

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

刘俊海*

内容提要 公司对外担保制度蕴含着公司生存权与发展权、公司善治、股权文化、契约精神与信托义务等公序良俗,为效力性规范。私法规范中的所有强制性规范皆为效力性规范。法定代表人越权签署的担保合同无效,除非由公司决议予以追认或善意相对人主张表见代表制度保护。公司法创设的债权人审查章程与决议的注意义务深度影响着《民法典》第504条的解释与适用。已登记章程对法定代表权的限制可对抗债权人。债权人若已尽合理审慎的形式审查义务,即为善意。履行注意义务以理性人标准为主,主观标准为辅。越权担保合同无效时,相对人可请求法定代表人履约或赔偿,但与公司无涉。建议新《公司法》原则禁止公司对外作保。要根除同案不同判现象,既需推动立法精准化、可诉化与可裁化,更要消除法律解释碎片化;要破除法律部门藩篱,扭转“重合同法、轻公司法”现象;要终结公章至上论和法定代表人至上论,区分法定代表人代表行为和公司决议行为。

关键词 法定代表人 越权代表 公司决议 效力性规范 善意相对人 中小股东

DOI:10.14111/j.cnki.zgfx.2020.05.012

引言

法定代表人未经公司决议授权,擅自以公司名义对外签订担保合同的乱象损害了公司及股东利益,加剧了公司经营风险,削弱了公司竞争力,放纵了债权人授信时的疏忽懈怠,是制约公司可持续发展的重大隐患。1993年《公司法》第60条第3款曾警示“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作保”,意在从规制代表人与代理人角度全面剥夺公司对外担保能力。为增强其可诉性,2000年《最高人民法院关于适用〈担保法〉若干问题的解释》(以下简称《担保法司法解释》)第4条重申,违反该条款的担保合同无效;除债权人知道或应知的外,债务人、担保人应对债权人损失承担连带赔偿责任。但公司法定代表人越权对外担保现象依然普遍,上市公司为母公司提供大量关联担保、致使上市公司自身受损的现象引发广泛关注。^①

* 中国人民大学法学院教授。

① 参见曹士兵:《公司法修订前后关于公司担保规定的解读》,载《人民司法》2008年第1期,第22页。

为根治法定代表人对外滥保顽疾、提升公司风控水准、健全内部合规体系、制衡法定代表人代表权、保护中小股东权益、培育理性审慎债权人,2005年《公司法》导入公司担保民主决议制度。首先,第16条要求各类公司为人作保时依章程规定由董事会或股东会决议;章程对担保总额及单项担保数额有限额规定的,不得超过限额;公司为股东或实控人作保的,须经股东会决议;受益股东或受实控人支配的股东不得参加表决,该项表决由出席会议的其他股东所持表决权过半数通过。其次,第104条要求股份公司董事会对法定章定的对外担保事项及时召集股东大会会议进行表决。再次,第121条要求上市公司股东大会就其在一年内担保金额超过公司资产总额30%的担保事项作出决议,并经参会股东所持表决权2/3以上通过。最后,第148条第1款第3项禁止董事高管违反章程规定,未经股东会或董事会同意,以公司财产为人作保。

良法是善治前提,但徒法难以自行。法定代表人越权滥保在2006年以后仍屡禁不止,不少公司因代人受过而债台高筑,濒临破产。为从制度源头预防与化解公司对外担保风险,强化法定代表人诚信义务,理顺公司内部决策权与外部代表权之间的法律逻辑,提升债权人尽调水平,妥善平衡债权人、主债务人、担保人公司及其中小股东之间的利益关系,促进实体经济可持续发展,既要在解释论层面重述裁判理念、统一裁判思维,也需在立法论层面创新制度。

一、公司对外担保制度被悬空虚置是乱象的主要根源

《公司法》第16条是总则一般规定,第104条、第121条和第148条系分则特别规定。前三条着眼公司的事先决策,后条瞄准董事高管违反忠诚义务的事后问责。厉言正色的四大法律条款构成了成龙配套的公司对外担保制度,阐明了“原则禁止、例外允许、严格规制”的理念,每条规定均为效力性规范。该制度包括正面强制性规范与反面禁止性规范;有体现程序正义的程序性规范,也有否定滥保结果的实体性规范。

根据效力性规范说,法定代表人越权担保合同无效。而反对说认为,法定代表人越权担保合同有效。以《公司法》第16条为核心的公司对外担保制度在实践中被束之高阁的根源在于其效力性规范地位被长期冻结虚化。效力性规范说虽为正解,但尚未凝聚为共识。甲说将其误解为任意性或倡导性规定^②;乙说将其误解为强制性规定中的管理性规范^③;丙说则反对将其理解为效力性强制性规定或管理性强制性规定,再依据《合同法》第52条第5项认定担保合同效力。^④

同案不同判现象必然扩张自由裁量权,滋生司法腐败专横,贬损司法公信,提高制度

^② 参见胡旭东:《公司担保规则的司法续造——基于145份判决书的实证分析》,载梁慧星主编:《民商法论丛》(第50卷),法律出版社2012年版,第70页。

^③ 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。

^④ 参见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》,人民法院出版社2019年版,第74页。

性交易成本,加剧系统性金融风险,破坏营商环境的稳定性、透明性、公平性与可预期性。最高人民法院2019年11月14日发布的《全国法院民商事审判工作会议纪要》(以下简称“九民纪要”)坦承,“关于公司为人作保的合同效力问题,审判实践中裁判尺度不统一,严重影响了司法公信力,有必要予以规范”。该纪要开始关注被越权代表公司及其中小股东诉求,认为越权担保构成《合同法》第50条项下的越(无)权代表。但因刻意回避了《公司法》第16条的效力性规范性质,纠偏措施不免保守拘谨、逻辑不周,难以标本兼治。

二、公司对外担保制度是效力性规范的法理依据

公司对外担保制度不是任意性、倡导性规范,而是强制性规定,且是刚性的效力性规范,而非柔性的管理性规范。法定代表人越权签署的担保合同一概无效。此说有利于引导与规范公司内部决策、民主治理与风险控制,限制与约束法定代表人对外代表权限,警示与教育外部债权人审慎注意代表权来源的真实性、合法性与关联性,精准锁定法定代表人背后公司的真实理性意思表示。

第一,私法规范中的所有强制性规范皆为效力性规范,不存在管理性规范。将私法规范中的强制性规定肢解为效力性规范与管理性规范的思维定势(“两分法”),混淆了民事关系与行政关系,抹杀了公法与私法边界。扑朔迷离、削足适履的“二分法”是导致各类民商事案件同案不同判的根源之一。“二分法”仅适用于公法规范,不适用于私法规范。强制性私法规范皆为效力性规范,与之抵触的私法行为一概无效。管理性规范专属于调整行政机关与行政相对人之间纵向行政管理关系的公法(行政法)范畴。私法规范既然不调整纵向管理关系,何来管理性规范?难怪有人反对将强制性规范区分为效力性规范与管理性规范,有人认为在商法上适用该分类存在先天性难度。^⑤强制性规定影响合同效力也是困扰各国的难题。^⑥为正本清源地纠正“二分法”误区并精准识别效力性规范,笔者提出三步法:首先,要从众多法律规范中筛查出强制性规范,避免把任意性或倡导性规范误读为强制性规范。如《公司法》第44条第1款与第108条第1款有关董事会人数的规定为倡导性规范,而非强制性规范,与之抵触的股东会决议不因此而无效。其次,要甄别该强制规范是私法规范抑或公法规范。前者涉及横向民事主体间的权责利安排,后者涉及纵向行政机关对行政相对人的监管与服务。最后,若确信强制性规范是公法规范,要看法律是否明文规定违反该规范的民事法律行为无效;若无,纵有行政处罚条款,亦应确认其为管理性规范,与之抵触的法律行为有效。该解释方法符合“非禁即入”的自由市场理念与“法无授权不可为、法定职责必须为、违法作为必问责”的法治政府理念。若强制性规范是私法规范,要看法律是否例外明定违反该规范的

