

论法定代表人的法律地位

蔡立东

(吉林大学 法学院 吉林长春 130012)

摘要: 法定代表人制度根植于利益一致性假设,缘起于对国有企业改革现实需要的回应。在《民法通则》的框架下,法定代表人的担纲者垄断了法人的意思决定与意思表示,形成了中国特色的“独任代表制”,并由此导致了“僭主现象”频发等弊端。《民法总则》立基于意思决定与意思表示分离的法人意思表示逻辑,以代理机制重新厘定了法人与法定代表人的关系,确立了法定代表人的特别代理人地位。法人可以通过章程或权力机关的决议等方式限制法定代表人的代表权,但法律须为善意相对人提供最强的信赖保护,法人只有举证证明相对人就此种限制为恶意,才能对抗该相对人。

关键词: 独任代表制; 特别代理; 意思表示

中图分类号: D923

文献标志码: A

文章编号: 1009-8003(2017)04-0014-10

从20世纪90年代中后期开始,也就是法定代表人制度产生十余年后,学界开始从不同角度对该制度进行检讨。形成的基本结论为:这一制度是对中国问题和域外经验误读的产物,使法定代表人的担纲者集法人的意思决定与意思表示于一身,权力过于集中,^①导致了法人治理的诸多悖论。^②如今法定代表人制度依然是《民法总则》法人制度的当然组成部分,^③但《民法总则》对《民法通则》的相关制度安排作出了大幅度的充实,重新诠释这一“中国特色”的制度安排则恰逢其时,并可能直接助益于民事基本法的适用。本文立基于投资与收益一致、风险与控制对应的法人治理逻辑,遵循意思决定与意思表示相区分的法人治理机制,着眼于法定代表人制度实践中问题的解决,提出以代理机制诠释法定代表人的法律地位,以推动《民法总则》法人制度的有效运行。

一、《民法通则》时代法定代表人制度的同情式理解

包括法定代表人制度的中国法人制度产生于改革开放初期,从计划经济向市场经济转轨中的国有(营)企业改革是法人制度设计走不出的背景。由于城市经济体制改革的核心任务是增强国有(营)企业的活力,而当时的决策者将国有(营)企业活力不足的原因诊断为企业独立性不强,由此增强企业的

收稿日期: 2017-05-02

基金项目: 本文为2014年度国家社会科学基金项目“中国法人制度构造的私法逻辑研究”(14BFX073)以及2016年度教育部人文社会科学重点研究基地重大项目“大数据时代的司法理论与实践研究”(16JJD820004)的阶段性成果。

作者简介: 蔡立东(1969-),男,吉林长春人,吉林大学法学院、吉林大学理论法学研究中心教授,博士生导师,国家司法文明协同创新中心专职研究人员,“长江学者奖励计划”青年学者,研究方向:民法基本理论、合同法、公司法。

北京大学的龚浩川博士在资料搜集和整理方面,对本文的形成作出了很大贡献。

①参见王利明《民法总则研究》,中国人民大学出版社2012年版,第305页。

②有关论述,可参见方流芳《国企法定代表人的法律地位、权力和利益冲突》,载《比较法研究》1999年第3、4期;蔡立东、孙发《重估“代表说”》,载《法制与社会发展》2000年第6期。

③全国人民代表大会法制工作委员会发布的《中华人民共和国民法总则(草案)》征求意见稿及各次审议稿和中国法学会提交的《中华人民共和国民法典·民法总则专家建议稿》以及王利明教授、梁慧星教授、孙宪忠教授、杨立新教授分别主持起草的四个影响较大的“民法总则专家建议稿”均含有这一制度。

独立性,“将国企转变为具有独立法人资格的公司被认为是国企改革出路”^①,甚至是唯一出路。因此,法人制度被加载了“所有权和经营权分离”“明晰产权”“扩大企业自主权”“减少行政干预”等功能期待。相关的理论和制度安排^②均以推进国有(营)企业改革为担当,以增强国有(营)企业独立性为主臬,刻意强调推动国有(营)企业摆脱对主管部门的依附,获得独立的市场竞争主体地位。此时,法人制度立法的问题意识缘起于国家与法人间的纵向关系,立基于整体主义的方法论进路,锁定于“法人实体化”的立场,集中关注作为主体的法人与国家及他人的外部关系。

作为法人制度重要一环的法定代表人制度自然也要担当增强企业独立性的历史使命,法定代表人首先取代主管部门取得了法人意思的决定权。国有(营)企业的资产属于全民(国家)所有,国家需要由自己的代表来管理这些资产,因此,主管部门委任或者招聘信得过的人员担任厂长或经理。^③国家在“国家权力”向“国家权利”的转变的过程中逐渐丧失了对国有(营)企业进行细致干预的可能,需要将厂长(经理)作为撬动企业运作的支点。其时我国经济生活中“能人现象”频出,并由此引发“董事长(厂长、经理)万能论”盛行。^④于是,依法赋予厂长或经理不受包括上级主管部门左右的独立地位和职权成为立法增强企业独立性的现实选择。脱胎于厂长(经理)负责制的法定代表人制度则承接了助推上述目标实现的使命。^⑤其首要任务是以资格法定和职权法定的制度安排,让法定代表人的担纲者垄断法人的意思决定,成为科层制企业治理模式中法律上、事实上的“一把手”,在法人管理体系中居于核心地位^⑥,对法人事务负全部责任,借以实现所有权和经营权分离,让企业摆脱主管部门的直接干预。

