

两种类型,一种构造?

《民法通则》第66条第1款第3句的解释

张家勇*

摘 要 因不作否认表示而对他人行为负责之规定与私法自治理念存在冲突,乃民法学应予关注的重要问题。《民法通则》第66条第1款第3句在理论和实践中存在容忍代理与拟制追认两种解释可能性。从司法案例及比较法的考察可知,两种构造虽同样针对无确定内涵的行为样态,均需根据具体情况进行价值填充,排斥拟制技术的运用,但二者所涉主体的利益关系及法律基础不同,在构成要件上应作区别对待。《民法通则》在文义上将两种类型收编一处,在法律构造上难称妥当,需经立法途径加以解决,即应将容忍代理作为广义表见代理的特殊类型,而将拟制追认改为默示追认纳入追认代理的一般规则处理。

关键词 不作否认表示 容忍代理 拟制追认 信赖保护

一、问题的提出

《民法通则》第66条第1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。”第1句规定本人追认时无权代理对本人的效果,第2句规定本人不追认时对行为人的效果,第3句规定本人不作否认表示时的法律效果。第1、2句在规范基础与效果方面无疑义,第3句因涉及不作否认表示(沉默)的积极法律效果,与私法自治理念存在冲突,故有特别关注的必要。

* 西南财经大学法学院教授。

一种观点认为,《民法通则》第66条第1款第3句是关于拟制或默示追认的规定,即将本人对已完成无权代理的容忍行为视为追认,^[1]因“难免有对本人保护不周之嫌”,故《合同法》第48条第2款第2句对其作出了修正。^[2]就此有两个问题须予考虑:首先,由于《合同法》该规定仅适用于无权代理人订立合同的情形,并未涉及非合同的单独行为,而《民法通则》前引规定至少在文义上同时包含两种情形,替代说就此需做进一步说明。^[3]其次,《合同法》该规定仅涉及相对人催告后“本人知道”的情形,如果本人非因相对人催告,而是自行知晓或由无权代理人事后告知,其将难以直接适用,此时究竟是依《民法通则》第66条第1款第3句,还是类推《合同法》第48条第2款第2句确定相关后果,也不无疑问。

另一种观点认为,《民法通则》第66条第1款第3句乃“表见代理”的特殊规定。^[4]如果作为表见代理的法律规范,该规定就存在两个要点:一是本人知道无权代理的时间应在代理实施的民事行为完成前,此与拟制或默示追认的构造不同;二是授权效果依拟制技术加以确定,即只要有本人“不作否认表示”的事实存在,相对人即可主张“授权”效果,其间并无法院裁量余地。如此一来,该规定不仅在适用上需要增加“本人知道”的时间点(无权代理行为完成前)这一限制,从而对规范文义作必要限缩,而且在构成要件上与《合同法》第49条关于表见代理的法律构造也并不一致。因为,《合同法》表见代理的规定是以相对人信赖为基础的,因此必须满足“有理由相信行为人有代理权”的条件,而是否“有理由”须由法院根据具体情况审查判定。《民法通则》前引规定仅仅关注本人的可归责性,未能兼顾本人与相对人之间必要的利益平衡,有可能将有过失甚至故意的相对人也纳入保护之中。

另外,还有少数观点认为,《民法通则》第66条第1款第3句不仅涉及默示追认,也涉及误

[1] 学者认为,对于无权代理可发生事实的追认与拟制的追认。前者是指本人以积极的意思表示承认无权代理的单方行为;后者是指本人在相对人催告后仍不作否认表示,由法律将本人的沉默拟制为追认意思的情况。(徐国栋:《民法总论》,高等教育出版社2007年版,页384-385。)但是,从其论述中有关相对人催告本人于1个月表示追认与否的说明来看,其应当已经注意到了《合同法》第48条第2款的规定,但拟制追认的效果归纳与《合同法》前述规定却截然对立,该文献未能说明理由,诚属憾事!也有观点认为《民法通则》前引规定属于对本人默认权或默示追认的规定。(唐德华主编:《民法教程》,法律出版社1987年版,页104;尹田:《民法典总则之理论与立法研究》,法律出版社2010年版,页743。)关于默示追认与拟制追认的区分问题,后文详述。

[2] 梁慧星教授认为,《民法通则》第66条第1款第3句本意在于使“有过错”的本人与行为人承担连带责任(氏著:《民法总论》(第1版),法律出版社1996年版,页231),因“未考虑到相对人的催告权,且在本人不作否认表示时即视为同意,也难免有对本人保护不周之嫌”,《合同法》第48条第2款才明确规定被代理人在催告后不作表示即视为拒绝追认。其意似认为《民法通则》前述规定的效果在追认方面已为《合同法》前述规定所取代。(参见梁慧星:《民法总论》(第四版),法律出版社2004年版,页237-238)。

[3] 有理论认为,无权代理人实施的单独行为原则上无效。具体而言,在无相对人时绝对无效,有相对人时,相对人对其效果有争议者无效,无争议者发生与合同场合相同效果。参看(日)我妻荣:《新订民法总则》,于敏译,中国法制出版社2008年版,页358-359。

[4] 章戈:“表见代理及其适用”,《法学研究》1987年第6期;佟柔主编:《中国民法学·民法总则》,中国人民公安大学出版社1990年版,页297-298;张俊浩主编:《民法学原理》(上册),中国政法大学出版社2000年版,页329(认为属于授权表示型表见代理,“同意”应为“承认”);龙卫球:《民法总论》,中国法制出版社2002年版,页588(认为该条属于表见代理的特殊情形即容忍授权代理);李永军:《民法总论》,法律出版社2006年版,页701。反对见解参看梁慧星:《民法总论》(第1版),页231;尹田:《民法典总则之理论与立法研究》,页743。

信授权的表见代理,兼有二者之效果。^{〔5〕}此种解释与规范文义保持了最大程度的一致性,并与司法实践的做法相符,^{〔6〕}但仍未能消除前述两种解释结论面临的问题。

据此,按照“本人知道他人以本人名义实施民事行为而不作否认表示”的事实发生在无权代理人所为民事行为完成前或后,《民法通则》第66条第1款第3句在解释可能性上就区别为两种情况:一是本人在相关民事行为完成前知道而“不作否认表示”,发生“容忍授权”的效果,构成(广义)表见代理的特殊类型,^{〔7〕}可称之为“容忍”型代理;二是本人在相关民事行为完成后知道而“不作否认表示”,则视为“追认”,因“追认”之效果为法律所拟制,故称之为“拟制追认”类型。^{〔8〕}两种类型由同一法条加以规范,在解释结论上究应采“两种类型,不同构造”抑或“两种类型,一种构造”,由此成疑。本文接下来的两个部分将结合我国司法案例,运用法律比较与法律解释学的方法,对《民法通则》第66条第1款第3句的两种解释方案分别加以考察,辨明两种解释的实际运用及其问题所在。在第四部分则通过考察两种法律构造面临的利益结构及正当基础,提出妥当立法的应然选择,最后是本文简短的结论。

