

# 法定代表人的越权代表行为

朱广新\*

**摘要** 在规范法人代表机关或代表人的越权代表行为上,近半个世纪以来,世界各国的立法与学说显现了明确的趋同之势,《合同法》第50条顺应此种趋势确立了代表权对善意相对人不存在任何限制的规则。这一规则的理论基础不是权利外观理论,而是法人内部关系与外部关系的区分理论。由于我国主流学说一直严格区分代表与代理,故第50条因未明确相对人恶意时越权代表应具何种效力,而留下规范漏洞。考虑到代表与代理在形式、效果归属上的高度相似性,可通过类推适用无权代理的规定来填补第50条的缺漏。在具体理解第50条时,法人应限缩解释为企业法人;超越权限亦包括超越经营范围的情形;知道不包括推定知道,应当知道以重大过失地不知予以判断。

**关键词** 越权制度 越权代表 无权代理 效力待定合同

自然人、法人及其他组织是我国民法明确承认的三类民事主体。不同于自然人,法人或其他组织作为一种依法构造的组织体,事实上不能自己行为,须由自然人代为。法人或其他组织的此种行为特性,引发如下法构造问题:何种自然人的何种行为的后果可直接归属于法人或其他组织?该问题不仅攸关法人成员的利益,而且事关交易相对人的法律安全。学说一般将认定何种人的何种行为可归属于他人的规定,称为“归属规范”或“归属规则”。

我国《民法通则》第43条虽然以“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”的规定,明确了何种自然人的行为应由法人承受的问题,但在法定代表人的哪些行为须归属于法人这个更为重要的问题上,明显存在只顾法人成员利益而根本无视相对人交易安全的严重缺陷。<sup>[1]</sup>另外,依有关其他组织的主体性立法来看,惟1997年8月1日起施行的《合伙企业法》(第25、38条)对归属规则作出了专门规定。

\* 中国法学杂志社研究员。

[1] 法解释通常依《民法通则》第42、49条第1项认为,企业法人超出经营范围订立的合同,无效。

《民法通则》及关于其他组织的立法在归属规则上存在的不足或缺漏,被1999年10月1日起施行的《合同法》第50条所弥补或纠正。该条概括地规定:“法人或者其他组织的法定代表人、负责人超越权限订立的合同,除相对人知道或者应当知道其超越权限的以外,该代表行为有效。”相比于《民法通则》,此一规定明显将法律保护的重点转向了交易安全;相较于《合伙企业法》,它确立了可适用于一切可以其他组织相称的归属规则。

本来,只要阐明了何谓“超越权限”、如何判断“知道或者应当知道”、“法人”是否包括一切法人等三个问题,即不难适用第50条。然而,自《合同法》施行十余年来,学界不仅对上述问题存在争议,而且在理解越权代表的效力模式上也产生下列重大分歧:①越权代表构成表见代表时有效,此外为效力待定行为(善意有效、恶意效力待定模式);〔2〕②相对人善意时,越权代表行为有效,恶意时无效(善意有效、恶意无效模式)。〔3〕此种情况充分说明,如何确立其理解基础并由此对相对人恶意时越权代表的规范基础作出合理解释,是解释第50条的关键。为增进共识,提高法律适用的安定性,本文拟以法定代表人的越权代表为对象,从如下方面对第50条作系统研究:①法人之权利义务的归属构造;②越权代表的效力模式与理论依据;③对“法人”、“超越权限”、“知道或应当知道”的具体解释。

## 一、法人之权利义务的归属构造

法人是依法建构的一种“组织”(《民法通则》第36、37条)。法律之所以构建法人,并使之与自然人等量齐观,是因为它在满足自然人的经济或社会追求、促进社会发展上具有巨大优势。相比于自然人,参与经济或社会事务,是法人的立足之本、生命之源,若不如此,法人则“性命”难保。〔4〕

法人尽管属性为“人”,但其现实形态终究只是一种“组织”,因而根本不可能像自然人那样自己行为。因此,迥异于旨在保护未成年人或(成年)精神病人利益的自然人行为能力制度,依法构造法人的行为方式,使其在获得权利能力之时具备参与经济或社会事务的能力,是法人行为能力制度的特色,是法人制度的构造重心。

### (一) 权利义务归属构造的基本问题

在事实上须由自然人代为这一前提下,法人行为方式的法构造问题,其实是何种人以法人名义实施的何种行为应归属于法人。它涉及两个问题:一是何人有资格以法人之名对外实施

〔2〕 参见王利明:《合同法研究》(第1卷),中国人民大学出版社2002年版,页620-627;张学文:“董事越权代表公司法律问题研究”,《中国法学》2000年第3期,页110;曹嘉力:“越权代表行为的法律效力初探——兼评《合同法》第50条”,《当代法学》2002年第9期,页41-42。

〔3〕 参见崔建远:《合同法总论》(上卷),中国人民大学出版社2008年版,页356;胡康生主编:《中华人民共和国合同法释义》(第2版),法律出版社2009年版,页86-87;最高人民法院经济庭编著:《合同法解释与运用》(上),新华出版社1999年版,页214。

〔4〕 《公司登记管理条例》第62条规定:“公司成立后无正当理由超过6个月未开业的,或者开业后自行停业连续6个月以上的,由公司登记机关吊销营业执照。”

行为;二是有资格以法人名义实施行为者与他人实施的所有交易,是否皆应归属于法人。

对于第一个问题,现代世界各国的立法或判例一般认为,社团法人必设董事会或一名营业事务执行人(执行董事),董事会或执行董事以法人名义执行法人的营业事务,即对内实施决策或管理,对外代表法人进行交易。从比较法上看,董事会代表法人实施行为的方式,大致有三种规范模式:一是规定董事有数人者,除章程另有规定外,各董事均得代表法人(如我国台湾地区“民法”第27条第2款);二是规定董事会由数人组成的,社团由董事会成员的多数代表(如《德国民法典》第26条第2款);三是规定只有董事长或经理可以对外代表法人(如我国《公司法》第13条)。

第二个问题因涉及具体行为效果的归属,所以要比第一个问题复杂许多,它实际上是法人之权利义务归属构造的核心。概括地看,该问题主要表现为三种情形:第一,法人的代表人超越法人的经营范围实施的交易,可否归属法人;第二,法人的代表人超越其代表权限实施的行为,可否归属于法人;第三,法人的代表人滥用代表权的行为,可否归属于法人。这些问题的实质,在于如何平衡法人成员利益和交易安全利益之间的冲突。从比较法上看,近半个世纪以来,世界各地在此方面的立法或判例呈现了明显的趋同之势,为更好地阐明我们自己的法律,下面对其他国家立法或学说的趋同状况从法制变迁上作简要分析。

## (二) 权利义务归属构造的规范模式

历史地看,关于法人之权利义务的归属构造问题,两大法系重要国家的民商事立法显现了两种不同的规范模式。

### 1. 区分公司越权与董事超越权限的模式

这是一种长期为英国公司法所采纳,并曾对英联邦诸国、美国公司法,甚至对日本民法典的法人制度产生重要影响,至今仍发挥一定作用的规范模式。其最大特色是,将越权代表区分为公司越权与董事超越权限两种情形,并分别予以规范。

公司越权,通常称作“越权”(ultra vires),指超越公司经营范围的交易,规范公司越权的规则一般称为越权制度;董事超越权限,指董事超越公司宪章对其权限的限制而与第三人实施的行为。由于公司必须经由董事实施行为,所以公司越权实质上也必然表现为董事的行为。尽管如此,受法律传统影响,英美公司法还是在规范方式上对二者作出了区分。

