

公司法定代表人的角色、制度渊源及其完善

刘道远*

摘要:我国现行公司法中法定代表人的角色定位,因受继受法的影响,以及制定时的功利主义取向,忽视公司的人格性和团体性,采纳股东会中心主义,加之权责规定不协调,不仅导致存在规则上的冲突,还导致现代公司治理制衡功能无法落实,并引起了司法困境。要发挥法定代表人制度科学的公司治理功能,需要在协调民法典相关规定的基础上,弱化法定代表人的法定性,实行差异化设计,明确法定代表人的信义义务,以促进公司在市场经济改革中的发展为导向,构建体现自由和效率价值的法定代表人规则。尤其是此次公司法修订时对于相关条款的设计,要基于科学性需要,在其现实性上依据市场需求对法定代表人制度进行改革,以实现规范体系主义,强化其对现实的回应。

关键词:公司法;公司治理;法定代表人;制度完善

一、问题的提出

我国公司法赋予法定代表人超级权力,因此也不同于域外公司法的对应规则。但是我国公司法又大量移植域外相关立法,故引发了一些不容回避的冲突:(1)与公司集体决策机制相冲突;(2)与公司治理的分权制衡机制相冲突;(3)与公司代表机关选任的自由和公司自主发展趋势相冲突。上述冲突在公司司法实践中更为激化。第一,公司集体决策机制和独任的法定代表人之间的矛盾无法调和。第二,因为公司法定代表人的选任法定、唯一要求,其他代表公司履行法定代表人职责的主体的权力只能来自于公司法定代表人的委托授权。^[1]在此逻辑下,公司董事会也无权以公司名义从事生产经营活动。如此一来,公司生产经营活动如何进行?这一悖论在实践中引发了各种案件难以裁决。第三,因为有关公司法定代表人案件司法裁判逻辑和立法逻辑存在严重冲突而导致法院判决不一、不公正。如广西金伍岳能源集团有限公司与广西物资储备有限公司等纠纷案,其裁判逻辑参照适用公司法第40条、第44条和第47条的规定,是否合理值得斟酌。^[2]第四,现实中争夺法定代表人大战和抢夺公司公章的纠纷在我国公司治理实践中大量呈现。^[3]另外,因为学界对公司法定代表人代表行为和代理行为的理论分歧以及其与我国民法典第170条职权代理的关系问题,引发的案件可谓汗牛充栋,更不用说法定代表人滥用代表权损害公司利益的案件了。

对此,一些学者理论上进行了探讨,甚至有观点认为应当废除法定代表人制度,^[4]而多数观点认为应该对之进行改革。立法机关于2021年12月24日发布的《中华人民共和国公司法(修订草案)》(下文简

* 海南大学法学院教授,法学博士。本文系国家自然科学基金重大项目“中国特色自由贸易港的建设路径及法治保障研究”(18ZDA156)和海南省优秀人才团队“海南自由贸易港法律创新团队”资助的阶段性研究成果。

[1] 最高人民法院(2016)最高法民终806号民事判决书。

[2] 最高人民法院(2019)最高法民再35号民事判决书。

[3] 典型者如当当网控制权争夺案。参见周淳:《敢做还是敢“作”——评李国庆夺权》, <http://www.finlaw.pku.edu.cn>, 访问时间:2021年10月28日。

[4] 杨继:《中国股份公司法定代表人制度的存废》,载《现代法学》2004年第6期,第125页。

称“《公司法修订草案》”)设置了第10条、第11条对法定代表人制度进行了规定,相较而言修改主要体现在两方面:一是将法定代表人登记的规定从公司法第13条移至别处,《公司法修订草案》第10条规定中增加了“依照本法规定不设董事会的公司,由董事或者经理担任”。二是将民法典第61条、第62条合并规定,形成《公司法修订草案》第11条。但是,这一修改科学性尚需斟酌。公司法定代表人的法定性、必设性、唯一性和固定性并未突破,公司治理制度变革的联动效应因此而大打折扣,法定代表人制度修改的体系性也未体现。有鉴于此,笔者以《公司法修订草案》对法定代表人的修订为契机,提出完善建议。

二、中国公司法定代表人制度演进述评

具有中国特色的法定代表人制度其实并非我国首创,制度渊源可追溯至20世纪上半叶的原苏联法制,是借鉴其意识形态法学中法人理论的产物,脱胎于列宁所倡导的企业经营“个人独裁制”。1918年苏维埃在全国实行工厂和企业的国有化,为方便自上而下式集权,从企业员工中挑选出一位负责人,由其代表政权对企业进行统筹管理,对该负责人的基本要求就是精通业务且忠实于苏维埃无产阶级政权。中国最早关于“一长制”的法律实践是20世纪30年代,即江西红色政权时期颁布的《苏维埃国有工厂管理条例》。^[5]20世纪50年代初至80年代,其间经历了“一长制”向“党委领导下的厂长负责制”的转变。^[6]随后,该制度在我国历经多次修改。回溯法律调整过程,大致可分为三个阶段。

第一个阶段(1981—2005年),该阶段法定代表人的法定性不断强化。我国法定代表人制度肇始于我国1979年的中外合资经营企业法及其实施条例,1981年经济合同法第31条首次使用“法定代表人”概念。1983年《中外合资经营企业法实施条例》第37条规定:“董事长是合营企业的法定代表。”该条规定使董事长具有了区别于公司其他一般董事的特殊法律地位,法定代表人的“法定性”得到明确规定。我国1986年民法通则第38、43、49条及第110条对法定代表人制度进行了较为系统的规定。随着经济体制改革进程中国有企业改革的深入,我国1988年全民所有制工业企业法第45条规定:“厂长是企业的法定代表人。”同年,国家工商局颁布的《企业法人登记管理条例》规定:“代表企业行使职权的主要负责人,是企业法人的法定代表人。外商投资企业的董事长是法定代表人。”20世纪90年代开启了“产权清晰、权责明确、政企分开、管理科学的现代企业制度”改革,于1993年全国人大通过了我国第一部公司法,该法主要回应了当时的客观经济需求,将公司的董事长或执行董事(不设董事会的有限责任公司)规定为法定代表人。其中第114条和第120条规定法定代表人享有董事会的部分职权,如签署股票、债券的权力。至此,法定代表人选任的法定性及人数的唯一性两大原则得以确立并被推向极致,^[7]同时法定代表人必须由自然人担任也被确立。这些规则在后续的1996年《企业法人的法定代表人审批条件和登记管理暂行规定》^[8]和1999年合同法第50条中得到进一步发展。

第二个阶段(2005—2019年),在此阶段法定代表人的法定性呈现相对缓和趋势。在要求放松管制、给予公司更广阔意思自治空间的背景下,2005年公司法在法定代表人制度方面也作出了回应,其中第13条确定法定代表人由董事长(执行董事)或经理来担任。从条文表述来看,扩大了选任来源,增加了除董事长和执行董事之外的经理的选项,容许公司章程自行约定。而公司章程体现的是投资者即股东的集体意志,故公司法定代表人最终由公司股东决定。^[9]由此似乎可以认为我国法定代表人选任具有

[5] 方流芳:《国企法定代表人的法律地位、权力和利益冲突》,载《比较法研究》1999年第3、4期,第423页。

[6] 最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编:《中华人民共和国民法典总则编理解与适用》,人民法院出版社2020年版,第319页。

