

# 公司担保合同中相对人审查义务的边界

吴越 宋雨

(西南财经大学 法学院,成都 611130)

**提 要:** 相对人的审查义务对判定公司越权担保合同的效力至关重要,但“九民纪要”和早前的相关司法解释(讨论稿)未从实质上区分一般担保与关联担保中相对人不同的审查义务,容易在司法实践中造成新的矛盾和混乱。要解决这一问题,首先应基于规范分析,明确在以放松管制和扩大营业自由为公司法改革方向的情况下,只有关联交易才有足够理由需要强制性规范的介入,因此对公司关联担保的限制确属法定限制,而《公司法》对公司一般担保的限制只能解读为章程限制。这一解读揭示出一般担保代表权与关联担保代表权存在的结构性差异,意味着两种担保合同相对人审查义务的范围应有不同。同时,从担保合同法律关系角度解析,对被担保对象身份的识别应当被排除在审查义务的法定内容之外并主要依赖于商人的经验理性。由此,一般担保合同的相对人的审查义务仅限于对法定代表人的身份核实;而关联担保合同的相对人则应当围绕代表公司授权的决议文件作基本的形式审查。

**关 键 词:** 代表权;越权担保;审查义务;善意相对人;司法解释;九民纪要

中图分类号: D922.291.91 文献标识码: A 文章编号: 1003-3637(2020)04-0147-08

DOI:10.15891/j.cnki.cn62-1093/c.2020.04.029

## 一、问题的提出

《全国法院民商事审判工作会议纪要》(法[2019]254号,下称九民纪要)对充满争议的公司越权担保问题进行了回应,且在内容表述上与先前最高人民法院印发的《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)》(下称讨论稿)有所不同。然而,二者在整体思路上并没有本质区别,具体规则也没有实质变化,某些体系性的矛盾仍在延续。首先,一方面强调和区分了一般担保和关联担保,另一方面却对两种担保合同的相对人统一规定了对公司内部文件的审查义务;其次,《民法总则》第61条第3款已经改变了《合同法》对代表权限制类型不加区分的做法<sup>[1]</sup>,但九民纪要和讨论稿都未针对上述变化做出回应;最后,规定相对人对公司决议程序有法定的审查义务,这不仅混淆了公司内外关系,也与《民法总则》第85条以及《公司法司法解释四》第6条关于公司决议瑕疵不影响公司外部行为效力的规定相冲突。

实际上,九民纪要与讨论稿最为值得肯定的地方莫过于统一了越权担保案件的审理思路,将越权担保案件裁判路径框定在代表规则中。但是,前述的体系性矛盾在这一裁判思路下随即面临直接挑战。根据

代表权的基础和来源不同,相对人信赖对象也发生着变化,其审查义务自然也不尽相同。在代表人具有概括授权前提下,相对人审查义务的关键是其边界在哪里,即是否应深入到公司的内部,深入到何种程度的问题。这意味着,一般担保与关联担保的区分实质应在于这两种情况下代表权的结构性差异。然而,无论是九民纪要还是讨论稿,虽都聚焦于合同相对人的审查义务,但都未基于代表权规则的机理对一般担保与关联担保作出范围上的区分,故也都存在着体系混乱、前后矛盾等诸多问题。因此,要平息公司越权担保合同效力问题中的种种争议,合同相对人审查义务的边界问题值得进一步研究和讨论。

## 二、区分认定一般担保与关联担保中相对人审查义务的实质理由

我国公司法以代表理论作为法定代表人的理论基础,其暗含的假定是代表人具有最广泛对外代表公司行为的权限,这一制度设计具有简洁、高效和保障交易安全等优势,能够满足公司经营的需要。同时,《合同法》和《民法典》虽然都确立了表见代理,也承认法定代表人超越权限的存在。但从形式逻辑上,从 $A \rightarrow B$ 并不能推出 $(-A) \rightarrow (-B)$ 的成立,故如果严格按照字面意思解释,并不能仅仅从《合同法》第

50条、《民法典》第504条中得到“相对人知道或者应当知道其超越权限,代表无效或者可撤销”的结论。因此,区分一般担保与关联担保的更为实质的理由在于无权代表和滥用代表权的差异,并且造成这种差异的原因在于《公司法》第16条各款之间规范类型的不同。

#### (一) 理由之一:规范类型的区分

公司对外担保,首先是公司资产安全问题,在此基础上,当被担保人为公司股东、实际控制人、董事或高管等<sup>①</sup>时,公司担保还涉及到关联交易问题。由此,虽然都是公司对外担保行为,但是《公司法》关于一般担保和关联担保的规定所维护的法益并不相同。从法条结构上来说,一般担保和关联担保分为两个条款(第16条第1款和第2、3款),两个法条规定的内容不同,法条的强制力不同,前者应定位于任意性规范,后者为强制性规范,这本身就意味着两者应当被区别对待。

