

越权代表的二元结构与审查义务

——《合同编解释》第20条的发展与创新

张永

(河南财经政法大学 法学部,河南 郑州 450046)

摘要: 越权代表涉及法人、代表人、相对人等多方利益,立法及学说对其法律效果、证明责任等进行多次调整。《合同编解释》第20条首次在立法上明确代表权的法定限制与意定限制,宣示了代表权限制的二元结构。法定限制推定相对人恶意,除非相对人尽了合理审查义务。合理审查介于形式审查和实质审查之间,在审查内容等方面与后两者不同。意定限制推定相对人善意,其没有合理审查义务,除非法人能证明其知道或应当知道代表权意定限制。在相对人恶意时,越权代表行为效力待定,法人有追认权。但法人拒绝追认时越权代表并不在代表人与相对人间生效,而是归于无效。法人因过错承担赔偿责任后,有权向越权代表人追偿。

关键词: 越权代表;二元结构;合理审查;重大交易;合同效力

中图分类号: DF525 **文献标识码:** A **文章编号:** 1002-3933(2025)03-129-21

The Dual Structure and Examination Duty of Ultra Vires Representative

——Development and Innovation of Article 20 of *Interpretation of Contract Book of Civil Code*

ZHANG Yong

(Department of Law, Henan University of Economics and Law, Zhengzhou 450046, China)

Abstract: Ultra vires representative involves the benefits of legal person, legal representative, counterpart and so on. Legislation and doctrine have adjusted the attitude towards the legal effect and burden of proof about ultra vires representative. Article 20 of

收稿日期: 2024-12-13

基金项目: 国家社科基金一般项目“动态体系论的原理结构与私法应用研究”(22BFX178)。

作者简介: 张永,男,河南永城人,河南财经政法大学法学部副教授,清华大学和海德堡大学联合培养民法学博士,研究方向:民商法学。

Interpretation of Contract Book of Civil Code firstly stipulates legal limit and intended limit of representation by legislation clearly, declaring the dual structure about the limit of representation. Counterpart is presumed baleful in legal limit of representation, unless counterpart performs the duty of reasonable review. Reasonable review stands between formal review and substantive review, which has many differences in review contents and other aspects. Counterpart is presumed in good faith in intended limit of representation, who has no duty of reasonable review, unless legal person can prove that he/she knows or should know the existence of intended limit. When counterpart is baleful, the validity of ultra vires representative is to be determined, of which Legal person has the right of ratification. But if legal person refuses to ratify it, ultra vires representative is not effective between legal representative and counterpart, which is just neutralized. Legal person has the right to recover from the representative after legal person assumes compensation liability due to the faulty.

Key words: ultra vires representative; dual structure; reasonable review; major transaction; validity of contract

一、问题的提出:越权代表二元结构的法定化

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。^{〔1〕}由于我国民事立法对法人本质采法人实体说,而不是法人拟制说,其制定法依据是《民法典》第59条。^{〔2〕}法定代表人(以下简称“代表人”)作为法人的代表机构十分重要,代表人的行为就是法人的行为,甚至该代表行为不利于法人、侵害第三人时,其效果也由法人承担。按照《民法典》第105条,非法人组织也可确定一个或数个代表人代表其从事民事活动,所以代表规则不仅适用于法人,也适用于非法人组织,是团体法上的一般规则。代表人的地位如此超然诱发了代表人对代表权的滥用,^{〔3〕}对法人、非法人组织极为不利,因此必须从立法设计上适当限制代表人滥用代表权的行为即越权代表行为,妥善平衡法人、非法人组织和交易相对人的利害关系。一方面限制代表人的代表权、维护被代表的法人、非法人组织的利益;另一方面也要关照交易秩序和交易安全,充分保护善意交易相对人的合理信赖,努力做到不厚此薄彼,更不顾此失彼。为此原《合同法》第50条规定法人或非法人组织的代表人、负责人超越权限订立合同,除相对人知道或应当知道其超越权限以外,该代表行为有效。但如何判断相对人是否知道、

〔1〕 参见[德]伯恩·魏德士:《法理学》,丁小春、吴越译,法律出版社2003年版,第55页。

〔2〕 参见杨代雄:《民法总论》,北京大学出版社2022年版,第152页。

〔3〕 参见杨汝轩:《论中国公司代表人制度的改革——以两大法系比较研究为视角》,载《河北法学》2012年第11期,第68页。

如何理解超越权限以及相对人知道超越权限的法律后果如何,原《合同法》及《民法总则》都没有明确。

《民法典》生效后,《民法典》及特别法对代表权的意定限制以及法律效果有集中明确地规定,典型条款是《民法典》第61条第3款,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,不得对抗善意相对人。对于非法人组织,典型条款表现为《合伙企业法》第37条,即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。此外《个人独资企业法》第19条也规定,个人独资企业的投资人可委托或聘用其他具有民事行为能力的人负责企业的事务管理,但投资人对受托人或被聘用人员职权的限制,不得对抗善意第三人。而《民法典》第504条承继了原《合同法》第50条,对法人或非法人组织越权代表进行了统合性的规定,即法人的法定代表人或者非法人组织的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外,该代表行为有效,订立的合同对法人或者非法人组织发生效力。可见法人章程、权力机构决策、其他内部规定等可限制代表人或负责人的代表权,但这种限制对于不知情的相对人来说,应优先保护善意相对人的合理信赖,即此时越权代表发生与非越权代表相同的法律效果,越权代表人与善意相对人间的合同对法人、非法人组织生效。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则若干问题的解释》(法释〔2023〕13号)(以下简称《合同编解释》)颁布之前,《民法典》及特别法并没有对代表人、负责人的代表权限制进行集中统一地规定,而是在部分特别法中对股东会、董事会的法定权限予以明确规定,对个别事项要求代表人、负责人对外代表公司时必须事先由股东会、董事会针对该事项作出有效的决议。对该等法定的重大事项,代表人无权自主决定,而必须在股东会、董事会作出决策或授权后才能对外代表公司签订合同,否则就侵犯了股东会、董事会的法定权限,该代表人在此等法定重大事项的代表权即间接地受到法定限制。若代表人没有经过股东会、董事会决议,擅自决定相关事项或者伪造决议等,显然构成越权代表。这种越权代表侵犯了法律、行政法规明确规定的股东会、董事会的职权,从另一个侧面当然也构成了对代表人代表权法定限制的违反。这种分散式的规定在法律适用上有些困难。因为这些规定是封闭式规定,而不是列举式规定,而司法实践中可能出现其他的重大事项,这些事项也会对公司治理、生产经营产生重大影响,却没有被明确规定需要股东会、董事会事先决议,代表人能否直接决定、直接代表?此时出现法律漏洞。另则在代表人违反了《公司法》《证券法》的相关规定,构成越权代表时,该越权代表行为的法律效果如何、越权代表人要不要担责、公司能不能对越权代表人追偿、如何判断相对人是否善意等,这些问题没有明确集中

