

文章编号: 1674 - 5205(2017)06-0135-(012)

# 商事表见代表责任的类型与适用

石一峰

(中南财经政法大学法学院,湖北武汉430073)

〔摘要〕表见代表责任是与民法中的表见代理相对应的商法制度,在类型上应包括登记不当和伪称代表引起的无代表权的表见代表;超越代表权限和经营权限引起的超越权限的表见代表。由于引起表见代表的可信赖事实不同,每一种类型中表见代表责任的具体适用存在差异。其在法教义学归类上属于信赖责任范畴,因而在体系构成上,包括可信赖事实、第三人善意、第三人的信赖处置行为及其合理性、责任者的可归责性等构成要素。各构成要素因可信赖事实产生的路径和可信赖程度的不同而存在动态的适用过程,以此实现每一类型下的利益衡量。

〔关键词〕表见代表责任;登记不当;伪称代表;超越权限;体系构成

**Abstract:** Liability of apparent representative is a commercial rule corresponding with agency by estoppel in civil law. On the perspective of type, it includes non-right representative caused by improper registration and purported representation and beyond-right representative caused by exceeding representative authority and business competence. Due to the different causes of reliable facts, each type of liability of apparent representative has different application rules. It belongs to the category of reliance-based liability (Vertrauenshaftung) per the legal dogmatic classification. Therefore, on the systematic constitutes, the liability of apparent representative follows the general liability elements of the reliance-based liabilities: reliable facts; good faith of the third party; reliable investment of the third party; the rationality of the third party's reliance and imputability of the responsible person. Due to the different causes and levels of each reliable fact, each element has a dynamic application process. Through this the balance of interests of each apparent representative type can be achieved.

**Key Words:** Liability of Apparent Representative; Improper Registration; Purported representation; Exceeding Authority; Systematic Constitutes

中图分类号:DF59 文献标识码:A

DOI:10.16290/j.cnki.1674-5205.2017.06.013

## 一、问题的提出

与民事表见代理制度类似,商法中存在表见代表制度,但民法中的表见代理和商法中的表见代表在类型和适用规则上并不一致。主要区别如下:其一,第三人的信赖对象与要求不同。表见代理需第三人对代理人的代理权和代理权限进行审查;而表见代表中第三人不需要对代表的权限进行审查,只要知道交易对方是代表人即可。其二,代表人(代理人)地位与功能不同,表见代理中代理人不隶属于被代理人,是独立的民事主体,而表见代表的代表人则是法人这一民事主体的组成部分,仅具有代表功能。其三,适用

范围不同。表见代表不仅适用于法律行为也可适用于事实行为,甚至违法行为,而表见代理仅能适用于法律行为。其四,责任承担不同。表见代理一般只承担民事责任,而表见代表还需承担行政甚至刑事责任。<sup>①</sup>

比较法上,肯认商事代表与民事代理区分亦为通说,不仅采民商分立的德国如此,采民商合一之瑞士亦复如是<sup>①</sup>。商事代表与民事代理本质不同在民商合一国家也被学说强调<sup>②</sup>。民事代理之功能在于扩张个人经济活动空间,需个别授予代理权,让第三人

<sup>①</sup> 需注意的是德国和瑞士立法上的商事代表为 Prokura(经理权)和 Handlungsvollmacht(商事代办全权),也有合称为商事代理者,此处称为商事代表,在称谓上与民事代理作进一步区分。参见陈自强《代理权与经理权之间——民商合一与民商分立》,北京大学出版社2008年版,第101页。

<sup>②</sup> 两者有着截然不同的发展轨迹,结构也迥然有别。Vgl. Bucher, Organschaft, Prokura, Stellvertretung, Festgabe für Bürgi, 1971, S. 39ff.

收稿日期:2016-12-06

作者简介:石一峰(1987—),男,汉族,浙江杭州人,中南财经政法大学法学院讲师,中国人民大学与海德堡大学联合培养博士。

相信有代理权之方式主要是出具授权书;商事代表是企业活动之必需,代表人已纳入企业经营者组织架构,成为其对外交易行为之窗口,进行的是概括授权,让第三人相信有代表权的方式是其在企业之中的角色。<sup>(2)102</sup>从历史角度看,商事代表制度是作为一项商事惯例在民事代理还未发展起来时就已盛行。因而不是先有民事代理,再有商事代表,亦非先有代理之一般规定方有商事代表之特别规定。<sup>(2)103-105</sup>

我国《合同法》第49条在规规定表见代理后,又于第50条规定了表见代表<sup>①</sup>。在规范设计上,两者存在区分。学理上也基于商事组织对风险具有不同的控制能力,认为应区分表见代表与表见代理<sup>②</sup>,实务当中最高法院也直接使用表见代表而非表见代理裁判<sup>③</sup>。由此可见,表见代表的类型及适用有其特殊性。需注意的是表见代表只是商法中的一种现象,出现此情况时,被代表的企业对非代表人或超越代表权限者的行为承担责任,因而其在责任角度才有意义,由此称为表见代表责任更为恰当<sup>④</sup>。

然而我国现有研究对商事表见代表责任及其特殊性并未给予足够的重视。一方面,仍在表见代理制度下论述表见代表责任,两者在类型和构成要件上的差异未被揭示<sup>⑤</sup>。另一方面,对表见代表制度缺乏系统的论述<sup>⑥</sup>。涉及的文章或仅仅论述董事的越权代表行为<sup>⑦</sup>,或将表见代表的类型局限于超越公司章程或超越经营范围中的一种<sup>⑧</sup>,或虽论及此两种类型,但却遗漏了“无代表权的表见代表”(尤其是登记不当引起的无代表权)<sup>⑨</sup>。因此,学说上对表见代表责任的体系性研究不够,存在类型不全的问题。

表见代表责任的体系性研究不够亦导致实务判决混乱。如因体系思考不足,类型囊括不全,有的法院认为“代表人超越经营范围的,企业不承担代表人之行为后果”,因此,不构成表见代表责任<sup>⑩</sup>;也有法院以“超越经营范围,不影响合同效力”为由作出相反判决,判决之基础乃是表见代表责任<sup>⑪</sup>。又如,因对两者构成要件的差异认识不清,如对第三人善意之标准和判断过程的差异认识不足<sup>⑫</sup>,有的法院对第三人的善意采取了相同的认定,不区分法定权限限制和企业章程等内部文件的权限限制<sup>⑬</sup>,但也有法院对此进行了区分<sup>⑭</sup>。此外,对于第三人善意是否一律采取推定、其信赖的合理性、信赖处置行为的种类、企业组织的可归责性<sup>⑮</sup>等也存在适用和认定上的困难。

综合理论与实务现状,我国商事表见代表制度有以下问题亟需解决:

1. 相比表见代理制度,商事表见代表责任所具有的特殊类型体系未被完整揭示,此需结合最新的法律

① 《合同法》第50条实际可作为商法总则或商事通则的内容,但表见代表除了超越权限还应包括无权限的表见代表。

② 参见张俊《表见法律行为制度研究》,西南财经大学2007年硕士学位论文,第53页;李建华,许中缘《表见代表及其适用——兼评〈合同法〉第50条》,载《法律科学》2000年第6期,第76页。

③ 参见最高人民法院(2012)民提字第156号民事判决书。

④ 下文表见代表一般是一种事实(现象)角度的表述,即代表人无代表权或超越代表权,引起表见代表的不同事实(可信赖事实)是表见代表责任的构成之一,也是责任类型的区分方式。

⑤ 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99-101页。该文已意识到表见代表的特殊性而强调类推适用,但类推适用出现于法律无规定或规定不明确时,对于已有明确规定的表见代表制度因其规范本身进行解释适用,其他下述文章大多都意识到了表见代表和表见代理的区别。

⑥ 对此论述较为系统的文章有:李建华,许中缘《表见代表及其适用——兼评〈合同法〉第50条》,载《法律科学》2000年第6期,第75-82页。但该文主要是在“借鉴比较法”的意义上进行论述的,未关注到我国法律和实务的特殊情况。另一个比较法的文章是周继红《日本公司法中的公司法人代表制度》,载《青海民族学院学报》1999年第2期,第81-84页。另有一文虽以“整个表见代表”为题,但内容上却仅论述表见代理,尹田《我国新合同法中的表见代表制度评析》,载《现代法学》2000年第5期,第114-117页。

