

论商事职务代理及其体系构造

冉克平*

摘要:商事职务代理系以商事组织的特定职务为基础而生的持续性和重复性代理。商事组织法定代表人与职务代理人、表见代表与表见代理制度具有相同的结构与功能,应以后者吸收前者。“职务代理的约定限制不得对抗第三人规则”是权利外观责任与企业组织风险在商事代理中的体现。在表见代理的框架下,行为人呈现的证明其具有职务代理权的外观是构建相对人信赖的因素;反之,商事职务代理权的限制类型则是削弱相对人信赖的因素,相对人信赖合理性的判断取决于两者的共同作用。在自治与管理的价值权衡上,《中华人民共和国民法典》规定的商事职务代理权受内部决议、公司章程等限制时应以自治价值优先;商事职务代理权受法律、重大结构事项等限制时则应以管制价值优先,透过个案弹性地判断交易相对人的信赖及相应的形式审查是否具有正当性。

关键词:商事职务代理 表见代表 表见代理 代表权 经理权

一、问题的提出

《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)第61条规定了法人法定代表人的地位、职务代表行为及对代表权限制的外部效力;第170条对法人或非法人组织的职务代理行为及对职权限制的外部效力进行了规定。尽管这两个条文所处的体系不同,但在历史沿革上,两者皆源于《中华人民共和国民法通则》(以下简称《民法通则》)第43条。代表与代理是合一抑或区分,与法人的本质是采“拟制说”还是“实在说”密切相关。^①代表行为与职务代理行为广泛存在于各种法人或非法人组织,本文研究对象限于商事组织。我国主流学说长期坚持法人“实在说”,在解释规范上区分代表和代理。就超越代理权与代表权的行为,《中华人民共和国合同法》(以下简称《合

* 武汉大学法学院教授、博士生导师

基金项目:武汉大学人文社会科学自主创新科研项目(2018QN009)

① [德]福·博伊庭:《论〈德国民法典〉中的代理理论》,邵建东译,载张仁善主编:《南京大学法律评论》1998年秋季号,南京大学出版社1998年版,第93页。

同法》)第49条和第50条(即《民法典》第172条和第504条)在区分代理与代表的基础上分别规定了表见代理与表见代表。但是,对于立法上区分代表与代理、表见代表与表见代理的做法,近年来不断有学者提出质疑。^①

我国在立法模式上采民商合一的模式,长期以来民事代理与商事代理的区分并未得到应有的重视。面对繁荣丰富、日新月异的商事职务代理实践,仍存在以下问题有待分析:(1)以商事职务代理的法律结构为基础,商事职务代理或表见代理能否涵盖代表行为(表见代表)?(2)在商事组织法层面,商事职务代理的权限分配、权利来源、公示方式以及效力应当如何规范?(3)在商事行为法层面,《民法典》第170条规定的职务代理“约定限制不得对抗善意第三人规则”是源于代理授权行为的无因性还是权利外观责任?(4)商事职务无权代理的信赖保护制度应当如何构造?

二、商事职务代理的结构与体系

(一)商事职务代理的法律结构分析

近代以来,无论立法体例上采民商合一还是民商分立,商事代理制度的内容结构都较为稳定,主要包括商业辅助人和代理商。^②前者又被称为职务代理人,系以代理人在商事主体内部特定职务、职位任职而实施的代理,属于企业组织内部的代理,并通过等级、科层制嵌于商事组织的内部;后者是以市场经营主体的形式通过契约服务于商事组织,属于企业组织外部的代理。职务代理人与代理商相比,前者隶属于委托人,其必须服从委托人的直接控制或监督,委托人对代理人的行动负有法律责任,委托代理人有权控制职务代理人的行动以实现特定的目标。相反,后者是独立的商人,委托人对代理商的行动不承担任何法律责任。在商事交易中,企业内部的职务代理相比独立于企业组织的代理商,可以节约交易成本。商事主体需要寻找关于产品和供应商的信息、谈判签订合同、监控绩效、执行合同与诉讼等事务,这些活动的高昂成本往往意味着,如果将它们置于科层等级组织即职务代理机构内,根据组织的权威关系做出决策会更有效率。由此可见,商事职务代理是代理人以商事组织中的职位为基础反复且持续地实施代理行为的代理,这与针对个别事务所实施的单一的、偶发性的民事意定代理迥然不同。

委托人对职务代理人在职权范围内从事的活动负责,然而两者的利益并非完全一致,委托人必须防止职务代理人因个人利益而影响职权的行使。虽然委托人可以控制和监督代理人的行为,但是委托人监督职务代理人的正式制度要么带来很高的交易成本,要么仅仅因为被监督的活动很难量化而根本无法展开。尤其是当职务代理人所实施的工作复杂或涉及高度的自由裁量权和判断之时,代理权自主的需求也随之增大,监督和控制代理人的成本变得十分高昂。自由裁量权授予的适当程度将随着商事组织在一段时间内面临的内源性和外源性条件的改变而变化。所有的授权都涉及效率和风险的平衡,但商事组织往往难以确定风险和授权的适当程度。于此情形,委托人无法通过正式规定和标准作业程序来约束代理人的行为,交易相对人也难以深入错综复杂的商事组织体调查其内部职权的划分及其所受限制。商事职务代理法律规制的重心在于:(1)委托人对职务代理人的监督和控制与代理人的自由裁量权之间生成的内在冲突;(2)职务代

^① 参见朱广新:《法定代表人的越权代表行为》,《中外法学》2012年第3期。

^② 参见王保树:《商法总论》,清华大学出版社2007年版,第200页。

理人的内部权限范围与交易第三人的信赖保护之间形成的外在冲突。

（二）职务代理权吸收代表权

《民法典》第 61 条第 3 款和第 170 条在形式上对法定代表人的代表行为与“执行法人或者非法人组织工作任务的人员”的代理行为作二元区分处理,而且分别规定对法定代表人代表权与职务代理权的限制不得对抗善意第三人。然而,商事职务代理与代表均源于委托人所授予的职权,两者在结构与功能上完全相同。商事职务代理与代表均以特定职权为基础,差别仅在于委托人设置职位的不同(如法定代表人、经理权人等),且在价值判断与法律效果上并无实质性的差异。^①如果说民事代理与代表之间在结构上确有差异的话(前者属于个别授权,后者属于法定职务),那么商事职务代理系企业将代理人置于经营组织的某位置,该位置恰为企业经营对外为法律行为的门户,商事代理权与代表权一样,均系伴随一定组织上地位(职务)而生。^②因此,从商事代理的角度出发,将代表(表见代表)与代理(表见代理)进行区分并不具有合理性。相反,应将代表纳入商事职务代理规范的类型,从而形成一体化的商事职务代理概念。在规范上,应当以商事职务代理概括法定代表人的代表权与其他具有职位的工作人员代理权。

