

立法缺陷和司法选择 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/479/2021\\_2022\\_\\_E7\\_AB\\_8B\\_E6\\_B3\\_95\\_E7\\_BC\\_BA\\_E9\\_c122\\_479732.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/479/2021_2022__E7_AB_8B_E6_B3_95_E7_BC_BA_E9_c122_479732.htm)

引言 2001年，最高人民法院改变了福建省高级人民法院作出的工商银行诉中福实业公司借款担保案担保有效的判决结果，改判担保合同无效。但是，2003年，最高人民法院又改变了福建省高级人民法院作出的建设银行诉中福实业公司借款担保案担保无效的判决结果，改判担保合同有效，两案四种结果，可谓曲曲折折、反反复复。但为什么最高人民法院对前后两个相同性质的上市公司为股东借款担保案作出相反的判决？两个终审判决是不是依据同一法律条款和同一法律原理？在没有立法解释的情况下立法缺陷会产生什么样的不同司法选择结果？立法机关是否应当加强对司法解释的监督力度？这些焦点问题都是我们必须关注的。

### 一、司法选择---最高法院对两个担保案件的相反判决

(一) 2001年工商银行诉中福实业公司借款担保案

1、一审：担保有效 1996年12月，中国福建国际经济技术合作公司（下称中福公司）与中国工商银行福州市闽都支行（下称闽都支行）签订了借款金额为4210万元的借款合同。贷款到期后，中福公司未能偿还贷款。1998年7月21日，闽都支行和中福公司签订了一份《还款协议书》，约定：中福公司分期偿还贷款；福建九州集团股份有限公司（下称九州公司）和福建省中福实业股份有限公司（下称中福实业）作为还款保证人承担连带责任。九州公司和中福实业均在还款协议书上签名盖章。中福实业是一家上市公司，被担保的中福公司为中福实业的控股股东。中福实业提供担保时，有中福实

业董事会关于提供担保的决议文件，但中福实业公司章程第80条规定董事“除经公司章程规定或者股东大会在知情的情况下批准，不得同本公司订立合同或者进行交易”、“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”。闽都支行在与中福公司商谈担保事宜时，曾收到中福公司提交的包含有中福实业公司章程等文件。1999年12月，闽都支行向福建省高级法院起诉，请求判令中福公司偿还贷款本金和利息，中福实业和九州公司承担连带责任。一审法院判决认为，中福实业据以抗辩所援引的《公司法》第60条第3款和第214条为规范公司内部董事、经理的规范，不能作为对外要求免责的抗辩事由。遂判决：中福公司偿还闽都支行贷款本金和利息，中福实业和九州公司对中福公司的还款义务承担连带责任。中福实业不服一审判决，向最高人民法院提起上诉。

2、二审：担保无效 最高人民法院终审判决认为：《公司法》第60条第3款对公司董事、经理以本公司财产为股东提供担保进行了禁止性规定，中福实业的公司章程也规定董事非经公司章程规定或者股东大会批准不得以本公司资产为公司股东提供担保。因此，中福实业的5名董事通过形成董事会决议的形式代表中福实业为大股东中福公司提供连带责任保证的行为，同时违反法律的强制性规定和中福实业公司章程的授权限制而无效，所签订的保证合同也无效。闽都支行辩称《公司法》第60条第3款系禁止董事、经理个人以本公司财产为股东提供担保的，本非针对公司董事会。但最高人民法院认为，法律已明文禁止公司董事以公司财产为公司股东提供担保，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利的法人机关，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对股东提供担保的决定。故《公司法》第60条第3款的禁止性规定，既针对公司董事，也针对公司董事会。这符合我国公司法规范公司关联交易、限制大股东操纵公司并防止损害中小股东利益的立法宗旨。最高人民法院认为，中福实业与闽都支行的保证合同因中福实业的公司董事违反我国公司法第60条第3款的规定和中福实业公司章程的规定而无效，中福实业对其董事的无效行为应当承担过错责任。当法律有禁止性规定时，任何人均不得以不知法律有规定或宣称对法律有不同理解而免于适用该法律。再则，中福实业系上市公司，其公司章程公开，闽都支行也收到中福公司提供得中福实业公司章程，闽都支行对中福实业章程中关于限制董事为股东担保的规定应当知道。故保证合同无效，闽都支行亦有过错。遂于2001年11月17日判决：保证合同无效，中福实业仅向闽都支行承担中福公司不能清偿债务部分二分之一的赔偿责任。（二）2003年建行银行诉中福实业公司借款担保案 1、一审：担保无效 1998年11月30日，原中国建设银行福建省分行电力支行（以下简称建行电力支行）与福建省中福实业股份有限公司（以下简称中福实业公司）签订《中国建设银行人民币资金借款合同》，约定由建行电力支行向中福实业公司贷款4000万元，贷款期限为一年。同日，建行电力支行与运盛（福建）实业股份有限公司（以下简称运盛实业公司）签订《保证合同》，由运盛实业公司为上述借款提供连带责任保证，保证期间为主债务履行期届满之日起两年。合同签订后，建行电力支行依约放贷。贷款

