

银行风险与规避 法律实务应用全书

张金锁 著

以海量公报案例阐释银行法律风险

以重要提示和风险规避指引实务操作

最全面、最实用的银行风险防范法律实务应用工具书！

银行风险与规避

法律实务应用全书

张金锁 著

图书在版编目 (CIP) 数据

银行风险与规避法律实务应用全书/张金锁著.

—北京: 中国法制出版社, 2011. 1

ISBN 978 - 7 - 5093 - 2480 - 6

I. ①银… II. ①张… III. ①银行法 - 研究 IV.

①D912. 280. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 256083 号

策划编辑 周琼妮

封面设计 周黎明

银行风险与规避法律实务应用全书

YINHANG FENGXIAN YU GUIBI FALU SHIWU YINGYONG QUANSHU

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/720 × 1030 1/16

版次/2011 年 3 月第 1 版

印张/36 字数/503 千字

2011 年 3 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 2480 - 6

定价: 88.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 66031119

网址: <http://www.zgfzs.com>

编辑部电话: 66067023

市场营销部电话: 66033393

邮购部电话: 66033288

前 言

金融是国民经济的核心、现代经济的血液，金融安全关乎国家经济安全。如何防范、化解金融风险是理论界、实务界面临的一项重大课题。律师通过专业知识为银行提供法律服务，其功能也旨在对风险的控制与规避。

金融风险无处不在。对法律的不了解、金融从业人员的工作失误及失职、领导层的盲目决策甚或金融犯罪都是形成风险的原因。笔者多年从事金融法律服务，感叹仅仅依靠“头痛医头”式的个案代理、合同文本的审查不足以发挥律师应有的作用。为银行从业人员提供一本便于查阅的工具书，使之在办理相关业务时能够方便地认识风险、防范风险，便成为笔者多年的心愿，也是写作本书的初衷。

本书试图以人民法院的生效判决为指引，通过司法判决来指导金融实践。虽然判例不是我国的法律渊源，司法指引功能在目前只是追求的目标而非现实，但在众多可供选择的指导实践的模式中，人民法院的生效判决仍可作为银行业务的行为指引。特别是规范的、由最高人民法院公布的典型案例具有规则指引作用，熟悉并了解这些案例，将更能凸显司法的预期、预警及查漏建制功能。毕竟，司法机关的权力设置也意味着司法判决是一切可诉行为合法与否的终极和最高检验标准。为此，笔者在研究大量案例的基础上，精心选用了332个人民法院的生效判决，所选案例丰富、全面、权威，便于金融从业人员对案例与自身行为进行比较，以对其行为后果有个认识和预期。需特别说明的是，部分案例银行责任的减轻或免除并不意味着银行的相同操作会在诉讼中一路畅通，法律的修改、案情的些许变化及法官的价值取向都有可能导致判决结果的不同。

“法条链接”部分并不是对法律条款的简单罗列与堆砌，而是精心选择的结果。浩如烟海的法条并不都是在调整银行业务，笔者根据不同的银行业务引用了相关的现行有效的法律规定，便于读者迅速、直观地查找该银行业务是否有相应的法律规定以及规定的内容是什么。

“重要提示”部分旨在对专业的、重要的法律术语进行阐释，对相关法律在

银行业务中的运用、不同法律规定之间的衔接、冲突法律的处理、风险出现后的法律后果及人民法院处理金融纠纷的司法导向及价值取向予以论述，通过上述内容提示读者们注意银行业务操作中容易出现的法律风险并揭示风险点。

对法律风险作“重要提示”的目的是为了有效地“规避风险”，因此“风险规避”部分可以说是风险解决方案，包括风险预防、风险控制及风险补救措施等方面的内容，明确地告知银行从业人员哪些事可做、如何做，哪些事不能做。虽然有的法律风险已不可预防，但“亡羊补牢，犹未为晚”，如何通过有效的途径、适当的法律程序控制风险、减少损失，仍然是银行不能回避的重要问题。

