

高等院校财经类法学实验教程系列

倪受彬 赵静 编著

BANKING LAW:
THEORY AND PRACTICE

银行法

理论与实务



经济管理出版社
ECONOMY & MANAGEMENT PUBLISHING HOUSE

BANKING LAW:
THEORY AND PRACTICE

银行法

理论与实务

高等院校财经类法学实验教程系列

倪受彬 赵静 编著



经济管理出版社
ECONOMY & MANAGEMENT PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

银行法理论与实务/倪受彬, 赵静编著. —北京: 经济管理出版社, 2012.1

ISBN 978-7-5096-1697-0

I. ①银… II. ①倪… ②赵… III. ①银行法—中国—教材 IV. ①D922.281

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 239521 号

出版发行：经济管理出版社

北京市海淀区北蜂窝 8 号中雅大厦 11 层

电话：(010)51915602 邮编：100038

印刷：三河市海波印务有限公司

经销：新华书店

组稿编辑：贾晓建

责任编辑：徐 雪 赵 杰

责任印制：杨国强

责任校对：李玉敏

720mm×1000mm/16

16.5 印张 306 千字

2012 年 1 月第 1 版

2012 年 1 月第 1 次印刷

印数：1—6000 册

定价：36.00 元

书号：ISBN 978-7-5096-1697-0

·版权所有 翻印必究·

凡购本社图书，如有印装错误，由本社读者服务部

负责调换。联系地址：北京阜外月坛北小街 2 号

电话：(010)68022974 邮编：100836

前 言

最近几年对国际国内金融业来说，真是“多事之秋”。2008年开始的世界金融危机的余潮未了，欧债危机又接踵而至，国内温州民间借贷问题集中爆发，等等，这些都使我国商业银行业面临着严峻考验，尤其对我国商业银行的信贷安全敲响了警钟。在经济联系日益紧密、全球化经济复杂多变的形势下，如何防范和规避银行信贷业务的经营风险，正确处理银行与客户的关系，有效识别和评估信贷业务发展及创新中的各种风险，确保银行经营的安全、运作的稳健，并最终实现利润最大化，对于我国商业银行业而言具有十分重要的意义。

信贷业务一直是商业银行的核心业务，但是，由于各种原因，银行的贷款本金或利息并不一定能够按照事先合同约定的方式得以实现，这就形成了信贷业务的风险。在防范和化解银行信贷业务风险的众多手段中，法律手段无疑具有举足轻重的地位。我国商业银行法规定了商业银行的职责、权利、义务和经营行为等，为商业银行开展业务、防范风险提供了法律依据。遗憾的是，立法的步伐总是赶不上金融创新的步伐。银行实践中早已存在的一些信贷种类，比如应收账款质押、阶段性保证等，在法律上还没有系统的规定。有鉴于此，本书力图在现有法律框架下，采用理论与案例相结合的方式，为商业银行信贷业务法律风险的防范和化解提供一种思路。

本书从法律风险与信贷业务流程的关系角度入手，将法律风险分为贷款申请和审查阶段的法律风险（贷前）、贷款合同签订阶段的法律风险（贷中）和贷款发生及回收阶段的风险（贷后）。本书以此为编写的逻辑思维，为银行在每一阶段信贷业务面临的法律风险提

供防范和解决的思路。通过对商业银行的管理人员、业务人员和操作人员进行信贷法律风险防范的培训，增强其法律观念和法律风险意识，从源头做好法律风险防控工作，切实防止和避免信贷法律风险的发生。

同时，本书也通过对银行法的典型案例进行研究和评析，一方面使商业银行法这一略显乏味的课程在讲授过程中能更具趣味性和实践性，从而增强学员对商业银行法的感性认识和风险意识；另一方面，为商业银行的相关决策提供案例指导。希望本书可以作为银行信贷业务的培训教材，从而间接服务于银行信贷实践。

本书的分工如下：第一章概述由倪受彬撰写；第二章信贷审查中的法律风险防范由施丹婷撰写；第三章贷款担保法律风险防范由孙名琦、李可撰写；第四章贷款履行过程中的法律风险防范由沈大钧、寇宁撰写；第五章信贷纠纷处理中的法律风险防范由陈飞宇、张曼倩撰写；全书由赵静修改定稿和统纂。