期限届满后，中福实业公司尚欠借款本金4000万元及利息，运盛实业公司也未履行其保证责任。2000年4月14日，建行电力支行更名为中国建设银行福州市城北支行（以下简称建行城北支行）。2001年11月20日，运盛实业公司更名为运盛（上海）实业股份有限公司。建行城北支行向福建省高级人民法院起诉，要求中福实业公司归还尚欠借款本金4000万元及利息2338502.86元，运盛（上海）实业公司承担连带清偿责任。建行城北支行认为，《中华人民共和国公司法》第六十条第三款是对董事、经理义务的规定，是禁止公司董事、经理个人利用职务作出损害公司利益的行为，而不是禁止公司董事会决议作出为股东担保的公司行为，运盛（上海）实业公司为其大股东提供担保是经过董事会决议作出的公司行为，不能适用公司法第六十条第三款的规定。运盛（上海）实业公司为中福实业公司借款担保应为有效，应承担连带保证责任。运盛（上海）实业公司认为，运盛（上海）实业公司为中福实业公司借款担保违反《最高人民法院关于适用 中华人民共和国担保法 若干问题的解释》（以下简称《担保法解释》）第四条规定，《保证合同》无效。福建省高级人民法院审理认为：《担保法解释》第四条所指的是董事、经理以公司财产提供担保的情形，一般表现为担保合同是以公司名义签订的，公司加盖公章，而不是指董事、经理以个人身份提供担保。本案两被告均是上市公司，中福实业公司是运盛（上海）实业公司的股东，该信息完全可以从运盛（上海）实业公司公开发布的年报中获得，建行电力支行作为缔约一方，对此情况理应知道。因此，本案《保证合同》违反《担保法解释》第四条规定，合同无效，对此合同无效的后

果，因债权人亦存在过错。根据《担保法解释》第七条规定，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。运盛（上海）实业公司为自己的大股东中福实业公司贷款提供担保，也违反了相关法律规定，对保证合同无效也有过错，建行电力支行、运盛（上海）实业公司对本案担保无效应承担相应的法律责任。福建省高级人民法院判决：一、中福实业公司应于该判决生效后十日内偿还建行城北支行借款本金人民币4000万元及《借款合同》约定的利息、罚息。二、运盛（上海）实业公司应对中福实业公司不能履行上述判决第一项债务承担二分之一赔偿责任。（案号：福建省高级人民法院{2003}闽经初字第7号）

2、二审：担保有效 建行城北支行不服福建省高级法院民事判决，向最高法院提起上诉称：本案担保合同签订前，运盛（上海）实业公司应我行要求，履行了公司法规定的合法程序而形成了董事会决议。运盛（上海）实业公司与中福实业公司相互提供担保，所有的董事、监事均在董事会决议上签名并加盖公司公章；运盛（上海）实业公司已经出具函件对担保额予以认可，确认超过4000万元的部分是无效担保；上海证券报披露，运盛（上海）实业公司已就该担保公开向社会告知，所有股东及证券主管部门均未提出异议。因此，应当认为所有股东确认为中福实业公司提供担保是运盛（上海）实业公司之意志而非公司之董事、经理的私下行为，其担保的合法性毋庸置疑。请求二审法院依法予以改判。被上诉人运盛（上海）实业公司答辩称：本案主债务人中福实业公司是我公司的大股东，本案担保行为未经我公司股东大会的认可，而是代表大股东的董事通过董事会形式以公司名义为大股东作

