

银行业分支机构违规担保成因及控制对策

许嘉朋

(西南财经大学金融学院, 四川 成都 611130)

摘要: 违规担保是营利性法人面临的巨大法律风险, 该风险对企业法人产生了较大的不利影响。银行机构作为营利性法人同样面临着该风险, 更为严重的是该风险给银行造成了很大经济损失。本文以银行业为对象, 重点分析了违规担保产生的法律规范、司法审判理念等方面因素, 同时分析了违规担保主体的经济利益驱动动因和银行业控制失范等内控缺陷原因, 针对上述因素、动因提出防范对策, 即银行业积极参与法律规范的制定, 完善法律规范; 更新司法审判理念, 正确适用司法“善意”理念; 弥补银行业授权缺陷, 公开并公示授权, 为司法审判正确适用“善意”提供事实证据。

关键词: 银行业分支机构; 违规担保; 内部控制; 授权书

中图分类号: F830.3

文献标识码: A

DOI: 10.12317/j.issn.1673-3169.2022.010.022

0 引言

法人或其分支机构未经法定程序或上级机构授权对外提供担保大量存在, 从而产生了众多法律纠纷。目前发生的违规担保已成为我国经济生活中一大问题, 带来了负面影响。目前, 法定代表人和负责人可以在法人无法控制的情况下, 以法人或分支机构的名义对外签署保函、保证承诺书或保证合同, 形成法人的或有负债。这些担保一旦变成违规担保, 会给企业法人造成巨大负面影响, 其或承担保证责任或者承担补充性赔偿责任, 从而造成巨大的经济负担, 甚至导致破产。

1 银行违规担保现状

经查询中国裁判文书网, 截至2020年7月28日, 涉及银行担保合同的裁判文书共计47, 581份。这些案件有相当一部分涉及违规担保。银行对外担保是大量存在的, 其中有大量担保在发生纠纷后, 银行方面多数被认定为违规担保。银行业在这方面教训深刻, 主要是违规担保案或被法院认定为有效, 从而承担担保责任, 或被法院认定为无效但银行却仍应承担补偿性赔偿责任, 从而造成了重大损失。

2 原因分析

银行违规担保是银行工作人员以银行名义进行的担保, 该担保并不是银行自身真实意思的表示。在法学理论上是内心真实意思与对外表示意思相矛盾导致的冲突。产生该冲突的原因是多方面的。

2.1 法律规范需要完善

《民法典》第61条2款未附任何条件地规定法定代

表人以法人名义从事的民事活动, 其法律后果由法人承受。因此, 理论界认为法定代表人的代表权是广泛而不受限制的, 除口头表明其法定代表人身份外, 法定代表人不需要借助任何客观表征即可以法人名义对外从事民事行为, 且产生该民事行为的后果当然归属法人承担。在司法实践中, 法人分支机构的负责人在对外经济活动中具有与法定代表人同样的法律地位, 即法人分支机构负责人可以不受约束地代表分支机构。然而, 法定代表人(或负责人)同时具有自然人和法定代表人双重身份。在现实经济生活中, 至少有以下三种可能: 一是以法人名义从事民事活动, 为法人谋取利益; 二是假借法人名义但实质上是法定代表人作为自然人从事民事活动, 为个人谋取利益(这可称为“名为法人实为自然人”的民事行为); 三是以自然人身份从事民事活动(即不以法人的名义从事民事行为), 以满足个人利益实现需要。因此, 法定代表人在对外以法人名义进行意思表示时, 存在两种可能, 一是表达的是法人决议形成的意思, 借以实现法人的利益; 二是假借法人名义, 但其表达的意思却不是法人决议意思, 而是法定代表人个人的意思, 借以实现法定代表人作为自然人的个人利益。法定代表人假借法人名义但却不符合法人决议的意思, 而实质上是法定代表人作为自然人获取其自身利益, 这种对外的意思表示应定义为名为法人意思, 而实为个人意思。《民法典》相关规定省略了相关前提条件, 把所有法定代表人以法人名义从事民事行为的后果不加区分地均规定由法人承担, 这为“名