^⑤ 参见王文胜、朱虎等:《效力性强制性规范的识别:争论、法理与路径》,载《人民司法》2017年第7期,第103-111页。

^⑥ 参见石一峰:《效力性强制性规定的类型化分析》,载《武汉大学学报(哲学社会科学版)》2018年第2期,第91页。

法律行为有效;若无,就应确认其为效力性规范。准此以论,公司对外担保制度并非公法规范,而系私法领域的强制性规定,当然是效力性规范。

第二,效力性规范说忠实体现了法人决议制度与法定代表人制度的设计本意,理顺了公司内部决议权与外部代表权之间的源流、本末与主从关系。意思自治乃私法之魂,贯穿于商事组织法与交易法之始终。公司自治的核心是公司理性民主决议,而公司决议又依靠对外代表(或代理)行为付诸实施。因此,现行《公司法》第16条将规范重心由1993年《公司法》第60条项下的董事经理行为转变为公司担保内部意思决定程序,使之符合团体法律行为逻辑。^⑦《民法典》第61条第1款至第2款规定:“依照法律或者法人章程的规定,代表法人从事民事活动的负责人,为法人的法定代表人。法定代表人以法人名义从事的民事活动,其法律后果由法人承受。”法定代表人之所以“法定”的逻辑前提是,其代表法人时须遵循法律或章程规定。法定代表人只有获得法人合法有效充分授权,才有资格代表法人向相对人作出或接受意思表示;否则,法定代表权会沦为无源之水、无本之木,法人也不承受越权代表后果(权利、义务与责任)。以债权人保护为名,脱离代表权的合法性与正当性基础而默许、纵容越权代表行为,有舍本逐末之讥。公司内部决议权(决策权)与对外代表权既严格区别,又紧密相连、无缝对接,不能相互割裂、本末倒置。《九民纪要》第17条也承认:“担保行为不是法定代表人所能单独决定的事项,而必须以公司股东会、董事会等公司机关的决议作为授权的基础和来源”。

第三,效力性规范说有助于促进公司民主治理与契约理性自由的有机融合,扭转商事裁判“去公司法化”现象。该说尊重公司治理中法人意思形成与表达的法律逻辑与商事习惯,敦促公司内部决议弘扬程序严谨、内容合法、信息透明、决策理性的民主治理精神,促进公司外部代表遵循对外表意统一化、意思表示与意思决定一致化的契约自由精神,最终实现公司内部决议制度、对外代表(包括广义代理)制度与外部契约制度的有机衔接,打破公司法与合同法的制度藩篱。一些判例在公司法合同法交叉案件中引《合同法》而弃《公司法》,动辄以契约之名扭曲公司法核心价值,以非理性的法定代表人签字代替理性的公司民主意志,以合同法律关系否定公司法律关系。结果,要么否认公司法的强制性规定尤其是效力性规范,要么将其贬为调整公司内部家务事的“家法”,谪于裁判依据之外。这种“重合同法、轻公司法、去公司法、边缘化公司法”的思维定势直接导致公司法基本制度(如公司民主决议、中小股东保护、公司资本与股利分配等制度)被冻结或悬空,亟待拨乱反正。公司法案件的公正裁判需要合同法(行为法、交易法)思维,更离不开公司法(组织法、企业法)思维。捍卫效力性规范说有助于终结“去公司法”的裁判乱象。

第四,效力性规范说契合公司为人作保的特殊性,尊重与保护公司的生存权与发展权。公司是稳就业、稳金融、稳外贸、稳外资、稳投资、稳预期的压舱石,也是落实“六保”工作尤其是保市场主体与保居民就业的生力军。在残酷的市场竞争中,公司生存与发展

^⑦ 参见钱玉林:《公司法第16条的规范意义》,载《法学研究》2011年第6期,第132页。

诚属不易。在新冠肺炎疫情等不可抗力与全球市场风险叠加导致经济下行时尤为如此。公司为人作保时并非主债务人。对外担保并非双务有偿交易。债权人无功受禄,须确保公司自愿作保,不应强行攫取不当担保利益。效力性规范说将公司对外担保决策全面导入科学民主透明理性的法治轨道,有利于确保公司在可持续发展前提下量力而行、适度为保,根除法定代表人损害公司核心利益的萧墙之祸,培育公司核心竞争力,倒逼诚实债权人放弃损人利己的机会主义心理,静待与尊重担保人公司深思熟虑的担保决策。

第五,效力性规范说有助于弘扬股权文化,保护无辜股东免受越权滥保之苦。有些债权人拒绝或怠于审慎尽调公司决议的借口是,公司决议是公司内部自己人的家务事,与债权人无关。其实,处于相对弱势地位的中小股东与控制股东、法定代表人之间经常存在利益冲突,并非“自己人”。在采取双重股权架构的上市公司(如谷歌与脸书),持股比例小的创始股东享有一股多票的特别表决权,被称为“控制权小股东”^⑧。小股东未必是非控制股东,控股股东也未必是控制股东。在控股股东仅控股不控权、中小股东不控股但控权时,股东利益冲突已转型为控制股东与非控制股东间的冲突。在股东会审议表决对外担保事项时,控制股东因资本多数决规则而稳操胜券,异议股东仍享有知情权、监督权与诉权。而纵容法定代表人越权作保,必将悬空异议股东或董事的知情权、质询权、辩论权与表决权及公司治理的程序正义与结果正义。若控制股东与法定代表人沆瀣一气、控制权与法定代表权合二为一,滥保危害更甚。拥有充足风控资源的债权人既可精准选择优质主债务人,也可在无法获得有效担保时拒绝授信。债权人自我保护策略进退自如,实无理由以邻为壑,加害无辜股东。效力性规范说将激活法定代表人对公司民主的信仰之心,对制衡规则的敬畏之心,对全体股东的感恩之心。潜在受害股东可用手投票(表决权)、用脚投票(股权出让权),也可用诉状投票(诉权)。

第六,效力性规范说有助于提高担保有效性,培育理性审慎债权人。有人主张借鉴英美法的“推定公知”或“固有授权”规则,放宽相对人审查义务,提高判定合同无效门槛,实现对交易相对人保护^⑨,但未虑及公司担保人并非主债务人的事实。债权人要感恩担保人,更要临渊履冰,审慎觅保。效力性规范说警示债权人在缔结担保合同前尽到合理审慎注意义务、提升尽调质量,赋能担保人基于理性自治的意思表示而提供真实合法充分有效的担保手段,保护债权人免遭担保合同无效之灾,加速商事流转,维护金融安全。只有最严格的制度,才能催生出最有竞争力的债权人尤其是金融机构。在当事人对保证方式语焉不详时,《担保法》第19条采取债权人友好型理念,要求按连带责任保证承担保证责任;而《民法典》第686条改采保证人友好型理念,要求按一般保证承担保证责任。为防范系统性金融风险,债权人必须自立自重自强。

第七,效力性规范说有助于平等保护债权人、担保人公司及其中小股东的三大法益

^⑧ Cronqvist, Henrik & Mattias Nilsson, *Agency Costs of Controlling Minority Shareholders*, Journal of Financial and Quantitative Analysis, Vol.38, p.695-719 (2003).

