

內地與澳門民商法中表見代理規則的差異與銜接

李凱莉*

摘 要 內地與澳門民商法中表見代理規則的立法模式、構成要件和解釋適用差異頗多，在推動兩地民商事規則銜接的大背景下，可從解釋論的角度探尋兩地表見代理規則銜接的路徑。作為保護外觀、信賴、交易安全的理論，外觀主義理論可以作為表見代理規則中不確定概念的價值補充和當事人利益衡量的依據，以外觀主義理論解釋表見代理規則，既滿足內地法單一要件需要進一步解釋的需求，又符合澳門法三要件的構成邏輯。對表見代理規則的解釋需要依據主體的民商事性質設計不同的標準，同時考量“行為人的代理權外觀”“相對人的善意”和“被代理人的可歸責性”三大要素，既吸收內地法綜合考量各種因素之長，又參考澳門法民商分立的優勢，以完善兩地表見代理規則的解釋適用。如此兩地表見代理規則適用的法效果一致，兩地規則在實質上得以銜接。

關鍵詞 表見代理 外觀主義 澳門法 規則銜接

代理制度在民商事活動中被廣泛應用，其中表見代理的規則在理論界和實務界均存在較大的爭議。表見代理涉及三方當事人，該規則使得行為人憑虛假代理權外觀與相對人所為之法律行為可以產生有權代理的法效果，由被代理人超越其意思表示向相對人承擔履行責任，由此產生如何解釋表見代理規則以平衡被代理人的意思自治和相對人信賴利益的理論爭議。^[1] 現行內地法和澳門法中表見代理規則的設計略有不同，且從兩地司法實踐可見，由於規則本身及其解釋適用時的差異，相似事實的案件在兩地法院會得到截然不同的判決結果，且現有兩地對於表見代理規則的解釋和適用均存在瑕疵，這為活躍於兩地的民商事主體帶來較高的法律成本和不公正的後果。在橫琴粵澳深度合作區建設、粵港澳大灣區建設的大背景下，內地與澳門民商事交往頻繁，差異規則或將成為阻礙民商事活動高效順利進行的制度壁壘，故此，如何實現兩地規則銜接，成為合作區法治建設的重要議題之一。本文即以表見代理規則為例，分析兩地規則的差異，並以外觀主義理論作為兩地表見代理規則的解釋論依據，以求兩地差異規則可以從實質上得以銜接，同時為內地與澳門的其他民商事規則銜接提供借鑒。^[2]

* 李凱莉，北京理工大學法學院博士後。

[1] 本文對於表見代理中三方當事人採內地法習慣稱為：被代理人、行為人、相對人。三方主體在澳門法中稱為：本人、代理人、第三人。在外觀主義理論中稱為：真實權利人、行為人、相對人。

[2] 需要特別說明，對於某一規則的解釋適用往往需要配合其他的規則、將其置於整個制度體系下予以考量。在大陸法系，與表見代理相關的規則包括但不限於授權行為、法律行為、無權代理、不當得利，上述內容在內地與

一、內地與澳門表見代理規則的差異

內地最早的表見代理的規則是原《中華人民共和國合同法》第49條，後在民法典立法過程中，表見代理規則進入總則成為現行《中華人民共和國民法典》（以下簡稱《中國民法典》）第172條，但條文本身的內容並沒有大幅修訂，對於表見代理構成僅有單一要件，存在較靈活的解釋空間。澳門法的表見代理規則分別規定於澳門特別行政區《商法典》（以下簡稱《澳門商法典》）第644條和澳門特別行政區《民法典》（以下簡稱《澳門民法典》）第261條，兩條文對於不同領域的表見代理規則均設置了嚴格的三要件。內地與澳門的立法體例和表見代理規則的構成要件均存在較大差異。

（一）兩地私法立法體例及思維的差異

在私法領域，民法和商法的立法安排被學者稱為“民商合一”和“民商分立”的立法體例，最主要的劃分依據是民法典之外是否存在商法典。民法和商法同作為私法範疇，均建立在自由、平等、公平、誠實信用的原則之上，他們的內容並非截然不同，但二者起源不同，又有不同的價值取向，導致制度設計存在差異。^[3] 澳門私法即採用民商分立的模式，而內地是民商合一，立法體例的不同也影響了法律解釋、司法裁判時的思維運用，前者有意識地區分民事活動和商事活動，並援引不同的規則，佐以不同的解釋論；後者對於民商事活動不做區分，共用一套規則，商事思維欠缺。

《澳門商法典》第644條和《澳門民法典》第261條分別是表見代理在商事領域和民事領域的規定。出於歷史原因，澳門曾延伸適用葡萄牙的各項法律制度。商事立法中，葡萄牙通過1986年頒佈的規範商業代理或代辦商合同的法律（第178/86號法令）建立了商事代理中的代理商制度，其中第23條第1款為代辦商的表見代理設計了專門的規則。^[4] 《澳門商法典》第644條“表意代理”^[5] 原封不動地將上述規則引入：“然而，如基於考慮有關具體情況而斷定在客觀上存在應予考慮之理由，以致善意第三人信任該無代理權之人具有作出上述法律行為之正當性，且被代理人曾有意識促使此第三人對該無代理權之人產生信任，則由該無代理權之人作出之法律行為，不論是否經被代理人追認，均對被代理人產生效力。”該條文僅針對代辦商合同，但根據澳門司法見解和《澳門商法典》的原則，也可以延伸適用於其他類似的商事合同。^[6]

民事立法中，《葡萄牙民法典》對於代理中授權行為的嚴格限制，使得“表見授權”“容忍授權”在葡萄牙民法體系內不可能被承認，相應的表見代理規則也就無存在餘地。^[7] 但《澳門民法典》的代理制度在借鑒《葡萄牙民法典》的基礎上也有自身的創新發展，第261條第2款表見代理的規則即為典型：“然而，如基於考慮有關具體情況而斷定在客觀上存在應予考慮之理由，以致善意第三人信任該無代理權之人具有作出上述法律行為之正當性，且被代理人曾有意識促使此第三人對該無代理權之人作出之法律行為，不論是否經被代理人追認，均對被代理人產生效力。”本條款

澳門民商事法律中均有體現。本文只討論表見代理規則，並非主張表見代理規則應當脫離整個代理制度體系，也非忽視其他相關規則在處理糾紛時相互配合所發揮的作用，只求尋找合適的解釋論依據，完善規則本身的解釋適用，使表見代理的認定趨於合理，為兩地規則銜接提供新思路。

[3] 參見寧金成：《“商事通則”的立法體系與基本原則》，載《中國商法年刊》2007年，第122頁。

[4] 葡萄牙第178/86號法令 (Decreto-Lei n.º 178/86 de 3 de Julho) 第23條第1款：“如按具體情況客觀認為有應予考慮之原因使善意第三人相信無代理權之代辦商有訂立法律行為之正當性，只要本人亦使第三人相信代辦商有正當性，則該代辦商所訂立之法律行為對本人具有效力。”葡萄牙法律中稱表見代理中的被代理人為“本人”，特此說明。

[5] 《澳門商法典》第644條官方中文譯文為“表意代理”，葡語標題為Representação aparente實質上就是大陸法系民法的“表見代理”，且《澳門商法典》第644條與葡萄牙第178/86號法令的葡語條文內容一致。

[6] 《澳門商法典》第4條。

[7] 《葡萄牙民法典》第457條。

的規則設計很大程度上借鑒了前述商法典中表見代理的規則，僅有個別語言文字的調整，^[8] 被譽為葡萄牙商事法律規範在澳門民法領域的“靈魂轉生”。^[9] 能否將原本的商事規則類推適用於民法領域素有爭議，但本條款的出台，使得澳門民法代理制度中對於善意第三人的保護相較於葡萄牙法走得更遠，也使得商事規則在民事領域保護信賴利益中得以擴張。

內地私法在形式上採取了民商合一的立法模式，有相當數量的商法規範剝離出來，安插到民法典中；也有相當數量的民法規則予以擴張適用於商事糾紛。《中國民法典》第 172 條規定了表見代理：“行為人沒有代理權、超越代理權或代理權終止後，仍然實施代理行為，相對人有理由相信行為人有代理權的，代理行為有效。”按照現有民商合一的立法體例，該規則可同時適用於民事領域和商事領域。然而在適用過程中不乏爭議：以“保護交易安全”為目的的表見代理規則明顯是為商事活動而設計，是否可以用於處理民事糾紛尚有存疑；當行為人是或冒充“執行法人或非法人組織工作任務的人員”時，本條與第 170 條職務代理的關係如何處理；當事人的民商事主體性質是否影響表見代理的構成；等等問題立法和司法並未予以回應。

