

涉上市公司争议解决系列之（一）：《民法典》时代上市公司对外担保热点“九问”

作者：孙伟 | 叶志豪 | 陈治涵

序言

就中国经济的整体而言，无论是为了对内推动企业部门融资体系的转变，降低企业负债水平，鼓励社会资本从债权融资模式转变为股权融资模式；还是为了在全球政经环境巨变、科技竞争加剧的背景下，对外增强中国企业的竞争力，推动以创新技术、硬科技驱动的经济的发展，加快建立和规范多层次境内资本市场的发展都是既定的战略抉择。而资本市场交易主体的多元性、交易规则的复杂性、交易产品的多样性，使得与上市公司相关的法律问题和争议处置存在很多特殊规则和复杂性，据此我们结合实务经验及课题研究，推出“涉上市公司争议解决系列”课题。

最高人民法院在2019年11月公布的《全国法院民商事审判工作会议纪要》中，首次将上市公司与一般封闭公司对外担保制度相区分并予以单列。之后，最高人民法院在2020年12月正式出台《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》”），以司法解释的形式对上市公司对外担保制度进行了明确，也引起了各界的热烈讨论。

《民法典》和《民法典担保制度解释》实施后，最高人民法院出版了《民法典担保制度司法解释理解与适用》（以下简称“《民法典担保制度司法解释理解与适用》”），对《民法典担保制度解释》的具体条款文义和制定目的作了更为详细的说明，证监会层面出台了《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”），交易所层面也陆续更新了相关自律监管指引或指南。上述阐述、规定对于我们理解、认识上市公司对外担保制度提供了更多支持和依据，再次引起了我们的关注。因此，笔者尝试结合上述法律、法规、各层级规范、最高人民法院的阐述以及上市公司的实操和笔者的实践，对上市公司对外担保制度相关热点问题进行答疑。

问题一：认定上市公司对外提供担保是否有效的基本裁判思路？

解读：

1. 上市公司的董事会或股东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”；

3. 相对人根据上述“适格决议+公告”所需形成的“授权外观”签署的担保合同即对上市公司发生效力。

最高人民法院在《民法典担保制度解释》第七条和第八条对一般封闭公司对外担保的情形进行了原则性规定。简而言之，最高人民法院认为：公司对外进行担保时，应当通过内部决策机制完成授权。同时对于相对人而言，如经过善意审查后可以认定担保方具备应完成内部决策授权特定人或者公司机关签署担保合同的“授权外观”，则担保合同就可对相对人发生效力。

因此，判断上市公司对外担保是否有效的的基本逻辑与一般封闭公司一致。只是最高人民法院认为，根据有关法律和监管规定的要求，上市公司只要进行合规担保，都会进行公告，并在此基础上设计了上市公司对外担保的相关制度，明确相对人只有在审查了上市公司公开披露的担保合同主要内容的情况下，其与上市公司签署的担保合同才对上市公司发生效力。

问题二：相对人对上市公司担保事项公告审查的具体标准和原则？

解读：

最高人民法院的倾向性意见是，相对人基于“公示公信”原则，有理由相信经过公告的决议系符合监管规则和公司章程的。上市公司应当对其公示的信息的准确性、合规性、合法性自行承担 responsibility。

最高人民法院在《民法典担保制度解释理解与适用》中提出，“对于上市公司订立担保合同的相对人的善意标准要求应当更高。这个标准应当是，以上市公司公开披露的担保信息为准。”“担保债权人对公告的信赖利益应当受到保护；参考物权法中的‘公示公信’原理，担保债权人理由相信，只要是经过公告的公司决议，就应当符合监管规则和公司章程。”“如果担保事项事实上未经决议通过，但是上市公司在公告信息中虚假陈述其已经董事会或者股东大会决议通过，该担保对上市公司发生效力。”

当然，“公示公信”只是原则，哪些担保事项（比如上市公司向股东、实际控制人及关联人提供担保）需经过股东大会决议，相关法律、法规和交易规则均有明确规定，相对人仍有义务予以自行了解，并在此基础上对上市公司公告予以合理审查。

问题三：除了担保事项公告外，是否需要进一步审查董事会或者股东大会决议公告和公司章程？

解读：

原则上只要公告能够反映对外担保事宜是经过董事会或者股东大会决议通过即可，没有必要对相对人需要审查的公告类型予以限制，相对人并非一定要审查原始的董事会或者股东大会决议，否则有违上述“公示公信”原则。

对于上市公司对外担保事宜，一般情况下或者仅需由董事会作出决议，或者同时需要董事会和股东大会作出决议，因此实践中与上市公司对外担保有关的公告形式可能体现为作出担保事项公告、董事会决议公告、或股东大会决议公告。