^⑨ 参见吴越:《法定代表人越权担保行为效力再审》,载《政法论坛》2017年第5期,第94-104页。

诉求,同步追求交易安全、投资安全与公司善治的三大价值目标。有人主张通过对《公司法》第16条直接立法目的予以解释,推导出其所欲求的最佳行为范式。^⑩公司对外担保制度反对零和游戏规则,倡导民主透明理性担保,督促债权人在尊重公司理性自治与中小股东诉求的法治轨道上获得担保利益,预防公司及其股东与债权人遭受法定代表人道德风险的三重侵害,提取不同利益相关者的最大利益公因式,画大各方利益同心圆,优化公司及其股东与债权人之间包容普惠、多赢共享的法治化营商环境。该制度事关公司生存、公司善治、中小股东保护与法定代表人信托义务等公序良俗,具有防范风险外溢的公益属性,理应被解释为效力性规范。

第八,效力性规范说有助于实现法定代表人角色精准定位,清除公司“一把手”错误思维,激活公司民主治理功能,促进公司治理现代化。有些法定代表人自我意识膨胀,误以为自己是公司唯一对外代表人与公司最高决策者合一的“一把手”。此乃法定代表权角色错位之源。殊不知,公司宏观事项决策权归股东会,中观事项决策权归董事会,微观事项决策权归经理层。法定代表人仅是公司信使而已,如公司喉舌;而股东会(董事会)如公司大脑。对外代表权源于公司决策权。真正体现公司真实意思表示的是公司决议,而非法定代表人签字或盖章。从时间轴看,先有公司内部决议行为,后有公司对外代表行为;即使公司决议追认越权代表行为、治愈代表权瑕疵,也仅意味着公司决议对外部代表行为的控制力、决定力与约束力,而不意味着代表权可凌驾于公司决议权之上。从逻辑轴看,公司决议的内容与效力决定了代表权限之有无及大小。法定代表人不是公司最高决策者,不得挟代表权以令公司,擅自决定或变更公司决议内容。对外代表权要向民主决议权看齐,不得反客为主。

第九,从立法谋篇布局看,《公司法》第16、104、121条和第148条等四大条款环环相扣、互为犄角,组成了效力性规范群。既宣示严格限制公司为人作保的态度,也敦促公司例外担保时启动民主决议程序;既禁止董事高管越权担保,也蕴含越权担保合同无效的信号,因而可诉可裁可执行。总则条款是整部法律的指南针,统领与指引法律解释。《公司法》第16条荣登总则,彰显了公司对外担保制度的极端重要性,绝非倡导性或政策宣示性条款。

第十,效力性规范说完全符合《民法典》第153条的效力性规范推定理念与《九民纪要》识别效力性规范的类型化方法,有助于精准识别无效担保合同。《民法典》第153条规定:“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。违背公序良俗的民事法律行为无效。”除非有明示但书条款,违反强制性规定的民事法律行为一概无效。公司对外担保制度既系强制性规定并构成公序良俗组成部分,且法未明定越权担保合同有效,也完全契合《九民纪要》第30条列举的涉及“金融安全、市场秩序、国家宏观政策等公序良俗”的效力性规范。

^⑩ 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》,载《法学论坛》2015年第1期,第61页。

第十一,效力性规范说有助于消除同案类案不同判现象,铸造司法公信。裁判者解释法律时须慎用自由心证与自由裁量权,以免滑入司法腐败或专横之渊。撼腐败易,去专横难。若强制性规定被误贬为任意性规定、效力性规范被降级为管理性规范,必将破坏法治统一性、权威性与可预期性,动摇公众法律信仰。而效力性规范说稳定透明、简便易行,除法定例外情形,越权担保合同一律无效,法律效果、社会效果、政治效果、伦理效果、市场效果与国际效果(六大效果)也将臻于统一。

第十二,最高人民法院近年来开始反思忽视投资安全与中小股东的狭隘思维定势。原副院长江必新认为:“当公司法定代表人未经股东同意以公司财产对外作保、债务人无能力偿还借款时,法官即面临如何在债权人和公司(股东)间分配风险的问题。我们过去的惯性思维是保护交易安全,不应该让债权人承担风险,而是让公司(股东)承担。但深入思考会发现,这种保护交易安全的价值倾向并非无懈可击”“司法至少应该努力在交易安全和投资安全之间实现价值平衡,特别是要给予中小股东以有效的保护”。^①法律是有温度的。捍卫效力性规范说,就是保护中小股东权益。法定代表人或控制股东自愿以个人资产与信用对外作保,固属个人自由,但与公司及其中小股东无涉。

三、债权人索要并审查担保人公司章程与决议的法定注意义务

(一) 债权人的法定注意义务为合理审慎的形式审查义务

理性债权人注意义务源于法律规定、合同约定或商事习惯。公司对外担保制度创设债权人注意义务的理念在于:公司担保人并非主债务人;法定代表人不是公司最高决策者;缔约代表权限源于公司意思表示。最高人民法院在“吴文俊诉天利公司、周文英民间借贷纠纷再审案”中强调了注意义务:“法律规定具有公示作用,吴文俊应知晓。因法律有明确规定,吴文俊应知天利公司为戴某债务作保须经股东会决议,而其并未要求戴某出具股东会决议,吴文俊显然负有过错,因而不能被认定为善意第三人。”^②

诚实善良理性债权人与公司担保人签署担保合同前的尽调活动应遵守“四看”规则:看章、看人、看决议、看章程。债权人应及时索要并审慎审查担保人的章程、授权决议、公章、法定代表人名章或签名等印信资料的真实性、合法性、关联性与充分性。审查重点在于公司决议是否存在伪造变造、不成立、无效或可撤销等法律瑕疵。在不损害公司商业秘密的前提下,债权人可请求全程旁听股东会或董事会审议担保事项的会议。

债权人若经合理审慎审查,确信相关担保文件与印信资料符合公司对外担保制度,未发现该等文件虚假或违法等瑕疵,就有充分理由相信行为人有代表权,并与之签署担保合同。只要公司抗辩事由不足以推翻债权人善意,债权人就受礼遇。公司为隐名控制股东或实控人债务作保时,名义股东本应回避表决。若主债务人未记载于章程、股东

^① 江必新:《关于裁判思维的三个维度》,载《中国审判》2019年第3期,第10、11页。

^② 最高人民法院(2014)民申1876号民事裁定书。

名册和登记资料,致使相对人虽已审慎尽调,仍未发现股权代持关系及名义股东未回避表决导致股东会决议可撤销的瑕疵,则属善意;若明知或应知该事实,则非善意。

债权人合理审慎审查义务既非宽松的形式审查义务,也非严苛的实质审查义务,而是合理审慎的形式审查义务。注意义务过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。注意义务过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。《九民纪要》认为,“债权人对公司机关决议内容的审查一般限于形式审查,只要求尽到必要的注意义务即可,标准不宜太过严苛”。但对形式审查遗漏了“合理审慎”要求,应予纠正。理性债权人在审查股东会决议时应核对决议与章程中的股东签名或盖章,在审查董事会决议时应核对决议与章程记载的姓名及登记资料中的董事签名。就上市公司决议而言,债权人可向董事会秘书核对股东会或董事会的召集与表决情况,也可善意信赖上市公司公开披露的担保决议信息。若印章形状明显不规范、造假痕迹显著,一般理性人不借助专家鉴定亦能识破,则未能识破的债权人存在过失。

衡量债权人注意义务的履行有主观标准与理性人标准(客观标准)之别。主观标准强调特定债权人是否恪尽其实际拥有的能力、知识与经验。债权人注意能力越强,注意标准越高;反之亦然。该标准强调债权人能力差异,迁就鲁莽轻率债权人,难以督促债权人审慎勤勉索取担保。而理性人标准强调普通债权人在相同或类似情形下应尽的注意程度,提取普通债权人注意能力的平均值,反映多数债权人的实际注意水平,惩罚疏忽懈怠债权人,虽加重平庸债权人注意义务、但放纵精明专业债权人。鉴于以上标准均有缺憾,基于兴利除弊、扬长避短的理念,建议采取理性人标准为主、主观标准为辅的中庸标准。原则上以具有通常智商、情商、法商与德商的普通理性债权人在相同或者近似场合所尽到的审慎、注意、勤勉、智慧、经验与技巧作为衡量标准。债权人若达标,即为善意。若有证据证明特定债权人的实际注意能力明显高于理性人标准,则以该债权人是否诚实地尽其注意能力作为衡量标准。中庸标准有助于激励勤勉,惩戒懈怠。