#### (1) 英国公司法

在英国,越权制度由1875年的“黎希案”(Ashtray Railway Carriage and Iron Company Ltd v. Riche)所确立,其内容为:依据公司法(1862年)设立的公司,仅可在公司大纲规定的目标条款内实施交易;凡超越目标条款的交易,不管相对人是善意还是恶意,自始无效,即使全体股东一致追认,也不能例外。由于1857年的“欧内斯特案”(Ernest v. Nicholl)确立了凡与公司交易者应推定知道公司登记文件内容的“推定知道制度”(constructive notice doctrine),且1862年公司法严格限制修改目标条款,所以,越权制度实施不久即显露如下缺陷:公司不能灵活地捕捉其他商业机会;与公司缔结合同的当事人会因未曾阅读公司大纲,或者虽然阅读了但可能未理解它,而遭受不测损害。

随后的几十年间,学说与判例虽然在减少越权制度的弊端上作了种种尝试,但并未取得实

质性成果。这种状况一直持续到1968年欧共体《第一公司法指令》的颁布。为保护交易安全,《第一公司法指令》要求各成员国废除越权制度。1972年欧共体法第9条贯彻了指令的要求,如该条第1款规定:“公司应承受其机关实施的行为,即使这些行为不在公司的目标之内,除非此种行为超越了法律授予或法律允许授予公司机关的权力。”为落实欧共体法,英国公司法进行了多次修订,2006年《公司法》为最新修订成果。

根据2006年公司法,除非公司章程另有特别限制,公司目标不受任何限制(第31条第1款);公司实施的行为的效力,不应当依据公司宪章的规定以缺乏能力为由而受到质疑(第39条第1款)。比较而言,第31条第1款虽使越权制度的根基近乎土崩瓦解,但第39条第1款的变革更为彻底,它消除了任何一方(公司与第三人)以越权为由向对方主张合同无效的权力。过去一直因越权而绝对无效的交易,从此原则上可经追认(ratification)而具有效力。<sup>[5]</sup>不过,这并不意味着,越权制度从此就销声匿迹了,它不仅仍在公司内部发挥作用,而且一如既往地适用于慈善公司和不适用于2006年公司法的其他法人团体。

必须进一步指出的是,在英国普通法上,目标条款不仅用来限制公司的能力,而且用来限制公司代理人的代理权。凡公司无能力实施的行为,公司代理人亦无行为的权限。在此情况下,仅仅改革越权制度并不能确保相对人的交易安全,原因在于,第三人与公司实施的交易虽然不再陷入因公司缺乏能力而被视为无效的危险中,但公司很可能会以超越公司代理人的代理权为借口而阻止此类交易对其发生效力。<sup>[6]</sup>为使交易安全得到切实保护,<sup>[7]</sup>显然需要一并修正董事超越权限的法律规范。

本来,对于董事超越权限实施的交易,当其不应知董事超越权限时,第三人本可依表见权限制度(apparent authority)要求公司承受越权代表的后果。然而,自推定知道制度实行后,被推定知道公司登记文件内容的第三人,事实上很难获得表见权限制度的保护。<sup>[8]</sup>

1972年公司法改革时有人曾提议,把越权和董事超越权合并在一起进行统一规定,但该建议未能付诸实施。1989年公司法修正则采纳了分别规范的模式,2006年公司法基于越权制度应被完全摒弃、董事超越权限的相关规定应继续对未善意行为的第三人发挥作用的考虑,沿用了1989年的分别规范模式。

董事超越权限的规则主要体现在2006公司法第40条。该条第1款规定,为有利于善意

[5] See Danny Busch, Laura J. Macgregor (ed.), *The Unauthorised Agency: Perspective from European and Comparative Law*, Cambridge University Press, 2009, p. 211.

[6] See Gower and Davies' *Principles of Modern Company Law*, 7<sup>th</sup> edition, London - Sweet & Maxwell, 2003, pp. 142 - 143.

[7] 欧共体第一号指令第9条第2款规定,“法律或公司有权机关的决议对公司机关权力的限制,即使已经公开,从不用来对抗第三人。”

[8] 1856年的“特宽德案”(Royal British Bank v. Turquand)确立的“内部管理规则”虽然舒缓了推定知道制度的严苛性,但并没有完全改变第三人的被动地位。“内部管理规则”也称为“特宽德规则”,其大意为,与公司交易者有权推定,如具体情况不足以使其进行调查,公司章程要求的所有内部管理和程序事项应被认为已得到合理遵守。

与公司交易的人,董事约束公司或授权他人这样做的权力,应视为不受公司宪章的任何限制。该条第2款第2项以交易相对人为对象确立了三项规则:第一,无义务调查董事约束公司或授权他人约束公司的权力,是否存在任何限制;第二,被推定以善意行事,除非存在相反证据;第三,不能仅仅因为其知道行为超越了宪章规定的董事权力,就被视为恶意行事。对于上述规定,有著述认为,“这三项规定的累积效果是,除非公司能够证明,其具有某种欺诈意图,相对人将受到第40条的保护。”<sup>[9]</sup>另有著述认为,“根据此种方法,第三人地位的学说分析,从调查第三人多大程度上知道董事已经超越了权限,转向了分析在董事超越其权限方面第三人参与董事违反义务的程度。”<sup>[10]</sup>不管如何对待这些解释意见,第40条前两款明白无误地告诉人们:董事超越权限的行为原则上是一种有效交易,除非公司能够证明相对人在交易之时存在恶意。根据英国一般代理法的规定,当公司能够证明相对人是恶意行事时,越权代表的交易并非绝对、自始无效,而是一种可由公司加以追认的行为。

像前述第39条第1款关于越权制度的变革那样,第40条旨在解决公司对外交易中的交易安全保护问题,它既不影响公司成员制止董事实施越权行为的任何权利,又不影响董事因超越权限而对公司所负损害赔偿义务。

## (2) 美国公司法

受英国法的影响,19世纪的美国公司法亦采纳了越权制度。<sup>[11]</sup>大约在20世纪到来之际,为加强对交易安全的保护,美国一些州法院开始考虑在如下两方面修正越权制度:一是灵活解释公司章程,承认合理附随于主营业事务的交易行为;二是以禁反悔制度限制越权制度的适用范围,只有待履行的交易才允许适用越权制度。

与此同时,州立法机关也积极谋求公司法的修订,以允许公司章程规定内容广泛的公司目的和实际上能涵盖任何一个商业交易的公司权力。之后,许多州立法机关通过了授权一般条款和规定无限权力的公司法。2002年《美国示范商事公司法》总结越权制度的改革成果,不仅规定(第3.01条第1款、第3.02条),除非公司章程另有特别规定,公司具有从事任何合法经营的目的和享有从事任何合法交易的权力;而且规定(第3.04条),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。

根据官方评论,<sup>[12]</sup>公司章程中的一项限制不管是为了限制经营目的还是旨在限制公司的权力,同样适用于第3.04条。如果是合同行为,不管合同的履行程度(无论是待履行合同,还是已部分或全部履行的合同),均可适用。但是,第3.04条不规范公司代理人超越权限对外

[9] Andrew Burrows(ed.), *English Private Law*, Second Edition, Oxford University Press, 2007, p. 180.

[10] Gower and Davies' *Principles of Modern Company Law*, 见前注[6], 页148.

[11] “只要交易超越了公司有限的目的和权力,合同当事人任何一方皆可取消交易,即使一方当事人已履行了部分或全部义务。法院狭义地解释目的和权力条款,只要交易无利可图,越权制度就会引诱当事人逃避已作出的承诺。”Lewis D. Solomon, Alan R. Palmiter, *Corporations*, 3<sup>rd</sup> edition, Aspen Law & Business, 1999, p. 45.

