

试论表见代理在司法实践中的认定 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/479/2021\\_2022\\_\\_E8\\_AF\\_95\\_E8\\_AE\\_BA\\_E8\\_A1\\_A8\\_E8\\_c122\\_479986.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/479/2021_2022__E8_AF_95_E8_AE_BA_E8_A1_A8_E8_c122_479986.htm) 表见代理制度是民法理论中重要的制度之一，也是司法实践中，经常要涉及的问题。表见代理的出现，是代理制度大量运用的现实和善意第三人合法权益保护的立法理念相结合的产物。在法典化之前，法国和德国等大陆法系国家的商业习惯中已存在广泛的代理关系。之后，随着社会经济的飞速发展，劳动分工的不断深化，善意第三人合法权益保障需求日益增加，经济交易的安全保护价值凸显，立法机关赋予了表见代理以法律效力，就承认了表见代理权。例如：《德国民法典》第170条规定：“代理权以意思表示通知第三人者，在授权人向第三人通知代理权消灭前，其代理权对于第三人仍然有效。”《日本民法典》第109条规定：“对第三人表示授予他人以代理权意旨者，于代理权范围内，就该他人与第三人之间实施的行为，负其责任。”第110条规定：“代理人实施其权限外的行为，如第三人有正当理由相信其有此权限时，准用前条规定”。除了大陆法系的一些国家法律规定外，一些国际条约也对表见代理做出了专门的规定。例如《国际货物销售代理公约》第14条规定：“但代理人未经授权或超越权限与第三人实施法律行为时，该法律行为对被代理人和第三人没有拘束力。但是，如果被代理人的行为导致第三人合理并善意的相信代理人有权代表被代理人时，被代理人不得以代理人缺乏代理权限对抗第三人。”该条文综合了大陆法系和英美法系对表见代理的不同规定，扩大了表见代理的适用范围，最大限

度地保护了交易的动态安全，应该说非常值得我国在研究、制定民法典时予以借鉴，同时也为我们在司法实践中认定表见代理提供了参考。

### 一、概念及性质

#### 1、表见代理的概念

根据通说，代理是指行为人以他人的名义实施的法律效果归属于他人的法律行为。按照其外延不同，代理还可将其分为狭义的代理与广义的代理。狭义的代理仅指行为人以本人的名义进行的代理，即直接代理，也称为显名代理；广义的代理，还包括间接代理，即代理人以自己的名义实施民事法律行为，尔后将该行为效果间接归于本人的代理，也称为隐名代理。在理论上，在表见代理中，代理人始终以本人的名义而与第三人行为，从这个意义上而言，表见代理似乎应属于狭义的代理。但表见代理的前提是，代理人没有代理权，因此表见代理本质上是一种无权代理，无权代理并不是真正的代理，所以，不能用代理的概念和分类来分析表见代理，表见代理有自己的一套独特的认定体系及后果承担规范。表见代理制度在我国法律中表现在《民法通则》第66条第一款规定：“没有代理权、超越代理权或者代理权终止后的行为，只有经过被代理人的追认，被代理人才承担民事责任。未经追认的行为，由行为人承担民事责任。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。”《合同法》第49条规定：“行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被代理人名义订立合同，相对人有理由相信行为人有代理权的，该代理行为有效。”所谓的“表见”，应当是“表面上所显示的”之义。结合国内外的立法规定、各种理论学说，我认为，表见代理是指行为人虽无代理权，但有足以使善意第三人相信行为人有代理权而须由本人负授权之

责的代理。简言之，即行为人本无代理权，但表面上却足以令人相信其有代理权而按有权代理对待的行为。

## 2、表见代理的性质

由于表见代理中代理人与被代理人之间事实上并无委托与受委托的关系，因此表见代理在性质上属于一种无权代理，即行为人没有代理权而代理他人从事民事行为。所谓无权代理是指“没有代理权、超越代理权或代理权终止后的行为。”我国民法通则第六十六条和合同法第四十八条、四十九条对无权代理行为的法律后果作了不同规定。民法通则第六十六条规定：“没有代理权、超越代理权或者代理权终止后的行为，只有经过被代理人的追认，被代理人才承担民事责任。未经追认的行为，由行为人承担民事责任……”合同法第四十八条第一款规定：“行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被代理人名义订立的合同，未经被代理人追认，对被代理人不发生效力，由行为人承担责任。”合同法第四十九条则规定：“行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被代理人名义订立合同相对人有理由相信行为人有代理权的，该代理行为有效。”由此可见我国民事法律确立的无权代理可以作广义的无权代理和狭义无权代理两种解释。广义的无权代理包括表见代理和其他形式的无权代理，而狭义无权代理仅指表见代理之外的其他形式的无权代理。二者的相同之处在于，行为人都没有代理权而代他人从事民事行为；二者的区别在于，表见代理行为的法律后果归于被代理人，而狭义无权代理的法律后果需待被代理人追认，在法律上处于一种效力待定状态。如果被代理人予以追认，则对被代理人发生法律效力；如果被代理人不予追认，则对被代理人不发生法律效力，应由无权代理