⑦ 此导致法律对于董事责任的规定进一步完善,但对于其他代表人的责任却仍显不足。参见张学文《董事越权代表公司法律问题研究》,载《中国法学》2000年第3期,第105-111页;程春华《董事长越权对外代表公司行为效力的认定》,载《甘肃社会科学》2003年第5期,第132-135页;王继军,王炜《公司董事表见代表制度之我见》,载《现代法学》2001年第3期,第99-104页。

⑧ 李建华,许中缘《法人越权行为原则的再认识》,载《法制与社会发展》2001年第2期,第54页;郭琼,肖伟志《论企业法人越权与法定代表人越权》,载《河北法学》2001年第3期,第102页。

⑨ 温世扬,何平《法人目的事业范围限制与“表见代表”规则》,载《法学研究》1999年第5期;宋宗宇,刘娜《法人代表越权行为与表见代表制度》,载《社会科学家》2007年第5期,第110-114页;李建华,徐中缘《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。另一个表见代表现有研究的问题是大多研究集中于2000年左右,即《合同法》颁布之后,对于其后公司法、合伙企业法等商事法律对代表人的修改以及最新的实务案例等未有新的研究。

⑩ 参见江苏省淮安市中级人民法院(2013)淮中民终字第0126号民事判决书。

⑪ 参见山东省高级人民法院(2012)鲁民提字第210号民事判决书;重庆市开县人民法院(2011)开法民初字第02629号民事判决书;广东省江门市中级人民法院(2013)江中法民二终字第122号民事判决书。认为有效的案例仅关注了《合同法解释(一)》第10条前半句,未对后半句进行考察和说理论证。

⑫ 对于第三人的善意,《合同法》第49条采“有理由相信”的表述,第50条采“除相对人知道或应当知道外”的表述。

⑬ 参见浙江省宁波市中级人民法院(2011)浙甬民二终字第15号民事判决书。类似的案件还有河南省登封市人民法院(2011)登民一初字第2652号民事判决书;河南省郑州市中级人民法院(2009)郑民申字第78号民事判决书。也有法院对法定的权限限制,一律认定第三人善意进而认定所涉合同无效,湖南省永州市中级人民法院(2011)永中法民一初字第11号民事判决书;河南省洛阳市中级人民法院(2010)洛民终字第1077号民事判决书;云南省高级人民法院(2008)云高民二终字第124号民事判决书等。

⑭ 参见最高人民法院(2013)民二终字第19号民事判决书;最高人民法院(2012)民提字第208号民事判决书;最高人民法院(法宝引证码)CLI.C.182415号民事判决书。

⑮ 表见代理以过错为归责原则,然表见代表因涉及商事交易风险,不能援引表见代理中的过错原则,此在下文详述。

规范、案例进行类型整理和体系构造。

2. 商事表见代表责任的具体类型在适用上有什么差异?从引起表见代表的事实来看,主要有无代表权和超越代表权两种类型,前者由登记不当或伪称代表引起,后者则包括超越代表权限与超越经营权限两种情形,这些不同类型在具体的责任构成适用上是遵循一致性标准还是有其特质性差异?

3. 这些不同的类型是否可以被同一体系所统率?考虑到两大法系皆在信赖责任的框架下看待表见代表责任,本文在明确类型及其适用的基础上,还需在信赖责任的框架下探讨商事表见代表责任的体系,并明确体系中各构成要件是如何互动达成利益平衡的,以此更好地指导商事表见代表责任之适用。

## 二、无代表权的表见代表

某人以企业名义行事,通常意味着其有相应的代表权,但现实中仍存在无代表权仍如此行事者,此可构成商事表见代表。依据无代表权者能以企业名义行事并可使第三人信赖的基础事实不同,可区分登记不当引起的无代表权和伪称代表下的无代表权两种类型。

### (一) 登记不当引起的无代表权

与民事表见代理不同,代表权的表征不是授权书,其首先可表现为相应的商事登记。依据《民法通则》第38条和《公司法》第13条,我国实行单一法定代表人登记制,法定代表人对外以法人名义行为,但其职权来自法律明确授予,无需另外授权。因此,其与企业之间的关系并非传统意义上的代理关系,而是代表关系。同时,依照《合伙企业法》第26、27条,执行事务合伙人代表合伙企业对外执行合伙事务,亦是一种代表关系。执行事务合伙人依据《合伙企业登记管理办法》第6条和第18条,在设立和更换时均需进行登记。然而登记制下的代表人制度却极易受到登记不当的影响,如把非代表人登记为代表人或者代表人变更后未及时变更登记,由此导致第三人误信而与之进行交易。

上述情形下,作为登记义务人的企业应当对此承担责任。此时,从责任构成而言,第三人的善意是必须的,《合同法》第50条对此已有明确规定。最新出台的《民法总则》第61条第3款也规定: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,相对人之善意是必备要件。境外立法例也认为需要善意要件。如《欧洲共同体法案》第9条第1款规定“若一个善意之人与公司交易,则该公司董事决定的交易应被认为是在公司权限范围内

的……决定参加交易的一方……没有必要查对董事会的权限,因为我们推定这一交易是善意互信的行为,除非事实证明与此相反。”《德国商法典》第54条规定对商事代办全权(Handlungsvollmacht)的限制对第三人无效,与之类似第126条股东的代表权(Die Vertretungsmacht der Gesellschafter)权限、《德国有限责任公司法》第37条的公司代表人(Geschäftsführer)权限、《德国股份有限公司法》第82条公司董事(Vorstands)权限、《德国合作社法》第27条合作社领导(Vorstand)权限的限制均不得对抗第三人,<sup>(3)221</sup>结合《德国商法典》第54条第3款的规定只有第三人明知或应知时才应承受此种限制的效力,因此,也需善意之要件。此外,澳大利亚的法律、<sup>(4)61-67</sup>《法国商事公司法》第14条及随后的法令、<sup>(5)406</sup>《日本商法典》第72条之二和第262条、《韩国商法》第395条、我国台湾地区“公司法”第27条第4款、第36、58条等<sup>①</sup>均有对第三人善意之要求。

我国实务亦要求此情形下第三人需善意,如有法院认为合伙事务执行人的工商登记仅具有公示效力,合伙协议中对合伙人执行合伙事务以及对外代表合伙企业权利的限制,不得对抗善意第三人(《合伙企业法》第37条)<sup>②</sup>;也有法院认为公司法定代表人变更但未办理登记的,不得对抗善意第三人<sup>③</sup>。

但与表见代理不同,此时第三人善意所要求的不知悉对象不是代表人的权限,而是其作为法定代表人或合伙事务执行人的身份,亦即只要不是故意或重大过失不知与之交易者并非具有代表人之身份,即可认定为善意。如《英国公司法》(2006年)第40条规定“对于董事(代表人)代表公司之行为,第三人无义务去查询公司章程是否对此有限制<sup>④</sup>。”董事身份本身即是“代表权有无”的标志,而第三人善意与否以及第三人交易行为与信赖之间的因果关系采取推定的模式,企业本身可以举反证抗辩。

登记不当的情况下,对于潜在责任者的可归责性,需引入风险归责原则。对登记不当更有风险控制能力者具有承担责任的正当性,因而作为登记义务人

① 冒名情形更为复杂,关于此的分析可参见石一峰《非权利人转让股权的处置规则》,载《法商研究》2016年第1期,第102-105页。

② 参见浙江省温岭市人民法院(2008)温民二初字第994号民事判决书。

③ 参见东莞市利成电子实业有限公司等与东莞市大岭山镇房地产开发公司等项目转让合同纠纷申请案二审判决以及最高院再审均采此见解,最高人民法院(2012)民提字第122号民事判决书。

④ Companies Act 2006, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/part/4>, 访问日期2016年8月29日。

的企业在借名、登记机关登记错误、代表人变更未及时变更登记等情形下,与善意第三人相比,都更具有风险控制能力,若其未进行必要的风险控制,导致表见代表出现,就具有可归责性。

## (二) 伪称代表下的无代表权

被登记的代表人一般是法定代表人或合伙事务执行人等,其他的代表人如公司的经理、董事、财务主管等并不会出现在商事登记中,因此,引起代表人无代表权的还可能是非代表人伪称自己是代表人。此种伪称可分为三个层级:

首先是一般的口头明确表示,通过言语中的人格担保或者特定商业模式的介绍等。其次是书面材料的间接证明,如通过企业商业计划书、企业内部文件等向第三方表示其是某企业的代表人。此外,还存在通过盗用或伪造的企业公章伪称自己是代表人的情形。

前两种伪称,由于可信赖程度较低,第三人的善意采取有条件的推定,尤其是仅有口头表示时,第三人应更审慎,只有当口头表示足以让人信赖时(die Erklärung muss in sich schlüssig sein),才存在客观的可信赖外观。<sup>(3)73</sup>有条件的推定,需要第三人首先提出伪称代表者提供了“能够证明其代表身份的书面证明或言词”的证据,并且要证明其与代表身份具有关联性,如某一商业模式的全部内容,只有企业的法定代表人才全部知晓或者企业商业计划书在历次交易中均只有有代表权的人才能持有等。只有在完成这一证明后,证明责任才转移到企业方,进入推定模式。最后一种伪称借助了更具有可信赖性的企业公章,但对于公章的真伪,第三人并没有专业的判断能力,因而仅进行形式审查即可,之后就进入直接的推定模式。

当然无论是哪种形式的伪称,第三人善意的判断都允许企业方反驳。因企业方对于伪称代表的真实身份存在直接性、权威性的认证标准。但值得注意的是,由于表见代表并非企业代表,本身可能亦无企业内部职位,企业对表见代表可能处于不知悉状态,而第三人与表见代表直接接触,因此,企业的反驳集中于第三人对此的认知上,如与企业有交易往来的第三人面对陌生的声称自己是企业代表的表见代表人,既未向企业咨询,也未要求其出示相关的身份证据或者对于明显伪造的签章、文件未进一步审查就与之进行交易的,应认定为非善意。

此时企业的可归责性在于对控制范围内的风险未进行有效控制。第三人信赖源于无代表权人的伪称代表,故企业方本身的风险控制能力并不会强于

第三人。但企业方需尽一定的注意义务与提醒义务,如对第三人的咨询进行妥善回复,在原代表人被解职时,应对贸易伙伴进行个别通知以防范表见代表的出现,若违反上述义务,企业方因未合理防范风险而具备可归责性。需加以特殊考虑的是伪称者故意伪造或盗用公章情形,企业方可能因不具有可归责性,而无需承担责任。除非在伪造的公章之外,还存在其他可信赖的辅助事实,如一起私刻公章的案件中,除了私刻的公章外,具有公示性的营业执照上还存在伪称代表的名字(其实是原负责人),因此,法院判定第三人善意,企业方对错误的营业执照具有风险控制能力而有可归责性,需承担责任<sup>①</sup>。

## 三、超越权限的表见代表

企业代表人以企业名义,为了企业利益而实施行为,但其本身是与企业分离的自然人,故其所有行为的法律后果并非都可归属于企业。区分个人行为还是代表行为的关键是职务行为的认定,且需该职务行为未越权。此种越权一方面是超越代表权限,另一方面是超越企业本身的经营权限。禁止越权是为了对代表人行为进行限制,确保其为企业利益行事而不至于滥用代表权利导致企业经营不善甚至破产,进而损害股东和债权人的利益<sup>②</sup>。但此种越权原则对于第三人极为不利,代表人权限通常只在章程中予以规定;对于经营范围虽有商事登记之要求,但在商事交易中,第三人并不会特意去查询,登记之外的代表人行为亦可引起第三人相信相关行为在经营范围之内的可信赖外观。<sup>(3)71</sup>

### (一) 超越代表权限

代表人之权限在法律中已有明确规定,如《公司法》第49条。但一般都设有兜底条款“公司章程(或合伙协议)另有规定的从其规定。”但公司章程仅对公司及其内部人员具有约束力,对第三人并无约束力。虽然公司章程等也需在商事登记机关登记(《公司法》第12条),但此种登记属备案性质,且企业信用信息公示系统不会对章程内容及代表人权限进行公示,第三人只能现场查询。而现实中查询效率极低,当存在其他可使第三人信赖代表人具有某权限的外观时,第三人的信赖仍应受到保护。

<sup>①</sup> 广东省广州市中级人民法院(2013)穗中法民二终字第655号民事判决书。此种营业执照是由商事登记机关颁布的,也属于登记性信息。

<sup>②</sup> 具体说理参见张晓玲《公司代表行为及其法律控制》载《现代法学》1998年第4期,第83-85页;傅廷美《公司法中的越权原则及其改革》载《法学研究》1991年第4期,第61-67页。

对此,《合同法》第50条规定“代表人超越权限的<sup>①</sup>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”;《合伙企业法》第37条也有类似规定“合伙企业对合伙人执行合伙事务以及对外代表合伙企业权利的限制,不得对抗善意第三人。”<sup>②</sup>而所谓的超越权限,第三人参照之标准为法律规定的一般情形下代表人的权限范围。如依《合伙企业法》第26条,合伙人对执行合伙事务享有同等的权利,因此,第三人对合伙人的代表权限有着一般的法律信赖,应当得到保护<sup>③</sup>。

### 1. 代表权限的可信赖外观

代表人的权限限制,一般规定于公司章程、合伙协议等内部文件中。关于公司章程效力,早期各国采“推定通知主义”说,即推定第三人知悉公司章程内容,因而也知晓其中的代表人权限。但现代市场主体的多样性和交易关系的复杂化,使得交易中对“交易相对方的每一细节”都知悉的要求变得不切实际,交易成本和交易效率已促使现代公司法将推定通知改为实际通知,现代商事交往中第三人并无调查公司章程之义务,对于第三人善意的认定采推定模式<sup>④</sup>。同时,代表人的权限限制属于企业内部管理事务,要求第三人承担内部管理的外部化风险也有违公平。实务中法院也认为“公司章程不具有对世效力,第三人对公司章程不负有审查义务”<sup>⑤</sup>，“即使公司章程都需要经过法定机关登记,也不能推定交易对方知道或者应当知道该章程内容”<sup>⑥</sup>；“不能将审查公司章程的义务强加给第三人,此不具有合理性和可操作性”<sup>⑦</sup>。

因此,只要表见代表人具有可让第三人信赖的身份外观,信赖并以此行事的第三人就应当受到保护<sup>⑧</sup>。此种身份外观在实务中一般表现为企业公章,一般区分为越权或不规范使用公章,盗用或伪造使用公章。

第一种情形中,有案例就认为信赖公章持有人身份的善意第三人应受到保护<sup>⑨</sup>。也有案例认为合伙企业承包经营者以合伙企业名义进行的行为对于第三人而言就是代表合伙企业的职务行为,内部承包协议对代表权限和对外承担责任的约定不得对抗善意第三人<sup>⑩</sup>,而此种承包人行行为在加盖了合伙企业公章时对第三人更具有可信赖性<sup>⑪</sup>。其他案例中也以负责人是否加盖了企业公章作为其是否履行职务行为的关键,职务行为中即使缺乏对外签订合同的权限也不得对抗善意第三人<sup>⑫</sup>。另有案例对会计的行为认定也采取了有无公章的标准<sup>⑬</sup>,因此,对于第三人而言,企业公章本身是代表人身份的体现进而是代表权限之外观<sup>⑭</sup>。

第二种情形中,对于盗用或伪造的公章,第三人对于公章的真伪只能依据通常人的标准去辨识,其举证责任在于企业一方。如表见代表人通过发表遗失声明,自行刻章并报公安局备案但未征得公司同意的<sup>⑮</sup>,第三人对公章真伪的辨别几无可能;同样,使用的公章印文与真实公章不一致,但公司曾在其他公证书、收账通知单和进账单等也使用过该名称,此时第

① 《合同法》第50条中规定的代表人包括法定代表人、负责人,其中后者的负责人应当做扩大解释,负责公司某一部分业务的经理,副职人员也是负责人而可被解释归为代表人。

② 《合伙企业法》第35条虽然只规定了被聘任的合伙企业的经营管理人员超越授予权限给合伙企业造成损失的应当进行赔偿,但结合第37条的规定,该条的体系解释仍可得知经营管理人员的越权行为对于善意第三人仍属有效。