的规定,而且对其效力的判断显然也不能直接适用《民法典》第61条第3款的规定,因为该款针对的是代表权超越意定限制的情形。

《合同编解释》第20条的最大贡献就在于明确、集中、具体地规定了代表权的法定限制及其效果,对《民法典》第504条中的“超越权限”进行了类型化规定,在立法上明确代表权限制的二元结构:意定限制和法定限制,重点规范了越权代表法定限制的情形,并且从举证责任及相对人审查义务的角度来认定越权代表行为的效力及各方的权利义务配置。如代表权是基于法律、行政法规而被限制的,则相对人要举证证明自己已履行了审查义务,否则越权代表不对法人、非法人组织生效。如代表权是基于章程或权力机关的决议等被限制,则直接推定相对人善意,举证责任转移给法人、非法人组织,除非其能够证明相对人知道或应当知道该代表权限制,否则代表行为的效果归属于法人、非法人组织。如此处理的合理性在于,对于法律的规定,应推定所有人知晓,如此相对人在与代表人交易时应更加谨慎,查明该代表人是否超越了法律、行政法规明确规定的对其代表权的限制,即相对人对此具有审查义务,否则不能主张自己善意,也不存在值得保护的合理信赖。曾有学者按照限制的程度将法定限制在理论上区分为三种不同情形,即完全排除代表人代表权、通过其他公司机关决议限制代表权和授权章程限制代表权。^{〔4〕}这种区分对深入理解法定限制的类型具有理论意义,但其法律效果、证明责任等在本质上并无不同,因此《合同编解释》没有对代表权法定限制进一步类型化。

二、越权代表的核心关切:从效力判断到审查义务

关于越权代表原《合同法》第50条规定越权代表行为原则上有效,除非相对人知道或者应当知道代表人、负责人超越权限。《民法典》第61条第3款明确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,第504条基本上重申了原《合同法》第50条的规定,明确代表行为有效,订立的合同对法人或非法人组织发生效力。可见立法关注的重点是该越权代表行为是否有效,是否对法人、非法人组织发生效力。核心的问题是相对人善意,只要相对人善意,则代表行为有效,越权代表签订的合同对法人、非法人组织生效。

事实上关于相对人善意判断标准经历了不同的理论构成和立法设计。第一阶段注重越权代表的效力判断,研究发现在公司对外担保时,代表人虽然越权,但法院在大部分案件中都认定担保合同有效,认为相对人在与公司代表人交易时没有审查义务。有学者曾对458份关于越权担保的裁判进行研究,发现91.05%的法官认为越权担保

〔4〕参见高圣平:《担保法前沿问题与判解研究》,人民法院出版社2021年版,第68页。

对公司有效,相对人对代表人是否越权无审查义务,而认为相对人有审查义务的法官只占不足9%。^[5]2000年最高人民法院在“中国福建国际经济技术合作公司与福建省中福实业股份有限公司借款担保案”中提出担保合同的相对人应履行审查义务,^[6]但这一观点没有被多数法院接受。这样处理的后果是实践中代表人越权代表的现象频发,侵害了法人、非法人组织的利益,尤其越权提供担保使很多公司深受其害,损害了投资者利益,这种情形在上市公司中非常严重,^[7]在部分地区甚至形成系统性金融风险。^[8]为此原《公司法》第16条明确了公司对外担保的程序性规定,^[9]即对外担保的决策权在股东会、董事会;为公司实际控制人、股东提供担保,决策权只在股东会。此后关注的重心就在于该条款的性质及违反该条款的效果。^[10]第一种观点认为原《公司法》第16条是强制性规定,具体又分为两种看法,一是认为该条属于效力性强制性规定,越权担保无效;^[11]二是认为该条属于管理性强制性规定,因此越权担保未必无效。^[12]第二种观点认为原《公司法》第16条是法律对公司代表人代表权的法定限制。^[13]整体来看将原《公司法》第16条认定为效力性强制性规定的理由不足,该条的核心目的是对代表人对外担保的权限提供内部的决策程序限制,属于一种公司内部治理规则,不直接涉及公共利益,直接认定担保合同无效,不利于交易安全,因为相对人可能完全是善意且无过错的,该条本质上是公司内部的管理性规定,而不是

[5] 参见李游:《公司担保中交易相对人合理的审查义务——基于458份裁判文书的分析》,载《政治与法律》2018年第5期,第149-150页。

[6] 参见最高人民法院(2000)经终字186号民事判决书。

[7] 参见甘培忠:《公司法第十六条的法义情景解析》,载《法制日报》2008年2月17日,第6版。

[8] 参见夏志琼:《担保链:危及区域金融安全》,载《经营与管理》2004年第2期,第24页。

[9] 本文的《公司法》是指2023年12月29日第14届全国人大常委会第7次会议审议修订并通过的《公司法》,于2024年7月1日生效,若表述为“原《公司法》”则指2018年10月26日第13届全国人大常委会第6次会议审议修订的《公司法》。

[10] 参见周伦军:《公司对外提供担保的合同效力判断规则》,载《法律适用》2014年第8期,第2-9页;罗培新:《公司担保法律规则的价值冲突与司法考量》,载《中外法学》2012年第6期,第1232-1246页。

[11] 参见高圣平:《公司担保相关法律问题研究》,载《中国法学》2013年第2期,第105-107页;赵旭东:《新公司法条文解释》,人民法院出版社2005年版,第37页;张舫:《法定代表人越权签约对公司的拘束力——对〈公司法〉相关条文的分析》,载《法学论坛》2011年第3期,第139-140页。

[12] 参见梁上上:《公司担保合同的相对人审查义务》,载《法学》2013年第3期,第21-31页;李金泽:《〈公司法〉有关公司对外担保新规定的质疑》,载《现代法学》2007年第1期,第84-89页;甘培忠、马丽艳:《公司对外担保制度的规范逻辑解析》,载《法律适用》2021年第3期,第54页;同前注[10],周伦军文,第168页;最高人民法院民事审判第二庭编著:《〈全国法院民商事审判工作会议纪要〉理解与适用》,人民法院出版社2019年版,第180-181页。

[13] 参见高圣平、范佳慧:《公司法定代表人越权担保效力判断的解释基础——基于最高人民法院裁判分歧的分析和展开》,载《比较法研究》2019年第1期,第71-72页。

效力性强制性规定。^[14]而且效力性规范和管理性规范的区别也不是楚河汉界、泾渭分明的,事实上此次《合同编解释》第16条已放弃了这种类型化方法。^[15]

因此将原《公司法》第16条作为效力性规范并据此判定越权代表一概无效的观点不足为训。此后围绕越权代表的效力问题,又出现了效力待定说,即代表人越权担保虽然违反了原《公司法》第16条,但该行为并非确定地有效或无效,而是处于效力待定的状态,一旦公司追认该越权担保,则代表行为有效,对公司发生效力,即此时法律赋予相关的法人、非法人组织以追认权。^[16]北京市高级人民法院在“中建材集团进出口公司诉江苏银大科技公司担保合同案”中就采用了效力待定说。该理论的实质是在代表人越权担保时,通过适用或类推适用无权代理制度判断相对人是否善意,进而认定担保行为是否对法人生效。^[17]相较而言,效力待定说关照了相对人的善恶意以及公司的追认权,兼顾了公司和相对人的利益,比直接认定其违反强制性规定并因此无效更加妥当。但该理论构成依然没有触及问题的核心,即如何才能判定相对人是否善意。

