

我国公司法定代表人规则的重塑

梁 开 银^{*}

摘 要:2005 年修订的《中华人民共和国公司法》增设经理作为公司法定代表人的选项,并没有化解公司权力集中问题,反而增加了经理作为法定代表人是否适格的争议以及法定代表人由不同主体行使而产生的权、责配置的冲突,加剧了法定代表人权、责不清或泛化的风险。法定代表人既是公司意思的表示者,也是公司意思的执行人,是公司意思表示与执行的统一体,不能被简单地分离。董事会作为股东会的召集人及其决策的执行人,是现代公司意思形成的参与者(或部分意思的形成者)与执行人,应该作为公司法定代表机关。法定代表人的具体权、责由董事长和董事分别行使和承担。董事长执行法定的公司人格性职权,适用代表理论承担责任;董事执行章程规定或董事会授权的公司财产性职权,适用代理人规则承担责任。这种董事会单一代表制与董事多元代理制相结合的模式,克服了一元化的自然人法定代表制度的固有不足,厘清了法定代表人的责任基础,尊重了民法典基本精神和我国长期以来形成的企业管理体制的传统。

关键词:法定代表人 公司意思 董事会 董事 人格性行为 财产性行为

法定代表人是《中华人民共和国公司法》(以下简称《公司法》)有关公司代表制度的独特设计。2005 年修订后的《公司法》第 13 条授权公司章程可以选择董事长、执行董事或经理作为法定代表人。然而,这种制度安排不仅没有从根本上克服我国公司法定代表人“一元化”的自然人法定代表体制所存在的不足,反而在一定程度上造成公司职权配置的逻辑冲突或混乱,进一步加剧了法定代表人因身份混同或权责不统一所产生的权责不清或泛化的风险。^① 如何科学构建我国公司法定代表人规则,关涉对公司法定代表人本质及其与公司治理机关的相互关系的认识,需要认真考察和反思公司法定代表人规则的修订目标和实施效果,厘清法定代表人在公司法上地位和功能设定的内在逻辑和学理脉络,进一步挖掘《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)第 61 条之公司法规则的造法空间,创新我国法定代表人的模式和权责配置理论。

^{*} 宁波大学法学院、营商环境与企业合规研究中心教授,宁波立法研究院研究员
基金项目:国家社会科学基金重点项目(18AFX028)

^① 参见柳经纬:《“斩不断、理还乱”的法定代表人制——评〈公司法〉第十三条关于法定代表人的新规定》,《河南省政法管理干部学院学报》2006 年第 4 期。

一、我国公司法定代表人规则瑕疵的成因:权责配置失衡与责任泛化

2005 年《公司法》修订之前,法定代表人因“集权”而束缚公司经营自主性与灵活性不足备受诟病。因此,化解所谓“权力过于集中”问题成为修订“董事长为法定代表人”规则的直接动因。遗憾的是,增设经理担任法定代表人选项并不能从根本上化解上述所谓权力集中问题。理由很简单:因为这一修订并没有从根本上改变“一元化”的自然人担任公司法定代表人模式,董事长或经理作为公司法定代表人都存在自然人作为法定代表人之自然人与公司机关在身份和职权上叠加所带来的法定代表人“权力集中”的难题。这次修订只是赋予了公司选择由董事长集权或由经理集权的选择权罢了。更有甚者,董事长或经理作为公司法定代表人所造成的“权力集中”问题,只是自然人担任法定代表人规则弊端的表象。翻开《公司法》不难发现,法定代表人在公司法上并没有实体性权力或职权。据初步统计,《公司法》中涉及法定代表人的条文共 8 条,其中 2 个条文规定了法定代表人股票和债券的签字事项,其他条文仅涉及登记事项。公司法上的法定代表人仅具有人格性象征意义,并没有经营上的实质性职权。根据《公司法》第 13 条之规定,公司可以依照公司章程的规定选任董事长、执行董事或者经理担任公司法定代表人,并依法登记。公司法定代表人变更,应当办理变更登记。这一规定作为公司法定代表人的核心或基础条款,仅仅表明公司具有法定代表人“两者选其一”的有限选择权以及相关登记义务,并没有涉及公司法定代表人职权的赋予和分配问题。

需要思考的问题是,一个没有实质性职权的法定代表人何以给人们造成公司权力集中的假象或幻觉?究其原因:一方面,国有企业负责人集权传统与早期公司治理结构失灵的相互作用,产生了法定代表人集权的事实或后果,为公司法定代表人集权的认识提供了历史基础。在国有企业进行现代公司化改造的过程中,厂长变身为董事长,董事长被公司法确定为公司法定代表人,这样一脉相承,董事长作为法定代表人在人们的观念里当然继受了往日的权威。在实践中,董事长与法定代表人合体,垄断了公司重要事务的决定权、执行权和签字权,实现了对公司内外事务的控制。另一方面,《公司法》在立法理念和制度设计上始终没有摆脱国有企业集权化的管理模式影响,没有从立法上保障公司经营负责人与法定代表人在身份、职权和责任上的统合与分离,造成了董事长与法定代表人在身份、权责等方面的严重混同。这是产生法定代表人集权认识的现实基础。董事长作为法定代表人,法定代表人即是董事长;法定代表人与公司经营负责人身份混同造成职权混同;董事长(包括经理)职权是法定代表人职权,法定代表人职权就是董事长职权。董事长兼任法定代表人的体制安排与立法上关于其身份、职权和责任上混同的法律漏洞,给人们植入公司法定代表人不仅是公司的领导者,而且是公司集权者的错觉,这种制度设计在公司实践中造成了公司治理效率低下和治理结构失灵的问题。

