

公司对外担保制度的规范逻辑解析

——从《公司法》第16条属性认识展开

甘培忠 马丽艳*

摘要：关于公司担保诉讼问题多年来意见不一，盖源于司法部门和社会各界对《公司法》第16条规范的认识有差异，对公司体制下法定代表人的代表权及公司公章的应用事项范围见解相悖，合同法、担保法及其司法解释交叉影响，出现了法律规范的适用冲突。《全国法院民商事审判工作会议纪要》（以下简称《九民纪要》）援引表见代表这一商法理论工具解决了统一裁判标准的问题，且与《民法典》规定保持一致，消弭了法律规定的冲突，价值无量。《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《民法典担保解释》）吸收延续了大部分规则。但其中细化的问题、衍生的问题仍然存在和发酵，特别是当下《公司法》修订在即，其第16条如何在吸收相关司法文件的规定后内容更加清晰、约束范围更加明确，是我国公司法学界、法律实务部门共同面临的问题，研究尚需深入。

关键词：公司担保 法定代表人越权代表 审查义务

引言

公司对外提供担保一般不是其常态化经营业务之一。但公司是商业社会的主力成员，在资源融通和交易交往寻求依赖的市场体系中公司担保又是必不可少的商业活动事项，如同公司需要借钱融资一样。在股东有两人以上的复合型公司中，

由法定代表人签字或加盖公章对外担保，势必给其他股东带来不确定的风险。因此，公司法需要设计一种制度约束恣意担保行为。2005年修订的《公司法》中第16条虽然终结了旧公司法时代对公司担保能力的质疑，^{〔1〕}但该条款本身又引申出一系列新的问题。长期以来，围绕公司法定代表人越权签署的担保合同效力争议一直悬而未决，

* 甘培忠，兰州大学法学院教授，法学博士；马丽艳，兰州大学法学院博士研究生。

〔1〕 1993年《公司法》第60条第3款规定：“董事、经理不得以公司资产为本公司股东或者其他个人债务提供担保。”有学者主张该规定旨在说明公司不具备对外担保能力，见张平：《对〈公司法〉第60条和〈担保法〉解释第4条的解读》，载《法学》2003年第3期；另有学者认为，该规定只是限制董事、经理代表公司对外担保，并未否认公司具备对外担保能力，见张迪忠：《有限责任公司对外担保的效力认定》，载《法律适用》2009年第10期。

理论研究观点林立、歧见丛生。^{〔2〕} 2019 年公布的《九民纪要》坦诚，关于公司为他人提供担保的合同效力问题，审判实践中的裁判尺度不统一进而影响司法公信力，因此有必要予以规范。其第 17 条至第 23 条一锤定音，拨开了笼罩在公司担保问题上的层层迷雾，将解决这一难题的出路剖析为以下一般规则：第一，违反《公司法》第 16 条的行为构成越权担保，担保合同效力应依据合同法表见代表规则处理；第二，担保合同的相对人应负担必要形式审查义务，否则须承担合同无效的责任。其实，《九民纪要》确立的上述审判思路并非凭空得来，而是对《公司法》第 16 条规范解读的应有之义，相较于其他裁判进路，其更加符合《公司法》的立法精神与公司自治理念。随着司法层面对公司担保问题的见解渐趋一致，我国《公司法》修订时也应重新聚焦公司担保制度，除将司法共识纳入立法序列之外，还应在公司内部治理规则方面进一步规范公司对外担保，遏制越权担保乱象。

一、公司担保制度的现有规则与实践现状

（一）公司担保制度规范体系概要

我国 1993 年出台的《公司法》曾对公司担保作出相对较为严苛的规定，立法者试图通过限制公司董事、经理权力的方式防止个别股东或社会个人利用控制权、人情关系或者私人利益交换将公司拖进担保泥潭，此乃保护公司生存状态与资产完整性的无奈之举。^{〔3〕} 进入 21 世纪以来，我国市场经济秩序逐步建立，公司为寻求更广阔的发展空间而致力于融资，其中对外担保便是获