[12] See American Bar Association, *Model Business Corporation Act Annotated: Official Text with Official Comments and Statutory Cross - references*, 2005, pp. 3 - 12/3 - 13.

实施行为的问题。公司是否受这种行为的约束取决于代理法。

如果公司章程对其经营目的作了特别限制,为保护由此种限制引起的期待,《美国示范商事公司法》规定了三种例外措施。总之,经过许多年的持续改革,越权制度已变为约束公司董事或高级官员的一种内部规则。

## 2. 区分越权与董事超越权限的规范模式

此种立法的范式是德国法,日本民法经由解释最终也采纳了此种模式。

### (1) 德国民法

德国学者汉斯-马丁·帕夫洛夫斯基教授对比越权制度在英、德两国的适用情况后指出:

根据德国法,私法法人原则上具有不受限制的权利能力,惟有其被解散了(民法典第49条第2款、商法典第149条第2句),权利能力才受到限制。因此,法人机关能够实施所有类型的交易,更确切地说,亦可实施存在于法人目的外的交易。机关虽然可能逾越其营业事务执行权限,但如果法人在具体情况下不能证明,缔约相对人知道或应知(重大过失地)此种越权,机关订立的合同约束法人。但是,登记的非营利社团原则上仅具有有限的权利能力,因为法律自始只想使之用于追求非经济性目的。关于国家组织和公法人之私法上法律地位的规定,与越权制度较为相似。因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。<sup>[13]</sup>

帕夫洛夫斯基教授的这些看法,在德国民法学界具有很强的代表性。<sup>[14]</sup>

具言之,《德国民法典》未直接规定法人具有民事行为能力,只在第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。“法定代理人的地位”一语蕴含着如下深意:董事会代表社团的行为虽与意定代理或法定代理在构造上存在差异,但它完全可适用关于代理的一般规定。<sup>[15]</sup>

董事会的对外行为既然总体上应依代理法予以解读,那么,根据代理权的抽象性原则(Abstraktheit der Vertretungsmacht),<sup>[16]</sup>一项超出代理权范围的交易,即使违背了代理人在内部关系上对被代理人的忠诚义务,原则上也是有效的。被代理人虽然可以违反义务为由要求代理人承担损害赔偿赔偿责任,但在外部关系上,法律行为的效力原则上不受任何影响。被代理人

[13] Vgl. Hans - Martin Pawlowski, *Allgemeiner Teil des BGB: Grundlehren des bürgerlichen Rechts*, 7., neu bearbeitete Auflage, C. F. Mueller Verlag, Heidelberg, 2003, S. 405, 406.

[14] Vgl. Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 69. Auflage, 2010, Verlag C. H. Beck. S. 25; J. von Staudingers *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einfuehrungsgesetz und Nebengesetzen*, Buch 1, Allgemeiner Teil § § 21 - 79 (Allgemeiner Teil 2), Sellier - de Gruyter. Berlin, 2005, S. 17 - 18.

[15] Vgl. Hans Brox, Wolf - Dietrich Walker, *Allgemeiner Teil des BGB*, 34., neu bearbeitete Auflage, Carl Heymanns Verlag, 2010, S. 225; Karl Larenz, Manfred Wolf, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, Verlag C. H. Beck Muenchen, 2004, S. 189. 梅迪库斯教授认为,机关代表也仅仅是法定代理的一种特殊情况。Dieter Medicus, *Allgemeiner Teil des BGB*, C. F. Mueller Verlag Heidelberg, 9., neu bearbeitete Auflage, 2006, S. 369 - 370.

[16] 代理权须严格从作为其根据的基础关系中分离、抽象出来。代理权的基础关系,即本人与代理人之间的合同关系,通常称为内部关系(Innenverhaeltnis),并区别于与第三人之间的外部关系(Aussenverhaeltnis)。

原则上须承受代理人擅自对外实施行为的风险,其不可通过宣布交易无效而使交易相对人遭受不利。<sup>[17]</sup>

不过,在帕夫洛夫斯基教授看来,在机关代理的情形下,内部关系与外部关系之间的联系表现有所不同。在此至关重要,法人只能通过其代理人参与法律行为上的交往。因此,机关代理人不仅具有权限(Kompetenz),而且负有代理法人的义务(Pflicht)。由此可以这样认为,对代表人(Repraesentanten)之代理权的限制总是同时限制了法人的行为能力。机关代理人因而原则上享有不受限制的代理权。<sup>[18]</sup> 据此,在机关代理的情形下,必须将代理人在外部关系上存在的代理权与在内部关系上规定的行为权限明确区别开来。

另值得一提的是,对代理权范围或事务经营权限范围的怀疑,机关代理亦异于意定代理。一般情况下,第三人不能通过向法人调查来消除此种怀疑:因为向社团的其他机关提出询问通常已无技术上的依据。机关代理人的代理权因而不能像以合意确立的代理权那样,一般经由内部关系而受到限制。<sup>[19]</sup>

基于以上认识,对机关代理权滥用应提出比对意定代理权滥用更高的要求,<sup>[20]</sup> 成为德国学说与判例的共识。概言之,机关代理权滥用主要表现为如下情形:第一,享有代理权的董事与相对人恶意串通损害法人利益;第二,相对人知道或者至少应当知道代表人的行为与其内部权限不相符。应当知道并不意味着,相对人负有一种调查义务;而是指相对人视若无睹代理权之明显滥用。如此之下,只有重大过失的不知,才对相对人不利。<sup>[21]</sup>

构成代理权滥用的代理行为,原则上适用《德国民法典》第177至179条关于无权代理的规定。不过,根据主流学说,代理权滥用如为董事与第三人间的串通行为,应适用民法典第138条第1款“违反善良风俗的法律行为无效”的规定。<sup>[22]</sup> 由于适用无权代理制度须以确认第三人应知代理人超越代理权为前提,所以,法人欲不使越权代理对自己生效,并非易事。

## (2) 日本民法

《日本民法典》第43条规定,“法人依法令规定,于章程或捐助章程所定目的的范围内,享有权利,负担义务。”“目的范围”对法人权利的限制,到底应理解为是对权利能力还是对行为能力的限制,法律解释曾历经重大变迁。受英国越权制度的影响,《日本民法典》的起草者曾长期认为,目的范围限制的是法人的权利能力。<sup>[23]</sup> 这一看法因既难以解释民法典第44条

[17] Karl Larenz, Manfred Wolf, 见前注[15], 页864。

[18] Hans - Martin Pawlowski, 见前注[13], 页342 - 343。

[19] Hans - Martin Pawlowski, 见前注[13], 页343。

[20] 代理权滥用(Missbrauch der Vertretungsmacht)是德国代理法的重要概念之一,它主要指代理人的代理权超越本人之委任(根据与本人的合同)的情形。

[21] Vgl. Franz Juergen Saecker, *Muenchener Kommentar zum Buergerlichen Gesetzbuch*, Band 1, Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Verlag C. H. Beck Muenchen 2006. S. 666; Karl Larenz, Manfred Wolf, 见前注[15], 页865。

[22] 不过,有观点认为,为免除本人证明故意的困难,在代理人与第三人串通的情形下,最好类推适用第177条以下的规定。Karl Larenz, Manfred Wolf, 见前注[15], 页866。

[23] 参见(日)山本敬三:《民法讲义I总则》,解亘译,北京大学出版社2004年版,页311。

(法人目的范围外的侵权行为),又妨碍法人灵活经营且有可能成为法人逃避责任的借口,因而受到强烈批判。几经努力,学说和判例逐渐认识到,应在区分营利法人与非营利法人的前提下解释目的范围的规范意义。对于营利法人,凡实现法人目的所必要的行为,皆属目的范围内的行为;对于非营利法人,应严格解释目的范围,以实现该类法人的设立目的。在此认识下,学界很快达成目的范围不是对法人权利能力的限制的共识。

