

文章编号: 1674-5205(2020)06-0144-(012)

公司关联担保三大类型的效力解释

曾大鹏

(华东政法大学经济法学院, 上海 200042)

〔摘要〕 关于公司担保的效力问题, 主流理论观点和裁判见解的主要分歧在于《公司法》第16条是效力性强制规定抑或管理性强制规定, 进而判断债权人是否负有审查义务、负有何种性质的审查义务以及担保合同是否有效。但它们仅以《公司法》第16条第1款为逻辑起点, 而未能依第2款的内在逻辑区分公司关联担保与公司非关联担保的不同类型及其子类型, 导致结论以偏概全。综合运用法律解释方法尤其是体系解释和目的解释可以发现, 《公司法》第16条第2款和第3款是最低限度程序性强制规定, 并未全面实体性禁止公司关联担保, 而在效力评价过程中, 对公司提供关联担保的内部决议行为与外部合同行为应“内外有别”。基于类型化的研究表明, 一人公司关联担保问题在形式上虽为立法漏洞, 但实则法律持禁止态度, 处于“法律上不能”之状态; 上市公司关联担保的诸多规则异常严苛, 其违法关联担保难以发生, 基本处于“事实上不能”之状态; 对担保公司关联担保则应放弃不合时宜的实体性禁止, 转向强化关联担保的程序正义之要求。针对上述三大类型的公司关联担保, 我国《公司担保解释稿》的相关条款设计亟待改进。

〔关键词〕 公司关联担保; 担保决议; 担保合同; 法律解释

Abstract: Regarding the effectiveness of corporate guarantees, the main difference between mainstream theoretical views and judicial opinions lies in whether Article 16 of the Company Law is a validity provision or a regulatory one to judge whether the creditor has the duty of review and whether the guarantee contract is effective. However, the logical starting point of the provision depends on Paragraph 1, Article 16 of the Company Law, which leads to an over generalized conclusion. It fails to follow the inherent logic of Paragraph 2, which distinguishes between the different types of affiliate guarantees and the non-affiliate guarantees of the company and its sub-types. Through comprehensive application of legal interpretation, especially systematic interpretation and teleological interpretation, it is found that Paragraph 2 and 3, Article 16 of the Company Law are the minimal procedural mandatory provisions, without substantive prohibition of the company affiliate guarantee. For the effectiveness confirmation, internal resolution and external contract of the company affiliate guarantee should be differentiated. The rules of affiliate guarantee of listed company are extremely strict, making it difficult for the occurrence of illegal affiliate guarantee of listed company. The illegal guarantee basically in a state of “actual impossibility”. The problem of affiliate guarantee of one-man company is a legal loophole, but it is prohibited by law in essence, being in a state of “legal impossibility”. For affiliate guarantee of the guarantee company, China should abandon the untimely substantive prohibition and strengthen the requirement of procedural justice. However, the design of the relevant terms of the three types of company affiliate guarantee in our country is in urgent need of improvement.

Key Words: company affiliate guarantee; guarantee resolution; guarantee contract; legal interpretation

中图分类号: D922.291.91 文献标识码: A

DOI:10.16290/j.cnki.1674-5205.2020.06.013

我国《公司法》第16条肇始于2005年10月27日的立法修订, 已成为规制公司担保事项的一般性条款。在法教义学的归类上, 依据不同的担保对象, 有学者将《公司法》第16条第1款与第2款、第3款所涉的公司担保区分为“公司一般担保”与“公司特殊

担保”, 也有学者将其区分为“公司对外担保”与“公司对内担保”, 还有学者将其区分为“公司非关联性担保”与“公司关联担保”。因《公司法》第216条第4项“关联关系”所指涉的对象范围, 涵盖了第16条第2款的“公司股东或者实际控制人”, 故置于此种体系结构中, 采取“公司非关联担保”与“公司关联担保”的分类更为准确、科学。长期以来, 无论在公司法学界抑或商事审判实务中, 关于《公司法》第16条

收稿日期: 2019-03-07

作者简介: 曾大鹏(1977—), 男, 江西吉安人, 华东政法大学经济法学院教授, 法学博士。

的效力认定问题始终聚讼纷纭、见仁见智。其中,较为强劲的观点主张,《公司法》第16条是强制性规定,债权人对担保人的公司章程及相关决议有形式审查义务,若债权人未尽形式审查义务则会导致担保合同无效^①。与之针锋相对的观点认为,《公司法》第16条是管理性强制规定,而非效力性强制规定,故债权人对担保人的公司章程及相关决议并无审查义务,因此债权人未尽形式审查义务不影响担保合同的效力^②。仔细推敲可以发现,相关观点的逻辑起点仅为《公司法》第16条第1款,得出的却是对该条全部三款的整体认识和全称判断,而未能依现行法的内在逻辑首先有意识地区分公司关联担保与公司非关联担保的不同情形。不无疑惑的是,这种规范属性分析之方法和结论有普适性吗,能否理所当然地实际运用于一切类型的公司关联担保之效力判断?

另一缺憾是,现有的研究仅在微观技术层面一般性地分析公司关联担保的效力,忽视了《公司法》第16条第2款隐含“股东(大)会决议”之标准。根据能否作出、如何作出以及是否需要作出“股东(大)会决议”的不同情形,将公司关联担保细分为一人公司关联担保、上市公司关联担保以及担保公司关联担保,进而判断关联担保的效力。具体而言,公司关联担保的效力如何,实质上需要综合各种不同的因素对债权人的主观善意予以厘清,藉此决定是否提供有效的信赖保护并合理分配外观责任^③。而在这一系列的法律作业过程中,至少应考虑如下因素或特征:(1)公司组织形式。一人公司因欠缺股东会,根本无从作出股东会决议。(2)司担保程序。上市公司作出同意关联担保的股东大会决议,其前端有公司章程和董事会决议的内部约束机制,后端有信息披露的对外公开机制。(3)公司经营范围。《公司法》第16条所规定的公司应是不以经营担保业务为目的的普通公司。担保公司以提供担保为日常业务,并无必要针对担保事项作出股东会决议,而债权人基于最基本的商业信赖,对担保公司的担保权限不应负相关的审查义务。

由上观之,公司关联担保在商事交易中依据不同情形和领域而具有差异化的意义,呈现出以程序正义确保实体正义的多维度平衡。因此,应以类型化之方式加以研究^④,以明确每种类型背后效力判断是如何进行的,促使公司关联担保的效力认定能够在理论与实务中获得更为精细的法律论证。有鉴于此,本文拟从公司关联担保的三大基本类型出发,综合运用法律解释方法尤其是体系解释和目的解释,检讨对一人公司、上市公司及担保公司提供关联担保的规制及其效

力问题,分析公司关联担保效力的多样性与差异性,澄清《公司法》第16条第2款、第3款的规范意义及其与第1款的逻辑关系。因最高人民法院于2018年8月9日印发《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)》(以下简称《公司担保解释稿》),故本文在结论部分亦对其相关条款略陈管见,以使司法解释符合法律解释方法论的基本原理。

一、一人公司关联担保的法律漏洞及其补充

一人公司极具封闭性,其突出特征是仅有唯一的股东而无股东会。一人公司关联担保在惠及公司股东、实际控制人及其债权人之时,却有可能损害一人公司债权人的利益,而其中并不存在中小股东利益或证券投资者利益。最初,一人公司关联担保问题处于蛰伏状态,直至2008年发生“卜邦干诉柯尼马公司保证合同纠纷案”^⑤,才引发了实务界的争论,继而促动

