

伪造印章下的表见代理构造

周 清 林^{*}

摘 要:伪造印章是否构成表见代理,《中华人民共和国民法总则》第 172 条未置可否。立法对此的悬搁表明,伪造印章下的表见代理构造较为复杂,无法通过单一的条文进行简单而直接的规定。如果相对人判断的对象只是伪造的印章,则该行为只能定性为狭义的无权代理。如果相对人判断的对象既有伪造印章又有其他外观,在相对人对伪造印章不知情下,相对人可以独立地对其他外观进行判断,以明确行为人行为能否定性为表见代理。正是伪造印章具有复杂的表见代理结构,立法不对其做出判断是更为可取的选择。审判实务中的特殊类案裁判,有悖理论上有关容忍型表见代理的认定。此类案件的裁判,应明确此类代理的主观性,且明确相对人在订立合同时证据证明其知道或者应当知道本人知情未反对。

关键词:伪造印章 表见代理 狭义无权代理 容忍代理

尽管《中华人民共和国民法总则》(以下简称《民法总则》)第 172 条^①已经制定,但它并未解决伪造印章是否构成表见代理这一问题。这意味着《民法总则》沿袭了《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》)第 49 条^②的立场,不对伪造印章与表见代理关系进行法律判断。

在笔者查阅的 40 篇最高人民法院裁判文书里,真正涉及伪造印章下表见代理构造者 35 篇,另外 5 篇是从最高人民法院裁判的有关印章的文书中选用(因此在下文数据化时不计入)。裁判文书的争议主要集中于两方面,即伪造印章的事实认定和伪造印章下表见代理的复杂构造。对于第一类事实问题,我们进行理论推演时也许会考虑,但未曾会想到其在实务中的比重竟达 20/35 即 57.2%。这类事实中纷繁复杂的问题可归结为一点,即何谓伪造印章。若不能从事实上解决这个难题,则伪造印章的表见代理构造不具备探讨前提。第二类即印章伪造下的表见代理构造,其占比为 15/35 即 42.8%。在这 15 个案件中,有 10 个主张伪造印章构成表见代理,5 个主张不构成。在 10 个构成表见代理的案

^{*} 西南政法大学民商法学院副教授

^① 《中华人民共和国民法总则》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。”

^② 《中华人民共和国合同法》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。”

件里,有4个为只要印章名义人即被代理人知情而不反对即构成表见代理。上述数据提示我们,伪造印章下的行为是否构成表见代理,并非某种单一判断所能定论。至于最高人民法院仅在印章名义人知情不反对下即认定构成客观型的表见代理,有违学界有关容忍型表见代理的定性,因而需要从理论上对实务经验进行评述。

一、前提性讨论:伪造印章的认定

如何在司法实务中判断印章伪造,确为难事。究其根由,在于我国的印章管理体系较为复杂甚至混乱。规范印章的至少有《中华人民共和国企业法人登记管理条例》《中华人民共和国公司登记管理条例》《社会团体印章管理规定》《民办非企业单位印章管理规定》《关于国家行政机关和企业、事业单位印章的规定》以及《中华人民共和国印章管理办法》(下文简称《印章管理办法》)等6个文件。如此众多的管理规范,似乎应能完全管控住印章刻制与使用,但事实并非如此。

首先,公章是否需备案不具强制性。根据《印章管理办法》第7条的规定,法人或者非法人组织是否刻制公章备案,视单位自身需要而定。如果单位不对公章进行备案而径行使用,不影响订立合同的效力。在“邹春金与陈怀深等建设用地使用权纠纷案”^①“中国华融资产管理股份有限公司河南省分公司与中国建设银行股份有限公司珠海丽景支行票据回购纠纷案”^②中,最高人民法院即认定公司没有备案公章下使用非备案印章发生同样法律效力。

其次,从可备案的公章数量上看,未见真正有强行性效力的规定。根据《印章管理办法》第13条的规定,单位法定名称章只能刻制、备案1枚。但对于企业法人等而言,备案的机关即可以是公安机关,也可以是工商机关。虽然在公安机关只能备案1枚,但在工商机关却可以备案多枚。一旦企业使用与公安机关备案章不一致的印章签订合同,相对人能否据此相信企业法人表达了订立合同的意愿?这涉及工商机关备案印章的公信力。对此,我国相关规章并未进行规定。“湖南宏欣投资有限公司与湖南鑫都大酒店有限公司等物权保护纠纷案”^③即存在向工商局备案2枚公章的情况。在“彭良兵与中十冶集团有限公司等建设工程施工合同纠纷案”^④中,十冶集团在工商局备案了5种不同印文的印章,最高人民法院认定这些印章都具有公信力。可见,只要印章在工商机关进行了备案,不论该印章是否与公安机关备案印章一致,都能发生印章具有的公信力。

再次,若单位使用非备案印章签订合同,合同能否发生效力亦无明文可寻。根据法无禁止则自由的私法基本理念,只要法律、行政法规并未针对备案印章的使用做出效力型强制性规定,不使用备案印章行为的民事效力便不能否认。另外,从“陕西三朋松野置业有限公司与咸阳市工业资产经营有限责任公司等借款合同纠纷案”^⑤“江苏润扬交通工程集团有限公司与苏州中敦贸易有限公司等买卖合同纠纷案”^⑥“河南民基建设工程有限公司与周发炳等劳务分包合同纠纷案”^⑦“中国工商银行股份有

