

涉上市公司争议解决系列之(二) — 细探上市公司额度担保公告疑难问题及其审查建议

作者：叶志豪 | 陈治涵 | 汤琳佳

实践中，上市公司为了避免不断召开临时股东大会就单项担保进行公告，通常都会选择由董事会就未来12个月新增的拟提供担保额度、被担保对象等进行审议，并提请股东大会审批通过，同时提请股东大会集中授权相应的公司机关在担保额度内对外签署担保合同（以下简称“担保额度预计”）。

从《关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》（以下简称“《民法典担保制度解释》”）的条款内容来看，似乎并没有对担保额度预计作出针对性的规定。由此就会产生一系列未决事宜：上市公司除了对担保额度预计作出“决议”并进行“公告”之外，是否还需要在单笔担保事项实际发生时进行单独公告？相对人仅根据担保额度预计“决议”的“公告”而签订的具体担保合同是否对上市公司或其控股子公司发生效力？相对人的审查标准如何认定？

为此，我们尝试结合交易所规则、司法实践、《民法典担保制度解释》的文义及目的以及自2021年起上市公司对担保事项公告披露的变更等情况，在本文中对上述问题进行深入分析。

一、根据对《民法典担保制度解释》第九条的文义解释和目的解释，仅凭额度担保预计的决议及公告似乎并不一定能形成有效的上市公司对外担保的授权外观

《民法典》出台之前，在讨论上市公司额度担保预计有关的诉讼案件时，很多文章会引用（2020）皖01民初1271号或者（2019）浙07民初390号案件来说明上市公司对担保额度预计的决议进行公告后，上市公司即便未在担保事项实际发生时进行单独公告，后续签署的担保合同仍可能被认定为合法有效。但在《民法典》实施后，类似案件如果适用《民法典担保制度解释》，则案件的判决结果可能会发生变化。

《民法典担保制度解释》第九条规定，相对人根据上市公司公开披露的关于担保事项已经董事会或者股东大会决议通过的信息，与上市公司订立担保合同的，该担保合同对上市公司发生效力。

因此，担保合同对上市公司产生约束力的前提是具备如下“授权外观”：

1. 上市公司的董事会、或董事会及股东大会根据相关法律法规以及公司章程作出“适格决议”，表决通过相关担保事项；
2. 上市公司将担保事项已经董事会或者股东大会通过的信息予以“公告”。

从另一个维度来看，上市公司的董事会和/或股东大会依法决议通过担保事项是“实质要件”，而上市公司将上述事实予以完整的披露公告为“形式要件”，两者缺一不可。

而上市公司就担保额度预计作出决议，其目的是为了简化操作并授权相应的公司机关在担保额度内对外签署担保合同，而无需在每次担保事项发生时都召开董事会和/或股东大会，**但该决议其实并未完成通过、同意某一具体担保事项的全部流程。**后续，还需由特定的授权机关代表董事会或者股东大会作出同意某一具体担保事项的意思表示，才能在整体上视为董事会和/或股东大会决议通过了某一特定担保事项。因此，仅仅就担保额度预计的决议进行公告，似乎并不能完整体现上市公司已经就相关担保事项予以表决通过。

况且最高人民法院在《民法典担保制度解释理解与适用》中明确表示，“如果上市公司公开披露了与相对人拟订立的担保合同的主要内容，如为谁担保，担保金额多少，那么担保合同对上市公司就会发生效力。”但如果只是对担保额度预计予以公告，因担保额度预计仅是对当年担保额的预先估计，实际会产生多少担保金额并不确定，因此最高人民法院要求的“担保合同主要内容”、“具体的担保金额”，均无法在担保额度预计的公告中体现。因此，**从目的解释的角度来看，仅对担保额度预计予以公告似乎与《民法典担保制度解释》第九条的目的有所偏差。**