兩種立法模式並無優劣之分，但立法模式下反映出的法律思維影響司法裁判，也會影響當事人從事民商事活動時的思維模式。澳門民商分立的模式，使得立法者可以針對民商事活動的特點，對表見代理規則在商法典和民法典中采不同的設計，司法實踐中亦可根據主體和行為的民商事性質適用不同的規則，而當事人亦會根據相對人的民商事性質選擇不同的交易方式、負有不同的注意義務。以一起內地法院審理的不動產買賣案件為例^[10]，本案在未取得房屋所有權人授權的情況下，房產中介即代理所有權人與澳門買受人簽訂了房屋買賣合同。本案中澳門買受人或許在簽訂合同時受到了澳門商法思維潛移默化的影響，從而“放鬆警惕”善意信賴房產中介作為專業的商事主體在從事房產交易的營業活動時應當具備代理權，在未審核授權文書的情形下，仍然簽訂了購房協議。該案最終援引內地法判決認為房產中介的行為構成表見代理，裁判結果符合澳門買受人的預期，但是裁判說理略顯欠缺，按照《中國民法典》第 172 條的解釋，在授權文書這種關鍵性文件缺失的情形下，何以認定“行為人具有權利外觀”和“相對人善意”？

上述案件也反映了在內地法民商合一的模式下，立法和司法都忽略了商事規則應有的特殊性。內地法目前民事代理一枝獨秀，而商事代理規範缺失，民商合一的立法技術加上民商不分的審判體制，導致司法實踐中不關注民商差異、罔顧商事活動特點的現象時有發生。^[11] 現有研究中，學者們均普遍認為內地法有必要轉變民事代理的思維定式，正確認識商事代理的獨特性及其存在價值，即使是“民商合一”的規則，也應當有“民商分立”的解釋論。^[12]

（二）表見代理規則構成要件及解釋的差異

澳門法和內地法表見代理規則的設計和構成要件並不相同，澳門法中無論是商法典還是民法典對於表見代理的構成均強調三要件，實踐中對其適用更加具體明確；而內地法的表見代理規則僅有一個要件，實踐中對其解釋適用可綜合考量多種因素，更加靈活。然而兩地規則在司法實踐中均存在瑕疵，前者規則設計雖然民商分立，但條文內容同質性較大，沒有體現出民商事代理規則應有之特點；後者單一要件雖然有更廣泛的解釋空間和更靈活的解釋方式，但過度的靈活增加了解釋的不確定性，放縱了自由裁量的範圍。

《澳門民法典》第 261 條第 2 款和《澳門商法典》第 644 條第 1 款關於表見代理的規則設計高

[8] 對於該被代理人要件《澳門商法典》第644條第1款葡語版表述為*igualmente contribuido*（同時促進），《澳門民法典》第621條第2款葡語版表述為*conscientemente contribuido*（有意識的促進）。

[9] 參見唐曉晴等著，《民法一般論題與〈澳門民法典〉總則》，社會科學文獻出版社2020年版，第436-441頁。

[10] 李婉嫦訴汪震等房屋買賣合同糾紛案，珠海橫琴新區人民法院(2015)珠橫法民初字第332號民事判決書。

[11] 李建偉：《〈民法總則〉民商合一中國模式之檢討》，載《中國法學》2019年第3期，第299-300頁。

[12] 相關論述見韓慧瑩：《商事代理》，載《商事法論集》2008年第1期，第228-251頁；肖海軍：《商事代理立法模式的比較與選擇》，載《比較法研究》2006年第1期，第60-71頁。

度相似，都有三大構成要件：（1）無權代理人客觀上具備有權代理的表象；（2）第三人善意信任無權代理人具有正當性；（3）被代理人促使上述信賴。這兩個條文在澳門民商分立的立法體系下適用範圍有所不同，在澳門法律體系中那些以營利為目的的商主體和商行為受到《澳門商法典》約束，如無具體規則，可類推適用《澳門商法典》中的其他規則；如無法類推適用，《澳門民法典》中那些與《澳門商法典》原則不衝突的規則才有適用的空間。^[13]但遺憾的是，目前澳門法律生效實施的時間較短且案件數量較少，對於表見代理規則的解釋僅能通過現有個別案例窺見一斑，而大多數涉及表見代理的案件在司法實踐中都會同時提及上述兩個條文、同時討論三大構成要件，條文設計的相似加上解釋適用時不加區分，使得澳門法的表見代理規則在現有的司法實踐中並未發揮其民商分立的優勢。

內地法中的表見代理規則僅有“有理由相信”這個單一的構成要件，為避免司法實踐中解釋適用混亂，最高人民法院通過司法解釋的形式確定了兩個解釋“有理由相信”的考量因素：“行為人具備權利外觀”和“相對人善意無過失”。^[14]該解釋路徑沿用至今，但問題在於，表見代理作為被代理人、行為人、相對人三方之間的法律關係，而解釋規則中僅考慮了行為人和相對人兩方因素是否合理。為此，立法者和學者曾一度激烈討論是否應當增設構成表見代理的例外情形，是否應當增加“被代理人可歸責”作為考量因素，最終立法者基於民法典作為一般法地位的考量，放棄將具體的考量因素寫入法條，僅採用“相對人有理由相信”這一單一要件。^[15]內地法的“單一要件”爭議頗大，如何證明“有理由相信”、是否應當考慮“被代理人因素”、舉證責任如何分配、是否應當民商區分等問題未有定論，但同時“單一要件”也為上述問題在司法實踐中的處理提供了更廣闊的空間。

在具體案件中，由於兩地法律規則不同，司法實踐中解釋適用規則的方式不同，會導致同樣或類似的案件事實因適用不同法律規則而得到截然不同的判決結果。以兩起經營場所中“假員工”與顧客簽訂合同的案件為例，兩地法院在審理時均援引表見代理規則，但是判決結果並不相同。在澳門的案件中^[16]，法院嚴格按照《澳門民法典》第261條中的三要件分析：行為人身著制服、處於營業場所、出具公司抬頭的收據具備有權代理的外觀；相對人作為消費者一般會相信營業場所中身著制服且主動提供服務的人員有權代表公司，對上述外觀的信賴構成善意；公司作為被代理人放任非本公司員工在其營業場所為顧客提供服務，促使行為人產生外觀、促使相對人產生信賴，因此本案中“假員工”的行為構成表見代理。而內地裁判中^[17]，法院認為在營業場所提供服務、出入辦公區域的人員不一定是公司工作人員，因此行為人沒有外觀；相對人對於行為人身份沒有盡核實義務，且有追求低成本高利潤的企圖，不構成善意，相對人沒有理由可以相信行為人有權代理，故“假員工”的行為不構成表見代理。

上述兩個案件都是適用法律、解釋法律的結果，但裁判說理中都存在瑕疵。澳門法院沒有回應：本案中代理人是從事商事活動的商主體，為何裁判沒有適用《澳門商法典》第644條，《澳門商法典》第644條的適用和《澳門民法典》第261條的適用有何差異。內地法院沒有回應：何種程度的“外觀”足以使相對人“有理由相信”，相對人何種程度的“善意”可以構成表見代理認為的“善意”。

是否構成表見代理直接決定了承擔無權代理的不利後果的主體：構成表見代理，相對人可以要

[13] 《澳門商法典》第4條。

[14] 《最高人民法院關於適用〈中華人民共和國民法典〉總則編若干問題的解釋》，最高人民法院法釋〔2022〕6號，2022年2月24日發佈，2022年3月1日實施。

[15] 參見黃薇主編：《中華人民共和國民法典總則編解讀》，中國法制出版社2020年版，第561-563頁。

[16] 澳門特別行政區中級法院第659/2016號案。

[17] 李德勇與中國農業銀行股份有限公司重慶雲陽支行儲蓄存款合同糾紛案，最高人民法院（2013）民提字第95號民事判決書。

求被代理人承擔履行責任，履行不能則要求其承擔違約責任，而被代理人相應的損失可向無權代理人追償；不構成表見代理，行為人構成狹義的無權代理，相對人不能獲得履行利益，只能要求行為人承擔責任。前述案件中被代理人是典型的商主體，而相對人是消費者（民事主體），二者的締約能力、注意義務、風險承擔能力存在懸殊，當二者均不存在明顯過錯時，會產生是否構成表見代理、由誰承擔不利後果的爭論，該爭議的本質是如何通過規則的設計和解釋實現當事人利益的平衡。

