

公司担保案件裁判规则的 反思与重构

——基于交易成本的分析视角

詹巍*

摘要:当前主流裁判思路基于外观主义法理,认为《公司法》第16条仅系规范公司内部决策的管理性规定,不影响担保的效力,对债权人亦无拘束力。通过外观主义的经济分析可知,该法理之机理旨在节约交易费用。当前裁判规则令公司一方承担违规担保的全部风险,势必迫使公司付出高昂的管理型交易费用,推高担保交易的总成本。根据“最小防范成本原则”,应以设定债权人的形式审查义务为核心,重建担保交易的有效治理结构。这是更有效率的安排。

关键词:外观主义的经济分析 交易费用 最小防范成本原则 形式审查义务 治理结构

公司对外担保,是“公司正常交易的润滑剂和市场经济高效运转的催化剂”。〔1〕公司对外担保

* 华东政法大学博士研究生,浙江省高级人民法院民二庭副庭长,审判员。

〔1〕 王林清、顾东伟:《新公司法实施以来热点问题适用研究》,人民法院出版社2009年版,第83页。

而形成的纠纷,是公司诉讼中的常见案件,也是颇具争议的案件。最主要的争议在于,违反《公司法》第16条而提供的担保,其效力究竟如何?

《公司法》第16条对公司担保的内部决策程序作出了限制性的规定,从其文义看,对于该条系强制性规范应无异议。但“违反公司法强制性规范并不当然使违法行为无效。是否使违法行为无效,应取决于强制性规范的具体性质与立法目的。”^[2]对于违反《公司法》第16条而设定的“违规担保”,大致存在无效论、有效论、审查义务论等三种观点。无效论援引《合同法》第52条第5项之规定,认为违规担保因违反了法律、行政法规的强制性规定而应认定无效;有效论主张,《公司法》第16条仅系内部决策程序,不能对抗第三人,故不影响公司对外担保的效力;审查义务论则认为,法定限制应推定相对人知晓,故《公司法》第16条应拘束第三人。根据《合同法》第50条关于越权代表制度的规定,违规担保的效力取决于相对人是否尽到必要的审查义务。相对人尽到审查义务的,则担保有效;未尽审查义务的,推定其知晓代表权瑕疵,担保无效。^[3]

以笔者有限的认识范围看,主张审查义务说、无效说的多为学者、专家,而司法实务界则倾向于主张有效说。虽然审判实践中已经形成了主流裁判思路,但自2005年新《公司法》实施以来,对于《公司法》第16条的理解以及公司对外担保效力的审查标准的争议,至今仍未平息。已有的论争主要立足于传统规范分析的方法论,本文试图转换视角,从交易成本的分析入手,运用法经济学的方法论,对当前的主流裁判规则进行反思与重构。

一、规范法学传统下的公司担保裁判实践及法理探究

(一)描述:当前裁判的主流思路

尽管学界对于《公司法》第16条的属性及效果颇多争议,但依笔

[2] 王保树:《从法条的公司法到实践的公司法》,载《法学研究》2006年第6期。

[3] 几种观点的详细分析可参见詹巍、杨密密:《公司越权担保效力之理论与实证分析》,载罗培新主编:《金融法苑》,中国金融出版社2011年版,第160~162页。

者作为一线法官所掌握的情况,司法实践中几乎一边倒地认为,该条仅系规范公司内部决策程序的管理性规定而非效力性强制性规定,^[4]并不能约束担保人。公司对外担保并不因违反《公司法》第16条而无效。

以《最高人民法院公报》2011年第2期刊载的“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”为例,^[5]该案属于公司法定代表人违规越权提供担保的情形。担保人银大公司抗辩认为,该公司章程规定,董事、高管不得违反公司章程的约定,未经股东会、股东大会或者董事会同意,以公司资产为他人提供担保。该公司法定代表人对外提供担保,并没有经过股东会、股东大会或者董事会同意,故对外担保违反了《公司法》第16条的强制性规定,应为无效担保。债权人中建材公司未能尽到审慎的审查义务,不能作为善意第三人要求银大公司承担保证责任。但终审法院认为,公司违反《公司法》第16条的规定,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。^[6]此外,根据《合同法》第50条关于“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”以及最高人民法院

[4] 我国《合同法》第52条第5项规定,违反法律、行政法规的强制性规定的合同无效。最高人民法院通过《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(一)》第4条及《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》第14条,将合同法所指的“强制性规定”限定于“全国人大及其常委会制定的法律和国务院制定的行政法规”且系“效力性强制性规定”的范围,限缩了合同无效的情形。

[5] 参见北京市高级人民法院(2009)高民终字第1730号民事判决书。

[6] 《案例: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》,载《中华人民共和国最高人民法院公报》2011年第2期。

《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11条关于“法人或者其他组织的法定代表人、负责人超越权限订立的担保合同,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,公司的法定代表人违反公司章程的规定对外提供担保应认定为有效。

可见最高人民法院的态度很明确:《公司法》第16条系管理性规定,不能约束第三人;出于交易安全的考量,不能依据该条款认定担保合同无效;债权人对公司担保的内部决议程序不负审查义务。上述观点从最高人民法院民二庭有关领导在2009年全国法院商事审判工作会议上的总结讲话中也可以看出。讲话认为,并非公司对外提供的所有担保都需要股东会作出决议。只有在公司为股东或实际控制人进行担保时,是否经过了股东会决议同意才应成为公司担保效力的考量因素。但即使是为股东或实际控制人提供担保,也不宜笼统认定该担保无效,仍应区分情形。若为封闭公司,对外担保即使未经股东会决议能否绝对地据此认定担保无效,值得商榷。而公众公司未经股东大会决议同意的担保,属于重大违规行为,侵害了众多投资者利益,扰乱了证券市场秩序,应当认定无效。讲话对于学界关于《公司法》已有明确规定故债权人对公司决议程序负有审查义务、未尽审查义务债权人不构成善意的观点不甚认同。^[7]

