



浙江工商大学学报

Journal of Zhejiang Gongshang University

ISSN 1009-1505, CN 33-1337/C



《浙江工商大学学报》网络首发论文

题目：新《公司法》背景下母子公司互保的反思与完善
作者：刘俊海
收稿日期：2024-05-10
网络首发日期：2024-10-28
引用格式：刘俊海. 新《公司法》背景下母子公司互保的反思与完善[J/OL]. 浙江工商大学学报. <https://link.cnki.net/urlid/33.1337.C.20241025.1644.002>



网络首发：在编辑部工作流程中，稿件从录用到出版要经历录用定稿、排版定稿、整期汇编定稿等阶段。录用定稿指内容已经确定，且通过同行评议、主编终审同意刊用的稿件。排版定稿指录用定稿按照期刊特定版式（包括网络呈现版式）排版后的稿件，可暂不确定出版年、卷、期和页码。整期汇编定稿指出版年、卷、期、页码均已确定的印刷或数字出版的整期汇编稿件。录用定稿网络首发稿件内容必须符合《出版管理条例》和《期刊出版管理规定》的有关规定；学术研究成果具有创新性、科学性和先进性，符合编辑部对刊文的录用要求，不存在学术不端行为及其他侵权行为；稿件内容应基本符合国家有关书刊编辑、出版的技术标准，正确使用和统一规范语言文字、符号、数字、外文字母、法定计量单位及地图标注等。为确保录用定稿网络首发的严肃性，录用定稿一经发布，不得修改论文题目、作者、机构名称和学术内容，只可基于编辑规范进行少量文字的修改。

出版确认：纸质期刊编辑部通过与《中国学术期刊（光盘版）》电子杂志社有限公司签约，在《中国学术期刊（网络版）》出版传播平台上创办与纸质期刊内容一致的网络版，以单篇或整期出版形式，在印刷出版之前刊发论文的录用定稿、排版定稿、整期汇编定稿。因为《中国学术期刊（网络版）》是国家新闻出版广电总局批准的网络连续型出版物（ISSN 2096-4188，CN 11-6037/Z），所以签约期刊的网络版上网络首发论文视为正式出版。

新《公司法》背景下母子公司互保的反思与完善

刘俊海

(中国人民大学法学院,北京 100872)

摘要:为兴利除弊,母子公司互保时要遵守新《公司法》第15条规定的公司担保前置决议程序。该规定系效力性规定。若法定代表人越权签署担保合同,越权代表行为与担保合同对公司均不生效。现行《担保制度解释》仅允许两项例外豁免:一是非上市母公司为全资子公司作保;二是全资子公司为母公司作保。建议促成母公司为子公司作保,限制子公司为母公司作保。对外担保决议制度与关联交易制度同频共振。母子公司互保要确保程序严谨、信息透明、对价公允。在股东会决议的法定简单多数决规则与章定绝对多数决规则冲突时,应以后者为准。母子公司在互保前应索要反担保,预先夯实追偿权。建议从公司法、证券法、合同法、侵权法与刑法等维度充实多元化救济工具箱。

关键词:母公司;对外担保;公司前置决议;效力性规范;例外豁免

中图分类号:D922.291.91 **文献标志码:**A

一、引言

公司是市场经济的核心微观细胞,是高质量发展的生力军,是创造就业、创新科技、改善民生、增加财税、稳定社会的顶梁柱,堪称国之重器。为满足我国加入WTO后的巨大投资需求,2005年《中华人民共和国公司法》(以下简称2005年《公司法》)引入了“先上车、后买票”的注册资本认缴制。该法第26条将有限公司注册资本由“实缴出资额”转变为“在公司登记机关登记的全体股东认缴的出资额”。全体股东只要首次出资额(初始实缴出资)达到注册资本20%,公司即可成立,其余出资由股东自公司成立之日起2年内缴足,投资公司实缴期限例外延长为5年;最低注册资本统一降至3万元。该法第81条对股份公司采取了认缴制与实缴制并存的双轨制:一是将发起设立股份公司注册资本修改为“在公司登记机关登记的全体发起人认购的股本总额”,首次出资额不得低于注册资本20%,其余部分由发起人自公司成立之日起2年内缴足,投资公司可在5年内缴足;二是维持募集设立公司注册资本系“在公司登记机关登

收稿日期:2024-05-10

基金项目:全国人大常委会法制工作委员会委托研究课题“公司法修改研究”(2019K20205)

作者简介:刘俊海,男,中国人民大学法学院教授,博士生导师,法学博士,第五届“全国十大杰出青年法学家”,主要从事公司法、证券法等商法前沿问题研究。

记的实收股本总额”的传统定义^[1]。2013年《公司法》一举原则废除法定最低注册资本制度,彻底将有限公司注册资本实缴制转变为认缴制,取消了注册资本中货币出资至少占30%的法定限制,将公司登记流程由“先证后照”转变为“先照后证”,废除了法定验资和年检程序^[2]。成千上万的公司如雨后春笋般不断涌现。截至2023年底,全国登记在册企业5826.8万户^[3]。其中,有许多公司之间存在股权关系,因而很容易搭建公司集团的金字塔。

资金是公司之血液,信用是公司的生命线。但融资难、融资贵与融资慢一直是困扰民企的痛点问题^[4]。有些银行在对外授信时嫌贫爱富,喜欢锦上添花,不愿雪中送炭。为获得融资,公司往往被迫向债权人提供担保。但金融机构开立保函或者担保公司提供担保时会提出较高的门槛要求,收费更是不菲。于是,无偿互利、共度时艰的母子公司互保现象应运而生。但问题是,一旦母公司丧失偿债能力,作为担保人的子公司也会被拖进债务泥沼;若子公司丧失偿债能力,作为担保人的母公司也会一蹶不振,甚至破产关门。母子公司互保现象在民营企业集团与国有企业集团中都司空见惯,但母子公司互保行为的效力,尤其是法定代表人越权签署的担保合同的效力存在同案不同判现象^[5]。

堵不如疏,疏不如导。大禹治水的理念普适于对母子公司互保的引导与规制。选择法律规制策略时,既不能对母子公司互保全盘否定、一棍子打死,也不能放任自流、姑息养奸。相反,法律必须对其采取“允许存在、浮出水面、公开透明、规劝指导、严加规制、兴利除弊”的态度。2023年修订的《中华人民共和国公司法》(以下简称新《公司法》)自2024年7月1日起正式实施以后,配套的司法解释、行政法规、部门规章将鱼贯而出。虽然新《公司法》并未提及“企业集团”或者“母公司”,母子公司互保中的越权担保行为却屡见不鲜。为促进企业集团基业长青、实现经济高质量发展、防范系统性金融风险,立法者、裁判者与监管者有必要消除分歧、凝聚共识,尽快从公司决议规则与关联交易规则同频共振的视角,构建中小股东与债权人友好型的母子公司互保规范体系。

二、公司担保前置授权决议制度对母子公司互保的普适性

(一) 公司担保前置授权决议制度的效力性规范属性

基于代表权源于决议权的底层逻辑^[6],新《公司法》第15条重申公司担保的前置决议程序:“公司向其他企业投资或者为他人提供担保,按照公司章程的规定,由董事会或者股东会决议;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,应当经股东会决议。前款规定的股东或者受前款规定的实际控制人支配的股东,不得参加前款规定事项的表决。该项表决由出席会议的其他股东所持表决权的过半数通过。”

