

论恶意串通型代理权滥用

胡东海

【摘要】代理人和相对人恶意串通,成立恶意串通型代理权滥用,并且被认为是典型的代理权滥用。由于恶意串通的代理行为不同于恶意串通的法律行为,因此对前者不应适用后者的无效规则。代理人 and 相对人的连带责任,不应诉诸共同侵权规则。代理法外部的解释方案未关照到《民法总则》第164条第2款的体系功能。在技术构成上,仅恶意串通要件就成立代理权滥用,其直接效果为代理人丧失代理权,代理行为效力待定。如果代理行为因被代理人拒绝追认而无效,且同时满足被代理人损害要件,即被代理人因代理行为无效而丧失财产或遭受损失,那么代理人和相对人应就此承担连带责任,此为代理权滥用的间接效果。在解释论上应认为,《民法总则》第164条第2款的规范前提为,代理行为因被代理人拒绝追认而无效,其规范内容仅包括代理人和相对人的连带责任。

【关键词】恶意串通;代理权滥用;效力待定;连带责任

【作者简介】胡东海,中南财经政法大学法学院副教授。

【原文出处】《法商研究》(武汉),2019.5.137~146

【基金项目】国家社会科学基金项目(17CFX025)。

一、引论:代理法外部的解释方案及其缺陷

代理人行使代理权应维护被代理人利益,对于违背被代理人利益的情形,理论上称作代理权滥用。^①依《中华人民共和国民法总则》(以下简称《民法总则》)第164条第2款的规定,代理人和相对人恶意串通,显然违背被代理人利益,成立恶意串通型代理权滥用。此种代理权滥用早已为我国学说普遍承认,^②它在实践中经常发生,如公司采购员为拿回扣和相对人串通抬高商品售价。虽然我国学说从代理法的内部视角承认恶意串通型代理权滥用,但是对于恶意串通行为的效力问题以及代理人和相对人的连带责任问题,我国学说又完全抛开代理权滥用原理,而改从代理法的外部视角寻找解释方案。依代理法外部的解释方案,

为解决代理行为的效力问题和连带责任的承担问题,应分别援用法律行为的无效规则(《民法总则》第154条)和共同侵权规则[《中华人民共和国侵权责任法》(以下简称《侵权责任法》)第8条]。但代理法外部的解释方案存在明显缺陷,下文分别讨论此种解释方案的两方面内容及其缺陷。

(一)恶意串通的代理行为与恶意串通的法律行为之异质性

对于代理行为的效力问题,代理法外部的解释方案是,代理人和相对人恶意串通实施的代理行为(《民法总则》第164条第2款),属于行为人和相对人恶意串通实施的法律行为[《民法总则》第154条和《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》)第52条第2项],即恶意串通的代理行为是

恶意串通的法律行为的典型示例,^③故对前者应适用后者的无效规则。^④在审判实务中,大量判决采纳该观点。如原告向被告借款,为担保其借款向被告授予代理权,在其不偿还借款时被告可依代理权出卖原告的房屋;而被告和相对人串通,以远低于市场价的价格将房屋出卖给相对人。人民法院判决认定,该房屋买卖合同因违反《合同法》第52条第2项的规定而无效。^⑤

恶意串通的代理行为与恶意串通的法律行为之间的种属关系,系我国民事立法极具特色的创举。在比较法上一般仅承认恶意串通的代理行为,^⑥而我国实在法同时还规定恶意串通的法律行为,也就制造了二者之间的种属关系问题。由于《民法总则》第164条第2款和第154条分别沿用《中华人民共和国民法通则》(以下简称《民法通则》)第66条第3款和第58条第1款第4项的规定,因此恶意串通的代理行为与恶意串通的法律行为之间的种属关系,在《民法通则》中就已存在,且为当时的学说所承认。^⑦此外,《民法总则》的立法者有意识地确认了该种属关系,即为实现与《民法总则》第154条“恶意串通的法律行为”在表述上的一致,^⑧《民法总则》第164条第2款在沿用《民法通则》第66条第3款时,将后者的“串通的代理行为”修改为“恶意串通的代理行为”。

但即便如此,恶意串通的代理行为与恶意串通的法律行为之间并非种属关系,二者具有不同的内部结构而存在异质性。其一,对于我国实在法中为数众多的恶意串通,依其是否与法律行为相关,可划分为“与法律行为无关的恶意串通”以及“与法律行为相关的恶意串通”。前者是当事人之间恶意串通,所实施者并非法律行为,如当事人恶意串通提起虚假诉讼;后者是当事人之间恶意串通,旨在实施特定法律行为。其二,与法律行为相关的恶意串通,依内部结构不同,又可分为真正的恶意串通与不真正的恶意串通。^⑨其中,真正的恶意串通,系指法律行为的双方当事人相互串通,

损害第三人利益的情形,如《民法总则》第154条规定法律行为当事人之间的恶意串通。^⑩与之不同,不真正的恶意串通,系指法律行为的一方当事人与第三人恶意串通,损害另一方当事人利益的情形。依《民法总则》第164条第2款的规定,由于代理人不是法律行为的当事人,代理人和相对人恶意串通,不属于法律行为的当事人之间的串通,而系一方当事人与对方当事人的代理人恶意串通,损害对方当事人(被代理人)利益的情形,因此属于不真正的恶意串通。^⑪

由于恶意串通的代理行为与恶意串通的法律行为具有不同的内部结构,前者是不真正的恶意串通,后者是真正的恶意串通,因此对前者并不当然适用后者的无效规则。其他不真正恶意串通情形,同样由于其内部结构不同,不应当适用真正恶意串通的法律行为的无效规则,而应依其制度构成具体判断其效力状态。^⑫另外,恶意串通的法律行为的无效规则,因其自身缺陷而饱受诟病。在《民法总则》出台前,我国有学者认为,应以虚假表示规则取代《民法通则》第58条第1款第4项的恶意串通规则。^⑬但问题是,不仅《民法总则》第146条新增了虚假表示规则,而且第154条还保留了恶意串通规则。由于这种原因,有学者认为,恶意串通规则与虚假表示规则产生冲突,它在规范功能上显得十分多余。^⑭不论如何,在恶意串通规则自身合理性尚存疑问时,更应将其适用范围限制在真正的恶意串通情形,而不应将其适用于恶意串通的代理行为情形。