二、“容忍”型代理的法律构造

(一)基本案例

在我国司法实践中,依《民法通则》第66条第1款第3句将不作否认表示拟制为容忍授权的案例并不多见,且法院在适用该规定时通常将其作为表见代理认定结果的补强理由,而非独立依据。例如:

案例1:原告三明勘察院受融辉公司委托钻井一口,双方在融荣加油站值班室签订了钻井合同。融辉公司授权代表在合同书上签字,因公章不在现场,故代盖了融荣加油站的公章(双方股东存在交叉)。合同签订后,融荣加油站法定代表人黄为寿于1998年3月12日以融辉公司的名义支付给原告工程预付款人民币4000元。工程施工期间,黄为寿又先后两次付给原告工程费用人民币700元。该4700元工程款均已入融辉公司的财务账。同年3月26日、27日融荣加油站职员关海阳以融辉公司现场验收代表的身份进行验收,黄为寿向原告出具验收凭证,内容为:经验收合格,同意退场,工程造价按17500元决算。此后,被告融荣加油站、融辉公司均未履行还款义务。

法院认为,融辉公司与融荣加油站存在交叉股东关系,融荣加油站在融辉公司授权代表在场情况下代盖了自己的公章,在合同履行中,又以融辉公司的名义向原告支付了工程预付款及其他

〔5〕 参见徐海燕:《英美代理法研究》,法律出版社2000年版,页130;江平主编:《民法学》,中国政法大学出版社2000年版,页274、276。

〔6〕 请参看本文第二、三部分相关案例。

〔7〕 表见代理有广义和狭义之分,广义之表见代理包括(狭义)一般表见代理与容忍代理。我国民法理论通常将容忍代理作为表见代理的类型处理,故采纳的是广义立场。

〔8〕 拟制追认与默示追认的区分标准是法院对构成“追认”的要件事实是否具有裁量空间,有之为默示追认,无则为拟制追认。

费用并且在融辉公司入账,同时还以融辉公司的名义实施了工程验收行为。据此,可认定融荣加油站以融辉公司的名义实际参与了施工现场的管理,融辉公司对融荣加油站所实施的上述延续的行为若不知情则不合常理。融荣加油站参与施工管理虽不具有融辉公司明文的授权证明,但从整体行为事实的客观表象上看,融荣加油站具有被授予代理权的外表和假象,按通常习惯,足以使相对人三明勘察院合理相信融荣加油站具有代理权。根据《民法通则》第66条,融辉公司对融荣加油站所实施的工程验收行为应视为同意,并承担由此产生的法律后果。〔9〕

案例2:2007年3月30日,河南省中小企业投资担保公司与汇通肉食品公司签订1500万元借款合同,担保公司得到盖有“中国银行股份有限公司漯河郾城支行”印章和“杨静”签名的银行保证函一份,该保证函系在郾城支行副行长杨静的办公室由穿着银行制服的人员出具的,担保公司、汇通公司在核保时,亦在副行长杨静办公室进行。同日,担保公司向汇通公司转款1000万元。因汇通公司未按照约定还款,担保公司诉请郾城支行承担担保责任。经查,前述银行担保函上的印章系伪造,“杨静”签名亦非杨静本人签名。

法院认为,该银行保证函签订地点为郾城支行副行长杨静办公室,且由穿着银行工作服的人员办理,不管该银行保证函签名是否为副行长杨静本人所签,也不管所盖的印章是否为郾城支行备案印章,担保公司都有理由相信加盖公章和签名的行为是郾城支行的行为,该行为已构成表见代理。此外,郾城支行明知银行保证函出具情况,并未按常规处理,比如报警,在担保公司给汇通公司1000万元到账后,与郾城支行同属漯河分行的中国银行铁东支行于当天银行下班后19点53分左右,以返还本金利息等各种理由连续扣款9942730.64元,郾城支行对此也未作否认表示。故应依照《合同法》第49条和《民法通则》第66条第1款第3句承担保证责任。〔10〕

在上述两个案件中,法院既非基于本人向相对人作出行为人已获授权的错误表示,也非基于行为人持有能够证明授权存在的凭证或文书,而是结合行为时的具体情况,将本人不作否认表示的行为认定为相对人有理由相信行为人有代理权的根据。〔11〕在案例1中,由于《合同

〔9〕“三明市综合勘察院诉福清市新厝融荣加油站、福清市新厝融辉液化气有限公司案”,福建省福清市人民法院(2001)融经初字第2号,福建省福州市中级人民法院(2001)榕经终字第172号。

〔10〕河南省郑州市中级人民法院“河南省中小企业投资担保股份有限公司诉河南汇通集团肉食品股份有限公司等借款担保合同纠纷案”(2010)郑民四初字第17号。

〔11〕就案例2来讲,存在“冒用他人名义而为意思表示”的性质认定问题。在直接代理中,“代理人以被代理人名义”实施行为;在间接代理中,受托人以自己的名义实施行为(以相对人在订立合同时是否知道代理关系而区分为两种形态,参看《中华人民共和国合同法》第402、403条)。由于间接代理须以有效代理关系为前提,所以不发生无权代理的问题。此外,按照前述代理类型的法律构造,“名义”应指姓名或名称。在直接代理中,代理人通常需要同时披露自己与本人的姓名,并基于授权而以本人为行为后果归属者,如记载“甲某代理人乙某”。如代理人直接以本人名义行为,如代签本人或其法定代表人姓名,只要存在内部授权,适用或类推适用代理规定并无不妥。(参看郑玉波:《民法总论》中国政法大学出版社2003年版,页420;(德)梅迪库斯:《德国民法总论》,法律出版社2001年版,页694。)在行为人未获授权而冒名为意思表示时,在外观上相对人已无从识别代理关系的存在,该等意思表示的效果判定应平衡相对人与被冒名之本人的利益,因此时之利益冲突状况与无权代理情形并无不同,适用无权代理的相关规定就不会产生评价矛盾。因此,在“冒用他人名义而为意思表示”的效果处理上适用或类推适用代理规定,应无不妥。

法》并不适用,所以法院没有依据该法第 49 条确认表见代理成立,但在具体论证措辞上还是可以看出该规定的潜在影响(“合理相信……具有代理权”是《民法通则》第 66 条第 1 款第 3 句所没有的)。在案例 2 中,法院一方面将本人的容忍行为(“该银行保证函签订地点为郾城支行副行长杨静办公室,且由穿着银行工作服的人员办理”)作为构成《合同法》第 49 条表见代理的基础,它方面又将其他容忍行为(“明知银行保证函出具情况,并未按常规处理,比如报警”,对第三人扣划账款的行为“也未作否认表示”)作为适用《民法通则》第 66 条第 1 款第 3 句的理由,并以之强化前述结论,从而使两个规范的关系趋于模糊。

