

# 律师办理公司保证担保业务操作指引

广州市律师协会  
公司法律专业委员会 编

# 目录

第一章 前言.....	1
第二章 保证人.....	2
第三章 保证合同.....	4
第四章 保证责任.....	12
第五章 保证合同的诉讼.....	19
第六章 为关联方提供担保.....	25
第七章 善意债权人的认定.....	27
第八章 特殊保证人提供的担保.....	30
第九章 附则.....	32

# 第一章 前言

## 第一条 宗旨

为指导律师承办公司保证担保业务，规范律师事务所及其指派的律师的执业行为，根据《中华人民共和国民法典》、《中华人民共和国公司法》及其他与保证担保有关的法律法规、司法解释等规定，制定本指引。

## 第二条 适用范围

本指引适用于律师承办公司保证担保业务。律师在不违反法律、法规强制性规定的情况下，为公司保证担保业务提供法律服务时，可结合实际情况，参考适用本指引。

公司保证担保是指中华人民共和国境内设立的公司，对因民事行为而产生的债务设定的保证类担保。上市公司提供担保、信用证业务中的商业银行保函担保，涉外招标投标工程项目中的金融机构保函担保等保证，不适用本指引的相关条款。

如无特别说明，本指引中所称担保，均指保证担保。

## 第三条 特别事项

本指引旨在为律师承办公司保证担保业务提供一般性操作要点，而非强制性规定，不作为律师出具法律意见书或报告的依据，仅供律师在承办相关业务时进行参考。

律师承办公司保证担保业务时，应依据相关法律、法规、规

章和规范性文件，在委托人授权范围内，依法开展工作。

律师应以律师事务所名义与委托人订立书面的法律服务合同，明确约定委托事项、承办人员、服务方式和范围、双方权利和义务、收费金额以及步骤和方式等事项。

## 第二章 保证人

### 第四条 公司作为保证人的资格审查

律师应当对提供保证担保的公司依法审查，以防产生法律风险。审查的文件和资料包括但不限于：

- 1.营业执照副本原件；
- 2.最新公司章程；
- 3.股东名册和董事会任职证明；
- 4.法定代表人身份证明；
- 5.已为其他债权人提供担保的合同、资料、证明或如实披露担保的承诺性文件；
- 6.公司法定代表人的身份证明书/委托代理人的授权委托书。

### 第五条 审查保证人的商业信用和基本情况

律师可根据公司的债务数额、用途、清偿方式、清偿资金来源、曾提供过的担保、历史履约记录等因素提示委托人判断保证人的商业信用，且律师应当建议委托人对保证人的商业信用进行客观评估和审查，必要时可聘请第三方专业机构进行评估判断。

律师应当主要审查保证人：

1. 应是主合同债权人和债务人以外的第三人；
2. 应在市场监督管理部门注册登记；
3. 公开渠道查询的涉诉、执行、失信情况；
4. 公司的财务报表（资产负债表、损益表、现金流量表）；
5. 注册资本的出资方式、认缴数额、认缴期限、实缴数额；
6. 财产权属清晰；
7. 认为其他必要的材料。

## **第六条 要求保证人提供的内部决策文件**

律师应当提示委托人，要求保证人主要提供：

1. 按照《公司法》第十六条的规定或公司章程规定的权力机构作出的决议；
2. 除公司章程特别规定外，若无董事会决定或股东（大）会决议，则应由单独或者共同持有公司三分之二以上对保证事项有表决权的股东在保证合同上签字同意；
3. 最新公司章程。

## **第七条 保证人内部决策文件的法律要件审查**

律师应当合理提示委托人，对公司内部决策文件进行审查，具体包括：

1. 根据公司章程，明确应当由股东（大）会决议还是董事会决议，或者是应当先经过董事会决议再提交股东（大）会决议；

2. 股东（大）会、董事会决议是否真实；
3. 股东（大）会、董事会的召集、表决程序是否合法；
4. 应当回避的股东、董事是否回避了表决；
5. 股东（大）会、董事会决议内容是否包括且同意了本次保证事项；
6. 在有利益冲突或者关联关系的股东、董事回避表决的情况下，表决人数的比例是否符合法律和章程的规定；
7. 受托参加会议且参与表决的人员是否有合格的授权委托书及相应身份证明文件；
8. 决议上签字人员是否为章程记载的股东、董事或者受股东、董事委托的人员。

必要时，律师可要求公司提供已在市场监管部门备案的最新公司章程、会议记录、董事名单、股东名单、出席股东/董事的签名册及代理出席的委托书，并与查询到的公开资料信息进行比对。

## **第八条 无须内部决策文件的例外情况**

如下情况无须股东（大）会、董事会决议：

1. 金融机构开立保函或者担保公司提供的担保；
2. 保证人为其全资子公司开展经营活动提供的担保；
3. 除公司章程特别规定外，保证合同系由单独或者共同持有公司三分之二以上对担保事项有表决权的股东签字同意。

