

# 我国中小企业信用担保法律体系之构建

吴兴国

(安徽省社会科学院法学所,安徽合肥,230053)

**摘要** 信用担保在我国中小企业发展过程中业已发挥了重要作用,但立法的缺陷在一定程度上制约了其功能的发挥。本文在分析我国立法现状的基础上,提出要借鉴国外立法经验,构建我国中小企业信用担保法律体系。

**关键词** 信用担保;法律体系

信用担保是一种信誉证明与资产责任保证结合在一起的中介服务活动,它介于商业银行和企业之间,担保人对商业银行作出承诺,对企业提供担保,从而提高企业的资信等级。法律和信誉是维系市场有序运行的两个基本机制。尽管信誉机制是一种成本较低的维系交易秩序的机制,但是,在我国经济转轨的特殊时期,仅仅依靠信誉机制是不够的,只有建立完善的法律体系并保障机制的良性运作,才能为建立完善的信用担保体系提供良好的法律环境。借鉴西方国家信用担保管理规范的成功经验,克服我国现有立法的不足,构筑我国信用担保体系的法制基础,既是我国今后相当长时期的历史任务,也是一种现实而明智的选择。

## 一、国外关于中小企业信用担保立法体例的经验及启示

从总体上说,无论是英美法系还是大陆法系国家,中小企业信用担保都以制定法为主,其立法体例大体上可以分为两类:一类是在其他立法中加入有关中小企业信用担保方面的法律规范,一类是专门立法。大陆法系国家如日本、德国采用专门立法即单行法律的模式,并且形成了一个相对独立、系统的较为完整的法律体系。英美法系国家如美国、加拿大则采用了分散立法模式,即在中小企业法中規制相关内容。在美国,为扶持中小企业的发展,联邦政府相继制定了《中小企业法》、《中小企业投资法》、《中小

企业经济政策法》等一系列法律法规。依据这些法规,形成了中小企业信用担保制度,对贷款条件、担保金额和担保费用、贷款利息标准以及政府执行机构的职能等都作了明确而详细的规定。加拿大也制定了《中小企业融资法案》,构建了中小企业政策性担保体系。中小企业信用担保制度在日本也受到了法律保障和规范。日本为此制定了《中小企业金融公库法》、《中小企业信用保证协会法》、《中小企业信用保险法》,明确规定了中小企业信用保险公库和担保协会的职能、作用以及担保的规则等等。中小企业信用保险公库设立于1958年,是特殊法人,由中央政府拨款提供资本金。信用保证协会是特殊法人的公共机构,以贯彻政府支持中小企业发展的产业政策为宗旨,不以盈利为目的。另外,英国、德国等国也十分重视中小企业立法,在金融信贷及信用担保方面给予中小企业法律支持和帮助。正是因为立法先行,这些国家的信用担保能够依法、规范、有序地开展,为中小企业融资提供了有力的帮助,从根本上促进了中小企业的发展。

经济发达国家信用担保的成功经验表明,政府对中小企业担保机构的扶持应体现在立法上,即为中小企业贷款担保体系的构建提供法律依据,创造良好的外部环境,把担保机构纳入行业管理,用法律的形式保障和规范担保机构的各项行为,而不是过多地干涉信用担保机构的具体运作。我国在此方面

收稿日期:2004年9月

作者简介:吴兴国,助理研究员,研究方向为民商法。

的做法与国外有所不同。我国是边探索边立法,在发展中规范,在规范中发展,且往往是先出台位层级较低的政策、意见文件等,待积累了一定经验且时机成熟后再进行相应立法。诚然,这对维持法的稳定性有一定的好处,但是从另一个层面讲,也制约了信用担保机构的进一步发展。毋庸置疑,相应法规的滞后,已成为我国信用担保体系建设的瓶颈。

