



商业银行
与法律风险控制丛书

总主编 王丽丽

Case Studies
on Legal Risk Control of Banks

银行法律风险控制

典型案例探析

主编 张炜
副主编 尤瀛东 董建军



法律出版社
LAW PRESS



商业银行
与法律风险控制丛书

总主编 王丽丽

Case Studies
on Legal Risk Control of Banks

银行法律风险控制

典型案例探析



法律出版社
LAW PRESS

图书在版编目(CIP)数据

银行法律风险控制典型案例探析/张炜主编:—北京:法律出版社,
2004.9
(商业银行与法律风险控制丛书/王丽丽主编)
ISBN 7-5036-5124-5

I. 银… II. 张… III. 商业银行—风险管理—案例—分析
IV. F830.33

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 092989 号

©法律出版社·中国

责任编辑/吴剑虹	装帧设计/于佳
出版/法律出版社	编辑/法律应用出版分社
总发行/中国法律图书有限公司	经销/新华书店
印刷/北京北苑印刷有限责任公司	责任印制/陶松
开本/787×960 毫米 1/16	印张/20 字数/287 千
版本/2004 年 9 月第 1 版	印次/2004 年 11 月第 2 次印刷
法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)	电话/010-63939796
电子邮件/info@lawpress.com.cn	传真/010-63939622
网址/www.lawpress.com.cn	
法律应用出版分社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)	
电子邮件/yingyong@lawpress.com.cn	
读者热线/010-63939641	传真/010-63939650
中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)	
传真/010-63939777	客服热线/010-63939792
网址/www.Chinalawbook.com	电子邮件/service@Chinalawbook.com
中法图第一法律书店/010-63939781/9782	中法图北京分公司/010-62534456
中法图上海公司/021-62071010/1636	中法图苏州公司/0512-65293270
中法图深圳公司/0755-83072995	中法图重庆公司/023-65382816/2908
书号:ISBN 7-5036-5124-5/D·4842	定价:29.00 元

主 编 张 炜

副主编 尤瀛东 董建军

撰稿人 张 炜 尤瀛东 董建军

卜祥瑞 李文君 田建国

王 晗 陶云良 闻德锋

宋 博 廖 军 杭子晴

刘 晔 程武龙

总 序

随着国际金融市场一体化的深入发展及我国加入世界贸易组织,银行业务与制度的创新已经日益受到各界的关注。国际商业银行在金融创新方面的经验和教训对我国商业银行的影响也日益明显。

银行业务的拓展与法律制度的发展是紧密联系的,业务风险与法律风险相伴而生。商业银行要有效地防范业务创新和市场竞争中的各种风险,必须重视法律风险的识别与控制。实际上,无论是业务经营中的信用风险、市场风险,还是操作风险,都在不同程度上与法律风险息息相关。对银行业务法律结构的清醒认识,尤其是风险点的识别,不仅有利于把握和控制相关业务的法律风险,也有助于其他风险的防范与控制。

在银行业务竞争日益加剧的背景下,银行业务的创新层出不穷,合法合规的问题更加值得关注。市场竞争的压力不仅容易导致业务人员和管理人员对合法合规问题的忽视,也可能诱发以违法违规的方式来实现业务的运作。然而,商业银行经营的安全性、稳健性目标要求商业银行必须重视经营管理行为的合法合规问题。因此,在理念、行为和制度层面上促成银行管理人员、业务人员及内部法律人员对法律风险的深层次认识是极为必要的。

正是适应这种需要,“商业银行与法律风险控制丛书”从银行业务的操作模式及法律结构入手,系统地探讨了银行各类业务中的法律风险及其控制对策。该丛书立足商业银行经营管理与法律事务的实践经验,结合银行业务所

涉及的法律法规及其发展趋势,借鉴国外银行业的先进经验,有重点地对银行业务运作中的主要法律风险及其识别、控制对策进行分析和阐述。丛书具有以下几个特点:

