



中国融资担保业协会
CHINA FINANCING GUARANTEE ASSOCIATION

首届融资担保业 征文论文集

CHUANG XIN FA ZHAN

SHOUJIE RONGZI DANBAOYE ZHENGWEN LUNWENJI

中国融资担保业协会◎编

创新发展

 中国金融出版社

创新发展

——首届融资担保业征文论文集

中国融资担保业协会 编

 中国金融出版社

责任编辑：张怡姮

责任校对：刘 明

责任印制：陈晓川

图书在版编目 (CIP) 数据

创新发展——首届融资担保业征文论文集 (Chuangxin Fazhan——Shoujie Rongzi Danbaoye Zhengwen Lunwenji) / 中国融资担保业协会编. —北京：中国金融出版社，2015. 7

ISBN 978 - 7 - 5049 - 8001 - 4

I. ①创… II. ①中… III. ①融资—担保—中国—文集
IV. ①F832. 48 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 138714 号

出版
发行

中国金融出版社

社址 北京市丰台区益泽路 2 号

市场开发部 (010)63266347, 63805472, 63439533 (传真)

网上书店 [http: //www. chinafph. com](http://www.chinafph.com)

(010)63286832, 63365686 (传真)

读者服务部 (010)66070833, 62568380

邮编 100071

经销 新华书店

印刷 保利达印务有限公司

装订 平阳装订厂

尺寸 169 毫米 × 239 毫米

印张 16

字数 198 千

版次 2015 年 7 月第 1 版

印次 2015 年 7 月第 1 次印刷

定价 42.00 元

ISBN 978 - 7 - 5049 - 8001 - 4/F. 7561

如出现印装错误本社负责调换 联系电话 (010)63263947

本书编委会

顾 问：周慕冰 曹 宇
指 导：李均锋 牛成立 文海兴
邢早忠 张立平

编 委 会 主 任：文 政

编 委 会 委 员：（按姓氏笔画排序）

卜祥瑞 王建兴 文 政
石建昌 叶 斌 刘 征
张红地 张忠慧 张德本
陈子牧 陈杭生

编委会工作人员：陈楚钟 谭傣文 李光翊
李潇涵

序 言

我国融资担保业从1993年伊始，历经20多年，逐步发展壮大。自2009年国务院建立的由银监会牵头的融资性担保业务监管协调机制之后，《融资性担保公司管理暂行办法》及有关配套制度相继出台。在部际联席会议和各省、自治区、直辖市人民政府指导下，各地结合实际建立了监管架构，监管措施和工作机制不断完善，融资担保业进入了规范发展的新阶段。截至2014年末，全行业共有法人机构7898家，实收资本9255亿元，担保业务在保余额2.74万亿元，其中中小微企业融资担保贷款余额1.28万亿元，担保机构为25.14万户中小微企业提供贷款担保服务；各类机构涉农在保余额共计约1700亿元，涉农在保户数43万户。融资担保在缓解小微企业和“三农”融资难、融资贵方面发挥了重要作用，架起了银行与小微企业、“三农”之间的桥梁，推动了社会信用体系的建设。

同时，我们也应该看到，当前融资性担保行业发展与监管面临的困难和问题，如一些地方政府对融资担保工作支持力度不够；许多融资担保机构资本实力不强，违规经营时有发生；银担合作有待完善；再担保体系不健全；等等。融资担保行业风险高、收益低，完全靠市场的力量很难充分发挥应有的作用。不少国家都把融资担保作为准公共产品，给予大力支持。如何结合中国国情，建立有公信力的融资担保体系，是我们要持续关注的重

要课题。

2014年12月国务院召开了全国促进融资性担保行业发展经验交流电视电话会，李克强总理向会议作出重要批示，马凯副总经理作重要讲话。发展融资担保是破解小微企业和“三农”融资难、融资贵问题的重要手段和关键环节。担保机构要聚焦主业、增强实力、创新机制、规范经营，为小微企业和“三农”融资提供更加丰富的产品和优质服务，促进大众创业、万众创新。

