

表 见 代 理 若 干 问 题 研 究

屠世超

摘 要:表见代理的成立,以本人的主观过错为必要条件。表见代理属于广义的无权代理,相对人既可主张成立表见代理,也可主张成立狭义的无权代理而要求行为人承担责任,并可行使撤销权和催告权。表见代理的成立,只能由相对人主张。认定是否成立表见代理时,应推定相对人为善意且无过失,同时对本人的过错相对人不负举证之责。

关键词:表见代理;无权代理;举证责任

中图分类号: D922 **文献标识码:** A **文章编号:** 1006-1894(2003)01-0044-05

所谓表见代理,是指本属于无权代理,但因本人与无权代理人之间的关系,具有授予代理权的外观即所谓外表授权,致相对人信其有代理权而与其实施法律行为,法律使之发生与有权代理同样的法律效果。表见代理制度首次见之于 1900 年的《德国民法典》,后为日本、瑞士、中国台北等大陆法系国家和地区相继接受。英美国家虽未有表见代理的概念,但却有“不容否认代理”制度,在保护交易中善意第三人的利益方面,具有与大陆法上的表见代理制度异曲同工之效用。我国《民法通则》实际上并未真正采纳表见代理制度,^①《合同法》虽作了相关规定,但极其简单含糊,在具体适用上容易产生争议。依学者的观点,看一项法律制度是否建立,一方面要看是否有具体、完备的法律规定,另一方面要看这些规定是否在实践中得到普遍、重复的适用。以此看来,我国虽有表见代理的法律规定,但未有表见代理的法律制度。对表见代理的理论问题作深入的研究,对于建立和完善我国的表见代理制度,明确表见代理的构成要件和适用范围,应不无裨益。

一、表见代理制度的法理基础分析

表见代理本属无权代理,但法律使之发生与有权代理同样的法律效果,使本人承担授权人之责,承担与一开始授予行为人以代理权同样的法律后果,其目的在于保护交易中善意无过失的相对人的利益。因相对人有充分的理由相信行为人有代理权而与其实施法律行为,其利益应受到法律的特别保护。否则在实践中,即使代理人有授权委托书能切实证明其有代理权,相对人也不敢和不能相信,而需要与本人核对,影响了交易的安全和效率,甚至导致人们不敢或不愿通过代理人与本人发生交易,动摇了整个代理制度的基础。

但善意无过失的相对人并非在任何情况下都应受到法律的特别保护,相对人的善意无

过失不应是构成表见代理的唯一主观要件,同时应考虑本人的主观状况,看对外表授权的产生,本人是否存在过错,是否有可归责于本人的原因。

有学者认为,必须将本人于外表授权发生之主观心态排斥在外,在构成表见代理的情况下,相对人之所以相信行为人有代理权,虽往往与本人具有过失有关,但本人责任不仅限于过失责任,成立表见代理不以本人主观上具有过失为必要条件,即使本人没有过失,只要客观上有使相对人对代理权存在陷于错误判断的依据,即可构成表见代理。^②这种观点是缺乏科学性的。

虽然现代民商法偏重于保护交易安全,在静的安全和动的安全发生冲突时,优先保护动的安全即交易安全,但现代民商法对交易安全保护的重视,不仅仅是因为交易中相对人或第三人的善意无过失,同时因为有可归责于静的利益享有者的原因,或者因为静的利益享有者应当预见到发生此风险的可能,在静的利益和动的利益即交易利益发生冲突时,法律保护交易利益或交易安全,损害其静的利益,应在其预料之中。从本质上讲,动的安全和静的安全并无重要性和价值大小之分,法律保护动的安全即交易安全实为有可归责于静的利益享有者的原因。相反,如静的利益享有者无过失,不存在可归责于静的利益享有者的原因,法律则不得将此不利益强加其头上,否则有欠公允。如关于善意取得制度,各国法律普遍规定拾得物、盗窃物不适用善意取得,即是出于此原因。