在此基础上,法人的意思表示权也被配置给法定代表人。该制度进入立法肇始于1979年颁布的《中外合资经营企业法》及其实施条例,后者第37条规定“董事长应该作为合资企业的法定代表人。”随后,《民法通则》第38条规定“依照法律或者法人组织章程规定,代表法人行使职权的负责人,是法人的法定代表人。”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行为,承担民事责任。”^⑦《企业法人登记管理条例》(1988年6月3日,国务院令第1号发布)对法定代表人的法律地位及职权作了进一步突出和强化,其第11条规定“登记主管机关核准登记注册的企业法人的法定代表人是代表企业行使职权的签字人。法定代表人的签字应当向登记主管机关备案。”《企业法人登记管理条例施行细则》第27条则规定“经登记主管机关核准登记注册的代表企业行使职权的主要负责人,是企业法人的法定代表人。……法定代表人是代表企业法人根据章程行使职权的签字人……”^⑧这在《民法通则》确定的“行使职权”和“负责”两个特征之外,还向法定代表人加载了“签字人”的职权。不仅如此,《企业法人的法定代表人审批条件和登记管理暂行规定》第6条进一步规定“法定代表人委托他人代行职责时,应有书面委托。法律、法规规定必须由法定代表人行使的职责,不得委托他人代行。”

《民法通则》时代立法的公共选择是:依法成立的法人必须有法定代表人,法定代表人不仅对内行使职权,决定法人的意思形成,而且对外作为“签字人”担纲法人的意思表示。法定代表人的法律地位

①方流芳《国企法定代表人的法律地位、权力和利益冲突》,载《比较法研究》1999年第3、4期。

②典型的立法包括《全民所有制工业企业法》《全民所有制工业企业转换经营机制条例》。

③根据《全民所有制工业企业法》第44条,即使企业职工代表人会有权选举厂长或经理,但是该选举结果须报政府主管部门批准。参见顾敏康《公司法定代表人的比较研究》,载《华东政法学院学报》1998年第1期。

④参见叶林《公司治理机制的本土化——从企业所有与企业经营相分离理念展开的讨论》,载《政法论坛》2003年第3期。

⑤参见张宇《企业法人代表的法定资格》,载《政治与法律》1987年第5期;吕润程等《企业法人代表如何代表企业法人》,载《法学》1987年第6期;王辉才《关于完善我国企业法人代表人制度问题》,载《法学杂志》1992年第2期。

⑥方流芳教授将2000年以前法定代表人的权限概括为五个方面:(1)一个企业法人必须有唯一的法定代表人;(2)法定代表人掌握代表企业签定合同的最终决定权;(3)法定代表人是公司财务的最终控制者;(4)法定代表人的权限渗透到企业的全部活动;(5)法定代表人与公司诉权。参见方流芳《国企法定代表人的法律地位、权力和利益冲突》,载《比较法研究》1999年第3、4期。

⑦《最高人民法院关于贯彻〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》第55条规定“企业法人的法定代表人或其他工作人员,以法人的名义从事的经营行为,给他人造成经济损失的,企业法人应当承担民事责任。”第56条规定“事业单位法人、社会团体法人的法定代表人或其他工作人员以法人名义进行业务活动,给他人造成经济损失的,比照《民法通则》第43条规定,由事业单位法人、社会团体法人承担民事责任。”

⑧《企业法人登记管理条例》《企业法人登记管理条例施行细则》分别于2011年和2014年有过两次修订,但文中引用的这两个条款却只字未改。

完全区别于法人的其他工作人员,“其行为理所当然地约束公司,公司其他职员非经法定代表人授权不得代理公司为法律行为”,^①形成了不同于大陆法系的“个人代表制”和“共同代表制”等类型法人代表制度^②的“独任代表制”。^③“独任代表制”下的法定代表人垄断法人的意思决定和意思表示,昭示着是法定代表人而不是主管部门等其他代表人行使职权,由此国有企业的独立性获得了立法的背书,这标志着中国特色的法定代表人制度正式定型。

“独任代表制”模式的法定代表人制度之所以成为立法的现实选择,除了上述国有(营)企业改革的现实需要压倒了对法人治理的理性考量之外,盘踞在意识形态高地上的利益一致性假设也起到了推波助澜的作用。社会主义国家的法律总是以个人、集体、国家利益一致为前提和假设,认为在社会主义公有制的基础上,在党的领导下全体劳动人民利益实现了一致。因此,一方面,由国家 and 集体代表个人就可以了,个人没有必要行使自己的权利和实现自己的利益;另一方面,个人加入集体以后,就成为集体的组成部分,不再有个人利益,也就不存在因追求个人利益而损害国家和集体利益的问题。在法人与其职务的担纲者之间的关系上,这一假设体现为“人格吸收理论”,即在行为人与其所属单位或组织之间,从第三人的角度观察,就与第三人的关系而言,行为人的人格已经为单位或组织的法人人格所吸收,其独立性不复存在,不再是独立的主体,进而执行法人职务之际,就其对第三人实施的行为而言,该行为人作为法人的组成部分,而非独立的人存在,并不具有独立的意思,更不存在限制其职权的问题,无论是法律行为、事实行为或侵权行为,逻辑上均为法人的行为,法定代表人等法人职务的担纲者不能因此享有权利、负担义务、承担责任,也不会存在损害法人利益的问题。

但个人的利己本性是一切社会关系形成和展开的人性基础,个人加入法人并没有改变他是一个独立的人这一事实,法定代表人的担纲者尽管担任了法人的职务,他还是具有独立于法人的、自己的利益和意志,最大化自己的利益依然是其行为的首要动机。不论道德哲学家们或政治哲学家们如何为了公益而干预我们,或是企图改变我们行为的经常途径,那都是徒劳无益的。如果他们计划的成功依靠于他们在改正人类的自私和忘恩负义方面的成功,那么除非有全能的上帝加以协助,他们将不能前进一步,因为只有全能者能够重新改造人类心灵,而在那些根本之点方面改变心灵的性质。^④梁溯溟先生关于民国元年公布的临时约法未得到有效实行的反思足可背书这一论断,梁先生指出“约法之破坏,在一般人视为出乎意料之外,而在我则视为并非意外之事,应该认那最初草定临时约法者自己错误了。因为他们看着社会如白纸一般,看社会中人软面条无异,可以任凭染色,任凭改变;欲红则红,欲绿则绿;欲长则长,欲短则短。而不知事实上所诏示于吾人者,乃大谬不然。”^⑤基于利益一致性假设,法定代表人制度将法人的意思决定与表达绑定于法定代表人的担纲者,由于对个人利己本性的误判,实践中,随着市场主体的法律地位不再受制于所有制形态,而是取决于组织形式,法定代表人这种以国营(有)企业与政府关系为背景设计的制度,不仅没能实现服务国营(有)企业改革的制度目标,反而阻碍着现代化企业治理制度的落实。该制度招致的弊端多多。第一,“独任代表制”容易诱发法定代表人滥用权力。愈

