

论代理人和相对人恶意串通

殷秋实*

摘要:《中华人民共和国民法通则》第66条第3款和《中华人民共和国民法总则》第164条第2款调整代理人和相对人的恶意串通行为。这两款规定并不成功:构成要件太过狭窄;理论界和实务界通常将代理行为认定为无效,对被代理人的保护并不充分;连带责任适用范围有限。立法虽然提出了正确的问题,但视角并不全面,回答也不恰当。更好的解释方法是从代理权限出发,将恶意串通视为代理权滥用行为,构成无权代理。在构成要件上,本款不应该局限于恶意串通,只要存在代理人的利益冲突行为即可;在法律效果上,只要相对人对利益冲突明知或者可知,代理人即为无权代理。这样的解释论也能够和公司法利益冲突行为的处理相兼容。

关键词: 代理人 相对人 恶意串通 代理权滥用 效力未定 连带责任

DOI:10.16390/j.cnki.issn1672-0393.2020.03.009

《中华人民共和国民法通则》(以下简称《民法通则》)第66条第3款对代理人和相对人的串通行为设有专门规定:代理人 and 第三人串通,损害被代理人的利益的,由代理人和第三人负连带责任。《中华人民共和国民法总则》(以下简称《民法总则》)第164条第2款只对个别词语略加变动,强调串通的恶意和被代理人权益的合法,将第三人改为相对人。《中华人民共和国民法典(草案)》亦同。这种传承所体现的立法者态度,是本款已经成熟,并无问题,应该继续坚持。

然而,这种成熟只是表象。对于代理人和相对人的串通行为以及相应的两款规范,现有理论已然分歧为两个方向。一个方向是恶意串通:我国民法理论最初仿照苏俄民法典,将串通行为限于代理人与相对人勾结,在《民法通则》将恶意串通提升为法律行为无效的一般规则后,代理人和相对人的串通行为被视为恶意串通的典型情形。^①另一个方向是代理权滥用:不少学者把代理人与相对人恶意串通与自己代理、双方代理相提并论,合并称为代理权滥用的行为。^②

且不说两个讨论方向代表了完全不同的理解和构建思路,两个方向的讨论本身也只是浅尝辄止。

* 中央财经大学法学院副教授

① 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;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。

② 参见尹田:《民法典总则之理论与立法研究》,法律出版社2010年版,第695页。

就与恶意串通一般规则的关系来说,代理人和相对人的恶意串通存有专门条文,其通常被排除在恶意串通核心情况的探讨之外,只是在讨论恶意串通的一般行为时才被附带提及。^①就代理权滥用来说,相比自己代理和双方代理而言,代理人和相对人恶意串通的行为亦只是被简单讨论。此外,连带责任的表达方式也更类似侵权法,而不是代理法。

对代理人和相对人恶意串通行为认识和定性的分歧与模糊,导致现有条文的规定偏离重心,在构成要件和法律效果两个层面上都存在不少疑难,如损害被代理人利益如何界定、恶意串通的要件是否可以放松以及放松到何种程度、串通行为的效力、连带责任的适用范围等。现有理论和实践或是尚未充分认识到这些疑难,或是对某些问题的回答并不恰当,进一步导致人民法院在理解和适用条文时出现诸多问题。本文试图从代理制度的特点和功能出发,讨论两种思路何者为当,据此明晰条文的构成要件和法律效果。

一、两种不同的理解思路

(一)构成要件和法律效果的分歧

《民法通则》第66条第3款和《民法总则》第164条第2款在规制代理人和相对人的串通行为时,设立了以下构成要件,即代理人和相对人(恶意)串通、损害被代理人的(合法)权益;规定的法律效果是代理人和相对人负连带责任。对于这些构成要件如何界定,理论上有不少争议。对于法律效果,学界对连带责任的规定并无兴趣,而纠结于代理行为的效力为何。

就恶意串通而言,虽然《民法通则》第66条第3款只提串通而没有提及恶意,但是,考虑到这种行为是恶意串通一般条款的历史起源,以及我国学者通常将其认为是恶意串通的重要类型,该所提到的串通也应是恶意的。《民法总则》第164条第2款添加的“恶意”并不属于实质变更,只是让表达更加精确。这两款中的串通和恶意串通一般行为的理解并无不同,亦即串通是指行为人主观上有共同的意思联络,都希望损害被代理人的利益;^②串通的典型样态既包括当事人之间积极联络的作为,也包括一方当事人作出表示、对方当事人明知该表示的目的不法,仍然默示接受的情形。^③

对恶意的界定则有不同的看法。我国法中的善意与恶意至少具有两种含义:一种如同善意取得制度中的善意与恶意,表达的是当事人对某个情况是否明知或者应知,并不具有道德评价内涵;另一种则如同恶意串通中的恶意,带有道德否定的评价,表达的是行为人明知自己的行为会损害他人利益但仍然故意为之的主观状态。具体到代理人与相对人的恶意串通行为,不少学者遵从恶意串通的一般规则,从第二种含义上理解恶意,认为代理人和相对人的恶意也是明知或应知其订立的行为将造成对被代理人的损害而故意为之的主观状态。^④这也体现了将代理人与相对人的恶意串通作为恶意串通典型类型的传统观点。与之不同,有学者从代理权滥用的立场出发,认为两种滥用情况会影响代理行为的效力:其一为第三人恶意,即第三人明知或应知代理权的滥用;其二为恶意第三人有一进一步损

① 参见韩世远:《虚假表示与恶意串通问题研究》,《法律适用》2017年第17期;张平华:《恶意串通法律规范的合理性》,《中国法学》2017年第4期。

② 参见崔建远:《合同法总论》(上卷),中国人民大学出版社2011年版,第308页。

③ 参见茅少伟:《论恶意串通》,《中外法学》2017年第1期。

④ 参见王利明:《民法总则研究》,中国人民大学出版社2012年版,第664页;石宏编:《中华人民共和国民法总则条文说明、立法理由及相关规定》,北京大学出版社2017年版,第389页。

害被代理人的意图,与滥用代理权的代理人合谋实施不利于被代理人的行为。^①在这种体系视角下,恶意串通中的相对人知晓代理权的滥用,并意图损害被代理人的利益,恶意的两种含义均有体现。

