

法定代表人越权担保行为效力再审^{*}

——以民法总则第61条第三款为分析基点

吴越

摘要:民法总则第61条第三款基于“内外有别”的法理确立了“善意有效”的规则,将法定代表人越权担保的规范适用重点引致到“知道或者应当知道”的判断当中。英国对“推定公知”规则的放弃,以及美国判例法中对“固有授权”规则的设计与运用都表明,在法定代表人越权行为中,应坚持“原则有效,例外无效”的立场,并就具体情况得出具体结论。“知道或者应当知道”这一“除外条款”的立法表达范式,不当限缩合同有效范围,并未考量商事活动对交易便捷与交易促进的现实需求。应由民法典编纂,实现越权代表问题的体系缝隙弥合,并就越权担保行为划定“善意(不知情或不当知情)有效”、“不为善意(知道或应当知道)类型化有效”以及“恶意串通无效”的效力区间,以实现越权担保效力规则的体系性优化。

关键词:越权担保 《民法总则》第61条;推定公知;知道或者应当知道

一、问题的提出

越权行为,可大致分为公司超越经营范围而为的活动,与法定代表人超越公司章程规定而为的行为。前者的效力问题,无论在理论上还是实践中都已得到较为妥适的处理。但就后者而言,以“越权担保”为代表的法定代表人越权行为的效力问题却始终众说纷纭,成为前述理论纷争中的“风暴眼”。随着司法实践经验的不断总结,这一问题已经取得相当程度的共识:最高人民法院于2015年在《最高人民法院公告》第2期发布的“招商银行股份有限公司大连东港支行与大连振邦氟涂料股份有限公司、大连振邦有限公司借款合同纠纷”一案,确立了如下规则:(1)公司法第16条是管理性强制规范,对该规范的违反并不必然导致合同无效;(2)合同法第50条是判断对外担保协议效力的基本规范,只要满足“知道或应当知道”的除外条款,则尽到了审查义务,合同即为有效。这样的裁判思路,实际上对应了学界的判断,亦即:代表权对善意相对人不存在任何限制的规则,是基于法人内部关系与外部关系的区分理论,而非权利外观理论^[1]。

通过案例统计,可以观察到司法实践对越权担保案件效力裁判的态度变化。首先,笔者通过该数据库检索了自2006年1月1日起截至2013年12月31日为止的有关越权担保合同纠纷的案例。通过比对和筛选,最终确定了涉及越权担保合同效力的94份裁判文书作为佐证材料。虽然实践中越权担保合同被法官判定为有效的概率为78.7%,但仍然有21.3%的几率被判定为无效。如下表所示:

作者简介:吴越,西南财经大学法学院教授,博士生导师。

^{*} 本文系国家社科基金研究课题“法人代表权限制的效力规则研究”(项目批准号15BFX099)。

表1 越权对外担保合同效力的认定(2016.1.1-2013.12.31)

	样本总数	合同有效	合同无效
案例数量	94	74(78.7%)	20(21.3%)

但2014年之后的情况,则发生相当显著的变化,笔者再以同样方法检索了2014年1月1日起至2016年12月31日有关公司越权对外担保的案例,合同有效的裁判占到了样本总数的97%。其统计结果可如下表所示:

表2 越权对外担保合同效力的认定(2014.1.1-2016.12.31)

	样本总数	合同有效	合同无效
案例数量	71	69(97%)	2(3%)

裁判的变化表明,通过司法判例提炼相应规则促进了对越权合同有效的认定,实际上确认了基于公司法第16条的效力判断规则:(1)公司法按照公司法律关系内外有别的原则来界定此种强制性规范的内部效力和外部效力,法官也在判案时须首先区分公司内外法律关系。(2)公司法第16条1款是公司法定代表人越权行为追究内部责任的最直接的依据,而非判断越权担保合同效力的依据。

在新近通过的民法总则某种程度上体现了对这一思路的接纳。该法第61条第3款中明确规定,“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”。这一较之于《民法通则》而言的新创规则无疑是对前述司法裁判的立法确认,一方面仍以法人的内部与外部关系的区分作为基础,同时进一步明确“善意有效”的规则,将适用的规范基础仍然具体化到合同法第50条中“知道或者应当知道”的除外规则当中去。亦即,民法总则第61条虽然明确法定代表人的越权行为须考量相对人主观而“善意有效”,毋宁只是对合同法第50条具体规范内涵的抽象确认,具体的情形判断仍然要引致到“除相对人知道或者应当知道其超越权限的”这一表达范式当中。准此而言,该条规定在很大程度上只是对现有规则在立法上的体系性确认,毋宁只是条文形式性编纂技术在新近立法中的表现^[2],表现出“继受有余,创新不足”的特点,^①虽在一定程度上缓解了理论与实践的紧张关系,但仍尚未对如下问题作出清晰的回答:(1)虽然“善意有效”的规则已经得到确认,但在相对人“知道或者应当知道”时,究竟应采何种效力模式?(2)合同相对人到底有无(法定的)“形式审查义务”或者“更高的注意义务”?其法理依据是什么?(3)更为关键的是,因知道或者应当知道而“恶意”的情况下,与民法总则中规定的“恶意串通”之间究竟又是什么关系?这些问题仍未得到明确的回答,还需继续进一步予以厘清。

二、代表权限制与合同效力的域外规则

在公司代表权的内部限制的对外效力问题上,以德国为代表的大陆法系国家采用商事法律关系内外有别的原则,也即公司的内部文件(如公司章程、股东会决议、董事会决议等)对公司代表人的权限限制对内有效,对外无效^②。前述司法实践中确立的裁判规则及民法总则第61条第三款表明,类似于德国“内外有别”的相关法理已经为我国所认许,法人章程与权力机关的内部限制,不得对抗善意的第三人。这一规则,很大程度上解决了公司越权担保在作为组织法的公司法中的效力限制问题,但就越权担保合同本身的效力问题判断及其具体情形的细致考量,还须建立在对域外规则的比较分析之上。