①方流芳《国企法定代表人的法律地位、权力和利益冲突》,载《比较法研究》1999年第3、4期。

②传统大陆法系国家和地区的法人代表制度虽然也包含代表人资格法定的内容,但该代表人的职权仅在于对外代表法人表达和受领意思表示,且其职权可以以章程加以限制。这一功能载荷成为法人代表制度立法设计的圭臬,如德国《民法典》第26条规定“董事会在裁判上和裁判外代表社团;董事会具有法定代理人的地位。代理权的范围可以以具有对第三人效力章程加以限制。”该法典第86条规定,第26条之规定适用于财团法人。本条虽然属于社团部分,但实为法人制度之通则(参见《德国民法典》,陈卫佐译,法律出版社第2015年版,第12页、第28页)。《瑞士民法典》第55条规定:“(1)法人的意思,由其机关表示。(2)法人对其机关的法律行为及其他行为承担责任。(3)行为人有过错时,行为人另负个人责任。”(参见殷生根、王燕《瑞士民法典》,中国政法大学出版社1999年版,第18页)。我国台湾地区现行“民法”第27条规定“董事就法人一切事务,对外代表法人。董事有数人者,除章程另有规定外,各董事均得代表法人。”可见,这些国家和地区的法人代表制度不及于法人的意思决定,仅着眼于法人与第三人间的关系,其有效射程仅为法人的意思表示,强调法人代表的担纲者享有对外代表法人的概括授权,以便于法人实施民事活动和诉讼行为。这与我国法定代表人集意思决定和意思表示于一身,并垄断意思表示的立法选择判然有别。

③参见石慧荣《法人代表制度研究》,载《现代法学》1996年第4期。

④参见[英]休谟《人性论》,关文运译,商务印书馆1980年版,第561页。

⑤梁漱溟《梁溯溟自述》,当代中国出版社2012年版,第37-38页。

演愈烈的“僭主现象”得不到有效遏制,法人因此蒙受的损失无法得到应有的赔偿。^①第二,“独任代表制”不利于明确法人代表(理)的责任。该制度的在先约束以及制度的联动效应抑制了相关法人制度的选择空间,法人制度无法再容纳法定代表人的义务与责任等应对因法定代表人担纲者与法人间利益冲突而招致的“代理问题”的相关制度安排。第三,“独任代表制”只适用于民事活动比较简单的法人,与代表及代理的法理不相匹配^②,不利于交易的迅捷,也不利于维护交易安全。

二、“独任代表制”法定代表人制度的实践调适

“独任代表制”的诸多困境构成了学界反思这一制度的焦点,甚至出现了“废除论”的主张。^③面对这些困境,我国的法律实践和商业实践也不断做出适应性调适。

(一) 法律实践对“独任代表制”的渐行渐远

“签字”是自然人代表法人进行民事活动时的表意形式,文意上,“签字人”可以有两种解释:采“独任代表制”场合,意指唯一有权代表法人对外签字之人;采“个人代表制”场合,则指有权代表法人对外签字者之一。《企业法人登记管理条例》及其施行细则虽然赋予了法定代表人“签字人”的法律地位,但这种赋权并非垄断性的。只是《企业法人的法定代表人审批条件和登记管理暂行规定》明确了法定代表人对签字权的排他性享有,但该暂行规定已被《企业法人法定代表人登记管理规定》(1998年2月22日国务院批准,1998年4月7日国家工商行政管理局令第85号发布)废止,上述赋予法定代表人垄断签字人地位的第6条并未被后者延续,这体现了“立法者代替当事人安排公司(法人)控管结构”的立法选择渐趋式微。^④虽然法律仍将众多职权赋予法定代表人,但至少意味着“独任代表制”已不再天经地义,法定代表人对法人意思表达的垄断完全可以有所松动。法定代表人当然地有权代表法人进行意思表示,但是并不排除其他人为履行职务,代表法人对外表达意思。

此外,我国1979年《民事诉讼法》第48条规定:“……法人由其法定代表人进行诉讼。”该法几经修订,本条内容一直没有变动,这意味着法人诉权的行使也由法定代表人“垄断”。这种状况因2005年《公司法》的修订得到了根本改观,此次修法引入了派生诉讼制度^⑤,“派生诉讼中,股东本质上是取代法定代表人的地位而行使公司的诉权”。^⑥该制度的功能是在公司机关拒绝或怠于行使公司诉权场合,解决代表公司者缺位的问题,这意味着法定代表人不再是公司诉权的垄断行使者,而只是该权利的当然行使者。在法定代表人违背公司意思而怠于提起诉讼场合,适格股东可以行使公司诉权,代表公司提起诉讼。

(二) 商业实践对“独任代表制”的缓和

在交易安全和效率的推动下,商事实践不断突破法定代表人对法人意思决定和意思表达的垄断。

1. 多人代表制对代表权的分散。法定代表人被定位为签字人,法人的大量业务都需要其签字,方能实施,必然导致法定代表人的担纲者分身乏术,难以应付。即使2005年《公司法》扩大了法定代表人任职人员范围,仍未从根本上改变“独任代表制”的制度安排。但在商事实践中,很多公司同时赋予其董事长、执行董事和总经理长期代表公司之权,公司也承认其所为法律行为的效力。^⑦

2. 法人印章的广泛使用。“在笔迹鉴定技术不发达的时代,印章的制造工艺比较复杂,有时又可以附带一些外人难以发现的暗记,比签名更有利于防伪。”^⑧无论中外,商业交往中都有使用印章悠长的历史。时过境迁,如今在西方以签名认证意思表示已经成为商业交往的主流,印章则逐步淡出商业实践。中国却反其道而行之,印章依然是认证法人意思表示的主要方式,司法实践也将加盖公章作为确证法人

