上并不相同,此种区分也同时彰显出二者受保护强度有所差异的价值理念。在相对人恶意的情形下,令仅有过失的无权代理人分担履行利益之损害,即便适用过失相抵,也过于优厚相对人。^[33]因此,更为合理的观点是,由双方按照各自过错对信赖利益损失予以分担。^[34]

第二个问题是双方如何分担信赖利益的赔偿。当然,如果双方有约定,则从其约定。在没有约定或者约定不明确的情况下,再基于各自过错加以考量。首先,需要区分的是相对人恶意和过错。相对人对无代理权为恶意,并不必然意味着其对损害的发生有过错,^[35]还需要考虑是否存在被代理人追认的合理期待可能。即使相对人对行为人无代理权为恶意,但结合具体情事能够认为可合理期待被代理人追认时,并不必然构成过错;换言之,善意相对人就是无过错,但恶意相对人不见得一定有过错。对无权代理人的过错进行认定时也同样如此,但是,即使行为人在明知其无代理权,但能合理期待被代理人追认时,其仍具有将此种情事告知相对人的义务,以便由相对人斟酌权衡,其未尽到此等告知义务时,仍然具有过错。其次,无论认为此时承担的信赖利益赔偿责任是缔约过失责任还

[32] 参见韩世远著:《合同法总论》,法律出版社 2018 年版,第 306-307 页。

[33] 参见张家勇:《论无权代理人赔偿责任的双层结构》,《中国法学》2019 年第 3 期,第 134 页;夏昊晗:《无权代理人对恶意相对人之责任》,《比较法研究》2019 年第 5 期,第 155 页。当然,这里并非意味着信赖利益的赔偿在其他情形下也一概不能超过履行利益的赔偿(参见尚连杰:《信赖利益赔偿以履行利益为限吗?——从一般命题到局部经验》,《政治与法律》2017 年第 11 期,第 125 页),但在这里所讨论的情形中,由于相对人为恶意,所以信赖利益的赔偿不能超过履行利益的赔偿。

[34] 之前判例中存在不同观点,例如在在一起案件中,最高人民法院认为相对人应当知道无代理权而不构成表见代理,但仍然判决无权代理人应当承担继续履行合同的责任和相应的违约损失赔偿责任,参见最高人民法院(2012)民提字第 208 号民事判决书。

[35] 同样观点,参见张家勇:《论无权代理人赔偿责任的双层结构》,《中国法学》2019 年第 3 期,第 136 页;夏昊晗:《无权代理人对恶意相对人之责任》,《比较法研究》2019 年第 5 期,第 168 页。相反观点,参见郝丽燕:《论无权代理人的法律责任》,《中国社会科学院研究生院学报》2018 年第 4 期,第 105 页。

是侵权责任,^[36]都不能排除《民法典》侵权责任编中的减责和免责事由规范的适用或者参照适用,这也体现出侵权责任编中这些规范事实上构成了损害赔偿的一般性规则。

具体而言:第一,如果无权代理人无过错,则其无需赔偿,第171条第4款中的“按照各自的过错”隐含了无权代理人承担责任以过错作为构成要件,按照缔约责任和侵权责任也可得出相同结论。第二,相对人明知行为人无代理权且明知被代理人不会追认时,构成受害人故意。此时若无权代理人也是故意,由于损害此时并非完全由受害人造成,故应适用(或参照适用)第1173条,^[37]减轻无权代理人的赔偿责任。如果无权代理人并非故意而是一般过失,此时可以依据第1174条而免责,也可以不免责而只使无权代理人承担比例较小的责任。第三,相对人并非故意而只是过失。如果无权代理人也是过失,则依据第1173条而减轻其责任。^[38]如果无权代理人是故意,而相对人仅具有一般过失,此时损害主要由无权代理人造成,且无权代理人更能够避免无权代理的发生,依据第1173条中的“可以减轻侵权人的责任”,此时就也“可以不”减轻无权代理人的责任,^[39]从而使其承担全部的信赖利益赔偿责任。^[40]

