

我国上市公司关联担保纠纷的诸多问题集中体现在关联担保的效力及责任承担上,其中如何寻求债权人利益保护与投资者利益保护的平衡是解决我国证券市场关联担保纠纷的关键环节,也是司法实践亟待解决的问题。

## 我国上市公司关联担保的立法和实践

中国社会科学院法学研究所博士后流动站 陈洁

近年来,我国证券市场担保诉讼频频发生,其中上市公司为大股东及关联企业不规范担保所引发的一系列纠纷尤其引人关注。本文的关联担保正是特指发生于有关联的或间接关联企业之间的担保。换言之,它不仅包括形式上符合关联方要求的关联企业之间的担保,还包括形式上可能并不完全符合关联方要求,但实质上还是属于关联方相互担保的情形,如潜在关联的上市公司互相担保、间接的连环担保等<sup>1</sup>。实践中我国上市公司关联担保纠纷的诸多问题集中体现在关联担保的效力及责任承担上,本文立足我国立法与司法实践,从保护债权人利益与股东利益平衡的角度,对如何解决现阶段我国上市公司关联担保纠纷提出见解。

### 我国相关立法规制的评述

关联担保给现行法律带来极大的冲击。它不仅涉及到《担保法》对交易安全的制约,《商业银行法》对银行业务的调整,《公司法》对关联公司的规范问题,而且涉及到《证券法》、《税法》等对关联交易的调整问题。本文主要从《公司法》、《证券法》、《担保法》角度对我国有关

关联担保的实体立法规制予以探讨。

一、《公司法》禁止上市公司关联担保吗?

我国现有的《公司法》是以公司之间相互独立、互不参股为原型设计的,因此现行《公司法》对关联公司几乎没有涉及。从现行《公司法》看,判定公司关联担保(在《公司法》中主要指为股东担保)效力的关键就在于如何理解《公司法》第60条第3款。尽管最高人民法院的有关判例<sup>2</sup>认为依据《担保法》司法解释第4条以及《公司法》第60条第3款,公司为股东担保无效,但更多学者认为:《公司法》第60条只是禁止公司董事、经理以公司资产对某些主体的债务提供担保,而不是禁止公司为股东提供担保。

首先,从文义解释与条文逻辑分析,《公司法》第60条第3款规定:

“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”<sup>3</sup>,而不是“公司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”。那么,董事、经理的行为是否可以等同于公司的行为呢?有学者认为,董事长是公司的法定代表人,总经理是公司的代理人,董事长和总经理的行为就是代表公司的行

为。但笔者以为,二者是有根本区别的。暂且不去区分董事与董事长的差异,就以董事长的行为来看,董事长的行为有个人行为 and 代表公司的行为。一般来说,董事长依据股东大会和董事会授予的权限,在公司章程规定的法定代理权限内的行为才是公司的行为。至于董事长超越权限以公司名义签订的担保合同,公司不予认可的,除非构成表见代理,否则公司不承担责任<sup>4</sup>。因此,董事、经理的行为显然不能等同为公司的行为。

其次,从《公司法》立法本意分析。结合《公司法》第60条其他条款可以看出,《公司法》第60条旨在规范董事、经理的诚信义务,防止其不法损害公司利益。其中,第3款是为了防止董事、经理过多地滥用职权而限制他们以公司的名义作出担保。与此相应,《公司法》第214条对违反第60条第3款“董事与经理的责任承担”做了规定:“董事、经理违反本法规定,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,责令取消担保,并依法承担赔偿责任,将违法提供担保取得的收入归公司所有。情节严重的,由公司给予处分”。

第三,借鉴域外的立法经验。美

国诸多州公司立法规定,公司可以为其关联公司的利益对外担保。从判例考察,美国法院在处理公司为其股东提供担保的案例时,尽管依据的理由各异,但大都确认该行为有效。英国公司法明确规定:集团公司成员之间以及控股公司与被控股公司之间可以相互担保。至于大陆法系,法国公司法未就股份公司为其股东的担保作任何禁止性规定。德国公司法虽未涉及公司担保问题,但从德国公司法允许公司向其关联公司直接提供信贷的情形推断,公司当可以为其关联公司(包括法人股东)提供担保<sup>5</sup>。总而言之,不论英美法系还是大陆法系,目前主流的立法趋势是,如果公司为其股东提供担保的行为对公司是公平的,不损害公司的利益,且遵循了特殊的批准、信息披露等要求,则可以得到法律的确认为。至于集团公司成员间的相互担保,更为法律所认可。