^①参见蔡立东《论法人行为能力制度的更生》,载《中外法学》2014年第6期。

^②参见李建华等《法人代表制度三题》,载《河南省政法管理干部学院学报》2001年第2期。

^③参见杨继《中国股份公司法定代表人制度的存废》,载《现代法学》2004年第6期。

^④参见方流芳《国企法定代表人的法律地位、权力和利益冲突》,载《比较法研究》1999年第3、4期。

^⑤参见2005年《公司法》第152条规定。

^⑥钱玉林《论股东代表诉讼中公司的地位——法制史的观察与当代的实践》,载《清华法学》2011年第2期。

^⑦同^③。

^⑧杨继《中国股份公司法定代表人制度的存废》,载《现代法学》2004年第6期。

意思的充分证据。^①

(1) 法定代表人名章。即使他人经授权代法定代表人的担纲者签字,如果与登记或预留在行政机关、银行和交易相对方的签字明显不符,相对人无法确证此种签字的效力,必然对法人行为的有效性产生合理怀疑。而无论谁经授权,使用法定代表人的名章,在外观上均与法定代表人担纲者的使用别无二致,可以排除相对人的合理怀疑,相对人信赖也受到法律保护,不因表达方式导致法律行为效力瑕疵。

(2) 法人公章。在我国,法人公章一直被视为法人的象征,与法人的存续共始终。^②法人只有经核准登记注册后才能刻制印章,一旦注销登记,则由登记主管机关收缴公章。^③实践中,公章的对外公信力强于法定代表人的签字,往往是有印章无签名的文件被视为有效,有签名无印章的文件的效力受到怀疑。国人对公章的膜拜,也获得了相关立法的支持。在立法上,公章的效力模式有二:一是单独模式,即加盖企业法人公章的文件便可拘束法人,无需法定代表人签字,二者效力成并列关系;^④二是共同模式,即需要同时加盖公章与法定代表人签章才能代表法人的模式。^⑤

不仅如此,法人特定用途印章的对外效力也获得了普遍认可。法人获得营业执照后,可以刻制公章、合同专用章和财务专用章,并在工商行政管理部门备案。以法人出具商业汇票的行为为例,财务专用章的法律效力获得了行政机关和司法机关的认可,与法人公章具有同等的功能。^⑥作为认证法人特定意思表达行为的方式,这些印章均冠以法人名称,在相关事项上概括地表征法人的表意行为。

公章效力的强化不仅是对“独任代表制”与商业实践需要之背离的适应性反应,更可以在中国长期以来的集体主义传统中找到渊源。新中国成立至改革开放前,国人一直被绑定在集体生活中,脱离了集体和组织任何人都难以生存,集体也包办了从出生到死亡的所有事项,国人无论到了哪里、遇到什么事情也习惯于“找组织”,人们对于集体有相当高的认可度,也对组织产生了天然的信赖。即使是改革开放之后,个人的主体性得到认可和提升,但是集体、组织仍然给人先天性的“信赖”和“安全感”,曾经的“皮包公司”为迎合国人的集体主义心理往往都将企业冠以“国际”“中国”“中华”等炫目的大名头。^⑦

①最高人民法院在(2012)民提字第156号民事判决书中认定“担保债权人基于对担保人法定代表人身份、公司法人印章真实性的信赖,基于担保人提供的股东会担保决议盖有担保人公司真实印章的事实,完全有理由相信该《股东会担保决议》的真实性,无需也不可能进一步鉴别担保人提供的《股东会担保决议》的真伪。因此,招行东港支行在接受作为非上市公司的振邦股份公司为其股东提供担保过程中,已尽到合理的审查义务,主观上构成善意。”详见《最高人民法院公报》2015年第2期。

②事实上,在现代社会中,印章的伪造并不复杂,相反对法定代表人亲笔签名的伪造在发达的鉴定技术面前很容易被识破。而且,中国流行的这种独特的印章商业文化和国际惯例不符,容易在国际商业往来中造成不便。此外,从法理上分析,这种印章文化于法无据,尤其是在缺乏印章的情况下,有法定代表人亲笔签名亦归于无效的做法,实际上已经违背了《公司法》对单一(独任)法定代表人制度的规定。参见杨继《中国股份公司法定代表人制度的存废》,载《现代法学》2004年第6期。

③《企业法人登记管理条例》第16条规定“申请企业法人开业登记的单位,经登记主管机关核准登记注册,领取《企业法人营业执照》后,企业即告成立。企业法人凭据《企业法人营业执照》可以刻制公章、开立银行账户、签订合同,进行经营活动。”第21条规定“企业法人办理注销登记,应当提交法定代表人签署的申请注销登记报告、主管部门或者审批机关的批准文件、清理债务完结的证明或者清算组织负责清理债权债务的文件。经登记主管机关核准后,收缴《企业法人营业执照》、《企业法人营业执照》副本,收缴公章,并将注销登记情况告知其开户银行。”

④《企业法人的法定代表人审批条件和登记管理暂行规定》(已失效)第5条规定“法定代表人的签字应向登记主管机关备案。法定代表人签署的文件或加盖企业法人公章的文件均是代表企业法人的法律文书。”

⑤《票据法》第7条第2款规定“法人和其他使用票据的单位在票据上的签章,为该法人或者该单位的盖章加其法定代表人或者其授权的代理人的签章。”

