

第五届中国律师论坛优秀论文：构建担保业务法律合作模式
PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/484/2021_2022__E7_AC_AC_E4_BA_94_E5_B1_8A_E4_c122_484406.htm 构建担保业务法律

合作模式??律师参与担保业务法律建设的思考 摘要：担保行业的高风险性以及担保领域法律法规建设的滞后性，使法律专业人士的介入成为必要。本文在结合业务实践的基础上，对律师参与担保业务法律建设，为担保机构提供法律服务，与担保机构统统构建担保业务法律合作模式进行了探讨。

关键词：风险 规范 法律服务 尽职调查 业务创新 我国担保行业起步较晚，但发展迅猛，已成为一个新兴的行业。担保行业是高风险行业，由于相应立法建设滞后，导致整个行业缺乏统一的法律和行业规范的支撑，缺乏风险识别和控制的有效手段，这种情况严重制约着担保行业的健康发展。《中华人民共和国担保法》的出台，使担保业务的开展有了法律依据。但是，该法律的立法目的是为了保护债权人的利益，对担保人的权益保护重视不够，其主要调整一般意义上的法人或自然人之间的担保法律关系，而对于专业信用担保机构的法律地位、服务对象、支撑体系和运作规则则无相关规定。鉴于担保行业高风险性以及担保领域法律法规建设的滞后性，法律专业人士介入担保领域，为担保业务提供法律服务，加强担保业务的法律规范工作，对于控制风险、保障担保业的健康发展是极为必要的。律师法律服务对担保业的保障和促进作用，可以从律师对担保业务提供事前、事中、事后的法律服务以及与担保机构共同进行业务创新等方面体现出来。

一、事前法律服务：规范担保业务文件和业务流程 担保业务

的法律性非常强，律师根据担保法和相关法律规定，结合具体担保业务的特点，主要从三方面对担保业务文件和业务流程进行规范把关：1、规范各项担保业务工作流程 每一项担保业务都有其具体特点，需要进行细致的法律把握。实务操作中，不仅要考虑到在程序设置上如何更好的进行风险控制，还要适应担保客户的要求，做到高效和简便。律师与担保机构共同制定适合而且规范的业务流程，大大提高了担保机构的工作效率。比如在政府招标履约担保项目中，投标人在中标后一般急于要求担保机构出具履约保函，但担保机构对中标方进行资信审查需要一定时间，为解决这个矛盾，律师与担保机构共同设定了一个前置程序，并取得招标方的认可，招标方要求投标方提交投标资格预审文件的同时，还应向指定的担保机构中的至少一家提交资信审查文件（例如：上年度财务审计报告和当期财务报表），使担保机构能做到事前审查，投标方中标后担保机构可以立即办理出具履约保函的相关手续，这样的程序设置既满足了中标方的急迫需求，也保证了担保机构不会因审查时间紧张而工作草率，从而导致业务风险的增加。2、规范担保机构与申请担保的企业及反担保人之间的法律文件 担保机构与申请企业签署的法律文件主要包括担保委托协议和反担保合同（包括保证合同、抵押合同、质押合同等），上述文件是确定双方权利义务关系的主要依据。为更好的保护双方的权益，应按照法律规定在合同文件中对担保物、担保责任范围、违约责任及管辖等重要内容以具体条款进行明确的约定。律师作为专业法律人士，能为担保机构提供规范的法律文件。3、规范与银行、信托公司、会计师事务所等机构的合作文件 担保机构在开展业

务过程中需要与银行开展合作，与会计师事务所等中介机构保持往来，双方的合作涉及业务分工、合作程序、风险分担等法律事项，律师参与相关的谈判、协商等活动，并负责起草和审议相关文件，可以为各方的合作提供规范的法律保障，尤其是能够保障担保机构的合法权益。

二、事中法律服务

：通过法律尽职调查，做好担保业务风险控制工作 担保机构对申请企业进行审查的目的之一就是了解企业，发现财务风险、市场风险等各种风险，以便做好风险控制工作，因此一些专业中介机构的配合在担保机构的工作中是不可或缺的，比如聘请会计师事务所对申请企业进行财务审计等。律师根据担保机构的委托，对申请企业进行法律审查，发现法律问题或风险，协助担保机构做好风险防范，应当是担保机构风险管理的一项重要内容。 律师主要通过法律尽职调查的方式来了解申请企业的全部情况，也就是那些能够帮助担保机构决定是否提供担保的重要法律事实，律师调查后应向担保机构出具尽职调查报告，尽职调查报告应反映尽职调查中发现的实质性的法律事项，提示法律风险，并提供解决方案的建议。下面以流动资金借款担保业务为例，介绍一下律师在担保业务中的法律尽职调查工作。

1、基本程序

：律师根据担保机构的委托开展尽职调查工作，到企业进行现场查验，了解情况，并向申请企业提供法律问题调查问卷，要求其完整、全面的填写和回答，并根据要求提供文件和资料。经过审查后，律师认为需要补充的，可要求企业提供补充材料，或律师到相关部门对具体事项进行调查。在尽职调查期间，律师对其接触到的申请企业的商业秘密，承担保密义务。

