

公司未经内部决策程序而为他人提供担保之法律效力研究

一、《公司法》第十六条立法目的及内容之简析

我国《公司法》第十六条规定：

“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。

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。

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。”

（一）《公司法》第十六条之立法目的

1、实际经营过程中，公司具有对外为他人提供担保的需要，现行《公司法》明确肯定了公司具备对外提供担保的权利能力和行为能力。

2005年修改以前的《公司法》均在第六十条规定：“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。”《担保法司法解释》第四条规定：“董事、经理违反《中华人民共和国公司法》第六十条的规定，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。”

虽然最高人民法院在某些案件（如（2000）经终字第186号）中认可了公司的对外担保能力，但在当时，就该条款的立法本意是限制董事、经理的个人行为，还是限制公司对外担保能力的争议还是一直存在。

HIGH VALUE LEGAL SERVICES IN SPECIALIZED AREAS

柯杰律师事务所

总机: 8610 5969 5336 传真: 8610 5969 5339

北京市朝阳区建国路79号华贸中心2号写字楼2606 (100025)

www.cathayassociates.cn

柯杰全球法律联盟成员所

阿拉木图 | 雅典 | 曼谷 | 布鲁塞尔 | 布宜诺斯艾利斯 | 法兰克福 | 日内瓦 | 伊斯坦布尔 | 雅加达 | 约翰内斯堡 | 吉隆坡 | 基辅 | 伦敦 | 马德里 | 马尼拉 | 米兰 | 莫斯科 | 莫斯科 | 新德里 | 纽约 | 巴黎 | 布拉格 | 圣保罗 | 首尔 | 索非亚 | 悉尼 | 德黑兰 | 特拉维夫 | 华沙

应当看到，与其他民事主体一样，基于经营活动或发展战略的考虑，在某些情况下，公司具有对外为他人提供担保的需要。2005年，《公司法》再次修订，现行《公司法》第十六条明确规定，公司具备对外为他人提供担保的权利能力和行为能力。

2、为保护公司及其股东、公司其他债权人的合法权益，《公司法》对公司对外提供担保的内部决策程序予以适当规制。

除担保公司外，公司对外提供担保不属于公司常规经营行为，且公司及其股东、公司其他债权人的合法权益均可能因公司对外提供担保而受损，因此，有必要对公司对外提供担保的决策程序予以适当规制，为此，《公司法》第十六条规定，公司在对外提供担保时，必须要由公司内部决策机构，即董事会或者股东（大）会根据公司章程规定的权限和程序作出决议。

在司法实践中，人民法院在部分案件的判决中也明确指出，《公司法》第十六条本质上系规范公司内部决策机制的管理性规定，通过对公司担保决策权的合理安排和分配，避免或减少公司控股股东、实际控制人或者董事、监事、高级管理人员损害公司、小股东及公司其他债权人合法权益情况的发生。

（二）《公司法》第十六条之内容简析

首先，该条款为公司对外提供担保提供了法律依据，肯定了公司具备对外提供担保的权利能力和行为能力。该条第一款规定的公司为除公司股东或实际控制人以外的其他人提供的担保，以下简称“一般担保”；第二款规定的公司为公司股东或实际控制人提供的担保，以下简称“特殊担保”。

其次，该条款对公司对外提供担保的内部决策程序进行了规范。公司为他人提供担保，需由公司内部决策机构，即董事会或者股东（大）会根据公司章程规定的权限和程序作出决议；同时，从债务人的身份角度出发，为一般担保和特殊担保在决策机构和表决制度上分别设置了不同的要求，即：一般担保的决策机构可以是董事会或者股东（大）会，决策内容要符合公司章程规定的权限；特殊担保的决策机构只能是股东（大）会，表决时利害关系股东必须回避。

第三，一人有限责任公司中不存在股东会，通常也不设置董事会，因此，一般情况下，一人有限责任公司对外提供担保，只要股东同意即可，无需严格依据《公司法》第十六条的规定履行决策程序。

第四，根据《公司法》第六十六、六十七条的规定，国有独资公司虽然不设置股东会，股东会职权由国有资产监督管理机构行使，但是必须要设置董事会。“国有资产监督管理机构可以授权公司董事会行使股东会的部分职权，决定公司的重大事项，但公司的合并、分立、解散、增加或者减少注册资本和发行公司债券，必须由国有资产监督管理机构决定；其中，重要的国有独资公司合并、分立、解散、申请破产的，应当由国有资产监督管理机构审核后，报本级人民政府批准。”

