

《公司法》第16条的规范目的: 如何解读、如何适用?

施天涛

(清华大学法学院, 北京 100084)

摘要: 对《公司法》第16条的理解和适用历来纷争不止, 根源在于将其视为“公司担保”的规定, 并以之作为公司担保合同效力的评判依据。为正本清源, 本文回归《公司法》自身的性质与功能, 追溯公司法本来的立法目的, 认为公司法主要体现为管理法性质, 是关于公司治理中内部权力安排与分配的规范。《公司法》第16条是关于“公司担保决议机制”的规定, 其所要解决的问题是公司对外提供担保的权力归属与行使的正当性与程序性要求。有鉴于此, 在处理违反《公司法》第16条的法律后果时, 应遵循“两步走规则”: 第一步自然应依据《公司法》的治理规则和救济措施判定担保决议自身的效力和责任, 包括因公司担保决议实质和程序违法、违规和违章而导入《公司法》第22条的适用。在对公司决议形成了确定性司法裁决后再启动第二步, 考察其对公司担保合同的效力影响。当公司担保决议经司法裁判为无效或被撤销后, 由此牵连出《合同法》《担保法》的介入和适用, 担保合同可能发生无效的后果。本文坚持的原则是, 公司有权机构做出的担保决议非经司法裁判为无效或被撤销, 不能以违反《公司法》第16条作为判定担保合同效力的直接依据, 《合同法》《担保法》不能“穿透”《公司法》第16条径行决定担保合同的效力。

关键词: 《公司法》第16条; 公司法的性质与功能; 目的解释; 司法适用“两步走规则”

中图分类号: DF411.91 文献标志码: A

DOI: 10.3969/j.issn.1001-2397.2019.03.08 开放科学(资源服务)标识码(OSID):



一、《公司法》第16条的误读

我国《公司法》第16条^①自其实施以来就引发了对它的认识和适用的歧义, 理论上的看法^②各不相同。

收稿日期: 2019-01-28

作者简介: 施天涛(1962), 男, 陕西汉中, 清华大学法学院教授, 博士生导师, 中国法学会证券法学研究会常务副会长, 法学博士。

①本文主要围绕《公司法》第16条讨论, 但还会涉及《公司法》第104条、第121条等相关条文。

②高圣平教授在其主持的最高人民法院课题项目《公司担保法律问题研究》(2018.12)中对现有理论和既有案例进行了系统的检索、归纳和分析。归纳起来, 理论上主要存在着“法律规范属性说”、“法定权限限制说”和“内部管理规范说”三种较有影响的理论。建立在这些不同学说基础上的司法裁判有担保合同有效、无效、待定、区分和未生效等五种法律效果。

同,且纠缠不清;司法上的裁判也是各行其是,大相径庭。

虽然理论上围绕《公司法》第16条进行了许许多多的不同解读,但却不谋而合地存在一个共同点,即迄今为止的讨论均是将《公司法》第16条的规定作为“公司担保”来理解的,至少这种理解占有压倒性倾向^①。然而,这种理解是错误的,因为《公司法》第16条出现的“担保”障蔽了人们的认识视角,并因此引起了认识上的误读。这种误读曲解了《公司法》的立法目的,进而将该条的法律适用引向了错误的方向和错误的裁判^②。

例如,“法律规范属性”说直接引入《合同法》及其司法解释上关于效力性强制规范和管理性强制规范之区分方法^③,并以此路径直接判定违反《公司法》第16条之担保合同的效力。如属前者,担保合同无效;若属后者,担保合同有效。然而,这种方法也受到了质疑。批评意见认为,效力性强制规范与管理性强制规范难以区分,且因果倒置,循环判定^④。不仅如此,在作者看来,这种区分最大的问题是混淆了合同法与公司法各自的维度与面向的差异性。合同法如此区分的目的在于决定交易法上的效力;而公司法是管理法,不是交易法,不能径直用合同法方法来决定公司法上的规范效果。事实上,公司法并不缺乏强制性规范^⑤,违反公司法上的强制性规范同样发生效力性后果。问题是,这种管理规范是公司法(商法)意义上的管理规范,如若违反该种管理规范,首先应发生公司法(商法)上的法律效果,而不是合同法、担保法(民法)上的法律效果。这才符合公司法自身的逻辑和立场^⑥。也就是说,商

^① 在关于《公司法》第16条的文献中,少数学者如钱玉林教授认为“应回归原始目的重新解释”。(参见:钱玉林.公司法第16条的规范意义[J].法学研究,2011(6):131-132.)

^② “仅就目前所见的各级法院的裁判案例来看,上述规定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。”(参见:高圣平.公司担保相关法律问题研究[J].中国法学,2013(2):104.)

^③ 该种区分源自于《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)》的规定。根据《合同法解释二》第14条规定,《合同法》第52条第5项关于“法律、行政法规的强制性规定”可分为管理性强制规定和效力性强制规定,即将《合同法》第52条第5项规定的“强制性规范”限缩为“效力性强制规范”。

^④ 批评意见认为,这种区分界限模糊,难以识别,且“规范性是判断之后的结果,而非判断的依据,由规范性推导出合同效力,似乎有些倒果为因,是一种倒置的法律推理”。(参见:叶林、李志刚、朱虎等.效力性强制性规范的识别:争论、法理与路径[J].人民司法(应用),2017(7):103-111.)“但这一模式又存在先天的不足,通过确定法条的规范性进而判断担保合同效力;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”。(参见:高圣平.公司担保相关法律问题研究[J].中国法学,2013(2):105.)的确,就《公司法》第16条而言,这种识别方法确实造成了裁判上的任意性和不确定性:如有的认为《公司法》第16条第一款是任意性或者授权性规范,第二款、第三款则是效力性强制规范。更有甚者,有的将《公司法》第16条第一款予以进一步区分:如若公司章程规定公司担保决议由董事会作出,实际上决议是由股东会或者股东大会作出,基于该决议发生的担保有效;如若公司章程规定公司担保由股东(大)会作出,实际上决议是由董事会作出,基于该决议发生的担保无效。有鉴于这种不确定性和任意性,后来的法律或其他规范似乎有意无意地回避、淡化这种区分,如《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条指出“人民法院应当注意根据《合同法解释(二)》第14条之规定,注意区分效力性强制规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,人民法院应当根据情形认定其效力”。又如《民法总则》第153条第一款规定“违反法律、行政法规的强制性规定的民事法律行为无效,但是该强制性规定不导致该民事法律行为无效的除外”。

^⑤ 美国法学家艾森伯格(M. V. Eisenberg)教授在其名篇《公司法的结构》中将公司法区分为赋权性规范(enabling rules)、补充性或缺省性规范(supplementary rules or default rules)、强制性规范(mandatory rules)。(See Melvin Aron Eisenberg. The Structure of Corporation Law [J]. Colum. L. Rev. 1989 (89): 1461-1525.) 加拿大法学家布莱恩·R·柴芬斯(B. R. Cheffins)在其《公司法:理论、结构和运作》(Company Law: Theory, Structure, and Operation)一书中将公司法律规范分成三类:许可适用(可以)规范、推定适用(可以放弃)规范、强制性规范(必须或必须不)规范。可见,无论如何分类,公司法中都存在强制性规范。(参见:布莱恩·R·柴芬斯.公司法:理论、结构和运作[M].林华伟,魏旻译.北京:法律出版社,2001:245-283.) 根据美国法学家戈登教授(J. N. Gordon)在其“公司法的强制性结构”的进一步分类,强制性规则包括四种形式:程序性强制规则(procedural rules)、权力分配性规则(power allocating rules)、经济结构变更性规则(economic transformative rules)和受信义务规则(fiduciary rules)。(参见: [美]弗兰克·H·伊斯特布鲁克等.公司法的逻辑[M].黄辉译.北京:法律出版社,2016:104-112.)

^⑥ “从这个意义上讲,第16条究竟(无论)为任意性规范抑或强制性规范,或者效力性强制规范还是非效力性规范,并(都)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。试图从规范性质的角度分析公司对外担保或投资行为的效力,有悖于第16条的立法目的”(括号内文字为引者注)。(参见:钱玉林.公司法第16条的规范意义[J].法学研究,2011(6):132.)

