

体系化视角下的意定代理权来源

尹 飞 *

内容提要：就意定代理权的来源，我国学理上和司法实践中存在一元说和二元说的不同认识。一元说认为代理权仅来自于代理权授与行为，二元说则认为代理权的来源还包括代理人的职务。我国民法总则编纂过程中，目前的草案实际上采用了二元说。但二元说无法涵盖实践中代理权的各类来源，而且会造成司法实践中新的困扰。就德国法来看，其代理权来源的抽象原则是指代理权的来源区别于其基础关系而独立存在。代理权的来源包括法律直接规定特定代理人的代理权以及被代理人的代理权授与行为两种情形。结合我国民商合一的立法体制和代理制度复合继受的背景，我国民法典应当承认意定代理权来源的多元论，即除代理权授与行为之外，代理权还可以来自于法律的直接规定、社会一般观念或者交易习惯以及当事人之间的基础关系。

关键词：意定代理 代理权来源 职务代理

“代理权基于本人之意思发生者，称意定代理。”〔1〕通说认为，代理行为乃代理人之行为，但该行为的后果却又直接由被代理人承担。依私法自治原则，如无法律的特别规定，民事主体以其行为给他人设定义务，唯一的理由在于被设定义务者的同意。换言之，“只有在被代理人同意代理人从事的行为对自己产生效力的情况下”，代理行为直接对本人发生法律效力才能与本人的私法自治之自决权（Selbstbestimmung）相一致。〔2〕因此，代理人的行为对本人直接发生效力，固然是法律尊重代理人进行代理行为时表明的代理意思的结果，但其根源仍然在于代理人的行为建立在代理权的基础上。〔3〕因此，意定代理权的来源问题至关重要。意定代理制度的建构，首先应当对代理权的来源进行清晰的界定，从而为何为有权代理、何为无权代理确立一个明确的标准，在此基础上才有可能结合私法自治的维护

* 中央财经大学法学院教授。

本文系作者主持的国家社科基金项目“身份欺诈的民法效果与法律对策研究”（13BFX084）的成果之一。

〔1〕 洪欣逊：《中国民法总则》，台湾三民书局1992年版，第443页。

〔2〕 [德] 梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社2000年版，第705页。

〔3〕 Winschied, Lehrbuch des Pandektenrechts, (1862), I § 73. 转引自黄立：《民法总则》，中国政法大学出版社2002年版，第408页。

和交易安全的保护,探讨代理权的行使、无权代理、表见代理等规则。

意定代理中,本人同意承受代理行为法律效果的意思,究竟来源于何种法律关系,在比较法上有截然不同的认识。我国学理上之有力说认为系来源于代理权授与行为,但也存在不同认识。学理上的分歧也导致司法实务中各法院态度不一,我国民法典总则编的起草中各建议稿更是存在明显分歧。故而有必要在对意定代理权来源相关制度的目的、背景及功能加以通盘考量的基础上,结合我国民商合一的制度体系以及民法典编纂的历史任务详加探讨。

一、我国学理上对意定代理权来源的认识与分歧

(一) 意定代理与职务代理

依据民法通则第64条,代理分为法定代理、指定代理、委托代理(意定代理)。依据民法通则第65条,学者通常认为意定代理权源于代理人与被代理人之间基础关系之外的代理权授与行为。^[4]

但对于职务代理中代理人的代理权是否源自于授权行为,学界存在不同的认识。所谓职务代理,是指根据代理人所担任的职务而产生的代理。^[5]民法通则第43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。”有学者认为该条系对侵权责任的规定,^[6]但参与民法通则起草的主要学者均认为其所言的企业法人对其法定代表人之外的工作人员的经营活动承担民事责任的规定,系对职务代理的规定,^[7]且职务代理人的代理权亦来自于被代理人的意思,旨在扩张私法自治,故而亦属于意定代理。司法解释也认为该规定系关于职务代理的规定。^[8]

(二) 意定代理权的“一元说”和“二元说”

对于职务代理人的代理权来源,一种观点认为,其与普通的意定代理权并无区别,仍

[4] 较早的论述,如佟柔即认为授权委托书是“一方当事人向另一民事主体授与代理权”的“单方民事法律行为”的书面形式。其效力是“授权受托人(代理人)以委托人(被代理人)的名义进行民事活动,这些民事活动的后果(与第三人形成的权利义务关系)归于委托人”。见佟柔:《民法通则疑难问题解答》,载《佟柔文集》,中国政法大学出版社1996年版,第337页。同说参见梁慧星:《民法总论》,法律出版社2007年版,第218页;马俊驹、余延满:《民法原论》,法律出版社2005年版,第225页;张俊浩主编:《民法学原理》,中国政法大学出版社2000年版,第321页;柳经纬主编:《民法总论》,厦门大学出版社2000年版,第223页。

[5] 参见江平、张佩霖:《民法教程》,中国政法大学出版社1986年版,第95页。

[6] 有学者考证,本条来源于原苏俄民法典第445条:“组织对于其工作人员在履行自己的劳动(公务)职责时的过错而造成的损害,应当负责赔偿”,并认为其基本涵义,就是用人者对劳动者执行职务中的致害行为承担侵权责任。参见杨立新:《侵权法论》,人民法院出版社2003年版,第389页。也有学者认为本条是法人具有独立的侵权责任能力而且应当承担独立的侵权责任的依据。参见王利明:《民法总则研究》,中国人民大学出版社2004年版,第404页。

[7] 佟柔明确指出:“这里(民法通则第43条)所说的‘经营活动’都是民事行为”(前引[4],佟柔书,第326页)。在民法通则语境下,民事行为即学理上所言的法律行为而非侵权行为。同说参见佟柔、顾昂然、谢怀怀、江平等:《中华人民共和国民法通则讲座》,中国法制出版社2000年版,第28页,第116页。

[8] 《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)》第58条规定:“企业法人的法定代表人和其他工作人员,以法人名义从事的经营活动,给他人造成经济损失的,企业法人应当承担民事责任。”“以法人名义”表明该条规定的是代表或代理。该解释的起草者认为:“条文中所述的‘其他工作人员’包括两部分人:1. 除法定代表人以外的,能够代表法人对外从事经营活动的法人机关的成员,如公司的董事、总经理。2. 非法人机关成员的工作人员。他们因法人机关授与职务或委托,以法人代理人的身份代理法人从事经营活动。”见梁文书主编:《民法通则意见诠释》,中国法制出版社2001年版,第41页。

然需要被代理人的另行授权。“依照劳动或雇佣关系中的职务而取得代理权，是所谓‘职务代理’。……职务代理的代理权也因授权行为而取得，因而属意定代理的具体类型。”〔9〕“职务代理实际上是委托代理的一种特殊形式……具有委托代理的本质特点，即都是被代理人单方授权行为的结果。”〔10〕换言之，无论是民法通则第65条规定的委托代理还是第43条规定的职务代理，均属于意定代理；代理人的代理权均来自于被代理人的授权行为。此种观点不妨称为“一元说”。

另一种观点则在承认职务代理系意定代理的同时，认为职务代理权无需代理权授与行为。换言之，一般的委托代理中，意定代理权来自于代理权授与行为，而职务代理中，意定代理权来自于特定职务。此种观点不妨称为“二元说”。〔11〕申言之，职务代理“即法人或其他组织的成员以及主要工作人员就其职权范围内的事项进行的法律行为，无须法人或其他组织的特别授权，其法律效果应当由法人或其他组织承担。……在职务代理中，关键在于职权范围的判断，这是其代理权的基础，也是与一般代理的区别所在”。〔12〕职务代理与一般的委托代理之区别在于：其代理权一般依赖于其在法人或者其他组织中的职务等。〔13〕职务代理基于特殊的职位设置和职务任命而产生，并不需要专门的授权；职务代理人的代理权范围不是由委托人加以明确授权，而是根据职位的特定性质和职务的工作范围来确定；职务代理人行使代理权的重要依据，一般有执行职务人特定标志，如收款员有收款台、收款专用章，会计有财务专用章等。〔14〕司法实践中，也有地方法院在其指导意见中明确采纳了这一认识。〔15〕

虽然学理上尚存争议，司法实践中也有不同认识，但最高人民法院相关司法解释尤其是最近的判决固守“一元说”，且将意定代理权源于授权行为的认识推到极致：意定代理权仅源于授权行为；授权行为为书面的情况下，授权书上的公章必须真实，否则即按照无权代理处理。〔16〕这种做法，在完全架空民法通则第43条关于职务代理的规定的同时，是否合

〔9〕 前引〔4〕，张俊浩主编书，第314页。

〔10〕 前引〔4〕，马俊驹等书，第225页以下。

〔11〕 江平在宣讲民法通则时，即认为第43条规定的职务代理人的代理权来自于职务性质，无需被代理人专门授权。参见前引〔7〕，佟柔等书，第116页。此后也有学者持此观点，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》，《法律学习与研究》1989年第3期。也有学者从公司对外进行经济活动的实践和交易习惯出发，认可公司经理以及特定内部机构的职务代理权。参见甘培忠：《公司代理制度论略》，《中国法学》1997年第6期。

