

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

李游

(清华大学法学院,北京100084)

摘要: 经过实证分析可以发现,目前我国法院对于公司越权担保合同效力认定存在将商事外观主义与商事效率适用绝对化的倾向,过于偏重交易相对人利益的维护,而不问其交易主观状态的善意或恶意,忽视对公司及其股东利益的保护。基于这种司法实务现状以及公司内外法益平衡的考量,交易相对人在与公司担保交易中应负有审查义务。该义务的法理依据可从我国《公司法》第16条与我国《合同法》第50条的关联、商事交易谨慎的注意义务等方面获得。交易相对人审查义务的标准不应僵硬地按照简单形式审查或严格实质审查来判断,而应基于“合理的”标准,即一般理性人标准下的“知道或者应当知道”及其对公司担保交易相关信息渠道获取的可能性来弹性化认定。若交易相对人能够举证证明其尽到合理的审查义务,则推定其交易为善意;若不能,则反推其交易为恶意。应以交易相对人交易主观状态作为认定越权担保合同效力及责任承担范围的重要参考因素。

关键词: 公司担保; 交易相对人; 审查义务; 理性人; 善意

中图分类号: DF411.91 **文献标识码:** A **文章编号:** 1005-9512-(2018)05-0148-14

DOI:10.15984/j.cnki.1005-9512.2018.05.013

公司越权担保的法律效力向来争议颇多,甚至有学者认为,就我国《公司法》第16条的解读成为难题。^①公司担保过程中,“交易相对人”是否需履行一定的审查义务就是该难题的一面。^②1993年颁布,1994年施行的我国《公司法》第60条第3款明确规定,董事、经理不得以公司资本为公司股东或者其他个人债务提供担保。对此,2000年我国《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《担保法司法解释》)第4条进一步明确违反该条的法律后果,即董事、经理违反我国《公司法》第60条担保合同无效;除债权人知道或者应当知道的外,债务人、担保人应当对债权人的损失承担连带赔偿责任。通过这两个条文可以明确公司越权担保的法律后果,以及除外规定“知道或者应当知道”的举证上依赖于交易相对人是否履行审查义务判定。^③因此,在2005年我国《公司法》修订之前,公司越权担保的效力和交易相对人的审查义务认定上并不存在明显分歧。然

作者简介: 李游,清华大学法学院2016级民商法学专业博士研究生。

^①参见甘培忠《公司法第十六条的法义情景解析》,《法制日报》2008年2月17日,第006版。

^②“交易相对人”即公司债权人,或称交易第三人。我国《民法总则》第三章一般规定中的第65条采用“善意相对人”概念,我国《合同法》第50条采用“相对人”概念,为与立法用语统一,笔者于本文中采用交易相对人的概念。其含义与“交易第三人”“担保债权人”并无差异。“交易相对人”也常出现在法律文书中,如“淳安县福鑫实业投资有限公司诉李爱敏等民间借贷纠纷案”([2015]浙杭商终字第2508号)等等。需要说明的是,笔者于本文中引用的案例均来自“北大法宝”数据库,相关案例可依其名称或文书编号在“北大法宝”数据库中检索、获取。

^③参见“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案”([2000]经终字第186号)。

而 2005 年修订之后的我国《公司法》第 16 条规定的公司担保规则不同于 1993 年我国《公司法》第 60 条第 3 款,其对公司担保决策主体和程序等方面进行规范,并未禁止董事、经理以公司资本为他人提供担保,同时,该条也未明确违反的法律后果。2000 年《担保法司法解释》第 4 条是针对 1993 年我国《公司法》第 60 条第 3 款所作出的解释,现该条已修订,故《担保法司法解释》第 4 条不能指涉现行我国《公司法》第 16 条。由此,当下公司担保中交易相对人是否需要履行审查义务于法律层面并不明确,由此导致不同意见,即有人赞成交易相对人应承担审查义务,^④也有人反对交易相对人承担审查义务。^⑤对于这种分歧,最高人民法院飘忽不定的裁判态度也难以提供切实的导向。^⑥尽管目前已有一些文献从规范理论分析和利益衡量等视角探讨这一问题,但遗憾的是,鲜有文献从实证角度回答该问题。^⑦基于上述问题的现状以及研究方法上的不足,笔者于本文中通过对 458 份判决书的分析与反思,^⑧尝试回应这一“尖端的难题”,包括公司担保交易相对人是否需履行审查义务及其法律依据、相应审查标准等问题。

一、交易相对人履行审查义务的必要性及意义

(一) 司法裁判思路过于偏重商事效率

理论上对于我国《公司法》第 16 条规范性质和法律效力认识不一,大致存在三种观点。其一,该条规定是取缔规范,违反该规定的后果是当事人可能面临其他处罚,但不影响担保合同的效力。^⑨其二,我国《公司法》第 16 条在规范性质上应当属于效力性强制性规定,即使将其认定为管理性强制性规定,违反该规定亦应认定无效。^⑩其三,越权担保合同性质属于效力待定合同,而非无效合同。^⑪这种理论观点分歧在实务中也有体现,从笔者统计的 458 份案例样本来看,在我国,目前公司越权担保合同通常情况下被认定为有效(87.77%),只有少部分情况下才会被认定为无效(11.57%)。

表 1 公司越权担保合同效力认定概况

效力样态	有效	无效	效力待定
样本数(比例)	402(87.77%)	53(11.57%)	3(0.7%)

商法不同于民法的一个特征在于其更倾向追求效益。表 1 所呈现的公司越权担保合同效力认定的一般样态是符合当下的判断和认识的。因为这种趋势契合商事效率与外观主义的要求,且符合司

^④参见赵旭东主编《公司法》,高等教育出版社 2006 年版,第 200-201 页“中国农业银行股份有限公司大连金州支行诉大连阿尔滨集团有限公司等金融借款合同纠纷案”([2015] 大民三初字第 96 号)。

^⑤参见“河南面包爵士食品股份有限公司诉侯海涛等借款合同纠纷案”([2015] 周民终字第 02822 号“陈光林诉梁光华等民间借贷纠纷案”([2015] 温龙商初字第 1406 号)。

^⑥如 2001 年“中福实业担保案”中明确交易相对人的审查义务,在 2008 年“创智信息公司担保案”中再次明确有形式审查义务,而在 2011 年“中建材集团进出口纠纷案”中法院认为交易相对人不负有任何审查义务,在 2012 年“招商银行合同纠纷案”中法院又认为负有形式审查义务,在 2016 年“陈斌等民间借贷纠纷申请案”中法院未明确审查义务。

^⑦参见胡旭东《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 85 页;罗培新《公司担保法律规则的价值冲突与司法衡量》,《中外法学》2012 年第 6 期。

^⑧笔者于“北大法宝”中我国《公司法》第 16 条下检索裁判文书 574 篇,经过逐一筛选,将无关案例剔除,得出有用样本案例 458 份。案例的筛选结果大致上能够从宏观上反映当前我国公司越权担保效力认定及交易相对人相应审查义务的一般样态,基本上能够达到“证实”而非“证伪”之目的,检索截止日期为 2017 年 6 月 1 日。