[7] 参见曹兴权、荣振华:《公司代表人制度“法定性”的弱化——法律与社会良性互动视角的分析》,载《北方法学》2013年第1期,第52—54页。

[8] 参见《企业法人的法定代表人审批条件和登记管理暂行规定》第2条、第4条。

[9] 施天涛:《公司法论》,法律出版社2018年版,第375页。

了自治性因素,但是需要注意的是,其选任范围仍被限定在董事长、执行董事或经理中,且只能是一人独任,同时还受到民法通则等法律中相关条款的限制。

值得注意的是,2005年公司法对法定代表人法定性的弱化目标并未实现。一方面,法定性弱化的效果在较长的时间跨度中被逐渐消弭,该变革的意义也随着弱化进程的中断被淡化。另一方面,从实践来看,自2005年公司法以来,鲜有公司任命经理为法定代表人。主要是因为经理的选任多为合同聘任制,在公司治理结构中的角色是商业使用人,经理兼任法定代表人极有可能引发短期逐利行为。而且,经理不一定是董事会成员,在其对外代表公司过程中所获得的及时且富有价值的商业信息,很难有效反馈并融入公司的内部决策,从而阻碍公司整体利益的增进。因此,大部分公司会选择董事长作为公司法定代表人,这是基于趋利避害的考量。如此一来,2005年公司法以弱化代表人法定性为目的的意图并未实现。

第三个阶段(2019年至今),该阶段法定代表人僵化的制度体系在司法层面明显得到扭转。2019年最高人民法院印发了《全国法院民商事审判工作会议纪要》(以下简称“《九民纪要》”),对法定代表人越权代表的相关问题作了多条规定,该纪要第17、18、20、21、23、41条分别涉及了法定代表人越权担保的效力、相对人善意的具体认定、越权担保的民事责任、越权担保后对公司权利的救济、盖章行为的法律效力等。^[10] 这些规定不仅对统一裁判思路具有重要指引作用,也在后来出台的民法典担保制度司法解释中得到了法律层面的确认与固定,为其作为司法裁判依据被直接援引提供了重要支撑。^[11]《九民纪要》及民法典担保制度司法解释的内涵在于,担保行为并非法定代表人所能单独决定的事项,其必须以公司股东(大)会、董事会等公司机关的决议作为授权的基础和来源,同时以债权人是否善意来区分合同效力。可以明确的是,最高人民法院《九民纪要》的发布,反映了对法定代表人态度的转变,是在司法层面以一种更为科学理性的视角,看待和考量法定代表人的对外代表行为。换言之,法定代表人的角色已经开始回归其基本的对外表意窗口之上,同时也折射出司法部门对法定代表人之法定性在司法裁判中加以弱化的倾向。但是遗憾的是,我国民法典第61条对法定代表人的立法规定仍基本沿袭了民法通则以来的规定,未有改观。

从上述法定代表人的发展历程可以看出,整个法定代表人的改革呼吁都是围绕如何限缩法定代表人过大的权力、如何回归法定代表人制度的私权属性。但是从现有的规则体系来看却收效甚微。判断制度和规则科学合理与否,主要在于制度实践之效果。但是,我国法定代表人制度实践正如上文所述,可谓乏善可陈,问题纷呈,包括制衡缺失、公司内部缠斗激烈等。更为棘手的是,这些问题在学界的争论纷呈,学理解释歧义多有,理论难以有效指导司法实践。这些问题的出现有多方面原因。

第一,在我国引进公司制度的过程中,对公司的本质认识不清,没有科学处理相关制度的协调统一,甚至体用之辨充斥其间,南橘北枳。公司者,公共司事也。公司的出现被认为是人类社会的一大创举。真正的公司出现于16世纪后半期,发源于英国、荷兰的公司最早都是特许设立,且享有政府专设经营之利。值得注意的是,公司这一组织形态于19世纪被引入中国,成为舶来品。引入之前,公司有所专指,其他则以“行”指称,目的在于“商号本地化”和客户认同,但与经营组织形式没有关联。洋务运动中,中国出现了“局”这种新式企业,是“刻意仿效西方公司的产物”。^[12]除此之外,我们还模仿了西方公司的特许设立制度,实行“官办”或“官督商办”,以及“专利”性。到了1875年,光绪帝谕旨中使用了“公司”一词而不再使用“局”,一定意义上代表着公司的官设独占特点逐步削弱,公司民营民办开始普遍化。值得注意的是,在西方世界,特许设立和专营之利有违资本自由,因此美国在19世纪发起了一场旨在制定普通公司法的改革,并获得成功。^[13]我国接受这一变革时间更晚。1903年,清政府颁布《大清公司律》,由此公司成为营业组织形式并被普遍采用。

[10] 参见最高人民法院《全国法院民商事审判工作会议纪要》(法〔2019〕254号)。

[11] 参见《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)第7条。

[12] 方流芳:《公司词义考:解读语词的制度信息》,载《中外法学》2000年第3期,第291页。

[13] Susan P. Humill, *From Special Privilege to General Utility: A Continuation of Willard Hurst's Study of Corporations*, 49 *American University Law Review* 81, 104-105 (Oct. 1999).

而在鸦片战争之前,中国是王权主宰下的对外交往,因为清政府实行的闭关锁国,制度输入很难。对公司制度的了解也主要是在与英国的商业贸易中不断了解的,包括《大清公司律》也是在中西交往过程中不断认知形成的。即便在英国早期,公司经营也是官营独占传统,中国受其影响自然也不例外。而1833年EIC解体和1844年英国公司法的颁布是一次划时代的变革:组建公司的动因改变,现代公司理念开始生根,一般规则替代特许状成为组建公司的基本依据。^[14]但是,清朝在19世纪60年代从西方引进公司而兴办洋务之时对此并无意识并继续沿着官设独占方向发展。而在革命战争时期,因为战时需要实行集权管理也在情理之中。所以,整体来看,公司制度从最初引入中国到后来的不断发展,官办独占、权力集中是其典型特点,这一情势甚至一直延续到土地革命战争时期。

第二,新中国建国后至改革开放前,苏联的企业负责人制度影响与计划经济下中国特色企业制度建设相互叠加,共同造成我国法定代表人制度的僵化特征。新中国刚成立后,国家义无反顾地全面废除“六法全书”,将西方发达国家的法律制度打上资本主义的标签,全面接受原苏联法律制度体系。在这一背景下,我国企业负责人制度就移植了原苏联的个人代表制。个人代表是企业的负责人,这种负责人在“一长制”的企业领导体制下,自然是指企业的最高行政负责人,即厂长或经理。^[15]这种制度不仅带有很强的管制色彩,而且还隶属于国家权力体系范围。因为新中国成立后很长一段时间实行计划经济,企业也是国家所有,政企不分,所以对企业进行管理是国家一项重要职能。这些也都受到了原苏联“以人治企”企业治理模式的影响。值得注意的是,即便在改革开放之后,尤其是社会主义市场经济体制的确立,对公司法制包括法定代表人制度都产生了一定影响,同时也开始引入发达国家现代公司法制,但是因为受原苏联企业负责人制度的影响,法定代表人制度的改革仍然裹足不前。

