

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

何 欢*

目次

- 一、引言
- 二、越权对外担保的上位概念：越权代表还是公司越权
 - (一) ultra vires、公司越权及越权代表的关系
 - (二) 越权代表与公司权利能力的关系
- 三、越权代表的司法处理的一般规则
 - (一) 越权代表的根本问题：行为后果的归属
 - (二) “知道或者应当知道”的判断
- 四、对越权对外担保区别对待的正当性及必要性
 - (一) 对越权对外担保区别对待的正当性：欠缺合理对价的“痼疾”
 - (二) 对越权对外担保区别对待的必要性：公司对外担保能力的立法模式
- 五、越权对外担保的区别对待立法：2005 年《公司法》第 16 条
 - (一) 对 2005 年《公司法》第 16 条的解读
 - (二) 越权对外担保效力判断的思维导图及现行学说的普适性缺陷
- 六、结语

摘要 代表人越权对外担保的法律效力这一难题的解决，需要对公司担保法律规则进行体系化解读。越权对外担保的上位概念是越权代表，对其效力的分析应以处理越权代表的一般规则为基础。越权代表所涉及的根本问题是代表行为是否归属于公司，《合同法》第 50 条中的“代表行为有效”应解释为“代表行为归属于公司”，而非“合同有效”。只有在确定代表行为归属于公司之后，才能认定合同成立，进而对合同有效无效予以讨论。在“知道或者应当知道”的判断中，越权对外担保具有与一般越权代表区别对待的正当性及必要性。2005 年《公司法》第 16 条就是为此制定的区别对待立法，其着力点在于改变公司在“知道或者应当知道”的判断中的不利地位。该规定以法律形式限制了代表人对外担保的决议权，因此第三人对公司对外担保是否得到董事会或股东（大）会的批准应负有形式审查

* 上海交通大学凯原法学院博士研究生。

义务。

关键词 公司担保 公司章程 法定代表人 越权代表 公司越权 体系解释

一、引言

于我国而言,法定代表人越权对外签订的担保合同的效力着实可以称作法学上的难题。^{〔1〕}尽管立法为解决这一问题进行过多次修正,其中最重要的可能当数2005年《公司法》第16条,^{〔2〕}但到目前为止,无论司法实践还是理论界都尚未给这一问题提供权威而有说服力的答案。

在学说层面,之所以出现这种乱象,可能的原因是:这一问题横跨民法与公司法两大领域,涉及大量的相关法规(不仅包括对代表人对外担保的权限的规定,也包括关于对外担保之代表行为的归属、公司对外担保能力与担保合同效力的规定,下文统称为“公司担保法律规则”)^{〔3〕},而学者往往术业有专攻或者较为坚持“问题导向”,倾向于对具体争议进行讨论,而忽略了整体性的通盘考虑。^{〔4〕}一些学者尽管对法律的价值取向进行了讨论,但同样忽略了如何消除公司担保法律规则内部在解释层面所存在的龃龉。举例来说,目前学者争论的主要焦点之一是2005年《公司法》第16条在性质上是否属于效力性强制性规定,但对于讨论的基础与背景——2005年《公司法》实施之前应当如何判断越权对外担保的法律效力,在该法实施之后,这种做法是否仍然可行,或者说2005年《公司法》第16条与以前的相关法规之间如何衔接——却未进行深入考察。由此造成的结果就是,对于代表人越权对外担保的法律效力这一问题,学界虽有不少颇值赞同的观点,却无法形成全无内在矛盾的体系化学说。

学界的这一倾向显然也影响到了司法层面。法院的一系列判决,甚至最高人民法院的观点,

〔1〕 所谓“对外”担保,是指为公司以外的第三人提供担保,而不包括为公司自身提供担保,与《担保法解释》第6条所涉及的“涉外担保”更不相同。

〔2〕 注意到2013年公司法修正业已生效(此次修正删除了原第29条),本文所使用的条文编号均为经调整的新编号。但需要说明的是,由于此次修正并不涉及与公司对外担保相关的规定,同时为强调第16条是于2005年增加的,本文对现行公司法仍采用“2005年《公司法》”的表述。2005年《公司法》第16条规定:(一)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。(二)公司为公司股东或者实际控制人提供担保的,必须经股东会或者股东大会决议。(三)前款规定的股东或者受前款规定的实际控制人支配的股东,不得参加前款规定事项的表决。该项表决由出席会议的其他股东所持表决权的过半数通过。

〔3〕 “公司担保法律规则”的表述并非本文率先使用,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。但本文所欲指代的法规范范围显然更为广泛,在本文看来,公司担保法律规则至少包括:《民法通则》第38、42、43条;《合同法》第44、50、52条;1993年《公司法》第60、214条;2005年《公司法》第16、104、121条,第148条第1款第3项;《担保法解释》第4、6、11条;《合同法解释一》第4、10条;《合同法解释二》第14条;“证监公司字[2000]61号”第2、5条;“证监发[2003]56号”第2条;“证监发[2005]120号”第1条;等等。

〔4〕 对关于2005年《公司法》第16条的性质、担保合同的相对人应否承担审查义务等具体争议的不同观点的总结,可参见钱玉林:《公司法第16条的规范意义》,载《法学研究》2011年第6期;见前注〔3〕,罗培新文;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。

往往都自相矛盾。^{〔5〕}以“中建材公司与银大公司案”^{〔6〕}为例,尽管属于最高院公报案例,但遗憾的是,该案也存在上述倾向,未能对公司担保法律规则进行体系化的考量。在该案中,为正当化银大公司应承担保证责任的判决,二审法院北京市高院在认定代表人以公司名义所为的行为都应视为公司行为的基础之上,提供了两个支持理由:2005年《公司法》第16条不属于效力性强制性规定,在该法没有相反规定的情况下,越权对外担保合同的效力应予确认;根据《合同法》第50条及《担保法解释》第11条,在越权对外担保的情形,公司仍应对善意第三人承担民事责任,而中建材公司就属于善意第三人。乍一看,这两个理由都非常充分,任意一个都足以支持北京市高院的判决。但仔细思考的话,即使抛却代表人的行为都应视为公司行为的观点不谈,假如依照北京市高院的判决,2005年《公司法》第16条确实属于非效力性强制性规定,从而越权对外担保合同概属有效,具有法律约束力,有必要进一步回答两个可能本就互斥的问题:在公司依有效合同负有担保责任时,为什么还需要考虑第三人善意与否,或者说,这是不是意味着《合同法》第50条及《担保法解释》第11条事实上已无适用的余地了呢;考虑到在2005年《公司法》施行之前,根据《合同法》第50条及《担保法解释》第11条的规定,公司应且仅应对善意第三人承担民事责任,修法前后的巨大差异会是立法者的真实意图吗?

法律的内在体系总是或者总被设想为一个完美的统一体系。为消除法律规范间的外在矛盾或结合适用不同的法律规范,就应以法律规范内在整体的统一性为基础,对其进行体系解释。“沉迷”于对具体争议的探讨,虽可以在一定程度上避免纷繁复杂的法律关系或迂回缠绕的理论辨析,但却容易使问题处理或分析脱离既有概念和体系,使得法律制度准确、可稳定预期地应对复杂、疑难问题的能力大大降低。^{〔7〕}有鉴于此,本文的目的在于对公司担保法律规则进行体系化的解读,使之既能实现自身内部在法理层面的和谐自治,又能普适性地应对公司对外担保实务中所存在的问题。^{〔8〕}

二、越权对外担保的上位概念:越权代表还是公司越权

要对越权对外担保的效力进行体系化的讨论,首先当然要确定其在体系中所处的位置。在讨论担保合同的相对人对公司章程应否承担审查义务时,有学者提到了“公司越权”的概念。^{〔9〕}由于“公司越权”也涉及能否推定第三人知悉公司章程的问题,这种关联思考似乎颇具道理。但是,如

〔5〕 以担保合同的相对人应否承担“审查义务”为例,最高人民法院的态度就曾出现反复。对这种反复的总结,参见前注〔4〕,梁上上文。对不同法院对越权对外担保合同效力的不同态度的实证研究,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69~74页。

〔6〕 该案为《最高人民法院公报》2011年第2期公报案例,全称为“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上诉案”。根据作者的检索,在该案作为公报案例予以公布后,北京市高院的判决也成为了司法界的主流观点。

〔7〕 参见许德风:《论破产中无偿行为的撤销》,载《法商研究》2012年第1期。

〔8〕 在国内法学界,“法教义学”近来绝对算得上是一个热门话题。所谓“法教义学”,是指“关于某一现行法域内的法律规范相互关联、规整结构从而体系化的科学,或者说,是某一现行法域的法律规范得以体系化的法律理论(学说)”,其要求“将价值判断和对于具体问题的解决融入既有的概念与规范体系中”,黄卉:《论法学通说》,载《北大法律评论》2011年第2辑;许德风:《法教义学的应用》,载《中外法学》2013年第5期。就此而言,本文或许可以算作“法教义学”的一次实践应用。

〔9〕 参见前注〔3〕,罗培新文;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。不过,这两篇文章的观点并不一样:崔建远教授持否定观点;罗培新教授则持肯定观点。

下文将要提及的,“公司越权”的现行理论能否当然适用于越权对外担保也许还值得进一步思考——尽管适用于一般越权代表并不存在问题。更为严重的是,有学者似乎误解了“越权代表”与“公司越权”之间的关系。^[10] 本文在这里暂不对“审查义务”的问题进行讨论,而是先对越权对外担保进行概念上的厘清,从而为下文的讨论奠定基础。

(一) ultra vires、公司越权及越权代表的关系

对于“ultra vires”,国内学者多将其译为“越权行为”或“越权”。^[11] 该概念并非民商法领域所独有,其使用范围至少还包括行政法领域。^[12] 唯本文为与“越权代表”相区别并明确讨论的范围,将“越权行为”称之为“公司越权”。不过,从广义上讲,“ultra vires”在民商法上一共具有三层涵义:其一,公司实施的超出其章程大纲所规定的目的范围的行为;其二,公司实施的为法律所禁止的行为;其三,公司的代表人实施的有违代理规则的行为。^[13] 公司越权所涉及的显然是第一层,也即严格意义上的涵义;而越权代表所涉及的则是第三层涵义。当然,不论对“ultra vires”如何界定,公司越权与越权代表之间的差别都不容置疑。^[14]

公司越权,又可称为“能力外行为”或“目的范围外行为”^[15],是指超出公司目的范围——记载于章程大纲及营业执照,在我国的对应概念为“经营范围”——的公司行为。其所涉及的是公司章程的目的范围条款能否构成对公司权利能力的限制的问题,再进一步说,公司与第三人达成的超出目的范围的合同效力如何的问题。这一争议的产生和处理的历史变迁与立法及司法对公司经济权力的态度的变化都息息相关。^[16] 在公司法制的早期,准确地说,在英国《1856年合股公司法》(Joint Stock Companies Act 1856)实施之后的早期,公司设立采取的是核准主义,公司仅被视为在章程所规定的范围内存在,违反章程的行为均被认定为无效。^[17] 该规则的一个必然前提就是,任

[10] 举例来说,将《合同法》第50条视为关于公司越权的规定,参见葛延民:《法人越权原则比较研究》,载《当代法学》2002年第5期;将越权代表分为公司越权与董事超越权限,并认为关于“当事人”超越经营范围所订合同效力的《合同法解释一》第10条属于《合同法》第50条的补充性规定,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。

[11] 举例来说,见前注[10],朱广新文;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。

[12] 例如,参见张淑芳:《论抽象行政行为越权》,载《法律科学》2006年第6期。

[13] See Paul L. Davies, *Gower and Davies' Principles of Modern Company Law*, 7th ed. (London: Sweet & Maxwell, 2003), pp. 130-131; Harry Rajak, “Judicial Control: Corporations and the Decline of Ultra Vires”, 26 *Cambrian Law Review* (1995), 9. 不过,国内也有学者认为,“ultra vires”可能涉及的三种情况包括: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力;下级机关或者代理人欠缺能力。邓峰:《普通公司法》,中国人民大学出版社2009年版,第129~130页。

[14] 或者说,公司能力与代表人权限是两个不同的概念,参见[英]丹尼斯·吉南:《公司法》,朱羿锟等译,法律出版社2005年版,第71页。

[15] 参见许明月:《企业法人目的范围外行为研究》,载梁慧星主编:《民商法论丛》(第6卷),法律出版社1997年版,第157~193页;曾宛如:《公司法制基础理论之再建构》,台北承法出版文化有限公司2011年版,第27~28页。但严格地说,较之“能力外行为”,“目的范围外行为”在表述上或许更为准确,因为 ultra vires 的第二层涵义也与公司的权利能力有关,可能影响公司权利能力的不仅包括目的范围条款,也包括法律以及法人的性质本身。

[16] 参见施天涛:《公司法论》,法律出版社2006年版,第140页。

[17] 这就是所谓的“公司越权规则”(ultra vires doctrine),其最早是由英国在1875年的 *Ashbury Railway Carriage & Iron Company v. Riche* 案[(1875) L. R. 7 H. L. 653]所确立的。在当时,政府允许设立公司主要是为了鼓励对资金密集型行业的投资,这些行业包括:运河、铁路、银行,参见[美]艾伦·R. 帕尔米特:《公司法案例与解析》(影印版),中信出版社2003年版,第45页。该案的终审机构英国上议院认为,这一规则有助于阻止“南海泡沫事件”的再次发生,其不仅可以防止对公司营业执照的交易,也可以将投资者及债权人面临的破产风险限定在已知的业务范围内。See Paul L. Davies, *supra* note [13], at 132. 葛伟军:《英国公司法要义》,法律出版社2014年版,第58页。