为法人实为自然人”的虚假民事行为的层出不穷提供了便利。

2.2 审判规则需要完善

我国审判界把法定代表人以法人名义从事民事行为为直接等同于法人行为。认为这两个主体是合二为一的，其法律后果当然由法人承受。这一理念不区分法定代表人代表行为的实质，仅以其代表的外观作为审判依据，认为“代表人签字就是法人的行为”。该规则在一定程度上承认了《公司法》第16条第1款系合同效力性规范的地位，采用了未审查公司股东大会或董事会决议不构成善意，可准用《合同法》第50条认定该担保行为无效。这一审判理念在一定程度上加强了在法定代表人越权担保情形下对法人的保护力度。但其存在以下问题：相对人是否“善意”在程序上一般采用推定模式确定，即假定相对人“不知悉”违规而担保人越权提供担保。然而，这一假定并无事实基础，特别是在个案中，更可能演化成任意的主观臆断。“举重以明轻”，《公司法》第16条要求法人本身对外担保尚需经董事会、股东(大)会决议等前置条件，法定代表人或分支机构负责人当然无权自主对外提供担保。司法审判中假定相对人善意，显然与《公司法》相背。当前，司法审判实践普遍把法定代表人或负责人以法人或法人分支机构名义从事的民事行为直接等同于法人或法人分支机构的行为，把虚假代表行为也直接等同于法人或法人分支机构的行为，这无疑加大了法人或法人分支机构的责任承担压力^[1]。

2.3 违规担保的经济利益诱因

违规担保大量存在，其实质是在一定法律规则条件下，利益相关方能从违规担保中获得经济利益。在我国获益方主要是债权人。担保均发生于信用交易场合，不存在信用就没有担保存在的必要。物的担保或因转移占有或因登记才能设立，因此一般较难形成违规的物的担保。而保证则不同，保证只需当事人签字即可设立，特别是法定代表人或负责人随时可以在保证合同或单方承诺书上签字，这就使得在保证成立时很难被发现，只有当债权人要求法人或分支机构承担保证责任时，才知道发生了违规保证事宜。因债权人有权向保证人主张保证责任，从而债权人实现了转嫁经营风险的目的，因此债权人对保证有较强的需求。

2.4 银行业内控存在缺陷是违规担保形成的内部原因

违规担保一般有两种表现形式，一是法定代表人或负责人签署保证合同或出具承诺书，二是在保证合同或承诺书上加盖公章。前一种情形表明企业对法定

代表人或负责人控制失效，后一种情形表明企业对印章管理失控。内控失效或失控为违规担保提供了机会和可能。目前，银行业存在以下内控缺失或缺陷。

一是未对经营机构的经营权限进行授权。目前，银行业授权书仅是对管理行的管理权限授权，未对经营机构的经营权限授权。然而大量违规担保却发生在经营机构。因为经营机构面向客户，有经营压力。债权人或债务人的担保需求一般只能直接向经营机构提出。如能取得经营机构签署的保证合同或出具的承诺书，债权人就可声称是经营机构的经营行为，经营机构则就应对其经营行为承担法律责任。管理机构一般不与外界发生经营活动，债权人或债务人没有要求管理机构签订保证合同或出具承诺书的直接动因。另外管理机构一般管理规范，违规担保难度较大。因为未对经营机构的经营权限进行授权，经营机构便以其营业执照上的经营范围作为其权利范围，即只要在营业范围内，经营机构便有权对外经营，而无需其他确认或限定。这无疑表明经营机构的经营权利不受管理行约束，此种情形为经营机构工作人员违规对外担保提供了制度上的漏洞^[2]。

二是授权书不公开。目前，经营机构的授权书并不在营业场所公开，这主要是银行业普遍把授权当作管理手段，但却未注意到授权可能产生外部效应，即授权可能影响营业机构从事民事行为的法律效力，或者对司法审判人员判断交易对手是否“善意”产生影响。从目前公布的判决书看，债权人从银行的经营场所或办公场所取得法定代表人或负责人单方出具的保函或签订的保证合同，即认定为债权人尽到了对银行保函或保证合同真实性的审查义务，债权人在取得保函或保证合同方面就是善意的，法院就对这一“善意”予以推定和保护，银行就应按保函或保证合同承担法律责任，法院一般不考虑该保函或保证合同是否超出授权范围。如果银行在经营场所或办公地址公开了授权书，债权人从银行经营场所或办公地址取得的保函或保证合同超出了授权，银行可以以债权人知道该法定代表人或负责人超出授权为由，否认债权人的善意，从而请求法院认定该保函或保证合同无效，进而减轻银行业机构担保责任。

