

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

邹海林*

内容提要：自公司法第16条规定以来，我国理论和司法实务界对公司代表越权担保的私法效果问题又继续讨论了十多年，但解释上至今尚存不确定性。事实上，公司代表越权担保的私法效果，有其自身的制度逻辑，包括公司有为他人担保的能力、法人与法人机关之间固有的法秩序以及拒绝给付抗辩权的法理。现有的争论相当程度上脱离公司代表越权担保的制度逻辑，以致各种解释在路径、方法和结论上均有失妥当。理解和适用公司代表越权担保的私法效果，应以其制度逻辑为基础，不论有无违反公司法第16条第1款的情形，依照民法总则第61条的规定，公司代表以公司名义为相对人担保的，均产生归属于公司的私法效果；相对人请求公司承担责任时，公司得以相对人知道或者应当知道公司代表违反公司法第16条第1款为由拒绝承担责任。因有上述认识，我国司法实务有关公司代表越权担保的既有裁判路径应作出实质性的转变。

关键词：公司担保 公司代表 越权行为 相对人 抗辩权

一、问题的提出

公司通过法定代表人或负责人（即法人机关或公司机关，以下统称公司代表）为法律行为。因公司自治的制度效用，公司代表以公司名义为他人提供担保的权限，会受到公司治理的权力配置秩序的限制，如公司章程或公司决议可以限制公司代表为他人提供担保的方式和情形。公司代表违反公司章程或公司决议的限制，以公司名义为他人担保（以下统称公司代表越权担保），公司应否对该行为承担责任，此为公司代表越权担保的私法效果问题。如何理解和适用公司代表越权担保的私法效果，我国的学术、立法以及实务层面都有着广泛的讨论。目前的状况是，自公司法第16条规定以来，各种讨论不仅未澄清公司代表越权担保的制度逻辑，亦未就其私法效果达成基本共识。

在展开讨论之前，有必要将议题限定在以下两个条件之上：其一，本文所称公司代表越权担保，仅以公司为与其没有关联关系的相对人（第三人）提供的担保为限。因公司法

* 中国社会科学院法学研究所研究员。

专门规定了调整关联交易的刚性制度,公司因关联关系为他人担保的,存在关联担保是否有效的问题,^[1]此与公司代表以公司名义为不具有关联关系的相对人提供的担保不同。本文仅讨论公司代表违反公司法第16条第1款的规定为他人担保的私法效果问题。其二,本文所称公司代表越权担保,仅以公司代表以公司名义为他人提供的担保为限。公司代表以外的其他人员,包括但不限于有权执行公司“工作任务”的人员、^[2]经公司授权的其他人,以公司名义为他人担保的,其制度逻辑与公司代表不同,不在本文的讨论范围内。

公司代表的越权行为以其行为“超越”公司的经营目的为基本类型,曾有“越权原则”(the ultra vires doctrine)的畅行。但随着“越权原则”的衰落,公司代表的越权行为不再受司法实务的特殊关照,公司应当对公司代表超越公司经营目的的越权行为承担全部责任。^[3]公司代表因其公司机关的地位,以公司名义与他人为法律行为,不论其所为法律行为的效力,公司对其行为均应承担责任。这就是公司代表的“越权行为有效于公司”的基本规则。若以“越权行为有效于公司”的规则为基础,公司代表越权担保的私法效果似乎不是一个问题。公司不得因公司代表越权担保而“豁免”其所应当承担的责任。但是,这仅仅是问题的一个方面,如何能够让公司因其代表的越权行为而“脱责”,则是问题的另一个方面,后者往往会成为理论和司法实务的一种偏好。在我国,民法通则等法律对“越权行为有效于公司”的规则所采取的立场相当暧昧,公司的经营范围长期影响并困扰着“超越经营范围”的公司行为之效力评价。^[4]同时,相应的理论研究、立法和实务则将公司应否对公司代表越权担保承担责任的讨论,“扩展”到平衡公司及其股东、一般债权人以及相对人因公司代表越权担保而受影响的利益层面,并在民法通则、公司法、担保法、合同法等规范文本中寻找解释依据,将讨论的中心置于公司代表越权担保或担保合同“有效与否”的问题上,导致公司代表越权担保的法律问题更加不确定。^[5]近些年来,最高人民法院有

[1] 参见公司法第21条。应注意公司法第16条有3款:“公司向其他企业投资或者为他人提供担保,依照公司章程的规定,由董事会或者股东会、股东大会决议;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”(第1款)。“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”(第2款)。“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”(第3款)。其中,第1款和第2款的制度逻辑有明显的差异,与其说第2款及其附随第3款是有关公司为他人担保的程序性规定,不如说是公司法对关联担保的生效条件的特别规定。关联担保因为涉及公司与其实际控制人、股东、董事、高级管理人员等相互间利益变动的正当性,公司法第16条第2款和第21条在性质上可解释为限制关联担保合同效力的规定。此外,公司为其实际控制人、股东、董事、高级管理人员等提供担保,这些利害关系人事实上难以推定为“善意”相对人,缺乏适用合同法第50条规定的基础。有学者对前述第1款和第2款的规范性作了区分,认为第2款是立法者在私法自治的原则下对涉及公司为利害关系人提供担保的例外所作之强制性规定。参见钱玉林:《公司法第16条的规范意义》,《法学研究》2011年第6期,第133页。

[2] 如民法总则第170条规定的职务代理。

[3] 参见傅廷美:《公司法中的越权原则及其改革》,《法学研究》1991年第4期,第61页以下。

[4] 参见民法通则第42条、1993年公司法第11条。

[5] 公司为他人担保的核心问题为公司代表越权担保的私法效果。在公司法第16条之前,民法通则第43条、合同法第50条本可以解决公司代表越权担保的私法效果问题。但是,因1993年公司法第60条第3款的规定,这一问题被“淹没”在公司有无能力为他人担保的制度结构中。公司法第16条的出现本应改善前述状况,但由于人们严重忽略该条的规范目的而将注意力仍然集中于公司代表越权担保是否影响担保合同效力的问题上,相应增加了公司代表越权担保的私法效果讨论的不确定性。有学者认为,仅就目前所见的各级法院的裁判来看,公司法第16条的规定不仅没有给公司担保纠纷的处理带来多大的确定性,相反却造成了新的解释困境和裁判不一,影响了人民对法律的信赖。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,第104页。

关公司代表越权担保的裁判仍旧陷于“担保合同是否有效”的漩涡中,^[6]且围绕公司代表越权担保或担保合同“有效与否”展开的讨论,亦未形成富有成效的共识。^[7]

本文以公司法第16条第1款的规定为基础,以公司代表越权担保的制度逻辑为线索,通过立法论和解释论的逻辑梳理,为合理解决公司代表越权担保的法律问题提供思考路径。

二、公司代表越权担保的立法论逻辑

讨论公司代表越权担保的私法效果,首先应当对其制度结构的立法论逻辑有所限定。在这里,公司具有为他人担保的能力、法人与法人机关之间固有的法秩序,构成我国立法规范公司代表越权担保的制度基础。

在对公司的行为施加各种管制的情形下,公司为他人担保的能力受到法律的禁止或限制。关于公司为他人担保的制度结构,不同时期公司法的规定有巨大差异,制度上呈现出禁止公司为他人担保向允许公司为他人担保的演变过程。1993年公司法第60条第3款关于禁止公司为其股东、其他个人债务提供担保的规定,曾引起了公司可否为他人担保的大讨论。^[8]至2005年10月27日,修订后的公司法第16条允许公司为他人担保,相当程度上具有终结这一大讨论之意义。以公司自治的理念为导向,公司法第16条第1款允许公司为他人担保,但第16条第2款仍旧保留了1993年公司法第60条第3款禁止公司“为股东或其他个人提供担保”的部分内容,即公司未经股东(大)会决议不得“为公司股东或者实际控制人提供担保”。^[9]即使人们已经注意到公司法第16条第1款与1993年公司法第60

[6] 参见拜城县滴水铜矿开发有限责任公司、新疆石河子农村合作银行借款合同纠纷二审民事判决书,最高人民法院(2018)最高法民终148号;王祖奎、马千里股权转让纠纷二审民事判决书,最高人民法院(2018)最高法民终298号;邓兴华、付昭成民间借贷纠纷再审审查与审判监督民事裁定书,最高人民法院(2018)最高法民申2995号;罗伟华、南昌绿地申人置业有限公司民间借贷纠纷再审审查与审判监督民事裁定书(下称“罗伟华案”),最高人民法院(2018)最高法民申5596号。

[7] 2017年12月2日,最高人民法院民二庭第7次法官会议纪要讨论了“公司对外担保合同的效力认定和效果归属”问题。对公司法第16条的理解,该会议罗列了“内部关系说(合同有效)”“规范性质识别说(合同有效)”和“代表权限制说(担保合同对公司不发生效力)”等不同观点。该会议纪要强调:“公司的法定代表人……等行为人未按《公司法》第16条的规定以公司名义为他人提供担保,但符合《合同法》第50条、第49条的规定或者公司事后予以追认的,应认定该担保行为有效;依法不构成表见代表、表见代理或者公司不予追认的,应认定该担保合同对公司不发生效力。”参见贺小荣主编:《最高人民法院民事审判第二庭法官会议纪要》,人民法院出版社2018年版,第190页以下。

