

表见代理证明责任分配论略

熊跃敏, 徐小淇

(北京师范大学法学院, 北京, 100875)

摘要:《民诉法解释》第91条以规范说为蓝本确立了我国证明责任分配的基本原则,而规范说旨在对实体规范进行分类的基础上确立证明责任的分配。《民法典》第172条规定了表见代理下相对人请求被代理人履行合同内容的请求权基础,奠定了表见代理证明责任分配的基准,但相关司法解释的规定存在不完善及矛盾之处。从实现制度设立的意旨出发,立足于相关实体规范所内含的风险分配,并基于体系化解释,应将被代理人可归责性作为表见代理的构成要件之一;对于可归责性与善意且无过失的证明责任分配,应遵循规范说的分配路径,明确可归责性属于权利妨碍规范、善意且无过失属于权利发生规范,分别由被代理人与相对人承担证明责任。

关键词:表见代理;证明责任分配;规范说;可归责性;善意且无过失

中图分类号:D925.1

文献标识码:A

文章编号:1672-3104(2024)05-0123-12

在我国,罗森贝克关于证明责任分配的规范说已成为民事诉讼法学界的理论共识^[1];《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(以下简称《民诉法解释》)第91条亦是以罗氏的规范说为参照,对证明责任分配的原则性规定^[2]。规范说将实体规范分为权利发生规范、权利妨碍规范、权利消灭规范和权利排除规范四类,并以此为基础分配证明责任,即主张权利发生的当事人对权利发生规范承担证明责任,主张权利妨碍、消灭、排除的当事人对这三类规范承担证明责任^{[3](123-124)}。具体到表见代理的证明责任分配,《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)第172条是关于表见代理的规定^①,据此,表见代理的构成要件包括:①欠缺代理权;②具有代理权的外观;③相对人善意且无过失^{[4](863-864)}。此外,也有观点认为权利外观可归责于被代理人亦为构成要件^②。其中,前两项要件作为权利发生规范而由主张表见代理的一方承担证明责任鲜有争议^③,但就被代理人可归责性是否为构成要件,以及可归责性与善意且无过失两个要件的证明责任分配则存有分歧。

就被代理人可归责性而言,《民法典》第172条的文义表述中并不包含这一要件,由此可能引发的问题是,应否将可归责性作为表见代理的构成要件?如果将其作为构成要件,由于该要件是通过解释得出的结论,并无明确的实体规范依据,到底应由哪一方对可归责性承担证明责任?是由相对人证明被代理人有可归责性,抑或是由被代理人证明其没有可归责性?

与可归责性要件不同,善意且无过失作为表见代理的构成要件并无显著争议,但就其证明责任分配,既有规定存在冲突。根据《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《民法典总则编解释》)第28条的规定,在主张构成表见代理的案件中,相对人就符合权利外观承担证明责任,被代理人就相对人不符合善意且无过失承担证明责任。然而,在最高人民法

收稿日期:2023-10-24;修回日期:2024-06-26

基金项目:国家社会科学基金一般项目“民事诉讼庭前会议制度研究”(19BFX081)

作者简介:熊跃敏,女,辽宁盘锦人,北京师范大学法学院教授、博士生导师,主要研究方向:民事诉讼法学与司法制度;徐小淇,女,吉林吉林人,北京师范大学法学院博士研究生,主要研究方向:民事诉讼法学,联系邮箱:201811040243@mail.bnu.edu.cn

院印发的《关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》(法发〔2009〕40号,以下简称《指导意见》)第13条规定中,相对人主张构成表见代理的,其对权利外观与自身善意且无过失两个要件均承担证明责任,这就与《民法典总则编解释》第28条的规定相抵牾。由此可能引发的问题是,善意且无过失的证明责任究竟应由何方承担?是由相对人证明自身善意且无过失,还是由被代理人证明相对人非善意或有过失?

有鉴于此,本文将以上述两个问题的解决为目标,在分析相关规范的制度基础、明确将被代理人可归责性作为表见代理构成要件的前提下,结合司法案例,阐释可归责性与善意且无过失两个要件在事实认定中分别处于何种层次,在此基础上明晰各自的证明责任分配规则。

一、被代理人可归责性应为表见代理的构成要件

表见代理构成要件与作为承担败诉后果的证明责任分配共同决定了表见代理各方的风险与利益分担。确立表见代理证明责任分配规则的前提是明晰构成要件。由于被代理人的可归责性并无明确的实体规范依据,因此,是否应将其作为表见代理的构成要件成为最有争议的问题。

(一) 立法释义与审判实务的冲突

从法律起草过程来看,原《民法总则》起草之前的专家建议稿将表见代理表述为“因本人的原因致使善意相对人合理信赖无权代理人享有代理权的,该行为直接对本人发生效力”。此外,还特别规定通过伪造等不可归责于被代理人的方式而形成的权利外观,不适用表见代理^④。这里所谓“本人的原因”即为被代理人可归责性要件,但该表述以及不适用表见代理的例外情形最终未被立法采纳。相关权威释义则强调表见代理不要求被代理人具有可归责性,其理由主要在于表见代理的制度目的是保护交易安全,至于被代理人是否具有可归责性,相对人很多情况下难以证明^[5]。《民法典》释义书对表见代理构成要件的解读也未提及可归责性要件^[4](863-864)]。可见来自立法者的权威解释并未考虑被代理人因素,这与实务中将被代理人可归责性作为单独构成要件进行审理的通行做法大相径庭。

笔者通过“北大法宝”数据库,检索“法院认为”部分在同段中同时包括“表见代理”和“可归责性”的民事案件共计152个,除去10个重复案例,筛选出涉及可归责性是否属于表见代理构成要件的案件共140个,均将被代理人可归责性作为表见代理的构成要件,而且有法院特别强调可归责性是认定表见代理的重要标准^⑤。一份来自最高人民法院的裁判文书对此表述为“表见代理是被代理人因疏忽的表见行为引起了善意第三人对无权代理人有代理权的合理信赖”^⑥。这里所谓疏忽的表见行为,就意味着被代理人具有可归责性。还有法院对比善意取得与表见代理,认为二者虽然都是为了维护善意第三人的利益,但所指向的法益有所差异,前者更强调纯粹的权利外观,而后者则涉及相对人善意与被代理人利益的平衡,并将这种平衡具象化为构成要件即被代理人的可归责性^⑦。可见在司法实务中,将被代理人的可归责性作为表见代理的构成要件并无太大争议。

