

论表见代理的本人可归责性

周澳如

华东政法大学法律学院, 上海

收稿日期: 2023年6月30日; 录用日期: 2023年8月24日; 发布日期: 2023年9月4日

摘要

在我国现行法律制度下, 表见代理制度主要规定在《民法典》第172条, 以及《民法典总则编司法解释》第29条, 从文义解释角度来看, “相对人有理由相信”是表见代理最基本的判定要件, 然而实践中对于“本人可归责性”这一构成要件是否属于单一的构成要件却争议较多, 学者存在独立构成要件和非独立构成要件说, 本文旨在探究本人可归责性的实践应用, 最终得出本人可归责性应当作为独立的构成要件来认定表见代理的观点。

关键词

表见代理, 本人可归责性

On the Attributability of the Apparent Agent

Aoru Zhou

Law School, East China University of Political Science and Law, Shanghai

Received: Jun. 30th, 2023; accepted: Aug. 24th, 2023; published: Sep. 4th, 2023

Abstract

Under China's current legal system, the representation system is mainly stipulated in Article 172 of the Civil Code and Article 29 of the Judicial Interpretation of the General Provisions. "The counterparty has reason to believe" is the most basic judgment element of apparent agency, but in practice, there is much controversy as to whether the constituent element of "personal attribution" is a single constituent element, and scholars say that there are independent constituent elements and non-independent constituent elements. In the end, it is concluded that the attributability of the person should be determined as an independent constituent element to determine the apparent agent.

Keywords

Apparent Agency, The Attributability of the Agent

Copyright © 2023 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 问题的提出

兹从一个实务最常见的案型开始探讨，甲公司将本公司之印章放置于公司办公桌上，乙擅自盗取印章，以甲公司之印章与丙公司订立合同，丙公司基于印章的表见相信甲公司将代理权授予给乙，但乙并非公司的员工也并非法定代表人，丙公司和甲公司此前并没有存在此种性质的合作。丙公司并没有向甲公司核实乙之代理权，也并没有去检查工商登记信息。在甲公司并不追认此种代理权的场合，丙公司能否主张表见代理制度，从而要求甲公司履行合同？

此种案型较为常见，根据《民法典》172条的文义解释来看，相对人有理由相信代理人有代理权的，被代理人应当承担代理人责任。单纯从文义解释角度来看，上述案例能够判定被代理人甲公司应当承担表见代理责任，履行乙与丙公司之间的合同，因为丙公司的确有理由相信此为甲公司的代理人，因为在理性的状态下应当认为公司印章不应当随意出现在一个与公司并无任何联系或者没有代理权的相对人手里。

这种论证存在偏差，因为对于“有理由相信”这样的文义解释太过于宽松，认定条件不够严格，表见代理制度是一种严格责任，是基于保护信赖利益剥夺了相对人的私法自治，私法自治要求任何人不能将他人无意思的行为要求其承担责任，但是基于现代社会交易安全的需要，才将其进行限制，故突破了原则的限制势必要求严格。在表见代理认定过程中，应当考虑的是表见代理也是一种狭义的无权代理，所以必须优先要考虑的是相对人是否自愿追认无权代理行为，如果被代理人追认代理行为，不需要依靠相对人再行论证表见代理也能促成合同的圆满履行，当然相对人在主张诉权时可以选择是否主张表见代理抑或是无权代理，如果无权代理主张优先，可能会产生不被本人追认之风险，故本人也许会倾向回到表见代理视角下，论证“相对人有理由相信”这一要件，一般认为“相对人有理由相信”的构成要件需要考察代理权表象，比如本案型中的印章，可如果存在表象就认定表见代理是否对本人不利，比如甲公司的印章放置完好，是乙将印章擅自偷走，是否依旧需要甲公司承担此种表见代理责任，从利益保护平衡来看，即使是存在代理权表象，而本人可归责性不存在，也应当否定表见代理的适用。比如以上案型，从相对人角度，此种代理并没有向甲公司确认，也并没有向登记机关核查相关信息，仅凭印章是否能认定“有理由相信”，最后在甲公司也不存在过错的情形下，不应当让本人承担表见代理责任。故要理清表见代理制度的认定，必须要考量本人的可归责性问题。