为深入贯彻党的十八届三中全会精神，推进中国融资担保业的改革创新，总结行业成功经验，探讨未来发展路径，从而使其更好地服务于中小微、“三农”等实体经济，在中国银监会普惠金融部的指导下，中国融资担保业协会与《金融时报》联合举办了融资担保业创新发展征文活动，此次活动的优秀论文已汇编成册，即将于近期出版。该论文集的论文，理论结合实际，紧扣创新发展的主题，从监管、再担保体系建设、业务创新、风险管理等维度进行了有价值的探讨。例如，业务创新方面，结合P2P、土地信托、私募债等，分析了融资担保的增信作用，并提出相应的建议；模式方面，比较了政策性担保、商业性担保和互助性担保的优劣，提出了混合所有制的组织模式；再担保方面，在比较“江苏模式”、“广东模式”、“北京模式”、“安徽模式”的基础上，就如何进一步发挥再担保体系的作用提出了个人的见解；面对当前的监管现状，也有作者提出要进一步发挥中国融资担保业协会在行业自律方面的作用等建议。论文集中也收集了部分行业专家的稿件，对行业的某些问题做了深度的剖析，对行业的热点与难点问题进行了系统的、深入的思考。

从整体上讲，这些论文对行业的创新发展，具有理论上或实践上的参考或指导意义。本次征文也是中国融资担保业协会汇集各界才智，推动融资担保业创新发展方面的有益尝试。希望本论

文集的出版，起到一个抛砖引玉的作用，为融资担保业的创新发展汇集更多的才智，促进融资担保业的规范发展。同时，也希望中国融资担保业协会为融资担保行业的创新发展继续努力，继续高标准、严要求，做好行业的服务工作，争取作出更大的贡献，推动融资担保行业吸引更多的金融活水，滋养实体经济之树。

中国银行业监督管理委员会副主席

A handwritten signature in black ink, appearing to read '周慕冰' (Zhou Mubai), written in a cursive style.

2015年6月2日

目 录

一等奖

融资性担保公司反担保环节法律风险防控	3
我国中小企业私募债券的增信制度研究	17

二等奖

混合所有制在融资担保行业的探索与实践	57
谈农业专业化担保对土地信托的增信作用	67

三等奖

论反担保的主合同	83
试论 P2P 中的融资担保行业风险及对策建议	97
浅论深化省级信用再担保体系建设	109
我国融资性担保行业监管研究	121

优秀奖

PPP 模式的小企业融资应用	
——记中新力合小企业集合债权基金系列产品案例	133
创新进取 稳健前行 打造农业融资新渠道 推动“三农”	
经济快发展	141
浅谈融资担保机构社会责任报告的发布	150

关于地市级再担保体系构建及运营模式探讨	159
国有担保公司：定位缺失成因及改革方向	168
发展政府支持的担保机构体系 缓解中小微企业融资问题	177
融资担保模式的比较及混合所有制担保模式的可行性研究	189
打造有竞争力的集合信托产品 ——浅谈首都农业专业合作社金融创新	213

评委观点

首届“融资担保业创新发展”征文活动专家评委会 委员名单	227
论担保机构风险的“矢量”特性及其现实意义	228
明确定性定位 建立有公信力的融资担保体系 ——《上海再担保》访中国融资担保业协会 专职副会长文政	240

一等奖

融资性担保公司 反担保环节法律风险控制

安徽省信用担保集团有限公司 李开翠

摘要：我国融资性担保公司在降低金融机构贷款风险，缓解中小企业融资难、融资贵，推动国民经济增长方面发挥着不可替代的作用。法律风险以承担法律责任为特征，存在于担保业务的各个环节，一旦发生，会给融资性担保公司带来极大困扰甚至致命打击。反担保作为担保业务的重要一环，其法律风险主要发生在反担保合同订立、反担保物权登记和反担保物权实现阶段。笔者在简要阐述反担保概念、反担保方式种类的基础上，结合工作实际，运用法律对反担保环节法律风险进行剖析并提出有针对性的防控措施，以期对融资性担保公司更好地防控风险、服务中小企业有所裨益。