何与公司进行交易的第三人都被推定知悉公司的公开档案的内容。^[18]但随着现代商业的发展以及公司制度的推广,该规则已不再适应经济现实的需求。一方面,公司对自由营业的需求占据了上风,投资者对公司的业务范围并不“挑剔”,只要公司能从中盈利;另一方面,要求第三人在与任何公司进行任何交易之前都对目的范围条款进行审查显然不符合交易效率的要求,若其向公司提供了目的条款未列明的货物或服务,则在公司破产时,其权利就无法得到保障。^[19]因此,“现代各国的立法趋势是将以第三人对章程负有审查义务为潜在内容的推定通知理论和越权理论从公司法中清理出去”。^[20]中国自然也不例外,这一点观《合同法解释一》第10条即可得知。^[21]也就是说,如今在讨论对公司权利能力的限制时,已经没有必要再提及经营范围的限制,而只需要讨论法人性质本身以及法律这两方面的限制。

与公司越权不同,越权代表是指代表人超越其权限——对其权限的限制可能来自于法律、公司章程——所为的代表行为。其所关注的是代表人的行为,而非公司行为,尽管公司的对外交易均需由代表人来实施。^[22]所涉及的是在代表人超越权限为代表行为时,“代表行为有效”与否的问题,而非公司有无权利能力的问题——因此并不直接涉及合同有效无效的问题。^[23]这一问题所涉及的当事人除了公司与第三人之外,还包括公司的代表人。从应然的角度来说,作为公司的机关,代表人负有忠实义务与勤勉义务,其所为的行为不得超出授权范围。但是,代表人亦有其个人的一面,其与公司之间的利益函数并不总是一致。这就是所谓的代理问题(agency problem),公司法

[18] 这就是所谓的“推定知悉规则”,是由1857年的 *Ernest v. Nicholls* 案[(1857) 6 H. L.C. 401, HL]所确立的。

[19] 参见前注[14],丹尼斯·吉南书,第72页。事实上,几乎自公司越权规则确立之日起,公司发起人就开始通过设置宽泛或主观性的目的条款来进行规避;法院亦试图通过各种办法,来减小该规则的“杀伤力”,see Paul L. Davies, *supra* note [13], at 132; [美]罗伯特·W. 汉密尔顿:《公司法》(影印版),法律出版社1999年版,第66~68页。对于公司越权的现行规则以及下文将会提及的表见代表(理)制度及善意取得制度,一个有趣的问题是除了交易效率的促进外,交易安全的维护是否构成其法理基础。对此,均有学者持肯定态度,参见张民安:《论公司法上的越权行为原则》,载《法律科学》1995年第2期;王利明:《合同法研究》(第一卷),中国人民大学出版社2002年版,第622页;苏永钦:《私法自治中的经济理性》,中国人民大学出版社2004年版,第172~173页。但是,股东与公司之间、代表人与公司之间、无处分权人与所有权人之间也都可能存在交易关系,这些交易本身同样值得保护,法律应无“厚此薄彼”之意。故交易安全的维护似乎无法为上述规则或制度的绝对正当理由。

[20] 见前注[9],崔建远、刘玲玲文。在公司越权规则的诞生地英国,随着《2006年英国公司法》(Companies Act 2006)的通过,目的范围对公司权利能力的限制已经完全不复存在。关于英国法对公司越权理论的摒弃的详细过程,可参见曾宛如:《论公司法制赋予公司之自主与弹性——以英国2006年公司法为借镜》,载《企业与金融法制:余雪明大法官荣退论文集》,台北元照出版公司2009年版,第569~570页。如今,目的范围条款仅在极为有限的范围内仍有存在的价值,参见前注[16],施天涛书,第143~145页。

[21] 《合同法解释一》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。

[22] 诚然,这里存在一个问题,“由于公司必须经由董事实施行为,所以公司越权实质上必然表现为董事的行为”,见前注[10],朱广新文。但英国的实践情况也许可以从侧面回答这一问题,事实上,多数按公司越权予以处理的案件所涉及的都只不过是董事实施的有违代理规则的行为——这或许也能部分说明为什么多数“公司越权”纠纷都属于“本可避免的纷扰”。See Paul L. Davies, *supra* note [13], at 129-130, 133-134.

[23] “代表行为有效”的表述来自《合同法》第50条。当然,如后文将要讨论的,这里存在应将“代表行为有效”解释为“合同有效”还是“代表行为归属于公司”的问题,具体点说,即越权代表所涉及的究竟是代表人的行为是否归属于公司的问题,还是归属于公司的法律行为是否有效以及代表人以公司名义所为的行为是否当然视为公司行为的问题。

上的永恒难题。^{〔24〕}公司法上的相当一部分规定就是为妥善解决这一问题,从而激励代理人为公司利益而行事所设制的。然而,这些事前机制的作用似限于“防君子,不防小人”,其只能使代表人的利益接近于公司利益,但却不能使二者完全吻合。在代表人与公司之间已出现利益分歧时,对于其超越权限所为的代表行为,尽管如下文所述,在特定情况下,其经济层面的结果与公司越权可能是相同的,但二者毕竟属于不同的法律概念,所涉及的法律问题也完全不同。

显然,越权对外担保所涉及的是代表人不具有代表公司对外提供担保的权限的情形。所要讨论的不是公司有无对外担保的能力,以及公司在没有对外担保能力时,对外担保的公司行为的效力,而是代表人是否享有代表公司对外担保的权限,以及代表人不具有对外担保权限时,对外担保的代表行为的效力。换句话说,越权对外担保的上位概念是越权代表,而非公司越权。

(二) 越权代表与公司权利能力的关系

不过,尽管公司越权(及公司的权利能力)与越权代表(及代表人的权限)不存在直接关联,但这并不意味着二者就不存在任何交集。对于特定交易,以公司权利能力(有/无)与代表人权限(有/无)进行任意组合,一共有四种不同的可能组合结果:

1. 公司有相应能力,代表人亦有相应权限。

第一种情形无疑是最为理想的情形,于这种情形,既不存在越权代表的问题,更不可能存在公司越权的问题。

2. 公司有相应能力,但代表人无相应权限。

这种情形存在于公司的权利能力不存在限制,但法律、公司章程对代表人的权限进行了限制的时候。如下文所述,大陆地区由于对公司对外担保能力所采的立法模式为“肯定+例外”模式,因此实践中存在的越权对外担保多数所涉及的都是第二种情形。

3. 公司无相应能力,代表人亦无相应的法律权限。

如前文所述,现今公司权利能力的限制只可能来自于法律或法人性质本身,而毫无疑问,法律或法人性质本身对公司权利能力的限制同时也会构成对代表人权限的限制。不过,如下文将要提及的,在这种情况下其实也存在越权代表的问题。

4. 公司无相应能力,代表人有相应(事实)权限。

考虑到现今公司权利能力的限制只可能来自于法律或法人性质本身,第四种情形在理论上几乎不复存在,也许只有在刑事领域中判断是否构成单位犯罪时才有讨论的必要。^{〔25〕}

三、越权代表的司法处理的一般规则

如前文所述,越权对外担保的上位概念是越权代表,或者说,越权对外担保属于涉及对外担保

〔24〕 尽管本文要讨论的是事实上是代理问题的“事后”问题,但这与代理问题并非毫无关系。如下文所述,对善意,或者说不属于“知道或者应当知道”的判断标准的讨论,实际上涉及公司的预防成本(亦即代理成本)与第三人的交易成本应当如何分配,才能使社会总成本最小的问题。

〔25〕 单位犯罪虽属于刑法问题,但与越权代表也具有相关性,因为前者的基本争议之一就是“自然人所实施的行为因何由单位承担刑事责任”。在这里,尽管交易本身可能属于法律对公司权利能力的排除范围,比如毒品交易,从而代表人本不具有相应的法律权限,但法律在这里考虑的是代表人有无相应的事实权限——决策机关的实际授权(当然,这种授权决议肯定无效的)或者单位的事实默认(对代表人的行为未尽到监督职责),参见黎宏:《单位犯罪的若干问题新探》,载《法商研究》2003年第4期;孙道萃:《单位犯罪刑事责任中行为归责与责任归理理论之整合》,载《中国刑事法杂志》2012年第8期。

交易的越权代表。因此,必须先熟悉越权代表的司法处理的一般规则,在此基础上才能对越权对外担保的法律效力进行专门讨论。事实上,如下文将论及的,尽管越权对外担保具有区别对待的正当性和必要性,但在2005年《公司法》施行——对于上市公司,准确地说在“证监公司字[2000]61号”公布(下文对此不再强调)——之前,对于“知道或者应当知道”的判断,法院也只能与一般越权代表按相同的方式予以处理。也就是说,本部分其实也是在讨论2005年之前应当(只能)如何对越权对外担保予以处理。

(一) 越权代表的根本问题:行为后果的归属

不论对法人的本质持何种观点,法人的行为都只能经由自然人来予以开展。由此,对公司行为效力的讨论至少在理论上可以分为如下两个层次:(1)代表人的行为何时归属于公司;(2)归属于公司的法律行为是否有效。问题是,越权代表所涉及的是哪个问题,还是说两个都涉及呢?在第三人对越权代表属于“知道或者应当知道”,以及不属于“知道或者应当知道”且合同并不存在无效原因的情形,这一前提问题对于案件经济层面的结果并没有影响(如果不考虑缔约过失责任的承担主体)——这或许正是许多学者及法院对越权代表问题“囫囵吞枣”的原因。^[26]但是,在第三人不属于“知道或者应当知道”但合同存在无效原因情形,特别是对于2005年之后的越权对外担保的处理,其却具有至关重要的地位。

对于这一前提问题,在“中建材公司与银大公司案”中,北京市高院认为代表人以公司名义所为的一切行为都应视为公司行为,而越权对外担保所涉及的是担保合同是否有效的问题。学者尽管未就这一问题明确表态,但多数都默认了这一观点——不对代表人的行为是否归属于公司进行考查,而径直对担保合同是否有效(或2005年《公司法》第16条的性质)、或者第三人是否负有审查义务进行分析。^[27]那么,这一前提问题真的只有理论上的探讨价值吗?答案是否定的。也有一些学者明确认为越权代表所涉及的是代表行为能否视为公司行为的问题。^[28]司法实践也存在不同见解——起码在“御园公司与裕华公司案”^[29]中如此。该案的裁判要旨可用两句话来概括:对于代表人对外代表所引发的争议,首先应当考查其行为能否归属于公司,在确定归属于公司之后,始生合同有效无效的问题;《合同法》第50条所解决的问题是代表人的行为能否归属于公司,而非合同

^[26] 关于这一点更进一步的说明,参见后注[35]。

^[27] 举例来说,见前注[3],罗培新文;见前注[4],梁上上。在“国泰君安证券股份有限公司、郑州信托投资公司、白鸽(集团)股份有限公司企业债券包销担保合同纠纷案”[案号为(2001)民二终字第85号,以下简称“君安证券公司与郑州信托公司案”]、“福建省中福实业股份有限公司等与中国工商银行福州市闽都支行借款担保纠纷上诉案”[案号为(2000)经终字第186号,以下简称“中福股份公司与工行闽都支行案”]等案件中,最高人民法院采取的也是这种默认做法。

^[28] 参见隋彭生:《合同法要义》,中国政法大学出版社2003年版,第129页;见前注[19],王利明书,第622~623页,转引自孔祥俊:《合同法教程》,中国公安大学出版社1999年版,第204页;王保树主编:《中国公司法修改草案建议稿》,社会科学文献出版社2004年版,第6、109~112页。其中,隋彭生教授更是在此基础上明确指出了“代表行为有效”与“合同有效”的区别。事实上,最高人民法院也曾有法官持这种观点,参见黄松有主编:《民事审判实务问答》,法律出版社2005年版,第7~8页。当然,认为(明示或默认)代表人以公司名义所为的行为均得归属于公司的学者要多得多。另有学者一方面认为“代表行为有效”应解释为“代表人超越权限订立的合同应当视为法人的行为”,另一方面又认为2005年《公司法》第16条属于效力性强制性规定,参见前注[11],高圣平文;也有学者一方面认为要对代表人自身行为与法人行为进行合理区分,代表人具有法人机关及自然人的双重身份,另一方面又认为代表人的行为即是法人行为,参见前注[15],许明月文。

^[29] 该案全称为“浙江申花投资有限公司、北京王府井御园房地产开发有限公司与上海裕华房地产开发有限公司借款纠纷上诉案”,案号为(2005)沪高民二(商)终字第18号,判决时间为2005年3月21日。