[8] 参见周道:《从〈公司法〉第60条第3款说起——公司为股东或个人债务担保的效力论》,载邹海林主编:《金融担保法的理论与实践》,社会科学文献出版社2004年版,第271页以下。

[9] 我国理论和实务界对公司法第16条的上述“区别性”规定,始终没有给予足够的注意。公司法第16条第1款和第2款的制度结构在文本表达上存在差异,但在讨论公司代表越权担保的问题时通常又不作区分。例如,《最高人民法院公报》2011年第2期刊登的“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”(下称“中建材案”)之“裁判摘要”认为:“2005年修订的公司法第十六条第一款规定:‘公司向其他企业投资或者为他人提供担保,依照公司章程的规定,由董事会或者股东会、股东大会决议;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。’该条第二款规定:‘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。’但公司违反前述条款的规定,与他人订立担保合同的,不能简单认定合同无效。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。”

条第3款之间存在的巨大差异,但总体上仍以限制公司代表的担保权限之相同制度结构为基础,以“代表权限制说”“规范性质识别说”和“内部限制说”等不同观点来解释公司代表越权担保的私法效果。^[10]这种讨论没有摆脱国家管制公司为他人担保的立法论逻辑的束缚。

公司为法人,其行为通过法人机关进行。法人机关是法人的组成部分,法人机关以法人名义所从事的行为即法人的行为,法人对其行为应当承担责任。这就是法人与法人机关之间固有的法秩序。这表明法人与法人机关地位的同一性,反映着拟人化的组织体(法人)通过法人机关为法律行为而形成的由法人承受该行为后果的固有社会生活秩序。这是一种不言自明的生活逻辑,构成法人在社会生活中具有信用并进行交易的必要条件。但是,在社会生活中,人们通常将公司与公司代表当作不同的法律主体,相应就会产生公司对公司代表的行为应否承担责任的疑问。公司代表越权行为与公司的目的事业(章程或公司决议限定的)不符,具有“异化”为其“个人行为”的讨论空间,公司应否对公司代表的“个人行为”承担责任,就有了特别的意义。公司法发展过程中曾经出现的“越权原则”,就是一个典型的例证。“越权原则”成为公司“豁免”其责任的一个借口,破坏了法人与法人机关之间固有的法秩序。至20世纪60年代末期以后,在欧洲,人们清楚地认识到公司的目的事业(章程或公司决议限定的)只有限制公司代表的权限之法律意义,公司代表的行为“异化”为“个人行为”的认识论之正当性丧失,要求相对人承受公司代表越权行为引起的交易风险有违公允,立法例不得不明确公司对其代表以公司名义所为一切法律行为(含越权行为)承担责任。^[11]立法例宣告“越权原则”死亡,凸显限制公司代表权限之公司章程或公司决议仅有规制公司成员相互关系的法律意义,但更具意义的是在公司法上回归了法人与法人机关之间固有的法秩序。

因理论研究的局限性,上述域外法治的经验在改革开放初期,难以具体落实到我国的法律中。例如,民法通则第43条规定,“企业法人对它的法定代表人和其他工作人员的经营行为,承担民事责任”,已经在相当程度上表达了法人对法人代表的行为(“经营活动”)承担责任的意思,但未明确回答法人是否对法人代表的越权行为(尤其是“超越经营范围”之行为)承担责任之疑问。更值得注意的是,在改革开放初期,公司在我国并非真正的市场主体,公司的法律地位受到多重限制,公司的经营范围成为政府管制和法院裁判公司行为妥当与否的要素。因为涉及国家对公司(企业法人)的管制因素,民法通则的确不具备明确表达法人代表的越权行为有效于法人的条件。1993年公司法沿袭民法通则的规范路径,也没有明确回答公司代表的越权行为应否有效于公司的疑问。显然,公司代表的越权行为有效于公司的域外制度经验,未能融入民法通则和1993年公司法对公司行为施加管制的制

[10] 参见周伦军:《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,第2页。

[11] 例如,欧洲共同体《1968年理事会第一号指令》(First Council Directive 68/151/EEC)第9条规定,凡经公司董事会所决定的交易,对于与公司交易的善意第三人而言,均视为在公司的能力范围内的交易。再如,1985年英国公司法第35条规定,对于善意的相对人而言,董事决定的任何交易均被认为是在公司的能力范围之内,董事为公司设定义务的权利不受公司章程的限制;除非有相反的证据,与公司交易的相对人没有义务去调查公司的权利能力以及公司董事代表权的限制,推定其为善意。

度结构中。^[12]

面对保护交易安全的现实问题，1999年颁布的合同法第50条对公司代表的越权行为作了如下规定：“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。”有观点认为，民法通则的相关规定无视相对人交易安全的保护，未能表达公司代表的越权行为对公司是否有效的问题，直到合同法第50条的出现，交易安全的保护才有所改善。^[13] 合同法第50条的确具有保护交易安全的功效，但在法律逻辑上，法人与法人机关之间固有的法秩序，使得合同法第50条得以凸显法人机关代表权的概括性、不受限制性以及法人机关的行为归属于法人的制度构造，而交易安全保护这种空洞的说辞只有“锦上添花”的意义。况且，合同法第50条以“代表行为有效”的规范表达，对民法通则第43条规定的内容欠缺具有补充的功效，有助于在社会生活中具体落实其原则规定，实现公司代表的越权行为归属于公司的制度目的。^[14] 与其说合同法第50条的规定是为了保护交易安全，不如说是法人与法人机关之间固有的法秩序的自然延伸，是落实民法通则第43条原则规定并符合法人生活逻辑的科学表达。同时应当注意到，公司代表的越权行为应否归属于公司的规范表达，可以由公司法予以规定。例如，在公司法进化过程中出现的“越权原则”，破坏了公司对其代表的行为承担责任的固有秩序，域外公司立法遂有公司代表的越权行为有效于公司的规范表达。但在我国，自始就没有所谓的“越权原则”，公司法对公司代表的越权行为应否归属于公司没有进行表达的必要，且公司法对这个问题到目前为止都没有表明立场。^[15] 这些事实表明，公司代表越权行为问题已由民法通则第43条原则规定，公司法在缺乏另行表达的理由和条件的情形下，无再作表达的必要。在这个意义上，合同法第50条的规定相当于已经回答了公司代表的越权行为应否归属于公司的疑问。^[16]

但在2005年修改公司法之前，合同法第50条的规定对于回答公司代表越权担保的私法效果之疑问，并没有什么帮助。在这里，我们首先应当注意到一个基础条件：仅就公司为他人担保而言，1993年公司法第60条第3款另辟蹊径，采取管制公司为他人担保的原则立场，^[17]

[12] 参见民法通则第42条（法人的经营范围）以及1993年公司法第11条（公司的经营范围）之规定。1993年公司法第60条第3款沿用相同的制度逻辑，更规定了管制公司为他人担保的制度结构。

[13] 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，第484页。

[14] 有学者认为，合同法第50条规定之“该代表行为有效”，忽视了表见代表行为本身的有效要件问题。如果表见代表行为本身欠缺法律行为的有效要件，它仍是无效的或可撤销的民事行为，只不过其行为后果是归法人承担而已，故“本条规定‘该代表行为有效’改为‘该代表行为法律后果由该法人或其他组织承担’似更为妥当”。参见温世扬、何平：《法人目的事业范围限制与“表见代表”规则》，《法学研究》1999年第5期，第160页。

[15] 公司法第13条规定了公司机关即“法定代表人”，但对民法通则第43条关于法人对法定代表人的行为承担责任的规定，未作任何重复或更新的表达。

[16] 尤其是，民法总则第61条（法人代表的行为）第2款以组织体法的规范表达，彻底落实了公司代表越权行为归属于公司的制度构造，第3款以拒绝给付抗辩权为公司代表越权行为的私法效果进行背书。

[17] 此与我国台湾公司法第16条第1项限制公司为他人担保能力之规定，性质相同。我国台湾公司法第16条第1项规定：“公司除依其他法律或公司章程规定得为保证外，不得为任何保证人。”在理论和实务上，公司代表违反该条规定以公司名义为保证的，其保证行为对公司不生效力，公司不因此而负担义务，亦不发生因公司承认而使此等保证发生效力之问题。参见王泽鉴：《民法学说与判例研究》第6册，中国政法大学出版社1998年版，第11页。