第四,从客观实践看。由于关联交易乃企业经营的客观要求,特别是考虑到目前我国企业在向银行贷款时都需要提供担保,因此一律禁止公司关联担保既不利于搞活经济,也是不现实的,况且一般公司集团内部之间的担保往往被金融界认为是较为安全的担保。

综上所述,我国现行《公司法》并没有限制公司对股东的担保,也没有对公司其他形式的关联担保做实质限制,以《公司法》第60条之规定想当然地认为上市公司为股东担保无效是站不住脚的。

二、《证券法》及相关行政规章如何规制关联担保?

目前我国证券市场的监管规范由

三部分组成:一是《证券法》;二是《股票发行与交易管理暂行条例》;三是证监会颁布的一系列部门规章及行业自律性规范等。有学者认为,由于我国《证券法》本身并没有明确条文对关联交易予以规定,相关部门颁布的涉及关联交易的行政规章,诸如《企业会计准则——关联方关系及其交易的披露》、《上市公司章程指引》、《股票上市规则》和《上市公司治理准则》等等,尽管对关联交易的披露内容、披露方式、批准程序等作了明确的规定,但由于这些规定的效力层级较低,不能影响关联担保合同的效力判断。对此观点,笔者以为有失片面。

1.《证券法》及相关行政规章能否影响关联担保的效力?

《证券法》及相关行政规章共同组成我国证券市场监管规范的总体架构。《证券法》确立了强制信息披露制度,其中第62条规定临时报告重大事件的范围包括:“……(三)公司订立重要合同,而该合同可能对公司的资产、负债、权益和经营成果产生重要影响……”此外,第69条直接把“公司债务担保的重大变更”列为内幕信息。可见,规范关联交易是《证券法》的重要内容之一,上市公司关联担保的信息属于《证券法》规定强制披露的范畴。鉴于《证券法》不可能对所有监管制度的方方面面予以细致规定,为实际监管需要,证监会发布了一系列的“指引”、“规则”、“通知”等为《证券法》的相关内容起了具体补充细化的作用。就规范上市公司担保问题来看,除《关于上市公司为他人提供担保有关问题的通

知》外,证监会还发布了《关于加强上市公司监管工作的意见》、《公开发行证券公司信息披露内容与格式准则》、《上市公司章程指引》等规范性文件。尽管这些文件的效力大多属于行政规章,但行政规章规定的要求绝大多数是对相关法律法规的具体化。在这些规章的规定与法律宗旨保持一致的前提下,违反这些规定的行为必然违反法律法规的有关规定,在关联担保中可能导致关联交易无效;若规章的规定与法律法规不一致,那么当然应依法律法规来判定关联担保的效力。

2.如何界定证监会《关于上市公司为他人提供担保有关问题的通知》的效力范围?

从上述分析可知,证监会《关于上市公司为他人提供担保有关问题的通知》第2条规定的“上市公司不得以公司资产为本公司的股东、股东的控股子公司、股东的附属企业或者个人债务提供担保”的内容与现行《公司法》规定不相一致。那么,如何看待该通知的效力范围呢?笔者以为,这个问题的核心就是如何界定行政规章的权力边界。从根本上说,行政规章的权力边界要视其具体内容而定。以证监会的这个通知为例分析。从合同效力与法规的限制性规定的关系看,依据我国《合同法》规定,违反法律、行政法规的强制性规定将影响合同的效力,而违反行政规章的强制性规定并不能成为判定合同无效的依据。由于证监会发布的该通知效力层级上属于行政规章,因此该通知可以作为证券监管部门规范上市公司行为的行政执法依据,但不能作为调整平

等民事主体间民事司法裁决的依据,该通知第2条的强制性规定也就不能成为判定合同无效的依据。当然,该通知的其他内容,如对上市公司为他人提供担保的程序规定等与《证券法》的立法宗旨相一致的,证监会仍可依据此文件对上市公司有关担保行为进行约束与规范,但此类约束与规范显然不能超越其职权的范围。

三、《担保法》司法解释对关联担保的规制合理吗?

《担保法》司法解释中可能规制关联担保的第4条、第7条、第133条遭到了理论界与实务界的强烈质疑。归纳这些质疑,主要如下:

1.《担保法》司法解释突破了《公司法》、《合同法》的相关规定,该解释是否有效?

