

《民法总则》职务代理规则的体系化阐释

——以契合团体自治兼顾交易安全为轴心

徐深澄

摘要 民商合一体例下,我国《民法总则》吸收了大量的团体法思维。职务代理是团体自治对外发生效力的媒介制度,凭此媒介团体才能参与法律上之交易。为了充分发挥职务代理之功能,要构建起职务代理规则的适用体系。以契合其内在价值——团体自治和交易安全作为评判标准,选择“区别说”采用因性原则作为职务代理规则体系的基础理论,以此确定授权行为是职务代理权之权源。同时,通过论证职务代理类型化的正当性,以类型化思维结合基础理论解释《民法总则》第170条。“法人与非法人组织”应狭义解释为“私法人与非法人组织”;职务代理权应类型化为经理权与代办权,经理权的范围是经营团体业务所必要的一切行为,代办权范围是完成相应职务所必要的一切行为,且经理权与代办权范围的认定规则均具有习惯法之效力;本条第2款中“职权范围之限制”应等同于内部指示,该款为职务代理权滥用之规则。

关键词 职务代理 商事代理 经理权 意定代理 团体自治

DOI:10.16094/j.cnki.1005-0221.2019.02.008

作者徐深澄,中国政法大学民商经济法学院博士研究生,威廉玛丽学院法学院访问学者。

一、问题的提出

在《民法总则》出台之前,《民法通则》第43条一般被认定为职务代理的法律依据。但是,《民法通则》第43条因“企业法人应当承担民事责任”之用语容易与《侵权责任法》第34条第1款中的“由用人单位承担侵权责任”产生混淆,而受到诟病。《民法总则》第170条修正了《民法通则》第43条的弊端,以“效果归属规范”体现出职务代理之本质,并被规定于《民法总则》第七章“代理”下第二节“委托代理”中。此立法安排清晰地勾勒出民商合一下意定代理的二元结构体系,即意定代理包括一般意定代理与职务代理。这些颇具匠心的转变,均是职务代理规则乃至代理规则体系的进步之处。但是,职务代理和一般意定代理^①承载了不同的功能,前者以实现团体或企业经营者参与法律交易为使命,后者以扩张自然人经济活动空间为目的。^②两者不同的功能追求,导致两者内在价值的区别化。

^① 在多数论文和著作中“民事代理”表达“一般意定代理”之意,但民事代理不仅包含一般意定代理,还包括法定代理。因此,一般意定代理之表述更为准确。与“民事代理”相对应是“商事代理”,其包括职务代理与代理商等制度。

^② 参见陈自强《代理权与经理权之间——民商合一与民商分立》,北京大学出版社2008年版,第12-13页。

职务代理作为现代团体^③内部的结构性的制度，实现了让经理以及代办人等职务代理人能够在团体的法律架构下按照团体意志行事的目的，^④ 承载了团体自治^⑤对外发生效力的媒介功能。相较于一般意定代理，职务代理对交易安全的程度、力度、广度均有更高的要求。“团体自治”与“交易安全”共同塑造了“职务代理”的内在价值体系。此内在价值与“一般意定代理”的内在价值存在一定的区别，进而导致两者的外在规则的差异化。学者们或认为在未来的《民法典》的“合同篇”中以新增有名合同的方式将职务代理的具体规则进行区别规定，^⑥ 或认为应当另行制定“商法通则”构建体系性的商事代理制度，将职务代理与代理商囊括其中。^⑦ 但是，以目前公布的《民法典合同编（草案）》的内容来看，并没有如“经理合同”等职务代理合同的规则，制定“商法通则”虽可期待但任重道远。然而，职务代理规则的适用却迫在眉睫，此时以《民法总则》第170条为中心的解理论，应当是最“接地气”的应对之策。是故，笔者以契约团体自治兼顾交易安全为评判标准，选择“职务代理规则”的基础理论，以此明晰职务代理权的权源。然后，辨析职务代理类型化的正当性。在此基础上，以类型化的思维对《民法总则》第170条进行规范分析，构建职务代理规则的适用体系。规范分析涉及四个问题：其一，“法人与非法人组织”是否应当进行狭义解释？其二，“职权范围”应如何认定？其三，确定“职权范围限制”与内部指示的关系？其四，该条第2款是否为职务代理滥用之规则？

二、解释基础：理论选择与权源确定

《民法总则》第170条的解释基础，应当是对职务代理权的权源进行清晰的界定。只有确定了权源，才能区分何为有权职务代理、何为无权职务代理，并在此基础上才能探讨职务代理权行使、职务代理权的范围、职务代理权滥用、表见职务代理等问题。^⑧ 对于职务代理权的权源，我国存在两大观点“授权行为说”与“职务说”。“授权行为说”认为，其权源来自本人的代理权授予行为；而“职务说”认为，其权源来自特定职务（职位）。^⑨ 在两种权源争议背后，实质上是基础理论——“区别说”和“同一说”的选择问题。当然选择基础理论的目的不只限于确定职务代理权的权源，也更在于兼容并包团体自治、交易安全等价值，以及对意定代理的二元构造体系一以贯之的解释。

（一）“同一说”与“区别说”之争议

1. 有关“同一说”。代理中的法律关系可分为内外两层关系，即存在于本人与代理人之间的内部关系，以及存在于本人与相对人之间外部关系。而“同一说”与“区别说”的争议在于内部关系是否区分为基础关系与代理权授予关系。“同一说”认为，代理权授予行为被基础关系（委托、

^③ 本文中出现的“团体”，是指“私法人与非法人组织”，对应我国《民法总则》的法人制度，包括营利法人、部分社会团体、基金会、社会服务机构、农村集体经济组织法人、城镇农村的合作经济组织法人、非法人组织。

^④ 参见王文字“揭开法人的神秘面纱——兼论民事主体的法典化”，《清华法学》2016年第5期，第103-104页。

^⑤ 私法自治按照主体的不同，可以分为个人自治与团体自治。所谓“团体自治”，是指团体成员在法律允许的制度空间内主要借助决议行为形成内部规则，规范团体成员及团体的权利义务关系。这也意味着团体的意思自治受到更多拘束，包括团体内部规则和团体法中强制性规定的拘束，这也是团体法之品性。参见吴飞飞“决议行为归属于团体法‘私法评价体系’构建研究”，《政治与法律》2016年第6期，第11-12页；蒋大兴“公司法中的合同空间——从契约法到组织法的逻辑”，《法学》2017年第4期，第135页。

^⑥ 参见曾大鹏“民法典编纂中商事代理的制度构造”，《法学》2017年第8期，第94-96页。

^⑦ 参见樊涛“商法通则：中国商事立法的应然选择（附《中华人民共和国商法通则建议稿》）”，《河南大学学报（社科版）》2008年第3期，第22-23页。

^⑧ 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，第49-50页。

^⑨ 参见注⑧，第51页。

雇佣)所包含。换言之,委托人要约的内容,不仅包括了事务处理的委托,同时也包含了代理权授予的意思表示,受托人承诺以委托人名义处理委托事务,委托合同成立,其中代理权授予的合意同时达成,基于委托合同,受托人处理委托事务所为的法律行为归属于委托人。《瑞士债法典》第396条第2款^⑩规定就采纳了“同一说”的观点,即委托必须包括处理委托事务必要行为的代理权授予。“同一说”通过一体化解释基础关系与代理权授予行为的关系,以此法律结构诠释代理制度蕴含的私法自治精神,突出尊重委托人之意志。但是“同一说”在兼顾交易安全方面有所不及,另外也混淆了代理权授予与委托事务处理的本质差异。^⑪