因此,最高人民法院的司法政策是将提供担保的公司区分为封闭公司和公众公司,并认为前者场合,《公司法》第16条系管理性规范,不应约束债权人,债权人亦无审查决议程序之义务。而后者场合因涉及公共利益和监管政策,未经股东大会决议同意的担保应为无效。该讲话精神以及前述公报案例的裁判要旨,已经成为司法实践中的主流观点和做法。由于实务中绝大多数公司担保纠纷涉及的是有限责任公司,《公司法》第16条在审判实践中通常均按管理性规范来对待。^[8]

[7] 宋晓明:《关于商事审判若干疑难问题的思考》,载《人民法院报》2010年9月1日版。

[8] 上市公司由于受到的监管更为严格,极少涉及公司担保纠纷。至今,笔者尚未审理过一起上市公司或公众公司违规担保的案件。囿于篇幅及效率考量,本文只讨论审判实践中大量存在的有限公司担保纠纷。

法官基本以公司的公章或法定代表人(负责人、代理人)的签字为准认定公司的担保意思,而不审查公司是否形成了对外担保的股东会决议或董事会决议,亦不要求担保权人审查公司决议程序是否符合《公司法》第16条之规定。

为印证对司法实践主流观点的上述归纳,特别是最高人民法院的司法态度,笔者通过中国裁判文书网检索了裁判理由中援引了《公司法》第16条的裁判文书,得到最高人民法院作出的裁判文书12篇。裁判的时间分布在2014年、2015年。除2014年11月14日作出的(2014)民申字第1876号裁定认为因法律具有公示作用故债权人应对公司担保决议程序负审查义务外,^[9]其余绝大多数裁判文书均坚持了《公司法》第16条为管理性规定不得约束第三人的裁判思路。^[10]

好的裁判,应该为交易确立合理的规则,给市场以正确的激励信号,促进经济的发展和财富的增长。但事实上,自从上述裁判规则确立以来,涉公司担保纠纷案件未见减少。相反,还出现了不少公司法定代表人或实际控制人、股东、管理人员利用职权便利,违反公司章程对外提供担保损害公司利益的情形。尤其是,上述几类主体违规以公司资产为自己或关联人债务提供担保的情形屡见不鲜,严重侵害了公司、股东及其他债权人的利益。例如,浙江省湖州市中级人民法院判决的李小妹诉施月梅、董末顺、浙江大地交通工程有限公司民间借贷纠纷案,^[11]公司法定代表人利用职务之便,加盖公司印章为其配偶的债务提供担保。一审即按当前主流裁判思路简单认定担保有效而判令公司承担连带责任,显然违反了一般的公平正义观念。幸得二审法院经仔

[9] 该裁定认为,因法律规定具有公示作用,债权人应当知晓《公司法》第16条第2款的规定。但其并未要求担保人出具公司股东会决议,显然负有过错,因而其不能被认定为善意第三人。据此认定担保合同对担保公司不具有约束力。该裁判在众多认为《公司法》第16条为管理性规定的裁判中,实属“异类”。但基于下文将要分析的理由,笔者甚为赞同该裁判的处理思路。

[10] 参见(2015)民申字第1058号、(2015)民申字第2086号、(2014)民一终字第270号、(2014)民申字第1876号、(2014)民一终字第109号、(2014)民申字第1262号、(2014)民申字第1264号、(2014)民申字第628号、(2013)民申字第2275号、(2013)民申字第1785号、(2013)民申字第2404号、(2012)民提字第156号裁判文书。因判决理由高度雷同,故不再列表逐一分析。

[11] 参见浙江省湖州市中级人民法院(2014)浙湖商终字第374号判决书。

细审查,根据该案担保设定中的种种不正常迹象,以债权人应知法定代表人越权而未尽注意义务为由,认定担保无效,改判公司承担无效担保的过错责任。可见随着审判实践中的问题越来越多,基层法院已经发现了原有裁判思路的弊端,有的法官包括笔者已在思考对策。

(二)解析:主流裁判规则背后的法理依据

从当前主流裁判思路来看,法官裁判的规范依据主要有二:一是依据《合同法》及其司法解释的相关规定,认为《公司法》第16条仅系规范公司内部决策程序的管理性规定,而非效力性强制性规定,既不能约束作为外部第三人的担保权人,也不应据此认定违规担保无效。二是依据《合同法》第50条以及《担保法司法解释》第11条规定的越权行为的“表见代表”规则,认为即使公司的法定代表人或负责人未经公司决议程序,超越权限违规提供担保,但因担保权人对公司内部控制程序不负审查义务,故担保权人作为相对人为善意,公司担保的表见代表行为有效。表见代表(代理)行为的法理基础乃商事外观主义。可见,法官将公司担保法律关系区分为公司内部关系和公司外部关系两个场域,并认为《公司法》第16条作为规范公司内部关系的管理性规定,不得对抗和约束外部交易关系。公司内部的违规行为,不影响外部交易关系的效力。此种思路否定了公司内、外部关系的牵连性,从法理上看是基于维护交易安全的考量,贯彻了商事外观主义。

外观主义,也称作外观法理、权利外观或者外观责任。它是德国私法学者在20世纪初创立的。^[12]按传统规范法学的通说,外观主义是指,以交易当事人行为的外观为准,认定行为产生的效果。详解之,若外观事实致使交易对方对此产生信赖并依此做出相应的行为,即使外观事实与真实事实并不一致的,仍然依照外观认定行为的法律效力。^[13]外观主义的构成要件有三:一是外观事实,即法律上有意义的外观的存在;二是交易相对人的信赖:前述外观足以导致交易相对人的信赖,即具备相对人的善意;三是本人与因,外观的作出有本人(即实

