

**BANK**

金融法律实务丛书

# 银行风险与规避 法律实务应用全书

增订  
3版

典型案例 | 法条链接 | 法律提示 | 风险规避

张金锁 ◎ 著

以海量典型案例阐释银行法律风险  
以专业法律提示和风险规避技巧指引实务操作

中国法制出版社  
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

BANK

金融法律实务丛书

# 银行风险与规避 法律实务应用全书

增订  
3版

典型案例 | 法条链接 | 法律提示 | 风险规避

张金锁 著

中国法制出版社  
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

**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. —3 版. —北京:  
中国法制出版社, 2015.8

(金融法律实务丛书)

ISBN 978-7-5093-6661-5

I. ①银… II. ①张… III. ①银行法—基本知识—中国 IV. ①D922.281

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 200135 号

责任编辑: 周琼妮 (zqn-zqn@126.com)

封面设计: 杨泽江

---

**银行风险与规避法律实务应用全书 (增订 3 版)**

YINHANG FENGXIAN YU GUIBI FALÜ SHIWU YINGYONG QUANSHU (ZENGding 3 BAN)

著者 / 张金锁

经销 / 新华书店

印刷 / 三河市紫恒印装有限公司

开本 / 787 毫米 × 1092 毫米 16

版次 / 2016 年 1 月第 3 版

印张 / 43.75 字数 / 760 千

2016 年 1 月第 1 次印刷

---

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978-7-5093-6661-5

定价: 128.00 元

北京西单横二条 2 号

邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfzs.com>

市场营销部电话: 010-66033393

值班电话: 010-66026508

传真: 010-66031119

编辑部电话: 010-66067023

邮购部电话: 010-66033288

(如有印装质量问题, 请与本社编务印务管理部联系调换。电话: 010-66032926)

## 代三版前言

# 金融创新与司法保障

党的十八届三中全会提出完善金融市场体系的目标，四中全会首次通过全面推进依法治国若干问题的决定，昭示着金融体制与司法体制的改革全面铺开。

金融体制改革意味着不同性质的银行，包括民营银行，将在市场经济的体制下展开公平的竞争。竞争依赖创新，竞争也促进创新，金融创新是金融业永恒的主题，是竞争中求得生存和胜利的不二法宝。改革不能仅仅依赖于被改革者的自觉自愿，有时也靠外部环境的压力，如互联网金融的兴起倒逼银行业服务创新。

平等、自由的竞争，需要健全的法制基础和良好的司法环境。没有法律引导和规范，自由竞争将形成垄断；没有司法引领和监督，腐败将滋生，金融创新将被阻碍和扼杀。可以预见，公正司法下的银行业竞争将带动中国经济的新一轮发展。

改革面临着风险，也充满着机遇。在这种背景下，中国法制出版社三版本书，说明金融、法律从业人员对金融法律知识学习的热情，也预示着社会公众对金融改革及司法改革的前景充满信心。

本书通过案例阐释银行业务中面临的法律问题。金融创新没有现成的模式可以套用，同样，因金融创新产品引发的纠纷大多也没有现行法律依据可以遵循。诸如网络科技、移动科技、云计算等现代技术带来银行传统储蓄业务、支付业务模式的变化；理财产品的多样化，投资人利益保护及“刚性兑付”的打破；票据融资功能与票据法对真实贸易背景要求的冲突；银行作为对公企业，大量格式合同条款的公平性的认定，等等，由此产生的纠纷法官必须审理，每个个案都在检验着法官的智慧。充满良知、富有人情、恪守公正、保障权利的判词，并不亚于金融创新本身。体现公平正义的司法案例，作为“活的法律”永远充满着生命力。

案例在不断地增加和翻新，本书尽可能及时追踪和补正。案例是法律在社会生活、经济生活中的具体应用，读者通过案例学习、掌握法律，并将法律灵活运用于实践，既是法律的宗旨，也是本书的初衷。2010年12月9日，最高人民法院出台《关于案例指导工作的规定》，并陆续发布指导性案例，其目的之一即是疑难复杂或者新类型的案件进行指导。2015年6月2日，最高人民法院公布《最高人民法院关于案例指导工作的规定实施细则》，明确提出指导性案例的裁判要点应当作为各级人民法院审理案件的参照依据。除此之外，最高人民法院还通过发布典型案例的方式对社会行为进行规范、指导、警示。如最高人民法院发布的兴业银行济南分行诉山东钢铁和福建旺隆公司案是山东省内首例保兑仓纠纷案件，该案的判决起到了很好的示范效应，充分体现了人民法院在支持新类型融资方式、规范融资市场发展方面的职能作用。加之近年来司法界、律师界掀起的案例研究热潮，使法律不再是枯燥的条文，也不再是法律人的专利，活生生的个案揭开了法律神秘的面纱，无疑为提升金融从业人员的法律素质、促进司法公正起到了锦上添花的作用。

本次修订主要有三方面内容：一是将相关的法律条文进行了更新，如2015年2月4日起施行的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》。二是增加、更新了部分案例，随着社会的发展，法官的司法理念也在更新，有必要将最新的司法观点介绍给读者。如除权判决一节，鉴于《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》已就如何撤解除权判决作出明确的程序规定，原来引用的撤解除权判决的案例已失去借鉴、指导意义，予以删除。三是就本书所引用的案例以索引的形式进行汇集，便于读者查阅。

本书再版之机，仍要感谢中国法制出版社及编辑周琼妮女士对本书的编排、策划及宝贵的修改意见。弘扬法治精神，法律读物的出版应是重要的方式之一。感谢本所杨晋峰、李子尧、樊莹律师对本次修改在法条更新、案例搜集方面提供的帮助。感谢读者，正是拥有一批热衷金融法律并致力于金融法律服务的读者，才使笔者相信，根植于法治土壤之上的金融创新必将开花结果，也使笔者对专业从事金融法律服务的前景充满信心。

张金锁

2015年12月

## 再版前言

作者曾供职于中国工商银行，或许出于对金融机构固有的情怀，抑或是缘于银行工作氛围及众多银行同事的耳濡目染，后虽从事专职律师，但一直专注于金融法律实务，至今已二十余年。

专注于一项工作必然会遇到难题及困惑。有的是作者思考的理论问题，如储蓄合同成立的时间节点，银行承兑汇票自然人持票的效力、是否影响背书连续；有的是现实纠纷中出现的实际问题，如银行内部审批流程的有关文件对保证人保证责任的影响，如何厘清银行诸多经营规范中的管理性规范与效力性规范；有的是社会经济生活与法律规范的冲突，如在中小企业融资难的今天，企业之间相互借贷，企业、自然人之间的票据“贴现”已成常态，如何解决随之引发的问题？

理论上的困惑可待研讨，现实的困惑却不容回避。律师要为委托人提出最佳的代理方案，法官要为诉争双方作出公正的法律结论。难就难在如何让大家既了解金融业务、又熟悉法律，还要保证金融业务无瑕疵、法律无漏洞。只有同时精通二者，才能抓准金融法律实务的真正脉络，轻松解决银行在开展各项业务中遇到的种种法律问题，并进一步提出精准实用的风险规避方案，帮助银行应对日趋复杂的金融大环境。

本书自第一版面市以来，市场反响热烈，并受到了金融领域高级管理人员、法务专员以及执业律师的高度评价。考虑到金融市场日新月异、法律法规及相关政策时有更新，作者对全书作了统一修改与增订：补充了自本书初版以来具有典