2. 有关“区别说”。“区别说”认为,本人与代理人的内部关系存在两层结构,即基础关系与代理权授予关系。代理权系基于本人的授权行为而生,并非基于基础关系所生。代理权的范围、效力等法律判断应为代理权授予行为的解释问题,与基础关系的内容无必然关系。^⑫因此,代理权授予行为具有独立性,在此独立性的基础上,德国法学家在参照物权行为无因性理论,得出代理权授予行为无因性之推论,即代理权授权行为的有效性不依赖于基础关系之有效性,基础关系的瑕疵不影响代理权授予行为,从而突出保护交易安全之价值追求。在“区别说”下,职务代理权的权源来自授权行为,这也是“授权行为说”的由来。



图1 “区别说”基本结构

“区别说”脱胎于以经理权为原型的职务代理^⑬,而后以此理论衍化出整个代理体系,是商法民法化的经典例证。但吊诡的是,一些学者认为“区别说”不再契合职务代理之特性,而应采用“同一说”。其有三方面的理由:第一,“区别说”的无因性原则淡化了职务代理人作为团体内部营业辅助人与团体的天然紧密性,甚至抑制了团体自治效果的对外发生;第二,职务代理仅存直接代理唯一形态,同时仅有内部授权唯一方式,代理权授予行为独立毫无意义;^⑭第三,职务代理人多因为职务本身之地位而获得代理权,与授权行为无关,即所谓的“职务说”。^⑮

^⑩ 《瑞士债法典》第396条第2款“委托合同应当包含执行委托事务所需的法律行为的代理权”。《瑞士债法典》,吴兆祥、石佳友、孙淑妍译,法律出版社2002年版,第125页。

^⑪ 两者之间存在两大差异:其一,委托合同令受托人负有为委托人处理事务之义务,代理权授予则是使得代理人取得将代理行为之效果归属于被代理人之权力,义务与权力,判然有别。其二,受托人为委托人处理委托事务,未必需要通过法律行为完成,或者即便受托人须以法律行为的方式完成,未必享有代理权,委托与代理并非一一对应关系。参见朱庆育《民法总论》(第二版),北京大学出版社2016年版,第343页。

^⑫ 参见注②,第45页。

^⑬ 职务代理与代理商一起组成了整个商事代理体系。拉邦德(Labond)根据1861年《德国一般商法典》关于商事代理权之规定“①法律明文规定代理权之范围,但仅第三人明知,代理权之范围亦不能加以限制;②代理权之范围由法律规定,但仅第三人明知,代理权之限制方有效;③代理权之范围虽以约定之,但法律推定其范围,对推定范围之限制,仅在第三人明知可得而知方有效力;④代理权之范围以约定之,法律亦不推定,第三人须证明代理人有代理权限”,在此基础上提炼出“区别说”并成为一般代理理论。

^⑭ 一般意定代理既有直接代理与间接代理双重形态,也存在内部授权和外部授权两种方式。内部授权是本人对代理人表示授予代理权;外部授权是本人向代理行为的相对人表示授予代理权。

^⑮ 参见注②,第124-125页。

职务代理所谓之“职务”有两意：其一，委托或雇佣之事务等基础关系约定的事务；其二，职位。“职务说”之职务是职位之意。职务代理在“同一说”下，委托/雇佣之事务由基础关系约定，职务是由基础关系授权而形成。具言之，因基础关系中包含的授权行为，使职务代理人享有职务代理权，从而形成了团体内部的身份地位——职务。基础关系是“因”，职务是“果”。如果将“职务”作为职务代理的权源，实乃因果颠倒。因此，在“同一说”下，职务代理权的权源来自基础关系，“职务说”并不妥当。

（二）“同一说”与“区别说”之选择

“同一说”与“区别说”的理论形成、发展均凝聚了大量学者的智慧学识，各有其可取之处，其差异化源于法学家们不同的前见、偏好以及价值取向。如何选择职务代理的基础理论，取决于何种学说的解释力更强以及被我国《民法总则》接受的成本更低。

1. 学说解释力强弱之判断。理论学说解释力的强弱应当取决于具体理论与相应法律制度所追求的价值之契合度。任何法律制度均有其内在的价值体系，如果将法律制度类比为人的话，那么内在价值就是人脑中的思想。思想决定了人之所以为人，内在价值决定了具体法律制度的应然状态。因此，理论学说对具体法律制度的解释应契合其内在价值，使之朝着应然状态发展。对职务代理而言，“同一说”和“区别说”的解释力强弱的判断在于何者更能兼顾团体自治与交易安全。具言之，两者之间的结构性差异为授权行为的独立，此独立在职务代理上的源点性变化是权源从基础关系到授权行为的转变，由此在规则创设及其法律解释上产生了一系列变化。那么授权行为的独立以及相应的规则变化对于团体自治与交易安全两种价值的影响，可以成为判断两个学说解释力强弱的依据。

在团体自治层面，“区别说”下授权行为的独立性并不是减损委托团体意思自治的主因，而授权行为无因性原则才是弱化委托团体意思自治的主因。而援用物权行为无因性原则，推导出授权行为无因性的正当性也备受质疑。^⑩正如陈自强教授所言“授权行为独立性原则强调授权行为与基础关系的分离，即行为分离，而效果分离是物权无因性之内容，两者不可等同”。^⑪那么在“区别说”下采用有因性原则，让授权行为的效力系于基础关系的效力，让委托团体的意思自治可以贯彻授权行为。此外，“区别说”下授权行为的独立性，让团体内部的决议在职务代理中有了用武之地。具言之，团体自治相较于个人自治，更受到团体内部规则和团体法中强制性规范的拘束，内部规则是团体意志真实性的保障。决议作为特殊的法律行为只有在内部规则拘束下成立，才能充分代表团体意志，具有相应的效力。“区别说”下，如董事会作出聘任公司经理的决议等同于授权行为，代表团体的意志，此决议成立生效，决议指向的代理人便被授予了经理权。^⑫而在仅有委托合同无董事会聘任决议的情形下，并不能真实地反映团体的整体意志。“同一说”下，因其仅以委托合同作为团体意志的表征，决议很难发挥其团体自治功能，难以突出职务代理团体自治的特性。因此，“区别说”下采用有因性原则相较于“同一说”更契合团体自治的精神。

在交易安全层面，“区别说”和“同一说”对于职务代理权权源的认定方式存在差异，导致无权代理在两种学说下构成的可能性不同，进而同样的交易相对人在不同的学说下要承担不同的无权代理风险。申言之，“区别说”下，职务代理权的权源为授权行为，而“同一说”下由基础关系所决定，何种权源的认定更有利于交易安全之保护？在代办的情景中，代办（职务代理的类型之一）

^⑩ 无因性原则欠缺正当性，多位学者均有论述，囿于篇幅，本文不作详述。参见注①，第344-346页。

^⑪ 同注②，第69页。

^⑫ 决议行为的性质，主要有共同行为说、法律行为说、意思形成说等三种观点。多数学者赞同意思形成说。采“意思形成说”时，聘任经理的决议当然无法成为授权行为。但“法律行为说”既然被《民法总则》所采纳，将公司决议行为认定为法律行为，聘任经理的决议认定为授权行为，具有法律上的正当性。