① 参见高圣平《公司担保相关问题研究》,《中国法学》2013年第2期;梁上上《公司担保合同的相对人审查义务》,《法学》2013年第3期。持此类观点的判决,如河南省郑州市中级人民法院(2009)郑民初字第73号民事判决书、浙江省湖州市中级人民法院(2010)浙湖商终字第49号民事判决书等。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74页。

② 参见崔建远、刘玲玲《论公司对外担保的法律效力》,《西南政法大学学报》2008年第4期;钱玉林《〈公司法〉第16条的规范意义》,《法学研究》2011年第6期。持此类观点的判决,参见“中建材集团有限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”,《最高人民法院公报》2011年第2期。

③ 有学者从司法裁判的角度论证了公司担保中交易相对人(即债权人)应采用“合理的”审查义务标准,显然对债权人负有审查义务此点仍持肯定立场,但仍然未能妥当区分公司关联担保与公司非关联担保,遑论公司关联担保的子类型。参见李游《公司担保中交易相对人合理的审查义务——基于458份裁判文书的分析》,《政治与法律》2018年第5期。

④ 类型是具有共同特征的事物所形成的种类,较之于抽象概念或理念,其更能展现事物本身的特征并更接近事物的原貌。它“是法律理念与生活事实的这个中间点,所有法律思维最后都围绕在这中间点上:亦即,它是规范正义与事物正义的中间点……一方面,在内容上比理念要来的丰富而直观;另一方面在效力、思想与恒久性上胜过现象”〔德〕阿图尔·考夫曼《类型与事物本质——兼论类型理论》,吴从周译,学林文化事业有限公司1999年版,第41页。运用类型化的方法,对商人、商行为展开的深刻思考,参见程淑娟《“商人”的类型化思考》,《河北法学》2013年第8期;程淑娟《商行为:一种类型化方法的诠释》,《法制与社会发展》2013年第3期。

⑤ 参见江苏省常州市中级人民法院(2009)常民二终字第0451号民事判决书,此类支持一人公司为股东担保的判决还有广东省广州市中级人民法院(2017)粤01民初64号民事判决书、江西省宜春市中级人民法院(2017)赣09民终1593号民事判决书。而在“南通轻工机械厂诉江苏黄河公司、江苏苏辰公司股东之间股权转让及公司为股东担保纠纷案”中,法院认为一人公司关联担保无效。参见《江苏省高级人民法院公报》2011年第6辑。

了理论界的激辩。因一人公司为其股东担保是一人公司关联担保的典型表现形式,且依据《公司法》第216条规定,对该类公司的实际控制人之认定亦无特别之处,故下文主要基于一人公司为其股东担保展开检讨。

(一) 一人公司关联担保的理论分歧

“立法漏洞说”认为,2005年修订后的《公司法》关于公司担保能力的规定主要适用于大公司,尤其是股份制公司,对上市公司的适用意义更大。而对一人公司能否为股东提供担保,在现行《公司法》修订的过程中立法者并没有予以考虑。⁽¹⁾

“允许说”提出,我国《公司法》未明确规定一人公司为股东担保行为的效力,其应属一人公司的自治范畴,理由如下:一是,一人公司不设股东会且股东仅为一人,自无适用《公司法》第16条之必要。二是,《公司法》第16条第3款规定的股东回避表决,旨在防止大股东滥用股东权利,而非禁止关联担保。三是,只要公司章程未禁止一人公司关联担保,由于债权人没有过错,其对担保的合理期待应受保护。四是,基于“公司自治”理念,只要《公司法》等相关法律法规未作相关规定,一人公司关联担保事项适用“法无禁止皆自由”原则。⁽²⁾

“禁止说”主张,《公司法》在实质上是禁止一人公司为其股东提供担保的,其理由有二:一是,《公司法》第16条规定公司对股东提供担保的决策主体是股东会或股东大会,而一人公司关联担保存在决策主体缺位问题;二是,《公司法》对公司为股东提供担保适用表决权排除规则,一人公司只有一个股东,在逻辑上存在表决权排除规则的适用困境问题。⁽³⁾还有学者认为,依据我国《公司法》规定及法律逻辑推理,一人公司不可为其股东提供担保。但建议对一人公司为股东提供担保采取开放的态度,并加强对其担保行为的监督,增加其担保责任,譬如严格执行法人格否认制度、担保最高额的法定化、建立担保登记与公示制度等。⁽⁴⁾

“限制性允许说”指出,现行《公司法》没有就一人公司对其股东提供担保做出明确的禁止性规定,而是采取“限制性允许”的立法态度。只是由于立法者的态度谨慎,对如何限制未予明确规定。该说建议主要从债权人参与、担保登记、担保数额、担保对象等方面予以一定程度的限制,同时完善一人公司信息披露等相关制度。⁽⁵⁾⁴⁷

“类推适用说”认为,一人公司特殊担保(即关联担保)有法可依且应为有效。2005年《公司法》第58条(现行《公司法》第57条)第1款规定“一人有限

责任公司的设立和组织机构,适用本节规定;本节没有规定的,适用本章第一节、第二节的规定。”其中,“本章第一节、第二节的规定”涉及的“全体股东”“股东会”“股东会会议”在一人公司的具体情境中应理解为其唯一的股东。因此,一人公司关联担保应类推适用第16条第2款,由该股东直接签字以确定其意思表示。⁽⁶⁾

(二) 法律解释的排除与法律漏洞的填补

此处法律解释是指狭义的,广义的法律解释包括漏洞填补。法律漏洞补充和法律解释作为寻找适用于个案的法律依据之方法,均需综合考虑文义因素、历史因素、体系因素和目的因素等。法律解释与法律漏洞补充的区别不在于所考虑因素的多寡或类别,而在于该类因素是否超出了“可能的文义”。⁽⁷⁾³⁸⁵具体到此处讨论的案型,若将《公司法》第16条所涉“公司”限缩为“非一人公司”,这是否超出了文义的核心?如果认为该限缩违反了“公司”的核心文义,则构成对“法律漏洞”的补充;反之,则属于可能的文义内之类型思维活动,构成法律解释。

一般认为,文义解释具有优先性,法律解释必先从文义入手,由此维护法律的尊严和安定。若将系争规则所称的“公司”限缩为“非一人公司”,这显然超出了文义的核心。虽然一人公司是公司中的特殊类型,依据一定因素的考量可将其排除于通常情形下的法律适用。但对于一人公司关联担保问题,现行《公司法》第16条及其第二章第三节并未作出此种明确的排除性规定。《公司法》第16条所涉的“公司”在语义上涵盖了各种类型的公司,如上市公司、一人公司、担保公司、国有独资公司等。此种文义解释的结论,与基于体系因素的解释是一致的。在《公司法》的内部体系结构中,第16条位于第一章“总则”,是纲领性的一般规定,其对后续各章的规定具有精神引领和规则统帅的功能,故而第16条应适用于一人公司,此点并无疑义。

法律漏洞是法律“违反计划的不圆满性”,⁽⁸⁾²⁵⁴其中最重要的分类是开放漏洞与隐藏漏洞,此与漏洞填补的方法有关。⁽⁹⁾²⁵³而隐藏漏洞指尽管法律对应予规范之案型有规定,但未考虑该案型的特别情形并作出特殊规定,而缺乏限制。因一人公司欠缺《公司法》第16条要求的有权决议机构,适用该法条自然会产生程序上的障碍,故一人公司关联担保是需要法律规整的特殊情形但法律欠缺考虑,在此出现了“残缺式体系违反”中的全部残缺型隐藏漏洞。此即:法律就上位事项(公司具有提供担保的权利能力)之部分下位事项(公司提供关联担保的,须经股东会决议

