



对下属企业提供融资担保是企业日常经营活动中的重要事项。然而，针对国有企业而言，融资担保可能会造成国有资产的流失，融资担保行为一直是国资监管的重点。2021年10月9日，国资委发布《关于加强中央企业融资担保管理工作的通知》（以下简称“75号文”）对央企的融资担保行为进行了全面细化的管理和要求，也为各地的国有企业融资担保行为提供了指引。江苏省国资委随后于2022年6月29日发布《省属企业借出资金与提供担保管理若干规定》（苏国资规[2022]4号，以下简称“苏国资4号文”），对江苏省省属企业的借出资金和提供担保事宜进行全面系统规定。

2022年10月1日起，《中央企业合规管理办法》开始实施，要求中央企业加强合规管理，切实防控风险。随着中央企业和地方国企合规管理文化和意识的进一步深化，对融资担保行为的合规性要求会进一步加强。本文结合担保相关的法律规定，以75号文和苏国资4号文为基础，梳理了国有企业融资担保的合规要求。

一、国有企业对外担保的一般法律要求

（一）民法典对企业担保行为的一般规定

2021年《民法典》实施之前，担保法律规范体现在《担保法》、《合同法》、《物权法》等多项不同法律中，构成民商事法律体系的重要组成部分。《民法典》将各种担保法律制度进行汇总，《民法典》第二编物权中规定了担保物权，包括抵押权、质押权、留置权，《民法典》第三编合同编分则中规定了保证合同等。最高人民法院于2020年12月25日发布《中华人民共和国民法典》有关担保制度的解释等对担保制度的司法适用进一步明确与完善。

国有企业担保行为除按照《民法典》中的相关担保部分的规范设定外，其仍应符合《民法典》中民事法律行为的一般性要求。除非存在法定无效情形[1]之外，依法成立的合同,自成立时生效,但是法律另有规定或者当事人另有约定的除外。依照法律、行政法规的规定,合同应当办理批准等手续的,依照其规定[2]。

此外，本次《民法典》强化了担保合同的从属性，从属性体现在担保合同的效力、范围、抗辩权等方面，主合同无效的，担保合同无效。因此担保合同是否有效仍需结合主合同的效力状况进行判断。

（二）公司法对企业担保行为的要求

《公司法》第十六条规定：公司为他人提供担保，依照公司章程的规定，由董事会或者股东会、股东大会决议。如果公司违反此条规定，是否会导致担保行为无效？在《九民会纪要》出台之前，无论是理论界还是司法实务界，对《公司法》第十六条规定是否影响担保合同效力极具争议，而争议的焦点在于，该规定是效力性强制性规定还是管理性强制性规定。主张是管理性强制性规定的，认为即使担保合同未经《公司法》第十六条规定的决议程序，担保合同依然有效，公司应承担担保责任。持这种观点的人还认为，《公司法》第十六条的规定是约束公司内部行为的，不应影响公司与相对人签订合同的效力。而认为《公司法》第十六条系效力性强制性规定的观点则认为，违反《公司法》第十六条的规定，担保合同必然无效[3]。管理性强制性规定的案例如(2016)鲁民终2156号、(2014)辽审一民抗字第62号案等；效力性强制性规定的如(2013)粤高法民二终字第35号案等。

《九民纪要》按照体系解释的思路，明确了几点：第一，公司对外担保需要依《公司法》第十六条的规定的程序进行决议。第二，未进行决议程序的，法定代表人对外签订的担保合同构成越权代表。第三，越权代表情况下担保合同是否有效，取决于相对人是否善意，即相对人是否知道或应当知道法定代表人越权。相对人善意的，担保合同有效；相对人非善意的，担保合同无效。第四，对相对人善意的判断，以相对人对决议文件进行合理审查为标准，而不要求相对人进行全面实质性审查，亦即当出现法定代表人伪造决议文件等情况时，不影响相对人构成善意。第五，以担保为业的担保公司提供担保或金融机构开立保函，对全资子公司等提供担保，担保合同系公司三分之二对担保事项有表决权的股东签字同意的，可以不经公司表决。第六，在因法定代表人越权而被认定担保合同无效的情况下，公司承担缔约过失责任[4]。

《民法典》第五百零四条与《合同法》第五十条相比，并没有实质性变化，《九民纪要》中确定的违反《公司法》第十六条的规则仍旧适用。

（三）国有资产法对国有企业担保行为的要求

《国有资产法》要求为他人提供大额担保、为关联方提供担保的需要由履行出资人职责的机构决定；为他人提供大额担保的，国有独资企业由企业负责人集体讨论决定，国有独资公司由董事会决定[5]。如果国有企业违反《国有资产法》的该规定提供担保，是否会构成违反《民法典》第一百五十三条规定（违反法律、行政法规的

强制性规定)而无效?《国有资产法》中对国有企业担保的要求,是否属于《民法典》第五百零二条要求的“依照法律、行政法规的规定应当办理批准等手续”才生效的合同?