綜上所述，內地法的表見代理規則采單一要件，在民法總則草案討論的過程中有學者認為，基於民法總則的抽象原則法地位，不宜規定排除表見代理適用的具體情形，而應交由學說和判例予以類型化。^[18]單一要件的解釋一直以來較為模糊、爭議頗多，立法中“單一要件”的概括性需要在司法實踐中明確具體考量因素。^[19]澳門法的表見代理規則民商分立、構成要件明確清晰，為表見代理在具體司法實踐中的適用指明方向。但在實際適用中民商界限不清、標準不明，沒有突出民法和商法中表見代理規則應有之特點，且三要件有時難以判斷“有無”，也無法如數學公式般的相加，因此澳門法的表見代理規則也有待理論和實踐的發展，以進一步明確解釋標準。

二、以外觀主義理論解釋表見代理規則

無論是澳門表見代理規則的三要件，還是內地表見代理規則的單一要件，成文法的固有缺陷使其都需要進一步的解釋，才能適用於具體案件，合理的解釋路徑可以達到規則設計的目的，平衡各方當事人的利益，實現社會整體的效益。對於法律條文的解釋，當僅從文義無法得出確定的答案時，即需要佐以其他的方法性原則。表見代理規則實質上對無權代理人呈現的權利外觀予以保護，將權利外觀推定為真，這是典型的體現外觀主義理論的具體規則，外觀主義理論或可作為表見代理規則的解釋論依據，為構建合理的解釋路徑提供參考。

（一）外觀主義符合表見代理規則的立法目的

立法目的指的是立法者希望通過某項法律規則的實施所欲達成的社會目標或社會效果，立法目的可以指導並輔助法律條文的文義解釋和論理解釋、修正法律解釋的明顯錯誤、消除法律的不確定含義。^[20]

澳門立法者認為，參與民商事活動的主體應當對其行為而傳遞出的信息的真實性、可靠性負責，這是民商事活動的基礎，而表見代理規則正是對這個“基礎”的保護。在表見代理規則中，行為人所呈現的有權代理外觀即為代理活動的“基礎”，法律不允許當事人否認依其言行表現所得出的合理推論，旨在使得交易活動穩健運行。

內地民法表見代理規則的設置是基於“對外表授權的承認與保護”“對善意相對人利益的保護”“保護財產交易的動態安全”等考量。近代民法中，善意保護成為一項基本原則，無權代理中的相對人善意無過失，且有理由相信行為人有權代理，此時一概認為該行為對被代理人不發生效力，則破壞了相對人對於基本交易規則的預期。表見代理規則希望通過對個人權利的靜態安全與社會交易的動態安全進行合理協調，平衡各方當事人利益，使得有限的社會資源得到合理配置，最終決定在交易中犧牲個人利益以保護財產交易的動態安全，從而在政策導向上促進經濟發展，維護安全的交易市場秩序。^[21]

可見澳門法和內地法中表見代理的規則都承載著保護外觀、信賴、交易安全的目的，外觀主義

[18] 參見謝鴻飛：《代理部分立法的基本理念和重要制度》，載《華東政法大學學報》2016年第5期，第74頁。

[19] 參見尹田：《我國新合同法中的表見代表制度評析》，載《現代法學》2000年第5期，第114-117頁。

[20] 參見魏治勳：《法律解釋的原理與方法體系》，北京大學出版社2017年版，第249-254頁。

[21] 參見最高人民法院民法典貫徹實施工作領導小組主編：《中華人民共和國民法典總則編理解與適用（下）》，人民法院出版社2020年版，第862-863頁。

理論正是基於相似目的應運而生。外觀主義理論指民商事主體對於與真實狀況不符的權利、法律關係或其他外部客觀事實產生信賴並為法律行為，該信賴可以受到法律的保護，由協助產生信賴之真實權利人承擔不利後果。那些有悖於法律的事實狀態，當它同某一強大的社會群體利益相一致時，就會被立法或判例所考慮，直接成為主觀權利的淵源。^[22] 彼時法律規則的設計受到以“社會利益”為核心的法哲學理念影響，法律的價值觀從一味的強調個人自由轉而更加注重社會的秩序。所謂社會秩序的維護體現在了動態交易安全的保護，因為交易是市場經濟社會中的基本活動；保護交易安全實際上就是保護交易主體的信賴，因為信賴是所有交易的前提；保護信賴就需要保護外觀，外觀是信賴的基礎。外觀主義理論認為對外觀產生信賴的相對人可能是交易中的任何一個人，對於他們的信賴利益的保護，有助於公共交易秩序的良性運轉，有助於保障交易的穩定性，這一價值導向，也是現代市場經濟成熟和持續發達的標誌。^[23] 由此，交易安全體現了信賴保護的社會利益理念，也成為外觀主義理論的價值核心和基本目標。^[24]

外觀主義既非原則也非規則，僅以權利外觀責任的形式表現為個別具體規則或是零星分佈在民商法中的責任樣態，在各國立法和司法中均有體現。^[25] 典型立法是《德國商法典》第15條，認為登記可以形成權利外觀，善意信賴此外觀的相對人可以受到保護。^[26] 《澳門登記法典》第8條亦有類似規定，登記的法律狀況推定存在。表見代理正是體現外觀主義理論的具體規則，保護行為人虛假的代理權外觀，保護相對人對此產生的信賴利益，由被代理人承擔代理的法律後果，從而實現保護交易安全的目的。外觀主義理論暗含的價值考量和理論構成可為表見代理規則的解釋論提供參考。

（二）外觀主義可作為不確定概念的價值補充

內地法表見代理規則中的“有理由相信”，澳門法表見代理規則中的“正當性”“客觀理由”“有意識促使”等概念均不存在特定的法律上的定義，被稱為“不確定概念”。不確定概念可以使得法律條文更加靈活，使之適應社會經濟及倫理道德價值觀的變遷，使法律能與時俱進，以實踐其規範功能。在具體案件中就要求法院將不確定概念具體化，這也是法律解釋的一個環節，此時不能僅憑個人的主觀法感情予以解釋，依照法律的精神、立法目的，針對社會情形和需求予以具體化，佐以必要的價值補充，以求達到公平正義。^[27]

內地法中表見代理規則“有理由相信”的解釋以司法解釋的方式提及了兩個考量因素“行為人具備權利外觀”和“相對人善意無過失”，是否應當補充“被代理人因素”素有爭議。傳統理論認為，表見代理規則既然要保護權利外觀，就無需考慮被代理人因素，儘管構成表見代理的場合中，被代理人往往有過失，但“被代理人過失”並非共性，且被代理人的責任不限於過失責任，表見代理的成立不以被代理人的主觀因素為必要條件。^[28] 在實踐中相對人難以證明被代理人的主觀過錯，需耗費較大的成本，不利於交易安全和民事活動的快捷順利。^[29] 但作為現行表見代理規則的前身《最高人民法院關於在審理經濟合同糾紛案件中具體適用〈經濟合同法〉的若干問題的解答》第二條、“民法總則民法室室內稿”、《民法總則（草案）》一審稿至三審稿中，對於行為人所持被代理人的公章、合同書、授權委託書實施的行為是否構成表見代理，均區分了“借用”和“盜用”，行為人獲取“外觀”的方式反映了被代理人主觀過失的程度，同樣的客觀外觀但不必然形成表見代理，可見立法者有意識的想要確立在表見代理規則中被代理人因素的考量，排除將表見代理的後

[22] 參見[法]雅克·蓋斯坦：《法國民法總論》陳鵬等譯，法律出版社2004年版，第775-806頁。

[23] 參見郭富青：《外觀主義思維模式與商事裁判方法》，載《西部法學評論》2015年第2期，第24-27頁。

[24] 參見丁南：《權利表見理論及其法哲學基礎》，載《深圳大學學報（人文社會科學版）》2004年第4期，第56-60頁。

[25] 參見張雅輝：《論商法外觀主義對其民法理論基礎的超越》，載《中國政法大學學報》2019年第6期，第77-78頁。

[26] 參見[德]C.W.卡納里斯著：《德國商法》（原書第23版），楊繼譯，法律出版社2006年版，第110-113頁。

[27] 參見楊仁壽著：《法學方法論》（第二版），中國政法大學出版社2013年，第185-186頁。

[28] 參見章戈：《表見代理及其適用》，載《法學研究》1987年第6期，第8-14頁。

[29] 參見陳甦主編：《民法總則評注》（上冊），法律出版社2017年版，第1224-1229頁。

果附加在那些毫不相關的被代理人身上。^[30]但最終法律條文並沒有區分具體情形，仍由“有理由相信”作為表見代理的唯一構成要件，由此產生了對於該不確定概念的解釋爭議。

