

老话题中的新问题 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/484/2021_2022__E8_80_81_E8_AF_9D_E9_A2_98_E4_c122_484128.htm 论上市公司对外担保文•张圣怀 北京市天银律师事务所 担保，本是一个老问题。但担保发生在上市公司中，便产生了许多新内容。这些新内容的产生，根源于上市公司这个特殊主体。一、“对外”担保中“外”的界定 简言之，为他人担保即为对外担保，为自己担保则不属于对外担保。可是，什么是“他人”，这个看来不是问题的问题，在实践中却出现了许多的模糊。举例说明。甲为上市公司，甲之下有一甲控股80%的下属企业乙。乙向银行借款时，甲为乙提供了担保，这个担保叫对外担保还是对内担保？实践中对此种情形有三种界定。其中，称甲对乙的担保为对内担保者不在少数。这种观点来源于下述理解：甲是乙的绝对控股股东，按财务制度甲需合并乙的财务报表。一经合并，乙并无单独的资产与负债，乙的资产与负债成为了甲的资产与负债，乙的全部财务状况便反映在甲之中，（对不属于甲的20%的权益部分，合并报表后列入甲的少数股东权益）。由此认定，甲对乙的担保，实际是甲对自身负债的担保，该种担保不属于对外担保的范畴。第二种说法，认为甲对乙的担保可以算作对外担保，但担保份额应按甲对乙担保的总额减去80%计算。这种说法源于第一种理解，同时承认该笔担保中有20%的份额在为他人担保。何以区别对外担保和对内担保，源于现行法律法规对上市公司规范运作的要求。如果是对外担保，则上市公司必须比照对外投资的权限要求履行审批程序，通常上市公司的公司章

程中明确规定了对外投资的审批权限。审批程序包括通知、审议和公告三步程序。公司对内担保则不视为对外投资，无需履行对外担保的审批程序，只需作必要的信息披露即可。上市公司必须严格遵守规范运作的要求，如果应由董事会或股东会审核的事项未有及时、正当履行审核程序或应即时披露的事项未能及时披露，构成上市公司违规运作，将受到证券监管部门（通常是两地交易所）通报批评或谴责等处罚，严重者将受到中国证监会查处。上市公司违规运作并因此而受到监管部门的处罚，对上市公司再融资将构成重大不利影响。在目前形势下，上市公司任何于再融资不利的因素都将对上市公司再融资构成威胁。控股子公司的财务报表合并于控股公司是现代财务制度的一项基本要求。但是这种合并不是法律意义上的公司的合并，报表的合并是为让投资者准确全面把握一个公司的财务状况的财会方法，它从来不意味着且永远也不意味着一个法律主体的消亡。在现代企业法律制度下，前述举例中的甲是独立法人，乙也是独立法人。甲和乙的法律关系的主要方面可简单概列三点：1.甲对乙有80%的投资决策权。2.甲对乙有80%的收益分配权。3.甲在乙破产清算时，有80%的剩余财产分配权。除该等关系外，无论甲对乙的控制关系如何大，甲的行为不能代替乙的行为。乙的行为所产生的财产损益不能归属于甲本身。对乙的债权人而言，乙的借贷关系和甲的担保关系是独立存在的两个法律关系。当乙不能履行债务时，甲所要承担的担保额是乙的全部债务而不是部分债务。前述通过计算甲对乙的控股比例来计算甲对乙的担保份也是不能成立的。这种推论的错误在于：人为地将乙公司的破产清算提前实现且在价值观念上将80%的股权

等同于80%的剩余财产分配权。其实，无论股权的价值与剩余财产分配权的价值是否等同，这是两个不同的权利和责任体系。剩余财产的多少与乙方经营状况成正比。而乙的经营是独立经营，甲方并不对乙方的经营承担任何经营亏损责任。无论甲对乙的控股比例如何，甲不能逃避对乙担保的全额风险责任。

二、上市公司对外担保的法律补救反担保的运用

2003年8月28日，中国证监会发出了《关于规范上市公司与关联方资金往来及上市公司对外担保若干问题的通知》。《通知》明确要求上市公司对外担保必须设立反担保。这是规范上市公司对外担保的一个重要举措。建立上市公司对外担保的反担保制度的法律意义，在于将上市公司履行保证责任后对被担保人的普通债权人地位提升为优先受偿的债权人地位。但前述通知并未就上市公司对外担保的原则，适用条件和反担保的具体运用要求作出明确规定。笔者结合我国现行法律法规的规定、司法实践及上市公司普遍存在的对外担保的状况，谈如下意见：

1. 应尽可能避免对外担保。从理论上，凡是对外担保均有风险，这种风险并非因有反担保措施的实施而完全避免。这种风险根源于任何反担保财产均存在执行、交割时的不可能性。在现行保险制度、司法制度不完善的条件下，反担保财产的自然灭失、反担保财产所有权的非正常转移等均可造成反担保财产成为空文财产。正因为此，一些上市公司已意识到对外担保的潜在风险而在实践中一律拒绝对外担保。这种法律保护意识是正确的。公司对外担保，无非是债权人将债务风险转移给担保人，而现行法律对债权人利益的保证几乎是绝对的，除非存在债权人与债务同谋欺诈、胁迫担保人等情形。而就上市公司而言，它与其他担