这相当于构造了公司不得为他人担保的强行法制度,^[18]而不论公司代表为他人担保是否符合公司章程或公司决议。公司代表违反1993年公司法第60条的规定为他人担保的,首先面对的是公司可否为他人担保的问题,以公司有无为他人担保的能力为基础,关涉担保合同的有效与否;而公司代表越权担保的,以法人与法人机关之间固有的法秩序为基础,仅涉及代表行为应否归属于公司的问题。二者立足于不同的制度逻辑,并受不同的制度结构规范。因此,在2005年修订公司法之前,管制公司为他人担保的制度结构未因合同法第50条的规定而有所改变,即使存在公司代表越权担保的情形,其私法效果亦为公司可否为他人担保的问题所吸收,能够适用合同法第50条来独立讨论公司代表越权担保的私法效果问题的空间十分狭小。由此而言,合同法第50条的规定在国家管制公司为他人担保的制度结构下几乎没有适用余地,也无助于确立公司代表越权担保归属于公司的规则。在解释公司代表越权行为的私法效果时,可以无障碍地援引合同法第50条;但在面对公司代表越权担保的问题时,援引合同法第50条却困难重重。同时,我国理论和司法实务界未能充分认识到公司法第16条的立法论逻辑变化,只能延续着1993年公司法框架下的公司代表越权担保的私法效果问题的讨论。

为缓和国家对公司行为的管制力度,拓展公司的自治空间,2005年公司法修改时删除了1993年公司法第60条第3款的内容,形成公司法第16条的规范文本。在法典结构上,公司法第16条作为一般规定,不再禁止或限制公司为他人担保,基本消除了国家对公司为他人担保的行为施加管制的因素,是组织体(公司)可以为他人担保的立法论逻辑的产物。公司具有为他人担保的能力,这种生活事实促成了公司法第16条的规定,以维护为公司利益或公司股东利益而限制公司代表为他人担保的制度结构。因此,公司有为他人担保的能力,在我国公司法上已经不再有疑问。^[19]如何限制公司代表以公司名义为他人担保的权限,同样没有疑问,公司章程可以规定或者不规定限制公司代表的担保权限。^[20]公司法第16条第1款本于公司自治而规范公司代表为他人担保的行为,不论其性质是限制公司代表行为的“程序性规范”抑或“实体性规范”,均不涉及与公司交易的相对人(第三人)的利益,从而不具有规范公司代表越权担保应否归属于公司的功能。

公司法第16条第1款承认公司有为他人担保的能力,不再含有国家管制因素,使得公司代表越权担保具备了适用民法通则第43条与合同法第50条的条件,而这两条足以提供判断公司代表越权行为的私法效果之依据。一方面,公司代表越权担保是一种法律行为,只是公司代表越权行为的一种,民法通则、合同法对公司代表越权行为已有表达,公司法自无重复表达相同立场的必要。因此,公司法第16条第1款未规定公司代表越权担保的私法效果,属于十分正常的立法技术选择。再者,公司有为他人担保的能力,公司代表为他人

[18] 类似立法例,参见前引〔17〕,我国台湾公司法第16条第1项。

[19] 公司法第16条第2款和第122条规定因保留了1993年公司法第60条第3款规定的制度痕迹,相当程度上仍存疑问。

[20] 这里有必要提及公司法第122条的规定,即“上市公司在一年内……担保金额超过公司资产总额百分之三十的,应当由股东大会作出决议,并经出席会议的股东所持表决权的三分之二以上通过。”该条是法律限制公司为他人担保的强制性规定,属于对上市公司进行异常交易(一年内的担保金额超过公司资产总额的30%)的法定限制,而不论公司章程对此有无规定。在此意义上,公司法第122条与第16条第1款表达的内容有所不同,其制度逻辑亦应作不同的理解。

担保的行为即公司的行为，与公司代表越权担保订立的“担保合同”有效与否之间更没有逻辑关系，故公司法第16条第1款的规范文本与公司代表越权担保订立的“合同”无关。有学者认为，公司法第16条第1款在于规范公司的内部法律关系，不具有规范公司为他人担保的合同效力之目的，以其作为讨论公司代表越权担保的私法效果的依据，不仅超出其可能的文义，有悖于其立法目的，而且必然造成体系违反。^[21]另一方面，在相对人恶意时，公司法第16条第1款对公司代表越权担保的私法效果未作表达，并非其规范文本留下的“法律漏洞”，^[22]而是不同法律制度结构在立法技术上有机衔接的妥当处理。故有学者断言，公司代表违反公司法第16条的规定以公司名义为他人担保，构成越权担保，其法律上的效力应在民法总则第61条及合同法第50条的规范框架内予以判断。^[23]这就是说，依照民法通则第43条和合同法第50条的规定，公司代表越权担保的私法效果归属于公司而由公司承担责任，在2005年修订公司法后，亦不存在问题。^[24]在这里，公司有为他人担保的能力、法人和法人机关之间固有的法秩序，成为民法通则第43条和合同法第50条^[25]“背书”公司代表越权担保的前提条件。以此为基础，就不会发生公司对公司代表越权担保“不承担责任”的问题。即使公司代表越权担保有意思表示的瑕疵（如欺诈或胁迫）或有违反法律的强制性规定的情形，依照合同法第54条、第52条和第58条之规定，^[26]因此订立的担保合同被撤销或无效的，公司亦应对其代表的行为引起的后果承担缔约过失责任。

三、公司代表越权担保的解释论逻辑

公司法第16条第1款以公司自治的形式限制公司代表为他人担保的权限，对此并无多少争议。公司代表为他人担保的权限限制，仅在公司组织体的成员之间产生效力，没有约束公司组织体外的相对人（第三人）的效力。这在20世纪90年代就已经被我国学者充分认识。^[27]并且，这种认识在我国公司法的制度演化过程中被不断提及。公司代表的权限限制，一般通过公司章程来实现，公司章程只约束公司、股东、董事、监事、高级管理人员，不能约束相对人（第三人），否则有碍于现代市场经济的交易效率。就公司为他人担保而言，公司代表违反公司章程或公司决议，属于公司管理层的经营责任，不影响公司为他人提供的担保，除非相对人知道或者应当知道公司为他人担保违反了公司章程的规定。^[28]正

[21] 参见钱玉林：《寻找公司担保的裁判规范》，《法学》2013年第3期，第35页。

[22] 公司法第16条第1款存在“法律漏洞”，这已经成为我国理论和司法实务的共识。如“对于既未按照《公司法》第16条要求取得公司股东会或者董事会决议授权，又不构成《合同法》第50条规定的表见代表，法定代表人代表公司对外订立的担保合同的效力，法律没有明确规定，构成法律漏洞，需要填补”。参见前引〔7〕，贺小荣主编书，第201页。

[23] 参见杨代雄：《公司为他人担保的效力》，《吉林大学社会科学学报》2018年第1期，第39页。

[24] 关于公司是否对公司代表的越权行为承担责任之事项，民法总则第61条已有超越民法通则第43条和合同法第50条的规范表达，应当适用民法总则第61条的规定。

[25] 准确地说，应当依照民法总则第61条。民法总则已经生效，其第61条具有取代合同法第50条的法律意义。合同法第50条在裁判案件时的适用，仅限于那些民法总则不能溯及适用的案件。

[26] 准确地说，应当依照民法总则第147条、第148条、第150条、第151条、第153条和第157条。

[27] 参见张开平：《公司权利解构》，中国社会科学出版社1999年版，第17页。

[28] 参见宁金成：《公司违反章程规定对外担保的效力研究——以〈公司法〉第16条第1款的适用为分析背景》，《郑州大学学报（哲学社会科学版）》2011年第4期，第42页。

因为有以上认识,我国才会在合同法第50条的基础上最终形成民法总则第61条第3款的规定,即公司章程或公司决议对公司代表的权限制,不得对抗善意相对人。

1993年公司法第60条第3款管制公司为他人担保的制度结构,因涉及公司为他人担保的能力,担保合同是否有效的法律问题事实上阻止了民法通则第43条与合同法第50条关于公司代表越权行为之私法效果的适用,几乎封闭了讨论这一问题的空间。当公司法第16条废除国家管制公司为他人担保的制度结构时,人们尚未深刻认识到立法论逻辑的变化对讨论公司代表越权担保的私法效果问题所具有的意义,仍旧延续着已有的解释路径继续讨论。在这个意义上,公司代表越权担保的私法效果问题,只是存在于我国理论和实务上的历史遗留问题。公司法第16条第1款的规定未触及公司代表越权担保的私法效果(对公司和相对人的效力),恰恰被理论和司法实务界当作“法律漏洞”。例如,有观点认为,该条规定了公司为他人担保应遵循的程序规则,但其并没有明确规定公司代表越权担保“无效或有效”,而担保的“有效或无效”直接关系到公司为他人担保的责任问题,也关系到接受担保人的风险控制。^[29]

1993年公司法第60条第3款禁止或限制公司为他人担保,使得公司为他人担保“有效与否”的思考路径成为我国理论和司法实务界解释公司代表越权担保的偏好,而民法通则第43条和合同法第50条的文本表达因为有局限性,至少在观念上不足以澄清公司代表越权担保的私法效果疑问,故人们引入了公司利益、股东利益、债权人利益等诸多利益衡量因素,将公司代表越权担保的私法效果与合同法第52条(违反强制性规定的行为无效)、第48条(无权代理的追认)和第49条(表见代理)等规范牵连,极度扩展了对该问题的解释空间。如此一来,公司代表越权担保对公司是否有效乃至因此订立的担保合同是否有效,就成为讨论的核心议题。公司法第16条第1款对公司代表越权担保的私法效果未予表达,构成“法律漏洞”,应予填补,为理论和司法实务界的基本解释路径,^[30]并以担保合同的效力解释论、类推适用代理之私法效果解释论、相对人恶意致担保合同无效的解释论等解释方法对公司法第16条进行“法律漏洞”的补充。以上解释论的共同点是,均以公司为他人担保的“有效”或“无效”为主题,以致公司代表越权担保的“有效论”“无效论”和“效力待定论”有机会得以延续并长期存在。^[31]