出的担保行为。上诉人关于公司法第六十条第三款规定规范的是董事、经理个人行为的理解有误，我公司与中福实业公司互为担保不影响公司法第六十条第三款的禁止性规定的理解和适用，请求驳回上诉，维持原判。最高法院二审中查明：运盛（上海）实业公司与中福实业公司相互提供担保的事实为：1．运盛（上海）实业公司在其董事会决议中称，“为进一步发展公司的经营业务，增强融资能力，需要扩充信贷资金，目前，银行信贷要求公司提供贷款担保，为了双方融资相互有利，同意与中福实业公司相互向银行贷款金额不超过8000万元人民币或相当外币的贷款担保”，并于1998年2月6日形成运盛实业财字（1998）第005 d号董事会决议，批准与中福实业公司结成互保关系。2.1999年5月12日运盛（上海）实业公司第六次股东大会决议通过了1998年度董事会工作报告。上述1998年2月6日董事会决议是在董事会工作报告范围之内的。3．运盛（上海）实业公司1998年年度报告、1999年年度报告、2000年年度报告连续披露该担保事实，并在2000年年报中特别注明其与中福实业公司是“互保关系”。4．中福实业公司1998年报“或有事项”记载，其为运盛（福建）实业股份有限公司〔运盛（上海）实业公司前身〕提供银行借款人民币7700万元担保。最高人民法院认为：本案双方当事人争议的焦点是运盛（上海）实业公司与建行城北支行签订的保证合同是否有效，以及在此基础上保证人应承担什么责任。第一，根据担保法一般规定，担保行为符合公司章程规定的，经过董事会批准的，以公司名义为其他单位和个人出具的担保应当认定为有效。运盛（上海）实业公司为中福实业公司担保经董事会决议，还经第六次股东大会

通过，并在当年及以后的数年年报中连续披露。1998年度运盛（上海）实业公司为中福实业公司提供担保的行为发生时，中福实业公司持有运盛（上海）实业公司的股份比例仅相当于运盛（上海）实业公司总股本的1%。中福实业公司并非控股股东，现没有证据证明中福实业公司控制和左右董事会、决议公司重大事项的事实，亦没有证据证明运盛（上海）实业公司为中福实业公司提供担保不是运盛（上海）实业公司的真实意思表示。该担保行为从程序到实体不违反法律的禁止性规定。因此，运盛（上海）实业公司为中福实业公司借款4000万元提供担保是公司的有效担保行为。第二，运盛（上海）实业公司与中福实业公司系互保单位，双方亦有互保协议和事实，应为有效。当时中福实业公司为运盛（上海）实业公司担保的借款额，大于运盛（上海）实业公司为中福实业公司担保的借款额。运盛（上海）实业公司为中福实业公司提供4000万元的担保，正如运盛（上海）实业公司在其董事会决议中所称，“为进一步发展公司的经营业务，增强融资能力，需要扩充信贷资金，目前，银行信贷要求公司提供贷款担保，为了双方融资相互有利，同意与中福实业公司相互向银行贷款金额不超过8000万元人民币或相当外币的贷款担保”。此节说明，运盛（上海）实业公司认为这是一种对双方有利的行为，即是一种对等的互利性经营行为，有利于公司经营及维护股东利益。运盛（上海）实业公司与债权人建行城北支行签订的担保合同并不被公司法第六十条第三款所禁止，故担保行为合法有效。建行城北支行关于本案担保有效的上诉主张成立，应予以支持。原审法院认定事实清楚，但对公司法第六十条第三款、《担保法解释》的理解

有误，属于适用法律不当，应予以纠正。最高人民法院判决：运盛（上海）实业股份有限公司对福建省中福实业股份有限公司不能履行本判决第一项判定的债务承担连带责任。运盛（上海）实业股份有限公司在承担上述民事责任后，可直接向福建省中福实业股份有限公司追偿。（案号：最高人民法院{2003}民二终字第199号）。