该条款系对2005年《公司法》第16条的传承,继续对法定代表人越权签署担保合同的乱象采取零容忍态度。该条款在修改前后并无颠覆性改变,仅有三处文字“化妆”:一是将“依照”易为“按照”;二是将“必须”改为“应当”;三是将“股东会、股东大会”统一简称为“股东会”。遗憾的是,该条款缺乏法律后果规范。因此,该条款究竟是任意性规范、倡导性规范抑或强制性规范?若系强制性规范,究系管理性规范,抑或效力性规范?法官与学者就此一直聚讼纷纭,莫衷一是。甲说将其理解为任意性或倡导性规定^[7];乙说将其理解为强制性规定中的管理性规范^[8];丙说反对将其理解为效力性强制性规定或管理性强制性规定,再依据原《中华人民共和国合同法》第52条第5项认定担保合同效力^[9]。

笔者力主新《公司法》第15条规定的公司担保前置决议制度为效力性规范^[10]。其一,该制度是对法定代表人制度的有效制衡与适度对冲,理顺了公司内部决议权与外部代表权之间的主从、本末与源流关系。其二,该制度促成了公司民主治理与契约理性自由的无缝对接,扭转了“去公司法化”“非公司法化”的裁判思维定式。其三,该制度仅适用于公司为他人负债(而非自身固有债务)作保的利他场合,鼓励公司在自身安全的前提下乐善为报,广布德泽^[11]。为他人抱薪者,不可使其冻毙于风雪。其四,该

制度弘扬了中小股东友好型的股权文化,赋予其对法定代表人越权担保行为的监督权与纠错权,有利于保护无辜股东免受越权滥保之苦^[12]。其五,该制度公允保护公司、中小股东、债务人及其债权人的四大法益,同步促进交易安全、投资兴业、股东价值与公司善治。其六,该制度有助于培育理性审慎的债权人。其七,该制度精准定位法定代表人作为“法定签字人”“法定签名人”的法律本色,打破了法定代表人佯称“一把手”并自以为享有公司最高决策权的神话,为激活公司民主治理功能清除了制度障碍。其八,该制度有助于统一裁判思维,消除同案类案不同判现象,铸造司法公信。最高人民法院前副院长江必新认为“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”^[13]。

以新《公司法》第15条(公司对外担保)为龙头,以第22条(禁止利用关联关系损害公司利益)与第135条(上市公司向他人提供担保金额超过公司资产总额30%应由股东会作出决议)为两翼的法律条款环环相扣、互为犄角,共同组成了规制公司集团互保行为的效力性规范群。

(二) 法定代表人(代理人)越权签署的担保合同对公司的效力

其一,依《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)第153条与新《公司法》第15条,法定代表人(代理人)违反效力性规范而越权签署的担保合同一概无效,除非善意相对人主张表见代表或表见代理制度的保护,或者公司自愿通过民主决策程序追认越权行为^[14],将越权代表(代理)行为与越权签署的合同均由无效转为有效。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债务,合同更自始无效、当然无效、确定无效、绝对无效。

其二,依《民法典》第61条与第504条,在法定代表人越权代表公司与相对人订立担保合同时相对人若善意,担保合同对公司发生效力,相对人可请求公司承担担保责任;相对人若非善意,担保合同对公司不生效。这是《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》(以下简称《担保制度解释》)第7条的基本立场。由于法定代表人越权代表行为对公司不生效,其越权签署的各类合同对公司亦不生效。即使没有新《公司法》第15条,《民法典》第61条与第504条也足以提供认定越权担保合同对公司不生效的法律制度资源。

其三,无论是依据《民法典》第153条与新《公司法》第15条确立的效力性规范确认越权担保合同无效,还是依据《民法典》第61条与第504条确立的表见代表规则确认基于代表权与代理权缺乏导致的越权代表(代理)对公司不生效与越权签署的合同对公司不生效,仅是表述规制路径的技术性法律术语差异而已,二者殊途同归。而核心区别在于第一思路确认新《公司法》第15条的效力性规范属性,而第二思路回避了新《公司法》第15条的效力性规范属性。

其四,被越权代表或代理的公司不对合同相对人承担赔偿责任。《民法典》第388条第2款规定了缔约过失责任:“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。”《担保制度解释》第17条第1款要求法院在主合同有效而担保合同无效时区分不同情形确定担保人责任:若债权人与担保人均有过错,担保人承担的赔偿责任不应超过债务人不能清偿部分的1/2;若担保人有过错而债权人无过错的,担保人对债务人不能清偿的部分承担赔偿责任;若债权人有过错而担保人无过错的,担保人不承担赔偿责任。由于相对人在签约时明知或应知法定代表人对外签约的行为未获公司决议授权,公司有权拒绝追认法定代表人越权签署的合同。公司是受害者,既非授意者,也非受益者,因而不对相对人担责。依《民法典》第155条,无效的担保合同自始没有法律约束力。依《民法典》第157条,行为人越权以公司名义签署的合同对公司自始不发生法律拘束力,公司不对相对人承担赔偿责任;相对人依此类合同从公司取得的财产要返还或折价补偿,未实际交付占有但已办理产权变更登记手续的,要注销变更登记;公司还有权要求相对人赔偿公司所受损失。

(三) 法定代表人越权签署的担保合同对法定代表人的效力

无权代理与无权代表的效力具有同质性。依《民法典》第171条第3款与第4款,行为人实施的行为未

被公司追认的,善意相对人有权请求行为人履行债务或赔偿损失,但赔偿范围不得超过公司追认时相对人所能获得的利益;相对人明知或应知无权代理(越权代表)事实的,相对人和行为人按各自过错担责。

在典型的越权担保情形下,法定代表人的代表权、股东会或董事会的决策权要么载明于新《公司法》,要么载明于备案于登记机关的公司章程,要么被书面通知于相对人。因此,相对人不构成表见代表中的善意相对人,无权对公司主张越权担保合同有效。不过,相对人虽非公司眼中的善意相对人,但仍有可能遭遇行为人的欺诈蒙蔽或索贿受贿。因此,相对人若因疏忽大意而被法定代表人欺诈,就有权向法定代表人主张履约或赔偿。但由于法定代表人越权代表行为不属于《民法典》第62条所称的“执行职务”致人损害的职务行为,公司不对相对人担责,行为人担责后也无权向公司追偿。

(四) 公司集团中母子公司互保的个性与共性

其一,公司集团不是独立于公司集团成员的法人主体,而是以股权或协议纽带组成的具有相同公司文化的、复数独立公司的松散联盟。虽新《公司法》缺乏形式意义上的公司集团规范,但实质意义上的公司集团规范遍布每个条款。因为,母公司就是“股东”“控股股东”或“实际控制人”,而子公司与孙公司等从属公司就是“公司”。新《公司法》一直未使用“公司集团”或“母公司”“子公司”“关联公司”的概念的真正原因是,立法者不将公司集团视为单一法人主体,而将其视为股东与公司之间、公司与公司之间、股东与股东之间的股权血缘纽带关系以及在此基础之上建立起来的关联关系的总称。新《公司法》对公司集团本质依然采取复数主体说,未采单一主体说。