(二) 学术界的观点分歧

在学界,有观点主张无须考虑被代理人可归责性,原因在于表见代理尤其注重维护交易安全,即便表见代理的发生一般是由被代理人本人原因造成的,但出于对相对人信赖利益的保护,不宜将可归责性作为构成要件^[6](299)]。不过多数观点认为应将被代理人可归责性作为表见代理的构成要件。比如有学者提出,表见代理以牺牲被代理人的追认自由为代价,在利益的天平上倾向于保护相对人的合理信赖,但若权利外观对被代理人而言没有可归责性,就意味着被代理人要为他人的行为负责,这未免过于苛刻^[7]。还有学者从私法自治的角度出发,同时结合体系解释的方法,提出正如占有脱离物原则上不适用善意取得,伪造或违法取得的空白文书也不能出于对权利外观信赖利益的保护而全部适用表见代理^[8]。

学界还有观点虽然不认可将被代理人可归责性作为构成要件,但在对其他构成要件的解释中,实际上承认了被代理人具备可归责性的情形,只是认为其不应成为独立的构成要件。比如有学者在列举相对人为善意的情形时,指出被代理人能够证明介绍信或空白合同书是盗用的,不构成表见代理^[9]。该观点倾向于将被代理人可归责性作为相对人善意的内容之一,也即被代理人如不具有可归责性,就不能认定相对人符合善意的要求。还有观点认为,并非所有具备权利外观的都构成表见代理,法律应当关注被代理人的利益,可以将权利外观与被代理人之间的关联性内置于相对人的合理信赖之中^[10]。这里“合理信赖”的客体即为权利外观,该观点倾向于将被代理人可归责性作为权利外观的内容之一。与之类似,《德国民法典》第170条至第173条就是将被代理人本人原因置于权利外观之内。但德国权威评注明确指出,此处规范以权利外观概念为特征,规范了权利外观的连接因素,即权利外观的载体及其消灭^⑧。被代理人对权利外观的授予与取消本身就是相关法条的重要内容。

反观我国,《民法典》第172条并未直接规定代理权外观本身,而是将其内涵于“有理由相信”的表述中。《指导意见》第13条与《民法典总则编解释》第28条在根据法律文本解释表见代理的构成要件时,重点均在对“有理由相信”的解读,且都将其解释为应包含代理权外观和善意且无过失两个要件^⑨。也即这两个要件本身已经是对法条文义解释的结果,并通过司法解释予以确认。若再将存有争议的被代理人可归责性置于其中任一要件之中,极易影响代理权外观或善意且无过失这两个要件本身的审理与认定,使实务中的处理方式愈发混乱。

(三) 本文的立场

“请求权基础的构成要件具有疑义时,须经由解释确定其内容。”^[11]《全国法院民商事审判工作会议纪要》(以下简称《九民纪要》)中提出,审判实务中要把握好外观主义的适用边界,避免泛化和滥用,可见《九民纪要》并不支持机械地遵循外观主义。近年来,认为可归责性属于表见代理构成要件的观点已经发展成为有力说^⑩。本文也支持这一观点。

从体系解释的角度来看,《民法典》第171条是关于狭义无权代理的规定,其中,善意相对人在被代理人追认前有撤销的权利,未被追认的可以向行为人请求履行或损害赔偿。可见狭义无权代理中的相对人也可能是善意的。而能够认定为善意的必要条件之一就是具备一定的权利外观。正如有法院判决指出的,权利外观因素越充分,越能够说明相对人主观上善意无过失^⑪。如此一来,无论是表见代理还是狭义无权代理,均可能出现在行为人欠缺代理权的情况下,相对人信赖其权利外观而善意地与之交易。且《民法典》第171条第4款规定相对人知道或应当知道行为人无权代理的,按其过错承担责任,这里的“知道”对应非善意,“应当知道”则对应有过失,可以推知善意相对人若要求履行债务或损害赔偿,也应符合无过失的要件。由此可见,权利外观与相对人善意且无过失并非表见代理与狭义无权代理的本质区别。既然表见代理制度要以牺牲被代理人的追认自由为代价来保护善意相对人的利益,其可适用范围应当小于狭义无权代理,而被代理人的可归责性正是可以明确区分表见代理与狭义无权代理的标准,因此,应当将其解释为表见代理的构成要件之一,才能尽量避免外观主义的滥用。

再从比较法的视角考察,就遵循纯粹外观主义的做法,《日本民法典》第110条关于超越代理权情形下表见代理的适用,在实务中最初以被代理人可归责性为必要,后来为了进一步保护交易安全,转变为依据纯粹客观的情况而不考虑被代理人的本人因素^[12]。但应当注意到,《日本民法典》对于没有代理权、超越代理权和代理权终止三种情形的表见代理分别进行了规定,各自的构成要件存在一定差异,比如其中第109条的适用就必须以被代理人对相对人表示其已授予行为人代理权为前提^[13]。而我国立法始终对这三种情形一并加以规定,因此,更应从整体考虑将被代理人可归责性定位为单独的构成要件。

二、被代理人可归责性要件的证明责任分配

在我国, 尽管实体规范未明确将被代理人可归责性作为表见代理的构成要件, 但无论是学界, 还是审判实务, 多数主张表见代理的构成要件应包括被代理人的可归责性。不过, 就可归责性证明责任如何分配仍存在诸多分歧, 亟须在理论上予以澄清。

(一) 可归责性证明责任分配的实务观点

考察审判实务, 可见多数案件均将被代理人可归责性作为表见代理的构成要件, 要求当事人证明。但对于该要件的证明责任分配, 则处理方式有所差异, 以下举两例说明。

案例 1: 就徐某等人是否构成表见代理, 法院认为, 作为本人的原审被告公司并未使徐某等人享有代理权限的外观, 其既未出具授权代理文件, 亦未直接传达徐某等有代理权的信息。因此, 原审原告未能就被代理人具有可归责性进行充分举证, 不能认定徐某等人的行为构成表见代理^⑫。

案例 2: 涉及行为人对被代理人公司是否构成表见代理的问题。行为人与相对人签订的购销合同中盖有被代理人某项目部印章, 就该印章如何被行为人取得存在争议^⑬。原告举证被告公司曾多次使用该项目部印章、多次在同一份文件中同时使用公司印章和该项目部印章等, 法院认为原告已尽到举证责任。被代理人则主张该项目部印章系伪造私刻, 法院认为其应当举出相应证据予以证明, 且对在多份材料上两印章同时存在的情况予以说明。法院最终认为被代理人未能举出相应证据, 应承担举证不能的后果^⑭。

