

表见代理中相对人善意的认定与证明

第二十八条举证分配下的善意认定

赵跃

(安徽国运律师事务所, 安徽 合肥 230000)

摘要: 表见代理的构成, 实务长期以“有理由相信”一语概括, 将代理权外观与相对人善意混为一体, 结果是外观一经成立即推定善意, 被代理人几乎无从免责。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉总则编若干问题的解释》第二十八条将两项要件拆分, 并分别配置举证责任: 相对人就代理权外观的存在举证, 被代理人就相对人知道或者因过失而不知举证。这一安排在性质上并非完全的举证责任倒置, 而是对消极事实的证明作出的技术性调整。本文主张, 外观要件考察的是外观事实的客观存在与强度, 不以被代理人的可归责性为独立要件, 但可归责性影响过失的判断; 善意要件则应还原为“是否知道”与“是否因过失而不知”两个层次, 后者以合理审查为标准, 审查义务的强度须与交易金额、交易紧迫性、双方既往关系及行业惯例成比例, 专业主体负更重的审查义务。在证明方法上, 被代理人可以通过交易过程的异常、相对人自身的专业能力、公开登记信息等间接事实完成证明, 必要时可借助文书提出命令与举证妨碍规则。裁判技术上, 应将两项要件分列争点、分别说理, 避免以“善意无过失”一语带过。

关键词: 表见代理; 代理权外观; 善意; 过失; 举证责任; 合理审查; 越权代表

中图分类号: D923.1 **文献标识码:** A **文稿编号:** WJLT(2023)04-0038-12

Good Faith of the Counterparty in Apparent Authority: Burden of Proof under Article 28 of the Interpretation on the General Part

ZHAO Yue

(Anhui Guoyun Law Firm, Hefei 230000, Anhui, China)

Abstract: The constituent elements of apparent authority have long been compressed into the single phrase "has reason to believe", which conflates the appearance of authority with the counterparty's good faith, so that once an appearance is found good faith is presumed and the principal can hardly escape liability. Article 28 of the Interpretation on the General Part separates the two elements and allocates the burden of proof: the counterparty proves the appearance, the principal proves that the counterparty knew or was negligent in not knowing. This is not a full reversal of the burden but a technical adjustment for proving negative facts. The article argues that the appearance element concerns the existence and strength of external facts and does not require the principal's attributability as an independent element, although attributability informs the negligence inquiry; that good faith should be analysed in two layers, namely actual knowledge and negligent ignorance, the latter judged by a reasonable review standard whose intensity is proportionate to the amount at stake, the urgency of the transaction, the parties' prior dealings and industry practice, with professional parties held to a higher standard. As to proof, the principal may rely on anomalies in the transaction, the counterparty's expertise and public registries, and may invoke orders to produce documents and the rules on obstruction of proof. Judgments should address the two elements separately rather than dismissing them in a single phrase.

Key words: apparent authority; appearance of authority; good faith; negligence; burden of proof; reasonable review; ultra vires representation

说明: (本文为作者个人研究观点, 不代表所在单位意见)

作者简介: 赵跃, 安徽国运律师事务所执业律师, 研究方向为民商法、公司与企业纠纷审判。

表见代理是我国代理制度中最易被滥用的规则。民法典第一百七十二条规定, 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。条文只有一句, 构成要件、判断标准与举证责任均付阙如, 实务遂以“有理由相信”一语囊括全部, 形成一种简便但粗疏的处理方式。

粗疏之处在于，外观与善意被混为一体。法院一旦认定存在代理权外观，如持有公章、持有授权委托书、具有特定职务，往往直接得出相对人善意的结论，几乎不再审查其是否知道或者应当知道行为人无代理权。被代理人欲免责，须证明相对人“明知”，而明知近乎无法证明，其结果是表见代理的成立率居高不下。

这一状况在《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉总则编若干问题的解释》（以下简称《总则编解释》）第二十八条之后有所改变。该条将要件拆为两项：存在代理权的外观；相对人不知道行为人行当时没有代理权，且无过失。更重要的是，该条配置了举证责任：相对人就第一项举证，被代理人就第二项举证。

本文的任务，是解析这一举证分配的性质与操作。基本主张是：该条并非完全的举证责任倒置，而是针对消极事实的技术性调整；外观要件考察的是外观事实的客观存在与强度，不以被代理人的可归责性为独立要件，但可归责性影响过失的判断；善意要件应还原为“是否知道”与“是否因过失而不知”两个层次，后者以合理审查为标准，审查强度与交易的具体情形成比例。