须予留意的是,法院在将容忍行为赋予同意授权的表示意涵时,总体上并没有简单地依据“不作否认表示”本身,而是考虑到了相对人对本人和行为人关系的合理认识(如案例 1 中,强调“交叉股东关系”和“整体行为事实的客观表象”;在案例 2 中,强调无权代理人实施民事行为时的特定场景和身份外观),一定程度上与《合同法》第 49 条的立法取向保持了一致。然而,《民法通则》第 66 条第 1 款第 3 句仅仅要求“知道而不否认”的适用条件,相比于表见代理显然能够为法院证成其判决结论提供更大便利,这就解释了为何法院在认定表见代理成立后还要基于“不作否认表示”的理由强化其结论(如案例 2)。

(二)域外法的考察

在德国,容忍代理(Duldungsvollmacht)并无立法上的依据,乃属学说与判例协力的产物。依德国联邦最高法院的见解,其构成要件为:①行为人无正当权限反复且持续一定时间以本人的代理人身份出现;②对代理人的行为,有行为能力的本人虽有机会干涉或阻止,却不为之;③第三人认识代理人的行为及本人的容忍,依诚信原则并斟酌交易习惯可据此推出代理人有代理权的结论。^[12]

就容忍代理与表见代理的关系来看,按照德国联邦最高法院的看法,在前者,本人有意容忍他人以自己名义实施行为,使交易相对人依据诚信原则并斟酌交易习惯而得认为行为人已获本人授权;在后者,本人虽然并不知道他人以自己的名义行为,但如果尽到与其义务相符的注意本来可以知道并加以阻止,而交易相对人依照诚信原则可以认为,代理人的行为在本人尽到与交易相符的注意情况下不可能一直瞒着本人且为其所容忍。^[13]因此,对于他人未经授权而以自己名义行为的事实,容忍代理本人已知,而表见代理本人则未知。^[14]

我国台湾地区民法典第 169 条是少有的以立法形式明确规定容忍代理的立法例:“由自

[12] Münch Komm/Lieb/Krebs, HGB, 1996, Vor § 48, Rn. 47. 转引自陈自强:《代理权与经理权之间:民商合一与民商分立》,北京大学出版社 2008 年版,页 190。这种据称为依系列德国联邦最高法院判决整理的结论,与对德国联邦法院判决意见的另一种归纳之间存在些微差异,后者认为容忍代理权的前提为:①本人在知道情况下听任他人以自己代理人行为;②并且合同对方对这一有意的容忍也做如此理解且依诚信原则也得如此理解,即该他人获得了授权。(德)迪特尔·施瓦布:《民法导论》,郑冲译,法律出版社 2006 年版,页 545。)

[13] BGH LM Nr. 4 zu § 167 BGB. Vgl. Canaris, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, München 1970, S. 39.

[14] Canaris, aaO., S. 39.

己之行为表示以代理权授予他人,或知他人表示为其代理人而不为反对之表示,对于第三人应负授权人之责任。但第三人明知其无代理权或可得而知者,不在此限。”就该条第1句第二种情形而言,司法判决明确区隔了容忍代理与追认行为,认为:

所谓知他人表示为其代理人而不为反对之表示,系指知他人表示为其代理人而与相对人为法律行为时,原应即为反对之表示,使其代理行为无从成立,以保护善意之第三人,竟因其不为反对之意思表示,致第三人误认代理人确有代理权而与之成立法律行为,应自负授权人之责任者而言。如于法律行为成立后知其情事而未为反对之表示,对业已成立之法律行为已不生影响,自难令负表见代理人之责任。^[15]

就本人“知”的判断,学者认为,因自然人有所谓“知”的问题,而团体在何种情况得认其知而不为反对表示则较困难,故应区分自然人和团体本人而有不同适用。^[16] 对公司等团体而言,如其知道非经合法授予经理权的人,以经理人自居而对外为法律行为,虽有机会阻止或干涉却不为之,交易相对人得据此合理认为该人被公司置于经理人地位,则构成容忍代理。^[17] 不过,“若某人在公司处所外,自称为公司经理人,而与第三人为法律行为,纵公司事后得知此事实,亦不得以此认为公司因知悉无权代理行为,遂应负授权人责任”。^[18]

就美国法来看,通常只在成立表见代理(apparent agency, perceived agency)、不容否认的代理(agency by estoppel)或表见授权(apparent authority)时,代理人才能在未经本人同意情况下使之受其行为约束。^[19]

在表见代理情形,本人有意“维持”某人是其代理人的表象,而第三人基于该表象产生了真实、合理的信赖。^[20] 就第一个要件来说,代理法第二次重述并不要求当事人之间实际存在某种特别的如雇主-雇员之类的关系,而应根据具体情境来加以判定。就第二个要件来说,第三人也只需有合理信赖即为已足,是否因信赖而改变地位则非所问。^[21] 在不容否认的代理情形,由于禁反言的基本功能在于阻止某人通过反言而使他人遭受不

[15] 1995 台上字第 2222 号裁判。转引自黄立:《民法债编总论》,中国政法大学出版社 2002 年版,页 159。

[16] 参见陈自强:《代理权与经理权之间:民商合一与民商分立》,北京大学出版社 2008 年版,页 178。

[17] 同上注,页 195。

[18] 同上注,页 192。

[19] Chad P. Wade, *The Double Doctrine Agent: Streamlining the Restatement Third of Agency by Eliminating the Apparent Agency Doctrine*, 42 *Val. U. L. Rev.* (2007), pp. 349. 此外,在美国法上还存在所谓“默示授权(implied authority)”和固有代理权(inherent agency power)的问题。但是,默示授权要依赖于已经存在的授权事实,即与处理明示授权范围事项所必需但未有授权的情况相关,从而,默示授权就是一个根据具体情况并结合本人明示的指示而合理解释明示授权的范围问题((美)J. 丹尼斯·海因斯:《代理、合伙和有限责任公司》(第二版),法律出版社 2004 年影印本,页 121 以下)。固有代理权主要存在于企业之构成部分,如其经理或管理人,因其职业身份而取得相关事项的代理权的情形(同前注,页 137 以下),可以说同样与授权范围的解释有关。

[20] Chad P. Wade, *supra* note. 19, pp. 349.

[21] *Ibid.*, p. 352.