第一,重视业务与交易的法律结构分析。商业银行从事的业务和交易日趋繁多,在每一项业务和交易的背后,都有其特定的法律结构,各种可能发生的风险点都与法律结构密切相关。丛书着眼于当前商业银行的主流业务及其最新发展状况,对银行业务的核心法律结构及其特点进行深入分析,为正确识别风险点和选择风险控制措施提供了途径。

第二,突出操作规程与法律风险控制的关联性。银行业务操作规程是控制风险的重要机制,操作规程是否严密、合理,对于有效控制风险至关重要。丛书从法律分析的角度,阐述了银行业务特别是新业务操作规程与法律风险控制的关联性,揭示了业务操作规程与防范风险相互关系的深层机理。

第三,注重法律问题与法律风险的选择性分析。鉴于银行业务的多样性和法律问题的复杂性,丛书侧重提炼概括银行业务中具有普遍性的法律问题和法律风险,着力探讨具有普遍和重大影响的法律问题与法律风险,同时,有选择地对银行业务的疑难法律问题与法律风险进行剖析。

第四,结合案例分析总结经验教训。丛书以近几年一些典型的或新型的银行业务案件为素材,采取理论阐述与案例剖析相结合的方法,总结了银行业务风险点与控制措施的成功经验和失败教训,具有生动的启发意义和借鉴价值。

第五,丛书在对业务操作规则和法律问题的阐释方面,兼顾银行管理人员、业务人员和法律专业人员的知识结构和实际需求,以通俗易懂的语言和方式表达商业银行与法律风险控制的内在关系和问题实质,在读者层面上具有较宽的兼容性。

“商业银行与法律风险控制丛书”由中国工商银行总行法律事务部以及总行有关业务部门和分行的业务骨干共同编写。本书作者均具有比较丰富的银行业务和法律工作经验,其中部分作者具有博士学位和高级专业技术职

称,绝大多数作者具有法学硕士学位。丛书结合商业银行的业务架构,以业务专题单行本的形式构成整套丛书,具体包括:《银行国际业务与法律风险控制》、《银行公司金融业务与法律风险控制》、《银行中间业务与法律风险控制》、《个人金融业务与法律风险控制》、《住房金融业务与法律风险控制》、《银行法律纠纷风险控制》;同时,为了借助案例来剖析风险和控制对策,丛书还专门整理了《银行法律风险控制典型案例探析》。

这套丛书既是对商业银行法律风险控制经验的概括和总结,也是对商业银行保持依法合规经营和稳健运行所作的有益探索。我相信,本丛书的出版将对商业银行管理人员、业务人员和法律人员正确识别和判断银行业务运作中的各种法律风险,恰当掌握法律风险控制措施会有所裨益。

姜建清

二〇〇四年三月

前 言

诉讼,是商业银行与债务人或相关当事人之间解决争议的主要方式之一,也是商业银行风险控制的一项重要内容。如何妥善处理诉讼案件并最大限度保护自身合法权益,从诉讼案件中发现风险隐患并采取相应措施加以预防,这是商业银行应当加以重视和认真思考的问题。《银行法律风险控制典型案例探析》一书,正是为解决这一问题所作的一种尝试。

早在1870年,哈佛大学法学院院长兰德尔(Christopher C. Langdell)就指出:“法律应被认为是一门科学,由某些原则或条文组成……条文的意义在几个世纪以来的案例中得以扩展。”因此,对典型案例进行分析和研究,对商业银行具有非常重要的意义,不仅有利于提高商业银行处理诉讼案件的技巧,提高个案的诉讼效益,而且有利于准确揭示商业银行在经营管理过程中存在的风险隐患,促使商业银行从典型案例中总结经验和教训,及时采取有效措施预防和控制法律风险,提高依法合规经营管理水平,维护商业银行资产和债权的安全性。