(1)《担保法》司法解释第4条与《公司法》规定的冲突。

对《担保法》司法解释最强烈的质疑无疑当属其与《公司法》规定的冲突。概括理论界与实务界的质疑缘由就是,司法解释第4条作为《公司法》第60条的配套条款,其适用应该限定在所援引法律规定的范围之内,并符合该规定的立法意图,但该解释第4条无论是在适用对象上还是在目的效果上,都超出了《公司法》第60条所规范的范围<sup>6</sup>。首先,司法解释第4条扩大了《公司法》规定的适用范围。

《公司法》第60条规定的是“董事、经理”不得以公司资产为本公司股东或者其他个人提供担保,但司法解释第4条与最高人民法院的裁判将《公司法》规定的董事不能的事情扩展到董事会也不能,直至公司也不能<sup>7</sup>。董事会和董事毕竟是完全不同的法律主



一律禁止公司关联担保既不利于搞活经济,也不现实。

/陈全伟 摄

体,因此司法解释的规定大大超出了《公司法》第60条规定的适用范围。其次,司法解释第4条背离了立法原意。司法解释由于在适用对象上超出了《公司法》规定的范围,使得其在达到的效果上也必然超出《公司法》规定的目的范围。《公司法》立法本意只禁止董事、经理的个人职务行为中的特定担保行为,并不禁止公司合法经营中的正常担保行为,但司法解释的规定禁止公司以其资产为公司股东或者其他个人提供的担保行为,显然与《公司法》第60条的立法宗旨相去甚远。

总结《担保法》司法解释第4条与《公司法》规定的冲突,该冲突本质上属于司法解释中的扩大解释问题。虽然司法解释中的扩大解释倾向屡受质疑,但凭心而论,这种现象在过去的司法实践中并非绝无仅有<sup>8</sup>,为什么《担保法》司法解释招致如此强烈的批判呢?笔者以为,最根本的原因在于这一规定违背了法律的公正性和合理性,同时这种不合理性又可能对银

行的担保贷款业务产生重大的不利影响。因为据上书最高人民法院的几家商业银行的粗略统计,截至2001年4月,采用股东担保形式的贷款和公司为个人债务提供担保的贷款金额合计高达2700亿元。银行界认为,如果根据司法解释而判决此类担保合同无效,那么,这2700亿元巨额信贷资金当即就会陷入“脱保”的风险之中<sup>9</sup>。考虑到该解释随时可能引爆“金融炸弹”,最高法院应当对司法解释的第4条谨慎适用,并对其内容和适用范围及时做进一步的明确和限制。

(2)《担保法》司法解释第7条与《合同法》规定的冲突。

在担保协议无效的情形下,担保人究竟要承担怎样的责任?依据《担保法》司法解释第7条,如果债权人无过错的,担保合同虽然无效,但上市公司依然承担完全的保证责任。换言之,司法解释在担保无效的处理上,除个别情况下,都是将债权人全部损失作为赔偿范围对待,并没有按照传统缔约过失责任理论的要求,仅赔偿

受损失者的信赖利益上的损失。这种规定扩大了赔偿范围,大大加重了担保人的负担,对于作为担保人的上市公司及其广大投资者是非常不利的。司法解释这种扩大担保人责任承担的依据何在?

从《合同法》角度看,公司在订立合同的过程中,负有如实告知的义务。如果作为担保人的上市公司在缔约过程中故意隐瞒与被担保人的关联关系或提供虚假情况,导致债权人的损失,依据我国《合同法》第42条公司违反先契约义务的行为可能承担缔约过失责任。缔约过失责任保护的是当事人的信赖利益,责任承担的赔偿范围是信赖利益而非全部的实际损失。信赖利益的损害赔偿,旨在使受损一方当事人的利益恢复到合同磋商前的状态。而违约责任的损害赔偿旨在使受害人的利益达到合同已经履行的状态。<sup>10</sup>实务中,缔约过失的赔偿应包括为缔约而支出的各种费用,包括交通费、邮电费、准备履行合同而支出的仓储费、运输费等及上述费用的利息。由于合同并未有效成立,因此不能要求当事人赔偿对方如合同生效而得到的利益。<sup>11</sup>