但关联人不能行使表决权)已予明文规定,但因疏忽或不具备相应知识和经验等原因,而对一些其他下位事项(一人公司提供关联担保)未予规定而构成全部残缺。

就一人公司关联担保事项,在排除法律解释,确定法律漏洞之后,需进一步选择法律补充的方式。既然“残缺式体系违反”中对上位事项与特定下位事项均有规定,且为不同之法律规定,同时考虑到上位事项包括该特定下位事项和其他下位事项,故而,可供选择的对其他下位事项进行漏洞填补的方法如下:或直接适用对上位事项的一般法律规定;或通过类推适用或目的性扩张适用关于特定下位事项的相关规定;或者是出于立法政策上的考虑,进行目的性限缩;或认为其“属于有待进一步探索和研究解决的问题”进行创制式的补充。纵观前述一人公司关联担保的理论分歧,笔者认为:

其一,“立法漏洞说”实际上主张一人公司关联担保“属于有待进一步探索和研究解决的问题”,这虽然有一定的合理性,但该说既未给出符合漏洞填补内在逻辑的基本结论,也未提供法律续造的合理建议,最终根本无益于现实问题的解决。

其二,对“残缺式体系违反”型法律漏洞不得以“类推适用”“目的性扩张”进行填补。⁽⁷⁾⁴¹⁴一方面,前述“类推适用说”中的2005年《公司法》第58条(现行《公司法》第57条)第1款只是抽象、概括的“授权式类推适用”的规范形态。具体到一人公司关联担保事宜,并不存在这种明确的授权规范。因一人公司不设股东会且股东仅为一人,类推适用《公司法》第16条第2款、第3款会造成体系矛盾。另一方面,前述“允许说”的第三点、第四点理由是对《公司法》第16条第1款进行目的性扩张的结果。然而,通过历史解释和目的解释可知,在整体价值取向上,《公司法》第16条认可公司的担保能力,但在具体规制目的方面,该条第1款旨在对公司非关联担保进行程序控制,第2款、第3款旨在对公司关联担保进行程序控制。在思考逻辑中,不能只关注第16条的整体意旨,而忽略其第1款的具体分工和立法目标与其第2款、第3款有所不同。“允许说”的第一点、第二点理由不由自主地倒向了“禁止说”。另外,“允许说”的前两个理由与其第三点、第四点理由的结论有本质区别,相互之间不能兼容。

其三,不能直接依据公司具有担保能力的一般法律原理,推导出一人公司关联担保的有效性,而应采用“类型化的目的性限缩”方式填补法律漏洞。目的性限缩的机理是以“差异性”为基础,实现“不同案型

应为不同处理”,以贯彻立法目的,消解因“不同案型相同处理”而造成的体系矛盾。在第一个层面上,《公司法》第16条所涉案型的差异是其第1款规制公司非关联担保,第2款、第3款规制公司关联担保,但其一致目标为旨在维护中小股东利益,而对公司本身之利益维护有所松动。在第二个层面上,针对上市公司关联担保案型,《公司法》第104条、第121条等特别规范的立法意旨转向维护证券市场秩序,保护证券投资者利益,藉此促进公司法与证券法的无缝衔接。这也表明了不同案型之下的立法目的不同,因而不宜固执一端。一人公司关联担保中既不涉及中小股东利益,也不涉及证券投资者利益,应首先维护公司债权人利益。在第三个层面上,《公司法》第1条开宗明义规定,保护债权人权益是其责无旁贷的义务。据此,应禁止一人公司提供关联担保,从而将与立法意旨不符的事项排除在第16条的适用范围之外,纯化立法意旨并维护法律的安定性。

(三) 替代性制度的功能缺陷

前述“禁止说”的第二种观点和“限制性允许说”虽有异曲同工之妙,但它们均难以证成一人公司关联担保的合法有效性。在某种意义上,它们非但没有显现出允许一人公司关联担保的必要性和可行性,反而表明应明确禁止一人公司关联担保。

1. 公司法人格否认制度

我国《公司法》第20条规定了公司法人格否认制度。最高人民法院在2015年第15号指导案例中指出,当关联公司的人员、业务、财产等方面交叉或混同,导致各自财产无法区分,丧失独立人格时,构成人格混同。⁽¹⁰⁾在人格混同的诸多表现形态中,最本质的特征是财产混同。⁽¹¹⁾我国的法人格否认案件绝大多数都针对有限公司,且对一人公司的否认率极高;在否认的理由中,财产混同又占比最大。⁽¹²⁾一人公司受其股东控制,提供关联担保这一行为本身,将导致其变相沦为股东的“提款机”,此时因公司财产不独立而可能构成人格混同。如果一味认可一人公司关联担保的有效性,将使其成为一人公司转移财产、逃避债务的一个通道。由此一来,一人公司将承担原本不应由其承担的新的担保债务,该债务不但对一人公司而言有害无益,并将直接危及公司的其他普通债权之实现。适用一人公司的法人格否认制度与禁止一人公司关联担保的区别在于:前者的事实前提是一人公司已经履行了新的担保债务,只不过作为补救措施,由股东作为加入人共同承担一人公司的既有债务,这是以危害既有债务为代价来满足担保债务;后者则坚持了一人公司的独立地位和股东个人的自己责任,一

人公司与股东须各自承担其应负的债务。在一人公司关联担保案中,法人格否认制度并不能对债权人提供周全的保障,因此有必要否定关联担保本身的效力。

2. 债权人代位权制度

依据《公司法》第21条规定,公司的控股股东、实际控制人等不得利用其关联关系损害公司利益;否则,给公司造成损失的,应当承担赔偿责任。一人公司的股东让公司为其提供担保,符合该条“利用关联关系损害公司利益”之构成。此时,损害赔偿请求权人为该一人公司,而一人公司的债权人可依据合同法的规定主张代位权。⁽¹³⁾ 债权人援引代位权制度可否充分救济其利益呢? 其实,一人公司与股东之间是“剪不断、理还乱”的难分彼此的关系。一人公司能否积极主张赔偿,其关键还在于股东的偿债能力。如能获赔,则该股东何须舍近求远设立关联担保;若追偿未果,则表明作为债务人股东的财产已然不足,债权人再行主张代位权为时已晚。可见,在一人公司关联担保案中,债权人代位权制度亦难以有效维护公司债权人利益。

3. 其他债权保障措施

首先,担保最高额的法定化难以操作。现实中有待担保的债权额度不一而足,由法律事先限定担保的最高额度无法准确量化。即使规定一人公司担保的总额或单项担保的数额不超过其自身净资产的一定比例,也难免导致一人公司的财产因关联担保而变相地逐渐减少。其次,债权的本质是请求权,引入债权人参与制度并不能在事先预防或事后降低一人公司关联担保对债权人利益的损害,因为公司债权人根本无权阻止公司为股东提供担保。再次,债权不具有公示力和公信力,建立一人公司的担保登记与公示制度将异化债权的基本效力,混淆物权与债权二分的法理界限。即便建立一人公司关联担保的强制性信息披露制度,亦难以有效改善公司债权人的劣势处境。最后,“限制性允许说”承认法人型股东的一人公司关联担保,但否认自然人型股东的一人公司关联担保,其具体的论证理由存在两方面的偏差:⁽⁵⁾⁵¹ 一方面,《公司法》第16条第2款要求提供关联担保的公司须通过股东(大)会决议,而“限制性允许说”将一人公司为股东担保的决定权赋予一人公司之法人股东,以被担保人的股东会决议替代了作为担保人的股东会决议,有违法律规定及其立法旨意;另一方面,就对一人公司的操纵性和公司人格混同的可能性而言,法人型股东与自然人型股东并无绝对的高低或强弱之分。倘若法人型股东自身的内部治理结构不完善,亦

