

公司担保相关法律问题研究

高圣平*

内容提要 公司担保纠纷涉及公司法、担保法、合同法相关规定的解释与适用,不能片面地仅从一个角度来认定违反规定的担保合同的效力。《公司法》第16条在规范性质上属于强制性规定,但即使将其认定为管理性强制性规定,违之亦不当然认定担保合同有效,而应视具体情形认定担保合同的效力。担保权人应善尽合理注意义务查阅公司章程,并在形式上审查公司担保决策机构相关决议的合法性,否则越权担保对公司不生效力。在公司章程未就公司担保事项做出决定时,公司仍然具有担保能力,但此时应由股东(大)会就公司担保问题做出决议。

关键词 公司担保 效力性强制性规定 越权代表 公司章程

一、问题的提出

2005年我国《公司法》修改之时,充分注意到公司“滥保”所带来的弊端,于第16条明文规定“公司向其他企业投资或者为他人提供担保,按照公司章程的规定由董事会或者股东会、股东大会决议;公司章程对投资或者担保的总额及单项投资或者担保的数额有限额规定的,不得超过规定的限额。”(第1款)“公司为公司股东或者实际控制人提供担保的,必须经股东会或者股东大会决议。”(第2款)“前款规定的股东或者受前款规定的实际控制人支配的股东,不得参加前款规定事项的表决。该项表决由出席会议的其他股东所持表决权的过半数通过。”(第3款)。其中,第1款是关于公司对外提供普通担保的规定;第2款是关于公司对外提供关联担保的规定;^①第3款是公司关联担保决议时的表决权排除规则。这一规定明确了公司担保的决策机构和程序、公司关联担保的特殊规则,旨在防杜公司担保中的乱象。^②

但是,该条采取了我国立法中通行的做法,没有规定违反该条的法律效果,而法律责任一章亦未对此加以明确,这就给该条的司法适用留下了很大的解释空间。仅就目前所见的各级法院的裁判案例来看,上述规定并没有给公司担保纠纷的处理带来多大的确定性,相反却造成了新的解释困境和裁判不一,影响了人民对法律的信赖。目前的争议问题主要集中于以下几点:第一,《公司法》第16条的规范性质是什么,是任意性规定,还是强制性规定?是管理性强制性规定还是效力性强制性规

* 中国人民大学民商事法律科学研究中心专职研究人员,中国人民大学法学院副教授。本文系作者主持的国家社会科学基金项目“应收账款担保融资法律制度研究”(项目编号:12BFX077)的阶段性成果。

① 也有学者将这两款分别称之为“一般担保”和“特殊担保”(参见曹士兵《中国担保制度与担保方法——根据物权法修订》,中国法制出版社2008年版,第79页),但通说认为,所谓一般担保是指债务人以其全部责任财产担保其债务的履行,是保障一般债权人利益的担保,是债的法律效力的自然结果和体现;所谓特殊担保或特别担保是指为保证特定债权人的债权实现所规定或设定的担保(参见郭明瑞《担保法》,法律出版社2010年版,第1-2页)。为避免混淆,本文将此处公司担保类型称之为“普通担保”和“关联担保”,特此叙明。

② 参见赵旭东《中国大陆上市公司转投资、担保、借贷的法律问题》,载王保树、王文宇主编《公司法理论与实践:两岸三地观点》,法律出版社2010年版,第154页。

定? 公司违反该条规定对外提供担保的效力如何认定? 第二,担保权人^③在接受担保之前是否有义务审查担保人的公司章程及公司章程中所指定的担保决策机构的决议? 公司章程是否具有对抗第三人的效力? 担保人公司的法定代表人违反规定以公司名义对外签署担保合同时,如何判断担保权人是否知道担保人的法定代表人或负责人超越代表权限? 第三,公司章程对公司担保事项未作记载时,公司是否具有对外担保的能力? 在公司治理结构上,应由哪个机构来决定公司对外担保事项? 如此种种,亟待理论上的澄清。

二、任意性规定抑或强制性规定? 管理性强制规定抑或效力性强制规定? ——以《公司法》第 16 条为分析对象

新公司法施行之后,法院普遍的裁判进路是:先认定违反《公司法》第 16 条越权担保的事实,再识别法条的规范性质,然后得出担保合同是否有效的结论。这一思路在《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》(以下简称《合同法解释(二)》)施行之后尤为明显。如此一来,越权担保的效力就完全取决于主审法院对《公司法》第 16 条规范性质的认定:如果认定其为效力性强制性规定,则越权担保合同无效;如果认定其为管理性强制性规定或任意性规定,则越权担保合同有效。^④ 这一裁判路径仅从规范性质出发简单地判断违反该条的担保合同的效力,忽略了法条本身的规范目的和规制对象。

学说和裁判上就《公司法》第 16 条的规范性质主要存在以下观点:第一,任意性规定说。此说认为,《公司法》第 16 条并非强制性规定或禁止性规定,而系调整公司内部股东之间权利义务规范,其目的在于加强公司内部管理和监督,对公司以外的其他人并不具有对抗效力或拘束力。^⑤ 第二,管理性强制性规定说,其理由是:该条并没有规定违反该条将导致担保合同无效,而且,如认定担保合同有效,可能损害的是公司股东的利益,而非国家利益和社会公共利益。因此,违反该规定的后果是当事人可能遭致其他法律责任,但不影响担保合同的效力。^⑥ 第三,效力性强制性规定说。从立法背景和宗旨来看,新公司法为了防杜原公司法欠缺相关规定所造成的控股股东和公司高管滥用公司资产对外提供担保,严重损害和威胁公司中小股东和债权人的利益的现象,增设第 16 条及相关条款,旨在保障公司提供担保时遵循严格的决策程序,而且也在警示担保权人严格审查担保合同的签约程序,以防范担保无效的法律风险。^⑦ 公司法上有关公司担保的规定不仅拘束公司及其股东、董事、高级管理人员,也拘束担保权人,从而遏制公司的无序、恶意担保行为的发生。^⑧

