



深圳律师实务丛书

FINANCING & GUARANTEE
IN LAW PRACTICE

The Review of Shenzhen Lawyers

融资担保法律实务

金振朝/著

法律出版社

LAWPRESS·CHINA

FINANCING & GUARANTEE
IN LAW PRACTICE

融资担保法律实务

金振朝/著



法律出版社

LAWPRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

融资担保法律实务 / 金振朝著. —北京:法律出版社, 2012. 5
ISBN 978 - 7 - 5118 - 3482 - 9

I. ①融… II. ①金… III. ①融资—担保法—研究—中国 IV. ①D923. 24

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 085886 号

融资担保法律实务

金振朝 著

责任编辑 贺 兰

装帧设计 马 帅

开本 1/16

版本 2012 年 7 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 20.5 字数 332 千

印次 2012 年 7 月第 1 次印刷

编辑统筹 法律应用出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939686

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 3482 - 9

定价:48.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

深圳律师实务丛书

编委会



主 任：于秀峰

副主任：张 斌 顾东林

委 员：冯 东 贺倩明 邓香花 段 毅 冯 江
樊树安 方壮毅 侯 林 韩 俊 黎孟龙
鲁 潮 宋萍萍 谭泽先 王继丰 肖才元
曾洛川 张大鸣 张文波

法律出版社

LAWPRESS·CHINA

总 序

专业化是律师行业发展的支柱

深圳市律师协会会长 余俊福

中国的律师行业经过 30 年的恢复与发展,已经初具规模,但是,与现代发达国家的律师行业相比,我们仍然处于“初级阶段”,与国家政治、经济、文化发展不能匹配。将律师行业“做强、做大”仍是业内最强的呼声。个人理解,“做强、做大”,无外乎专业化、规模化、规范化、品牌化建设,而其中专业化实乃律师行业发展的支柱。

按照现代广泛运用的利伯曼“专业化”标准的定义解释,所谓“专业”,就应当满足以下基本条件:一是范围明确,垄断地从事于社会不可缺少的工作;二是运用高度的理智性技术;三是需要长期的专业教育;四是从事者个人、集体均具有广泛自律性;五是专业自律性范围内,直接负有作出判断、采取行为的责任;六是非营利性,以服务为动机;七是拥有应用方式具体化了的伦理纲领。

就律师行业而言,专业化应以专业律师为基础,即律师根据自己的特长和优势,精通本专业的法律规定和法理精髓,专门或偏重某一项或某几项法律事务;律师专业化以专业化的律师事务所为标志,即律师事务所主要人员和业务是为某个或某几个法律服务领域提供专门法律服务,具有自己的专业品牌;律师专业化以实现全行业的专业化为最终目标,即大多数执业律师符合律师的专业化,形成了自觉学习、研究法学理论与律师实务的风气和专业习惯,大多数律师事务所具有鲜明的专业品牌。

律师要实现专业化,首先要专业明确,确定适合自己的法律服务领域,之后针对该法律服务领域进行长期的专业研修,在该法律服务领域有自己的实务和理论研究成果,最终拥有业内公认能熟练处理该法律服务领域问题的专业技能。

当然,专业化也是一个“舍得”的过程,选择专业化就意味着舍弃某些自己熟悉且收入颇丰的某些业务,甚至要忍受短期内业务量下降的痛苦。只有专注才有专业,如果不舍弃已有的某些业务,心不能专,则难以在专业领域获得成就。此外,在长期执业过程中加入或组建一个强大的专业律师团队,也是律师成就专业之路不可或缺的途径。

律师专业化是一项艰巨、复杂的系统工程,除了律师所在中长期发展目标上确定专业化方向,为律师和律师团队提供专业发展环境之外,律师协会也应为律师行业的专业化分工和发展提供完善的制度保障和政策支持,并且应该加大对律师专业化的培训力度,为律师的专业化发展提供坚强的智力支撑。

资助会员出版实务专著是深圳律协确定的一项具体工作和一项智力工程,目的有两个:一个是倡导律师的专业化发展,引导深圳律师和律师事务所普遍走上专业化发展的道路;另一个是推出行业专业领军人物,在全国专业化发展的浪潮中树立一批深圳律师专业品牌。

