

再论公司法定代表人越权担保的法律效力

高圣平

(中国人民大学民商事法律科学研究中心,北京 100872)

摘要:《公司法》第16条是对法定代表人代表权的法定限制,法定代表人的身份并不足以使相对人在与公司订立担保合同时产生合理的信赖。未经适格的公司决议,法定代表人即无代表公司与相对人签订担保合同的权限。相对人在与公司签订担保合同时应对法定代表人的代表权限进行审查,相对人的善恶意取决于其是否对法定代表人的代表权限善尽审查义务。相对人的审查对象并不仅限于公司决议,还须结合公司章程及其他文件对公司决议是否适格进行判断;其审查标准为“合理审查”,是一种审慎的形式审查。如果相对人未尽合理审查义务,其主观上非为善意,未经公司追认,担保合同对公司不发生效力。此时,公司既不承担担保责任,也不承担缔约过失责任。至于相对人的损失,由相对人与法定代表人按照过错程度予以分担。

关键词:公司担保;法定代表人;代表权限;审查义务;合理审查

中图分类号:D922.291.91 文献标志码:A

DOI:10.3969/j.issn.1001-2397.2021.06.02 开放科学(资源服务)标识码(OSID):



公司为他人债务提供担保^①,是金融市场中融资活动据以展开的重要增信工具,但也伴随着直接减少公司营业资产、危及公司股东和其他债权人利益的风险。实践中,公司控股股东和实际控制人操控公司肆意提供巨额担保从而“掏空”公司资产的案例比比皆是,公司随意担保所引发的问题已成为我国公司治理领域中的“顽疾”。虽然《公司法》第16条规定了公司担保的决议机制,但因欠缺法律效果要件而引发学说分歧和裁判冲突,并直接影响到该条规范目的的实现。结合理论与实践的发展,《最高人民法院关于审理公司为他人提供担保纠纷案件适用法律问题的解释(稿)》(以下简称《公司担保解释稿》)公开征求意见^②,但最终未获通过。《全国法院民商事审判工作会议纪

收稿日期:2021-11-05

基金项目:北京市社会科学基金重大项目“《民法典》担保制度体系研究”(20ZDA01)

作者简介:高圣平(1966),男,湖北仙桃人,法学博士,中国人民大学民商事法律科学研究中心研究员。

① 《公司法》第16条的规制对象是公司为他人债务提供担保,尚不及于公司为自身债务提供担保的情形。为使行文简洁,本文以“公司担保”作为前者的简称。

② 最高人民法院办公厅秘书一处2018年8月9日印发《最高人民法院关于审理公司为他人提供担保纠纷案件适用法律问题的解释(稿)》。《公司担保解释稿》的基本精神,体现在“公司对外担保合同的效力认定和效果归属”之中。参见贺小荣主编:《最高人民法院民事审判第二庭法官会议纪要——追寻裁判背后的法理》,人民法院出版社2018年版,第189-205页。

要》(以下简称《民商事审判会议纪要》)首开其端,明确了《公司法》第16条的规范意旨、相对人善意的认定、越权担保的法律后果等等,在一定程度上统一了公司担保问题的裁判尺度。^①《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》(以下简称《民法典担保制度解释》)吸收了《民商事审判会议纪要》的既有规定,并结合《民法典》作了相应完善。^②但公司担保问题的研究并未终止,相关规则的适用仍须进一步解释。本文拟就《民法典担保制度解释》起草过程中关于公司担保的主要争议问题展开讨论,以求教于同仁。^③

一、法定代表人越权担保的解释进路

就法定代表人越权担保的解释进路,向有“内部关系说”“规范性质识别说”“代表权限制说”之争。^④自《公司担保解释稿》公开征求意见以来,“代表权限制说”就占据了压倒性优势,成为《民商事审判会议纪要》和《民法典担保制度解释》中相关规则起草的理论基础。^⑤但是,新近不少文献和裁判以“法人实在说”为依据,基于《民法典》第61条的规定,主张“内部关系说”,并进而影响到“代表权限制说”之下的法律后果,不可不辩。

(一)《民法典》第61条的规范意旨

根据《民法典》第61条第1款的规定,法律或者法人章程既是确定法定代表人的依据,也是法定代表人代表权限的来源。换言之,法定代表人不得超越法律或者法人章程的规定行使代表权。在分权制衡的法人治理结构之下,出于某种政策的考虑,法律规定某些交易的决定权并不在法定代表人,而属于其他法人机构。此时,法定代表人就无权代表法人决定该事项。《公司法》第16条即为著例。该条关于公司其他机构与法定代表人之间就公司担保的权力划分,是法律在公司机构分权的基础上对法定代表人业务执行权的一种特别限制。据此,未经公司有权机构决定,法定代表人并不享有代表公司与相对人签订担保合同的权限,此为对法定代表人代表权的法定限制。^⑥

根据《民法典》第61条第2款的规定,我国就法定代表人的地位在“代表说”和“代理说”之间采

^① 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74-76页;刘贵祥:《民法典关于担保的几个重大问题》,载《法律适用》2021年第1期,第17页。

^② 林文学、杨永清、麻锦亮、吴光荣:《〈关于适用民法典有关担保制度的解释〉的理解和适用》,载《人民司法》2021年第4期,第30页。关于《民法典担保制度解释》与《民商事审判会议纪要》的对比分析,详见王毓莹:《公司担保规则的演进与发展》,载《法律适用》2021年第3期,第49-51页。

^③ 就本文所及话题,笔者先后发表了《公司担保相关法律问题研究》,载《中国法学》2013年第2期;《担保物权司法解释起草中的重大争议问题》,载《中国法学》2016年第1期;《公司担保中相对人的审查义务——基于最高人民法院裁判分歧的分析和展开》,载《政法论坛》2017年第5期;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。认识不断深化。

^④ 就三种学说的介绍,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2-3页;贺小荣主编:《最高人民法院民事审判第二庭法官会议纪要——追寻裁判背后的法理》,人民法院出版社2018年版,第190-193页;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71-73页。

^⑤ 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74页;最高人民法院民事审判第二庭著:《最高人民法院民法典担保制度司法解释理解与适用》,人民法院出版社2021年版,第37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》(上),人民法院出版社2020年版,第320-321页。

取了“代表说”,法定代表人对外的职务行为即为法人行为,其后果由法人承担。^①在体系解释上,《民法典》第504条在规定法定代表人超越权限订立的合同一般对法人发生效力的同时,排除了相对人知道或者应当知道其超越权限的情形。^②从这个角度来看,《民法典》第504条构成第61条第2款的例外情形,在相对人知道或者应该知道法定代表人超越代表权限的情形下,该越权行为的法律效果不能归属于法人,不能由法人承受法定代表人越权行为的法律后果。因此,不宜简单地认为“法定代表人所有以法人名义实施的行为均由法人承担”。^③行为人只有在“依照法律或者法人章程的规定”担任“对外代表法人从事民事活动的负责人”时,才能视为“法人的法定代表人”,也只有在此情形,法定代表人以法人名义从事的民事活动,其法律后果才由法人承受。^④

《民法典》第61条第3款规定了法定代表人代表权约定限制的外部效力。法人章程或者内部决议在通常情况下不易被法人外部的第三人所知悉,在确定其外部效力时,应保护善意第三人的信赖利益。本款规定表明,法定代表人超越法人章程或者内部决议的限制,以法人名义从事的民事活动,其法律后果原则上仍应由法人承担,除非法人能够证明该第三人非为善意。^⑤通过对法人章程或者内部决议的外部效力施加适当限制,以保护交易中无过错一方的权利,维护交易安全。^⑥但本款规定明显仅适用于法定代表人代表权的约定限制情形,至于法定代表人代表权的法定限制情形,本款并无适用余地。