难免出现损害其所控股之一人公司的债权人利益之情形。

总之,《公司法》对一人公司关联担保其实持禁止态度。即使一人公司的章程对于关联担保有所规定也于事无补,一人公司因不能作出有效的股东会决议,违反了《公司法》第16条规定,故当事人对此订立的担保合同应认定为无效。若允许一人公司关联担保,则容易使其沦为股东牟利的工具,而法人格否认制度、债权人代位权制度及其他债权保障措施等救济机制均有缺陷,会导致以牺牲一人公司的债权人利益为代价而片面维护一人公司股东及其债权人利益之不良结果。

二、上市公司关联担保的规制及其效力区隔

上市公司的特点是具有公开性,其股东人数较多且富有流动性。长期以来,上市公司为大股东担保的现象屡见不鲜,甚至采取迂回担保、交叉担保的形式规避监管。⁽¹⁾²² 故而,上市公司关联担保不仅涉及中小股东利益,更重要的是关涉证券市场投资者利益。较之中小股东和债权人,证券投资者应被置于优先的保护地位,此为我国证券市场制度构建的理性选择。为有效维护投资者的利益,法律、部门规章、证券交易所的自律规则等对上市公司关联担保采取了宽严不同的规制态度和方式。

(一) 制度定型: 2005年修订《公司法》的程序控制

在2005年10月27日修订《公司法》之时,原法第60条和第214条被删除,而代之以用第16条规范公司担保事宜。这是在整体上承认公司具有提供担保的权利能力。其中,第16条第2款明确认可公司能够为其股东或者实际控制人提供担保,但在程序上要求须经股东大会决议。作为衔接条款,《公司法》第104条规定,本法和公司章程规定对外提供担保等事项必须经股东大会作出决议的,董事会应当及时召集股东大会会议,由股东大会就上述事项进行表决。《公司法》第121条还设置了特别规则,即上市公司在一年内担保金额超过公司资产总额30%的,应当由股东大会作出决议,并经出席会议的股东所持表决权的2/3以上通过。

与2005年修订后的《公司法》同时生效的是《关于规范上市公司对外担保行为的通知》(证监发〔2005〕120号,简称《上市公司对外担保通知》)。它之前的《关于上市公司为他人提供担保有关问题的通知》(证监公司字〔2000〕61号)、《关于规范上市公司与关联方资金往来及上市公司对外提供担保若干

问题的通知》(证监发[2003]56号)之中与其不一致的规定被废止。《上市公司对外担保通知》严格控制上市公司对外担保,体现了严密的“内控精神”,可谓“最严限制担保令”^①,具体表现如下:

第一,《公司法》第16条第1款规定强调了公司章程在公司对外担保事项方面的预先规划功能,但其第2款、第3款未涉及章程问题。由此形成的立法漏洞是,若章程就公司对外担保未作任何规定,公司应遵循什么样的程序,其对外担保行为方得有效?《上市公司对外担保通知》则弥补了这一立法漏洞,禁止章程保持“沉默”,要求上市公司的章程应当明确股东大会、董事会审批对外担保的权限,并规定了违反审批权限、审议程序的责任追究制度。

第二,根据《公司法》第16条、第104条,上市公司为其股东或者实际控制人提供关联担保的,只须经股东大会作出一次有效的决议即可。《上市公司对外担保通知》则要求上市公司提供关联担保须作出两次决议,即该担保议案在先行经董事会审议通过后,方可提交股东大会审批。

第三,《公司法》第16条第2款将公司关联担保的对象限定为股东和实际控制人,不包括董监高等关联方^②。在法教义学中,依据严格的语义解释,上市公司即使对董监高等关联方提供担保,亦应归类为公司非关联担保。但《上市公司对外担保通知》将《公司法》第16条第2款作了扩大解释,将公司关联担保的对象扩大至上市公司股东或实际控制人的关联方,而限于股东或实际控制人自身。

如前所述,理论与实务关于《公司法》第16条的认识分歧在于债权人有无审查义务,即使是赞同者也多限于认可其负有形式审查义务。而《上市公司对外担保通知》不但规定了银行业金融机构对上市公司关联担保履行董事会和股东大会审批程序、履行信息披露义务等情况具有“形式审查”义务,而且对上市公司的担保能力等事项具有“实质审查”义务。藉此,《上市公司对外担保通知》将完善内部控制的要求从担保人上市公司扩及债权人银行业金融机构,即从“单边控制”转变为“双边控制”。

(二) 溢出效应: 证券自律规则的严苛化

经过数十年的公司法制和证券市场交易实践,《公司法》和《上市公司对外担保通知》的公司关联担保相关规则逐渐具有了溢出效应,被证券自律规则所内化和吸收。譬如,《深圳证券交易所股票上市规则(2018年修订)》(深证上[2018]166号,简称《深交所上市规则》)在第9.1条将“提供担保”认定为“应披露的交易”,在第10.1.1条将“提供担保”界定为

“关联交易”,并在第9.11条重申:对股东、实际控制人及其关联人提供担保的,还应当在董事会审议通过后提交股东大会审议;股东大会在审议为股东、实际控制人及其关联人提供的担保议案时,该股东或者受该实际控制人支配的股东,不得参与该项表决,该项表决须经出席股东大会的其他股东所持表决权的半数以上通过。相较于《公司法》和《上市公司对外担保通知》,《深交所上市规则》对上市公司关联担保的要求更为严苛。

其一,董事会审议担保事项时的程序要求更严格。《公司法》第111条规定的董事会议事规则是对出席及同意通过的董事人数实行简单多数决(1/2)。而《深交所上市规则》要求董事会审议担保事项时应当经出席董事会会议的2/3以上董事审议同意,实行绝对多数决。但在绝对人数方面,两者的适用却可能产生不同的效果。例如某上市公司的董事会成员为6人,依据《公司法》第111条规定,出席及同意通过的董事人数均至少为4人;而依据《深交所上市规则》第9.11条第3款规定,可由4个董事出席但3人同意通过即可。两者之间的运行机制明显有异。《上海证券交易所股票上市规则(2018年修订)》(上证发[2018]20号,简称《上交所上市规则》)第9.11条第3款规定“对于董事会权限范围内的担保事项,除应当经全体董事的过半数通过外,还应当经出席董事会会议的三分之二以上董事同意”,其并未涉及股东大会权限范围内的担保事项在董事会审议阶段的相关问题。据此,若出席董事会会议的2/3以上董事人数未能超过1/2的全体董事人数,则该决议依然没有通过。

其二,关联人的范围更广泛。《公司法》第216条第4项只是对“关联关系”进行了抽象式的定义。而《深交所上市规则》第10章用22个条文,全面、具体地规制了“关联交易”。依据第10.1.5条规定,仅上市公司的关联自然人就包括:1. 直接或者间接持有上市公司5%以上股份的自然人;2. 上市公司董事、监事及高级管理人员;3. 本规则10.1.3条第1项所列法人的董事、监事及高级管理人员;4. 本条第1项、第2项所述人士的关系密切的家庭成员,包括

