



大律师办案实录 ④

*Procedures and practice
skills on collection of
mortgage loan*



银行按揭贷款清收诉讼 流程与办案技巧

秦庆芳 张 双 著

法律出版社

大律师办案实录

*Procedures and practice
skills on collection of
mortgage loan*



银行按揭贷款清收诉讼 流程与办案技巧

秦庆芳 张 双 著

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

银行按揭贷款清收诉讼流程与办案技巧 / 秦庆芳,
张双著. —北京:法律出版社,2015.6
(大律师办案实录 / 田文昌主编)
ISBN 978 - 7 - 5118 - 8119 - 9

I. ①银… II. ①秦…②张… III. ①按揭贷款—民
事诉讼—诉讼程序—中国 IV. ①D923.6

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 139601 号

银行按揭贷款清收诉讼流程与办案技巧	秦庆芳 著 张 双	责任编辑 王 扬 装帧设计 乔智炜
-------------------	--------------	----------------------

© 法律出版社·中国

开本 710 毫米×1000 毫米 1/16
版本 2015 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
责任校对 杨昆玲
印刷 三河市龙大印装有限公司

印张 17.25 字数 246 千
印次 2015 年 7 月第 1 次印刷
编辑统筹 独立项目策划部
经销 新华书店
责任印制 张建伟

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 - 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
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 - 8119 - 9
(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

定价:48.00 元

京都律所成立20周年 丛书编辑委员会

主 编：田文昌

委 员：曹树昌 朱勇辉 白冬飏 蔡景丽 郭 庆
公丕国 韩嘉毅 韩 良 金 杰 刘 铭
孟 冰 秦庆芳 瞿丽红 王九川 王卿芸
吴立伟 肖树伟 杨大民 杨照东 张振祖
钟延红 邹佳铭

序

了解律师的人都知道,要做好这门行业,需要不断地学习和总结。从执业需要来讲,学习是不得已的事,比如手头上正在办理的业务,遇到相关的法律修改,或有新的判例出现,必须要拿来学习一番,否则就可能出错,无法向委托人交代。有时,律师还要参加相应的法律知识或技能培训甚至去攻读学位。

但就总结来说,却不是每位律师都愿意去做的。这里说的总结,是指用心思考自己的执业得失,做些研究,并能整理成系统的文字。一方面,这样的总结费时又费力,很难产生立竿见影的效益,导致不少律师不愿在这上面花费时间;另一方面,这样的总结的确需要掌握一些基本的研究方法,也需要有较好的文字表达能力。

从我和一些同仁创办律师所开始,我们就要求全体律师重视业务学习和总结。在京都律师所内部,我们坚持进行内部自我培训,鼓励撰写论文、著作,同时也经常举办专题研讨会或请人来作讲座。在招聘方面,也强调多引进既有实务操作能力、也有研究能力的专家型律师。所以,这些年来,京都所律师的学习研究能力持续得到提升。这对律师所业务的发展也起到不小的推动作用,不少客户把京都所称为“学院派”律师事务所。

在律师个人研究蔚然成风之际,京都也开始进行团队式的“总结”工作,即由律师所组织制定系列业务专题研究计划。这样既可以加强学术资源的整合,也能提高研究的效率。这一批“诉讼流程与技巧”丛书,正是业务专题研究的部分成果。

就诉讼业务研究来看,探讨实体方面的著作不少,但系统总结诉讼流程与技巧的专著少见,而以律师角度分专题解析诉讼实务的丛书,似乎还没有见过。这是本丛书的一个特点。在这些书中,作者先对诉讼的基本操作规

范进行介绍,然后集中对一些重点问题进行讲解,给出律师应对的实务技巧,力求做到深入浅出,接地气,这可以说是丛书的又一个特色。

这套丛书可以给初做律师者以指引,也可供老律师学习交流,也能给其他法律工作者以参考。当然,在实务操作技巧方面,本丛书的讲解也是一家之言,有经验的律师会有自己的心得,其他律师事务所也可能会有自己的特色,希望能就此进行交流,共同提高。

