

doi:10.11835/j.issn.1008-5831.fx.2018.09.001

欢迎按以下格式引用:张力,何宏.无权代理人归责中的代为履行问题研究——以民法总则第171条为视角[J].重庆大学学报(社会科学版),2019(1):129-140.

Citation Format: ZHANG Li, HE Hong. Research of problems in substitute performance responsibility of unauthorized agents' attribution of responsibility: Start with Article 171 of General Provisions of the Civil Law[J]. Journal of Chongqing University(Social Science Edition), 2019(1): 129-140.

无权代理人归责中的 代为履行问题研究 ——以民法总则第171条为视角

张 力,何 宏

(西南政法大学 民商法学院,重庆 401120)

摘要:民法总则第171条第3款规定了无权代理人实施无权代理的代为履行责任,善意相对人有权在被代理人未予追认的情形下,选择直接向无权代理人主张履行债务或损害赔偿。代为履行责任与损害赔偿是性质截然不同的两种责任,前者是合同责任,后者则是一种侵权责任。代为履行责任承担实际上突破了合同相对性原理,其实质属于合同权利义务的概括移转,也即合同主体的变更。基于此种责任承担方式的特殊性,为了防止该责任承担违背代理制度本身的宗旨,法律有必要对某些情形下相对人的选择权予以限制。同时为了构建科学合理的无权代理人归责体系,法律有必要赋予无权代理人与相对人在不损及被代理人合法权益前提下的协商权。

关键词:民法总则;无权代理人;责任归属;代为履行责任

中图分类号:D923.6 **文献标志码:**A **文章编号:**1008-5831(2019)01-0129-12

代理制度的产生,被认为是经济社会发展的助推器,代理作为本人意思能力的延伸,有效弥补了个人行为囿于时空条件限制的缺陷,进而扩展了本人的行为边界。代理的广泛运用避免了必须因人因事直接交易的困难,为交易提供了更广阔的天地。因此,代理使被代理人的能力得以延伸^[1]。代理是一种法律行为,代理不适用于事实行为,这一点区别于无因管理,代理法律行为的特性决定了意思表示贯穿其始终。意思表示作为民法世界里最为复杂的研究要素之一,在很大程度上决定了代理归责体系的复杂性。中国虽然在民法总则里规定了代理制度,但其还远远不能满足

修回日期:2018-09-02

作者简介:张力(1976—),男,重庆人,西南政法大学比较私法研究中心主任,民商法学院教授,博士研究生导师,主要从事民商法研究,

Email:561052267@qq.com;何宏(1993—),男,四川绵阳人,西南政法大学民商法学院硕士研究生,主要从事民法学研究。

现实生活的需要,无权代理人归责机制便是其一。值得一提的是,在无权代理制度中有关无权代理人责任归属问题研究的著作及学术论文寥寥无几。中国于2017年10月1日实施的民法总则第171条第3款规定了无权代理人“代为履行”的责任承担新形式,被认为是民法总则代理制度篇的亮点。诚然,无权代理人代为履行责任的新规定对于促进代理关系的良性发展意义深远,但结合实务研究、理论基础探究来看,这一制度仍有很多有待完善之处。

一、可归责性:无权代理人归责机制的逻辑前提

民法总则第171条将行为人没有代理权、超越代理权,以及代理权终止后实施的未经被代理人追认的代理行为定性为无权代理,这里的无权代理仅指狭义无权代理而不包括表见代理。狭义无权代理,是指代理人没有代理权而为代理行为,或指超出代理人权限而为代理行为,且没有足以使第三人相信其为代理权限范围内而为代理行为情事的代理活动^[2]。简言之,无代理权而以他人名义实施法律行为且欲将行为效果直接归属于他人,即称无权代理^[3]。因而无权代理坚持显名主义,须以他人名义实施法律行为作为前提。有鉴于此,对于广泛存在于社会生活中的代理人以自己的名义替代被代理人进行商事法律行为的商事代理,本文不再赘言。本文对无权代理人责任归属研究也须立足于狭义无权代理的框架之内,因而文中的无权代理均是指狭义无权代理。

(一) 无权代理人可归责性分析

在古罗马,因市民法遵循契约以不影响第三人为定则,故代理人代本人与第三人所为的法律行为,与本人不发生关系,仅代理人自己为第三人的债权人或债务人,事后再将所有权利义务移转给本人^[4]。显然,在这样的规范环境下并不存在无权代理人责任探讨的余地。换言之,无权代理人的责任承担涉及无权代理人可归责性探讨问题。可归责性,即责任归属的逻辑基础,也即责任承担的公平性与合理性。无权代理人责任归属这一命题是随着代理制度自身发展完善而逐步形成的,其以真正意义上的代理制度存在为逻辑前提。有效的代理法律关系,对相对方承担责任的主体仅限于被代理人,不涉及代理人责任承担的问题。然而,随着社会商品经济的繁荣,交易频率的加快,加之民商事代理关系的复杂性,这就给代理关系中某些代理人恣意为、超出代理授权权限而为代理行为提供了可能,这也在某种程度上诠释了无权代理现象在现实生活中屡屡发生的重要原因。随着社会生活中无权代理现象的增多,立法者逐渐意识到此种情形下如果仍然让被代理人承担因代理人违背其代理原意而产生的责任显失公允,因而有必要通过立法予以规制。