公司法定代表人与董事长、经理都是公司机关,却具有各自不同的身份和职权,需要在公司立法中明确界定各自的责任。这是科学修订或选择公司法定代表人规则的基本前提,也是公司治理结构不断完善的内在逻辑要求。从我国公司法的相关规定看,公司董事长的身份、职权和责任是基本明确的:董事长作为公司董事会的成员,通过董事会推举产生,拥有董事会议的召集权和主持权以及董事会议僵局的最终表决权,负责董事会决策的执行和监督。1993 年《公司法》第 120 条规定了董事会对董事长的授权,在董事会闭会期间,公司根据需要,董事会可以授权董事

长行使董事会的部分职权。^① 现行《公司法》第 109 条关于公司董事长职权的规定,成为董事长行使职权的直接依据。董事会作为公司经营决策机关,负责股东(大)会决议的执行,董事长作为董事会的重要成员,当然成为公司的重要管理者和个人机关。类似的,公司经理作为董事会负责聘任的公司经营管理具体执行机关,被赋予经营管理公司的具体职权。^② 然而,我国公司法上并没有对法定代表人与董事长、执行董事或经理在身份和责任上的“统合”与“分离”进行科学的界定或区分。现行《公司法》第 125 条、第 188 条具体规定了法定代表人关于公司股票和公司债券的签字权,在其他情形下公司法定代表人之于公司负责人的具体领导职权和责任都是混同的。结合《民法典》第 61 条和第 62 条规定的法定代表人的对外无限代表权与对外民事责任的概括性免除,以及 2005 年《公司法》第 13 条规定的董事长与经理作为法定代表人的单一自然人选项或模式,必然产生两个方面的后果:一方面,法定代表人与董事长或经理之经营负责人身份与公司代表人身份的混同和职权叠加,造成了法定代表人具有实质性职权的假象,这种假性职权借助程序上的签字权和代表权延伸于公司经营的全过程和全领域。值得注意的是,这种假象也为立法者为法定代表人设定更多的责任提供了表面依据。并且,这种责任不仅体现在法定代表人的内部追偿的责任上,还表现为行政法和刑法上的行政与刑事责任。例如,原《中华人民共和国民事诉讼法通则》(以下简称《民法通则》)第 49 条就具体规定了需要法定代表人承担行政和刑事责任的 6 类企业法人的非法行为,涉及企业经营行为的范围和种类比较宽泛。现行《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)中关于单位犯罪的规定仍采用涉及法人与法定代表人的“双罚”制。^③ 尽管这些规定在《民法典》中被删除,但是相关行政、刑事法律和法规及其司法解释如何规定和执行是不容忽视的问题。另一方面,法定代表人分别与董事长或经理组合,形成“法定代表人+董事长”和“法定代表人+经理”的不同格局,因为董事长与经理在公司法上的职权不对等,所以选择法定代表人不同组合模式的公司之间,法定代表人职权和责任也相应存在不对等的问题,选择“经理+法定代表人”模式的公司内部董事长与法定代表人之间的职权配置也发生了冲突:董事长召集和主持董事会形成公司经营决策却不能代表公司,经理代表公司却不能进行公司经营决策。可见,经理作为公司法定代表人可能带来公司意思形成与表达统一体的断裂。更有甚者,公司法定代表人作为一个在公司法中没有具体职权的主体,如果客观上被要求承担过多的责任,那么就极易成为公司实际控制人或控股股东操纵的对象,而沦为实际控制人的“替罪羊”。公司法上既没有法定代表人实体职权的规定,也没有法定代表人如何承担个人责任的规则,这种公司法定代表人职权和责任虚置的状态,凭借法定代表人的法定性和单一性特征,直接导致公司法定代表人职权、责任泛化与职权、责任虚化并存的矛盾现象。

与我国不同的是,西方国家并没有普遍采用法定的自然人代表制。大陆法系主要国家通常采用董事会以及董事会成员对外代表公司的多元体制,实行代理责任理论归责,可以有效防范公司代表人职权和责任泛化的风险。例如,《瑞士债法典》第 716 (B)条规定,股份有限公司董事会

^① 2005 年修订后的《中华人民共和国公司法》删去了 1993 年《中华人民共和国公司法》第 120 条由董事会对董事长直接赋权的规定,但是这一修订并不排除公司章程或公司董事会对董事长的特殊授权和安排。

^② 参见《中华人民共和国公司法》第 49 条。

^③ 参见《中华人民共和国刑法》第 30 条、第 31 条以及《中华人民共和国刑法》分则中“破坏社会主义市场经济秩序罪”的相关条文。

对外代表公司,在公司章程无相反规定的前提下,董事会的每一个成员也具有对外代表公司的权利,并且董事会可以将其公司代表权利授予一个或者数个董事行使(代表),也可以授予给第三人,包括公司经理。董事会应至少有一人可以对外代表公司。该法第 811 条、第 812 条进一步规定,有限责任公司之全体股东共同管理和代表公司,也可以授权一名或者多名股东管理、代表公司,甚至可以授权股东之外的第三人管理和代表公司。《德国有限责任公司法》关于公司代表人的规定采用了与《瑞士债法典》类似的规定,有限责任公司的代表机关可以是单个或多个业务执行人,其对内执行业务,对外代表公司。公司章程可以授权单独代表等其他代表形式行使代理权。^① 股份有限公司由董事会在法庭内外代表公司的所有事务。^② 从严格意义上讲,英美法系国家公司法上并不存在公司代表人概念。结合英美判例法和公司法的基本逻辑,董事会、董事、公司高级管理人员等组织机关或者个人通常被认为是公司的代理人。这些代理人与大陆法系国家公司法中规定的代表人职权或功能总体相同。可见,大多数国家对公司代表人并没有采用法定唯一代表制,而是采用了公司决定的多元化代表制,不同公司代表人之间因身份或岗位差异在公司内部享有的职权各不相同,代表人根据代理规则承担个人过错责任。当然,我国公司法关于公司代表人体制或规则也并不能完全照搬其他大陆法系或英美法系国家所采用的规则体系或模式,需要根据我国公司发展实践具体界定法定代表人的职权,并适用不同责任理论承担责任,防止对公司法定代表人身份认识不清与职权和责任泛化的问题。

