

表见代理中本人可归责性的法律解释

李 鑫 崔大阳

摘要：对于表见代理，《民法总则》第172条沿用了《合同法》第49条的表述，并在第171条中修改了无权代理责任的承担方式，但就成立表见代理是否需要本人具有可归责性上仍未有定论。相对于漏洞填补，法律解释更有助于保持法的安定性和可预测性，通过文义、历史、体系的解释方法和利益衡量，可以对法律条文之间的联系以及法律条文本身进行阐释，将本人的可归责性作为权利外观产生的评价要素，重构单一要件说。

关键词：无权代理；表见代理；可归责性；法律解释

基金项目：国家社会科学基金一般项目“案例指导制度的实践经验与发展完善研究”（项目编号：18BFX056）；教育部人文社会科学研究专项任务项目“社会主义核心价值观融入法治建设的方法论研究”（项目编号：18JD710062）；山东省社会科学规划研究项目“司法语境中的法律原则适用问题研究”（项目编号：13DFXZ02）

中图分类号：D922.14 文献标识码：A 文章编号：1003-854X(2019)11-0103-07

一、问题的提出

对于表见代理的构成要件，究竟是采单一要件说还是双重要件说争论不断，争议的焦点在于表见代理的成立是否要求本人具有可归责性。前者认为成立表见代理只需要相对人善意且无过失，后者则认为表见代理的成立除相对人善意无过失之外，还要求本人对权利外观的产生具有可归责性。相关法律条文的表述则采取了单一要件说，《中华人民共和国合同法》（以下简称《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的名义订立合同，相对人有理由相信行为人有代理权的，该代理行为有效。但两种学说的争论并未因《合同法》的颁布而平息。2009年《最高人民法院关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》（以下简称《指导意见》）颁布，其第13条规定表见代理的成立要求权利外观和相对人善意且无过失，并不涉及本人的可归责性，但第14条规定的需要综合考量的因素中却包含了“建筑单位是否知道项目经理的行为”。有学

者基于此认为应当将本人的可归责性作为构成要件之一^①，也有学者基于风险原则构建表见代理的特别构成要件，根据风险是否由本人引起以及哪一方对于风险的控制更为容易和公平原则来考虑是否具有可归责性^②，还有学者通过将相对人的合理信赖程度与本人的可归责程度进行权衡，构建比较权衡的框架，确立了可归责性的要件地位。^③

《中华人民共和国民法总则》（以下简称《民法总则》）第172条规定：行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后，仍然实施代理行为，相对人有理由相信行为人有代理权的，代理行为有效。可见，《民法总则》基本沿用了《合同法》的表述，并未将可归责性包含其中，双重要件说也就没有了立足之地。而且《民法总则》删除了《中华人民共和国民法通则》（以下简称《民法通则》）第66条第1款关于容忍代理的规定，对于可归责性的摒弃也可见一斑。但双重要件说的舍弃并不代表学者对单一要件说的批评毫无道理。“立法者只要把改正这个词说三遍，汗牛充栋的法学著作就会变成一堆废纸”，尽管这句话是基尔希曼在批评概念法学时所使用的，但仍旧指出了一个既存的事实：对法