马克思主义法学认为,没有无义务的权利,也没有无权利的义务。代理人在享有代理权的同时也应恪守相应义务,否则应对其违反义务的行为承担相应责任,因而无权代理人责任承担具有可归责性。就归责机制现状来看,目前世界各国通行的做法是将无权代理分为广义无权代理与狭义无权代理,并在区分基础上形成了两种归责方案,即按照表见代理进行归责——由被代理人作为归责主体以及按狭义无权代理进行归责——被代理人“追认或否认”规则来处理——被代理人若对无权代理予以追认,则发生有权代理的效果;反之,被代理人拒绝追认,则由代理人作为归责主体。这样一种归责机制在中国相关立法中已有所体现^①。在无权代理人归责的整个过程中,可归责性都贯穿

①《中华人民共和国合同法》第48条规定:“行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被代理人名义订立的合同,未经被代理人追认,对被代理人不发生效力,由行为人承担责任。”再如《中华人民共和国民法通则》第66条第1款也规定:“没有代理权、超越代理权或者代理权终止后的行为,只有经过被代理人的追认,被代理人承担民事责任。未经追认的行为,由行为人承担民事责任。”

其始终。可归责性既是确定无权代理人责任性质的依据也是衡量其责任范围的标尺。

(二)“代为履行责任”问题的提出:从可归责性角度切入

在无权代理人归责过程中,被代理人对代理人代理行为追认与否将呈现迥然相异的两种责任承担效果:被代理人通过追认方式将无权代理转化为有效代理,此时仍由被代理人作为责任承担的主体,相关责任承担与代理人并无关联;反之,被代理人否认无权代理行为,归责路径即因被代理人否认意思表示的做出而发生阻断,从而发生归责路径的转移,即转由无权代理人对相对人承担相应的赔偿责任或代为履行责任。这样一种归责路径架构符合民法私法责任承担的灵活性特征,为多数国家所推崇。一般而言,赔偿责任包括侵权损害赔偿以及违约损害赔偿,通常表现为侵权损害赔偿;代为履行责任则更倾向于是一种类似契约性质的责任。通说认为,无权代理人之责任,系直接基于民法之规定而发生之特别责任,并不以无权代理人有故意或过失为其要件,故无权代理人纵使证明其无故意或过失,亦无从免责^[5]。从这一角度看,因无权代理行为而承担损害赔偿或代为履行责任的代理人所承担的实质上是一种侵权法意义上的严格责任。

一般而言,有关代理立法主要是围绕被代理人、相对人利益保障来进行制度设计的。或许正是基于这样的一种制度设计理念,才推动了民法总则第 171 条无权代理人“代为履行责任”的创立。从表面看,这一新型责任形式的规定进一步拓宽了代理关系中相对人维护自身权益的法律路径。然而,该责任承担新形式也存在着与现行规范体系相冲突的可能,尤其是与合同相对性原则。通常认为,在没有法律特别规定前提下合同仅仅约束合同相对方,此所谓合同相对性原理。代为履行责任新形式的规定,一方面拓宽了相对人权益救济的渠道,另一方面实际上也使无权代理人取代了被代理人成为与第三人进行直接合同法律关系的一方当事人。依据合同法原理,无权代理人此时可以向相对人主张原本属于被代理人的一切合理抗辩,甚至不排除无权代理人因此获利的可能。这恐怕是立法者也始料未及的。试想,若真如此,代为履行责任制度创立的意义又何在?从可归责性角度看,无权代理人本应当对自己的过错买单却因此享受了权利,岂不荒唐?除此之外,无权代理人承担代为履行责任的法理基础又是什么?笔者认为这些问题都可归结为一点,即代为履行责任这一责任新形式的可归责性问题。撇开代理民事法律关系来说,无权代理人作为相对独立的民事主体,其责任承担仍然需要与之相对应的科学责任构成要件作为支撑,其责任承担的方式、范围、内容仍然要与其过错相适应,其归责路径仍然要符合民法的公平公正理念。代为履行责任作为无权代理人归责路径的逻辑结果之一,是作为民法总则代理制度篇令人称道的亮点。笔者认为学界关于其功能定位、制度实践还未给予应有的注意,还有待进一步考究完善。

二、无权代理人承担代为履行责任之功能定位

无权代理归责机制通过引入代为履行责任,将无权代理人置于了责任承担的前沿,从而促使代理人在进行代理行为时尽到与管理自我事务一般的注意义务,这是代为履行责任正向制度功能的应有之义,也是其无可比拟的制度优势。民法总则第 171 条第 3 款所规定的无权代理人“代为履行”条款,被认为是民法总则代理篇的重要制度创新。与其说是创新,笔者认为称作是一次成功的法律继承或法律移植或许更为贴切。《德国民法典》第 179 条第 1 款即规定,无权代理行为未得到

追认时,代理人“负有依对方当事人之选择而履行或承担损害赔偿之义务”^②。换言之,此时第三人在自身权利保障上被赋予了选择权,即其可以请求代理人履行,也可以请求代理人赔偿因不履行而产生的损害。与此相对应,有学者主张无权代理人对相对人的民事责任不仅包括了侵权责任,也包括了合同责任,相对人可依不同情况进行选择,由无权代理人承担相应的责任^[6]。其中的“合同责任”与“请求代理人履行”可谓是异曲同工。