(一) 关于担保合同的效力解释论

担保合同的效力解释论是以担保合同因公司代表越权担保而无效作为中心议题的解释论。此解释论有两个不同的分支:其一为强制性规范性质说。^[32]该说认为,公司法第16条限制公司代表为他人担保的权限之规定为强制性规范,不论相对人是否知道公司代表为他人担保违反公司法第16条的规定,相对人与公司订立的担保合同均因违反“法律、行政法规的强制性规定”而无效,但公司与相对人按照各自的过错程度,承担相应的民事责任。其二为公司代表越权担保无效说。该说认为,相对人知道或者应当知道公司代表越权担保

[29] 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,第85页。

[30] 参见上引李金泽文,第85页;前引[5],高圣平文,第104页;吴越:《法定代表人越权担保行为效力再审——以〈民法总则〉第61条第三款为分析基点》,《政法论坛》2017年第5期,第102页;前引[7],贺小荣主编书,第201页。

[31] 关于公司为他人担保的“有效论”“无效论”“效力待定论”,参见前引[10],周伦军文,第2页。

[32] 参见前引[29],李金泽文,第86页。

的，其行为对公司不生效力，由公司代表个人承担责任，公司亦无缔约过失责任。例如，最高人民法院民二庭法官会议纪要认为，“相对人在订立担保合同时知道或者应当知道该担保行为未经公司决议的，行为人与相对人按照各自的过错承担责任。”^[33]担保合同的效力解释论看似合理，但依照强制性规范性质说和公司代表越权担保类推适用代理的私法效果说，^[34]同一行为（公司代表违反公司法第16条第1款）将产生“担保合同无效”或者“担保合同对公司不生效力”这两种性质不同的私法效果，其间必有不合逻辑之处。值得注意的是，我国司法实务以合同法第50条的规定为解释依据，也得出了这样两个性质不同的结论。^[35]

在相当长的时期内，我国公司法理论和司法实务界认为，公司法第16条的目的在于保护公司及其股东、一般债权人的利益，故强制性规范性质说成为解释公司应否对其代表的越权担保承担责任的主流学说。该解释路径依旧遵循1993年公司法第60条规定的国家管制公司为他人担保的能力之制度结构，而罔顾公司法第16条第1款限制公司代表担保权限的立法论逻辑，将之解释为“导致”公司与相对人订立的担保合同无效的“法律、行政法规的强制性规定”。^[36]并且，该解释路径绕开合同法第50条而选择适用合同法第52条之规定，具有向1993年公司法第60条第3款禁止公司为他人担保的制度结构倒退的迹象。故其解释论基础并不可靠。强制性规范性质说的解释和适用逻辑也受到了批评。只有在适用合同法第50条解决了公司代表越权担保是否对公司有效的问题之后，才有讨论公司法第16条属于效力性强制性规定抑或管理性强制性规定的实际意义。如果公司代表的行为对公司无效，则无所谓公司担保问题，自无公司法第16条规范性质的讨论空间。^[37]随着人们对公司法第16条认识的不断提高，强制性规范性质说的解释路径在理论和实务上已经被证实行不通。^[38]最高人民法院的裁判立场现已彻底转变，明确公司法第16条并非效力性强制性规定，公司为他人担保违反该条款的规定，原则上不宜认定担保合同无效。^[39]

法律解释应当尊重法律文本的文义。公司法第16条第1款、合同法第50条的规范文本均未涉及“担保合同”是否有效的问题。尤其是合同法第50条所称“代表行为有效”，绝对不同于、更不能等同于“担保合同有效”。因此，公司代表越权担保的私法效果仅以公司代表越权担保应否归属于公司为限，至于因此订立的合同有效与否，则非所问。进而言之，担保合同的效力与公司代表越权担保的私法效果是受不同法律制度结构所规范的不同性质的问题，前者以公司代表的越权担保归属于公司为前提，并应当依照“法律行为的效力”规则（生效要件或特别生效要件）予以判断。^[40]再者，民法总则第61条第3款所称“不

[33] 前引〔7〕，贺小荣主编书，第194页。

[34] 参见吕建波：《论越权代表行为的效力——兼评〈合同法〉第50条》，《学术论坛》2015年第5期，第117页。

[35] 参见前引〔6〕，罗伟华案；武汉市硃房集团有限责任公司、武汉汉达房地产开发有限公司民间借贷纠纷再审审查与审判监督民事裁定书，最高人民法院（2018）最高法民申4098号。

[36] 参见民法总则第153条第1款、合同法第52条。

[37] 参见前引〔5〕，高圣平文，第107页。

[38] 因公司代表越权而订立的合同无效之立场受到批判，相当数量的判决已经转变立场，在合同内容不违反强制性规范时，认定合同有效。参见韩世远：《合同法总论》，法律出版社2004年版，第178页。

[39] 参见前引〔9〕，中建材案；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案，最高人民法院（2012）民提字第156号民事判决书。

[40] 参见民法总则第143—157条。

得对抗善意相对人”的表达，也无法解释出“担保合同有效”的意思；即便在反对解释的场合，也解释不出“担保合同无效”的意思。在法律行为的私法效果上，“对抗”“无效”或者“不生效力”并不具有相同的含义。无论如何，担保合同是否有效的问题，原本就与公司法第16条第1款不发生关联，亦与合同法第50条无关。我国理论和司法实务界将过多的注意力集中于“担保合同”是否有效的问题上，已经偏离公司代表越权担保的私法效果之解释轨迹。^{〔41〕}

（二）关于类推适用无权代理的解释论

类推适用无权代理的解释论，以类推适用无权代理（包括狭义无权代理和表见代理）的制度结构，来认识公司代表越权担保在相对人恶意时的私法效果，以确定公司应对相对人承担责任。该解释论源自域外法律解释经验的路径依赖。^{〔42〕}有学者认为，在相对人恶意的情形下，合同法第50条对法人代表越权行为之效力未有规定，存在规范漏洞，应当类推适用合同法第48条有关越权代理的规定补充漏洞，即未经公司追认或者公司拒绝追认的，对公司不发生效力，由公司代表个人承担责任。^{〔43〕}还有观点提出，公司为他人担保的效力应依据公司法第16条，并结合民法总则第61条和合同法第50条予以判定。公司代表越权为他人担保，被担保人证明其在缔约时已对公司登记信息、章程和相关决议进行形式审查，该决议外观上无瑕疵的，即可认定存在代表权表象，除非公司证明被担保人为恶意，否则构成表见代表。^{〔44〕}如何回答公司代表越权担保的私法效果疑问，类推适用无权代理的解释论已经成为惯常路径。^{〔45〕}最高人民法院民二庭法官会议纪要认为，公司依照公司法第16条规定的程序为他人提供担保且不具有其他合同无效情形的，应认定担保合同有效。公司的法定代表人、其他人员等行为人未按公司法第16条的规定以公司名义为他人提供担保，但符合合同法第50条、第49条的规定或者公司事后予以追认的，应认定该担保行为有效；依法不构成表见代表、表见代理或者公司不予追认的，应认定该担保合同对公司不发生效力。^{〔46〕}问题是，公司代表越权担保的私法效果，在解释论上可否类推适用无权代理的制度结构？

超越授权的代理人以公司名义为法律行为，因无权代理的追认或者表见代理规则，其行为归属于公司，公司应对相对人承担责任。这是代理制度的基本规则。代理的制度逻辑在于本人（被代理人）的行为能力之扩张或延伸，以代理权的授予为条件并产生代理行为归属于本人（被代理人）的私法效果。代理人和本人的关系受法律行为制度中的代理制度

〔41〕 应当引起高度重视的是，这种解释论的偏离还在呈现扩张趋势。例如，民法典各分编草案第296条规定：“法人的法定代表人或者非法人组织的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，该合同对法人或者非法人组织发生法律效力。”民法典合同编草案二次审议稿第296条亦同。公司代表越权订立的合同是否发生法律效力，不以相对人是否“善意”为条件，上述草案的规定不仅不能有效落实民法总则第61条第3款的规定，而且会加剧已经存在的公司代表越权行为的解释混乱。

〔42〕 参见前引〔17〕，王泽鉴书，第10页。

〔43〕 参见前引〔13〕，朱广新文，第502页。与其类似的观点，参见谷昔伟：《法定代表人越权担保之裁判规则——基于同案异判的实证化分析》，《研究生法学》2017年第1期，第88页；高圣平、范佳慧：《公司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》，《比较法研究》2019年第1期，第88页。