当损失,所以,第三人必须因信赖本人的言辞而改变地位,且禁反言的后果不是产生本人与第三人之间的合同(即本人不得因此而取得权利),而是只使本人对第三人所受损失给予赔偿。〔22〕表见授权是在已成立代理关系的情况下,本人向相对人做出表示使后者相信代理人已取得其实际并不享有的授权。〔23〕

表见代理与不容否认的代理的区别在 *Hodderson v. Koos Bros.* 案中得到清楚的反映。一个骗子在某家具商场冒充商人向一位顾客出售家具,允诺稍后发货,但在收到现金后却逃之夭夭。顾客起诉该商场。法院驳回了原告基于表见代理提出的请求,认为不能仅仅因为有骗子冒称有授权而成立表见代理。但是,法院允许原告举证证明,要是商场对其商业场所尽到合理的经管义务,这起事件就不会发生,从而得依据不容否认的代理确立商场的责任。〔24〕

不难看出,两种代理都要求第三人必须存在合理信赖,且这种信赖能够归责于本人的表示(表见代理)或者故意、过失(不容否认的代理)。〔25〕尽管如此,在第二、三次代理法重述中,表见代理都要求将第三人的信赖追溯至本人的表示方面,而不容否认的代理则不要求第三人和本人之间有这种紧密关系。〔26〕

(三) 法理辨析

就域外法上观察,在涉及本人对他人以代理人名义实施行为不表示反对的情形,前述法域均根据无权代理人实施行为时的具体情况,要求本人依诚信原则并斟酌交易习惯作出否认表示的义务,以使相对人不致因其不作否认而误信行为人有代理权;同时,相对人的合理信赖始终是必要的构成要件。与之不同,《民法通则》第66条第1款第3句在法律文义上并不要求具备信赖要件。因此,可以认为,《民法通则》前引规定对本人施予了更加严格的作为义务。

在立法上,《民法通则》前引规定与我国台湾地区民法典第169条具有明显的相似性,二者在积极要件方面都指向同样的事实,即“本人知道他人以代理人名义实施行为不表示反对”,但是,仍有两点差异值得注意:一是在例外条件的规定上,台湾地区民法典将相对人过失(明知或应知无代理权的事实)作为排除容忍代理的理由,从而使容忍代理须以相对人合理信赖为要件。《民法通则》无此例外,从而使信赖要件无法直接由法律文义加以确定。二是在规范构成上,台湾地区民法典直接规定法律效果(“应负授权人责任”,与大陆《合同法》第49条表见代理“代理行为有效”在立法技术上一致,但效果有别),〔27〕而《民法通则》却是拟制本人

〔22〕 J. 丹尼斯·海因斯,见前注〔19〕,页135-136。

〔23〕 Chad P. Wade, *supra* note 19 p. 356. 尽管很多法院认为表见授权与拟制代理和不容否认代理没有区别,但代理法第二、三次重述都认为他们存在区别:表见代理和不容否认代理在于创设本不存在的代理关系,而表见授权则在于扩张代理人在已经独立创设的代理关系中的授权。(Ibid., pp. 358-359.)

〔24〕 Ibid., pp. 363-364.

〔25〕 Ibid., p. 357.

〔26〕 Ibid., pp. 362-363.

〔27〕 即台湾地区民法上相对人如不主张表见代理的效果,法院仍须以无权代理为判决(参看林诚二:《民法总则》(下),法律出版社2008年版,页463),而大陆《合同法》则明确规定代理行为有效,一经查明相关事实,法官得径行依表见代理判决之。

表示的存在(“视为同意”),其法律效果反而略去不表。结果,台湾地区立法使表见代理两种情况都能够被统一纳入外部授权的表象之下,而《民法通则》的前引规定却无法与表见代理建立明确关联,既然拟制为同意授权的意思表示,其法律效果就应是有权代理而非表见代理了,在法律构造上就与默示授权而非表见授权更为一致。

正是由于前述差异,依《民法通则》第66条第1款第3句确立的“容忍”型代理与《合同法》第49条所确立的表见代理之间的关系,相比于德国民法上容忍代理与表见代理的关系就具有不同的特征,也与台湾地区民法典的规定有别。在德国和台湾地区民法中,容忍代理与(狭义)表见代理的区别主要在于本人是否明知他人以本人名义实施行为。在中国大陆民法体系下,容忍代理与表见代理却没有类似的结构意义:容忍行为要么构成判定表见代理中相对人是否“有理由相信行为人有代理权”的要素,要么作为代理行为有效的独立规范理由,两种解释至少从法律文义上看都能够成立。^[28] 这种法律解释的双重可能性正是造成我国现行司法实践将《民法通则》第66条第1款第3句作为《合同法》第49条适用的补强理由的原因所在。

如果将容忍行为作为判定(广义)表见代理的考虑因素,《民法通则》第66条第1款第3句的适用就必须在构造上与《合同法》第49条保持一致,即在判定“相对人有理由相信行为人有代理权”时,一方面要考虑本人容忍行为的可归责性(明知且能够否认而不否认),另一方面要考虑相对人善意以及信赖的合理性。同时,考虑到《合同法》第48条第2款第2句将本人在催告后不作表示的效果规定为“视为拒绝追认”,因此,在判定相对人合理信赖时就不能单纯基于“不作否认表示”的事实,而应根据行为当时的具体场景或本人与行为人之间关系的社会一般公众的理解可能性加以判定。这样的处理,就使《民法通则》前述规定与《合同法》第49条的利益权衡保持了一致,从而避免将有过失甚至重大过失或者故意的相对人也纳入保护的弊端。^[29]

即使将容忍代理作为独立于《合同法》第49条表见代理规定的独立规范类型,也不意味着“不作否认表示”作为构成要件可以按照表面文义加以适用。由于“不作否认表示”属于无内涵的行为表现形式,采取拟制技术的构造方式,会导致基于行为场景的内容填充可能性被排除。同样基于法律评价上的一贯性,即单纯沉默不得赋予沉默者不利后果,其法效确定也应进行相同的价值填充,使之构成“有意义的沉默”。从而,其与《合同法》第49条表见代理权的判定仍然具有相似性。

[28] 在案例2中,法院将《合同法》第49条和《民法通则》第66条第1款第3句并列为确定郾城支行承担担保责任的基础,但对于二者关系并未明确,以这里提出的两种解释理解该判决理由并无问题。

[29] 参看云南省曲靖市中级人民法院“田鸿与云南博林建筑工程有限公司买卖合同纠纷上诉案”(2008)曲中民终字第470号。该案中,第三人持有原告与被告之间的货物收讫凭证而向被告领款,被告不顾该凭证记载的权利人为原告而非第三人的事实,向第三人付款。一审法院认为原告在付款期间没有异议,因此应依《民法通则》第66条第1款之规定视为同意,但二审法院认为,被告在知道第三人无明确授权情况下向其付款,且原告拒绝追认,故其向第三人付款的事实不能免除对原告的付款义务。

(四) 小 结

“容忍”型代理解决的问题是无权代理行为进行过程中,本人明知他人以本人名义实施行为而不作否认表示,致相对人合理信赖行为人有代理权,应负有权代理的法律后果。为避免对于本人施予不当负担,其核心要素在于确定,本人不作否认表示的行为在何种情况下得形成相对人对行为人代理权的合理信赖。无论是坚持容忍代理与(狭义)表见代理的类似性还是对二者加以区别对待,“不作否认表示”的意义内涵都必须结合行为时的具体情况加以判定。

三、拟制追认型代理的法律构造

(一) 基本案例

就现行司法实践来看,与《民法通则》第66条第1款第3句直接相关的案例更多属于“拟制追认”类型:

案例3: 赣陇公司是甘肃稀土公司与他人共同设立的企业,经理由甘肃稀土公司委派。1989年1月7日,赣陇公司曾代理甘肃稀土公司与某加工厂签订过一份购销30吨富钨稀土合同,该合同已经履行。同年4月6日,赣陇公司新任经理称甘肃公司急需30吨富钨稀土,并与加工厂达成口头购买协议。4月8日,双方签订书面合同,该合同署名与盖章方式与1月7日的合同相同,即需方甘肃稀土公司,加盖赣陇公司合同专用章(代)。签约当日,赣陇公司电告甘肃公司签约详情,甘肃公司称价格偏高,暂不要发货。其后,赣陇公司与加工厂就价格进行协商,未果。4月14日,加工厂发电报给甘肃稀土公司:“货已备齐,请备款提货,速汇前期货款”。4月19日甘肃稀土公司给加工厂发电报称:“因无盐酸停产,富钨矿暂不要,30吨请自行处理”。加工厂回电报称无法处理。其后双方又有数次接洽,未能形成一致意见。加工厂于同年8月至10月转售相关货物,并就因此所受损失对甘肃稀土公司提起赔偿诉讼。

法院经审理认为,赣陇公司以甘肃稀土公司受托人名义与加工厂签约,且签约当天就给甘肃稀土公司发了电报,较详细地报告了签约内容。甘肃稀土公司所发“价格偏高,暂不要发货”的电报,是推迟发货的意思表示,并未明确表达对赣陇公司代理行为的否认。此后双方多次往来电报,以及甘肃稀土公司给加工厂去信,并两次派员处理善后等,都表明甘肃稀土公司对赣陇公司用甘肃稀土公司名义与加工厂签订本案合同的行为未明确表示否认。因此,应依《民法通则》第66条第1款之规定,认定委托代理关系成立。^[30]

案例4: 道成公司与美方环球公司合作开发河南省无线宽带IP网项目,双方未组建新的合资公司。美方委派的Biggs到道成公司该项目中工作,担任项目技术总监。此后,Biggs以该IP项目经理名义与乌托邦公司洽谈订立技术咨询服务合同事宜,并提供有道成公司法定代表人签字的合同文本等信息资料,乌托邦公司以电子邮件和邮政快递向道成公司求证,道成公司签收相关文件后既不追认也不否认。此后,乌托邦公司为该项目提供了技术服务,但道成公司拒绝按合同付款。

[30] “甘肃稀土公司为购销稀土合同纠纷申请再审案”(见《最高人民法院公报》1992年第2期)。

法院审理认为,Biggs是以项目经理名义行为,且代表了道成公司的利益,其在与乌托邦公司联系、洽谈、签约和履约过程中提供了该IP项目中大量与道成公司和该IP项目有关的信息,这些信息在一般情况下只有公司高级管理人员或经其授权的人才可获得,因此乌托邦公司有理由相信其有代理权且善意无过失,因而满足《合同法》第49条表见代理的构成要件。道成公司在收到乌托邦公司交付发票和工作时间表并提示付款的电子邮件和信件后,未向乌托邦公司作出否认表示。根据《民法通则》第66条的规定,应视为道成公司对Biggs代表道成公司与乌托邦公司签订合同行为的认可。^[31]

这两个案件所面临的情况与案例1、2不同,即本人不作否认的行为被法院确认发生在无权代理行为完成后,因此其本身与代理之成立与否无关。在案例3中,本人明知无权代理的事实较为明显,且其追认的意思表示也处于模棱两可状态。其向加工厂发出“价格偏高,暂不要发货”的电报既可以理解为推迟发货的意思(如法院认定的那样),也可以理解为是否追认尚在犹豫,请求加工厂等待确定,实际上双方后续意见交换都与本人的这种模糊立场相关。甘肃稀土公司这种暧昧不明的态度加重了加工厂的信赖。当后来甘肃稀土公司明确表示不再需要货物时,问题就变成谁应当对此期间发生的损失负责的问题了。但是,法院没有明确考虑这种信赖关系,而是直接依据《民法通则》第66条第1款第3句表面文义,将甘肃稀土公司不作反对表示的行为拟制为同意(即追认)。在案例4中,情况则有所不同。法院既然已经认定成立表见代理,那么,由道成公司向乌托邦公司承担Biggs代理行为的后果就属当然,完全不必另行将道成公司此后不作否认表示的行为“视为追认”。此外,该案所涉合同已经履行完毕,道成公司已经获得了合同对方履行的利益。在乌托邦公司向道成公司提供了工作时间表并派员到项目工作长达两个多月的事实来看,道成公司有机会否认而不否认,允许其以Biggs无权代理拒不付款显然难谓合理。值得注意的是,在认定表见代理成立时,法院依据的是Biggs的签约身份和对IP项目及道成公司信息的掌握,据此认定乌托邦公司“有理由相信行为人有代理权”,法院还是多少有些信心不足。于是,将不作否认表示作为补强理由就顺理成章:即便表见代理不成立,道成公司仍应依拟制追认事实承担代理行为的后果。尽管在说理构成上容可质疑,但其依据《民法通则》第66条第1款第3句表面文义强化前述表见代理分析的结论,其实用取向至为显然。

(二)域外法的考察

在德国法上,本人对无权代理行为的追认,既可以明示追认,也可以通过其行为表明追认的意思,只要其行为能够依据诚信原则被认为具有追认意思即可。^[32]在单纯沉默构成追认的情形,则基本限于商事交易关系中。例如,被代理人对一份有关代理人行为的商人确认书保持沉默的,可以构成追认。^[33]要发生追认效果,需要本人意识到无权代

[31] 河南省高级人民法院“河南道成实业有限公司与乌托邦解决方案有限公司服务合同纠纷上诉案”(2006)豫法民三终字第64号。

[32] Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, Verlag C. H. Beck München 2005, § 179, S. 189.

[33] (德)梅迪库斯:《德国民法总论》,法律出版社2000年版,邵建东译,页739。

理的法律行为效力未定,并据此发出某种具有法律意义的表示的意识。^[34] 不过,由于追认的效果并不取决于追认人的正确认识,所以,如果本人在行为效果方面发生错误,就只能基于表示内容错误而撤销其表示。^[35]

在瑞士法上,追认作为法律行为意义上的表示行为原则上是不要式的,且明示追认和默示追认均无不可。^[36] 本人单纯的沉默仅在可以合理期待且苛求时才具有同意的意义。^[37]

