

刊登於台灣法學雜誌第199期，2012年5月，第38-49頁。

工程借牌承包的表見代理問題 —最高法院100年度台上字第1827號判決評釋

陳忠五

台灣大學法律學院教授

一、判決

（一）事實概要

名建營造有限公司（下稱名建公司）於2008年間承包台南市政府「安南區廣停（一）開闢工程」，因出借營建牌照於順凱工程行投標該工程，乃於得標後數日，即將全部工程交由順凱工程行執行，並交付公司大、小印章於順凱工程行，授權其在工程進行期間，以公司大、小印章，辦理公文往返、領取工程款、填寫工程日報表、驗收及出具保固證明書等相關事宜。其後，順凱工程行就工程中瀝青鋪設部分，以名建公司名義，蓋用名建公司及其法定代理人簽章，與永登瀝青有限公司（下稱永登公司）訂立瀝青鋪設工程契約。嗣永登公司於瀝青鋪設完畢後，開立對帳單及發票向名建公司請領工程款，卻遭名建公司拒絕，乃依契約起訴，請求名建公司支付瀝青鋪設工程款及相關費用，計277萬餘元。

名建公司則以：其雖授權順凱工程行以其公司大、小印章辦理公文往返、領取工程款、填寫工程日報表、驗收及出具保固證明書等事宜，但未授權順凱工程行以其名義與永登公司訂立瀝青鋪設工程契約，亦無任何由自己行為表示以代理權授與順凱工程行之事實存在，且其已依約支付工程款於順凱工程行，而系爭契約中名建公司及其法定代理人簽章，係順凱工程行負責人謝男及職員林女等人所盜蓋或偽簽，業經其提出刑事告訴等，作為抗辯。

（二）判決要旨

1.事實審法院見解

第一、二審法院審理結果¹，均認為【台灣法學雜誌第199期，2012年5月，第38頁】本件名建公司並無任何授與順凱工程行代理權行為，亦無表見代理情形，縱永登公司誤認順凱工程行有代理權，仍不能令名建公司負授與代理權或表見代理之責，本件既不成立「有權代理」，亦不成立「表見代理」，應「否定」永登公司的請求。其理由，整

¹ 見台灣台南地方法院98年度訴字第619號判決；台灣高等法院台南分院99年度上字第192號判決。

理如下：

第一，永登公司明知順凱工程行係向名建公司借牌承包系爭工程，名建公司交付公司大、小印章於順凱工程行，乃爲了辦理公文往返、領取工程款、填寫工程日報表、驗收及出具保固證明書等相關事宜，並未概括授權順凱工程行以其名義與第三人訂立契約履行系爭工程。

第二，代理僅限於意思表示範圍以內，不得爲意思表示以外之行爲，故不法行爲及事實行爲不僅不得成立代理，且亦不得成立表見代理，有最高法院 55 年台上字第 1054 號判例意旨可資參照，經查名建公司交付其公司大、小印章於順凱工程行，既爲了系爭工程進行之公文往來、領取工程款、工程日報表、驗收及出具保固證明書時使用，則名建公司顯無從知悉順凱工程行以其公司或其代理人之名義對外從事各種行爲，則順凱工程行對外縱以名建公司名義或其代理人身分，冒用名建公司之大、小章簽署任何文件，自屬不法行爲而應負刑事詐欺或偽造文書等罪責，參照前揭判例，無成立表見代理餘地，更無成立代理之處，自不得將順凱工程行所爲之不法行爲視爲名建公司本人所爲，否則對於名建公司過苛，勢將無法保障社會秩序與交易之安全。

此外，永登公司於第二審另主張，其信賴名建公司就系爭工程確曾授權於順凱工程行，且因其不知順凱工程行代理權受有限制，故本件應屬民法第 107 條的「越權代理」，非同法第 169 條的「表見代理」，名建公司自不得以代理權限制與之相對抗。

針對此點，第二審法院認爲：永登公司先主張本件屬表見代理，後又改稱應屬越權代理範疇，其就是否知悉名建公司借牌予順凱工程行一節，所述前後不一，已非無疑，則永登公司抗辯稱本件應屬越權代理，其不知名建公司授權順凱工程行之代理權受有限制，主張名建公司自不得以代理權限制與之對抗，洵不可採。