得融资的有效手段之一，因此纵然公司担保有着天然的缺陷和巨大的风险，^{〔4〕} 公司法立法也不得不对其放松管控，授权公司自主决定对外担保事宜。2005 年修订的《公司法》设置 4 个法条（第 16 条、第 105 条、第 122 条、第 149 条）构成公司对外担保制度规范体系，其中第 16 条是核心所在。

从条文设置来看，第 16 条共分为 3 款，分别规制公司对外担保的两种情形，即在一般担保中，公司担保由章程决定，担保决议应由董事会、股东（大）会作出，且对外担保数额应受公司章程限制；而在关联担保中，有权作出担保意思的机构仅为股东（大）会，且与该担保有关联的股东不得参与表决。然而，《公司法》第 16 条缺少法律后果要件，致使该条款为不完全性法条，违反该规范的法律后果只能从其他条文中寻找。

（二）公司担保争议的司法裁判进路

笔者在“中国裁判文书网”以“公司法第 16 条”为关键字检索，发现自 2010 年起共有 1671 份民事法律文书援引该条款作出裁判，^{〔5〕} 可见涉及公司担保的诉讼数量之多。我国较为典型的公司担保裁判案例还要追溯至 2000 年最高人民法院审理的“中福实业公司担保案”，该案中法官根据旧《公司法》第 60 条第 3 款限制公司董事、经理权力的规定作出反面解释：公司董事、经理、董事会无权决定公司为股东担保，除非公司章程对此有明确授权或经过股东大会同意此项担保，^{〔6〕} 该裁判要旨成为《公司法》第 16 条形成的推动力之一。2005 年《公司法》修订之后，公司担保诉讼增多，第 16 条规范在司法适用中遭遇多重解读。其一，以该条款的规范属性确定担保合同效力，即以该条款为管理性规范而肯定担保

〔2〕 针对公司越权担保合同效力问题，理论研究主要有三种解释路径：第一，规范性质识别说，即从《公司法》第 16 条的规范性质入手，判断其是否属于《合同法》及《合同法司法解释二》中的效力性强制规范，若属于则违反此规定的合同无效，反之则有效；第二，代表权限制说，即主张《公司法》第 16 条是对法定代表人权力的法定限制，违反此限制的代表行为或归于无效或不生效力或因一般担保和关联担保不同而效力各异；第三，内部限制说，即认为公司担保意思形成属于内部事务，相对人一般对此并无审查之义务，因此除公众公司的关联担保外，不宜笼统认定越权担保订立的合同无效。见周伦军：《公司对外提供担保的合同效力判断规则》，载《法律适用》2014 年第 8 期。

〔3〕 甘培忠：《公司法适用中若干疑难争点条款的忖度与把握》，载《法律适用》2011 年第 8 期。

〔4〕 郭志京：《中国公司对外担保规则特殊性研究——兼论民法商法思维方式的对立统一》，载《当代法学》2014 年第 5 期。

〔5〕 最后检索时间为 2021 年 2 月 10 日 0 时。

〔6〕 案号：(2000)经终字第 186 号民事判决书。

合同效力或以该条款为效力性规范而否定担保合同效力；其二，以该条款为内部程序规范而否认公司章程的对世效力，割裂该条款与担保合同效力的牵连关系；其三，以该条款旨在为规制法定代表人越权行为而将合同效力判断过渡到表见代表规则上。2019年11月公布的《九民纪要》为统一审判思路，选择上述第三种裁判路径，将公司担保难题进一步推进至相对人审查义务判断上来。《民法典担保解释》则进一步修正公司担保诉讼的审判规则，尤其为上市公司对外担保合同效力判断提供新的裁量基准。

