

票据表见代理适用及类推适用的边界

董惠江*

内容提要 尽管票据行为适用表见代理的规定,是根据票据法与民法之间是特别法与一般法的关系,但因为票据法的个性,仍然会出现票据行为在适用表见代理时,没有民法上预设规定的问题。比如依据什么来谋求对直接相对人以外的第三取得人和票据伪造的受让人加以保护等。对此,历来的主流观点是适用和类推适用表见代理,但从法解释学的原理,利用权利外观理论使上述票据当事人获得保护,更清晰、也更科学。

关键词 票据表见代理 类推适用 目的性扩张 权利外观理论

我国大陆曾有学者讨论建立票据表见代理制度的必要性,应该说这是个误会。根据法解释学的原理,票据法与民法之间是特别法与一般法的关系,票据行为本质上是一种法律行为,票据表见代理直接适用民法关于表见代理的规定,当无讨论的余地。基于此,大陆法系各国票据法也都不在票据法中规定表见代理。^①一般说来,因为表见代理是现代民法上的一个基本制度,票据表见代理的法律适用无所谓制度上的漏洞。但是,票据行为作为特别法上的制度,毕竟有许多不同于一般法律行为的个性,比如票据行为的文义性、书面性、流通性等,于是,票据表见代理就会产生一些与民事表见代理不同的问题,需要对民法上的表见代理规定解释适用,并给予合理的解说。本文无意重复诸如概念、要件等票据表见代理基本问题的讨论,只就票据表见代理类推适用等具有票据法特色的几个问题加以展开。

一、票据表见代理所保护的第三人的范围

(一)问题的提出

民法上,通说认为表见代理只对直接相对人发生效力,但在票据法上却因票据流通,常常存在直接相对人以外的票据取得人。那么,票据表见代理的适用是否包括直接相对人以外的第三人的问题就被突出出来了。例如,当A的无权代理人B向C签发票据,如果C有信赖B具有名义人A的代理权限的正当事由,本人A的表见责任成立。与民法上表见代理所保护的第三人限于表见代理的直接相对人一样,C即是该表见代理所保护的第三人。但票据的流通性使得票据完全可能经背书由C继续向D,甚至向更多的人移转,于是,就会有A是否还要对D等第三取得人负责表见代理责任的问题。

(二)学说的整理

* 黑龙江大学法学院教授、博士生导师。

本文为教育部人文社会科学研究规划项目《票据法修改疑难问题研究》[项目批准号06JA820010]的阶段性成果。

① 英美法上并无表见代理概念的直接表述,而是使用了一个与表见代理法律功能相当的概念,即不容否认的代理(agency by estoppel),或称为禁反言的代理。也就是,如果一方当事人的言论或行为表明,或者使得善意第三人理解为与第三人缔结法律关系的另一方当事人是自己的代理人,那么对于信赖这一代理关系的第三人来说,假定的被代理人不得否认其与假定的代理人之间的代理关系,即使客观上不存在代理权的授予事实,也是如此(参见徐海燕:《英美代理法研究》,法律出版社2000年版,第122页)。与大陆法系的显著区别是英美代理法上,外表(表见)授权为产生代理权的原因之一,而大陆法系一般认为表见代理的实质是无权代理,表见代理是无权代理的一种情形(梁慧星:《中国民法经济法诸问题》,法律出版社1991年版,第105页)。但从实际效果上看,英美法的代理制度一样能解决类似于我们大陆法系的表见代理问题。

1. 日本判例的观点

日本的判例从大审院时代(1875年至1947年),即坚持把票据表见代理的“第三人”限于无权代理行为的直接相对人(大审院大正12年(1923年)6月30号民事判例集2卷9号432页,最高法院昭和36年(1961年)12月12号民事判例集15卷11号2756页),同时,若对直接相对人C表见代理成立,从C处背书受让票据的D,不问其善意恶意,承继前手C的权利(最高法院昭和35年(1957年)12月27号民事判例集14卷14号3234页)。另一方面,C如果不具备表见代理的要件,即使D善意且无过失,A对D也不负票据责任。

判例坚持票据行为表见代理的第三人限于直接相对人的观点,有下述理由说明。第一,从代理行为的基本构造,代理法上的第三人,本来就是相对于本人和代理人的代理行为的直接相对人,指的是进行代理意思表示时意思表示的受领者。所以限于票据行为的直接相对人。^②第二,法律行为的效果应以其成立时间点来判断,这在票据法上也没什么不同。无权代理人签发票据时,应该规定以此时间点为基准,来判断是作为狭义无权代理不产生本人的责任,还是作为表见代理产生本人的责任。所以,必须考虑主观要件,第三人不能是直接相对人即收款人以外的人。^③也就是第三取得人取得票据的时间一定与无权代理行为完成的时间不同,代理人和作为收款人的特定的相对人之间的票据关系如果无效,根本没有被背书人可以取得票据权利的机会。第三,特定的票据债务人的票据债务成立与否是物的抗辩问题,这一抗辩成立时,即使是与善意的第三人,也可以否定票据债务的成立。票据行为的直接相对人C善意或无正当理由A不负票据责任时,即使流入第三人D的手中,A对D也是可以不负票据责任的。就像完全伪造的票据一样,结论是相同的。^④

2. 日本学界的观点

日本学界对此的看法不同,虽然支持判例的立场也存在,^⑤但以“第三人”不只限于无权代理的直接相对人,也包含其后的第三取得人的立场为多数说。^⑥票据授受的直接相对人C即使有恶意,如果从C处受背书转让的D有应善意无过失地相信代理权存在的正当事由,D就受表见代理的保护。但是,票据上的权利并非由C处继受而在D的手上突然发生,就会产生和背书转让债权让与的本质之间的整合性矛盾的疑问。考虑到这一问题点,后来学说分化为下列几种。^⑦