二、公司法定代表人规则重塑的基石:身份、职权与责任的统一

如何科学选择我国公司法定代表人制度,需要厘清公司法定代表人的本质和功能,明确界定其身份:它究竟是公司的意思表示机关或执行机关,还是公司的意思表示机关与执行机关的统一体? 只有弄清楚公司法定代表人究竟是“谁”这一基础理论问题,才能最终确定公司法定代表人的选择标准,判断公司经理是否具备法定代表人的资格以及是否满足有效履职条件等问题。事实上,我国公司(法人)法定代表人的身份或地位经历了一个从公司意思决定和执行的“集权者”到公司意思的“表示者”的转型过程。改革开放初期,为了配合国有企业改制,实现国家所有权与经营权的分离,避免行政权力对企业的干预,法人(企业)首先获得了独立于政府的法律地位。起源于厂长(经理)负责制法定代表人,居于法人管理体系的核心,垄断法人的意思决定和意思表示。^③ 《民法通则》第 38 条规定,法人组织中依照法律或者法人组织章程的规定,代表法人行使职权的负责人,是法人组织的法定代表人。2019 年 1 月修订的《企业法人登记管理条例》对法定代表人签字登记及职权作了进一步明确的规定,其第 11 条规定,经过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。

上述规定特别指出了公司法定代表人是代表公司行使职权的负责人,集公司意思决定权和

① 参见[德]格茨·怀克、[德]克里斯蒂娜·温德比西勒:《德国公司法》,殷盛译,法律出版社 2010 年版,第 330 页。

② 参见[德]格茨·怀克、[德]克里斯蒂娜·温德比西勒:《德国公司法》,殷盛译,法律出版社 2010 年版,第 477 页。

③ 参见蔡立东:《论法定代表人的法律地位》,《法学论坛》2017 年第 4 期。

执行权于一身。法定代表人的集权问题备受诟病,直接推动了 2005 年《公司法》关于法定代表人规则的重要修订:(1)增加了现代公司治理结构框架下的经理作为公司法定代表人的选项,(2)删除了 1993 年《公司法》第 120 条关于董事长在董事会闭会期间行使董事会部分职权的授权性规定,(3)明确了法定代表人的具体签字事项。至此,公司法定代表人的职权和责任已经完成从“实”到“虚”的转化,即从过去的公司领导者转变为公司意思的表示者,实现了公司法定代表人与公司负责人两者身份、职权和责任的分离,形成了“法定代表人+董事长或执行董事”与“法定代表人+经理”的不同模式之间公司自主选择的格局。从现行《公司法》的规定看,法定代表人只有程序上和人格象征意义的签字和登记事项,并没有实体性职权,代表公司所为的民事法律行为的责任由公司承担,法定代表人并不产生或承担公司法上的责任。可见,随着我国现代公司治理结构的不断完善,法人意思决定主要由出资者或股东构成的股东会及其委任的董事会担纲,法定代表人已回归其固有职能或本来面目,在充任公司“意思表示机关”之外,事实上和法律上均无其他特殊的法律地位,已经不再是法人对内、对外经营职权的“垄断者”。^①

然而,这种关于法定代表人性质和功能的认识以及相关立法,在我国自然人作为法定代表机关的制度框架下,始终面临着两个需要解决的难题:(1)法定代表人与董事长或经理两种身份和权责各异的公司机关复合于同一自然人,造成了身份、职权和责任的混同,产生如前文所分析的法定代表人职权和责任泛化的问题;(2)法定代表人作为公司意思表示机关,究竟应该承担什么责任以及承担责任的依据是什么,始终还是模糊不清或语焉不详:既没有直接规定法定代表人的责任,也没有完全排除或否定法定代表人责任。这一判断,可以从现行《公司法》第 146 条第 1 款第 4 项的规定得到印证,该条规定了因担任违法被吊销营业执照、责令关闭的公司、企业的法定代表人,并负有个人责任的,自该公司、企业被吊销营业执照之日起未逾 3 年的,不得担任公司的董事、监事、高级管理人员。这一规定,让公司法定代表人的责任在公司法中浮出水面,但公司法又没有关于法定代表人个人责任的具体规定。需要特别注意的是,现行《刑法》第 31 条关于单位犯罪的规定,对单位处罚金,并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员判处刑罚,也间接涉及法定代表人的刑事责任。

从表象看,公司法定代表人仅仅作为公司意思表示机关,不参与公司意思形成,不负责执行公司意思,也不产生或承担公司法上的责任。公司法没有赋予公司法定代表人实体性职权似乎也与法定代表人作为表意机关的认识相一致。但是,从深层次看,公司法定代表人始终作为代表公司具体从事经营活动的负责人,法定代表人与公司董事长或经理之身份集于自然人一身,必然产生公司法定代表人职权和责任泛化的风险。应该承认,我国公司法定代表人承担行政责任甚至刑事责任的情形是常见的。所以,公司法定代表人具有高度风险,特别是经理作为法定代表人由于没有机会参加公司意思形成过程,更是如此。在实践中,中小型公司为了规避法定代表人的风险,实际控制人常常安排其他关系人担任法定代表人的现象就是例证。^②从客观上讲,不论是采用自然人机关代表还是实行集体机关代表,公司法定代表人从来都是公司意思表示机关与执行机关不可分割的统一体,不同的是采用集体机关代表更有利于公司代表人、公司负责人、公司

^① 参见蔡立东:《论法定代表人的法律地位》,《法学论坛》2017 年第 4 期。

^② 实践中,一些中小型企业的法定代表人并不是公司的实际管理者或出资者,控制股东或实际控制人经常将自己的关系人登记为法定代表人,从而操纵公司并规避法定代表人的风险。