关键词：反担保 法律风险 防控措施

一、反担保的概念和反担保方式的种类

（一）反担保的概念

反担保的概念，在古代罗马法、近现代大陆法系或英美法系的担保立法制度中都没有记载，^① 唯有我国首次直接以《担保法》、《物权法》等法律形式明确界定了反担保的概念。^② 反担保是指债务

① 车辉：《对反担保法律适用问题的思考》，载《法律适用》，2006年第8期。

② 参见《中华人民共和国担保法》第四条第（一）款、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第二条和《中华人民共和国物权法》第一百七十一条第（二）款规定。

人或第三人向担保人承诺或设定物的担保，在担保人因代为清偿债务人的债务而受到损失时，向担保人进行清偿的民事行为。^①

（二）反担保方式的种类

我国《担保法》司法解释和《物权法》规定，^② 反担保方式的种类可以为：债务人以外第三人的保证、债务人或第三人的抵押和质押。反担保方式选择中，融资性担保公司（以下简称担保公司）往往会综合担保金额、担保期限、项目风险度及反担保人的资信等因素，单独或组合选用。

二、反担保合同订立法律风险与防控措施

《担保法》和《物权法》规定，保证合同、抵押合同和质权合同的当事人必须订立书面合同。^③ 反担保合同是担保公司和反担保人之间民事权利义务的载体，是担保公司启动追偿程序的必备材料

① 刘新来主编：《信用担保概论与实务》（修订版），经济科学出版社，2006年1月第2版，第109页。

② 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第二条规定：反担保人可以是债务人，也可以是债务人之外的其他人。反担保方式可以是债务人提供的抵押或者质押，也可以是其他人提供的保证、抵押或者质押。

《物权法》第一百七十一条第二款规定：第三人为债务人向债权人提供担保的，可以要求债务人提供反担保。反担保适用本法和其他法律的规定。

③ 《担保法》第十二条：保证人与债权人应当以书面形式订立保证合同。

《物权法》第一百八十五条：设立抵押权，当事人应当采取书面形式订立抵押合同。

《物权法》第二百一十条：设立质权，当事人应当采取书面形式订立质权合同。

《物权法》第二百二十四条：以汇票、支票、本票、债券、存款单、仓单、提单出质的，当事人应当订立书面合同。质权自权利凭证交付质权人时设立；没有权利凭证的，质权自有关部门办理出质登记时设立。

《物权法》第二百二十六条：以基金份额、股权出质质的，当事人应当订立书面合同。以基金份额、证券登记结算机构登记的股权出质质的，质权自证券登记结算机构办理出质登记时设立；以其他股权出质质的，质权自工商行政管理部门办理出质登记时设立。

《物权法》第二百二十七条：以注册商标专用权、专利权、著作权等知识产权中的财产权出质的，当事人应当订立书面合同。质权自有关主管部门办理出质登记时设立。

《物权法》第二百二十八条：以应收账款出质的，当事人应当订立书面合同。质权自信贷征信机构办理出质登记时设立。

和重要证据。加强对反担保合同签订条件、主体、内容和签章的审查,是担保公司防控反担保合同订立阶段法律风险的关键。

(一) 签约条件方面

对于反担保人是公司的反担保合同,若签约条件不符合《公司法》第十六条对公司对外担保的强制性规定,^①可能有被法院认定无效的法律风险。《最高人民法院关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》第五部分第十五条规定,违反效力性强制性规定的,法院应当认定合同无效;违反管理性强制性规定的,法院应当根据具体情形认定合同效力。《公司法》第十六条规定的性质,目前学说研究和审判实务中有认为是管理性强制性规定;^②也有认为是效力性强制性规定,^③笔者也认同此观点并认为担保公司应加大对反担保公司章程和公司决议的审查力度,要求反担保公司依法按章签约,防控反担保合同被法院适用“《合同法》第五十二条(五)违反法律、行政法规的强制性规定”确认无效法律风险的发生。