## **第三章 保证合同**

## **第九条 保证合同的成立和生效**

保证合同经协商一致，由债权人、保证人的法定代表人或其授权代理人签字并加盖公章的，保证合同成立。

保证合同应当采用书面形式，既可以是单独订立的书面合同，也可以是主合同中的保证条款。保证人单方以书面形式向债权人作出保证，债权人接收且未提出异议的，保证合同成立。

保证合同自成立时生效，或双方另有约定或法律法规另有规定的除外。

## **第十条 保证合同的管理**

律师应提示委托人，指定专人负责保证合同的管理并监督合同的履行，在保证合同履行过程中，要动态监测保证人的偿债能力。

## **第十一条 单方保证**

对于保证人单方面出具的承诺函，如承诺函未明确表示承担保证责任的，律师应当提示委托人此种承诺函存在不会被认为是保证的风险。

## **第十二条 保证方式**

保证方式分为一般保证和连带保证。

律师应当合理提示委托人，保证人对自己所提供的保证方式、保证份额、保证范围须明确、具体，并按照约定承担保证责任。

### **第十三条 一般责任保证**

在保证合同中约定，债务人不能履行债务时，由保证人承担保证责任的，为一般保证。对保证方式没有约定或者约定不明确的，按照一般保证承担保证责任。

### **第十四条 连带责任保证**

在保证合同中约定保证人和债务人对债务承担连带责任的，为连带责任保证。连带责任保证的债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的情形时，债权人可以请求债务人履行债务，也可以请求保证人在其保证范围内承担保证责任。

同一债务有两个以上保证人的，债权人与保证人之间可以就各自的保证份额进行约定。连带责任保证中，各保证人与债权人没有约定保证份额的，债权人也可以要求任何一个保证人承担全部保证责任。

存在多个连带责任保证人的情况下，律师应当提示委托人在保证合同中对未来的追偿进行约定，以确保承担保证责任后，对债务人不能追偿的部分，向其他连带保证人追偿。

连带责任保证的保证人或共同保证的保证人之间，须约定各自向债权人承担保证责任的份额，但该约定不能对抗债权人只向一个或多个保证人提出承担连带责任的要求。

保证人承担保证责任后，向债务人不能追偿的部分，由各连带保证人按照其内部约定分担。



## **第十五条 主合同的有效性审查**

律师应当审查保证合同的主合同的有效性，发现主合同存在无效情形的，应当及时告知委托人，以避免因主合同无效而无法达到保证的目的。

## **第十六条 保证合同的有效性审查**

保证合同的效力可以依据法律法规之规定和合同约定进行审查，保证合同依法成立的，自成立时生效。当事人有特别约定或法律有特别规定的除外。

## **第十七条 保证合同无效**

律师应当合理提示委托人，主合同无效的，保证合同无效。另，具有下列情况之一的，保证合同也无效：

- 1.无民事行为能力人订立的保证合同；
- 2.通谋虚伪中的虚伪行为；
- 3.违背公序良俗的保证合同；
- 4.保证人与债权人恶意串通，损害国家、集体或第三人合法权益的；
- 5.公司的法定代表人违反公司法或公司章程关于公司对外保证决议程序的规定，超越权限代表公司与相对人订立保证合同，且相对人非善意的；
- 6.其他违反法律、行政法规的强制性和禁止性规定的保证合同。

## 第十八条 主合同的变更与保证效力

律师应当合理提示委托人，在保证期间内，如果主合同的标的、期限、数量、价款、币种、利率等内容需变更的，应当经保证人书面同意，否则发生以下法律后果：

- 1.减轻债务的，保证人仍对变更后的债务承担保证责任；
- 2.债务人债务加重的部分，保证人不承担保证责任；
- 3.保证期间仍为原合同约定的期间，或法律规定的期间。

## 第十九条 保证合同的解除条件

保证合同可以协议解除，解除权人也可以在约定的解除条件成就或者出现如下的法定解除情形时，通知对方解除保证合同：

- （一）因不可抗力致使不能实现合同目的；
- （二）在履行期限届满前，当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行主要债务；
- （三）当事人一方迟延履行主要债务，经催告后在合理期限内仍未履行；
- （四）当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的；
- （五）法律规定的其他情形。