型意义的新案例，提出了更为切合当下金融环境的风险解决方案，同时还更新了全书的法条依据，以满足现时实务应用的需要。

借本书再版之机，感谢中国法制出版社及编辑对本书的付出，也感谢读者的厚爱。

**张金锁**

2012年7月

---

# 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

## 第一章 储蓄业务中的法律风险与规避

第一节 储蓄法律性质 // 003

第二节 存款自愿 // 011

第三节 取款自由 // 016

第四节 存款有息 // 023

第五节 为储户保密 // 033

第六节 账户开立 // 037

第七节 挂失 // 047

第八节 存款差错 // 057

第九节 特别约定 // 061

第十节 存单纠纷 // 065

第十一节 网上银行 // 077

第十二节 对公存款 // 082

第十三节 服务收费 // 091

第十四节 资金证明 // 098

第十五节 先合同义务 // 106

第十六节 附随义务 // 110

## 第二章 银行卡业务中的法律风险与规避

- 第一节 银行卡申领 // 121
- 第二节 银行卡服务 // 126
- 第三节 银行卡收费 // 131
- 第四节 信用卡消费 // 135
- 第五节 银行卡遗失 // 140
- 第六节 密码泄露 // 145
- 第七节 透支 // 152
- 第八节 自动取款 // 159
- 第九节 不良信用记录 // 167

## 第三章 支付结算业务中的法律风险与规避

- 第一节 汇票签发 // 179
- 第二节 背书转让 // 183
- 第三节 汇票解付 // 192
- 第四节 票据抗辩 // 200
- 第五节 票据效力 // 206
- 第六节 汇票承兑 // 211
- 第七节 贴现审查 // 217
- 第八节 票据保证 // 225
- 第九节 支票付款 // 229
- 第十节 票据结算 // 233
- 第十一节 公示催告 // 239
- 第十二节 除权判决 // 243

## 第四章 担保业务中的法律风险与规避

- 第一节 保证合同的成立 // 251

- 第二节 保证合同的效力 // 261
- 第三节 保证责任的免除 // 274
- 第四节 保证期间 // 284
- 第五节 借新还旧 // 292
- 第六节 抵押担保 // 299
- 第七节 抵押登记 // 311
- 第八节 担保审查 // 322
- 第九节 抵押权的行使 // 329
- 第十节 权利质押 // 343
- 第十一节 存单质押 // 355
- 第十二节 对外担保 // 363
- 第十三节 定金 // 369

## 第五章 贷款业务中的法律风险与规避

- 第一节 合同的生效 // 377
- 第二节 合同的效力 // 385
- 第三节 违约赔偿 // 392
- 第四节 企业改制 // 397
- 第五节 贷款发放 // 414
- 第六节 委托贷款 // 421
- 第七节 同业拆借 // 426
- 第八节 贷款催收 // 433
- 第九节 贷款扣划 // 439
- 第十节 解除权 // 453
- 第十一节 代位权 // 463
- 第十二节 抵销权 // 472
- 第十三节 撤销权 // 478
- 第十四节 不良债权转让 // 490