〔44〕 参见前引〔23〕，杨代雄文，第37页。

〔45〕 参见前引〔43〕，谷昔伟文，第88页；前引〔23〕，杨代雄文，第37页。

〔46〕 前引〔7〕，贺小荣主编书，第193页。

规范，代理人因其行为不能够归属于本人时，自行承担责任的。公司代表与公司的关系形式上类似代理人与本人的关系，但二者的制度逻辑却有着本质的差别。

对于合同法第 50 条的规定，有学者早已表达过不适用无权代理的追认或者表见代理的理由，^[47] 但被理论和司法实务界普遍忽视。理论上，我国采取法人实在说，法人是客观存在的实体，具有行为能力，法人代表的行为就是法人自身的行为。^[48] 公司代表与公司具有同一性，公司代表为公司的组成部分，公司代表的行为并非公司行为能力的延伸，公司代表以公司名义为法律行为，即为公司的法律行为。^[49] 在此意义上，“法定代表人履行职务的行为，是法人的行为，而非法定代表人个人的行为。无论相对人是否知道或者应当知道法定代表人超越权限的事实，都改变不了这个事实和结论，都改变不了法定代表人是法人的代表这个法律地位。”^[50] 这就是说，公司代表的法律地位已经决定，不论相对人是否知道其越权行为，公司均应当对其行为承担责任，根本不存在公司“不承担责任”的问题。在此情形下，公司代表以公司名义所为行为没有无权代理或者表见代理的问题发生。^[51] 前述法人与法人机关之间固有的法秩序，成为有效阻止类推适用代理的制度结构及其私法效果于公司代表越权行为的内生性因素。因此，以类推适用无权代理的解释论回答公司代表越权担保的私法效果疑问，不受公司代表越权担保的立法论逻辑的支持，且造成法律行为不同制度体系的矛盾或背反。

（三）关于相对人恶意的私法效果解释论

合同法第 50 条对相对人恶意时公司代表越权担保的私法效果无明文规定，有解释的空间。我国的理论和司法实务界将相对人恶意与公司代表越权行为应否归属于公司、公司和相对人之间订立的合同是否有效的问题挂钩，相应出现公司对公司代表越权行为不承担责任或者合同无效的解释结论。^[52] 公司代表越权担保，相对人知道或者应当知道其事实的，构成相对人恶意。在相对人恶意时，如何才能导出公司对公司代表越权担保“不承担责任”的结论？比较有代表性的观点认为，应类推适用表见代理不成立的解释方法对相对人恶意时的私法效果进行判断，即公司代表越权担保的，相对人因恶意而不能成为“表见代表”中的善意相对人，不具有请求公司承担责任的基础。因此，公司代表越权担保构成公司代表的个人行为，由公司代表个人对相对人承担责任，该担保行为对公司不生效力。^[53] 相对人恶意的私法效果解释论，与前述类推适用代理制度解释论的逻辑相同。

的确有不少学者认为，合同法第 50 条参考表见代理的法理，规定了“表见代表”规则。^[54] 后来虽有民法总则第 61 条第 3 款完善了合同法第 50 条的相关规定，但人们仍旧认为，在相对人知道或因重大过失而不知道公司代表的权限限制的情形下，公司代表的越权

[47] 参见前引〔14〕，温世扬等文，第 159 页。

[48] 参见王利明：《民法总则》，中国人民大学出版社 2017 年版，第 170 页。

[49] 参见王泽鉴：《民法总则》，北京大学出版社 2009 年版，第 166 页。

[50] 耿林、崔建远：《民法总则应当如何设计代理制度》，《法律适用》2016 年第 5 期，第 60 页。

[51] 参见民法总则第 61 条第 2 款。

[52] 参见胡康生主编：《中华人民共和国合同法释义》，法律出版社 1999 年版，第 87 页。

[53] 参见前引〔7〕，贺小荣主编书，第 193 页。

[54] 参见前引〔14〕，温世扬等文，第 160 页；李建华、许中缘：《表见代表及其适用——兼评〈合同法〉第 50 条》，《法律科学》2000 年第 6 期，第 75 页。

行为不产生归属于公司的效果,应当类推适用民法总则第171条关于无权代理的规定,由公司代表承担个人责任。^[55]有必要澄清的疑问是,对于相对人恶意时的私法效果,合同法第50条规定的“表见代表”规则没有表达,可否类推适用合同法第49条规定的表见代理不成立的私法效果。公司代表的法律地位不同于代理人,规范二者行为的私法效果的制度逻辑应有所不同。有学者指出,“在越权代表情形下,相对人在与法定代表人订立合同时,实际上完全被法律推定为善意之人,相对人……只要证明,与其订立合同的一方属于法人的法定代表人,如果该合同满足合同生效的条件,相对人即可直接向法人主张合同上的权利。至于法定代表人是否超越了权限,原则上与相对人无关。而法人欲不使合同的效果归属于自己,则必须证明相对人于订立合同之时为恶意。由此可见,第50条……使代表权成为一种不受限制的权力,从而最大限度地保护交易安全。其规范意趣及对交易安全的保护力度迥然有别于意在保护对权利外观发生合理信赖的表见理论。”^[56]由此,“表见代表”规则未规定的公司代表越权行为在相对人恶意时的私法效果,不能想当然地类推适用合同法第49条规定的表见代理的私法效果。^[57]法律解释的类推适用应当遵循处理类似问题的不同规范在制度逻辑上的一致性,类推适用表见代理不成立的制度结构,进而将相对人恶意的私法效果解释为公司代表越权行为对公司不生效力,有悖于公司代表越权行为的制度逻辑,即法人与法人机关之间固有的法秩序。

在这里,还有必要强调三点:第一,不论相对人是否有恶意,公司均应对公司代表以公司名义为他人担保的行为承担责任。公司代表越权担保归属于公司,不以相对人的善意为条件。第二,如果说合同法第50条对于公司代表越权担保在相对人恶意时的私法效果未作明确表达,依照民法总则第61条第3款的相应表达作反对解释,则有公司“对抗”恶意相对人的私法效果。“对抗”恶意相对人的私法效果,与类推适用表见代理不成立的“不生效力”的私法效果,性质不同而应作区分。第三,相对人恶意与公司 and 相对人之间订立的担保合同的有效与否没有任何关系,即相对人恶意不是公司主张担保合同无效或撤销的理由。^[58]总而言之,相对人恶意对于公司代表越权担保归属于公司的私法效果不会产生任何影响。以相对人恶意为由将公司代表越权担保解释为“不生效力”或担保合同无效,不仅不符合公司代表越权担保的制度逻辑,而且超出了合同法第50条的可能文义,造成民法代理制度乃至合同效力制度适用和解释的体系混乱。

公司代表越权担保与公司法第16条第1款有无法割裂的牵连,但并不表明该条款必定涉及公司代表越权担保之私法效果。自公司法第16条允许公司为他人担保以来,理论和实务界继续展开的公司代表越权担保的私法效果之争论,未能促成最高人民法院作相应司法解释时取得实质性进展,与忽略公司代表越权担保的制度逻辑不无关系。特别是,人们对

[55] 参见周伦军:《法定代表人越权行为与善意第三人保护》,《人民司法·应用》2017年第28期,第16页。值得注意的是,2019年《全国法院民商事审判工作会议会议纪要(征求意见稿)》(下称“民商事审判纪要”)第26条规定:“行为人越权提供担保未经公司追认且不构成表见代表或者表见代理,相对人主张由行为人承担相应责任的,应当根据《民法总则》第一百七十一条的规定,确定行为人的责任。相对人不能举证证明与其订立担保合同的行为人的,应当判决驳回其诉讼请求。”

[56] 前引[13],朱广新文,第496页。

[57] 有学者指出,民法总则施行后,因其第61条第3款规定了“法定代表人越权行为效力规则”,不应再适用合同法第50条规定的“表见代表”规则。参见梁慧星:《民法总论》,法律出版社2017年版,第130页。

[58] 关于法律行为的无效和撤销,参见民法总则第144条、第146条、第154条、第153条、第85条、第94条第2款、第145条、第147—151条、第171条第2款等。

公司法第16条第1款的规范意义过于自信,轻视我国法律关于公司代表的法律地位的表达,以代理制度的体系结构来评价公司代表越权担保的私法效果,导致了解释方法和结论的严重混乱。实际上,1993年公司法禁止或限制公司为他人担保的制度结构被废除后,公司法第16条之目的和文本内容不再涉及公司代表越权担保的私法效果,且不构成“法律漏洞”,已如前述。不少学者对公司法第16条的法律意义已经有所认识。例如,公司法第16条是对公司为他人担保的程序性规定,并非禁止公司为他人担保的规定,不应作为判断公司为他人担保之法律行为有效与否的依据。公司代表以公司名义为他人担保不符合公司法第16条之规定的,应以合同法第50条的规定为依据判断公司应对公司代表的行为承担责任。^[59]但是,我国理论和实务界围绕公司法第16条展开的持续性讨论,由于对公司代表越权担保的立法论逻辑缺乏深刻认识,未能有效检讨继续争论公司代表越权担保之“有效论”“无效论”和“效力待定论”的必要性和妥当性,在解释路径和方法上杂糅了目的不同的制度结构及其要素,以致耗费大量学术和司法资源,但实益甚微。围绕公司法第16条第1款展开的讨论,一方面表明我国公司代表越权行为理论的脆弱,凸显了法律解释的随意和盲目;另一方面难免让人产生怀疑,自公司法第16条确立允许公司为他人担保的制度结构以来,我国理论和司法实务界持续讨论了十余年的公司代表越权担保的私法效果问题是否为一个没有任何逻辑基础的法律问题。