上述结论也同时对以下争议问题表明了观点,即相对人“明知”行为人无代理权的场景是否适用第171条第4款。不少学者采取否定观点,主张此种情形下的相对人无权请求行为人承担赔偿责任,核心理由在于:一方面,相对人自涉风险而无需保护;另一方面,此时无权代理人所实施的误导行为与相对人实施法律行为之间不具有因果关系,因而无权代理人的损害赔偿赔偿责任因欠缺因果关系这一要素而不成立。^[41]但本文倾向于采取相

[36] 《民法典》中其实并不存在在德国法中区分缔约过失责任和侵权责任的理由,参见孙维飞:《〈合同法〉第42条(缔约过失责任)评注》,《法学家》2018年第1期,第181-182页。将此处的责任认定为缔约过失责任,可能的理由是无权代理人违反了缔约过程中的说明义务,但《民法典》第500条将缔约过失责任的承担主体限定为法律行为的当事人,无权代理人并非法律行为的当事人;司法实践中,有法院直接将“因无权代理而承担民事责任”的案件认定为“侵权责任纠纷”,参见山东省高级人民法院(2021)鲁民终1221号民事判决书。

[37] 第1174条适用的前提是受害人故意是损害发生的唯一原因,参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典侵权责任编释义》,法律出版社2020年版,第31页;程啸著:《侵权责任法》(第三版),法律出版社2021年版,第343页。

[38] 在一起案件中,法院认为,行为人因无权代理侵害了相对人的权益,造成其损失,应当承担侵权赔偿责任,但相对人未审查行为人是否有代理权,其也存在一定过错,故应依法减轻行为人的责任。最终,法院酌定行为人承担60%的责任。参见山东省高级人民法院(2021)鲁民终1221号民事判决书。当然,在相对人和无权代理人过错程度相当的情况下,基于无权代理人更能够避免无权代理发生,可以考虑有利于相对人一些的责任分担比例,相同观点,参见张家勇:《论无权代理人赔偿责任的双层结构》,《中国法学》2019年第3期,第137页。

[39] 在《民法典》编纂过程中,有人建议将本条中的“可以”修改为“应当”,但立法机关研究认为,在损害主要是由侵权人造成,被侵权人对同一损害仅有轻微责任的情况下,不一定要减轻侵权人的责任,参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典侵权责任编释义》,法律出版社2020年版,第30页。《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》(2003)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;虽然该规定已经被删除,但可认为其能被包含于第1173条之中。

[40] 相同观点,参见夏昊晗:《无权代理人对恶意相对人之责任》,《比较法研究》2019年第5期,第168页。

[41] 参见朱庆育著:《民法总论》(第二版),北京大学出版社2016年版,第362页;李宇著:《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;谢鸿飞:《代理部分立法的基本理念和重要制度》,《华东政法大学学报》2016年第5期。有学者也认为,《九民纪要》第20条第2句的规范理念亦可适用于无权代理人责任,参见杨代雄:《〈民法典〉无权代理人责任制度的解释论》,《南京社会科学》2021年第6期,第112页。但是,虽然代表和代理有相当的共通性,但《九民纪要》的上述规则明显仅涉及相对人和被代表人之间的关系,而不涉及相对人和法定代表人之间的关系;同时,上述规定未被明确纳入《民法典担保制度解释》中,后者第17条第1款所规定的担保人不承担赔偿责任的情形仅限于“债权人有过错而担保人无过错”,而“债权人和担保人均有过错的”,担保人仍应承担一定的赔偿责任。

