



Case Analysis of Commercial Banking Legal Risks

商业银行法律风险 案例研究

张 云◎主编



人民法院出版社



商业银行法律风险 案例研究

Case Analysis of Commercial Banking Legal Risks

张 云◎主编

人民法院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

商业银行法律风险案例研究/张云主编. —北京:
人民法院出版社, 2012. 8

ISBN 978-7-5109-0511-7

I. ①商… II. ①张… III. ①商业银行法—案例—研
究—中国 IV. D922. 281. 5

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 166910 号

商业银行法律风险案例研究

张 云 主编

责任编辑 王 婷

出版发行 人民法院出版社

地 址 北京市东城区东交民巷 27 号 (100745)

电 话 (010) 67550609 (责任编辑) 67550558 (发行部查询)
65223677 (读者服务部)

网 址 www.courtbook.com.cn

E-mail courtpress@sohu.com

印 刷 三河市国英印务有限公司

经 销 新华书店

开 本 787×1092 毫米 1/16

字 数 518 千字

印 张 28.75

版 次 2012 年 8 月第 1 版 2012 年 8 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978-7-5109-0511-7

定 价 48.00 元

版权所有 侵权必究

编委会

主 编：张 云

副 主 编：郑 鑫 杜彬瑜 丁 红

上 编 作 者：杜彬瑜 陈慧强 朱思军 马永强

李 琳 宋子霖

下 编 编 辑：王超男 李 琳 郭 勇

目 录

上编 商业银行法律风险管理研究

第一章 法律风险管理的一般认识	(3)
第二章 商业银行法律风险概述	(14)
第三章 商业银行及大型企业法律风险管理情况	(25)
第四章 关于商业银行法律风险管理的建议	(36)

下编 商业银行法律风险案例

第一章 存款	(53)
1. 存款人拒绝在存款凭条上签字不影响存款合同的成立	(54)
2. 存款人被骗追索损失, 违规开户行应否赔偿	(57)
3. 存折被调包, 款项误存被支取谁担责	(60)
4. 分理处主任私自对外签订的资金监管协议, 有无法律效力	(65)
5. 公告单中的利息测算能否成为支付利息的依据	(71)
6. 客户未取出柜台交易槽款项, 银行被认定未完成付款义务	(74)
7. 挂失业务中冒名挂失的风险防范	(79)
8. 取款凭证审查不严引发的诉累	(83)
9. 如何妥善应对银行自助设备“吞钱”	(87)
10. 银行未履行告知义务引发诉讼	(90)
11. 与已故自然人订立储蓄合同无效	(93)
12. 异地冻结, 银行应谨慎应对	(96)
13. 客户否认取款, 银行如何应对	(101)
第二章 贷款及担保	(104)
14. 扶贫贷款申请遭拒, 中国农业银行是否承担损失赔偿责任	(105)
15. 夫妻一方以共同财产抵押, 抵押合同是否有效	(110)
16. 银行扣划公积金款项被判侵权	(113)

17. 扣收客户定期存款还贷的法律风险	(116)
18. 如何确定抵押担保中抵押物价值	(119)
19. 主债权长期未实现, 抵押权是否消灭	(122)
20. 最高额抵押物被查封后, 新产生债权是否能够优先受偿	(126)
21. 违反《公司法》第十六条, 担保合同是否有效	(129)
22. 向贷款“清理办”催收, 诉讼时效是否中断	(134)
23. 担保范围不明确, 清收处置行为侵权	(137)
24. 扣划他人存款归还债务人借款是否合法	(140)
25. 违反部门规章, 借款合同是否有效	(143)
26. 未恰当行使抵销权, 银行被诉侵权	(147)
27. 董事会决议无效, 是否影响抵押合同的效力	(153)
第三章 电子银行	(157)
28. 持卡人电话挂失不成功, 银行被判担责	(158)
29. 网银业务纠纷中的责任承担问题	(161)
30. 网银资金不翼而飞, 损失究竟谁该承担	(165)
31. 银行未能识别伪造身份证被判担责	(168)
第四章 劳动争议	(171)
32. 电子考勤记录未经员工签名确认, 被判支付加班工资	(172)
33. 储蓄合同工养老保险应当自何时开始缴纳	(177)
34. 员工违规事实未能完全查清, 银行能否处分违规员工	(181)
35. 开除处分程序瑕疵, 法院判决银行败诉	(188)
36. 内部规章制度在劳动争议中的作用	(192)
37. 用人单位未能举证证明已送达处分决定是否担责	(196)
38. 员工管理应遵守法定程序, 避免被诉风险	(199)
39. 人民法院应否受理住房补贴纠纷案件	(203)
第五章 行政处罚	(206)
40. 工商行政机关是否有权查处银行业不正当竞争行为	(207)
41. 银行不正当竞争行为查处权仍存争议银行应注重合规避险	(211)
42. 安装门楣 LED 电子显示屏应关注行政处罚风险	(216)
43. 违反贷款支付管理规定而受行政处罚	(219)
第六章 银行卡	(222)
44. 储户存款在营业场所被盗, 银行应否担责	(223)
45. 银行卡被诉案件中民事诉讼证据的运用	(226)
46. 银行卡资金被盗取, 银行是否一律担责	(229)

