

公司法定代表人违反程序订立担保合同的效力

——以对《公司法》第16条第1款的解读为中心

谢逸姿

(中国政法大学 民商经济法学院,北京 100088)

[摘要] 现行《公司法》第16条关于公司对外担保的规定颇具争议。从民商事领域最基本的原则——意思自治的角度看,不能简单地以违反法律的强制性规定来主张担保合同无效,法律并未给担保债权人附加形式审查义务,公司自身债权人虽有一定风险但只能通过其他途径得到保护;16条更侧重规范公司内部决议的形成,因而公司法定代表人违反程序订立的担保合同并不必然无效,违反16条所带来的后果更多的是追究违章董事对于公司在组织法上的责任。

[关键词] 《公司法》第16条;公司担保;担保合同效力;审查义务

[中图分类号] D922.291.92 [文献标识码] A [文章编号] 1674-117X(2013)02-0061-05

Validity of the Guarantee Contract the Legal Representative of the Company Enters into in Violation of Procedures ——Focusing on the Interpretation of Article 16, Paragraph 1 of the Companies Act

XIE Yizi

(School of Civil, Commercial and Economic Law, China University of Political Science and Law, Beijing, 100088, China)

Abstract: The current Article 16 of the existing Companies Act has always been controversial. The guarantee contract cannot be simply identified as invalid on account of in violation of the mandatory provisions of law from the view of the most basic principle in the field of civil and commercial matters – autonomy of the Will and the law does not give additional obligations of reviewing to secured creditors. The company's own creditors can only be protected by other means despite their risks. Article 16 focuses on regulating the formation of the company's internal resolution. So the legal representative of the company enters into in violation of procedures for the guarantee contract does not necessarily invalid. The consequence of violating article 16 is more likely to be investigating the responsibility of the director violating regulations to the company on the organic law.

Key words: Article 16 of “Companies Act”; company guarantee; Validity of contract guarantee; reviewing obligations

公司担保包括对内担保和对外担保。前者指公司为自身的债务提供担保,此乃公司正常经营活动中融资的需要,法律无特别规范之必要;后者是指公司以自身的信用或特定的财产为他人的债务提供担保,这类担保则需要慎重对待,因为很可能被滥用而损害公司、股东和债权人的利益,故法律

有必要对其作出特殊的安排。本文中的公司担保仅指对外担保。

对于公司担保问题的探讨无论是学界还是实务界都尚未有定论,而现实中公司违反程序提供担保的现象又频频出现。该行为所产生的法律后果究竟该如何认定?我国1993年和2005年《公司

收稿日期:2012-12-25

作者简介:谢逸姿(1990-),女,湖南株洲人,中国政法大学硕士研究生,主要从事民商法研究。

法》虽然对此都有规定,但由于表述的模糊性和开放性,不同的人对此有不同的解读,于是在司法适用中产生了一系列的问题。法律既然已经制定,就必须在不违背基本价值、原则的基础上最大限度地尊重它。本文试图从解释者的角度,对现行《公司法》第16条第1款作一个简要分析。

民商领域奉行意思自治、契约自由,公权力应当尽可能少地干涉到私人领域,私主体间依真实意思达成的合意原则上均为有效,除非有更强的理由使之无效。公司是一种组织,没法自己作出意思表示而需要借助其机关来实现,而法定代表人就是公司的代言人,其代表行为即等价于公司的行为。因而,我们的逻辑起点是公司法定代表人在未按法定程序或公司章程规定的程序进行决议的情况下与债权人订立的担保合同先应推定为有效,除非有更强的理由使其归于无效。

笔者认为,很多学者在论证该类情形下担保合同效力的时候,其思维起点是有失偏颇的,他们都在不断地从正面论述该类合同应当有效或无效,而忽视了本应坚守的民商事领域最基本的原则——意思自治。这就类似于诉讼中举证责任的分配,即应由主张合同无效者提供理论基础来证明为何在此情形下公权力有权介入私人领域来否认合同的效力,倘若无法提出充分的、能令人信服的理由就要承担败诉的风险,即应承认合同的有效性。

一 对三种代表性观点的质疑

(一)担保合同并不因违反“法律的强制性规定”而无效

有一种观点认为公司法定代表人违反程序订立的担保合同无效,其理由如下:

《合同法》第52条规定:“有下列情形之一的,合同无效:……(五)违反法律、行政法规的强制性规定。”《公司法》第16条第1款规定:“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、股东大会决议;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。”这显然是强制性规范而非任意性规范,因而法定代表人违反程序与债权人订立的担保合同因违反法律的强制性规定而无效。