是否有效。^{〔30〕}

要回答这一前提问题并解决上述分歧,可以从对《合同法》第50条的解释入手。根据该条规定,“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”。从字面上看,将“代表行为有效”解释为“合同有效”似乎也说得通。但要是换种思路,可能一切就都豁然开朗了。《合同法》第50条事实上隐含了一项默认的命题——法人或者其他组织的法定代表人、负责人依照权限订立合同的,该代表行为有效。也就是说,要是将“代表行为有效”解释为“合同有效”,就意味着只要代表人订立的合同未超越权限,那么合同就是有效的。但是,这种说法显然是站不住脚的。对“御园公司与裕华公司案”稍加修改,假设御园公司的代表人乔磊具有为其他公司提供担保的权限,根据上述解释,那么该担保合同就应当认定为有效。但事实上,该担保所涉及的主合同是企业间的借贷合同,而在当时审理该案的上海市高院看来,企业间借贷合同是无效的,从而作为从合同的担保合同也应当认定为无效。因此,“代表行为有效”只可能解释为“代表行为归属于公司”,而不能解释为“合同有效”。^{〔31〕}也就是说,如果代表人越权而第三人对此属于“知道或者应当知道”,代表行为的效力就不能归属于公司。或者用更严谨的法律术语来说,合同不成立,因为公司此时根本未成为合同的当事人,而就当事双方的身份达成合意毫无疑问属于所有合同的必要成立条件。^{〔32〕}对于越权代表,公司也可以选择以明示或默示方式予以确认。但是,这种确认仅具有使代表行为的效力归属于自己,从而使自己成为合同当事人的效力,而不具有使合同有效的效力。毕竟,当事人之间的合意不能替代强制性规定对合同的检验。在此情形下,如果公司未以任何形式予以确认,第三人就只能要求代表人承担缔约过失责任,而不得要求公司承担任何合同责任。

〔30〕 在“广州市由迪化妆品有限公司与吴贤发等商标权转让合同纠纷上诉案”[案号为(2003)粤高法民三终字第197号]中,广东省高院的表述虽没有上海市高院明确,但观点实际上是一致的。该案的裁判要旨可以概括为:《合同法》第50条所涉及的是越权代表的问题,合同有效无效的判断应适用《合同法》第52条。在“宁波绣丰彩印实业有限公司与浙江杭州湾汽配机电市场经营服务有限公司等合同纠纷再审案”[案号为(2012)民提字第208号,判决时间为2013年4月28日,以下简称“绣丰公司与机电公司案”]中,最高人民法院在认定“代表行为无效”,从而“房地产转让协议不能约束机电公司”后,也似乎并未再因此认定合同无效。同样的,与直接认定“代表行为有效”应解释为“合同有效”的案件相比,此类案件也非常少见。

〔31〕 实际上,对照有关无权代理和表见代理的规定,即《合同法》第48条和第49条也能得到相同的结论。这是因为《合同法》第50条实际上是参照其第48条和第49条制定的,参见梁慧星:《民法总论》,法律出版社2011年版,第129页。在“绣丰公司与机电公司案”中,最高人民法院也明确指出,“法定代表人代表制是代理在商事企业法人领域的特别规定,在无明确规定时,可以适用代理的一般规定”。作为原则,根据第48条的规定,无权代理“对被代理人不发生效力”,由行为人承担责任。但作为例外,根据第49条的规定,相对人有理由相信行为有代理权的,该“代理行为有效”。根据权威学者的解释,“代理行为有效”应当解释为“代理行为的法律效果由本人承担”,“由本人作为合同的当事人”(而非“合同有效”),即使“代理人代理本人与第三人订立的合同不成立、被宣告无效或者被撤销”,参见王利明:《民法总则研究》,中国人民大学出版社2003年版,第653~654页。台湾地区的权威学者亦主张,代理行为的效力在于“……‘直接对本人发生效力’,其法律状态与本人自为者同”,而不直接涉及合同有效无效,参见王泽鉴:《民法总则》,中国政法大学出版社2001年版,第452~453页。

〔32〕 在“中建材公司与银大公司案”之前,最高人民法院曾认为违反2005年《公司法》第16条的关联担保合同属于未生效合同,参见孙晓光:《加强调查研究,探索解决之道——就民商事审判工作中的若干疑难问题访最高人民法院民二庭庭长宋晓明》,载《人民司法》2007年第13期。这一点也可以说明最高人民法院关于越权对外担保法律效力的观点往往自相矛盾。北京市高级人民法院甚至认为,所有违反该条规定的担保合同都属于未生效合同,参见《北京市高级人民法院关于审理公司纠纷若干问题的指导意见》第6条。但是,未生效是指合同已经成立但尚未生效的状态,根据《合同法》第44条及《合同法解释一》第9条的规定,其仅适用于法律、行政法规明确规定须办理批准、登记等手续合同才生效的情形。

再进一步,从法律上说,对于代表人所为的任何行为,都只有在认定代表行为归属于公司——即代表人未越权,或虽然代表人越权但第三人不属于明知或应知——之后,才能进行合同有效无效的讨论。将我国台湾地区“司法院大法官解释释字第59号”细加研读,对这一点的感受就会更加真切。台湾地区“公司法”第16条第1款规定:“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。”如前文所述,法律对公司权利能力的限制同时也会对代表人权限有所限制。该解释所涉及的就是代表人违反此款规定所为的对外担保的效力。根据通常的思路,既然公司无权利能力,那么合同当然无效,提请“大法官会议”进行解释的“行政院函”所采的就是这一思路。但是,该解释却认为代表人的行为“既不能认为公司之行为,对于公司自不发生效力”。也就是说,在此种情况下,代表行为不能归属于公司,根本没有必要也不应该对担保合同有效无效进行判断。^[33]

关于越权代表所涉及的根本问题并非合同有效无效这一点,也可以换个角度来予以说明。对合同有效无效的判断,其实是在判断当事人之间的意思自治是否违反了法律、行政法规中“禁止或强制一定行为”,“以改变人民行为为目的”的强制性规定。^[34]换言之,合同无效意味着法律对合同当事人的行为的否定评价。这一点观《合同法》第52条关于合同无效情形的原则性规定亦可得知。问题是,在越权代表的场合,一方面,其所涉及的是代表人的行为,并不直接涉及对公司法律

[33] 中华民国最高法院“1932年上字第1486号判例”也持此种观点。根据该判例,即使是“非公司营业上之事务”,也应该按“无权限之行为”处理,而不是直接认定合同无效,由于其“本不在代表范围之内”,所以“不问第三人是否善意,非经公司承认,不能对于公司发生效力”。除此之外,台湾地区“最高法院”关于代表人未经股东会的批准即“让与全部或主要部分之营业或财产”的越权代表效力的多数判决亦可支持上述观点。台湾地区“公司法”第185条第1款规定:(一)公司为左列行为,应有代表已发行股份总数三分之二以上股东出席之股东会,以出席股东表决权过半数之同意行之:一、缔结、变更或终止关于出租全部营业,委托经营或与他人经常共同经营之契约;二、让与全部或主要部分之营业或财产;三、受让他人全部营业或财产,对公司营运有重大影响者。根据这些判决,代表人的此种越权代表“即难认系该公司之行为,该公司殊无应负授权人责任之理”(1988年台上字第1918号判决)、“对上诉人即不生效力”(1997年台上字第1893号判决)、“非经公司股东会之特别决议,对于公司不生效力”(2009年台上字第1981号判决)——尽管该院也有少数判决明确持相反观点,认为“公司未经股东会上开特别决议通过即为主要财产之处分,系属无效之行为”(2008年台上字第2216号判决、2012年台上字第280号判决)。换言之,对于此种越权代表,台湾地区“最高法院”多认为“属于无权代表,原则上对公司不生效力”,而非径直认定合同无效,参见黄铭杰:《公司治理与资本市场法制之落实与革新——迈向理论与实务融合之法制发展》,台北元照出版公司2011年版,第133页。考虑到如下文所述,对外担保亦属于公司的非常规交易,上述多数判决对于大陆法院处理越权对外担保问题的参考价值更加不容忽视。台湾地区的主流学者也持上述多数判决的立场,参见刘连煜:《让与主要部分营业或财产之判断基准》,载《台湾本土法学杂志》2001年总第29期;柯芳枝:《公司法论》,中国政法大学出版社2004年版,第289页;曾宛如:《公司之经营者、股东与债权人》,台北元照出版公司2008年版,第23~25页。不过,黄铭杰教授所持的却为上述少数判决的立场。

[34] 参见苏永钦:《走入新世纪的私法自治》,中国政法大学出版社2002年版,第14~20页;《合同法》第6、7、52条。对于越权对外担保,《合同法》第52条第5项中“法律、行政法规”的限缩规定曾引发一个非常有意思的问题。在“中国光大银行深圳分行与创智信息科技股份有限公司、深圳智信投资有限公司、湖南创智集团有限公司借款保证合同纠纷上诉案”(以下简称“光大银行深圳分行与创智股份公司案”,创智股份公司为上市公司,由于担保合同的签订时间为2005年9月30日,该案适用的是1993年《公司法》)中,广东省高院一审认为,《合同法》第50条中的“代表行为有效”应解释为合同有效,在“证监发[2003]56号”第2条规定“上市公司对外担保应当取得董事会全体成员三分之二以上签署同意,或者经股东大会批准”的情况下,光大银行未履行审查义务,应认定其对越权对外担保属于应当知道,因此保证合同无效。光大银行不服一审判决提起上诉,其中一项上诉理由就是:保证合同签订时并无法律或行政法规要求保证必须经过董事会或股东会决议,一审以“证监发[2003]56号”这一部门规章为依据认定保证合同无效属于适用法律错误。不过,由于光大银行在上诉的同时提交了创智股份公司关于借款担保的董事会决议,在最高人民法院的二审中,越权对外担保效力判断的基础法律依据为何以及《合同法》第50条中的“代表行为有效”应如何解释的问题事实上都被回避掉了。

行为的强行法审查;另一方面,行为具有可责性的是代表人,而不是公司,法律为什么要对公司予以否定评价呢?^[35]此外,从立法的逻辑这方面来说,考虑到《合同法》第52条是关于合同无效情形的原则性规定,那么关于合同无效的特殊规定就只能列在该条规定之后,而不可能在之前。^[36]即使也不考虑立法逻辑的问题,认为“代表行为有效”应解释为“合同有效”,《合同法》第50条属于其第52条的具体化,必须回答的是:代表人越权且第三人“知道或应当知道”符合第52条所规定的哪一种情形;当事人的主观态度(“知道或者应当知道”)对合同效力会造成何种影响?统观《合同法》第52条的5项规定,首先,毫无疑问,这里并不存在“损害国家利益”或“损害社会公共利益”的问题。其次,“恶意串通”以损害他人利益及“以合法形式掩盖非法目的”均要求双方当事人的故意,^[37]而在对外担保的场合,第三人只能选择接受或者不接受特定担保,“知道或者应当知道”显然也不等同于故意。再次,强制性规定具有公开性,不论当事人的意思如何均应适用,因此“违反法律、行政法规的强制性规定”的适用显然无所谓故意违反与过失违反之分。^[38]因此,《合同法》第52条与第50条显然并非一般与具体的关系,二者所要解决的并非同一问题。^[39]

这样的话,“代表人以公司名义所为的一切行为都应视为公司行为”的观点自然也不成立。这里实际上还涉及《民法通则》第43条与《合同法》第50条的选择适用或二者关系的解释问题。根据前者,“企业法人对它的法定代表人和其他工作人员的经营活动,承担民事责任”。在“中建材公司与银大公司案”中,北京市高院就是以该规定为依据认定代表人以公司名义所为的行为当然视为银大公司的行为的。从法理上讲,这两条规定之间的差别实际上体现了立法者对法人性质及代表人地位的观念的变化。《民法通则》对法人本质采法人实在说中的组织体说的立场,代表人仅被视为法人的固有机关,其行为也当然被视为法人之行为。^[40]但是,之后进行的公司法立法并未实

[35] 根据合同法的理论,合同效力的分析至少可以分为“合同成立与否”与“合同有效与否”两个阶段。与“合同有效与否”不同,“合同成立与否”考查的则是当事人就合同的主要条款(如前文所述,包括当事人的身份)是否达成一致,以及合同是否符合一定的形式及外观。但实践中之所以会出现对“合同不成立”与“合同无效”不加区分的情况,是因为二者的最终结果都是无法律效力,或许除了进一步判断是否存在“转换生效”的可能,并无区分实益,参见前注[34],苏永钦书,第21~28页。但是,这并不能说明合同的成立(及其要件)与生效(及其要件)之间毫无差别。如前文所述,在越权代表的情形,尽管合同原本欠缺就当事双方的身份形成合意的成立要件,但若第三人为善意,法律会拟制该要件已经具备。这反过来也能说明对成立要件与生效要件加以区分的必要性,因为这种拟制的作用仅在于使其“跨越”上述成立要件,而非生效要件。

[36] 这一点可从《合同法》第44~49条、第51条,特别是《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第3条得到反面印证。

[37] 参见前注[19],王利明书,第647~649、650~652页;韩世远:《合同法总论》,法律出版社2011年版,第172~173页。

[38] 参见江平主编:《中华人民共和国合同法精解》,中国政法大学出版社1999年版,第43页。何况,目前不少学者都认为《合同法》第52条第5项的“法律”应限定为“公法”,该项规定属于沟通公法强制与私法自治的“管道”,参见谢鸿飞:《论法律行为生效的“适法规范”——公法对法律行为效力的影响及其限度》,载《中国社会科学》2007年第6期;孙鹏:《论违反强制性规定行为之效力——兼析〈中华人民共和国合同法〉第52条第5项的理解与适用》,载《法商研究》2006年第5期。