上述三种观点通过对《公司法》第 16 条规范性质的认定来判断违反该条规定签订的担保合同的效力,且都有司法实践的支持。但这一论证模式又存在先天的不足,通过确定法条的规范性质进而判断担保合同效力的法律适用方法存在循环论证的逻辑错误:法条之所以为效力性强制性规定,是因为它能影响合同效力;合同效力之所以被否定,是因为它违反了效力性强制性规定。《合同法解释(二)》将影响合同效力的“法律、行政法规的强制性规定”限缩解释为“效力性强制性规定”,已经给司法实践带来了极大的困扰,妨碍了法官释法的能力性和裁量权的合理运用,增加了法律适用的不确定性,已然成为法

③ 这里“担保权人”实指“担保接受人”或“担保受益人”,只有在担保合同被认定有效且完成相应的公示手续之后,担保合同中的权利人人才是适格的担保权人。为使本文行文流畅,本文径称担保合同中约定(拟)享有担保利益的人为担保权人,而不管担保合同是否成立、生效,抑或事后被认定无效或被撤销。

④ 参见胡旭东《公司担保规则的司法续造——基于 145 份判决书的实证分析》,载梁慧星主编《民商法论丛》(第 50 卷),法律出版社 2012 年版,第 74 页。

⑤ [2008] 奉民二(商)初字第 1055 号判决、[2010] 渝二中法民终字第 972 号判决、[2010] 浙湖商终字第 24 号判决、[2009] 浙绍商终字第 194 号判决、[2010] 浙杭商终字第 346 号判决等。参见前引④,胡旭东文,第 73 页。

⑥ 参见赵德勇、宋刚《关于公司对外担保的法律问题》,载《理论探索》2007 年第 2 期。

⑦ 参见胡光志主编《〈中华人民共和国公司法〉释义及适用指南》,群众出版社 2005 年版,第 84、475 页。

⑧ 参见华德波《论〈公司法〉第 16 条的理解与适用》,载《法律适用》2011 年第 3 期。

官恣意裁判的工具。^⑨

笔者以为,《公司法》第 16 条除了规范公司担保内部决策程序之外,还兼有规制公司担保能力的性质,在一定程度上体现了公司担保自由。通说认为,“规定私法自治以及私法自治行使要件的规范”、“为避免产生严重的不公平后果或为满足社会要求而对私法自治予以限制的规范”系属强制性规定,^⑩《公司法》第 16 条因其对公司担保能力(私法自治)及其限制的规定,而成为强制性规定,此点应无疑议。同时,第 16 条多处出现的“不得”、“必须”,从另一个角度体现出强烈的强行性色彩。^⑪ 上述第一种观点认为《公司法》第 16 条系任意性规定,值得商榷。

《合同法解释(二)》第 14 条将“强制性规定”区分为“管理性强制性规定”和“效力性强制性规定”,^⑫并规定违反法律和行政法规中的效力性强制性规定的,才会导致合同无效,“既完善了合同无效制度,对尊重当事人意思自治、严格适用合同无效制度、促进经济发展和创新同样意义重大。”^⑬但区分这两者又谈何容易。

司法解释的起草者们就此给出了正反两个识别标准。在肯定性识别上,如果该强制性规定明确规定了违反的后果是导致合同无效,则属于效力性强制性规定;法律、行政法规虽然没有规定违反将导致合同无效,但违反该规定如使合同继续有效将损害国家利益和社会公共利益的,也属于效力性强制性规定。在否定性识别上,法律、行政法规的强制性规定仅是为了行政管理或纪律管理需要的,一般不属于效力性强制性规定。^⑭ 但这些认定标准颇值质疑,就第一个肯定性识别标准而言,既然法律、行政法规已明定违反强制性规定将导致合同无效,还有什么必要去识别它为效力性强制性规定?更何况现行法上明令违之将导致合同无效的一些强制性规定,在性质上却属于管理性规定。例如,《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》第 1 条明确规定“建设工程施工合同具有下列情形之一的,应当根据合同法第五十二条第(五)项的规定,认定无效:(一)承包人未取得建筑施工企业资质或者超越资质等级的;(二)没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义的;(三)建设工程必须进行招标而未招标或者中标无效的。”在这里,建筑法上关于承包人资质的规定应为市场准入型管理性强制性规定,但司法解释却将之做了无效处理。就第二个肯定性识别标准而言,违反国家利益和社会公共利益本身即为导致合同无效的判断因素之一(《合同法》第 52 条第 1、4 项),根本无须借助效力性强制性规定(《合同法》第 52 条第 5 项)的识别来认定合同无效。就否定性识别标准而言,可以说这根本就不是什么效力性规定的认定标准,而只是在认定了某一强制性规定为管理性强制性规定之后符合逻辑的推论——因为不是管理性强制性规定就是效力性强制性规定。由此可见,前述效力性强制性规定的所谓识别标准对审判实践并无多大价值。

《合同法解释二》第 14 条将《合同法》第 52 条第 5 项规定的“强制性规定”限缩解释为“效力性强制性规定”,虽然在一定程度上维系了私权交易的效力,但却给该项的适用带来了新的困扰,因为某些违反管理性强制性规定的合同,同样无效,^⑮已如前述。可能是意识到上述司法解释中的问题,最高人民法院在其后颁布的《最高人民法院关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》第 15 条明确指出“人民法院应当注意根据《合同法解释(二)》第十四条之规定,注意区分效力性强制规

⑨ 参见前引④,胡旭东文,第 85 页。

⑩ 德 卡尔·拉伦茨《德国民法通论》,王晓晔等译,法律出版社 2003 年版,第 42 页。

⑪ 虽然字面用语本身在直接表达法律规范强制性质的功能非常有限(参见耿林《强制规范与合同效力——以合同法第 52 条第 5 项为中心》,中国民主法制出版社 2009 年版,第 188 页以下),但在特定的语境或上下文之中,特定的语词确实能传达立法者的目的。

