



关于传统无权代理理论的若干质疑与重构

刘勇

(厦门大学 法律系, 福建 厦门 361005)

摘要:关于无权代理理论,学界大多主张狭义无权代理不具代理权之表象,且本人有过失并非表见代理的构成要件。本文从理论与实践两个角度对此提出质疑,并对上述理论进行重构。最后,本文还对如何具体适用表见代理制度提出了相关的建议。

关键词:狭义无权代理;表见代理;质疑;重构

中图分类号:D923

文献标识码:A

文章编号:1009-7759(2002)03-0026-04

On the Challenge and Reconstruction of the Traditional Theory of Unauthorized Agency

Liu Yong

(Law department Xiamen University, Xiamen, Fujian 361005)

Abstract: With regard to the theory of unauthorized agency, most of scholars argue that unauthorized agency in narrow sense has no appearance of right of agency, and the fault of principal is not the essential elements of agency by estoppel. This article questions these argument from theoretical and realistic angle, and reconstructs above-mentioned theory. Finally, the author presents the relevant suggestions to apply to the system of agency by estoppel properly.

Key words: Unauthorized agency in narrow sense; Agency by estoppel; challenge; Reconstruction

无权代理是指行为人并无代理权,却以被代理人(本人)的名义与相对人(第三人)进行民事活动。在传统民法中,无权代理分为两类:狭义无权代理与表见代理。关于无权代理理论与制度,学者们已进行了充分的研究与论证,并已达到相当的共识。不过,笔者就其中某些观点持有异议,故不揣浅陋提出两点质疑并予以重构,以求教于学界同仁。

一、狭义无权代理应具有代理权之表象

目前,学者们大都认为行为人不但实质上无代理权,而且也没有令人相信其有代理权的事实或理由为狭义无权代理的构成要件之一,同时也是狭义无权代理和表见代理的区别之一^[1]。换言之,狭义无权代理不具有代理权之表象或表征。按一般的观念,代理权之表象是指行为人持有本人的授权委托书,或本人已向第三人为授权通知,或本人与第三人有特殊关系(如雇佣关系),

收稿日期:2002-05-21

作者简介:刘勇(1973—),男,湖南株洲人,厦门大学法学院博士生,主要从事比较民商法、国际经济法研究。

或其他足以令他人（包括第三人）相信行为人有代理权的事由。但问题在于：如果行为人或本人的行为不具有代理权之表象，那么具有相应行为能力的第三人将何以判断行为人有代理权？一种可能的结论是：既然行为人无法使第三人相信其有代理权，却仍以本人的名义对第三人为意思表示，那么他可能是出于恶意的。如，他明知自己已被本人所解雇却仍以本人的名义行事；第三人不相信行为人有代理权，却仍与之共同实施旨在对本人产生拘束力的法律行为，他也可能是出于恶意。于此情形，我们只能认定第三人与行为人乃恶意串通，旨在损害本人的利益。根据《民法通则》第58条、第66条第3款的规定，两人所共同实施的行为乃无效之法律行为，并由两人对本人承担连带责任。也就是说，如依上述学者们所持的观点，即须以不存在行为人有代理权之表象为要件，那么基于该要件所为之法律行为将有可能不产生效力待定之法律后果，也就不可能成立狭义无权代理。因为后者以效力待定为法律特征，而从各国民事立法及司法实践来看这一点是毋庸置疑的^[2]。

同时，按照大多数学者的观点，第三人须为善意且无过失也是狭义无权代理成立的要件之一^[3]。一般而言，判断第三人是否善意与有无过失的标准，是根据当时的客观情形和一个合理的谨慎的人应有的判断力，看第三人是否知道或应当知道行为人无代理权。所谓知道，是就事实而言，如第三人已知行为人代理权消灭；所谓应当知道，是就情理而言，如根据授权委托书的破绽而应当看出行为人无代理权。显然，这一构成要件与前述“行为人实质上无代理权，也没有令人相信其有代理权的事实或理由”是不可能共同并存的。原因在于：如果两者同时成立，那么善意第三人显然知道或应该知道行为人无代理权而拒绝与行为人为法律行为，狭义无权代理则无从产生；否则，如前所述，如果他在知道或应该知道行为人无代理权的情况下仍与其为法律行为，那么他只能是出于恶意或过失所为，狭义无权代理仍无法成立。

综上，学者们所主张的狭义无权代理理论看似合理、完整，却不料其构成要件在民法理论体系内产生剧烈的冲突。那么我们应如何加以完善呢？笔者认为，效力待定的民事法律行为虽当时不发生适合意思表示内容的法律效力，但仍有发

