

论无权代理情形被代理人沉默的意思表示

金圆圆

华东政法大学法律学院, 上海

收稿日期: 2023年10月22日; 录用日期: 2023年11月19日; 发布日期: 2023年11月29日

摘要

意思表示可以以沉默的方式作出。原则上沉默不构成意思表示, 它既不构成同意也不构成拒绝。《民法通则》第66条第1款第3句规定了“沉默视为同意”规则, 在解释论上存在: 默示追认说, 默示授权说, 表见授权说, 应认为表见授权说更具备正当性。在无权代理情形, 被代理人保持沉默, 其无须积极地对无权代理的事实表示否定。但在被代理人的沉默因法律、约定、交易惯例、诚实信用原则等因素足以使相对人对被代理人有义务积极地作出表示产生信赖时, 应使被代理人承担容忍代理的表见代理责任。在民法典时代, 此条的规范含义可被《民法典》第172条所涵盖, 但此种“容忍代理型表见代理”的构成要件未明确, 构成要件的不确定易造成审判结果之不妥当。本文认为其构成要件应为: 被代理人“明知”代理人实施无权代理行为、被代理人有意容忍了代理人产生或维持了代理人具有代理权的权利外观、相对人善意、无过失地信赖本人沉默所指涉的代理权表象、被代理人具有可归责性这五个要件, 如此可达到相对人与被代理人之间的利益平衡。

关键词

沉默, 无权代理, 容忍代理

On the Expression of Intention of the Principal's Silence in the Case of No Authority

Yuanyuan Jin

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

Received: Oct. 22nd, 2023; accepted: Nov. 19th, 2023; published: Nov. 29th, 2023

Abstract

The expression of intention can be made in silence. In principle, silence does not constitute an ex-

pression of will; it constitutes neither consent nor refusal. The third sentence of the first paragraph of Article 66 of the General Principles of Civil Law stipulates the rule of “silence as consent”, which exists in the theory of interpretation: the theory of implied ratification, the theory of implied authorization and the theory of apparent authorization should be considered as more legitimate. In the case of powerless agency, the principal remains silent and does not have to actively deny the fact that he has no right to be represented. However, when the principal's silence is sufficient to make the counterpart believe in the principal's obligation to actively express itself due to laws, conventions, trading practices, principles of good faith and other factors, the principal shall bear the apparent agency responsibility of tolerating the agency. In the era of the Civil Code, the normative meaning of this article can be covered by Article 172 of the Civil Code, but the constituent elements of this kind of “tolerant agency type apparent agency” are not clear, and the uncertainty of the constituent elements is easy to cause the inappropriate outcome of the trial. This paper holds that its constituent elements should be: The principal “knows” that the agent has no right to act as agent, the principal intentionally tolerates or maintains the appearance of the agent's right to act as agent, the counterpart's good faith, reliance without fault on the appearance of the agent's agency referred to by his silence, and the principal's liability, so as to achieve the balance of interests between the counterpart and the principal.

Keywords

Silence, Unauthorized Agency, Tolerant Agency

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. 案例之引入

甲与乙系明星夫妻，因聚少离多感情难以维系，遂秘密协议离婚，离婚时，乙声称结婚证遗失并办理补办手续，实际上却擅自保管结婚证件，未予以销毁。婚姻存续期间，甲便经营一家高端奢侈品店，乙常以甲之名义向丙公司订购昂贵的奢侈品包包，丁系丙公司之代理人，丁与甲乙交好，知其为夫妻关系。离婚后，乙仍以甲之名义求购一 gucci 包包(价值 50 万元)，并签订买卖合同。按照交易惯例，丙公司随后向甲的地址发出了付款通知，甲收到通知后认为自己与乙之间婚姻关系已破裂，其并无代理权限，便将付款通知撕碎扔进垃圾桶。一个月后，丙公司起诉甲要求付款。

问题 1：本案中，丙公司是否有权请求甲依据合同之约定履行付款义务？

问题 2：更改案件事实，假设乙从未以甲之名义订立买卖合同，价值 50 万之包包系其第一次购买，则丙公司是否有权请求甲依据合同之约定履行付款义务？

问题 3：本案中，若甲收到通知后，未察看其内容便将其夹入书中，丙公司是否有权请求甲依据合同之约定履行付款义务？

2. 问题之提出

《民法通则》第 66 条第 1 款第 3 句规定：“本人知道他人以本人名义实施民事行为而不作否认表示的，视为同意。”该条即“沉默视为同意”规则。若引用《民法通则》之规定，上述案例之[问题 1]可直接引用该条径直作出裁判。但在此后《合同法》颁布施行，其第 48 条第 2 款第 2 句规定：“被代理人未作表示的，视为拒绝追认。”该条对无权代理人订立合同，相对人催告后，被代理人的沉默所产生的法