(二)共同侵权的连带责任之体系违反

对于连带责任的承担问题,代理法外部的解释方案认为,代理人和相对人恶意串通,构成共同侵权(《侵权责任法》第8条),双方应承担连带责任。^⑮依此种解释方案,《民法总则》第164条第2款和《侵权责任法》第8条分别规制共同侵权的具体情形和一般情形,前者的构成要件和法律效果可通过比照后者来阐明。由于两个条文的法律效

果均为连带责任,^⑩因此此种解释方案契合《民法总则》第164条第2款的文义。但从体系解释的角度看,此种解释存在诸多缺陷。

首先,此种解释方案导致《民法总则》第164条第2款成为《侵权责任法》第8条不必要的重复规定。相比于《侵权责任法》第8条,《民法总则》第164条第2款在构成要件和法律效果上均无特别之处,不存在特别规定的必要。^⑪事实上,即使不存在《民法总则》第164条第2款,代理人和相对人恶意串通,完全可适用《侵权责任法》第8条。在此意义上,若《民法总则》第164条第2款就具体情形的共同侵权加以规定,则该规定必然构成《侵权责任法》第8条的不必要重复。

其次,此种解释方案导致《民法总则》第164条第2款的连带责任在含义上自相矛盾。由于该条款仅规定代理人和相对人承担连带责任,而不涉及代理行为的效力问题,因此此时须借助恶意串通的法律行为的无效规则。若恶意串通的代理行为无效,则发生返还财产和赔偿损失责任(《民法总则》第157条)。^⑫根据下文的研究,《民法总则》第164条第2款规定的连带责任应指向此种返还财产或赔偿损失责任,而非共同侵权责任。因此,此种解释方案从共同侵权方面理解该条款的连带责任,同时又借助恶意串通的法律行为无效规则,但该无效规则反过来将否定该条款的共同侵权属性。

最后,此种解释方案未关照到《民法总则》第164条第2款在代理法内部的体系功能。该条款位于《民法总则》第七章“代理”的第一节“一般规定”,其体系功能应为解决代理的一般问题,如在恶意串通时代理权行使的归属效果以及代理权滥用的责任承担等问题。而此种解释方案将该条款理解为共同侵权的请求权基础,完全忽视了其体系功能。

综上,在代理人和相对人恶意串通时,为解决代理行为的效力问题以及代理人和相对人的连带

责任问题,代理法外部的解释方案不论是借助恶意串通的法律行为的无效规则,还是求诸恶意串通构成共同侵权的责任承担,均未能关照《民法总则》第164条第2款的体系功能而存在难以弥补的缺陷。该条款不应被看作代理法外部的恶意串通法律行为的无效规则或者共同侵权规则的具体规定。为阐明代理人和相对人恶意串通的相关问题,应当转变解释进路,在代理法内部寻求解释方案。鉴此,本文拟在代理法内部统一解决代理人和相对人恶意串通的相关问题,先从代理法的内部视角分析代理权滥用的规范构成,再以此为基础分别探讨行为效力和责任承担问题。

二、恶意串通型代理权滥用的规范构成

(一)代理权滥用的构造基础:与代理权独立性的对立关系

在规范构成上,代理权滥用规则与代理权独立性原理关系紧密,为阐明代理权滥用规则,须先说明代理权独立性原理。根据代理权独立性原理,代理关系与基础关系的内容不同,且相互独立。代理关系依代理权授予行为而产生,其内容是法律上的“可以为”。^⑬代理人享有代理权不意味着他负担行使代理权的义务,他“可以为”代理行为,也可以不为代理行为。如果代理人不为代理行为,那么在代理关系层面不发生任何法律后果。基础关系依当事人约定或法律规定而产生,其内容是法律上的“应当为”。^⑭依代理关系,代理人享有实施代理行为并将行为效果归属于被代理人的权力,而被代理人却无法约束代理人。为约束代理人并维护被代理人的利益,在基础关系中一般存在代理人应履行的义务,如遵守委托合同中约定的价格指示等。

首先,代理人违反基础关系的义务,在基础关系层面应承担违约责任或侵权责任。其一,在约定代理的情形,基础关系是委托合同、雇佣合同等合同关系,若代理人违反基础关系的义务,则应承担违约责任。其二,在法定代理的情形,基础关系

是监护关系、财产代管关系等。例如,在基础关系为监护关系时,代理人或监护人的义务为,“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);如果代理人或监护人违反该义务而不当处分被代理人或被监护人的财产,那么应承担法律责任(《民法总则》第34条第3款),该责任在性质上属于侵权责任。^⑩又如,在基础关系为财产代管关系时,代理人或财产代管人的义务是,“妥善保管失踪人的财产,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);如果代理人或财产代管人违反该义务,造成被代理人或失踪人财产损失,那么应承担赔偿责任(《民法总则》第43条第3款),该责任在性质上也属于侵权责任。^⑪

其次,代理人违反基础关系的义务,在一般情形不产生代理关系层面的法律效果。对于基础关系的义务违反,相对人可能根本不知义务违反,也无须调查义务违反。^⑫事实上,依代理权独立性原理,相对人对代理权具有信赖利益,信赖代理归属效果不因义务违反而受影响。如果承认义务违反可发生代理关系层面的法律效果,那么将意味着义务违反可阻碍代理归属效果的发生,使相对人遭受损失。这显然违背相对人对代理权的信赖利益。因此,为保护相对人对代理权的信赖,在一般情形应坚持代理权独立性,基础关系的义务违反,仅产生基础关系层面的责任承担,而不发生代理关系层面的法律效果。