本书出版过程中得到了经济管理出版社的大力支持，感谢组稿编辑贾晓建、责任编辑徐雪、赵杰的辛苦努力与付出。

目 录

第一章 银行信贷业务法律风险防范概述	1
第一节 信贷业务的概念和分类	1
第二节 信贷业务法律风险的含义和范围	2
第三节 信贷业务法律风险的分类	4
第四节 本书的主要内容和体例	6
第二章 信贷审查中的法律风险防范	9
第一节 授信与信贷审查法律风险	9
第二节 银行信贷审查基本流程	10
第三节 银行信贷审查中的主要法律问题及相关规定	12
第四节 银行信贷审查中的主要法律风险及相关防范	19
第五节 相关法律、法规、规章动态和相关案例	23
第三章 贷款担保法律风险防范	31
第一节 担保法总论	31
第二节 保证担保制度及商业银行信贷业务的风险控制	45
第三节 抵押、质押信贷担保业务	76
第四章 贷款履行中的法律风险防范	161
第一节 企业主体资格变化与信贷风险	161
第二节 企业产权改革中的债务处理	201
第五章 信贷纠纷处理中的法律风险防范	213
第一节 信贷纠纷诉前阶段风险防范	213
第二节 信贷纠纷诉讼阶段风险防范	229
第三节 信贷纠纷诉后阶段风险防范	240

第一章 银行信贷业务法律 风险防范概述

第一节 信贷业务的概念和分类

一、信贷业务概念

信贷，即信用、借贷。银行信贷指以银行为中介、以偿还计息为条件的货币借贷。贷款是金融机构作为贷款人以还本付息为条件，将一定数量的贷款提供给借款人使用一定期限的一种借贷行为。^①按照相关法律规定，借贷行为可以发生在金融机构与金融机构之间，也可以发生在非金融机构之间，前者称为同业拆借，^②后者称为民间借贷合同。^③

本书所讨论的银行信贷业务不同于这二者，表现在：与民间借贷合同不同，在银行信贷业务中，贷款人必然是银行金融机构，且双方应采用格式合同形式；与同业拆借不同，银行信贷业务的期限一般长于同业拆借，同业拆借属于短期资金融通。根据《同业拆借管理办法》，政策性银行、中资商业银行、中资商业银行授权的一级分支机构、外商独资银行、中外合资银行、外国银行分行、城市信用合作社、农村信用合作社县级联合社拆入资金的最长期限为1年；金融资产管理公司、金融租赁公司、汽车金融公司、保险公司拆入资金的最长期限为3个月；企业集团财务公司、信托公司、证券公司、保险资产管

① 刘少军：《金融法学》，中国政法大学出版社，2008年10月版，第218页。

② 同业拆借是指金融机构之间在依法设立的同业拆借市场上，通过全国统一的同业拆借网络进行的无担保资金融通行为。

③ 最高人民法院：《关于审理民间借贷合同纠纷的若干意见》。

理公司拆入资金的最长期限为 7 天。同业拆借双方要通过中国人民银行进行交易和清算。而银行信贷业务可以提供 1 年以上 5 年以下的中期贷款，也可以提供 5 年以上的长期贷款。

二、信贷业务分类

从广义上说，银行信贷可以分为自营贷款、委托贷款。自营贷款是指银行金融机构以自有资金发放的贷款。而委托贷款则不同，根据《中国人民银行贷款通则》，委托贷款是指由政府部门、企事业单位及个人等委托人提供资金，由贷款人（即受托人）根据委托人确定的贷款对象、用途、金额、期限、利率等代为发放、监督使用并协助收回的贷款，贷款人（即受托人）只收取手续费，不承担贷款风险。

按信贷业务是否为主体自发的行为，又可以分为商业性贷款和政策性贷款。商业性贷款是指银行以营利为目的并根据自发的市场动机而发放的贷款。政策性贷款则属于政策性金融的范畴。^①

本书所讨论的银行信贷业务指银行金融机构根据《民法通则》、《合同法》、《贷款通则》所发放的商业性贷款。

第二节 信贷业务法律风险的含义和范围

信贷业务是银行业金融机构的核心业务，^②从财务上说，是出于资产业务范围，而不同于吸收存款的负债业务以及结算等中间业务。银行在信贷业务中，通过向客户发放贷款收取利息获得利润。但是，由于各种原因，银行的贷款本金或利息并不一定能够按照事先合同约定的方式得以实现，这就形成了信贷业务的风险。