⑫ 应值注意的是,学说上,管理性规定和效力性规定是对禁止性规定的分类,但我国法律上没有区分禁止性规定和强制性规定,而是以强制性规定涵盖两者。

⑬ 最高人民法院研究室编著,沈德咏、奚晓明主编《最高人民法院关于合同法司法解释(二)理解与适用》,人民法院出版社 2009 年版,第 106 页。

⑭ 参见前引⑬,最高人民法院研究室编著书,第 112 页。

⑮ 参见崔建远《合同法总论(上卷·第二版)》,中国人民大学出版社 2011 年版,第 333 页。

定和管理性强制规定。违反效力性强制规定的,人民法院应当认定合同无效;违反管理性强制规定的,人民法院应当根据具体情形认定其效力。”这一规定被迫改变了“违反效力性规定,无效;违反管理性规定,有效”的两分式格局,尤见违反强制性规定效力判断上的复杂性。

前述《指导意见》第16条提供了识别效力性强制性规定的多种考虑因素“人民法院应当综合法律法规的意旨,权衡相互冲突的权益,诸如权益的种类、交易安全以及其所规制的对象等,综合认定强制性规定的类型。如果强制性规范规制的是合同行为本身即只要该合同行为发生即绝对地损害国家利益或者社会公共利益的,人民法院应当认定合同无效。如果强制性规定规制的是当事人的‘市场准入’资格而非某种类型的合同行为,或者规制的是某种合同的履行行为而非某类合同行为,人民法院对于此类合同效力的认定,应当慎重把握,必要时应当征求相关立法部门的意见或者请示上级人民法院。”这似乎又使我们回到了原点。先根据法律法规的意旨,权衡相互冲突的权益以及规范所规制的对象之后,再来判断强制性规定的类型。果若如此,前述限缩解释的方法即值得检讨。我们为何不直接去规定违反强制性规定将导致合同无效的考量因素,而要借助效力性强制性规定这一“中介”,先认定某些强制性规范属于效力性规定,再进而认定合同无效呢?我们试图借以解决问题的制度设计,却又造成了新的问题,不能不说是制度设计时的一大败笔。

比较法上鲜少将强制性规定的这种区分定为明文的。^{①⑥}但有一点在学说上是共同的:并非违反法律强制性规定的合同一律无效,应将法条的规范目的、相冲突的法益以及规范对象等综合起来进行考量以认定违反了强制性规定的合同的效力。^{①⑦}其中,规范目的是第一位也是最重要的考量因素。^{①⑧}仅就《公司法》第16条的规范目的而言,有学者认为系“为了对公司担保行为的内部决策程序进行规范,是为了实现管理的需要,而不是禁止公司对外提供担保或否定公司担保的效力”,^{①⑨}既然公司法将公司担保交由公司自行决定,那么违反公司法规定的公司担保行为,就不应纳入无效的范畴。^{②⑩}

笔者对此不敢苟同。在公司法修订立法过程中,“有些常委委员和地方、部门、企业提出,公司为他人提供担保,可能给公司财产带来较大风险,需要慎重。实际生活中这方面发生的问题较多,公司法对此需要加以规范。”^{②⑪}“我国立法机关对公司担保问题做出如此严厉的规定,盖源于我国公司企业在过往的活动中极度忽视股东利益,任由法定代表人或者控股股东通过担保谋求一己私利而损害公司利益的行为泛滥,使得公司治理结构丧失制衡功能,特别是上市公司问题更加严重。”^{②⑫}如果不将该条规定的公司担保行为认定为无效,则无法达到上述规范目的,公司违规担保现象必定会有增无减,公司股东、债权人利益将进一步受损。同时,应当注意的是,所谓公司担保自由,只是有限制的自由,是在满足《公司法》第16条规定之下的自由,超过限定范围内的自由理应得到否定评价。

综上,《公司法》第16条在规范性质上应当属于效力性强制性规定,即使将其认定为管理性强制性规定,违之亦应认定为无效。由此,界定《公司法》第16条的规范性质意义并不大。“第16条究竟为任意性规范抑或强制性规范,或者效力性强制性规范还是非效力性强制性规范,并不能直接成为认定公司与第三人之间法律行为效力的裁判依据。试图仅从规范性质的角度分析公司对外担保或

①⑥ 比较法上的观察见前引①①,耿林书;解亘《论违反强制性规定契约之效力》,载《中外法学》2003年第1期;孙鹏《私法自治与公法强制——日本强制性法规违反行为效力论之展开》,载《环球法律评论》2007年第2期等等。

①⑦ 参见王泽鉴《民法总则》,北京大学出版社2009年版,第21页。

①⑧ 参见前引①①,耿林书,第195页;谭津龙《违反〈公司法〉第16条第2款的对外效力研究》,载王保树主编《商事法论集》(总第20卷),法律出版社2012年版,第144页。

①⑨ 詹巍、杨密密《公司越权担保效力之理论与实证分析》,载《金融法苑》(2011年总第83辑),中国金融出版社2011年版,第172页。

②⑩ 参见前引①⑧,谭津龙文,第46页。

②⑪ 全国人大法律委员会副主任委员洪虎《全国人大法律委员会关于〈中华人民共和国公司法(修订草案)〉修改情况的汇报》,载《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会公报》2005年第7期。

②⑫ 甘培忠《公司法第16条的法义情景解析》,载《法制日报》2008年2月17日第6版。

投资行为的效力,有悖于第16条的立法目的。”^②在相关争议中更应去关注《合同法》第50条对于越权担保的适用问题。

三、越权担保中担保权人善意和恶意的判断——以《合同法》第50条的解释适用为中心

就前文所述,对《公司法》第16条规范性质的判断实际上体现了法官在公司担保问题上的利益衡量,但在法律已做利益衡量的情况下,法官是否还有二次利益衡量的必要?笔者认为,我们完全不必从规范性质入手来机械地(抑或能动地)看待问题,而更应该去探寻违反《公司法》第16条规定对外提供担保的行为外观表象,进而去寻找相应的规范基础,得出相关担保行为的法律效果。

违反《公司法》第16条规定的担保行为大抵表现为:公司章程中已对公司担保的决策机构、担保限额、表决程序等作了规定,但公司法定代表人或委托代理人不顾公司章程的限制,对外签署了担保合同,即所谓越权担保。^③此时,思考的路径首先是该代表行为是否对公司有效,如果该代表行为对公司无效,则无所谓公司担保问题,自无《公司法》第16条规范性质的讨论空间;如果该代表行为对公司有效,越权担保行为是公司的行为,接下来才有了《公司法》第16条规范性质讨论的可能。准此,我们的视角就回到了《合同法》第50条关于越权代表行为的效力认定上。