〔12〕 前引〔6〕，王利明书，第617页。

〔13〕 参见魏振瀛主编：《民法》，北京大学出版社、高等教育出版社2000年版，第174页。

〔14〕 吕文江、赵军：《浅谈职务代理》，《山东法学》1989年第3期。

〔15〕 例如，《江苏省高级人民法院关于适用〈合同法〉若干问题的讨论纪要（一）》（苏高法审委〔2005〕16号）第16条即明确指出：“职务行为可以区分为职务代表和职务代理。……法人或者其他组织的工作人员就其职权范围内的事项以法人或者其他组织名义从事经营活动的构成职务代理，无须法人或者其他组织的特别授权，其行为后果应当参照委托代理的规定，由法人或者其他组织承担。”

〔16〕 《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〔1998〕7号）第5条规定：“行为人盗窃、盗用单位的公章、业务介绍信、盖有公章的空白合同书，或者私刻单位的公章签订经济合同、骗取财物归个人占有、使用、处分或者进行其他犯罪活动构成犯罪的，单位对行为人该犯罪行为所造成的经济损失不承担民事责任。”在最高人民法院审理的一个案例中，被告某公司主持日常工作的董事、总经理崔某，亲自与原告某银行人员商谈贷款事宜，并向其介绍李某为本公司工作人员。后李某使用私刻的被告公司公章与某银行在崔某的办公室签订了相关贷款合同。开户和贷款所需的营业执照、税务登记证、法定代表人身份证明、授权委托书、董事会决议等相关资料，全部由崔某提交并加盖私刻的深圳机场公司公章。法院仍然认为不能构成代理以及表见代理。参见兴业银行广州分行与深圳市机场股份有限公司借款合同纠纷案，《最高人民法院公报》2009年第11期。

乎现代商业对交易确定性或者说交易安全的要求，不无疑虑。

（三）民法典编纂中各方的认识

在民法典编纂过程中，中国法学会组织撰写的《中华人民共和国民法典·民法总则专家建议稿（提交稿）》（以下称法学会稿），^{〔17〕}王利明、梁慧星分别牵头起草的民法典（草稿）学者建议稿^{〔18〕}以及杨立新主持的民法总则（草案）建议稿^{〔19〕}（以下分别简称王利明稿、梁慧星稿、杨立新稿）对意定代理权来源的规定存在明显分歧。

概言之，梁慧星稿采“一元说”，将意定代理权的来源仅限于代理权的授与行为。其第162条规定，“被代理人向代理人授予代理权，应当向代理人或者与代理人实施法律行为的第三人，以意思表示为之。”第173条强调，“委托代理权消灭时，代理人应当将授权委托书交还被代理人。”显然，意定代理权仅来自于被代理人的授权行为。

法学会稿则采“二元说”，在强调“代理权可以基于被代理人的意思、法律的规定以及人民法院或者其他有权机关依法指定产生”（第152条）的同时，在委托代理一节中特别规定了第163条（职务代理），明言“法人或者其他组织的成员就其职权范围内的事项，无须特别授权，就可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。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”。这就在代理权授权之外，承认意定代理权还可来自于法人或者其他组织成员的特定职权。王利明稿第221—223条、杨立新稿第155条也有类似规定。

从全国人大面向全社会公开征求意见的《中华人民共和国民法总则（草案）》来看，其在“委托代理”一节中于第150条规定：“执行法人或者非法人组织工作任务的人，就其职权范围内的事项，以法人或者非法人组织的名义实施民事法律行为，对法人或者非法人组织发生效力。法人或者非法人组织对其工作人员职权范围的限制，不得对抗善意第三人。”从该条文字表述、文义看，显然采纳了“二元说”。

有鉴于实务中的分歧以及立法进程中的重大争议，有必要对意定代理权来源的内涵及其适用范围进行更为深入的讨论。意定代理权来自于代理权授与的理论，系继受自德国法中意定代理权来源的抽象原则。该原则虽然为德国法系诸民法普遍继受，但笔者认为，在继受过程中，由于各国法律体系上的差异，抽象原则的内涵实际上被有意无意地限缩，从而与代理权授与相等同；而代理权授与对于意定代理的意义也被绝对化了。故而，有必要认真考察德国法上代理权来源理论尤其是抽象原则在德国法中的适用范围，以结合我国法律体系的构造，在未来的民法典中合理界定意定代理的内涵以及意定代理权的发生依据，充分发挥抽象原则的功能，维护交易的安全与效率。

〔17〕 该稿由中国法学会民法典编纂项目领导小组和中国民法学研究会组织撰写。<http://www.civillaw.com.cn/zt/l/?id=30198>，2016年11月18日访问。

〔18〕 参见王利明主编：《中国民法典学者建议稿及立法理由·总则》，法律出版社2005年版；梁慧星主编：《中国民法典草案建议稿附理由·总则编》，法律出版社2013年版。

〔19〕 参见杨立新主持的《中华人民共和国民法总则（草案）》建议稿（2.0版），http://www.legaldaily.com.cn/fxjy/content/2015-05/12/content_6079122.htm，2016年11月18日访问。

二、代理权来源抽象原则的内涵及其在德国法上的制度构造

所谓抽象原则，普通法学者亦称为“区别论”，是指把代理权限与被代理人和代理人之间的基础关系（如委托、雇佣、无因管理等）区分开来。^[20]在德国法中，则将之表述为代理权来源和基础关系的独立与区分原则，^[21]或者抽象原则（Abstrationsprinzip）。^[22]意定代理权来源于代理权授权行为而非代理人与被代理人之间的基础关系，已成为我国民法学界通说，其具体内涵在此不作展开。^[23]惟须探讨的是，抽象原则与德国法民商分立体制的关系以及其在民商合一立法体制之下的真正内涵。

（一）抽象原则的内涵

法学史上，耶林首先提出应当区分委托与代理：委托是委托合同的内在方面，而代理则是该合同的外在方面。但其仍然认为内在方面与外在方面只是同一法律关系的两个要素，委托是意定代理唯一可以想象的发生原因。^[24]

拉班德则首先“发现”了代理权源自于授权行为而非委托合同。他认为“代理权与委托合同无关”。^[25]代理权与委托合同不是同一法律关系的两面，而是相互独立的法律概念。委托合同仅涉及代理人与被代理人之间的义务与权限，而代理权则使代理人有权以其行为拘束被代理人及第三人。尽管代理人的行为完全违反了其基于委托合同所产生的义务，但其仍然可能就该行为享有代理权。甚至在相对人知道本人在其与代理人之间的合同中作出了对代理权的限制的情况下，也不妨碍其主张代理效果的发生。^[26]

这一观点被誉为法学上的一大发现，^[27]并被德国民法典所采纳。该法典将委托合同作为一种“债的关系”放在债编分则，而将代理和代理权的概念和内容规定在总则编，尤其是在第167条明确规定了意定代理权的授与，从而把代理的内部关系（委托合同）与代理的外部关系、作为被代理人单方法律行为的授权行为与委托合同行为区别开来。

代理权源于代理权授与的观点为德国法系诸民法普遍采纳，^[28]属于法国法系的意大利民法典也继受了这一做法。法国民法典虽然将委托与代理混为一谈，但其学理上则普遍接

[20] 参见 [英] 施米托夫：《国际贸易法文选》，赵秀文译，中国大百科全书出版社1993年版，第371页。

[21] See Wolfram Müller-Freienfels, *Legal Relationship in the Law of Agency: Power of Agency and Commercial Certainty*, 13 *The American Journal of Comparative Law* 207 (1964).

[22] Vgl. Münchener Kommentar zum BGB, § 166 Rn. 74, § 167 Rn. 3.

[23] 也有学者认为抽象原则缺乏足够的正当性。参见朱庆育：《民法总论》，北京大学出版社2013年版，第335页以下。囿于篇幅，本文对此不作讨论。

[24] Vgl. Rudolf von Jhering, *Jherings Jahrb I* (1857) S. 312.

[25] Paul Laband, *Die stellvertretung bei dem Abschluß von Rechtsgeschäften nach dem allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch*, *Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht*, 10 (1866), S. 205.

[26] 同上文，第183页以下。

[27] [德] 汉斯·多勒：《法学上的发现》，载王泽鉴：《民法学说与判例研究》第4册，中国政法大学出版社1998年版。

[28] 如瑞士债务法、瑞典代理法、希腊民法典、日本民法典以及旧中国“民法典”。荷兰1838年民法典将代理作为委托合同的效力而规定，但1992年荷兰民法典也转采抽象原则。See H. L. E. Verhagen, *Agency in Private International Law*, Martinus Nuhoff Publishers, 1995, p. 15, p. 17.

