

公司对外担保法律规范之效力探析

刘洋

(福建工程学院 法学院, 福建 福州 350118)

摘要:我国公司对外担保规则,经由《公司法》第 16 条直接确立,该条与物权法、合同法、担保法及其解释,以及证监会的相关规定在司法实务中衔接运作,但是,同质案件不同判决,屡现司法之乱象。故此,分析司法实务之案例样本,权衡对外担保之各方利益,顺应立法潮流之发展趋势,将《公司法》第 16 条定性为管理性规范,应是更理性更务实的选择。此外,公司对外担保能力扩权下,应注重担保权人审查义务的制衡设计,明确形式审查标准。唯此,公司对外担保中,股东、债务人、担保权人的权利义务可相互制衡,维系对外担保事宜之规范有效运作。

关键词:对外担保;担保权人;审查义务

中图分类号: D913

文献标志码: A

文章编号: 1672-4348(2017)05-0437-06

Analysis on the effectiveness of the legal norms of corporation external guarantee

Liu Yang

(Law School, Fujian University of Technology, Fuzhou 350118, China)

Abstract: The norms of corporation external guarantee are stipulated directly by Article 16 of Company Law of the People's Republic of China, which regulate judicial practices jointly with Real Right Law, Contract Law, Guarantee Law and their judicial interpretations and regulations of Securities Regulatory Commission, though there are different results for homogeneous case. On the basis of analysing case samples, comparing all parties' benefits and following the main trend of legislation, it is maintained that Article 16 should be deemed as management mandatory norm. It is considered to be more reasonable and practical. In case the guarantee right of corporation expands, the formal examination standard ought to be clarified to balance security holder's review obligation. In this way, the rights and obligations of shareholders, debtors and security holders can be balanced and checked to ensure the effectiveness and standardized operation of the corporation's external guarantee.

Keywords: external guarantee; security holder; review obligation

在日益纷繁的市场经济中,担保与生俱来的固有缺陷,对外担保面临逆向选择时的高风险,始终是高悬公司头顶的达摩克里斯之剑,尤其是上市公司,“关联担保极易异化成上市公司大股东掏空公司的工具,降低上市公司的企业价值,具有显著的负财富效应”。^[1]为此,原《公司法》曾全盘否定,但鉴于对外担保是公司特别是小微公司实

现融资和成长的必要辅助工具,为适应企业成长,《公司法》不断进行自我调整,经历了曲折修法历程,从禁止到限制,最终在第 16 条规定了公司对外担保的程序与行为规则,但因缺乏行为后果的立法规制,长期以来理论界与实务界众说纷纭,困扰主要集中于:公司对外担保规范是效力性强制规范还是管理性强制规范?公司违反内部程序越

收稿日期: 2017-04-20

基金项目: 福建省教育厅社科一般项目(JAS150396;GY-S15038)

通讯作者: 刘洋(1976-),女,福建福州人,讲师,硕士,研究方向:经济法学。

权对外担保,能否产生外部效力?担保权人之审查义务究竟是实质审查还是仅为形式审查?

《公司法》解释(四)即将出台,就草案目前状况来看,该解释未就公司对外担保做进一步规制,司法审判的混乱状况似乎无法寄望于“新”的司法解释。为此,笔者尝试就上述问题进行剖析,以期公司在对外担保司法实务中赢得更广阔的存续空间,使得担保制度成为真正的“时间机器”,有效限制债务清偿的不确定性,将未来拉回现在。

