

摘要

银行卡盗刷中民事责任负担问题复杂，司法实践中，持卡人向发卡行主张资金损失赔偿责任的要件事实证明责任，以及发卡行主张免责事由的证明责任负担都有较大的争议。《最高人民法院关于审理银行卡民事纠纷案件若干问题的规定》和 169 号指导案例并没有克服我国司法实践中同（类）案不同判的现象。为明确主体间的证明责任负担问题，本文从 169 号指导案例的基本案情出发，对银行卡盗刷纠纷中的法律关系展开梳理，总体上对持卡人和发卡行之间的证明责任问题进行辨析，对银行安全承担安全保障义务、持卡人未妥善保管信息义务和银行告知义务之银行可免责事由进行着重分析，构建系统完备的银行卡盗刷案件中证明责任规范体系。全文由五部分构成。

第一部分，169 号指导案例中的证明责任问题。169 号指导案例系网络盗刷案件，持卡人向发卡行主张损失赔偿责任，双方的法律关系为储蓄存款合同法律关系。原告基于合同关系向被告主张赔偿责任所应证明的案件事实以及被告免责所应证明的案件事实是该案的审理重点。法院认定持卡人（原告）应当证明的案件事实相对较为简单，而发卡行（被告）应当证明的免责事由较多，这种证明责任负担是否公正很容易产生疑问。

第二部分，169 号指导案例中双方主体的证明责任负担。在 169 号指导案例中，持卡人提供证据证明他人盗用持卡人名义进行网络交易，请求发卡行承担被盗刷账户资金减少的损失赔偿责任，发卡行未能提供证据证明尽到安全保障义务不能免除其赔偿责任。由此，作为权利产生根据的要件事实——持卡人与银行之间储蓄存款合同关系成立的要件事实、盗刷事实（持卡人的资金损失）应由持卡人承担证明责任。尽到安全保障义务的事实为发卡的行免责事由，应由发卡行承担证明责任。

第三部分，持卡人信息妥善保管义务事实的证明责任负担。在 169 号案例判决中，法院论证提及“持卡人的信息妥善保管义务”，“持卡人违反信息妥善保管义务”亦为发卡行的免责事由，该项事由同样应由发卡行承担证明责任。

第四部分，发卡行履行告知义务事实的证明责任负担。发卡行告知义务是其安全保障义务之外的重要合同义务。持卡人因对金融业务不熟的不当操作导致资金被盗刷向银行主张赔偿责任的，银行应对其已尽到告知义务的事实承担证明责任。

第五部分，持卡人和发卡行在银行卡盗刷中的过错均由发卡行承担证明责任。归结银行卡盗刷中的各种情形可以看出，而作为金融产品的消费者，持卡人向发卡行主张资金损失赔偿责任，其权利构成要件并不包括合同相对人（发卡行）的过错，持卡人仅对储蓄存款合同关系成立的要件事实、盗刷事实（资金损失）等最为基本的权利产生要件事实承担证明责任。而作为专业机构，发卡行承担更多的诉讼风险，双方（不存在）过错均作为免责事由，由发卡行承担证明责任。

关键词：银行卡盗刷；安全保障义务；告知义务；证明责任

目 录

摘 要.....	III
ABSTRACT.....	III
引 言.....	1
(一) 选题背景及意义.....	1
(二) 文献综述.....	2
(三) 研究思路和方法.....	5
一、169 号指导案例概述.....	7
(一) 基础案情梳理.....	7
1.169 号指导案例系网络盗刷案件.....	8
2.169 号指导案例中各主体间的法律关系.....	10
(二) “类案不同判”现象.....	12
二、169 号指导案例中双方主体的证明责任负担.....	15
(一) 银行卡盗刷纠纷中证明责任问题之梳理.....	15
1.银行卡盗刷纠纷中的证明责任.....	15
3. 银行卡盗刷案件纠纷中论述证明责任的思维.....	16
(二) 169 号指导案例中持卡人要承担的证明责任.....	19
1.徐欣对储蓄关系合同关系成立的要件事实承担证明责任.....	19
2.徐欣对盗刷事实的存在承担证明责任.....	19
3.徐欣证明要件事实要达到的标准.....	20
(三) 169 号指导案例中发卡行要承担的证明责任.....	20
1.上海延西支行应承担安全保障义务的证明责任.....	20
2.上海延西支行承担安全保障义务的法律依据.....	21
3.上海延西支行承担安全保障义务的证明责任负担.....	22
4.上海延西支行承担安全保障义务要达到的标准.....	25
三、持卡人信息妥善保管义务事实的证明责任负担.....	27
(一) 169 号指导案例中相关判决分析.....	27