因笔者的经验及水平所限，“重要提示”不可能囊括全部的法律风险点，“风险规避”更多地依赖于笔者多年的从业经验，不一定就是最佳的风险解决方案，金融风险不仅仅包括法律风险，道德风险、市场风险并不在本书的考虑之列，但作为一部专业的揭示银行风险与规避指引的法律实务应用工具书，仍是非常有参考价值的。本书所选案例不可能涉及银行业务的全部，但案例本身或可反映出银行经营中的薄弱环节和诱发纠纷的敏感部位。

但愿本书能对商业银行的风险防范有所裨益。

张金锁

2011年2月15日

目 / 录

CONTENTS

第一章 储蓄业务中的法律风险与规避 / 1

- 第一节 存款法律性质 / 1
- 第二节 存款自愿 / 8
- 第三节 取款自由 / 13
- 第四节 存款有息 / 19
- 第五节 为储户保密 / 26
- 第六节 账户开立 / 30
- 第七节 挂失 / 39
- 第八节 存款差错 / 48
- 第九节 特别约定 / 51
- 第十节 存单纠纷 / 55
- 第十一节 网上银行 / 65
- 第十二节 对公存款 / 70
- 第十三节 服务收费 / 78
- 第十四节 资金证明 / 84
- 第十五节 先合同义务 / 92
- 第十六节 附随义务 / 95

第二章 银行卡业务中的法律风险与规避 / 103

- 第一节 银行卡申领 / 104
- 第二节 银行卡服务 / 108
- 第三节 银行卡收费 / 112
- 第四节 信用卡消费 / 115
- 第五节 银行卡遗失 / 119

- 第六节 密码泄漏 / 123
- 第七节 透支 / 128
- 第八节 自动取款 / 134
- 第九节 不良信用记录 / 141

第三章 支付结算业务中的法律风险与规避 / 148

- 第一节 汇票签发 / 148
- 第二节 背书转让 / 152
- 第三节 汇票解付 / 160
- 第四节 票据抗辩 / 167
- 第五节 票据效力 / 173
- 第六节 汇票承兑 / 177
- 第七节 贴现审查 / 182
- 第八节 票据保证 / 188
- 第九节 支票付款 / 192
- 第十节 票据结算 / 195
- 第十一节 公示催告 / 200
- 第十二节 除权判决 / 204

第四章 担保业务中的法律风险与规避 / 209

- 第一节 保证合同的成立 / 209
- 第二节 保证合同的效力 / 219
- 第三节 保证责任的免除 / 231
- 第四节 保证期间 / 241
- 第五节 借新还旧 / 249
- 第六节 抵押担保 / 255
- 第七节 抵押登记 / 266
- 第八节 担保审查 / 276
- 第九节 抵押权的行使 / 283
- 第十节 权利质押 / 296
- 第十一节 存单质押 / 308