在美国法上,无权代理行为同样可以经由追认而发生如同最初有过授权一样的效果。^[38] 追认表示既无需向相对人做出,也无需向无权代理人做出,只要能够以某种方式证明其存在即可。^[39] 追认可以是默示的,即通过行为推断追认意思。单纯沉默根据情况也可以构成追认,只要沉默“可以合理地推论出同意的意思”即可,如根据通常的经验和社会习惯,能够指望某人在不同意时会自然地将其意见说出来。^[40] 但是,通过行为或不行为推断默示追认有时是很困难的。在 *Dempsey v. Chambers* (Mass. 1891) 案中,未经授权的某人在将被告的煤运给原告的过程中撞坏了原告的窗户,原告留下煤并告知被告窗户损坏的事情。其后,被告向原告寄出这批煤的货款账单,而原告起诉要求被告赔偿其窗户损失。法院认为,被告在知道侵权事项后寄送账单的行为构成对前述过失行为的追认。^[41] 相反,在 *Myers v. Cook* (W. Va. 1920) 案中,丈夫未经妻子的同意而以妻子的名义签发本票,妻子发现后未作表示。法院认为,由于当事人之间此前并无代理关系,妻子也没有收受并保留行为所生利益,所以,其沉默不构成追认的充分证据。^[42] 正是考虑到这种情况,《第二次代理法重述》第 91(1) 条规定,“如果在追认时,本人对涉及最初交易的重要情况并不知情,并且没有意识到此种不知,他因此可以撤销追认的效果。”但是,要是他在知道无权代理情事的情况下仍然未经调查就作出追认,应推定其有意承担不知情况的风险。^[43] 这样,禁反言就在追认情形发挥作用。如果相对人了解到本人的沉默或不作为,并因信赖而受损或改变地位,那么,本人的不作为即使不构成默示追认,也可能因为满足不容否认的代理而负责。^[44] 当然,二者在后果上的区别仍需注意。由于追认产生

[34] 梅迪库斯,同上注;(德)拉伦茨:《德国民法通论》(下),王晓晔、邵建东、程建英、徐国建、谢怀栻译,法律出版社 2007 年版,页 874。

[35] 梅迪库斯,同上注。

[36] Peter Gauch, Walter R. Schluep, Schweizerisches Obligationenrecht allgemeiner Teil, Band I, 8 Auflage 2003, S. 306.

[37] Andrea von. Tuhr, Hans Peter, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band I, 3 Auflage 1979, S. 401.

[38] 《第二次代理法重述》第 82 条规定:“追认是某人对一个并不约束他的在先行为的承认,该行为是为其利益或声称是为其利益而做出的,通过承认,该行为发生如同他最初有过授权一样的效果。”

[39] J. 丹尼斯·海因斯,见前注[19],页 164。

[40] 《第二次代理法重述》第 94 条。同上注,页 168。

[41] J. 丹尼斯·海因斯,见前注[19],页 163。

[42] 同上注,页 168-169。

[43] 同上注,页 171。

[44] 同上注,页 112。

如同有事前授权的效果,所以本人追认后承担的是无权代理行为有效的后果,而不容否认的代理则只发生赔偿责任。

(三) 法理辨析

从域外法的考察来看,追认不以明示为限,本人不作为或沉默也得成立默示追认。默示追认通常应当满足两个条件:一是本人已经了解无权代理相关情况,这是追认产生如同事前授权同样效果的前提;二是本人的行为根据社会一般观念和习惯,依诚信原则得被认定为具有同意的意思。本人的行为通常表现为履行无权代理合同或接受该合同所生利益或享有其效果等,单纯的沉默除了在商人确认书等特别情形(如德国、瑞士),或者依通常习惯和社会经验得推定同意(如美国)外,一般不能构成默示追认。

反观我国《民法通则》第 66 条第 1 款第 3 句之规定,如将其理解为追认的效果,乃属单纯沉默的效果规定。也就是说,其仅有本人主观明知和客观不作否认表示两个要件,且不作否认表示的效果属法定效果(“视为同意”)。这样,该规定就与《合同法》第 48 条第 2 款第 2 句“视为拒绝追认”一样,作为法定的缄默,对因缄默内容的错误发生错误撤销的可能性就被排除掉了。^[45]

不考虑缄默的理解可能性而以立法的方式将其拟制为“同意”,并未顾及在施予本人作出否认表示义务的情况下,存在将有过失甚至故意的相对人也纳入保护范围的可能性。^[46]更为重要的是,由于沉默之本人对于无权代理行为的成立并无可责之处,在该行为完成后以其沉默为由而施予其法律责任,在利益权衡上有失公允。此外,《民法通则》第 66 条第 1 款第 1、2 句已经明确规定了追认与否的效果,而追认作为表示行为在方式上如果没有限制,就既包括明示,也包括默示。由于默示追认显然不等同于单纯沉默,所以,第 3 句“视为同意”的规定就只能是将单纯沉默的效果加以单独列示,而将其他默示追认形式与明示追认合并到第 1 句,分割前者与单纯沉默之间的结合关系,其立意何在,令人费解!由于《合同法》第 48 条第 2 款第 2 句已经将沉默视为拒绝追认,将《民法通则》第 66 条第 1 款第 3 句再保留于本人自行知道或经无权代理人告知后知晓的情形,必将导致评价矛盾。

于是,纵使能够将《民法通则》第 66 条第 1 款第 3 句解释为拟制追认的规定,其效果也应被《合同法》第 48 条第 2 款第 2 句所取代,从而,“不作否认表示”的效果认定就需要重新纳入第 66 条第 1 款第 1 句的效果之中,并经由价值填充而作为默示追认处理。在这个意义上,最高人民法院“《合同法》解释(二)”第 12 条的规定就具有特别的意义:“无权代理人以被代理人名义订立合同,被代理人已经开始履行合同义务的,视为对合同的追认。”但是,该规定仍有不足:

其一、在确定本人履行行为的效果时仍然使用拟制技术(“视为”),从而排除了本人错误撤销的可能性。兹举例说明:乙为甲的雇员,乙以甲的名义与丙订立合同,该合同部分超越了乙的权限。甲不知该情况而开始履行合同,嗣后才发现乙越权的情况。按照前引司法解释的规定,甲

[45] 参看拉伦茨,见前注[34],页 875。

[46] 参看本文“二(三)”。

开始履行的行为被视为追认,纵有错误也不得主张撤销。这种结果与追认的前提——本人知晓无权代理人所为法律行为的相关情况——产生矛盾,拟制同意的效果因而应受质疑。^{〔47〕}

其二、该规定仅列示本人开始履行得构成追认的情况,而对司法实践中已经积累的成功经验并没有加以反映。在本人的行为足以使相对人信其已有授权或追认(如案例3),或者已经接受履行或者享受无权代理人所为法律行为的后果(如案例4),也应当认为成立默示追认。

(四)小 结

本人对无权代理行为的追认,依其本质需本人对无权代理人所为行为的相关情况有必要的认识,明示或默示追认皆然,本人亦得因错误而撤销追认。如果将《民法通则》第66条第1款第3句解释为拟制追认,其虽然贯彻了本人明知这个条件,但因其将单纯沉默拟制为同意,与《合同法》第48条第2款第2句冲突,应依新法优于旧法的原则被后者替代。这样,《民法通则》第66条第1款第1句所称追认就可以解释为包括明示和默示两种方式,从而避免因同条第3句引发解释障碍。

四、无表示的表示效果

(一)一致性与差异性

从司法实践和法律解释角度来看,对于本人知道他人以代理人的名义实施行为而不作否认表示的,尽管按照本人知道前述情事是发生在无权代理人所为法律行为完成之前还是之后,可以区分为容忍型代理与拟制追认两种类型,^{〔48〕}但是,立法上则对之采取了统一的构造技术,即将行为人“不作否认表示”的行为拟制为“同意”,其效果也都统一为由本人承担代理行为有效的后果。由于两种类型在构成要件以及法律效果上的统一,对其进行区分的实践意义就不复存在了,在司法实践中将二者混合适用就是这种统一性所造成的直接后果。