但是最高人民法院在制定《民法典担保制度解释》时，并未要求相对人对上述任何一种或者多种公告进行审查，而是选择要求相对人根据“上市公司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，因此笔者倾向于认为最高人民法院对于公告内容审查的要求“实质大于形式”，也就是说只要公告内容可以反映相关担保事项已经董事会或者股东大会决议通过即可。

但需要提示的是，以现行有效的《深圳证券交易所创业板上市公司自律监管指南第2号—公告格式》为例：其在《第7号 上市公司提供担保公告格式》中仅要求上市公司“简要说明董事会审议担保议案的表决情况；交易生效所必需的审议或审批程序，如是否需经过股东大会或政府有关部门批准等。”因此，如果上市公司的担保事项公告中明确表示，“相关对外担保已经董事会决议通过，但还需要股东大会的批准”，而股东大会是否已经通过决议予以批准的相关信息并未体现在担保事项公告中时，则相对人应当进一步审查上市公司的股东大会公告。尤其是诸如上市公司为关联方提供担保等根据《公司法》及相关监管要求必须由股东大会审批通过的相关担保事项，只要担保事项公告中未提及股东大会审批通过的具体内容，则相对方就应当进一步审查上市公司的股东大会公告。

对于公司章程，最高人民法院在《民法典担保制度解释理解与适用》中强调，基于“公示公信”原则，担保债权人应当有理由相信，只要是经过公司的公告决议，就应当是符合监管规则和公司章程的，因此原则上不要另行审查。这一观点与最高人民法院在《全国法院民商事审判工作会议纪要理解与适用》一书中所提到的，相对人有义务审查上市公司章程的论述有所调整，也体现了最高人民法院对上市公司对外担保审查原则及标准的修正。

但基于合规要求及谨慎、稳妥起见，实务中我们仍然建议在可能的范围内仍然应当审查上市公司的章程、核实该等事项根据章程规定是否确已履行适当的上市公司内部决议程序，并根据就章程中应履行的决议程序与上市公司相关担保公告中信息一并予以审查，以确保尽到审查义务。

问题四：上市公司控股子公司为上市公司提供担保是否适用《民法典担保制度司法解释》？

解读：

我们倾向于认为，上市公司控股子公司为上市公司提供担保的，并不属于“上市公司对外担保”行为，既不会对投资人造成损害，也不存在违反监管的情形，因此并非最高人民法院旨在通过司法解释第九条予以规范的对象，未经公告不影响上市公司控股子公司为上市公司提供担保的效力。

《民法典担保制度解释理解与适用》中，最高人民法院将《民法典担保制度解释》的“条文主旨”表述为“本条是关于境内上市公司对外提供担保的规定。”因此，应当以何种标准判断“对外担保”的范围？

司法实践中，对于因上市公司对外担保引发的诉讼案件，包括最高人民法院在内的各级法院一般都会引用原《关于规范上市公司对外担保行为的通知》（以下简称“120号文”，现已经失效）和《8号指引》加以进一步的解释和说明。《120号文》和《8号指引》均规定，“本指引所称‘对外担保’，是指上市公司为他人提供的担保，包括上市公司对控股子公司的担保。”因此，“对外担保”是指上市公司为“他人”提供的担保，并不包括以上市公司为被担保人的情形。

最高人民法院在《民法典担保制度司法解释理解与适用》中也明确认为，该司法解释第九条设立的初衷是“通过规则防止境内上市公司违规担保，损害广大中小投资者利益，由于境内上市公司为自身债务担保并不是违规担保，所以该条的适用范围是境内上市公司为他人提供担保。”同时最高人民法院还进一步解释，“经过调查研究了解到，上市公司的资产绝大多数在其控股子公司，上市公司本身的资产并不多，如果与控股子公司订立的担保合同不纳入本条的调整范围，则本条的作用会大打折扣。”因此，最高人民法院制定该司法解释第九条第三款的目的，仍然在于规范“上市公司对外担保”行为，将上市公司控股子公司的资产视为上市公司的资产加以规范，而非意在以上市公司控股子公司为出发点，简单地对控股子公司向其之外的第三方提供担保进行规范。