[39] 对于“代表行为有效”的解释,在理论上还存在这样一种可能:只要存在越权代表,则合同无效,不过第三人为善意,即对越权代表不属于“知道或者应当知道”时,对其应按合同有效处理,参见前注[33],后注[103],“2008年台上字第2216号判决”;后注[55],“君安证券公司与郑州信托公司案”。但根据上述分析,这一观点显然也不成立。另外值得一提的是,如后文将论及的,这两个案件所涉及的其实是法律对代表人权限予以限制的两种不同情形。

[40] 参见梁慧星:《民法总论》,法律出版社2011年版,第131页;龙卫球:《民法总论》,中国法制出版社2001年版,第422页。

际采纳这种观点。公司法学者早就强调,代表人以公司名义对外所为的法律行为之所以原则上均得归属于公司,不是因为其代表人的身份,而是因为其行为系“按照公司的意思”所为。^[41]这不仅是逻辑上的合理推演,更是法律经验的体现。^[42]因此,至少对于公司制法人,组织体说并不适用。对于公司制法人,尽管代表人属于公司机关,但也具有个人的一面,仅就法律行为或对外交易而言,其与公司之间的关系实际上是代理关系,^[43]准确地说,当然代理关系。^[44]不过,虽然代表人与公司之间的代理关系属于当然代理,在交易中具有当然的执行权,但这并不意味着代表人对所有交易都有决议权,因为法律或公司可根据法定目的或自己的个性化需求限制代表人的决议权。^[45]也就是说,尽管作为原则,代表人“在法人的章程允许范围内的意思表示和行为被看成是法人的意思表示和行为”,同时构成“法人的意思机关和代表机关”^[46],但作为例外,对外交易的决议权和执

[41] 参见王保树、崔勤之:《中国公司法原理》,社会科学文献出版社1998年版,第48~49页。事实上,即使对于非公司制企业法人,王保树教授也早就主张,不能因为“厂长是国营企业的法定代表人”,就认定“厂长所实施的一切行为都是企业的行为”,王保树:《国营企业厂长法律地位的再探讨》,载《法学评论》1987年第3期。

[42] 《民法通则》的制定时间是1986年,远在新中国第一部公司法,即1993年《公司法》通过之前,无论是公司法制还是公司法实践在当时都处于“蛮荒时期”——尽管国务院1988年发布的《私营企业暂行条例》已经允许中国公民独自成立有限责任公司,但同时也对成立条件进行极其严格的限制。在当时,立法者所预想的企业法人除了三资企业之外,就只包括全民所有制企业与集体所有制企业,参见《民法通则》第41条、《企业破产法(试行)》第2条。这两种非公司制企业均实行厂长(经理)负责制并以其为中心,而法定代表人(即厂长或经理)绝大多数又都是由主管部门所任命,因此法定代表人事实上相当于企业的实际控制者与最高意思机关,参见《全民所有制工业企业法》第7、44条;《城镇集体所有制企业条例》第31、32条;方流芳:《国企法定代表人的法律地位、权力和利益冲突》,载《比较法研究》1999年第21期。但随着1993年《公司法》的通过,公司法制与公司法实践的发展都进入了“快车道”。该法实质上对公司的意思机关进行了明确的分层设计:股东(大)会为最高意思机关;董事会次之;法定代表人则负责具体事项(重大的除外)的决议(1993年《公司法》第38、46、103、112条)。即使国有独资公司也不例外,须设立董事会,并由国家授权投资的机构或者国家授权的部门,以及董事会(须经授权)行使股东会的职权(1993年《公司法》第66、68条)。也就是说,至少在立法者看来,于公司制企业内部,法定代表人均不再享有事实上的最高意思机关的地位,就对外交易并不享有当然的决议权。因此,将代表人视为法人内部机关,从而其行为当然视为法人行为的观点并不适用于公司制企业。当然,关于法定代表人的地位,这里还存在一个似乎永远也“无法逃脱”的相关问题:法人(包括公司,下文不再说明)的性质究竟为何。毫无疑问,法人属于一种实体。毕竟,法人是先于法律对法人制度予以规定就已经存在的,而不是由法律所创造的,参见前注[13],邓峰书,第55~57页。不过,至此为止,本文不欲再在这一问题上表态或“站队”。本文只是认为有两点需要强调:其一,对于法人,最重要的是具有区别于其成员的独立人格,与法人应否独立承担责任,或者说,与其成员(包括投资人、“充当其机关的人”)是否承担责任并无必然的法律联系,参见任尔昕:《我国法人制度之批判——从法人人格与有限责任制度的关系角度考察》,载《法学评论》2004年第1期;其二,法人制度以及公司法应当是适应性,而非管制性的,其合理性须由所处的市场环境,而非纯粹逻辑来检验,参见罗培新:《公司法的合同解释》,北京大学出版社2004年版,第400~402页;朱庆育:《民法总论》,北京大学出版社2013年版,第407页。

[43] 参见柯芳枝:《公司法论》,中国政法大学出版社2004年版,第240~241页。王保树教授主持的“公司法修改草案建议稿”第19条第1款规定,“公司须以董事会决议确定代表公司的董事。不设董事会的公司,由执行董事代表公司”,第126条第1款则规定,“……公司与董事间的关系,除本法另有规定外,适用合同法第396条规定的委托关系”,见前注[28],王保树书,第6、27、109~112、275~276页。

[44] 举例来说,根据台湾地区“公司法”第57、108、115及208条的规定,代表公司之股东或董事,对于公司经营上一切事务均有办理之权。大陆地区的权威学者也明确认为,“法定代表人、负责人对外订立合同时视为法人或者其他组织的全权代理人”,见前注[38],江平书,第41页。

[45] 如前注[44]所述,法定代表人同时构成公司的意思机关,只是在公司的三层意思机关当中,其事实上位于最底层的位置。

[46] 甘培忠:《公司代理制度论略》,载《中国法学》1997年第6期。

行权会出现分离。^[47]从这个意义上来说,就法律行为而言,代表与代理的本质差别或许在于:代表人属于本人(即公司)的当然代理人,具有当然的执行权,除法律或公司章程另有规定外,其亦享有当然决议权;普通代理人的交易执行权与决议权却均取决于其与本人之间的约定。^[48]因此,尽管这里也涉及交易效率的促进的要求,但从未有哪国法律规定在第三人为恶意时,越权代表行为的效力也应归属于公司。^[49]当然,有必要明确和强调的是,除非公司本身不具有相应的权利能力,无论法律还是公司章程对代表人权限的限制,所限制的都是代表人的决议权,而非代表人的执行权。^[50]或者说,越权代表的关注点在于是否违反了法律及公司章程对交易决议权的分配安排。^[51]

(二)“知道或者应当知道”的判断

如前文所述,越权代表所涉及的根本问题在于代表人的行为是否归属于公司。尽管原则上,只有当代表人依照权限开展业务时,其行为的效力才能归属于公司(即《合同法》第50条的隐含命

[47] 如下文将论及的,2005年《公司法》第16条即是著例。在破产程序中,这一例外规则的集中体现就是处分“主要财产”的决议权应当由债权人会议(在重整程序中为包括债权人在内的关系人会议)行使,参见韩长印:《论破产程序中的财产处分规则——以“江湖生态”破产重整案为分析样本》,载《政治与法律》2011年第12期;上海市二中院民六庭课题组:《金融机构破产案件终结标准的认定规则》,载顾功耘主编:《公司法律评论》(2012年卷),上海人民出版社2012年版,第166页。此外,台湾地区“公司法”第185条亦是这一例外规则的具体体现,参见前注[33]。

[48] 用最高人民法院的话来说,“法定代表人代表制是代理在商事企业法人领域的特别规定”,参见前注[31],“绣丰公司与机电公司案”。当然,法定代表人的权限并不局限于此,除了代表公司为法律行为,法定代表人对外还享有代表公司起诉、应诉等职权。在全民所有制企业及集体所有制企业的内部,法定代表人还负有组织和领导生产经营活动的职责。而且,根据2005年《公司法》第13条的规定,法定代表人只能由董事长、执行董事或者经理担任。

[49] 事实上,即使是公法人的代表人实施的侵权行为,公法人也不一定当然承担责任,这一点观《民法通则》第121条即明,尽管有学者认为“只要行为……具有利用职权的外在形式,即构成执行职务的行为”,叶晋明:《职务侵权民事责任若干问题探讨》,载《政法论坛》2004年第6期。举重及轻,对于自愿交易,法律自然也不得要求私法人对代表人的所有代表行为承担责任。因为从学理上来说,一方面,公法人所承担的社会责任要重于私法人;另一方面,侵权债权属于非自愿债权,其(尤其是人身侵权之债)原则上应该优先于普通合同债权,参见韩长印、韩永强:《债权受偿顺位省思——基于破产法的考量》,载《中国社会科学》2010年第4期。

[50] 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477、482页。《德国股份公司法》第82条规定:(一)董事会的代理权限不受限制。(二)在董事会成员与公司的关系中,他们有义务在有关股份公司的规定范围内遵守由章程、监事会、股东大会以及董事会和监事会的业务规章所确定的对于业务执行权限的限制。《德国股份公司法》,贾红梅、郑冲译,法律出版社1999年版,第47页。

[51] 只是在体系解读层面,应如何对《民法通则》第43条进行解释,才能避免其与相同位阶的《合同法》第50条之间的冲突呢?在文义上,《民法通则》第43条其实完全存在另一种解释的可能,即“企业法人‘只(可能)’对代表人(和其他工作人员)以公司名义所为的经营性活动承担民事责任”。也就是说,其并非关于代表人行为归属的规定,而可以解释为关于企业法人责任范围的规定,是对法人独立性的具体化,参见王明锁主编:《〈中华人民共和国民法通则〉条文释义》,河南大学出版社1987年版,第54~55页;周元伯主编:《〈中华人民共和国民法通则〉释义》,南京大学出版社1986年版,第52~53页。只有这种解释才能既符合前文所述的法理,又实现与其他公司担保法律规则(包括《合同法》第50条)相互之间的和谐自治。事实上,严格地说,“代表人以公司名义所为的一切行为都应视为公司行为”的观点甚至都不符合《民法通则》第43条本身的文义。因为其所规定的是,对其“法定代表人和其他工作人员”的经营活动,企业法人承担责任。由于“法定代表人”与“其他工作人员”之间的并列关系,要是该观点成立,对其他工作人员同样应当如此。而实际上,在公司制法人中,对于非法定代表人的经理(显然属于“其他工作人员”),国内学说及实务一致认为其与公司之间的关系为一般的代理关系,其行为并不当然归属于公司。与此相关,这种观点还存在一个内在的悖论。与在1993年《公司法》下,法定代表人只能由董事长担任不同,根据2005年《公司法》,法定代表人可由董事(董事长或执行董事)或者经理担任。那么,担任法定代表人的经理是否就不再属于经理,或者说其与公司之间的法律关系是否就因此发生了本质变化?答案显然是否定的,因为确立其与公司之间基础法律关系的主要文书仍是二者所签订的劳动合同(包含委托条款)。只是由于担任法定代表人并经对公司章程的(变更)登记,二者间的关系由一般代理关系上升至当然代理关系。

题),但作为例外,在代表人越权的情形,若第三人不属于知道或者应当知道,则行为效力也应归属于公司——此即所谓的“表见代表”制度。因此,在确定代表人越权之后,要判断其行为是否归属于公司,关键就在于判断第三人是否为善意,即对此是否属于“知道或者应当知道”。而这将取决于对代表人权限的限制的来源——如前文所述,可能来自于法律、公司章程。

“知道或者应当知道”的判断涉及“审查义务”和“章程的对外效力”两个概念。不过,严格地说,这两个概念都不是严谨的法律术语。“审查义务”并不是什么真正的法律义务。要是说第三人负有“审查义务”,其实是指:对于代表人是否超越权限,第三人应主动查阅法定代表人的签名及公司印章,甚至公司章程、公司决议来予以确认;否则的话,要是代表人确实超越权限,第三人就将被认定为“知道或者应当知道”。^[52]“章程的对外效力”只涉及公司章程对代表人权限予以限制的情形。根据定义,公司章程是“公司必备的、规定公司组织及活动的基本规则的……以书面形式固定下来的全体股东共同一致的意思表示”。^[53]对于公司外部的第三人,章程本来就不具有约束力。这从2005年《公司法》第11条也能得到印证。对于公司章程,这里所涉及的真正问题是:如果公司章程对代表人的权限进行了限制,能否因此就推定第三人对代表人的越权属于“知道或者应当知道”。当然,这两个概念也有一定的相关性。如果我们承认“章程的对外效力”,其实也就意味着承认对于公司章程,第三人负有“审查义务”。

1. 法律对代表人权限的限制

正如最高人民法院在“中福股份公司与工行闽都支行案”中所说的,“法律有禁止性规定,任何人均不得以不知法律有规定或宣称对法律有不同理解而免于适用该法律”。由于法律具有公开宣示的效果,因而其对代表人权限的限制得对抗任意第三人。^[54]不过,需要注意的是,法律对代表人权限的限制规则可以分为两种:其一,法律对公司权利能力的限制规则,此种限制也必然会构成对代表人权限的限制;其二,法律仅对代表人权限予以限制,并未限制公司的权利能力。根据前一种规则,代表人的执行权与决议权均将受到法律的限制,代表人的行为无论如何也都不能归于公司——但以主观标准(例如交易对象)对公司权利能力予以限制的情形除外。^[55]