47. 银行未保存案发时监控录像导致败诉·····	(234)
48. 未能识别伪造身份证、伪卡, 银行是否应承担责任·····	(237)
49. 借记卡的所有权应当归谁·····	(240)
第七章 支付结算 ·····	(247)
50. 承兑汇票查询结果注明“真伪自辨”出现假票银行能否免责·····	(248)
51. 借款人以假票据质押, 银行如何维权·····	(252)
52. 未发现印章伪造, 银行被判赔偿损失·····	(256)
53. 信用证涉嫌欺诈被止付, 中国农业银行坚持信用证独立性 原则终获胜·····	(261)
第八章 执行和协助执行 ·····	(265)
54. ABIS 系统存单止付冻结后不能进行轮候查封、冻结, 导致 司法处罚·····	(266)
55. 存款解冻后数秒内被网银转出, 协执不当导致法院处罚·····	(268)
56. 内部规定与法律冲突, 导致法院处罚·····	(271)
57. 续冻需要哪些法律手续·····	(274)
58. 擅自解冻法院冻结资金归还贷款, 招致法院处罚·····	(277)
59. 银行错误填写冻结金额被判败诉·····	(282)
第九章 中间业务 ·····	(286)
60. 保管箱租用合同纠纷的举证责任如何分配·····	(287)
61. 银行中间业务收费应依法合规·····	(290)
62. 员工私盖公章并截留资金, 银行应否担责·····	(293)
63. 投保单非投保人本人签名, 保险合同不成立·····	(296)
64. 商业银行验资业务法律风险不容忽视·····	(299)
65. 银行保安代客户购买基金的行为是否有效·····	(302)
66. 银行员工“代买”基金, 造成损失谁担责·····	(306)
第十章 资产处置 ·····	(308)
67. 租赁房屋拍卖成交后承租人能否主张优先购买权·····	(309)
68. 银行是否应对出租房产产生的费用承担责任·····	(311)
69. 因资产瑕疵披露引发的拍卖合同纠纷·····	(314)
70. 拍卖抵押物优先受偿也应按程序操作·····	(318)
71. 委托拍卖合同无效, 银行无过错应否担责·····	(320)
72. 以资抵债后不办理过户手续, 拍卖处置引发纠纷·····	(325)
73. 房屋无偿借用合同中, 借用人是否对所借房屋享有优先购 买权·····	(328)