基于此，又有不少观点认为在上市公司以担保额度预计形式对外提供担保的情况下，还应在担保事项实际发生时予以公告，否则担保合同将不对上市公司发生效力。

但我们了解，众多央企、优质民企上市公司每年的担保额度预计项下都有巨额的对外担保实际发生，但很多未能在单笔担保事项发生时进行公告，仅以上述理由简单一刀切地将“有无对应至具体单笔担保事项的公告”作为认定上市公司担保额度预计项下单笔担保合同是否对上市公司或其子公司发生效力的标准，并不符合实际情况和需求，也可能会影响金融市场交易安全的保障。

因此，确有必要在司法解释之外深入探讨并细化合理的审查标准，既为相关争议解决案件的处理提供有益的思路，也为相对人尤其是金融机构相对人在与上市公司或其控股子公司签署担保合同时如何把握审查尺度提供参考。

二、交易所层面原则上要求上市公司应在担保额度预计项下的单笔担保发生时进行公告，但该等规定并不必然成为认定担保合同法律效力的判断标准

（一）交易所层面要求上市公司原则上应在担保额度预计项下的单笔担保发生时进行公告

首先在监管机关层面，并没有针对担保额度预计项下单笔担保发生时是否需要进行信息披露作出规定。即便是在2022年新发布的《上市公司监管指引第8号——上市公司资金往来、对外担保的监管要求》（以下简称“8号指引”）中也未曾提及。

在2022年修订前后的上交所、深交所上市规则中有关担保事项的相关规定，更多是偏向于明确关于担保事项有权决策机构、决议程序方面的规定，即哪些担保事项应当经过“董事决”，哪些事项应当经过“董股决”，但并未对担保额度预计形式的适用前提、被担保主体范围或担保额度预计项下单笔担保发生时是否应当进行信息披露等作出明确规定。

仅有上交所和深交所的自律监管指南或指引对担保额度预计形式对外提供担保进行了规定：

1. 担保额度预计形式的对外担保主要适用上市公司控股子公司和合营、联营公司

根据《深圳证券交易所上市公司自律监管指引第1号》和《上海证券交易所上市公司自律监管指南

第1号—公告格式（2022年修订）》的《第四号 上市公司为他人提供担保公告》的内容来看，深交所和上交所原则上认为适用担保额度预计形式对外提供担保的主体，主要是上市公司的控股子公司和合营、联营公司。

而实践中，以担保额度预计形式提供担保确实多见于上市公司对其控股子公司担保（含控股子公司之间的担保），仅有少数公司会涉及合营、联营方，或者非关联第三方（比如根据业务实际情况为经销商或最终买受人等在特定业务项下制定担保额度）。

2. 交易所层面原则上要求上市公司对于担保额度预计项下的单笔担保发生时需进行公告

上交所和深交所均要求担保额度预计项下单笔担保发生时需及时进行公告：

- 2022年《深圳证券交易所上市公司自律监管指引第1号》（2022年）¹，其附件1《深圳证券交易所上市公司自律监管指引第1号—主板上市公司规范运作》第6.2.6条和6.2.7条对于被担保对象包括上市公司控股子公司、或上市公司合营或联营企业两类主体提供担保预计时，都明确“担保事项实际发生时，上市公司应当及时披露，任一时点的担保余额不得超过股东大会审议通过的担保额度。”
- 《深圳证券交易所上市公司自律监管指南第2号-公告格式（2022年4月修订）》²的《交易类第5号—上市公司对外担保公告格式》中明确要求，“已审议额度内的担保实际发生时，除按本公告格式披露相关内容外，还应当在相关公告中明确披露对被担保方相关担保额度的审议情况，包括审议过程、审议时间、审议的担保额度以及本次担保前后对被担保方的担保余额（已提供且尚在担保期限内的担保余额，下同）、可用担保额度等。”
- 《上海证券交易所上市公司自律监管指引第1号—规范运作》与《上海证券交易所上市公司自律监管指南第1号—公告格式（2022年修订）》的《第四号 上市公司为他人提供担保公告》中关于额度担保预计项下的担保事项实际发生时应当及时披露公告的要求与《深圳证券交易所上市公司自律监管指引第1号—主板上市公司规范运作》和《深圳证券交易所上市公司自律监管指南第2号-公告格式（2022年4月修订）》基本一致。

