

## 论公司越权担保的认定标准及法律效果

石冠彬\*

**摘要:**公司越权担保是指公司法定代表人或其他人员未经公司有权决议机构作出有效决议而以公司名义对外提供的担保。公司担保权利能力并非来源于公司章程的规定,《中华人民共和国公司法》第16条关于公司对外提供担保的一般性规则宜认定为管理性强制性规定,其目的在于防止公司经营层侵犯公司及股东(尤其是中小股东)的利益,这从根源上决定公司担保相对人对与担保相关的文件负有形式审查义务,否则可认定担保相对人主观恶意,不满足适用表见代理(表见代表)制度的构成要件,公司将不受越权担保合同的约束。但是,在越权担保的认定中,有权决议机构不宜局限于《中华人民共和国公司法》第16条规定的范畴,而应尊重公司的章程自治;公司对外提供担保决议的有效性认定除符合实质表决权外,原则上还须符合召开会议进行表决这一形式要件。

**关键词:**公司越权担保 认定标准 审查义务 表见代理(表见代表)

DOI:10.16390/j.cnki.issn1672-0393.2020.02.012

《中华人民共和国公司法》(以下简称《公司法》)第16条规定:“公司向其他企业投资或者为他人提供担保,依照公司章程的规定,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。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……”该条确立了公司为他人提供担保的内部控制程序,一定程度上体现了公司法作为组织法的特性。但是,自2006年《公司法》施行以来,围绕“公司的法定代表人或者其他人员违反法定程序擅自以公司名义对外提供的越权担保能否约束公司”这一问题,理论界和实务界就越权担保合同效力、相对人是否具有审查义务即何时适用表见代理(表见代表制度)等产生了严重分歧,最高人民法院的裁判立场也始终处于摇摆状态。

基于公司越权担保的效力问题已经成为公司法领域最具争议的话题之一,裁判分歧一定程度上也加剧了纠纷的产生及司法公信力的受损。因此,最高人民法院自2017年底以来密集表态致力于统一上述问题的裁判立场:2017年12月2日,最高人民法院民事审判第二庭第七次法官会议就该问题

\* 中国人民大学民商事法律科学研究中心博士后研究人员,海南大学法学院教授、博士生导师  
基金项目:国家社会科学基金项目(18CFX051)

专门形成法官会议纪要(以下简称《2017年最高法民二庭会议纪要》);<sup>①</sup>2018年8月9日,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《2018年公司担保司法解释草案》)就《公司法》第16条相关法律问题加以规定,并公开征求意见;2019年11月8日《全国法院民商事审判工作会议纪要》(以下简称《九民会议纪要》)延续前述《2017年最高法民二庭会议纪要》和《2018年公司担保司法解释草案》所持裁判立场,指出法定代表人越权以公司名义提供担保时,本质上需要根据是否具备表见代表制度的构成要件来认定担保合同能否约束公司,而表见代表所要求的相对人主观上的“善意”原则上须以其履行相应的形式审查义务作为判断标准。

就普通公司越权担保法律效果问题,笔者认为应围绕如下最基本的问题展开讨论:(1)如何界定公司越权担保的内涵,《公司法》第16条本身是否属于效力性强制性规定,前述最高人民法院为统一司法裁判立场所做的努力是否符合《公司法》第16条这一法律规范本身的规范目的;(2)在公司提供担保的情形下,相对人是否具有对公司内部决议、章程等与担保相关的文件进行形式审查的义务,如何认定其已尽审查义务。鉴此,笔者将在考察司法实务裁判立场的基础上,围绕相关问题展开讨论,并就如何完善《公司法》第16条提出建议,以期理论界和实务界能早日达成共识,切实保障立法目的之实现,统一裁判立场,维护司法公信力。

## 一、公司越权担保的认定

《公司法》第16条规定,经过公司内部有权决议机构的有效决议是公司对外提供担保的必要程序,这就意味着公司在没有取得有权机构的有效决议之前,以公司名义对外提供的担保均属公司越权担保。因此,公司越权担保的认定必然涉及公司担保权利能力是否源于公司章程、如何认定公司对外担保经过内部有效决议两个问题。

### (一)公司担保权利能力并非源于公司章程的证成

就公司担保权利能力与公司章程的关系,即公司担保权利能力是否源于公司章程或法律规定的问题,经学者考证,在域外立法例上,存在“肯定说”和“否定说”两种截然相反的立场:“肯定说”认为“原则上应禁止公司对外提供担保”,公司只能依其他法律或者公司章程的规定成为保证者,“否定说”认为“原则上应允许公司对外提供担保”,即只要其他法律或公司章程没有禁止公司对外提供担保,则公司具有担保权利能力,美国示范公司法持这一立场。<sup>②</sup>就此,国内有学者认为公司有无对外担保能力应以章程规定为限,即在法律未做特别规定之时,只要公司章程未做规定的,公司就不具有担保权利能力,其法律效果相当于公司章程明确禁止公司对外提供担保。<sup>③</sup>换言之,只要公司章程中没有规定公司可以对外提供担保,则公司不论经过何种内部表决方式,只要没有达到修改公司章程的效果,其对外所提供的担保都将因违反《公司法》第16条规定而无效。也有学者在肯定公司对外提供担保必须基于章程规定的基础上,进一步指出公司对具体债务的担保决定也必须由董事会或者股东(大)会作出决议,即“公司章程”是公司担保权利能力的基础性依据,而“董事会或者股东(大)会决议”

<sup>①</sup> 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193~195页。

<sup>②</sup> 参见苏翠萍:《公司担保问题探析》,《人民司法》2009年第7期。

<sup>③</sup> 参见宁金成:《公司违反章程规定对外担保的效力研究——以〈公司法〉第16条第1款的适用为分析背景》,《郑州大学学报》(哲学社会科学版)2011年第4期。

则是公司对外担保权利能力得以实现的程序,两者缺一不可。<sup>①</sup>

笔者认为,应当肯定公司具有担保权利能力,这既符合私法自治的基本要求,也是由《公司法》第16条肯定公司具有担保权利能力所决定的:一方面,《公司法》虽然包含了一些管理性规范,但其本质上属于私法的范畴,章程自治乃现代公司法的基本理念,<sup>②</sup>即私法自治原则是公司法的核心理念,具体表现为法无禁止即自由,而综合考虑《公司法》第16条的3个款项,其旨在规范对外担保决议权的主体和表决权行使,并无禁止公司对外担保的意旨。<sup>③</sup>另一方面,《公司法》第16条确认了公司原则上具有担保权利能力。《公司法》第16条规定,“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”,这意味着法律明确了公司具有提供关联担保的权利能力,只是此时的内部有权决议机构应当是股东(大)会。同理,《公司法》第16条规定公司提供非关联担保时由公司章程规定内部决议机构,这也意味着对公司具有提供非关联担保这一权利能力的肯定,并非对公司对外担保能力的限制,而是一种法定授权,旨在规范公司的担保行为。<sup>④</sup>