所谓强制性规定,与任意性规定相对,是指直接规定人们的意思表示或事实行为,不允许人们依其意思加以变更或排除其适用,否则将受到法律制裁的法律规定。^[1]其实,此类规定的“强制”在于,无论当事人的意志如何,它们都当然适用,违反之即要承担一定的不利后果,可能是民事上的如合同无效,也可能是行政上甚至刑事上的,也就是说此处的不利后果并不必然是私法上否定的效果。

公权力有着天然扩张的趋势,常常以“社会利益”“公共利益”的名义企图介入私人领域,于是私法规范中出现了许多“应当”“必须”“不得”“禁止”等字眼,这引起了主张私法自治的学者们的警惕。于是为了使众多本应在私法领域发生效力的行为不至于因公权力的不当介入而归于无效,学者们出于无奈而创设了效力性强制性规范与管理性强制性规范,这无疑是为了私权而斗争的伟大胜利。

效力性强制性规范,是指对违反强制性规范的私法上的行为,在效力后果上以私法上的方式予以一定制裁的强制性规范。管理性强制性规范,则是指它被违反后,当事人所预期的私法上的法律效果不一定会受到私法上的制裁的强制性规范,但这并不排除它可能受到刑事上或行政上的制裁。^[2]

如此,法定代表人越权与第三人签订的担保合同因违反法律的强制性规定而无效的主张就站不住脚了,除非能够进一步证明《公司法》第16条是效力性强制性规范。然而至今仍未看到相关方面能够令人信服的论证,相反,实务中法官更加倾向于否定其为效力性强制性规范,如在“中建材进出口公司案”中,北京市高级人民法院认为:“第一,该条款并未明确规定公司违反上述规定对外提供担保导致担保合同无效;第二,公司内部决议程序不得约束第三人;第三,该条款并非效力性强制性的规定;第四,依据该条款认定担保合同无效,不利于维护合同的稳定和交易的安全。”^[3]因此按照前述对“举证责任”的分配,应由主张合同无效者方承担“败诉”的风险,即不能认定合同无效。

(二)法律并未给债权人附加形式审查的注意义务

有人尝试着用《合同法》第50条来否定合同的效力,该条是关于法定代表人越权行为的规定:“法

人或者其他组织的法定代表人、负责人超越权限订立的合同,除相对人知道或者应当知道其超越权限的以外,该代表行为有效。”这条体现对善意第三人的保护,即在第三人不知情也不应知情的情况下,法定代表人与之签订的合同不因其超越权限而归于无效,此为表见代表。相反,在第三人恶意之时则无保护必要,代表行为无效,合同也归于无效。

于是有学者将此条与《公司法》第16条相结合得出如下结论:“债权人接受公司提供的对外担保时,负有对公司关于对外担保的决议文件进行审查的注意义务:由董事、高级管理人员擅自决定的对外担保行为绝对无效,债权人不得主张适用表见代表或表见代理,因为这是法律对于董事、高级管理人员的权力限制,而不是来自于公司章程的限制,法律关于董事、高级管理人员的权力限制规定,推定为任何人都知晓,故不存在善意第三人的保护问题。”^[4]

问题的关键点在于法律是否给第三人设定了一个审查的注意义务,若有,则第三人在签订担保合同时倘若没有对公司章程及相关决议进行审查,事后就不能以善意为由主张对方是表见代表从而使合同有效。

有学者指出,章程本无对外公示和对抗效力,但一旦某项决策程序上升为公司法上的要求,就有理由给相对方分配程序性的注意义务,加之《公司法》第16条明确限制了法定代表人就担保事项的代表权,该法定限制应推定相对人知晓,其不得以未审查决议为由主张合同有效。^[5]其逻辑推理过程是:首先,章程规定的内部决策程序是无对抗效力也无权为第三人设定义务的,因为第三人并没有义务去查阅和了解公司内部自治规则。然而,《公司法》第16条第1款却明确规定公司对外提供担保,章程只能在股东(大)会和董事会中择其一并对此作出决议。这是一项强制性规定,也在某种程度上限制了法定代表人的代表权。法律的规定推定为社会大众所知晓,于是赋予了第三人查阅章程的注意义务,亦即在此情形下的章程是有公示效力的。

那么上述推理是否成立?法律的强制性规定和提示作用是否使得公司章程具有公示效力并赋予交易相对方审查义务呢?在此,我们来对比一下目前基本上已无争论的经营范围规则:

在1993年《公司法》的时代,旧《公司法》第11条第2款:“公司的经营范围由公司章程规定,并依法登记。”第3款:“公司应当在登记的经营范围内从事经营活动。”这毫无疑问是法律的强制性规定。第22条规定:“有限责任公司章程应当载明下列事项:(一)公司名称和住所;(二)公司经营范围;”第79条:“股份有限公司章程应当载明下列事项:(一)公司名称和住所;(二)公司经营范围;”可见,经营范围是公司章程的绝对记载事项,而公司担保还算不上绝对记载事项。倘若按照上述逻辑推理,法律的强制性规定和提示作用赋予章程公示效果以及交易相对方程序性的注意义务,那么公司超越经营范围与未对章程进行审查的第三人订立的合同应归于无效。但1999年最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释》第10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。”这显然与上述推论存在不可调和的矛盾,然而这种状态从1999年延续到2005年新《公司法》出台,这不可能是一个绝对的错误,最高院不可能如此明目张胆地置现行立法于不顾而妄加解释。所以还是一个解释技巧的问题,这也从侧面印证了我们上述逻辑推理的前提可能是有问题的。