第十二节 对外担保 / 315

第十三节 定金 / 321

第五章 贷款业务中的法律风险与规避 / 327

第一节 合同的生效 / 327

第二节 合同的效力 / 334

第三节 违约赔偿 / 341

第四节 企业改制 / 345

第五节 贷款发放 / 360

第六节 委托贷款 / 366

第七节 同业拆借 / 370

第八节 贷款催收 / 376

第九节 贷款扣划 / 380

第十节 解除权 / 392

第十一节 代位权 / 401

第十二节 抵销权 / 409

第十三节 撤销权 / 414

第十四节 不良债权转让 / 425

第十五节 实现债权费用的负担 / 438

第十六节 按揭业务 / 445

第十七节 助学贷款 / 458

第六章 执行与协助执行的法律风险与规避 / 463

第一节 协助冻结 / 464

第二节 擅自解冻 / 473

第三节 协助错误 / 477

第四节 执行异议 / 482

第五节 执行和解 / 488

第六节 委托拍卖 / 493

第七章 诉讼程序中的法律风险与规避 / 497

第一节 主管 / 498

第二节 管辖 / 503

第三节 起诉 / 511

第四节 诉讼请求 / 521

第五节 反诉 / 527

第六节 证据 / 530

第七节 上诉 / 537

第八节 调解 / 540

详 / 目

CONTENTS

第一章 储蓄业务中的法律风险与规避 / 1

第一节 存款法律性质

案例 1: 储蓄所擅自冲正差错款被判返还 / 1

重要提示: 一、存款法律性质: 债权? 所有权? / 2

二、侵权纠纷与合同纠纷的责任构成 / 4

风险规避: 一、银行在制定内部规定及业务操作规范时, 应正确选择指导自身行为的法律依据 / 5

二、银行应树立储蓄存款系债权债务关系的观点 / 7

三、储蓄存款合同纠纷的举证责任 / 8

第二节 存款自愿

案例 2: 银行擅自改变存款方式致储户损失应担责 / 8

重要提示: 一、存款自愿 / 10

二、存款自愿的异化 / 10

风险规避: 一、自助设施如何保护储户的存款自愿 / 11

二、存款业务应尊重储户的意志 / 12

三、过错责任的司法认定 / 12

第三节 取款自由

案例 3: 限制储户取款自由违法 / 13

重要提示: 一、取款自由 / 14

二、取款自由与保证支付 / 15

三、银行限制储户取款自由的类型 / 16

风险规避: 一、清理并规范内部文件 / 17

二、银行内部规定在诉讼中的法律地位 / 17

三、因故不能提供服务时的应对措施 / 17

四、实行存款账户实名制前的存款支付 / 18

第四节 存款有息

案例 4：计息规则告知方式不当，具有过错应承担相应诉讼费用 / 19

重要提示：一、告知义务 / 20

二、选择权 / 23

三、约定利息的支付 / 24

风险规避：一、告知义务的履行 / 24

二、告知义务的履行方式 / 25

三、妥善保管证据，并注意法律对证据的要求 / 25

四、履行告知义务与纠纷控制 / 25

第五节 为储户保密

案例 5：未对储户提供保密的交易环境应负违约责任 / 26

重要提示：一、为储户保密 / 27

二、违反保密原则的民事责任 / 28

风险规避：一、银行应全面加强安全、保密措施 / 28

二、涉及此类案件的诉讼对策 / 29

第六节 账户开立

案例 6：金融机构应对开户人及取款人的身份证件进行实质审查 / 30

重要提示：一、银行的审查义务：形式审查还是实质审查？ / 33

二、反洗钱义务 / 35

三、联网核查系统 / 36

风险规避：一、银行应按实质审查的标准开办业务 / 36

二、有效身份证件的审查 / 37

第七节 挂失

案例 7：违规挂失不记名存单应担责 / 39

重要提示：一、关于挂失的法律性质 / 41

二、关于挂失的信息提供 / 42

三、关于口头挂失 / 43

四、关于挂失的代理（代为挂失）：司法解释与规范性文件的冲突 / 44

五、关于银行受理挂失的时间要求 / 45

六、记名存单与不记名存单 / 45

七、关于挂失的程序 / 46

风险规避：一、防范以挂失方式冒领他人存款 / 47

二、诉讼应对 / 47

第八节 存款差错