## (二)公司对外担保经过内部有效决议的认定

### 1. 公司对外担保内部有权决议机构的认定

有学者认为,公司不论是提供关联担保还是非关联担保,公司章程均不得将对外担保的决定权授予法定代表人等人,否则公司章程的规定以及法定代表人等人所签署的对外担保合同无效。<sup>⑤</sup>但是,公司对外担保本质上将要影响的是公司与股东的利益,因此决定公司能否对外提供担保的内部决议机构的认定宜充分彰显股东的自决权,由股东(大)会通过的公司章程理应具有最高效力,而且与公司所提供担保的类型无关。根据《公司法》第16条的规定,笔者分析如下:

#### (1)公司对外提供关联担保时的有权决议机构

当公司为股东或实际控制人这类“内部人士”提供关联担保时,有权作出该决议的只能是公司的权力机构,即股东(大)会,这是根据《公司法》第16条字面规定所得出的解释结论,前述《2018年公司担保司法解释草案》第4条第1款也持这一解释立场。<sup>⑥</sup>

对此,笔者认为公司提供关联担保并不一定要经过股东(大)会决议同意。如果公司章程授权由公司董事会就公司是否提供关联担保作出决议,应当肯定此章程条款的效力。理由如下:其一,法无禁止即可行。《公司法》第16条关于公司提供关联担保应当经过股东(大)会决议这一规定本身即是为了保护公司和股东的利益,为避免公司管理层与股东或实际控制人勾结,从而损害其他股东的权利,若公司章程授权董事会提供担保,相当于股东(大)会委托董事会行使职权,仍然可认定实际上还是由公司权力机关在行使该项权力,且并不损害他人权利,没有理由否定其效力。其二,从章程的形成过程来考虑,可知公司设立时的章程须经全体股东一致同意才能生效,即使是公司设立后通过修改

<sup>①</sup> 参见蔡晖:《新公司法对公司担保的规范》,《人民法院报》2006年4月5日。

<sup>②</sup> 参见于莹:《中国特色的社会主义商法学理论研究》,《当代法学》2013年第4期。

<sup>③</sup> 参见苏翠萍:《公司担保问题探析》,《人民司法》2009年第7期。

<sup>④</sup> 参见高圣平:《公司担保相关法律问题研究》,《中国法学》2013年第2期。

<sup>⑤</sup> 参见曹士兵:《我国新公司法关于公司担保能力的规定评述——重温最高人民法院“中福实业公司担保案”》,《法律适用》2006年第6期。

<sup>⑥</sup> 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)》第4条第1款规定:“公司章程未规定公司为股东提供担保的决议机构,或者规定内容违反公司法第16条第2款规定,相对人不能举证证明经股东会或者股东大会决议同意担保,其主张担保合同对公司发生效力的,人民法院不予支持。”

章程达成应当由董事会决议提供担保这一条款的,也需要经过全体股东绝对多数表决权的同意,而在股东(大)会决议提供关联担保时,其只是一般表决事项,从这个层面上来说,授权公司董事会基于公司运营的考虑提供关联担保,更能体现股东的真实意思。同理,如果公司章程赋予公司法定代表人等人员行使对外担保决策权的,也应当肯定公司章程这一规定的效力。

## (2) 公司对外提供非关联担保时的有权决议机构

当公司为股东或实际控制人之外的其他人提供非关联担保时,根据《公司法》第16条的明文规定,此时应当由公司章程具体规定内部有权决议机构,这里主要有两个问题值得探讨:

第一,董事会或股东(大)会是否可以互相代替行使职权?也就是说,如果公司章程规定由股东(大)会决议是否提供担保,此时董事会决议提供担保的,是否应当认定为越权担保;反过来,如果公司章程规定由董事会决议是否提供担保,此时股东(大)会决议提供担保的,是否应当认定为越权担保。对此,笔者持如下立场:首先,在章程规定应当由股东(大)会决议是否提供担保的情况下,此时公司董事会做出提供担保的决议,应当认定属于公司越权担保,因为董事会作为公司执行机构,本身负责的是公司的运营事项,而章程相当于公司的“宪法”,董事会无权僭越,《2018年公司担保司法解释草案》第3条第2款也持这一立场。<sup>①</sup>其次,在章程规定应当由董事会决议是否提供担保的情况下,若公司股东(大)会决议提供担保的,只有当股东(大)会的决议符合《公司法》对修改公司章程的表决权要求时,方能认定该决议具有有效表决的法律效力。原因在于,公司章程是股东意志的体现,公司章程规定由董事会表决是否对外提供担保,就相当于董事会得到了股东的授权,股东自然可以通过股东(大)会表决的方式收回相应权力;但这种权力的收回需要体现公司法的组织法特征,必须在形式上确实经过相应的表决,且股东只要针对公司章程约定的事项做出了相反表决,即可认定股东(大)会已经做出新的意思表示,而并不一定需要相关决议明确提出修改公司章程。当然,要得出这一结论,公司股东(大)会上同意提供担保股东所持有的表决权须达到修改公司章程的法定特别表决权要求,否则不宜认定股东(大)会决议能够替代公司章程的规定,因为这本质上属于修改公司章程的决议内容。如此一来,《2018年公司担保司法解释草案》第3条第1款的立场值得商榷,因为该款规定,在公司章程规定应当由董事会作出公司对外提供担保决议时,如果股东(大)会决议公司对外提供担保的,则该担保能够对公司产生约束力,其忽略了股东(大)会决议修改公司章程属于特别事项。<sup>②</sup>

第二,当公司章程没有明确规定时,应当如何认定公司对外提供非关联担保时的有权决议机构?对此,理论界存在一定分歧:有学者认为,此时只有股东(大)会才有权决议。即当章程对担保“沉默”时,因我国采行“股东会中心主义”的公司治理模式,故应当运用“营利性”原则将董事会的决议权限定在公司正常经营活动的范围之内。<sup>③</sup>具体而言,《公司法》第16条第1款规定由公司章程规定股东(大)会或董事会作为提供担保决议的有权机构,并不意味着董事会就公司担保事项享有当然的决议权,而应当从章程本身的效力出发,认定公司提供担保的决议权归公司权力机构享有;当章程没有规