正因为以上理论构成都是在外围围绕越权代表的效力问题打转,没有深入到如何认定相对人善意这一核心问题,司法实践中相关问题仍没有得到彻底解决。学界逐渐关注到相对人善意与否的判断标准这一根本问题,基本的设计是为越权代表的相对方设置审查义务,即相对方不是纯粹被动地接受、被动地不知情、被动地相信代表权外观,而是负有积极的、主动的审查义务,以期通过成本较小的义务配置最大化地避免越权代表,合理平衡法人和相对人的利益。最初司法解释和司法实践认为相对人的审查义务不能太重,其仅负有形式审查义务,相对人只要对代表人的材料进行形式审查即可。^[18]以越权担保为例,相对人只审查材料是否齐全、是否符合法定形式,但对材料的真实性、有效性无需审查,相对人仅对代表人是否有担保权限作形式上的判断。^[19]最高人民法院在“中国光大银行深圳分行与创智信息科技股份有限公司等借款合同纠纷上诉案”中认为银行作为金融机构不是笔迹鉴定专家,银行只要审查保证合同有创智信息科技董事会的决议支持即可,只要审查该决议是否符合董事会决议的表面形式要件以及是否符合原《公司法》第47条、第48条即可,至于该决议是否伪造、董事签

[14] 同前注[10],周伦军文,第2-3页;同前注[13],高圣平、范佳慧文,第71-73页。

[15] 这从《合同编解释》第16条的表述可知,该条不再像原《合同法解释(二)》第14条那样提及“效力性强制性规定”的字眼,而是将强制性规定区分为“导致法律行为无效的”和“不导致法律行为无效的”两种。

[16] 参见王利明:《论越权代表中相对人的合理审查义务》,载《中外法学》2024年第1期,第86-87页。

[17] 参见朱庆育:《〈合同法〉第52条第5项评注》,载《法学家》2016年第3期,第162-163页。

[18] 同前注[12],最高人民法院民事审判第二庭书,第186-187页。

[19] 同前注[12],梁上上文,第27页。

名是否真实则没有审查义务。^[20]此种观点最终通过规范性文件固定下来,2019年《全国法院民商事审判工作会议纪要》(法[2019]254号)(以下简称《九民纪要》)第18条就明确了相对人的形式审查义务,该条第2款规定债权人对公司机关决议的审查一般限于形式审查,只要尽到必要的注意义务即可,标准不宜太过严苛。从而将审判重点从越权代表行为的效力问题转移到相对人的审查义务,较之于之前的强行性规定说和效力待定说更进一步。但形式审查的问题在于容易流于形式,相对人甚至可蜻蜓点水式地瞟一眼有关材料,对明显的问题都可视而不见,却可据此主张其已履行了形式审查义务并主张越权代表对法人、非法人组织生效。如此对法人、非法人组织过于苛刻,而对相对人来说所谓的形式审查义务约等于无需审查,利益衡量显失妥当。

鉴于形式审查形同鸡肋、聊胜于无,司法实践中又出现加重相对人审查义务的做法,即相对人的审查义务不能仅限于形式,当然也不要强求相对人对越权代表进行实质审查,相对人应承担一种重于形式审查却轻于实质审查的审查义务,此即合理审查。至于何为合理、审查什么、审查到何种标准才算合理,司法解释采纳了动态系统论思想,仍然要综合多种因素,进行个案判断,由法院行使自由裁量权来判断一个理性的、讲诚信的人在处于越权代表相对人的位置上将会如何审查,并以此为标准来判断个案中越权代表的相对人是否履行了合理审查义务。^[21]合理审查义务有两个发展阶段,第一个阶段是将该合理审查义务仅适用于公司代表人越权担保的情形,《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》(法释[2020]28号)(以下简称《担保制度解释》)第7条第3款针对原《公司法》第16条、《民法典》第61条第3款和第504条,明确相关条文中的“善意”就是越权担保的相对人不知道且不应当知道代表人越权提供担保,如相对人举证证明已对股东会或董事会决议进行了合理审查,则相对人构成善意,除非公司能证明相对人事实上知道或应当知道相关决议是伪造、变造的。该司法解释对原《公司法》第16条中越权担保的相对人设置了合理审查义务。第16条不过是代表人代表权限的法定限制,而相对人是否善意的判断最终落脚到相对人是否履行了合理审查的义务。合理审查了,即善意,越权担保对公司生效;没有合理审查,即恶意,越权担保对公司不生效。在公司代表人越权担保问题上,这类观点在司法界和学界已达成共识。^[22]

[20] 参见最高人民法院(2007)民二终字184号民事判决书。

[21] 参见刘俊海:《公司代表人越权签署的担保合同效力规则的反思与重构》,载《中国法学》2020年第5期,第230页;高圣平:《再论公司法定代表人越权担保的法律效力》,载《现代法学》2021年第6期,第29页。

[22] 参见石冠彬:《论公司越权担保的认定标准及法律效果》,载《法商研究》2020年第2期,第142页;高圣平:《论相对人审查义务视角下的公司担保决议》,载《法制与社会发展》2022年第6期,第58页。

《担保制度解释》第7条仅在代表人越权担保的情形明确了相对人的合理审查义务,适用范围较为狭窄、逼仄。如上所述,代表人的越权代表行为不止越权担保,而是有各种形式。《公司法》《证券法》对诸多代表权限制的情形已有明确规定,况且交易实践中涉及公司治理、生产经营的重大交易也不止《公司法》《证券法》明文规定的情形。如此,在其他涉及代表权限制而代表人却越权为之的情形相对人是否也有合理审查义务就亟需明确。虽然类推适用《担保制度解释》第7条在方法论上并没有大的问题,但考虑到司法实践中法官对漏洞填补技术整体上仍有待提高的现实,《合同编解释》第20条对该问题进行了明确,扩大了越权代表中相对人合理审查义务的适用范围,即在所有代表人超越法律、行政法规对代表权限制的情形中,相对人都负有合理审查义务,而不再限于越权担保的案型,从而填补了该法律漏洞。另外相对于《担保制度解释》第7条,《合同编解释》第20条的越权代表不但适用于公司,也适用于其他法人、非法人组织,从而与《民法典》第504条保持表述上的一致。

可见关于越权代表,整体上的关注点已从其效力判断问题转移到相对人的审查义务问题。第一个阶段包括强制性规定说和效力待定说两个小阶段;第二个阶段包括形式审查义务和合理审查义务两个小阶段。此种理论构成的演化背后是司法实践和理论研究的深化和互动,是对越权代表这一重要问题不断深入思考的结果,从根本上解决了如何认定《民法典》第61条第3款和第504条相对人是否善意的问题,使这个关键问题的判断更加客观化,最大限度避免法官恣意,妥当平衡了法人、非法人组织和相对人的利益关切,兼顾公司内部治理结构和外部交易安全,解决了长期以来在这一问题上的认识混乱和同案不同判的问题,有助于司法审判更加统一、精准,可见越权代表中相对人合理审查义务的提出和统一适用是《合同编解释》的重要立法成果。但需要关注的是考虑到越权代表规定可溯源自1984年9月7日发布的《关于贯彻执行〈经济合同法〉若干问题的意见》、1986年《民法通则》第42条、第49条、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》、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》等规范性法律文件,其中《民法通则》明确使用了“企业法人”字眼,而经济合同、涉外经济合同也都是商事合同,故而原《合同法》第50条、《民法典》第61条、第504条、《合同编解释》第20条关于越权代表中的“法人、非法人组织”也应进行目的性限缩,即限缩为营利性法人、营利性非法人组织,对于机关法人、公益法人等仍然要严格受其目的事业限制。比较法上英美公司法均明确指出传统的越权制度仍适用于慈善性公司以及其他不适用公司法的公司;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依然适用越权无效规则,因为这种法人追求的是某种非经济目的,对外事务不存在交易

