

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

高圣平 范佳慧*¹

摘要: 最高人民法院的相关裁判大多通过界定《公司法》第16条的规范性质(效力性强制性规定还是管理性强制性规定)来判断公司法定代表人越权担保的效力。此一裁判进路有其局限性,一则强制性规定的二元化区分无法涵盖私法上的越权规范;二则法定代表人越权担保首先应解决的是该行为的效果是否归属于公司,其次才有合同效力判断的讨论空间,两者并非同一问题。从规范目的看,第16条是通过公司法定代表人代表权限的法定限制来保护公司及其股东利益。法定代表人越权为他人债务提供担保的,首先应以《合同法》第50条为基础判断该行为是否对公司发生效力。相对人未尽审查义务,知道或者应当知道法定代表人超越权限,其法律后果应当类推无权代理的规定予以处理,即对公司而言属于效力待定的行为。

关键词: 公司担保 法定代表人 规范性质 法定限制 越权代表

一、问题的提出

金融为现代经济发展的核心,实体经济的发展无不端赖于信用授受。⁽¹⁾作为市场经济中最重要商事主体,⁽²⁾公司为他人债务提供担保是信用授受过程中常见的增信措施。我国《公司法》2005年修订之前,对公司的担保行为与正常经营行为并未加以区分,⁽³⁾“我国公司企业在过往的活动中极度忽视股东利益,任由法定代表人或者控股股东通过担保谋求一己私利而损害公司利益的行为泛滥,使得公司治理结构丧失制衡功能,特别是上市公司问题更加严重”。⁽⁴⁾在日益严重的公司“滥保”现象之下,不仅公司、中小股东及一般债权人的利益受到极大损害,不受限制的公司担保更是在福建、广东、新疆等地形成了危及整个金融体系和区域金融安全的“担保圈”。⁽⁵⁾区域性担保风险的化解,仰赖于地方财政的“兜底”,但这一经验不合法理,也不可复制,公司“滥保”风险的根治尚需前置化的制

* 高圣平,中国人民大学民商事法律科学研究中心专职研究员,中国人民大学法学院教授,法学博士;范佳慧,中国人民大学法学院民商法学博士研究生。本文是中国人民大学科学研究基金(中央高校基本科研业务费专项资金资助)研究品牌计划基础研究项目“中国民法典担保法立法研究”(17XN1001)的阶段性研究成果。本文的写作源于最高人民法院关于公司担保的数次专家论证会,与会的叶林、赵旭东、甘培忠、蒋大兴等诸位教授以及刘贵祥、张勇健、关丽、曾宏伟、周伦军、麻锦亮、郑勇等诸位法官激发了本文观点的形成。此外,本文就德国法上相关问题多求教于中国政法大学民商经济法学院缪宇博士,在此一并致谢。

(1) 参见高圣平《金融担保创新的法律规制研究》,法律出版社2017年版,第1页。

(2) 参见王保树《〈公司法〉修改应追求适应性》,载《法学》2004年第7期,第6页。

(3) 参见曹士兵《公司法修订前后关于公司担保规定的解读》,载《人民司法》2008年第1期,第22页。

(4) 甘培忠《公司法第十六条的法义情景解析》,载《法制日报》2008年2月17日,第6版。

(5) 参见夏志琼《担保链:危及区域金融安全》,载《经营与管理》2014年第2期,第24页。

度性措施。⁽⁶⁾ 鉴于实践中规制公司“滥保”行为的迫切需要,2005年修订的《公司法》对公司为他人债务提供担保作出了明确限制:“公司向其他企业投资或者为他人提供担保,按照公司章程的规定由董事会或者股东会、股东大会决议;公司章程对投资或者担保的总额及单项投资或者担保的数额有限额规定的,不得超过规定的限额。”(第16条第1款)“公司为公司股东或者实际控制人提供担保的,必须经股东会或者股东大会决议。”(第2款)“前款规定的股东或者受前款规定的实际控制人支配的股东,不得参加前款规定事项的表决。该项表决由出席会议的其他股东所持表决权的过半数通过。”(第3款)⁽⁷⁾但该条并未涉及违反之后的法律效果,属不完全法条,无法独立适用,现行法上哪些条文可与之配合构成完全法条存在疑问。

“公司法本身承担着维护公司和股东利益的职能,如果过分强调对公司相对人利益的保护,难免导致法律功能及法律解释的错位。”⁽⁸⁾正如魏德士所言,“任何完整的法律规范都是以实现特定的价值观为目的,并评价特定的法益和行为方式。在规范事实构成与法律效果的联系中总是存在着立法者的价值判断”。⁽⁹⁾如此,在以《公司法》第16条作为裁判基础时,应当先就该条的规范意旨进行探析。公司是以营利为目的的社团法人,但公司为他人债务提供担保时,无法从担保权人处取得相应对价,在债务人未履行债务时,还要以公司财产为债务人承担代偿责任,由此决定,公司为他人债务提供担保本身并不具有经营性质或营利性性质,在一定程度上背离了公司的设立本旨和存在目的。⁽¹⁰⁾但在我国商业银行主要采用担保贷款的大背景之下,《公司法》并无意从权利能力或行为能力的角度否定公司的担保能力,转而基于担保可能危及公司资产安全的事实对公司担保作出特别限制。《公司法》第16条的立法目的就在于,通过严格控制公司担保意思的形成,落实现代公司治理的基本要求,维护公司及其中小股东的利益,平衡公司担保债权人和其他债权人之间的利益。在公司担保纠纷中,公司及其股东、相对人、其他债权人等多方主体的利益交织在一起,在以现行法为基础对法定代表人越权担保效力问题进行解释时,如何均衡考虑各方利益,以免产生利益失衡的负面后果,是我们面临的一大难题。

二、最高人民法院的裁判进路

司法实践就法定代表人越权代表的效力问题已积累数量可观的裁判案例。基于案例的典型性及节约讨论成本的需要,笔者选取最高人民法院所审理的典型案件及《最高人民法院公报》刊载的公报案例为分析样本,梳理法院的不同裁判进路,并以此为基础展开本文的讨论。根据对法律规范及彼此间关系的不同认识,最高人民法院的裁判进路可分为以下几种:

第一,规范性质识别进路。这种裁判进路以《合同法》第52条第5项为依据。《合同法》第52条第5项为不完全规范,需要参引构成要件,转介到强制性规定,从而补足为完全规范。《公司法》第16条即在这一背景下进入《合同法》第52条第5项效力评价之中。规范性质识别进路首先判断《公司

(6) 参见中国人民银行淄博市中心支行课题组《资源优势与条件约束下的次优选择:高青县区域担保圈风险处置案例》,载《金融发展研究》2014年第12期,第47页。

(7) 值得注意的是,本条并不适用于以为他人提供担保为主营业务的公司开展担保业务及商业银行、保险公司开展保函等担保业务的情形,也不适用于公司为自己债务提供担保(在解释上仅限于物上担保)的情形。为使本文行文简洁,以下以“公司担保”指称“公司为他人债务提供担保”,且不涵盖上述例外情形。

(8) 叶林《公司法研究》,中国人民大学出版社2008年版,第150页。

(9) [德]伯恩·魏德士《法理学》,丁小春、吴越译,法律出版社2003年版,第55页。

(10) See Marshall E. Tracht, *Insider Guaranties in Bankruptcy: A Framework for Analysis*, 54 U. Miami L. Rev. 497, 537 (Apr. 2000).