《合同法》第50条规定“法人或者其他组织的法定代表人、负责人超越权限订立的合同,除相对人知道或者应当知道其超越权限的以外,该代表行为有效。”这里,所谓“该代表行为有效”,是指法定代表人超越权限订立的合同应当视为法人的行为,合同并不因此而无效,法人仍应承担责任,^④法人不得以其法定代表人超越权限为由否定合同对公司的效力。^⑤依反面解释,如果相对人知道或者应当知道法定代表人超越权限,则越权行为对法人无效。^⑥《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》(以下简称《担保法解释》)第11条规定“法人或者其他组织的法定代表人、负责人超越权限订立的担保合同,除相对人知道或者应当知道其超越权限的以外,该代表行为有效。”将合同法越权代表的规定落实到担保领域。^⑦由此可见,越权担保是否对公司有效,则取决于相对人是否知道或者应当知道法定代表人超越了权限。^⑧这一规则本身旨在保护善意相对人的信赖利益,^⑨“法律不宜保护恶意第三人”。^⑩判断相对人——担保权人的善意、恶意(知道或者应当知道)也就成了焦点。公司章程中对公司担保问题的规定是否构成担保权人“知道或者应当知道”的内容?亦即担保权人是否有义务查阅公司章程,并进而依公司章程的规定审查公司担保决策机构的决议?

就担保权人是否有义务查阅公司章程的问题,存在几种不同的观点:第一种观点认为,公司章程对担保权限和程序的设定只是内部规范,即使公司章程在公司登记机关备案或通过其他途径予以公示,也

^② 钱玉林《公司法第16条的规范意义》,载《法学研究》2011年第6期。

^③ 在解释上,委托代理人以公司名义对外提供担保、签署担保合同,亦有《合同法》第48条越权代理规则适用之可能,但委托代理人的对外担保行为实乃基于法定代表人的授权,脱逸开授权行为与代理行为不一致的情形(此时方有越权代理规则之适用),问题又回到了法定代表人是否有权授权委托代理人对外提供相当担保,亦即所谓法定代表人是否存在越权代表的问题。据此,本文以下讨论不考虑委托代理人越权代理这一一般性的规定,而侧重于法定代表人的越权代表问题。

^④ 参见孔祥俊《合同法教程》,中国人民公安大学出版社1999年版,第204页。

^⑤ 参见王利明《合同法研究(第一卷·修订版)》,中国人民大学出版社2011年版,第611页。

^⑥ 参见前引^⑤,王利明书,第611-612页;崔建远《合同法总论(上卷·第二版)》,中国人民大学出版社2011年版,第433页。不过也有观点认为,此时,合同有可能是有效合同或效力待定合同,参见前引崔建远书第433页;前引^⑤,王利明书,第612页。

^⑦ 虽然《担保法解释》的颁行早于公司法的修订和物权法的公布,但第11条规定本身即为合同法相关规定在担保领域中的适用,且与修订后的公司法和新公布的物权法并不矛盾,自有适用余地。

^⑧ 《合同法》第50条规定的越权代表行为包括了法人法定代表人的越权代表行为和其他组织负责人的越权代表行为。这一规定同样适用于越权担保的情形,为行文简洁,本文仅提及公司法定代表人的越权代表(担保)行为。不过,本文相关分析当然适用于其他组织负责人的越权代表(担保)行为。

^⑨ 参见曹士兵《中国担保制度与担保方法——根据物权法修订》,中国法制出版社2008年版,第102页。

^⑩ 前引^⑦,崔建远书,第433页。

仅属于公司内部治理规范性文件,不具有对世效力。^② 公司章程对法定代表人权限的限制并不具有对抗第三人的效力,要求担保权人审查公司章程既不符合实际,也有违公平,更增加了交易成本,并进而降低了担保权人交易的积极性,不利于活跃交易和促进经济发展。^③ 第二种观点认为,担保权人对于担保人公司章程负有审慎的审查义务。《公司法》第 16 条既然将公司担保的决策机构、权限等定为明文,即具有普遍适用效力,担保权人在与公司签订担保合同时,就应当注意到法律的既有规定。这种法定决策程序既是对公司的限制和要求,也是对担保权人的限制和要求,因此,担保权人有审查公司章程的义务。^④ 第三种观点认为,公司形态不同,担保权人的义务标准亦不同。上市公司的公司章程不仅备案于公司登记机关,而且还备置于公司住所,^⑤ 具有较明显的公示性,担保权人理应知道公司章程中对公司担保的记载;但非上市公司的公司章程查询不易,而在交易实践中亦不宜苛求任何人在交易之前均去查询相对人的公司章程,准此,非上市公司的公司章程不具有公示效力,不能以公司章程上的记载推定担保权人知道公司担保的限制。^⑥ 第四种观点认为,公司章程并不当然具有约束担保权人的效力。就普通担保而言,公司章程仅对公司、股东、董事、监事、高级管理人员具有约束力(《公司法》第 11 条),如果担保权人不在上述范围之内,即不受公司章程中关于公司担保决策机构、担保权限规定等的约束,也不因公司章程中对公司担保事项的记载,就推定担保权人知晓越权担保中的法定代表人超过代表权限;就关联担保而言,因为立法中明确规定关联担保应经股东(大)会决议,任何人对立法规定均应知晓,如未经股东(大)会决议即对外提供担保,担保权人属于知道或应当知道法定代表人超越权限,从而该担保行为对公司无效。^⑦

笔者赞同第二种观点,理由如下:

第一,法律既已公布即具有公开宣示效力,《公司法》第 16 条对公司担保的限制,担保权人即应知晓。^⑧ “任何人均不得以不知法律有规定或宣称对法律有不同理解而免于适用该法律”。^⑨ 罗马法谚有云“不知法律不免责。”法律理所当然地对任何人产生效力,亦即任何人无论其是否实际上已经知悉法律规定的內容,都将一视同仁地推定为其已确定无误地知悉了法律规定的內容。^⑩ 公司法既已将公司担保的相关规定定为明文,担保权人自应遵守,担保权人也就不负有查阅公司章程的义务。这一义务在性质上属于担保权人为控制交易风险的注意义务的当然内容,公司章程中对公司担保的规定也就成了担保权人“知道或者应当知道”的内容。《公司法》第 16 条的立法理念之一就是将公司对外提供担保时的内部决策程序、决策权限在公司法总则之中晓谕公众,以图发生一体遵循的立法效果,该规定不仅调整公司内部管理事务,而且也规范公司外部交往事务。^⑪

第二,就公司章程是否具有对抗第三人的效力,历来都存在不同主张。肯定说者认为,“在公司登记机关登记在册的公司章程具有对抗第三人的效力”,“公司章程的对世效力不仅意味着善意第三人对公司章程的信赖受到维护,还意味着非善意第三人要受到公司章程的记载事项的对抗”;^⑫ 否定说者认

^② 参见陈冲、丁冬《公司对外担保效力问题研究——基于司法裁判的分析与反思》,载《金融法苑》(2011 年总第 83 辑),中国金融出版社 2011 年版,第 144 页。

^③ 参见前引^①,詹巍、杨密密文,第 172、174、178 页。

^④ 参见赵旭东主编《公司法》,高等教育出版社 2006 年版,第 175 页。

^⑤ 参见《证券法》第 53 条、《公司法》第 97 条。

^⑥ 参见最高人民法院公司法司法解释小组《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(三)研讨会综述》,载最高人民法院民事审判第二庭编、奚晓明主编《民商事审判指导》2008 年第 4 辑,人民法院出版社 2009 年版,第 15 页。

^⑦ 参见沈晖《背离公司担保决议规制的法效果——分析路径的困境与出路》,载《南京大学法律评论》2011 年秋季卷,第 215 页以下。

^⑧ 参见前引^⑥,最高人民法院公司法司法解释小组文,第 14 页。

^⑨ 前引^⑧,曹士兵书,第 77 页。

^⑩ 参见王冠宇《浅析公司章程的对外法律效力——兼议新公司法第十六条》,载《金融法苑》(2009 年总第 78 辑),中国金融出版社 2009 年版,第 102 页。

^⑪ 参见徐海燕《公司法定代表人越权签署的担保合同的效力》,载《法学》2007 年第 9 期。

^⑫ 刘俊海《现代公司法》,法律出版社 2011 年版,第 97 页。

为,《公司法》第 11 条第 2 款明确规定公司章程仅对公司、股东、董事、监事、高级管理人员具有约束力,法律并未将公司债权人纳入公司章程约束力的射程之内,亦即公司章程仅仅只具有内部约束力,仅对公司内部人有效,不能对抗第三人。^{④③} 笔者认为,以公司章程效力范围的一般原理来讨论公司章程中公司担保规定的对外效力,意义不大。公司担保非属公司经营事项,自不应受推定知悉规则(the principle of constructive notice) 和越权理论(ultra vires) 的约束。肯定说以上述广受诟病的两个理论为基础,^{④④} 不适用于公司章程中公司担保这一异常规定。否定说仅从《公司法》第 11 条的解释出发论证公司章程不具有拘束公司外部人的效力,属于以偏盖全。在交易相对人已经知道公司章程内容的情况下,其理应负审慎的注意义务,去审查双方之间的交易是否违反对方公司章程的规定,此时,双方均对交易产生了合理的预期。在这种情况下,否定公司章程对交易相对人的效力,显然有失公平。此外,否定说并未考虑公司担保这一例外情形。从《公司法》第 11 条、第 16 条的体系解释出发,在公司法将公司担保问题授权公司章程做出规定的情况下,担保权人理应知道公司章程可能会对公司担保问题做出规定,此际,公司章程就成了担保权人控制交易风险的必查文件。信贷评审实践中,商业银行均要求担保人提供营业执照、决议文件、法定代表人身份证明以及其他附属资料,^{④⑤} 即为著例。在公司章程已经作为担保权人评估担保风险的重要文件的情况下,否认公司章程有关公司担保事项对于担保权人的约束力,即失去了依据。正如有学者指出的那样,“公司章程因执行公司法的强制性规定会使得相关内容在一定条件下具有对外效力”,“交易第三方不得以没有审查公司章程的相关内容为由进行抗辩而规避审慎失察所带来的交易损失”。^{④⑥} 换一个角度讲,可以不去争论公司章程是否具有约束第三人的效力,仅从风险控制的视角,担保权人理应查阅公司章程,以探知担保人提供适格担保的要求,从而保障放贷资金的安全,如若疏于查阅,其权利自不应得到法律的惠顾。

第三,以查询公司章程不符合实际为由而否定担保权人为控制担保风险而查阅担保人公司章程的义务,有失偏颇。公司法已明定社会公众可以向公司登记机关申请查阅公司章程,实践中查阅公司章程不易,只能说明公司登记机关并未践行法律赋予它的义务,亟待在登记实践中予以纠正。至为关键的是,担保权人查阅公司章程并非只有赴公司登记机关查询一途,担保权人完全可以要求担保人直接向其提供公司章程。信贷实践中,商业银行并未赴公司登记机关查询担保人的公司章程,而是要求担保人提交的相关文件将公司章程纳入其中。至于担保人提供的公司章程是否有伪造、变造之嫌,则属于另外一个问题,即担保权人对公司章程是形式审查还是实质审查。一般认为担保权人仅需负形式审查之责,只要其善尽注意义务并未发现公司章程及其有关公司担保的记载有伪造、变造等情形,其信赖公司章程并与之进行担保交易,其利益即应得到保护。由此可见,第三种观点和第四种观点区分上市公司与非上市公司、普通担保与关联担保等不同情形将查阅公司章程义务作区别对待,也就失去了正当性。