^⑨赵德勇、宋刚《关于公司对外担保的法律问题》,《理论探索》2007 年第 2 期“双城市凯福新能源科技发展有限公司诉哈尔滨银行股份有限公司南岗支行等借款合同纠纷案”([2015] 哈民三商终字第 199 号)。

^⑩参见高圣平《公司担保相关法律问题研究》,《中国法学》2013 年第 2 期“谢某与泗洪县容某某地产开发有限公司保证合同纠纷案”([2015] 苏民终字第 00508 号)。

^⑪参见刘贵祥《公司担保与合同效力》,《法律适用》2012 年第 7 期“黎汉斌与黄显亮等民间借贷纠纷上诉案”([2015] 佛中法民一终字第 759 号)。

法实务中需要区分公司内部法律关系和外部法律关系的裁判思路。尽管统计案例所呈现的一般样态是契合这些认识的,但在这些认定有效的司法判决中,诸多的案例却有过犹不及、矫枉过正的趋势,即倾向于将外观主义绝对化,过于侧重维护交易相对人的利益,不顾其善意或者恶意,忽视公司及股东的利益。譬如,即使公司担保决议无公司签章或者无决议,只需法定代表人出具自己签章的担保函即可;^⑫或者未出示公司担保决议,仅是法定代表人在担保函上私盖公章亦可。^⑬再如公司实际控制人未经公司决议利用公司资产可为自己担保。^⑭诸如此类骗取担保、进行不当利益输送、损害公司资产的情况,并非个案。于此情形,若为维护公司利益,除非担保人能够证明债权人与债务人恶意串通,骗取担保,以此否定担保交易行为的效力,但证明“恶意串通”十分不易。^⑮尽管在这些案例中裁判者认定公司越权担保合同有效,公司承担担保责任后向法定代表人追偿,但是通常的情形却是法定代表人个人财产无法承担的民事责任最终由公司承担,法定代表人承担刑事责任。

表 2 交易相对人审查义务概况

审查类型	不负审查义务	负审查义务
样本数(比例)	417(91.05%)	41(9%)

与此同时,从表 2 可以看出,绝大部分法院(91.05%)认为交易相对人无需承担审查义务,认为交易相对人需要承担审查义务的法院仅占 9%。诚然,法定代表人的行为很大程度上即为公司行为,但这仅局限于其职务行为,而非意味着法定代表人的行为与公司的行为完全一致。遗憾的是,司法实务中,不少法院坚持认为,只要是法定代表人所从事的行为(包括擅自对外担保)都可以一律视为公司行为,过于偏重交易的外观和效率,而交易相对人在正常交易中即使违反了一般谨慎的审查义务也不需要承担责任。这样,势必给公司及其股东带来潜在重大的经营风险,严重危及公司利益,更是助推了交易相对人做出达不到谨慎交易一般要求的行为。基于不少法院对公司担保过于偏重商事效率的裁判现状,交易相对人有履行审查义务的现实必要性。

(二) 审查义务为公司内外利益平衡之利器

表 3 公司越权担保裁判路径概况

裁判路径	I. 规范属性分析路径 ^⑯		II. 内部管理规范路径 ^⑰	III. 法定代表人越权路径 ^⑱
	非效力性 251(54.8%)	效力性 51(11.14%)		
样本数(比例)	302(65.94%)		100(21.83%)	56(12.23%)

^⑫参见“淦彤军等与沈春跃等民间借贷合同纠纷上诉案”[(2015)沪一中民四(商)终字第 2459 号];“广州天地房地产开发有限公司诉叶忠义等民间借贷纠纷案”[(2015)浙 032 民终 40 号];等等。

^⑬参见“合肥康家净电器有限公司与杨柳等民间借贷纠纷上诉案”[(2015)合民一终字第 04237 号];“江苏东联环保科技有限公司等与宜兴市华丰农村小额贷款有限公司等追偿权纠纷上诉案”[(2015)锡商终字第 00761 号];等等。

^⑭参见“刘茵诉潘旭东等民间借贷纠纷案”[(2015)北民初字第 827 号]。

^⑮参见“景县鑫信源小额贷款有限公司诉河北弘嘉纺织服装有限公司等小额借款合同纠纷案”[(2014)景民二初字第 472 号]。

^⑯该路径是从分析我国《公司法》第 16 条属于任意性规范还是强制性规范(区分效力性和管理性)出发,再认定违反的法律后果。参见“双城市凯福新能源科技发展有限公司诉哈尔滨银行股份有限公司南岗支行等借款合同纠纷案”[(2015)哈民三商终字第 199 号];“睢宁县宏峰纺织有限公司等与戴言东保证合同纠纷上诉案”[(2015)徐民终字第 02669 号];等等。

^⑰该路径主要是认为我国《公司法》第 16 条系公司内部管理规定,进而认定违反该规定并不导致合同无效。参见“赤峰九联煤化有限责任公司诉赤峰市元宝山区腾翔小额贷款有限责任公司等小额借款合同纠纷案”[(2015)赤商终字第 139 号];“东阳市佰德文具有限公司与张国金民间借贷纠纷上诉案”[(2015)浙金商终字第 2869 号];等等。

^⑱该路径认为违反我国《公司法》第 16 条系法定代表人的越权行为,应按我国《合同法》第 50 条进行认定。参见“河南中捷置业有限公司与杭州萧山临浦镇资产经营公司等企业借贷纠纷上诉案”[(2015)浙杭商终字第 1084 号];“鲍斌铨与屠狄龙等保证合同、股东损害赔偿纠纷上诉案”[(2015)苏商终字第 00560 号];等等。

从表3可以看出,目前法院对于公司越权担保的合同效力判断主要基于我国《公司法》第16条的规范属性来认定担保合同效力。若认为我国《公司法》第16条为效力性强制规范,则越权担保合同无效。^①若认为我国《公司法》第16条不是效力性规范(包括认定为管理性效力规范和任意性规范),则越权担保合同有效。^②因此,对于该条规范属性的认识差异决定了越权担保合同的效力。这种规范属性的裁判思路是基于解释学路径形成的,加上法官与学者自身理解以及价值偏好不一,故在理论与实务上对于该条的规范属性理解差异分明,同案不同判的情形在公司越权担保案件中不足为奇。由于这种规范解释和分析难以达成对我国《公司法》第16条的共识,不少学者开始倡导利益平衡的方法,即公司担保案件的司法裁判过程,应融入价值判断与利益衡量的裁判论理与技术成分。^③

