

# 企业法人分支机构无效保证责任研究

赵霞\*

**摘要** 企业法人分支机构无效保证一般属于主合同有效而保证合同无效的类型。保证合同无效时,保证人无须承担保证责任,但仍会产生无效合同的民事责任,即缔约过失责任,赔偿信赖利益损失。此时不能将主合同的可得利益与从合同即保证合同的可得利益混淆。企业法人对没有书面授权的保证合同有过错是因为这种无效保证的赔偿责任会通过设立者责任的形式转移归企业法人承担,这种过错为“等同过错”。债权人接受法律明文禁止的主体作担保人,主观上属于明知或应知,具有过错,所受损失应自负。保证人对债权人的赔偿责任可以在《担保法解释》第7条规定的1/2的基础上再减少,以公平保护债权人与保证人双方的利益。《担保法》第29条后半段在分支机构完全未取得书面授权时不存在适用的可能。保证人的缔约过失赔偿责任和债务人的违约赔偿责任之间构成不真正连带债务关系,保证人承担的无效保证责任具有代偿性质,可以向债务人追偿。

**关键词** 分支机构 保证合同 无效保证 过错 缔约过失责任

## 一、问题的提出

【案例1】<sup>[1]</sup>2013年4月1日,褚某向范某借款,约定:本金139.2万元,月息2%,每月支付利息,2013年9月20日前结清借款本金。若褚某逾期还款,应当向范某支付每日1.5‰的违约金,直至本协议款项结清。2015年4月10日,褚某出具确认书,内容为:尽快归还所欠借款及利息等款项;某消防安全工程公司上海分公司(以下简称上海分公司)愿意作为上述债务的连带保证人,担保上述债务的履行。上海分公司盖章确认。之后,因褚某未能按上述协议约定履行付款义务,范某诉至法院。

一审法院认为,借款合同已合法生效,上海分公司作为企业法人分支机构不得为保证人,其提供的保证未经企业法人书面授权,保证合同无效。范某要求某消防安全工程公司承担保证责任,于法无据,不予支持。

一审宣判后,各方当事人均未提起上诉,一审判决已经生效。

【案例2】<sup>[2]</sup>2015年8月12日,褚某向张某借款,约定:本金750万元,借款期限半年,年息22%,每月底前支付当月利息。到期未能清偿的利息将于到期日转为本金,同样按年息22%计算利息。上海分公司自愿为本协议项下全部本息以及张某实现债权发生的全部费用承担连带保证责任。保证人如需内部决策批准本保证的,保证人承诺已经内部程序批准了本项保证。当日,

张某向褚某账户汇入750万元。之后,因褚某未能按上述协议约定履行付款义务,张某诉至法院。

一审法院认为,张某与上海分公司之间的保证合同无效。上海分公司的负责人承认借款主要用于该分公司的经营,而某消防安全工程公司(以下简称总公司)对此却一无所知,可见总公司对下属分支机构经营活动监管不力,故上海分公司、总公司对保证无效均有过错。而借款协议中保证人明确声明“分公司承诺已经内部程序批准了本项保证”,故张某作为债权人对保证无效不负过错责任。鉴于此,根据《担保法》第29条及《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7条的规定,判令总公司应对张某的损失与褚某承担连带赔偿责任。

一审宣判后,总公司不服一审判决,提起上诉。二审法院经审理认为,借款协议明确约定分公司已承诺履行了内部程序批准了涉案保证,证明债权人张某对于上海分公司以分支机构名义对外提供担保已尽到注意义务,债权人对该保证无效并无过错。上海分公司未经总公司授权提供担保,导致保证合同无效,其行为本身已足以说明其有过错。由于上海分公司是总公司的组成部分,该过错就是总公司的过错,因此产生的民事责任,应由总公司承担。遂依照《民事诉讼法》第170条第1款第1项之规定,判决驳回上诉,维持原判。

二审判决生效之后,总公司申请再审。再审法院

\*赵霞,中国应用法学研究所博士后,广东省深圳市中级人民法院审判员。

[1]上海市徐汇区人民法院(2015)徐民一(民)初6360号。

[2]一审案号:上海市金山区人民法院(2015)金山四(民)初1360号;二审案号:上海市第一中级人民法院(2017)沪01民终1422号;再审案号:上海市高级人民法院(2017)沪民申1140号。



经审查认为,法律对分支机构的担保禁止在先,所以债权人如果要宣称保证合同有效,必须证明分支机构有法人授权或者自己有充分理由相信法人对分支机构有授权。即债权人作为非法人提供的保证合同的受益人,应当具备必要的理性注意。从上海分公司承诺的内容可知,张某与上海分公司签订保证合同时是明知上海分公司的不完全民事地位,并且对该分公司尚无书面授权处于明知状态。因此,张某对保证合同无效在主观上是明知或者应知,不构成无过错,应当承担相应的民事责任。遂依据《民事诉讼法》第200条第1款第6项、第206条之规定,裁定指令二审法院再审本案。