74. 出租人出卖租赁房屋应如何履行通知义务·····	(330)
75. 拍卖划拨土地使用权应注意防范“政府核准”风险·····	(333)
76. 银行应如何防范以资抵债协议履行期间内部政策变化产生的 风险·····	(336)
77. “现状拍卖”能否免除委托拍卖人的瑕疵担保责任·····	(339)
78. 商业银行贷款债权可否转让给非金融企业·····	(342)
79. 债权转让过程中, 保证人盖章虚假导致银行被诉·····	(346)
第十一章 其他 ·····	(350)
80. 行社隶属期间信用社发放贷款形成的损失应否由中国农业 银行担责·····	(351)
81. 银行是否应清除借款人的不良信用记录·····	(356)
82. 业主会、物业公司是否可代表全体业主行使权利·····	(360)
83. 知识产权侵权风险不容忽视·····	(365)
84. VIP 客户优先, 是否侵害普通客户人格尊严·····	(369)
85. 自助银行玻璃门破碎伤人, 银行是否承担责任·····	(372)
86. 对缺少关键要素的金融债券, 银行是否承担兑付义务·····	(377)
87. 二级支行行长擅自对外担保, 银行是否担责·····	(380)
88. 雇佣还是承揽·····	(387)
89. 人民银行《会议纪要》能否作为行社纠纷处理的依据·····	(393)
90. 银行未履行经营场所的安全保障义务被判担责·····	(397)
91. 中国农业银行不良资产剥离是否构成支付律师代理费的条件·····	(403)
92. 违规使用特种转账传票划出客户账户款项, 是否构成侵权·····	(407)
93. 退伍军人安置所引发的两重法律关系争议·····	(411)
94. 对他人出具账户明细, 银行是否侵犯客户隐私·····	(417)
95. 银行未签章及未发放贷款, 购房合同是否成立及生效·····	(421)
96. 贷款给冒用他人姓名的客户, 是否构成侵犯他人姓名权·····	(425)
97. 自有网点外墙安装 ATM 到底侵犯了谁的权益·····	(429)
98. 工程未全部完工, 银行是否应支付工程款·····	(436)
99. 多年前违规出具不实的资信证明仍被旧账新算·····	(441)
100. 代位权行使应符合法律规定·····	(445)

上编

商业银行法律风险管理研究

当前，商业银行，特别是上市银行内外部法律环境日趋复杂，法律风险防控工作面临诸多挑战，管理机制和方式方法需要进一步提升。21 世纪以来席卷全球的金融动荡和危机，也对法律风险防控工作提出警示，其蕴含的有关法律和 risk 问题颇值得探讨反思。但是，在商业银行大力开展的全面风险管理体系建设中，对法律风险管理的地位和作用还存在、甚至新产生一些模糊认识。在此背景下，分析商业银行法律风险管理的内涵和外延，探讨如何优化法律风险管理工作，具有一定的现实意义。本编拟从剖析法律风险定义入手，分析法律风险的特征、表现与分类，厘清法律风险与其他风险的关系，对比介绍国内外商业银行及大型企业法律风险管理情况，论述法律风险管理在商业银行全面风险管理体系中的基础性作用，进而提出加强和完善商业银行法律风险管理的建议。

第一章 法律风险管理的一般认识

第一章 法律风险管理

一、法律风险的定义

从我们接触的资料看,法律风险概念首先和主要由银行业界提出,继而企业界和理论界相继引入和研究这一概念。但无论理论界还是实务部门,对法律风险的表述都不尽相同。

(一) 巴塞尔委员会

1997年,巴塞尔委员会在《有效银行监管的核心原则》中第一次提到法律风险的概念,与信用、操作风险并列列为银行面临的八大风险之一,并明确法律风险包括:法律文本不完善或不正确的法律意见导致银行利益减损;现有法律无法解决银行的问题;既有判例对整个业务产生影响导致银行成本增加;法律发生非预期变化。2006年巴塞尔委员会修订该原则时,未对法律风险作独立表述。

2004年,巴塞尔委员会发布的《统一资本计量和资本标准的国际协议:修订框架》(简称《新资本协议》)规定,法律风险包括但不限于因监管措施和解决民商事纠纷而支付的罚款、罚金或惩罚性赔偿所导致的风险敞口。同时,将法律风险作为操作风险的一部分进行资本计量、管理。

(二) 银行业监管部门

中国银行业监督管理委员会认为,法律风险包括但不限于下列风险:商业银行签订的合同因违反法律或行政法规可能被依法撤销或者确认无效;商业银行因违约、侵权或者其他事由被提起诉讼或者申请仲裁,依法可能承担赔偿责任;商业银行的业务活动违反法律或行政法规,依法可能承担行政责任或者刑事责任。^①