## 二、我国中小企业信用担保的立法现状及缺陷

### (一)担保法关于担保的规定

我国担保法规定了五种担保行为:抵押、质押、留置、定金、保证。信用担保属于保证的范畴,所以,担保法及《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》当然适用于信用担保行为。应该看到,尽管担保法是规制担保行为的部门法,但担保法本身的缺陷使其难以为信用担保提供良好的规范。(1)从时间上看,担保法是1995年10月开始施行的。我国的中小企业信用担保实践起步于1992年,但是以贯彻政府扶持中小企业发展政策意图为宗旨的中小企业信用担保体系正式启动则是以1999年6月原国家经贸委发布《关于建立中小企业信用担保体系试点的指导意见》为标志。可见,尽管担保法对保证这种担保方式早有涉及,但由于专业性的担保机构是市场经济发展中必然的伴生物,担保法在这方面的滞后性便初现端倪,其现实性更无从谈起。(2)从立法宗旨看,担保法的立法背景是为了解决企业间债务及保护银行的债权,其立法目的是实现对债权人的保护。这一点,在担保法总则中有了很好的体现。为了实现此目的而设计的具体制度对债权人的保护力度必然要比对债务人及保证人大得多。市场经济条件下,各种法律关系主体本质上而言其地位是平等的,厚此薄彼的保护将会无助于法律关系的存续。如果不单独立法,仅一味照搬适用担保法,对处于中间人地位的担保机构是极为不利的,尤其是对刚刚起步的信用担保事业而言。信用担保机构发展不利,中小企业的融资问题就难以解决,促进中小企业发展的最终目的也就无从谈起。(3)从内容上看,担保法仅明确了债权人和保证人的经济法律主从关系,规定了一般担保行为,而针对专业担保机构的市场准入与退出、业务范围与种类、从业人员资格、财务及内控制度、行业自律及政府监管等问题尚无明确规定,以致在实务中无章可循,这对信用担保机构的发展显然是不利的。

### (二)《中小企业促进法》对信用担保的规定

《中小企业促进法》第十九条规定:县级以上人民政府有关部门应当推进和组织建立中小企业信用担保体系,推动对中小企业的信用担保,为中小企业融资创造条件。此处的用词是“应当”,从法理看,这是义务性规范,或曰强制性规范,必须要履行。不履行或不当履行都要承担否定性法律后果,即一定的法律责任。而政府及部门推动中小企业信用担保体系的建构既表现在对担保机构资金、人员及办公场所的支持,更体现在推动相关法规的制定及出台上面。《促进法》与《担保法》相比,在信用担保体系的建构上虽然有所进步,但仍存在不足,而其相关配套法规如《中小企业信用担保暂行办法》尚未出台,无疑不能为中小企业信用担保的发生及中小企业融资提供有力的法律依据。

### (三)部门规章及政策性文件对信用担保的规制

为全力推进中小企业信用担保的发展,自1999年以来,国务院有关部委及相关地方纷纷出台了相应规范。1999年7月,中共中央转发《国家发展计划委员会关于当前经济形势和对策的建议》,指出“加快建立以中小企业特别是科技型中小企业为主要对象的信用担保体系,创造融资条件”。1999年9月,中共中央作出《关于国有企业改革和发展若干重大问题的决定》,指出“培育中小企业服务体系,为中小企业提供信息咨询、市场开拓、贷款担保、技术支持等服务”。1999年6月,原国家经贸委下发《关于建立中小企业信用担保体系试点的指导意见》,对信用担保的指导原则、担保体系、资金来源、业务程序、银行选择、风险控制及内外部监督等方面提出指导意见。2000年7月,原国家经贸委出台了《关于鼓励和促进中小企业发展的若干政策意见》,其中的第五部分专门论述了信用担保问题。2001年2月,原国家经贸委下发了《关于建立全国中小企业信用担保体系有关问题的通知》,对全国信用担保体系的试点范围、担保机构的监督管理和担保机构应具备的基本条件作出规定。2001年4月,原国家经贸委等十部委联合印发了《关于加强中小企业信用管理工作的若干意见》,提出了以中小企业为主要服务对象,以全国中小企业信用担保体系、银行信贷登记咨询系统、工商企业信誉管理体系为基础,以政府推进、市场运作为基本原则,实现信用信息的联合征集、专业评估、权威发布和多方共享的社会信用体系的基本

思路。2001年2月,国家财政部出台了《中小企业融资担保机构风险管理暂行办法》,对担保机构的组织结构、业务范围、评审制度、风险控制及监督管理等方面作出规定。1999年11月,中国人民银行下发了《关于加强和改进对中小企业金融服务的指导意见》,指出金融机构要加强与担保机构的合作,配合担保机构确定担保基金的担保倍数,简化审贷手续。目前中国人民银行正在起草对中小企业融资担保机构担保的贷款加强管理的办法,拟对担保机构的资质、担保的放大倍数以及对担保机构资质的评估和监控等方面作出规定。