一说为,在与票据第三取得人的关系上,基于权利外观理论,应承认本人的表见责任。^⑧票据书面记载的债务负担的意思表示,不只对直接的收款人,对其后的票据正当取得人一样,第三取得人表达受领的意思表示产生实际效果时,该第三取得人若具备表见代理的要件,产生本人负担债务的效力。因C恶意,AC间不发生权利义务关系,因此依对票据的背书转让,A的票据的权利不发生移转,所以,当D此后再取得票据,是A的债务负担的意思表示对D产生受领的效果。D对A的权利可以认为是在D的手里依权利外观法理而发生的。^⑨在具备表见代理要件的第三取得人手里,对本人的权利等同于原始取得的理论构成。

另一方面,也有人倡导,无权代理的场合,也存在收款人C对A的潜在的权利,这种权利依背书而移转,第三人依善意即符合一种表面化的理论构成。^⑩根据无权限的B的债务负担行为与其说是具备

② [日] 田中芳树“手形·小切手の伪造と表见代理”,现代裁判法大系18卷73页。

③ [日] 仓泽康一郎“シンポジウム手形小切手”,中央経済社(1979年)90页。

④ [日] 坂井芳雄“昭和46年度133事件解说”最高裁判例解说(1971年)425页。

⑤ [日] 小桥一郎“判例评済判例评済论”47号14页;仓泽康一郎“手形法の判例と论理”成文堂(1981年)75页。

⑥ [日] 田中耕太郎“手形法小切手法概论”有斐阁(1935年)161页;石井照久=鸿常夫“手形法小切手法”劲草书房(1975年)102页。

⑦ [日] 服部育生“手形行为と表见代理”爱知学院大学论済法学研究47卷1号35页。

⑧ [日] 加藤胜郎“手形小切手の代理”“判例手形法小切手法”日本评论社(1965年)89页。

⑨ [日] 田边光政“最新手形法小切手法”(四订版)中央経済社(2005年)88页。

⑩ [日] 铃木竹雄“手形法·小切手法”有斐阁(1957年)160页。

了表见代理的要件,不如说是创造了对A产生效力的权利外观。因为要流通,不限于直接相对人C,即便在其后的取得人D的手里,表见代理要件具备时,A也要对B的债务负担行为负责。^①

二说为,即使因直接相对人C恶意而欠缺表见代理的主观要件,如果认定有代理权和代理权限的外观而可归责于本人的事由,无权代理即成为人的抗辩,本人不能以无权代理对抗善意的第三人。^②后来有学者的说明可作为该说的补充,即直接相对人C如果是恶意,不成立表见代理,若依判例,第三取得人D不受保护,本人A对D可以无权代理作为物的抗辩对抗。但是人的抗辩说认为,如果直接相对人C不能满足表见代理的主观要件,则要区分:①客观要件存在的场合,和②客观要件欠缺的场合。若是①的情况,也就是通知第三人代理权的授予,基本代理权存在,其后已消灭,但一定期间代理权享有的要件和事实还存在,无权代理的抗辩就成了人的抗辩,第三取得人非恶意不受抗辩的对抗(日本票据法第17条)。②则是本人把无权代理作为物的抗辩,对任何持票人都可以主张。^③

三说为,依表见代理人的书面行为,本人以及表见代理人负担票据债务后,直接相对人C就成了权利人。关于权利移转行为,以代理权欠缺也可因善意取得而治愈的见解为前提,即便C是恶意人,D从C处受到背书转让善意且无重大过失,即善意取得票据权利。^④即直接相对人C如果是恶意,A可以对C主张人的抗辩。善意第三取得人D因抗辩切断而获得完全的权利。如果D有恶意存在,则A可以恶意的抗辩对抗。^⑤

我国两岸学者对这一问题也分为两种主张,其中支持把“第三人”限于无权代理行为的直接相对人以刘甲一先生为代表,其认为,将该第三人扩大到直接相对人的后手过于泛滥,也没有必要。该第三人应将其限定于表见代理行为之对方当事人。如果本人对于该对方当事人应负票据表见代理之责任,其后手始因受让其票据权利而得对本人追究票据表见代理之责任;如果该对方当事人没有主张票据表见代理成立的正当理由,其后手便不能主张票据表见代理成立,不能追究本人的票据责任。^⑥同属该主张的大陆青年学者张玖利认为,当票据行为的直接相对人不成立表见代理时,第三取得人在接受票据时虽为善意,仍不能把该受让人纳入第三人的范围,理由是代理人无权代理导致票据无效形成的抗辩属于物的抗辩,本人可以之对抗一切票据债权人,包括善意的第三取得人。^⑦主张“第三人”不只限于无权代理的直接相对人的刘得宽先生认为,就流通证券票据而言,对第三人有扩大的必要。第三取得人之所以能以表见代理规定受票据法上保护者,非从前手之承继得来,而是在当事人处发生。^⑧大陆学者多支持这一主张。理由也多是转述日本学界的观点。^⑨

(三)评析

日本学界对票据表见代理的第三人范围问题,从1923年的判例引发,至今80多年尚争论不息,足见这一问题的理论意义和其自身的复杂性。我国大陆和台湾学者的票据法研究都深受日本票据法理论的影响并追随其后,故以下以日本的上述学说为代表展开讨论。

首先,上述日本学界的第三说已经脱离了有关适用表见代理的讨论,其实质是在票据表见代理对直接相对人不成立后,如何在表见代理之外寻找其他根据对其后的第三取得人加以保护的问题。即对第