在上述案例中, 案例 1 的法院认为应由相对人就被代理人具备可归责性承担证明责任^⑮。案例 2 中相对人对代理权外观要件进行了证明。被代理人则主张作为代理权外观载体的项目部印章系行为人伪造私刻, 实际上就是主张对代理权外观的形成不具可归责性。法院认为其应对此承担举证不能的后果, 本质就是认为应由被代理人对自身不具可归责性承担证明责任。虽然法院也提到原告对该印章相关事实“已尽到举证责任”, 但从其所明确列出的原告已证明的内容来看, 并未涉及该印章的来源是纯粹的伪造抑或是被盗用等^⑯, 证明内容仍停留在该印章的客观使用情况, 即代理权外观要件, 而不涉及代理权外观的形成, 也即行为人取得该印章而具备权利外观是否可归责于被代理人公司的问题。该项目部印章作为权利外观的重要载体, 与之相关的事实可能是多方面的, 其客观使用情况针对的是代理权外观要件, 而行为人获得该权利外观的途径针对的是被代理人可归责性要件。此处法院所称原告已尽的“举证责任”, 指的是代理权外观要件, 并非针对可归责性要件的证明责任。而法院对被代理人“未能举出相应证据应承担举证不能的后果”这一表述, 正是对其可归责性的结果证明责任的判断。但以上两个案例并未进一步说明其将证明责任分配给某一方的原因。

(二) 可归责性证明责任分配的学界观点

在学界, 虽然可归责性应为表见代理的构成要件成为有力说, 但就其证明责任分配, 仍存在如下分歧。

一种观点认为应当由被代理人承担证明责任。如有学者认为, 被代理人不具备可归责性的, 将阻碍表见代理的成立, 应当由主张不构成表见代理的被代理人承担证明责任^[14]。该学者的底层逻辑似乎停留在行为责任的层面^⑰。“谁主张, 谁举证”的规则不能适用于证明责任的确认, 因为无论是相对人还是被代理人, 均可主张具备或不具备可归责性要件。若双方从正反两个方面就同一个要件提出主张, 出于胜诉的考虑, 双方均会提供相关证据, 但案件事实真伪不明时的败诉后果只能由一方当事人承担。还有持相同结论的观点给出了不同的解释, 认为表见代理对交易安全的保护是有边界的, 正是出于对合理信赖的保护, 相对人才有权要求被代理人履行, 若被代理人不具备可归责性, 则属于表见代理对保护合理信赖的例外情况^[15]。

另一种观点则认为应当由相对人承担证明责任。如有学者提出, 可归责性要件的作用在于保护被代理人的私人自治, 与善意要件有着不同的规范功能, 其目的在于避免不具有可归责性的被代理人受其自身意思之外的约束, 因而应由相对人证明被代理人具备可归责性^[16]。该观点对证明责任分配进行了目的论解释, 是立足于可归责性要件所蕴含的私法自治原则而得出的结论。其逻辑在于, 可归责性要件的价值守护的是被代理人一方的利益, 因此由相对人证明具备可归责性, 更有利于对被代理人私人自治的保护。实际上, 任何规范都是在各种相互冲突的利益之间达成平衡的, 不会完全倾向于一方, 只是可能对某一方的利益有所倾斜。在表见代理制度的框架下, 可归责性要件确实可在一定程度上限缩被代理人承担责任的范围。然而从另一个角度看, 正是可归责性要件使得表见代理能够从狭义无权代理中区分出来, 进而更好地保护了善意相对人的利益, 为相对人直接要求被代理人履约提供了合法基础^⑧。可见, 从两个不同的角度对可归责性要件进行解读, 能够针对其所维护的利益得出完全相反的结论。某个要件的价值取向或许可以成为分配证明责任时考虑的因素, 但并不适合作为唯一的决定性因素。

(三) 可归责性证明责任应由被代理人承担

规范说中对法律规范的分类可分为基本规范与反对规范两个层次, 以此为标准在双方当事人之间分配证明责任^[17]。如前所述, 可归责性要件是解释论的结果, 实体规范并无直接规定, 而证明责任分配的规范说正是以法律规范的分类为基础的, 由此导致可能无法直接依据现有规范分配证明责任。为解决这一问题, 可通过对可归责性要件进行定性, 即确定该要件属于哪类规范, 就由哪一方承担证明责任可能更具合理性。对此应立足于表见代理的实体规范, 考察如何定性可归责性更适配于既有的规范结构。这样的分析进路本质上仍是以规范说作为证明责任分配的基本原则的。

表见代理制度实际上是为了维护部分无权代理中善意且无过失相对人的正常预期以及基本交易规则^{[4](862)}, 进而从狭义无权代理中分离出来的。从《民法典》第 172 条的文义表述来看, 其与第 171 条狭义无权代理规范的差异在于“相对人有理由相信行为人有代理权”。《民法典总则编解释》第 28 条将“有理由相信”解释为权利外观与相对人善意且无过失两个要件。据前文所述, 这两个要件无法显著区分狭义无权代理与表见代理, 从而有必要通过可归责性要件进行限缩解释, 以避免表见代理制度的滥用。从这样的逻辑结构来看, 《民法典》第 172 条是对表见代理请求权基础的规定, 其中各项要件自然是权利发生规范, 即属于基本规范的范畴。而引入可归责性要件的本质在于对该基本规范所涉及的情形进行限缩, “将非归因于被代理人之法律外观排除出‘有理由相信’范围之外”^[7]。由此可以得出可归责性要件属于反对规范的结论, 应当由被代理人对自身不具备可归责性承担证明责任。