目的范围限制权利能力的思维被破除之后,学说与判例进一步认为,第43条实际上仅关涉法人之权利义务的现实归属,即代表法人的自然人的哪些行为应归属于法人。学说由此发展出,行为能力限制说与代理权限制说两种主张。

像德国法那样,日本学界也承认,相比于意定代理中代理人与本人之间的关系,代表机关与法人之间的关系虽在所有方面都较为紧密,但关于法律行为的代表,其形式、要件,完全可准用代理的规定,立法因而未对此另作规定。基于此,传统观点认为,民法关于无权代理、表见代理与代理权滥用的规定皆可适用于机关代表。<sup>[24]</sup>

然而,代表终究有别于代理,为此,《日本民法典》第54条特别规定,对理事代表权所加的限制,不得以之对抗善意第三人。由于民法典第53条同时规定,理事原则上就法人的事务均代表法人,所以学界普遍认为,相对人无义务调查理事的代理权是否受到限制。对于第54条规定的善意保护,学者也认为应作不同于表见代理的解释。具体意见有两种:一是认为不管其有无过失,第三人皆应得到保护;二是主张不应保护有重大过失的相对人。<sup>[25]</sup>

综上所述,关于法人权利义务的归属规则,英国、美国、日本等国的立法或解释经过几十年持续不断的革新,最终确立了像德国法那样的观念或规则:营利性私法法人像自然人那样享有普遍的、不受限制的权利能力。法人章程关于经营范围的规定,只是对法人行为能力或权利义务之现实归属的限制。由于法人只能经由代表机关实施交易,所以在法人的外部关系上,代表权或代理权原则上是一种概括的、不受限制的权限。是故,越权代表(代理)原则上只是依法人的内部关系作出的判断,惟在特殊情形下(第三人恶意)才显露于外部。就越权代表的规范模式而言,由于英国、美国法关于越权制度的特别规定,作用仅在于涤除旧制,承认法人的行为能力不受限制的制度,所以消除越权制度后,英国法在贯彻执行1972年欧共体法第9条的过程中,与同为欧盟成员国的德国最终走到了一起。

## 二、越权代表的效力模式与理论依据

从学说与立法两方面看,《合同法》第50条均可称为我国民法制度或民法观念的革故鼎新之举。<sup>[26]</sup>立法相对于学说的跳跃式发展,为法解释带来了不少麻烦,越权代表的效力模式

[24] 参见(日)我妻荣:《新订民法总则》,于敏译,中国法制出版社2008年版,页150-151。

[25] 山本敬三,见前注[23],页319。

[26] 胡康生主编,见前注[3],页86;沈德咏主编:《合同法司法解释理解与适用》,法律出版社2009年版,页63-64。

之争,即为明显例证。总的看来,学界与实务界关于越权代表效力模式的争议,可归结为两个问题:一是越权代表行为为何原则上应归属于法人;二是不应由法人承受的越权代表行为,其效力如何。前一个问题的实质是,能否以表见理论解释原则上有效的越权代表;后一个问题的关键是,如何理解第50条规定中的“除相对人知道或者应当知道其超越权限的以外”(下称“除……以外”)。以下结合比较法上的观察对这两个问题加以详述。

### (一)越权代表的效力模式选择

关于越权代表的效力,争议焦点其实主要体现在如何理解“除……以外”的规定上。由“善意有效、恶意无效模式”这种主张看,“除……以外”旨在确立如下规则:相对人知道或者应当知道超越权限的越权代表行为,不对法人发生效力(无效),理由是,“法律不宜保护恶意之人”。<sup>[27]</sup>但是,值得质疑的是,不宜保护恶意之人,并非惟有合同无效一种模式可供选择,在合同效力待定模式下——像《合同法》第47条所作“合同被追认之前,善意相对人有撤销的权利”的规定,恶意之人同样得不到保护。以此而言,产生这种观点的根由,并非“不宜保护恶意之人”的法观念,很可能是因一时疏于注意存在两种竞争性规范模式而仅以逻辑方法对“除……以外”作了纯形式的理解。

具言之,在解释第50条时,把“除……以外”理解成了一种“例外规则”。因“例外”与“原则”在形式逻辑上通常构成矛盾关系,故如认为越权代表行为原则上有效(善意有效),不难合乎逻辑地推知,其例外情形——相对人知道或应当知道超越权限时——应为无效。在此必须指出的是,“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。”<sup>[28]</sup>因此,绝对不能单纯地依逻辑方法来理解法律规范,在无法查知立法目的时,法律规范的解释在有章可循的前提下应选择一种对所涉当事人之整体利益较优的思路。由于能为法人提供一种追认合同的选择权,同样不保护恶意之人的效力待定模式,在法律规范的整体效果上明显要优于无效模式。

除了无效模式并非最佳选择外,以“不宜保护恶意之人”为据把“除……以外”解释为“恶意无效”,也会在法律体系上制造不和谐音符:在相对人同为恶意时,无权代理(合同)被规定为一种效力待定行为(《合同法》第48条);而与无权代理极其类似的越权代表行为却被当作一种无效行为。类似交易,竟作不同处理,这样解释法律明显欠妥。

“善意有效、恶意效力待定模式”则认为,将“除……以外”解释为无效,排除了法人追认实际上可能对其有利的越权行为的机会,实不可取;将其直接解释为一种效力待定行为,则比较合理。这种主张虽然非常有助于促成交易,并在比较法上有充分的立法例可供参考,但如立足于我国现行法来看,其缺陷也至为明显。合同效力模式是评价或控制私人自治的工具,当事人的合意到底应归于无效、可撤销还是效力待定的模式类型中,取决于法律为此类合意设定的效力模式,法解释在此方面不能任意而为。就第50条规定中“除……以外”而言,它仅仅消极地

[27] 崔建远,见前注[3],页356;胡康生主编,见前注[3],页87。

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

将相对人知道或者应当知道超越权限的代表行为排除在有效代表之外,并未积极指明,相对人知道或者应当知道超越权限的代表行为,到底是何种效力。即是说,在相对人恶意时,我们根本无法由第 50 条直接得出越权代表是一种效力待定行为的结论。以此而言,效力待定模式在理解上明显超越了法条文义,有单纯依比较法经验恣意解释本国法之嫌。

那么,为相对人明知的越权代表到底应归入何种效力模式?该问题的答案取决于对第 50 条文义的合理分析。

由其文词构成不难看出,第 50 条旨在积极表明,法定代表人超越权限订立的合同,一般应为有效。理由恰如全国人大法工委工作人员所作阐释:一般说来,法定代表人本身就是法人的组成部分,法定代表人的行为就是法人的行为,因此,其执行职务的行为所产生的一切后果都应由法人承担。对合同相对人而言,他只认为法定代表人就是代表法人,他一般并不知道也没有义务知道法定代表人的权限到底有哪些。<sup>[29]</sup> 相对人既然无义务查知法定代表人订立合同之时是否超越了权限,那么,合乎逻辑的推论是,法人欲不使合同归属于己,则必须证明相对人知道或者应当知道法定代表人超越了权限。换言之,第 50 条所言超越权限的“代表行为有效”,实际上是以相对人的善意作为默示前置语,或实际上是推定相对人为善意,除非法人能够证明其在订立合同之时有“知道或者应当知道”的恶意。如此之下,“除……以外”的真正目的,在于允许法人推翻相对人为善意的法律推定。基于此,第 50 条可转换表达为:法定代表人超越权限与善意相对人订立的合同,对法人发生效力;相对人被推定为善意行事,除非法人能够证明其在订立合同时知道或者应当知道法定代表人超越了权限。

