

□ 民法典立法研究

公司为他人担保的效力

杨代雄

[摘要] 公司为他人担保的效力应依据《公司法》第 16 条结合《民法总则》第 61 条及《合同法》第 50 条予以判定。法定代表人未经决议以公司名义为他人担保构成越权代表, 被担保人证明在缔约时其已对公司登记信息、章程和相关决议进行形式审查, 该决议外观上无瑕疵的, 即可认定存在代表权表象, 除非公司证明被担保人为恶意, 否则构成表见代表。公司章程对于非关联担保的决议机关未作明文规定的情况下, 应由董事会作出决议。公司章程对于担保总额的限制仅在特殊情形中才对担保行为的效力产生影响。

[关键词] 关联担保; 越权代表; 表见代表; 表见代理

[基金项目] 国家社会科学规划基金项目 (17BFX192)

[收稿日期] 2017-09-15

[DOI] 10.15939/j.jujss.2018.01.fx2

[作者简介] 杨代雄, 华东政法大学法律学院教授, 法学博士。(上海 201620)

一、分析路径

关于公司违反《公司法》第 16 条为他人担保^①的效力, 学界有不同的观点。学说分歧的一个重要原因是分析路径的差异, 不同的分析路径往往导致不同的结论。大体上看, 学界采用的分析路径主要有如下两种: 其一, 从《公司法》第 16 条与《合同法》第 52 条第 5 项的关系入手, 探究《公司法》第 16 条的规范属性, 即其究竟是效力性强制性规定抑或管理性强制性规定, 进而决定公司违反该条规定为他人债务提供担保的法律行为是否有效。^② 其二, 从《公司法》第

^① 学界对该问题通常表述为“公司担保”或“公司对外担保”。此类表述其实并不精确。公司担保包括公司为自己债务提供担保和为他人债务提供担保。如果把后者称为“公司对外担保”, 就必须把前者称为“公司对内担保”, 但这显然不合逻辑。公司无论为自己债务提供担保还是为他人债务提供担保, 担保行为都是对外的, 体现为公司与外部第三人之间订立的担保合同, 公司据此向第三人承担担保责任。《公司法》第 16 条涉及的是公司为他人债务提供担保, 所以, 既不应该笼统地表述为“公司担保”, 也不应该不合逻辑地表述为“公司对外担保”。恰当的表述是“公司为他人担保”, 这也更符合《公司法》第 16 条的立法表述, 同时也能避免与《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》(法释〔2000〕44 号)第 6 条规定的涉外担保意义上的“对外担保”相区别。

^② 采用此种分析路径的文献具体参见刘德权主编《最高人民法院司法观点集成(民商事卷续)》, 北京: 人民法院出版社, 2011 年, 第 558 页; 华德波《论〈公司法〉第 16 条的理解与适用——以公司担保债权人的审查义务为中心》, 《法律适用》, 2011 年 3 期; 李金泽《〈公司法〉有关公司对外担保新规定的质疑》, 《现代法学》, 2007 年 1 期; 耿林《强制规范与合同效力——以合同法第 52 条第 5 项为中心》, 北京: 中国民主法制出版社, 2009 年, 第 246 页。

16条与《合同法》第50条的关系入手,探究公司法定代表人违反《公司法》第16条规定为他人债务提供担保的法律行为是否构成越权代表,进而决定其效力。^①

本文认为,第一种分析路径对于解决问题并无太大实益。

《合同法》第52条第5项中的“法律、行政法规的强制性规定”指的是以维护社会公共利益为目的的强制性规定。^②从本质上看,《合同法》第52条第5项授权裁判者(法官或仲裁员)在个案中审查合同是否违反法律、行政法规的强制性规定,据此判定合同是否有效,以免私人订立的合同损害社会公共利益。《公司法》第16条关于公司为他人担保之规定并非以维护社会公共利益为目的。毋宁说,其目的主要在于保护公司及其股东的利益。公司为他人的债务提供担保对公司而言是一项高风险的法律行为,稍有不慎将导致公司陷入债务漩涡,蒙受重大损失,股东的利益也将因此受到损害。因此,《公司法》第16条为股东保留了决定权(第2款)或者允许章程为股东保留决定权(第1款)。在保留决定权的情况下,担保行为究竟是否符合公司及其股东的利益,应该由股东在事前或事后予以判断,而不是由裁判者依据《合同法》第52条第5项予以判断。《公司法》第16条与《合同法》第52条第5项无关。试图运用“效力性强制规定”与“管理性强制规定”的概念区分回答公司为他人担保行为的效力问题注定不能获得令人满意的结论,一如将其用于回答限制行为能力人未经法定代理人同意实施法律行为的效力问题。

《民法通则》第12条关于限制行为能力人的法律行为必须由法定代理人代理或征得法定代理人同意之规定也是强制性规定,不得依特别约定排除其适用。但显然不能因为限制行为能力人违反该强制性规定自行订立合同而依据《合同法》第52条第5项判定该合同无效。实际上,《合同法》第52条第5项使用“强制性规定”这一表述本来就不够精确。更为妥当的立法表述是“禁止性规定”,因为禁止性规定旨在对相关行为予以否定性评价,将违反该规定的法律行为认定无效可谓顺理成章。强制性规定则不然,其类型多样,有些只是要求当事人实施行为时必须履行一定的程序,比如获得其他私人的同意或者国家机关的许可(《合同法》第44条第2款),未遵循该规定的,法律行为并非当然无效。这种类型的强制性规定显然不属于可据以认定法律行为无效的禁止性规定。^{[1]1570}