## 第二十条 保证合同的解除方式

律师应当合理提示委托人，解除权人应当在法定一年或约定的期限内行使解除权；没有约定期限的，经对方催告后在合理的

期限内，没有积极行使的，解除权消灭。

主张解除保证合同的一方应当通知对方，保证合同自通知到达对方时解除。对方有异议的，可以请求人民法院或仲裁机构确认解除保证合同的效力。

法律、行政法规规定解除保证合同应当办理批准登记手续的，依照其规定。

## **第二十一条 主合同解除后保证责任的承担**

主合同解除后，保证人对债务人应当承担的民事责任仍应当承担保证责任，但是保证合同另有约定的除外。

## **第二十二条 保证合同的撤销**

律师应合理提示委托人，保证合同出现下列情况的，可以请求人民法院或仲裁机构变更或撤销：

1. 由于重大误解而订立的保证合同；
2. 一方以欺诈手段，使对方在违背真实意思的情况下签订的保证合同；
3. 第三人实施欺诈行为，使一方在违背真实意思的情况下签署保证合同，对方知道或者应当知道该欺诈行为的情况下订立的保证合同；
4. 一方或者第三人以胁迫手段，使对方在违背真实意思的情况下订立的保证合同；
5. 一方利用对方处于危困状态、缺乏判断能力等情形，致使

保证合同成立时显失公平的。

## **第二十三条 无效担保的民事责任**

### **1.主合同有效而公司提供的保证合同无效时**

债权人与担保人均有过错的，保证人承担的赔偿责任不应超过债务人不能清偿部分的二分之一；

保证人有过错而债权人无过错的，保证人对债务人不能清偿的部分承担赔偿责任；

债权人有过错而保证人无过错的，保证人不承担赔偿责任。

### **2.主合同无效导致公司提供的保证合同无效时**

(1) 保证人无过错的，不承担赔偿责任；

(2) 保证人有过错的，承担的赔偿责任不应超过债务人不能清偿部分的三分之一。

## **第二十四条 审查代理的有效性**

律师应当提示委托人，在与公司签订保证合同前，务必要注意审查代表公司签署保证合同的人员是否拥有代理权（代表权），并要求公司依据公司章程，出具公司同意对外提供保证的股东（大）会决议或董事会的授权。

不能仅以对方持有公司公章或与公司存在某种关联（如挂靠关系）就认为其拥有代表公司签订保证合同的权限。

能够证明享有以公司名义为他人提供保证的代理权外观表象的证据，只限于公司的股东（大）会决议或者董事会的授权，其

他持有公司印章、资质材料或文件的证据，均不足以证明其代理权的存在。

## 第二十五条 越权保证的救济

如果出现越权保证的情况，律师可根据委托人的身份，提示不同的解决方式。

### （一）债权人

1.接受公司提供保证时，除保证合同外，债权人还应当要求保证人提供在登记机关备案的现行有效公司章程、股东名册、董事会董事名单；审查公司提供非关联保证作出决议的机构和章程中关于决议的相关规定，并与公开信息进行比对。

2.除公司章程外，还应当要求保证人提供公司相关的决议，审查签名的股东/董事身份是否属实，决议人数、签字人员是否符合章程的规定，被担保的股东是否应当回避等。

3.在保证合同中设置“承诺与保证”条款，要求保证人确认其已根据法律法规及公司章程的规定完成了内部决议，并设置违约责任条款。

4.将保证人同意保证的的决议作为保证的先决条件或合同的生效条件。

### （二）保证人

#### 1.事前防范

（1）完善公司为他人提供保证的制度。如明确保证方式及担保对象、决议机构及权限、提供保证的流程、越权保证的责任追

究等。

(2) 完善公司用章制度。应安排专人管理公章，制定印章使用和管理制度等。

## 2. 事后救济

如果法定代表人超越权限提供保证造成公司损失，公司可要求法定代表人承担赔偿责任。如果公司没有起诉追究其赔偿责任，股东可以提起代表诉讼，以自己的名义请求法定代表人向公司承担赔偿责任。

# 第四章 保证责任

## 第二十六条 合同监督人

律师应当合理提示委托人，识别保证人与合同监督人。

公司如果只向债权人承诺监督专款专用的支付与结算，而不承担保证责任时，不是保证人。

## 第二十七条 增信措施

公司向债权人提供差额补足、回购义务、流动性支持、债务加入等类似承诺文件作为增信措施，提升信用等级，减轻投资风险。上述增信措施文件具有提供担保的意思表示时，债权人有权请求公司承担保证责任。

律师应当提示委托人，在面对种类繁多的增信措施时需格外谨慎，不应简单地从增信措施文件的标题来推定增信措施的法律性质，而是需要仔细研读其中的条款，区分让与担保、保证、债