③ 实务中有案例认为依据该条,合伙人均具有执行合伙事务的权限,第三人可对之产生合理信赖,参见浙江省湖州市中级人民法院(2010)浙湖商终字第368号民事判决书(缺乏裁判要旨)。《公司法》第49条也作了关于公司经理的一般职权的类似规定。

④ 最新《英国公司法》(2006年)第40条就规定,第三人并无义务去审查公司章程对代表人权限的限制。Companies Act 2006, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/part/4>, 访问日期2016年8月29日。

⑤ 参见中建材集团进出口公司诉北京大地恒通经贸有限公司、北京天元盛唐投资有限公司、天宝盛世科技发展(北京)有限公司、江苏银大科技有限公司、四川宜宾俄欧工程发展有限公司进出口代理合同纠纷案,《最高人民法院公报》2011年第2期(总第172期)。

⑥ 参见最高人民法院(法宝引证码)CLI.C.182415民事判决书,但该案认为上市公司的章程不但需要工商登记备案,而且是面向社会公开的,比非上市公司的章程明显具有公示性,因而第三人应当知晓公司章程的内容,此有一定道理,但不能忽视章程之外的可信赖事实,最终法院也是通过董事会决议的信赖外观而认定第三人善意的。

⑦ 参见江西省宜春市中级人民法院(2015)宜中民二终字第295号民事判决书。

⑧ 实务中对表见代理和表见代表的区分也在于身份性,如法定代表人本身具有可信赖性,但若其委托其他人处理公司事务,此时是代理关系,代理人的身份并不足以表明其权限,参见最高人民法院(法宝引证码)CLI.C.2126654。

⑨ 参见北京市高级人民法院(2013)高民终字第1164号民事判决书(2013年中国法院50件典型知识产权案例);四川中南明大置业投资有限公司等与黄木兴借款合同纠纷上诉案一审判决,最高院对此未予置评,而以涉嫌经济犯罪撤销判决,最高人民法院(2013)民四终字第22号民事判决书。

⑩ 参见湖南省娄底地区(市)中级人民法院(2013)娄中民三终字第70-76号民事判决书等。

⑪ 参见江苏省无锡市中级人民法院(2012)锡民终字第1167-1168号民事判决书。

⑫ 参见湖南省株洲市中级人民法院(2012)株中法民二终字第59号民事判决书。

⑬ 参见广西壮族自治区桂林市中级人民法院(2010)桂市民终字第468号民事判决书。另一案件对此的论证较弱,但会计的行为认定为该案认定之关键,参见河南省登封市人民法院(2011)登民一初字第2652号民事判决书。

⑭ 其他典型案例有最高人民法院民事判决书(2014)民一终字第314号民事判决书;最高人民法院(2012)民提字第156号民事判决书;河北省承德市中级人民法院(2016)冀08民终1300号民事判决书。

⑮ 参见最高人民法院(2012)民提字第122号民事判决书。

三人也无能力辨识出公章真伪,因此,企业本身应当举证证明公章的真伪第三人知道或应当知道<sup>①</sup>。

## 2. 第三人善意的判断

### (1) 一般情形下的推定

第三人对代表权限外观的信赖要得到保护还需第三人具备善意要件。一般情形下,第三人的善意采推定模式,《英国公司法》(2006年)第4章第一部分“公司能力及代表人权力对此的限制”(Capacity of company and power of directors to bind it)中第40条就认为第三人善意是推定的,除非有相反的证据证明(is presumed to have acted in good faith unless the contrary is proved)<sup>②</sup>。我国也采取相同做法,如最高人民法院公报案例认为法定代表人对外担保权限的限制仅在公司章程和内部决议之中,第三人对此不具有审查义务,其善意采推定方式认定。如果公司主张第三人恶意,应对此负举证责任,在公司无法举证第三人对此知悉的情形下,第三人基于善意得到保护<sup>③</sup>。若企业想要此种内部权限限定对第三人有效,可对贸易伙伴单独地作出通知(实际通知主义),以此举证第三人知情。实务中也认为对第三人非善意的举证责任在企业或其他企业合伙人、股东等<sup>④</sup>。

究其原因,作为一种主观状态,善意的正面认定极其困难。关于表见代理中的第三人要求,《合同法》第49条采“有理由相信”之表述,由第三人负担证明责任;而表见代表中,则在第50条采“除相对人知道或应当知道外”的表述,此与我国现行法和比较法上关于第三人善意的表述一致,均从反面进行<sup>⑤</sup>,即采“先推定,再从其反面进行反驳”的模式<sup>⑥</sup>。企业方的反驳集中于第三人对代表人权限的知悉;企业公章存在明显的伪造痕迹但未进行必要的核对;表见代表人的行为明显不在特定时间,也非为企业利益等。

另一方面,公司内部一般存在《公司印章管理办法》强调“管”、“用”分离,行政法存在印章备案制度,刑法上存在伪造公司印章罪(《刑法》第280条第2款),这些不同层级的印章管理制度要求企业印章的使用规范化。企业相较于第三人更有义务,也更易管理印章。基于此,由企业方证明第三人对公章的使用或真伪是否知悉更为妥当。

### (2) 特别情形下的有条件推定

一般情形之外,还存在不能单独代表实施的特别情形,这主要从三个方面予以判定:法律是否明确规定;协议内容的推断;行为性质是否属于商业经营行为。

有时法律已明定不能由代表人单独实施的行为,如《合伙企业法》第31条规定了需合伙人一致同意

才能实施的事项<sup>⑦</sup>,《公司法》第44条规定了须股东会决议且须经代表三分之二以上表决权的股东通过的事项,此时第三人善意之考量应当更加审慎。只有当表见代表人伪造股东会决议、一致同意意见书或合伙协议另有规定的证明等其他可让第三人信赖已取得一致同意的外观时,第三人才可能因信赖此种外观而受到保护。但实务中对此的认识仍停留在“代表权限制不得对抗第三人”<sup>⑧</sup>或“未一致同意就无效的”<sup>⑨</sup>笼统认识上,这一方面可能导致对第三人过度保护,而对企业、股东(合伙人)等保护不力;另一方面也有可能对第三人保护不力。实务中有判决已认识到这一点,而对此种善意判断不能仅凭信赖对方承诺、保证以及相关公章签订合同,还需要对相关的股东会决议、合伙人一致同意书等进行审查<sup>⑩</sup>。但是此种审查仅是形式审查,第三人并非笔迹鉴定专家,缺少进行实质审查的技术能力,决议的真伪不在审查范围之内,除非是明显的伪造<sup>⑪</sup>,尤其在公章、身份等都正确的情形下,对于公司决议的瑕疵必须经过鉴定机关的鉴定才能识别,此时应认定第三人已尽到

① 参见最高人民法院(2013)民提字第21号民事判决书。

② Companies Act 2006, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/part/4>, 访问日期2016年8月29日。

③ 参见中建材集团进出口公司案,《最高人民法院公报》2011年第2期(总第172期);最高人民法院民事裁定书(2016)最高法民申607号民事判决书。

④ 参见浙江省绍兴市中级人民法院(2012)浙绍民终字第361号民事判决书;浙江省温州市中级人民法院(2015)浙温商终字第2838号民事判决书。

⑤ 如我国《合同法》第50条、第151条、第158条第3款等,《德国民法典》第122条、第173条、第405条、第932条第2款等。

⑥ 参见北京市第三中级人民法院(2015)三中民(商)终字第15502号民事判决书。

⑦ 法律之所以如此规定,是因为这些事项如果不是涉及经营商业营业的行为,就是对于企业来说属于重大事项,需要全体合伙人一致同意。

⑧ 实务中主要涉及处分合伙企业不动产的问题,参见浙江省宁波市中级人民法院(2011)浙甬民二终字第15号民事判决书,类似的案件还有河南省登封市人民法院(2011)登民一初字第2652号民事判决书;河南省郑州市中级人民法院(2009)郑民申字第78号民事判决书。

⑨ 也有案例通过《合伙企业》第31条的一致同意规则,认定对外的合同无效,但对于第三人而言没有考虑其他可信赖的外观。参见湖南省永州市中级人民法院(2011)永中法民一初字第11号民事判决书;河南省洛阳市中级人民法院(2010)洛民终字第1077号民事判决书;云南省高级人民法院(2008)云高民二终字第124号民事判决书等。

