



现有司法解释为处理银行卡盗刷责任分配，凝聚了共识，提供了解释的文本基础，但仍有调整之余地。在调整范围上，真卡盗刷与伪卡盗刷不应被区分，应统一纳入《电子商务法》第57条第2款的非授权支付责任分配结构内。收单机构、特约商户不应直接对持卡人承担盗刷的赔偿责任。支付机构只应承担约定的“先行赔付”责任，不得承担相应的法定责任。在涉及网络支付功能时，持卡人的授权支付，必须结合格式条款订入的规则加以确定。通过法律续造，电信运营商的责任可获补足，收单行与从事收单业务的支付机构应同等视之。司法解释确立的法定追偿权主要功能在于补足约定追偿权，以及在收单行与发卡行分离时，确立发卡行对特约商户的追偿权。

	未履行告知义务	未完全履行告知义务
订立合同/开通网络支付业务功能	I：第8条	II：不明
订立合同/新增网络支付业务	III：不明	IV：第9条

表1 网络支付业务订入之法律适用

未履行告知义务未完全履行告知义务订立合同/开通网络支付业务功能 I：第8条 II：不明 订立合同/新增网络支付业务 III：不明 IV：第9条 第II种情形，发卡行未完全履行告知持卡人银行卡具有相关网络支付业务功能的义务，该功能是否直接不订入支付委托合同，规定并不明确。开通网络支付业务功能一方面便利持卡人的支付，另一方面也加大了网络盗刷的风险。因此，此开通条款显然与持卡人存在重大的利害关系。《消费者权益保护法》第26条第1款规定：“经营者在经营活动中使用格式条款的，应当以显著方式提请消费者注意。”依此，发卡行未能以显著方式告知持卡人已经开通了网络支付功能，该网络支付功能依然不订入支付委托合同。

第III种情形，在订立银行卡合同或者新增网络支付业务时，发卡行未告知持卡人身份识别方式等足以影响决定使用该功能的内容，如何适用法律也不明确。为了获取竞争优势，发卡行通过系统升级，扩大、新增银行卡的网络支付业务的行为并不罕见。例如，招商银行就曾经将个人网上银行专业版升级为“超级网银”，可以“一站式”地管理全部银行账户。系统升级、新增网络支付业务，等同于发

卡行单方面变更支付委托合同。诚然，出于市场竞争、支付技术发展的必要性或发卡行自身发展的需求，允许其单方变更合同条款有利于减少双方的缔约及交易成本。不过，如果不对单方变更条款加以限制，发卡行显然可以利用该条款严重侵蚀持卡人的权利，限制意思自治。有鉴于此，在电子商务中，《电子商务法》第34条明确要求，针对电子商务平台经营者修改平台服务协议和交易规则，经营者可以选择不接受修改内容，要求退出平台，并按照修改前的服务协议和交易规则承担相关责任。该条虽然适用于电子商务平台经营者与平台内经营者间，但当中蕴含的利益状态与银行卡所涉的双方并无不同。其一，同样存在强势方利用优势地位单方修改协议，而弱势方无力抵抗修改行为；其二，根据“契约必须严守”原则，当事人间应尊重之前的协议。所以，《电子商务法》第34条应当类推至发卡行单方变更合同条款的场合。申言之，在持卡人拒绝接受发卡行单方变更合同条款时，该条款不能产生约束力。“举轻以明重”，发卡行未告知持卡人身份识别方式等足以影响决定使用该功能的内容，新增网络支付业务所致之不利，更不应施加于持卡人。

### 三、责任分散结构之重塑

盗刷责任分散，主要体现为当事人间可以相互追偿。《银行卡解释》第11条第3款规定了发卡行对存在过错的收单行、特约商户的追偿权，第12条规定了各主体对盗刷者的最终追偿权。此为法定追偿权。不过，法定追偿权的规则如何适用，理应得到详尽阐明。另外还存在的疑惑是，发卡行、收单行、特约商户、盗刷者的追偿关系是否完备，是否还有必要纳入其他主体？

#### （一）既有追偿规则的展开

在上述法定追偿权的“冰面”之下，还存在各方通过合同方式分配盗刷责任，可称之为约定追偿权。那么，法定、约定追偿权间如何配合呢？

#### 1. 发卡行与收单行、特约商户的追偿关系

在《银行卡解释》出台前，发卡行与收单行、特约商户的追偿关系一般通过当事人的约定予以调整。根据收单行与发卡行是否属于同一银行，可以进一步区分为两种情形。首先，在收单行与发卡行合一时，发卡行/收单行与特约商户签订了收单委托合同。《银行卡收单业务管理办法》第11条要求：“收单机构应当与特约商户签订银行卡受理协议，就可受理的银行卡种类、开通的交易类型……差错和争议处理等事项，明确双方的权利、义务和违约责任。”换言之，作为收单行的发卡行，可以通过约定自行调整与特约商户间的追偿关系。当中倘若有追偿权的约定，理应直接适用。然后，在收单行与发卡行分离时，分别存在发卡行与收单行间、收单行与特约商户间的合同关系（见图1）。若其中包含了追偿权的约