深圳律协将每年资助出版一批律师实务专著,期许借此倡导专业化发展之路、弘扬专业研究之风、发出业界深圳之声,更期许借此涌现一批律师专业领军人物。

序 言

众所周知,专业化和团队化是中国律师业可持续发展的必由之路,也是一个知易行难的永恒话题。在西方发达国家,不仅存在诉讼律师和非诉讼律师的区分,还划分了十分细致的专业领域,律师在各自的业务领域内各司其职。而在我国,受到案源开拓的压力,一个在校学习民法专业的刚出道律师,为了接待一个刑事案件的当事人临时“抱佛脚”的现象并不少见,这些律师从“万金油”到“专用油”的过程十分漫长,甚至执业多年仍没有形成自己的专业强项。特别是对很多青年律师而言,由于时刻面临严峻的竞争、生存压力,既无时间也沉不下心钻研业务,从而导致专业能力不进反退、案源开拓数量和质量逐年下降的恶性循环。律师的专业化程度代表着律师的执业水平,而律师整体执业水平又与每位律师密切相关。近年来,我们欣喜地看到,在深圳市律师协会的指导下,其下属各专业委员会在加强专业学习与研究,提升深圳律师业专业化水平和分工协作方面,做了许多开创性的工作并逐见成效。

必须指出的是,律师的专业研究不同于高校等研究机构的理论研究。从研究目的上看,律师的研究是为了提高律师的业务素质和服务水平,而不是进行纯粹理论上的学术探讨。从研究对象上看,律师研究的对象是律师执业实践中遇到的难点、热点、新业务拓展等前沿性问题,必须紧紧以法律服务实践为中心,而不能偏离这个中心。从研究方法上看,律师专业研究主要侧重于案例分析、理论与实践相结合等实证研究方法,不同于学术领域的理论、思辨研究方法。

本书的作者借助效力于担保机构的实践和经验,对于方兴未艾的融资担保行业中的法律问题提出了自己的看法和思考,展示出了一定的专业水平,值得鼓励。当然,本书中也难免存在一些不足之处,如对某些问题的研究缺乏深入研究,在律师实务操作指引方面有待加强,与本书的读者一样,我也期待着作者的继续努力并不断开花结果!

广东卓建律师事务所主任
张斌 律师
二〇一一年一月十五日

目录

CONTENTS

序言.....	1
---------	---

实 务 篇

第一章 我国融资担保行业概况.....	3
第一节 我国融资担保行业的产生、发展与问题	3
第二节 行业组织及部分担保机构介绍.....	8
第三节 融资担保业主要法规概览	17
第四节 担保机构的合法业务范围	26
第二章 担保业务受理阶段的法律风险防范	44
第一节 担保机构的业务来源	44
第二节 担保机构的业务受理规则	47
第三节 担保申请表和所需材料清单	48
第四节 担保机构客户的先合同义务	51
第三章 保前调研阶段的法律审核	58
第一节 保前调研中的法律审核概述	58
第二节 保前调研阶段的法律审核对象	60
第三节 保前调研阶段的法律审核要领	62
第四节 如何成为担保机构合格的法务	70

第四章 项目评审中的法律风险识别	74
第一节 担保机构的项目评审概述	74
第二节 评审费的法律分析	76
第三节 担保机构的项目评审规则	77
第四节 项目评审报告撰写要点	79
第五节 项目评审中的法律意见出具	81
第六节 项目评审中的法律风险识别与控制	82
第五章 银保合作中的法律风险识别与控制	92
第一节 银保关系概述	92
第二节 担保机构与银行打交道时应有的心态	93
第三节 银保合作协议的主要条款	94
第四节 银保合作关系的建立和维护	99
第六章 反担保法律风险识别及其防范	104
第一节 反担保概述	104
第二节 保证反担保	108
第三节 抵押反担保	120
第四节 质押反担保	135
第七章 项目上会通过后的过程控制	163
第一节 项目上会通过后的操作流程	163
第二节 落实评审会结论	164
第三节 放款审核	169
第八章 保后跟踪中的法律风险控制	171
第一节 担保业务保后跟踪概述	171
第二节 担保机构的保后跟踪制度	173
第三节 保后跟踪中面对特殊情况的处理措施	175
第九章 担保项目的终结	179
第一节 担保项目的正常终结	179