人自己承担责任。二、构成要件 表见代理除了要符合代理的一般要件，如须有三方当事人、代理为合法行为等等。一般而言，其有特殊的构成要件，具体为：1、以本人的名义为民事法律行为 表见代理应当符合代理的表面要件，即表见代理人须以被代理人的名义进行活动，与第三人缔结民事关系。表见代理作为表面上的代理，它就应当符合代理的表面要件。如果不是以本人的名义为民事法律行为，纵然有为本人利益的意思，也只能适用无因管理或者隐名代理的规定，而如前所述，表见代理只能所显名代理。2、行为人不具有代理权 表见代理人实施表见代理行为时，对该代理行为不具有代理权，若有代理权，则适用有权代理的规定，即使代理权有瑕疵，也只能适用狭义无权代理的规定,而与表见代理无关。（关于狭义无权代理，具体可参见我国《合同法》第四十八条的规定）3、客观上存在使相对人相信行为人有代理权的外表现象 此点是表见代理与狭义无权代理最大的区别，也是表见代理之所以发生有权代理效果的根本理由。相对人依据一定的事实，相信或认为行为人具有代理权，即“信其有代理权”。所谓一定的事实，是指本人有作为或者不作为实施某种表示，导致相对人根据这一表示足以相信行为人有代理权。关于此点，也是司法实践中认定表见代理最主要的难点，本人将在后面详细论述。4、相对人为善意无过失 相对人为善意无过失，是指行为人依本人名义在与相对人为法律行为时，相对人不知道，且无应当知道行为人实际上不具有代理权。反之，如果相对人有恶意，明知行为人无代理权还要与之进行民事法律行为，就不构成表见代理。详言之：

（1）须相对人善意。无论哪个国家和地区，设立表见代理

制度的目的，均是为了保护善意第三人的利益和维护交易的安全，从法律上使表面上无效的无权代理行为形成有权代理行为的法律后果，从而保护善意第三人的合法信赖利益。这种立法规定表见代理的价值取向，同时使得被代理人在委托代理人进行民事行为时更为谨慎，第三人在交易时更有保障。

相对人善意是指，相对人不知道行为人为无权代理，若相对人知道行为人为无权代理，而仍与其发生民事关系，甚至和行为人串通起来损害被代理人的利益，则根本不适用表见代理，相反，行为人和相对人还应承担相应的责任。（2）须相对人无过失。相对人无过失是指，相对人对不知道行为人为无权代理不存在过失，即相对人不知道行为人无代理权或者超越代理权或其代理权已经终止。若相对人因为疏忽大意或者其他过失而不知道行为人为无权代理，则应有行为人和相对人承担相应的责任，而不能适用于表见代理。

5、其他司法实践中产生的表见代理行为，相当一部分是产生于本人的过错，善意第三人因本人的过错，而相信无权代理人有代理权。当然，这并不表明本人过错是表见代理的必备要件，而只是表明，本人的过错导致表见代理是一种普遍现象。我国民法专家王利明先生认为，表见代理制度存在的合理性，就是因为相对人之所以信赖行为人具有代理权，往往是由本人的过失造成的。根据民法理论“禁反言”规则，本人不能否认自己的行为，而应对行为人的无权代理行为负责。

三、表见代理的效力 表见代理对被代理人产生有权代理的效力，即在第三人与被代理人之间直接产生民事法律关系，被代理人应受代理人与第三人之间实施的法律行为的约束，享有该行为设定的权利和履行该行为设定的义务。被代理人无权

以代理人没有代理权为由抗辩。有的学者认为构成表见代理时，第三人有权要求被代理人与代理人对代理行为承担连带责任。我个人认为这种看法不无疑虑，第三人没有理由得到差别待遇，第三人没有任何理由得到比有权代理情况下更好的保护。也就是说第三人只有单一选择权，第三人可以选择构成见代理，要求被代理人承担责任，也可以选择无权代理，要求代理人履行合同或主张合同无效，要求代理人承担赔偿责任，但是第三人的选择权只能行使一次，并且不得变更。被代理人在第三人要求其承担责任之日起就有权要求代理人承担责任。有的学者认为代理人应对其无权代理行为承担侵权的民事责任，其赔偿损失的范围适用民事赔偿范围的一般规定。我个人认为代理人承担的不完全是侵权责任，有时承担的应是劳动责任。例如：被代理人是法人或其他组织，代理人是被代理人的工作人员，代理人的无权代理行为承担的应是劳动合同规定的责任，而不是民事赔偿责任。