照此理解,在规范越权代表行为上,第 50 条并未提供系统的法律规范,它仅仅明确了相对人善意时越权代表行为的效力模式——有效,并未言明相对人恶意行事时越权代表行为到底应归入哪一种效力模式。考虑到创设第 50 条的重要动因在于消除《民法通则》第 42、49 条确立的“越权无效规则”,此种立法结果并不值得大惊小怪。

既然存在规范漏洞,那么需要借助合适的法解释方法填补漏洞。漏洞填补方法虽然有多种,且选取哪一种方法颇费思量,但只要参考一下前述英国、德国、日本等国处理越权代表问题的规范做法,则不难发现,类推是一种最适宜的解释方法。

具言之,从比较法上看,英国 2006 年《公司法》第 40 条第 1 款亦仅作了“为了有利于善意与公司交易的人,董事约束公司的权力应视为不受任何限制”的规定;《日本民法典》第 54 条同样只是规定,“对理事代表权所加的限制,不得以之对抗善意第三人”。它们之所以仅作如此简单的规定,原因在于,在英、日两国,董事超越权限的行为可适用无权代理的规定,如法人能够证明相对人乃恶意行事,越权代表属于一种可通过追认而对法人发生效力的行为,当然,此行为也可因法人不予以追认而归于无效。德、美两国的法律与英、日法并无二致。

在我国,因主流学说一直否认法人与其代表人(董事)的关系属于一种代理,<sup>[30]</sup> 所以与恶

[29] 胡康生主编,见前注[3],页 86-87。

[30] 参见梁慧星:《民法总论》,法律出版社 2007 年版,页 129-130;王利明:《民法总则研究》,中国人民大学出版社 2003 年版,页 397-398。

意第三人实施的越权代表行为难以直接适用《合同法》第48条规定的无权代理。在此情况下,考虑到法定代表人以法人名义与相对人实施的行为,在形式与效果归属两方面与代理制度皆极其类似,并参酌英、美、德、日等国法例,以类推适用方法解决第50条的规范漏洞则相当可取,即可认为,当相对人为恶意时,越权代表行为可类推适用《合同法》第48条的规定。由立法史看,合同法“征求意见稿”第30条曾采一并规定无权代理与越权代表的做法。《合同法》虽最终放弃了“征求意见稿”第30条的建议,但其将越权代表紧随无权代理、表见代理予以规定的体系安排,显然明确意识到了越权代表与无权代理之间的相关性。其实,系统地讲,只有将与恶意相对人实施的越权代表解释为一种效力待定行为,才能使旨在保护善意相对人的第48、49、50条构成和谐一致的规范体系。

总之,在否认法定代表人以法人之名实施的行为属于一种代理的观念下,以类推这种漏洞填补方法,将相对人具有恶意的越权代表解释为一种效力待定的行为,比较合理。

## (二)越权代表行为原则上有效的理论依据

在追问越权代表行为为何原则上有效这一理论问题时,表见理论随《合同法》的颁布很快赢得众多人的支持,第50条是关于表见代表的规定,随之流行开来。下文将先驳后立地指出:第50条的规范依据并非表见理论,而是法人内部关系与外部关系的区分理论;表见代表是一个伪概念。

### 1. 表见代表的虚妄与权利外观责任的构造特性

依一种颇具代表性的看法,“表见代表是指法人代表的行为虽然超越了法人的代表权限,但善意相对人基于一定外观相信其有代表法人之权而与之从事交易行为,该代表行为有效的制度。”<sup>[31]</sup>这种看法的理据主要有两个: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;<sup>[32]</sup>二是法定代表人的越权行为准用表见代理的规定。<sup>[33]</sup>这两个理据与比较法上越权代表适用无权代理制度的做法存在巨大差异,有必要详加分析。

“准用……的规定”是一种常见的立法技术,它适用于如下情形:拟处理的案型与拟引用法条所规范的案型,法律事实虽不同但却类似,从而依据平等原则,对它们作同一处理。<sup>[34]</sup>法定代表人以法人之名行事的行为虽与意定代理存在差异,但二者在形式与效果归属上的相似性则相当明显,这在越权代表与无权代理的案型类似性上表现得尤为突出。基于此,英、德

[31] 李建华、许中缘:“表见代表及其适用——兼评《合同法》第50条”,《法律科学》2000年第6期,页75。

[32] 参见董俊峰:“董事越权代表公司法律问题研究”,《中外法学》1997年第1期,页42;张学文,见前注[2],页108。

[33] 《合同法(试拟稿)》(第三稿)(1996年6月7日)曾对法定代表人的越权行为与表见代理作统一规定(第43条)。对于如此修改的原因,梁慧星教授解释道:考虑到民法代表制度与代理制度的类似性,及法定代表人的越权行为与表见代理的类似性,将其合并规定在第三稿第三章关于代理问题的第43条,安排在表见代理的规定之后。对于法定代表人的越权行为“准用”表见代理的规定,当然也有方便适用的考虑。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年第1版,页721。

[34] 参见黄茂荣:《法学方法与现代民法》,中国政法大学出版社2001年版,页141。

等国径直把越权代表看作无权代理的一种类型。依“准用”立法技术讲,如果认为表见代理的规定可作为越权代表的准用规范(准据法),那么,无权代理的规定更可作为越权代表的准据法,毕竟,表见代理只是无权代理的一种例外规范,完全以无权代理为构造前提。以此而言,越权代表实质上与无权代理而非表见代理在案型上最为类似。

从案件事实看,越权代表到底应准用表见代理还是无权代理的规定,实际上完全取决于个案中交易相对人是否明知或应知代表人超越了权限。当交易相对人不知或不应知代表人超越权限时,越权代表可准用表见代理的规定;当交易相对人明知或应知代表人超越权限时,越权代表可准用无权代理的规定。由此可知,“越权代表准用表见代理的规定”之说,显然言过其实,只有交易相对人不知或不应知代表人超越权限的越权代表才可准用表见代理的规定。如果不对越权代表作任何限定,只能说,越权代表可准用无权代理的规定。不过,由前文所述英国、美国、德国、日本等国的立法、学说看,越权代表通常直接适用无权代理的规定,事实上根本无“准用”之说。

进一步讲,当交易相对人不知或不应知代表人超越权限时,有必要区别对待以下两种做法:越权代表准用或适用表见代理的规定与对越权代表作出单独规定。越权代表准用或适用表见代理的规定,是指由于规范事实的同一或类似,为简化法律,立法或判例不对越权代表设立独立规则,遇此类纠纷时,裁判者可直接援用表见代理的规定。对越权代表作出单独规定,应指按照善意保护的法理,对为交易相对人不知或不应知代表人超越权限时的越权代表作出特别规定。由于从合同法“试拟稿”到经反复修改而成的合同法“草案”,立法者自始至终采取了单独规定越权代表行为的做法,所以,梁慧星教授所言“法定代表人的越权行为准用表见代理的规定”,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,而非以“准用”技术处理越权代表纠纷。问题是,独立构造的越权代表制度,即《合同法》第50条,能否仿照表见代理称为“表见代表”?文本认为,绝对不能!其理由并非机关代表(代理)与通常的代理(意定代理)存在明显差异,而是第50条自身明显不是依据表见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。