受了这一观点，民法典修订委员会也明确表示了对抽象原则的认同。^[29]甚至一直奉行等同论的英美代理法，也在一定程度上接受了抽象原则，将其真实代理权的来源界定为被代理人的同意。^[30]

（二）法律直接规定代理权与抽象原则

应当看到，在代理权授与这一“法学上的发现”的光辉之下，不少学者限缩了抽象原则的内涵，不适当地将抽象原则等同于代理权的授与，并进而认为在不适用代理权授与的商事领域，抽象原则未被承认。有学者认为，“德国民法上的授权理论从来都没有真正指导过商业实践中各种具体的代理形式……在商业领域中，授权行为至少在形式上无法表现出完全独立的状态，它总是与其基础的法律关系‘生死与共’。”^[31]亦有学者把区别论嘲弄为“纯粹的符合逻辑的假定的学说”，认为“它所面临的问题是使这一理论与商业实践中发展起来的代理人的各种形式协调一致。这绝非是一件轻而易举的任务”。^[32]

应当看到，这种观点认识到了将代理权授与作为意定代理权发生原因的局限性：在法律直接规定某类代理人的意定代理权的情况下，并无代理权授与的适用。但是，这种观点最大的不足在于它忽略了商事活动中法律直接规定的代理权在基本逻辑和功能上与代理权授与的一致性。

1. 抽象原则的溯源——德意志共同商法典

在对德国法上的代理制度进行考察时，不容忽视的是德国民商分立的立法体制。拉班德提出这一发现的名著即《依德意志共同商法典完成法律行为时的代理》。换言之，代理权授与的抽象原则是在1861年德意志共同商法典的基础上被发现的。^[33]在德国统一之前，经普鲁士邦提议，联邦议会设置了共同商法典起草委员会，1861年颁布了德意志共同商法典。^[34]该法典的颁布尤其是其中对法定商业代理制度的规定，使学者开始认识到代理权的授与，就其发生、范围及存续期间而言，可以从构成其基础关系的事务执行关系中脱离出来，从而感觉必须突破传统见解，放弃代理权与其基础关系一体的传统理论。^[35]

这种认识最明显地体现在这部法典对经理权的规定上。根据该法典第43条，经理人（Prokurist）作为完成登记的代理人，依法享有从事运营一个商事企业的所有行为的代理权。即便在代理人与被代理人的合同中对其代理权进行了限制且该限制为第三人所知悉，这种限制也是无效的，法律规定的代理权完全不受这种限制的影响。这就是说，此种情况下，代理权依据法律的规定而发生，只要符合法律规定的法定商业代理人的条件，其就可以享有代理权，而该代理权完全可以独立于基础关系而存在，其权限范围也可以不受基础关系

[29] 参见前引〔20〕，施米托夫书，第374页。

[30] See American Law Institute, Restatement (Third) of Agency, § 3.02; F. M. B. Reynolds, *Bowstead and Reynolds on Agency*, 18th ed., Sweet & Maxwell, 2006, p. 4.

[31] 江帆：《代理法律制度研究》，中国法制出版社2000年版，第46页。

[32] 前引〔20〕，施米托夫书，第374页。

[33] Siehe Wolfram Müller-Freienfels, *Stellvertretungsregelungen in Einheit und Vielfalt, Rechtsvergleichende Studien zur Stellvertretung*, Frankfurt am Main, 1982, S. 252.

[34] 此商法典通常称为旧商法典，现在一般所言的德国商法典是指1897年颁布、1900年生效的新商法典。参见范健：《德国商法：传统框架与新规则》，法律出版社2003年版，第41页以下。

[35] 参见前引〔27〕，多勒文。

的限制。^[36]而且,“德国商法典与其他商事立法例完全不同,它并未对商业辅助人及其各自权限作一一对应分类,而是将涉及交易安全的商事代理权类型化为经理权、代办权、广义代办权和店铺销售权并集中规定于一章,同时另辟‘商事辅助人和商业学徒’一章,对辅助人与营业主之间的内部关系作统一的抽象化规范”。^[37]这就是说,在商法典的体系上,也已经对基础关系与代理权进行了区分。因此,“假如没有德国商法典的规定以及此法典立法者的准备资料,拉班德必然无法提出委任与代理权应予区别的证据”。^[38]

2. 抽象原则与法律直接规定商事代理权在逻辑上的一致性

德国商法典之所以可以对商事代理中代理人的代理权限直接加以规定,是与其商法典采“商人立法体系”分不开的。这一立法体系强调商主体的资格确定,并将之作为商法适用的一般前提。在对商主体的资格确定上,其实际上采取了双重标准:一方面,主要依据商行为(营利性商业行为)确定,同时要求行为人负有商业登记的义务;另一方面,主要依据商业登记标准并辅之以不同层次的商业范围来确定,并根据外观公示原则推定其从事商行为。^[39]因此,在对商业代理人进行商业登记的情况下,相对人对其代理人身份是明知或者应当知道的,而法律又对其代理权限直接进行了规定。这种做法就意味着“对于代理商来说,决定其性质的是他是否已按法定程序获得具有完全商人身份的代理商资格,是否已经从事代理商经营活动,而不取决于他是否已与企业主订立契约并在契约中标明其代理商的身份”。^[40]

此种情况下,法律基于各种商业代理形态而将各种商业代理人加以类型化,并结合其经营特点分别为之规定代理权限的范围,在技术上是可行的,也是合乎实践需要的。法律对代理权限的规定,实际上就起到了一种公示的效果,这对于相对人准确判断代理人的代理权范围是十分必要的。在交易频繁的商事领域,这种做法大大节约了相对人核查本人与代理人之间基础关系从而确定其权限的交易成本,有助于交易的扩大。而法律明确排除当事人通过合同对代理权的限制,也就最大限度地维护了相对人的信赖利益。

所以,商法对代理权的直接规定,其目的或功能就在于:通过商业登记以及法律直接授与代理权,就可以使代理权从基础关系中独立出来而直接为相对人所知悉。正因如此,商法就必须对商业交易中典型的代理交易类型化,以尽可能涵盖商业交易中各种代理类型。英美法学者惊讶地指出:“在所有采纳区别论的大陆法国家的法典中,都详细地列举了各种中间人制度”,而作为其中典型的德国商法典竟然列举了十三种之多。^[41]在法律直接规定代理权限的情况下,代理权限已经不是依据基础关系而发生了,基础关系中对代理权的限制不能对相对人发生效力。^[42]因此,在商事代理中,法律对各类代理商直接规定了代理权,这种代理权“区别”于其基础关系,这恰恰是抽象原则的核心之所在。

[36] 参见前引〔21〕, Müller-Freienfels 文,第 253 页。该制度在德国新商法典中仍然存在(第 49 条以下)。

[37] 钟凯:《经理制度比较综议——以大陆法系为主要考察视角》,《北方法学》2010 年第 3 期。

[38] 前引〔27〕,多勒文。

[39] 参见董安生等编:《中国商法总论》,吉林人民出版社 1994 年版,第 70 页以下。

[40] 前引〔34〕,范健书,第 176 页以下。

[41] 前引〔20〕,施米托夫书,第 375 页。

[42] 对于法律直接规定的代理权限,当事人不能通过基础关系加以限制。德国商法典进一步强调,对于经理权的限制,即便通过商事登记簿加以公示,对第三人也是无效的。

在一般的民事活动中,代理人具有广泛性,并不限于商人,而且要求其一律进行登记也是不现实的;代理权因本人意思的随机性,也不可能完全由法律加以类型化。而基础关系作为本人和代理人之间的合同,不具有社会典型公开性,如果代理权依赖于基础关系而存在,可能因其存续与否、内容如何而具有不确定性,这就无法保护相对人的信赖利益。此种情况下,需要通过一定方式对代理权加以公示,使之脱离基础关系不具有社会典型公开性的障碍,这就需要将代理权的授与从其基础关系中区分出来。此时只能拟制出一种独立的代理权授与行为,从而既可以使代理权为相对人所知悉,又可以使之摆脱基础关系的羁绊。

因此,代理权授与被合理地发现出来了。但代理权授与与基础关系的区分,与商事代理中法律直接规定代理权,二者的目的、基本逻辑都是一致的。只是由于法定主义调整方式在一般民事活动中的局限,拉班德等德国民法学者才诉诸法律行为这一“德国民法学最辉煌的成就”,通过区分委托与代理权授权、强调代理权授与行为的独立性和无因性,来完成商法上商事登记和对代理权作类型化规定的功能。

故而,所谓抽象原则,如果结合德国民商法律整体来看,是指代理权的来源区别于其基础关系而独立存在。它实际上包括两种形态:在法律对特定代理人的代理权直接加以规定的情况下,严格地讲,无需单独的代理权授权行为,就足以达到区别代理权限与基础关系的目的;在法律没有此种规定的情况下,则需要通过拟制出一个独立的代理权授与行为来实现这种区别。所谓代理权的授与,只是抽象原则的一种表现方式,而非其全部。有学者认为,大陆法对各种中间人制度详加规定,但各种中间人的性质都由本人与代理人之间这一最基本的内部关系决定,“从这个意义上讲,区别论的严格性有所放松”。〔43〕这显然是对抽象原则的误读。