损害被代理人的利益存在主客观两种不同的解读。客观解读认为,当事人意图损害他人利益与实际造成他人损害是两个概念,如果没有发生实际损害,合同就没有必要无效,依据这种思路,被代理人的合法权益受到损害是构成要件之一。^②这种解读方式也可以和法条规定的法律效果相匹配:如果没有损害,也就谈不上连带责任的问题。主观解读则将损害他人利益作为代理人和相对人恶意串通的内容和目的。在这种解读方式下,代理人和相对人的恶意串通行为不以他人利益遭受实际损失为必要,行为有损害他人利益的目的即可。^③不过,主观解读明显与连带责任的规定不协调。

对于代理人和相对人恶意串通,损害被代理人利益的行为,《民法通则》和《民法总则》的条文规定的法律效果是代理人和相对人承担连带责任。且不论连带责任是否恰当,立法并没有规定代理行为的效力,使理论和实务不得不填补立法的这一空白,但就此存在明显的观点分歧。主流的观点继续秉持代理人和相对人的恶意串通是恶意串通典型情形的思路,认为代理人和相对人恶意串通而实施的行为应该适用《民法总则》第154条的规定,因而无效。^④与之类似的观点认为,代理人和相对人恶意串通的行为乃是由于违反善良风俗而无效。^⑤此外,还有学者将《民法通则》第66条第3款作为效力性强制性规定,代理人和相对人恶意串通的行为因违法而无效。^⑥人民法院在实务中也多采纳无效的思路,将《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》)第52条第2项或者《民法通则》第58条第4项直接适用于代理行为中,以代理人和相对人恶意串通为由判决代理人和相对人实施的法律行为无效。^⑦认为代理行为并非无效的观点则认为,这里应该适用无权代理的规定,因为被代理人授予代理人的代理权应该不包含代理人与相对人恶意串通、损害自己利益的内容,代理人的行为因而构成无权代理,需要由被代理人来决定代理行为的效力。^⑧将代理人和相对人的恶意串通行为归类为效力未定的无权代理,还被认为是可以减轻被代理人的举证负担,有利于更好地维护被代理人的利益。^⑨

(二)分歧背后的不同思路

从更宏观的层面看,在关于构成要件和法律效果的具体争议背后,是两种不同的理解思路。代理制度的典型构造,是代理人在获得授权后以被代理人的名义订立法律行为。代理制度所要解决的核心问题,是被代理人是否受到代理行为的约束,也就是代理行为是否有效。代理行为有效一方面需要代理人确有代理权,另一方面需要代理行为满足法律行为的一般生效要件。代理人和相对人恶意串

① 参见朱庆育:《民法总论》,北京大学出版社2016年版,第352页。

② 参见陈甦编:《民法总则评注》(下册),法律出版社2017年版,第1164页。

③ 参见冉克平:《“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。

④ 参见韩世远:《虚假表示与恶意串通问题研究》,《法律适用》2017年第17期;陈甦编:《民法总则评注》(下册),法律出版社2017年版,第1163页。

⑤ 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。

⑥ 参见王利明:《民法总则研究》,中国人民大学出版社2012年版,第665页。

⑦ 参见吉林省辽源市中级人民法院(2015)辽民再终字第11号民事判决书,四川省绵阳市中级人民法院(2015)绵民终字第304号民事判决书,等等。

⑧ 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。

⑨ 参见朱庆育:《民法总论》,北京大学出版社2016年版,第352页。

通行为的诸多争论可以归结为从以上哪个方面来分析问题,是以代理人实施的行为为直接评价对象,还是以代理人实施行为时的权限为直接评价对象。

以代理人的行为作为直接评价对象,就会将代理人和相对人的恶意串通行为作为恶意串通一般行为的一个典型,适用恶意串通的一般规则。因此,代理人和相对人的恶意串通行为无效。为了契合无效这种严厉的法律效果,恶意串通和被代理人损害的要件都需要严格落实,既需要恶意是当事人明知自己行为会造成第三人损害而故意为之的主观状态,也需要被代理人遭受真实损害。因为如果国家、集体或者第三人的利益没有受到任何损害,行为也就没有无效的必要性。

以代理人的权限为评价中心,恶意串通并不会也不能直接否定代理人实施的行为效力。在这种思路下,最严重的评价无非代理人没有代理权。即便如此,代理人的行为也不是直接无效,而是效力未定的无权代理行为。在这种思路下,对恶意串通和被代理人损害的解释也不会像无效思路那样严格。在解释恶意串通时,对恶意和串通都没有特别严格的要求,而是会更加重视相对人明知或者应知代理人越权的主观状态,以此决定代理行为发生狭义无权代理而非表见代理的效果。同样,从代理权方面进行评价的思路也不强调被代理人需要遭受实际损害,因为超越代理权和造成损害没有必然关系,如同在普通无权代理中,代理行为效力未定从来不以代理行为给被代理人造成损失为必要条件。此时,虽然代理人和相对人的行为是恶意串通,但是跟恶意串通的一般规则并无关联,只是使用的字词恰巧一致而已。恶意串通的一般规则并不能直接适用于代理人和相对人恶意串通的情况。

简言之,两种思路的不同在于,是否在代理法的框架内处理代理人和相对人的恶意串通行为,被代理人能够获得何种保护,不同的选择决定相关要件和法律效果应该如何解释。从文义和体系上看,两种解释思路都是可行的。从表面看,从行为的立场出发的评价可能更有理由,毕竟《民法总则》第164条第2款和第154条都使用了“恶意串通”的表达,两者在历史上也有渊源关系。《民法总则》第164条第2款所规定的连带责任,也要求严格界定恶意串通和被代理人的损害。但是,从代理权限立场出发的思路更符合代理法的框架,也并没有被条文明确排除。因此,选择何种解释思路和结论,最终取决于哪种解释思路更符合体系和立法目的,更能妥当保护被代理人的利益。

二、恶意串通行为的法律效力

《民法总则》第164条第2款的立法目的在于保护被代理人的利益,^①而保护的重要方式之一,就是代理人和相对人行为效力的确定。行为效力是代理人与相对人恶意串通的核心问题,决定被代理人所能获得的保护类型,影响恶意串通、被代理人损害等构成要件在解释上是否具有刚性,因此,尽管立法未明文提及,行为效力仍是现有讨论的重点。从这些角度看,该款没有规定行为效力,属于立法疏漏,^②应予填补。现有理论和实务的主要争论,是通过效力未定还是无效来保护被代理人。除此之外,可撤销或者相对无效也是可能的解释方案。哪种解释更加恰当,需要细致考量和分析。