第四,以交易成本的考量为由而否定担保权人查阅公司章程的义务,系以公司一般(正常) 经营事项的风险控制模式简单套用于担保交易,不足采。就正常经营事项,基于交易成本的考量,一般并不要求交易相对人负有查阅公司章程的义务,公司章程中的记载对一般的交易相对人并无拘束力,此乃基于交易安全和效率所作的理性选择。但就公司担保事项而言,其在性质上非属公司经营事项(容后详述),且公司担保多发生于银行信贷实践之中,商业银行为信贷资金的安全,同时其在担保交易关系中纯获利益,理应负担较重的审查义务。所谓交易成本的高低,实为相对的概念,交易标的额的大小、交易相对人的信用状况、彼此之间过往的交易惯例等等,无不在考量之列。担保交易本身系为担保主债务的

^{④③} 参见前引^{①②},詹巍、杨密密文,第 179 页。

^{④④} 参见崔建远、刘玲玲《论公司对外担保的法律效力》,载《西南政法大学学报》2008 年第 4 期。

^{④⑤} 叶林《公司法研究》,中国人民大学出版社 2008 年版,第 151 页;前引^{④①},徐海燕文。

^{④⑥} 前引^{④①},王冠宇文,第 104 页。

清偿而生,本身就是一个复杂的(抑或是多余的)交易,自应付出更多的交易成本(而不管这一交易成本最终由谁来承担)。“公司法基于资本维持原则和公司社会责任的考虑而向担保接受方分配程序性的注意义务也是符合公司法原则的”,^{④7}“加重担保受益者的义务,有助于体现社会公平,也有助于构建平衡的商业关系”。^{④8}

由此可见,从交易风险控制的角度,担保权人自应查阅公司章程,并以此证明自己的善意第三人身份,这对于规制公司越权担保,减少越权担保纠纷,促进担保业务的良性发展均大有帮助。在承认担保权人对公司章程负有查阅义务的情形下,担保权人依公司章程的指引,进一步对公司章程规定的担保决策机构的公司担保决议进行审查。但担保权人对相关公司决议的审查只是形式审查,对决议上签名的真伪、会议程序是否合法,内容是否真实等实质内容无须审查。^{④9}

综上所述,担保权人急于查阅公司章程、审查公司担保决策机构的决议时,并不构成担保权人越权担保时的善意,而属于“相对人知道或者应当知道其超越权限”的情形,担保权人自不得主张适用表见代表,越权代表(担保)行为对公司不生效力。“法律关于董事、高级管理人员的权力限制规定,推定为任何人都知晓,故不存在善意第三人的保护问题。”^{⑤0}

四、公司章程对公司担保事项未作记载时担保决策机构的确定 ——以公司治理结构的分权与制衡为中心

担保权人查询公司章程后,发现公司章程对公司担保事项未作记载,此时,担保权人是否能够接受该担保人提供的担保?如果可以接受,担保权人应当善尽何种程度的审慎注意义务才能构成善意,并使其信赖利益得以保护?这里涉及两大问题:第一,公司章程对公司担保事项未作记载时,公司的对外担保能力问题;第二,公司章程对公司担保事项未作记载时,公司担保决策机构的确定。其中,第一个问题是讨论第二个问题的前提。

(一) 公司是否具有对外担保的能力?

有观点认为,公司担保系无偿行为,与公司设立本旨不符。《公司法》第16条通过对公司担保决策权的规定限制了公司的担保能力,既然公司章程中对公司担保事项未作记载,除了以担保为主业的公司之外,公司即无对外担保的能力。“如果公司章程中没有规定公司可以对外提供担保,无论是董事会决议或者股东会决议、股东大会决议,公司对外提供担保都因违反了新《公司法》第16条的规定而无效。”^{⑤1}笔者以为,公司章程对公司担保未作记载,不能作为否定公司担保能力的理由。

第一,仅就《公司法》第16条的文义,尚无法得出否定公司担保能力的结论。依《公司法》第16条的规定,公司可以通过制定公司章程,自行决定本公司为他人提供担保的决策机构,因此,公司从事担保行为原则上属于公司意思自治的范畴,法律对此不作限制。^{⑤2}公司是否为他人债务提供担保,并在担保实现条件成就时承担担保责任,完全是公司自己的事情,只要作为公司所有者的股东同意,以公司资产为他人债务提供担保,法律自无不许之理。即使在管制更为严格的旧公司法之下,不允许董事会做出公司对外担保的决策,但仍然认可股东(会)对外提供担保决议的效力。^{⑤3}由此可见,在管制较为宽松的新公司法^{⑤4}之下,已然允许董事会依公司

^{④7} 前引②,赵旭东文,第155页。

^{④8} 前引④5,叶林书,第151页。

^{④9} 参见前引③6,最高人民法院公司法司法解释小组文,第13-14页。

^{⑤0} 李建伟《公司法学》,中国人民大学出版社2008年版,第109页。

^{⑤1} 万翠英《公司对外担保的法律效力》,载北京市律师协会《金融危机之后律师商事业务的新探索》,北京大学出版社2010年版,第113页。

^{⑤2} 参见曹士兵《公司法修订前后关于公司担保规定的解读》,载《人民司法·应用》2009年第1期。

^{⑤3} 参见“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合同纠纷案”(最高人民法院[2000]经终字第186号判决)。

^{⑤4} 参见施天涛《公司法》,法律出版社2006年版,第二版序言;前引④5,叶林书,第45页;前引④2,刘俊海书,第50页;周友苏《新公司法论》,法律出版社2006年版,第17页。

章程的规定对外提供担保,第 16 条在解释上自不属于对公司担保能力的剥夺。

第二,不能仅以公司担保的无偿性而否定公司担保能力。在我国公司法之下,公司是以营利为目的的社会法人,营利性决定了公司的设立本旨和存在目的就在于追求超出资本的利润,并将利润分配于股东。^⑤ 但公司对外提供担保,在主债务人不清偿债务,极易遭致公司为他人债务承担清偿责任,且公司对外提供担保无法从主债务人处取得相应代价,由此可见,公司担保的无偿性决定了公司对外担保本身并不具有营利性,亦即此行为与公司的设立本旨和存在目的有违。^⑥ 正是基于此,公司担保并不属于公司经营事项,有一些国家或地区并据此原则上禁止公司对外提供担保。^⑦ 但公司担保的无偿性并不能否认公司担保行为为公司所带来的可能的利益,例如,公司出于期待在自身需要担保时能获得相应担保的考量,为其他公司提供担保,此时公司担保的“对价”即为取得被担保人为自己提供担保,自是理性选择;再如,公司基于生产经营需要,为产业链中的上下游企业提供担保,也是为自己赢得更多的商业机会、获得更加稳定的商业伙伴提供了可能。