《银行法律风险控制典型案例探析》一书共分八章,本书涉及银行存款业务、贷款及担保业务、支付结算业务、银行卡业务、咨询顾问业务、国际业务、劳动争议、执行和协助执行等内容,基本上涵盖了商业银行主要业务范围。书中所选编的典型案例,均来自于近几年商业银行日常业务中产生的真实纠纷,具有很强的现实性。每个案例包括基本案情、法理分析、问题与对策、相关法规四个部分,在如实介绍案件事实和审判情况的基础上,作者根据有关

法律法规及法学理论,对案件所涉及的法律问题和各方当事人争议的焦点进行了全面系统的分析论证。

在本书的编写过程中,作者力求使选择的案例既具有新鲜的时效性,能够准确反映现阶段商业银行业务发展与法律纠纷的实际特点,也具有普遍的代表性,能够恰当地揭示商业银行经营管理行为中存在的典型法律问题。此外,作者也注重理论与实践相结合,力求使案例分析具有较强的应用价值和借鉴意义。对于法律有明文规定的问题,作者着重阐明立法的旨意、案例所反映出的风险点以及商业银行应当注意的事项;对于法律没有明文规定或者规定不明确的,则结合银行业惯例并参照国外有关立法例对有关问题进行研究探讨,提出相应的意见和建议。

需要说明的是,银行业务涉及的许多法律问题在理论和实践中都存在争议,因此,作者对本书有关法律问题所作的分析和评价,读者可能会有不同的理解或看法;同时,由于作者水平所限,书中难免存在不足或疏漏之处,敬请读者不吝指正。

目 录

前言	001
第一章 贷款及担保业务典型案例	001
案例一:借款人丧失诚信,信用社有权拒绝放贷	001
案例二:借款人违约被起诉,律师费应由谁承担	007
案例三:借款人拖欠工程价款,抵押权能否优先受偿	017
案例四:银行机构分拆,如何清收贷款	027
案例五:违反《公司法》第六十条,为股东提供担保无效	035
案例六:房地产买卖合同未生效,导致抵押登记被撤销	042
案例七:贷款债权超过保证期间,银行无权扣收保证人存款	051
案例八:人保和物保并存,应如何行使债权	060
案例九:质押存单未到期,擅自处分遭败诉	066
案例十:银行对抵押无效有过错,保证人在过错范围内免责	071
案例十一:银行行使撤销权,法定条件须具备	077
案例十二:严格审查抵贷资产,减少银行经济损失	085
案例十三:“假按揭”合同的法律效力	092
第二章 支付结算业务典型案例	101
案例一:同城票据交换中付款人的审核责任	101

案例二:不按制度更换预留印鉴,银行承担赔偿责任	109
案例三:不得转让的票据是否可以质押	115
案例四:电汇收款人是否对汇款银行享有请求权	123
案例五:票据操作不符合规定,银行是否赔偿损失	129
第三章 银行卡业务典型案例	137
案例一:泄露卡号和密码,冒领损失自己担	137
案例二:未认真核对持卡人签名,信用卡冒用损失商家负	146
案例三:储蓄卡被掉包,损失由谁负担	154
案例四:签购单只是交易凭证,银行可凭电子信息付款	164
案例五:信用卡透支起纠纷,保证人如何担责任	174
第四章 国际业务典型案例	182
案例一:法院解除对信用证项下货款的冻结	182
案例二:信用证票据已承兑,法院不能予以冻结	190
案例三:一字之差起纠纷,涉外票据须谨慎	197
案例四:规范旅行支票兑付,有效防范银行风险	204
案例五:妥善处理信用证独立性与欺诈例外的关系	212
第五章 存款业务典型案例	221
案例一:父亲取走未成年子女存款,银行是否应当承担责任	221
案例二:代理挂失人支取存款,银行应否承担责任	226
案例三:银行系统升级导致存单纠纷,银行应当如何举证	233
案例四:存折和密码丢失导致存款被冒领,银行是否承担责任	238
案例五:假名存款是否应当兑付	245
第六章 咨询顾问业务典型案例	252
案例一:银行收受保险回佣的法律责任	252