最后,代理人违反基础关系的义务,在特定情形可产生代理关系层面的法律效果。虽然依代理权独立性原理,相对人对代理权享有信赖利益,但是在特定情形,如在相对人明知代理人违反义务的情形,相对人不再享有信赖保护利益。在此种特定情形下,若继续坚持代理权的独立性,则将过分偏重保护相对人,而彻底放弃对被代理人利益

的保护。为保护被代理人的利益,^⑬代理人违反基础关系的义务,在特定情形下不仅产生基础关系层面的法律效果,而且还将发生代理关系层面的法律效果,即成立代理权滥用。因此,代理权滥用可突破代理权独立性,使基础关系的义务违反发生代理关系层面的法律效果。

(二)代理权滥用的构造技术:具有共通性的两项构成要素

通过突破代理权独立性,代理权滥用规则具有保护被代理人利益的功能,它在技术构成上须具备两项要素:代理人违反基础关系的义务,相对人丧失信赖保护利益。此种义务在意定代理情形系指委托合同等基础关系中约定的义务,在法定代理情形系指监护或财产代管等基础关系中法律规定的义务。除此之外,不论在意定代理情形还是在法定代理情形,此种义务还包括在基础关系中依诚信原则产生的代理人维护被代理人利益的忠实义务等。^⑭虽然代理人违反义务的类型取决于基础关系的具体内容,但是这不影响代理权滥用的构成。《民法总则》规定的4种代理权滥用均符合这两项构成要素。

首先,《民法总则》第164条第1款规定的职责违反型代理权滥用,^⑮系代理权滥用的一般类型。根据该条款的规定,代理人不履行或不完全履行职责,即代理人违反基础关系的义务。如果相对人知道职责违反的事实,或者职责违反的事实对相对人是显而易见的,那么相对人丧失信赖保护利益。^⑯在我国实在法中,由于职责违反即指基础关系的义务违反,因此职责违反型代理权滥用可被称作代理权滥用的一般类型。

其次,恶意串通型、自己代理型和双方代理型代理权滥用,仅涉及义务违反的具体构成情形,可被称作代理权滥用的具体类型。《民法总则》第164条第2款规定的恶意串通型代理权滥用,符合代理权滥用的两项构成要素。一方面,代理人因参与串通,显然违反基础关系的忠实义务。代理人

参与串通,既可表现为双方共同磋商并订立损害被代理人利益的合同,也可表现为一方当事人提出损害被代理人利益的合同方案而对方接受。^②另一方面,相对人因参与串通,丧失信赖保护的必要,也就不能依代理权独立性获得保护。由此可知,该条款规定的恶意串通要件只要满足代理权滥用的两项构成要素,无须符合共同侵权的共同故意,就可成立恶意串通型代理权滥用。

同样地,自己代理型和双方代理型代理权滥用也满足这两项构成要素。在自己代理型代理权滥用的情形(《民法总则》第168条第1款),代理人为维护被代理人利益,一般应寻找合适的相对人并为之为代理行为,但代理人与自己实施代理行为,导致代理人与被代理人之间发生利益冲突,故代理人违反了忠实义务;^③同时,由于相对人就是代理人自己,因此当然无信赖保护的必要。在双方代理型代理权滥用的情形(第168条第2款),代理人同时为两个被代理人实施代理行为,由于存在两个被代理人的利益冲突,因此双方代理将损害其中一个被代理人的利益,代理人违反了忠实义务;^④又由于代理人同时也是相对人,因此无信赖保护的必要。

(三)被代理人损害要件对代理权滥用规范构成的意义

恶意串通型代理权滥用技术在构成上不要求被代理人损害要件。虽然代理权滥用旨在保护被代理人的利益,但是此种保护的前提仅在于,相对人丧失信赖保护的必要。被代理人利益的保护,仅是相对人不值得保护的结果。因此,代理人和相对人恶意串通,即使未实际损害被代理人利益,仍成立代理权滥用。

须注意的是,依《民法总则》第164条第2款的规定,连带责任包括两项要件,即恶意串通要件与被代理人损害要件。这表明,代理权滥用与该条款规定的连带责任具有不同的要件,二者并无矛盾之处。下文将指出,在满足恶意串通要件时成

立代理权滥用,其直接效果为代理行为效力待定;在被代理人拒绝追认致代理行为无效,且满足被代理人损害要件时,代理权滥用的间接效果为代理人和相对人承担连带责任。

由于问题的类似性而值得说明的是,传统学说的持有者都认为,《民法总则》第154条规定的真正恶意串通,只有造成他人损害的结果,才能导致法律行为无效。^⑤但如今有学者主张,《民法总则》第154条规定的损害仅指可能发生的损害,而非现实的损害,对于后者应以侵权责任原理加以规制。^⑥从此种意义上讲,不真正恶意串通和真正恶意串通均不以损害的现实发生为成立前提。

三、恶意串通的代理行为之法律效力

在成立恶意串通型代理权滥用时,《民法总则》第164条第2款仅规定代理人和相对人承担连带责任。但事实上,连带责任承担以恶意串通的代理行为的效力为前提问题,^⑦所以恶意串通型代理权滥用的法律效果包括代理行为效力以及连带责任承担。对于恶意串通的代理行为的效力问题,为保护被代理人的利益,必须限制代理行为发生归属效果,故代理行为不可能有效。

(一)代理行为无效方案的缺陷

我国传统学说的持有者认为,恶意串通的代理行为无效。其理由主要为,代理人和相对人恶意串通,双方的主观恶性较深。^⑧相比较而言,在其他3种代理权滥用情形,代理人和相对人主观恶性较浅。例如,依《民法总则》第164条第1款的规定,代理人不履行职责,可成立职责违反型代理权滥用,此种代理权滥用不要求代理人有过错,代理人在主观上可能为无过错;此种代理权滥用仅要求相对人明知代理人违反职责,或者职责违反对相对人是显而易见的,^⑨故相对人在主观上至多为明知意义上的恶意。^⑩