根据上述规定，关于国有独资公司对外提供担保的决策权，《公司法》并未明确规定必须由国有资产监督管理机构行使。因此，除非章程特别规定，国有独资公司的董事会通常会作为公司对外提供担保的决策机构。国有独资公司对外提供一般担保，应当按照《公司法》第十六条的规定履行内部决策程序。而作为履行出资人职责的国有资产监督管理机构，不是市场经营活动的主体，因此，国有独资公司一般不会出现对外提供特殊担保的情况。

二、《公司法》第十六条系管理性强制性规定，而非效力性强制性规定，公司违反该条款为他人提供担保，并非当然无效。

（一）违反法律、行政法规中效力性强制性规定时，合同方属无效

《合同法》第五十二条规定，“违反法律、行政法规的强制性规定”，合同无效。

《合同法解释二》第十四条规定：“合同法第五十二条第（五）项规定的‘强制性规定’，是指效力性强制性规定。”

根据我国法律理论界及司法实务界的通识，法律中的强制性规定可区分为管理性强制性规定和效力性强制性规定，只有违反法律、行政法规中效力性强制性规定时，合同方属无效。

（二）《公司法》第十六条系管理性强制性规定，而非效力性强制性规定

1、对效力性强制性规定与管理性强制性规定的区分，应主要着眼于以下几方面：

首先，若法律、行政法规明确规定，违反该条款的后果是合同无效，则该条款为效力性强制性规定，否则应属管理性强制性规定。

其次，若法律、行政法规虽未明确规定违反该条款的后果系合同无效，但违反该条款而使合同有效，将损害国家利益或社会公共利益的，属效力性强制性规定，否则应属管理性强制性规定。

第三，从调整对象判断，通常效力性强制性规定限制的内容是行为本身，而管理性强制性规定多从市场准入角度出发，限制主体的行为资格。

第四，借助体系解释等法律解释方法，通过考察强制性规定在法律中所处的位置，以及该条款与其他条款的关系进行认定。

第五，权衡强制性规定所要保护的和合同本身所体现的利益，尽量维护交易安全。

2、依据上述标准判断，《公司法》第十六条不属于效力性强制性规定

首先，内容上，该条款并未规定违反其将导致担保合同无效。

其次，公司违反该条款，未经内部决策程序即对外提供担保，通常仅涉及公司、股东及公司其他债权人的利益，不会损害国家利益和社会公共利益。

第三，就调整对象而言，该条款规定的目的并非在于否定公司对外提供担保的行为本身，而是要从内部决策程序设置的角度来解决相关利益主体的保护问题。

第四，在法律体系上，《公司法》第一百四十八条、第一百四十九条、第一百五十二条规定，董事、监事、高级管理人员违反公司章程中关于对外担保规定的，承担责任的方式有：所得收入归公司所有、赔偿公司以及股东的损失，即《公司法》列举了责任的承担方式，却并未否定担保合同效力。

第五，因交易主体的内心意思无法探究，且存在随时变化的可能性，而其内心意思几乎无一例外都需要通过外在行为予以表达；同时，从保证商事交易安全性及效率的角度出发，商事行为遵循外观主义。

公司就对外提供担保进行内部决策，属于公司意思形成的过程，若过分强调和保护公司内部决策的程序，会对交易安全及效率产生不利影响，公司也可能利用不诚信的方式（如篡改或销毁决议文件等）摆脱担保义务，对其他交易主体（尤其是债权人）亦属不公。同时，即使存在内部决策缺失或瑕疵，但公司在因对外承担担保责任而遭受损失后，还可以通过追究相关主体责任的方式得到补偿。

3、司法实践已普遍认同《公司法》第十六条并非效力性强制性规定

目前，就《公司法》第十六条并非效力性强制性规定，违反该规定并不导致担保合同无效已基本没有争议，最高人民法院和地方高级人民法院审判的案例中多数均采此种观点，其中典型案例为：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案（2011年2月10日中华人民共和国最高人民法院公报[2011]第2期）。