（二）交易所层面的上述规范要求更多是出于合规管理目的，并不必然成为认定担保合同法律效力的判断标准

虽然《民法典担保制度解释》第九条的制度设计参考了《上市公司信息披露管理办法》和上交所、深交所的交易规则，但并不代表最高人民法院就相同议题与监管部门、交易所的态度完全一致，更不代表最高人民法院一定会直接依据监管部门、交易所的监管文件或操作指引，作为担保合同法律效力的判断标准。事实上，通常情况下监管部门、交易所层面的规范较之法律规定应当更为严格。

以境内上市公司控股子公司对他人提供担保为例，无论是根据深交所还是上交所的规定，上市公司控股子公司对外提供担保视同为上市公司提供担保，除了控股子公司层面需要作出相应公司决议，上市公司层面也需要作出相应公司决议。然而最高人民法院在《民法典担保制度解释理解与适用》中明确表示，“境内上市公司控股子公司为他人提供担保，当然应当由控股子公司自己依法依章程决议。但是控

¹ 该规定是替代《深圳证券交易所上市公司规范运作指引（2020年修订）》（现已失效），新旧指引规定中对于担保预计发生时，上市公司应及时披露的规定是一致的。

² 该指南是替代《深圳证券交易所创业板上市公司业务办理指南第6号—信息披露公告格式（2021年9月修订）》（现已失效），新旧指引规定中对于担保预计发生时，上市公司应及时披露的规定是一致的。

股子公司作出决议后，需要由境内上市公司对此进行公告，那么公告前，是否还需要境内上市公司对此再进行决议呢？我们认为，不需要。对此，应尊重监管机关及交易所的规定。”因此，如果上市公司对其控股子公司对外担保事项作出公告、但未在上市公司层面就其控股子公司对外担保事宜作出决议，可能会存在因违反相关监管要求而被处罚的风险，但原则上最高人民法院认为不会因此影响到担保合同的效力。

由此可见，最高人民法院对于上市公司对外担保的部分议题的尺度和标准是低于监管机关和交易所的要求的，上市公司违反监管部门及交易所规定可能存在被处罚的风险，但未必会导致合同对上市公司不发生法律效力，因此直接将上交所和深交所相关自律监管指南或指引中关于担保额度预计项下的单笔担保发生时需进行及时公告的要求，作为认定担保合同是否发生法律效力判定标准，并无充分的说服力。

三、虽然交易所层面原则上要求上市公司应在担保额度预计项下的单笔担保发生时进行公告，但结合上市公司的实际披露情况和监管处罚案例来看，监管部门并没有将上市公司是否在单笔担保实际发生时进行公告作为监管重点，尤其是上市公司合并报表内主体之间的相互担保

我们挑选了一些央企上市公司、民营上市公司、地产公司对其相关担保事项公告进行检索，包括中国电建、中集集团、中国铁建、海尔智家、华夏幸福、比亚迪等。检索涉及的上市公司近三年的公告显示，大多数上市公司均就担保额度预计决议进行过公告，但在担保实际事项发生时进行公告的情况较少。部分上市公司（如华夏幸福、保利发展），仅是在制定年度担保额度预计后，定期或阶段性披露一定期限内累计的新增担保。

同时，根据我们检索到的证监会对上市公司违规担保的行政处罚案例显示，处罚事由基本都集中于向实控人、控股股东或其他关联方违规提供担保及未按规定履行信息披露义务³。

简而言之，即便实践中很多上市公司未对担保额度预计项下单笔担保事项实际发生时进行公告，但行政处罚的案例仍主要集中在上市公司违规为实控人、控股股东或其他关联方提供担保，暂未检索到上市公司或其控股子公司因对上市公司合并报表范围内的子公司的正常经营活动而提供内部担保被处罚的案例。前述案例检索结果，也与上交所、深交所在上市规则中对于违规担保除外情形的规定相一致，即在“担保对象为上市公司合并报表范围内子公司”情形下违反规定决策程序对外提供大额担保的情形，属于风险警示的例外情形。