澳門的民法典和商法典中均有表見代理規則，均提及了“正當性”“客觀理由”和“有意識促使”三個不確定概念，問題在於這三個決定表見代理構成的概念，是否應當在民法典中和商法典中有不同的解釋標準。《澳門商法典》第 644 條表見代理的規則適用於行為人是代理商的合同，代理商這種特殊的商事主體生來就披著“代理權”的外衣，在判斷是否具有“正當性”和“客觀理由”時，顯然不能同普通的民事代理人適用相同的標準。被代理人“有意識促使”的解釋，也會因被代理人的民商事性質、注意義務、交易習慣等內容而有所差異，但目前的立法和司法尚不明確。

前已述及，外觀主義理論的設計與表見代理規則的立法目的相契合，故外觀主義理論暗含的價值選擇可作為表見代理規則中解釋不確定概念的價值補充。

首先，外觀主義更廣泛的存在於商事領域，在以外觀主義理論對不確定概念進行價值補充時，應針對主體的民商事性質設計不同的判斷標準。外觀主義理論本身就蘊含著較濃厚的商事思維，法律預設商事主體應當是理性、謹慎的，在作出法律行為之時應該能夠合理預測風險、有較強的風險承擔能力。外觀主義要求應以交易當事人行為之外觀認定其行為所產生的效果，真實權利人應當承擔與該行為相一致的法律後果，以保障商事交易的安全和便捷，至於行為人的行為是否表現了真實權利人的內心意思則在所不問。在商事活動中，商事主體對外公示的信息是交易相對人可以獲知的信息，而公示信息與真實情況不符，相對人並無從得知，不能苛求相對人盡此調查義務，分擔公示信息不實的風險。此外，有些情形下，真實權利人主動選擇公示虛假信息固有其商業利益考慮，以獲取因公示真實情況而無法獲得之利益，相應地，真實權利人也必須承擔此種隱藏真實情形而造成的風險。^[31]可見，民商事主體承擔風險、獲知信息的能力不同，在交易中的地位和需求也不同，而外觀主義理論對於外觀的保護體現了商事主體對於商事活動高效快捷的需求，充滿了較濃厚的商事思維。對於表見代理中不確定概念的解釋，應當考慮主體的民商事性質，設置與其性質相適應的解釋標準。

其次，外觀主義在“動態安全”和“靜態安全”中選擇保護“動態安全”，在以外觀主義理論對不確定概念進行價值補充時，應針對是否存在動態“交易”設計不同的判斷標準。法律所保護的安全分為靜的安全和動的安全，前者旨在維護既得利益的靜態權利和歸屬不被剝奪；後者對取得利益的行為加以保護，防止行為歸於無效，旨在消除交易過程中不確定性所引發的風險，使得交易相對人的預期利益得以實現，故亦稱“交易安全”。^[32]靜的安全和動的安全通常情況下並行不悖，相輔相成，但在外觀表象沒有反映真實狀態，而交易相對人又善意無過失的相信此外觀的情況下，真實權利人欲求的財產靜態安全和相對人欲求的動態交易安全產生衝突，何種安全更值得保護便成為法律需要解決的難題。對此法律必須予以正面回應，與其說是討論靜態安全和動態安全何者應當優先保護，不如說是要確定相應的損害由何方當事人承擔；與其說是討論如何確定損害分配標準更符合公平正義，不如說何種分配標準更能實現社會整體的利益最大化。^[33]隨著法哲學觀念從“個人本位”向“團體本位”的轉變，當私主體之間發生利益衝突，註定需要由一方承擔損害時，代表“團體本位”的動的安全屬於更高位階的社會整體利益，應當被優先保護，而真實權利人的不利益，也是為了實現社會整體利益所做出的個人“犧牲”。^[34]因此，在不存在“交易”的情形下，也就不存

[30] 參見陳甦主編：《民法總則評注》（上冊），法律出版社2017年版，第1224-1229頁。

[31] 參見河南壽酒集團有限公司、韓冬案外人執行異議之訴，最高人民法院(2019)最高法民再99號民事判決書。

[32] 參見鄭玉波：《法的安全論》，載鄭玉波等著，刁榮華主編：《現代民法基本問題》，台灣漢林出版社1981年版，第1頁。

[33] [日]鳩山秀夫：《債權法中的誠實信用原則》，有斐閣1955年，第24頁。轉引自孫鵬：《民法上信賴保護制度及其法的構成》，載《西南民族大學學報（人文社科版）》2005年第7期，第72頁。

[34] 參見孫鵬：《民法上信賴保護制度及其法的構成》，載《西南民族大學學報（人文社科版）》2005年第7期，第72-73頁。

在兩種“安全”所代表的主體利益衝突，外觀主義僅在有保護“信賴利益”的必要時發揮極為有限的作用。故在表見代理規則的解釋中，亦要關注具體案件是否存在“交易”，是否需要以構成表見代理的方式保障交易安全；而在不存在“交易”的情形下，表見代理的構成更需要慎重。

再次，外觀主義在“信賴利益”和“意思自治”中選擇保護“信賴利益”，在以外觀主義理論對不確定概念進行價值補充時，應關注是否存在合理的、值得保護的“信賴”。意思自治一向被認為是私法的基石，法律確認人們通過法律行為按照自身意願而產生的法律效果，保護其自願締結的法律關係。^[35]而外觀主義則以外觀事實為中心，這一表象事實與真實情況並不相符，由此設立的法律關係也是法律強制規定的結果，並非產生於當事人的意思，從而保證基於外觀事實而產生信賴利益的相對人的預期得以實現。此時，外觀事實儘管有違於真實狀況，但是被法律推定為真，由真實權利人受到外觀形成的法律狀態的束縛，承擔虛假外觀導致的法律後果，犧牲了真實權利人的意思自治，保護了相對人的信賴利益。尤其在商業領域外觀理論當然優先於合同相對性原則，是傳統意思主義下合同相對性的例外。^[36]外觀主義理論與傳統意思自治的觀念背道而馳，故此理論構成必當嚴謹，不僅應當具備形同真實的客觀外觀，還要求對外觀產生信賴的當事人善意無過失，盲目信賴和“惡意”者均不值得予以保護。在對表見代理規則具體解釋適用時，行為人所呈現的有權代理外觀既要合法又應合理，相對人對行為人無權代理不知情且不存在過失，至於過失程度的判斷需結合具體情形和主體的民商事性質加以評價，最大限度保護信賴利益，同時避免表見代理規則淪為相對人疏忽大意的藉口。

最後，外觀主義以積極的方式保護信賴利益，在以外觀主義理論對不確定概念進行價值補充時，應較意思主義理論、消極保護方式設計更嚴格的判斷標準。信賴利益保護的方式有兩種：消極的信賴利益保護和積極的信賴利益保護。前者賦予因信賴落空而發生損害的交易相對人以損害賠償請求權，如締約過失責任；後者賦予因信賴而為法律行為的交易相對人以履行請求權，如善意取得規則。^[37]外觀主義理論採用積極的保護方式要求由真實權利人超越其意思自治承擔履行責任，似有過分保護相對人而忽視真實權利人之嫌，故外觀主義理論也以“外觀由真實權利人引致”作為理論構成的要素之一，以助與外觀毫無關係之主體免受牽連。表見代理規則同樣選擇了積極的信賴利益保護方式，這種較為嚴格的責任承擔形式忽視了被代理人的意思自治，對私法自治的衝擊更大，因此構成應該更為困難。在對表見代理規則中的不確定概念具體化時，應參照外觀主義的理論構成討論被代理人因素，為其承擔責任的正當性尋求法理基礎，積極保護信賴利益的同時平衡被代理人的利益。^[38]

綜上所述，內地法和澳門法中的表見代理規則都存在不確定概念，在具體司法案件中解釋適用不確定概念時，可以以外觀主義理論進行價值補充，區分主體的民商事性質，注意是否存在交易安全保護的必要，不僅要考量“權利外觀”和“相對人善意”，還應考量“被代理人”因素，以免法律的天平過分失衡。

（三）外觀主義可作為當事人利益衡量的依據

在表見代理中，被代理人的意思自治和相對人的信賴利益產生衝突，無論是內地法還是澳門法，均強調對於相對人的信賴利益保護，但是並沒有解釋為何要以犧牲被代理人的利益為代價而保護相對人。同樣無辜的被代理人 and 相對人之間，表見代理規則選擇了賦予相對人履行請求權而非損害賠償請求權，由被代理人承擔不利後果，儘管被代理人承擔履行義務後可以向行為人追償，但是無疑給無辜的被代理人徒增負擔。如此，如何在個案中判斷是否構成表見代理的問題，變成了個案中無權代理造成的不利法律後果應當分配給何方當事人承擔、如何在被代理人 and 相對人之間進行利