那么,在担保关系上如何确认债权人的信赖利益呢?笔者以为,债权人(银行)因信赖担保人受到的损失除为缔约而支出的各种费用外,还可能包括贷款。因为银行正是信赖了上市公司的担保才向被担保人发放贷款,当担保合同不能履行时贷款无疑就处于难以收回的地步。因此,债权人学理上的信赖利益反映在法律实务上,债权人在签订担保合同时的信赖利益有可能等同于合同不能履行时的实际损

失,但通常情况下,信赖利益应当小于实际损失。可见,在担保合同无效时当事人的责任承担上《担保法》司法解释倾向于保护债权人的利益。如果说《担保法》司法解释在公司为股东提供担保效力问题上忽视了债权人的利益,那么,在此我们是否可以猜测法院的解释在某种程度上是有意识地通过向债权人利益的倾斜求得所谓的平衡?

2.《担保法》司法解释的效力是否可以溯及既往行为?

《担保法》司法解释第133条规定,“担保法施行以后因担保行为发生的纠纷案件,在本解释公布施行后尚在一审或二审阶段的,适用担保法和本解释。”这一规定让银行界的人士大为震惊。由于1995年出台的《担保法》并未对《公司法》第60条做出特别的说明,即《担保法》并没有禁止“公司为股东担保”的行为,那么债权人接受这种形式的担保就应该受到法律的保护。但在《担保法》出台5年以后,最高人民法院颁布的司法解释禁止“公司为股东担保”的行为,那么该解释的效力是否可以溯及之前发生的贷款担保行为?

一般来说,法不溯及既往。但我国司法实践中类似的“溯及既往”的司法解释并不少见。<sup>12</sup>客观地说,最高法院鉴于以往法律规定的不明确或不合理,对某些法律的具体适用颁布司法解释,并对司法解释施行以前发生的相关纠纷案件,在解释公布施行后尚在一审或二审阶段的,适用本解释以克服以往法律适用的弊端,此做法并不违背司法解释的目的与实践宗旨。问题的关键在于,由于《担保

法》司法解释第4条扩大了适用范围,《担保法》司法解释第133条又使以前上市公司担保行为的法律后果的确定性丧失,大大加剧了该司法解释不合理所引发的严重后果,因而受到实务界的强烈抗议。

综上所述,理论界与实务界对《担保法》司法解释的质疑归根结底在于《担保法》司法解释第4条与《公司法》规定的冲突。由于《公司法》和《担保法》司法解释的法律地位并不相同,颁布时间也有先后,尽管司法实践中普遍遵守的原则都是新法优于旧法,特别法优于普通法,但是由于《担保法》司法解释第4条错误理解了《公司法》第60条第3款,在这种情况下,适用关于《担保法》司法解释和《公司法》会得出不同的结论。因此,究竟如何适用法律,如何处理它们的效力关系无疑是摆在司法实践部门面前的难题。

### 审判实务的考察与反思

由于立法不统一,司法解释规定不明确,以及现实中规避法律现象的存在,司法实务中对上市公司关联担保纠纷的处理颇感棘手。其中关联担保的效力判断和无效关联担保的责任承担乃审判实践中突出的难点问题。

一、关联担保效力的司法判断及反思

尽管从我国现行立法规制看,除证监会行政规章明文禁止上市公司为本公司的股东、股东的控股子公司、股东的附属企业或其他个人债务提供担保以外,现行法律、行政法规并没有禁止上市公司的关联担保,但实践中,各级人民法院在贯彻执行《担保

法》司法解释过程中,不顾立法意图,机械适用法律,在关联担保效力判断上表现了明显的“一刀切”倾向。

所谓“一刀切”,是指在借款合同诉讼中,只要存在上市公司为其股东提供担保的,法院就“依据”《公司法》第63条和《担保法》司法解释第4条,一律认定无效。具体来说,只要在签订担保合同时,债务人是担保人的股东的,不管是小股东还是控股股东,也不管债务人作为股东时间的长短,则担保合同无效<sup>13</sup>。但对于其他关联担保情形,如关联公司互相担保等,只要不具有合同无效的其他情形的,则担保有效。围绕上市公司兴业房产发生的一系列借款纠纷的判决即是明证。这些纠纷的原(债权人)是不同的银行,被告(债务人与担保人)是三家公司,即上海纺织住宅开发总公司(以下简称“纺开发公司”)、上海兴业房产股份有限公司(以下简称“兴业房产”)、上海迅发房产有限公司(以下简称“迅发房产”)。这三家公司的法定代表人是同一人,其中纺开发公司系迅发房产的股东,纺开发公司又曾系兴业房产的股东(2001年1月抛售兴业股票完毕,不再持有该股票)。在原告上海银行中甸支行诉三被告借款合同纠纷案中,法院裁决,因纺开发公司系迅发房产的股东,迅发房产为其股东债务提供担保的保证合同无效,由于签订合同时纺开发公司已不是兴业房产股东,故兴业公司为其原股东提供的担保有效<sup>14</sup>。在原告上海银行曹安支行诉被告纺开发公司、被告兴业房产借款合同纠纷案中,由于讼争保证合同签订时,纺开发公司仍为兴业房产的股东,法院裁决保证合同无效<sup>15</sup>。