律概念的理解首先应基于法律条文。因此，随着《民法总则》对代理制度的修改，有必要对表见代理的构成要件进行再度剖析，以探寻条文背后立法者的本意。

二、《民法总则》第 172 条的释义

1. 第 172 条字义的矛盾与解释

首先，《民法总则》中构成表见代理的三种情形存在逻辑和解释上的矛盾。《民法总则》第 172 条中规定了行为人没有代理权、超越代理权和代理权已终止三种可能构成表见代理的情形。如果仅从字义来理解，超越代理权和代理权已终止当然属于没有代理权的范畴，这与基本的语言逻辑并不相符，所以通说对于没有代理权的情形进行目的论限缩解释，仅指自始没有被授权的情形，故将三种情形分为授权表见型、权限逾越型和权限延续型。授权表见是指本人实际并未授予代理权，却作出了已经授权的意思表示，权限逾越是指代理人超出代理权限为代理行为，而权限延续是指代理人的代理权已经消灭，但继续以被代理人从事代理行为。于是有学者认为，此三种情形中本人可归责性是显而易见的。^④笔者对此持不同观点，其一，对于没有代理权的确应该进行限缩，仅涵盖自始未被授权的情形，但不应当将其与授权表见等同。没有代理权是在阐述事实上权利的有无，至于本人是否对外作出了意思表示，或者行为人是否具有某种权利表象，都属于权利外观所考量的范围。如果在此将该情形与授权表见等同，无疑是解释者对于本人可归责性的认知所导致的。事实上，该情形与其后两个情形并列，自然在解释上要做到统一，如果将该情形解释为授权表见，则超越代理权应当解释为本人实际未授予该权限却作出了已经授权的意思表示，代理权已终止解释为代理权实际已终止但本人作出了代理权存续的意思表示。所以将没有代理权解释为授权缺失更为妥当，该情形并不必然涵盖本人可归责性。其二，对于后两种情形，在被代理人已经在授权委托书中对代理人的代理权限作出了明确规定，以及在代理权消灭后以一般通知或者特别通知的方式告知该事实的情况下，无论是权限逾越还是权限延续，本人的归责性并无法从文义中直接体现。可能的反对意见是，上述情形本人并没有可归责的过错，故不能构成表见代理。但此种反对意见的问题在于，其将具有本人可归责性的情形纳入表见代理之中，又以不构成表见代理的理由将不具有

本人可归责性的情形排除在外，将本应在权利外观要件中进行审视的内容纳入类型之中，且无法得到法条文义的支撑，难免有自说自话的嫌疑。相比于通说，不应当将第 172 条所规定的三种情形类型化，因为这三种情形指向的是同一情形，即代理人就所实施的代理行为在行为时并没有获得被代理人的授权，该行为为无权代理，而且三种情形又内含了更多种可供区分的情况，其中可归责性的有无以及高低也存在不同。

其次，其他法律文件也无法从字义上为本人可归责性提供支撑。对于《指导意见》中的规定，其第 14 条是对第 13 条的细化，其列举的是判断相对人善意无过失时所应综合考虑的各种因素，而以第 14 条中的一种情形为由主张本人可归责性，无疑是将该情形提炼出来作为另一个单独的构成要件，并不具有说服力。对于之前《民法总则（草案）（三次审议稿）》中规定的例外情形，属于消极性的适用规定，是通过例外情形将原本过宽的规范加以限制，而且值得注意的是，两种例外情形分别指向了不同的对象。“行为人伪造他人的公章、合同书或者授权委托书等假冒他人的名义实施民事法律行为”是指本人对权利外观的发生不具有可归责性，“被代理人的公章、合同书或者授权委托书等遗失、被盗，或者与行为人特定的职务关系已经终止，并且已经以合理方式公告或者通知，相对人应当知悉”的情形则否定了相对人的善意且无过失，由此的确可以推出本人的可归责性与相对人的善意且无过失具有同等的要件地位。但两种例外的表述只能适用于没有代理权和代理权已终止的情形，如果依此确立可归责性的要件地位，在超越代理权的情形下并没有适用的依据。更为重要的是，将两种例外情形指向的对象解释为要件是错误的，如上所述，例外规定是将过宽的规范限制在立法者期望的范围内，那么在相对人善意且无过失已经作为构成要件的前提下，再规定第二种例外情形，以相对人恶意来排除规范的适用纯粹多此一举，此种情形下由于要件的不完备根本不能成立表见代理，更谈不上对适用范围的限缩了。

2. 历史视角下对立法意蕴的考量

早在 1987 年颁布的《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〉的若干问题的解答》（以下简称《解答》）中，最高人民法院就区分了行为人没有取得委托人出具的授权委托书的情况下，“借用”和“盗用”单位的介绍信、合同专用章或者盖有公章的空白合同书的情