基于我国既有的表见代理制度规范, 不宜将可归责性要件的证明责任分配给相对人承担。从比较法的视角来看, 虽然德国未单独设定可归责性要件, 但其将本人原因置于权利外观之内, 在实体构成要件上将代理权的产生作为权利发生要件, 由相对人证明代理权授予的事实, 被代理人若主张代理权的产生受到妨碍, 则必须对权利妨碍事实承担证明责任^⑨。与之类似, 《日本民法典》第 109 条将没有代理权情况下的被代理人本人原因明确规定为被代理人授予代理权的意思表示^[13]。在这样的规范结构下, 被代理人授予代理权的事实已经由法律固定为权利外观要件下的主要事实, 对代理权的产生承担证明责任的一方当事人自然需要对其中的被代理人本人原因进行证明。但反观我国对表见代理中权利外观要件的规定, 其内涵并不包括该权利外观如何产生, 相对人在证明该要件下的主要事实时, 可以不涉及任何被代理人本人原因, 只要形式上具备权利外观即可, 这实际上使得相对人承担了较轻的证明责任。从实体法的立法意旨来看^⑩, 表见代理的制度目的主要在于维护善意相对人的合理信赖。鉴于可归责性要件限缩了相对人直接要求被代理人履约的可能性, 这已经是对双方利益的一种平衡, 实不宜再增加善意相对人的证明负担, 以免影响表见代理制度目的的实现。

需要强调的是, 尽管本文赞同将可归责性证明责任分配给被代理人, 但与前述学界类似观点的分

析路径并不相同^[16]。前述持相同结论的观点是对可归责性这一单一要件的功能或价值进行分析,而本文则以制度整体的立法意旨为出发点,并将其作为检验标准来分配证明责任的归属。毕竟证明责任的分配最终决定的是某个制度是否得以适用,制度整体的价值应当位于对单个要件价值的考虑之上。由此,将可归责性要件的证明责任分配给被代理人承担,不仅能够适配于既有的规范结构,也符合表见代理制度的立法意旨。

三、善意且无过失要件的证明责任分配

关于善意且无过失要件的证明责任分配,相关规范存在冲突,审判实务做法不一,学界亦观点多有分歧,故有必要深入考证,以明晰该要件的证明责任归属。

(一) 善意且无过失证明责任分配的观点分歧

其一,关于司法解释的分歧。表见代理证明责任分配的规范冲突主要集中于善意且无过失要件的证明责任分配。《指导意见》第13条规定由相对人就代理权外观和善意且无过失要件承担证明责任。在《民法典》颁布之时,立法者未对该要件的证明责任分配作出特殊考量^[21]。实际上,在《民法典总则编解释》实施之前,相关权威释义仍认为应将善意且无过失要件分配给相对人承担证明责任^{[6](298)}。然而,《民法典总则编解释》第28条改为由被代理人对相对人不符合善意且无过失要件承担证明责任。对此有学者提出,相对人对善意且无过失难以证明,表见代理制度中就相对人应作善意推定,也就是说,相对人证明有代理权外观即可推定善意,这有助于在合理信赖保护和被代理人保护之间实现平衡^[18]。对于该规范的变化,司法解释的起草者指出这一规则吸收了司法实务中的经验做法和学术界的研究成果,也与善意取得规定的基本思路一致^[22]。但实际上,司法实务中最高人民法院近年的裁判文书仍认为善意且无过失应由相对人承担证明责任^[23]。在理论上,规范说的证明责任分配规则已成为通说,并已通过《民诉法解释》第91条予以确定。至于参考善意取得制度进行的体系解释,也是突破规范说的结果^[24]。尤其要强调的是,虽然二者均以保护善意相对人的信赖利益为目的,但善意取得制度认可纯粹的权利外观,表见代理制度则还需要被代理人对权利外观具有可归责性。两种制度对利益的衡量以及风险的分配不尽相同,因此,善意取得制度难以成为表见代理中善意且无过失要件证明责任分配的参照。

其二,关于实务观点的分歧。笔者通过“北大法宝”数据库检索相关案件,发现实务中就善意无过失要件的证明责任分配存在不同的处理方式,以下举例说明。

案例3: 原审原告主张行为人张某等与其签订合同的行为构成表见代理。一审法院提出应适用《指导意见》第13条的规定,由相对人证明善意且无过失要件。一审和二审法院均认为原审原告无充分证据证明其有理由相信张某等与之签订合时有代理权,因此认定不构成表见代理。最高人民法院对此持肯定态度^[25]。

案例4: 本案中法院援引《民诉法解释》第90条的规定^[26],认为作为被代理人的原审被告公司提供的证据不能证明相对人主观上无善意且存有过失地相信行为人黄某有代理权,因此,行为人黄某与相对人签订的协议对原审被告公司具有约束力^[27]。

在以上两个案例中,案例3的法院认为应由相对人证明自身善意且无过失,这是遵循了《指导意见》第13条的做法,也与规范说的要求相符。案例4的法院则认为应由被代理人证明相对人非善意和有过失,这是将其作为权利妨碍规范时的证明责任分配结果。可见在《民法典总则编解释》第28条实施之前,就善意且无过失要件证明责任分配,实务中已然存在不同观点。自《民法典总则编解释》实施之后,实务中已有法院以此为依据要求被代理人证明相对人不符合善意且无过失要件^[28]。值得注意的是,仍有法院认为应当由相对人证明自身善意且无过失^[29],甚至有法院先称应当由相对人证明其

善意且无过失地相信行为人有代理权, 而后又援引了《民法典总则编解释》第 28 条的规定, 前后矛盾^[9]。因此, 有必要澄清善意且无过失要件证明责任的分配规则。

其三, 关于学界观点的分歧。对于善意且无过失要件证明责任分配, 学界一直存在截然相反两种主张, 即将善意且无过失的证明责任分配给被代理人还是分配给相对人。近年来, 有学者提出应将相对人无过失作为权利发生规范, 善意则作为权利妨碍规范, 以此为基础分配证明责任, 可称之为证明责任分配的“二分法”。其主要理由在于, 从表见代理的规范目的出发, 相对人无过失是构成表见代理的基础要件, 且与权利外观的认定相对应, 也即权利外观越完美, 相对人所要承担的注意义务就越轻, 更容易符合无过失要件, 二者共同构成了相对人的合理信赖。而善意要件却与之相反, 表见代理的立法目的在于保护相对人合理的信赖利益, 相对人若非善意, 则无法实现该目的, 因而属于权利妨碍规范^[15]。还有类似观点认为, 善意要件证明责任分配的实质性原则是信赖保护, 即法律并非以相对人的恶意为出发点, 而是以其善意为出发点, 因而应当由被代理人就相对人非善意承担证明责任^[16]。

上述二分法的观点着眼于在表见代理的规范目的这一大框架下对善意且无过失的规范性质进行定位, 并在此基础上分配证明责任。其摆脱了只考虑某一要件自身价值的解释思路, 并试图跳出实体规范与证明责任分配的直接关联, 而关注该要件在实体法立法目的中所要实现的价值, 以此为基础来确认是属于基础规范还是反对规范, 在解释方法上有可取之处。但仅基于立法目的来判断善意且无过失的规范性质过于单一, 未考虑到实体规范本身所蕴含的风险分配, 与证明责任分配规范说的规范分类亦有隔阂, 并未成为通说。