因此，无论是基于《120号文》、《8号指引》还是《民法典担保制度解释》，我们倾向于认为从担保效力

角度而言，判断“对外担保”是以被担保人是否是“上市公司”自身为标准，而非以被担保人是否为“上市公司合并报表内的主体”为标准。《民法典担保制度解释》第九条旨在规范的“对外担保”不包括以上市公司为被担保人的情形，例如上市公司为自身提供担保、以及上市公司控股子公司为上市公司提供担保。但上市公司为控股子公司、上市公司控股子公司之间以及上市公司控股子公司与他人之间的担保，因涉及将上市公司及上市公司在控股子公司中的资产用于对外担保，仍然属于《民法典担保制度解释》第九条所规制、适用的情形。

需要提示的是，从合规角度来看，上交所和深交所对于上市公司控股子公司提供担保提出了更高的信息披露监管要求。例如在《上海证券交易所上市公司自律监管指引第1号—规范运作》（2022）和《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》（2022）都规定，上市公司控股子公司为上市公司合并报表范围内的法人或者其他组织提供担保的，上市公司应当在控股子公司履行审议程序后及时披露。因此，根据交易所的监管要求，上市公司控股子公司为上市公司提供担保，上市公司仍然应当就上述事宜对外进行披露和公告。

综上所述我们认为，从担保效力角度而言，上市公司控股子公司为上市公司提供担保，并不适用《民法典担保制度司法解释》。由于上述观点系笔者基于对司法解释制定目的所作的理解，尚未检索到任何因上市公司控股子公司为上市公司提供担保而引发的、关于担保合同效力的诉讼案件，因此后续还需关注司法实践中关于该问题的认定和论述。

问题五：上市公司控股子公司对外担保，由控股子公司还是上市公司进行董事会或股东（大）会决议？

解读：

最高人民法院认为，从担保合同效力判断角度而言，上市公司控股子公司对外提供担保，“适格决议”的主体是控股子公司而非上市公司，但“公告”义务的主体是上市公司。

最高人民法院在《民法典担保制度司法解释》中表示，“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规决议。但是控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。”由此可见，最高人民法院的意见是，上市公司控股子公司对外提供担保，不区分是否针对合并报表范围内或外主体，决议主体是该控股子公司而非上市公司，但公告主体是上市公司。

当然，最高人民法院也提到，应当尊重监管机关及交易所的规定，是因为对于上市公司控股子公司对外担保，尤其是对上市公司合并报表范围之外的主体提供担保的，监管机关和交易所都会要求上市公司层面进行决议。

以《8号指引》为例，第十五条规定“上市公司控股子公司对于向上市公司合并报表范围之外的主体提供担保的，应视同上市公司提供担保，上市公司应按照本章规定执行。”2022年《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6.2.1条规定，“上市公司控股子公司为上市公司合并报表范围内的法人或者其他组织提供担保的，上市公司应当在控股子公司履行审议程序后及时披露。按照本所《股票上市规则》第6.1.10条，需要提交上市公司股东大会审议的担保事项除外。上市公司控股子公司为前款规定主体以外的其他主体提供担保的，视同上市公司提供担保，应当遵守本节相关规定。”

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，可能会因为违反相关监管要求而招致处罚，但原则上不会影响担保合同的效力。为

了保险起见，仍然建议相对人尽可能要求上市公司层面就控股子公司对外担保事宜作出相关决议。

问题六：相对人能否先与上市公司签署担保合同，再由上市公司就担保事项安排补发公告？

解读：

我们倾向于认为，公司对外担保制度的核心在于代表权限制，因此即便上市公司对外提供担保未能及时履行公告程序，理论上也应当允许上市公司事后对其意思表示进行补正，因此如果上市公司能够及时对相关担保事项进行追认和公告，仍然可以形成有效的授权外观并追认担保合同的效力。

依照《民法典担保制度司法解释》第九条的文义解释，最高人民法院要求上市公司应当先行就担保事项已经董事会或股东大会决议通过一事进行公告，再由相对人根据该公告与上市公司签订担保合同，该担保才对上市公司发生效力。

同时，原《120号文》及现行《8号指引》均要求上市公司在对外提供担保之前，应当由董事会或者股东大会作出相应决议并及时进行披露。同时《120号文》和《8号指引》还强调，上市公司在办理贷款担保业务时，应向银行业金融机构提交《公司章程》、有关该担保事项董事会决议或者股东大会决议原件、该担保事项的披露信息等材料。

然而，根据之前问题的分析意见，我们认为公司对外担保制度的核心在于代表权限制，因此即便相对人并未合规地按照程序进行公告，理论上也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进行追认，仍然可以形成有效的授权外观。最高人民法院在（2021）最高法民终511号一案中认为，“本案中，湖南天润公司董事会作出了同意为恒润华创公司就涉案债务提供担保的董事会决议，但该决议并不符合《中华人民共和国公司法》第十六条第二款的规定，也未经公司股东大会审核批准，事后该担保行为也未得到湖南天润公司股东大会追认授权，故案涉担保并未经过湖南天润公司作出有效的决议。”由此可见，该案中最高人民法院的裁判逻辑已经表露出事后追认的可行性。