⑩ 参见余盛与贵州泰邦生物制品有限责任公司等股权确认、盈余分配纠纷上诉案一审判决,最高院判决最终未否认该点,但认为增资协议不符合股东会决议,是以合法形式掩盖非法目的,而认定无效,最高人民法院(2013)民二终字第19号民事判决书;江苏省高级人民法院民事判决书(2015)苏商终字第00560号民事判决书中明确以未提供公司同意担保的股东会决议作为第三人非善意的理由。

⑪ 参见最高人民法院(法宝引证码)CLL C. 182415民事判决书;最高人民法院(2012)民提字第156号民事判决书。

了合理的审查义务<sup>①</sup>。而当第三人举证存在公司决议或一致同意书时,其善意判断又进入推定模式,即公司没有证据证明第三人存在恶意,就认定第三人已尽到合理的审查义务<sup>②</sup>。

同时根据协议的内容也可判断某些行为不能单独代表实施,如以公司财产无偿清偿个人债务等,显然损害其他股东的利益,第三人应当知道此行为不可能单独代表实施,在无股东会同意书证明时,仍签订相关协议的,则可认定为非善意。此种情形下,第三人是否知道或者应当知道代表人越权,应当结合法律规定、交易的性质和金额以及具体交易情境予以综合判定<sup>③</sup>。

《民法通则》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。”由此可知,法定代表人和其他工作人员对外只能进行经营行为的代表。德国法上代表人行为被区分为商业经营行为(Betrieb eines Handelsgewerbes)、私人行为(Privatesgeschäfte)、基本行为(Grundlagengeschäfte),其中只有商业经营行为可由代表人对外代表,而私人行为、基本行为等不能被代表或单独被代表。其中基本行为主要是指商事营业的转让、用益出租(Verpachtung)或停止,商号的变更,接受商事组织成员和提交开始破产程序(Insolvenzverfahren)的申请。<sup>(3)224</sup>此与我国法中对非经营事项以及涉及企业存亡的重大事项需合伙人一致同意,而不能由代表人单独代表的立法旨相一致。对于改变经营场所是否属于基本行为,德国学界有争议,认为诸如《德国商法典》第29条意义上的商人营业场所变更以及第106条意义上的普通商事合伙住所变更的事务不属于基本行为的原因在于经营某商事营业可能就涉及这些行为<sup>④</sup>;但更多的观点认为其属于基本行为,因为这一事项涉及的是企业的重大事项且一般无相对第三人,属于企业内部行为<sup>⑤</sup>。根据《合伙企业法》第31条,其属于基本行为,不能单独代表。同样,经营范围的变更也属于基本行为,因为经营范围已在章程中载明,而修改章程需全体员工的同意<sup>⑥</sup>。此与我国《合伙企业法》第31条的规定一致。对于经营行为之外的基本行为,企业一般要求进行股东会决议或合伙人一致同意,此时若存在表见代表情形,且涉及第三人的,其善意判断也应该如上述“不能由某个代表人单独实施的行为”一样,采取较为严苛的标准。

### 3. 责任者的可归责性

此情形下责任者承担责任的归责性表现为被代理人的过错<sup>⑦</sup>,但表见代表责任不采取过错归责,

而需进行风险控制能力的对比<sup>⑧</sup>。表见代表场合中的责任者可归责性判断主要基于风险控制能力在第三人与企业之间的动态强弱程度。在代表人权限限制方面,作为责任者的企业相较于第三人更具有风险源头控制力,一方面其可以以个别通知的方式告知业务伙伴公司章程或合伙协议等内部文件的内容以防止表见代表的出现;另一方面对于企业公章其可实行保管权与代表权的分离、对企业公章可进行备案与公告,以此保障代表人行为受到内部控制。但对于他人故意伪造公章情形,即使是企业方也不存在完全的风险控制能力。若其已经进行了必要的公章备案,那么与表见代理中的“盗窃、盗用单位的公章、业务介绍信、盖有公章的空白合同书,或者私刻单位的公章”行为一样,一般情形下,企业方因不具备可归责性而无需承担责任。但是企业方有明显过错,且过错行为与被害人的经济损失之间具有因果关系的,仍应承担责任,这是因为企业存在其他方面的可归责性,如对第三人询问作出迟延、欠妥或错误答复等<sup>⑨</sup>。

对于法律规定代表人不能单独实施的行为,若企业对此不知情且对私刻公章的行为不具有管理上的

① 实务中的案例有最高人民法院(2012)民提字第156号民事判决书,《最高人民法院公报》2015年第2期(总第220期);最高人民法院(2002)民四终字第6号民事判决书,《最高人民法院公报》2005年第7期(总105期)。

② 参见最高人民法院(法宝引证码)CLI.C.182415民事判决书。

③ 采综合判定方式的案件参见最高人民法院(2012)民提字第208号民事判决书。

④ Vgl. Canaris, Handelsrecht, 24. Aufl., 2006, S. 224; Klaus J. Hopt, Christoph Kumpan, Adolf Baumbach (Begr.), Handelsgesetzbuch, 36. Aufl. 2014, § 49 Rn. 1.

⑤ Vgl. Karsten Schmidt, Handelsrecht, 6. Aufl., 2014, § 16 III 3a; Krebs, in: Karsten Schmidt (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 3. Aufl. 2014, § 49 Rn. 27, 类似的有 Joost, in: Canaris (Hrsg.), Gro? kommentar zum Handelsgesetzbuch, 5. Aufl. 2008, § 49 Rn. 19.

⑥ Vgl. Canaris, Handelsrecht, 24. Aufl., 2006, S. 224; 结论相同,但论证基础不同的有 Karsten Schmidt, Handelsrecht, 6. Aufl., 2014, § 16 III 3a; Krebs, in: Karsten Schmidt (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 3. Aufl. 2014, § 49 Rn. 26.

⑦ 此为通说, Vgl. Johann Kindl, Rechtsscheintatbest? nd und ihre rückwirkende Beseitigung, 1999, S. 17, 105f. 德国判例参见 NJW 1975, 2101. 孙鹏《表见代理构成要件新论——以被代理人的过错问题为中心》,载《云南大学学报》2004年第1期,第78页;叶金强《表见代理构成中的本人归责性要件——方法论角度的再思考》,载《法律科学》2010年第5期,第42页。

⑧ 关于风险归责可参见 Müller - Erzbach, Das private Recht der Mitgliedschaft als Prüfstein eines kausalen Rechtsdenkens, 1948, S. 328ff; Canaris, Die Vertrauenshaftung im Deutschen Privatrecht, 1971, S. 479ff.

⑨ 对于不具有可归责性,被代理人或被代表人不用承担责任的,参见《最高人民法院关于在审理经济纠纷案件中涉及经济犯罪嫌疑若干问题的规定》第5条《民法总则(草案)》(三审稿)第176条。

失职,而第三人在无公司股东会决议或内部同意书的情况下就签订合同的,第三人的风险控制能力大于企业,企业无需承担责任<sup>①</sup>。若存在公司股东会决议或内部同意书等外观时,第三人的风险控制能力又随之降低,此时企业应当承担选任和组织的风险,风险控制能力又回到企业处而具有可归责性。

## (二) 超越经营权限

代表人超越权限的另一表现是超越企业的经营范围。《民法通则》第42条规定“企业法人应当在核准登记的经营范围内从事经营。”《公司登记管理条例》第9条、《企业法人登记管理条例》第9条规定经营范围应当进行登记,营业执照亦如此。虽然经营范围、营业执照具有一定公示性,但要求第三人在每项交易前都去查看并不合理,即使在登记正确时,代表人也可能超越经营范围而签订合同。

### 1. 超越经营范围的法教义学归类

超越经营范围的合同无效,最早出现于英国法,被称为越权原则(Ultra Vires)<sup>②</sup>。这一原则在英美法系被广泛接受,对大陆法系也产生了影响,我国立法遂也接受之。<sup>(6)157</sup>《民法通则》第42条在比较法上可追溯至《德国民法典》第43条<sup>③</sup>,早期受制于法人拟制说,对此的解释是对企业权利能力的限制。此种限制具有一定的强制性,违反将导致超越经营范围的行为无效。