均以雇佣作为基础关系，劳动合同的成立生效后，即便不存在明示的授权行为，也推定存在默示的授权行为。因此，基础关系和授权行为的认定在此情境中高度一致，两种学说对交易安全的保护程度大致相同。但是，在经理权的情境中，却完全不同。我国《公司法》第46条将公司经理聘任的职权赋予董事会，因此默示授权行为的推定并不适用经理权，经理权授予行为（董事会决议）已被法定化，单有委托合同无法推定存在授权行为。采用“同一说”不仅无法解释经理权中委托合同与董事会决议的双重结构，更重要的是降低了交易安全的保护程度。具言之，在聘任经理的情境中，一般先有董事会决议，后有委托合同的订立。在“区别说”下，以董事会决议作为认定经理权授予的标准，¹⁹实质是将经理权生效的时间点提前了，此后经理与相对人发生的交易均为有权代理，提升了交易安全的保护程度。虽然，也可能存在委托合同成立，但没有董事会决议的情形。在“区别说”下，此时授权行为不存在，即为无权代理。在“同一说”下，经理权生效虽以委托合同为准，但《公司法》第46条“董事会职权规则”应为效力性强制性规范，委托合同因违反《公司法》的效力性强制性规范而无效，仍为无权代理。两种学说解释此情景均得出“无权代理”的结论，均可能需要通过表见代理进行救济。是故，“区别说”下采有因性原则相较于“同一说”更能兼顾交易安全。综合团体自治和交易安全两个层面，“区别说”下采有因性原则对职务代理规则的解释力更强。

2. 实在法接受成本之考量。实在法对于理论学说的接受成本取决于该理论对实在法规则体系的贯通程度，贯通程度越高，接受成本越低。赞成“同一说”的学者，仅认为职务代理采用之，而一般意定代理因有外部授权之方式，而无法用“同一说”解释，只得采用“区别说”。²⁰具言之，所谓外部授权即直接向代理行为的相对人作出授权表示，²¹此时代理人与本人之间无基础关系，假如不采“区别说”将授权行为独立，将无法解释外部授权的代理情形。且“外部授权”的方式习见于日常生活，德国法上甚至承认向不特定人公告也为“外部授权”的一种方式。²²因此，采“同一说”在学理上将职务代理与一般意定代理进行割裂，难以纳入统一的意定代理二元结构体系。相反，“区别说”可以统一解释一般意定代理与职务代理，通过学理贯通整个意定代理的规则体系。由此，“区别说”与“同一说”被我国《民法总则》的接受之成本，高低立判。

综上所述，笔者认为“区别说”采有因性原则相较于“同一说”不仅有更强的解释力，而且被我国《民法总则》接受之成本也更低。因此，职务代理应选择“区别说”采有因性原则作为基础理论，职务代理权的权源来自授权行为。

三、解释前提：职务代理类型化的正当性

职务代理权类型化的立法技术常常被大陆法系国家(地区)制定职务代理规则时所采用。如《德国商法典》第一编“商人身份”第五章“经理权和代办权”(第48-58条)，于第49规定了“经理权的范围”以及于第54条规定了“代办权”²³。《日本商法典》第一编“总则”第六章“商业雇员”(第20-26条)分别于第21条和第25条规定了“经理的权利”与“被委任处理某类或者特定事项

¹⁹ 此时基础关系不存在，为孤立代理权的情形，仅依授权行为而决，也不必探讨基础关系对授权行为的影响，所以采有因性原则，并不会影响授权行为的效力。参见注①，第345页。

²⁰ 参见注②，第124页。

²¹ 参见注①，第340页。

²² 参见注①，第340-341页。

²³ 《德国商法典》，杜景林、卢谔译，法律出版社2010年版，第25-27页。

的雇员的权利”。²⁴ 我国澳门地区《商法典》第六编“经营企业之代理”第一章“经理”(第64-76条)、第二章“企业主之辅助人员”(第77-80条)分别于第65条规定了“经理之权力”、第77条规定了“辅助人员之权力”。德国、日本以及我国澳门地区均采民商分立体例,职务代理在这些商法典中均被类型化为经理权与代办权两类。这种法定类型化的现象不仅出现在民商分立的国家(地区),同时也出现在民商合一的国家。如《意大利民法典》第五编“劳动”第二章“企业内劳动”第三节“商业企业及适用登记的其他企业”中分别于第2204条规定了“经理人的权限”以及第2210条规定了“企业的使用人的各种权能”。²⁵ 也有一些国家仅规定了经理权,未规定代办权。如《瑞士债法典》第二编“各类合同”第十七章“经理人”(第458条-第465条),仅第459条规定了“经理人权限”;²⁶ 一些大陆法系国家未规定职务代理权,如《法国商法典》《韩国商法典》等。²⁷

从大陆法系国家和地区的立法例观察,大部分国家和地区均将职务代理类型化为经理权与代办权。概念的类型化,存在两种方式:第一种,“由上至下”,一个一般概念在其可能的内容范围内向下演绎枝分获得下位概念,称之为“解析性的类型化”;²⁸ 第二种,“由下而上”,既存之个别的事物可以经由突出其共同的特征归纳集合,各集合更可以同样的方式利用愈来愈多一般之概念,最终构成涵盖整个领域之一般概念,称之为“叙述性的类型化”。²⁹ 从各国(地区)法典对经理权、代办权的规定观察,职务代理的类型化应当属于“叙述性类型化”。职务代理作为由经理权、代办权归纳而成的一般概念。因此,三者呈正三角状“由下而上”对商事实践中发生的各类职务代理样态进行整合。故“叙述性类型化”的解释《民法总则》“职务代理规则”可以被我们优先考虑,但也并不能必然得出类型化的应然结论。因此,职务代理类型化的正当性仍应该从优化团体自治与保护交易安全两个维度进行考量。

(一) 职务代理的类型化是团体自治的内在需求

职务代理特指从属于特定团体的营业辅助人,经特定团体授予职务代理权,代理人在职务代理权范围内以该团体的名义实施一切行为,效果归属于该团体。因此,职务代理发生在团体的内部,民法上的“团体”,以公司最为常见,故以公司为例。公司是虚拟的法律主体,不具有独立的思维,无法在生理上实现“意思自治”。由此,将股东的集体意志拟制为公司之意志。但股东一般为多数人,他们之间意志总有相左之时,为了相对公平、高效地体现出股东的集体意志,资本多数决成为产生股东会决议的方式,股东会决议成为股东集体意志的载体。为了让决议能充分、公平体现股东的集体意志,就需要专业性、强制性的程序提供必要的保障。因此,团体自治蕴含了程序性原则,但程序性原则的要求,也意味着团体决议时必须遵守“议事规则”。但是,商事实践中股东不可能每日就公司之事务在依照“议事规则”的要求下作出决议。进而,作为公司的剩余索取权人的股东根据公司章程的约定或公司法的规定将公司的控制权转移给董事会。³⁰

不管是“股东会中心主义”还是“董事会中心主义”的公司法体系,董事会都是掌握控制权的机关,只是控制权的强弱存在差异。因为股东会与董事会间在权利与权力的配置上并非存在不可