在(2017)最高法民申370号案件中,最高法院认为,上述法律并未规定国有独资公司对外担保必须经过国有资产管理机构的审批程序,同时也未有法律明确规定国有独资公司签订对外担保合同必须经过批准方能生效,因此本案安投集团公司与中原银行的担保合同不属于必须经过审批方可生效的合同。安投集团公司申请再辩称因合同未经批准未生效的意见缺乏法律依据,不能成立。

因此,从司法实践中来看,《国有资产法》中要求的国有企业为他人提供担保需要由履行出资人职责的机构决定、国有独资公司的董事会决定等相关要求,并不属于《民法典》中要求必须经过审批方可生效的合同,国有企业的担保行为并不因违法该规定而无效。

二、国有企业担保的合规要求

通过本文第一部分的分析来看,国有企业的违规担保行为并不一定会导致担保行为的无效,国有企业仍旧可能就承担相应的法律责任。加强国有企业的内控合规管理要求,防止违规担保行为的发生至关重要。

早在2012年,国务院国资委即发布《关于加强中央企业资金管理有关事项的补充通知》(国资厅发评价[2012]45号),要求中央企业要“切实加强担保管理,严格控制对集团外企业提供担保,不得向中央企业以外的企业提供任何形式的担保;对集团外企业提供担保的,应当报国资委批准。”但此通知的规定较为原则,2021年10月9日,国务院国资委发布《关于加强中央企业融资担保管理工作的通知》(国资发财评规[2021]75号,以下简称“75号文”),对中央企业的融资担保行为进行系统性规定。一些省市级国资委也参照75号文制定或修订担保管理办法,如江苏省国资委于2022年6月29日发布《省属企业借出资金与提供担保管理若干规定》(苏国资规[2022]4号,以下简称“苏国资4号文”),对省属企业的借出资金和提供担保行为进行规范。本文即以75号文和苏国资4号文为基础,讨论国有企业的融资担保合规要点。

(一) 适用范围

1. 主体范围

75号文的适用对象包括纳入合并范围的子企业和未纳入合并单位的参股企业,考虑到央企日常业务的多样性,适用过程中应该注意两种特殊情况:

第一、不适用于中央企业主业含担保的金融子企业开展的担保以及房地产企业为购房人按揭贷款提供的阶段性担保。对于什么是金融子企业，国务院国资委《关于加强中央企业融资担保管理工作的通知》明确，金融子企业范围参考中央企业每年度向国务院国资委报送的金融子企业决算报表库里的企业名单。

第二、75号文明确中央企业控股上市公司开展融资担保业务应符合《中华人民共和国证券法》和证券监管等相关规定。

苏国资4号文适用于省国资委履行出资人职责企业和列入列名监管企业，各级子企业参照适用，金融企业不适用。上市公司的监管规定不一致的，从严执行。

因此，从适用的主体范围来看，75号文和苏国资4号文均适用于所监管企业的各级子企业，但考虑到一些特殊类型企业的特殊情况，予以了差异化处理。如上市公司。金融子企业等。

2.业务类型

对于规范的担保行为类型，75号文和苏国资4号文均规定不仅包括常规担保还包括隐形担保，常规担保包括为借款和发行债券、基金产品、信托产品、资产管理计划等融资行为提供的各种形式担保，如一般保证、连带责任保证、抵押、质押等；隐形担保包括有担保效力的共同借款合同、差额补足承诺、安慰承诺等支持性函件。

（二）完善制度建设

75号文要求中央企业应当制定和完善集团统一的融资担保管理制度，明确集团本部及各级子企业融资担保权限和限额、融资担保费率水平，落实管理部门和管理责任，规范内部审批程序，细化审核流程。制定和修订融资担保管理制度需经集团董事会审批。

苏国资4号文也在第一部分即要求省属企业进一步修订完善集团内企业借出资金和提供担保管理制度，规范内部审批程序，细化审核流程，加强风险防范，强化责任追究。

要求加强担保制度建设，是从国企内部风控、合规角度，对担保行为进一步细化管理要求，将对外担保行为的外部管控要求进一步内在化、融入国有企业的内控合规管理之中。

（三）加强预算管理

75号文要求央企将年度融资担保计划纳入预算管理体系，包括担保人、担保金额、被担保人及其经营状况、担保方式、担保费率、违规担保清理计划等关键要素，提交集团董事会或其授权决策主体审议决定。担保关键要素发生重大变化或追加担保预算，需重新履行预算审批程序。