法》第16条的规范性质,认定该条(款)属于任意性规定还是强制性规定,是管理性强制性规定还是效力性强制性规定,进而判断《公司法》第16条是否属于《合同法》第52条第5项的构成要件,从而认定违反该条的担保合同的效力。⁽¹¹⁾ 在第16条的规范性质问题上,最高人民法院的多项判决将之认定为非效力性强制性规定或管理性强制性规定,⁽¹²⁾ 其理由有“该条款并未明确规定公司违反上述规定对外提供担保导致担保合同无效”;⁽¹³⁾ “公司内部决议程序,不得约束第三人”;⁽¹⁴⁾ “其立法本意在于限制公司主体行为,防止公司的实际控制人或者高级管理人员损害公司、小股东或其他债权人的利益,故其实质是内部控制程序,不能以此约束交易相对人”;⁽¹⁵⁾ “不应将其作为认定合同无效的依据,否则将危害交易安全,有违诚信及公平”。⁽¹⁶⁾ 在认定第16条为管理性强制性规定后,继而以管理性强制性规定不能作为合同无效的规定为由,认定涉案担保合同有效。此外,亦有部分判决直接认定第16条为管理性(非效力性)强制性规定,但并未对此进行说理,裁判结果亦是担保合同有效,公司应对外承担担保责任。⁽¹⁷⁾

第二,法定权限限制进路。这种裁判进路是以《合同法》第50条为规范基础,将《公司法》第16条理解为对公司法定代表人代表权限的法定限制,未经公司担保决策机构的决议,法定代表人代表公司签订担保合同,构成越权代表,结合具体个案事实判断相对人是否属于《合同法》第50条规定的除外情形——“知道或者应当知道其(法定代表人)超越代表权限”,进而判断违反《公司法》第16条的担保合同的效力。⁽¹⁸⁾ “该规定在公司对外担保事项上对法定代表人的代表权进行了法定限制,因此在判断公司法定代表人违反该规定越权签订的担保合同是否对公司有效时,还应考察该行为是否构成《中华人民共和国合同法》第50条规定的表见代表,相对人是否尽到了合理的审查义务,是否为善意。”⁽¹⁹⁾ 在相对人尽到相应审查义务的前提下,则主观上构成善意,法定代表人的行为构成表见代表,公司应对相对人承担担保责任;⁽²⁰⁾ 若相对人未尽审查义务,则应认定在主观上存在过失,并承担相应的不利后果。⁽²¹⁾ 质言之,第16条是对法定代表人代表权限的法定限制,且“法律规定具有公示作用,

(11) 参见钱玉林《寻找公司担保的裁判规范》,载《法学》2013年第3期,第34页。

(12) 在最高人民法院的裁判文书中,非效力性强制性规定与管理性强制性规定是同一概念。参见(2016)最高法民申231号裁定与(2016)最高法民再194号判决。(由于除“中建材集团进出口公司诉北京大地恒通经贸有限公司等进出口代理合同纠纷案”外,本文所引裁判文书皆为最高人民法院作出,为行文简约需要,本文仅指明案号。)

(13) “中建材集团进出口公司诉北京大地恒通经贸有限公司等进出口代理合同纠纷案”,载《中华人民共和国最高人民法院公报》2011年第2期。类似观点请参见(2016)最高法民终158号判决、(2015)民申字第2595号裁定。

(14) “中建材集团进出口公司诉北京大地恒通经贸有限公司等进出口代理合同纠纷案”,载《中华人民共和国最高人民法院公报》2011年第2期。类似观点请参见(2016)最高法民终158号判决、(2016)最高法民申607号裁定、(2015)民二终字第308号判决。

(15) (2012)民提字第156号判决。类似观点请参见(2016)最高法民再24号裁定、(2015)最高法民申字第2538号裁定、(2016)最高法民申字1006号裁定、(2016)最高法民再194号判决、(2014)民一终字第109号判决。

(16) (2016)最高法民再24号裁定。类似观点参见(2014)民一终字第109号判决、(2015)民一终字第72号判决、(2016)最高法民终158号判决。

(17) 参见(2016)最高法民申1692号裁定、(2016)最高法民申231号裁定、(2016)最高法民终271号判决、(2016)最高法民申1831号裁定、(2013)民申字第2275号裁定。

(18) 参见罗培新《公司担保法律规则的价值冲突与司法考量》,载《中外法学》2012年第6期,第1242-1244页;高圣平《公司担保相关法律问题研究》,载《中国法学》2013年第2期,第108-111页。

(19) (2016)最高法民申2633号裁定。类似观点可参见(2017)最高法民申4565号裁定、(2017)最高法民再258号判决、(2014)民申字第1876号裁定。

(20) 参见(2012)民提字第156号判决。类似观点请参见(2014)民申字第628号裁定。

(21) 参见(2014)民申字第1876号裁定。

任何第三人均应知悉”⁽²²⁾ 相对人应当就公司担保的决议等文件进行审查,并以此作为判断是否是《合同法》第50条中善意相对人的基础。

在这两种主要的裁判进路之外,最高人民法院的裁判文书还存在其他的裁判思路:如直接通过区分公司的对内关系和对外关系来判断公司的责任有无,认为第16条属于对内的程序性规定,不能约束交易第三人,并不要求相对人负有审查义务。在“判定公司行为效力时,应严格区分公司的对内关系与对外关系。公司法侧重调整公司内部关系,但公司作为商事主体,在商事交易过程中亦应受合同法和担保法等法律的调整。公司是否召开股东会或股东大会,属于公司对内的程序性规定,与公司交易的第三人不应受该内部程序性规定的约束。对是否存在股东会或者股东大会决议,公司以外的第三人不应负有审查义务,否则将严重影响交易安全”。⁽²³⁾ 此类裁判中的裁判理由构成上述“规范性性质识别进路”中的裁判理由之一,容后一体分析。

由此可见,在规范性性质识别进路之下,法院说理重在对《公司法》第16条的性质进行识别,并在此基础上作出法定代表人越权担保效力的判断。在法定权限限制进路之下,法院说理则重在分析相对人是否负有并善尽审查义务,从而以《合同法》第50条为基础进行效力判断。

三、规范性性质识别进路的反思

根据《合同法》第52条第5项及《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》(以下简称《合同法司法解释(二)》)第14条的规定,“法律、行政法规的强制性规定”可以分为管理性强制性规定和效力性强制性规定,仅仅只有违反其中效力性强制性规定才会导致合同无效的法律后果。从文义上看,《公司法》第16条在规范公司担保行为时使用“不得”、“必须”这些带有明显强制色彩的词语,该条的规范性性质应为强制性规定而非任意性规定。⁽²⁴⁾ 在效力性强制性规定与管理性强制性规定的二分格局下,若认为《公司法》第16条为效力性强制性规定,则法定代表人越权担保的行为无效;反之则有效。最高人民法院的多数裁判结果即受此论证逻辑的影响。然而,无论是从方法论上还是从适用领域上来看,规范性性质识别进路皆有其局限,并非解决法定代表人越权担保效力问题的妥适路径。

(一) 规范性性质识别进路在方法论上的局限

持效力性强制性规定说者认为,《公司法》第16条拘束对象不仅包括公司及其内部人员(即法定代表人、控制股东、董事和高级管理人员),而且涵盖相对人(即担保债权人),在性质上属于效力性强制性规定,以此达到遏制公司无序、恶意担保行为发生的政策目标。⁽²⁵⁾ 持管理性强制性规定说者认为,《公司法》第16条并没有规定违反该条将导致担保合同无效,如认定担保合同有效可能损害的仅仅只是公司及其股东的利益,而非国家利益或社会公共利益。因此,违反该规定的后果是使相应主体承担其他法律责任,而非担保合同无效。⁽²⁶⁾ 规范性性质识别进路在裁判实践中拥趸者众多,但有关强

(22) (2015)民申字第3236号裁定。类似观点可参见(2016)最高法民申2374号裁定、(2016)最高法民申2633号裁定、(2017)最高法民再209号判决。

(23) (2015)民一终字第72号判决。类似观点可参见(2015)最高法民申字第2538号裁定、(2016)最高法民申1007号裁定。

(24) 参见周伦军《公司担保的法律解释论》,载陈洁主编《商法规范的解释与适用》,社会科学文献出版社2013年版,第306页;华德波《论〈公司法〉第16条的理解与适用——以公司担保债权人的审查义务为中心》,载《法律适用》2011年第3期,第33页;詹巍、杨密密《公司越权担保效力与实证分析》,载《金融法苑》2011年第4期,第170页。

(25) 华德波,同注24引文,第33页。

(26) 参见赵德勇、宋刚《关于公司对外担保的法律问题》,载《理论探索》2007年第2期,第146页。

制性规范的识别及区分本身即存在问题,在方法论上仍有诸多需要检讨之处,具体如下:

首先,效力性强制性规定与管理性强制性规定并非非此即彼的关系,将强制性规定区分为管理性和效力性并不周延,不能涵盖所有的强制性规定。规范分类是对业已抽象化的规范进行的分类并赋予名称的过程,是一种从抽象到抽象的过程,由于缺乏现实世界的信息支撑,就可能存在缺少与现实世界的应对而不周延的情形。⁽²⁷⁾《合同法司法解释(二)》上效力性强制性规定与管理性强制性规定的区分,大抵源于史尚宽先生的效力规定与取缔规定,⁽²⁸⁾“强行法得为效力规定与取缔规定,前者着重违反行为之法律行为价值,以否认其法律效力为目的;后者着重违反行为之事实行为价值,以禁止其行为为目的”。⁽²⁹⁾然而,史尚宽先生的效力规定与取缔规定的二分是在排除法律明文规定有其他效力的情形,如效力为可撤销者。⁽³⁰⁾在《合同法》第52条第5项之下对强制性规定再作区分之时,一项前提工作是将对合同效力已作另一维度之评价的“能为规范”剔除出其适用范围,相应地,“效力性”和“管理性”的二分也就不构成对与任意性规定相对之强制性规定的封闭式分类。⁽³¹⁾私法上调整越权交易的规范,例如无权代理和无权代表的规范,就属于“另有其他效力规定的规范”,《合同法》第52条第5项对此无能为力。⁽³²⁾《公司法》第16条规定的是公司担保的法定权限,并不在效力性强制性规定与管理性强制性规定的涵摄领域内。

其次,从强制性规定类型化区分的制度变迁过程来看,《合同法司法解释二》第14条将《合同法》第52条第5项的“强制性规定”限缩解释为“效力性强制性规定”,在一定程度上改变了《合同法》第52条第5项的“强制性规定”的制度刚性,使其具有了解释规则的属性。⁽³³⁾但该解释颁行不久,最高人民法院的态度即发生改变。《最高人民法院关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》指出“违反效力性强制规定的,人民法院应当认定合同无效;违反管理性强制规定的,人民法院应当根据具体情形认定其效力。”这里的“具体情形”包括“法律法规的意旨”、“相互冲突的权益,诸如权益的种类、交易安全以及其所规制的对象等”。据此,尚无法得出违反管理性强制性规定不影响合同效力的结论。及至《民法总则》施行,其第153条第1款规定“违反法律、行政法规的强制性规定的民事法律行为无效,但是该强制性规定不导致该民事法律行为无效的除外。”立法者明确抛弃了司法实践中广为采用的“效力性强制性规定”与“管理性强制性规定”二元化区分模式,⁽³⁴⁾转而选择了与德国和我国台湾地区类似的规范目的保留模式,授权法官考察强制性规定的规范目的,以判定违法合同是否应归于无效。如此看来,在《民法总则》施行之后,不仅《公司法》第16条的规范性质应再作考量,而且规范性质识别进路更值商榷。

第三,效力性强制性规定与管理性强制性规定的区分本身就存在循环论证的逻辑错误:⁽³⁵⁾某一规范为效力性强制性规定的原因在于能影响合同效力,而合同效力被否定的原因又为违背了效力性

(27) 参见石一峰《效力性强制性规定的类型化分析》,载《武汉大学学报》(哲学社会科学版)2018年第2期,第93页。

(28) 参见最高人民法院研究室《最高人民法院关于合同法司法解释(二)理解与适用》,人民法院出版社1999年版,第109页。

(29) 史尚宽《民法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第330页。

(30) 同注29引书,第330页。

(31) 参见姚明斌《效力性强制规范裁判之考察与检讨——以〈合同法解释二〉第14条的实务进展为中心》,载《中外法学》2016年第5期,第1268页。

(32) 参见朱庆育《〈合同法〉第52条第5项评注》,载《法学家》2016年第3期,第163页。

(33) 参见韩世远《合同内容的适法性与妥当性》,载韩世远《民法的解释论与立法论》,法律出版社2015年版,第21-23页。

(34) 参见李适时主编《中华人民共和国民法总则释义》,法律出版社2017年版,第447页。亦有学者通过立法过程的考察,认为《民法总则》第153条第1款并未否定和更改司法解释的立场。参见李宇《民法总则要义:规范释论与判解集注》,法律出版社2017年版,第636页。

(35) 黄忠《违法合同的效力判定路径之辨识》,载《法学家》2010年第5期,第68页。

强制性规定。⁽³⁶⁾ 究其原因,在于这种二分格局陷入了“倒果为因”的思维形式中,即在寻得导致合同无效的强制性规定后才给出效力性强制性规定的结论,而非回答违反何种强制性规定以及基于何种理由导致合同无效。⁽³⁷⁾ 这实际上是在“以问答问”,并无实益。⁽³⁸⁾ 在(2016)最高法民申1692号裁定、(2016)最高法民申231号裁定、(2016)最高法民终271号判决等裁判文书中,法院直接先认定第16条为非效力性强制性规定,再判断越权担保的合同效力,即是此类思维的体现。“规范分类对于效力性强制性规定识别而言,只能起到排除的作用,而无法从正面论证何谓效力性强制性规定。”⁽³⁹⁾ 此外,理论上,衡量法律行为是否有效的要素有主体适格、意思表示、行为内容是否符合法律和公序良俗。⁽⁴⁰⁾ 法律关于主体能力和处分权能、意思表示、法律行为的内容各有其相应的强制性效力评价规范,对于公司法定代表人违反第16条规定的越权担保的行为效力,若再借助理性强制性规定与效力性强制性规定的分析框架来评价这一越权行为的效力,则有叠床架屋之嫌。⁽⁴¹⁾

(二) 规范性质识别进路在法适用顺序上的质疑

在(2012)民提字第156号判决中,最高人民法院先以第16条为管理性强制性规定为由,认为“本案一、二审法院以案涉《股东会担保决议》的决议事项并未经过(提供担保的公司)股东会的同意(提供担保的公司)也未就此事召开过股东大会为由,根据公司法第16条规定,作出案涉不可撤销担保书及抵押合同无效的认定,属于适用法律错误”,继而认为“公司(法定代表人)超越权限订立抵押合同及不可撤销担保书,是否构成表见代表(相对人)是否善意,亦是本案担保主体责任认定的关键”。本案同时从两个方面确定担保合同的效力,“非止画蛇添足之嫌,更有自相矛盾之虞”。⁽⁴²⁾ 从该案可以看出,法定代表人越权所签订的担保合同是否有效与公司应否承担法定代表人越权担保的责任并非同一问题,即使违反第16条不影响合同效力也不必然得出公司应承担担保责任的结论。法定代表人越权代表与合同违反效力性强制性规定指向的是不同的问题域,对《公司法》第16条的规范性质进行识别曲解了法定代表人越权担保效力问题的本质。

实际上,代表规范与代理规范同属法律行为的效果归属规范,即为将公司人员的行为所产生的法律后果归属于公司的规定。⁽⁴³⁾ 以代理为例,其实质意义在于使代理人处于被代理人的位置为他进行法律行为,该行为被视为与被代理人自己所为法律行为后果相同。⁽⁴⁴⁾ 我国实行代理与代表的双轨制,但两者之间并无实质差别,皆为效果归属规范。⁽⁴⁵⁾ 质言之,《合同法》第48、49、50条所称的“该代理行为有效”“该代表行为有效”指的是行为的法律效果由被代理人或法人承受,而不是代理人或代表

(36) 高圣平,同注18引文,第105页。

(37) 同注32引文,第169页。

(38) 参见苏永钦《违反强制或禁止规定的法律行为》,载苏永钦《私法自治中的经济理性》,中国人民大学出版社2004年版,第43页。

(39) 同注27引文,第93页。

(40) 参见[德]迪特尔·梅迪库斯《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2000年版,第372-376页。