此外，最高人民法院的法官也通过不同方式和途径表达了相同的观点。如：

2007年，时任最高人民法院民二庭庭长宋晓明在接受《人民司法》采访时认为，“公司章程关于公司担保能力、担保额度以及担保审批程序等方面的规定，系调整公司内部法律关系的规范，在公司内部产生相应的法律后果，通常不能对抗担保债权人等公司以外的第三人。公司、公司股东以及公司之外的第三人以担保违反公司章程的规定为由主张担保关系无效的，除非涉及公司为内部人员提供担保，一般不应予以支持。”

最高人民法院法官刘贵祥在《公司担保与合同效力》（载于《法律适用》2012年第7期）亦认为，“新《公司法》的担保规范不属于《合同法》第52条第5项的‘法律、行政法规的强制性规定’的效力性强制性规定的范畴，在司法实践中应避免援引《合同法》第52条第5项认定公司对外担保合同未经董事会或股东会决议绝对无效的错误做法。”

综上，《公司法》第十六条系管理性强制性规定，而非效力性强制性规定，公司违反该条款为他人提供担保，并非当然无效。

三、司法审判实践中，债权人是否应当承担审查义务已经成为判定公司对外担保效力的决定性因素

《公司法》第十六条规定了公司对外提供担保的内部决策要求，如未经决策程序、程序或权限不符合规定，公司法定代表人或授权代表即代表公司对外签署担保合同，其行为则构成越权，根据《合同法》第五十条“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”的规定，在基本确定了《公司法》第十六条的法律性质之后，就公司对外担保的效力问题，债权人是否应当承担审查义务已经成为了决定性的因素。

（一）理论及司法实践中的主要观点

在债权人是否应当主动审查公司内部决策程序及文件的问题上，主要存在以下两种观点。

一种观点认为，《合同法》第五十条确立了代表权不受限制规则，凡法定代表人订立的合同，原则上应对公司发生效力。债权人对法定代表人是否超越权限不负有调查义务。这种观点的主要理由是，董事会或股东（大）会的同意或批准，仍然属于公司的内部管理范畴，要求债权人对此予以调查，会严重阻滞交易、损害交易安全。

另一种观点则认为，基于法律的公示性，《公司法》第十六条具有相应的外部效力，合同相对人负有对公司内部决议的形式审查义务，即债权人应当要求公司提供内部决议等文件。但就审查义务的范围，并没有形成共识，有人认为债权人应当向公司索取并查阅公司章程，根据章程规定索取公司董事会或者股东（大）会同意担保的决议，也有人认为债权人应当审查公司决议，但对公司章程不负有审查义务。

司法实践中，关于《公司法》第十六条第一款规定的一般担保，如公司未履行内部决策程序，多数判决认为债权人无需审查公司内部决议；在少数认定债权人应当承担审查义务的案件中，现有判决均认可应为形式审查，债权人至少应当索取并审查公司内部决议，但诸如公司章程、工商登记资料等是否属于审查范围并未达成一致。

就《公司法》第十六条第二款规定的特殊担保，如公司未履行内部决策程序，最高人民法院部分法官认为债权人应当承担审查义务，但在最高人民法院所审理的案件中，判定债权人负有形式审查义务和不负有形式审查义务判决的数量相当；而地方高级人民法院的判决则主要围绕该条款的性质进行裁判，而并未探究该条款对债权人注意义务的影响，即目前地方司法实务倾向于认定担保合同债权人无需审查公司内部决议。

（二）债权人应在合理范围内承担适当的审查义务

我们认为，与其他法律一样，既然《公司法》早已公布并施行，就应当推定任何人均应知晓其全部内容，任何人都不能以不知道法律内容为由拒绝承担相应的义务。在《公司法》第十六条已经明确规定公司对外提供担保需要履行内部决策程序的情况下，债权人理应知晓该要求。若仅以该条款旨在约束公司内部行为为由，使债权人在任何情况下均不承担任何审查义务，对担保人较为不公，也不利于市场中交易主体审慎意识的培养和形成。

关于债权人承担审查义务的范围，可以从以下几个方面进行理解和把握：

首先，应当明确的是，公司为对外提供担保而履行的决策属于公司内部治理范畴，债权人通常不可能全程参与或监督，因此，债权人的审查义务仅限于形式审查，即：债权人仅对公司董事会或者股东（大）会同意担保的决议进行形式审查，只要决议上有董事/股东的签字或盖章、公司/法定代表人的签章即可，而不论其是否真实，也不论董事会会议或者股东（大）会会议是否实际召开或召开的具体形式如何。