第三,我国公司的特殊治理结构强化了法定代表人无约束的权力和特殊的法定代表人制度体系。尽管国内多数学者在探讨我国公司权力分配模式的特点时都认同股东会中心主义,但是实质上仍然存在一些问题需要进一步研究。从目前我国公司法的实践来看,公司法对股东会和董事会的职责分配和权力划分,看似清晰,实则欠缺可操作性。^[16]实质上,我国现行法和实务界倾向于视股东会为公司权力中心,赋予公司股东以优越地位,实际上旁落了董事会成员的职权,弱化了公司常设机构董事会的存在。股东会在保障公司人格独立上存在较大的局限性,难以使公司整体利益区别于股东个人利益。^[17]如此将导致公司缺乏足够的治理活力,加之控股股东的普遍存在,又进一步减损了股东会的科学决策能力,造成了我国公司治理机制改善十分困难。上述因素导致了法定代表人权力的隐性扩张。所以,尽管我国当前理论界主张的由股东会中心主义向董事会中心主义的转变,与英美公司法所提倡的董事会优位理念仍然存在发展阶段和逻辑层次的差异,但不可否认采纳董事会中心主义对于公司决策机制的现实意义。^[18]

第四,我国公司治理的行政管控取向也导致法定代表人改革举步维艰。如上所述,从文化传统来看,我国的法定代表人制度被认为是迥异于其他法域相关立法的一个相对独特类型。这也有其文化传统的根基,因为从域外公司发展模式的演变历程可以发现,公司制度发展的理论渊源可能深深植根于本国的宪政制度与文化经验。如美国公司法在经过19世纪的自由化运动之后,基本实现了从“管制型”向“赋权型”之转变,基于联邦体制因素,这种转型很快被各州采纳,^[19]公司特权之篱被拆除,公司不能越

[14] 方流芳:《公司词义考:解读语词的制度信息》,载《中外法学》2000年第3期,第292页。

[15] 《苏联民法》(上),法律出版社1984年版,第134页。

[16] 邓峰:《普通公司法》,中国人民大学出版社2009年版,第553—556页。

[17] 赵旭东:《股东会中心主义抑或董事会中心主义?——公司治理模式的界定、评判与选择》,载《法学评论》2021年第3期,第79—80页。

[18] 朱慈蕴、林凯:《公司制度趋同理论检视下的中国公司治理评析》,载《法学研究》2013年第5期,第28—29页。

[19] James W. Hurst, *The Legitimacy of the Business Corporation in the Law of the United States 1780-1970*, at 70 (The Lawbook Exchange, Ltd. 2010).

权行事理论也被美国多数法院舍弃。^[20]在公司制度发展演进的过程中,由于自生性和嵌入型制度的相互影响,在长期的时间跨度下,会形成各异的多元治理类型,^[21]继而经过市场自发地筛选和改进,沉淀出几种有限的且趋于稳定的范式。^[22]其中,公司治理结构和模式逐步趋于制衡则是公司治理制度嬗变所体现的相对稳定的特点。公司内部的权力分配与责任承担作为公司治理机制的核心范畴,在制度变革中尤其显得重要。^[23]当然其中也包括公司代表人(代理人)的角色、职能及责任。

聚焦我国公司法中的法定代表人制度,于经济转型时期融入了特定政策因素——不同于其他法域的“中国元素”,轻视私权和个人利益,重视对公司的行政控制,因而被认为是具有本土特色的法律制度。^[24]该制度最早产生于计划经济向市场经济转轨中的改革开放初期,以国有企业改革为特殊背景,依托苏联企业模式开展自上而下式“变法”。这一阶段公司制度安排的目标是实际掌控国有资产,同时要增强国有企业独立性并释放经营活力,此时的行政监管成为了客观的政策需要,法人制度设计就不可避免地遵从管理关系。然而,脱离市场经济、服务于国企改制的法定代表人制度,在当前市场经济不断发展的趋势下凸显不适应性。这种不适应性还以实践中两种相互乖张的现象为表征:一是对法定代表人职位的趋之若鹜,二是对该职位避之不及。囿于上述因素的存在,加之人们对行政权力更为青睐,所以理论上对法定代表人制度体系性的研究还不够,又缺乏法定代表人自身作为私法自治事项的成长环境,理论和实践都落后于发达国家立法例也是理所当然。

第五,从我国短暂的公司发展沿革历史来看,现行僵化的法定代表人制度与建国后计划经济条件下所积累的企业治理观念和经验不无关系,虽然已经时过境迁,但是这些观念和现实对现实的理论和实践却产生了极大的负面影响。如前所述,建国后较长一段时间我国只信服苏联法学,在企业制度上全面学习其经验,因此在理论和实践上也借鉴了他们的企业代表权制度。原苏联企业也实行两权分离,企业的独立经营权就通过法定代表人来实现。^[25]在此影响下,我国的传统企业产权不清、结构单一,企业管理缺乏制衡理念和机制。担任企业负责人的厂长或者经理集决策、管理、经营于一身,实行企业行政管理模式,监督机制流于具文。

毋庸讳言,我国法定代表人制度存在的各种问题,均给现代化公司治理带来了挑战,也成为公司制度修改的重要课题。实际上,学界对法定代表人制度的讨论不仅未减,反而日益热烈,包括对民法典相关条文的解释调整,以及对公司法法定代表人制度修改的建议。

三、我国公司法定代表人的角色定位规范体系及比较

我国公司法定代表人制度在长期发展中不断丰富充实,其法定性也逐渐被弱化。但在现行法律规则的框架下,公司法定代表人的具体职权、责任以及选任变更等问题,条文中或语焉不详,或存在体系冲突。结合域外法的经验对公司法定代表人制度进行修改已势在必行。

(一) 公司法定代表人的职权规范

我国公司法只有两个条文直接规定了法定代表人的职权,^[26]主要是程序性的履职能,且未明确代表人的对内业务执行权。因此要全面认识法定代表人职权规范体系,还要全面分析有关法定代表人的全部规则体系。根据我国公司法第13条的规定,若董事长担任法定代表人,董事长拥有的职权当然地归

[20] Ralph Nader, Mark J. Green & Joel Seligman, *Taming the Giant Corporation* 103 (W.W. Norton & Co., Inc. 1976).

[21] Lucian Arye Bebchuk & Mark J. Roe, *A Theory of Path Dependence in Corporate Ownership and Governance*, 52 *Stanford Law Review* 127, 134-136 (1999).

[22] Henry Hansmann & Reinier Kraakman, *The End of History for Corporate Law*, 89 *Georgetown L.J.* 439, 443 (2001).

[23] Richard M. Buxbaum, *The Internal Division of Powers in Corporate Governance*, 73 *California Law Review* 1671, 1673 (1985).