二、“波澜”与“不惊”---两个终审判决的不同评论和反响

《中国民商审判》（2002年第一卷）登载了对前案的评析，文章作者在评析中福实业担保案所依据的法律时指出：“《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债务人提供担保；按立法上的分类，这条规定属于强制性条款，而不论是董事还是董事会违反这条法律的后果，在《关于适用中华人民共和国担保法若干问题的解释》中有明确的规定，即董事、经理违反《中华人民共和国公司法》第60条的规定，以公司资产为公司股东或其他个人债务提供担保的，担保合同无效”。最高法院的有关人士在媒体上称：“最高人民法院对《担保法》的解释以及后来裁决中福实业担保案担保无效，实际上代表了司法者的一种态度，这是我们坚定不移的方向。”（据2002年12月13日《财经报道》）。但是，这个评析和态度以及最高法院的前案判例引起了银行界的不满，激起了汹澜大波。银行方面称，截止到2001年4月，采用股东担保形式的贷款余额已经达到了1600多亿元，而公司为个人债务提供担保的金额也已达1100多亿元，两项合计金额高达2700亿元。并且，根据银行的信贷实践，公司的担保行为往往发生于关联企业之间，否则，担保关系一般不可能发生。但是，最高法院法释[2000]44号第4条的适用意味着银

行债权人2700多亿元贷款所依赖的担保将面临沦为无效的直接危险。因此，银行方面对最高法院的前案判例及其评析提出了强烈的抗议。经过紧张磋商，几家银行联名向最高人民法院递交了一份报告，请求最高法院对《解释》第四条谨慎使用，并对其内容和适用范围作进一步明确和限制。银行方面认为：《公司法》第60条第3款规定的立法意图在于限制公司董事、经理的权利，限制公司内部的经营管理活动，约束董事、经理的个人行为，防范道德风险，保护公司财产和投资者的利益，并不是禁止公司合法经营中的正常担保行为，并不是为了规范法人和债务人之间的关系，不影响公司对外的民事责任。因此，如果发生了董事和经理以公司名义对公司股东和个人债务的担保行为，只是应对董事、经理个人行为进行处罚，并不应影响公司对外承担的法律 responsibility。企业正常的担保行为往往可以使企业投资者同时获益，并不是所有公司为股东担保的行为都会损害其股东的利益。并且，《担保法》并未对《公司法》第60条做出明确的说明，并没有作出“公司为股东担保无效”的禁止性规定。所以，最高人民法院《关于适用 中华人民共和国担保法 若干问题的解释》第四条关于：“董事、经理违反中华人民共和国公司法第60条的规定，以公司资产为本公司股东或者其他债务人提供担保的，担保合同无效”和“该规定具有溯及既往的效力”的规定，违背了法律的公正性和合理性，会对银行的担保贷款业务产生重大影响。2005年2月2日《人民法院网》后案的评论则是：“公司互保且已披露应按有效处理”。评论者在该文的“本案要旨”中指出：“《中华人民共和国公司法》第六十条第三款禁止公司董事、经理个人利用职务作出损

害公司利益的行为，该款是对董事、经理义务的规定，而不是禁止公司经董事会决议作出为股东担保的公司行为。如果公司为其大股东提供担保是经过董事会决议作出的公司行为，而且公司已就该担保公开向社会告知，所有股东及证券主管部门又未提出异议。在此情况下，应当认为所有股东确认该担保是公司之意志而非公司之董事、经理的私下行为，其担保合法、有效，担保公司应承担保证责任”。由此可以看出，《人民法院网》对最高人民法院后案判决结果的评论与前案判决结果的评论是站在相反的立场上，是对《公司法》第60条第3款规定的不同理解和诠释，也可以说是对最高人民法院《关于适用 中华人民共和国担保法 若干问题的解释》第四条内容的否定性诠释。但是，与前案相反，不知为什么，笔者并没有看到法律界和其它业界对最高人民法院后案改判结果和评析有什么强烈的反响和评判，可以用“不惊”两个字来形容。

### 三、立法缺陷---最高法院作出相反两个判决的原因分析

（一）前案改判理由：担保违反强制性条款无效

我们可以看出，最高人民法院在前案终审判决中将担保合同从一审判决的有效改判为无效，是基于对《公司法》第60条第3款和最高人民法院2001年12月《关于适用若干问题的解释》（法释[2000]44号）的直接理解和运用。福建省高级人民法院对前案的判决事实发生在1998年，先于法释[2000]44号司法解释的公布，其认为：中福实业的保证系经董事会研究的公司行为，并非董事、经理为公司股东或者其他个人债务提供担保的行为；《公司法》第60条第3款和第214条为规范公司内部董事、经理的规范，不能作为对外要求免责的抗辩事由。但是，最高人民法院对前案的二审判决发生在2001年11月