^① 日本的小滨裕久、奥田英信等将政策性金融定义为：“为了实现产业政策等特定的政策目标而采取的金融手段，也即为了培养特定的战略性的产业，在利率、贷款期限、担保条件等方面予以优惠，并有选择地提供资金。”

^② 根据《中国人民银行法》第五十二条之规定，在我国，银行业金融机构是指在中华人民共和国境内设立的商业银行、城市信用合作社、农村信用合作社等吸收公众存款的金融机构和政策性银行。而根据《中华人民共和国商业银行法》第二条之规定，商业银行是指按照《商业银行法》和《公司法》设立的吸收公众存款、发放贷款、办理结算业务的企业法人。

一、风险

风险一般指未来损失的不确定性。^① 风险是和收益相对称的概念。换言之，风险是为获得收益所支付的代价。就信贷业务来说，没有完全没有风险的贷款业务，世界上没有任何一家银行完全没有不良资产。但是，不同的银行金融机构其不良贷款在总的信贷资产中占比却存在不同。造成这种差异的原因当然是复杂的，包括外部环境的因素，甚至诚信文化等，其中，银行金融机构对风险的管理则是银行金融机构信贷绩效差别的重要原因。从风险管理的主体来说，近年来很多商业银行在原来的法律事务部的基础上设立合规和风险管理部门，作为专门管理包括信贷业务风险在内的风险管理机构。但是，银行信贷风险管理绝不只是风险管理部门一个机构的工作。银行应该树立全行风险管理的观念，银行高级管理人员、信贷专员（经理），甚至其他业务部门都应该树立风险管理的意识，并通过形成和执行严格的风险管理流程来识别、防范和化解信贷风险。

二、法律风险和合规风险

严格来说，信贷风险不等于信贷业务的法律风险。《新巴塞尔协议》将操作风险定义为：“操作风险是指由不完善或有问题的内部程序、人员及系统或外部事件所造成损失的风险。本定义包括法律风险，但不包括策略风险和声誉风险。”我们据此认为，银行信贷业务中的法律风险是指由银行金融机构内部程序不完善（含人员授权管理），以及银行从业人员过错所导致的信贷合同不能全部履行的可能性。

那信贷业务中的法律风险管理与信贷业务合规风险之间的关系如何呢？从上述定义可知，造成银行信贷风险的原因包括银行内部程序缺陷和人员存在合规缺陷。中国银行业监督管理委员会所颁布的《商业银行合规风险管理指引》第三条规定，合规是指使商业银行的经营活动与法律、规则和准则相一致。而合规风险，是指商业银行因没有遵循法律、规则和准则可能遭受法律制裁、监管处罚、重大财务损失和声誉损失的风险。

从上述定义我们可以看出，合规风险不同于法律风险。合规风险的侧重点

^① J.S. Rosenb (1972) 将风险定义为损失的不确定性，F. G. Crane (1984) 认为风险意味着未来损失的不确定性。

在于管理，即银行的经营应该符合范围广泛的外部规则体系。银行的经营行为如果违反了上述外部规则体系（如账外经营行为、高息揽存），当然可能会带来经营上的损失，例如贷款无法收回，但更重要的是，银行作为金融机构，可能会面临着法律制裁（如洗钱罪、非法经营罪）、监管处罚（如停业整顿、吊销营业执照和行政罚款）和声誉风险。^① 简单地说，合规风险主要是指由银行管理上的违规行为而导致的外部制裁，而本书所称的法律风险主要是从信贷业务交易（合同）违约的角度展开的，不同于“管理法”的角度，虽然两者之间存在着一定的联系，从而在本书中会在一定程度上有所交叉。

第三节 信贷业务法律风险的分类

从不同的角度，银行信贷业务法律风险可以作不同的分类。从风险发生的原因的角度，可以分为主体风险、财产风险和内容风险。从法律风险与信贷业务流程的关系来看，又可分为贷款申请和审查阶段的法律风险（贷前）、贷款合同签订阶段的法律风险（贷中）和贷款发生和收回阶段的法律风险（贷后）。从贷款风险归责原因来看，还可分为银行方单方过错而导致的风险、借款人违约导致的风险和混合过错风险。从信贷业务法律风险的表现形式，又可分为贷款的合同效力风险和借款人不履行有效合同的风险。下面重点就前面两种分类具体分述之。