律效果进行了否定式规定，其与《民法通则》确立的“沉默视为同意”规则相矛盾。而今随着《民法总则》《民法典》的颁布施行，《民法通则》第66条第1款第3句之规定未得到继承，“沉默视为同意”规则已无实证法基础，但若细心查看裁判文书，可以发现仍有不少法官在文书中援引“沉默即同意”条款¹。

笔者认为，其一，既已无相应的沉默的意思表示的规定，应重新审视“沉默视为同意”的解释论进路。其二，鉴于在裁判实务中，无权代理情形被代理人保持沉默并非罕见，应对此种“容忍型表见代理”的构成要件在现行法的框架下重新构建。

3. 沉默作为意思表示

(一) 沉默作为“无言的表示”

德国民法学界，各学者一致认为，原则上沉默一般根本不构成意思表示，其不代表同意，亦不表示反对。只有在特殊情况下沉默才可以被作为表示的媒介[1]。沉默不仅意味着“没有说话”，而且也意味着根本“有意地不表达”。这个意义上的沉默，原则上没有意思表示的意义[2]。沉默，有别于通过可推断之行为所为的表示，也有别与通过解释而被补充的表示，而仅仅是指表意人没有发出任何表示符号的情形。在通常情况下，这种沉默没有任何法律意义[3]。

我国《民法典》亦认同此观点，从第140条之规定可知，意思表示的作出方式有明示与默示，单纯的沉默只有在有法律规定、当事人约定或者符合当事人之间的交易习惯时，才可以视为意思表示。从该条中可以得出在法律行为交往中，任何人都不能将沉默作为意思表示强加于他人，任何人都不能仅基于自己的决定，强制他人将其未作出任何表示的沉默作为表示生效，这也体现了私法自治的价值取向。

(二) “沉默视为同意规则”

关于“沉默视为同意规则”可以追溯至《教会法》，其严格遵循“沉默视为同意”原则。但在我国该规则肇始于《民法通则》第66条第1款第3句，从立法沿革角度看，《民法通则》系由全国人大常委会法工委起草的几个民法草案逐步演化而来，但前几条并未出现该规则。我国的民事法典起步较晚，大部分条文系对立法技术更为优越的国家之移植，但该条文亦未能在前苏联民法中找到源头[4]，可见该规则的确立可谓横空出世。对于此条规则的意涵，民法学界存在多种理解，法律适用上极为不确定，接下来对此项规则的争议进行简要说明，希就此规则找准其解释定位。

4. 关于《民法通则》第66条第1款第3句的不同学说

(一) “本人沉默视为追认说”

就开篇所引入的案例之[问题1]进行分析，将甲对丙公司的付款通知的沉默解释为对乙之行为之追认，此时甲应依约向丙承担付款义务。

此种解释方法可有效终结无权代理人乙未经追认而处于“效力待定”的法律行为，稳固法律关系，弥补在1999年《合同法》未颁布前，无权代理情形，缺失催告权的法律体系，但在《合同法》出台后，其第49条第2款明确赋予了被代理人追认权，且规定被代理人未作表示的，视为拒绝追认。这条规定与《民法通则》第66条第1款第3句之规定相左，根据新法优于旧法原则及法律体系内部无矛盾原则，本条排除了解释为事后追认的可能性，“本人沉默视为同意”作为弥补催告权欠缺的功能亦无立足之地。

(二) “本人沉默视为默示授权说”

就[问题1]进行分析，甲明知乙以其名义进行无权代理行为，却未明确表示反对，结合之前乙曾多次

¹ 实践中存在较多的案例，试举一例，如重庆市正固建材有限公司诉华北建设集团有限公司买卖合同纠纷案，参见(2020)最高法民再3087号民事判决书。

以甲之名义与丙公司进行交易，应认为该重复进行的交易的行为足以使丙公司对乙之代理权的存在产生合理信赖，甲对乙之无权代理行为之容忍可被解释为默示授予乙一项代理权，乙之行为属于有权代理行为，甲作为买卖合同的当事人理当受到买卖合同之拘束，因此丙公司有权请求甲支付价款。

学说上，《合同法》《民法总则》施行后，对于被代理人沉默是否可以解释为默示授权，学者存在不同观点。肯定说，如学者朱庆育，认为《民法通则》第66条第1款第3句将法律效果立足于“视为同意”，而表见代理制度则直接规定“该代理行为有效”，解释为默示授权更能达到体系上融贯之效果^[5]；否定说，如学者周清林则认为，依据《合同法》第48条之规定，本人沉默在立法价值倾向上已经完全转变为拒绝追认，至于第49条规定的表见代理说明，本人沉默至多能发生表见代理的效果^[6]。