上述结论不仅是对《公司法》第16条文义解释的当然结果,而且还能通过对第16条的历史和目的解释来获得验证。《公司法》关于一般担保的规定始于2005年的公司法修订。在此之前,《公司法》对于公司的一般担保行为未作特别规定。2005年公司法修订时,增加了关于一般担保的预防性控制条款,当时的全国人大法律委员会副主任委员洪虎于2005年8月23号在全国人大常委会就公司法修订进行表决时所作的现场说明指出“有些全国人大常委会委员和地方、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;实际生活中,这方面发生的问题较多,需要加以规范。全国人大法律委员会经同国务院法制办、最高人民法院研究,建议增加规定……”由此可以看出,对于一般担保,立法的着眼点在于维护公司的资产安全。但是,鉴于公司经营本身就存在着风险问题,实际经营中相互融资担保的情形又十分平常,故《公司法》并没有否定公司对外担保能力,而是将一般担保问题的决策权授予公司,提示公司风险,由公司根据自身情况对此进行规定。

甚至,最为关键的是,公司完全可以放弃对一般担保事宜作出限制,不在章程中对一般担保事项进行规定,或者通过决议或章程直接表明公司的一般担保事宜无需经过董事会或股东(大)会决议,此时既不能认为公司违法,也不能据此就否定担保合同的效力。对此,最高人民法院就曾在其审理的案件中明确表示“在没有明确规定的情况下,当公司债权人与公

司股东的利益发生冲突时,应当优先保护公司债权人的利益。此公司章程的规定(即对涉案担保决定程序未作规定)应当视为各股东对于法律赋予权利的放弃。”<sup>②</sup>结合《公司法》第25条及第81条的规定来看,我们可以将《公司法》第16条第1款理解为一任意性规范,其目的并非强制规定公司一般担保必须经过股东(大)会或董事会的决议,而是提示公司担保风险,授予公司权利根据自身情况自主决定是否以及如何对一般担保事项作出规定,正如在(2015)沪一中民四(商)终字第2623号案例中,法院认为“本案针对的是非关联担保。根据该条款规定,公司为其他企业或个人担保,依公司章程规定(实际章程未作规定),由董事会或股东会、股东大会决议,显然这属于任意性规范,而非强制性规范,体现的是意思自治原则。”<sup>③</sup>

反观《公司法》关于关联担保的规定,其历史形成过程则较为不同。在这一形成过程之中,我们能够看到相较一般担保,立法机关对待关联担保的一贯从严立场,其主线一直围绕规范关联交易展开。早在1993年《公司法》制定之初,立法即对关联担保问题作出了专门规定: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。随后,在2000年制定的《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》中,第4条明确规定违反上述《公司法》第60条第3款规定的担保合同无效。直到2005年《公司法》修订之前的这一时期,立法实际上否定了公司的关联担保能力,禁止公司提供关联担保。

2005年《公司法》修订,立法机关改变了原先否定公司关联担保能力的态度,允许公司对外提供关联担保。但是,这并非意味着立法对关联担保的完全放开,而是要求关联担保必须经过严格的内部控制程序,无论担保金额大小都必须由公司股东(大)会决议,并且关联关系人应当回避表决。值得注意的是,在立法用语上,立法者选择了最为刚性的词语“必须”和“不得”,这种表述使得公司没有任何选择适用的余地,其目的在于使本条规定获得最为广泛和严格的遵守,以对关联担保进行严格控制,体现了国家对公司关联担保的管制立场<sup>[2]</sup>。由上述立法用语结合立法目的,我们可以清晰的看出,第16条第2款和第3款关于关联担保的规定为强制性规范。

综上所述,《公司法》对一般担保与关联担保的规定保护的法益不同,规范强制力的程度也有所不

同。在一般担保当中,公司有权根据自身需要选择是否以及如何对担保进行控制,体现的是公司内部意思自治。而对于关联担保的规定,是一款强制性规范,公司没有任何选择余地,必须遵照执行。《公司法》第16条第1款和第2、3款的规范类型不同,针对的情况不同,理应在实践中区别对待。

## (二) 理由之二: 自治与强制的交互关系

无可辩驳,以意思自治为主导的任意性规范正逐渐成为公司法的“底色”,甚至,有学者认为强制性规范存在严重降低经营效率、大幅增加合法成本和难以避免的滞后性等问题,以致不宜再以强制性规范来管辖公司事务<sup>[3]245-255</sup>。过去,我国《公司法》一直饱受强制性规范多于任意性规范,政府过度干预民间的批评<sup>[4]23-24</sup>。经2005年和2013年两次较大规模修订以后,我国《公司法》中的自治空间才有了大幅提升。必须承认,这种放松管制,扩大营业自由的立法趋势符合社会主义市场经济改革的发展逻辑<sup>[5]</sup>。在公司法监管竞争日益激烈的当下,这一趋势应当得到最大限度的维持。