<sup>①</sup> 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)》第3条第2款规定:“公司章程规定公司为他人提供担保由股东会或股东大会作出决议的,相对人仅举证证明担保经董事会决议同意并主张担保合同对公司发生效力的,人民法院不予支持。”

<sup>②</sup> 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)》第3条第1款规定:“公司章程规定公司为他人提供担保由董事会决议,但相对人能够证明公司股东会或者股东大会作出同意决议并主张担保合同对公司发生效力的,人民法院应当予以支持。”

<sup>③</sup> 参见崔建远、刘玲玲:《论公司对外担保的法律效力》,《西南政法大学学报》2008年第4期。

定董事会作为有权的内部决议机构时,就意味着董事会并未得到公司权力机关的授权,对公司的对外担保事项不享有决议权。<sup>①</sup>换言之,章程规定董事会享有公司对外担保的决议权时,意味着公司权力机关授权公司经营层行使特殊权力,因此在公司章程未规定担保决议机构、未授权董事会有权决议时,应该一律推定由股东大会进行对外担保事项的决议。<sup>②</sup>还有学者认为,此时只有董事会才有权决议。例如,有学者就认为,基于法政策或价值考量,在公司章程对非关联担保的决议机构未做明文规定的情况下,由董事会作出决议更符合交易效率的要求,而且由作为公司经营层的董事会作出该类决议,本身并无不妥。<sup>③</sup>对此,笔者认为,在公司章程没有明确规定应当由公司股东(大)会还是由董事会决议提供担保时,除了肯定作为公司权力机关的股东(大)会有权决定外,也应当肯定作为公司经营层的董事会有权作出相关决议。这是因为:一方面《公司法》第16条规定公司章程应当明确公司提供非关联担保时的内部决议机构,若公司章程未规定担保决议机构与决议程序,意味着公司内部治理机制的不完善,这种不完善本身就具有道德上的可谴责性与法律上的可归责性,造成的成本与风险不应当由外部人(即合同相对人)来承担,否则不利于交易的开展与相对人利益的保护。<sup>④</sup>另一方面,公司对外提供非关联担保,一定程度上也可以视为公司经营事项之一,因为现实生活中公司的经营行为并不单纯地表现为从事营利的行为,也应当包含建立一定社会关系,而互保本身就属于商业实践中公司融资的重要保障,因此宜将公司对外提供担保的行为认定为属于公司的营业事项,公司董事会在公司章程没有明确规定有权决议机构时,可依法作出相应决议。这一解释可以有效避免因为认识分歧而可能给相对人造成的不利影响。《2018年公司担保司法解释草案》第3条第3款也持这一立场,值得肯定。<sup>⑤</sup>

## 2. 公司对外担保内部决议方式的认定

公司对外担保要形成内部有效表决,除了前述的内部决议机构必须有权外,其所形成的决议本身还必须符合法律及公司章程所要求具备的有效要件。就决议本身的有效性认定而言,主要指不能存在《公司法》第22条关于公司决议无效或可撤销的情形,也不能存在最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的规定(四)》[以下简称《公司法司法解释(四)》]第5条所确立的公司决议不成立的情形,还必须符合《公司法》及公司章程关于公司决议生效所要求达到的表决权数量。此外,有效决议应当满足对决议方式的要求,其中最值得讨论的莫过于有效性的认定能否采取“实质认定标准”这一问题。也就是说,认定公司内部有权决议机构就公司对外提供担保的决议是否有效时,是只需要考虑同意担保的表决主体所持有的表决权本身是否符合法律规定这一点,还是需要同时关注决议所需要具备的诸如事实上召开会议进行表决等形式要件。对此,在《2018年公司担保司法解释草案》中,最高人民法院给出了两个方案,其中方案一就认为,除了上市公司之外,普通公司对外提供担保时,只要同意公司对外提供担保的股东所持表决权符合法定或公司章程规定,就可以直接认定公司股东(大)会已经形成对外提供担保的有效决议。《九民会议纪要》第19条第4项则明确规定当“担保

<sup>①</sup> 参见高圣平:《公司担保相关法律问题研究》,《中国法学》2013年第2期。

<sup>②</sup> 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年第1期。

<sup>③</sup> 参见杨代雄:《公司为他人担保的效力》,《吉林大学社会科学学报》2018年第1期。

<sup>④</sup> 参见梁上上:《公司担保合同的相对人审查义务》,《法学》2013年第3期。

<sup>⑤</sup> 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)》第3条第3款规定:“公司章程未依照公司法第16条第1款规定公司为他人提供担保的决议机构,相对人能够举证证明担保经股东会、股东大会或者董事会决议同意并主张担保合同对公司发生效力的,人民法院应当予以支持。”

合同系由单独或者共同持有公司三分之二以上有表决权的股东签字同意”时,即使无公司决议,也属于公司意思表示。笔者认为,应该采纳《2018年公司担保司法解释草案》提供的第二个方案,即公司对外提供担保的有效性认定不能仅根据“同意提供担保的股东所持表决权达到法律或公司章程的相关要求”这一“实质认定标准”予以判断。前述《九民会议纪要》的立场值得商榷,理由如下:首先,公司法是组织法,股东(大)会、董事会的召开是公司法作为组织法在制度上的体现,是对公司治理方式的立法表述,如果没有召开相关会议而采纳表决权判断标准,则与现代公司治理结构相违背。其次,《公司法》第37条关于股东会行使职权的规定一定程度上否定了前述“实质认定标准”,该条明确了股东会行使职权时只有在“股东以书面形式对所表决事项一致表示同意的”才可以不召开股东会会议,而变通为由全体股东直接作出决定并在决定文件上签名、盖章。即股东会行使职权原则上必须通过股东会的组织形式予以实现,除非全体股东均对表决事项表示同意,否则不能因为同意该事项的股东所占表决权已经符合法律和公司章程的规定就免除召开股东会这一程序要求。最后,采纳前述“实质认定标准”一定程度上是对公司独立人格的否定,因为公司作为独立法人,其除了通过以自己名义独立从事民商事活动、拥有独立财产并承担法律责任展现独立人格外,还需要通过公司权力机关(即股东会或股东大会)、执行机关(即作为经营层的董事会)来形成自身的独立意思,如果直接以股东拥有的表决权代替公司通过决议行为形成自身的意思表示,则意味着对公司独立人格的无视。

## 二、公司越权担保对公司的约束力:解释路径之争

对于公司越权担保的法律效力即能否对公司产生约束力这一问题,存在严重的理论争议和裁判分歧,目前的争论主要表现为:(1)越权担保合同的效力,(2)相对人是否有审查与公司担保相关文件的形式审查义务即越权担保能否适用表见代理(表见代表)规则。

