

## “职务代理”独立性之质疑

刘 骏\*

**内容提要：**“职务代理”术语是受苏俄民法启发而来，苏俄民法上类似制度的特征有二：其一，代理人具有行政文件所任命的职务；其二，相对人因代理人的工作环境而信赖其被授权。《民法典》第 170 条不应适用于法人或非法人组织的法定代表人或负责人，担任某一职务的工作人员以组织名义的行为是否产生有权代理的效果，仍须求诸委托授权或表见代理进行具体判断。也不宜以经理权、代办权和店员代理权阐释或建构职务代理。从立法论上检讨，单独规定职务代理的意义较小。

**关键词：**职务代理 表见代理 默示授权 经理权 代办权

2017 年通过的《中华人民共和国民法总则》（以下简称《民法总则》）在争议声中规定了职务代理制度 [现为《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）第 170 条]，其旨在规范法人或非法人组织的职员以组织名义行为时能否拘束该组织。《民法总则》制定过程中，职务代理人是否具有“无须特别授权”的特征，以及“职务”本身能否等于本人的授权意思表示，都富有争议。值得注意的是，相关讨论未明确指出这一概念的出处和其必要性。<sup>〔1〕</sup>从比较法来看，在大陆法系的德国法与法国法中，并无与此直接对应的术语或代理制度，而我国民法主要继受于大陆法系，首先可以追问职务代理到底来自何处，这一回答必须追溯自改革开放以来，中国法是如何表达职务代理的。其次，职务代理概念宽泛，并非法人或非法人组织内部的任一职务皆能授予代理权，“职务”是否有别于当事人意思而成为独立的代理权来源？实践中的确有不少法院通过认定行为人订立合同的行为属于职务行为，进而将其效果归属于法人或非法人组织。这导致我们追问，从适用范围和权限确定角度观察，职务代理相比委托代理和表见代理有何独立性？最后，《民法总则》通过前，有代表性观点主张参酌比较法，建议以经理权、代办权等完善职务代理制

\* 刘骏，华东政法大学法学院特聘副研究员。

〔1〕 若干代表性论文，参见余延满、郭玉军：《试论企业法人一般工作人员的身份兼论职务代理》，载《法律学习与研究》1989 年第 3 期；尹西明：《职务代理初探》，载《河北法学》1998 年第 5 期；刘文科：《职务行为：商事司法与商事立法》，载梁慧星主编：《民商法论丛》第 51 卷，法律出版社 2012 年版，第 314 页；尹飞：《体系化视角下的意定代理权来源》，载《法学研究》2016 年第 6 期。

度，建立职务代理人的登记制度。<sup>〔2〕</sup> 遵循这一思路，《民法总则》通过后，有观点继续以经理权、代办权等阐释职务代理制度。<sup>〔3〕</sup> 这一路径果真合理吗？

为此，本文先明晰我国法是如何讨论职务代理的，追问其来源。随后，结合职务代理的适用范围和职务代理权限之确定，辨析这一制度的独立性。最后，本文尝试结合比较法考察和我国实证法状况，探讨以经理权、代办权和店员代理权阐释或建构职务代理的可行性。

## 一、职务代理之来源

### （一）中国法

#### 1. 法律依据

《民法总则》通过之前，主流学说认为职务代理的依据之一是《中华人民共和国民法通则》（以下简称《民法通则》）第43条，<sup>〔4〕</sup> 该条规定：“企业法人对它的法定代表人和其他工作人员的经营活动，承担民事责任。”另依据《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》（法〔办〕发〔1988〕6号，2021年失效）第58条之规定，企业法人的法定代表人和其他工作人员，以法人的名义从事的经营活动，给他人造成经济损失的，企业法人应承担民事责任。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》（法发〔1992〕22号，2008年失效）第42条、《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》（法释〔2020〕17号，2020修正）第3条也规定了职务行为归属于法人或其他组织的效果。从上述法条使用的“承担民事责任”用语可看出，“职务行为”不仅包括法律行为的归属，还包括侵权行为的责任归属。

中国法学会的《民法总则草案专家建议稿》的征求意见稿（2015年4月19日）和提交稿（2015年6月24日）分别在“代理”章中第165条和第163条定义了“职务代理”。提交稿第163条第1款规定：“执行法人或者其他组织职务的人，就其职权范围内的事项，无须特别授权，就可以以法人或者其他组织名义实施法律行为，其法律后果由法人或者其他组织承受。”该条第2款规定：“法人或者其他组织对其成员职权范围的限制，不得对抗善意第三人，法律另有规定的除外。”第1款规范职务行为的法律行为归属效果，第2款规范职务代理权的内部限制针对第三人的效力。2015年8月28日的民法草案室内稿第130条的措辞基本未变化。后来的《民法总则（草案）》一审稿（2016年7月5日）在第150条中删去了“无须特别授权”的表达，将“职务”改为“工作任务”，并删除了但书。这些改动，特别是删去“无须特别授权”表明了立法者的犹豫。而在这之后的草案对职务代理的规定则变动不大。<sup>〔5〕</sup> 最终，《民法总则》第170条正式确立职务

〔2〕 参见前引〔1〕，尹飞文。

〔3〕 参见李宇：《民法总则要义》，法律出版社2017年版，第797页；徐深澄：《〈民法总则〉职务代理规则的体系化阐释》，载《法学家》2019年第2期。

〔4〕 参见江平、张佩霖主编：《民法教程》，中国政法大学出版社1986年版，第95页；佟柔、顾昂然、谢怀栻等：《中华人民共和国民法通则讲座》，中国法制出版社2000年版，第116页。

〔5〕 2016年10月31日《民法总则（草案）》二审稿第165条、2016年12月12日《民法总则（草案）》三审稿第174条、2017年3月8日《民法总则（草案）》四审稿相对于一审稿措辞几无变化，只是条文顺序有所变化；在学者建议稿方面，北京航空航天大学法学院的《民法典通则编建议稿》和中国政法大学的《民法总则建议稿》未规定职务代理，《中国民法典学者建议稿·总则编》第221条规定了职务代理。参见王利明主编：《中国民法典学者建议稿及立法理由·总则编》，法律出版社2005年版，第359页。

代理。这些规定根植于之前有关职务代理的学说论述。

## 2. 构成要件

较早讨论职务代理的江平、张佩霖先生认为,依据代理权产生的根据不同,可将代理分为法定代理、指定代理、委托代理和职务代理,将职务代理作为一种特殊的代理制度。<sup>〔6〕</sup>他们认为职务代理权是根据行为人所担任的职务而产生的,法律依据是《民法通则》第43条,同时强调只有代理人的职务使得他必须与其他人产生财产关系时才是职务代理,例如商店的售货员、收款员等,虽然这些人无正式的委托,但根据其职务顾客可以判断其是代表企业在收货、收款等。<sup>〔7〕</sup>另一经典教科书认为,职务代理是根据劳动或雇佣关系中的职务而取得代理权,即其权限是因授权行为而取得,属于意定代理的具体类型,例如商店售货员依其职务售货、公共汽车的售票员售票、工厂的采购员为该厂订立采购合同。<sup>〔8〕</sup>但是,也有认为职务代理属于法定代理的少数观点。<sup>〔9〕</sup>对此笔者难以赞同,即使是公法人通过其工作人员参与民事法律生活,这也并非法定代理。