^① 有学者批评《上市公司对外担保通知》突破了《公司法》的界限和基本规则,是越权规定。但若将其理解为加强内控机制的行政监管措施,而非商事交易的私法规范,则具有合理性和合法性基础。参见李金泽《〈公司法〉有关公司对外担保新规定的质疑》,《现代法学》2007年第1期。

^② 对于董事提供关联担保的问题,有学者建议纳入董事注意义务体系中予以规范。参见容纘《我国上市公司关联担保的立法规制与完善》,《法律适用》2005年第5期。

配偶、父母及配偶的父母、兄弟姐妹及其配偶、年满18周岁的子女及其配偶、配偶的兄弟姐妹和子女配偶的父母;5.中国证监会、本所或者上市公司根据实质重于形式的原则认定的其他与上市公司有特殊关系,可能造成上市公司对其利益倾斜的自然人。《上交所上市规则》第10.1.5条与之基本相同。显然,《深交所上市规则》和《上交所上市规则》中的“关联人”(包括关联自然人和关联法人)具有特定的内涵和外延,而异于《上市公司对外担保通知》中的“上市公司股东或实际控制人的关联方”。作为自律规则,《深交所上市规则》和《上交所上市规则》不仅突破了《公司法》第16条第2款所规定的公司关联担保的对象范围,亦超越了《上市公司对外担保通知》所规定的对象范围。当然,此种一而再、再而三的“画地为牢”之举,恐有过度干预交易自由之嫌^①。

正是借助《上市公司对外担保通知》《深交所上市规则》和《上交所上市规则》严密、系统的规整,《公司法》第16条第2款和第3款的落实已臻极致状态。一方面,上市公司对债权人负有提交相关材料的义务,其在办理贷款担保业务时应向银行业金融机构提交公司章程、该担保事项的股东大会决议原件、刊登该担保事项信息的指定报刊等材料。另一方面,债权人对上市公司违法关联担保的善意通常难以成立。上市公司关联担保经股东大会审议批准的,必须在中国证监会指定的报刊上及时披露股东大会决议、截止信息披露日上市公司对外担保总额、上市公司对控股子公司提供担保的总额等信息,这使得债权人没有借口自称对此不知情。

(三) 内外有别:上市公司关联担保的效力区隔

实践中,上市公司违法关联担保的情形极为罕见,基本上处于“事实上不能”的状态。即使偶有发生,但也会旋即被核查,违法成本较高。如湖南千山制药机械股份有限公司因违反规定程序对外提供关联担保,很快被湖南证监局采取出具警示函,并记入中国证监会诚信档案^②,这致使该公司的商誉和市场估值降低,对其他上市公司具有震慑作用。

根据《民法典》第153条规定,《上市公司对外担保通知》《深交所上市规则》和《上交所上市规则》不属于法律或行政法规,不得据以判断上市公司关联担保有效与否。判断上市公司关联担保行为之效力的基本依据,仍然在于《公司法》第16条、第104条、第121条。规制上市公司关联担保的主要手段,不是进行实体法上的效力限制或彻底否认,而是应遵循关联交易的程序要件,履行严格的审批与披露程序。⁽¹⁴⁾ 117-121

国内影响较大的上市公司违法关联担保诉讼案件是“陈双培诉林文智、林云燕、冠福股份民间借贷纠纷案”。该案的基本事实为:冠福控股股份有限公司的控股股东林文智在未经公司董事会同意下,擅自以公司名义与自己和林云燕作为共同借款人,向陈双培借款。冠福控股股份有限公司未履行正常审批决策程序,就在担保函、保证合同等法律文件上加盖了公章。对于此案,法院认定,上市公司作为违规担保人须履行还款职责^③。有法官认为,公司关联担保未经股东会决议的,不宜笼统认定该担保无效;但上市公司关联担保未经股东大会决议同意的,属于重大违规行为,侵害了众多投资者利益,应当认定无效。⁽¹⁵⁾ 还有学者主张,公司担保违背章程规定或内部决议程序的,从倡扬诚实守信的商业文化、审慎处分公司资财、保护多元法益的角度,应一律认定担保无效。⁽¹⁶⁾ 实际上,上市公司违法违规关联担保并不必然导致担保合同无效的私法效果。公司内部作出的担保决议与公司对外签署的担保合同的效力认定不得一体化处理,而须“内外有别”,分别确定其效力^④。我国《民法典》第61条第3款规定“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。”该条款即采纳了“内外有别”的立法策略。在内部,除了上述案件中出现的公司担保决议不成立的情形^⑤,公司担保决议的效力瑕疵状态还包括无效或可撤销。需注意的是,公司决议不成立不属于公司决议效力的瑕疵,因为公司决议是否成立为法律事实判断问题,但公司决议是否具有瑕疵则为法律价值判断问题。而在外部,依据《民法典》第85条规定,即使人民法院应营利法人的出资人之请求撤销了公司决议,但是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。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)》第6条也

① 有学者深刻地指出“在长期的行政管制下,交易所的自律管理与行政权力之间,出现了制度层面的‘路径依赖’。……在这种‘相互强化’‘相互依赖’的制度路径中,交易所丧失独立性、自主性,自律管理失去本来面目、异化变质,也就理所当然了。”卢文道《证券交易所自律管理论》,北京大学出版社2008年版,第173页。

② 参见湖南证监局《关于对湖南千山制药机械股份有限公司采取出具警示函措施的决定》(行政监管措施决定书(2018)8号)。

③ 参见福建省德化县人民法院(2018)闽0526民初3870号民事判决书。

④ 详细的论证,参见曾大鹏《公司越权对外担保的效力研究——基于法律解释方法之检讨》,《华东政法大学学报》2013年第5期。

⑤ 参见(德)格茨·怀克、克里斯蒂娜·温德比西勒《德国公司法》,殷盛译,法律出版社2010年版,第548-558页〔日〕山本为三郎《日本公司法精解》,朱大明、陈宇、王伟杰译,法律出版社2015年版,第143-149页。

规定,股东会或者股东大会、董事会决议被人民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。此即体现了保护交易安全的商事外观主义法理。基于债权人主观上的善意和商事外观主义原理,适用表见代理或表见代表制度,担保合同的效力亦得为有效。

三、担保公司关联担保的禁止及其理性回归

担保公司关联担保的特点在于,担保人是依法设立的拥有融资担保业务经营许可证的特殊类型公司(本文将融资性担保公司或融资担保公司等统称为“担保公司”)。针对融资担保,我国陆续出台了大量相关的行政法规、部门规章和地方规范性文件^①。其中2010年《融资性担保公司管理暂行办法》(简称《担保公司管理办法》)第30条禁止融资性担保公司为其母子公司提供融资性担保^②。而2017年《融资担保公司监督管理条例》(简称《担保公司管理条例》)第17条第1款规定“融资担保公司不得为其控股股东、实际控制人提供融资担保。”^③可见,禁止担保公司提供关联担保的立场未予彻底纾解,只是其对象从“母公司或子公司”转变为“控股股东、实际控制人”。需要探讨的是,《担保公司管理条例》第17条第1款是效力性强制规范抑或管理性强制规范,担保公司违反该条款签订的关联担保合同是否有效?该条款有无合理性基础?