① 参见最高人民法院(2013)民提字第184号民事判决书。

② 参见最高人民法院(2017)民终字第313号民事判决书。

③ 参见最高人民法院(2016)民申字第519号民事裁定书。

④ 参见最高人民法院(2015)民申字第1748号民事裁定书。

⑤ 参见最高人民法院(2017)民申字第2244号民事裁定书。

⑥ 参见最高人民法院(2015)民申字第236号民事裁定书。

⑦ 参见最高人民法院(2013)民申字第600号民事裁定书。

限公司景德镇分行与中国航空技术珠海有限公司等金融借款合同纠纷案”^①可以看出,只要能证明是单位使用的印章,不论其是否备案,都能发生印章具有的订立合同效力。

最后,若单位使用专用章或项目部印章签订合同,如何认定该合同效力也需要进行论证。在上述规范中,除《民办非企业单位印章管理规定》外,其他法规、规章并未明确法定名称章以外的单位印章也需经过刻制与备案程序。特别是《关于国家行政机关和企业、事业单位印章的规定》第22条和第25条规定,国家行政机关和企业事业单位、社会团体的其他专用印章(包括经济合同章、财务专用章等),虽然在名称、式样上应与单位正式印章有所区别,但经本单位领导批准后可以刻制、使用。既然这些印章只需本单位领导批准即可使用,自然无需考虑与备案印章相符。一旦使用这些经单位领导同意刻制的印章,即发生法律效力。这一点在实务中也得到印证。在“四川省成城建设工程有限公司与成都市新津世昌实业有限公司等买卖合同纠纷案”^②(以下简称“成城公司案”)和“滕州市亿和丰达置业有限公司与枣庄市征腾经贸有限公司企业借贷纠纷案”^③中,最高人民法院即认定,加盖了项目部真实印章的合同发生法律效力,公司必须为此承担合同履行责任。在“唐山新天地房地产开发有限公司与江苏中南建筑产业集团有限责任公司等建设工程施工合同纠纷案”^④中,最高人民法院也认为,职务人员签字且加盖职能部门印章但未盖公司印章,同样发生职务代理效果。可见,只要为单位同意使用的印章,尽管并未冠以单位名称,同样对单位发生约束力。

可见,只要印章为单位同意使用,无论印章是否备案,更遑论印章是否在公安机关备案,都能作为单位的意思表示。因此,我们在认定何谓伪造印章时,便不能从印章未被备案反推出只要使用的印章与备案印章不一致即认定为伪造的结论。由于学界鲜有对伪造印章进行界定,笔者在此不揣冒昧地认为,只要印章未经单位同意刻制即构成印章伪造。之所以进行如此定义,是因为伪造印章本身不能表示单位的真实意思,为单位真实意思所不允。鉴于单位印章为单位意思表示方式,若非单位同意刻制使用,便不能反映单位通过印章表达了意思。如果印章未经单位同意刻制,即构成印章私刻或者伪造,其印章加盖行为也不能说明单位对此表达了订立合同的意愿。有学者指出,印章私刻、伪造与“无证据证明经单位同意刻制”之间具有重大区别,若不加详察,将会将正常使用或单位默许刻制的印章一概认定为私刻或者伪造,不利于债权人保护。^⑤笔者以为大可不必如此区分。假若单位正常使用或默许刻制,则印章使用便属经单位同意刻制而来的使用,当然代表了单位的真实意思。因此,“无证据证明经单位同意刻制”即为未经单位同意刻制,那么我们有理由认定其构成印章私刻或者伪造。

既然伪造印章仅为未经单位同意刻制,那么我们便不能通过检材与样本间鉴定结论上的不一致认定印章伪造。换言之,若不能锁定样本与检材的同一性,且有证据证明检材并非样本,则只能说明送检印章与样本之间并非同一枚印章,不能证明送检印章伪造。在“长春市庆丰钢材销售有限公司与长春市轻工建筑工程有限责任公司等买卖合同纠纷案”^⑥中,最高人民法院认为,印章印文不一致仅能证明行为人使用的印章并非再审申请人现在使用的印章,并不能证明再审申请人订立合同时的印

① 参见最高人民法院(2013)民提字第248号民事判决书。

② 参见最高人民法院(2015)民申字第595号民事裁定书。

③ 参见最高人民法院(2015)民申字第2157号民事裁定书。

④ 参见最高人民法院(2015)民提字第26号民事判决书。

⑤ 参见周凯:《表见代理制度的司法适用——以涉建设工程商事纠纷为对象的类型化研究》,《法律适用》2011年第4期。

⑥ 参见最高人民法院(2016)民申字第2743号民事裁定书。

章使用情况以及是否使用过该枚印章,因而不能证明印章系伪造。在“张家口市景泰商贸有限公司与河南兴隆建筑工程公司纠纷案”^①中,兴隆公司虽然提供了涉案合同的印章与其持有的印章不符的鉴定意见,但因其提交的作为比对检材的印章亦非备案印章,因此最高人民法院并未支持兴隆公司认定印章伪造的请求。此案件并非特例。^②可见,送检印章与样本之间不一致,既有可能是样本并非备案印章,也有可能是送检印章本身不是备案印章。反之,若印章名义人有证据证明一直使用唯一一枚印章,涉案印章只要与该枚印章不一致即认定构成伪造。“龙口市遇家建筑工程有限公司等与中国农业银行龙口市支行等保证担保借款合同纠纷案”^③便为显例。

另外,在司法实务中,一旦发生当事人认为印章被伪造的情形,当事人都会选择向公安机关报案。如果公安机关已经进行立案调查,甚至在询问笔录中行为人已经自认印章伪造,此时一方主张印章伪造,人民法院是否采信这一证据而认定印章伪造事实构成?在“贵州建工集团第三建筑工程有限责任公司等与鸡西市坚实混凝土制造有限公司买卖合同纠纷案”^④中,尽管贵州三建公司提交了贵阳市公安局《立案告知书》,但最高人民法院认为,公安机关的《立案告知书》仅能证明公安机关开始调查涉嫌伪造公司印章一案,在没有人民法院生效判决前,并不能以此确认伪造公司印章事实成立。在“江苏信达装饰工程有限公司与范迪康装饰装修合同纠纷案”^⑤中,江苏省南京市中级人民法院也认为,仅凭派出所接出警工作登记表不足以证明该公章系私刻。可见,即使公安机关进行了涉嫌伪造印章的刑事立案,也不能以此认定伪造印章成立。要想确认印章伪造的事实,除非另案对伪造公章做出了生效判决。在“隋洪喜与柳河县宏宇建筑有限公司等民间借贷纠纷案”^⑥中,因《抵押借款协议书》上加盖的公章已被生效刑事判决认定为私刻,故最高人民法院在民事裁定书中裁定为伪造。