(41) 周伦军,同注24引书,第307-308页。

(42) 李宇,同注34引书,第654页。

(43) 同注40引书,第372-376页;王泽鉴《民法总则》,北京大学出版社2014年版,第421页。

(44) [德]卡尔·拉伦茨《德国民法通论》(下),王晓晔等译,法律出版社2013年版,第815页。

(45) 参见朱庆育《〈民法总则〉代理规则的新发展》,载卢建平主编《京师法律评论》(第十一卷),中国法制出版社2018年版,第117-118页。该文继续指出“《德国民法典》26条规定董事会是社团法人的‘gesetzlicher Vertreter’,有权以社团名义对外实施‘Vertretung’,汉语法学家经常把这两个词分别译成‘法定代表人’和‘代表(行为)’,即使是新近出版的台译《德国民法典》也还是如此。但实际上,‘Vertreter’和‘Vertretung’这两个词与第3章‘法律行为’第5节‘代理及代理权’(Vertretung und Vollmacht)中的用语没有任何区别,汉语对译是‘代理人’和‘代理(行为)’。”

人所为的法律行为有效;在解释上,不应将狭义无权代理解释为效力待定的合同,待定的只是代理行为的效果归属。⁽⁴⁶⁾ 准此,法定代表人越权行为的核心首先不在于行为的有效或无效,而是该行为是否对公司产生效力。⁽⁴⁷⁾ 至于公司最终是否应承担法律责任,应从两方面考察:如果该越权担保的行为效力归属于公司,若担保合同有效,则公司承担担保责任,反之则公司承担赔偿责任;如果该越权担保的行为效力不归属于公司,则无论担保合同是否有效,公司均不承担法律责任。《最高人民法院关于审理公司为他人提供担保纠纷案件适用法律问题的解释(稿)》(以下简称《公司担保司法解释(稿)》)⁽⁴⁸⁾第10条规定“人民法院审理公司为他人提供担保纠纷案件,在认定担保合同是否对公司发生效力的同时,还应当根据案件审理需要,依照合同法、担保法等相关法律规定认定担保合同效力。”分别审理担保合同的效果归属和效力实为符合现行法和法理的方案。虽然条文的表述是“同时”审理“担保合同是否对公司发生效力”和“担保合同效力”,但从该条的文义“根据案件审理需要”来看,认定“担保合同是否对公司发生效力”是案件审理的第一步,其次才是进一步依据合同法、担保法、民法总则等法律中的效力判断规则认定担保合同的效力。如担保合同对公司不生效力,则在公司与相对人之间的担保纠纷诉讼中,无需进一步判断担保合同的效力。至于担保合同对公司不生效力之时行为人与相对人之间的法律后果,则为另外一个法律问题,由他诉解决。在(2014)民申字第628号裁定、(2015)民申字第1558号裁定、(2015)最高法民申字第2538号裁定、(2016)最高法民申1692号裁定中,法院将涉案争议焦点表述为担保合同是否有效,但当事人的诉称及裁判说理皆是围绕公司是否应承担担保责任而展开。在《合同法》第52条第5项和《合同法司法解释(二)》第14条之下,判断某项强制性规范是效力性强制性规定还是管理性强制性规定,其所指向的问题是合同是否因违反效力性强制性规定而归于无效。具体而言,此处的无效属于法律行为效力瑕疵中无效,而非指法律后果不由公司承受。因此,就法定代表人越权担保的效力问题,规范性质识别进路实为错置找法路径。

综上,效力性强制性规定与管理性强制性规定的区分本身在合理性上即存疑义,私法上的越权交易更是不能囊括在此二分格局之下。从实际情况看,效力性强制性规定与管理性强制性规定的二分格局本是法律解释的结果而非推理的前提,对于法官其实并不具有规范上的约束力。⁽⁴⁹⁾ 更重要的是,法定代表人越权担保的效力问题首先指向的是该行为后果是否应由公司承担,至于规范性质所指向的合同效力问题则属于第二层次的问题。在实施效果上,效力性强制性规定与管理性强制性规定的区分必然陷入两难困境:如认定《公司法》第16条是效力性强制性规定,对善意相对人的保护即为不足,如相对人在接受公司提供担保之时,已经审查公司章程和公司担保决议,但章程和/或决议存在无效情事,且非为相对人所应知道,仍令担保合同无效,对于相对人过于严苛;如认定《公司法》第16条是管理性强制性规定,则对恶意相对人保护过度,如相对人明知法定代表人未经公司决议即签订担保合同,仍令担保合同有效,有违法律特别规制公司担保行为的立法目的。⁽⁵⁰⁾ 因此,就公司法定代表人越权担保的效力问题,与其囿于在方法论和法适用上都存在缺陷的规范性质识别进路,不若另寻解释路径。

(46) 参见王利明主编《中华人民共和国民法总则详解》(下册),中国法制出版社2017年版,第717页。

(47) 参见高圣平《公司担保中相对人的审查义务——基于最高人民法院裁判分歧的分析和展开》,载《政法论坛》2017年第5期,第145页。

(48) 最高人民法院办公厅秘书一处2018年8月9日印发。

(49) 同注32引文,第169页。

(50) 李宇,同注34引书,第650页。

四、法定权限限制下的解释论

(一) 《公司法》第16条:代表权限的意定限制抑或法定限制

法定代表人的代表权限存在意定限制与法定限制的区分。代表权限的意定限制,是指公司章程、董事会决议、股东会或股东大会决议对代表权限所作的特别限制。⁽⁵¹⁾ 公司章程对代表权限的限制,主要表现为经营范围的限制;除此之外,公司章程还可以规定,一些特别重要的交易事项须由董事会、股东会或股东大会决议。⁽⁵²⁾ 为构建分权制衡、权责明确的公司治理结构,法律上将公司事务的决定和执行的权力在组织内部进行划分,并对法定代表人的代表权限进行限制。⁽⁵³⁾ 代表权限的意定限制与法定限制的区分实益在于是否具有外部效力。随着“越权原则”和“推定通知理论”的废弃,公司章程不具有对世效力,第三人也不负有审查义务。⁽⁵⁴⁾ 从交易安全考虑,公司不能否认法定代表人超越意定限制权限的行为,除非公司能证明交易相对人明知或应当知道代表人缺乏代表权。⁽⁵⁵⁾ 《民法总则》第61条第3款即为此例。在意定权限限制下,法定代表人签字即视为公司的行为,“公章管理不严”仅是公司内部的事情,不影响公司在外部关系中行为的效力。在法定权限限制下,任何人不得以不知道法律规定为由免除注意义务。⁽⁵⁶⁾ 申言之,法律一经公布并生效,就理所当然地对任何人产生效力,任何人不得以其自身不知法律而提出免责抗辩。⁽⁵⁷⁾

有观点认为,《公司法》第16条仅具有内部效力,即其立法目的在于规范公司内部的意思决定程序,故调整对象为公司内部的法律关系,而非公司与第三人之间的外部法律关系。⁽⁵⁸⁾ 在(2015)民一终字第72号判决中,最高人民法院认为应严格区分公司的对内关系与对外关系,将《公司法》第16条界定为公司对内的程序性规定,不应约束公司之外的第三人。这一观点混淆了代表权限的法定限制与意定限制的区别。

《公司法》第16条是《公司法》2005年修订的产物。在《公司法》2005年修订前后,证监会先后发布了《关于规范上市公司与关联方资金往来及上市公司对外担保若干问题的通知》(证监发〔2003〕56号)、《关于规范上市公司对外担保行为的通知》(证监发〔2005〕120号),旨在强化对上市公司担保的监管、保护公司合法权益。尤其是在《公司法》修订后一个月内发布的证监发〔2005〕120号通知,将上市公司担保行为分为应由股东大会审批的担保和应由董事会审批的担保两类,并对两类担保设置了严格的限定。不仅如此,直接参与立法的专家指出,“对外投资和为他人提供担保,是公司的重大经营行为和民事活动,有较大的风险;如果决策不当,将会给公司、公司的股东和债权人造成损失”。《公司法》第16条的目的在于“引导公司对这类重大行为作出科学的决策、保证公司行为的恰当性、避免风险”。⁽⁵⁹⁾ 结合《公司法》修订前后的公司治理环境,《公司法》第16条绝不仅仅是从内部管理、控制程序方面规范公司担保行为,而是强调公司利益的保护。如果将《公司法》第16条理解为效力不对外的