其二,公司集团中的每家成员都具有独立人格与法人财产权。每个母公司都是安享有限责任特权的股东。每个子公司都是卓然独立的营利法人。人生而平等,公司法人也生而平等。新《公司法》第3条确立与保护公司的法人资格与法人财产权,重申公司有独立法人财产、享有法人财产权,公司以其全部财产对公司债务担责。此条中的“公司”就包含母子公司、姊妹公司等各类关联公司。该法第4条第1款确立股东(含母公司)的有限责任原则,设定股东与公司的责任自担规则。恰因公司集团关系可被新《公司法》拆解为公司、股东(含控制股东与中小股东)、实际控制人与债权人之间的多边多角法律关系,立法者推定母公司控股的子公司与自然人股东持股的公司具有独立而平等的法律人格,母公司与自然人股东平等享受股东有限责任待遇,母公司与子公司的法律人格也受法律的平等保护。

其三,立法者对公司集团的松散型股权血缘联盟的价值评判与家庭法有异曲同工之妙。虽然家族与家世客观上会影响个人的成长与发展,但《民法典》刻意回避了“家族”的概念。背后理念在于,彰显对个体自然人的独立人格与行为自由的尊重,预防黑恶家族宗族势力膨胀,维护社会稳定,确保国泰民安。《民法典》第五编“婚姻家庭”尤其第三章“家庭关系”虽然内容丰富,但不认为家庭是独立于或凌驾于家庭成员之外的独立主体,否认全体家庭成员共享单一法律人格。当然,法律不能脱离乡土中国的乡土人情。我国的个体户与农村承包经营户量大面广。截至2023年底,全国登记在册个体工商户1.24亿户,农民专业合作社223万户^[3]。“三农”工作关系9亿农民的生计、14亿中国人的饭碗^[15]。由于不少个体户与农村承包经营户的信用基础是全体家庭成员的全部财产而非家庭成员的个人财产,《民法典》第56条两度破例谨慎提及“家庭财产”：“个体工商户的债务,个人经营的,以个人财产承担;家庭经营的,以家庭财产承担;无法区分的,以家庭财产承担。农村承包经营户的债务,以从事农村土地承包经营的农户财产承担;事实上由农户部分成员经营的,以该部分成员的财产承担。”从立法表述来看,家庭成员个人以个人财产对个人经营债务负责是原则,以家庭财产承担经营债务是例外。基于相近理念,新《公司法》既无意纵容公司集团的野蛮生长与无序扩张,也无意打压公司集团的茁壮成长与慎独自律,更不愿规定“父债子偿、子债父偿、兄债弟偿、弟债兄偿”的连带责任制度或债务加入制度。

其四,作为商法的公司法也要遵循公司集团自身的发展规律与商业逻辑,不会仅因《民法典》对家庭与家族的态度而亦步亦趋。从国际经验来看,对公司集团采取复数主体论的深层次原因是保护投资兴业自由,控制投资风险,鼓励公司集团发展,追求规模经济效益^[16]。以美国为代表的立法例亦未专

门规定公司集团,但反复申明股东有限责任原则与信托义务的重要性。《美国模范商事公司法》第6.22(b)条规定,除非公司章程另有规定,股东不对公司的行为或债务承担个人责任。

其五,鉴于新《公司法》对公司集团采取个体主义(而非团体主义)的立法理念,强调关联公司之间的人格独立、意思自治、财产各有、责任自负、风险自担,维护公司集团交易安全的治本之策是,夯实全体公司的资本信用、资产信用与人格信用^[17]。这就要求公司集团内部尤其是母子公司互保时必须严格遵守新《公司法》第15条规定的公司担保前置决议程序。即使母子公司之间签署互保协议,也不能豁免公司担保前置决议程序,更不能逃脱关联交易规则的严格规制。白马非马论述不可取。

三、母公司对子公司作保时豁免履行公司前置决议程序的差异化规则

(一)《九民纪要》第19条的慷慨豁免政策

就公司对外担保应否获得公司前置决议授权一事,最高人民法院2019年发布的《全国法院民商事审判工作会议纪要》(以下简称《九民纪要》)的裁判思维与法理基础值得挖掘。2019年7月《九民纪要内部征求意见稿》第20条实际上采取公司利益说,即只要符合公司利益,就可以豁免公司前置决议授权。2019年8月《九民纪要公开征求意见稿》第20条改采意思表示拟制说。《九民纪要》第19条亦步亦趋:倘若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,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意表示,合同有效。母公司对子公司作保属于四大豁免情形之一。根据该条款,母公司为子公司作保之前无须母公司股东会或董事会作出决议,即可径直拘束母公司。

平心而论,《九民纪要》仅系裁判理念重述,而非司法解释。但因内容丰富、直击司法痛点,引起了法学界的高度关注。意思表示拟制说基本符合一般交易习惯,但不精准、失之粗糙,未必适合个案中的具体情况,且与有关监管政策存在冲突。因此,笔者曾于2020年发表论文,主张限缩母公司对子公司作保的例外适用范围^[10]。该建议已被《担保制度解释》采纳。

(二)《担保制度解释》第8条的从严控制的政策急转

《担保制度解释》第8条基于大刀阔斧作减法的理念,将公司对外担保决议的例外情形由4项压缩到3项。“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”被限缩为“公司为其全资子公司开展经营活动作保”。这蕴含着三大巨变:一是只有闭锁型公司(非公众公司)为全资子公司(一人公司)作保可继续享受豁免;二是闭锁型公司对非全资控股子公司作保时再无豁免特权;三是公众公司(含上市公司)即使为其全资子公司开展经营活动作保,也不再享受豁免特权。可见,该条款综合运用母公司身份与子公司股权结构两个标准,大幅压缩了子公司作为主债务人的母公司担保豁免例外情形,仅允许闭锁型公司在为全资子公司开展经营活动作保前豁免母公司决议程序。上述两个标准缺一不可。

最高人民法院在2019年11月8日发布《九民纪要》至2020年12月25日发布《担保制度解释》仅相距13个月的期限之内迅速改弦易辙,绝非偶然。基于公司互保弊大于利的价值判断,为预防公司互保滥用异化之弊,《担保制度解释》重申法定代表人代表权从属于公司决议权的公司法逻辑,强调在全面激活公司民主治理程序的基础上维护交易安全,充分彰显了公司合规治理对担保措施的有效制衡。

(三)非上市母公司为全资子公司作保时的例外豁免

根据《担保制度解释》第8条,非上市公司的法定代表人擅自以母公司名义、为全资子公司债务作保,虽然未履行母公司股东会或董事会的前置决议程序,担保合同亦得拘束母公司。鉴于该条本身未披露豁免规则背后的法理基础,学界有必要孜孜以求。

一是意思表示拟制说。从表面上看,母公司法定代表人擅自代表母公司为全资子公司作保,与相

对人签署担保合同构成了越权行为。从实质上看,由于母公司掌握对子公司的控制权、母公司的意思表示往往决定子公司的意思表示,裁判者可将子公司接纳母公司担保的行为拟制为母公司愿意提供担保的意思表示。简言之,母公司法定代表人代表母公司为子公司作保本身足以体现母公司的意思表示,无须劳烦母公司的股东会或董事会就此再作决议。

二是利益衡量说。母公司抛弃股东有限责任待遇而慷慨作保,造福子公司债权人,符合公序良俗,堪称“慈母”,法律不应阻挠。母公司雪中送炭,不仅造福子公司,而且提升母子公司乃至整个公司集团的资本信用、资产信用与人格信用。母公司为防范自身担保风险、化解子公司违约风险,通常会加大对子公司的帮扶力度,督促子公司合规治理、稳健经营、及时偿债。