案例二:虚假验资违法,超过时效免责	256
案例三:虚签财务顾问协议,违反规定退还收费	263
第七章 劳动争议典型案例	268
案例一:辞退“临时工”,引发劳动争议	268
案例二:因程序不当和事实不清,开除决定被法院撤销	273
案例三:自谋职业后要求增加补偿金,劳动仲裁不予支持	278
第八章 执行和协助执行典型案例	283
案例一:诉前保全到位,诉后执行顺利	283
案例二:隐瞒存款妨碍执行,造成损失银行承担	286
案例三:依法检查保管箱,银行应当予以配合	289
案例四:协助查询行为不妥,银行被法院罚款	297
案例五:掌握债务人信息,有效行使代位权	303
后记	306

第一章 贷款及担保业务典型案例

案例一：借款人丧失诚信，信用社有权拒绝放贷

一、基本案情

2000年1月10日，Z水泥厂与W信用合作社签订了一份抵押担保借款合同，约定W信用合作社向Z水泥厂贷款200万元，贷款时间为1月18日，还款期限为10月18日，贷款月利率为7.9875%，贷款方若不按期、按额向借款方提供贷款，应按违约数额和延期天数付给借款方违约金；双方同时还约定以Z水泥厂办公楼等房产对前述贷款提供抵押担保。此后，W信用合作社发现Z水泥厂提供的抵押物没有房产证，不能办理抵押登记，该厂所提供的贷款申请材料中，有关房产证复印件系通过涂改伪造的，而且Z水泥厂也不能向W信用合作社另行提供担保，故拒绝向其发放贷款。此后，Z水泥厂多次催促W信用合作社按约履行贷款义务未果，遂诉至法院并请求法院判令：(1)W信用合作社继续履行合同，给Z水泥厂提供贷款200万元；(2)W信用合作社承担违约责任，向Z水泥厂支付违约金72万元。

一审法院经审理后认为，Z水泥厂与W信用合作社签订的抵押担保借款合同，是包含抵押担保合同和借款合同两个部分，抵押担保合同未到有关部门办理抵押登记，因而未生效。借款合同是双方当事人真实意思的表示，且不违背国家的法律和政策，属有效合同，因此，双方均应按约全面履行。W信

用合作社未能按照约定向 Z 水泥厂发放贷款, W 信用合作社应承担违约责任。Z 水泥厂要求继续履行合同, 鉴于本案的具体情况, 继续履行合同已不可能, 故 Z 水泥厂要求继续履行合同的诉讼请求, 不予支持。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第 128 条、《中华人民共和国合同法》第 60 条第 1 款、第 107 条、第 114 条之规定, 判决: (一) 驳回 Z 水泥厂要求继续履行合同的诉讼请求; (二) W 信用合作社支付给 Z 水泥厂违约金 46.6 万元, 于判决生效后 10 日内履行完毕。案件受理费 23,610 元, 其他诉讼费 400 元, 合计 24,010 元, 由 Z 水泥厂负担 8667 元, W 信用合作社负担 15,343 元。

W 信用合作社不服一审法院判决提起上诉称: 原审判决回避抵押贷款本义, 曲解抵押借款合同, 割裂抵押与借款的因果关系, 非法将违约责任强加给 W 信用合作社。抵押贷款指按《中华人民共和国担保法》规定的抵押方式以借款人或第三人的财产作为抵押物发放的贷款, 即抵押贷款的发放必须以合法抵押为前提, 没有抵押或抵押无效, 抵押贷款就不能发放。虽然 Z 水泥厂与 W 信用合作社签订了抵押担保借款合同, 但是 Z 水泥厂在对抵押物没有房产证的情况下通过欺骗手段申请贷款, 导致最终不能进行抵押登记, 因此, 抵押合同无效, W 信用合作社应有权不发放贷款, 不应承担违约责任, 所以请求二审法院依法改判 W 信用合作社不承担责任。