反观点。首先,上述否定观点与现行法明显相悖。从规范文义来看,“相对人知道行为人无代理权”正是第 171 条第 4 款适用的典型场景,并不存在将其排除于该款适用范围的任何解释空间。在此场景下,无权代理人的责任并不被当然排除,而是取决于其自身是否存在过错及相应的过错程度。对此,立法工作机构的释义书^[42]与《民法典总则编解释》第 27 条均有阐明。其次,需要说明的是,如上文所述,相对人“明知”行为人无代理权并不必然意味着其对损害的发生存在“过错”,所以在分析第 4 款“过错分担”规则的可适用性时,应将讨论情形限缩为相对人存在过错的场景,即相对人明知行为人无代理权且不能合理期待被代理人追认。在此情形下,相对人的过错可能为故意或过失,且其自身行为与损害结果之间具备因果关系。但无论如何,当无权代理人存在过错时,其行为与相对人的损害结果亦存因果关系。换言之,此时存在多因一果的构造,相对人的损害不能完全归责于自己,对于前者因果关系的肯认,并不导向对于后者因果关系的否定。因此,前述“因果关系阻断”的论据缺乏有效说服力。^[43]最后,更为重要的是价值理由。在行为人对无权代理的发生存在过错的场景中,若令相对人自己承担全部损失,显然对后者过于苛刻,导致双方利益失衡。即使上述观点的理由中所说的自涉风险并非第 1176 条第 1 款中所规定的自甘冒险,但是,之所以将该款的适用范围限定为“自愿参加具有一定风险的文体活动”,原因也是在于尽量避免“全有或者全无”的责任承担方式,而将更多的情况由第 1173 条所规定的过错相抵予以解决,从而能够实现更为合理的责任分担。^[44]该价值考量也能体现在当前所讨论的问题上。因此,相对人明知行为人无代理权的情形并不能当然排除第 171 条第 4 款的适用。

关于第 171 条第 4 款指向的损害分担对象,也多存分歧。有观点在严格坚持“恶意相对人不值得保护”立场的前提下,认为不应使无权代理人分担恶意相对人的损失,故将第 174 条第 4 款解释为相对人与代理人对被代理人承担责任的规定。^[45]但本文认为,该款不涉及对被代理人的责任承担。首先,如上文所述,本文拒绝“恶意相对人不值得保护”的立场。其次,在被代理人拒绝追认无权代理行为且自身遭受其他损失的场景中,其有权在相对人和无权代理人构成共同侵权时,依据第 1168 条主张连带责任,这时并无必要绕道于代理规则进行处理。^[46]此外,第 174 条第 4 款也并不涉及无权代理人所生损害。毕竟,无权代理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,

[42] 参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典总则编释义》,法律出版社 2020 年版,第 455 页。

[43] 参见张家勇:《论无权代理人赔偿责任的双层结构》,《中国法学》2019 年第 3 期,第 136 页;夏昊晗:《无权代理人对恶意相对人之责任》,《比较法研究》2019 年第 5 期,第 168 页。

[44] 参见王利明:《论受害人自甘冒险》,《比较法研究》2019 年第 2 期,第 9 页;曹权之:《民法典“自甘风险”条文研究》,《东方法学》2021 年第 4 期,第 128 页。

[45] 参见李宇著:《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;方新军:《无权代理的类型区分和法律责任——〈民法总则〉第 171 条评释》,《法治现代化研究》2017 年第 2 期,第 57 页。也有观点认为,第 171 条第 4 款既解决相对人和行为人的内部问题,也解决相对人和行为人向被代理人承担过错责任的外部问题,参见张新宝著:《中华人民共和国民法典总则释义》,中国人民大学出版社 2017 年版,第 372 页;最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编:《中华人民共和国民法典总则编理解与适用(下)》,人民法院出版社 2020 年版,第 860 页;冉克平:《狭义无权代理人责任释论》,《现代法学》2020 年第 3 期,第 61 页。

[46] 同样观点,参见张家勇:《论无权代理人赔偿责任的双层结构》,《中国法学》2019 年第 3 期,第 134 页;夏昊晗:《无权代理人对恶意相对人之责任》,《比较法研究》2019 年第 5 期,第 156 页。

相对人自然不应因此而分担无权代理人的损失;即使相对人明知或应知其无代理权,相对人对无权代理人欠缺代理权也无告知义务,充其量只能认为相对人负有不真正义务。综上,更为合理的解释方案是认为,该款中双方分担的损失仅限于相对人所受损害。^[47]