（三）民商合一体例与商事职务代理制度

商事职务代理制度兼有商事组织法与商事行为法两个方面的内容。一方面,商事交易中的职务代理本质上是商事组织内部代理权结构的分配和设置,所解决的是组织体的行为能力问题,即它如何通过代理人完成其必要的经营等行为。行为法层面的商事职务代理制度强调高度私法自治和自我负责原则,以确保交易迅速成立、信赖保护和交易安全的维护。^③另一方面,在组织法层面,商事职务代理具有明显的强制法色彩。商事组织执行机构的职权及其限制的基本框架通常由法律明文规定,如公司组织机构的划分及职权配置就由公司法确立。相应的,职务代理人对外实施的职权行为依法归属于商事组织。

在《民法典》实施背景之下,商事职务代理规范在立法与司法上应该如何进行合理配置及其适用呢?对此,学说依据民商合一抑或分立而认识不一。主张民商合一的学者认为,民商合一体例意味着要求构建统一的代理制度,不过也要借鉴商法的基本原则,如外观主义对表见代理的重要影响。^④赞同民商分立的学者认为,民事代理与商事代理一元结构的立法范式,必然产生代理立法的空缺与不周延现象。^⑤实质上,所谓民商合一与分立只是在立法形式层面的区分,而与商法的实质独立性无关。现代的民商立法与司法的发展,可以归纳为商法“在形式上”的民法化与民法在“实质上”的商法化。前者是指商行为法在法律形式上具有被整合到民法中的趋势。后者是指民法的实质内容和精神越来越受商法的影响。民商合一也许会在形式上实现私法统一,但在实质上未必能够如愿以偿。^⑥究其原因,与商人以及商行为追求营利目的、旨在持续从事营业

① 参见王利明主编:《〈中华人民共和国民法总则〉详解》(下),朱虎执笔,中国法制出版社 2017 年版,第 763 页。

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 144 页。

③ Vgl. S.Franz Bydlinski, System und Prinzipien des Privatrechts, 1996, S.445ff.

④ 参见王利明:《民商合一体例下我国民法典总则的制定》,《法商研究》2015 年第 4 期。

⑤ 参见肖海军:《商事代理立法模式的比较与选择》,《比较法研究》2006 年第 1 期。

⑥ 参见张谷:《商法,这只寄居蟹——兼论商法的独立性及其特点》,载高鸿均主编:《清华法治论衡》(第 6 辑),清华大学出版社 2005 年版,第 12 页。

行为相关。因此,商法比普通民法更彻底地贯彻自我决定原则,法律一般不随意否定当事人之意思表示,而是以行为外观主义为原则,以否定行为外观效力为例外。商法中的交易多体现为集团性、大规模、反复性交易,在立法体例上,将商事合同纳入民法典或民事立法中,将商事组织法独立于民法典,构成了最近几十年来全球商事立法的趋势。^① 实质意义上的商法已经不再以商行为为中心,而是转而以“企业”概念为核心重构制度体系。诸多商法制度如商号、商事登记、商事账簿、营业转让等均围绕企业经营组织而展开,由此造成商法在规范特质上异于民法的事实。^②

我国商事职务代理制度的构造,应当适应商事组织法与商事行为法的发展趋势。具体而言:(1)对于商事职务代理的行为法部分,应当规定在民法典总则之中。《民法典》第170条有关职务代理的规定是一个明显的进步,可以统领各类代理行为。商事代理行为逐渐成为代理法的主要内容,这充分表现出民法实质意义上的商法化。(2)对于商事职务代理的组织法部分,应以企业为规范对象。由于职务代理是通过等级、科层制嵌于商事组织的内部,商事职务代理对于结构比较复杂的商事组织才具有实际意义。企业之间的重要区别应该根据其规模或经济重要性的不同而异,而不仅仅是根据企业的形式。^③ 如果对组织成员采取宽泛的解释,一人公司或个人独资企业也可以据此名正言顺地跻身于商事组织之列,以适应现代商事组织的发展。^④ 但是,纯粹的个人合伙应被排除在商事组织体之外。在具体内容上,法定代表人、经理权和商事辅助人的权限分配、公示方式以及行为效力,是企业经营组织的重要构成部分。从我国现行法看,商事组织法定代表人的职权规定比较完备。然而,《中华人民共和国公司法》(以下简称《公司法》)第50条和第119条虽然分别规定了经理的对内管理职责,但是并未规定经理的对外代理权,这无疑是《公司法》上的一个重大法律漏洞。

三、商事职务代理组织法的构造

(一)经理权的授予:单独行为抑或契约行为

《公司法》第50条、第69条、第119条规定,有限责任公司与股份有限公司设经理,由董事会聘任和解聘,此为强制性规定。《中华人民共和国合伙企业法》(以下简称《合伙企业法》)第31条第6项关于合伙企业聘任经营管理人员的类似规定则属于任意性规范。此处的经理应该属于总经理或者高级经理,通常负责业务经营的执行,并对商事组织日常经营管理事务负总责,是整个经营团队的负责人。

经理权的授予是源于委任合同还是另有单独的授权行为?对于代理权的授予与基础合同(委任、雇佣等)的关系,学说与立法上有“一体论”与“区别论”的分歧。法国民法采“一体论”,认为代理权由基础合同所生,在委任等基础合同之外,无所谓代理权授予的行为;德国民法则采“区