法的问题首先应该用商法的方法来解决,而不是简单地用民法的方法来解决商法的问题,因为商事关系具有自己独立的性格和调整方法^[1]。

又如,“法定权限限制说”认为,《公司法》第16条是对公司法定代表人权限的限制,进而决定公司代表人的行为属于有权代表还是越权代表。如若构成越权代表,再行引入《合同法》第50条关于相对人是否“知道或应当知道”的规定,并以此判断相对人是否善意。若相对人为善意,即代表人行为构成表见代表,担保合同有效,担保公司需承担担保责任;如相对人为恶意,表见代表不成立,担保合同无效^①;但也有人认为此时的担保合同是否发生效力,取决于担保公司是否追认^②。

目前,这一认识方法似乎占据了主流^③。应该说,就解决越权担保问题而言,该方法本身并不存在问题,相关枝节问题的不同看法,也仅属于该方法的具体实施问题(如相对人的审查义务及其审查标准等)。但是,《公司法》第16条并非是对代表人权限的限制。既然如此,公司代表人权限的限制方法难以直接适用于该条。

再如,“内部管理规范说”认为《公司法》第16条是关于公司内部决策的法律调整,对外不发生效力^④。该说的认识虽然接近了《公司法》第16条的规范目的,但遗憾的是,其用意依然在于以此为依据直接解决担保合同的效力问题,且该方法本质上仍然属于“规范性质说”的范畴,未能超越规范性质说的局限性。

以上例举说明,这些错误的解读不仅造成认识上的困惑和歧义,司法裁判上也是依样画葫芦,依照上述不同路径对同一法律条文的适用做出完全不同或相反的判决。司法裁判中出现如此巨大的不确定性,这在我国整个司法裁判史上可能绝无仅有^⑤。

这些错误的理论认识和司法适用所产生的负面效果极大地损害了法律和司法的确定性、严肃性和权威性,并诱导当事人利用对法律的曲解和裁判的任性谋取不当利益:因为当事人既可以轻易援引《公司法》第16条规定和司法裁判先例主张担保合同有效,致使担保人(及其股东)受损;也可以轻易援引《公司法》同条规定和司法裁判先例主张担保合同无效,损害担保权人的利益。尤其是后一种情形,担

① “于此可见,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……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。”“担保权人怠于查阅公司章程、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”(高圣平,《公司担保相关法律问题研究》[J],《中国法学》,2013(2):111)。“一旦公司担保程序由公司内部要求提升为法律规定,即具有推定公知的属性,担保权人须承担合理的审查义务”(参见:罗培新,《公司担保法律规则的价值冲突与司法考量》[J],《中外法学》,2012(6):1232。)关于审查义务的标准,多数意见认为应坚持“形式主义”,且应当“适度从宽解释”,或者运用“合理的”、“一般理性标准”(参见:梁上上,《公司担保合同的相对人审查义务》[J],《法学》,2013(3):21-31;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》[J],《政治与法律》,2018(5):148-161。)但也有相反观点认为:随着对“推定通知理论”和“越权理论”的抛弃,公司章程的公开行为本身不构成第三人知道的证据,第三人对公司章程不负审查义务。(参见:崔建远,刘玲玲,《论公司对外担保的法律效力》[J],《西南政法大学学报》,2008(4):33。)

② 《合同法》第48、49条规定了“越权代理”,《合同法》第50条规定了“越权代表”。由于代表与代理具有相似性,因此,有人认为“相对人为恶意时,公司代表人越权提供担保的行为类推适用《合同法》第48条的规定,其行为效力待定”。(参见:周伦军,《公司对外提供担保的合同效力判断规则》[J],《法律适用》,2014(8):2-9;李游,《公司越权担保效力判定路径之辨析》[J],《河北法学》,2017(12):155。)

③ 早先“法律规范属性说”以及依据此说的司法裁判似乎较为占优;近年来,“法定权限限制说”的影响似乎越来越大,依据此说的司法裁判也越来越多。至于“内部决策限制说”及依据此说的司法裁判,一直都处于少数地位。(参见:高圣平,《公司担保相关法律问题研究》[J],《中国法学》,2013(2):105;李游,《公司越权担保效力判定路径之辨析》[J],《河北法学》,2017(12):158。)

④ 相关司法裁判大多表述为:该条款“是对于公司内部关系的调整,不具有对抗外部的效力”;“该条款只是明确公司内部决议程序,不得约束第三人”等等。参见:内蒙古自治区赤峰市中级人民法院“赤峰九联煤化工有限责任公司诉赤峰市元宝山区腾翔小额贷款有限责任公司等小额借款合同纠纷案”(2015)赤商终字第139号;浙江省苍南县人民法院“黄芙蓉诉王佐统等民间借贷纠纷案”(2015)温苍商初字第2001号等等案例。

⑤ 对最高人民法院司法判决的内部分歧及相关判决的梳理,参见相关文献。(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》[J],《比较法研究》,2019(1):70-85。)

保公司得以滥用自己权利,放纵自己行为,罔顾交易安全,逃避担保责任。这在实践中已经成为担保公司的惯用伎俩。

之所以会出现上述混乱现象,根源就在于上述认识将《公司法》第16条理解为“公司担保”的规定,并在司法适用上直接运用担保法、合同法来解决担保合同的效力。然而,一个简单的法科生问题是:为什么要在公司法中规定担保问题呢?不同的法律各有其自身的功能和定位,但《公司法》第16条的解读者和适用者恰恰忽略或者忘却了这一基本常识。

二、《公司法》第16条的规范目的

究竟如何解读和适用《公司法》第16条?这需要回归到公司法自身的性质和该条规定本来的立法目的。

就公司法的性质与目的而言,公司法本质上是管理法^①,至少它的主要功能和基本定位是关于公司自身治理的规范和调整,包括公司参与者之间的权力分配、决策程序与问责机制。正因为公司法具有管理法的属性,公司治理(corporate governance)问题成为现代公司法关注的核心^②。因此,相对于合同法和担保法等交易法性质的功能定位,公司法是关于公司事务管理和业务经营的法律。“事务管理”(administration of affairs)指的是公司自身内部事务的管理;而“业务经营”(business management/judgment)并非指向公司经营的外部交易行为(外部交易行为主要是合同法的任务),而是指向公司涉外业务的内部管控与治理。尽管公司法涉及外部行为和交易,但这些基本上属于公司法的边际或剩余调整。譬如,公司法中规定的设立行为、股份发行、股权转让、并购交易、公司决议等均涉及到公司行为的外部性,涉及到以合同法为主的交易法的适用,但合同法等交易法提供的仅为基础支持,并不能完全解决公司法上组织或管理行为之本体问题。换言之,如果仅仅依据合同法等交易法就能解决这些问题,那就不需要在公司法中对这些问题予以(重复)规定,甚至根本不需要公司法。以公司决议为例,公司决议性质上属于法律行为,民法为法律行为提供了基本规则^③,但如果完全适用民事法律行为规则,则无法解决公司决议自身的问题。因为公司决议是一种团体性行为,其规则应体现公司内部同一维度的组织与管理,即如何协调公司各方参与者的同向利益诉求和利害关系;而民事法律行为规则是建立在相对或异向交易基础上的制度,且不牵涉组织与管理问题。公司法的任务就是解决由公司决议的团体性衍生出来的问题,而不是解决合同法上的交易问题。前者是管理法上的效果,后者是交易法

^① 公司法是管理法这一论点还可以从新制度经济学对企业与市场的功能区分中得出。科斯认为,企业区别于市场的不同在于,市场主要通过合同交易实现资源配置,而企业则通过内部的权威和管理实现资源配置。科斯把这种模式称为“生产的制度结构”,它是一种内生的制度安排和治理结构。因此,对应到法学的上,市场交易主要通过合同法调整,而公司内部的权威分配与管理则主要通过公司法等企业法完成。(参见[美]·科斯,诺斯,威廉姆斯等.制度、契约与组织——从新制度经济学角度的透视[M].[法]·克劳德·梅纳尔,编,刘刚,等译.北京:经济科学出版社,2003:69.)

^② 公司治理不是公司法的全部,但它是公司法最重要的内容。根据美国法学会制定的《公司治理准则》,其内容涵盖了公司目标和行为;公司结构:股东、董事、高管和委员会;受信义务:注意义务与商业判断规则、忠实义务与公平交易规则;控制权转让,包括董事、高管和股东在控制权交易和公开收购中的角色;公司法的专有救济措施,包括派生诉讼、失信救济、补偿与保险、评估权救济。(See American Law Institute: Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations, St. Paul Minn. American Law Institute Publishers, 1994.)