三是授权书内容未体现内控要求。授权书只规定了保函的审批权限，未对保函出具的前提、形式等予以规定。一般来说，授权书无需对某项授权的前提或形式予以规定，因为规定这些内容是多余的。但对于保函和保证合同而言这却是十分必要的。授权书应体现两

个方面内控规定：上级机构对下级机构的控制，即就具体担保项目而言，如未经上级机构书面批准，下级机构不得对外担保，即使出具也因未获得授权而应认定分支机构的担保行为无效；本级行的控制，即保函或保证合同成立并生效应经过两个相互分离的岗位才能完成。根据内部控制理论，一项工作由两人共同完成时，发生舞弊的可能性大大降低。一个例证是复核人员对记账人员所记之账复核，实行复核控制后假账发生的概率大为降低。

2.5 行为违规担保的个人动因

行为人违规以法人或分支机构名义对外担保系其个人舞弊行为。行为人之所以产生该舞弊行为，无非有以下原因：一是行为人从舞弊行为中获得了利益。二是行为人受到一定压力。这主要是部分银行对贷款收回等有考核要求，部分银行负责人为实现贷款收回目标，帮助借款人过桥融资，而过桥资金提供方一般要求银行给予担保。从银行业发生的违规担保案例看，二者皆有，后者偏多。

3 治理违规担保的对策

3.1 完善法律法规

一是近期立法机关拟对《公司法》进行修订，银行业应积极争取在《公司法》中规定法定代表人或分支机构负责人的经营权限应由法人总部授予或逐级授予，法人总部对法定代表人或分支机构负责人的授权应在市场监督管理机构备案并公示。根据公示公信原则，相对人不查询相关授权权限，其接受保证不构成善意，依法不予以保护。这样在立法层面上，通过法定代表人或分支机构负责人权限的公示，平等保护合同主体各方利益，有效平衡效率与合理信赖之间关系。二是推动《企业信息公示暂行条例》的完善，规定分支机构也应公示，法人对分支机构授权是公示内容之一^[3]。第三人在与分支机构进行经济往来时，应查询法人对分支机构授权书，在授权范围内从事民事活动，从而保证交易安全，提高交易效率。

3.2 完善银行授权书

一是制定经营机构经营权限的授权书，明确经营机构的经营权限，超越经营权限的经营行为无效或效力待定。二是各级机构公开授权书^[4]。经营机构应在其经营场所显著位置公开，管理机构应在负责人办公室公开。防止经营机构超越授权经营、负责人超越授权对外签署法律文书。同时提示业务办理人员审查银行分支机构的上级机构是否对所办业务予以授权，从而把授权从内部控制行为转化为具有外部性的外部约束

行为，让外部人员监督银行从业人员在授权范围内开展经营活动。更为重要的是，公开授权书能够在一定程度上建立一道防火墙，即接受保函或保证合同一方不能在出具方经营地接收为由主张其善意或尽到了应有的审慎，这样可以大大减少违规担保发生的概率并减轻违规担保方的法律责任。三是在授权书中增加内控内容。授权书对出具保函或签订保证合同至少应规定以下控制前提或形式：规定出具保函或签订保证合同应取得上级行的书面批复并作为保函或保证合同生效条件；保函或保证合同需要负责人亲笔签名并由他人加盖公章方能生效。第一项规定是上级机构对下级机构的机构层级控制，即未得到上级机构批准的保函或保证合同一律属于越权行为，在授权书公开的情况下，接受保函或保证合同一方应审查上级机构的批复，否则出具保函方可在发生争议时以接受方明知保函或保证合同未得到批复而不能构成法律上的善意，其接受的保函或保证合同不应得到法律保护。第二项规定可构成本级机构内的内部控制。即在本级机构内，公章由负责人以外的其他工作人员保管，负责人不得保管和自行加盖公章。这样负责人有权签署保函或保证合同但因不能自主加盖公章，从而使保函或保证合同无法生效，进而否定签署人的出具行为系职务行为；而保管公章的工作人员虽能加盖公章，但因其没有对保函或保证合同的签署能力，因而即使在保函或保证合同上加盖公章也不能使其生效。

3.3 完善银行内控机制

一是完善银行公章管理手段，利用科技手段加强印章管理，如目前部分银行引入的印章管控系统。二是加强对负责人权限控制，对负责人实行不相容岗位分离。主要是负责人不得保管印章，不得自行加盖印章。三是对法律行为的生效条件进行双重控制。主要是法人或其分支机构对外产生法律效果法律行为，不仅需要负责人签字，还需要由印章保管人加盖印章后才能生效。