① 参见纪海龙:《现代商法的特征与中国民法典的编纂》,载王洪亮、田士永、朱庆育等主编:《中德私法研究》(第15卷),北京大学出版社2017年版,第4~12页。

② 参见施鸿鹏:《民法与商法二元格局的演变与形成》,《法学研究》2017年第2期。

③ 参见[德]莱塞尔、法伊尔:《德国资合公司法》(第3版),高旭军、单晓光、刘晓海等,法律出版社2005年版,第27页。

④ 参见冯珏:《作为组织的法人》,《环球法律评论》2020年第2期。

别论”,认为代理权仅依代理权授予的意思表示而成立,应当从基础合同分离出来。^①德国学说认为,从表面上看,聘任、解聘和聘用合同都涉及同一法律关系,但是在特定的内容上,人们又把它们人为地区分开来(所谓的分离原则)。尽管德国司法实践和学术界都强调“两者之间存在着事实上和法律上的内在联系”,但实际上分离原则是法律为了解决复杂的法律问题而使用的一个方法,从理论上分析,确实可能用同一眼光来观察这一点。^②

《民法典》第165条就委托代理授权的书面形式进行了规定。有学者认为,应对基础合同与代理权的授予行为作出区分,后者属于有相对人的单方法律行为。^③有学者认为,经理权的权限类型由法律明文规定,表明其通过抽象原则得以从基础关系独立出来,因此经理权的产生系依据法律直接规定。^④鉴于经理权的授予与民事意定代理之间具有显著差异,经理人与商事组织之间委任合同的签订表明经理权的授予无须另外的单独行为授予代理权,在结构上应将经理权置于委任合同一体考虑,采纳“契约说”更符合商事代理的形式与功能。这是因为,经理权既包括对内的事务管理权(《公司法》第50条和第119条),也包括对外代理权。事务管理权与代理权原本属于不同层面的权限,其权限的取得理应为不同的授权。然而,在商事委任的情形,总经理须经董事会聘任,此聘任过程实际是董事会将“事务管理权与代理权”概括授予经理人的过程,系将以上两项概念合而为一统称为经理权。经理权授予的内容与效力互为表里,均与委任合同相一致。^⑤事务管理权是经理人与商事组织之间订立的委任合同最为重要的内容之一,并非单独行为。^⑥既然事务管理权与委任合同不可分离,代理权的授予与委任合同“一体论”就是更为合理的解释结论。

(二) 总经理的权限范围及其限制

在法国法上,经理在与第三人的关系中享有代表公司在各种情况下开展活动的最广泛的权力,除非法律明文规定专门赋予股东的权力。^⑦依据《德国商法典》第49条第1款,经理被授权实施商事营业所产生的一切种类的经营行为,以保障经理在对外交往中活动广泛的授权。^⑧在公司的对外关系中,总经理的代理权限是没有限制的(《德国股份法》第82条第1款)。

我国学说认为,在商事交易领域,代理权若是基于企业经营活动而获得,对于达成授权目的所必要的一切行为,代理权人均可获得授权。^⑨交易第三人只需知悉行为人所处经理人之地位,在“营业的经营”全部必要范围内,即可善意信赖该经理人均有权限。在解释上,应从设置或选任经理人的目的探求经理权的界限,包括所有与为达成商业经营的目的可能有关的事项。

① 参见王泽鉴:《法学上之发现》,载王泽鉴:《民法学说与判例研究》(第4册),北京大学出版社2009年版,第4页。

② 参见[德]莱塞尔、法伊尔:《德国资合公司法》(第3版),高旭军、单晓光、刘晓海等译,法律出版社2005年版,第152页。

③ 参见陈甦主编:《民法总则评注》(下册),方新军执笔,法律出版社2017年版,第1168页。

④ 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。

⑤ 参见王天玉:《经理雇佣合同与委托合同之分辨》,《中国法学》2016年第3期。

⑥ 参见邱聪智:《新订债法各论》(中),中国人民大学出版社2006年版,第197页。

⑦ 参见罗结珍译:《法国商法典》(上),北京大学出版社2015年版,第219页。

⑧ 类似规定如《日本商法典》第21条、《意大利民法典》第2204条以及《瑞士债法典》第459条。

⑨ 参见杜军:《公司经理权问题研究》,法律出版社2011年版,第59页。

由于经理权经委任即可授予,为降低商业风险、保障交易安全,许多国家或地区建立了经理权公示登记制度。例如,《德国商法典》第53条第1款、《意大利民法典》第2206条第1款的规定。我国《公司登记管理条例》第37条也规定公司经理发生变动应向登记机关备案。经理人的公示制度是商事外观主义的表现形式。由于商事职务代理权的范围可以依据法律和交易习惯从相应的职务推断而出,因而对于交易相对人而言,尤为重要是职务代理人是否具有其所称的职务身份。交易相对人可以简便地查询法定代表人、经理人的基本信息,从而促进交易的便捷与安全。对于登记的效力,我国现行法并未规定。比较法上多采登记对抗主义,即登记程序并非经理权取得的生效要件,经理权的委任即使未经登记亦能产生授权效力,只是商事组织不得以未登记的事实对抗善意第三人。例如,《德国商法典》第15条、《日本商法典》第12条的规定。

尽管商事职务代理人(法定代表人与经理权人)的权限范围非常广泛,但是仍然受到以下限制:(1)基础性行为或结构性行为。德国学说所谓基础性或结构性行为,如商事营业的转让和用益出租或者停止、商号的变更、接受商事组织成员以及提交开始支付不能程序的申请。^① 此类企业合同、变更合同以及转让公司资产合同只有经过股东大会的同意,才能生效。^② 经理权人不得实施此类关乎商事组织存续的重大事项,以防止其擅权从而损害商事组织成员的利益。《公司法》虽然对此并无规定,但是依据该法第148条规定的董事和高级管理人员的忠实义务,可以作相应的推定解释。^③ 《合伙企业法》第31条关于“处分合伙企业的不动产、以合伙名义为他人提供担保,以及转让、处分合伙企业的知识产权和其他财产权利的,应当经全体合伙人同意”的规定即属此类。(2)法律、行政法规对经理权的法定限制。例如,《德国商法典》第49条第2项和《瑞士债务法》第459条第2项规定,不动产买卖或设定抵押权等负担,须有明示授权。对于经理权的法定限制,具有对抗第三人的效力。又如,《瑞士债务法》第460条第3款的规定。再如,《公司法》第16条关于“公司对外提供担保的商事职务代理行为,须经董事会或者股东会、股东大会决议”以及第43条和第103条关于“对于公司增资、减资、合并、分立,须经股东会、股东大会的绝对多数决”的规定即为典型。(3)公司章程或合伙协议对经理权以及其他权力机构的约定限制。对此,各国法律通常规定该限制不能对抗善意第三人。例如,《英国公司法》(1989年)第108条、《法国商法典》第L223-18条、《德国有限公司法》第37条第2款、《日本商法典》第262条的规定。《民法典》第61条第3款亦是如此。(4)交易习惯的限制。商人之间通行的习惯是商事规范的重要渊源,交易习惯对商事职务代理亦可构成限制。