2.最高法院見解

針對上開第二審法院判決，最高法院以該院 100 年度台上字第 1827 號判決，廢棄發回。最高法院廢棄理由，要點有二：

第一，原審先謂：難謂名建公司就系爭契約無須負授權人之責，繼謂：順凱工程行因借牌關係，持有名建公司之大、小章，僅係作爲系爭工程進行之公文往來、領取工程款、工程日報表、驗收及出具保固證明書時之用，而非名建公司概括授權順凱工程行與他人締約，無成立表見代理或代理之餘地，已難謂無理由前後矛盾之違誤。

第二，代理權之限制及撤回，不得以之對抗善意第三人，但第三人因過失而不知其事實者，不在此限，民法第【台灣法學雜誌第 199 期，2012 年 5 月，第 39 頁】107 條定有明文。原審認名建公司授權順凱工程行於系爭工程進行中，使用其公司大、小印章，並未授權其締約，乃竟未命名建公司就此項代理權之限制舉證證明爲永登公司所明知或因過失而不知其事實，徒以永登公司先主張表見代理，後改稱越權代理，前後所述不一，

遽認其主張越權代理為不可採，進而為不利於永登公司之論斷，於法有違。

二、評釋

（一）問題提出

上開第一點廢棄理由，即有關判決理由前後矛盾部分，確有依據。該部分違誤，應係原審判決行文上的明顯疏誤。惟原審判決本意，顯然係否定本件成立表見代理，名建公司無須負授權人責任。

上開第二點廢棄理由，固係有關民法第107條解釋適用及其舉證責任分配問題，惟其背後，牽涉一些代理或表見代理制度運作上的疑義，值得檢討。

系爭瀝青鋪設工程契約，係由順凱工程行基於代理人地位，以名建公司名義與永登公司訂立，並無爭議。永登公司依約請求名建公司支付工程款及相關費用，其依據不外有二：其一，本件屬「有權代理」，依代理規定，該契約直接對名建公司發生效力；其二，本件雖屬「無權代理」，但為保護不知代理權有欠缺的永登公司，名建公司仍應依「表見代理」或所謂的「越權代理」規定，就該契約負授權人責任。

上開二種請求依據，不能同時併存²。本件情形，究竟是「有權代理」或「無權代理」？應予釐清。然而，有權代理與無權代理的差別，在於代理人「有無代理權」而已，無論是有權或無權代理，代理人於代理行為時，必須「以本人名義」、從事「得代理的行為」，此等要件，於二者間並無不同。系爭瀝青鋪設工程契約，雖然是以名建公司名義訂立，卻是順凱工程行盜蓋名建公司印章、偽造其法定代理人簽名情形下所為，是否仍屬「得代理的行為」？必須先予確定，方得進而討論有權或無權代理問題。

本件情形若為「無權代理」，則名建公司是否應依「表見代理」或所謂的「越權代理」規定，負授權人責任，有待討論。表見代理或越權代理，有無本質上的不同，以致其構成要件或法律效果，亦因而應有所不同？此涉及民法第169條規定與第107條規定二者間，其【台灣法學雜誌第199期，2012年5月，第40頁】適用關係如何的問題。尤其是，名建公司是否應負授權人責任，關鍵究竟在於，本件應適用民法第169條規定或第107條規定？或在於，本件是否具備表見代理構成要件（順凱工程行有無代理權存在的「權限外觀」，以及永登公司對此權限外觀有無「正當信賴」）？更加值得討論。

2 參閱最高法院99年度台上字第115號判決：「民法第一百六十九條所規定者為表見代理。所謂表見代理乃原無代理權，但表面上足令人信為有代理權，故法律規定使本人一定之責任。倘確有授與代理權之事實，即非表見代理，自無該條之適用。申言之，表見代理原屬無權代理，只因本人有表見之事實，足使第三人信該他人有代理權之情形存在，為保護交易之安全起見，而使本人負授權人之責任，此與有本人授權行為之有權代理，迥不相同。故本人與自稱係代理人者間之關係，或為有權代理，或為無權代理，二者不能併存，不因無權代理於一定條件下可有表見代理規定之適用，而有不同。原判決先則認定上訴人概括授權陳○○全權領款、上訴人有授與代理權與陳○○代為領款之事實，即認陳○○係有權代理之人，嗣竟認上訴人應負表見代理之授權人責任，即又認陳○○係無權代理之人，揆諸前揭說明，不無判決理由矛盾之違法」。