四、公司代表越权担保的抗辩权解释路径

(一) 公司代表越权担保的拒绝给付抗辩权

公司代表越权担保的拒绝给付抗辩权,是指公司代表越权担保而相对人知道或者应当知道其事实的,公司有拒绝相对人请求其承担责任的抗辩权。如前所述,公司法第16条第1款仅为限制公司代表以公司名义为他人担保的权限的制度,而公司代表越权担保的私法效果依照民法总则第61条归属于公司。公司代表的法律地位,在制度逻辑上不同于代理制度,公司应对其代表以公司名义所为行为(包括越权担保)承担责任。^[60]相对人知道或者应当知道公司代表越权担保而构成恶意的,对公司而言又会发生何种私法上的效果,有解释的空间。公司对其代表越权担保引起的后果承担责任,不论相对人是善意还是恶意,均不发生公司对相对人“无责任”或“不承担责任”的问题。故就公司代表越权担保的私法效果而言,真正有疑问而值得讨论的问题是公司对相对人“如何承担责任”。

依照民法总则第61条第3款的规定,公司代表越权担保而相对人恶意的,公司依法取得对抗相对人请求公司承担责任的抗辩权。抗辩权是相对人请求权的权利,而请求权是相对人请求公司为或不为一定行为的权利。请求权以公司和相对人之间存在足以产生私法上效果的法律事实为基础。相对于公司代表越权担保的“有效论”“无效论”“效力待定论”等各种说法,以抗辩权解释路径讨论公司代表越权担保的私法效果,能够完美契合并科学反映公司代表越权担保的制度逻辑,其解释方法和结论合乎法理,并能准确揭示民法总则第61

[59] 有关这方面的具体讨论,参见前引[21],钱玉林文;前引[5],高圣平文;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;前引[10],周伦军文。

[60] 参见前引[57],梁慧星书,第139页。

条（包括合同法第50条）的规范文本的文义。

在制度结构的适用场景上，合同法第50条所称“代表行为有效”，相当于直接且肯定地回答了公司代表的越权行为是否归属于公司的疑问。至于“相对人知道或者应当知道其超越权限”的私法效果，因受到合同法起草时“表见代表”规则的影响，立法者并未表达。虽有公司代表的越权行为不归属于公司的解释结论，但其并非唯一的解释结论，且与公司代表越权行为的制度逻辑不合。合同法第50条的规范文本所用辞句，虽然未有表达拒绝给付抗辩权的制度痕迹，但基于公司法第16条的立法论逻辑，尤其是民法总则第61条第3款的文本表达，^[61]将合同法第50条规定的相对人恶意解释为公司拒绝相对人给付请求的抗辩权之法定事由，更为妥当。^[62]同时，合同法第50条以“超越权限”表达公司代表的越权行为，而公司法第16条第1款则为其所称“超越权限”提供了特定场景（公司为他人担保）下的判断标准，即公司代表以公司名义为他人担保违反公司章程的规定、董事会或者股东（大）会决议。因此，依照抗辩权解释路径，公司与相对人之间仅有承担责任或者拒绝承担责任的问题，而不存在“无责任”或“不承担责任”的问题；与“无责任”或“不承担责任”相牵连的公司代表越权担保或者担保合同对公司“不发生效力”或“无效”的问题，恰恰不在合同法第50条的规范意旨范围内。

抗辩权解释路径的制度逻辑，不同于解释法律行为有效与否的制度逻辑。法律行为有效与否的制度结构，如民事行为能力欠缺、违反足以导致法律行为无效的强制性规定等法律行为的特别生效要件，无权代理等影响法律行为生效的其他要件，均非抗辩权解释路径所应当关注的因素。抗辩权解释路径以法律行为已经产生私法效果为基础，而不论法律行为是否符合法律规定的生效要件。因此，在公司代表越权担保之情形下，依照合同法第50条（尤其是民法总则第61条第3款）的规定，相对人恶意的法律事实仅构成公司对抗相对人请求公司承担责任的法定抗辩事由，而不论相对人的请求权基础为担保合同有效抑或无效。公司以相对人恶意为由而依法享有的拒绝给付抗辩权，为永久性质的抗辩权，一旦主张该抗辩权，相对人请求公司承担责任的请求权基础虽不受影响，但其请求权的目的和实现请求权的效力将被彻底阻止。^[63]

（二）公司代表越权担保的司法裁判路径转变

民法总则第61条第3款不仅有取代合同法第50条之积极作用，而且应具有纠偏理论和司法实务界有关公司为他人担保的裁判路径的意义。

公司代表越权担保归属于公司。但是，公司代表越权担保而相对人恶意的，相应产生保护公司利益的正当理由，合同法第50条才规定公司对相对人有拒绝给付抗辩权。^[64]合同法第50条和民法总则第61条第3款的表达有所不同，解释上究竟应当如何适用法律呢？有

[61] 具有立法理由性质的观点认为，民法总则第61条第3款“是合同法第50条规范的逻辑前提，合同法第50条规范是本条第3款规范的逻辑结果”。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173页。上述观点的表达不论是否精准，但至少表明合同法第50条与民法总则第61条第3款具有相同的制度逻辑：公司对其代表的越权行为承担责任，但依法享有拒绝给付的抗辩权。

[62] 类似的制度结构，参见德国民法典第26条、日本民法第54条、意大利民法典第2206条、我国台湾民法第27条。

[63] 参见邹海林：《民法总则》，法律出版社2018年版，第222页。

[64] 民法总则第61条继承合同法第50条的制度逻辑，消除了后者在文本内容上的表达缺陷，直接规定法人以法人代表越权和相对人恶意对抗相对人请求的抗辩权制度。参见上引邹海林书，第145页。

学者认为,民法总则第61条第3款对于公司代表越权的规定,相对于合同法第50条的规定是不完备的,前者所涉及的相对人之信赖保护并不能完全取代后者,应当结合这两个条款判定公司代表越权行为的效力。^[65]另有学者认为,对代表权限制情形下的相对人保护,民法总则第61条的规定克服了民法通则第43条、合同法第50条规定的局限性,规范结构更为清晰。^[66]尽管存在一些争议,但就公司代表越权行为而言,合同法第50条和民法总则第61条第3款的表达不存在性质差异。^[67]前者所称“法定代表人、负责人超越权限订立的合同”,经后者具体表述为法人代表超越“法人章程或者法人权力机构对法定代表人代表权的限制”,更加准确地划定了越权行为的边界,二者的规范目的均指向法人代表越权行为之私法效果,制度逻辑完全相同。同时,民法总则第61条第3款以直接推定相对人“善意”的规则构造,对公司代表越权行为归属于公司进行背书,其私法效果的表达较之合同法第50条更加科学。这是民法总则对公司代表越权行为所作之“超越”公司法第16条和合同法第50条的经典表达,不仅有效维系着公司与相对人之间的交易安全,而且同时保护公司利益免受相对人“恶意”的损害。

2018年8月,最高人民法院起草完成《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)》(下称“公司担保司法解释草案”)已有肯定公司法第16条仅有限制公司代表的担保权限之法律效果、明确以合同法第50条(准确表述应当是民法总则第61条)等规定认定公司应否对公司代表的越权担保承担责任的司法裁判立场。^[68]其中,第1条部分内容的表达已经相当接近拒绝给付抗辩权的法理,如第1款的“但书”可以解释为放弃拒绝给付抗辩权的效果,第4款可以解释为事后放弃抗辩的事由。但距民法总则第61条第3款明文表达的公司拒绝相对人请求的抗辩权制度仍有不小的差距:一方面,上述解释继续强调“担保合同是否有效”的问题(第1条第1款),而这个问题并非合同法第50条乃至民法总则第61条第3款规范的事项;另一方面,第1条第1款的“但书”(放弃拒绝给付抗辩权的效果)、第2款(委托代理)和第3款(无权代理的追认)属于涉及法律行为的不同制度体系,后两款的规定与公司法第16条和合同法第50条的规定缺乏相同的制度逻辑,不应将之同等对待而规定于同一个司法解释条文中。^[69]因此,“公司担保司法解释草