二、公司担保制度的核心：《公司法》第16条本义深读

（一）《公司法》第16条的规范属性辨析

理论研究者对第16条的规范属性有着以下疑惑：该条是否均属于强制性规范？若属于强制性规范，则其究竟为效力性规范抑或是管理性规范？其实第16条的规范属性辨析还要从其立法背景谈起。在《公司法》修订阶段，出于“公司为他人提供担保，可能给公司财产带来较大风险，需要慎重”^{〔7〕}的考量，第16条便作为法律的“慎重”之举应运而生，且放在总则部分统领全局。立法者对第16条的期望并非是放宽对公司董事、经理权力的限制，而是将公司担保这样一份风险与机遇并存的事务交由公司自主决定，以公司章程或有权机构的决议保障其在不损害公司利益的正常轨道上运行。因此，从旧公司法时代的“绝对禁止”到新公司法的“程序性控制”，公司担保制度的立法宗旨虽然循着公司自治化方向演进，但绝非是径直滑落至放任程度，因此将第16条解读为赋权性规范或是民法思维下的管理性规范是不恰当的。

在我国民商合一的立法体例背景下，虽然以

公司法为首的商事法律规范不得不借助民法概念与理论搭建自身规则体系，但并不意味着商事法律规范就因此丧失其独立性，^{〔8〕}尤其是公司法这样的特别组织法，其在调整对象和调整方法上的特殊性不可能一概被民法规则所覆盖。长期以来，众多公司法学者为合同法规则所裹挟，从合同法及相关司法解释的立场出发，将强制性法律规范肢解为效力性规范和管理性规范，进而从第16条的规范属性中直接推导出担保合同效力。这种简单的论证方式显然忽略了公司担保的内在逻辑。首先，公司担保必须由公司章程规定或有权机构做出决议，该阶段为担保意思的形成过程，属于完全由公司法调整的领域；其次，公司对外担保的意思具体由法定代表人执行，即法定代表人按照公司章程或决议与相对人签订担保合同，这才触及公司法与合同法、担保法的调整范围交集。所以，以民法思维下的管理性规范与效力性规范“二分法”审视《公司法》第16条，不仅会遭遇先天的适用难度，^{〔9〕}更是置公司法的特别组织法属性于不顾，这种不适宜的思维模式应当尽快被公司法理论研究及司法适用抛弃。

总之，《公司法》第16条从其规范属性而言属于强制性法律规范再无疑问，《公司法》也应当将该强制属性予以明确规定。至于其强制性作用的进一步延伸还需要从公司法规范出发，沿着合理自洽的逻辑进入合同法及担保法领域，而坚守《公司法》的立法本义是其永恒的适用前提。

（二）《公司法》第16条的规范内容探究

作为强制性法律规范，《公司法》第16条的效力范围涵盖公司内部全体及与公司产生交易的第三人当属必然。针对不同主体，其规范内容稍有区别。

1. 《公司法》第16条对公司的规范效果

于公司而言，第16条生动体现了法律强制与

〔7〕 2005年8月23日，全国人大法律委员会副主任委员洪虎在第十届全国人民代表大会常务委员会第十七次会议上所作的《全国人大法律委员会关于〈中华人民共和国公司法（修订草案）〉修改情况的汇报》中指出，有些常委委员和地方、部门、企业在初次审议后认为公司担保在实际生活中问题较多，需要法律作出规范，所以从慎重对待的考量出发立法者才增设关于公司担保的一般性规定，即目前的第16条。