在此需要严格区分公司的内部行为与外部行为,内部法律关系和外部法律关系。^[6]章程是公司内部的自治规则,约束的对象是公司、股东、董事、监事、高级管理人员(参见《公司法》第11条),对债权人没有拘束力,股东(大)会决议、董事会决议等也只是公司内部的意思形成机制,亦与债权人无涉。而与第三人签订担保合同则显然属于外部行为。对于《公司法》第16条所规范的对象,学界并未达成共识:有学者主张其旨在规范公司对外担保(和投资)的行为,即调整的是外部法律关系;也有学者从立法目的解释的角度来论证其规范的是公司内部关于担保(和投资)事项的意思决定程序,乃对内部法律关系的调整。^[7]倘若采取前种观点,则该条对担保合同效力可能产生影响,于是又会回到该条是效力性强制性规范还是管理性强制性规范的探讨,前文已述,此不赘言,结论是无法用此条来否认担保合同的效力。若采纳后种观点,则公司内

部规则、决策无约束第三人的效力,担保合同自然不因此而无效。

此外,虽然2005年《公司法》规定了章程需要报送登记机关(参见《公司法》第30条、第93条)且公众可以向登记机关申请查阅登记事项(参见《公司法》第6条第3款),但实际情况却并不乐观。第三人并非轻而易举地就能查到公司相关资料,有些工商部门的登记制度并不完善,有的即使登记到位了其公开也不如人意,往往只提供公司简略的基本信息,而且设置繁琐的查阅手续,此时倘若给第三人附加一项审查义务,无疑将大大增加交易成本。当然,实务中有很大一部分债权人是财大气粗的银行,有专业的执业人员,有能力对公司章程、会议决议等文件进行审查,按交易习惯银行提供贷款并要求对方提供担保时也常常会要求担保人提供章程、决议等相关资料,因而赋予他们此项义务并不苛刻。可是,他们在此情况下的义务来源就不是法律的强制规定了,而是商事习惯。商业活动是一个法律与交易习惯、商业惯例共同调整的领域,后者甚至扮演着更重要的角色。

(三)对公司自身债权人的保护

还有人提出如下观点:公司本身的债权人比担保债权人更无辜,更值得保护。每当学者讨论公司担保中债权人利益保护之时,往往混淆了两个概念,即公司自身的债权人和担保债权人。有学者一直强调为了保护债权人的利益因而不能因为债权人未审查或未仔细审查公司章程、股东(大)会或董事会决议就主张担保合同无效。可以说,这种方式确实有利于保护担保债权人的利益,但是公司自身债权人的利益又该如何保护,他们不是更无辜,他们的利益难道不是更应该受到保护吗?担保债权人未尽到形式审查义务,有错在先,其利益有所减损是合理的,因为他要为自己的疏忽承担不利后果;然而公司自身的债权人则显得很无辜,在他们毫不知情的情况下,作为债务人的公司的责任资产减少,亦即担保债务偿还能力的资产减少了,而他们并不存在任何过错。

诚然,的确应当区分公司自身的债权人和担保债权人,前者也确实更无辜,但这正是商业领域的风险所在,谁也不可能确保自己能稳赚不赔。公司经营必定存在一定风险,担保以外的“正常”经营活

动也存在风险,错误的投资决策也会使公司资产减少,损害债权人利益,可并不能因此就说此项决策无效,只有赚钱了才有效。何况公司具有担保能力已成为学界和实务界的共识,担保属于公司的经营行为,公司为他人提供担保常常蕴含着某种商业利益,而且还有专门的担保公司存在。至于债权人要为自己的疏忽承担不利后果一说,这是建立在债权人审查义务的基础上的,无此义务则无所谓错误。上文已经论述法律并未给债权人附加审查义务,只是商业惯例给银行等债权人附加了此项注意义务,因而普通债权人不存在为自己的疏忽买单一说。其实,要说错误,提供担保的公司才是罪魁祸首,他们主张合同无效,必然是有利可图的,倘若让担保债权人为对方的错误而承担不利后果,显然不尽合理。至于对于公司自身债权人利益的保护,可考虑适用《合同法》第74条规定的债权人撤销权制度