(51) 参见周伦军《公司对外提供担保的合同效力判断规则》,载《法律适用》2014年第8期,第4页。

(52) 参见朱广新《法定代表人的越权代表行为》,载《中外法学》2012年第3期,第500页。

(53) 参见沈德咏主编《〈中华人民共和国民法总则〉条文理解与适用》,人民法院出版社2017年版,第473页。

(54) 参见崔建远、刘玲玲《论公司对外担保的法律效力》,载《西南政法大学学报》2014年第8期,第31-32页。

(55) 参见施天涛《公司法论》,法律出版社2014年版,第373页。

(56) 同注51引文,第4页。

(57) 同注51引文,第4页。

(58) 参见钱玉林《公司法第16条的规范意义》,载《法学研究》2011年第6期,第132页。

(59) 安建主编《中华人民共和国公司法释义》,法律出版社2005年版,第37页。

“公司内部管理、控制程序方面之规范”在“越权原则”和“推定通知理论”被废弃的背景下,公司法定代表人的越权担保行为仍然对公司具有拘束力,公司权益仍然无法得到保障,监管部门规范公司担保行为、保护公司合法权益的初衷就会落空。⁽⁶⁰⁾换言之,就公司一般交易行为而言,相对人得基于法定代表人的身份当然相信法定代表人具有相应权限,但就公司担保和投资这两类具有高度损害公司利益的重大交易行为而言,《公司法》设置了特别规定,相对人自然不能相信法定代表人当然地享有代表权限,因为法定代表人只有在公司机关依据公司章程就担保作出决议的前提下才具有相应的权限(特别授权)。《公司法》第16条针对公司投资和担保这两类特殊的交易行为,剥夺了法定代表人对公司担保的概括权限,将担保行为作为公司章程的内容,授权公司章程对公司担保行为进行类型化的规制,要求公司担保必须符合公司章程的规定。

从这个意义上来看,《公司法》第16条针对不同的债务人就担保设置了不同的限制。公司为公司股东或者实际控制人提供担保的,在没有经过股东会或股东大会决议且获得授权之前,法定代表人就上述担保交易没有代表权(第2款);公司为其他主体提供担保的,法定代表人在实施上述交易前必须取得董事会或股东会、股东大会的决议,但是,该担保行为具体由董事会还是股东会、股东大会决议,取决于公司章程的具体规定(第1款)。虽然从表面上看,《公司法》第16条第1款就公司担保决策机构的选择取决于公司章程的内部授权,具有任意性,但仅此并不能表明该款对法定代表人代表权限的限制是意定限制。该款首先表明公司法定代表人未经公司担保决策机构的决议不能代表公司与相对人签订担保合同,亦即未经公司担保决策机构的决议,公司法定代表人并无代表公司为他人债务提供担保的权限;其次,公司章程也只能在董事会、股东(大)会之间作出选择,具有强制性。由此可见,《公司法》第16条是对公司法定代表人代表权限的法定限制。在《公司法》第16条就公司担保设置了代表权法定限制的背景下,公司担保的代表权限制已经不再是单纯的意定限制,相对人不能“盲目”相信法定代表人具有订立担保合同的代表权。正如(2017)最高法民再209号判决中所言“在公司为他人提供担保这一可能影响股东利益的场合,立法规定了公司机关决议前置程序以限制法定代表人的代表权限。在公司内部,为他人提供担保的事项并非法定代表人所能单独决定,其决定权限交由公司章程自治;或由公司股东决定,或是委诸商业判断原则由董事会集体讨论决定;在公司股东或实际控制人提供担保的场合,则必须交由公司其他股东决定。”

《公司担保司法解释(稿)》第2条规定“公司的法定代表人、其他人员等行为人未按公司法第十六条第一款、第二款的规定以公司名义为他人提供担保,相对人仅以担保合同上加盖了公司印章或者有公司法定代表人签名、盖章为由,主张担保合同对公司发生效力的,人民法院不予支持。”本条明确了公司担保权限法定限制的推定知悉规则,排除了“公司印章或者公司法定代表人签名、盖章即视为公司的行为”这一基于意定权限限制的解释论,以此表达了《公司法》第16条系对公司法定代表人代表权的法定限制的司法态度,实值赞同。

(二)《民法总则》第61条第3款与《合同法》第50条之间的适用关系

现行法上,直接涉及法定代表人代表权限限制的对外效力的有两条,即《合同法》第50条和《民法总则》第61条第3款,其中前者是旧法,后者是新法。就两者之间的关系,一般认为,两者之间的实质内容相同、立法精神一致,《民法总则》第61条第3款是《合同法》第50条的逻辑前提,《合同法》第50条是《民法总则》第61条第3款的逻辑结果。⁽⁶¹⁾但应看到,《民法总则》第61条第3款仅涉及代表权的

(60) 周伦军,同注24引书,第309-313页。

(61) 参见石宏主编《中华人民共和国民法总则条文说明、立法理由及相关规定》,北京大学出版社2017年版,第131页。

意定限制,而《合同法》第50条同时涵盖代表权的意定限制和法定限制。除此之外,《民法总则》第61条第3款仅涉及相对人对于“代表权未受限制”的信赖保护,未涉及相对人对于“代表行为未超越限制”的信赖保护。⁽⁶²⁾由此可见,《民法总则》第61条第3款并不能完全取代《合同法》第50条。

《民法总则》第61条第2款规定“法定代表人以法人名义从事的民事活动,其法律后果由法人承受。”但这并不表明法定代表人无论是否存在越权行为,法人均应无条件地对其行为承担民事责任。法定代表人的“代表权限必须受到限制”,⁽⁶³⁾在第61条体系内部,法定代表人的代表权限应在法律或法人章程的限制范围内,法人仅对法定代表人在法律或法人章程的限制范围内以法人名义从事的民事活动承担民事责任。法定代表人若超出该限制范围则为越权代表,尚需结合相对人的主观心理状态具体判断法人是否承受法定代表人以法人名义所为法律行为的法律后果。这里,“相对人的主观心理状态”即为相对人对于法定代表人超越代表权限是否知道或应当知道。法定代表人代表权限的限制是意定限制还是法定限制,对判断相对人的主观心理状态就具有了重大意义。⁽⁶⁴⁾《民法总则》第61条第3款规定“法人章程或者法人权力机构对法定代表人代表权的限制,不得对抗善意相对人。”其立法理由在于“法人限制法定代表人的代表权限,系法人内部治理问题,第三人于外部往往难以知悉,如果认定该限制对法人外部的善意第三人具有对抗效力,显然有损交易安全。”⁽⁶⁵⁾但此项规定亦只是关于法定代表人代表权限意定限制的规定,其正当性在于,代表权限的意定限制具有内部性,不易为公司以外的相对人所查知,为了维护交易安全、促进交易便捷,减少相对人在每次交易时查询代表权限的成本,法律允许相对人信赖公司表现于外的代表权限配置,并基于这一代表权限配置状况与法定代表人订立合同。就法定代表人超越代表权限的法定限制,未经董事会、股东(大)会决议擅自对外订立担保合同的,法人是否应当承担担保责任,该条并没有回答。在《合同法》第50条中,法定代表人超越的代表权限并未仅限于公司章程、决议等意定限制权限,如《公司法》第16条的强制性规定所生的法定限制亦包含在内,因此,《民法总则》第61条第3款所未涵摄的情形可由《合同法》第50条进行调整。

《公司担保司法解释(稿)》第1条第1款规定“公司的法定代表人未按公司法第十六条第一款、第二款的规定以公司名义为他人提供担保,公司依照合同法第五十条等规定,主张担保合同对其不发生效力的,人民法院应予支持,但公司有权决议机构在法庭辩论终结前依法作出同意为他人提供担保的决议及本规定第六条规定情形的除外。”本款明显以《合同法》第50条作为公司法定代表人越权签订的担保合同的效果归属规则,进一步明确《公司法》第16条是对法定代表人代表权限的法定限制,未经公司章程和法律规定的公司内部担保决策机构的决议,法定代表人代表公司与相对人签订担保合同的,即属《合同法》第50条中但书“相对人知道或者应当知道其超越权限”的情形,公司自可主张担保合同对其不发生效力。