[65] 参见前引〔23〕,杨代雄文,第39页。

[66] 参见朱广新:《论法人与非法人组织制度中的善意相对人保护》,《法治研究》2017年第3期,第37页。

[67] 参见前引〔61〕,李适时主编书,第173页。

[68] “公司担保司法解释草案”第1条规定:“公司的法定代表人未按公司法第十六条第一款、第二款的规定以公司名义为他人提供担保,公司依照合同法第五十条等规定,主张担保合同对其不发生效力的,人民法院不予支持。但公司有权决议机构在法庭辩论终结前依法作出同意为他人提供担保的决议及本规定第六条规定情形的除外(第1款)。公司其他人员经法定代表人授权,以公司名义为他人提供担保的,适用前款规定(第2款)。公司其他人员未经法定代表人授权,以公司名义为他人提供担保,担保合同对公司不发生效力,但公司有权决议机构依法作出同意为他人提供担保的决议的除外(第3款)。公司实际承担担保责任后,又依据前款规定请求不承担担保责任或者担保人予以返还的,人民法院应当驳回其诉讼请求(第4款)。”

[69] 代表行为与代理行为性质不同,不能混用与之相适应的不同制度结构。类似的问题还存在于“公司担保司法解释草案”第5条的规定中,即“持有符合法定或章程规定多数表决权的控股股东、公司实际控制人未按公司法第十六条第一款规定以公司名义为他人提供担保,公司以担保事项未经决议或者未经适当决议程序为由,主张担保合同对其不发生效力的,人民法院不予支持。”上述规定似乎凸显了公司代表越权担保归属于公司的私法效果,但其制度适用的前提条件是错误的。公司的控股股东、实际控制人“未按公司法第十六条第一款规定以公司名义为他人提供担保”并非公司代表越权担保,而可能涉及代理或表见代理的问题,应当按照代理制度的逻辑来处理。

案”第1条因法律解释的体系违反而继续重复着既有的解释路径。

经由民法总则第61条的表达,尤其是合同法第50条已经由民法总则第61条第3款完全取代,公司代表越权担保的私法效果就应当依照该款的规定处理。最高人民法院在拟定司法解释时,需要总结过去的经验,但更应当做的工作则是对民法总则的制度解释和适用。就公司代表越权担保的私法效果而言,除非争议事实应当适用民法通则第43条、合同法第50条,否则人民法院应当以民法总则第61条的规定作为裁判争议的依据。^[70]抗辩权在性质上仅仅是对抗请求权的一种权利,义务人是否主张抗辩权,为其自由;义务人放弃抗辩权的,法院不得依职权为义务人提供抗辩利益的保护。^[71]在制度逻辑上,抗辩权以相对人请求权之存在为基础,并以法定的“抗辩事由”为条件;权利人在主张抗辩权时,相对人的请求权基础不受法定的“抗辩事由”之影响,不因“抗辩事由”而发生请求权基础不成立、无效、撤销或消灭的私法效果;权利人不行使或者放弃抗辩权的,不得再行抗辩。^[72]由此,前述“公司担保司法解释草案”的裁判路径应当相应转变为:公司的法定代表人未按公司法第16条第1款的规定以公司名义为他人提供担保,公司不得以法定代表人违反公司法第16条第1款的规定,对抗善意相对人。善意相对人请求公司承担因法定代表人的行为而产生的责任时,公司以相对人知道或者应当知道法定代表人违反公司法第16条第1款的规定而拒绝承担责任的,人民法院应予支持。法定代表人违反公司法第16条第1款的规定为他人提供担保,其后公司有权决议机构作出同意为他人担保的决议的,或者在相对人请求公司承担责任时,公司在合理期间未以相对人知道或者应当知道法定代表人违反公司法第16条第1款的规定对抗相对人的,或者公司已经实际承担责任,又以相对人知道或者应当知道法定代表人违反公司法第16条第1款的规定拒绝承担责任或者请求返还的,人民法院不予支持。

(三) 抗辩权解释路径下的举证责任问题

公司代表越权担保的,因各种利益衡量的因素杂糅其间,人们对公司拒绝承担责任的“正当性”总有某种程度的偏好,要求相对人承担公司代表为他人担保时符合公司章程或公司决议的注意义务。例如,有观点认为,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保护的倾向。公司法第16条没有明确交易相对人的审查义务,但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。^[73]事实上,公司为他人担保时,相对人负有审查公司代表为他人担保符合公司章程或公司决议的义务,已为我国司法裁判的一项基本价值判断。^[74]相对人请求公司对其代表的担保行

[70] 这里应当注意民法总则第170条第1款规定的职务代理,因为制度逻辑的不同而有别于民法总则第61条第1款规定的法人机关的代表行为,但前者的私法效果却采用了与后者相同的表达。参见前引〔63〕,邹海林书,第398页。

[71] 参见前引〔49〕,王泽鉴书,第104页。

[72] 参见前引〔63〕,邹海林书,第222页。

[73] 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,第151页。

[74] 较早涉及相对人承担审查公司决议的义务之裁判,为最高人民法院终审的中孚实业股份有限公司借款担保纠纷案,最高人民法院(2000)经终字第186号民事判决书。其后,经不同层级的法院就不同类型的公司为他人担保案件的裁判,逐步形成了相对人对公司代表的越权行为承担“形式审查义务”的路径依赖。参见前引〔7〕,贺小荣主编书,第193页。但是,对于相对人是否承担公司代表越权担保的审查义务,最高人民法院也表达过否定的裁判意见。参见吴越、宋雨:《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》,《社会科学研究》2018年第5期,第68页。

为承担责任时，应当举证证明其在订立合同时履行了“形式审查义务”，即对公司章程、公司决议等与担保相关的文件进行了形式审查，而这些文件记载的内容在形式上符合公司法第16条的规定。还有观点认为，公司法第16条规定公司为他人担保要按照章程办理，章程对担保数额有限制的，不得超过该限额，在此情形下，“第三人在接受担保时应该有审查章程的义务，因为任何人都可以被推定为知道法律规定。”^[75]理论上，学者也在不断寻找理据，试图说明相对人承担形式审查义务的合理性与正当性。^[76]

“公司担保司法解释草案”第2条规定：“公司的法定代表人、其他人员等行为人未按公司法第十六条第一款、第二款的规定以公司名义为他人提供担保，相对人仅以担保合同上加盖了公司印章或者有公司法定代表人签名、盖章为由，主张担保合同对公司发生效力的，人民法院不予支持，但公司为上市公司的除外。”第6条规定：“公司依据本解释第一条规定主张担保合同对其不发生效力，相对人能够证明其在订立担保合同时对公司章程、公司决议等与担保相关的文件进行了形式审查，文件记载的内容在形式上符合公司法第十六条、第一百二十一条等法律规定的，人民法院应当认定该担保合同对公司发生效力。前款规定的形式审查范围包括同意担保的决议是否由公司有权决议机构作出、决议是否经法定或章程规定的多数通过以及参与决议表决人员是否为公司章程载明的股东或者董事等。上市公司为他人提供担保，相对人依据前二款规定进行形式审查的，应当以上市公司公开披露的信息为准。”^[77]依照上述规定，公司代表越权担保的，相对人仅以“担保合同上加盖了公司印章或者有公司法定代表人签名、盖章为由”，并不足以支持其请求公司承担责任的主张，还要举证证明其对公司代表以公司名义提供担保的行为履行了“形式审查义务”，即“其在订立担保合同时对公司章程、公司决议等与担保相关的文件进行了形式审查，文件记载的内容在形式上符合公司法第十六条”等法律规定。

公司代表越权担保，相对人请求公司承担责任的，在公司提出抗辩之前就将举证责任分配给相对人，违反公司代表越权担保的制度逻辑，且没有法律依据。

前已言之，无权代理和公司代表越权行为的私法效果，分属不同的制度体系。相对人疏于审查以公司名义为行为的“人”无授权或超越授权的，应当自行承担因该人的“无权代理”所引起的法律责任。^[78]但这种情形仅在代理的制度逻辑下分配公司和相对人的举证责任具有意义，即相对人应当审查与之交易的“人”是否有公司的“授权”及其授权的恰当性，此与公司代表越权行为是否符合公司章程或公司决议完全不同。公司代表越权担保产生归属于公司的私法效果，不存在公司代表个人对其越权担保行为承担责任的问题。故“因法定代表人的身份即能作为表彰其代表权存在的证据，在举证责任分配方面，应推定相对人为善意，相对人知道或应当知道法定代表人权力受到章程性文件限制的事实，应由法人一方负担举证责任。”^[79]比较法的研究已经表明，相对人在与公司代表进行交易时，没

[75] 朱锦清：《公司法前沿问题研究》，浙江大学出版社2014年版，第120页。

[76] 参见前引[29]，李金泽文，第88页；梁上上：《公司担保合同的相对人审查义务》，《法学》2013年第3期，第25页，第28页；前引[5]，高圣平文，第100页以下；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，第61页。