²⁴ 参见《日本最新商法典译注》,刘成杰译、柳经纬校,中国政法大学出版社2012年版,第51-63页。

²⁵ 参见《意大利民法典》,陈国柱译,中国人民大学出版社2010年版,第380-382页。

²⁶ 同注¹⁰,第142-143页。

²⁷ 《法国商法典》《韩国商法典》均有“商事代理人”规定,但通过内容识别,发现其内容就是德国法上之“代理商”,均未规定如经理权、代办权等职务代理。参见《法国商法典》(上),罗结珍译,北京大学出版2015年版,第68-76页。《韩国商法典》,吴日煊译,中国政法大学出版社1999年版,第20-21页。

²⁸ 黄茂荣《法学方法与现代民法》(第五版),法律出版社2007年版,第538页。

²⁹ 同注²⁸,第538页。

³⁰ See Paul L. Davies and Sarah Worthington, *Gower and Davies' Principles of Modern Company Law*, 9th ed., London: Sweet & Maxwell, 2012, pp. 178-179.

调和的矛盾，前者强调股东的权利，后者强调权力掌握在董事会手中。^① 根据我国《公司法》第46条以及第108条的规定，有限公司与股份公司的董事会职权有“决定公司的经营计划和投资方案”“决定公司内部管理机构的设置”“决定聘任或者解聘公司经理”等控制性权力即决策、指令生产性权力。当然董事会一般也是由数位董事组成，其意志也是以决议的方式呈现，因此必然伴随着程序性。董事会作为公司机关，是公司的组成部分，其行为等同于公司行为，与公司之间是代表之关系。董事会相较于股东会效率更高，其程序也相对简便。即便如此，董事会也不可能负担繁重的公司日常业务的执行。同时，董事会并不能第一时间获取交易信息，如果每笔交易都需要向董事会汇报，然后经决议才能执行，会消耗大量的时间和机会成本。^② 因此，在董事会无法高效执行公司业务时，由董事会作出决议聘任公司经理。此聘任决议在符合程序性原则的情形下作出，蕴含了董事会集体意志，代表了公司之意志，此董事会决议是代理权授予行为。因为，在一般意定代理情形下，授权行为是单方法律行为，当被代理人授予代理权的意思表示生效时，代理人便获得了代理权。同理，决议行为被《民法总则》第134条规定为法律行为，在职务代理的情景中，可以将聘任决议理解为一般意定代理情形下单方授权行为，两者均只需被代理人的意思表示就可以成立法律行为，不同之处在于聘任决议的生效需要受到团体内部规则的拘束。此聘任决议作为独立的法律行为自然独立于公司与经理之间的契约，不仅符合《民法总则》决议是法律行为的规定，也与“区别说”一以贯之。经理经董事会授权，就具有经营权即对指令、业务的执行权。由此，公司内就形成了三层次架构（参见表1）。

表1 公司三层次架构

公司架构	权利性质	权利关系
股东会	所有权	代表
董事会	控制权	代表
经理	经营权	代理

公司的所有权、控制权与经营权的相互分离，是以团体自治的方式实现优化团体治理的进路。因此，经理权的授予行为受到团体民主与程序正义的制约，突出体现为股东会与董事会的议事规则等。但代理一类业务或者一种业务执行的代办权^③的授予在一般情形下并不直接受到股东会与董事会的议事规则的制约，其绝大多数情况下属于复代理。复代理分为两种：一是本代理人以被代理人名义任命复代理人，为直接复代理，也称转代理；二是本代理人以自己名义任命复代理人，称间接复代理。^④ 两者均是代理权进一步再授权之权力。代办权人的权力来源于经理或公司人事部门，而经理或公司人事部门的代理权为本代理权，它们的代理权来自董事会的授权。当然在极少数情况下，代办权由董事会或股东会直接向代办权人授权，此时代办权是本代理。因此，相较于经理权，绝大多数情形下代办权承载公司意志较弱，此意志的弱化也决定了代办权范围相对较小、授权行为在程序上的弱化（无需登记）等一系列的差异。这种强弱差异的设置，是为了服务于整个公司的经营，经理权的授予对公司举足轻重，相应的程序也最为严格复杂，代办权随着权限范围缩小，授予

^① See Lucian Arye Bebchuk, “The Case for Increasing Shareholder Power”, *Harvard Law Review*, Vol. 118 (2005), pp. 843-850. 虽然论文中用“Shareholder Power”一词，但是仍对应的是股东权利，只是多分配给股东一些权利的时候，会缩减董事会控制权的强度。

^② 参见徐深澄“商事代理制度的合理性与立法路径选择——以‘职务行为’的司法困境为分析起点”，《浙江学刊》2017年第5期，第112页。

^③ 《德国商法典》第54条第1款规定“某人不经授予经理权而有权经营营业或有权实施属于营业的一种种类的行为、或有权实施属于营业的个别行为时，代办权扩及由经营此种营业或实施此种行为通常所产生的一切行为和法律行为”。同注^②，第26页。

^④ 参见注^①，第348页。

程序也逐渐简化,授权发生次数增多,使得公司在治理和经营的效率提升。因此,经理权与代办权的类型化是团体自治的内在需求。

(二) 职务代理的类型化是交易安全的促进方式

职务代理的类型化,才能使经理权的范围得以确定。大陆法系国家及地区纷纷通过商法典或民法典将经理权的范围成文化。如《德国商法典》第49条第1款“经理权授权实施由营利事业经营产生的一切种类的诉讼上的和诉讼外的行为和法律行为。”^⑤不仅是德国,多数法典国家(地区)均将经理权的范围规定为商事主体为经营营利事业所需实施的一切行为,^⑥以此充分体现其经营权的特性。仅对涉及商事主体的土地出让和土地上设定负担的权利予以限制,通过法定的形式最大化经理权的范围。从经理的角度出发,其所从事与商事主体营业相关的所有行为,均为有权代理。即使商事主体与经理通过约定进行权限限制,这种约定限制不得对抗法定之经理权范围。因此,超越约定限制的经理行为的效力仍归属于商事主体。这种立法设置,将权限逾越型无权代理的发生可能性降到了极低的状态。对于交易相对人而言,绝大多数情况下不需要借助表见代理,即可实现救济。这种风险分担的设置,符合科斯定理的逻辑,有其合理性。因为监督和确认经理权的成本对于商事主体和交易相对人来说完全不同,商事主体只要做到妥善的监督,便可使经理在特定范围内从事经营,此监督成本远低于每位交易相对人在缔约前调查、确认经理权范围的成本之和,从降低社会整体交易成本角度的考量,将经理可能逾越经理权范围的风险让商事主体承担,不仅保护了交易相对人之交易安全,同时降低了社会整体的交易成本。^⑦