在“姜申英诉运盛公司、中鑫汇通公司等民间借贷纠纷上诉案”中,上海市第一中级人民法院强调了债权人对担保公司决议的形式审查义务:“运盛公司属于公众性的上市公司,该公司对外作保未经该公司董事会决议授权或追认,也剥夺了其他股东的知情权和决策权,如运盛公司一旦对外承担担保责任又得不到追偿,将严重危害广大中小公众股东及公司债权人的利益。且上述涉系争担保的相关法律规定和章程均是通过公众媒体公示的,对违反这些法规、章程为巨额债务担保可能严重危害其他股东和社会公众利益,姜申英在签订系争协议时,应完全有所意识并作为善意相对人为了防止社会公众利益受损,同时也为防范自身商业风险,应尽到基本的形式审查义务”^⑬。上海市高级人民法院再审时重申,运盛公司“章程明确规定,对外担保应由董事会审议,并应当取得董事会全体成员 2/3 以上签署同意;而运盛公司向姜申英作保并未经董事会决议,且运盛公司在此之前对外发布了钱仁高辞职公告及法定代表人变更信息。故再审申请人姜申英

^⑬ 上海市第一中级人民法院(2018)沪01民终10784号民事判决书。

在签订系争担保协议时,未尽其应尽的基本的形式审查义务,应承担相应的法律后果”^⑭。有人认为,“债权人的这种审查义务是实质审查”^⑮。其实,姜申英未索要董事会授权决议的过失属于形式审查而非实质审查的范畴。

(二) 要破除公章至上论与法定代表人至上论

根深蒂固的公章至上论或法定代表人至上论是债权人拒绝或怠于审查公司担保决议的思想根源,甚至演变为潜规则。不少银行漠视公司决议须由表决股东或董事签章(而非仅由公司盖章)的形式要件,仅凭法定代表人身份与公司担保决议所盖印章的真实性而笃信决议的真实性,不愿深入鉴别决议真伪。此说有违公司良治规则与理性契约精神。法定代表人要炮制加盖本公司印章的公司决议并非难事。也有判例仅凭公司公章或法定代表人签名就认定越权担保合同有效。如,最高人民法院在“周亚诉贤成矿业公司等民间借贷纠纷再审案”中认为,“公司作为不同于自然人的民商事主体,其法定代表人的行为即是公司的行为。即便法定代表人行为越权,贤成矿业公司也只能通过内部追责程序维护自己的权利,而非主张担保行为无效”。^⑯

法定代表人代表行为、公司内部决议行为及公司印信仪式间的边界泾渭分明。表彰公司真实意思表示的载体既体现为法律仪式范畴的公司公章、法定代表人的名章、签名或指印,更体现为法律行为范畴的股东会(董事会)决议。基于公司决议行为与对外代表行为的严格区别,法定代表人仅系对外代表而已,而非公司内部至高无上、一言九鼎的最高决策者。

“认章认人而不认决议”的思维定势有违公司民主治理理念,也偏离契约精神。既然公司尚未形成对外缔约的意思表示、未授权法定代表人对外缔约,何来要约、承诺与合意?契约精神的核心是契约自由、契约正义与契约严守。既无契约自由理性,何来契约严守?《九民纪要》第41条也开始否定公章万能论:“法人以法定代表人事后已无代表权、加盖的是假章、所盖之章与备案公章不一致等为由否定合同效力的,法院不予支持”。签约人是否享有代表权的事实比公章真假和备案的琐碎细节更关键。假章未必导致合同不成立或无效。

(三) 章程对法定代表人代表权之限制可对抗第三人(相对人),债权人应主动索要公司章程

章程具有软法与自治法属性,是内生型公司法规则,对公司具有拘束力。登记于登记机关的章程兼具对抗非善意第三人及保护善意第三人合理信赖的双重公示公信效力。公司自治意识启蒙以来,“傻瓜章程”日渐式微,升级版章程开始管控担保风险。

有人认为,章程关于担保能力、担保额度以及担保审批程序等方面的规定,系调整公司内部法律关系的规范,在公司内部产生相应的法律后果,通常不能对抗担保债权人等

^⑭ 上海市高级人民法院(2019)沪民申1282号民事裁定书。

^⑮ 《2019年度人民法院十大商事案件》,载《人民法院报》2020年1月18日,第4版。

^⑯ 参见最高人民法院(2015)民申2086号民事裁定书。

公司以外的第三人,对以担保违反公司法章程为由主张担保关系无效的,除非涉及公司为内部人员作保,一般不予支持。^①《九民纪要》第18条也否定了债权人主动查阅章程的注意义务,“在公司提供非关联担保时,无论章程是否对决议机关作出规定,也无论章程定决议机关为董事会或股东会,只要债权人能证明其在订立担保合同时对董事会或股东会决议进行了审查,同意决议人数及签字人员符合章程规定,就应认定其构成善意,但公司能证明债权人明知章程对决议机关有明确规定的除外”;第41条更忽视了章程的代表权限制:“法定代表人或其授权之人在合同上加盖法人公章的行为,表明其是以法人名义签订合同,除《公司法》第16条等法律对其职权有特别规定的情形外,应当由法人承担相应的法律后果”。

重法律轻章程、重明知轻应知、重恶意轻过失的思维,既未尊重章程对决议机关的理性选择,也未体谅《公司法》鼓励章程自治的良苦用心,更未深刻领悟私法自治理念。依《民法典》第61条第3款,“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”,被登记公司章程对代表权的限制仍可对抗相对人。理由有四:首先,该条款普适于各类法人,是广谱性法律规范;而《公司法》第16条、第104条和第148条鼓励章程限制法定代表人对外代表权限,系为公司量身定制的特别规定。依《民法典》第11条有关特别民事法律规定优先适用的原则,特别规定应优先适用。其次,章程因登记于公司登记机关而有透明度,公众皆可查询。再次,相对人应知而不知《公司法》创设的法定注意义务,纵依《民法典》第61条第3款也非善意。最后,尊重与保护章程自治有助于完善公司治理,遏制内部控制人道德风险,鼓励章程个性化设计,提高章程与公司的匹配度。

债权人索要章程后即可知悉公司是否已自我剥夺对外担保能力。若是,债权人应谢绝其担保;若否,债权人应关注章定的担保决策机构、权限、限额与程序,索要适格决议。债权人不索要章程的消极不作为本身就是过错。若法定代表人提交的未登记章程与登记章程相抵触,债权人可要求其澄清解释“阴阳章程”现象,也可主张以登记章程为准,并载于担保合同;若遭拒绝,可另觅担保。

(四)债权人在索要公司决议时要精准识别公司决策机构

由于公开透明的担保决策机构是立法者和公司深思熟虑的理性选择,债权人理应依法依章向法定代表人索要适格公司决议。若全体股东均在担保合同上签字,全体股东签名可视为股东会决议。若担保人是—人公司,债权人应索取股东书面决定;若—人股东是法人,应按法人章程确定决定机关;若股东兼任法定代表人,无需索取。

《公司法》第16条区分了关联担保和非关联担保情形下的不同决议机关。凡公司为股东或实控人作保的,债权人须索要股东会决议。未经股东会决议授权的事实自动排除善意相对人之存在。债权人要自称善意,须举证证明其在缔约前已审慎审查股东会决