可见,事实上对伪造印章的确定,不能单从备案与否出发。只要印章刻制未经单位同意,即构成印章伪造。至于印章鉴定结论上的不一致,不能作为直接证据证成印章的伪造性。除非具备生效判决认定印章伪造,当事人不能仅凭自认或者公安机关刑事立案为由确认印章伪造事实。从伪造印章是否构成表见代理的15个案件里,笔者发现,在认定是否构成代理权表象上,既有基于单一授权表象也有基于复合表象的判断。所谓单一授权表象,即相对人判断对象仅有伪造印章;复合表象则为既有伪造印章又有其他表象。

二、单一表象下的表见代理构造

印章对合同的意义并非表达当事人某种条款所及的权利义务意思,而是确证合同条款的意思表示。有学者认为,从《合同法》第32条的规定看,签字或者盖章已被视为书面形式的必要条件。^⑦易言之,加盖印章仅表明当事人对合同文本中的条款表示同意,它自身并不产生独立权利义务。只要印章为单位同意刻制使用,无论该印章是否备案,都能表明单位确证了合同文本中的条款。在“北京大

① 参见最高人民法院(2015)民申字第426号民事裁定书。

② 参见最高人民法院(2015)民申字第2537号民事裁定书、最高人民法院(2015)民申字第342号民事裁定书。

③ 参见最高人民法院(2001)民二终字第91号民事判决书。

④ 参见最高人民法院(2015)民申字第2627号民事裁定书。

⑤ 参见江苏省南京市中级人民法院(2015)宁民终字第344号民事判决书。

⑥ 参见最高人民法院(2016)民申字第2499号民事裁定书。

⑦ 参见朱广新:《论违背形式强制的法律后果》,《华东政法大学学报》2009年第5期。

有克拉斯家具商城与中国机床总公司等进口代理合同纠纷案”^①中,最高人民法院认为,《协议书》上盖有家具商城真实公章,足以表明《协议书》是家具商城的真实意思表示。在“河北裕翔文具用品有限公司与阎素娜等借款合同纠纷案”^②中,最高人民法院同样明确,公章是公司行为的主要证明,加盖公章属于公司行为,具有证明行为人主体、确认民事法律行为等效力。之所以如此,在于“印”与“信”之间的必然联系。在我们的传统里,因“印”生“信”的观念由来已久,故印章又称“印信”。只要加盖公章,相对人即有理由相信印章所有人对此表达了订立合同的真实意思。如学者言:“一般情况下,公章作为法人的信用凭证,相当于自然人的签名和指印,具有公信力,一旦做出,对行为人具有拘束力。”^③不过,从法律适用角度看,印章备案与否在举证责任分配上有一定差别。如果涉案印章为备案印章,相对人想要证明合同有效成立,只需说明印章为备案印章即可。如果涉案印章为非备案印章,相对人想要证明单位借此印章表达了订立合同的意思,便要证明该印章为单位同意刻制使用。在“唐山军安房地产开发有限公司与李贺强等买卖合同纠纷案”^④中,最高人民法院在当事人举证证明了单位使用印章的情况下,尽管该枚印章与备案印章不一致,仍支持以这枚印章签订合同的有效性。不过,“龙口市遇家建筑工程有限公司等与中国农业银行龙口市支行等保证担保借款合同纠纷案”^⑤却正好相反。此案中,由于遇家公司已证明其自1988年至2000年一直使用备案的唯一一枚公章,相对人龙口农业银行支行无法证明与备案印章不一致的涉案印章曾被遇家公司使用,因而最高人民法院判决合同不对遇家公司生效。可见,作为备案印章,因其在公安机关或者工商机关备案,而具备公示带来的公信力。对备案印章的使用能在印章与印章所有人之间产生确定联系。但非备案印章的使用,因其不具备公示性,故相对人有义务证明印章与单位之间的联系。当然,无论加盖的是备案印章还是非备案印章,都只是推定单位借此表达了订立合同的意思。若有证据否定合意的真实性,便不能根据印章的真实性直接推定协议的真实性。换言之,既然作为推定,意味着一旦出现相反事实便可以推翻这一推定,“陈呈浴与内蒙古昌宇石业有限公司合同纠纷案”^⑥即为典型。

因此,只要印章为单位同意刻制使用,便能证明单位表达了真实意思,发生针对单位的法律效力。从订立合同角度,只要双方当事人加盖公章,合同即告成立。“合同一旦由双方当事人加盖公章,当事人将不必另行举证证明合同已经成立,由此产生的后果是法官将不对合同是否成立进行审查。”^⑦反言之,既然伪造印章乃未经单位同意刻制使用,加盖伪造印章便不能发生针对印章名义人效力。在“建行浦东分行诉中基公司等借款合同纠纷案”^⑧中,最高人民法院即认定,在书面合同订立中,若一方当事人印章伪造且无证据证明该当事人对此默认,则合同不成立生效。江苏省高级人民法院在“方圆公司与东方公司等承揽合同纠纷案”^⑨中做出了同样的裁定。当然,这不是说只要证明加盖的印章系伪造便不能发生针对印章名义人效力,而是说只有伪造印章这一证据时,印章伪造便不对印章名义