不过,在《公司法》规范配置中也并非要完全排除强制性规范,而是在以公司自治为主的前提下,有针对性的合理配置强制性规范在《公司法》中的比例。著名学者柴芬斯(Cheffins)教授认为,强制性规范会阻止能满足各方特别需要的、增加他们福利的安排,进而降低社会总体效率<sup>[3]246</sup>。因此,适用强制性规范必须十分谨慎,只有在下列情况下,强制性规范才有存在的必要:(1)控股股东或管理者等有可能利用优势地位欺压弱势股东以达成自利交易时;(2)公司各方的行为可能产生负外部性,损害他人利益时;(3)政府为了实现如保护雇工劳动权益等特定的政策目标时<sup>[3]255-269</sup>。

循此逻辑,检视公司对外担保适用强制性规范的理由是否充分。在一般担保中,现有规范着重强调的是公司资产安全问题,利益相关者主要是公司股东,其作为公司事实上的拥有者,享有对公司的所有权,这意味着两个关键因素:公司控制权和剩余价值求索权<sup>[6]</sup>。现代企业理论认为,这两项权利是一种对应关系,即只有具有公司控制权的人才能尽力实现剩余价值最大化,反之,也只有具有剩余价值求索权的人才会保证公司控制权的正确行使,经济学家已经证明这对于解决企业激励问题起着至关重要的作用<sup>[7]</sup>。正是基于这种风险分配方式,保证了公司相比其他企业形式更容易实现最优化契约安排和治理结构,因此公

司才能在当前经济生活中发挥着主导性的重要作用。公司对外担保固然是存在风险的,但公司经营中的风险本身就是难以避免的,并且对外担保对于促进企业间的良性互动和帮助企业实现战略目标也是十分有益的。是否对外担保以及如何决策对外担保是公司基于实现自身利益最大化考量上的理性选择,立法者作出的安排并不一定优于股东的共同判断,尤其对于以自治为主的有限公司而言更是如此。举重以明轻,就连公司捐赠这种必然的无偿行为在当前都没有受到强制性的特别规制<sup>[8]</sup>,一般担保有什么理由需要强制性规范的介入呢?从公司治理与决策来说,公司制企业形式受到广泛青睐反过来说明了其具有巨大的效率优势,高度同质的股东利益能够最大限度降低共享公司治理的投资者之间的潜在的、高成本的利益冲突<sup>[9]</sup>,对于减小协商成本具有十分重要的意义。但是,频繁的集体决议不仅可能抵消这一优势还有可能因为多元委托人的“异质偏好”造成商业机会的丧失。股东对公司具有控制权的法律表现是股东不仅享有重大事项决策权还享有选择管理者的权利,当不存在利益冲突时,股东和管理者之间的代理问题并不突出,股东决定将一般担保事项一并交由管理者执行可以视为是其意志的延续,也是股东行使公司控制权的一种间接方式。是以,公司一般担保并不存在必须要强制性规范介入的充足理由。只不过,由于我国社会主义市场经济还不够成熟,市场主体尚不具备充足的风险意识,于是《公司法》提示公司担保风险并倡导公司对外提供担保应当谨慎。

但是,对于关联担保而言,利益冲突非常尖锐,公司除了要面对公司经营中正常的经营风险以外,还面临十分突出的代理成本问题。客观地说,关联交易是市场经济中普遍存在的经济现象,有好的一面,也存在明显的负面效应。因此,立法普遍并不禁止关联交易,但是需要强调和控制关联交易中代理人的机会主义行为,否则公司在关联交易中的正当权益十分容易遭到内部人的侵蚀,这也是柴芬斯教授指出的强制性规范应当发挥作用的情形之一。因之,几乎所有国家都对关联交易予以强制性的法律规制<sup>[10]</sup>。公司关联担保中的各方存在严重的利益冲突,管理者可能违反他们的忠实义务,不仅损害公司的财产安全还对股东的公司控制权造成威胁,故强制信息披露和强制集体决策也许是较好的法律对策。毕竟,在保全公司价值方面,股东才是机会主义行为的最终受害者,法律强制规定公司股东(大)会决策关联担保交易是理性且

实际的选择。实际上,公司违规对外担保主要集中在关联担保,在本文取样的全部样本案例<sup>④</sup>中有60%(304件)的违规担保案件是违反公司法为股东或实际控制人提供担保,如果再进一步将为非股东或实际控制人的公司董事或经理等人员担保视为关联担保,这一比例更是高达73%(370件),因此,关联担保更需要强制性规范的介入也具有充足的现实依据。

综上,“虽然公司法主要由任意规定构成,但至少关于公司负责人之忠实或信赖义务,应有透过强行规定干预企业自治之必要。”<sup>[11]</sup>就公司一般担保而言,强制性规范并不存在干涉的充分理由;而在关联担保,严重的利益冲突可能造成公司和其他股东的利益遭到管理者或优势股东机会主义行为的侵害,从而不得不依靠强制性规范来进行修正。

### (三) 理由之三: 章程限制与法定限制的区分解释

对公司关联担保的限制确属法定限制,但第16条第1款的任意性规范属性意味着公司并非一定要为一般担保设定决议程序不可。即使公司通过章程对该事项进行限制,那么这种限制也是灵活多变的,与法定限制存在本质区别,故其应当属于章程限制。在区分代理授权行为和基础行为的立法背景下,章程限制并不能限缩代表权的范围,一般担保代表权和关联担保代表权存在结构上的差异,将第16条做统一理解的观点是值得商榷的。