四 无权代理人责任与撤销权和表见代理的关系

若行为人在遭受胁迫或欺诈的情形下实施无权代理行为,且被代理人未予追认,则行为人有权根据第 148 条、第 149 条或第 150 条的规定,对该行为予以撤销。此时,即便行为人系有权代理,相对人亦无法主张被代理人承担代理有效的法律后果,也当然不能根据第 171 条第 3 款请求行为人履行债务或赔偿损失。^[48] 如果认为限制行为能力人可以实施代理行为,那么在其未经法定代表人同意或追认、从而构成无权代理的场景中,不管相对人是否为善意,均不得要求其承担无权代理人的责任,原因在于,对限制行为能力人的保护应当优于交易安全。此时,相对人可以根据第 1188 条请求其监护人承担责任。^[49] 另外,被代理人追认后,法律行为溯及既往自始有效,相对人并无损失;但在例外情况下,由于在代理行为实施期间产生的处分行为效力并不受此影响,故即便在追认时相对人也可能受有损害。在此情形下,相对人仍然有权要求行为人承担责任,此点并不与代理行为被追认发生冲突。此时无权代理人承担责任的基础并非第 171 条第 3 款,因为其明确规定了该款中的责任前提是“行为未被追认”,责任基础应当是侵权。^[50] 更具争议的问题主要在于,如何看待撤销权、表见代理与无权代理人责任之间的适用关系。

(一) 撤销权与无权代理人责任

如果善意相对人行使第 171 条第 2 款所规定的撤销权,其是否仍有权依据第 3 款向无权代理人主张责任? 有观点认为,善意相对人行使撤销权将排除其对无权代理人的请求权,至少是排除了第 171 条第 3 款的请求权。^[51] 理由在于:第一,相对人原本试图与被代理人建立法律关系,此后其行使了撤销权,就意味着其在衡量利弊之后作出了脱离此种关系的选择,在一定程度上是其发挥自主意志的结果。第二,否定相对人对无权代理人的请求权,并不会使前者遭受明显不利。相对人为获知被代理人的明确态度,只需要等待一

[47] 参见纪海龙:《〈合同法〉第 48 条(无权代理规则)评注》,《法学家》2017 年第 4 期,第 172 页;夏昊晗:《无权代理人对恶意相对人之责任》,《比较法研究》2019 年第 5 期,第 157 页;张家勇:《论无权代理人赔偿责任的双层结构》,《中国法学》2019 年第 3 期,第 135 页。

[48] 参见朱庆育著:《民法总论》(第二版),北京大学出版社 2016 年版,第 362 页。

[49] 相同观点,参见王泽鉴:《无权代理人之责任》,载王泽鉴著《民法学说与判例研究(重排合订本)》,北京大学出版社 2015 年版,第 276-277 页;朱庆育著:《民法总论》(第二版),北京大学出版社 2016 年版,第 362 页。

[50] 参见纪海龙:《〈合同法〉第 48 条(无权代理规则)评注》,《法学家》2017 年第 4 期,第 173 页。

[51] 参见[德]汉斯·布洛克斯、沃尔夫·迪特里希·瓦尔克著:《德国民法总论》,张艳译,中国人民大学出版社 2012 年版,第 362 页;朱庆育著:《民法总论》(第二版),北京大学出版社 2016 年版,第 362 页;王泽鉴:《无权代理人之责任》,载王泽鉴著《民法学说与判例研究(重排合订本)》,北京大学出版社 2015 年版,第 273 页;纪海龙:《〈合同法〉第 48 条(无权代理规则)评注》,《法学家》2017 年第 4 期,第 173 页;张驰:《狭义无权代理人责任论》,《东方法学》2017 年第 5 期,第 7 页;张家勇:《论无权代理人赔偿责任的双层结构》,《中国法学》2019 年第 3 期,第 140 页。

段时间,一般而言并不会对其造成过重负担;另外,考虑到相对人同时享有催告权,更能避免过长时间的成本消耗,并且若因等待而遭受相关损失,也可以就此种扩大损失向行为人要求赔偿。第三,若允许相对人撤销的同时另外向无权代理人主张赔偿,可能导致相对人的投机。相对人根据当前市场趋势,判断该笔交易或于己不利,有权行使撤销权从中脱离,并且仍然能够请求无权代理人承担责任,似乎对其过分优厚。

但是,上述理由似乎并不能成立。撤销权本来是为了保护善意第三人,目的仅在于使善意相对人可以通过退出法律行为消除不确定关系状态;但如果采取上述观点,就会出现因撤销权的存在而使得善意相对人陷入两难境地的现象,这在利益判断上似有所失当。也即,若其行使撤销权,则无法要求行为人承担责任,自身损失难获救济;若其向行为人主张责任,便失去了通过撤销权来摆脱不确定关系的机会。