（二）不法行為不得成立代理？

1.代理行為的客體

代理人為代理行為，無論其為有權代理或無權代理，均必須以其所為行為，屬「得代理的行為」為前提。民法第103條規定：「代理人於代理權限內，以本人名義所為之意思表示，直接對本人發生效力（第1項）。前項規定，於應向本人為意思表示，而向其代理人為之者，準用之（第2項）」。³依據本條規定，顯見代理行為客體，限於「法律行為」。「準法律行為」，雖然亦得類推適用代理相關規定，但「不法行為」，當然不得成立代理，不能適用代理相關規定。代理人為代理行為時，如有不法行為，致侵害本人或他人權益者，其法律效果，應依民事責任法相關規定（例如契約責任或侵權責任規定）判斷之³，與代理關係上的「法律行為效力歸屬」問題無關。

由此可知，不法行為既然不得為代理行為客體，當然不生有權代理或無權代理問題，亦不生是否成立表見代理問題。本件順凱工程行執行系爭工程，縱然係以名建公司名義為之，其中如有不法行為，致侵害本人或他人權益（例如工程偷工減料具有瑕疵，或疏於工地安全維護釀成死傷意外），並無代理相關規定的適用，永登公司當然無從依代理相關規定，請求名建公司支付工程款及相關費用。

然而，本件情形，並非如此。順凱工程行以名建公司名義與永登公司訂立的瀝青鋪設工程契約，係一種「法律行為」，該契約本身並無任何「不法」，得為代理行為客體。從而，本件涉及代理問題，應屬無疑。永登公司請求有無理由，端視本件是否構成「有權代理」或「表見代理」而定。

2.不法行為的意涵

令人不解的是，本件訴訟過程中，名建公司未曾提出「不法行為不得成立代理或表見代理」此項抗辯，反而是第一、二審法院，主動援用最高法院55年台上字第1054號判例，以「不法行為不僅不得成立代理，亦不得成立表見代理」為由，否定永登公司請求。而就此一判例援用是否妥適，本件最高法院並未有所指摘。

按最高法院55年台上字第1054號判例謂：「表見代理云者，即代理人雖無代理權而因有可信其有代理權之正當【台灣法學雜誌第199期，2012年5月，第41頁】理由，遂由法律課以授權人責任之謂，而代理僅限於意思表示範圍以內，不得為意思表示以外之行為，故不法行為及事實行為不僅不得成立代理，且亦不得成立表見代理」。本號判例意旨，就其所示抽象法律見解本身，固然可資贊同。惟其重點，在於不法行為及事實

3 參閱最高法院80年度台上字第2340號判決：「代理行為，或代理本人為意思表示，或代理本人受意思表示，均以意思表示直接對本人發生效力為要件，此觀民法第一百零三條之規定自明。侵權行為為違法行為，不發生意思表示發生效力之問題，無適用代理規定之餘地。故代理人所為侵權行為之法律上效果，非得依代理之法則解為對於本人發生效力」。

行為「不得成立代理」！蓋不法行為及事實行為既然不得成立代理，當然亦不得成立表見代理！從而，判例要旨中所謂「亦不得成立表見代理」，毋寧只是當然推論而已，並無太大意義。

問題在於，本號判例所涉法律爭點，正是「表見代理」是否成立，上開判例意旨，係針對「表見代理」所作論述，因而實務上嗣後援用本號判例時⁴，大多涉及表見代理問題，而常見以「不法行為不僅不得成立代理，亦不得成立表見代理」，作為否定表見代理成立的理由，以致本號判例意旨的援用，「不法行為不得成立表見代理」，反而成為重點。在此一論證過程中，經常可見實務上誤解「不法行為」意涵，混淆「代理人為代理行為時的不法行為」與「代理行為本身」，將前者與後者等同視之，以致代理人無代理權以本人名義為「得代理的行為」時（法律行為），即便另涉及其他不法行為，法院往往不再審查表見代理構成要件是否具備，而逕以「不法行為不得成立表見代理」為由，否定表見代理成立⁵。

本件即是一例！第一、二審法院基於「順凱工程行冒用名建公司印章簽署文件，屬不法行為而應負刑事詐欺或偽造文書等罪責」，認為本件「無成立表見代理餘地」。問題是，本件法律爭點，不在順凱工程行所為刑事犯罪或民事侵權等「不法行為」，其效力是否應歸屬於名建公司，而在其所訂立的「瀝青鋪設工程契約」，名建公司是否應負授權人責任！瀝青鋪設工程契約的訂立，是一回事。盜蓋印章偽造簽名，又是另一回事。前者，契約本身並無不法，得為代理行為客體，發生有權代理或無權代理問題，亦可能涉及表見代理是否成立問題。後者，行為不法，不得為代理行為客體，當然不生有權代理或無權代理問題，亦不生表見代理是否成立問題。