法定代表人越权担保的效力认定,涉及公司利益与相对人利益的冲突协调,而该冲突与协调经由交易外观主义法理得以解决。^⑦通常情形下,法定代表人的身份(外观)即足以使相对人产生合理信赖。但基于《公司法》第16条对法定代表人代表权的法定限制,此时法定代表人的外观并不足以使相对人产生信赖。在《公司法》第16条之下,与相对人签订担保合同不是法定代表人所能单独决定的事项,而必须以公司股东(大)会、董事会等公司机构的决议作为授权的基础和来源。^⑧此时,“法定代表人的身份”+“公司担保决议”,才是相对人的信赖基础。据此,《民法典》第61条第3款并不及于对法定代表人代表权的法定限制,其未涵摄的情形可由《民法典》第504条进行调整。^⑨

(二)“内部关系说”之辩驳

司法实践中,有裁判观点认为,法定代表人代表公司与相对人签订担保合同,并加盖了公司印章,系其行使法定代表人权力的职务行为,该行为的法律后果依法应由公司承受。相对人基于签字人是公司法定代表人兼实际控制人,以及协议加盖公司印章的事实,有理由相信该担保合同系公司的真实意思表示。如此,相对人已经尽到了必要的注意义务。法人章程或者法人机构对法定代表

① 黄薇主编:《中华人民共和国民法典总则编解读》,中国法制出版社2020年版,第169页;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》(上),人民法院出版社2020年版,第316页。

② 黄薇主编:《中华人民共和国民法典总则编解读》,中国法制出版社2020年版,第140页。

③ 贺小荣主编:《最高人民法院民事审判第二庭法官会议纪要——追寻裁判背后的法理》,人民法院出版社2018年版,第197页;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》(上),人民法院出版社2020年版,第322-323页。

④ 蒋大兴:《超越商事交易裁判中的“普通民法逻辑”》,载《国家检察官学院学报》2021年第2期,第9页。

⑤ 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》(上),人民法院出版社2020年版,第324页。

⑥ 黄薇主编:《中华人民共和国民法典总则编解读》,中国法制出版社2020年版,第170页。

⑦ 曹兴权:《越权交易效力规则的公司法体系性表达》,载《上海政法学院学报(法治论丛)》2021年第2期,第12页。

⑧ 《民商事审判会议纪要》第17条。

⑨ 黄薇主编:《中华人民共和国民法典总则编解读》,中国法制出版社2020年版,第140-141页。

人代表权的限制,不得对抗案涉善意相对人。^① 该案判决明显采纳“内部关系说”的观点,将《公司法》第16条作为调整公司治理机构等内部关系的规范。在原《民法总则》第61条的规定(与《民法典》第61条的规定相同)之下,法定代表人代表公司签订的担保合同,其法律后果由公司承受,相对人并不负有审查公司章程和公司担保决议的注意义务。^②

学界亦有观点认为,法定代表人是公司的组成部分,法定代表人的行为即为公司的行为,无论相对人是否知道或者应当知道法定代表人超越代表权限,法定代表人越权担保行为的法律后果总是由公司承受。由于法定代表人的越权代表行为已经产生了私法效果——法律效果归属于公司,公司与相对人之间仅有承担责任或者拒绝承担责任的问题,而不存在“无责任”的问题。因此,不论相对人请求的担保合同有效抑或无效,相对人恶意的法律事实仅构成公司对抗相对人请求公司承担责任的法定抗辩事由。^③ 这一观点进一步阐明了《民法典》第61条第3款所称“善意第三人”的规范意义,实际上是“内部关系说”的延伸,其逻辑前提是法定代表人的行为在效果上总是归属于公司。本文认为,这一观点有违法定代表人与法人之间关系的本质,也有违法定代表人代表权的约定限制与法定限制的区分。

第一,法定代表人是法人的意思表示机关,无论是“代表说”还是“代理说”,其所传达的均为由法人承受法定代表人对外从事民事活动的后果的基本理念,即使两者在理论构造上存在差异,但也不应得出迥异的解释结论。在公司治理中,法定代表人的代表权必然会受到法律、章程或者内部决议的限制。^④ 如果法定代表人在其权限范围内以法人名义行事,无论是基于“代表说”还是“代理说”,法人均须对法定代表人的行为承担责任。如果法定代表人超越权限行事,依“代理说”,还须结合相对人的善恶意来判断法人是否应当承受法定代表人行为的后果,“代表说”亦然。但法定代表人越权签订合同的后果还存在不由法人承受的情形,因此,不能认为法定代表人所有行为的法律后果均由法人承受。据此,前述观点的逻辑前提即不存在。

第二,法定代表人代表权的限制存在约定限制与法定限制之分。前述观点以《民法典》第61条第3款约定限制的外部效力为基础,并未虑及《公司法》第16条关于法定代表人代表权法定限制的情形。公司为他人债务提供担保,系公司从事的不属于其营业范围内的非经营行为,其在交易对价方面与经营行为存在重大差异。^⑤ 基于此,《公司法》第16条剥夺了法定代表人个人决定公司为他人债务提供担保的权利,确立了公司担保的集体决策机制。^⑥ 其中,《公司法》第16条第1款为公司其他机构与法定代表人之间的权力划分,第2款为权力机构与执行机构之间的权力划分,两者皆是对法定代表人代表权的法定限制。^⑦ 法定代表人违反《公司法》第16条的规定,以公司名义与相对人签订的担保合同的效果归属,应有别于法定代表人违反约定限制权限的情形。就法定代表人超越法定限制的代表权的情形,法人原则上不承受该行为的后果,除非相对人能够证明自己的善意。^⑧

① 安徽省宣城市中级人民法院(2020)皖18民终126号民事判决书。

② 贺小荣主编:《最高人民法院民事审判第二庭法官会议纪要——追寻裁判背后的法理》,人民法院出版社2018年版,第190-191页。

③ 邹海林:《公司代表越权担保的制度逻辑解析——以公司法第16条第1款为中心》,载《法学研究》2019年第5期,第75页。

④ 杨立新:《中国民法总则研究》(上卷),中国人民大学出版社2017年版,第404页。

⑤ 程淑娟:《商行为制度研究——类型化方法及展开》,法律出版社2019年版,第267页。

⑥ 《民商事审判会议纪要》第17条。

⑦ 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4页。

⑧ 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》(上),人民法院出版社2020年版,第324-325页。

(三)《民法典》第504条之下的解释论转向

持“代表权限制说”的学者认为,在《公司法》第16条已对法定代表人的代表权作出法定限制的情形之下,结合《民法典》第504条的规定,根据法律一经公布即推定所有人明知及不知法律不免责的法理,相对人在接受公司担保时,应对公司担保决议负有必要的审查义务,否则不构成善意相对人,该担保行为对公司无效或者不发生效力。^①这一观点有力地反驳了长期占据主流地位的“规范性质识别说”。该说以原《合同法》第52条第5项及《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)》第14条为基础,将法律规范界定为任意性规定、效力性强制性规定和管理性强制性规定,并进而判断法定代表人超越代表权所订立的担保合同的效力。但随着认识的不断深入,该说将强制性规定区分为“效力性”和“管理性”并不周延。^②私法上调整越权交易的规范,例如无权代理和无权代表,在性质上亦属强制性规范,但违之并不导致法律行为无效,而是是否对被代理人或者法人发生效力。^③《公司法》第16条在性质上属于权限规范,并不在效力性强制性规定与管理性强制性规定的涵摄领域内。如此,“规范性质识别说”在学说和裁判中渐被抛弃。

《民法典》第504条在《合同法》第50条的基础上增加规定了“订立的合同对法人或者非法人组织发生效力”,是对《合同法》第50条解释论的发展,并明确了其本身的规范属性——仅为效果归属规则。所谓“该代表行为有效”指的是代表行为的法律效果由法人承受,而不是代表人所为的法律行为有效^④,如此,其与“订立的合同对法人或者非法人组织发生效力”所传达的法律意义并无差异,实为赘语。^⑤不过,本条并不及于合同的效力判断,合同效力尚须结合《民法典》关于民事法律行为、合同效力的判断规则予以认定。《民商事审判会议纪要》第17条简单地将“代表行为有效”解释为担保合同有效,值得商榷。基于此,《民法典担保制度解释》第7条将之修改为“担保合同对公司发生效力”,值得赞同。