形，如果属于“借用”的情形，原则上合同无效；当借用人与出借单位有隶属关系或者承包关系，且借用人签订合同是进行正当的经营活动时，合同可认定为有效。但无论合同的效力如何，被代理人都需要与无权代理人承担连带责任。在无权代理人“盗用”介绍信和空白合同时，合同归于无效，责任应由盗用人自负。由此可以看出，在被代理人存在明显的过错，即存在“出借”行为时，需承担由此引发的不利益的法律后果，而如果权利外观是行为人盗用得来的，其法律后果无需由被代理人承担。依此来看，似乎早前的立法者将被代理人的过错作为承担不利益的要件之一。但在“盗用”的情形下是否能认为被代理人不存在过错是有疑问的，假设被代理人没有尽到合理的注意义务，未能妥善保管介绍信和空白合同书，使得无权代理人能够轻而易举地获得这些文件，此时的被代理人至少存在过失，也就意味着在其有“过错”的情形下，依旧不需要承担不利益。假设当时的立法者规定的是“借用”和“伪造”两种情形，此前的推论还站得住脚，但对于“借用”与“盗用”的情形，以“过错”作为承担不利益的基础的推论实在有失偏颇，况且最高人民法院的判例也表明，即使是行为人伪造了公章，也不必然构成对表见代理的否定。^⑤

其实，《解答》颁布时，我国的民法制度尚不完整，民法理论也未能体系化。最高人民法院颁布该解释更多的是一种实践面向的考虑，为审判实践中的疑难情形作出规定，以引导法官进行法律适用，所以出台的解释从学理角度看会缺乏体系性和理论性，而且作为司法解释，应当结合其所解释的对象进行考察。《中华人民共和国合同法》中对于委托的规定仅有一个条文，即代订经济合同，必须事先取得委托人的委托证明，并根据授权范围以委托人的名义签订，才对委托人直接产生权利和义务。而在该解释颁布前一年公布的《民法通则》之中，并未对表见代理制度进行规定，所以该解释出台时我国民法体系中尚未存在表见代理制度，又何谈对表见代理制度的解释？该解释中的相关条文正是在缺乏表见代理制度的规范，又面临相应情形亟待解决的实际状态下所颁布的，是在缺乏表见代理制度下的权宜之计，而非对表见代理制度的解释或者补充。该解释对表见代理制度的理解是浅显的，即使承认本人可归责性，其所采用的归责原则也是模糊不清的。过错说已无立锥之地，而关联说也很难涵盖“盗用”中的可归责性，假设被代理人是对合同章或者空白合同书的保管不当导致被

盗，权利外观当然与被代理人没有审慎保管相关联，但却不能成立表见代理，实在难以自圆其说。至于风险说更是难以令人信服，如果合同章或者空白合同书丢失的风险不是由被代理人承担，难道要转嫁于相对人吗？

待到1999年颁布《合同法》时，表见代理制度正式纳入我国民法体系。自此以后，无论是法律还是司法解释，均以“相对人有理由相信”来表述表见代理，《指导意见》甚至将体现出本人可归责性的一种情形作为相对人善意无过失的考量因素，足以说明，本人可归责性的要件地位从未得到立法支持，立法者已经明确将其排除在外。

3. 体系解释下的意义脉络

从体系的角度来看，与表见代理最为相关的是狭义无权代理，而无权代理制度被《民法总则》进行了更改，故其在体系解释上的重要性无需多言。另外一个与表见代理相关的制度则是善意取得，因为两者保护的都是相对人的合理信赖，同为权利外观责任，两者在评价上的关联性值得研究。

有学者认为，《合同法》第48条规定了在狭义无权代理中善意相对人具有撤销权，可以推论出，即使相对人为善意，也存在不构成表见代理的情形，所以相对人是否为善意并非区分狭义无权代理与表见代理的最本质区别，由第48条与第49条可以推出，表见代理应以本人有过错作为构成要件。^⑥在《民法总则》的第171条第2款同样规定了善意相对人的撤销权的情况下，是否应按上述推论将本人的可归责性作为第172条成立表见代理的构成要件之一呢？首先，两个条文对于相对人信赖利益的程度是不同的。第171条要求的是善意，第172条则为相信，善意只是要求相对人不知道无权代理人没有代理权，而相信则为确信无权代理人有代理权，即不仅是不知，而且也不应知，通说解释为善意且无过失。最高人民法院的公报案例也表明，相对人存在过错的情形下不能成立表见代理。^⑦可能的反对意见是，第171条中的善意也应解释为善意且无过失，那么“善意”与“相信”应为善意无过失的消极和积极表述，指称的是同一概念。但《民法总则》第145条规定的限制行为能力人实施的法律行为，善意相对人同样存在撤销权，两个条文对善意的解释应当保持一致，从撤销权的目的来看，是为了保护相对人的利益，使其能够恢复到实施法律行为之前的状态。而与之相对，无论是限制行为能力人还是无权处分人，其值得保护的程