定，就应直接遵循当事人的合意。

《银行卡解释》第11条第3款与第1款构建了法定追偿权。其构成要件包括了：其一，仅适用于“在收单行与发卡行不是同一银行的情形”；其二，前提是发卡行已经向持卡人承担了责任；其三，收单行或者特约商户存在过错。此法定追偿权的规范意义有二：

第一，补足约定追偿权。如果上述当事人在合同中未就追偿权作出约定时，或者约定不明时，法定追偿权即可填补当事人的约定。例如，在《银行卡解释》施行前，在“广发银行股份有限公司广州环市东支行、张立元与李治强、李忠、郑友芳、吴玉珍、中国工商银行股份有限公司梅州分行追偿权纠纷”中，广发银行环市东支行是李本汉持有银行卡的发卡行，工商银行梅州分行是美博房地产所涉刷卡交易的收单行，美博房地产是工商银行梅州分行的特约商户，由于当时缺乏法定追偿权的规定，裁判者引入附随义务的违反标准予以判定。就此案例，如今的裁判者可以依据《银行卡解释》第11条第3款，允许作为发卡行的广发银行环市东支行向收单行工商银行梅州分行追偿。

假如约定追偿权与法定追偿权的事实构成或法律效果不一致时，应当如何适用呢？例如，发卡行与收单行约定，放弃过错标准，只要盗刷发生在收单行的应负责之范围内，发卡行即可向收单行追偿。基于追偿约定是当事人合意构造的法律安排，更符合交易需求，理应得到优先遵循。可见，《银行卡解释》第11条第3款具有任意性，容许当事人约定排除或调整之。

相较于发卡行对收单行、特约商户的损害赔偿请求权，法定追偿权在诉讼时效上具有优势。诚然，发卡行可基于二者未履行维护交易安全的附随义务，主张损害赔偿，实现风险分散。例如，特约商户未尽审核义务，导致收单行向发卡行承担责任。此请求权的诉讼时效应从二者违反义务时起算。不过，法定追偿权属于《银行卡解释》第11条第4款另行授予的权利，而非继受于持卡人的请求权。其诉讼时效应从“发卡行承担责任后”起算。两相比较，“发卡行承担责任”的时点，必然后于收单行、特约商户违反义务。依此，发卡行拥有更多的时间行使权利，避免受到诉讼时效抗辩权之阻却。

第二，确立发卡行对特约商户的追偿权。通过法定追偿权，分散盗刷当事人的风险，在欧盟国家的立法中较常见。例如，《德国民法典》第676a条第1款规定：“支付服务提供者依第675u、675y、675z条规定责任之原因，在其他支付服务提供者或中介处理人应负责之范围内，支付服务提供者得对该支付服务提供者或中介处理人请求赔偿因履行第675u、675y、675z条规定支付服务提供者之请求权而生之损害。”此追偿权授予支付服务提供者在缺乏合同关系的场合，向其他当事人追偿。支付服务提供者甚至可以向在执行支付行为时完全不知悉的中介处

理人，行使追偿权。《银行卡解释》第11条第1款已经将追偿权的适用范围限定在“收单行与发卡行不是同一银行”。由于发卡行与收单机构的分离，特约商户与发卡行间不存在直接合同关系。在缺乏法定追偿权的背景下，发卡行只能求助于不当得利的救济。如今，发卡行可以直接行使法定追偿权，要求存在过错的特约商户承担责任。此追偿权有助于实现风险分散，并强化了特约商户的审核义务。

## 2.对盗刷者的最终追偿权

盗刷者应为盗刷责任的最终承担者。《银行卡解释》第12条规定：“发卡行、非银行支付机构、收单行、特约商户承担责任后，请求盗刷者承担侵权责任的，人民法院应予支持。”由因果关系层面视之，针对不同主体，此条文的适用存在差异。其一，虽然盗刷者的盗刷恶意针对的是持卡人，但其也实际导致了发卡行总体财产的减少。故而，盗刷者应赔偿发卡行的纯粹经济损失。其二，支付机构并未因为盗刷者的行为而直接发生损失。不过，因为该主体对持卡人承担了约定的“先行赔付”责任，满足了持卡人的利益，故而总体财产也减少了。其三，同理，收单行、特约商户原本不会因为盗刷行为存在损失，但是，此二者向发卡行承担责任后，也存在损失，得向盗刷者追偿。简言之，支付机构、收单行、特约商户得根据《银行卡解释》第12条向盗刷者追偿的原因并非盗刷行为导致其存在直接损失，而是其承担“先行赔付”责任或追偿责任后，方才发生总体财产减少，进而须向盗刷者追偿。