对于商事职务代理权法定限制的效力,焦点问题即如何认识《公司法》第16条的规范性质。有学者从效力性强制抑或管理性强制规范的角度出发,认为该条属于内部控制程序的管理性规范。^④ 这一观点得到最高人民法院相关判决的支持。^⑤ 有学者从法定代表人的权限限制出发,认为该条规定的是越权担保的问题,并非仅仅公司内部控制问题。^⑥ 这一观点同样有最高人民法

① Vgl. Canaris, Handelsrecht, 24. Aufl., München: Beck, 2006, S.224.

② 参见[德]莱塞尔、法伊尔:《德国资合公司法》,高旭军、单晓光、刘晓海等译,法律出版社2005年版,第144页。

③ 参见施天涛:《公司法论》(第3版),法律出版社2014年版,第421页。这类行为显然违背公司经营目的。

④ 参见钱玉林:《公司法第16条的规范意义》,《法学研究》2011年第6期。

⑤ 参见最高人民法院(2016)民申1006号民事裁定书;最高人民法院(2016)民再194号民事判决书。

⑥ 参见高圣平:《公司担保中相对人的审查义务》,《政法论坛》2017年第5期。

院相关判例的佐证。^①《公司法》第16条的规范目的主要在于保护公司及其股东的利益,而非维护社会公共利益,因而与效力性强制性规范无涉。况且,若在效力性和管理性强制性规定二分法框架下进行判断,这种“全有全无”的方式必然陷入两难困境:如果认为《公司法》第16条为效力性强制性规定,则必然对债权人保护不足;反之,如果认为《公司法》第16条为管理性强制性规定,则偏重追求交易的效率,强化了市场主体的滥权和机会主义心理,忽视对股东、雇员、其他债权人等多元法益的保护。^②因此,对于法律对商事职务代理权的法定限制,商事组织是否承受该越权行为的效果,有赖于交易相对人是否为善意,从而可以弹性的方式权衡商事组织与善意相对人之间的利益。因《公司法》第16条对关联担保和非关联担保的决议机关作出了区别规定,故对于债权善意的判断标准也应当有所区别。^③

(三)分管经理及其权限

在经理人之外,德国商法还规定代办权作为企业授予商事辅助人对外经营事项的通常权限。^④依据《德国商法典》第54条的规定,代办权分为一般代办权、种类代办权与个别行为代办权。其目的在于对代理权的范围进行合法推断,其在德国商法中的作用并不在于代理权的授予,而是需要结合民法中的代理制度,推断代理人的代理权范围,并为与推定范围不符的情况提供善意保护。^⑤

我国现行法并未针对代表权、代理权之外的商事职务代理权作出规定。在商业实践中,除总经理之外,依商事组织的职能划分,还有各种类型的分管经理,如部门经理、业务经理、销售经理、客户经理、项目经理、分店经理等。此类负责人权限的授予通常与特定职务结合在一起,担任该特定职务即在职权范围内拥有相应的代理权限。为适应商事交易的便捷与安全,此类代理权限应由法律予以类型化,使其具备构成权利外观的功能。分管经理与总经理相比,两间的差异在于:(1)前者属于中低阶人员,是从属性的商事代理人,与商事组织之间属于劳动(雇佣)关系。^⑥后者作为高级管理人员,是主要的商事代理人,与商事组织之间通常属于委任合同关系。(2)前者在处理某项事务范围内具有权限,因专业的分工而局限于其受任业务的范围,权限通常不公示。在具体案件中,分管经理的职务代理权可以结合法律规定、该职务类型的目的以及当事人之间的交易习惯予以综合判断。后者具有广泛概括性的权限,其权限通常予以公示。

与经理权的授予通常基于董事会的聘任即明示(如《德国商法典》第48条第1款)不同,分管经理权的授予还可能基于默示的方式。所谓代理权的默示授予,是被代理人允许代理人实施行为来宣示其所享有的代理权。^⑦与之密切相关的是,代办权的默示授予如何与容忍代理相区分?容忍代理系德国学说与判例共同的产物,德国学者依据德国联邦最高法院的判决整理了容忍代理的3个要素:(1)行为人以本人的代理人身份反复且持续一定时间出现;(2)本人对于该行为虽有机会干涉或阻止却置之不理;(3)对于代理行为及本人的容忍,第三人依诚信原则并考虑交易

① 参见最高人民法院(2014)民申字第1876号民事裁定书;最高人民法院(2016)民申2633号民事裁定书。

② 参见罗培新:《公司担保法律规则的价值冲突与司法考量》,《中外法学》2012年第6期。

③ 《全国法院民商事审判工作会议纪要》第17~19条对于公司法定代表人越权担保进行了比较详细的规定。

④ 参见刘文科:《商事代理法律制度论》,法律出版社2013年版,第253页。

⑤ 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390页。

⑥ 参见王天玉:《经理雇佣合同与委托合同之分辨》,《中国法学》2016年第3期。

⑦ 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。

习惯可据此推出行为人有代理权。^① 德国主流学说认为,默示授权既可以是本人以合理推定的行为表示对代理人作内部授权,也可以是本人对第三人作出可合理推断的外部授权,这属于意思自治的范畴。相反,容忍代理则是本人并未对行为人作内部授权,但对第三人造成其曾经做出此种授权的表象,这属于权利外观责任的内容。^②