同样地,就表见代理制度而言,相对人善意无过失不足以构成保护交易安全,使本人承担无权代理的效果的理由,表见代理中法律之所以使本人承担授权人之责,实为有可归责于本人的原因。因此,本人的过失理应成为表见代理的构成要件之一。实践中,本人过失的表现形态多种多样,如曾向相对人表示授与行为人以代理权但事实上未授与;知道他人以本人名义从事法律行为而不作否认表示;代理权终止后未收回授权委托书或通知相对人;出借营业执照、盖有公章或合同专用章的空白介绍信或空白合同书给行为人等等,不一而足。考察表见代理的各种样态,均可发现本人的过失。

持表见代理的构成不以本人主观过失为必要条件之观点的学者认为,如将本人过失作为表见代理的构成要件,则好多情况下很难成立表见代理,从而对善意无过失的相对人的利益及交易安全的保护是不全面的。其实行为人具有代理权的外观即外表授权的产生,在大多数情况下是由于本人的过失,只有在极少数情况下本人不存在过失,因此将本人的主观过失作为表见代理的构成要件,并不会对表见代理的认定及善意相对人利益的保护造成不当的限制。同时更为重要的是,法律具有公平、正义、效率、安全等多重价值追求,法律不应为追求安全价值而放弃公平、正义,而安全又有静的安全和动的安全,法律也不应为追求动的安全即交易安全而漠视对静的安全的保护,片面保护交易安全是不公平的,是缺乏法理基础的。因此将本人的主观过失作为表见代理构成要件,更体现了公平和理性。

有学者还认为,当本人和相对人均无过错,静的安全与交易安全发生剧烈冲突时,本人和相对人的利益呈二律背反,无任何折衷可以调和。牺牲任何一方都会出现形式上的不公平,如果说牺牲本人利益以保全相对人利益不公平,难道反过去牺牲相对人利益以保全本人利益就一定公平。其实任何交易活动均有风险,而风险的分配原则应是利益享有者承担风险。相对人与行为人从事交易,若行为人有代理权,交易行为有效,则相对人可从中获利,从而当然地相对人也应承担此交易行为的可能风险。并且应当说,行为人以本人名义与相对人发生交易和以自己名义与相对人发生交易,就相对人角度说,其承担的交易风险并无本质

上的不同。而本人并未从该交易行为中获利,若本人能从该交易行为中获利,则早就对行为人的无权代理行为加以追认,相对人也就无须再主张成立表见代理。让并未从中获利的本人承担不利的后果,显然是不公平的。若并未授权且无过错的本人要对他人的行为负责,则现实中当事人不但要对自己的行为负责,且任何与自己无关的他人的行为也可能要由自己来承担后果,从而遭受意外的、事先根本无法预料的风险,未免过于荒唐,其结果必然产生人人自危的局面而动摇了代理制度的基础。

还有,表见代理中,相对人可主张成立表见代理而由本人承担法律后果,也可主张行为人无代理权而撤销该民事行为(关于此点,下文再作具体分析),具体视该行为是否有利于自己而定,而本人在该民事行为有利于自己时虽可追认,但对自己不利而有利于相对人时,虽自己没有过错,仍无法否认该行为效力,而应按表见代理承担授权人之责,则法律对本人和相对人权利的规定显然不对等而导致不公平的结果。

在成立表见代理情况下,本人承担授权人责任之后,虽可向无权代理人追偿,但对本人而言这显然是一种不利益,通常无权代理人的信誉较低,否则相对人也就无必要主张表见代理而要求本人承担责任,相对人完全可以直接要求无权代理人承担责任。因此,那种认为表见代理中本人承担无过错责任并不会损害本人利益的说法,虽貌似正确,但其实是不成立的,本人承担授权人责任后,虽可向无权代理人追偿,但通常情况下,无法完全弥补自己的损失,将这种不利益归于无过错的本人承担,是有欠公允的。

因此,综合以上各种理由,成立表见代理应以本人的过失导致外表授权的产生作为其中一个必要条件,表见代理中,本人承担的应是过错责任,而非无过错责任,表见代理制度建立的法理基础即是本人的过失。当然实践中要由相对人来证明本人的过失是比较困难的,在具体适用上应实行过失推定,本人如要否认自己的过失则要承担举证责任,这样即可平衡各方的利益,使本人和相对人的利益得到平等的保护。关于此点,下文再作具体分析。