《民法总则》通过后,有观点主张职务代理权的范围是由法律直接规定的,诸如经理权、代办权等,但其取得来源于当事人的意思。<sup>〔10〕</sup>这值得商榷,法律直接规定权限范围仅能适用于经理权,不能适用于代办权,代办权实乃一般委托代理(见下文)。类似观点认为,意定代理权除可来自授权行为外,还可来自职务,即职务代理属于意定代理。<sup>〔11〕</sup>“职务”不关涉代理权的来源问题,而是解释代理权范围的因素之一,代理权来源和范围是两码事,所谓“意定代理权来源多元性”有待商榷。<sup>〔12〕</sup>结合《民法典》第170条第1款的体系位置,我们赞同职务的授予或授予何种职务仍取决于法人或非法人组织的意思,这原则上属于委托代理范畴。当然,职务或雇佣关系存在本身并不意味着同时授予代理权,具体还要看当事人的意思、职务类型等情况。<sup>〔13〕</sup>

从学说和上述草案的条文表述来看,一般认为职务代理的构成需要三个要件。首先,代理人需要是法人或者非法人组织的工作人员,二者存在劳动关系或委托关系,即职务代理人被纳入法人或非法人组织的机构内,为其工作。第二,需以法人或者非法人组织名义实施法律行为,这是显名主义的具体应用,以区分个人行为与职务行为。第三,该行为需与其职务范围有关,这涉及是否为有权代理,这一要件最为关键。对此有学者指出,职务代理必须发生在被代理人单位的办

〔6〕 参见前引〔4〕,江平、张佩霖主编书,第95页;吕文江、赵军:《浅谈职务代理》,载《山东法学》1989年第3期;前引〔1〕,余延满、郭玉军文;前引〔1〕,尹西明文。

〔7〕 参见前引〔4〕,江平、张佩霖主编书,第95页。

〔8〕 参见张俊浩主编:《民法学原理》,中国政法大学出版社2001年版,第314页;佟柔主编:《民法原理》,法律出版社1983年版,第99页(该书中将职务关系作为委托代理的基础关系之一);佟柔主编:《中国民法学·民法总则》,人民法院出版社2008年,第201页;马俊驹、余延满:《民法原论》(第4版),法律出版社2010年版,第224-225页;王利明:《民法总则研究》,中国人民大学出版社2012年版,第629页;前引〔3〕,李宇书,第793页;陈甦主编:《民法总则评注》(下册),法律出版社2017年版,第1206页。

〔9〕 参见佟柔、赵中孚、郑立主编:《民法概论》,中国人民大学出版社1982年版,第75页。

〔10〕 参见杨秋宇:《融贯民商:职务代理的构造逻辑与规范表达》,载《法律科学》2020年第1期。

〔11〕 参见前引〔1〕,尹飞文。

〔12〕 参见郑泰安、钟凯:《民法总则与商事立法:共识、问题及选项——以商事代理为例》,载《现代法学》2018年第2期。

〔13〕 参见许德风:《意思与信赖之间的代理授权行为》,载《清华法学》2020年第3期。

事机构所在地，<sup>〔14〕</sup>这一理解似乎更符合其所参考的苏俄民法中的“代理人因工作环境而表明其被授权”（见下文）。但是，《民法总则》历次草案和司法判决并未强调这一要件。然而，我们可以追问，上述有关职务代理的规定和学者们的阐释是受比较法上哪个代理制度的启发而来？

## （二）苏俄民法上之“职务代理”

我国属于民法继受国家，“职务代理”或“职务行为”应是受苏俄民法启发而来，后被我国学者演绎。一方面，从历史背景来看，20 个世纪 70、80 年代，民法教学和研究刚复兴，苏联的民法学说和理论在这一期间发挥了重要作用，特别是对《民法通则》的制定影响较大。另一方面，从具体构成要件来看，我国学者所言的“职务代理”几乎等于苏俄民法中的“因代理人所处之环境而可得出其被授权”。

在代理方面，依据 1964 年《俄罗斯苏维埃联邦社会主义共和国民法典》（以下简称《苏俄民法典》）第 62 条第 1 款<sup>〔15〕</sup>和 1992 年《俄罗斯民法典》第 184 条第 1 款第 1 段<sup>〔16〕</sup>之规定，苏俄民法将代理分为三种：<sup>〔17〕</sup>第一，以委托书所体现的某人的意思表示为根据的代理，即委托代理；第二，以行政文件中所体现的意思表示为根据的代理；第三，因法律文件中特别规定的行为和事件而产生的代理，指法定代理。

苏联学者认为第二种代理形式常常在颁布关于委任职务的命令时发生，被代理人是指颁布行政文件的组织或法人，而代理人则是指文件所指明的某个具体人。<sup>〔18〕</sup>而这种行政文件是由为居民需要服务的企业和国家机关等（如商店、车站和洗衣房）发布的，售货员、出纳员、收货员和收件员等都是代理人。这类代理人的代理权是在有关的行政文件发布后产生的，而代理权则是在代理人即工作人员履行他的劳动义务的过程中实现的。<sup>〔19〕</sup>至于权限范围，这类代理人在进行代理活动时多不被要求出示能够证明代理权的文件，因为他们从事活动的环境就可以表明其被授权。<sup>〔20〕</sup>这一权限判断的法律依据是 1964 年《苏俄民法典》第 62 条第 2 款，该款规定：“代理人（零售商店的售货员、售票员等）从事活动的环境，也可以表明其被授权。”1992 年的《俄罗斯民法典》第 182 条第 1 款第 2 段保留了这一规定。

可以看出，苏俄民法上这种“职务代理”产生于政企不分的计划经济时代，其主要特征在于：第一，被行政管理部门任命的代理人属于国家或企业的工作人员，后者从事代理行为既属于权利也属于职责；第二，这类代理人通常所处的工作环境即可使第三人相信其有权，即在权限判断上属于默示授权或权利外观法理。对比苏俄民法上的“职务代理”规定，20 世纪 80 年代以来

〔14〕 参见前引〔1〕，尹西明文。

〔15〕 参见中国社会科学院法学研究所民法研究室译：《苏俄民法典》，中国社会科学出版社 1980 年版，第 23 页。下文中《苏俄民法典》条文均引自本书。

〔16〕 参见黄道秀译：《俄罗斯联邦民法典》，北京大学出版社 2007 年版，第 103 页。下文中《俄罗斯民法典》条文均引自本书。

〔17〕 参见〔苏〕格里巴诺夫、科尔涅耶夫主编：《苏联民法》（上），中国社会科学院法学所民法经济法研究室译，法律出版社 1984 年版，第 199-201 页；〔苏〕B. T. 斯米尔诺夫等：《苏联民法》（上卷），黄良平、丁文琪译，中国人民大学出版社 1987 年版，第 202 页；〔俄〕E. A. 苏哈诺夫主编：《俄罗斯民法》（第 1 册），黄道秀译，中国政法大学出版社 2011 年版，第 378 页。