^③ 《民法总则》亦将公司决议行为规定于民事法律行为框架内。(参见《民法总则》第六章“民事法律行为”之下的第134条第2款规定。)公司决议是否属于法律行为是一个有争议的问题。譬如,有人认为“社团决议行为并非法律行为,无法直接适用法律行为规则”。(参见徐银波:决议行为效力规则之构造[J].法学研究,2015(4):164.)但也有认为“决议行为属于多方民事法律行为,其作用的发挥不局限于法人、非法人组织领域”。(参见:王雷.论我国民法典中决议行为与合同行为的区分[J].法商研究,2018(5):128.)关于决议行为的法律性质究竟如何,不是本文讨论的问题。之所以采取传统说法,只不过是我不想节外生枝,影响本文的主题讨论。

上的效果^①。

由此可见,合同法与公司法各自的分工、任务和使命不同,同时也是交易法与管理法不同。作为管理法或组织法的公司法,它更多关注的是公司行为的决策机制:条件和程序、内部权利的平衡与权力的合理配置。当然也不可避免地涉及外部性,包括公共利益的保护,因为商事交易活动的团体性往往牵涉到社会公众的参与利益,如发行股份和公司债券。

《公司法》第16条实际上是关于公司治理的规范,它是关于公司内部权力归属与权力行使的正当性和程序性规定^②。如果从公司法人格和法人团体行为角度来考察,该条规定所要解决的问题是公司自身的意思如何形成,包括决议机构和决议程序。相对于合同法律关系而言,这是一种内部法律关系,其法律效力仅及于受该意思或决议拘束的内部人,包括公司、股东、董事、监事和高管,而不能直接及于外部第三人^③。

由此可见,《公司法》第16条并不是关于担保的直接规定,而是关于公司提供担保的决议机制的规定。这里正是本文与既往研究和认识的根本分野之处。公司担保决议是管理法的规制对象,并直接发生管理法上的效果;公司担保(合同)是交易法规制的对象,并发生交易法上的效果。所以,不能根据《公司法》第16条规定直接判定担保合同的效力问题。道理很简单,公司法本身不具有调整担保行为的功能或任务,公司的担保合同(外部行为)的效力应根据合同法、担保法决定。

《公司法》第16条关于“担保”规定的规范意义何在?本文认为,隶属于管理法或者组织法体系内的《公司法》第16条旨在解决如下三个方面的问题:

(一) 公司是否具有担保能力?

这里的“担保能力”是指公司是否具有从事担保业务的权利能力。事实上,现代公司法的人格理论早已经解决了这一问题,即公司具有独立人格,可以从事任何法律许可的经营以及与经营管理有关的一切活动。这里的“法律许可”意味着:营业自由是商人的“天赋人权”,法律应当尊重之,不得随意限制或者剥夺。在现代公司经济生活中,公司对外提供担保是再平常不过的事情,而且不可避免^④。但是,公司法为何单单就公司的担保能力做出专门规定呢?究其原因可能如下:

第一,早期公司法制史上确实存在着对公司权利能力的一些限制,主要针对的是公司目的范围和权力界域。前者体现为对公司经营范围的限制,后者如对公司转投资、从事无限合伙事业或者公司之间的借贷的限制。与此紧密相连的是“越权规则”(ultra vires rule)的适用。在严格的“越权规则”时代,如果公司行为超越了目的范围和权力界域,可能导致交易无效或者被撤销^⑤。随着公司法的现代

^① 例如,《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(四)》第4条规定:“股东请求撤销股东会或者股东大会、董事会决议,符合《公司法》第二十二条第二款规定的,人民法院应当予以支持,但会议召集程序或者表决方式仅有轻微瑕疵,且对决议未产生实质影响的,人民法院不予支持。”该规定体现了团体法对公司程序争议与团体法律关系稳定的平衡。

^② “公司法本身系组织法,核心是解决公司内部治理问题,配合公司内部的权力与权利,处理内部关系”。(参见:李志刚,等,《未经决议的公司担保:合同效力与解释路径》[J],《人民司法》,2016(31):102-109.)

^③ 在特定情形下也可能涉及公司债权人或者雇员,如公司债券持有人、公司社会责任等方面。这恰恰又是民法所不能企及的。其中公众股份投资者被纳入股东概念,公众债券投资者依然是债权人概念。其实,公司法的管理法属性还体现在“外部问题的内部化”解决。公司在市场交易中可能出现各种问题,除了通过交易法解决外,还可以通过公司内部治理结构和机制的完善解决,如基于董事、高管受信义务派生出来的合规义务及其内控制度减少了公司行为的负外部性。

^④ 公司在经营过程中需要获取资金、供应商等关键性资源,而这些资源除了直接从市场获得外,也可以从企业主的社会关系网络中获取,这就是企业的社会资本(social capital)。公司为他人或关系企业提供担保,虽然无法直接获取经济利益,但是属于一种社会资本的投资,是互惠性的,能够与其他企业形成较紧密的关系网络,在本企业融资、销售等产生困难时,获取其他关系企业的互惠性支持。在我国熟人社会的现实背景之下,公司为其他具有亲属关联的企业提供担保成为普遍现象,但是对企业的发展而言,也是符合实践理性的。

^⑤ 越权原则在Ashbury Railway Carriage and Iron Co. v. Riche [(1875) LR 7 HL 653]一案中正式得以确立。在该案中,法院判定公司无权修建铁路,因为公司章程中没有包含这一业务。因而,公司董事签订的铁路修建合同对公司不具有拘束力。

化和自由化,公司的人格力极大地得到了解放。就现代法律上的人格力而言,公司法普遍概括性地赋予公司广泛的权力,承认公司可以从事任何“合法业务”,“从事一切必需或者必要的活动”^①。这样,越权规则也就基本失去意义了。司法实践中,即使公司行为越权,法院也会严格限制“越权规则”的适用^②。越权规则基本上成为了“历史的痕迹”^③。从越权规则的兴起到衰落,并不是一个简单的法理逻辑问题,它折射了其背后的社会经济现实的演变。早期公司经由政府特许,超出政府许可范围不被容许,“它限制的是经济权力的集中(concentration of economic power)”^④,其内心的恐惧是害怕异化的公司“威胁到政府或国王的统治权威”^⑤。然而,现代社会已经实现了经济自由、企业自治。这种担忧就没有必要了^⑥,越权规则自然“完成了它的使命”^[2]。我国法律原先也对公司目的范围和权力边界进行了某些限制,但现在也有了较大变化^⑦。这也就是说,《公司法》第16条对公司权利能力的宣言实际上没有多大意义了。

第二,我国1993年《公司法》第60条规定: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。无论从该规定的体系位置还是规范内容来看,该条规定都是对董事、经理个人的忠实义务的规定。然而,该法第214条对于违反第60条规定的责任却是“责令取消担保”,将对董事、经理个人行为的禁止扩展为对公司行为的禁止^⑧。由此导致了该条在司法裁判中曾经被错误地理解为

① 直到1960年代,美国法律还在要求公司章程必须记载公司目的,企业通常的做法是尽可能广泛地罗列目的范围以规避越权规则的适用。1967年,特拉华法律明确承认了最为广泛的目的条款(to engage in any lawful act or activity for which corporations may be organized under the General Corporation Law of Delaware, Del. Gen. Corp. Law, § 122, 123)。这一立法影响巨大,各州相继仿效。及至1984年,《美国示范公司法》的修正标志着目的条款的废除得到了普遍地认同(Every corporation incorporated under this Act has the purpose of engaging in any lawful business unless a more limited purpose set forth in the articles of incorporation, RMBCA § 3.01)。示范法通过总括加列举的方式对公司权力进行了最广泛的规定(Unless its articles of incorporation provided otherwise, every corporation...has the same powers as an individual to do all things necessary or convenient to carry out its business and affairs, RMBCA § 3.02)。其列举的权力多达15类,其中包括了担保、投资、借贷、成为合伙人以及公益捐赠等。需要指出的是,这种无限制目的和权力不包括根据特别法设立的从事特别业务(如银行业)的公司,以及非常时期的非常处置措施。譬如,由于受到“财务丑闻”的影响,2002年7月25日,美国国会通过了关于公司治理的一揽子法案(Sarbanes—Oxley Act of 2002)。该法案第402条规定,上市公司不得直接或者通过其子公司向其董事或者高级管理人员提供任何形式的新的贷款或者信用支持。1989年《英国公司法》针对1985年《英国公司法》Section35(1)的修正似乎更加彻底:公司行为的效力并不因组织大纲限制或者剥夺其权利而受影响(The validity of an act done by a company shall not be called into question on the ground of lack capacity by reason of anything in the company's memorandum, English Company Act 1989, section 108(1))。