务加入和非典型合同等类型，从义务是否具有主从性、义务的内容等层层分析并作出具体判断。

## **第二十八条 债权转让对保证人责任的变化**

债权人转让全部或者部分债权，如果未向保证人履行通知义务，该转让对保证人不发生效力。保证人可以拒绝向受让人履行保证义务，但仍应向让与人履行。

如果已向保证人履行通知义务，保证债权同时转让，保证人在原保证担保的范围内对受让人承担保证责任。但是，属于下列情形之一的，保证人不再承担保证责任：

- 1.根据主合同的性质不得转让；
- 2.根据主合同当事人的约定不得转让；
- 3.依照法律规定主合同不得转让；

4.在主合同中，公司与债权人事先约定仅对特定的债权人承担保证责任的，或特别约定禁止债权转让的。

## **第二十九条 主合同债务转让对保证人责任的影响**

在保证期间内，主合同的债务如果全部或部分转让给第三人的，应当由保证人书面同意。

保证人对未经其同意转让的债务，不再承担保证责任，但是债权人和保证人另有约定的除外。如果主合同债务只是部分转让，保证人仍应当对未转让部分的债务承担保证责任。

## **第三十条 保证期间**

保证期间是保证人承担保证责任的期间。债权人与保证人可以约定保证期间，但约定的保证期间早于主债务履行期限或者与主债务履行期限同时届满的，视为没有约定；没有约定或者约定不明确的，保证期间为主债务履行期限届满之日起六个月。

保证期间不因任何事由发生中断、中止和延长的法律后果。

### **第三十一条 保证期间的起算点**

主合同明确约定履行主债务具体期限的，保证期间自主债务履行期届满之日起计算。没有约定或约定不明确的，补充约定未达成协议的，保证期间自债权人要求债务人履行义务的宽限期届满之日起计算。

### **第三十二条 保证期间届满后的保证责任**

一般保证的债权人未在保证期间对债务人提起诉讼或者申请仲裁的，保证人不再承担保证责任。在保证期间内对债务人提起诉讼或者申请仲裁后，又撤回起诉或者仲裁申请，债权人在保证期间届满前未再行提起诉讼或者申请仲裁，不得再向保证人主张承担保证责任。

连带责任保证的债权人未在保证期间请求保证人承担保证责任的，保证人不再承担保证责任。在保证期间内对保证人提起诉讼或者申请仲裁后，又撤回起诉或者仲裁申请，起诉状副本或者仲裁申请书副本已经送达保证人的，视为债权人已经在保证期间内向保证人行使了权利。



### **第三十三条 保证责任的承接**

律师应当提示委托人，债务到期后保证人提供新的担保，将以新的债权债务关系认定当事人权利义务，不影响保证人的原保证责任之承担。

一般保证的债权人取得对债务人赋予强制执行效力的公证债权文书后，在保证期间内向人民法院申请强制执行，保证人不得以债权人未在保证期间内对债务人提起诉讼或者申请仲裁为由主张不承担保证责任。

委托人希望保证人在保证期间届满后继续承担保证责任的，律师应提示委托人，如果债权人书面通知保证人要求承担保证责任，保证人在通知书上签字、盖章或者按指印的，一般不能构成新的保证合同。除非债权人有证据证明成立了新的保证合同包括但不限于：

1. 通知书中载明所催收的债务已经超过保证期限，明示保证人履行的不是其原保证责任，而是新的保证责任的意思表示；
2. 保证人签字盖章并明确表示承担新的保证责任。

### **第三十四条 共同保证的责任承担**

同一债务有两个以上保证人的，律师应当提示委托人审查保证人之间是否约定各自的保证份额、保证责任。没有约定保证份额的，债权人可以请求任何一个保证人或几个保证人在其保证范围内承担保证责任。

债务人以自己的财产设定抵押，债权人放弃该抵押权、抵押权顺位或者变更抵押权的，其他保证人在债权人丧失优先受偿权益的范围内免除担保责任，除非保证人承诺仍然提供保证。

1.保证人之间约定了相互追偿及分担份额的，承担了保证责任的保证人可以请求其他保证人按照约定分担份额；保证人之间约定承担连带共同保证，或者约定相互追偿但是未约定分担份额的，各保证人应当按照比例分担向债务人不能追偿的部分；

2.保证人之间未对相互追偿作出约定且未约定承担连带共同保证，但是各保证人在同一份合同书上签字、盖章或者按指印，承担了保证责任的保证人可以请求其他保证人按照比例分担向债务人不能追偿部分；

3.除以上情形外，承担了保证责任的保证人不能请求其他保证人分担向债务人不能追偿的部分；

4.保证人受让债权的，该行为系承担保证责任。受让债权的保证人作为债权人不能请求其他保证人承担保证责任；该保证人请求其他保证人分担相应份额的，按照前述规则办理；

5.债权人在保证期间内仅依法向部分保证人行使权利，不应视为其已经向其他保证人行使了权利。

### **第三十五条 人保和物保并存的责任承担**

被担保的债权既有物的担保又有保证人的，债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现担保物权的情形，债权人应当按照约定实现债权；没有约定或者约定不明确，债务人自己提供物