三者之间的责任分离或界定。所以,公司法定代表人应该回归公司意思表示机关和执行机关之身份和职能统一的定位,从意思表示机关和执行机关两个层面界定其责任。

(1)公司法定代表人作为公司意思表示的重要机关,承担公司意思表示错误或延迟的法律责任。公司的意思形成与意思表示是一个分离的过程:公司意思形成机关依据“少数服从多数”原则经过一定程序形成公司意思,公司意思表示机关以一定的方式将公司意思公之于众,从而完成公司之意思过程。股东会是公司的意思形成机关,形成或产生公司意思,成为一切职权的来源,董事会在一定范围内享有的公司意思形成权实质是股东会之职权分化与委托的结果;而法定代表人是公司的意思表示机关,作为公司的人格象征并对外代表公司,负责公司意思的真实表达。公司是股东的公司,股东会意思形成或决策错误,股东自担风险,董事会决策错误,参与表决的董事应当承担民事赔偿责任;法定代表人作为公司的意思表示者,必须保证公司意思的真实表达,不能渗入个人意思歪曲或误解公司意思,也不能延误公司意思的表达,否则应该承担公司意思表示错误和延误的法律责任。为了保证公司意思表示的准确性,公司法定代表人应该有资格或必须参与公司意思的形成过程。公司意思形成是公司意思表达的依据,如果不能参加公司意思的形成过程,那么就不可能有效保证公司意思表达的准确和及时。现行《公司法》第 40 条和第 109 条分别规定:股东大会会议由董事会召集,董事长主持;董事会会议由董事长召集并主持,并且董事长有权检查董事会决议的实施情况。这些法律规定,不仅保证了董事长有机会参与和了解公司意思的形成过程,而且确保了董事会或董事长及时召集股东会或董事会形成公司意思的职权和具体路径,有利于作为法定代表人的董事长准确、及时表达公司的意思。然而,2005 年《公司法》的修订增加了公司法定代表人之经理选项,而根据公司法的规定,经理不具有上述职权,公司法没有为经理履行法定代表人职责提供有效的路径和职权保障。公司经理受董事会聘任,程序上可以列席董事会会议,没有股东会会议的召集权,也没有董事会会议的召集权和主持权,更不具有董事会决议执行情况的检查职权。在公司治理结构中,相较于董事会和董事长,经理处于次一级的权力层次,没有进入公司治理的结构性权力层级。可以说,从公司法的一般意义上讲,经理作为公司法定代表人不完全符合法定代表人作为公司意思表示机关的要求,具有公司法上的先天不足,可能产生两个后果:一是“经理+法定代表人”的配置不仅与“董事长+法定代表人”的配置在公司法架构上职权不对等,影响经理法定代表人的权威性,而且造成了作为法定代表人的经理与董事长或董事之间的地位或职权配置之间的冲突,最终可能因公司治理职权配置的不合理而牺牲公司治理和经营的效率;二是增加了作为公司法定代表人之经理的履职风险。前面分析的法定代表人责任泛化的问题,可能因为经理履行法定代表人职权的路径不足而更加凸显,与董事长相比较,经理的职业风险进一步增加。

(2)公司法定代表人是代表公司实施民事法律行为的负责人,享有公司经营事务的执行权和决策权,承担违反公司意思,违背法律和章程规定,侵害公司、股东或第三人权利或利益的责任。从公司法理分析,公司法定代表人在名义上是公司意思表示机关,但由于法定代表人与公司负责人身份合体或重叠,公司法定代表人在本质上兼具公司意思执行机关的职能。公司法定代表人因此而承担执行机关的责任,完全符合公司法主体身份、职权与责任相统一原则的基本要求。但是,我国关于公司法定代表人之自然人“单一代表”模式(董事长、执行董事模式或经理模式)以及法定代表人之代表责任的承担方式始终存在身份、职权与责任之间不完全匹配的问题。修订后的《公司法》增加经理作为法定代表人选项,不仅没有改善公司“权力集中”的困境,反而在一定意

义上削弱了公司法上职权与责任相统一的法理基础。董事长或经理作为公司法定代表人所形成的两种模式在公司法上的职权配置及其在公司实践中的地位认知并不完全相同,但我国在立法上没有根据其各自的职权,慎重区分其责任承担依据、方式和种类,导致不同模式的法定代表人承担了相同的公司执行机关的责任。

从严格意义上讲,我国两种法定代表人模式各具优劣,都有导致权力集中而影响公司经营效率的问题:董事长作为公司法定代表人,参与了公司意思的形成过程,并且在一定意义上可以影响董事会在公司具体经营方面的决策,保证了执行公司意思的准确性和及时性。其不足在于,董事长专注于公司经营决策方面的重大事项而并不具体执行公司经营管理事务,导致董事长对外代表公司却不从事或了解具体事务,从事公司具体事务的机关却不能代表公司,严重影响了公司治理和经营效率;而经理作为公司法定代表人,虽然直接从事公司经营事务的具体管理,但并不参加公司意思的形成过程,没有公司经营事务的决策权,只能等候董事会的具体授权或命令。这样,势必产生董事长参与公司意思形成和董事会经营决策却不能代表公司实施民事行为之情形,出现另外一番所谓公司权力集中的景象,也直接影响公司治理和经营效率。更有甚者,我国公司法采用唯一自然人作为公司法定代表人,忽略了在实践中其他董事或公司高级管理人员代表公司执行公司意思的情形以及其应该承担责任的依据、方式及种类。《公司法》和《民法典》都概括性地规定,法定代表人代表公司所为的民事行为对第三人造成的外部侵权责任均由公司承担,但在此基础上,并没有规定法定代表人的连带责任及其对第三人承担个人责任的特殊情形。这样的制度安排,在一定程度上无疑会刺激公司法定代表人的冒险动机,增加公司、股东或第三人利益遭受侵害的风险。即便在法律意义上,公司与法定代表人是同一主体,但在现实意义上,作为法定代表人的自然人与法人终归是两个独立的主体,个人利益的最大化必然是其首要追求。^①所以,我国公司法应该在深入研究不同类型代表责任的基础上,严格区分和界定法定代表人承担执行公司意思的责任。

