

## 公司为他人提供担保纠纷案件法律 适用路径检讨

——兼评最高人民法院《公司担保司法解释  
(讨论稿)》\*

李激汉\*\* 刘平\*\*\*

**摘要:**公司越权与公司法定代表人越权具有不同的法律含义。仅仅针对《公司法》第16条、第121条适用《合同法》第52条第5项并不妥当。原因在于,《公司法》第16条、第121条规制的法定代表人越权和维护强制性秩序的《合同法》第52条第5项不在同一个层面上。正确的适用应该是将《公司法》第16条、第121条直接引入维护公司意思自治的《合同法》第50条之中,并且通过司法解释对其适用中不可避免出现的“漏洞”予以弥补。只有纠正将公司为他人提供担保视为公共强制秩序的错误思想,才能从第16条、第121条属于管理性还是效力性强制规范的不必要争论中走出来,通过正

---

\* 本文系作者主持教育部人文社科规划基金项目《注册制实施背景下证券公共执法与私人诉讼动态平衡的实现机制研究》(16YJA820010)的阶段性成果。

\*\* 法学博士,江苏师范大学法学院副教授,商法研究中心主任。

\*\*\* 法学硕士,北京尚权律师事务所(深证)律师。

确适用法律来实现对越权担保合同双方信赖利益的公平保护。

**关键词:**公司 担保规则 适用 路径

公司为他人提供担保纠纷案件的法律适用牵涉多个法律部门,其复杂性不言而喻。具体而言,可以归纳出四个方面的规则:一是《公司法》第16条、第121条和第148条第1款第3项,主要规定公司为他人担保的内部决策程序以及违反程序的董事、高级管理人员应承担的相应赔偿责任;二是《民法总则》第61条,《合同法》第50条、第52条第5项,规定担保合同效力的判断规则;三是《物权法》关于担保物权是否有效的相关规定;四是《担保法》关于保证是否有效的相关规定以及最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》(以下简称《担保法解释》)第4条、第7条、第8条和第11条关于主合同导致担保合同无效或者担保合同无效情形下相关当事人的民事责任承担规则。在这四类法律规则具体运用的过程中,出于对规则功能的不同理解,各级法院在实践中形成了不同的裁判方法或者说法律适用路径。<sup>[1]</sup>这应该是当前公司为他人提供担保纠纷案件存在“同案不同判”法律乱象的基本原因。目前,最高人民法院起草了《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(讨论稿)》(以下简称《公司担保司法解释》),其目的是想通过统一裁判方法,及时纠正相关法院审理案件时出现的法律适用错误。在《公司担保司法解释》尚未正式出台之前,实有必要对公司为他人提供担保纠纷案件的法律适用路径重新予以检讨。

---

[1] 在最高人民法院就《公司担保司法解释》内部征求意见之前,诸多学者对主流裁判方法进行了总结,并归纳出两种法律适用路径:一是从以《合同法》第52条第5项的“介入性”条款决定第16条的规范属性,然后决定公司违反该条规定为他人提供担保的法律行为是否有效;二是以《合同法》第50条的“引致性”条款判断公司法定代表人越权担保法律行为的效力。虽然两种路径的支持者均不在少数,但越来越多的学者倾向于后者。参见高圣平:《公司担保中相对人的审查义务——基于最高人民法院裁判分歧的分析和展开》,载《政法论坛》2017年第5期;肖伟志、汪婷:《公司法第16条强制性性质解释的误区及重构》,载《湘潭大学学报》(哲学社会科学版)2017年第6期;杨代雄:《公司为他人担保的效力》,载《吉林大学社会科学学报》2018年第1期。

## 一、《公司法》第 16 条、第 121 条限制法定代表人权能的根本原因

一般认为,法人民事行为能力的限制包括性质限制、法规限制、目的限制〔2〕。但是,其中“目的限制”并不能直接理解为对代表人权能的限制。目的范围对法人能力限制目前存在四种学说:权利能力限制说、行为能力限制说、代表权限制说、内部责任说〔3〕。其中,“行为能力限制”为通说。依此说,“法人作为权利义务主体,其目的的限制,只是对其行为能力的限制”〔4〕。目的限制之所以不能直接解释为对代表人权能的限制,在于“法人目的范围并不是法定代表人代表权限的内容,法人的目的范围是法律法规以及法人的章程、性质等决定的法人的能力范围”〔5〕。换言之,对法人代表人权能的限制,除了来源于法律法规以及法人的章程、性质外,在法人被赋予自由裁量权的情况下,还可能来自法人内部决议机关是否授权的决定。既然《公司法》第 16 条、第 121 条对法定代表人权能的限制不能单纯以受限于目的范围来解释,那么对其背后的原因是什么,理论上应当予以澄清。笔者认为,要弄清楚此问题,必须先厘清“法定代表人越权”与“公司越权”两个关键概念。

### (一) 公司越权与法定代表人越权之辨

公司作为无生命的法律拟制实体,一经登记即具有完全的民事行为能力。“唯法人终究非自然人,不能自为任何行为,必须由其代表人为之。”〔6〕毋庸讳言,公司得有行为能力,法定代表人方可具备相应的代表权能;但是,反过来,法定代表人不具备某项权能,不能直接推断出公司事先不具备相应行为能力,因为法定代表人在一定情况下越权并不必然由公司超越目的范围所导致。在 2005 年修订《公司法》之前,早有学者提出了应该区分董事越权代表公司的行为和公司法上的越权