虽然,在法人实在说基础上,代表和代理存在细微差别,但两者本质并无不同<sup>[12]</sup>。在代理关系中,区分基础行为和授权行为的抽象原则被认为是现代民法的一项“重大发现”<sup>[13]</sup>,它不仅是德国民法理论和实践的重要学说,也为我国立法所接受。所谓抽象原则,指的是本人与代理人的内部关系存在两层结构,即基础关系与代理权授予关系。代理权授予行为具有独立性,其系基于本人的授权行为而生,并非基于基础关系所生。代理权的范围、效力等法律判断应为代理权授予行为的解释问题<sup>[14]</sup>,与基础关系的内容无必然关系。因此,基础关系中的“委任内部指示不能限制代理权的范围”<sup>[15]</sup><sup>88</sup>,在以德国为代表的大陆法系代理制度当中,代理人违反被代理人指示或限制的行为并非构成无权代理,而是构成代理权滥用,即“代理人没有遵守对其基于内部关系而指定的界限”<sup>[16]</sup><sup>535</sup>,代理行为原则上有效。

在公司对外担保中,《公司法》第16条第1款给予了公司充分的自治空间,公司可以不对一般担保代

表权进行任何限制,也可以通过内部章程对一般担保代表权进行控制。即使公司通过章程对一般担保事项进行限制,这种限制不仅在决议程序、范围、数额等方式上灵活多变,并且还可以不与代表权授予同时产生,即嗣后限制,这就使得公司对一般担保的限制具有章程限制的特征。从效力上讲,尽管章程限制是否属于代理权一部撤回的问题在理论中存在争议<sup>[15]</sup><sup>30-37</sup>,但至少在商事领域,基于保护交易安全之需要,对代理权的一部撤回并不对交易相对人发生效力,将对一般担保的限制解释为公司对法定代表人的特别指示更为可取<sup>[17]</sup>。同时,由于通过法定代表人的身份推断代表权范围的规则已成为大多数人确信的商事习惯,该代表权范围的认定逐渐客观化和定型化,即代表公司完成常规业务所需的一切行为,其中包含对外担保代表权<sup>⑤</sup>。所以,由公司章程制定的限制规则只具有内部效力,无论是股东(大)会还是董事会,“本人”(公司)与“代理人”(法定代表人)形成的“内部关系丝毫无法撼动代理权的范围”<sup>[15]</sup><sup>83</sup>,即便未经公司决议或违反公司章程,也无法得出法定代表人必然不具备一般担保代表权的结论,其仅仅意味着,其违反了与公司基础关系中的“应为”义务<sup>[18]</sup>构成代表权滥用。

法定限制与章程限制对代表权影响较为不同,其“尤其适用于当被代理人的利益受到威胁时”<sup>[16]</sup><sup>530</sup>。由于法律具有普遍约束力和推定公知的属性,任何人不得以不知法而免于法律适用,故法定限制是一种自始的、不可改变的限制,其实质为代理权范围之法律规定<sup>[15]</sup><sup>142</sup>。这就意味着法律对关联担保代表权的特别保留,即:法律规定法定代表人的概括授权并不包括关联担保代表权,法定代表人要获得关联担保代表权需要获得公司的单独授权。因此,法定代表人擅自代表公司对外提供关联担保就超越了代表权的范围,在性质上属于无权代表。从越权行为的合同效力上来讲,因为代表权滥用在本质上行为人是具有代表权的,一般担保的合同效力应为原则有效<sup>[19]</sup>,例外“无效”;而无权代表则从本质上行为人就是无权的,关联担保的合同效力则为原则“无效”,例外有效。在一般担保当中,例外是指相对人不为善意的情况,适用《民法典》第61条第3款的规定;在关联担保中,例外则应当参照适用表见代理的相关规定,如《民法典》第172条。

综上所述,一般担保与关联担保的区分实质不仅仅在于两个条文的规定不同,更在于规范类型不同导

致的其对公司约束力的不同。因此,《公司法》第16条第1款和第2、3款对代表权的限制属于完全不同的两种性质,其直接后果是一般担保代表权与关联担保代表权的结构性差异。并且,这种结构性差异体现在从权利的取得到越权行为的性质等方面,自然也对相对人审查义务的范围造成了影响,这才是区分认定一般担保和关联担保相对人审查义务的实质理由。

### 三、相对人审查义务非法定化内容的排除

在讨论不同性质担保的相对人审查义务具体范围之前,首先需要明确的是相对人对担保对象的身份识别是否应当包含在审查义务范围之内,或者说这是否是一项法定的审查义务。如果需要将识别担保对象包含于相对人审查义务之内,那么审查材料显然就要包括公司章程或者股东名册等。既然已经拿到相关资料,继续形式审查并不会增加交易成本,此时再区分一般担保和关联担保是否还有意义?相反,在区分论下,如果不将被担保人身份识别包含在内,那么相对人又当如何确定其审查义务呢?要回答这一问题,必须要从公司担保合同的基本法律关系着手,明确相对人审查义务的指向,再从司法解释与裁判的角度加以分析。

