

论表见代理的法律适用 PDF转换可能丢失图片或格式，建议
阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/484/2021_2022__E8_AE_BA_E8_A1_A8_E8_A7_81_E4_c122_484598.htm

一、表见代理的构成要件 表见代理从广义上来说是一种无权代理，故它既须具备无权代理行为的一般构成要件，又须具备特殊的构成要件。

(一)客观上必须具有使第三人有正当理由相信无权代理人有代理权的表见事实(即客观表象)。即无权代理人因与本人存有事实或法律上的联系，导致无权代理人具有被授予代理权的外表或假象，同时这种假象达到了一定程度，即令任何善意和合理的第三人处于同样的环境下，都会合理信赖代理权的存在。依表见事实产生的原因，表见事实可分为因本人的行为所生的表见事实和因与本人存在某种关系所生的表见事实。

1、因本人的行为所生的表见事实 因本人的行为使相对人相信代理人有代理权的情形主要包括以下两种：(1)以言语作的声明，如本人向他人声称自己授权无权代理人为某种法律行为，而事实上并未授权；(2)以行为作声明，该行为包括积极作为和消极作为。授权不明属于积极作为，即由于本人为授权行为且该授权对相对人而言不明确，导致相对人认为无权代理人有特定但实际并未被授予的代理权。将具有代理权证明意义的文件或印鉴交给他人，或者允许他人作为自己的分支机构，允许他人挂靠经营，允许他人使用自己的营业执照、银行账户、业务介绍信、盖章的空白合同书，在柜台租赁关系中承租方未表明租赁关系、出租方亦不表示异议的，等等，均属于积极作为。以消极作为作声明的情形主要是明知他人以其名义为法律行为而不予否认，以及未尽

告知义务等。如本人与代理人之间的委托合同不成立、无效或被撤销，代理权终止或被限缩后，本人未及时告知相对人或采取必要措施公示代理关系终止的事实并收回代理证书等。因本人管理上的疏忽或懈怠，致使行为人利用其印鉴以其代理人的名义活动，也属于消极作为。

2、因与本人存在某种关系所生的表见事实 许多情况下，本人并未为明示的或默示的表示，由于代理人与本人之间客观上存在某种特殊关系或代理人居于特殊的法律地位，善意相对人有理由相信无权代理人有代理权时，相对人仍然有权直接要求本人承担法律后果。本人与无权代理人之间的特殊关系包括合伙关系、夫妻关系、父子关系等，或行为人一直是本人的代理人，过去长期代理本人处理某些事务，或代理人居于特殊的法律地位，如遗产管理人。这种特殊关系或特殊地位多基于社会所提倡、法律所保护的信任关系、血缘关系、婚姻关系等，而且有的关系还与特定的财产关系相联系，使相对人认为无需再予授权。

(二)主观上相对人必须为善意且无过失。表见代理的主观要件是相对人善意且无过失，即相对人不知无权代理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。善意，是指相对人不知代理人无代理权，而相信代理人有代理权，并且该心理状态是其与无权代理人为法律行为的原因。当相对人不知无权代理人无代理权，且存在表见事实的情况下，若有证据证明相对人并不相信其有代理权时，仍然不能构成表见代理。无过失，是指相对人尽了合理的注意义务。一般情况下，相对人对代理人的身份及权限不必与本人核对，但应对代理人提供的证明文件进行仔细审核，尽到善意管理人的注意义务。否则，法律上推

定相对人有过失，不成立表见代理。《合同法》虽然未对相对人作明确的限制，但根据表见代理制度的设立原理及从合同法的立法历史看，应理解为相对人是善意且无过失的。相对人善意且无过失强调的是相对人的主观心理状态，作为表见代理的主观要件之一，只有在与代理人为法律行为时，相对人不知代理人无代理权才构成善意。相对人在为法律行为之前不知，而在为法律行为时得知，则不构成表见代理；相对人在为法律行为之后得知则不影响表见代理的认定。当相对人与无权代理人在为法律行为过程中得知无代理权事由时，本人应仅对相对人知道无权代理前的法律后果负责。因为当相对人得知代理人无权代理时，之后成就的表见代理因丧失主观要件而转化为狭义无权代理，相对人应积极行使催告权和撤销权，以维护自己的利益，相对人怠于行使权利所造成的损失当然不能由本人承担。