〔2〕 参见梁慧星:《民法总论》(第 3 版),法律出版社 2007 年版,第 126 页。

〔3〕 同上书,第 126~127 页。

〔4〕 同上书,第 127 页。

〔5〕 王利明:《民法总则》,中国法制出版社 2010 年版,第 132 页。

〔6〕 同上书,第 128 页。

行为(*ultra vires*),<sup>[7]</sup>但这种提醒并未引起理论和实务界的足够重视。公司超越目的范围而欠缺行为能力,其直接后果自然是法定代表人也没有相应权能。但反过来的情况并不一样,在特殊事项如担保事项方面,若法定代表人权能因内部制约而受限,就不一定能直接推断出公司缺乏相应的行为能力。当公司通过内部机构的相互制衡来限制法定代表人权能时,可能出现公司有行为能力而法定代表人欠缺相应代表权能之情况。这种公司内部制衡在各国公司法中十分普遍。倘若对这种情况予以忽略,很容易“将权能规范与行为规范混为一谈”。<sup>[8]</sup>

一般而言,“越权”有广义和狭义之分。广义是指超越权限或者未获授权(*beyond the powers of; unauthorized*)。<sup>[9]</sup>假如一个行为需要法律授权并且在这项授权中完成,在法律上被视为“在正当权限内”(*intra vires*);而没有此项授权而完成相关行为,则是越权(*ultra vires*)。在正当权限内的行为被视为“有效”(valid),而那些超越权限的行为则被视为“无效”(invalid)。将广义的越权概念直接带入公司法,很容易将公司欠缺行为能力与代表人权能受到限制两者混淆起来。例如,有学者就认为,公司越权可能涉及的三种情况:公司欠缺目的,没有在法律限制的营业领域获得法律上的授权;公司欠缺能力,即公司章程并没有赋予公司的管理者以具体的权能;下级机关或者代理人欠缺能力。<sup>[10]</sup>这种理解显然是从一般意义上的越权概念来阐释公司越权,从而混淆了公司越权、法定代表人越权和其他法人代表(被授权代表公司的其他人)越权三者的界限。实际上,各部门法均采取狭义概念。如公司法上的“公司越权”,仅仅是指公司超越目的范围而形成的越权。根据布莱克法律词典,公司越权通常是用来描述公司在公司目的条款,设立许可条款或者章程条款授权的范围之外为一定行为。在许可公司设立的法律或者类似基础性文件中,规定公司在其设立许可范

---

[7] 参见董俊峰:《董事越权代表公司法律问题研究》,载《中外法学》1997年第1期。

[8] 苏永钦:《以公法规范控制私法契约——两岸转介条款的比较与操作建议》,载《人大法律评论》2010年卷总第8辑。

[9] See Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary* (ninth edition), Thomson Reuters Press, p. 1662.

[10] 参见邓峰:《普通公司法》,中国人民大学出版社2009年版,第129~130页。

围之外的行为归于无效或者可撤销。<sup>[11]</sup>

可见,“公司越权”与“法定代表人越权”在公司法上的内涵并不相同。未按《公司法》第16条、第121条规定对外担保而构成的法定代表人越权,其实质是该法定代表人违背法律或者章程,或者没有公司有权机关的授权,在担保方面做出了超越自己权能的意思表示,与公司违背法律或者章程设定的目的并不完全等同。倘若不顾两者区别而将《公司法》第16条、第121条的规范功能定位为“限制公司行为能力”,<sup>[12]</sup>自然极不妥当。与大多数学者观点相同,笔者亦认为应该将两条规定的功能理解为限制法定代表人权能,主要原因有三:

其一,既然《公司法》第16条、第121条赋予公司决议机构决定法定代表人是否可以为他人提供担保,公司就应该被推定有这个行为能力。即只要按规定经过相关决议机构决议通过,法定代表人就可以以公司名义为他人提供担保。如果法定代表人未按规定经过相关决议机构决议而为他人提供担保,则说明法定代表人越权,并不能倒过来说公司缺乏为他人担保之行为能力。

其二,若将第16条、第121条的规范功能理解为“限制公司为他人提供担保的行为能力”,其结果是适用公司越权无效规则。但是,这种规则已经被大多数国家所废除。美国公司法专家汉密尔顿在探讨公司越权时一针见血地指出:“回到公司法要求章程表明公司设立具体目的的那个年代,越权行为(Ultra vires acts)是一个很有意义的问题,任何在章程所陈述的目的之外的行为都是越权行为,然而现在,讨论越权已经没有什么意义,因为许多州均允许对公司目的做一个一般性陈述。的确,在许多州,都存在这样一个假定:公司能够进行所有合法的行为。”<sup>[13]</sup>立法上,也有国家直接否定公司越权无效规则。例如,英国

---

[11] See Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary* (ninth edition), Thomson Reuters Press, p. 1662; 同时参见维基百科“ultra vires”词条,载 [https://en.wikipedia.org/wiki/Ultra\\_vires](https://en.wikipedia.org/wiki/Ultra_vires), 2018年9月3日访问。

[12] 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。王保树、崔勤之:《中国公司法原理》,社会科学文献出版社1998年版,第44~46页;江平主编:《新编公司法教程》,法律出版社1994年版,第210页。

[13] See Robert W. Hamilton & Richard D. Freer, *The Law of Corporations in A Nutshell* (sixth edition), West Academic Publishing, 2010, p. 58.