〔18〕 参见前引〔17〕，格里巴诺夫、科尔涅耶夫主编书，第 201 页；前引〔17〕，B. T. 斯米尔诺夫等书，第 202 页。

〔19〕 参见前引〔17〕，格里巴诺夫、科尔涅耶夫主编书，第 201-202 页。

〔20〕 参见前引〔17〕，格里巴诺夫、科尔涅耶夫主编书，第 201-202 页；前引〔17〕，E. A. 苏哈诺夫主编书，第 379 页。



我国学者有关职务代理的论述应属于取法苏俄。比如,有学者在讨论企业法人通过职务授权其工作人员时,参引《苏俄民法典》第62条第2款。<sup>[21]</sup>至于典型的“无须特别授权”的职务代理人,诸如售货员、售票员等,也是与苏俄民法上的论述相同,在政企不分的计划经济时代,这些职员对外行为属于其职责。类似地,张谷从江平等先生20世纪80年代编著的民法学教材推测,职务代理应从苏俄借鉴而来,而民商合一的苏俄法似是在学习、简化德国民商法的时候,把《德国商法典》当中非独立的商事辅助人拥有的代理权,包括经理权、代办权以及商店和仓库职员的代理权等,合并成了职务代理。<sup>[22]</sup>考虑到1992年的《俄罗斯民法典》在第1005条以下单独规定了“代办”,又考虑到经理权、代办权与商店和仓库职员的代理权显然不同,苏俄法上的“职务代理”很可能仅对应着后者。<sup>[23]</sup>不过,从我国《民法典》第170条第2句“对职权范围的限制不可对抗善意第三人”来看,这一表达多少受到了代办权和经理权之影响(见下文)。

在法律借鉴时,我国的职务代理未强调苏俄民法上“因工作环境而得出代理人已被授权”这一重要特征,即代理权限的判定需要结合行为人的工作场所以及交易的典型性,如售货员、售票员等。我国不强调这些特征而涉及法人和非法人组织内的所有职务,从而扩大了职务代理的适用范围,成为一种不完全规范,<sup>[24]</sup>适用时明确性较低。在回顾“职务代理”这一概念的来源之后,有必要通过探究职务代理的适用范围和权限确定,追问职务代理的独立性。

## 二、职务代理之适用范围和权限

判断职务代理的适用范围及其权限,对于区别职务代理与包括委托代理、表见代理在内的一般代理制度有着重要意义。为此,应先明确职务代理的适用范围,接着讨论职务代理权限之确定。

### (一) 适用范围

从适用范围上看,法定代表人和非法人组织的负责人以法人或非法人组织名义行为的也属于广义的职务代理,因代表法人或非法人组织也属于法定代表人履行其职责的职务行为。因此有观点主张,规范上应当以商事职务代理概括法定代表人的代表权和其他具有职务的工作人员代理权,统一对待《民法典》第61条第3款和第170条。<sup>[25]</sup>类似观点认为职务代理人应囊括公司法定代表人、合伙企业的业务执行人等。<sup>[26]</sup>但因有《民法典》第61条、第108条、第504条(《中华人民共和国合同法》第50条)以及《中华人民共和国公司法》、《中华人民共和国合伙企业法》第37条等特别规范,《民法典》第170条的适用范围中应排除法人、非法人组织的代表人或负责人。<sup>[27]</sup>实

[21] 参见前引[1],余延满、郭玉军文。

[22] 参见张谷:《从民商关系角度谈〈民法总则〉的理解与适用》,载《中国应用法学》2017年第4期。

[23] 从比较法来看,苏俄法上的规定大致相当于德国法和瑞士法上的“店员或仓库职员的商事代理权”(《德国商法典》第56条、《瑞士债法典》第462条),都是对特定营业环境下工作人员代理权的推定,二者之间的亲缘关系有待进一步考证。

[24] 参见杨芳:《第172条表见代理规则评注》,载朱庆育主编:《中国民法典评注》,中国民主法制出版社2021年版,第168页。

[25] 参见前引[8],陈甦主编书,第1206页;冉克平:《论商事职务代理及其体系构造》,载《法商研究》2021年第1期。

[26] 参见聂卫锋:《职权代理的规范思路与法律表达——〈民法总则〉第170条评析》,载《北方法学》2018年第2期。

[27] 参见前引[3],李宇书,第793页。

际上，在尊重法律对其权限规定的前提下，经登记的法定代表人或负责人当然有权以组织名义行为，属全权代理人且有明确的归属规范，<sup>〔28〕</sup>不必将其纳入《民法典》第170条适用范围之内。<sup>〔29〕</sup>以公司为例，法定代表人当然有权代理公司，无须授权即可以公司名义行为，其他工作人员并无此项权力；与此相应，法定代表人须经工商登记，其他工作人员并无此对待，二者并不能等量齐观。适用《民法典》第170条职务代理时应排除法人、非法人组织的法定代表人或负责人等全权代理人。

在《民法总则》通过前，有观点认为，法人或者其他组织成员的职务行为仅限于法定代表人或负责人的行为，其他人员以团体名义从事的行为不属于职务行为，除非构成表见代理，否则行为后果不应由法人承担。<sup>〔30〕</sup>该观点意图限制职务代理的适用范围，意味着其他工作人员以团体名义行为也需要经授权或其行为需构成表见代理。据此，职务代理相比委托代理或表见代理属多余。但实务中的案例并未遵守这一观点，非属法定代表人或负责人的其他工作人员的行为也可能构成职务代理，江苏省高级人民法院更是将职务行为细分为职务代理和职务代表。<sup>〔31〕</sup>

在承认《民法典》第170条主要适用于法人或非法人组织中低层职员的前提下，法律也未限定职务代理人的权限范围。我国实证法上很少见法律规定职务代理人及其权限范围。<sup>〔32〕</sup>比较法上，法律多明确规定全权代理人的权限范围并配合登记制度，诸如经理权、公司机关代理权等，而不会去规定企业中低层职员的权限范围。盖这一规定既不可能也难称合理，毕竟企业中低层职员众多、类型多样，各职务所体现的授权范围并不一致。

性质上，职务代理多属概括代理或种类代理，而非就某一特定事项有代理权，凡是与职务范围有关的行为皆属有权代理。就职务代理人拟作出的法律行为，若相对人提前仔细核对了代理人的授权委托书，则出现争议的情形较少。被纳入企业组织机构的代理人实乃企业运转所不可缺少，在商事交易快捷性的要求下，第三人多从其所处的地位和职务称号等推断出其有相应的代理权，<sup>〔33〕</sup>如“主任”“经理”等称号，而无须每次交易时皆要求这些商事代理人出示其授权委托书。无具体授权委托书，而仅凭借其称号或地位参与交易的代理人属《民法典》第170条的主要规范对象。