^① 参见孙晓光:《加强调查研究探索解决之道——就民商事审判工作中的若干疑难问题访最高人民法院民二庭庭长》,载《人民司法》2007年第13期,第11页。

议,且确信该决议已遵守利害关系股东回避表决规则。鉴于该条款未要求公司为董监高作保时适用股东会决议程序,建议立法者将公司为股东、实控人、董监高及其他关联方受益人作保一律纳入股东会决议的授权范畴。

凡公司为非关联方作保的,债权人须索要章定机关的担保决议。若章程明定董事会决议,而债权人仅索取股东会决议,亦属有效。公共治理与公司治理有区别,也有共性。基于人民主权思想,对法治政府而言,法无授权不可为;对人民而言,法无禁止皆可为。基于股东主权及股东会中心主义治理结构,^⑮章程未明定决策权归属时的决策权仍保留于众股东之手。若章程未明定决议机关,债权人索要股东会决议或董事会决议均无不可。但谨慎债权人应优先索要股东会决议。这是尊重股东主权的美德,也是谨慎自保的智慧。网络化时代的股东会与董事会运作效率均已提升,但化解法律风险的效果不同。

(五) 债权人对公司担保文件存疑时,应深入求证甚或公证

债权人若经审慎尽调仍未发现公司决议瑕疵,无咎可责;若决议记载内容已暴露合理存疑的瑕疵,债权人就应敦促法定代表人就疑点问题(如同一股东或董事在不同法律文件上的签名显著不一致、不同股东或董事的签名高度近似)提交补强证据,包括对担保文件办理公证。若公证处未能发现文件瑕疵,债权人亦为善意。

四、公司对外担保制度的例外豁免情形

(一) 例外豁免不应扩大化

为提取担保人公司及其股东与债权人的最大利益公因式,预防法定代表人越权担保,公司对外担保制度普适于公司对外担保诸情形。只要公司不为己债作保,都要一体遵循。基于诚信原则、公平原则与商事习惯,在不损害公司核心利益与根本利益、不违背公序良俗的前提下,可允许法定代表人或代理人在法定例外情形对外作保,无需获得公司决议授权。

(二) 《九民纪要》列举的四种例外情形

2019年7月《九民纪要内部征求意见稿》第20条采公司利益说。2019年8月《九民纪要公开征求意见稿》第20条改取意思表示推定说,并被《九民纪要》第19条采纳,即便债权人明知或应知没有公司决议,也应认定担保合同符合公司真实意思表示,合同有效:(1)公司是以为人作保为主营业务的担保公司、开展保函业务的银行或非银行金融机构;(2)公司为其直接或者间接控制的公司开展经营活动向债权人作保;(3)公司与主债务人之间存在相互担保等商业合作关系;(4)担保合同系由单独或共同持有公司2/3以上有表决权的股东签字同意。笔者赞同第一种情形,主张限缩第二种情形,废除最后两种情形。

^⑮ 参见刘俊海:《现代公司法》(第3版上册),法律出版社2015年版,第294-295页。

（三）公司为自己债务作保（自益担保）的例外豁免

公司对外担保制度旨在规范公司为他人债务作保，而无意干涉公司自益担保。即使公司未就自益担保作出授权决议，法定代表人签署的担保合同也有效。因公司已从负债中受益，自益担保并不损害公司权益，反会提升商誉水准，实现商誉增值。为遏制管理层盲目举债的非理性冲动，章程可增设举债及担保的自律规则。

（四）非上市公司为子公司作保时的例外豁免

子公司包括母公司以显名或隐名形式直接或间接控制的各类子公司。广义子公司包括孙公司、曾孙公司、玄孙公司等在内。证监会与原银监会2005年联合发布的《关于规范上市公司对外担保行为的通知》强调，上市公司为控股子公司作保时，必须履行公司内部决策程序。而《九民纪要》第19条认为母公司为子公司作保时无需公司决议，即可拘束母公司。笔者主张在甄别担保人公司类型的基础上采取差异化政策：（1）上市公司为子公司作保时应遵守公司担保决议制度，以体现公众股东友好型理念。（2）非上市公司为子公司作保时可例外豁免，以体现债权人友好型理念。（3）鉴于全资子公司之债在经济实质上可视为母公司之债，若母公司法定代表人为全资子公司作保，可准用母公司自益担保的豁免规则。

上市公司为子公司作保时必须遵守公司担保决议制度。理由有五：（1）上市公司股权在证券交易所上市交易，股东众多、不特定且变动不居。（2）理性冷漠、一盘散沙的公众股东普遍缺乏有效制衡控制股东、实控人与法定代表人的动力、资源与手段。（3）法定代表人越权担保容易产生风险外溢的社会不稳定因素，损害公众股东利益。（4）上市公司设立子公司旨在隔离风险，落实公众股东对上市公司、上市公司对子公司的有限责任待遇。法定代表人恣意以母公司资产为子公司作保会摧垮风险防火墙，殃及母公司及公众股东。（5）控制权不简单地等同于控制事实。面对尾大不掉的子公司内部控制人，母公司有时力不从心。对新三板公司等公众公司，可准用上市公司对外担保规则。

而非上市公司法定代表人为子公司作保时纵未履行母公司决议程序，担保合同亦拘束母公司。原因有六：（1）母公司股权不公开上市流通，股东人少且相对稳定。有限公司的闭锁性与股东的人合性尤甚。即使法定代表人越权担保，风险也不波及公众股东。（2）子公司之债非母公司之债，但母公司握有控制权、享受财务报表合并之利，为子公司债务作保符合权利义务平衡的公平理念。（3）母公司抛弃有限责任待遇而慷慨作保，符合诚信原则与公序良俗，有别于子公司法定代表人为母公司越权担保。（4）母公司通常可管控子公司信用滥用风险与授信使用效率，并督促其如约偿债。（5）母公司为子公司作保前可索要反担保，以夯实代偿债务后的追偿权。（6）母公司法定代表人为子公司作保时要恪守信托义务。即使担保合同有效，也不妨碍受损母公司及其股东通过直接诉讼或股东代表诉讼追责背信行为。

（五）专业化营业担保的例外豁免

鉴于专业担保机构持续、反复地为客户提供担保服务；鉴于担保业务行政许可足以创设债权人对表见代表与表见代理的合理善意信赖；鉴于内部合规与风控体系可有效

遏制业务人员操作风险,债权人无需坐等担保机构的公司机关逐笔审议担保项目并作出决议,否则会降低担保业务效率,贻误商机,损害核心竞争力。担保机构不得以担保合同未经公司机关决议授权为由主张担保合同无效。

(六) 担保人公司与主债务人存在互保关系时不应例外豁免

传统银行授信倾向于锦上添花,而非雪中送炭。在嫌贫爱富的债权人面前,独木成林的超级大企业无需互保增信。有些中小企业为破解融资难题,被迫抱团互保。鉴于担保人受益于互保结盟,《九民纪要》认为法定代表人越权签署的互保合同破例有效。该例外的法理基础是利益衡量,而非公司担保意思表示的拟制。但互保联盟弊大于利:任一互保方失信,都会透支互保圈信用,拖累圈内所有公司,最终损及债权人,积聚巨大金融风险。鉴于互保圈恶性循环风险及互保嗜瘾性,建议禁止互保豁免,斩断游离于公司治理之外的恶性互保圈。公司可为其他互保方作保,但不得违反公司对外担保制度。

(七) 不构成股东会决议的股东签字同意不能取代公司决议

2019年8月《九民纪要公开征求意见稿》第20条认为,在为他人(不包括股东或实控人)作保由持有公司50%以上表决权的股东单独或共同实施的情形,纵无公司机关决议,也应认定担保合同符合公司真实意思、合同有效。《九民纪要》第19条改为:“担保合同系由单独或共同持有公司2/3以上有表决权的股东签字同意”。