《民法通则》第 66 条第 1 款第 3 句在学说上被称为“容忍代理”。我国多数学者认为,容忍代理权属于表见代理的类型;^③也有学者认为,容忍代理系默示授权所致,而非表见代理。^④ 然而,我国司法审判实践表明,容忍代理属于表见代理的观点占据主流。^⑤ 对于这类案型,最高人民法院并未简单地依据“本人不作否认表示”及第三人对此的信赖即判断表见代理的成立。相反,上述判决无一例外地强调了行为人被本人事先赋予一定的职位如项目经理、实际施工人等与被代理人之间的关系给第三人所造成的合理信赖。在容忍代理中,行为人通常实施的是经常性、持续性的代理行为,这给交易第三人造成了其具有商事职务代办权的外观,加之被代理人明知而不否认,因此容忍代理在性质上主要为商事表见职务代理的类型,适用于行为人被推定为具有分管经理权的情形。

四、商事职务代理行为法的规范基础

(一)代理权授予无因性原理与权利外观责任之争

《民法典》第 61 条第 3 款与第 170 条第 2 款具有相似的结构,上述规范可以概括为“职务代理的约定限制不得对抗第三人规则”。对于该规则的理论基础,学说上分歧较大,明显影响了这两个条文的体系定位,即该规则与《民法典》第 172 条的表见代理规范之间究竟是平行关系,抑或是实质上相同的特殊与一般的关系?

对此,有学者从商事组织的内部关系与外部关系的角度认为,商事组织“职务代理的约定限制不得对抗第三人规则”的规范目的旨在抑制商事组织的内部约束对外部关系的制约,使职务代理权成为一种不受限制的权力,以最大限度地保护交易安全,这与基于权利外观原理的表见代理制度迥然有别。^⑥ 有学者进一步认为,《民法典》第 170 条第 3 款实际上遵循了代理权授予行为与基础关系的分离原则。在外部授权和内部限制不一致的情形,善意相对人的利益保护需要特别考虑。^⑦ 该观点提出的“法人内部关系与外部关系的区分规则”实质上体现的是代理权授予的独立性和无因性原理。根据授权行为无因性原理,基础关系对代理权的限制等不能作用于代理权的外部关系,相对人无需关注代理人与被代理人之间的内部关系,仅需对代理权是否受到限

① Vgl. MünchKomm/Lieb/Krebs, HGB, 1996, Vor § 48, Rn. 470.

② Vgl. Canaris, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, München 1970, S. 41.

③ 参见杨代雄:《容忍代理抑或默示授权》,《政治与法律》2012 年第 4 期;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。

④ 参见朱庆育:《民法总论》(第 2 版),北京大学出版社 2016 年版,第 356 页。

⑤ 参见最高人民法院(2015)民二终字第 335 号民事判决书。

⑥ 参见朱广新:《信赖保护原则及其在民法中的构造》,中国人民大学出版社 2013 年版,第 158 页。

⑦ 参见陈甦主编:《民法总则评注》(下册),方新军执笔,法律出版社 2017 年版,第 1207 页。

制、是否存在瑕疵、是否持续有效进行审核即可确保代理行为的效力。^①然而,相反观点认为,《民法典》第170条第2款规定的“职务代理的约定限制不得对抗第三人规则”属于表见代理的特殊规定,目的在于体现职务代理情形中表见代理构成的特殊性,即只要职务代理人无代理权且相对人为善意,就会构成表见代理,不会因表见代理的其他可能构成要件阻碍表见代理的构成。这体现出商事职务代理不同于民事代理而更为追求效率和外观信赖保护的特点,体现出《民法典》民商合一的立法特色。^②

(二)企业组织风险归责与权利外观责任

商事代理系企业经营组织逐渐发达的产物。依据企业的职位,代表人、经理权人等分别享有概括或个别的代理权。代表人、经理人及其他所谓从属商事代理人,其代理权系与其职务相伴而生,其代理权存在之外观主要系因企业经营者以自己之行为表示将某人置于其企业经营组织中对外为交易行为之职位。在现代社会,由于企业经营组织愈趋严密,且分工愈来愈细致,企业基于各种因素的考量可能对代表人、经理人等代理人的法定职权透过组织章程进行分配、管理及限制。而交易第三人对代理人有无代理权,通常只能依据法律、登记事项和交易惯例予以确认。至于职务代理人是否正确地履行了职务,交易相对人通常无法作出判断。

“职务代理的约定限制不得对抗第三人规则”的实质理由,在于外部的交易第三人对于商事组织内部的权限分配、管理和限制常常不得而知。商事组织并没有自然人意义上的行为,只存在代理人所构成的行为领域。商事组织无法对各代理人的行为进行全方位的直接控制,各代理人也可能因企业结构所导致的信息传递问题而无法切实地执行商事组织的意志,此时商事组织的代理行为领域中就存在风险。相比交易第三人对代理人的审核成本,商事组织内部对代理权人的控制成本通常更小,而且商事组织通过职务代理这一理性化的科层管理制获得了收益,因此应由商事组织承担经营和组织运营上的风险是合理的,这反映了商事代理与民事代理在维护交易安全上的本质差异。^③相反,在民事领域,对于代理人的行为及其外观,本人并不比交易第三人处于更为有利的法律地位,仅在本人有过错时,才可由其承担法律上的不利。^④商事组织应对此等组织风险具有可归责性,这最为明显地体现了风险归责和过错归责的差异。^⑤

授权行为无因性理论与权利外观责任所欲实现的功能是一致的,均旨在保护交易的安全,但是在技术构成上选取了不同的路径。前者使相对人可以不问商事职务代理权人的内部状况而与代理权人进行交易;权利外观责任则是从相对人对商事职务代理权外观信赖合理与否的角度,来选择保护善意的相对人,维护市场交易秩序。比较而言,无因性理论结构单一,仅是简单地切断基础关系的影响力,其本身并不包含信赖有无以及是否合理的识别机制,这虽有利于减轻第三人的举证责任,但其结果是将恶意的第三人一并纳入保护范围,损害本人的正当利益,导致价值实

① 参见迟颖:《意定代理授权行为无因性解析》,《法学》2017年第1期。

② 参见王利明主编:《〈中华人民共和国民法总则〉详解》(下),朱虎执笔,中国法制出版社2017年版,第765页。

③ Vgl. Canaris, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, München 1970, S. 195.