以上两个案例中,原告不同,被告相同,案件基本事实相同,争议焦点均是企业法人分支机构无效保证的责任问题,涉及的四份裁判文书对保证合同无效后的责任、企业法人过错及债权人过错等问题的理解存在不同认识,判决结果也截然相反。从立法来看,企业法人分支机构对外无效保证时一般与主合同的效力无涉,属于主合同有效而保证合同无效的类型。关于无效保证后的法律责任问题,《担保法》第29条实质上仅原则规定债权人和企业法人根据其过错各自承担相应的民事责任,与《担保法》第5条的内容无异,没有具体规则,缺乏可操作性。纵观担保法,对于无效保证责任之性质、责任的构成、责任的划分及依据均没有规定。《担保法解释》的出台解决了部分问题,例如无效担保的责任份额划分及担保人责任范围,但也带来了一些新问题,例如责任划分赖以建立的事实基础不全面;且仍有部分问题未解决,例如责任的性质及责任的构成。这样的制度设计造成司法实践中法律适用的不同理解,影响法律的严肃性。

本文根据民法的基础理论,采用规范分析法,以法律的公正价值为导向,以利益平衡为立足点,系统探讨了企业法人分支机构对外无效保证时,其行为认定、责任性质、归责基础、主观过错、责任范围等民事责任认定与承担的裁判要点和内容标准,分析研究现行立法背后的法理依据,探寻法律的体系本意和内在逻辑,补充完善三段论中作为法律规范的大前提,厘清理论和实践中由此产生的争议纷扰,保证法律的统一实施,在新时代更好地发挥法的规制作用。在对企业法人分支机构保证责任的研究中,全面梳理了先后形成于1995年、

2000年且适用至今的《担保法》《担保法解释》中的保证制度与《民法通则》《民法总则》中的民事法律行为、民事主体及主体能力,《公司法》《民法总则》中公司的决策程序、内容及效力,《合同法》中合同形式、合同效力、代理制度等之间的关联、冲突和协调,得出《担保法》第10条应扩大解释,《担保法》第29条后半段应限缩解释,《担保法解释》第4条应废止以及《担保法解释》第7条应修改的结论,为下一阶段民法典分则债法编保证部分的制定分享一点思考。

## 二、企业法人分支机构无效保证时的责任认定

企业法人分支机构无效保证的责任认定包括如何正确理解保证人的法定资格、无效保证的责任性质和企业法人对分支机构行为承担责任的法理基础。这是企业法人分支机构无效保证责任承担的前提。

### (一) 保证人的法定资格及理解

根据我国现行法律规定,担保是保证特定债权人的合法债权实现的一项重要民事法律制度。保证是担保的方式之一。我国目前尚未有统一的民法典,2017年3月15日审议通过的《民法总则》中也没有关于担保的确切规定,而《合同法》分则包含的15种有名合同中并没有担保合同。所以,目前关于保证的法律渊源主要是《民法通则》《担保法》及《担保法解释》。保证人是民事主体,民事法律行为的有效要件当然也适用于保证人。但保证又具有自己的特殊性。结合《民法通则》《民法总则》《合同法》中关于有效民事法律行为等的规定,<sup>[3]</sup>在保证领域,保证人应当具备保证权利能力和保证行为能力。

我国《担保法》第7条至第10条规定了具有代为清偿债务能力的法人、其他组织或者公民,可以作保证人,但未取得法人书面授权的企业法人的分支机构不得为保证人。企业法人分支机构是指由企业法人所设立的,经登记主管机关核准,领取营业执照,在核准登记的经营范围内从事经营活动,但又不能独立承担民事责任的分支机构。企业法人分支机构不具有独立的法律人格,不具有独立的财产,不能独立承担法律责任,只能在所属法人的宗旨和经营范围内活动。<sup>[4]</sup>企业法人分支机构是《担保法》《民事诉讼法》中的“其他组织”以及《民法总则》中的“非法人组织”。当然,法人内部的项目组之类没有依法登记的组织,属于法人的内设机构,不

[3] 参见《民法通则》第55条、《民法总则》第143条及《合同法》第9条。

[4] 方志平审定:《中华人民共和国担保法注释本》,法律出版社2017年版,第7页。

属于这里讨论的分支机构。

通过对比《民事诉讼法》规定的“其他组织”和《担保法解释》第15条规定的“其他组织”，可以发现，两者的差别就在于企业法人的分支机构（包括金融企业的分支机构<sup>[5]</sup>），表明我国立法虽然承认企业法人分支机构的当事人资格，但对其保证主体资格是进行特殊规制的，不同于其他的“其他组织”。其他的“其他组织”两种主体资格是一致的，既具有当事人资格，也具有保证主体资格。原因在于：保证不属于一般的日常经营活动，具有较大的风险，而企业法人的分支机构的财产只具有相对独立性，因而立法对企业法人分支机构提供担保进行了特别严格的限制。<sup>[6]</sup>即企业法人分支机构属于不完全民事主体，立法对分支机构从事担保活动的民事权利能力进行了限制，其保证主体资格不是绝对没有的，书面授权的意义在于由此产生了保证权利能力，而非行为能力，此种情形不同于限制民事行为能力人实施民事行为需要权利人同意或者追认后有效。

同时，保证属于人的担保，即由债的当事人以外的第三人作为保证人，以其个人信用担保债务人履行债务。这种方式的担保区别于抵押、质押和留置为代表的物的担保。保证人的资信能力是保证制度建立和运作的基础。那么，保证人的资信能力是否会影响保证合同的效力，分支机构是否因为资信能力不足而导致保证合同无效。理论上有两种不同的看法。肯定说认为保证人在提供保证时应当具有代偿能力，否则不得成立保证。<sup>[7]</sup>否定说认为，保证人是否具有代偿能力不影响保证合同的效力。<sup>[8]</sup>