一、公司对外担保规范之定性分析

现行《公司法》第 16 条是规范公司对外担保之直接规定,共分 3 款,在立法内容上,第 1 款规制非关联性担保,第 2、3 款规制关联性担保,其中,第 3 款进一步规定了利害关系人的回避制度。在文法原意上,条款多用引导词‘由’和‘依照’,鲜明体现了强制性和赋权性共存之特征^[2],其中,就强制性规范之认定,成为基本共识,然而,该等规范,特别第 1 款规范为效力性强制,还是管理性强制,理论界与实务界人言人殊。综合最高人民法院 2007 年民事审判工作会议精神以及 2009 年《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 16 条规定,可认定:管理性规范与效力性规范的最显著区别,在于是否明确规定违反规范将导致合同无效,对此,管理性规范不明确否认行为效力,效力性规定反之,但需权衡法益,即便规范未明确合同效力,若使合同继续进行必将绝对损害国家利益和社会公共利益的,则亦属效力性规范。^[3]该等指导意见进一步诠释了《合同法解释(二)》第 14 条“违反效力性强制规范,合同方无效”的立法精神。结合上述立法规定,公司违反上述第 16 条规定越权对外担保是否必然无效,在条款未做明确规定的前提下,对《公司法》第 16 条是“属于管理性规范,还是效力性规范”的定性尤为重要。

为此,笔者考察了无讼案例库 2006 年至 2017 年间公司对外担保 925 个典型案例(关键词为“公司对外担保”“越权”“有效”或“无效”)(见表 1),涉及一审判决的案例中,仅有 175 例案件认为公司越权对外担保有效^[4],主要审判意见以判断《公司法》第 16 条法律性质为基础,认为该

条关于公司担保的法律规定,属于管理性规范,作为公司内部行为规则,目的在于加强公司内部的管理,不约束合同效力,例如:中国光大银行股份有限公司杭州萧山开发区支行与杭州厚利达制衣有限公司、高江琴等金融借款合同纠纷一审民事判决书,^①北京银行股份有限公司上海分行与上海浙甘实业有限公司、上海金海高校后勤服务有限公司等金融借款合同纠纷一审民事判决书。^②除此之外,750 例认为对外担保无效的判决中,多数判决虽强调《公司法》第 16 条为强制性规范,且为效力性强制规范,但未做进一步分析合同继续有效的法律后果,即径行判决合同违反该规定无效,显属简单进行法条援引,缺乏必要的论证说理。考究司法实务之乱象,客观地说,不应苛责立法技术上存在漏洞。从部门法的分工角度,《公司法》16 条的规定是明确的,也符合法理,只能说,单纯规范公司内部意思决定程序并不完全符合中国的本土实际,因此是一种非理性的理想。

表 1 无讼案例库 2006~2017 年公司对外担保司法实务统计表

Tab.1 Judicial practice statistics of company external guarantee in non-suing case bank during 2006 and 2017

公司行为	案件数/件	效力判定	判定根据
公司越权 对外担保	175	有效	《公司法》第 16 条是管理性强制规范
公司越权 对外担保	750	无效	《公司法》第 16 条是效力性强制规范

二、公司对外担保规范的主流立法趋势

鉴于公司担保能力已然成为现代公司权利能力不可或缺的重要组成部分,纵观全球立法,虽然各国各地区立法存在着一定的差距,但是,主流趋势仍为赋予公司以较大范围甚至完全的担保能力。例如,美国《商业公司示范法》以及各州制定的公司法,都明文赋予公司对外担保的权利能力;

① 参见杭州市萧山区人民法院(2014)杭萧商初字第 2980 号。
② 参见上海市黄浦区人民法院(2014)黄浦民五(商)初字第 1116 号。

英国公司法在程序控制的前提下,规定公司既可以为其股东或董事提供担保,亦可以为集团公司其他成员以及控股公司或被控股公司提供担保^[5],且“例外禁止”已渐渐式微;法国公司法对于公司为其股东的担保未作任何禁止性规定。与明文规定或原则允许相悖,相对有所限制的立法例,包括我国香港公司法,其专项许可集团公司成员间的相互担保,但对公司的担保权能仅作概括性规定。限制最严厉的是我国台湾地区,其对于公司担保原则上禁止,并且对公司负责人规定了极其严厉的自负保证责任,但有所例外,如规定“公司除依其他法律或公司章程规定得为保证者外,不得为任何保证人”^[6],此为“原则禁止”下的“例外允许”,但在现有担保实践中,台湾地区已经将“例外允许”变为普遍现象。