当前,律师业务的范围越来越广,专业分工更为细化,法律服务市场对律师的专业化水准的要求在不断提高。所以我认为,律师不要一味说大话,应在业务总结研究上多下功夫。通过这样的理论提升,再来指导自己的技能,在每一项业务中以自己过硬的业务实力来发挥作用。这样做的律师多了,这样能充分发挥律师作用的案件多了,法治就会得到更多的体现。希望有更多的律师重视学习,不断总结。

今年,适逢京都律师事务所成立二十周年,我们推出一批个人专著和这套丛书,我想这些是对京都所最有价值的礼物。今后,京都人还会把这批丛书继续做下去,并展开其他研究工作,为律师业务发展做出贡献,为法治建设尽绵薄之力。

我愿与每一位京都人共勉。

田文昌

2015年6月8日

前 言

中国房地产业的发展,与之相伴的是银行按揭贷款金融业务的壮大,中国人的消费观念已发生了根本性的变革,向银行贷款买房已是每个人或企业都曾经历或正在经历或将经历的日常生活中的必不可少的事情。随之而生的各类诉讼案件纠纷,涉及了房地产管理、买卖、担保等诸多法律关系和法律适用。

本书主要内容是按揭贷款诉讼清收实务,分为上下两编,由代理律师对银行金融借款合同纠纷案件的诉讼流程进行了梳理和总结。书中提供了大量案例和法律文书参考文本。从本书的案件展示中,可以看出律师业务是一门艺术,更是一门技术。律师需要注重细节,学会反思,追求极致。书中对诸如解除借款合同与宣布贷款合同提前到期的诉讼请求的主张策略,如何按照银行系统的数据计息,才会被认定是完全符合法理或符合约定的诉求,没有及时办理抵押登记的案件执行程序中的差异,房屋被法院先行查封的清收难点,房屋被借款人滥用司法程序擅自转让的风险等,都进行了深入透彻的分析,有一定的借鉴和指导意义。

本书中上编介绍了审判阶段的具体流程与办案技巧,在对银行按揭业务进行简要概述的基础上,阐述了各类贷款清收诉讼程序的适用条件,并对实现担保物权特别程序与普通程序进行了比较分析,进而就立案、保全、一审、二审、再审各诉讼程序中的具体流程及细节事项进行了详细说明。下编介绍了执行阶段的具体流程与办案技巧,详解了各项执行措施以及执行立案、查封、评估、拍卖、案款发放等各个程序中的注意事项,并阐述了参与分配与优先受偿制度在司法实践中的具体操作细节,介绍了执行异议程序的相关流程。

本书命名为《银行按揭贷款清收诉讼流程与办案技巧》,其中律师代理

的诉讼主体主要是银行。但对各类借款合同纠纷及其他借款债权主体的案件,从诉讼具体程序而言,具有一定的普遍适用性。本书语言朴实,详解了各类事项在司法实践中的处理方法,分享了律师办案中的经历和经验。期望有利于刚刚执业的诉讼律师,迅速掌握诉讼流程,知其然并知其所以然,更好地应对庭审,开展代理工作,赢得当事人的认可。同时,希望本书有助于银行等机构的资产保全人员,了解诉讼执行程序,了解具体程序中应注意的事项,从而反馈在贷前审查与贷后管理之中,加强风险管理,更好地防范和处置不良贷款。

最后要说明的是,本书系根据作者在代理银行按揭贷款清收诉讼实务中的经验,以及相关法律法规及地方的具体可操作性规定写就。基于经验与地域的局限性,其中的偏颇和错误可能在所难免。希望读者抱着一种批评的态度去看待本书,我们也诚恳地希望读者对本书提出宝贵的指正意见。

秦庆芳 张双
2015年5月

目 录

上编 审判阶段的具体流程与办案技巧

第一章 关于银行按揭	3
第一节 按揭的由来	3
第二节 按揭中的法律关系	4
一、银行按揭类型	4
二、银行按揭文件	7
第二章 清收诉讼的基本流程与特别程序	12
第一节 贷款清收的界定与程序选择	12
一、贷款清收的界定	12
二、贷款清收的准备	13
三、清收程序的选择	15
第二节 贷款清收中的实现担保物权特别程序	23
一、实现担保物权的程序规定	24
二、贷款清收中特别程序与常规诉讼程序的适用比较	29
三、实现担保物权特别程序中的法律文件	31
第三章 立案——诉讼程序的开始	41
第一节 立案前的准备	41