(三)构成表见代理是否必须具备被代理人主观上有过错这一要件。关于这一问题，学理上有两种截然不同的主张，“过错责任说”和“无过错责任说”。“过错责任说”主要指被代理人自身的过错是构成表见代理的不可或缺的条件。¹持此观点的学者认为如果被代理人无过错却要承担无权代理的法律后果，这是片面保护了相对人的利益，却严重损坏了被代理人的利益；这样的结果必然使人们不愿再通过代理人进行活动，威胁到代理制度的存在，限制社会经济的发展；此外，也违反了确立表见代理所要追求的价值目标，不符合民法的公平、过错和诚信原则。

“无过错责任说”指是否构成表见代理，仅从相对人一方考察，与被代理人的过错有无无关。即使被代理人没有过错，只要客观上存在使善意相对人对于代理权产生错误判断的表

见事实，即可成立表见代理。2持此观点的学者认为：表见代理制度设立的宗旨便是以牺牲被代理人的静的安全利益来维护整个社会的交易安全，满足善意相对人的信赖利益。否则，表见代理制度设立的宗旨将得不到体现，善意相对人的现实利益也得不到保护。笔者认为，上述两种说法都有一定的道理，但也有其不足。“过错责任说”以本人的过错与否作为表见代理成立与否的判断标准，这样会不适当的限制表见代理的适用，减损其价值与功能，从而与其所兼顾的效率之法律价值相悖。“无过错责任说”完全不考察本人的过错与否，这与表见代理制度所追求的公平的法律价值相悖。我们应当看到，在特殊情况下，相对人可能有正当理由相信行为人具有代理权，本人对无权代理情况毫不知情且无过错。例如，行为人私刻本人公章，伪造本人介绍信和盖有公章的空白合同书，以本人名义和他人签订合同。相对人对此种无权代理行为主观为善意且无过失，但如果适用表见代理制度使本人承担责任，确实对本人极不公平。因为公平原则的一个重要内容即是要求当事人公平合理的承担民事责任，而该说则不论本人的过错与否只考察推定代理权存在的客观表象，使无权代理的后果归诸本人，仅注意相对人的意志和利益，忽略了本人的意志和利益，使无过错的本人蒙受极大的不利，属于矫枉过正，这同样与法律所要追求的公平价值目标相背离。并且，在我国目前市场信誉体系尚未完全建立的情况下，如表见代理的成立完全不考虑本人的过错，则势必导致相对人对这一法律制度的滥用。此外，“无过错责任说”中就本人与相对人之间的举证责任的分担而言，也是极不利于本人的。因为相对人只要有充足的证据证明存在足以使其

相信代理人具有代理权的客观情况存在，即可推定其为善意无过失，这种用事实自证的方法是较容易的，而本人要否定表见代理的成立，则必须证明相对人是恶意或有过失，这较相对人的事实自证要难得多，况且在相对人与无权代理人恶意串通的情况下，事实上本人的举证成为不可能。从上面的分析中可以看出，在谈及表见代理的构成要件时，不考察本人的主观过错不妥，仅单纯的将本人的过错作为表见代理不可或缺的条件也不合适。为了更好地体现表见代理制度所要追求的公平正义这一法律理念，笔者认为可以采用居于“过错责任说”和“无过错责任说”之间的一种中间理论，即“过错推定”原则。过错推定实际上是过错责任原则的发展，又称为过失推定，是指原告如果证明所受的损害是被告所致，而被告不能证明自己没有过错，则推定被告有过错并承担民事责任，反之，如果被告能证明损害不是由他的过错所致，他可被免除责任。¹该原则推之于表见代理制度，便是只要有使善意相对人信赖行为人有代理权并与之交易的表见事实的出现便可推定本人有过错，构成表见代理，除非本人有充足的证据能够证明其对表见事实这一客观现象的产生无过错。在此种情况下，如果相对人也是善意且无过失，笔者认为可以适用公平责任原则，由本人与相对人共同承担行为的后果，或适用狭义无权代理之规定由无权代理人单独对相对人承担责任。另外，表见代理是否仅限于民事行为，无权代理人的犯罪行为是否构成表见代理，理论和实务界也有肯定和否定之说。笔者认为，无权代理人的犯罪行为并不阻碍表见代理的成立。理由如下：首先，表见代理的构成，并不考察无权代理人的主观心理状态，相对人是否相信无权代理人具