审判实践中,在判断法定代表人的行为效果是否归属于法人时,通常无需查证法定代表人的代表权限,一般仅审查法定代表人的身份是否属实、是否以法人的名义、公章是否真实等形式要件。^⑥《公司法》上对法定代表人代表权所施加的法定限制,客观上要求改变审判实践中的“法定代表人签字就是法人的行为”“公章管理不严是法人内部的事情,不影响法人在外部关系中行为的效力”等形式主义思维,且须将审查法定代表人的代表权限置于法人分权治理结构的法律框架之下。^⑦

在《民法典》第504条之下,相对人是否知道或者应当知道法定代表人超越代表权限,就成为行为效果是否归属于法人的关键。如果代表权限制来源于公司章程、决议等的约定时,相对人通常无法知晓该限制,基于维护交易安全、降低交易成本的考虑,不应要求其负担调查法定代表人代表权

① 贺小荣主编:《最高人民法院民事审判第二庭法官会议纪要——追寻裁判背后的法理》,人民法院出版社2018年版,第192页。

② 姚明斌:《“效力性”强制规范裁判之考察与检讨——以〈合同法解释二〉第14条的实务进展为中心》,载《中外法学》2016年第5期,第1268页。

③ 朱庆育:《〈合同法〉第52条第5项评注》,载《法学家》2016年第3期,第163页。

④ 高圣平、范佳慧:《公司法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75-76页;王利明主编:《中国民法典释评·合同编通则》,中国人民大学出版社2020年版,第188页。

⑤ 《民法典合同编(草案)》(二次审议稿)第296条规定:“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,该合同对法人或者非法人组织发生效力。”该条的表述更为准确。

⑥ 迟颖:《法定代表人越权行为的效力与责任承担——〈民法典〉第16条第2、3款解释论》,载《清华法学》2021年第4期,第128页。

⑦ 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》(上),人民法院出版社2020年版,第322页。

限的义务。^①但如果代表权限制来源于法律的直接规定时,基于法律的公开性,推定相对人知悉法律所规定的内容,自不能豁免其审查法定代表人代表权限的义务。^②在裁判实践中,法定限制与约定限制的区分实益即表现为证明责任的不同:约定限制情形中,相对人的善意可依法推定;法定限制情形中,相对人的善意尚须自己举证证明。^③

基于此,《民法典担保制度解释》第7条以代表权限制理论作为相关裁判规则的解释基础。《公司法》第16条系对法定代表人代表权的法定限制,未经公司决议,法定代表人代表公司签订担保合同即构成越权代表。相对人不知道且不应当知道法定代表人越权代表的,主观上即为善意,担保合同对公司发生效力;反之,主观上非为善意,担保合同对公司不发生效力。^④这一规则是适用反对解释法的结果。有学者对此表示赞同,认为“结合《公司法》第16条保护公司股东和债权人立法目的,同时虑及商事交易对法律关系稳定性和可预测性的要求,法定代表人越权担保合同在相对人非为善意时应为无效,而非效力待定。”^⑤但《民法典》第504条的法律要件与法律效果并不构成充分必要条件,不能直接依反对解释法得出结论。基于代理与代表的功能相似性,可类推适用无权代理规则。此时,担保合同的效果归属待定,在公司未予追认的情形下,担保合同对公司不发生效力。基于公司担保决议的形成机制,公司有权决议机构依法作出的同意为他人提供担保的决议构成对法定代表人越权代表的追认。^⑥

虽然《民法典担保制度解释》并未虑及公司事后予以追认的情形,但也不能据此得出法定代表人越权担保不得由公司事后予以追认的结论。解释论上,公司有权决议机构依法作出同意担保的决议,即可补正法定代表人的代表权。通过公司决议授权法定代表人重新订立担保合同,此与公司追认的效力并无不同。^⑦

二、相对人善意的认定

关于法定代表人越权担保的效果归属,《民法典担保制度解释》第7条以相对人的审查义务为判断核心:在与公司订立担保合同时,相对人应通过对公司担保决议的合理审查来判断法定代表人的代表权限,相对人是否知道或者应当知道法定代表人超越权限决定了其主观上的善恶意,此种善恶意又决定了担保合同是否对公司发生效力。这里不无疑问的是,如何界定合理审查?回答这一问题需要解决以下内容:其一,相对人审查的对象;其二,相对人审查的内容;其三,相对人审查的标准。

(一)相对人审查的对象

① 王利明主编:《中国民法典释评·合同编通则》,中国人民大学出版社2020年版,第189页。

② 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4页。

③ 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4页;朱广新、谢鸿飞主编:《民法典评注:合同编通则(1)》,中国法制出版社2020年版,第336页。

④ 最高人民法院民事审判第二庭编著:《最高人民法院民法典担保制度司法解释理解与适用》,人民法院出版社2021年版,第134-135页。

⑤ 迟颖:《法定代表人越权行为的效力与责任承担——〈民法典〉第16条第2、3款解释论》,载《清华法学》2021年第4期,第131页。

⑥ 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6页;贺小荣主编:《最高人民法院民事审判第二庭法官会议纪要——追寻裁判背后的法理》,人民法院出版社2018年版,第201-202页。

⑦ 迟颖:《法定代表人越权行为的效力与责任承担——〈民法典〉第16条第2、3款解释论》,载《清华法学》2021年第4期,第131页。

基于《公司法》第16条规定的担保权限,法定代表人欲取得代表公司与相对人签订担保合同的代表权,须有适格的公司决议,否则,其并不具有相应的代表权限。如此,公司决议也当然成为相对人审查的对象。问题在于,相对人审查的对象是否仅限于公司决议。

有观点认为,相对人审查的对象仅限于公司决议。其主要理由是,相对人审查的目的在于判断法定代表人是否获得授权,审查的具体对象也就是代表着公司授权的公司决议文件而不是决议行为,要求相对人审查除公司决议文件之外的其他公司内部文件超出了合理审查范围。相对人的审查义务仅覆盖法律明文规定的内容:一是关联股东回避表决;二是决议表决应由出席会议的股东所持表决权过半数通过。这两项内容通过公司决议文件本身所载明的信息即可体现,无须相对人进一步审查公司章程。^①《民商事审判会议纪要》第18条和《民法典担保制度解释》第7条第3款均将相对人审查的对象限定于公司决议。表面上看,这似乎意味着《民法典担保制度解释》与《民商事审判会议纪要》均认为相对人无须审查公司章程。

《民商事审判会议纪要》第18条区分规定了关联担保和非关联担保。就关联担保而言,相对人须对股东(大)会决议进行审查,审查内容包括“在排除被担保股东表决权的情况下,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,签字人员也符合公司章程的规定”。这里,“股东所持表决权”和“签字人员”必然涉及公司章程。就非关联担保而言,相对人须对股东(大)会决议或者董事会决议进行审查,审查内容包括“同意决议的人数及签字人员符合公司章程的规定”,同样涉及公司章程。如此看来,虽然《民商事审判会议纪要》将相对人审查的对象界定为公司决议,但公司章程实际上亦属审查范围。^②司法实践中亦有观点认为,相对人在接受公司担保时除了审查公司决议之外,还应审查公司章程及相关文件。^③如果公司章程中规定,公司为他人债务提供担保须经公司的全资控股股东决定。此时,相对人仅审查公司所提供的董事会决议,并不足以构成善意。^④如果公司未设董事会,由执行董事担任法定代表人,且公司章程规定对外提供担保应由股东会作出决议。此时相对人仅审查持股10%的法定代表人的签章并不足以证明其善意,还须依据公司章程的规定审查公司提交的股东会决议。^⑤

本文认为,相对人审查的对象除了公司决议之外,还包括公司章程及相关文件。相对人审查公司决议,旨在判断法定代表人是否有签订案涉担保合同的代表权限。《公司法》第16条规定法定代表人代表公司签订担保合同的权利来自适格公司决议的授权。因此,相对人应审查公司提交的公司决议是否适格。此种适格,既包括决议机构的适格,也包括决议形成的适格。其中,前者既可能出于法律的直接规定(关联担保),也可能来自公司章程的规定(非关联担保);而决议形成的适格,如有权参与表决的主体、表决权的基本要求等等,则主要取决于公司章程的规定。如此,虽然《民商事审判会议纪要》第18条和《民法典担保制度解释》第7条第3款将相对人审查的对象限定于公司