另一方面,职务代理权的类型化,使其权利外观的类型化成为可能。很多商业纠纷的发生是因为交易双方存在着严重的信息不对称,假设交易双方在交易发生时都需要支付巨额的成本去调查、收集信息,以此克服信息不对称的危害,为交易提供征信。最终会导致交易的成本过高,使得许多将主要资金投向生产、研发的优质企业因无法支付高昂的征信成本,迫不得已退出市场,将市场留给了劣质公司,呈现出所谓“劣币驱逐良币”的市场失灵现象。因此,必须通过法制的安排降低因信息不对称所导致的高昂的征信成本。法律通过保护交易相对人对权利外观事实的合理信赖,既保护相对人的交易安全,又降低了获取交易信息的成本,促进了市场交易的效率。这一过程中,权利外观的确认是最基础的要素,权利外观需要通过一般人的认知进行客观推断。^⑧职务代理权外观“客观推断”的一般标准,即通过职务代理人在作出商行为时的各项与职务相关的因素综合形成的权利外观是否足以使“理性人”产生信赖的标准,这些客观因素包括:所处环境、出示物件、冠以相应的职务(职位)称呼等与职务身份相关的因素。^⑨但在一般标准之下,为进一步明确职务代理权外观,需要借助职务代理权外观的类型化。而职务代理权外观的类型化,很大程度上需要建立在职务代理类型化的基础上,基于经理权与代办权的特性,具体化出特定的权利外观事实,如表2所示。

虽然,我国《民法总则》并未将职务代理类型化,但可将商业实践中能确定职务身份的权利外观事实,按照经理权和代办权两大类别类型化为特定权利外观。然后以“商事习惯即形成商业社会一般人的认知”的解释路径,认定这些特定权利外观为商事习惯,具有习惯法之效力,以此实现成文法的效果。进而从“权利外观”确认代理人的职务身份,然后通过职务身份推断职务代理权的范围。此“职务代理客观化的流水线”大大减少了交易成本,促进了交易安全的保护,推动市场的优化发展。

^⑤ 同注②,第25页。

^⑥ 如《日本商法典》第21条、《澳门商法典》第65条、《瑞士债法典》第459条等。参见注④,第51页;注⑩,第142页。

^⑦ 参见[美]罗纳德·科斯《企业、市场与法律》,盛洪、陈郁译校,格致出版社2014年版,第91-93页。

^⑧ 参见刘保玉、郭栋“权利外观保护理论及其在我国民法典中的设计”,《法律科学》2012年第5期,第65页。

^⑨ 参见注②,第111-112页。

表2 职务代理权外观特定类型

职务代理权类型	特定权利外观事实	具体表现
经理权	工商部门保管的商事登记文件/国家企业信用信息公示系统的公示信息	工商部门登记的企业信息中的总经理职务
	委托合同	委托合同载明的具体个人信息、经理职务或经理权范围
	董事会决议	决议上载明的个人信息、经理职务
	企业公章	携带并出示企业公章
代办权	劳动合同	劳动合同载明的个人信息、具体职务
	授权书	授权书载明的代办权的范围
	加盖企业公章的合同文本	加盖企业公章的合同文本中的信息

四、解释问题之一：“法人与非法人组织”的狭义解释

《民法总则》第170条将职务代理规则的适用范围规定为“执行法人或者非法人组织工作任务的人员”。“法人与非法人组织”一语是否用语过宽?^⑩假如该用语过宽应当采用狭义解释还是目的性限缩?狭义解释,系消极地将文义局限于其核心部分,而目的性限缩系积极地将不合规规范意旨部分予以剔除,使之不在该法律适用范围之列,二者理由不同。^⑪在实务上,如文义可为切割、直接分类,多采狭义解释,将其文义局限于核心部分,若不能将文义予以切割分类,则以目的性限缩为之。^⑫“法人与非法人组织”之文义可以进一步切割分类,如果存在用语过宽的情形,应当采用狭义解释。欲探究“法人与非法人组织”是否应当狭义解释,则需从“法人与非法人组织”的分类入手,判断法人的具体分类与“职务代理规则”所追求的价值兼容性,从中寻找契合职务代理制度价值的“法人与非法人组织”类别,并对“法人与非法人组织”予以狭义解释,以此实现今日法秩序下“职务代理规则”的标准意义。我国《民法总则》第三章“法人制度”中采取了“营利-非营利”的元分类,构筑出“营利法人、非营利法人与特别法人”三足鼎立的局势。虽然我国的法人制度提出了元分类,且并未进一步提出一级分类,甚至二级分类。但是,在“非营利法人”与“特别法人”下“社团-财团”、“公-私”两种分类维度相互杂糅。因此,我国法人制度虽然以立法的形式,确定了营利-非营利的元分类,但实质上蕴含了三种分类维度,那么这三种分类维度何者会与职务代理规则的价值产生了冲突?

“营利-非营利”分类下,两者定义的落脚点为“目的”。进一步将“目的”界分为“设立目的”与“存续目的”。在设立目的上,营利/非营利法人的分野在于设立时是否以取得利润并分配给股东等出资人为设立目的。但在存续目的上,营利法人必须同时具备获得利润的营业行为,且存在向股东等出资人具体分配利润的客观行为。^⑬非营利性法人则对“取得利润的营业行为”不做排斥,仅不得有向股东等出资人具体分配利润的客观行为。由此,营利/非营利法人在目的上差异在于是否存在以取得利润并分配给股东等出资人为设立目的以及在存续过程中是否存在向股东等出资人具体分配利润和剩余财产的客观行为。故“营利-非营利”法人的分类可视为以法人财产分配为中心的分类模式,此分类模式的内在性质与职务代理规则扩张团体自治的品性并不冲突。

^⑩ 参见张谷 “从民商关系角度谈‘民法总则’的理解与适用”,《中国应用法学》2017年第4期,第155页。

^⑪ 参见杨仁寿 《法学方法论》(第二版),中国政法大学出版社2013年版,第152-153页。

^⑫ 参见注⑪,第153页。

^⑬ 参见蒋大兴 “《民法总则》的商法意义——以法人类型区分即规范构造为中心”,《比较法研究》2017年第4期,第57页。

“社团-财团”之分类,虽未作为《民法总则》的法定分类,但却事实上存在于我国法人分类中,如营利性法人必为社团法人,非营利法人中的基金会与社会服务机构是事实上的财团法人。^④两者间的本质差异在于,社团法人是由自身意思驱动的组织体,财团法人是由他人意思从外部推动的组织体。^⑤进一步而言,社团法人的章程由成员制定,财团法人的章程由捐助人制定,捐助人独立于财团法人,章程蕴含的意思来自财团法人外部的捐助人。在此意义上,有学者称财团法人为“意思他治”。^⑥那么,财团法人是否与“职务代理规则”扩张团体自治之品性不合?私法在功能上其实就是划定各人自由活动范围的规则,抑有进者,私法之强制性规范来完成划界之功能。^⑦团体自治除受到私法强制性规范的拘束外,还受到团体内部规则的拘束。就财团法人而言,虽然章程制定时由捐助人的意思决定,一旦章程制定完成,财团法人设立之后,捐助人与财团法人各自独立,捐助人无法对财团法人的日常营运进行干预,财团法人可以在强制性规范与章程划定界限内自由地实现财团法人的目的事业,仍然契合团体自治之品性。