一、主体风险、财产风险和内容风险

所谓主体风险，主要是指借款人或担保人的主体不适格或丧失主体资格而产生的风险。比如按照法律规定，法人的分支机构不能借款，学校、工会和居民委员会等以公益为目的的机构和单位不能作为保证人等。银行金融机构与之签订的信贷合同存在效力上的缺陷，从而不能有效执行。当然，借款人的主体风险，还包括借款人或其代表人（代理人）因授权或代理权上的缺陷而导致的风险。例如，借款人或代理人伪造签名签章，法定代表人或代理人超越权限签订的信贷合同。除此之外，借款方的法律人格的变化或重组，如借款人死亡或

^① 2009年8月25日，银监会发布的《商业银行声誉风险管理指引》所作的定义是：声誉风险是指由商业银行经营、管理及其他行为或外部事件导致利益相关方对商业银行负面评价的风险。

成为无民事行为能力人，法人或其他经济组织破产或被停止继续营业，法人被合并或分立，都会导致信贷合同履行主体资格或偿还能力的变化而产生法律风险。

财产风险则是指为贷款提供担保的财产交换价值的风险。大家知道，实践中，贷款一般采取担保贷款的形式。而担保贷款包括保证和物保。其实主债务人以外的人的担保（保证）本质上也是物的担保，是在保证人的财产上为银行贷款安全创设了特别担保和信用。但是，由于该部分物没有独立和特定化，因此，这些物还可以被保证人使用和处分，从这一点上看，物的担保则是在担保人的特定物和财产上专门为贷款人的贷款设立优先于债务人或担保人其他债权人的担保物权。因此，所谓财产的风险，是指在贷款本息清偿之前，由于财产灭失、毁损或被非法侵占，或重复担保、被非法扣押、市场交易价值贬损等各种原因而影响贷款本息安全收回的风险。

内容风险是指贷款相关的权利义务责任的约定不符合法律、行政法规的规定而无法履行或无法得到国家的保护。例如，利率违反国家利率的最高限额的规定，项目贷款违反国家的宏观调控政策或因伪造项目批准文件而违法，关于诉讼时效或执行期限因违反法律的规定而不再受保护，在贷款中存在一方欺诈或胁迫另一方借款或提供担保等情形。

二、贷款申请审查阶段、贷款合同签订阶段和贷款合同履行阶段的法律风险

贷款是银行授信业务的一种。^①授信工作由贷款申请人向银行提出贷款申请开始，而在贷款申请阶段一般要求客户提供证明主体资格的证明文件，如自然人的身份证件、企业营业执照和企业代码证。此外，还要求提供企业的财务报表以证明其还款能力，涉及担保贷款的，则要求提供保证人或抵押物、质押物的权利凭证。上述资料所提供证明的信息要按照贷款审批流程报相关决策和评议机构审查。如果客户提交的材料有不真实、不合法和不准确的情形，就可能使贷款审查决策建立在一个虚假的资料和条件基础之上，而影响后面的贷款发放额度、贷款种类和期限等贷款内容，甚至影响贷款的收回。贷款申请阶段的法律风险属于贷前风险。

^① 授信是指商业银行向非金融机构客户直接提供的资金，或者对客户在有关经济活动中可能产生的赔偿、支付责任做出的保证，包括贷款、贸易融资、票据融资、融资租赁、透支、各项垫款等表内业务，以及票据承兑、开具信用证。

贷款签订阶段的风险主要包括贷款签订时对前面所述的主体风险和-content风险相关方面审查不严,没有很好地落实各项贷款条件而实施授信。例如,就主体风险而言,包括贷款人、担保人主体不适当,借款人或担保人存在伪造签名签章现象,超越代理权限、违反公司章程等情形;就内容风险而言,则存在贷款相关文件不真实、不合法的情形,或贷款目的和程序违反国家禁止性规定而可能存在无效或其他效力瑕疵。^①