事实上,与《公司法》第16条密切相关的是《合同法》第50条以及《民法总则》第61条。依《合同法》第50条规定,法人的法定代表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。这是关于越权代表与表见代表的规定。依《民法总则》第61条第3款规定,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。据此,在代表权受限制的情况下,善意相对人的信赖受保护。有疑问的是,《民法总则》第61条与《合同法》第50条的关系如何。《民法总则》第61条第3款仅涉及代表权的意定限制,未涉及法定限制。代表权意定限制“不得对抗善意相对人”意味着其可以对抗恶意相对人。依当然解释,代表权法定限制当然更可以对抗恶意相对人。对于法定限制的存在,不可

^① 采用此种分析路径的文献具体参见钱玉林《公司法第16条的规范意义》,《法学研究》,2011年6期;郭志京《中国公司对外担保规则特殊性研究——兼论民法商法思维方式的对立统一》,《当代法学》,2014年5期。

^② 自《民法总则》生效后,取代《合同法》第52条第5项的是《民法总则》第153条第1款。二者的区别在于,《民法总则》第153条第1款有一个但书“但是该强制性规定不导致该民事法律行为无效的除外”。此项但书旨在限制“违反强行法的法律行为无效”规则的适用范围,要求裁判者在个案中依据相关强行法规定的目的决定违反该规定的法律行为是否无效。其功能与《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)》(法释[2009]5号)第14条所谓“效力性强制性规定”之表述大同小异。因此,《公司法》第16条与《合同法》第52条第5项之关系在《民法总则》生效后转化为《公司法》第16条与《民法总则》第153条第1款之关系。

能有善意相对人，因为任何人都知道或者应当知道关于代表权限制的法律规定。当然，知道或者应当知道存在法定限制，不等于知道或者应当知道法定代表人的行为超越了该限制。如果是涉及交易数额的代表权限制，关于该限制存在的恶意通常等同于关于超越该限制的恶意。但如果是涉及交易程序的限制，比如某种法律行为必须经过某个法人机关的决议，则知道存在该限制的相对人未必知道或者应当知道代表人违反了该限制，即没有履行规定的程序。实际上，《民法总则》第61条第3款对于越权代表的规定是不完备的，仅涉及相对人对于“代表权未受限制”的信赖保护，未涉及相对人对于“代表行为未超越限制”的信赖保护。因此，该条规定并不能完全取代《合同法》第50条。关于越权代表行为的效力，应当将这两个条款结合起来予以判定。

《公司法》第16条第2款规定公司为其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。这表明，公司实施此类担保行为时，法定代表人不能独自决定做出意思表示，其代表权受到限制。该条第1款则允许公司章程对法定代表人的代表权予以类似限制。如果法定代表人违反上述规定代表公司为他人提供担保，即构成越权代表，其效力如何，应当在《民法总则》第61条及《合同法》第50条的规范框架内予以判断。因此，关于公司未经决议为他人提供担保的效力，正确的分析路径应当是将《公司法》第16条与《民法总则》第61条、《合同法》第50条结合起来予以考察。

有一种观点认为，《公司法》第16条系调整公司内部股东之间权利义务的规范，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拘束力。^① 这种观点值得商榷。

《公司法》上的确有很多条款涉及公司内部管理和监督，但不能说这些条款对于外部人毫无意义。其中的某些条款旨在规范公司股东会、董事会和法定代表人的职权分配，如果这些职权涉及对外实施某种法律行为，则可能具备涉他性。比如，《公司法》第37条第1款第9项规定由股东会对公司合并作出决议，《公司法》第46条第7项规定由董事会制定公司合并的方案。这两项规定看起来是对股东会和董事会的职权进行分配，涉及公司内部管理问题，但其意义绝不仅限于此。如果公司的法定代表人仅仅依据董事会决议或者在没有任何决议的情况下与其他公司订立公司合并合同，不能说该合同没有效力瑕疵。对该合同进行效力判断时必须考虑《公司法》第37条第1款第9项之规定，因为该规定对公司法定代表人的代表权构成限制，而依《合同法》第50条，法定代表人越权订立的合同可能不发生效力。同理，《公司法》第16条也并非纯粹的关于公司内部管理的法律规范，其也借助于《合同法》第50条及《民法总则》第61条发生外部效力。

从比较法看，虽然国外公司法发展的基本趋势是公司法定代表人的代表权原则上不受限制，但仍然存在一些例外。比如，代表权的不可限制性在欧洲法上是强行性的，欧盟《公示指令》(Publizitätsrichtlinie)第10条对此予以明确规定。不过，该条第1款第1项也允许对代表权作出限制，前提是代表行为超越了关于公司机关权限的法定界限。这表明，法律上关于公司机关权限的规定可以构成对公司法定代表人代表权的限制。^② 借鉴此种规范模式，则我国《公司法》第

^① 具体参见重庆市第二中级人民法院对“重庆市忠县华怡建筑工程有限责任公司与张某等民间借贷纠纷案”作出的(2010)渝二中法民终字第972号判决、浙江省绍兴市人民法院对“宋某与浙江恒通机械有限公司民间借贷纠纷案”作出的(2009)浙绍商终字第194号判决；冉克平《论公司对外担保合同的效力》，《北方法学》，2014年2期。

^② 《德国有限责任公司法》第37条和《德国股份法》第82条均规定业务执行人或董事会的代表权不得被限制。尽管如此，其法律上仍有一些特别规定限制了代表权，比如订立公司合并合同或者出卖股份公司的全部财产时，须经股东会决议，公司向董事家属或处于一定领导职位的员工提供贷款时，须经监事会决议。这些限制具备外部效力。参见怀克/温德比西勒《德国公司法》，殷盛译，北京：法律出版社，2010年，第477页。