表见理论,又称权利外观理论(有时称作外观主义),是为了保护交易相对人的合理信赖,依据主观权利之外观(Schein)而非权利之实在(Sein)而使法律关系或权利(物权或债权)发生变动的理论。权利外观理论在实证法上体现为一个个各具特色但可以权利外观责任予以统称的制度,如动产善意取得、不动产登记簿公信力、表见代理等。相比于由法律行为(合同为其常态)引起的法律关系或权利变动,权利外观责任是依法律的特别规定而发生的权利变动,它在私法体系中属于合意主义权利变动原则的一种例外。既然是一种例外规则,权利外观责任只在具备法定要件事实时才能构成。<sup>[35]</sup>概括地讲,除了交易相对人(第三人)一方须具备善意、信赖投资等条件外,权利外观责任得以成立的一个必要条件是,须客观存在一项信赖事实构成(Vertrauenstatbestand)。至于哪些事实可构成法定信赖事实,须结合权利外观责任的具

[35] 参见朱广新:“论权利外观责任的构成——以德国民商法为分析基础”,王崇敏、陈立风主编:《法学经纬》(第2卷),法律出版社2010年版,页42-52。

体形态进行分析。一般而言,信赖事实构成可划分为两类,即“人为的外观事实构成”与“自然的外观事实构成”。前者主要指各种各样的登记簿,如社团登记簿、不动产登记簿、夫妻财产制登记簿、商事登记簿等。后者的常见形态为:动产之占有;各种证书,如(代理权)授权书、债务证书、(债权)让与证书等;各种通知,如(代理权)授权通知、债权让与通知等;以及特定行为,或口头和书面的表示;等等。

我国、日本及我国台湾地区立法或学说所称“表见代理”,<sup>[36]</sup>只是权利外观理论在代理法领域的一种应用。从构成要件上看,确定本人存在引发代理权之印象的言语或行为,是认定存在表见代理(权)的起点。<sup>[37]</sup>除此之外,从比较法上看,第三人可合理推断存在充分的权限、第三人事实上已信赖了本人的言行及第三人因信赖遭受损失,亦为构成表见代理权的必要条件。具体到某一国家的法律(如德国)而言,第三人如果想以表见代理权保护自己,则必须提出如下证明:其能够根据诚实信用并顾及交易习惯由外观事实推断出一项授权;本人必须以可归责的方式制造了授权的权利外观;第三人须已信赖了已创设的权利外观。<sup>[38]</sup>而根据梁慧星教授对《合同法》第49条的解读,当发生无权代理纠纷时,相对人如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。<sup>[39]</sup>

然而,仔细对照《合同法》第49条与第50条则不难看出,在越权代表情形下,相对人在与法定代表人订立合同时,实际上完全被法律推定为善意之人,换言之,对第三人来讲,法定代表人的行为就是法人的行为。如此之下,相对人只要证明,与其订立合同的一方属于法人的法定代表人,如果该合同满足合同生效的条件,相对人即可直接向法人主张合同上的权利。至于法定代表人是否超越了权限,原则上与相对人无关。而法人欲不使合同的效果归属于自己,则必须证明相对人于订立合同之时为恶意。由此可见,第50条完全是为了抑制法人的内部约束对法人之对外关系的制约,使代表权成为一种不受限制的权力,从而最大限度地保护交易安全。其规范意趣及对交易安全的保护力度迥然有别于意在保护对权利外观发生合理信赖的表见理论。

## 2. 第50条的规范依据

尽管同样是为了保护合同订立过程中的善意,但第49条与第50条基于意定代理与机关代表之间的差异,显现了不同的规范依据。概括地讲,第50条建立在代表权的概括性、不受限制性之上。代表权之所以具有此种特性,根源于须对法人之内部关系与外部关系作出严格区分的理论主张或政策需求。

由法定代表人是代表法人行使职权的负责人(《民法通则》第38条)可知,第50条规定中“权限”应解释为“职权”。职权不同于权利,它是与职位相联系的权力。一般情况下,职权以

[36] 德国法称之为表见代理权(Anscheinsvollmacht),英美法称其为表见权限(apparent or ostensible authority)。

[37] Danny Busch, Laura J. Macgregor(ed.),见前注[5],页388、395。

[38] Hans Brox, Wolf-Dietrich Walker,见前注[15],页240-241。

[39] 梁慧星,见前注[30],页233-235。

确保职责的实施为限度,没有职责就没有职权。<sup>[40]</sup> 结合我国《公司法》关于有限责任公司、股份有限公司组织机构的划分及权力配置看,职权只是在“权力分立、权力制衡”的公司治理机制下,法人内部一组织机构相对于另一组织机构所享有的一种特权,是法人组织机构内部分权、制衡的产物。它运行于法人内部,并以职责的面目对法人内部人员发生约束力。法人一旦以独立主体身份参与交易生活,则像自然人那样享有广泛的民事权利。从交易常理上讲,除非法人执行机构的职权及其限制能够清楚地公之于交易世界,否则,要求交易相对人深入错综复杂的法人组织体内部,调查执行机构的职权及其所受限制,是件难以想象的事。法人对外行为的资格既然分配给了执行机构及其成员,且法律亦规定执行机构的行为就是法人自身的行为,交易相对人只能合乎逻辑地断定,执行机构以法定代表人身份对外实施的行为,应归属于法人。至于该法定代表人是否正确履行了职责,完全取决于法人与该法定代表人之间的内部约定,交易相对人通常无法作出判断。

进言之,不管特定法人是否严格区分权力机构与执行机构,执行机构作为法人的必设机构,其行为实质上就是法人实现经营目的的必要活动。相应地,执行机构的职权应指与执行法人经营业务相关的一切权力(业务执行权)。当法定代表人凭此种职权实施交易时,在相对人看来,这种权力实质上是作为自然人的法定代表人代表法人实施行为的权力(代表权),而绝非法定代表人自身享有的行为自由权。执行机构的职权因而具有两幅“面孔”,在组织体内,它是完成岗位职责(履行忠实义务)的业务执行权;在组织体外,它是得与他人实施交易的代表权。因代表权只是执行营业事务的职权进入交易领域内的一种“变脸”,所以,像业务执行权那样,它原则上应是一种概括的、不受限制的权力。

总之,第50条以法人之内部关系与外部关系的区分为基础,确立了代表权不受限制规则。凡法定代表人订立的合同,原则上应对法人发生效力;只有法人能够证明相对人乃恶意行事,法定代表人的行为,才真正构成“越权代表”。在此理解下,越权代表实际上有单纯的内部越权与内、外皆为越权之分。

### 三、第50条关键用语的具体解释

关于《合同法》第50条之效力模式及理论依据的上述解释意见,很容易令人想到英国2006年《公司法》第40条第1款的类似规定与德国学者对其民法典第26条的类似解释。的确,在规范法定代表人的越权代表行为上,《合同法》实质上已完全摒弃《民法通则》的旧制,采纳了市场经济发达国家立法经验和判例学说。<sup>[41]</sup> 明确这一点,对具体理解《合同法》第50条

[40] 参见中国社会科学院法学研究所法律词典编委会编:《法律词典》,法律出版社2003年版,页1899。

[41] “广泛参考借鉴市场经济发达国家和地区立法的成功经验和判例学说,尽量采用反映现代市场经济客观规律的共同规则,并与国际公约和国际惯例协调一致”,是《合同法》的重要立法指导思想。参见梁慧星:“从‘三足鼎立’走向统一合同法”,载梁慧星:《民法学说判例与立法研究》(二),国家行政学院出版社1999年版,页121。