^① 吴越、宋雨:《公司担保合同中相对人审查义务的边界》,载《甘肃社会科学》2020年第4期,第153页。值得注意的是,该文进一步主张,在非关联担保的情形中,相对人的审查义务止于法定代表人身份的核实,无须审查公司决议。

^② 黎健强:《再论公司对外担保中债权人的审查义务——以〈九民会议纪要〉为中心》,载《文化学刊》2020年第5期,第175页;朱颖琦、李瑶菲:《新司法政策下公司对外担保行为的效力认定》,载蔡建春、卢文道主编:《证券法苑》第二十九卷,法律出版社2020年版,第149-150页;蒋大兴:《超越商事交易裁判中的“普通民法逻辑”》,载《国家检察官学院学报》2021年第2期,第9-10页。

^③ 上海金融法院(2019)沪74民初100号民事判决书;福建省南平市中级人民法院(2019)闽07民终1359号民事判决书。

^④ 最高人民法院(2019)最高法民终1465号民事判决书。

^⑤ 最高人民法院(2021)最高法民申1602号民事裁定书。

决议,但判断决议是否适格,须结合公司章程和相关文件,否则,就降低了债权人对公司章程的审查义务,即不按公司章程规定接受担保的债权人仍可构成善意相对人,公司内部治理的有效运作将受到极大影响。^①

为补正《民法典担保制度解释》第7条第3款在文义上的缺失,解释上可以认为,《民法典担保制度解释》第7条第3款规定的“相对人有证据证明已对公司决议进行了合理审查”,已经包含了需结合公司章程和相关文件对公司决议进行审查之义。^②因此,相对人在接受公司担保时,应要求公司提交除公司担保决议之外的公司章程和相关文件。

(二) 相对人审查的内容

相对人审查内容的确定,是判断相对人是否善尽合理审查义务的关键。《公司担保解释稿》第6条第2款和《民商事审判会议纪要》第18条均就此作了界定。^③但令人遗憾的是,《民法典担保制度解释》第7条在重构《民商事审判会议纪要》第18条的解释基础时,仅以“合理审查”一笔带过。这一“合理审查”传达着对于“知道或者应当知道”的把握,前者与后者一样不具有可操作性,由此,增加了实务操作的困难。本文认为,从探知法定代表人是否具有代表权限的角度来看,相对人审查的内容应当包括:

1. 审查公司决议是否由适格的公司机构作出

相对人须依据公司章程及股东名册,判断案涉担保合同是否为向公司股东或者实际控制人提供的关联担保,进而确定公司担保的决议机构。至于公司为隐名股东提供担保的问题,则超出了相对人合理审查的范围。

如为非关联担保,相对人须根据公司章程的规定判断公司担保的决议机构是股东(大)会还是董事会。在公司章程明确规定为股东(大)会的情况下,相对人仅审查董事会决议的,不能认定其为善意相对人。^④《民商事审判会议纪要》第18条第1款以《民法总则》第61条第3款为基础,认为非关联担保情形下公司章程就公司担保决议机构的选择属于对法定代表人代表权的约定限制,相对人对董事会决议或者股东(大)会决议任一进行审查,均已达到注意义务的要求。^⑤这一司法态度值得商榷。其一,在确定公司担保决议机构之时,无《民法总则》第61条第3款(与《民法典》第61条第3款的规定相同)的适用空间。该款仅涉及法定代表人代表权的约定限制,《公司法》第16条第1款虽然允许公司章程就公司担保决议机构做出选择,但这一“章程限制”其实也是一种“法定限制”,不仅仅是一种公司内部的管理性规范,而且是“表现为法律”的公司内部治理规范,自应具有法律的

① 蒋大兴:《超越商事交易裁判中的“普通民法逻辑”》,载《国家检察官学院学报》2021年第2期,第9-10页。

② 最高人民法院民事审判第二庭著:《最高人民法院民法典担保制度司法解释理解与适用》,人民法院出版社2021年版,第136页。

③ 《公司担保解释稿》第6条第2款将相对人审查的内容界定为:“同意担保的决议是否由公司有权决议机构作出”“决议是否经法定或章程规定的多数通过”以及“参与决议表决人员是否为公司章程载明的股东或者董事”。《民商事审判会议纪要》第18条指出,在关联担保的情形中,相对人审查的内容包括“在排除被担保股东表决权的情况下,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”“签字人员也符合公司章程的规定”;在非关联担保的情形中,相对人审查的内容包括“同意决议的人数及签字人员符合公司章程的规定”。

④ 最高人民法院民事审判第二庭著:《最高人民法院民法典担保制度司法解释理解与适用》,人民法院出版社2021年版,第136页;王毓莹:《公司担保规则的演进与发展》,载《法律适用》2021年第3期,第50页。

⑤ 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75页。《民商事审判会议纪要》第18条第1款指出:“无论章程是否对决议机关作出规定,也无章程规定决议机关为董事会还是股东(大)会,根据《民法总则》第61条第3款关于‘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’的规定,只要债权人能够证明其在订立担保合同时对董事会决议或者股东(大)会决议进行了审查,同意决议的人数及签字人员符合公司章程的规定,就应当认定其构成善意,但公司能够证明债权人明知公司章程对决议机关有明确规定的除外。”

外部约束力。^①其二,“同意决议的人数及签字人员符合公司章程的规定”的表述表明,相对人须结合公司章程的内容判断公司决议是否适格。此时,相对人对于公司章程的规定(其中包括公司担保决议机构的规定)即为知道或者应当知道,在主观上并非善意,并不属于《民法典》第61条第3款所称的“善意相对人”。基于此,《民商事审判会议纪要》第18条所采的司法态度应予抛弃。^②

如为关联担保,相对人则须审查股东(大)会决议。为股东提供的关联担保,对于有限责任公司而言,股东身份自可通过备案的公司章程的记载加以确认^③;对于股份有限公司而言,公司章程仅记载发起人的姓名或者名称,股东人数众多、股份转让频繁,依据公司章程的记载来确认股东身份存在操作上的困难。^④此时,相对人可以要求公司提供股东名册以作审查。^⑤为实际控制人提供的关联担保,虽然《公司法》第216条第3项对实际控制人作了界定,但实际控制人的判断对于相对人而言较为困难。认定实际控制人的关键在于其能否对公司的经营决策拥有“实质性控制力”。司法实践中,实际控制人主要基于股权投资关系、家族亲缘关系、特定身份、特定职务、特定协议等对公司实施控制。^⑥其中,相对人通过持股比例可以判断基于股权投资关系的实际控制人,但尚难判断基于其他关系的实际控制人。在解释论上,如果相对人因不知被担保人为实际控制人而仅按照公司章程的规定审查了董事会决议,应推定其为善意,由公司承担相对人不构成善意的举证责任。^⑦

2. 审查股东(大)会决议的签字人员和表决权比例是否适格

在案涉担保应由股东(大)会作出决议的情形下,相对人应比对公司章程的规定,按照一般理性人的标准,对公司决议中的股东签章与公司章程上的股东签章或者股东名册进行形式上的核对,同时计算同意担保的股东所持表决权是否达到法律和公司章程规定的比例要求。

对于有限责任公司而言,相对人接受公司担保时可以将公司章程作为股东会决议的对比样本。对于股份有限公司而言,由于股东名册上一般并无股东签章,在合理审查标准之下,相对人只须审查决议中签章的股东是否对应于股东名册的记载。^⑧《民商事审判会议纪要》第18条第1款指出,就关联担保而言,应审查“在排除被担保股东表决权的情况下,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,签字人员也符合公司章程的规定”,该规定排除了公司章程对于表决权比例的例外安排;就非关联担保而言,应审查“同意决议的人数及签字人员符合公司章程的规定”。本文认为,这一规定值得商榷。同意决议的人数符合公司章程的规定,并不足以形成有效的股东(大)会决议。因为股东(大)会决议采行资本多数决,而非人数多数决,即使同意决议的股东人数达到了

