



融资担保

法律实务

FINANCING & GUARANTEE
IN LAW PRACTICE

第二版

金振朝◎著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

融资担保

法律实务

FINANCING & GUARANTEE
IN LAW PRACTICE

第二版



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

融资担保法律实务(第二版)/金振朝著. —北京:
法律出版社, 2014. 1
ISBN 978 - 7 - 5118 - 5659 - 3

I. ①融… II. ①金… III. ①中小企业—企业融资—
担保法—研究—中国 IV. ①D922.291.914

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 276895 号

融资担保法律实务(第二版)
金振朝 著

编辑统筹 法律应用出版社
责任编辑 程 岳
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社	开本 720 毫米×960 毫米 1/16
总发行 中国法律图书有限公司	印张 24.25
经销 新华书店	字数 405 千
印刷 北京嘉恒彩色印刷有限责任公司	版本 2014 年 1 月第 2 版
责任印制 翟国磊	印次 2014 年 1 月第 1 次印刷

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

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

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

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 5659 - 3

定价:52.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

第二版自序

2012年7月,仗着初生牛犊不怕虎的胆量和钻了汗牛充栋法律书籍中的一点空子,在不少惊讶和怀疑的目光中,更在法律出版社冒着亏本的风险下,《融资担保法律实务》斗胆出版发行了,而且这本书居然“卖得还可以”,甚至售罄。对于该书的评价,认识的朋友当然不吝溢美之词,网络上的评语也是功多于过,但笔者特别留意到一些善意的批评和建议。由于笔者学识、能力等方面的原因,第一版存在不少错误和疏漏,在此向各位读者表示歉意。本着补偏救弊的原则,加上最近一年里,法规和政策环境发生了一些变化,故有了修订第二版的打算,并得到了法律出版社的理解和支持。

笔者自知,尽管花费了不少功夫,第二版也难尽完美。涉足融资担保,好比行走薄冰,靠的不仅是技艺,还有胆识。修订再版,不求闻达,唯希望:一点星火,点燃激情,移此一叶,可见泰山。笔者深信,比修订再版更难的是,在实践中躬行,唯有潜心修炼加上实战演练,才能有更好的知识与经验分享。为此,再次诚恳地希望广大读者给予更多的批评和建议,笔者也将继续努力!

金振朝
二〇一三年十月

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。

第一版总序

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。

第一版序言

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律师的区分,还划分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,由于时刻面临着严峻的竞争、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和每位律师密切相关。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。

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,例如对融资担保实务探索的广度和深度都有不少提高空间,在律师实务操作指引方面有待加强,和本书的读者一样,我也期待着作者的继续努力和不断开花结果!

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

法律法规缩略称谓

法规全称

缩略称谓

《中华人民共和国民法通则》——《民法通则》

《中华人民共和国物权法》——《物权法》

《中华人民共和国担保法》——《担保法》

《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》——《民法通则意见》

《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》——《担保法司法解释》

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（一）》——《合同法解释（一）》

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》——《合同法解释（二）》

《中华人民共和国公司法》——《公司法》

《中华人民共和国证券法》——《证券法》

《中华人民共和国票据法》——《票据法》

《中华人民共和国海商法》——《海商法》

《中华人民共和国企业破产法》——《破产法》

《融资性担保公司管理暂行办法》——《暂行办法》

《国际商会见索即付保函统一规则》——URG 458 或《统一规则》

第二节	评审费的法律分析	80
第三节	担保机构的项目评审规则	82
第四节	项目评审报告撰写要点	84
第五节	项目评审中的法律意见出具	86
第六节	项目评审中的法律风险识别与控制	87
第五章	银保合作中的法律风险识别与控制	97
第一节	银保关系概述	97
第二节	担保机构与银行打交道时应有的心态	98
第三节	银保合作协议的主要条款	99
第四节	银保合作关系的建立和维护	104
第六章	反担保法律风险识别及其防范	109
第一节	反担保概述	109
第二节	保证反担保	113
第三节	抵押反担保	131
第四节	质押反担保	151
第七章	项目上会通过后的过程控制	182
第一节	项目上会通过后的操作流程	182
第二节	落实评审会结论	183
第三节	放款审核	189
第八章	担保公司的合同版本优化与《委托担保合同》详解	192
第一节	担保公司的合同版本及其优化	192
第二节	委托担保合同逐条详解	194
第九章	保后跟踪中的法律风险控制	201
第一节	担保业务保后跟踪概述	201
第二节	担保机构的保后跟踪制度	203
第三节	保后跟踪中面对特殊情况的处理措施	205