“公-私”分类是德国法人制度的元分类,多数大陆法系国家均受此影响。我国《民法总则》则将公法人分散在非营利性法人与特别法人中。德国通说认为,公法人与私法人的区别主要有二:其一,设立行为不同,前者系基于国家公权力行为而成立,后者系依私法设立行为而成立;其二,设立目的不同,前者旨在执行国家的公共任务,后者则意在实现私人目的。^⑧由此,公法人由公权力行为而设立,以执行国家的公共任务为要旨,其行使国家行政权力时要遵循“法无授权即禁止”的原则,与“法无禁止即自由”之私法自治原则完全不同。即使公法人因执行国家的公共任务时而实施的“私法行为”受到私法的拘束,此“私法行为”因相对人为私主体,而与私法产生了联系,这种联系并不是赋予公法人私法上之权利,而是在公法调整下再受到私法的拘束。因此,公法人并无团体自治的权利,与职务代理规则扩张团体自治的品性相冲突。

因此,职务代理规则中的法人应当狭义解释为私法人,应排除我国《民法总则》几类“公法人”:机关法人、基层群众性自治组织法人、事业单位以及几类社会团体。

那么对于非法人组织而言,是否也需要区分公非法人组织与私非法人组织,然后将“公非法人组织”排除?根据《民法总则》第102条对“非法人组织”的定义,不具有法人资格,但是能够依法以自己名义从事民事活动的组织。立法者将“非法人组织”定性为从事民事活动的组织,故“非法人组织”不可能存在公、私划分的空间。那么剩下疑问就是“非法人组织”与“私法人”间存在的差异是否会影响职务代理规则的适用,而将非法人组织整体排除?

传统的观点认为,“私法人”与“非法人组织”存在两方面差异:权利能力与独立责任。但就“权利能力”方面的差异,有学者提出了质疑,认为自然人之外,任何事物只要被法律认可为独立的法律主体,它的本质就是法人,不存在法人与非法人之间的中间状态,即在采法人实在说下,法人的权利能力的有无之间不存在中间状态,不存在所谓的“部分权利能力”。^⑨亦有学者认为,组织只要有主体资格,就有权利能力,但有没有法人资格,尚需取决于一国的法制。^⑩《民法总则》赋予了“非法人组织”的主体资格,且并未对其从民事活动的范围进行限制。因此,“非法人组织”具备了权利能力之全部,是否具有法人资格仍值得深思。其与私法人在功能上的唯一的区别在于“是否独立承担责任”。对于实现职务代理规则之扩张团体自治,“是否独立承担责任”并无任

^④ 参见王涌“法人应如何分类”,《中外法学》2017年第3期,第626-627页。

^⑤ 参见注④,第625页。

^⑥ 参见注①,第430页。

^⑦ 参见易军“私人自治与私法品格”,《法学研究》2012年第3期,第69页。

^⑧ 参见注①,第427页。

^⑨ 参见注④,第636页。

^⑩ 此观点是张谷教授所提出,如合伙与无限公司本质相同,但各国法制不同,也决定它们是否具有法人资格。

何影响。反而在交易安全层面，由“非法人组织”的出资人或设立人承担无限责任对保护相对人之交易安全大有裨益。

总之，为了契合职务代理规则扩张的团体自治之价值，《民法总则》第170条规定中的“法人与非法人组织”应狭义解释成“私法人与非法人组织”，具体包括：营利法人、部分社会团体、基金会、社会服务机构、农村集体经济组织法人、城镇农村的合作经济组织法人、非法人组织。

五、解释问题之二：“职权范围”认定及其意定限制

（一）职务代理权范围的认定

如前文所述，职务代理权的类型化既是团体自治的内在需求，也是保护交易安全的科学选择。虽然我国《民法总则》以及商事法律规范并未将职务代理的类型化进行法定，但是用类型化的思维去解释《民法总则》第170条，仍可达到类型化法定的主要目的。职务代理类型化的主要目的有二：其一，实现职务代理权利外观的类型化；其二，使职务代理权范围类型化、客观化。职务代理“权利外观”的类型化前文已论及，不再赘述。“职务代理权范围的类型化”实质上是为《民法总则》第170条中“职权范围”的认定提供一套更为精确的、客观的规则。

在“区别说”下，意定代理权之范围应取决于授权行为所表示之意思，而非基础行为之内容。^①由此，代理权范围之认定应系授权行为的解释问题。^②根据意思表示的解释一般原则，意定代理权范围的认定应依诚信原则并斟酌商事习惯，探求代理人对于代理权授予的意思表示的了解可能性，即理性的第三人若处于代理人的立场，将会如何理解授权范围的意思表示。^③由此可知，意定代理范围的认定规则有二：其一，一般情形下通过探求代理人对于代理权范围的了解可能性进行认定；其二，例外情形下，如果特定类型的代理权已形成了商事习惯，此代理权范围的认定以商事习惯为准，不再根据代理人对代理权范围的了解可能性进行认定。

职务代理作为团体之“四肢”使其参与法律交易，该制度本就为团体之交易而生。申言之，职务代理中与交易相关的规则，在团体从事交易的漫长岁月里，即便在职务代理没有成文化的国家和地区，也已成为商事习惯。从《民法通则》第43条到《民法总则》第170条，职务代理一直以概括性的规则存在于我国成文法中，并未对职务代理权范围进行法定，但职务代理权范围的认定规则却存在于我国的商事习惯中。从《民法总则》第170条中“职权范围”的表述就初见端倪。“职权范围”有两意：其一，职务代理权范围（实然的权限）；其二，完成职务所应具备之代理权的范围（应然的权限）。“职权范围”两意源自于“职务”的解读，实则一体两面。在内部关系上，团体授予职务代理人代理权，代理人通过了解本人的意思表示，判断实然的权限。在外部关系上，交易相对人通过授予行为所形成权利外观判断其职务，通过职务身份推断应然的权限。为了保护交易安全，在长期商事实践中，通过职务推断代理权范围的规则已成为商事实践中大多数人确信的习惯，属于商事习惯。正如拉伦茨所言“认定存在习惯法与否，关键是它是否具备了‘必要的确信’，即社会各阶层是否均认为它是正确的。”^④故职务代理权范围的认定规则是商事习惯，已具有习惯法之效力。因此，职务代理权范围的认定规则成为意定代理权范围一般认定规则的例外，不再通过对代理权授予范围的了解可能性进行认定，以应然权限的认定取代了实然权限的认定，即通过职务推断其完成职务所应具备的代理权

^① 参见注②，第20页。

^② 参见王泽鉴《民法总则》，北京大学出版社2014年版，第369页。

^③ 参见注②，第20-21页。

^④ [德] 卡尔·拉伦茨《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2003年版，第303页。

范围。前文所提及的“职务说”的不妥当之处正在于混淆权限的认定与权源的确定。

基于职务代理权类型化之正当性，代办权的范围应当是完成特定职务所必要的一切行为，此认定规则为多种类的代办权范围的认定确立了统一的规则。但经理权因为具有更重要的功能，在客观认定规则的基础上，多数大陆法系国家将经理权的范围明文规定为“商人为经营营利事业所必要的一切诉讼上或诉讼外的行为”。^{⑤⑤}但是，各国商法典中的经理人之设计系植基于独资与合伙之企业，故所想象者为商号所有人将决策并指导商号经营业务之大权统筹赋予经理人，是以经理人几乎扮演商号所有人分身之角色。^{⑤⑥}在传统商法中“商人”只有一层架构，即商号所有人授权予经理，经理权范围等于商号所有人权限范围即营业上所必要之一切行为。但现今的团体组织多以公司为存在形式，现代公司三层次架构与传统“商人”的一层架构显然不同，由此在治理结构上也大为不同，是否仍赋予今日之经理“全部权限”，值得探讨。