笔者认为，“具有代为清偿债务能力”的规定只是管理性强制性规定，并非效力性强制性规定，不影响保证合同的效力，原因在于：1.《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（一）》（以下简称《合同法解释（一）》）第4条规定，合同法实施以后，人民法院确认合同无效，应当以全国人大及其常

委会制定的法律和国务院制定的行政法规为依据，不得以地方性法规、行政规章为依据。《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）》）第14条规定，合同法第52条第5项规定的“强制性规定”是指效力性强制性规定，进一步缩小了可以作为认定合同无效依据的法律、行政法规的类型。现行法律、行政法规并未明确规定保证人不具备清偿能力将导致保证合同无效，且违反该规定也不会导致国家或公共利益受到损害。2.清偿能力和清偿标准都具有变动性，只对保证合同的履行产生影响。若动辄以保证人没有清偿能力为由认定保证合同无效，不利于维护合同稳定和交易安全。3.《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的解释（试行）》（以下简称《民通意见》）第106条和《担保法解释》第14条规定没有代偿能力仍须承担保证责任，用司法解释表明保证合同的效力没有因此被法律否定性评价。综上，《担保法》规定保证人具有代为清偿能力是为了保障债权实现和交易安全，并不是影响保证合同效力的保证主体资格要件。

## （二）保证合同无效后的责任性质

保证合同是保证人和债权人之间的协议，其主体不包括债务人。保证合同是从合同，其无效可产生于两种情形之中。一种是主合同和保证合同均无效。另一种是主合同有效，但保证合同无效。保证合同无效时，保证人无须承担保证责任，但仍会产生无效合同的民事赔偿责任。企业法人分支机构对外无效保证时一般与主合同的效力无涉，属于主合同有效而保证合同无效的类型。合同无效时，当事人承担的是缔约过失责任是我国民法学界的通说。<sup>[9]</sup>保证合同是合同的类型之一，其无效时产生的责任当然是缔约过失赔偿责任。且该责任的大小与债权人与保证人在缔约过程中的过错相关联。至于保证人与主债务人之间的法律关系是另一层面的问题，即使其有无效或被撤销的事由，对保证合同的效力不产

[5]《担保法》之前的司法解释（例如1994年《最高人民法院关于审理经济合同纠纷案件有关保证的若干问题的规定》第17条）将金融机构的分支机构与其他企业的分支机构相区别，《担保法》改变了过去的做法，将金融机构的分支机构与其他类型的企业分支机构同等对待。

[6]易军、宁红丽：《合同法分则制度研究》，人民法院出版社2003年版，第322页。

[7]邹海林、常敏：《债权担保的方式和应用》，法律出版社1998年版，第44页；刘书臻：“论无效保证的民事责任”，载《广西政法管理干部学院学报》1999年第1期；于静明：“也论无效保证合同的确认与处理”，载《法学评论》1999年第1期。

[8]晓晨：“论保证合同被确认无效后的保证责任”，载《人民司法》1998年第11期。

[9]参见王利明：《合同法研究》（第一卷），中国人民大学出版社2002年版，第331页；韩世远：《合同法总论》，法律出版社2004年版，第264页；李永军：《合同法》，法律出版社2004年版，第409页。



生任何影响。<sup>[10]</sup>

案例1中,一审法院认为原告范某诉请总公司承担保证责任,于法无据,故驳回该项诉讼请求。如前所述,保证合同无效只是不产生保证责任,但仍会产生无效合同的民事责任,而不是不产生任何法律责任。也就是说,原告范某对于被告褚某仍享有民事实体权利。简单驳回诉请并不能案结事了,当事人另行起诉仍然要进行审理,重新对案件审理也浪费司法资源,增加各方诉累。因此,当事人以保证合同有效为基础提出诉讼请求,与人民法院根据案件事实做出的认定不一致时,根据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第35条的规定,人民法院应当向原告范某释明可以变更诉讼请求,而不是简单驳回诉讼请求了事。虽然该判决因双方当事人没有上诉而生效,但并不是所有的案件当事人都不会上诉。案例1中法院的处理方式适用法律错误,应当引起重视。从企业法人民事责任的角度来看,该判决似将其完全免除,处理结果失之过轻。

### (三) 企业法人对分支机构行为承担责任的法理基础

企业法人承担无效保证责任的法理基础包括债权人存在合法损失、企业法人有过错以及债权人的合法损失和无效保证行为之间存在直接因果关系。由于损失和因果关系在无效保证领域并无特殊之处。因此,本文只阐述对企业法人过错的理解。

《担保法解释》第17条第4款规定“企业法人有过错的,按照担保法第29条的规定处理”。该条款属于民法中的不完全性法条,不能够直接作为请求权的依据,它只是被用来说明、限制或引用其他法条或章节的规定,这种法条如果不与其他法条相互联系,就不能单独发挥规范性的功能。<sup>[11]</sup>这个不完全条款将“企业法人有过错”设定为适用《担保法》第29条承担分支机构对外无效保证的民事责任的前提。那么,需要解释清楚企业法人为什么会因为没有参与签订的保证合同有过错。

案例2中,一审法院认为借款主要用于保证人即分支机构的经营,企业法人应当知晓该情形,故将企业法人的过错理解为“对下属分支机构经营活动监管不力”。笔者认为,这种理解是很大的误导,会对以后类似案件的处理造成混乱。理由在于:监管按时间顺序可以分为事前、事中和事后三种形式的监管。从事前、事中监管的角度来说,分支机构未取得书面授权或者超出授权范