不应过分苛求相对人的信赖程度，只要相对人的确不知某些法律事实的存在，法律则赋予其撤销该法律行为的权利。^⑧表见代理将本人涵盖其中，对相对人的行为进行评价时自然应当提高标准，且撤销权与表见代理又可以形成递进的保护模式。但是此种解释尚存在一个问题，即第 171 条第 2 款与第 4 款可能出现的解释上的矛盾。其规定：相对人知道或者应当知道行为人无权代理的，相对人和行为人按照各自的过错承担责任。其所规定的知道或者应当知道是否即第 2 款的善意？并非如此，从行文逻辑上看，第 2 款是对相对人的催告权和善意相对人的撤销权所作的规定，第 3 款是被代理人未追认的情况下善意相对人的救济方式，既可以要求无权代理人履行，也可以要求其进行赔偿，而此赔偿的基础则为信赖利益。所以对第 4 款的理解应为，对于善意且无过失的相对人来说，其可以主张信赖利益的赔偿，对于善意但有过失的相对人来说，其也可以主张信赖利益的赔偿，但要对其过失承担相应的责任。而对于恶意的相对人来说，其只能与无权处分人按照各自过错的大小承担责任，无权主张信赖利益赔偿。其次，权利外观同样可以区分狭义无权代理和表见代理，无需引入本人可归责性。在狭义无权代理中，无需以权利外观的存在作为善意相对人撤销权成立的基础，过去在讨论单一要件和双重要件时，都抛开了权利外观这一要件，故得出仅以主观要件无法区分狭义无权代理和表见代理的结论。对于狭义无权代理来说，并不以权利外观为构成要件，其更有利于相对人行使撤销权，使双方的权利义务关系恢复到初始状态，而表见代理由于是对私法自治原则的限制，其自然会提出更高的要求，故以权利外观作为要件之一更为妥当。

权利外观责任的另一种体现是善意取得制度，其通过对物权的限制来保护相对人的信赖利益，两种制度理应保持评价上的一致，否则就构成了评价矛盾。《中华人民共和国物权法》第 106 条规定了善意取得制度的构成要件，第 107 条又将遗失物排除在外，那么应当如何理解两个条文的关系，是否应将遗失物视为构成善意取得的例外情形？能否类推适用到盗赃物？依据通说，该法条应当目的性扩张到占有脱离物都不能适用善意取得，也就是说，如果丧失物的控制不是基于物权人的意思，就不能构成善意取得。那么第 107 条应当为消极性的构成要件要素，只有将积极性的适用规定（第 106 条）与消极性的适用规定（第 107 条）结合在一起，才能获得完全的法条。既然只有占有委托物能够构成