#### (一) 担保对象身份并非审查义务指向

公司担保问题之所以长期以来受到学界关注且难以达成一致,其中一个重要原因就是这个问题牵扯到多项法律关系,并且这些法律关系的主体和内容等要素各不相同又互有联系,关系复杂,容易互相影响。

公司对外担保涉及三层法律关系,分别为:公司与法定代表人之间的代表法律关系,与相对人之间的担保合同法律关系,以及与被担保人之主债权债务法律关系。通过分析这一基本法律结构不难发现,探讨相对人的审查义务应当置于公司与相对人之间的担保合同框架之内,即:应当考虑的是公司担保合同中的法律关系要素,按照法律行为和合同效力规则评价公司担保合同。根据现行法律的规定,影响合同效力的要素可以概括为:主体适格、意思表示真实、内容确定、合法和具有社会妥当性<sup>[20]</sup>。公司越权担保合同的缔结主体意思表示真实、合同内容确定且不损害公共利益自不待言,而合法性问题随着九民纪要的颁布也不再成为影响因素,那么决定合同效力的关键就落到了主体适格这一问题上,即公司代表的代表权限。公司代表的权限是由其与公司之间的代表

关系决定的,并不取决于合同中的第三人。换句话说,公司代表人是否具有对外签订担保合同的权限,相对人只需要判定是否存在足够的信赖基础来信任公司代表人已经获得公司的授权即可,并不需要审查被担保人身份等信息。据此,为谁担保是双方合同中约定的内容,不是双方法律关系的内容,被担保人的身份信息不属于双方法律行为的要件,两者应当作严格区分。主债务人既非公司担保合同中的当事人,也非公司代表关系中的主体,担保对象的身份识别超脱了担保合同法律关系的范畴,在没有法律的明确规定下,相对人对此不负有法定的审查义务。

#### (二) 对担保对象身份识别源于商业理性人的经验判断

既然对担保对象的身份识别不属于相对人审查义务的范围,那么,担保对象身份识别是一种什么性质的判断呢?相对人不知道被担保人是否为公司股东或实际控制人又如何确定是适用一般担保还是关联担保的规定呢?

对被担保人身份的判断属于商业理性人的经验判断,其可以根据自身的需要自主审查公司章程等内部文件,但这并非法定义务,不影响合同的效力。不能忽略的一点是,以公司作为担保人的交易多发生在商事领域。既是商事领域,自然意味着同时存在的机会和风险,这是公司以及与公司交往的相对人都应当具有的商业常识。在公司担保中,担保对象身份识别也属于作为一个商业理性人经验判断的范围。因为被担保人并不属于公司担保合同法律关系的内容,其只是上述担保合同中当事人约定的内容。以一般生活经验来讲,公司担保合同的相对人作为被担保人的债权人,“一个商业理性人不会把钱借给一个一无所知的债务人”。何况,担保权人在与被担保人建立债权债务关系时要求债务人提供担保本身就表明担保权人足够谨慎。对相关法律的了解并不超出一般人的商业理性,更何况本身就趋于谨慎的担保权人。在这一常理前提下,相对人查询包括被担保人与公司关系在内的身份信息,避免包括因违反法律带来的风险显然属于商业经验和常识的范畴。如果相对人没有查问被担保人身份,进而造成越权担保合同被判无效,则不得以不知法律为抗辩。此时,只能认为该相对人缺乏起码商业经验和常识或者根本不为善意,相应风险由其自己承担。

至于相对人不审查公司章程、股东名册等内部文件如何确定适用规则的问题,则应当从裁判规范而不

是行为规范的角度来看待。司法解释和审判纪要的作用在于规范人民法院在审判工作中具体应用法律的问题,其无需关注相对人事前是如何签订合同的,只需着眼于对法院如何裁判事后的既有法律关系作出指导。在制定判断相对人是否为善意的标准时,核心是根据代理规则判定相对人是否知道公司表意人越权,而非是否知道担保对象的身份。至于相对人为什么知道或不知道公司表意人越权,则不应当是司法解释和法院裁判时应当考虑的问题。正如,《道路交通安全法》规定驾驶已达到报废标准机动车上路的行为人应受到处罚,但对于行为人怎么知道以及是否知道所驾驶车辆已达到报废标准在所不问。