目录

CONTENTS

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、发展问题	3
第二节 行业组织及部分担保机构介绍	10
第三节 融资担保业主要法规概述	18
第四节 担保机构的合法业务范围	27
第五节 担保与保证保险	38
第二章 担保业务受理阶段的法律风险防范	53
第一节 担保机构的业务来源	53
第二节 担保机构的业务受理规则	56
第三节 担保申请表和所需材料清单	57
第四节 担保机构客户的先合同义务	60
第三章 保前调研阶段的法律审核	66
第一节 保前调研中的法律审核概述	66
第二节 保前调研阶段的法律审核要领	68
第三节 如何成为担保机构合格的法务	75
第四章 项目评审中的法律风险识别	79
第一节 担保机构的项目评审概述	79

第三节	纳税担保的分类·····	279
第四节	我国纳税担保制度的立法状况及其完善·····	281
第五节	关于纳税担保的常见问题及思考·····	285
第十五章	担保机构在资产证券化中的信用增级·····	290
第一节	资产证券化概述·····	290
第二节	我国资产证券化的法规、政策依据·····	295
第三节	我国现有法律背景下的两种路径·····	298
第四节	担保机构对证券化资产的信用增级·····	300
第十六章	《暂行办法》解读与评析·····	305
第一节	《暂行办法》之内容解读·····	305
第二节	《暂行办法》之法律评析·····	310
第三节	非融资性担保的生存之道·····	316
第四节	融资性担保责任余额·····	317
案 例 篇		
第十七章	融资担保有关案例评析·····	331
第一节	FJ 铝业集团有限公司诉 JWD 民间借贷纠纷一案·····	331
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·····	337
第三节	C 担保机构与 B 商业银行抵押物确权纠纷案·····	343
第四节	A 公司以租赁对抗抵押的债务追偿案·····	348
第五节	C 担保机构诉 Z 建筑公司银行保函索赔案·····	352
第六节	“国内首例对赌协议无效判决”案·····	360
附录:担保行业有关法律法规索引·····		365
参考文献·····		369
后记·····		371
作者简介·····		372

第十章 融资担保项目的终结	209
第一节 融资担保项目的正常终结.....	209
第二节 融资担保项目的合理延期.....	211
第三节 融资担保项目可能出现风险的几种情形.....	213
第四节 融资担保项目风险化解的一般原则.....	215
第五节 担保机构代偿的若干法律问题分析.....	216
第六节 债务追偿过程中的律师选聘.....	220
第七节 担保代偿发生后的个人责任追究.....	222

专 题 篇

第十一章 最高额保证的若干法律问题分析	227
第一节 最高额保证概述.....	227
第二节 最高额保证人的保证责任范围.....	229
第三节 最高额保证的保证期间.....	230
第十二章 担保机构为民间借贷担保的法律分析	237
第一节 非金融企业之间的合法融资方式.....	237
第二节 民间借贷与高利贷.....	238
第三节 民间借贷利率.....	240
第四节 民间借贷的最新发展趋势.....	243
第五节 担保机构提供民间借贷担保法律问题.....	249
第十三章 担保机构开展财产保全担保业务探讨	256
第一节 财产保全担保概述.....	256
第二节 财产保全担保业务通道和来源.....	262
第三节 财产保全担保的法律风险分析与控制.....	267
第四节 担保机构的传统思维突破.....	270
第五节 律师办理诉讼保函应注意的问题.....	272
第十四章 纳税担保的若干法律问题分析	275
第一节 纳税担保的概念和特点.....	275
第二节 纳税担保的法律性质分析.....	276

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 with 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。可以说,“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,催生了对信用担保的需求。因此,市场经济体制的逐步建立和完善,使得社会对信用的需求迅速增加,这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“深圳市高新投集团有限公司”),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。次年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《融资性担保公司管理暂行办法》(以下简称《暂行办法》)。《暂行办法》主要规定了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。各省级政府结合当地实际,相继出台了《融资性担保公司管理暂行办法》实施细则,对各地融资性担保公司的规范发展起到了一定的促进作用。

据有关统计,截至2011年年底,全国中小企业信用担保机构共有4439家,

筹集担保资金达 4591 亿元,当年为 38 万户企业提供贷款担保额 1.56 万亿元,其中,当年新增贷款担保额达 1.56 亿元,新增担保企业 38 万户,在保责任余额 2.6 万亿元,在保企业 42 万户,^①当前,信用担保机构的发展主要呈现以下特点:

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,例如:2011 年 6 月,国家发展改革委员会在北京举行了中外合资担保公司投资意向书签约仪式,标志着《国务院关于进一步做好利用外资工作的若干意见》中,有关加快利用外资建立中小企业担保试点工作迈出了关键步伐。

担保机构性质和组织形式多样化。从担保机构组织形式看,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。

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;担保业务不仅从间接融资担保到直接融资担保,还与私募基金、民间借贷等金融品种日益合作紧密。

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、我国融资担保行目前业存在的问题

在发展过程中,我国融资担保业也暴露出以下一些问题:

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元;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,较难实质性地开展融资性担保业务。

^① 来源:“耿娜在第十三届全国中小企业信用担保机构负责人联席会议上的发言”,<http://miit.gov.cn/n11293472/n11298763115092588.html>,2012 年 11 月 1 日访问。