，是以2000年12月13日公布施行的法释[2000]44号第4条去评价已经发生的担保事实。最高人民法院对该案的判决清楚地表明《公司法》第60条第3款禁止的是特定担保行为，在性质上属于立法禁止，是对董事、经理以及公司的法人机关董事会为股东及其它个人债务担保行为的限制。在这种情况下，公司虽然有权依照《公司法》第63条或者第214条追究公司的董事、经理的相应法律责任，但不得对抗担保权人。其判决论证过程可以分析如下：《中华人民共和国公司法》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”。依照该条的规定，若董事、经理以公司资产为本公司的股东或者其他个人债务提供担保，董事、经理自然违反公司法的相应规定，公司可以对违反法律规定的董事、经理启动究责程序，以维护公司的利益不受损害。但是，《公司法》第60条第3款究竟是约束公司的董事、经理还是约束公司？公司董事、经理违反《公司法》第60条第3款所提供的担保，公司应否承担责任，或者担保权人应否取得担保利益，《公司法》没有作出明确的规定，其他法律亦无规定。最高人民法院于2001年12月发布了《关于适用若干问题的解释》（法释[2000]44号），对于上述问题有所明确。法释[2000]44号第4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。除债权人知道或者应当知道的外，债务人、担保人应当对债权人的损失承担连带赔偿责任。”。但该条所称公司的担保无效，除仅有公司董事、经理违反《公司法》第60条第3款的限制外，并没有附加任何特别的事由。从最高法院法释[2000]44号第4条被

人们看到的时候起，人们就普遍地认为，《公司法》第60条所称“以公司资产为本公司的股东或者其他个人债务提供”的担保，对于接受担保的债权人而言就变得十分危险了，只要董事、经理以公司的名义为本公司股东或者为个人债务提供担保，担保就是无效的。因此，最高法院在前案的终审判决中认为：《公司法》第60条第3款为禁止性规范，公司董事会违反《公司法》第60条的禁止性规范以公司财产为本公司股东提供的担保无效，公司不承担担保责任。实际上，最高人民法院对前案的改判结果和依据与中国证券监督管理委员会的有关行政规定是相符合的。中国证券监督管理委员会发布的《上市公司章程指引》（1997年12月）第80条规定：“董事应当遵守法律、法规和公司章程的规定，忠实履行职责，维护公司利益；当其自身的利益与公司股东的利益相冲突时，应当以公司和股东的最大利益为行为准则，并保证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”。

（二）后案改判理由：公司互保未违反强制性规定 我们注意到，最高人民法院对于后案改判的主要理由是：1、运盛（上海）实业公司为中福实业公司担保经董事会决议，并经第六次股东大会通过，并在当年及以后的数年年报中连续披露；该担保行为从程序到实体不违反法律的禁止性规定；2、根据担保法一般规定，担保行为符合公司章程规定的，经过董事会批准的，以公司名义为其他单位和个人出具的担保应当认定为有效；3、运盛（上海）实业公司与债权人建行城北支行签订的担保合同并不被公司法第六十条第三款所禁止，故担保行为合法有效。笔者认为，最高人民法院的上述改判理由并不是基于对《公司法》第60条第3款和最高人民法院法

释[2000]44号第4条的理解和引用上，而是基于与《公司法》第60条第3款和最高法院（2000）第44号司法解释第4条所不同的、另一立场的法理诠释和相关事实原因的。

1、事实原因：由于前案的改判引起了金融银行界的普遍质疑和批判，这必然使最高人民法院对于后案的判决采取慎重的态度并且必须充分注意反对者的声音。同时，有人认为，公司向本公司法人股东或者与本公司有关联的企业提供担保，是公司生存的一种方式，公司为个人债务提供担保或者为其他企业的债务提供担保，并没有性质上的差异，而且公司提供担保自有其利益的考虑，公司之间的互保并已得到披露，法律没有禁止的必要。同时，公司提供关联担保在国际实践中都是允许的，如美国公司法对公司的担保权能规定很宽松，允许公司为其股东提供担保；英国公司法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。