### (一)公司越权担保合同的效力

之所以出现对公司越权担保合同的效力问题的讨论,是因为如果可以认定越权担保合同无效,自然也无法要求公司承担担保的法律效果。有些学者基于《公司法》第16条究竟是属于效力性强制性规定还是管理性规定而展开争论:有学者认为,《公司法》第16条第1款属于效力性强制性规定,对公司担保相对人也具有约束力,违反这一条的越权担保合同应当纳入《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》)第52条第5项所规定的“违反法律、行政法规的强制性规定”这一合同无效事由予以考量,并可据此直接认定担保合同所约定的担保事项不会对公司产生法律约束力;<sup>①</sup>也有学者认为,《公司法》第16条是对公司对外担保内部决议程序的规范与管理,违反这一规定并不影响担保合同的效力,<sup>②</sup>最高人民法院在不少判例中就持该立场。<sup>③</sup>与否认《公司法》第16条属于效力型强制性规定的思路一样,也有观点撇开“强制性规定二分法”的思路主张对这一条款予以限制适用:有学者认为,法官不能根据《合同法》第52条的规定认定越权担保合同无效,也不宜因其违反的是管理性强制性规定

<sup>①</sup> 参见孙学亮、兰少一:《有限责任公司对外担保合同的效力分析》,载顾功耘主编:《公司法律评论》2013年卷,上海人民出版社2013年版,第34页。

<sup>②</sup> 参见詹巍、杨密密:《公司越权担保效力之理论与实证分析》,载北京大学金融法研究中心编:《金融法苑》2011年第2辑,中国金融出版社2011年版,第172页。

<sup>③</sup> 参见最高人民法院(2012)民提字第156号民事判决书、最高人民法院(2018)民终字第85号民事判决书。

而有效,而应当将其放到整个民法体系中去判断;<sup>①</sup>也有学者认为,《合同法》第52条的“违反法律、行政法规的强制性规定”是针对民事主体“意思自治”而言,目的在于禁止民事主体依自治意思建立一种与强制规定调整领域所追求的“唯一合法秩序”不一致的法律关系秩序,而《公司法》第16条的规范目的在于防止公司经营层对公司利益的侵犯,其能让公司拥有一个对越权担保不约束自身的抗辩理由,所要解决的是基于该“意思”可能产生的私法效果是否由公司承受的问题,而与该“意思”所追求的法律关系秩序之合法性判断无关。<sup>②</sup>

除了限制《合同法》第52条第5项“违反法律、行政法规的强制性规定”的适用范围外,理论界和实务界对越权担保合同效力的认定,至少还存在如下较有代表性的观点:(1)认定《公司法》第16条属于任意性规定,从而认定越权担保合同有效,对公司产生约束力,司法实务中就曾有不少判例持这一立场。<sup>③</sup>(2)主张合同未生效。例如,北京市高级人民法院就曾在其内部指导意见中持这一立场。<sup>④</sup>(3)合同效力区分说。例如,有学者就认为,应区别非关联担保(《公司法》第16条第1款)与关联担保(《公司法》第16条第2款)两种情形来分别认定属性,前者意在通过约束董事和高级管理人员来保证交易安全,属于管理性强制性规定,后者属于效力性强制性规定。<sup>⑤</sup>也有学者认为,公司在提供非关联担保时,相对人没有义务就公司意思形成过程这一公司内部事项进行审查,故不可一概主张公司越权担保合同无效;<sup>⑥</sup>即使对关联担保,也有学者主张应区分封闭性公司和开放性公司来判断合同效力。<sup>⑦</sup>(4)《公司法》第16条不是判断公司对外担保合同效力的法律依据。对此,有学者曾先后就《公司法》第16条第1款和第2款撰文,指出将第16条第1款区分为管理性规定和效力性规定是没有意义的,因为其并非公司担保合同效力的裁判依据,而属于认定公司内部决议机构决议效力的法律依据;<sup>⑧</sup>而违反第16条第2款才是真正违反《公司法》,属于无效决议,影响担保合同效力的仅仅是行为人的越权行为,第16条规定不能成为判别担保合同效力的依据。<sup>⑨</sup>有学者持类似观点,认为如果董事会所做的担保决议违反公司章程规定,此时公司只能主张撤销,而不得以担保决议违反公司章程为由主张担保合同无效,应当对善意第三人予以保护。<sup>⑩</sup>

## (二)公司越权担保适用表见代理(表见代表)制度的理论之争

<sup>①</sup> 参见吴光荣:《法定代表人以公司名义提供担保的效力:基于〈最高法院公报〉刊登案例的分析》,http://chuan-song.me/n/1058094551605,2018-09-30。

<sup>②</sup> 参见肖伟志、汪婷:《〈公司法〉第16条强制性解释的误区及重构》,《湘潭大学学报》(哲学社会科学版)2017年第6期。

<sup>③</sup> 参见重庆市第二中级人民法院渝二中法民终字(2010)第972号民事判决书、浙江省湖州市中级人民法院浙湖商终字(2010)第24号民事判决书。

<sup>④</sup> 北京市高级人民法院《关于审理公司纠纷案件若干问题的指导意见》第6条规定:“对于凡未履行公司内部决议程序或违反公司章程规定的公司担保,均应认定为未获得公司权力机构对担保的授权,担保合同未生效,由公司承担缔约过失责任,交易相对人不能证明其尽到充分注意义务的,应承担相应的过错责任。”

<sup>⑤</sup> 参见王保树、崔勤之:《中国公司法原理》,社会科学文献出版社2006年版,第42页。

<sup>⑥</sup> 参见梁上上:《公司担保合同的相对人审查义务》,《法学》2013年第3期。

<sup>⑦</sup> 参见张勇健:《〈公司法〉司法解释(三)解读》,载奚晓明主编:《商事审判指导》总第29辑,人民法院出版社2012年版,第70~71页。

<sup>⑧</sup> 参见钱玉林:《〈公司法〉第16条的规范意义》,《法学研究》2011年第6期。

<sup>⑨</sup> 参见钱玉林:《寻找公司担保的裁判规范》,《法学》2013年第3期。

<sup>⑩</sup> 参见曾大鹏:《公司越权对外担保的效力研究——基于法律解释方法之检讨》,《华东政法大学学报》2013年第5期。

基于《公司法》第16条关于公司对外提供担保内部决议程序的规定,理论界和实务界围绕担保合同相对人有无审查与担保相关文件的义务展开了较为激烈的争论,实质上属于对公司担保相对人是否“应当知道”公司法定代表人或其他人员在实施越权担保行为的判断,以此认定相对人主观上是否构成善意,并最终认定能否通过适用表见代理制度和表见代表制度来保障相对人的合法权益。在公司对外担保中,对相对人有无审查义务这一问题,理论界和实务界的立场大致可分为“肯定说”“否定说”“区分说”三种:

### 1.“肯定说”的立场及理由

持“肯定说”的学者认为,“审查义务”乃是基于对《公司法》第16条规范目的把握的基础上,学者们提出的平衡股东、公司、相对人利益的“利器”,<sup>①</sup>其裁判理论与裁判技术体现了裁判者对利益的衡量与不同价值的考量。<sup>②</sup>当理论界和实务界主流不再认为《公司法》第16条属于效力性强制性规定后,理论界和实务界均倾向于借助《合同法》第49条、《中华人民共和国民法总则》(以下简称《民法总则》)第172条的表见代理制度和《合同法》第50条、《民法总则》第161条第3款的表见代表制度来保障相对人的合法权益。对此立场的转变,有学者曾尖锐地指出,相对于通过认定合同无效来否定公司受越权担保合同约束的裁判立场,直接根据表见代理(表见代表)制度认为公司应当受该担保合同约束的裁判忽视了多元利益保护的现实,过于侧重于公司相对人权益的保护,存在公司法定代表人滥权等道德风险。<sup>③</sup>或者说,法院忽视了《公司法》第16条的规范目的,粗暴地以维护交易安全和效率、保护交易相对方利益为由,认可公司应当受担保合同的约束,从根本上就漠视了公司整体利益、中小股东利益,<sup>④</sup>即这一公司担保案件的司法裁判因价值判断与利益衡量方法适用缺失、对公司担保立法规范整体性把握不到位而存在严重的担保债权人偏向问题。<sup>⑤</sup>概而言之,从价值分析上而言,《公司法》第16条的立法价值在于保护公司财产安全和股东利益,如果认定担保合同相对人不承担最低限度的注意义务,则违反了该条文的价值取向。<sup>⑥</sup>

在持“肯定说”立场的内部,虽然有学者主张公司对外担保合同的相对人应当负实质审查义务,在签约前既应当对担保公司章程以及担保决议的真实性和合法性负有审查义务,也应当审查公司章程、法定代表人签章的真实性;<sup>⑦</sup>但多数学者以及司法裁判均认同只能要求相对人尽形式审查义务,而不能要求其就签章等真实性承担审查义务。<sup>⑧</sup>也有学者在否定相对人应当对与担保相关文件承担实质审查义务的同时,认为审查义务的标准也不能僵硬地理解为形式审查,并提出了“合理的审查义务”这一主张,即应当根据一般理性人标准下的“知道或者应当知道”及其对公司担保交易相关信息获取的

① 参见李游:《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》,《政治与法律》2018年第5期。

② 参见吴飞飞:《公司担保案件司法裁判路径的偏失与矫正》,《当代法学》2015年第2期。

③ 参见罗培新:《公司担保法律规则的价值冲突与司法考量》,《中外法学》2012年第6期。

④ 参见肖伟志、汪婷:《〈公司法〉第16条强制性质解释的误区及重构》,《湘潭大学学报》(哲学社会科学版)2017年第6期。

⑤ 参见吴飞飞:《公司担保案件司法裁判路径的偏失与矫正》,《当代法学》2015年第2期。

⑥ 参见李建伟:《公司非关联性商事担保的规范适用分析》,《当代法学》2013年第3期。

⑦ 参见徐海燕:《公司法定代表人越权签署的担保合同的效力》,《法学》2007年第9期。

⑧ 参见杨代雄:《公司为他人担保的效力》,《吉林大学社会科学学报》2018年第1期;最高人民法院(2018)民申字第206号民事裁定书。



可能性来弹性化认定当事人所应当尽到的最低审查义务范围。<sup>①</sup> 在《九民会议纪要》之中,最高人民法院则是认为公司担保相对人原则上须对公司有无对外提供担保的决议进行形式审查。

## 2.“否定说”的立场及理由

就支持“否定说”立场的理由而言,理论研究及实务判例多从公司章程不具有公开效力、交易成本、表见代表制度的现行立法规定等层面展开论述,具体而言:

第一,《公司法》第16条的规定属于公司内部控制程序,并不因此产生第三人对公司内部有权决议机构有无对外提供担保决议的审查义务。最高人民法院就曾认为,《公司法》第16条的规定意在防止公司的实际控制人或者高级管理人员损害公司、小股东或者其他债权人的利益,但其并未规定公司以外的第三人对此负有审查义务,公司是否召开股东会、形成股东会的决议是公司的内部控制程序,不能约束与公司交易的第三人。<sup>②</sup> 最高人民法院也曾在判例中指出,让第三人承担审查有无公司内部决议的义务将严重影响交易安全。<sup>③</sup>

第二,有限责任公司章程不具有公开效力,不能约束公司对外担保合同的相对人。也就是说,公司章程并不具有对外公示和对抗他人的效力,也无权为第三人设定义务,公司章程规定的内部决策程序没有对抗效力,善意相对人不负有审查公司所提供担保是否经过内部有效表决的义务。<sup>④</sup> 就此,有学者认为,不能以公司章程的公开效力替换法律的公开效力,有限责任公司的公司章程作为公司内部决议的书面载体,不具有对世效力。<sup>⑤</sup> 有法院就曾在判决书中指出,让公司担保相对人审查公司章程不具有可操作性和合理性,不能根据公司章程的规定来推定第三人应当知道法定代表人的权限,而且第三人的善意是由法律推定而非其自身举证证明的。<sup>⑥</sup> 换言之,作为公司内部组织规范的公司章程,并不具有外部拘束力,认定他人在与公司交易时不具有审查公司章程的义务,能够保障交易的迅捷、安全和社会关系的稳定。<sup>⑦</sup>

第三,表见代表制度意味着公司对外担保的相对人无须负担审查代表人代表权的义务。应该说,第三人基于对法定代表人职务行为的信赖,对其代表权限一般不会产生疑问,这种基于信赖而形成的交易需要予以保护,此即表见代表制度得以确立的法理。有学者早在现行《公司法》施行之前,就明确指出公司董事长的越权担保行为就是公司的行为,此时公司应承担担保合同约定的担保责任,即应当完全适用《合同法》第50条所规定的表见代表制度。<sup>⑧</sup> 事实上,上述立场在我国现行法律体系中确实可以找到相应法律依据,2000年最高人民法院《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《担保法司法解释》)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”。