三是母子公司法律人格彼此独立的有限说。与之相呼应,新《公司法》第23条第3款继续保留2018年《中华人民共和国公司法》(以下简称2018年《公司法》)第63条规定的全资子公司法人资格滥用推定规则。这种对股东不利、对债权人有利的制度设计仅适用于全资子公司,而不适用于股权多元化公司。

四是公司集团利益共同体的潜意识说。一般公众会认为,“母子公司都是自己人”。这种潜意识在经济实质上具有合理性。但是,由于我国尚未引入以德国《康采恩法》为模板的公司集团制度^[18],致使保护公司集团整体利益尚未凝聚为新《公司法》的共识。

综合考虑以上四个因素,非上市公司为全资子公司作保时与母公司自益担保无异。但这一结论中蕴含的诡谲问题是:既然母公司为子公司作保如此良善且利大于弊,司法解释缘何不将母公司的善意担保豁免从非上市公司延伸到全体公司?

(四) 非上市母公司为非全资子公司作保时豁免的非适格性

《担保制度解释》第8条对非上市母公司担保采取了两分法:母公司为百分之百的、纯而又纯的全资子公司作保时享受例外豁免,但为非全资子公司作保时不享受例外豁免。背后理念有四。一是股权结构蕴含的股东相互制衡功能会在一定程度上影响公司独立于股东的资格与能力。全资子公司与母公司(唯一股东)的人格独立性较弱,股权多元化公司与母公司(控制股东)的人格独立性较强。因此,全资子公司被揭开公司面纱的风险高于股权多元化公司。新《公司法》第23条第3款仅要求母公司就其资产独立于全资子公司资产承担自证清白的举证责任。若债务人公司并非全资子公司,则不适用法人资格滥用推定规则。二是从文义解释看,子公司皆系新《公司法》第15条所称的“他人”,而非母公司的自体或化身。但与全资子公司相比,股权多元化公司更像母公司眼中的“他人”,而非“自己人”或“自家人”。三是从股东权益的占比看,母公司不能独霸股权多元化的子公司(非全资的控股公司)的资产负债表中确认的股东权益。四是从缓解非全资子公司融资难的股东义务看,大股东(母公司)没有义务独揽担保增信义务,其他小股东也责无旁贷。

因此,非上市母公司为非全资子公司作保时仍应信仰与敬畏公司前置决议制度。亟待澄清的问题是,倘若母公司与其他中小股东为规避法律规则而以股权代持方式将股权多元化公司登记为母公司单独持股的全资子公司,母公司为其作保时可否豁免公司前置决议程序?笔者认为,既然全体股东对股权代持关系与全资子公司的登记事实明知且积极追求,应当将此类公司纳入全资子公司范畴予以规制。基于诚信原则,母公司不得食言而肥。母公司的法定代表人或董监高若对办理全资子公司登记存在过错,要对母公司承担赔偿责任,但不影响系争公司在对外担保关系中被视为全资子公司。

(五) 上市公司为各类子公司作保时不再享受豁免待遇的法理依据

最高人民法院与金融监管机构就上市公司为子公司作保是否应履行公司决议程序曾有分歧。中国证监会与中国银监会(国家金融监督管理总局前身)2005年11月14日联合发布的《关于规范上市公司对外担保行为的通知》曾强调,上市公司对外担保包括对控股子公司的担保;上市公司为控股子公司提供担保时,必须履行公司内部决策程序。该政策显然考虑到上市公司与公众股东的利益诉求,有利于约束法定代表人与董监高的滥权谋私行为、保护上市公司免受不理性越权担保之苦。

《九民纪要》第19条改采债权人友好型理念:各类母公司(包括上市公司与非上市公司)为子公司提供担保前均无须获得母公司股东会或董事会的授权决议,即可拘束母公司。该裁判理念有助于鼓励上市公司为子公司作保,减小越权担保被确认无效或撤销的概率,因而受到银行等债权人的青睐。“几家欢喜几家愁。”由于此说可能加剧上市公司的内部治理风险与对外担保风险叠加,证券监管部门与上市公司的控股股东(包括国家股东与私人股东)与实际控制人对此颇有微词。因此,《九民纪要》允许上市公司为各类子公司作保时豁免适用公司决议前置程序的态度仅存活1年有余。

在资本市场重典治乱、猛药去疴的监管政策的影响下^[19],《担保制度解释》第8条开始区分对待上市公司与非上市公司,剥夺了上市公司为子公司作保的豁免待遇,要求上市公司为各类子公司(含全资子公司与非全资控股公司)作保前一律履行公司决议程序。依《担保制度解释》第9条,相对人根据上市公司公开披露的关于担保事项已经董事会或股东会决议通过的信息与上市公司订立担保合同时,可主张担保合同对上市公司生效,并由上市公司承担担保责任;否则,上市公司可主张担保合同对其不生效,且不承担担保责任或赔偿责任。因此,上市公司为各类子公司作保前既要作出前置决议,也要及时履行信息披露义务。这在客观上也会加重相对人在开展尽职调查时的合理注意义务。

非上市公众公司(如新三板公司、新四板公司)也是公众公司。其股份的流通性至少在法律与理论上高于闭锁型公司,因而会创设不特定的潜在公众股东。因此,《担保制度解释》第9条要求相对人与上市公司已公开披露的控股子公司或与非上市公众公司订立担保合同之前也要履行对外担保的前置决议与信息披露规则。

(六) 非上市母公司与上市母公司为全资子公司作保时的差异化政策的公平性

有学者会问,既然全资子公司有其一般法律属性,为何非上市母公司为全资子公司作保时可例外豁免,而上市母公司为全资子公司作保时却无法一视同仁?易言之,司法解释的变动趋势固然要关注幕后监管权之间的角力与博弈,但是否更要尊重底层的法律逻辑与商业逻辑?

若从意思表示拟制、利益衡量与公司集团利益共同体潜意识的角度予以检视,非上市母公司与上市母公司为全资子公司作保时确具同质性。因此,所有母公司要么一体享受例外豁免,要么一体履行公司前置决议程序,否则就有厚此薄彼之嫌,不符合平等与公正原则。问题在于,两类母公司的最大差异在于股权结构与风险外溢后果的不同。

其一,公众公司的公众投资者人数众多且变动不居,公众投资者利益含有公益元素。法定代表人越权担保会滋生社会不稳定因素,损害公众投资者利益。而闭锁型公司的股东人数较少,越权担保的外溢风险较低。

其二,作为乌合之众、一盘散沙的公众股东面临着集体维权行动成本过高的挑战。散户投资者常存“搭便车”的心理^[20],并面临集体行动困境^[21],但很少有人振臂一呼、挺身而出。结果,公众股东无力预防法定代表人一手遮天、越权担保的道德风险。

其三,母公司在法律上享有的控制权不简单等同于控制事实。有些上市公司对尾大不掉的子公司内部控制人(尤其是收购而来的子公司的创始股东与管理团队)也力不从心,难以遏制子公司的违约风险与母公司代偿债务的担保风险。