[52] 换言之,不论对于何种交易,第三人至少都负有最低程度的对代表人签名及公司印章的审查义务。从举证责任分配的角度来看,也就是说第三人至少负有最低程度地证明自己为善意,即不属于“知道或者应当知道”的举证责任。那种认为公司应对债务人恶意负全部举证责任的观点显然未能对实践情况予以考虑。“交易效率”本身的准确涵义也可说明这一点,参见后注[68]。

[53] 韩长印:《共同法律行为理论的初步构建——以公司设立为分析对象》,载《中国法学》2009年第3期。

[54] 参见前注[19],王利明书,第624页。

[55] 这种例外情形并不多见,最典型(可能唯一)的就是1993年《公司法》第60条第3款“董事、经理不得以公司资产为本公司的股东或者其他个人债务提供担保”的规定,尽管如后注[73]所述,对其性质也存在一定争议。在对代表人的权限同时属于对公司权利能力的限制时,只有这种情形的处理可能要复杂一些。因为尽管法律对公司权利能力的限制同时构成对代表人权限的限制,但由于这种限制系以主观标准为基础,故仍有成立表见代表的可能,参见“君安证券公司与郑州信托公司案”。但在该案中,最高人民法院的思路是:(未对代表人的行为是否归属于公司进行考查)直接认定只要违反1993年《公司法》第60条第3款,对外担保合同就属无效,在此基础上再以债权人已进行必要审查为由,判定公司应承担连带赔偿责任。最高人民法院之所以采这种思路,除了将代表人的行为等同于公司行为之外,原因还在于《担保法解释》第4条直接规定了,董事、经理……以公司资产为本公司的股东或者其他个人债务提供担保的,担保合同无效。不过,该司法解释显然也忽略了代表人或代理人的行为能否归属于公司的问题。因此,为避免与更高位阶的《合同法》第50条及相同位阶的《担保法解释》第11条的冲突,只能将其解读为由于超越了公司的权利能力,“董事、经理……以公司资产为本公司的股东或者其他个人债务提供担保的,即使行为归属于公司,也应当认定合同无效”。与之相对应的是,2005年《公司法》第104、121条,台湾地区“公司法”第185条第1款实质上也是以主观标准(交易规模的大小)对代表人的交易决议权进行了限制(但未限制公司的权利能力),参见后注[66]、[77]、[103]。

后一种规则稍为复杂,因为法律并未否认代表人的执行权,而只是将交易决议权交归更上层的意思机关——董事会或股东(大)会。如后文所述,《公司法》第16条其实就属于这种规则。但事实上,这种规则是在2005年《公司法》通过之后才明确出现的,尽管从理论上讲,在此之前,重大资产交易及特殊交易的决议权本就不应归代表人享有。^[56] 这种限制性规则的法律效果将在下文予以讨论。

2. 公司章程对代表人权限的限制

考虑到对代表人权限的限制主要来源于公司章程,因此实践中的越权代表多数涉及的都是代表人违反公司章程对其权限的限制的情形。通常提到越权代表,指的也就是这种情形。如前文所述,在讨论担保合同的相对人对公司章程是否负有审查义务时,有学者提到了“公司越权”的概念。^[57] 对于“知道或者应当知道”的判断,尽管下文将论及的,本文对“公司越权”的现行理论能否适用于越权对外担保持否定态度,但对该理论能否适用于一般越权代表,本文却持肯定态度。原因并不复杂:一方面,公司越权与越权代表都涉及来自章程的限制,另一方面,二者都涉及交易效率的促进。如前文所述,在对外关系上,代表人属于公司的当然代理人,尽管公司可以基于自己个性化的需求,通过章程限制代表人的交易决议权,但这并不意味着章程的规定就具有对外效力。否则的话,第三人在与任何公司进行任何交易之前,都需要查阅公司章程以确定代表人权限之有无。而这不仅有违交易效率的要求,也将在事实上阻碍公司制度的运用。^[58] 换言之,尽管我们强调交易的执行权与决议权之间可能并不一致,但这种不一致不应过多地影响第三人与公司的交易。^[59] 因此,对于一般交易,在公司证明代表人事实上构成越权之后,只要第三人证明存在代表人的签字及公司盖章,就得初步推定其对越权代表不属于“知道或者应当知道”。

不论对代表人权限的限制是来源于法律还是章程,在推定第三人对越权代表属于“善意”,或者说不属于“知道或者应当知道”之后,举证责任就转移至了公司。公司若不能推翻该推定,就将承担不利后果。在“御园公司与裕华公司案”中,上海市高院就采取了此种思路,先基于第三人的举证推定对外担保的代表行为“应为”公司的行为,继而对公司的举证能否推翻该推定进行分析。

四、对越权对外担保区别对待的正当性及必要性

在对越权代表的司法处理的一般规则进行讨论后,接下来的问题是,对于“知道或者应当知道”的判断,越权对外担保——特别是当对代表人权限的限制来源于公司章程时——的处理是否也应当与一般越权代表完全一致。答案是否定的,因为越权对外担保具有区别对待的正当性及必

^[56] 参见前注[47],韩长印文:[美]莱纳·克拉克曼、[英]保罗·戴维斯等:《公司法剖析:比较与功能的视角》,刘俊海、徐海燕等译,北京大学出版社2007年版,第158~160页。

^[57] 同前注[9]。

^[58] 对“公司越权”的现行理论得适用于一般越权代表的论证,参见前注[9],崔建远、刘玲玲文。但是,如下文所述,崔建远教授可能未注意到将越权对外担保与一般越权代表予以区别对待的正当性及必要性。

^[59] 正因为如此,台湾地区“公司法”第58、108、115及208条明确规定,公司对于代表公司之股东或董事的代表权的限制,不得对抗善意第三人。大陆地区有学者则直接建议,代表人及代表权均应在公司登记机关进行(变更)登记,参见前注[28],王保树书,第6、110页。可能有争议的一个问题是:由于上市公司负有信息披露的义务,其章程亦具有一定的公开性,能否因此认为第三人对于上市公司的章程负有审查的义务。但根据作者的检索,在大陆地区的司法实务中,仅有认定第三人对非上市公司的章程不负有审查义务的,而并没有认定在法律没有明确规定的情况下,第三人对上市公司的章程负有审查义务的。

要性。

(一) 对越权对外担保区别对待的正当性:欠缺合理对价的“痼疾”

既然越权对外担保也属于越权代表,为什么要将越权对外担保拿出来单独讨论呢?从实证的角度来说,很简单,因为在司法实践中争议最大的都属于越权对外担保案件。那么,越权对外担保案件又为什么会在实践当中引发如此之大的争议呢?原因在于对外担保交易往往欠缺合理的对价。这也是越权对外担保与一般越权代表最大的区别所在。

这里可以公司集团内部的相互担保为例来予以说明。^[60] 公司集团内部的担保可以分为三种:母公司为子公司担保(顺向担保)、子公司为母公司担保(逆向担保)、子公司为另一子公司担保(横向担保)。公司因提供担保而对第三人(即债权人)负有了或然债务,但却未获得任何直接的有形对价。也就是说,公司资产负债表中的负债方面将有所上升,而资产方面却没有相应增加。尽管公司提供担保也可能获得间接利益,比如整个公司集团可能因贷款的获取而得到长足发展,但这种间接利益是否构成“合理对价”是值得怀疑的^[61]——当然,这并不是说对外担保一定有害于公司利益。事实上,美国破产法上的一个常见问题就是公司集团内部在破产申请前特定期限内的相互担保能否作为欺诈转让(fraudulent transfer)予以撤销——而公司为自己提供担保则最多只能作为偏颇转让(preferential transfer)予以撤销,因为公司并不会因为给自己提供担保而承担更多债务,其财产也不会因此减少。^[62]

可以说,欠缺合理对价是对外担保交易的固有属性。要是越权对外担保的效力得到承认,通常也就意味着对以对价不合理为由否认对外担保交易的主张将无法得到支持,除非对外担保发生在破产申请前的特定期限之内。而对于一般交易,交易对价是否合理往往是判断其正当性的一个重要考查因素。^[63] 也正是这一属性,容易引发代表人与公司之间的利益冲突或是为“居心不良”的代表人所利用,从而引发争议。即使是经公司授权的对外担保,也可能欠缺合理对价,那么若代表人越权对外担保,公司亦须承担担保责任,则公司(乃至于中小股东及债权人)更有可能因此受损。在“中建材公司与银大公司案”中,银大公司本非主合同的当事人,对于其代表人何寿山越权对外担保的原因,应注意的两个细节是:在越权对外担保时,何寿山亦同时担任债务人恒通公司的法定代表人;而在中建材公司起诉要求承担担保责任时,恒通公司与银大公司的代表人均已发生了变更。据统计,仅在2013年6月份,就有151家上市公司(账面资产总计2577亿)对外提供了担保,

[60] See Charles J. Tabb, *The Law of Bankruptcy*, 3rd ed. (St. Paul, MN: West Academic, 2013), pp. 603-606.

[61] 除了顺向担保的情形——因为母公司将因为子公司市值的增加可能性而“直接”受益——“合理对价”的判断都并不简单。事实上,在“绣丰公司与机电公司案”中,最高人民法院甚至认为关联担保根本就是“无对价的交易”。对于下文将谈到的1993年《公司法》第60条第3款,过去甚至有学者认为,尽管其仅明令禁止以公司资产为“本公司的股东或者其他个人债务”提供担保,鉴于公司对外担保都有违资本确定原则的立法本意,且都可能损害公司及其债权人的利益,故为股东、“其他个人”之外的法人提供担保亦应禁止,参见江平主编:《新编公司法教程》,法律出版社1994年版,第210页。

[62] 说到这里,《企业破产法》第31条将“对没有财产担保的债务提供财产担保”与“无偿转让财产”“以明显不合理的价格进行交易”“放弃债权”予以同等对待是否具有正当性,也许值得进一步思考。事实上,已有学者对《企业破产法》第31条和第32条进行了重构式的解读,认为在担保交易中,只有“追偿权无充分保障”的对外担保才可能属于欺诈转让,而为自己的在先债务提供担保则只可能属于偏颇转让,参见前注[7],许德凤文:《论偏颇清偿撤销的例外》,载《政治与法律》2013年第2期。

[63] 这一点可以从《合同法》第54条第2项得到印证。根据该项规定,对于“在订立……时显失公平的”合同,当事人一方有权请求人民法院或者仲裁机构撤销。

对外担保额总计近700亿,其中95家的资产负债率已经超过了50%,9家去年的净利润为负值,36家今年第一季度的净利润为负。^[64]更为严重的是,对外担保甚至成为了利益输送的工具。公司担保法律规则历来面临的一个挑战就是:大股东滥用权力动辄决定上市公司为其本身、其他控股子公司及附属企业提供担保以变相从上市公司圈钱。^[65]

据上所述,对于公司的日常经营,对外担保绝对属于非常规交易——这从证监会多次专门就如何规范上市公司对外担保制定部门规章(其中最重要的就是“证监公司字[2000]61号”“证监发[2003]56号”“证监发[2005]120号”),以及2005年《公司法》在总则中对其进行专门规定也足以看出。因此,其在性质上与“转让、受让重要财产”的交易更为接近。^[66]事实上,尽管作为趋势,现代公司的权力中心正在向董事会甚至是经营层转移,但各国公司法仍然强调应将“公司重大行为”——其判断标准之一就是“某一公司行为的实施有可能导致董事与公司间的利益冲突,即使该冲突还未严重到自我交易行为的程度”——的决议权留归股东(大)会。^[67]诚然,交易效率原则在民商法领域正发挥着越来越重要的作用,但这须以其对传统秩序的冲突尚在可控范围内为前提。从法经济学的角度来说,交易效率是指社会总成本——在这里,即第三人的交易成本加上公司的预防成本——的最小化,对于可双边预防的行为,让其中一方承担全部责任并不是社会最优的,其无法同时对双方产生有效预防的激励。^[68]因此,就对外担保而言,除了第三人的交易成本的合理控制外,保证交易符合公司利益同样重要——甚至更为重要,至少目前如此。法律理应限制代表人的对外担保决议权,将其留给股东(大)会,或至少董事会;第三人也理应更加谨慎,而不是随手接受。^[69]但在2005年之前,考虑到除不得为“股东或者其他个人债务”提供担保外,法律对公司的担保能力并没有任何限制,也未明确规定或提示公司对代表人的权限进行限制,法院显然不具备此种“造法”的权力。

(二) 对越权对外担保区别对待的必要性:公司对外担保能力的立法模式

考虑到对外担保存在欠缺合理对价的“痼疾”,越权对外担保是不是就一定会成为学界及司法实践的难题呢?那倒也未必,这还“需要”另一个必不可少的因素,那就是公司对外担保能力的立法模式——尽管如前文所述,越权对外担保与公司的能力(及公司越权)并无直接关系。当

[64] 参见张敏:《6月份151家公司对外担保近700亿元》,载《证券日报》2013年7月1日,第A01版。

[65] 参见向威达:《上市公司担保,走入地雷阵》,载《经济日报》2001年11月17日,第4版;李建伟:《论限制公司对外担保能力及其合理性》,载《证券市场导报》2004年第1期。

[66] 此观2005年《公司法》第104条及第121条亦明。根据第104条的规定,“本法和公司章程规定公司转让、受让重大资产或者对外提供担保等事项必须经股东大会做出决议的,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”。尽管并不存在明确规定,但不论有意还是无意,2005年《公司法》还是把“转让、受让重大资产”的决议权收归了股东(大)会,参见前注[47],韩长印文。