② 在Goodman v. Ladd Estate Co.(246 Or. 621, 427 P.2d 102, 1967)一案中,法官拒绝了股东的诉讼请求:即禁止对公司董事个人贷款提供的无偿担保。

③ 根据美国示范法规定(RMBCA § 3.04(a)),如今“越权规则”仅在如下三种情况下才可能进入诉讼:(1)股东请求禁止公司行为(in a proceeding by a shareholder against the corporation to enjoin the act);(2)公司针对董事忠实义务的诉讼(in a proceeding by the corporation, directly, derivatively, or through a receiver, trustee, or other legal representative, against an incumbent or former director, officer, employee, or agent of the corporation);(3)公益诉讼(in a proceeding by the Attorney General under section 14.30)。在第一种股东请求禁令诉讼中,法官是否应允享有自由裁量权。总体来说,法官的态度比较强硬,如Goodman v. Ladd Estate Co.(246 Or. 621, 427 P.2d 102, 1967)判例。相同的规定亦可参见1989年《英国公司法》(English Company Act 1989, Subsection 108(2))。

④ 早期的公司大多从事的是具有公共事业性质的行业,如公路、运河、铁路等,且具有垄断性和排他性。

⑤ J., Jesse H. Choper, John C. Coffee, Jr., Ronald J. Gilson. Cases and Materials [M]. New York: Aspen Publishing, Inc., 2003: 14, 67

⑥ 越权规则被认为是保护股东利益的一种机制,确保股东的投资只被用于他们对获利有信心的行业或活动,避免管理层的过度投机。而这种法律保护则因为资本市场流动性的增强以及其他投资者保护规范的增强而变得弊大于利。(See Rajak, H. Judicial Control: Corporations and the Decline of Ultra Vires [J]. Cambrian L. Rev., 1995(26): 9.)

⑦ 如《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”。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)》第10条规定,当事人超越经营范围订立的合同,人民法院并不因此认定合同无效。但违反国家限制经营、特许经营以及法律、行政法规禁止经营的规定的除外。这说明,导致合同无效仅限于违反“限制经营、特许经营和禁止经营”三种情形。

⑧ 1993年《公司法》第214条第三款规定“董事、经理违反本法规定,以公司资产为本公司的股东或者其他个人提供担保的,责令取消担保,并依法承担赔偿责任,将违法提供担保取得的收入归公司所有”。

公司不能提供担保 完全混淆了董事、经理的个人义务与公司的权利能力^①。这样的情形虽然在后来的司法审判中得到了纠正, 但给人们留下的错误印象却极为深刻。因此 2005 年《公司法》第 16 条也有澄清是非的作用, 即明确承认公司具有对外担保的权利能力。

这一判断还可以从公司法的其他一些规定得到佐证。如《公司法》第 16 条同时还对公司(转)投资进行了规定。与公司是否具有担保能力一样, 历史上法律对公司的转投资能力也曾抱有怀疑甚至否定态度。这样的历史并不遥远。我国 1993 年《公司法》第 12 条就曾直接限制公司的转投资数额, 并表明公司法仅支持公司转投资于有限责任公司和股份有限公司^②。即便是 2005 年修正《公司法》第 15 条废除了对转投资的规模限制, 但却再次明确了公司不得投资于承担“无限连带责任”的企业^③。可见, 2005 年《公司法》依然保留了对公司转投资能力的一定限制。同时, 现行《公司法》第 16 条第一款增加了对公司转投资的决策程序的规定, 为其设置了与公司担保相同的法律对待。

类似的情形还有如《公司法》第 115 条关于公司不得直接或者通过子公司向董事、监事、高级管理人员提供贷款、《公司法》第 104 条关于股份有限公司转让、受让重大资产、第 121 条关于上市公司购买、出售重大资产的规定等, 均属于公司法对公司权利能力的限制。

这些规定表明, 公司法对公司的担保、投资、特定借贷、重大资产转让的权利能力本身是承认的, 但就其对象或决策程序设定了一定限制。与其说是对权利能力的限制, 毋宁说是对权力行使的控制。

第三, 尽管司法上曾对 1993 年《公司法》的适用存在着错误的认识, 但否定公司的担保能力却是根本不可能的。在我国企业经济现实中, 公司的借贷或者其他交易活动如不能获得担保支持, 则根本无法开展。就我国法律要求而言, 除了那些信用很好的企业外, 绝大多数企业如欲从商业银行获得贷款, 均须提供担保^④。可以说, 如果不承认企业具有担保能力, 企业几乎无法获得商业银行的借款。其实, 不仅公司从商业银行借款需要提供担保, 从事任何其他业务, 担保也是其必不可少的助力手段, 如发行公司债, 甚至普通商业活动亦是如此。

然而, 另一方面, 2005 年《公司法》修正时, 企业之间的担保暴露出来的问题非常突出, 关联担保、循环担保、交叉担保广泛存在^⑤。2005 年修正《公司法》增设了第 16 条规定, 很大程度上是为了回应社

^① 典型者如“中福实业公司担保案”(最高人民法院[2000]经终字 186 号民事判决书)。在该案中, 最高人民法院从 1993 年《公司法》第 60 条关于董事无权以公司资产为公司股东提供担保的规定推导出董事会“也必然”不得以公司资产为公司股东提供担保的结论。

^② 该规定源自于 1993 年《公司法》第 12 条。该条规定“公司可以向其他有限责任公司、股份有限公司投资, 并以该出资为限对所投资公司承担责任。公司向其他有限责任公司、股份有限公司投资的, 除国务院规定的投资公司和控股公司外, 所累计投资额不得超过本公司净资产的百分之五十, 在投资后, 接受被投资公司以利润转增的资本, 其增加额不包括在内。”

^③ 实际上 2005 年《公司法》与后来修订的《合伙企业法》存在着矛盾。《合伙企业法》第 2 条第一款规定“本法所称合伙企业, 是指自然人、法人和其他组织依照本法在中国境内设立的普通合伙企业和有限合伙企业”。第 3 条规定“国有独资公司、国有企业、上市公司以及公益性的事业单位、社会团体不得成为普通合伙人。”按合伙企业法, 仅国有独资公司、国有公司、上市公司不得作为普通合伙人, 但仍可作为有限合伙人。除此三类外, 其他普通公司可以作为普通合伙人。

^④ 《商业银行法》第 36 条规定, 商业银行贷款, 原则上借款人应当提供担保, 只有经商业银行审查、评估, 确认借款人资信良好, 确能偿还贷款的, 才可以不提供担保。

^⑤ 如自 1990 年以来社会上发生的有影响的担保事件就有“福建担保圈”“深圳担保圈”“上海担保圈”“河北担保圈”“重庆担保圈”“湖南担保圈”等等。(相关研究参见有关文献。(万良勇, 魏明海, 金融生态、利益输送与信贷资源配置效率——基于河北担保圈的案例分析[J]. 管理世界, 2009(5): 6-15.))

会呼吁,是民意舆情在公司法中的体现^①。同时,《公司法》第16条也是对强化公司治理要求作出的回应^②。无论是澄清是非还是回应社会呼吁,2005年修正《公司法》客观上确实起到了明确公司担保能力和强化公司治理的作用。

(二) 谁有权代表公司做出担保决定?