<sup>①</sup> 参见李游:《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》,《政治与法律》2018年第5期。

<sup>②</sup> 参见最高人民法院(2014)民一终字第270号民事判决书。

<sup>③</sup> 参见最高人民法院(2015)民一终字第72号民事判决书。

<sup>④</sup> 参见赵旭东:《公司法学》,高等教育出版社2006年版,第201页。

<sup>⑤</sup> 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》,载北京大学金融法研究中心编:《金融法苑》2011年第2辑,中国金融出版社2011年版,第144页。

<sup>⑥</sup> 参见北京市高级人民法院(2009)高民终字第1730号民事判决书。

<sup>⑦</sup> 参见朱广新:《法定代表人的越权代表行为》,《中外法学》2012年第3期。

<sup>⑧</sup> 参见张平:《对〈公司法〉第60条和〈担保法〉解释第4条的解读》,《法学》2003年第3期。

### 3.“区分说”的立场及理由

除了一律肯定或否定公司担保相对人有义务审查与担保相关文件外,还有学者根据关联担保与否、公司上市与否、交易规模等情形对担保人是否应当履行担保义务分情况予以讨论:(1)有学者认为,应当区分公司是对第三人提供担保还是对股东、公司实际控制人提供担保。对前者,第三人不承担审查义务,而应根据合同效力的认定规则确定相对人的应然注意水平;对后者,由于是对公司内部股东或者实际控制人提供担保,故应当查看公司法定代表人登记信息和股东(大)会决议,第三人怠于履行形式审查义务的,具有重大过失,不应认定为善意。<sup>①</sup>(2)有学者认为,公司担保合同中的公司担保相对人只在大规模交易中才有针对担保文件的审查义务,基于保证交易效率的考量,不应该因《公司法》第16条第1款的规定而推定第三人在小规模交易中有调查法定代表人权限的义务。<sup>②</sup>此外,实务界还有观点认为应当根据公司上市与否来认定相对人是否具有针对担保相关文件的审查义务。但因本文仅探讨普通公司对外担保的问题,故在此不予涉及。<sup>③</sup>

## 三、公司越权担保对公司的约束力:解释路径的澄清

从整体上来看,理论界和实务界的相关立场存在较为明显的阶段性认识:起初理论界和实务界倾向于将《公司法》第16条认定为效力性强制性规定,通过认定越权担保合同无效,从而否定其对公司的约束力;而后理论界和实务界开始主张《公司法》第16条并不属于《合同法》第52条所规定的法律的强制性规定,并在此基础上根据表见代理(表见代表)制度来认定担保合同有效且对公司具有约束力。近年来,理论界和实务界关于认定担保合同相对人对与公司担保相关的公司决议、公司章程等具有最基本的形式审查义务的呼声愈加强烈。需要强调的是,不论是对公司越权担保合同效力的判断,还是对相对人有无形式审查义务的认定,都需要追溯到《公司法》第16条的规范目的上。而从《公司法》第16条产生的历史背景和规范目的来看,该规定属于完善公司治理规则的制度,是为了防止公司经营层(管理层)侵犯公司的利益并最终损害股东的合法权利,<sup>④</sup>因为其使得公司对外担保应当根据法律规定或章程确定的机关作出有效决议成为法律的要求,具有公开宣示的效果。<sup>⑤</sup>对此,笔者持如下基本立场:

### (一)公司越权担保合同并未违反效力性强制性规定

笔者认为,讨论越权担保合同的效力这一问题必须确立如下基本共识:一方面,越权担保合同的效力与越权担保合同是否约束公司是两个不同的问题,不能予以混淆,也就是说即使认定《公司法》第16条不属于效力性强制性规定,也不能就此得出公司越权担保合同有效且对公司产生约束力的结论,因为这涉及表见代理(表见代表)的具体认定要件的问题;另一方面,不能武断地认为讨论《公

<sup>①</sup> 参见刘贵祥:《合同效力研究》,人民法院出版社2012年版,第331~332页;杨代雄:《公司为他人担保的效力》,《吉林大学社会科学学报》2018年第1期。

<sup>②</sup> 参见张舫:《法定代表人越权签约对公司的拘束力——对〈公司法〉相关条文的分析》,《法学论坛》2011年第3期。

<sup>③</sup> 参见吴庆宝主编:《最高人民法院专家法官阐释民商裁判疑难问题·公司裁判指导卷》,中国法制出版社2011年版,第136~147页。

<sup>④</sup> 参见肖伟志、汪婷:《〈公司法〉第16条强制性质解释的误区及重构》,《湘潭大学学报》(哲学社会科学版)2017年第6期。

<sup>⑤</sup> 参见宁金成:《公司违反章程规定对外担保的效力研究——以〈公司法〉第16条第1款的适用为分析背景》,《郑州大学学报》(哲学社会科学版)2011年第4期。

司法》第 16 条的规范属性是没有意义的,因为如果该规定被确立为效力性强制性规定,则诚如我国实务界曾长期确立的裁判立场所示,此时司法机关可能因此而直接认定公司越权担保合同无效,从而认定无效合同对公司本身不存在任何法律约束力。<sup>①</sup>

就将该规定认定为效力性强制性规定的立场而言,有学者曾予以激烈批判,认为司法主流裁判从一开始就没有表现出对《公司法》第 16 条的尊重,而是强行将自以为是的价值判断塞进了对该条的解释,架空了立法者透过其法条形式表达出来的价值选择。即法院错误地以为含有限制性要求的法律规定都可以纳入《合同法》第 52 条第 5 项的框架中,从而错误地将《公司法》第 16 条与《合同法》第 52 条相联结,造成公司担保合同效力法律适用上的混乱。<sup>②</sup>对此,笔者倾向于认为《公司法》第 16 条属于公司内部治理规定,但也不宜认定为任意性规定,因为其确实属于立法机关对公司对外担保问题所强加的内部控制程序,宜认定为管理性的强制性规定,旨在提醒公司外部人注意公司内部对担保决策权的配置,其无效性判断应当结合《民法总则》《合同法》《中华人民共和国担保法》关于担保合同效力的判断规则加以综合性认定。换言之,《公司法》第 16 条并不属于《合同法》第 52 条第 5 项的强制性规定,故其不能成为认定公司越权担保合同效力的法律依据,因为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。<sup>③</sup>

概而言之,不能通过认定公司越权担保合同违反《合同法》第 52 条第 5 项的强制性规定,而认定合同无效,并据此得出越权担保合同不能约束公司的结论,这一解释路径存在根本性错误。