⑥《票据管理实施办法》第14条规定“商业汇票上的出票人的签章,为该单位的财务专用章或者公章加其法定代表人或者其授权的代理人的签名或者盖章。”《最高人民法院关于审理票据纠纷案件若干问题的规定》(法释[2000]32号)第41条规定“票据出票人在票据上的签章上不符合票据法以及下述规定的,该签章不具有票据法上的效力:(一)商业汇票上的出票人的签章,为该法人或者该单位的财务专用章或者公章加其法定代表人、单位负责人或者其授权的代理人的签名或者盖章;(二)银行汇票上的出票人的签章和银行承兑汇票的承兑人的签章,为该银行汇票专用章加其法定代表人或者其授权的代理人的签名或者盖章;(三)银行本票上的出票人的签章,为该银行的本票专用章加其法定代表人或者其授权的代理人的签名或者盖章;(四)支票上的出票人的签章,出票人为单位的,为与该单位在银行预留签章一致的财务专用章或者公章加其法定代表人或者其授权的代理人的签名或者盖章;出票人为个人的,为与该个人在银行预留签章一致的签名或者盖章。”

⑦为纠正由此带来的经济秩序混乱,《企业名称登记管理规定》第13条规定,“下列企业,可以申请在企业名称中使用‘中国’、‘中华’或者冠以‘国际’字样:(一)全国性公司;(二)国务院或其授权的机关批准的大型进出口企业;(三)国务院或其授权的机关批准的大型企业集团;(四)国家工商行政管理局规定的其他企业。”

3. 法人特别代表和法人业务代理的广泛实践。法人的职能部门在其职能范围内对法人享有特别代表权。法人的财务专用章往往是由法人财务部门保管、使用。例如,与银行和其他民事主体的资金往来和结算,并不需要获得法定代表人的特别授权,财务部门的代理权源于相关法律文件、法人章程和商业习惯。^①这种财务事项的概括授权与德国的特别代理人制度的意旨极为相符。《德国民法典》第30条规定“章程可以规定:除董事会以外,须就特定事务选任特别代理人。有疑义时,特别代理人的代理权,及于分派给他的业务范围惯常所引起的一切法律行为。”^②

法人分支机构在其业务范围内对法人享有特别代表权。以企业法人的分支机构(分公司)为例,分公司虽然是不具有独立的法人资格,为总公司的组成部分,但“其经合法设立,能领取自己的营业执照,以自己的名义开展总公司营业范围内的商业活动,并以自己的名义参与诉讼活动,因而从一定意义上讲,分公司即是总公司的不独立的当然代理人,或者说是机构代理人”。^③分公司对总公司的代表权既来自于法律制度的规定,也来源于总公司的授权,无论授权与否,分公司行为的法律后果最终要由总公司承担。即使分公司的某一业务活动超越了总公司的授权范围,其民事活动招致的义务、责任,除非相对人对分公司违背总公司授权存在恶意,总公司不得以未授权为由对抗相对人的权利主张。

法人雇员享有业务代理权。就法人的意思表示,无论采取何种代表机制,都不能排除法人雇员的业务代理权,法人的雇员无需法人的特别授权,就其业务执行应有相应的代理权。正如王泽鉴教授所言“法人亦得有代理人,如百货公司的店员,其以法人(本人)名义所为法律行为(如买卖),直接归于本人。”^④

“独任代表制”虽赋予法定代表人职务的担纲者垄断法人意思表示之权,但制度的实践如果真的一如其文本,一切法人对外事务均须法定代表人亲力亲为,就无法解释以法人为组织形式的单位或团体如何运转至今。在硬邦邦的人性和商事实践需要面前,纸面上的法定代表人“独任代表制”在实践中被撞得几近头破血流,并已经被迫作出适应性调整。但纸面上的制度与实践中的张力毕竟增加了制度适用的变数,削减了通过制度建立秩序的效能。面对商事实践的需求和人性的顽强有力,《民法总则》顺势而为,总结、提炼、开发了新的技术,拓展了法定代表人制度的制度容量。

三、《民法总则》再造法定代表人法律地位的技术支点

《民法通则》的相关制度安排及其实践,一方面构成了《民法总则》可以利用的宝贵财富,另一方面则是我们不易或不应摆脱的依赖性路径。无论如何,对一个在我国已经实施了三十多年的民事基本法,我们不能、也不应采取虚无主义的态度,毕竟它隐藏着我们这个民族最深层次的智慧,也曾经、并将继续不断塑造着中国“集体潜意识”的深层结构,可以成为《民法总则》相关制度迅速取得合法性的支撑。以《民法通则》为基础,重视商业智慧对立法的适应性调适,以下几方面成为诠释《民法总则》中法定代表人法律地位的崭新起点。

第一,法人制度问题意识的转换。随着社会主义市场经济体制的确立,法人制度的问题意识不再被锁定于推进国有(营)企业改革,而是聚焦于个体组成法人所衍生的问题,立足于私法逻辑,以个体互动为分析基点,以个体权利为核心关切,以个体目的实现为评价标准,回归团体法规则所蕴含的三重维度:即加入法人之个体间的关系、个体与法人的关系、法人与他人及国家的关系。面对的主要问题是:法人的类型、法人的意思决定与表达程序、法人利益的分享条件和程序、法人内部异质性利益冲突的裁断。相应地,法定代表人制度的目的也不再是实现“两权分离”和“扩大企业自主权”,而是以对人性合理假设为前提,回应商事实践的现实需求,合理安排各当事方的权利、义务与责任,提高法人民事活动的效率,保障交易安全,并为裁断可能出现之纠纷提供判准。

第二,法人制度技术品位的提升。法人制度发展到今天,民事单行法与基本法的分工已经形成,民

^①参见甘培忠《公司代理制度论略》,载《中国法学》1997年第6期。

^②陈卫佐《德国民法典》,法律出版社2015年版,第13-14页。

^③甘培忠《公司代理制度论略》,载《中国法学》1997年第6期。

^④王泽鉴《民法总则》,中国政法大学出版社2009年版,第132页。

事基本法只需解决权利主体资格问题,没有必要一揽子地解决法人内部权力分配等法人治理问题,以单行法完成法人控制权和收益权的分配更为有利。立法已经储备了相当的资源,实现意思决定与意思表示的区分,此种区分也已经得到司法实践的接受。“在我国,法人的意思决定机关一般为成员大会或理(董)事会,意思表示机关则为法人的法定代表人及其他有代表权或代理权的人。意思决定与意思表示的事实性分离构成了区别于自然人的法人行为机制,这意味着可以对法人的意思决定与意思表示进行分别的规制。”^①其中,法人意思决定机制由法人治理以及行为能力制度担纲,而法人意思表示机制的运行则应该依赖于法定代表人制度及代理制度。因此,对法定代表人制度的设计应聚焦法人意思表示机制的构造。

