

## 论职责违反型代理权滥用

——以《民法总则》第164条第1款的解释为中心

胡东海

**内容提要:**我国《民法总则》规定的四种代理权滥用,均属代理行为未超越代理权限却违背被代理人利益的情形。根据授权行为与基础关系相分离的原理,代理关系层面的代理权滥用与基础关系层面的义务违反,具有不同的构成要件和法律效果。《民法总则》第164条第1款调整职责违反型代理权滥用,它包括代理人违反职责和相对人非善意两项要件。其中,代理人职责是基础关系中的义务拘束;相对人非善意系指相对人明知代理人违反职责,或者代理人违反职责对相对人显而易见。职责违反型代理权滥用的法律效果是,代理人丧失代理权,代理行为效力待定;有过错的代理人依《民法总则》第171条第4款,向相对人承担侵权责任;如果相对人亦有过错,则适用过错相抵规则。与职责违反型代理权滥用相同,恶意串通型自己代理型和双方代理型代理权滥用,也将产生无权代理的法律效果。在相同法效果的意义,代理权滥用概念具有统一性。

**关键词:** 职责违反 代理权滥用 相对人非善意 效力待定 无权代理责任

胡东海,中南财经政法大学法学院副教授。

### 一 代理权滥用的类型和规范目的

代理权是私法上的权力,<sup>[1]</sup>代理人行使代理权或实施代理行为,可将代理行为的法律效果直接归属于被代理人,导致其法律地位发生变动。为确保被代理人不致遭受计划外的地位变动,此种归属效果的发生,必须以代理人在代理权限内实施代理行为为前提,而超越代理权限的行为属于无权代理,不发生行为效果的归属。然而,仅凭无权代理制

[1] 参见[德]维尔纳·弗卢梅著:《法律行为论》,迟颖译,法律出版社2013年版,第930页;宋庆育著:《民法总论》,北京大学出版社2013年版,第328页。

度,尚不足以完全保护被代理人的利益。在法律实践中经常还会出现,虽然代理人在代理权限内实施代理行为,在形式上属于有权代理,但在实质上违背了被代理人的利益,对被代理人造成损害。此种背离被代理人利益的代理行为,理论上称之为代理权滥用。

虽然《民法总则》未在形式上采纳代理权滥用概念,但在实质上规定了四种类型的代理权滥用。若代理人不履行或不完全履行职责而实施代理行为,将背离被代理人的利益,这时成立“职责违反型代理权滥用”(第 164 条第 1 款);若代理人与相对人恶意串通而实施代理行为,将背离被代理人的利益,这时成立“恶意串通型代理权滥用”(第 164 条第 2 款);若代理人以被代理人名义与自己实施代理行为,则由于存在代理人与被代理人之间的利益冲突,将背离被代理人的利益,这时成立“自己代理型代理权滥用”(第 168 条第 1 款);若代理人以被代理人名义与自己同时代理的其他人实施代理行为,则由于存在两个被代理人之间的利益冲突,将背离被代理人的利益,这时成立“双方代理型代理权滥用”(第 168 条第 2 款)。

既然代理权作为私法权力存在被滥用的风险,而被代理人仅在相当有限的范围内可防控该风险,<sup>[2]</sup>那么法律应当通过制度设计规制代理权滥用的相关问题。为此《民法总则》第 164 条针对职责违反型代理权滥用,要求代理人承担民事责任;针对恶意串通型代理权滥用,要求代理人 and 相对人承担连带责任。虽然《民法总则》第 168 条仅规定,代理人不得实施自己代理行为或双方代理行为,但该条的当然解释在于,代理人若违反该规定将遭受不利益。因此,代理权滥用规则的规范目的在于,如果代理人实施代理行为构成代理权滥用,即使代理人未超越代理权限,法律仍将限制代理行为发生相应的归属效果,要求代理人承担相关民事责任,以此保护被代理人的利益。

关于代理权滥用的四种类型,我国学说一般仅承认其中三种类型,而对职责违反型代理权滥用有所保留。一方面,代理人与相对人恶意串通,构成代理权滥用,这在学说上并无争议。同样,自己代理和双方代理合称自我行为,学说上将之称为代理权滥用的特殊情形,<sup>[3]</sup>或者典型形式。<sup>[4]</sup>另一方面,学说和实践多认为,代理人违反职责,仅构成基础关系层面的义务违反。但事实上,在代理人违反职责时,若符合其他特定要件,将构成代理权滥用。鉴于此,下文将探讨职责违反型代理权滥用的技术构成与法律效果,以及在代理权滥用概念的统一性框架之下,分析其他三种类型与职责违反型代理权滥用规则在法律结构上的相同性问题。

## 二 代理人违反职责

根据《民法总则》第 164 条第 1 款,职责违反型代理权滥用的首要要件便是代理人违

[2] 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 2001 年版,第 722 页。

[3] Cfr. F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, 15° ed., Napoli, 2011, pp. 1058 - 1059; G. Visintini, *Della rappresentanza (art. 1387 - 1400)*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna, Roma, 1993, p. 290.

[4] 参见冯彦君:《经济合同的无权代理及滥用代理权》,《法学杂志》1995 年第 1 期,第 16 页;龙卫球著:《民法总论》,中国法制出版社 2002 年版,第 591 - 592 页。

反职责。对于此项要件,首要的问题是代理人负担什么职责?关于该问题,我国学界众说纷纭。例如,有观点认为,代理人职责是指代理人应尽善良管理人的注意义务完成代理事务,即代理人应积极开展工作,维护被代理人利益,保质保量完成代理事务。<sup>[5]</sup>另有观点认为,代理人职责是指代理人应依诚实信用原则,尽与处理自己事务相同的注意义务完成代理事务。<sup>[6]</sup>为澄清代理人职责的内涵与外延,我们不妨先分析职责的来源。我国学说在代理制度中采分离原则,<sup>[7]</sup>意定代理区分授予代理权的“授权行为”与委托、合伙等“基础关系”;法定代理区分授予代理权的“授权规范”与监护、财产代管等“基础关系”。既如此,代理人职责究竟源于授权行为或授权规范,还是源于基础关系?