二 对第16条第1款的正面解读

(一)在章程未作规定的情况下

虽说章程是公司自治的规则,当事人可以在法律规定的范围内充分发挥主观能动性,制定属于自己的“大宪章”,但实务中却常常由登记机关提供章程范本,当事人只需做填空题,无需具备创造力,因此现实中的章程几乎都是千篇一律的,而章程范本中几乎不涉及公司担保问题,所以就留下了一片空白。那么,在章程缺位的情况下,股东(大)会和董事会究竟谁享有对担保事项的决策权呢?基于私法自治的理念,由于法律并未强制规定必须由某个机关作出决议,而是可由章程在股东(大)会和董事会中二者择其一,而章程又没有作出选择,且担保亦属公司的经营行为,故而股东(大)会和董事会均有权作出决议。

此外,由于章程并未对担保数额作出具体限制,因此也就不存在违反章程的问题。

(二)章程有规定而违反之的情况下

1. 章程规定由股东(大)会作出决议时,法定代表人依董事会作出的担保决议而与第三人签订担保合同的行为效果认定。依前文所述,担保合同并不必然因此而无效,而是需要考虑第三人的主观状况。由于法律并未给第三人附加一个形式审查义

务,故仍有“善意第三人”存在的可能性,除非债权人是银行等同时受某些商业惯例调整的主体。具体而言,当债权人善意且无其他导致合同有瑕疵的事由存在之时,担保合同有效;反之,若债权人乃恶意第三人,即明知或应知董事会越权,则担保合同无效。

在担保合同有效地情况下,股东可依《公司法》第22条请求法院撤销该董事会决议,原因是该决议内容违反公司章程,但在撤销之前该决议是有效的。倘若董事会的该行为给公司造成损失,则可以董事违反信义义务为由,依第113、150条追究其损害赔偿赔偿责任。

可见,违反章程作出决议所产生的法律后果更多的在于追究违章董事对于公司在组织法上的责任,而非直接针对与第三人订立的担保合同的效力。

2. 章程规定由董事会作出决议时,法定代表人依股东(大)会作出的担保决议而与第三人签订担保合同的行为效果认定。股东(大)会是公司内部最高权力机关,董事会的某些权力甚至源于其授权,因此也有权随时撤回授权,故其对担保事项的决议当为有效。在此前提下,也无需区分债权人的主观状态,只要无其他瑕疵事由,担保合同一律有效。

3. 章程规定了对担保数额的限制,而决议的数额超过该限制时法律效果的认定。在此情况下,还是需要区分债权人的主观心理状况,善意时合同有效,恶意则超过部分的合同无效。而且无论是股东(大)会还是董事会作出的决议,都属于违反公司章程的决议而非违反法律、行政法规的决议,故当属可撤销的决议而非无效决议。

私法自治、意思自由是民商法领域的核心价值,因而私主体间依真实意思表示而签订的合同原则上应认定为有效,除非有更强的理由去否认其效力。由于至今仍未见到《公司法》第16条是效力性强制性规定的有力论证,法律给债权人附加了形式审查的注意义务的主张亦不足以使人信服,而法律

应当更倾向于保护公司自身债权人利益的观点也无法构成担保合同无效的事由,因此公司法定代表人违反程序订立的担保合同并不必然无效,而应视债权人的主观状态区别对待。不同于其他学者对公司担保问题的正面论述,本文试图从防守者的角度对该问题进行分析,但由于资料的有限性以及认识的局限性,本文对公司担保以及《公司法》第16条的探讨仍不够深入、全面,譬如文章并未涉及公司为股东、实际控制人提供担保的法律约束,亦未对涉及关联交易时公司担保问题进行分析,对于域外法的考察也不多,这些都有待后续的研究作更加深入的探查。

参考文献:

- [1] 杨 桢. 英美契约法[M]. 北京:北京大学出版社, 1997:35.
- [2] 崔建远. 合同法[M]. 5版. 北京:法律出版社, 2010:105.
- [3] 中建材集团进出口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[DB/OL]. (2002-04-15). http://www.pkulaw.cn/fulltext_form.aspx?Db=pfnl&Gid=117772920&keyword=%e4%b8%ad%e5%bb%ba%e6%9d%90%e9%9b%86%e5%9b%a2%e8%bf%9b%e5%87%ba%e5%8f%a3%e5%85%ac%e5%8f%b8&EncodingName=&Search_Mode=accurate.
- [4] 李建伟. 公司法[M]. 北京:中国人民大学出版社, 2008:109.
- [5] 赵旭东. 公司法[M]. 2版. 北京:高等教育出版社, 2006:201.
- [6] 崔建远,刘玲伶. 论公司对外担保的法律效力[J]. 西南政法大学学报,2008(4):29-36.
- [7] 钱玉林. 公司法第16条的规范意义[J]. 法学研究, 2011(6):126-135.

责任编辑:黄声波