规定中“法人”、“超越权限”、“知道或者应当知道”等关键用语,意义重大。

### (一)“法人”的范围

第50条的第一个关键用语是“法人”。它到底是指一切性质的法人,还是仅指企业法人或营利法人,许多著述或解释书对此沉默不语。不同于其他国家的立法,我国《合同法》是在民商合一体制下编纂的,<sup>[42]</sup>如果不作特别限制,第50条自然应适用于一切性质的法人。然而,从立法目的、立法变迁、比较法等各方面看,第50条规定中的“法人”一词应限缩解释为企业法人或营利法人。

从立法变迁上看,第50条完全是为了推陈出新,废弃越权无效制度,创设反映现代市场经济客观规律的共同规则。越权无效制度在我国肇始于最高人民法院1984年9月17日发布的《关于贯彻执行〈经济合同法〉若干问题的意见》。<sup>[43]</sup>1986年颁布的《民法通则》第42、49条对此进行了确认;最高人民法院1987年7月21日发布的《关于在审理经济合同纠纷案件中具体适用经济合同法若干问题的解答》重申了这一制度,即“超越经营范围或者违反经营方式所签订的合同,应认定为无效合同”;最高人民法院1987年10月10日发布的《关于适用〈涉外经济合同法〉若干问题的解答》同样明确规定,超越经营范围订立的合同无效。在这些规定中,虽然仅有《民法通则》明确采用了“企业法人”概念,但因经济合同、涉外经济合同皆为典型的商事交易,惟有企业法人才能实施,所以,越权无效制度其实自始至终以企业法人为适用对象。

从比较法上看,英国、美国公司法在以代表权不受限制规则取代越权制度时,无不明确指出,传统的越权制度仍适用于慈善性公司与其他不适用于公司法的公司。所谓其他不适用于公司法的公司,主要是指非商事组织,如特许公司、公法法人等。德国法同样认为,公益法人、国家组织和公法法人在私法上的行为适用越权无效规则。

德、英、美等国之所以认为非营利法人应适用越权制度,根本原因在于,这种性质的法人,主要为了实现某种特定的非经济目的,法人的对外事务无交易便捷、安全的特别需求,第三人利益无特别保护的必要。相反,便捷、安全不仅是营利法人自身的经营需要,而且对交易相对人更具有十分重要的意义。所以,对法人作出适当区分,并依其性质确立不同规则,是世界各国关于法人权利义务归属规则的共同做法。

基于上述分析,第50条应限缩解释为企业法人,机关法人、事业单位法人、社会团体法人、基金会、民办非企业单位(我国现行法的基本分类)等非营利法人,皆应排除在第50条的适用之外。<sup>[44]</sup>

### (二)“超越权限”的外延与情形

#### 1. “超越权限”的外延

“超越权限”一语应包括逾越了对代表权的特别限制,为学界一致看法。关于该用语的意见分歧,主要发生在它是否包括超越经营范围的情形。为统一认识,最高人民法院《关于适用

[42] 梁慧星,同上注,页122。

[43] 该“解答”把“是否超越批准的经营围”作为审查合同内容是否合法的依据之一。

[44] 参见柳经纬:“权利能力的若干基本理论问题”,《比较法研究》2008年第1期,页96。

《中华人民共和国合同法》若干问题的解释(一)》(法释[1999]19号)第10条特别规定:“当事人超越经营范围订立合同,人民法院不因此认定合同无效。但违反国家限制经营、特许经营以及法律、行政法规禁止经营规定的除外。”因“不因此认定合同无效”只具有排除“合同无效”的“消极效果”,并未言明一项确定的法律后果——效力模式,所以,孤立地看,这一规定的第一句根本无法构成一项法律规范。<sup>[45]</sup>

从法律解释的立场讲,最高人民法院作为国家最高级别的法律纠纷裁判者之所以作出这样不具有直接规范效果的解释,目的无疑只能是:第一,明白无误地终结《民法通则》第42、49条确立的越权无效制度;第二,认为超越权限的越权代表行为,应纳入《合同法》第50条的“超越权限”之中。因为只有这样理解才能为超越经营范围的越权代表行为的效力,找到一个明确的规范依据。

相反,“但书”则明确表达了合同无效的法效果,完全可以此建构起独立的法律规范,即当事人超越经营范围订立合同,违反国家限制经营、特许经营以及法律、行政法规禁止经营规定的,合同无效。不过,须指正的是,特许经营只是一种企业营业形式,违反特许经营只构成一种违约,其与违反限制经营或禁止经营有霄壤之别。

从比较法上看,英国2006年公司法虽对超越经营范围的越权与董事超越权限分别作出了规定,但因其关于越权的规定完全是为了消除旧的越权制度,所以,立法实际上已不再把超越经营范围的越权作为一种独立的越权形态。在《合同法》实施前,越权制度充其量在我国正式只适用了十余年,因此,我们可以完全改弦易辙,对法人越权行为问题予以统一规范。

总之,可以认为,“法释[1999]19号”第10条关于“超越经营范围订立合同”问题的规定,只是为了对《合同法》第50条作出补充规定,并不是为了对超越经营范围的越权行为作出单独规定。以此而言,《合同法》第50条规定中的“超越权限”在外延上既包括超出经营范围的行为,又包括逾越代表权所受限制的其他行为。

## 2. “超越权限”的基本情形

在越权代表行为一般有效模式下,法定代表人的越权行为并未完全成为一个法人的内部问题——法定代表人违背职责(义务)的问题,其在判断交易相对人是否存在恶意上仍具有重要价值。因此,有必要对超越权限的基本情形作出具体分析。

### (1) 代表权的界限

在法人内部分权制衡的组织架构下,执行机构的职权(责)是执行法人的营业事务,即对内管理经营事务、对外实施行为。但凡涉及法人自身存在基础或牵涉法人成员、股东相关关系的行为或事务,非为营业事务,法定代表人根本无权实施。涉及法人自身存在基础的行为,情形有二:一是涉及法人资本结构的行为,如增加或者减少注册资本、发行公司债券等;二是涉及法人的存续或存在形式的行为,如法人的合并、分立、解散或者变更公司形式等。根据我国

[45] 也许基于此种认识,有学者认为:“对于《合同法》第50条中的‘超越权限’究竟应当如何认定,我国的法律及相关司法解释并没有明确的规定。”宋宗宇、刘娜:“法人代表越权行为与表见代表制度”,《社会科学家》2000年第5期,页113。

《公司法》的规定,只有公司的权力机构才可实施这两种行为,作为执行机构的董事会对此只享有制定方案的权力。涉及法人成员或股东相关关系的行为,主要指法人章程的修改行为。根据《公司法》,公司章程修改权是公司权力机构的职权。在公司机构职权法定化下,以上两种行为明确被排除在执行机构的职权之外,法定代表人如违法实施此类行为,应为无效。

## (2) 代表权的限制情形

分析代表权所受限制时,必须将法定限制与约定或议定的限制区别开来。法定限制,是法律在法人机构分权的基础上对业务执行权的一种特别限制。即是说,此种限制的对象本在业务执行的权限之内,但出于特别考虑,法律对此作了特别限制。依《公司法》的规定,这可包括如下情形:第一,公司虽有权向其他企业投资,但除法律另有规定外,不得成为对所投资企业的债务承担连带责任的出资人(第15条);第二,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16条第2款)。

约定或议定的限制,是指法人章程、董事会决议、股东会或股东大会决议对代表权所作特别限制。章程对代表权的限制,主要表现为经营范围的限制。除了经营范围的限制外,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。这实际是以内部特别程序限制法定代表人的代表权。譬如,根据《公司法》第16条第1款的规定,公司章程既可以宽泛地规定,公司向其他企业投资或者为他人提供担保,须由董事会或者股东会、股东大会决议;又可以这样规定,公司向其他企业投资或者为他人提供担保的,不得超过章程规定的对投资或者担保的总额、单项投资或者担保的数额的限定。再如,根据《公司法》第149条第3项的规定,公司章程可以规定,法定代表人将公司资金借贷给他人的,须经股东会、股东大会或者董事会的同意。