### (一) 代理人职责独立于授权行为或授权规范

在意定代理制度中,授权行为不能为代理人设定应当履行的职责。根据私人自治原则,未经他人同意,不能为其设定义务。由于单独行为仅依行为人的单个意思表示就可成立,行为人只能为自己允诺一项债务,而不能为意思表示的相对人设定负担。例如,悬赏广告是行为人作出的单独行为,行为人仅可为自己设定给付报酬的义务,而不能使他人负担完成特定事务的义务。同样,授权行为是被代理人作出的单独行为,<sup>[8]</sup>被代理人不能为代理人设定应当履行的债务或职责。这在外部授权的情形体现明显,此时被代理人仅向第三人作出授予代理权的意思表示,授权行为显然不能对可能毫不知情的代理人设定职责。因此,代理人依授权行为获得代理权,却不负担义务,甚至可以不行使代理权。

虽然授权行为不能为代理人设定债务,但有观点认为,被代理人依授权行为可为自己设定债务;在债的关系中,债务人是被代理人,债权人是代理人,债的标的是被代理人对代理行为的容认。在这种意义上,我国台湾地区“民法”第167条将授权行为列为债的发生原因。<sup>[9]</sup>但这项观点并非正确,授权行为不是债因。<sup>[10]</sup>该观点混淆了代理权的性质,代理权在本质上是一种私法权力,而非一项债权。代理权授予的效果仅在于,使代理人享有与第三人为法律行为的权力。另外,该观点与代理权的可撤回性相冲突,被代理人在授权行为后还可撤回代理权。而根据该观点可推论,作为债务人的被代理人不能单方撤回代理权,或者不能单方终止债的关系。

同样,在法定代理制度中,授权规范不能为代理人设定应当履行的职责。法定代理人基于特定的法律地位,不须借助被代理人的意思,而直接依法律规定取得代理权。此种法律规定可被称为授权规范,其内容仅在于将特定地位的自然人或组织体与法定代理人的

[5] 参见佟柔主编:《中国民法学·民法总则》,中国人民公安大学出版社1990年版,第289页;江帆著:《代理法律制度研究》,中国法制出版社2000年版,第87页。

[6] 参见寇志新主编:《民法学》,陕西科学技术出版社1989年版,第197-198页。

[7] 参见龙卫球著:《民法总论》,中国法制出版社2002年版,第579-580页;王利明著:《民法总则研究》,中国人民大学出版社2003年版,第640-641页;宋庆育著:《民法总论》,北京大学出版社2013年版,第332页以下;梁慧星著:《民法总论》,法律出版社2017年版,第237-238页。

[8] 参见芮沐著:《民法法律行为理论之全部》,中国政法大学出版社2003年版,第186-189页。

[9] 参见郑玉波著:《民法债编总论》,陈荣隆修订,中国政法大学出版社2004年版,第64-65页。

[10] 参见王泽鉴著:《债法原理》,北京大学出版社2013年版,第282页。

身份联系在一起,而完全不涉及代理人职责的问题。例如,对于监护人作为法定代理人的情形,根据授权规范(《民法总则》第 34 条第 1 款前半句),监护人是被监护人的法定代理人,该授权规范未规定代理人的职责;对于财产代管人作为法定代理人的情形,根据授权规范(《民法总则》第 42 条第 1 款),财产代管人是失踪人的法定代理人,该授权规范同样不涉及代理人职责的问题。

## (二) 代理人职责源自基础关系

代理人职责,源自被代理人与代理人之间的基础关系。代理人依授权行为获得代理权,享有与他人为法律行为并将行为效果归属于本人的权力。但与此同时,被代理人却不能依授权行为对代理人设定负担来约束代理人。为维护被代理人的利益,在基础关系中一般均存在代理人应当履行的职责,以此约束代理人,防止代理权被滥用。由此可知,授权行为涉及外部关系中法律上的可能,而基础关系涉及内部关系中法律上的允许。<sup>[11]</sup> 因此,不论是意定代理还是法定代理,代理人职责均指基础关系中的义务拘束,<sup>[12]</sup> 代理人只可能依基础关系负担义务或履行职责。

意定代理的基础关系是委托、合伙等合同关系,这其中约定了代理人的义务或职责。严格来说,所谓代理人职责,实际上指的是基础关系中受托人、合伙人等的职责。例如,委托人依委托合同指示受托人以不低于 10 万元的价格出卖其二手车,该价格指示是受托人应当履行的职责,而代理人依授权行为获得的仅是出卖该车的代理权。此外,代理人职责还包括基于诚实信用原则产生的忠实义务等。这种职责在本质上属于作为意定之债的基础关系的附随义务(《合同法》第 60 条第 2 款)。惟有在这种意义上才能理解,代理人的职责还包括积极开展工作,杜绝懈怠,出于善意并保质保量完成代理事务,报告事务执行情况与保守商业秘密等。

法定代理的基础关系是监护、财产代管等法律关系,这其中法律规定了代理人的义务或职责。同样,所谓法定代理人的职责,实际上指的是监护人、财产代管人等的职责。例如,在监护人作为法定代理人时,“监护人的职责是代理被监护人实施民事法律行为,保护被监护人的人身权利、财产权利以及其他合法权益等”(《民法总则》第 34 条第 1 款)。<sup>[13]</sup> 在财产代管人作为法定代理人时,财产代管人的职责是,“妥善管理失踪人的财产,维护其财产权益”(《民法总则》第 43 条第 1 款),“从失踪人的财产中支付失踪人所欠税款、债务和应付的其他费用”(《民法总则》第 43 条第 2 款)。

## (三) 不履行或不完全履行职责

代理人不履行或不完全履行职责,也即代理人违反基础关系的义务拘束,在法定代理和意定代理情形,分别适用不同的标准。首先,由于意定代理旨在补助被代理人的意思,

[11] 参见[德]本德·吕特斯、阿斯特丽德·施塔姆勒著:《德国民法总论》,于馨森、张姝译,法律出版社 2017 年版,第 536 页。

[12] 参见朱庆育著:《民法总论》,北京大学出版社 2013 年版,第 342 页;徐涤宇:《代理制度如何贯彻私法自治》,《中外法学》2017 年第 3 期,第 693 页;吴香香:《滥用代理权所订契约之效力》,载《中德私法研究》(第 15 卷),北京大学出版社 2017 年版,第 242 页。