将2/3以上有表决权股东签字同意拟制为公司真实意思表示,貌似尊重资本多数决规则,但忽略了股东民主精神,侵害了未签字同意股东的知情权、质询权、辩论权与表决权。资本多数决规则以股东会会议为平台。若因部分股东签字同意而毁弃股东会决策机制,必将纵容法定代表人与控制股东合谋滥保。为激活民主决策机制,维护程序正义价值,确保公司担保决议程序严谨、内容合法、信息透明,尊重异议股东利益诉求,抵制以强凌弱的丛林法则,越权担保合同纵获2/3以上有表决权股东签字同意,也无法取代股东会召集与表决程序。片面信赖部分股东签字、而漠视股东会决议的债权人绝非善意。

五、公司对外担保制度与表见代表制度的同频共振

(一) 保护善意相对人离不开表见代表制度的拾遗补缺

债权人索要并审查公司决议时,会遭遇公司决议不成立、无效、可撤销甚至伪造变造的风险。公司决议瑕疵事实本身并不意味着相对人明知或应知该事实,因而不足以排除善意相对人的存在。理性相对人即使审慎注意,也难以发现所有决议瑕疵。为预防“马后炮”思维苛责相对人在审查公司决议时尽到实质审查义务,遂有必要引入表见代表制度,以保护法定代表人越权担保时的善意债权人。

《民法典》第504条继续确认越权代表行为原则有效、例外无效的规则:“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。”若代表行为无效,合同内容纵不违法,也不对法人有拘束力。若代表行为有效,合同也未必有效。

鉴于《合同法》第50条仅从公司与法定代表人双边关系角度评判代表行为效力,而未提及合同效力,《民法典》第504条既重申表见代表行为有效,且强调合同对法人的拘束力。

《公司法》或《民法典》均非“一本通”。我国民事法律制度建设一直秉持“民商合一”的传统,把许多商事法律规范纳入民法之中。^{①9}表见代表制度就是公司对外担保制度的自然延伸与有益补充。两项制度并不相斥,而是彼此兼容、无缝对接、有机衔接、同频共振。当且仅当担保合同不违反担保制度之外的效力性规定或公序良俗,且债权人已审慎审查担保公司的章程、授权决议、法定代表人身份及印章等印信资料而仍未能发现法定代表人越权担保的事实时,善意债权人才能例外寻求表见代表制度庇护。

作为一般原则,法定代表人越权担保时代表行为与担保合同均无效,除非善意债权人主张表见代表制度庇护。《九民纪要》第17条也强调区分缔约时债权人是否善意,分别认定合同效力:债权人善意的,合同有效;反之合同无效。但善意与否的确定标准无法从表见代表制度本身找到答案。裁判者援引《民法典》第504条时不能脱离《公司法》第16条等担保规则;否则会错配相对人是否善意的举证分配规则与证据判断标准,无法公平确认越权担保合同效力。

最高人民法院在“敬业公司诉圣帝隆公司等追偿权纠纷再审案”中也注意到两大制度联系:“在判断公司法定代表人违反该规定越权签订担保合同是否对公司有效时,还应考察该行为是否构成《合同法》第50条规定的表见代表,相对人是否尽到了合理的审查义务,是否为善意”,“谢某在代表圣帝隆公司向敬业公司出具《反担保保证书》时未提供《公司法》第16条第1款规定的圣帝隆公司董事会或股东会决议等相关文件,而敬业公司作为专门从事担保业务的专业机构,本应对谢某是否越权尽到更为谨慎的审查义务,但其并未进行形式上的审查,因此不构成善意”^{②0}。

为消除同案不同判现象,必须把两大制度共同纳入法定代表人越权担保案件的裁判依据,并以公司担保制度为核心依据。不能以表见代表制度排斥或弱化公司对外担保制度乃至公司法体系。

(二) 表见代表制度与表见代理制度和而不同

二者均旨在尊重外观主义、维护交易安全、促成商事交易、加速商事流转。但二者礼让善意相对人的程度与规则不同。首先,表见代表制度仅适用于法定代表人越权签约情形,而表见代理制度普适于各类代理人(如董事、高管、雇员或中介机构)越权签约情形。其次,法定代表人具有法定性与唯一性,普通代理人具有意定性与多元性。再次,法定代表人比普通代理人位高权重,更易创设善意相对人对公司意思表示的合理信赖。最后,法定代表人与代理人角色不同,证据规则有别。

有人主张在不构成表见代表情形下类推适用无权代理规定裁判^{②1};有人反对类推适

^{①9} 参见王晨:《关于〈中华人民共和国民法典(草案)〉的说明》,2020年5月22日在第十三届全国人民代表大会第三次会议上。

^{②0} 最高人民法院(2016)最高法民申2633号民事裁定书。

^{②1} 参见周伦军:《公司对外作保的合同效力判断规则》,载《法律适用》2014年第8期,第6页。

用,认为代理与代表的制度不同,法律与事实基础不同^②。这种分歧源于观察两种制度的个性与共性的角度。从狭义说看,法定代表人代表公司表意为“代表”,代理人代表公司表意是“代理”。但二者都代表公司意思表示,广义代理范畴涵盖了代表。与《合同法》第49条和第50条并排规定表见代理与表见代表的体例不同,《民法典》将其分拆规定于总则编第172条和合同编第504条。从《民法典》的潘德克顿编纂技术及体系解释言之,在越权代表制度资源枯竭时,自可补充适用越权代理规则。在公司对外担保制度的强大作用下,表见代表与表见代理的举证规则实已相差无几。

(三) 善意相对人的界定标准

法律中的“善意”特指相对人不知情、且对不知情本身无过错的主观心态。法定代表人越权签署担保合同时相对人的“善意”确指相对人不知道、且无义务知道法定代表人越权缔约事实的主观心态。

从正面看,《民法典》第504条保护的相对人仅限于签约时的善意者,不包括心存恶意或过失者。若债权人对章程决议予以审慎审查后仍不知法定代表人越权事实,并基于对其法定代表权外观的善意信赖而缔约,则越权代表行为及越权签署的担保合同均属有效。受损公司可向越权代表人内部求偿,但与善意债权人无涉。从反面看,《民法典》第504条拒绝保护明知或应知法定代表人越权事实的相对人。过错包括恶意(明知或故意)与过失(应知而不知)两种形态。恶意和过失相对人均不受表见代表制度保护。债权人明知法定代表人越权而与其签约显系恶意,债权人应知而不知法定代表人越权而与其签约是过失,均非善意相对人。表见代表制度不相信过失者的眼泪。

2019年7月《九民纪要内部征求意见稿》第24条曾坚守过错的经典定义,认为过失相对人不享受表见代表制度保护。但《九民纪要》将善意外延扩张为“债权人不知道或者不应当知道法定代表人超越权限订立担保合同”,并将非善意相对人限缩解释为“明知决议系伪造或者变造的”恶意债权人,值得商榷。首先,“不知道”虽非恶意,但应知而不知亦为过失。允许过失相对人受表见代表制度保护,有违立法本意。其次,“不应当知道”易滋歧义,似乎知情会侵害他人隐私或商业秘密。殊不知,公司法鼓励债权人对法定代表人审慎尽调。“不知道”应改为“没有义务知道”。最后,建议将“或者”改为“而且”,整句修改为:“债权人不知道且无义务知道法定代表人超越权限订立担保合同的事实”或“债权人不知道法定代表人超越权限订立担保合同,且对不知情本身并无过失”。

(四) 认定善意相对人的“两步法”证据规则

《民法典》第172条和《合同法》第49条推定相对人恶意,推定无权代理行为不能拘束被代理人,除非相对人能自证清白,证明其与无权代理人签约时不仅无过错,且有合理理由信赖表见代理权限。而《民法典》第504条和《合同法》第50条推定相对人善意与越权代表行为有效,除非公司能举证证明相对人在缔约时明知或应知法定代表人越