① [日]平出庆道“手形法小切手法”有斐阁(1990年)176页。

② [日]服部荣三“手形行为の代理”“手形法小切手法讲座”(1964年)192页。

③ 前引②。

④ [日]前田庸“手形行为と表见代理”鸿常夫“商事法の诸问题”有斐阁(1974年)500页。

⑤ 前引①,第188页。

⑥ 刘甲一,《票据法新论》,台湾五南图书出版公司1979年版,第74、75页。

⑦ 张玖利,《票据表见代理研究》,吉林大学2004年度硕士论文,第25页。

⑧ 刘得宽,《民法诸问题与新展望》,台湾三民书局股份有限公司1980年版,第261页。

⑨ 前引①,第20—21页;另参见聂飞舟,《试论票据表见代理》,载《浙江政法管理干部学院学报》2003年第3期,第56页;郑梦梵《票据代理中的若干法律问题探讨》,载《中外法学》1999年第3期,第60页。

三取得人依善意取得的理论来保护,而不是把他们当作表见代理的相对人或第三人来看待。也就是说,该观点以不承认票据表见代理所保护的第三人包括直接相对人以外的第三取得人为前提,结论也和上述学界的多数说结论相反,而和判例恰恰一致。服部育生先生把这一观点归入日本学界多数说令人费解。另一方面,日本学界的一二两说,在表见代理对直接相对人不成立的情况下,对第三取得人的保护是以适用表见代理作为根据的。比如,二说实际上是在坚持对直接相对人以外的第三取得人适用表见代理的前提下,回避甚至是简化掉了第三取得人的主观要件。只以认定有代理权和代理权限的外观而可归责于本人的事由存在为已足。一说中,加藤胜郎先生是比较彻底的权利外观论者,即他主张对直接相对人以外的第三取得人应从权利外观理论去寻找保护的根据。至于一说的两种解说,侧重的是回应判例观点,以票据债务负担的意思表示是指向不特定的多数人,或直接相对人的潜在权利说为出发点,想努力回答,对C表见代理不成立,如何能在第三受让人D处产生票据权利,或解决由C到D的票据债权转让的疑问,结论是第三取得人的受保护是根据符合表见代理成立要件的外观。

一说中的解决由C对A并不成立的票据权利如何向D移转的理论根据,源于票据理论契约说中的复数契约说。^②这一学说对出票人与直接后手之外的受让人之间票据契约是如何成立的有两种解释,一是因出票人提出的交付契约的意思表示由背书人作为中介,被背书人及其后手与出票人之间成立契约;二是票据所约束的,包含对不特定人的预约,票据取得人是对此承诺才成立契约。该说除理论构成复杂,其说明未免有过于技巧外,一方面,在直接的当事人之间,依票据授受的交付契约产生票据上的债务。当票据继续移转,在和票据取得人的关系上,票据行为人在票据上表现出来的意思,通过直接相对人的背书到达第三取得人,票据行为人和第三人之间成立票据关系,这样的第一种解释,在法律上难以说明背书人的法律地位,第二种解释则很难求得与合同的相对性吻合,与契约说票据交付为债权转让的主张仍然是矛盾的。

从法解释学的角度,上述一说、二说的努力,显然属于对表见代理的相对人目的性扩张的一种解释方法。也就是说,民法上表见代理规定的相对人未涵盖票据法上作为常态的流通后的取得人,而出现了所谓法律上的漏洞,学者们试图根据表见代理规范的意旨,将直接相对人以外的第三取得人包括在该规范适用范围之内。^③但是,正如黄茂荣先生在评价类推适用和目的性扩张时所言,目的性扩张和类推适用都是将一个规范依其意旨,试图评价为应适用到原未为其所规范之案型的努力。当人们用比较低的标准,它对原来未为其所规范的案型的适用便容易被评价为“类推适用”。反之如用比较高的标准,它对原来未为其所规范的案型的适用,便会被评价为“目的性扩张”。^④可见,目的性扩张与类推适用一样,要求以规范案型与欲适用案型的类似性为前提。如上段所述,根据意思表示的规则以及票据关系的要求,直接相对人以外的第三取得人,已不是可能成立的表见代理关系的意思表示的受领人,没有成为代理关系的当事人的理论根据,也就不具备规范案型与欲适用案型的类似性这一前提条件。不但目的性扩张的较高标准,就是类推适用所要求的较低的共同特征标准也无法满足。在这一点上,判例后来的变化才恰恰是目的性扩张的最好诠释。日本最高法院昭和45年(1970年)3月26日判例时报587号75页载明,票据表见代理的直接相对人,不应该以票据记载形式来判断,指的是实质的交易对手。即使票面上成为第三取得人,实质关系上可以看作直接相对人的场合,也要以表见代理保护取得人。比如,无权限的B以A的名义把自己作为收款人签发票据。因具有保证的性质,B又背书将该票据转让给了C,此时,如果从票据的记载,B是直接相对人,C是票据的第三取得人,但实质上C是(A的)直接相对人。即使以判例的限定说为前提,在AC间表见代理成立的可能仍然存在。判例上的这种目的性扩张与学说上的区别根本在于,第三取得人与本人之间没有实质性的代理关系的相对人存在,