由此带来的弊端显而易见:第一,对第三人保护不力进而影响交易效率。第二,不利于企业自身发展。企业在发展过程中可能因业务扩大、投资增加而扩大经营范围,完全限制经营范围之外的行为,将萎缩企业的创新力和商业开拓力,导致市场僵化。第三,损害交易安全。企业可能根据合同对自己是否有利而决定是否采用越权原则,此时第三人的交易安全将得不到保障。<sup>(7)42-45</sup>鉴于此,各国法律均对“越权原则”进行了修正。美国律师协会于1969年颁布的《标准公司法》第7条即规定“不得把公司缺乏权利能力作为认定公司行为或财产转让无效的原因,实际上废除了传统公司法中的越权原则。”<sup>④</sup>1989年版的《英国公司法》也于第108条中规定“经营目的之限制不足以影响公司对外行为的有效性”,从而也排除了越权无效的原则。另外该条还规定,对外协议生效前,股东可诉请法院阻止超越经营范围之行为,但一旦已生效,法院也不能否认其效力<sup>⑤</sup>。其他类似的规定有上述《法国商事公司法》第14条<sup>⑥</sup>、《欧洲共同体法案》第9条第1款、《日本商法》第72条之二<sup>⑦</sup>。我国法上,首先由《合同法》第50条对此进行了笼统规定,由于该条中“超越权限”的内涵并未明确,因

此,解释上就可包括代表权本身权限和企业经营范围权限<sup>⑧</sup>。其次,《合同法解释(一)》第10条规定“当事人超出经营范围订立合同的,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。”而且新《公司法》删除了旧《公司法》第11条“公司应当在登记的经营范围内从事经营活动”的规定,这就表明了法律对越权行为不再采取原则无效的规定。对此,美国学者Ballantine指出“越权行为的实际问题并非是政府授予了公司这一想象的人(an imaginary person)何种权力、资格或者权限,而是公司股东授予了其利益的代表人——董事们的何种权限;而且一般地说,公司章程的条款的实际功能相当于合伙协议,它是对公司或高级职员实际权限的限制,而非对于它们表面权力的限制,除非第三人知情。”<sup>(5)834-835</sup>我国学者也认为法人行为目的范围的限制是对代表人代表权的限制<sup>⑨</sup>,且目的范围对法人机关代表权的限制不得对抗善意无过失的第三人,仅有章程的公布并不能推定第三人已知晓此项限制及存在恶意或过失。<sup>(6)179</sup>经营范围本身也构成了代表人权限的边界。

① 参见最高人民法院(2012)民提字第208号民事判决书。

② 最早确立该原则的案例为Ashbury Railway Carriage and Iron Co. Ltd v. Riche, LR 7 HL 653(1875)。

③ 该条规定“由于许可而取得权利能力的社团如果追求章程规定以外的目的时,可以剥夺其权利能力。”类似的规定还有《日本民法典》第43条规定“法人依法令之规定,于章程或捐助行为所定的目的范围内,享有权利,负有义务。”我国台湾地区“民法典”第26条规定“法人于法令限制内,有享有权利负担义务之能力,但专属自然人之权利义务,不在此限。”

④ 较早的1950年版和之后的1984年版《标准公司法》都采取了相似的规定。

⑤ Companies Act 1989, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1989/40/section/108>, 访问日期2016年8月29日。Companies Act 2006, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/part/4>, 访问日期2016年8月29日,《英国公司法》(2006年)大致延续了这一规定。

⑥ 1966年公布的《法国商事公司法》第14条规定:在第三者的关系中,经理对属于公司宗旨范围内的行为承担责任,有若干名经理时,每一位经理拥有前款的权力……限制经理的权力的章程不能对抗第三人。

⑦ 1990年,《日本商法》追加的第72条之二规定“认为公司业务代行人进行不属于公司日常业务的活动,公司也应承担对善意第三人的责任。”

⑧ 《合同法(建议草案)》至《中国统一合同法第三稿》中该权限明文规定为“超越法律、章程规定的权限”。但在《合同法》经第九届全国人大第二次会议通过颁布以后,该权限的限定词已被去掉。由此可见,立法者对权限倾向于作不作限定的宽泛解释。

⑨ 此为多数说,参见温世扬,何平《法人目的事业范围限制与“表见代表”规则》,载《法学研究》1999年第5期,第159页;宋宗宇,刘娜《法人代表越权行为与表见代表制度》,载《社会科学家》2007年第5期,第110页;李建华,徐中缘《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,第42页;许明月《企业法人目的范围外行为研究》,载《民商法论丛》,法律出版社1997年版,第6卷,第179页;史尚宽《民法总论》,台湾正大印书馆1980年版,第136页。

## 2. 超越一般经营权限

依照《合同法解释(一)》第10条,超越一般经营权限的合同有效,第三人应受到保护。此时在可信赖外观上,企业公章依然是重要的表征。如有判决认为“协议上加盖了公章,且表明了代表人的身份和企业性质,则协议约束主体应当是公司而非个人。”<sup>①</sup>另外,对于违反限制经营、特许经营和禁止经营而认定合同无效时,并未否认合同的主体是企业一方与第三人,从此种意义上而言,代表人的身份以及签订合同时的公章仍然是信赖外观的表现<sup>②</sup>。

虽然《合同法解释(一)》第10条中未有第三人善意的明确表述,但其作为对《合同法》第50条的解释,理应有善意之要求。而从其“人民法院不因此认定合同无效”的表述来看,法院只是不能仅因超越经营范围而认定合同无效,但如果第三人是非善意的则仍可能无效,依此解释就存在第三人善意要求的解释空间。此外,由于交易有效与否涉及双方利益,因此,第三人的主观状态也需被考虑。<sup>(8)29-44</sup>在判断上,第三人的善意仍采推定模式,企业可举反证反驳。

## 3. 超越特殊经营权限

如果经营范围本身属于法律规定限制经营、特许经营以及法律、行政法规禁止经营的范围,交易人应当注意相对人是否取得该许可,此时实际上提高了第三人对此的注意义务<sup>③</sup>。

需注意的是,原《商业特许经营管理办法》(已失效)第33条规定:外商投资企业以特许经营方式从事商业活动的,应向原审批部门提出申请增加“以特许经营方式从事商业活动”的经营范围。此时能否获取特许经营范围是一种审批手续,因而除了特许人的许可外还需审批部门的批准。但2007年的《商业特许经营管理条例》第8条仅规定“商业特许经营合同事后应向行政主管机关备案,而无审批要求。”备案制度仅属于管理性规定,使得限制经营、特许经营的获得只要有特许许可即可,未进行工商登记中经营范围的变更原则上不再影响合同效力<sup>④</sup>。另外需取得“经营资格登记证”的经营事项仅属于登记性经营权限,而非需许可的限制经营或特许经营,登记本身仅是一种管理行为,未登记引发的超越经营权限的行为对于善意第三人而言也有效<sup>⑤</sup>。

在明确何谓限制经营和特许经营事项后,当某企业经营范围中无该“限制、特许或禁止经营范围”时,第三人应当对其背后有无特许许可尽到必要的注意义务。一般情形下,代表人超越经营范围时第三人的善意仍采推定模式,而对于存在限制、特许或禁止经营的交易行为时,第三人应尽到对特许许可协议有无

的注意义务。当然此种注意义务并非一定要对特许许可协议等进行审查,代表人的明确言词和可推断的行为亦可成为判断其有无特许许可的依据。同上述超越内部代表权限中的特别情形一样,采取的是有条件的推定。

此时,企业对于代表人超越经营权限更具有风险控制能力,其一方面可能默认此种行为,另一方面可能是在选任代表人时存在过失,因此具有可归责性。

## 四、商事表见代表责任的体系构成

从以上论述可知,商事表见代表是某人无代表权或超越代表权限,但因登记的外观、该人的言词或行为等可信赖信息而使得与之交易的第三人相信其有代表权,企业应当对此承担责任。表见代表的核心要素是信赖,在法教义学归类上应属于信赖责任。英美法认为其是禁反言法理(theory of estoppel)的体现<sup>⑥</sup>。大陆法上也从信赖角度对其进行论述并将之归为信赖责任。<sup>(9)189</sup>我国法现有的讨论中也认为应从信赖外观的角度予以考量<sup>⑦</sup>。上述具体类型的表见代表也表明其遵循信赖责任的一般要求,因此,其体系化也应遵循信赖责任的基本构成要素且各要素基于自身的特性将在体系中形成不同强度的结合和互动。