实践中，也有上市公司开始就担保事项的公告进行补正和追认。例如2022年4月29日，深圳广田集团股份有限公司就发布了一则《关于补充审议对外提供担保的公告》，就该公司于2020年11月为符合资质条件的上下游供应链商的贷款提供担保一事进行了补充公告。部分金融机构相对人还会在与上市公司签署担保合同的同时，要求上市公司尽快完成额度实际占用的公告，并在公告后进行放款，以此保证担保合同在放款前已经对上市公司发生效力。

我们应当充分理解，判断担保合同是否对上市公司发生效力，与上市公司是否合规对外提供担保是两个层面的问题。上市公司在担保合同签署后再就担保事项已经通过决议进行公告，虽有可能补正“授权外观”，但上市公司仍有可能因对外担保过程中存在不合规行为而受到行政处罚。

问题七：2021年1月1日前签署的上市公司担保合同是否适用《民法典担保制度解释》第九条，上市公司是否只有对相关“适格决议”进行“公告”才能使担保合同对上市公司发生效力？

解读：

我们倾向于认为，2021年1月1日之前签署的上市公司担保合同，如适用《民法典担保制度解释》会减损债权人合法权益并背离债权人的合理预期，因此原则上应不适用《民法典担保制度解释》。

从公司对外担保制度的沿革来看，《民法典担保制度解释》第九条是对《公司法》第十六条的司法解释。原则上，司法解释应当具有溯及力。

但是最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民法典〉时间效力的若干规定》（以下简称“《民法典时间效力解释》”）第三条规定，“民法典施行前的法律事实引起的民事纠纷案件，当时的法律、司法解释没有规定而民法典有规定的，可以适用民法典的规定，但是明显减损当事人合法权益、增加当事人法定义务或者背离当事人合理预期的除外。”

由于在《民法典担保制度解释》第九条关于上市公司对外担保的制度设计是《公司法》第十六条的创制性特别规定，如果适用于《民法典》实施前签署的担保合同，确实会减损债权人合法权益并背离债权人的合理预期，因此原则上不应适用 2021 年 1 月 1 日之前签订的担保合同。上海金融法院在（2021）沪 74 民初 1195 号一案中，就明确持有上述观点并最终认定，原告与被告之间于 2018 年 12 月 19 日签订的质押担保合同不因未履行披露义务而无效。

福建省高级人民法院在 2021 年 1 月就（2020）闽民终 1942 号一案作出的二审判决中，则从另一个角度对该问题进行了论述。根据《民法典时间效力解释》第二条的规定，对于民法典实施前的法律事实引起的民事纠纷案件，当时的法律、司法解释有规定的，原则上应当适用当时的法律、司法解释的规定。在《民法典》实施前，《公司法》第十六条及《120 号文》第一条对公司对外担保的问题已经进行了相应的规定。法院认为，由于《120 号文》并未规定相对人负有审查信息披露公告的义务，因此认定案涉质押合同符合法律要求的审批程序且经相对人合理审查，依法有效。福建省高级人民法院的上述判决同样说明 2021 年 1 月 1 日之前签订的担保合同项下的债权人，对“公告”是担保合同发生效力的前提要件不具有合理预期。

问题八：2021 年 1 月 1 日前签署的上市公司担保合同，如因“越权担保”等原因被法院认定无效的，上市公司是否能引用《民法典担保制度解释》第九条认定担保合同无效而无需承担任何赔偿责任？

解读：

最高人民法院认为，对于 2021 年 1 月 1 日前签署的上市公司担保合同因为没有经“适格决议”被认定担保合同无效的情况下，应当适用民法典生效之前的《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》”），即上市公司应当根据过错承担部分赔偿责任。

根据《担保法解释》第七条规定，“主合同有效而担保合同无效，债权人无过错的，担保人与债务人对主合同债权人的经济损失，承担连带赔偿责任；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。”第八条规定，“主合同无效而导致担保合同无效，担保人无过错的，担保人不承担民事责任；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三分之一。”

因此，根据《担保法解释》的上述规定，相对人与上市公司订立的担保合同被认定无效的，境内上市公司应当视情况承担不超过主债务人不能履行部分的二分之一或者三分之一的民事责任。