#### 四、司法实践中的认定

结合我国《合同法》第四十九条的规定，如何在司法实践中正确认定表见代理，我认为，主要应当从上述构成要件的以下三个方面着手进行：1、行为人的行为是否构成权利外观 著名学者王泽鉴在论及表见代理制度时，提到了一个很重要的学术概念，即权利外观。他认为，权利外观是指本人的授权行为已经在外部形成了一种表象，即能够使相对人有合理理由相信行为人已经获得了授权，也有人称之为“行为人有被授予代理权之外表或假象”和存在所谓的“外表授权”。相对人之所以“有理由相信行为人有代理权”，就是因为行为人的行为所表现出来的权利外观使相对人产生了合理信任。当然，这种权利外观可能是真实的，也可

能是虚假的（实际上大多数是虚假的，至少有部分是虚假的，否则也不可能产生表见代理）。但无论这种权利外观是真实的还是虚假的，只要能使相对人相信行为人具有代理权，都不应当影响表见代理的成立。因为，表见代理制度的创立正是基于行为人的虚假表象，是为了解决行为人行为虚假问题，没有行为人行为虚假的问题就不可能有表见代理制度的产生。至于这种虚假的违法程度，法律并没有作出具体规定，是一般违法还是犯罪，均不应当影响表见代理的成立。关于权利外观是否构成，综合各种学说和观点，我们一般可以从如下几个方面来进行把握和考量：（1）特定的场所也就是说，行为人是否在本人的场所实施民事代理行为，从而相对人相信行为人已经获得了本人的授权。例如：行为人冒充商厦售货员在柜台上接收顾客的钱款而逃走。在顾客与商厦之间形成的表见代理，是相对人基于特定环境才产生对行为人的信任，相信行为人有代理权才产生与行为人之间的法律关系。（2）行为人与本人的关系就是指行为人和本人之间是否存在有使相对人相信行为人有代理权的特定法律关系。如夫妻关系、父母子女关系、合伙关系等特定法律关系。这些特定法律关系，是认定表见代理的重要理由。这些特定法律关系，既可以是现在的，也可以是以前的，如曾经存在过的委托关系、代理关系等等。基于以前的特定的法律关系所产生的信任理由是表见代理成立的一个重要理由，而且也是表见代理中最大量的因素。（3）本人对行为人的行为的发生所起的作用即本人是否容忍不反对行为人从事无权代理行为，或者本人在代理权终止后是否及时收回代理证书或者授权委托书。（4）行为人在与相对人缔约时宣称其拥有代理

权的根据 代理证书。代理证书在实践中的表现形式，一般包括用以证明代理人身份并明确代理权范围的授权委托书、委托书或介绍信。如果这些证书中没有明确规定代理的期限和内容，而行为人持有这些证书并与相对人订约，相对人便有理由相信其具有代理权。但如果证书中对代理权的期限和内容规定得非常明确，相对人没有仔细阅读，则不能认为相对人有合理的理由相信行为人具有代理权。单位印章。只要印章不是伪造的，如果行为人持有，一般而言，相对人都有合理的理由相信其具有代理权。但如果行为人所持的是单位负责人的个人章，则不能仅凭此而认定行为人有代理权。因为个人章不同于公章，法律上对个人章没有严格的管理制度，伪造个人章较之于伪造公章更容易，且一般而言，单位章只有一个，而个人章却可以使用多个。单位介绍信。如果介绍信已经包含了授权的内容，则可以由此认定相对人相信代理人有代理权。但如果介绍信中没有包含授权内容，则不能仅凭此认定行为人具有代理权。因为单位介绍信通常不包括授权内容，它只是起证明某人身份的作用。空白合同书。一般而言，行为人持有单位盖有公章的空白合同书对外签订合同，则亦应当认定相对人有理由相信行为人具有代理权。其他文件。日本有学者认为，如果行为人持有委任状、不动产交易时所用的权利证书、金钱借款关系中之借据，应该认定行为人持有之物具有代理权之外观。关于这一观点，我国学界基本上是认可的。

2、形成的权利外观与本人有关联认定表见代理时，在确定存在权利外观的情况下，是否应当考虑该权利外观的形成与本人有关联的问题。在我国《合同法》的起草过程中，对此存在着两种不同的看法：一种意见是，应