[24] 顾敏康:《公司法定代表人的比较研究》,载《华东政法大学学报》1998年第1期,第49—50页。

[25] 参见《苏联民法》(上),法律出版社1984年版,第134页。

[26] 参见我国公司法第128条第3款、第155条。

属于法定代表人;若经理担任法定代表人,经理拥有的职权也自然归属于法定代表人。具体而言,可以将法定代表人的职权区分为内部职权和外部职权,即对内享有业务执行权,对外享有公司代表权。

1. 对外代表权

对外代表权包括:(1)代表公司参与民事活动,常见的职权如代表公司对外签订合同(民法典第61条、第504条)。(2)代表公司进行诉讼(民事诉讼法第48条第2款)。(3)发行债券、股票时签字盖章的职权(公司法第128条、第155条)。(4)公司登记过程中签字的职权(《公司登记管理条例》第20条、第27条、第47条)。依据对外代表权的构成,可以归纳出如下几项特征:其一,代表权具有可替代性;其二,代表权具有可限制性;其三,法定代表人的代表权以程序性权利为主,即便是实体性权利,也很少能直接影响公司利益。

2. 内部业务执行权

内部业务执行权包括:(1)当董事长或执行董事担任法定代表人时,两个职务项下的权力内容集成一体;(2)当经理担任法定代表人时,除对外代表权之外,还拥有公司法第49条第1款所罗列的8项对内管理类职权。这里需要注意的是,公司法具体列举经理的一系列职权,是为了方便公司进行参照,若有特殊需求,还可通过章程来具体设定经理的权限。^[27]

因此,可以认为,我国公司法上的法定代表人的职权,借助董事长或者经理的身份而实现充盈,除此之外,仅享有程序性的对外代表职权。^[28]当然,在自治范畴内,公司章程和决议均可对法定代表人的权限作出进一步的规定。

域外公司法中代表人职权的规定,基本都是围绕着对外代表权和业务执行权展开,但针对代表权的分配又各具特色。以德国共同(集体)代表制为例,德国股份公司法第78条对代表规则进行了具体设计,主要包含以下几项要点:(1)董事会不仅是业务执行机关,同时也是对外代表机关,即有权在诉讼中和诉讼外代表公司;(2)在内部章程无特别规定时,全体董事会成员仅享有集体代表公司之权力,而不能各自单独代表公司。交易相对人向公司作出意思表示时,董事会任一成员接收即为有效;(3)章程可以特别授权董事会成员单独代表公司,也可授权其与一名代理人共同代表公司;(4)作为集体代表的董事会成员还可以授权某一成员从事特定业务。德国股份公司法第76条第1款明确了董事会负责领导公司,对于执行公司事务之职能进行了规定,排除了章程中设置其他规定的可能。^[29]此外,德国民法典第26条对该代表模式予以确认,即董事会作为社团必设机关,具有公司代表人地位。^[30]根据条文表述可以看出,德国法以集体代表为原则,以混合代表(又称不真正共同代表)和单独代表为例外。具体而言,除了集体代表的方式之外,章程可以规定一名董事和一名代理人共同代表公司,也可规定一名或多名董事单独代表公司。这里的单独代表方式与我国的独任制模式相比有两点不同:一是享有代表权的董事可以是一人,也可以是多人,二是享有代表权的董事不限于董事会主席(我国称之为董事长)。

(二) 公司法定代表人的责任规范

我国在法定代表人制度的实践中存在挂名法定代表人现象,这主要源于对任职风险的担忧,实质上也是对法定代表人责任承担范围和大小认知错误。法律明文规定的法定代表人责任缺乏体系性,大多散见于公司法、破产法及其他法律规范中。例如:(1)民法典规定了因执行职务造成他人损害的身份责任。^[31](2)公司法规定了因执行职务时违反法律法规或章程,给公司造成损失应当承担的赔偿责任。^[32](3)破产法规定了保管资料、接受询问等配合义务;因公司(债务人)实施破产欺诈行为而损害债权人利益所应

[27] 朱锦清:《公司法学》,清华大学出版社2019年版,第251—252页。

[28] 何建:《公司意思表示论》,法律出版社2019年版,第344页。

[29] 《德国股份公司法》,贾红梅、郑冲译,法律出版社1998年版,第44—45页。

[30] 《德国民法典》,陈卫佐译,法律出版社2010年版,第12—13页。

[31] 《中华人民共和国民法典》第62条。

[32] 《中华人民共和国公司法》第149条。

承担的赔偿责任。^[33](4)司法执行相关责任。若公司成为被执行人,法定代表人拒绝报告公司财产状况的,将会被罚款和拘留;未履行配合调查之程序性义务的,将会被施以拘传、罚款、拘留、限制出境、限制高消费等责任,构成犯罪的将会被依法追究刑事责任;此外,还要承担税收征管责任、国有企业主要负责人接受处分的责任、市场准入资格惩罚等。^[34]除了法定代表人应承担的法定性责任和义务,公司内部有权以决议的方式,对法定代表人因违反章定义义务而产生的内部责任予以豁免,补偿法定代表人因非个人过错,承担外部行政、司法责任而遭受的损失。^[35]法定代表人责任中最为严厉的当属刑事责任。

从以上法定代表人责任的列举可知,与其所享有的职权类似,担责依据多与董事长、经理等岗位相关联。商事实践中对法定代表人任职风险的担忧程度,远大于法律规则下实际责任的严重程度。尽管上述责任范围广泛、责任构成复杂,但是如果法定代表人的行为导致公司损失,股东、公司如何对之采取救济措施却尚付阙如。公司受托人也有滥用权力的可能,尤其是公司法定代表人在滥用权力时公司股东及公司如何救济就更为重要。

从国外经验来看,因为其实行公司集体决策机制,并实行分权制衡,根据不同的组织结构实行不同的决策原则和机制。如在美国,对代表公司的董事会的问责,集中在是否超越职权、是否存在利益冲突、是否勤勉尽责、是否滥用权力、是否假公济私等,尤其审查是否损害公司利益。值得一提的是,上述责任的违反所要承担的责任与我国有较大不同。在美国,如果公司董事违反忠实勤勉义务或者注意义务而应承担相关责任,主要采用民事责任,而不是行政责任、刑事责任,民事责任的追究者主要是公司和股东;并且,这种义务是传统侵权法义务在组织法中的延伸。^[36]尽管如此,这种责任的追究也是严格按照程序优先,并确保程序公平。另外,在美国公司法上,代表公司的董事是否构成过失,还要考虑公司业务的性质,公司经营范围等。因此,我国法定代表人责任配置不合理是客观存在的突出问题,建立科学、合理的法定代表人责任体系十分迫切。

(三) 公司法定代表人的变更与改选

我国公司法定代表人变更的情形一般包括以下四种:(1)法定代表人任期届满而退任;(2)被解除任命;(3)丧失董事地位;(4)法定代表人辞任,并依照章程向董事会或者股东会提出。需要注意的是,在法定代表人辞任情形,其可以通过辞去董事长或经理的职位,间接辞去法定代表人职位。一方面,由于公司与董事之间属于委任关系,在无特殊规定情形下,董事将辞职书递交公司董事会时便产生相应效力。最高人民法院审理的中证万荣医药公司诉曹凤君公司决议纠纷案即持此观点。^[37]最高人民法院在审判会议纪要中也提及,董事辞职属于单方的民事法律行为,基于董事对公司施以的单方意思表示而发生效力,并不需要公司批准。^[38]另一方面,由于经理属于公司聘任的员工,与公司之间属于劳动关系,可以根据劳动合同提出辞职申请。

由于法定必设的限制,公司法定代表人变更之后应立即改选。选任通常由董事会决议进行,依照普通多数决(全体董事过半数)决议产生,也可由股东(大)会依照资本多数决(出席会议的股东所持表决权过半数)予以选任。当章程另有规定时,还可根据出席会议股东的2/3以上表决权进行选任。由于公司章程体现的是股东的整体意志,因此,在多数情况下,股东掌握着法定代表人选任与改选的决定权。实践中,由于存在法定代表人只能是一人的限制,其职位变更往往是公司内部矛盾激化的导火索。

相比较而言,采用单独代表制的日本公司法较好地解决了这一问题。虽然称之为单独代表制,但与我国的法定独任制大相径庭。日本公司事务的执行由董事承担在20世纪50年代前已十分普遍,日本1950年商法修改时基于社会实际对董事制度进行了大幅修改以使法律更加符合社会现实。此次修改一方面缩小

[33] 《中华人民共和国企业破产法》第15条、第128条。

[34] 《中华人民共和国税收征收管理法》第44条、第73条;《中华人民共和国企业国有资产法》第68条;《严重违法失信企业名单管理暂行办法》第13条、第15条。

[35] 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的规定(五)》第3条。

[36] See R.A. Percy & C.T. Walton, *Charlesworth & Percy on Negligence* 125 (Ninth ed., Sweet & Maxwell 1997).