一、规范结构与举证分配的性质

（一）两项要件的拆解

第一项要件是代理权外观。所谓外观，指足以使相对人相信行为人享有代理权的客观事实，常见的有：加盖公章的合同书、授权委托书、介绍信、工作证、名片、既往交易的惯行、行为人在被代理人经营场所内办公等。外观须是客观存在的事实，而非相对人的主观感受；相对人仅凭行为人的口头自称，不构成外观。

第二项要件是相对人的善意无过失。善意指不知行为人无代理权，过失指应知而不知。二者合成一个要件，但其证明方向相反：善意是消极状态，过失是注意义务的违反。将二者合并，容易导致判断的模糊，故解释上宜分层审查。

两项要件之间的关系是递进的。先有外观，才讨论相对人是否值得保护；无外观，则表见代理不成立，无论相对人如何善意。故审查顺序不可颠倒。实务中有时先讨论相对人是否善意，再回头寻找外观，此种做法容易以结论倒推前提。

（二）举证分配的性质

第二十八条第二款规定，因是否构成表见代理发生争议的，相对人应当就无权代理符合第一项条件承担举证责任；被代理人应当就相对人不符合第二项条件承担举证责任。这一分配，常被概括为“举证责任倒置”，但严格说来并不准确。

举证责任倒置，指法律将本应由主张方承担的败诉风险转移给对方。而在表见代理中，相对人主张代理行为有效，本应就全部要件举证；该条将第二项要件的举证转由被代理人承担，形式上确属倒置。但倒置的对象是消极事实，即“相对人知道或者应当知道”，此类事实由主张方证明几乎不可能，由被代理人证明亦属困难，故该条的实质是为

消极事实寻找一个可操作的证明路径。

理解这一点，对操作有直接影响。既然是对消极事实的技术调整，则被代理人的证明不必达到“排除一切怀疑”的程度，只须使法院对相对人的善意产生合理怀疑，即可认为其完成了证明。反之，若将其理解为完全的倒置，要求被代理人确证相对人“明知”，则条文的目的落空。

（三）与民法典第一百七十二条的关系

第二十八条是对第一百七十二条的解释，而非独立的请求权基础。故判决援引时，应当同时援引两者：先引第一百七十二条确定规范依据，再引第二十八条说明要件与举证。仅引司法解释而不引法律，形式上不妥；仅引法律而不引司法解释，则说理缺少支撑。

还须注意，第二十八条使用的是“可以认定”，而非“应当认定”。这一措辞表明，两项要件是认定的必要条件而非充分条件，法院在具体案件中仍须结合诚信原则与交易安全作综合评价。例如，外观虽存在、相对人虽无过失，但交易明显异常且损害国家利益的，仍可否定表见代理。

表见代理成立后公司如何承担责任、能否向行为人追偿、与职务代理如何衔接，实务中的处理要点可参见“表见代理公司为什么要承担责任”一文的梳理；本文不重复责任承担的操作层面，只讨论相对人善意的认定与证明。

二、外观要件的认定

（一）外观的类型与强度

外观的类型可以归为四类。第一类是文书类，包括授权委托书、介绍信、加盖公章的空白合同书、法人授权证明。第二类是身份类，包括职务、工作证、办公场所、参与公司经营的事实。第三类是行为类，包括既往同类交易的惯行、被代理人对行为人的授权表示、被代理人对相对人的介绍。第四类是登记类，包括工商登记、项目备案、对外公示信息。

不同种类的外观，强度不同。文书类最强，因其直接表明授权的存在；身份类次之，因其表明行为人与被代理人之间存在职务关系；行为类再次，因其须结合交易习惯判断；登记类最弱，因其通常只表明主体的存在，不表明具体的授权范围。强度的高低，直接影响相对人审查义务的轻重。

外观的强度还取决于其与被代理人的关联程度。公章为被代理人所有、授权书由被代理人出具、行为人在被代理人场所办公，此类外观与被代理人有直接关联，强度较高。反之，行为人伪造的授权书、私刻的公章，虽在形式上相同，但与被代理人无关联，其强度取决于被代理人是否创造了某种可信赖的状态。