2. 表见代理构成要件——本人可归责性

表见代理的认定过程本质上来说是对私法自治和交易安全的利益平衡过程，在存在代理权客观表象下，才是认定表见代理制度的关键，对于表见代理制度来说，从不同的相对人视角考察表见代理法律制度才比较值得认可，不同的相对人视角的认定也是司法实践中常见的做法。

(一) 表见代理法律关系分析

1) 本人和代理人之间的法律关系

从本人和代理人视角来看，撇开表见代理不谈，仅从代理出发，就存在代理权授予行为和委托行为，也就是常说的内部代理关系。再从表见代理制度视角下来看，表见代理是指代理人无代理权、超越代理权、或者代理权授予撤销后无代理权而实施代理行为，此种分类最早来自日本民法典，将三种不同的情形分别规定不同的表见代理的特征。无代理权是指自始就并未赋予代理权¹，如前述案型，本人和代理人之间并不存在代理权授予行为和委托行为；超越代理权²便是本人与代理人之间曾经存在相应的委托或者内部授予行为，但是内部授予行为为A，代理人在为代理行为时以代理人行为做出的法律行为符合A+B或者符合B的事项，此种情形下，即使存在代理权授予行为，但是其法律行为之内容依旧不能归属于本人；第三种情形代理权授予嗣后消灭³，这种情形下，代理人存在代理权授予的表象是必然，对于相对人来说，只要代理人将代理权授予行为的表征外露于外，即使法律行为并未完全作成，本人如果没有向外部作出一定的撤销意思表示，是不足以消除代理权授予行为可能造成的表见，此时仍旧认为构成表见代理。

在本人和代理人的内部授权关系中，可以看出，在第一种无代理权的场合，对于表见代理的认定相对来说其他两种无权代理的案型要求程度较为严苛，因其本身并不具有任何证明表见代理的特征，那么此时则需要衡诸于本人可归责性的标准，从而来论证当事人意思自治和信赖利益保护的法益偏向性；第二种无权代理超越代理权，此种情形下，仅仅是内容与原本的代理权授予内容有所不同，代理权表象依旧存在，此时需要考虑的代理权表征主要是关于授权内容是否完整，涉及到意思表示的解释规则，仍旧需要在一般理性人视角下解释，当然此时解释时需要对本人的可归责性进行主张；第三种嗣后撤销，若是在代理人未作出意思表示的情形下，内部撤销将代理权授予文件销毁即可，但是若是在代理人作出法律行为但是并未完成时撤销，必须向外部发出。

2) 代理人与第三人之间的法律关系

代理人与相对人之间一般不存在直接的法律关系，按照大陆法上的传统，应当认为代理行为的构成要件必须是显名代理，而并不是隐名代理，所以在作出法律行为之时，第三人对法律行为的当事人存在一个清晰的认知。此时代理人与相对人之间并不存在直接的法律关系，相对人与被代理人之间存在合同关系，代理人与被代理人之间存在委托关系或者代理权授予关系，而代理人仅仅对此种权利享有一个准占有，具体到归属于本人的事实行为之时，属于占有辅助人；而在涉及到归属于他人的法律行为之时，属于代理人。代理人和第三人之间的法律关系对于表见代理的认知影响较大，因为代理人对第三人之间何种意思表示，何种代理权授予的表征，以及主观上是否存在欺诈、恶意串通的情形，也会直接影响到对表见代理的论证。

(二) 本人可归责性作为检索表见代理单独构成要件

关于本人可归责性的引入可以认为是对于《民法典》172 条文义解释的结果，关于 172 条认定表见代理可能存在的问题是“相对人有理由相信”于是在司法实践以及学说角度认定表见代理可能会考虑的问题是客观的代理权表象和主观的相对人善意无过失视角^[1]，更多的学者认为本人可归责性应当作为表见代理认定的主观要件综合判断^[2]，比如将本人之可归责性作为主观的相对人善意无过失这一构成要件的“润滑剂”^[3]，如果相对人善意无过失程度较高，完全可以基于分析本人具有可归责性来达到保护相对人表见代理制度的目的^[4]；反之，如果相对人善意无过失程度不好判定，也可以从本人可归责性角度来判定，本人在现代交易过程中所尽到的注意义务越低，法律规范取舍上就应当对其意思自治保护的越低，因为相对人在自身具有过错的情形下，不能奢求还能获得其无过错情形下的保护⁴。