至于避免投机的考量,由于撤销权这一制度工具本身就蕴含这样的价值理念,即善意相对人应当获得一定程度的优待,其在发现自己陷入无权代理后,有权重新考量是否仍然与被代理人缔结法律行为,故其决策时兼顾市场行情无可厚非,是法律所容许的,也就无所谓投机。即使此种情形是“投机”,但第 171 条第 1 款赋予被代理人追认权,也会使被代理人面临相同处境,即被代理人可以在市场行情对自己有利时选择追认,在市场行情对自己不利时选择拒绝追认或保持沉默而被视为拒绝追认。^[52] 此时,被代理人追认权和善意相对人撤销权可以呈现出相互限制的效果:一方面,只要被代理人追认,善意相对人也就不能撤销;另一方面,只要善意相对人撤销,被代理人就不能追认。因此,两者能够相互限制,减少所谓的“投机”可能。此种双方投机风险对等的状态,是无权代理规则下固有的,在具体情境中哪一方能够真正实现对自己有利的决策,则取决于谁“先开第一枪”,而这并非法律所应干预,法律只要给双方平等的机会便已足够。^[53] 综上,在善意相对人根据第 171 条第 2 款行使撤销权的情形下,其仍然有权根据该条第 3 款请求无权代理人承担责任。

当然,相对人行使撤销权比其行使催告权更能尽早解除不确定状态,也同时意味着行使撤销权的相对人更容易受到避免损失扩大的不真正义务和过错相抵等规则的限制。例如,乙以甲之代理人的名义向丙购入一批水果,后丙发现乙并无代理权,遂不待甲追认径直行使撤销权;此时,若丙很快将水果以相同价格转卖于他人,则乙不必赔偿丙因此而损失的利润;若丙怠于转卖导致水果变质,乙亦不必赔偿水果变质的损失。但这都不是因为行使了撤销权的相对人丙不能请求无权代理人乙承担责任,而是适用避免损失扩大的不真正义务和过错相抵等规则的结果。

(二) 表见代理与无权代理人责任

另一个存在诸多分歧的问题是,当实践场景符合第 172 条表见代理的构成要件时,善意相对人是只能依据该条主张代理行为有效的法律效果,还是也有权绕过该条,而直接依据第 171 条行使相关权利? 如果可以,相对人即可依据第 171 条第 2 款行使撤销权,避免

[52] 同样观点,参见杨代雄:《〈民法典〉无权代理人责任制度的解释论》,《南京社会科学》2021 年第 6 期,第 113 页。

[53] 参见李宇著:《民法总则要义:规范释论与判解集注》,法律出版社 2017 年版,第 832-833 页。

被代理人请求自己履行义务,同时可以依据第 171 条第 3 款请求无权代理人承担责任。这本质上涉及规范适用的选择可能性,而实践价值体现于被代理人无履行能力、价格波动等场景中。

有观点主张在符合表见代理的构成要件时,善意相对人既有权主张适用表见代理规则,也有权选择依据第 171 条主张权利,可称之为“选择说”。^[54] 第二种观点认为,在符合表见代理的构成要件时,应当适用第 172 条,而排除第 171 条的适用,善意相对人不享有选择权,可称为“排除说”。^[55]

支持选择说的主要理由之一是表见代理构成的不确定性,即相对人在特定场景中难以确定是否构成表见代理。若采取选择说,那么当相对人不能主张适用表见代理规则时,仍然有权请求无权代理人承担责任;如果不赋予其选择规范适用的权利,则可能会导致善意相对人最终无法获得有效救济。针对该理由,支持排除说的观点认为,尽管善意相对人基于诉讼请求选择,事实上的确有选择适用表见代理抑或无权代理规则的机会,相对人选择无权代理并无问题,其仅涉及无权代理人能否反证主张已满足表见代理的成立条件而已;若相对人不证明表见代理要件事实,只能主张无权代理责任,而无权代理人反证表见代理成立,则构成对相对人主张无权代理责任的抗辩要件事实。但是,基于诉讼风险的策略考量而产生的事实上的选择可能性,并不能等同于法律层面上证成了相对人的选择权。在实体法上对此予以否认,并不意味着在诉讼法上不能给予相对人较大的选择可能。此时,被代理人的利益和无权代理人的利益存在冲突,被代理人基于避免自己责任的目的会提出对自己有利的证据。^[56] 由此,讨论的核心应当进一步落脚至以下场景,即表见代理已然得到证明时,相对人能否选择主张无权代理人责任。