(一) 英国: 放弃“推定告知”原则

在保护与公司交易的第三人问题上,英国《2006年公司法》(Companies Act 2006)第39条1款规定,“公司已有行为的有效性不得依据公司章程中的任何事项以公司缺乏能力(capacity)为由受到质疑”。不仅如此,该法第40条1款规定“为保护与公司交易的善意第三人,推定董事会的或授权他人代

^① 江平:《“民法总则”继受有余创新不足》,载 <http://china.caixin.com/2017-03-20/101068173.html>,最后访问日期:2017-03-20。

^② 参见德国《商法典》第49条、第50条;德国《有限责任公司法》第37条;德国《股份公司法》第82条。

表公司的权限不受公司章程的限制”。这一规定,一方面表明法律肯定和承认公司章程对代表权的内部限制,但另一方面将举证责任转移至公司一方。为细化第1款的原则规定,第2款接着规定“为这一目的,(a)与公司‘交易’的人是指他是与公司的任何交易或其他行为的一方;(b)不能仅仅因为他知道行为超越了章程对董事权限的限制就认定此人恶意行事;(c)除非相反证明成立,应当推定此人已善意行事。”从而进一步细化了区分善意和非善意第三人的规则,同时也细化了举证责任规则。

除此之外,该条第6款规定,“上述的规定适用受英国1993年《慈善法案》(Charities Act)第16条1款的限制”,也即对非盈利性法人,不适用上述的“内外有别”的法律规定的限制。即遵循“民商区分”原则。这表明,英国早在《1985年公司法》中就已经采纳了德国商法中的“内外有别”和“民商区分”的立法理念,其原因即在于英国作为欧盟的成员国(1972年加入),有义务在其国内法中转化欧盟有关公司法的指令。而上文中提及的1968年的欧共体“第1号公司法指令”正好包含了关于业务执行人越权行为的效力规则^①。

英国公司法的上述修正意味着,英国过去在判例法中曾经奉行的“推定公知”原则已经被抛弃。该原则认为,在登记机关备案的章程(Memorandum)和章程细则(article of association)等文件,因为可以在英国的公司登记机构(Companies' Registry)或1972年之后的《伦敦公告》(London Gazette)中查阅,因此可以推定与公司交易的第三人知道或应当知道公司内部文件对董事权限的限制,所以与公司交易的第三人不得以董事或公司授权的人的权限违背公司内部文件的限制为由而主张与公司交易合同的无效^②。

但即是在英国奉行“推定公知”规则的时期,英国的判例法也未完全遵循该原则,而是参照“代理法”来对该规则进行修正,为此判例法区分了“默示的授权”(implied authority)和“显而易见的授权”(apparent authority,或称“表见授权”)两大类^③,从而在很大程度上修正了“推定公知原则”。对英美公司法国家而言影响深远的即是皇家英国银行诉图尔宽德(Royal British Bank v. Turquand)一案,在该案中,法院认为,与公司董事交易的人(即为该银行)有权推定董事会已经授权该董事所声称拥有的权限。也即,与公司董事交易的人不必证明该董事是否已经实际获得了董事会的授权。这不但大大减轻了交易相对人的证明责任,而且更利于维护交易安全。这就是著名的“图尔宽德”规则(Turquand rule)。

由此可见,即是在英国过去曾经奉行过“推定公知”规则的时期,鉴于该规则最大的弊端即在于加大了交易相对人的注意义务和举证责任,严重损害了交易安全,因此不得不用“图尔宽德”规则进行修正,以维护交易安全。换言之,“推定公知”规则一直不能贯穿始终。

(二) 美国:坚持“固有授权”原理

首先,在美国判例法中,倘若行为人的代表权有内部限制或无明示授权,则公司的第三人则分别可以依据判例法发展起来的规则进行救济,并以此判断授权的存在。这些规则可以分类三类(或三个层次),第一类是专门针对公司的法定代表人(即董事长或首席执行官)形成的“固有授权”规则,它因此是最重要的规则;第二类则是针对公司的法定代表人或授权代表人越权行为的辅助性规则,以作为固有授权规则的必要的补充或修正,如默示授权(implied authority)^④、表见授权(apparent authority)、追认(Ratification)、禁反言(Estoppel),第三类规则是对第一类和第二类规则的进一步补充或修正,如“常规交易”或“非常规交易”的区分以及不当得利(unjust Enrichment)等^⑤,从利益衡量的角度进一步判定越权代表

^① 参见《欧共体理事会关于协调成员国为保护欧共体条约第58条第2项所称公司的股东和其他利害关系人的利益而制定的保障措施,以使这些措施趋同的第一号公司法指令(欧共体理事会1968年3月9日,第68/151号)》载《欧盟公司法指令全译》,刘俊海译,法律出版社2000年版,第10-12页。

^② Robert R. Pennington, *Company Law* 8th ed., Butterworths pp. 129-130 (2004).

^③ id., pp. 147-148 (2004).