在解决了公司的权利能力或者担保能力后,需要进一步明确,谁有权代表公司做出担保决定。毫无疑问,公司担保决定当然应当由公司有权决策机构做出,这本是公司法关于公司治理的应有之意。实际上公司法关于公司治理及其决策机构的规定已然明确了公司各个机构的职能和分工,这种权力分配和安排当然适用于公司担保决议的情形。如《公司法》第37条和第99条专门针对有限责任公司股东会和股份有限公司股东大会的职权进行了规定,其所列举的事项即专属于股东会或者股东大会的决策范围。《公司法》第46条和第108条针对有限责任公司和股份有限公司董事会的职权进行了规定,其所列举的事项即专属于董事会的决策范围。

根据《公司法》的上述规定,诸如公司担保、转投资、出售或者购买重大资产以及贷款这样的商业行为和业务活动,其决策权力并不当然归属于股东会或者股东大会。也就是说,像公司担保这样的商业行为本来属于公司的普通业务^③,一般不属于《公司法》第37条、第99条规定的属于股东会或者股东大会决策范围的“重大事项”。因而,其决策权的归属由公司根据具体情况决定即可,即由公司章程来确定:可以由董事会作出决定,也可以由公司股东会或者股东大会作出决定^④。《公司法》第16条第一款也正是基于这样的考虑作出了赋权性规定,即授权公司章程自行决定。譬如,一定数额内的普通担保由董事会作出决议即可,如果担保数额和风险较大,公司章程也可以规定由股东会或者股东大会作出决议。

另一方面,尽管公司担保的决策权力不在《公司法》第37条、第99条的股东会职权范围内,但法律也对特定担保保留了重点关注。即是说,法律保留了直接规定特定担保须由特定机构作出决议的权力^⑤。如《公司法》第16条第二款关于为公司股东、实际控制人提供担保须由股东会或者股东大会作出决议的规定,《公司法》第104条特别提示关于转让、受让重大资产或者对外提供担保等事项必须经

^① 全国人大法律委员会在2005年《公司法》修改情况汇报中也是明确提到“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。”(参见:全国人大法律委员会副主任委员洪虎于2005年8月23日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》,全国人大网 http://www.npc.gov.cn/wxzl/gongbao/2005-10/27/content_5343119.htm, [2019-03-12])

^② 在《公司法》第16条出台前,证监会等监管机构对上市公司担保的规范均是针对强化公司治理的关注,而非关于公司担保本身的规定。如2000年6月6日证监会发布的《关于上市公司为他人提供担保有关问题的通知》(证监公司字[2000]61号)、2003年8月28日证监会和国资委联合发布《关于规范上市公司与关联方资金往来及上市公司对外担保若干问题的通知》(证监发[2003]56号)、2005年10月19日国务院批转的证监会《关于提高上市公司质量的意见》(国发[2005]34号)、2005年12月证监会、银监会联合发布的《关于规范上市公司对外担保行为的通知》(证监会[2005]120号)。这些监管文件实质上是要求规范上市公司治理,而非对上市公司担保本身的限制或者禁止,且主要针对的是上市公司的关联交易。这本是公司治理的应有之义,但当时上市公司治理确实极为不规范,以至于需要监管机构三令五申的责备、申斥和纠正。

^③ 有些学者认为,公司担保是不同于公司普通业务的特别业务。公司事务应区分为普通事务与异常事务,异常事务包括借款、担保、捐赠等。“公司对外提供担保不是常规经营活动,而是特殊经营活动……不给公司带来利益,却可能损害公司利益。”(参见:叶林、周伦军,等. 未经决议的公司担保:合同效力与解释路径[J]. 人民司法, 2016(31):102-109;梁上上. 公司担保合同的相对人审查义务[J]. 法学, 2013(3):22-23.)关于公司担保不能给公司带来利益的观点,作者不能苟同。前述内容已述及,此不赘述。

^④ 《公司法》第49条关于有限责任公司经理职权规定、第113条关于股份公司经理的职权的规定表明,公司经理的职权来源于公司董事会的授权,公司经理一般不具有决定担保的职权。

^⑤ 公司法的这种权力保留不仅限于公司担保决策,它还将公司合并、分立、解散、减少注册资本、修改公司章程、变更公司形式等事项的决策权保留给了股东(大)会。(参见《公司法》第43条第二款、第103条第二款。)

股东大会作出决议的,则必须经由股东大会作出决议的规定。《公司法》第 121 条就是《公司法》第 104 条的特定指向,即在《公司法》第 16 条第二款关联担保、第 121 条上市公司重大担保情形下,法律直接明确地将其决策权划归给股东大会。

如此说来,就公司的普通担保而言,本来适用公司法的一般决议规则即可,公司法只需要对特定担保进行规定。问题是,《公司法》为什么又通过第 16 条第一款再次予以重复规定呢?本文无法给出合乎理性的解释。

(三) 公司法关于公司担保决策有何特殊性?

如前所述,公司法是具有组织和管理性质的内部治理规范,因此,就公司商业决策而言,主要体现为关于公司决议的程序性和方式性规范。所以,公司法在明确了公司担保的决议机构后,会进一步规定该种决策的程序与方式。然而,《公司法》第 16 条、第 121 条并没有对董事会或者股东(大)会决议程序和方式进行规定,这恰恰印证了有关担保的决议方式和程序当然适用一般商业决策的决议规则。因此,《公司法》第 16 条第一款并没有单独成文的规范意义,因为它实际上遵循了公司治理的一般性要求,即由公司自主决定。可见,《公司法》第 16 条第一款实则为无实质意义的重复性提示条款。

只有公司决议机制具有特殊性,公司法才有必要予以专门规定。公司担保决议确实存在着一定的特殊性,公司法也确实反映了这种特殊性。譬如,《公司法》第 16 条第二款、第三款关于关联交易及其表决权回避的规定,就是公司担保决议机制的特殊性体现。

类似的情形还有诸如《公司法》第 104 条关于股份公司的对外担保决议机关的规定,第 121 条关于上市公司对外担保数额和决议机关的规定。上市公司对外提供担保,尤其是关联担保、重大担保,受到监管机构的密切关注。

以上解读表明,《公司法》第 16 条是关于公司提供担保的决议机制的规定,不是关于公司担保的规定。如果将《公司法》第 16 条的规定解读为公司担保,并以此为据来解决违反《公司法》第 16 条的担保合同的效力问题,明显属于对《公司法》第 16 条的错误理解。这种做法是将担保法、合同法代入公司法,替代公司法的自身功能,典型地体现了民法思维替代商法思维,并直接运用民法(合同法和担保法)来解决公司法问题,违背了该条的立法意图和目的,甚至根本上颠覆了公司法的性质与制度定位^①。

三、《公司法》第 16 条的漏洞填补

虽然《公司法》第 16 条对公司担保的决策程序和决策权力归属做出了规定,但却没有就违反该条规定的法律后果做出规定,这也是该条被人诟病之处。这种指责有其道理,但也因此使得《公司法》第 16 条的理解和适用误入了歧途。

如本文反复强调,《公司法》第 16 条并不是关于担保的规定,而是关于公司提供担保的决议机制的规定。如此,违反《公司法》第 16 条规定,并不直接牵扯外部担保合同的效力问题,因而并不导致担保法和合同法的直接介入。从公司法的管理法或者组织法性质出发,公司法首先是一种关于公司治理的规范,它为公司行为确立了决策程序和权力分配规则;如若违反该种要求,自然应按照公司法上的违

^① 将《公司法》第 16 条解释为公司担保,“超出了可能的文义,违背了立法目的,会不适当地扩大公司法第 16 条的效力范围”。(参见:钱玉林. 公司法第 16 条的规范意义 [J]. 法学研究, 2011 (6): 132-133.)

反效果处理^①。公司法上的违反效果具体体现为二种:一是依照公司法的规定对行为人(包括公司本身和公司负责人)的行为进行行政制裁;二是按照公司法的规定提供民事救济。

就违反公司法的行政制裁而言,《公司法》第12章专门规定的法律责任就包括警告、责令改正、责令停业整顿、吊销资格证书、吊销营业执照、撤销公司登记、罚款、没收违法所得等等,其中包括对直接负责的主管人员和其他责任人员给予行政处分。

但是,我国现行《公司法》并未就违反该法第16条(包括第121条)规定行政处罚责任,不知何故?其原因无从考据。据本文作者猜测,立法遗漏最具可能性。本文作者猜测,2005年《公司法》修正时,原本并未考虑增加该条,但因种种原因而临时增添了该条(包括第104、121条)规定,却忽略了对违反该条规定的法律后果的规定。然而,这样的揣测并不一定正确。因为现行《公司法》第15条、第16条关于公司转投资的规定,从开始就没有违反效果的规定^②。这又作何解释呢?