(一) 规范位阶与规范性质

《民法典》第153条规定,违反法律、行政法规强制性规定的合同无效。在司法实践中,最高人民法院借助其不断出台的司法解释和意见,细化了对该规定的理解,⁽¹⁷⁾如《合同法解释一》第4条限定了“违法无效”之“法”为全国人大及其常委会制定的法律和国务院制定的行政法规,排除了地方性法规和部门规章;《合同法解释二》第14条将“强制性规定”界定为“效力性强制性规定”;《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》(简称《民商事合同指导意见》)第15条不仅明确区分了“效力性强制规定”和“管理性强制规定”,而且明确规定,违反效力性强制规定的合同无效,违反管理性强制规定的应当根据具体情形认定其效力。

《担保公司管理条例》由国务院通过并公布,属于行政法规。仅从法源的规范位阶可作出初步的判断:《担保公司管理条例》第17条第1款属于《民法典》第153条意义上“违法无效”之“法”。而在规范属性方面,《担保公司管理条例》的名称中带有“管理”一词,其第1条开门见山,直陈立法旨意是“支持

普惠金融发展,促进资金融通,规范融资担保行为,防范风险”。并且,《担保公司管理条例》第17条第1款的虚词“不得”表明该规范是强制性规范,此类规范不允许担保公司以任何方式修正。故依语义解释,《担保公司管理条例》第17条第1款是管理性强制规定。《公司法》第16条作为其上位法^④,是《民法典》第153条意义上的“强制性规定”。

对于担保公司关联担保,《担保公司管理条例》第17条第1款在实体上呈现出绝对禁止的极端态度,这明显有悖于《公司法》第16条第2款。实际上,关联担保本身是中性的,其在隐含被内部人滥用之风险的同时,亦具有降低交易成本、增进效率等优势。因此,《公司法》尊重公司自治,即使对为公司股东、实际控制人提供关联担保这样的“重灾区”也是网开一面,不作实体限制,而是重视程序的“过滤”作用。

(二) 体系解释、法益权衡与合同效力

从表面上看,《合同法解释二》第14条认定合同效力的标准清晰,即违反效力性强制规定的合同无效。但此前的《合同法解释一》第10条规定,违反国家限制经营、特许经营以及法律、行政法规禁止经营等规定的合同无效。公司的经营范围属于企业的工商登记管理事项,相关立法应属主体方面的管理性强制规定,违反《合同法解释一》第10条中此类管理性强制规定的合同亦为无效。而《民商事合同指导意见》第15条建立在效力性与管理性规定二元区分的认知基础上,提出违反管理性强制规定的,应当“根

① 在《融资性担保公司管理暂行办法》(银监会等七部委令(2010)第3号)颁行之后,监管部门又发布了《融资性担保公司董事、监事、高级管理人员任职资格暂行办法》(银监令(2010)6号)、《融资性担保机构经营许可证管理指引》(银监发[2010]77号)、《融资性担保公司治理指引》(银监发(2010)99号)、《融资性担保公司信息披露指引》(银监发(2010)100号)、《融资性担保公司内部控制指引》(银监发(2010)101号)、《关于规范融资性担保机构客户担保资金管理的通知》(融担担保发(2012)1号)等部门规章。

② 关于废除《担保公司管理办法》第30条的详细论证,请参见陈政《论融资性担保公司之关联担保——兼评〈公司法〉与〈融资性担保公司管理暂行办法〉相关规定的冲突》,《信阳师范学院学报(哲学社会科学版)》2014年第5期。

③ 为配合《融资担保公司监督管理条例》(国务院令第683号)的实施,2018年4月2日,中国银行保险监督管理委员会不仅发布了自成立以来的第一号文《关于印发〈融资担保公司监督管理条例〉四项配套制度的通知》(银保监发(2018)1号),而且联合印发了《融资担保业务经营许可证管理办法》《融资担保责任余额计量办法》《融资担保公司资产比例管理办法》《银行业金融机构与融资担保公司业务合作指引》等四项配套制度。

④ 我国《立法法》第88条规定“法律的效力高于行政法规、地方性法规、规章。行政法规的效力高于地方性法规、规章。”据此,《公司法》第16条的效力高于《担保公司管理条例》第17条,而《担保公司管理条例》第17条的效力高于《担保公司管理办法》第30条。

据具体情形”认定其效力,由此显现效力认定并非泾渭分明,二元区分架构于此轰然坍塌。在经营范围方面,担保公司以提供担保为业,担保业恰恰是国家特许经营的业务。即便担保公司提供关联担保,亦未逾越其经营范围。故而,依据《民法典》第153条、《合同法解释一》第4条和第10条以及《合同法解释二》第14条规定进行体系解释,均难以认定担保公司违反《担保公司管理条例》第17条第1款规定而提供的关联担保合同无效。结合《公司法》第148条和《民法典》第153条进行体系解释,其基本结论依然如此。依据《公司法》第148条第1款第3项和第2款规定,董事、高管违反公司章程的规定,未经股东(大)会或董事会同意,以公司财产为他人提供担保的,其担保行为并非无效,只是须将其违法所得收归公司所有。该条款虽是直接针对《公司法》第16条第1款的反面规定,但对第16条第2款的关联担保案型也可参照适用。我国《民法典》第153条第1款规定“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。”《民法典》为简化理论,避免繁琐,对“强制性规定”不再做具体的类型细分^①,承认合同效力认定的复杂性和多样性,并明确规定违反强制性规定并不必然导致合同无效。

由于体系解释难以推导出清晰、一致的结论,故而有学者开始摆脱上述形式的二元区分架构所制造的困境,提出了一系列用以判断合同效力的实质标准^②。苏永钦教授指出,当立法者明确禁止性规定是否影响私法行为的效力时,应依法益权衡的方法代替立法者为价值补充,即应先考虑该规定所要保护的法益与法律行为本身涉及的法益(交易安全、信赖、当事人自主等)是否属于同一层次。如果保护法益仍应给予较高评价时,则应认定法律行为无效;法益权衡的结果相当或有疑义的,亦应认定法律行为违法无效。⁽¹⁸⁾⁴⁴⁻⁴⁵循此评价法学的路径,在具体的操作上,可分如下步骤:

第一,《担保公司管理条例》保护的法益之发现。为配合该条例第1条的规范意旨,其第3条规定“融资担保公司开展业务,应当遵守法律法规,审慎经营,诚实守信,不得损害国家利益、社会公共利益和他人合法权益。”该条例首先保护的是担保业务领域的国家利益,而将社会公共利益置于第二位,将担保交易主体的私人利益置于第三位。较为微妙的是,该第3条将法律与法规等量齐观,且未将法规区分为行政法规和地方性法规。

第二,《担保公司管理条例》第17条涉及的法益

之发现。担保公司关联担保案型中,大致存在担保公司本身的利益、被担保关联方的利益、被担保关联方的债权人的利益、担保公司债权人的利益。

第三,各种法益的权衡。一方面,控股股东或实际控制人如果操纵担保公司为其提供担保,显然会损害担保公司的利益并最终殃及担保公司债权人的利益。担保公司只有依据《公司法》第16条独立作出有效的股东(大)会决议,以程序公正来保障实体正义,则无损害担保公司及其债权人利益之虞。另一方面,《担保公司管理条例》第17条未指明除控股股东、实际控制人之外“关联方”的范围。譬如,担保公司与其子公司之间虽然存在关联关系,但担保公司为其子公司提供担保的,子公司难以操纵担保公司作出股东(大)会决议,担保公司仍然具有独立人格与自由意志,并不属于《公司法》第16条第2、3款规制范围内的关联担保。另外,《担保公司管理条例》第17条第1款第2句要求“为其他关联方提供融资担保的条件不得优于为非关联方提供同类担保的条件”;倘若为其他关联方提供融资担保的条件优于为非关联方提供同类担保的条件,则相关担保合同是有效、无效抑或可撤销?对此《担保公司管理条例》第17条未予考虑。依据《担保公司管理条例》第40条规定,担保公司违法违规关联担保的法律后果为责令限期改正、没收违法所得、责令停业整顿或吊销融资担保业务经营许可证,它们均为行政责任而非民事责任,这实际上也间接肯定了符合《公司法》第16条的关联担保合同的有效性,而不得依据《担保公司管理条例》第17条规定直接判定担保公司关联担保合同无效^③。