一、读懂信贷档案	41
二、读懂银行系统查询清单	45
三、关于个人信用报告	48
四、准备诉讼当事人身份证明材料	65
第二节 确定管辖法院	68
一、确定级别管辖	68
二、确定地域管辖	69
第三节 撰写民事起诉状	75
一、确定适格当事人、适用正确案由	75
二、确定诉讼请求、表述事实与理由	79
第四节 具体立案程序	91
一、常规立案程序	91
二、立案登记制	93
第四章 财产保全——贷款清收的关键	95
第一节 财产保全的必要性	95
一、财产保全的作用	95
二、特殊情况下的财产保全	97
第二节 诉前财产保全与诉讼财产保全	100
一、诉前财产保全	100
二、诉讼财产保全	106
第三节 申请财产保全的具体流程与文书	109
一、锁定财产线索	110
二、申请财产保全	111
三、其他注意事项	114
第五章 一审——取得胜诉裁判	118
第一节 开庭前的准备	118
一、准备庭审资料	118
二、制定庭审方案	125
第二节 庭审中倾听与表达	129
一、庭审中的倾听	130

二、庭审中的表达	132
第三节 一审代理词的撰写	133
第四节 一审中的调解	140
一、达成调解的前提	140
二、达成调解的程序	140
三、关于调解书	141
第六章 二审——巩固胜利成果	142
第一节 司法实践中二审程序的特点	142
一、二审程序的法律规定	142
二、司法实践中的谈话程序	144
第二节 二审与一审在诉讼策略上的区别	146
一、细读上诉状、起草答辩状	146
二、二审庭审中的应对	152
第七章 再审——几乎不启动的程序	154
第一节 再审程序中的立案	154
一、再审程序的启动主体	154
二、申请再审的受理与审查	155
第二节 再审程序中的审理	160
一、再审的审理法院及适用程序	160
二、再审案件审理中的具体规定	161

下编 执行阶段的具体流程和办案技巧

第八章 执行中的一般程序	167
第一节 执行程序的立案	168
一、执行法院的管辖	168
二、申请强制执行	169
三、申请执行的受理	172
第二节 法院的强制执行措施	173

一、采取执行措施的前置程序	173
二、财产调查中的执行措施	175
三、财产控制中的执行措施	178
四、财产处置中的执行措施	184
五、非执行财产类的强制措施	184
第三节 可供执行财产的处置	191
一、存款、证券及其结算资金划拨/扣划	192
二、被执行人债权或收入扣留提取	193
三、股权、车辆、房产等资产处置	194
第四节 迟延履行利息的计算	208
一、分段适用的计算方法	208
二、影响迟延履行利息计算的因素	211
第五节 执行中的其他具体程序	212
一、案款发放	212
二、暂缓执行与执行担保	212
三、执行和解	213
四、被执行人的变更与追加	214
五、执行中止、终结与终结本次执行	220
六、委托执行	222
七、执行文书及其送达	222
八、执行结案	225
第九章 执行中的参与分配制度	227
第一节 参与分配制度的法律依据	227
一、参与分配的适用条件	228
二、参与分配的申请	230
三、参与分配的受偿	230
第二节 司法实践中的优先受偿	234
一、申请优先受偿	234
二、优先受偿的分配	240
第三节 司法实践中的参与分配	241
一、参与分配的申请	241

目 录	5
二、参与分配的具体规定	243
第十章 执行中的执行异议程序	247
第一节 执行中的异议程序	247
一、执行行为异议	247
二、案外人异议	250
三、其他异议	253
第二节 执行异议之诉	254
一、异议之诉的提起	254
二、异议之诉的审理	255
后 记	257