这样细究起来,可能需要更为玄妙的猜测,即公司法关于转投资的规定其实并无多大实质意义,它仅仅是一种程序性指引。也就是说,即便违反了该种程序性规定,也无须对之施加法律制裁。这一揣测应该有一定道理,因为关于公司转投资的规定,自1993年《公司法》规定后,尽管实践中存在着普遍违反该规定的情形,但却未曾见过对其实行法律制裁的案例。

由此可以印证《公司法》对违反第16条及相关条文欠缺行政处罚规定的原因,除了立法遗漏外,很可能仅仅是法律强调公司担保能力的授权性条款,立法者并未设置违反者的行政制裁措施。

就违反《公司法》第16条规定的民事救济而言^③,与本条联系紧密的又有两种救济制度:一是公司瑕疵决议无效或可撤销制度;二是行为人的失信责任追究制度。

当存在违反《公司法》第16条规定时,应首先导入《公司法》第22条的适用,因为该条正是关于违反公司治理规则,包括实质和程序违法、违规和违章的责任和救济规则。这才是公司法自身的逻辑所在。

依据《公司法》第22条规定,如果有关公司(担保)决议存在瑕疵,可以通过诉讼方式做出无效、撤销或者不成立的判决;在既定裁判后,再行决定该既判结论对公司外部法律行为—公司担保合同的影响,因为,只有此时公司决议行为的合法性才具有了最终确定性。在此之前,公司决议具有推定的合法性。公司有权机构作出的决议不得随意被穿透。这就是说,如果违反了《公司法》第16条规定,涉及到内部救济和外部救济两种方式,而在适用步骤上,则应遵循先内部后外部的方略,即首先进行内部救济(或者说穷尽公司法自身救济方式)后才能考虑担保决议的涉外影响力。

其次,公司决议内容或程序违法、违规、违章,必有责任者。如董事、控股股东有过错的,应当承担民事责任^④。他们是公司的管理者或者操纵者,对公司承担受信义务,如违背了受信义务,应当承担失信责任。这种责任是对公司的责任,如公司因其失信行为遭受损失,他们须予以赔偿,失信责任通常是通过

^① “基于第16条的立法背景及其在公司法规范体系中的意义,违反第16条的直接后果是组织法上的相应责任”。(参见:钱玉林,《公司法第16条的规范意义》[J],《法学研究》,2011(6):126.)

^② 类似的情况如《公司法》第115条关于公司不得直接或者通过子公司向董事、监事、高级管理人员提供贷款,也没有规定相应的罚则。

^③ 关于公司法或者商法上的民事责任本来一直是公司法(乃至整个商法)的弱项。2005年《公司法》有了一定程度的改观,近年来的司法解释也进行了很大程度的弥补。如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》(一)(二)(三)(四)。还有一点需要申明一下:公司法或者商法上的民事责任在许多情形下并非意味着一般民事责任的直接适用。在公司法或者商法存在着专门规定的情形下,如公司决议瑕疵、派生诉讼等,当然应当优先适用公司法或者商法上关于民事责任的规定。这一点对于讨论本文中的民事责任也很重要。

^④ 参见《公司法》第20条、第21条及第149条。

股东派生诉讼的方式来实现的。这说明 这种责任追究依然是一种内部救济方式。

综上所述 在处理违反《公司法》第 16 条的违反后果漏洞时 应当遵循公司法自身的逻辑。这种逻辑体现在两个方面: 一是根据公司上的一般治理规则; 二是根据公司法上的特殊责任规则。在适用公司法自己的规则解决自身的问题之后 剩余问题才与外部法律对接。下面根据具体情况分而述之。

(一) 公司在做出担保决议时 如若违反第 16 条第一款规定 其法律后果如何?

这一问题又可再区分为两种情形: 一是做出担保决议的机关与公司章程规定不一致 二是公司章程没有规定。法律的规定在这里出现了漏洞 即法律没有就上述二种情形予以进一步规范。然而 既然形成了法律 司法就不得不正视和面对。因此 这就需要运用法律解释的方法去填补这些漏洞。这种法律解释应严格遵守上面所讨论的公司法关于该条的立法目的和意图展开 而不是任意扩张 偏离公司法自身的功能定位 简单直接地将担保法、合同法导入到该条中 置换公司法的任务。

《公司法》第 16 条的核心目的就是为明确公司在从事担保业务时的合法决策机构 即公司从事担保业务的意思由谁做出才具有正当性。虽然公司法授权公司通过公司章程确定 但却限定在董事会或者股东(大)会。毫无疑问 这一规定具有形式意义上的正确性 因为董事会或者股东(大)会本来就是公司从事公司业务的意思或者决议机关。因此 根据公司法的一般治理要求和该条的立法目的 我们可以很容易地获得解决问题的方法。据此 公司违反《公司法》第 16 条第一款的规定 填补其漏洞和确定其效力的方式体现为:

其一 如果做出担保决议的机关与公司章程不一致 我们只需要知道是否由公司有权决议机关做出就可以了。尽管一般来说 公司普通商业决策的权力归属于董事会 但法律也赋予了股东重大(或特别)决策的权力。因此 无论是董事会(包括执行董事)还是股东(大)会都是法定的公司有权决议机关 二者的决定均能代表公司意志 具有正当性、合法性。

据此 如果公司章程规定公司担保决议应由董事会做出 但实际作出决议的是股东(大)会 自然没有问题。因为股东(大)会本来就是公司的最高权力机关。

如果公司章程规定公司担保决议应由股东(大)会做出 实际作出决议的机关是董事会 也没有问题^①。因为董事会本身就是负责公司经营管理的法定机关^② 包括担保在内的公司业务经营和事务管理本来就属于董事会的固有权力。这种权力具有不可争议性。

其次 公司章程没有规定。这在实践中很常见 尤其是封闭公司中 公司章程的设置和记载比较随意 无章可依情形较为严重。如果公司章程没有规定公司担保的决议机关 但有证据可以证明该担保决议确实是由董事会或者股东(大)会做出 也没有问题 该种决议具有法律上的效力 其合法性是肯定的。如上所述 无论董事会还是股东(大)会 均为公司法定决议机关 它们做出的决议当然能够代表公司意志 并不因为公司章程缺乏规定而导致其决议丧失合法性依据。其缘由在于 无论是董事会决议还是股东(大)会决议的合法性依据均直接来自于公司法关于治理结构的直接安排 其法源高于公司章程。公司有权决议机关的实际行动弥补了公司章程的沉默。

综上所述,《公司法》第 16 条留下的法律漏洞在于: 决议机关与公司章程不一致和公司章程根本没有规定决议机关二种情形。无论哪一种情形 只要是或者有公司法定决议机关作出决议 对于公司

^① 在这种情况下 可能引发公司法上的内部责任 如董事长或董事须接受行政处罚。甚至也有可能引起违反公司章程规定被申请撤销。如被依法撤销 则可能引起对担保合同效力的影响(参见本文之四讨论)。

^② “董事会是公司的机关 第三人将董事会的行为视为公司自身的行为”。(See Paul L. Davis, *Gower's Principles of Modern Company Law* [M]. London: Sweet & Maxwell, 1997: 232.)

外部人而言,均为有效决议^①。这里,对《公司法》第16条第一款漏洞的填补,根据的是公司法的立法目的和公司治理的一般规则推论出来的,它们均属于有权作出决议或决定的法定机关,它们做出的决议或决定具有合法性和有效性,均能够代表公司意志。

以上说明,公司作出的担保决议的机关如果与公司章程规定不一致并不直接影响公司担保的外部效力。对此,担保当事人不能直接依据《公司法》第16条依据主张担保合同有效或无效,尤其是担保公司不能轻易反悔或者直接否定该担保决议。只有先否定了公司决议的效力后,担保法、合同法才能介入解决担保合同的效力。

《公司法》第16条第一款规定,公司章程对担保的总额及单项担保数额有限额规定的,不得超过规定的数额。如若超出公司章程规定的数额,如何处理?

公司章程仅具有内部拘束力,尤其是对于担保数额的限定完全属于公司内部的业务管理,第三人很难探知^②。因此,该种决议虽然超出公司章程规定的限额,但如果决议是由有权机构作出的,依然具有有效性。但该种担保决议因其违反公司章程可由股东行使可撤销之诉。在决议被撤销之前,该决议应推定为有效决议,对公司具有拘束力。

(二) 公司做出担保决议,如若违反了《公司法》第16条第二、三款、第104条、第121条,如何处理?