(三) 理性回归:从实体性禁止到程序性限制的转型

上述分析表明,无论是基于形式抑或实质的评价要点,《担保公司管理条例》第17条均难以顺利通过“违法无效”的检验之门,继而引发该条的存废问题。

① 参见李适时主编《中华人民共和国民法总则释义》,法律出版社2017年版,第481页;沈德咏主编《〈中华人民共和国民法总则〉条文理解与适用》(下),人民法院出版社2017年版,第1019页。

② 参见黄忠《违法合同的效力判定路径之辨析》,《法学家》2010年第5期;刘凯湘、夏小雄《论违反强制性规范之合同效力》,《中国法学》2011年第1期;王利明《论无效合同的判断标准》,《法律适用》2012年第7期。

③ 在“长沙市天心区同发小额贷款有限公司(以下简称同发小贷公司)与湖南海天融和信用担保有限公司(以下简称海天担保公司)、刘爱平等民间借贷纠纷案”中,一审、二审法院均依据《公司法》第16条规定来认定海天担保有限公司为其大股东杜超提供担保时是否按照法律规定经过了公司内部决策,而未适用《担保公司管理办法》。参见湖南省长沙市中级人民法院(2014)长中民二终字第05698号民事判决书。

笔者认为,由于禁止担保公司关联担保的动因已经削弱,为顺应国内及比较法上公司对外担保的一般法理,我国应放弃不合时宜的实体性禁止,强化担保公司关联担保的程序性限制。《担保公司管理办法》第17条禁止担保公司为其控股股东、实际控制人提供关联担保的动因是多方面的,但其要者有二:一是与我国上市公司连环担保、互相担保的乱象有关。上市公司对外融资担保中最为活跃的形式是上市公司直接控股担保公司,并利用担保公司为关联企业担保。⁽¹⁹⁾融资性担保业务监管部际联席会议也曾警示:“有的投资人通过其他公司代持股份的方式跨区域设立若干家担保机构掩盖其实际控制人身份,这些关联担保公司之间存在着复杂的业务往来关系,还与其实际控制人的关联企业在账外开展了大量关联交易。”^①《融资担保公司证券市场担保业务规范》(中证协发〔2016〕11号)基于保护投资者的合法权益和社会公共利益,其第8条规定“担保公司会员及其实际控制人、董事、监事、高级管理人员及其他担保从业人员应当自觉抵制不正当交易和商业贿赂行为。”二是为了避免系统性的金融风险。担保公司的业务范围包括借款担保、发行债券担保、投标担保、工程履约担保、诉讼保全担保等,担保公司经营之成败,会产生“蝴蝶效应”,直接或间接影响金融秩序之稳定。但目前第一方面的问题通过上市公司关联担保的严密规则已经得到有效遏制,第二方面的问题则通过强化担保公司关联担保的程序性限制开始逐步解决。

以实体立法的形式禁止关联担保,此类立法在国内较为罕见,唯有《证券法》第130条第2款禁止证券公司为其股东或者股东的关联人提供担保^②。《证券法》作为证券市场基本法,其立法地位和宗旨决定了它的核心制度设计是信息披露制度,而不是关联担保制度。但信息披露属于间接规制,对于关联担保行为采取间接规制的方式显然难以防范不公允关联担保之发生,因此《证券法》直接禁止证券公司的关联担保。而担保公司关联担保并不具有这种风险性和危害性,故不宜将二者等视之。

比较法上,早期美国普通法区分以专门向他人提供担保而收取费用的公司和普通商事公司,一般认定前者为他人债务提供担保的做法有效;对后者而言则是越权行为,但该原则后来逐渐被制定法或司法判决改变。⁽²⁰⁾⁷³《美国标准商事公司法》(2002年修订)第3.02节第5项、第7项规定,除非公司章程另有规定,所有公司享有抵押、质押以及用其他方法处置全部或部分财产的权力;公司有权出具保证书。⁽²¹⁾³¹目前,《美国标准商事公司法》的这些规定已被美国多

数州立法所采用,即原则上允许任何类型的公司提供担保,而不再区分担保公司和非担保公司。譬如《特拉华州普通公司法》第272条规定“除章程大纲另有不同规定的以外,公司资产的抵押或者质押不必经过股东的授权或者同意。”⁽²²⁾¹⁶³2006年颁布的《英国公司法》(2013年修订)第859A条规定,除该条第6款的限制之外,公司可以依法设立抵押;公司或任何利害关系人根据第859D条向公司登记官提交一份该项抵押的“详情声明”之后,公司登记官有义务登记该项抵押;根据第859H条,如果一项抵押未经登记,该项抵押对于公司清算人、管理人或者债权人而言是无效的。^{(23)703-707,709,715}《法国商法典》第L223-21条第1款、第2款禁止对作为公司股东的法定代表人及其配偶、直系血亲以及任何中间人提供担保,但该条第3款规定“如果公司经营的是一家金融机构,上述禁止规定不适用于正常条件下开展此种商务活动的日常业务。”^③日本《公司法》原则上并未限制公司对外担保,其第356条规定公司为董事担保时,董事须在股东大会上就该交易公开重要事实并取得其同意。⁽²⁴⁾¹⁵²由此可见,虽然上述各国对公司关联担保的态度不尽相同,但一般允许担保公司关联担保。

认可担保公司关联担保的能力,可以促进多方主体之间的利益平衡。依据我国《担保公司管理条例》第16条和第17条第2款,担保公司对同一被担保人及其关联方的担保责任余额与担保公司净资产的比例不得超过15%,且担保公司为关联方提供融资担保的,应当自提供担保之日起30日内向监督管理部门报告,并在会计报表附注中予以披露。这一系列的额度限制、时间限制及信息披露要求,强化了担保公司关联担保的程序正义,可以有效防范不公的关联担保,而因担保公司关联担保致使严重危及担保公司

① 参见《关于部分融资性担保机构违法违规经营的提示和开展风险排查的函》(融资担保函〔2012〕3号);《关于警惕担保机构违法违规经营的风险提示函》(融资担保函〔2011〕4号)。

② 《证券投资基金法》第73条规定,基金财产不得违反规定被用于向他人提供担保。《创业投资企业管理暂行办法》第13条规定“创业投资企业不得从事担保业务”;《政府出资产业投资基金管理暂行办法》第26条规定“政府出资产业投资基金不得为企业提供担保,但为被投资企业提供担保的除外”;《政府投资基金暂行管理办法》第12条规定“政府投资基金在运作过程中不得从事融资担保以外的担保、抵押等业务”。上述金融领域的担保立法应理解为管理性强制规定,但其法律态度复杂多变,法理依据不明。

③ 参见《法国商法典》(上册),罗结珍译,北京大学出版社2015年版,第220-221页。《法国商法典》第L223-21条第1款还规定“违反此项禁止规定的行为无效”,明确了无效的私法效果。德国的商法典未规定公司担保问题,但《德国股份法》第89条允许公司向其关联公司和董事提供贷款,依据“举重以明轻”的原理来推断,公司应可为其关联公司(包括法人股东)提供担保。参见《德国商事公司法》,胡晓静、杨代雄译,法律出版社2013年版,第104-105页。