2006年《公司法》第39条规定:“公司行为的效力,不应当由于缺少公司宪章所规定的任何能力而被否定。”<sup>[14]</sup>因此,公司越权无效规则可以看成早期公司许可设立制度的产物,已被现代公司法实践所逐渐淘汰。

其三,即使我国有些法院曾根据1986年《民法通则》第42条规定判定公司超越经营范围订立的合同无效。<sup>[15]</sup>但这种判例后来被相关司法解释及时纠正。<sup>[16]</sup>2017年通过的《民法总则》则直接删除了第42条,而以第61条予以替代:“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。”这种立法与大多数国家立法相类似,其避开法人公司越权无效规则,直接将立法矛头指向法定代表人越权。例如,美国1992年修正的《示范商业公司法》第3.04节(a)规定,除第3.04节(b)所列的诉讼程序中,不得以公司没有权力去实施行为而质疑公司行为的有效性。<sup>[17]</sup>日本2005年《公司法》第11条第3款规定:“对经理代理权的限制,不得对抗善意第三人。”<sup>[18]</sup>各国立法中出现的“不得对抗善意相对人”之措辞,其意在阐明相对人善意情况下,担保合同仍然对公司具有效力,而排斥适用对公司绝对不生效力的公司越权无效规则。

---

[14] 葛伟军:《英国2006年公司法》(2012年修订译本),法律出版社2012年版,第21页。

[15] 典型案例是国营金坪华侨企业公司与南昌市中外合资裕华服务企业有限公司购销避孕套合同纠纷请示案与申诉案。参见最高人民法院经济审判庭:《最高人民法院审理的二审、再审经济纠纷案例选编》,人民法院出版社1994年版,第310~327页。

[16] 参见最高人民法院《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。该条规定:“当事人超越经营范围订立合同,人民法院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、行政法规禁止经营规定的除外。”

[17] See Model Business Corporation Act. § 3.04(a). 第3.04节(b)所列的诉讼程序,是指股东针对公司提起的要求禁止公司实施行为的某项诉讼程序;公司提起的,直接或间接地,或者通过接收人、信托人或其他法定代表,针对负有责任的或以前的公司董事、高级职员、雇员或代理人的诉讼程序;以及由司法部长依据14.30节的规定提起的诉讼。

[18] 《日本公司法》,吴建斌等译,中国法制出版社2006年版,第7页。

## (二) 为什么要限制法定代表人权能?

无论将上述两条规范的目的理解为规范公司内部决定(策)程序,<sup>[19]</sup>还是内部意思形成机制,<sup>[20]</sup>其具体功能都是限制法定代表人的权能。这点不容置疑。然而,学者在揭示第16条“性质上属于代表、代理权能的限制规范”<sup>[21]</sup>过程中却忽略了另一个迫切需要理论予以回应的问题,即《公司法》第16条、第121条限制法定代表人权能背后的根本原因是什么?综合考虑立法所面临的各种现实问题,笔者认为,至少可以归纳出以下三个方面的原因:

第一,公司初始章程作为公司自治的主要合同机制,具有“不完全合同”的特征,客观上需要立法通过法律重新界定法定代表人权能来对这种“不完全合同”予以弥补。一般情况下,公司为他人提供担保往往缺乏明确对价,公司发起人、股东在首次创制章程时可能因为无法提前预见到或者故意给自己提供对外担保便利而不事先对法定代表人的担保权能做出约定。这使公司初始章程客观上不可避免地会出现事先约定之“不完全”。为了防止法定代表人利用这种“不完全合同”来谋取私利,《公司法》不仅在第16条第2款、第121条中直接规定了决议机制,而且在《公司法》第16条第1款中赋予了公司章程自行选择决议机制的权利。此种规定,既考虑了公司非关联担保、关联担保、上市公司担保三种不同情况,又尊重了公司的意思自治,充分反映了《公司法》必要时提供“标准条款”来补充公司初始章程“合同”约定可能“不完全”的灵活立法精神。

第二,若对公司法定代表人以公司名义为他人担保不设置内部约束机制,将增加公司运行的“代理成本”。代理成本通常被定义为防止

---

[19] 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;高圣平:《公司担保相关法律问题研究》,载《中国法学》2013年第2期;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。

[20] 参见梁上上:《公司担保合同的相对人审查义务》,载《法学》2013年第3期。

[21] 周伦军:《审理公司担保纠纷案件的裁判方法》,载《人民司法(案例)》2017年第12期。



代理人偷懒的一系列的监督和约束成本,以及其他剩余损失。<sup>[22]</sup> 偷懒行为在经济学上不仅仅指过失,不胜任甚至诚实的错误,而且还包括可归责的欺骗行为。法定代表人作为公司的代表人,由于个人的有限理性和伴随公司所有权和经营权分离出现的个人牟利机会,其在担保事项上出现疏忽或者主动实施可归责的欺骗行为客观上难以完全避免。根据现行《公司法》规定,公司的法定代表人由董事长、执行董事或者经理担任。若将这些人视为经济上的“理性人”,他们完全有可能违背公司利益从事以公司名义为他人担保之行为。正是为了防范这些可能出现的机会主义行为,立法才对法定代表人权能予以限制。