代理权授予行为既可以是明示的意思表示，也可以是默示的意思表示。所谓默示，系指“可推断的意思表示”，其效果意思是通过一项为了实现某种目的而实施的行为间接地表达出来。沉默在某些情形中也具有可推断性，从中可以推断出沉默者具有某种意思^[7]。代理权授予行为按相对人来说，可分为外部授予与内部授予，本人若完全保持沉默，外部授予在实践中难以发生，值得考虑的是本人代理权的内部授予。然而将“沉默”解释为向代理人授权的意思表示，仅限于有法律规定、当事人约定或符合当事人的交易习惯时，存在一定的适用限制。从司法审判实务中看，主张默示授权说的相关判决，主要有两类：一是行为人多次重复性地为本人实施代理行为，本人明知而且不作反对²；二是本人虽未明确的授权，但是交付给行为人重要的交易凭证，明知行为人实施代理行为而不作反对表示³。简言之，上述两类交易场合中，结合行为人(多次为本人重复实施代理行为)与本人(交付重要凭证给行为人)的场景，行为人有合理理由信赖其已经被本人通过沉默的方式授予了代理权^[8]，本人沉默可以被解释为对行为人的默示内部授权，但也仅限于此两种特殊类型。

但在[问题2]中，乙系第一次以甲之名义从事交易行为，未形成交易惯例，甲之沉默可否视为默示授权，则须重新进行考量。

(三) “本人沉默视为表见授权说”

以[问题1]为例，依此种解释，甲既没有提前授权、亦未事后追认，乙的行为构成无权代理。但“沉默”可能被视为甲的一种归责事由，若符合表见代理的构成要件，该买卖合同有效，丙公司作为善意相对人可能会得到例外之保护。

“沉默”作为表见代理的一种发生原因，比较典型的比较法依据为德国法中的“容忍代理”规则。在德国民法上，容忍代理是指被代理人放任他人作为其代理人出现，相对人依据诚实信用原则可以而且事实上依据认为该他人被授予代理权，在法律上应当将该他人视为享有代理权。在台湾地区也有学者认为，本人之所以应负授权人的责任的理由在于：每一个参与交易者，依诚实信用原则皆被课以义务，应协力共同防止表见事实之发生，以避免真伪不分，确保交易安全^[9]。有中国学者也认为，“本人沉默视为同意”应被解释为容忍授权型表见代理，行为人以本人名义实施代理行为，本人知道这种情况而未做任何否认的意思表示，表明其已经愿意承认行为人为其代理人，愿意承受该代理行为所产生的法律后果^[10]。被代理人的沉默构成了容忍代理权，创造了一项外在可信赖事实，在教义学上属于表见代理的类型之一，在广义上则属于信赖责任之一种^[11]。

将该条解释为“容忍型表见代理”具有正当性。从司法审判实践看，我国司法实务中对于《民法通则》第66条第3句的适用也大多通过表见代理制度解决⁴。说明将其解释为表见代理亦符合现实审判需

² 试举一例，如广东申星化工有限公司诉余某、马某、龚某买卖合同纠纷案，参见广州市番禺区人民法院(2004)番民重字第16号民事判决书。

³ 试举一例，如刘晓鸿诉天津镁富贵金属经营有限公司、天津镁富贵金属经营有限公司甘肃分公司等确认合同无效纠纷案，参见最高人民法院(2015)年民申字2989号民事裁定书。

⁴ 试举一例，如权邵宁诉中谷期货经纪有限公司期货合同纠纷案，参见上海高级人民法院(2005)沪高民二(商)终字第91号判决。

求。从民法体系上看,将此条解释为表见代理亦不显突兀。纵观《民法通则》的相关规定,第64条和第65条规定了代理权授予的方式及内容,第66条规定无权代理责任的分配是其题中应有之义。且将其解释为表见代理与《合同法》第49条中“该代理行为有效”体系上融贯,均体现了立法者保护善良、无过失的相对人的立法倾向,若解释为代理权默示授予,反而稍显突兀。现行法框架下,虽《民法通则》已失其效力,但《民法典》第172条所规定的表见代理规范具备开放性,在文义上可以涵盖“本人知道他人以其名义实施代理行为而不作否认表示”的情形,因而“容忍型表见代理”可以被纳入此项规范的规制范围中。