生效力的可能性，其能因事后一定事实的发生而取得法律效力。而将狭义无权代理作为效力待定之法律行为具有独立的价值取向：一是尊重本人的意志，最大限度地维护本人的利益，即本人拥有对该行为追认与否的权利；二是维护善意第三人的利益，使第三人所为之法律行为尽量产生预期的法律后果，即第三人可以催告本人予以追认，且如果本人不予以追认第三人也可以要求行为人承担相应的法律责任；三是保障交易安全，鼓励和促进交易活动。因此，该制度与旨在体现法律之强烈谴责和制裁功能的无效法律行为制度具有严格的区别，当然它与表见代理制度也是界限分明的。故狭义无权代理只能产生效力待定的法律后果，否则它将失去其赖以存在的价值基础。此其一；其二，对于狭义无权代理情形，第三人在与行为人为法律行为时，并不知道或不当知道行为人无代理权。如果明知或应当知道行为人无代理权而仍与之为法律行为，则表明第三人具有恶意或过失，法律自无保护其利益的必要，也就不产生行为人的责任问题^[4]。因此，狭义无权代理须以第三人善意且无过失为条件（第三人的善意与无过失在很多情况下是密切联系在一起的）。由此推论，它的成立要件就不可能包括“须不存在有代理权之表象”，而应包括“须存在有代理权之表象”，即善意第三人基于对行为人（是否恶意在所不问）有代理权之信赖而与其为法律行为才有可能成立狭义无权代理。换言之，表见代理与狭义无权代理都以“须存在有代理权之表象”为成立要件。

二、本人对有代理权之表象的形成具有过失为表见代理的要件之一

大多数学者在研究无权代理时，几乎从不论及本人的过失问题，或者从未将本人有无过失当作认定表见代理的要件之一^[5]，这显然是个很大的遗憾。笔者认为，表见代理之成立必须具备本人对有代理权之表象的形成有过失这一要件，因为：

首先，各国民法所列举的表见代理的各种形态几乎都与本人的过失相关。例如，《德国民法典》第171条规定的因未用相同方式撤回代理权而形成的表见代理（指本人用特别通知或公告的方式授予代理权，而在撤回代理权时未用特别通

知或公告),第 172 条规定的因应交回的授权委托书而又未公告其失效而形成的表见代理;我国《民法通则》第 65 条规定的因授权委托书不明而形成的表见代理,第 66 条规定的行为人以本人名义实施法律行为而本人不作否认表示的表见代理。正是本人的过失,致使无权代理人在从事民事活动时,给第三人造成有代理权的表象。于此情形,适用表见代理制度而由本人承担相应的民事责任,符合民法的公平原则。如果不以本人有过失为要件,让无过失的本人为故意制造代理权假象的无权代理人,对无过失的第三人承担责任,这显然是不公平的^[6]。

其次,这有助于减少相关纠纷的产生。虽然表见代理制度可以维护善意第三人的信赖利益,保障交易安全与交易秩序,但这有可能损害无过错的本人的利益,从而与社会公平之一般观念相违背。这将带来一个不容忽视的问题:基于一般的公平观念,无过错的本人很难接受由其承担责任的法律后果,从而与主张权利的第三人产生纠纷。即使第三人可以通过司法途径获得救济,由法院判决本人承担表见代理的法律责任,执行起来也将困难重重。现实生活中这种情况已屡见不鲜。如果以本人有过失为表见代理的成立要件,让有过失的本人为无过失的或者也有过失的行为人,对无过失的第三人承担责任,这是合理的,相关的纠纷也将大大减少。

再次,这有助于增强第三人的责任心,减少无权代理形式的经济诈骗活动。目前我国正处于社会转型期,正常的市场经济秩序尚未真正建立,经济生活中的各种欺诈现象仍十分严重,不法行为人冒充各种身份诈骗,伪造证件、印章、信件、票据诈骗,假借单位或他人名义诈骗,可谓层出不穷,花样翻新^[7]。其中,有相当一部分无权代理形式的诈骗活动之所以能得逞是因为作为受骗者的第三人缺乏足够的责任心。他们往往认为只要表面上看来行为人(即施骗者)有代理权,如行为人能提供看似逼真的本人的授权通知书,就足以认定行为人有代理权。即使事后发现该行为人并无代理权,第三人也可依表见代理制度而得向本人主张权利。因此,他们一般对行为人实质上有无代理权不进行慎重的审查,从而使施骗者有了可乘之机。如果法律规定本人有过失乃表见代理之成立要件,那么这将在一定程度上迫使第三人对行为人实质上有无代理权进行

积极、认真地审查,否则他必须自己承担表见代理可能不成立的风险。这样客观上减少了经济诈骗行为的发生,也有利于使第三人不会蒙受欺诈或遭受不必要的损失,而且借助发达的通讯手段,第三人可以较低的成本很快完成这项工作。有学者主张,第三人在签订某些重要的或标的额较大的合同之前,即使有合理的理由相信行为人有代理权,他也应当负有进一步审核的义务^[8]。笔者深以为然。当然,如果第三人不进行进一步的审核,他仍有可能在事后获得表见代理制度的救济,即实际上本人对代理权表象的形成有过失。

最后,这有利于保护无过失的本人的利益,防止企业资产的流失。因为在实践中,表见代理责任已经使许多企业陷入债务泥潭,成为吞噬企业资产的黑洞和威胁企业生存的隐形杀手^[9]。因此表见代理的构成不应过于宽泛。而增加“本人有过失”这一要件无疑是解决当前问题的好办法。