关于代理行为无效的事由,学界众说纷纭。其一,大部分学者认为,恶意串通的代理行为因属于恶意串通的法律行为而无效(《民法总则》第154

条)。其二,另有部分学者认为,恶意串通的代理行为因违背善良风俗而无效(《民法总则》第153条第2款)。^⑤在比较法上,德国主流学说和我国台湾地区学说采此观点。^⑥其三,还有部分学者认为,由于恶意串通的代理行为属于恶意串通的法律行为,且后者又属于违背善良风俗的法律行为,因此恶意串通的代理行为仍属于违背善良风俗的法律行为。这是因为,恶意串通的法律行为不具有独立存在的意义,它属于违背公序良俗的法律行为的特殊情形。^⑦

然而,代理行为无效方案并非妥当。首先,对于恶意串通的代理行为,无效方案均须借助法律行为无效规则。但如前文所述,在恶意串通的代理行为与恶意串通的法律行为两种情形中,恶意串通具有不同的含义,前者是不真正的恶意串通,后者是真正的恶意串通,对前者并不当然应当适用后者的无效规则。另外,在代理人和相对人恶意串通的情形下,行为人主观恶性程度不是代理行为效力的决定性因素。代理人和相对人恶意串通,仅损害被代理人利益,而未侵害公益,故恶意串通的代理行为不应因违背善良风俗而无效。其次,恶意串通的代理行为无效,未必符合被代理人的利益。依常理,每个人都是自己利益的最好判断者。对于恶意串通的代理行为,由被代理人决定其效力,才能最大限度地维护其利益。^⑧在司法实践中,被代理人依自身利益完全可能希望代理行为有效。例如,在一件房屋买卖合同案件中,虽然代理人和相对人恶意串通,以低价出卖被代理人的房屋,但被代理人提起诉讼要求确认买卖合同效力,请求相对人支付房屋价款,人民法院判决支持被代理人的诉讼请求。^⑨基于此,法律应赋予被代理人决定代理行为效力的自治利益,而代理行为无效的方案排除了被代理人的这项利益。

(二)代理行为可撤销方案的缺陷

我国有学者主张,恶意串通的代理行为应可撤销。^⑩在比较法上,《意大利民法典》第1394条

采此例,代理权滥用行为可依被代理人的请求撤销。^⑪相比于无效方案,可撤销方案允许被代理人自主决定代理行为的效力,有利于保障被代理人利益。依《苏俄民法典》第32条的规定,^⑫恶意串通的代理行为属于相对无效,被代理人可申请法院宣告无效。^⑬此项规定为《俄罗斯联邦民法典》第179条第1款^⑭所沿用,后者规定代理行为为相对无效。^⑮同样地,1955年《中华人民共和国民法总则草案》第45条第1句^⑯规定恶意串通的代理行为为相对无效,当时的民法教科书也赞同此种规定。^⑰鉴于相对无效概念未被我国现行法采纳,且其规范功能类似于可撤销概念,故此处便不做严格区分。

然而,代理行为可撤销方案也非妥当。《民法总则》规定的4种可撤销法律行为均属意思表示瑕疵情形,而在恶意串通型代理权滥用情形,代理人独立自主实施法律行为,并无意思表示不自由或意思与表示不一致的情形,故代理行为为不应可撤销。另外,与无效方案相同,可撤销方案必须诉诸法律行为的可撤销规则,仍属代理法外部的解决方案。^⑱此种方案的局限性在于,从代理法外部解决代理行为的效力问题,使得代理权滥用规则依附于代理法外部的法律行为无效或可撤销规则,将消解代理权滥用规则独立存在的意义。

(三)代理行为效力待定方案的合理性

为解决恶意串通的代理行为的效力问题,应从代理法内部寻求解释方案。从代理法的内部看,在成立恶意串通型代理权滥用时,恶意串通的代理行为因无权代理而效力待定。^⑲依效力待定方案,被代理人可追认或不追认,以此可最大限度地维护其利益。对于代理人享有代理权却成为无权代理的原因,可被解释为代理人因与相对人恶意串通而丧失其代理权;也可被解释为代理人虽享有特定范围的代理权,但自始不享有与相对人恶意串通实施代理行为的代理权限,或者与相对人恶意串通实施的代理行为超越其代理权限。相

比较而言,前种解释较为合理,代理人参与串通,其享有的代理权消灭;而依后种解释,虽然恶意串通的代理行为因无权代理而效力待定,但是代理人已享有的代理权并未消灭,这显然不利于对被代理人利益的保护。

在成立恶意串通型代理权滥用时,代理人丧失代理权的理论基础仍在于,代理权滥用对代理权独立性的突破。代理权独立性原理旨在保护相对人信赖,但相对人因参与串通而丧失信赖保护的必要,故法律应以代理权滥用规则突破代理权独立性。此种突破表现为,恶意串通不仅产生基础关系层面的责任承担,而且还发生代理关系层面的法律效果,即代理人因参与串通而丧失代理权。代理权滥用规则与代理权独立性原理分别侧重保护被代理人利益和相对人利益,通过对代理权滥用规则与代理权独立性原理的关系进行体系整合,效力待定方案从代理法内部解决恶意串通的代理行为的效力问题,属于代理法内部的方案。

四、代理人和相对人的连带责任

(一)责任承担的前提:代理行为被拒绝追认而无效

对于恶意串通型代理权滥用的法律后果,理论上认为包括代理行为的效力和连带责任的承担;而《民法总则》第164条第2款仅规定代理人和相对人的连带责任,未规定代理行为的效力,在学说上被认为偏离了规范重心。^⑤该条款在立法论上存在的前述问题,可通过合理的解释方案加以化解。鉴于代理行为效力是连带责任承担的前提问题,只有在最终解决代理行为效力的基础上,才能确定该连带责任的性质和承担方式。