但是,若将《民法通则》第66条第1款第3句解释为容忍代理,亦存在一定的缺陷,因该条未列明容忍代理的构成要件,亦未能表明第三人信赖的要求,仅规定了其最低成立要件,即“知情的被代理人对代理人的行为没有表示反对”,因此法院很可能在未对容忍代理补充构成要件时即依据该项规定作出裁判,导致裁判结果欠缺妥当性。既然如此,笔者认为可以通过构造“容忍型表见代理”之构成要件来弥补该缺陷,并使裁判具有一定的稳定性。

5. 《民法典》中的“容忍型表见代理”构成要件之应然构造

(一) 被代理人“明知”代理人实施无权代理行为

在德国学说上,本人“明知”是容忍代理的必要条件,若本人并非明知,则无生容忍。[问题3]中,甲未查看付款通知之内容,按照通说,行为意思与表示意识为意思表示的必要构成要件,其对乙之行为无容忍之行为意思,亦未认识到此时保持沉默之法律意涵,不构成容忍代理。因本人单纯沉默即令其承受他人代理行为的后果,这显然无视本人的意思自治而片面地保护相对人,并非妥当的立法。

(二) 被代理人有意容忍了代理人产生或维持了代理人具有代理权的权利外观

代理人产生或维持了代理人具有代理权的权利外观时,依据诚实信用原则及当时的交易场景,相对人可以期待被代理人有义务积极地作出表示否认其代理权之存在,而非对自己与相对人的利益置之不理,认为与自己毫不相干。

(三) 相对人善意、无过失地信赖本人沉默所指涉的代理权表象

相对人善意、无过失系容忍型表见代理中相对人的主观要件,其作为一个理性谨慎的相对人已尽其最大义务对客观事实进行审查,在这种情形下,被代理人的沉默因法律、约定、交易惯例、诚实信用原则等因素仍形成了信赖的表象,在社会交往中,相对人已不能做得更好。

(四) 被代理人具有可归责性

被代理人应具有可归责性。在表见代理中,本人承受了与自己意愿相悖对负担,如同有权代理[12]。在此与被奉为私法之圭臬对意思自治原则显然不符对法律安排中,本人对利益被牺牲,交易相对人获得优待,此种利益倾斜自然需要辅以除了代理权外观要件之外的因素才能获得更大程度的正当性[13]。亦即本人须以可资谴责的方式诱发了权利外观,本人只要尽到注意义务就能知道他人无权代理,而且本来可以阻止[14]。若适用过错归责原则,其应对自身利益负注意义务;若适用风险归责原则,该事项发生在其更能予以控制之领域范围,其更应予以澄清。就[问题1]来说,甲与丙公司之间通过乙已发生多次交易,该频繁的交易往来应使甲对丙公司负有澄清乙系无权代理之义务。

6. 结论

随着《民法典》时代的到来,《民法通则》时代已落下帷幕。“沉默视为同意”规则仍存在于判例中,这项规则看似已与《民法通则》一同废止,但其意涵已被《民法典》第172条涵盖。因无权代理情形,被代理人保持沉默在司法实务中并不罕见,必须将其构成要件明晰化。

参考文献

- [1] [德]维尔纳·弗卢梅. 法律行为论[M]. 迟颖, 译. 北京: 法律出版社, 2013: 74.
- [2] [德]本德·吕特斯, 阿斯特丽德·施塔德勒. 德国民法总论[M]. 第18版. 北京: 法律出版社, 2017: 167.
- [3] [德]迪特尔·梅迪库斯. 德国民法总论[M]. 北京: 法律出版社, 2018: 260-261.
- [4] 杨代雄. 容忍代理抑或默示授权——《民法通则》第66条第1款第3句解析[J]. 政治与法律, 2012(4): 121.
- [5] 朱庆育. 民法总论[M]. 第2版. 北京: 北京大学出版社, 2016: 356.
- [6] 周清林. 合同类型下的无权型表见代理确定[J]. 政法论坛, 2018(1): 166.
- [7] 杨代雄. 意思表示理论中的沉默与拟制[J]. 比较法研究, 2016(6): 155.
- [8] 杨芳. 《合同法》第49条(表见代理规则)评注[J]. 法学家, 2017(6): 165.
- [9] 杨代雄. 表见代理的特别构成要件[J]. 法学, 2013(2): 60.
- [10] 朱广新. 信赖责任研究——以契约之缔约为分析对象[M]. 北京: 法律出版社, 2007: 81.
- [11] 冉克平. 民法典视野下“本人沉默视为同意”规则的再造[J]. 当代法学, 2019(4): 8.
- [12] 黄茂荣. 债之概念与债务契约[M]. 厦门: 厦门大学出版社, 2014: 254.
- [13] 王利明. 民法总则研究[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2012: 653.
- [14] 石一峰. 沉默在民商事交往中的意义——私人自治的多层次平衡[J]. 法学家, 2017(6): 49.