综上，我们认为，职务代理旨在调整法人或非法人组织内部中低层工作人员以法人或非法人组织名义完成法律行为的效力。对于这些职员，考虑到我国法几乎未规定这些职务代理人的类型、权力以及相应的登记，该如何确定其权限范围呢？

## （二）权限之确定

职务代理人权限之确定须求诸民法关于代理权的一般规定。以他人名义行为之所以并非私人

〔28〕 参见刘骏：《揭开机关理论的面纱：区分“代表”与“代理”以及“雇员”与“机关”之无益论》，载《河南大学学报（社会科学版）》2020年第5期。

〔29〕 相反观点认为，与非法人组织负责人相关的“职权代表”行为在规范体系上似仍属于第170条的适用范围。参见前引〔26〕，聂卫峰文。

〔30〕 参见宋晓明、朱海年、王闯、张雪樑：《民商事审判若干疑难问题》，载《人民法院报》2006年9月20日，第005版。

〔31〕 参见《江苏省高级人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的讨论纪要（一）》（苏高法审委〔2005〕16号）第16条。

〔32〕 仅有部门规章规定了职务代理人，例如《建筑施工企业项目经理资质管理办法》第2条有关建筑企业项目经理的规定，但法律并未要求其必须经登记。

〔33〕 参见陈自强：《代理权与经理权之间》，北京大学出版社2008年版，第102页。

自治的例外，是因为行为人具有代理权限，职务代理人也不例外。第一，代理人的权限可基于本人明示或默示的委托授权。明示授权是指本人向代理人口头或书面明确表示授予其代理权限，此时代理人的权限范围取决于本人作出的、代理人所受领的授权意思，所谓本人向相对人所作的外部授权在我国并无规范基础，也无必要。<sup>〔34〕</sup>然而，很多场合本人并未明确表示其授予代理权于代理人，而该授权可从交易的具体环境中推出。默示授权即是结合交易时的具体场景，包括被代理人的行为和代理人所处之地位等，而推断出代理人具有相应的代理权。质言之，默示授权是在本人未明确表达授权意思表示的情况下，结合交易时的具体场景、交易习惯等具体因素，对代理权予以推定。<sup>〔35〕</sup>公交车售票员当然可被认为有以公司名义接受款项和售票的权限，代理公司售票的权利是其劳动合同的一部分；商店雇佣的售货员当然就商店营业事务有默示代理权限。我国法上只在《民法通则》第66条第1款提及了一种类型的默示授权，即被代理人知道他人以其名义行事而不反对的，产生代理法效果。<sup>〔36〕</sup>但默示授权这一法理应是予以认可的。第二，代理人的权限还可来自本人所创造的权利外观，即表见权限，自不待言。<sup>〔37〕</sup>

#### 1. 职务：授权行为抑或权利外观？

依据《民法典》第170条第1款的规定，代理人在“职权范围内”和“以法人或非法人组织的名义”导致法律行为效果的有效归属。依据《民法典》第170条第2款之规定，对职务代理人权限的限制不可对抗善意第三人。问题是如何理解“职权范围”。判决在判定法人或非法人组织内部中低级职务人员以组织名义行为的效果归属时，主要有职务行为和表见代理两种路径。

有判决认为，法人或非法人组织工作人员以组织名义的行为构成职务行为，<sup>〔38〕</sup>进而产生有权代理的效果。其逻辑是，某些职务的授予同时蕴含着代理权之授予，<sup>〔39〕</sup>代理人在其职权范围内的行为属有权代理。《民法总则》通过前，主流观点即认为职务代理人无须特殊授权，就职务范围内的事项可以代理法人。换句话说，他的职务或地位就表明了其有权代理法人，<sup>〔40〕</sup>第三人无须要求代理人向其出示授权委托书，而是径行依据其职务进行权限推定。在这一理解下，职务代理与默示授权非常接近，前者是从代理人之职务得出其具有相应的代理权限，后者是相对人从交易客观环境（包括代理人的职务等）得出代理人的权限，二者都非属明确授权。这一路径贯穿于《民法总则》适用前和适用后。

还有判决认为法人或非法人组织工作人员的行为构成表见代理，<sup>〔41〕</sup>虽然被代理人争议其工

〔34〕 参见王浩：《论“代理权滥用法理”之滥用》，载《南京大学学报（哲学·人文科学·社会科学）》2021年第3期。

〔35〕 See Christian von Bar & Eric Clive eds., *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, Vol 1, Sellier, 2009, pp. 416-417, 419; 〔德〕海因·克茨：《欧洲合同法》（上），周忠海等译，法律出版社2001年，第323页；Art. 2.2.2 (1) Unidroit Principles 2016, p. 82.

〔36〕 参见杨代雄：《容忍代理或默示授权》，载《政治与法律》2012年第4期。

〔37〕 See P. Van Ommeslaghe, *Traité de droit civil belge—Tome II : Les obligations*, Bruylant, 2013, n° 1177, p. 1749.

〔38〕 参见新疆维吾尔自治区巴音郭楞蒙古自治州中级人民法院（2021）新28民终1564号民事判决书；最高人民法院（2016）民申591号民事裁定书；北京市第一中级人民法院（2012）一中民终字第5800号民事判决书；广东省佛山市中级人民法院（2005）佛中法民一终字第746号民事判决书；刘文科：《企业职员的代理权研究——商法思维与民法思维的异同》，载王保树主编：《中国商法年刊（2013）》，法律出版社2013年版，第163页。

〔39〕 参见前引〔24〕，杨芳文，第166页。

〔40〕 参见前引〔1〕，尹西明文；前引〔8〕，王利明书，第629页；前引〔1〕，刘文科文，第314页。

〔41〕 参见潘军锋：《建设工程施工合同案件审判疑难问题研究》，载《法律适用》2014年第7期；周功灿、绍兴仲：《浅谈项目经理行为定性及表见代理的构成》，载 <http://www.civillaw.com.cn/bo/zwz/?id=28967#>，最后访问时间：2022年11月15日；最高人民法院（2014）民申字第545号民事裁定书；安徽省高级人民法院（2013）皖民二终字第00443号民事判决书。

作人员享有代理权，但结合案涉具体情形，诸如职务高低、交易习惯和交易场景等，行为人的“职务”构成相对人可合理信赖的权利外观。基于这一信赖相对人无需核实行为人是否被授权，代理权外观表征着权限的大小。即真实的权限不符合第三人依据职务代理人所处情形（包括职务）作出的通常推断，那么应由本人承担这一不利后果。在一起典型案件中，<sup>〔42〕</sup>某保险公司在某地的营销部负责人在任职期间，私自伪造保险单和保险业务专用章，通过营销部的销售门市销售给第三人，后购买该保单的投保人的车辆发生了交通事故。保险公司抗辩其与投保人未形成保险合同关系，不应当承担赔偿责任。二审认为，作为善意相对人的投保人有理由相信其购买的保险是真实的，伪造保单的营销部负责人行为属于职务行为，不能免除保险公司的责任。有观点将该负责人的行为解读为表见代理。<sup>〔43〕</sup>裁判文书中强调的“有理由相信”极易使人想到表见代理的构成要件。类似地，在有些案件中，法院判断工作人员的行为是否产生有权代理效果时，同时诉诸职务行为或表见代理，<sup>〔44〕</sup>或者本人抗辩所涉行为不构成表见代理时，法院结合案涉事实不认可该抗辩而认为该行为构成职务行为。<sup>〔45〕</sup>