英国金融服务局认为,法律风险是因法律的效力未能认识到、对法律效力的认识存在偏差或者在法律效力不确定的情况下开展经营活动而使金融机

^① 参见银行业监督管理委员会《商业银行操作风险管理指引》(银监发〔2007〕42号)附录。

构的利益或者目标与法律规定不一致而产生的风险。^①

美国联邦储备委员会认为,客户基于规避法律或者避税目的而与银行进行的交易,诉讼,以及客户实施的其他违法或者不当行为都可能给银行带来法律风险。^②

(三) 银行业界

国内银行一般认为,法律风险是由于银行经营管理行为不符合法律法规规则要求,产品、服务、交易以及签署的合同协议等文件存在不利的法律缺陷,发生法律纠纷,有关法律法规规则发生重要变化,以及其他法律事件而可能导致法律制裁、财务损失或声誉损失等不利后果的风险。法律风险是指商业银行在业务经营过程中面临的由于法律上的原因形成的各种不确定性,这些不确定性导致商业银行开展业务经营活动的法律效果与其预期产生负面的差异。^③

汇丰银行将法律风险分为四种,一是合约风险,指合约关系中权利或责任有缺陷的风险;二是争议风险,指涉及或管理潜在或实际争议时须承担的风险;三是立法风险,指没有遵从经营业务所在司法管辖区法律的风险;四是非合约权利风险,指公司资产未被正当拥有或遭他方侵犯,或公司侵犯他方权利的风险。^④

(四) 其他定义

国际律师协会认为,法律风险是指企业因经营活动不符合法律规定或者外部法律事件导致风险敞口的可能性。^⑤

路伟国际律师事务所认为,企业法律风险是一种商业风险,可能导致企业经济损失,原因通常包括违反有关法律法规、合同违约、侵权(如知识产

① See Financial Services Authority (FSA), The Interim Prudential Sourcebooks for Insurers and Friendly Societies and the Lloyd's Sourcebook: Guidance on Systems and Controls [R], CP 140, Appendix B. Available at <http://www.fsa.gov.uk/pubscp/cp140.pdf>, visited on 30 June 2011.

② See OCC, OTS, Board, FDIC & SEC, Interagency Statement on Sound Practices Concerning Complex Structured Finance Activities, Federal Register, Vol. 69, No. 97, 2004, p. 28985. Available at <http://www.federalreserve.gov/boarddocs/srletters/SR0705.htm>, visited on 30 June 2011.

③ 参见《中国工商银行股份有限公司2010年度报告(A股)》,载中国工商银行网站;杜彬瑜、陈慧强:《我国商业银行法律风险表现与防范》,载《中国城乡金融报》2007年4月16日。

④ 周慧:《商业银行法律风险研究》,载《四川大学学报》2010年第1期。

⑤ 刘轶:《论〈巴塞尔新资本协议〉中的法律风险》,载《中国地质大学学报(社会科学版)》2006年第3期。

权)、急于行使公司的法律权利等。^①

挪威奥斯陆大学教授 Tobias 认为,如果风险的诱因中含有法律因素,则该风险可视为法律风险;如果某项风险依照法律可能导致意外或不利的结果,该风险也应认为是法律风险。^②

《企业法律风险管理指南(征求意见稿)》认为,法律风险是指基于法律规定、监管要求或合同约定,由于企业外部环境及其变化,或企业及其利益相关者的作为或不作为,对企业目标产生的影响。^③

(五) 界定

上述关于法律风险的认识,存在三方面共识:一是从风险成因和后果两个角度认识法律风险,且主要从风险成因角度界定,这符合对风险的一般认识。二是法律风险是法律上的原因导致的。不过关于法律风险成因,存在不同认识。三是法律风险后果,主要是承担法律上的不利后果,包括法律制裁、财务损失,声誉损失等。