因此，上開否定本件成立表見代理的理由，不具說服力。系爭瀝青鋪設工程契約的訂立，如果屬「無權代理」，即有必要進一步認定其是否成立「表見代理」。而在審查本件是否成立表見代理時，名建公司印章遭盜蓋或其法定代理人簽名遭偽造的事實，充其量僅涉及表見代理構成要件中，本人就代理權存【台灣法學雜誌第199期，2012年5月，第42頁】在的外觀，是否具有「可歸責性」問題而已（即民§169的「由自己之行為……」或「知……而不為反對之表示」），不能單純以「盜蓋印章偽造簽名屬不法行為」為由，一概否定表見代理成立的可能性！

就此而言，最高法院100年度台簡上字第4號判決，釐清相關誤解，極具參考價值。該號判決指出：「民法第一百六十九條之表見代理，代理人本係無代理權，因本人有表見

4 相關裁判眾多，最高法院近年判決，參閱：97年度台上字第2365號判決；96年度台上字第2425號判決；95年度台上字第1694號判決；91年度台上字第2325號判決；90年度台上字第1448號判決；90年度台上字第928號判決；89年度台上字第2605號判決；89年度台上字第1116號判決。

5 對相關實務見解的質疑或憂慮，參閱詹森林，最高法院2001年民事實體法判決回顧，收錄於：民事法理與判決研究（五），2007年12月初版，頁132-141；吳從周，不法行為不成立表見代理？／最高院98台上1959，台灣法學雜誌，158期，2010年8月15日，頁159-164。

授權之行為，足使交易相對人正當信賴表見代理人之行為，為保護交易之安全，始令本人應負授權人之責任。準此，所謂不法行為不得成立表見代理，係指不法行為之本身而言，非謂所有無權代理之法律行為不得成立表見代理。莊○玲盜蓋上訴人印章之行為雖屬不法，該盜蓋行為固不得成立表見代理。惟其以上訴人名義簽發系爭支票借款之行為係法律行為，並無不得成立表見代理之問題，原判決係以上訴人使莊○玲保管其支票，並可接觸上訴人公司大、小章，及莊○玲曾持上訴人為發票人之支票向被上訴人調現，並已兌現等情，認上訴人之行為已足使被上訴人相信莊○玲有持系爭支票向被上訴人調現之權限，上訴人應負表見代理之授權人責任，並不違背法令。上訴意旨謂莊○玲盜蓋印章簽發系爭本票為不法行為，不得成立表見代理等語，不無誤會」。

至於最高法院95年度台上字第1027號判決，應予補充說明。該號判決指出：「本院五十五年台上字第一〇五四號判例所謂不得成立表見代理之不法行為，係指無權代理人所代理之『行為本身』為『不法』者而言。本件陳○察盜用被上訴人印章，代理被上訴人簽蓋，使之充任系爭借款之連帶保證人，其盜蓋印章行為雖屬不法，然兩造所爭執者，實係陳○察代被上訴人所為保證法律行為是否成立表見代理，而該保證行為本身既非不法行為，乃原審未詳加研求，遽謂陳○察代為之保證行為係屬『不法』，不得成立表見代理，據以認定被上訴人任系爭借款連帶保證人係陳○察無權代理所為，被上訴人不負授權人之責任，而為不利於上訴人之判決，亦非允洽」⁶。

本號判決所謂「不得成立表見代理之不法行為，係指無權代理人所代理之『行為本身』為『不法』者而言」，應係誤會。無權代理行為，只要是得代理的行為，即便該行為本身「不法」（例如法律行為違反法律強制禁止規定或違背公共秩序善良風俗），事涉該行為「生效與否」問題，理論上仍有代理或表見代理相關規定的適用。只是，該行為本身如因不法而無效，則無論是有權代理或無權代理，亦無論是否成立表見代理，本人當然不受該行為效力的拘束。

事實上，本號判決本意，應係認為盜蓋他人印章以他人名義為連帶保證行為，其「盜蓋行為」係屬不法行為，不得成立代理，亦不得成立表見代理，但【**台灣法學雜誌第199期，2012年5月，第43頁**】「保證行為」本身並非不法行為，得成立代理，亦得成立表見代理，原審遽以「保證行為」係屬不法行為，不得成立表見代理，認定本人不負授權人責任，並非允恰。就此而言，本號判決所採見解，其實值得贊同。