（二）真实外观与伪造外观

伪造外观的处理，是实务的难点。行为人私刻公章、伪造授权书，相对人不知情而缔约，是否构成表见代理。对此应区分两种情形：被代理人对伪造的发生有过错的，如公章管理混乱、离职人员未收回授权、长期默许无权代理，可以构成表见代理；被代理人对伪造无任何过错的，如表见代理不成立，相对人只能向行为人主张无权代理的责任。

这一区分的依据，是风险归责的思想：谁更容易控制风险，谁承担风险。被代理人对其印章、授权文件、人员管理有控制能力，相对人对此无控制能力，故在被代理人有过错时，由其承担后果更为合理。但须强调，过错不是独立的构成要件，而是判断相对人是否有过失的参照：被代理人有过错，通常意味着外观更为可信，相对人的审查义务相应减轻。

盗用与借用的区分亦同。盗用指行为人未经许可擅自使用被代理人的印章或者文件，被代理人通常无过错，除非其管理存在明显疏漏；借用指被代理人明知或者应知而将印章、文件交予行为人使用，此时被代理人有过错，外观的可信赖程度高。实务中常以“是否知情”区分二者，但知情难以证明，故应结合印章保管、使用记录、双方关系等间接事实判断。

（三）外观与可归责性的关系

学理上有一种主张，认为表见代理应以被代理人的可归责性为独立要件，即被代理人须对代理权外观的形成负有责任，否则不应承担代理的后果。这一主张在比较法上有其渊源，但在我国现行规范下难以成立：第一百七十二条与第二十八条均未将可归责性列为要件。

本文认为，可归责性虽非独立要件，但有其功能。其功能不在于决定成立与否，而在于调节相对人审查义务的轻重：被代理人对代理权外观的形成越有责任，相对人的审查义务越轻；反之越重。这一调节通过过失的判断实现，无须另设要件。如此处理，既维持了规范的统一，又吸纳了风险归责的合理内核。

三、善意要件的证明

（一）消极事实的证明难题

善意是消极事实，即“不知道行为人无代理权”。消极事实的证明，在证据法上历来困难：当事人无法就“不存在”举证，只能通过间接事实推断。第二十八条将这一难题分配给被代理人，实则是让最有能力提供反证的一方承担证明。

被代理人的证明路径有三。其一，证明相对人知道，即存在明示或者默示的告知。明示如书面通知、会议告知；默示如相对人参与了授权范围的确定、相对人与行为人串通。其二，证明相对人应当知道，即存在足以引起怀疑的异常情事，而相对人未予审查。其

三，证明相对人不具备善意的可信性，如相对人与行为人存在关联关系、交易价格明显偏离市场。

三条路径中，第二条最为常用，也最易被滥用。所谓“应当知道”，须有具体的怀疑基础，不能以事后视角认为“稍加注意即可发现”。判断的标准是：一个处于相同地位的合理人，在当时的条件下，是否会因此产生怀疑并进一步核实。

（二）间接事实的运用

间接事实的运用，应当围绕“交易是否异常”展开。常见的异常有：合同签订地点不在被代理人营业场所；行为人要求将款项支付至个人账户；合同条款明显不利于被代理人；相对人未索取任何授权文件；交易金额远超行为人的职务层级；相对人与行为人此前无任何交易往来而首次交易金额巨大。

上述异常，单独一项未必足以认定过失，但多项并存时，可以形成较为完整的推断。法院在说理时，应当逐一列明所依据的异常事实，并说明其如何影响相对人的判断。笼统地写“相对人未尽审查义务”，既无从审查，也无法服人。

另一类间接事实是相对人自身的条件。相对人为专业机构，设有法务或者风控部门，其审查能力较强，注意义务相应较高；相对人为自然人，且交易金额不大，其审查义务相应较低。这一差异并非身份歧视，而是基于实际能力的合理分配。

（三）举证妨碍的适用

实务中，授权文件、用章记录、审批流程等证据多由被代理人或者行为人控制，相对人无从取得。此时可以适用《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第九十五条：一方当事人控制证据无正当理由拒不提交，对待证事实负有举证责任的当事人主张该证据的内容不利于控制人的，可以认定该主张成立。

具体而言，相对人主张被代理人曾出具授权文件，而被代理人持有该文件却拒不提交的，可以认定授权文件存在。反之，被代理人主张相对人明知授权范围，而相对人持有相关函件却拒不提交的，可以作出不利于相对人的认定。这一规则的适用，须以当事人提出申请、法院责令提交为前提，不能由法院径行推定。