[37] 参见最高人民法院(2017)最高法民再172号民事判决书。

[38] 参见《最高人民法院民事审判第二庭法官会议纪要(第八次)》。

了股东大会权限,同时扩大了董事权限。另一方面,为确保董事正当行使权力,日本引进了美国公司法上的董事会制度,并在日本法上创设代表董事制度。董事会是公司的意思机关,对公司业务执行进行意思决定,有对代表董事进行选任、解任和代表董事业务执行监督的权力。2005年修订的日本公司法中规定了在设置董事会和不设董事会的公司可分别采取差异化董事会制度,董事会的职权与前述规定没有变化,代表董事仅仅是执行董事会决定的机关,而不能以自己的意思决定公司业务执行。不过,考虑到这样的规定未免过于僵硬,因此实践中除了一些重要的业务事项或者某些特别事务执行需要董事会决定外,对于其他一些琐碎事项的决定权董事会可以委任给代表董事,甚至公司日常业务决定权在代表董事被选出后即视为推定委任。^[39]代表董事不仅可以对外单独代表公司,而且也没有任何人数的限制,除非在公司选有代表董事情形,则其他董事代表权将被否定。^[40]2014年日本公司法的修改中,除了设置提名委员会的公司外,其他公司的董事被区分为业务执行董事和非业务执行董事,对董事责任也因此区分而有不同规定。

因此,相较于我国公司法定代表人的规定,日本法的规定明显更加灵活,代表董事的制度设计对于公司内部的复杂变化也更具适应性。与日本法类似的是韩国商事法的规定,根据《韩国商法典》第389条、第562条,公司在章程有规定时,可通过股东大会选任代表公司的董事,并且没有唯一性的限制,可由多名代表董事共同代表公司。在章程无规定时,可以通过董事会决议选任代表董事。^[41]

瑞士法采用约定代表制,是除共同代表制、单独代表制之外的另一重要类型。《瑞士民法典》第54、55条规定:“依照法律和章程要求设立机构以后,法人即可行使民事权利。法人的意思通过其机构来表示,法人对其机构的法律行为及其他一切行为承担责任。”第63条规定:“对于社团组织机构及社团与社员之间的关系,章程没有规定时适用法律的规定。”^[42]法律对公司代表人的强制性规定非常有限,主要以章程约定为主。除瑞士外,采用该种任意(约定)代表制的较多,如美国、意大利、瑞典、奥地利等,这些国家的商事法对公司代表人资格、人数等均不作过多的限制,完全由公司自主决定。比如美国公司法中的法定代理人(statutory agent)仅负担程序性义务,按照法律或公司内部要求发挥着“传达意思”的作用,强调对公司所分配任务的完成和具体义务的履行。而我国的公司法定代表人是法定且唯一的,强调对权力的确认和授予。实际上,无论是大陆法系国家还是英美法系国家,无论是共同代表制、单独代表制还是约定代表制,都倾向于发扬公司的自治性,均未赋予公司代表人(或代理人)极大的权力;而在公司治理层面同样如此,无论是法国、德国的双层内部组织架构,还是英国、美国的单层组织架构,都有一个共同点,即内部组织都趋于自由化和宽松化,赋予投资者更大的选择空间。^[43]

四、我国法定代表人制度对公司治理的不利影响

我国现行的公司代表人法定独任制模式在公司董事长和经理的身份加持下备受瞩目,虽然最初意义上法定代表人享有的主要是程序性外部代表权限,该角色的原始定位仅是代表公司对外意思表示的手段,但是因为我国的特殊国情,尤其是我国公司法在借鉴原苏联法过程中的特殊经历,情况更为复杂。在此背景下对我国的法定代表人制度理性地进行反思与再认识,具有重要意义和价值。

第一,法定代表人独任制不仅会僵化公司内部治理,而且会损害公司治理制衡功能。公司作为一个经营组织形式,应贯彻自由原则,辅之以强制性规则调整。同时,对于公司治理,从各国公司法的经验来看,多以制衡为要。这些要求体现在代表人制度的设计上,就是要在法定代表人制度贯彻公司和投资人的自治,要让

[39] 参见[日]近藤光男:《最新日本公司法》,梁爽译,法律出版社2016年版,第209—211页。

[40] 《日本公司法典》第349条。

[41] [韩]《韩国商法》,吴日焕译,中国政法大学出版社1999年版,第86、151页。

[42] 《瑞士民法典》,于海涌、赵希璇译,法律出版社2016年版,第26—29页。

[43] 王军:《中国公司法》,高等教育出版社2017年版,第248页。

法定代表人制度和公司其他治理机制之间形成一种力量均衡,从而实现公司良治。在这一方面我国的公司法定代表人制度存在严重问题。虽然代表人主体的唯一性有利于高效执行代表事务,但是对代表人缺乏有效的监督和制约。一些公司的法定代表人是大股东且担任董事长和总经理,垄断公司意思的形成和表达,使得董事会和监事会有名无实,甚至沦为法定代表人的木偶。另一方面,法定代表人对外行使职权将干扰董事会现有格局,有违董事会及董事制度的创设初衷。因为在我国,一般董事并不享有公司的概括代理权,其对外行为需要兼任法定代表人的董事长的授权许可,董事长便拥有了优于一般董事的职权。尤其是在董事会会议中,各方地位严重失衡,作为公司常设机关的董事会将随着董事长的专权变得名不副实,阻碍董事会的科学民主决策,进而成为公司内部治理机制的桎梏。另外,在法定代表人的变更中,未经正当程序有效改选,法院通常不会强制介入公司内部自治性事务,名为彰显公司自治性,实为襄助法定代表人专权。在实践中,若出现其他股东和董事对改选事宜消极懈怠,则会损害原法定代表人的合法权益,而法院又没有积极的解决措施,如此一来,不仅无益于变更纠纷的解决,而且会加剧内部治理的僵局。另外,实践中存在的聘请任用影子代表人或者僵尸代表人以规避责任的现象,更加影响到公司治理,对此不可不察。

第二,现行法定代表人制度体系会给公司交易安全带来负面影响,也可能助长损害公司利益行为的发生。发生上述问题的根源在于我国法定代表人的权力畸大、过于集中。与权力集中相对应的就是权力配置失衡,实践中另一种常见情形则是法定代表人仅与经理职务重合,其职权受到法定和意定(章程)的限制,内部权力较小,外部却拥有广泛的对外代表权,同时身负较重的法律责任。这种责任与权力不匹配、内部与外部权力不平衡的落差,滋生了法定代表人对外寻租、滥用代表权、越权担保等非道德短期逐利行为,给股东和公司利益带来威胁乃至损害公司利益。并且,交易相对人通常在与公司法定代表人签约时,出于对其身份及公示外观的信赖,相比于一般代理人签约而言,负有更低的注意义务和防范意识,如此就为法定代表人损害公司利益大开便利之门。近些年来,法定代表人滥用其职权对外签订合同给公司造成损害的案例很多,解决这一顽疾必须改革法定代表人制度。