① 蒋大兴:《超越商事交易裁判中的“普通民法逻辑”》,载《国家检察官学院学报》2021年第2期,第8页。

② 朱颖琦、李瑶菲:《新司法政策下公司对外担保行为的效力认定》,载蔡建春、卢文道主编:《证券法苑》第二十九卷,法律出版社2020年版,第149-150页;蒋大兴:《超越商事交易裁判中的“普通民法逻辑”》,载《国家检察官学院学报》2021年第2期,第9-10页;最高人民法院民事审判第二庭著:《最高人民法院民法典担保制度司法解释理解与适用》,人民法院出版社2021年版,第136页。

③ 根据《市场主体登记管理条例》第9条第1项的规定,公司章程属于公司向登记机关备案的事项。

④ 施天涛:《公司法论》(第四版),法律出版社2018年版,第248页;钱玉林:《公司为他人提供担保的裁判规则与理由》,载蒋锋、卢文道主编:《证券法苑》第二十八卷,法律出版社2020年版,第189页。

⑤ 例如,在陕西省高级人民法院(2020)陕民终491号民事判决书中,二审法院认为:“根据新鑫公司向西安投资公司出具的股东名册和股东会决议载明,新疆新鑫出资占比51%,但新疆新鑫未在股东会决议上签章,故该股东会决议未成立。”

⑥ 虞政平、王朝辉、吴飞飞:《论公司人格否认规则对实际控制人的适用》,载《法律适用》2021年第2期,第92页。

⑦ 钱玉林:《公司为他人提供担保的裁判规则与理由》,载蒋锋、卢文道主编:《证券法苑》第二十八卷,法律出版社2020年版,第189页。

⑧ 根据《市场主体登记管理条例》第8条第2款的规定,“有限责任公司股东、股份有限公司发起人、非公司企业法人出资人的姓名或者名称”属于市场主体的登记事项。

多数,并不表明其所持表决权达到了多数。

对于股东(大)会决议,应当审查决议中同意担保的股东所持表决权(股权、股份)之和是否达到法律和公司章程规定的最低表决权要求。《公司法》第103条第2款和第121条均对此作出了规定。值得注意的是,如果公司章程对股东(大)会决议的表决权比例另有规定,且该表决权比例高于《公司法》第16条的规定的,应当以公司章程的记载为准。由于公司担保并不在《公司法》第103条所规定的特殊事项之中,如果公司章程没有例外规定,在解释上可按一般事项处理,即表决权的过半数通过。^①至于表决权比例的计算,有限责任公司股东会决议以全体股东所持表决权数为基数、股份有限公司股东大会决议以出席会议的股东所持表决权数为基数,同时应考虑有限责任公司章程中股东不按照持股比例行使表决权的規定、股份有限公司的类别股、未尽出资义务股东的表决权限制等等。^②

值得注意的是,即使应予排除表决的股东在股东(大)会决议上签章,亦不宜就此否定股东(大)会决议的效力。在计算表决权时,如若应予排除表决的股东参与了表决,只须在计算最终表决权比例时将该股东的表决权剔除即可。^③

3. 审查董事会决议的签字人员和表决权比例是否适格

在案涉担保应由董事会作出决议的情形下,相对人应审查决议中签章的董事是否对应公司登记(备案)申请书中的记载^④,同时计算同意担保的董事人数是否达到法律和公司章程规定的最低要求。《民商事审判会议纪要》第18条第2款指出,应审查“同意决议的人数及签字人员符合公司章程的规定”。由于相对人并无获得董事签章样本的渠道,也无鉴别签章真假的專業水平,因此无需核实董事签章的真实性。

对于董事会决议,应当审查决议中同意担保的董事人数是否达到法律和公司章程规定的最低要求。董事的表决权,我国《公司法》采用“一人一票”制(第48条第3款、第111条第3款)的人数多数决。股份有限公司董事会决议的形成,我国《公司法》第111条第1款确立了出席董事会会议的董事人数(过半数)和同意决议的董事人数(全体董事的过半数)两方面的条件。有限责任公司董事会决议的形成,则未有此类规定,而是留由公司章程规定。基于董事会决议的法律属性——决议行为,有限责任公司董事会决议亦应实行人数多数决。至于是简单多数决还是绝对多数决,是以出席董事会的人数还是以全体董事为计算基数,则由公司章程规定。

4. 是否审查担保数额超过公司章程的限制

《民商事审判会议纪要》第18条第2款指出,公司章程中对于担保金额的限制属于对法定代表人代表权的约定限制,不能对抗善意第三人,公司以担保金额超过法定限额为由抗辩债权人非善意的,一般不予支持。基于前述公司章程在审查公司决议中的地位和作用,公司章程属于相对人在审查公司担保决议时必须审查的公司内部文件,其中关于限制担保金额的规定,自然对相对人发生效力。因此,相对人应审查公司章程对单项担保的数额是否有限制,以及公司担保决议中的担保数额

① 马更新:《公司担保中决议形成程序与合同效力认定间牵连关系探析》,载《法学杂志》2020年第6期,第31页。

② 钱玉林:《公司为他人提供担保的裁判规则与理由》,载蒋锋、卢文道主编:《证券法苑》第二十八卷,法律出版社2020年版,第187页。

③ 高圣平:《公司担保中相对人的审查义务——基于最高人民法院裁判分歧的分析和展开》,载《政法论坛》2017年第5期,第143页。

④ 根据《市场主体登记管理条例》第9条第4項的规定,“公司董事、监事、高级管理人员”属于公司应向登记机关备案的事项。

是否超过了该限制。超出该限制的部分对公司不发生效力。至于担保数额是否超过章程对担保总额的限额规定,由于相对人难以知悉公司此前的担保次数、担保限额等信息,不宜要求相对人核实这一事项。^①

(三) 相对人审查的标准

正如前述,相对人审查的对象主要集中于公司决议本身,而不是公司决议有效与否,后者主要是指公司决议不存在不成立、无效或者可撤销的情形,且达到法律和公司章程规定的最低表决权比例。^② 公司决议的效力应由法院确认,同时公司决议的部分瑕疵须经司法鉴定方能识别,要求相对人在担保合同订立之初即对公司决议的有效性进行审查,不仅超出了相对人的固有审查能力,而且不适当地增加了公司担保的交易成本,损及交易效率。^③ 因此,在法院尚未作出公司决议无效、可撤销或者不成立的认定之前,应推定公司决议为有效。^④

基于此,《公司担保解释稿》第6条第1款将相对人对公司章程、公司决议等与担保相关的文件的审查限于形式审查。^⑤ “相对人根据公司提供的或者从正常公开途径查询到的现有资料能够证明公司担保的决议机关、决议程序和担保单笔限额符合《公司法》第16条、第104条、第121条的规定,即可认为相对人尽到了合理的审查义务。”^⑥《民商事审判会议纪要》第18条第2款也将相对人对公司决议内容的审查限于形式审查,只要求相对人尽到必要的注意义务。“毕竟相对人并非公司的内部人,难以了解公司决议的具体情况。”^⑦自此,关于相对人审查的标准,裁判中总体上趋向于形式审查。^⑧

所谓形式审查,是指仅审查公司决议的形式要件,对其真实性、合法性、有效性则不作审查。^⑨ 但司法上同时认为,相对人应审查文件记载的内容在形式上是否符合《公司法》第16条、第104条、第121条等的规定^⑩,“基本要求包括:一是审查股东或者董事的身份是否属实;二是在关联担保情况下,应当回避表决的股东是否参与了表决”。^⑪ 无公司决议的,只要不存在豁免决议审查的情形,即足以认定相对人非为善意;有公司决议但非适格决议的,仍然存在相对人善意的可能;有公司决议但系伪造或者变造的,除非公司有证据证明相对人明知决议系伪造或者变造,否则不宜仅据此认定相对人非善意。^⑫

① 李建伟:《公司非关联性商事担保的规范适用分析》,载《当代法学》2013年第3期,第85页。

② 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145页。

③ 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》,载《法律适用》2011年第3期,第35页;高圣平:《公司担保中相对人的审查义务——基于最高人民法院裁判分歧的分析和展开》,载《政法论坛》2017年第5期,第142页。