〔8〕 周淳：《组织法视阈中的公司决议及其法律适用》，载《中国法学》2019年第6期。

〔9〕 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（应用）》2017年第7期。

公司自治的有效平衡，即一方面第16条作为程序性规范，其通过明确规定公司对外担保的决议机构与表决规则等程序性事项而使公司担保制度始终处于法律强制规范掌控之下，而另一方面法律完全授权章程具体安排公司担保的实体规则，体现公司担保制度的灵活性特征。进言之，第16条对公司的规范效果体现为以下三个方面：其一，公司对外担保的决议应当由适格机构作出。关联担保的决议仅可由股东（大）会作出，而一般担保的决议机构可以是董事会、股东（大）会。在奉行“股东会中心主义”的公司治理架构中，股东（大）会作为公司最高权力机构，自可对公司的一切决策享有终局决定权，而在关联担保中为避免股东操控董事会作出不符合公司利益的决议，不授予董事会决策权应为合理。其二，关联担保的表决过程中应适用回避原则。在关联担保中，被提供担保的股东或由实际控制人支配的股东不得参与对该担保的表决，有效决议以出席会议的其他股东所持表决权过半数通过为准，即法律强制适用回避原则规避股东滥用表决权而使公司陷入风险境地的可能。其三，公司担保须遵守公司章程中的数额限制。由于公司担保会使公司承担或然债务，进而威胁公司资产安全，因此章程出于防范风险考虑，限制公司对外担保数额具有积极意义，但由于公司担保并非章程的强制记载事项，所以实践中该防范措施的作用十分有限。此外，由于章程可设置担保数额限制的规定位于第16条第1款，那么关联担保是否受此拘束也有疑问。有学者主张第16条第2款排除章程选择可能^[10]进而否定章程对关联担保的作用，但笔者认为第16条的三款规定之间应为递进关系，第1款中法律授权章程安排公司对外担保事宜，那么章程确定的规则对一般担保和关联担保均具有效力，而且章程修改程序与关联担保的表决程序适用不同表决权规则，因此不能一概认定股东（大）会决议是对公司章程的修改而否认章程的普遍拘束力。

2. 《公司法》第16条对公司法定代表人的

规范效果

如上所述，公司对外担保包括意思形成与对外执行两个阶段，由于法律并未授权代表人享有公司担保的决策权，故在此过程中代表人仅作为意思执行机关代表公司与相对人缔结担保合同。作为公司内部机关之一，法定代表人受公司章程及决议拘束，不得违反章程或决议越权代表，否则应当对公司承担相应责任。然而在法定代表人外衣包裹下的毕竟是与公司人格相独立的自然人，若将其行为一概归结为公司行为难免会有以偏概全之嫌。所以在遵守法定代表人为法人的代表机关，其“在法人章程允许范围内的意思表示和行为被看作是法人的意思表示和行为”^[11]基本原则之余，还要根据其具体行为是否属于“按照公司意思”所为再做判断。就公司担保而言，若法定代表人越权担保的行为并非源于公司章程或有效决议，那么该代表行为就不能视为公司行为，所形成的担保合同也不能对公司产生拘束力，只能由代表人作为合同实际当事人向债权人承担民事责任。此外，除第16条隐含的对代表人权力的法定限制外，公司章程也可能会对代表人权力形成意定限制，此两类限制虽然在公示效果上略有差异，但都能作为有效抗辩事由对抗相对人以不知法律或章程规定为由主张的减责、免责请求。

为进一步规避公司代表人越权代表，《公司法》应当增加条款，明确划定代表人的权限范围。笔者认为可以“列举+兜底条款”的方式规定当涉及公司重大利益处分时，法定代表人的代表行为须有公司章程或有权机构的授权，否则该代表行为对公司不生效。且上述对法定代表人权力的限制应当适用于公司董事、经理等，即《公司法》修订时宜将公司担保列入法定代表人、董事、经理等的信义义务范畴，使其不仅因越权担保向公司承担民事责任，而且受到职业资格限制。