[13] 参见李适时主编:《中华人民共和国民法总则释义》,法律出版社 2017 年版,第 513 页。

代理人履行职责时应尊重被代理人的主观意思。<sup>[14]</sup>但在实践中认定代理人是否尊重被代理人的意思,并未采纳纯主观的标准,即代理人的意思必须符合被代理人的意思,而仅采客观标准,即代理人的行为符合被代理人的主观意思。<sup>[15]</sup>客观标准的优势在于,无须考虑代理人的主观意愿,方便实务中认定代理人是否尊重被代理人意思。依客观标准,若代理人的行为不符合被代理人的主观意思,便可认定代理人不履行职责。

再者,由于法定代理旨在补充本人意思,代理人履行职责时应尊重本人的客观利益;<sup>[16]</sup>若代理人背离本人的客观利益,构成代理人不履行职责。这种标准的理由在于,由于被代理人欠缺意思能力,代理人是否履行职责,径直判断代理行为是否符合被代理人利益即可。例如,作为法定代理人的监护人应当按照最有利于被监护人的原则履行职责,在维护被监护人利益的前提下处分被监护人的财产(《民法总则》第35条第1款),否则构成监护人或代理人不履行职责(《民法总则》第34条第3款)。

### 三 作为构成要件的相对人非善意

除代理人违反职责外,职责违反型代理权滥用还包括其他要件。不过,实务中经常将代理人违反职责的情形,径直称作代理权滥用,就好像二者是同义语。这样显然混淆了代理人违反职责与代理权滥用。例如,根据《民法总则》第34条第1款后句,如果监护人非为维护被监护人利益而处分被监护人的财产,构成监护人违反职责;但监护人违反职责不等于成立代理权滥用,因为职责违反型代理权滥用还应具备相对人非善意要件。

#### (一) 相对人非善意时代理权独立性的相对化

根据代理权独立性原理,代理关系和基础关系相互独立,相对人无须调查基础关系中的职责履行情况,故而相对人在法政策上应被推定为善意,即推定他不知道代理人违反职责。<sup>[17]</sup>相对人不仅无须调查基础关系的职责履行情况,而且不因代理人违反职责而遭受不利影响。对于善意相对人,代理人违反职责,仅产生基础关系层面的法律效果,而不发生代理关系层面的法律效果,不影响代理行为的效力。例如,监护人(法定代理人)不当处分被监护人财产,仅产生基础关系层面的侵权责任的承担问题,而不在代理关系层面影响财产处分行为的效力。所以,在相对人善意时,须坚持代理权的独立性,代理人违反职责不影响外部的代理关系,以保护相对人对代理权的信赖。

然而,如果相对人非善意,则不存在他对代理权的信赖,他也就不值得保护。<sup>[18]</sup>既然

[14] 参见史尚宽著:《民法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第537-538页。

[15] Cfr. G. Visintini, *Della rappresentanza* (art. 1387-1400), cit., p. 269.

[16] 参见史尚宽著:《民法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第537页。

[17] 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,杨大可校,中国人民大学出版社2012年版,第243页。

[18] 参见[德]维尔纳·弗卢梅著:《法律行为论》,迟颖译,法律出版社2013年版,第940-941页;[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232页以下;朱庆育著:《民法总论》,北京大学出版社2013年版,第342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,第69-70页。

代理权独立性原理旨在保护善意相对人的信赖,那么在相对人非善意时,他不应依代理权独立性获得保护。在代理人违反职责时存在被代理人与相对人之间的利益冲突,若坚持代理权独立性,职责违反仅发生基础关系上的法律效果,不影响相对人的利益状态,故而此时偏向相对人利益的保护。在相对人非善意时,由于相对人无信赖保护利益,此时应偏向被代理人利益的保护。为此,必须突破代理权的独立性,使代理权不再独立于基础关系,反而应受基础关系中职责违反的影响。这种影响系指代理权由此而消灭,此点下文再论。在这种意义上,代理权滥用的规范功能在于,突破代理权的独立性,使得代理权独立性原理具有相对化的特点。

根据相对人主观态度的不同,代理人违反职责产生的法律效果不同。在相对人善意时,代理人违反职责,仅产生基础关系层面的责任承担,这完全重复了合同法或侵权责任法的相关规定。在相对人非善意时,代理人违反职责,不仅可产生基础关系层面的责任承担,还将产生代理关系层面的法律效果,后者是代理法应重点解决的问题。从体系解释和目的解释的角度,《民法总则》第 164 条第 1 款应解决相对人非善意时的法律问题。但该条款未在文义上限定为相对人非善意的情形,其规范对象未能排除相对人善意的情形,出现了隐藏的法律漏洞。为填补该漏洞,应通过目的性限缩方法,<sup>[19]</sup>在规范构成上将该条款限定在相对人非善意的情形。既如此,该条款规定的职责违反型代理权滥用,应当以相对人非善意为构成要件。

## (二) 相对人非善意的情形

### 1. 相对人明知

相对人非善意首先包括相对人明知,即相对人明知代理人违反职责。但一般认为,相对人明知为单纯的主观内在事实,证明不易,<sup>[20]</sup>司法实践中最后认定相对人明知者亦较少。由于这种原因,如果相对人非善意仅包括明知,将极大地限制代理权滥用的构成,不利于对被代理人利益的保护。既如此,相对人非善意除明知外是否还包括其他情形?学说和实践中较有争议的是,相对人非善意是否包括应知。

### 2. 相对人应知

传统观点认为,相对人非善意还包括应知。所谓应知,指相对人对代理人履行职责的情况,负有积极调查的注意义务,却因过失而不知代理人违反职责。关于过失的程度,比较法上有不同方案。例如,德国早期判例要求轻过失,后期判例要求重过失。<sup>[21]</sup>与之相反,日本早期判例要求重过失,后期判例要求轻过失;<sup>[22]</sup>而根据新修正的《日本民法典》第 53 条第 3 款第 2 句,在意定代理中要求轻过失,在法定代理中要求重过失。不同的过失标准,旨在实现不同的法政策目标。比较而言,相对人较容易构成轻过失,轻过失标准更

