

The 
Legal Risk Control of Financing and
Debt-Collection 

主 编 | 姚建国
副主编 | 张 忠

融资法律风险管控

⑤ 贷款催收

专家视点 · 实务问答 · 案例分析



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

The
Legal Risk Control of Financing and
Debt-Collection

主 编 | 姚建国
副主编 | 张 忠

融资法律风险管控 与 贷款催收

专家视点 · 实务问答 · 案例分析



法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

融资法律风险管控与贷款催收:专家视点·实务问答·案例分析 / 姚建国等编著. —北京:法律出版社, 2014.4

ISBN 978-7-5118-6238-9

I. ①融… II. ①姚… III. ①融资风险—风险管理—法律—研究—中国②信贷风险—风险管理—法律—研究—中国 IV. ①D922.280.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 060686 号



©法律出版社·中国

责任编辑/王 曦

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社

编辑统筹/法规出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京泰山兴业印务有限责任公司

责任印制/吕亚莉

开本/720 毫米×960 毫米 1/16

印张/18 字数/298 千

版本/2014 年 4 月第 1 版

印次/2014 年 4 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 978-7-5118-6238-9

定价:68.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

编辑委员会

主 编 姚建国

副主编 张 忠

成 员 陆来源 姜淑芬

胡瑞平 应玉倩

陈 川 浦月春

王宏伟 陈锡兆

序

对于金融机构来说,金融风险的管控与消解是永恒的命题。简言之,金融机构就是靠经营风险和管控风险来求生存和谋发展的,风险管控更是小额贷款、融资担保、融资租赁等新兴金融行业的第一要务。长期以来,监管部门、经营机构和专家学者致力于此,从形而上的理论研究到操作层面的规范守则,从产品的设计、技术的创新,到系统的构建,总是力争周密完备,杜绝隐患。

然而,中国金融业的改革发展不过三十多年的历史,原有的计划经济体制的弊端尚未完全消除,金融创新的课题又摆在了面前,这使我们承受着双重压力:既要破除原有的垄断藩篱,又要提防唯利是图的无序竞争,风险之大前所未有的。我们必须承认,我们还是初学者,对金融风险的认知和理解难免有些浅薄,管控和消解风险的能力也亟待提升。

传统意义上讲,金融风险被划分为市场风险、信用风险和操作风险。考虑到人的因素总是第一位的,起决定作用,金融风险最终是要靠人来识别和处置的,因此,从某种意义上来说,操作风险才是最大的风险。

在这一问题上,过去的理论探讨和制度设计往往是围绕着道德层面进行的,比较强调金融从业人员的品行和操守,这固然没错,但缺乏可操作性,且难以量化。事实上,很多操作上的失误未必是从业人员的懈怠或恶意造成的,而是由于对法律的无知或误解导致的,也就是说,这是一个法律问题而非道德问题。

这个问题应该引起我们的高度重视。表面上看,我国目前的金融机构无论其规模大小都有所谓的风控部门或风控专员,但这些风控部门或风控专员的法律素质如何?作为金融机构的高管,是否都意识到了这个问题的重要性?要想有效地管控这一风险,又该如何应对?

市场经济本质上是法制经济,这意味着金融业的市场化程度越高,法制水平也就越高。要想赢得未来,我们需要从现在开始重视法律风险的研究和探讨。

从这个视角看,本书是一本聚焦法律风险的专著,它把金融风险中的法律风险提炼出来,针对不同金融机构的特点,对信贷流程中各个环节的法律风险进行梳理和展示,并加以条分缕析,真正做到了翔实而具体。据我所知,目前这个领域尚待深度开发。

更为重要的是,通读本书后,我认为其对于受众的价值在于极具实用性和可操作性。这本书并不追求法理上的深奥或独到,而是更注重方法论上的探讨,这或许和律师的职业特点有关系:他们既有务实精神,更具实战经验。他们的经验是从司法实践中获取的,是直接经验,看多了“当事人”的得失成败,便从中总结出一套行之有效的应对措施。就这个意义上讲,本书可以看作是融资风控的操作指南。