便捷、安全的特别需要,第三人也不存在需要保护的信赖利益。而交易便捷、安全及第三人信赖保护是营利法人对外交易的重要追求。因此《民法典》第 504 条、《合同编解释》第 20 条中的法人、非法人组织应目的性限缩为企业法人,机关法人、事业单位法人、社会团体法人、基金会、民办非企业单位等非营利法人应排除出去,^[23]不适用《合同编解释》第 20 条的越权代表规则。

三、合理审查义务的规范构成

(一)合理审查的适用范围:代表权的法定限制

根据《合同编解释》第 20 条第 1 款规定,在代表权法定限制的情形下相对人才负有合理审查义务。根据第 20 条第 2 款,原则上相对人在代表权超越意定限制时,相对人对代表人是否越权没有审查义务。^[24]因为在法人章程、权力机关决议对代表权限制的情形下,强求相对人负担审查义务对相对人过于苛刻,增加其审查成本和交易费用,不符合鼓励交易的契约法原则。根据风险归属原则,这些表象显然是由被代表人风险范围内的因素导致,所以由被代表人承担不利后果也是理所当然的。当然有些情形如有充分的证据证明相对方知道或应当知道针对代表权限的意定限制时,越权代表对法人、非法人组织不生效。如股东会或董事会决议不动产买卖、5000 万以上的合同、重要知识产权的对外许可使用必须经过股东会或董事会同意等,且代表人在交易时也告知了相对人,或公司曾经与相对人进行过长期的系列交易因而其对公司此类内部规定心知肚明,此时可认为相对人知道或应当知道该类代表权限制,如其依然参与越权代表交易,则可直接认定其为恶意的相对人;如未将上述意定限制告知相对人,且相对人在之前也没有从事过类似的系列交易,则相对人不负有审查义务。如上所述,对代表权的内部限制,相对人实际上无从查起,而且很多内部的限制性决议并不具有公开性,要求相对人查清楚有没有这样的决议、决议本身的程序是否合法、决议签名是否真实等,无异于九天揽月、五洋捉鳖,巨大的查询成本将使得相对人望而却步。

在比较法上,英国 2006 年《公司法》第 40 条第 1 款规定为有利于善意与公司交易的第三人,董事代表公司的权力应视为不受公司宪章的任何限制,第 2 款为善意的交易第三方确立了三项规则:一是相对人无义务去调查公司内部对董事代表权是否存在某些方面的限制;二是直接推定交易第三方为善意,除非存在相反证据;三是即使其知道董事行为超越了公司宪章规定的董事权力范围,也不能因此就视为其恶意。这三项规则累积的效果就是除非公司能够证明,交易相对方具有某种欺诈意图,否则相对人

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

[24] 参见钱玉林:《寻求公司担保的裁判规范》,载《法学》2013 年第 3 期,第 36-37 页。

将受到第40条的保护。^[25]整体来看,根据第40条前两款,董事超越权限的行为原则上是一种有效交易,除非公司能证明相对人在交易之时存在明显的恶意。2002年《美国示范商事公司》第3.01条、第3.02条、第3.04条明确除非章程有特别规定,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利,交易的有效性不因公司缺乏或曾经缺乏相关的权利而受到挑战。而且章程对经营目的和公司权利的限制,也同样根据第3.04条不影响公司对外交易的有效性。^[26]德国法对法人性质坚持法人拟制说,^[27]根据《德国民法典》第26条董事会在裁判上和裁判外代表法人,董事会具有法定代理人的地位。^[28]一项交易即使超过了代理权范围,违背了代理人在内部关系上对被代理人的忠诚义务,原则上也有效。虽然法人可以以违反内部规定为由要求代理人承担赔偿责任,但在外部关系上,法律行为的效力原则上不受任何影响,被代理人原则上须承受代理人擅自对外实施行为的风险。^[29]《日本民法典》第54条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《日本民法典》第53条规定原则上就法人的事务均代表法人,日本主流学说认为相对人没有义务调查理事的代表权是否受到限制。^[30]综合英、美、德、日的立法和学说,可得出一个基本结论,即在法人的外部关系上,代表权原则上是一种概括的、不受限制的权限,越权代表常常只是根据内部决议限制作出判断,这种内部限制不影响越权代表的效力,除非法人能证明交易的相对方存在恶意。^[31]

《公司法》第15条第1款规定公司对外提供担保,依据章程,必须经董事会或股东会决议,此时《公司法》已明确要求章程对非关联担保的决议机关作出规定,章程可选择股东会或董事会。而相对人则应按照《公司法》第15条第1款的指引合理审查,主动查明章程关于对外担保决议机关的规定、代表人是否按照章程要求提供了股东会或董事会同意对外提供担保的决议。由于法律要求章程必须备案并具有一定的公开性,所以相对人查询章程规定的成本有限,具有可行性和操作性。如越权代表人和相对人签订了担保合同,代表人也提供了董事会决议,但相对人不能仅仅凭借对担保合同、公

[25] See Andrew Burrows, *English Private Law*, Second Edition, Oxford University Press, 2007, p. 180.

[26] See America Bar Association, *Model Business Corporation Act Annotated: Official Text with Official Comments and Statutory Cross-reference*, 2005, p. 3 - 12/3 - 13.

[27] 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2001年版,第814页。

[28] 参见[德]汉斯·布洛克斯、[德]沃尔夫·迪特里希·瓦尔克:《德国民法总论》(第33版),张艳译,中国人民大学出版社2012年版,第439页。

[29] Vgl. Karl Larenz/Manfred Wolf, *Allgemeiner Teil des Buergerlichen Rechts*, Verlag C. H. Beck Muenchen, 2004, S. 864.

[30] 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,第319页。

[31] 参见朱广新:《法定代表人的越权代表行为》,载《中外法学》2012年第3期,第491页。

司印章、代表人身份以及董事会决议的信任就主张自己善意,主张担保合同对公司生效,因为此时相对人负有合理审查义务,必须去查询章程的具体规定,弄清楚该公司对外提供担保是必须经过股东会审议还是仅需董事会审议即可。如章程要求所有对外担保必须经过股东会审议,而相对人没有查询章程、认为有董事会决议即已足够,此时应认为相对人没有履行合理审查义务,不构成善意,该担保合同不能对公司生效。如章程规定对外担保经董事会决议即可,而代表人提供了股东会同意对外担保的决议,此时能否认为是越权担保呢?考虑到股东会决议比董事会决议难度更大、分量更重,基于举重以明轻的法律思想,应认为只要有股东会决议,相对人就有充分理由相信代表权不存在超越限制的情形。若公司不设董事会,只有执行董事,则原则上执行董事享有董事会的职权,若该执行董事又是公司的法定代表人,则该执行董事在缔约时只需表明其双重身份并在合同上签字即可,此时其签字行为具有两重意义,一是作为执行董事(相当于董事会)做出决议,二是作为法定代表人对外签订担保合同。

(二)合理审查的对象:重大交易

公司对外交易分为重大交易与日常交易,重大交易对公司、相对人、股东、员工、上下游供货商等都有比较大的影响,决定着公司的生死存亡,对于如此重大的交易,无论是公司还是交易相对人都应负有更高的注意义务,更加审慎、勤勉、认真、细致,相对人对代表人的代表行为应负合理审查义务。^[32]

在比较法上,英国、美国、德国、日本等严格区分重大交易和日常交易,针对重大交易赋予相对人审慎的审查义务。美国《代理法重述》(第3版)第2.03条规定了表见代理,官方注释认为不构成日常交易的重大交易是“不同寻常的”或“新颖的”交易,这些交易不能理所当然地构成表见代理,其显然是要求相对人必须先审查公司的决议或章程,然后才可能构成“表见代理”,否则就不能构成合理信赖。^[33]美国《示范商业公司法》第12条也规定对非常规的资产出售,董事会需要提交股东会讨论通过。^[34]德国联邦最高法院在判例中认为签约可以将其重要组成部分转让,但这涉及公司基本结构变化,董事会不得撇开股东大会而擅自作出转让决定,因为这样可能打破股份有限公司的制约和平衡机制。^[35]

之所以将相对人的审查义务限于法定的重大交易,另一个基本的原因是法律的明

[32] 同前注[11],张舫文,第137页。

[33] See Restatement (Third) of Agency (2006), § 2.0 comment.