四、子公司为母公司作保时的豁免规则

(一) 子公司为母公司作保时不享受豁免的一般原则

股东是商主体。股东取得有限责任待遇的合理对价是股权资本的缴纳义务。因此,资本维持原则是股东有限责任原则得以存在的前提与基础。为夯实子公司的资本信用、资产信用与人格信用,新《公司法》第13条第1款允许公司设立子公司,但强调“子公司具有法人资格,依法独立承担民事责任”。祸

起萧墙,鉴于母公司是蚕食子公司独立人格的最大威胁,新《公司法》第15条第2款对子公司为母公司债务作保采取了例外允许、严格禁止的态度,要求子公司在为股东或实控人作保前经股东会(而非董事会)作出前置决议,否则,担保合同对公司不生效,公司对相对人既不承担担保责任,也不承担赔偿责任。这是对子公司为母公司违规担保的教训反思,应在司法仲裁实践中得到不折不扣的落实。

至于哪些公司是子公司,《担保制度解释》第8条语焉不详。子公司具有广狭二义。狭义的子公司仅限于母公司直接持股的一级子公司。而广义的子公司泛指母公司以显名或隐名形式直接或间接控制的公司集团金字塔中的各级各类附属公司,包括但不限于孙公司、曾孙公司、玄孙公司等。既有基于投资控股的子公司,也有基于托管关系的被托管公司。大型民营企业、央国企与跨国公司的附属公司往往多达数十家企业甚至数百家。为尊重与保护子公司的生存权与发展权,预防母公司任命的各级子公司的法定代表人或董监高擅自越权为母公司提供担保,遏制恶意规避法律的行为,建议对母子公司担保场合的子公司作扩张解释,而不受传统家族文化中“五服九族”之说的束缚。

(二) 全资子公司为母公司作保的例外豁免

全资子公司为母公司作保时享受例外豁免的理由有三。其一,全资子公司的股权结构决定了全资子公司仅有一名股东,无法召开股东会作出决议,股东会决议与全资子公司不兼容。其二,纵将一人股东视为股东会,将一人股东决定视作缩微版股东会决议,也无法作出无利害关系股东参与表决的决定。令人纠结的问题是,一人股东既是全资子公司担保的受益人,也是全资子公司的唯一决策者^[22]。依新《公司法》第15条第2款,一人股东作为与担保事项存在利益冲突的关联方,理应回避表决。但若回避表决,就无法作出一人股东决定;若不回避,作出的一人股东决定也非适格公司决议。其三,全资子公司的特殊股权结构与治理机构若已登记于公司登记机关、公示于国家企业信用信息公示系统或直接通知特定相对人,就可产生对抗非善意相对人不当行权、保护善意相对人合理信赖的公示公信效力^[23]。

有鉴于此,《担保制度解释》第10条将全资子公司为股东作保纳入例外豁免情形:全资子公司为股东作保,公司不得以违反公司法关于公司对外担保决议程序的规定为由主张免责;但公司因承担担保责任导致无法清偿其他债务,作保时的股东不能证明公司财产独立于自己的财产,其他债权人有权请求该股东承担连带责任。该条款的设计理念是,降低全资子公司为股东作保的门槛,同时全面兼顾全资子公司的相对人(一人股东的债权人)与全资子公司的债权人的核心利益诉求。

不过,全资子公司为母公司作保的泛滥成灾也会贻害无穷:一是直接摧垮全资子公司的资本信用、资产信用与人格信用;二是殃及全资子公司的无担保债权人;三是削弱全资子公司的偿债能力与核心竞争力,导致员工失业、税基流失;四是全资子公司族群会被市场淘汰,最终全资子公司制度也会因此而淡出历史舞台。为预防全资子公司的债权人因全资子公司为母公司代偿债务而蒙受不测,《担保制度解释》第10条同步激活了一人股东滥用公司人格推定制度。母公司过度攫取全资子公司的担保利益会导致母公司与全资子公司之间的资产混同,因而会成为母公司滥用公司人格、导致全资子公司法人面纱被揭开的事由之一。

《担保制度解释》第10条仅提及一人有限责任公司,是因为该司法解释出台之时,新《公司法》尚未颁布。鉴于新《公司法》新增一人股份公司的制度,建议将一人有限公司的担保决议豁免规则普适于一人股份公司。

实践中,有些全资子公司的经营规模较大,治理机构较为健全,存在一人股东、董事会与管理层之间的合理分工与制衡,存在股权与法定代表权、代理权之间的适当分离。为防范大型全资子公司的对外担保风险,全资子公司章程可自愿规定公司为一人股东或他人作保前由董事会作出决议或由一人股东作出书面决定。鉴于一人股东滥用公司人格推定制度可以有效防范与化解全资子公司为母公司作保的风险,建议司法解释予以包容与鼓励。

(三) 全资子公司与非上市母公司之间互保豁免的对偶性

《担保制度解释》仅允许非上市母公司对全资子公司作保时豁免公司前置决议,但公众公司为全资子公司作保时不得豁免,非上市母公司为股权多元化子公司作保亦不得豁免。其中一以贯之的理念是弘扬契约自由、契约公平、契约严守的契约精神。非上市母公司对全资子公司作保享受豁免的法理基础是,基于母子公司之间百分之百的持股关系与高度集中的公司治理模式,母公司为全资子公司作保的行为被拟制为符合母子公司双重利益的双重意志。

无独有偶。《担保制度解释》第8条允许非上市母公司对全资子公司作保时豁免公司前置决议,第10条则允许全资子公司为股东作保时例外享受豁免。这两个对偶条款酷似孪生条款、镜像条款。二者的交相辉映意味着,全资子公司为母公司作保与母公司为全资子公司作保是一枚硬币的两面。至少就闭锁型公司而言,实质穿透意义上的单一主体说有利于促成担保行为的效力,维护交易安全。当然,作为直接受益者的相对人身份有异,或为母公司的债权人,或为全资子公司的债权人;作为间接受益者的主债务人也会各有不同。

(四) 全资子公司与非上市母公司之间互保豁免的特殊性

细究起来,全资子公司为母公司作保与母公司为全资子公司作保仍有本质差异。其一,从股东出资义务来看,全资子公司为母公司作保会虚化或悬空股东出资义务,甚至会沦为抽逃出资、掏空全资子公司资产的工具。而母公司为全资子公司作保是对股东出资义务的强化与扩充,是对全资子公司的资本信用、资产信用与人格信用的加持与夯实。母公司获取股权的对价是按照公司章程及时足额实际缴纳其已认缴且登记的股权资本(包括注册资本及其溢价),而且除非基于法定条件、履行法定程序不得抽回资本。

其二,从担保效果来看,全资子公司为母公司作保系零和游戏。此种担保虽造福母公司,但对全资子公司的偿债能力与债权人保护具有减损功能。而母公司为全资子公司作保属于多赢共享游戏。虽然母公司为全资子公司作保会创设母公司的或有债务,但全资子公司因母公司作保增信获得授信的利益会直接反哺母公司^[24]。

其三,从母子公司股权关系单行性的角度来看,自下而上的子公司为母公司作保属于逆行,而自上而下的母公司为全资子公司作保属于顺行。因为,股权具有单行路的特点,股东出资也有不可逆性。母公司对全资子公司享有股权,而全资子公司对母公司不享有股权,仅是股权指向的义务主体(目标公司)而已。