第十五节 实现债权费用的负担 // 505

第十六节 按揭业务 // 512

第十七节 助学贷款 // 528

## 第六章 执行与协助执行的法律风险与规避

第一节 协助冻结 // 535

第二节 擅自解冻 // 545

第三节 协助错误 // 550

第四节 执行措施 // 556

第五节 执行异议 // 560

第六节 执行和解 // 567

第七节 委托拍卖 // 572

## 第七章 诉讼程序中的法律风险与规避

第一节 主管 // 579

第二节 管辖 // 585

第三节 起诉 // 594

第四节 诉讼请求 // 606

第五节 反诉 // 613

第六节 证据 // 616

第七节 上诉 // 623

第八节 调解 // 627

全书案例索引 // 635

## 第一章 储蓄业务中的法律风险与规避

### 第一节 储蓄法律性质 // 003

---

**案例 1:** 储蓄所擅自冲正差错款被判返还 // 003

**重要提示:** 一、存款法律性质 // 004

二、储蓄合同的法律性质 // 004

三、侵权纠纷与合同纠纷的责任构成 // 006

**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 // 007

二、银行应树立储蓄存款系债权债务关系的观点 // 009

三、储蓄存款合同纠纷的举证责任 // 010

### 第二节 存款自愿 // 011

---

**案例 2:** 银行擅自改变存款方式致储户损失应担责 // 011

**重要提示:** 一、存款自愿 // 013

二、存款自愿的异化 // 013

**风险规避:** 一、自助设施如何保护储户的存款自愿 // 014

二、存款业务应尊重储户的意志 // 015

三、过错责任的司法认定 // 015

### 第三节 取款自由 // 016

---

**案例 3:** 限制储户取款自由违法 // 016

**重要提示:** 一、取款自由 // 017

二、取款自由与保证支付 // 018

三、银行限制储户取款自由的类型 // 019

**风险规避:** 一、清理并规范内部文件 // 020

二、银行内部规定在诉讼中的法律地位 // 020

三、因故不能提供服务时的应对措施 // 021

四、实行存款账户实名制前的存款支付 // 021

#### 第四节 存款有息 // 023

---

**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 // 023

**重要提示:** 一、告知义务 // 024

二、未约定利息的支付 // 027

三、约定利息的支付 // 029

**风险规避:** 一、告知义务的履行 // 029

二、告知义务的履行方式 // 030

三、妥善保存证据, 并注意法律对证据的要求 // 030

四、履行告知义务与纠纷控制 // 030

五、防止银行员工高息揽储 // 031

#### 第五节 为储户保密 // 033

---

**案例 5:** 未对储户提供保密的交易环境应负违约责任 // 033

**重要提示:** 一、为储户保密 // 034

二、违反保密原则的民事责任 // 035

**风险规避:** 一、银行应全面加强安全、保密措施 // 035

二、涉及此类案件的诉讼对策 // 036

#### 第六节 账户开立 // 037

---

**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 // 037

**重要提示:** 一、银行的审查义务: 形式审查还是实质审查? // 040

二、反洗钱义务 // 042

三、联网核查系统 // 043

**风险规避:** 一、银行应按实质审查的标准开办业务 // 044

二、有效身份证件的审查 // 044

## 第七节 挂失 // 047

---

**案例 7:** 违规挂失不记名存单应担责 // 047

**重要提示:** 一、关于挂失的法律性质 // 049

二、关于挂失的信息提供 // 050

三、关于口头挂失 // 051

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 // 052

五、关于银行受理挂失的时间要求 // 054

六、记名存单与不记名存单 // 054

七、关于挂失的程序 // 054

**风险规避:** 一、防范以挂失方式冒领他人存款 // 056

二、诉讼应对 // 056

## 第八节 存款差错 // 057

---

**案例 8:** 未排除合理性疑点, 不能要求储户返还差错款 // 057

**重要提示:** 一、不当得利案件的证明责任分配 // 058

二、高度盖然性 // 059

**风险规避** // 060

## 第九节 特别约定 // 061

---

**案例 9:** 银行未履行与储户的特别约定应承担违约责任 // 061

**重要提示:** 一、特别约定 // 062

二、特别约定的方式 // 063

**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 // 064

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 // 064

三、对约定无效的处理 // 064

## 第十节 存单纠纷 // 065

---

**案例 10:** 银行不能仅以底单记载内容否定存款关系 // 065

**重要提示:** 一、一般存单纠纷 // 068



二、存单的真实性 // 068

三、存款关系的真实性 // 069

**风险规避:** 一、防范金融犯罪, 减少存单纠纷 // 069

二、审查存单的真实性 // 070

三、审查存款关系的真实性 // 070

**案例 11:** 银行应对帮助违法借贷的过错承担责任 // 070

**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 // 074

二、交付与指定 // 074

**风险规避:** 一、正确确定案由 // 075

二、及时采取保全措施 // 076

#### 第十一节 网上银行 // 077

---

**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 // 077

**重要提示** // 079

**风险规避:** 一、加强对网上交易数据的保存和管理 // 080

二、采取银行风险安全提示 // 081

三、严格遵守支付限额的管理规定 // 081

四、诉讼对策 // 081

#### 第十二节 对公存款 // 082

---

**案例 13:** 因管理不慎公章被盗用, 具有过错, 应承担责任 // 082

**重要提示:** 一、民事责任 // 085

二、刑事犯罪与民事责任承担 // 085

三、印章及员工的管理 // 085

**风险规避:** 一、未尽审查之责违规开户的风险 // 086

二、重要空白凭证未能规范管理的风 险 // 087

三、客户预留印鉴未能规范操作的风 险 // 088

四、单位存款的挂失风险 // 090

#### 第十三节 服务收费 // 091

---

**案例 14:** 依法成立的合同应予信守, 单方变更法律不予支持 // 091

**重要提示:** 一、商业银行服务价格的性质 // 095

二、默示的意思表示 // 096

**风险规避:** 一、建立完善的中间业务合同的管理制度 // 096

二、合理设计合法、简便的合同变更程序 // 097

#### 第十四节 资金证明 // 098

**案例 15:** 出具虚假资金证明, 具有过错承担赔偿责任 // 098

**重要提示:** 一、注册资金性质 // 102

二、虚假资金证明责任的法律适用 // 102

三、虚假验资责任的顺位 // 103

**风险规避:** 一、责任顺位的抗辩 // 103

二、诉讼时效的抗辩 // 104

三、因果关系的抗辩 // 104

#### 第十五节 先合同义务 // 106

**案例 16:** 储户存款被抢, 银行承担缔约过失责任 // 106

**重要提示:** 一、缔约过失责任 // 107

二、先合同义务 // 108

三、合同利益 // 108

**风险规避:** 一、营业场所的安全保障 // 108

二、办理业务时的诚信服务 // 109

#### 第十六节 附随义务 // 110

**案例 17:** 储户受到伤害, 银行承担附随义务 // 110

**重要提示:** 一、附随义务 // 113

二、储蓄存款合同中的附随义务 // 113

**风险规避:** 一、全面更新对合同履行的观念 // 116

二、补充赔偿责任的风险化解 // 117

三、银行免责的举证责任 // 117

## 第二章 银行卡业务中的法律风险与规避

### 第一节 银行卡申领 // 121

**案例 18:** 管理存在疏漏, 对客户被骗资金担责 // 121

重要提示 // 124

风险规避：一、银行卡申领阶段风险责任的主要体现 // 124

二、诉讼对策 // 125

## 第二节 银行卡服务 // 126

---

**案例 19：**银行热线不作为，储户损失应赔偿 // 126

重要提示：一、银行承诺的性质 // 128

二、挂失止付 // 128

三、短信提示不具有免责效力 // 129

风险规避：一、谨慎承诺 // 129

二、规范宣传行为 // 130

## 第三节 银行卡收费 // 131

---

**案例 20：**违反收费管理办法，多收费用应予返还 // 131

重要提示：一、联合发行银行卡业务的法律性质 // 133

二、联合发行银行卡业务的特殊性 // 133

三、规范服务价格的重要性 // 133

风险规避：一、规范收费 // 133

二、收费的依据合法 // 134

三、收费的程序合法 // 134

## 第四节 信用卡消费 // 135

---

**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赔偿责任 // 135

重要提示：一、银行卡消费 // 136

二、银行卡法律关系 // 136

三、特约商户与发卡行责任承担 // 137

风险规避 // 138

## 第五节 银行卡遗失 // 140

---

**案例 22：**银行为持假身份证者大额提款具有过错 // 140

重要提示：一、银行卡遗失与密码泄露共同构成银行卡纠纷的主要  
诉因 // 143

二、以银行卡为介质的存款纠纷的举证责任 // 143

风险规避 // 144

第六节 密码泄露 // 145

**案例 23:** 银行应对客户存款被非法划取担责 // 145

**重要提示:** 一、本人行为原则 // 146

二、密码泄露的责任承担 // 148

风险规避 // 150

第七节 透支 // 152

**案例 24:** 保证人对超额度透支不承担 // 152

**重要提示:** 一、恶意透支与善意透支 // 155

二、格式条款 // 156

三、保证人的保证范围 // 156

**风险规避:** 一、规范保证协议 // 157

二、及时采取措施 // 157

三、对相关章程及其协议的规范 // 157

第八节 自动取款 // 159

**案例 25:** 利用自助银行实施犯罪, 银行负有防范义务 // 159

**重要提示:** 一、自动取款机及其配套设施的安全问题 // 162

二、高科技产品本身的瑕疵带来的风险承担 // 162

**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 // 163

二、储户和银行之间责任的分担 // 165

第九节 不良信用记录 // 167

**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 // 167

**重要提示** // 172

**风险规避:** 一、因个人征信系统记录而产生的纠纷类型 // 172

二、纠纷控制 // 174

第三章 支付结算业务中的法律风险与规避

第一节 汇票签发 // 179

**案例 27:** 银行签发汇票应尽到通常的审查义务 // 179

- 重要提示：**一、原因关系 // 180  
二、原因关系的审查 // 180

- 风险规避：**一、营业执照的审查 // 181  
二、合同的审查 // 182  
三、签字、盖章的审查 // 182  
四、以合同是否完整、整洁来判断是否有变造、伪造的嫌疑 // 182  
五、将上述材料与其他申请材料一起存档备查 // 182

## 第二节 背书转让 // 183

**案例 28：**汇票持有人对背书不连续的汇票不享有票据权利 // 183

- 重要提示：**一、票据文义性 // 186  
二、背书连续不是持票人享有票据权利的唯一证明方式 // 186  
三、空白背书 // 187  
四、背书涂销 // 189  
五、禁止背书转让及票据权利受限制的情形 // 189

- 风险规避：**一、背书不连续的法律风险 // 190  
二、票据背书的审查事项 // 190

## 第三节 汇票解付 // 192

**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 // 192

- 重要提示：**一、银行汇票申请人的法律地位 // 196  
二、银行汇票出票行和代理付款行的法律地位与责任承担 // 197  
三、解讫通知 // 197