(一)行为效力未定

从制度价值看,合理方案是将代理人和相对人的串通行为认定为无权代理,从而效力未定。

意定代理的意义在于扩张私法自治,扩大法律交往中实现自己利益的范围,让被代理人不必事必

^① 参见石宏编:《中华人民共和国民法总则条文说明、立法理由及相关规定》,北京大学出版社2017年版,第389页。

^② 参见杨代雄:《结构·民事法律行为·代理——〈中华人民共和国民法总则(草案)〉存在的几个问题》,《东方法学》2016年第5期。

躬亲。^①可见,代理制度以被代理人的利益和意思为中心,被代理人利益和意思的中心地位贯穿代理制度始终:代理依据被代理人的意思发起和终止,代理人应该维护被代理人的利益,依据被代理人的利益和意思从事代理行为。在确定代理人和相对人恶意串通行为的效力时,被代理人在以下两方面的地位值得注意,即代理人的代理权来自被代理人,权限范围由被代理人确定;以及除非有必须让法律行为直接无效的理由,立法者通常尽可能让被代理人自己决定行为效力,其典型表现是狭义无权代理中被代理人的追认权或者拒绝权。

从代理权角度看,代理人和相对人的串通行为实质上是无权代理。因为代理权限既然来自被代理人的授权行为,则权限范围就取决于对被代理人意思的解释。即使无禁止,经由补充解释,代理人也应该知道意图损害被代理人利益的行为并不符合被代理人的意思,如果被代理人知道相关情况就不会授予代理权,因此,串通行为超越代理权,构成无权代理。

既然串通行为是无权代理,那么行为效力就应当取决于被代理人是否追认。这也是效力未定与无效的一个重要区别:如果串通行为无效,则无须被代理人特别主张,行为当然无效,被代理人也不能事后恢复行为效力;如果串通行为是效力未定,行为生效与否就取决于被代理人,被代理人拒绝行为,会导致行为确定不生效力,和无效的结果一致,但被代理人也可以追认行为,让行为确定生效。

将串通行为规定为无效,相当于假设被代理人肯定不会追认这种行为。但是,虽然代理人和相对人的恶意串通行为是为了损害被代理人的利益,被代理人却并非没有追认的可能,如在市场情况导致标的物价格变化,或者代理人(相对人)提供其他补偿时,被代理人也可能追认合同。只要被代理人是自己利益的最合适判断者的假设仍然存在,让被代理人自己决定行为效力就应是最恰当的解释选择,立法者和法官并无必要越俎代庖。在可撤销制度中,通过欺诈、胁迫订立的行为并非当然无效,行为效力的决定权属于被欺诈、胁迫的当事人,也是同理。

将代理人和相对人串通行为解释为无权代理的方案虽然看起来很通畅,但是不能忽视的是授权行为和基础行为之间关系的前提性影响。串通行为构成无权代理进而导致行为效力未定的前提,是授权行为的有因性。这是因为,串通行为表面上其实是落入代理权范围的,需要通过补充解释将这种行为排除在代理权之外,这种补充解释的依据在于被代理人利益的中心地位,换言之,即代理人有维护被代理人利益的义务。但是,这种义务不能来自授权行为——依据通行观点,授权行为是单方行为,而单方行为并不能让代理人负担义务。^②因此,维护被代理人利益的义务就只能来自内部基础关系,如委托、雇佣等。此时,如果串通行为会导致效力未定,即意味着内部关系所生义务能够影响代理行为效力。这显然以授权行为有因性为前提。

如果授权行为以无因性为原则,则情况大有不同。在无因性下,授权行为和基础行为彼此独立,互不影响,代理行为的效力只依据授权行为而判断,代理人即使违背基础关系而为代理行为,只要代理行为在代理权限范围内,即能对本人发生效力。^③在纯正的无因性理论中,对本人仅在内部关系上对代理权做出的限制,就算相对人明知或者被代理人已经通知相对人,也不妨碍代理行为效力的发生。^④换言之,无因的授权行为一旦做出,代理人“能为”和“不能为”的范围就已经划定;代理人串通

① 参见王泽鉴:《民法总则》,北京大学出版社2009年版,第349页。

② 参见李永军:《民法总论》,法律出版社2009年版,第637页。

③ 参见冉克平:《代理授权行为无因性的反思与建构》,《比较法研究》2014年第5期。

④ Vgl. De Lorenzi, La rappresentanza, in Il codice civile commentario, diretto da F. D. Busnelli, Milano, 2012, 65s.

行为的体系位置,是代理人在能为的范围内“应为”和“不应为”的问题。因此,在无因性下,代理人 and 相对人的串通行为虽然能够导致损害赔偿,但是不影响代理行为的效力。只要代理人的意思表示尚未超越代理权限,其行为就有效,与相对人明知与否无关。^①

《民法总则》代理章节的遗憾之一,是依旧没有在立法层面上明确授权行为是否无因,导致这一问题仍然处于激烈争论的状态,持有因性的观点有之,^②但无因性似乎更受学者青睐。^③如果立法或者实践最终采纳有因性的观点,将代理人和相对人的串通行为界定为无权代理并无问题;如果最终采纳无因性为原则,要否定代理行为的效力,就需要跨越无因性的障碍,而这无非采用以下两种方法:

方法之一是在这种情况下例外地突破无因性,不再坚持区分和分离授权行为和基础关系。这要求诸制度目的:在相对人和代理人恶意串通的情况下,第三人既然以损害被代理人利益为目的,无因性保护第三人的目的就已落空,此时可以将授权行为和基础关系关联,从而将串通行为界定为无权代理行为。^④这实际上回到了有因性的方案。

方法之二是规避,即通过引入其他规则来直接评价代理行为,从而绕过无因性的争论。无效正是其中一种主要选择,^⑤也是我国立法、多数学说和实务所采纳的选择:立法规定了代理人的连带赔偿责任,而学说和实务则基于各种原因(恶意串通、违背公序良俗、违背强制性规定)认定合同无效。