¹ 参见《日本民法典》第 109 条：授予表示型表见代理，核心要件为代理权授予表示。

² 参见《日本民法典》第 110 条：第 110 条规定的是“越权型表见代理”，核心要件是“第三人无正当理由相信代理人有权限”。

³ 参见《日本民法典》第 112 条：“代理权消灭后的表见代理”，即“代理权的消灭不得对抗善意第三人，但第三人因过失而不知道该事实的除外”。

⁴ 参见《民法典总则编司法解释》第 29 条。

笔者认为应当将本人可归责性作为表见代理制度认定的单独要件，在表见代理制度的检索中，客观的代理权表象需要做一定的认定，这是表见代理成立的基本条件，虽然从文义来看，相对人有理由相信是一个貌似主观意思占据主体的判断，但是判断的内涵却是有理由相信——此处的理由便是由代理权表象支撑。接下来检索的部分，便是主观相对人善意无过失和相对人具有可归责性，第一：在相对人具有可归责性的情形下，相对人善意无过失的标准比较好认定；第二：在相对人善意存在一定过失的情形下，可以与本人之可归责程度进行对比，这样根据过错来认定表见代理责任的承担，也可以根据过错程度来判定何种法益应受保护。

3. 本人可归责性的认定路径

(一) 本人可归责性的认定前提

兹以如下案型为例：甲授予乙代理甲购买一本笔记本电脑的权利，乙于是在代理权授予范围内与丙订立买卖 10,000 元的买卖笔记本电脑的合同，甲之前对乙授予代理权时，口头表述为 5000 元，但乙与丙恶意串通。在此种情况下，乙丙之间恶意串通，丙不存在善意的信赖保护，所以不能主张表见代理。那么此时第三人因为主观上为恶意，不存在对表见代理的事实有所信赖，也就是说没有信赖利益的保护，故此时本人可归责性根本没有认定的前提。本人可归责性的探讨在于当相对人存在对代理人所为意思表示的信赖订立了合同，可以参照表见代理制度保护的法益上作出权衡，因表见代理制度旨在保护相对人一方的信赖保护利益从而保护交易安全才舍弃了立足于私人意思自治的主旨。故在探讨本人可归责性之时，前提条件是当事人有信赖利益需要保护，如果不存在信赖利益，那么即不会产生表见代理，相当于此构成要件具有一票否决权，不可主张表见代理。

本人可归责性的引入，可以作为表见代理认定的构成要件，前已论述。故在认定表见代理考量本人可归责性的前提是已经满足两个要件：客观上，立于理性相对人角度，在相对人尽到一定合理注意义务即可以认为相对人有代理权表征；主观上代理人并非为恶意，即对于代理人无权代理之事实并不知情，否则并不存在此种认定本人可归责性的可能性。

(二) 本人可归责性的认定角度

1) 以风险归责理论作为指导

司法实务中关于被盗印章擅自盖章签订合同导致被认定为表见代理，对本人来说，颇为不公，因为依照法理来说，本人并无过错的情形下要其承担相当责任需要十分充分的理由，笔者认为表见代理制度应当认为是过错责任较为适当，因为在相对人角度我们也需要去考量相对人的过错问题。在此时，公司的印章并非基于公司负责人或者相对人故意将之置于一地，所以认为本人无可归责性。

同样相似的案例，在法定代理人告知公司交涉做生意者公司印章如何签订、签订流程，之后随意摆放重要证明印章，导致相对人钻空子拿到了授权印章，于是签订合同，此时本人具有较大归责性，便判决支持了原告表见代理的主张。

风险理论判定表见代理中本人可归责性要件具有很强的合理性^[5]。在风险理论视角下，谁最可能规避风险，谁最可能制造风险，谁就最应该承担风险此种风险包括领域风险、交往风险等^[6]。