围对外担保的行为无效,这一规定是法律明文规定的,推定所有社会主体都应知道,包括分支机构自身也应当知道。从事后监管的角度来说,保证合同已经签订且即使借款用于分公司经营又能如何呢?此时是否进行监管已与合同效力无涉。所以,从监管的角度来认定企业法人有过错没有说服力,还会涉及举证质证,既浪费司法资源,又没有意义。与其机械区分企业法人的过错与分支机构的过错,不如将二者统一,直接从责任承担的角度来理解“企业法人有过错”。具体逻辑路径是:企业法人分支机构不享有独立的财产权,其财产属于企业法人所有,不具有独立的民事责任能力。其对外无效保证的赔偿责任会通过设立者责任的形式转移归企业法人承担,等同于企业法人直接实施了无效担保行为。因此,笔者将这种过错称之为“等同过错”,也就是说,对于《担保法解释》第17条第4款中“企业法人有过错”应作扩大解释,主体不仅包括企业法人,还应包括分支机构。

案例2中的二审法院虽然维持了一审判决结果,但认为分支机构的过错就是总公司的过错,纠正了一审法院的判决理由,这一认定是正确的。一审法院的理解错误,虽然在这个案件没有影响相关处理结果,但如果不予以纠正将会在其他案件中因为企业法人没有“对下属分支机构经营活动监管不力”进而得出企业法人无过错的结论,从而不适用《担保法》第29条,造成法律适用上的错误。

### 三、企业法人分支机构无效保证时的责任承担

企业法人分支机构无效保证时缔约过失责任的范围取决于债权人因保证合同无效所造成的合法损失、保证人和债权人对无效合同的过错程度以及损失和无效保证行为之间的直接因果关系等。

#### (一) 民事责任范围

《担保法》第5条第2款“根据其过错各自承担相应的民事责任”的规定缺乏可操作性。根据民法基本理论,确定民事责任的范围不能脱离保证合同的效力及无效情形。合同无效产生的缔约过失赔偿责任不同于违约责任,其赔偿范围是信赖利益损失,即因信赖合同有效而遭受的损失,不包括预期利益的损失。一般包括缔约人支付的缔约费用,在缔约过程中遭受的人身、财产损失,缔约机会的丧失(在担保法领域表现为“丧失得到合格的保证人的机会”)所遭受的损失等。

[10] 邱聪智:《新订债法各论》,中国人民大学出版社2006年版,第343页。

[11] 汪渊智:“民法中的不完全性法条”,载《山西大学学报(哲学社会科学版)》2004年第4期。

这里需要注意不能将主合同的可得利益（例如利息）与从合同即保证合同的可得利益混淆。以无效保证合同只赔偿信赖利益为由否定主合同的可得利益，<sup>〔12〕</sup>是错误的。依合同实际履行原则，债务人应依约履行其所有债务，未得到满足的部分才是债权人的损失，也就是因信赖保证有效而产生的损失，保证人应在此范围内按过错承担责任。也就是说，在主合同有效而担保合同无效时，保证人应在债务人违约责任赔偿范围的基础上承担缔约过失责任，包括主债权、利润、利息和实现债权的费用等。因此，《担保法解释》第7条对前述保证合同无效后“相应的民事责任”的基础范围根据债权人有无过错，分别规定为“主合同债权人的经济损失”及“债务人不能清偿部分”两种类型。

关于《担保法解释》第7条有两点需要说明：一是第7条前半段关于债权人无过错的内容，规定为担保人与债务人的地位相等，担保人对债权人的损失承担连带责任。笔者认为，在债务人与保证人共同串通欺骗债权人造成损失时，具有共同侵权的故意，此时《担保法解释》第7条前半段规定的连带责任是成立的。典型的例子是原《公司法》第60条第3款规定的“董事、经理以公司资产为本公司的股东或者其他个人债务提供担保，且债权人不知道或者不应当知道该情形的”。除此之外，将无效保证人的缔约过失责任与债务人的违约责任合并为连带责任，混淆了二者的性质，导致保证人的责任范围被扩大，也就是学者所批评的由于法律不完善造成“司法实践中会出现无效担保时担保人的责任重于有效担保的情况”。<sup>〔13〕</sup>因此，应对《担保法解释》第7条前半段规定的“连带责任”予以修改。

二是第7条后半段将“不能清偿”而不是“未清偿”作为担保人承担责任的范围。即对债务人方便执行的财产执行完毕，而无需等到债务人全部财产受执行，担保人对不能清偿的剩余部分承担责任。《担保法解释》第131条规定了债务人方便执行的财产范围。司法解释基于利益权衡，对于穷尽债务人财产的程度作出了公平合理的规定。即债务人承担全部、直接责任，担保人承担剩余、补充责任。

## （二）对债权人过错的理解

在确定了保证人责任范围的基础上，然后才是过错

的认定和大小问题。在《担保法》之前的司法解释没有区分保证人对保证合同无效是否有过错及过错大小，保证人均应承担连带保证责任或含义不明的赔偿责任。为科学地界定无效保证合同当事人的责任，1995年《担保法》开始引入过错的概念，改变之前的司法解释对保证人设定责任较重的做法。《担保法》第5条第2款规定，确定各方当事人承担相应民事责任的基础是当事人是否有过错及过错的大小。缔约过失责任中的过错是基于诚实信用原则产生的。企业法人和分支机构的过错已在第二部分企业法人有无责任时讨论过，这里还需要讨论的是债权人的过错问题。