[35] 參見[德]迪特爾·梅迪庫斯：《德國民法總論》，邵建東譯，法律出版社2001年版，第143頁。

[36] 參見羅瑤：《法國民法外觀理論研究》，法律出版社2011年版，第34-54頁。

[37] 參見王焜：《權利表見責任研究》，載《政治與法律》2007年第3期，第83-88頁。

[38] 參見朱虎：《表見代理中的被代理人可歸責性》，載《法學研究》2017年第2期，第58-74頁。

益衡量的問題，在實踐中需要法官結合案件情況、社會環境、經濟狀況、價值觀念等綜合考量。^[39]對此，外觀主義的理論構成和價值考量可為表見代理中利益衡量提供參照，法律在一般情況下關注事物的真實狀況，外觀主義的運用是特殊情況，是法律無法兩全之時的利益權衡後的措施，僅得於雙方當事人意思、權利相衝突且有必要保護信賴利益的場合予以適用。^[40]

外觀主義理論中對於當事人“利益衡量”集中體現在真實權利人“可歸責性”中“歸責原則”的探討。外觀主義考慮的關鍵因素是外觀和相對人的信賴，但無法忽視的是，保護真實權利狀態才是法律基本價值取向，外觀主義的保護方式是與法律常態的背離，必須經謹慎考慮，即便外觀主義的理論下選擇保護相對人的信賴利益，真實權利人的利益也不能置之不理。^[41]外觀主義理論的效果要求真實權利人超越其意思自治而承擔不利益，就需要為此尋求正當性，學界普遍認為，這一正當性就是該虛假外觀的產生是由真實權利人引致，亦稱為真實權利人“可歸責”，但可歸責性的判斷標準並不明確，而對這一標準的討論反映了學者對於真實權利人和相對人利益衡量的不同看法。

最早認為，真實權利人可歸責性體現在其應當對虛假外觀的形成有過錯。具體而言，真實權利人直接促使虛假外觀的產生，謂之有過錯；真實權利人可以預見到虛假外觀的產生，而不予制止，亦謂之有過錯。此種過錯責任的歸責原理與侵權責任高度相似，並無法發揮外觀主義的功效。之後，與因主義作為一個歸責原則長期居於通說地位，該理論要求，作為適用外觀主義的虛假權利外觀必須與真實權利者有關，表現為真實權利人對“外觀的作成、喚起、惹起”。德國學者在解釋與因主義時採用了“危險負擔”之提法，認為當事人之所以應當負擔某種利益活動的危險，是因為該危險是其利己活動所生之結果。^[42]意即，真實權利人意識到通過某行為可以獲得利益但產生一定風險，卻仍然實施該行為，就構成了與因主義的根據。之後又有理論以“不作為與因”對可歸責性進行解釋，客觀上存在通過提出異議、加強監管、排除隱患等行為即可消除虛假外觀產生的可能性，但真實權利人未有行動，由此發展成了以“過失”為中心的“與因主義”。^[43]問題在於，以上歸責原則均圍繞真實權利人的主觀狀態，在實踐中相對人難以舉證，將較重的舉證責任給予外觀主義本欲保護的主體，喪失了外觀主義理論的初心，而放棄討論“可歸責性”又使得雙方利益無法達到平衡。

於是“風險原則”被提出作為外觀主義理論中真實權利人可歸責性的歸責原則，從風險控制角度構建了可歸責性的認定標準，虛假外觀的形成只要在真實權利人可控制的風險範圍內產生，並導致了相對人的合理信賴，真實權利人就被認為可歸責，應當承擔相應的法律後果。^[44]該理論認為，導致虛假外觀形成的真實權利人，如果較相對人更容易控制虛假外觀形成的風險，其應當為所引發的風險負責，如此一來，真實權利人並沒有過錯、過失，只是其更適合承擔基於這一外觀事實造成的交易風險。^[45]由此可見，外觀主義理論作為一種旨在提高交易穩定性、交易簡易化的法律技術手段，其本質並不是嚴格意義上的法律責任，是一種容忍義務；不是行為責任，而是結果責任。^[46]

將外觀主義中的對於真實權利人可歸責認定的歸責原則運用於對於表見代理規則的解釋，對內地法而言可以補充“有理由相信”這單一要件，對澳門法而言可以完善“有意識促使”的內涵，合理分配風險的同時實現了雙方利益平衡，也實現了相對人信賴利益的保護。

[39] 參見梁慧星：《裁判的方法》，法律出版社2021年版，第343頁。

[40] 參見崔建遠：《論外觀主義的運用邊界》，載《清華法學》2019年第5期，第6-7頁。

[41] 參見丁曉春：《權利外觀原則及其類型研究》，載《安徽大學學報（哲學社會科學版）》2009年第5期，第45頁。

[42] 參見[德]卡爾·拉倫茨著：《德國民法通論》（下冊），王曉曄等譯，法律出版社2013年版，第887-896頁。

[43] 參見孫鵬：《民法上信賴保護制度及其法的構成》，載《西南民族大學學報（人文社科版）》2005年第7期，第75-76頁。

[44] 參見紀海龍：《走下神壇的“意思”——論意思表示與風險歸責》，載《中外法學》2016年第3期，第679-682頁。

[45] 參見劉勝軍：《論商事外觀主義》，載《河北法學》2016年第8期，第93-94頁。

[46] 參見同上註，第88-89頁。

三、以解釋論實現兩地表見代理法效果的銜接

表見代理規則是外觀主義理論的具體體現，儘管外觀主義既非原則也非規則，但實踐中外觀主義可以作為適用法律、解釋法律時的思想或理論，以對條文中的不確定概念做價值補充，充當各方當事人的利益衡量的依據。外觀主義理論構成包含三個要素：客觀層面的外觀事實、相對人善意信賴虛假外觀、真實權利人引致虛假外觀。將此三要素用於解釋表見代理時，表見代理的構成也需同時考慮三個要件：行為人具備有權代理的外觀、相對人善意信賴此外觀和被代理人對於外觀形成可歸責。以外觀主義理論解釋表見代理規則，可以明確內地法“單一要件”的內涵，厘清澳門法三要件在《澳門民法典》和《澳門商法典》中的解釋標準，從而達到保護外觀、保護信賴和保護交易安全的目的。同時也使得兩地表見代理規則的解釋論趨於一致，司法適用中的法效果趨於一致，從而兩地表見代理規則實質上得以銜接。

（一）以主體的民商事性質區分各要素評價標準

商法和民法存在規範交集，但交集有限，表面相同的規則，在內容上也是“和而不同”。民法和商法有不同的價值取向，前者要保障私人生活的基本需要，後者旨在鼓勵財富增值。鑒於商主體對於交易的諳熟和反復交易的需求，其更高程度上關注交易的靈活性、快捷性、簡便性和確定性，且有能力承擔較多的注意義務和風險，因此商事規則更傾向於保護交易安全和信賴。無論是澳門法的“民商分立”還是內地法的“民商合一”，都僅僅是立法形式上的分與合，從實質上而言民事規則和商事規則無法合一，必須要承認商事規則相較於民事規則具有特殊性。^[47]

外觀主義理論體現了濃厚的商事思維，被稱為是商法的神經中樞。^[48]外觀主義的價值考量、理論構成和實踐運用，都表明其在商事領域方可發揮最大功效。從法理念的角度，“社會本位”的思想影響了傳統私法權利義務觀的變革，使法的安全所負載的價值從重財產歸屬到重財產利用，為外觀主義提供了理論基礎。從利益衡量的角度，當代表“社會”的相對人信賴虛假外觀的時候，不具有社會性的真實權利人更適合承擔風險，此時相對人的利益也代表了市場的交易秩序和經濟效益，同時亦可督促真實權利人注意維護外觀的真實性，從而使得外觀事實和信賴保護達到良性運轉。^[49]從實踐效果的角度，外觀主義下的責任已經超過了傳統民法中的責任承擔形式，使得相對人在交易時無需畏懼所見之權利外觀的虛實，這種以外觀和信賴為基礎的表見責任極大程度保護了交易的安全，促進交易的快捷高效，這是商事法律更加注重的內容。

儘管如此，在商事領域盛行的外觀主義並不排斥在民事領域中的應用，在傳統的民事領域中也有外觀主義發揮的空間。從法理念的角度，儘管相較於商事主體，民事主體更注重財產的靜態安全，但民事主體同樣作為“社會人”，“社會本位”的理念對其也有著潛移默化的影響，他們也有維護社會整體秩序的需求。從利益衡量的角度，儘管沒有保護交易安全的需求，但是民事主體也有保護信賴利益的需要，在一定情形下也需要以外觀主義理論，通過積極的方式保護信賴利益。從實踐效果的角度，為了維護公平正義，即使是民事主體間，也可以選擇犧牲真實權利人，保護善意相對人。在代理制度中“夫妻之間對於家事代理權的限制，不可對抗善意相對人”^[50]即是民事領域運用外觀主義的典型體現。