的担保的，债权人应当先就该物的担保实现债权;第三人提供物的担保的，债权人可以就物的担保实现债权，也可以请求保证人承担保证责任。

### **第三十六条 以新贷还旧贷的保证责任承担**

律师应当提示委托人注意，如果主债务合同是新贷偿还旧贷的，且新贷与旧贷的保证人不同，或者旧贷无保证人而新贷有保证人的，新贷的保证人将不承担保证责任。但债权人有证据证明新贷的保证人提供担保时对以新贷偿还旧贷的事实知道或者应当知道的除外。

如果新贷与旧贷的保证人相同的，新贷的保证人应承担保证责任。

### **第三十七条 最高额保证**

律师可以合理提示委托人，保证人与债权人可以协商订立最高额保证的合同,约定在最高债权额限度内就一定期间连续发生的债权提供保证。

律师应当合理提示委托人明确约定最高额保证范围。未明确约定的，最高额保证的范围为担保中的最高债权额，包括主债权及其利息、违约金、损害赔偿金、保管担保财产的费用、实现债权或者实现担保物权的费用等在内的全部债权。保证期间已发生的债权和偿还债务的差额，并非指最高额保证期间已经到期的债权余额。

登记的最高债权额与当事人约定的最高债权额不一致的，以登记的最高债权额确定债权人优先受偿的范围。

律师应当合理提示委托人明确约定保证期间和主合同清偿期。最高额保证合同对保证期间的计算方式、起算时间等有约定的，按照其约定。如果没有约定或者约定不明，被担保债权的履行期限均已届满的，保证期间自债权确定之日起开始计算；被担保债权的履行期限尚未届满的，保证期间自最后到期债权的履行期限届满之日起开始计算。

债权确定之日，依照《民法典》第四百二十三条的规定认定。

### **第三十八条 追偿权的行使和分担**

保证人承担保证责任后，除当事人另有约定外，有权在其承担保证责任的范围内向债务人追偿，享有债权人对债务人的权利，但是不得损害债权人的利益。

保证人可以主张债务人对债权人的抗辩。债务人放弃抗辩的，公司仍有权向债权人主张抗辩。

一般保证的保证人在主债务履行期限届满后，向债权人提供债务人可供执行财产的真实情况，债权人放弃或者怠于行使权利致使该财产不能被执行的，保证人在其提供可供执行财产的价值范围内不再承担保证责任。

同一债务有两个以上保证人，保证人之间相互有追偿权，债权人未在保证期间内依法向部分保证人行使权利，导致其他保证人在承担保证责任后丧失追偿权，其他保证人有权主张在其不能

追偿的范围内免除保证责任。

如果有保证人受让债权的，受让债权的保证人无权要求其他保证人向其承担保证责任，但可以依据原担保合同的约定请求其他保证人分担相应份额。

### **第三十九条 反担保**

保证人为债务人向债权人提供保证担保时，可以要求债务人或第三人提供抵押、质押等反担保，也可以要求第三人另行提供保证反担保。

保证合同无效，承担了赔偿责任的保证人按照反担保合同的约定，在其承担赔偿责任的范围内可以请求反担保人承担担保责任。

债务人对债权人享有抵销权或者撤销权的，保证人可以在相应范围内拒绝承担保证责任。

## **第五章 保证合同的诉讼**

### **第四十条 保证合同管辖**

债权人一并起诉债务人和保证人的，应当根据主合同确定管辖法院。债权人依法可以单独起诉保证人且仅起诉保证人的，应当根据保证合同确定管辖法院。

主合同或者保证合同约定了仲裁条款的，法院对保证纠纷无管辖权。

## 第四十一条 保证诉讼的被告

在保证纠纷案件中，承担连带保证责任的债权人可以将债务人或者保证人作为被告提起诉讼，也可以将债务人和保证人作为共同被告提起诉讼。

分公司为他人提供保证的，可以将总公司和分公司作为共同被告参加诉讼，但商业银行、保险公司的分支机构提供保证的除外。

债务人对债权人提起诉讼，债权人提起反诉的，保证人可以作为第三人参加诉讼。

同一债权既有保证又有物的担保的，债务人与保证人、抵押人或者出质人可以作为共同被告参加诉讼。

## 第四十二条 一般保证的诉讼时效和起算点

为避免诉讼时效逾期，律师应当提示委托人，一般保证的债权人应当在保证期间届满前对债务人提起诉讼或申请仲裁，一般保证合同诉讼时效自主合同纠纷的诉讼判决书或仲裁裁决书生效之日起计算。