在《合同法》第50条之下,相对人是否知道或者应当知道法定代表人越权代表是判断该行为效果归属的关键。结合《公司法》第16条,相对人应就代表人是否超越权限进行审查。“法律规定此条款的目的(除约束公司之内部人之外)还在于将债权人‘指引’向公司决议,从而为其对决议的审查提供依据。”⁽⁶⁶⁾如在(2014)民申字第1876号裁定、(2015)民申字第3236号裁定中,最高人民法院即认

(62) 参见杨代雄《公司为他人担保的效力》,载《吉林大学社会科学学报》2018年第1期,第39页。

(63) 杨立新《中国民法总则研究》(上卷),中国人民大学出版社2017年版,第404页。

(64) 沈德咏,同注53引书,第477页;张新宝《〈中华人民共和国民法总则〉释义》,中国人民大学出版社2017年版,第117页。

(65) 石宏,同注61引书,第132页;杜万华主编《中华人民共和国民法总则实务指南》,中国法制出版社2017年版,第237页。

(66) 李建伟《公司非关联性商事担保的规范适用分析》,载《当代法学》2013年第3期,第78页。

为,基于法律的公示作用,与公司进行担保交易的第三方应当承担审查义务。通说以为,基于平衡公司利益和相对人利益的考量,相对人在公司担保中应当负有审查义务且以形式审查为其标准。⁽⁶⁷⁾在(2016)最高法民申4565号裁定中,就判断法定代表人越权签订担保合同是否对公司有效,法院以相对人是否尽到了“合理的审慎义务”作为考察要素即值赞同。有观点认为,证明“相对人为恶意”无非是证明存在法定代表人超越权限的疑点,但若要求相对人举证证明当时不存在疑点却过于严苛,因此应当推定相对人是善意的,由法人对相对人的恶意承担举证责任,同时相对人对存在代表权的表象承担证明责任。⁽⁶⁸⁾笔者对此不敢苟同,在形式审查义务下,相对人欲证明自己为善意只需证明自己已对公司章程、决议等文件进行形式审查即可,而非要求其排除法定代表人越权的所有疑点,故此证明责任分配对相对人而言尚属合理。在法定权限限制的解釋基调下,当事人的证明责任与意定限制下有所不同:在代表权的法定限制下,交易相对人的善意需要自己举证证明,而在意定限制,交易相对人的善意是被依法推定的。⁽⁶⁹⁾在(2016)最高法民申2032号裁定中,最高人民法院认为,公司法并未规定公司担保必须经股东会或董事会决定,即使公司章程有此规定也不影响担保行为的对外效力,故除非公司能证明相对人明知或应知法定代表人无权担保,则应当推定相对人为合同法中的善意相对人。此种观点属于代表权意定限制下证明责任的分配思路,忽视了第16条对代表权限制的法定性,并非裁判公司担保效力问题的良径。

《合同法》第50条之下,相对人不知道且不当知道法定代表人超越代表权限的,越权代表行为对公司发生效力,此即表见代表规则的当然解释结果。就此,《公司担保司法解释(稿)》第6条第1款规定“公司依照本解释第一条的规定主张担保合同对其不发生效力的,相对人能够证明其在订立担保合同时已经对公司章程、公司决议等与担保相关的文件进行了形式审查,文件所记载的内容在形式上符合公司法第十六条、第一百二十一条等法律规定的,人民法院应当认定该担保合同对公司发生效力。”该款构成《公司担保司法解释(稿)》第1条第1款“担保合同对公司不发生效力”的例外,明确了“相对人不知道且不当知道法定代表人超越代表权限”的判断标准——相对人审查义务的标准和范围,值得赞同。

(三)《民法总则》第171条的类推适用

在相对人为善意时,即属于“知道或者应当知道其超越权限”的情形以外,该代表行为的效力应归属于公司,此点自无疑义。但在相对人知道或者应当知道代表人超越代表权限时,《合同法》第50条仅仅消极地将此情形排除在有效代表之外,并未积极指明其到底是何种效力。⁽⁷⁰⁾若将《合同法》第50条中的“除……以外”理解为一种“例外规则”,由于例外与原则在形式逻辑上构成矛盾关系,在相对人为善意的情形下越权代表行为有效,则不难推出在相对人为恶意的情形下越权代表行为无效。⁽⁷¹⁾但实际上,《合同法》第50条不能依反向解释得出该代表行为无效的结论,因为“只有法律要件和法律效果构成必要条件和充要条件的假言命题的法条,才可以采取否定法律要件进而否定法律效果的解释方式”,⁽⁷²⁾而《合同法》第50条的法律效果并未明确,更难以言及与法律要件互相构成充要条件。对于相对人为恶意的越权代表行为的效力,形成了所谓的“开放的漏洞”,即“就特定类型事件,法律欠

(67) 关于相对人审查义务的范围和标准,详见注47引文,第136-147页。

(68) 同注62引文,第42-43页。

(69) 周伦军,同注24引书,第312页。

(70) 参见朱广新《合同法总则》,中国人民大学出版社2012年版,第309页。

(71) 同注52引文,第492页。

(72) 杨艳霞、胡晓红《“反对解释”有效性的逻辑考察》,载《甘肃政法学院学报》2006年第2期,第100页。

缺——依其目的本应包含之——适用规则”应通过类推适用或者诉诸法律原则的方法予以填补。⁽⁷³⁾

在类推适用的过程中,制度间的相似性判断是其中最为关键的步骤。⁽⁷⁴⁾从调整对象上看,代表制度和代理制度都是对民事活动的相对人以另一方的名义为一定行为,而行为的法律效果由名义被代用人承担的制度。⁽⁷⁵⁾从行为人的视角,法定代表人在本质上只不过是一种需要登记的意定代理人。⁽⁷⁶⁾在体系上,《合同法》将越权代表紧随无权代理、表见代理予以规定,显然是明显意识到越权代表与无权代理制度之间的相关性。⁽⁷⁷⁾在法律对越权代表未作特别规定的情况下,在性质相适应的范围内,可以类推适用越权代理的相关规则。“法定代表人代表制度是代理在商事企业法人领域的特别规定,在无明确规定时,可以适用代理的一般规定。”⁽⁷⁸⁾在比较法上,德国学界认为,《德国股份法》第78条第1款中董事会代理行为的效果按照《德国民法典》第164条以下的代理法规则确定。⁽⁷⁹⁾前引《公司担保司法解释(稿)》第1条第1款将越权代表行为的效果归属解释为未经公司追认对公司不生效力,第11条第1款“公司依照本解释规定不承担担保责任,相对人请求行为人依过错承担相应民事责任的,人民法院应予支持。相对人不能举证证明与其订立合同的具体行为人的,人民法院应当判决驳回起诉。”)将越权行为的法律责任解释为行为人和相对人之间按照各自的过错承担民事责任,明确表明了类推适用《民法总则》第171条的立场(前者类推适用《民法总则》第171条第1款,后者类推适用同条第4款),值得赞同。

就相对人为恶意时的越权代表效果规则,亦有观点反对类推无权代理制度。认为《民法总则》第61条位于“法人”章的“一般规定”中,而“代理”则从民事行为中析出而独立成章,说明《民法总则》已就“代表”与“代理”作出相应的体系划分,将法定代表人的越权行为类推甚至等同于“表见代理”或“无权代理”不具有体系上的正当性。笔者认为,上述观点的核心在于对法定代表人与法人的关系的认识持代表说,而又认为代表说是与代理说截然不同的制度设计:在代理说中,法定代表人作为法人的代理人而存在;而在代表说下,法定代表人与法人具有人格同一性,代表人的行为即为法人自身的行为。⁽⁸⁰⁾代表说与代理说的对立,其根本原因在于对法人本质学说的不同见解。在法人拟制说下,法人的本质为法律拟制的主体,不存在独立的意思能力与行为能力,其法律行为需要由代理人为之;在法人实在说下,法人系社会生活中独立的实体,具有独立的意思能力与行为能力,法人机关的行为即为其自身行为。⁽⁸¹⁾我国现行法采纳法人实在说,承认法定代表人为法人的机关,而非代理人。⁽⁸²⁾但法人的权利义务终究要由个人来完成,这些个人行为在与法人活动目的有关并符合法人的特定程

(73) 参见[德]卡尔·拉伦茨《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第246-285页;转引自注47引文,第144页。

(74) 参见王利明《法律解释学导论——以民法为视角》,法律出版社2017年版,第601页。

(75) 参见李俊《论代理规则对代表行为的类推适用——对〈合同法〉第五十条有关规定之思考》,载《西南民族大学学报》(人文社科版)2006年第4期,第100页。

(76) 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,第27页。

(77) 同注52引文,第494页。

(78) [2012]民提字第208号判决。

(79) Hölter/Wieber, 2. Aufl., 2014, AktG § 78 Rn. 14; Hüffer, 12. Aufl., 2016, AktG § 78 Rn. 9; Henssler/Strohn/Dauner-Lieb, 3. Aufl., 2016, AktG § 78 Rn. 3; Vgl. auch Roth/Altmeppen/Altmeppen, 8. Aufl., 2015, GmbHG § 35 Rn. 31; Henssler/Strohn/Oetker, 3. Aufl., 2016, GmbHG § 35 Rn. 49; MüKoGmbHG/Stephan/Tieves, 2. Aufl., 2016, GmbHG § 35 Rn. 7.