3. 《公司法》第16条对公司外第三人的规范效果

在对第16条规范与担保合同效力关系解读的

[10] 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。

[11] 甘培忠：《公司代理制度论略》，载《中国法学》1997年第6期。

众多理论见解中,有一派解释路径是从公司章程的对世性入手考察相对人是否具有审查义务,进而确定担保合同效力。^[12]笔者认为,该思考路径虽然摆脱了直接以规范属性论合同效力的窠臼,但却在公司章程效力认定上又陷入民法思维套路,即仅将公司章程视为内部自治性规范而忽略了其因公示程序获得的对世效力。^[13]首先,公司章程的对世性源于公司法的明确规定。由于法律具有公开性和普适性,任何人不得以不知法律为由逃避法定义务,故对于想要获取公司担保利益的相对人而言,其均能通过《公司法》第16条知悉公司章程可能会对公司担保作出安排,那么相对人缔结担保合同时审查公司章程应为必然。^[14]其次,公司登记程序有助于保障章程的对世性。我国公司立法遵从社会公共理性与公司管理的现实需求,确立法定公司登记程序,不仅将章程列为必要登记文件,而且还明确规定公众可通过登记机关查询包括章程在内的所有登记事项,因此章程就“是公司宣言书,公众可以通过公司章程了解公司,从而决定是否与公司发展债或投资方面的交往”。^[15]最后,公司章程的对世性意味着相对人负有审查章程内容的法定义务。如上所述,既然《公司法》已通过第16条提示所有潜在相对人为风险防控而承担更高的注意义务,^[16]通过审查公司章程了解其对公司担保的具体安排,而且《公司法》第6条第3款也指引相对人如何获取公司章程,那么相对人便不得再以节约交易成

本、保证交易效率^[17]等借口规避其失察责任,相对人负有审查公司章程的法定义务再无可辩驳。

三、公司担保争议的难点:规则衔接与法益冲突

(一) 公司担保与表见代表规则的衔接

一般违反《公司法》第16条的情形共有两种:1. 决议因违法或存在瑕疵而无效或被撤销,^[18]即法定代表人的授权基础丧失;2. 决议不成立,即法定代表人在未获授权情形下提供担保。^[19]此二者殊途同归,均体现为法定代表人在欠缺公司内部有效担保意思的情况下与相对人缔结担保合同,构成越权担保。最终,这种由法人与法人机关之间固有秩序混乱引发的效力判断只能自然延伸到合同法领域,^[20]适用表见代表规则处理。

原《合同法》第50条规定的表见代表规则具体是指法定代表人超越权限订立合同,除相对人知道或应当知道其超越权限外,该代表行为有效。学者普遍认为该条款是对代表行为的效力判断,而不直接作为合同效力判断依据。^[21]此外,该条款中的“超越权限”一般理解为涵盖了对代表人权力的法定限制与意定限制。《民法总则》第61条第3款循着《合同法》第50条的逻辑,重新规定对法定代表人权力的意定限制不得对抗

[12] 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。

[13] 有学者认为,公司章程的对世性源于已经被各国公司立法抛弃的“推定通知理论”和“越权理论”,故公司章程对世效力已经丧失有效理论支撑。“推定通知理论”和“越权理论”主张,公司章程一旦公开就意味着向第三人发出通知,第三人被推定为已经知悉公司章程内容,所以章程中关于公司业务的规定可以拘束第三人。虽然上述理论在公司法发展初期的确在保护公司及股东利益方面卓有成效,但随着公司立法愈发向着寻求公司内外利益平衡的方向发展,“推定通知理论”和“越权理论”在束缚公司行动的同时,还影响到交易相对人的合理期待,威胁交易安全、稳定和公平,遂逐渐被各国立法所抛弃。见崔建远、刘玲玲:《论公司对外担保的法律效力》,载《西南政法大学学报》2008年第4期。

[14] 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。

[15] 甘培忠、周淳、周游:《企业与公司法学(第十版)》,北京大学出版社2021年版,第117页。

[16] 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。

[17] 张质、赵光:《公司担保中债权人的适度审查义务——以公司法第16条的司法适用为中心》,载《中山大学法律评论》2017年第02期。

[18] 《公司法》第22条规定“公司股东会或者股东大会、董事会的决议内容违反法律、行政法规的无效。股东会或者股东大会、董事会的会议召集程序、表决方式违反法律、行政法规或者公司章程,或者决议内容违反公司章程的,股东可以自决议作出之日起六十日内,请求人民法院撤销。”