### (一) 可信赖的事实

表见代表责任的信赖事实一方面是由登记不当引起的登记外观,另一方面也可通过登记之外的伪称或可推断的行为形成可信赖外观。但值得注意的是,上述类型的表见代表因信赖事实的不同,对第三人善意的判断和责任者的可归责性等要素的认定严苛程度不同。不同的信赖事实呈现出不同的可

① 参见上海市第二中级人民法院(2013)沪二中民六(商)终字第19号民事判决书,虽然该案最终因无特许经营资质而导致合同无效,但合同主体仍是公司,公章等依然是代表人身份的体现。

② 参见海南省海口市中级人民法院(2011)海中法民二终字第146号民事判决书;上海市第一中级人民法院(2011)沪一中民六(商)终字第124号民事判决书。

③ 企业在经营时也需要将获准之许可摆设于显著位置或交于第三人审查。

④ 最高人民法院于申请人天瑞酒店投资有限公司与被申请人杭州易居酒店管理有限公司申请承认仲裁裁决一案的请示报告的复函,最高院(2010)民四他字第18号。

⑤ 最高人民法院于未取得无船承运业务经营资格的经营者与托运人订立的海上货物运输合同或签发的提单是否有效的请示的复函,最高院(2007)民四他字第19号。

⑥ 英美法论述可参见许明月《企业法人目的范围研究》,载《民商法论丛》,法律出版社1997年版,第6卷,第179页。

⑦ 学理讨论参见李建华,许中缘《表见代表及其适用——兼评〈合同法〉第50条》,载《法律科学》2000年第6期。实务案例参见广东省高级人民法院(2012)粤高法民二终字第19号民事判决书,该案认为代表人超越权限订立合同对善意第三人有效是旨在保护善意相对人的信赖利益。

信赖性程度。如代表人登记仅针对法定代表人或合伙事务执行人等重要的代表人,商事登记具有国家权力的支撑和极强的公示力,因而可信赖程度最高。企业公章是企业管理中重要的代表人身份和权限表征,虽然其有严格的管理制度,但相较于登记,公示性较差,可信赖程度也随之降低。持有企业内部文件或仅仅通过言词伪称自己是代表人,可信赖程度最低。

在不同的代表事项中,还存在其他特别的可信赖事实要求,如对于法律已规定不能由代表人单独实施的行为以及限制经营、特许经营以及禁止经营的事项,就要求企业内部的一致同意书或特许可协议等辅助的可信赖事实。具体的可信赖事实分类及其可信赖性,如下表所示:

可信赖事实基础类型		特别可信赖事实要求		可信赖性程度
商事登记	一般情形	不要求		10
		要求	符合	10
	特别情形		不符合	3
企业公章	一般情形	不要求		8
		要求	符合	8
	特别情形		不符合	2
言词或书面材料	一般情形	不要求		5
		要求	符合	5
	特别情形		不符合	1

虽然上述可信赖程度可通过数字表达(数值越大可信赖程度越高),并非是要精确的标注可信赖性的数值等级,而是更形象的表明不同可信赖事实的可信赖程度。不同类型的可信赖事实因其可信赖程度会影响到第三人善意判断的标准和方法;可信赖事实的不同生成方式,又会影响到企业方的可归责性判断标准。

### (二) 第三人的善意

依据前述可信赖事实的可信赖程度不同,第三人善意认定标准和方式不同。善意从词源学上源于 bona fides 这一拉丁词,字面意思为出于真心的,信以为真的,其中暗含着某种“不知情”,<sup>(10)4-13</sup>但法律中一般对善意的表述是从其反面进行的,即采取(但)

XXX 知道或因重大过失或过失不知道(应当知道)的,非为善意”的表述,如《合同法》第 50 条中采取的表述是“相对人知道或者应当知道”。其中“知道”表明是“明知”;“应当知道”在德国法的表述是 kennen musste,其与“因过失而不知道(infolge von Fahrlässigkeit nicht kannte)”等同<sup>①</sup>。此一方面表明了善意认定的困难性,很难从正面进行定义;另一方面也表明善意一般采取推定的方式,法律规定了善意之反面是便于举反证进行反驳。因而第三人的善意虽可表述为对真实信息的不知,但在认定上却是先推定,而后判断信赖者何时知悉或应当知悉真实信息或表象信息为虚假<sup>②</sup>。推定的程度以及构成知悉的条件则与可信赖事实的可信赖程度有关。

上述可信赖事实的可信赖程度表明商事登记的可信赖性最高,因此,善意判断标准应当与其他可信赖事实相区分:前者是“明知或因重大过失不知”,后者是“明知或因过失(包括轻过失)不知”。两者都采取推定的认定方式,但因可信赖事实的变化,善意的推定又区分为一般条件下的推定和有条件的推定两种情形。一般条件下的推定是基于法律已对代表人的一般范围进行了规定,而公司章程等内部文件设置的限制不是第三人所应密切审查和关注的事项,在交易效率和安全的的要求下,第三人的善意采推定模式。但当上述的法律已规定不能由代表人单独实施的行为(从协议内容类推法律的规定)以及限制经营、特许经营、禁止经营的事项,第三人的善意并非直接采推定模式,而是在第三人证明诸如股东会决议、内部一致同意书或者特许可等文件存在并达到咨询、审查的要求时,其善意才可被认定,这是一种有条件的推定<sup>③</sup>。而在伪称代表中,若第三人信赖的仅仅是言词或书面材料,其可信赖程度最低,因此,有必要采取有条件的推定。只有第三人先行提出这些可信赖事实与代表人身份具有实质关联,才进入推定模式。这实际上会导致企业方更易反驳,如证明与企业有交易往来的第三人面对陌生的声称自己是企业代表的表见代表人,既未向企业进行咨询,也未要求其出示相关身份证据,即可证明其非善意。具体认定标准和方式如下表所示:

① 详见《德国民法典》第 122 条的表述。

② 此为善意认定的一般准则,参见(德)曼弗雷德·沃尔夫著,吴越、李大雪译《物权法》,法律出版社 2002 年版,第 289 页;尹田:《法国物权法》,法律出版社 1998 年版,第 207 页;〔日〕田山辉明《物权法》,陆庆胜译,法律出版社 2001 年版,第 106 页。

③ 此情形下不可能是完全基于商事登记的信赖,必须加上登记之外事实的信赖,因此,善意的判断采取后者的标准。

可信赖事实基础类型		善意认定标准	善意认定方式
商事登记	一般情形	明知或因重大过失不知	一般推定
	特别情形	明知或因过失不知	有条件推定
企业公章	一般情形	明知或因过失不知	一般推定
	特别情形	明知或因过失不知	有条件推定
言词或书面材料	一般情形	明知或因过失不知	有条件推定
	特别情形	明知或因过失不知	

### (三) 第三人的信赖处置行为及其合理性

商事表见代表责任保护的是第三人的信赖。信赖作为一种主观状态只有客观的行为才可将其显现出来,因而对于信赖的保护毋宁说是对信赖背后行为的保护,因此,最终的责任构成中还需要第三人具有客观的信赖处置行为且行为具有合理性。

在商事表见代表责任中,首先,第三人的信赖处置行为除了交易行为外,公司的增资、入伙等行为也可包括。第三人因信赖与之签订增资、入伙协议的人具有代表权,而将资产等转入企业,但最终出现表见代表时,企业仍应当对其承担责任。

其次,诉讼行为也可作为一种信赖处置行为,<sup>(3)55</sup>如第三人因相信表见代表人的权限,而在诉讼中达成互相免除部分责任的和解协议或表见代表人代表企业诉讼时直接免除其债务,那么,接受该诉讼中行为的善意第三人也应得到保护。

最后,违法行为不能作为信赖投入<sup>①</sup>,特别是法律禁止的行为(如买卖人体器官),即使代表人有权限也属于违法行为,因而即使是善意第三人也无保护之必要。但表见代表一方具有违法情形并不影响善意第三人的保护,如代表人私刻公章等。