[77] 相同的立场，参见“民商事审判纪要”第24条。

[78] 参见[美]罗伯特·C.克拉克：《公司法则》，胡平等译，工商出版社1999年版，第87页。

[79] 前引[55]，周伦军文，第16页。

有义务审查公司代表的行为是否符合公司对其权限之限制。^[80] 公司虽然得以相对人知道或者应当知道公司代表的权限限制对抗相对人的请求, 但这不表明相对人对此负有调查义务。即使公司章程已经公开披露公司代表的权限限制, 也不足以表明相对人知道或应当知道。^[81] 也就是说, 公司代表越权担保而相对人恶意的, 公司享有拒绝承担责任的抗辩权, 公司应当对相对人恶意负举证责任, 这是公司代表越权担保的制度逻辑的自然延伸。以优先保护公司股东利益和公司(抽象)债权人利益的路径依赖, 类推适用无权代理的追认或者表见代理的制度结构, 要求相对人对公司代表是否越权承担“形式审查义务”的偏好, 将相对人善意的举证责任分配给相对人, 混淆无权代理和公司代表越权行为的性质差异, 导致举证责任分配的不同制度机理混乱, 违反民法总则第61条第3款的规定, 客观上会造成相对人善意的推定规则被架空而失去其应有的法律意义。此外, 要求相对人承担“形式审查义务”, 事实上会加重相对人的责任, 以致忽视并缩减相对人在抗辩权制度结构下受保护的利益空间: 相对人被推定为善意而公司应当承担责任, 仅在公司举证证明相对人恶意时可以拒绝承担责任。

公司法第16条第1款、合同法第50条至少在法律文本上没有将相对人的善意与否同“形式审查义务”挂钩。同时应当注意, 公司代表越权担保的, 民法总则第61条第3款明文使用了“善意相对人”这一术语。因此, 相对人请求公司对其代表的行为承担责任, 则推定相对人“善意”, 无须举证证明。至少在以下情形, “法定代表人为法人的登记事项, 如果代表权的限制未作登记, 那么登记的公示效力就会产生推定相对人‘不知’代表权的限制事实的效果。法人以代表权的限制对抗相对人时, 应当对相对人知道代表权的限制事实承担举证责任。”^[82] 法律推定相对人善意, 自无施加“形式审查义务”的正当理由和空间, 否则, 将与相对人被推定为善意的制度结构发生冲突。理论上, 曾经被推崇的“推定公知规则”已经成为历史,^[83] 公司依照其章程或者法律的要求已经公开的限制公司代表权限的事实, 不具有推定相对人“应当知道”该事实的效力。“除非有证据证明, 交易相对人知道该决议的内容(如股东或董事已通知相对人), 否则, 不能对抗第三人。上市公司可能根据信息公开的要求, 对相关决议的内容作出公告, 但这种公告的目的是为公众投资人判断投资价值提供依据, 不能据此推定交易相对人应该知道此决议的内容。交易相对人无义务在交易前了解交易对方公告的内容。”^[84] 因此, 基于公司代表越权担保的制度逻辑, 在公司法第16条第1款、合同法第50条规定的制度结构下, 相对人“知道或者应当知道”公司代表越权担保, 仅是公司“对抗”相对人请求公司承担责任的法定事由, 应当由公司

[80] 学者在分析这个问题时, 均会提及为推进欧洲市场的统一化而制定的欧洲共同体《1968年理事会第一号指令》第9条。该条虽未规定与公司交易的第三人对公司机关的行为不负调查义务, 但规定了推定与公司交易的第三人为善意的制度。在欧共体国家, 上述规定对英国公司法的修订影响极大, 如前引1985年英国公司法第35条的规定。基于这种比较法上的观察, 因为有第三人的善意推定规则, 相对人在与公司进行交易时, 对公司代表是否超越权限不负调查义务。参见前引[54], 李建华等文, 第77页; 前引[13], 朱广新文, 第501页。

[81] 参见前引[13], 朱广新文, 第490页, 第491页; 前引[55], 周伦军文, 第18页。

[82] 前引[63], 邹海林书, 第120页。

[83] 关于“推定公知规则”及其死亡, 参见前引[30], 吴越文, 第95页。

[84] 张舫:《法定代表人越权签约对公司的拘束力——对〈公司法〉相关条文的分析》,《法学论坛》2011年第3期, 第138页。

举证证明。

在相对人请求公司承担公司代表越权担保的责任时，我国司法实务应当彻底“转变”向相对人分配举证责任的立场。公司代表越权担保的私法效果归属于公司，使得相对人的利益绝对优先于公司乃至公司股东的利益。相对人被推定为善意，没有义务举证“证明其在订立担保合同时对公司章程、公司决议等与担保相关的文件进行了形式审查，文件记载的内容在形式上符合公司法第十六条”。在此情形下，公司以公司代表越权担保及相对人恶意对抗相对人请求的，举证责任应当无条件地分配给公司承担，且公司仅举证相对人未审查限制公司代表为他人担保权限的公司章程或公司决议，不足以产生相对人“应当知道”公司代表越权担保的证明效果。除相对人明知或已知的情形外，其“应当知道”公司代表越权担保应以“重大过失而不知”为判断标准，即根据相对人所知悉的一切情形，包括但不限于特定交易的具体情况（如交易性质、金额、重要性等）、当事人之间的惯常做法、关于某种交易的特别交易习惯或交易行规等，公司代表超越权限的行为如此显而易见，只要相对人不是熟视无睹，就应当知道公司代表超越了权限。^[85]当然，相对人对其“反驳”公司行使拒绝给付抗辩权的主张承担举证责任。

结 论

在过往的理论和司法实务上，以公司法第16条第1款的规定为基础，围绕公司代表越权担保的私法效果，以“有效说”“无效说”和“效力待定说”等的讨论为中心，经由讨论该条款的规范性质逐步过渡到讨论合同法第50条，其间涉及价值判断和利益衡量的不断拓展，最终以担保合同的效力解释论、类推适用代理制度的解释论、相对人恶意的私法效果解释论等方法提供法律解释的背书。然而，讨论公司代表越权担保的私法效果之“有效说”“无效说”和“效力待定说”等，缺乏立法论逻辑及法律文本的支持，事实上背离公司代表越权担保的制度逻辑，即公司有为他人担保的能力、法人与法人机关之间固有的法秩序以及抗辩权和请求权的法理，导致相关的解释和适用走偏。近些年来，争议的空间在逐步缩小，司法实务的立场正在向着有利于相对人利益的方向发展，但前述解释论方法仍旧无法消除用以背书的法律制度结构与公司代表越权担保的制度逻辑之间存在的缝隙乃至冲突。

我们应当注意到，以公司法第16条第1款的规定为基础，依照民法总则第61条的规定，公司代表越权担保只发生归属于公司的私法效果，根本不会发生“无权代表”或“无权代理”的问题，从而不存在公司对公司代表越权担保“不承担责任”的问题，更不会有担保合同是否有效的问题。在理论上将法定归属于公司的公司代表越权担保解释为“表见代理（代表）”，并依照代理的制度结构为其私法效果予以背书，混淆了公司对公司代表的行为承担责任的制度依据。^[86]用表见代理（代表）或者无权代理的追认来解释公司对其代表的越权行为承担责任，不仅违反公司代表越权担保的制度逻辑，而且在解释方法上存在

[85] 参见前引〔13〕，朱广新文，第502页。

[86] 参见民法总则第61条（法定代表人的行为由法人承受）、第62条（法人向法定代表人追偿的内部关系）、第171条（无权代理的追认）和第172条（表见代理）。

不能自圆其说的悖论。这里仍需强调的是，公司应当对其代表的越权行为承担责任，这是法律已经规定的制度。在此情形下，公司仅可以“相对人恶意”对抗其要求公司承担责任的主张。公司有证据证明相对人知道或者应当知道公司代表越权担保的事实，也仅有公司依法取得拒绝承担责任的抗辩权的私法效果。当我们回顾并检视民法通则第43条、合同法第50条和公司法第16条第1款之规定本身所蕴含的立法论逻辑，并深刻认识民法总则第61条凸显的法人与法人机关之间固有的法秩序，以及法人在法人代表越权情形下依法享有的拒绝给付抗辩权法理，在理论和司法实务上为公司代表越权担保的私法效果找到法律解释的妥适方法，已非难事。

Abstract: Since the amendment of Article 16 of the Chinese Company Law in 2005, the issue of the effect of ultra guarantee has been further discussed for more than 10 years. Even today, there are still uncertainties as to the private law effect of ultra guarantee in its interpretation. In fact, the private law effects of ultra guarantee depends on its institutional logic, which includes a company's ability to guarantee for others, the inherent legal orders between a legal person and its representative, and the doctrine of the right to refuse the claims of the secured party. The long-standing debate on this matter in China has deviated from the institutional logic of ultra guarantee, leading to inappropriate approaches to as well as methods and conclusions of the interpretation of the effect of ultra guarantee. The effect of ultra guarantee should be interpreted and applied on the basis of its institutional logic. According to this institutional logic, the ultra guarantee made by a company representative in the name of the company has an effect of attribution to the company under Article 61 of the General Rules of the Civil Law of the People's Republic of China, regardless of whether there is a violation of Article 16 of the Chinese Company Law. However, the company may have the right to refuse the claims made by the secured party for the company to be liable for the ultra guarantee on ground that the secured party knew or should know the fact that the company representative violated the provisions of Article 16 of the Chinese Company Law. Based on the above understanding, a substantive change should be made to the current approach adopted by Chinese courts in the trial of ultra guarantee cases.

Key Words: company guarantee, company representative, *ultra vires*, the secured party, right to defense