(二)行为无效

虽然将代理人和相对人的串通行为直接认定为无效是一种可能的规避方式,但是无论是从具体的无效原因看,还是从与代理法的协调角度观察,将串通行为直接认定为无效都不恰当。

要认定代理行为无效,需要将之涵摄在某种无效原因之下。在我国法中,这通常借助于恶意串通的一般规则,即《民法总则》第154条的规定。但是,从结构上看,代理人和相对人的恶意串通并非真正的恶意串通,这里并不是法律行为当事人串通损害第三人利益,而是法律行为的一方当事人与另一方的代理人串通,损害另一方当事人的利益。^⑥并且,恶意串通一般规则本身的价值和意义已广受质疑,在剥离各种特别规定后(代理人和相对人恶意串通正是一种特别规定),恶意串通一般规则的适用空间相当有限,甚至并无规定必要,可以直接用善良风俗处理。^⑦而从善良风俗的角度看,恶意串通并不能被直接定性为会导致无效的背俗行为。代理人和相对人恶意串通损害的只是被代理人的个人

① 参见朱建农:《论民法上恶意串通行为之效力》,《当代法学》2007年第6期。

② 参见叶金强:《论代理权授予行为的有因构造》,《政法论坛》2010年第1期。

③ 参见陈华彬:《论意定代理权的授予行为》,《比较法研究》2017年第2期。

④ 参见胡东海:《论恶意串通型代理权滥用》,《法商研究》2019年第5期。

⑤ 或可基于诚信原则,相对人不得援用代理权,被代理人可以提出禁止权利滥用抗辩,这也是代理法之外的解决方案。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244页。

⑥ 参见茅少伟:《论恶意串通》,《中外法学》2017年第1期。也有学者持反对观点。参见朱广新:《恶意串通行为为无效规定的体系地位与规范构造》,《法学》2018年第7期。不过,从文义看,《中华人民共和国民法总则》第154条的表达是“行为人与相对人……的民事法律行为”,认为两者是法律行为的当事人似乎更为恰当。

⑦ 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。

利益,并不必然导致无效,正如欺诈、胁迫等违反“善良风俗”的行为也只是可撤销。^①

代理人和相对人的串通行为不因违法而无效,因为这种串通本质上构成无权代理,法律既已明定效力状况,《民法总则》第164条第2款就此超脱违法无效的分析框架,不必讨论其是否为效力性强制性规定。^②退一步讲,即使在违法无效的框架中讨论串通行为,法律行为是否无效也需要考察规范目的,以划定私法自治应该遵循的边界。^③此时,如果认同被代理人应该享有对行为效力的最终决定权,该问题就还处在私法自治的范畴之中,无效因过于严厉、超出比例,反而不足以实现法条目的。

此外,还有一些学者将恶意串通和虚伪表示相联系,认为恶意串通构成故意的意思表示不一致,属于虚假行为,于表示人之间无效。^④然而,就恶意串通行为而言,当事人之间达成的合意可能是虚假的,也可能是真实的。真实合意显然无法用虚伪表示制度处理。虚假的合意确实无效,但这是适用《民法总则》第146条的结果。考虑到《民法总则》第146条第1款已经明文确定虚假表示无效,为防止恶意串通的条文沦为具文,应当将恶意串通解释为当事人之间的真实意思表示,如此,也就不能以虚伪表示为由判定代理人和相对人的恶意串通行为无效。

除了并不符合法定的无效原因之外,从体系上看,认为代理人和相对人恶意串通行为无效也不恰当。在代理法中,代理人和相对人恶意串通的行为在严重程度上并不会超过自己代理和双方代理的行为,两者至多同等程度——事实上,如前所述,我国学者也通常把自己代理、双方代理和代理人与相对人恶意串通的行为相提并论,合并称为代理权滥用的行为。对于自己代理和双方代理,《民法总则》第168条已经设有明文规定。虽然没有具体说明此时代理行为的效力,但是从“被代理人同意或追认的除外”的表达来看,自己代理和双方代理是效力未定的行为。这种观点也得到学说认可。^⑤如果更加违背公序良俗、更可能造成被代理人损害的自己代理、双方代理都是效力未定的行为,那么将代理人和相对人恶意串通评价为无效在体系和价值上并不协调,对被代理人的保护用力过度、过犹不及。

(三)行为可撤销或相对无效

事实上,和无效相比,意在保护个人利益的可撤销更为适宜。即使坚持行为无效,考虑到这里的保护对象并非公共利益,绝对无效并不合适,只有被代理人可以主张的相对无效更加恰当。^⑥毕竟,可撤销和相对无效都允许被代理人自己决定行为效力。

但是,在现行法中,可撤销和相对无效也非代理人和相对人恶意串通行为的合适效果,无论哪种效力状态都存在难以跨越的解释障碍。

就可撤销来说,《民法总则》规定的可撤销事由主要是欺诈、胁迫、错误和因乘人之危而显示公平。

① 无效是为了保护公共利益,可撤销是为了保护个人利益。参见梁慧星:《民法总论》,法律出版社2017年版,第201页。也有学者认为,善良风俗处理的是以基本权保护限制合同效力的情形。参见章程:《从基本权理论看法律行为之阻却生效要件——一个跨法域释义学的尝试》,《法学研究》2019年第2期。无论采用上述何种观点,都难以得出恶意串通直接无效的结论。

② 学界还存在类似的观点。参见朱庆育:《〈合同法〉第52条第5项评注》,《法学家》2016年第3期。

③ 参见姚明斌:《“效力性”强制规范裁判之考察与检讨——以〈合同法解释二〉第14条的实务进展为中心》,《中外法学》2016年第5期。

④ 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。

⑤ 参见陈甦编:《民法总则评注》(下册),法律出版社2017年版,第1190页。

⑥ 有学者认为,恶意串通的一般情况也应是相对无效。参见王利明:《民法总则研究》,中国人民大学出版社2012年版,第599页。

这些事由都无法涵摄代理人与相对人的串通行为。从乘人之危来看,一方利用对方处于“危困状态、缺乏判断能力等情形”并非串通行为的固有情况。就欺诈、胁迫、错误等意思瑕疵而言,确实有学者认为,恶意串通构成串通人和第三人之间的意思表示不自由,符合欺诈的要件。^①依类似逻辑,将恶意串通理解为错误亦非不可能。但不能否认的是,在错误、欺诈、胁迫等意思表示瑕疵中,意思与表示确实存在不一致或不自由,表意人做出的是不符合其内心真实想法的表示。而恶意串通的情况则截然不同:代理人所要缔结的法律行为,恰恰就是代理人心中所想所求,代理人的目的就是要损害被代理人的利益。因此,串通行为不构成意思瑕疵,也不具备类推的前提条件。