2、与最高法院法释[2000]44号第4条不同的法理依据：最高人民法院在后案的判决中并没有明确引用或否定《公司法》第60条第3款和最高法院法释{2000}44号司法解释第4条的规定。结合2005年2月2日《人民法院网》对该案的评析，我们可以得出结论，最高法院在后案判决时是持与法释[2000]44号不同态度来理解《公司法》第60条第3款的。其判决的论证过程和法理依据可以分析如下：我国《公司法》第60条第3款禁止董事、经理以公司财产为本公司股东或者个人债务提供担保，目的在于约束董事、经理滥用其地位，而不在于约束公司，没有将董事、经理以公司财产为本公司股东或者个人债务提供担保作出任何附加性的例外规定。而公司董事、经理是公司的代表人或代理人，不能等同于公司董事会，《公司法》第60条第3款并

没有限制公司的董事会或股东会以公司财产提供特定担保。董事会或股东会决议以公司财产为本公司的股东或者个人债务提供担保，不同于公司的董事、经理以公司财产提供的担保，无《公司法》第60条第3款适用的余地。因此，《公司法》第60条第3款立法本意只是对公司内部管理作出的规定，在于禁止董事、经理个人在执行职务时以公司名义提供的担保，并不禁止董事会就该事项作出决议，对公司的对外合同行为不应发生效力。同时，《公司法》、《担保法》等法律均无明文规定"公司"不得以其资产为本公司的股东或者其他个人债务提供担保。如果过分强调公司董事会与董事、经理的地位等同，则会使公司机关特有的法律内涵趋于混乱，不利于第三人对交易风险作出判断。因此，《公司法》第60条第3款应当根据《公司法》的立法目的作限制性解释，仅约束董事、经理，并不约束公司的董事会、股东会。而最高人民法院法释[2000]44号第4条将董事、经理应当对公司承担的诚信义务，与公司对债权人所应当承担的义务相混淆，把董事、经理不得以公司资产为股东或者其他个人债务提供担保的结论，等同于公司不得以公司资产为股东或者其他个人债务提供担保的结论，这种对《公司法》第60条第3款的解释结论等于是现行法律框架之外，创设了一个公司不得为股东或者个人债务提供担保的禁业规定，是错误的。因此，基于我国的现行立法并没有明文禁止公司"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"的原因，公司经董事会或股东会决议以公司财产为本公司股东或者其它个人债务提供的担保，应当有效并应当受到法律的保护。

#### 四、定位内涵---把握《公司法》担保效力的重点

实际上，笔者认为，我们应当从《公司法》第60条第3款的内涵来解决该款所指担保行为的效力问题。但是，对于《公司法》第60条第3款所设定禁止行为的内涵和外延问题，《公司法》和最高人民法院（2000）法释第44号司法解释均没有很好地予以解决。《公司法》第60条第3款所禁止的“不得担保行为”的内涵可能是指：“公司的董事、经理未经公司董事会、股东会批准不得以个人或公司名义，以本公司的财产为本公司股东或其它个人债务提供担保，否则无效”，也可能是指“公司的董事、经理在任何情况下均不得以公司或个人的名义，以本公司的财产为本公司股东或其它个人提供担保，否则无效”，还有可能是另外一种内涵。其外延可以概括为但不限于以下几种情形：1、公司经理、董事未经或经过董事会或股东会批准，以个人名义用公司财产为公司股东或其它个人提供担保。2、公司经理、董事未经董事会或股东会批准，以公司名义用公司财产为公司股东或其它个人提供担保。3、公司经理、董事经董事会或股东会批准，以公司名义和公司财产为公司股东或其它个人提供担保。4、公司经理、董事经董事会决议通过后，但未经股东会决议，以公司财产和公司名义为公司股东或其它个人提供担保。5、公司经理、董事未经董事会决议，但经股东会表决通过后，以公司财产和公司名义为公司股东或其它个人提供担保；6、公司董事、经理以公司名义为公司股东或其它个人债务提供担保，事后经过了公司股东会、董事会的追认；7、公司章程规定可以由董事会批准作出的担保行为，公司董事、经理经董事会决议后作出了担保行为；8、公司章程规定必须经股东会决议，但未经股东会决议、仅仅以公司董事会决议后作