就此而言,支持排除说的一种形式化理由在于,第 172 条中“代理行为有效”的规范

[54] 参见梁慧星著:《民法总论》(第五版),法律出版社 2017 年版,第 246 页;陈甦主编:《民法总则评注(下册)》,法律出版社 2017 年版,第 1232 页(方新军执笔);李宇著:《民法总则要义:规范释论与判解集注》,法律出版社 2017 年版,第 831-833 页;冉克平:《狭义无权代理人责任释论》,《现代法学》2020 年第 3 期,第 57 页。德国法中少数说采此种观点,vgl. Schubert, in: Münchener Kommentar BGB, 9. Aufl. 2021, § 167 Rn. 142;同时,《德国商法典》第 15 条也涉及表见代理,但在该条的判例中却认为相对人具有选择权,BGHZ 55, 266, 273; BGH, WM 1990, 638, 639。日本法判例也存在类似观点,参见[日]近江幸治著:《民法讲义 I 民法总论》,渠涛等译,北京大学出版社 2015 年版,第 245 页。

[55] 参见朱庆育著:《民法总论》(第二版),北京大学出版社 2016 年版,第 371-372 页;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》,《中外法学》2017 年第 3 期,第 700 页;纪海龙:《〈合同法〉第 48 条(无权代理规则)评注》,《法学家》2017 年第 4 期,第 162 页;杨芳:《〈合同法〉第 49 条(表见代理规则)评注》,《法学家》2017 年第 6 期,第 173 页;张家勇:《论无权代理人赔偿责任的双层结构》,《中国法学》2019 年第 3 期,第 141 页。德国法判例和通说观点认为相对人不享有选择权,vgl. BGHZ 61, 59, 69; 86, 273, 273; Schilken, in: Staudingers Kommentar BGB, 2019, § 177 Rn. 26; [德]汉斯·布洛克斯、沃尔夫·迪特里希·瓦尔克:《德国民法总论》,张艳译,中国人民大学出版社 2012 年版,第 360 页。同时还有观点认为可行使撤销权,但原则上不可请求无权代理人承担赔偿责任,参见王泽鉴著:《债法原理》,北京大学出版社 2009 年版,第 300 页;但从体系上而言,如果承认相对人享有撤销权,就应当承认其有权向行为人主张无权代理责任,如此才能实现体系一致性。

[56] 例如,相对人仅以无权代理人为被告请求其承担无权代理责任时,相对人和无权代理人都有权依据《民事诉讼法》第 59 条第 2 款,请求法院将被代理人列为被告型无独立请求权第三人,在证明构成表见代理后,进而请求法院直接判决被代理人承担代理行为后果,参见朱庆育著:《民法总论》(第二版),北京大学出版社 2016 年版,第 372 页。在德国,缓解此种诉讼风险的方式还有争议宣告、争议合作和实际的费用补偿请求权等。

表达,在文义上已经排除了相对人主张适用无权代理规则的选择权。^[57]从表达方式来看,该条更近于裁判规范而非授权规范,即排除说似乎更加契合规范文义。但是,规范文义恰恰应受到规范目的和正当性价值的检视。考虑到立法机关毕竟未对该问题作出明确规定,条文规范尚且存在一定的弹性解释空间,故而更为合理的分析路径,仍然是探究对比不同解释思路的实质正当性。如果认为选择说在价值判断上更有理由,即可考虑将第 172 条中的“代理行为有效”解释为“相对人有权主张代理行为有效”。而支持排他说最为重要的实质价值理由在于,表见代理规则对于善意相对人的保护,至多能够达到如同有权代理的地步,而在真正的有权代理场景中,善意相对人不得根据第 171 条行使撤销权或主张无权代理人责任;如果认可无权代理中的善意相对人享有选择规范适用的权利,便会产生一种体系矛盾,即此种情形下的相对人较之有权代理更具优越地位,而这种权利配置显然超越了法律应予保护的信赖限度,还会滋生投机风险。