贷款履行阶段的法律风险。银行贷款主要以合同为载体,包括主合同和从合同。主合同为贷款合同,抵押合同和质押合同则是从合同。贷款合同是双务合同,即双方互有权利和义务。对银行金融机构来说,贷款合同签订后,银行应该按照合同约定的时间和金额将约定的资金借给客户使用。如果不能到期放款,则构成违约。而客户在合同签订后,应负有按照贷款约定的用途使用相关贷款,并接受银行方面的贷款检查,按约支付利息和归还贷款本金等义务。但是由于各种原因,客户可能违约拖欠银行贷款本息,甚至采取各种手段逃废银行贷款而导致银行出现不良资产。

贷款履行阶段的风险还应该包括贷款诉讼和仲裁阶段的法律风险。客户违约,银行可能会采取法律途径实现自己的债权,主要包括诉讼和仲裁。在此阶段,银行方面可能因为对法律的理解或执行不当而发生败诉或丧失执行利益,例如,债权超过诉讼时效,生效判决没有及时向法院申请强制执行,或由于证据缺失而使诉讼请求不能获得法院支持等。

第四节 本书的主要内容和体例

从贷款流程的角度进行法律风险分类可能比较容易理解,也符合信贷业务实践。因此,本书基本按照信贷业务实际发生的流程中所产生的法律风险来撰写,主要包括以下内容:

本书第一章性质上属于导论,交代了相关概念,特别是合规风险和法律风险的关系。

^① 信贷合同的效力风险随着我国改革开放的不断深入和扩大,经济、社会的不断发展而发生改变,新的《合同法》取代了旧的《经济合同法》,已经改变了那种一直以来“认为违反法律和行政法规就无效”的观点,进一步缩小了无效合同的法定范围,除符合法定情形合同无效外,法律尊重当事人的意思自治,尽量维持合同的效力。

本书第二章讨论了信贷审查中的主要法律风险。具体包括信贷审查法律风险概述、银行信贷审查的主要流程等。

本书第三章讨论了信贷担保中的主要法律风险。包括保证、抵押、质押所涉及的保证方式、保证期间与信贷风险、担保物风险和登记风险等。

本书第四章讨论了信贷合同履行中的法律风险，重点就借款人、保证人主体资格变化，如企业合并分立与信贷风险、借款人或担保人转移财产与信贷风险等。

本书第五章讨论了信贷案件诉讼、仲裁和执行阶段的风险。如起诉方案的风险、证据风险、诉讼时效风险、财产保全风险、执行阶段与社会政策相冲突的风险、不同法律之间不协调的风险等。

就本书的编写体例而言，每章均设法律法规动态，旨在让学员比较方便地查阅与本章内容相关的法律法规的具体规定。正文之后均附有案例及解析，旨在通过案例更好地理解正文的内容与法条之规定。案例之后的避险提示，旨在提示相关法律风险，以帮助从业人员了解主要法律风险的防范措施。

第二章 信贷审查中的法律风险防范

第一节 授信与信贷审查法律风险

授信是世界各国或地区银行法重点关注的问题之一。商业银行授信业务，无论是发放贷款、签发银行票据，还是开立银行账户等都是收益和风险并存的经营活动，商业银行在追求最大经济效益的同时也希望能最大限度地规避金融风险。然而从法经济学的角度来看，利益总是与风险同行。现实业务中绝对避免金融风险是不可能的，也是不现实的。

在商业银行的所有风险中，授信业务的风险防范问题可以说是整个商业银行法律风险防范的核心内容，因为在商业银行三大块业务——资产、负债和中间业务中，授信业务是最重要的一块，目前授信业务风险也是商业银行面临的主要风险。而商业银行作为一个高风险、高负债的特殊经营企业，面临着很多的风险，包括市场风险、汇率风险、管理风险，还有银行员工的道德风险，当然也有本书中着重讨论的法律风险。商业银行的全部经营管理活动都是围绕着风险的防范和控制展开的，如果这点没有做好，商业银行业务是无法展开的。

所以银行的工作人员应依照国家的法律和法规对具体的授信业务进行具体分析，正确地评估各类授信风险，并在此基础上采取必要的应对措施，方能有效地防范和降低授信风险。决策前对每一笔授信业务设置法律审查的程序，在贷款合同中控制每个条款可能涉及的风险，贷款发放后跟踪借款人的信用和履约情况，这些对于保证银行的安全、降低银行的风险无疑都是明智之举，实践证明也是行之有效的。