^④ “默示授权”有时也称“推定的实际授权”(implied actual authority), Alan R. Palmer, *Corporations, Examples and Explanations* 4th ed., pp. 508-512 (中信出版社2003年英文影印版)。

^⑤ Robert Hamilton, *The Law of Corporations* 4th ed., pp. 275-277. (法律出版社1999年英文影印版)

合同的有效性。

1. “固有授权”规则有三点需要说明。一是“固有授权”法理基础。按帕尔默(Alan R. Palmer)的观点,所谓“固有的授权”,即是基于公司董事长或首席执行官的法定身份(status)^①,因而不是基于某种推定,因此与默示的授权或推定的授权存在着根本的区别。例如法院判定某公司对其董事长一再声称未经董事会授权而签订的购买一宗土地的合同承担责任,理由是这种买卖行为在公司通常的授权范围内,也即法院认定其董事长的“身份”即足以表明其获得了授权^②。二是从美国判例法来看,固有授权规则仅适用于认定公司董事长(或首席执行官在无明示授权情形下与第三人交易合同的有效性,而不适用于其他公司高管或授权代表,这是其他规则的另一重要差别。其理由在于,非法律人士都会理所当然地认为董事长拥有从事(一切)正常商业交易(normal business transaction)的权限,甚至也拥有从事非常规交易(extraordinary transaction)的权限。而实际情况是,当今美国公司的董事长通常只拥有“有限的、日常的、常规的交易权”,这大约是源于董事会的集体管理决策体制的影响。这种名不符实的狭隘的董事长权限往往导致第三人处于不利地位,以至于实践中第三人不得不“羞辱董事长,要求其展示公司的授权”^③。第三,按照上述规则,一些法院将董事长的“固有授权”范围扩大化,尤其是当公司与第三人交易后,公司企图以董事长缺乏授权为由躲在背后,而让董事长在债权人面前充当公司的挡箭牌的情形。有的法院甚至将“固有授权”规则扩大适用于某些非常规交易,但判例法则是自相矛盾的,例如在董事长是否拥有与第三人签订长期甚至是终身的雇佣合同的权限方面,判决并不总是一致的^④。可见,该规则在美国的判例法实践中也存在着缺陷,因而不得不借用“常规交易”辅助规则进行修正。

2. 第二类规则彼此紧密相关,有的可以单独适用,有的则需要彼此配合,有的则存在一定的交叉。汉密尔顿认为,判例法中对代表权的“追认”的认定可以多种情形,如公司对董事与第三人交易的事实知情并且未及时主张合同无效,也即“事实上的追认”或“默示的追认”;而“禁反言”或“不当得利”规则侧重于对第三人信赖利益的保护,其目的是防止在公司默认高管的代表权的前提之下突然抽身,从而损害第三人的信赖利益。“默示授权”规则是指,第三人从过去公司在类似交易中惯常做法中认定公司高管在当前的交易中应当取得了授权,因此这实际上是一种“推定的授权”(presumed authority),即从过去的授权推定现在的授权的存在。而“表见授权”,按照其英文的字面意思,其实指“显而易见的授权”(apparent authority),与上述的禁反言规则有类似之处。默示的授权与“默示的追认”也有类似之处^⑤。由此可见,上述各种规则并没有严格界限,不同的法院视具体案情而采纳不同的效力表达范式。

3. 第三类规则是第一类和第二类规则的进一步补充,以交易是否符合常规(交易惯例)以及是否不当得利作为辅助标准。帕尔默指出“默示的实际授权”(即汉密尔顿所指“默示授权”)情形下,法院视某种交易是否符合该公司的交易惯例(也即某公司业务执行人在之前类似交易中也没有公司的民事授权),是否符合公司利益,以及交易是否属于非常规交易(extraordinary transaction)作为认定例外情况下合同对公司不具备约束力的衡量依据^⑥。例如,法院判定某炼铜厂对该公司的财务主管未经明示授权对某建筑公司的贷款提供的异常担保行为不承担责任,因为炼铜厂对该建筑公司几乎不享有任何利益^⑦。反之,法院判定某母公司对董事长对其下属的子公司签订的印刷产品目录的合同进行的担保承担责任,理由在于母公司从子公司的产品目录的小册子销售中获利^⑧。

① Alan R. Palmer, *Corporations Examples and Explanations* 4th ed., pp. 508-512 (中信出版社 2003 年英文影印版)。

② See *Menard, Inc. v. Dage - MTI, Inc.*, 726 N. E. 2d 1206 (Ind 2000)。

③ Robert Hamilton, *The Law of Corporations* 4th ed., pp. 274-275. (法律出版社 1999 年英文影印版)

④ id., pp. 275-277. (法律出版社 1999 年英文影印版)

⑤ id., pp. 275-277. (法律出版社 1999 年英文影印版)

⑥ Alan R. Palmer, *Corporations Examples and Explanations* 4th ed., pp. 508-512 (中信出版社 2003 年英文影印版)。

⑦ See *General Overseas Films v. Robin Int'l, Inc.*, 542 F. Supp 684 (S. D. N. Y. 1982.)

⑧ See *Foot & Davies v. Aronolad Craven, Inc.*, 324 E. 2d 888 (N. C. App. 1985)。

其次,本文单独考察特拉华州公司法中的越权代表规则。在“特拉华通用公司法”第142条有关公司高管的规定之下,编撰者增加了有关高管代表权限的判例法则的提炼和评注^①。其中,第142条“评注之5”即是董事长权限及其限制的判例法规则,其中于本文研究而言具有重要意义的规则如下:(1)董事长拥有进行各种常规交易的默示授权^②;(2)倘若公司都无权签订合同,则董事长签订的该合同对公司无约束力^③;(3)董事长不拥有签订担保合同的默示的或推定的授权(implied or presumed authority),除非公司拥有明显的合同利益^④。由此可知,特拉华公司法仅承认董事长具有常规交易的代表权,而对于非常规交易,则不拥有授权。倘若法定代表人签订合同时超越公司自身的“法定权限范围”(与目的范围不同),也即违背了强制性实体法规范,则该合同对公司自然无约束力。其次,在担保合同方面,判断董事长是否拥有签订担保合同的(默示)授权,则取决于该担保合同是否有利于公司,也公司是否拥有担保合同之利益。