因此,《担保制度解释》第8条与第10条的对偶性无法抹杀全资子公司为母公司作保与母公司为全资子公司作保的云泥之别。鉴于公司人格源于立法者的大胆想象与法律的精心拟制,鉴于以股东出资义务为后盾的公司资本信用是公司人格的顶梁柱,建议在对新《公司法》及其司法解释存疑时分类施策,采取宽严相济的母子公司纵向互保规则:对自上而下的“慈母”公司为全资子公司作保应尽量促成,允许豁免;而对自下而上的“孝子”公司为母公司作保应尽量制止,不允许豁免。

(五) 全资子公司为母公司作保时精准甄别母公司身份的正当性

《担保制度解释》第10条允许全资子公司为股东作保时享受豁免,但未如同第8条严格区分公众公司与闭锁型公司作为股东的不同身份。一是未区分股东是自然人、法人抑或其他组织;二是未区分母公司是上市公司或非上市公司。诚然,舍弃股东的具体形态有助于提纯担保豁免规则,落实股东平等原则。但若不精准区分股东身份的做法符合法治理念,为何《担保制度解释》第8条反其道而行之?若区分股东身份符合法治理念,为何《担保制度解释》第10条弃之如遗?究竟是有意为之,还是无心之失?

基于股东平等原则的重大性与司法解释技术的规范化,《担保制度解释》第8条与第10条在提及母子公司互保时应对母公司主体身份一视同仁。要区分,都区分;要不区分,都不区分。既然《担保制度解

释》第8条已作区分,鉴于闭锁型公司比公众公司享受更大的自治空间,第10条理应见贤思齐。其一,全资子公司为上市母公司作保时,应由全资子公司的母公司以一人股东身份作出书面决定,至于母公司决定由股东会或董事会作出,取决于母公司的章程自治。若全资子公司的章程授权全资子公司的董事会就对外担保作出前置决议,则尊重全资子公司的章程自治。全资子公司为母公司作保要模范遵守新《公司法》第15条,并及时履行信息披露义务。其二,全资子公司为非上市母公司作保时,可以豁免全资子公司的股东或董事会的前置授权程序。这是由于,债权人友好型的揭开公司面纱制度与代位权制度足以对冲公司前置决议缺失蕴含的风险。其三,全资子公司为自然人或合伙企业股东作保时,亦可豁免全资子公司的股东或董事会的前置授权程序。在缺乏自然人破产制度的情况下,揭开公司面纱制度与代位权制度足以保护债权人。在合伙企业为股东时,普通合伙人对合伙企业的连带清偿责任更有利于打造揭开公司面纱制度与代位权制度的加强版。

总之,无论全资子公司的股东究竟为自然人、法人或其他组织,是上市公司抑或非上市公司,只要全资子公司因其为股东作保而蒙受不测,一人股东都要主动对此承担损害填补责任。否则,债权人不仅可对一人股东行使代位权,也可激活新《公司法》第23条第3款的揭开全资子公司面纱规则,要求一人股东对全资子公司连带负责。种善因,得善果;反之亦然。

五、母子公司互保时对外担保制度与关联交易制度的同频共振

(一) 程序正义、披露正义与结果正义的三位一体

既然母子公司存在关联关系(含股权关系与控制权关系),母子公司互保显属关联交易的范围。因此,母子公司互保时既要恪守新《公司法》第15条有关公司对外担保前置决议程序的规制,也要遵循第22条禁止双控人、董监高等五类关键主体滥用关联关系的规定。该条禁止双控人、董监高利用关联关系损害公司利益;否则,对公司遭受的损失承担赔偿责任。该条禁止的关联交易行为就是瞒天过海、损害公司利益的“黑箱作业”行为。

对外担保制度与关联交易制度本应无缝对接、有机衔接、同频共振、良性互动,但在实践中存在画地为牢的碎片化现象。原因有二。一是立法中缺乏制度联动的引导性说明。新《公司法》第15条与第22条虽平等跻身总则之林,但并未比肩为邻。二是司法解释中缺乏必要的制度联动接口。为增强关联交易制度的可诉性、可裁性与可执行性,2019年《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(五)》[以下简称《公司法解释(五)》]有两个条款规范关联交易案件裁判。为规范公司对外担保,《担保制度解释》第7条至第12条明确了法定代表人越权签署的合同效力以及担保前置决议程序在不同公司的适用与豁免规则。遗憾的是,不少法官、当事人与律师往往就事论事,很少就母子公司互保的全部法律资源予以体系性统合思考。

程序正义不简单等同于结果正义。结果正义的实现既依赖严谨的公司治理程序,也离不开严格的信息披露制度。为确保母子公司互保时对外担保制度与关联交易制度的同频共振,实现程序正义、披露正义与结果正义的三位一体,建议确立“程序严谨、信息透明、对价公允”的十二字关联交易准则。

(二) 程序严谨

程序严谨是母子公司互保正当合法的保障。没有程序正义,就没有结果正义与公平交易^[25]。母子公司互保切忌瓜田李下。立足程序正义理念,母子公司互保要全面履行法定正当程序,包括内部决策程序、外部尽调程序(含法律、财务与技术等领域)与国家股东代理人的审批与备案程序。就内部程序而言,必须确保母子公司的股东会、董事会及其审计委员会、管理层的决议程序严守法定章定规则,确保担保决策的每个环节(包括国企党委前置性的审议研究程序)具有合法性、谨慎性、中立性,符合母

子公司及其全体股东的最佳利益。利益容易蒙住眼睛。回避利益冲突乃法律公理。新《公司法》第139条仅规定上市公司关联董事回避制度,《上市公司股东大会规则(2022年修订)》第31条增设了关联股东回避表决制度。为规范母子公司互保、弘扬程序正义理念、推进公司治理民主化,凡有关联关系或利害关系的股东或董事,都必须自觉回避表决。这是智慧,也是美德。

除闭锁型母公司与全资子公司互保例外豁免之外,母子公司互保时原则上必须严格遵守新《公司法》第15条规定的公司担保前置决议程序。由于该规定系效力性规定,若法定代表人越权签署公司为关联公司债务提供担保的合同,则越权代表行为与担保合同均对公司不生效。该公司集团内部的关联公司之间即使签署互保协议,也不能豁免公司担保前置决议程序,更不能逃脱关联交易规则的严格规制。白马非马论不可取。

大道至简。由于该条对公司决议程序微言大义,只能适用该法第三章与第五章有关股东会与董事会运转的议事规则及相关司法解释。可惜,公司法与公司章程之间会存在冲突;新《公司法》与司法解释之间,《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)》[以下简称《公司法解释(四)》]与《担保制度解释》之间也存在规则冲突。就公司法与公司章程之间的冲突而言,新《公司法》第15条第3款确立了股东会决议的简单多数决规则:“该项表决由出席会议的其他股东所持表决权的过半数通过。”该条款貌似强制性规则。但若公司章程规定了2/3的绝对多数决门槛,对公司持有表决权51%的无利害关系股东若投票赞同股东会担保决议,该决议是否合法有效?答案是肯定的。因为,章程规定的绝对多数决门槛体现更高水平的股东民主,符合股东中心主义价值观,弘扬公司理性自治精神,鼓励大小股东的理性博弈。建议在股东会或董事会决议的法定简单多数决规则与章定绝对多数决规则相互冲突时,以章定绝对多数决规则作为裁判尺度。