[19] 参见[德]卡尔·拉伦茨著:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆 2003 年版,第 268 页;黄茂荣著:《法学方法与现代民法》,中国政法大学出版社 2001 年版,第 397-400 页。

[20] 参见陈自强著:《代理权与经理权之间》,北京大学出版社 2008 年版,第 90 页;[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,杨大可校,中国人民大学出版社 2012 年版,第 243 页。

[21] 参见吴香香:《滥用代理权所订契约之效力》,载《中德私法研究》(第 15 卷),北京大学出版社 2017 年版,第 246 页。

[22] 参见[日]加藤雅信著:《日本民法典修正案》,朱晔、张挺译,北京大学出版社 2017 年版,第 358-359 页。

有利于被代理人;相对人较难构成重过失,重过失标准更有利于相对人。

然而,相对人对代理人履行职责的情况负有注意义务的观点,不符合代理权独立性的要求。根据代理权独立性原理,相对人在参与代理活动时只须了解代理人的代理权限,而无须调查在基础关系中代理人履行职责的相关情况。惟有如此,基础关系不致动辄影响代理行为的效力,相对人对代理权的信赖可获得最大程度的保护,保护交易安全的规范目的便得以实现。相反,如果相对人负有注意义务,应调查代理人履行职责的情况,显然违反了代理权独立性的要求,降低了代理权独立性的价值。<sup>[23]</sup> 相对人负有注意义务的观点,为代理活动设置了障碍,影响代理制度扩展私人自治功能的发挥。并且,相对人应知的证明,或者相对人违反注意义务的证明,也非易事。不论如何,相对人应知的概念,存在难以克服的缺陷,它完全违背了代理权独立性原理。

### 3. 职责违反的显见性

鉴于应知概念的缺陷,学说上认为,应以代理权滥用的“显见性”取代相对人应知。所谓显见性,指代理人违反职责对相对人是显而易见的。<sup>[24]</sup> 例如,我国审判实务上多认为,代理人出卖被代理人的房屋,交易价格远低于同地段同类型房屋的市场价;此种明显不合理的交易价格表明,代理人违反了被代理人的价格指示,背离了被代理人的利益;代理人违反职责,对相对人是十分明显的。<sup>[25]</sup> 如果存在职责违反的显见性,那么与相对人明知一样,相对人不值得保护。

显见性概念具有诸多优点。其一,显见性概念符合代理权独立性原理,它不要求相对人负担注意义务,相对人无须调查基础关系的具体内容。其二,显见性概念不会降低代理权独立性的价值。显见性以一般理性人的标准,判断职责违反对相对人是否显而易见。若从一般理性人的角度,该职责违反便是明显的,那么相对人就无信赖保护的必要。显见性概念完全不会降低代理权独立性旨在保护相对人信赖的价值。其三,显见性概念不妨碍被代理人举证。被代理人的证明对象,不再是作为主观事实的应知,而是作为客观事实的显见性。<sup>[26]</sup> 所以,以客观的显见性标准取代主观的应知标准,具有较明显的理论和实践意义。

但有观点认为,显见性概念仅是一种证明方式,它既是应知的证明方式,也是明知的证明方式。<sup>[27]</sup> 此种观点并非妥当。作为主观的评价性概念,应知的缺陷在于,它隐含对相对人的伦理责难,即相对人违反注意义务而具有过失。相反,作为客观的事实性概念,显见性旨在去除应知的伦理责难意涵,还同时兼具举证便利的特点。如果认为显见性概念旨在化解应知的举证难题,并由此带来了去除伦理责难的副产品,那就犯了倒果为因的

[23] 参见[德]维尔纳·弗卢梅著:《法律行为论》,迟颖译,法律出版社2013年版,第942页;黄立著:《民法债编总论》,中国政法大学出版社2002年版,第150-151页。

[24] 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2001年版,第729页。

[25] 参见广东省广州市中级人民法院(2012)穗中法民五终字第3270号民事判决书;北京市第二中级人民法院(2016)京02民终7858号民事判决书。

[26] 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,杨大可校,中国人民大学出版社2012年版,第350页。

[27] 参见黄立著:《民法总论》,中国政法大学出版社2002年版,第417页。

逻辑错误。另外,明知就是事实性概念,相对人因知道代理人违反职责而丧失信赖保护。与应知概念不同,明知概念本身不存在伦理责难意涵以及较难证明的主观属性,也就不存在被显见性概念取代的必要。

因此,不论是明知还是显见性的情形,相对人均不具有信赖保护的基础。这表明,职责违反型代理权滥用的技术构成,不是从责任归属的角度判断相对人是否违反注意义务,而是从事实认定的角度判断相对人是否明知代理人违反职责,或者代理人违反职责是否显而易见,以此决定相对人是否丧失信赖保护的基础。既然应知概念应被显见性概念取代,且相对人恶意包括明知和应知,那么不妨采用相对人非善意的概念,涵括明知和显见性这两种情形。因此,相对人非善意,是指相对人明知代理人违反职责,或代理人违反职责对相对人具有显见性。

### (三)是否还需其他要件

职责违反型代理权滥用,除职责违反和相对人非善意外,是否还要求其他要件?首先,被代理人损害不是代理权滥用的要件。虽然代理权滥用规则旨在保护被代理人利益,但此种保护的前提在于,非善意的相对人不值得保护。被代理人的保护,仅是相对人不值得保护的结果。所以,对于代理权滥用的构成,被代理人是否受有损害在所不问。但《民法总则》第 164 条第 1 款在文义上规定了被代理人损害要件,致使它排除“未致被代理人损害”的案型,出现了法律漏洞。为填补该漏洞,应通过目的性扩张的方法,<sup>[28]</sup>使该条款既可适用于“致被代理人损害”的案型,也可适用于“未致被代理人损害”的案型。