文书提出命令的适用亦应扩张。我国现行规范对文书提出义务的规定较为简略，实践中利用率不高。在表见代理案件中，行为人的任职文件、离职证明、印章使用登记、授权审批单，均属于应当提出的文书。法院宜主动释明，引导当事人申请，避免因证据偏在导致认定失真。

（四）外观的时间性

外观有其时间维度。授权委托书载明的期限届满、职务已经免除、代理事项已经完成，外观随之消灭。相对人在外观消灭后仍然缔约的，不构成表见代理。问题在于，外观的消灭是否具有公示性：被代理人未收回授权文件、未通知既往交易对象、未变更登记，

相对人无从知悉外观已经消灭，此时能否认定其善意。

本文认为，应区分外观的客观状态与相对人的认知可能。外观在客观上已经消灭，但被代理人未采取合理措施使相对人知悉的，相对人的信赖仍受保护；被代理人已经通知、公告或者收回文件的，相对人不得再主张信赖。这一区分把判断的落点放在被代理人的通知义务上，而非相对人的查验能力上，符合风险归责的机理。

通知的方式应与既往交易的方式相当。长期通过邮件往来的客户，以邮件通知即可；从未有过往来的相对人，则须以公告或者登记变更的方式公示。通知的时点应在缔约之前，缔约后通知的，不能免除被代理人的责任。

（五）空白合同书的特殊问题

加盖公章的空白合同书，是外观中最为特殊的一种。被代理人将盖有公章的空白合同书交予他人，他人填写内容后与相对人缔约，被代理人能否以“未授权填写该内容”为由拒绝承担责任。对此应区分空白合同书的交付原因：因业务需要而交付的，构成授权外观，被代理人应受约束；因保管不慎而流失的，须结合被代理人是否有过错判断。

实务中的难点，是空白合同书的交付往往无书面记录，双方各执一词。此时应由被代理人就交付的原因举证，因为其控制着印章与合同书的管理。被代理人不能说明交付原因的，宜认定其有过错，构成表见代理。这一分配与第二十八条的精神一致：控制风险者承担证明不能的后果。

四、典型场景的类型化

抽象标准须落到具体场景。实务中表见代理的争议，集中于五类主体：业务员、项目经理、公司股东、离职人员、家庭成员。五类主体的权限基础不同，外观的强度不同，相对人的审查义务亦不同。以下分别讨论。

业务员签约，是最常见的场景。业务员依其职务推销商品、收取货款，属于通常职权，相对人无须特别审查。但若业务员以公司名义签订远超其职务层级的合同，如以公司名义对外担保、处分不动产，则超出通常职权，相对人应当审查授权文件。判断的分界，是行为是否属于该行业业务员的通常权限。

项目经理的情形类似，但有其特殊性。建筑行业的项目经理通常有权组织施工、采购材料、确认工程量，但是否有权对外借款、以公司名义提供担保，则须看授权范围。实务中常见项目经理以项目部名义对外借款，出借人主张表见代理。此时应审查项目部是否具有独立的核算地位、借款是否用于工程、出借人是否核实过授权，三项均具备的，可以认定表见代理。

公司股东以公司名义缔约，须区分其是否参与经营。参与经营且担任职务的股东，其行为可能构成职务代理或者表见代理；不参与经营的股东，仅以股东身份不足以构成外观，相对人仅凭其股东身份相信其有代理权的，通常应认定有过失。这一区分在家族企业

中尤为重要。

离职人员以原公司名义缔约，是另一高发场景。判断的要点有三：离职后公司是否收回授权文件、是否通知既往客户、相对人是否知道或者应当知道其已离职。三项之中，第二项最为关键。公司未通知且相对人无从知悉的，构成表见代理；公司已经通知或者相对人系新客户的，不构成。

家庭成员以户主或者家庭名义缔约，多发生于农村土地、房屋交易。此类情形的外观，通常表现为长期共同生活、参与家庭经营、持有相关权属证书。判断时应当结合当地交易习惯，不宜以商法的严格标准要求。但涉及不动产处分的，仍应审查共有人是否同意，不能仅以家庭成员身份认定代理权。

五、过失的判断标准

（一）合理审查义务的内容

过失的核心，是相对人是否尽到了合理审查义务。审查的内容，通常包括三项：行为人是否具有代理权的外观；外观是否真实、是否在有效期内；代理事项是否超出行为人的职务范围或者外观所显示的范围。三项之中，第三项最易被忽视，也最常成为争议焦点。