善意取得，从这点来看，的确应该认为，只有当物权人存在一定的可归责性时，才能成立善意取得。所以有的学者认为，从评价上的一致性角度出发，表见代理也应当包含本人的可归责性这一构成要件。^⑨但是与其他权利一样，所有权也是抽象的，该权利只能通过一些事实表现出来，比如占有和不动产登记簿上的登记。对于动产来说，当无权处分人占有该动产时，相对人只能基于客观环境因素来判断所有权的有无，可以说，他没有任何一种办法能够保证该动产的真正所有权人是谁，只能确定某人是大概率的所有权人。故占有这一权利外观的可信赖性无法达到足够高的程度，所以用善意取得制度来保护相对人的信赖利益时，除相对人善意外，还需要合理价格以及交付作为要件。即使是对于遗失物（或者是占有脱离物），法律也施加了两年的限制，而且对通过拍卖或者向具有经营资格的经营者购买的方式取得该物的相对人来说，法律赋予他请求支付受让时所付费用的权利。而更值得一提的是，相对于占有委托物，难道遗失物中可归责性体现的还不够明显吗？学理上认为其不具有可归责性，实在有悖于常理。所以对于动产的善意取得来说，并非以可归责性作为构成要件，只能说，对于遗失物适用善意取得难以符合我国所提倡的道德准则和价值观，是基于社会伦理的考量，而非法律。对于不动产来说，善意取得产生的根本原因是不动产登记簿的登记错误，难以将此归咎于真实的权利人，也就不可能要求可归责性作为构成要件。既然善意取得制度的构建中都不要求可归责性，那么将其提炼出作为一般性的原则并适用于表见代理制度上，也就没有了说服力。

4. 利益衡量与利益悬置

在《民法总则》颁布之前，合同中对信赖利益的保护主要为缔约过失责任和表见代理制度，在无权代理的情形下，当相对人相信权利外观的存在时，可以适用表见代理制度。而在相对人仅仅是善意，即相对人存在过失的情况下，则只能依据《合同法》第 42 条规定的第二种情况，由故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况的代理人承担缔约过失责任来为善意相对人提供救济。但此种情形的缺点是显而易见的，因为其成立与否取决于无权代理人的主观因素，假设无权代理人并非故意，则善意相对人的利益无法得到有效保护。而且此种情形下，在本人与相对人之间的利益衡量中又加入了无权代理人，而无权代理人本应属于本人利益一方进行衡量，当法律需要进行三方的利益衡

量时，也就难免顾此失彼。

表见代理制度则避免了上述问题，其作为权利外观责任的一种，目的在于相对人信赖利益的保护，是现代民法为了适应愈加频繁的市场交易、降低交易成本而产生的。其实现目的的方式就是将无权代理人的行为后果归属于本人，是对民法中意思自治原则的限制，其将无权代理人的利益排除在外。也就是说，表见代理制度就是对合理信赖与意思自治的权衡。其中，本人的利益就体现为意思自治原则。所谓意思自治，即民事主体可以依自己的意愿为或不为某种法律行为，此为现代民法的核心；相对人的利益则体现为信赖利益，即民事主体基于对某一事实的信赖所产生的利益，此为现代市场交易的核心。既然是两种利益的衡量，制度上的保护就不应过分偏向一方而忽略另一方。但《民法总则》第 172 条并未实现此要求，其并未规定在成立表见代理的情况下，本人承担代理行为的后果之后如果受有损失的赔偿问题。虽然根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》第 13 条规定，本人依照《合同法》第 49 条承担责任后可以向行为人追偿，但该规定仅适用于合同领域，在合同以外的其他领域，只能依据《民法总则》第 172 条，该条文在利益衡量上体现为两点：其一，行为人的利益未被纳入考量范围，可以称为利益悬置；其二，本人与相对人之间的利益保护偏差过大。从第一点来看，将行为人的利益悬置有其道理，因为第 172 条仅是对表见代理的规定，用于判断代理行为是否成立表见代理，至于本人与相对人在履行代理行为后是否受有损失，该条文无法预见，而只有在本人受有损失的前提下才能向行为人追偿。且仅就表见代理来看，无权代理人的利益本就不值得保护，故将其悬置是正确的；第二点则是该条文饱受指责的原因，依照单一要件说，相对人只需证明善意无过失，本人就需要承担不利益的后果，这实质上是加重了本人的责任，特别是在本人没有可归责性的情况中。仅就该条文来看，双方利益保护的确极不平衡，但利益衡量并非为立法者独享，其更多的是在司法领域得到贯彻，法官应当根据他在具体情况下赋予该法益的“重要性”来从事法益的“衡量”。^⑩