### （二）追偿主体的补足

#### 1.发卡行与支付机构间的互相追偿关系

发卡行与支付机构间的追偿关系，体现在以下两种情形中：第一种，因为支付机构的过错导致网络盗刷，发卡行在向持卡人先行偿付后，应可向支付机构追偿；第二种，因为发卡行的过错导致网络盗刷，支付机构在向持卡人承担约定的“先行赔付”责任后，有必要向发卡行反向追偿。既有文献仅触及第一种情形，且存在重大缺陷。一种意见以侵权关系解释发卡行向支付机构的追偿责任基础。具体而言，支付机构未尽安全保障义务，侵害了发卡行的债权，造成纯粹经济损失。此意见的缺陷在于，支付机构仅不存在故意加害发卡行的主观恶意，无法达到纯粹经济损失的要求。另一种裁判观点则认为，支付机构属于发卡行的履行辅助人。但是，该观点不单有违发卡行与支付机构间的具体法律关系，更没有揭示追偿权的法律依据。

两者间的追偿关系，通常依靠约定补足。《中国人民银行电子支付指引（第一号）》第42条第2款规定：“因第三方服务机构的原因造成客户损失的，银行应予

赔偿，再根据与第三方服务机构的协议进行追偿。”《中国人民银行电子支付指引（第一号）》施行于2005年，支付机构在当时尚未成为法律名词。不过，前述的“第三方服务机构”当然可以囊括支付机构。由此，前款规定实则强制要求发卡行与支付机构为持卡人执行支付事务前，必须在内部就赔付责任达成一致。同时，此款规定也揭示了，内部赔付责任具有任意性，双方可以约定调整之。在约定追偿权之外，基于对方未履行合同内含的保护交易安全之附随义务，发卡行与支付机构可以互相通过主张损害赔偿，实现风险分散。

在上述第二种情形中，还必须处理不同请求权间的优先关系。因为支付机构还可受让持卡人对发卡行的请求权，作为追偿权的依据。例如，《支付宝安全保障规则》规定：“支付宝或保险公司在向您支付补偿款项或理赔款项的同时，即刻取得您可能或确实存在的就前述损失而产生的对第三方的所有债权及或其他权利，包括但不限于就上述债权向第三方追偿的权利。”倘若持卡人请求权的事实构成与法律效果不同于发卡行与支付机构间的追偿约定，应如何适用？后者应获得优先适用。缘由在于，追偿约定是当事人合意构造的法律安排，更符合交易需求；而且，双方的追偿约定还隐含了支付机构放弃获得优于追偿约定的请求权之意思，以此换取划拨银行账户的权限。

## 2. 发卡行对从事收单业务的支付机构之追偿权

根据《银行卡收单业务管理办法》第3条第2款，收单机构系指为跨行交易提供资金结算的银行业金融机构或支付机构。据此，从事收单业务的经营者，既可以是银行，也可以是支付机构。例如，“拉卡拉”“快钱”等支付机构即主营此类业务。可见，除了提供支付网关与支付账户外，支付机构还可以为特约商户收单，开展资金结算业务。《征求意见稿》第12条统一调整收单行与从事收单业务的支付机构。但是，《银行卡解释》第11条仅涉及收单行的责任承担，并未涵盖从事收单业务的支付机构。其内在妥当性存疑。

此类支付机构造成的盗刷风险，并不低于收单行。针对从事收单业务支付机构引发盗刷的刑事风险，在2019年9月11日，公安部刑侦局宣布，将联合银联等支付产业各方，严厉打击POS机违规贩卖、银行卡账户买卖、ETC二合一联名卡盗刷等犯罪行为。由此类支付机构引发的民事纠纷更是屡见不鲜。持卡人的借记卡就曾经被盗刷者利用“快钱”的自助终端进行了盗刷。支付机构与特约商户因为盗刷所产生的纠纷，在持续发生。例如，在“北京经纬智慧信息科技有限公司与现在（北京）支付股份有限公司委托合同纠纷”中，经纬智慧公司是提供商品或服务的特约商户。现在支付公司是从事收单业务的支付机构，主要为特约商户提供支付场景整合服务方案，满足支付需求。现在支付公司通过其电子支付服务平台，为经纬智慧公司提供收单的电子支付服务。在发生盗刷后，发卡行先根据盗刷额向持卡人先行偿付，再扣除现在支付公司的保证金。随后，现在支付公司向经

纬智慧公司追偿。

可能有观点会主张，从事收单业务的支付机构，可以纳入《银行卡解释》第10条的规制范围。但是，此观点缺乏正当性。因为支付机构承诺“先行赔付”本就不属于行业常态，而且，从事收单业务的支付机构，更加不会向持卡人承诺“先行赔付”。例如，《快钱用户服务协议》就没有“先行赔付”的承诺，而是明确规定了，“这些风险均会给您造成经济损失，除非可证明本公司对损失的形成存在故意或重大过失，本公司将不承担任何责任”。当中原因在于，此类支付机构与持卡人没有合同关系。此类支付机构未与持卡人签订合同，既不会为其支付行为提供支付账户服务，更无法触及持卡人的银行账户，与《银行卡解释》第10条所指涉的“支付网关型支付机构”截然不同。相反，此类支付机构与特约商户签订收单委托合同，为其接收款项开展清算服务（见图2），应被定性为为特约商户执行收款行为的履行辅助人。

## 来源

《南大法学》2022年第1期。转引转载请注明出处。  
限于篇幅，注释从略。

责任编辑：张宇帆 王洁莹