④ 马更新:《公司担保中决议形成程序与合同效力认定间牵连关系探析》,载《法学杂志》2020年第6期,第35页。

⑤ 《公司担保解释稿》第6条第1款指出,“公司依据本解释第一条规定主张担保合同对其不发生效力,相对人能够证明其在订立担保合同时对公司章程、公司决议等与担保相关的文件进行了形式审查,文件记载的内容在形式上符合公司法第十六条、第一百二十一条等法律规定的,人民法院应当认定该担保合同对公司发生效力。”

⑥ 贺小荣主编:《最高人民法院民事审判第二庭法官会议纪要——追寻裁判背后的法理》,人民法院出版社2018年版,第200页。

⑦ 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186页。

⑧ 具体裁判可参见最高人民法院(2019)最高法民申2613号民事裁定书;最高人民法院(2020)最高法民申4267号民事裁定书;上海市高级人民法院(2019)沪民终296号民事判决书;山东省高级人民法院(2020)鲁民终721号民事判决书等等。

⑨ 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28页。

⑩ 贺小荣主编:《最高人民法院民事审判第二庭法官会议纪要——追寻裁判背后的法理》,人民法院出版社2018年版,第200页。

⑪ 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187页。

⑫ 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186-187页。

有一种观点认为,如果相对人仅要求公司提供公司决议,并就其形式要件进行审查,实际上降低了相对人的注意义务,无法达到《公司法》第16条遏制违规担保的规范目的。“形式审查义务有时与无需审查无异”。^①学者就此提出了改造方案。相对人不仅应对公司决议进行文义性审查,还应进行简单的逻辑审查,包括:审查核实股东或者董事的身份(仅须表面上的核对,无须鉴别签章的真实性);计算同意担保的股东或者董事所持表决权是否达到法定或者公司章程规定的要求;审查担保金额是否超过限额^②,以确定表面上是否符合法律或者公司章程对公司担保的内部决策要求。^③

相对人审查的标准亦应基于《民法典》第504条规定的“知道或者应当知道”加以确定。^④《民法典担保制度解释》第7条第3款规定:“相对人有证据证明已对公司决议进行了合理审查,人民法院应当认定其构成善意,但是公司有证据证明相对人知道或者应当知道决议系伪造、变造的除外。”该款将《民商事审判会议纪要》中的“形式审查”修改为“合理审查”。这就表明,并非相对人在签订担保合同时要求公司提交公司担保决议、公司章程及相关文件,就构成善意。实际上,结合前述相对人审查的内容可知,就部分内容进行的审查,已经脱逸出了“形式审查”的范畴。由此可见,“合理审查”既非宽松的“形式审查”,也非严苛的“实质审查”,而是“审慎的形式审查”。注意义务过于宽松会纵容债权人疏忽懈怠,不利于维护交易安全与防范金融风险;过于严苛则会推高融资成本,降低授信效率,不利于金融服务于实体经济发展。^⑤《民法典担保制度解释》以“合理审查”代替“形式审查”,将审查义务履行程度与一般注意义务标准等同起来^⑥,值得赞同。

但值得注意的是,相对人为自然人时,是否可降低其审查义务?裁判中就此存在争议。多数裁判认为,作为债权人的自然人应知晓《公司法》第16条的规定,如果其在接受公司担保时未对公司担保决议尽审查义务,即非善意。^⑦对于自然人提出的法定代表人在担保合同上签字即表明其已尽到注意义务、并不存在过错的主张,法院不予支持。^⑧相对人不得以其非法律专业人士为由主张其未审查公司决议即为善意。^⑨亦有裁判认为,法定代表人在担保合同上签字并加盖公司公章,足以构成自然人作为相对人时的善意。此时,可以认为自然人已经尽到合理的审查义务,担保合同有效。^⑩“作为一般的非具有相关法律知识的公民并不明确知晓法律的相关规定,不能以此对(其)做过于苛刻的要求。”^⑪本文以为,《民法典》和《公司法》的相关规定在自然人和法人之间并不存在适

① 钱玉林:《寻找公司担保的裁判规范》,载《法学》2013年第3期,第37页。

② 李建伟:《公司非关联性商事担保的规范适用分析》,载《当代法学》2013年第3期,第83-85页;高圣平:《公司担保中相对人的审查义务——基于最高人民法院裁判分歧的分析和展开》,载《政法论坛》2017年第5期,第143-144页。

③ 朱颖琦、李瑶菲:《新司法政策下公司对外担保行为的效力认定》,载蔡建春、卢文道主编:《证券法苑》第二十九卷,法律出版社2020年版,第148页。

④ 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155页。

⑤ 刘俊海:《公司法定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。

⑥ 甘培忠、马丽艳:《公司对外担保制度的规范逻辑解析——从〈公司法〉第16条属性认识展开》,载《法律适用》2021年第3期,第58页。

⑦ 上海市高级人民法院(2019)沪民申2371号民事裁定书;浙江省宁波市中级人民法院(2020)浙02民终652号民事判决书。相似裁判还有最高人民法院(2019)最高法民申2613号民事裁定书;最高人民法院(2019)最高法民申5637号民事裁定书;安徽省池州市中级人民法院(2020)皖17民终6号民事判决书。

⑧ 山东省高级人民法院(2020)鲁民终3060号民事判决书。

⑨ 江苏省高级人民法院(2019)苏民申2049号民事裁定书;北京市第三中级人民法院(2019)京03民终15271号民事判决书。

⑩ 山西省临汾市中级人民法院(2019)晋10民终2934号民事判决书。

⑪ 安徽省合肥市中级人民法院(2019)皖01民终10658号民事判决书。

用范围上的区分,根据“法律一经公布即推定所有人明知及不知法律不免责的法理”^①,自然人不得因其身份而主张“不知法律规定即构成善意”。

三、相对人非善意时的法律效果

既然相对人非善意时担保合同对公司不发生效力,公司自然不应承担担保责任。但公司就此是否应当承担其他民事责任,学说和裁判中存在重大分歧。否定说认为,无论担保合同是否有效,公司均不是相应法律责任的归属主体,自然无须再承担赔偿责任。^②此时,应类推适用《民法典》第171条,由法定代表人(行为人)和相对人根据过错程度承担赔偿责任。^③肯定说则认为,法定代表人是公司的法定机关,其代表权限来源于法律的明确规定。法定代表人对外从事的行为,即便是越权行为,也是公司对外从事的行为,本质上属于履职行为。即使担保合同对公司不发生效力,也仅表明相对人是恶意的,并不能进一步推导出公司自身无过错。公司因在选任、监督法定代表人以及公章管理等方面存在过错,应承担缔约过失责任。此时,基于越权代表和无权代理的区别,不宜类推适用《民法典》第171条,而应以《民法典》第62条为规范依据。^④肯定说为司法实践的主流观点。^⑤

《民法典担保制度解释》区分上市公司和非上市公司采取了不同的观点。就上市公司而言,采纳了否定说的观点,认为上市公司既不承担担保责任,也不承担赔偿责任(第9条第2款)。如令上市公司承担赔偿责任,既损害证券市场上广大中小投资者的权利,也不可能根治上市公司违法违规担保问题。^⑥就非上市公司而言,则采纳了肯定说的观点,参照适用《民法典担保制度解释》第17条第1款第1项的规定,公司基于其过错应承担不超过债务人不能清偿部分的二分之一的赔偿责任(第7条)。相对人明知决议是伪造或者变造仍然接受担保的,可以认为公司并无过错,据此无须承担缔约过失责任。^⑦本文坚持否定说的观点,主要理由如下:

第一,肯定说认为,“法定代表人是公司的机关,法定代表人的意思就是公司的意思,法定代表

① 贺小荣主编:《最高人民法院民事审判第二庭法官会议纪要——追寻裁判背后的法理》,人民法院出版社2018年版,第192页。

② 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81页;蒋大兴:《超越商事交易裁判中的“普通民法逻辑”》,载《国家检察官学院学报》2021年第2期,第12页;甘培忠、马丽艳:《公司对外担保制度的规范逻辑解析——从〈公司法〉第16条属性认识展开》,载《法律适用》2021年第3期,第59页。持此观点的判决可参见安徽省高级人民法院(2016)皖民终839号民事判决书;湖南省高级人民法院(2017)湘民终356号民事判决书;江苏省高级人民法院(2019)苏民申5407号民事裁定书等等。