案例 8：未排除合理性质疑点，不能要求储户返还差错款 / 48

重要提示：一、不当得利案件的证明责任分配 / 49

二、高度盖然性 / 50

风险规避 / 51

第九节 特别约定

案例 9：银行未履行与储户的特别约定应承担违约责任 / 51

重要提示：一、特别约定 / 52

二、特别约定的方式 / 53

风险规避：一、谨慎与储户订立存取款的特别约定，当银行无法满足其储户的特别要求时，有权不予订立合同 / 54

二、银行与储户订立特别约定后，就应按照约定全面履行义务 / 54

三、对约定无效的处理 / 54

第十节 存单纠纷

案例 10：银行不能仅以底单记载内容否定存款关系 / 55

重要提示：一、一般存单纠纷 / 57

二、存单的真实性 / 58

三、存款关系的真实性 / 58

风险规避：一、防范金融犯罪，减少存单纠纷 / 59

二、审查存单的真实性 / 59

三、审查存款关系的真实性 / 59

案例 11：银行应对帮助违法借贷的过错承担责任 / 60

重要提示：一、一般存单纠纷与以存单为表现形式的借贷纠纷的界定 / 63

二、交付与指定 / 63

风险规避：一、正确确定案由 / 65

二、及时采取保全措施 / 65

第十一节 网上银行

案例 12：网上银行储户信息被盗，银行未尽安全保障义务应担责 / 65

重要提示 / 67

- 风险规避：一、加强对网上交易数据的保存和管理 / 68
二、采取银行风险安全提示 / 69
三、严格遵守支付限额的管理规定 / 69
四、诉讼对策 / 69

第十二节 对公存款

案例 13：管理不慎公章被盗用，具有过错承担责任 / 70

- 重要提示：一、民事责任 / 73
二、刑事犯罪与民事责任承担 / 73
三、印章及员工的管理 / 73

- 风险规避：一、未尽审查之责违规开户的风险 / 73
二、重要空白凭证未能规范管理的风 险 / 74
三、客户预留印鉴未能规范操作的风 险 / 75
四、单位存款的挂失风险 / 77

第十三节 服务收费

案例 14：依法成立的合同应予信守，单方变更法律不予支持 / 78

- 重要提示：一、商业银行服务价格的性质 / 82
二、默示的意思表示 / 83

- 风险规避：一、建立完善的中间业务合同的管理制度 / 83
二、合理设计合法、简便的合同变更程序 / 83

第十四节 资金证明

案例 15：出具虚假资金证明，具有过错承担赔偿责任 / 84

- 重要提示：一、注册资金性质 / 88
二、虚假资金证明责任的法律适用 / 89
三、虚假验资责任的顺位 / 89

- 风险规避：一、责任顺位的抗辩 / 90
二、诉讼时效的抗辩 / 90
三、因果关系的抗辩 / 90

第十五节 先合同义务

案例 16：储户存款被抢，银行承担缔约过失责任 / 92

- 重要提示：一、缔约过失责任 / 93
二、先合同义务 / 94
三、合同利益 / 94

- 风险规避：一、营业场所的安全保障 / 94
- 二、办理业务时的诚信服务 / 94

第十六节 附随义务

- 案例 17：储户受到伤害，银行承担附随义务 / 95
- 重要提示：一、附随义务 / 98
- 二、储蓄存款合同中的附随义务 / 98
- 风险规避：一、全面更新对合同履行的观念 / 101
- 二、补充赔偿责任的风险化解 / 102
- 三、银行免责的举证责任 / 102

第二章 银行卡业务中的法律风险与规避 / 103

第一节 银行卡申领

- 案例 18：管理存在疏漏，对客户被骗资金担责 / 104
- 重要提示 / 107
- 风险规避：一、银行卡申领阶段风险责任的主要体现 / 107
- 二、诉讼对策 / 108

第二节 银行卡服务

- 案例 19：银行热线不作为，储户损失应赔偿 / 108
- 重要提示：一、银行承诺的性质 / 110
- 二、挂失止付 / 110
- 风险规避：一、谨慎承诺 / 111
- 二、规范宣传行为 / 111

第三节 银行卡收费

- 案例 20：违反收费管理办法，多收费用应予返还 / 112
- 重要提示：一、联合发行银行卡业务的法律性质 / 113
- 二、联合发行银行卡业务的特殊性 / 114
- 三、规范服务价格的重要性 / 114
- 风险规避：一、规范收费 / 114
- 二、收费的依据合法 / 114
- 三、收费的程序合法 / 115