苏国资4号文也要求，省属企业制定年度担保计划，纳入预算管理，经董事会审议通过后报省国资委，年度计划外借出资金或提供担保事项，由股东会和董事会审议批准。

75号文件和苏国资4号文从预算管理角度，对监管企业的对外担保行为进行事前管理，总体控制对外担保的风险。

(四) 严控担保对象

75号文基于同股同权、控制风险原则，对中央企业融资担保实行“两禁两控”：严禁对集团外无股权关系企业担保，严禁对参股企业超股比担保，严控对高风险子企业担保，严控对子企业超股比担保。

对进入重组或破产清算程序、资不抵债、连续三年及以上亏损且经营净现金流为负等不具备持续经营能力的子企业或参股企业提供担保，对金融子企业提供担保，集团内无直接股权关系的子企业之间互保，以及对子企业超股比担保四种情况，需经集团董事会审批。

苏国资4号文基本沿袭了75号文的上述控制要求。对于何为“无直接股权关系”，根据国务院国资委的问题解答，兄弟公司之间担保、子公司为母公司担保均构成此种情形，但通过多层间接控制的不属于“无直接股权关系”。

75号文和苏国资4号文从股权关系、控制力和风险防控的基本逻辑出发，严禁对无股权关系的企业提供担保，严禁对参股企业超比例提供担保，对高风险企业及特殊担保行为由集团董事会审批，通过提高审批层级控制风险。

(五) 严控担保规模

75号文要求原则上总融资担保规模不得超过集团合并净资产的40%，单户子企业（含集团本部）融资担保额不得超过本企业净资产的50%。

苏国资4号文要求加强担保总额和单户限额管理，以绝对值或相对值方式明确控。贸易类省属企业原则上担保总额（已授信未融资的担保除外）不应超过最近一个年度合并会计报表所有者权益的50%、对单户子企业担保限额不应超过被担保方所有

者权益5倍的标准。

对于担保规模如何界定，是依据合同签订金额为准还是实际融资余额为准，国务院国资委的问答选登中明确，融资担保余额是指实际提供担保的融资余额。

对于担保规模的限制，是从监管企业整体控制风险角度，对此类业务总量进行控制，防止超规模担保加大监管企业的经营风险。

(六) 严控超股比担保

75号文严禁对参股企业超股比担保；对子企业确需超股比担保的，需报集团董事会审批。同时，对超股比担保额应由小股东或第三方通过抵押、质押等方式提供足额且有变现价值的反担保。对所控股上市公司、少数股东含有员工持股计划或股权基金的企业提供超股比担保且无法取得反担保的，经集团董事会审批后，在符合融资担保监管等相关规定的前提下，采取向被担保人依据代偿风险程度收取合理担保费用等方式防范代偿风险。

苏国资4号文也基本沿袭了75号文中的上述规定，并结合贸易类企业的特点，针对超持股比例为控股（实际控制）贸易企业提供担保且反担保标的不能覆盖额度的，要求省属企业加强对该贸易业务的风险管控措施从源头上控制风险。

超股比担保是国有企业对外担保的常见情形，也是国有企业对外担保的一个风险集中点，但此前对此问题的规则并不明确。75号文从权利业务对等角度，首先明确严格按照持股比例对子企业和参股企业提供担保的基本原则。明确对参股企业严禁超股比担保，对子企业确需超股比担保的，需报集团董事会审批，并落实反担保措施。

(七) 收取担保费

75号文明确要求中央企业在对所控股上市公司、少数股东含有员工持股计划或股权基金的企业提供超股比担保且无法取得反担保的，采取向被担保人依据代偿风险程度收取合理担保费用等方式防范代偿风险。同时要求中央企业制定的担保制度中明确担保费率水平，年度担保预算中明确担保费率。

苏国资4号文在75号文的基础上，进一步明确省属企业提供担保应该收取担保费的一般原则性要求，对于全资子公司提供担保可以豁免担保费，超股权比例提供担保的，担保费用标准适当提高。具体标准由省属企业董事会决定。

担保费的收取，是通过经济调解手段设定的风险补偿和控制措施，鼓励子企业加强

自身造血功能，减少非不必要的担保，以控制风险。另一方面也对担保方提供一定的风险补偿。

(八) 严格决策程序

无论是75号文还是苏国资4号文，均强调董事会在担保管理工作中的主要职责。

75号文要求中央企业制定和修订融资担保管理制度、年度担保预算管理、对高风险类控制类的担保审批、对子企业超股比担保、对上市公司等无法落实反担保措施的特殊主体提供担保等情形需要经集团董事会审批，且除担保预算管理事项可由集团董事会或其授权决策主体审议决定外，其余事项均由集团董事会审批决定，不得授权子企业董事会或其他决策主体审批。