37条第1款第7—9项以及第16条规定也应当解释为是对公司法定代表人代表权的限制。^①当然,我国《公司法》第16条的适用范围不应包括专门以为他人提供担保为业的担保公司。此类公司的常规业务本来就是以自己的信用或财产为他人债务提供担保,担保行为对其而言并非异常行为,所以法定代表人实施此类行为的代表权不应受到限制,否则法定代表人将形同虚设。

《公司法》第16条第2款规定的公司为其股东或者实际控制人提供担保可以称为关联担保,相应地,公司为其他人提供担保可以称为非关联担保,亦可称为普通担保。^②二者在利益关系上有所区别,应当分别考察。

二、未经决议提供关联担保的效力

依《公司法》第16条第2款,提供关联担保须经公司股东会或股东大会决议。在欠缺该决议或该决议无效的情况下,法定代表人以公司名义订立的担保合同属于越权代表。是否构成表见代表,须考察表见代表的构成要件。

表见代表与表见代理类似。如果忽略概念层面上关于法人本质的争议,则代表人其实也是代理人。在德国法上,代理人与代表人都被称为Vertreter,代表人在学说上被视为机关代理人(organ-schaftlicher Vertreter)。^{[1]1976}因此,关于代理的规则通常也适用于代表。当然,在个别问题上,二者也存在细微差别。就表见代表的构成要件而论,与表见代理不尽相同。表见代理的构成除了行为必须符合代理的一般特征之外,还须具备如下要件:存在代理权表象、该代理权表象是被代理人风险范围内的因素导致的、相对人对该代理权表象产生信赖而且不存在过失或者说相对人是善意的。^{[2]63}依《合同法》第50条及《民法总则》第61条之规定,表见代表的构成也需要相对人是善意的。此外,依《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(四)》(下称《公司法解释(四)》)第6条之规定,股东(大)会决议被人民法院判决确认无效或者撤销的,公司依据该决议与善意相对人形成的民事法律关系不受影响。“民事法律关系不受影响”意味着法定代表人依据无效或后来被撤销的决议与相对人缔结的法律行为对公司发生效力,实际上就是表见代表的效力,但要求相对人是善意的。所谓相对人善意即相对人不知道且不应当知道行为人对系争合同欠缺代表权。此处“不应当知道”即非因过失而不知道。一般认为,表见代理中的相对人过失是指轻过失,即一般意义上的过失:没有尽到普通人平均水准的注意。不过,对于表见代表的构成应当降低要求,以满足实践中更高的信赖保护要求,只要相对人并非故意且无重大过失,即可构成表见代表。据此,即便相对人没有尽到平均水准的注意,仍有可能成立表见代表,但如果没有尽到最低限度的注意,则有重大过失,不成立表见代表。

至于构成表见代表应否符合表见代理的另外两个特别要件,尚有疑问。从理论上讲,既然表见代表在性质上也是基于信赖原则的效果归属,终究需要存在信赖的客体,即权利表象。因此,表见代理的另外两个特别构成要件也适用于表见代表。只不过,就表见代表而论,代表人的行为

^① 在对“沈阳水泥机械有限公司与朝阳银行股份有限公司龙城支行、朝阳金鹏电子实业有限公司借款合同纠纷案”作出的“(2014)民提字第166号”判决书中,最高人民法院认为公司章程关于担保行为须经董事会决议的规定构成对公司法定代表人代表权的限制,违反者构成越权代表。

^② 学界在术语的使用上莫衷一是。使用“关联担保”与“普通担保”这对术语的有高圣平《公司担保相关法律问题研究》,《中国法学》,2013年2期;使用“一般担保”与“特殊担保”这对术语的有曹士兵《中国担保制度与担保方法》,北京:中国法制出版社,2008年,第79页;使用“对内担保”与“对外担保”这对术语的有罗培新《公司担保法律规则的价值冲突与司法考量》,《中外法学》,2012年6期。

满足这两个构成要件通常是显而易见的。具体言之,可能构成表见代表的有两种情形。其一,无权代表,即某人未被有效委任为法定代表人或已被解除委任,但却以法定代表人身份代表法人订立合同。此时,只要行为人被登记为法定代表人,即构成代表权表象。《民法总则》第65条规定“法人的实际情况与登记的事项不一致的,不得对抗善意相对人。”这表明法人登记簿上关于法定代表人的登记是可资信赖的表象。其二,越权代表,即某人被有效委任为法定代表人,但代表权受到限制,超出代表权范围订立合同。此时,一般而言,行为人被登记为法定代表人,也足以构成其对该合同具备代表权之表象,因为代表权通常不受限制。即便法人在事实上通过内部行为对代表权设定限制,该限制也未被登记机关登记,外部人通常无从得知,所以形成代表权未受限制之表象。《民法总则》第61条第3款关于内部限制不得对抗善意相对人之规定就是这一原理的体现。从这个意义上说,与无权代表相比,越权代表情形中的表见代表通常并不要求存在额外的表象。依风险原则,上述表象显然系由被代表人风险范围内的因素导致,所以应由被代表人承担不利后果。当然,存在特殊情况。如果就某种交易的代表权存在法定限制,则任何人都应当知道此种限制,所以,行为人被登记为法定代表人本身尚不足以表明其对此种交易具有代表权。