[34] 参见《美国公司法规精选》,虞政平编译,商务印书馆2004年版,第109页。

[35] 参见[德]托马斯·莱赛尔、[德]吕迪格·法伊尔:《德国资合公司法》,高旭军、单晓光等译,法律出版社2005年版,第225页。

明确规定推定任何人都应知晓,任何人不能以不知道法律来拒绝履行法定的合理审查义务。^[36]《民法典》第504条规定相对人不知道或不应当知道代表人超越代表权限制的,代表行为对法人、非法人组织生效。因此关键是要判断相对人是否知道或应当知道代表权限制。将审查义务明确限定为法定的重大交易,可清晰界定合理审查义务的界限,避免了判断何种情况下有审查义务、何种情况下没有审查义务的麻烦。在法定的重大交易事项中,可直接推定相对人知道或应当知道代表权限。如相对人没有对前置的股东会决议、董事会决议进行合理审查,即可判定其没有尽到合理审查义务,这样就缓解了公司证明相对人未尽到审查义务的举证负担。相比而言,公司内部的对代表权的限制事项往往不是通常意义上的重大事项,不过是公司基于特殊的考量以章程或股东会、董事会决议的方式对其予以限制,相对人作为外部人无从知晓该限制,从维护交易安全、降低交易成本考虑,不应要求相对人审查代表人的代表权是否超越章程或决议关于非重大交易对代表权的限制。

重大交易是一个不确定概念,需要不断地类型化、具体化,交易实践中会出现各种新型的重大交易,《公司法》《证券法》明确必须经股东会决议的重大交易显然不能覆盖所有的重大交易情形,如按《合同编解释》第20条第1款的规定,只有法律、行政法规规定的重大交易相对人才有合理审查义务,那么对于交易实践中新产生的尚没有被法律、行政法规明确规定的重大交易该如何处理呢?这种场合能不能要求相对人有合理审查义务呢?或者一概视为非重大交易交给代表权的意定限制解决,并由此否定相对人的合理审查义务?笔者以为这样处理无异于刻舟求剑、掩耳盗铃,《合同编解释》第20条第1款显然存在开放型法律漏洞,即对于其他重大交易要不要给相对人设置合理审查义务没有明确,而根据制定法自身的立法目的,这种规则也应被包含在内。^[37]从比较法看,上述美、英、德的立法和司法实践所确立的“重大交易理论”具有灵活性、前沿性,避免了目前重大交易类型法定的尴尬和狭隘。笔者认为应对《合同编解释》第20条第1款的严格的“重大交易类型法定”的做法予以缓和,将相对人的合理审查义务通过类推适用或目的性扩张适用于其他法律、行政法规没有明确限制的重大交易情形,即应对重大交易的内涵保持开放。即使法律未明确规定该重大交易类型,也可由公司自治,通过章程、董事会决议等方式对代表人的代表权予以限制,如合同虽然没有超越法律、行政法规规定的代表权限制,但超过了章程或权力机关对代表权的限制,相对人知

[36] 有学者对此持反对态度,比如相对人未经股东会决议擅自与第三方签订公司合并协议,此时该行为直接违反了《公司法》的强制性规定,应无效,而根本不涉及越权代表及追认的问题。同前注[31],朱广新文,第501页。

[37] 参见[德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,黄家镇译,商务印书馆2020年版,第473-475页。

道或应当知道涉及重大交易的,相对人仍然负有合理审查义务。

(三)合理审查的内容:个案判断

合理审查介于形式审查和实质审查之间,是一项新的审查标准,其本质要求是将相对人的审查义务控制在合理标准上,不能过高也不能过低,过高容易强人所难,过低容易流于形式。过高也会使相对人动辄得咎、不堪重负,成本巨大,影响交易效率,根本上动摇《民法典》第61条第2款的立法政策。但过低则不能监督相对人、代表人,使法人陷入不可预料的交易风险之中。整体来看合理审查义务走了一条中间道路,有利于妥善平衡法人、非法人组织和相对人的利害关系。^[38]以越权担保为例,按照《公司法》第15条,对外担保须有股东会或董事会决议,具体按照章程来确定是股东会决议还是董事会决议。按照形式审查标准,相对人只要看到了代表人提交了股东会决议或董事会决议,就算尽到了形式审查义务。按照实质审查标准,相对人要审查的内容则极为繁琐,首先要审查章程,以明确公司对外担保的决策机关是股东会还是董事会;其次要审查决议程序是否合法,尤其是开会时间、参会人数、表决比例等是否合法;再次要审查股东名册是否真实、有没有名不副实的情形、决议上的签字及盖章是否真实、有没有伪造签名等;对于为实际控制人或股东提供的担保,还要审查股东会表决时该实际控制人控制的股东或关联股东是否回避、剩余股东的参会人数及表决比例是否合法;甚至需要延伸查询公司的控股股东内部是否之前已作出了决议及该决议的真实性,即控股股东在股东会的代表是否经过了控股股东的事先授权,凡此种种都是相对人实质审查的内容。而如相对人负担的是合理审查义务,则只需要代表人提供有权机关的决议,根据登记查询章程规定、股东名册,审查决议签名、盖章是否与股东名册一致即可,无需进一步落实股东名册以及签名盖章的真实性。

整体而言形式审查侧重于审查代表人提供的书面材料的完整性,重点解决有没有的问题。而实质审查则需要认真审查相关文件的合法性及真实性,侧重审查真不真的问题。而合理审查要求在形式审查基础上结合交易内容,确定应审查的内容,但又不要求像实质审查那样彻底审查所有材料的真实性及合法性。^[39]

关于决议内容,形式审查标准认为相对人在接受公司非关联担保时仅需要审查是否存在决议,不管是股东会决议还是董事会决议,都足以表明代表人的行为有公司内部决议的合法授权,相对人即构成善意。^[40]实质审查认为不仅要审查有没有决议,还