[12] 丁南:《论民商法上的外观主义》,载《法商研究》1997年第5期。

[13] 叶林、石旭雯:《外观主义的商法意义》,载《河南大学学报》(社会科学版)2008年第3期。

质权利人)的参与,具备对本人的归责事由。^[14]具体到商事裁判中,如果能够查明上述三要件均具备,则交易对象依据其合理信赖作出的民事行为为效力应予确认,即使其信赖的外观事实并非真实。以此观之,当前公司担保案件的裁判中偏向维护作为债权人的外部人利益,实为贯彻外观主义法理的要求,维护担保权人的合理信赖。在审判实践中,外观主义被视为是一项重要的商事裁判准则。与民事裁判侧重维护现有财产与权利的“静的安全”不同,商事裁判重在维护“动的安全”,即交易的安全,以促进交易流转与市场繁荣。在静的安全与动的安全发生冲突时,商事裁判选择保护动的安全即交易安全。于是,担保交易的“动的安全”相较于公司和股东等现有权益的“静的安全”就处于优先地位了。

上述关于外观主义法理的传统解释,商事法官耳熟能详。但细究起来,规范法学上的解说却并不那么令人信服。例如,在善意相对人的认定上,如何界定合理的信赖,就是个规范分析的难题;外观主义在特定场合权衡实际权利人与外部第三人之间利益冲突时选择优先保护外部第三人,其内在逻辑究竟是什么?为什么在一定的条件下(外观事实、合理信赖、本人与因三要件具备),外部关系的保护比内部关系更重要,这些条件意味着什么?规范法学除了提供诸如构成要件的术语的“概念黑箱”,^[15]并不能给出确切的解读。

尤其是,外观主义保护“交易安全”的目标,颇为令人费解。如果说外观主义旨在保护交易流转和市场繁荣,那么,同为交易行为的内部关系缘何就应处于劣后地位?按照经典的公司合同理论,公司内部治理结构实为公司参与方之间的契约关系,自然也属交易关系的范畴。法官为何优先保护外部交易关系(担保关系),而牺牲内部交易关系(公司治理),难以用保护交易安全的理由来解释。换句话说,外观主义选择外部交易安全而舍弃内部交易安全,显然无法以“交易安全”本身来解释,必然存在另外的理由。然而,这个真正的理由(外观主义的

[14] 同注[12]。

[15] 桑本谦教授认为,法律教义学上的要件表述经常是一些“概念黑箱”。关于“概念黑箱”的表述及含义,参见桑本谦:《“法律人思维”是怎样形成的——一个生态竞争的视角》,载苏力主编:《法律和社会科学》(第13卷),法律出版社2014年版。

内在机理)在规范法学的语境下并不明晰。但若从法律经济学的视角去分析,则可以发现,外观主义其实是节约交易费用的制度安排。^[16]

二、正本清源:外观主义法理的经济分析

交易费用(transaction costs),是法律经济学的奠基者罗纳德·科斯在其1937年发表的论文《企业的性质》中提出的重大发现。^[17]按照新古典经济学的理论,在价格机制的作用下,稀缺的资源实现了有效率的配置。科斯则指出,价格机制的运作本身也是有成本的。价格机制通过市场交易实现资源配置,而每个交易的完成都要耗费交易成本,包括搜寻和信息费用、讨价还价和决策的费用、监督和执行的费用等。交易费用的发现,使得法律制度与经济绩效紧密地联系在了一起。正如科斯在他那篇作为法律经济学奠基之作的《社会成本问题》一文中所指出的,“如果定价制度的运行毫无成本,最终的结果(产值最大化)是不受法律状况影响的”。^[18]在没有交易成本的情况下,无论法律对权利如何界定,当事人都可轻易地(无成本地)通过相互交易而调整并达成最有效率的资源配置(科斯定理)。法律不影响效率。但由于现实中交易成本的存在,当事人通过交易以调整资源配置就存在困难,或者会产生额外成本,于是法律对于权利的初始界定就很重要,不同的安排会对经济效率产生不同的影响。甚至当交易成本过高时,市场主体也许永远无法通过交易实现最优的安排(科斯第二定理)。此时资源配置就依赖于法律的调整。即使在价格机制可以运转的情况下,也应尽

[16] 法律经济学(Law and Economics, Economics of Law, Economic Analysis of Law 或 Lexeconics)是用经济学的方法和理论,考察、研究法律和法律制度的形成、结构、过程、效果、效率及未来发展的学科。它是法学和经济学科际整合的边缘学科。参见[美]理查德·波斯纳:《法律的经济分析》(第7版),蒋兆康译,法律出版社2012年版,序言第35页。

[17] R. H. Coase, *The Nature of the Firm*, *Economica*, New Series, Vol. 4, No. 16. (Nov., 1937), pp. 386-405.

[18] [美]罗纳德·哈里·科斯:《企业、市场与法律》,盛洪、陈郁译校,格致出版社、上海三联书店、上海人民出版社2009年版,第104页。

可能减少交易成本,以节约资源的损耗和提高市场机制的运行效率。

因此,从法经济学的视角来看,交易费用的节约就成为商事裁判追求效率目标的基本路径。运用法经济学的分析方法去研究外观主义法理可以发现,节约交易费用正是外观主义的内在机理。

(一)外观主义法理是节约交易费用的制度安排

传统规范法学将外观主义的价值目标定位于保护交易安全,并未触及其实质。以法经济学的观念去看,外观主义的内在逻辑是追求效率,其实现路径乃在于对交易费用的节约。其相关构成要件只有依经济分析才能得到合理的解读。