- 风险规避：**一、付款人的审查义务 // 199  
二、付款人的审查方式 // 199  
三、付款人承担实质审查义务的情形 // 199

## 第四节 票据抗辩 // 200

**案例 30：**票据债务人对持票人抗辩应依法进行 // 200

- 重要提示：**一、抗辩权 // 202

二、抗辩事由 // 203

三、票据抗辩的限制（切断）// 204

风险规避 // 204

## 第五节 票据效力 // 206

---

**案例 31:** 银行解付无效票据应承担的责任 // 206

**重要提示:** 一、票据有效的构成要件 // 207

二、票据签章与票据效力 // 208

三、禁止转让票据的效力 // 209

**风险规避:** 一、票据伪造、变造的责任承担 // 209

二、对无效票据付款的诉讼处理 // 210

## 第六节 汇票承兑 // 211

---

**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 // 211

**重要提示:** 一、票据无因性 // 213

二、承兑签章形式缺陷的票据责任承担 // 214

**风险规避:** 一、及时向汇票申请人书面告知其拒绝兑付 // 214

二、在票据诉讼中依法抗辩 // 215

## 第七节 贴现审查 // 217

---

**案例 33:** 违规开户具有重大过失 // 217

**重要提示:** 一、现行法律对贴现业务的基本要求 // 219

二、银行办理贴现的注意事项 // 219

**风险规避:** 一、贴现审查义务 // 221

二、重大过失的认定 // 222

三、非票据行为与重大过失 // 223

## 第八节 票据保证 // 225

---

**案例 34:** 为票据付款人付款提供担保，承担保证担保责任 // 225

**重要提示:** 一、票据保证 // 227

二、票据保证法定记载事项与票据保证效力 // 227

三、票据保证的范围 // 228

**风险规避:** 一、设立票据保证的形式要件 // 228

二、票据保证纠纷的审查重点 // 228

第九节 支票付款 // 229

**案例 35:** 变造的支票被兑付, 银行未能识别付款具有重大过失 // 229

**重要提示:** 一、银行作为善良管理人的谨慎注意义务 // 231

二、银行对票据付款的实质审查义务 // 231

**风险规避** // 232

第十节 票据结算 // 233

**案例 36:** 委托收款银行不能行使利益返还请求权 // 233

**重要提示:** 一、委托收款人的法律地位 // 234

二、利益返还请求权 // 234

**风险规避:** 一、票据结算纠纷中的法律适用 // 235

二、票据结算纠纷中的责任认定 // 236

三、基于票据结算产生的纠纷, 付款行应选择适当的救济方式 // 237

四、恪守“银行不垫款”的结算原则, 可有效避免纠纷的产生 // 237

第十一节 公示催告 // 239

**案例 37:** 空白储蓄存单不能通过公示催告程序进行救济 // 239

**重要提示** // 241

**风险规避:** 一、票据丧失后的救济方式 // 241

二、银行受理票据时的审查职责 // 242

第十二节 除权判决 // 243

**案例 38:** 法院除权判决致票据无效, 持票人行使票据权利受阻 // 243

**重要提示:** 一、除权判决 // 245

二、正当理由 // 245

**风险规避:** 一、除权判决的撤销 // 246

二、银行对经除权的票据如何行使诉权 // 247

## 第四章 担保业务中的法律风险与规避

### 第一节 保证合同的成立 // 251

**案例 39:** 保证合同因不是当事人真实意思表示而不成立 // 251

**重要提示:** 一、保证合同的成立方式 // 255

二、保证合同的成立条件 // 255

三、对已到期债务提供保证的法律性质 // 258

**风险规避:** 一、保证合同签署过程中的风险控制 // 259

二、合同文本的审查 // 260

### 第二节 保证合同的效力 // 261

**案例 40:** 企业法人联合体的担保行为无效 // 261

**重要提示:** 一、保证合同无效的情形 // 264

二、保证合同无效后的责任承担 // 266

三、格式合同中未按使用说明加注的条款效力 // 268

四、《物权法》解读: 担保合同的独立性效力 // 268

**风险规避:** 一、加强对保证人主体资格的审查 // 270

二、违反公司法规定进行担保的效力及担保审查 // 270

### 第三节 保证责任的免除 // 274

**案例 41:** 保证期间届满后, 担保人在催款通知书上签字、盖章也不再承担保证责任 // 274

**重要提示:** 一、催收贷款通知书的性质 // 276

二、保证责任的免除事由 // 276

**风险规避:** 一、积极行使权利, 防止权利灭失 // 279

二、保证人的保证责任消灭后的补救措施 // 279

### 第四节 保证期间 // 284

**案例 42:** 保证期间约定不明, 银行应在两年内主张权利 // 284

**重要提示:** 一、保证期间与诉讼时效 // 286

二、保证期间的约定 // 287

三、保证期间的权利主张 // 289



四、主债务人进入破产程序后对保证人的权利主张 // 289

**风险规避：**一、保证期间的约定 // 290

二、未约定保证期间的，银行可与保证人重新约定 // 290

三、及时主张权利 // 290

## 第五节 借新还旧 // 292

**案例 43：**银行转嫁贷款风险以新贷扣还旧贷，担保人不负保证责任 // 292

**重要提示：**一、关于民事欺诈 // 294

二、借新还旧的构成要件 // 295

三、借新还旧的法律性质 // 295

四、保证人对借新还旧承担保证责任的条件 // 296

五、借贷双方连续借新还旧，后几笔贷款的担保人与最初一笔贷款不是同一人的，担保责任如何确定？ // 297

**风险规避：**一、针对保证人的借新还旧 // 297

二、针对抵押人（出质人）的借新还旧 // 298

## 第六节 抵押担保 // 299

**案例 44：**未经房屋所有权人同意，抵押贷款合同无效 // 299

**重要提示：**一、关于企业法人分支机构的财产抵押 // 300

二、关于国有企业机器、设备抵押的效力 // 300

三、关于重复抵押 // 300

四、最高额抵押 // 301

五、不规范抵押行为的效力认定 // 302

六、划拨土地使用权之上的房屋抵押合同的效力问题 // 303

**风险规避：**一、对抵押人的审核 // 304

二、对抵押物的审核 // 304

三、依法对抵押物进行评估 // 307

四、防止恶意抵押的设定 // 307

## 第七节 抵押登记 // 311

**案例 45：**未作抵押物登记的抵押合同不生效 // 311

**重要提示：**一、抵押登记效力 // 314

- 二、抵押登记与抵押合同效力 // 315
- 三、《物权法》施行后与相关法律的衔接及适用 // 315
- 四、抵押未成立与保证的关系 // 316
- 五、单独设定抵押的房产，其附着的划拨取得国有土地使用权是否仍需履行审批手续 // 317

- 风险规避：**
- 一、办理抵押登记时应注意事项 // 318
  - 二、抵押登记后的注意事项 // 319
  - 三、因登记部门原因致使银行遭受财产损失的，可诉请该部门承担相应的赔偿责任 // 320
  - 四、抵押合同未登记，银行如何向抵押人主张权利 // 320

## 第八节 担保审查 // 322

---

**案例 46：**冒名顶替行为不构成表见代理 // 322

- 重要提示：**
- 一、表见代理的主观要件 // 324
  - 二、表见代理与职务行为 // 325

- 风险规避：**
- 一、严格担保审查程序，履行担保审核义务 // 328
  - 二、担保合同存在无权代理主要情形 // 328

## 第九节 抵押权的行使 // 329

---

**案例 47：**逾期行使抵押权，导致抵押权消灭 // 329

- 重要提示：**
- 一、抵押权行使期间 // 330
  - 二、抵押权行使期间的排斥约定 // 331
  - 三、对抵押物的代位物行使优先受偿权的条件 // 331
  - 四、担保物权优先受偿的除外规则 // 332

- 风险规避：**
- 一、主债权诉讼时效的保护 // 334
  - 二、抵押权的实现方式 // 334
  - 三、对第三人造成抵押物灭失及代位物流失的权利主张 // 336
  - 四、抵押物追及效力及权利主张 // 337