## 2. 功能视角

实际上，授权行为说（或职务行为说）和表见代理的功能类似。

第一，就代理行为而言，通常情形下与职务代理人或表见代理人交易的相对人未在交易前明确要求他们明示授权委托书并详细审查之。有力说认为，表见代理所谓“有理由相信行为人有代理权”实质是指本人对外作出了旨在证明代理权存在的通知，故相对人无需再对行为人是否有代理权进行核实。<sup>〔46〕</sup>而依授权行为说，相对人依据包括代理人职务在内的客观环境进行权限推定，相信代理人有与其职务相应的权限。即二者皆是相对人直接信赖代理人有权限，而无需进一步核实。

第二，职务行为说和表见代理皆产生有权代理的效果，且判断路径相似。职务行为说是从代理人所担任的职务出发，同时结合相对人对该职务的合理信赖。表见代理也是结合第三人的合理信赖和代理权外观。一方面，在本人否认行为人为有权代理的前提下，<sup>〔47〕</sup>依职务行为说，相对人通过观察代理人履行职务的行为而信赖其有与其职务相应的代理权；表见代理的逻辑则是以第三人善意信赖权利表象来弥补代理人内部真实代理权的缺失，<sup>〔48〕</sup>二者相差不大。另一方面，从代理人与本人之内部关系和代理人与第三人之外部关系区分的角度看，职务行为说区分内部真实授权和外部代理权，而表见代理也能起到界定外部法律关系以及区分内外法律关系的效果。<sup>〔49〕</sup>也就是说，尽管本人否认其代理人的行为属有权代理、否认该行为符合其和代理人之间的内部关系，但在对外层面上并不妨碍本人被拘束。在实际操作中，职务这一因素以及交易时的其他客观

〔42〕 参见“刘雷诉汪维剑、朱开荣、天安保险盐城中心支公司交通事故人身损害赔偿纠纷案”，载《最高人民法院公报》2012年第3期。类似案件参见最高人民法院（2002）民二终字第42号民事判决书。

〔43〕 参见北大法宝对该案的解读，【法宝引证码】CLI.C.826702。

〔44〕 参见最高人民法院（2015）民申字第418号民事裁定书。

〔45〕 参见广东省广州市中级人民法院（2021）粤01民终25409号民事判决书。

〔46〕 参见王浩：《“有理由相信行为人有代理权”之重构》，载《华东政法大学学报》2020年第4期。

〔47〕 若本人不争议行为人实施的代理行为，很难出现表见代理或《民法典》第170条第2款的适用。

〔48〕 参见叶金强：《论代理权授予行为的有因构造》，《政法论坛》2010年第1期。

〔49〕 参见前引〔46〕，王浩文。



环境要素和第三人的善意互为补充、相辅相成，主观信赖需要客观因素来证成，客观因素促成主观信赖之生成，二者很难截然分开。或有观点认为，以授权行为阐释职务行为与表见代理并不相同，因为表见代理需要本人具有归责性，而且相对人需要对此予以举证。主流学说提倡表见代理构成要件中应包括本人的归责性，<sup>〔50〕</sup>而赋予代理人特定职务、将代理人纳入法人组织结构并允许或任其以法人名义行为，也可证成归责性之判断。在归责性这一问题上，二者在实际运作中差别甚微。

至于举证责任，在授权行为框架下，相对人需要结合交易具体情形，证明代理人的职务构成代理权通知。即第三人举证其相信所缔结交易属于代理人的职务范围之内，辅以交易时的客观环境因素，概因主张有代理权者，得负举证责任。然后由本人来证明相对人的信赖不合理或属恶意。在表见代理框架下，相对人需要证明其可合理信赖与本人有关的代理权外观，包括赋予职务、交易环境等，而由本人来证明相对人的非善意。<sup>〔51〕</sup>二者在这方面差别不明显。

因此，可以说表见代理与授权行为形成适用上相竞争的趋势，二者发挥类似的功能，皆考虑相对人对职务外观的合理信赖以及本人可归责性，外观上并非履行职务的行为很难同时构成表见代理。

这一判断有助于明晰对《民法典》第170条第2款所谓“内部限制不可对抗善意第三人”存在的理解争议。第一种观点认为这属于权利外观机制。<sup>〔52〕</sup>相反观点认为，职务代理中的相对人虽可对代理人的权限产生信赖，但它产生于商事登记和法律对代理权范围的直接规定，原则上与本人无关，因此不能认为职务代理与表见代理的构成要件相同。<sup>〔53〕</sup>第三种观点认为，其属于代理权滥用，<sup>〔54〕</sup>即本人的内部指示不影响外部代理权。就第二种观点而言，无论是比较法还是中国法，存在商事登记以及法律对代理权范围直接规定的主要是全权代理人，即经理权人、法定代表人和合伙企业业务执行人等，如前所述，这些并非《民法典》第170条职务代理的适用范围，而且《民法典》第170条不宜解释为关于经理权的表达（见下文）。至于第三种观点，其一，代理权滥用的主要适用领域是代理人损害本人利益场合；<sup>〔55〕</sup>其二，内部限制或指示不影响外部权限符合经理权机制而不适用《民法典》第170条第2款，经理权人的权限法定，而本人对职务代理人的内部指示构成权限的部分撤回或限制，至于这些限制能否对抗第三人则是另一问题。

我们更赞同第一种观点，给予代理人职务的同时蕴含着（内部）授权，<sup>〔56〕</sup>在这一授权被通知于外后，哪怕事后就权限之行使本人给予代理人更具体的指示或限制，只要这些限制未被有效

〔50〕 参见叶金强：《表见代理构成中的本人归责性要件》，载《法律科学》2010年第5期；杨代雄：《表见代理的特别构成要件》，载《法学》2013年第2期。

〔51〕 参见前引〔46〕，王浩文。

〔52〕 参见王利明主编：《中华人民共和国民法总则详解》（下），中国法制出版社2017年版，第765页；沈德咏主编：《〈中华人民共和国民法总则〉条文理解与适用》（下），人民法院出版社2017年版，第1123页。相反观点参见前引〔3〕，李宇书，第796页。