而且,我国法关于意思表示瑕疵的理解有时和代理法的利益衡量相去甚远。特别是错误的情况,通说认为,表意人撤销意思表示并不需要相对人知道或者应该知道的要件。^②如果要将代理权滥用解释为一种意思瑕疵,那么可能意味着代理人滥用代理权时,即使相对人不知道,本人也可以撤销代理行为。这并不能充分保护相对人的信赖利益,和表见代理等制度所体现的价值背道而驰。

相对无效的问题则在我国并没有成熟的制度。事实上,相对无效的内涵都无定论,有学者认为相对无效是不能以无效对抗善意第三人;^③有学者认为相对无效是合同仅仅对特定的人不产生效力,而相对于其他人仍然可以产生效力。^④有的观点包含以上两者,认为相对无效是仅对特定人不生效力,或者无效不能对特定人主张。^⑤此外,还有学者从有权主张无效主体的立场出发,认为相对无效是仅一方当事人可以主张无效。^⑥相对无效的配套规则,如法官是否可以依据职权查明、相对无效是否有除斥期间等,也都不确定。将代理人和相对人的串通行为界定为相对无效,并没有解决问题,相反只是一系列问题的开端,远不如已有较为成熟稳定规则支撑的效力未定或者可撤销的方案。

因此,从我国法的解释论上看,代理人和相对人的串通行为构成无权代理、因而效力未定是更加妥当的解释方案。这也符合代理法在处理被代理人和代理人的关系时,将被代理人的利益和意思置于核心地位的原则。其他直接评价行为的可能替代方案,或者不符合现有体系和规定,如绝对无效和可撤销,或者在具体效果上有很多问题并不明确,如相对无效,但是得到的最好结果也和效力未定相差不远,都是将行为效力的最终决定权交给被代理人,无非代理行为的初始效力状态可能不同。

三、恶意串通要件的扩张

从代理权有无的角度评价代理人和相对人的恶意串通行为,在体系和目的上更加符合我国法。不过,这随之带来的问题是,恶意串通的构成要件有过度狭窄的嫌疑。从代理权的角度看,代理人和相对人恶意串通的特点在于,代理人的行为表面有权,实则越权,因而是无权代理行为。但是,这种实际越权的行为并不以“恶意串通”为必要条件,只要代理人的行为违反被代理人的利益和意思,就足以构成这种情况。与之类似,和代理人与相对人恶意串通一并属于代理权滥用的自己代理、双方代理也是表面有权、实际超越的典型情况。事实上,在民法总则草案阶段,就有学者主张将恶意串通条款与

① 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。

② 参见冉克平:《民法典总则视野下意思表示错误制度的构建》,《法学》2016年第2期。

③ 参见董安生:《民事法律行为》,中国人民大学出版社2002年版,第96页。

④ 参见王利明:《合同法研究》(第1卷),中国人民大学出版社2011版,第620页。

⑤ 参见崔建远编:《合同法》,法律出版社2010年版,第101页。

⑥ 参见梁慧星:《民法总论》,法律出版社2017年版,第203页。

自己代理、双方代理合并规定,^①不过该建议并未被立法者采纳。

(一)比较法的经验

在探讨恶意串通是否过于狭窄时,比较法可以提供借鉴。直接规定代理人和相对人恶意串通的规范在比较法上少有立法例,属于我国的独特规定,^②但是,如果从更上位的代理权滥用角度观察,比较法处理该种情形的规定并不罕见,甚至可以说是现代代理法的必备规定。

典型的例子如意大利民法。《意大利民法典》第1394条规定,由代理人缔结的、与被代理人利益相冲突的契约,在第三人知道或者可知道的情况下,得根据被代理人的请求而撤销。该条规定所称的利益冲突,是指代理人追求和本人利益不相兼容的利益,一方利益的实现需要以另一方利益的受损为代价。^③利益冲突构成代理权滥用的典型和重要情况。

利益冲突的调整范围很广。在意大利民法理论中,依据代理人直接追求的利益不同,利益冲突行为为进一步划分为直接冲突与间接冲突,前者是指代理人追求的冲突利益是自己的利益,后者中代理人的目的是相对人的利益。直接冲突的典型情况是自己代理和双方代理(《意大利民法典》第1395条),以及代理人在本人财产上为自己设定担保。^④间接冲突的情况更为复杂,此时代理人 and 相对人之间通常存在法律或者事实上的特别关系,如夫妻关系、亲属关系、事务处理关系、个人的其他亲密关系等。^⑤代理人和相对人之间的利益关系通常具有财产性,代理人的利益冲突行为在导致相对人获益的同时,相对人获益也可以转化成代理人自己的利益。这显然超出代理人和相对人恶意串通的文义所能涵摄的范围。

不少立法例均采利益冲突的思路。欧洲示范民法典草案就采相同模式,该草案的第II.-6:109条规定一般性的利益冲突行为,同条第2款规定自己代理和双方代理,这两种情况被推定为存在利益冲突。普通法也是从利益冲突方面调整滥用行为。普通法要求代理人对被代理人承担忠实义务,也就是代理人在代理关系中要忠实于被代理人的利益,在代理人自己利益和本人利益并存时,代理人要将被代理人利益置于自己利益之上。^⑥没有被代理人同意,代理人不能为自己或者第三人利益行为。^⑦自己代理和双方代理是违反忠实义务的典型情况。^⑧

对我国理论有重大影响的德国民法则采不同思路。《德国民法典》并没有规制一般代理权滥用的条文,而只是在第181条禁止自己代理和双方代理行为。违背被代理人利益和意思的其他代理权滥用行为不能类推适用第181条。通说认为,虽然第181条的立法原因在于禁止利益冲突,但第181条的独特之处在于,就构成要件来说,利益冲突的存在既不是充分条件也不是必要条件。^⑨也就是说,

① 参见马新彦:《民法总则代理立法研究》,《法学家》2016年第5期。

② 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。

③ Vgl. G. Visintini, Della rappresentanza, in Commentario del codice civile Scialoja—Branca, artt. 1372—1405, a cura di F. Galgano, Bologna, 1993, 271.

④ Vgl. De Lorenzi, La rappresentanza, in Il codice civile commentario, diretto da F. D. Busnelli, Milano, 2012, 373.

⑤ Vgl. De Lorenzi, La rappresentanza, in Il codice civile commentario, diretto da F. D. Busnelli, Milano, 2012, 371.

⑥ See Restatement of the Law, Third, Agency, § 8.01 and Comment b.

⑦ See F.M.B. Reynolds, Bowstead and Reynolds on Agency, Sweet & Maxwell, 2006, p. 186.