总之,基于我国自然人作为公司法定代表人的制度安排,如果只是将法定代表人定位为公司意思表示机关,而忽略公司意思表示机关与执行机关重叠的事实,违背公司意思表示机关与执行机关相统一的内在逻辑和要求,必然导致公司法定代表人身份、职权与责任的分离,产生法定代表人职权虚化与责任泛化的风险。我国公司立法应当坚持身份、职权和责任相统一的理念,尊重法定代表人作为公司意思表示与执行统一体的事实,遵循公司法的内在逻辑和治理结构要求,选择符合我国公司历史传统和未来发展要求的公司法定代表人制度。

三、公司法定代表人制度的再选择:集体机关与自然人机关代表相结合

为了改变上述状况,需要及时总结我国法定代表人实践的经验和教训,借鉴世界各国先进的立法理念,不断进行理论创新和规则构建;改变单一的自然人担任公司法定代表人的模式,从自然人机关代表转向集体机关代表,从单一法定代表制转向机关与机关成员相结合的多元代表制,从而实现公司意思表示与意思执行职能的统合与分离,特别是明确公司与其法定代表人之间的责任界限,为进一步界定和区分不同主体的代表责任奠定基础。

^① 参见蔡立东:《论法定代表人的法律地位》,《法学论坛》2017年第4期。

(一)从自然人机关代表转向集体机关代表

自然人作为公司法定代表人解决了公司作为“拟制人”不能够自己行为的问题,但也带来两个无法克服的难题:一方面,可能导致自然人意思与公司意思混同或公司意思表示错误;或基于理解错误的表达,在主观上呈现为过失;或基于未授权的表达,在主观上呈现为故意,并且在立法上通常无法加以分离,我国依据代表制理论,由公司直接承担责任。另一方面,自然人作为公司唯一的法定代表人也必然会造成权力集中而影响公司经营和治理效率。大陆法系国家传统民法学理论通常认为,法人行为总是通过法人机关实施的。法人机关是法人成立的必备要素,其对内管理法人事务,对外代表法人;它既可以由单一自然人构成,也可以由多数自然人组成。法人机关一般由权力机关、执行机关、监督机关、代表机关等构成。董事会既是权力机关(股东会)的执行机关,又是公司的经营决策机关,也是公司的代表机关,这种“三合一”模式反映了公司意思形成、业务执行与对外代表三者之间的内在联系或统一。特别是西方国家奉行“董事会中心主义”,更是直接授权董事会行使部分经营决策权。董事会作为公司经营的决策机关,其特殊的地位能够最大限度地提升公司治理效率,保证决策、执行与对外代表的一致性。^①《美国特拉华州普通公司法》第 141 节(a)条规定:“公司的业务和事务应当由董事会管理或者在其指导下进行管理,除非在本章以下或在公司证明文件中另有规定。”《德国股份有限公司法》第 76 条和第 78 条规定:“董事会领导公司”“董事会在诉讼上和在诉讼外代表公司。”《日本商法典》第 254 条第 3 款明确了公司与董事的委任关系。^②受大陆法系国家传统民法学理论的影响,早期阶段我国学术界认为法人机关当然是法人之代表人,并采用法定代表人之说,但在立法上未使用法定代表人的概念,^③在司法实践领域亦遵从这个传统。1983 年,国务院颁布《中外合资经营企业法实施条例》,其中第 37 条规定董事长是合营企业的法定代表。随后,《民法通则》明确了法定代表人的概念,但没有直接规定法定代表人的人选。1993 年《公司法》或许考虑到国有企业改制和外资企业管理的需要,规定董事长作为公司法定代表人,但这一规则在公司法理论和实践中备受争议。遗憾的是,2005 年修订的《公司法》仍采用了原《公司法》的表述,形成了我国董事长或经理作为公司法定代表人的单选模式。应该承认,这种状况是因受国有企业厂长或经理负责制的历史影响与我国学术界的思维定势和惰性共同造成的。

随着我国国有企业现代公司治理结构的完善,公司“股东会中心主义”逐步向“董事会中心主义”转变,董事会在公司治理结构中的地位和作用将更加突出和重要。1984 年《美国示范公司法》第 8.01 条(b)款规定,所有公司权力应当根据公司章程进行授权,由董事会行使或者在其指导下行使。董事会不仅参与或直接形成现代公司意思,具有股东会会议的召集权,行使股东(大)会决议的执行权与监督权,而且享有公司意思或决议在执行过程中的决策权,在与第三人关系中当然代表公司,享有公司对外关系的代表权。这是公司法理演绎和公司逻辑推理的必然结果,也是大陆法系国家通常的做法。董事会作为股东(大)会的常设执行机关,如果被确立为公司法定代表机关,那么既避免了自然人作为公司法定代表人存在的上述诸多不足,也构筑起我国公司法

① 参见柳经纬:《论法定代表人》,《贵州大学学报》(社会科学版)2002 年第 2 期。

② 参见吴建斌主编:《日本公司法》,法律出版社 2003 年版,第 96 页。

③ 参见佟柔、赵中孚、郑立主编:《民法概论》,中国人民大学出版社 1982 年版,第 45 页;法学教材编辑部、《民法原理》编写组编:《民法原理》,法律出版社 1983 年版,第 63 页。