第三,法定代表人制度功能的纯化。随着我国现代企业制度的逐步完善,法人的意思决定主要由出资者构成的权力机关及其委任的集体担纲,法定代表人已恢复其本来职能,在当然的“意思表示机关”之外,已无其他特殊的法律地位,至少不再是法人对内、对外权力的“垄断者”,而其去留也由法人的权力机关决定。^②由于法人印章的广泛使用、法人特别代表和法人业务代理的广泛实践,法定代表人已经不再垄断法人意思表示之责。解除法定代表人对法人意思表示的垄断,该制度的主题则转换为应对法定代表人实施越权行为,即法人意思决定与意思表示不一致场合招致的相关问题。

学界过往关注于“代表说”(“机构说”)与“代理说”的争论以及其背后的关于法人本质的“法人实在说”和“法人拟制说”的讨论。^③“实在说”“拟制说”和“否定说”等关于法人本质探讨的问题意识在于法人主体资格之有无及其正当性基础,由此解决的也是法人是否能够对其行为负责,“无法回应法人意思与其表达不一致时所引发的民事法律行为效力问题”。^④以区分法人之意思决定与意思表示为前提,法人的意思表示机制存在法人代表和法人代理的区分,而且二者共同担纲法人的意思表示获得商事实践和司法机关的认可。一般认为,孤立地看,代表与代理功能一致,但构造殊殊,二者的主要区别有二:(1)代表与法人系一个权利主体间的关系,代表人以法人名义所为之行为,系属本人(法人)的行为;代理人与本人则是两个权利主体间的关系,代理人系自为意思表示,而其效果归属于本人;(2)代表除法律行为外,兼及事实行为及侵权行为;代理限于法律行为。^⑤

如果从法人意思决定和意思表示相区分,或者说法人的内部与外部相区分的视角观察,代表与代理在构造上的区分及其实际的规范意义完全可以化约,通过代理的机制实现。法定代表人的对外代表法人之权力区别于法人特别代表、法人代理的特点在于:法定代表人的代表权是基于其法定职位而产生的、当然的、概括性的、原则上不受限制的对外代表法人的权力。就法定代表人所为的意思表达而言,相对方享有最强的信赖保护。其他代表人、代理人之代理权的范围则相对具体、确定,如法人之财务部门的担纲者只享有与法人之财务职能有关的相应代表权。而除法律规定外,法定代表人的业务执行权,无论是否受到限制、受到的何种限制(公司章程、董事会决议等)都是法人的内部事务,属于法人的意思形成与决定的范畴,对于相对方认知法人的意思表示并无直接的意义。对于相对人而言,法定代表人作为法人意思的表达机关(业务执行机关)应享有代表法人实施旨在实现其经营目的之一切行为的代表权。正是基于此,《民法总则》第61条规定,“依照法律或者法人章程的规定,代表法人从事民事活动的负责人,为法人的法定代表人。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。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。”

①蔡立东《论法人行为能力制度的更生》,载《中外法学》2014年第6期。

②《上海市高级人民法院关于商事案件中如何处理公司意志代表权问题的解答》强调,根据《公司法》第13条、第37条、第38条的规定,股东会选任新的法定代表人后,原法定代表人不认可该股东会决议,并拒绝办理工商变更和移交手续,导致工商登记与股东会选任的法定代表人非同一人时,作为公司权力机构的股东会有权变更法定代表人,故应以选举新法定代表人的有效股东会决议为准,新的法定代表人是公司诉讼代表人。

③参见马骏驹《法人制度的基本理论和立法问题之探讨(中)》,载《法学评论》2004年第5期。

④同①。

⑤参见王泽鉴《民法总则》,北京大学出版社2009年版,第352页。

四、法定代表人法律地位的再厘定

为使公司(法人)成为自愿交易当事方而实施的任何具体行为都是由自然人以公司(法人)的名义完成的。^①“当言说法人的行为和不行为时,一定是相关自然人的行为和不行为。唯一的问题是确认这些人的行为和不行为的特殊性,说明为什么这些人的行为和不行为要被解释成作为法人行为或不行为。”^②法定代表人制度由内转向外之后,其规范的重点转换为法人承受法定代表人担纲者行为之后果的机制。以法人意思决定与意思表示相区分为制度平台,法定代表人的法律地位应通过对代理机制的调适,在交易的迅捷与安全中寻找平衡。具体到《民法总则》,其中的问题点已经转换为:法定代表人的法律地位及因法人意思决定与意思表示不一致而生之“越权行为”对法人的拘束力。

法定代表人的法律地位及其行为产生拘束法人之法律后果的理据并未形成定于一尊的结论。“特殊代理说”认为,代表为一种“特殊的代理”,由此,法定代表人的“越权行为”应适用代理法规范^③,可以用类比“表见代理”的“表见代表”来应对此问题,并以此为《合同法》第50条的理论根据。^④其理据主要有:一是表见代表是表见代理或外观主义原则在法人中的运用;^⑤二是法定代表人的越权行为准用表见代理的规定。^⑥“独立机制说”则认为,首先,应该区分“准用或适用表见代理的规定”与“作出单独规定”,由于合同法从“试拟稿”到“草案”,立法者始终采取了单独规制越权行为的做法,所以所谓“准用表见代理的规定”的观点实质上指以表见代理制度的善意保护思想独立构造越权代表制度;^⑦其次,独立构造越权代表制度不是依据表见理论(权利外观理论)而是根据法人内部关系与外部关系的区分理论进行构造的结果。^⑧