第三,《公司法》第 16 条已将公司担保问题留由公司章程去规定,在一定程度上体现了公司章程自由,并未否定公司担保能力。在解释上,即使公司章程未作规定,但股东(大)会决议公司可以提供担保时,可视为股东(大)会对公司章程的修改,只需达到法定的大多数决,自不应否定公司担保的效力。因此,在公司章程对公司担保问题未作规定的情况下否定公司担保能力,理由尚不充分。

(二) 公司担保决策机构是董事会还是股东(大)会?

在承认公司具有对外担保能力而不管是否公司章程作了相关记载的前提下,确定公司担保决策机构并进而审查该机构的决议就成了担保权人注意义务的重要内容。

就公司章程对公司担保事项未作记载时公司担保决策机构的确定,学术界和实务界素有不同观点:第一种观点认为由股东(大)会作为公司担保决策机构,因为既然公司章程未作规定,即可认为股东未通过公司章程授权董事会对公司担保问题做出决策,董事会自无公司担保决策权。第二种观点认为,由股东(大)会或董事会作为公司担保决策机构均可。其主要理由在于《公司法》第 16 条规定了担保权人的最低注意义务,只要担保权人在接受担保时审查了担保人的公司决议即可,无论该决策是由股东(大)会做出的还是由董事会作出的,担保权人均已尽注意义务。第三种观点认为公司形态不同,公司担保决策机构亦不同。其中,股份有限公司应由董事会作出公司对外担保决议;有限责任公司应由股东会做出公司对外担保决议。^⑧ 第四种观点认为,公司担保行为本质上属于经营行为,当不具有负外部风险性时担保决定权自然授予董事会;当担保行为产生负外部风险性时,担保决定权应复归于股东(大)会。论者进而认为,上市公司对外担保的决定权原则上复归于股东大会;有限责任公司对外担保的决定权可视担保额占公司注册资本(或净资产)的比例来综合考量。^⑨

笔者赞同第一种观点,主要理由如下:

第一,公司担保事项并非公司经营事项,非属董事会职权的当然范围。在我国目前公司治理结构之

^⑤ 参见前引④,刘俊海书,第 16 页。

^⑥ Marshall E. Tracht, Insider Guaranties in Bankruptcy: A Framework for Analysis, 54 U. Miami L. Rev. 497, p. 537.

^⑦ 我国台湾地区即为著例。台湾地区“公司法”第 16 条规定“公司除依其他法律或公司章程规定得为保证者外,不得为任何保证人。”就此条,在“公司法”全盘修正讨论时,有观点认为,在保障公司股东和债权人权益的前提下,如果公司做出的对外担保的个案能够取得公司股东的一致同意,经股东会会议表决通过,则不该限制公司的对外担保权利行为能力,准许其为对外担保。“立法者”认为,公司是通过公众的结合成立后委托少数人来主其事的机构,如果赋予公司对外担保的行为能力,可能导致公司主事的少数人自作主张,以大多数人的财产去保证一些不相干者的债务,没有顾及到大多数投资者的权益,所冒的风险太过巨大。因此,没有采纳这一修订提议。参见陈长欠:《论公司保证》,载《法令月刊》1981 年第 4 期。但是,在我国台湾地区实际的市场业务操作中,公司之间相互给予融资和担保帮助的情况屡见不鲜。为了尽可能地避免争议,我国台湾地区大多数公司都在其公司章程的营业项目以外的条款中规定“本公司为业务需要,可对外保证”,致使我国台湾地区“公司法”第 16 条第 1 款的规定形同虚设。参见刘渝生:《公司法之再造——与德国公司法之比较研究》,新学林出版股份有限公司 2005 年版,第 78 页。

^⑧ 以上三种意见,参见前引③,最高人民法院公司法司法解释小组文,第 14 页。

^⑨ 徐子良:《公司对外担保法律效力的司法认定》,载《人民司法·案例》2009 年第 14 期。

下,公司股东(大)会是公司的权力机构(《公司法》第37条、第99条),依公司法的规定行使职权;公司董事会是公司的执行机构,在股东(大)会授权范围内,对公司的日常事务进行处理,对公司经营做出决策。^{⑥①}在我国现行公司法之下,“决定公司的经营方针和投资计划”是股东(大)会的职权(《公司法》第38条第1款第1项、第100条),但“决定公司的经营计划和投资方案”是董事会的职权(《公司法》第47条第3项、第109条第4款)。如何区分“经营方针”和“经营计划”、“投资计划”与“投资方案”,已经成为公司治理结构中权力制衡的关键。一般认为,在所有权与经营权分离的原则之下,公司股东不直接执行公司业务,而是由股东(大)会选出董事,组成董事会,由董事会具体进行公司的活动。^{⑥②}仅就《公司法》第47条而言,董事会享有公司经营管理中的绝大多数权力,这就意味着,在公司经营上,股东(大)会的权限被极大地削弱。^{⑥③}但就该两条的文字表述大体可以得出这样的结论“更宏观、更根本”的经营决策权属于股东(大)会,董事会所谓经营决策权仅仅是股东会“经营方针”和具体落实。^{⑥④}由此可见,由于公司担保行为并非公司经营事项,董事会未经股东(大)会授权,自无决定权。正是在这一认识之下,新公司法才专门从公司担保决策权的角度规定了公司为他人提供担保的决策机构。^{⑥⑤}有观点认为“董事会是公司的经营决策机构,公司对外担保作为一项关系公司重大利益的盈利行为,属于董事会的职权范围,理由应由董事会做出决议。”^{⑥⑥}公司对外担保根本不可能为公司带来盈利,已如前述。这一观点以公司担保是盈利行为为出发点,实不足采。