第三,现行条件下的法定代表人之无暇履职使公章推崇成为独任制模式下的适应性调整,但是这又带来了公司治理的司法问题。在我国,公章长期以来被视为法人的象征,其公信力也被认为高于代表人签名,成为认证法人意思表示的最主要方式。而我国公司法并未规定公司印章的法律地位和性质,应当说,公章的合法性是在民事法律行为和诉讼行为中得以确立的。这不仅是受到我国悠久印章文化的影响,更与法定代表人制度密切相关。公司唯一的法定代表人代表公司对外交往时分身乏术,无法做到事必躬亲,而就具体事务特别授权他人代表公司则十分繁琐,因此公司往往会针对具体事务需求,设置各种类型的法人公章,以缓和独任制带来的效率低下。特定用途的印章诸如合同专用章、财务专用章的对外效力也得到了普遍的认可。由于公章未尽明确的法律地位和管理缺陷,借用、盗用、滥用、伪造(变造)、争夺公章的情形不胜枚举,一度给纠纷解决和司法裁判带来严重的困扰。需要强调的是,尽管公章作为公司意志的外部推定,是法定代表人行使权力的具体象征物,但本质上仅仅是辅助管理的手段,确认公司意思真实性的关键在于内部决策的形成。符合现代公司法治文明的,并非是对公章效力的推崇,而是意思形成机关依照规范程序所作出的合法决议。

第四,公司实践中,我国公司法定代表人的特殊性引发了大量的法定代表人越权代表效力的纠纷争议,极大地浪费社会资源。在理论界,对于法定代表人越权代表的法律效力的讨论学者各执己见,分歧很大,这也是导致司法领域裁判不一的重要原因。本质上,法定代表人越权制度采何种路径解释与对法人的本质认识有关。法人实在说和法人拟制说分别为建构法人制度提供了两种不同的路径,即究竟是视法人与机关(法定代表人)为一体还是分离。前者被称为机关说,也称机构说、代表说,后者则被称为代理说。前者以法人实在说为理论基础,赋予法人行为能力,法人可通过机关亲自行为;后者以法人拟制说为基础,不赋予法人行为能力,法人行为可由机关代理。^[44]我国除少数学者认为应当采代理说外,

[44] 参见王利明:《民法总则研究》,中国人民大学出版社2012年版,第284—285页。

多数学者认为应当采机关说。笔者也赞同机关说,因为:(1)机关说更符合我国目前的法律规定。(2)代理说与法人行为能力制度不兼容。(3)机关说能够贯彻到法人侵权领域。

实际上,法人实在说基础上的代表说,在我国当前阶段具有优于法人拟制说的合理性和科学性,其对经济发展现状的适应性也应予以肯定。一方面,拟制论过分强调法律的作用,而法律的滞后性使得未经法律确认的公司权利无法得到保护,尤其是对非本国公司的主体资格存在适用困境。^[45]同时也无法适应法人类型复杂、公司功能分化的现代商事逻辑。另一方面,由于法人实在说下对外代表的两方主体构造,商事交易中无需考虑代表机关与法人之间的内部关系,相比拟制说的三方主体,显然更利于保护第三人的权益,也符合追求高效与公平的市场经济基本要求。这就为法人独立承担责任,尤其是侵权责任和刑事责任提供了理论基础。同时,法人实在说下的团体意识具有超越个人意志加总的价值,能够实现包括社会责任承担在内的多重目的,“个人主义”与“共同体主义”的对比也能够体现法人实在说的宏大社会性意义。

另外,我国公司法所规定的法定代表人必须是自然人之要求还造成了法定代表人的“履职困境”,难以有效发挥法定代表人的功能。在此不赘。

五、我国公司法定代表人制度的完善

我国法定代表人制度弊端已长期存在。在公司治理现代化语境下,法定代表人制度不可再陈陈相因。我们理应利用此次公司法修订机会,基于体系化、科学化原则完善该制度。

(一) 制度修订应注意与民法典相关规定的协调统一

应予肯定的是,公司代表人制度本身具有不可替代的价值,尤其是对于参与外部民商事活动而言具有重要的实践意义。公司内部依据法律或章程规定的程序,形成决议或决定,但若要对对外传达该“法人意思”,必须通过一个或多个自然人进行。而充当这一角色的既可以是代表人,也可以是一般代理人。从客观的经济需求来看,代表人具有优于一般代理人的权利外观,作为一种最为便捷的交易方式,减轻了每次交易所需特别授权带来的程序繁琐。这种理想的交易模式,使得相对人对代理人资格审查的环节得以剔除,从而大大提升交易效率。在我国,法定性与代表人规则的紧密结合已成为公司法长期以来的传统,具有不可忽视的历史原因。当前,国有企业和国有控股公司在国民经济中仍然扮演着重要的角色,这种法定代表人制度的存续因而仍具有一定的现实基础。为减少改革阻力,渐进前进,可以考虑维持代表人必设性和登记强制性的“法定性”。同时,因为在我国法定代表人由自然人担任沿袭已久,加之我国大量国有企业的存在,对此改革阻力还较大。在前述对我国法定代表人制度予以坚持的基本立场下,应当进一步明确法定代表人的法律地位。正如上文对法定代表人理论渊源的考察中所述,我国民法典采纳了法人实在说的观点,而公司代表人与代理人相比,除了行为效果归属的同一性之外,二者存在根本区别。因此,公司法定代表人具有不同于公司代理人的法律地位,法定代表人是对外意思表示机关,其以公司之名义与相对人所实施的法律行为,视为公司行为。所以,公司法修订时应当对此予以明确并消除原来存在的一些规则之间的冲突。

《公司法修订草案》第11条将民法典第61条和62条合并为一个条文加以规定,连同该草案第10条一起组成了公司法所规定的法定代表人的基本制度,但是该合并设计存在一些问题:一是未清楚民法典第61条和第62条之间的关系;二是把这两个条文和民法典其他相关条文割裂开来。

首先,民法典第61条和第62条是何种关系?第61条规定是在法人实在说的前提下,认为法定代表人是法人的机关,因此,根据第61条第2款的规定,法定代表人以法人名义实施行为的法律后果皆由法人承受。第62条规定,如果法定代表人是在执行职务,那么法人就应当承受该行为的法律后果,无论该行为

[45] 邓峰:《普通公司法》,中国人民大学出版社2009年版,第55页。

是否得到法人授权。越权行为也应如此,无论该行为是否越权,只要该行为是“以法人名义”,就应当直接认定为法人行为,应由法人承受法律后果。从法条本源来说,这两个条款都是来自于民法通则第43条,在民法典中分为两个条文。从竞合关系来说,第61条和第62条有竞合关系,因为尽管第61条强调的是以法人名义从事民事活动,62条强调的是法定代表人职务行为致人损害,但是从文义来说,民事活动既包括合法民事行为,也包括违法民事行为,当然包含了62条的法定代表人执行职务行为致人损害。值得疑问的是,“以法人的名义”和“执行职务行为”的判断标准是否存在一致之处?答案是肯定的。如何认定执行职务行为在理论界有主观说和客观说,前者认为应以用人者(法人)指示被用人者(法定代表人)所承担的事项为标准,或以用人者指示事项来确定,但如果被使用者主观上为了有利于用人者而为行为,亦为执行职务。客观说则依据行为外观,而不考虑用人者和被使用者的意思。^[46]事实上,二者并非泾渭分明,比较法上,现代各国都已经将二者结合起来,执行职务行为的认定标准日益宽松、模糊。如美国判例认为,是否满足执行职务的范围应当考虑多个因素,包括已经实施的行为与授权行为在质量上的相似性,该行为不一定必须全是工作的分内之事。^[47]