除了通过章程来限制代表权之外,董事会、股东会或股东大会还可视情况需要以决议限制法定代表人的权力。相比于章程的限制,这种限制措施非常封闭,第三人根本无从知晓。

## (3) 超越权限与滥用代表权的区分

所谓滥用代表权,是指法定代表人与交易相对人实施的行为虽然未超越代表权,但实质上却有损法人利益或根本不符合法人的利益。它主要表现为,法定代表人为自己或他人利益而与公司进行交易。从比较法上看,在德国民法上,滥用代表权是代理权滥用的情形之一;《日本商法典》第265条则明确规定,滥用代表权不适用于民法典第108条关于“自己契约与双方代表”的规定,其效力取决于董事会的承认;而我国台湾地区学说认为,代表权滥用行为的效力,应类推适用无权代理之规定,非经公司追认,对公司不生效力。<sup>[46]</sup>我国《公司法》第149条第4项只是规定,董事、高级管理人员未经股东会、股东大会同意,不得与本公司订立合同或者进行交易。至于董事、高级管理人员违背上述规定与相对人实施法律行为的效力,则有待解释。参考比较法上的意见,对此可解释为,准用无权代理的规定。

## (三) “知道或者应当知道”的判断

适用第50条的另一个关键点是,如何判断相对人的“知道或者应当知道”。

[46] 参见柯芳枝:《公司法论》,中国政法大学出版社2004年版,页270。

### 1. 知道

从比较法上看,知道有事实上的知道(actual knowledge)与推定的知道(constructive knowledge)之分。前者指相对人实际上了解或认识到了法定代表人在订立合同时超越了权限,或认识到法定代表人的此种交易未依法或章程的规定取得股东会或股东大会、董事会的批准。当相对人明知法定代表人超越权限,并与其串通一起损害法人利益时,该行为亦可根据《合同法》第52条第2项的规定处理。

后者是指依据商事登记簿关于代表权范围的记载,推定相对人在缔约时知道代表权所受限制。在欧洲,为推进市场的统一化,1972年欧共体法第9条即强令各成员国废除推定知道制度。随着市场经济的深入发展,融入世界经济体系步伐的加快,我国亦不应将“知道”宽泛地理解为包括“推定的知道”。其理由并非像有著述所言的那样,即认为向登记机关查阅存在实际困难;<sup>[47]</sup>而是在于,为了交易的便捷与安全,根本不应强求相对人去查阅法人登记簿,因为即使当事人查阅了登记簿,也可能因理解不同而遭受不测损失。

### 2. 应当知道

对于如何理解“应当知道”,一种颇有影响的观点认为:在应当知道的情况中,包括相对人应当知道越权代表行为违反了法律的强行性规定。具体说法是:由于法律规定本身具有公示作用,任何第三人应当了解,所以对第三人应当知道情况应采取推定方式。<sup>[48]</sup>如此解读“应当知道”,非常值得商榷。根据王利明教授的著述,法律对代表权的限制性规定主要表现为,对于一些特殊的、重大的交易,法律规定法定代表人只有获得董事会、股东大会的同意才能实施,如涉及公司合并、分立、变更公司形式的交易等。实际上,如前文所言,与公司合并或分立、变更公司形式有关的行为,属于关涉公司生存或股东根本利益的基础性行为,根据《公司法》的规定,这些行为根本不属于公司代表机关的职权。如果没有股东会或股东大会的特别授权,法定代表人无权实施此类行为。法定代表人如擅自与相对人实施像公司合并之类的基础性行为,此种交易应属于《合同法》第52条第5项规定的“违反法律、行政法规的强制性规定”的情形,合同应自始无效,根本无适用第50条之可能。

那么,应如何判断“应当知道”?参考比较法上的观察,可从两个方面来理解:

第一,相对人对法定代表人是否超越权限不负调查义务。在法人行为能力机构说下,法定代表人的行为,即为法人自身的行为,这是社会公众对法人行为方式的正常期待,也是法定代表人相对于意定代理人易取信于社会大众的根本原因。它实际上得到了法人治理制度中分权制衡原则的强力支持。因此,在与法定代表人订立合同时,相对人不负调查法定代表人权限的义务。即使法律明确规定法人的某一项特别交易(如为公司股东或者实际控制人提供担保),必须经股东会或者股东大会决议(如《公司法》第16条第2款),才能由法定代表人对外实施,也不例外。原因在于,即使相对人知道某项交易的代表权实际上受到股东会或股东大会、董事会之决议的严格限制,但是,法定代表人实施交易之时,实际上是否已取得股东会或股东大会、

[47] 参见赵旭东主编:《商法学》,高等教育出版社2007年版,页231。引用部分由王涌教授撰写。

[48] 王利明,见前注[2],页623-624;赵旭东,同上注,页230-231。

董事会的同意或批准,仍然属于法人的内部事务,企求相对人对此予以调查,会严重阻滞交易、损害交易安全。

第二,应当知道之判断应采取因重大过失不知的标准。商事交易不仅需保护相对人的交易安全,而且有促进交易顺畅进行的政策需求,故不应使相对人负担过重的注意义务。至于如何判断重大过失的不知,不妨借鉴德国法上判断代理权滥用时的滥用之明显性(Evidenz des Missbrauchs)标准。<sup>[49]</sup>即是说,对相对人而言,根据其所知悉的一切情形,法定代表人的超越权限是如此显而易见,只要不是熟视无睹,不可能不知法定代表人超越了权限。相对人知悉的一切情形,不仅包括特定交易的具体情况,如交易性质、金额、重要性等,而且包括当事人之间的惯常做法、关于某种交易的特别交易习惯或交易行规等。

#### 四、结 语

越权代表是法人交易中的常见现象,各国立法或判例无不对此作出明确规范。出于各种不同的法政策考虑,越权制度——法人超越经营范围的行为一律无效——曾深受一些国家的青睐。当保护交易安全随市场经济的深入发展显得越发重要,并进而成为市场交易的必备要素时,一些国家遂以立法或法解释方法消除了越权制度,确立了董事的代理权(代表权)不受限制规则。适应社会主义市场经济深入发展的需要,我国《合同法》第50条参酌市场经济发达国家的立法或学说,破旧立新,确立了代表权不受限制规则。由于我国主流学说一直否认法定代表人的行为是一种代理,并可适用于代理法的规定,所以,第50条因未同时明确为相对人明知或应知的越权代表应为何种效力,而留下规范漏洞。考虑到董事以法人名义实施的行为与代理行为在形式、效果归属上的类似性,可通过类推适用《合同法》第48条关于无权代理的规定来填补第50条的规范漏洞。由于第50条旨在向交易世界宣告,法定代表人的行为就是法人的行为,并以此最大限度地消除第三人与法人交易的顾虑,所以其理论基础不是以保护对权利外观之合理信赖为目的的表见理论,而是法人之内部关系与外部关系的区分理论。在具体理解第50条时须知,“法人”应限缩解释为企业法人或营利法人;“超越权限”,不仅指超越了对代表权的限制,而且指超越了法人的经营范围;“知道”不包括推定知道,“应当知道”在判断上应采用重大过失不知的标准。

(责任编辑:薛 军 张双根)

[49] 联邦最高法院的一项判例写道,如果行为相对人知道,或者除非他熟视无睹就不可能不知道,事务执行人是在滥用其代理权,以损害公司的利益,那么,代理权相对于该行为相对人就不应产生效力。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,页729-730。