一般保证中，债权人依据生效法律文书对债务人的财产依法申请强制执行，保证债务诉讼时效的起算时间按照下列规则确定：

1.法院作出终结本次执行程序裁定，或者作出终结执行裁定的，自裁定送达债权人之日起开始计算；

2.法院自收到申请执行书之日起一年内未作出前项裁定的，

自人民法院收到申请执行书满一年之日起开始计算，但是保证人有证据证明债务人仍有财产可供执行的除外。

一般保证的债权人在保证期间届满前对债务人提起诉讼或者申请仲裁，债权人举证证明存在如下情形的，保证债务的诉讼时效自债权人知道或者应当知道该情形之日起开始计算。

1. 债务人下落不明，且无财产可供执行；
2. 人民法院已经受理债务人破产案件；
3. 债权人有证据证明债务人的财产不足以履行全部债务或者丧失履行债务能力；
4. 保证人书面表示放弃本款规定的权利。

一般保证的主债务诉讼时效中断，保证债务诉讼时效中断主债务的诉讼时效中止的，保证债务的诉讼时效同时中止。

### **第四十三条 连带责任保证的诉讼时效和起算点**

连带责任保证债权人应当在保证期间届满前要求保证人承担保证责任，连带责任保证合同诉讼时效自债权人要求保证人承担保证责任之日起计算。

连带责任保证中，主债务诉讼时效中断，保证债务诉讼时效不中断。

保证人知道或者应当知道主债权诉讼时效期间届满仍然提供保证或者承担保证责任，不得再以诉讼时效期间届满为由拒绝承担保证责任或者请求返还财产；保证人承担保证责任后也不得再向债务人追偿，除非债务人放弃诉讼时效的抗辩。

## 第四十四条 先诉抗辩权

一般保证的债权人未就主合同纠纷提起诉讼，不能仅起诉一般保证人。其可以债务人为被告，也可以债务人和保证人为共同被告提起诉讼。作为共同被告人的保证人因主合同纠纷未经审判或者仲裁，在债务人财产依法强制执行仍不能履行债务前，有权拒绝向债权人承担保证责任，但是有下列情形之一的除外：

1. 债务人下落不明，且无财产可供执行；
2. 人民法院已经受理债务人破产案件；
3. 债权人有证据证明债务人的财产不足以履行全部债务或者丧失履行债务能力；
4. 保证人书面表示放弃先诉抗辩权。

一般保证的保证人仅对债务人财产依法强制执行后仍不能履行的部分承担保证责任。

债权人未对债务人的财产申请保全，或者保全的债务人的财产足以清偿债务，债权人不能申请对一般保证人的财产进行保全。

## 第四十五条 怠于行使权利的责任免除

律师可以合理提示委托人，在主债权履行期间届满后，一般保证的保证人应及时向债权人提供债务人可供执行财产的真实情况。债权人一方代理律师应当提示委托人及时行使权利，如因其怠于行使担保权利致使该财产不能被执行的，保证人可在提供可供执行财产的实际价值范围内，免除其保证责任。



怠于行使权利，包括以下三种情况：

1. 债权人不积极主张权利，或没有全面地、有效地采取措施，或迟延采取措施；

2. 债权人能够行使财产权利，不存在客观障碍和法律障碍；

3. 导致部分、全部财产或财产权利消灭、过期或减价的结果发生。

#### **第四十六条 进入破产程序后保证合同的处理**

进入破产程序后，保证合同应按如下情况处理：

1. 债权人请求保证人承担保证责任，保证人有权主张担保债务自人民法院受理破产申请之日起停止计算；

2. 债权人在破产程序中申报债权后，还有权提起诉讼，请求保证人承担保证责任；

3. 保证人清偿债权人的全部债权后，可以代替债权人在破产程序中受偿；在债权人的债权未获全部清偿前，保证人不得代替债权人在破产程序中受偿，但是有权就债权人通过破产分配和实现担保债权等方式获得清偿总额中超出债权的部分，在其承担保证责任的范围内请求债权人返还；

4. 债权人在债务人破产程序中未获全部清偿，可以请求保证人继续承担保证责任；保证人承担担保责任后，可以向和解协议或者重整计划执行完毕后的债务人追偿；

5. 债权人知道或者应当知道债务人破产，既未申报债权也未通知保证人，致使保证人不能预先行使追偿权的，保证人就该债

权在破产程序中可能受偿的范围内免除保证责任，但是保证人因自身过错未行使追偿权的除外；

6.经人民法院裁定批准的重整计划，对债务人和全体债权人均有约束力。债权人未依照本法规定申报债权的，在重整计划执行期间不得行使权利；在重整计划执行完毕后，可以按照重整计划规定的同类债权的清偿条件行使权利。债权人对债务人的保证人和其他连带债务人所享有的权利，不受重整计划的影响；