^② [日]林哲弘“最近の手形理论の动向について”九州国际大学法政论集创刊号1卷1号(1998年)141页。

^③ 参建杨仁寿:《法学方法论》,中国政法大学出版社1999年版,第142页。

^④ 黄茂荣:《法学方法与现代民法》,中国政法大学出版社2001年版,第319页。

其本身即可视为直接相对人,具备扩张解释的基础条件。

如果勉强将第三取得人扩张解释为表见代理的第三人,相应而来的是该第三人如何满足表见代理要件的问题。如果说本人的主观要件被淡化甚至否定^②还有一点争议的话,相对人信赖代理人有代理权并有正当理由却是表见代理的基础要件。要想把直接相对人以外的第三取得人,纳入表见代理的保护范围,这个要件不能回避,也不能逾越。根据票据流转的特点,第三取得人与本人以及无权代理人不认识甚至一无所知是极正常也是通常的情况,第三取得人相信无权代理人被本人授予代理权并有正当理由的情形实际上极为少见。如果一定要通过表见代理解决对第三取得人的保护,就等于要求第三取得人在受让票据的时候,必须去了解间接前手间的票据记载之外的情事,这无疑是要强加给大多数第三取得人无法履行的义务。结果会与学者们保护第三取得人的初衷适得其反。

如上分析,第三取得人既缺乏适用票据表见代理的基础,又无法满足票据表见代理的本质要件,我们是不是可以不再迷恋表见代理对票据第三取得人的保护意义?

事实上,在表见代理相关情事存在的前提下,是否保护善意的第三取得人和根据什么保护是两个层面的问题。就前一个问题,无论是现代私法的价值取向,还是票据法对流通和交易安全的追求,结论都是不言自明的。这也是学者们为什么苦苦追求以表见代理的适用保护第三取得人的动机和目的。对于后一个问题,上述学界的三说已经脱离把表见代理作为保护第三取得人的根据的努力,但是,如果就这样简单地给出依善意取得理论作为根据的结论,并没有对本话题所涉及的有关表见代理的特殊性做出必要的回答。这里无需就善意取得的条件再作详细说明,仅从法律规范^③的设计规则,善意取得不过是直接转让人无权处分,所取得的权利对于原权利人还是真实有效的,而当第三取得人的前手之间表见代理不成立,则不过是个无权代理的关系。在无权代理这个前提下,按照票据法的规定(无论日本还是我国),由无权代理人承担责任,也就是票据权利对于本人来说根本未成立,这也是本人之所以享有物的抗辩的法理依据。票据权利既然根本未成立,善意取得也就成了无源之水。具体而言,把对第三取得人的保护求之于善意取得,是源于把对直接相对人已不成立的表见代理当作有权代理的当然假设。按上面的说明,这个假设没有制度基础,也没有理论根据。那么,所谓依善意取得来保护表见代理不成立时的直接相对人以外的第三取得人,至少是缺乏适用该制度的前提。

如前述,日本学者提出的适用权利外观理论的学说为解决这一问题提供了思路,这里需要对其进一步说明。首先,按照法解释学原理,权利外观理论在票据法上处于法理的地位,在我们对上述学界一二说中适用表见代理的可能性做出否定的判断论证后,适用法理并不会出现“逃向一般条款”的问题。其次,权利外观理论的适用要件与第三取得人向本人主张权利的情况吻合。一般认为,权利外观理论的适用应具备三个要件,一是外观事实之客观存在,二为相对人之善意信赖;三为本人之与因。^④这三个要件看上去与表见代理似无区别,但这其中的关键点在于权利外观理论的相对人没有直接相对人的限制,并且第三取得人信赖的是本人应负票据责任的外观,而不是前手有代理权或前手之间的票据外的情事。学界的二说强行简化掉表见代理第三取得人的主观要件,事实上正是在适用权利外观理论。应该说除加藤胜朗先生已明确根据权利外观理论对第三取得人予以保护,上述一说二说的努力,也已经非常接近现在的结论,可惜他们始终纠缠于表见代理的思维框架中,即使外观,仍强调是表见代理的外观。既然令第三取得人相信代理人有代理权限并有正当理由是不可想象的,莫不如直接适用权利外观理论,仅以第三取得人相信本人在形式要件齐备的票据上的票据债务人地位为已足。当本人以无权代理为由进行

^② 我国合同法不强调表见代理的本人要件。参照《合同法》第49条,即“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。”

^④ 善意取得在票据法上已不再仅仅是一般性的理论,而是具体的制度。参见《日本票据法》(也是日内瓦统一汇票本票法)第16条第2款。

^⑤ 前引①第19页。

抗辩,因事实上存在本人对自己成为票据上的债务人的可归责性,构成权利外观理论适用要件对其要求的“与因”,所以,抗辩不能成立。

至此,可以得出这样的结论:第一,依日本判例为代表的观点,票据表见代理的“第三人”只限于直接相对人,且直接相对人指的是实质的交易对手。至于表见代理对直接相对人不成立,如何对第三取得人进行保护,当然不再是根据表见代理来考虑的问题。第二,我们也主张票据表见代理的“第三人”只限于直接相对人,但根据票据法促进票据流通的理念,必须对其后的取得人给与保护,在表见代理对直接相对人不成立时,应通过权利外观理论保护第三取得人对本人的权利主张,而不是直接适用或类推适用表见代理的规定,更不是根据善意取得制度。

二、票据代行中本人的责任与表见代理

(一)票据代行概念的厘清

票据代理固然解决了被代理人因种种原因不便亲自实施票据行为的问题,但另一方面,一旦记载了代理的字样,票据授受时,就要求代理人出示证明代理权限的文件,或向银行提供代理人的印鉴,这在简便、易行的票据上,无疑又显得非常麻烦。因此,预先从本人处取得签名式样和相关印章的人,直接以本人的签字盖章签发票据或实施其他票据行为的现象广泛存在,这种现象就是所谓票据代行。日本学者所作的有代表性的定义是,票据代行(日本通常也称为“机关方式”)是指他人直接代行本人名义的署名(包括记名和捺印)^{②①},在票据上表示如本人亲自署名那样的方式。^{②②}