③ 贺小荣主编:《最高人民法院民事审判第二庭法官会议纪要——追寻裁判背后的法理》,人民法院出版社2018年版,第201-202页。

④ 最高人民法院民事审判第二庭著:《最高人民法院民法典担保制度司法解释理解与适用》,人民法院出版社2021年版,第136-138页;林文学、杨永清、麻锦亮、吴光荣:《〈关于适用民法典有关担保制度的解释〉的理解与适用》,载《人民司法》2021年第4期,第33页。

⑤ 持此观点的判决可参见最高人民法院(2016)最高法民申1796号民事裁定书;最高人民法院(2017)最高法民再258号民事判决书;最高人民法院(2019)最高法民终451号民事判决书;最高人民法院(2019)最高法民终1524号民事判决书;最高人民法院(2019)最高法民终1804号民事判决书;浙江省高级人民法院(2020)浙民终144号民事判决书;上海市高级人民法院(2020)沪民终30号民事判决书等等。

⑥ 最高人民法院民事审判第二庭著:《最高人民法院民法典担保制度司法解释理解与适用》,人民法院出版社2021年版,第156-157页。

⑦ 最高人民法院民事审判第二庭著:《最高人民法院民法典担保制度司法解释理解与适用》,人民法院出版社2021年版,第138页。

人和公司合二为一”^①,故公司不能不承担任何赔偿责任。“(代表人)在没有公司股东(大)会决议授权的情况下,越权代表公司与相对人签订担保合同,亦存在明显过错,其行为系代表(公司)的职务行为,行为后果应由(公司)承担。”^②法定代表人的权力外观与公司行为密不可分,公司对法定代表人的行为应严格管理,通过内部治理机制予以规范。如果只将法定代表人个人作为责任承担主体,作为担保合同缔约主体的公司却不承担责任并不合理。^③

尽管在民法理论上,关于法人的本质存在“拟制说”与“实在说”之争,但法定代表人仍然是具有独立人格的自然人,法人本身也具有自己独立的人格^④,不宜简单地将法定代表人的过错归咎于法人。关于法定代表人与法人的关系,解释的都是何以将法定代表人的行为归属于法人。因此,代表规范在性质上属于效果归属规范,而非行为规范,《民法典》第 504 条较之《合同法》第 50 条进一步明确了此问题。^⑤ 相对人非为善意的情形下,担保合同对公司不发生效力,担保合同的法律效果不归属于公司。也就是说,公司欠缺与相对人订立担保合同的意思表示,不是案涉担保合同的当事人^⑥,无论担保合同的效力为何,其法律效果均不由公司承受。此时,类推适用《民法典》第 62 条,要求公司承担缔约过失责任即失去正当性。“公司并无实际缔约行为,何谈缔约过失?”^⑦

有观点认为,“法人应为其法定代表人或工作人员的过错负责,尤其是对外造成他人损害时”,“从一般侵权法上考虑,担保不生效,但是法定代表人或董事们的行为(不是决议行为,而是对外担保的交易活动行为)导致了债权人的损失。此项纯属经济损失,根据过错归属法人的规则,应由公司赔偿。法定代表人或董事的过错相当于法人的过错。”^⑧从规范基础的角度来看,此观点涉及《民法典》第 62 条第 1 款和第 1191 条第 1 款的适用关系。^⑨ 在《公司法》第 16 条对法定代表人的代表权施加法定限制的情形下,法定代表人越权与相对人签订担保合同,并非其执行职务的行为,此时善意相对人并无可保护的信赖利益,也就无所谓信赖利益损失。关于是否构成用人单位侵权,尚存疑问。如果认定用人单位构成《民法典》第 1191 条上的侵权,也就不是对纯粹经济损失的保护,而是直接的法益侵害保护。此时令公司承担侵权责任,理据不足。从规范目的来看,善意债权人还可以从公司获得其损失的 1/2 的赔偿,已经超出了《公司法》第 16 条保护公司的意旨。^⑩

第二,肯定说之下,司法实践对于公司过错的认定可以归纳为三类:一是公司对公章的使用和管理不规范^⑪;二是公司未能有效约束法定代表人,导致其未能按照《公司法》及公司章程的规定处

① 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 192 页。

② 河南省高级人民法院(2019)豫民再 453 号民事判决书。

③ 鲍丹露:《公司对外担保合同的效力认定和效果归属——上海吉品拉链担保公司追偿纠纷案、朱莉民间借贷案件为视角》,载《上海商学院学报》2020 年第 2 期,第 89 页。

④ 李洪建:《论公司法定代表人的制度功能与定位修正》,载《中国矿业大学学报(社会科学版)》2019 年第 4 期,第 39 页。

⑤ 黄薇主编:《中华人民共和国民法典合同编解读》,中国法制出版社 2020 年版,第 140 页。

⑥ 刘俊海:《公司法定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 240 页。

⑦ 甘培忠、马丽艳:《公司对外担保制度的规范逻辑解析——从〈公司法〉第 16 条属性认识展开》,载《法律适用》2021 年第 3 期,第 59 页。

⑧ 李志刚等:《公司对外担保无效之赔偿责任》,载《人民司法》2020 年第 19 期,第 103-104 页。

⑨ 《民法典》第 62 条第 1 款规定:“法定代表人因执行职务造成他人损害的,由法人承担民事责任。”第 1191 条第 1 款规定:“用人单位的工作人员因执行工作任务造成他人损害的,由用人单位承担侵权责任。用人单位承担侵权责任后,可以向有故意或者重大过失的工作人员追偿。”

⑩ 李志刚等:《公司对外担保无效之赔偿责任》,载《人民司法》2020 年第 19 期,第 105 页。

⑪ 上海市高级人民法院(2020)沪民终 402 号民事判决书;浙江省高级人民法院(2020)浙民终 290 号民事判决书。

理对外担保事宜^①;三是公司未能及时发现和制止法定代表人以公司名义签订担保合同。^②但从我国现有的公司治理体制来看,将前述过错归咎于公司过于严苛。毕竟,公章是公司意思表示的外在推定形式,而法定代表人是公司的意思表示主体,其有代表公司管理和使用公章的权利。^③同时,公司治理的核心是分权与制衡,法定代表人的代表权也需受到此种制约。一方面,我国公司法实行法定的独任代表制,法定代表人对外垄断公司的意思表示权力;另一方面,现有制度并未对法定代表人越权行为提供足够的内部控制。仅就法定代表人超越代表权限而言,公司无法监督和控制法定代表人的行为,同时选任、监督过失与法定代表人越权之因果链条过长。^④为此,很难直接表明公司在选任或者监督法定代表人、公章管理上存在过错,也很难要求公司百分之百地确保法定代表人的行为无任何瑕疵。否则,“公司过错认定恐有扩大化之虞。”^⑤由公司承担赔偿责任的归责原则系过错推定,在公司向相对人承担赔偿责任的限度内,实际效果接近于(但不等同于)公司承担了担保责任^⑥,造成公司在越权担保情形下被“二次伤害”,不利于实现《公司法》第16条保护公司利益免受法定代表人滥权之损害的规范目的。^⑦

在法经济学上,法定代表人越权代表的责任分配实际上是公司与相对人之间的风险分配,原则上应由避险成本最低的一方承担,从而实现社会福利的最大化。^⑧就法定代表人的越权担保行为而言,相对人的调查或者注意成本显然低于公司的监督成本,相对人比公司更有风险防范能力,毕竟相对人只要尽到合理审查义务,即可查明法定代表人是否具有代表权限,并继而选择是否签订担保合同。《民法典担保制度解释》第7条第1款要求公司承担部分赔偿责任,实际上是将法定代表人越权担保的风险分配给公司与相对人,以此寻求相对人与公司间的利益平衡。但这一规定将大幅增加公司的监督成本,且与现代公司治理结构不符。^⑨在法定代表人确定无法获得公司授权而与恶意相对人签订担保合同,通过“先斩后奏”的方式实现部分担保目的的情况下,还极有可能滋生道德风险。

