

表见代理构成要件新探 PDF转换可能丢失图片或格式，建议
阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/481/2021_2022__E8_A1_A8_E8_A7_81_E4_BB_A3_E7_c122_481470.htm

一、问题的提出
代理制度本为私法自治之扩张或补充，自应尊重被代理人之意思，维护被代理人之利益。如代理人未经实际授权，自不应生代理之效力，以免被代理人受不测之损害。但代理制度并非仅仅涉及代理人与被代理人两方，尚关乎相对人利益，若完全遵从被代理人之意思，置相对人利益于不顾，则交易安全将大受影响，代理制度也难以实行。故法律规定于代理人有被授权之表象情形，从相对人利益及交易安全出发，认定被代理人之责任。此乃表见代理制度设立之缘由、存在之基础。我国《民法通则》中并未确立表见代理制度。有意见认为第六十五条、第六十六条实际是对表见代理制度的确认。但细察此两条规定，均系着眼于代理人之连带责任，旨趣实与表见代理相去甚远。最高人民法院《关于在审理经济合同纠纷案件中具体适用经济合同法若干问题的解答》中对持有被代理人介绍信签订合同等情况的解释标志着表见代理制度在实务中得到了认可与应用。但直至《中华人民共和国合同法》出台后，表见代理制度方得以正式确立。表见代理制度虽自1987年以来已在实务中得到应用，但对其讨论并不深入，尤其是对其构成要件问题更是争论颇多。《中华人民共和国合同法》虽对表见代理在立法上予以确认，但条文过于简略，仍不能解决实践中出现的纷繁问题，甚至于已出现的判决中对同样情况因法官的认识不同而结论大相径庭。故非常有必要对其构成要件问题进行认真疏理。

二、对几种构成要

件说之检讨 考察近年来学者们对表见代理构成要件的讨论，大概可以归纳为三种：1、普通要件说：该说认为表见代理构成要件可归纳为三：（1）代理人无代理权；（2）相对人有充分理由认为代理人有代理权；（3）相对人善意无过失。不少教科书均采此说，《合同法》第四十九条之表述亦与此同。2、特别要件说：该说认为表见代理除应具备上述要件外，尚须相对人与代理人所为法律行为具备成立生效的条件。3、过错要件说：该说认为表见代理之形成除应具备普通要件说之要件外，尚须被代理人对代理权表象的形成有过失。普通要件说的缺陷是明显的。此说对被代理人要求过于苛刻。表见代理虽是为维护相对人利益而对被代理人的特别要求，但依此说，被代理人之抗辩除对相对人存在过失进行抗辩外，实无更多的抗辩理由，而让被代理人证明相对人的过错问题，在实践中是相当困难的，故此说陷被代理人于极不公平之地位，大有矫之过正之嫌。比如：代理人盗用被代理人公章与相对人订阅合同的情况，在此情况下，相对人自无理由怀疑代理权之存在，无从认定相对人的过失之存在，但此种情况若归于表见代理，显于被代理人极为不公，也与法律上的相关规定相悖。特别要件说将相对人与无权代理人之间的民事行为符合成立有效条件作为构成要件，认为如果民事行为不符合成立生效条件，则属无效或可撤销行为，不产生表见代理。这种认识不仅未能解决普通要件说所存在的问题，反而又带来了新的麻烦。首先，代理成立的条件不能作为相对人与无权代理人之间民事行为成立生效条件的基础考察。代理成立的要件之一是代理人不得为违法行为，如果因盗用公章行为违法因而不符合民事行为生效的前提条件

而否认表见代理的成立，那么，表见代理人无合法授权而为代理行为，亦缺乏合法性之基础。何以前者之违法影响表见代理之成立，而后者不影响，二者之间的界限应如何确定呢？这显然是一个自相矛盾、难以处理的问题。其次，表见代理的成立是以相对人对代理人有代理权的善意信赖为基础的。民事行为不具备成立要件，并不意味着没有责任的存在，如信赖利益的处理问题，因同样的信赖，基于同样的授权表象，仅因与信赖及表象毫无关系的民事法律行为是否生效之不同，而形成不同的后果归属，这是与表见代理制度的宗旨不相协调的。过错要件说是否合理，关键在于被代理人的过错应否纳入表见代理构成要件之中的问题。就此有两种截然不同之观点。否定说认为：在构成表见代理的情况中，相对人之所以相信行为人具有代理权，虽往往与被代理人具有过失有关，但被代理人的责任不限于过失责任，成立表见代理不以被代理人主观上具有过失为必要条件。即使被代理人没有过失，只要客观上有使相对人对代理权的存在与否陷入错误判断的依据，即可构成表见代理。肯定说认为：代理权表象的形成，或出于本人的过失行为，或出于无权代理人的故意行为，或本人与无权代理人均有过失。如果不以本人有过失为条件，让无过失之本人为故意制造代理权假象的无权代理人对过失的相对人承担责任，显然是不公平的，故应以本人无过失为表见代理之要件。就此问题，笔者认为：肯定说过分强调了无权代理人的过错问题，从无权代理人之过错来考察是否于被代理人公平问题，是有悖于表见代理宗旨的。表见代理实际上是从相对人角度出发而非从代理人角度出发的，其价值倾向是倾斜于相对人的。即使于被代理人与相对