上编 审判阶段的具体流程与办案技巧

- 第一章 关于银行按揭
- 第二章 清收诉讼的基本流程与特别程序
- 第三章 立案——诉讼程序的开始
- 第四章 财产保全——贷款清收的关键
- 第五章 一审——取得胜诉裁判
- 第六章 二审——巩固胜利成果
- 第七章 再审——几乎不启动的程序

第一节 按揭的由来

“按揭”是一个舶来词,其来源于英文 mortgage,是英美法系各国适用最普遍的担保形式之一。我国香港地区虽然沿袭了英国法律制度,但在房地产按揭方面却是自成体例。同样,从香港传入中国大陆的按揭,受制度性因素的限制,在改造后注入了新的内涵。

在中国大陆,有学者这样定义按揭:按揭是指不能或不愿一次性支付房款的购房人,将其与开发商之商品房买卖合同项下的所有权益抵押于按揭银行,或将其因与开发商之买卖合同而取得的房地产抵押于按揭银行,按揭银行将一定数额的款项贷给购房人,并以购房人名义将款项交由开发商所有,开发商对按揭人还款提供连带保证责任的行为的总称。^①

而关于按揭的法律性质,理论上存有不同的观点。不动产抵押说认为按揭属于不动产抵押;^②期房按揭权利质押说认为期房按揭中预购人享有的仅是债的请求权,其向银行提供的担保标的是对开发商享有的债权,符合权利质押的特征;^③让与担保说认为按揭是英美法系中物的担保的一项基本制度,是指债务人或第三人将标的物的所有权转移于债权人而担保其债权实现的担保形式,其本质与大陆法系中的让与担保制度相同。^④

① 孟敏:“房地产按揭中标的物转让的法律问题”,载《经济论坛》2004年第1期。

② 程惠英:《房屋开发与交易——房屋法原理与实务》,复旦大学出版社1997年版,第195页。

③ 刘晋:“楼花按揭的理论研究与法律调整”,载马原主编:《房地产案件新问题与判解》,人民法院出版社1997年版。

④ 梁慧星主编:《中国物权法草案建议稿》,社会科学文献出版社2001年版,第776页。

当然,本书中,按揭的法律性质并不作为讨论重点。在此所谓“按揭”,根据《房地产业基本术语标准》(中华人民共和国行业标准 JGJ/T30 - 2003),是指“以所购房地产作抵押物,采用抵押贷款方式取得购买房地产的资金”。而银行按揭贷款,在我国现行法律框架下即为房屋抵押贷款。

第二节 按揭中的法律关系

一、银行按揭类型

(一)典型的银行按揭

典型的银行按揭贷款,是在房地产开发销售过程中的一项贷款业务,即借款人以其所购房屋提供抵押担保,并由所购房屋的房地产开发企业(以下简称“开发商”)提供第三方阶段性连带责任保证担保,向贷款人申请用于支付所购房屋购房款的担保贷款。

从现行按揭中的法律关系来看,其所涉各方主体主要包括按揭银行(贷款人)、开发商(保证人)、购房人(借款人)三方,而在抵押房屋投保的情形下还包括保险公司作为第四方主体。该等主体在按揭贷款中包括了商品房买卖、借款、抵押、保证等一系列民事法律行为。各方主体之间的法律关系分别为:

1. 购房人与开发商之间的商品房买卖合同关系

购房人以按揭的形式购买房屋,首先必须与开发商签订商品房买卖合同,约定购买特定的房屋,并在付款方式中约定以银行按揭的方式付款。由此,购房人与开发商之间系房屋买卖合同关系,购房人为买受人,开发商为出卖人。

2. 购房人与银行之间的借贷关系

购房人在与开发商签订商品房买卖合同后,应按规定提供相应文件资料,向银行申请房屋(住宅或商业用房)抵押贷款。银行则根据借款申请人的身份情况、资信状况进行贷款审批,确定是否同意批贷以及贷款年限、金额等贷款条件。其后由借款人(同时为购房人)与银行签署借款合同。由此,购房人与银行之间系借贷关系,购房人为借款人,银行为贷款人。