定代表人责任制度的基础和前提。

(二)从集体机关代表转向集体机关与自然人机关代表相结合

董事会作为公司法定代表机关,尊重了公司内部治理和职权配置的逻辑,有利于弥补我国自然人法定代表模式的身份混同、职权重叠与责任泛化的缺陷。^①但是,董事会作为公司代表机关,经过“多数决”程序所形成的决议,最终需要自然人执行,终极意义上的董事会代表权总是表现为公司中某一特定自然人机关之代表权的具体行使。世界各国董事会集体代表制下的自然人个体代表,通常有两种模式:(1)共同代表制,即公司对外的意思表示,应当由全体董事统一或一致作出意思表示。《德国股份有限公司法》第78条规定:“(1)董事会在法庭内外代表公司。公司不设董事会的,向公司为意思表示或者送达文件时,由监事会代表公司。(2)董事会由数人组成的,如果章程没有其他规定,则全部董事共同代表公司。但对公司为意思表示,向一个董事作出即可。”^②并且,从条文的内容看,公司章程可以进行不同的规定,即可以由一人或数人代表公司为意思表示。《德国有限责任公司法》第6条和第35条分别规定,“公司必须设置一个或数个业务执行人”“公司业务执行人在法庭内外代表公司”。^③可见,大陆法系国家并不严格拘泥于一种代表制度。(2)单独代表制,以英美法系国家为主,实际上英美法系国家只存在代理制度,即董事或经授权人员代理公司作出或接受意思表示,只需要一名董事或其他获得代理权的人员行为即可。英美法系国家并不严格区分代表与代理,仅根据代理理论分配和承担责任。

西方两大法系国家的公司法都采用了董事会代表或代理公司,并且通过公司章程赋予自然人的代表或代理权,这种复合代表或代理模式充分实现了公司经营效率价值,有利于弥补我国公司法中法定自然人代表机关所导致的“权力集中”、效率低下等方面的不足。但是,我国法定代表人制度起源于厂长或经理负责制传统,董事长在公司法中具有特殊地位和意义,不可能完全照搬或复制其他国家的做法,而应该在兼顾我国公司经营管理传统模式的基础上,采用“双重”代表结构,即在規定董事会作为公司法定代表机关的基础或前提下,赋予董事长和董事分别行使不同事项上的公司代表权。保留董事长的法定代表权在我国具有历史的传承性,也反映了《民法典》第61条的基本要求。从某种意义上讲,不论一个国家的公司法关于公司本质的认识是采用“公司实体说”还是“公司拟制说”,公司内、外部关系和行为在整体上总是可以进一步区分为公司人格性关系或行为与公司财产性关系或行为两类。这一分类与民事主体的财产关系和人身关系基本分类保持一致,也与商事关系划分具有逻辑上的相通性。公司作为典型的商法主体,公司行为及其关系也可以作相应的区分。人格性关系不直接包含或涉及财产性内容,如诉讼行为、股票或债券的签字行为、公司决议的公布行为等,这一类关系具有纯粹的人格表征性。现行《公司法》有关法定代表人职权的规定基本上归属于这类人格性行为的代表行为;公司财产性关系是公司日常经营性行为,具体涉及公司财产的交易和处理,如商事合同行为、财产买卖行为以及其他涉及公司财产利益的行为等。董事会作为公司法定代表机关,其代表行为以其是否具有财产性内容为标准,可以区分为财产性质的代表行为与人格性质的代表行为。人格性质的代表行为由董事长作为法定代表人专属行使;财产性质的代表行为由所有董事根据公司章程规定的职权范围分别

① 参见蒋大兴:《公司法的观念与解释Ⅱ:裁判思维 & 解释伦理》,法律出版社2009年版,第159页。

② 《德国商事公司法》,胡晓静、杨代雄译,法律出版社2014年版,第100页。

③ 《德国商事公司法》,胡晓静、杨代雄译,法律出版社2014年版,第27、39页。

行使。董事长可以在具体负责的职权范围内行使财产性行为的代表权,经理根据公司章程规定或董事会的具体授权行使公司财产性行为的代表权。这样就形成了一种双重或多元代表的格局,确定了董事会作为公司法定代表机关的地位,实现了董事多元代表体制,区分了董事长与其他董事的代表事项或代表权行使的范围,反映了董事会、董事长、董事或经理的不同身份属性,符合公司权力配置的逻辑,从根本上化解了目前公司法定代表人权力集中的问题,保证了董事会法定代表权的有序和高效行使。同时,为法定代表人责任理论的发展和具体责任的界定提供了制度基础,最终有利于实现公司治理和经营效率的提升。

四、公司法定代表人责任制的创新:代表制与代理制的组合

实现公司法定代表人双重代表体制,与法人本质“实体说”的认识一脉相承,也兼顾了我国公司发展的历史和《民法典》的基本规定,有利于改变董事长或经理这种自然人法定代表机关的前述不足。现行《民法典》第 61 条一方面继承了原《民法通则》关于法人之法定代表人的体制安排,将法定代表人定义为代表法人从事民事活动的负责人,另一方面不再使用代表法人“行使职权”的表述,反映或凸显了法定代表人的代表属性,淡化了对法定代表人职权的认知。现行《民法典》第 62 条接着规定了法定代表人的代表责任,即法定代表人因执行职务而造成第三人损害的,先由法人承担责任后再进行内部追责。这种代表责任制有利于保护第三人的利益。但是,代表责任制排除了法定代表人承担连带责任的可能性,在一定程度上刺激了法定代表人违法或违章谋求个人私利或实施其他不当的公司冒险行为的动机。我国公司法采用单一代表制理论,基于法定代表人与公司的关系是部分与整体之间的关系,换言之,公司法定代表人与公司被假定为利益完全一致的同一主体。但是,这种假定忽略了公司法定代表人作为自然人的属性及其与公司利益存在冲突的事实。2022 年修订的《上市公司章程指引》第 102 条关于董事代表权的不恰当规定,直接限制了董事对外代表公司或董事会的职权,似乎存在“条文上否定董事代表权与实践承认董事代表权”的逻辑冲突,在一定程度上从另一个侧面反映了我国董事代表的法律规则缺失面临的尴尬境遇。^①可见,我国需要建立“双重”代表制度,在此基础上进一步细分代表与代理关系,建立代表与代理双重责任制度。反之,若一味强调和适用代表责任制,则不利于公司效率的提升,不符合公司治理的逻辑。严格区分公司法定代表人的代表和代理责任,是公司法上责任细分的要求。^②