① 参见最高人民法院(2013)民申字第72号民事裁定书。

② 参见最高人民法院(2013)民申字第556号民事裁定书。

③ 参见马瑞杰:《公司财务主管将自己债务转移给公司的效力认定》,《人民司法·案例》2010年第6期。

④ 参见最高人民法院(2015)民申字第342号民事裁定书。

⑤ 参见最高人民法院(2001)民二终字第91号民事判决书。

⑥ 参见《陈呈浴与内蒙古昌宇石业有限公司合同纠纷案》,《最高人民法院公报》2016年第3期。

⑦ 参见马强:《合同盖章问题研究》,《法律适用》1999年第11期。

⑧ 参见最高人民法院(2001)民二终字第155号民事判决书。

⑨ 参见江苏省高级人民法院(2015)苏审二商申字第00507号民事裁定书。

人生效。倘若合同订立时既有表见有权人或有权人签字且加盖了伪造印章,合同不会因为加盖了伪造印章而不生效力。在“福建凯灏劳务工程有限公司与陕西省交通厅利用外资项目办公室建设工程施工合同纠纷案”^①“徐州中铁物资有限公司与龙成建设工程有限公司等买卖合同纠纷案”^②中,最高人民法院之所以拒绝当事人申请鉴定印章真伪请求,在于即使印章伪造也不会影响合同效力。由此,因伪造印章并未表达印章名义人意思,故加盖也不对其产生约束力。那么,这是否表明伪造印章在民法上不会发生任何效力呢?这需从伪造印章本身的使用说起。行为人加盖单位伪造印章,显然是以单位名义与相对人签订合同。既然以印章名义人名义签订合同,便构成以他人名义进行法律行为的代理,可以适用代理制度予以规范。然而,伪造印章并未征得印章名义人同意刻制而使用,不可能凭此证明行为人得到授权,因此其代理行为实质上只能是没有授权下的无权代理行为。不过,要想了解伪造印章不会发生约束单位的效力,尚需讨论伪造印章是否构成权利外观,否则相对人便会以表见代理要求单位承担合同履行责任。

一般而言,相对人无法从印章本身判断伪造与否。因为绝大多数情况下,相对人对印章本身的伪造并不知情。此时,若相对人善意,他能否从伪造印章本身有理由相信行为人具有权利外观呢?也许,站在相对人角度,既然无法区分真实印章与伪造印章,那似乎伪造印章应当发生与真实印章一样的效果。在加盖真实印章的情况下,即使行为人没有代理权,但只要加盖真实印章,一般都发生表见代理效果。在“成城公司纠纷案”中,最高人民法院认为,只要加盖的是公司印章,行为人无代理权也可以认定构成表见代理。可见,如果加盖的是真实印章,不管是否备案,则至少发生权利外观效果。之所以如此,是因为真实印章能发生一个针对印章名义人的推定效力,相对人仅凭真实印章即有权认定行为人具有代理权。这一逻辑对于伪造印章是否适用?这需要更深入地揭示二者的逻辑然后进行比对。尽管从无法辨别印章真伪的角度,真实印章与伪造印章对相对人而言无甚差别,但在相对人与行为人订立合同当时,相对人都以为加盖的印章为真实印章,否则相对人便为恶意第三人。如果事后发现印章确为真实,由于真实印章为印章名义人同意刻制使用的印章,据此推导出印章名义人有订立合同的意思符合法律判断,受到法律保护。易言之,在加盖真实印章下,印章本身展示的外观与印章名义人的真实意思相联系,尽管这一真实意思联系也是推定的,但这一推定乃是基于印章本身的公信力,受到法律保护。因此,尽管行为人没有代理权但在合同书上加盖真实印章,但基于真实印章与印章名义人之间的法律所保护的推定联系,也使得相对人有理由相信行为人具有代理权而构成表见代理。但伪造印章本身不具备这种推定性。作为未经同意刻制使用的印章,伪造印章本身只是提供了一个外观,让相对人知道这是以印章名义人名义签订合同。这一外观并不能使得相对人有理由相信行为人具有代理权。因为这一外观与印章名义人之间的真实意思之间不具备推定的联系,法律不保护我们从伪造印章本身推定为印章名义人的意思表示。换言之,相对人仅凭伪造印章不能产生合理信赖,因为印章这一表象的形成,既可能是本人形成的,也有可能是行为人形成的。一旦印章为行为人自己伪造,则加盖印章所表示的意思与本人毫无关系,相对人不具备追责本人的因果联系。如学者言:“实际施工人加盖伪造的项目部印章,只能认为具有了某种被授权的表象,但因建筑单位与这一表

① 参见最高人民法院(2016)民终字第227号民事判决书。

② 参见最高人民法院(2014)民申字第1987号民事裁定书。

象的形成没有任何的牵连性,客观上不可能形成具有代理权的表象。”^①

发生表见代理需要同时具备两个要件:代理外观与权利外观。真实印章与伪造印章都具备了代理外观,但只有真实印章具备权利外观。之所以善意相对人能沿着真实印章追责本人,是因为真实印章与本人之间存在可推定的因果关系。之所以善意相对人不能沿着伪造印章追责本人,也是因为伪造印章与本人之间没有可以推定的因果关系。^② 尽管学界对表见代理是否采取本人过失作为构成要件争论不休,但这只是表见代理归责原则上的过错责任与严格责任之争。^③ 无论采取过错归责还是严格责任,都以责任承担者与行为的因果关系为前提。其实,无论侵权责任还是违约责任,都以因果关系作为要件,虽然在表述上与代理制度有异,但在理论架构上一致。倘若代理权表象的形成与本人毫无关系,完全由行为人自己造成,则本人不必为代理权表象的形成承担责任。基于此,相对人不能仅凭伪造的印章来认定构成表见代理。这也是最高人民法院《关于在审理经济纠纷案件中涉及经济犯罪嫌疑若干问题的规定》第5条^④以及《民法总则(草案)》(第一稿)至《民法总则(草案)》(第三稿)都予以明文规定之故。^⑤ 由此,仅有伪造印章这一表象不能构成表见代理,只能发生狭义的无权代理效果。

三、复合表象下的表见代理构造

最高人民法院裁判的案例提示我们,司法实务中代理权表象的形成并非仅源于伪造印章。一旦法官需要对伪造印章与其他外观一起判断时,裁判者是仅仅基于伪造印章进行判断而据此否定其他外观构成代理权外观的可能,还是无视伪造印章从而只对其他外观独立进行判断?这需要我们对此进行区分。

一般而言,相对人在订立合同时不可能单凭印章本身即可断定印章真伪。正如“成都建工工程总承包有限责任公司与四川省通建安装工程有限公司等建设工程分包合同纠纷案”^⑥所示,合同相对方订立合同时并无能力甄别印章真伪。因此,在我们能查找的案例范围内,并未发现一开始相对人即知道印章伪造情形之案例。尽管这一情形未见于司法判例,但这并不代表我们无需从理论上探讨,毕竟实务中存在这种情形的可能。倘相对人知道或者应当知道行为人伪造印章以单位名义签订合同,此时行为性质应当可以分为两种情况。(1)相对人能从其他事由中判断行为人有代理权(外观)。如果相对人能从其他事由中判断行为人具有代理权,如行为人持有真实有效的授权委托书等,即使行为人

