

争议解决法律

后《九民纪要》时代公司对外担保纠纷裁判与规则评述

作者：廖荣华¹

《全国法院民商事审判工作会议纪要》（以下简称“《九民纪要》”）对于解决公司对外担保案件中存在的“裁判尺度不统一，严重影响司法公信力”的问题效果明显。最高人民法院（以下简称“最高院”）于2020年11月9日公布《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉担保部分的解释》（征求意见稿）（以下简称“《征求意见稿》”），其中第6条至第12条也涉及公司对外担保规则。笔者选取2019年11月8日（《九民纪要》正式公布日）至2020年11月10日这段期间，以《公司法》第16条规定的适用作为检索依据，在威科先行法律数据库上找到最高院作出裁判的案例共44起，其中判决担保合同对公司无效的23起，占52%；有效的20起，占46%；发回重审的1起，占2%。判决无效的案例中，判决公司不承担责任的12起，占52%；承担二分之一责任的9起，占39%；承担三分之一责任的2起，占9%。

笔者在梳理了上述案例之后发现，公司对外担保中涉及的一些争议问题仍没有彻底得到解决，仍然存在对同一法律问题，作出不同解释并进行不同法律适用的现象。在判断担保合同是否对公司生效的问题上，最高院的裁判观点与《九民纪要》比较一致，除《九民纪要》第19条所列的例外情况之外，一般认为债权人必须证明已经审查对外担保的公司决议，否则担保合同对公司无效。但是在极个别的案例中，最高院仍从对外担保合同不损害公司股东利益出发，忽略不存在公司决议的事实，直接判决担保合同对公司有效。在判断合同无效后公司是否承担赔偿责任的问题上，最高院的裁判观点较不统一，主要涉及公司是否需要法定代表人的职务行为承担责任的问题。

本文结合上述案例中的司法裁判观点，对公司对外担保纠纷案件中的主要争议的法律问题进行解读和评析，以期为债权人及公司防范事前风险、应对事后争议提供参考。

一、《公司法》第16条适用的担保范围

《公司法》第16条项下的担保是否包含非典型担保，实务中存在争议。在（2020）最高法民申2155号民间借贷纠纷再审案中，最高院认为，“让与担保是我国现行法律未明确规定而在经济活动中广泛存在的一种非典型担保……本案所涉系非典型担保，表现形式为《商品房预售合同》，是否适用《公司法》第十六

¹ 实习生李玲玉对本文的写作亦有贡献。

条的规定尚未明确。”最后，最高院回避《公司法》第16条规定的公司决议要求，认定该让与担保合同对公司有效。

在上述案例中，最高院虽未明确公司对外提供非典型担保“不适用”《公司法》第16条，但其回避适用的裁判结果，表明其并未将非典型担保纳入《公司法》第16条的规制范围，此种观点是值得商榷的。虽然《担保法》规定的担保方式为有限列举，并没有把非典型担保纳入其中，但是《九民纪要》认可了非典型担保合同的效力，且《民法典》也将非典型担保纳入到了担保合同范畴。笔者认为，在《公司法》第16条未明确对担保种类进行限制的情况下，不宜对其适用范围进行限缩。首先，《公司法》第16条的立法目的在于保护股东利益，若将非典型担保排除在《公司法》第16条的规制范围之外，则在公司对外提供非典型担保的情况下股东权利将面临权利保护的真空，有违《公司法》第16条的立法目的。其次，《民法典》施行在即，包括《民法总则》《担保法》《物权法》《合同法》在内的多部法律均将同时废止。在目前未有法律明确否定非典型担保合同效力的情况下，应肯定其效力，并从体系解释的角度，将商法中的“担保”作出与民法中的“担保”相一致的解释，这也与即将生效的《民法典》的精神是一致的。

二、债权人善意的认定

《九民纪要》第18条对善意的认定有了明确的规定，关键在于相对人是否尽到了必要的注意义务。

（一）对于公司决议的审查

《九民纪要》第18条规定，对于关联担保，债权人须审查股东会（大会）决议；对于非关联担保，债权人须审查股东会（大会）决议或者董事会决议。区分这种审查义务的前提是债权人能够判断是否为关联担保，从而根据法律规定，审查是否具备相对应的公司决议。根据《公司法》第16条的规定，关联担保是指公司为公司股东或实际控制人提供的担保。但是在某些情况下，对于债权人而言，判断债务人是否是股东或者实际控制人，其实并非易事。例如，对于股份公司而言，公司章程仅记载发起人的姓名或名称，其他股东并不记载在公司章程上，当公司为股东提供担保时，债权人仅通过公司章程是无法知悉被担保人是股东的；又例如，对于非上市公司的实际控制人通过协议控制公司的情况下，作为与公司无任何关系的债权人在债务人不告知其为实际控制人的情况下，可能也无从得知。