[47] 參見石少俠：《我國應實行實質商法主義的民商分立——兼論我國的商事立法模式》，載《法制與社會發展》2003年第5期，第81-82頁。

[48] 參見郭富青：《外觀主義思維模式與商事裁判方法》，載《西部法學評論》2015年第2期，第24頁。

[49] 參見丁南：《論民商法上的外觀主義》，載《法商研究》1997年第5期，第36-38頁。

[50] 家事代理見《中國民法典》第1060條。《澳門民法典》對授權要求較嚴格，夫妻對共有財產僅可在法定範圍內為一般管理行為，其他管理行為必須雙方同意或取得對方授權，該授權委託適用《澳門民法典》的委託合同的相關規則。

主體的民商事性質不同使得他們在從事民商事活動時的目的、預期、注意義務、風險控制和承擔能力等均有所不同，因此儘管外觀主義可以在民事活動中發揮作用，但需要根據主體的民商事性質適用不同的評價標準，以符合主體的特徵。商事主體有依法設立、以營利為目的、從事經營活動等特點，可以看出法律已經為商事主體設立了“門檻”，所以在商事活動中，法律預期他們對交易熟練並且有豐富的經驗，商人更多遵循商事習慣，而需要法律特別保護的程度較民事主體低，他們更關注商事活動的高效快捷、更注重保護交易安全和信賴。^[51]對於民事主體而言，他們更加注重意思自治和財產的靜態安全，但並不排除民事主體也有維護信賴利益的需求，因不存在“保護交易安全”這一價值取向，當外觀主義應用於民事主體時，應當更為謹慎。

因此，不論立法形式如何，因民事主體和商事主體的利益需求不同，民事規則和商事規則勢必無法在實質上統一。在以外觀主義理論解釋表見代理規則時，要進行“民商區分”，對三大要素的解釋可就代理關係中所涉三主體的民商事性質不同設計不同的考量因素和判斷標準，以滿足民商事主體不同的特性和需求、最大限度發揮制度的功能。^[52]

（二）要素一：行為人呈現虛假的代理權外觀

外觀主義理論的三大要素中最基礎的是“外觀事實”，外觀事實與真實狀況不符，僅是援引外觀主義理論由法律將其擬制為真。^[53]外觀必須是客觀的，從外部可見或可感知的，其呈現的外部狀態需要符合相關法律規定，必須是能夠識別為典型的權利或意思的表現形式才有可能獲得法律的推定。當表徵未能反映權利本質的時候，便出現了權利的虛像，如果不賦予此“虛像”以一定的法律效力，交易便會不安全，而表徵的必要性也不復存在。^[54]相對人僅憑主觀臆想、生活經驗、他人言語而推斷存在相應外觀從而相信，並不能獲得信賴保護。

以權利外觀為例，權利雖然是抽象的，但其需要借助一定的客觀外在形式而具有可識別性，相對人可以通過權利的表徵識別權利。在表見代理中，“外觀事實”指的是行為人所呈現的代理權外觀，這一外觀應符合社會一般人的認知，從第三人角度理解可相信行為人具有代理權且其所為之法律行為屬於外觀所呈現的權限範圍內，澳門法中稱“無權代理人客觀上具備有權代理的表象”。

實踐中合同書、公章、印鑒等書面形式的文件均可表徵代理權，其中授權文書最為典型，實踐中行為人持空白授權書或所持文書來源於偽造、盜取，或行為人所持授權文書事後因意思表示瑕疵、形式要件瑕疵等原因被認定為無效或被撤銷，均不妨礙授權書本身可以作為代理權外觀的表現形式。^[55]

公開可查的登記信息也可影響第三人對於行為人外觀的判斷，尤其是商事登記，儘管沒有物權登記的公示公信效力，但由公權力機構通過確認商主體的資質並公開商主體的營業種類、經營範圍、投資方式、營業期限、管理人員等內容可信度較高，信息公開使得交易各方的信息便捷可查，為商主體創造安全高效的市場環境。^[56]登記信息一經確定推定真實，若其實質上無法反映真實的法律狀態，此時登記信息就可構成虛假的權利外觀。^[57]

此外，行為人與被代理人之間的關係、商事慣例、當事人之間業已形成的交易習慣、各方當事人掌握信息的不對稱性的嚴重程度等均會影響對外觀事實的判斷。當被代理人與行為人均是民事主體時，除夫妻關係外單純的身份關係並不會產生代理權，此時授權文書作為代理權的外觀成為必

[51] 參見王建文：《我國商事代理制度的內涵闡釋及立法構想》，載《南京社會科學》2019年第2期，第115-116頁；[德]C.W.卡納里斯著：《德國商法》（原書第23版），楊繼譯，法律出版社2006年版，第8-9頁。

[52] 參見王建文、李磊：《表見代理判斷標準重構：民商區分模式及其制度構造》，載《法學評論》2011年第5期，第42-48頁。

[53] 參見劉勝軍：《論商事外觀主義》，載《河北法學》2016年第8期，第27頁。

[54] 參見王焜：《權利表見責任研究》，載《政治與法律》2007年第3期，第84-85頁。

[55] 澳門法中對文書的形式有嚴格要求，授權可因欠缺形式要件而無效。例如《澳門民法典》第253條、第255條等。

[56] 鄒小琴：《商事登記制度的屬性反思及制度重構》，載《法學雜誌》2014年第1期，第49-50頁。

[57] 《澳門商業登記法典》第8條

須；當被代理人是商事主體時，其與行為人的關係或可通過商業慣例和交易習慣形成，對外散佈的廣告消息、社會角色、職務信息等都會暗含代理人的外在形象；^[58] 當行為人是代理商時，因其專業性、營業性更易產生值得相對人信賴的代理權外觀。

（三）要素二：相對人善意信賴並為法律行為

外觀主義理論中要求相對人對於行為人所具有的外觀善意信賴，並與之為法律行為，這強調了相對人的主觀樣態，非善意者不值得法律予以特別保護，“善意”與否需要通過相對人的行為和外在條件等綜合因素個案分析。^[59] 民法上關於“惡意”和“善意”之評價，無關乎道德善惡，是指當事人對於特定事實是否知情，不知情即為“善意”。以外觀主義理論解釋表見代理時應要求相對人不知行為人無權代理，澳門法中稱不知代理人不存在“作出法律行為的正當性”。

就“善意”的評價標準而言，外觀主義強調外觀的重要性，並不代表免除了相對人為獲取真實外觀信息而應有的注意義務，相對人必須履行合理、必要的注意義務後仍未發現外觀虛假，才能認定為善意。對於善意認定的標準不能過於寬泛，也不能過於嚴苛，例如“不知外觀虛假”即為善意，此標準過於寬泛，極易為悖於誠信而規避法律者利用；“不知外觀虛假且不存在任何過失”的標準過於嚴苛，要求相對人不得有絲毫疏忽，強人所難，不合常理。^[60] 應將“不知情且無重大過失”作為善意的認定標準，對於“重大過失”的判斷應當採取客觀標準，指一般理性人根據具體情形、憑藉生活和交易經驗皆可做出的正常判斷作為衡量依據。

就判斷“善意”的時間點而言，相對人基於信賴而為法律行為，至少應證明相對人為法律行為時善意，意即判斷善意的時間點是法律行為作出時，而對於完成該法律行為之後出現的事實，不宜作為影響判斷相對人是否善意的依據。但也有學者認為在表見代理中，相對人應當在其與行為人為法律行為後到實際履行的一段時間內，持續的處於善意的狀態。^[61]

就“善意”的舉證責任而言，相對人對於虛假外觀的信賴應當是推定善意，只有在真實情況顯而易見，相對人不知系因其重大過失導致，相對人才需要自己承擔損失。^[62] “善意”是一種法律上的評價，該評價是否成立取決於是否存在評價根據事實，以及是否存在評價障礙事實，對於前者由相對人舉證，對於後者屬於抗辯範疇，應當由真實權利人舉證。^[63] 因此，在表見代理中，“善意”的舉證責任倒置，應當由相對人舉證產生合理信賴的事實，即推定其為“善意”；而被代理人舉證相對人明知或因重大過失不知外觀虛假，從而阻礙相對人“善意”的認定。^[64]

評價“善意”的民商差異體現在主體注意義務的差異。商事主體尤其是處於特殊行業、為特殊交易的商事主體，依據行業慣例、行業規章或特別法規定，通常負有特殊注意義務，且商事主體基於往復的交易習慣、熟悉交易流程，更容易發現交易中的異常，加之其在發現異常時更有能力核實，因此負有更多、更嚴苛的注意義務。例如，當相對人是銀行時，基於其行業的特殊性，為行為人發放公司貸款時應當謹慎審查行為人的代理權限，是否有被代理人出具的授權文書、董事會決議等必要文件，相關文件上的公章是否與公司在銀行的預留公章一致等內容。^[65] 相較而言，當相對人是民事主體時，其所負有的注意義務較少，只需盡到一般理性人在交易中應有之注意即可。故此，因注意義務內容不同，商事主體相對於民事主體更難構成“善意”。