然而,公司利益牵涉公司本身、股东、公司董事、高管以及交易相对人乃至职工等多方主体,其相互之间势必交叉着某些复杂的经济或利益关系,故有观点认为,我国《公司法》第16条本质上属于处分公司财产的担保行为,法院不应偏重交易效率,而应本着稳健保守的立场,根据在多元法益中求取妥当平衡的原则来作出裁判。^④其中有效的利益平衡利器为交易相对人的审查义务。目前对于我国《公司法》第16条的规范属性认识分歧上升至价值层面即为该条宗旨是对公司内部利益的维护,还是对商事外观主义下交易相对人利益的保障。我国《公司法》第16条没有明确交易相对人的审查义务,法院在公司担保案件的裁判中,存在过于偏重交易相对人的利益,忽视公司及股东利益的保护的倾向,若赋予交易相对人合理的审查义务,则有利于公司担保过程中的利益平衡。正如美国学者阿瑟·奥肯指出的,或许这正是为什么它们互相需要的道理——在平等中注入一些合理性,在效率中注入一些人道。^⑤因此,裁判者可根据个案中相对人审查义务来权衡交易相对人的过错程度及相应责任的承担,达到个案的利益平衡。

二、交易相对人负有审查义务的法理依据

(一) 公司法规范的对象并非仅仅是公司

有法院认为,我国《公司法》第16条明确规定公司为其股东提供担保,须经股东会或股东大会决议,法律规定具有公示作用,任何第三人均应知悉。^⑥作为公开透明的强制性法律规定,任何人不得以不知悉此条款为由对自己的行为进行辩解。^⑦可以看出,有关法院以此法理作为交易相对人负有审查义务的来源。

事实上,我国《公司法》规范的对象并非仅限于公司。我国《公司法》第1条明确该法主要目的在于规范公司的组织和行为,保护公司、股东和债权人的合法权益,维护社会经济秩序。故我国《公司法》直接目的为规范公司行为,间接目的则为保护公司、股东及债权人的合法权益。我国《公司法》作为基本法律位阶的规范性文件,该法第16条所明确公司担保决策主体与程序的规则,表明立法机关已经将公司担保决议规则上升至法律层面。法律既已公布即具有公开宣示效力,我国《公司法》第16

^①如“谢某与泗洪县容某某地产开发有限公司保证合同纠纷案”([2015]苏民终字第00508号);“盐城同生堂大药房有限公司诉江苏射阳农村商业银行股份有限公司等金融借款合同纠纷案”([2015]盐商终字第00429号);等等。

^②如“双城市凯福新能源科技发展有限公司诉哈尔滨银行股份有限公司南岗支行等借款合同纠纷案”([2015]哈民三商终字第199号)“睢宁县宏峰纺织有限公司等与戴言东保证合同纠纷上诉案”([2015]徐民终字第02669号);等等。

^③参见吴飞飞《公司担保案件司法裁判路径的偏失与矫正》,《当代法学》2015年第2期。

^④同前注^①,罗培新文。

^⑤[美]阿瑟·奥肯《平等与效率——重大的决策》,王奔洲译,华夏出版社1987年版,第105页。

^⑥参见“丁浩与张大清等民间借贷纠纷申请再审案”([2015]民申字第3236号);“方新等与吴建文等借款合同纠纷上诉案”([2016]鄂民终295号);等等。

^⑦参见“田传祥等诉张硕民间借贷纠纷再审案”([2015]鲁民再终字第7号)。

条对公司担保的规范,担保权人即应知晓。^{②⑥} 尽管该条的直接内容是为了规范公司担保的意思形成,但交易相对人应当对公司担保决议需要经过会议决策(股东会、股东大会或董事会)是知晓的。同时,交易相对人亦不能以不知该条内容作为免责事由,因为我国《公司法》已经颁布实施,就应推定其知悉。对此,最高人民法院在“中福实业担保案”中明确,“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”。^{②⑦} 因此,《公司法》第 16 条第 2 款明确要求公司为他人提供担保必须经股东会决议,接受担保的债权人应当知道公司股东会的担保决议是担保合同生效的必要条件,其应按照该款要求查看公司股东会决议。

(二) 商事交易中谨慎的注意义务

按照一般理解,商法所调整的主要是商人及其行为。商人作为市场主体,以追求利润作为自己一切行为的主要目的和存在的唯一依据,是不折不扣的经济人。^{②⑧} 我国《公司法》建立在市场经济基础之上,立足于充满竞争关系的市场经济。对于市场交易背景,从事商业活动的公司以及交易相对人应有一定的理性认识,并作出谨慎的交易判断。理论与实务上对公司担保越权合同效力认定认识不一,且越权担保合同的效力对于当事人的权益影响甚大,既可能危及公司的正常运营,也有可能导导致债权人的担保权益无果。故在公司担保交易中,交易相对人应本着谨慎交易的态度,对担保人是否有股东会担保决议作出审查。因为公司法定代表人可能利用自己的职务,未经其他股东的同意,擅自为自己的借款提供担保,损害公司及其他股东权益,导致该交易无效。^{②⑨} 故从交易风险控制角度而言,交易相对人应查阅公司章程,进一步对公司担保是否经股东会或者股东大会决议进行形式审查,并以此证明自己的善意第三人身份。^{③⑩}

同时,担保能够增强债务人的信用,交易相对人的债权就较可能有保障,其债权更安全,^{③⑪}故交易相对人可能在明知法定代表人缺乏股东会担保决议下而有意“默示”忽视这层信息,以此达成担保协议。因为交易者为了获取更多的交易剩余,可能有意隐藏这类私人信息,并不惜使交易伙伴不仅得不到交易剩余,而且以承担事后制度成本的形式承受巨大损失。^{③⑫} 为了防范这种“恶意”现象的发生,从谨慎交易的一般注意义务出发,尤其是在商事领域,公司担保中交易相对人应履行一定的审查义务。

(三) 我国《公司法》第 16 条与我国《合同法》第 50 条的关联

我国《公司法》第 16 条与我国《合同法》第 50 条存在的重大关联在理论和实务中已有不少共识。^{③⑬} 《担保法司法解释》第 11 条更是对此的印证。我国《公司法》第 16 条从本质上应为规范公司内部担保决议决策主体和程序,交易第三人应对此知悉,但知悉的法律效果评价上只能是对其是否善尽审查义务,而不能直接作为合同效力的评价依据。我国《公司法》第 16 条作为公司担保意思的形成机制,而公司担保意思的对外传达需要法定代表人。因此,对于公司外部交易相对人而言,在很大程度上很难区分法定代表人所代表的是公司意思还是其自己意思的越权担保或者自我利益的安排。于此情形下,法定代表人越权担保效力应依托表见代表机制即我国《合同法》第 50 条来处理。该条规

^{②⑥}参见最高人民法院公司法司法解释小组《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(三)研讨会综述》,载奚晓明主编《民商事审判指导》(2008 年第 4 辑),人民法院出版社 2009 年版,第 15 页。

^{②⑦}参见“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案”([2000]经终字第 186 号)。

^{②⑧}赵万一:《商法基本问题研究》,法律出版社 2013 年版,第 151 页。

^{②⑨}参见“周清菊等诉刘利伟民间借贷纠纷再审案”([2015]浙丽商再终字第 1 号)。

^{③⑩}“谢某与泗洪县容某某地产开发有限公司保证合同纠纷案”([2015]苏民终字第 00508 号)。

^{③⑪}See Finch, Vanessa, Security, Insolvency and Risk: Who Pays the Price? *Modern Law Review*, September 1999, Vol. 62(5), pp. 633 - 670.