[67] “公司重大行为”的另外两项判断标准是:公司行为与公司的资产价值相比金额巨大;公司行为要求公司做出全方位的、类似于投资行为的判断,而股东们恰好可能有此判断力,参见前注[56],莱纳·克拉克曼、保罗·戴维斯等书,第158~160页。正因为如此,全国人大法制工作委员会明确指出,“为他人提供担保,是公司的重大经营行为和民事活动,有较大风险”,安建主编:《中华人民共和国公司法释义》,法律出版社2013年版,第39页。

[68] 参见施文浚:《善意取得制度的经济分析》,载《江苏社会科学》2008年第1期。举例来说,《物权法》尽管承认了善意取得制度,但同时也对其适用条件予以了严格规定:受让财产时为善意;转让价格合理;已依照法律规定完成公示。

[69] 即使公司治理领域“朝底竞争”(race to the bottom)的引领者美国特拉华州也规定:其一,若公司注册证书(certificate of incorporation)有明确规定,则对外抵押或质押须经股东(大)会的批准,参见《特拉华州普通公司法》第272条(8 Del. C. § 272);对公司内部人员或高管提供保证,必须经董事会批准,参见《特拉华州普通公司法》第143条(8 Del. C. § 143)。

然,考虑到如今经营范围已不构成对公司权利能力的限制,这里仅需对来自法律的限制进行讨论。在公司担保法律规则中,立法层面一直存在一个争议:究竟应否限制公司的对外担保能力。这里存在两方面相冲突的诉求:一方面,如前文所述,对外担保可能欠缺合理对价,甚至成为利益输送的工具,公司及其债权人将因此而受损;另一方面,对外担保并不当然会损害公司的利益,在尽可能的情形下,应当便利公司的投融资活动。围绕如何平衡这两方面的诉求,各国所采取的立法模式并不相同。限于学识,本文主要对我国台湾地区与大陆地区所采取的立法模式进行对比分析。

1. 台湾地区的“否认+例外”模式

所谓“否认+例外”,就是指原则上否认公司具有对外担保能力,但法律或公司章程明确规定公司得对外担保的除外。这种立法模式显然更偏向于公司利益之保护,台湾地区“公司法”所采的就是这种立法模式。该法第16条规定:(一)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。(二)公司负责人违反前项规定时,应自负保证责任,如公司受有损害时,亦应负赔偿责任。公司为他人提供物保也须适用这条规定,根据“1985年台上字第703号判例”,“第16条第1项规定……旨在稳定公司财务,用杜公司负责人以公司名义为他人作保而生流弊,倘公司提供财产为他人设定担保物权,就公司财务之影响而言,与为他人保证人之情形无殊”。

接下来的问题是,对于无法律或公司章程明确规定得为第三人提供担保的公司,若代表人仍以公司名义为他人提供担保,效力如何?如前文所述,台湾地区“公司法”第16条对公司权利能力的限制将同时构成对代表人权限的限制,且该限制属于前文提到法律限制规则中的第一种。基于此,台湾地区“司法院大法官解释释字第59号”明确指出,代表人如违反台湾地区“公司法”第16条的规定,以公司名义为担保,“既不能认为公司之行为,对于公司自不发生效力”。根据该解释,第三人在接受公司的对外担保之前,就有必要审查公司是否具有对外担保能力。也就是说,尽管这种立法模式对公司对外担保能力所持的态度似乎过于保守,^[70]但不论有意还是无意,其却也在客观上使得越权对外担保在台湾地区不致成为一个严重的问题。

2. 大陆地区的“肯定+例外”模式

所谓“肯定+例外”,就是指原则上肯定公司具有对外担保的能力,但法律——如前文所述,公司章程已无法构成对公司权利能力的障碍——明确规定不得对外担保的除外。大陆地区无论1993年《公司法》^[71]还是2005年《公司法》所采的都是这种立法模式。作为原则,1993年《公司法》并未对公司对外担保能力予以否认,在民商法领域,这也就意味着对公司对外担保能力的肯定。但作为例外,法律也存在对公司对外担保能力的限制。在2005年修正之前,这种限制的来源有两方面:《担保法解释》第6条有关“涉外担保”的规定;^[72]更重要的,1993年《公司法》第60条第3款

[70] 对台湾地区“否认+例外”模式的批评,参见刘连煜:《公司法理论与判决研究(二)》,台北元照出版公司1998年版,第49~80页。

[71] 在2005年的“大修”之前,1993年《公司法》还经历了1999年和2004年两次“小修”,不过这两次修正并未对公司担保法律规则进行修订。

[72] “涉外担保”实际上涉及两个问题:其一,公司有无提供“涉外担保”的权利能力,即公司无能力而提供担保应如何处理的问题;其二,具有该能力的公司所实施的特定“涉外担保”是否经过主管部门的批准或登记,即担保合同未办理批准等手续时的效力问题。这一点观《境内机构对外担保管理办法》第4条及第17条即明。但是,《担保法解释》第6条似乎将这两个问题混为一谈了。更明确点说,对于公司无权利能力而提供“涉外担保”的情形,《担保法解释》第6条似乎也采取了前文所述的默认思路,参见前注[27]、[55]。

“董事、经理不得以公司资产为本公司的股东或者其他个人债务提供担保”的规定。^[73]

“肯定+例外”模式显然于公司的投融资活动更为有利,特别是在2005年《公司法》实施之后,但其所带来的弊端同样巨大。无论司法还是学说层面,都饱受其“折磨”。原因很简单,尽管对外担保具有可能欠缺合理对价的固有属性,但除了为“股东或其他个人债务”提供担保之外,法律对公司的担保能力不存在限制——何况,要防止通过关联担保损害公司,仅禁止公司为股东提供担保也是远远不够的。^[74]这就意味着除非公司章程有明确的相反规定,代表人对外担保的权限并不存在任何限制。在这种情况下,若要避免代表人得恣意对外担保的乱象出现,就只有“华山一条路”——通过公司章程对代表人的权限予以限制。但如前文所述,作为越权代表的司法处理的一般规则,即使公司章程对代表人的权限进行了限制,第三人也不会因此而负有“审查义务”;尽管越权对外担保具有与一般越权代表区别对待的正当性,但法院显然却不具备此种“造法”的权力。^[75]从这个意义上讲,公司担保法律规则之后所作的修正,包括2005年《公司法》第16条几乎都是为了消除对外担保欠缺合理对价的“痼疾”以及“肯定+例外”模式所共同带来的不利影响。

[73] 关于该款规定,学界其实存在很大争议。主流学说认为,董事和经理是代表公司对外从事经营活动的实施者,故该款规定无异于禁止公司为股东或其他个人债务提供担保,“从董事、经理的义务和责任的角度来限制公司对外担保的立法模式无疑是我国公司法的特色”,前注[4],钱玉林文;参见前注[41],王保树、崔勤之书,第44~46页。这一点观1993年《公司法》第214条“责令取消担保,并依法承担”的规定,尤其是“证监公司字[2000]61号”(颁布时间为2000年6月6日)第2条“上市公司不得以公司资产为本公司的股东、股东的控股子公司、股东的附属企业或个人债务提供担保”之规定亦可得知。但是,在“中福股份公司与工行闽都支行案”(判决时间为2001年11月17日,且中福股份公司系上市公司)中,最高人民法院尽管否认了担保合同的效力,却认为1993年《公司法》第60条第3款的目的仅在于限制代表人及董事会,若得到股东大会的批准,则代表人就得“为本公司的股东……提供担保”,而忽视了“证监公司字[2000]61号”的存在以及该院于9天前刚做出的“君安证券公司与郑州信托公司案”判决(判决时间为2001年11月8日,参见前注[55])。关于这一点,可参见曹士兵:《我国新公司法关于公司担保能力的规定评述:重温最高人民法院中福实业公司担保案》,载《法律适用》2006年第6期。注:曹士兵法官系该案的审判员。最高人民法院的观点也得到了少数学者的支持,参见张平:《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。问题是,这种观点虽然颇值赞同,对外担保,包括关联担保并不一定有损公司利益——事实上,2005年《公司法》就废除了该款规定,规定经股东会或股东大会批准,代表人得对股东提供担保——但在当时,这种做法显然是与法律的规定相违背的。在该案中,最高人民法院的另一个错误是,中福股份公司的公司章程规定的是董事“除经公司章程规定或者股东大会在知情的情况下批准,不得同本公司订立合同或者进行交易”,“不得以公司资产为本公司的股东或者其他个人债务担保”,但该院却理解为了“公司董事非经公司章程或股东大会批准不得以本公司资产为公司股东提供担保”。或许是注意到了“中福股份公司与工行闽都支行案”所存在的问题,在“中国进出口银行与光彩事业投资有限公司、四通集团公司借款担保合同纠纷上诉案”(《最高人民法院公报》2006年第7期公报案例)中,最高人民法院似将其观点的辐射范围限定为了“有限责任公司”。但需注意的是,该案的判决时间是2006年5月15日,此时2005年《公司法》(废除了原第60条第3款,增加了新的第16条)已经正式施行。不过,尽管对于1993年《公司法》第60条第3款是否构成对公司对外担保能力的限制存在上述争议,但可以确定的是,该款规定的目的是在“肯定+例外”模式的大背景下,尽可能地维护公司利益,即使在最高人民法院看来,这可能只是其一方面的目的。

[74] 此观“证监公司字[2000]61号”第2条及“证监发[2003]56号”第2条即明。根据这两条规定,对于上市公司,被禁止的关联担保的范围扩大至了为“股东、股东的控股子公司、股东的附属企业”,“控股股东及本公司持股50%以下的其他关联方”提供担保。

[75] 在“御园公司与裕华公司案”中,御园公司曾提交关于修改公司章程的股东会决议,用以证明代表人无权决定对外担保,但上海市高院认为,只要第三人审查过代表人的签名及公司印章,就得推定其不属于“知道或者应当知道”。

五、越权对外担保的区别对待立法: 2005年《公司法》第16条

(一) 对2005年《公司法》第16条的解读

对于公司担保法律规则,到目前为止最重要的修正可能要算2005年《公司法》第16条。有学者认为,对于越权对外担保的法律效力这一难题,“法律规则(即2005年《公司法》第16条)本身却成为了争议的制造者”。^[76]但恰恰相反,如前文所述,2005年《公司法》第16条其实是为了消除对外担保欠缺合理对价的“痼疾”以及“肯定+例外”模式共同带来的不利影响才制定的,尽管在此之前,“证监公司字[2000]61号”第2条就已开始了这种尝试。^[77]只有理解了这一点,才有可能对该规定进行正确的解读。也就是说,对2005年《公司法》第16条的解读,一定要结合对其他公司担保法律规则,特别是对《合同法》第50条的解读。前文也提到,考虑到对外担保欠缺合理对价的痼疾,在“肯定+例外”模式下,为防止代表人越权对外担保损害自己的利益,公司唯一的“自救”手段就是通过公司章程限制代表人的对外担保权限。但是,由于法官不具备“造法”的能力,对于章程的这种限制性规定,第三人并不负有“审查义务”。在这一背景下,立法者的着力点就是改变公司在“知道或者应当知道”的判断中的不利地位。^[78]或者更进一步说,2005年《公司法》第16条所影响的是代表行为是否归属于公司的司法判断。^[79]

2005年《公司法》第16条的关键在其第1款前半段“公司……为他人提供担保,依照公司章程的规定,由董事会或者股东会、股东大会决议”的规定。对于该规定,完全可以换一种表述:公司为他人提供担保须由董事会或者股东(大)会决议——这与“证监公司字[2000]61号”第5条几乎就是一致的;^[80]

^[76] 见前注[3],罗培新文。

^[77] 这种价值取向与1993年《公司法》第60条第3款、“证监公司字[2000]61号”第2条、“证监发[2003]56号”第2条是一脉相承的。事实上,制定2005年《公司法》第16条的直接理由就是,“有些常委委员和地方、部门、企业提出,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。实际生活中这方面发生的问题较多,公司法对此需要加以规范”,洪虎:《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》,载《全国人大常委会公报》2005年第7期。关于2005年《公司法》第16条的立法历程的更多信息,参见前注[4],钱玉林文。这种取向在2005年《公司法》第121条中体现得更为明显。根据该条规定,上市公司在一年内购买、出售重大资产或者担保金额超过公司资产总额百分之三十的,应当由股东大会做出决议,并经出席会议的股东所持表决权的三分之二以上通过。事实上,要是不存在下文所述的“审查义务”及“信息甄别”机制,该条规定根本不具有任何可操作性。

^[78] 可以注意到,2005年《公司法》同时废除了1993年《公司法》第60条第3款。也就是说,即使是对“股东或者其他个人债务”,如今公司也具有了对外担保能力。这就意味着,要是没有其他修正,“肯定+例外”模式的弊端将被进一步放大。在2005年的修法过程中,这种可能一度几乎变为现实,因为最早的修订草案删除了1993年《公司法》第60条第3款,却没有增加与2005年《公司法》第16条相似的规定。反过来,这一修法历程也可以作为对2005年《公司法》第16条的解释的重要参考,参见前注[77],洪虎文。

^[79] 在“绣丰公司与机电公司案”中,最高人民法院实际上也确认了这一点,而不是就2005年《公司法》第16条是否属于效力性强制性规定进行讨论,尽管此案所涉及的是公司对外承担债务的情形,最高人民法院只是类推适用了该条规定而已,参见后注[85]。