人均无过错的情况下，亦应存在后果之归属问题。如甲电话通知乙派丙前去提货，丁闻讯冒充丙以甲的名义将货提走。在相对人与被代理人均无过失的情况下，是认定构成表见代理盲目性甲负担后果呢，还是不构成表见代理而让乙继续履行交货义务呢？从丁的角度出发考察甲的责任显然对甲是不公平的，但从乙的角度而言呢？在这种情况下，让甲负担后果正是法律设立表见代理制度的价值取向与意义所在。不能以对甲不公平之由违背这一宗旨。同时，从代理制度本身看，被代理人之责任非因其自身之过错，而是有代理权或代理权表象的代理行为的存在。代理是私法自治之扩张，但由于社会生活之纷杂，需要解决各种情况下代理行为之归属，表见代理即是从交易安全与相对人利益角度，为确定行为后果之归属而设立的，并非是为解决被代理人责任之构成。故表见代理亦应遵循代理制度之一般原则，通过法律形式明确行为后果之归属。过错故而不应被列为构成要件考察之对象。由上述分析可以看出，目前关于表见代理构成要件之观点，均不同程度地存在一定缺陷，殊应重新梳理并构建合理的构成要件。

三、构建之设想 对任何问题的讨论，首先应有一定的理论视点。就表见代理的构成要件问题，本文拟从以下几个方面来考察：第一，从表见代理制度设立目的看，表见代理是为维护相对人利益、维护交易安全而创设的。其基础在于相对人对被代理人与无权代理人之间授权关系的信赖。此信赖是安全交易之核心，亦为相对人利益得以保护之前提，故考察表见代理之构成要件，应围绕“信赖”而进行。这一信赖是指对代理人身份之信赖。至于基于此信赖所为民事行为的生效或成立问题，在所不问，成立生效与否，均不动摇

信赖之基础，故亦不影响表见代理之构成。第二，从被代理人责任基础看。任何责任都是基于本人的行为而产生的，无行为即无责任。任何一种归责原则、任何一种责任都不可能脱离责任人的行为而存在。表见代理中被代理人的责任亦不例外。在表见代理中，被代理人的责任似乎是因相对人对授权表象的信赖而产生的，但信赖仅是表见代理制度设立的基础。从被代理人的责任看，这一责任从根本上并非因授权表象的存在而产生，而是因被代理人自己的行为而产生的，所以，在考察表见代理之构成时，考察的不应仅仅是无权代理人所制造的表象（表象本身是没有意义的，它只有结合了被代理人本人的行为与相对人对表象的认识方有意义），也不能仅仅考察相对人对该表象的信赖理由与信赖程度，还应考察的是被代理人的一定行为与表象形成的关联性。只有因被代理人一定行为的存在或曾经存在，加上无权代理人故意或过失之行为形成授权表象，并致相对人信赖该表象为真的情况下，方形成表见代理，无被代理人行为之参与，即无表见代理存在。当然，这里所谓的行为也包括不作为。第三，从公平原则的角度看，表见代理制度之出发点是维护相对人利益。换个角度看，即是对被代理人责任之加重。因该制度主要涉及的是相对人与被代理人两方，故亦不应视被代理人利益于不顾。这就要求在构建表见代理构成时既不违制度目的，又兼顾衡平与公正。这一点应体现在对相对人的要求上，我们说表见代理是以相对人对授权表象的信赖为基础的，但此信赖不应是不负责任之轻率信赖，应有两点限制：其一，相对人须尽善良管理人之注意义务，是基于善意无过失之信赖；其二，对负有特定之注意义务人尚需尽特定之注意义务。

否则，则构成相对人过失，不成立表见代理。第四，从代理制度所作一般之推导。上文已述及，代理是私法自治扩张的产物，代理人之行为后果归属于被代理人，从制度上是因代理行为是被代理人行为之扩张或补充，视同于被代理人之行为，从行为上看是因被代理人授权之结果。无论是被代理人，还是代理人，其授权行为或行使代理权行为时主观上之过错问题均不影响被代理人对后果之承担。表见代理从交易安全角度出发，对无权代理之特殊情形予以突破，虽有特殊性，但亦不能违背后果归属之一般原则。故被代理人过错问题，无权代理人与相对人民事行为的成立与生效问题，均不影响表见代理之成立，不得作为表见代理之构成要件。第五，运用归纳法进行归纳考察。学者们对表见代理之表现（或曰类型）考察颇多，从表见代理的具体表现来归纳总结表见代理之构成，或能有所裨益，亦不失为构建方法之一种。表见代理的表现形式大致可分为下属几种：1、有授权表象的表见代理，主要有下属情形：（1）向特定第三人通知授予他人代理权而实际未授予；（2）公告周知授予他人代理权而实际未授予；（3）知道他人以本人名义实施代理行为而不作否认表示；（4）单位业务介绍信、合同专用章或盖有公章的空白合同书之借用。2、有未越权表象的表见代理，主要表现为：（1）因委托授权不明而发生的表见代理；（2）因对代理权进行特别限制而产生的表见代理；3、有代理权延续表象的表见代理：（1）代理权消灭后，未及时采取措施者；（2）已向特定第三人为授权通知，消灭后未向该特定第三人通知者；（3）公告周知授予代理权，权利消灭后未公告周知代理权消灭者。从上述表现方式可以看出，表见

代理形成均与被代理人的行为（作为与不作为）有关，同时被代理人的行为须为形成授权表利用并致相对人信赖的原因之一（或曰相关）。四、结论 基于上述分析，笔者认为表见代理的构成要件为：1、代理人无代理权。表见代理属无权代理，无代理权应为制度应有之义；2、代理人有被授予代理权之表象并使相对人有充分理由予以信赖；3、相对人对授权表象之信赖与被代理人自己行为有关联；4、相对人对授权表象之信赖善意且无过失。 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