日本学者一般认为,票据行为的代行有两种情况,①是署名于什么样的票据完全由本人 A 决定,只是签字盖章的事实行为命 B 等他人来完成的场合。②是 A 预存印章于 B,必要的时候由 B 判断裁量将 A 的名义记载或盖章于票据之上。②的形态与 B 作为 A 的代理人为票据行为实质上相同。代理权限是在票据外赋予的,可以理解为被赋予票据行为代理权的人有上述权限(日本最高法院判决昭和 37 年(1962 年)7 月 6 日民事判例集 6 卷 7 号 1491 页)。而①已经几乎没有代理的意味,但外观上表现出来的仍是名义人的署名,所以可以认为票据在形式上是满足有效要件的。^{②③}这两类代行行为,代行人都是有本人授权的,而票据代行的概念是否包括代行人无权限的情况,是一个值得讨论的问题。

日本旧时的判例对于代行人 B 无权限而直接以 A 的名义署名, B 如果有为 A 的意思,作无权代理的理解,没有为 A 的意思就视为伪造(参照大审院判决昭和 8 年(1923 年)9 月 28 日民事判例集 12 卷 22 号 2362 页)。若以此为标准, B 为 A 支付购买商品的价款而以 A 的名义签发票据就是无权代理。 B 为返还自己的借款而以 A 的名义签发票据的情况就是伪造。若是无权代理,因适用表见代理的规定可令本人负责(日本最高法院判决昭和 32 年(1957 年)2 月 7 日民事判例集 11 卷 2 号 227 页),伪造则被伪造人不负票据责任(最高法院判决昭和 27 年(1952)10 月 21 日民事判例集 6 卷 9 号 841 页)。但是,仅此并不能最终明了依判例的上述标准所产生的区别。无权限者 B 为自己的利益,直接以 A 的名义伪造票据的场合,也有令 A 负表见代理责任的(大审院判决昭和 12 年(1923 年)12 月 1 日民事判例集 16 卷 24 号 1912 页)。

日本学者已经放弃上述判例的观点。认为如果从票据的书面性、文义性来看,无权代理和伪造的区别并不在于票据表面上没有体现行为人的主观意思,而在于是以代理的方式,还是以代行的方式实施票

^{②①} 我国票据法上作为票据行为绝对必要记载事项的签章,在日本票据法上的表述是“署名”,其条文中也同时表明包括“记名捺印”。如《日本票据法》第 82 条,《日本支票法》第 67 条的条文标题均为署名,另规定:本法中的署名,包括记名捺印。因此,日本票据法中的署名本身虽然与我国的签字或签名意义相同,但是,它同时又作为记名捺印的上位概念使用。一般使用署名,包含了日本票据法上的两种签章方式,即签名、记载名称和加盖印章。从这个角度,我国现有的译文文献中,把日本法中的署名译为签名,实不如直译为署名更合适,因为签名与记名捺印并列是可以的,但作为记名捺印的上位概念却是不合适的,也容易掩盖两法关于签章方式的区别。

^{②②} [日] 弥永真生“手形法·小切手法”(第 2 版补定)有斐阁(2005 年)91、98 页。

^{②③} [日] 関俊彦“金融手形法小切手法”(新版)有斐阁(2003 年)328 页。

据行为在形式上的表现,这是学说一贯的立场。^②既然代理关系没有在票据上表现,因无权限直接在票据上以本人的名义为票据行为时,都被称为伪造。甚至他们对伪造和无权代理从这样的角度来区别,即从都是为他人为票据行为的形式上看,以将其分为代理和代行为前提,无权限者以代理的方式为票据行为是无权代理,无权限者以代行的方式为票据行为则是伪造。^③确实如此,依笔者看来,代行既然是属本人名于票据之上,代行人并不显露于票据,所谓为本人的意思就只能从票据外去判断,就会产生与票据行为文义性的冲突。而且代行人为本人的意思往往只是能以其主观来决定,难以满足证据的客观性要求,实务上存在障碍。

如上所述,票据代行从日本学者的主流观点上考察,认为不包括无权限的代行已是通说。但从对票据代行的定义上,几乎没有对这一关键问题加以说明的。^④如果票据代行仅指代行人有权限的情况,其概念就应加上这一限制。即参照前述日本学者的定义,票据代行是指他人由本人授权,直接代行本人名义的署名(包括记名和捺印),在票据上表示如本人亲自署名那样的票据行为(下文除引述日本学者而使用无权意义上的代行,代行仅指有权代行)。从一定意义上讲,如同票据变造和更改,票据的一些绝对必要记载事项被人改动,除法律对个别事项的限制(如票据金额),区分只在于行为人是否有变动权限。形式上同是代行,有权限为代行,无权限就是伪造。无权限的代行不过是伪造的一种表现形式。如果将来票据法能把票据代行规定进来,限定代行概念的授权性,对理论和实践都有重大意义。比如,日本学者的票据法著作中,经常出现在票据代行部分要说明无权代行的法律后果等一系列问题,伪造部分也不得不随时强调伪造包括无权限的代行方式这样的不得已的重复。

(二)票据代行的法律后果

票据代行与空白票据一样,它们的产生和存在与票据上的大多数制度不同,体现出更多源于生活需要而少预先设计的痕迹。二者命运的差异是票据代行并未像空白票据那样获得票据法在制度上的承认,同时,也不像票据代理那样有一般民法上的制度可援用,而不得不依靠法官和学者的解释实现它的适用。日本判例曾把代行当作署名的代理,并且认为署名的代理是代理的一种形式(大审院判决大正9年(1920年)4月27号民事审判录26辑606页,大审院判决昭和8年(1933年)5月16日民事判例集12卷1164页)。但是,因为署名自身是事实行为,署名不得代理。只因表现形式与代理一样,仅在特定场合使用这种称呼,并不能说明其法的性质,其法律构成存在问题。因此,学说上一般持反对意见,而是把署名代理当作本人的行为来看待,也就是当作一种由使者或传达机关对本人票据行为存在的说明。^⑤笔者赞成日本学者的观点,既然代行是表达本人意思的一种署名方式,依照票据法关于各种票据行为的规定,由本人负行为人的责任。因为无论形式上和实质上,票据上表现的都是本人的意思,特别是形式上没有任何与代理类似的表现,所以,代行与代理抑或表现代理无关。这实在是一个没有任何必要将其复杂化的问题。当然,基于代行在票据法和民法上的不同意义,票据法如果能够对代行的法律效果给予一个条文性的简单规定,都不失为一种明智的选择。