第二节 银行信贷审查基本流程

银行的信贷审查流程按照不同的标准可以有多种划分，但是根据业内的普遍做法以及贷款的发放和最后收回的过程来看，本书将其分为下面几个阶段，下文对银行信贷审查中的法律问题以及法律规定的分析也围绕着这几个阶段展开。

一、贷前审查阶段

贷前审查指的是贷款人向银行提出贷款请求并提交资料，由银行的信贷人员对贷款企业进行审查分析并最后作出是否发放贷款的决定的过程。具体而言，这个阶段包括了以下两个重要的过程：

1. 贷款申请

贷款人在需要贷款的时候，会向银行或者银行的经办机构提出直接的贷款申请。这时银行会要求贷款人提供一些重要的资料，例如：写明具体的贷款金额、借款用途、还款方式以及企业的还款能力的贷款申请书；借款人及保证人的基本情况；财政部门或会计（审计）事务所核准的上年度财务报告，以及申请借款前一期的财务报告；原有不合理占用的贷款的纠正情况；抵押物、质押物清单和有处分权人同意抵押、质押的证明及保证人拟同意保证的有关证明文件；项目建议书和可行性报告；商业银行认为需要提供的其他有关资料等。这些材料尤其是贷款人的贷款申请书是下一阶段银行对企业进行评估的重要依据。

2. 银行审查和评估

贷款人提交上文提及的资料后，银行必须根据贷款人的经济实力、资金结构、履约情况、经营效益和发展前景等因素，评定借款人的信用等级。评级可由商业银行独立进行，内部掌握，也可由有权部门批准的评估机构进行。《商业银行实施统一授信制度指引》第八条规定，商业银行应根据市场和客户经营情况，适时审慎调整最高风险控制限额。额度一旦确定，在一定时间内应相对稳定，银行不应随意向上调整额度。根据《商业银行实施统一授信制度指引》第九条的规定，商业银行应设计科学的风险分析评估模型或方法，以确定对某一客户的最高授信限额。风险分析、评估模型应定性与定量标准相结合。定性

标准至少应包括以下四方面的内容：

(1) 客户的风险状况。包括客户的财务状况、发展前景、信誉状况、授信项目的具体情况、提供的抵押担保情况。

(2) 银行的风险状况。包括对银行的授权、目前的资产质量状况、资金来源或资本充足程度、银行当前的财务状况。对银行自身风险状况的分析在银团贷款或大型项目贷款时尤其重要。

(3) 外部经济、金融环境。包括客户行业的发展现状和前景、市场所占份额、国家风险等。

(4) 自然因素。包括地理位置、交通状况、资源条件等。^①

此外，商业银行受理借款人申请对借款人的信用等级进行评定的同时，还必须对借款的合法性、安全性、盈利性等情况进行调查，并核实抵押物、质押物、保证人情况，测定贷款的风险度。^②

按照审贷分离、分级审批的贷款管理制度规定，一般来说，商业银行审查人员还必须对调查人员提供的资料进行核实、评定，并复测贷款风险度，以提出意见，最后按规定权限对贷款进行报批。

二、贷中审查阶段

贷中审查阶段主要是指贷款合同的签订和贷款的发放过程。具体包括以下两个环节。

1. 贷款合同签订

贷款人经评估和调查后，同意发放贷款的，双方应当对借款文件进行协商。借款合同应当约定借款种类，用途、金额、利率、期限、还款方式，借、贷双方的权利、义务，违约责任和双方认为需要约定的其他事项。

保证贷款由保证人与商业银行签订保证合同，或保证人在借款合同上载明与商业银行协商一致的保证条款，加盖保证人的法人公章，并由保证人的法定代表人或其授权代理人签署姓名。抵押贷款、质押贷款由抵押人、出质人与商业银行签订抵押合同、质押合同，需要办理登记的，应依法办理登记。^③

2. 贷款金额发放

合同签订后，商业银行应该按借款合同规定按期发放贷款。如果商业银行

① 《商业银行实施统一授信制度指引》，银发〔1999〕31号，第九条。

② 沈富强：《贷款法律实务》，立信会计出版社，2000年版，第50页。

③ 刘少军：《金融法学》，中国政法大学出版社，2000年10月版，第51页。