相应地,狭义无权代理须以本人对代理权表象之形成无过失为条件,因为按照有过错即有责任的一般原则,无过失的本人在无权代理行为发生后,完全可以选择不承担相应的法律后果,这对他显然是很公平的。

总之,笔者认为,表见代理与狭义无权代理的区别在于:表见代理以本人对代理权表象之形成有过失为条件,故法律强制其承担相应的法律责任;狭义无权代理以本人对代理权表象之形成无过失为条件,故法律允许其选择是否承担相应法律后果。

三、关于具体适用表见代理制度的若干建议

于无权代理情形,即使本人因过失使得有代理权表象之形成成为可能,也不足以导致他应承担相应法律后果,因为他完全可以在无权代理活动实际发生前依法采取有效措施,从而得以免责。简言之,本人有无过失的认定应以无权代理行为实际发生的时间为准。例如,本人不慎丢失盖有公章的空白介绍信等重要文件,如果他及时地进行公告,声明有关文件作废,即使第三人没有看到这种公告也应认定本人无过失,只要该公告在无权代理活动发生前即已进行。当然,为完善表见代理制度,我们尤其需要建立一整套公告

制度，如撤销代理权的公告、公章遗失的公告、解除某人职务的公告等，这些公告应该在企业登记机关作出，任何第三人都可以免费查阅，一旦作出了公告，无论第三人是否查阅，在此后发生的无权代理都不产生表见代理的法律后果，第三人也无权要求本人给予信赖利益赔偿。

值得一提的是，著名学者王利明先生曾一度认为不能以本人的过失作为表见代理的构成要件，即使如行为人私刻公章等本人毫无过错且根本无法防范的情形也在所不问^[10]。但后来的著述却表明他的观点有了一定程度的改变^[11]。这一转变是令人欣慰的，表明学界已开始关注本人的过失问题。王利明先生主张，在确定表见代理的构成要件时，尽管不应当将本人是否具有过失作为要件，但是仍然应该适度考虑本人的行为是否与无权代理有关，对于行为人私刻公章、伪造本人的合同书等情形，本人不应承担责任，即表见代理不成立。他显然是在充分考量了目前实践中适用表见代理所遇到的许多问题后才作上述调整的。只不过由于担心本人易于证明自己无权代理行为的发生无过失而致表见代理难以成立，他仍只愿做一种妥协或折衷。这实际上反映了该学者在保护善意第三人的信赖利益与维护无过失的本人的利益之间摇摆不定、难以取舍。

诚然，表见代理制度的根本目的在于保护善意第三人的信赖，维护交易的安全，但维护第三人的信赖利益与维护本人的利益不应当发生尖锐的冲突。我国民法和司法实践在善意取得制度方面维护了善意第三人的利益，但同时兼顾了对所有人的利益的保护，因此对赃物等不适用善意取得。这一立法思想实际上也可以适用于表见代理制度。并且，鉴于目前经济诈骗活动的猖獗与泛滥，以及由此导致的企业债务的不堪重负，严格适用表见代理以保护本人的利益似乎更为必要。当然，为了防止本人滥用表见代理制度以逃避其应负的责任，相关法律应对常见的本人过失加以列举。因此，笔者建议最高人民法院在发布《合同法》的司法解释时，应循上述思路对表见代理制度的适用作出具体规定。

参考文献：

- [1][3] 王家福：《中国民法学·民法债权》，法律出版社 1991 年版，第 261 页；佟柔：《中国民法学·民法总则》，中国人民公安大学出版社 1992 年版，第 291 页；马俊驹等：《民法原论》，法律出版社 1998 年版，第 305 页；王利明等：《合同法新论·总则》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 302 页。
- [2] 马俊驹等：《民法原论》，法律出版社 1998 年版，第 280~281 页。
- [4] 王利明：《民商法研究》（第三辑），法律出版社 1999 年版，第 100 页；马俊驹等：《民法原论》，法律出版社 1998 年版，第 305 页。
- [5] 佟柔：《中国民法学·民法总则》，中国人民公安大学出版社 1992 年版，第 290~300 页；马俊驹等：《民法原论》，法律出版社 1998 年版，第 302~307 页；王利明等：《合同法新论·总则》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 298~303 页；刘心稳：《中国民法学研究述评》，中国政法大学出版社 1996 年版第 267 页。
- [6] 李开国：《民法基本问题研究》，法律出版社 1997 年版，第 256~257 页。
- [7] 王玉信：《警惕合同欺诈陷阱》，载《检察日报》2000 年 5 月 2 日。
- [8][11] 王利明：《表见代理构成要件之我见》，载中国政法大学民商法教研室主编：《民商法纵论——江平教授七十华诞祝贺文集》，中国法制出版社 2000 年版，第 188~195 页。
- [9] 李招亮：《表见代理——吞噬企业资产的黑洞》，载《中国资产新闻》1997 年 12 月 10 日。
- [10] 王利明：《民商法研究》（第四辑），法律出版社 1999 年版，第 119 页。