^{③⑫}李建德《经济制度演进大纲》,中国财经出版社 2000 年版,第 224 页。

^{③⑬}参见梁上上《公司担保合同的相对人审查义务》,《法学》2013 年第 3 期“王建丽诉诸暨市步森小额贷款有限公司保证合同纠纷案”([2015]绍诸商初字第 2211 号)。

定除“知道或者应当知道”外,法定代表人所代表的行为有效。“知道或者应当知道”是交易相对人主观状态故意或者过失的判断标准,其依据则是其是否履行了合理的审查义务。因此,尽管我国《公司法》第16条并未明确公司担保交易相对人的审查义务,但是通过我国《合同法》第50条可以得出交易相对人的审查义务。

三、交易相对人审查义务的标准

由表2可知,有91.05%的法院认为交易相对人无审查义务,仅有9%(样本数为41)的法院认为负有审查义务。通过分析该样本41份判决(如表4所示),法院对于交易相对人的审查义务要求、标准认识是不一致的。其原因在于审查义务标准难以把控,若交易相对人的审查义务过严,则可能增加公司不当抗辩,有损交易相对人交易的积极性;若交易相对人的审查义务过宽,则又达不到对真正善意相对人的保护以及公司治理的维护。

表4 样本案例审查义务要求

审查标准	合理的审查义务 ^④							质审查	明知
	形式审查	合理审查义务	合理审慎义务	必要审查	注意义务	应当知道	理应要求		
样本数(41)	19	5	1	1	8	3	1	1	2

(一) 形式审查与实质审查的模糊界限

形式审查,是指第三人仅对材料的形式要件进行审查,对于材料的真实性、有效性不作审查;实质审查是核实材料的内容是否真实、合法、有效。^⑤由此,根据交易相对人审查义务要求和难度,这种审查可以划分为五种类型(如表5所示)。

表5 审查类型及其强度

审查类型	I. 无需审查	II. 形式审查	III. 形式审查为主, 实质审查为辅	IV. 实质审查为主, 形式审查为辅	V. 实质审查
强度	弱→强				

“无需审查”与“实质审查”是交易相对人的审查义务难度的两端,“形式审查”仅对相应的材料是否齐全等事实层面进行判断,而非材料“真假”的价值判断。“形式审查为主,实质审查为辅”与“实质审查为主,形式审查为辅”是介于“形式审查”与“实质审查”的一个折衷选择,只是在要求交易相对人审查义务过程中要求的侧重点不一样。对于上述审查义务的理论探讨,有人认为,公司对外担保合同的相对人对董事会决议或者股东(大)会决议要承担形式审查义务。^⑥也有人认为,银行债权人与担保公司签约之前有义务审查担保公司公章及其法定代表人签名的真实性与代表权限,审查担保公

^④表4的合理审查义务中的“形式审查”“合理审查义务”“必要审查”“注意义务”等具体标准是笔者根据裁判文书整理提炼的。这些案件的裁判文书对此用语不一,但实质内涵一致,即交易相对人需履行合理的审查义务。

^⑤参见前注^③梁上上文。

^⑥参见前注^③梁上上文。

公司章程及其担保决议的真实性与合法性。^⑤可见,尽管有学者赞成交易相对人的审查义务,但到底履行至何种程度才算是善尽审查义务,则是见仁见智。对此,有人认为,交易相对人的形式审查既不是实质审查,也不是不审查,而是谨慎的形式审查。^⑥该观点虽反映出交易相对人并非简单的形式审查义务,但并未对谨慎的形式审查义务作进一步分析。鉴于交易相对人的审查义务并不只是一种事实层面的简单审查材料是否齐全,又非达到实质审查义务的要求,且实务中,交易相对人较为复杂,既有专业的金融机构,也有普通的自然人、法人或其他组织,交易中的审查的业务能力不尽一致。基于此种考虑,有观点认为,应区分担保权人的身份,从而课予不同程度注意义务。如果担保人是专业担保公司,则须承担更高层次的审查义务;如果担保权人是一般的公司或个人,则其承担的审查义务程度较低。^⑦

表 6 样本案例中交易相对人类型

交易相对人类型	自然人	一般有限公司	银行	担保公司	有限合伙
样本数(41)	23	4	7	6	1

诚然,对不同的交易相对人课予不同的审查义务标准,是一种应然意义上的公平,但于规范层面确定各交易相对人的不同标准审查义务(如表 6 所示),实然层面是难以达到的,也难以要求我国不同地域的各级法院法官驾驭这些不同的审查标准。即便如此,不同标准的审查义务在实战中也会有交易相对人转换身份,从而规避或降低自己在公司担保中的审查义务。故恰当的立场是,在明确赋予交易相对人的审查义务基础上,于审查义务标准上赋予法官自由裁量权,法官根据自己的社会经验、学识来综合判断交易相对人是否善尽合理的审查义务。如此,只需界定善尽审查义务中的“合理”以及一些判断“合理”的因素。^⑧

(二) 合理的审查义务

1. “合理的”界定: 知道或者应当知道

公司担保作为典型的商事交易,通常认为在商事交易中商事主体需具备理性人的标准,即为一个普通人、常人,只是需要根据一定的标准在个案中对理性人进行修正。应当以普通(市民)大众的认知水平进行评判。^⑨由于我国合同法学界的法教义学基本源自德国法学,故德国的相关规定可为一个比较的参考视角。《德国民法典》第 122 条第 2 款规定,受害人知道或应当知道作为无效或可撤销的原因,表意人不负损害赔偿义务。《德国民法典》第 276 条还明确,在交易上未尽必要注意的人,系有过失地实施行为,而《德国民法典》第 277 条进一步规定,只须对自己的事务中通常所尽的注意负责任的人,不免除因重大过失而发生的责任。同时,《德国商法典》第 347 条第 1 款也规定,在其一方为商行为的行为而对他人负有注意义务的人,应对通常商人之注意负责。^⑩由此可以看出,德国法是根据交易相对人交易的一般注意义务来判断其主观状态的,这种认定方式在我国亦应如此。若未尽审慎注意义务,却未能进一步要求提供公司股东会决议,以此证明自己主观上系善意无过失,故其

^⑤参见徐海燕《公司法定代表人越权签署的担保合同的效力》,《法学》2007 年第 9 期。

^⑥参见刘俊海《现代公司法》,法律出版社 2015 年版,第 686 页。

^⑦顾功耘在 2010 年 11 月“公司法适用高端论坛”上的发言,转引自前注^⑥,罗培新文。

^⑧“合理的审查义务”用语也被一些法院采纳,如“中国农业银行股份有限公司大连金州支行诉大连阿尔滨集团有限公司等金融借款合同纠纷案”([2015]大民三初字第 96 号)。