再者,代理人过错也不是代理权滥用的要件。<sup>[29]</sup>不可否认的是,在实践中,如果相对人明知代理人违反职责或者违反职责对相对人具有显见性,那么代理人不可能对自己违反职责一无所知。但即便如此,也不能由此种盖然性推断代理人过错是代理权滥用的要件。在代理人违反职责时,代理权滥用所要解决的不是代理人主观有无过失的问题,而是在被代理人与相对人之间存在利益冲突的背景下,相对人是否值得保护的问题。<sup>[30]</sup>后一问题仅取决于相对人非善意,只要相对人非善意,就构成代理权滥用,相对人便不值得保护。所以,代理权滥用不以代理人过错为必要,只须达到代理权的客观滥用。

### (四)基础关系层面的责任构成

如上述,职责违反型代理权滥用包括两项要件,即代理人违反职责和相对人非善意。除构成代理关系层面的代理权滥用外,代理人违反职责还可成立基础关系层面的责任承担。代理人职责是指基础关系中的义务拘束,代理人违反职责,应依基础关系承担违约责

[28] 参见[德]卡尔·拉伦茨著:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆 2003 年版,第 273-274 页;黄茂荣著:《法学方法与现代民法》,中国政法大学出版社 2001 年版,第 400-403 页。

[29] 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 2001 年版,第 730 页;[德]维尔纳·弗卢梅著:《法律行为论》,迟颖译,法律出版社 2013 年版,第 944 页;陈自强著:《代理权与经理权之间》,北京大学出版社 2008 年版,第 89 页。

[30] 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,杨大可校,中国人民大学出版社 2012 年版,第 243 页。



任或侵权责任。就意定代理而言,代理人职责是依委托、合伙等负担的合同义务,代理人不履行职责属于合同义务的不履行,应承担违约责任。就法定代理而言,代理人职责是依监护、财产代管等负担的法定义务,代理人不履行职责构成对法定义务的违反,应承担一般侵权责任(《侵权责任法》第6条第1款)。

除代理人违反职责外,基础关系层面的责任承担还需具备其他要件。事实上,此处的违约责任或侵权责任的责任形式主要是赔偿损失,它显然以被代理人损害为要件。代理人违反职责应承担违约损害赔偿或侵权损害赔偿,赔偿被代理人因职责违反所遭受的损害。再者,此处的违约责任或侵权责任一般要求代理人具有过错。在法定代理情形,代理人违反职责所承担的一般侵权责任,以代理人过错为要件。在意定代理情形,由于我国法上违约责任的归责原则以无过错为主而以过错为辅,代理人违反职责所承担的违约责任,是否要求代理人过错须具体判断。例如,在基础关系是委托合同时,受托人违反职责所承担的损害赔偿责任是过错责任(《合同法》第406条)。

因此,代理关系层面的代理权滥用与基础关系层面的责任承担,具有不同的构成要件。如果代理人违反职责,且相对人非善意,构成职责违反型代理权滥用,这属于代理法的问题;如果代理人违反职责,致被代理人损害,且代理人有过错,构成基础关系层面的侵权责任或违约责任,这属于侵权责任法或合同法的问题。代理权滥用与基础关系的责任承担,在实践中可能呈现三种不同关系:仅构成代理权滥用、仅构成基础关系的责任承担、同时构成代理权滥用和基础关系的责任承担。但不论如何,从体系解释的角度,《民法总则》第164条第1款规范的仅是代理关系层面的代理权滥用问题,而不涉及基础关系层面的责任承担问题。

#### 四 代理行为的法律效力

在技术构成上,若代理人违反职责且相对人非善意,构成职责违反型代理权滥用。从体系解释的角度,《民法总则》第164条第1款旨在调整职责违反型代理权滥用,并规定代理权滥用的法律效果为,代理人“应当承担民事责任”。然而,代理人承担民事责任,实际上系以代理行为的效力为前置问题。由此可知,职责违反型代理权滥用实际上包括两方面的法律效果,代理行为的法律效力以及代理人的民事责任。鉴于代理行为的法律效力是前置问题,下文先讨论行为效力问题,再分析民事责任的承担问题。

##### (一) 因违反强制性规定是否无效

在职责违反型代理权滥用时,非善意相对人无信赖保护的必要,他不能主张代理行为有效。那么,代理行为的效力究竟如何?有观点认为,代理行为因违反强制性规定而无效。根据该观点,《民法总则》第164条第1款隐含了“代理人不得违反职责”的禁令,代理人不履行职责而实施的代理行为,因违反该禁令而应当无效。<sup>[31]</sup> 但该观点有如下两方

[31] 参见吴香香:《滥用代理权所订契约之效力》,载《中德私法研究》(第15卷),北京大学出版社2017年版,第242-244页。

面不妥。

一方面,在代理权滥用时,代理行为不应无效。有学者指出,这其中的理由在于,在代理权滥用时,相对人的地位不应比无权代理时更为不利,而无权代理的行为效力待定,所以代理权滥用的行为不应无效。<sup>[32]</sup> 该观点蕴含的逻辑是,相比于效力待定,代理行为无效对相对人更为不利。但相对人地位的利弊,应依相对人的客观情势具体判断,不可一概而论。事实上,依该观点,我们不妨从代理行为本身判断其效力,即代理人享有代理权却违反职责所实施的法律行为,不应比无代理权实施的法律行为具有更重大的效力瑕疵,既然后者是效力待定,那么前者不可能是无效。

另一方面,代理人不得违反职责,并非强制性规定。代理人职责在本质上是指基础关系中的义务拘束,所谓“代理人不得违反职责”,仅指代理人应当履行法定或约定义务,它不是强制性规定。代理人违反职责,在相对人善意时仅产生基础关系层面的侵权责任或违约责任,而在相对人非善意时还构成代理关系层面的代理权滥用。在这种意义上,至少仅凭“代理人违反职责”要件,不可能导致代理行为无效。既如此,“代理人不得违反职责”也不可能是所谓的强制性规定。