(一) 无权代理人代为履行责任的制度价值

民法总则在借鉴大陆法系国家相关立法例的基础上,在第171条新增了代为履行责任,进一步充实了无权代理人归责机制的内涵,也进一步完善了无权代理人责任归属体系,这点殊值肯定。笔者认为无权代理人承担代为履行责任实质上符合古老的自然法正义,是对民法作为私法性质的法所具有的自己责任归责法理的深化与弘扬。诚然,正如某些学者所言,无权代理人对善意相对人履行债务缺乏法理基础的支撑,因为双方并不存在订立合同的意思表示,且之后也未达成相应的合意^[7]。这种说法不无道理,但不容否定的是,代为履行责任新形式的规定是符合社会现实生活需要的,并且代为履行责任作为一种无权代理人责任归属的一种替换形式,能够有效弥补侵权损害赔偿责任的僵化性,进而突出责任承担的合理性与公平性。对于无权代理责任的性质,笔者赞同无权代理责任不属于缔约过失责任,而属于法定担保责任的观点。之所以说是“法定”,是因法律将无权代理人在以代理人身份为行为时所做出的关于代理权存续的声明视作一种默示担保,其应对其声明承担责任^[8]。就权利性质看,代为履行责任实质上是法律对代理法律关系在进行确认基础之上而衍生的一种法定担保责任,旨在通过扩展无权代理人责任范围以达到督促代理人尽职尽责完成代理事项的法律效果。

从权利救济的充分性来看,鉴于侵权损害赔偿范围的有限性,如果相对人只能通过主张侵权损害赔偿来对其信赖代理行为有效而发生的损失进行救济,显然对其有失公平,这也是民法总则第171条规定代为履行责任的意义之所在。值得注意的是,无权代理人代为履行责任不同于第三人代为清偿,虽然两者极具相似性。民法总则突破合同相对性原理,规定无权代理人代为被代理人承担合同实际履行责任,实现了对无权代理人和相对人之间民事利益关系的平衡和发展,这是第三人代为清偿所不具备的。因而有必要对代为履行责任与债法上第三人代为清偿规则进行制度界分,以更好阐释代为履行责任之价值基础、功能定位,鉴于下文会详实论述,此不再赘言。综合而言,无权代理人承担代为履行责任有其特定的价值基础和实践意义,民法总则紧跟时代立法趋势,以基本法的视角重新审视代理法律关系的发展,在代理法中为代为履行制度留下一席之地显示了中国民事立法的前瞻性和科学性。

(二) 代为履行责任与第三人代为清偿规则比较研究

民法总则第171条所规定的无权代理人“代为履行”责任与第三人代为清偿相似,但其又区别于第三人代为清偿规则。对这两者进行区分有利于增进对代为履行责任的认识。具体而言,两者呈现出一种交叉的法律规则形态。其一,无权代理归责中的“代为履行”是一种责任承担的法定形

^②《德国民法典》第179条第1款规定:“作为代理人订立合同的人不证明其代理权的,有义务按照另一方的选择,或者向另一方履行,或者赔偿损害;但以被代理人拒绝追认合同为限。”具体请参见:陈卫佐译注《德国民法典》(法律出版社,2006年版第57页)。

式,具有某种程度上的不可变更性,一旦相对人主张无权代理人承担履行债务的责任,无权代理人只能依照法律规定替代被代理人承担相应的合同履行责任。需要指出的是,此时无权代理人实际概括继受了原来合同法律关系中被代理人的权利义务,取得了原属于被代理人在合同法律关系中的地位。此种情形下,恰如代理行为有效一般,无权代理人也享有所有被代理人享有的抗辩权,如在对待给付出现瑕疵的情形下,其也享有向相对人主张承担相应责任的权利。这点不同于一般代为履行规则允许第三人作为合同关系之外第三方通过代为清偿方式使合同双方债权债务归于消灭,带有一定的外部性和协商性——第三人可以对债务清偿内容和方式与合同债权人一方进行协商。其二,无权代理中的代为履行责任是法律所规定的一种带有维持代理制度本身所要求的信用责任。换言之,此处“代为履行”相较于一般代为清偿规则更强调责任归属性,即无权代理人应当对自己违背诚实信用而引发的无权代理后果承担自己责任。其三,两者之间又具有功能相似性。从合同履行的形态看,两者都是通过由合同关系之外的第三人承担合同关系之内的债权债务来达到使合同债权债务关系消灭的目的。其四,代为履行责任带有市场交易功能属性。无权代理人承担代为履行责任也好,侵权损害赔偿责任也罢,在某种程度上可以说是对正常市场交易民商事活动的一种补充形式,无权代理人通过责任的承担,尤其是对其中代为履行责任的承担,实质上相当于债法上合同主体的变更,有利于促进商品经济繁荣。从这个意义上讲,无权代理人责任承担本身并没有责任承担的损益性,反而具有增进社会总体财富的法经济学要义,而第三人代为清偿在这方面则要逊色不少。综上所述,代为履行责任具有经济融通功能、责任扩展功能,以及社会正义功能,对于完善无权代理人归责机制意义重大。然而,从理论和实践角度看,虽然民法总则第 171 条明确了无权代理人代为履行责任的规定,但并未对这一制度进行充分的剖析与考量,这也导致具体司法实践中忽视了这一制度的内涵与外延问题,极大地限制了该条制度功能的发挥,亟待相关立法予以完善。