其次,民法典第61条和第62条分开规定有其体系上的安排,且与民法典其他相关条款有密切联系,《公司法修订草案》直接将这两个条款合并在一起规定,体系上的合理性和规则立法效果值得进一步推敲。(1)民法典第61条置于法典第三章法人之“一般规定”一节,因此适用于所有法人,而不仅限于公司法人。该条第2款为法定代表人行为归属规则,是不完全条款,前半句为构成要件要求,后半句为法律效果,但其构成要件和法律效果内容尚需依其他条文方可确定,因此也不是请求权基础。《公司法修订草案》仅仅将第61条直接移植过来,如何适用将成为问题。(2)将第61条第3款越权规则修改后拿来也存在逻辑上和适用上的问题,不仅因为民法典第61条第2款和第3款之间在民法典立法体系内本来就存在冲突,且存在与其他规范的外部冲突,同时,将民法典61条第3款中的“代表权”修改为“职权”也存在重大法理问题。第61条第2款规定法定代表人以法人名义从事民事活动,行为后果皆归属法人,但是法定代表人越权行为也是以法人名义从事的民事活动,何以不让法人承受后果?职权是否能够等同于代表权?如果不能等同,将民法典第61条和第62条改造合并的做法更难成立。

理论上,《公司法修订草案》第11条的科学展开不仅要求公司法必须一以贯之地坚持法人实在说,在法定代表人与公司关系方面坚持机构说,还要捋顺该条和其他法律相关条文间的关系。对《公司法修订草案》关于法定代表人制度进行修订时,我们应该科学设置法定代表人的授权性规则,使得法定代表人在对外从事法律行为时有请求权基础,而不再仅仅依赖表见规则来进行判断和认定,如此做法也符合商业逻辑和规则。

除了上述要在公司法定代表人制度完善中把握好民法典与公司法规规范目的与内容的一致性,并从条文体系着手,注重民法典与公司法的体系化衔接,为法定代表人权限范围的明晰提供支撑外,同时《公司法修订草案》还要对民法典第61条内的“负责人”表述进一步明确其含义并进行限缩规定,其一,负责人不是法人的领导人,只是对外代表公司的特定机关,公司的目的和能力,是代表机关对外作出意思表示的根本来源;其二,负责人并不当地地承担所有责任,而应穿透背后的直接责任人,同时考察代表人在代表事务中自身的过错;其三,代表人的职权并非单纯依照民法典条文来设定,而是要根据公司具体需求由内部章程确定。简言之,所谓的“负责人”并非是集对内管理、对外代表、向下监督、全局负责于一体的责任主体,而应视内部治理、业务执行等自治需要而定。

(二) 改进路径选择应体系地考虑我国公司治理结构

我国公司内部治理欠佳是与法定代表人制度密切相关的另一个问题,实际上公司治理问题在我国一直存在,而公司法的历次修订也试图解决。但是,从法定代表人的改革为出发点解决我国公司治理问题却未受重视,导致我国公司治理机制在现行法定代表人制度的长期裹挟下,举步不前,也缺乏科学性,

[46] 参见郑玉波:《民法债编总论》,中国政法大学2004年版,第159页。

[47] 参见[美]小詹姆斯·A.亨德森等:《美国侵权法:实体与程序》,王竹等译,北京大学出版社2014年版,第138页以下。

并滞后于国际商事实践。

美国普通公司法的变迁具有典型示范意义,尽管其发展具有州际竞争的独特实践背景,^[48]但由“管制”向“赋权”趋于自由化的转变,引领着世界各国公司法的改革方向。当然,我们不能对其亦步亦趋地模仿,而应对其更优的公司理念和治理机制予以学习和借鉴。在域外公司法治理模式中,美国、英国为代表的单层治理模式,仅设置董事会作为一元的管理机关,以董事忠实义务和信义义务为基础,突出对公司治理效率的强调。大陆法系国家中以德国为代表的双层治理模式,通过监事会的监督来突出内部的平衡。^[49]尽管治理模式各具特色,但都具有较高的灵活性,管制色彩均淡于我国公司法。尤其是在公司代表机构的设置上,均有足够大的选择空间,足以应对不同类型或者同一类型公司的多元治理需求。

结合中国公司法实践,科学设计法定代表人的授权规则,可以克服“剪不断,理还乱”的公司内部机关之间的矛盾,让公司内部机构之间的制衡机制发挥作用,避免公司组织程序失灵,使公司内部的意思形成,符合团体法律行为的逻辑。^[50]而从域外经验来看,公司作为团体组织,其需要遵循法律和章程所规定的程序,体现公司治理分权制衡原则,通过法律明确法定代表人的授权,可以超越单纯的制衡机制中权力分配和制约关系以及因此而形成的报告和“负责”责任,进而要求法定代表人要向法律负责,既实现对法定代表人的制约,也实现了公司机关各方内部的制约。从域外经验来看,公司信义义务规则也是公司法的核心规则,^[51]我们可以在这点上进一步研究,通过借助法定代表人信义义务规范的设计,实现法定代表人规则的科学性和体系性。下文另述。

(三) 弱化“法定性”以尊重公司意思自治

尊重公司理性自治源于公司的私法主体属性。团体法规则的目的在于具有自由意志的当事方共享团体运作的共同收益,提升他们的集合福利。^[52]但组织体共同利益的增进在于自由意志的实现,团体意思自治是团体法秩序形成的基础。而传统民法多以自然人之间的关系为规范模型,随着团体法的发展,简单地将自然人关系类推适用,不足以解决现实问题。因此,无论是一般民营企业还是作为国有公司或国有控股公司,都应该尊重公司的理性自治,这也是公司法定代表人差异化改革路径的另一内涵。民法典第57条规定:“法人是具有民事权利能力和民事行为能力,依法独立享有民事权利和承担民事义务的组织。”该条对法人独立享有民事权利能力和行为能力的资格进行立法确认,意在突出公司的独立人格和自主特征。作为市场经济的基本法,民法典的这一立法创设表明对公司的理性自治的尊重。从国有企业改革的历史来看,对公司自治逻辑的遵循也是对改革经验的反思和总结。并且,从国际公司法的比较来看,不同法域都存在政治制度差异和文化差异,但各法域鼓励公司自治是解决公司法利益冲突的不二选择。

从法定代表人角色自身考量,要将规则设计的政策逻辑转变为技术逻辑,即应当赋予公司更大的自治权,为法定代表人的具体设置提供更多选择,进而塑造多元化的公司代表模式。因此,我国公司法可以在对民商法体系进行充分协调的前提下,借鉴前述日本的单独代表制和德国的共同代表制,构建以单独代表为原则,章程特别规定为例外的混合制代表模式。基于此,笔者建议对《公司法修订草案》第10条增加如下内容:(1)于章程无特别规定时,董事长(或者执行董事)和经理均有权对外单独代表公司;(2)章程或股东会决议可以规定由包括董事长在内的董事会成员和经理对外单独代表公司。

该建议有三点改进:一是取消了法定代表人唯一的限制,缓解了对法定代表人法定性。二是赋予公司更大的自治权和选择权,同时可以抑制代表人专权。三是顺应董事会中心主义和经理人中心主义兴起的改革趋势,有利于内部制衡,改善公司治理结构。虽然该规则的设计未区分公司的国有和民营性

[48] 杨成良:《州际竞争与美国公司法的发展》,载《比较法研究》2017年第1期,第183—184页。

[49] 黄辉:《现代公司法比较研究:国际经验及对中国的启示》,清华大学出版社2020年版,第238页。

[50] 参见钱玉林:《公司法第16条的规范意义》,载《法学研究》2011年第6期,第132页。

[51] 参见冯果:《整体主义视角下公司法的理念调适与体系重塑》,载《中国法学》2021年第2期,第66页。

[52] Reinier Kraakman et al., *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach* 18 (Oxford University Press 2004).