### 1. 债权人有过错

债权人的过错是认定保证人民事责任大小的关键。从类型上分，过错既包括故意也包括过失，具体情形有：（1）与债务人串通、骗取保证人提供保证；（2）采取欺诈、胁迫等手段，使保证人在违背真实意思的情况下提供保证；（3）明知或者应当知道分支机构没有取得企业法人的书面授权仍与之签订保证合同。

对于前两种情况，对债权人而言违反了诚信原则，对保证人而言违反了自愿原则，《合同法》及《民法总则》规定为可撤销的保证合同，在保证人未请求撤销前，保证合同有效；《担保法》第30条直接规定为保证人不再承担民事责任。因可撤销合同和无效合同的结果相同，且《担保法》已直接规定此时保证人无须承担民事责任，因此不必僵化于程序上要求保证人先请求撤销保证合同才可免除己方责任。在债权人欺诈、胁迫保证人在违背真实意思的情况下提供保证时，债权人主观上是故意，该过错是保证合同无效的根本原因，故即使保证人是企业法人分支机构，该保证合同无效的责任亦只由债权人承担，企业法人无须赔偿。

但应当注意在债务人与保证人有关联关系时，对债权人过错的认定问题。首先，债务人与保证人之间的关系属于委托合同关系，债务人与保证人有关联关系的事实不必然等于债务人欺诈、胁迫保证人，二者是不同的事实要件。其次，即使债务人对保证人构成欺诈，也只是委托合同无效的理由，而不能据此认定保证合同无效。只有当债权人知道或者应当知道欺诈事实的，也构成欺诈，保证合同才可因此而无效，且该无效与保证人无涉，保证人可免责。

〔12〕认为无效保证责任的范围不包括利息等主合同期待利益损失的观点，参见王启江：“保证合同无效后保证人的民事责任问题探讨”，载《法学》1998年第2期。

〔13〕曹士兵：《中国担保制度与担保方法》，中国法制出版社2017年版，第9页。



对于后一种情况,也就是债权人和企业法人分支机构均有过错时。此种保证合同虽然是当事人双方自愿设立的,但因违反了《担保法》而无效。法律明文规定分支机构没有法人书面授权时不得作保证人,该规定对全社会有约束力,任何相对人包括债权人都推定应当知道,<sup>[14]</sup> 债权人不得以不知道该规定为由主张免责。《担保法》第 29 条规定为“债权人和企业法人均有过错的,应当根据其过错各自承担相应的民事责任”。《担保法解释》第 7 条进一步规定为“主合同有效而担保合同无效,……债权人、担保人有过错的,担保人承担民事责任的部分,不应超过债务人不能清偿部分的二分之一”。

关于担保人责任份额上限为 1/2 的规定,有支持和反对两种观点。持反对观点的学者认为,《担保法解释》不分具体情况,按照债权人、担保人均分计算,机械地一律将担保人的民事责任限制在债务人不能清偿部分的 1/2,这就忽视了过错在确定责任中的作用。<sup>[15]</sup> 例如,如果担保人对担保合同无效存在故意,而债权人仅存在一般过错,担保人所承担的责任也不能超过债务人不能清偿部分的 1/2,这样的规定尽管易于操作,但不利于法官根据案情酌情处理案件。<sup>[16]</sup> 因此,在担保人对担保合同无效存在故意而债权人仅存在一般过错时,可以在 1/2 的基础上适当扩大保证人的责任。还有学者进一步指出“……考虑到保证人没有追偿权,因此将其责任限定一下还有一些道理的话,那么在最高人民法院担保法解释第 9 条第 1 款明确赋予了保证人针对债务人享有追偿权的情况下,此种责任限定的理由就荡然无存”。<sup>[17]</sup>

持赞同观点的学者认为,违反法律明确规定的保证人资格导致保证合同无效的,《担保法解释》规定的 1/2 是责任上限,其本意是保证人对债权人的赔偿责任还可以再减少,“真正贯彻担保法……的禁止性规定,根本途径是……不实行损害赔偿,债权人损失自负。理由是:法律已经明文禁止此类主体作担保人,任何相对人都应当知道,在明知或者应当知道的情况下还要与此类主体签订担保合同,所受损失理应自负。这样一来债

权人接受这样的担保不能获得任何益处,可以起到逐渐杜绝此类主体作担保人的作用”<sup>[18]</sup>,“担保人主体资格的欠缺是显而易见的,……债权人仍然接受这种担保,债权人是明知或应知担保无效而设定担保,债权人应当被认为有过错(故意或者重大过失)”<sup>[19]</sup>。

笔者认为,根据缔约过失责任原理,受损害者有过错的,不能要求相对人赔偿。<sup>[20]</sup> 而过错是抽象事实,难以具体量化,但对无效担保人承担的责任划分相对统一的类型又是司法实践的客观需要。因此,在过错大小的确定上应立足于利益权衡,并体现一定的价值导向。在债权人、担保人均有过错导致主合同有效而保证合同无效时,《担保法解释》第 7 条考虑到担保一般无对价,要求担保人承担过重的责任没有法理依据,不符合公平原则,故按照合同主体数量,在形式上均分,将担保人承担的责任份额上限规定为 1/2。若着眼于无效保证合同的整体而言,确须根据实际情况来确定无效担保合同的责任划分。用成文法划分抽象的责任难以尽善尽美,相对于纷繁复杂的司法实践,成文法确实存在不全面之处,应当承认第一种观点有合理之处,以后修法时应修改完善《担保法解释》第 7 条后半段。第二种观点是具体讨论保证主体资格欠缺导致保证合同无效这一特定条件下双方责任人的过错,着眼于法律明确禁止的具体情况,而非泛泛讨论主合同有效而担保合同无效时的责任,以此为前提对《担保法解释》第 7 条规定的 1/2 进行了补充理解。在担保人主体资格欠缺的无效保证合同案件中,第二种观点具有重要的参考价值。