三、民法总则第 171 条代为履行条款之不足

民法总则的颁行,迎合了中国经济社会进入 21 世纪后要求制定一部能反映新时期经济生活规律之法典的客观需求,具有里程碑意义。然民法总则抽象法的属性以及基本法的地位,决定了其不可能对社会生活的方方面面进行全面而具体的规范。这也给民法总则第 171 条留下了可资探讨的余地,而其第三款无权代理人“代为履行”责任新形式的规定尤其值得研究。从规范的构成要件来看,虽然本款可资适用的规则是完整的,且规定了相应的事实构成和法律效果,但是就其功能价值来看并不适宜特定类型案件的处理,缺陷存在于限制的欠缺^[9]。诚然,对于该条款而言,笔者认为存在的最大问题莫过于对相对人选择权的行使没有给予充分的考量,是为立法疏漏。结合该条实务研究来看,笔者认为“代为履行”条款主要有以下两方面不足。

(一) 无权代理人归责前提尚待明晰

就文义解释来看,本条仅规定了在“行为人实施的行为未被追认”的情形下“善意相对人有权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”,也就是说只要构成无权代理而被代理人拒绝追认且不能通过表见代理制度使其发生有效代理效力的情形下,善意相对人就能在“请求履行

债务”和“损害赔偿”两者之间选择其一对行为人主张权利救济。遵从文义解释优先的原则,本条规范意旨显然是说相对人只能就这两种救济方式二选一,一经选择不得变更。这样规定的好处有利于简化司法实践,然而弊端也显而易见。

其一,因无权代理人损害赔偿范围在学界分歧较大,未能形成公认的标准,不利于科学的代理归责体系的形成。因无权代理人赔偿责任由来的特殊性,民法提供的两种主要救济方式,即合同责任和侵权责任都不能有效适用于无权代理人的赔偿责任^[10]。通常而言,合同责任的产生以双方存在着有效缔结合同为前提,侵权责任一般要求行为人过错为归责要件,导致在代理人无过失情形下其责任性质就显得模棱两可,这给确定无权代理人赔偿责任范围带来了操作困难。一种观点是,无权代理人承担的是信赖利益赔偿责任,这是一种缔约过失责任,相对人有权请求无权代理人承担因信赖合同有效成立而遭受的损失;另一种观点认为无权代理人承担的是履行利益的赔偿责任,这是一种法定担保责任,相对人有权请求代理人赔偿因合同不履行而产生的损害。显然,无权代理人代为履行责任更倾向于后者。两种观点都有可取之处,但因这一争议的存在,往往导致实践中将确定无权代理人赔偿责任范围这一本应由立法予以明晰的问题寄托于法官自由裁量权行使上,而代为履行责任新形式的规定则进一步加剧了这样一种不确定性,不利于相对人正当权益的保障。

其二,功能上的重叠导致归责机制冗余,限制了“代为履行”责任新形式功能的发挥。根据前文对代为履行责任功能价值的剖析,不难发现无权代理人代为履行责任的承担实际上与其承担履行利益损害赔偿具有功能上的重叠性,就责任归属效果来看,两者并无实质差别,这导致了“代为履行”条款的多余。笔者查找了民法总则颁布实施以来,有关民法总则第171条司法适用的相关案例,发现司法实践中涉及无权代理人代为履行责任承担的案例基本是以金钱赔付形式结案的。这也在某种程度上造成了法官在援引民法总则代为履行条款确定当事人责任归属时忽视了该条款本身所具有的内在特质,主要表现为对代为履行责任与履行利益损害赔偿责任的混用。典型案例如:陈春燕与张华平、湖南省绿林市政景观工程有限公司买卖合同纠纷案^③,以及北京悦程航空服务有限公司与段志刚、北京阳光天鼎体育有限公司委托合同纠纷案^④。在这两个案例中,法院在引用民法总则第171条第3款对无权代理人进行归责时,显然未注意到代为履行责任与履行利益损害赔偿责任的内在区别,虽然最终也实现了对无权代理人代为履行责任的归责,但就裁判文书说理上至少应当对无权代理人承担此种责任的可归责性进行一个更加明确的释明,抑或是直接指明无权代理人承担的是哪一种责任。因为对于无权代理人来说,代为履行责任不仅仅是在实现其自我归责上才具有法律意义,它对于维护其作为“合同相对方”而享有的正当抗辩权行使同样具有重要的现实意义。

其三,归责前提模糊导致个案逻辑困境。通过前文与第三人代为清偿规则比较,不难发现无权代理人代为履行责任的实质是合同权利义务的概括移转,无权代理人实际上成为了与相对人直接发生合同关系的一方当事人,享有被代理人在代理有效时对相对人的一切权利抗辩,这也导致代为