## (二)是否因构成权利滥用而存在效力瑕疵

较主流的观点认为,在代理人违反职责时,非善意的相对人向被代理人主张代理行为有效,有违诚实信用原则,构成权利的滥用。<sup>[33]</sup> 在构成权利滥用的基础上,关于代理行为的效力,比较法上有三种不同的立法例。其一,代理行为属于可撤销法律行为,如依《意大利民法典》第 1394 条,被代理人对代理行为享有撤销权。<sup>[34]</sup> 其二,代理行为因恶意抗辩权被排除效力,如德国判例认为,针对相对人依代理行为主张的请求权,被代理人可行使恶意抗辩权,阻碍相对人权利的实现。<sup>[35]</sup> 其三,代理行为属于无效法律行为,如依新增订的《日本民法典》第 53 条第 3 款,代理权滥用的行为属于无效法律行为。<sup>[36]</sup>

然而,由于代理权并非主观权利,而系私法权力,职责违反型代理权滥用能否被归入权利滥用的范畴,不无疑问。在这种意义上,从规范目的角度援用权利滥用,仅在假托法理,并非逻辑上的必然结论。<sup>[37]</sup> 另外,从诚信原则和权利滥用的角度,解决代理权滥用时代理行为的效力问题,终究只是代理法外部的解决方案。这种解决方案最终还需借助代理法外部的可撤销法律行为制度、恶意抗辩权制度、无效法律行为制度,它已经完全超出了代理法的边界,<sup>[38]</sup> 不是最符合代理法制度的逻辑自洽性的方案。鉴于此,我们应在代理法内部寻找更有利的解决方案。

[32] 参见吴香香:《滥用代理权所订契约之效力》,载《中德私法研究》(第 15 卷),北京大学出版社 2017 年版,第 242 页。

[33] 参见[德]迪特尔·施瓦布著:《民法导论》,郑冲译,法律出版社 2006 年版,第 551 页;[日]山本敬三著:《民法讲义 I:总则》,解亘译,北京大学出版社 2012 年版,第 350-351 页。

[34] Cfr. G. Visintini, *Della rappresentanza (art. 1387-1400)*, cit., pp. 265 ss.

[35] 参见[德]维尔纳·弗卢梅著:《法律行为论》,迟颖译,法律出版社 2013 年版,第 940-941 页。

[36] 即便如此,学说上认为,在实践案例中,代理权滥用行为并非不能类推适用无权代理规则,参见[日]加藤雅信著:《日本民法修正案》,朱晔、张挺译,北京大学出版社 2017 年版,第 358 页。

[37] 参见[日]近江幸治著:《民法讲义 I·民法总则》,渠涛等译,北京大学出版社 2015 年版,第 234 页。

[38] 参见[德]维尔纳·弗卢梅著:《法律行为论》,迟颖译,法律出版社 2013 年版,第 941 页。

### (三) 因无代理权而效力待定

在代理人违反职责时,代理权独立性旨在保护相对人的信赖,但非善意的相对人无信赖保护的必要。在相对人非善意时,法律无须坚持代理权独立性,反而应当突破代理权独立性。此种突破一方面表现为,代理人违反职责,可突破基础关系的界限,不仅可产生基础关系层面的法律后果,成立违约责任或侵权责任,还可发生代理关系层面的法律后果,构成代理权滥用;另一方面表现为,由于在相对人非善意时,缺乏将代理权从基础关系中抽象出来的理由,<sup>[39]</sup>反而有理由使代理权接受基础关系的限制。所以,若代理人违反职责,且与非善意的相对人实施法律行为,其代理权应受到基础关系的限制,即代理人丧失代理权,成为无权代理。

但问题是,代理人享有代理权,缘何成为无权代理?我国法上无权代理有三种情形,即没有代理权、超越代理权、代理权终止后仍实施代理行为(《民法总则》第171条第1款)。此处关于代理人成为无权代理的原因,比较法学说中的三种观点,恰好对应这三种情形。有观点认为,在代理权滥用时,代理人视同自始没有代理权;<sup>[40]</sup>另有观点认为,在代理权滥用时,代理人视同超越代理权;<sup>[41]</sup>还有观点认为,在代理权滥用时,代理人在非善意相对人那里,视同丧失代理权。<sup>[42]</sup>但不论如何,三种观点的结论均在于,代理权滥用导致无权代理,代理行为效力待定。所以,评价三者之间细微的观念差别,并无多少实践意义。

对于代理权滥用的法律后果,此种方案引入无权代理规则,在代理法内部解决代理行为的效力问题。与前述两种方案相比,此种方案是代理法内部的解释方案。代理权滥用同时牵扯基础关系层面和代理关系层面的诸多问题,其法律关系本身较为复杂。如果代理权滥用的法律后果,还须借助代理法外部的可撤销法律行为制度、恶意抗辩权制度、无效法律行为制度等加以解释,不仅使法律关系更趋复杂,还影响代理法本身的独立性。比较而言,代理法内部的解决方案更能兼顾对代理权滥用的体系解释,简化法律关系,协调代理权独立性原理与代理权滥用规则之间的关系。

## 五 代理人的民事责任

### (一) 代理人依无权代理承担民事责任

在职责违反型代理权滥用情形,代理权滥用导致代理人丧失代理权,代理行为效力待定。如果被代理人追认,代理行为有效,它直接约束被代理人和相对人。代理行为有效的

[39] 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,杨大可校,中国人民大学出版社2012年版,第350页。

[40] 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234页;[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,杨大可校,中国人民大学出版社2012年版,第349页。

[41] 参见[德]迪特尔·施瓦布著:《民法导论》,郑冲译,法律出版社2006年版,第551页。

[42] 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2001年版,第729页。

原因,并非被代理人经由追认而嗣后授予代理权,而是经由追认这种嗣后同意,补正无权代理行为的效力瑕疵。<sup>[43]</sup> 如果被代理人通过追认主动承受代理行为的效果,在代理关系层面,代理人不向相对人负担民事责任。如果被代理人不追认,代理行为无效,代理人依无权代理承担民事责任。