“不作否认表示”因其属于“无确定内容”的行为,在法律评价上应以“无表示的行为”对待。其法律效果的赋予需经由价值补充填充其内容,以使其具有与拟赋予之法律效果相符的“确定内容”,从而产生与“有表示”相同的法律效果。从比较法与国内司法实践来看,法院一般都不会单纯基于不作否认表示的事实而赋予其积极效果,而是要考虑与之相关的具体情况,不论是容忍型代理还是默示追认,都莫不如此。

但是,由“视为同意”引发“代理有效”的效果,因情况的不同会涉及不同的利益冲突格局。本人“事前同意”(授权)既是代理人据此行为并将后果归属于本人的正当基础(有权代理),

〔47〕 尽管《合同法》第48条第2款第2句也适用了拟制技术,但其目的在于保护本人之正当权益,故而不产生问题。但在拟制同意情况下,因其会施加本人以较重负担,因此难称妥当。

〔48〕 在司法实践中,《民法通则》第66条第1款第3句甚至被适用于未经同意而处分他人权利等情况。就此请参看广东韶关市中级人民法院“清远市物资集团公司韶关分公司、何庆山、李淑芬与王逢智、董瑶、韶关清韶物资开发有限公司、邓国凡借款纠纷上诉案”((2002)韶中法经终字第59号)、浙江省温州市中级人民法院“蔡思叶等诉泰顺县隧道工程公司等人身损害赔偿纠纷案”((2001)温民初字第10号)。由于这种解释与该款规定的代理事项并不相符,故略去不论。

也是相对人信赖该表示而得向本人主张其受代理行为约束的理由(表见代理)。于此,“无表示”的“表示效果”确定,必须兼顾三方利益的冲突。换言之,对于无权代理行为所引致的责任风险,除行为人为本人外,不论是本人还是相对人都有加以防止的注意义务,从而需要在信赖保护与私法自治之间寻求适度平衡,容忍代理与(狭义)表见代理在构成要件上的趋同就是这种情况的反映。反之,在无权代理行为已经实施完毕后,因不再涉及行为风险防范问题,本人“事后同意”(追认)就只是本人对本不归于他的行为后果承担责任的问题,故而仅与私法自治相关,而与相对人信赖与否无关。纵使本人行为引发相对人错误信赖,也最多产生信赖赔偿问题,对无权代理行为本身则不生任何影响。由此可见,取消“同意表示”的时间性,就完全混淆了两种不同的法律现象。

(二) 私法自治与信赖保护

就追认效果而言,域外法表现出高度的一致性,即将其作为追认(或承认)意思表示对待,并准许追认人基于错误而撤销该意思。这表明,在默示追认的情形,虽然基于本人行为的推定具有背离私法自治的可能性,但配合错误撤销制度就仍然复归于私法自治的一般原则。但是,如果采取我国《民法通则》那样的拟制技术,其作为法定效果,私法自治就将遭到完全否定。

就容忍代理而言,对其法律性质则有不同看法。兹以德国为例说明之。在德国,弗鲁梅认为,本人有意识容忍他人以代理人身份为代理行为,即表示承认该他人有代理权,从而应纳入《德国民法典》第171条外部授权的代理规范之下,构成依法律行为授予代理权的情形。^[49]在他看来,对于容忍代理权的发生,应当有本人将行为人置于一种可以使人依据其所处地位而信其有代理权的在先状态,《德国商法典》第56条有关店铺或公共仓库的被任用之人实施的无权代理就是容忍代理的典型情形。^[50]对于民事交易中的非商人而言,如果其对他人授予为法律行为的一般授权,那么,他就对有意意识容忍该他人以一般代理人所为行为向第三人负责,除非第三人知道或应当知道该他人无代理权。^[51]由此可见,弗鲁梅所言容忍代理主要是指因本人在先概括授权(使用某人作为其店员或管理人,或者授予其概括的法律地位等)而发生的代理,其核心仍着眼于内部授权所生的外部效果,因此,在这种意义上,容忍授权就被视为是基于《德国民法典》第171、172条不言自明的法的续造,而非“法的创造”了。^[52]卡纳里斯则认为,应当严格区分两种情况:一是本人的行为表明对行为人有可合理推定的内部授权,或者对第三人有可合理推定的外部授权,只有在这种情形才有真正的依法律行为授权的问题。二是本人明显不愿对行为人给予内部授权,但对第三人则造成其曾经做出过这种授权的印象,这种情况是无法用法律行为理论加以解释的。只有第二种情况才属于容忍代理处理的问题。^[53]因此,相对人不得基于有权代理,而仅得基于有意创设权利外观的表见代理而主张本人负责。^[54]不

[49] Flume, Das Rechtsgeschäft, 4 Aufl., 1992, S. 828.

[50] Flume, aaO., S. 829.

[51] AaO., S. 830.

[52] AaO., S. 829.

[53] Vgl. Canaris, aaO., S. 41.

[54] Canaris, aaO., S. 40 ff. 类似看法见(德)卡尔·拉伦茨,见前注[34],页892。

过,他也认为,不论是明示的还是默示的权利表见责任都应一体处理。^[55] 这种看法与德国理论及判例的通常看法也是一致的,即容忍代理与《德国民法典》第 171 条涉及的都是“权利表象(Rechtsschein)”问题,从而得将前者作为表见代理运用的特殊情形。^[56]

将容忍代理作为依法律行为授权的代理处理,更多关注了与容忍行为相关的“背景”事实的表示意义,而未能注意不论是法官法还是立法都没有将本人的授权意思与容忍行为直接关联的事实,而确立这种联系可能的确如卡纳里斯所言,与本人明显不愿授予行为人以代理权的容忍代理情形有违。卡纳里斯则更多关注了默示授权与容忍代理的区分,不过,将本人是否具有授权意思作为区分容忍代理与默示代理的标准,在实际操作上仍然会面临困难,毕竟默示授权与容忍代理都需要结合行为相关情况进行规范性解释,其间并不能将规范性解释与真实意思一致的可能性完全加以排除。^[57] 此外,法官法也并没有将本人“明显不愿授权”作为容忍代理的构成要件,以之作为容忍代理和默示授权的区分标准不尽合理。可见,将私法自治的效果与信赖保护加以对立的做法,不过是追求解释纯粹性的结果,于法律实践并无影响。

(三)“知”状态与内容

如果说将“不作否认表示”建立在单一基础之上,还只是理论解释的问题,而基于某种解释引致的不同规范效果则应当受到更多关注。

不论是就容忍代理还是默示追认来说,“视为同意”的前提都是“明知”,即本人对于行为人无代理权而实施代理行为的相关情况存在明确的认识。这是纯粹主观的认识,因此,“明知”是否包括“应知”在内,就成为问题。严格而言,“明知”为已知,而“应知”为未知,二者界限分明。但是,作为法律判断,对于行为人的主观状态,法官通常只能根据法律主体的外在行为及其所处特定情境加以认识,“明知”与“应知”的判断皆然。而且,“应知”的“知”的状态具有由弱到强的程度区分,其最强者乃“不可能不知”,其与“明知”就几无分别了(如案例 1,法官认为“若不知情则不合常理”即为此意)。如此一来,因法官对“明知”的判断也可能同样采取“客观推断”的方式,其与“应知而不知”的状态就难以分别。

正是由于“应知”的强度可能会最终影响“知”的法律定性(即“明知”或“不知”),因此,法官在做“客观推断”时应对此有明确的认识。因“不作否认表示”的效果需要借助社会经验与习惯确定其内涵,在容忍代理或默示追认的场合,必须提高本人对“授权表象”(事前有授权或

[55] AaO., S. 112.