我国《公司法》第16条第2款就是对法定代表人代表公司提供关联担保之权利的限制,违反该款的担保行为属于越权代表的特殊情形,所以,在订立此类担保合同时,除了法定代表人之登记外,该款规定的股东(大)会决议也应是代表权表象。该决议具有类似于代理关系中的授权书的功能,而授权书恰恰是最重要的代理权表象。据此,法定代表人代表公司为其股东或实际控制人提供担保时,被担保人除了应当查看公司法定代表人登记信息之外,还应当查看公司股东(大)会对此作出的决议,否则事后不得主张构成表见代表。当然,被担保人首先需要判断公司提供的担保究竟是否属于关联担保。如果公司为其股东提供担保,则被担保人通过查阅工商登记即可获知此为关联担保,而如果公司为其实际控制人提供担保,则未必如此。依《公司法》第216条第3款的规定,实际控制人是指虽不是公司的股东,但通过投资关系、协议或者其他安排,能够实际支配公司行为的人。比如,B公司从A银行借款,B公司是C公司的母公司,C公司是D公司的母公司,由D公司为B公司的借款债务提供担保时,B公司并非担保人D公司的股东,仅查阅D公司的工商登记无从得知其与债务人B公司的特殊关系。如果要求被担保人在查阅担保人的工商登记之外,再进一步查阅担保人各股东的工商登记甚至查询其他更复杂的持股关系,以确定债务人是否担保人的实际控制人,显然过于苛刻,有强人所难之嫌。因此,只要被担保人通过查阅担保人的工商登记得知债务人并非担保人的股东,即足以信赖此项担保并非关联担保,无须按照关联担保的特殊规则办理。

对于股东(大)会决议在法律上是否成立以及是否存在效力瑕疵,被担保人仅负担形式审查义务。^① 此处所谓的决议效力瑕疵既包括《公司法》第22条第1款规定的决议无效,也包括该条第2款规定的股东请求法院撤销决议使之溯及地丧失效力。相较之下,更为重要的是第二种情形,因为股东(大)会决议因内容违反强行法而无效的,与之相关的外部法律行为通常也基于同样的原因而无效。反之,如果决议因程序瑕疵而被撤销,与之相关的外部法律行为并非当然无效。该决议涉及授权的,决议的撤销导致授权无效,法定代表人的行为构成越权代表。《公司法》第22条第2款明确规定的程序瑕疵包括会议召集程序、表决方式违反法律、行政法规或者

^① 同样主张被担保人仅负担形式审查义务的有高圣平《公司担保相关法律问题研究》,《中国法学》,2013年2期;梁上上《公司担保合同的相对人审查义务》,《法学》,2013年3期;罗培新《公司担保法律规则的价值冲突与司法考量》,《中外法学》,2012年6期。在“光大银行与创智公司借款保证合同纠纷案”中,最高人民法院也持这种观点。

公司章程。该款未规定出席人数或出席者所持表决权未达到公司章程规定下限的法律后果,也未规定决议通过比例不符合公司法或公司章程之规定的法律后果。实际上,决议在性质上也是法律行为。^{[3]407}法律行为的典范是合同,合同的成立要求各方当事人达成合意,即意思表示的一致。与此不同,决议的成立通常不要求各方当事人一致同意决议内容,毋宁适用多数决原则,只要多数当事人同意即可。^{[4]602}该同意也是意思表示,表现为在表决程序中投赞成票。对此,我国《民法总则》第134条作了明确规定。依该条第1款,双方或多方法律行为因当事人意思表示达成一致而成立;依该条第2款,法人、非法人组织依照法律或者章程规定的议事方式和表决程序作出决议的,该决议行为成立,并未要求一律需要达成意思表示一致。

从民法基本原理看,未经表决形成的“决议”显然欠缺意思表示,所以决议不成立。决议通过比例不符合公司法或公司章程之规定的,欠缺足够数量的同意意思表示,不符合决议构成要件,决议也不成立。出席人数或出席者所持表决权未达到公司章程规定下限的,比如章程规定须由持有三分之二以上表决权的股东出席方可进行表决,实际上却仅由持有一半表决权的股东出席,决议也应认定为不成立,因为章程规定出席者人数或所持表决权下限目的是为表决确定一个前提,不符合该前提的就是不具备表决的特别成立要件。尽管《公司法》对于决议不成立未作明文规定,但《公司法解释(四)》第1条、第3条、第5条基于上述民法原理作出了规定。值得注意的是,依该解释第5条第1项,公司虽未召开股东(大)会会议,但依《公司法》第37条第2款或者公司章程规定可以不召开股东(大)会会议而直接作出决定,并由全体股东在决定文件上签名、盖章的,仍然成立决议。与会议表决不同,这种方式可以称为书面表决。为他人债务提供担保虽然不在《公司法》第37条列举的事项范围之内,但既然对于公司合并、分立、解散、增减资等重大事项可以采用书面表决,则依当然解释方法中的“举重以明轻”规则,对于担保事宜,当然也可以采用书面表决方式。唯应注意者,依《公司法》第37条第2款,通过书面表决形成决议以全体股东一致同意待决议事项为前提,而不是采用多数决原则。

以上分析表明,有时一项决议是否成立取决于公司章程关于出席者人数或所持表决权下限以及决议通过比例的规定。因此,在公司提供关联担保时,被担保人对股东(大)会决议的形式审查义务的范围应当包括审查公司章程是否存在关于出席者人数或所持表决权下限的规定。如果发现公司章程中存在此类规定,则须进一步审查股东(大)会决议是否符合该规定,主要是查看会议记录记载的出席人数、决议上签名的股东人数或者载明的投赞成票股东人数以及公司股东名册。至于决议上署名的股东是否确实在表决中作出意思表示及其意思表示是否存在瑕疵,则属于实质审查范畴,被担保人对此并无审查义务。