## 第十节 权利质押 // 343

---

**案例 48：**票据基础关系不能对抗银行汇票的质权人行使票据权利 // 343

- 重要提示：**
- 一、关于权利质押的法定原则 // 346

二、票据法与最高人民法院司法解释的冲突：关于汇票未记载“质押”字样，票据质押关系的效力 // 346

三、委托收款背书与质押能否同时存在于一张银行汇票上 // 347

四、票据债务人能否以汇票申请人未支付对价而对质权人进行抗辩 // 347

**风险规避：**一、签订书面质押合同 // 348

二、办理登记 // 348

三、应收账款的质押 // 349

四、出质权利的转让 // 350

五、汇票、支票、本票、债券、存款单、仓单、提单质押 // 350

六、以国债为标的物的账户质押 // 352

七、注册商标专用权、专利权、著作权等知识产权中的财产权质押 // 353

八、股权质押 // 353

九、大学生公寓经营收益权质押 // 354

## 第十一节 存单质押 // 355

**案例 49：**设质人未以存单原件质押的，质权人不享有质押权 // 355

**重要提示：**一、质权人扣划出质项下存款应以质押合同有效为前提 // 358

二、核押 // 359

**风险规避** // 361

## 第十二节 对外担保 // 363

**案例 50：**违背我国强制性规定的对外担保无效 // 363

**重要提示：**一、对外担保 // 366

二、对外担保的法律适用 // 366

三、担保合同无效后的过错认定及责任承担 // 367

**风险规避：**一、按规定履行报批、备案程序 // 368

二、认真审查担保文本的有关条款 // 368

三、由被担保人提供反担保 // 368

四、涉外合同谨慎选择准据法 // 368

### 第十三节 定金 // 369

**案例 51:** 以单位名义出具虚假保函, 单位有过错承担赔偿责任 // 369

**重要提示:** 一、定金与保证金 // 371

二、债务人提供的保证金与第三人提供的担保 // 371

三、私盖单位公章与担保合同效力及民事责任承担 // 372

**风险规避** // 373

## 第五章 贷款业务中的法律风险与规避

### 第一节 合同的生效 // 377

**案例 52:** 合同生效应满足当事人协议约定的生效条件 // 377

**重要提示:** 一、合同的成立、生效与有效 // 379

二、标点符号在合同文本中的作用 // 380

**风险规避:** 一、规范合同用语 // 380

二、根据合同的性质慎重约定合同的生效条件 // 381

三、合同约定以一方内部因素为生效条件的, 负有促使协议生效义务的一方应积极履行义务, 促使协议生效 // 382

四、所约定条件不应是法定的 // 382

五、当事人对合同条款是否属于附条件条款产生争议的, 应当根据合同所使用的词句、合同的有关条款、合同的目的、交易习惯以及诚实信用原则确定该条款的真实意思 // 383

### 第二节 合同的效力 // 385

**案例 53:** 无权代理导致借款合同无效 // 385

**重要提示:** 一、关于强制性规定的理解与适用 // 388

二、合同无效后的过错认定 // 389

**风险规避:** 一、借款合同违反中国人民银行有关利率规定的约定部分无效 // 390

二、借款人不得依据《商业银行法》管理性规范进行抗辩 // 391

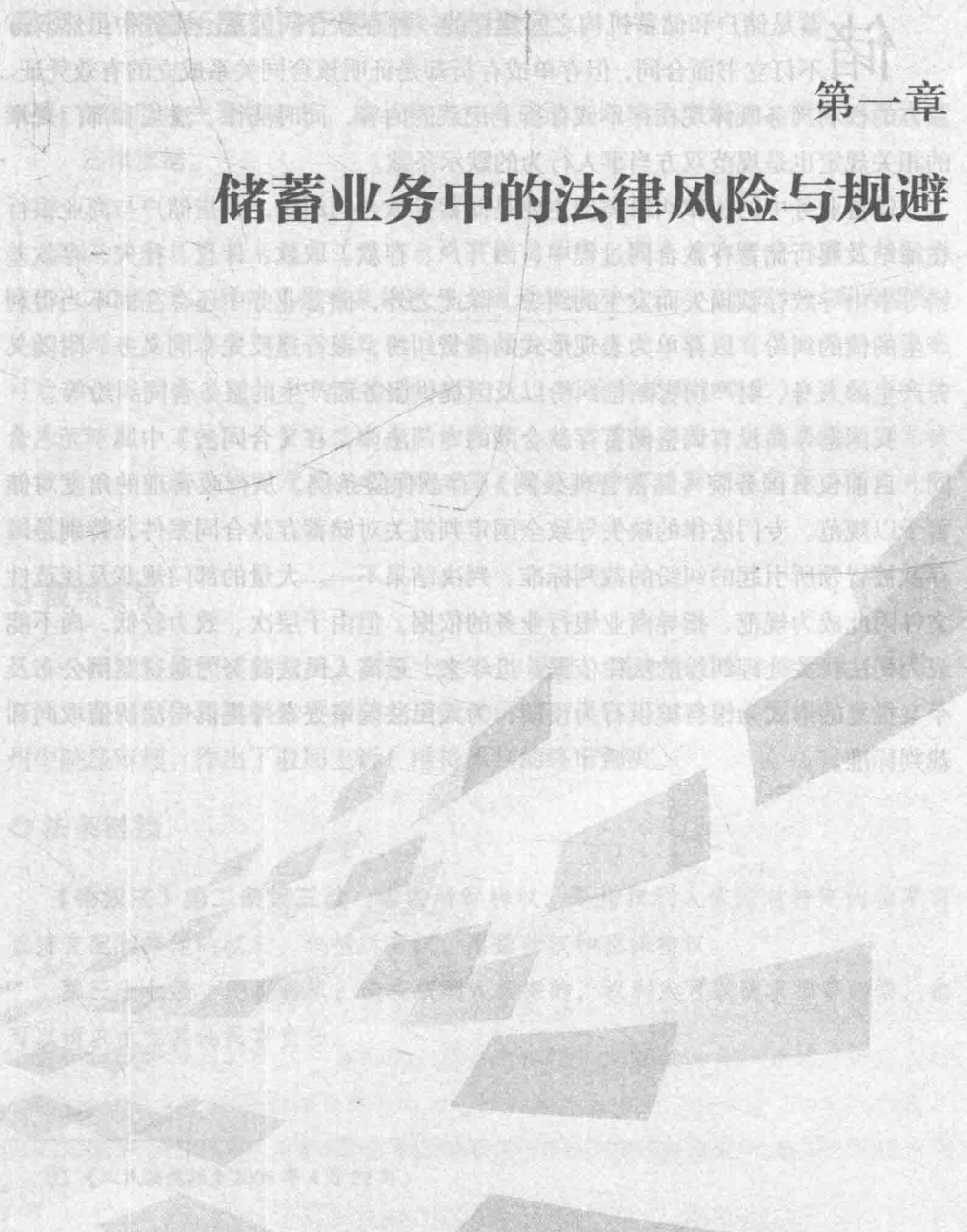
### 第三节 违约赔偿 // 392

**案例 54:** 违反“负责收回贷款”的承诺, 应承担赔偿责任 // 392

## 第一节 储蓄法律性质

### 第一章

# 储蓄业务中的法律风险与规避



**储**蓄是储户和储蓄机构之间建立的一种存款合同关系。实务中虽然双方不订立书面合同，但存单或存折却是证明该合同关系成立的有效凭证。双方的权利义务既体现在存单或存折上记载的内容，同时法律、法规和部门规章的相关规定也是规范双方当事人行为的默示条款。