在成立恶意串通型代理权滥用时,对于效力待定的代理行为,被代理人享有追认权。首先,如果被代理人追认,那么代理行为生效。被代理人追认不意味着被代理人嗣后授予代理权,而是被代理人经由追认这种嗣后同意,补正无权代理行为的效力瑕疵。^⑥追认具有溯及力,经追认的代理

行为自成立之时起生效[《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》第11条]。被代理人通过追认主动承受代理行为的效果,便不发生代理关系层面的责任承担问题。

其次,如果被代理人拒绝追认,那么代理行为无效。唯有此时才可能发生代理关系层面的责任承担,即《民法总则》第164条第2款规定的连带责任以及《民法总则》第171条规定的无权代理责任。然而,在恶意串通型代理权滥用的情形,既 not 成立第171条第3款规定的无权代理人责任,也不成立该条第4款规定的侵权责任,代理人对相对人不承担任何责任。一方面,由于相对人因参与串通而在主观上不属于善意,故不成立《民法总则》第171条第3款规定的无权代理人责任。另一方面,此时也不成立第171条第4款规定的代理人的侵权责任。其理由在于,虽然相对人参与串通而在主观上符合该条款的恶意要件,^⑦但是由于相对人参与串通而在主观上为故意,且受害人故意是侵权责任的免责事由(《侵权责任法》第27条),因此在恶意串通型代理权滥用情形排除适用第171条第4款规定的侵权责任。在此种意义上可以认为,相对人参与串通属于自担风险,这完全超出了该条款的保护范围。

(二)代理权滥用性质的连带责任

如果代理行为因被代理人拒绝追认而无效,那么对于被代理人因代理行为无效而遭受的损害,代理人和相对人应依《民法总则》第162条的规定承担连带责任。由于该连带责任系以代理行为无效为前提,而代理行为效力又依代理权滥用原理判断,因此该连带责任可被称作代理权滥用性质的责任。

首先,在代理行为无效时,相对人应向被代理人返还财产和赔偿损失。依《民法总则》第157条(《合同法》第58条)的规定,在法律行为无效后,当事人应当返还因法律行为取得的财产;有过错的当事人应当赔偿对方遭受的损失。其中,财产返

还主要是指所有物的返还或不当得利的返还,赔偿损失在性质上属于缔约过失责任。^⑤同样地,在恶意串通的代理行为无效时,一方面相对人应当返还因该代理行为从被代理人处取得的财产。例如,在一件房屋买卖合同纠纷中,相对人潘美娣与代理人顾鸳凤串通,以低价购买被代理人梁长春的房屋;由于潘美娣将房屋高价转售他人致不能返还房屋,因此人民法院判决其依房屋转售时的市场价向梁长春折价补偿。^⑥另一方面,相对人参与串通而在主观上具有故意,若由此损害被代理人信赖利益的,应当赔偿被代理人遭受的信赖利益损失。^⑦相对人既须赔偿被代理人所受损害,如为签订合同支出的交通费等,也须赔偿被代理人所失利益,即被代理人丧失与他人订立合同的机会而造成的损失。

须注意的是,若代理行为因恶意串通而无效,则审判实务对于相对人返还财产的法律依据存在争议。在一件委托贷款案件中,被代理人授权银行发放贷款,而银行与相对人恶意串通签订《委托贷款借款合同》;一审判决认为,贷款返还的请求权基础是《合同法》第59条的规定;^⑧但二审判决依《合同法》第58条的规定令相对人返还贷款。^⑨相比较而言,二审适用法律正确。一般认为,仅《合同法》第58条涉及合同无效时的财产返还问题,而第59条规定的收缴责任等不属于民法上的法律后果。^⑩此外,即便承认第59条的规定属于民法后果,该条在文义上完全被第58条所涵盖,即两个条文均属合同无效或被撤销时财产返还的规定,且第59条仅是第58条的重复性规定。^⑪

其次,对于相对人向被代理人返还财产和赔偿损失,依《民法总则》第164条第2款的规定,代理人因参与串通而应当对此承担连带责任。承担此种连带责任的原因在于,代理人因参与串通而与相对人一同损害被代理人利益,故应就返还财产和赔偿损失向被代理人承担连带责任。代理人 and 相对人恶意串通构成代理权滥用,二者承担的

连带责任属于代理权滥用性质的法定连带之债。^⑫例如,在前述房屋买卖合同纠纷中,人民法院判决认定,因代理人顾鸳凤与相对人潘美娣串通,损害被代理人梁长春的利益,“故应由顾鸳凤和潘美娣负连带责任”。^⑬在此意义上,恶意串通型代理权滥用的间接后果为,在代理行为因被代理人拒绝追认而无效时,代理人和相对人就返还财产和赔偿损失向被代理人承担连带责任。

综上,恶意串通型代理权滥用的直接效果为代理行为效力待定,其要件仅指代理人和相对人恶意串通;间接效果为代理人和相对人承担连带责任,其要件还包括被代理人遭受损害。恶意串通型代理权滥用的两种法律效果之间联系紧密,代理行为效力是连带责任承担的前提问题。鉴于《民法总则》第164条第2款仅规定代理人和相对人的连带责任,其要件包括恶意串通和被代理人遭受损害,该条款的解释方案为:该条款的规范前提为,代理权滥用导致代理人丧失代理权,且代理行为因被代理人拒绝追认而无效;该条款的规范内容仅包括,代理人和相对人就代理行为无效后的返还财产和赔偿损失承担连带责任。

(三)代理权滥用责任与共同侵权责任的关系

虽然《民法总则》第164条第2款规定的连带责任,在性质上属于代理权滥用责任,而非共同侵权责任,但代理人和相对人恶意串通若满足《侵权责任法》第8条规定的各项要件,也可以成立共同侵权责任。换言之,代理人和相对人恶意串通,可同时成立代理权滥用责任(《民法总则》第164条第2款)与共同侵权责任(《侵权责任法》第8条)。^⑭虽然两种责任均为连带责任,但是其成立要件和责任内容完全不同。