上述处置行为必须具有合理性,即第三人的信赖与其处置行为之间存在因果关系。该因果关系的认定也采推定模式,同样允许企业进行抗辩,证明第三人并非基于对表见代表人的信赖而进行交易。如第三人与企业之间存在连续供货合同,即使某一次交易中存在表见代表,这并非基于信赖表见代表人而接受货物、支付货款,因此,第三人不能得到保护<sup>②</sup>。

### (四) 责任者的可归责性

表见代表中的责任者主要为企业方与第三人,表见代表中承担责任的正当性需通过风险控制能力的比较评判<sup>③</sup>,即对企业与第三人的风险控制能力进行比较。风险控制能力为表见代表中判断可归责性的重要因素,但不同类型下的表见代表对于企业和第三

人的风险控制能力考量因素不同。在登记不当中企业是登记义务人,其有能力对登记进行审查并可及时要求变更登记。在登记之外,如果不存在企业公章保管不善,就可能对代表人的选任存在过失,因此企业也具有可归责性。而在口头或书面材料的伪称代表下,企业方和第三人的风险控制能力相当,此时应严苛企业方的可归责性判断,只有在未尽到事后或可能的事前预防义务时,才具有可归责性。同时与表见代理相比,表见代表中责任人的可归责性程度并不是必须达到表见代理中“过错”程度<sup>④</sup>,但可归责性的要求仍然存在。

对企业公章的使用到底是不合规使用,还是伪造或盗用,会影响到企业方可归责性的认定。公章的规范保管和使用在企业方的风险控制能力范围内,其可以制定相应的内部公章使用规范等。但对于盗用或伪造情形,因为是他人的故意行为,企业方的风险控制能力下降。在伪造情形中,第三人和企业方对于发生此类事件的风险控制能力相当。但第三人在具体的行为过程中,比企业方更能接触到伪造的公章,其

<sup>①</sup> 此在德国法上无争议, Vgl. Karsten Schmidt (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 3. Aufl. 2014, § 14 II 3; Canaris (Hrsg.), Großkommentar zum Handelsgesetzbuch, 5. Aufl. 2008, § 15, Rn. 13.

<sup>②</sup> 该问题在商事表见代表责任中并非十分突出,本文不作详细分析,关于信赖合理性判断的方式可详见石一峰《违反信息披露义务责任中的交易因果关系认定》,载《政治与法律》2015年第9期,第89-94页。

<sup>③</sup> 关于信赖责任中的风险归责可参见 Müller - Erzbach, Das private Recht der Mitgliedschaft als Prüfstein eines kausalen Rechtsdenkens, 1948, S. 328ff; Canaris, Die Vertrauenshaftung im Deutschen Privatrecht, 1971, S. 479ff; Harbarth, Gutgläubiger Erwerb von GmbH - Geschäftsanteilen, ZIP 2008, S. 57f. Wolfgang. Wiegand, Staudinger, Neubearbeitung 2011, Vorbemerkungen zu § § 932 - 936, Rn. 23 ff, S. 395 ff. 其中卡纳里斯作为风险归责的当代倡导者,其风险归责理念正是从商事外观责任中发展而来。

<sup>④</sup> 对于代理外观的产生需被代理人(本人)有过错,而代理外观系盗用相关证明形成的,不适用表见代理已成为德国代理法之通说。Vgl. Canaris, Die Vertrauenshaftung im Deutschen Privatrecht, 1971 S. 137. Johann Kindl, Rechtscheinatbest? nd und ihre rückwirkende Beseitigung, 1999, S. 17, 105f. 德国判例参见 NJW 1975 2101. 我国多数学者也认为表见代理中应以被代理人的过错(也有成为代理外观形成与被代理人有关)为构成要件之一,盗用情形不成立表见代理。孙鹏:《表见代理构成要件新论——以被代理人的过错问题为中心》,载《云南大学学报》2004年第1期,第81页;叶金强《表见代理构成中的本人归责性要件——方法论角度的再思考》,载《法律科学》2010年第5期,第43页;王利明《民法总则研究》,中国人民大学出版社2012年版,第689、690页;吴国喆《权利表象及其私法处置规则——以善意取得和表见代理制度为中心考察》,商务印书馆2007年版,第185页;张俊浩主编《民法学原理》,中国政法大学出版社2000年版,第327页;王浩《表见代理中的本人可归责性问题研究》,载《华东政法大学学报》2014年第3期,第108页。中国判例参见中国运载火箭技术研究院与甘肃省机械进出口公司等进出口代理纠纷上诉案,最高人民法院民事审判第二庭编《民商事审判指导》,人民法院出版社2006年版,第220页。

可进行必要的审查来进行风险控制,而企业方完全没有此种可能。因此,企业方就有可能在此情形下不具有可归责性。在盗用情形下,企业方虽然可加强防护措施,但是对于故意情形,其与第三人的风险控制能力其实相当。企业方可以尽早的进行遗失声明或公告使第三人更早地知晓公章盗用的状况,进而可以提高其警惕性。若企业没有进行必要的事后风险控制行为,则仍具有可归责性。但企业方只有在明确知道公章被盗用而不是被不规范使用时,才有进行遗失声明的义务,且一般会赋予其必要的时间进行查明或报案等,因此,盗用情形中,企业方最终也可能无可归责性。若企业方在伪造或盗窃之外存在其他的风险控制可能性,却未尽到必要的控制,如在第三人进行询问时,给出了错误的答复等,则仍会具有可归责性而需要承担责任。

### 结语

商事表见代表责任的构成体系理应遵循信赖责任的一般要求:可信赖事实的存在,第三人的善意,第三人的信赖处置行为及其合理性,责任者的可归责性等。由于表见代表发生领域及其信息传递的特殊性,其在类型和构成要件上与民事表见代理有所差别,尤其是可信赖外观的形成、第三人善意的判断等。除非

存在法律对权限的特别规定(如必须一致意见或限制经营、特许经营的事项),表见代表责任中对身份的信赖替代了对权限的直接信赖。身份信赖可由登记不当或登记之外的诸如公章、言词或内部文件等引起。不同的可信赖事实具有不同程度的可信赖性,此会影响到第三人善意的判断标准和认定方式。除商事登记可信赖事实中第三人善意之标准为“非为明知或因重大过失而不知”外,其他的均为“非为明知或因过失而不知”。在第三人善意认定方式上,通常采一般推定模式。在法律对权限有特别规定时,则采有条件的推定,需第三人证明附加条件的存在才能证明其善意,如一致同意书、特殊经营权限许可文件的存在等。第三人的信赖处置行为一般是交易行为,但一些诉讼中的行为也能受到保护。依据责任者与第三人风险控制能力的比较,其一般在登记、选任、公章、文件保管等方面都比第三人更具控制能力,因而具有可归责性。在伪造或盗用公章情形下,则可能不具有可归责性,但不排除其他的归责可能性。正是通过责任者可归责性与第三人善意判断的互动,实现了商事表见代表责任的利益平衡。商事表见代表责任的具体适用也应通过对上述各要件的分析在判决中说理论证第三人保护的必要性和责任者承担责任的正当性。

### 参 考 文 献

- (1) 李建华,许中缘.表见代表及其适用——兼评《合同法》第50条(J).法律科学,2000(6):75-82.
- (2) 陈自强.代理权与经理权之间——民商合一与民商分立(M).北京:北京大学出版社,2008.
- (3) Canaris. Handelsrecht (M). 24. Aufl., München: Beck, 2006.
- (4) 傅廷美.公司法中的越权原则及其改革(J).法学研究,1991(4):61-67.
- (5) 卞耀武.当代外国公司法(M).北京:法律出版社,1995.
- (6) 许明月.企业法人目的范围外行为研究(J).民商法论丛,1997(6):157-179.
- (7) [英]B. M. 汉尼根.公司越权原则的改革(J).傅廷眉,译.法学译丛,1988(2):42-45.
- (8) 余延满,冉克平,郭鸣.企业法人目的范围外行为新探——兼评《合同法》第50条之规定(J).安徽大学法律评论,2004(2):29-44.
- (9) Canaris. Die Vertrauenshaftung im Deutschen Privatrecht (M). München: Beck, 1971.
- (10) 王利明,王轶.动产善意取得制度研究(J).现代法学,1997(5):4-12.

(本文责任编辑 肖新喜)