第三,立法若选择完全禁止法定代表人以公司名义为他人担保的方式来防范其可能出现的机会主义行为,则会付出更大的社会成本。因为,这种立法与实践为公司为他人担保之巨大需求相矛盾。公司作为无生命的法人,要为他人担保,就必须由法定代表人来代表。1993年《公司法》曾在第60条中禁止董事、经理以公司的资产为本公司的股东或者其他个人债务提供担保,结果影响了公司的担保自由,束缚了公司对外担保的手脚,对公司经营的“灵活性”形成不必要的制约。

总而言之,从法规范学上讲,无论是直接赋予股东会(大会)决议权还是由公司章程选择股东会(大会)或者董事会行使决议权,均是立法重新恢复公司意思自治,赋予公司担保自由裁量权的结果。这也是我国计划经济向市场经济过渡的特定时期立法用于解开对公司实施必要限制的法律禁钢的一系列改革措施之一。从法经济学上看,法定代表人担保权能背后蕴含着立法者试图通过制度改良节约公司组织运行社会成本的根本原因,这里所谓“社会成本”,其中最主要的当然是给予法定代表人担保事项上完全自由裁量权可能产生的“代理成本”。

---

[22] Michael. C. Jensen & William. H. Meckling, *Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure*, Journal of Financial Economics, October, 1976, V. 3, No(4), p. 305.



## 二、越权担保合同效力规则的理性选择

公司为他人担保纠纷案件的争议焦点往往是担保合同的效力。为了确保《公司法》第16条、第121条在担保合同效力判断中的正确适用,无疑需要弄清楚两个前提性问题:两条规定在整个效力判断规范体系中的地位如何?以及在越权担保合同效力司法判断的过程中如何选择合适的法律适用路径?为了表述方便,下文对这两个问题分开予以阐述。

### (一)《公司法》第16条、第121条在整个效力判断规范体系中的地位

既然公司为他人担保纠纷案件可能涉及四个方面的法律规则,那么,明确这些规则的不同功能,就成为确定第16条、第121条地位之前提。笔者认为,上文所述四个方面的法律规则功能各不相同,依次为:《公司法》上的规定主要是明确法定代表人权限及其违反该限制的公司内部责任,这一点上述论述中已经提到;《物权法》上的相关规定则主要是解决越权订立的担保合同中担保物权的取得、转让和公示问题;而《民法总则》《合同法》上的相关规定主要用于法定代表人越权担保合同效力的判定;《担保法》中的规定则侧重于明确担保中保证的形式要件和实质要件,以及解决越权担保合同被判定无效后相关当事人的归责问题。从各种规则的内部分工可以看出,《公司法》第16条、第121条的角色仅仅是负责判定相应担保合同中法定代表人是否“越权”,从而为《民法总则》《合同法》上的相关规定创造适用条件。简言之,要判断担保合同效力,必须结合《民法总则》《合同法》《物权法》《担保法》等相关规定综合考虑,并不能直接依据《公司法》第16条、第121条得出结论。因此,倘若认为第16条、第121条没有直接规定具体法律后果属于“立法漏洞”,实际上并不周全。因为,虽然《公司法》没有规定未按第16条、第121条规定对外担保合同的效力,但判定法定代表人越权订立的担保合同之效力的规则已然存在于《民法总则》第61条,《合同法》第50条、第52条第5项之中。有了后者,实际上完全可以最

终判定法定代表人越权订立的合同是否有效,或者说其代表行为的效力是否归属于公司。<sup>[23]</sup>

## (二)《公司法》第16条、第121条适用路径的选择

经过上面的讨论,我们可以大致明白公司为他人担保合同效力判断的基本思路。即在确定合同效力时,至少需要考虑四个环节:(1)明确《公司法》第16条、第121条限制法定代表人权能的功能以及其在整个合同效力判断规范体系中的地位;(2)选择《合同法》上的合同效力判定规则对越权担保合同效力综合予以认定;(3)检查是否存在《物权法》《担保法》《合同法》上其他导致合同无效的情形;(4)明确合同无效时根据担保法及其司法解释的相关规定应该如何分配责任。其中第二个环节属于核心环节,容易引发争议。争议的焦点是如何根据合同法上的规定判定越权担保合同的效力。对于这一问题,目前已经出现两种针锋相对的观点:一种观点认为,应根据《合同法》第52条第5项规定,以违反法律、行政法规的强制性规定为由判定合同无效。<sup>[24]</sup>而另一种观点为大多数学者所持有,认为应当适用《合同法》第50条,即根据相对人的主观状况确定越权担保合同是否对公司产生效力。笔者认为,撇开应该适用第52条第5项适用的其他情形,仅仅针对违反《公司法》第16条、第121条的越权担保而选择适用第52条第5项是不妥当的,具体理由是:

第一,公司为他人担保属于公司私人自治秩序,而不是法律禁止的公共强制秩序。既然第16条、第121条规制对象是公司内部决定程序或者“内部意思形成机制”,而《合同法》第52条第5项的意旨却是“继续社会共同体以尊重必要的强制秩序为前提,该强制秩序不得为任何个别意志所改变,处于自治领域之外”,<sup>[25]</sup>那么,两者并不在同一个层面上,很难相互引致适用。也就如学者所言,“效力性和管理性强制性