① 参见周凯:《表见代理制度的司法适用——以涉建设工程商事纠纷为对象的类型化研究》,《法律适用》2011年第4期。

② 有学者在阐述票据时指出:“行为人伪造他人签章签发票据或进行票据背书、承兑、保证的,被伪造人不承担票据责任。被伪造人之所以不承担票据责任,是因为他没有实施票据行为。”参见傅鼎生:《不动产善意取得应排除冒名处分之适用》,《法学》2011年第12期。

③ 《中华人民共和国民法总则》采纳的是严格责任的表见代理构成要件模式。参见中国审判理论研究会民商事专业委员会编著:《〈民法总则〉条文理解与司法适用》,法律出版社2017年版,第306页。

④ 最高人民法院《关于在审理经济纠纷案件中涉及经济犯罪嫌疑若干问题的规定》第5条规定:“行为人盗窃、盗用单位的公章、业务介绍信、盖有公章的空白合同书,或者私刻单位的公章签订经济合同、骗取财物归个人占有、使用、处分或者进行其他犯罪活动构成犯罪的,单位对行为人该犯罪行为所造成的经济损失不承担民事责任。”

⑤ 其理论基础也许如学者所言的在于维护归属的安全和真正权利人的利益。参见刘保玉:《盗赃与诈骗所及财物的善意取得与赔偿责任问题探讨》,《判解研究》2009年第2期。

⑥ 参见四川省高级人民法院(2015)川申民字第446号民事裁定书。

伪造了印章,行为人行为至少可以被界定为表见代理行为,发生表见代理效果。此时,相对人虽然为恶意,但对其他事由却为善意。伪造印章下的恶意并不会波及对其他外观的认定。(2)相对人知道或者应当知道印章伪造且知道无权代理。假若存在这样一种情形,即相对人对伪造印章的知情与无权代理的知情是一致的,此时不可能再从其他外观判断出行为人是否有代理权。

然而,至少从目前裁判情况看,相对人一开始几乎不知印章伪造。相对人不知道印章为伪造印章,是否表明相对人为善意?恐怕不能这样认定。相对人要想达到表见代理中善意相对人程度,须有证据证明相对人有理由相信行为人具有代理权。相对人在订立合同时不知或者不应知印章伪造,仅说明相对人并非恶意第三人,无从相信行为人没有代理权。其意义不在于认定第三人构成有理由相信的善意相对人,而是认定其非恶意第三人。这一定性使得相对人不受伪造印章事实的影响,使我们无法通过相对人对伪造印章的恶意来认定事实他可能知道或者应当知道行为人无代理权。既然如此,在涉及行为人行为性质的认定上,我们便将伪造印章与其他外观切割开来。当相对人对行为人伪造印章不知情时,相对人对其他外观的判断完全不受伪造印章影响。如果行为人行为基于代理权发生,即使加盖的是伪造印章亦为有权代理。在“阳朔一尺水实业投资开发有限公司与王杰等民间借贷纠纷案”^①“广西桂资拍卖有限公司与广西三益拍卖有限责任公司合作合同纠纷案”^②中,最高人民法院认为,虽然印章真实性存疑但行为人有签字权,因此不必考虑印章真实性而认定合同有效。在行为人没有代理权且伪造印章的情况下,若伪造印章无法为相对人识别,则要看视相对人能否从代理外观判断出行为人代理权。若行为人具备其他代理权表象,则存在表见代理。在“隋洪喜与柳河县宏宇建筑有限公司等民间借贷纠纷案”^③中,虽然挂靠人私刻公章签订合同,但结合其他代理权外观事实,最高人民法院认为因仍存在足以使第三人相信的理由,故表见代理构成。最高人民法院审理的类似案件还有“合肥鑫丰建筑安装工程有限公司与青海华瑞物资有限公司等买卖合同纠纷案”^④“江苏新都建筑有限公司与淮安汉邦万融建材有限公司买卖合同纠纷案”^⑤“长春市庆丰钢材销售有限公司与长春市轻工建筑工程有限责任公司等买卖合同纠纷案”。^⑥ 这些事实表明,若相对人不知印章伪造,则不影响相对人对其他代理行为的判断。如果行为人的其他代理外观足以让相对人相信其有代理权,此时法院便会支持这一判断,按照表见代理发生有权代理效果。

反之,若相对人不能从其他外观判断授权,即使对伪造印章不知情,也不构成表见代理。在“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案”^⑦中,最高人民法院认为,由于行为人本无代理权且无让相对人有理由相信其有代理权的外观,在伪造印章下只能构成狭义无权代理。“淮安龙跃建材贸易有限公司与江苏鑫盛建设工程有限公司买卖合同纠纷案”^⑧更是如此。该案中,由于龙

① 参见最高人民法院(2016)民申字第206号民事裁定书

② 参见最高人民法院(2013)民提字第140号民事判决书。

③ 参见最高人民法院(2016)民申字第2499号民事裁定书。

④ 参见最高人民法院(2015)民申字第1620号民事裁定书。

⑤ 参见最高人民法院(2015)民申字第1902号民事裁定书。

⑥ 参见最高人民法院(2016)民申字第2743号民事裁定书。

⑦ 参见最高人民法院(2008)民二终字第124号民事判决书。有学者对此表示担忧,认为将职务代理当作意定代理,认定其代理权只是来自授权行为,且授权行为为书面情况下印章必须真实,完全架空了民法有关职务代理的规定,不一定合乎现代商业对交易确定性或者说交易安全的要求。参见尹飞:《体系化视角下的意定代理权来源》,《法学研究》2016年第6期。

⑧ 参见最高人民法院(2015)民申字第1675号民事裁定书。

跃公司知道鑫盛公司与张永泉存在内部承包关系,据此最高人民法院认为,龙跃公司应当知道除非得到鑫盛公司特别授权,张永泉不能代表公司对外签订合同。

可见,在相对人不知也不应知印章伪造的情况下,相对人具有了善意的可能,为其有理由相信打下基础。此时,伪造印章本身便不能影响对其他代理外观的判断。行为人行为是否有权代理或无权代理,全凭对其他行为的独立判断。