[58] 參見澳門特別行政區終審法院第170/2020號案。

[59] 參見劉勝軍：《論商事外觀主義》，載《河北法學》2016年第8期，第95-96頁。

[60] 參見劉保玉、郭棟：《權利外觀保護理論及其在我國民法典中的設計》，載《法律科學》2012年第5期，第66頁。

[61] 參見陳甦主編：《民法總則評注》（上冊），法律出版社2017年版，第1210-1211頁。

[62] 參見[德]C.W.卡納里斯著：《德國商法》（原書第23版），楊繼譯，法律出版社2006年版，第148-149頁。

[63] 參見王浩：《“有理由相信行為人有代理權”之重構》，載《華東政法大學學報》2020年第4期，第191-192頁。

[64] 參見澳門特別行政區終審法院第170/2020號案。

[65] 參見大連科技學院等與中國工商銀行股份有限公司大連星海支行等金融借款擔保合同糾紛上訴案，最高人民法院(2018)最高法民終36號民事判決書；哈爾濱市南崗區躍進鄉延興村村民委員會與哈爾濱城郊農村信用合作社聯社工程信用社儲蓄存款合同糾紛案，最高人民法院(2011)民提字第178號民事判決書。

此外，還要求相對人基於此信賴而為法律行為，相對人應當相信與其為法律行為者是被代理人，而非行為人。^[66]外觀主義是為了保護交易安全，所以如果並未發生交易（無償取得，司法程序取得），此種對於外觀的信賴要慎重使用外觀主義理論。在一些特殊情況下，結合交易性質、交易方式、當事人身份等，會要求相對人有特殊的核查義務和注意義務，相對人需履行其所負有的特殊義務方可構成善意。^[67]此外，在德國商法中還要求相對人對於外觀的信賴應當基於曾經知悉的外觀事實，未曾知悉的信賴是盲目的，不值得法律保護。^[68]

（四）要素三：被代理人對外觀的形成可歸責

外觀主義理論中，虛假的權利外觀需要由真實權利人“引致”，亦稱為“真實權利人可歸責”。此處的“可歸責性”並不是如同侵權法中的邏輯要求真實權利人因過錯而承擔責任，而是經過利益衡量後將一定的責任或不利的後果根據特定的準則分配給特定主體承擔。作為“可歸責性”判斷標準的“歸責原則”，不是為了論證真實權利人為何應當負擔行為人無權代理的後果，而是為了平衡當事人之間的利益衝突，在真實權利人意思自治和相對人信賴利益間尋求更合理的解決方案。^[69]

歸責的核心是尋求將一定損害歸於某主體承擔的合理性，如有權益遭受損害，將此損害轉嫁由促使損害發生者來承擔，體現了一種宏觀性的法律價值判斷。所有的責任承擔，需要與一定的原因相關聯，如果該原因的產生是某人的過錯，那麼使其承擔責任可以理解，但如果該原因的產生是某種正常狀態，仍然讓真實權利人承擔責任，就需要在價值衡量下設計責任承擔的正當性依據。歸責原則就是這種正當性依據，是責任是否應當分配給真實權利人的判斷標準，不一定和“過失”“過錯”相一致，有時只是一種權宜之策。這種將不利後果分配給特定主體承擔的標準一方面發揮對不利後果的具體救濟，另一方面發揮民商法通過具體責任分配實現對行為的導向功能。^[70]

將外觀主義理論用以解釋表見代理規則，行為人產生的虛假代理權外觀需要由被代理人“引致”，亦稱為“被代理人可歸責”，澳門法稱為“被代理人對相對人產生信賴有促進作用”。這種促進作用表現在被代理人有意識地製造了這一表象，也可以表現為其知悉代理人的無權代理行為但未加制止，還可以表現為被代理人主觀過失且實質上造成了代理人有機可乘。^[71]若被代理人對於相對人產生信賴並沒有促進作用，在實踐中一般無法認定構成表見代理。^[72]相較而言，無權代理制度的設立，就是為了保障被代理人不受無權代理人行為的約束，不在違背自己意願的情況下承擔法律責任，確保其權利義務在自己的意思範圍內，而表見代理這種特殊的無權代理規則的後果超出了被代理人的意思自治，僅當其對虛假外觀導致的第三人信賴有促進作用時，被代理人承擔相應後果才公平合理。^[73]問題在於，被代理人何種程度的“促進”會被認定為“可歸責”，從而引發對於歸責原則的探討。

外觀主義理論的進化過程中出現四種歸責原則：過錯原則、與因主義、過失主義和風險原則，四種原則對於真實權利人主觀要求的嚴苛程度遞增。適用何種歸責原則，取決於具體規則設計的目的和司法裁判中的價值導向。作為歸責原則中的風險原則，在提出之初就是為了論證商法上外觀主義的歸責，真實權利人承擔虛假外觀導致的法律後果，不是因為其存在過失過錯，而是因為這一虛

[66] 參見澳門特別行政區中級法院第272/2003號案。

[67] 參見王浩：《“有理由相信行為人有代理權”之重構》，載《華東政法大學學報》2020年第4期，第182-183頁。

[68] 參見[德]迪特爾·梅迪庫斯：《德國民法總論》，邵建東譯，法律出版社2001年版，第143頁。

[69] 參見朱廣新：《信賴保護原則及其在民法中的構造》，中國人民大學出版社2013年版，第101-105頁。

[70] 參見吳國喆：《權利表象及其私法處置規則——以善意取得和表見代理制度為中心考察》，商務印書館2007年版，第130-134頁。

[71] 參見澳門特別行政區中級法院第659/2016號案。

[72] 參見澳門特別行政區中級法院第100/2015號案。

[73] 參見澳門特別行政區終審法院第170/2020號案。

假外觀是在他所能控制的範圍內。^[74]表見代理作為權利外觀責任其實質就是考慮無權代理人以虛假代理權外觀為法律行為而產生的風險分配問題，風險原則的考察重點恰是劃定各主體承擔風險的範圍，之後進一步判斷虛假外觀產生的風險是相對人的風險領域還是被代理人的風險領域，如此具有很強的理論邏輯一貫性和解釋力。在此意義上，過錯、誘因、風險控制能力等因素都應考量，以實現多元化和動態的綜合權衡。^[75]

上述論證是建立在被代理人作為商主體的基礎上，商主體更關注交易的安全穩定，而此時相對人信賴利益代表整個市場的交易秩序，所以對於商主體而言維護相對人信賴利益比維護被代理人單方意思自治更重要；被代理人是商主體，代理行為的交易對象往往是市場上不特定的第三人，其對行為人和被代理人之間的內部關係難以進行深入調查，如果不強化其信賴利益的保護，降低歸責原則的標準，會影響交易的高效、順利；被代理人作為商主體，更有能力防範、發現、控制此種虛假外觀風險的產生，更適合作為責任承擔的主體。

而當被代理人是民事主體時，因為沒有了維護交易安全的價值需求，那麼無法簡單的判斷是否相對人的信賴比被代理人的意思更值得優先保護、是否相對人更適合承擔風險；被代理人是民事主體時，代理行為往往存在於特定的當事人之間，則更應當注重意思自治，適用較高標準的歸責原則；且相較於商事主體，法律普遍對民事主體注意義務的要求較低，更加傾向於保護民事主體靜態財產安全，因此當被代理人是民事主體時應當採用較為嚴格的歸責原則，可回歸與意思主義歸責相同的過錯原則予以判斷更為合理。

（五）綜合考量三要素以實現個案正義

將外觀主義的三個要素用於表見代理規則的解釋，是一個利益衡量框架的建立，三要素相輔相成，每一個要素負擔著不同的功能，守護了最低限度的價值。行為人客觀層面的代理權外觀是表見代理的基礎；相對人善意則體現了合理的信賴才值得法律特殊保護，可將魯莽、草率的相對人排除在保護範圍之外；被代理人可歸責性守護的是最低限度的靜的安全，避免完全無辜的被代理人受到意思之外的約束。^[76]三要素並非絕對獨立，三者互相影響，在具體案件中應當綜合考量。