[23] 参见何欢:《再议代表人越权对外担保的法律效力——基于公司担保法律规则的体系化解读》,载《交大法学》2015年第2期。

[24] 参见李金泽:《公司法有关公司对外担保新规定的质疑》,载《现代法学》2007年第1期;华德波:《论〈公司法〉第16条的理解与适用——以公司担保债权人的审查义务为中心》,载《法律适用》2011年第3期。

[25] 朱庆育:《〈合同法〉第52条第5项评注》,载《法学家》2016年第3期。

规定的区分并不能涵盖私法上的越权规范,就公司法定代表人越权担保,也不应从公司法第16条的规范性质出发,简单地认定未经公司内部决议的担保合同的效力”。<sup>[26]</sup>

第二,既然《公司法》第16条、第121条实质是限制法定代表人权能而非公司担保的行为能力,那么,它与《合同法》第50条本身就存在一定程度的交集,即“合同法第50条中的‘应当知道’扮演着‘引致功能’,将《公司法》第16条引入《合同法》第50条之中”。<sup>[27]</sup>这样,“当强制规范自身含有明确的法律效果规定时,直接适用该规范即可,不必引入‘效力性强制规定’作为讨论手段”。<sup>[28]</sup>

第三,《合同法》第52条第5项与1993年《公司法》第60条禁止性规定相匹配,而《合同法》第50条则与2005年修订后的《公司法》第16条、第121条赋权性规定相对应。在没有其他导致第52条第5项适用的情形下,应充分尊重民事行为意思自治,直接引用《合同法》第50条而不是第52条第5项。

总之,除《公司法》第16条、第121条之外的其他情形需要适用《合同法》第52条第5项外,合适的法律适用路径应该是根据“法定代表人越权”这一关键词直接将公司法第16条、第121条引入维护当事人意思自治的合同法第50条之中,通过该条提供的相对人是否善意,以及公司对越权担保的态度来综合判断公司为他人提供担保的合同效力。

### 三、直接适用《合同法》第50条需要进一步解决的问题

既然合适的适用路径是将《公司法》第16条、第121条引入《合同法》第50条,那么,法定代表人违反第16条、第121条的法律后果就并非没有着落。因为一旦明确在不考虑其他导致合同无效情形的情况下

---

[26] 高圣平:《公司担保中相对人的审查义务——基于最高人民法院裁判分歧的分析和展开》,载《政法论坛》2017年第5期。

[27] 梁上上:《公司担保合同的相对人审查义务》,载《法学》2013年第3期。

[28] 同上。

引入《合同法》第50条是十分恰当的,则公司一方可以引用该条来综合判断越权担保合同是否对其产生效力,担保债权人一方也可根据该条决定可否主张公司承担担保责任。当然,在将它们直接引入《合同法》第50条的过程中,也会遇到之前没有出现过的诸多问题。下面,笔者拟选择其中的关键问题分述之。

### (一) 如何确定相对人“知道或者应该知道”?

毋庸置疑,不管公司主张相对人“恶意”,还是相对人主张自己“善意”,都应当对其主张的事实承担举证责任。根据《合同法》第50条,公司若主张越权担保合同对其不发生效力,则应该证明相对人“知道或者应当知道”;相对人若主张其为“善意”,也需要证明其履行了适当审查义务后仍然不知道法定代表人存在越权行为。<sup>[29]</sup>那么,实践中如何判断相对人“知道或者应当知道”这一主观状态?笔者认为,应该对相对人知悉对象中的法定代表人的权限事实以及其“越权”的行为事实予以仔细区分:

首先,法定代表人权限包括法定权限和章程约定权限。法定权限是指《公司法》第16条第2款和第121条直接规定应当由股东会、股东大会做出决议的情形。而章程约定权限是指《公司法》第16条第1款规定的章程具有“二选一”权利的情形。相对人对两者的知悉方式应该有所区别。具体而言,对法定代表人的“法定权限”的知悉方式应为推定,即推定相对人始终知悉《公司法》第16条第2款、第121条规定的法定代表人权限。据此,相对人不得以不知悉且履行了一般商事活动中的形式审查义务为由,主张自己属于“善意相对人”。例如,《公司担保司法解释》第2条对此予以明确规定:“仅以担保合同上加盖了公司印章或者有公司法定代表人签名、盖章为由,主张担保合同对公司发生效力的,人民法院不予支持。”而章程约定的权限不能像法定权限一样推定相对人知悉。相对人对章程约定权限的知悉的方式应该限于通

---

[29] 也有学者提出,基于担保类型的区分,并对非关联担保与关联担保设置不同的善意认定标准:在非关联担保中,一般情况下相对人不负形式审查义务,但在特殊情形中应作特别处理;在关联担保中,因法定限制的存在,相对人负有形式上的审查义务。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》,载《社会科学研究》2018年第5期。

过形式审查知悉,除非公司能够举证证明相对人未进行形式审查就已经在订立担保合同时知悉,或者在订立合同前经深入调查已经知悉。例如,在中建材集团进出口公司诉江苏银大科技有限公司等担保合同纠纷一案中,主审法官认为:“有限责任公司的公司章程不具有对世效力,有限责任公司的公司章程作为公司内部决议的书面载体,它的公开行为不构成第三人应当知道的证据。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>[30]</sup>《公司担保司法解释》第7条也明确规定:“公司以担保金额超出章程规定的担保总额限制等相对人形式审查担保文件不能发现的情形为由,主张担保行为对公司不发生效力的,人民法院不予支持。但公司能够举证证明相对人在订立担保合同时对前述情形知道或者应当知道的除外。”