上海小额贷款公司协会会长
2014年4月

目 录

第一编 专家视点

骗贷行为的刑事责任及金融机构的处置	吴卫军	(3)
法官眼中的民间融资风险及防控	叶 珺	(11)
小额贷款公司风险管理漫谈	李伟涛	(17)
关于提升上海市融资性担保行业发展和管理模式的思考	严文新	(23)
金融风险的基本认知和控制	李建平	(28)
强化违约贷款的催收管理以防止劣变	陆来源	(31)

第二编 实务问答

1. 什么是金融机构？我国的金融机构有哪些？	(39)
2. 金融服务业有哪些法律风险？如何防范？	(41)
3. 什么是非法集资行为？什么是非法集资行为罪？	(43)
4. 何为民间借贷？民间借贷有哪些法律风险？	(45)
5. 如何看待互联网金融的发展前景和法律风险？	(47)
6. 对借款人主体资格的审查应注意哪些方面的问题？	(49)
7. 如何把握融资租赁的法律特征？融资租赁法律风险有哪些？	(51)
8. 融资租赁合同履行过程中租赁物的使用要注意哪些问题？	(53)
9. 典当行业的法律风险有何特别之处？	(55)
10. 如何进行借款用途审查？	(57)
11. 所借款项用于非法活动有何风险？	(59)
12. 以贷还贷中保证合同的效力如何认定？	(61)

13. 何为高利贷？高利贷有哪些法律风险？	(63)
14. 什么是砍头息？砍头息如何处置？	(64)
15. 什么是利滚利？应如何处置利滚利？	(65)
16. 利息约定不明如何处理？	(66)
17. 逾期还款时利息如何计算？	(67)
18. 提前还款时借贷双方的权利义务如何及如何计算利息？	(69)
19. 签订借款合同时如何约定违约金条款？	(70)
20. 既约定逾期利息又约定违约金应如何处理？	(71)
21. 担保的方式有哪些？	(73)
22. 哪些财产可以进行抵押？	(75)
23. 未经其他共有人同意私自将共有财产进行抵押的是否有效？	(77)
24. 如何处置房屋抵押中的同住人问题？	(79)
25. 如何处置房屋抵押中的承租人问题？	(81)
26. 在建工程抵押应注意什么问题？	(82)
27. 抵押权人放弃优先受偿权是否有效？	(84)
28. 如何处置房屋抵押中的划拨土地出让金优先受偿权问题？	(85)
29. 什么是抵押登记？为什么一定要办理抵押登记手续？	(87)
30. 如何办理抵押登记手续？	(88)
31. 如何确定抵押权的顺位？	(90)
32. 一债多保情况下如何办理抵押登记手续？	(91)
33. 流质条款、流押条款是否有效？	(92)
34. 浮动抵押需注意哪些问题？	(94)
35. 关于船舶、航空器、机动车抵押有哪些规定？	(95)
36. 办理乡镇、村企业建筑物和建设用地使用权抵押有哪些特殊规定？	(98)
37. 质物的范围有哪些？	(100)
38. 如何办理权利质押？	(101)
39. 如何办理应收账款质押？	(102)
40. 如何办理票据权利出质？	(104)
41. 如何办理股权、基金份额出质？	(105)
42. 如何办理知识产权出质？	(107)
43. 质押人不交付质物应如何处理？	(109)