巴塞尔委员会首先提出法律风险的概念,推动了商业银行法律风险管理工作,也影响了各国银行业监管部门对法律风险的认识。不过其主要考虑了可直接形成损失的法律风险,未涵盖由其他风险转化而间接形成损失的法律风险。欧洲中央银行认为,不周延的定义将造成交易或适用上的不确定性与分歧,不利于风险评估和管理。^④甚至有人认为,《新资本协议》曲解了法律风险的本义。^⑤我国银行业监督管理委员会的定义比《新资本协议》前进了一步,其主要是从操作风险的角度考虑问题,未顾及信用、市场等风险转化而来的法律风险,也没有关注外部环境法律风险。英国金融服务局主要从制度层面上来理解法律风险。美国联邦储备委员会侧重从交易层面上认识法律风险。银行业界、理论界等关于法律风险的认识相对完善。

我们认为,定义法律风险应体现其本质属性,即法律性,并切合企业经营管理 and 法律风险管理实际。范围上要涵盖法律风险的一切形态。同时,也

① 参见路伟国际律师事务所:《中国企业法律风险管理标准化策略报告》(2005年)。

② See Tobias Mahler, Defining Legal Risk, presented at the conference "Commercial Contracting for Strategic Advantage - Potentials and Prospects", Turku University of Applied Sciences 2007, published in the Conference Proceedings on pages 10-31.

③ 指引征求意见稿由中国国家标准化管理委员会发布,详细内容可搜索中国国家标准化管理委员会网站。

④ European Central Bank: Opinion of the European Central Bank of 17 February 2005 (2005/C52/10) [EB/OL]. Available at: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2005:052:0037:0046:EN:PDF>, visited on 28 June 2011.

⑤ [英] Andrew M. Whittaker:《法律风险与巴塞尔协议:在国际律师联合会上的演讲》,刘健编译,载《金融管理与研究》2004年第7期。

要对风险后果进行描述。

综上，法律风险是指法律上的原因形成的，导致企业可能承担不利后果的风险。法律上的原因一般包括：违反法律规定、合同约定，未能妥善设定权利、行使权利，或者外部法律环境因素等。既包括法律上的原因直接形成的风险，又涵盖其他风险转化而来的法律风险。风险后果主要包括承担法律责任，或导致权利丧失、声誉损失等。

二、法律风险的特征

（一）法律风险基于法律上的原因产生

这是法律风险区别于其他风险的最根本特征。信用风险主要源自于交易对手的不诚信或履约能力降低，市场风险主要源自于利率、汇率等因素的市场波动。而法律风险则主要源自于违法行为、法律事件及未妥善设置、行使权利引发的风险，或其他风险在存续期间向法律风险的转化。

（二）法律风险后果主要是法律上的不利后果

不利后果包括积极不利后果与消极不利后果。积极不利后果即需要承担法律责任。消极不利后果即未达成预期目的，表现为资产应增加而未增加、负担过重的义务、权利被减弱或者丧失等。因法律风险而承担的不利后果往往具有强制性，一旦发生，企业必须被动承受。由于法律体现正义和秩序，法律风险的出现往往被视为不正当，由此导致的声誉损失也非常严重。

（三）法律风险是企业面临的基础性风险

作为市场主体，企业依法设立、运营乃至终止，法律是其“生死存亡”之基。自觉依法合规，树立良好法律形象，是企业存续的应有之义。法律风险分布在企业所有业务、产品和流程当中，涉及所有的部门。从这个角度看，法律风险是一项基础性风险。

（四）法律风险在多数情况下是企业风险的最后形态

法律是调整社会关系的基本规范，也是最后的手段，当其他规范无法处理失衡的社会关系时，就需要凭借法律规范。对信用、市场、操作或财务等风险的处置，往往需借助法律确立的程序和法律认可的工具。处置不当或法律环境发生变化时，上述风险都可能转化为法律纠纷或风险。

（五）法律风险具备一定的可计量性，但无法完全量化

一方面，以法律为尺度，法律责任和后果在一定程度上是可以预期的，如企业对未决诉讼损失预计负债；另一方面，法律规范作为评价规范，包含了社会秩序、公平及正义等价值追求，在评估法律风险时，上述价值无法完全量化。这决定了法律风险管理主要以行为管理为主，即主要从制度流程的角度提出防控措施，注重过程控制。