就新《公司法》与司法解释之间而言,新《公司法》第59条第3款强调能有效替代股东会决议的股东签字文件必须经全员一致同意:“对本条第一款所列事项股东以书面形式一致表示同意的,可以不召开股东会会议,直接作出决定,并由全体股东在决定文件上签名或者盖章。”而《担保制度解释》第8条列举的例外豁免情形之一是担保合同系由单独或共同持有公司2/3以上对担保事项有表决权的股东签字同意。这一变化看似提高了法定简单多数决的股东会决议门槛,实则纵容了控制股东恃强凌弱的潜规则。因为,《担保制度解释》第8条中的2/3以上的股东签字同意门槛并未内嵌于股东会决议规则,而仅系针对公司未召开股东会情形而设计的替代方案。但新《公司法》第59条第3款要求替代方案必须体现全体股东合意、缺一不可。既然新《公司法》第59条第3款与《担保制度解释》第8条存在冲突,后者自然应礼让前者;否则,会出现司法解释对上位法的篡改与僭越。建议将《担保制度解释》第8条列举的上述豁免规则修改为“担保合同系由全体股东在决定文件上签名或者盖章”。

就司法解释之间的规则冲突而言,最高人民法院《公司法解释(四)》第5条重申:公司虽未召开股东会会议,但依2018年《公司法》第37条第2款(新《公司法》第59条第3款)或章程规定可不召开股东会会议而直接作出决定时,全体股东签名、盖章的决定文件亦可被视为已成立的股东会决议。《担保制度解释》第8条既违反新《公司法》第59条第3款,也与《公司法解释(四)》第5条相抵触,理应择善而从。

(三) 信息透明

信息透明是母子公司互保正当合法的关键。正如法谚所言,“阳光是最好的防腐剂,灯泡是最有效的警察”。公开透明是法律牵引母子公司互保走向法治化轨道的牛鼻子。为预防关键少数人(双控人与董监高)欺诈滥权谋私,必须尊重与保障债权人与利益相关者的知情权、选择权或公平担保权。公众股东、中小股东、债权人(包括不特定的潜在债权人)是法定代表人或董监高违法越权担保行为的啄木鸟。他们维权的态度最坚决、最彻底、最不容易妥协、最不容易被收买。

为取信公众投资者,上市公司要履行对外担保信息披露义务。《中华人民共和国证券法》第78条要求上市公司及时依法履行信息披露义务,所披露的信息应当真实、准确、完整,简明清晰,通俗易懂,不

得有虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏;第80条要求纳入临时报告的重大事件包括公司提供重大担保,可能对公司的资产、负债、权益和经营成果产生重要影响的情形;第85条规定了虚假陈述的赔偿责任。因此,特定门槛以上的担保合同的签署必须予以公告披露。《上市公司治理准则》第74条也要求上市公司关联交易严格履行决策程序和信息披露义务。上市公司违反信息披露义务的,受害投资者有权向虚假陈述行为人提起民事损害赔偿之诉。有些双控人与董监高为逃避行政监管、公众与媒体的社会监督,规避母子公司互保的审议程序和信息披露规定,经常恶意隐瞒关联关系或采取股权代持或股权信托等手段。从法律解释角度来看,旨在恶意规避信息披露制度、悬空或诈害第三人权利的信托或股权代持协议无效。

非上市公司虽不受制于证券法、证券交易所自律规则和监管部门的信息披露要求,但也要见贤思齐,恪守公开透明原则。建议激活国家企业信用信息公示系统作为所有企业披露对外担保信息的平台功能。就高风险的公司集团而言,尤为如是。母子公司互保应公开透明、清澈见底、有据可查,以尊重与保护非关联方股东的知情权与监督权。

(四) 对价公允

对价公允是母子公司互保正当合法的核心。即使母子公司互保已履行前置授权决议并恪守信息披露要求,但若违反对价公允原则,仍属于存在重大法律瑕疵的关联交易行为。母子公司互保不是金融机构开立保函或担保公司提供担保的营业担保行为。基于母子公司之间的人格独立原则,母子公司互保时虽不能获得担保营利,但担保方不能因此而遭受灭顶之灾。基于契约正义理念,对价公允强调作为受益人的主债务人应当向担保方提供真实合法有效充分的反担保。《民法典》第387条第2款规定,第三人为债务人向债权人提供担保的,可以要求债务人提供反担保。

鉴于母子公司皆系平等商主体,母子公司互保中的担保方有权向主债务人索要反担保。担保风险与反担保的保障措施应当对等平衡。若主债务人拒绝或怠于提供,母子公司皆有权拒绝提供反担保。倘如是,主债务人只能放弃母子公司互保,从公司集团外部另觅担保人。但理性的外部担保人也会索要相应的反担保措施。

六、结 论

母子公司互保利弊参半。为兴利除弊,母子公司互保时必须遵守新《公司法》第15条规定的公司担保前置决议程序。由于该规定系效力性规定,若法定代表人(代理人)越权签署担保合同,越权代表(代理)行为与担保合同对公司均不生效。即使母子公司之间签署互保协议,也不能豁免公司担保前置决议程序,更不能逃脱关联交易规则的严格规制。

现行《担保制度解释》仅允许母子公司互保时的两项例外豁免:一是非上市母公司为全资子公司作保;二是全资子公司为母公司作保。全资子公司与非上市母公司互保豁免既有对偶性,也有特殊性。至于其他类型的母公司与其他类型的子公司之间的互保,一律不豁免公司前置决议程序。从长远来看,建议对解释存疑的母子公司互保采取宽严相济的母子公司互保规则:对自上而下的“慈母”公司为全资子公司作保应尽量促成;而对自下而上的“孝子”公司为母公司作保应尽量限制。总体而言,母公司为子公司作保比起子公司为母公司作保的利更大、弊更小,基于举轻以明重的逻辑,既然《担保制度解释》第10条允许全资子公司为上市公司作保时享受豁免待遇,第8条就更有理由允许上市母公司为全资子公司作保享受豁免待遇。建议修改《担保制度解释》第8条,允许各类母公司(含上市公司与非上市公司)在为全资子公司作保时一概豁免公司担保前置决议程序。相比之下,对《担保制度解释》第10条作限缩解释,全资子公司为母公司作保时享受豁免的母公司不包括上市公司与非上市公众公司在内。

程序正义不是万能的。母子公司互保既受对外担保制度的规制,也受关联交易制度的约束。为促

进两大制度同频共振,实现程序正义、披露正义与结果正义的有机统一,母子公司互保必须确保程序严谨、信息透明、对价公允。为提升母子公司互保的公平性,建议各类公司章程全面建立关联人回避表决规则。在股东会或董事会决议的法定简单多数决规则与章定绝对多数决规则相互冲突时,应以后者为准。建议将《担保制度解释》第8条第1款第3项“担保合同系由单独或者共同持有公司三分之二以上对担保事项有表决权的股东签字同意”修改为“担保合同系由全体股东在决定文件上签名或者盖章”。为构建多赢共享的母子公司共同体,建议立法者、监管者与公司章程要求母子公司在作保前索要真实合法有效充分的反担保,预先夯实代偿债务后的追偿权。