[38] 同前注[5],李游文,第149-150页。

[39] 参见王刚、要亚玲:《证明责任视角下越权代表的规范适用问题研究——以〈民法典〉第504条为中心展开》,载《河北法学》2022年第12期,第199页。

[40] 同前注[12],最高人民法院民事审判第二庭书,第186页。

要审查股东签名、董事签名是否真实、决议内容是否真实、有没有意思表示瑕疵,如有表决权代理,还要审查有没有授权委托书以及该授权委托书的真实性等。而合理审查标准要确定法律、行政法规是否要求代表人从事该行为需要决议授权,如确实要求授权,则要查看有没有决议,还要查看这个决议是否符合法律法规、公司章程的规定。如《公司法》第15条要求对股东及实际控制人提供担保需要股东会决议,则此时若只有董事会决议是不足够的。如是对外部人提供担保,按照《公司法》第15条规定可由股东会或董事会决议,具体的决议机关是谁由章程规定。则相对人还要查阅章程,考虑到章程一般在登记机关备案,具有一定的外部性,这种要求并不过分。若经查阅章程,公司对外担保需要股东会决议,则代表人若仅提供董事会决议并不足够;如章程规定对外担保需要董事会决议,则代表人提供董事会决议已足够。可见对于非关联担保相对人的合理审查内容包括章程、董事会决议或股东会决议,要通过章程确定非关联担保的决定权在董事会还是股东会,再要求代表人提供相对应的决议,还要查明章程对非关联担保有无单项金额或总金额的限制。这里要注意相对人查阅的章程应是可通过公开途径获得的,比如从登记机关获得,或由上市公司主动公开披露获得,若相对人基于对章程的信赖而与代表人签署合同,则即使构成越权代表,也应保护相对人对章程的合理信赖,公司不能因为其已修改了章程或股东会对相关事项作出了不同于章程的新决议而主张越权代表的合同不对其生效。^[41]而如涉及关联担保,则根据《公司法》第15条第2款,相对人审查的对象只是股东会决议,无需审查章程。就算章程对关联担保有不同规定,若其提交的股东会决议同意公司担保其股东或实际控制人的债务,说明股东会已对该事项作出了新规定,章程中的原有规定自然作废。相对人的合理审查义务到章程和针对该交易的股东会决议为止,不能再进一步要求相对人查阅股东会是否对相关事项作出了新规定,或者公司是否已修改了原章程并形成了新章程(不过没有来得及向登记机关及时备案),否则就从合理审查滑向了实质审查,对有合理信赖的相对人不公平。在吴文俊与泰州市天利投资发展有限公司、周文英等民间借贷纠纷案中,最高法院认为根据原《公司法》第16条第2款,戴某是公司的法定代表人,未经股东会决议而以公司名义为自己债务提供担保,是违反公司法决定的,因为戴某本人是公司的大股东,吴文俊对此心知肚明,但其没有要求戴某提供章程和股东会决议,没有尽到审查义务,不能认定为善意。^[42]

[41] 参见最高人民法院(2021)民终字574号民事判决书;最高人民法院(2019)民终字935号民事判决书。

[42] 参见最高人民法院(2014)民申字1876号民事裁定书、江苏省高级人民法院(2014)苏民终字0009号民事判决书。

关于决议程序的审查,形式审查一般只审查公司是否作出了决议,至于这个决议产生的程序是否合法则不在审查范围内。《九民纪要》第18条关于相对人善意标准的认定即属于形式审查,认为相对人只要尽到必要的注意即可,标准不宜过于严苛,所以相对人对公司机关决议的审查限于形式审查。对于决议是否伪造、程序是否违法、签名是否真实、担保金额是否超过章程限制等没有审查义务。实质审查则要严格审查决议程序的合法性,如是否提前通知、参加人数及比例是否合法、表决人数及比例是否合法、签名是否真实、决议程序中意思表示是否真实、关联股东是否回避、担保金额是否超过章程限制等。而《担保制度解释》第7条改变了以上看法,认为判断相对人是否善意的标准应是合理审查,这一标准认为此时不需要审查意思表示的真实性、合法性,但需要结合法律、行政法规、章程、股东名册审查决议程序的合法性。比如章程要求对外提供担保需要经股东会2/3以上表决权股东同意,而结合股东名册,代表人提供的股东会决议上记载的表决通过比例只有一半,其余的股东要么弃权、要么反对,对于如此明显的瑕疵,如相对人没有发现,则相对人就没有尽到合理审查的义务。

(四)合理审查的成本:适当控制

合理审查还意味着相对人的审查成本要尽量小,如相对人要付出巨大成本才能进行审查进而才能构成善意相对人的话,则很难说这种审查是合理审查。成本是法官自由裁量时的一个重要因素,也是确定相对人合理审查具体内容及审查程度的重要考量,即合理审查意味着相对人应能以较低的成本完成审查。法人是依法构成的组织体,但由于法人没有自然属性的大脑、手脚、眼睛等,而是必须借助于作为法人组织机构的决策机关、执行机关、代表机关、监督机关来落实其权利能力和行为能力,^[43]其中代表人作为法人对外代表机关是法人的必设机构,说到底法人不能自己行为,最终仍要由自然人落实各种行为。^[44]但这同样意味着成本,代表人需要培训、支付报酬、监督,若代表人有侵权行为,法人要承担责任。代表人对外签署的合同,原则上权利义务都归属于法人本身,而这种合同本身可能是一种不划算的交易。代表人越权代表也是法人必须承担的一种代理成本。^[45]如越权代表相对人的审查义务成本超越了法人对代表人的监督成本,那么此时的审查义务就不再是合理审查,而是审查义务过重的。比如法律规定了公司对外担保应经股东会、董事会决议,具体的决议机关由章程规定即可。此时相对人只要按照《公司法》第15条指引去登记机关查询章程,查明该章程

[43] 同前注[28],汉斯·布洛克斯、沃尔夫·迪特里希·瓦尔克书,第431页。

[44] 同前注[31],朱广新文,第484页。

[45] 参见[美]J. B. 希顿:《公司治理与代理崇拜》,林少伟、许瀛彪译,载《交大法学》2018年第4期,第100页。

规定公司对外担保仅需要董事会决议即可,至此可认定相对人已履行了合理审查义务。但若股东会已通过决议修改了章程,将对外担保的决策机构改成了股东会,只是新章程尚未备案。则此时相对人无义务继续审查章程的真假新旧,更无义务调查新章程中对公司对外担保决议机构的调整。因为这种调查义务的链条过于延伸,调查成本较高,不属于合理审查的范围。如经查询备案的章程进一步要求相对人还必须关注公司的官方网站,因为股东会、董事会的决议文件 PDF 版会上传到官网,相对人应比对代表人提供的决议文件和公司官网上披露的决议文件,以确认相对人提供的决议文件的真实性。章程的此种要求逾越了合理的范畴,给相对人强加了过度的审查义务,要求相对人时刻关注公司官网的信息披露具有不可期待性,其没有时刻关注并主动查询公司官网信息的义务。这种苛刻的要求抬高了审查成本、恶化了营商环境,违背了合理审查义务的合理要求。

如上所述,合理审查义务原则上只适用于代表权的法定限制,不适用于意定限制。但在代表权意定限制情形,如相对人能以极其低廉的成本就能确定代表权的意定限制范围,从而防止代表人滥用代表权,避免对公司造成较大损失,此时法律、行政法规虽没有明确相对人有审查义务,但在法人、非法人组织根据《合同编解释》第 20 条第 2 款举证证明相对人知道或应当知道该限制时,相对人本可轻而易举完成审查却无所作为,可能会被认为相对人应当知道代表权的意定限制,进而导致越权代表行为不对法人、非法人组织生效。德国法上对此存在滥用之明显性标准 (Evidenz des Missbrauchs),^[46] 如联邦最高法院在一则判决中认为如相对人知道或者除非他熟视无睹就不可能不知道,事务执行人在滥用其代理权以损害公司利益,那么代理权相对于该行为相对人就不应产生效力。^[47] 即对相对人而言,根据其知悉的一切情形,代表人超越权限是显而易见的,只要不是视而不见,就不可能不注意到代表人超越权限。相对人知悉的一切情形,包括特定交易的相关情况,如交易性质、金额、当事人之间的惯常做法、特定的交易习惯或行业习惯等。^[48] 比如相对人曾与公司进行过多次交易,知道代表人按照董事会决议不能签署 500 万以上的合同,相关合同必须经董事会决议,则此时相对人对交易的审查成本较低,其只需在交易时要求相对人提供董事会决议并适当审查该决议的签名是否达到法定比例即可。如相对人主张其查看了合同、公司印章及代表人身份,尚不足以构成善意相对人。再比如相对人与公司多次进行交易,知道