(80) 参见梁慧星《民法总论》,法律出版社2018年版,第130页。

(81) 参见托马斯·莱费尔《德国民法中的法人制度》,张双根译,载《中外法学》2001年第1期,第28-29页。

(82) 参见王利明《民法总论研究》,中国人民大学出版社2018年版,第292页。不过,也有学者认为,现行法上的法人制度是实在说与拟制说的混合体。实在说并不能很好地解释所有法人规则,法人设立登记、法人人格否认、法人组织法上内部结构与权力配置的强制性规定等,恰恰在拟制说下更为融贯。参见谢鸿飞《论民法典法人性质的定位——法律历史社会学与法教义学分析》,载《中外法学》2015年第5期,第1528页。

序时,在法律上归属于法人,称为法人行为,而不能被当作个人行为。⁽⁸³⁾ 归根结底,“法人就其宗旨而言被视为归属载体”,⁽⁸⁴⁾ 这一法人本质之争并无实益。无论是代表说还是代理说,都是法律技术的产物,即对法人何以承担法定代表人行为的法律效果的解释,“刻意将代表从代理中割离,法律构成上,并非事物本质所必然”。⁽⁸⁵⁾ 质言之,代表说与代理说的区别仅在于使法定代表人的行为归于法人的理论射程远近不同而已,就法定代表人和代理人的关系在实践后果和价值判断上并无显著不同,更多是理论解释上的不同。⁽⁸⁶⁾ 《民法总则》将职务代理与代表分开规定,也只是就法人采实在说的结果,⁽⁸⁷⁾ 并不能证成两者本质上的差别。

在法人实在说下,法定代表人的人格具有双重性,他一方面是法人的代表人,而另一方面又是一般意义上的自然人。⁽⁸⁸⁾ 法定代表人的行为同时也是自然人的行为,这种自然人的现实行为,在一定场合,被认为是法人的行为。⁽⁸⁹⁾ 因此,法定代表人权限必须受到限制,若其超出章程或权力机构决议等范围限制从事民事行为,并不是代表法人在从事民事活动。⁽⁹⁰⁾ 因此,法定代表人的越权行为也是法人行为的论点也难以成立。同时,笔者再次重申代理规范与代表规范的本质为法律行为效果归属规范的观点,是在符合特定条件下可使代理人(代表人)行为的法律效果归于被代理人(法人)。若以为在相对人为恶意的情况下,越权行为的法律后果也由法人承受,只是法人可以不按照效果意思赋予其法律效力的话,则是误解了《合同法》第50条为归属规范的本质。

另有观点认为,“知道或者应当知道”所表征的“恶意”,仅仅是指对客观事实的认知,而并不具有伦理或道德上的否定评价,故并非所有“知道或者应当知道”的情形均须作否定评价。在公司担保中,如严格奉行善意无效的规则,则既不利于相对方的保护,也不利于商业活动的展开;如坚持将善意与否的判断链接至“知道或者应当知道”,则将不当地扩大越权担保行为无效的范围。⁽⁹¹⁾ 因此,对于“知道或者应当知道”的情形,其主张区分不同情形适配其效力模式,具体如下:其一,对于事后可获授权的情形,其效力应为效力待定,若法人追认或者默认则合同有效。其二,推定已获授权,如相对人过去在与公司的合同交易中也未获得公司的授权,公司也从未提出异议已形成商业习惯时,越权担保应为有效。在法定代表人为控股股东,授权仅具有形式意义,越权担保应为有效。在一人公司中股东为自然人时,即使相对人不为善意,越权担保行为也为有效。其三,在法定代表人与他人恶意串通,损害公司利益或担保权人利益的情形下,代表人越权担保行为应为无效。⁽⁹²⁾

笔者对此持有异议。首先,该观点对法定代表人越权担保的类型列举并非周延,例如在相对人知道且应当知道的情形中,若相对人并未恶意串通,在排除公司为一人公司、推定已获授权以及授权仅具有形式意义的情形后,对于法定代表人的越权担保行为被公司拒绝追认的效力如何并未回应。其次,习惯是指在某区域范围内基于长期的生产、生活实践而为社会公众所知悉并普遍遵守的生活及交

(83) 参见龙卫球《民法总论》,中国法制出版社2002年版,第318页。

(84) 同注40引书,第823页。

(85) 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13页。

(86) 同注46引书,第763页。

(87) 同注46引书,第763页。

(88) 参见李永军《民法总论》,法律出版社2009年版,第317页。

(89) [日]我妻荣《新订民法总则》,于敏译,中国法制出版社2008年版,第149页。

(90) 同注63引书,第404页。

(91) 同注80引文,第103页。

(92) 同注80引文,第103-104页。

易习惯。⁽⁹³⁾ 申言之,商业习惯应当具有公众认可性,能被相关交易领域的商人共同承认并自觉遵守,⁽⁹⁴⁾ 若仅是在当事人间长期未获授权而公司未提出异议的情形所形成的“商业习惯”并不具有法源意义,并不能排除法定限制下相对人的审查义务。对于授权仅具形式意义的情形,这本身就是需要相对人对法定代表人的权限进行审查后才能得知的事实,并无必要使之成为独立的效力类型。至于一人公司中股东为自然人的情形时,公司法定代表人、董事会、股东会成“三位一体”的态势,并不存在法定代表人未经董事会或股东会决议而越权对外担保的情形,至于相对人是否知道或应当知道更无讨论的必要。⁽⁹⁵⁾ 最后,恶意串通属于合同法律效果上的评价,若将越权担保无效的情形限缩至法定代表人与相对人恶意串通的情形,则又混淆了归属规范与效果规范的区别。更为重要的是,即使相对人仅是知道或者应当知道法定代表人超越权限,并无恶意串通的情况,法定代表人的越权担保也对公司利益产生了损害,若仅否定道德上不正当的恶意串通行为,有违《公司法》第16条保护公司利益的本旨,存在价值判断上过度向相对人利益倾斜之弊。

从利益衡量上来看,亦有观点认为,法律不宜保护恶意之人,故若相对人知道或者应当知道代表人超越权限的,该代表行为不对法人发生效力。⁽⁹⁶⁾ 然而,在使法律行为归于无效的后果过于强烈时,若能通过一方权利的行使、程序的履践或双方的协商为一定的补正行为,则可以在对当事人意思自治介入较为轻微的条件下达管制目的,即使法律行为仅处于“暂时不生效力”状态,也就是效力待定。在合同自由的市场法则下,即使相对人为恶意,也不应一概否认越权担保行为的效力,而应赋予公司以是否受该行为约束的选择权,若公司对越权担保行为不予追认,则应由行为人承担相应的法律后果,此效果归属规则同样能实现“对恶意之人不予保护”的规范目标。⁽⁹⁷⁾ 因此,无论是从利益衡量的角度出发,还是基于越权代表制度与无权代理制度间的相似性,在相对人知道或应当知道法定代表人越权的情形中,其法律效果应类推无权代理,即越权担保行为是否有效应由公司选择,若公司对该行为进行追认,则越权担保行为的效果归属于公司,反之则效果不归属于公司。前引《〈公司担保司法解释(稿)〉第1条第1款类推适用《民法总则》第171条第1款,赋予公司对于越权代表行为的追认权,并明确公司追认的形式为“公司有权决议机构在法庭辩论终结前依法作出同意为他人提供担保的决议”实值赞同。