第一,《公司法》第16条第二款要求公司在为本公司股东或者实际控制人提供担保的情形下,必须经由股东(大)会决议。这是因为,公司为本公司股东或者实际控制人提供担保是一种典型的关联担保,股东或者实际控制人往往利用这种关联担保为自己输送利益,损害公司利益。于此情形,如果将决定该种担保的决策权力赋予董事会,在由股东或者实际控制人掌控的董事会的成员可能会屈从于股东或者实际控制人的“淫威”,且在公司实践中,大股东本身往往就是董事或者董事长,或者董事会多数董事由大股东任命,他们能够直接操控董事会。于此情形,法律介入予以干预,将该种担保的决策权直接授予给股东(大)会。

第二,尽管《公司法》第16条第二款将公司为股东或者实际控制人提供担保的决策权直接赋予给了股东会或者股东大会,但股东会或者股东大会依然存在着被大股东或者实际控制人操纵的可能。鉴于此,《公司法》第16条第三款要求,公司在为本公司股东或者为实际控制人支配的股东提供担保时,由于该类股东与决议事项存在关联关系,应回避表决,该项表决由出席会议的其他股东过半数通过。

第三,《公司法》第104条规定,本法和公司章程规定公司转让、受让重大资产或者对外提供担保等事项必须经股东大会作出决议的,董事会应当及时召集股东大会会议,由股东大会就上述事项进行表决。该条规定起到的是指引作用,并不具有具体适用性。

^① 有人认为我国公司法实行的是“股东中心主义”。这其实是误解。股东(大)会是最高权力机构并非意味着“股东中心主义”。“股东中心主义”只不过是学理上的似是而非的标签而已,且与公司法一般治理规则和第16条的规制思路相悖。无论是从《公司法》关于股东(大)会或者董事会的职权分配,还是从公司章程的必要记载事项来看,均无依据表明公司担保事项具有特殊性。如果一定要寻求特殊性,仅在于二点:一是关联担保;二是重大担保。然而,法律和规章上,董事会亦有权决定关联担保;数额重大也是相对的。还有人认为,由于公司担保具有无偿性,不能给公司带来利益,甚至损失,当公司章程规定与实际决议机关不一致,或者公司章程保持“沉默”时,应当由股东(大)会决定,或者运用“营利性”原则,将董事会决议限定在公司正常经营范围之内。关于对担保的无偿性、非利益性、非正常性的不同看法,前已述及,不再赘述。

^② 《公司法》第11条明确规定:设立公司必须依法制定公司章程。公司章程对公司、股东、董事、监事、高级管理人员具有拘束力。有人认为:章程具有“对世效力”一说,实无法律基础。当实际决议的机关与章程不一致时,随着对“推定通知理论”和“越权理论”的抛弃,公司章程的公开行为本身不构成第三人知道的证据,第三人对公司章程不负审查义务。(参见:崔建远,刘玲玲.论公司对外担保的法律效力[J].西南政法大学学报,2008(4):33.)推定通知(constructive notice)与越权规则相伴而生,“甚至早于越权规则”,但随着越权规则的废除,推定通知也被历史清除了。)See Paul L. Davis. *Gower's Principles of Modern Company Law* [M]. London: Sweet & Maxwell, 1997: 206.)

除了《公司法》第 121 条针对上市公司担保进行了特殊规定外,并未见其他专门针对股份有限公司担保的特别规定。然而,公司实践表明,公司章程对股份有限公司(包括有限责任公司)担保进行规定的情形实在很普遍。

第四,《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三分之二以上通过。上市公司众多的股票持有人是社会公众。因此,上市公司的行为与社会公众投资者利益紧密相关。从公司治理角度看,上市公司的行为必须具有高度的谨慎性和适当性,且须接受监管机构的监管。可以说,《公司法》第 121 条实际上是监管要求的法律体现,是上升为法律的监管要求。因此,上市公司的担保行为,除了需要满足《公司法》第 16 条的合法性要求外,还需要满足监管机构的合规性要求。

将《公司法》第 16 条第二、三款与第 104 条、121 条规定合并讨论,是因为它们具有共同属性。《公司法》第 16 条第一款属于授权性规范而具有任意性和自治性,《公司法》第 16 条第二、三款与第 104 条、121 条规定则属于强制性规范,因为法律明确规定了这些情形下公司担保决策权归属于股东(大会),并未给公司章程留下自治的空间。如前所述,公司法上任意性规范与强制性规范并存,但是,公司法上的强制性规范依然是公司治理内部规则,是公司法对公司自身的强制,它们虽然对公司产生强制性效果,但不直接发生外部性效果。这里需坚持的原则是,公司有权机构作出的决议非经司法裁判不受质疑。

因此,如果公司违反这些强制性规定,依然应该采取公司法自身的方法来处理。也就是说,如果公司为他人提供担保没有满足须经股东(大会)决议的强制性要求,而是由董事会做出,或者关联股东和受实际控制人支配的股东在股东(大会)上没有回避表决,其所形成的担保决议和基于该决议签订的担保合同依然具有外部有效性。

尽管违反《公司法》第 16 条及相关条文并不直接影响担保合同的效力,但其本身在公司法上确实涉嫌违法、违规、违章。这种违反行为当然发生公司法上的法律效果并应当依照公司法的方法进行处理,即对公司和行为人进行行政处罚或者民事救济。就行政处罚而言,前已述及,公司法上并无着落,此不赘述。就民事救济而言,首先应当依循的是公司法上的民事责任(或曰商事责任)。对此,《公司法》第 22 条提供了内部救济途径,即公司股东可以公司决议违反公司章程或者存在其他决议瑕疵提起撤销之诉。如果决议内容违反法律、行政法规或者程序出现严重瑕疵,还可以提起决议无效或者决议不存在诉讼。至于相关责任人员应承担违反受信义务的民事责任,自不待言。

四、《公司法》第 16 条与公司担保的牵连性

尽管《公司法》第 16 条的规范目的是为了解决公司内部治理问题,但在公司行使权力时必然会涉及到公司行为的外部影响力问题。这种牵连性(也有称“溢出效用”)^[3]对担保的影响体现在如下几个方面:

(一) 公司决议无效或被撤销

违反《公司法》第 16 条及相关条文规定可能因其在实质和程序上的瑕疵而被宣判决议无效、决议不存在,或者决议被撤销。于此情形,则对担保合同发生效力性影响,合同法、担保法即行介入。也就是说,本文对违反《公司法》第 16 条及相关条文的解决路径是“先内后外”的“两步走”方法。如果公司担保决议经司法审判被宣布无效或者被撤销,公司基于该种决议签订的担保合同可能发生无效的

后果。

不过, 应注意的是: 根据我国《公司法》司法实践意见, 即使该项决议被宣判无效或者被撤销, 也不必然影响担保合同的效力; 在相对人为善意的条件下, 应维持担保合同的有效性, 公司应继续履行担保合同^①; 只有在相对人为恶意, 即知道或者应当知道公司违反《公司法》第16条规定签订担保合同, 才可能发生担保合同无效的后果。

(二) 越权担保

越权担保包括越权代表和越权代理。由于越权代理与本文的讨论没有多大关联, 这里主要从公司法角度讨论越权代表问题。

越权代表, 是指公司代表人超越其代表权限所作出的担保决定^②。从我国司法判例来看, 绝大多数担保纠纷均发生在公司代表人签订的担保合同。这不奇怪, 董事会、股东(大)会作为公司经营管理的集体决议机关, 公司的意思表示需要通过代表人对外传达, 故公司法规定只能由公司代表人对外代表公司, 对内执行业务。尤其在实践中, 诸多公司实际上是在代表人的主持下运作。如果公司治理规范不健全, 公司经营管理不规范, 尤其是在董事长、执行董事同时是大股东或者控股股东的情况下, 很容易发生代表权行使的任性和滥用。在他们的心目中, 公司(利益)与其个人(利益)并无分别, 自身人格与公司人格混同, “朕即公司, 公司即朕”。

公司代表人是否越权担保须根据公司法本身判断。通常, 代表人代表权的限制主要来自于公司法和公司自身。

在法律层面上, 我国公司法并未明确规定对代表人权限的限制, 《公司法》第16条及相关条文并不是关于代表人权限限制的规定。《民法总则》也仅针对的是公司自身的限制^③。这意味着我国法律放弃在法律层面直接限制代表人权限, 并将这种权力赋予给公司自己决定是否行使。公司是一个独立的人格主体, 公司代表人其实就是公司人格的化身。可见, 公司代表人的代表性表征十分强烈。‘在此意义上, 代表人的代表权几乎与公司权力无异’^[4]。