最后,本文有必要提及美国的示范公司法。示范公司法虽不是可以直接适用的法律,但往往为各州的立法所借鉴。2002年的美国《示范商事公司法》(MBCA)第3.04条规定,除非另有规定,公司行为的有效性不得因公司现在缺乏或者曾经缺乏该行为的权力而受到质疑。而根据官方评论^⑤,公司章程中的一项限制无论是为了限制公司经营目的还是旨在限制公司的权力,同样适用于第3.04条^[1]。此外,美国1996年《统一有限责任公司法》(ULLCA)第301条(a)1项规定“就有限责任公司的经营而言,每个成员都是它的代表人”。该法对于越权代表规则,主要是采用了美国代理法中的“基于身份的表见授权”(apparent authority by position)。这一规则最早可以追溯到最初的1914年的《统一合伙法》(UPA)^⑥,并且被《修订统一合伙法》(RUPA)和2001年《统一有限合伙法》(ULPA)所移植和借鉴。2006年《修订统一有限责任公司法》(Re-ULLCA)第301条则规定“仅仅是因为具有成员资格,成员(尚)不是有限责任公司的代表人。一个人的成员资格并不阻止或限制其他法律基于此人的行为对有限责任公司施加责任。”因此,有限责任公司成员或经理的职权行为是否可归责于公司,仍然得遵循代理法的规定^⑦。由此可见,美国的示范公司法和示范合伙企业法在越权代表的问题上,均采用了“基于身份的表见授权”规则,与判例法中的“固有授权”规则在本质上相同,差别仅仅在于“授权”范围。

(三) 域外立法变迁的启示

首先,“推定公知”原则的放弃,放宽了相对人的审查义务,反过来提高了判定合同无效的门槛,进而实现了对交易相对人的保护。有学者认为,我国合同法第50条是债权人审查公司担保是否越权的义务来源,这一认识实际上正是来源于“除外条款”的不当之处。在商事活动领域,交易便捷与安全的需求使得应尽力减除相对人的交易成本,促进交易完成,这也正是“推定公知”原则日渐式微而被修正的内在动因。

其次,“固有授权”理论表明,法定代表人的身份实际上强化了对其权限的推定。虽然美国学者也认为公司代表的(法定)授权(authority)可参照代理法(agency law)解释,但在美国公司法文献中,公司代表的授权(authority)与代理(agency)之间,仍然存在不容忽视的区别。尤其是“基于身份的授权”与

^① R. Franklin Balotti & Jesse A. Finkelstein *The Delaware Law of Corporations & Business Organizations*. Statutory Deskbook 2004 Edition, Aspen Publishers p. 139.

^② See Joseph Greenspon's Sons Iron & Steel Co. Pecos Valley Gas Co. 156 A 350 (CH Ct 1931); Canister Co v. National Can Corp. 63 F Supp 361 (D Del 1945). (Ibid.) .

^③ See West Penn Chemical & Mfg Co v. Prentice 236 F 881 (3d Cir 1916); Acker v. Girard Trust Co 42 F2d37 (3d Cir 1930). (Ibid.) .

^④ See Atlantic Refining Co v. Ingalls & Co 185 A 885 (1936). (Ibid.) .

^⑤ American Bar Association, *Model Business Corporation Act Annotated: Official Text with Official Comments and Statutory Cross - references*, pp. 3 - 12/3 - 13 (2005) .

^⑥ 该法第9条1款规定,“每个成员……显然是在以通常的方式从事合伙的经营……对合伙企业具有约束力。”See Daniel S. Kleinberger, Carter G. Bishop, *The Next Generation: The Revised Uniform Limited Liability Company Act* 62 Business Lawyer, February (2007) p. 530.

^⑦ See Daniel S. Kleinberger, Carter G. Bishop, *The Next Generation: The Revised Uniform Limited Liability Company Act*, 62 Business Lawyer, February (2007) pp. 531 - 532.

代理权有着本质区别,因此不可与“基于身份的代理”偷换概念,因为后者根本不能成立。“代表人”(representative)与“代理人”(agent)的本质区别即在于:(1)前者遵循代表权法定和代表权约定(即公司内部授权约定)两大原则,而后者仅遵循代理权约定原则;(2)代表人与公司通常因为存在聘用关系而与公司构成一个整体,而民事代理人与委托人通常系不同的利益主体。因此,如果在比较法研究中忽视这种细微的“民商区分”,则有误入歧途之虑。

综上所述,域外立法变迁均表明越权代表行为的“原则有效”逻辑,亦即最大限度的保证越权代表合同的有效性,极力限缩合同无效的空间,其内在逻辑建构在商事活动的特殊性之上。将这一理念具体化,则给予的启示还在于,我国越权担保效力规范的完善须建立于如下几点共识:(1)立足功能目标。亦即明确越权担保合同效力的规范判断须立足于实现对交易便捷的促进、对交易安全的保护;(2)注重问题场域。应明确越权担保问题本质是商事代表的体系效力判断问题,即便在“民商合一”的立法体例下,亦应注重对这一特殊问题的具体考量;(3)着重区分情形。在“善意有效”的例外情形下,关于其效力模式旷日持久的理论争议,并未真正有效的回应实践需求与理论诉求。与其“一刀切”的讨论究竟是无效、抑或效力待定,不如通过对情形的类型化,实现个性化与精细化的处理规则。