(三) 德国法上代理权授与的适用范围

尽管德国商法典的规定提供了代理权授与可以独立于基础关系的确凿证据,但代理权源自代理权授与的学说在商事代理领域严格地讲并不适用。〔44〕

德国法将代理分为法定代理和意定代理,意定代理由被代理人通过法律行为授与代理权,〔45〕法定代理则因法律的直接规定或有关机关指定而发生。〔46〕但由于法律对法定代理规定上的差异,德国学者对法定代理和意定代理各自范围以及其中各个代理类型的认识,与我国学者通常的认识有较大区别:

就意定代理而言,德国法上限于通过本人的代理权授与行为而使代理人获得意定代理权(Vollmacht)。〔47〕就法定代理而言,法定代理权的产生可以直接来自于法律的规定,如父母对其子女的代理权(第1629条),也可能通过官署的指定才能成立,如监护人、照管人和保佐人的法定代理权。德国法中还有“依职当事人”的法定代理权,这主要是指破产管理人和遗产管理人经法院指定而获得的代理权、遗嘱执行人受被继承人任命而获得的代

〔43〕 前引〔20〕,施米托夫书,第375页。

〔44〕 但正如前文所指出的,德国法上代理权授与在适用范围上的限制,并非抽象原则适用范围的限制。

〔45〕 依据德国民法典第166条第2款的法定定义,意定代理权即以法律行为授予的代理权。

〔46〕 前引〔2〕,梅迪库斯书,第705页。

〔47〕 参见〔德〕卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》下册,谢怀栻等译,法律出版社2003年版,第817页。

理权。^[48] 这些代理权之所以为法定代理权，其理由在于：此类“代理的效果是依法律而产生的，即使当事人在具体情况下不希望这些效果发生，它们仍然会发生”。^[49] 显然，这些法定代理并无本人意思存在的空间。

但需要注意的是，德国法上还存在另外一类法定代理权：除了前述德国商法典直接规定的代理权之外，社团、股份公司、合作社的董事会，有限公司的事务执行人，无限公司、合伙公司、两合公司中负无限责任的股东均享有法律直接规定的代理权。此种法定代理权发生的理由在于“法律的规定以及被任命为机关（或者作为负无限责任的股东加入人合公司）的事实”。^[50] 也有学者认为，此种代理权系根据团体或组织的章程和有关机构对董事会或代理人的任命而发生的。^[51] 此种代理，虽然其代理权限由法律规定，但章程和任命本身也体现了本人的意思，与通常的法定代理中代理权限和代理人的产生都由法律直接规定或者法律规定产生的原则并由官署指定仍然有较大差别。但由于德国民法典第166条第2款明示意定代理仅限于以法律行为授与代理权的情形，囿于法律的限制，只能将之纳入法定代理的范围。^[52]

可见，德国法上代理权授与适用于法律直接规定代理权限之外的意定代理，或者说主要是民法中的意定代理，而不包括商事领域的意定代理权。这是因为：首先，在德国法上，出于对代理权授与这一“法学上的发现”的推崇，也基于其商法典已经对各种典型的商事代理行为加以类型化并直接规定了其代理权限，故而在民法典第167条以下，只对依授权行为而发生的代理权加以细致规定。基于立法上的此种体例，学者也将所谓法定代理和意定代理的区分标准界定为代理权系因法律规定而发生还是因本人的法律行为而发生，这就将其意定代理集中于因代理权授与而发生的代理。而商事代理中代理权由法律直接规定，没有必要另行授与代理权。

其次，代理权或者依据法律直接规定，或者来自于本人的授权行为，或者在法律规定代理权的前提下由本人通过授权行为依法加以适当矫正。^[53] 如果在法律直接规定的情况下还强调只能依授权行为发生，就违背了法律直接规定代理权的本意，实践中也必然导致在两个权限冲突时以何者为准之类的问题。因此，拉伦茨将代理权的来源分为委托代理权（依代理权的授与而发生）、依据团体或组织的章程和有关机构对董事会或代理人的任命而发生以及依据法律规定和法律规定的法律事实完成而发生，^[54] 其目的也正在于避免在法律直接规定代理权的情况下再要求必须依代理权的授与而发生代理权，从而造成双重授权的结果。

[48] 前引〔47〕，拉伦茨书，第819页。

[49] 前引〔2〕，梅迪库斯书，第706页。

[50] 同上书，第707页。

[51] 前引〔47〕，拉伦茨书，第828页。

[52] 也有学者认为，德国商法上的经理权实际上是德国民法典第167条规定的一般代理权的特殊形式，其原因是商事交易对于特殊保护的要求。参见〔德〕卡纳里斯：《德国商法》，杨继译，法律出版社2006年版，第368页。

[53] 如德国商法典第91条第2款第1句在列举代理商未被授权的情况下依法享有的代理权后，在第2句明确规定：“对这些权利加以限制的，第三人只有在其明知或应知限制时，才需承受这些限制的效力”。这就明确了这里法定权限和授与权限之间的主从关系，法律允许被代理人以其意思就法定权限加以调整，但这种调整的方式必须符合法律的要求。因此这种情形严格地说，也应当属于法律授与代理权的情况。

[54] 参见前引〔47〕，拉伦茨书，第828页。

再次，代理权授与行为独立于基础关系而存在，其实务上的功能主要是为了使代理权摆脱基础关系的限制，避免因基础关系的不存在、被宣告无效或撤销以及当事人在基础关系中对代理权的限制而损害相对人的信赖。但在商事代理中，代理权已经由法律明确规定，且不能由本人对之加以限制或者该限制不能对抗善意第三人。因此，在法律直接规定代理权的情况下，没有必要再人为地创设一个独立的代理权授与行为。

三、我国法中意定代理的界定与代理权来源多元论的提出

（一）我国法中意定代理的界定

如前所述，德国法中意定代理权的来源限于代理权之授与行为。这是建立在德国民法典和商法典对监护关系之外尤其是商事领域中的各类代理进行了高度类型化，并分别规定了其代理权限的基础上的。我国法律中，对法定代理（包括指定代理）的规定主要限于监护领域。^{〔55〕}如果将意定代理也如德国法一样等同于委托代理，将意定代理权的来源限于代理权授与行为，则因为我国民商法体系与德国法之间的巨大差异，这种做法未必妥当。

一方面，所谓意定代理，是基于被代理人的意思而发生的代理。即便法律对职务代理以及其他商事代理活动中的代理人直接规定了代理权限，但被代理人对此也并非无所作为，实际上被代理人的意思在此仍然起到决定性的作用。申言之：

其一，代理人能够成为被代理人的代理人，系出于被代理人的意思。即被代理人与代理人的劳动合同或任命赋予了代理人相关职务，或者与该代理商之间的合同使其能够成为被代理人的代理人。例如，对于所谓职务代理，虽然很多学者认为无需另行授权，但相关学者也强调，“虽然职务代理以一定的身份关系为前提，但这些关系系基于当事人的意思而确定”。^{〔56〕}

其二，除非法律有直接规定，被代理人可以通过对相对人明示代理权限的限制或扩张而改变法律对代理权限的直接规定。换言之，此时法律授与的代理权与本人授与的代理权可以同时并存。法律一般都允许本人对法律规定的代理权限的范围加以限制，只是此种限制不能对抗善意第三人而已。例外情况下，法律不允许本人限制法律规定的代理权限，如德国商法典第50条规定：“对经理权的范围进行限制的，限制对第三人无效。”这就明示禁止对该代理权加以限制，无论该限制是否为相对人所知悉。但即便在这种情况下，本人亦不妨对该法定代理权限加以扩充，如德国商法典第49条之规定：“对于土地的让与和设定负担，只有在向经理人特别授与此种权限时，经理人才有实施此种行为的权利。”而无论是

〔55〕 从我国学者的认识来看，一般将法定代理权解释为限于父母和其他监护人对被监护人的法定代理权。也有学者认为还包括基于紧急状态法律特别授权的代理（参见前引〔4〕，梁慧星书，第221页）以及夫妻日常家事代理权（前引〔6〕，王利明书，第618页。但婚姻法学者一般认为家事代理权系一种独立的代理类型，参见杨大文主编：《婚姻家庭法》，中国人民大学出版社2000年版，第148页；邓宏碧：《完善我国婚姻家庭制度的法律思考（下）》，《现代法学》1997年第2期；杨晋玲：《夫妻日常家务代理权探析》，《现代法学》2001年第2期）；还有学者认为工会依据法律的特别规定，在特定情况下是其会员的法定代理人，可代理会员签订集体劳动合同，参加与劳动争议有关的诉讼等（参见彭万林主编：《民法学》，中国政法大学出版社1999年版，第171页）。

〔56〕 前引〔6〕，王利明书，第617页。

本人限制还是扩充法定代理权限，都是在法律规定的基础上进行的，这显然意味着法律授予的代理权与本人授予的代理权可以同时并存。相对人明知或应知此种限制的情况下，不能主张构成有权代理。