紧随全球立法趋势,根植本土资源,在现有立法框架下,我国司法实践宜贴近同为大中华法系的台湾地区,在规范担保行为的同时提高公司担保能力,方符合我国活跃市场经济的现实需求。但是,怎么防止判决肆意专擅呢?是否需要教条定性《公司法》第16条呢?对此,笔者认为对立法规范进行价值权衡,进而尝试分析司法实务的价值导向,为当务之急。简言之,公司对外担保涉及对内对外两种利益,对内为公司和公司股东的财产安全,对外为担保主债权人的交易效率和安全,以及无担保债权人的债权利益。各利益之间的博弈,首先取决于民商法的价值取向,亦即安全和效率的对立统一,而公司对外担保规则作为组织法中的特殊行为规则,正好体现了法价值之融合。鉴于价值保护的两面性,平衡保护固然好,可突破第16条规范本身,在现有法律体系中寻求权益保障机制的多寡,在放松限制公司担保能力的同时给予公司担保权人以倾斜保护,以期达到实质平衡。

三、公司对外担保规范之各方利益权衡

为达实质平衡,需分析各方利益保护之立法规制:首先,主债务人作为担保行为的纯受益者,

无特殊规范予以特殊保护之必要;其次,对于中小股东而言,《公司法》第16条的立法目的之一就是保护中小股东的利益,特别是在上市公司关联交易中规制效用尤为明显,除16条作为总则规定之外,《公司法》在立法设计中实际已给予其众多的救济,例如,在第21、22、149、150、152条中利用累计投票、派生诉讼等内部规制以及违法救济机制对中小股东的权益进行保障^①;其三,对于公司除担保权人外其他债权人的权益保护,亦可通过《合同法》关于债权人撤销之诉的相关规定,赋予其他债权人在除斥期间撤销债权的权利,前提是债权人确有证据证明公司担保行为对保护债权人不利,因公司在公司资产上设定担保与无偿赠与一样,均属于设定财产负担行为,会贬损公司清偿能力,因此,法律上允许债权人对这种行为提起撤销之诉。^[7]对此,笔者认为,通过救济机制的权衡来进行利益衡量的方法,倾斜保护担保权人的利益符合日本学者从德国行政法引入的“均衡性、必要性和适合性”三原则,亦较为科学,否则,必然导致对担保这一有效融资工具的抑制。

在确定倾斜保护担保权人利益的基础上,进行强制规范定性分析,可更清晰界定公司越权对外担保的合同效力。诚如前文所述,《公司法》第16条未明晰也无必要明晰合同效力,在审判实务中,如何明晰“若使合同继续有效将损害国家利益和社会公共利益”,属于无标准可供执行的技术性难题。因为无法清晰确定中小股东私人利益和社会公共利益的利益界限,无论上市公司或中小企业,更勿论中小企业的对外辐射力根本构不成对国家利益和社会公益的伤害^②。对此,笔者比较认同新自然法学派 Westphal 的见解,他指出法律行为“违反”法律是一个典型的“规范性”概念,有待价值补充,简言之,关于强制性规范的区分,无需先验判定,而是在法益权衡的基础上进行事后判断,否则即为“以问答问”。故,鉴于倾斜保护担保权人的法益权衡,若出现公司越权对外担保,在审判实务中,对于《公司法》第16条的理解,应将其界定为管理性规范为宜,亦符合近年来

① 我国公司法可进一步明确以担保行为是否被合理期待,是否给担保公司带来直接或间接的利益作为判断担保合同效力的因素。

② 有学者以上市公司越权对外担保将侵害大面积中小股东的利益为由,认为2005年《公司法》第16条第1款为管理性规范,第2款则为效力性规范,最高人民法院民二庭宋晓明庭长在《人民司法》(2007年第13期)的访谈有代表性地表明了最高人民法院的立场是,对此,笔者不予苟同。