三、“除外规则”立法表达的法律漏洞

从上述的国际通行规则可知,对越权代表合同的效力而言,无论交易相对人是否知道代表人超越其内部约定的权限,只要交易相对人是善意的,也即他没有滥用自己的知情,也应当从保护善意第三人、维护交易安全的角度出发,维护越权担保合同的效力。笔者认为,“除知道或者应当知道以外”的表达范式,不当限缩了越权行为有效的范围,使得许多具体情形在如此的立法概括之下,其效力处于相当不明确的状态,实有深入检讨的必要。以“越权担保”为例,仅从“除外条款”的文义予以解读,立法者坚持将相对人“知道”或“应当知道”对法定代表人没有公司机关(董事会或股东会)的明示授权(如担保、对外投资等)作为判断越权代表合同效力瑕疵的依据,其实并不利于对交易相对人的保护。正如上述英国《1985年公司法》第35A条2款2项规定的那样,不能简单地因为相对人对签订合同时“知道或应当知道”法定代表人尚没有公司机关的授权就否认合同的效力,其依据在于“签约当时法定代表人尚取得公司机关的授权”(即签约当时的越权代表行为)应当细分为数种具体情形,可如下表3所示:

表3 “善意有效”的除外情形梳理

	情形	当前法律评价
善意“不知情或不应当知情”		立法确认有效
不为善意 “知道或者应当知道”	①事后可获授权	立法回避/司法混乱/理论争议
	②推定已获授权	
	③授权仅具形式意义	
	④自然人股东的一人公司	
恶意串通	①损害公司利益	无效
	②损害债权人利益	

(一)“不为善意”的具体类型

1. 事后可获授权的情形。签约当时虽未取得公司机关的授权,但法定代表人同时表明且事后能够取得公司机关的明示的授权。事实上,商事交易往往追求效率,这种情况应不在少数;倘若仅仅因为签约的当时代表人缺乏授权且相对人也知情就否定合同的效力,这并不利于第三人保护,同时也不利于公司利益的保护,也有违民法尊重意思自治的精神。在此情形中,合同缔约后的效力状态应属待定,在公司事后追认或默认的情况下,应视为合同有效。

2. 推定已获授权的情形。此种情形下,签约当时虽未取得公司机关的授权,但相对人(或其他人)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,此时否认越权代表合同的效

力,同样有失公正,也即没有考虑到当事人之间的交易历史和交易惯例。民法总则第10条规定了在法律没有规定的时候可以适用习惯。这一规定实现了将习惯作为法律渊源的民事立法突破,但却并未顾及商事活动的特殊性。事实上,商事习惯在交易主体中比法律中的任意性规范更具有强制力^[3]。这是由于商事交易的长期性、定期性、稳定性等等,都以交易主体间的信任作为基础,正是信任型塑造了不同于法律规范的交易规则,对此应予充分尊重,并细致考量习惯与规范之间的适用顺位在民事活动与商事活动中的差异性。准此,应认定相对人获得了“推定的授权”,认定合同有效。

3. 授权仅具形式意义的情形。在法定代表人为公司的控制股东(或实际控制人)的情况下,不但股东会的决议形同虚设,而且董事会的决议也形同虚设,法定代表人可以轻易地通过股东会或董事会作出决议,公司机关形式意义上的授权只具有纯粹形式上的程序意义而无实际意义。此时,“公司机关的授权决议”其实就是法定代表人个人的意思表示而已,因此,即是相对人知道代表人缺乏形式意义上的公司授权,对他而言有何实际意义?因为此时的命运其实掌握在法定代表人一方手中,法定代表人完全可以视情形“抛出”公司授权或者为了开脱公司的责任(其实是控制股东或一人公司股东自身的责任)而拒不出具公司授权。因此,在授权仅仅具有形式意义的情况下,机械适用“知道或者应当知道”规则,则可能赋予法定代表人逃避担保责任、背信损人利益的空间。此种情形下,应认定合同无须公司机关的“追认”而直接认定有效方为公道。

例如在“陈庆平等与何晓敏民间借贷纠纷上诉案”^①中,二审法院认为《借款合同》及《担保合同》上均有美联恒公司的公章及法定代表人周成发的签字,周成发既是美联恒公司执行董事,也是占公司股权70%的股东,属于占2/3以上的绝对多数,完全有权代表公司行使职权……《公司法》第16条规定的“公司向其他企业投资或者为他人提供担保,依照公司章程的规定,由董事会或者股东会、股东大会决议”系管理性规范而非强制性规范;美联恒公司对外提供担保,是否经过股东会或董事会决议,作为善意且无过错的何晓敏无从知晓,故美联恒公司担保无效的上诉理由,不应支持。本文认为,本案的主审法官在裁判文书中表达的美联恒公司的法定代表人“既是公司执行董事,也是占公司股权70%的股东,属于占2/3以上的绝对多数,完全有权代表公司行使职权”即是对此种情形下认定未经授权的担保协议属有效协议的概括表达。又如在“叶纪招等与陈楚娟民间借贷纠纷上诉案”^②中,二审法院认为:玉环县凌峰电器有限公司的章程没有涉及对外担保,上诉人叶纪招占有该公司60%股份,又是法定代表人,其在担保合同签名、盖章的行为,应当认定职务行为代表该公司。上诉人主张被上诉人与借款人恶意串通,亦缺乏相应的证据。因此,本案保证合同合法有效,应当予以确认。本文认为,该案中叶纪招既为法定代表人又是公司控股股东的情形下,其在担保合同签名与盖章的行为亦属上述认定未经授权的担保协议有效的概括表达。