市场有眼睛,法律有牙齿。法定代表人违法越权签署的母子公司互保合同违反公司前置决议制度与关联交易制度中的任一要求,都会导致重大法律瑕疵。其一,就公司法救济而言,若母子公司互保协议的内容与程序存在瑕疵,中小股东可提起决议无效确认之诉(第25条)、决议撤销之诉(第26条)与决议不成立确认之诉(第27条)。若母子公司互保构成关联关系的滥用,受害公司有权主张索赔权(第22条)。若公司法定代表人拒绝或怠于维护公司权利,中小股东可提起股东代表诉讼。倘若量大面广的母子公司互保导致母子公司人格混同,公司集团外部的债权人有权依新《公司法》第23条分别提起揭开普通股权多元化公司的面纱之诉、整体揭开公司集团成员的公司面纱之诉与揭开全资子公司面纱之诉,请求相关公司及其股东对债权人的损失承担连带责任。其二,就证券法救济而言,若上市公司及双控人、董监高违反担保信息披露义务,受害投资者有权对其提起损害赔偿之诉。其三,就合同法救济而言,小股东有权对母子公司互保合同与反担保合同提起合同无效确认之诉、撤销之诉与违约责任之诉。债权人有权对债务人公司(含享有追偿权的公司)的次债务人(含不当坐享担保利益的关联公司)行使债法中的保全措施(代位权、撤销权)。次债务人主张免责抗辩时必须自证清白。其四,就侵权法救济而言,《公司法解释(五)》第1条规定的侵权损害赔偿之诉适用于不当担保已发生财产损失的情形,旨在嗣后救济;第2条规定的无效合同确认与合同撤销之诉适用于尚未履行的担保合同,旨在防患于未然。作为底线思维,债权人友好型的母子公司互保规制至少要担保无辜善意的中小股东、债权人、相对人(第三人)免遭无妄之灾。

治奸究,用重典。《中华人民共和国刑法》第169条之一规定的背信损害上市公司利益罪仅聚焦上市公司的违规担保。为落实市场主体平等原则,建议将严重损害非上市公司利益的越权担保行为一同入刑。法定代表人或董监高违背对公司的忠实义务,利用职务之便,操纵公司为明显不具有清偿能力的主债务人提供担保,或无故为他人作保,既导致公司利益严重受损,也滋生系统性金融风险。即使此类担保在形式上履行了股东会或董事会决议程序,也不能导致行为人出罪免责。立法者对此不可不察。

参考文献:

- [1]刘俊海.论注册资本认缴制的兴利除弊:兼论期限利益与交易安全的动态平衡[J].学术论坛,2024(1):44-59.
- [2]刘俊海.建议《公司法》与《证券法》及三套外商投资企业法联动修改[J].法律适用,2013(12):2-13.
- [3]国家市场监督管理总局.分型分类精准帮扶,提升个体工商户发展质量新闻发布会实录[EB/OL].(2024-02-28)[2024-04-20].https://www.samr.gov.cn/xw/xwfbt/art/2024/art_0600440ce99749cb8722f6322547d3c3.html.
- [4]吕劲松.关于中小企业融资难、融资贵问题的思考[J].金融研究,2015(11):115-123.
- [5]刘俊海.论公司合规治理与市场交易安全的理性博弈:以公司对外担保决议制度的漏洞解释为中心[J].河北大学学报(哲学社会科学版),2024(4):93-115.
- [6]刘俊海.论《公司法》的法典化:由碎片化走向体系化的思考[J].法律科学(西北政法大学学报),2024(1):15-33.
- [7]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[C]//梁慧星.民商法论丛:第50卷.北京:法律出版社,2012:70.
- [8]王保树,崔勤之.中国公司法原理[M].北京:社会科学文献出版社,2006:42.
- [9]最高人民法院民事审判第二庭.《全国法院民商事审判工作会议纪要》理解与适用[M].北京:人民法院出版社,2019:74.

- [10]刘俊海.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[J].中国法学,2020(5):223-242.
- [11]刘俊海.论公司生存权和发展权原则——兼议《公司法》修改[J].清华法学,2022(2):6-22.
- [12]刘俊海.股东中心主义的再认识[J].政法论坛,2021(5):83-95.
- [13]江必新.关于裁判思维的三个维度[J].中国审判,2019(3):6-11.
- [14]徐海燕.公司法定代表人越权签署的担保合同的效力[J].法学,2007(9):87-93.
- [15]本报评论员.将赤诚之心写在农村大地上[N].光明日报,2021-09-23(5).
- [16]刘俊海.论合并揭开公司集团面纱制度:治理失灵时的债权人保护机制[J].法学杂志,2024(4):1-23.
- [17]刘俊海.债权人友好型《公司法》理念和制度重塑[J].国家检察官学院学报,2022(3):140-160.
- [18]汪青松.中国公司集团治理的法律机制构建[J].法律科学(西北政法大学学报),2023(3):165-179.
- [19]赵文涵.加强监管防范风险 推动资本市场高质量发展——证监会党委书记、主席吴清就贯彻落实资本市场第三个“国九条”接受专访[EB/OL].(2024-04-12)[2024-04-20].<http://www.news.cn/politics/20240412/0c7c35d2bc7e4d5c9c08ef02272653bf/c.html>.
- [20]焦津洪.我国证券集体诉讼的制度创制与初步实践研究[J].中国法学,2023(3):182-202.
- [21]黄韬.股票发行注册制法律变革:意义、问题与前瞻[J].浙江工商大学学报,2023(5):32-44.
- [22]李志刚,李建伟,王建文,等.一人公司能否为股东提供担保:法理基础与制度设计[J].人民司法,2019(1):105-111.
- [23]刘俊海.公司登记制度现代化的解释论与立法论:公共信息服务、公示公信效力与可诉可裁标准的三维视角[J].法律适用,2023(1):35-59.
- [24]刘立安,刘海明.上市公司为子公司担保之谜——缓解融资约束还是控股股东利益侵占?[J].证券市场导报,2017(7):34-42.
- [25]孙锐.对程序正义与实体正义之冲突关系的质疑[J].政法论坛,2007(1):177-180.

Reflection and Improvement of Mutual Guarantee between Parent and Subsidiary from the Perspective of the New *Company Law*

LIU Junhai

(Law School, Renmin University of China, Beijing 100872, China)

Abstract: In order to promote the advantages and eliminate the disadvantages, the parent and subsidiary shall comply with the pre-authorization procedure of corporate guarantee stipulated in Article 15 of the new *Company Law* during mutual guarantee. This provision is a validity provision. If the legal representative signs the guarantee contract beyond his authority, neither the act of *ultra vires* representation nor the guarantee contract will take effect on the company. The current *Interpretation of the Guarantee System* only allows two exceptions: first, the unlisted parent company guarantees a one-person company; second, a one-person company guarantees the parent company. It is recommended to facilitate the parent company to guarantee the subsidiary and restrict the subsidiary from guaranteeing the parent company. The external guarantee resolution system resonates with the related party transaction system at the same frequency. Mutual guarantee between parent and subsidiary companies should ensure rigorous procedures, transparent information, and fair consideration. In the event of a conflict between the statutory simple majority rule for the resolution of the shareholders' meeting and the rule of the autonomous absolute majority decision, the latter shall prevail. The parent and subsidiary should ask for a counter-guarantee before mutual guarantee, so as to consolidate the right of recourse in advance. It is suggested that the diversified relief toolbox should be enriched from the dimensions of company law, securities law, contract law, tort law and criminal law.

Key words: parent company; external guarantees; pre-authorization of the company; norms of validity; exceptional exemptions

(责任编辑 张伟 郑英龙)