三、单一要件说的重构

1. 单一要件说的现实问题

从无权代理体系上看，《民法总则》不仅未就

表见代理的要件之争盖棺定论，反而删除了《民法通则》第 66 条第 1 款第 3 句的规定，使得该条文亦需要重新解释，而此条文的解释又与表见代理息息相关。原条文规定：本人知道他人以本人名义实施民事行为而不做否认表示的，视为同意。对该条文的理解一直存在争议，有学者认为应将其认定为容忍代理，与表见代理并不相同^⑪；有学者认为该规定是被代理人的默示追认，已经被《合同法》第 48 条第 2 款所替代^⑫；有学者认为该规定就是表见代理的一种情形^⑬；还有学者认为该规定是默示授权。^⑭笔者认为，将该情形归于表见代理制度之下更为妥当。从立法史看，1986 年颁布的《民法通则》就已经存在该条文，直到 2009 年对《民法通则》修订时也没有修改过，所以对该条文的理解应当从当时的法律体系来看待。在《民法通则》的规定中，不仅没有表见代理制度，甚至连善意相对人的撤销权都未有规定，直到《合同法》颁布时才真正出现了体系化的无权代理制度。所以说，该条文所规定的情形是当时制度下无权代理的相对人唯一的救济途径，而不应将其解释为无权代理制度、默示授权或追认。但容忍代理并不会随着条文的删减而消失，此种情形只能以表见代理的方式维护相对人的利益。就单一要件说来看，其对权利外观的要求过于严苛，往往局限于空白合同书、空白授权书等客观存在的表象，而容忍代理中相对人通常是基于被代理人的态度和行为作出判断，故难以符合单一要件说下的表见代理。

就表见代理的构成判定来看，在实务中，法院也并未对权利外观和相对人善意无过失两个要件等同视之，更多的是考察相对人是否为善意无过失，并未在权利外观上进行充分的分析和论证。在李德勇与中国农业银行股份有限公司重庆云阳支行储蓄存款合同纠纷案中，最高人民法院认为，“从立法目的解释表见代理的构成要件，应当包括代理人的无权代理行为在客观上形成具有代理权的表象，相对人在主观上善意且无过失地相信行为人有代理权。相对人善意且无过失应当包含两方面含义：一是相对人相信代理人所进行的代理行为属于代理权限内的行为……；二是相对人无过失，即相对人已尽了充分的注意，仍无法否认行为人的代理权。本案中，李德勇在与谭文力商谈存款事宜过程中，在以下方面存在未尽合理注意义务的过失。一是对谭文力行长的身份未经核实即轻信；二是李德勇对存款过程存在的诸多不合常规操作未产生怀疑……；三是李德勇主观上具有违规追求高额利息的故意

……因李德勇不符合善意无过错的表见代理构成要件要求，谭文力的行为不构成表见代理。”可以看出，该案中法院更关注的是善意无过失，最终也是以该要件否定了表见代理的成立，但本案中的权利外观，即《承诺书》本身存在诸多问题，其印章系他人从被代理人处窃取文件后伪造，被代理人存在一定的过失，而法院并未从此角度加以论述，说明目前实践中对权利外观的认识不足，没有充分的理论依据支撑。在王见刚与王永安、第三人岚县大源采煤矿厂侵犯出资人权益纠纷案中，虽然采矿场的登记为被代理人，但被代理人在登记前就已办理国外移民，且无权代理人与被代理人为夫妻关系，当地村民也将该矿以无权代理人的名字指称，所以法院认定无权代理人转让矿场的行为属于表见代理。本案中，法院并未对表见代理的构成要件进行区别，仅仅以相对人有理由相信的表述即认定了表见代理。本案的特殊之处在于，无权代理人并未有形式上的权利外观，而《指导意见》第13条指出，合同相对人主张构成表见代理的，应当举证证明代理行为存在诸如合同书、公章、印鉴等有权代理的客观表象形式要素。此案可以说明，最高人民法院在判断权利外观时，并非仅以司法解释中的形式要素为准则，而是考虑了其他因素，在特殊情形下，即使没有形式要素，也可以构成权利外观，但从理论上此种判断方式未能得到支持，故判决中以模糊方式认定表见代理成立，实属无奈之举。