(二) 善意且无过失证明责任应由相对人承担

本文认为善意且无过失属于权利发生要件, 应由相对人承担证明责任, 理由如下:

其一, 从善意要件在无权代理体系中的作用来看。一方面, 立法赋予了善意相对人为实现预期利益或避免自身损失而主张不同请求权基础的选择权, 即善意相对人可依据表见代理规范, 也可依据狭义无权代理规范而主张权利, 包括表见代理中要求被代理人履行的请求权。狭义无权代理中代理行为被追认前的撤销权与未被追认时要求无权代理人履行或赔偿的请求权, 且不论有无过失, 只有先符合善意的要求, 相对人才有可能行使上述权利。可见, 无论是表见代理还是狭义无权代理, 善意要件的作用均在于维护善意相对人的信赖利益, 其并非仅为表见代理特别设置的要件。另一方面, 实体规范已经对无权代理体系中被代理人、行为人以及相对人三方的风险进行了分配: 行为人本身无代理权属于自陷风险, 而风险最终是否由其承担, 还要看善意要件和可归责性要件是否成立。若善意要件成立, 则可以先排除善意相对人负担风险的可能, 其后要根据可归责性要件成立与否将风险分配给被代理人或行为人承担。被代理人具有可归责性的, 意味着其自陷风险, 行为人的代理行为对其有效; 被代理人不具有可归责性的, 则不必承担该风险。若善意要件不成立, 则风险由相对人和无权代理人各自承担, 相当于在代理人本身就承担风险的基础上, 将部分风险转移至由非善意相对人负担。由此可推知, 善意要件意在给相对人分配风险, 可归责性要件意在给被代理人分配风险。证明责任分配规则作为案件事实真伪不明时的裁判规范, 就是在对败诉风险进行分配, 相关实体规范所内含的风险分配也应在证明活动这一诉讼程序中得以体现。

其二, 从善意与无过失之间的关系来看。善意是指相对人不知道行为人无代理权; 无过失是指已尽到一般谨慎人所应尽之注意^[19], 也即在对权利外观进行合理审查后仍无法知道行为人无代理权。首先需要明确的是, 在表见代理中是否应进行善意推定。本文对此持否定态度。要求被代理人证明相对人非善意的观点, 实际上是以善意推定为基础的, 但是在认同善意推定的观点中又存在两种推定前提: 一是相对人证明代理权外观后, 即可推定其为善意^[18]; 二是相对人能够证明自身无过失, 即可推定其为善意^[20]。不同的推定前提可能导致善意的认定更为混乱。因此, 应当在能够认定善意时, 再考虑相对人有无过失, 这是一个相承继的关系。

基于此,如果将善意要件定位为权利妨碍规范,就会产生证明逻辑以及证明标准适用上的障碍。从证明逻辑上看,相对人要证明自身无过失,必得先证明其构成善意,也即善意要件天然地处于权利发生要件的地位。从证明标准适用上看,依据证明活动的进程,原告先提出主张,并证明权利发生规范,再由被告证明权利妨碍规范等反对规范,或针对权利发生规范提出反证。证明标准既是当事人完成证明责任的标志,也是法官裁判说理的关键^[21]。具体到表见代理案件中,若将善意要件定位为权利妨碍规范,需先由相对人主张构成表见代理,在其充分证明了权利外观要件和无过失要件后,由被代理人证明相对人非善意以及自身不具备可归责性。当被代理人能充分证明相对人非善意,由于善意本身是无过失的必要前提,则不仅该权利妨碍规范成立,相对人无过失这一权利发生规范也要陷入真伪不明的状态,具体操作中适用何种证明标准极有可能取决于法官的主观因素:当被代理人主张相对人非善意时,如果法官认为其是在对作为权利发生规范的无过失要件进行否认^③,则属于反证,将适用较低的证明标准,能够动摇法官确信即可;如果法官认为其是在主张权利妨碍规范,将适用高度盖然性的证明标准。虽然结果都是行为上的举证责任转移至原告,但二者的证明难度有所不同,后者所需的证明程度更高,这极有可能改变当事人之间的风险分配结果。

综上所述,如果突破规范说的证明责任分配规则,将善意要件分配给被代理人证明,实体法上将无法与之在无权代理制度体系中的价值相对接,程序法上有可能导致证明活动出现逻辑上的问题,以及证明标准适用上的混乱。如果在规范说的视野下,严格遵循实体法规定将其作为权利发生规范,可以极大限度地避免上述两方面的问题。

(三) 善意且无过失证明责任分配的难点及其解决

善意且无过失证明责任分配的难点之一在于对善意的权利规范属性的定位。有观点认为,善意与恶意实际上是就同一事项基于正面和反面两个视角的表述,因此无法对二者作出区分。因为若是相对人主张自身为善意,由于其以支持构成表见代理为立足点,则此时善意属于权利发生规范;若是被代理人主张相对人为恶意,由于其以反对构成表见代理为立足点,则此时善意要件属于权利妨碍规范,由此得出无法按照实体规范区分权利发生规范与权利妨碍规范的结论^{[22](441-442)}。

该难点的实质在于对基本规范与反对规范的区分,具体到善意与恶意二者之间就是权利发生规范与权利妨碍规范的区分。这一问题并非不可解决。按照罗森贝克的解释方法,应当以法条规定的形式加以区分。权利发生规范与权利妨碍规范的关系,可以用规则与例外的关系来说明^{[3](151)}。在实体法中对权利发生规范以基本规范的形式规定,对权利妨碍规范以例外规范的形式规定。据此,在我国善意属于基本规范的范畴,这一点在规范说的语境中并不存在认定的困难。与善意和恶意之间的关系相类似,无过失和有过失实际上也是同一事项的两种表述。由于《民法典总则编解释》第28条明确将相对人无过失列为“有理由相信”的认定条件,其无疑也应归属于权利发生规范。故善意且无过失属于权利发生规范,应由主张表见代理的相对人承担证明责任。