第四节 信用卡消费

- 案例 21：为非持卡人签名的消费付款，银行未尽审核义务应承担

责任 / 115

重要提示：一、银行卡消费 / 117

二、银行卡法律关系 / 117

三、特约商户与发卡行责任承担 / 118

风险规避 / 118

第五节 银行卡遗失

案例 22：银行为持假身份证者大额取款具有过错 / 119

重要提示：一、银行卡遗失与密码泄漏共同构成银行卡纠纷的主要
诉因 / 122

二、以银行卡为介质的存款纠纷的举证责任 / 122

风险规避 / 122

第六节 密码泄漏

案例 23：银行应对客户存款被非法划取担责 / 123

重要提示：一、本人行为原则 / 125

二、密码泄漏的责任承担 / 126

风险规避 / 127

第七节 透支

案例 24：保证人对超额度透支不承担 / 128

重要提示：一、恶意透支与善意透支 / 131

二、格式条款 / 132

三、保证人的保证范围 / 132

风险规避：一、规范保证协议 / 133

二、及时采取措施 / 133

三、对相关章程及其协议的规范 / 133

第八节 自动取款

案例 25：利用自助银行实施犯罪，银行负有防范义务 / 134

重要提示：一、自动取款机及其配套设施的安全问题 / 137

二、高科技产品本身的瑕疵带来的风险承担 / 137

风险规避：一、加强对营业网点的安全保护，并研究其防范风险的
措施 / 138

二、储户和银行之间责任的分担 / 140

第九节 不良信用记录

案例 26：征信系统不良信用记录有误，银行未尽审查

义务构成侵权 / 141

重要提示 / 144

风险规避：一、因个人征信系统记录而产生的纠纷类型 / 145

二、纠纷控制 / 147

第三章 支付结算业务中的法律风险与规避 / 148

第一节 汇票签发

案例 27：银行签发汇票应尽到通常的审查义务 / 148

重要提示：一、原因关系 / 150

二、原因关系的审查 / 150

风险规避：一、营业执照的审查 / 151

二、合同的审查 / 151

三、签字、盖章的审查 / 151

四、以合同是否完整、整洁来判断是否有变造、伪造的嫌疑 / 151

五、将上述材料与其他申请材料一起存档备查 / 151

第二节 背书转让

案例 28：汇票持有人对背书不连续的汇票不享有票据权利 / 152

重要提示：一、票据文义性 / 155

二、背书连续不是持票人享有票据权利的惟一证明方式 / 155

三、空白背书 / 156

四、背书涂销 / 157

五、禁止背书转让及票据权利受限制的情形 / 158

风险规避：一、背书不连续的法律风险 / 158

二、票据背书的审查事项 / 159

第三节 汇票解付

案例 29：非银行汇票的当事人无权就汇票解付行为主张权利 / 160

重要提示：一、银行汇票申请人的法律地位 / 164

二、银行汇票出票行和代理付款行的法律地位与责任承担 / 164

三、解讫通知 / 165

- 风险规避：一、付款人的审查义务 / 166
二、付款人的审查方式 / 167
三、付款人承担实质审查义务的情形 / 167

第四节 票据抗辩

案例 30：票据债务人对持票人抗辩应依法进行 / 167

- 重要提示：一、抗辩权 / 170
二、抗辩事由 / 170
三、票据抗辩的限制（切断） / 171

风险规避 / 171

第五节 票据效力

案例 31：银行解付无效票据应承担赔偿责任 / 173

- 重要提示：一、票据有效的构成要件 / 174
二、票据签章与票据效力 / 174
三、禁止转让票据的效力 / 175
风险规避：一、票据伪造、变造的责任承担 / 176
二、对无效票据付款的诉讼处理 / 176

第六节 汇票承兑

案例 32：票据关系的存在不以原因关系的成立和有效为前提 / 177

- 重要提示：一、票据无因性 / 179
二、承兑签章形式缺陷的票据责任承担 / 180
风险规避：一、及时向汇票申请人书面告知其拒绝兑付 / 180
二、在票据诉讼中依法抗辩 / 181

第七节 贴现审查

案例 33：违规开户具有重大过失 / 182

- 重要提示：一、现行法律对贴现业务的基本要求 / 184
二、银行办理贴现的注意事项 / 184
风险规避：一、贴现审查义务 / 186
二、非票据行为与重大过失 / 187

第八节 票据保证

案例 34：为票据付款人付款提供担保，承担保证责任 / 188

- 重要提示：一、票据保证 / 190
二、票据保证法定记载事项与票据保证效力 / 190