出的担保行为。9、公司章程未规定以哪个机构批准，而以公司董事会决议、以公司名义作出担保行为。一种代表性意见认为，《公司法》第60条第3款从法律条文所使用的术语来看，遵守该条规定义务的当事人应为公司的董事、经理，而非公司。从该条的文义上可以判断出该条款的内涵和立法者的意图在于：“限制公司董事、经理个人的权利或者行为，以保护公司财产和投资者的利益，并不在于限制公司或公司权力和执行机关在经营活动中提供担保”。特别是考虑到《公司法》第214条第2款关于“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收归公司所有。对情节严重的，由公司给予处分”的规定。分析该条文，可以认定董事、经理以公司财产为本公司股东或者个人债务所提供的担保可以是有效的，因为，公司可以“责令”董事、经理“取消担保”的前提条件是担保成立并有约束力，否则没有“取消”的必要。因此，公司的董事、经理受《公司法》第60条第3款的约束，而公司并不受《公司法》该条款的约束。另外，《公司法》第60条第3款并不涉及或约束公司的权力机关股东大会，如果公司董事、经理以公司资产为本公司股东或者个人债务提供的担保经过了股东大会的同意，或者是依照股东大会的决议行事，则属于公司最高权力机关的行为，不属于法律禁止的担保，担保合同应为有效，应当不受《公司法》第60条第3款的约束。但是，我们应当注意到，《公司法》第60条第3款规定的“禁止担保行为”并没有除外性规定，也就是说没有“但书”的内容，在公司法的其它条款中也看不出有其它例外性规定。并且，该条款如

果约束的是公司董事、经理以个人名义以公司财产为他人提供担保，这显然是没有意义的，因为，除非取得公司法人的授权，否则这种个人担保行为有效的可能性为零。而如果该条款约束的是公司董事、经理以公司资产为股东和其它个人债务提供担保而没有加盖公司公章行为的话，意义也不大，因为，该种行为推定为公司行为的可能性很小。因此，笔者倾向性地认为，该条款的内涵应当是：“公司的董事、经理在任何情况下，都不得以公司财产为本公司股东或其它个人债务提供担保，这样才可以保证公司全体股东的合法权益，避免大股东利用其表决权优势作出有利于自己的利益但却损害公司其它股东利益的行为”；并且，该条款应当是法定的禁止性条款，不能依据《公司章程》作相反的约定。所以，就目前的《公司法》框架规定而言，即使公司章程约定股东会或董事会可以就为股东提供担保进行决议，但公司董事、经理依然不得违反该条的规定为本公司股东和其它个人债务担保，除非立法机关对该条作出限制性的解释。正是由于立法者没有对《公司法》第60条第3款的内涵作出明确的界定，才使法律界对该条款的内涵存在不同的争议，从而使得司法机关对个案处理产生不同的认定结论。在这种情况下，立法机关应当对该条款进行立法解释，对该条款的内涵进行界定。而司法解释只能对在审判过程中如何具体应用法律、法令的问题进行解释，不能对法律条款的内涵进行界定，既不能扩大也不能缩小，否则就超出了司法解释的权力范围，形成实际上的“造法”行为。最高人民法院对于相同性质的两个借款担保案件作出不同的判决认定，并且，前后两个判决并不是严格遵守其既定的司法解释宗旨，在两个判决中适

用了不同的法律和法理依据，这也充分说明了最高人民法院没有准确界定《公司法》第60条第3款的内涵。因此，问题的关键应当是如何准确界定《公司法》第60条第3款的内涵后，才能对相关担保行为的效力作较准确的认定。

### 五、话题延伸---加强对司法解释的监控

本文两起相同性质借款担保案件的四个判决结果皆源于对《公司法》第60条第3款的理解。但是，由于《公司法》第60条第3款存在立法上的严重缺陷，而全国人大常委会对该条文又没有及时进行立法解释，使得最高人民法院不得不对该条的如何运用作出司法解释。但是，最高人民法院所作出的司法解释又难以做到很好地把握《公司法》第60条第3款的要旨进行深入的解释，又引起了新的争议，而在最后的运用过程中并非完全按照该解释进行。这样，对此类问题的最后解决和争议的平息必须借助于立法解释或《公司法》的修正案。因此，从这两个案件的四个不同判决中可以明显地感觉到立法解释加强和对司法解释监督的必要性。