其次,无论法定代表人违反法定还是章程约定的权限,相对人对未按权限规定实施担保这一事实的知悉方式均限于形式审查。即相对人只要对未按权限规定实施担保的有关担保文件及其记载的内容进行形式上的审查,而对于它们之中难以通过形式审查发现的其他真实情况,不负有审查知悉义务。一般而言,形式审查的范围包括被担保人是否是股东或者实际控制人、同意担保的决议是否由公司有权决议机构作出、决议是否经过法定或者章程规定的多数通过以及参与决议表决人员是否为公司章程载明的股东或者董事等。依照《证券法》相关规定,上市公司为他人提供担保的文件均需依法予以披露。因此,相对人进行形式审查的,应当以上市公司公开披露的信息为准。

## (二) 如何确定适格的担保决议机构?

既然相对人对未按权限规定实施担保这一事实的知悉方式均限于形式审查,实践中若出现决议机构不适格或者章程根本未规定决议机构的情形时,如何明确适格决议机构?笔者认为,倘若实际决议机构与公司法直接确定的决议机构、公司章程规定的决议机构三者不一致,则应当按照法定高于约定、权力机构高于执行机构的原则予以处理。具

---

[30] 参见北京市高级人民法院(2009)高民终字第1730号判决,载 <http://gongbao.court.gov.cn/details/49a9f216ac22d1a4360eda9fd823e4.html>, 2018年9月3日访问。

体而言,应区分三种情况:

第一,在适用《公司法》第16条第2款和第121条规定的情形下,因为法定决议机构是股东会、股东大会,若章程规定董事会为决议机构,公司又实际由董事会作出了同意担保的决议,则公司相关利益人可以主张决议违反法定程序而可撤销,相对人亦不能仅以董事会决议为依据主张担保合同对公司发生效力。

第二,在适用《公司法》第16条第1款规定的情形下,公司章程依法对决议机构有“二选一”的权利,若实际决议机构与章程选择的决议机构不一致,且实际决议机构层级高于章程选定时,相对人可以主张担保对公司产生效力。例如,章程明确规定应该经股东会、股东大会决议同意,而实际同意担保的决议机构却是董事会,则由于决议程序构成对章程的违反,相对人不可以以此主张担保合同对公司发生效力;相反,章程规定应该经董事会决议同意,而实际决议的却是股东会、股东大会,则相对人可以主张担保合同对公司发生效力。

第三,在适用《公司法》第16条第1款规定的情形下,若章程根本未规定决议机构,则应该推定公司权力机构为担保决议机构。因为公司章程怠于行使法律授予的选择权利,可以直接视为弃权。鉴于第16条的规范功能是对法定代表人权能加以限制,若以股东会、股东大会作为决议机构,则更加有利于对公司财产或者担保合同的利害关系人——全体股东的权益的保护。换言之,相对人在不能举证证明股东会、股东大会同意担保的情况下,不得主张担保合同对公司发生效力。

### (三)是否引入表见代表规则?

对是否引入表见代表规则,学界存在不同看法。有学者认为法定代表人的越权行为可“准用”表见代理的规定。<sup>[31]</sup>有学者则认为《合同法》第50条本身就是表见代表规则。<sup>[32]</sup>另有学者认为,第50条的规范依据并非表见理论,而是法人内部关系与外部关系的区分理论,表

[31] 参见梁慧星:《关于中国统一合同法草案第三稿》,载《民商法论丛》(第7卷),法律出版社1997年版,第721页。

[32] 参见李建华、许中缘:《表见代表及其使用——兼评〈合同法〉第50条》,载《法律科学》2000年第6期。

见代表是个伪概念。<sup>[33]</sup>事实上,表见代表与表见代理的确非常类似。它们拥有三个共同点:(1) 代表人或者代理人没有权利、超越权利或者权利终止;(2) 相对人主观上为善意;(3) 客观上存在相对人有理由相信的“表象”。但是,由于被代表人是没有生命的法律拟制体,其意思形成机制与自然人存在很大差别,因此,直接允许法定代表人越权时可“准用”表见代理似不甚合理。笔者认为,《合同法》第 50 条属于越权代表效力的一般条款,对其实际上可以做两个方向的解释:(1) 当相对人主观为善意时,代表行为有效;(2) 当相对人存在“知道应当知道”的恶意时,代表人行为对法人不产生效力。而在第一个方向的解释中,也应该重视两种情况的区分:一是因相对人基于真实事实产生善意而导致代表行为对公司产生效力;二是相对人基于表见事实而产生善意,基于保护相对人信赖利益的要求,代表行为也应有效。第一种情况不用赘述;而对于第二种情况,在《合同法》第 50 条没有明确表见代表规则且直接“准用”表见代理规定又不妥当的情况下,通过司法解释进一步确立表见代表规则实有必要。事实上,也只有这样做,才能对合同双方的信赖利益形成比较公平的保护。在司法实践方面,最高人民法院曾经以公报案例的形式对此予以认可。<sup>[34]</sup>即将出台的《公司担保司法解释》也已经将其直接上升为正式规则。<sup>[35]</sup>