储蓄业务中的法律纠纷类型主要是储蓄存款合同纠纷，系指储户与商业银行在缔结及履行储蓄存款合同过程中，因开户、存款、取款、计息、挂失、存款差错等事由导致存款损失而发生的纠纷。除此之外，储蓄业务中还存在因不当得利产生的债的纠纷，以存单为表现形式的借贷纠纷，银行违反先合同义务、附随义务产生的人身、财产损害赔偿纠纷以及因提供服务而产生的服务合同纠纷等。

我国迄今尚没有调整储蓄存款合同的专门法律，在《合同法》中属于无名合同。目前仅有国务院《储蓄管理条例》《存款保险条例》从行政管理的角度对储蓄予以规范。专门法律的缺失导致全国审判机关对储蓄存款合同案件，特别是因存款被冒领所引起的纠纷的裁判标准、判决结果不一。大量的部门规章及规范性文件因此成为规范、指导商业银行业务的依据，但由于层次、效力较低，尚不能成为司法机关处理纠纷的法律依据。近年来，最高人民法院努力通过案例公布及个案批复的形式为银行提供行为预期，为人民法院审查案件提供司法价值取向和裁判标准。

## 第一节 储蓄法律性质

### 案例 1：储蓄所擅自冲正差错款被判返还

**摘要：**储蓄所发生差错款后，应与储户协商或通过法律程序解决，擅自冲正没有法律依据。

朱某的亲戚曾某来到吴江市邮政局芦墟储蓄所，向朱某的账号上通过转账形式汇入 30050 元，同时又向韩某的账号上通过转账形式汇入 1.5 万元。当天下午，吴江市邮政局芦墟储蓄所在轧账时，发现短缺了 1 万元，在查看了当天的录像资料后，认为曾某当时交付的现金为 35150 元（包括手续费 100 元），而汇出去的是 45050 元，工作人员便直接在朱某的账号上冲正了 1 万元。朱某发现 1 万元被冲正后，与邮政局协商未果，起诉到法院，要求判令邮政局归还汇款 1 万元并登报赔礼道歉。

#### ◎ 裁判要旨

一审法院依照《物权法》第三十七条的规定，判决吴江市邮政局返还朱某 1 万元，驳回原告要求被告登报赔礼道歉的诉请。吴江市邮政局不服提起上诉。苏州中院经审理，作出了驳回上诉、维持原判的终审判决。<sup>①</sup>

#### ◎ 法条链接

**《物权法》第二条第三款** 本法所称物权，是指权利人依法对特定的物享有直接支配和排他的权利，包括所有权、用益物权和担保物权。

**第三十七条** 侵害物权，造成权利人损害的，权利人可以请求损害赔偿，也可以请求承担其他民事责任。

<sup>①</sup> 《人民法院报》2008 年 4 月 22 日。

## ◎ 重要提示

### 一、存款法律性质

迄今为止，我国尚没有专门调整储蓄存款的法律。对于储蓄存款法律性质的认定，即储户存到储蓄机构的存款是否发生了所有权的转移，储户享有的是所有权还是债权，不同层次的法律规定相互矛盾。

存款的法律性质涉及存款损失的风险承担、接收司法机关追回款项的权利主体、诉讼中的举证责任以及银行能否行使抵销权等诸多法律问题。理论上的混乱、法律层面上的矛盾与滞后，给商业银行的经营预期带来了不确定性，亟待解决。

2008年之后最高人民法院出台的司法解释，应该为存款法律性质的分歧画上了句号，至少解决了司法实务中的混乱。

最高人民法院《关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》（法释〔2008〕11号）第十条规定：“具有下列情形之一的，应当认定为民法通则第一百四十条规定的‘当事人一方提出要求’，产生诉讼时效中断的效力：（三）当事人一方为金融机构，依照法律规定或者当事人约定从对方当事人账户中扣收欠款本息的。”金融机构依照法律规定扣收欠款本息，就是行使合同法规定的法定抵销权，而抵销权的构成要件之一为当事人互负债务。显然，该司法解释将当事人账户存款性质界定为债权。

最高人民法院《民事案件案由规定》（法〔2011〕42号）将储蓄存款合同纠纷归属于债权纠纷，而案由直接体现法律关系的性质。

### 二、储蓄合同的法律性质

基于对存款法律性质的不同认识，学术界对储蓄存款合同的认定也存在着差异，有保管合同说、借款合同说、混合合同说等观点。保管合同说主张存款不发生所有权转移。**张某诉某银行存款合同纠纷案**：厦门市中级人民法院二审认为，银行与张某之间存在储蓄存款合同关系。从警方的情况说明及相关事实分析，可以推定张某对于其账户里的存款被领走并没有过错。银行作为保管方，负有对储户存款谨慎保管的特别注意义务。由于存款处于保管方控制下，保管方对证据材料具有单方性、隐蔽性，双方发生纠纷时，应适用推定过错的举证责任分配原则。在未能证实存款人张某有过错情况下，依据公平合理原则，银行应当赔偿张某现



金存款 65000 元及相应利息。<sup>①</sup>借款合同说主张存款发生了所有权的转移，储户对储蓄机构享有的是债权。占爱英诉中国工商银行股份有限公司徐州云龙支行储蓄存款合同纠纷案：徐州市中级人民法院二审认为：解决当事人是否对储蓄存款的遗失具有过错，是否应当承担责任，首先应当明确储蓄存款所有权归属问题。在存款人（持卡人）需要自其银行账户提取金钱时，银行系以自有的金钱进行交付，而并非以特定化（如根据货币编号）的金钱进行交付。因此，存款人享有的只是对银行的债权，而不是存款的所有权。存款人所持有的存单或者银行卡不过是一种债权凭证。<sup>②</sup>混合合同说主张存款合同是储户与储蓄机构之间形成的代理合同、保管合同、借款合同的混合。

在储蓄存款过程中，储户与金融机构之间要经过多个环节。储蓄合同何时成立，现行法律未有规定，而这又关乎储蓄存款的风险转移、违约责任或缔约过失责任的承担等法律问题。且现实生活中形成的法律纠纷已然使司法实务部门不能回避。判断储蓄存款合同成立的时间节点，须研究储蓄合同本身的法律性质。

刘某某与中国农业银行股份有限公司上海普陀支行储蓄存款合同纠纷案：上海市第二中级人民法院（2010）沪二中民六（商）终字第 29 号民事判决书认为：现金存款合同属于实践性合同，存款人将填写好的存款凭条及其相应款项交付银行，银行受理并按存款凭条实施存款操作，双方的存款合同关系即告成立。本案所涉的银行业务为无卡存款业务，存款过程是：上诉人刘某某将 3 万元人民币连同其填写的存款凭条一并交付被上诉人农行普陀支行的柜面经办人员，后者接收存款凭条及相应款项后，当即审核存款凭条填写内容，清点现金无误，然后进入电脑系统审核持卡人户名等要素后，按照银行业务规程输入、操作完成了该笔业务并同时生成电脑打印单。根据上述事实，可以看出上诉人提交存款的意思表示与被上诉人受理存款的意思表示均十分明确，双方之间的存款合同依法成立，银行接受存款指令并按操作规程准确填写存款人等内容完成了存款业务。本案所涉的存款凭条包括“客户填写”与“银行打印”两部分，根据银行相应的业务操作规程，“银行打印”部分是反映交易完成的记账凭证。存款人对于“银行打印”记录的签名仅系对银行办理完成该笔存款业务的确认，而不是要求银行办理存款