在解释论上,《民法总则》第 164 条第 1 款规定的代理人违反职责的民事责任,即为代理人依无权代理承担的民事责任。该民事责任的内容,因相对人的主观状态不同而不同。在相对人知道行为人无代理权时,代理人应向善意相对人承担无权代理人责任,即履行债务或赔偿损失的责任(《民法总则》第 171 条第 3 款);在相对人知道或应当知道行为人无代理权时,代理人 and 恶意相对人按照各自过错承担责任(《民法总则》第 171 条第 4 款)。由于第 171 条第 3 款旨在保护善意相对人,而职责违反型代理权滥用以相对人非善意为要件,所以代理权滥用导致的无权代理,不适用第 171 条第 3 款。

## (二) 代理人与相对人的责任分担

即便如此,这也并不意味着在职责违反型代理权滥用的情形下,当然适用《民法总则》第 171 条第 4 款。这其中的原因在于,作为代理权滥要用件的相对人非善意,与该款的相对人恶意,在相对人主观意思的对象和内容方面均有不同。作为代理权滥用的要件,相对人非善意的对象是代理人违反职责,它包括两种情形,即“相对人知道代理人违反职责”和“代理人违反职责对相对人显而易见”。根据该款,相对人恶意的对象是行为人无代理权,它也包括两种情形,即“相对人知道行为人无代理权”和“相对人应当知道行为人无代理权”。

如果承认代理权滥用导致的无权代理适用第 171 条第 4 款,在解释论上须假设两个前提。其一,“相对人知道代理人违反职责”与“相对人知道行为人无代理权”,二者在实质内容上不同,但不妨在证据法上承认二者之间的推定关系,即由“相对人知道代理人违反职责”,推定“相对人知道行为人无代理权”。其二,该款的“应当知道”,系指对于行为人无代理权,相对人未尽到注意义务而不知。根据交易习惯,若存在促使相对人询问代理权是否存在的具体事实,而相对人未询问,构成注意义务的违反。<sup>[44]</sup> 在代理人违反职责对相对人显而易见时,不妨认为显见性是促使相对人询问代理权是否存在的一种具体情形。如果相对人未询问而不知,则成立该款的相对人应当知道。总之,惟有在此等前提下,在职责违反型代理权滥用情形中,代理人与相对人可依该款,按照各自的过错分担责任。

## (三) 代理人承担代理法外部的侵权责任

关于《民法总则》第 171 条第 4 款的责任性质,首先它不属于第 171 条第 3 款的无权代理人责任。这一方面是因为,无权代理责任是一种代理法内部的法定特别责任,<sup>[45]</sup> 以信赖责任原理为基础,而第 171 条第 4 款的适用条件为相对人恶意,这将排除该法定特

[43] 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 163-164 页。

[44] 参见[德]维尔纳·弗卢梅著:《法律行为论》,迟颖译,法律出版社 2013 年版,第 959 页。

[45] 参见梁慧星著:《民法总论》,法律出版社 2017 年版,第 243 页。

别责任的成立。<sup>[46]</sup> 另一方面是因为,无权代理人责任不要求代理人过错,而代理人依第171条第4款承担过错责任。事实上,虽然在无权代理时,恶意相对人不能获得无权代理人责任的保护,但可寻求侵权责任原理的保护。第171条第4款的代理人责任,在性质上属于侵权责任。<sup>[47]</sup> 如果相对人也有过错,应适用过错相抵规则。因此,《民法总则》第171条第3款规定代理法内部的无权代理人责任,第171条第4款规定代理法外部的侵权责任。

在职责违反型代理权滥用情形,代理人依第171条第4款承担侵权责任,显然以代理人过错为要件。然而,如前文已提到的,职责违反型代理权滥用的构成,不以代理人过错为必要,实践中代理人可能有过错,也可能无过错。在代理人无过错时,在代理人关系层面,构成职责违反型代理权滥用,代理行为效力待定;在代理关系之外,不成立第171条第4款的侵权责任,无过错的代理人无须向非善意相对人承担任何责任。在代理人有过错时,不仅构成职责违反型代理权滥用,代理行为效力待定,还成立侵权责任,代理人和相对人按过错分担责任。因此,在代理人有过错的情形,职责违反型代理权滥用规则,借助无权代理制度解决代理行为的效力问题,而代理人的责任承担问题仍须引入代理法外部的侵权责任加以解决。

## 六 代理权滥用概念的统一性

关于代理权滥用的概念和类型,学说和实务上虽多有争执,但均未回避该问题,且判决书常以代理权滥用概念进行说理论证。<sup>[48]</sup> 我国实在法虽未采用代理权滥用概念,但实质上已规定了四种代理权滥用的情形,即职责违反型、恶意串通型、自己代理型和双方代理型代理权滥用。不同类型的代理权滥用虽然各有其构成要件,但它们的共同点不仅在于,代理人行使代理权背离了被代理人的利益,还在于它们的法律效果具有相同性,即各种代理权滥用均导致代理权独立性的突破、代理人代理权的丧失以及无权代理效果的产生。在这种共同点的意义上,代理权滥用概念具有统一性。由于本文论题的限制,此处仅简要说明其他三种代理权滥用的法律效果。

首先,恶意串通型代理权滥用发生无权代理的法律效果。关于代理行为的效力,有观点认为,代理行为因恶意串通或因违背公序良俗而无效;另有观点认为,代理行为因无权代理而效力待定。比较而言,后一种观点提出了代理法内部的解决方案,即代理人与相对人串通,导致代理权消灭,适用无权代理规则。更为重要的是,根据该观点,被代理人可自主决定是否接受效力待定行为,可更大程度地维护自身的利益。<sup>[49]</sup> 这种观点也获得了来

[46] 采此种规定的立法例,如《德国民法典》第179条第3款、新修订的《日本民法典》第66条第1项。

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

[48] 如北京市第二中级人民法院(2016)京02民终7858号民事判决书;辽宁省大连市中级人民法院(2014)大审民再终字第63号民事判决书。

[49] 参见朱庆育著:《民法总论》,北京大学出版社2013年版,第342-343页。

自实践的支持。例如,在一件房屋买卖合同案件中,对于代理人与相对人串通出卖被代理人的房屋,被代理人请求相对人支付价款,判决支持了该请求。<sup>[50]</sup> 由此可知,法院认为,代理行为效力待定,被代理人的诉求表明他追认代理行为的效力。