4. 自然人股东的一人公司情形^③法律设定的股东会集体表决制和董事会集体表决制已经被彻底抛弃,此时“法定代表人”、“公司股东会”和“董事会”已经是“三位一体”,根本无“公司机关的授权”的必要。此时,以交易相对人“知道或应当知道其超越代表权限”完全是“伪命题”。但亦有裁判案例表达了不同观点。在“上海晨间贸易有限公司与马某某等借款合同纠纷上诉案”^④中,一审法院认为:刘甲虽然是晨间公司的法定代表人,但公司股东为王某某一人,显然从公司内部治理角度看,刘甲个人意志并不必然代表公司意志。且根据公司法规定,公司对外提供担保的,应由董事会或者股东会、股东大会决议。刘甲通过虚假股东会决议取得了对外担保公证,表明了刘甲无法取得惟一股东王某某对外担保认可,故

① 参见安徽省高级人民法院(2013)皖民二终字第00242号,法宝引证号CLI.C.2438584。

② 参见浙江省台州市中级人民法院(2011)浙台商终字第518号,法宝引证号CLI.C.1182628。

③ 本文此处所指一人公司,指公司股东为惟一自然人时的一人公司,不包括法人担任惟一股东的“一人公司”,尤其不包含“国有独资公司”这两种广义的“一人公司”。

④ 参见上海市第二中级人民法院(2013)沪二中民四(商)终字第17号,法宝引证号CLI.C.1408334。

刘甲通过虚假股东会决议以公司名义对外担保应认定为无效。二审法院认为:晨间公司与马某某、刘乙签订《借款抵押担保合同》,该合同虽加盖了晨间公司公章,并由时任法定代表人的刘甲签字,但鉴于刘甲并非晨间公司股东,其对外进行担保的事项也未根据公司法相关规定取得晨间公司董事会、股东会决议通过,晨间公司股东王某某也不予认可,故一审法院认为刘甲通过虚假股东会决议以晨间公司名义对外所作担保无效并无不当。

上述裁判委实难以令人信服。民法总则第61条第三款表明,能够行使对法定代表人权限限制的,是法人章程或法人权力机构。一方面,从法人章程的授权来说,在“推定公知”规则逐步限缩的当下,章程的公示性不足以认定相对人“知道或应当知道”,从而判断其“恶意”,此乃前已述及之一般规则;另一方面,从法人权力机构授权的角度来讲,根据公司法的相关规定,一人有限公司并不设置股东会,在一人有限公司的特殊构造下,“权力机构”并不存在,无法实现权力机构的授权程序。更为重要的是,在一人有限公司的情形中,即便法定代表人与股东发生主体分离,二者之间的紧密关系亦不同于其他公司中的情形,法定代表人的身份亦能强化相对人对所为交易的信赖,概而要求法定代表人必须征得惟一自然人股东的确认,应属苛求。因此在这种情况下,无论签约当时相对人是否知道法定代表人越权,都不影响合同的效力。这种情况,在现实中也不在少数。

(二) “恶意串通”的情形

由于民法将非属于“知道或者应当知道”的情形定义为“善意”,因而在表述中也常常将“知道或者应当知道”称为“善意”。但事实上,这里的“恶意”表达的只是对事实状态的客观认知,并不涉及到道德伦理上的消极评价。但是在“越权担保合同”这种更为特殊也最为典型的越权合同情形下,由于担保合同涉及三方法律关系,也即“担保人-被担保人(主债务人)-担保人(债权人)关系中,投机者明知相应的权限瑕疵,但为攫取不当利益,则可能利用现行越权担保的规则漏洞,损及他人利益,其基本特征就是“恶意串通”。大致分为两种情形。第一种情形:公司的法定代表人(更多情况下是公司的授权代表人)与他人恶意串通,滥用代表权损害提供担保公司的合法权益,以谋取不正当利益。第二种情形:公司的法定代表人(或授权代表)与被担保人(即主债务人)恶意串通,为骗取商业贷款或获得其他交易机会“越权担保”,损害的自然是担保人(即债权人)的合法权益。

民法总则第154条规定,行为人与相对人恶意串通,损害他人合法权益的民事法律行为无效。因此,对恶意串通情形下,法律直接给出了效力上的否定性评价。因此,问题的关键是通过证据证明双方之间存在“恶意串通”的情形。例如,在第一种情形下,相对人明知法定代表人存在担保权限的瑕疵,但其主观上并非与法定代表人良善沟通,建立有效的担保关系,而是恶意攫取担保公司合法利益。根据前述“不为善意”的情形描述,直接基于相对人“知道或应当知道”而概而否定越权担保合同效力未为审慎,这一条件对于认定法定代表人与相对人之间的恶意串通也不足。因此倘若不能证明公司代表人或授权之人违背公司的集体意志,滥用代表权与相对人合谋,也即同时证明公司代表人和相对人同时具有“主观恶意”,否则公司不能以缺少公司授权为由主张担保合同无效来免除公司自身的责任。如在“宿迁经济开发区申拾农村小额贷款有限公司与沈红亮等买卖合同纠纷上诉案”^①,二审法院认为:关于沈红亮与金磊之间借款关系问题,对沈红亮与金磊之间借款事实,本院予以确认。关于申拾公司是否在借据上加盖公司公章提供担保问题,申拾公司虽主张经核实花某对公司加盖公章产生怀疑,以及沈红亮、金磊与申拾公司前任法定代表人李某之间存在恶意串通骗取申拾公司担保的嫌疑,但未提供证据证实,其主张不能成立。