首先,恶意串通要件在两种责任中具有不同的含义。恶意串通要件仅须符合代理人违反基础关系的义务以及相对人丧失信赖保护利益两项要素,便可构成代理权滥用。与此不同,恶意串通要件只有符合共同故意要求,才能构成共同侵权。

依《侵权责任法》第8条的规定,共同侵权在主观方面要求多个加害人之间具有共同故意,即多个加害人之间存在明知且有追求损害后果发生的意思联络。在此意义上,对于《侵权责任法》第8条规定的“二人以上共同实施侵权行为”之“共同”,应依主观共同说解释为共同故意。^⑥与此相应,若代理人和相对人恶意串通构成共同侵权,则恶意串通系指共同侵权的主观要件,即恶意串通等于意思联络或共同故意。

其次,被代理人损害要件在两种责任中具有不同的含义。对于代理权滥用责任,被代理人损害应被理解为被代理人因代理行为无效而丧失财产或遭受损失,此种损失主要指信赖利益的损失。与此不同,对于共同侵权责任,被代理人损害系指被代理人因代理人和相对人的共同加害行为而遭受的损失,此种损失为固有利益的损失。依《侵权责任法》第8条的规定,共同侵权在客观方面要求多个加害人实施加害行为并造成他人损害,若代理人和相对人恶意串通,未造成被代理人损害,则不构成共同侵权。^⑦

最后,代理权滥用责任与共同侵权责任的内容不同。依代理权滥用责任,代理人和相对人就返还财产和赔偿损失承担连带责任。依共同侵权责任,代理人和相对人就损害赔偿承担连带责任。由于两种连带责任旨在保护的被代理人利益不同,在同一案件中可同时成立两种连带责任,同时适用《民法总则》第164条第2款与《侵权责任法》第8条的规定。同样在前述房屋买卖合同纠纷中,被代理人梁长春不仅请求代理人和相对人就房屋折价补偿承担连带责任,还请求二者“赔偿其在系争房屋内的家具家电损失”。^⑧前种请求系针对代理权滥用责任,后种请求系针对共同侵权责任。

五、结语

在代理人和相对人恶意串通时存在两个问题:恶意串通的代理行为的效力问题,代理人和相

对人的责任承担问题。我国学说多从代理法的外部视角分别解决这两个问题:针对第一个问题,我国学说多借助法律行为无效规则,恶意串通的代理行为因属于恶意串通的法律行为,或者因违反善良风俗而无效;针对第二个问题,我国学说多借助共同侵权规则,要求代理人和相对人依共同侵权承担连带责任。然而,代理法外部的解释方案存在严重缺陷:若将恶意串通的代理行为解释为无效,则剥夺了被代理人承认代理行为效力的自治利益;若将代理人和相对人的法律责任解释为共同侵权的连带责任,则不符合《民法总则》第164条第2款规定的体系解释。相反,从代理法的内部视角,借助理权滥用规则,不仅可以消除此类缺陷,而且还可以统一解决这两个问题:恶意串通的代理行为因代理权滥用而效力待定,代理人和相对人承担具有代理权滥用性质的连带责任。鉴于第一个问题是第二个问题的前提,虽然《民法总则》第164条第2款的规定仅回答了第二个问题,但是实则以第一个问题的答案为前提。

虽然我国民事法律中的代理人和相对人恶意串通规则继受苏联法,但是在苏联法及其后继者俄罗斯法中,此项恶意串通规则不会引发争议。因为在苏联法和俄罗斯法中,恶意串通的代理行为被明文规定为相对无效,并且恶意串通的法律行为的概念不被承认。与之不同,我国在继受代理人和相对人恶意串通规则时,将苏联法的恶意串通的代理行为的相对无效规则,抽象为恶意串通的法律行为的无效规则。虽然创制出恶意串通的法律行为概念,但是此种立法创举在解释论上引发较大争议:恶意串通的法律行为的问题在于,作为法律行为的无效事由,恶意串通因与虚假表示之间界限不清而广受诟病;与之相应,恶意串通的代理行为的问题在于,法律未规定其法律效力。因此,我国的恶意串通规则的症结在于,立法创制的恶意串通的法律行为的无效规则(《民法通则》第58条第1款第4项、《合同法》第52条第2项

和《民法总则》第154条),不仅自身具有难以弥补的缺陷,而且还付出了牺牲恶意串通的代理行为的效力规则的代价。

注释:

①参见陈自强:《代理权与经理权之间——民商合一与民商分立》,北京大学出版社2008年版,第87~92页。

②参见龙卫球:《民法总论》,中国法制出版社2002年版,第592页;王利明:《民法总则研究》,中国人民大学出版社2003年版,第650页;朱庆育:《民法总论》,北京大学出版社2013年版,第342页;梁慧星:《民法总论》,法律出版社2017年版,第240页;李永军:《民法总则》,中国法制出版社2018年版,第808页。

③参见李适时主编:《中华人民共和国民法总则释义》,法律出版社2017年版,第483页;韩世远:《合同法总论》,法律出版社2018年版,第223页。

④参见杨代雄:《恶意串通行为的立法取舍——以恶意串通、脱法行为与通谋虚伪表示的关系为视角》,《比较法研究》2014年第4期;韩世远:《虚假表示与恶意串通问题研究》,《法律适用》2017年第17期;李宇:《新桃换旧符:民法总则上的恶意串通行为无效规范》,《学术月刊》2017年第12期;朱广新:《恶意串通行为无效规定的体系地位与规范构造》,《法学》2018年第7期。

⑤参见天津市滨海新区人民法院(2018)津0116民初62082号民事判决书。

⑥有些立法例(如1932年《苏俄民法典》第32条和《俄罗斯联邦民法典》第179条第1款等)明文规定了恶意串通的代理行为,也有些立法例(如德国法)通过判例承认恶意串通的代理行为。