当以本人的过错作为表见代理合同的要件，否则对本人是不公平的；另一种意见是，表见代理最重要的特征就是相对人有正当理由相信行为人有代理权，而不考虑本人是否有过错。最后，合同法基本上是采纳了第二种意见。其理由在于，在大多数情况下表见代理合同的产生与本人的过错是有关系的，例如，由于本人管理制度的混乱，导致其公章、介绍信或者空白合同被他人借用或冒用而订立了合同；本人在知道行为人以其名义与相对人订立合同而不作表示等，这都表明本人是有过错的，但在司法实践中要证明本人有过错也不容易，尤其是设立表见代理制度的目的是保护交易的安全。所以，不应当考虑本人是否有过错。不能以本人存在过错作为表见代理的构成要件，这不管在理论界，还是实务领域，都已经没有疑义的。但为了平衡本人和相对人之间的利益，在确定表见代理时考虑权利外观的形成是否与本人具有关联性，已经逐渐被审判实践所认同。即只要本人的行为与权利外观的形成具有一定的联系，即使本人没有过错，本人也应当承受表见代理的责任，这是因为在立法者看来，在善意第三人（也称为相对人）的信赖利益和本人利益之间，信赖利益涉及交易安全和经济秩序，较本人利益更值法律保护。一般而言，在适用表见代理的情形下，本人的利益即被更高的法律价值所牺牲。当然如果本人的行为与权利外观的形成并不具有关联性，或者说权利外观的形成与本人毫无关系，则本人不应当承受表见代理的后果。从审判实践来看，权利外观的形成与本人毫无关系，主要指下列情况：第一，行为人私刻本人的公章、伪造本人的营业执照或合同书等与相对人订立合同。第二，在本人的印章、合同书、营业执照等被盗以

后，本人已经在指定的媒体上以充分合理的方式作出的公告，但行为人仍以此与相对人订立合同，相对人因未见到这些公告而相信行为人具有代理权。第三，行为人伪造单位名称并私刻公章与相对人订立合同，行为人自己也不知道该单位是否存在，但实际上确实存在该单位，如果相对人相信行为人具有代理权。上述情况下，不成立表见代理的理由在于：第一，本人无法控制无权代理行为的发生，且本人尽到了高度的注意义务。第二，权利外观的形成与本人毫无关系，如要本人负责，将会导致祸从天降，使本人蒙受无法预测的意外损失，这不符合情理和民法所确定的公平原则。第三，可能会助长私刻公章、伪造营业执照或合同书等不法行为。司法实践认为，表见代理制度的适用，虽然不必考虑本人的过错以及本人的意志问题，但应当考虑形成的权利外观须与本人有所关联，同时不能对本人强加责任，罪及无辜。

3、相对人为善意无过失 所谓善意无过失，是指相对人不知行为人的代理行为欠缺代理权，而且相对人的这种不知情不能归咎于他的疏忽或懈怠。有学者认为，《合同法》第四十九条仅提到相对人有理由相信，而并未要求相对人是善意无过失的。但是，我认为，这种理解是机械式的本本主义，不符合民事法律之原则精神。因为，即使形成权利外观，但相对人明知这种权利外观是虚假的还与行为人签订合同，这不仅有恶意串通之嫌，更是严重违反了诚实信用和权利不得滥用的民法基本原则。当相对人由于自身的疏忽或懈怠导致其相信行为人具有代理权而与行为人签订合同，其主观上是有过错的，对于有过错的行为，如果予以正当地保护，就会与法律的公平正义原则相悖。关于善意无过失的判定标准问题，英美

法上采取“合理人”的标准；而大陆法上则采用“轻过失”标准，即要求相对人尽到善良管理人的注意义务。在时间上，坚持相对人的上述主观状态应当限定在行为时，且本人应对此负举证责任。实际上，相对人的善意与无过失，在很多情况下是密切联系在一起的。例如，相对人不应当相信行为人具有代理权却产生了误信，这既表明相对人并非善意的，也表明其是有过失的。表见代理的表现形式，在现实的经济活动中十分复杂，我们难以也不可能全面论及，但并不能说我们对这个问题无能为力。虽然我们不能穷尽所有的表见代理，但我们可以根据上述表见代理的构成要件，再根据这些要件和有关的原理，来作出恰如其分和符合立法本意的具体认定。参考文献：[1]王利明 表见代理构成要件之我见[J]. 民商法纵论[C]. 北京：法律出版社，2000 [2]王利明 合同法研究（第一卷）中国当代法学家文库 中国人民大学出版社，2002 [3]柳经纬 民法总论[M]. 福建：厦门大学出版社，2001 [4]史洁明 论表见代理[J]. 法律科学，1995（1） [5]杨婉萍 表见代理若干问题研究[J]. 河北法学，2000 [6]龙卫球 民法总论[M]. 北京：中国法制出版社，2001 [7]佟柔 中国民法学-民法总则[M]. 北京：中国人民公安大学出版社1990（作者：董锁洪，江苏常州张林芳律师事务所） 100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 [www.100test.com](http://www.100test.com)