“偏重交易效率”的司法实践^①,以及“尊重公司内部意思自由化和任意性”之立法趋势。

四、公司对外担保能力扩权下担保权人审查义务的制衡设计

出于对担保权人的倾斜保护,在有效与无效之间,将《公司法》第16条定性为管理性规定,倾向有效之认定,不直接成为认定法律行为效力的裁判依据,符合放松管制之立法趋势,亦为顺应市场经济潮流之必须。经过长期摸索,司法实践日益显示出,无效合同制度固然有效约束了契约自由,规范市场运作,但是,如果不加控制,经常性地大量宣告合同无效,将使市场主体丧失基本交易安全感,容易扼杀创新力,导致固步自封,影响交易的效率。然而,若将越权担保一律认定有效,无疑纵容了担保市场的野蛮生长,明显罔顾公司资产安全与股东利益。

鉴于公司对外担保的必要性以及特殊性,《公司法》从对公司担保能力的限制转变至对意思表示的限制,相对人转而关注公司的意思表示形成过程,重点审查代表权或代理权的合法存在。为此,《公司法》在立法设计中点明了公司章程、股东(大)会决议或董事会决议的重要性,因法律条文本身具有极强的公示性,实际上,《公司法》第16条即隐含了担保权人审查的必要性。为此,从现有理论成果和司法实践出发,笔者尝试分析公司越权效力以及担保权人审查义务。

(一)公司对外担保情形下,担保权人审查义务的司法变迁

在我国司法实务中,2001年最高人民法院在“中国工商银行福州市闽都支行诉福建省中福实业股份公司借款合同纠纷案”中首次确认了担保合同相对人应履行审查义务,此后,2006年最高人民法院“光彩事业投资集团有限公司借款担保纠纷案”,2006年最高人民法院“创智信息公司借款担保合同纠纷案”,2009年北京市高院“建材集团公司进出口代理合同纠纷案”,2010年最高人民法院“绵阳高新区科创实业有限公司股东决议效力及公司增资纠纷案”,以及各级各地区人民法院就担保权人的审查义务,从最初的回避

否定,到最终有条件的肯定,经历了否定之否定的螺旋进程,其中,即便是最高人民法院的判决也不尽一致。并且,该等审判实务多将公司法与合同法、担保法相融合,借鉴“表见代理”之立法安排,简化合同无效筛选,未就担保合同之效力问题深入阐释,甚至,在民事案由上,最高人民法院将公司担保纠纷归入“合同纠纷”而不是“与公司有关的纠纷”。

就价值衡量的特殊性和完整性而言,公司对外担保效力不能仅仅定位于内部意思表示,应介入对外因素进行补充规范,以达平衡。为此,应嵌入一个相对灵活的弹性要素,软化法律适用的僵硬教条,从而达成均衡保护各方利益的目的。在实务操作中,考察担保权人之主观状态,考察其是否知道或应当知道,自不待言。在本文中,笔者不探讨上市公司涉担保须进行尽职调查的担保权人,也不论作为公司担保的最大债权人群体——国有商业银行^②,仅尝试探讨上述两者之外的其他担保权人。就必要性而言,公司对外担保之担保权人作为理性的经济人,对于涉及自身利益的担保事项,需要尽到审慎注意之义务;就可行性而言,《公司法》对相对人之审查提供了现实可行性,规定:公司应当将股东的姓名、名称向公司登记机关登记,未经登记的,不得对抗第三人;而公众可以向公司登记机关申请查询公司登记事项,公司登记机关应当提供查询服务。