如关于善意第三人合理信赖之要件,何为“合理”之信赖?因信赖系主观状态,其合理性在规范法学上难以界定。但若从交易费用的视角切入,则会有“柳暗花明”之感。试举一例:假定行为人表现出的外观事实“破绽百出”,作为交易对象的第三人很容易识破虚假外观,却因疏忽大意而未能甄别并与其缔结合约。此时该合约是否予以保护?例如,在无权代理的场合,若代理人向交易对象出具了授权范围十分明确的委托书,后代理人超越代理权限而与交易对象缔结合同条款。由于授权委托书授权范围清晰可辨,故交易相对人识别越权代理极其容易。若交易相对人仍旧与之签订合同,则该合同仍属越权代理的范畴,不能当然约束本人,除非本人追认。按照外观主义法理的一般规则,该合约显然不能保护。不能保护的原因是,第三人对行为人的信赖是不合理的,故不具备“合理信赖”这一构成要件。但此时相对人的信赖为何是不合理的,规范法学上无法清晰界定。若从经济分析的视角看待,道理极其简明:因为此时第三人辨识真相的成本(信息费用)极低,^[19]故其误信对手的权利外观显然不合理,应自担风险。相对而言,基于委托人与代理人之间严重的信息不对称,委托人以授权书的方式明确限定代理权限当已尽责,若还要求委托人控制代理人的越权行为,则监督费用过高。两相比较,此时让第三人承担合同不生效的风险(虚假外观的风险)是成本较低、也是更有效率的安排。如此裁判,可以激励第

[19] 信息费用是交易费用的一种。由于授权清晰的委托书的存在,当事人识别授权范围、识别代理人行为是否具有合法授权的信息成本很低。

三人在未来的同类型交易中,为避免承担不利的法律后果而积极尽到裁判(规则)所设定的注意义务,采取防范措施以避免虚假外观带来的交易风险。因为由其采取防范措施成本较小,于是该类交易就得以较小的成本避免虚假外观对正常交易秩序的干扰。或者说,该类交易就可以通过较小的成本付出而得到规范,资源错配得以较小的成本而避免,从而节约了整个经济活动的交易费用。反之,若认定合同有效,则意味着要求监督成本较高的委托人去防范代理人制造虚假权利外观的风险,势必会推高未来同类型交易的总交易成本,影响经济绩效。

商事交易中,为促成交易的达成,常常需要将某种关键义务或风险分配给某一方来承担。此等分配常常影响着经济运行的总体效率。正如科斯所指出的,权利的不同界定会对经济制度的运行效率产生影响,一种权利的调整会比其他安排产生更多的产值。^[20] 此类义务或风险的承担所付出的成本是交易费用的一部分。基于节约交易费用的基本理路,由付出成本较小的一方履行该等义务或承担该风险,是有效率的做法。这一分配义务或风险的标准,在法经济学方法论上被称为“最小防范成本原则”(the least-cost avoider doctrine, the cheapest avoider doctrine)。^[21]

商事外观主义法理正是节约交易费用的制度安排。上例为了揭示外观主义的机理,列举了交易第三方识别虚假外观成本极低故不予保护的情形。实际上,在具备外观主义构成“三要件”的情况下,交易第三人识别、防范或规制虚假外观的成本通常要高于形成外观的一方当事人。故而外观主义法理将虚假外观的风险由形成外观的一方来承担,从而保护交易第三人的合理信赖。在商事裁判中,法官通常把外观事实之形成视为“内部关系”,把基于对外观事实的信任而发生的交易视为“外部关系”。相应地,将形成外观事实的一方视为“内部人”,而将因信赖外观而为交易的第三人称为“外部人”。在符合法定条件的情况下,外部人识别、防范或规制虚假外观的成本较大,而内部人披露

[20] 同注[18],第113页。

[21] 参见熊秉元:《最小防范成本原则》,载《读书》2015年第9期。

或规制、避免虚假外观的成本较小。^[22] 故而将防范虚假外观的风险分配给外观事实的制造者一方。因为,由内部人承担虚假外观的风险是有效率的,可以激励内部人未来以较小的成本防范虚假外观的市场风险,降低整个交易成本。

市场主体总是在一定的制度框架下进行交易,不同的制度安排会产生不同的激励,并影响交易费用的大小和资源配置的效率。根据科斯的制度选择理论,法官应该选择一种总体和边际上交易成本最小的安排。据此,比较交易双方对于虚假外观风险防范(规制)成本的大小,令成本较小的一方承担风险,通过裁判的激励机制使得未来交易成本最小化,这就是外观主义法理的内在经济逻辑。外观主义的精髓在于,将虚假外观的交易风险由防范成本较小的一方负担,以提升交易效率。

外观主义法理中“本人与因”的构成要件,同样是基于节约交易费用的经济逻辑。在规范法学的理论体系中,本人与因要件的价值在于为外观主义带给本人的“不利益”寻找正当性。具言之,若真实权利人(本人)的行为与有关权利外观事实的形成之间具有因果关系,则意味着本人对外观事实赋予了原因力,令其承担外观事实带来的不利益就具有了法律上的正当理由。比如,在隐名持股下名义股东转让股权的场合,工商登记上名义股东权利外观的形成源于实质股东与名义股东之间的约定,既然实质股东对于外观事实的形成赋予了原因力,则令其承担由此带来的不利益就具有了合理性,任何人均应对其行为承担法律后果。本人与因原则,体现了法律保护第三人利益与牺牲本人利益之间的衡平思想,它是减少负面影响的法律相对正义的要求。^[23] 假如虽然存在外观事实,但该外观事实的形成与本人的行为无关,那么,让本人承担外观事实引起的不利后果是不正义的。如冒用他人名义而缔结合约,被冒名者无需承担责任。因为被冒名者对外观事实并未赋予原因力,仅以维护交易安全为由而令其承担权利外观带来的不利益显