44. 哪些人可以做保证人,哪些人不行?	(110)
45. 在选择保证人时应该注意哪些问题?	(112)
46. 分支机构做保证人时应注意哪些问题?	(113)
47. 企业职能部门能否作为保证人?	(115)
48. 民营的医院、学校、幼儿园能否做担保人?	(116)
49. 合伙企业做保证人时应注意哪些问题?	(117)
50. 安慰函是否是保证合同?	(119)
51. 保证监督专款专用是否属于保证合同?	(120)
52. 如何看待联保贷款的利弊得失?	(121)
53. 保证人仅在主合同上签字,保证是否有效?	(123)
54. 借款人擅自改变借款用途应如何处理?	(124)
55. 股票价格跌至警戒线时应如何处理?	(125)
56. 借款人拒不提供财务报表(或者提供虚假的财务报表)应该怎么办?	(126)
57. 债权转让应该注意什么问题?	(127)
58. 债务转移应该注意什么问题?	(128)
59. 签订展期合同应该注意什么问题?	(130)
60. 因登记部门的原因致使无法登记,抵押权是否取得(抵押的效力应如何认定)?	(131)
61. 抵押物的转让是否有效?(抵押人擅自转让抵押物的问题)	(132)
62. 抵押物出租是否影响抵押权?	(133)
63. 权利凭证质押先于履行期限到期如何处理?	(134)
64. 质物交付与约定不同如何处理?	(135)
65. 质权人未经同意擅自使用质物应当承担什么责任?	(137)
66. 质权人对质物保管不当造成损毁或灭失的应当承担什么责任?	(138)
67. 当质物因不可归责于质权人的原因出现贬值、损毁或灭失时应如何处理?	(139)
68. 担保合同对担保范围约定不明应如何处理?	(140)
69. 关于保证期间应当注意什么问题?	(141)
70. 保证人在保证期间届满后在逾期贷款催收通知书上签字或盖章是否意味着保证人要继续承担保证责任?	(143)
71. 主债权诉讼时效存在保证期间是否当然存在?	(145)

72. 保证方式未约定时如何处理？	(147)
73. 多种担保方式并存时如何确定处理顺序？	(148)
74. 优先受偿权与查封优先处置权冲突时应该怎么办？	(150)
75. 法人分支机构作为债务人或担保人无法清偿债务时怎么办？	(151)
76. 如何避免担保物遭他人先行执行？	(152)
77. 债权如果过了诉讼时效如何补救？	(154)
78. 第三人催收的法律风险有哪些？	(155)
79. 如何依法催收,防范法律风险？	(158)
80. 借款人死亡的情况下其债务如何清偿？	(159)
81. 公司债务人合并分立后应向谁主张债权？	(161)
82. 免除部分担保人责任时会有何风险？	(162)
83. 如何提供财产线索使得债务人财产更容易执行？	(164)
84. 一般保证和连带保证的诉讼时效有何区别？	(166)
85. 担保合同确认无效后谁承担责任？	(167)
86. 质权能否善意取得？	(169)
87. 物的担保与保证人并存时如何起诉？	(170)
88. 债务人与一般保证人能否一并起诉？	(172)
89. 是否只有当债务人逾期不还欠款时才能实现抵押权和质权？	(173)
90. 担保物权与法定优先权谁先受偿？	(174)
91. 一般保证时如何向保证人主张权利？	(176)
92. 抵押权与所有权混同后如何处理？	(177)
93. 债务人提供的物保与第三人提供的物保有何不同？	(178)
94. 第三人提供的物保与保证人并存时如何实现权利？	(179)
95. 抵押房屋遭遇拆迁如何处理？	(181)
96. 物的担保中孳息归谁处理？	(182)
97. 建设用地使用权抵押的特别规定为何？	(183)

第三编 案例分析

1. 未明确担保方式时,如何判断是否成立质押？	(189)
2. 连带责任保证人的义务及权利	(191)

3. 公司对外及对内提供担保的形式要件	(192)
4. 股权质押的成立要件	(195)
5. “砍头息”案件中本金的确定	(197)
6. 婚姻关系存续期间夫妻一方以个人名义所负的债务是否可认定为夫妻 共同债务?	(198)
7. 在约定违约金的同时能否又约定利息?	(200)
8. 主合同解除对担保合同效力的影响	(202)
9. 纷纷扰扰吴英案:都是金融垄断惹的祸?	(204)