从裁判和风险分配的角度来看待越权担保问题,则被担保人为实际控制人的问题也迎刃而解。从公司法立法上讲,公司股东和实际控制人(包括隐名股东)属于同一规范层面,并没有理由将两者区别对待。同样是关联担保,讨论稿将相对人对股东身份的知晓分配给相对人去证明,却将实际控制人身份的知晓交给公司去证明,进而适用不同的规定,这无论如何都难言公平和合理。本文认为,法院在裁判时无需考虑相对人是否知晓担保对象身份的问题,对股东和实际控制人一体适用关联担保的规定,则可以解决此问题。在风险分配角度看来,作为一般理性人的商业常识,推定相对人知晓法律的规定,更懂得如何通过合理途径来规避风险。相对人完全可以通过询问当事人、查询工商登记信息、自主审查公司内部文件等多种途径来获得被担保人的身份信息,以此降低或避免越权担保合同被判无效的风险。当相对人无法通过这些途径获悉债务人身份信息时,或者虽经查询但仍怀有疑问时,相对人完全可以放弃对相对人身份的识别,无论担保对象是否为股东或实际控制人都直接通过审查公司的股东(大)会决议的方式来避免这种风险。当然,这并非意味着法律对相对人设定了不区分担保类型的、普遍的审查义务,而只是相对人在面临商业风险时的自我选择。对此,不能反过来推证九民纪要或讨论稿不加区分设置形式审查义务的正当性,它实际是将商人个体在实践中规避风险的效率性安排作为一般性原理进行了抽象。

总之,通过不断的司法判例强化社会对一般担保和关联担保的认识,自然会倒逼相对人加强风险意识。久而久之,市场主体的机会主义心理将渐为消弭,诚信醇厚的商业文化将渐次形成。从长远看,它将降低社会整体交易成本,增进社会福祉<sup>[21]</sup>。

#### 四、区分认识下一般担保和关联担保相对人审查义务的边界

所谓“相对人知道公司担保非为法定代表人擅自代表”的规范含义,并非说明了法定代表人在法律上具有独立的意思表达空间,相反代表人之行为不得超越其本身身份的法定授权范围。进一步而言,要明确公司担保合同中相对人的审查义务,则要在代理的基本规则下展开讨论。

##### (一) 一般担保中审查义务止于代表人身份核实

如前文所述,相对人审查义务的核心在于判定相对人是否越权,这实际上就是判定相对人的合理信赖基础有哪些。在一般担保当中,公司可以选择不在章程中对一般担保事项作限制,按照最高人民法院的观点,此时应当看作是股东对自身权利的放弃。循此逻辑,如果公司没有对一般担保事项作出特别限制,那么法定代表人毋庸公司的专门授权即具有代表公司签订担保合同的权力,这时相对人对公司代表人权限的信赖基础为法定代表人身份为已足。

问题在于,当公司通过章程对法定代表人的代表权做了特别限制的时候,相对人是否有义务查阅公司章程,或者说,查阅公司章程以及在此基础之上查阅相关决议机关的决议文件并确定决议程序符合章程规定是否为一项法定义务?即便抛开现代各国普遍遵循的章程限制不得对抗善意第三人的越权规则,单以可操作性的眼光来看,这都是不现实的。因为章程限制本质上属于意定限制,相较法定限制,章程限制最大的特点就是公示程度低并难以维持稳定,这将会给公司逃避责任提供巨大的机会主义空间。对于公司外人,章程难以低成本获得,要求行为人提供难以保证真实性,使得审查徒具形式,毫无意义,通过工商登记查询公司章程本身又十分不便,增加交易成本<sup>[7]269</sup>。并且,更为重要的是,即使查阅了公司章程,也并不意味着相对人能够获得准确的信息。因为,公司对一般担保的限制很有可能不是以“一刀切”的方式统一规定的,而是根据担保金额、交易性质等不同情况分别处理,如前述(2009)民二终字第51号案例<sup>⑥</sup>。假如公司规定担保金额达到公司一年营业额的某个比例需要股东(大)会决议,未达到则由董事会决议,并且分别规定了不同的决议规则,那么相对人应该如何审查呢?又或者,如果公司规定公司对外提供担保是否需要决议以及如何决议要根据当年公司的资产状况及盈利表现分别处理,相对人又该如何审查呢?再比如,子公司章程规定对外担保必须经母

公司股东(大)会批准,或者集团公司决议,难不成相对人需要连上述公司的决议情况一并审查吗?以上情况仅为试举几例,实践中的情况更为纷繁复杂。实际上,最高人民法院2011年公布的公报案例早已表示要求相对人对公司章程进行审查不具有合理性也缺乏可操作性,其在判决书中表示“不能仅凭公司章程的记载和备案就认定第三人应当知道公司的法定代表人超越权限,进而断定第三人恶意。”“强加给第三人对公司章程的审查义务不具有可操作性和合理性,第三人对公司章程不负有审查义务。”<sup>⑦</sup>

归根结底,商业世界是丰富多彩的,商人自有商人的智慧。在公司担保领域,随着更多公司自治意识的觉醒,他们将通过章程对股东(大)会、董事会两个决议机关与不同的决议程序进行组合,特别是再结合公司财务指标、管理模式或股权结构等进行复杂的规则设计,最后形成非常多样的意思决定模式以满足自身需求。这些模式灵活多变,完全不是相对人通过简单审查公司章程就能“可得而知”的,甚至也不是立法通过预先规制能够完全涵盖的。同时,无需回避的是,立法和理论研究都必须尊重“实践中的公司法”,相信市场发展形成的规律和秩序,毕竟“商法或商事法律不仅仅意味着调整市场活动的法律,而是首先意味着产生于市场的法律”<sup>[22]</sup>。