^② 参见邹海林:《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72、73页。

权签约的事实。相对人善意推定的理念是,既然法定代表人是公司精挑细选的唯一对外代表人,理性相对人有正当理由善意信赖表见代表的外观法律事实。

若公司能举证证明相对人明知或应知法定代表人越权代表的事实而与其签约,越权代表行为与越权签署的合同均无效,对公司不产生拘束力;否则,越权代表有效。因《公司法》创设了相对人的法定注意义务,公司只要证明法定代表人越权担保违反了法定或章定的决策程序、决策权限与担保限额,即可完成债权人并非善意的初步举证责任。债权人既要就公司初步证据的真实性、合法性与关联性发表质证意见,更要举证证明其已尽合理审慎注意义务。债权人若不能推翻公司的初步证据及证明目的,即被认定为非善意相对人。从趋利避害着眼,债权人自证清白是权利,也是义务。对债权人的举证,公司仍可质证并继续举反证推翻。举证责任与质证权如影随形。谁有优势证据,谁胜诉。

可见,公司对外担保制度在设定相对人注意义务、否定越权担保合同效力方面的强大功能已将传统表见代表制度中的相对人友好型举证责任倒置规则完美重塑为“两步法”证据规则:第一步是相对人善意推定的举证责任倒置规则;第二步是公司与相对人的举证责任分配规则。这实质上非常接近于表见代理情形下“谁主张,谁举证”的被代理人友好型证据规则。债权人要主张表见代表制度保护,必须承担《公司法》为其创设的自证清白责任。所以,2019年7月《九民纪要内部征求意见稿》未区分表见代表与表见代理,一概采取被代表人(被代理人)友好型的证据规则。遗憾的是《九民纪要》未提及表见代理。

(五) 非善意相对人的类型化

第一,未索取并审慎审查章程与决议的债权人非属善意。公司对外担保制度是理性化解法定代表人滥权风险的安全网,代表着全体股东和董事制衡法定代表人的利益诉求,凝聚着本无债权债务关系的担保人与相对人之间动态博弈的最佳平衡点,理应受到敬畏。债权人若痴迷于法定代表人尊位或公章光环,而拒绝或怠于索要并审慎核查章程及决议,非恶即过,皆非善意。若担保金额超过法定或章定限额,债权人更非善意。

第二,担保决议机构不资格时的债权人非属善意。理性债权人只要审慎核对法定章定决议机构与法定代表人提供的公司决议,就会发现决议机构不资格瑕疵。拒绝或怠于对比,乃重大过失。董事长或总经理办公会若违反章程,擅自决定对外担保,就属决议机构不资格。

第三,明知或应知公司决议无效的债权人非属善意。《公司法》第22条第1款规定了公司决议无效制度:公司决议内容违反法律法规的无效。《最高人民法院关于适用〈公司法〉若干问题的规定(四)》(以下简称《公司法解释(四)》)第6条仅保护善意相对人:公司决议被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。

第四,明知或应知公司决议不成立的债权人不属善意相对人。《公司法解释(四)》第5条新增公司决议不成立确认之诉,列举了导致决议不成立的五种情形。若“股东会决议”仅加盖公司公章,而无股东签名或盖章,也属不成立决议。若多位参会者签名显然由笔体与笔顺相同的一人书写、且无委托授权手续,债权人忽视该瑕疵就有过失。

第五,明知或应知公司决议可撤销的债权人非属善意。依《公司法》第22条第2款,可撤销决议包括会议召集程序、表决方式违反法律法规或章程的决议,以及内容违反章程的决议。如,利害关系股东或董事违反《公司法》第16条第3款或第124条规定的回避表决规则的决议为可撤销。《民法典》第85条仅保护可撤销决议的善意相对人:“营利法人依据该决议与善意相对人形成的民事法律关系不受影响”。相对人在签约时若不知且无义务知悉公司决议可撤销为善意;若明知或应知公司决议可撤销,则非善意;若在明知决议已被撤销后仍轻率与法定代表人签约,更非善意。可撤销决议被生效裁判文书撤销前虽处有效状态,但存在被撤销风险。善意理性相对人不应火中取栗。

第六,明知或应知公司决议被伪造或变造的债权人非属善意。有些决议的伪造或变造技术炉火纯青,真假难辨。理性债权人若已尽审慎注意义务,仍未发现伪造变造瑕疵,当属善意。

第七,即使债权人在审查决议时已尽审慎注意义务,且未发现公司决议虚假、不成立、无效或可撤销的瑕疵,但若明知或应知公章之虚假、法定代表人之不合格(如登记在册的原法定代表人已被公司罢免法定代表人身份),或章程之虚假,仍非善意相对人。

六、法定代表人越权签署的担保合同无效的法律后果

依《民法典》第153条,法定代表人违反公司对外担保的效力性规范而越权签署的担保合同一概无效,除非存在两种例外情形:一是被越权代表公司自愿通过民主决策程序追认越权行为,补救越权瑕疵,将越权代表行为与越权签署的合同均由无效转为有效;二是善意相对人主张表见代表制度保护。前者为主动型、自愿型例外,后者为被动型、强制型例外。

(一) 被越权代表公司不对无效担保合同相对人(债权人)承担赔偿责任

鉴于公司对外担保制度旨在保护公司免受萧墙之祸,倘若相对人在签约时明知或应知担保行为未获公司决议授权,作为非主债务人的担保公司有权拒绝追认法定代表人越权签署的担保合同。依《民法典》第155条和第157条,越权担保合同对被越权代表公司自始没有法律约束力,公司不对相对人承担赔偿责任;相对人依据无效担保合同从公司取得的担保财产要返还或折价补偿,未实际交付占有但已办理担保登记手续的,要注销担保登记;公司还有权要求相对人赔偿公司因无效担保合同而遭受的损失(如律师费与诉讼保全费)。依《民法典》第154条,若相对人和法定代表人恶意串通向公司转嫁担保风险,担保合同更是无效。公司是受害者,不对侵权者担责。否则,会违背公序良俗,颠覆诚实守信、公平公正的核心价值观。

(二) 善意相对人可追究法定代表人越权担保的责任

善意相对人若因轻信法定代表人而未另觅担保、且主债权未获清偿的,可向主债务人行使债权,也可要求法定代表人按其过错程度分担责任与风险。基于无权代理与无权代表的效力同质性,依《民法典》第171条第3款与第4款,越权签署担保合同未被追

认的,善意相对人有权请求行为人履行担保责任或赔偿损失,但赔偿范围不得超过公司追认时相对人所得利益;相对人明知或应知越权代表事实的,相对人和行为人按各自过错担责。鉴于二者过错均与公司无涉,只能在相对人与行为人之间分配责任、风险与损失。公司对相对人不担责,行为人担责后也无权向公司追偿。

(三)《民法典》《担保法》及其司法解释均未创设法定代表人越权签署的担保合同无效时公司的缔约过错责任

继《担保法》第5条后,《民法典》第388条第2款规定了普适于各类无效担保合同的缔约过错责任:“担保合同被确认无效后,债务人、担保人、债权人有过错的,应当根据其过错各自承担相应的民事责任”。但该条款并未创设法定代表人越权担保合同无效时公司的缔约过错责任。理由有四。首先,公司不是主债务人,也未作出担保授权决议,缺乏与债权人缔约的意思表示,并非担保合同缔约方,对合同无效无咎可责。若被越权代表公司存在创设表见代表外观事实的过错,担保合同就例外有效。既然越权担保合同无效,意味着被越权代表公司并无过错。其次,法定代表人越权签署的无效担保合同不同于其在代表权范围内签署的无效担保合同。《民法典》第388条第2款的适用前提是:担保合同虽无效,但已成立;担保人系担保合同当事人、且具有建立担保合同关系的意思表示。而法定代表人越权担保时,公司缺乏与相对人缔约的意思表示,因而无从成立被越权代表公司与相对人的契约关系。再次,缔约过错责任源于缔约行为。公司既无缔约行为,何来缔约过错?有过错的相对人在自责之余,可问责行为人缔约过错。最后,相对人将无辜公司及其中小股东视为“背锅侠”,有违立法本意。公司对外担保制度保护的核心法益是中小股东利益,而中小股东恰恰无力控制法定代表人,因而需要切割法定代表人越权风险。若中小股东能控制法定代表人,焉何存在法定代表人越权担保乱象?