在原告上海银行延安支行诉被告迅发房产、被告兴业房产借款合同纠纷案中,尽管两被告间具有千丝万缕的关系,但法院裁定被告兴业房产为被告迅发房产提供的担保有效<sup>16</sup>。在原告上海银行外滩支行诉三被告借款合同纠纷案中,法院认为,因纺开发公司系迅发房产的股东,迅发房产为其股东债务提供的担保无效。在纺开发公司是兴业房产股东的情况下由兴业房产为其提供连带责任的保证担保无效,但在签订借款展期合同时,由于纺开发公司已不是兴业房产的股东,因此兴业房产签订借款展期合同承诺履行保证责任的行为有效<sup>17</sup>。

可能有学者认为,上述实例只是反映了某一个法院(上海市第二中级人民法院)的审判倾向,并不具有代表性。事实上,其他法院对类似纠纷的裁判大同小异<sup>18</sup>,而最高人民法院审理的“中福公司担保案”的裁决即是这种倾向的代表,同时该判例所具有的示范效应无疑对这种判决倾向起了推波助澜的作用。

推敲上述“规范”的审判结果,法院在监管政策与立法规范夹缝中的

尴尬处境令人深思。一方面,从监管角度看,由于目前我国监管部门的立场是对证券市场的关联担保予以严格禁止,法院只认定为股东担保无效的判决,一定程度上助长了规避监管政策的其他关联担保的发生,可能损害监管部门的监管效果;从司法角度看,法院判决为股东担保无效实难逃脱“曲解立法本意”之嫌。反映到实践中,这样的司法选择,既无法有效控制不正当的关联担保(上市公司从为股东担保转为互保或其他方式关联担保就是明证),平衡股东与债权人之间的利益冲突,同时还产生了破坏交易安全、限制公司担保能力等许多负面影响。之所以出现上述局面,从宏观上看,是由于我国的审判机关对中国证券市场的实际状况不够了解,对立法意图的把握不全面;从微观而言,就是现行制度设计与现实背景的脱节,审判人员没有准确把握关联担保的特殊性,没有理清解决关联担保纠纷的思路。从根本上说,还是立法的随意性和法官的理论素养问题。

二、无效关联担保责任承担的司法救济及反思



在上市公司关联担保纠纷中,商业银行的利益保障问题不可忽视。

/华声 摄

关于上市公司关联担保责任的承担,不仅是审查担保合同的效力的延续,更是法律后果的最终实现。从我国司法实践看,在担保有效的情形下,担保人依据担保合同的规定承担责任。但在担保无效的情形下,担保人责任承担的问题比较复杂。笼统地说,实践中的做法是,担保无效的情况下,要判断债权人是否有过错,债权人无过错的,债务人与担保人承担连带责任。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。例如,在农行潜江市支行诉幸福集团借款担保案中,法院认为,ST幸福为其大股东幸福集团作借款担保,违反了《公司法》的要求,其债权人农行潜江市支行作为专业的金融机构对担保人的资格未尽审慎的调查义务,因此担保合同的签订双方均有过错,ST幸福对幸福集团不能偿还债务部分在50%的范围内承担赔偿责任。<sup>19</sup>

然而,由于司法解释中缺乏对“过错”的界定,因此实践中突出的一个问题是怎样判断债权人过错和担保人的过错。在司法实务中,针对为股东担保的案例,法院在判断债权人是否善意时,对非上市公司(股份有限公司),债权人不知道债务人为担保人的股东的,债权人是善意的;若是上市公司,债权人不知道债务人为担保人的股东的,债权人就不是善意的。法院如此裁决的理由大体是:由于上市公司的股东信息已由该公司依照规定向社会予以公开,故债权人在审核担保人资格时理应知道债务人系担保人的股东。若债权人不知道,则债权人和担保人对担保合同均有过错。但

是现实中,上市公司公告通常仅发布持有公司股份最多的前10名股东的名单和持股数额;另外,持有公司5%以上股份的股东才必须披露持有股份情况发生的较大变化,对于一般的小股东,债权人是难以获悉其与上市公司之间的关联性的。那么,债权人究竟注意到什么程度才算是没有过错呢?