[22] 既然虚假外观事实是制造外观的一方当事人形成,则由该方避免或防范该等虚假外观,通常成本较外部人更小一些。

[23] 同注[12]。

然缺乏正当理由。可以说,本人与因的要件赋予了外观主义以“正义性”。

规范法学关于“相对正义”、“正当性”等解说,在法经济学看来都是“概念的黑箱”,内涵模糊不清。依照经济分析的理路,将本人与因作为外观主义法理的构成要件,依然是出于节约交易费用的逻辑。因为,在外观事实的形成纯属行为人的单方所为而与实质权利人(本人)无关的情况下,若要求本人事先去发现虚假外观并采取防范措施或向交易相对人披露,其成本是很大的。比如,伪造授权书以代理人身份从事民事行为的场合,本人既难以事先预测被冒用的情形,也难以控制他人的行为,要想防范此等虚假代理外观的成本极大。而基于代理权假象而与伪造者缔结合约的交易相对人,既然依据授权书之载明已知晓“委托人”为何者,则可与本人进行核实,尚有途径查明实情。其防范成本相对小于本人。故此时应将风险分配给防范成本较小的交易第三人,即应刺破权利外观。简言之,之所以将本人与因作为外观主义的构成要件之一,是因为只有在成立本人与因的前提下,本人防范虚假外观事实的成本才可能小于交易第三人的防范成本,令本人承担相应后果才是有效率的安排。

(二)当前主流裁判规则隐含的经济逻辑

从节约交易费用的视角,可以揭示外观主义法理的内在逻辑:当权利外观与真实的法律关系不一致的情况下,应将外观事实真伪不明的风险分配给防范成本较小的一方来承担,如此是有效率的安排。以经济学的观念来看,法律制度(司法裁判)归根结底是一种激励机制。外观主义令防范成本较低的一方承担外观事实真伪不明的风险,可以激励该方在未来同类型交易中承担起防范义务,从而以较低的交易成本实现规范交易及配置资源的效率目标。法官在商事裁判中采用外观主义法理来处理纠纷,不管其是否具有追求经济绩效的自觉理性,但实际上是在下意识地选择一种最有效率的市场规则。

行文至此,当前公司担保案件的主流裁判思路背后的经济逻辑已经清晰。

当前对于公司担保纠纷处理的主要争议,集中在担保权人对于违规担保是否负有审查义务。这实际上涉及善意相对人的认定。若认为

担保权人负有审查义务,则意味着若其未尽到此等义务,则非为善意,对虚假担保外观不具有合理信赖,不能受到外观主义的保护,就无法适用《合同法》第 50 条以及《担保法司法解释》第 11 条认定担保有效。反之,若认为担保权人不负有审查义务,则债权人始终处于善意地位,公司违规担保不因内部决策程序的瑕疵而无效。当前主流裁判规则倾向于后者,依规范法学之解说,旨在保护交易安全,保护善意第三人的信赖利益。而信赖之合理与否,根本标准在于对违规担保外观的判断是否合理。以经济分析的视角去看待,其实质在于识别成本的高下。法官运用外观主义法理去裁判公司担保案件,实为比较担保权人对违规担保的识别成本和公司一方对虚假外观的防范成本之大小。依节约交易费用之机理,法官倾向于认定担保权人不负审查义务,并判令公司承担违规担保的后果,其隐含的经济逻辑就是,在符合外观主义构成要件的情形下,^[24]担保权人识别违规担保虚假外观的成本过高,要求担保权人审查担保是否违规是不效率的。相对而言,公司作为形成违规担保外观的内部关系的一方当事人,通常其防范违规担保的成本要小于身为外部人的担保权人的审查成本。因此,应判令公司承担虚假外观的不利后果,以便节约交易费用,提升经济运行的效率。

可见,当前公司担保裁判政策隐含的逻辑前提是,公司防范违规担保的成本小于债权人对公司担保作合规性审查的成本。从表面来看,确实如此。基于信息不对称、地位不对等原因,外部第三人要想审查担保是否符合公司内部决议程序,识别担保行为是否系公司法人意思,成本极大。但笔者认为,在《公司法》第 16 条已经对公司担保的内部程序明确作出了限制性规定的情况下,“一刀切”地免除债权人的审查义务有悖立法精神。在法经济学的视野下,法官只需采取适当的裁判思路和制度安排,完全可以减轻债权人的审查成本,进而在总体和边际上节约公司担保交易的总成本。切入点就在于裁判中对债权人审查义务的确定与把握。

[24] 以下对外观主义的运用以及裁判规则的解析与重构均隐含着外观主义三要件已经具备的前提,不再赘述。

三、裁判思路的再平衡:从债权人合理审查义务的切入

公司防范违规担保的成本小于债权人对公司担保作合规性审查的成本,是当前公司担保裁判主流思路背后的经济逻辑。然而,是否担保权人的审查成本必然过大而需要特别保护?笔者认为,虽然在通常观念上,基于信息不对称等原因,外部第三人的防范成本会高于内部人,但也要视具体情况而定。为准确适用外观主义法理,须从双方可能负担的交易成本的类型和特征入手,对公司和债权人防范成本的大小比对作进一步的细化研究。

(一) 基于管理型交易费用与市场型交易费用的比较研究

按照法经济学的观点,可以把交易费用区分为三种类型:市场型交易费用(market transaction cost)、管理型交易费用(managerial transaction cost)和政治型交易费用(political transaction cost)。市场型交易费用是使用市场的费用,包括合约的准备费用(搜寻和信息费用)、决定签约的费用(谈判和决策费用)以及监督费用和合约义务履行费用(监督和执行费用)。管理型交易费用是企业内部的组织协调的费用,包括建立、维持或改变一个组织设计的费用和组织运行的费用。政治型交易费用则,是指由于市场和管理交易一般被认为是在界定良好的政治背景中发生的。政治型交易费用就是作为法律制度运行环境的政治体制中制度框架的运行和调整所涉及的费用。^[25] 商事裁判作为调整商事交易关系的司法手段,处理的主要是市场型交易费用和管理型交易费用。虽然政治型交易费用对于市场交易和经济运行的绩效显然具有重大影响,但商事法官通常在给定的政治制度下履行国家所赋予的司法判断权,故政治型交易费用不在裁判考量之范围。