从实务的角度看,判断是否存在代表权表象以及被担保人是否善意,需要确定应由何人负担证明责任。依证明责任的一般原理,证明责任的分配主要取决于相关法律规范中的法律要件类型^{[5]95-107},有时也应考虑待证事实的证明难度,作为辅助性标准。^{[6]342}从法律要件类型看,在《合同法》第50条及《民法总则》第61条的规范结构内,一般而言,相对人对于被代表人的合同请求权的权利发生事实是代表人以被代表人名义与相对人订立合同、存在代表权表象以及依风险原则该表象可归责于被代表人,权利妨碍事实是相对人在订立合同时是恶意的,即知道或者应当知道法定代表人超越权限。相对人为取得请求权,只需就权利发生事实负担证明责任,权利妨碍事实则由被请求人负担证明责任。从待证事实的证明难度看,证明“相对人恶意”无非是证明订立合同时关于法定代表人是否超越代表权存在一些疑点,这些疑点表明相对人要么明知道超越代表权限,要么应当知道超越代表权限。如果由相对人举证证明当时不存在疑点,难度很大,因为可能构成疑点的因素是无数的,其需要逐个举证加以排除,这样的举证行为是无穷尽的,很

难完成。相较之下,由被代表人举证证明当时存在若干疑点更容易一些。因此,法定代表人订立合同是否构成表见代表,应由被代表人就相对人是否善意负担证明责任。易言之,推定相对人是善意的,被代表人必须提出证据推翻该推定。关于代表人以被代表人名义订立合同以及代表权表象的可归责性,通常显而易见,没有疑义。

反之,对于代表权表象,须由相对人负担证明责任。当然,对该要件的证明要求不宜过高。就法定代表人以公司名义提供关联担保而论,被担保人只要证明订立担保合同时代表人出具了公司章程、股东名册及股东(大)会会议记录、同意担保的决议等文件即可。如果股东(大)会依《公司法》第37条第2款采用书面表决方式,则无需出具会议记录。这些文件哪怕是伪造、不成立或无效的,只要在外观上看起来像是真实、成立、有效的,即构成代表权表象。所谓“外观”包括文件上有必要的签章、决议包含同意担保之内容、决议符合所要求的通过比例、出席者人数或所持表决权符合章程的要求。文件上的签章是否真实不影响表象的构成^①,因为被担保人对此很难予以鉴别。剩下的事情是由公司举证证明被担保人当时并非善意,要么明知道股东(大)会决议不成立、无效或不真实,要么因重大过失而不知道该情况。如果公司未能证明被担保人并非善意,即成立表见代表,担保行为对公司发生效力。

三、未经决议提供非关联担保的效力

(一) 被担保人的审查义务

关于未经决议提供非关联担保的效力,需要解决如下问题:其一,公司提供非关联担保时,被担保人是否有义务审查公司章程和决议?其二,公司章程未规定提供担保应由股东(大)会抑或董事会决议的,该如何处理?两个问题密切相关,须一并考察。

在公司提供关联担保时,依《公司法》第16条第2款,法定代表人的代表权受到法定限制,所以表见代表的构成要求存在额外的表象,即公司已经通过股东(大)会决议对此项特殊交易作出授权。被担保人对于该决议的存在负担形式审查义务。那么,在公司提供非关联担保时,被担保人是否也应负担此项审查义务,不无疑问。关键是弄清楚《公司法》第16条第1款中的“依照公司章程的规定,由董事会或者股东会、股东大会决议”所指究竟何意。如果公司章程明确规定提供非关联担保须经某一特定机关决议,则没有问题。如果欠缺这样的明确规定,则有三种解释的可能性:其一,由股东(大)会决议^②;其二,由董事会决议^③;其三,无须由任何公司机关决议,法定代表人有权自行决定^④。

从历史解释看,第三种解释不符合立法本意。我国1993年《公司法》第60条第3款规定董事、经理不得以公司资产为本公司的股东或者其他个人债务提供担保。该款规定如何解释,多有

^① 有学者主张被担保人有义务审查决议上的签章是否真实,参见刘俊海《新公司法的制度创新:立法争点与解释难点》,北京:法律出版社,2006年,第107页。

^② 采用这种解释的如高圣平《公司担保相关法律问题研究》,《中国法学》,2013年2期;罗培新《公司担保法律规则的价值冲突与司法考量》,《中外法学》,2012年6期;曹士兵《公司法修订前后关于公司担保规定的解读》,《人民司法》,2008年1期;崔建远、刘玲伶《论公司对外担保的法律效力》,《西南政法大学学报》,2008年4期。

^③ 采用这种解释的如梁上上《公司担保合同的相对人审查义务》,《法学》,2013年3期;冉克平《论公司对外担保合同的效力》,《北方法学》,2014年2期;刘俊海《现代公司法》,北京:法律出版社,2015年,第683页;甘培忠《企业与公司法学》,北京:北京大学出版社,2007年,第245页。

^④ 最高人民法院对“湖南省翔宇食品有限责任公司、湖南天行健置业有限公司与中国建设银行股份有限公司湖南省分行营业部金融借款合同纠纷案”作出的(2014)民二终字第51号判决。

争议。^{[7]16}无论如何,至少可以解释为:董事、经理未经股东(大)会决议不得以公司资产为他人债务提供担保,其代表(理)权受到限制。^①2005年修订《公司法》时,立法者并无取消此项限制之意。当时《公司法草案》(一审稿)废除了原《公司法》第60条第3款,对于上市公司以外的其他公司为他人担保问题未作任何规定。不过,全国人大常委会部分委员和有些地方、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。实践中这方面发生的问题较多,《公司法》对此需要加以规范。^②因此,才在《公司法草案》(二审稿)中增加关于公司为他人担保的一般规定。立法背景表明,在公司为他人担保的问题上,立法者在修订《公司法》时并不想放弃对董事代表权的限制。因此,即便公司章程对此未作明文规定,也不能得出法定代表人有权自行决定是否为他人担保的结论,否则将违背立法者的目的。公司为他人债务提供担保确实是一项包含较高风险的特殊法律行为,公司从担保合同本身得不到对价,充其量只能借助于其他法律关系间接地获得回报。所以,此类非常规法律行为的实施不宜完全交给法定代表人决定,毋宁应由某个公司机关予以决议。