由于我国担保法对企业法人分支机构提供担保作了严格的明文限制,必须有企业法人的书面授权,债权人一旦发现保证人是分支机构,就应采取审慎的态度。例如,与企业法人取得联系,核实有无授权,只要债权人认真审核,就不难查明分支机构有无书面授权。案例 2 中,二审法院将债权人的审查注意义务过分减轻,确认债权人可以仅凭“保证人如需内部决策批准本保证的,保证人承诺已经内部程序批准了本项保证”的文字记载

[14] 法律明确规定推定为任何人均应知晓的认定,可以参见《关于村民委员会以集体林地抵押行为效力的答复》(最高人民法院【2003】民二他字第 28 号)。

[15] 郭明瑞、房绍坤、张平华:《担保法》,中国人民大学出版社 2017 年版,第 15 页。

[16] 房绍坤:《民商法问题研究与适用》,北京大学出版社 2002 年版,第 252 页。

[17] 程啸:“主合同无效时保证人的责任问题”,载《法学论坛》2005 年第 6 期。

[18] 同注[16],第 78 页。

[19] 同注[16],第 99 页。

[20] 王泽鉴:《民法学说与判例研究》(第 1 卷),中国政法大学出版社 1998 年版,第 99 页。

就草率轻信在本金高达 750 万元的借款交易中保证人已经取得了书面授权。这种认定与立法要求债权人明知担保无效而设立担保须被否定评价的指引功能是明显相悖的,完全免除债权人责任,对于保证人而言,处理结果失之过重。再审法院对此予以纠正,做出了正确的认定。

## 2. 债权人无过错

有学者就《担保法》第 29 条后半段“债权人无过错的,由企业法人承担民事责任”提出质疑,认为企业法人分支机构越权提供担保,债权人不可能没有过错,相关规定是不恰当的。<sup>[21]</sup>

笔者认为,法律规则的逻辑结构包含“构成要件”和“法律后果”两个部分,构成要件是法律后果的逻辑前提,只要是能够引发特定法律后果的事实都属于构成要件,其在内容上可以包括规则的主体、行为、情景条件等;法律后果所指明的则是当构成要件成就时应当采取的法律上的姿态。<sup>[22]</sup>《担保法》第 29 条规定了两类客观要件(一是分支机构没有取得企业法人书面授权,二是分支机构取得企业法人书面授权但超出授权范围)和两类主观要件(一是债权人和企业法人都有过错,二是债权人无过错,仅企业法人有过错)。从理论上说,两类客观要件和债权人无过错这一主观要件进行组合,可以产生两类法律规则。即《担保法》第 29 条后半段“债权人无过错的,由企业法人承担民事责任”的完整构成要件包括两种类型:类型 I 是“主合同有效而保证合同无效”“分支机构没有取得企业法人书面授权”“债权人无过错”,类型 II 是“主合同有效而保证合同无效”“分支机构取得企业法人书面授权但超出授权范围”“债权人无过错”。

### (1) 类型 I

实践中,主合同有效而担保合同无效时债权人完全无过错的情况不多见,因为保证合同形成于债权人和保证人之间,保证合同无效很难说与债权人无关。有学者认为唯一例外的情况是《担保法解释》第 4 条的规定,即“董事、经理违反《中华人民共和国公司法》第 60 条的规定,以公司资产为本公司的股东或者其他个人债

务提供担保的,担保合同无效。除债权人知道或者应当知道的外,债务人、担保人应当对债权人的损失承担连带赔偿责任”<sup>[23]</sup>。根据民法学的当然解释方法,该条款中的“公司资产”包括由分支机构经营管理的财产。相应地,董事、经理以分支机构经营管理的财产为本公司的股东或者其他个人债务提供担保的形式当然也包括以分支机构的名义。那么该条款规定的情形是否符合类型 I 的三个构成要件呢?

我国《公司法》对公司对外担保规定了决策要件。1993 年通过的《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”,该条款经 2005 年《公司法》修订变更为第 16 条,被担保人从单一自然人扩大到既有企业,又有自然人,并延续至今,内容为“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”。但是,原《公司法》第 60 条第 3 款和现《公司法》第 16 条未规定缺少决策要件行为的法律后果,是不完全法条,相应签订的担保合同是否无效,《担保法解释》第 4 条有无超越原《公司法》第 60 条第 3 款的规定?