[33] 参见朱广新:《法定代表人的越权代表行为》,载《中外法学》2012 年第 3 期。

[34] 在招商银行股份有限公司大连东港支行与大连振邦氟涂料股份有限公司、大连振邦集团有限公司借款合同纠纷再审案中,最高人民法院认为,《公司法》第 16 条第 2 款规定是关于公司内部控制管理的规定,不应以此作为评价合同效力的依据。担保人抗辩认为其法定代表人订立抵押合同的行为超越代表权,债权人以其对相关股东会决议履行了形式审查义务,主张担保人的法定代表人构成表见代表的,人民法院应予支持。参见《最高人民法院公报》2015 年第 2 期。

[35] 《公司担保司法解释》第 6 条第 1 款规定:公司依据本解释第一条规定主张担保合同对其不发生效力,相对人能够证明其在订立担保合同时对公司章程、公司决议等与担保相关的文件进行了形式审查,文件记载的内容在形式上符合《公司法》第十六条、第一百二十一条规定的,人民法院应当认定该担保合同对公司发生效力。



#### 四、最高人民法院《公司担保司法解释》对法律适用路径的重新规范

《公司担保司法解释》对统一当前公司为他人提供担保纠纷案件的裁判方法无疑具有重要意义。但是,作为讨论稿,其中不乏疑虑和需要进一步探讨的地方。例如,在担保合同因越权而无效的情形下,若规定越权法定代表人应该直接向债权人承担责任,那么,法定代理人、被代表的公司、有过错的债权人三者之间如何重新分配责任?这一问题无疑值得进一步关注和探讨。出于文章主题限制,笔者下面仅对《公司担保司法解释》中的创新突破以及明确留下的问题阐述粗浅看法。

##### (一)《公司担保司法解释》对法律适用路径的矫正

通观《公司担保司法解释》,其对公司为他人提供担保法律规则的错误适用进行了及时矫正,并且对适用《合同法》第50条时存在的诸多法律疑难问题进行了权威解释。总体而言,该规范性文件在以下方面取得了突破:

第一,明确了正确的法律适用路径,这是该规范性文件最为重要的贡献。《公司担保司法解释》第1条第1款开篇明义:“公司的法定代表人未按公司法第十六条第一款、第二款的规定以公司名义为他人提供担保,公司依照合同法第五十条等规定,主张担保合同对其不发生效力的,人民法院应予支持。”该条不仅直接表明公司为他人提供担保纠纷案件的核心法律问题是法定代表人越权而非公司越权,而且,直接引出法律适用要解决的关键问题,即越权担保是否对公司产生效力或者说越权效果是否归属于公司。

第二,引入表见代表规则并确认公司对越权担保具有“追认权”。在明确公司依照《合同法》第50条等规定可以主张担保合同对其不发生效力之后,《公司担保司法解释》在第1条第1款接着规定:“……公司有权决议机构在法庭辩论终结前依法作出同意为他人提供担保的决议及本规定第六条规定的情形除外。”也就是说,如果公司主动在法庭辩论前“追认”或者相对人依据该解释第6条引入的表见代表规则主

张担保合同对公司有效,则担保合同对公司发生效力。结合表见代表的相关理论,笔者认为,适用第6条表见规则实际上仍需要具备以下四个要件:(1)相对人在订立担保合同时履行了形式审查义务;(2)文件记载的内容在形式上符合公司法第16条、第121条等法律规定;(3)相对人基于形式上符合法律规定的文件记载内容而对法定代表人已经取得公司决议机构同意产生了合理信赖;(4)相对人事实上基于这种信赖与公司订立了担保合同。

第三,明确了越权法定代表人责任。《公司担保司法解释》第11条第1款、第2款规定了两种情况,即公司依法承担越权担保责任后,可向越权法定代表人追偿;公司依法不承担越权担保责任,相对人可以要求有过错的越权代表人承担相应民事责任。这一条的宗旨显然是为了保护公司依法不承担越权担保责任时相对人的利益,也回应了人们对法定代表人在越权担保无效情况下容易脱责的关切。在判定公司不承担担保责任的情况下,相对人之所以能够直接起诉越权法定代表人,应该理解为此时法定代表人应该承担缔约过失责任,即其越权行为对相对人缔结担保合同的信赖利益构成了侵害;因为“缔约过失责任是指在合同订立过程中,一方因违背其依据诚实信用原则和法律规定的义务致另一方的信赖利益的损失,应承担损害赔偿责任”。<sup>[36]</sup>但如此理解的问题是,缔约过失责任如何能直接扩展到有过错的越权法定代表人?扩展之后又如何分配法定代表人与非善意债权人之间的责任份额?笔者认为,直接扩展的依据仍然需要援引合同法上的越权代理规则。根据《合同法》第48条的规定,“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的合同,未经被代理人追认,对被代理人不发生效力,由行为人承担责任”。此处“有过错的法定代表人”则类似于该条中的“行为人”。至于越权代表人如何分担责任份额,虽然《公司担保司法解释》没有进一步明确,但司法上仍可做出合理裁量。因为,既然缔约过失的赔偿范围包括直接损失和间接损失,即通常为“费用的支出,丧失的订约机会”,<sup>[37]</sup>并且,有过错法定代表人