<sup>①</sup> 《人民法院报》2004 年 6 月 24 日。

<sup>②</sup> 摘自江苏省徐州市中级人民法院网 <http://xzzy.chinacourt.org/public/detail.php?id=10428>，《徐州审判》2008 年第 8 期。

操作的指令。因此，上诉人拒绝签名确认，并不影响系争存款合同的成立。<sup>①</sup>

### 三、侵权纠纷与合同纠纷的责任构成

#### （一）合同纠纷案件实行严格责任原则，即不以过错为要件

最高人民法院曾就储蓄存款合同纠纷的裁判标准提出如下意见：人民法院应当坚持依法维护金融机构信用、保护存款人合法权益，按照严格责任原则，准确认定金融机构的责任承担。存款人以真实存单（存折）向金融机构主张权利的，金融机构应当承担兑付责任。金融机构以存款已正确兑付或者因存款人过错而被诈骗为抗辩事由，应负举证责任，如果举证不能，仍应承担兑付责任；存款人与金融机构对存款被诈骗均无过错的，则金融机构仍然应当承担兑付或赔偿责任；存款人与金融机构对存款被诈骗均有过错的，则依照过错大小，各自对存款损失承担相应的责任。需要明确的是，金融机构承担严格责任的法律要件是，损害结果与其过失行为之间具有法律上的因果关系。如果银行无纸化制度的缺陷与存款被诈骗没有法律上的因果关系，金融机构就不应当承担存款兑付责任。<sup>②</sup>

#### （二）侵权纠纷案件实行过错责任原则，即无过错则无责任

如认为存款系储户所有，则在涉及存款损失的纠纷中，其法律性质应为侵权。因法律并未规定该类案件的归责适用无过错责任原则和过错推定原则，则应适用过错责任原则，即考虑双方的过错，特别是银行的过错，并根据其过错大小承担相应的责任，无过错即无责任。但在司法实务中，有依据银行是否具有过错而决定银行是否承担责任的，也有不考虑银行过错而判令银行败诉的。**刘某诉某银行佛山分行等存款纠纷案**：2005年9月16日，原告刘某在被告某银行佛山分行开设了网上银行账户。同年10月8日，原告发现其网上银行账户被他人盗用密码和电子证书，账户内款项被分批划出，原告随即通知银行挂失并报警。禅城区法院经审理认为，讼争款项是犯罪嫌疑人利用盗取原告的密码和电子证书从原告的账户非法划走，该款项的所有权并未发生变化。同时，由于“王某”和“胡某”的开户身份资料均为虚假，原告无法向不存在的上述二人主张权利，只能向款项的实际控制人即三被告主张所有权，而三被告对于原告所有的讼争款项具有

<sup>①</sup> 摘自上海市第二中级人民法院网 [http://www.shezfz.com/view/jpa/flws\\_view.html?id=234h](http://www.shezfz.com/view/jpa/flws_view.html?id=234h)，2012年6月5日访问。

<sup>②</sup> 李国光：2000年10月28日《当前民事审判工作中应当注意的几个问题——在全国民事审判工作会议上的讲话》。

依法兑付的义务，因此原告有权要求三被告协助返还该款项。对于三被告提出的银行不具有过错的辩解，法院认为，本案中，原告主张的是所有权，并非向三被告主张侵权责任，无须对过错责任进行审查。法院遂判决，确认在被告某银行成都市第七、第九支行分别以“王某”“胡某”开户的共计80940元的存款本金及利息属于原告刘某所有，同时判令上述两家银行及第三被告某银行佛山分行于三日内协助原告将以上款项划回。<sup>①</sup>

## ◎ 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

#### （一）规范性法律文件

最高人民法院《关于裁判文书引用法律、法规等规范性法律文件的规定》第四条规定：“民事裁判文书应当引用法律、法律解释或者司法解释。对于应当适用的行政法规、地方性法规或者自治条例和单行条例，可以直接引用。”第七条规定：“人民法院制作裁判文书确需引用的规范性法律文件之间存在冲突，根据立法法等有关法律规定无法选择适用的，应当依法提请有决定权的机关做出裁决，不得自行在裁判文书中认定相关规范性法律文件的效力。”该司法解释使用的“规范性法律文件”，是指具有普遍约束力的一般抽象性的规范性文件，其范围包括：法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、行政规章、司法解释。该司法解释尽管只解决法律引用的问题，不解决法律适用问题，但毕竟提出并规定了人民法院裁判案件在适用法律文件上的顺位及法律冲突时的选择问题。

银行在选择行为依据时，应根据《立法法》的规定，首先选择效力等级较高的法律文件，当效力等级较高的法律文件没有规定时，才可选择其他规范性法律文件。当不同效力等级的法律文件存在冲突时，应选择效力等级较高的法律文件予以适用。比如，在付款业务中识别客户身份的风险承担上，最高人民法院《关于审理票据纠纷案件若干问题的规定》第六十九条的规定与中国人民银行《支付结算办法》第十七条的不同规定以及各地法院对《支付结算办法》第十七条的排

<sup>①</sup> 《人民法院报》2006年8月16日。

斥使用即极具典型意义。

## （二）规范性文件

最高人民法院《关于裁判文书引用法律、法规等规范性法律文件的规定》第六条规定：“对于本规定第三条、第四条、第五条规定之外的规范性文件，根据审理案件的需要，经审查认定为合法有效的，可以作为裁判说理的依据。”

规范性文件系行政主体在行政管理中，为贯彻党和国家的方针、政策以及执行法律、法规和行政规章，依据法定权限和法定程序发布的，规范行政相对人行为的具有法定效力的行政法规和规章以外的抽象行政行为。

在银行业务中，据以执行的有大量的中国人民银行、银监会等行政部门颁发的规范性文件，但能否作为民事裁判依据，就直接涉及银行行为的合法性问题。尹建文等 19 人诉常州友好出租汽车有限公司承包经营合同纠纷申请再审案：其裁判摘要认为，在民事审判中，人民法院应当从合法性兼顾合理性的角度来审查并决定是否参照适用行政部门制定的规范性文件。<sup>①</sup>

## （三）案例及个案批复

最高人民法院判决的案例，特别是在《最高人民法院公报》刊登的案例，属于最高人民法院正式选编的适用法律和司法解释审理各类案件的典型裁判范例，具有很强的指导意义，表明最高人民法院对同类案件适用法律的立场和观点。个案批复（经最高人民法院审判委员会讨论通过成为司法解释的除外）系最高人民法院及业务庭室对下级法院个案请示的指导意见。案例及个案批复均不具有法律效力，不能成为裁判的依据。中国信达资产管理公司郑州办事处与河南省郸城县生物化工厂、郸城金丹乳酸实业有限公司、郸城县技术改造资金开发中心、河南金丹乳酸有限公司、河南省郸城县化肥厂借款担保合同纠纷上诉案：最高人民法院（2005）民二终字第 185 号民事判决书认为，本案两份借款合同均约定分期偿还借款本息，无论是最高人民法院《关于借款合同中约定借款分期偿还应如何计算诉讼时效期间的答复》还是 2004 年 4 月 6 日最高人民法院《关于分期履行合同诉讼时效期间及保证期间应如何计算问题的答复》，均是最高法院针对个别案件的不同情况所作出的个别答复，没有普遍适用的效力。<sup>②</sup>