第二,在公司治理结构中素有股东(大)会中心主义和董事会中心主义之争,两者区分的实质在于公司经营决策权的重心由谁执掌。在市场经济高速发展的形势之下,西方诸国均发生了所谓股东(大)会中心主义向董事会中心主义的变迁,完成了企业所有与企业经营的分离。^{⑥⑦}我国公司法上究竟系采股东(大)会中心主义还是董事会中心主义?通说以为,两者区分的标准有二:一是哪一个机构享有经营管理公司的实质决策权(如是否引进授权资本制);二是立法者没有明确列举的剩余权力由谁行使?我国公司法上并未明确将经营权垄断于董事会之手,更未引进授权资本制,同时也未明确规定股东(大)会依公司法或章程行使的决策权之外的其他权力皆由董事会行使。所以说我国基本上采取股东(大)会中心主义。由此可见,公司章程未对争议决策事项做出明确划分的,应按照股权主权思想,将该事项解释为股东(大)会的决策事项。^{⑥⑧}因此,公司章程中对公司担保事项未作规定时,理由应由股东(大)会作为公司担保决策机构。

第三,《公司法》第16条第1款将公司担保决策机构授权公司章程在股东(大)会和董事会之间选择,仅此并不能当然说明董事会就公司担保事项当然享有决策权。在解释上,公司章程本属股东全体通过的文件,即使公司章程规定由董事会就公司担保事项做出决策,亦只能说明股东将公司担保的决策权概括授权给董事会行使。在公司章程中未将公司担保决策机构授予董事会的情况下,董事会自无公司担保事项的决策权。

综上,在公司章程未就公司担保问题做出规定的情况下,公司并不丧失对外担保能力和资格。从我国目前公司治理结构的分权和制衡出发,此际应由公司股东(大)会享有公司担保决策权。实践中,许多公司的董事会和股东(大)会的组成人员具有一致性,如果公司仅提交董事会就公司担保问题的决议,如何认定其效力?这涉及对公司机关意思表示的解释问题。此时,董事会决议可以解释

⑥① 参见前引③④,赵旭东主编书,第371、383页;前引⑤④,施天涛书,第305页;前引④⑤,叶林书,第185页;前引⑤④,周友苏书,第304、325页。

⑥② 上海市高级人民法院《公司法适用与审判实务》,中国法制出版社2009年版,第229页。

⑥③ 前引⑥①,上海市高级人民法院书,第229页。

⑥④ 参见前引⑥②,刘俊海书,第485页。

⑥⑤ 曹士兵《我国新公司法关于公司担保能力的规定评述》,载《法律适用》2006年第6期。

⑥⑥ 前引⑥②,赵旭东文,第152页。

⑥⑦ 参见前引④⑤,叶林书,第91页。

⑥⑧ 参见前引⑥②,刘俊海书,第469页;前引⑤⑤,李建伟书,第385页。

为股东(大)会决议,只不过表决权的分配和计算存在重大区别,如果投赞成票的董事所持股权已经占据 2/3 以上(股东会大多数决的标准),董事会就公司担保问题的决议就可以解释为有效的股东(大)会决议。

五、结语

公司担保问题貌似仅涉及《公司法》第 16 条的理解适用,但却横跨公司法、担保法、^⑧合同法的相关规则,仅关注其中之一,并忽略其中之二、三,其结论必然有失偏颇。在判定越权担保的效力之时,尚须借助《公司法》第 16 条、《合同法》第 50 条以及其他法律条文,系统地检视待决案件的请求权基础。在法律规定语焉不详的背景下,相关争议的最终解决还有待司法解释的尽早明确。司法解释中所应考量的,除了公司治理结构的既定安排、越权代表规则的现有设计之外,更应关注公司担保事项本身别异于公司经营事项(或公司常态业务)的特殊性。唯有如此,才能准确理解《公司法》第 16 条及相关规定的意旨,并在多方当事人之间的利益冲突之间做出平衡。

其实,我国公司法上对公司担保仅仅只是作了程序上的限制,并无任何实质条件上的限制。如公司漫无限制地为他人提供担保,《公司法》第 16 条原定通过防止公司财产的不当减少以保护股东和债权人利益的立法目的,仍有可能落空。在比较法上,美国公司法上并不从程序上限制公司对外担保,^⑨但却依公司担保是否给公司带来利益来做实质判断,如果依“合理商业判断”标准(reasonable business judgment),公司担保并不能为公司带来直接利益或间接利益,公司担保即为无效。^⑩当然这属于下一步立法完善时所要作的作业,本文不赘述。

Abstract: The corporate surety disputes are involved in the interpretation and application of the relevant rules of Company Law, Security Law and Contract Law. Therefore, the effectiveness of surety contracts in violation of the relevant provisions shall not be determined from one angle. Article 16 of Company Law of the PRC is a mandatory provision, but whether the surety contract is effective is determined by specific circumstances rather than violating this provision even though it is treated as an administrative mandatory provision. The secured creditor shall fulfill his reasonable duty of care to refer to the articles of association and review formally the legality of the resolution files issued by decision-making body in the corporation. Otherwise, the ultra vires surety is ineffective to the company. Although there is no stipulation on the company surety in the articles of association, the company still has the capacity as a secured provider and this will be determined by the board of shareholders.

(责任编辑:王莉萍)

^⑧ 本文中公司担保当然包括公司以其财产为他人设定物上担保(担保物权)的情形,当然就有了物权法相关规则的适用。但本文所及主要关涉公司意思的形成、表达及其效力,尚不涉及物权法上的精细制度。

^⑨ Model Business Corporation Act. § 3.02(f) (“Unless its articles of incorporation provide otherwise, every corporation . . . has the same powers as an individual to do all things necessary to carry out its business and affairs, including without limitation power: . . . (7) to make . . . guarantees.”).

^⑩ Phillip I. Blumberg, Intragroup (Upstream, Cross-stream, and Downstream) Guaranties under the Uniform Fraudulent Transfer Act, 9 Cardozo L. Rev. 685, p. 692.