7.破产人的保证人和其他连带债务人，在破产程序终结后，对债权人依照破产清算程序未受清偿的债权，依法继续承担清偿责任；

8.保证人被裁定进入破产程序的，债权人有权申报其对保证人的保证债权。主债务未到期的，保证债权在保证人破产申请受理时视为到期。一般保证的保证人不得主张行使先诉抗辩权的，但债权人在一般保证人破产程序中的分配额应予提存，待一般保证人应承担的保证责任确定后再按照破产清偿比例进行分配。保证人被确定应承担保证责任的，管理人可就保证人实际承担的清偿额向主债务人或其他债务人行使求偿权；

9.债务人、保证人均被裁定进入破产程序的，债权人有权向债务人、保证人分别申报债权。债权人向债务人、保证人均申报全部债权的，从一方破产程序中获得清偿后，其对另一方的债权额不作调整，但债权人的受偿额不得超出其债权总额。保证人履行保证责任后不再享有求偿权；

10.债权人知道或者应当知道债务人破产，既未申报债权也未通知保证人，致使保证人不能预先行使追偿权的，保证人在该债权人在破产程序中可能受偿的范围内免除保证责任。

## 第六章 为关联方提供担保

### 第四十七条 为关联方提供担保的类型

关联方是指公司、公司的控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员直接或者间接控制的公司或其他企业，以及与公司存在其他可能导致公司利益转移的关系的公司或其他企业，及法律法规认定的关联方。

#### （一）母公司为子公司提供担保

应按照《民法典》《公司法》规定，应提供董事会决议和股东（大）会决议。如果母公司为全资子公司提供保证的，可以不提供。

#### （二）子公司为母公司提供担保

按照《公司法》第十六条规定，子公司为母公司提供担保须有合格的股东（大）会决议；若无股东会决议，应审查保证合同是否由单独或者共同持有公司三分之二以上对保证事项有表决权的股东签字同意。全资子公司为母公司提供保证时，应向子公司索取公司章程或子公司同意保证的决议，并对如下情况进行审查：

1. 子母公司章程均未明令禁止此类保证行为；
2. 保证行为的通过遵循公司章程或公司另外制定的规章制度（如有）的相关规定；
3. 全资子公司为母公司提供担保确为正常经营所需；
4. 子公司的董事会及独立董事（若有）依据母公司的经营状况及担保对子公司的影响作出同意担保的决议或提供相应支持的意见。

### （三）子公司之间提供担保

如果保证人与被保证人均被同一人或同一公司控制，应按照《公司法》第十六条的规定，要求保证人提供股东（大）会决议或者持有保证人三分之二以上表决权的股东在保证合同上签字同意。

（四）具有控制关系的公司之间以及共同被控制的公司之间的担保

建议分别按照以上情况处理。

（五）处于同一 VIE 协议（即协议控制）架构内的公司之间的担保

建议分别按照上述 1-3 的情况处理。

（六）母公司利用其控制的金融机构或者担保公司为其他关联公司提供担保

需同时考虑关联关系及对金融机构和担保公司的特殊规定。

## 第四十八条 关联担保的审查

在审查关联担保时，律师应当提示委托人，要求公司提供股东（大）会决议，并对决议的决议内容、表决人员、表决程序等真实性和合法性进行审查，审查要点如下：

- 1.被担保的关联股东是否履行了回避程序；
- 2.相关决议是否在排除被担保的关联股东表决权的情况下作出；
- 3.是否由出席会议的非关联股东所持表决权的过半数通过；
- 4.担保数额是否超过公司章程中担保总额及单项担保的限额；
- 5.通过决议的签字人员身份是否符合章程的规定。

## 第七章 善意债权人的认定

### 第四十九条 善意债权人

律师应当提示委托人，应保留已对公司决议进行了合理审查的证据。如果能证明委托人不知道或者不应当知道公司法定代表人超越权限订立保证合同，可以认定为构成善意。债权人的审查一般以形式审查为主。但对于一些在商业逻辑上存在疑问，或者对债权人来说特别重大的保证行为，建议进行实质性的审查。

### 第五十条 善意债权人的认定标准

#### （一）保证人为非上市公司

1.为公司股东或者实际控制人提供关联担保的情形下，认定债权人是否善意的标准包括：

(1) 是否审查了作出决议的机关所做之决议；

(2) 是否审查了决议的表决程序，即是否审查了被担保的关联股东是否履行了回避程序，相关决议应在排除被担保的关联股东表决权的情况下，由出席会议所持表决权主体的过半数通过；

(3) 是否审查了通过决议的签字人员的身份是否符合章程的规定。

2. 为公司股东或者实际控制人以外的人提供非关联担保的情形下，认定债权人是否善意的标准包括：

(1) 是否审查了股东（大）会决议或者董事会决议。在章程对决议机关没有明确规定或不知道章程对决议机关有规定的前提下，债权人审查的决议可以是股东（大）会决议，亦可以是董事会决议；