⑧ See F.M.B. Reynolds, Bowstead and Reynolds on Agency, Sweet & Maxwell, 2006, p. 212. Restatement of the Law, Third, Agency, § 8.03.

⑨ 参见[德]卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》(下册),王晓晔、邵建东、程建英等译,法律出版社2003年版,第831页。

在适用该条时,只考虑自己代理或者双方代理的交易形式就可以,无须考虑其他因素。

这并不意味着德国法不调整代理权滥用行为。对代理权滥用行为的调整是通过法院创设的规则实现的。在面对代理人可能违背本人利益和意思的行为时,法院除需审查是否存在对第181条的规避外,还需审查是否存在代理权滥用。^①如果代理人在交易对方知道的情况下进行违反自己义务的活动,不管他自己是否知道他的行为违反自己承担的义务,代理权归于消灭。^②

当然,这些立法例不是无条件保护被代理人。在代理权滥用制度中,被代理人利益的保护要和交易安全相权衡,保护被代理人的边界因此由相对人的主观状态划定。德国法即为范例:只要不是熟视无睹就不可能不知道的显见性标准,^③对相对人几乎没有课加任何主观要求,几近信赖保护的上限。在意大利法和普通法的利益冲突模式中,对相对人的主观要求是明知或者可知利益冲突的存在,也没有赋予当事人以特别的调查义务:只要具体情况、代理人行为、交易性质等能够反映出利益冲突的存在,让相对人可以识别或者有所怀疑即可。从具体实践看,这些标准并无实质差别。如在德国法中,若保险代理人与相对人订立的保险合同约定相对人暂时无须支付保费,这种条款被认为是具有显见性的滥用,因为保险公司不会免费提供保险服务。^④在意大利法中,如果一个签名在汇票上出现了两次,让主体以不同的利益地位——出票人和保证人——来承担债务,冲突被认为文字上很明显,可以直接查知;^⑤第三人支付的商品价格比市价低30%的情况也构成需要在审判中仔细考虑的迹象,来考察第三人是否可能知道代理人和被代理人之间的冲突。^⑥在普通法中,如果交易只是为了参与交易的董事个人利益时,代理人需要出示董事会或者股东会的决议。^⑦

(二)扩张恶意串通的必要性

从比较法经验来看,在规制代理权滥用行为时,出发点是代理人违背被代理人利益和意思的代理行为,保护被代理人利益的边界则是相对人的主观状态。各国虽然没有关于代理人和相对人恶意串通的特别规定,但这种串通行为并不处于法外之地,而是落入代理权滥用一般规则的调整范围内:代理人意图损害被代理人利益的行为显然构成代理权的滥用(或者构成利益冲突),而相对人与代理人串通,也意味着相对人明知代理人滥用权力的行为。

两相对比,可以看出,《民法通则》第66条第3款和《民法总则》第164条第2款的重心失衡:恶意和串通两个要件都过于狭窄,实际上并不必要达到相对人和代理人串通的程度才能对被代理人提供保护,相对人知晓或者应该知晓即可;既然串通要件并不必要,修饰串通的恶意就更非必须。这两个要件实际上限制了被代理人本能获得的保护。

然而,这种限制并没有坚实的理由。之所以要规制代理权滥用行为,是因为在代理制度中,被代理人利益居于中心地位,而代理人不遵从被代理人利益和意思的行为是被代理人利益可能受到侵犯

① 参见[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2014年版,第355页。

② 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2000年版,第730页。

③ 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2000年版,第729页。

④ 参见迟颖:《意定代理授权行为无因性解析》,《法学》2017年第1期。

⑤ App. Milano, 17 gennaio 1956, in Banca, borsa ecc., 1956, II, 374.

⑥ Trib. Milano, 26 settembre 1983, in Banca borsa ecc., 1984, II, 392.

⑦ See Restatement of the Law, Third, Agency § 3.03, comment e (1).

的标志。^①由此衍生的推论是,只要有受到侵害的可能,就应该让被代理人介入以决定行为效力,而不需等到损害实际发生。这也是比较法中一般不要求被代理人受到实际损害的原因。^②如果我国法既强调恶意串通又要求实际损害,那么对被代理人提供的保护难免不周全。

而且,这种限制还有溢出效应,不仅影响民事行为中被代理人的保护,还会导致公司法处理利益冲突时没有可以参照的规则原点。在比较法中,代理权滥用规则和公司董事、高管利益冲突的处理有密切关系。例如,在普通法中,公司法是代理人忠实义务的一个重要适用领域,只不过公司法就是否违反忠实义务发展了更加详细和复杂的判断标准。^③在意大利法中,只要没有特别规定,第1394条就可以在公司领域适用。^④而在我国法中,《公司法》第148条第4项只禁止董事、高管的自己交易行为,此时民法代理权滥用规则的缺乏,导致司法实践在处理其他利益冲突行为时无所适从,不得不扩张《公司法》第148条第4项以处理代理人配偶和公司发生的交易,或者某公司的法定代表人与其持有股份的其他公司之间的交易等利益冲突行为。^⑤

恶意串通过于狭窄的问题已经被司法实务察觉。为此,部分人民法院采用各种推定来扩张恶意串通的涵摄范围。人民法院通常不要求被代理人证明代理人和相对人之间存在恶意串通——被代理人通常也难以完成这种证明,而是允许被代理人举证某些替代事实来推定恶意串通的存在。这些替代事实主要有两种:一是代理人订立的行为价格明显低于市场价格,^⑥二是代理人和相对人之间存在近亲属关系。^⑦扩张后的恶意串通接近比较法中代理权滥用的规则,通过合同对价失衡来推定代理人违背被代理人利益,通过特别关系的存在来推定相对人的明知或者应知。这样的扩张让被代理人免于承担过重的举证负担,能够提供更加全面的保护。

不过,这些推定事实既不一定“恶意”,更不能保证“串通”,已经偏离法条的文义。在实践中,也确实有人民法院在同时存在低于市场价格和近亲属关系两种情况时,仍然否认代理人与相对人恶意串通、损害被代理人利益。^⑧而且,由于人民法院在适用《民法通则》第66条第3款和《民法总则》第164条第2款时,一般认为代理行为无效,法条本身也要求代理人和相对人承担连带责任,无效和连带责任的效果对恶意和串通有比较高的要求,更应该对其做严格解释,而非放松和扩张。因此,人民法院对前述规定的适用其实存在矛盾。这种矛盾来源于人民法院不自觉地混用了两种不同的思路:一方面,人民法院觉察到恶意串通的规定太过狭窄,需要从代理权的视角出发更全面地保护被代理人;另一方面,人民法院在行为效力上仍然遵循传统的恶意串通思维。对此,妥当的解决方法就是扬弃恶意串通,改采利益冲突规则或者代理权滥用的一般规则,以区分被混淆的思路,消弭司法适用中的矛盾。

^① Vgl. De Lorenzi, La rappresentanza, in Il codice civile commentario, diretto da F. D. Busnelli, Milano, 2012, 369.