#### (二)公司越权担保适用表见代理(表见代表)制度的前提

公司越权担保适用表见代理(表见代表)制度的情形,笔者认为至少可以达成如下共识:首先,如果双方当事人在交易中有在签订担保合同时要求对方提供公司相关决议文件的习惯,此时只要公司担保相对人未尽通常情形下的注意义务,就可认定其不属善意相对人,不存在适用表见代理(表见代表)制度的空间。最高人民法院就曾明确考量交易习惯对相对人主观善意判断的影响。<sup>④</sup>其次,如果认定公司担保相对人需要对与担保相关文件履行审查义务,则这一审查义务只能限定在形式上,原则上不应当包含对公司内部决议签章真实性、决议本身真实性等实质内容的审查,因为实质审查义务的履行是不可能完成的。就签章真实性的问题而言,最高人民法院在相关判决书中曾指出,对股东会对外提供担保决议上的股东印章的真实性,公司越权担保合同的相对人不具有进一步审查的义务。<sup>⑤</sup>就公司内部决议的真实性问题而言,最高人民法院在相关判决书中曾指出,将股东会决议的瑕疵认定为公司担保相对人的审查对象过于严苛,且有违保护交易安全的初衷,因为公司担保相对人有理由基于对法定代表人身份、公司印章的真实性信赖而推定股东会决议的真实性。<sup>⑥</sup>再次,如果能够查明公司越权担保合同相对人在签订合同过程中已明确知道相关决议文件上的签章是代签或者与实际不一

<sup>①</sup> 参见最高人民法院(2000)经终字第 186 号民事判决书、重庆市高级人民法院(2014)渝高法民终字第 00385 号民事判决书。

<sup>②</sup> 参见肖伟志、汪婷:《〈公司法〉第 16 条强制性质解释的误区及重构》,《湘潭大学学报》(哲学社会科学版)2017 年第 6 期。

<sup>③</sup> 参见杨代雄:《公司为他人担保的效力》,《吉林大学社会科学学报》2018 年第 1 期。

<sup>④</sup> 参见最高人民法院(2017)民再字第 209 号民事判决书。

<sup>⑤</sup> 参见最高人民法院(2018)民申字第 206 号民事裁定书。

<sup>⑥</sup> 参见最高人民法院(2012)民提字第 156 号民事判决书。

致的,此时其若不对被代签人等的真实意图进行审查,则可认定其主观上具有恶意,担保不应该对公司产生效力。最高人民法院在相关案件中就曾表达过类似裁判立场。<sup>①</sup>最后,如果相对人能够举证证明其已经对公司章程、决议、公司最近一期财务报表等与担保相关的资料进行了形式审查,有理由相信行为人有代表权或代理权的,此时公司理应承担相应的担保责任。<sup>②</sup>最高人民法院曾在相关判决书中认为,如果相对人已经针对股东会内部决议等进行形式审查,则理应认定其已经尽到审查义务,主观上构成善意,公司应当对此类越权担保承担担保责任。<sup>③</sup>

基于上述共识,对于公司越权担保可否适用表见代理(表见代表)制度,笔者持“肯定说”立场,具体理由如下:

第一,要求公司担保相对人承担形式审查义务符合《公司法》第16条的规范价值,有利于实现立法初衷。诚如前述,考察《公司法》第16条的出台背景,就能发现该规定的价值与立法目的在于防止公司经营层侵犯公司利益,维护股东尤其是中小股东的权益。认定公司相对人对与担保相关文件具有审查义务,能够切实落实这一条文的规范目的。

第二,《公司法》第16条属于对表见代表制度的例外规定,是法律对法定代表人代表权的限定。诚如有学者所言,对法人代表之代表权的规制分为法律限制和章程限制,前者又分为绝对限制和相对限制,对具有强制性的绝对限制不得通过内部决议撤销,而对相对限制可以通过决议撤销;章程限制也属于内部限制和相对限制,都不可以对抗第三人,唯有法律限制中的绝对限制可以对抗外部第三人。<sup>④</sup>概而言之,公司内部对法定代表人代表权的约束本身是不能约束第三人的,但如果是法律的规定则可约束第三人,《公司法》第16条规定了公司对外担保所须履行的内部决策程序,这就意味着法定代表人即使要代表公司对外提供担保,也必须履行相应的审查义务,唯有如此,方能保障前述法条保障公司利益、股东利益的立法价值不被架空。从体系解释角度而言,《公司法》第16条可以视为表见代表制度的例外规定。虽然《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”,但《公司法》第16条所体现的并非“法人章程”或“法人权力机构”针对法定代表人代表权限制的限制,而是法律的明文限制。也就是说,在相对人没有对与担保相关文件履行审查义务的情况下,《公司法》第16条已经通过法律的形式直接否定了公司法定代表人越权代表公司对外提供担保构成表见代表的可能性。<sup>⑤</sup>

第三,《公司法》第16条客观上已经废止《担保法司法解释》第11条关于法定代表人提供越权担保直接适用表见代表制度的规定。诚如前述,根据《担保法司法解释》第11条的规定,即使法人或者其他组织的法定代表人、负责人超越权限订立担保合同的,原则上也应当适用《合同法》第50条、《民法总则》第161条第3款关于表见代表的规定,除非相对人知道或者应当知道其无权代表。在司法实务之中,有不少法院在结合表见代表制度相关规定的情况下,直接据此认定法定代表人违反《公司法》

① 参见最高人民法院(2019)民申字第420号民事裁定书。

② 参见吴飞飞:《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》,《法学论坛》2015年第1期;高圣平:《担保物权司法解释起草中的重大争议问题》,《中国法学》2016年第1期。

③ 参见最高人民法院(2012)民提字第156号民事判决书。在该案中,最高人民法院并未明确公司担保相对人有无针对担保文件进行审查的义务,而是指出如果审查了就应当认定其主观上为善意。

④ 参见宋宗宇、刘娜:《法人代表越权行为与表见代表制度》,《社会科学家》2007年第5期。

⑤ 参见袁碧华:《论法定代表人越权代表中善意相对人的认定》,《社会科学》2019年第7期。

第 16 条的内部程序所提供的越权担保对公司具有法律约束力。<sup>①</sup>对此,笔者认为 2006 年之后的相关判例如果据此认定越权担保能够约束公司,则属于法律适用错误,上述 2000 年颁布的《担保法司法解释》第 11 条明确适用前提不包含相对人“知道或者应当知道”的情形,在《公司法》第 16 条明确增加了公司对外担保的内部控制程序之后,就应当认定法定代表人也必须遵守该规范而不能再直接适用《担保法司法解释》第 11 条的规定,且就公司对外担保而言,《担保法司法解释》第 11 条在《公司法》第 16 条的背景下事实上已无适用空间。