依上述分类观之,公司担保交易中债权人与公司两造对于违规担

[25] 关于三种类型的交易费用的进一步的研究,详见[美]埃里克·弗鲁博顿、[德]鲁道夫·芮切特:《新制度经济学——一个交易费用分析范式》,姜建强、罗长远译,格致出版社、上海三联出版社、上海人民出版社2006年版,第59~65页。

保之防范成本的类型并不相同。从公司的立场看,其要有效防范其股东、法定代表人、管理人员或其他工作人员违反章程规定的决议程序而实施违规担保,必须得完善其公司治理,包括规范股东会及董事会决议制度、公章使用制度、日常经营管理制度等。此间发生的交易费用显然属于管理型交易费用。具体而言属于管理型交易费用中的“组织运行费用”。而担保权人要想防范虚假担保外观带来的风险,则需识别行为人的行为是否反映了公司的真实意思,其付出的交易成本系在担保交易中发生的“搜寻和信息费用”,当属市场型交易费用。

从公司的管理型交易费用来看,由于关乎组织运行和公司治理的全局,将涉及公司各股东、管理层、雇员等多个群体的利益冲突和协调控制。这种治理结构(governance structure)的规范与完善涉及的交易成本是巨大的。这与上文列举的隐名持股下显名股东转让股权案件的外观主义适用不同。后者“内部人”一方的防范成本仅涉及实质股东与显名股东两个主体之间的契约关系,通常不涉及公司整体治理结构。而在公司担保场合,由于需要付出管理型交易费用,仅凭契约法已无法解决,尚需组织法、侵权法等介入。单就管理层所实施的对外担保而言,由于公司(及作为公司所有者的股东)与管理层之间的信息不对称,其间存在巨大的代理成本。^[26]更不用说,公司若要想在担保的决策管理(decision management)、决策控制(decision control)等各环节均加强规范与控制,成本不菲。至于股东或实际控制人以公司资产为自己或利益相关人的债务提供“关联担保”的场合,涉及股东之间、股东与管理层之间等多重代理问题,情形将更为复杂,代理成本也更为高昂。可以说,管理型交易费用包含并远远超出信息费用的范畴,更多地体现为组织体各参与方之间的代理成本。

而债权人为识别违规担保所付出的审查成本,属于市场型交易费

[26] 当被称为“委托人”的一方的福利,取决于被称为“代理人”的一方的行为时,就产生了经济学上的“代理问题”。为了确保代理人执行委托事务的质量,委托人不得不支付高昂的监督代理人的成本,或者要求代理人支付一笔保证费用以作制约。这些额外的成本付出即为“代理成本”,它是一种特殊的交易费用。代理问题不仅仅局限于法学上狭义的“委托代理关系”,只要交易中一方利益取决于另一方的行为,就构成了经济学上的代理问题。

用中的搜寻和信息费用,故其成本大小取决于搜寻和占有信息的多寡。由于有限理性和交易费用的存在,债权人搜集到的信息总是难臻完美。即便如此,也只能依据现有信息作出理性判断。其对交易外观的判断及信赖是否合理,作为司法裁判上的判断标准,当属法官裁量的范围。而法官对法律尺度的把握,直接影响信息费用的大小。若要求债权人必须对公司担保外观的真实性进行实质性审查,确切甄别出违规担保,则其审查成本巨大。由于公司决议程序属于公司的内部程序,其要从实质上判断担保决议的真实性,其防范成本未必比公司的管理型交易费用要小。如此,现有主流裁判规则令公司承担违规担保的不利后果可能是有效率的。比如,在公司管理层伪造决议或法定代表人加盖公司印章对外担保等场合,若要债权人对决议、签章的真伪作实质审查,若未经鉴定,几为不可能,成本显然巨大。这也是当前实务界反对对债权人科以审查义务的重要理由。但若只要求债权人对公司担保决议的形成负形式审查义务,则成本显然低于公司一方的管理型交易费用。债权人只需提示或要求担保人提供公司章程和《公司法》第16条要求的相关决议,并作形式上的辨认。只要决议文本载明的内容体现担保意思,股东或董事签章在形式上符合法定要求,决议内容和程序符合公司章程规定,则可推定担保乃公司之法人意思。法官即应认定担保有效,哪怕存在伪造决议等违规情形。

因此,如果裁判规则要求债权人承担实质审查义务,根据防范成本最小原则,应将防范义务分配给成本较小的公司一方。如此,债权人的审查义务实际上得以免除。这表明,要求债权人承担实质审查义务是不效率的。^[27] 如果要求债权人仅负形式审查义务,则因审查成本显然小于公司一方的防范成本,依节约交易成本之理路,应将防范虚假担保外观的义务分配给债权人,即要求债权人对公司担保之意思负形式审查义务。此即交易费用最小的制度安排。因此,基于效率考量,法官应令债权人对违规担保承担形式审查义务,并在后者未尽此等义务的情

[27] 事实上,外观主义本就是有条件地依据外观表象来认定法律关系,若一律要求相对人作实质性审查,则无外观主义之适用余地了。正因为要求交易第三人识破外观成本过高,外观主义才在符合法定条件的情况下保护交易第三人对虚假外观的合理信赖。

况下将虚假担保外观的市场风险分配给担保权人。

司法裁判的功能“不只是回头看的除弊,更重要的是向前看的兴利”。^[28]虽然,仅仅作形式审查尚不足以彻底避免所有违规担保或虚假担保之发生,但至少可以排除那些只需债权人尽到必要的注意义务就可以识别并有效排除的虚假担保交易。由此依然可以节约大量的交易成本。同时,要求债权人对公司担保的合规性进行审查,也在一定程度上增加了越权担保或虚假担保的违规成本,从而遏制了违规越权行为的发生,规范了市场秩序。