④ 表见代理本人的可归责性是否属于表见代理的构成要件,我国学界长期存在分歧。参见谢鸿飞:《代理部分立法的基本理念和重要制度》,《华东政法大学学报》2016年第5期。然而,完全不考虑本人的可归责性因素,本人无法基于自身的情势提出任何抗辩,意味着信赖保护的追求达到极致,显然并不妥当。

⑤ 参见朱虎:《表见代理中的被代理人可归责性》,《法学研究》2017年第2期。

现的偏离。相反,权利外观制度通过内在的结构合理筛选值得保护的第三人,将恶意及有过失的相对人排除在保护范围之外,真正实现对合理信赖的保护。^①我国台湾地区所谓的“民法”第 557 条并未如德国商法那样规定不得限制经理权,而仅规定经理权的限制不得对抗善意第三人。有学者亦认为,由于我国台湾地区所谓的“民法”之状态与德国不完全相同,因此在内部关系上经理权并不具有无因性,经理人受商事主体指示的拘束,违反授权合同法人授权范围或抵触指示的,均为越权代理,涉及商事交易信赖保护之问题,无须经由委任与代理分离以及无因性原则,只需援用表见代理之法则,问题即可迎刃而解。^②

商事职务代理权所受约定限制虽然最为典型与常见,但是除此之外职务代理尚包括其他的限制类型。在行为人将代理权外观呈现第三人时,其他职务代理权受限的情形显然无法被授权行为无因性所涵盖,而是有赖于表见代理制度。同样是为第三人提供保护,在有因性的情况下,只需要一个表见代理制度就可以解决;在无因性的情况下,却需要两个价值取向相同但技术判断不一致的制度,这是无因性本身的逻辑导致的缺陷,也使得法律关系复杂化。

五、商事职务代理行为法的构造

(一)商事职务代理的无权代理类型

商事职务代理的无权代理包括 3 种类型:(1)法定代表人、经理人或其职务代理人违反法律、公司章程(合伙协议)或权力机构(股东会、董事会)对其代理权的限制,构成越权代理。(2)本无授权的行为人连续性地从事职务代理活动,商事组织对于权利外观的引发具有可归责性,但是对此明知且不否认,构成容忍代理。^③容忍代理属于广义的表见代理,可以通过解释将其纳入《民法典》第 172 条的规定。(3)本无授权的行为人重复地从事职务代理活动,商事组织虽然对此不知但应当(因过失而不知)可以阻止或干预行为人的代理行为。德国法上,这被称为“表象代理”。表象代理并不适用于民事代理,而是适用于商法上的代理制度。^④依据学说与判例,表象代理授权行为的权利假象源于诚实信用原则和交易习惯,第三人可以从外观推知授权行为。经营者虽然不知道代理人的行为,但是可以通过注意义务知悉并阻止该行为。^⑤德国学者卡纳里斯认为,表象代理的实质理由在于外部第三人对于企业内部的权限分配责任常常不得而知,因而企业主应在相关的经营组织风险上被归责。^⑥

(二)商事职务代理权外观形态的构建

商事组织的代表权人、经理权人及分管经理人的代理权系由法律类型化的代理权,交易相对人对代理权范围的信赖基础,并不在于本人对个别代理行为所为的授权表示,而在于商事代理人被商事组织委任或雇佣及其通过职务行为实施商事交易的事实。若商事组织选任特定的自然人担任法定代表人、经理人或者其他商事职务代理人,则在营业的全部必要范围内,该自然人就被

① 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。

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 146~147 页。

③ 参见石一峰:《沉默在民商事交往中的意义》,《法学家》2017 年第 6 期。

④ Vgl. Pawlowski, Allgemeiner Teil des BGB, 7. Aufl., 2003, Rn. 720.

⑤ Vgl. Brox/ Walker, Allgemeiner Teil des BGB, 34. Aufl., 2010, Rn. 567.

⑥ 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 404 页。

赋予该商事职务通常所表彰的代理权。此时,就有可能发生法人或者非法人组织内部对于该商事职务代理人设定的职权范围与该职务表现出来的其应当具有的职权范围并不相同的情况。这样,职务代理权限推定的规范就被引入至“权利外观责任”的构成之中。

商事职务代理权外观以行为人所展现的使第三人信赖其被任命或授予相应的职务为基础。具体表现如下:(1)行为人被工商登记系统公示的商事职务。随着商事登记系统的完善,交易相对人可以便捷地查询到商事组织的重要职位如法定代表人、经理权人的信息。这可以减轻交易相对人的调查义务,促进交易的快速展开。(2)行为人所掌管的商事组织的重要权力凭证,如公章、财务章、合同专业章等,由此可以形成相应的职务外观。若是商事组织将重要的权力凭证出借给他人,亦可形成相应的职务外观。比较典型的是工程项目部挂靠建筑企业,后者将公章出借给前者,构成借名实施法律行为的案型。^①(3)商事组织的法定住所或营业机构所在地,以及董事长、经理等高级管理人员的办公室、业务人员的对外窗口、服装以及标牌等,通常可以构成商事职务代理的外观。(4)依据社会的一般观念、商事习惯和交易惯例,行为人被认为具有相应职权范围内的代理权,而不得认为只要是商事组织的高管就享有代理权。^②

不同类型的代理权外观,表征力强度会有所不同。对于商事职务代理而言,商事职务的公示信息、商事组织的经营场所的表征强度更高,重要权力凭证以及其他职务身份证明凭证的表征强度则相对较弱(容易被伪造或变造)。如果商事职务代理权具有瑕疵,是否还能够形成令相对人信赖的外观表象?典型的如公司法定代表人或经理权人在经营场所通过伪造的代理权凭证与第三人进行交易的案型。对于此种情形,最高人民法院除在极少数案件中否定表见代理之外,^③近年来通常肯定表见代理的构成。^④然而,如果交易行为并未发生在商事组织的经营场所,而职务代理人私刻、伪造企业公章,则需要结合具体情况考察其他外观形态证据,如相关文件是否齐全、有无篡改的痕迹等。^⑤在具体案件中,需要面向个案相对人及其所处场景,透过法官认知模式来判断相应的理性人在所重构的场景中对个案中呈现的商事职务代理权外观产生的信赖是否合理。^⑥可以肯定的是,如果行为人完全不存在表明其具有从事对外交易的职位的外观,即使其伪造公章,也难以被认定为表见代理。^⑦例如,行为人依据自身经验“凭空”私刻公章而实施法律行为,商事组织根本无法控制此种风险。^⑧反之,如果行为人具有职务代理权,即使公章系伪造或