至于究竟应采第一种解释抑或第二种解释,则主要取决于法政策或价值考量。从交易效率的角度看,在公司章程对于非关联担保的决议机关未作明文规定的情况下,应由董事会作出决议。由股东(大)会决议的,程序比较繁琐,有时不利于公司迅速实施法律行为,而交易迅捷恰恰是现代商事活动的基本要求。《公司法》第16条第2款考虑到关联担保涉及董事会成员自身利益的可能性较大,所以将决议权赋予股东(大)会而不是董事会。与此不同,非关联担保一般不涉及此种特殊利害关系,由董事会予以决议通常足以防止法定代表人借此损害公司利益。为他人债务提供担保虽然并非公司的常规经营活动,但公司的发展往往需要横向交往与协作,公司之间相互提供担保是交往与协作的重要方式。况且,有时公司是为了自己的利益给他人债务提供担保,此项担保是复杂交易结构的一部分。董事会作为公司管理层的决策机构,对此类法律行为作出决议并无不妥。如果股东想把担保行为的决定权保留在自己手中,则应当在公司章程制定时规定公司提供非关联担保也须经股东(大)会决议,或者通过修改公司章程增设此类规定。

总之,无论公司章程对于非关联担保的决议机关是否有明确规定,公司提供此类担保都应当由股东(大)会或董事会决议。法定代表人在这个领域的代表权既然依法受到限制^③,被担保人在与其订立担保合同时应当审查法定代表人是否获得特别授权,即是否经过股东(大)会或董事会决议。至于须审查哪个机关的决议,取决于公司章程是否有明确规定以及如何规定。因此,被担保人应当先审查公司章程,依据章程是否有明确规定以及如何规定再审查股东(大)会或董事会决议。被担保人同样仅负担形式审查义务。

^① 最高人民法院在对“中国信达资产管理公司深圳办事处与大鹏创业投资有限责任公司等借款合同纠纷案”作出的(2009)民二终字第55号民事判决书中认为,董事代表公司为他人担保仅需经过董事会决议即可,与此类似的是该院对“中国进出口银行与光彩事业投资集团有限公司、四通集团公司借款担保合同纠纷案”作出的(2006)民二终字第49号民事判决书。不过,最高人民法院在对“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”作出的(2000)经终字第186号判决书中则认为,公司仅依董事会决议为他人提供的担保无效。有学者甚至认为,1993年《公司法》第60条第3款是禁止性规定,董事违反该规定订立的担保合同无效,参见曹士兵《公司法修订前后关于公司担保规定的解读》,《人民司法》,2008年1期。

^② 关于2005年《公司法》修订的立法资料,具体参见2005年8月23日全国人大法律委员会副主任委员洪虎在第十届全国人民代表大会常务委员会第十七次会议上所作的《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》,《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会公报》,2005年7期。

^③ 有学者主张,就非关联担保而言,股东(大)会或董事会的决议权不构成对法定代表人代表权的限制,就关联担保而言,上述决议权构成对法定代表人代表权的限制。参见刘贵祥《公司担保与合同效力》,《法律适用》,2012年7期。

履行此项形式审查义务固然会给被担保人带来一定的麻烦，但对于担保行为这样重要的非常规交易而言，谨慎行事并非一项苛刻的要求。一个勤勉、诚信的商人在从事交易时本应当尽到与该交易类型相应的注意。实际上，近年来实践中银行在接受公司为他人债务提供担保时一般都审查公司章程和相关决议。在操作上并不困难，被担保人要求担保人提供公司章程和决议即可。^①只要这些文件在形式上没有瑕疵，即可资信赖。即便事后证明法定代表人未经有效决议授权，亦可依表见代表规则使公司承受担保合同的效果。

（二）被担保人为恶意时担保行为的效力

在不构成表见代表的情况下，担保行为的效力如何？《合同法》第50条仅规定相对人为善意时，代表行为有效，未明确规定相对人为恶意时，代表行为的效力如何。依该条的规范结构，相对人为恶意时，代表行为并非有效。所谓“并非有效”存在两种可能性：一是无效，二是效力待定。相较之下，效力待定更符合法律目的。越权代表行为未必都对被代表人不利，如果被代表人事后认为代表行为有利可图，理应给予其通过追认使代表行为发生效力的机会，这也符合私法上的鼓励交易原则。因此，相对人为恶意时，越权代表行为的效力应当比照无权代理行为处理。^{[8]494}就公司为他人担保而论，如果被担保人知道或因重大过失不知道公司法定代表人越权，则其可以催告公司在一个月内作出是否追认的表示。关于追认的具体方式，如果系争担保行为的决议权属于股东（大）会，应由股东（大）会事后作出决议；如果系争担保行为的决议权属于董事会，应由董事会事后作出决议。不过，决议毕竟只是公司内部关系中的法律行为，追认则是外部法律行为，所以，尚须由法定代表人依据该决议向被担保人表示追认。当然，法定代表人不需要有专门的追认言语，其将该决议向被代表人出示之行为亦可构成默示的追认表示。

四、超额担保的效力

（一）担保数额超越章程限额时担保行为的效力

依《公司法》第16条第1款第2句规定，如果公司章程对于担保的总额或者单项担保的数额规定了限额，则公司为他人担保不得超过该限额。此项限额是否构成对法定代表权乃至股东（大）会、董事会权利的限制？