审查的方式，因交易场景而异。现场交易可以要求出示身份证件与授权文件；远程交易可以通过电话、邮件向被代理人核实；长期交易可以依既往惯例简化。要求所有交易均作最严格的审查，既不现实，也会增加交易成本，故审查义务应采“合理”而非“最高”标准。

合理审查的时点，是缔约之时。缔约后补作的审查，不能补正缔约时的过失。实务中常见相对人在诉讼中补充提交其事后核实的证据，此类证据只能说明其现在的态度，不能说明其缔约时的注意程度。

（二）比例原则的具体化

审查义务的强度，应与四项因素成比例。第一项是交易金额。金额越大，相对人的注意义务越重；金额微小，苛以严格审查义务并无实益。第二项是交易的紧迫性。情势紧迫、来不及核实的情形，审查义务可以适当减轻，但相对人仍须就紧迫性作出说明。

第三项是双方的既往关系。长期稳定交易形成的信赖，可以减轻审查义务；首次交易则应有更谨慎的核实。这一因素在实务中常被作为认定善意的关键，其道理在于：既往交易使相对人有理由相信授权具有连续性。第四项是行业惯例。某些行业（如建材、农产品批发）习惯由业务员持单据提货、结算，相对人依惯例行事，不宜认定为过失。

四项因素应当综合权衡，不能机械累加。判决理由中宜说明各项因素的具体情况及其对审查义务的影响，而非仅罗列因素名称。例如，“本案交易金额为一千二百万元，远超通常的业务员权限；双方系首次交易，此前无任何往来；合同签订地点在酒店而非公司住所。综合考虑，相对人未尽合理审查义务，存在过失”。

（三）紧急情形与审查的限度

交易紧迫，是相对人常用的抗辩。工程急需材料、市场行情瞬息万变、对方要求当日答复，此类情形确实压缩了审查的时间。但紧迫本身不足以免除审查义务，相对人仍须证明：紧迫系客观存在而非其自身拖延所致；其已采取当时条件下可行的核实措施，如电话确认、微信询问、要求出示电子授权；其未采取更严格措施与损失之间无因果关系。

实践中还有一种情形，即相对人与行为人长期合作，形成“先交货后补授权”的惯例。此类惯例可以作为减轻审查义务的依据，但须有证据证明其存在且被代理人有知悉的机会。若惯例仅存在于相对人与行为人之间，被代理人并不知情，则不能据此认定其无过失。

（四）专业主体的加重

相对人为金融机构、专业投资机构、大型企业法务部门的，其审查能力明显高于一般主体，审查义务应当加重。此类主体在缔约时未审查授权文件、未核实决议、未查询登记的，通常应认定有过失。这一加重并非惩罚，而是基于其风险控制能力的合理分配。

与之相对，小微企业与个体工商户的审查能力有限，不宜苛以过重的义务。但“能力有限”不等于“无须审查”，其至少应当核对行为人的身份与基本授权。若连最基本的核对都未进行，仍应认定有过失。

还有一个特殊情形：相对人本身即为法律专业人士或者其关联方。此时其应当知道代理权的法律意义，审查义务更重。实务中偶有律师事务所以“相信对方有代理权”为由主张表见代理，此类主张通常难以获得支持。

六、与相邻制度的界分

（一）与越权代表的区别

越权代表规定于民法典第五百零四条：法人的法定代表人或者非法人组织的负责人超越权限订立合同，相对人不知道且不应知道其超越权限的，该代表行为有效。表见代理与越权代表的区别，在于行为人是否有代表权：法定代表人是法人的代表机关，其行为原则上即为法人的行为，仅在超越权限时才讨论相对人的善意；表见代理中的行为人自始无代理权，其行为本不归属于被代理人，仅因外观与善意而拟制归属。

这一区别在举证上有意义。越权代表中，相对人主张代表行为有效，须证明自己不知道且不应知道超越权限，举证责任在相对人；表见代理中，第二十八条将善意的举证分配给被代理人。二者的分配相反，适用时不可混淆。

实践中还有一种情形，即公司的实际控制人、高级管理人员以公司名义缔约。此时应首先判断其是否为法定代表人或者负责人：是的，适用第五百零四条；不是的，适用第一百七十二条与第二十八条。若其为总经理等职务代理人，还可能适用民法典第一百七十条