第四编 附 录

最高人民法院关于人民法院审理借贷案件的若干意见	(211)
中华人民共和国合同法(节录)	(214)
贷款通则	(216)
最高人民法院关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定	(229)
最高人民法院关于人民法院执行设定抵押的房屋的规定	(234)
城市房地产抵押管理办法	(236)
最高人民法院《关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》	(243)
国土资源部颁发《国土资源部关于国有划拨土地使用权抵押登记有关问 题的通知》	(244)
动产抵押登记办法	(244)
应收账款质押登记办法	(251)
著作权质权登记办法	(254)
专利权质押登记办法	(258)
中国人民银行、中国银行业监督管理委员会、中国证券监督管理委员会关 于印发《证券公司股票质押贷款管理办法》的通知	(261)
关于取缔各类讨债公司严厉打击非法讨债活动的通知	(268)
关于停止办理公、检、法、司机关所属“讨债公司”登记注册有关问题的通 知	(269)
网络借贷行业准入标准	(271)

第一编



专家视点

骗贷行为的刑事责任及金融机构的处置

吴卫军*

近年来,贷款业务发展迅猛,至2013年银行业的贷款余额已超过人民币70万亿元,小额贷款公司的贷款余额也达人民币8000亿元。贷款规模急剧膨胀的同时,风险也在不断积淀。随着经济的下行,2011年第四季度开始,银行不良贷款余额和不良贷款率由2005年来的持续双降,变为持续双升,小额贷款公司的坏账率也不断上升,甚至出现了个别的区域性和行业性风险。2013年开始,在贷款不良率上升的压力下,本市银行及小贷公司在采用民事诉讼等手段追讨欠贷未果后,不再是直接作坏账予以处置,而是更多地寻求通过刑事途径继续追索,公安机关受理的骗贷刑事案件报案数量大幅上升。基于此,金融机构需要先厘清贷款过程中,哪些行为应当追究刑事责任,追究何种刑事责任,同时,知晓遭遇骗贷后,如何充分运用法律,采取刑事措施保障自身的利益,配合司法机关查明案情。

一、与贷款相关的刑事责任

我国刑法对金融行业,特别是银行业保护较为严密,《刑法》中主要为保护银行利益设置的罪名有十多个,其中与贷款业务相关的主要是贷款诈骗罪、骗取贷款罪、违法放贷罪、高利转贷罪四个罪名,符合这四个罪名构成要件的应当追究刑事责任。

(一) 贷款诈骗罪

在我国计划经济时代,贷款并未实现商业化,因而1979年《刑法》中并未规定

* 吴卫军:上海市人民检察院金融检察处副处长。

贷款相关的犯罪。在我国刑法中,贷款诈骗罪是由1995年6月30日全国人大常委会通过的《关于惩治破坏金融秩序犯罪的决定》第10条首先作出规定。1997年《刑法》修订时将其吸收,在第193条规定了贷款诈骗罪。该条规定:“有下列情形之一,以非法占有为目的,诈骗银行或者其他金融机构的贷款,数额较大的,处五年以下有期徒刑或者拘役,并处二万元以上二十万元以下罚金;数额巨大或者有其他严重情节的,处五年以上十年以下有期徒刑,并处五万元以上五十万元以下罚金;数额特别巨大或者有其他特别严重情节的,处十年以上有期徒刑或者无期徒刑,并处五万元以上五十万元以下罚金或者没收财产:(一)编造引进资金、项目等虚假理由的;(二)使用虚假的经济合同的;(三)使用虚假的证明文件的;(四)使用虚假的产权证明作担保或者超出抵押物价值重复担保的;(五)以其他方法诈骗贷款的。”根据2010年5月7日最高人民检察院、公安部《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定(二)》(以下简称《追诉标准(二)》),行为符合《刑法》第193条规定,诈骗银行或其他金融机构贷款2万元以上的,即应以贷款诈骗罪追究刑事责任。