第四,《公司法》第 16 条将公司提供担保的内部控制程序的法定化,意味着公司的内部制度也具有消极的外部效力,<sup>②</sup>其对公司担保相对人具有警示与公示作用,对公司担保相对人具有指引价值,这一明文规定为公司担保相对人的审查义务提供了法律依据。<sup>③</sup>因此,在法理上可推定相对人知道或应当知道《公司法》第 16 条对公司担保作了具体的程序性规定,在越权担保的情形下,只要其没有履行对与担保相关文件的形式审查义务,就意味着其主观上并不能认定为善意,不能适用表见代表(表见代理)的相关规定。<sup>④</sup>

第五,公司对外担保相对人对担保相关文件承担形式审查义务与公司类型、担保种类均无关。有学者认为,公司是否上市决定了其章程是否具有公开性,公司担保相对人是否应当审查公司章程也取决于此。<sup>⑤</sup>笔者认为,公司担保相对人应当履行形式审查义务的法律依据是相同的,担保类型的不同并不会导致所谓交易成本的增加,让公司提供相应文件均是较为便利的;且不管是上市公司还是非上市公司,都有条件与义务对公司法定代表人的代表权限进行形式审查。<sup>⑥</sup>

综上所述,认定公司担保中的公司担保相对人对与担保相关文件具有形式审查义务是恰当的。但是,不能因此认定越权担保行为无效,<sup>⑦</sup>而应当参照《民法总则》第 61 条和第 171 条的规定予以确认相应法律效果。笔者认为:(1)应当肯定公司有权决定是否接受越权担保的约束。因为公司对外担保是否约束公司,仅涉及公司的利益及股东的利益,所以如果公司内部有权决议机构事后决议同意公司对外提供担保的,就应当认定相应的担保行为有效,采纳这一效力待定方案较为合理。<sup>⑧</sup>因此,《2018 年公司担保司法解释草案》的相关立场值得肯定。<sup>⑨</sup>(2)在越权担保的情形下,相对人没有履行审查义务且公司不予追认的,则公司不应当承担任何责任,《九民会议纪要》第 20 条原则上亦采纳这一立场。此时,相对人有权根据《民法总则》第 171 条的规定要求越权代表行为人承担相应的责任。

<sup>①</sup> 2019 年 8 月 10 日,笔者以最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第 11 条的内容,在北大法宝“司法案例”模块下进行“全文检索”,并选择“精确匹配”,共检索到相关裁判文书 810 条。相关典型判例,参见最高人民法院(2016)民终字第 271 号民事判决书。

<sup>②</sup> 参见张羽君:《公司内部制度效力研究》,《法学论坛》2013 年第 1 期。

<sup>③</sup> 参见李建伟:《公司非关联性商事担保的规范适用分析》,《当代法学》2013 年第 3 期。

<sup>④</sup> 参见徐海燕:《公司法法定代表人越权签署的担保合同的效力》,《法学》2007 年第 9 期。

<sup>⑤</sup> 参见甘培忠:《公司法适用中若干疑难争点条款的忖度与把握》,《法律适用》2011 年第 8 期。

<sup>⑥</sup> 参见梁上上:《公司担保合同的相对人审查义务》,《法学》2013 年第 3 期。

<sup>⑦</sup> 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 155 页。

<sup>⑧</sup> 参见曹嘉力:《越权代表行为的法律效力初探——兼评〈合同法〉第 50 条》,《当代法学》2002 年第 9 期;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》,《法学论坛》2015 年第 1 期。

<sup>⑨</sup> 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)》第 1 条规定:“但公司有权决议机构在法庭辩论终结前依法作出同意为他人提供担保的决议及本规定第 6 条规定情形的除外。”

## 四、结语

《公司法》第16条所规定的公司对外担保内部控制程序,曾被寄予达到防止公司管理层侵犯公司利益、股东权益的司法效果。与此同时,也应当看到,就如何理解这一法律规范,理论界多年来始终未达成共识;同样,司法实务界也始终存在对立的裁判立场,甚至最高人民法院的裁判立场也始终处于前后矛盾的状态。迫于司法实务混乱对司法公信力所造成的巨大影响,最高人民法院先后出台《2017年最高法民二庭会议纪要》《2018年公司担保司法解释草案》以及《九民会议纪要》,致力于解决这一问题,形成了较为一致的指导立场。由此可知,目前已经提上立法议程的公司法修订必然需要面对公司对外担保的规则重构,必须在吸取相关研究成果及裁判经验的基础上,解决公司越权担保的认定及公司越权担保合同对公司的约束力这两个问题,笔者认为,至少应当明确如下几点:

第一,决议机构应当尊重章程自治权,法律规定只能作为补充。具体而言:公司为他人提供担保时,必须经过公司章程规定的内部有权决议机构的有效决议;当公司章程没有规定公司对外提供担保的内部有权决议机构时,公司提供关联担保应当经过股东(大)会的决议,公司提供非关联担保则应当经过公司董事会或股东(大)会的决议;就公司有权决议机构做出有效决议的方式而言,决议原则上必须经过召开股东(大)会、董事会等法定程序而作出,除非法律明文规定全体参与表决主体同意并签署书面文件的除外。

第二,公司越权担保合同并非绝对无效,其原则上只在担保债权人善意时才对公司发生效力。具体而言:公司法定代表人或者其他人员未依法提供担保的,不能据此认定担保合同无效;越权担保合同原则上不对公司发生效力,公司有权决议机构事后依法作出同意为他人提供担保决议的除外;如果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并且符合公司法的相关规定的,适用《民法总则》第161条第3款或第172条关于表见代表制度或表见代理制度的相关规则。

与公司越权担保法律效力的问题一样,此轮公司法修订在保持前沿性的同时,最重要的应当是对当前理论存在较大争议、司法实务亟待解决等立法存在相应空白的问题予以全面“补漏”,诸如能否在公司资不抵债又不申请破产的情况下认定股东出资加速到期、能否认定债权人对公司享有的债权应当优先于公司股东对公司的债权受偿、应当如何通过公司人格否认制度的相关规定弥补公司资本认缴登记制度改革对公司债权人权益所可能带来的影响等问题。法律的生命在于被信赖,在于可预期,司法的公信力源于裁判立场的统一,“解决争议问题、立法立场明确化”应当是未来公司法修法最基础的指导理念与法律制度设计准则。

责任编辑 翟中鞠