三、票据伪造中被伪造人的责任与表见代理

票据伪造可能涉及表见代理的是被伪造人和持票人的关系问题。票据伪造,被伪造人自己并没有署名于票据,而且也没有授予他人代行署名的权限,原则上不负票据责任是一个当然的结论,进而,当持

^② [日]竹田省“手形法·小切手法”有斐阁(1955年)23页。

^③ [日]大塚龙雄等“商法III—手形·小切手”(第3版)有斐阁(2006年)74页。

^④ 日本最有影响力的票据法学者之一田边光政先生将票据伪造定义为“自己并无负担票据债务意思的人,无权限而以他人名义为票据行为”([日]田边光政“最新手形法小切手法”(四订版)中央经济社(2005年)94页),这一概念已从伪造的角度将无权代行划入了伪造。但其同著作中代行的概念(他人代本人以记名捺印的方式代行署名)也并未从正面排除无权限的代行(同前引,第54页)。

^⑤ [日]松本丞治“手形法”中央大学(1918年)111页。[日]伊沢孝平“手形法·小切手法”有斐阁(1949年)141页。

票人请求支付票据金额时,被伪造人主张无效的抗辩,一般被认为是物的抗辩。但是,若将这一结论绝对化是不可取的,也是不符合生活实际的,至少无权代行的伪造,可能存在本人对自己的姓名或名称被使用于票据之上具有归责性。^③完全忽视票据取得人的保护是不应该的。那么,持票人在什么情况下,根据什么可以要求被伪造人负票据责任呢?

第一,对于伪造,可以通过追认确定本人的责任是日本学说和判例最有力的主张。即承认伪造准用无权代理的规定而可以追认。^④第二,票据伪造,为保护第三取得人,历来是承认被伪造人的雇用人责任的。这种责任,从受雇人的行为外形可以认为是属于雇用人的营业范围,但该行为超出了受雇人的职务权限,而且相对人不存在明知或有重大过失而没有了解这一情况,即会产生被伪造人对票据取得人的责任。票据伪造雇佣人的责任,是适用日本民法第 715 条所产生的法律效果。^⑤以上两种令被伪造人承担责任的根据都与本文无直接关系,只好留待另文详述。

除以上两种方法,对伪造类推适用民法上表见代理的规定令被代理人负责,是现在的通说。基于这一立场,被伪造人对伪造人发生:①表示了授予代行权的意旨(日本民法第 109 条);②通过其他行为赋予了代理权(日本民法第 110 条);③曾经授予过代理权(日本民法第 112 条)。这三种情况(归责事由)中的任何一种存在,对于相信权限存在并有正当理由的人,被伪造人应该依表见代理的规定的类推适用,负票据上的责任。^⑥对这一观点的说明是,无权代理和伪造,在都是由无权限者以本人名义签发票据这一点上并无差异。从表见代理保护第三人的信赖的制度宗旨,无权代行所为的票据行为,也应类推适用表见代理的有关规定。^⑦因为票据伪造与依无权代理的方式实施的票据行为是由无权限者所为的情况成立同样的法律关系。^⑧

日本的判例也多坚持这一主张。日本最高法院判决昭和 43 年(1968 年)12 月 24 日民事判例集 22 卷 13 号 3382 页判决显示,无权限的 B 即使以代行的方式签发票据,以本人 A 的名义伪造票据的场合,如果其票据签发超越了 A 赋予的代理权限,而且票据受让人 C,存在相信 B 有以 A 的名义签发票据的权限的正当理由, A 要类推适用民法第 110 条,作为出票人负责。我们可以通过原审确认的事实更详细地了解这一结论的由来。尽管 B 并没有从 A 处获得签发一般票据的权限,而在签发人栏直接记载 A 来伪造票据,但这是 B 对从 A 处获得的对 S 信用金库签发票据、缔结保证契约等代理权的超越。B 在本案票据上伪造 A 的名义,是为了改写对 S 信用金库的票据,而使用了从 A 处借得的印鉴。C 知道 A 保证 B 的借款行为,在接受票据时,确信对 B 来说,票据上 A 图章系由真实印鉴而来。

对于以上通说的立场也有学者提出批评,在无权限的人以所谓代行的方式签发本人名义的票据,即便当作伪造也要适用表见代理(类推),但即使对以代行所为的票据行为类推适用表见代理,为使表见代理成立,无权代理行为的相对人要认识到其代理行为是由代理人进行的,而且要信赖代理人有代理权,而以代行方式为票据行为时,通常相对人不会有这样的认识和信赖。因此,下级审对这种情况也有不予适用民法第 110 条的(大阪地方法院判决昭和 35 年(1960 年)8 月 31 日判例时报 238 号 28 页。大阪高级法院判决昭和 37 年(1962 年)1 月 31 日判例时报 294 号 52 页)。认为确认被伪造人的责任,只能依权利外观理论。^⑨对此,主张表见代理说的学者又进一步解释,认为站在交付契约的立场,表见代理的成立与否,从交付阶段来把握即可,记名捺印是谁完成的并不是问题。形式完备的票据,本人或有权限