本文作者也曾经主张这种理由,^[58]但目前改变观点,认为选择说更为合理。首先,在履行债务或者赔偿范围上,采取选择说也并未导致相对人获得超越其信赖的保护。如上文所述,表见代理对相对人的保护与无权代理对相对人的保护,无法说哪一个必然更强或者更弱。即便允许相对人选择适用第 171 条第 3 款,当其请求履行债务时,无权代理人也享有代理行为本身所产生的各种抗辩;相对人主张损害赔偿时,赔偿范围也不得超过被代理人追认时相对人所能获得的利益。所以,在选择说的模式下,相对人所获保障同样至多如同有权代理的程度。

其次,在撤销权上,允许相对人选择表见代理或无权代理规则,事实上并未加大相对人投机的风险。如上文所述,在无权代理中,善意相对人的撤销权和被代理人的追认权呈现出相互限制的效果,即使认为可能导致投机,善意相对人和被代理人也都有同样的投机可能性,允许选择适用第 171 条或者第 172 条的结果,其实等同于相对人在狭义无权代理规则下选择撤销或不撤销,并未破坏此种均衡的配置状态。^[59]在构成表见代理的情况下,善意相对人选择适用第 171 条,尤其是选择行使撤销权,往往是因为撤销交易对其更为有利,但这对被代理人并未增加不利,因为被代理人本来也不想进入交易,并且被代理人也可抢先行使追认权而使得善意相对人不能撤销。退一步而言,即使认为选择说增加了相对人投机的风险,但如果承认表见代理的构成需要以被代理人具有可归责性作为要件,而相对人为善意,则相对人投机风险的增加本身也是法律所容许的,例如在可撤销的法律行为中,撤销权人也同样可以在除斥期间内根据市场风险而决定是否行使撤销权。

再次,排除说的一个基本前提是,表见代理已经给了相对人“如同有权代理”的保护,

[57] 参见朱庆育著:《民法总论》(第二版),北京大学出版社 2016 年版,第 371-372 页。

[58] 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 787 页(朱虎执笔)。

[59] 同样观点,参见李宇著:《民法总则要义:规范释论与判解集注》,法律出版社 2017 年版,第 832-833 页。可能的反驳在于,在被代理人不知悉无权代理行为之前相对人可能已行使了撤销权,则被代理人无追认可能性;但是,如果此种情形,则一般并不产生纠纷,问题依然是被代理人知悉情形下,被代理人的追认权和相对人的撤销权构成了互相限制。另一个可能的反驳理由是,相对人既然在作出行为时便已经意欲进行此交易,便不应再出尔反尔,嗣后变卦;但是,相对人之所以意欲交易,是因为其信赖是有权代理,在并非有权代理的情况下,其就很可能不意欲交易,故赋予其撤销权,这仍然与被代理人因为其未作出行为所以享有追认权而具有同样的“投机”可能。

此时再允许相对人主张 171 条第 3 款的请求权,就是过度保护。但在现实中,表见代理未必总是能“如同有权代理”。在买卖、借款等这类合同情形中,表见代理和有权代理的效果可能没有区别;但在委托、承揽等这类要求被代理人“勤勉尽责”的合同情形中,在构成表见代理时,由于被代理人毕竟是被强行拉进合同关系之中,其主观上对履行合同可能十分抵触,而这对合同履行的实际效果影响极大。此种情况下相对人并不真正享有“如同有权代理”的保护。此时,选择说就具有更大的实践意义。

在实践中,如果承认善意相对人的选择权,且通过被代理人的追认权予以限制,则需要对具体交易中的意思表示予以解释。在确实构成表见代理的前提下,相对人和被代理人交涉时,如果前者认为构成表见代理,而后者对此予以承认,之后相对人选择无权代理试图行使撤销权,则由于被代理人承认构成表见代理的意思包含了其愿意将法律行为的后果归属于自己,可将该意思解释为追认,相对人即不可行使撤销权。^[60] 如果交涉时,被代理人最终不认为构成表见代理,且没有其他追认的意思,则相对人可以选择无权代理规则,继而行使撤销权,使得被代理人无法再进行追认。这仍然是善意相对人撤销权和被代理人追认权相互限制的逻辑结果。

综上,在同时符合第 172 条的情况下,善意相对人仍然可以选择适用第 171 条,从而可以行使撤销权及对无权代理人主张责任。因此,构成表见代理不能当然排除第 171 条第 3 款所规定的无权代理人责任。