正常经营、偿付能力和资信水平,影响地区金融秩序和社会稳定之概率^①,亦将大幅降低。显然,禁止担保公司关联担保的立法意图并不合适,也注定难以取得良好效果。《担保公司管理条例》第17条第1款逾越了《公司法》第16条的一般法理,实为过犹不及,故笔者建议删除该条款。

四、结论——兼评《公司担保解释稿》

在规范体系中,《公司法》第16条作为“总则”条文,是公司担保的一般条款,其立法目的和规范意旨在于承认公司担保的行为能力,而不论公司提供的是关联担保抑或非关联担保,藉此对公司担保的效力评价奠定了一致性的实证法基础。作为法律术语,公司关联担保与公司非关联担保是并列的平行关系。但在法律适用中,《公司法》第16条第1款与第2款、第3款之间是一般与特殊的关系。该条第2款、第3款所涉的公司关联担保是否需要由章程加以规定,章程中规定的担保限额的效力如何等等,是与公司非关联担保相同的事项,应类推适用该条第1款。而它们之间不同的事项是股东(大)会的分工和表决权的回避。《公司法》第16条的内部规范体系呈现出复杂结构,规范事项之间存在区分与耦合的交错情形。在规范性质上,《公司法》第16条应识别为内部管理性强制规定,不得据此直接认定担保合同无效^②。质言之,《公司法》第16条第2款和第3款是最低限度程序性强制规定,而未明文实体性禁止公司关联担保。故在效力认定时,公司提供关联担保的内部决议行为与外部合同行为应“内外有别”,公司章程或决议对公司关联担保事项的限制不得对抗善意的债权人。

综观公司担保的规范体系及其价值理念,公司关联担保的三大类型及其规制效力大相径庭。基于维护一人公司债权人利益,经由对“残缺式体系违反”型法律漏洞采取“类型化的目的性限缩”方式填补法律漏洞,可以证成对一人公司应予禁止提供关联担保,一人公司关联担保处于“法律上不能”之状态。而为保护证券投资者利益,上市公司关联担保的诸多规则异常严苛,上市公司违法关联担保几乎已在萌芽状态就被消除,基本处于“事实上不能”之状态。行政规章和地方立法中禁止担保公司关联担保诚非所

宜,无论是基于形式抑或实质的评价要点,《担保公司管理条例》第17条第1款均无法经受理性检验,故应废除该条文,转向强化担保公司关联担保的程序正义之要求。

故而,在解释论意义上,《公司担保解释稿》亟需完善之处在于:(一)针对一人公司关联担保,《公司担保解释稿》第8条细分为对股东的关联担保和对实际控制人的关联担保,其第1款坚持了一人公司关联担保绝对无效的立场,而其第2款增加了“相对人在订立担保合同时,知道或者应当知道公司系为其实际控制人提供担保”的主观恶意要件。此种规定并不妥当,对一人公司关联担保并无进一步类型化且差异化处理之必要。(二)关于上市公司关联担保,《公司担保解释稿》第5条第2款后段以“除书”的形式作了简单规定,但由于该条款前段所构建的非上市公司关联担保的相关法律事实根本不可能存在,致使《公司担保解释稿》第5条毫无实用价值。因为,无论非上市公司抑或上市公司提供关联担保,符合《公司法》第16条第2款是适用该条第3款的前提和基础;既然公司未按照《公司法》第16条第2款作出股东(大)会决议,则《公司担保解释稿》第5条第2款前段第2句及第3句之中所谓的回避表决、表决权过半数皆为无稽之谈。(三)至于担保公司关联担保,《公司担保解释稿》第12条第1款规定“以为他人提供担保为主营业务的公司开展的担保业务……不适用本解释”;而其第2款旋即改变立场,规定“融资担保公司依法为其股东提供担保的,适用本解释”,这前后之间明显存在逻辑矛盾。因为,融资担保公司恰恰是以为他人提供担保为主营业务的专门性公司,而对其所提供的关联担保应持许可态度。

① 参见《融资性担保机构重大风险事件报告制度》(银监发〔2010〕75号)和《担保公司管理条例》第34条。

② 近年来,最高人民法院持此类观点的判决渐多,如(2017)最高法民申1475号民事判决书、(2016)最高法民申1692号民事判决书、(2016)最高法民终271号民事判决书。

参 考 文 献

(1) 曹士兵. 公司法修订前后关于公司担保规定的解读[J]. 人民司法, 2008, (1): 22-28.

(2) 姜旭阳. 一人公司为股东担保的效力[J]. 人民司法, 2010, (4): 76-78.

- (3) 杨青贵. 刍议一人公司为股东担保问题及其法律规制 (J). 理论月刊, 2012, (11): 116 - 120.
- (4) 杨宏芹, 胡威. 一人公司为股东提供担保法律制度研究 (J). 特区经济, 2011, (12): 131 - 133.
- (5) 吴飞飞. 自由与限制——一人公司为股东担保的法律规制 (J). 山东科技大学学报(社会科学版), 2011, (6): 47 - 52.
- (6) 何廷财, 杨镇宇. 一人公司特殊担保的法律效力探析——以司法审判和经济活动中的需求为视角 (J). 金融法苑, 2011, (2): 103 - 116.
- (7) 黄茂荣. 法学方法与现代民法 (M). 北京: 法律出版社, 2007.
- (8) [德] 卡尔·拉伦茨. 法学方法论 (M). 陈爱娥, 译. 北京: 商务印书馆, 2003.
- (9) 王泽鉴. 法律思维与民法实例——请求权基础理论体系 (M). 北京: 中国政法大学出版社, 2001.
- (10) 王军. 人格混同与法人独立地位之否认——评最高人民法院指导案例 15 号 (J). 北方法学, 2015, (4): 43 - 48.
- (11) 李建伟. 公司法人格否认规则在一人公司的适用 (J). 求是学刊, 2009, (2): 74 - 80.
- (12) 黄辉. 中国公司法人格否认制度实证研究 (J). 法学研究, 2012, (1): 3 - 16.
- (13) 郑仲超. 一人公司为股东提供担保的效力及规制 (J). 金融法苑, 2016, (1): 10 - 18.
- (14) 信公咨询. 上市公司典型违规案例剖析(2016 年度) (M). 上海: 上海财经大学出版社, 2017.
- (15) 宋晓明. 关于商事审判若干疑难问题的思考 (N). 人民法院报, 2010 - 09 - 01(7).
- (16) 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.
- (17) 朱庆育. 《合同法》第 52 条第 5 项评注 (J). 法学家, 2016, (3): 153 - 174.
- (18) 苏永钦. 私法自治中的经济理性 (M). 北京: 中国人民大学出版社, 2003.
- (19) 范卫锋. 上市公司缘何钟情担保业 (N). 证券时报, 2002 - 12 - 19(3).
- (20) Ronbert W. Hmaltion. The Law of Corporation (M). 北京: 法律出版社, 1999.
- (21) 最新美国标准公司法 (Z). 沈四宝, 编译. 北京: 法律出版社, 2006.
- (22) 特拉华州普通公司法(最新全译本) (Z). 徐文彬, 戴瑞亮, 郑九海, 译. 北京: 中国法制出版社, 2010.
- (23) 英国 2006 年公司法 (Z). 葛伟军, 译注. 北京: 法律出版社, 2017.
- (24) 新订日本公司法典 (Z). 王作全, 译. 北京: 北京大学出版社, 2016.

(本文责任编辑 焦和平 肖新喜)