立基于制度的技术构成,《民法总则》采“特殊代理说”构造法人与法定代表人的关系。通说认为,相对人如果欲以表见代理的规定要求被代理人承受合同,至少须提出如下证明:无权代理人有被授予代理权的外表,其有正当理由相信无权代理人有代理权,其基于信赖与无权代理人订立了合同。^⑨依此,完全可以解释《民法总则》第61条,法定代表人为代表法人从事民事活动的负责人,因其职位而拥有被授予代理权的外表,相对方也有正当理由相信法定代表人有代理权,其基于信赖与法定代表人订立合同,则该行为有效,行为结果自然为法人承受。只有在相对方明知代表人越权时,法人才有权就行为结果归属进行抗辩。因此,完全可以用此代理逻辑来解释代表权的产生。

但法定代表人的代理权还是区别于其他人的代理权,其基于其职位而当然的获得,无需任何其他权利外观,概括的享有以法人之民事行为能力行事的权力,原则上不受限制,因此,被名之为“代表权”。代理权则一般需要职位以外的权利外观(如授权书、盖有公司印章的合同)、且权限内容特定。即使对代理权限没有特别限定的所谓“全权代理”,虽然从字面上可解释为授予代理人为本人利益而为所有行为的权限,但实质上往往是在一定范围内的概括授权,如进行交易、诉讼等等。为了保护本人的利益,一般也可将此授权作为代理权范围不明,代理人只能实施管理行为,不能实施改变代理标的物 and 权利之性质的行为;^⑩法定代表人的“代表权”的射程则是法人在民事行为能力之内可为之任何事,改变代理标的物 and 权利之性质往往是法人意图所在。因此,两种权利并不完全相同。

在“特殊代理说”的逻辑下,法定代表人法律地位引发的核心问题乃在于越权行为效果的归属。越

①Derek French, Stephen Mayson & Christopher Ryan, Mayson, French & Ryan on Company Law, Oxford University Press, 2011, p.612.

②[奥]凯尔森《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,商务印书馆2013年版,第157页。

③参见蔡立东、孙发《重估“代表说”》,载《法制与社会发展》2000年第6期。

④参见李建华、许中缘《表见代表及其适用》,载《法律科学》2000年第6期。

⑤参见董俊峰《董事越权代表公司法律问题研究》,载《中外法学》1997年第1期;张学文《董事越权代表公司法律问题研究》,载《中国法学》2000年第3期。

⑥参见梁慧星《关于中国统一合同法草案第三稿》,载梁慧星主编《民商法论丛(第7卷)》,法律出版社1997年版,第721页。

⑦参见朱广新《法定代表人的越权代表行为》,载《中外法学》2012年第3期。

⑧同⑥。

⑨参见梁慧星《民法总论》,法律出版社2007年版,第129-130页;王泽鉴《民法总论》,北京大学出版社2009年版,第370页。

⑩参见[日]山本敬三《民法讲义I》,解亘译,北京大学出版社2012年版,第365页。

权行为可分为三种情况:超越法人目的限制的行为、超越法人章程限制的行为、超越法律限制的行为。

(一) 超越法人目的限制的行为

法人目的与经营范围不同,经营范围原本为国家管控企业法人的机制,而非营利性法人无涉。我国当前实行市场化的企业制度,对经营范围实行负面清单式的管制,除法律规定必须获得许可的项目,法人皆可经营。原则上,超越经营范围并不影响法定代表人代表法人所为行为的结果归属于法人。但经营范围仍为章程的必备条款,超越经营范围可能同时构成违反章程,应按违反章程分别探究其效力。

法人目的是设立人为法人设定的追求和目标,法人可以实施为实现目的直接或间接必要的行为,对营利法人来说,实际上就等于没有限制。^①就营利法人而言,几乎不存在法定代表人超越法人目的的行为,至多存在法定代表人滥用代表权的现象,因此,也不存在单纯超越法人目的,而影响法定代表人代理行为效力的问题。就非营利法人而言,其目的范围的判断要严格的,不能对目的进行扩大解释。法人目的可以限制法定代表人的代表权,应结合对第三人的信赖保护,决定法定代表人行为后果的归属。

(二) 超越法人章程限制的行为

关于章程对法定代表人代表权的限制的效力,《民法总则》第61条与《日本民法典》第54条的规定^②类似,即法人章程或者法人权力机构对法定代表人代表权的限制,不得对抗善意第三人。如何理解其宗旨以及分配证明责任则可能出现“善意人保护说”和“限制主张要件说”的分野。^③

“善意人保护说”主张,本条旨在保护不知晓法定代表人的代表权受到限制的善意第三人。由于法律规定代表人拥有实施与法人“业务有关的一切诉讼上以及诉讼外之行为的权限”,因此要求相对人个别调查其代理权是否存在限制是不妥当的,为了保护善意第三人,此时无须追问有无“正当理由”。^④但这同时意味着,在相对人主张法定代表人行为的效果归属于法人场合,法人证明代表人权限存在限制,相对人则需举证自己为善意,才能受到该条的保护。若相对人知悉法人的某项事务需要履行章程规定的决议程序或需要有权力机构的决定等限制时,则会因其为恶意而不受保护。这无疑增加了相对人的负担,不利于交易安全的保护。“善意人保护说”也会导致这样的悖论,连章程对代表人的限制都不知道、不注意的人会得到保护,而在谨慎地作调查之后误以为以上要件满足的相对方则不受保护。^⑤

“限制主张要件说”认为,就法定代表人违反章程的行为,仅在相对人明知该限制场合,才构成无权代理,即章程对代表权的限制只能向恶意第三人主张。若相对人主张法定代表人行为的效果归属于法人,法人不仅需要主张并证明代表人无代表权,还要举证代表人就存在恶意。^⑥“限制主张要件说”与法人意思决定与意思表示相区分的理论逻辑一致,以承认代表人基于职位原则上享有区别于一般代理权的当然的、概括的、不受限制的代表权为前提,从法人外部视角观察,基于法定代表人的身份,相对人有理由信赖其有代表法人行事之权。法人唯有能够证明相对人明知法定代表人之代表权受章程限制,才能阻却向其归属法定代表人行为的结果。如此,就解除了相对人对法定代表人的代表权是否受章程或权力机构限制的调查义务,相对人对此不进行任何调查,也不构成恶意。该说能够有效保护信赖法定代表人代表权的善意第三人,也可以弥补“善意人保护说”解释力的不足。