① 参见冉克平:《论借名实施法律行为的效果》,《法学》2014年第2期。

② 参见崔建远:《合同解释语境中的印章及其意义》,《清华法学》2018年第4期。

③ 参见最高人民法院(2008)民二终字第124号民事判决书。从该案的情况来看,被告呈现的办公场所、总经理职务身份具有很强的代理权外观表征,而伪造的公章难以被原告所识别,因此该案判决有失妥当。

④ 参见最高人民法院(2013)民申字第2号民事裁定书;最高人民法院(2014)民一终字第238号民事判决书;最高人民法院(2016)民申255号民事裁定书。

⑤ 最高人民法院认为:“根据雪花秀公司提交的工商登记材料显示,案涉借款事实发生时,操振声是雪花秀公司的股东和管理人员,即使《情况说明》真实、操振声存在私刻公章的行为,其股东兼管理人员的身份足以使人相信其对外以公司名义签字盖章的行为是职务行为,其行为构成表见代理。”最高人民法院(2016)民申917号民事裁定书。

⑥ 参见叶金强:《表见代理中信赖合理性的判断模式》,《比较法研究》2014年第1期。

⑦ 例如,最高人民法院认为:“吕海源自始不享有以第三工程处名义对外签订劳保用品买卖合同的身份和职权,并且吕海源签订涉案买卖合同所使用的第三工程处公章系其私刻。因此不构成表见代理”。参见最高人民法院(2013)民申字第2016号民事裁定书。

⑧ 参见杨代雄:《表见代理的特别构成要件》,《法学》2013年第2期。

者私刻,也可以构成有权代理并据此根据代理的相关规则来确定交易行为的效力。

(三) 相对人合理信赖的判断

依据《民法典》第172条的规定,商事职务代理人的代理权权限虽然受到限制,但是交易相对人有理由相信其有代理权的,应该由商事组织承担交易行为的法律效果。所谓相对人有理由相信,意指一个理性的相对人对商事职务外观的信赖具有正当性与合理性。^① 商事职务表见代理在构成上需要对商事职务的外观与交易相对人的信赖合理性程度进行比较权衡,来确定相应法律效果是否发生。在理性人标准模式之下,因相对人是经营者抑或是消费者而又有所不同:相比消费者,法律对经营者所获信赖的正当性要求更高。

商事职务代理权的外观形态是相对人信赖的对象;反之,商事职务代理权的限制类型则是削弱相对人信赖的因素。代理权的外观形态与限制类型共同作用于交易相对人信赖合理性的判断。通常而言,代理权外观强度越强,而限制代理权类型的因素越弱,相对人的信赖合理性程度就会越高。但是在具体判断中,这些限制代理权类型的客观因素是否均应被考虑进去及其削弱相对人信赖的程度,并非单纯的技术方式问题,而是事关本人静态法益保护与交易安全保护冲突的折中与调和。此利益冲突之解决,必须经价值判断。价值判断的基准不同,相对人合理信赖的判断就各异。^②

商事职务代理的外观形态具有推定效力,尤其是法律赋予商事组织法定代表人与经理权人的职位具有广泛的、概括性的代理权限,充分体现了尊重经营自由以及强调商事交易的便捷、效率、安全的商事思维。若是商事组织在自我管理时对法定代表人、经理权人及分管经理人的代理权进行限制,则此类内部决议因素原则上不影响对相对人信赖的判断。相对人应当在交易过程中通过审查代理权的外观形态来确认行为人的职务身份,但无须查证商事组织的内部决议对代理权、代理行为是否有所指示或限制。该内部决议的风险不应转嫁给相对人承担,以尽可能地保障交易相对人的自由与安全。除非商事组织能够举证证明相对人对于限制商事职务代理权的明知或因重大过失而不知,^③则该限制代理权的内部决议成为削弱相对人信赖的因素,从而影响商事职务表见代理的构成。

但是,并非相对人对任何内部决议均不负审核的义务。有学者主张,通过强化外观主义构建商事表见代理,交易第三人无需调查代理人的真实代理权,只需凭借代理权的外观即可以认定代理权的存在,从而免去调查真实权利的交易成本,减少市场交易的费用。^④ 这一认识显然忽略了商法管制的价值面向。为防止商事组织的管理层挥霍团体财产或将团体财产无偿赠送他人等利益冲突行为的发生,法律通过分权机制强制要求股东会、董事会以表决同意的方式决议商事组织的重大事项(如公司章程或合伙协议的变更、公司类型的改变、发行新股、增资、减资、关联交易等),剥夺管理层自行其是地决定某些对股东利益有重大影响的权力,这是现代商法对交易实施必要管制的制度基础。若是法律、行政法规对职务代理权人的代表权进行限制,此类法定限制代

① 参见叶金强:《表见代理中信赖合理性的判断模式》,《比较法研究》2014年第1期。

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149页。

③ 依据德国法,只有当相对人知道经理越权经营时或按照所谓的“显著理论”不得不为经理滥用代理权并给公司造成损害时,其才不得主张交易的有效性。参见[德]莱塞尔、法伊尔:《德国资合公司法》(第3版),高旭军、单晓光、刘晓海等译,法律出版社2005年版,第532~533页。