更为重要的是,担保权人采取形式审查所付出的市场型交易费用与公司为防范违规担保所付出的管理型交易费用具有“牵连性”。一方采取相关审查或防范措施将遏制或减少违规越权担保的发生,进而在一定程度上相应减少另一方的防范成本的实际付出。如果不要求债权人作任何形式审查(正如当前主流裁判政策所主张的那样),将会使得公司被迫在未来的担保交易中付出更为高昂的成本去防范违规担保,而这些防范成本本来可以因债权人采取了形式审查而得以减少。尤其需要注意的是,由于债权人付出的市场型交易费用与公司付出的管理型交易费用属于两种不同类型的交易费用,两者相对于一定效果的防范措施的“敏感度”或者说“弹性”大不相同。为了实现一定的防范效果,公司需要付出的管理型交易费用远远高于债权人需付出的市场型交易费用。因此,在两种类型的交易费用存在牵连关系的情况下,债权人一端采取防范措施导致的市场型交易费用一定量的付出,可以带来公司一端管理型交易费用的更大幅度的下降。债权人因形式审查而付出的一小部分信息成本,可以换来公司一方管理型交易费用的更为显著的节约。

可见,令债权人承担必要的审查义务,可以在总体上大大节约担保市场的交易成本。其相对于当前主流裁判思路而言,是更有效率的制度安排。当前的裁判规则免除债权人必要的注意义务,实属对交易成本的误判和对外观主义的误读。让公司一方承担全部违规担保的风

[28] 乔岳、熊秉元:《望远镜里的法经济学:理论架构和分析工具》,载《法律科学》2014年第4期。

险,势必迫使公司为此付出高昂的管理型交易费用,推高担保交易的总体成本,降低经济运行的效率。

(二)立法价值冲突的解决:基于卡尔多—希克斯效率的视角

当前裁判规则偏向保护债权人利益而忽视对公司治理的维护,不仅源于对外观主义法理的误用,也是《担保法》与《公司法》价值冲突的结果。

《担保法》第1条规定:“为促进资金融通和商品流通,保障债权的实现,发展社会主义市场经济,制定本法。”可见担保法保护的法益主要是债权人的利益。《公司法》第1条则规定:“为了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,促进社会主义市场经济的发展,制定本法”。可见,《公司法》的立法宗旨不在于保护债权人或某一方的利益,而在于保护各参与方的总体利益。以法经济学的视角来看,如果说《担保法》重在追求担保人个体收益的最大化,《公司法》则将多元主体的利益纳入视野,意在实现各利益相关方成本收益分析加总之后的“卡尔多—希克斯效率”。^[29]

法经济学的核心思维,是基于效率导向的收益成本分析。但法经济学所追求的收益最大化,乃指社会总收益的最大化,而非私人收益的最大化。对私人收益的盲目追求将制造负的外部性导致社会整体效率的降低。^[30]在不同的法律部门所保护的法益各有侧重的情况下,法官在适用法律时就要有系统的观念,不能局限于某部法律的单纬价值目标,而应综合权衡案涉各法的立法意旨,努力实现良好的裁判效果。根本标准就在于,将每一方主体的损益均纳入考量计算的范围,以卡尔

[29] 经济学上的效率定义有两种:一是帕累托更优(Pareto superior);二是卡尔多—希克斯效率(Kaldor-Hicks)。前者是指至少使世界上的一人境况更好而无一因此而境况更糟。由于帕累托更优几乎难以实现,经济学家谈论的效率通常是指卡尔多—希克斯效率,它是指总收益超过总成本的状态。因此,如果法律规则或司法裁判虽然给各方主体带来的收益与成本不尽相同,但只要收益加总大于成本加总,即有净收益,则可以认为该法律规则或司法裁判就是有效率的。关于以上两种效率的详细解读,可参见[美]理查德·波斯纳:《法律的经济分析》(第7版),蒋兆康译,法律出版社2012年版,第15~17页。

[30] 所谓负的外部性,就是指交易过程中对第三方造成的损害,这种损害在本交易的安排中无法得到补偿。制造负外部性的主体,享受其行为的全部收益,却不承担全部成本,部分成本外溢被其他主体承担,故减损了社会总体效率。

多一希克斯效率为基本标准,努力实现社会总收益的最大化,最大程度地提升社会总体福祉。单纯考虑《担保法》的价值取向,而忽视《公司法》第16条规定的治理机制,无异于“一叶障目”。

从审判实践来看,公司治理机制的价值远未引起实务界的足够重视。其中一个重要原因在于,规范法学将公司视为具有独立人格的法人实体。在这样的观念下,公司内部的治理机制就显得不那么重要了。而法经济学则从实证的视角对公司的本质作了合同解构,将公司视为一系列“合约的连接”。这“一系列合约关系”,包括同原材料或服务的卖方签订的供应合同,同向企业提供劳动力的个人签订的雇佣合同,和债券持有人、银行及其他资本供应方签订的借贷合同以及和企业产品的购买方签订的销售合同等。^[31] 尤为典型的是,公司股东与管理者就公司治理结构和运营事项等签订的长期公司治理合同(主要表现为公司章程)。按这种公司“合同束”的观念来看,公司实际上是股东、管理层、雇员、外部交易对象等各利益相关方参与其中的一个特殊的交易市场。这正如科斯在其《企业的性质》中所阐明的,企业和市场都是资源配置的机制,资源究竟通过企业还是市场来配置无非取决于何种途径更能节约交易费用。可见,“公司作为法人的所谓‘人格’只不过是方便了起见,它本身并非现实的人……将公司当做法人的说法往往会掩盖其交易的本质”。^[32] 正基于公司的此种经济本质,多元主体之间的利益冲突就成为公司现象的常态,也使得公司成为代理问题的“集大成者”。^[33] 由此带来的机会主义行为和代理成本,将严重影响公司的运行绩效。而“公司治理法律规则确立了公司利益相关者之间的