^③ 票据伪造的形式多种多样,考虑表见代理的条件要求,从日本票据法界开始,对被伪造人适用或类推适用表见代理,主要是围绕以无权代行方式所为的伪造。下文不再作特别说明。

^④ 前引①, 99 页。

^⑤ 前引①, 103 页。

^⑥ 前引①, 99—100 页。

^⑦ 前引②, 第 98 页

^⑧ [日] 栗山忍“昭和 43 年(1968 年)度 109 事件解说”(最高裁判例解说)(1971 年)991 页。

^⑨ [日] 大森忠夫“手形行为と表现代理”“商法演习 2”(1960 年)51 页。

的人交付都应允许。无权限的人交付的场合,其瑕疵因应该信赖有交付权限的正当理由的存在而治愈。^⑩但是,作为票据上的意思表示,从署名到交付是一个行为,因此,又有学者反对只将交付阶段分离出来考察的做法。^⑪

这种论争若继续整理,非本文篇幅所能容纳。不但本文所涉及的问题,整个票据法领域,在日本都是学派纷呈,学说林立。不同观点经常是彼消此涨,又彼涨此消。其理论之精细,精神之执著,令人感佩。但精细可能会流于机械,执著也会导致偏执。对伪造适用表见代理,仅仅是一种结论作出之前的表述习惯(通常要加“或类推适用”),伪造中的当事人的关系缺乏代理关系中的代理人,也就是三方关系缺一,直接适用表见代理,不能满足规范要件和事实要件的对应性。因此,伪造不能直接适用表见代理是一个没有争议的问题。

同样,伪造不能类推适用表见代理最根本的原因是即使无权代行的伪造,票据上反映的仅仅是被伪造人和相对人两方的关系。一般认为,类推适用的逻辑形式就是类比推理,即根据两个(或两类)对象在一系列属性上是相同(相似)的,而且已知其中的一个对象还具有其他特定属性,由此推出另一个对象也具有同样的其他特定属性的结论。^⑫

因此,从票据要求的文义性来看,按类推适用所要求的形式规则,伪造与代理甚至没有什么共同属性,一定要将二者类推适用,如同声称普通法律行为和代理行为形式上相同或相似一样明目张胆又毫无根据。主张伪造类推适用表见代理的观点强调了二者都是由无权限者以本人名义签发票据这一共性,进而从价值判断上认为应该给予无权代行伪造中的相对人与表见代理中的相对人同样的保护。但缺乏形式类似的基础,追求对伪造类推适用表见代理,就成了无源之水,无本之木。结果可能出现以下问题:

第一,无权代行的伪造无法满足表见代理的要件。如前述,要满足表见代理的要件,相对人要认识到代行行为是由代行人所为,而且要信赖代行人有代行权,并且这种信赖有正当理由。但无权代行的伪造,代行人是票据上是根本不存在的,从票据关系的当事人的角度,永远无法满足这一条件。也有日本学者试图通过伪造的类型化,来准确论证哪些伪造更能满足表见代理的条件,其中是指如B当着C的面代行A的署名,C有相信B拥有权限的充分理由时,即使实际上B是无权限的,如果具备了民法上表见代理的要件,应该类推适用表见代理的规定。^⑬与上述仅从交付阶段寻找代理权或代行权的根据一样,B既然不是票据上的当事人,他的代行权又有什么意义呢?代行权的授予可以和代理权一样存在于票据形式之外,但连法律关系的当事人也在票据形式之外,票据的书面性、文义性难道可以完全抛弃了吗?

第二,无权代行的伪造类推适用表见代理,无法实现表见代理的全部后果。我们知道,表见代理成立,相对人可以根据表见代理追究本人的责任,也可以放弃表见代理的主张(因举证困难)而直接追究无权代理人的责任。但无权代行若相对人放弃了对本人责任的追究,因代行人作为伪造人原则上是不负票据责任的,此时实际上相对人享受不到表见代理制度所赋予的这种选择权,这与类推适用追求“相同的案件,应为相同之处理”^⑭的法律效果,仍然是有差距的。

另一方面,权利外观理论适用于票据伪造应该有更广阔的空间。首先,从适用要件(见前述)上,代行人(伪造人)不是票据关系的当事人,不会有难以满足类推适用表见代理要件那样的影响。这时,只要相对人善意、无重大过失地信赖该票据行为如本人实施的真正票据行为的外观,且本人对这一外观的形成具有归责性,即可要求本人对自己承担票据责任。其次,以表见代理的类推适用谋求对伪造相对人的

⑩ [日] 河本一郎“批判”判例评论77号”判例时报398号226页。

⑪ [日] 小橋一郎“判例評議”民商法雜誌52卷4号128页。

⑫ 《普通逻辑》编写组:《普通逻辑》上海人民出版社1993年版,第312页。

⑬ [日] 上柳克郎“手形伪造者の責任”民商法雜誌50周年記念(1)196页。

⑭ 王泽鉴:《民法学说与判例研究》(八),中国政法大学出版社1998年版,第69页。

保护,其客观事由要受实定法的限制,比如日本民法第109条、110条、112条规定的授权型表见代理,越权型表见代理,代理权消灭后的表见代理。像印章交由他人保管,保管人用于实施票据行为,按日本法就不能类推适用表见代理。但适用权利外观理论不存在如此的实定法上的障碍。