由此可见,“除外条款”立法表达范式依然是过于抽象,无法囊括实践中典型的类型,将本来应当认

^① 参见“宿迁经济开发区申拾农村小额贷款有限公司与沈红亮等买卖合同纠纷上诉案”(2012)宿中商终字第0220号,法宝引证号 CLI. C. 1892036。

定为有效的合同错误地划入了“例外无效”的范围,且没有抓住例外越权代表无效的构成要件,从而导致机会主义盛行。

四、越权担保行为的效力规则优化

(一) 借由民法典编纂的体系缝隙弥合

在越权代表行为场合,合同法语境下的“追认”即是公司法语境下的“授权”。而法定代表人的代表权限问题,首先是公司法应当明确的问题,即“法定授权”问题。其次才是公司章程等内部文件的限制是否对公司的第三人具有法律约束力的问题,也即(内部“约定授权”的外部效力问题。因此,合同法如何回应效力问题事实上都取决于公司法如何规定。理由在于,法定代表人的“法定授权”(即法定代表权限)范围的大小与其对外签订合同时是否需要公司机关的“授权”(或“追认”)成“反比函数”关系,也即如果公司法规定法定代表人的对外代表权限不受公司章程或公司决议等内部文件的约束,也就不存在“越权”之说,更无“追认”之必要,因为既然任何内部限制都不影响代表人的对外代表权限,就可以推定法定代表人已经获得了广泛的授权;反之,倘若公司法规定法定代表人的代表权的内部限制对公司的第三人具有“外部约束力”,则公司法有必要进一步明确这种“外部约束力”的规范性质,即应否影响到交易相对人的注意义务(或形式审查义务?)以及最为根本的,是否影响到越权合同的效力。可见,两大研究视野的争论,其实都指向了公司法自身:我国公司法在法定代表人的代表权限以及公司内部对法定代表人代表权限限制的规范性质以及这种限制是否对公司第三人产生约束力这一关键问题上出现了“法律漏洞”而非简单的“规范漏洞”。

民法总则第61条第三款对这一漏洞进行了一定程度的填补。一方面,该条款在“内外有别”理论基础上划定了法定代表人权限的效力指向,回应了越权代表行为在公司法中的理论争议,具有积极意义。另一方面,对合同法第50条“除外规则”的概括吸纳应予审慎的批判。对此前文已有述及,此处不赘。通过法典化实现民事立法的体系化,是此次民法典编纂的重要任务之一,民法总则的颁行实现了基于潘德克顿式构建民事法典化的第一步,其本身蕴含着体系化的方法与逻辑,对此应作如下的总结:

第一,对民法总则第61条的解释,应立足于体系化的视野之中。该条规定于第三章“法人”第一节“一般规定”当中,从体系位置角度观察可知,考虑到“代理”从民事法律行为中析出而独立成章,取得与“法人”章相并列的地位,民法总则第61条及其相关规定,实际上已经表明民法总则对“代表”与“代理”做出相应的体系划分。因此,民事活动与商事活动应立足于两大制度的体系分野中,故而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”将不具有体系的正当性。

第二,在民商合一的立法体例下,体系性、统摄性、谦抑性应当成为民法典总则实现商法独特性的基本原则^[3]。换言之,“民商合一”还是“民商分立”讨论的仅仅是是否通过独立的商事法典来建构民法与商法之间的关系,但即便在“民商合一”体例之下,商法的特殊性亦应当在民法典中予以回应与包含,但也须为此类规范的展开与适用预留足够的空间。从体系性的角度观察,民法总则第61条第三款的体系定位表明,其作为规制“法人”的一般规定,并未细致区分不同的法人类型,这一条款的规范效力将及于民法总则建构的所有法人类型。这固然是体系性与统摄性的要求,但即便在前述的域外立法例中,“内外有别”的相关规则都仅仅及于营利性法人,而对公法人及其他不适用公司法的法人、慈善性质法人而言仍坚持全通的越权制度^[1]。在民法总则建构的法人三分类型中,统摄了公私法人划分的界限,即便完全肯认“善意有效”的正当性,似乎仍然还有进一步依照法人类型区分对待的空间,这也反证了作为营利法人的公司在越权担保领域细致区分具体类型予以规范的必要性。

第三,我国确立了民法典编纂分“两步走”的工作思路和策略。^①在民法总则获得通过的背景下,下一步将进行各分编的编纂。就越权担保行为而言,在民法典编纂的历史进程中,应着重对从两方面进行

^① “编纂民法典拟分‘两步走’”,载《光明日报》2016年6月28日第16版。

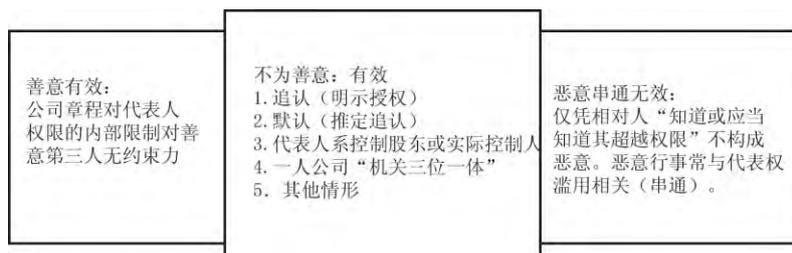
体系化完善: 首先, 在“合同编”编纂过程中, 应对原合同法第50条的“除外模式”规范表达模式进行修正。其次, 民法典编纂涉及到对公司法等商事单行法的修改, 重点在于将民法总则第61条确立的规则, 在公司法中予以填补。

(二) 越权担保行为的效力区间构造

第一, 立法表达范式应予转换。前已述及, “除外规则”在越权担保场合具有相当的不合理性, “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。在公司担保等商事活动场合, 严格限制在“恶意(知道或应当知道)无效”的效力判断思维中, 既不利于相对方的保护, 也不利于商事活动的开展。因此首先应当对这一表达范式予以修正, 以“代表权滥用”与“恶意串通”作为判断评价的相应指标进行规则的优化, 其实质, 是将对客观情形事实的认知而形成的“恶意”评价, 向是否存在伦理道德意义上的“恶意”进行转换, 从而一方面极力限缩越权担保行为否定性效力评价的空间, 另一方面等于为公司法的上述原则规定打上必要的补丁, 防止投机者钻公司法中的“对内有效, 对外无效”原则规定的空子, 维持诚实信用的基本伦理。