其三，有些商事代理中，代理人的代理权限虽然为法律所承认，但法律同时授权其所在的组织的章程加以具体列举。例如，德国民法典第26条第2款规定：“董事会在法庭内和法庭外代表社团；董事会具有法定代表人的地位。代表权的范围可通过章程加以限制，其作用可以对抗第三人。”依据第68条和第70条，此种限制在社团登记簿上进行了登记或与之进行法律行为的第三人知道时，可以发生对抗第三人的效力。^[57]德国民法典第30条也规定：“章程可以规定，在董事会之外任命特别代理人以处理一定的事务。在发生疑问时，特别代理人的代理权范围扩及于所有依所任命事务的性质通常需要采取的法律行为。”章程行为性质上为共同行为，章程由作为法人意思形成机关的股东会订立，自然是作为被代理人的法人意思的体现。

另一方面，德国法将依据团体或组织的章程和有关机构对董事会或代理人的任命而发生的代理归入法定代理，主要是立法上的限制所致，并非理论上的合理界分。但从我国法律体系来看，我国并没有如德国商法典那样大量规定商事代理权，如果强行将之纳入法定代理，显然缺乏立法上强有力的支撑，而且如前所述，在学理上也很难说得通。

尤其是，如果将意定代理等同于委托代理，则职务代理以及其他商事代理中，也应当依代理权的授与行为而发生代理权。这恐怕很难与我国交易实践相适应。例如，人们进入商场购物时，显然无须对每一个售货员的代理权限加以考察，商场也无须明示每一个售货员的代理权限。在商场对售货员的代理权限进行限制，如给予的折扣不能超过九折，而售货员却超越该限制给予了八折优惠时，就常理而言也不能允许商场主张无权代理，再依据表见代理对顾客加以保护。否则，将大大延宕交易进程，增加交易成本。从实践中的需要来看，对各类代理行为一律以代理权授与作为代理权来源，恐怕难言妥当。

（二）对一元说和二元说的简要评论

如前所述，一元说在继受德国法抽象原则的过程中，其视角过分拘泥于德国民法典对基于代理权授与发生的意定代理的规定，而忽略了德国民法、商法中广泛存在的法律直接规定意定代理权的情形。此种认识的不足在于：一方面，其无法解释我国现行法上存在的诸如民法通则第43条、合伙企业法第25条等法律直接规定意定代理权的情形。另一方面，这一学说运用到实践中，将出现不利于交易安全或者前述延宕交易进程、增加交易成本的问题，难以适应我国市场经济发展的要求。

二元说在代理权授与之外，承认职务代理为一种特殊的意定代理，并赋予其独立的代理权来源，有效克服了一元说的前述问题。但其不足在于：

第一，持二元说者通常认为，职务代理发生于法人、非法人组织与其工作人员之间。全国人大法工委民法总则草案（征求意见稿）第150条第1款虽然使用了“执行法人或者非法人组织工作任务的人”这一比较宽泛的概念，但结合该条第2款“法人或者非法人组

[57] 参见[德]卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》上册，王晓晔等译，法律出版社2003年版，第216页。

织对其工作人员”的表述，“执行法人或者非法人组织工作任务的人”显然是指法人或者非法人组织的工作人员。换言之，二者之间存在劳动关系。但比较法上，法律直接规定代理权限的情形为各类商业辅助人，包括了属于企业经营组织体部分的从属的辅助人以及独立的辅助人。^[58]前者属于我国语境下的工作人员，而后者显然难以为职务代理所涵盖。例如下文所述的容忍授权中作为代理人的经销商、特许经营等情形，显然无法为职务代理所容纳。我国实践中也存在通过劳务派遣乃至独立承包人来具体承担法人、非法人组织相应职责的情形，并被法院确认构成职务代理。^[59]故而，在工作人员之外仍然存在法律直接规定代理权限的可能，这是二元说所无法容纳的。

第二，除了继受大陆法系的代理制度之外，我国法律还继受了英美法中不披露本人的代理（合同法第403条），如下文所述，其代理权来源也是职务代理无法涵盖的。

第三，“职务”或者说“职权”只是解释了职务代理作为意定代理权的本质，即该职务的任命出于作为被代理人的法人或者非法人组织的意思，但其无法如德国法上直接规定代理权限那样，对能够享有相关权限的人员加以类型化并作出清晰的界定，也不可能像代理权授权行为那样对特定代理人的代理权限加以准确地描述。仅就法人或者非法人组织的工作人员而言，其类型众多，哪些有对外进行民事法律行为的职权，哪些没有此种职权，职权范围有多大，从事特定活动是否需要特别授权等，不可能仅依据法人或者非法人组织的意思（例如对特定人员的任命或者其与特定人员之间的劳动合同）来判断，因为这种意思无法也不能对相对人发生效力。故而，所谓的职权范围或者说代理权范围仍然要根据法律的直接规定或者交易习惯、社会一般观念等客观标准来具体判断。尤其是在我国商事登记制度不完善的情况下，法人或者非法人组织即便对其工作人员对外进行法律行为的职权（即代理权限）有明确规定或者限制，也无法通过商事登记对外展现出来。如果轻率地以“职权范围”来界定代理人的权限，无论对于被代理人来说还是对于交易相对人来说都是十分危险的。

还需要指出的是，“草案”关于职务代理的规定直接来自于民法通则第43条。对于该条能否直接适用，司法实践中存在很大争议。按照最高人民法院民二庭的调研，对于职务代理规则的适用，实践中存在截然对立的观点：“一种观点认为，只要是法人工作人员正常职权范围内的行为，均构成职务行为。既是职务行为，则表明代理人的行为与法人的行为是一体的，代理人的行为视为法人自为的行为，不存在代理问题，法人工作人员的职务行为的后果直接由法人承受。另一种观点认为，法人或其他组织成员的职务行为限于法人机关、法定代表人或其他组织负责人的行为，其他人员以法人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受”。^[60]从司法实践尤其是2009年前述公报案例发布后的判决来看，主要是一些基层法院和中级人民法院在一些标的额不大、

[58] 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99页。

[59] 有法官观察到，“不少法院对挂靠等关系背景下的项目经理等实际施工人对外所从事的商事行为一概认定为职务行为，并适用职务代理规则确定建筑单位为责任主体。”见周凯：《表见代理制度的司法适用——以涉建设工程商事纠纷为对象的类型化研究》，《法律适用》2011年第4期。但该文作者认为应当适用表见代理。

[60] 宋晓明、朱海年、王闯、张雪樾：《民商事审判若干疑难问题》，《人民法院报》2006年9月20日第5版。

工作人员有交易习惯承认的特定身份（例如建筑企业的项目经理^[61]）或者在法人或者其他组织特定的营业场所订立合同^[62]的案件中，才对法人一般工作人员在没有授权委托书的情况下依据民法通则第43条径行承认其享有代理权。

因此，考虑到代理在法人和非法人组织进行法律行为时适用的普遍性，如果轻率采纳“二元说”，简单地将民法通则第43条作为职务代理的一般规则纳入民法典，非但没有解决目前实践中的重大争议，而且还会增加学理上和实务中就职权范围界定的不必要争议，甚至在司法实践中大大增加涉及法人和非法人组织代理的纠纷。

（三）意定代理权来源多元论的提出

综合上述探讨，笔者认为，在我国法律体系下，应当将意定代理的范围加以适当扩展，从而既实现逻辑的自洽，又利于结合实践中的需要，合理认识各种代理行为中代理权的来源。所谓意定代理权，本质上应当是指基于本人的意思而发生的代理权。此种意思既可以体现于本人的授权行为，也可能体现于本人依据本人与代理人之间的雇佣、委托等合同关系对代理人身份的确认。在后一情况下，代理权的存在与权限范围应当依据法律的规定、交易习惯以及当事人之间的基础关系等来确定。

四、关于法律直接规定意定代理权的探讨

（一）法律直接规定意定代理权的必要性

如前文所述，代理权来源的抽象原则是指代理权的来源区别于其基础关系而独立存在。所谓代理权的授与，只是其表现形式之一，而非全部。在德国法上，抽象原则还表现为法律对特定代理人的代理权直接加以规定的情况。之所以如此，并非仅仅是由于德国商法典制定在先这一客观因素所决定的，从根本上讲，这也是抽象原则的必然要求。换言之，如果采抽象原则，就必须要在代理权授与之外，由法律对一些典型的代理活动直接规定代理人的代理权限。其主要理由在于：

第一，交易安全的需要。民商事活动中，代理行为纷繁芜杂、形态多样。以代理人的身份考察，既有为友情偶一为之者，也有因其在社会组织中所处的职务而所要求者，还有以从事代理活动为业者；以代理行为的表现形态而论，则有显名代理、隐名代理、不披露本人的代理等多种形态。代理行为类型不同，代理权是否存在、代理权限范围如何对相对人利益的影响也是不同的。这就很难对各类代理行为的代理权来源一概适用统一的代理权授与的模式。正如有学者所言：“各种形式的授权都是抽象的，但其中的某些授权比另外一些更加抽象。”^[63]