(2) 是否审查了通过决议的人数、签字人员的身份是否符合章程的规定。

## （二）担保人为上市公司

债权人只要审查了上市公司针对担保事项公开披露的信息，并同时符合如下两个条件时，应当认定为构成善意：

(1) 公开披露的信息应是针对担保事项作出，包括披露被担保人基本情况、担保金额、担保方式、累计对外担保数量及逾期担保数量等；

(2) 公开披露的信息应包括该担保事项已经董事会或者股东大会决议通过。

债权人应当在看到上市公司就此次担保事项发布的公告（即公开披露）后，再行与上市公司签署担保合同。同时还应根据交易所以及上市章程等相关规定，审查上市公司就担保事项应提供董事会决议还是股东大会决议等。否则，应该推定债权人系非善意的，除非债权人能够证明其履行了实质审查义务。

## 第五十一条 审查的注意事项

律师应当提示委托人采取如下措施，充分证明其为善意的债权人：

1.主动索要最新公司章程，如无法确定章程的时效性和真实性，可要求公司配合调取最新工商档案（需加盖公司登记部门查询章），并要求担保人出具承诺书，对章程的有效性和时效性予以承诺；

2.审慎审查公司章程及相关决议文件。应特别注意章程是否就对外担保的决议机关作出了明确规定，进而确定决议作出的机关是否适格。为公司股东、实际控制人提供担保的，决议应当由股东会或股东大会作出；公司为其他主体提供担保的，作出决议的机关应当符合章程规定。

3.审慎审查决议内容，具体包括：

（1）决议通过的比例是否符合法律和公司章程的规定；

（2）表决的人员是否为公司股东或董事。如果章程中并未记载董事的名单，债权人应要求担保人在董事会决议中明确阐述现任董事会的组成及人员情况，出席人数及名单等或要求担保人配

合调取最新的工商档案予以确认；

(3) 结合章程审查决议通过的内容是否与担保合同的内容一致。

## 第八章 特殊保证人提供的担保

### 第五十二条 公司的分支机构提供担保

律师应当提示委托人，应重点审查以下要点：

#### 1. 是否经公司决议程序

除金融机构的分支机构开立保函和担保公司的分支机构对外提供担保的情况之外，分支机构未经总公司决议程序以自己的名义对外提供保证，总公司或者其分支机构将不承担保证责任，法律法规规定的除外。

#### 2. 是否经总公司书面授权

公司的分支机构或其职能部门本身不具备法人资格，未经授权没有保证人的资格。

分公司以自己的名义对外提供担保的，应当取得总公司股东（大）会或董事会决议授权，否则，将存在担保无效的风险。

律师应当合理提示委托人，总公司授权其分公司提供保证的，应当以书面形式明确授权范围。授权范围明确的，分公司应在授权范围内承担保证责任。

### 第五十三条 担保公司分支机构提供担保



担保公司的分支机构未经担保公司授权对外提供担保，担保公司或者其分支机构将不承担保证责任。但是相对人不知道且不当知道分支机构对外提供的担保未经担保公司授权的除外。

律师可以建议委托人，在审查担保公司分支机构的担保文件时，应当重点审查该分支机构有无提供担保公司出具的授权文件。避免因未尽审查和注意义务导致的担保行为无效。

#### **第五十四条 一人公司提供担保**

一人公司对外保证时，唯一的股东同意提供担保，不仅体现股东意志，也体现公司意志。一人公司为他人提供保证时，如果没有提供相关决议，不能以此为由，主张不承担保证责任。

一人公司的股东与公司存在财务混同的情形下，公司财产及个人财产需一同负清偿责任。律师应当建议一人公司的股东，注意规范公司治理结构，设立完善的财务制度，避免发生财务、人事、资产、业务混同的情况，防范与公司一起承担连带责任的风险。

#### **第五十五条 国有独资公司提供担保**

律师应当提示委托人，依据《企业国有资产法》，未经履行出资人职责的机构同意，国有独资公司不得为关联方提供担保。

国有独资公司为非关联方提供担保时，除有关法律、行政法规以及企业章程的规定，由履行出资人职责的机构来决定的以外，应由董事会决定。

律师在审查保证合同及文件时，须先确定应由谁做出决定，然后核查决定机关是否对案涉保证做出了决议，再审核决议的形式要件和实质要件是否符合规定。

## 第九章 附则

**第五十六条** 本指引由广州市律师协会公司法专业委员会起草，由广州市律师协会负责解释。

**第五十七条** 本指引自公布之日起实施。

（执笔人：练武、曾飞、周清；复核：易学超、吴娟、华青春、胡本岳、汤哨锋、杜禹静；审定：苏文卿、白定球、侯爱民、贾远鸿、金豪、朱江）