在公司三层次架构下，董事会作为公司的业务执行机关，当然享有公司之控制权包含业务决策权与执行权，此权限在性质上亦专属于该机关，其他个人除非得有该机关之授权，否则并不当然享有该权限。经理在公司组织制度的设计中，法律制度上不占任一公司机关之地位，则在解释上自不应当认定其享有与业务机关同等之权限。^{⑤⑦}因此，经营权是董事会的权限之一，经理并非当然取得该权限，正是通过代理制度，经理作为董事会之代理人而享有经营权。因此，经理的权限不涉及《公司法》第37条规定的11项股东职权，其中常常引发争议的如：分配公司利润，公司增加或者减少注册资本，发行公司债券，公司合并、分立、解散或者变更公司形式等职权均不属于经理权的范围。此外，延续各国商法典中对经理权的限制，即对商事主体的土地出让和土地上设定负担的权利予以限制。当然这种限制有其时代背景性，各国商法典大都诞生于20世纪，土地作为当时的商事主体的核心财产，为了保护商事主体的出资人的利益，商事主体始终保留着土地的处分权。但是，现代商事主体的财产结构越来越多元化，核心财产可能不再仅仅是土地，也可能是技术专利、股权、商标权等权利型财产，正因为如此《公司法》第121条才规定“上市公司在一年购买、出售重大资产或者担保金额超过公司资产总额百分之三十的，应当有股东大会作出决议，且经出席会议的股东所持表决权的三分之二以上通过”。虽然本条款仅限制上市公司，但是，未上市的公司也只是可以通过章程约定将重大资产的处分和担保权利赋予董事会，延续各国商法典的理念董事会并不能将这份部分权利概括授权给经理，在没有特别授权的情形下这部分权利仍不属于经理权的范围。经理权的范围必须与经营业务相关，无论《公司法》第37条规定的11项股东职权，还是《公司法》第121条规定的重大资产处分和担保的权利都和直接经营公司业务无关，是非营业上之事项，不属于经理权之范围。^{⑤⑧}经理权范围应当是经营公司业务所必要之一切行为。此范围既能将涉及股东重大利益的事项完全留给公司自治，又保留了与交易安全息息相关的经营业务事项，兼顾了团体自治和交易安全。

经理权范围的固定化，随之而来的问题，即其是否会排斥公司的意思自治？经理的代理权源自董事会，董事会、股东会作为公司的机关，当然有权通过决议或者修改章程限制经理权的范围。一旦经理违反决议或者章程之限制，公司可依内部关系进行求偿，并不影响公司之意思自治。但在外

^{⑤⑤} 《德国商法典》第49条第1款规定“经理权授权实施由营利事业经营产生的一切种类的诉讼上的和诉讼外的行为和法律行为”。《日本商法典》第21条规定“经理有权代替商人实施一切与其营业相关的裁判上或裁判外行为”。《瑞士债法典》第459条规定“经理人视为被授权在委托贸易或者营业范围内签署票据、实施全部法律行为，对委托人具有约束力”。同注^{⑤②}，第25页；注^{⑤④}，第55-56页；注^{⑤⑩}，第142页。

^{⑤⑥} 参见注^{⑤②}，第112页。

^{⑤⑦} 参见王丽玉“公司经理人制度之研究”，《辅仁法学》1991年第10期，第253页。

^{⑤⑧} 就公司为他人债务提供担保非属经理权之范围，参见高圣平、范佳慧“公司法定代表人越权担保效力判断的解释基础——基于最高人民法院裁判分歧的分析和展开”，《比较法研究》2019年第1期，第70页。

部关系上，经理权的范围的客观化，实质上让公司自负代理人可能违反委托合同指示义务的风险。该客观化的原因有二：其一，如前文所述，经理权的范围的客观化在于节省相对人之交易成本并保护其交易安全。其二，符合公平之法旨，于法律行为及交易活动中，法人藉由职务代理机制谋求自身之商业利益，然而交易相对人却必须容忍代理权有无之风险，鉴于经济活动之必要性，法律上承认代理制度确有必要，但应减轻相对人判断代理权有无及范围大小之风险与成本，否则其结果将使相对人裹足不前，所衍生之副作用即是回弹伤害商业活动之活络。⁵⁹

综上，《民法总则》第170条中“职权范围”的认定规则存在于我国的商事习惯中，具备习惯法之效力，应然权限认定取代实然权限的认定。团体与职务代理人之间意思自治，仅在双方之间有效，并不拘束善意交易相对人。“职权范围”的认定规则具体而言，经理权范围为经营团体业务所必要之一切行为。代办权“客观化”的认定理念与经理权相同，但因其种类之多元化，多类代办权的具体范围有所差异，代办权范围的认定规则更为概括，即完成该职务所必要之一切行为。

（二）职务代理权范围的意定限制

在“区别说”下，基础关系与授权行为相区分。基础关系约定了职务代理人“应为”之问题，使职务代理人有遵从内部指示（包括合同之约定和章程之规定）之义务。而授权行为则规范职务代理人“得为”之问题，即在授权的范围内可以代表团体为商事行为，效力归属于团体。因此，职务代理权范围的意定限制，究竟是根据基础关系发出内部指示，还是对授予的代理权的一部撤回，⁶⁰台湾学者们对此意定限制的理解产生不少的分歧。此理解的分歧映射到《民法总则》第170条第2款上，会产生完全不同的解释。详言之，假如将代理权的限制理解为一部撤回，部分代理权消灭，代理人属无权代理，该第2款为表见职务代理之规则。如果将代理权的限制理解为内部指示，则代理人为有权代理，该第2款则为滥用职务代理权之规则，即代理人不遵从内部指示，滥用职务代理权时，保护交易相对人的善意信赖之规则。

在职务代理情境中，职务代理权范围的认定是客观、应然的，即完成职务所需之一切行为。对职务代理权范围的一部撤回并不对交易相对人发生效力，并非真正意义上的一部撤回。以经理权为例，经理权范围为经营团体业务所必要之一切行为，有习惯法上之效力，公司不得一部撤回，其限制只有内部效力，此限制是内部指示，经理不遵从指示义务，承担违反委托契约之责任。即便在“同一说”下，对交易相对人而言，职务代理权范围的认定也不以基础关系的约定为准，仍优先以商事习惯为准，也不存在一部撤回。因此，职务代理权范围之限制应为内部指示，《民法总则》第170条第2款是职务代理权滥用之规则。从立法成本的角度考量，《民法总则》第170条第2款也应当是滥用职务代理之规则。因为，整个意定代理规则体系已有表见代理规则——《民法总则》第172条，并不需要在《民法总则》第170条第2款重复规定“职务表见代理”。⁶¹如此重复立法，徒增立法成本，并无意义。因此，《民法总则》第170条第2条是职务代理滥用之规则不仅符合学理的逻辑推论，也符合法秩序之标准意义。

所谓代理权滥用，系针对代理人而言，代理人在代理权的范围内行事，但违反内部指示，仍为有权代理。但由此产生的“代理权滥用”的风险应由被代理人承担，交易相对人的善意信赖应受法律保护。但相对人如无应保护之信赖，即应突破代理权授权的独立性，转由相对人承担相应风险，基础契约的内部约束力产生外部效力，虽为有权代理，但应适用无权代理规则，代理行为效力待定。⁶²于