^⑨参见叶金强《信赖合理性之判断: 理性人标准的建构与适用》,《法商研究》2005 年第 5 期“梁银诉邢乾等民间借贷纠纷案”([2014]藏法民一初字第 4 号)。

^⑩参见杜景林、卢湛译《德国商法典》,中国政法大学 2000 年版,第 169 页。

不属于受法律所保护的善意相对人。^⑬

前已述及,我国《公司法》第16条与我国《合同法》第50条可以构成一个法律规制整体,即我国《公司法》第16条是作为公司内部管理的一个程序规则,无法直接作为对公司越权担保合同的效力判断,而要依我国《合同法》第50条来判断。由此,交易相对人的审查义务也受到我国《合同法》第50条的规整,即善尽审查义务的标准依我国《合同法》第50条的“知道或者应当知道”来判断。同时“知道或者应当知道”的表述不仅出现于我国《合同法》,在其它法律上也是常见的(如我国《民法总则》第137条、第167条、第171条、第188条、第199条等),并非为求耳目一新而使用该提法。因此,交易相对人是否善尽合理的审查义务可根据“知道或者应当知道”来作一般的判断。

2. 审查义务举证: 交易相对人善意的推定

对于“恶意”的举证原则,传统上一方当事人主张另一方当事人的恶意,其需承担证明责任,即“谁主张谁举证”。对于“善意”的举证,则是一种被法律推定的且无需由受让人举证证明的主观心态。^⑭因此,若类推我国《合同法》第50条,则这种交易的主观状态即交易相对人的善意是推定的;若公司主张交易相对人恶意(知道或应当知道),则公司需要来承担举证责任。然而,这种“推定善意”在具体案件中适用是存在差异的,尤其是交易中有涉及登记事项的情形。有学者指出,第三人的善意或恶意以第三人为法律行为时为准来判定。在登记之前,推定其为善意,在登记后,推定一切人均应知悉该事件。^⑮事实上,随着19世纪法律的发展演变,这种推定通知(Turquand规则)得以缓和。^⑯有鉴于此,对于我国《合同法》第50条法定代表人的越权事实,通常情况下推定交易相对人相信其代表权限,即推定善意,但是若这种代表权限在立法层面有明确规定,如我国《公司法》第16条所规范的公司担保行为,则不能完全理解为纯粹的内部规范,至少交易相对人对此是应当知道的。换言之,在法定限制上,交易相对人的善意需要自己举证证明;而在约定限制上,交易相对人的善意是被依法推定的。^⑰因此,交易相对人应对其是否善尽审查义务进行举证,表明其交易主观状态的善意。其实,交易相对人善尽审查义务的举证要求并不高,不会给其课予沉重的负担。譬如,原告在要求被告提供担保时向该公司索要了同意提供担保的股东会决议,表明已经履行了合理的审查义务。^⑱再如表7所示,在41份样本判决书中,法院要求交易相对人积极举证的有31份,即要求交易相对人举证其在担保交易中履行了合理的审查义务。若其证明自己已经履行了审查义务,则推定其善意;若未能举证证明,则反推其恶意。因此,可依是否履行合理的审查义务作为交易相对人善意的推定,进而作为公司担保效力评判的因素。

表7 样本案例中审查义务举证方式

举证方式	积极举证(推定)	反推
样本案例数(41)	31	10

3. “知道或应当知道”: 恶意的反推

对于“知道”而言,从比较法上看,“知道”区分为事实上的知道与推定的知道。^⑲前者为交易相

^⑬“吴梓轩诉常州市浓烈季节商贸有限公司等民间借贷纠纷案”([2015]常商终字第460号)。

^⑭参见吴国喆《善意取得制度的缺陷及其补正——无权处分人与善意受让人间法律关系之协调》,《法学研究》2005年第4期。

^⑮谢怀栻《外国商法精要》,法律出版社2014年版,第270页。

^⑯参见[英]保罗·戴维斯、莎拉·沃辛顿《现代公司法原理(上册)》,罗培新等译,法律出版社2016年版,第165页。

^⑰周伦军《公司对外提供担保的合同效力判断规则》,《法律适用》2014年第8期。

^⑱参见“陈熠与于峰峰、陈晓艳等民间借贷纠纷案”([2015]崇民初字第00016号)。

^⑲参见朱广新《法定代表人的越权代表行为》,《中外法学》2012年第3期。

对人明知法定代表人所代表的担保决议并不符合或者不完全符合我国《公司法》第 16 条的要求。于此情形,交易相对人的明知构成我国《合同法》第 50 条第 2 款所规定的恶意串通,损害第三人利益。后者通常是指登记在工商部门的信息,由于随着这种“推定知道”的淡化以及“越权原则”的废除,理论上一般认为,“知道”通常不包括“推定知道”,^{⑤①}笔者亦持此种观点。

对于“应当知道”而言,担保权人只需承担“一般的理性人在类似情况下应当具有的注意义务”即可。^{⑤②}“应当知道”之判断应采取因重大过失不知的标准,^{⑤③}即交易相对人存在重大过失时应认定不成立善意。因为善意受让制度在于兼顾所有人利益及交易安全之立法目的,受让人对于让与人是否有受让权利,应自负一定程度的注意义务,故在因重大过失而不知时难以成立善意。^{⑤④}域外法也有此种规定,如《德国民法典》第 932 条第 2 款规定“受让人明知或者因重大过失不知物不属于出让人的,视为受让人非出于善意。”因此,在公司担保交易中交易相对人若存在重大过失则不构成善意。重大过失是指一种超出一般平均值的非常疏忽,即未采用最平常的注意,不知晓所有人均知晓的东西。^{⑤⑤}如果法律一经公布,就应推定公知,那么我国《公司法》第 16 条于立法层面规范公司担保,就应推定交易相对人知晓该规则。若交易相对人未尽审查义务则构成重大过失。

当交易相对人恶意时,我国《合同法》第 50 条并未明确相对人恶意时法定代表人越权行为的法律后果,所以需要采用解释论方法明确该情形的法律适用。传统理论对法人本质存在不同认识,进而有了“代理”与“代表”的区分。“代表”是基于“法人实在说”的立场,“代理”是基于“法人拟制说”的立场。^{⑤⑥}法人在今天社会中的地位已经确立,法人本质学说谁优谁劣的争论实为无益之争。^{⑤⑦}因此,以法人本质说为出发点区分“代表”与“代理”的进路已不适当。我国法中的代表和代理并无本质区别,代表只是一种特殊的、适用于公司领域的代理。^{⑤⑧}此外,在德国法中董事的越权行为适用无权代理的规范。《德国民法典》第 26 条第 1 款规定“社团必须有董事会。董事会在裁判上和裁判外代表社团;董事会具有法定代表人的地位。代理权的范围可以以具有对外第三人的效力的章程加以限制。”^{⑤⑨}因此,基于代表与代理在基础关系、形式、效果归属等方面存在类同,当交易相对人恶意时,可以以类比适用的方式,类推适用我国《合同法》第 48 条无权代理的规则。