③具体请参见新疆维吾尔自治区乌鲁木齐市新市区人民法院民事判决书,案号:新0104民初[2017]8049号。

④具体请参见北京市西城区人民法院民事判决书,案号:京0102民初[2017]14568号。

履行责任某种程度上很可能达不到责任归属的惩罚性效果。更有甚者,代为履行责任很可能沦为代理人与相对人合谋算计被代理人的一个工具,对维护被代理人的正当权益形成挑战。从理论上讲,这为相对人利用其在发生无权代理时享有选择权的优势地位与代理人串通假借代理名义侵害被代理人正当权益提供了某种便利。实践中,时常发生的代理欺诈就是一个很好的例证。值得注意的是,当代为履行的标的以实物形式出现时,不排除相对人依据本条规定故意刁难本无相应可执标的的无权代理人,据此要求其履行,显然不合理。虽然社会生活中尚未发生此种情形,但就法律逻辑上的周延性以及立法规范性而言,对代为履行责任承担的归责前提进行明确也具有重要的理论意义。诚然,我们可以假设每个个体都是理性和自由的法律关系主体,但就规范适用的个案公正性来说,本条仍值得商榷。正如徐国栋所说,法律重要功能价值之一即在于正义的实现,而正义包括一般正义和个别正义两方面内容,两者具有同样重要的价值内涵,不能保证个别正义的法律至少是不完善的^[11]。

(二) 归责标准较为笼统尚待细化

通过前文分析,不难发现,从无权代理人责任归属体系来看,可以分为三个层次。笔者按对相对人保护力度强弱从小至大予以排序,分别是信赖利益损害赔偿、履行利益损害赔偿,以及代为履行责任全面承担。之所以将代为履行放在救济力度的最高序列,是因为代为履行在不损害被代理人正当权益情形下对于相对人的救济是最为全面的,它不仅包括对实际损失的救济还包括对预期利益的救济,此时相当于未发生无权代理。在被代理人作为合同法律关系一方当事人的个人身份、人格对相对人来说并不重要的情形下,代为履行责任承担对善意相对人利益保护最为周全。总之,民法总则对无权代理人责任归属体系的构建较为全面。然“徒法不足以自行”,纸面上的法律如何科学地转化到调整社会生活实践中来,殊值思考,这点对于探究民法总则第 171 条“代为履行”条款的科学适用具有启发性意义。就该条适用来看,笔者认为尚有以下两点不足。

第一,缺乏民法鼓励私法主体意思自治精神的指引,不利于激活市场动力。该条给了善意相对人选择权。就权利性质来看,它应属于形成权;就法律效果来看,一经选择不得变更,从而责任范围也随之确定,如此僵硬地予以适用势必使该条的立法功能大打折扣。首先,无权代理责任实质上是一种私法责任,应当以权利主体作为归责合理性衡量的出发点,本着这样的理念,赋予民事权利主体协商权利有利于磨合法律与现实生活的脱节。其次,因为无权代理责任归属体系的层次性以及归责路径的复杂性,民事主体基于趋利避害的原始动机,基于最大限度实现自身利益的愿望,相对人必然会选择能最大限度保障自身权益的代为履行责任承担方式对无权代理人主张权利。事实上,这点在实践生活中早已得到了印证。这样必然使损害赔偿承担责任的规定被架空,失去其应有的制度效益,甚至可能使社会公共利益遭受侵害。不容否定,民法总则“代为履行”责任新形式的规定进一步丰富了无权代理人责任归属体系,但从实务研究视角来看,对无权代理人责任归属进行相应的情景设定从而使其朝着有利于社会资源优化配置方向科学运转乃是当代每一个民法人都应思考的问题。

第二,相对人善意的认定标准仍有待进一步明晰。相对人善意与代理人构成无权代理未被追认作为相对人主张适用本条责任归属之前提,因而如何界定相对人善意就显得尤为重要。就生活

实践看,在发生无权代理时相对人不会主动承认其具有过错,相反基于市场主体利益最大化的本能追求,相对人在要求法院按照民法总则第171条第3款判决行为人承担代为履行责任或损害赔偿赔偿责任时当然会辩称其属于善意相对人^[12]。“善意”判断在学界本身也是一个讨论较为激烈的话题,如何在司法实践中科学地适用这一概念本身就是一个值得专门研究的问题。梁慧星主张适用“善意推定”法理,此种情形法庭应当推定相对人属于善意,从而将证明相对人非善意的举证责任转由代理人承担。这有利于简化司法实践,从而更好地维护相对人的正当利益,笔者深表赞同。然而相对人作为独立的利益主体,为了实现自己利益的最大化,其恶意的有无、大小又与代理人承担责任范围密切相关,如果不对代理人举证相对人“非善意”所应达到的程度进行规范,将极可能导致相对人利益保障的失衡,对代理人来说,也显属不公。一言以蔽之,相对人善意的判断标准对于无权代理人责任归属有无、责任范围大小具有十分重要的意义,就制度保障功能来看,这是法律应该予以响应并做出回答的一个关键环节,未来在具体适用该条时,还有待相关司法解释予以进一步明确。当然,鉴于民法总则抽象法的基本属性,对于无权代理人责任归属这一问题进行规定显然不能要求其达到事无巨细的程度,也不可能祈求尽善尽美,那么未来在具体适用本条时应如何使其符合规范要旨呢?这就涉及该条如何进行具体解释和完善的问题。