〔53〕 参见前引〔10〕，杨秋宇文。

〔54〕 参见前引〔3〕，徐深澄文。

〔55〕 参见前引〔34〕，王浩文。

〔56〕 即使从外部授权的观点观察，法人或其他组织对其工作人员公开赋予职务，也可解释为外部授权，这与内部授权、外部通知并无实质差别。

传达给外部第三人即不影响代理人据此行为的有效性。《民法典》第 170 条第 2 款旨在解决本人应承受内部代理权与外部职务所蕴含的通常代理权不一致之风险。还有观点认为《民法典》第 170 条第 1 款和第 2 款存在逻辑矛盾，因为既然职务代理人的职权本来就基于内部授权产生，并且职权范围受到所谓的内部限制也属职权的常态，何以第 1 款满足代理行使要件的职权行为，要受到第 2 款的例外性限制。<sup>〔57〕</sup>这一质疑值得商榷，在范围非常具体的授权情形下，出现外部权限和内部权限之差异的可能性较小，但在概括授权时，外部展现的代理权和内部权限可能有差异。《民法典》第 170 条第 2 款规范的并非内部授权符合外部代理权外观的情形，而是代理权外观大于内部授权范围。比如某人被委任担任商店的售货员，在履行职责的过程中其可能收到雇主更具体的指示，原则上这些指示并不影响其对外权限，因为通常这些具体指示并不能被有效通知于外。

因此，从功能角度考虑，所谓的“职务行为”可被授权行为或表见代理所代替，其独立性成疑。既然可以现有的制度规范之，为何要单独规定职务代理？未意识到职务代理的身份危机，不同观点则认为须以经理权、代办权和店员代理权来阐释职务代理。

### 三、质疑以经理权、代办权和店员代理权阐释职务代理

《民法总则》通过前，有代表性观点主张参考比较法做法，对法人或非法人组织中经理人、代办人和商店等公开经营场所的职员等的代理权以及实践中各代理商的代理权分别加以规定，并配合相应的登记制度。<sup>〔58〕</sup>与此类似，有观点主张，应在总则编代理制度中设置商事代理的转介规范，指明经理人及其他商业使用人的职务代理、代理商的商事代理在《民法典》中的体系位置，并在合同编部分规定经理权、其他商业使用人合同（企业销售人员、店员代理权等）以及代理商合同。<sup>〔59〕</sup>《民法总则》通过后，类似观点进一步指出《民法典》第 170 条关于职务代理的规定过于简略，可操作性不强，应结合比较法上的经理权、代办权等类型完善职务代理。<sup>〔60〕</sup>另有观点主张《民法典》第 170 条可涵盖商法上的经理权和代办权，融贯民事代理和商事代理。<sup>〔61〕</sup>然而果真需要一并规定经理权、代办权和店员代理权，或者以之来阐释《民法典》第 170 条吗？处理这一争议问题，要求我们首先探讨何为经理权、代办权和店员或雇员代理权，考虑到当前存在对其理解不准确的现象，随后结合比较法和我国实证法，评析这一建议。

#### （一）经理权、代办权和店员代理权模式

《德国民法典》在总则编规定了一般代理制度，《德国商法典》还规定了若干商事代理人，从第三人和本人之间关系角度考虑，主要有经理权、代办权和店员或仓库职员代理权。采纳这一代

〔57〕 参见前引〔26〕，聂卫锋文。

〔58〕 参见前引〔1〕，尹飞文。

〔59〕 参见曾大鹏：《民法典编纂中商事代理的制度构造》，载《法学》2017年第8期。

〔60〕 参见前引〔10〕，杨秋宇文。

〔61〕 参见前引〔3〕，李宇书，第797页。

表性立法模式的还有瑞士法、<sup>〔62〕</sup> 葡萄牙法<sup>〔63〕</sup>和日本法<sup>〔64〕</sup>等。有观点在讨论商事代理时提及有必要规定代理商,<sup>〔65〕</sup> 比较法上对代理商的规范重心在于其与委托人之间的内部关系,而非外部关系,<sup>〔66〕</sup> 代理商是否有缔约权限仍取决于其是否被授权,仍属于委托代理,故我们在此不予讨论。

### 1. 经理权

《德国商法典》第43条至第50条规定了经理权(Prokura)制度,<sup>〔67〕</sup> 其主要特征有二:第一,除法律规定的限制之外,经理权享有概括权限,对经理权的内部限制不得对抗第三人,第三人对该内部限制的简单知情不足以认定为恶意;第二,经理权人必须经商事登记。以法律明确全权代理人的权限以及强制登记,有利于维护交易安全和迅捷。除个体商人可授予经理权外,经理权还适用于公司等团体,具体规范有德国《有限责任公司法》第37条、《股份有限公司法》第82条和《德国商法典》第125条等。值得一提的是,自1968年以来,经理权制度统一了欧盟(及其前身“欧洲共同体”)资合公司的机关代理制度。<sup>〔68〕</sup> 这表明了源于中世纪商事习惯的经理权制度具有强大的生命力。我国有观点认为在法律直接规定某类代理人的代理权范围情况下,诸如经理权情形,无需单独的授权行为,<sup>〔69〕</sup> 这一理解忽略了权限法定和授权行为是两码事,完全可出现权限发生意定但权限内容法定的情况。

### 2. 代办权

依据《德国商法典》第54条第1款和第2款之规定,代办权是指未经授予经理权而有权经营营业,或实施属于商事营业的某种或某个别行为,在尊重法律关于代理权的限制或提示的前提下,其代理权及于此种商事营业的经营或实施此类行为通常会产生的的一切法律行为。同时,依据《德国商法典》第54条第3款之规定,对于代办权的其他限制只有在第三人明知或应知时,才对第三人有效。有观点似认为代办人的权限范围乃法定,这并不准确。<sup>〔70〕</sup> 虽然代办权被列入商法典,但相比《德国民法典》第167条的一般授权并无太大特色,其本质上属于意定代理。<sup>〔71〕</sup> 《德国商法典》第54条第1款规定了对于权限范围的推断,本人可以自由决定授予代办人的权限范围,第3款则规定了在代办权偏离通常推断范围的情况下的善意保护。这就意味着第54条第1

〔62〕《瑞士债法典》第32条及其以下规定了一般代理制度,而在第十七编“经理人和其他商事代理人”中规定了经理人(第458条及其以下)和代办人(第462条)。

〔63〕参见〔葡〕乔治·曼努埃尔·高迪纽德·阿布莱乌:《商法教程》(第一卷),王薇译,法律出版社2017年版,第111页。

〔64〕《日本商法典》第21条、第25条和第26条分别规定了经理权、代办权和店员或仓库职员代理权。参见刘成杰编:《日本最新商法典译注》,中国政法大学出版社2012年版,第55、61页。

〔65〕参见樊涛:《我国民法典的制定与商事规范的构建》,载《法学杂志》2016年第11期。

〔66〕参见陈自强:《从欧盟及德国代理商法看我国民法之代办商》,载《政法法学评论》第113期。

〔67〕本文中《德国商法典》条文均引自杜景林、卢湛译:《德国商法典》,法律出版社2010年版。

〔68〕See Article 9 of Directive (EU) 2017/1132 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2017 relating to certain aspects of company law; 刘骏:《“表见代表”之虚与实》,载《暨南学报(哲学社会科学版)》2022年第10期。