^[80] 王保树教授主持的“公司法修改草案建议稿”第17条(亦位于总则部分)甚至直接规定,除非公司章程另有规定,“公司为他人提供担保的,有限责任公司须经全体股东同意,股份有限公司须经股东大会准用本法第一百零五条规定的决议程序做出决定”,前注[28],王保树书,第5、104~106页。这一立法建议的表述更为明晰,态度也可能更为保守,可作为解读2005年《公司法》第16条的佐证。

公司章程应对公司对外提供担保的决议机关——董事会或者股东(大)会——做出规定。^[81]事实上,“证监发[2005]120号”第1条就是这样对该段规定进行解读的。第16条第1款后半段则授权公司章程对担保总额及单项担保的数额进行规定;第16条第2款及第3款则是对公司为股东或实际控制人提供担保的决议机关及决议程序的特别规定。它们与第16条第1款前半段并非并列关系,而是递进关系,这一点对关联担保的效力判断极为重要。也就是说,那种认为第16条第1款仅涉及非关联担保而关联担保仅适用第16条第2款及第3款的观点^[82]或者讨论第16条第2款是否属于(效力性)强制性规定的做法^[83]——不论其观点如何——显然都是错误的。更明确点说,对于关联担保与非关联担保,越权对外担保效力判断的基础规则并没有什么差别。

毫无疑问,对第16条第1款前半段的解读的重点又在于对“公司为他人提供担保须由董事会或者股东(大)会决议”的解释。这一点可以适当参照“光大银行深圳分行与创智股份公司案”对“证监公司字[2000]61号”第5条及“证监发[2003]56号”第2条的解释,尽管在该案中,最高人民法院对《合同法》第50条的态度非常模糊。^[84]其一,该规定尽管并未否认代表人的执行权,但却就对外担保,对公司内部的交易决议权进行了明确划分,即对代表人对外担保的决议权予以了限制,将其明确留给了董事会或股东(大)会——对于关联担保,第16条第2款则直接规定仅股东(大)会享有决议权。^[85]其二,也更值得强调的是,对公司交易决议权的这种划分直接来自于法律——对于上市公司,亦包括证监会的部门规章——而非公司章程。从这个角度来说,在2005年《公司法》生效后,“违反公司章程的对外担保合同的效力”这种提法根本就是错误的,忽略了问题的本质。亦即,该规定所涉及的并不仅是章程对代表人权限的限制,也不仅是法律“对章程效力的提升”或“内部决议效力外部化”^[86],更不仅是“董事会或股东(大)会决议效力的裁判依据”,“不直接牵涉公司对外担保……行为的效力”^[87]。何况,公司法的内部治理机制的不同,本就会相应地影响到外部

[81] 因此,2005年《公司法》施行之后,公司对外担保的决议机关也理应构成公司章程的必要记载事项。但遗憾的是,根据笔者的粗略检索,至少北京市工商局和广东省工商局所提供的公司章程范本并不包含该事项。此外,这里还存在2005年《公司法》与“三资企业法”之间的协调问题,因为中外合资企业及中外合作企业的重大问题均由董事会,而非股东(大)会决议。在“中国信达资产管理股份有限公司深圳市分公司与江苏雄狮数码科技有限公司借款合同纠纷案”[案号为(2012)粤高法民二终字第18号]中,广东省高院就碰到了中外合资企业经股东会批准为第三人提供担保的情形。

[82] 参见李建伟:《公司非关联性商事担保的规范适用分析》,载《当代法学》2013年第3期;前注[32],孙晓光文。

[83] 参见刘贵祥:《公司担保与合同效力》,载《法律适用》2012年第7期;徐子良:《公司对外担保法律效力的司法认定》,载《人民司法》2009年第14期;王冠华:《公司担保效力认定的专家重述规则之批判》,载北大法律信息网(http://article.chinalawinfo.com/Article_Detail.asp?ArticleId=75807,最后访问时间2013-10-22)。

[84] 参见前注[34]。

[85] 参见前注[67],安建书,第40页。在“绣丰公司与机电公司案”中,最高人民法院亦是如此解读的,认为第16条第2款“对关联担保这种无对价的交易,对代表权做了限制性规定”。在此基础上,该院进一步指出,“本案所涉及的协议条款使机电公司只承担巨额债务而不能获得任何对价,不属于公司正常的经营活动”,“为股东及法定代表人清偿债务的性质较关联担保更为严重,公司直接对外承担债务而不能取得经营利益,如未经股东会同意,将构成侵占公司财产的行为……绣丰公司应当知道孙跃生的签约超越代表权限……不属于《合同法》第50条保护的善意第三人……代表行为无效”。换言之,在该院看来,2005年《公司法》第16条(或至少其第2款)得类推适用于公司承担他人债务的情形(甚至所有非正常的经营活动)。遗憾的是,尽管在该案中,最高人民法院接下来似乎只是认定“房地产转让协议不能约束机电公司”,而并未就此认定合同无效,但在之后判决的“东莞市利成电子实业有限公司等与东莞市大岭山镇房地产开发公司等项目转让合同纠纷再审案”[案号为(2012)民提字第122号,判决时间为2013年10月31日]中,该院却似乎又认为《合同法》第50条中的“代表行为有效”就是指“合同有效”。

[86] 见前注[3],罗培新文;前注[82],李建伟文。

[87] 见前注[4],钱玉林文。

交易,强行切断内部关系和外部关系很可能是在“掩耳盗铃”。^{〔88〕} 由于法律的公开性,第三人应当知道代表人并不具有对外担保的决议权。换言之,除非亲眼看到了公司章程关于决议机关的规定以及该决议机关的批准决议,第三人都无法确认代表人是否属于越权代表。在这种情况下,第三人显然无法完成其不属于“知道或者应当知道”的举证。亦即,由于2005年《公司法》第16条的存在,第三人对代表人对外担保是否得到有权决议机关的批准负有了“审查义务”。^{〔89〕} 第三人在接受担保之前,应当要求代表人提供公司章程关于决议机关的规定,以及该机关的批准决议。^{〔90〕}

但要注意的是,第三人所负的仅是形式审查义务,而不是实质审查义务。毕竟,这里要判断的不是决议本身是否有效,而是第三人对越权对外担保是否属于“知道或者应当知道”。要求第三人进行实质审查也并不现实,也不具有可操作性,第三方可能因此承担过高的审查成本及授信风险,法院也缺乏明确的判断标准。^{〔91〕} 若要求第三人进行实质审查,第三人很可能拒绝接受担保,并因此拒绝为债务人提供融资。然而如前文所述,对于公司对外担保,大陆地区立法的第一选择仍然是促进投融资活动。而且,在第三人初步证明自己不属于“知道或者应当知道”,得推定其为善意之后,公司仍有可能通过举证来推翻该推定。本文并不否认,针对交易的具体情况的不同,善意与否的实体标准应当有所不同。但此种实体判断更宜在善意推定能否推翻的分析当中进行,并由公司来承担举证责任。这不仅可以增加第16条的可操作性,也可以激励公司对代表人的行为进行必要的监督,而不是放任自流。

论及可操作性,这里还存在一个小问题。2005年《公司法》第16条同时还规定:公司章程对担保的总额及单项担保的数额有限额规定的,不得超过规定的限额;^{〔92〕} 公司为股东或者实际控制人提供担保的,须经股东(大)会批准,该股东或该实际控制人支配的股东,不得参加表决。这里的问题是,第三人对是否超过限额,特别是总额限额,以及被担保人是否属于股东或实际控制人应否承担“审查义务”,这种“审查义务”是否具有可操作性。这个问题的解决其实并不复杂,只要通过一个简单的“信息甄别”机制——第三人应当要求批准决议就这些情况亦予以说明或告知,而公司则须受其提供的信息的拘束——就可解决。也就是说,一方面,若公司决议未就上述情况予以说明而第三人却接受了担保,则应当认定其未尽“审查义务”;另一方面,只要公司决议提供了上述信

〔88〕 参见前注〔13〕,邓峰书,第49~51页。

〔89〕 从法经济学的观点来说,由于2005年《公司法》第16条已明确规定代表人无对外担保的决议权,并引发对外担保是否经过有权机关的批准的合理怀疑,相较于不存在该规定或一般交易,应由第三人承担的交易成本将有所增加了,或者说“善意”的证明标准将有所提高。

〔90〕 考虑到如前注〔81〕所述,即使公司登记机关亦未能领会2005年《公司法》对公司章程的必要记载事项所带来的变化,实践当中可能会出现两种情形:其一,公司章程未就对外担保的决议机关做出规定,参见前注〔3〕,罗培新文;其二,公司章程“照搬”2005年《公司法》第16条的规定,“中建材公司与银大公司案”就属于此种情形。这两种不同情形的处理,都须以充分理解公司章程的性质,即“全体股东的共同意思表示”,以及对外担保交易的特性为前提。在后一情形,公司章程“董事会或股东(大)会”的授权规定就意味着即使做出对外担保决议的机关是董事会,公司亦须受该决议的约束;在前一情形,由于对外担保交易在性质上类似于重大资产的交易,在公司章程并无任何规定时,就不宜进行此种解释。对于后一情形,罗培新教授的观点与本文是一致的。也就是说,在后一情形,第三人只要对董事会决议进行了合理审查,就可认定其已尽审查义务;但在前一情形,只有当第三人对股东(大)会的决议进行了合理审查时,才能认定其已尽审查义务。

〔91〕 关于这一点,参见后注〔93〕。

〔92〕 上市公司一年内担保超过公司资产总额百分之三十的,2005年《公司法》第121条还订有关于决议机关及决议程序的特别规定,参见前注〔77〕。不只如此,“证监发〔2005〕120号”第1条对决议机关及决议程序的规定甚至更为严格。

息,且第三人按上述信息进行了形式审查,就应当认定其履行了“审查义务”。这样的话,无论董事会还是股东(大)会都将有激励来提供正确的信息,而不是相反。^[93]

在第三人证明自己已尽到形式审查义务之后,法院即可以推定第三人为善意。但在有的情形下,基于公司类型(是否为上市公司)、第三人的商事经验及其公司之间的交往关系,公司可能足以推翻该推定。举个例子,尽管公司出具了明确同意为其股东提供担保的决议书,但是却未召开过股东(大)会或虽召开了股东(大)会但该股东亦参与了表决,而第三人对此属于明知或应知的情形。当然,对于推定的推翻应当采取非常谨慎的态度。在这个例子中,或许只有在第三人本身也属于公司的股东或股东(大)会决议上明确出现了股东的印章之时,才能较为轻易地将推定予以推翻。^[94] 推定被推翻的可能性有助于在一定程度上堵住“形式审查”与“信息甄别”所留下的后门,防止大股东操纵公司进行违规担保,进而损害公司、中小股东及债权人的利益。

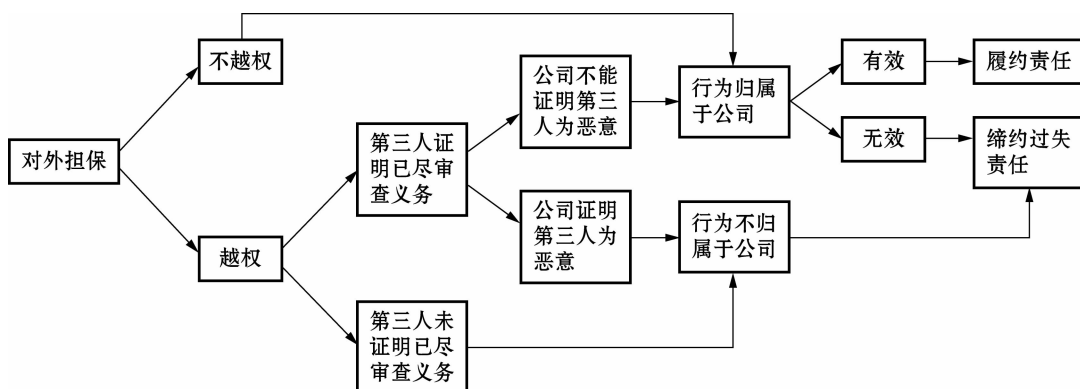
那么,2005年《公司法》第16条第1款前半段到底属于什么性质呢?肯定是强制性规定,不过,是对代表人,而非对公司的强制性规定。如前文所述,2005年《公司法》对公司对外担保的能力并不存在任何限制,第16条的根本目的不是限制公司对外担保,而是限制代表人对外担保的权限。更进一步说,如前文所述,第16条所涉及的是“知道或者应当知道”的判断,是代表行为是否归属于公司,担保合同是否成立的问题,而非担保合同有效无效的问题。换言之,该条规定并不属于《合同法》第52条第5项所说的“强制性规定”。这是因为,至少有一小部分强制性规定所涉及的