^② Vgl. G. Visintini, Della rappresentanza, in Commentario del codice civile Scialoja—Branca, artt. 1372—1405, a cura di F. Galgano, Bologna, 1993, 273.

^③ See F.M.B. Reynolds, Bowstead and Reynolds on Agency, Sweet & Maxwell, 2006, pp. 212—232. Paul L. Davies, Gower and Davies' Principles of Modern Company Law, Sweet & Maxwell, 2008, p.497.

^④ Vgl. De Lorenzi, La rappresentanza, in Il codice civile commentario, diretto da F. D. Busnelli, Milano, 2012, 391ss.

^⑤ 参见湖北省襄阳市中级人民法院(2014)鄂襄阳中民四初字第00008号民事判决书,吉林省高级人民法院(2014)吉民申字第454号民事裁定书。

^⑥ 参见四川省绵阳市中级人民法院(2015)绵民终字第304号民事判决书。

^⑦ 参见辽宁省沈阳市中级人民法院(2016)辽01民终5093号民事判决书。

^⑧ 参见北京市第二中级人民法院(2015)二中民终字第12028号民事判决书。

四、有限的连带赔偿责任

目前理论和实务对《民法通则》第66条第3款和《民法总则》第164条第2款的争议焦点,是这两条并没有规定的行为效力问题。可能是因为从文义上看并无问题,两款原本规定的连带责任一直处于被理论忽视的地位。当然,如果将这两款改造为以利益冲突为基点、从代理权限出发对被代理人进行保护的规则,就不必规定连带责任这一效果。不过,即使是在恶意串通的前提下,连带责任其实也只有非常有限的意义,实践中少有适用也反映出这两款规定其实并不成功。

《民法通则》第66条第3款和《民法总则》第164条第2款规定代理人和相对人的恶意串通行为损害被代理人的合法权益时,应该承担连带责任。本来,恶意串通的一般规范就已经被认为是用侵权的思路解决合同问题。^① 代理人和相对人恶意串通行为的规范方式则具有更明显的侵权法品质,甚至被部分学者认为是一种独立形态的共同侵权责任。^② 若从侵权法的视角来解读这两个条文,就需要首先确定该条所保护的被代理人权益为何,是绝对权还是纯粹经济损失。

从文义上看,《民法通则》第66条第3款的用语是“利益”,而《民法总则》第164条第2款所用的表达则是“权益”,后者的表达更加契合《中华人民共和国侵权责任法》(以下简称《侵权责任法》)第2条的表述。不过,权益的表达也足够宽泛,无论是绝对权还是纯粹经济损失都在其文义射程之内。

从绝对权来看,考虑到代理中,代理人只能实施法律行为,代理人和相对人恶意串通损害被代理人绝对权的行为主要是代理人将被代理人的物低价转让给相对人,或者是代理人和自己的债权人串通,用被代理人的物为自己提供担保等情况。在我国实务中,适用《民法通则》第66条第3款的案件基本都属于代理人和相对人串通侵害物权,典型情况是债务人以自己财产为债权人设定抵押时,债务人(被代理人)授权债权人(代理人)可以处分房产,债权人后来以低于市场的价格(有时等同于债权数额)将抵押房产转让给和自己有亲属关系或者债权债务关系的第三人。^③

侵害绝对权的情况虽然是司法实践中的典型,但通常没有连带责任的适用。按照主流观点,代理人和相对人的恶意串通行为属于无效行为。如果采纳代理权滥用的视角,代理人的行为属于无权代理,被代理人如果不予追认,代理行为依旧不生效力。鉴于我国并没有采纳物权行为无因性理论,在原因行为无效或者不生效力时,物权并不能被有效移转或者创设。由于相对人和代理人的串通,相对人也不能通过善意取得制度主张权利,因此,被代理人仍然享有所有权,可以直接依据《中华人民共和国物权法》第34条主张原物返还。这时候,被代理人其实并没有受到实际损害,只是占有受到侵夺。即使从占有受到侵夺的角度看,也并没有连带责任的问题:代理人并没有实际占有物,也就不可能承担连带责任返还标的物,只有相对人需要承担返还原物的责任。

可能发生连带责任的情况,是代理人和相对人事后转让标的物,使第三人善意取得所有权;或者代理人和相对人导致标的物毁损灭失的情况。不过,这两者(特别是后者)已经逸出“代理人”和“相对

① 参见茅少伟:《论恶意串通》,《中外法学》2017年第1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。

② 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》,《中外法学》2017年第3期。

③ 参见新疆维吾尔自治区高级人民法院伊犁哈萨克自治州分院(2016)新40民终580号民事判决书,湖南省长沙市中级人民法院(2016)湘01民终1760号民事判决书,等等。

人”的身份范畴,进入一般侵权的领域,《侵权责任法》第8条即足以解决。^①

在侵害绝对权的场合,还有一种情况看似与连带责任相关,即人民法院通常会判决抵押物的过户费用由代理人和相对人共同承担。然而,这和《民法通则》第66条第3款、《民法总则》第164条第2款也并无关联,因为被代理人并没有实际支出这笔费用,也就谈不上损失。

与实务不同,理论更青睐将这两条理解为对被代理人纯粹经济损失,或者是债权受侵害的保护。有学者认为,只有在代理人和第三人的恶意串通导致代理人违反基础关系的约定,构成以违背善良风俗方式侵害债权的侵权行为时,才能适用连带责任。^②从条文表达来看,恶意串通的用词也确实与以保护纯粹经济损失为主要目的故意背俗侵权更加契合。

代理人和相对人恶意串通,造成被代理人纯粹经济损失的行为,从方式上大致可以分为两类:一类是代理人和相对人串通,为被代理人和相对人订立法律行为,而这种法律行为对价不平衡;另一类是代理人和相对人故意不订立行为,让被代理人错失本可以实现的交易。两种情况分别对应所受损失和所失利益。这里仍需注意的是,代理人和相对人损害被代理人的方式不能脱离法律行为的语境,只有以代理人和相对人身份从事法律行为时,代理人和相对人的名称才具有意义,《民法通则》第66条第3款和《民法总则》第164条第2款适用的主体条件才能满足。