笔者认为,一般情况下,《公司法》第 16 条规定的决策程序是形成书面授权的前提,有一定联系,但决策程序不同于书面授权,对担保合同效力的影响也不同。<sup>[24]</sup>就企业法人分支机构保证而言,其以自己名义与债权人签订保证合同,只要缺少书面授权这一个构成要件,即为无效,无须再讨论缺少决策要件对保证合同效力的影响。债权人在法律有明文规定的背景下,仍然接受无书面授权的分支机构作保证,其主观上必然有过错,保证合同依法无效。可见,此时类型 I 的三个构成要件也无法同时具备,不可能存在。因此,《担保法》第 29 条后半段应作限缩理解。

### (2) 类型 II

对于分支机构取得企业法人书面授权但超出授权

[21] 于静明:“也论无效保证合同的确认与处理”,载《法学评论》1999 年第 1 期。

[22] 雷磊:“法律规则的逻辑结构”,载《法学研究》2013 年第 1 期。

[23] 苏号朋:《担保法及其司法解释的应用与例解》,中国民主法制出版社 2001 年版,第 20 页。

[24] 理论界和司法界的主流观点是认为缺少决策要件的担保合同有效或者效力待定,参见高圣平:“民法解释方法在‘中福实业公司担保案’中的运用”,载《法学家》2004 年第 4 期;“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”,载《最高人民法院公报》2006 年第 7 期;“中建材集团进出口公司诉北京大地恒通经贸有限公司、北京天元盛唐投资有限公司、天宝盛世科技发展(北京)有限公司、江苏银大科技有限公司、四川宜宾俄欧工程发展有限公司进出口代理合同纠纷案”,载《最高人民法院公报》2011 年第 2 期。



范围的,因债权人对分支机构作保证人有法定审查义务,因此分支机构超出授权范围的保证行为,债权人如果通过形式审查即可发现却仍然接受,导致保证合同无效的,债权人是有过错的,不适用《担保法》第29条后半段。但是,根据公平原则,债权人的审查义务仅限于形式上,不负有实质上的审查义务,若分支机构造假造成超授权范围保证的,债权人对超范围的部分主观上无过错的可能是存在的,即此时《担保法》第29条后半段的法律规则有适用的可能。在债权人主观上是否有过错的问题上,适用谁主张谁举证的诉讼原则。债权人反驳分支机构或企业法人主张的,也应提交证据证明。需要注意的是,如果分支机构取得了企业法人的书面授权但没有清晰地划分权限,即授权不明造成分支机构有相应授权的虚像,此时视为无限授权,保证合同有效,适用《担保法解释》第17条第2款的规定,分支机构应对保证合同约定的全部债务承担保证责任。

案例2中,涉案合同签订于2015年,应适用2005年修订的《公司法》。保证人上海分公司与债务人褚某之间不存在投资关系,债权人张某不知道保证合同欠缺决策要件没有过错,但其无视分支机构不得作保证人的规定有过错,应承担相应的民事责任。

### (三)对《担保法》第29条不同民事责任类型的理解

前文介绍了企业法人过错和债权人过错的含义和类型,那么这两种过错组合在一起产生的法律后果是什么。《担保法》第29条只规定了“债权人和企业法人有过错”“债权人无过错”两种情形下的法律后果即责任形式,且该条后半段的法律后果“由企业法人承担民事责任”时的构成要件仅表述为“债权人无过错”,此时其对应的企业法人过错形式是什么,是企业法人有过错和无过错两种都包括在内还是只包括其中一种。该问题属于构成要件缺失。按照逻辑周延的思路,两种主体、两种过错形式会产生四种组合方式:1.债权人无过错且企业法人无过错;2.债权人无过错但企业法人有过错;3.债权人有过错但企业法人无过错;4.债权人有过错且企业法人有过错。但现行立法从形式上看,只明确规定了第4种债权人有过错且企业法人有过错这种组合的责任形式(“各自承担相应的民事责任”),对于第1种债权人无过错且企业法人无过错、第2种债权人无过错但企业法人有过错这两种组合的责任形

式规定不明确,对于第3种债权人有过错但企业法人无过错这种组合的责任形式未作任何规定。也就是说三段论中作为法律规范的大前提是不完整的,法律规则的构成要件上存在缺陷,因此在法律适用中会产生较大争议。

根据第二部分对法定代表人与分支机构“等同过错”的论述,可以知道,在法律对分支机构保证主体资格采取明确特殊规制的情况下,除根据《担保法》第30条规定债权人与债务人串通或者单独欺诈、胁迫分支机构时企业法人不承担民事责任(即第3种组合形式),只要分支机构对外无效保证,企业法人就有过错。因此,债权人与企业法人均无过错时,即第1种组合形式不会产生无效保证合同。由此,《担保法》第29条“债权人无过错的,由企业法人承担民事责任”的完整形式是第2种组合方式,应表述为“债权人无过错但企业法人有过错的,由企业法人承担民事责任”。

### (四)过错责任与追偿权

根据《担保法解释》第9条规定,担保人因无效保证合同而向债权人承担赔偿责任后,对债务人享有追偿权。司法解释肯定了过错责任也可以追偿,该规定似与过错责任应当由过错主体本人消化的过错责任理论相矛盾。但是,从法理上来看,不论债权人有无过错,保证人的缔约过失赔偿责任和债务人的违约赔偿责任之间构成不真正连带债务关系,保证人承担的无效保证责任仍然具有代偿性质,而这恰是行使追偿权的法理基础,过错只是确定代偿责任比例的根据。因此,不应僵化于过错责任不可以追偿的观念,而应从其代偿性质的角度看待问题,肯定过错责任不可以追偿的民事原理存在例外情形。