其次，就审查文件的范围，应以公司章程和董事会或者股东（大）会同意担保的决议为限。之所以将公司章程纳入债权人的审查范围，原因在于，公司章程有公司“宪法”之称，而关于公司对外担保的决策程序及权限往往规定在公司章程中，公司是否按照公司章程规定履行了内部决策程序，往往需要以公司章程作为判断的依据。

但需要说明的是，为将债权人的审查义务限定在合理的范围内并保证交易的便捷与效率，降低交易成本，关于公司章程，债权人只需作出要求公司提供的意思表示即可，即使公司不予提供，债权人仍可以依据对公司董事会或者股东（大）会同意担保决议进行的形式审查得出公司已履行内部决策程序的结论。

另外，除公司章程及决议之外的其他材料，均不在审查范围之列，如：公司工商登记信息等。原因在于，虽然部分公司工商登记信息可以通过公开渠道取得，但工商登记信息显示的内容可能会与公司实际情况存在差异，如公司已经更换了股东或董事，但尚未进行工商登记的变更。因此，即使公司提供的公司章程及/或决议中显示的股东或董事与工商登记信息不符，亦不应因此而加重债权人形式审查的责任，作为担保人的公司不得以此为由主张担保合同无效。

第三，一般担保与特殊担保因债权人身份存在差异，债权人审查文件的范围略有不同。

一般担保中，债权人应当要求公司提供公司章程及公司董事会或者股东（大）会同意担保的决议，具体决策机构因章程规定而定；特殊担保中，鉴于《公司法》第十六条第二款明确规定须由股东（大）会作出决议，且第三款要求利害关系股东必须回避表决，因此，债权人只能要求公司提供股东（大）会同意担保的决议，并对利害关系股东是否回避表决进行形式审查。基于同样的道理，债权人对利害关系股东的判断，应以其知道或应当知道为限（尤其是债务人为公司实际控制人时），不得加重其审查义务。

最后，除公司章程及决议之外，债权人在与公司签订担保合同时，还应对公司法定代表人的签字、授权代表签订合同的授权等进行形式审查，方式与对公司章程及决议的形式审查基本一致。该部分审查与签订其他合同无异，故不再赘述。

三、若公司对外担保行为被认定无效，相关主体应承担的法律责任

关于担保合同无效的法律后果，主要法律及司法解释相关规定如下（以公布及施行时间为序）：

《担保法》第五条规定，“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。”

《合同法》第五十八条规定，“合同无效或者被撤销后，因该合同取得的财产，应当予以返还；不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿。有过错的一方应当赔偿对方因此所受到的损失，双方都有过错的，应当各自承担相应的责任。”

《担保法解释》第七条规定：“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。”

《物权法》第一百七十二条规定，“设立担保物权，应当依照本法和其他法律的规定订立担保合同。担保合同是主债权债务合同的从合同。主债权债务合同无效，担保合同无效，但法律另有规定的除外。”

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。”

从上述规定中，可以总结出主债权债务合同有效而担保合同无效的法律后果，即：

1 恢复原状，即恢复到担保合同签订及履行前的状态。

2、如不能恢复原状，或因担保合同无效而产生损失，债务人、担保人、债权人应当根据其过错各自承担相应的民事责任，即：

（1）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；

（2）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。

如前所述，债权人是否存在过错，应从其是否履行了必要的形式审查义务角度加以判定；而担保人的过错问题，则主要应该考察其内部管理（如印章管理等）是否存在问题，是否依据《公司法》第十六条的规定履行了内部决策程序以及决策权限、程序是否符合法律及公司章程的规定。

3、在担保人承担相应责任后，可视具体情况依据《公司法》第一百四十九条的规定要求公司董事、监事、高级管理人员承担赔偿责任；如公司怠于维护权利，符合规定的公司股东可以依据《公司法》第一百五十一条的规定启动股东代表诉讼。

如债权人因存在过错而承担了部分责任，且债权人亦为公司，则该债权人及其股东也可以采取同前述担保人及其股东一样的方式，主张相关责任主体赔偿债权人因担保合同无效所遭受的损失。



本文作者为柯杰律师事务所 邱琳、刘新波（商事诉讼和仲裁团队合伙人）。本文仅供一般性参考，不构成法律意见，不能代替法律意见，也无意对讨论事项进行全面的