首先，表見代理規則的法效果並非三要素相加而得。實踐中，法官在判斷是否被代理人應當承擔虛假外觀代理的法律後果時，不能機械的從“行為人代理權表象”“相對人善意無過失”“被代理人可歸責”疊加得出結論，而應結合當事人的主張、陳述、抗辯、證據，結合邏輯、日常見識、社會常識進行審查，依照實體法解讀後通過心證得出的結果。^[77]在判斷權利外觀是否足以信賴，可以結合行為人發出意思表示時的行為能力、履約能力、行為性質以及行為人與相對人的信任關係等判斷。^[78]分析相對人是否善意時可以考慮相對人對交易信息的判斷、交易領域的特殊情況、交易習慣、交易場所、交易對象、交易類型等各類因素。^[79]分析被代理人是否可歸責要結合授權書的形式和內容、是否發出代理權通知、是否存在漠視或消極不作為、是否疏於管理內部事務或疏於主張自身權利、是否與行為人有特定職務或身份關係、是否以特定行為強化了相對人的信賴等。^[80]

其次，各要件並不能評判有無，只能判斷“程度”。權利外觀、相對人善意、被代理人可歸

[74] 參見王建文、李磊：《表見代理判斷標準重構：民商區分模式及其制度構造》，載《法學評論》2011年第5期，第42-48頁。

[75] 相關因素包括誰開啟了風險、誰提升了風險、誰更有能力控制風險、誰有能力轉嫁風險等，這其實涉及了相對人獲知信息的成本和被代理人防免成本的衡量。參見朱虎：《表見代理中的被代理人可歸責性》，載《法學研究》2017年第2期，第58-74頁。

[76] 參見冉克平：《表見代理本人歸責性要件的反思與重構》，載《法律科學》2016年第1期，第86-96頁。

[77] 參見葛文：《何謂“有理由相信”——對〈民法總則〉第172條的評析》，載《法律適用》2020年第1期，第50-58頁。

[78] 參見馬新彥：《論信賴規則的邏輯結構》，載《吉林大學社會科學學報》2003年第4期，第98-99頁。

[79] 參見葉金強：《表見代理中信賴合理性的判斷模式》，載《比較法研究》2014年第1期，第92頁。

[80] 參見吳國誌：《表見代理中本人可歸責性的認定及其行為樣態》，載《法學雜誌》2009年第4期，第65-67頁。

責性都無法單純的判斷有無，而是“程度”的確定，不可能達到數學般的精確，本質上是一種價值判斷。判斷相對人善意的程度取決於權利外觀基礎的強弱，二者是動態關係，權利外觀基礎越強，對相對人主觀要件的要求越低，反之就越高。如果權利外觀是基於登記，因登記通常由政府部門負責，可信度較高，那麼只要相對人不是明知登記與真實情況不符，即可認定為善意；而權利外觀是基於意思表示、空白文書等，則需要進一步解釋或其他佐證，方為充分。^[81] 被代理人的可歸責性決定了權利外觀的強弱，被代理人對於外觀形成的關係越密切，外觀基礎越強，相對人就越容易信賴。因此外觀主義解決表見代理的本質應該是，結合個案中具體情況，根據外觀的強弱，被代理人歸責性程度與相對人善意信賴合理性程度的比較權衡，再對被代理人利益和相對人利益的衡量，最終得出誰更應當優先保護的結論。^[82]

最後，外觀主義並非萬能，只能在存在利益衝突時出場，且不可直接充當裁判規則。^[83] 在具體案件的審理中，並非機械的套用外觀主義理論構成，需結合具體法律規則，將外觀主義作為價值補充和利益衡量的依據，以實現規則設計的目的、保證個案正義。在當事人均是商事主體的情況下解釋表見代理規則時，外觀主義理論中交易安全保護的價值凸顯，此時代理權外觀因存在商事交易習慣、慣例而更易形成，被代理人可歸責性標準較低，相對人善意標準較高，如此表見代理更易形成，交易安全得以保護，而每個商事主體在往復的交易中既可能是表見代理責任承擔的主體，也可能是表見代理保護的對象，整體觀之無失公允。在當事人均是民事主體的情況下解釋表見代理，外觀主義的理論中“交易安全保護”的價值不能適用，僅在有限的範圍發揮其“信賴利益保護”的價值，此時代理權外觀僅限於特定的身份關係和授權文書，被代理人可歸責性標準較高，相對人善意標準較低，如此表見代理更難形成，儘量避免民事主體超越其意思而承擔責任，不至於產生有失公平的裁判結果。

此外，承擔了履行責任的被代理人或自行承擔無權代理後果的相對人，亦可通過無權代理、不當得利等其他規則和制度，向無權代理人追償。

四、結論

內地民事立法採取“民商合一”的體例，《中國民法典》的總則編不僅是狹義上民法的總則，也是商法的總則。《中國民法典》第172條的表見代理規則既可以適用於民事領域，也可以適用於商事領域。以外觀主義理論解釋作為表見代理唯一構成要件的“有理由相信”，可以使得法條適用更為明確具體，裁判說理更有邏輯。澳門民事立法採取“民商分立”的體例，以外觀主義的三要素解釋《澳門民法典》和《澳門商法典》中表見代理的三個構成要件，既可以一一對應，也有助於民商事規則解釋論的區分。

前文提及兩地“假員工”案件，類似案情適用表見代理規則得到了不同結果，這兩個案件在現有的裁判說理中均有瑕疵，或可嘗試以外觀主義理論為基礎予以解釋：（1）行為人身穿制服處於公司經營場所內部並持有公司工作人員才可以取得的文件，足以構成客觀上的有權代理外觀；（2）相對人作為民事主體，容易相信在經營場所中主動提供服務並能出具公司抬頭文件的人有權代理公司，且被代理人無法舉證相對人惡意，則相對人構成善意；（3）公司作為被代理人容忍或忽視未經授權的行為人於經營場所內以其名義招攬客戶，具有可歸責性，且公司作為商主體更容易發現、

[81] 參見丁曉春：《權利外觀原則及其類型研究》，載《安徽大學學報（哲學社會科學版）》2009年9月，第33卷第5期，第44-46頁。

[82] 參見葉金強：《表見代理構成中的本人歸責性要件——方法論角度的再思考》，載《法律科學》2010年第5期，第38-45頁。

[83] 參見稅兵：《在表象與事實之間：股東資格確定的模式選擇》，載《法學雜誌》2010年第1期，第90-92頁。

更應當謹慎防範、更有能力承擔此種風險。因此，上述兩個案件中行為人的行為均可以構成表見代理，由被代理人公司向相對人承擔履行責任。如此，類似案情，無論適用內地法還是澳門法，均可得到同樣的裁判結果。

成文法的規則必須以解釋論的發展完善才可以適用於裁判中，且需要借助於法官根據個案自由裁量予以判斷。但是“自由裁量”並非“隨意裁量”，本文用外觀主義理論中的三大要素解釋兩地法中表見代理規則，以求在紛繁複雜的實際案件中適用表見代理規則時，有較為明晰的標準，不至於迷失方向。取澳門法“民商分立”之長，彌補內地法“民商合一”之短，以適應不同主體的特殊利益和需求；取內地法綜合考量各要素的“靈活”之長，彌補澳門法三要件疊加的“僵硬”之短，以實現個案的公平正義，最大限度的維護當事人利益。如此，兩地法中“表見代理”規則得以銜接，避免了粵澳兩地交易頻繁的現狀下當事人適用不同法律裁判結果不一致，也避免了當事人刻意製造連接點以規避本應適用的法律。与表见代理类似的，可以通过解释论予以衔接的规则還有很多，有待不斷探索。

Abstract: The legislative model, constituent elements and interpretation of the apparent representation rules of the Mainland Law and Macao Law are different. In the context of promoting the convergence of the civil and commercial rules of the Mainland and Macao, the unified interpretation theory can serve as a path for the convergence. As a theory to protect appearance, trust and transaction security, *Rechtsscheintheorie* can be used as a value supplement to the uncertain concepts in the rules and as a measurement of interests. Interpreting the apparent representation rules with *Rechtsscheintheorie* satisfies the need for further interpretation of the single element of the mainland law, and is also in line with the composition of the three elements of the Macao law. The interpretation of the apparent representation rules needs to be designed different standards based on the subject of the civil and commercial nature, and at the same time take into account the "appearance of actor", "the goodwill of the relative", and "the imputability of the principal". The interpretation not only absorbing the strength of the mainland law of the comprehensive consideration of various factors, but also reference to the advantages of the Macao law of the civil and commercial separation, so that the interpretation of the apparent presentation rules of the two territories are improved. Through the unified interpretation theory, the legal effect of the application of the rules of apparent representation is consistent, so that the rules of Mainland law and Macao law can be connected in substance.

Key words: Apparent Representation; *Rechtsscheintheorie*; Macao Law; Convergence of Law

（責任編輯：王鎔洪）