章程对于单项担保设置限额存在不同情形：可能规定特定数额以下的担保由董事会决议，特定数额以上的担保由股东（大）会决议；可能规定公司为他人担保由股东（大）会决议，但不得超过特定数额；也可能笼统地规定公司为他人担保不得超过特定数额，根本没提到决议机关。第一种情形实际上是对董事会和股东（大）会的决议权（姑且称之为决议权）进行分配。如果董事会实际决议的担保数额超出限额，则关于超额部分的决议内容不构成对法定代表人的有效授权，该部分数额的担保构成越权代表，相当于没有获得股东（大）会决议的担保。被担保人缔约时审查章程与决议理应一并审查担保数额是否超出章程为各机关规定的限额。第二种情形限制了股东（大）会的决议权，如果股东（大）会超出章程限定的担保数额作出决议，法定代表人据此代表公司订立担保合同，是否越权代表？第三种情形，如果涉及关联担保，则章程规定的限

^① 在“中建材集团进出口公司案”中，北京市高级人民法院认为，有限责任公司的公司章程不具有对世效力，有限责任公司的公司章程作为公司内部决议的书面载体，它的公开行为不构成第三人应当知道的证据。强加给第三人对公司章程的审查义务不具有可操作性和合理性，第三人对公司章程不负有审查义务。这种观点值得商榷。

额是对股东（大）会决议权的限制^①，面临的问题与第二种情形相同；如果涉及非关联担保，则章程规定的限额是对董事会决议权的限制，与第一种情形类似，但又有所区别。第一种情形中的超额部分担保本来属于股东（大）会的决议权范围，所以尚有可能通过股东（大）会决议予以追认或事后授权，而第三种情形则不能如此操作。

需进一步探讨的问题有两个：一是，章程限额构成对股东（大）会决议权限制的，超出限额的决议是否构成对法定代表人的有效授权；二是，章程限额构成对董事会决议权限制但又不涉及股东（大）会决议权的，该如何处理。严格地说，章程对于担保数额规定上限是意定限制，与通过股东（大）会或董事会的决议权限制代表权有所不同，后者是法律明确规定的或者通过对法律规定予以解释得出的限制，即法定限制。如前所述，法定限制具备外部效力没什么问题。意定限制应具备外部效力则有疑问。从比较法看，在德国公司法上，明确区分内部关系和外部关系。依《德国有限责任公司法》第37条和《德国股份法》第82条，在内部关系上，有限责任公司业务执行人和股份公司董事的业务执行权可以通过公司章程或股东会决议予以限制，但在外部关系上，此类限制对第三人不生效力。^{[9]41} 据此，即便公司法定代表人所为的法律行为超越了内部限制，第三人也可以主张该法律行为有效，无论其是否善意。内部限制对外不生效力的原则值得肯定。当然，也仅仅是原则而已，即使在德国法上也存在例外。依德国判例与学说，有时法定代表人超越内部限制所为的法律行为构成代表权滥用，不生效。一般认为，构成代表权滥用要求相对人知道业务执行人超越内部设定的代表权范围或者至少这一点对其而言是显而易见的——有些判例称之为重大过失。^② 代表权滥用理论导致内部限制对外不生效力原则的适用受到限制，使公司章程、股东会决议对代表权设置的限制在一定条件下也能影响代表行为的效力。

我国商法并未像德国公司法那样在立法上特别强调公司内部关系与外部关系的区分，所以在处理内部限制的外部效力时有更大的操作空间。按照我国《民法总则》第61条第3款的规定，法人章程或者法人权力机构可以对法定代表人的代表权予以限制，但不得对抗善意相对人。这表明，我国现行立法并未排除代表权内部限制的外部效力，此类限制对善意相对人具备效力。当然，为强化商事交易安全的保护，在解释内部限制的外部效力时应当采取谨慎与克制的立场，内部限制仅在例外情形中才影响法定代表人所为法律行为的效力。就公司为他人担保而论，既然在订立担保合同时被担保人有义务审查公司章程和相关决议，则其对于章程中明确规定的担保限额没有理由不知道。在这种情况下，被担保人仍然与法定代表人订立超出该限额的担保合同，很难说其具有保护之必要。尽管股东（大）会已经就此项担保作出决议，但该决议超出了章程允许的额度，对于超额部分的担保，该决议不构成对法定代表人的有效授权，因为作出决议的公司机关本身不享有这么大的权利。在公司设立时，股东们通过在章程中规定担保限额限制了股东（大）会或董事会的权利。有学者认为，股东（大）会就超额担保作出的决议可以视为对公司章程进行修改。^{[10]29} 其实不然。依《公司法》第16条第3款，股东（大）会对担保行为作出决议只需过半数通过即可，而依《公司法》第43条第2款及第103条第2款，修改公司章程的股东（大）会决议需要2/3多数通过。显然，依简单多数决形成的公司担保决议不足以构成修改公司章程的股东（大）会决议。

股东（大）会决议尚且如此，则董事会决议更不能超出公司章程限额授予法定代表人订立

^① 《公司法》第16条第1款第2句对该条第2款规定的关联担保亦有适用之余地，因为第1款是公司为他人担保的一般规定，第2款是关于公司提供关联担保的特别规定，特别规定未涉及的事项理应适用一般规定。

^② 关于这个问题的德国学说与判例具体参见 MüKoGmbHG/Stephan/Tieves, § 37 Rn. 172 - 177.