被上诉人 Z 水泥厂辩称: 抵押担保借款合同包括借款合同和抵押合同, 借款合同作为主合同有效, 抵押合同作为从合同未登记而不生效, 不是无效。Z 水泥厂作为抵押人对抵押登记是积极主动的, 但 W 信用合作社作为抵押权人不愿发放贷款, 对抵押登记持消极态度, 不愿进行抵押登记, 抵押合同未登记而不生效的责任在于 W 信用合作社。请求二审法院驳回上诉, 维持原判。

二审法院审理认为, 从当事人设定抵押的目的和银行发放抵押贷款的商业惯例来看, 抵押贷款的发放必须以合法抵押为前提, 没有抵押, 抵押贷款就不可能发放。Z 水泥厂将没有房产证且无法办理抵押登记的抵押物用于抵押的行为存在欺诈, 丧失商业信誉, Z 水泥厂因此可能丧失履行偿还贷款债务的能力, W 信用合作社也丧失了将来安全收回贷款的保障。在此情况下, 对 W 信用合作社没有按照约定向 Z 水泥厂发放抵押贷款, 不能认定为违约行为,

W 信用合作社不应当承担违约责任。最后,二审法院依照《中华人民共和国合同法》第六十八条第一款第三项、第六十九条及《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款第二项之规定,判决撤销一审判决,驳回 Z 水泥厂对 W 信用合作社的诉讼请求,一审、二审案件受理费均由 Z 水泥厂负担。

二、法理分析

(一)借款合同与抵押合同的关系

Z 水泥厂与 W 信用合作社签订的抵押担保借款合同,实际上包含抵押合同和借款合同两部分。本案争议的主要焦点就是借款合同与抵押合同之间的关系,不仅诉讼当事人的观点不一致,两审法院也作出了不同的认定。

应当指出,借款合同与抵押合同是主合同与从合同的关系。其中,借款合同作为主合同,既是双方当事人真实意思的表示,也不违反法律和行政法规的强制性规定,就属于已经发生法律效力合同范畴,双方均应按照约定全面履行;而抵押合同作为从合同,符合双方真实意思表示,属于已经成立的合同,但因不能办理抵押登记,所以尚未发生法律效力。根据《担保法》第五条的规定,主合同是不依赖其他合同而独立存在的合同,而从合同则是以主合同的有效存在为存在前提的合同。显然,由于从合同的效力依附于主合同,因此,主合同的效力将保持相对独立性;如果从合同因未满足法律规定的条件不能发生法律效力时,一般情况下将不能影响主合同的法律效力。应当说,在这一点上,借款人 Z 水泥厂的观点是正确的,但这并不表明贷款人 W 信用合作社就必须履行已经生效的借款合同,因为这同时还受其他因素的限制。

(二)W 信用合作社是否违约

笔者认为,判断 W 信用合作社是否违约,还应当考察借款合同与抵押合同之间密不可分的联系。从概念上看,抵押借款是指按照《中华人民共和国担保法》规定的抵押方式以借款人或第三人的财产作为抵押而向银行申请的贷款,抵押和借款具有密不可分的联系;从当事人设定抵押的目的来看,有效的抵押是借款人归还贷款的履约担保,也是确保银行将来能够安全收回贷款

的最终保障;从银行发放抵押贷款的商业惯例来看,抵押贷款的发放必须以合法抵押为前提,没有签订抵押合同并且办理有效的抵押登记或抵押公证,抵押贷款就不可能发放。

显然,抵押借款合同所具有的上述特性已经在很大程度上影响到借款合同作为主合同的相对独立性:(1)如果当事人明确约定借款合同以借款人提供有效担保为生效条件,那么借款合同的生效就必须以办理抵押登记为前提,借款合同的履行也必须以抵押登记生效为条件;(2)如果借款合同中未明确约定借款合同的法律效力取决于担保的生效,一般情况下贷款人履行发放贷款的义务就不应当以是否办理抵押登记为前提条件,但如果在发放贷款之前借款人的行为发生重大变化且足以影响到贷款安全,那么贷款人就可以依法拒绝履行发放贷款义务的,这就涉及到《合同法》所规定的不安抗辩权。