(二) 合同主体方面

仅以政府担保为例。《担保法》第八条规定:“国家机关不能为

① 新《公司法》第十六条:公司向其他企业投资或者为他人提供担保,按照公司章程的规定由董事会或者股东会、股东大会决议;公司章程对投资或者担保的总额及单项投资或者担保的数额有限额规定的,不得超过规定的限额。公司为公司股东或者实际控制人提供担保的,必须经股东会或者股东大会决议。

前款规定的股东或者受前款规定的实际控制人支配的股东,不得参加前款规定事项的表决。该项表决由出席会议的其他股东所持表决权的过半数通过。

② 宁金成:《公司违反章程规定对外担保的效力研究——以〈公司法〉第十六条第一款的适用为分析背景》,载《郑州大学学报》,2011(4),第43页。

北京市高级人民法院终审的江苏银大科技有限公司与中建材集团进出口公司担保合同纠纷上诉案,《最高人民法院公报》,2011(2),《人民司法·案例》,2011(12)。

③ 顾吉珉:《对〈公司法〉第十六条强制性意义的不同解读》,载《中国担保论坛》,2011(1),84页。

云南省高级人民法院[2008]云高民二终字第28号,《中华人民共和国公司法案例注释版》(第2版),中国法制出版社,2013,16页。

保证人。”根据反担保适用担保的规定，国家机关当然不能为反担保人。国家也三令五申严禁地方政府以任何直接、间接形式为融资平台公司融资行为提供担保。^①现实中，不少担保公司却认为把地方政府还款承诺函作为反担保措施很安全且乐于接受。笔者认为，担保公司和承诺政府明知法律禁止性规定和国家禁令仍执意而为，双方均有过错；若法院以违反法律禁止性规定、损害国家利益为由认定政府承诺函无效，^②即使依据《担保法》司法解释第七条规定判决，承诺政府也仅对债务人不能清偿部分承担一定比例的赔偿责任，而担保公司接受承诺函的初衷无法实现。

新《预算法》首次确立全口径预算管理的原则并堵上了地方政府担保的“暗门”。^③在政府融资平台公司转型期间，笔者建议担保公司对照新规，参考《中国银监会关于加强融资平台贷款风险管理的指导意见》要求和银行做法，结合政府领导人任期、融资平台和地方政府资信，研判存量担保贷款风险类别，采取落实第一还款来源、补充反担保、加大清收适时退出等措施防控风险，同时依法办理新增融资平台贷款担保。为防控反担保合同因主体不适格而无效法律风险的发生，担保公司应严格合同主体资格审查，避免与法律

① 参见国发〔2010〕19号：《国务院关于加强地方政府融资平台公司管理有关问题的通知》第四项规定。

《财政部重申清理地方融资平台 禁止政府违规担保》，<http://www.sina.com.cn>，2011年8月15日。

② 《最高人民法院关于交通银行香港分行与港云基业有限公司、云浮市人民政府等借款担保合同纠纷上诉一案〈承诺函〉是否构成担保问题的请示的复函》，最高人民法院，2016年10月11日发布。

《中国指导案例》编委会编：《人民法院指导案例裁判要旨汇览——借款·担保卷》，中国法制出版社，2014年1月第1版，第402页。

陈桂平：《股权转让纠纷——政府连带担保效力如何？》，2013年12月30日，北大法律信息网。

③ 新《预算法》第三十五条第四款：除法律另有规定外，地方政府及其所属部门不得为任何单位和个人的债务以任何方式提供担保。

禁止担保的主体签订反担保合同。

（三）合同内容方面

《合同法》第十二条规定，合同内容由当事人约定。诉讼追偿中，法院常因反担保人刻意躲避、拒绝签收而无法以公告送达以外的方式送达法律文书，而公告一次至少需要60日，^①造成案件审理被迫中止。为此，笔者认为不妨在反担保合同中约定法律文书送达地址确认条款；同时结合《企业信息公示暂行条例》要求企业向工商部门报送并公示的企业年度报告内容，在反担保合同首页详细填写反担保人通信地址、联系电话、电子邮箱等多种联系方式，防控项目人员变动造成的联系不畅和送达难法律风险的发生。