3.4 加强对银行从业人员行为管理

一是要经常开展员工行为排查。行为排查不一定能排查到违规行为，但能经常提醒员工不要有违规行为，起到预防作用。二是开展警示教育，警钟长鸣，起到震慑作用。三是科学合理确定考核指标。即考核指标不能过高，过高的考核指标可能诱使被考核人弄虚作假，从而出现违规行为。四是合理确定不良贷款容忍度。从目前发生的案例看，大量违规担保行为是为了掩盖不良贷款而为过桥融资提供担保。合理确定不良贷

款容忍度,可降低掩盖不良贷款的主观意愿,从而减少违规担保的发生。五是问责强度要适当。银行是经营风险的,有风险就有损失。在风险管理中,包括系统风险和非系统风险,系统风险是不可避免和不可转嫁的,是固有风险,这类风险不能要求银行从业者对其负责。非系统风险是银行自身决策中产生的风险,是决策结果,银行应当承受。对于非系统风险,是可以要求银行的决策人员或经办人员负责的。但对于非系统风险也区分决策责任和经办责任,否则便会同时出现责任追究不到位和过度问题。另外在追究责任时要注意区分故意违规行为、重大过失行为和无过错行为。任何违规责任制度均应以故意违规行为为标准制定,重大过失行为应比照故意违规行为从轻处罚,无过错行为一般应减轻处罚力度或免除处罚。

4 结语

银行业出现违规担保,其外部动因是债权人转嫁风险,内部动因是行为人为获取个人利益或承受了较

大经营压力。违规担保得以形成有复杂的法律、内控和经济利益等诱因。当前银行业应积极参与法律修订,完善法律规则;积极参与司法解释制定,完善审判规则。银行业更应加强内控建设,重点是公开授权书,在授权书中规定内控要求;在实际工作中,实行不相容岗位分离,通过内部控制及其外部化的方式防范和控制违规担保行为;在员工管理方面,加强员工行为排查和警示教育,从而防范违规担保行为的发生。

参考文献

- [1] 潘亚伟,成志昀.公司违规为实际控制人提供担保无效[J].人民司法,2020(11):72-75.
- [2] 雷备战.浅谈控制上市公司违规担保风险策略[J].金融经济,2005(16):135-136.
- [3] 王伟等.企业信息公示与信用监管机制比较研究——域外经验与中国实践[M].北京:法律出版社,2020:16-22.
- [4] 余燕.我国上市公司对外担保风险控制探究[D].南昌:江西财经大学,2012.

(上接第64页)

益分析、操作人员的资格情况等内容,大型设备与房屋的购置必须经过成本与效益分析,并对其使用年限、年维修保养费用等进行合理估计,计算其年收益金额与预计投资回收期,形成分析报告,供医院决策层进行预算评审时参考,保障医院资本性投资预算的投入的合理、合规与合法,促使公立医院有限的资源得到高效的利用,达到国有资产的增值保值的目标。

3 结语

当前,越来越多的公立医院管理者已经逐渐意识到全面预算管理在医院运营管理中的作用与价值。全面预算编制是公立医院开展全面预算管理的起点和重要组成部分。本文作者根据国内学术界对公立医院全面预算管理相关理论的研究,结合NC医院从2017年以来开展全面预算管理的实践经验,对战略管理下公立

医院全面预算的编制进行了深入的研究,从全面预算编制的管理模式、编制流程、编制方式和编制手段等方面提出了一些创新性建议,为公立医院如何做好全面预算编制工作提供了借鉴。

参考文献

- [1] 窦剑峰.新医改背景下公立医院预算松弛成因及对策研究[J].中国卫生经济,2021,40(05):74-76.
- [2] 陈鉴.公立医院预算与绩效管理一体化探究[J].大众投资指南,2021(21):182-183.
- [3] 施方飏,陆译,徐军学,等.公立医院全面预算目标管理模式的探索与思考[J].卫生经济研究,2021,38(02):76-79.
- [4] 祁俊杰.公立医院全面预算管理应用思考[J].财经界,2021(06):66-67.
- [5] 闫晋洁.政府会计制度下构建公立医院部门责任预算管理体系的探讨[J].卫生经济研究,2021,38(01):76-79.
- [6] 张泽云,操礼庆.公立医院预算绩效评价体系构建研究[J].卫生经济研究,2021,38(01):66-68.