[19] 马更新:《公司担保中决议形成程序与合同效力认定间牵连关系探析》,载《法学杂志》2020年第6期。

[20] 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。

[21] 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。

善意相对人，因此虽然该条款为新法，但在逻辑上仍被旧法所包含，新法不能完全替代旧法。^[22]及至《民法典》颁布并正式实施后，《合同法》退出历史舞台，表见代表规则也悄然发生变化：《民法典》第504条被定性为“越权订立的合同效力”判断规则，即法定代表人超越权限订立合同的，相对人善意时该代表行为有效，所订立的合同也对法人发生效力。笔者认为，《民法典》第504条一改过去将代表行为效力与合同效力判断相脱节的作法，理顺了公司法问题过渡到合同法领域时的逻辑链条，实现了公司对外担保制度与表见代表规则的有机衔接，^[23]进而终结了公司法定代表人越权对外担保行为效力的判断难点。

（二）公司担保制度中的多元利益平衡

由于《公司法》不能独立解决法定代表人越权担保行为效力判断难题，合同法及担保法规则介入必然会引发法益冲突碰撞。《公司法》第1条指明该法以保护公司、股东及债权人的合法权益为首要目标，即作为特别组织法，维持公司正常运行并使公司在交易中获益是公司法锲而不舍追求的目标；而合同法、担保法的交易法性质则决定其核心宗旨在于促进交易、保护相对人的信赖利益。^[24]就公司担保制度而言，公司法自然以维护公司及股东利益为基本出发点，主张法定代表人越权订立的担保合同对公司不生效，使公司免于或然债务风险；合同法及担保法则倾向于排除公司章程或决议的溢出效应，^[25]直接适用《合同法》第52条规则确定担保合同效力。笔者认为，公司对外担保制度横跨公司法、合同法、担保法的特殊性决定了法律规范衔接必然迭生多种利益交互形态，无论是公司及股东利益、相对人信赖利益以及交易效率等宏观价值抵牾，抑或是公司内部股东间的利益纷争，都是公司对外担保

制度的必然配置，而如何使各种价值在此消彼长中维持动态平衡才是司法裁判最大的价值取向。

四、公司担保争议的归宿：担保合同效力判断

在《九民纪要》出台以前，司法实践中公司担保的审判尺度不统一。最高人民法院民二庭第7次《法官会议纪要》所表达的关于公司担保合同效力认定与效果归属的见解，被《九民纪要》吸收，形成具有现实指导性和可操作性的审判思路指南。《民法典担保解释》进一步修正了公司担保诉讼的裁判规则，助推司法裁判向着规范化、统一化的方向发展。

（一）合同效力判断的弹性指标

《九民纪要》抛弃了以《公司法》第16条的规范性质论担保合同效力的传统裁判进路，接受司法实践逐步达成的共识，以表见代表规则处理越权担保合同效力纠纷：区分订立合同时相对人是否为善意，善意则合同有效，反之则合同无效，即将越权担保的合同效力系于相对人是否善意这一单一弹性指标，体现司法权衡公司利益与债权人权益的良苦用心。然而，针对《九民纪要》确定的“一刀切”审判思路，有不少学者主张应当在适用表见代表规则之余再援引表见代理规则，在相对人举证不能时将合同效力的最终决定权授予公司一方。^[26]笔者认为，公司担保制度中应当排除适用表见代理规则，只因代表行为与代理行为徒具形式相似性但实质迥异，表见代理思维曲解了公司法的分权治理结构，非但不能遏制越权担保乱象，反倒为董事、经理越权行为提供辩护，会给公司招致更多被动担保债务。

[22] 高圣平、范佳慧：《公司法法定代表人越权担保效力判断的解释基础——基于最高人民法院裁判分歧的分析和展开》，载《比较法研究》2019年第1期。

[23] 刘俊海：《公司法法定代表人越权签署的担保合同效力规则的反思与重构》，载《中国法学》2020年第5期。

[24] 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》，载《北方法学》2014年第2期。

[25] 向志勇：《公司担保案件中的利益冲突及其平衡方法——以〈公司法〉第16条为中心的分析》，载《法律方法》2017年第1期。

[26] 有学者认为，公司担保制度中对“法律不保护恶意第三人”法理的当然解读应该为：第三人恶意时，其在合同效力判断方面丧失主动权，合同是否有效取决于公司是否追认，若公司认为担保合同有效更符合公司利益需求，则可以对法定代表人的越权行为予以追认，从而使越权担保转变为具有授权基础的担保。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》，载《政治与法律》2018年第5期。