不安抗辩权,是指在后履行合同义务的一方当事人出现财产状况恶化、丧失或者可能丧失履行能力等情形时,应当先履行合同义务的一方当事人可以行使抗辩权,在对方未履行对待给付或者提供适当担保之前,可以拒绝履行自己的义务。对此,《合同法》第六十八条第一款规定:“应当先履行债务的当事人,有确切证据证明对方有下列情形之一的,可以中止履行:(一)经营状况严重恶化;(二)转移财产、抽逃资金,以逃避债务;(三)丧失商业信誉;(四)有丧失或者可能丧失履行债务能力的其他情形。”本案中,Z水泥厂明知自己对待抵押的房产没有房产证且不能办理抵押登记,但仍然将该房产作为贷款担保提供给W信用合作社,并且通过造假手段骗得该社与其签订贷款合同,其目的显然是为了骗取该社贷款,本质上是一种违背诚信的欺诈行为,明显符合前述规定的“丧失商业信誉”这一条件;而且,正是因为抵押物不能办理有效抵押登记,Z水泥厂很可能因此丧失履行偿还贷款债务的能力,W信用合作社也势必丧失将来安全收回贷款的保障,这显然也符合不安抗辩权的实质性要求。因此,尽管抵押担保借款合同没有将有效抵押明确约定为借款合同生效或发放抵押贷款的条件,但Z水泥厂的欺诈行为在先,且足以使本应先履行借款合同义务的W信用合作社确信其极有可能丧失偿债能力,因此,其中止履行的行为是依法行使不安抗辩权的表现,并不构成违约。

《合同法》第六十九条规定：“当事人依照本法第六十八条的规定中止履行的，应当及时通知对方。对方提供适当担保时，应当恢复履行。中止履行后，对方在合理期限内未恢复履行能力并且未提供适当担保的，中止履行的一方可以解除合同。”本案中，Z水泥厂在明知W信用合作社中止履行借款合同的情况下，在合理期限内既未采取任何适当措施使W信用合作社相信其恢复了履行债务的能力；也未提供任何其他方式的担保，因此，W信用合作社此时还可以依法单方解除合同。一审法院判决W信用合作社承担46.6万元违约金，显然是错误的，而且还很可能起到“鼓励”借款人背弃诚信的行为，所以二审法院对该判决作了纠正。

（三）“合理期限”的确定

《合同法》第六十九条规定了权利人解除合同前必须等待一个“合理期限”，如何理解这一概念，在理论上存有争议，本案的二审法院也未对此作出评价。笔者认为，《合同法》关于“合理期限”的规定，并非条文含糊其辞，而正是该法科学性、完整性、可操作性的体现。它通过“合理”一词弥补了立法者在预见性上的不足，使之既归纳总结了以往的经济生活，又为未来随着经济发展可能出现的复杂情况留有法律调整的空间。具体到实际情况中，笔者认为应当由法院按照行业习惯及合同具体情形判断，确保权利人及时行使合同解除权，避免使此类合同关系长期处于悬而未决的不确定状态。当然，根据合同法意思自治的原则，如果当事人在合同中自行约定有不安抗辩权“合理期限”的具体时间，法院应当予以认可。具体到本案中，笔者认为“合理期限”可以确定为30日。

三、问题与对策

本案虽然以W信用合作社胜诉而告终，但有如下问题值得注意：

（一）关于贷前审查

本案中虽然Z水泥厂以没有房产证且不能办理抵押登记的房产欺骗W信用合作社签订抵押借款合同存在明显过错，但W信用合作社贷前对抵押物审查上的重大疏忽也是引发本案诉讼的一个重要原因。为避免此类纠纷