（三）有權代理或無權代理？

在本件涉及「代理關係」前提下，名建公司是否應依「有權代理」關係，就系爭瀝青鋪設工程契約負履行責任，有待進一步確定。關鍵在於，順凱工程行就該契約訂立，

6 本件判決評論，參閱劉昭辰，「不法行為」不能代理？，台灣法學雜誌，92期，2007年3月，頁240-242。

有無「代理權」？

永登公司於第一、二審均一再主張：順凱工程行係向名建公司借牌承包系爭台南市政府工程，名建公司為規避政府採購法有關得標廠商不得轉包的規定，表面上維持承包商地位，實際上係將公司大、小印章交付於順凱工程行，「概括授權」順凱工程行得以其名義處理各種工程相關事宜，可見順凱工程行蓋用名建公司印章訂立系爭瀝青鋪設工程契約，係「有權代理」，名建公司自應負契約履行責任。

然而，第一、二審法院卻認定，本件名建公司與順凱工程行間，不存在授權關係，並認為永登公司雖主張名建公司概括授權於順凱工程行，順凱工程行係「有權代理」，惟實際上其相關主張，係有關「表見代理」的論述。

上開「否定授權關係存在」的見解，應可贊同。代理權授與，乃法律行為，應解釋本人授權行為意思表示而定，與相對人是否明知本人與代理人間內部關係如何無關，本人單純交付印章於代理人，其原因不一，不能當然解為有授權的意思表示。本人出借牌照於代理人投標工程，就該工程執行事宜，亦不能當然認為有授權於代理人的意思。本件名建公司交付公司大、小印章於順凱工程行，既然是為了辦理工程執行相關事宜，即不能解為係概括授權順凱工程行以其名義與第三人訂立契約履行系爭工程。而永登公司即便明知順凱工程行係向名建公司借牌承包系爭工程，亦不能當然認為名建公司有概括授權於順凱工程行的意思。

（四）越權代理或表見代理？

系爭瀝青鋪設工程契約的訂立，既然屬「無權代理」，則其是否構成「表見代理」，成為永登公司是否得依約請求名建公司支付工程款及相關費用的另一項重要依據。

然而，在第一審法院認定本件不成立民法第169條規定的表見代理後，永登公司於第二審另主張，其不知順凱工程行代理權受有限制，本件應屬民法第107條的「越權代理」，非屬同法第169條的「表見代理」，名建公司自不得以代理權限制與之相對抗。

問題在於，民法第107條規定，是否宜稱之為「越權代理」規定？其是否與民法第169條規定同，均屬「表見代理」規定？

按民法第107條規定：「代理權之限制及撤回，不得以之對抗善意第三人。但第三人因過失而不知其事實者，不在此限」。本條是否屬表見代理規【台灣法學雜誌第199期，2012年5月，第44頁】定，學說上有爭議。「否定說」⁷、「肯定說」⁸，均有主張者，以

7 參閱李模，民法總則之理論與實用，1998年9月修訂版，頁279，註2；劉得寬，民法總則，1982年9月修訂初版，頁310；王伯琦，民法總則，1981年6月台9版，頁193-194，或王伯琦，民法債篇總論，1983年11月台11版，頁40，註1。

8 參閱王澤鑑，債法原理—基本理論，2012年3月增訂3版，頁353-359，或王澤鑑，民法總則，2009年6月修訂版，頁501；吳從周，民法上之無權代理—表見代理，月旦法學教室，41期，2006年3月，頁61；施啓揚，民法總則，2005年6月6版，頁293-294；鄭玉波（黃宗樂修訂），民法總則，2004年10月修訂9版，頁320；陳

「肯定說」為多數說。實務上則普遍持「否定說」。

例如，最高法院70年台上字第3515號判例：「民法第一百六十九條規定之表見代理，係為保護第三人而設，本人如有使第三人信以為其有以代理權授與他人之行為，而與該他人交易，即應使本人負授權人責任，而此項表見代理云者，原係指代理人雖無代理權，而有可使人信其有代理權之情形而言，與民法第一百零七條所定代理權之限制及撤回之情形無關」。再如，最高法院90年度台上字第1774號判決：「民法第一百六十九條所定之表見代理與同法第一百零七條所定之越權代理不同。前者，本人未曾授與代理權，因有表見事實，而使本人對善意無過失之第三人負授權人之責任；後者，本人原曾授與有限制之代理權，而代理人越權代理，本人不得以代理權之限制對抗善意無過失之第三人，兩者截然有別」⁹。