2. 单一要件说的重构

在《民法总则》颁布之后，狭义无权代理中的善意相对人的保护得到了强化，其第171条第3款规定：行为人实施的行为未被追认的，善意相对人有权请求行为人履行债务或者就其受到的损害请求行为人赔偿，但是赔偿的范围不得超过被代理人追认时相对人所能获得的利益。可以看出，立法者给予了善意相对人对继续履行或者赔偿消极信赖损失的选择权，以此加强了对狭义无权代理中善意相对人的保护，因此有必要对表见代理的范围进行限缩。但如果就此采用双重要件说，除了上述的缺点外，可能还存在的问题是，权利外观实际上已经是表见代理制度的客观要件，如果再将权利外观产生的原因提炼为可归责性作为单独的要件，势必对权利外观进行了两次评价，而对同一事实进行双重评价是不适当的。

权利外观作为一种权利表象，本身具有程度维度，其程度的高低体现在对相对人的说服力上，换言之，即相对人产生的信赖程度。这种信赖的程度

是由多种因素所决定的，包括形式因素和实质因素。形式因素包括授权委托书的格式、印章或签字是否符合通常的要求，与被代理人过去出具的文书相比有无重大变化等。实质因素则是指客观上对相对人产生影响的因素，包括双方的交易惯例、被代理人经营范围、以及被代理人的其他行为，包括作为或者不作为。所以从要件意义上看，虽然本人的可归责性可以限缩表见代理，但不宜作为构成要件，可以在过去单一要件的基础上，将本人的可归责性纳入到客观要件即权利外观之中，即将本人的可归责性作为评价权利外观的一个要素。

具体来说，假设权利外观的产生可以归责于本人，此时的权利外观具有很高的可信度，只要相对人善意且无过失，尽到了合理的注意义务，依据《民法总则》第172条，该代理行为即为有效，本人因此遭受的损失，可以类推适用《民法总则》第164条，由无权代理人承担相应的责任；如果被代理人不具有可归责性，特别是在“伪造”的情形中，此时是否产生权利外观需要以其客观环境来判断，属于法官自由裁量的范畴，如果认定该权利表象并不足以使相对人产生足够的信赖，无论相对人是否为善意无过失，都不能成立表见代理。此时，对于善意无过失的相对人可以依据《民法总则》第171条，催告本人追认或者行使撤销权，如果本人未追认，则该法律行为约束的是无权代理人和善意相对人。善意相对人可以主张由无权代理人履行义务使该法律行为有效，也可行使撤销权使其归于无效并请求无权代理人赔偿其信赖利益。如果相对人存在过失，在主张赔偿的情形下，也会抵消无权代理人的部分赔偿责任。如果相对人是恶意，只有本人的追认才能使得该法律行为有效，否则只能由无权代理人和相对人按照各自的过错承担责任。但在权利外观成立但相对人有过失的情形中，表见代理也断无成立的可能。

对于《民法总则》中删除的被代理人明知无权代理行为而不做否认表示的情形，该条文自制定之初，目的就是为规制无权代理行为，自当由无权代理体系加以调整，所以将其认定为表见代理更为妥当。但从过去单一要件说来看，此种认定存在很大的问题，而重构后的单一要件说则可以很好地解释该情形。首先，该情形仅体现了本人可归责性，其特点在于以被代理人的消极行为作为责任承担的依据。依过去的单一要件说，虽然被代理人的容忍行为会使相对人产生信赖，被代理人的此种行为不会促成表见代理的成立，所以相对人的这种信赖很可