二、表见代理和无权代理

表见代理实为无权代理,行为人并无代理权,只不过对外表授权的产生有可归责于本人的原因,法律为保护善意无过失相对人的利益及保护交易安全,使本人承担授权人之责,承担此无权代理行为的法律后果。因此学者将无权代理划分为广义的无权代理和狭义无权代理,广义的无权代理即包括表见代理和狭义无权代理。

表见代理虽属于广义的无权代理,但与狭义无权代理毕竟不同。狭义无权代理中,行为人无代理权,相对人也无理由相信行为人有代理权,其相信行为人有代理权而与行为人实施法律行为,是出于自己的过失。有时虽存在行为人有代理权的表象,即存在所谓的外表授权,但对此外表授权的产生,本人并无过失,不存在可归责于本人的原因。因此在狭义无权代理中,本人不承担任何责任,相对人应向行为人主张承担责任,或由相对人和行为人共同承担责任(在相对人恶意,即明知行为人无代理权而仍与行为人实施法律行为情况下)。而在表见代理中,存在着行为人有代理权的表象,且对此表象的产生有可归责于本人的原因,而相对人善意无过失,因此本人应承担此代理行为的后果,相对人可直接向本人主张承担责任,本人承担责任后再向无权代理人追偿。此为两者的本质区别。

由于表见代理属于广义上的无权代理,因此相对人既可主张成立表见代理而要求本人

承担责任,也可以无权代理为由,要求行为人承担责任,具体视哪种情况有利于自己而定。即在由本人承担责任对自己有利时,相对人可主张成立表见代理,在由行为人承担责任对自己有利时,相对人可以无权代理为由直接向行为人要求承担责任。只不过相对人在向行为人要求其承担无权代理的责任时,应负行为人无代理权的举证责任,而行为人要推卸其无权代理的法律责任,则应进一步举出其有代理权的反证。当然在多数情况下,相对人要举证证明行为人无代理权而由其承担无权代理之责,可能并非易事。

在可成立表见代理的情况下,相对人若不想使其与行为人所实施的法律行为生效,也可以行为人无代理权为由撤销该法律行为,但撤销权的行使应在本人对行为人的无权代理行为作出追认的表示之前。相对人若想使该法律行为生效,既可主张成立表见代理,也可行使催告权,催告本人对行为人的无权代理行为予以追认。若本人进行了追认,则行为人取得代理权,代理行为的法律效果自然也归本人承担。由此可见,在可成立表见代理的情况下,相对人具有选择权,既可选择主张成立表见代理,也可选择按无权代理处理而行使撤销权或催告权。由此造成了部分学者的误解,认为表见代理中,法律应赋予相对人撤销权和催告权,以更全面地保护相对人的合法权益,对此观点,笔者是不敢苟同的。

表见代理成立的前提是相对人的主张,因此若相对人主张成立表见代理,则自不会行使撤销权,也无须行使催告权。因为一旦表见代理成立,本人即应承担授权人之责,也就无须再通过要求本人对无权代理行为的追认来承担代理行为的法律后果,因此法律若赋予表见代理中相对人以撤销权和催告权,纯粹是画蛇添足。相反,在可成立表见代理的情况下,若相对人行使撤销权或催告权,则其并未主张成立表见代理,而是在主张行为人无代理权,此时,其享有和行使撤销权或催告权,并非因为其是表见代理中的相对人,而是因为其是无权代理中的相对人,称表见代理中的相对人享有撤销权和催告权,或称应赋予表见代理中的相对人以撤销权和催告权,未免张冠李戴,混淆了表见代理和无权代理的区别。因此,将无权代理分为广义的无权代理和狭义的无权代理,广义的无权代理包括表见代理和狭义无权代理,赋予狭义无权代理的相对人以撤销权和催告权,同时在可成立表见代理的情况下,给予相对人以主张表见代理或主张狭义无权代理的选择权,这种理论设想和制度设计,已臻完善,对相对人合法权益的保护已可谓全面。

当然,在相对人主张成立表见代理,而表见代理不成立情况下,则成立狭义的无权代理,相对人可进一步行使撤销权和催告权,而当相对人行使催告权,向本人进行催告,要求对行为人的无权代理行为予以追认,而本人拒绝追认或超过法定期限不作表示情况下,则相对人可进一步再主张成立表见代理,要求本人承担责任,若表见代理成立,则本人仍不能免却其责任,应承担行为人进行代理行为的法律后果。