### 四、对企业法人分支机构无效保证责任的反思

(一)《担保法》明确此类合同为无效,属于效力性强制性规定,该规定实质着眼于债权人而非对企业法人或其分支机构。原因在于:对于企业法人来说,由于分支机构不具备独立的法律人格,因此不论分支机构是否取得书面授权,由此导致保证合同是有效抑或无效,企业法人作为分支机构的设立者而言,其法律责任都是存在的,无从逃脱,不发生法律责任“有”或“无”的区别。<sup>[25]</sup>而分支机构是否取得书面授权,是判断债权人有无过错的标尺,进而对企业法人的责任范围发生影响。保证的实质是确保债权人的利益,对保证人仅设定

[25]有学者认为,司法实践中不少法院区别对待金融机构的分支机构与一般企业法人的分支机构,认为前者作保证人不受担保法的限制,不利于防范金融风险,这种处理方式是不对的。参见曹士兵:《中国担保制度与担保方法》,中国法制出版社2017年版,第15页。

义务却未必有利可图,<sup>[26]</sup>因此须要对债权人设置较高的注意义务。可以看出担保法的制度设置虽然以保障特定债权人的合法债权为出发点,但也注意平衡保护债权人与担保人各自的利益。

但现行立法模式可能会出现无效担保时担保人的责任重于有效担保的情况,那么,除了直接规定保证合同为无效外,是否还有其他方式可以更好地平衡保证合同双方当事人的利益?分支机构担保时参照《公司法》第16条关于“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”的规定,结果上是否更合理?司法实践中,缺少决策要件的保证合同或者被认定为有效,或者被认定为效力待定。若分支机构担保直接认定为有效,则企业法人须承担全部保证责任。但是,因为没有对债权人设置任何注意义务的要求,相较于现行立法反而加重了企业法人的责任,不利于平等保护债权人与担保人各自的利益。若分支机构担保被认定为效力待定,给予企业法人是否追认保证合同的权利和机会。在企业法人追认时,企业法人为保证人,保证合同有效;企业法人不追认时,保证合同不成立,但此时分支机构对合同不成立也有过错,而分支机构的民事责任最终都会通过设立者责任的形式转移给企业法人。因此,在企业法人不追认时,保证合同不成立的责任也是根据债权人和分支机构的过错各自承担,与现行立法的结果无异。而企业法人追认的权利不需要通过规定保证合同效力待定的方式才能行使。因此,主张将分支机构未经授权保证的效力规定为效力待定与现行立法规定为无效的结果是相同的。

(二)“书面”授权能否完全遏制分支机构与债权人或者债务人串通向企业法人转嫁风险的行为。分支机构没有书面授权或者越权对外无效保证时,债权人主观上是存在过错的,企业法人虽然仍须兜底承担责任,但责任会因此有所减轻。也就是说,没有“书面”授权不能完全使企业法人最终免于承担责任,但“书面”授权的规定可以通过减轻企业法人的赔偿责任,属于责任范围的大小问题,给企业法人提供一定程度上的保护。申言之,该规定可以部分遏制分支机构与债权人或债务人串通向企业法人转嫁风险的行为。

(三)“书面”授权的具体表现形式可以灵活多样。《合同法》第36条已确认法定书面合同的成立也可以非书面形式,构成要件是“法律、行政法规规定或者当事人约

定采用书面形式订立合同”“当事人未采用书面形式但一方已经履行主要义务,对方接受的”。《合同法解释(二)》更进一步扩大到“双方从事的民事行为”推定有订约意愿的,合同也成立。《合同法》的位阶效力高于《担保法》,故相应规定也适用于保证合同,对《担保法》第10条要求的“书面”授权应作扩大理解,从主观和客观两个方面进行分析判断。例如企业法人明确承认授权、有履行行为或者默示授权,都可以认定取得了书面授权。

这里要讨论的重点是分支机构对外保证的行为构成表见代理。例如,企业法人将印鉴、合同书或者介绍信交给分支机构且债权人主观上为善意。因法律原则上禁止分支机构对外担保,所以在适用表见代理上应更加严格。在举证责任负担上,应由债权人负责举证,以免其与分支机构串通向法人转嫁债务。但需要注意的是,此时不同权利外观的内容决定不同的保证人身份,即如果权利外观是分支机构取得以自己名义作保证的授权,则保证人是分支机构,如果不是以自己名义作保证的授权,则保证人是企业法人。

(四)没有“书面”授权时债权人能否行使催告追认权和撤销权。虽然企业法人分支机构作保证时类似于限制民事行为能力人,其实施民事行为需要权利人同意或者追认后有效,但现行法律直接将此种保证合同的效力设置为绝对无效,不同于限制行为能力人和无权代理人订立的效力待定的合同,其效力不可以补正。也就是说,除非企业法人自愿补正,作为保证合同一方的债权人是没有法律上的催告追认和撤销权的。

总之,“书面”授权的规定将债权人的审查义务法定化,有利于加强债权人的责任感,构建完善的风险分担体系,建立和提升社会道德信用水平。由于企业法人基于等同过错须承担分支机构因无效保证产生的一切责任,这种责任范围的大小与合同相对人即债权人的过错密切联系,双方此消彼长。在经济交往中,如果债权人没有履行该注意义务,将须对自己不谨慎的行为负责,承担与过错相应的责任,企业法人对分支机构无效保证须承担的民事责任会相应减轻。因此,债权人应严格注意不得接受没有取得书面授权的分支机构提供的保证,从这个角度说,分支机构的业务开展可能会因此受到阻碍,但这种代价是必要的,对整个社会建立市场信用和增强信用意识有着重要意义。

(责任编辑:徐一楠)

[26] 郭明瑞:“关于保证人保证责任的几个问题”,载《法制与社会发展》1996年第3期。