⑦参见佟柔主编:《中国民法学·民法总则》,中国人民公安大学出版社1990年版,第244页。

⑧参见陈甦主编:《民法总则评注》,法律出版社2017年版,第1156~1157页。

⑨参见茅少伟:《论恶意串通》,《中外法学》2017年第1期。另有学者认为,与法律行为相关的恶意串通,应被称作真正的恶意串通,而与法律行为无关的恶意串通,则应被称作不真正的恶意串通。参见龙卫球、刘保玉主编:《中华人民共和国民法总则释义与适用指导》,中国法制出版社2017年版,第550~551页。然而,由于与法律行为无关的恶意串通不仅均

有其特殊规定(如《民事诉讼法》第112条),而且不属于《民法总则》第154的规范范围,因此将此种情形称作不真正的恶意串通并无意义。

⑩有学者认为,行为人与相对人恶意串通,不仅可实施双方法律行为,还可实施单方法律行为。例如,在债权人与债务人恶意串通免除后者债务的情形下,由于我国通说认为债务免除是单方行为,因此此时属于恶意串通实施单方行为的情形。参见朱广新:《恶意串通行为无效规定的体系地位与规范构造》,《法学》2018年第7期。基于此种观点,对于《民法总则》第154条规定的行为人与相对人恶意串通,相对人既可指法律行为的对方当事人,也包括单方行为的意思表示的相对人。

⑪参见吴香香:《滥用代理权所订契约之效力》,载王洪亮等主编:《中德私法研究》(第15卷),北京大学出版社2017年版,第249页;茅少伟:《论恶意串通》,《中外法学》2017年第1期。

⑫参见茅少伟:《论恶意串通》,《中外法学》2017年第1期。

⑬参见杨代雄:《恶意串通行为的立法取舍——以恶意串通、脱法行为与通谋虚伪表示的关系为视角》,《比较法研究》2014年第4期。

⑭参见朱广新:《恶意串通行为无效规定的体系地位与规范构造》,《法学》2018年第7期。

⑮参见陈甦主编:《民法总则评注》,法律出版社2017年版,第1156~1157、1163~1165页;李宇:《民法总则要义》,法律出版社2017年版,第777~779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;冉克平:《“恶意串通”与“合法形式掩盖非法目的”在民法典总则中的构造——兼评〈民法总则〉之规定》,《现代法学》2017年第4期。

⑯依发生原因的不同,连带责任分为法定连带责任与意定连带责任,法定连带责任在实在法中的类型较为有限,它基于法律明文规定而发生,旨在保护交易安全或者保护遭受不法侵害的受害人利益。参见张广兴:《债法总论》,法律出版社1997年版,第145~147页;史尚宽:《债法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第646~648页。

⑰这两个法条之间也不存在竞合关系。参见黄茂荣:《法学方法与现代民法》,中国政法大学出版社2001年版,第168~180页。

⑱参见梁慧星:《读条文学民法》,人民法院出版社2017

年版,第86页。

①②参见[德]维尔纳·弗卢梅:《法律行为论》,迟颖译,法律出版社2013年版,第938页。

③参见[德]本德·吕特斯、[德]阿斯特丽德·施塔姆勒:《德国民法总论》,于馨森、张姝译,法律出版社2017年版,第536页。

④参见龙卫球:《民法总论》,中国法制出版社2002年版,第245页;李宇:《民法总则要义》,法律出版社2017年版,第105页;李永军:《民法总则》,中国法制出版社2018年版,第192页。

⑤另有学者认为,财产代管人违反义务承担的赔偿责任属于特殊的法定责任。参见龙卫球:《民法总论》,中国法制出版社2002年版,第210页。

⑥参见黄立:《民法债编总论》,中国政法大学出版社2002年版,第150~151页;[德]维尔纳·弗卢梅:《法律行为论》,迟颖译,法律出版社2013年版,第942页。

⑦参见石宏主编:《中华人民共和国民法总则条文说明、立法理由及立法规定》,北京大学出版社2017年版,第389页。

⑧有学者认为,代理人与相对人恶意串通,违反权利行使的一般义务。参见谢鸿飞:《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。不过,由于代理权系私法上的权力,而非一种主观权利,不应将权利行使以及禁止权利滥用理论套用于代理权行使和代理权滥用情形。

⑨参见胡东海:《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》,《环球法律评论》2019年第2期。

⑩参见[德]迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2001年版,第729~730页;[德]汉斯·布洛克斯、[德]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243页。

⑪参见韩世远:《合同法总论》,法律出版社2018年版,第225页;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729~730页。

⑫参见王利明:《民法总则研究》,中国人民大学出版社2003年版,第647页。

⑬参见[日]四宫和夫:《日本民法总则》,唐晖、钱梦珊译,台湾五南图书出版有限公司1995年版,第248页。

⑭参见韩世远:《合同法总论》,法律出版社2018年版,第225~226页;茅少伟:《论恶意串通》,《中外法学》2017年第1期。

⑮参见朱广新:《恶意串通行为无效规定的体系地位与规范构造》,《法学》2018年第7期;张平华:《恶意串通法律规范的合理性》,《中国法学》2017年第4期。

⑯参见朱庆育:《民法总论》,北京大学出版社2013年版,第342页。

⑰参见吴香香:《滥用代理权所订契约之效力》,载王洪亮等主编:《中德私法研究》(第15卷),北京大学出版社2017年版,第250页。

⑱参见胡东海:《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》,《环球法律评论》2019年第2期。

⑲民法上的“恶意”可在两种不同含义上使用:与善意对称,系指知情;侵害他人权益的故意。对于代理人和相对人恶意串通,恶意仅可能指第二种含义。

⑳参见陈华彬:《民法总则》,中国政法大学出版社2017年版,第600页;汪渊智、赵搏:《论代理权行使的法定限制》,《南海法学》2017年第1期;刘洋:《代理权滥用法律效果的类型化分析》,载陈信勇主编:《浙大民商法文集》(第2辑),浙江大学出版社2017年版,第62页。