因此，笔者认为，具体到个案，应当考察债权人的认知水平和注意能力，如果债权人不具备判断是否为关联担保的能力和途径，那么即便是在关联担保的情况下，债权人仅审查了董事会决议，也应认定债权人尽到了公司决议的审查义务。在（2019）最高法民申4851号第三人撤销之诉再审案中，最高院认为，本案中转让、回购的标的为公司的股权，当事人对于该公司的股权结构及股东会表决程序等法律规定理应予以必要的了解与认知；在（2019）最高法民终1438号金融借款合同纠纷二审案中，最高院认为，从本案当事人自身实际具有的认知水平和注意能力来看，某银行本身作为上市公司，对立法关于上市公司为股东提供担保须经股东大会决议的相关规定系属明知。从以上两个案件可以看出，最高院在判断债权人是否善意时会考虑到债权人本身的注意能力，但是这两个案件均是在债权人具备相应注意能力的情况下，目前本文检索的44个案例中，尚未发现有债权人不具备相应注意能力而降低其审查义务的情形。

（二）对于公司章程的审查

根据《九民纪要》第18条规定，对于关联担保，债权人需审查签字人员是否符合章程的规定；对于非关联担保，即便章程约定的具体决议机关无法对抗善意的债权人，债权人仍需审查同意决议的人数及签字人员符合公司章程的规定。因此，无论是否是关联担保，债权人均对公司决议是否符合章程约定

的表决数有审查义务。

实践中，法院一般认为债权人对担保人的公司章程具有审查义务。在〔2019〕最高法民终 1451 号企业借贷纠纷二审案中，最高院认为，“瓮福农资公司应当合理审慎地审查昆丰集团公司的章程及有关决议或者决定文件”；在〔2019〕最高法民终 1465 号金融借款合同纠纷二审案中，最高院认为，“吉煤投资在签订该保证合同以前应当合理审慎地审查翔瑞投资的章程及有关决议或者决定文件”。因此，即便《九民纪要》表述“债权人对公司机关决议内容的审查一般限于形式审查，只要求尽到必要的注意义务即可，标准不宜太过严苛”，我们仍建议接受公司对外担保的债权人应当要求公司提供章程，并对公司决议是否符合章程约定的机关和表决通过人数进行审查，避免实践中被认定为未尽到注意义务的风险。

三、无需公司决议的例外情况

（一）公司是以为他人提供担保为主营业务的担保公司，或者是开展保函业务的银行或者非银行金融机构

《九民纪要》第 19 条²第 1 项的“担保公司”是否包含经营业务涉及对外提供担保，但并非是以对外担保为主营业务的公司？由于对于何为“主营业务”，没有明确的定义和统一的标准，笔者认为，只要经营业务涉及对外提供担保的公司，均是《九民纪要》第 19 条第 1 项规定的担保公司。在〔2020〕最高法民申 2319 号民间借贷纠纷再审案中，最高院认为“兴达小贷公司的经营范围是办理各项小额贷款和银行融入业务，案涉保证合同盖有兴达小贷公司公章及法定代表人印章，融联小贷公司有理由相信向其提供担保系兴达小贷公司的真实意思表示。”在该案中，最高院就将经营范围涉及对外提供担保的兴达小贷公司对外提供担保认为是无需公司决议的情形。但是该案是再审案件且未有其他类似案件进行佐证，不排除最高院在再审案件中为维持二审案件的判决而做出的解释，《九民纪要》以“主营”为限定词可能具有有限缩适用例外情况的意义。