至于担保合同本身的法律效力问题,属于合同法、担保法、民法总则等法律中效力判断规则的检验范畴。在相对人为善意或者相对人虽为恶意但越权担保行为经公司追认后,该越权担保行为的法律后果由公司承受,故若担保合同有效,则公司应承担担保责任,而若担保合同无效,则公司应按照《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》(以下简称《担保法解释》)第7条⁽⁹⁸⁾的规定承担赔偿责任。在(2016)最高法民再258号判决中,法院因相对人未尽形式审查义务而否认其为善意相对人,但又因公司未在章程中规定对外担保的决议机构而认定其存在过错,最终判决

(93) 同注83引书,第68页。

(94) 参见周林彬、王佩佩《商事惯例初论——以立法构建为视角》,载王保树主编《中国商法年刊(2007)》,北京大学出版社2008年版,第22页。

(95) 实际上,不设董事会或者股东会的一人公司或小公司在公司所有权和经营权上未分离,公司经营权也由公司所有者行使,而公司为他人担保的决策权正属于公司所有者的权利。故对于不设董事会或者股东会的一人公司、小公司而言,修订后的公司法关于公司担保能力的规定无适用的必要。参见注3引文,第25页。

(96) 参见崔建远《合同法总论》(上卷),中国人民大学出版社2011年版,第433页。

(97) 参见高圣平《担保物权司法解释起草中的重大争议问题》,载《中国法学》2016年第2期,第230页。

(98) 《担保法解释》第7条规定:“主合同有效而担保合同无效,债权人无过错的,担保人与债务人对主合同债权人的经济损失,承担连带赔偿责任;债权人、担保人有过错的,担保人承担民事责任的部分,不应超过债务人不能清偿部分的二分之一。”

担保条款虽然无效,公司仍应按照《担保法解释》第7条的规定承担赔偿责任。笔者认为此项判决结果有待商榷:第一,公司担保决策机构属于公司章程的相对必要记载事项,即可以记载也可以不记载的事项,⁽⁹⁹⁾公司并无必须对之进行记载的法定义务,难以言及法律上的过错。公司章程未就公司担保决策机构作出规定时,可以适用推定规则确定公司担保决策机构。公司是否可以为他人债务提供担保本属股东的权利,在股东未通过公司章程授权董事会作出决策的情形下,应由股东(大)会保有。第二,在相对人为恶意且公司不对越权担保行为予以追认时,无论该担保行为是否有效,公司均不是相应法律责任的归属主体,自然无需再承担赔偿责任。

在越权担保的效果不归属于公司时,亦应区分担保合同的效力而对待。在担保合同有效时,亦应类推无权代理的规定。对未经被代理人追认的无权代理制度,《合同法》第48条规定“对被代理人不发生效力,由行为人承担责任”;《民法总则》第171条第4款则规定“相对人知道或者应当知道行为人为无权代理的,相对人和行为人按照各自的过错承担责任”,从而改变了《合同法》第48条不区分相对人善恶意而一律由“行为人承担责任”的态度。⁽¹⁰⁰⁾《民法总则》作出此改变的理由在于,从价值判断上考虑,由于对恶意相对人的保护程度较之善意相对人应较弱,故应由相对人和无权代理人按照各自的过错分担信赖利益的赔偿责任。⁽¹⁰¹⁾准此,在相对人为恶意时的无权代理中,应由相对人和行为人按照各自的过错承担按份责任,⁽¹⁰²⁾而非由行为人单独承担责任,越权代表准用这一规则时应作相同的解释。而在担保合同无效时,因类推解释属于法律漏洞填补的规则,只在缺乏法律明确规定时得适用之,⁽¹⁰³⁾故此时应直接适用《担保法解释》第7条的规定承担民事责任。最后,在相对人为恶意的情况下,其亦应享有催告公司追认的权利,旨在尽快结束不确定的状态,⁽¹⁰⁴⁾但其并不应享有撤销权,因为恶意的相对人不值得保护。⁽¹⁰⁵⁾

五、结语

在效力性强制性规定与管理性强制性规定二分格局的影响下,最高人民法院的不少裁判尝试对《公司法》第16条的规范性质进行识别,以期得出法定代表人越权担保效力的结论。但在方法论上,效力性强制性规定与管理性强制性规定的识别本身存在困难,更何况两者并非非此即彼的关系,违反管理性强制性规定的法律行为亦可能为无效。即使能对《公司法》第16条的规范性质进行顺利识别,也不能得出妥当的结论。实际上,效力性强制性规定与管理性强制性规定并不能包含所有的强制性规范,私法上的越权交易即在其涵摄范围之外。对于越权代表行为,置于首位考量的应是该行为的效果是否归属于公司,《合同法》第52条第5项所称之“违反法律、行政法规的强制性规定”则指向的是合同本身的效力问题,两者不宜混而论之。

《公司法》第16条是对公司法定代表人代表权限的法定限制,应区别于对法定代表人代表权限的

(99) 参见李东方《公司法学》,中国政法大学出版社2012年版,第67-69页;李建伟《公司法学》,中国人民大学出版社2014年版,第107-108页。

(100) 同注46引书,第773页。

(101) 同注46引书,第775页。

(102) 参见杨立新《中国民法总则研究》(下卷),中国人民大学出版社2017年版,第911页。

(103) 同注84引书,第96-97页。

(104) 同注46引书,第773页。

(105) 比较法上也是如此,如《德国民法典》第178条中规定“契约未经承认前,相对人得撤回之。但契约制定时,明知其欠缺代理权者,不在此限。”

意定限制。虽然随着“越权原则”和“推定通知理论”的放弃,公司章程、决议等意定限制不具有对外效力,但公司担保中对相对人权利义务的影响却是基于法律的公示作用,任何第三人不得以不知法律规定为由作出抗辩。质言之,基于《合同法》第50条的规定,《公司法》第16条将公司章程及决议通过层层指引而暴露于交易相对人的视野中,从而使交易相对人负有形式审查义务。相对人已善尽形式审查义务时,应为《合同法》第50条中的善意相对人,越权代表的法律后果归属于公司。若相对人未尽形式审查义务,则属于《合同法》第50条中“知道或应当知道”的恶意相对人。在《合同法》第50条存有法律漏洞的情况下,鉴于越权代表行为与无权代理行为在形式及逻辑上的相似性,此时可类推相对人为恶意时的无权代理规则:在相对人知道或应当知道法定代表人的越权事实时,该越权担保行为对公司而言效力待定,具体如何应取决于公司是否追认。若公司拒绝对法定代表人的越权担保行为作出追认,则该行为的法律后果不归属于公司,此时的法效果应参照《民法总则》第171条第4款进行解释。《公司担保司法解释(稿)》就本文所及问题的解释值得赞同。

The Interpretation Base on the Effectiveness of the Ultra Vires Surety by Corporate Representative: Based on the Analysis and Development of the Supreme Court's Judgments

Gao Shengping & Fan Jiahui

Abstract: Most of the Supreme Court's judgments give analysis to the nature of Article 16 of Company Law of PRC (the mandatory provision on validity or the mandatory provision on administration) in order to determine the effectiveness of the ultra vires surety by the representative of a corporation. However, this path of judgment has its disadvantages, for the dichotomy of mandatory provisions can not cover all the ultra vires provisions in private law and the first problem of the ultra vires surety by corporate representative lies in whether its consequence should be borne by the corporation, while the validity of the contract is another problem which should be discussed after it. From the perspective of normative intention, the Article 16 gives legal limitation to the authority of corporate representative aiming at protecting the interests of the corporation and shareholders, so the effectiveness of the ultra vires surety by corporate representative should be determined by the Article 50 of the Contract Law. If the creditor failed to meet the obligation of investigation, he/she should know the representative has exceeded the limitation, and the legal consequence shall be founded by analogy of unauthorized agency, which means the effectiveness to the corporation is undermined.

Keywords: corporation surety; legal representative; nature of provisions; legal limitation; ultra vires

(责任编辑: 幸颜静)