有代理权，取决于相对人对表见事实而不是对无权代理人心理状态的判断，只要有使相对人相信无权代理人有代理权的理由，即成立表见代理。换言之，从表见代理的构成要件看，已将无权代理人的行为目的排除在外。其次，表见代理制度的设立，正是为了解决无权代理人的不真实客观表象问题。该制度放弃了违法即无效的一般准则，是法律对效率的选择。如果将伴有犯罪的表见代理认定为无效，将违背这一制度的设立初衷。再次，如果犯罪行为阻碍表见代理的成立，则无权代理人侵害的是相对人的财产权，否则，侵害的是本人的财产权。在表见代理中，相对人是善意无过失的，而本人往往具有过错。在无权代理人赔偿能力极其有限的情况下，从对保护无过错方的权益角度来看，认定表见代理成立更有利于保护相对人。

二、表见代理的法律效力

表见代理的法律效力又称法律后果，是指表见代理的结果归属问题。综观各国民事立法，规定表见代理的法律后果由本人承担是通说，我国《合同法》也采纳此观点。笔者认为，表见代理虽然被以法律的形式赋予其有权代理的效力，但其本质上仍是无权代理，故在谈论表见代理的法律效力时，我们应该从本人、相对人和无权代理人三个方面之间的关系来思考。

1、相对人与本人、无权代理人之间的关系

依照通说，表见代理的行为效果直接归属于本人，即表见代理一旦成立后，本人即应当对善意第三人履行表见代理所产生的义务，而不得以代理人欠缺代理权进行对抗。当然，本人对表见代理行为法律后果的承担可以是被动的，而不必须是积极主动的。在此，笔者认为有必要探讨这样一个问题，即：表见代理中的相对人是否具有主张表见代理或狭义无权代理的选择权？对此，

有学者认为表见代理从本质上讲是无权代理，故发生了表见代理后，相对人可以根据自己的利益之所在在表见代理和狭义无权代理之间进行选择，即相对人既可以向本人主张成立表见代理，也可以无权代理为由撤销该代理行为。但笔者认为，无限制的赋予相对人以选择权，虽极利于保护善意相对人的利益，却会不可避免地出现下列情形：某一合同签订时成立表见代理对相对人有利，于是相对人主张表见代理，但在合同履行完毕之前，可能由于某些客观条件的变化，如被代理人濒临破产、无权代理人显现了经济强势或相对人经营策略的变化等等，相对人欲中止与被代理人之间的关系，则他可以代理人无权代理为由主张狭义无权代理，以满足其目的。因此可以这样说，赋予相对人以选择权便是赋予了其对被代理人的行为是有效或无效的决定权，相对人完全从自身利益出发选择是由被代理人还是由无权代理人来承担法律后果，此时的相对人甚至取得了比有权代理还要有利的局面，这不仅悖于代理制度设立的初衷，同时也违背了民法所追求的公平、正义原则，破坏了交易秩序和交易安全。针对上面情况的弊病，又有学者提出另外一种观点：在保留相对人选择权的基础上对其选择做出严格限制。即允许相对人在表见代理和无权代理间做出选择，但相对人仅可选择一次，绝不可以同时选择或重复选择。具体来讲，就是相对人以表见代理为由向本人主张授权责任后，其选择权的行使即告终结，非经本人拒绝承认或法院认定，不得放弃表见代理转而以狭义无权代理为由请求救济；同样，相对人在首先选择了狭义无权代理情况下，除非无权代理人有足够的证据证明可以成立表见代理，相对人不得再向本人主张表见代理。对此，