因此, 就对公司法定代表人代表权的限制而言, 我国法律实行的是公司自治主义, 主要来自于两个方面: 一是来自于公司章程的限制; 二是来自于公司董事会或者股东(大)会决议的限制。如果公司代表人违反了公司章程或者公司决议提供担保, 首先面临的是内部责任。如越权代表给公司造成损失(如公司须对越权担保承担责任), 越权代表人须向公司承担损害赔偿责任。这是一种违信责任, 可能会通过股东派生诉讼来追究。同时, 越权行为负责人也可能接受行政处罚^④。

就越权代表的外部法律效果而言, 公司章程没有规定公司担保的决议机关, 公司担保决议也非董事会做出, 亦非股东(大)会做出。于此情形, 已经发生的公司担保决定也并非都不具有权威性或者合法性。如果做出担保决定的公司代表人获得了公司章程, 或者董事会, 或者股东(大)会的授权, 自然

^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(四)》第6条规定: 股东会或者股东大会、董事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。上述司法解释正好印证了本文的逻辑, 即维护公司决议的团体效力性, 尽可能不使之产生负外部影响。

^② Yedidia Z. Shern. Corporate Liability for Unauthorized Contracts—Unification of the Rules of Corporate Representation [J]. Journal of international business law, 1987 9(4): 649.

^③ 《民法总则》第61条第三款规定“法人章程或者法人权力机关对法定代表人代表权的限制, 不得对抗善意第三人”。这一规定包括两个方面内容: 一是法定代表人代表权的限制来自于法人章程或者法人权力机关; 二是该种限制原则上仅具有内部拘束力, 不产生外部效力影响。

^④ 《民法通则》第49条规定了法定代表人的行政责任, 但不包含越权担保的情形。这说明, 法定代表人的越权担保尚不构成行政处罚。

没有问题。从实践来看,公司担保决策权力既可能是股东会,也可能是董事会,还可能是经授权的董事或者经理。公司通常按照担保数额和规模来分配权力或者决定授权。

只有在行为人没有获得授权的情况下,才构成越权担保,于此情形,担保合同并非当然无效,而是取决于相对人是否善意,是否构成表见代表^①。但是,这已经不是《公司法》第 16 条关注的问题了,《公司法》第 16 条仅关注其内部决策机制问题。这里才是合同法、担保法、代理法介入的恰当地方,而且现行担保法、代理法与合同法已经具备了解决此类问题的能力。

综上所述,本文的基本论点是《公司法》第 16 条不是决定公司担保合同效力的直接依据,公司有权决议机构作出的担保决议推定有效,非经司法审查不得以无效论。只有在对公司担保决议作出无效或者撤销裁判后,或者在公司法定代表人未获授权两种情况下,才进入担保合同效力的判定,即本文所谓的《公司法》第 16 条及相关条文司法适用的“二步走”规则。第一步解决担保决议的效力;第二步解决担保合同的效力。第一步是第二步的必经程序。

“第二步”涉及相对人的善意与恶意问题,进而牵扯出相对人的审查义务及其审查标准。这主要是民法领域或者说民法方法和路径的问题,本文无意就此过多展开讨论。这里仅就与本文有密切关系的问题表明一下态度,即依据本文的逻辑,《公司法》第 16 条及相关条文既不是决定担保合同效力的依据,同样也不是相对人审查义务的法源。相对人审查义务的依据存在于《合同法》第 48 条、第 49 条、第 50 条关于越权代理(包括行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被代理人名义订立合同)和越权代表规定的适用。至于审查义务的标准,姑且不论现代法律已经废除了“推定通知”和“越权规则”,仅就现代公司法存在的意义而言,它并非仅为专业机构(如银行)提供服务,它还需要为普通商人提供服务(这就是为什么美国多数州公司法直接表明其为“普通公司法/General Corporation Law”)。这些普通商人没有专业的法律合规部门,甚至没有专门的法律顾问。如果能顾及到上述情况,结合本文“公司有权决议机构作出的决议非经司法审查不得以无效论”的观点,即使相对人负有审查义务,也只能是表面的审查,即主要应侧重于“明知”的“客观”判定,而不能过分追究“应知”的“主观”探索。学者们的研究应致力于将“善意”“恶意”这种主观的心素归责转换为具有客观状态的物质可视性或者程序性。

五、结语

本文的核心意思是:对《公司法》第 16 条及相关担保条文的理解应遵循公司法自身的性质和立法目的来解读。法律调整应各行其道,让公司法的归公司法,担保法的归担保法。

依此逻辑,与合同法和担保法之交易法性质相对应,公司法的基本性质应当定位为管理法,其基本功能是调整公司自身的治理关系,分配公司参与者之间的权力与职责,安排他们之间的权利义务。为了实现这一功能,公司治理的重要内容就是合理规划公司的决策权力和决策程序。《公司法》第 16 条及相关担保条文应该是这种逻辑的立法体现。这样的解读和适用才符合公司法的立法意图,才是对公司治理规范的尊重,才能维护公司法的权威,才能有效地提示公司高度重视公司治理要求的严肃性。如果因为公司自身的任意导致对公司治理规则的破坏,就必须自己承担相应的法律后果。如此,可能导致公司担保合同无效的空间被压缩到了最小范围;同时对公司动辄援引《公司法》第 16 条及相关担

^① 参见《合同法》第 50 条。

保条款主张担保无效以获取不当反悔利益的无赖行径起着最大的抑制作用,从而最大限度地提高公司诚信和保护交易安全。相应地,关于适用《公司法》第16条的司法裁判的确定性也将获得极大地增强,法律和司法的权威得以维护。■

参考文献:

- [1]施天涛. 商事关系的重新发现与当今商法的使命 [J]. 清华法学, 2017 (6): 136.
[2]Franklin A. Gevurtz. Corporation Law [M]. Eagan: West Group 2000: 220.
[3]梁上上. 公司担保合同的相对人审查义务 [J]. 法学, 2013 (3): 26.
[4]施天涛. 公司法论 [M]. 北京: 法律出版社, 2018: 375.

The Pitfall in Article 16 of China's Company Law: Teleological Interpretation and Judicial Application

SHI Tian-tao

(Law School, Tsinghua University, Beijing 100084, China)

Abstract: The root cause as to why the understanding and application of Article 16 of the Company Law has always been disputed is that the article is regarded as a provision on “corporate guarantee” and is further adopted as the basis for evaluating and judging the validity of a corporate guarantee contract. In order to radically clarify this debate, this paper holds that the Company Law mainly gives expression to the nature of management law and is the norms concerning the setup and distribution of internal power in corporate governance, after refocusing the nature and function of the Company Law itself and tracing the original legislative purposes of the law. Article 16 of the Company Law is a clause about the “Resolution Mechanism for Corporate Guarantee”, which is designed to provide the legitimacy and procedural requirements with respect to the ownership and the exercise of the power to provide the guarantee to a third party by a company. In view of this, a “two-step” rule should be followed in dealing with the legal consequences of a violation of Article 16 of the Company Law. More specifically, the first step is to judge the effectiveness and responsibility of the guarantee resolution itself based on the governance rules and remedy measures of the Company Law including the application of Article 22 of the Company Law due to the substantial and procedural violations of the laws, regulations or corporate constitution. After a definitive judicial decision has been made on the corporate resolution, the second step is initiated to examine its impact on the effectiveness of the corresponding corporate guarantee contract. It involves the intervention and application of the Contract Law and the Guarantee Law, and the corresponding guarantee contract may suffer from the consequence of becoming invalid when the corporate guarantee resolution is invalidated or revoked by a judicial judgment. The principle adhered to this article is that the guarantee resolution made by a duly authorized organization is valid unless it has been judged to be invalidated or revoked by a judicial decision, and that a violation of Article 16 cannot be considered as a direct basis for judging the validity of the guarantee contract, and the Contract Law and the Guarantee Law should not “skip” Article 16 of the Company Law to directly judge the effectiveness of the guarantee contract.

Key Words: Article 16 of the Company Law; nature and function of the Company Law; teleological interpretation; judicial application; “two-step” rule

本文责任编辑: 林士平