与《九民纪要》相比,《民法典担保解释》对担保合同效力判断的例外规定更为慎重,笔者认为其适当限缩是合理的。首先,相互作保应当被严格管控,目前我国公司担保本就乱象丛生,容易滋生侵害公司利益的各类越权行为,相互担保的隐患不能彻底消灭;其次,为尊重和保护不特定多数股东利益,上市公司对其子公司提供担保时仍应以《公司法》第16条的要求为准;最后,《公司法》第16条的强制规范属性意味着其确立的公司担保程序不应被随意打破,不能以股东签字同意替代股东会决策机制,而置程序正义于不顾。《民法典担保解释》的另一创举在于重构了上市公司的担保规则,即上市公司对外担保合同的效力判断不仅要遵循《公司法》第16条的要求,还要考察该担保决议是否属于被公开披露的信息。其所秉持“无公开披露即无担保责任”的观点,将担保合同效力的主动权归于上市公司一方。笔者认为,此举立足于上市公司股权分散、股东人数众多的客观事实,公开披露担保决议的信息一则能让未参与表决的股东了解公司事务,二则以相对人的事先审查保障缔约后的交易安全,因此该特殊规则具有合理性,应当被公司法立法所吸纳。

(二) 相对人审查义务标准权衡

虽然相关司法文件将越权代表行为的效力判断过渡到表见代表规则,以相对人的主观状态评价担保合同效力的做法为司法实践指明方向,但相对人善意与否还是属于较为抽象的标准,最终还要落实到相对人是否履行了审查义务这种实在的评价基准上。依照理想化模式推算,若担保权人在缔结合同时已经审查了公司章程或决议,就必然能从中发现法定代表人是否构成越权代表,因此以审查义务之承担佐证其缔约时为善意具有合理性。然而,正如梅迪库斯所言“代理权的滥用对第三人而言,必须是显而易见的,第三人根据知悉的一切情形,只要不是熟视无睹,就不可

能不知这种滥用。”^[27]相对人的审查义务标准不能过于严苛,否则交易效率不保,相对人也将处于天然劣势地位。《九民纪要》遵从以往司法实践的经验,要求相对人仅负担形式审查义务,《民法典担保解释》则主张以“合理审查”为限。笔者认为“合理审查”的表述更为恰当,毕竟相对人履行审查义务时并不只是简单浏览担保文件,而是要对法律提示的内容给予重点关注,因此与其纠结这种关注是否超越了“形式”范畴,还不如直接以“合理”为限,将审查义务履行程度与一般注意义务标准等同起来。

在关于审查标准判断上,理论研究者的观点也值得探讨。一说认为应区别一般担保与关联担保,后者中相对人负担的审查义务标准应高于前者。^[28]其实《九民纪要》中也透露出以担保类型区分审查义务标准的观点,毕竟法律对于关联担保的表决程序有明确规定,相对人应当知晓该特殊要求,在审查决议时对表决程序的记载事项格外注意也是合理。二说认为相对人的审查义务应当以“审慎”为前提,即相对人不仅应主动向法定代表人索要公司章程或决议,而且对公司担保文件存疑时应深入求证或公证。^[29]虽然相对人为履行审查义务之便利,向法定代表人直接索要公司章程或决议现实可行,且能规避相对人以无法获得章程或决议为由规避失察责任,但是让其不惜深入求证甚至通过公证手段来确认担保文件真实性已经明显超越了合理审查标准,故不能苟同。笔者认为,《公司法》第16条为相对人确立了审查义务,至于是否有必要前缀“审慎”等修饰词都只是对相对人主观状态的期待而已,具体个案中法官对相对人审查内容和审查限度的衡量须兼顾公司利益与相对人利益保护。当然为相对人审查之便利,《公司法》除使相对人负有直接索要公司章程或决议的义务外,还应当与工商登记程序联动,借助新媒体技术手段等解决公司章程公开的技术