关于职务代理的规定。

（二）与职务代理的区别

民法典第一百七十条规定，执行法人或者非法人组织工作任务的人员，就其职权范围内的事项以法人名义实施民事法律行为，该行为对法人发生效力；对职权范围的限制，不得对抗善意相对人。职务代理与表见代理的区别，在于行为人是否有职权：有职权的，适用第一百七十条，相对人无须证明外观与善意；无职权的，适用第一百七十二条，须证明外观与善意。

实务中的难点，是判断行为人的行为是否在职权范围内。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则若干问题的解释》第二十一条列举了四项判断标准，包括依法应当由权力机构决议的事项、应当由执行机构决定的事项、应当由法定代表人代表实施的事项、不属于通常情形下依其职权可以处理的事项。四项标准的核心，是“通常职权”的判断，须结合行为人的职务、公司的经营范围与交易惯例。

若行为超越通常职权，则进入表见代理的判断。此时须注意：超越职权本身即是一项异常，相对人的审查义务相应加重；但若公司对该超越行为长期默许或者事后多次履行，则可能构成外观，相对人的信赖具有基础。

（三）与无权处分的区别

表见代理与无权处分常被混淆。二者的区别在于，前者解决的是行为的效果归属，即行为人的行为能否归属于被代理人；后者解决的是处分的效力，即无处分权人处分他人财产时，受让人能否取得权利。表见代理成立，合同对被代理人有效，但不等于受让人当然取得标的物的权利；反之，善意取得成立，受让人取得权利，但不等于合同对被代理人有效。

实务中，相对人常同时主张表见代理与善意取得。法院应当分别审查：先依第一百七十二条判断代理行为是否有效，再依第三百一十一条判断受让人是否取得权利。两项判断的依据不同，结论可以分离。若代理行为有效但处分未经权利人同意，合同对被代理人有效，被代理人承担违约责任，受让人是否取得权利仍须依善意取得规则判断。

（四）与无权代理追认的关系

表见代理与无权代理追认，是两条并行的路径。相对人既可以主张表见代理，要求被代理人履行；也可以在表见代理不成立时，催告被代理人追认，或者向行为人主张责任。二者在效果上不同：表见代理的效果是行为有效，被代理人成为合同当事人；追认的效果是补正代理权，同样使行为有效，但追认前行为处于效力待定状态。

实务中，相对人往往同时主张两者，法院应当先审查表见代理是否成立，不成立的再审查是否已经追认。审查顺序不可颠倒，因为追认以行为效力待定为前提，而表见代理的行为自始有效，不存在追认问题。判决理由中应当明确说明审查的顺序与结论。

七、裁判技术的展开

（一）争点的归纳与举证责任的告知

表见代理案件的争点，宜分列三项：行为人是否具有代理权；是否存在代理权外观；相对人是否知道或者因过失而不知。三项争点分别对应不同的举证责任，法院应当在庭审中明确告知，使当事人知道各自应当证明什么。未告知而径行以举证不能判其败诉，属于程序瑕疵。

对于被代理人主张相对人有过失的，应当要求其具体说明过失的表现，如未审查授权文件、未核实决议、未查询登记，而不能仅笼统主张“相对人应当知道”。说明具体的，法院应当组织质证；未说明具体的，可以要求其补充，必要时行使释明权。

（二）说理的结构

说理应当按照“外观有无、外观强度、相对人认知、过失判断、结论”五步展开。第一步认定是否存在外观，列举具体事实；第二步评价外观的强度，说明其对相对人信赖的影响；第三步认定相对人是否知道，有无直接证据；第四步以合理审查标准判断其是否有过失，结合金额、紧迫性、既往关系、行业惯例四项因素；第五步得出结论。

五步之中，第四步最易流于形式。常见的缺陷是先下结论“相对人善意无过失”，再罗列因素，因素与结论之间缺乏关联。正确的写法是先分析因素，再得出结论，使读者能够沿着论证路径得出相同结论。

对于不予认定表见代理的，应当说明相对人本可以采取何种审查措施而未采取。这一说明既是对当事人的回应，也为类案提供了参照。例如，“相对人本可要求行为人出示授权委托书原件，或者向被代理人电话核实，却仅凭名片与口头承诺即签约，难谓无过失”。

（三）法律后果的表述

表见代理成立的法律后果，是代理行为有效，被代理人成为合同当事人，承担履行或者违约责任。判决主文应当直接判令被代理人履行或者赔偿，而不能表述为“被代理人对行为人的行为承担责任”。后一表述含糊，执行时易生争议。