本文以為，「否定說」相關論點，不具充分說服力。分述如下：

第一，否定說先依據民法第169條規定法條文義，將表見代理定義為「由自己行為表示以代理權授與他人，或知他人表示為其代理人而不為反對表示者，對於善意無過失不知代理人無代理權的第三人，應負授權人責任」，再據此以民法第107條規定法條文義不同為由，否定該條係屬表見代理規定，純屬「文字遊戲」，不具實質意義。吾人若超越民法第169條規定文義範圍，將「表見代理」定義為「代理人雖無代理權，但因本人行為創造代理人有代理權的權限外觀，足使相對人正當信賴代理人有代理權者，應使本人負授權人責任」的話，民法第107條規定文義，亦符合上開定義，不妨將之納為表見代理規定。

第二，否定說以民法第169條規定於債編，民法第107條規定於總則編，法條體系地位不同為由，否定第107條係屬表見代理規定，亦屬「形式論證」，不具實質意義。我國民法代理制度立法體例的割裂現象，有其歷史背景，是否妥適，不無斟酌餘地。無論如何，解釋適用上應依據學理，整合總則編與債編規定，合併觀察，求其協調一致，更不應純以法條體系地位上的不【台灣法學雜誌第199期，2012年5月，第45頁】同，作為否定第107條係屬表見代理規定的論點。

第三，否定說以民法第169條適用於「本人未曾授與代理權」情形，民法第107條適用於「本人原曾授與代理權」情形，二者截然有別為由，否定第107條係屬表見代理規定，亦有不妥。表見代理本質上屬無權代理，代理人為代理行為時「無代理權」，乃基本前提，不論其為本人未曾授與代理權（包括本人根本未授權或授權行為不生效力）或本人原曾授與代理權（包括代理人逾越權限範圍或代理權已歸消滅），均有成立表見代理

忠五，表見代理之研究，台灣大學法律學研究所碩士論文，1989年5月，頁114-120；洪遜欣，中國民法總則，1987年1月再修訂初版，頁485，註1；史尚寬，民法總論，1980年1月3版，頁490-500。

9 類似觀點，另參閱最高法院74年度台上字第2575號判決；72年度台上字第4664號判決；72年度台上字第3013號判決。

餘地。民法第169條規定，亦可能適用於「本人原曾授與代理權」情形，例如本人曾授與代理權，於授權期限屆滿後，代理人繼續表示其為本人的代理人，本人知其情事而不為反對表示。由此可知，以本人是否曾授與代理權，作為區別民法第107條與第169條規定的標準，無法凸顯二者間構成要件特徵上的差異。

事實上，民法第107條與第169條規定間，法條文義固然有所不同，其法律效果並無不同。所謂「不得對抗善意第三人」與「本人應負授權人責任」，結論上均發生類似有權代理的法律效果。所謂「第三人因過失而不知其事實者，不在此限」與「第三人明知其無代理權或可得而知者，不在此限」，要件上均係以相對人正當信賴代理人有代理權，作為保護的正當性基礎。

再就規範功能而言，表見代理制度旨在調和兼顧本人與相對人利益，在本人行為創造某種代理人有代理權的權限外觀時，只要相對人有正當理由信賴代理人有代理權，即應使本人負授權人責任，以確保代理制度的交易信用與有效運作。從此一角度觀察，民法第107條規定，顯然寓有相同規範功能。該條規定構成要件過於簡略，既然「代理權的限制或撤回」（即本人原曾授與代理權，嗣後限制或撤回代理權的情形），無法凸顯其構成要件特徵，則該條規定的解釋適用，更有需要參酌民法第169條規定，基於表見代理規範功能與法理基礎，予以補充。

因此，民法第107條規定，與第169條規定，本質上並無不同，均屬表見代理規定。其間區別，應在構成要件特徵上的不同，不在本人是否曾授與代理權。我國學說與實務，偶見以「越權代理」稱呼民法第107條規定¹⁰。惟該條規定，實不宜稱為「越權代理」。蓋「越權代理」，只是「無權代理」諸多形態之一，無法涵蓋所有無權代理情形，且民法第169條規定的適用，亦有可能涉及越權代理情形，顯見「越權代理」此一名稱，無法彰顯民法第107條的規範特色，徒增用語困擾而已。