2、律师通过尽职调查主要对以下几个方面进行审查

：（1）申

请企业设立、存续的合法性 根据企业提供的资料，审查企业设立情况、年检情况、分支机构情况等，对于企业的经营范围、注册资本、股东、法定代表人或主要负责人的变更情况等应重点审查，如有必要可由律师到工商等管理部门进行调查。审查的主要目的是确认申请企业的合法主体身份，对于企业的经营范围内根据法律和政策规定需要取得特定资质的，比如建筑资质、房地产资质等，在审查中应特别注意，并要求其提供行业许可证、资质证等证明文件。（2）申请企业的资产、债权债务、担保及诉讼情况 对于资产情况，主要审查企业主要资产权属的合法性，应要求企业提供主要资产权属证明文件，如国有企业产权占有登记证、房产证、土地使用权证书、资产购置发票，车辆行驶证、专利证书等，以便确定企业各项财产的权利是否有瑕疵，是否设定担保，权利的行使是否有所限制等。对于企业的债权债务情况，主要审查企业的各项债权的实现是否有保障，是否会变成不良债权，是否有企业的股东大量占用企业资金或抽逃注册资本的情况等；对于企业的债务，应根据其业务合同和借款合同等文件进行落实，并分析债务对企业偿债能力的影响。企业的对外担保和诉讼也有可能使企业承担债务，在尽职调查中也应作为一个重点。企业的很多或有负债在调查时是不确定的，比如申请企业、其子公司及企业董事或高层管理人员正在面临的或可能面临的重要诉讼、司法程序、政府调查等，申请企业否有责任、责任的大小等，在进行尽职调查时可能都不确定，调查的目的就是尽量将它们定性、定量，并且还分析各种潜在的可能负债，通过一定方式尽量予以规避。

（3）公司制度 在目标公司的公司制度，尤其是公司章程中

一般包含有有关公司决策程序的信息，律师应注意对公司章程的审查，以确定公司股东、董事的权力，公司重大事项的表决、通过程序等相关信息。从而保证企业的内部程序对于借款担保不存在障碍，或可通过一定的方式消除程序上的障碍，确保企业申请的合法、有效，避免今后争议的发生。

（4）反担保措施 申请企业提供的反担保措施是担保机构风险控制的基础，律师应对反担保人的主体情况和反担保物的权属情况进行重点调查，一般情况下对反担保物需要进行现场查验。担保机构对反担保物的要求与银行不同，相对宽松一些，因此在控制风险方面提出了更高的要求。律师应与担保机构共同制定反担保方案，反担保方案应该既能满足担保机构风险控制的要求，又能使申请企业的费用和时间成本在可接受的范围以内。律师根据申请企业的具体情况，通过论证，在法律框架内与担保企业设计方便实施而且比较严谨的反担保方案。比如，对于煤炭贸易企业，可以通过与企业 and 担保机构指定的库方签署三方监管协议，由库方或担保机构指定的巡视人员进行监管；如果企业提供的反担保物质量不高，变现难度大，可以在抵押担保数额足够的基础上，要求企业提供一个资信比较好的企业的保证担保作为补充。总之，反担保方案应适应双方的需求，而不是单纯迎合担保机构回避风险的要求或申请企业凑足担保金额的目的，律师通过法律设计能够更容易的找到其中的平衡点，提供合理的反担保方案。

三、事后法律服务：重点解决风险担保项目问题 担保企业由于向银行承担了担保责任，在贷后必然要对企业进行跟踪和监督，如果后期监管工作质量无法保证，发生代偿风险的可能性就会增加。律师与担保机构共同设计贷后监管

制度，对于到期无法偿还借款或提前出现风险预警信号的企业，除担保机构进行定期督促外，根据风险情况，律师可采取面谈、发律师函等方式进行督促，并提前调查企业和反担保人可以被执行的主要资产情况。如担保机构发生代偿，且企业或反担保人未能在合理期限内向担保机构进行偿还，律师可根据担保机构的委托，通过诉讼方式解决争议，使担保机构的利益得到保护。

四、促进担保机构的业务创新

律师与担保机构进行配合，在风险控制的同时，能够更好的进行业务创新，开拓新的担保业务领域。比如诉讼保全担保业务和解除诉讼保全担保业务，即由担保机构为申请诉讼保全或申请解除诉讼保全的当事人向人民法院提供担保，由于法院对诉讼保全担保和解除诉讼保全担保的要求比较高，很多当事人无法提供符合要求的担保方式。这对于担保机构来说是一个前景广阔的市场，但由于诉讼案件的不确定性，诉保业务的风险也是显而易见的。律师在诉保业务中对担保机构的配合就显得格外重要，律师通过对诉讼案件资料的审查，能够为担保机构提示诉讼风险，并出具确定性的意见，为担保机构的决策提供专业依据，大大节约了担保机构的审查成本，从而有力的推动了这项新业务的发展。再比如，许多企业将其债权质押给担保机构作为反担保方式，但目前我国法律对于债权质押的规定并不完善，如果发生争议，这种反担保方式能否得到法律保护存在不确定性。律师通过对法律的熟练掌握，将债权质押转换为让与担保的方式，即申请企业将债权转让给担保机构，并通知债务人，如果申请企业履行完毕其主要义务，担保机构再把债权转让给申请企业，这样就避免了担保企业的法律风险。可见，律师的法律服务能够深入

到担保业务的每一个层次和每一个步骤，构建合理的担保业务法律合作模式，将法律服务与担保业务紧密结合，能更好的为担保业的风险管理和业务发展提供助力。100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问

www.100test.com