⁵⁹ 参见曾宛如“公司经理人之功能与权限”，《台大法学论丛》2007年第4期，第143-144页。

⁶⁰ 参见史尚宽《民法总论》，中国政法大学出版社2000年版，第541页。

⁶¹ 我国学理上和实务中都有观点：职务代理和表见代理两个制度并不存在重叠。参见杨芳“《合同法》第49条（表见代理规则）评注”，《法学家》2017年第6期，第159页。

⁶² 参见吴香香“滥用代理权所订契约之效力”，载《中德私法研究》第15辑，北京大学出版社2017年版，第245页。

《民法总则》第170条第2款之情形，职务代理人违反团体之内部指示，交易相对人之善意信赖应当保护，故被代理人不得对抗善意相对人。但相对人为“非善意”时不受保护，此“非善意”为交易人的信赖保护设定一个限制。但在“职务代理权滥用”的情境下，交易相对人无需证明自己在实施交易为“善意”，即被推定为“善意相对人”。而不愿承受职务代理人之代理行为后果的团体应对相对人存在“非善意”作出举证，即证明交易相对人明知或者应当知道存在“代理权滥用”的情形。其中“应当知道”在德国判例中转化为“因重大过失而不知道”，并以“显而易见”的客观标准作为判断“因重大过失而不知道的相对人”的前提。^③此“因重大过失而不知道的相对人”之构成要件有二，其一：“显而易见”的代理权滥用。所谓“显而易见”的客观标准，即代理人以明显可疑的方式行使代理权，以致“理性”相对人无法不产生重大怀疑。^④其二：交易相对人因重大过失而不知，且此“重大过失”与“显而易见”的代理权滥用是递进关系。需强调的是，虽然该“重大过失”的认定标准与侵权法上之重大过失并无不同，但此“重大过失”是交易相对人之信赖保护的限制，而并非相对人的过失归责，两者意义判然有别。^⑤

结 论

职务代理作为团体自治对外发生效力的媒介制度，不仅承载了团体自治的精神，同时要兼顾保护交易安全的价值追求。以此理念为轴心，选择“区别说”采有因性原则为职务代理的基础理论，确定职务代理权的权源来自授权行为。“职务说”混淆了职务代理权的权源确定与职权范围的认定，将职务作为权源，并不妥当。《民法总则》虽无明文规定职务代理的类型化，但此类型化具有正当性。在选择基础理论、确定权源以及辨析类型化正当性的基础上，对《民法总则》第170条进行解释。解释结论是，“法人与非法人组织”应当狭义解释为“私法人与非法人组织”。“职权范围”的认定包括经理权范围与代办权范围的认定规则。经理权范围是经营团体业务所必要之一切行为。代办权范围是完成职务所必要之一切行为。职务代理权范围的意定限制应解释为内部指示，划分内部关系之内部指示，与外部关系之代理权范围认定。既不抑制团体自治，也可让善意相对人的交易安全大有裨益。职权范围限制下，职务代理人滥用代理权时，应对有信赖保护必要的相对人予以保护，非善意相对人不受保护。非善意相对人可以分为明知型相对人和因重大过失而不知型相对人。“因重大过失而不知型相对人”即职务代理人有“显而易见”滥用代理权之情形下，因重大过失而不知的相对人。于此，通过解释论构建起“职务代理规则”的规则适用体系。

【主要参考文献】

1. 曾宛如 “公司经理人之功能与权限”，《台大法学论丛》2007年第4期。
2. 陈自强 《代理权与经理权之间——民商合一与民商分立》，北京大学出版社2008年版。
3. 朱庆育 《民法总论》（第二版），北京大学出版社2016年版。
4. Lucian Arye Bebchuk, “The Case for Increasing Shareholder Power”, *Harvard Law Review*, Vol. 118 (2005).
5. Paul L. Davies and Sarah Worthington, *Gower and Davies' Principles of Modern Company Law*, 9th ed., London: Sweet & Maxwell, 2012.

（责任编辑：高圣平）

^③ 参见注②，第246页。

^④ 参见注②，第246-247页。

^⑤ 参见注②，第247页。

and property trust in non-emergency situations. Article 132 of the “Applicable Opinions of the General Principles of the Civil Law”, due to the confusion of the two basic paradigms of the negotiorum gestio system, may expand the interpretation of the necessary expenses, which may lead to the problem of improper generalization of the obligations of the dominus, and contradict the system within the Civil Law. Therefore, this expansion should not be consisted during the interpretation of Article 121 of the General Principles of Civil Law. In the case of the gestor’s own damage caused by the negotiorum gestio, China has set special regulations through Articles 183 and 184 of the General Principles of Civil Law. Accordingly, dominus has a statutory appropriate compensation obligation for the damage suffered by the gestor, and the obligation and the necessary fee repayment obligation exist simultaneously.

Key Words Negotiorum Gestio; Emergency; Rescue; Necessary fee; Appropriate Compensation
Wu Xunxiang, Ph.D. Candidate, Faculty of Law of University of Tuebingen in Germany.

The Systematic Interpretation of “Rules of Agency in Duty” in “General Principles of The Civil Code” —Taking Organization Autonomy and Transaction Security as the Center

XU Shencheng • 97 •

Under the legislative form of combination of civil law and commercial law, the “General Principles of the Civil Code” in our country absorbs a great deal of organization law thinking. Agency In Duty is a media system for organization autonomy taking affect, only by this system organization can participate in transaction. In order to give full play to the functions of Agency in Duty. It is necessary to construct a rule application system of “Agency in Duty”. This article meets the organization autonomy and transaction security as the evaluation criteria, selects the “differentiate theory and the principle of causation” as the basic theory, determines the source of agent’s power which is authorization, justifies the legitimacy of typed “agency in duty”, and explains Article 170 of the “General Principles of the Civil Code” with typological thinking. The explanation of the rule concludes that “legal persons and non-legal person organizations” should be narrowly interpreted as “private legal persons and non-legal person organizations”. Classifying the “Agency in Duty” into the manager’s power and the ordinary agent’s power, the author respectively establishes the rules for identification of the scope of the manager’s power and the scope of the ordinary agent’s power. The author thinks the rules have effect of customary law. The limits of the scope of agent’s power should be equal to the internal instructions, and the paragraph 2 of this article is the rule of the abuse of agent’s power.

Key Words Agency in Duty; Commercial Agency; Manager’s Power; Commission Agent; Organization Autonomy

Xu Shencheng, Ph.D. Candidate of China University of Political Science and Law, Visiting Scholar of William and Mary Law School.

System of Leniency on Admission of Guilt and Acceptance of Punishment from the Perspective of Macro-structure

WEI Xiaona • 111 •

The amendment draft introduces system of leniency on admission of guilt and acceptance of punishment in pilot program, but has some problems in the macro-structure of the system, including that recognizance only binds the suspect or defendant, on the meanwhile the procuratorate has the option to adjust its sentence recommendation; that the court generally shall adopt the charge and sentence recommendation from the procuratorate; that the police is invested discretion in withdrawing the case; that duty lawyer enjoys limited rights. A ideal structure should be, the prosecution and the defense are relatively equal; the agreement be-