（五）代理權存在的外觀

本件名建公司是否應基於表見代理規定，對永登公司負授權人責任，關鍵在於：永登公司就系爭瀝青鋪設工程契【台灣法學雜誌第199期，2012年5月，第46頁】約的訂立，是否正當信賴順凱工程行有代理名建公司的權限外觀？

此一「代理權存在的外觀」，因永登公司主張本件應適用民法第107條或第169條規定，而有不同！問題是，本件無論是適用民法第107條或第169條規定，結論上是否果真將有所不同？

1.代理權繼續存在？

10 使用「越權代理」此一用語者，除見於部分學者論述外，亦見於部分最高法院判決，例如：最高法院99年度台上字第721號判決；90年度台上字第1774號判決。

民法第107條規定，並未明確指出代理權存在的外觀為何。該條所稱「代理權限制或撤回」，只是諸多代理權消滅原因中的部分原因，其本身無法凸顯該條規定的構成要件特徵，亦不足以作為代理人有代理權的權限外觀。換言之，**代理權的限制或撤回，並非一概「不得對抗善意無過失的相對人」，仍應視代理權的限制或撤回，是否造成某種足使相對人正當信賴代理人有代理權的權限外觀而定。**

實務上大多以「本人先曾授與代理權，嗣後限制或撤回代理權」，作為民法第107條規定的構成要件特徵。最高法院62年台上字第1099號判例，乃代表性見解。該號判例謂：「民法上所謂代理，係指本人以代理權授與他人，由他人代理本人為法律行為，該代理人之意思表示對本人發生效力而言。故必先有代理權之授與，而後始有民法第一百零七條前段『代理權之限制及撤回，不得以之對抗善意第三人』規定之適用」。

此項見解，應予進一步釐清。按本人授與代理權後，代理人尚未與相對人為代理行為前，本人嗣後限制或撤回代理權者，由於本人的授權行為並未引起相對人信賴代理人有代理權，則即便本人嗣後限制或撤回代理權，亦不致創造某種足使相對人正當信賴代理人有代理權的權限外觀，當不能令本人負授權人責任。於此情形，代理行為效力不及於本人的危險性，本應由相對人承擔，正如同本人根本未授權於代理人，代理人仍以本人名義為代理行為一般，相對人即便善意且無過失，不知本人授與代理權後又限制或撤回情事，亦應由相對人承擔代理行為效力不及於本人的危險性。民法第107條規定，並無適用餘地。

反之，本人授與代理權後，代理人業與相對人為代理行為（有權代理），或本人直接對相對人表示授權於代理人（外部授權），由於本人的授權行為已經引起相對人信賴代理人有代理權，則本人嗣後限制或撤回代理權，將創造某種足使相對人正當信賴代理人有代理權的權限外觀，其後在代理人與相對人為代理行為時，即應使本人負授權人責任。於此情形，為保護善意且無過失不知代理權已因限制或撤回而不存在的相對人，代理行為效力及於本人的危險性，應轉歸由本人承擔。民法第107條規定，應有適用餘地。

因此，民法第107條規定的構成要件特徵，不在「代理權一度存在」本身（即本人先曾授與代理權），而在此「一度存在的代理權」，已經引起相對人信賴代理人確有代理權。此一信賴，如因本人嗣後限制或撤回代理權而被破壞時，應優先保護善意且無過失不知代【台灣法學雜誌第199期，2012年5月，第47頁】理權已經消滅的相對人利益！從而，該條規定的表見代理，其權限外觀，是「代理權繼續存在」！換言之，依民法第107條規定，代理人原有代理權，其後本人限制或撤回代理權時，不得對抗正當信賴「代理權繼續存在」的相對人。

本件名建公司根本未授權順凱工程行以其名義與永登公司訂立契約。其雖授權順凱工程行以其公司大、小印章辦理公文往返、領取工程款、填寫工程日報表、驗收及出具

保固證明書等事宜，亦係針對招標機關台南市政府所為的授權，非針對永登公司就訂立系爭瀝青鋪設工程契約所為的授權。因而，「對永登公司而言」，順凱工程行的代理權是否一度存在，已有疑問，更不用說此「一度存在的代理權」是否引起永登公司信賴以及名建公司有何限制或撤回代理權的行為！「代理權繼續存在」此一權限外觀既然不存在，民法第107條規定，當然無適用餘地。