另一方面，意定代理作为私法自治的延伸，法律不宜对本人授与代理权的形式加以限

[61] 参见南京众利来物资有限公司诉南通建工集团股份有限公司南京分公司等买卖合同纠纷案，江苏省南京市中级人民法院（2007）宁民二终字第714号民事判决书；詹秋平诉侯君建、山东通达路桥工程有限公司买卖合同案，四川泸定县人民法院（2014）泸定民初字第173号民事判决书。

[62] 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，《最高人民法院公报》2012年第3期。

[63] 前引〔20〕，施米托夫书，第375页。

制,各国立法也普遍承认代理权授与除非在法律特别规定的情形下,原则上为不要式行为。^[64]法律在承认代理权授与的不要式性的同时,对一些特定的代理人直接规定其代理权限,并通过商事登记等来强化其代理人身份。法律直接规定代理权,就使其代理权范围具有法定性和客观性,第三人能够从某人被授权从事商业代理的类型,判断出其代理权的范围,并开展交易。^[65]

第二,交易便捷的需要。法律之所以对特定的代理人直接规定其代理权限,也是因为它从事代理活动较多,而如果每一行为都必须进行授权,手续过于烦琐。代理权授与行为是本人的单方行为,而且容易仿造、变造。在重要的交易中,相对人仍然要与本人联系,对代理权限加以核查,这也增加了交易成本,延长了交易时间。而法律对代理权限的规定,实际上就起到了一种公示的效果。以经理权为例,“交易相对人只要确定其为商号之经理人,即可安心与经理人进行交易,无须一一调查经理权之有无,以促进交易之迅速与安全”。^[66]

因此,正如有学者所指出的,“在区别论基础上建立起来的大陆法制度的做法是:对实践中产生的各种代理权进行分析,尽最大可能地、准确地对各种中间人的权限范围作出规定。如果不对代理的概念作出区分,区别论就不能发挥作用”。^[67]

实际上,在意定代理中承认法律直接规定代理权,已成为比较法上的共同趋势。除以德国法为代表的采纳抽象原则的各国家、地区民法之外,即便在英美法中,也承认了意定代理中法律直接规定的代理权,如表面代理权(apparent authority)、存在代理关系的禁反言(estoppel to deny existence of agency relationship)等。^[68]

《欧洲私法原则、定义与示范规则》第一编第1:101条第2款明确排除了其在父母、监护人作为法定代理人情况下适用的可能,^[69]显然其中的代理规则仅限于对意定代理权的规定。其第二编第6:103条明确规定:“代理权来自于被代理人的授权或者法律的规定。”该条评论中强调“代理人可能从法律规定中获得代理权”,“各国法律经常赋予处在特定位置,如经理、合伙人或者特定情形下的人代理权”。^[70]按照起草者的解释,该规则第二编第6:111条(追认)、第6:112条(终止或者限制授权的效力)即为法律直接规定代理权的情形。^[71]

(二) 我国法律对意定代理权的直接规定

虽然我国法律并未如德国法系各国家或地区那样,对不适用代理权授与的各意定代理进行高度的类型化并对其各自的代理权限加以细致规定,商事领域的各项登记制度尤其是登记的效力的规定,也很不完备,但仍然存在对意定代理权的直接规定。

[64] 梅仲协:《民法要义》,中国政法大学出版社1998年版,第141页。

[65] 参见[德]罗伯特·霍恩、海因·科茨、汉斯·G·莱塞:《德国商法导论》,中国大百科全书出版社1996年版,第250页。

[66] 黄立主编:《民法债编各论》下,中国政法大学出版社2003年版,第537页。

[67] 前引[20],施米托夫书,第375页。

[68] American Law Institute, Restatement (Third) of Agency, § 2.03, § 2.05.参见前引[30], Reynolds书,第98页。

[69] See C. von Bar and Eric Clive (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law (Draft Common Frame of Reference)*, Sellier. European Law Publishers GmbH, 2009, p. 86, p. 411.

[70] 同上书,第416页以下。

[71] 同上书,第443页,第446页。

1. 法人工作人员的职务代理

民法通则第43条对职务代理作了规定。从条文构造来看，其并未强调代理权的授与或代理证书，只须取得相应职务，即可获得相应的代理权限。但本条的问题在于：第一，其规定过于笼统，未能按照抽象原则的要求以及比较法上的做法，对职务代理的具体类型加以区分并明确其各自的权限范围。对于法人的法定代表人或者非法人组织负责人以法人或者非法人组织名义进行的行为，由法人或者非法人组织承担责任，学理上和司法实践中并无分歧。但如果直接依据本条要求法人就其一般工作人员以其名义所为的一切行为承担责任，显然对法人或者非法人组织过分苛刻，我国司法实践恐怕很难接受。第二，我国法律也没有授权法人的章程对法人工作人员的代理权限加以规定，并建立相应的代理权的登记制度。这在实践中不利于被代理人和相对人利益的保护，若不作改造直接作为职务代理规定于民法典，恐徒增纷扰。

2. 合伙人的职务代理

民法通则第34条第2款规定：“合伙人可以推举负责人。合伙负责人和其他人员的经营活动，由全体合伙人承担民事责任。”合伙企业法第25条进一步明确为：“各合伙人对执行合伙企业事务享有同等的权利，可以由全体合伙人共同执行合伙企业事务，也可以由合伙协议约定或者全体合伙人决定，委托一名或者数名合伙人执行合伙企业事务。执行合伙企业事务的合伙人，对外代表合伙企业。”这就由法律对合伙中执行合伙事务的合伙人的代理权限加以了直接规定。其代理权限应当解释为在合伙事业范围内的一切行为，除非法律另有规定。该法第38条规定，“合伙企业对合伙人执行合伙企业事务以及对外代表合伙企业权利的限制，不得对抗不知情的善意第三人。”此外，该法第31条则规定处分合伙企业的不动产、转让或者处分合伙企业的知识产权和其他财产权利、以合伙企业名义为他人提供担保等事务必须经全体合伙人同意，这就对执行合伙事务的合伙人的代理权限加以了限制，若进行此种活动，尚须全体合伙人的另行授权。合伙企业法对代理权限的直接规定，与德国法的做法相似。合伙人依据合伙关系的成立或入伙而直接取得法律规定的代理权限，原则上无须合伙的另行授权。^[72]

（三）对法律直接规定意定代理权的完善建议

就比较法观察，法律直接规定代理权限的情形，主要是商法上以及法人（以及我国法律中的非法人组织）制度中的规定，而且适用于特定的代理人。申言之，第一，其以某种特定的“人”作为区分标准；第二，此种“人”从事的代理活动较为频繁；第三，此种“人”甚至是以从事代理活动为业，从而便于通过商事登记或者法人登记等方式使其身份为社会所公知。

之所以以代理人为标准进行此种区分，一方面是因为代理权与代理人总是合而为一的，而且，这种区分旨在使相对人信赖代理权的存在与范围，从而高效、便捷地与代理人进行交易。另一方面，特定的代理人身份可以通过登记展示出来。从各国立法来看，商业登记以公开登记为原则，任何人都可以查阅登记簿。同时登记簿上记载并公开的事项都推定具

[72] 类似的观点，参见前引〔11〕，甘培忠文。

有合法性、准确性和可信赖性。^[73] 国外也往往要求将享有法律规定权限的代理人加以登记,^[74] 而且此种登记往往具有对抗效力, 在已登记并公布的情况下, 即使该登记事项与真实情况不同, 第三人也可以根据已经登记公布的事实与登记的代理人从事法律行为, 除非其已经知道公布的事实有误。显然, 这种登记对于善意第三人的保护是十分有利的。^[75]

有鉴于此, 我国未来相关商事法律中, 有必要参考比较法上的做法并结合我国法律对合伙人的规定, 对法人、非法人组织中经理人、代办人、商店等公开经营场所职员等的代理权以及实践中各种代理商的代理权分门别类加以直接规定。同时, 有必要建立比较完备的商事登记制度, 规定其公开的方式、登记的效力, 从而能够将法人或者非法人组织通过章程或者其他法定方式对职务代理人代理权的限制表达于外。

五、关于意定代理权其他来源的探讨

(一) 依交易习惯或者社会一般观念发生代理权

1. 依交易习惯或者社会一般观念判断代理权存在与范围的必要性

大量比较法上法律直接规定的代理权限在我国现行法律中尚付阙如, 但人们在社会生活中, 对特定人员的代理权限仍然有较为固定的认识, 从而形成一定的交易习惯或者社会一般观念。例如, 在未设置收银台的商店, 按照人们通常的认识, 店员得直接收取货款并交付货物。若某商店内部规定其店员不得从事此项行为, 而须由某一特定店员为之, 在买受人不知且不应知的情况下 (如店内并无明显的提示), 按照交易习惯, 该行为的后果应当由商店承担。尤其是我国法人制度在对外 (代表) 代理权限上限制得较为死板, 实践中可能存在大量不具有法定代理权限且又没有获得授权, 但交易习惯或者社会一般观念认可其代理权的情形。例如, 在没有获得法人授权的情况下, 有营业执照的法人分支机构的负责人以分支机构负责人身份对外签订合同; 大学下属学院负责人以学院名义对外签订合同等。如果一律严格地按照法定或者授权去判断是否存在代理权, 这些合同可能都是无权代理甚至根本不能成立。但实践中, 这种合同比比皆是而且基本上都得到了履行, 即便存在纠纷, 也往往被法院认可其享有代理权。^[76]