[93] 关于“信息甄别”机制的基本原理,参见张维迎:《博弈与社会》,北京大学出版社2013年版,第191~192页。如前注[55]所述,1993年《公司法》第60条第3款也涉及对于被担保人是否属于公司的股东,应当如何判断第三人对此是否尽到了合理审查义务的问题。在“君安证券公司与郑州信托公司案”中,最高人民法院以郑州信托公司在开展企业债券承销业务时,已根据中国人民银行《企业债券管理条例》的规定对相关文件进行了必要审查作为理由之一,认定了郑州信托公司为善意,尽管白鸽股份公司(被担保人,属于上市公司)的年报足以表明其系君安证券公司的股东。尽管这一判断显然混淆了债券承销机构的审查义务与担保合同的相对人的审查义务,但本文在这里不欲对其合理性进行分析,而是意图说明,与在“信息甄别”机制下,要求董事会或股东(大)会的决议予以告知并使公司受此拘束的模式相比,这种由担保合同的相对人自行搜集信息的模式存在非常明显的弊端。这是因为,对于第三人是否尽到合理审查义务,前一模式所采用的是形式判断,而后一模式所采用的是实体判断。在后一模式下,由于缺乏明确的实体标准,法院将享有过大的裁量权,案件结果的不确定性将过大。相应地,由于对其行为后果不存在明确的预期,第三人可能因此承担过高的审查成本。举例来说,在该案中,郑州信托公司就对《白鸽(集团)股份有限公司发债章程》、河南省计划委员会《关于白鸽(集团)股份有限公司发行企业债券的批复》及该企业1994、1995、1996年的财务报表等文件进行了审查,尽管很难判断其是在履行作为债券承销机构的审查义务,还是作为担保合同的相对人的审查义务。

[94] “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”[《最高人民法院公报》2015年第2期公报案例,案号为(2012)民提字第156号]就恰好属于这种情形。在该案中,尽管公司向第三人出具了同意为其股东提供担保的股东会决议,但股东会决议上却明确出现了该股东的印章。在一审与二审当中,法院均以此作为理由之一,认定第三人对公司法定代表人的越权属于明知或应知。但在再审当中,最高人民法院尽管承认第三人负有审查义务,却认为由于“……提供担保时使用的公司印章正确,亦有其法人代表真实签名……且案涉抵押担保在经过行政机关审查后也已办理了登记”,故第三人“在接受担保人担保行为过程中的审查义务已经完成”。在做出这一判断时,最高人民法院强调股东会决议的瑕疵须经过鉴定机关的鉴别、工商登记机关的查询才能得知。不过,这一说法在这里却站不住脚,因为通过股东会决议上的签章就完全可以推知被担保人的股东身份。换个角度来说,最高人民法院的理由也能反衬出信息甄别机制的作用,即既减少第三人自行检索信息的成本,又为公司预留了一定的救济途径。需要说明的是,该案判决书在本文录用之时尚未公布,故对该案判决的其他观点,本文未来得及进行充分评论。但可以发现,该案判决仍主张2005年《公司法》第16条第2款属于对公司的管理性强制性规定,且依旧未能厘清2005年《公司法》第16条与《合同法》第50条之间的关系。

是合同成立与否,而非合同有效与否的问题。^{〔95〕}对于合同有效无效的分析,应当以认定合同依法成立为前提,否则合同有效与否根本无从谈起。那种不对越权代表的根本问题进行讨论,不对强制性规定所涉及的是合同成立与否还是合同有效与否的问题进行分析,将强制性规定一概区分为效力性强制性规定与非效力性强制性规定,并认为违反前者合同无效,违反后者并不无效的做法显然是错误的。^{〔96〕}

(二) 越权对外担保效力判断的思维导图及现行学说的普适性缺陷



越权对外担保效力判断的思维导图

对上图的简要说明:

1. 对于任何交易,包括对外担保,第一步要判断代表人事实上是否越权。对此,公司负有举证责任。如果不越权,那么代表行为就应归属于公司。《合同法》第50条的隐含命题)

2. 对于越权代表的交易,包括对外担保,第二步就是判断是否成立表见代表——如果第三人对越权代表不属于“知道或者应当知道”,代表行为仍得归属于公司。为证明自己不属于“知道或者应当知道”,第三人应举证证明自己已尽审查义务。《合同法》第50条)

2.1. 具体而言,对于越权对外担保,为证明自己不属于“知道或者应当知道”,除了证明存在法定代表人的签名及公司印章(处理越权代表的一般规则的要求),第三人还应证明其已要求代表人提供公司章程关于对外担保的决议机关的规定以及该机关所作的批准决议,并证明其已按该机关所提供的相关信息进行了形式审查(《公司法》第16条)。

2.2. 如果第三人未证明自己已尽审查义务,则表见代表不成立。如果第三人证明了自己已尽审查义务,就得初步推定第三人不属于“知道或者应当知道”。举证责任就转移至了公司,若公司不能推翻该推定,法院就应认定表见代表的成立。

3. 对于归属于公司的交易,包括不越权代表和虽越权但成立表见代表的交易,第三步要做的就是判断合同是有效还是无效。《合同法》第52条等)对于不应归属于公司的交易,第三步则是代表人缔约过失责任的认定。《合同法》第42条,关于缔约过失责任的一般规定)

〔95〕 参见前注〔34〕,苏永钦书,第21~28页。

〔96〕 客观而言,《合同法解释二》第14条对这种情况的出现也负有一定责任。对于效力性与非效力性强制性规定的区分,该解释并未提供任何方法或标准,而不过是在“以问答问”,“将合同效力判断的结果作为合同效力判断的标准,有循环论证的嫌疑”,见前注〔19〕,苏永钦书,第43页;许中缘:《论违反公法规定对法律行为效力的影响——再评〈中华人民共和国合同法〉第52条第5项》,载《法商研究》2011年第1期。换句话说,该解释的作用仅限于提示法官违反法律、行政法规的强制性规定的法律行为也不一定无效,而别无其他。由此造成的负面后果是,法官对于效力性或者非效力性强制性规定的认定可能会较为“草率”。

4. 对于归属于公司的交易,包括不越权代表和虽越权但成立表见代表的交易,第四步则是违约责任,包括担保责任的追究(合同有效时,《合同法》第 107 条等)或缔约过失责任的追究(合同无效时,《合同法》第 42 条及第 58 条后半段)。^[97] 但此种情况下,可能负有缔约过失责任的主体为公司,而非代表人,因为代表人的行为效果已经归属于公司。

反观学界目前对 2005 年《公司法》第 16 条的讨论,从切入的视角而言,基本上可以分为两类:默认《合同法》第 50 条中的“代表行为有效”应解释为“合同有效”,在此基础上就第三人是否负有审查义务进行讨论;忽视《合同法》第 50 条的存在,径直就 2005 年《公司法》第 16 条在性质上属于效力性还是非效力性强制性规定(或者说越权对外担保合同有效还是无效)进行讨论。要是将公司法律担保规则视为一个小的整体,那么这些讨论的前提都是不成立的,因为越权代表所涉及的根本问题是代表行为是否归属于公司,2005 年《公司法》第 16 条应当结合《合同法》第 50 条予以适用。如果就现行学说的各该具体观点与公司担保法律规则的体系化解读进行对比分析,个中的龃龉恐怕更加“不忍直视”。

就算不考虑法理层面的自洽,而只对适用的结果进行对照,尽管对于第三人是否负有审查义务的问题,“孤立”推理的结论与系统解读有时可能一致,或者尽管在特定情形下,忽略《合同法》第 50 条而认定 2005 年《公司法》第 16 条属于强制性或非效力性强制性规定与依照体系解读在经济层面的后果可能并无差别,但对照越权对外担保效力判断的思维导图可以发现,上述观点均不具有普适性。为陈述上的简明,这里以表格形式列出:

具体观点	普适性的缺陷	结果对比(体系解释 vs. 孤立解读)
“合同有效”+第三人审查义务	不适用于代表人未越权或第三人对越权不属于“知道或者应当知道”,且合同存在无效原因的情形	合同无效 vs. 合同有效
“合同有效”+第三人无审查义务	不适用于①代表人未越权但合同存在无效原因的情形,以及②代表人越权的情形	①合同无效 vs. 合同有效;②不成立(不构成表见代表)、有效(构成表见代表且不存在无效原因)或无效(表见代表但存在无效原因) vs. 合同有效
忽视《合同法》第 50 条+非效力性强制性规定	不适用于①代表人未越权但合同存在无效原因的情形,以及②代表人越权的情形	①合同无效 vs. 合同有效;②不成立(不构成表见代表)、有效(表见代表且不存在无效原因)或无效(表见代表但存在无效原因) vs. 合同有效
忽视《合同法》第 50 条+效力性强制性规定	不适用于①代表人未越权但合同存在无效原因的情形,以及②第三人对越权不属于“知道或者应当知道”且合同不存在无效原因的情形	①合同无效 vs. 合同有效;②合同有效 vs. 合同无效

六、结 语

法律人应当处理的一个非常复杂的难题是,“把由于技术的‘原因’,在制定法中分开放置的,但不应该说成是分裂的一个完整的法律应然思维的构成部分,组合成一个整体”,只有这样,才能在不论面

^[97] 《合同法》第 58 条可分为两段:前半段针对的是合同无效或被撤销时的财产返还,后半段针对的则是此时的缔约过失责任。由于越权对外担保的纠纷通常发生在第三人要求公司承担担保责任之时,因此即使最终担保合同被认定为无效,也不会涉及财产返还问题。

对何种具体案件时,都能从制定法中获得妥适的完整法律大前提。^[98]然而,特定的法律问题究竟涉及哪些“组成部分”,这些“组成部分”应当如何组合成一个整体,或者说各个“组成部分”相互之间如何“榫卯”,乃至特定规定属于哪个“组成部分”都并非不证自明的。不止如此,“立法愈是范围广和细致,提出的把法律规范的组成部分与制定法的精神约束整合和相互照应的要求就愈高”。^[99]这实际上就意味着,“对于任何法律规范,只能按照它们在整个法律秩序的‘内外体系’中的地位和功能切合实际地解释与适用”。^[100]无怪乎有学者指出,“一旦有人适用一部法典的一个条文,他就是在适用整个法典”。^[101]对于当下的中国,考虑到经济社会仍处于快速发展和变革的阶段,立法者在认识上难免存在不周延性,加之立法技术仍稍显简陋,这种体系化解读的理念尤其重要。

作为一个小的整体,公司担保法律规则的“组成部分”至少包括:公司对外担保的能力规则(比如1993年《公司法》第60条第3款)、代表人对外担保的权限规则(比如2005年《公司法》第16条)、对外担保的代表行为的归属规则(《合同法》第50条)、担保合同的效力规则(比如《合同法》第52条)。为解决代表人越权对外担保的法律效力问题,需要对这些“组成部分”以及涉及各该“组成部分”的具体规定进行体系化的解读。作为后制定的法规,在对2005年《公司法》第16条予以适用或解释时,绝对不能仅对其进行“割裂”的分析,而忽略其所处的既有“法规生态圈”。这不仅是为了让公司担保法律规则实现自身内部在法理上的和谐一致,更是为了使其得准确、可稳定预期地适用公司对外担保案件的各种不同情形。^[102]本文的写作目的即在于此。

另外,尽管本文所讨论的主要问题是越权对外担保的法律效力,但本文对代表人担保权限规则、对外担保的代表行为的归属规则等的讨论可能亦得“辐射”于其他所有越权代表问题(尤其是当越权代表涉及的是“转让、受让重要财产”时^[103])、越权代理问题甚至刑法上的单位犯罪问题。^[104]当然,本文并不能阻止代表人越权对外担保,也不试图解决利用对外担保来损害公司利益或进行利益输送的所有问题——这至少还需要公司治理法律规则、关联交易规制法律规则等的共同协作。

(责任编辑:许多奇)

[98] 参见[德]卡尔·恩吉施:《法律思维导论》,郑永流译,法律出版社2004年版,第71页。

[99] 见前注[98],卡尔·恩吉施书,第73页。

[100] [德]魏德士:《法理学》,丁晓春、吴越译,法律出版社2005年版,第330页。

[101] 转引自前注[98],卡尔·恩吉施书,第73页。

[102] 又比如,本文已经隐约透露了这种想法:公司越权的现代规则、表见代表(理)制度、善意取得制度也可以当作一个小的整体。只不过,与公司担保法律规则不一样,其“组成部分”之间并非递进关系,而是并列关系。各“组成部分”之间的“榫卯”点均是“善意”,或者说“知道或者应当知道”。

[103] 此时,问题可能要比越权对外担保更为复杂。原因在于,对外担保依照其性质就可与常规交易相区分,从而第三人有机会“警惕”地对代表人是否越权予以必要审查,而特定财产是否构成“重要财产”却系一种数量上的判断,包括该财产本身价值大小及该财产与公司全部财产的价值比的判断。也就是说,第三人可能会难于知晓其应在何时要求代表人提供股东(大)会的批准决议。以台湾地区为例,涉及台湾地区“公司法”第185条第1款第2项另一类的重要争议就是“全部或主要部分之营业或财产”的判断标准,参见前注[33],刘连煜文;王志诚:《营业让与之法制构造》,载《中正大学法学集刊》2005年总第19期。在大陆地区,其实也存在相同的问题,参见龙翔、陈国奇:《公司法语境下的重大资产出售定位——兼评〈公司法〉第75条、第105条和第122条》,载《法学家》2011年第3期。或许正因为如此,在“2008年台上字第2216号判决”中,台湾地区“最高法院”才会一方面认定未经股东会批准的主要财产让与合同无效,另一方面又认为“受让人之相对人难以从外面得知其所受让人是否为公司营业之主要部分或全部,如相对人于受让时系属善意,公司尚不得以其无效对抗善意之相对人,用策交易安全”。换言之,这一判决也许是为弥补台湾地区“公司法”第185条第1款第2项在适用上的天生障碍而做出的或许有违法理的判决。

[104] 同前注[25]。