準此，本件第二審法院「否定」民法第107條規定的適用，結論上可資贊同，但其理由係：永登公司先主張表見代理，後改稱越權代理，其就是否知悉名建公司借牌予順凱工程行一節，所述前後不一，則其抗辯本件應屬越權代理，其不知名建公司授權順凱工程行的代理權受有限制，主張名建公司自不得以代理權限制與之對抗，洵不可採云云。此段判決理由，顯然與民法第107條規定的適用無關，值得商榷。

2. 持有本人印章？

本件不適用民法第107條規定，是否另有第169條規定的適用？關鍵在於，名建公司交付公司印章於順凱工程行的行為，是否該當「由自己之行為表示以代理權授與他人」，構成另一種代理人有代理權的權限外觀！

針對此點，本件第一、二審法院均持「否定見解」。其理由略以：「他人持有本人之印章亦與由自己之行為表示以代理權授與他人之情形不同，仍與前開表見代理之規定有間。是由自己之行為表示以代理權授與他人者，對於第三人應負授權人之責任，必須本人有表見之事實，足使第三人信該他人有代理權之情形存在，始足當之，若本人並無任何授與他人代理權之表見行為，縱第三人誤以為該他人有代理權限，仍不能令本人負表見代理之責」。

此項否定民法第169條規定適用的見解，可資贊同。蓋單純的印章交付與持有本身，若未與其他文件或事實相結合，尚難構成足使相對人正當信賴代理人有代理權的權限外觀¹¹！

此項見解，已成為最高法院穩定的見解。最高法院70年台上字第657號判例，具有代表性。該號判例謂：「由自己之行為表示以代理權授與他人者，對【台灣法學雜誌第199期，2012年5月，第48頁】於第三人應負授權人之責任，必須本人有表見之事實，足使第三人信該他人有代理權之情形存在，始足當之（參看本院六十年台上字第2130號判例）。我國人民將自己印章交付他人，委託該他人辦理特定事項者，比比皆是，倘持有印章之該他人，除受託辦理之特定事項外，其他以本人名義所為之任何法律行為，均須由本人負表見代理之授權人責任，未免過苛。原審徒憑上訴人曾將印章交付與呂某

11 相關評論，參閱劉春堂，持有他人印章與表見代理之成立—簡評最高法院97年台上字第52號判決，台灣法學雜誌，112期，2008年9月15日，頁183-190；吳瑾瑜，淺談民法第169條代理權存在外觀之認定—由最高法院98年度台上字第1959號判決觀察，台灣法學雜誌，155期，2010年7月1日，頁180-187。

之事實，即認被上訴人就保證契約之訂立應負表見代理之授權人責任，自屬率斷」。

（六）相對人的正當信賴

本件無論是適用民法第107條或第169條規定，結論均屬相同，表見代理不成立。其理由，不是「代理權繼續存在」的權限外觀不存在，就是「表示授與代理權」的權限外觀不存在。「權限外觀」既然不存在，表見代理要件當然不具備，即不必再探究相對人是否「正當信賴」的問題，事實上亦不生相對人是否信賴或其信賴是否正當的問題。

換言之，唯有權限外觀存在的情形下，才有必要討論相對人就此權限外觀，是否具有正當信賴。原則上，權限外觀存在本身，應「推定」相對人善意且無過失不知代理人無代理權。此所以民法第107條但書規定：「但第三人因過失而不知其實者，不在此限」，第169條但書規定：「但第三人明知其無代理權或可得而知者，不在此限」，立法者經由推定相對人具有正當信賴，分配舉證責任，由本人就相對人明知代理人無代理權或可得而知一事，負舉證責任。

準此，本件最高法院第二點廢棄理由，以「原審法院未命名建公司就系爭代理權限制舉證證明為永登公司所明知或因過失而不知，於法有違」為由，廢棄原審判決。其中，就「相對人具有正當信賴」此一法律要件事實的舉證責任分配而言，上開見解固屬正確，惟如前所述，本件既無民法第107條或第169條規定的適用，則此一舉證責任分配上的指摘，有無必要？即非無疑。假如名建公司交付印章於順凱工程行辦理工程執行相關事宜，或永登公司明知名建公司借牌於順凱工程行投標工程等事實，均不足以構成「順凱工程行代理權繼續存在」或「名建公司表示以代理權授與順凱工程行」的權限外觀，則永登公司如何主張其「正當信賴」順凱工程行有權代理名建公司訂立系爭瀝青鋪設工程契約？永登公司的信賴，假如不具有正常性，何以又有必要責令名建公司負舉證責任？凡此，不免令人疑惑。【台灣法學雜誌第199期，2012年5月，第49頁】