能得不到保护。而重构后，被代理人的此种容忍行为会加强权利外观的可信度，在特别情形下，例如行为人在被代理人的营业场所内经营与被代理人相关的业务，可以据此成立权利外观，从而减轻甚至免除相对人的核实义务，使表见代理较一般情形来说更容易成立，可以更好地保护相对人的合理信赖。而且此种解释也不会过分加重被代理人的义务，在被代理人曾经明确表示过其没有代理人，或者表示特定人并非其代理人的情况下，其无需在无权代理人行为时作出反对表示。此时，相对人基于被代理人之前的行为，应当对代理权的有无存在合理怀疑，并应当承担核实的义务，如果相对人的确不知被代理人的此种表示，则可以按照一般情形来判定是否成立表见代理。其次，在此情形下，原条文规定被代理人对无权代理人的行为必须是明知，而且应当由相对人举证证明，否则不能适用，这无疑是在过分加重相对人的责任。在重构后的单一要件说下，被代理人对无权代理人的行为不必达到明知的程度，而是视相对人的举证能力而定，即使相对人只能证明被代理人存在过失而非明知，也可以通过证明其尽到相应的核实义务或者从权利外观的其他因素来证明其产生了合理的信赖，并且这种信赖是值得保护的，故成立表见代理，与过去相比，表见代理的判定不会过分刻板。

在实务中，最高人民法院也的确从本人的可归责性角度来评价是否产生权利外观。在中国银行股份有限公司太原并州支行与太原市大复盛房地产开发有限公司借款担保合同纠纷再审案中，王力民以大复盛公司名义与中行并州支行签订抵押合同，签名并加盖公章。此前，大复盛公司已变更工商登记，王力民已不再担任公司的法定代表人，公司也未向王力民授权，而其所使用的公章系其在担任法定代表人期间私自刻制，且其曾在大复盛公司股权转让协议中同时使用两个公章。故最高人民法院认为，虽然王力民使用的公章是私自刻制的，但大复盛公司对此事实是明知的，其在明知的情况下，并未采取积极措施，应当认定大复盛公司存在过错，使得该公章构成权利外观，中行并州支行对此产生的合理信赖值得保护，故成立表见代理。

四、结语

表见代理制度的成立，意味着相对人存在着值得特别保护的信赖利益，也意味着本人要承担因其意思表示以外的原因所附加的不利益。作为广义的

无权代理中的一种特殊情况，表见代理制度应与狭义无权代理相结合，以阶梯式的连接方式来保护相对人的信赖利益，同时要衡量信赖利益与意思自治的价值平衡。通过将本人的可归责性作为权利外观产生的因素之一进行评价，既能将《民法总则》第171条与第172条相衔接，又能涵盖《民法通则》中的特殊情形，而且在价值衡量中取得相对公平的平衡点。其所运用的解释论的方式，有利于维护法律的安定性，明确解释者与立法者之间的界限。同时，重构后的单一要件说赋予法官进行价值判断的自由裁量权，对于如今飞速发展、纷繁复杂的社会中所出现的各种疑难案件，有了更为灵活的判断标准，有利于个案正义的实现。

注释：

①⑨ 参见朱虎：《表见代理中的被代理人可归责性》，《法学研究》2017年第2期。

② 参见杨代雄：《表见代理的特别构成要件》，《法学》2013年第3期。

③④ 参见叶金强：《表见代理构成中的本人归责性要件——方法论角度的再思考》，《法律科学》2010年第5期。

⑤ 参见中国银行股份有限公司太原并州支行与太原市大复盛房地产开发有限公司借款担保合同纠纷再审案，(2011)民提字第316号。

⑥ 参见孙鹏：《表见代理构成要件新论——以被代理人的过错问题为中心》，《西南大学学报（法学版）》2004年第1期。

⑦ 参见兴业银行广州分行与深圳市机场股份有限公司借款合同纠纷二审案，(2008)民二终字第124号。

⑧ 朱庆育：《民法总论》，北京大学出版社2016年版，第360页。

⑩ 参见[德]卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2003年版，第279页。

⑪ 参见李建华等：《民法总论》，科学出版社2007年版，第202页。

⑫ 参见王利明：《民法总论研究》，中国人民大学出版社2012年版，第691页。

⑬ 郭明瑞主编：《民法》，高等教育出版社2007年版，第140页。

⑭ 参见杨代雄：《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》，《政治与法律》2012年第4期。

作者简介：李鑫，青岛科技大学法学院副教授，山东省弱势群体司法与社会保护研究中心研究员，山东青岛，266061；崔大阳，青岛科技大学法学院，山东青岛，266061。

(责任编辑 李 涛)