笔者代理的多起案件庭审中，对于担保公司同时请求支持违约金和代偿资金占用费的诉求，被告大多请求法院减少违约金并驳回担保公司代偿资金占用费诉请，审理法院通常适用《合同法》第一百一十四条第二款及其司法解释（二）第二十九条规定，^②在同期同类贷款利率的4倍范围内择高支持一项。民事诉讼实行“不告不理”原则，合同约定过低固然会有未请求部分得不到审理的法律风险，但约定过高，诉求不适当部分将得不到法院支持，且须自行负担不当请求部分的诉讼费。实践中，担保公司常因合同约定的违约金和资金占用费过高而导致诉求不被法院全部支持。为防控诉求过高部分不被法院支持而承担多付的律师费和诉讼费法律风险的发生，笔者认为担保公司应结合《合同法》司法解释（二）第二十九

① 新《民事诉讼法》第九十二条：受送达人下落不明，或者用本节规定的其他方式无法送达的，公告送达。自发出公告之日起，经过六十日，即视为送达。

② 《合同法》第一百一十四条第二款规定：约定的违约金低于造成的损失的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以增加；约定的违约金过分高于造成的损失的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以适当减少。

《合同法》司法解释（二）第二十九条：当事人约定的违约金超过造成损失的百分之三十的，一般可以认定为合同法第一百一十四条第二款规定的“过分高于造成的损失”。

条规定的违约金上限和新《民事诉讼法》第二百五十三条规定的关于被执行人支付迟延履行金的标准,^①在反担保合同中合法合理约定违约金和代偿资金占用费,避免案件代理人为多收代理费或免受追责,即使明知合同约定的违约金和代偿资金占用费过高,也按合同约定主张。

(四) 合同签章方面

合同签章系当事人真实意思表示和合同成立。^②合规审查中,笔者经常发现反担保合同漏签章,如合同及附件尤非订本式合同骑缝处漏盖当事人签章,反担保自然人未在合同各页签字,引发反担保人篡改、替换合同条款损害担保公司权益法律风险;错签章如签章与合同首页当事人身份不符,反担保公司法定代表人签章与其有效法人营业执照记载姓名不一致,法定代表人的授权代理人签字不在委托期限内或与授权委托书写明的委托事项、代理权限不符等致使担保公司因反担保合同无法成立而丧失追偿权;违规签章如不执行合同面签制度,通过邮寄或让对方带回签章,造成追偿权因对方虚假签章无法行使。担保公司应规范合同印章审查,杜绝此类法律风险的发生。公司印章与法定代表人同时作用对外表达公司意志时,可产生相互制约的效果。^③为防范反担保公司事后辩称法定代表人滥用法律地位、印章被伪造等,笔者认为应要求其法定代表人面签同时加盖公司印章;对于反担保公司又是借款人的,将其签章与其在主合同上的签章进行比对,借助银行印鉴预留和审核制度,更好地防控自身的法律风险。

① 新《民事诉讼法》第二百五十三条:被执行人未按判决、裁定和其他法律文书指定的期间履行给付金钱义务的,应当加倍支付迟延履行期间的债务利息。被执行人未按判决、裁定和其他法律文书指定的期间履行其他义务的,应当支付迟延履行金。

② 《合同法》第三十二条:当事人采用合同书形式订立合同的,自双方当事人签字或者盖章时合同成立。

③ 王冠华:《商事活动中的公司印章规则》,法律教育网·民商专题,2013年1月9日。