表见代理不成立的，相对人可以依民法典第一百七十一条向行为人主张责任，或者催告被代理人追认。法院在驳回相对人对被代理人的请求时，应当释明其可以向行为人主张，避免当事人因不熟悉法律而丧失救济。若相对人同时起诉行为人与被代理人，可以在同一判决中分别处理。

还有一种情形：表见代理部分成立。例如，代理事项的一部分在职权范围内，另一部分超越职权。此时应当分别判断，不能整体认定。判决主文应当明确哪些条款对被代理人发生效力，哪些不发生，以免执行时无从区分。

（四）裁判尺度的统一

表见代理的判断高度依赖具体事实，类案之间难以形成统一的量化标准，但这并不意味着裁判尺度可以任意。可以统一的是审查的要素与说理的结构：无论案件如何，均须审查外观的类型与强度、相对人的认知、过失的具体表现，并逐一说明。要素统一，结论的差异才有可解释性。

对于同类主体、同类交易，裁判尺度应当保持稳定。同一法院在同期审理的业务员签约案件中，若对相同的审查行为作出相反认定，应当说明区别的理由。这一要求并非形式主义，而是当事人对司法可预期性的基本期待。

庭室内部的类案检索与专业法官会议，是统一尺度的有效机制。对于存在分歧的类型，可以通过典型案例或者裁判指引的方式明确。此类指引不具有法律效力，但对内具有参照作用，可以写入判决理由作为说明的辅助。

（五）调解与释明的运用

表见代理案件的当事人，多存在长期的交易关系或者亲属关系，调解的空间较大。法院在查明外观与过失的基本事实后，可以向双方说明各自的风险：被代理人若败诉，须承担全部合同责任；相对人若败诉，只能向往往已无履行能力的行为人追偿。说明之后，双方对结果的预期趋于一致，调解的成功率随之提高。

释明的重点，是告知相对人可以追加行为人为被告，或者变更请求为向行为人主张无权代理的责任。若相对人坚持只起诉被代理人，且表见代理不成立，法院应当判决驳回其请求，同时在理由中说明其可以另行向行为人主张，避免其误认为权利已经消灭。

八、结语

表见代理的适用，长期在“保护交易安全”与“保护被代理人”之间摇摆。摇摆的根源，不在于价值判断的分歧，而在于技术构造的粗糙：将外观与善意混为一体，使两个本应分别审查的要件压缩为一个直觉判断。第二十八条的意义，正在于把这一直觉判断还原为可操作的要件与可分配的举证。

本文的主张可以概括为三点。其一，外观是客观事实，其认定应列举具体依据并评价强度，不以被代理人的可归责性为独立要件。其二，善意是消极事实，其证明由被代理人承担，证明的方法是以交易异常为基础的间接推断，必要时辅以举证妨碍规则。其三，过失以合理审查为标准，审查强度与交易金额、紧迫性、既往关系、行业惯例成比例，专业主体负更重义务。

三点之中，第三点最具实践意义。因为绝大多数案件的胜负，不在外观有无，而在过失有无。而过失的判断，恰恰最需要具体的说理。一份只说“相对人未尽审查义务”的判决，与一份列举了金额、地点、账户、既往交易等具体事实的判决，其说服力与可参照性相差甚远。

最后须强调，表见代理是交易安全的最后防线，而非相对人懈怠审查的保护伞。相对人应当知道，信赖值得保护，但信赖须有基础；外观值得重视，但外观须经审查。把握这一界限，才能既维护交易的安全，又不至于使被代理人在毫无过错的情况下承担他人的行为后果。

参考文献

- [1] 《中华人民共和国民法典》第一百七十条、第一百七十一条、第一百七十二条、第五百零四条。
- [2] 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉总则编若干问题的解释》（法释〔2022〕6号）第二十八条。
- [3] 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则若干问题的解释》（法释〔2023〕13号）第二十一条。
- [4] 《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》（法释〔2019〕19号）第九十五条。
- [5] 王利明：《民法总则研究》（第三版），中国人民大学出版社2018年版。
- [6] 朱庆育：《民法总论》（第二版），北京大学出版社2016年版。
- [7] 迟颖：《表见代理的构成要件与法律效果》，《法学研究》2019年第5期。
- [8] 纪海龙：《表见代理中的可归责性问题》，《中外法学》2021年第3期。