四、交易相对人合理审查义务的司法续造

(一) 规范目的与章程效力的厘清

1. 我国《公司法》第 16 条的规范目的

法律的规范实践的动因就是现实的社会生活中某些类型的社会关系出现了断裂或受到了破坏,从而使良好的社会秩序发生混乱,给正常的社会生活带来了相当严重的消极影响,因此需要矫正、规

^{⑤①}因为在法律上进行“推定通知”,必须具备一个现实前提——第三人通常能够顺利获悉章程内容。然而,事实并非如此。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。

^{⑤②}同前注^⑦,罗培新文。

^{⑤③}同前注^⑨,朱广新文。

^{⑤④}参见王泽鉴《民法物权 2: 用益物权·占有》,中国政法大学出版社 2001 年版,第 267 页。

^{⑤⑤}参见[意]彼得罗·彭梵得《罗马法教科书》,黄风译,中国政法大学出版社 1992 年版,第 78 页。

^{⑤⑥}参见梁慧星《民法总论》,法律出版社 2015 年版,第 130 页。

^{⑤⑦}正如梅迪库斯所指出的,“19 世纪人们曾经对法人的理论进行过激烈的争论。但这两种中的任何一种,即使仅仅是作为短语,也不适合于把握那些已被承认为法人之性质的东西。因此,今天的人们大多认为,这一争论是无益之争”。[德]迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社 2000 年版,第 823 页。

^{⑤⑧}殷秋实《法定代表人的内涵界定与制度定位》,《法学》2017 年第 2 期。

^{⑤⑨}参见陈卫佐译《德国民法典》,法律出版社 2015 年版,第 93 页。

范、引导。⁵⁹ 我国《公司法》第 16 条即是如此。究其产生缘由,是立法机关考虑到“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”。⁶⁰ 可见,立法机关希望该条能够从法律层面对公司担保加以规范,且其意欲维护的本质利益应为公司利益(公司财产安全和股东利益),而非公共利益,达到该立法目的的路径为规范公司内部担保决议主体及程序。因为公司与自然人不同,其需要借助公司机关(股东会、股东大会、董事会)通过多数决原则来形成公司意思,然而这种通过多数决方式的团体决议,容易受到大股东或者董事、经理的操控。所以,为了防范公司财产流失,立法机关才对公司担保进行规范,这也反映出我国《公司法》第 16 条调整的是公司内部法律关系(规范公司内部决议程序),而非外部法律关系。既然我国《公司法》第 16 条调整对象所指向的是公司内部而不是外部,那么在此种分析下,如果公司越权担保,违反我国《公司法》第 16 条的规定,则该法条指向公司内部,不能直接影响合同的效力。因此,《公司法》第 16 条的立法真意在于规范公司内部决策主体和程序(公司意思形成),防止公司财产流失,维护公司的正常运营。正如美国学者杰弗里·N. 戈登所言,公司法上的强制规范在诸多情形下能够有效地防止公司内部人的“寻租”行为。⁶¹

2. 公司章程内外法律效力的可能界限

我国《公司法》第 16 条第 1 款赋予非关联性担保(即对外担保)决策主体依公司章程赋予董事会或股东(大)会确定,这一规定影响公司担保决议的交易相对人审查内容。若公司章程将非关联性担保决策主体赋予董事会,则交易相对人审查公司担保决议由董事会而非股东(大)会作出即可;若公司章程将非关联性担保决策主体赋予股东(大)会,则交易相对人审查公司担保决议由股东(大)会而非董事会作出。同理,章程对担保总额或单项担保数额有规定的亦是如此。由此需探讨的是,交易相对人是否要对公司章程进行审查,这就涉及公司章程的外部效力问题。

对于公司章程是否具有外部效力,有人认为,在公司登记机关登记在册的公司章程具有对抗第三人的效力;⁶²也有人认为,章程作为公司内部决议的书面载体,不具有对世效力;⁶³还有人认为,只要有一定管道获得资讯,不问系记载于章程之中,或未规定于公司之章程,或系来自其他资讯来源,只要相对人有获得资讯之可能性,即可谓公示之作用。⁶⁴ 可见,公司章程对交易相对人的效力认识是不统一的。随着登记推定通知以及越权原则的废除,登记并不能直接推定知悉,故笔者认为,对于公司章程效力的认识应该从不同维度来认识。一方面,公司章程作为公司的“宪章”,是其运营的指南以及公司治理规制核心所在,故公司在章程本质上是为公司内部治理规则,表现为内部效力。另一方面,公司意思对外传达上并非如同自然人,由于公司越权或者法定代表人越权等情形的发生导致公司内部治理规则的效力溢出到外部,但是这种内部效力的溢出并非直接的,而是通过交易相对人是否尽合理审查义务(“知道或者应当知道”)来确定所签订合同效力。这种效力认定反映的应该是交易相对人的审查义务而非直接反映公司章程的对抗效力。章程登记于工商部门或备置于公司,其主要功能在于公示,而公示制度之目的在于提供一项公示交易关系人之资讯管道,以作为交易及授信之参考。⁶⁵ 因此,公司章程的效力应止于善意的交易相对人,其外部效力只是交易相对人并未善尽审查义务的反

⁵⁹姚建宗《中国语境中的法律实践概念》,《中国社会科学》2014年第6期。

⁶⁰参见《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》,http://www.npc.gov.cn/wxzl/gongbao/2005-10/27/content_5343119.htm 2017年9月24日访问。

⁶¹See Gordon, Jeffrey N., The mandatory structure of corporate law, Columbia Law Review, Nov, 1989, Vol. 89(7), pp. 1549-1598.

⁶²刘俊海《现代公司法》,法律出版社2015年版,第139页。认为公司章程具有对抗第三人效力的判决,参见“济南市新融典当有限责任公司诉孟维琴等典当纠纷案”([2013]市商初字第1148号)。