究其根本原因，我们认为相较于上市公司对其控股股东、实控人或其他关联方违规提供担保，上市公司向合并报表范围内控股子公司提供担保的风险相对可控，未实质损害上市公司利益。事实上，从2022年5月7日刚刚发布的《上海证券交易所上市公司自律监管指南第1号—公告格式（2022年修订）》（以下简称“《上交所自律指引（2022）》”）的《第四号 上市公司为他人提供担保公告》就可以看出上交所对上市公司合并报表范围内主体相互提供担保的差别化处理方式，“上市公司因担保发生频次较高，逐笔披露确有不便的，可以按月汇总披露上市公司为子公司、子公司之间等上市公司并表范围内实际发生的担保情况，但应当充分论述原因及合理性。”由此可见，上交所层面已经明确允许在上市公司为子公司、子公司之间等上市

³ 以22年最新披露的相关行政处罚案例为例：1) 600090 *ST 济堂为控股股东及其关联方提供担保未及时披露且未在定期报告中披露，且为关联方提供担保的一个案件已被法院判决上市公司不承担任何责任。2) 002086 ST 东洋对控股股东及其关联方未经上市公司审议程序提供担保，未及时披露且未在定期报告中披露；3) 002656 ST 摩登上市公司或子公司名义未经上市公司审议程序，对关联方提供担保、未及时披露且未在定期报告中披露；4) 300392 腾信股份：上市公司子公司未经上市公司审批，对第三方提供担保且为及时披露、未按定期报告中披露被处罚；

公司并表范围内实际发生担保的情况下，可以事后进行集中公告。

因此，对于上市公司以担保额度预计形式对外提供担保是否需要逐笔公告，担保合同是否发生效力，确实有必要充分考虑上市公司的实际情况和监管尺度差异，针对不同情况确定合理的审核标准并分情况讨论。

四、上市公司担保额度预计决议项下担保合同的效力认定及相对人的审查建议

（一）严格根据《民法典担保制度解释》的规定，要求上市公司就单笔担保事项进行公告，可确保担保合同对上市公司发生效力

对于接受上市公司及其控股子公司提供担保的债权人，从最为稳妥的角度是建议能严格根据交易所的规则及《民法典担保制度解释》的要求，在担保合同签署前由上市公司先行就该单笔担保事项进行公告披露，并由相对人就如下方面进行审查：

1. 审查担保额度预计对应的内部决议公告，核实确认公告是否披露了担保额度预计是否已经董事会和股东大会决议通过；并审查截至本次担保合同签订时，该等担保额度预计是否仍在有效期内；
2. 审核被担保人是否适用该等已经公告的担保额度预计决议；
3. 核实本次担保合同的担保金额是否超出担保额度预计，包括但不限于担保额度预计项下本次担保事项的公告中所披露的额度使用情况、最新一次单笔担保事项公告中所披露的或定期担保事项进展公告中披露的额度使用情况；
4. 核实担保额度预计决议中，对于审批具体单笔担保事项的授权代表签字人，比如是否授权给董事长或其他有权决策人。如果股东大会授权给董事会决定单笔事项的，则还需审查相应的董事会决议公告；
5. 上述四方面是基于最高人民法院“公示公信”原则出发应当在单笔担保事项发生时进行审核的基本内容。但从审慎合规的角度，尤其是对金融机构相对人，还建议进一步核实上市公司的公司章程及内部担保管理办法（如有），以及如涉及央企或地方国企上市公司的，提示还需核实是否符合《关于加强中央企业融资担保管理工作的通知》或相关地方国资管理规定。

另外需要补充的是，根据《民法典担保制度解释》的表述，最高人民法院认为上市公司对外担保的正确顺序是：先“决议”，后“公告”，再“签合同”。但我们认为，公司对外担保制度的核心和本质还是在于代表权限制，如能在担保合同签署前，就取得单笔担保发生公告当然最好，如不能，则应当允许上市公司事后对其意思表示进行补正，及时对相关担保事项以公告方式进行追认，法理上仍然可以形成有效的授权外观。如凌源钢铁股份有限公司（代码：600231）于2022年5月11日发布《关于为控股股东提供担保的进展公告》，对担保额度的使用进展进行了事后补充公告，其中对于担保合同的内容、担保金额、剩余担保额度均进行了详细说明。