[56] 陈自强,见前注[16],页 190。但是,梅迪库斯提到,近年来德国理论越来越注意区分容忍代理与表见代理的效果。梅迪库斯,见前注[33]。

[57] 在实际操作上,本人这种“明知而容忍”与“本人有意默许”之间如何区分很难判定。参看海南省海南中级人民法院“吴立汉等与王业三合伙协议纠纷上诉案”(2007)海南民三终字第 197 号。在该案中,李立安、吴立汉和王业三等合伙,李立安将身份证交由王业三办理相关合伙登记事宜,法院认为,其知道也应当知道后者在合伙协议上代其签名,且至今未作否认表示,因此应认定合伙协议为其真实意思表示。法院恰恰是结合李立安在合伙登记之前的先行为和合伙存续期间的不作否认表示,合理推定李立安对于王业三存在默示授权。容忍行为成为默许授权效果的证据之一。另请参看上海一中院“涂卉芳与上海合富置业顾问有限公司居间合同纠纷上诉案”(2010)沪一中民二(民)终字第 50 号。

事后追认)的归责性。比较法上要求容忍代理和默示追认都要具备对无权代理的明确认识,其意义也在于此。

除了“知”的程度之外,尚有“知”的内容问题。具体而言,“知”的内容包括“以本人名义实施行为”以及“所实施行为的重要情况或内容”两个方面。从《民法通则》第66条第1款第3句的文义来看,不论是容忍代理还是拟制追认,法律的要求的“知”的内容都是“明知他人以本人的名义实施行为”,并未附加其他条件。但是,这并不意味着二者没有区别。在容忍代理情形,由于对本人归责的基础是,其“容忍行为”造成他人合理信赖其已有授权,因此,纵使本人不知行为内容,因其为“有意的不知”,故而应由其承担风险。反之,在默示追认情形,其仍应满足追认的一般要求,即本人已对行为的相关重要情况或内容有必要认识。这是因为,如前所述,追认与否与本人私法自治相关。如果在明示追认情形,本人得因表示错误而撤销其追认意思,在因其行为或不作反对表示场合反而施予其更重责任,显然在法律评价上难称妥当。^[58]

(四)小 结

将“不作否认表示”的效果“视为同意”,在容忍代理和默示追认情形会引发不同的评价效果。虽然“不作否认表示”因其并无确定内容,需要借助外部因素加以填充,但是,基于不同的政策考量,容忍代理更多关注相对人合理信赖的保护,而默示追认则更多关注本人自治的维护。从而,在“知”的内容构成上二者应有区别。

五、结 语

《民法通则》第66条第1款第3句在国内民法理论上一直被多数学者作为表见代理的类型加以对待,只有少数学者注意到其尚存拟制追认的解释可能性,通过司法案例考察,我们发现恰恰是少数说与实践一致。尽管在理论上对于少数说可以提出批评,^[59]但只要解释可能性

[58] 有学者认为,国民民法典(即今台湾地区民法典)第169条第二种情况乃默示追认规定,可将其与该法第170条狭义无权代理规定合并,即“凡明知某人无代理权而接受其代理行为者,除催告本人加以承认外,实无其他办法补救”,“本人虽无明示之承认,而确有可以使人信其有默示之意思者,即‘知他人表示为其代理人而不为反对之表示者’则代理作用仍然产生,本人当受其拘束”。不过,该默示表示需能够使相对人信其有代理权授予者,始可发生代理效力。(参看芮沐:《民法法律行为理论之全部(民总债合编)》,中国政法大学出版社2003年版,页200-201。)

[59] 对拟制追认解释的批评可以有两条进路:一是依循私法自治原则,坚持单纯沉默不得赋予不利效果的立场。二是从《民法通则》的立法资料考察。在80年代《民法通则》通过前的四次民法草案中,自第二稿后方有本人对无权代理追认的专门规定,在第三、四稿才有本人不追认时行为人承担责任的规定,这表明现行《民法通则》第66条第1款第3句是后加的,因此只与无表示的效果有关,与追认无关。第一种进路立于抽象的原则论证,一旦承认法律可以作反于原则的例外规定(不合理的例外仍为例外!),那么,这种反对理由就难以圆通。第二种进路也没有消除立法者将第1句的追认理解为明示和可推断追认,而将第3句作为拟制追认的可能性(这或许正是《民法通则》立法者的创新?),所以也没有充分的说服力。应当注意的是,这两种反对理由其实都不是从法律文本出发,而是寻求文本外的证成理由,虽有其合理性,但否认拟制追认的解释可能性,显已超乎实证立场之外。(这两种反对理由受启发于张金海、王竹两位博士对本文的评论,特此致谢!)

存在,法律适用者就必然会用尽其可能而满足实践需要。因此,我们需要的不是简单否认某种解释的合理性,还应关注即使是不合理的解释,它是如何成为可能的,以及消除其不合理性的解决办法。

“不作否认表示”表现为对法律主体施予作出否认表示的作为义务,其本身则是无确定内涵的行为样态,施予其作为义务的正当性必须基于对该种行为内涵的价值填充,从而既不至于过度背离私法自治原则,也与信赖保护原理的基本要求相合。考虑到对无表示的行为赋予积极表示效果须有法官价值填充的必要性,拟制技术的使用诚非妥当选择。

由于容忍代理与默示追认所涉主体的利益关系以及法律基础的不同,其在构成要件上应作区别对待。为此,在本人明知他人以本人名义实施民事行为而不作否认表示的情形,如前述事实发生在该民事行为完成前,根据情况构成容忍代理;如前述事实发生在该民事行为完成后,根据情况构成默示追认。在构成默示追认情形,《民法通则》第66条第1款第3句应纳入第1句处理;在构成容忍代理情形,则可以纳入《合同法》第49条处理。从而,《民法通则》第66条第1款第3句在解释上只能作为《合同法》第49条的特殊情况处理,其作为拟制追认的效果应被否定。《民法通则》第66条第1款第3句在文义上将两种类型收编一处,在法律构造上难称妥当,需经由立法途径加以解决。

(责任编辑:张双根)