（二）公司与主债务人之间存在相互担保等商业合作关系

“等商业合作关系”的表述是否仅限于“相互担保”的情况，可能存在争议。如果将其作扩大解释，即包含相互担保在内的一切商业合作关系，会导致例外情况的外延被无限放大，偏离《公司法》第 16 条的立法初衷，因为公司对外提供担保的对象一般为自己的商业合作伙伴。因此，此处指的应是“相互担保的商业合作关系”。值得注意的是，《征求意见稿》第 7 条已将“公司与主债务人之间存在相互担保等商业合作关系”删除，此种做法意味着最高院在认定无须机关决议的例外情况上采取了更严谨的态度。即便是公司与主债务人之间存在“相互担保的商业关系”，也有可能致公司股东利益受损，因为“相互担保”可能不是完全对等的，对外提供担保的公司承担的风险可能比其接受主债务人提供的担保而获得的利益更大。

受同一法定代表人控制的公司之间提供担保的行为是上述的“公司为其直接或者间接控制的公司

² 《九民纪要》第 19 条规定：“存在下列情形的，即便债权人知道或者应当知道没有公司机关决议，也应当认定担保合同符合公司的真实意思表示，合同有效：

- （1）公司是以为他人提供担保为主营业务的担保公司，或者是开展保函业务的银行或者非银行金融机构；
- （2）公司为其直接或者间接控制的公司开展经营活动向债权人提供担保；
- （3）公司与主债务人之间存在相互担保等商业合作关系；
- （4）担保合同系由单独或者共同持有公司三分之二以上有表决权的股东签字同意。”

开展经营活动向债权人提供担保”；还是本条的“公司与主债务人之间存在相互担保等商业合作关系”；抑或是一般担保，须经公司决议，实践中认定不一。

在〔2019〕最高法民终 1529 号企业借贷纠纷二审案中，最高院认为，受同一实际控制人控制的公司之间存在关联关系，彼此提供担保的行为属于“公司为间接控制的公司开展经营活动向债权人提供担保”，此时无须经过股东大会决议。在〔2020〕最高法民终 156 号保证合同纠纷二审案中，最高院认为，董事长（曾任）和法定代表人为同一自然人的公司之间存在关联关系，公司为关联公司的债务提供担保属于公司与主债务人之间存在相互担保等商业合作关系，即使不存在公司决议，也应当认定担保符合公司的真实意思表示，从而认定担保有效。在〔2019〕最高法民申 5503 号企业借贷纠纷再审案中，最高院认为，债务人和担保人的法定代表人为同一人，两者虽构成关联关系，但在债权人不是担保人股东的情况下，担保人提供的担保为一般担保。

笔者认为，“控制”是垂直概念，而受同一法定代表人控制的公司之间为平行关系，只能称两者为关联公司。因此，受同一法定代表人控制的公司之间若非有持股控制关系，两者之间的关系不宜认定为直接或间接控制的关系。而关联公司一方为另一方提供担保的行为，并不属于例外情况中“相互担保”的情形，因此应是一般担保，属于需要公司决议的一般情况。

（三）公司对外提供担保不损害公司利益

《九民纪要》规定的无须公司决议的例外情况并不包括“公司对外提供担保不损害公司利益”的情形。一般认为，例外情况应根据规定严格适用，并不能根据解释扩大适用。但是在极个别的案件中，最高院仍从对外担保合同不损害公司利益出发，忽略不存在公司决议这个事实，直接判决担保合同对公司有效。

在〔2020〕最高法民申 1760 号民间借贷纠纷再审案、〔2020〕最高法民申 1040 号企业借贷纠纷再审案、〔2020〕最高法民申 1086 号合同纠纷再审案、〔2017〕最高法民终 382 号民间借贷纠纷二审案中，最高院均从公司对外担保不损害公司利益的角度，作出了无须公司决议的裁判。

笔者认为，《九民纪要》第 19 条规定的例外情况应为有限列举，无须公司决议的情况应仅限于所列情形。《公司法》第 16 条保护的是股东利益，即通过保障股东在公司对外担保时的决定权来保护股东利益，而公司利益并不等同于股东利益。尤其在关联担保的情况下，公司对外担保的决定权在无关联股东，因为此时无关联股东的利益常常与大股东所代表的公司利益是冲突的，这也是立法的关切所在。上述案例中基于对外担保不损害公司利益的结论而豁免适用《公司法》第 16 条的程序要件，似与立法宗旨不符。

四、担保合同“无效”后的责任承担

（一）公司承担责任的依据

《九民纪要》第 20 条³赋予了债权人在担保合同无效时根据担保法及有关司法解释关于担保无效的规定，请求公司承担赔偿责任的权利。据此可以推知，请求公司承担担保合同无效的法律责任的法律依