世界主要国家都在立法中确立了公司代表人或代理人的代理责任。例如,《法国民法典》第 1850 条规定:“每一位经理管理人因违反法律、法规,或者因违反公司章程,或者因其管理过错,个人对公司以及对第三人承担责任”。《日本民法典》第 44 条规定:“(1)法人对于其理事或其他代理人在执行职务时加于他人的损害,负赔偿责任。(2)因法人的目的范围外的行为,有损害于他人时,于表决该事项时表示赞成的社员、理事及实施该行为的理事或代理人,负连带赔偿责任。”英美法系国家关于法人本质的认识,主张“法人拟制说”,不存在“代表”这一概念。这些国家

^① 参见邓峰:《中国法上董事会的角色、职能及思想渊源:实证法的考察》,《中国法学》2013 年第 3 期。

^② 参见蒋大兴、王首杰:《论民法总则对商事代理的调整——比较法与规范分析的逻辑》,《广东社会科学》2016 年第 1 期。

认为,董事会与公司之间的关系是代理或信托的关系,董事被视为公司的代理人或信托人,而董事长或董事会主席在一般情形下被视为公司董事会或公司机关的高级职员。^① 代理人超越代理权限给第三人造成损失时,应当依照代理规则承担相应的责任。法人章程、书面授权或代理规则约定不明,且第三人为善意时,公司需要对第三人承担相关民事责任。即使第三人无权对公司主张违约责任或侵权责任,也可以向签订合同的董事或其他代理人行使主张民事赔偿的相关诉讼权。^②

学术界一般认为,公司代表或代理责任理论的分歧,乃在于对法人或公司的本质认识不同:大陆法系国家采用“公司本质实体说”,认为公司是客观的实在,具有独立人格,具备权利能力和行为能力,由公司决策、执行和监督等多种机关所构成,法定代表人是公司机关,代表公司与第三人为民事行为,在公司与法定代表人的关系和责任上采用代表理论和相关规则;英美法系国家采用“公司本质拟制说”,新制度主义经济学者甚至认为公司在本质上不过是契约的连接,公司法上各种主体之间的关系都是契约关系,通过代理或信托理论确定公司代理人责任,并没有法定代表人及其责任的概念,公司机关及其成员与公司之间的关系和责任直接采用代理理论和规则。而事实上,公司是通过契约形成的组织,在本质上是契约和组织的复合体。公司机关是公司组织的构成要素和外在表现,契约是公司组织形成的工具和手段,两者并不可完全分离和割裂。承认公司的组织体特征,就要认可公司代表及其责任理论;承认公司的契约性,也就意味认可公司内外存在的代理关系及其责任规则。从这种意义上讲,公司代表或代理制之间并没有绝对的对立,而是共同存在于契约性的公司组织体内,并从不同的方面服务于公司行为和公司制度设计的需要。代表制恰当地反映了法定代表人与公司之间的关系,更适用于公司机关代表人与公司之间责任的界定;而代理制则清晰地划分了法定代表人与公司之间的责任,更适合于公司自然人代表人与公司之间责任的界定。因为公司机关代表人与公司之间是整体与局部的关系,适用代表制符合局部服从于整体的一般原理,而公司自然人代表人与公司之间既具有公司内部组织关系,也是两个独立的民事主体,具有利益的一致性和冲突性,只有适用代理制才能准确界定公司与自然人代表之间的责任,否则就会扩大公司的责任风险。所以,关于公司本质之组织和契约结合体的认识,为综合运用代表制与代理制界定公司法定代表人责任奠定了可靠的理论基石,也在一定意义上为我国实现公司董事会、董事会成员的“双重”代表制提供了理论支撑和合理性解释。

简而言之,公司董事会是股东会的执行机关,将其确定为公司的法定代表机关是公司职权内部配置和治理结构安排的要求。董事会是公司组织的构成要素,董事会表达的意思只能是公司的意思而不可能是自己的意思。所以,董事会与第三人所为的民事行为的法律责任应由公司承担,即董事会与公司之间的关系和责任界定实行代表制。但是,董事会作为公司法定代表机关却不会自己实施行为,通常通过董事长、董事或其授权的自然人机关——经理的行为来实现。如前所言,董事长、董事或自然人机关与公司在一定程度上是两个独立的民事主体,两者存在不可避免的利益冲突,董事长、董事或自然人机关利用代表公司的职权谋取个人利益的风险不可能完全排除。所以,正视两个独立主体之间的利益冲突,对于董事长、董事或经董事会授权的经理代表公司与第三人为民商事行为的情形,其与公司之间的责任界定或承担适用代理制理论,上述主体

① 参见张民安:《现代英美董事法律地位研究》,法律出版社2000年版,第28~47页。

② See G.H.L.Fridman, The Law of Agency, Butterworths, 1983, p.332.