而《民法典担保制度解释》第九条则规定，如法院认定相对人与上市公司之间的担保合同对上市公司不发生效力，则上市公司不承担任何赔偿责任。

需要说明的是，根据案例检索得知，在 2021 年 1 月 1 日之前公司法定代表人以公司名义越权对外提供担保的情况下，法院就已经开始认定“越权担保”会导致合同无效，并根据《担保法解释》认定担保方应当承担最高不超过主债务人不能履行部分的二分之一或者三分之一的民事责任。因此，实务中 2021 年 1 月 1 日之前法院认为“越权担保”导致“担保合同无效”，相当于现行《民法典担保制度解释》中所称的缺乏“授权外观”会导致“担保合同不发生效力”。

然而在《民法典》生效后的司法实践中，对于 2021 年 1 月 1 日前签署的上市公司担保合同因“越权担保”被认定担保合同无效或者不发生效力的情况下，是适用民法典之前的《担保法解释》还是《民法典担保制度解释》认定上市公司的法律责任存在分歧。如果适用《担保法解释》则上市公司仍然需要承担一定的赔偿责任，而如果适用《民法典担保制度解释》则上市公司将无需承担任何赔偿责任。

在（2021）京 03 民终 7029 号一案中，北京市第三中级人民法院认定，“该司法解释（指《民法典担保制度解释》）属于针对上市公司越权担保的特别规定。涉案越权担保行为虽发生于该司法解释颁布之前，因其时法律、司法解释并未就上市公司越权担保责任问题做出专门性规定，故本案应适用上述司法解释。”

北京市第三中级人民法院认为，《担保法解释》第七条和第八条关于合同无效后责任认定的规定并不针对上市公司。根据《民法典时间效力解释》第三条的规定，“第三条民法典施行前的法律事实引起的民事纠纷案件，当时的法律、司法解释没有规定而民法典有规定的，可以适用民法典的规定。”因此，对于 2021 年 1 月 1 日之前订立的上市公司担保合同，如被认定为无效，则应当适用《民法典担保制度解释》第九条的规定认定上市公司的责任，即上市公司无需承担任何保证责任和赔偿责任。

而在（2021）最高法民终 511 号一案中，最高人民法院就持相反观点，认为在 2021 年 1 月 1 日之前签署的担保合同如依法被认定为无效，则有关担保方的责任认定应当适用《担保法解释》。该观点的核心在于认为《公司法》和《担保法解释》并未区分上市公司和一般封闭公司，因此上市公司越权担保导致合同无效或者不发生效力的法律责任与一般封闭公司相同，而非没有规定。因此在 2021 年 1 月 1 日之前上市公司签订的担保合同依法被认定为无效或不发生效力，根据《民法典效力解释》第二条的规定应当适用当时的《担保法解释》。

最高人民法院在《民法典担保制度解释理解与适用》中，再次明确强调了上述第二种观点，认为 2021 年 1 月 1 日之前签署的上市公司担保合同无效的情况下，应当要求上市公司按照《担保法解释》的规定承担相应的法律责任。

问题九：《民法典担保制度解释》第九条是否适用境外上市公司？

解读：

境内注册、境内上市的公司提供的担保，肯定适用《民法典担保制度解释》；境外注册、境外上市的公司，肯定不适用《民法典担保制度解释》；境内注册、境外上市的公司是否适用，尚待最高院进一步确认。

最高人民法院在《民法典担保制度解释理解与适用》中对该问题进行了说明：

1. 接受境内注册、仅在境外上市的公司提供的担保，以及接受境内注册、同时在境内境外上市的公司提供的担保，是否适用《民法典担保制度解释》，还需另行研究，之后会再通过正式的途径表明最高人民法院的观点；
2. 接受境外注册、境外上市的公司提供的担保，因境外注册公司不属于我国《公司法》调整的范围，因此其对外担保行为也不适用我国法律。

因此，结合《民法典担保制度解释》第九条的规定，目前该条文明确适用的主体范围为境内注册并且在境内证券交易所上市的股份有限公司，及其公开披露的控股子公司。但对于境内注册、境外上市的公司提供的担保，因未能实际排除《民法典担保制度解释》的适用，实务中我们仍然建议担保权人在可行的范围内，从严把握相关标准，要求相关上市公司履行相关公告义务。

除了上述重点问题，实践中对于上市公司以担保额度预计形式对外提供担保也存在较大争议，我们将着重就该问题另行撰文展开深入的分析 and 讨论。

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：

孙伟

电话： +86 21 6080 0399

Email: wei.sun@hankunlaw.com

叶志豪

电话： +86 21 6080 0568

Email: zhihao.ye@hankunlaw.com