由于“过错”直接决定了当事人责任承担的份额,可以说,这个问题没有解决,法院最后的判决本质上都是值得推敲的。

## 关联担保纠纷解决的思路:

### 寻求债权人与股东利益的平衡

尽管司法中立乃现代司法准则,过多考虑对某一方当事人尤其是弱者的保护往往会使司法陷入困境,但是面对法律与现实的差距,诸如规则明确但实质不合理等情形,如何在现有的立法规制下依法公平裁判,尽量求得双方当事人之间的利益平衡,无疑也是司法中立前提下法官的追求和责任。

#### 一、关联担保的程序规范对关联担保效力的影响

关联交易的生效要件包括实质条件和程序条件两方面。程序条件是关联交易订立过程方面的法律要求。各国关于关联交易生效的程序条件主要是两个:一是披露,二是批准。从保护股东角度看,避免关联担保损害股东利益的根本办法就是严格关联担保的批准与披露程序。简言之,为了制约关联担保中不公正行为,关联担保的批准必须严格遵循关联交易的特殊批准程序,同时,还要履行严格的披露程序。我国证券交易所的《股票上

市规则》对上市公司关联交易程序规范提供了较严格的规定,实践中法院可以参考上述规则,如果上市公司的关联担保未履行相应的批准与披露程序,法院可以裁决关联担保无效。

#### 二、债权人的善意标准与举证责任的承担

解决关联担保纠纷的另一个关键是债权人的保护问题。实践中,对债权人与股东利益的平衡集中体现在债权人善意标准的把握上。在关联担保的效力判断中,对债权人善意标准越宽松,上市公司的责任越大,股东利益受损可能越严重。因此,如何把握债权人的善意标准是平衡债权人与股东利益的重要环节。

首先,关于债权人善意标准的把握。在普通的担保关系中,债权人只要审查担保人的资格、担保物的合法性等;但在关联担保中,债权人还要审查两方面的内容:一是要对债务人与担保人的关系予以认真考察,即债务人与担保人之间是否存在关联关系,二是关联担保是否符合程序规范。对前者,由于作为担保人的上市公司的文件都是公开的,因此,债权人一般可以据此判断债务人与担保人之间是否存在关联关系。对于存在关联关系的,债权人要严格审查上市公司关联担保的程序要件,即该关联担保决定的作出是否经过董事会的授权或股东大会的批准,关联担保是否履行了有关的披露程序。举例来说,目前我国银行提供贷款时对担保人的担保协议一般要求担保公司董事长的签名、盖公章后担保协议才生效。但在关联担保中,银行对担保协议不仅要董事长签名、盖公章,而且要审

查董事会的批准文件及披露公告,即必须向担保公司索要其意志机关同意提供此类担保的决议文件,以此证明此类担保的提供决非董事、经理个人行为所致。只有履行了这些程序,债权人才能被认为尽到应尽的注意义务,是善意的,关联担保才生效。任何债权人接受未经公司董事会或者股东会批准的关联担保,可以被推定存有主观过错,即便此类担保对外形式上盖有公司印章,亦应认定为无效。<sup>20</sup>

其次,关于善意的举证责任。是债权人举证说明自己善意还是担保人举证债权人不善意?这在我国法律上尚未明确。一般来说,是否善意的举证责任在于原告。但在关联担保中,由于贷款人较之借款人而言,对关联企业内部经营信息的了解处于弱势地位。为了平衡双方的举证地位,在原告举证确有困难的情形下,有必要采用“推定”原则,实行举证责任的转移。笔者以为,我国司法解释规定的“除债权人知道或者应当知道的外”实际上可以理解为“只要债权人并非知道或因(重大)过失而不知道”,则应认为其是善意的。换言之,如果担保人(上市公司)不能证明债权人知道或应当知道,就可以推定债权人善意。此外,在判断贷款人是否善意时必然涉及公司章程及其他公开文件的公示性问题。贷款人是否有义务了解作为担保人的上市公司的章程及其他公开文件?笔者以为,上市公司的章程系公开性文件,与公司交易的第三方均被推定知晓公司章程的内容,即贷款人明知上市公司超越章程规定的范围仍与其签订担保合同,贷款人不是善意的,故该合同无效。至于其他公开性