至于被代理人主张相对人为恶意时是否要承担证明责任,取决于被代理人的主张是抗辩还是否认。从证明责任的视角观察,抗辩与否认的区别在于,前者是抗辩方的权利主张,其要对自身所援引的抗辩权规范中的主要事实承担证明责任;而否认本质上并非权利主张,只是就对方的权利主张进行反驳,不需要承担证明责任^[23]。基于这一区别,可以推知被代理人主张相对人为恶意的属于否认,无须承担证明责任。但这并不意味着被代理人只需表达否认的态度,其也需要提供相关证据,只是在证明程度上能够动摇法官内心确信即可^[24]。

善意且无过失要件证明责任分配的另一难点是民法中的善意难以证明。善意作为一个较抽象的概念,同时也是一种主观上的状态,本身就容易产生如何证明的疑问。同样,相对人无过失也存在类似问题。这不仅因为无过失本身并非某种具象化的概念,而且还属于消极要件事实的范畴。比如,有学者就认为由相对人证明自身无过失,将使其主张表见代理的请求难以得到支持,因而建议构成要件中

只保留善意, 不必要求相对人无过失^[25]。这相当于免去了相对人的注意义务, 使表见代理更倾斜于对相对人的保护。而从被代理人的视角看, 非善意或有过失同样带有主观色彩, 非善意也属于消极要件事实。这样看来, 由被代理人证明相对人非善意或有过失未必就更容易。

实际上, 在具体的举证活动中, 需要当事人直接进行证明的对象从来不是善意且无过失这个概念本身。从程序法的角度来看, 案件事实处于不同层次会对当事人的举证活动和法院的认定规则产生直接影响。需要明确的是, 这里所指的层次并非规范说中将法律规范分为基本规范与反对规范的横向分层, 而是以案件事实的具体化程度为衡量标准, 将其划分为要件事实、主要事实和间接事实的纵向分层。实体规范中构成要件所直接对应的事实是要件事实, 一般均为抽象化的事实或评价性概念, 无法直接作为证明对象^{[22](342)}。作为请求权基础的实体规范不会直接对主要事实进行规定。要件事实下的主要事实可能通过司法习惯的积累而不断形成, 也有可能通过司法解释得以明确, 即要件事实的具体化。主要事实应当是具体事实, 当事人可以直接提供证据予以证明。在表见代理制度中, 善意且无过失就处于要件事实的层次, 不是可以直接提供证据予以证明的具体事实。本文认为, 善意且无过失属于评价性要件, 其具体化后的主要事实才是当事人的证明对象。至于消极要件事实难以证明的问题, 一方面, 消极要件事实不等于消极事实, 其具体化后完全可能是积极事实^[26]。从《指导意见》第 14 条法院对善意且无过失要件的判断方法来看也是如此, 相对人可以就诸如合同的缔结时间、以谁的名义签字、盖有相关印章等积极事实提供证据予以证明。另一方面, 即便主要事实中包含部分消极事实, 也并非不能证明, 证明困难不代表不能举证, 一般而言, 对于存在某一事实的证明, 通常也是以间接方式进行的^{[3](396)}。因此, 相对人并非不能对善意且无过失要件进行证明。

虽然《民法典总则编解释》第 28 条将善意且无过失要件的证明责任分配给被代理人承担, 但在实体法上并没有改变其作为权利发生规范的性质, 实质上是就该要件证明责任分配的倒置。既然该要件属于权利发生规范, 又并非无法证明, 就应当由主张构成表见代理的相对人承担证明责任。至于其可能面临证明不能的风险, 证明功能之一就是案件事实真伪不明时的败诉风险进行分配, 因此, 证明困难不能成为突破规范说的充分条件。

四、结论

综上所述, 可以对本文提出的问题作出如下回答: 第一, 应当将可归责性解释为表见代理的构成要件之一, 并将其定性为权利妨碍规范, 由被代理人对自身不具备可归责性承担证明责任。第二, 善意且无过失要件属于权利发生规范, 应严格遵循实体规范的表述对其进行分类, 不存在无法区分权利发生规范与权利妨碍规范的问题, 应由相对人自身善意且无过失承担证明责任。该要件作为评价性要件, 其具体化后的主要事实才是证明对象, 不应以无法证明或证明困难为由将证明责任倒置给被代理人承担。

规范说作为我国证明责任分配领域的通说, 以实体规范为主要依据, 具有使分配结果更为明确和统一的功能。司法实务中经常出现的问题是, 忽略实体规范本身来分配证明责任, 导致出现分配混乱的后果。这对当事人可能造成突袭裁判, 对司法而言则意味着同案不同判。因此, 有必要尽可能遵循实体法规定依照规范说分配证明责任。对于通过解释而来的构成要件, 也要参照既有的实体规范结构考虑其相应的法律规范性质。至于《民法典总则编解释》第 28 条与《指导意见》第 13 条之间就善意且无过失要件证明责任分配的矛盾, 可以通过解释予以修补, 将第 28 条解释为有关行为上的举证责任的规定。即相对人就自身善意且无过失进行证明, 法官形成初步心证后, 若被代理人提出相对人不符合该要件, 也应当提供相关证据, 才有动摇法官心证的可能。也即将该条规定视为司法解释对反证

方提出证据的行为责任的强调,而对结果责任的分配仍应遵循《指导意见》第13条的规定,由相对人就善意且无过失要件承担证明责任。

注释:

- ① 《民法典》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 被代理人可归责性是否属于表见代理的构成要件,存在一定争议。我国民法学界多数说认为,构成表见代理需要被代理人具有可归责性。参见朱虎:《表见代理中的被代理人可归责性》,载《法学研究》2017年第2期;朱庆育:《民法总论》,北京大学出版社2016年版,第370页;崔建远:《民法总论》,清华大学出版社2010年版,第115页。但也有学者对此持否定观点,参见郭明瑞:《民法总则通义》,商务印书馆2018年版,第299页。
- ③ 仅实务中有个案持不同观点,比如(2019)豫07民终5266号,该案就认为应当由被代理人对行为人确系无权代理承担证明责任。鉴于此类观点不仅显然违背《民诉法解释》第91条的规定,也未就其正当性展开说明,因此本文不做过多讨论。
- ④ 《民法总则》专家建议稿第170条规定:“下列情形,不得适用表见代理的规定:(一)伪造他人的公章、营业执照、合同书或者授权委托书,假冒他人的名义实施法律行为。(二)被代理人公章、营业执照、合同书或者授权委托书遗失或者被盗,或者与行为人特定的职务关系已经终止,并且已经以合理方式公告或者通知,相对人应当知悉的。(三)法律规定的其他情形。”该条款在之后的第三次审议稿中尚有所保留,但最终立法未采纳,可见立法过程中围绕可归责性要件就有所争议。
- ⑤ 参见上海市第一中级人民法院(2020)沪01民终3586号民事判决书。
- ⑥ 参见最高人民法院(2014)民四终字第48号民事判决书。
- ⑦ 参见江苏省南京市玄武区人民法院(2017)苏0102民初2597号民事判决书。除该案外,尚有较多案例也提到了对合同相对人与被代理人之间利益平衡的考量,比如湖北省高级人民法院(2019)鄂民申2209号民事裁定书、广东省高级人民法院(2015)粤高法民申字第2724号民事裁定书。
- ⑧ 《慕尼黑民法典评注》强调第170条至第173条仅适用于意定代理,而不适用于法定代理,特别是因为被代理人在此种情况下并不需要出具授权书,或这种权利外观可归责于他。可见权威法律评注认为被代理人可归责性内含于权利外观。Vgl. MüKoBGB/Schubert, 9. Aufl. 2021, BGB § 170 Rn. 3.
- ⑨ 《民法典总则编解释》第28条系直接将代理权外观与善意且无过失定位为认定“有理由相信”时应当满足的两个条件。《指导意见》第13条的文义似乎并未严格将二者定位为满足“有理由相信”的条件,但最高人民法院在对该条规范进行说明时,已经表明代理权外观和善意且无过失系认定“有理由相信”的两个条件。参见最高人民法院研究室负责人:《就〈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〉答记者问》,载最高人民法院官网, <https://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-347211.html>, 2023年12月20日访问。
- ⑩ 我国民法学界多数观点认为被代理人可归责性属于表见代理的构成要件。参见朱虎:《表见代理中的被代理人可归责性》,载《法学研究》2017年第2期;朱庆育:《民法总论》,北京大学出版社2016年版,第370页;崔建远:《民法总论》,清华大学出版社2010年版,第115页。
- ⑪ 参见辽宁省本溪市中级人民法院(2022)辽05民终1380号民事判决书、江苏省南京市中级人民法院(2014)宁商终字第607号民事判决书。
- ⑫ 参见上海市第一中级人民法院(2020)沪01民终3586号民事判决书。
- ⑬ 最高人民法院在本案中并未直接提及被代理人的可归责性问题,但项目部印章是代理权外观的载体,被代理人可归责性的内涵就在于其对于代理权外观的形成是否具有可归责性。因此,就行为人如何取得该项目部印章的问题所展开的审理内容,以及项目部印章与公司印章在同一份合同中曾同时出现的问题,所针对的实际上就是可归责性要件。
- ⑭ 参见最高人民法院(2017)最高法民申911号民事裁定书。
- ⑮ 除案例2外,尚有较多案例持此观点,比如上海市崇明县人民法院(2022)沪0151民初1141号民事判决书、北京市顺义区人民法院(2022)京0113民初8161号民事判决书、陕西省咸阳市渭城区人民法院(2020)陕0404民初3858号民事判决书。
- ⑯ 伪造与盗用不同,前者一般是伪造者的个人行为,而后者则可能是被盗用者疏忽大意的结果。具体到表见代理案件中,纯粹的伪造似不宜归责于被代理人。当然,在个案中还需要结合相关案情进行判断。
- ⑰ 王浩博士在对可归责性要件证明责任分配的论述中似乎遵循了主张权利妨碍规范的当事人对其承担证明责任的规则。但结合上下文来看,该观点将同一事项正反两个方面的事实均分配给相应的主张者承担证明责任。比如同属于可归责

性要件的“本人作出代理权通知”与“本人实际无行为意识或通知意识”这两个事实, 该观点认为分别应由合同相对人与被代理人本人承担证明责任。

- ⑮ 在未被追认的狭义无权代理中, 虽然善意相对人还可以向无权代理人主张履约或赔偿, 但从法律效果来看, 狭义无权代理与表见代理对善意相对人信赖利益的保护程度是不同的。其差异直接体现为善意相对人实现预期利益的可能性不同。表见代理在法律效果上相当于有权代理, 相对人更有可能实现其合同本身的目的。若只能构成狭义无权代理, 无权代理人极有可能根本无法履行合同内容, 而只能进行金钱上的赔偿。一般来说, 这对想实现合同目的的相对人而言只能成为次选。
- ⑯ 在德国, 对于表见代理证明责任的分配, 正确且被普遍承认的做法是: 由相对人证明代理权的有效授予, 也即具备权利外观; 由被代理人证明已有效地取消授权, 以及相对人非善意。相对人无须证明代理权持续存在或权利妨碍事实不存在。参见[德]莱奥·罗森贝克:《证明责任论》, 庄敬华译, 中国法制出版社 2018 年版, 第 179 页。Vgl. MüKoBGB/Schubert, 9. Aufl. 2021, BGB § 170 Rn. 16.
- ⑰ 新堂幸司认为法规的立法旨趣是决定证明责任分配的实质性要素之一。虽然本文是以规范说为视角展开的, 但由于可归责性要件的规范分类是通过解释而得出的结果, 因此, 此处将法规的立法旨趣作为一种检验方法, 用来验证将可归责性要件定位为反对规范从而分配给被代理人承担证明责任的合理性。应当明确的是, 这里仅是将立法旨趣作为一种检验手段, 而非决定证明责任分配的实质因素。参见[日]新堂幸司:《新民事诉讼法》, 林剑锋译, 法律出版社 2008 年版, 第 400 页。
- ⑱ 《民法典》释义书在讨论是否要求被代理人具备可归责性时提出, 相对人很多情况下难以证明被代理人有无过失, 其证明自身和行为人实施民事法律行为时善意且无过失即可。参见黄薇:《中华人民共和国民法典总则编释义》, 法律出版社 2020 年版, 第 465 页。
- ⑲ 此处为最高人民法院研究室负责人就《民法典总则编解释》有关问题回答记者提问中的观点。参见最高人民法院研究室负责人:《就〈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〉答记者问》, 载最高人民法院官网, <https://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-347211.html>, 2023 年 12 月 20 日访问。
- ⑳ 参见最高人民法院(2020)最高法民申 6900 号民事裁定书、(2021)最高法民申 2345 号民事裁定书。
- ㉑ 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉物权编的解释(一)》第 14 条: 受让人受让不动产或者动产时, 不知道转让人无处分权, 且无重大过失的, 应当认定受让人为善意。真实权利人主张受让人不构成善意的, 应当承担举证责任。
- ㉒ 参见最高人民法院(2021)最高法民申 2345 号民事裁定书、新疆维吾尔自治区高级人民法院(2020)新民终 41 号民事判决书。
- ㉓ 该判决于 2017 年作出, 因此, 法院当时适用的是 2015 年修订的《民诉法解释》, 但其援引的第 90 条第 2 款规定在之后的两次修订中并未发生变化。可以认为, 第 90 条第 2 款与第 91 条共同构成了我国证明责任分配规范说的原则性规定。
- ㉔ 参见北京市第三中级人民法院(2017)京 03 民终 2848 号民事判决书。
- ㉕ 参见青海省西宁市中级人民法院(2023)青 01 民终 2983 号民事判决书。
- ㉖ 参见上海市崇明县人民法院(2022)沪 0151 民初 1141 号民事判决书。
- ㉗ 参见新疆生产建设兵团第(农)六师中级人民法院(2023)兵 06 民终 538 号民事判决书。从“一审法院认为”部分可以看出, 《民法典总则编解释》施行后两则矛盾规范混用的情况。
- ㉘ 事实上, 在被代理人证明相对人非善意的观点中, 有学者也未明晰其规范性质, 在善意推定的前提下将善意要件作为权利妨碍规范的同时, 还称被代理人证明非善意的重点就是举证否定相对人无过失, 前者是独立的权利主张, 后者则是针对原告权利主张提出的反证。参见张驰:《表见代理体系构造探究》, 载《政治与法律》2018 年第 12 期, 第 136 页。