（六）法律风险的判断标准相对客观

法律规范最基本的功能就是明确告诉人们应该做什么、不应该做什么，以及相应的法律后果是什么。所以企业的大多数经营管理行为都可以根据法律规定判断其法律后果，这为法律风险管理提供了相对客观的依据。这一特征使得法律风险管理相对科学合理，效果也比较明显，易被相关部门和人员接受。当然这以整个组织体具备基本的法律意识为前提。

三、法律风险的表现与分类

法律风险的表现与分类，可从不同角度认识。本书仅从法律风险来源角度阐述。

（一）内部法律风险

指企业内部执行法律方面，因为认识或者操作原因引发的风险。这是企业自身比较能掌控的，是企业法律风险管理的重点。国际律师联合会称为操作性法律风险。具体包括：

1. 违法行为。即违反民事、刑事、行政法律以及诉讼法律中禁止性或强制性规定的行为。如合同被依法撤销、确认无效或者变更，且结果不利于企业；盗窃、侵占、挪用客户资金；违法发放贷款；未履行反洗钱义务；诉讼中提供虚假证据等。

2. 违约行为。即未履行与客户约定义务的行为。如未按约定金额、时间发放贷款，未按约定时间和利率支付客户存款利息，违反约定管理托管财产、理财资金，未按约定提供投资业务咨询服务等。企业与客户之间的交易主要通过合同体现，合同法律风险是企业面临的重要法律风险，违约行为是其主要表现之一。

3. 侵权行为。即企业侵犯他人人身或财产权益的行为，一般包括生命权、健康权、姓名权、名誉权、所有权、用益物权、担保物权、著作权、专利权、

商标专用权、股权等。比如擅自泄露客户商业秘密、私人信息，广告宣传中擅自使用他人图片等。

4. 诉讼风险。即当事人及诉讼代理人在诉讼活动中可能遭遇的与争议事实无关，但可能影响案件审理和执行，导致合法权益无法实现的风险。一般而言，证据和诉讼时效是诱发诉讼风险的两大主要因素。最高人民法院将诉讼风险归纳为十七类，如起诉不符合条件，诉讼请求不适当，超过举证期限提供证据，应申请财产保全而未申请财产保全等。

5. 其他不当行为。即因未对相关权利义务作出妥善安排，或未妥当行使权利，从而未达到预期目的，导致预期收益减少或不当损失增加。如对合同存在的基础、后果认识不足或合同条款未能按本来意图分配当事人权利义务而带来损失；未能有效保护自身知识产权而被他人侵权；未依法办理有关手续导致担保无效；未及时催收导致债权罹于诉讼时效等。

（二）外部法律风险

指由于企业外部法律环境等因素引发的法律风险，又称环境性法律风险。企业无法控制引发外部法律风险的因素，不能杜绝外部法律风险的发生，但可以采取适当措施适应外部环境变化，减少法律风险的发生。具体包括：

1. 法律空白。法律总是滞后的。目前，我国市场法律体系框架基本确立，但还很不完善。特别是一些金融法规制定得较为原则，立法内容侧重监管，加上监管实践奉行“法无许可即禁止”的理念，导致商业银行的业务创新需求与法律相对滞后的矛盾突出。

2. 法律冲突。指在一个主权国家内，对于同一个调整对象，不同的法律存在不同的规定，且缺少解决冲突的规则。不同部门对同一事项作出不同规定；新旧体制转型、社会关系变化急剧，有关法律文件清理、修改、补充不及时，都会产生法律冲突问题。

3. 法律模糊。明确性是法律应有的特征，但由于社会关系的复杂性、立法技术和立法水平的局限性等因素，立法不是总能实现这一目标；同时，法律规范作为普遍性、原则性的行为规则，调整现实生活中个别、特殊的问题时，适用法律的模糊性也是无法完全避免的。

4. 法律变化。法律体系自身是一个不断变化的动态系统，对不能及时把握其变化的企业来说，无疑就是一种产生法律风险的外部因素。此外，部分法律文件具有溯及既往的效力，给企业以前的经营行为带来法律风险，甚至对企业某一类业务产生整体影响。

5. 司法风险。表现为：不利于企业的司法判决，比如银行卡欺诈引发的