〔69〕参见前引〔1〕,尹飞文。

〔70〕参见前引〔10〕,杨秋宇文;前引〔12〕,郑泰安、钟凯文;前引〔22〕,张谷文。

〔71〕参见〔德〕C·W·卡纳里斯:《德国商法》,杨继译,法律出版社2006年版,第384页;卢湛:《〈德国商法典〉:解构抑或重构》,载《德国研究》2014年第2期;〔德〕保尔·拉邦德:《依〈德国普通商法典〉缔结法律行为时的代理》,刘洋译,载《苏州大学学报·法学版》2021年第4期。

款的规定是一个可以推翻的推断，而且代办权没有法律强制规定的范围；<sup>〔72〕</sup>另外，代办人也不需要经商事登记。即在权限范围和登记上，其与经理权明显不同。代办人是否被授权及其权限范围，需要结合营业规模、类型和交易具体情况等判断是否构成本人的授权或表见权限。

### 3. 店员代理权

依据《德国商法典》第 56 条之规定，在店铺或公共仓库受雇之人，视作有权进行在此类店铺或仓库中被认为通常的买卖和受领。店员或仓库雇员身份不须商事登记，对第三人而言其所处之外观证成其享有的权限，通说认为《德国商法典》第 56 条属于权利外观责任。<sup>〔73〕</sup>因为通常情形下雇员本人知道其未被内部有效授权。相反，弗卢梅认为，《德国商法典》第 56 条属于基于法律行为授予的意定代理权，即某人赋予他人某一职位且从交易习惯上来看该职位形成代理权，那么他通过自己的行为宣示他人享有代理权。<sup>〔74〕</sup>外部第三人可以合理信赖该外部授权。其实从法律效果上观察，两种观点之间并无太大的差别。权利外观理论是本人就代理行为未予以内部授权时，其不得向相对人主张与外观不符合的内部授权之限制。而弗卢梅的授权行为说认为通常情况下，被代理人将店铺或仓库雇员置于营业场所就等于向外部作出了授权，针对不特定的相对人而言，店铺或仓库职员拥有通常的买卖和受领的权限，除非相对人属恶意。这一问题与其对《德国民法典》第 171 条、第 172 条的外部授权之理解有关，他认为它们是基于法律行为所作出的授权，<sup>〔75〕</sup>而另有学说认为其是权利表象。<sup>〔76〕</sup>

综上所述，德国法上具有特色的是权限法定和须经登记的全权代理人，即经理权制度。至于代办权、店员或仓库职员代理权仍属意定代理和表见代理范畴之内，不具有特殊性。《德国商法典》的上述规定早在 1861 年《德国普通商法典》中即已存在，<sup>〔77〕</sup>属于对商事习惯的总结，这些代理权类型早于《德国民法典》的制定以及表见代理法理之广泛肯认。<sup>〔78〕</sup>这种立法格局是特定历史的产物而非逻辑必然，今日我国已有成熟的委托代理、表见代理理论且采民商合一体例，果真有必要遵循此模式吗？

### （二）我国法之定位

以经理权、代办权等完善职务代理的建议因未准确认识经理权、代办权和店员代理权的机制以及我国实证法相应状况而不可行。我国实证法并非不存在类似经理权的制度。我国虽然未如《德国商法典》那样明确规定经理权，但并非不存在经理权的应用，用经理权来阐释合伙企业业务执行人、公司法定代表人的权限完全是可行的。首先，法定代表人制度与经理权制度有相同法理，<sup>〔79〕</sup>

〔72〕 参见前引〔71〕，卡纳里斯书，第 385 页；前引〔71〕，拉邦德文。

〔73〕 参见前引〔71〕，卡纳里斯书，第 398 页；〔德〕迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社 2013 年版，第 734 页。

〔74〕 参见〔德〕维尔纳·弗卢梅：《法律行为论》，迟颖译，法律出版社 2013 年版，第 989 页；〔德〕卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》（下册），王晓晔等译，法律出版社 2013 年版，第 856 页。

〔75〕 参见前引〔74〕，弗卢梅书，第 984 页。

〔76〕 参见前引〔74〕，弗卢梅书，第 987 页。

〔77〕 参见前引〔71〕，拉邦德文。

〔78〕 德国法上，表见理论在 20 世纪上半叶才成为通说。参见黄卉：《论法学通说》，载《北大法律评论》2011 年第 2 辑。

〔79〕 参见张舫、李先映：《论商法中的经理权》，载《河北法学》2007 年第 5 期；刘骏：《再论意定代理权授予之无因性》，载《交大法学》2020 年第 2 期。不同观点认为《民法典》第 61 条第 3 款和第 504 条属权利外观责任。参见前引〔34〕，王浩文。



法定代表人或负责人的行为无需特别授权，他是法人唯一的、法定的签字人。<sup>〔80〕</sup>就公示而言，只有法定代表人需登记并公示，企业法人营业执照、企业信息公示系统都记载法定代表人的任命，<sup>〔81〕</sup>而公司其他董事或经理的变更只需工商备案。<sup>〔82〕</sup>另外，依《合伙企业法》第37条之规定，合伙企业的业务执行人对营业享有概括权限，而且需经登记，类似的还有法人的清算人、合作社的社长等。对这些享有概括权限的代理人，因已有法律规范，无需诉诸职务代理。

还有观点将我国公司经理的权力与经理权相类比。<sup>〔83〕</sup>类似观点认为经理权既包括对内的事务管理权（《公司法》第49条和第113条），也包括对外代理权，并以德国商法、法国商法中有关经理权的规定为佐证。<sup>〔84〕</sup>这值得商榷，我国公司经理制度与经理权制度本身无关。其一，经理权制度需要公示经理权人的身份，自20世纪末《公司法》制定以来，除经理兼任法定代表人之外，公司法上的经理只要求备案而非登记，工商登记只显示法定代表人。或有反对者认为，依据2016年《企业信息公示暂行条例》第6条之规定，登记信息和备案信息都应该公示，二者区别已经模糊化。实则并非如此，相比备案信息，营业执照和工商登记更原始、更具有权威性和可信性。其二，须备案的董事、监事和高级管理人员（包括经理）并不当然具有代表权。因为在代表权配置上，我国目前实行单一的法定代表制，公司经理并不像法定代表人那样就公司营业事务享有概括签字权，而且法律主要是从公司内部角度对经理配置权力。<sup>〔85〕</sup>即从公示和代表权配置两层次上，我国经理的权限并非经理权。虽然可承认公司经理就公司日常经营事务具有概括代理权，<sup>〔86〕</sup>但不能因此将其与全权代理人或法定代表人等量齐观。<sup>〔87〕</sup>据此，经理能否拘束公司需依据一般代理制度，看其是否被授权，<sup>〔88〕</sup>未被授权时可否有表见代理之适用。