第二节	担保项目的合理延期·····	181
第三节	担保业务可能现代偿风险的几种情形·····	184
第四节	担保风险化解的一般原则·····	185
第五节	担保机构代偿的若干法律问题分析·····	187
第六节	债务追偿过程中的律师选聘·····	189
第七节	担保代偿发生后的个人责任追究·····	191

专 题 篇

第十章	最高额保证的若干法律问题分析·····	197
第一节	最高额保证概述·····	197
第二节	最高额保证人的保证责任范围·····	199
第三节	最高额保证的保证期间·····	201
第十一章	担保机构为民间借贷担保的法律分析·····	206
第一节	非金融企业之间的合法融资方式·····	206
第二节	民间借贷与高利贷·····	207
第三节	民间借贷利率·····	209
第四节	民间借贷的最新发展趋势·····	212
第五节	担保机构提供民间借贷担保法律问题·····	214
第十二章	担保机构开展财产保全担保业务探讨·····	221
第一节	财产保全担保概述·····	221
第二节	财产保全担保业务通道与来源·····	227
第三节	财产保全担保的法律风险分析与控制·····	234
第四节	担保机构的传统思维突破·····	237
第五节	律师办理诉讼保函应注意的问题·····	239
第十三章	担保机构在资产证券化中的信用增级·····	242
第一节	资产证券化概述·····	242
第二节	我国资产证券化的法规、政策依据·····	247
第三节	我国现有法律背景下的两种路径·····	250

第四节	担保机构对证券化资产的信用增级·····	252
第十四章	《暂行办法》解读与评析 ·····	257
第一节	《暂行办法》之内容解读 ·····	257
第二节	《暂行办法》之法律评析 ·····	263
第三节	非融资性担保的生存之道·····	268
第四节	融资性担保责任余额·····	269

案 例 篇

第十五章	融资担保有关案例评析 ·····	285
第一节	FJ 铝业集团有限公司诉 JWD 民间借贷纠纷一案 ·····	285
第二节	Q 担保有限公司与 N 银行 D 市支行、D 市 H 棉业有限 公司贷款担保合同纠纷一案·····	291
第三节	C 担保机构与 B 商业银行抵押物确权纠纷案·····	298
第四节	C 担保机构诉 Z 建筑公司银行保函索赔案·····	302

附录:担保行业有关法律法规索引 ·····	310
------------------------------	-----

参考文献 ·····	314
-------------------	-----

后 记 ·····	316
------------------	-----

实
务
篇

第一章

我国融资担保行业概况

第一节 我国融资担保行业的产生、发展与问题

一、我国融资担保行业的产生

企业在发展的过程中离不开资金的运转,资金是任何一个企业生产经营和市场开拓的前提条件,而中小企业资金的有限性决定了其在发展过程中必然会产生融资需求。从资金来源上看,企业的融资方式主要分为两种:内源融资和外源融资。内源融资又可称再投资,即将本企业的留存利润转化为资本投资的过程。外源融资,即吸收其他经济主体的资本,以转化为自己资本投资的过程。一般而言,企业的发展是从内源融资开始的,只有当内源融资仍无法满足企业资金需求时,才会转向外源融资。对中小企业而言,虽然内源融资是其最主要的融资方式,但随着企业的发展,外源融资也变得越来越重要。

中小企业竞争力不强、资信状况不佳、担保物不足、财务管理不规范、信用观念不强等内部原因,加上对中小企业融资提供支持的法规政策不完善、社会融资门槛过高等外部原因,导致中小企业融资难成为一个普遍性的社会问题。“中小企业融资难”问题是所有市场经济体系都面临的,是一个世界性的问题,它在本质上是市场失灵在金融领域的体现之一。为中小企业提供融资的高成本、高风险和低收益,造成市场机制下的资金供给不足。由于存在市场失灵,为了使市场配置达到最优效果,就需要政府进行适度引导和干预,弥补市场调节的不足。