贷款诈骗罪是危害性最大的骗贷犯罪,也是刑法规定量刑最重的骗贷罪名,最高可处无期徒刑,但证明要求也最为严格,实践中以该罪处罚的案件数量列第二位,少于骗取贷款罪。该罪与其他骗贷犯罪最为核心的区别是,行为人是否具有“非法占有的目的”。所谓“非法占有的目的”,是指行为人在主观上具有将骗取的贷款据为己有的目的。由于“非法占有的目的”是主观要素,除行为人主动供认外,难以直接证明,因而实践中多采用刑事推定的方法证明,即以行为和相关事实推定行为人具有非法占有的目的。一般可以综合骗贷行为的欺诈严重程度、贷款时的经济实力和还款能力、贷款的用途、贷款后的行为等来判断是否具有“非法占有的目的”。例如,行为人使用伪造的权利证明抵押贷款、贷款时已无还款能力且贷款未用于实际经营、贷款后任意挥霍或用于非法活动,以及携款潜逃等,均可以认定其具有“非法占有的”目的,从而认定贷款诈骗罪。

认定贷款诈骗罪中需要注意的另一个问题是,由于立法原因,《刑法》并未明文规定单位可构成贷款诈骗罪,因此单位骗取贷款的行为不能认定为贷款诈骗罪。但这并不意味着单位骗取贷款就不能追究刑事责任,在司法实践中,单位实施贷款诈骗犯罪的,因贷款关系属于合同关系的一种,故可以合同诈骗罪追究刑事责任。

(二) 骗取贷款罪

由于前述贷款诈骗罪中“非法占有的目的”难以证明,一度给不法分子留下了骗取银行贷款,又不承担刑事责任的非法获利空间。为完善对金融机构贷款的保

护,在人民银行及各家金融机构的多次提议下,2006年6月29日第十届全国人民代表大会常务委员会第十九次会议上通过的《刑法修正案(六)》第10条增设了《刑法》第175条之一,骗取贷款、票据承兑、金融票证罪。该条规定“以欺骗手段取得银行或者其他金融机构的贷款、票据承兑、信用证、保函等,给银行或者其他金融机构造成重大损失或者有其他严重情节的,处三年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处罚金;给银行或者其他金融机构造成特别重大损失或者有其他特别严重情节的,处三年以上七年以下有期徒刑,并处罚金。”根据《追诉标准(二)》的规定,骗取贷款100万元以上、给金融机构造成损失20万元以上、虽未达到上述标准但多次骗取贷款、给金融机构造成重大损失或有其他严重情节的,均可构成该罪。同时,第175条之一的第2款规定了单位犯罪,单位有骗取贷款行为的,以骗取贷款罪追究直接负责的主管人员或其他直接责任人员刑事责任。

骗取贷款罪的设置弥补了我国现行刑法对于金融市场中的欺诈贷款行为难以规制的不足,目前已成为最常见的骗贷犯罪。根据法条规定,骗取贷款罪是指以欺骗手段取得金融机构贷款,给金融机构造成重大损失或者有其他严重情节的行为。该罪名颁布后,对于实践中无法证明具有“非法占有的目的”,但可以证实行为人在贷款过程中采用了欺骗手段的,给金融机构造成重大损失的行为,可以该罪追究刑事责任。该罪认定中,需要注意以下三点:

一是对欺骗手段的理解。所谓欺骗手段,是指行为人在取得金融机构贷款时,采用虚构事实、隐瞒真相等手段,骗取了金融机构的贷款。有观点认为,只要行为人在申请贷款过程中,存在虚构事实、隐瞒真相的行为,最后给金融机构造成损失达到追诉标准的,就可以认定骗取贷款罪。例如,提供的财务报表中有虚假成分,也可以认定。对此,笔者不能赞同。实践中,银行等金融机构在发放贷款过程中,需要贷款人提供大量的资料,但这些资料并非都是银行决定是否发放贷款和给予授信额度的依据,并非其中存在的所有的虚构事实、隐瞒真相的行为都属于刑法意义上的欺骗手段。认定刑法规定的骗取贷款行为应当综合案件的全部事实和证据综合判断,不能仅因与贷款相关的多个事实中有一个事实属于欺诈就认定此罪。笔者认为,只有贷款人对金融机构虚构或者隐瞒了足以影响金融机构放贷决策的,诸如抵押物的真实性、单位(个人)资信、还款能力、资产状况、贷款用途等对金融机构决定是否发放贷款具有实质性影响的事实,才属于《刑法》上的骗取贷款行为。换言之,金融机构是基于行为人所虚构的事实或所隐瞒的真相而作出向行为人发放贷款的决定,如果行为人如实陈述所隐瞒的事实,金融机构就不可能向其发放贷款。行为

人实施了此类的欺诈行为,即属于骗取贷款。如果行为人仅虚构了一些不影响金融机构是否放贷决策的事实,应不能认定此罪。例如,贷款人贷款时具有足够的资产归还贷款,但为粉饰会计报表,虚增了经营利润,就不能据此认定贷款人构成骗取贷款罪。

二是对追诉标准的把握。虽然《追诉标准(二)》中将骗得贷款 100 万元和造成损失 20 万元均规定为刑事立案的标准,但实践中却不宜将未造成实际经济损失的贷款行为纳入刑法的调整范围。刑事责任是最严厉的法律责任,贷款本身是民事行为,采用刑罚手段保护金融机构利益的同时,也应有谦抑性。如贷款人自己及其亲属归还了贷款,就不存在实际危害结果,即使在贷款过程中,贷款人有一些欺骗行为,也不应追究刑事责任。

三是骗取小额贷款公司贷款的,也成立骗取贷款罪。小额贷款公司是 2008 年 5 月中国银行业监督管理委员会、中国人民银行颁布《关于小额贷款公司试点的指导意见》(以下简称《意见》)后,出现的新型金融机构。虽然《意见》中未明确规定小额贷款公司的性质,但此后中国人民银行于 2009 年 11 月颁布的《金融机构编码规范》已将小额贷款公司列入了金融机构编码的范围。小额贷款公司经营的业务是发放贷款,属于典型的金融业务,且其设立程序也是双许可制,除工商登记外,还需经省级地方政府金融主管部门批准,并报银监会备案,并纳入人民银行信贷征信系统。《刑法》设置骗取贷款罪及贷款诈骗罪等罪名,是为了保护银行或者其他金融机构的贷款安全以及国家金融管理制度。小额贷款公司所发放的贷款与银行等金融机构发放的贷款本质相同,应当受到《刑法》的同等保护。因此,小贷公司应依法认定为《刑法》第 175 条之一规定的“其他金融机构”,骗取小贷公司贷款的行为同样构成骗取贷款罪。

(三)高利转贷罪

《刑法》第 175 条规定了高利转贷罪,“以转贷牟利为目的,套取金融机构信贷资金高利转贷他人,违法所得数额较大的,处三年以下有期徒刑或者拘役,并处违法所得一倍以上五倍以下罚金;数额巨大的,处三年以上七年以下有期徒刑,并处违法所得一倍以上五倍以下罚金。单位犯前款罪的,对单位判处罚金,并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员,处三年以下有期徒刑或者拘役。”根据《追诉标准(二)》的规定,高利转贷,违法所得数额在 10 万元以上的;虽未达到上述数额标准,但两年内因高利转贷受过行政处罚两次以上,又高利转贷的,应当以高利转贷罪追究刑事责任。