在订立对价不平衡的法律行为时,要讨论代理人和相对人的连带责任,需要首先考察被代理人是否有损失,以及是否能够通过否定行为效力来避免损失。代理行为不生效力和损害赔偿是被保护代理人能够主张的两种主要方式。^③两者之间并不能完全替代,因为即使代理行为不发生效力,被代理人仍然可能有其他费用损失,但是,代理行为的无效和不生效能够在相当程度上避免被代理人的损失发生。此时,如果行为完全没有履行,被代理人也没有损害,通过否定行为效力就可以保护自己,没有连带赔偿责任的问题。如果行为已经履行,在代理行为无效和不生效的情况下,被代理人和相对人之间应该互相返还。在可以返还原物时,也没有连带责任的适用,主要的赔偿责任只是相应的支出和费用。只是在物毁损灭失、他人已取得物权、给付是行为而无法返还等情况下,损害赔偿才成为主要的救济方式,然而,与侵害绝对权的情况类似,《侵权责任法》第8条仍然足以解决问题。

在错失交易机会的情况下,由于不存在法律行为,代理行为无效或者不生效力确实难以提供有效保护。此时,损害赔偿是对被代理人的主要保护方式。不过,在代理人和相对人恶意磋商、不订立法律行为而让被代理人错失交易机会的情况下,其实已经进入缔约过失责任或一般侵权责任的领域。^④

综合来看,恶意串通的代理人和相对人确实可能承担连带责任。但是,这并不意味着《民法通则》第66条第3款和《民法总则》第164条第2款具有独立意义。代理法所涉及的赔偿责任,有些是独立的请求权基础(如《民法总则》第171条),有些则是注意规定(如《民法总则》第164条第1款),因此需要考察系争法条在构成要件和法律效果上是否有特别之处。上述代理人和相对人承担连带责任的情

① 在相对人独自实施转让或者导致毁损的情况下,考虑到代理人提供的帮助,或有《中华人民共和国侵权责任法》第9条的适用,两者同样应承担连带责任。

② 参见朱庆育:《民法总则》,北京大学出版社2016年版,第352页。

③ 参见殷秋实:《论代理权授予与基础行为的联系》,《现代法学》2016年第1期。

④ 参见张金海:《耶林式缔约过失责任的再定位》,《政治与法律》2010年第6期。

况较少见,且可被《侵权责任法》第8条涵盖。^①代理人和相对人的恶意串通,在行为人身份和侵权方式上确有特殊之处,但这种特殊并不会增加或者变更构成要件和法律效果,因而特别规定并无必要。

除此之外,还应该注意连带责任和司法实务放松、扩张恶意串通之间的龃龉之处。如果代理人和相对人就纯粹经济损失承担连带责任,就需要代理人和相对人一方面满足故意背俗侵权的要件,另一方面满足共同侵权的要件。这就意味着“恶意”和“串通”两个要件都是不可缺少的。“恶意”意味着代理人和相对人明知行为会造成被代理人的损害而故意为之,满足故意和违背善良风俗两个要求。由于在故意背俗侵权中,故意要件的功能不在于惩罚主观恶性,而是在缺乏社会典型公开性的纯粹财产利益领域,通过加强主观要件来维持行为人的预期,因而不能将故意要件下降为重大过失。^②“串通”意味着代理人和相对人就损害被代理人的行为有共同的意思联络,构成共同故意,以满足《侵权责任法》第8条的“共同”要求。^③因此,只有狭义、严格的恶意串通才能证成连带责任的适用。我国实务为了保护被代理人的利益,往往放松对恶意和串通的要求,将其简化为代理人滥用权力和相对人应该知情。这种放松后的恶意串通并不能满足共同故意背俗侵权的要求,也不应导致连带责任的发生。

这也可以进一步理解为什么《民法通则》第66条第3款和《民法总则》第164条第2款偏离了规范重心:这两条提出了正确问题的一个方面,但忽视了其他方面,对所提出的问题也没有提供合适的解答。这两个法条并不是独立的请求权基础,即使这两条不存在,也不妨碍通过《侵权责任法》第8条得到同样的法律效果。并且,撇开连带责任所需要的严格恶意串通会限制对被代理人的保护不提,连带责任适用的范围也相当有限。如果该条确以保护被代理人利益为立法目的,考虑到这两条只能在有限的范围内为被代理人提供并不充分的保护,那么可以说该目的在相当程度上是落空的。

五、结论

《民法通则》第66条第3款和《民法总则》第164条第2款调整代理人和相对人的恶意串通行为。这两款规定并不成功。从构成要件看,恶意串通太过狭窄,人民法院在适用过程中不得不放松解释恶意和串通。从法律效果看,理论和实务的主流观点将代理行为认定为无效,对被代理人的保护反而并不充分;法律所明文规定的连带责任理论上适用范围有限,实践中也很少适用。并且,连带责任所引入的侵权视角,导致本不过是《侵权责任法》第8条的重复,并没有特别规定的必要。

能够更好地保护被代理人利益的解释方法,是从代理权限的立场出发,将恶意串通视为代理权滥用行为,以防止代理人违背被代理人利益和意思的行为给被代理人造成损害。从构成要件看,本款不应该局限于恶意串通行为,而是存在代理人违背被代理人利益和意思的利益冲突行为即可;从法律效果上看,只要相对人对于利益冲突行为明知或者可知,代理人即构成无权代理,代理行为效力未定。这能更有效全面地保护被代理人,还能够为公司法中利益冲突行为的处理提供参照和指引。

责任编辑 张家勇

① 参见陈甦主编:《民法总则评注》(下册),法律出版社2017年版,第1163页。有学者认为代理人和相对人恶意串通(即代理权滥用责任)与共同侵权责任在要件和效果上均有不同。参见胡东海:《论恶意串通型代理权滥用》,《法商研究》2019年第5期。但从前文论述来看,两者的利益保护范围应无差别,两者的构成要件也应作同等理解。

② 参见于飞:《违背善良风俗故意致人损害与纯粹经济损失保护》,《法学研究》2012年第4期。

③ 参进程啸:《侵权责任法》,法律出版社2011年版,第245页。