此外,“限制主张要件说”也符合我国商事登记的现实。《公司法》第6条规定“公众可以向公司登记机关申请查询公司登记事项,公司登记机关应当提供查询服务。”但尽管如此,实践中工商行政管理部门基于对公司章程为公司内部文件(常被称作“内档”)的认识,往往为查询章程设置一定的前置条件。第三人查询法人章程一般要委托律师,律师持律师事务所介绍信和律师执业证,才能查询与代理事

^①这些行为包括通常有利于目的实现的行为、维持公司所必要的行为、社会通常观念对公司寄予期待的行为。参见[日]山本敬三《民法讲义I》,解亘译,北京大学出版社2012年版,第390页。

^②《日本民法典》第54条规定“对理事代表权的限制,不得对抗第三人。”参见渠涛编译《最新日本民法》,法律出版社2006年版,第16页。

^③参见[日]山本敬三《民法讲义I》,解亘译,北京大学出版社2012年版,第395页。

^④同^③。

^⑤也有主张,此情况下需要扩张“善意”的射程以容纳此种情形,类推表见代理制度保护相对人。参见[日]山本敬三《民法讲义I》,解亘译,北京大学出版社2012年版,第397页。

^⑥参见[日]山本敬三《民法讲义I》,解亘译,北京大学出版社2012年版,第396页。

项有关的法人登记档案。当事方因诉讼、仲裁等需要查阅法人登记档案的,则需持单位介绍信、本人身份证件(工作证)和法院或仲裁机构的相关证明。法人章程的公开程度也决定了对法定代表人的代表权是否受到章程或权力机构限制,相对人不应负调查义务,法人不得据此对法定代表人行为后果的归属进行抗辩。

(三) 超越法律限制的行为

“根据法治国家原则,国家组织和公法人在法律或章程确定的任务范围内工作。国家机关和公法人的私法上的权利能力(法律上的行为能力)因而原则上受到限制。”^①法律和行政法规对法定代表人代表权的限制自然应为相对人明知,相对人不能就此主张信赖保护,法定代表人超越法定权限的行为原则上不能归属于法人。与此相对,司法实践对《公司法》第16条的适用则在信赖保护方面则走得过远。^②

结语

作为经济体制改革、特别是国有(营)企业改革的产物,“独任代表制”下法定代表人一度成为法人制度中“罕见的权力怪物”。随着法人制度技术品位的提升,意思决定与意思表示相区分已经成为法人治理的基本原理,法定代表人制度尽管可以摆脱被废止的命运,但应向担纲“法人的意思表示”回归。《民法总则》顺势而为,以法人意思决定与意思表示相区分为前提,以代理机制重新厘定了法人与法定代表人的关系。其关于法定代表人法律地位的规定应为缺省性规则和授权性规则,允许法人权力机关依自由意志选出,即通过章程或其他形式对法定代表人的代表权予以限制。与此同时,为善意相对人提供最强的信赖保护。对于法人,法定代表人享有当然的、概括的代理权,相对人对此的合理信赖具有正当性。法人对法定代表人代表权之限制的射程仅当然及于法人的内部关系,作为在法人内部关系中分配主体间权利、义务、责任的依据。在法人与相对人间的外部关系中,法人只有举证证明相对人就此种限制为恶意,才能以此种限制对抗相对人。

Subject: Study on the Legal Status of Legal Representative

Author & unit: CAI Lidong(Law School , Jilin University , Changchun , Jilin 130012 , China)

Abstract: The current legal representative system , as a response to the real needs of the state-owned enterprises reform , is rooted in the assumption of interest consistency. Under the framework of the General Principles of the Civil Law of the People's Republic of China , the legal representative monopolized the power of formulating and expressing the meaning of the legal person , which formed a " sole representative system" with Chinese characteristics , and thus led to the " tyrant phenomenon" and other disadvantages. The newly-promulgated General Provisions of The Civil Law is based on the logic of separating meaning formation and expression of legal person , which redefines the relationship between legal person and legal representative by agency mechanism , confirming the special agent status of the legal representative. Legal person could restrict the representation power of the legal representative through its charter or resolutions of its authority organ , but the law shall provide strongest protection for the third party's legitimate expectation unless the legal person could prove the third party are malicious in this regards.

Key words: sole representative system; special agent; meaning expression

[责任编辑: 满洪杰]

^①Vgl. Hans - Martin Pawlowski , Allgemeiner Teil des BGB: Grundlehren des buergerlichen Rechts , 7. , neubearbeitete Auflage , C. F. Mueller Verlag , Heidelberg , 2003 , S. 405 /406. 转引自朱广新《法定代表人的越权代表行为》载《中外法学》2012年第3期。

^②北京市高级人民法院在(2009)高民终字第1730号判决中认定,2006年10月10日,原告中建材公司与恒通公司《备忘录》,确认截止至2006年9月30日,恒通公司仍欠中建材公司人民币共计18907936.92元。2006年10月19日,被告银大公司向中建材公司出具《承诺书》,承诺为恒通公司对中建材公司全部应偿还债务(包括但不限于本金及违约金、利息、追索债权费用)提供连带责任保证。银大公司原法定代表人何寿山在加盖有银大公司印鉴的承诺书复印件上签字确认。银大公司主张,何寿山无权代表银大公司对外签署担保合同,未经董事会同意,擅自对外提供的担保无效。法院认为,银大公司提供担保的承诺应为有效。理由是:第一,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;第二,公司内部决议程序,不得约束第三人;第三,该条款并非效力性强制性的规定。第四,依据该条款认定担保合同无效,不利于维护合同的稳定和交易的安全。前述最高人民法院(2012)民提字第156号判决再次重申,《公司法》第十六条第二款规定“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。”该条款是关于公司内部控制管理的规定,不应以此作为评价合同效力的依据。