兹列举一案例作为标准：甲在一次旅游中与乙相聊甚欢，坠入爱河，当即和乙成婚。甲对乙十分信任，出具了一份授权书，内容为乙可以甲的名义缔结任何财产性的合同。不久，乙另觅新欢，甲十分恼怒，收回了该授权书，并要求乙立即搬离。乙在搬离前，从未上锁的甲房间的抽屉中拿走了该授权书。此后，乙以该授权书为据，以甲的名义与丙签订了买卖 A 车的合同，售价为 40 万元。一周之后，丙将车发送给甲，支出运费 5 千元，但甲拒收。根据风险归责理论，此时可以认为成立表见代理。甲将授权委托书置于桌面，此时甲处于领域控制的地位，但是却未尽到基本的保管义务；而乙之报复行为是甲在

交往中应当尽到的注意义务，故甲应当预见到保管好此种法律文书，且甲之授权委托书的撤回之后再现的授权文书内容是甲在此之前签订并说明的，故在风险理论的角度下，甲具有很强的可归责性，而乙符合代理权表象和善意无过失的标准，可以认定表见代理。

2) 特定主体和特定关系的严格认定

特定主体主要体现在商事领域，在公司内部职员持有代表公司印章或者其他有授权性质的文件，公司不得仅以不知情作为否定表见代理制度的唯一理由，反观在相对人角度可能非法方式获得公司之授权文件进行代理时，可能将表见代理的认定加以排除，而公司内部职员在于其因为职员身份取得了更加优越的地位，导致其可以较为容易取得公司授权文件，那么公司便应当尽到更加重要的注意义务。

特定主体的场合还包括，例如前例所述，是为夫妻关系，在家事代理权之外的代理行为，比如妻子出示丈夫的授权委托书场合，如果存在代理权表象，本人的可归责性就加大，因亲密关系的让渡应当尽到更大的注意义务。

特定关系主要存在商事交易领域，通常是一系列交易事项，在没有相反意思表示的情形下，一般推定为此种意思表示。因为商事领域与自然人之间的价值取舍较为不同，自然人之间更加偏向意思自治的保护，而商事领域更加注重交易安全，在代理权表象已经具备，且双方当事人一系列的商事交易中均如此适用，在此处没有相反的意思表示，本人会被认为有可归责性，从而据此认定表见代理。

3) 表见代理多样性的认定方式

司法实践中出现了较多的表见代理认定困境，本人可归责性作为一个认定的标准给表见代理制度的判决提出了较为明晰的标准，但关于表见代理制度类推适用法律行为的基本原理来解决案例也有可取之处^[7]，如被盗印章，便是欠缺行为意思，在传统民法上欠缺行为意思，法律行为不生效，故类推至表见代理则认为印章被盗不构成表见代理。但单一的标准并不能适应复杂的表见代理认定困境，比如前述鰥夫甲的案例，其授权委托书被未婚妻乙所盗，如果依据欠缺行为意思的法律行为标准认定，则不认定表见代理，明显不合理。故此时必须回到原本的“本人可归责性”标准的问题上去探讨。故笔者认为只要能够理清适用的内在逻辑，多样性标准共同考量，是有利于解决复杂的表见代理认定困境的。

参考文献

- [1] 纪海龙. 《合同法》第48条(无权代理规则)评注[J]. 法学家, 2017(4): 157-174.
- [2] 王浩. “有理由相信行为人有权代理”之重构[J]. 华东政法大学学报, 2020, 23(4): 178-192.
- [3] 夏昊晗. 无权代理中相对人善意的判断标准[J]. 法学, 2018(6): 139-152.
- [4] 张家勇. 论无权代理人赔偿责任的双层构造[J]. 中国法学, 2019(3): 123-143.
- [5] 杨代雄. 表见代理的特别构成要件[J]. 法学, 2013(2): 58-70.
- [6] 朱虎. 表见代理中的被代理人可归责性[J]. 法学研究, 2017, 39(2): 58-74.
- [7] 王浩. 论代理的本质以代理权授予时的意思瑕疵问题为契机[J]. 中外法学, 2018, 30(3): 609-631.