很多国家和地区都把建立和实施中小企业信用担保体系作为政府扶持中小企业发展的政策体系和社会化服务体系的重要组成部分,我国也不例外。自1992年开始,我国确立了市场经济体制目标,资源配置手段由计划转向市场,以银行贷款为主的间接融资主要服务于有稳定现金流的成熟阶段企业,银行逐步商业化,随着产业结构调整和高新技术的涌现,加上国企改革、就业压力增大和中小企业兴起,催生了信用担保的需求。因此,市场经济体制的逐步建立和完

善,使社会对信用的需求迅速增加,是担保业产生的根本原因。在担保体系的建设上,我国从20世纪90年代就已经开始,国家花费了大量的力气对担保行业的发展进行财政支持,并且已初见成效,担保机构的建立对中小企业融资难的问题有了一定程度的缓解。例如,1993年7月28日,国务院朱镕基副总理对人民银行“关于财政部和国家经贸委共同组建中国经济技术投资担保机构的请示”予以批示,同意我国首家担保机构作为特例试办。1994年12月29日,深圳市成立了深圳市高新技术产业投资服务有限公司(现名称为深圳市高新技术投资担保有限公司),这些都属于较早成立的专门为高新技术产业提供贷款担保、股权投资的公司。

二、我国融资担保行业的发展

一般认为,自1998年开始中小企业信用担保试点以来,我国融资担保行业进入了快速发展阶段,其标志是在众多地方政府出资设立担保机构的同时,出现了一些商业性担保机构。1999年6月,原国家经济贸易委员会颁布了《关于建立中小企业信用担保体系试点的指导意见》,这是我国第一部系统的有关建立中小企业信用担保体系的部门规章。随后,全国各地担保机构如雨后春笋般地纷纷涌现,这对缓解中小企业融资难、促进社会经济发展起到了重要作用,而担保机构运作不规范、制度不健全、风险控制能力不强、非法经营或者变相从事金融业务等问题也日渐暴露,引起了国家有关部门的重视。

2009年2月3日,国务院办公厅发布了《关于进一步明确融资性担保业务监管职责的通知》(国办发〔2009〕7号),根据该通知,为加强对融资性担保业务的监督管理,促进融资性担保业务健康发展,防范、化解融资担保风险,国务院决定,建立融资性担保业务监管部际联席会议,同时明确地方政府相应的监管职责。2010年3月8日,经国务院批准,中国银监会、国家发展改革委、工业和信息化部、财政部、商务部、中国人民银行和国家工商总局联合发布了《融资性担保机构管理暂行办法》(以下简称《暂行办法》)。《暂行办法》主要规定了制定融资性担保公司的监管体制、设立审批制度与设立条件、业务范围、经营规则和风险控制、监督管理、法律责任等内容。《暂行办法》有利于融资性担保行业的长远发展,客观上也引起了社会各界对担保行业的关注,具有开创意义。

据有关统计,截至2010年年底,全国中小企业信用担保机构共有4817家,筹集担保资金达3915亿元,当年为35万户企业提供贷款担保额1.58万亿元。其中,当年新增贷款担保额达9794亿元,新增担保企业22万户,在保责任余额

9678 亿元,在保企业 21 万户,实现收入 506 亿元,纳税 31 亿元,实现利润 106 亿元。^① 当前,信用担保机构的发展主要呈现以下特点:

第一,资金来源多元化。中小企业担保基金包括政府财政资金、企业会员基金、企业互助基金、民间投资,以及政府财政资金与其他来源资金的合作基金。外资入股中国担保业,如 2005 年 4 月亚洲开发银行(ADB)正式入股深圳中科智集团,至 2007 年,深圳中科智集团已引进亚洲开发银行、花旗集团花旗亚洲企业投资公司(CVCI)、美国凯雷、GE 商务四家外资股东。

第二,担保机构性质和组织形式多样化。从担保机构组织形式来看,有政府管理部门所属的事业单位、国有股份制公司、私营股份制公司和各种基金的管理公司等;从机构性质来看,有非营利的政策性担保机构,也有以营利为目的的商业性担保机构,还有政策性与商业性担保业务混业经营的担保机构。