五 结 论

《民法典》第 171 条第 3 款、第 4 款构成了无权代理人责任的核心规范基础,对此项规则的阐释,需立足于代理制度的体系脉络加以展开,综合考量各方主体之间的利益平衡。无权代理中相对人善意的认定,应采取与表见代理相同的标准,即不知且未因过失而不知行为人无代理权,且均采用相对人的善意推定规则。善意相对人有权选择请求无权代理人履行债务或者赔偿,赔偿范围应为履行利益,无需根据无权代理人的主观状态区分赔偿范围。在无权代理人不知其无代理权且无过错时,可以考虑仅使其承担信赖利益的赔偿。恶意相对人有权请求无权代理人赔偿信赖利益,应综合考虑相对人与无权代理人的善恶意和被代理人追认的合理期待可能性而认定双方过错,同时结合受害人故意和过错相抵的规则适用,进而确定具体的分担规则。相对人明知行为人无代理权,不能排除无权代理人对相对人的责任。善意相对人在行使撤销权后,仍可请求无权代理人对其承担责任;在构成表见代理的前提下,善意相对人可选择主张表见代理或者无权代理人对其的责任。

[本文为作者主持的 2021 年度国家社会科学基金重点项目“民法典多人债之关系及其诉讼构造研究”(21AFX017)的研究成果。]

[60] 需要说明是,在纯粹的无权代理中,被代理人的追认也仅意味着被代理人愿意将法律行为的效果归属于自己,被代理人追认的动机多种,可能是交易本身是有利的,可能是交易本身不利但被代理人基于信誉的维护或者与相对人长期交易的可能性,因此,被代理人追认并不意味着必然排除被代理人基于其与无权代理人之间的关系而向后者请求赔偿的可能性。在此处所讨论的情形中也同样如此。

[**Abstract**] The same rule applies to the identification of a good-faith counterparty in unauthorized agency in a narrow sense and to that in apparent agency, i. e., the counterparty is unaware of the absence of authorization, and such unawareness is not out of negligence. Since the rule on constitutive elements of apparent agency is more stringent, such a path of interpretation will not result in a complete overlap in the scope of application of the two rules. In principle, a good-faith counterparty has the right to choose to request the unauthorized agent to perform the debt or pay compensation, of which the amount should be expectation interests regardless of the subjective condition of the unauthorized agent. However, the interpretation that the scope of liability for damages assumed by an unauthorized agent is expectation interests does not prevent a good-faith counterparty from choosing to claim compensation for reliance interests from the unauthorized agent based on specific considerations. In exceptional cases, provided that an unauthorized agent is unaware of the absence of authorization and such unawareness is not out of negligence, a teleological restriction can be imposed on the first half of Article 174 Paragraph 3 of the Civil Code for the sake of balance of interests and systemic coordination, so that a good-faith counterparty cannot request the faultless unauthorized agent to perform the debt, but still has the right to claim damages, except that the scope of compensation is limited to reliance interests, which in no case may exceed the benefit that the counterparty could have obtained at the time of the principal's ratification or in the authorized agency. This paragraph can be interpreted as building a statutory rule of risk sharing between the faultless unauthorized agent and the good-faith counterparty. A bad-faith counterparty may request the unauthorized agent to compensate reliance interests. In such a case, it is necessary to determine the degree of fault of both parties by considering the good or bad faith of the counterparty and the unauthorized agent and the reasonable expectation of the principal's ratification and other factors and to combine the rules of the victim's intent and comparative faults, so as to determine the specific proportion of liability. The counterparty's awareness of the absence of authorization should not exclude the liability of the unauthorized agent. Otherwise, it will lead to an imbalance of interests between the two parties. The exercise by a good-faith counterparty of his revocation power does not necessarily exclude the liability of the unauthorized agent to the counterparty. In the case of apparent agency, the good-faith counterparty can either claim the validity of the agency in accordance with Article 172 of the Civil Code or choose to apply Article 171 to exercise the right of revocation and claim liability against the unauthorized agent. Such an interpretation neither results in the counterparty receiving protection beyond its reliance nor increases the risk of speculation by the counterparty.

(责任编辑:余佳楠)