³ 《九民纪要》第 20 条规定：“依据前述 3 条规定，担保合同有效，债权人请求公司承担担保责任的，人民法院依法予以支持；担保合同无效，债权人请求公司承担担保责任的，人民法院不予支持，但可以按照担保法及有关司法解释关于担保无效的规定处理。公司举证证明债权人明知法定代表人超越权限或者机关决议系伪造或者变造，债权人请求公司承担合同无效后的民事责任的，人民法院不予支持。”

据为《担保法》第5条⁴、《担保法解释》第7条⁵、第8条⁶。《征求意见稿》第8条亦明确了债权人对有过错公司的追责规则。但是，值得商榷的是，越权代表或无权代理行为未被追认且债权人并非善意的情况下，代表或代理行为对公司不发生效力。换言之，公司不是担保合同的当事人，自然不承担订立该担保合同行为的法律后果（无论担保合同是否有效），而《担保法》第5条、《担保法解释》第7条、第8条针对的是公司直接作为担保合同当事人、自然承担该合同订立的法律后果的情况。

《九民纪要》该条规定似乎是误读《合同法》第50条⁷的结果，与《民法典》第504条⁸的规定更存在明显冲突。值得注意的是，《合同法》第50条规定“代表行为有效”，并未规定该合同有效。事实上，该合同是否有效，并不能仅凭相对人为善意进行断定，还要结合是否存在《合同法》第52条规定的合同无效情形来判断，况且代表行为仅能指代表人单方的行为，仅凭此也无法推断合同有效。因此，此处的“代表行为有效”尽管意思不明，应合理解释为“有权代表”，即订立该合同的法律后果归属于公司。《民法典》第504条正是注意到《合同法》第50条存在的瑕疵，在该条原有规定的基础上，进一步规定“订立的合同对法人或者非法人组织发生效力”，从而明确该条仅仅是关于订立合同行为法律后果归属的规定，而非关于合同效力的规定。

（二）对于公司过错的认定

对于公司过错的认定，关键在于两点，一是谁的过错，二是错在何处。

首先是法定代表人、公司机关的过错能否等同于公司的过错。一般认为，公司是拟制实体，不存在自然人的意识和意志，故不能把自然人的过错观念直接移植到公司身上。然而，在我国实践中长期形成了“法定代表人=公司机关=公司”的概念，因此这虽然在理论上是不成立的，但在认知上是达成了一致⁹。根据本文研究的最高院裁判的44个案件，其中裁判公司承担担保合同无效的赔偿责任与公司不承担担保合同无效的赔偿责任的比例几乎是相当的，这说明最高院对于公司过错的认定存在不同解读。

其次是认定公司错在何处。在最高院裁判公司承担担保合同无效后的赔偿责任的案件中，理由主要是公司应对法定代表人的职务行为后果承担责任¹⁰；公司的内部管理不规范¹¹；公司未尽到对其法定代

⁴ 《担保法》第5条规定：“担保合同是主合同的从合同，主合同无效，担保合同无效。担保合同另有约定的，按照约定。担保合同被确认无效后，债务人、担保人、债权人有过错的，应当根据其过错各自承担相应的民事责任。”

⁵ 《担保法解释》第7条规定：“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。”

⁶ 《担保法解释》第8条规定：“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。”

⁷ 《合同法》第50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。”

⁸ 《民法典》第504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外，该代表行为有效，订立的合同对法人或者非法人组织发生效力。”

⁹ 参见《公司对外担保无效之赔偿责任》，载《人民司法·应用》2020年7月第19期。

¹⁰ 例如在（2019）最高法民终1465号金融借款合同纠纷二审案中，最高院认为，王某以翔瑞投资法定代表人名义签订《委托贷款保证合同》的行为属职务行为，《委托贷款保证合同》上亦加盖翔瑞投资公章，翔瑞投资应对王某的职务行为后果承担责任。翔瑞投资对于《委托贷款保证合同》无效具有主观过错，应承担相应责任。