在我国, 除法律、行政法规之外, 还存在地方性法规、规章以及其他规范性文件。虽然从合同法的规定来看, 法律和行政法规之外的规范性文件并不属于合同法的渊源, 人民

[73] 参见周林彬、任先行:《比较商法导论》, 北京大学出版社2000年版, 第238页。

[74] 例如, 依据德国商法典第53条, 特别商事代理权的授与和撤销为必须登记事项; 意大利民法典第2196条规定, 企业主在申请登记时, 应当在申请书中载明经理或代理人的姓名。经理的选定和卸任, 作为相对登记事项, 一旦登记, 则具有对抗第三人的效力。日本、韩国、瑞士以及我国台湾与澳门地区等均有类似规定。

[75] 参见前引〔34〕, 范健书, 第230页以下。

[76] 在佛山市三水千叶花园房地产有限公司与佛山市三水大佛口饮食服务娱乐有限公司饮食服务合同纠纷案 (佛山市中级法院 (2005) 佛中法民一终字第746号) 中, 法院依据最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第64条规定的逻辑推理和日常生活经验判断原则强调, “在民商事活动中, 对职务行为的认定适用外观主义原则, 即只要在客观上具备执行职务的特征, 又以法人名义实施, 相对人有理由相信该行为是执行职务的行为, 就可以认定该工作人员的行为是执行职务的行为”, 据此认定法人工作人员卢某、陈某两人在被上诉人处的签单行为, 是代表上诉人的确认行为, 并依据《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见》第58条确认由法人对其工作人员的行为承担责任。

法院也不能直接以之为依据作出裁判，但相关规范性文件往往会构成交易习惯，其对特定人员代理权限的直接规定，也在司法实践中被认可为代理权的来源。例如，《建筑施工企业项目经理资质管理办法》（建建字〔1995〕1号）第2条规定：“本办法所称建筑施工企业项目经理（以下简称项目经理），是指受企业法定代表人委托对工程项目施工过程全面负责的项目管理者，是建筑施工企业法定代表人在工程项目上的代表人。”第8条规定：“项目经理在承担工程项目施工的管理过程中，应当按照建筑施工企业与建设单位签订的工程承包合同，与本企业法定代表人签订项目承包合同，并在企业法定代表人授权范围内，行使以下管理权力：……（二）以企业法定代表人的代表身份处理与所承担的工程项目有关的外部关系，受委托签署有关合同。”司法实践中也多承认项目经理在工程项目施工管理过程中对外进行的行为构成职务代理。因此，笔者认为，有必要考虑对于特定身份的人员或者特定情形下签订的合同，承认其可以依据交易习惯直接获得授权。

此种做法，比较法上也不乏其例。瑞典合同法第10条第2款规定，一个“作为雇员，或者是与另一个人订立合同而接受某一职位，根据法律或习惯行使代表他人的法律权利的人……视为有权进行此权限范围之内的交易”。^[77]俄罗斯联邦民法典第182条也规定：“代理人（零售商业售货员、售票员等）从事活动的环境也可表明其被授权。”这里所言的环境，也可以理解为社会一般观念或者交易习惯。

英美法上，也承认“通常权限”（usual authority）和习惯权限（customary authority）。^[78]前者是指代理人虽然没有获得被代理人的授权和法律规定的表象授权，但在特定情形下通常应当具备的代理权限。这种情形，代理权限实际上是来自于行为人的特定身份，例如代理商、合伙人等。只要其享有此种身份，就拥有相应的权限。^[79]后者是指当代理人在某一特定场所、市场或营业中代表被代理人实施某种法律行为时，所拥有的按照该场所、市场和营业中的惯例实施有关代理行为的权限。^[80]此外，代理人还可以基于系列交易或者个案中的具体环境获得代理权。例如，某公司不享有事务执行权的主席在未获得事前授权和事后追认的情况下代公司进行了重大交易，董事会默许了此前的一系列交易。法院认为该主席享有进行此类交易的代理权限。^[81]

2. 依交易习惯授权的适用范围

与法律直接规定意定代理权一样，依社会一般观念或者交易习惯授权也并非一般规则，其适用范围应当受到限制。结合比较法上的经验，依交易习惯授权主要适用于如下情形：

第一，我国现行法律未对其权限直接规定的商业辅助人与代理商。如前文所述，对于经理人、代办人、商店等公开经营场所的职员等的职务代理权以及实践中各种代理商的代理权，应当在法律中加以详细规定。但在我国法律尚未作出规定或者说民法通则第43条对职务代理权限规定过于宽泛的情况下，不妨依照交易习惯来分别确定各种身份不同的工作

[77] [德]海因·科茨：《欧洲合同法》上卷，法律出版社2000年版，第323页。

[78] 有学者认为其属于默示代理权限；也有学者认为其系真实授权和表象授权之外一种独立的代理权限。参见前引〔30〕，Reynolds书，第120页以下。

[79] See Powell, *The Law of Agency*, 2d ed., Sweet & Maxwell Limited, 1961, p. 37.

[80] See G. H. L. Fridman, *The Law of Agency*, 6th ed., Sweet & Maxwell, 1995, p. 66.

[81] See *Hely-Hutchinson v. Brayhead Ltd* [1968] 1 Q. B. 549 at 583.

人员的代理权。

第二，容忍授权。民法通则第66条第1款规定，“本人知道他人以本人名义实施民事行为而不作否认表示的，视为同意。”通说认为，该条对被代理人有保护不周之嫌，已被合同法第48条取代。^[82]笔者赞成这一认识，在无权代理的情况下，被代理人经相对人催告不作追认的情况下，应当视为拒绝追认。但在以下特定情况中，仍可参照该条的意旨依据交易习惯赋予行为人代理权：其一，被代理人对于其控制下的场所内以其名义实施无权代理行为，能够避免而没有避免的。例如，身着铁路服装在列车上、火车站内出售食品的人员，其出现在铁路运营部门直接严密控制的场所，且其服装就意味着其是以代理人身份进行的行为。再如，实践中较为常见的在银行营业场所内销售相关理财产品、穿着与银行人员相同或近似服装的人员。在此情况下，依据交易习惯，应当直接认定行为人的代理权。其二，供应商、特许经营权人明知没有代理权的经销商、被特许人以其名义行为，可能严重损害消费者利益，而不及否认的。这主要发生在供应链的上下游之间，双方当事人都是商人，应当对消费者权益负有更高的注意义务。实践中，经销商、被特许人往往没有代理权，但其经常通过广告、店堂布置等造成消费者对其代理权的误认。此种情况下，可以考虑从社会一般观念出发，直接肯认代理权的存在。

第三，系列交易。例如，某连锁超市直营店的店长在并无公司授权的情况下以公司名义多次对外进行采购，而公司事后都履行了合同。此种情况下，应当认为其基于交易习惯直接获得了代理权。

第四，地方性法规、规章乃至规范性文件中明确规定了特定人员的代理权限，并已形成交易习惯的情形。例如前述项目经理的代理权。

上述情形中，虽然代理权直接来自于社会一般观念或者交易习惯，但该权限实际上只是被授予具有某种特定身份、特定职务的人，或者进入特定场所、环境的人。而此种身份、职务、场所、环境，都来自于本人的意思。^[83]因此，就其本质而言，这些情形中的代理权仍然是来自于本人的意思，故其为意定代理。在此种情况下，“虽然被代理人并没有任何授权的意思表示，但可依法推定他同意代理人以其名义进行活动，并具有代理权”。^[84]

3. 依交易习惯授权与默示授权、表见代理

有学者认为，可以通过默示授权来解决上述问题。代理权可以默示的方式授与，“通过可推断之行为授与代理权，甚至是一种非常普遍的现象。在某人受雇于从事某项通常与代理权联系在一起的行为，而且没有特别排除其代理权时，即存在此种授权”。^[85]“很多情形下，虽然没有明示授权，但是被代理人意欲代理人享有代理权并默示授与其代理权，这常

[82] 相关专题研究，参见张家勇：《两种类型，一种构造？——〈民法通则〉第66条第1款第3句的解释》，《中外法学》2012年第2期；杨代雄：《容忍代理抑或默示授权——〈民法通则〉第66条第1款第3句解析》，《政治与法律》2012年第4期。对该款的意旨以及规范性质，本文囿于篇幅不作探讨，在此仅讨论该款适用的可能性。