文件,可能数量众多,但涉及上市公司关联方与关联交易相关的文件债权人必须知道,否则视为有重大过失。

在连环担保中,上市公司并没有直接为本公司的股东、股东的控股子公司、附属企业或者个人债务提供担保,而是为表面上与其没有任何关联的其他公司的债务提供担保。按照关联交易的字面涵义理解,似乎不应归入关联交易范畴,但显而易见的是,

上市公司之所以为其他公司债务提供担保,是以被担保公司的关联方为上市公司的控股股东等关联方的债务提供相应的担保为对价的,这种交换担保或者连环担保的行为只是在形式上隔离了上市公司与其关联方的交易关系,实际上与上市公司与其关联方的直接交易并无多大差异。因此,这种规避法律和监管的交易行为在实质上仍应作为关联交易(担保)看待。 ■

## 注释

1.参见最高人民法院终审裁定的“中福实业公司担保案”。

2.该条虽是针对有限责任公司而言,但依据第123条,该规定同样适用于股份有限公司的董事、经理。

3.《担保法》司法解释规定,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。

4.参见虞政平:《公司可以为其股东提供担保》,载《人民法院报》2003年1月20日。

5.参见游建:《解读〈担保法〉司法解释第4条》,载中国律师网2003年3月12日。

6.最高人民法院的裁判认为,“法律已明文禁止公司董事以公司财产为股东提供担保,则董事在以公司财产为股东提供担保上无决定权。董事会作为公司董事集体行使权力的法人机关,在法律对董事会对外提供担保上无授权性规定,公司章程或股东大会对董事会无授权时,董事会也必然因法律对各个董事的禁止性规定而无权作出以公司财产为股东提供担保的决定”,见《中国民商审判》(2002年第1卷),第295页。

7.例如,最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见(试行)》就属于这种情形。

8.从其条文体现的许多重要内容看,都已经脱离或超越了解释《民法通则》中具体法律规定的范畴,而成为最高人民法院结合民事审判实践对上述法律规定的“修改”。

9.《最高法院一本新书,危及银行2700亿资产的安全》,载<http://finance.sina.com.cn>。

10.参见《论缔约过失责任》,载<http://www.law-lib.com>。

11.参见朱卫中《试论缔约过失责任》,载<http://www.guxiang.com>。

12.例如,最高人民法院关于执行《中华人民共和国铁路法》中刑事罚则若干问题的解释规定:“本解释自发布之日起执行。解释发布前已处理的案件,不再变动;解释发布后应当依照《铁路法》办理案件。尚未办理或正在办理的,一律适用本解释。”

13.鉴于我国《公司法》规定公司可以对其他公司投资,企业间短期少量的投资关系是无法避免的。此外,小股东实质上很难影响公司的经营。因此,即使禁止公司为股东提供担保的行为,至少也应规定该禁止只限于持有相当比例的股东,如果只持有少量的股份,应当属于豁免之列。

14.参见上海市第二中级人民法院民事判决书,(2002)沪二中民三(商)初字第380号。

15.参见上海市第二中级人民法院民事判决书,(2002)沪二中民三(商)初字第382号。

16.参见上海市第二中级人民法院民事判决书,(2002)沪二中民三(商)初字第379号。

17.参见上海市第二中级人民法院民事判决书,(2002)沪二中民三(商)初字第319号。

18.参见(2001)沪高经初字第6号民事判决书。2002年6月4日,上海市高级人民法院对上海浦东发展银行诉纺开发公司、兴业股份公司等借款合同纠纷一案作出一审判决。该判决认为,纺开发公司系兴业股份公司股东,依据公司法和担保法司法解释的规定,相应保证合同应属无效。该判决现已生效。

19.参见代明明:《上市公司担保——引爆的炸弹》,载[www.corplawinfo.com](http://www.corplawinfo.com)。

20.参见虞政平:《公司可以为其股东提供担保》,载《人民法院报》,2003年1月20日。