第二, 公司法规范应在民法总则统摄下予以补足与完善。事实上, 域外立法经验已经表明, 越权代表行为的效力模式始终存在“原则—例外”的设计思路。在营利性公司的前提下, 这一设计思路本身预留了极其广泛的规范空间: 即“公司章程对代表人权限的内部限制不得对抗第三人”。在民法总则61条的设计中, 内部限制不得对抗的仅仅是“善意第三人”, 从而将规范判断的标准适配到了合同法第50条的“除外条款”中。从正面来看, 对代表人超越权限范围不予明知, 当然符合有效的条件, 但并非所有“知道或者应当知道”的情形均须作否定评价。这便是“除外条款”表达范式的根本谬误之所在: 如坚持将善意与否的判断链接至“知道或者应当知道”, 则将不当的扩大越权担保行为无效的范围。因此, 应对“知道或者应当知道”前提下, 区分不同情形适配其效力模式。总体而言, 越权担保合同效力区间的构造模式, 可如下图所示:

图1 越权担保行为效力区间构造示意图



对此须作如下解读:

1. 善意的判断标准, 是“不知情与不应当知情”^[4]。这一表述, 与域外立法例中的表述一致, 同时亦在实质上满足我国立法上对不属于“知道或者应当知道”的概括。因此, “不得对抗善意第三人”应被描述为“不得对抗不知情或不应当知情的第三人”。该类情形属于合同有效的区间, 应无疑义。

2. 不为善意, 是指“知道或者应当知道”的情形。学者指出, 在民法上“恶意”有两种用法, 一是与“善意相对”, 系明知或因重大过失而不知; 二是侵害他人之故意^[5] (P. 256)。但民法的惯有表述, 多将“不知情的第三人”称为“善意第三人”, 却少见直接指称知情者为“恶意第三人”的情形。并且, 前述第二种用法实际包含主观上的道德伦理评价, 如果直接将“明知或重大过失而不知”称为恶意, 实在容易与“恶意串通”产生词义混淆。故此, 应回避将其称为“恶意”, 而仅仅是不属于我国民法上所称之“善意(不知情)”的情形。前已述及, 以“知道或者应当知道”为判断标准的除外条款, 不当扩大了合同无效的情形, 应予修正, 其根本在于“知道或者应当知道”本身并不表明其有故意侵害交易相对方或他人利益的故意, 前述英国《1985年公司法》第35A条2款2项中的“不能仅仅因为他知道行为超越了宪章对董事权

限的限制就认定此人恶意行事”的立法例最具有佐证力。更重要的是,“知道或者应当知道”只能一定程度上表明对权限状态的客观认知,商事交易的特殊性及其要求的便捷、高效、低成本,又有极力维护合同有效履行的内在需求。因此,立足于商事交易活动中的具体情况,本文总结的数种类型应被放置于合同有效的区间内。

3. 恶意串通,系指民法中对法律行为产生终极否定评价的一种固定类型。仅仅因“知道或者应当知道”不足以构成此种意义上的“恶意”。恶意串通通常与法定代表人的代表权滥用相结合,在实践中应有相应证据对此进行证明,并由此依据民法总则的相应规定,将其认定为无效合同。

五、结语

由于公司法与合同法的体系缝隙,使得越权担保行为的效力判断问题,呈现出相当复杂的面貌。民法总则第61条基于“内外有别”法理的“善意有效”制度设计,将对越权担保行为的效力判断,从公司法中的法定代表人权限角度抽离开来,并集中于合同法上的“善意与否”判断问题。域外立法中确立的“原则有效,例外无效”模式,提高了判定合同无效的门槛,加强了对交易第三人的保护及对交易的促进。“知道或者应当知道”的除外判断,却不当扩大了导致合同无效的范围,其立法表达范式存在改良的空间。越权担保的效力规则完善,完全可在民法总则的体系化涵摄下予以实现,其根本仍是在民商合一的立法体例下,寻求商事活动的独特表达空间,并对其具体情形予以特别回应。

参考文献:

- [1] 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。
- [2] 王竹“从《民法总则(草案)》看民法典条文形式性编纂技术——部分基于法律条文大数据分析对比技术的编纂建议”,载《法学论坛》第2017年第1期。
- [3] 许中缘、颜克云“商法的独特性与民法典总则编纂”,载《中国社会科学》2016年第12期。
- [4] 梁上上“公司担保合同的相对人审查义务”,载《法学》2013年第3期。
- [5] 朱庆育《民法总论》,北京大学出版社2015年版。

Debate on Validity of Unauthorized Guarantee of Corporate Legal Representative ——Based on Art. 61 Sec. 3 of General Principles of Civil Law

Wu Yue

Abstract: Regarding the validity of unauthorized guarantee of corporate legal representative, Art. 61 Sec. 3 of General Principles of Civil Law stipulates that a guarantee contract is valid if the other contracting party is in good faith by distinguishing inner relationship from outer relationship of a juristic person, i. e. a corporate guaranteed contract with an outside party is valid unless the other party “knows or should know” the corporate legal representative has no authority according to the charter of the corporation. This rule forces an outside party to acquire and read the charter of a company before signing such kind of contracts. However, the British Company Act has abandoned the “constructive notice rule” according to the EU Corporate Directive based on the rule of German Commercial Code and laws of other continental law countries. Nevertheless, the similar “inherent authorization rule” prevails in USA. This indicates that the Chinese rule should be revised by way of drafting its Civil Code.

KeyWords: Unauthorized Guarantee; Art. 61 of General Principles of Civil Law; Know or Should Know

(责任编辑: 鄢梦萱)