[46] 同前注[27],迪特尔·梅迪库斯书,第 845 页。

[47] 同前注[27],迪特尔·梅迪库斯书,第 729-730 页。

[48] 同前注[31],朱广新文,第 502 页。

代表人不能对重大交易进行决策,至于哪些属于公司认定的重大交易则常年显示在公司官网首页上,那么此时相对人在与代表人交易时也应尽到较低程度的审查义务,其只需要登录官网首页就能查证相关交易是否属于公司认定的重大交易,审查成本极低却能避免重大损失,此时赋予相对人审查义务合情合理,本质上是相对人作为商人在交易中应尽到的通常的注意义务。严格来讲,代表权意定限制情形,相对人所负担的较低程度的注意义务是一项不真正义务,对该义务不可诉请履行,违反该义务也无需承担赔偿责任,但相对人没有尽到该不真正义务时,应由其承担相应的不利后果,即被认定为“应当知道”代表权意定限制的存在。^[49]

四、越权代表的法律效果

根据《合同编解释》第20条结合《民法典》第504条,若相对人履行了合理审查义务,则相对人善意,合同有效,由法人或非法人组织承担法律效果。但在相对人恶意,即相对人没有适当履行合理审查义务时,该越权代表的效力如何?《民法典》第504条没有正面回答,严格来说这两个条文不是完全法条,其在行为模式和法律效果两端的的规定都不完整,因为第504条只说相对人善意时,越权代表行为对法人、非法人组织生效。但能否由此进行反面解释,即相对人恶意时,该越权代表行为无效。《九民纪要》第17条末句即采此种非此即彼的立场。严格来说这种反面推理不能逻辑自洽,因为第504条的反面推理结论只能是该越权代表行为不能立刻对法人、非法人组织生效,如此才符合逻辑推理的一般规律。

考虑到《民法典》第143条至第157条对民事法律行为效力形态的多元设计,不对法人、非法人组织生效可能包含多层含义,一是该越权代表行为不对任何人生效,即绝对无效。二是该越权代表行为效力待定,即使相对人恶意,法人、非法人组织依然有权利予以追认,若追认,则由法人、非法人组织承担合同效果;若不追认,则确定不对法人、非法人组织生效。三是该越权代表行为不对法人、非法人组织生效即意味着该越权代表行为立刻在越权的代表人和相对人之间生效,不存在法人、非法人组织追认的问题。第一种观点有不少学者支持,认为只要相对人恶意,越权代表确定无效。该学说的核心理由是“法律不宜保护恶意之人。”^[50]效力待定说也有不少学者拥护,认为

[49] 参见[德]迪尔克·罗歇尔德斯(Dirk Looschelders):《德国债法总论》,沈小军、张金海译,中国人民大学出版社2014年版,第10页。

[50] 参见崔建远:《合同法总论》(上卷),中国人民大学出版社2008年版,第356页;胡康生主编:《中华人民共和国合同法释义》,法律出版社2009年版,第86-87页;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,第214页。

相对人恶意,代表人的越权代表行为并非无效,而是效力待定。^[51]根据《合同编解释》第20条,未尽到合理审查义务的相对人主张该合同对法人、非法人组织生效并由其承担违约责任的,法院不予支持。从字面解释看,这意味着相对人未合理审查时,构成恶意,合同对法人、非法人组织不生效力,相对人不能要求法人、非法人组织履行合同义务,也不能要求法人、非法人组织承担违约责任。但考虑到商事交易的复杂性,存在即使相对人恶意但交易本身对法人、非法人组织并无不利甚至有利可图的情况。^[52]在狭义无权代理中同样存在这种情形,而法律在此时赋予了被代理人以选择权,即该无权代理行为效力待定,是否对被代理人生效取决于被代理人是否行使追认权。考虑到狭义无权代理和越权代表在与相对人关系上的本质相似性,如被代表的法人、非法人组织愿意接受越权代表的合同约束,根据私法自治原则,行为人本身是自身利益的最佳判断者,此时法律完全没有必要越俎代庖。因此,越权代表签订的合同,虽然相对人恶意,但考虑到代表行为与代理行为在形式和效果归属方面的相似性,应类推适用《民法典》第171条关于无权代理效力的规定,即相对人恶意时越权代表也是一种效力待定的法律行为,而不是无效合同。^[53]

所以越权代表的效力取决于法人、非法人组织是否追认该越权代表行为。如法人、非法人组织追认,则越权代表签订的合同对法人、非法人组织生效;如法人、非法人组织不追认,则越权代表签订的合同对法人、非法人组织不生效。^[54]甚至司法实践中法人、非法人组织对合同无效后的缔约过失责任也无需承担,如在某股权转让纠纷案中,法院认定原告未尽到合理审查义务,所以《回购协议》无效,被告无需承担任何赔偿责任。^[55]当然,如相对人和代表人之间不只是消极恶意那么简单,而是存在积极恶意,即相对人与代表人合意串通损害法人、非法人组织的利益,则根据《民法典》第154条,该恶意串通情形下的越权代表应属于无效行为,并且构成共同侵权行为。根据《民法典》第1168条,应对法人、非法人组织承担连带责任。如相对人只是消极地知道代表人越权代表,从妥善平衡被代表人、相对人利益的角度出发,应给予法人、非法人组织以选择机会,由其自主判断是否对越权代表行为予以追认,法律不应大包大揽地代

[51] 参见曹嘉力:《越权代表行为的法律效力初探》,载《当代法学》2002年第9期,第41-42页;王利明:《合同法研究》(第1卷),中国人民大学出版社2002年版,第620-627页;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110页。

[52] 同前注[2],杨代雄书,第481页。

[53] 参见刘贵祥:《公司担保与合同效力》,载《法律适用》2012年第7期,第21页。

[54] 同前注[31],朱广新文,第492-494页。

[55] 参见光大XX投资管理(上海)有限公司诉XX机关股份有限公司等股权转让纠纷案,北京市高级人民法院(2019)京民初字第42号民事判决书。

决定。比较法上,根据英国一般代理法规定,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。^[56]

绝对无效说的不合理之处还表现在体系上的不和谐,在相对人同样存在恶意时,无权代理被规定为效力待定的法律行为,那么与无权代理在结构上极其类似的越权代表行为有什么道理被认定为绝对无效行为呢?两者的法律属性相似,却被给予显然不同的法律评价,违背了相似事物相似评价的基本原则,形成明显的评价矛盾。但需要注意的是,越权代表且相对人恶意时要注意追认主体的不同。原则上谁有权决议,谁有权追认。若越权代表事项应先由股东会做出决议,则股东会有权决议是否追认;若越权代表事项应先由董事会做出决议,则董事会有权决议是否追认。但决议是公司内部行为,追认则是准法律行为的一种(意思通知),仍需由代表人依据该决议向相对人通知追认的意思。