违反法律和法规、公司章程或股东会决议,在无权代表、越权代表或恶意串通等情形下侵害第三人利益的,应当依照代理规则承担连带责任或个人责任。但是,董事长具有身份和职权的特殊性,它是董事会推选的具有召集和主持董事会职权的特别董事,在一定意义上代表董事会,拥有更加广泛的代表公司的职权范围,从理论上讲应当作为法定代表人而适用代表制责任。为了解决董事长责任制在理论上的冲突,立法上可以根据其行使职权的性质分别规定代表责任和代理责任:董事长作为公司法定代表机关——董事会的代表,代表公司行使人格象征性或程序性权力时,如公司法所规定的由法定代表人行使的股票或债券的签字权、法律文件的确认和公布权、诉讼权等,适用代表性责任制,如果其行使职权的过程或行为造成第三人损害,后果由公司概括承担。从某种意义上讲,这些职权主要是表达公司意思,或代表公司对某些重要事实或文件的确认,并不涉及具体的财产性内容,董事长作为法定代表人主要承担公司意思表示错误或延迟的责任,可以适用民法典的相关规定,由公司承担责任后再向法定代表人进行内部追偿。同时,董事长也是董事,根据章程规定或股东会决议授权,可以代表公司行使具有财产性内容的职权,如在其职权范围内参与合同的谈判和签署的权力。由于这些职权涉及财产性内容,可能存在更多的公司自然人机关与公司之间的利益冲突,因此应该与其他董事行使职权的情形一样,适用代理制责任,需要直接承担可能的连带责任或个人责任。应特别指出的是,董事会不仅是公司股东会的执行机关,而且是公司经营决策的决策机关,董事会决策可能违反法律、法规或公司章程或股东会决议而侵害公司或股东利益,但这些决策行为属于公司内部行为,应该根据董事会会议规则与董事的表决行为,由董事承担内部的个人责任。

可见,公司法定代表人责任承担是一个十分复杂的理论问题,需要从法定代表人及其职权的性质和责任再定位开始思考。现行《民法典》第 62 条关于法人法定代表人执行职务而造成第三人损害之民事责任承担的相关规定,表明了民法典仍然坚持法定代表人责任承担的“代表责任”理论。这种由法人先承担责任再由法人向有过错的法定代表人内部追偿的制度,虽然关注了第三人的利益或债权的保护,却扩张了公司的风险和责任,特别是对具有浓郁人际关系传统的我国私人公司和所有权主体“虚化”的国有公司来说,内部追偿可能更多地流于形式而损害公司利益。所以,现行《民法典》第 62 条的规定可以视为关于法定代表人责任的一般规定,我国公司法应该对法定代表人责任进行更加细致的规定,根据不同代表主体的身份和职权性质规定适用不同的责任承担规则,形成公司法定代表人责任的规则体系。公司法定代表人责任虚化或落空就会放任公司代表人以公司的名义从事一些投机行为,给公司的交易安全造成极大的不确定性。公司法应该从行为和程序两个维度为公司法定代表人分配不同的权力或职权,设定不同的义务和责任,保证身份、职权和责任的有机统一,最终实现公司的效率和正义。

五、结 语

我国公司法定代表人经历了一个从早期国有公司的“意思决定者”到现行公司法上的公司“意思表示者”的身份转变过程,公司法没有规定法定代表人的任何实体性职权就是这一认知的反映。然而,依据现行《民法典》第 61 条之规定,法定代表人是代表公司从事民商事法律行为的负责人,法定代表人与负责人身份合一的特点决定了法定代表人既是公司意思的表示者,也是实践中公司意思的执行者。所以,如何界定和区分公司法定代表人的身份、职权与责任,实现公司

法定代表人与公司负责人在职权与责任上的区分及统合就成为重塑公司法定代表人规则的关键所在。可见,对我国公司法定代表人之身份、职权与责任规则的修订,可以得到以下几个方面的启示:(1)董事会应该是公司法定代表机关;董事长经公司章程记载并登记为公司法定代表人,具体代表公司为法律、法规所规定的具有公司人格象征意义的行为,董事(包括董事长)在公司章程规定的职权范围内代表公司为财产性行为;经董事会授权,经理可以代表公司为财产性行为。(2)董事会代表公司所为的行为与董事长代表公司所为的法定人格象征性意义的行为所产生的民事法律后果由公司承受;造成他人损害的,由法人承担民事责任。(3)董事和经理代表公司所为的财产性行为,包括董事长代表公司所为的财产性行为,依据我国民法典关于代理的规定承担民事法律责任。上述关于我国公司法定代表人规则的制度安排,坚持董事会作为公司法定代表的基本共识,并依据公司行为性质的分类进一步细化董事长与董事的代表权范围,赋予董事在公司章程所规定的职权范围内代表公司的职权,区分公司法定代表人的代表责任与代理责任,体现作为公司法定代表人的董事长或董事、经理的代表责任与代理责任的结合,兼顾我国公司法定代表制的传统,从而化解法定代表人的职权混同和集中问题,有利于提升公司的经营效率。

Abstract: Company Law of the People's Republic of China amended in 2005, adding the manager as the option of the company's legal representative, does not dissolve the company concentrated power, which increases the "proper" controversy of manager acting as the legal representative, as well as the conflicts over the allocation of powers and responsibilities arising from the exercise of the legal representative by different subjects, aggravates the legal representative responsibility being not clear or the risk of generalization. The legal representative is not only the expresser of the company's intention, but also the executor of the company's intention. It is the unity of the company's intention expression and execution, and cannot be simply separated. As the convener of the shareholders' meeting and the executor of its decision, the board of directors shall participate in (or partially form) and execute the formation of the intention of the company and shall act as the legal representative of the company. The chairman of the board executes the statutory powers of the company's personality and bears responsibility under the theory of representation; the directors execute the company's property powers as stipulated in the articles of association or authorized by the board of directors, and bear the responsibility under the agent rules. This model of the combination of the "unitary" agent system for the board of directors and the "multiple" agent system for directors overcomes the inherent deficiencies of the unitary legal representative system for natural persons, clarifies the basis of responsibility for legal representatives, and respects the basic spirit of the Civil Code and the longstanding tradition of the enterprise management system in our country.

Key Words: legal representative, intention of the company, board of directors, directors, personality behavior, property behavior