㉑参见[德]本德·吕特斯、[德]阿斯特丽德·施塔姆勒:《德国民法总论》,于馨森、张姝译,法律出版社2017年版,第536页;[德]迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2001年版,第728页。关于我国台湾地区的学说,可参见王泽鉴:《民法总则》,北京大学出版社2009年版,第438页;郑冠宇:《民法总则》,新学林出版股份有限公司2018年版,第416页。

㉒参见龙卫球、刘保玉主编:《中华人民共和国民法总则释义与适用指导》,中国法制出版社2017年版,第549页;李宇:《新桃换旧符:民法总则上的恶意串通行为无效规范》,《学术月刊》2017年第12期;朱广新:《恶意串通行为无效规定的体系地位与规范构造》,《法学》2018年第7期。

㉓参见朱庆育:《民法总论》,北京大学出版社2013年版,第342~343页。

㉔参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。

㉕参见李开国:《民法总论》,华中科技大学出版社2013年版,第226页。

㉖Cfr. G. Visintini, Della rappresentanza(art. 1387-1400), in Commentario del codice civile Scialoja-branca, a cura di F. Galgano, Bologna, Roma, 1993, pp. 278-279.

④④1932年《苏俄民法典》第32条规定:“由于欺诈、威吓、胁迫,或者他的代理人和对方互相勾结,或者由于严重的误解而实施的法律行为,可以申请法院宣告法律行为的全部或者一部无效。”

④⑤参见[苏联]坚金主编:《苏维埃民法》(第1册),李光模、康宝田、邬志雄译,法律出版社1956年版,第289页。

④⑥《俄罗斯民法典》第179条第1款规定:“在欺诈、暴力、威胁、一方代理人与另一方恶意串通影响下实施的法律行为,以及当事人的困难处境被对方所利用而被迫在条件对自己极端不利的情况下实施的法律行为(显失公平的法律行为),可以根据受害人的请求由法院确认为无效。”

④⑦参见[俄]苏哈诺夫主编:《俄罗斯民法》(第1册),黄道秀译,中国政法大学出版社2011年版,第349~350页。

④⑧1955年《民法总则草稿》第45条第1句规定:“由于行为的一方,同对方的代理人或第三人恶意通谋而做出的法律行为,经申请后,法院得确认(宣告)为无效。”

④⑨参见中央政法干部学校民法教研室编著:《中华人民共和国民法基本问题》,法律出版社1958年版,第85页。

⑤①参见陈自强:《代理权与经理权之间——民商合一与民商分立》,北京大学出版社2008年版,第88页;[德]维尔纳·弗卢梅:《法律行为论》,迟颖译,法律出版社2013年版,第941页;吴香香:《滥用代理权所订契约之效力》,载王洪亮等主编:《中德私法研究》(第15卷),北京大学出版社2017年版,第251页。

⑤②参见黄忠:《论恶意串通损害第三人利益无效规范的存废——基于体系的一项检讨》,载于浩主编:《人大法律评论》(第16辑),法律出版社2014年版,第201~202页;迟颖:《意定代理授权行为无因性解析》,《法学》2017年第1期;张平华:《恶意串通法律规范的合理性》,《中国法学》2017年第4期。

⑤③参见朱庆育:《民法总论》,北京大学出版社2013年版,第342页。

⑤④参见纪海龙:《〈合同法〉第48条(无权代理规则)评注》,《法学家》2017年第4期。

⑤⑤须注意的是,代理权滥用意义上的相对人恶意,不同于《民法总则》第171条第4款规定的相对人恶意。前者是指相对人具有损害被代理人利益的主观故意,后者是指相对人知道或应当知道行为人无代理权。虽然两种相对人恶意的内涵

不同,但是不妨认为二者之间具有推定关系,从相对人参与串通可推定相对人知道行为人无代理权。

⑤⑥参见朱广新:《合同法总则》,中国人民大学出版社2012年版,第296页;韩世远:《合同法总论》,法律出版社2018年版,第319~322页。

⑤⑦参见上海市第一中级人民法院(2015)沪一中民二(民)终字第428号民事判决书。其他采相同观点的判决,可参见四川省成都市中级人民法院(2018)川01民终9164号民事判决书。

⑤⑧参见张平华:《恶意串通法律规范的合理性》,《中国法学》2017年第4期。

⑤⑨参见辽宁省大连市中山区人民法院(2015)中民初字第6099号民事判决书。

⑤⑩参见辽宁省大连市中级人民法院(2017)辽02民终7611号民事判决书。

⑥①参见韩世远:《合同法总论》,法律出版社2018年版,第322~323页。有学者认为,《合同法》第59条规定的法律责任,属于行政责任或刑事责任的范畴。参见许德风:《论合同违法无效后的获益返还——兼议背信行为的法律规制》,《清华法学》2016年第2期。

⑥②参见朱广新:《合同法总则》,中国人民大学出版社2012年版,第295页。

⑥③参见龙卫球:《民法总论》,中国法制出版社2002年版,第592页。

⑥④参见上海市第一中级人民法院(2015)沪一中民二(民)终字第428号民事判决书。

⑥⑤关于恶意串通法律行为与侵权责任关系的讨论,可参见张平华:《恶意串通法律规范的合理性》,《中国法学》2017年第4期。

⑥⑥参见程啸:《侵权责任法》,法律出版社2016年版,第347~351页。与此不同的观点,参见杨立新:《侵权责任法》,北京大学出版社2014年版,第103~105页。

⑥⑦参见李宇:《民法总则要义》,法律出版社2017年版,第779页。

⑥⑧须注意的是,梁长春未就其第2项请求提供证据,故人民法院不支持该请求。参见上海市第一中级人民法院(2015)沪一中民二(民)终字第428号民事判决书。