有判例错引《担保法司法解释》第7条问责被越权代表公司:“主合同有效而担保合同无效,债权人无过错的,担保人与债务人对主合同债权人的经济损失,承担连带赔偿责任;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。”最高人民法院在“罗伟华诉绿地申人公司等民间借贷纠纷再审案”中认为,债权人“罗伟华对绿地申人公司所提供担保未尽合理审查义务,具有过错。其仅以《公司法》第16条系公司内部管理规范为由提出抗辩,理据不足;二审判决判令绿地申人公司所作担保无效的同时由绿地申人对债务人杨骏不能偿还的部分在50%范围内承担赔偿责任,裁判结果并无不当”^③。

即使援引《担保法司法解释》裁判法定代表人越权担保案件,也应援引第4条(而非第7条)及其上位法依据。若债权人明知或应知法定代表人越权担保,被越权代表公司就不对债权人损失担责。债权人对公司对外担保制度置若罔闻,显有过错。《担保法司法解释》第4条虽指向1993年《公司法》第60条,但2005年《公司法》禁止法定代表人越权担保、保护无辜公司及股东权益的力度更大。裁判者对此不可不察。

^③ 最高人民法院(2018)最高法民申5596号民事裁定书。

(四) 董事会越权决议并不导致法定代表人越权签署的担保合同全部无效

假定章程分别规定股东会与董事会的担保决策权限(500万元以下由董事会决议,以上由股东会决议),而董事会超过决策限额作出担保决议(1亿元),该决议并非整体无效。若法定代表人基于该决议签署担保合同,合同中董事会越权决策的部分(9500万元)构成越权代表,董事会有权决策的部分(500万元)构成有权代表,公司应在董事会有权决策范围(500万元)内对债权人承担担保责任。

结 论

从解释论看,公司为人作保并非有偿商事交易或自益担保,债权人获其担保时理应审慎。法定代表人并非公司最高决策者。公司对外担保制度蕴含着公司的生存权与发展权及股东权益保护等公序良俗,应被解释为效力性规范。除非法律或章程另有规定,法定代表人或代理人越权以公司名义签署的对外担保合同一概无效。该制度创设了债权人审慎审查公司章程、法定代表人或代理人主体资格、公司授权决议与章程的法定注意义务。该义务为审慎的形式审查义务,义务履行之衡量应以理性人标准为主,主观标准为辅。一部法律有可能同时包含私法规范和公法规范。但私法规范中的强制性规范皆为效力性规范,不应将私法规范肢解为效力性规范与管理性规范。《公司法》第16条的特别规定优于《民法典》第61条第3款适用,已登记章程对法定代表人代表权的限制可对抗相对人。为预防自由裁量权滥用,仅应在非公众公司为子公司、公众公司为全资子公司及专业担保机构为客户作保时例外豁免公司决议授权。《民法典》第504条的解释与适用不能脱离公司对外担保制度。传统表见代表制度中的相对人友好型举证责任倒置规则已被重构为“两步法”证据规则。法定代表人越权签署的担保合同无效,除非公司决议予以追认或善意相对人主张表见代表制度保护。合同无效时,债权人有过错;公司无过错,不对债权人负缔约过错责任。债权人可请求法定代表人履行债务或赔偿损害,但与公司无涉。

从裁判论看,法定代表人越权担保纠纷的同案不同判现象既源于“遥看草色近却无”的立法粗放之憾,更源于裁判者价值观与方法论的碎片化。裁判者应铭记意思自治、公平公正、诚实信用、多赢共享、公序良俗的价值观,弘扬契约精神、股权文化与信托观念。凡涉及公司法核心价值与基本制度的商事案件,裁判者都应把公司法纳入核心裁判依据,力戒把公司法效力性规范曲解为管理性或倡导性规范、进而否定公司法的优先适用地位。要夯实债权人法定注意义务,厘清公司、法定代表人、股东、主债务人与债权人的不同法律角色定位,理顺章程自治行为、公司决议行为、法定代表人代表行为、印章仪式和契约行为之间的法律逻辑,推进公司治理民主化、为人作保理性化与对外代表谦抑化。为维护民商合一的法律体系的统一性与完整性,实现商事裁判六大效果的有机统一,建议扭转法律部门藩篱化及“去公司法化”的思维定势,推进公司法与《民法典》的同频共振、互联互通、深度融合与无缝对接,反对法律部门的割裂对立。《九民纪要》

要求法院审理“对赌协议”案件时并用合同法与公司法,但适用范围过窄,亟待延伸到各类公司法纠纷案件。市场会失灵,裁判权不应失灵。

从立法论看,为预防法律解释失灵,立法者应增强公司对外担保制度的可诉性、可裁性与可执行性。为根治公司滥保顽疾,建议新《公司法》原则禁止公司为他人债务作保,并在第16条、第104条和第121条增设“违反前款规定的担保合同无效”一款。即使在法定或章程例外情形,法定代表人签署担保合同仍须获得公司决议授权。要提高法定代表人越权担保的失信成本、降低其失信收益,确保失信成本高于失信收益。既要追究民事责任,也要剥夺严重越权法定代表人担任董监高的任职资格。为防不测,公司对外作保前应索要相应反担保。破解企业融资“难贵慢”的治本之道不是纵容公司非理性对外作保或互保,而是优化包容普惠的金融市场生态环境,拓宽资本市场直接融资平台,全面有序推进证券公开发行注册制改革,深化金融供给侧结构性改革,增强银行“雪中送炭”、保护市场主体的金融服务能力,稳步提高企业信用贷款比例,促进专业担保机构规范发展,稳步扩大金融对外开放,大幅下调民间借贷年利率的司法保护水准,打击互联网金融犯罪,遏制金融脱实向虚乱象。企业也要稳中求进,量力举债,守约践诺,降低资产负债率,避免盲目扩张与不当转嫁担保风险。为降低银行不良贷款率、预防系统性金融风险,建议健全债务人信用责任体系。

Abstract: The legal rules on corporate decisions on guaranteeing for third parties are mandatory and invalidating, as they safeguard public policies of corporate survival, good governance, shareholders' rights, freedom of contracts and fiduciary duties. All mandatory rules of private law are invalidating. Unauthorized guarantee contracts signed by legal representatives are void unless rectified by corporate ex-post decisions, or by the operation of apparent representation in favor of bona-fide creditors. The duty of care for the creditors to prudently examine corporate authorization decisions influences the interpretation and application of article 504 of the Civil Code. The restrictions imposed by registered bylaws on the authorities of legal representatives may defend against creditors. The creditors having fulfilled the duty of care are protected as bona-fide creditors. The performance of the duty of care should be tested by a reasonable person, except for more professional creditors. Where an unauthorized guarantee contract is void, the creditor may only hold the legal representative accountable. The legislature should prohibit the corporation from guarantying for other debtors unless permitted by legislature or bylaws. Courts should render the same rulings in the same type of cases. It is necessary to promote the precision, litigation and adjudication of legislation, but also to eliminate fragmentation of legal interpretation. The judicial philosophy favoring contract law while ignoring corporate law should be reversed. It is wrong to worship corporate seals or signatures of legal representatives, while ignoring corporate decisions or bylaws. Representation per se is different from corporate decision.

(责任编辑:王莉萍)