笔者认为，本人、行为人、相对人三方关系只要满足上述表见代理的几个构成要件，便应确定的成立表见代理，使之发生与有权代理相同的法律后果，而不应当在法律上赋予相对人以选择权。即使善意相对人事后知道行为人没有代理权、超越代理权或者代理权已经终止，但只要他与行为人进行民事法律行为时在本意上是欲与被代理人发生法律关系，法律就应确认保护这种状态，之后加入客观形势向着不利于相对人的方向发展，相对人也不能再以行为人无代理权为由要求撤销民事法律行为，而理应承担这一商业风险。况且相对人在当初成立该法律关系时便应预测到商业风险的存在，这种合理分担风险责任的规定对相对人而言也没有什么不公平之处。追根溯源，笔者认为表见代理制度设立的宗旨是要求本人承担行为人与相对人实施的民事法律行为产生的后果，以防止善意第三人因无人承担或行为人无力承担责任而造成损害，在此基础上维护交易的动的安全，减少社会资本的不必要浪费，促进社会经济秩序的井然进行；而不是赋予相对人以无限的选择权，使其取得甚至超过有权代理中相对人的权利，却不承担丝毫的风险与责任，这不仅违反了权利义务相一致的原则，也体现不出法律的公平的价值目标。

2、本人与无权代理人之间的关系

(1)本人得要求无权代理人承担损害赔偿的责任 通常认为，本人在向相对人履行了表见代理行为产生的义务后，如因此而遭受损失的，本人对无权代理人享有损害赔偿请求权。责任的承担应有过错的存在。前面我们已经谈过表见代理的产生往往与本人的过错有关，因此，在确定无权代理人向本人应承担何种程度（全部、一部、不承担）的责任之前，有必要先考察一下本人与无权代理人之间

的过错性质及程度。笔者认为，表见代理构成要件中本人的过错应当包括两种：其一是对无权代理人的过错，其二是对相对人的过错。在第一种情况下，应根据本人和无权代理人各自的过错程度来决定责任的承担；如果纯粹是本人的过错，无权代理人是善意的且无过失，如在本人授权不明确的情况下，代理人以合理方式善意地进行代理活动，即使其超越代理权而成为表见代理造成本人损失的，本人也不得向无权（超越代理权）代理人请求损害赔偿。在第二种情况下，本人对相对人有过错而对无权代理人无任何过错，如本人撤回代理权后未以合理的方式通知相对人，此时本人成立表见代理而产生的损失应由无权代理人承担全部的赔偿责任。（2）无权代理人得请求本人返回合理费用 在表见代理中，因未赋予相对人以选择权，故表见代理的法律效果并不必然对本人不利。在表见代理的法律效果使本人从中受益，且无权代理人因其行为支出了必要费用的情况下，从公平合理的角度考虑，无权代理人可比照无因管理之债的相应规定，就其从事表见代理支出的合理费用请求本人返回。

三、表见代理纠纷案件中举证责任的分配

表见代理纠纷案件中，如何分配举证责任直接关系到表见代理制度功能的发挥。根据《民事诉讼法》及《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》，对表见事实的证明应适用“谁主张，谁举证”的举证责任分配的一般规则，由相对人对表见事实的存在负举证责任。相对人的善意且无过失采用事实自证的方法，其对表见事实存在的证明过程可认为也是对其善意且无过失的证明过程，只要其能够证明表见事实的存在，即推定其为善意且无过失。本人若主张相对人有过失或为恶意，应负举证责任，若不能举证

证明，则应认定表见代理成立。但当代理权受有法定限制时，如果相对人是明知的，则应认定其为恶意，如果相对人不是明知的，则应认定其有过失，对此，本人不须举证，即可认定表见代理不成立。本人的主观过错采用“过错推定”原则，在表见事实成立的情况下，即推定本人具有过错，若本人主张其无过错，应负举证责任。在审判实践中，认定表见事实的存在及相对人的善意无过失应当从严掌握，根据个案的具体情况，综合考虑法律行为发生的原因、条件、环境因素、行为人的职业特征、本人的行业特点及惯例、假象的掩蔽程度、相对人对假象的认知能力等多种因素进行审查判断，力求达到证据确实充分，否则将会对本人极为不利。因为任意扩大表见代理的适用范围，不但导致相对人对表见代理这一法律制度的滥用，造成本人与相对人之间权利义务严重失衡，进而导致代理制度的功能丧失殆尽，而且也有违责任自负、私法自治的本旨。1 李文柱：《论表见代理》，载《甘肃政法学院学报》1998年第1期。2 杜伟：《表见代理特殊成立要件探析》，载《中央政法干部管理学院学报》1998年第2期。3 王利明、杨立新著：《侵权行为法》，法律出版社，第35页。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