尽管判例在我国不是法律渊源，不能作为裁判依据，但对同类案件的指导意

① 苏泽林主编：《审判监督指导》2006 年第 1 辑，人民法院出版社 2007 年版，第 98 页。

② 奚晓明主编：《民商事审判指导》2006 年第 2 辑，人民法院出版社 2007 年版，第 309 页。

义却不容忽视。最高人民法院2015年6月2日颁布的《〈关于案例指导工作的规定〉实施细则》（法〔2015〕130号）第九条规定：各级人民法院正在审理的案件，在基本案情和法律适用方面，与最高人民法院发布的指导性案例相类似的，应当参照相关指导性案例的裁判要点作出裁判。最高人民法院从2014年4月起，正式建立人民法院案例月度发布制度，由最高人民法院各业务庭室从最高人民法院和下级人民法院审结生效的案例中筛选出典型案例，每月月末以新闻通气会的形式统一对外发布。特别是在法无明文规定，或法律相冲突的情形下，通过探究案例，掌握司法者的立场、观点和态度，将有助于银行在实务中相应地调整、规范自己的行为，以吻合法官的司法认知及裁判标准，进而使其行为及行为后果更能受到司法的肯定和保护。

## 二、银行应树立储蓄存款系债权债务关系的观点

对银行存款，储户是享有所有权，还是债权，在不同的法律规定并存的情形下，各地法院判决对存款的性质认识不一，适用法律也各不相同。尽管也有按过错责任判决银行无过错不承担责任的案例，但银行在储蓄业务中仍应坚持严格责任原则，树立储蓄存款关系系债权债务关系的观念，纠正因存款系存款人所有而漠不关心的惯性思维和消极心态。最高人民法院也通过司法判例表明银行对存款享有所有权的观点。中国光大银行河北省石家庄分行与中国电子进出口山东公司存单纠纷申诉案：最高人民法院（2001）民二监字第50号驳回再审申请通知书认为，既然秦皇岛支行将存款存入了自己的账户，该存款所有权已经为秦皇岛支行所有。案外人秦皇岛伟业实业有限公司及秦皇岛支行的工作人员涉嫌金融诈骗，犯罪嫌疑人所侵犯的对象是银行的财产。公安机关对其立案侦查，和秦皇岛支行与山东公司的存款纠纷属相互独立的两个法律关系。秦皇岛支行因犯罪嫌疑人诈骗所造成的损失，可另案解决，但不能以此为理由，免除其返还山东公司存款本息的民事责任。王永胜诉中国银行股份有限公司南京河西支行储蓄存款合同纠纷案：被告中行河西支行认为，原告王永胜借记卡内的资金短少是由于犯罪行为所致，对犯罪行为给原告造成的资金损失，被告不应承担民事责任。对此，南京市鼓楼区人民法院认为，首先，信用卡诈骗罪是指以非法占有为目的，违反信用卡管理法规，利用信用卡进行诈骗活动，骗取数额较大的财物的行为。根据本案查明的事实，案外人汤海仁等人利用被告未尽保密义务、对自助柜员机疏于管理的安全漏洞，窃得原告借记卡的密码，而后使用复制的假卡进行支取和消费。银

行未能准确地识别该复制的假卡，从而将原告借记卡账户中的存款错误地交付给假卡持有人。因此，在真借记卡尚由原告持有的情况下，汤海仁等人的行为并非直接侵害了原告的财产所有权，而是侵犯了银行的财产所有权。原告与被告建立的储蓄合同关系合法有效，双方的债权债务关系仍然存在。被告认为原告借记卡内的资金短少属于犯罪行为给原告造成的资金损失，被告不应承担民事责任的主张，没有事实根据和法律依据，不予支持。<sup>①</sup>

### 三、储蓄存款合同纠纷的举证责任

采取严格责任原则，银行不能通过证明自己对于存款损失的发生无过错而免除责任，而必须证明自己有法律规定的不承担责任的事由或储户的损害事实与银行的违法行为不具有因果关系才可不承担违约责任。《合同法》第一百一十七条规定：“因不可抗力不能履行合同的，根据不可抗力的影响，部分或者全部免除责任，但法律另有规定的除外。”而对于储户是否有过错，举证责任在银行而非在储户一方，银行如不能举证证明储户对存款的损失具有过错，则要承担全部责任。最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第五条第二款规定：“对合同是否履行发生争议的，由负有履行义务的当事人承担举证责任。”在储蓄存款合同纠纷中，银行负有付款义务，即承担是否履行了付款义务的举证责任。依据以上规定，银行应注意研究如何保存相关证据及在发生诉讼后，注重收集储户具有过错的证据，以免除或减轻自己的民事责任。陈世群诉中国银行股份有限公司南宁市朝阳桥支行储蓄存款合同纠纷案：由于一、二审法院对于各方应承担的举证责任分配不同，导致一、二审在查明案件事实相同的基础上作出不同的判决。举证责任的分配是银行卡盗刷案件的重要问题。南宁市中级人民法院认为：依据最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第七条：在法律没有具体规定，依本规定及其他司法解释无法确定举证责任承担时，人民法院可以根据公平原则和诚实信用原则，综合当事人举证能力等因素确定举证责任的承担规定，银行应证明自己已经尽到谨慎审查和银行卡使用安全保障义务以及持卡人对于卡号和密码的泄露存在过错。<sup>②</sup>

<sup>①</sup> 《最高人民法院公报》2009年第2期。

<sup>②</sup> 国家法官学院案例开发研究中心编：《中国法院2013年度案例·合同纠纷》，中国法制出版社2014年版，第36-38页。

## 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

**摘要:** 商业银行在办理存取款业务时, 怠于防范风险, 未履行告知义务而改变储户存款方式致使储户遭受损失, 应承担赔偿责任。

2005年9月9日, 案外人以名字为“陈志明”的假身份证和700U0022号存款凭条在被告中国农业银行桐柏县支行(简称桐柏支行)毛集营业所开立存款账户, 并办理了金穗借记卡和存折, 账号为16—700601100072204, 存款10元。当日案外人以与陈志明做生意为名, 引诱他也在桐柏支行毛集营业所开立账户, 陈即以本人身份证和700U0071号存款凭条开立存款账户, 账号为16—700601100072253, 存款10元, 仅办有存折。陈志明开立存款账户后经案外人要求、向案外人出示该存折时, 两个存折被调换, 陈持有的是案外人的存折。经查, 两身份证件除名字外其他内容均不一致。2005年9月10日, 陈志明在案外人的指示下, 在中国农业银行卧龙区支行(简称卧龙支行)存款11.5万元与案外人做柴油生意, 由王全斌代办存款。王全斌持原告给其的原告身份证、11.5万元现金、存折(账号为16—700601100072204), 并在存款凭条上填写了原告身份证号等内容, 后将身份证、现金、存折、存款凭条交给了卧龙支行工作人员, 该行工作人员办理存款业务后将原告的有关证件退回, 并附一张中国农业银行无折存款回单。后陈志明因做生意未成欲将该款取出时, 发现该款已被支取, 遂诉至桐柏县人民法院, 要求农行桐柏支行和卧龙支行赔偿相关损失。

#### ◎ 裁判要旨

河南省南阳市中级人民法院二审认为, 对上诉人卧龙农行上诉称依据《民事诉讼法》第一百零八条<sup>①</sup>及合同相对性原则, 陈志明不是一审适格原告的上诉理

<sup>①</sup> 该条现已被新《民事诉讼法》修改为第一百一十九条。