综上所述,在一般担保中,应当严格遵循《民法典》第61条第3款的规定,相对人的审查义务边界止于对法定代表人的身份核实,其对公司内部文件没有法定的审查义务。

## (二) 关联担保中审查义务止于授权依据

毋庸置疑,严格区分内外部法律关系仍然是审理公司违规关联担保合同效力的基本思路,在此基础上,则相对人是否存在合理信赖是嫁接内外部法律关系的桥梁与纽带。探讨相对人主观状态时,始终不能偏移的是,相对人审查义务应当指向判断相对人是否获得授权,而不是这个授权是如何产生的。换言之,相对人审查义务的具体对象应当是代表着公司授权的公司决议文件而不是决议行为,故其审查除公司决议文件(授权)之外的其他公司内部文件都超出了相对人的合理审查范围。

进一步追问,相对人审查义务的意义和目的到底是什么?一方面,相对人仅仅是与公司主体地位平等的合同相对人,他既没有义务去监督和规范公司关联担保行为,更没有能力去防范公司表意人的道德风险,审查义务无法承载这一职能。面对公司自身的管

理缺陷和行为人的道德风险,就算苛以相对人近似实质审查的形式审查义务也同样无济于事。另一方面,即使满足了审查义务,也不能代表相对人一定不知道行为人越权,更不能代表相对人一定为善意。在实践审判中,相对人履行了审查义务仅仅是从外观上展现其主观善意的一个基础条件,它远远不是能够证明相对人一定善意的充分条件。对善意的解释本身是宽泛的,法院在判定相对人是否为善意时还需要根据客观“经验标准”<sup>⑧</sup>在个案中进行综合判定,相对人履行审查义务仅仅是这个综合判断的第一个层次而已。换句话说,相对人没有履行法定的审查义务可以认定其不为善意,但是其履行了审查义务也并非表明其一定为善意,具体是否为善意还需要进一步判定。

因此,对相对人审查义务的规定不宜过于苛刻,相对人不能也没有必要去满足实质审查或者近似实质审查的形式审查义务的要求,相对人的审查方式仅仅维持在形式审查的程度即可。当然,鉴于《公司法》第16条第3款的强制性规范,相对人的形式审查义务有必要覆盖法律明文规定的内容:一是关联股东回避表决;二是决议表决应当超过出席会议表决权过半数通过。不过,这两项内容通过决议文件本身所载明的信息就能体现,相对人通过简单的逻辑判断即能对此进行审查。对于关联股东是否回避的问题,相对人通过核对决议文件所载的出席股东(大)会股东人员及其签名即可,至于实际情况是否与此相符在所不问。关于表决权通过比例的问题,法律规定的通过比例是出席会议的表决权过半数而不是全部股权比例表决权过半数,这一信息一般也为决议文件本身所载明,因此相对人只需对决议文件上载明的表决权做简单计算即可。说到底,关联担保只是众多关联交易类型中的一种,我们不能因为它受到了立法的专门关注,就苛以相对人过于严格的审查义务,假使如此,相对人利益及其折射的交易安全如何能够得到保障?关联交易本身是一把“双刃剑”,立法对关联交易的控制和规范不能期望以“威胁”相对人合同无效的方式来实现,更多的还是要从组织内部进行控制,建立我们自己的“安全港规则”。

综上,相对人只要能够尽到普通代理交易中的一般注意义务即可,其审查义务的指向是行为人是否有权代表公司签订担保合同。所以,在审查范围上,相对人审查代表公司授权的决议文件即可。在审查的方式上,则以形式审查为已足。原则上,公司决议的瑕疵不能影响公司外部行为的法律效力,但是基于

《公司法》第16条第3款的特别规定,相对人的形式审查义务应当覆盖法律明文规定的内容。

### 结语

在公司违反《公司法》第16条的担保合同中,相对人审查义务是判断相对人是否善意的关键,其指向应当是行为人是否越权。这一问题的实质是代理理论在公司制度中的延伸,必须结合对公司的社团性和科层性深入理解,才能准确划定相对人审查义务的范围。另一方面,站在立法论角度,我国公司法长期存在强制性规范与倡导性规范边界模糊不清的问题<sup>[23]</sup>,为避免争议和误解,在未来的立法中将第16条拆分为分别针对一般担保和关联担保两个不同法条,特别是将关联担保放到关联交易相关条款进行规范或许更为可取。

### 注释:

①现有立法并未将为非股东或实际控制人的公司董事或经理等公司内部人员列入关联担保规范范围,但从行为性质和规范目的上来讲,本文赞同通过类推适用的方法,按照《公司法》第16条第2、3款的规定对公司为董事和经理等内部人员提供担保这一形态予以规制。参见吴越、宋雨《公司担保合同中善意相对人认定标准研究——基于〈民法总则〉对〈合同法〉50条之扬弃》,《社会科学研究》2018年第5期,第73页。