在中小企业信用担保体系的探索、发展阶段,这些部门规章及政策性文件的出台无疑为中小企业信用担保体系的建构搭建了良好的政策框架,同时,亦为全国性法律的出台积累了丰富的经验。但不容忽视的是,这些规范自身固有缺陷使其难以在现实生活中发挥更大的效能。(1)从效力上讲,虽然规章在信用担保中起着指导作用,但由于其立法层级较低,一旦发生诉讼,法院仅将其作为参考规范,而不发生必然适用的效果。(2)从内容上讲,一方面这些规章的着眼点可能是本部门、本地方而不是站在全局的角度加以考虑,这样使得信用担保缺乏体系性和系统性;另一方面,各部门自行制定的规章在内容上存在冲突之处就在所难免。

显而易见,我国现有的信用担保规定过于分散、零乱、粗糙且不成体系,同时缺乏一个强有力的中小企业信用担保主管机关和一套有效的监督程序,操作性较差,由此直接导致信用担保应有功能的缺位。现实证明,我国的中小企业信用担保立法亟待进一步加强与完善。

### 三、信用担保法律体系的构建

我国中小企业信用担保体系构建面临着制度环境的缺陷,主要体现在缺乏市场经济要求的健全的法律制度和规范,信用担保活动在很多情况下无法可依。当务之急是要加快立法进程,调整相应立法内容,形成一套完整、系统的规范中小企业信用担保活动的法律框架,使担保业务运作有法可依。该体系的构成要素是调整行业管理关系的规范性文件。这种规范性文件在纵向上是多层次的,既包括调整信用担保活动的基本法律,又包括法规、规章;在横向上是门类齐全的,包括信用担保行业的自治性规范性文件。所以,我国既要制定作为基本法的《中小企业信

用担保基本法》,又要出台相关的配套法规,如《中小企业信用担保体系管理暂行规定》、《中小企业信用担保贷款管理办法》等,形成以《中小企业信用担保法》为龙头,由多部配套和相邻的法律、行政法规、部门规章以及行业协会的自治性规范组成的信用担保法律体系。该法律体系在构建时应坚持以下原则:(1)支持发展与防范风险相结合的原则;(2)开展担保与提高信用相结合的原则;(3)政府支持与市场化操作相结合的原则,既强调行政权的适度干预,也鼓励企业和自律组织的自我监督;(4)鼓励社会信用信息公开原则,既保护信用信息搜索机构的采集权和担保机构的知情权,也要尊重企业商业秘密的维护权。

#### (一)制定相关法律

##### 1. 出台中小企业信用担保基本法

我国的立法体例究竟采取何种立法形式呢?是采取英美法系在其他部门法中加以规定的立法模式,还是采取大陆法系专门立法的单行法规模式呢?笔者认为,从我国的国情出发,采用单行法规的模式较为适宜。我国的企业法基本上是计划经济时代出台的,而那个时代融资问题并不突出,特殊的立法背景使得我国企业法中信用担保方面的内容严重匮乏。如果采用英美法系立法模式的话,就必然要对相关法规进行修改,增添相关内容,才能对担保机构进行全面、充分、有力的保护。而内容的大量增加,势必会造成法律体系上的不协调,破坏其整体结构。不大量增删的话,又达不到修改的目的和效果。基于这个原因,我国信用担保法律体系的构建就不能采用英美法系的立法模式。

确定好立法模式后,还要考虑立法的层次问题,即究竟是由全国人大制定法律,还是由国务院制定行政法规。尽管《中小企业促进法》第19条第2款规定《中小企业信用担保管理办法》由国务院另行规定,但到目前为止,该办法仍未出台。笔者认为,即使该规定出台了,在信用担保方面仅制定一部行政法规还是不够的。考虑我国现实背景和条件,以法律的形式出现较为适宜。可以出台一部《中小企业信用担保法》,把它作为将来出台的《信用法》及业已出台的《担保法》和《中小企业促进法》等法的特别法。同时,其还可作为拟制定的《信用担保管理办法》及《担保条例》等法规的基本法或曰母法。如果该法的层级不是法律,而是行政法规的话,在法律适用上就会发生