质,但是因为充分尊重公司自治,因此可以适度弥合两种类型公司在法定代表人制度需求上的张力。

(四) 组织法框架下法定代表人权责一致的规则设计

从组织法的角度来看,并非所有的机构均有权对外代表公司,公司的权力机关、监督机关、执行机关等,除非有法律规定,否则不具有对外代表公司的权限。而法定代表人是法人机关的一种,也是法人组织机构的重要组成部分,故法定代表人理应被看作参与公司内部治理的重要角色,公司代表机制也是公司治理机制的必要构成。而要充分认识和发挥法定代表人于公司治理机制中的作用,必须进一步科学设定法定代表人与股东会、董事会、监事会以及高级管理层之间的权利义务。

第一,建立法定代表人的信义义务。现行公司法第147—149条仅对董事、监事和高管的义务及责任进行了规定,虽然董事、经理身份会与法定代表人产生重合,但是这些法定义务并非当然地适用于法定代表人。尤其是在利用法定代表人身份损害公司利益时,欠缺归责的规范基础,缺乏滥用代表权的事后救济及惩戒机制。因此,公司法修订应当明确法定代表人的义务,实现权利与义务的统一。一是以完备的信义义务体系为法定代表人合理履职构建必要的护栏。信义义务起源于英美衡平法中的信托领域,^[53]并为我国公司法相关条文的创设提供了充分的借鉴。信义义务内涵丰富,忠实义务是核心内容,同时还包括勤勉义务、诚信义务、注意义务等。注意义务与忠实义务之间并无明显界限,从经济学角度来看,二者本质上都是由于存在代理成本和利益冲突而降低了投资者的福利。^[54]与勤勉义务相比,忠实义务是对法定代表人不当行为的反向遏制,而勤勉义务是对其尽职行为的正向激励。诚信原则作为信义义务的补充,是对信义义务体系的最终兜底。对法定代表人信义义务可以作如下规定:法定代表人应当遵守法律、行政法规和公司章程,对公司负有忠实义务、勤勉义务,履行职责应当贯彻诚实信用原则,并接受监督。二是将法定代表人的原有职权纳入义务范畴,侧重于强调义务的履行,而非权力的享有。增设条文专门对法定义务进行规定:(1) 法定代表人具有对外代表公司的权限,包括代表公司对外签订合同、代表公司进行诉讼、发行债券和股票时签字盖章,也包括破产程序中负有配合保管公司财产、账册、印章等,接受询问、参加债权人会议等义务。(2) 章程另有规定的从其规定。

第二,增强对公司实际控制人的信息披露。对法定代表人制度的法定性“松绑”之后,满足了公司自治层面的治理需求,那么将如何兼顾政策层面的行政监管需求,如何落实公法层面的责任追究?严格来说,这一问题在现行法定代表人制度条件下会一直存在,并非制度变革就能立即改变。进言之,由于当前法定代表人的“形骸化”大量存在,挂名法定代表人的另一面对应着公司的实际控制人,这个实际控制人可以是控股股东,也可以是董事长,还可以是高级管理人员。对于实际控制人的身份没有任何特殊要求,责任追究也可能因此无法落实。与傀儡法定代表人相同,公司实际控制人可通过各种方式操纵董事会,事实董事和影子董事因此大量存在。并且就目前来看,对于公司实际控制人的责任追究,暂时还无法摆脱对公法监管的路径依赖。有鉴于此,应当在《公司法修订草案》中增设条文增加公司实际控制人的信息披露义务。通过提升公司内部结构和治理现状的透明度,给予公司实际控制人足够的穿透力,为操控公司代表的责任追究提供必要的规则支撑。

第三,完善公司股东派生诉讼,建立和完善公司和股东追究法定代表人民事责任的机制。这样不仅能够克服我国法律责任重行政责任和刑事责任,轻民事责任的倾向,而且能够阻遏法定代表人为所欲为的恣肆。这样也要求我们从我国公司法实践的现实出发,防止理想主义,在不断变化的商业环境中探索最适合的公司法制。^[55]

[53] Tamar Frankel, *Fiduciary Law* 96 (Oxford University Press 2011).

[54] Frank H. Easterbrook & Daniel R. Fischel, *The Economic Structure of Corporate Law* 103 (Harvard University Press 1991).

[55] Roberta Romano, *The States as a Laboratory: Legal Innovation State Competition Corporate Charters*, 23 *Yale Law Journal on Regulation* 209, 214 (2006).

六、结语

我国法定代表人在经济体制改革和国有企业改制时期承载了重要的历史功能,也带有很强的政治伦理和结构主导的特征,这无论是在当前股东会中心主义的公司治理范式下,还是在未来如学者所呼吁的董事会中心主义模式下,这种特征仍然会存在。主要原因是:第一,国有公司、国有控股公司大量存在;第二,我国公司法的行政本位色彩仍十分浓厚,公司法的“父爱主义”仍然突出。尽管如此,公司的法定代表人的角色、职能、定位以及责任,随着经济社会的发展、国际国内公司法治实践的影响而被不断改革和修正,从而更加契合现代商业实践。当前我国市场化的社会经济蓬勃发展,民营企业不断焕发生机活力,现代化的公司制度建设日渐迫切。若仍继续强调个人在企业中的领导作用,将导致企业治理结构的僵化,亦与现代化商业逻辑背道而驰。面对法定代表人制度发展过程中遗留的沉痾积弊,应当摒弃独任制的限制,进一步弱化法定代表人的“法定性”,回归法定代表人对外进行意思表示的基本定位,推动公司法从行政管控型团体法向自治型团体法迈进。

The Legal Representative: Its Role, System Origin and Improvement

Liu Daoyuan

Abstract: The legal representative of a company in China, internally as an agent to express its intent, is a constituent element of the company's internal governance, and assumes an important function of representing the company externally in civil and commercial legal acts. However, its institutional defects have called for reflection and reform. Its role assigned in the current Company Law, being subject to the utilitarian orientation, ignores its personality and group nature. Taking the shareholders meeting as the center, its powers and responsibilities don't match, which leads to conflicts of rules and chaotic judicial practice, and to the failure to put into practice of checks and balances in modern corporate governance. To fully fulfill its corporate governance function, its institutional design shall weaken its legality on the basis of coordinating the relevant provisions in the Civil Code of PRC, and shall be differentiated according to the type of company. Its institutional rules shall be flexible and efficient, clarifying its fiduciary duty so as to be oriented toward the development of the company in market economy reform. Especially after the promulgation of the Civil Code, the relevant reforms of its institution through the Company Law should be realistic and scientific, meeting the needs of the market so as to achieve standardized practice.

Keywords: company law; corporate governance; legal representative; system improvement

(责任编辑:杨琦萍)