第三,肯定说反对类推适用无权代理规则的主要理由在于,法定代表人越权担保亦属其执行职务的行为,即便越权行为不对公司发生效力,但由法定代表人个人承担责任也缺乏依据。而委托代理情况下,代理人的权限来自被代理人的授权,未经被代理人授权的,其行为与被代理人无关,自然不对被代理人发生效力,而应由代理人自身承担责任。^⑩“由于被代表人是没有生命的法律拟制体,其意思形成机制与自然人存在很大差别,因此,直接允许法定代表人越权时可‘准用’表见代理似不甚合理。”^⑪

① 上海市高级人民法院(2020)沪民终402号民事判决书;浙江省高级人民法院(2020)浙民终290号民事判决书。

② 浙江省高级人民法院(2020)浙民终144号民事判决书;浙江省高级人民法院(2020)浙民终386号民事判决书。

③ 湖南省高级人民法院(2017)湘民终356号民事判决书。

④ 李志刚等:《公司对外担保无效之赔偿责任》,载《人民司法》2020年第19期,第108页。

⑤ 黄辉:《现代公司法比较研究——国际经验及对中国的启示》(第二版),清华大学出版社2020年版,第145页。

⑥ 杨代雄:《越权代表中的法人责任》,载《比较法研究》2020年第4期,第47页。

⑦ 贺小荣主编:《最高人民法院民事审判第二庭法官会议纪要——追寻裁判背后的法理》,人民法院出版社2018年版,第201-202页。

⑧ 黄辉:《现代公司法比较研究——国际经验及对中国的启示》(第二版),清华大学出版社2020年版,第145页。

⑨ 李志刚等:《公司对外担保无效之赔偿责任》,载《人民司法》2020年第19期,第107页。

⑩ 最高人民法院民事审判第二庭著:《最高人民法院民法典担保制度司法解释理解与适用》,人民法院出版社2021年版,第137-138页。

⑪ 李激汉、刘平:《公司为他人提供担保纠纷案件法律适用路径检讨——兼评最高人民法院〈公司担保司法解释(讨论稿)〉》,载蒋锋、卢文道主编:《证券法苑》第二十六卷,法律出版社2019年版,第64页。

就法定代表人与法人的关系而言,“代表说”与“代理说”的区别主要在于法定代表人的行为归于法人的理论射程远近不同,而就法定代表人和代理人的关系,两者在实践后果和价值判断上并无显著不同,更多是理论解释上的区别。^①依“代表说”有关“代表人行为即法人行为”之观点,《民法典》第504条应表达为“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,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”,而非“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”,这一矛盾恰恰揭示了“代表说”与“代理说”理论的同质性。^②

从代表制度的渊源来看,“代表说”与“代理说”的分野在于法定代表人对于法人全部事业活动的概括性代理权。^③在《公司法》第16条规定的法定限制情形下,前述观点尚待商榷。其中,对于未经公司有权机构作出同意担保的决议的情形,所谓法定代表人越权代表实为无权代表。此时,法定代表人的地位与无权代理人的地位几近相当,未经特别授权,法定代表人与代理人均无代表或者代理公司与相对人签订担保合同的权限。相对人不能以行为人的法定代表人身份而主张担保合同的效果当然归属于公司。基于此,法定代表人越权担保与代理人无权代理之间就具有了相似性,类推适用《民法典》第171条的无权代理规则也就具有了正当性。对于法定代表人越权担保的情形,未经公司追认,如果以缔约过失责任为相对人提供救济,则承担赔偿责任的主体应为法定代表人,而非公司。

反对类推适用无权代理规则,还将导致在同时存在越权代表和无权代理时的不同处理结果。例如,在没有公司担保决议的情形下,法定代表人授权委托代理人与相对人签订担保合同,此时,同时构成越权代表和无权代理。就无权代理而言,在《民法典》第171条之下,如未经公司追认,担保合同对公司不发生效力,由相对人和代理人依其过错承担责任,公司并无所谓缔约过失责任可言。^④就越权代表而言,同样是担保合同对公司不发生效力,依据《民法典担保制度解释》第7条第1款,公司须承担与其过错相应的赔偿责任(缔约过失责任)。如此,即造成对类似情形的不同评价,实不足采。

四、结语

虽然担保活动伴随着风险,但在信用授受高度发达的市场中,公司为他人债务提供担保是常见且必要的交易,故而各国立法对公司担保均是采取限制而非禁止的态度。《公司法》第16条遵循的是形式主义的规制思路,即通过公司决议机制来控制损害公司利益的担保交易,基于公司法的组织法和管理法属性,该条并不能作为相关担保合同效力判断的规范基础。^⑤鉴于法定代表人是越权担保行为的直接实施者,实现《公司法》第16条立法目的的最佳行为范式是法定代表人经过适格决议

① 陈自强:《代理权与经理权之间——民商合一与民商分立》,北京大学出版社2010年版,第13页、第108页。

② 李洪建:《论公司法定代表人的制度功能与定位修正》,载《中国矿业大学学报(社会科学版)》2019年第4期,第40页。

③ 迟颖:《法定代表人越权行为的效力与责任承担——〈民法典〉第16条第2款、3款解释论》,载《清华法学》2021年第4期,第124页。

④ 浙江省杭州市中级人民法院(2018)浙01民初4553号民事判决书。

⑤ 施天涛:《〈公司法〉第16条的规范目的:如何解读、如何适用?》,载《现代法学》2019年第3期,第119页。

后再与相对人签订担保合同,相对人同时就法定代表人是否经过决议授权履行一定的审查义务。^①在公司法定代表人越权担保效力的具体规则适用上,需结合组织法规范、行为法规范进行体系解释。以《民法典》第504条所确立的代表规范、效果归属规范为基础,相对人需基于《公司法》第16条的规定审查法定代表人是否具有代表权以证明自己的善意。相对人善意的,担保合同对公司发生法律效力;相对人非为善意的,未经公司追认,担保合同对公司不发生法律效力。对公司不发生效力的担保合同,类推适用《民法典》第171条第4款的规定,由法定代表人和相对人基于各自的过错承担相应的赔偿责任(性质上属于缔约过失责任)。总之,公司法定代表人越权担保的效力,是一个来源于实践,经由立法的规范与理论的引导,终究又要回归于实践的问题。随着今后公司治理与司法实践的发展,公司担保问题必将引起新的讨论。ML

Re-discussing the Legal Effect of Ultra vires Guarantee by the Legal Representative of a Company

GAO Sheng-ping

(Civil and Commercial Law Institute, Renmin University of China, Beijing 100872, China)

Abstract: Article 16 of Company Law is a statutory limitation on the authority to represent of the legal representative to represent, which is not sufficient to create reasonable reliance by the counterparty at the time the company enters into a security contract with the counterparty. The act of the legal representative entering into a security contract with the counterparty in the name of the company without a proper corporate resolution constitutes an ultra vires representation. When entering into a security contract with the company, the counterparty shall examine the authority of the legal representative. The good or bad faith of the counterparty depends on whether it has exercised due diligence to review the legal representative's authority to represent. The object of the review is not limited to the company's resolution, but must also be combined with the company's articles of association and other documents to determine whether the company's resolution is appropriate; the standard of the review is "reasonable review", which is a prudent formal review. If the counterparty has not done a reasonable review, its subjective is non-good faith, the guarantee contract does not occur to the company without the company's recognition. At this point, the company will not bear either the guarantee liability or the contractual negligence liability. As for the loss of the counterparty, the counterparty and the legal representative shall share it according to the degree of fault.

Key Words: guarantee provided by a company; legal representative; the limitation of representative authority; duty of review; reasonable review

本文责任编辑:黄 汇

青年学术编辑:孙 莹

^① 吴飞飞:《公司担保合同行为的最佳行为范式何以形成——公司越权担保合同效力认定的逆向思维》,载《法学论坛》2015年第1期,第64页。