司法解释是我国司法机关对于法律、法令具体运用的重要活动。《人民法院组织法》规定：“最高人民法院对于在审判过程中如何具体应用法律、法令的问题，进行解释”，全国人大常委会《关于加强法律解释工作的决议》规定：“凡属于法院审判工作中具体应用法律、法令的问题，由最高人民法院进行解释。凡属于检察院检察工作中具体应用法律、法令的问题，由最高人民法院检察院进行解释”。据统计，我国目前的基本法律共有700件左右，而司法解释有3700件左右，可见，司法解释在我国法律生活中所占比重是非常大的。应当承认，司法解释对于我国社会和经济生活各种纠纷的解决起到了很大的作用，解决了法律规定的抽象性和实际问题

的具体性之间的矛盾，大大方便了司法部门的工作，有其非常积极的一面。但是，由于存在着立法解释与司法解释范围上的不明确，以及解释权的权力分配等因素，目前的司法解释工作存在许多问题，包括：1、司法解释违反宪法、法律基本精神；2、“两高”对同一法律问题所作的司法解释不同；3、有些解释实际上是立法解释，“两高”超越职权作出司法解释；4、司法解释与行政法规、地方法规相矛盾，等等。

《中华人民共和国立法法》对宪法、法律、行政法规、地方法规、部门规章、地方政府规章之间的效力等级、不一致时的裁决权限和程序作出了规定。但是，对司法解释的违宪、违法、越权解释或与行政法规相矛盾等问题的解决或裁决途径却没有作出规定。并且，我国也没有其它关于司法解释监督审查机制的规定。因此，我国立法机关既要加强立法解释力度，还应当建立司法解释的违宪、违法监督审查机制：1、通过制定专门的法律或决定的方式，建立对司法解释的违宪、违法审查制度。2、修改《中华人民共和国立法法》，在第二章“法律”一章中增加“司法解释”的内容，将司法解释的制定和发布程序、合法性审查、审查权限等问题纳入其管理的范畴。3、在有关的立法或修法程序未启动前，应当及时对存在缺陷的司法解释进行审查，采取必要的补救措施：（1）对于需要突破法律条文含义范围作扩大解释的，应当由立法机关作出立法解释。对于司法机关已经作出的司法解释，应当进行审查，经审查符合立法本意时，由全国人大常委会作出确认。（2）“两高”的司法解释之间相互有矛盾或有不同意见的，全国人大常委会应进行必要的调研后，以立法解释替代司法解释。（3）对现有的司法解释进

行清理。对于“两高”在各自司法解释权限范围内作出的司法解释确有问题的，立法机关应责令司法机关自行修正。发现内容有互相抵触的，应当由立法机关予以修改、补充或废止。对于不切合实际或违法、违宪的司法解释应当由立法机关以决定的形式予以废止。参考文章: 1、曹士兵：《公司为其股东提供担保的法律效力分析从法律适用到利益衡量》。 2、《中国民商审判》（2002年第1卷），法律出版社2002年版。 3、《财经时报》2002年12月13日。 4、韩德洋：《论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效力范围》，《当代法学》2002年第5期。 5、袁爱民：《论董事会决定公司担保的效力兼谈对公司法第六十条第三款的理解》，《人民法院报》2002年6月10日。 6、虞政平：《公司可以为其股东提供担保》，<http://www.chinacourt.org/public/detail.php?id=32538>。 7、李国光等：最高人民法院《关于适用若干问题的解释》理解与适用。 8、邹海林：《公司为股东或个人债务担保的效力》。 9、《什么样的担保才有效》中国证券报 浩民。 10、人民法院报《公司互保且有披露应按有效处理》。 11、《公司为其股东提供担保法律效力之司法权衡》陈俊丰 广东省汕头市中级人民法院 编辑：汤昊 [haot@acla.org.cn](mailto:haot@acla.org.cn) 100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 [www.100test.com](http://www.100test.com)