综上，除非在立法上引入经理权制度并配合登记制度上的改革，否则将职务代理和经理权联系起来的意义有限。即使进行立法上的改革，带来的收益主要是：第一，企业可以在法定代表机关之外另行设置具有代理全权的经理权人；第二，个体商人也可以设立经理权人。后者的必要性较低，当今商业社会的典型形态是企业组织体，而非个体商，授予经理权的多是企业而非商个人。第一个交给《公司法》处理即可。立法论上，当前更务实的选择可能是，坚持董事会中心主义下，赋予董事会概括权限，<sup>〔89〕</sup>同时允许董事会结合本公司股权结构等情况，选任其成员或经理个别或共同地担任代表人，并配套进行相应的商事登记改革，全权代理人须经公示。

职务代理也无必要依据代办权、店员或仓库职员代理权进行完善，后者相比一般代理制度，

〔80〕 参见《企业法人登记管理条例》第11条。

〔81〕 依据《公司登记管理条例》（2016年修订）第9条、第30条，《市场主体登记管理条例》第8条和《公司法》第7条之规定，法定代表人的姓名需要登记，且营业执照应记载之。

〔82〕 依据《公司登记管理条例》（2016年修订）第37条和《市场主体登记管理条例》第9条之规定，公司董事、监事、经理发生变动的，应向原公司登记机关备案。

〔83〕 参见前引〔3〕，徐深澄文；前引〔10〕，杨秋宇文。

〔84〕 参见前引〔25〕，冉克平文。

〔85〕 参见前引〔12〕，郑泰安、钟凯文；前引〔79〕，张舫、李先映文。

〔86〕 参见殷秋实：《法定代表人的内涵界定与制度定位》，载《法学》2017年第2期。

〔87〕 不同观点，参见赵旭东：《再思公司经理的法律定位与制度设计》，载《法律科学》2021年第3期，第36页。

〔88〕 参见全国人大常委会2022年12月30日公布的《公司法（修订草案二次审议稿）》第74条。

〔89〕 参见前引〔86〕，殷秋实文；全国人大常委会2021年12月24日发布的《公司法修订草案（征求意见稿）》第62条、第124条。

诸如委托代理和表见代理，并无特色，法律不可能确定其代理权范围以及进行相应的配套登记，只能做一定的可推翻的权限推断。反对观点认为，大陆法系相关立法中，诸如经理权、代办权和店员代理权，各类职务代理的范围具有法定性，即法律对上述几种形式的职务代理予以类型化。<sup>〔90〕</sup>这值得商榷，在代办权和店员代理权情形中，其权限范围并不具有法定性，而是法律做出的推断或权利外观责任。代办权仍属于委托代理，店员代理权属于表见代理范畴，二者并不具有特殊性。

从立法论上检讨，考虑到我国并未详细规定法定代表人之外的代理人权限和公示措施，这一规定也无可能，单独规范职务代理的意义并不大。首先，囊括任何职务类型且无相应法律规定代理权限和公示措施，职务代理与一般代理制度中的委托代理和表见代理又有何区别，其特色在哪呢？其次，从功能上看，职务代理也并非必不可少。法律行为归属上，针对法人内部中低层工作人员完成的职务行为，若这些工作人员已经法人或非法人组织委托授权，则其属于委托代理的范畴，至于其超越授权能否构成表见代理，借助表见理论判断即可。若这些工作人员未被明确委托授权，其以组织名义行为是否构成有权代理取决于表见代理或默示授权之满足。职务代理实质是指从事代理行为时包括代理人职务在内的客观环境使相对人相信其有权限，这一功能可由表见代理或默示授权实现。最后，渊源上我国职务代理受苏俄法上相关代理制度的启发，后者的特色是相对人可因代理人所处之地位相信其有权限，在权限判断上属默示授权或表见代理，并无特色。

因此，职务代理相比一般代理并无特色，在适用《民法典》第170条时应该具体地判断法人或非法人组织的工作人员在其职务范围内的行为是否构成有权代理。<sup>〔91〕</sup>《民法总则》制定前后，有不少关于民事代理和商事代理及其区别的讨论，诚然，在功能上、内部关系上商事代理存在其特色，但这并非代理制度的主要规范内容，交由合同法或当事人自治即可。在外部关系上，商事代理仍然应遵循以他人名义行为的一般规范，结合我国实证法情况，不宜过于夸大其特色。

## 四、结 论

综上，职务代理受苏俄民法影响而来，苏俄民法上的类似制度具有两项特征：第一，代理人由行政文件任命，完成代理行为属于行为人之职责；第二，相对人无须审查授权委托书，可因工作环境而得出代理人已被授权。法律借鉴时，我国未如苏俄民法那样特别强调职务代理是发生在工作场所之内以及职务类型的典型性，扩大了职务代理的适用范围。由于已有特别规范，法定代表人或负责人并不适用《民法典》第170条。法人或非法人组织的工作人员以组织名义行为的效果归属需要看行为人是否经有效授权，未经授权时可否有表见代理之适用，即外部客观表象可否证成第三人信赖行为人被授权。从功能和具体权限判断角度观察，职务代理与默示授权、表见代理很难区分，可被两者所替代，独立性甚小。代表性观点主张以比较法上的经理权、代办权和店员代理权阐释或建构职务代理，这并不必要。一方面，若在立法上引进经理权，带来的实益主要

〔90〕 参见前引〔12〕，郑泰安、钟凯文；刘静波：《以职务代理完善我国代理制度》，载《新疆大学学报（哲学·人文社会科学版）》2012年第2期。

〔91〕 参见前引〔24〕，杨芳文，第166页。

是允许个体商人授予经理权以及企业可在法定代表人之外设立经理权。考虑到个体商人的式微，前者必要性较低。当前更现实的选择是在董事会权力中心下，允许董事会选任一人或数人单独或共同作为公司的法定代表人，并配合以商事登记。另一方面，代办权和店员代理权并不区别于一般代理制度，单独予以规定的必要性较低。

孟德斯鸠说：“只能以颤抖的手制定法律。”<sup>〔92〕</sup>通过对职务代理的探讨，提醒我们立法时应明确某一制度的来源和功能，径行规定不仅无益于问题之解决，而且依奥卡姆剃刀原则“如无必要，勿增实体”，也构成资源浪费。作为继受国家，探求民法某一制度的来龙去脉和制定过程中的争议，有助于我们制定最科学的规范以及正确适用相关法律。

---

**Abstract:** The conception of “agency in duty” in Chinese law was inspired by the Russian law. In Russian law, an agent who is appointed by the administrative regulating documents has the power to bind his principal and the counterpart is exempted from the verification of his power due to the agent’s work environment. The Article 170 of Civil Code shouldn’t be applied to the legal representative of a legal person or to the principal of an unincorporated organization. An act accomplished by the employee in the name of organization is valid only when he has real authority or apparent authority. There is also no need to interpret the Article 170 of Civil Code with prokura and the representation of employee. The Civil Code should not regulate the agency in duty.

**Key Words:** agency in duty, apparent authority, implied authority, prokura, representation of employee

---

(责任编辑：殷秋实 赵建蕊)

---

〔92〕〔法〕孟德斯鸠：《波斯人信札》，罗国林译，译林出版社 2000 年版，第 159 页。