保主体相比最大的区别在于其权利主体的无限多元性。任何一投资主体有权且有可能对上市公司投资者利益的行为诉诸法律，对上市公司及其相关责任人员（主要包括董事）构成纠纷环境。所以，我们坚持主张，如果不存在上市公司不对外担保就不能生存和发展或对生存和发展构成重大障碍的情形，上市公司原则上应避免对外担保。

2．无法回避对外担保时，应尽可能以控股比例和控股值较小的下属企业为他人提供担保。

3．只能以上市公司自身的名义对外担保时务必设立反担保（上市公司下属能合并报表的企业的对外担保也应设立反担保）。反担保措施在目前形势下是减少对外担保风险的基本措施。反担保的核心是履行反担保的法律手续，即履行动产、股权的质押和不动产抵押的登记手续，只存在反担保协议或反担保承诺文件，但未能得到登记相关的认可，司法审判将难以认定该类反担保是有效反担保。实际中的一种重大误区是以为有反担保协议或反担保承诺即为反担保。

上述几个方面，是上市公司决定是否对外担保前的基本指导思想。但是，按上市公司规范运作的内在要求，并非任何可以履行反担保法律程序的财产均可作为反担保财产。能够作为反担保的财产，必须符合如下条件：

1．反担保财产应是可及时变现的财产。上市公司为他人仅是为他人的融资提供方便，上市公司不可能因对外担保行为本身获得任何直接经济利益。因此，上市公司若因对他人的担保而事后承担了担保责任，上市公司的首要任务是平衡因该担保责任的承担而为自身造成的经济损失。在平衡责任的程序上首先要求将反担保财产及时变现。及时性要求在财产变现过程中不能经过漫长的协商过程，不能出现该反担保财产难以寻求接受主

体，不能出现反担保财产变卖中繁杂的审批程序，不能出现财产变卖的法律禁止情形。

2．反担保财产的获得应能给公司带来良好的效益。如果上市公司不能如愿变卖反担保财产，只能自己受让该等财产时，反担保财产必须是良好的盈利前景。盈利的标准应依上市公司的盈利水平而定，原则标准应是不低于上市公司净资产收益率。对微利甚至亏损的上市公司而言，反担保财产收益水平应不低于年银行贷款利率。不低于年贷款利率的标准并无法律法规的明文规定，但我们认为，对于微利或亏损的上市公司，其反担保财产的收益率必须不低于这个标准。对这个标准的依据可以理解为：上市公司依赖于银行贷款履行了担保责任，但贷款的利息损失必须获得全额补偿。

3．反担保财产在上市公司总资产或净资产或净利润中的比例不得超过50%。因反担保财产的获得使得反担保财产在上市公司总资产、净资产或净利润中任何一项指标超过了50%，意味着上市公司资产的重大重组。这样的重组结果或可能性必须事先获得上市公司股东大会和中国证监会及其他政府主管部门审核同意方可进行。被动的不得已而为之的上市公司重组，是一种因不谨慎而导致的违规性重组，是上市公司必须提防的重要事项。

4．不能变现的反担保财产需符合上市公司的主营业务方向。否则按目前上市公司财务会计制度，这类资产虽然可产生效益，但属于非主营业务收入，对上市公司再融资的盈利条件构成不良影响。

5．上市公司董事会应对反担保财产的可变现性或其是否符合上市公司主营业务、是否具有良好的收益前景、拥有反担保财产是否存在法律障碍、是否具有可操作性等发表意见。现行法律法规对上市公司对外担保并未作如上明确规定。但上

上市公司是一种特殊的主体，其对外担保行为的发生及其由此产生的经济利益关系、法律关系，必将对上市公司的内在要求构成直接或间接地影响。因此，上市公司对外担保时，必须衡量该行为对上市公司的影响度。中国证监会前述《通知》首次对上市公司对外担保作出了较为详细的规定。按现行法规的规定，上市公司国有法人股或特定行业的垄断经营权、特许经营权的转让，必须经过严格的行政审批程序，这个程序的完成在时间上可能是一个漫长的过程，在后果上可能获准通过的不可能性。概括起来，《通知》对上市公司对外担保应当遵守的规则主要内容如下：1．上市公司不得为控股股东及本公司持股50%以下的其他关联方、任何非法人单位或个人提供担保。2．上市公司对外担保总额不得超过最近一个会计年度合并会计报表净资产的50%。3．上市公司《章程》应当对对外担保的审批程序、被担保对象的资信作出规定。对外担保应当取得董事会全体成员三分之二以上签署同意，或者经股东大会批准；不得直接或间接为资产负债率超过20%的被担保对象提供债务担保。4．上市公司对外担保必须要求对方提供反担保，且反担保的提供方应当具有实际承担能力。5．上市公司必须严格按照《上市公司规则》、《公司章程》的有关规定，认真履行对外担保情况的信息披露义务，必须按规定向注册会计师如实提供公司全部对外担保的事项。6．上市公司独立董事应在年度报告中，对上市公司累计和当期对外担保情况，执行上述规定情况进行专项说明，并发表独立意见。7．纳入上市公司合并会计报表范围的子公司对外担保适用本《通知》的规定。8．违规操作的法律責任。这一规定的出台，弥补了上市公司对外担保环

节的法律和监管空白，为上市公司对外担保提供了操作依据。但是以该《通知》指导上市公司的对外担保，尚存在众多的不足。就其内容而言，该规定主要限于程序性的规定，缺乏实体性的操作规定。因此，该规定尽管意义重大，但仍亟需完善。 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