四、通向实务的理论:最高人民法院特殊类案评析

当我们仔细阅读最高人民法院裁判文书时,会发现审判实务还有一类特殊案件。这类案件中,尽管行为人使用了伪造印章,但只要印章名义人知情而未反对(下文简称本人知情未反对),即认定构成权利外观而发生表见代理效果。例如,“贵州建工集团第五建筑工程有限责任公司与宿州市聚富商贸有限公司等买卖合同纠纷案”^①“徐州中铁物资有限公司与龙成建设工程有限公司等买卖合同纠纷案”^②“汪天雄与重庆群洲实业(集团)有限公司等建设工程施工合同纠纷案”^③“江山市江建房地产开发有限责任公司与雷某等民间借贷纠纷案”。^④针对这一类案件,有法院通过出台指导意见的方式进行集中规范。根据江苏省南通市中级人民法院《关于建设工程实际施工人对外从事商事行为引发纠纷责任认定问题指导意见(试行)》(以下简称《南通中院意见》)第15条第2项的规定,实际施工人对外订立合同时加盖无证据证明经建设单位同意刻制的相关印章,相对人能举证证明该印章在工程施工中正常使用或者建设单位知道或应当知道实际施工人利用该印章从事相关行为的,应认定实际施工人的行为客观上形成具有代理权的表象。这类案件之所以特殊,是因为审判实务已基本上将行为人伪造印章下本人知情未反对视为一种客观型权利外观,发生与无权代理人加盖单位真实印章一样的效果。对此,我们有两点疑惑:(1)为何本人知情未反对只是构成权利外观,而不是构成默示授权?(2)如果构成权利外观,相对人是否不受判断时间的限制,即相对人订立合同时并不知道本人知情未反对而是事后知情,此时能否认定构成表见代理?下文基于这两个问题而展开。

本人知情未反对的代理,名之为容忍型代理,在我国最早规定于《中华人民共和国民法通则》(以下简称《民法通则》)第66条第1款第3句:“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”。尽管理论上对此句的定性有争议,但若以《民法通则》立法背景为条件,《民法通则》第66条第1款第3句只能理解为默示授权。正如有学者所言:“正因为民法通则未对表见代理进行规定,合同法为弥补这一漏洞,才在合同效力一章中专设第49条对表见代理进行规定。”^⑤《民法通则》之所以能如此,是因为法律特别规定沉默可以作为意思表示的方式。随着《合同法》对沉默立法态度的转变,《民法通则》第66条第1款第3句的定性也变得模糊起来。《合同法》第48条第2款规定:“被代理人未作表示的,视为拒绝追认。”据此,本人沉默不但不会构成授权,相反直接被法律认定为拒绝追认。虽有学者做出了“一般情况下,本人保持沉默的,视为其追认无权代理行为。但是,经相对人催告后,本人仍然保持沉默的,视为其拒绝追认”^⑥的不同理解,但仅从是否催告来区分如此截然不同

① 参见最高人民法院(2013)民申字第2185号民事裁定书。

② 参见最高人民法院(2014)民申字第1987号民事裁定书。

③ 参见最高人民法院(2016)民申字第255号民事裁定书。

④ 参见最高人民法院(2016)民申字第425号民事裁定书。

⑤ 参见梁慧星:《中国民法典草案建议稿附理由:总则编》,法律出版社2004年版,第227页。

⑥ 参见苏号朋主编:《民法学》,对外经济贸易大学出版社2007年版,第239页。

的法律适用,并无多少道理可言。相对人催告充其量只是本人知情的一个前提条件,其作用在于强化本人的知情,并不能构成对本人意思效力的一个强加。无论相对人是否催告,只要本人知情而未做表示即发生拒绝追认的效果。^① 沉默一般不能作为意思表示方式存在,这一点不仅在立法上而且在理论上上已成为共识。例如,有学者指出:“通常情况下,内部意思之外部表达须借助于积极的表示行为,沉默不是表示行为,因此沉默不是意思表示,不能成立法律行为”。^② 不但《民法总则》第171条沿袭了《合同法》第48条,使得沉默不作为意思表示方式无甚争议,而且《民法通则》第7章“代理”也未引入《民法通则》第66条第1款第3句的规定。可见,无论从理论还是立法现状看,《民法通则》第66条第1款第3句的规定都不能被视为默示授权。

尽管容忍型代理构成表见代理已成为一种共识,^③但《合同法》第49条和《民法总则》第172条已成为一种共识的规定给理论与实务带来了混乱。学者们在指出“本人知道行为人以自己名义为行为而不表示反对”构成表见代理的同时,大多也认定这一行为构成默示授权。^④ 司法审判中,当法院按照表见代理予以判决时,在法律适用上总是同时援用《合同法》第49条和《民法通则》第66条第1款第3句,如“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案”^⑤“叶进启与温州市经济法律服务所代理合同纠纷案”^⑥“河南汇通集团肉食品股份有限公司等和线材股份有限公司等借款担保合同纠纷案”。^⑦ 虽然有学者认为,《民法通则》第66条第1款第3句乃《合同法》第49条的补强理由,^⑧但根据特别法优先于一般法的法律适用原则,仅需适用《合同法》第49条即可。可见,无论立法还是理论,容忍型代理并未被正视。基于此,容忍型代理也无法与常见的客观型表见代理分庭抗礼。学界在类型化容忍代理时,或承认容忍型代理与其他客观型表见代理并列,^⑨或由授权表示型表见代理并吞容忍型代理。^⑩ 这一理论认识左右了立法,成为《民法总则》第172条的理论来源。这些立法与理论背景表明,容忍型代理虽然作为一类特殊表见代理而存在,但其特殊性仍然没有被真正发掘,被压制在传统的客观型表见代理之下。这正是审判实务中一直将本人知情未反对视为具有代理权客观表象的根源所在。为此,我们有必要对容忍型表见代理的构造进行勾勒。