四、无权代理人承担代为履行责任的制度完善建议

无权代理归责机制涉及代理人、本人,以及被代理人三方主体的利益衡量问题,立法有必要对无权代理人承担无权代理责任作出更为细化的规定,尤其是对于无权代理人承担代为履行责任,未来有关司法解释应当进一步明确无权代理人、本人,以及相对人在无权代理法律关系中的地位和各自应遵循的权利义务。之前有学者主张民法总则可以规定代理人对被代理人的忠实义务和勤勉义务,将其作为代理权滥用的法定判断标准^[13]。

事实上,进一步明晰代理关系三方主体权利义务不仅具有现实意义,也符合世界立法潮流。如《巴西新民法典》第118条规定代理人有义务向相对人证明它是以被代理人的名义、以其资格和在其权限范围内活动,如不这样做,应对其越权行为承担责任^[14]。《埃塞俄比亚民法典》第2196条第2款规定了无权代理人责任排除的情形,即如果第三人与之交易的人的个人资质对他不重要,并且代理人同意自己受他代表的人完成的行为的约束,则该第三人不能要求赔偿。同时该法典第2211条创造性地规定了代理人履行代理职责被要求达到的勤勉,其第1款明确规定只要被授予代理权,代理人应在进行代理时具有与善良家父相同的勤勉。第2263条规定了行为人行事,应对本人尽最严格之诚信^[15]。有鉴于此,笔者主张未来中国在具体适用民法总则第3款时,相关司法解释应从以下几个方面对无权代理人责任归属进行类型化。

(一)以代理人是否明知或应知代理权存在瑕疵为分界点对代理人责任性质进行划分

值得一提的是,司法实践中通常以代理人主观恶性来确定其责任承担的范围,却往往忽略了代理人主观恶性对其承担责任的性质的影响。这也是导致在实务操作中,法官在援引民法总则第171条对无权代理人进行归责时混淆责任性质的重要原因。通过前文论述,不难发现无权代理人承担的代为履行责任与损害赔偿赔偿责任实际上是性质截然不同的两种责任。因而,无权代理人承担责任

的不同会直接影响到无权代理可归责性的实现。有鉴于此,笔者主张代理人在明知其没有代理权的情形下,善意相对人方得请求其承担代为履行责任,这既有利于代为履行制度责任扩展功能的实现,又有利于将其限制在责任承担的合理范围内。而在代理人不知其无代理权情形下,其仅承担信赖利益的损害赔偿赔偿责任,赔偿范围不能超过合同有效时相对人所能获得的利益。换言之,无权代理人承担代为履行责任以代理人明知其无代理权为原则。笔者之所以主张将“应知”也纳入无权代理人责任归属的前提中,是考虑到现实生活中对于无权代理人主观情事把握是一件非常棘手的事,结合相关客观事实来推断代理人实施无权代理时的主观心理状态具有实践意义。除此之外,因为无权代理人是否有过错不影响无权代理责任的成立,仅影响无权代理责任的范围,如果不将“应知”纳入归责机制考虑范围内,将不利于善意相对人正当权益得到切实保障。对于无权代理人承担履行利益损害赔偿责任的条件,笔者赞同善意相对人有权在无权代理人故意或有重大过失的情形下才能向无权代理人主张获得契约有效所能获得的利益,即“履行利益”损害赔偿这一观点^[16]。当然,在无权代理人没有过失的情形下,其只需对相对人负赔偿信赖利益损失的责任。

(二) 多维度、多层面、分类别、分情形对无权代理人承担代为履行责任进行划分

通过前文论述可知,无权代理人归责过程实质上是一种具有或然性私法自治效果的责任承担体系生成过程。其一,它带有对话可能性。在发生无权代理民事法律关系时,无权代理人同相对人、被代理人具有二次协商空间,这与社会主义市场经济转由市场发挥决定性作用的政策导向相一致,在某种程度上也可以说是民法意思自治原则在市场经济领域的综合反映,因而具有显著的实践意义。其二,它带有浓厚的无过失责任色彩。就无权代理人承担责任的诱因来看,无权代理人因没有代理权限,是产生无权代理责任的前提,其本身并不考虑无权代理人做出无权代理行为时的主观责任心理,因而又具有责任法定的特征。这些特征某种程度上也决定了代为履行责任承担的复杂性。民法总则第 171 条“代为履行”的责任新形式规定一方面丰富了无权代理人的归责体系,另一方面也加大了对无权代理人可归责性进行把控的不确定性。笔者认为,责任类型化是解决这一问题的有效路径。首先,应坚持无权代理人不能从其无权代理行为中获利的基本原则,代为履行责任承担也不例外。这也是对民法“任何人都不得从自己的错误行为中获利”基本理念的具体体现。代理行为作为民事行为的重要组成部分,当然要受民事行为的规范理念指引,将代理人的代理权约束在规范行使的路径上是促进代理法律关系发展的题中应有之义,符合代理制度良性发展的客观要求。其次,由于无权代理人承担代为履行责任实际上是对合同相对性原则的突破,无权代理人实际上成了合同相对方,既然被代理人实际上已然脱离了合同关系,被代理人的利益受其与代理人之间的委托合同调整,其利益已得到了较好保障。在这种情形之下,无权代理人与相对人之间基于平等自愿原则上进行的代为履行责任承担协商即应予以尊重。例如,甲公司委托乙公司向销售商 A 购买某类型建筑材料若干,乙公司为节约成本转向销售商 B 购买,导致建筑材料不符合甲公司要求,甲公司拒绝追认该合同。销售商 B 主张乙公司履行该合同,而乙公司正好是建筑材料加工企业,也需要这批建筑材料,显然承担代为履行责任对于乙公司与销售商 B 并没有造成不利影响。当然,如果相对人对合同法律关系中另一方当事人的个人人格非常看重时,此时让无权代理人代替被代理人作为履行合同债务的相对方显然不符合其订立合同的本意。立法赋予相对人选择权就具有了十