苏国资4号文在基本遵循75号文件的基础上，进一步明确无产权关系的集团企业内之间的担保及担保费率的标准也由集团董事会制定。

经集团董事会审批，提升监管企业集团对此类业务的关注度，防止权力下放导致违规担保造成国有资产流失。

(九) 加强后续监督

75号文件要求中央企业应当将融资担保业务纳入内控体系，建立融资担保业务台账，实行定期盘点并对融资担保业务进行分类分析和风险识别，防范代偿风险。并要求中央企业按季向国务院国资委报送担保检测数据。

苏国资4号文，要求省属企业加强借出资金和提供担保的后续监管和风险控制，督促按照确定的用途使用资金，防止资金挪用。对可能存在损失风险的及时采取应对措施。发生提供担保重大损失风险的，应及时处置并报告省国资委。

(十) 追究违规责任

75号文要求中央企业应当对集团内违规融资担保问题开展全面排查，对违规担保问题限期整改，对因违规融资担保造成国有资产损失或其他严重不良后果的，应当按照有关规定对相关责任人严肃追究责任。

苏国资4号文明确对于发生担保代偿或借款逾期，1年内未能全额收回应收款项或提供有效资产保全的，即启动问责程序。

三、小结与建议

国有企业合规管理的进一步深化以及对国有资产保护力度的进一步加强，对国有企业的融资担保行为提出了更高的合规要求。75号文件和苏国资4号文件分别为中央企业和江苏省省属企业的融资担保行为提出了明确监管要求，也为其他地方国资监管和国有企业的如何进行合规担保提供了思路和典范。基于此，对于国有企业的融资担保行为提出如下建议和思路：

（一）担保合规管理要紧紧守住防止国有资产流失的底线，秉承权利义务对等的原则，防止不当担保行为造成国有资产流失损失。

（二）规范融资担保管理，制定集团内部融资管理的相关管理制度。

（三）对融资担保行为纳入年度计划和预算管理，报请集团董事会进行审批。

（四）严格规范担保对象，明确禁止和严控的担保对象。严禁对集团外无股权关系企业担保，严禁对参股企业超股比担保。严控对高风险子企业担保，严控对子企业超股比担保。对进入重组或破产清算程序、资不抵债、连续三年及以上亏损且经营净现金流为负等不具备持续经营能力的子企业或参股企业提供担保，对金融子企业提供担保，集团内无直接股权关系的子企业之间互保，对子企业超股比担保的四种情况，需经集团董事会审批。

（五）对超股比提供担保的，落实足额反担保措施。对所控股上市公司、少数股东含有员工持股计划或股权基金的企业提供超股比担保且无法取得反担保的，经集团董事会审批后，采取收取合理担保费用等方式防范代偿风险。

（六）严控担保规模，加强担保总额和单户限额的管理。

参考文献：

[1]《民法典》第一百五十三条：违反法律、行政法规的强制性规定的民事法律行为无效。但是,该强制性规定不导致该民事法律行为无效的除外。

违背公序良俗的民事法律行为无效。

第一百五十四条：行为人与相对人恶意串通,损害他人合法权益的民事法律行为无效。

[2]参见《民法典》第五百零二条。

[3]刘贵祥：《民法典关于担保的几个重大问题》，<https://mp.weixin.qq.com/s/n>

EHCjaXSkzxcg7IMwS3DLMw。

[4]刘贵祥：《民法典关于担保的几个重大问题》，<https://mp.weixin.qq.com/s/nEHCjaXSkzxcg7IMwS3DLMw>。

[5]《国有资产法》第三十条 国家出资企业合并、分立、改制、上市，增加或者减少注册资本，发行债券，进行重大投资，为他人提供大额担保，转让重大财产，进行大额捐赠，分配利润，以及解散、申请破产等重大事项，应当遵守法律、行政法规以及企业章程的规定，不得损害出资人和债权人的权益。

第三十二条 国有独资企业、国有独资公司有本法第三十条所列事项的，除依照本法第三十一条和有关法律、行政法规以及企业章程的规定，由履行出资人职责的机构决定的以外，国有独资企业由企业负责人集体讨论决定，国有独资公司由董事会决定。

第四十五条 未经履行出资人职责的机构同意，国有独资企业、国有独资公司不得有下列行为：（一）与关联方订立财产转让、借款的协议；（二）为关联方提供担保；（三）与关联方共同出资设立企业，或者向董事、监事、高级管理人员或者其近亲属所有或者实际控制的企业投资。

本文作者：