[83] 这里可能出现的例外在于容忍授权。虽然容忍授权的两种情形，其基础关系也可以考虑解释为（第一种情形下的）场地租赁或者借用合同以及（第二种情形下的）特许经营或者分销合同，代理人的代理权从根本上来自于被代理人体现在这些合同中的意思，但这里的意思、容忍纯属法律的认定（“视为”）。从更严格的意义来讲，这两种情形下的代理权很难再认为是意定代理权，而是与表见代理权相类似的一种法定代理权限。

[84] 佟柔主编：《中国民法学·民法总则》，中国人民公安大学出版社1992年版，第282页。

[85] 前引[2]，梅迪库斯书，第708页。

常体现为将一个雇员放到特定位置上，而从环境中可以推断出其得到了授权。”^{〔86〕}例如，“雇佣店员出售商品者，由其事实可间接推知其有授与代理权”。^{〔87〕}

笔者认为，此种观点有一定道理，但问题在于，所谓默示，只是从当事人的行为来推断其意思表示。在当事人的明示与默示不一致的情况下，自然应当以明示为准。代理权授与乃本人之单方行为，随时可以限制或撤销。而且，代理权的授与，可通过内部授权（被代理人向代理人授权）完成，也可以通过外部授权（向相对人授权）完成。例如，由于商店明示仅某一特定店员享有代理权且排除了其他店员的代理权，如果通过默示授权来解释，则其他店员实际上仍然是没有代理权的。

此种情况下，作为买受人的相对人只能通过表见代理规则来寻求保护。但是，我国法律中，表见代理以无权代理为前提，与有权代理在举证责任、代理人的行为后果等方面有天壤之别，对相对人的保护显然不如有权代理有力：首先，如果主张表见代理，就意味着相对人首先要承认行为人是无权代理；其次，相对人应当就其“有理由相信”行为人有代理权加以举证。显然较之于承认社会一般观念与交易习惯授权而言，买受人要承担更重的举证责任，从而增加了败诉的风险。尤其是，通说认为，表见代理的构成，以相对人善意且无过失为前提，^{〔88〕}但在如前例所述的环境下，相对人可能不一定尽到合理的注意义务，在系列交易的情形下相对人对于行为人没有代理权甚至可能是明知的。但笔者认为，为交易安全计，对于前述依交易习惯授权各特定情形，仍然应当首先保护相对人的合理信赖，而表见代理则无法实现这一目的。

因此，承认直接依据交易习惯确定代理权的存在与范围（尤其是在特定的具备了社会典型公开性的代理行为），对于维护交易安全、鼓励交易，具有重要意义。

（二）经登记的法人章程或合伙协议

法人章程或合伙协议中也不妨对法人工作人员或者合伙人的职权加以规定或者限制。这不仅能够缓和法律直接规定代理权过分僵硬的不足，也有利于节约查核代理权的交易成本，提高交易效率。故而，德国法承认依据团体或组织的章程和有关机构对董事会或代理人的任命而发生代理权。前述民法典总则编各建议稿中，王利明稿、杨立新稿对此作了明确规定。

笔者赞成通过完善的商事登记制度实现代理权的公示并以此来缓和法律直接规定代理权的僵硬性，有效协调被代理人保护和相对人保护之间的矛盾。但问题在于，我国公司法虽然对公司登记作了大量规定，且允许公众查询（第6条），但一方面，公司法只是对公司的法定代表人及其登记进行了规定，而没有对章程登记进行规定，从而并未预留通过章程登记实现代理权登记的空间。虽然从理论上讲，基于私法自治，公司完全可以通过其章程对相应人员的代理权加以规定，但公司登记系登记机构的行政行为，在法律没有授权的情况下，登记机构是无法进行相关登记从而实现公示目的的。另一方面，公司法也并未一般性地规定公司登记的效力。依据该法第11条，“公司章程对公司、股东、董事、监事、高级

〔86〕 参见前引〔69〕，von Bar等主编书，第417页。

〔87〕 王泽鉴：《民法总则》，中国政法大学出版社2001年版，第460页。

〔88〕 参见前引〔4〕，梁慧星书，第231页；王利明主编：《民法学》，复旦大学出版社2004年版，第601页。

管理人员具有约束力。”据此，很难讲章程中对代理权的规定能够对抗善意第三人。从《公司登记管理条例》第9条对于公司登记事项的规定来看，也能得出同样的结论。从目前商事制度改革的情况来看，似乎也没有将法人或者非法人组织特定工作人员的代理权登记及其效力考虑在内。

故而，笔者认为，在我国建立起比较完备的商事登记制度并明确商事登记的效力之前，尚不宜以之作为判断代理权存在及其范围的依据。但《合伙企业登记管理办法》则对合伙人以及执行事务合伙人的登记进行了规定，加之法律对合伙人代理权有直接规定，可以以合伙企业登记作为判断合伙人代理权的依据。

（三）本人与相对人之间的基础关系

合同法第403条源自于英美法中不披露本人的代理。英美代理法以委托与授权的等同论为其理论基础。^[89]按照其通常认识，“代理是两个人之间的关系，其中一个人（代理人）在法律上能够代表另一个人（被代理人）通过缔结合同或处置财产的方式，影响被代理人与第三人之间关系中的法律地位。”^[90]可见，代理权来自于代理人与被代理人之间的合同而非被代理人单方的授权行为。而且，此种代理中，订立合同时，相对人并不知悉被代理人的存在。因此，委托合同中对代理人之代理权的规定，也发生意定代理权。换言之，此种特殊的代理中，其代理权的来源并非基于授权行为，而是基于委托人与受托人之间的委托关系。

（四）各种意定代理权来源之间的交错关系

虽然意定代理权可以基于不同的来源而发生，但这些来源并非非此即彼的。在法律直接规定意定代理权的情况下，代理权的存在与范围直接依据法律来判断，而无需基础关系之外独立的授权行为。当然，在法律允许的情况下，本人也不妨以授权行为扩张或者限制代理人的代理权限，但此种授权行为必须通过法定的方式公示出来，以便为第三人所知悉。依交易习惯授权的情况下，也是如此，本人也可以通过合乎交易习惯的方式来限制或者扩张代理人通常的代理权限。而且，如前文所述，交易习惯本身也是在法律规定比较抽象的情况下，据以判断法定代理权限范围的依据之一。

在不披露本人的代理中，虽然代理权直接来自于基础关系，但英美法中也允许通过通常权限扩张代理人的代理权限。^[91]这就是说，即便代理人的行为超越了委托合同赋予的代理权限，也可以根据交易习惯承认其享有代理权。

结 语

德国法上确立的代理权来源抽象原则，对于维护交易安全具有重要意义。但是，抽象原则必须与法律直接规定典型交易中特定代理人的代理权限结合起来，方能充分发挥维护

[89] 前引[20]，施米托夫书，第371页以下。对该表述的理解，参见李锡鹤：《两大法系代理之法理根据比较》，《华东政法学院学报》2004年第5期。

[90] 前引[80]，Fridman书，第9页。

[91] 参见前引[28]，Verhagen书，第28页。

交易安全、实现交易便捷的功能。我国民法典制定中，应当借鉴德国法的成功经验，并结合我国民商法体系尤其是民商合一的立法体系进行系统构造。

在我国民法典制定过程中，应当引入意定代理权来源的多元主义，而不能局限于代理权授权和职务代理。在一般性地承认意定代理权来自于代理权授与之外，还应当对交易中典型的代理行为，通过法律直接规定特定人员的代理权限，健全相关商事登记制度实现代理权限或者其限制的公示，并明确相应的法律效力。同时，在审判实践中，还要考虑结合社会一般经验和交易习惯，对特定人员的代理权加以承认。此外，考虑到代理制度的复合继受，对于合同法第403条继受自英美法的间接代理，应当以委托人和受托人之间的基础关系作为代理权的来源。

Abstract: There are two different understandings of the sources of authority agency in theory and in judicial practice in China: monistic and dualistic. According to the former, the authority can only come from the principal's authorization, whereas according to the latter, the authority can also come from the agent's duty in the enterprise. The Draft of the General Part of Civil Code of People's Republic of China adopts the dualistic theory, but the principal's authorization and the agent's duty in the enterprise can not cover all kinds of authority resources. The provisions of the Draft will cause new problems in judicial practice. According to German law, the abstract principle that authorization acts as the source of authority means that the source of authority can exist independent of its basic relationship. There are two kinds of source of agency: one is directly given by a law to a special agent; the other comes from the grant action of the principal. But there are hardly any legal provisions in Chinese law directly empowering such agency and the special agent can not be registered by commercial registration system in China. Considering the complex and mixed succession of the Chinese agent legal system and the combined legislation mode of civil and commercial codes, this author argues that the Civil Code of PRC should recognize the pluralism of the sources of agency. Namely, apart from grant action, the authority can also come from the provisions of law that directly give special agents specific authority. The authority can also come from trading custom or general social ideas. With respect to the undisclosed principal agency provided for in Art. 403 of Contract Law, the authority should come from the contract between the principal and the agent.

Key Words: authority agency, sources of authority, agency in duty