分重要的意义,相对人此时可向无权代理人主张损害赔偿,从而使自己利益得到维护,而无权代理人因其过错承担了相应不利后果,也符合民法公平正义的理念,并无不妥。

(三) 限制相对人在某些情形下的选择权以防止相对人权利滥用

诚然,无权代理人责任归属的制度设计初衷是为了保障被代理人利益以及第三人利益,这点无可厚非。然目前状况是,被代理人对于无权代理行为可以通过追认权和拒绝权的行使以及通过合同义务来达到追责代理人的目的。而相对人在发生无权代理时,既可以通过单方行使催告权与撤销权来寻求救济也可以在确定发生无权代理时通过行使选择权来弥补其损失,救济不可谓不全面。与之相反,无权代理人唯有通过证明其构成有权代理或者相对人非善意方能减轻其责任。尤其是在无权代理发生时,代理人实质上并无相应的权利救济渠道。法律保障正义的实现,但若正义的实现将逾越正义维护公平公正的边界时,那将变得不正义,也即正义的实现也应有个限度。对于被代理人、第三人利益的保障也不例外。基于这样的理念,笔者主张以下情形相对人不得主张无权代理人承担代为履行责任,而只能先主张损害赔偿。当然代理人主动承担代为履行责任则不在此限,属于自陷风险,不在民法调整之列。

其一,相对人对无权代理的发生也有过错,不得主张代为履行责任。基于举轻以明重的当然解释规则,相对人与被代理人合谋诈欺被代理人情形下,法律更不应支持。对于相对人过错的判断标准,笔者主张以其是否知晓代理人没有代理权作为主要考量依据,包括相对人在不知代理人没有代理权上存在重大过失这一情形,该种情形下仍然要认定其存在相应过错。在明知或应知无代理权情形下相对人则应对自己的冒失行为承担相应责任,因此遭受的损失,属于自冒风险,由其自己承担责任也是情理使然,应无异议。对于相对人过错的判断事关责任归属的发生依据,关系重大,司法实践中应予以从严把控。这点不仅对于无权代理人代为履行责任承担具有法定豁免效力,其对于无权代理人承担其他损害赔偿责任的认定同样具有实践意义。民法总则第171条第4款^⑤确立了代理人与相对人按其过错承担责任的基本原则,对于无权代理人代为履行责任承担具有重要的指导意义。这有利于缓解无权代理人归责实践中的责任适用僵化性问题,有利于形成科学合理的责任归属体系。

其二,相对人善意无过失但主张无权代理人承担代为履行责任将有损被代理人或代理人的正当利益。这不符合代理制度的功能价值理念,也应予以摒弃。代理人在为代理行为时应对被代理人尽忠实之职,进而最大限度地保障被代理人的合法权益。在无权代理人归责机制的构建上,无权代理人承担代为履行责任应坚守不得侵犯被代理人正当权益的底线。除此之外,当代为履行标的为非金钱赔付时,笔者主张对善意相对人选择权进行严格限制,这是因为民法遵循“义务以可能为前提”的价值理念^⑥,当代为履行不能时亦代为履行将极大增加履行成本时,无权代理人代为履行责任的承担将严重背离该制度设立的初衷。前文已提到民法总则设立“代为履行”的责任新形式主要

^⑤《中华人民共和国民法总则》第171条第4款规定,“相对人知道或者应当知道行为人为无权代理的,相对人和行为人按照各自的过错承担责任”。

^⑥《中华人民共和国合同法》第110条规定,“当事人一方不履行非金钱债务或者履行非金钱债务不符合约定的,对方可以要求履行,但有下列情形之一的除外:(1)法律上或者事实上不能履行……”这款是民法“义务以可能为前提”法理的具体体现。

功能定位之一便是通过责任扩展以督促代理人尽职尽责完成代理活动,这符合代理关系良性发展的实际需要。从这个视角看,法律也有必要对无权代理人代为履行责任的承担作出更为具体的规定,以使该制度的内涵与外延得到进一步的明确。

其三,代为履行责任承担将导致社会资源的闲置与浪费,因不合法的社会经济目的,有损社会公共利益,也应予以摒弃。就私权维护的历史发展脉络来看,民事主体对于自身权益维护经历了一个由“义务本位”为主到“权利本位”为主再到“社会本位”为主的发展进程。民法发展至今天,民法除了以保障民事个体权利为己任外,民法也肩负着一定的社会保障职责。代为履行责任的承担实质上变更了合同法律关系的主体,而这一主体(无权代理人)对于该合同本身是否有合同履行的意义将影响社会整体经济目的的实现,此时立法不能对其视而不见。尤其是在当今中国,在民法总则第 1 条“适应中国特色社会主义发展要求,弘扬社会主义核心价值观”的价值指引下,以及在民法总则第 9 条积极倡导民事主体为民事活动,应当有利于节约资源、保护生态环境的法制环境下,也要求无权代理人代为履行责任的承担不得违背社会经济目的。就这个意义上讲,对相对人选择权进行相应的限制,以指引相对人正确行使自己的权利,不仅必要,而且具有鲜明的时代意义。