在相对人未尽到合理审查义务,该代表行为也不应由相对人承担全部责任,因为法人、非法人组织可能对越权代表的形成也有过错,此时应承担相应责任。《合同编解释》第20条第1款规定,未尽到合理审查义务的相对人无权要求法人、非法人组织承担违约责任。但法人、非法人组织有过错的,应参照《民法典》第157条承担相应的赔偿责任。若构成表见代表,则应按照《民法典》第504条处理。法人、非法人组织固然不能撇清自身的违约责任,但法人、非法人组织可能对表见代表的形成有其他过错,比如对代表人疏于监督、管理,公司合同章使用不规范,股东会、董事会召集程序不合法,会议记录不规范等,此时代表行为固然有效,但依据过错原则,法人、非法人组织当然应对其过错行为负责。此时要特别注意到越权代表和无权代理的不同,因为在无权代理的情形,相关的授权委托书、合同书、公司印章等,可能都是无权代理人伪造的,被代理人根本没有任何过错,被代理人当然不应为无权代理人的过错买单。但在越权代表的情形,如代表人有伪造决议、伪造会议记录、伪造股东或董事签名的过错行为,则至少说明公司内部治理存在问题,法人、非法人组织对作为自身组织机构的代表人缺乏监督和有效管理,存在一定的过错,因此法人、非法人组织应对越权代表导致的无效合同造成的损失分担责任。

《合同编解释》第20条第3款相较于《民法典》第504条,明确了法人、非法人组织对越权代表人的追偿权。即法人、非法人组织承担责任后,有权向有过错的代表人追偿。即在相对人善意或者虽然恶意但法人、非法人组织追认的情形下,越权代表行为效果归属于法人或非法人组织,此时法人、非法人组织有权就因越权代表而造成的损

[56] 同前注[31],朱广新文,第488页。

失向越权代表人追偿。《合同编解释》第20条的规定意在于越权代表的情形重申《民法典》第62条第2款的规定,即法人承担民事责任后,依照法律或者法人章程的规定,可向有过错的代表人追偿。笔者以为这种责任不但包括违约责任,也应考虑缔约过失责任。即在相对人恶意且法人、非法人组织也存在管理上的缺失时,法人、非法人组织固然要参照《民法典》第157条承担缔约过失责任,但越权代表毕竟是代表人超越代表权限故意为之,后者的恶性往往更大,因此法人、非法人组织承担缔约过失责任后,仍然可基于法人内部制度或雇佣合同对越权的代表人追偿,《合同编解释》第20条第3款的表述是“法人、非法人组织承担民事责任后……”,而第20条第1款显然规定了两种民事责任,即相对人未尽审查义务时法人、非法人组织的缔约过失责任以及构成表见代表时法人、非法人组织的违约责任。无论是违约责任还是缔约过失责任,法人、非法人组织在承担责任后,都有权向越权代表人追偿。对此尚需要关注《民法典》第62条第1款,该款并不是越权代表情形针对越权代表人追偿权的请求权基础,就《民法典》结构体系而言,《民法典》第62条第1款与第1191条第1款的替代责任在本质上一致,仅适用于代表人实施侵权行为的场景,不适用于代表人越权代表法人与相对人签订合同的场景。在越权代表且相对人恶意时,若适用《民法典》第62条第1款,则法人、非法人组织最终仍要承担民事责任,这将导致相对人合理审查义务的立法目的落空,因为无论相对人是否履行合理审查义务,合同效果最终都会归属于法人、非法人组织。可见《民法典》第62条第1款存在隐藏性法律漏洞,应对其进行目的性限缩,将其局限于侵权责任情形。至于合同责任,则由《合同编解释》第20条第3款负责,法人、非法人组织承担合同责任(违约责任或缔约过失责任)后,有权向有过错的代表人、负责人追偿因越权代表造成的损失,法院对此予以支持,除非法律、司法解释另有规定。

结论

我国民法采法人实在说,代表人是法人的对外代表机构,原则上代表人的行为就是法人的行为,交易相对方可完全相信交易对法人生效。因此代表人在法人治理结构中具有重要地位和广泛权利,代表权滥用就成为交易中的一个重要问题。需要在代表人背后的法人和代表人面前的相对人之间进行利益衡量。学说、立法及司法对代表权限限制的构成及法律效果的看法迭经变更,从最初关注越权代表行为的效力问题,逐渐转到讨论相对人有无审查义务。审查义务的标准也存在形式审查、实质审查、合理审查多种态度。而对越权代表的效力存在违反效力性规定无效说、违反管理性规定未必无效说及效力待定说的分歧。《民法典》《九民纪要》《担保制度解释》《合同编解释》通过多个条文对该问题予以再度明确,首次在立法上确立了代表权法定限制和意定限

制的二元结构,这种类型化的解读具有重要意义。因为法定限制和意定限制在限制基础、限制对象、举证责任、法律效力、审查义务等方面均不相同。法定限制的情形对法人有利,因为相对人被直接推定明知法律、行政法规就重大交易对代表权的限制,若交易与法定限制不符,法人可直接主张交易对法人不生效,相对人的证明责任在于举证证明自己已对相关交易材料、章程、决议进行了合理审查却仍不能发现这种不一致,因此在代表权法定限制情形,相对人承担对交易的合理审查义务。而在意定限制情形,相对人不承担合理审查义务,因为意定限制表现为章程、公司权力机关(股东会)或执行机关(董事会)的决议,且这种限制没有法律、行政法规的规定作为渊源,纯粹是公司自我治理、自我限制的表现,具有内部性,一般是针对非重大交易,而且这些内部文件经常修改甚至彼此冲突,不能强求相对人深入公司内部查阅这些内部文件。无论是商人还是非商人,相对人能证实行为人具有代表人身份且是以法人名义行事,便可直接推定相对人具有善意,此时法人如反对交易对自己生效便要证明相对人对代表权意定限制知道或应当知道,特别是在相对人轻而易举便可知道内部限制的情形,相对人可能会被认为是“应当知道”意定限制,总之在代表权内部限制情形原则上相对人不负有合理审查义务,证明责任在法人。

至于审查义务,《合同编解释》《担保制度解释》推翻了《九民纪要》的形式审查标准,确立了合理审查标准,如何理解“合理”需要从审查对象、审查内容、审查程度、审查成本等多方面考量,应坚持动态系统论的观点,综合多种因素进行个案判断,法官自由裁量,既不能像形式审查那样蜻蜓点水、流于形式,也不能像实质审查那样入木三分、锱铢必较,而是要求相对人像一个正常的理性人那样尽到适当的必要的注意义务即可,不强人所难,也不放任自流。经过合理审查标准的判断,相对人善意的,交易对法人生效;相对人恶意的,交易不对法人立刻生效。但交易并非立刻无效,而是给予法人以追认权,追认的,交易在法人和相对人之间生效;不追认的,交易不对法人生效。但此时不能类推适用无权代理中不追认交易对无权代理人生效的规定,因为越权代表和无权代理在和相对人的关系上具有本质不同,此时越权代表无效。代表行为有效,法人要向相对人履行义务或承担违约责任,代表行为无效且法人对代表人的监督、管理方面有过错的,法人要承担缔约过失责任。法人承担民事责任后,都可向有过错的代表人追偿因越权代表给法人造成的损失,除非法律另有规定。这有利于优化公司治理结构、减少越权代表的发生、维护交易安全的同时兼顾公司的利益。

(全文共 19,981 字)