障碍。根据法理,特别法优先于一般法,但前提是双方的层级必须一样,要么都是法律,要么都是行政法规。如果一个法律,一个是法规,则应适用上位法优先于下位法的规则,而不能适用特别法优先于一般法的规定。另外,如果先制定作为子法的《信用担保管理办法》及《担保条例》,嗣后再来制定《中小企业信用担保法》,势必会陷入先有子法后有母法的立法怪圈,这对法的稳定性及内容上的一致性是不利的,从逻辑上讲,也是不顺畅的。所以,规制信用担保领域的基本法律规范,还是以法律的形式出现较好。

那么,《中小企业信用担保基本法》究竟是属于民法、行政法,还是经济法的范畴呢?笔者认为,《中小企业信用担保基本法》应调整两层法律关系:经济管理关系与经营协调关系。政府对信用担保活动行使着管理职能,但同时政府与担保机构间存在着资金即以物质利益为核心的责权利关系:双方既是权利主体,又是义务主体,相互享受权利、承担义务。很显然,这绝不是行政法律关系。同时,在信用担保法律关系中,信用担保机构与协作银行、被担保企业间地位是平等的,但这种平等主要强调的是经济关系的平等,这与民法调整的平等的财产关系与人身关系显然不一样。信用担保法既要调整纵向经济管理关系,又要调整横向协调关系,此历史使命使得信用担保法必然属于经济法范畴。而确定好《中小企业信用担保基本法》的部门法属性,对其顺利出台及更好地发挥功效无疑是有所裨益的。

## 2. 出台、修改社会信用体系法规

一般而言,担保机构在经营发展中面临的环境因素(风险)包括国家政策、法律制度、监管环境、企业信用以及整个社会信用环境和担保机构自身建设等。我国市场经济体制转轨的特点,决定了我国社会经济运行中的许多法律制度仍存在盲区,社会信用体系方面的法律制度也是如此。因此,客观上需要加快我国社会信用管理相关立法工作。总体而言,社会信用体系包括政府信用、企业信用及个人信用。中小企业信用担保体系的发展与社会信用体系的构建密不可分。在当前情势下,与信用担保有关的社会信用体系立法应包括:一是建立界定开放范围的法律或法规,其中包括必须开放的数据源及监督机构的责任;二是从发展信用管理行为角度出发,我国应该尽快出台关于界定数据保密范围的法律或法规;三是

参照发达国家的《公正信用报告法》,制定有关法规,严格规范涉及信用记录、使用及活动的机构和组织行为。

完善社会信用法律体系,除制定新的法律以外,还要修改现行相关法律。一般而言,修改包括两种方式:一种方式是将现行法律中的有关条款做文字修改或删除,另一种方式是不对现行法律进行文字修改,而只对一些条款进行重新解释。笔者认为,无论是采用哪种方式,只要能达到消除将来立法的矛盾或冲突即可。比照发达国家信用管理相关法律,在我国,有可能影响信用管理建设的法律主要包括《统计法》、《档案法》及《商业银行法》等,这些法律应进行相应修改。通过上述法律的制定和修改,既为信用担保相关法律法规的出台提供一个良好的法律环境,又使其理所当然地成为中小企业信用担保法律体系的组成部分。

### (二) 清理部门管理规章

为了促进中小企业信用担保的发展,国务院相关部委制定和颁布了许多规章,但一方面由于其大多数是2002年1月1日以前制定的,有相当一部分不符合《规章制定程序条例》规定的程序及其精神;另一方面这些部门规章难以克服部门保护主义的局限,在一定程度上造成了国家立法部门化、部门立法利益化、部门利益合法化的现象,同时还出现了诸如管理对象的权利弱化并缺乏必要的救济程序,管理者的权力强化而缺乏责任追究程序的问题。所以,国务院有关部门,应当依据《立法法》、《规章制定程序条例》及中小企业信用担保的相关法规规定的精神,对规章进行清理,发现与新公布的法律、行政法规或其他上位法的规定不一致的,或与法律、行政法规或其他上位法相抵触的,应当及时修改或废止,保持中小企业信用担保法律体系的统一性和整体性。