德国学者施瓦布认为,德国法上的权利外观代理分为容忍代理与表见代理。^⑪ 其分类依据在于意定代理上本人授权方式的不同。本人对代理人的授权可通过外部授权与内部授权方式进行。所谓

① 参见周清林:《论默示授权的制度缺失与类型化完善》,载《民商法论丛》第59卷,法律出版社2016年版,第271~272页。

② 参见徐国栋:《民法总论》,高等教育出版社2007年版,第357页。

③ 参见江平主编:《民法学》,中国政法大学出版社2000年版,第274~276页;马俊驹、辜明安:《民法》,武汉大学出版社2012年版,第154~156页。

④ 参见江平主编:《民法学》,中国政法大学出版社2000年版,第274~276页;徐海燕:《英美代理法研究》,法律出版社2000年版,第130页;马俊驹、辜明安:《民法》,武汉大学出版社2012年版,第154~156页。

⑤ 参见河南省高级人民法院(2006)豫法民三终字第64号民事判决书。

⑥ 参见浙江省温州市中级人民法院(2008)温民二终字第590号民事判决书。

⑦ 参见河南省郑州市中级人民法院(2010)郑民四初字第17号民事判决书。

⑧ 参见张家勇:《两种类型,一种构造?——〈民法通则〉66条1款3句的解释》,《中外法学》2012年第2期。

⑨ 参见李开国:《民法总则研究》,法律出版社2003年版,第379页;赵秀梅主编:《民法学》,法律出版社2012年版,第96页。

⑩ 参见张俊浩主编:《民法学原理》(上册),中国政法大学出版社2000年版,第329页。

⑪ 参见〔德〕迪特尔·施瓦布:《民法导论》,郑冲等译,法律出版社2006年版,第545页。

外部授权,即本人将授权意思向第三人(特定或不特定)表示;所谓内部授权,乃指本人仅将授权意思告知行为人。客观型权利外观发生在外部授权下。当本人通过外部授权使第三人知道或者应当知道行为人具有代理权后,又通过不为第三人所知晓的内部方式解除授权,此时第三人依然可以通过客观的授权外部方式判断行为人具有代理权。^① 主观型权利外观则发生在内部授权下。由于本人在授权上可以通过内部方式进行,可以不通知与行为人交易的第三人,此时第三人并不知道本人是否以内部方式进行授权。如果行为人一再以本人名义为行为且本人知情未反对,与行为人交易的相对人就会依据常理推定,既然本人知情而容忍行为人以其名义的行为,应当是本人已通过内部方式授予了行为人代理权,否则本人在涉及自己重大利益关切时都会明确表示反对。德国学者言,本人不反对即相当于“对实际上无授权的内部关系进行了不正确的外部告知”。^② 借此,法律让本人承担了一项诚信义务,即有义务披露第三人所无法知悉的真相。^③ 相对人会依据本人知情未反对这一主观状态,推定行为人具有代理权。可见,客观型权利外观与主观型权利外观在判断对象上迥然有别。作为客观型权利外观,相对人的判断对象只是如委托书、空白合同书等授权表征。在行为人进行无权代理行为时,本人对此并不知情,因而相对人无从依托本人是否知情进行判断。但对于主观型权利外观而言,相对人的判断对象不是客观上表现出来的授权表征,只是本人知道行为人以其名义为行为而未反对这一主观状态。因此,相对人做出行为人具有代理权的判断,不是从委托书等客观外部事实得出的结论,只是就本人的这一主观状态进行推定的结果。据此,容忍型表见代理由4个要件构成,即行为人无代理权而以本人名义为行为、本人知情、本人未反对、第三人善意。

在印章伪造下讨论容忍型表见代理,第一个难题便是相对人有证据证明本人知道行为人以自己名义为行为。相对人除伪造印章外若无其他证据证明本人知道或者应当知道行为人以自己名义为行为,相对人欲证成表见代理,须举证证明本人知道或者应当知道行为人使用伪造印章这一事实。之所以如此,是因为一旦本人对行为人使用伪造印章行为知情,即可通过伪造印章本身的代理性质判断出本人对行为人以自己名义为行为的知情。审判实务中的难点在于如何识别本人的知道或者应当知道。我们在将最高人民法院裁判类型化时,发现在最高人民法院裁判的5个容忍型表见代理案件中有2个被其认定为知道。在“汪天雄与重庆群洲实业(集团)有限公司等建设工程施工合同纠纷案”^④中,最高人民法院从签订的施工合同、工程款收据以及《企业法人营业执照》《组织机构代码证》《授权委托书》复印件上均盖有该编号的公章认定,重庆群洲公司对该公章的存在、使用知晓且为明知。在“徐州中铁物资有限公司与龙成建设工程有限公司等买卖合同纠纷案”^⑤中,最高人民法院也依据同样的逻辑认定本人明知。可见,要认定本人明知,需确定本人对伪造印章使用情况知晓,至于本人没有注意到则为本人自己的问题,不能以此否定明知这一事实。对于应知的认定则只能通过相关事实进行推定。在“江山市江建房地产开发有限责任公司与雷某等民间借贷纠纷案”^⑥(以下简称“江建房地产公司案”)中,最高人民法院通过挂靠人在《招标通知书》《建设工程施工招标备案资料》以及与施工单位订立的《建设工程施工合同》等中均使用了该枚私刻的公章为由,认定作为被挂靠单位的江建

① 参见《德国民法典》(第3版),陈卫佐译,法律出版社2010年版,第59页。

② 参见[德]迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2000年版,第709~710页。

③ Vgl. Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 8., neubearb. Aufl. München, Beck, 1997, S. 920.