(二)公司对外担保情形下,担保权人审查义务的法律根据

长期以来,传统公司法理论认可“越权无效”规则,就第三人之主观状态采取善意推定,认为公司章程一经公开,第三人即应当知晓章程内容,同时,亦在双方之间预先确定了不可逾越之权利义务关系。因此,公司章程确立的权限限制,公司有权代表机构均不可逾越,否则其行为无效^[8],也就是说,公司超越章程的行为均属无效。例如,《1985年英国公司法》第35条规定:对于善意第三人来说,董事决定的任何交易都被认为是在公司的能力范围之内,与公司交易的第三人没有义务去调查公司的权利能力以及公司股东权力上的

① 参见《最高人民法院公报》2006年第7期,第22页。

② 现实中,国有商业银行往往具有审查担保人公司章程的能力和经验,也的确要求公司在担保时提供章程等公司文件,并由贷款风险审查部门进行审核,所以法律为债权人施加审查义务,对国有商业银行并不困难。

限制,只要没有相反证据,即被推定为善意。^[6]

随着社会经济的飞速发展,各经济主体对多样化经营模式的不断追求,“越权无效”规则破坏了众多第三方的合理预期,与现代经济对交易安全的追求背道而驰,故公司立法从越权绝对无效转变至相对无效,并成为全球立法趋势,例如《欧共体第1号公司法指令》第9条第2款规定:公司章程或者有决议权的公司机关对于公司机关权力的限制,不得被公司利用对抗第三人,即使这些限制已经公告也是如此^[9];英国公司法在抛弃“越权无效”后对公司担保设置了严格的登记与公示制度,为第三人查阅公司对外担保事项提供了便利,也较为有效地防止法定代表人滥用权力;美国公司法亦对公司对外担保的有效性另行设立了商业判断规则,法官行使自由心证,重点判断该担保是否能为公司带来直接或间接利益^①。

我国现今公司法理论亦普遍认为,公司章程作为公司意思自治的工具,反映的是公司股东的内部意思一致,只在公司内部发生效力,没有正当理由对外直接发生效力,对债权人或者其他任何人不具有拘束力。^[10]基于此,我国对于非上市公司的立法规制,依据《公司法》的相关规定,对外担保不必公示,因其非公司章程的必载事项,是否记载对外担保事项不会影响公司章程的效力。不过,笔者认为,绝对否认公司章程的对外效力,完全内敛化,实际上隔绝了公司担保权人之审慎义务,从绝对无效走向绝对有效,不是成熟的立法和司法安排。对此,我国《公司法》确定的公司信息登记查阅制度,上市公司的法定公示制度等,均体现了公司内部行为的“溢出效应”^②。

(三)公司对外担保情形下,担保权人审查义务的内容界定

关于担保权人的审查义务究竟是实质审查还是形式审查,最高人民法院在相关案件判决中普遍采取“形式审查”的观点,各级法院在实务操作中亦普遍认可担保权人仅需审查相关决议文件是否符合法律规定即认为尽到合理注意。其中,最

高人民法院在2006年审判的“中国光大银行深圳分行与创智信息科技股份有限公司借款保证合同纠纷案”^③较为典型,担保权人根据公司章程披露的信息要求担保人提供公司董事会决议进行审查,但是该董事会决议后经确定系伪造,担保人的法定代表人超越职权签署担保合同。本案中,最高法院认为担保权人并无实质审查的法定义务,无需审查决议上签名是否为董事亲笔签署,只需进行合理审查即可,因而认定本案对外担保行为有效。

除此之外,一系列对外私刻公章签订合同的案件^④显示,即便涉及刑事责任,在民事领域对合同效力并无影响,其中,最有借鉴意义的是2017年2月24日最高人民法院(最高院)审结的长春农村商业银行股份有限公司与衡水银行股份有限公司站前支行、衡水银行股份有限公司合同纠纷案,俗称衡水银行“萝卜章”案件,最高院认为,当公司内部人员、机构越权签约时,对外签订的合同依旧有效。由此可知,近年的审判实务在形式审查方面,采取的是最低判断标准。