五、结语

民法总则的颁行进一步弥补了中国民事立法上的不足,随着民法总则的出台,接踵而至将是民法分则各编的制定,最后完成中国民法典编纂这一浩大工程。民法典编纂涵盖社会生活的方方面面,但社会生活同样纷繁复杂,立法永远不可能对社会生活作出一丝不漏的规制,法典编纂也非一劳永逸,需要随着社会的生活发展变化作出相应的调整。有鉴于此,可以想象未来司法解释仍然具有广阔的适用天地。就代理制度而言,民法总则勾勒了代理制度的基本轮廓,然而就代理制度内容本身的完善、充实而言,还有一段相当长的路要走,还有待未来具体司法实践去发现其中存在的问题,并通过司法解释等手段进行相应的补充、明确。无权代理人责任归属研究是基于当前民法总则第 171 条最新规定进行的理论探索,通过从文义解释出发,结合当前司法实践所反映出的问题以及中国法制新环境变化而进行的制度思考。法典编纂一旦完成,便具有相当程度的稳定性,如何应对社会生活中复杂的代理关系调整,这个问题值得深入研究。公正是法治的灵魂。在对任何法律命题进行思考时,都必须以其作为衡量标尺,无权代理人责任归属也不例外。毫不夸张地说,在当今中国,乃至世界各国对于代理关系中的无权代理人责任承担这一问题都未给予应有的注意。一方面,这与代理制度以本人、相对人的合法权益作为保障重点的功能价值取向有关;另一方面,无权代理人作为引发无权代理后果的第一责任人角色设定往往使立法者忽视其应有权益的维护。诚然,效率应当作为代理制度优先考虑的价值基础,但效率的实现同样不能够逾越公正边界。无权代理人如何承担责任,以及承担责任的范围不仅涉及公正的判断,也涉及中国如何建构科学合理的民事责任归属体系这一法典编纂不得不思考的重大命题。

参考文献:

[1]许中缘,屈茂辉.民法总则原理[M].北京:中国人民大学出版社,2012:422.

- [2] 史尚宽.民法总论[M].北京:中国政法大学出版社,2000:556.
- [3] 朱庆育.民法总论[M].北京:北京大学出版社,2016:358.
- [4] 周栢.罗马法原论[M].北京:商务印书馆,2014:687.
- [5] 刘得宽.民法总论[M].北京:中国政法大学出版社,2006:293.
- [6] 刘心稳.中国民法学研究述评[M].北京:中国政法大学出版社,1996:266.
- [7] 王利明,周友军.我国《民法总则》的成功与不足[J].比较法研究,2017(4):1-15.
- [8] 迟颖.《民法总则》无权代理法律责任体系研究[J].清华法学,2017,11(3):109-129.
- [9] 方新军.《民法总则》第七章“代理”制度的成功与不足[J].华东政法大学学报,2017,20(3):35-48.
- [10] 殷秋实.论无权代理人的赔偿责任[J].法律适用,2016(1):114-120.
- [11] 徐国栋.民法基本原则解释:诚信原则的历史、事务、法理研究(再造版)[M].北京:北京大学出版社,2013:265.
- [12] 梁慧星.《民法总则》重要条文的理解与适用[J].四川大学学报(哲学社会科学版),2017(4):51-65.
- [13] 谢鸿飞.代理部分立法的基本理念和重要制度[J].华东政法大学学报,201619(5):64-74.
- [14] 齐云译.巴西新民法典(外国法典译丛)[M].北京:中国法制出版社,2009:21.
- [15] 埃塞俄比亚民法典(外国法典译丛)[M].薛军,译.厦门:厦门大学出版社,2013:318.
- [16] 赵秀梅.《民法典总则》代理制度立法建议[J].法律适用,2016(8):56-60.

Research of problems in substitute performance responsibility of unauthorized agents' attribution of responsibility: Start with Article 171 of General Provisions of the Civil Law

ZHANG Li, HE Hong

(School of Civil & Commercial Law, Southwest University of Political Science and Law, Chongqing 401120, P. R. China)

Abstract: The third paragraph of Article 171 of General Provisions of the Civil Law stipulates that the agent who has no right to act as the agent shall be liable for performance of the debts or damages. The liability for substitute performance and the liability for damages are two different kinds of liabilities in nature. The former is contractual liability and the latter is tort liability. The assumption of responsibility for substitute performance actually breaks through the principle of contract relativity and its essence is the general transfer of contractual rights and obligations, that is, the change of contract subject. Based on the particularity of this kind of liability bearing method, in order to prevent this kind of liability bearing from violating the purpose of the agency system itself, it is necessary for the law to restrict the choice of the counterpart in some cases. At the same time, in order to construct a scientific and reasonable system of liability for unauthorized agents, it is necessary for the law to grant the right of negotiation between the unauthorized agent and the counterpart without prejudice to the lawful rights and interests of the principal.

Key words: General Provisions of the Civil Law; unauthorized agent; attribution of responsibility; substitute performance responsibility

(责任编辑 胡志平)