如上所述,有个很有意思的现象,票据伪造类推适用表见代理还是适用权利外观理论的争论,总是围绕类推适用表见代理的不足展开,并没有强有力的对权利外观理论适用的指责,这也从另一个角度说明权利外观理论的优越性。对适用权利外观理论的不多见的怀疑,一是与所谓交付欠缺的情况不同,对于被伪造人的责任,因为被伪造人没有在票据上署名或记名捺印,对权利外观理论的适用不得不更慎重。^⑤二是对相信真正是由本人记名捺印的票据取得人依权利外观理论给与保护时,即便因为对本人的印鉴保管不够注意而被冒用,把对印章保管上本人有重大过失直接视为外观责任的归责事由,会带来与表见代理规定之间的不平衡,是不恰当的。^⑥

这两个问题都涉及对权利外观理论的基本认识。票据法上的权利外观理论是20世纪初德国学者Jacobi把私法上的一般意义的权利外观理论引入票据法形成的学说。根据Jacobi的理论,票据上的债权债务依票据授受的交付契约而成立,即使交付契约无效或不存在,具有归责性地引起交付契约有效的权利外观的署名人,对信赖这一外观,无恶意或重大过失的取得人,必须像有效的交付契约一样,负票据责任。^⑦票据权利外观理论产生的初始,确实是针对契约说强调票据行为不但要署名,而且要交付才能发生法律效力,而欠缺交付即进入流通的票据无法对第三人给予保护的缺陷而创造的一种理论。但是,当权利外观理论成为一般性的理论,对署名的理解,更应从权利外观的形成和归责性上判断。尽管被伪造人没有亲自在票据上署名或记名捺印,并且伪造代行也没有被伪造人的授权,但如被伪造人将印章交由伪造人使用,即使仅有彼授权而无此授权,甚至被伪造人对印鉴保管不够注意而被冒用,从印章对于票据行为的意义上来说,足以构成被伪造人的可归责性。在这一点上,它与有权代行的署名对第三人的意义没什么不同。另外,权利外观理论并不是表见代理制度的御用理论(其产生和运用的时间顺序也可以说明),它甚至是贯穿于私法全体的一般理论。^⑧在法律适用上,权利外观理论是要劣后于表见代理及其类推适用的,它是实定法适用或类推适用不能后的补充,或者说它们是在不同的领域发挥作用。顾虑把对印章保管上本人有重大过失直接视为外观责任的归责事由,会带来与表见代理规定之间的不平衡,显然是认为权利外观理论只应在表见代理的框架下发挥作用,这恐怕是一种误解。

四、结 论

如上分析,有权意义上的代行不存在表见代理适用或类推适用的余地,也无需再加讨论。而对票据表见代理直接相对人以外的第三取得人,和对票据伪造中的相对人谋求保护的根据,应该是权利外观理论,而不是表见代理的适用或类推适用。但为什么这种观点不能成为日本学界和判例的主流或决定性的意见,值得进一步分析。

第一,当法律漏洞出现,作为裁判者更喜欢从实定法上去“找法”,应该是一个事实(尽管在日本对伪造已经出现相反的判例,但声音依然微弱)。同时,判例结论走在理论前面的实事,对学说可能会产生一种导向性的影响。

第二,权利外观理论产生原本就比表见代理制度要晚,^⑨况且理论的接受和应用远没有法律的适

^⑤ 前引⑥,65页。

^⑥ 前引⑥,第66页;前引⑨,102页。

^⑦ Ernst Jacobi, Wechsel- und Scheckrecht 1956, S. 41-143(S. 106-107)。

^⑧ [日]喜多了祐“手形理论”仓沢康一郎、奥岛孝康“演习商法”(手形小切手)有斐阁(1992年)226页。

^⑨ 一般认为,权利外观主义思想是1906年由德国学者Moritz Wellspacher在其《关于民法上外部事实的信赖》中提出。其后的1909年德国学者Herbert Meyer在其《德国民法的公示原则》一书中,对权利外观作了进一步发展。参见姜建初:《票据法原理与票据法比较》,法律出版社1994年版,第44-45页。

用用来得迅捷,特别是权利外观理论引入票据法并进入日本法学界和实务界,就更是可知的历史过程的判断,同时,也存在对该理论在解释论上的认知问题。于是,表见代理被用于解决上述两个问题,无论在日本法学界和实务界都有较长的早于权利外观理论的历史基础。

第三,是不是因为上述原因,存在学者们不愿修正固有观点,转而追求理论技术上的解说,形成了不必要的理论精致(所谓法学家的法律),值得怀疑。在票据法研究上,日本票据理论之丰富,足以与其“票据王国”的称号相对应。但在很多问题上,比如,对伪造人类推适用无权代理的规定,令其负票据责任,以及对本文讨论的一、三两个问题表见代理的类推适用等,已经脱离了类推适用的基本规则,出现票据外的当事人要负票据责任的结论,从而形成为保护票据交易相对人,抛弃票据及票据法的特色,模糊票据法与民法界限,对民法适用或类推适用扩大化的研究趋势。我们并不主张僵化地固守票据文义性,以及“不签章者不负票据责任”等规则。适当修正,包括借鉴英美票据法上的灵活规定,是票据法发展的需要。但如果票据法已经不需要和民法相区别的时候,票据制度的存在和对其研究也就没有意义了。

Abstract: The stipulation of apparent agency is available for the negotiable instruments behavior according to the relationship of special law and common law between the Bill Law and the Civil Law, but, when, due to the trait of the Bill Law, applying the stipulation of apparent agency to the negotiable instruments behavior, it will happens that there is not the stipulation of pre-assumption theory in the Civil Law. For instance, what should we judge from to strive for protecting the third obtainer other than the direct counterpart and transferee of bill forgery. As for this, the constant mainstream is to utilize and analogize the stipulation of apparent agency, but from the theory of law explanation, it will be clearer and more scientific to apply the right appearance theory to protect the bill clients.

(责任编辑:王莉萍)