[27] [德]梅迪库斯:《德国民法总论(第二版)》,邵建东译,法律出版社2006年版,第729页。

[28] 吴越:《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。

[29] 同前注[21]。

难题，降低相对人审查章程的隐形门槛。

（三）越权担保的民事责任承担

法定代表人越权担保问题的最终落脚点在于担保合同效力，即合同对公司生效时，公司作为担保人须对外承担担保责任；而合同对公司不生效时的责任承担却招致不少争议。既往司法裁判^[30]与《九民纪要》确定了在合同对公司不生效时应按照担保法及相关司法解释有关担保无效规定处理的裁判立场。有学者对此评价道：“学者对于第16条的属性的理解差异悬殊，法院对于该条的理解亦歧见丛生，但这丝毫不影响法院关于责任承担的最终裁判的一致性。”^[31]《民法典担保解释》则严格依据过错归责，使债权人、担保人的责任承担与其过错程度相适应。从一般法理来看，的确担保合同无效或不成立时，担保人的责任应为缔约过失责任。然而，在法定代表人越权代表签订担保合同的场合，该担保合同本身并非无效或不成立，而只是对公司不生效。况且公司并无实际缔约行为，何谈缔约过失？因此笔者认为担保合同对公司不生效时，公司便从担保关系中完全撤出，法律不应苛求其承担任何责任；此时法定代表人的行为后果只能由其自身承担，相对人应当向担任法定代表人的个人主张过错行为为的赔偿责任。

结语

公司担保制度本就是公司以其资产换取融资的一场博弈，其牵涉的不仅是担保合同当事双方的利益纷争，更是隐藏在公司背后的一个个股东权益的较量，因此公司担保业务中对于安全和程

序价值的推崇远高于交易效率，这是《公司法》作为组织法的特性所在。《公司法》第16条属于强制性法律规范，其不仅对公司及法定代表人具有强制效力，也同时拘束与公司产生交易的任何第三人，法律的公开性提示第三人在缔约时负担必要审查义务以防范交易风险。长期以来，我国理论与司法实践对《公司法》第16条的解读存在各种误区，形成公司担保诉讼一派混乱的局面。然而抽丝剥茧来看，公司法定代表人违反第16条的行为构成越权担保，担保合同效力问题穷尽《公司法》法条也未能获得解决，只能过渡到合同法领域，适用表见代表规则处理。《民法典》第504条指明了越权订立的合同效力确定规则，即按照相对人在缔结合同时是否为善意来确定法律是否有必要保护其缔约行为。《九民纪要》一锤定音，以相对人是否履行必要形式审查义务来衡量其是否善意，至于具体的审查内容和审查限度，还要法官根据相对人审查便利与审查必要的具体情形再做判断。《民法典担保解释》修正了担保责任的承担规则，使债权人、担保人的责任与其过错程度保持一致，避免公司卷入无关的责任漩涡。

恰逢新一轮的《公司法》修订契机，笔者认为公司担保制度的完善除要吸纳相关司法文件之外所确立的一般规则外，还应当对《公司法》第16条内容进一步臻于完善，以使其内容更加清晰、约束范围更加明确，把公司其他的类似行为如处分核心资产、出让公司等决策权限与公司对外担保予以整合规定，把公司对外投资行为从第16条中分离出来。

（责任编辑：李国慧）

[30] 如在(2018)最高法民申5596号民事裁定书中，最高人民法院认可了二审法院作出的判决结果，即担保合同无效，债权人有过错，担保人对债务人不能清偿的部分在50%范围内承担赔偿责任。

[31] 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。