第三,担保品种多样化和机构多功能化。中小企业担保机构中有单纯提供贷款担保的融资性担保机构,也有集投资与担保功能于一身的投资担保机构;有的仅为企业提供信用担保,也有的同时为企业和个人提供信用担保。

第四,在规范整顿中增强实力,优化结构。2010 年,各地中小企业管理部门协同相关部门,按《暂行办法》有关要求,加强了对融资性担保机构的规范整顿,中小企业信用担保机构数量明显减少,资本实力有所增强,中小企业信用担保机构发展结构得到进一步优化。担保机构信用放大能力进一步增强,服务能力有了明显提高。

三、我国融资担保行业目前存在的问题

归纳起来,目前我国中小企业信用担保机构主要存在下列问题:

一是总体上分散出资,规模过小。许多地方政府按县区设立担保基金,有些基金只有几百万;大部分企业互助基金规模小,很难得到银行的信任。特别是民营担保机构,即使资本实力不算太差,也很难获得银行等金融机构的授信,根本无从开展融资性担保业务。

二是资金来源单一,缺乏资金补偿机制。大部分地区的中小企业担保基金以政府财政资金为主,只有少数地区有民营担保机构,民营担保机构也大多从事非融资性担保业务。地方财政担保基金大部分是一次性的,缺少持续性的资金

^① 数据来源:工信部网站《中小企业简报 2011 年第 20 期》, <http://qys.miit.gov.cn/n11293472/n11295074/n11299108/14117777.html>, 2012 年 1 月 1 日访问。

补偿机制。

三是区域发展不均衡,西部地区担保机构能力较弱,发展依然缓慢。担保机构发展不平衡现象仍很严重,经济发达地区特别是浙江、江苏、广东等东部沿海地区担保机构发展速度较快,机构规模相对较大,服务能力较强;部分中部地区和西南部分地区,如安徽、河南、湖北、重庆、四川等地担保机构发展速度加快,服务能力明显提高;但大部分西部(特别是西北)地区的担保机构发展缓慢,机构规模偏小,服务能力较弱。同省之内的担保机构分布也不均匀,如据广东省信用担保协会统计,2009年该省303家担保机构中,珠三角(广州、深圳、珠海、中山、佛山、东莞、江门、惠州、肇庆九个城市)217家,占政府备案登记的71.62%。^①

四是部分担保机构运营不够规范,对担保机构整体信用水平带来负面影响。部分中小企业信用担保机构货币资本占比小,以不能变现的土地、不动产、机器设备作为注册资本,有的非法抽逃资本,影响了担保机构的担保能力。另外,还有一些中小企业信用担保机构仍然热衷于从事拆借、过桥贷款、高风险投资等领域,加大了机构自身的经营风险。有些中小企业信用担保机构高比例收取企业保证金,甚至涉嫌违法吸存、非法集资行为,干扰了中小企业信用担保机构的有序发展,对中小企业信用担保机构的信用功能放大作用带来较大的负面影响。

五是担保机构与银行业金融机构合作不对等,再担保风险分担机制尚未建立和完善。担保机构普遍反映其与银行难以建立地位平等、互利双赢、风险共担的合作关系。银行对担保机构合作门槛过高,制约担保机构发挥其担保能力。大部分地区尚未建立再担保机构,已建立的再担保机构经营机制和业务拓展能力尚待进一步提高,再担保风险分担机制仍需探索和形成。

六是缺乏专业队伍。近两年担保机构扩张迅速,更加凸显担保专业人才短缺。不少地方政府出资的担保机构高管人员是由政府官员担任,不熟悉担保业务;一些分散的企业互助基金因缺乏专业人才管理和运作,难以开展担保业务。

七是政府财政资金不能满足广大中小企业融资的需要。由于中小企业量大面广,而且需求是多种多样的,仅靠政府出资的政策性担保机构远远不能满足中小企业的需要。即使在美国、日本等政府出资规模较大的国家,政策性担保的贷款额也不超过中小企业贷款余额的10%。因此,中小企业担保不能仅靠政策性

^① 广东省担保协会主编:《广东信用担保年鉴2010》(内部交流)。