对此,笔者认为,基于非上市公司薄弱的公示性,例如,工商外档查不到公司章程等被动状况,采取实质审查不具现实性,特别是众多公司内部事项具有一定的商业隐秘性,难以知悉。况且,进行实质审查对于大部分的担保权人而言耗时耗力,有损效率。故此,采取最低形式审查标准较为可行,亦符合中国现实国情,担保权人仅需依据《公司法》第16条第1款之规定,核验公司章程、内部决议文件、授权资料、公司签章、法定代表人身份证明,以交易相对方的签约资格及权限,并尽量采取面签方式,当场提取所需资料,做好证据留存。其中,针对章程中涉及担保限额规定的,若仅对公司担保总额进行限定,因担保权人无从亦无需得知公司完整财务信息,包括但不限于担保次数、每笔担保数额等内部信息,担保权人可仅就当次担保数额与担保总额进行权衡判断。

① 在司法实践中主要通过的“合理营业判断(Reasonable Business Judgment)”、“为促进公司之目的(to Further The Purpose of The Corporation)”等实质判断标准来规制公司担保。

② 证监会《关于规范上市公司对外担保行为的通知》将公司对外担保作为上市公司章程的必载事项,以及我国上市公司法定的信息披露义务,由此可见,公示成为公司内部行为的“溢出”管道。

③ 中华文本库:法律文本“中国光大银行深圳分行与创智信息科技股份有限公司借款保证合同纠纷上诉案”http://www.chinadmd.com/file/oxxuazxp6ee3z36eravax6v_2.html。

④ 例如:游斌琼与福建省万翔房地产开发有限公司、翁炎金等民间借贷纠纷案件等。

五、结语

如果说融资信贷是现代商业发展的驱动器,那么,担保就是必不可少的润滑剂。显见,在当代经济生活中,担保对于公司融资意义重大,不宜一味否定,当然,鉴于担保行为本身的风险性,对其规制亦需慎重,为此,我国《公司法》经历了从混沌到现实再到理性回归的曲折过程,最终《公司法》第16条确立规制,但是,基于部门法的分工运作,该条未就行为后果明确规定,使得司法实务莫衷一是,理想的法律构建与现实存在一定差距,长期存在两种裁判观点,观点一认为《公司法》第16条是管理性强制规范,违反不影响公司

对外担保合同效力,观点二认为《公司法》第16条是效力性强制规范,违反必导致公司对外担保无效。其中,持观点一的审判实务对于管理性规范是否具有外部效力亦不一而同。对此,在典型案例比较分析的基础上,纵观各国立法规制,为顺应经济发展趋势,给予公司对外担保更多存续空间,笔者认为宜将《公司法》第16条定性为管理性强制规范,并赋予其一定溢出效益,即在确定对外担保合同效力时,需考量合同相对人的形式审查义务,作为审慎的担保权人,只要履行了形式意义的审查,即便公司意思表示存在瑕疵,亦不应影响担保合同的法律效力,方为妥。

参考文献:

- [1] 刘贵祥.公司担保与合同效力[J].法律适用,2012(7):15-21.
- [2] 李建伟.公司非关联性商事担保的规范适用分析[J].当代法学,2013(3):76-85.
- [3] 奚晓明.当前民商事审判工作应当注意的几个法律适用问题[J].中国审判,2007(7):4-8.
- [4] 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.
- [5] 郭志京.公司对外担保规则在我国的发展变迁[J].理论探索,2013(6):110-115.
- [6] 田瑶.探析公司越权对外担保的效力——兼论《公司法》第16条的理解和适用[J].西部法学评论,2015(4):107-113.
- [7] 赵振土.《公司法》第16条作为强制性规范的效力研究[J].天府新论,2011(4):83-90.
- [8] 张开平.英美公司董事法律制度研究[M].北京:法律出版社,1998:119-120.
- [9] 冉克平.论公司对外担保合同的效力——兼评《公司法》第149条第3款[J].北方法学,2014(2):100-106.
- [10] 施天涛.公司法论[M].北京:法律出版社,2005:156.

(责任编辑:王圆圆)