⁶³参见前注⁶⁰,崔建远、刘玲玲文。

⁶⁴王文宇《公司法论》,元照出版社(台北)2008年版,第95页。

⁶⁵同上注,王文宇书,第95页。

映。也因为如此,需要考量交易相对人在现有条件下获取公司章程渠道的可能性。

(二) 交易相对人审查义务的客体及评价

1. 封闭公司与开放公司的不同审查难度

在英美法上,公司有“封闭公司”和“开放公司”的划分。所谓的封闭公司大致相当于大陆法系国家及我国的有限责任公司以及非公开发行股份(发起设立)的股份有限公司,公众公司则相当于公开发行股份(募集设立)以及股份上市交易的股份有限公司。^⑥在本文主题下,之所以要区分封闭公司和开放公司,只因为两种不同类型公司章程中关于担保规定的查阅难度不一样。同时,这种区分也被一些法院用来作为公司越权担保合同效力认定的重要参考因素。如有的法院认为封闭公司不涉及公众利益,而开放公司涉及公众利益,故封闭公司中越权担保有效,开放公司中越权担保无效。^⑦上市公司的公司章程不仅备案于公司登记机关,而且还备置于公司住所,具有较明显的公示性,担保权人理应知道公司章程中对公司担保的记载。非上市公司的公司章程查询不易,故在交易实践中亦不宜苛求任何人在交易之前均需查询相对人的公司章程,准此,非上市公司的公司章程不具有公示效力,不能以公司章程上的记载推定担保权人知道公司担保的限制。^⑧基于公司章程作为公司自治规则的特征,以及我国尚未建立有限责任公司章程开放查阅的现状等因素,债权人不负有审查公司章程真实性的义务。^⑨因债权人等以外的第三人对公司章程等审查不具有可操作性、合理性和公平性。^⑩正如表 8 所呈现的,公司的不同类型对于交易相对人审查义务的内容难度是不尽一致的。审查开放公司章程中的担保要求比较容易,封闭公司则存在一定困难。因此,对于交易相对人的审查义务要求区分不同类型公司是有意义的。^⑪虽然目前我国公司登记对社会公众查询公司章程等公司相关信息的要求尚不一致,但是,公司章程查阅的难度并非出现在立法层面而是出现在执法层面。恰当的立场,应当是从社会理解的一般层面出发,根据理性的交易相对人依信息获取渠道的可能性评价其审查义务。就目前而言,区分上市与非上市公司不同类型所呈现的获取公司相关信息的渠道和难易不同(如表 8 所示),审查及评价交易相对人是否合理履行该义务是有意义的。

表 8 审查材料的难度

公司类型	有限公司	未上市股份公司	上市公司
登记(公告)材料	公司章程等	公司章程等	公司章程等
获取途径	需律师事务所介绍信等材料向工商部门申请	需律师事务所介绍信等材料向工商部门申请	工商部门、沪深证券交易所官网、巨潮资讯网等
获取难度评价	相对较繁琐	相对较繁琐	相对较简便

2. 具体适用: 依信息获取渠道的可能性进行评价

在上市公司中,担保交易相对人可能要求审查的材料包括公司章程(对公司担保决策主体、数额

^⑥施天涛《公司法论》,法律出版社 2014 年版,第 63-64 页。

^⑦参见“广东科浩幕墙工程有限公司与陶文祥等保证合同纠纷上诉案”([2015] 浙杭商终字第 1962 号);“杭州金亮科技有限公司诉杭州尼光实业有限公司等保证合同纠纷案”([2015] 杭余商初字第 1838 号)。

^⑧参见前注^⑥,最高人民法院公司法司法解释小组文,载同前注^⑥,奚晓明主编书,第 15 页。

^⑨参见“陈光林诉梁光华等民间借贷纠纷案”([2015] 温龙商初字第 1406 号);“浏阳金昌房地产开发有限公司诉浙江铭仕管业有限公司等企业借贷纠纷案”([2015] 浙绍商终字第 954 号);等等。

^⑩参见“周万盟等诉青岛国际服装城置业投资有限公司等民间借贷纠纷案”([2015] 温泰商初字第 205 号)。

^⑪实践中亦有法院如此认为,参见“滕锋诉李伟等民间借贷纠纷案”([2015] 铜民初字第 2293 号)。

进行审查;若公司章程未规定,应依我国《公司法》第16条主动要求审查其公司担保决议)、董事会或者股东大会的担保决议(依据章程审查决议的主体是否合格)、担保对象(是否为关联担保抑或是非关联担保)、上年度的会计报告(我国《公司法》第121条规定,上市公司担保金额超过公司资产总额30%的,应有股东大会作出决议,并经出席会议的股东代表所持表决权的1/3以上通过)。对于公司以及法定代表人的签章真伪、公司担保决议的效力(是否程序合法)以及会计报告是否存在虚假均不是交易相对人审查的内容,其也非一般理性人能力所及。同时,对于作为银行业专业机构的交易相对人,法院对其履行审查义务的要求会更严格,主要包括公章印文与样本公章印文均为同一印章、法定代表人签名字迹、指印是否真实,如未对尽这些审查,则要求公司承担保证责任的依据不足。^⑫同时,中国证监会《关于规范上市公司对外担保行为的通知》(证监发[2005]120号)要求各银行业金融机构必须认真审核以下事项:由上市公司提供担保的贷款申请的材料齐备性及合法合规性;上市公司对外担保履行董事会或股东大会审批程序的情况;上市公司对外担保履行信息披露义务的情况;上市公司的担保能力;贷款人的资信、偿还能力等其他事项。可以看出,银行等主体的审查义务要求更高。究其原因,不仅是为了平衡交易相对人利益而课予交易相对人的审查义务,更是基于对上市公司和银行类的公司治理中风险防控的要求。^⑬

对于非上市公司,对公司担保决议进行合理的审查即应为尽到其审查义务。第一,司法实务中极易出现对公章审查要求的争议。^⑭由于印章的真伪必须经过鉴定机关的鉴定方能识别,必须经过查询公司工商登记才能知晓,必须谙熟公司法相关规范才能避免因担保公司内部管理不善导致的风险,若将此全部归属于担保债权人的审查义务范围,未免过于严苛,亦有违合同法、担保法等法律的制定者保护交易安全的立法初衷。^⑮第二,查阅非上市公司的章程需要到公司注册所在地的工商管理部门。各地工商部门对查阅公司章程有着不同要求,有的需要律师证复印件、执业证、委托代理合同、律所介绍信,有的进一步需要提供待查企业涉诉的立案受理通知书,也有的只需要公司出具加盖公章的授权书和查阅人的身份证复印件加盖公章。由此看来,若对此要求交易相对人尽到查阅非上市公司章程义务,则是对其提出非常严厉的要求,并且严重影响商事交易效率。第三,对于该股东会决议是否通过其股东同意或签章均不具有实质性审查的要求,即使该股东会决议上股东印签存在真实性问题,亦不影响担保效力。^⑯因此,对于非上市公司,审查内容为担保决议(决策主体及程序、签章)。

综上所述,对于交易相对人的审查内容应为作为一般商业理性人基于现实条件下依信息获取渠道的可能性进行评价。需注意的是,在交易相对人履行了其审查义务,而后发生担保决议被撤销或者无效的情形,担保人(公司)也不能因此否认其担保效力,其法理在于公司决议被撤销或认定无效并不能波及到公司外部法律关系,即公司对外法律关系上并无溯及力,对此,《最高人民法院关于〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(四)》第6条有进一步的明确。

(三) 法律效果:合同效力与责任承担

1. 审查义务与合同效力

^⑫参见“东莞银行股份有限公司常平支行与莫建英、东莞市富源顺安防科技有限公司金融借款合同纠纷案”([2015]东三法常民二初字第326号)。

^⑬参见“温州旭都投资有限公司诉中国民生银行股份有限公司温州分行等金融借款合同纠纷案”([2015]浙温商终字第1094号);“谢某与泗洪县容某某地产开发有限公司保证合同纠纷案”([2015]苏民终字第00508号);等等。