参考文献:

- [1] 任重. 论中国“现代”证明责任问题——兼评德国理论新进展[J]. 当代法学, 2017, 31(5): 19-32.
- [2] 张卫平. 民事诉讼法[M]. 5 版. 北京: 法律出版社, 2019: 251.
- [3] 莱奥·罗森贝克. 证明责任论[M]. 庄敬华, 译. 北京: 中国法制出版社, 2018.
- [4] 最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组. 中华人民共和国民法典总则编理解与适用: 下[M]. 北京: 人民法院出版社, 2020.
- [5] 黄薇. 中华人民共和国民法典总则编释义[M]. 北京: 法律出版社, 2020: 465.
- [6] 郭明瑞. 民法总则通义[M]. 北京: 商务印书馆, 2018.

- [7] 朱庆育. 民法总论[M]. 北京: 北京大学出版社, 2016: 370.
- [8] 徐涤宇. 代理制度如何贯彻私法自治《民法总则》代理制度评述[J]. 中外法学, 2017, 29(3): 685-701.
- [9] 王利明. 民法: 上册[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2020: 167.
- [10] 冉克平. 表见代理本人归责性要件的反思与重构[J]. 法律科学(西北政法大学学报), 2016, 34(1): 72-80.
- [11] 王泽鉴. 民法思维: 请求权基础理论体系[M]. 北京: 北京大学出版社, 2009: 196.
- [12] 我妻荣. 我妻荣民法讲义 I: 新订民法总则[M]. 于敏, 译. 北京: 中国法制出版社, 2008: 347.
- [13] 王融擎. 日本民法条文与判例: 上册[M]. 北京: 中国法制出版社, 2018: 85-86.
- [14] 王浩. “有理由相信行为人具有代理权”之重构[J]. 华东政法大学学报, 2020, 23(4): 178-192.
- [15] 吴泽勇. 表见代理的证明责任问题[J]. 现代法学, 2023, 45(5): 22-35.
- [16] 胡东海. 民事证明责任分配的实质性原则[J]. 中国法学, 2016(4): 287-302.
- [17] 任重. 罗森贝克证明责任论的再认识——兼论《民诉法解释》第90条、第91条和第108条[J]. 法律适用, 2017(15): 18-28.
- [18] 龙卫球, 周友军. 中华人民共和国民法典总则编与司法解释关联理解与适用[M]. 北京: 中国法制出版社, 2022: 220.
- [19] 梁慧星. 民法总则讲义[M]. 北京: 法律出版社, 2021: 316-317.
- [20] 张驰. 表见代理体系构造探究[J]. 政治与法律, 2018(12): 127-138.
- [21] 马莉, 何邦武. 证明程度在民国时期的学理推进及启示[J]. 中南大学学报(社会科学版), 2020(3): 80-89.
- [22] 高桥宏志. 民事诉讼法: 制度与理论的深层分析[M]. 林剑锋, 译. 北京: 法律出版社, 2003.
- [23] 袁琳. 证明责任视角下的抗辩与否认界别[J]. 现代法学, 2016, 38(6): 184-193.
- [24] 王亚新, 陈杭平, 刘君博. 中国民事诉讼法重点讲义[M]. 北京: 高等教育出版社, 2021: 138.
- [25] 崔建远. 关于制定《民法总则》的建议[J]. 财经法学, 2015(4): 5-25.
- [26] 陈贤贵. 论消极事实的举证证明责任——以《民诉法解释》第91条为中心[J]. 当代法学, 2017, 31(5): 33-40.

Discussion on the allocation of the burden of proof of apparent agency

XIONG Yue-min, XU Xiaoqi

(School of Law, Beijing Normal University, Beijing 100875, China)

Abstract: Article 91 of *The Interpretation of the Civil Procedure Law* establishes the basic principles for the allocation of the burden of proof in China with the norms of theory as the blueprint, which aims to establish the allocation of the burden of proof on the basis of the classification of substantive norms. Article 172 of *The Civil Code* stipulates the basis of the right of the counterparty to request the principal to fulfil the content of the contract under the apparent agency, laying down the benchmark for the allocation of the burden of proof of apparent agency, but there are imperfections and contradictions in the provisions of the relevant judicial interpretations. Starting with the aim to realize the establishment of the system, and based on the risk allocation in relevant substantive norms and the systematic interpretation, we should consider the agent's attributability as one of the constituent elements of the apparent agent; for the allocation of the burden of proof about the attributability and good faith and no negligence, it is necessary to follow the norms of theory, and make it clear that attributability belongs to the norms of the impairment of rights, good faith and no negligence element belongs to the norms of the occurrence of rights, and the burden of proof is respectively on the principal and the counterparty.

Key words: apparent agency; allocation of the burden of proof; norms of theory; attributability; good will without negligence

[编辑: 苏慧]