实践中部分融资合同可能存在较长提款期、或因担保人原因，确实不能在签约前完成单笔担保事项公告的，则建议将担保公告设定为放款先决条件，我们理解该种方式也可以实际控制相关风险，实现放款前该担保合同已实际对上市公司或其控股子公司发生效力。

（二）如上市公司在担保额度预计公告之外，不愿意就单笔担保事项进行公告的，则我们认为针对不同被担保人署的单项担保合同的风险程度不同，相对人的审查建议也有所差异

1. 如被担保主体为控股股东、实控人或其他关联方，以及其他合并表范围外的主体，则从谨慎角

度建议应由上市公司事先就该单次担保事项进行单独公告，退一步而言应当要求上市公司事后尽快补充公告

如上所述，担保额度预计实践中主要用于控股子公司，较少用于向控股股东、实控人、其他关联方以及其他合并报表范围外主体提供担保，但向上述主体提供担保对于上市公司和投资者的利益影响相对较大，尤其是针对控股股东和实控人及其他关联方的担保一直都是监管部门的关注重点。所以我们认为，如果是针对控股股东、实际控制人或者其他关联方的担保额度预计项下的单次担保事项发生时，应当尽可能严格按照《民法典担保制度解释》的规定，要求上市公司层面提供就该单次担保事项进行决议和公告，否则确实存在可能被认定为不发生效力的风险。

具体的审核建议除了上述本部分第1点之外，同时**需要额外提示的是：**

- 如是涉及对其他关联方的担保，除需核实与担保有关的事项之外，还需同时审查是否已妥善履行关联担保程序、关联交易审查程序。
 - 若上市公司系基于某些特定具体业务类型给予相应担保额度预计的，除了需要核实被担保人是否适用担保额度预计决议，还需核实具体的被担保债务对应的交易，是否与担保额度预计决议中所列的业务类型一致。
 - 需关注此次担保的额度使用是否设有先决条件，比如对参股公司提供担保是否需按持股比例进行担保、如超比例担保其他股东有无落实反担保措施；或是否涉及担保额度调剂、是否满足额度调剂前提等。
2. 对于上市公司为子公司、子公司之间等上市公司并表范围内发生的担保，可适度放宽对单笔担保公告的要求

如上所述，实践中上市公司以担保额度预计形式对外提供担保主要发生在上市公司合并报表范围内，且上述情况并非监管部门重点关注对象。同时，从《上交所自律指引（2022）》的《第四号 上市公司为他人提供担保公告》内容来看，实际已允许上市公司为子公司、子公司之间等上市公司合并表范围内的担保在担保事项发生后集中进行汇总公告，由此反映交易所层面已经适当放宽了对上述担保的披露要求。

我们理解，监管部门此前并未发文明确确认上市公司可以通过补充公告的方式弥补合规瑕疵，而《上交所自律指引（2022）》的《第四号 上市公司为他人提供担保公告》却直接认可了事后集中汇总公告的合规性。基于上述交易所规则所体现的动向，我们倾向于认为，对于上市公司并表范围内发生的担保如能进行事后集中公告，担保事项仍被法院以不符合《民法典担保制度解释》为由认定为不发生效力的可能性较小。

当然，上述操作方式目前仅在上交所有所规定，之后深交所是否跟进值得我们进一步关注。

综上所述，上市公司担保额度预计项下担保合同的效力如何判断，仍然有待司法实践进一步明确。而作为争议解决律师和相对人，应当充分注意到该等担保形式所存在的不确定性和个案的差异性，并根据不同项目的实际情况，对担保合同的效力进行审查或提供法律意见。

特别声明

汉坤律师事务所编写《汉坤法律评述》的目的仅为帮助客户及时了解中国或其他相关司法管辖区法律及实务的最新动态和发展，仅供参考，不应被视为任何意义上的法律意见或法律依据。

如您对本期《汉坤法律评述》内容有任何问题或建议，请与汉坤律师事务所以下人员联系：

叶志豪

电话： +86 21 6080 0568

Email: zhihao.ye@hankunlaw.com