[31] Jensen & Meckling, *Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure*, 3 *Journal of Financial Economy* 305, 360 (1976). 转引自罗培新:《公司法强制性 with 任意性边界之厘定:一个法理分析框架》,载《中国法学》2007年第4期。

[32] [美]弗兰克·伊斯特布鲁克、丹尼尔·费希尔:《公司法经济结构》(第2版),张建伟、罗培新译,北京大学出版社2014年版,第12页。

[33] 公司领域的代理问题最为典型的为“三大基本的代理问题”,即公司经营管理人员(董事和高管)和股东之间的冲突;控股股东与小股东的冲突;股东与非股东的利益相关者之间的冲突。

‘游戏规则’”，^[34]有利于缓解公司中的代理问题，降低代理成本这一特殊的交易费用，提升经济效率。可以说，“增进社会整体福利的规范目标，一般来说即等同于寻找解决公司代理问题的最佳方案，也就是寻求使交易各方整体福利最大化的解决方案。”^[35]《公司法》第16条正是缓解公司担保交易中代理成本的制度安排。没有此种治理结构的约束，公司的控股股东、法定代表人、管理层、甚至代理人等居于优势地位的交易主体，势必会有激励为谋求私人收益而设定违规担保，制造负的外部性，降低整个担保交易的效率。

这种治理安排不仅意在缓解公司组织体内部的代理成本问题，更是为整个担保交易设计的治理结构。法官不仅应维护公司内部治理的价值，而且应进一步把担保人纳入整个交易结构的治理中去，研究何种裁判方案是最有效率的制度安排。当前的裁判规则盲目保护债权人的利益，实际上打破了《公司法》第16条所构建的担保交易治理结构，带来了巨大的代理成本，由此带来的总体经济效率的减损远远超过债权人的私人收益，得不偿失。

（三）以债权人合理审查义务之设定重建治理结构

裁判的过程既是调整权利义务的过程，也是制度选择的过程。不同的制度安排影响交易费用的大小，进而影响经济运行的效率。当前，应改变偏重债权人保护的倾向，以设定债权人对公司担保意思的合理审查义务为核心，重建担保交易的有效治理结构。应将裁判规则调整为：只要债权人要求担保方提交公司章程和担保决议，并作了形式审查，即视为尽到了必要的注意义务。即使对方实为违规越权提供担保，也应认定债权人善意相对人的地位，并依照《合同法》第50条及《担保法司法解释》第11条关于表见代表之规定（非法定代表人提供担保的则直接依据表见代理或外观主义法理），认定担保合同有效，以保护债权人的合理信赖利益。若债权人未履行形式审查义务，而公司提出违规越权担保之抗辩且查证属实的，则应以债权人未尽注意义务为由而

[34] [美]莱纳·克拉克曼等：《公司法剖析：比较与功能的视角》，罗培新译，法律出版社2012年版，第55页。

[35] 同上注，第38页。

认定其并非善意的相对人,不应享受表见代表(代理)及外观主义的保护,依法认定担保无效。至于债权人合理审查义务的把握尺度,当以形式审查为限。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。^[36]担保权人只需审查公司章程中涉及公司担保的条款,核查股东会或董事会的决议内容及形式是否符合公司章程及《公司法》第16条的规定。如此要求,成本可堪负荷。至于决议及签章的客观真实性,审查成本过高,已超出合理范围,不在要求之列。可以说,担保权人的合理审查义务的设定,是重建治理结构,平衡各方利益,追求整体效率,增进社会福祉的必要安排。事实上,从最高人民法院民二庭负责人在2009年全国法院商事审判工作会议上的总结讲话中可见,最高人民法院已经考虑了上市公司担保场合债权人对股东大会决议的形式审查义务。笔者认为,不光上市公司如此,封闭公司也应如此。

四、结语

福祉的增进难以算计,成本的节约则易于衡量。法经济学追求社会总收益最大化的路径常常可以简化为对交易费用的节约。当前公司担保纠纷的裁判规则一味维护债权人的利益,人为推高了交易成本,是不效率的制度安排。设定担保权人的形式审查义务,可以激励债权人在未来的担保交易中,以较小的合理成本对公司提供的担保进行合规性审查,进而总体上节约担保交易的交易费用,提升经济运行的效率。进一步而言,更大的成本节约,在于对公司治理机制的维护。良好的公司治理承载着众多参与方的利益。对公司治理的破坏将会制造严重的负外部性,损害利益相关方的总体福利。在涉公司类纠纷案件的处理中,要更为关注交易的治理结构和组织法的要求。在公司担保案件的裁判中,法官应当尊重《公司法》第16条作为公司治理规则的价值,充

[36] 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。

分发挥公司治理机制在遏制道德风险、降低代理成本方面的作用,不光把担保权人的利益,更要把公司“合同束”中各相关主体均纳入成本收益分析的考量,努力追求总收益的最大化。当前的裁判规则一方面完全免除了债权人的注意义务,制造了不好的诱因,激励债权人在担保交易中不做必要的尽职调查,不合理地放大了市场风险;另一方面破坏了公司治理,纵容了公司内部人违规担保侵害公司、股东、雇员及其他债权人的利益。表面上看,维护了担保权人的利益,但这是以公司及各利益相关方遭受更大的损失以及整个担保市场秩序的混乱为代价的。长远看还将动摇市场的诚信根基。笔者主张,应以债权人的注意义务为切入,重建公司担保的治理结构。这是节约交易费用的制度安排。