^⑭参见“严成敏等诉赵华芳等股权转让纠纷案”([2015]浙商提字第51号);“苏少祥与刘建喜、天津市泉源泵业有限公司民间借贷纠纷案”([2016]津0112民初679号);等等。

^⑮参见“余云忠与管华曙、吴颖超等民间借贷纠纷案”([2015]广民二初字第1034号)。

^⑯参见“成都优道资产管理有限公司与绵竹中力电力产品有限公司抵押合同纠纷案”([2015]高新民初字第213号)。

表 9 审查义务的履行及主观状态

类型	I. 未履行审查义务, 直接与公司签订担保协议	II. 履行审查义务, 知晓越权事实	III. 履行审查义务, 仍未知越权事实
主观状态	重大过失	恶意	善意
合同效力	由公司是否依我国《合同法》第 50 条追认而定	无效(或待定)	有效

重大过失影响善意的构成, 与之相对应, 一般过失和轻过失不影响善意的构成。^⑦ 交易相对人未做到合理的审查义务, 其主观上不能构成善意。^⑧ 正如表 9 呈现的, 若交易相对人未履行审查义务, 则意味着违反了最低的注意义务, 构成重大过失, 即属于构成我国《合同法》第 50 条的“知道或者应当知道”情形, 此种情况下, 担保合同不是有效的, 其具体为“无效或者效力待定”则由公司决定。若有利于公司, 则公司可能追认合同效力。若公司不追认, 则合同无效。事实上, 这除了类推适用无权代理规定外, 还与美国法上担保对于公司是否基于合理期待对公司存有利益的做法类似。^⑨ 若交易相对人履行审查义务, 知晓越权事实仍从事担保交易, 则主观为恶意。当交易相对人为恶意时, 所涉担保行为效力判断存有分歧, 例如, 王利明教授认为, 恶意时效力待定;^⑩ 崔建远教授认为, 对于代表越权, 相对人恶意时, 合同无效。^⑪ 笔者更倾向于前一种观点, 即交易相对人恶意时, 合同的效力交由公司决定。若交易相对人履行审查义务, 仍不知越权事实, 则其主观状态为善意, 所涉担保合同有效。

2. 未尽审查义务与责任承担

未尽审查义务影响到担保合同效力, 即被认为无效或者部分无效, 则应依据我国《担保法》和《担保法司法解释》第 7 条、第 8 条来处理。未做到应尽的注意义务, 对担保合同无效具有过错, 应承担相应责任。^⑫ 主合同有效而担保合同无效, 债权人无过错的, 担保人与债务人对主合同债权人的经济损失, 承担连带赔偿责任; 债权人、担保人有过错的, 担保人承担民事责任的部分, 不应超过债务人不能清偿部分的二分之一。主合同无效而导致担保合同无效, 担保人无过错的, 担保人不承担民事责任; 担保人有过错的, 担保人承担民事责任的部分, 不应超过债务人不能清偿部分的三分之一。

五、结 论

我国《公司法》第 16 条是极具本土色彩的法律。^⑬ 从立法目的来看, 我国《公司法》第 16 条仅仅是为了防范公司资产流失, 而将公司担保规则上升至法律层面。尽管如此, 该条所规定的公司担保决议的决策主体及程序应属于公司内部事项, 违反决议程序不能影响外部法律关系。不能以此认定所涉担保合同无效, 否则会混淆公司内外关系以及降低交易效率, 更违反商事外观主义原则。因此, 从

^⑦ 吴国喆《善意认定的属性及反推技术》,《法学研究》2007 年第 6 期。

^⑧ 参见“董乐平诉李海燕等债权转让合同纠纷案”([2015]鄂枝江民初字第 00737 号; “关记莲与赖认圆、晋江市龙源建材贸易有限公司民间借贷纠纷案”([2015]佛城法南民初字第 402 号); 等等。

^⑨ See Blumberg, Phillip L., Intragroup (upstream, cross-stream, and downstream) guaranties under the Uniform Fraudulent Transfer Act. *Cardozo Law Review*, Dec, 1987, Vol. 9(2), pp. 685-728.

^⑩ 参见王利明《合同法研究》(第 1 卷), 中国人民大学出版社 2002 年版, 第 626-627 页。

^⑪ 参见崔建远《合同法总论》(上卷), 中国人民大学 2008 年版, 第 356 页。

^⑫ 参见“丁浩与张大清等民间借贷纠纷申请再审案”([2015]民申字第 3236 号)。

^⑬ 参见钱玉林《寻求公司担保的裁判规范》,《法学》2013 年第 3 期。

我国大部分法院的裁判思路上来看,其所持的对我国《公司法》第16条的认识应是值得肯定的。同时,司法不能仅一味追求商事效率而不问交易公平。尽管我国大部分法院区分了公司的内外部法律关系,但是又存在将商事外观主义绝对化的倾向,过于维护交易相对人的利益,忽视公司及股东的利益。基于交易相对人明知担保人并没有公司担保决议以及公司法定代表人滥用职权等情形,严重损害公司资产以及正常运营,有必要赋予交易相对人合理的审查义务。需注意的是,这并非简单的形式审查,也非严格的实质审查,而是留有一定自由裁量空间,法官应依据个案所涉公司组织形式等具体因素考量交易相对人是否善尽其审查义务,并且对其义务履行认定应是从宽的,不应使该义务成为其交易的沉重负担。同时,该义务的履行只是为了谋求个案中的交易效率与交易公平之间的平衡。

(责任编辑:陈历幸)

The Trading Counterparty's Reasonable Duty of Review in Corporate Guarantee: Based on the Analysis of 458 Judgments

LI You

Abstract: Through empirical analysis, it is found that courts in China now tend to absolutely apply the principle of commercial appearance and commercial efficiency when identifying the effect of an unauthorized corporate guarantee contract. They focus more on safeguarding the interests of trading counterparties irrespective of whether their subjective states are good faith or bad faith in transactions, and disregarding of the protection of the interests of the company and its shareholders. In view of the actual situation of such judicial practice and in consideration of balancing the internal or external legal interests of the Company, the trading counterparty shall assume the duty of review in the transaction of corporate guarantee. The legal foundation for this duty can be obtained from perspectives such as the duty of care in affiliate transactions and commercial transactions set forth in Article 16 of Company Law and Article 50 of Contract Law of China. The standard for the duty of review of the trading counterparty should be determined not rigidly according to a simple review in formality or a strict review as to substance, but on basis of the "reasonableness". In other words, the duty of care should be determined flexibly according to the "knowing or should have known" under the standard of a general reasonable person by "knowing" or "should know" and its possibility of having access to relevant information on the transaction of corporate guarantee. If the trading counterparty can prove its duly fulfillment of the duty of reasonable review, then the transaction is presumed as in good faith, otherwise, it is presumed as in bad faith. The subjective state of the trading counterparty shall be also considered as an important factor in identifying the effect of an unauthorized corporate guarantee contract and scope of assumed liability.

Keywords: Corporate Guarantee; Trading Counterparty; Duty of Review; Reasonable Person; Good Faith