④ 参见刘文科:《商事代理法律制度论》,法律出版社2013年版,第123页。

理权的内容构成削弱相对人信赖的因素。在学说与司法实务中引起重大分歧的《公司法》第16条,在区分关联担保和非关联担保的基础上,强制性地以股东(大)会决议作为前者(为公司股东或者实际控制人提供关联担保)的前置程序,以公司章程所规定的董事会决议或股东(大)会决议作为后者(为公司股东或者实际控制人以外的人提供非关联担保)的前置程序,商事职务代理权人实施对外担保行为违反该法定权限限制,交易相对人的信赖就不具有正当性,因为任何人均不得以不知道法律有规定而免于适用该法律。但是,对于相关决议的真实性,交易相对人仅负有形式审查的义务。^①例如,企业的经营范围属于法律规定限制经营、特许经营的,应当依法经过批准(《公司法》第11条)。交易的相对人应当核实商事职务代理人所在企业是否取得经营许可证,这实际上提高了相对人交易上的注意义务。^②商事职务代理人的代理权受法律、行政法规限制时,相对人在交易过程中应尽善意管理人的注意义务,对代理权外观的合法性进行形式上的审查。此外,商事组织的重大结构性事项同样构成削弱相对人合理信赖的因素。在法有明文之情形,重大结构事项属于对职务代理权的法定限制。即使法无明文规定,亦可谓职务代理权的权力界限,交易相对人从职务代理权的本质即可知该等行为不在权限内。^③申言之,重大结构性的事项与职务代理权的法定限制具有相同的效力,交易相对人不得主张其不知有此限制而受表见代理的保护,而应该承担形式审查的义务。交易相对人的形式审查的范围并非漫无边际。通常职务代理权人伪造、变造商事组织股东会、董事会的决议等文件,或者会议的召集程序、表决方式等方面存在程序瑕疵,或者决议内容违反公司章程等事项[《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的规定(四)》第5条第6款]并非形式审查的范围,而属于实质审查的范畴。^④相对人信赖合理性的程度与商事职务代理权外观的表征强度有关。若是外部表象具有的信赖性增强,则相对人进行形式审查的范围相应地减少。在具体的案件中,则以一个理性的相对人对个案情景呈现的商事代理外观所能产生合理信赖的程度,弹性地判断个案当事人的信赖及其相应的形式审查义务是否具有正当性。

公司章程或合伙协议中规定的经营范围、权力配置等虽属于对商事代理权的约定限制,但须在登记簿上记载,因而具有公示的因素。因此,登记的公司章程或合伙协议既不同于公司的内部决议(不公开),也不同于法律限制及重大结构性事项(推定知晓)。虽然公司章程记载的约定限制处于公示状态,但是并不假定公布章程即推定第三人均知悉章程的内容。笔者认为,直接推定行为人知晓公示事项必须依据法律规定,典型如不动产登记所具有的强大的公信力,不动产善意取得的构造即以此为基础。从我国现行法来看,在工商管理部门登记的公司章程或合伙协议并

① 最高人民法院《全国法院民商事审判工作会议纪要》第6部分规定的是“关于公司为他人提供担保”的合同效力,违反《中华人民共和国公司法》第16条构成越权代表,人民法院应当根据《合同法》第50条关于法定代表人越权代表的规定,区分订立合同时债权人是否善意分别认定合同效力,即在“无权代表/表见代表”的框架判断法定代表人未经授权擅自为他人提供担保合同的效力。

② 参见高圣平:《担保物权司法解释起草中的重大争议问题》,《中国法学》2016年第1期。

③ 参见王文宇:《公司经理人之代理权限与表见代理》,台湾《法学杂志》2003年总第50期。

④ 在“绵阳高新区科创实业有限公司、福建省固生投资有限公司、陈木高与绵阳市红日实业有限公司股东会决议效力及公司增资纠纷案”中,最高人民法院认为:“出于保护善意第三人和维护交易安全的考虑,在公司内部意思形成过程存在瑕疵的情况下,只要对外的表示不存在无效的情形,公司就应受其表示行为的制约”。参见最高人民法院(2010)民提字第48号民事判决书。

不具有与不动产登记相当的公信力。因此,公司章程或合伙协议对商事职务代理权的限制的公示,并不当然属于削弱交易相对人信赖的因素。虽然相对人并无查阅登记簿的强制义务,但如果根据交易性质、金额或者交易习惯等,商事职务代理人超越权限如此显而易见,以至于一个理性的相对人对此会产生合理的怀疑,则相对人可以主张职务代理人提供公司章程或合伙协议,并对商事职务代理权是否受到限制的客观情况进行形式上的调查。否则,相对人不得主张信赖具有合理性。这就是说,相对人对公司章程或合伙协议的审核义务属于不真正义务。

六、结 论

商事职务代理系以代理人在商事主体内部以特定职务身份而进行的代理,代理人被置于科层等级组织内,职务代理人处于可以反复且持续地实施代理行为的状态,以适应商事交易迅捷的需要。商事组织的法定代表人与职务代理人、表见代理与表见代表具有相同的结构与功能,在法律适用上可以合并《民法典》第 60 条第 1 款、第 170 条第 1 款、第 504 条的规定,从而形成一体化的商事职务代理或表见代理的概念。“职务代理约定限制不得对抗第三人规则”是权利外观责任在商事代理中的体现,商事组织因为经营组织风险而归责。

商事职务代理权的外观形态是相对人信赖的对象。商事职务代理权外观的构建,以行为人所显示的证明其具有相应职务资格的因素为基础,如商事组织的经营场所、重要权力凭证、职务代理人的公示状况以及其他职务身份证明凭证。反之,商事职务代理权的限制类型如基础性行为或结构性行为、法律、行政法规、登记的公司章程或合伙协议以及其他权力机构的约定限制等,则是削弱相对人信赖的因素。代理权的外观形态与限制类型共同影响交易相对人信赖合理性的判断。商事职务表见代理以商法兼具交易效率(自治)与交易安全(管制)的双重价值面向为基础,具体而言:(1)法律、行政规范或者重大结构性事项对商事职务代理权的限制体现了商法的管制面。相对人在交易过程中应尽善意管理人的注意义务,对代理权外观的合法性进行形式上的审查。(2)内部决议对商事职务代理权的限制体现了商法的自由面。交易相对人不负形式审查义务,除非明知或因重大过失而不知。(3)登记的公司章程或合伙协议的限制,虽然相对人并无查阅登记簿的强制义务,但是理性的相对人若是产生合理的怀疑,其应当要求相对人提供公司章程并进行形式调查。否则,相对人不得主张其信赖具有合理性。(4)商事组织法定代表人、经理人等在实施职务代理时私刻、伪造企业公章,需要结合具体情况考察其他外观形态证据,如是否在商事组织经营场所、相关文件是否齐全、有无篡改的痕迹等,判断相对人的信赖是否合理。

责任编辑 张家勇