④ 参见最高人民法院(2016)民申字第255号民事裁定书。

⑤ 参见最高人民法院(2014)民申字第1987号民事裁定书。

⑥ 参见最高人民法院(2016)民申字第425号民事裁定书。

公司应当知道行为人一直使用这枚伪造印章以其名义为行为。在“贵州建工集团第五建筑工程有限责任公司与宿州市聚富商贸有限公司等买卖合同纠纷案”^①“淮安龙跃建材贸易有限公司与江苏鑫盛建设工程有限公司买卖合同纠纷案”^②中,作为实际施工人的行为人加盖的印章(涉嫌)伪造,最高人民法院都会以此裁定公司应当知晓。这些案例提示我们,只要实际施工人伪造了承包人印章,一般都会推定承包人应当知道,也许这是考虑到建设工程实际施工关系中的习惯。

第二个难题是善意相对人的判断时点。最高人民法院裁定的有关案例皆未明确善意相对人是否知道或者应当知道本人知情未反对,遑论该相对人何时应当知道。《南通中院意见》虽明确相对人有证据证明,但未明示证明的时间点。以此反观审判实务,我们需要从两方面予以阐述。

首先,善意相对人是否应当知道本人知情未反对。作为容忍型表见代理,相对人判断的对象是本人对行为人以自己名义为行为的主观容忍。即使客观上存在本人的容忍行为,倘相对人对此不知情,相对人所能判断的对象便仅为伪造印章本身,无法通过本人知情未反对而推定行为人与本人之间的内部授权状态。由于无法单凭伪造印章进行权利外观推定,因此相对人在客观上存在本人知情未反对下也不能认定构成表见代理。之所以将容忍型表见代理归入主观型表见代理,并非依托客观上存在的本人容忍情形,而是按照相对人对本人容忍这一主观状态判断的结果。基于此,容忍型表见代理的判断需要相对人知道或者应当知道本人知情未反对,否则相对人无从判断这里的权利外观。审判实务在认定容忍型表见代理时不涉及此点,构成了对容忍型表见代理的误解。这也正是《南通中院意见》将此类代理与无权代理人使用真实印章一并归入到客观型表见代理之故。确然,从客观型表见代理来看,相对人只需举证证明外在授权事实即可,不必证明本人对行为人使用这一事实知道或者应当知道,因为其判断对象不是本人的主观容忍,而是表现出来的客观授权事实。有如无权代理人使用真实印章签订合同。相对人能主张表见代理,不是从本人知道或者应当知道行为人无代理权而使用印章这一容忍状态而是从真实印章本身进行的有权推定。

其次,善意相对人是否可在订立合同后判断。善意相对人的判断时点为审判实务所忽略。在“江建房地产公司案”中,吴某向雷某借款签署《还款协议》,江建公司作为担保人在协议上加盖了公章。在该枚公章被确认伪造情况下,最高人民法院从吴某在《招标通知书》《建设工程施工招标备案资料》以及与施工单位订立的《建设工程施工合同》中均使用了该枚私刻公章的情形,推定雷某对该公章形成合理信赖。从整篇裁判文书看下来,笔者并未发现出借人雷某是否有证据证明在订立合同时知道或者应当知道江建公司知道或者应当知道吴某一直使用伪造印章。也可能存在这样一种情况,即雷某订立合同时并不知道这枚印章还在其他地方使用过,其出借公章依凭的只是吴某的 actual 施工人身份与印章本身。若如此,雷某便不能通过吴某在担保人处加盖了江建公司伪造的印章,便有理由相信吴某具有江建公司的对外担保权。雷某之所以认定吴某的行为发生对江建公司的效力,是因为从雷某订立合同时知道或者应当知道江建公司知情未反对这一情形,推定吴某应当获得了江建公司的授权。倘若雷某订立合同后甚至在诉讼中才通过收集证据发现江建公司知情未反对,此时雷某便不能在订立合同时判断吴某具有代理权,自然不能形成合理信赖从而归责于江建公司。从理论上言之,其实质在于相对人善意的认定时点。表见代理制度是维护交易安全的结果,理当以交易当时来确定第三人善意。“第三人是否为善意,完全看他在交易当时能否判断出代理人有无代理权。如果不以此为

① 参见最高人民法院(2013)民申字第2185号民事裁定书。

② 参见最高人民法院(2015)民申字第1675号民事裁定书。

标准,法律对善意第三人的保护也就没有任何意义。”^①有如德国哲学家黑格尔在《精神现象学》中所论:“直接关系的真理性是把它自己限定在一个这时或这里上面的这一个自我的真理性。如果我们后来才来检验这一真理或者站在距它遥远的地方或时间来看,则这一真理就完全没有意义了。”^②如果相对人不能在订立合同时形成合理信赖,相对人便不能成为表见代理意义上的善意相对人。《合同法》第48条第2款、《民法总则》第171条第2款规定催告下的本人沉默视为拒绝追认,足以从立法上表明合同订立后本人知情不作表示的不能适用表见代理,而是按照狭义无权代理处理。因此,本人知情只能发生在合同订立阶段,否则不构成容忍型表见代理。如果合同成立前第三人没有理由相信行为人是本人的代理人,而本人知情(不管本人的知情是否来源于催告)发生在合同签订后,此时本人的不反对行为不构成表见授权。因为第三人在签订合同时便没有理由认定合同相对方是本人,因而也没有理由对本人知情后的沉默作出推断。以此言之,审判实务在认定容忍型表见代理时,应当让相对人举证证明订立合同时其知道或者应当知道本人知情未反对,否则不应当认定表见代理成立。

五、代结语

伪造印章本身充满变数难于认定,即使存在伪造印章也无法由此认定不构成表见代理。相对人判断行为人行为是否构成权利外观,既有可能从印章本身进行,也有可能结合其他外观。在印章被确认伪造下,如果只有这一代理外观,相对人不可能认定行为人行为构成表见代理。如果既有伪造印章又有其他外观,相对人完全可以独立凭据其他权利外观判断行为人的代理权,从而发生表见代理后果。只要行为人伪造了印章,就不论其他外观而一概否认表见代理的构成,不仅全然不合审判实务,也有悖表见代理的理论构造。针对审判实务有必要提示一点,在印章伪造下认定容忍型表见代理时,应当让相对人承担举证责任,即证明订立合同时本人知道或者应当知道(本人知情未反对),否则不应认定构成表见代理。

责任编辑 何 艳

^① 周清林:《自治的异化:论表见代理的后果——兼评“选择权”通说》,《学术论坛》2006年第10期。

^② [德]黑格尔:《精神现象学》,贺麟、王玖兴译,商务印书馆1997年版,第69页。