担保合同的代表权。因此,在公司章程规定公司为他人担保的单项限额情况下,法定代表人以公司名义订立的担保合同构成越权代表,被担保人为恶意的,合同超额部分不生效力。

与此不同,公司章程对于担保总额的限制原则上不应担保行为的效力产生影响,因为担保总额涉及多项担保行为数额的累计,某一被担保人与公司订立担保合同时,即便知道公司章程对担保总额设置了上限,也无从得知公司此前已经提供了多少担保,这些担保的主债权是否已经消灭,订立本项担保合同后累计担保数额是否已经超出限额。要求被担保人对此进行调查核实显然过于苛刻。不过,如果系争担保的数额本身已经超出公司章程规定的担保总额上限,或者系争担保的数额与同一被担保人此前接受的该公司其他担保的数额累计超出了该上限,则另当别论,超出限额的担保行为不发生效力。

(二) 担保数额超越《公司法》第121条限额时担保行为的效力

依据《公司法》第121条规定,上市公司在一年内担保金额超过公司资产总额30%的,应当由股东大会作出决议,并经出席会议的股东所持表决权的2/3以上通过。此项规定也是对法定代表人代表权的法定限制。从逻辑上看,该条所谓的担保既包括公司为自己债务提供担保,比如以不动产抵押担保自己的债务,也包括公司为他人债务提供担保。不过,如果公司为自己债务提供担保超出30%的限额时也需要经过股东大会决议^{[11]684},似乎并不合理。此种担保旨在为公司自己融资,对公司并无不利,只要被担保人愿意接受,法定代表人理应有权自行决定订立担保合同,无须经过股东大会决议。因此,《公司法》第121条中的担保应当限缩解释为公司为他人担保。法定代表人未经股东大会决议超出法定比例为他人提供担保的,构成越权代表,但如果符合表见代表的构成要件,则该担保行为对公司发生效力。与章程对公司为他人担保总额设置上限类似,订立担保合同时,被担保人也很难知晓公司此前已经提供了多少数额的担保。只要法定代表人向被担保人提供的公司财务报表清楚地显示了公司资产总额,并且本项担保数额与同一被担保人此前一年内接受的该公司其他担保的数额累计未超过公司资产总额30%,即可认定存在代表权表象,除非公司证明被担保人为恶意,否则构成表见代表,担保行为发生效力。

[参考文献]

- [1] Franz Jürgen Säcker (Hg.). *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. Bd. 1, 5. Aufl., München: Verlag C. H. Beck, 2006.
- [2] 杨代雄 《表见代理的特别构成要件》,《法学》,2013年2期。
- [3] Larenz/Wolf. *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*. 9. Aufl., München: Verlag C. H. Beck, 2004.
- [4] Werner Flume. *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*. Bd. 2, Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl., Berlin: Springer, 1992.
- [5] 莱奥·罗森贝格 《证明责任论》,庄敬华译,北京:中国法制出版社,2002年。
- [6] 普维庭 《现代证明责任问题》,吴越译,北京:法律出版社,2006年。
- [7] 刘贵祥 《公司担保与合同效力》,《法律适用》,2012年7期。
- [8] 朱广新 《法定代表人的越权代表行为》,《中外法学》,2012年3期。
- [9] 《德国商事公司法》,胡晓静、杨代雄译,北京:法律出版社,2014年。
- [10] 梁上上 《公司担保合同的相对人审查义务》,《法学》,2013年3期。
- [11] 刘俊海 《现代公司法》,北京:法律出版社,2015年。

[责任编辑: 李佳欣]

**From Conservative Minben to Progressive Minben:
CCP and the Transformation of the Classical Populism in China**

LÜ Xiao-bo (5)

Abstract: In face with the challenge of western modernity , Chinese tradition has never been completely overthrown ,or simply continues without interruption ,instead ,it carries on with creativity and selective transformation. As the winner among various political actors since the late Qing , Chinese Communist Party (CCP) has inherited the classical populism (Minben) ,successfully re-constructed it and made a critical transformation ,one from conservative Minben to progressive Minben with diverse facets in different periods. CCP' s progressive Minben not only helped the establishment of People' s Republic ,but also blazed a trail of socialism with Chinese characteristics. From the perceptive of domestic politics ,this article aims to analyze the trajectory of this Minben transformation.

Keywords: CCP; populism; studies on Chinese politics; conservative Minben; progressive Minben

To Improve and Perfect the Contractual Validity Rules

CUI Jian-yuan (24)

Abstract: It is worthy that the Contract Part of Civil Code provides positively for the requirements of the contractual effectiveness. The gaps in the contract validity rules do not depend on the regulation of contractual effectiveness , and the rule of “liberty but for legal prohibition” should not be an obstacle for the existence of the effectiveness regulation. There are slight differences between the concepts of effectiveness requirements and the coming-into-effect requirements. In the Contract Part of Civil Code the approvals by administrative organs as special coming-into-effect requirements should be reserved in order to accommodate to social life. Meanwhile the clause for potestative condition and the condition attached to a term should also be stipulated. The contract figures of not-yet-coming-into-effect and suspensiveness cannot be neglect. The rule of juristic act in hidden design laid down in the General Provision of Civil Code is obscure and should be rewritten clearly. The grounds for void contract should be intensified by adding the cases such as violation of the fundamental purposes of the legal system etc. The disposal without authority should let it have influence on the validity of sale contract. The alteration right in terms of fraud etc. should be resumed in order to cater for respecting of the civil life.

Keywords: termination of the validity of the contract; valid requirements; effectiveness requirements; unenforced; invalid; alteration right

The Validity of the Guarantee for Other' s Debts Provided by a Company

YANG Dai-xiong (37)

Abstract: The validity of the guarantee for other' s debts provided by a company should be determined in accordance with article 16 of our country' s Company Law ,article 61 of the general part of our country' s Civil Law and article 50 of our country' s Contract Law. Without resolution of the shareholders' committee or the board ,such guarantee constitutes an overpower representative. If the warrantee has proved that at the time of signing he examined formally the information of company registration ,articles of association as well as relevant resolution without appearance defects ,the validity of the guarantee based on apparent representation should be affirmed ,unless the warrantee has been proved to be malicious. If articles of association do not stipulate which organ has the power to form a resolution on issue of ordinary guarantee ,the power belongs to the board of directors. The limitation of total sum of the secured credit imposed by articles of association affects the validity of the guarantee only in exceptional circumstances.

Keywords: affiliate guarantee; overpower representative; apparent representation; agency by estoppel