[36] 王利明:《合同法》,中国人民大学出版社2015年版,第53页。

[37] 王泽鉴:《债法原理》(第2版),北京大学出版社2013年版,第246页。

作为自然人在一般情况下又不可能单独承担起数额较大的担保责任或者对其课以担保责任完全有失公允,那么,法院应本着法定代表人的过错程度斟酌其赔偿范围。也就是说,大多数情况下应由越权法定代表人负责直接费用损失的赔偿,而机会损失则由非善意债权人自己承担。当然,在此种情形下,《担保法解释》第7条、第8条是否仍继续适用,仍有待相关立法部门予以解释。<sup>[38]</sup>

## (二)《公司担保司法解释》中的两个遗留问题

《公司担保司法解释》第5条和第13条各自分别列出两个方案供讨论,说明起草者对两条所涉及的问题还存在一定疑虑,因此留给社会公众予以讨论。根据上面对正确法律适用路径的分析,本文试图对此遗留问题予以理论上的回应。

### 1. 关于第5条中公司决议原则例外规定是否应该删除问题

虽然形式上没有经过法律或者章程规定决议机构的决议,但以公司名义提供担保的股东、控股股东、实际控制人本身所持表决权实质上已经满足法律、章程规定的表决机构的多数决要求,在此种情况下,相对人是否可以通过举证而主张公司承担担保责任?起草者之所以提出了可以将此条删除的第二方案,自然是对此规定仍然存在疑虑。具体原因可能是例外原则在节约公司方面表决成本的同时,也可能会加重相对人的审查成本或者引发其他问题。笔者认为,这种疑虑是多余的。公司决议原则的例外同时可以理解为相对人“知道与应当知道”的例外,因为相对人即使“知道与应当知道”担保未经公司决议机构决议,也可以通过举证本身所持表决权实质上已经满足法律、章程规定的表决机构的多数决要求而对抗公司提出的主张——相对人“知道应当知道”而担保合同不对公司产生效力。因此,例外原则对相对人也是十分有利的。鉴于现实中广泛存在控股股东、实际控制人掌控公司或者

---

[38] 有学者对《担保法解释》第7条、第8条中担保合同无效时公司始终承担一定损失赔偿责任提出了尖锐批评:“担保合同无效抑或没有成立,担保公司应承担的仅仅是缔约过失责任,而不是就担保权人的损失承担连带赔偿责任。但法院对无效担保的担保人,判处承担连带赔偿责任或二分之一清偿责任的比重高达93.8%,委实令人费解。”参见罗培新:《公司担保法律规则的价值冲突与司法考量》,载《中外法学》2012年第6期。

同时兼法定代表人的情况,如果刻意要求其本身表决权已经满足法律、章程规定的表决机构的多数决要求的情况下再补上形式上的表决,确实是一种资源浪费。况且,该条已经将需要强制性信息披露的上市公司排除在外。因此,权衡利弊,这一规定可以视为与《公司法》第37条以书面形式一致同意直接作出决定而不用召开股东会会议的立法意趣相通,应该予以保留。

## 2. 关于第13条适用原则的选择问题

《公司担保司法解释》第13条规定了两种适用原则供选择:一是新解释不具备追溯力,坚持从旧原则,即“本解释施行前订立的公司担保合同所发生纠纷案件,适用合同订立时的法律、法规和有关司法解释;本解释施行以后订立的公司担保合同所发生纠纷案件,适用本解释”。二是新解释具有一定追溯力,坚持从新原则,即“2006年1月1日之后成立的公司担保合同所发生纠纷案件,本解释施行后尚未终审的,适用本解释;本解释施行前已经终审,当事人申请再审或者按照审判监督程序决定再审的案件,不适用本解释”。如何在两种适用原则(方案)中做出选择?笔者认为,关键是要明确该司法解释的目的或者作用是什么。根据上面的论述,该司法解释无疑起到了法律适用路径的“纠错”作用,不仅对当前公司为他人提供担保纠纷的审理具有积极意义,而且对尚未审结的案件也具有重大意义。因此,建议采用该条列出的第二方案,允许新解释具有一定溯及力。

## 五、结语

仅仅针对违反《公司法》第16条、第121条而言,先根据《合同法》第52条第5项要求判断是否属于管理性强制性规范,再适用《合同法》第50条判断合同效力的法律适用表面上看起来与直接适用《合同法》第50条“殊途同归”,但其将公司为他人提供担保视为强制秩序,忽略了公司越权与公司法人代表人越权之间的界限。因此,讨论公司法定代表人未按《公司法》第16条、第121条规定以公司名义为他人提供担保“属于违反强制性秩序还是公司内部管理秩序”并没有太多实际意

义。相反,除其他可以适用《合同法》第 52 条第 5 项的情形外,可以根据“法定代表人越权”这一关键词直接将《公司法》第 16 条、第 121 条引入维护公司意思自治的《合同法》第 50 条之中,并且通过司法解释对其适用中不可避免出现的“漏洞”予以弥补。明确《公司法》第 16 条、第 121 条规范功能的关键在于理解其限制法定代表人权能背后隐藏的根本原因。对公司为他人提供担保纠纷案件的法律适用路径进行重新检讨,有利于帮助相关司法人员走出违规担保属于违反公共强制秩序还是内部管理秩序争论的“陷阱”,推动《公司法》第 16 条、第 121 条适用难题的彻底解决。

(编辑:韩励豪、谢贵春)