②参见(2009)民二终字第51号案例。类似的裁判意见还可见诸(2017)最高法民申2032号、(2013)朝民初字第18982号、(2014)浦民六(商)初字第323号、(2013)浙商外终字第131号、(2015)沪一中民四(商)终字第2623号和(2015)沪二中民六(商)终字第6号等。

③类似裁判意见还可参见(2014)黄浦民五(商)初字第1116号案例。

④本课题组通过检索北大法宝所登载的关于公司为他人提供担保相关案例的裁判文书确定样本案例来源,采用多阶抽样的方法从中抽取截至2018年12月31日相关案例507个作为本课题研究对象。该507个样本案例包含我国四个审级的人民法院所审理的案件;在审判程序方面,样本案例包含了通过一审、二审和审判监督程序裁判的案件,能够在一定程度上反映司法实践的整体情况。

⑤为了解决公司营业过程中对外担保的惯常性,九民纪要以例外形式规定“公司与主债务人之间存在相互担保等商业合作关系”无须机关决议。但这种缺乏一般规则的方式不过是权宜之计,并不能真正解决问题。

⑥在本案中,提供担保的公司在章程中规定金额6000万以上的担保应由股东会决议,但是对金额6000万以下的担保未做规定。

⑦参见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。

⑧“正确的标准就是在特定的商业领域经受住检验的理性的有经验人士可以接受的商业行为(惯例)”,Mayson, French and Ryan. *Company Law*, OUP Oxford 2011, p634。

### 参考文献:

- [1]吴越. 法定代表人越权担保行为效力再审——以民法总则第61条第三款为分析基点[J]. 政法论坛, 2017(5): 94-104.
  - [2]吴越, 宋雨. 公司担保合同中善意相对人认定标准研究——基于《民法总则》对《合同法》50条之扬弃[J]. 社会科学研究, 2018(5): 67-76.
  - [3]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.
  - [4]朱锦清. 公司法(上)[M]. 北京: 清华大学出版社, 2017.
  - [5]王保树. 竞争与发展: 公司法改革面临的主题[J]. 现代法学, 2003(3): 15-26.
  - [6]莱纳·克拉克曼, 亨利·汉斯曼, 等. 公司法剖析: 比较与功能的视角[M]. 罗培新, 译. 北京: 法律出版社, 2012: 15.
  - [7]张维迎. 理解公司: 产权、激励与治理[M]. 上海: 上海人民出版社, 2014: 162-167.
  - [8]罗培新. 论公司捐赠的司法政策——从万科捐赠风波谈起[J]. 法学, 2008(12): 68-74.
  - [9]Henry Hansmann. The ownership of enterprise [M]. Cambridge: Harvard University Press, 1996: 152.
  - [10]Zohar Goshen. The efficiency of controlling corporate self-dealing: theory meets reality [J]. California Law Review, 2003(393).
  - [11]王文宇. 公司法论[M]. 台北: 元照出版公司, 2008: 26.
  - [12]殷秋实. 法定代表人的内涵界定与制度定位[J]. 法学, 2017(2): 14-27.
  - [13]王泽鉴. 民法学说与判例研究(第4册)[M]. 北京: 北京大学出版社, 2009: 3-6.
  - [14]王泽鉴. 债法原理[M]. 北京: 北京大学出版社, 2009: 232.
  - [15]陈自强. 代理权与经理权之间——民商合一与民商分离[M]. 北京: 北京大学出版社, 2008.
  - [16]本德·吕特斯, 阿斯特丽德·施塔德勒. 德国民法总论[M]. 于馨淼, 张姝, 译. 北京: 法律出版社, 2017.
  - [17]徐深澄. 民法总则职务代理规则的体系化阐释——以契约团体自治兼顾交易安全为轴心[J]. 法学家, 2019(2): 109.
  - [18]朱庆育. 民法总论[M]. 北京: 北京大学出版社, 2016: 351-352.
  - [19]刘凯湘. 民法总论[M]. 北京: 北京大学出版社, 2011: 361-362.
  - [20]韩世远. 合同法总论[M]. 北京: 法律出版社, 2018: 338.
  - [21]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): 1232-1246.
  - [22]F. 卡尔卡诺. 商法史[M]. 贾婉婷, 译. 北京: 商务印书馆, 2017: 1.
  - [23]刘俊海. 公司自治与司法干预的平衡艺术——《公司法司法解释四》的创新、缺憾与再解释[J]. 法学杂志, 2017(12): 35-49.
- 基金项目: 国家社会科学基金项目“法人代表权限制的效力规则研究”(15BFX099)。
- 作者简介: 吴越(1966—), 男, 四川广安人, 西南财经大学法学院教授, 博士生导师; 宋雨(1983—), 男, 四川成都人, 西南财经大学法学院2016级博士研究生。
- 责任编辑: 文德; 校对: 宁远