三、表见代理的主张及举证责任问题

表见代理的成立,只能由相对人主张,当行为人与相对人实施了民事法律行为,而本人以行为人无代理权为由拒绝承担此民事法律行为之后果时,相对人可向本人主张成立表见代理,要求其承担与有权代理同样的责任,即承担授权人之责。

行为人不能主张成立表见代理,在行为人与相对人实施民事法律行为的过程中,行为人始终是以代理人的身份,以本人的名义在与相对人实施民事法律行为,相对人也始终相信行为人有代理权(如相对人恶意则不成立表见代理),因此即使民事法律行为实施完毕后,在本

人否认行为人有代理权的情况下,行为人也应始终坚持其有代理权,其所实施的为有权代理行为。也只有这样,行为人才可以最终免于承担无权代理的责任。而表见代理实为无权代理,若由行为人主张成立表见代理,则不啻于行为人自认其无代理权,如前所述,相对人可直接向行为人要求承担责任,即使由本人承担了责任,由于本人仍可再追究行为人的无权代理之责,行为人仍不免最终自尝其果。

本人也不能主张成立表见代理,若行为人以本人名义与相对人实施的民事法律行为对本人有利,本人要使该民事法律行为生效,自可对行为人的无权代理行为进行追认,而不必主张成立表见代理。在本人作出追认的表示之前,相对人以行为人无代理权为由撤销该民事法律行为的情况下,本人若要使该民事法律行为成立,也应主张行为人有代理权,行为人以本人名义实施民事法律行为事先经过其授权且在授权范围之内,而不能主张成立表见代理。

因此从功能上分析,表见代理制度实为保护交易中善意无过失的相对人的利益,保护交易安全而设立,只有相对人才可主张成立表见代理,通过对善意无过失相对人信赖利益的保护,以建立正常、稳定、诚信的交易秩序。作为相对人保护自身利益可资救济的一种手段和措施,相对人自可主张成立表见代理,也可不主张成立表见代理而主张成立狭义无权代理,视如何更有利于自己而定,这也正与作者前述之观点相合。

相对人在主张成立表见代理时,应承担相应的举证责任。首先,相对人应证明行为人以本人的名义与其实施了民事法律行为,如民事法律行为尚未实施完成,则自然不成立表见代理。其次,相对人应证明行为人以本人名义实施法律行为,存在着足以使人相信其有代理权的事实,即存在着授权的表象,若不存在授权的表象,则只成立狭义无权代理。至于授权的表象的类型,多种多样,如本人于行为人实施代理行为前向相对人所作的授与行为人代理权的表示;本人知道行为人以其名义实施法律行为而不作否认表示的事实;行为人所出具的由本人签署的授权委托书或其他具有代理权证明意义的法律文件,等等。

有学者认为,在授权委托书中授权不明的情况下,也应成立表见代理。^③对此,笔者认为,授权委托书中授权不明,应视为全权代理,应为有权而非无权,因此不成立表见代理,除非本人与代理人间又作了另外的约定,在此情况下,由于这种约定未在授权委托书中载明,只具有内部效力,不得对抗第三人,若本人以行为人超越双方约定的代理范围为由拒绝承担代理行为的法律后果,相对人可主张成立表见代理。

表见代理的成立,虽以本人的主观过错为要件,但对此相对人不负举证之责,在表见代理是否成立的认定上,只要存在授权的表象,即推定本人对此授权表象的产生,存在着主观过错。当然本人如能举证证明自己无主观过错,则不成立表见代理。如本人在代理事项完成或代理期限届满后无法向相对人收回代理证书,或本人遗失或被盗盖有公章的具有代理权证明意义的书面文件,而及时以公告的方式声明该代理证书或其他有关文件作废,并通知有关交易当事人,则应认为本人无主观过错。若此后行为人以该已被作废的代理证书或其他有关文件与相对人实施法律行为,则不成立表见代理。

(作者单位:绍兴文理学院)

注释:

① 梁慧星.民法总论[M].北京:法律出版社,1996,231.

② 江帆,孙鹏.交易安全与中国民商法[M].北京:中国政法大学出版社,1997,141.

③ 路平.表见代理若干问题研究[J].安徽大学学报,1998(2):103—106.