其次,自己代理型代理权滥用发生无权代理的法律效果。<sup>[51]</sup> 由于自己代理致使代理人与被代理人之间存在利益冲突,代理人极可能背离被代理人利益,所以,《民法总则》第 168 条第 1 款前半句不允许自己代理。关于自己代理行为的效力,1981 年《经济合同法》第 7 条第 3 项曾将之规定为无效。但此项规定一方面过于僵化,因为有些自己代理行为符合被代理人的利益,<sup>[52]</sup> 另一方面它仍属代理法外部的解决方案。与之不同,根据《民法总则》第 168 条第 1 款后半句,被代理人若同意或追认,自己代理的法律行为有效。依反对解释可知,在被代理人同意或追认前,代理人丧失代理权,自己代理行为属于无权代理行为,其效力待定。

最后,双方代理型代理权滥用也发生无权代理的法律效果。<sup>[53]</sup> 由于双方代理致使两方被代理人之间存在利益冲突,代理行为将损害其中一方被代理人的利益,所以《民法总则》第 168 条第 2 款前半句不允许双方代理。关于双方代理行为的效力,《经济合同法》第 7 条第 3 项也曾将之规定为无效。但此项规定属代理法外部的解决方案,同样较为僵化。根据《民法总则》第 168 条第 2 款后半句,被代理的双方若同意或追认,双方代理的法律行为有效。同样,依反对解释可知,在被代理的双方同意或追认前,代理人丧失代理权,双方代理行为属于无权代理行为,其效力待定。

## 七 结 语

在行为人以他人名义实施法律行为时,相对人只须关心行为人有无代理权,而无须探听行为人与被代理人之间基础关系的详实,也就无须调查代理人履行源自基础关系的职责的情况。这是代理权独立性存在的意义。惟有如此,才能保护相对人对代理权的信赖,促进市场交易,实现私法的社会经济功能。即使在代理人违反职责时,法律应推定相对人为善意,坚持代理权独立性原理,仅允许被代理人依基础关系请求代理人承担违约责任或侵权责任,不允许被代理人主张代理行为对己无效。只有在相对人非善意时,由于相对人丧失信赖保护的必要,应突破代理权独立性,优先保护被代理人的利益,被代理人不必承受代理行为的法律效果。这是职责违反型代理权滥用规则的规范功能,它构成对代理权独立性的限制,使得代理权独立性相对化。

[50] 参见上海市第一中级人民法院(2013)沪一中民二(民)终字第 2830 号民事判决书。

[51] 参见李宜琛著:《民法总则》,中国方正出版社 2004 年版,第 226 页;[日]山本敬三著:《民法讲义》,解亘译,北京大学出版社 2013 年版,第 292 页。采此种观点的判决,如北京市第二中级人民法院(2016)京 02 民终 3335 号民事判决书;四川省成都市高新技术产业开发区人民法院(2013)高新民初字第 629 号民事判决书。

[52] 参见王利明著:《民法总则研究》,中国人民大学出版社 2003 年版,第 647 - 648 页。

[53] 参见李宜琛著:《民法总则》,中国方正出版社 2004 年版,第 226 页;[日]山本敬三著:《民法讲义》,解亘译,北京大学出版社 2013 年版,第 292 页。采此种观点的判决,如上海市第二中级人民法院(2005)沪二中民二(民)终字第 1575 号民事判决书。

我们知道,《民法总则》第164条第1款源自《民法通则》第66条第2款,后者在学说和实践中并未被解释为代理关系层面的职责违反型代理权滥用,反而被当作基础关系层面的违约责任或侵权责任的请求权基础。<sup>[54]</sup> 依循对《民法通则》第66条第2款的解释路径,《民法总则》第164条第1款被解释为,违反职责的代理人向被代理人承担违约责任或侵权责任。这种解释路径或许符合该条款的主观解释或历史解释,但在这种解释路径之下,该条款完全重复了合同法或侵权责任法的相关规定,其体系意义和规范意义被极大折损了。鉴于此,本文提出了该条款的客观解释,即该条款规范的是代理关系层面的职责违反型代理权滥用。相比于主观解释,客观解释可能显得只是一种“误解”。但如果这种客观解释将无意义的重复性规定理解为有重要体系价值的独立规范,不妨承认其解释价值。

[本文为作者主持的2017年度国家社会科学基金青年项目“侵权责任法中举证规则立法研究”(17CFX025)的研究成果。]

---

[ **Abstract** ] The four kinds of abuse of the agency power provided for in the General Provisions of the Civil Law all belong to the case that the juridical act is performed within the power, but deviates from the principal's interests. According to the theory that the agency power is separated from the basic legal relationship, the abuse of agency power in the agency relationship and the violation of obligation in the basic legal relationship have different constitutive requirements and legal effects. Paragraph 1 Article 164 of the General Provisions of the Civil Law adjusts breach-of-duty type of abuse of agency power, and includes two essentials: the violation of duty on the part of the agent and non-good faith on the part of the opposite party. The duty of the agent is the obligation in the basic legal relationship whereas the opposite party's non-good faith means that he is fully aware of the violation of the duty or the violation is obvious to him. The legal effect of breach-of-duty type of abuse of agency power is that the agent loses the agency power and the validity of the juridical act is undetermined. In accordance with Paragraph 4 Article 171 of the General Provisions of the Civil Law, the agent in fault shall assume the contracting fault liability. If the opposite party is also in fault, the fault counteraction rule shall be applied. Just like the breach-of-duty-type abuse of agency power, malicious collusion agency, self-agency and bilateral agency also have the legal effect of unauthorized agency. In the sense of different types of abuse of agency power having the same legal effect, abuse of agency power is a unified concept.

---

(责任编辑:姚 佳)

[54] 如广东省广州市中级人民法院(2016)粤01民终8299号民事判决书;黑龙江省齐齐哈尔市中级人民法院(2016)黑02民终1158号民事判决书;湖北省武汉市中级人民法院(2014)鄂武汉中民外初字第00005号民事判决书。