### (三) 制定信用担保业协会的自治性规范

我国《行政许可法》已于2004年7月1日起实施。根据该法第13条的精神,政府实施行政管理,必须符合市场经济发展的要求,凡是由公民、法人或者其他组织能够自主决定的事项、凡是通过市场机制能够有效解决的事项、凡是通过规范的行业组织和中介机构自律能够解决的事项、凡是通过事后监督等其他行政管理方式能够解决的事项,均不得设定行政许可并实施事前的行政管理。因此,在制定或修改信用担保法律法规时,一定要适应政府行政体制

改革的趋势和市场经济发展的需要,以《行政许可法》的立法精神作为法的制定或修改的基本原则,将信用担保行业的规章制定权、市场进入权、监督管理权等交由行业协会来行使,按照“法律规范、政府监督、行业自律”的指导思想,确立以行业自律为主导的行业管理新模式。

行业协会通过会员大会或者会员代表大会组织会员形成契约性文件和规定,这就是行业自治规章。它是行业协会全体成员的自愿选择,也是行业协会对其所属会员进行行业管理、行使行业自治权的主要依据。它的效力既不来源于国家法律法规的授权,也不来源于政府的授权和委托以及政府的审查同意,而是由行业协会通过其组织机构(会员大会或者会员代表大会),遵循一定的组织程序达成契约性权力,这体现了法国思想家卢梭的社会契约思想。行业自治规章主要包括两种形式:协会章程和行业自律公约。

协会章程是产生自律权利的最重要的契约形式,是会员实行自我约束、自我管理的自律性规范,它经一定的组织机构和组织程序通过并按社团管理的有关规定由社团登记管理机关核准后,便正式生效,行业协会的内部成员必须予以遵守。行业自律公约的主要目的在于加强会员之间的自律和协调,引导同业的良性竞争,从而保护行业范围内的整体利益和会员的合法权益。行业自律公约需要按照行业协会章程的规定,通过一定的组织程序制定,它一经通过和公布,就成为行业协会行使行业管理职能的依据,它也是行业管理职能的权力来源之一。行业协会规章是现代一些制定法的产生之源。在制定法没有规定的情形下,行业协会规章可以成为制定法的替代物;在制定法存在的情况下,其可以在一定程度上矫正制定法的缺陷,为制定法颁行提供一种试行机制。从这个意义上讲,行业协会的自治性规范是中小企业信用担保法律体系不可或缺的组成部分。目前我国在此方面面临的任务,一是要加强中小企业信用担保行业协会的构建,二是要着力推进中小企业信用担保行业协会自治性规范的制定。

#### 四、《中小企业信用担保法》的基本架构

《中小企业信用担保法》是规范信用担保活动的基本法,也是构建好中小企业信用担保法律体系的前提。如果其没有制定和出台的话,其他法规和规章

将无法完成对信用担保领域的整体活动进行有效引导和充分保护的历史使命。一般而言,《中小企业信用担保法》应涵盖以下内容:

##### (一) 总则

包括立法宗旨、立法依据及调整对象。因其从属于《中小企业促进法》及《中华人民共和国担保法》,故应涵盖二者的立法宗旨,即为改善中小企业融资环境,充分发挥信用担保业对支持中小企业发展的作用,全面促进中小企业信用担保机构的规范发展。立法依据是依照《中华人民共和国合同法》、《中华人民共和国担保法》及《中小企业促进法》。调整对象包括中小企业信用担保机构、商业担保机构和企业互助担保机构。

##### (二) 信用担保机构

包括市场准入条件、法律地位、退出制度、业务范围和操作流程以及担保机构的法律形态。其中法律形态应以企业法人为原则,以事业法人、社团法人为补充。

##### (三) 支撑体系

包括资金资助及补偿制度。担保机构的资金来源不能是一次性的,应形成多渠道、多数量的资金补偿机制。

##### (四) 中小企业担保机构的风险控制责任分担

涵盖担保机构与银行协作的保证责任、担保的放大倍数、风险承担比例及最高担保贷款额度。

##### (五) 政府的协调及监管制度

##### (六) 担保行业维权与自律制度

通过行业自律,逐步规范业务操作、行业协作、信息交流,树立中小企业信用担保行业的社会公信力。

##### (七) 服务对象

包括受保企业的界定与相关信用信息的评级及公布制度。

##### (八) 法律责任

信用担保体系建立以后,最有可能违约的是受保企业,因而此处的违约责任主要是指受保企业违约应承担的责任。

##### (九) 附则

主要是规定中小企业信用担保法的实施日期及与其他相关法规、规章、政策性文件的关系。