¹¹ 例如在（2019）最高法民终1524号与公司有关的纠纷二审案中，最高院认为，根据某公司的公开材料，2017年，即案涉《保证合同》签署年度，华普天健会计师事务所（特殊普通合伙）经审查该公司后，出具《2017年度控股股东及其他关联方资金占用情况专项审核报告》，明确表示没有发现存在上市公司违反章程规定对外出具担保的事实。该公司2017年《内控制度评价报告》中也没有发现内控重大缺陷。上述事实证明，该公司内部管理不规范，对于案涉《担保合同》无效，有重大过错。

表人、公章的管理和注意义务¹²。笔者认为，按照最高院的裁判思路，在债权人非明知的情况下，公司法定代表人的越权行为似乎都可以归咎于公司的管理问题，但是法定代表人的越权行为对于公司而言往往是不可控的，例如公章本来就是由法定代表人保管。公司只有在债权人追究公司担保责任的时候才知道法定代表人越权，此时反过来要求公司及时阻止法定代表人的越权行为，显得强公司所难，而且对于公司股东利益的保护是不完全的。

对于公司承担担保合同无效的赔偿责任比例，司法认定不统一，在过错情况类似的案件中，有的案件认为公司承担次要责任，有的案件认为公司与债权人的过错相当，承担二分之一的责任，因此法官对责任比例的认定具有较大的裁量权。

（三）债权人对公司法定代表人的追责

《九民纪要》与《征求意见稿》均并未明确规定债权人是否能够向越权代表人追责，根据最高院民二庭出版的《〈全国民商事审判工作会议纪要〉理解与适用》一书，最高院认为越权代表与无权代理不同，法定代表人的越权行为，本质上属于履职行为，即便越权行为不对公司发生效力，但由法定代表人个人承担责任也缺乏依据¹³。

而在（2019）最高法民终 867 号借款合同纠纷二审案中，最高院作出了与上述解读不同的判决，认为“可按照担保法及有关司法解释关于担保无效的规定，另行向签订《保证协议》的实际行为人主张履行保证合同约定的义务或者承担赔偿责任。”

笔者认为，在债权人非明知的情况下，应赋予债权人追究法定代表人承担担保合同无效后的法律责任的权利。首先，无权代理与越权代表在制度设计上具有相似性，在越权代表的情况下可类推适用无权代理人的责任规则，依据《民法总则》第 171 条第 3 款、第 4 款¹⁴承担全部或部分责任。其次，根据《九民纪要》第 20 条，公司在对债权人承担责任之后，依据《九民纪要》第 21 条，可请求法定代表人承担赔偿责任。此时若直接赋予债权人追究法定代表人的赔偿责任的权利，似乎更符合法经济学上的成本与收益的最佳配比。

五、结语

通过本文分析，我们可以看出《九民纪要》的出台对于最高院裁判的影响是广泛和深远的，《征求意见稿》在一定程度上也沿袭了《九民纪要》的规则，但是仍可见在个别案件中，最高院的裁判观点与《九民纪要》并非完全一致。在这些不同观点的背后，隐藏着公司对外担保中的利益博弈和考量。本文旨在对这些观点抽丝剥茧，揭露并还原公司对外担保的本质。同时，对于出现法律空白的争议焦点，本文通过对个案的分析，以得出对自由裁量权的最佳解读和对法律法规的最佳解释，望能够对公司对外担保实践中的各方有所启发。

¹² 例如在（2019）最高法民终 267 号保证合同纠纷二审案中，最高院认为，某公司未尽到对其法定代表人、公章的管理和注意义务，对于保证合同无效所造成的损失，应当承担次要责任。

¹³ 参见最高人民法院民事审判第二庭：《〈全国民商事审判工作会议纪要〉理解与适用》，第 183 页。

¹⁴ 《民法总则》第 171 条第 3、4 款规定：“行为人实施的行为未被追认的，善意相对人有权请求行为人履行债务或者就其受到的损害请求行为人赔偿，但是赔偿的范围不得超过被代理人追认时相对人所能获得的利益。相对人知道或者应当知道行为人无权代理的，相对人和行为人按照各自的过错承担责任。”

特别声明

汉坤律师事务所编写《汉坤法律评述》的目的仅为帮助客户及时了解中国或其他相关司法管辖区法律及实务的最新动态和发展，仅供参考，不应被视为任何意义上的法律意见或法律依据。

如您对本期《汉坤法律评述》内容有任何问题或建议，请与汉坤律师事务所以下人员联系：

廖荣华

电话： +86 21 6080 0990

Email: andy.liao@hankunlaw.com