(二) 发卡行承担“持卡人违反信息妥善保管义务”的依据.....	27
1. 发卡行承担“持卡人违反信息妥善保管义务”的理论依据.....	27
2. 发卡行承担“持卡人违反信息妥善保管义务”的法律依据.....	27
(三) 发卡行承担“持卡人违反信息妥善保管义务”的证明负担.....	28
1. 发卡行承担该证明责任要达到的标准.....	28
2. 持卡人反驳发卡行主张之性质认定与要达到的标准.....	28
四、发卡行告知义务的证明责任负担.....	31
(一) 发卡行负有告知义务的理论依据.....	31
(二) 发卡行履行告知义务的法律依据.....	33
(三) 发卡行未履行告知义务的证明责任.....	33
1. 发卡行违反告知义务的归责原则.....	33
2. 发卡行承担告知义务的证明责任负担.....	34
3. 发卡行承担告知义务证明责任要达到的标准.....	34
五、银行卡盗刷中双方过错的证明责任负担问题.....	37
(一) 银行卡盗刷中归责的理论基础.....	37
(二) 持卡人承担基础事实的证明责任.....	37
(三) 发卡行承担双方过错的证明责任.....	38
结 语.....	41
参考文献.....	43
致 谢.....	47

引 言

（一）选题背景及意义

随着经济和社会的飞速发展，无论是个人交易还是商业交易，交易方式都发生了巨大变化，支付形式经历了从传统的现金支付逐渐向电子支付方向转化。银行卡在社会生活中扮演着愈来愈重要的角色，银行卡纠纷案件总体上呈现出逐年增长态势，在储户的银行存款被盗的情况下，商业银行被诉承担资金损失的赔偿责任成为近年来的关注重点。^①实践中犯罪分子作案手段不断更新，银行卡纠纷牵扯的主体增多，盗刷者从传统的持有伪卡型盗刷者，转化成网络幕后通过网页链接、支付宝、微信、QQ 等新型第三方支付平台，新型银行卡盗刷犯罪呈现出作案过程隐秘、作案方式智能、作案对象简单、作案危险性高的特点。^②持卡人卡内账款何时丢失、怎样丢失、丢失的类型为何，大多情形下发卡行都难以了解实际情况，法院在判决时依据的证据有限，发卡行和持卡人是否存在过错等情形不清，银行卡盗刷案件中常出现同案不同判的情况。现有的《银行卡规定》对盗刷类型的划分不够完善，并不能涵盖所有类型，深入探讨各种盗刷现象中责任主体的证明责任存在现实紧迫性。

《银行卡规定》对“伪卡盗刷”和“网络盗刷”的概念进行了基本说理，并对非银行支付机构、持卡人、发卡行、收单行和特约商户之间基本的义务和责任进行了规定。关于《银行卡规定》的理解与适用方面研究，有学者从其起草背景、起草原则入手，将其中规定的关于息费违约金条款的规制、诉讼时效中断的适用情形、银行卡盗刷交易事实和责任的认定等方面加以概述，分析得出对持卡人和发卡行之间举证责任分配与认证规则，主要包含两层涵义：一是根据谁主张谁举证的原则，二是根据谁占有证据谁举证的举证责任分配原则。^③《银行卡规定》的出台一定程度上明确了银行卡盗刷案件中对证明责任规则的适用，有利于正确的审理银行卡盗刷案件、为此类案件提供明确的规则

^①李志扬：《银行卡领域金融消费者权益保护法律问题探讨》，载《金融经济》2013年第6期，第162-164页。

^②黄琳、房倩倩：《“短信嗅探”网络盗刷案相关法律问题分析与防范建议》，载《中国信用卡》2021年第5期，第65-68页。

^③林文学、杨永清、张雪樾：《〈关于审理银行卡民事纠纷案件若干问题的规定〉的理解与适用》，载《人民司法》2021年第25期，第43-50页。

指引。^①但是其中的证明责任负担规则仍然不清。

最高人民法院 2021 年 11 月发布的 169 号指导案例从典型个案的角度出发，对网络盗刷中的各方当事人的举证问题进行了说理性分析，为地方法院裁判银行卡盗刷案件时提供了裁判思路。但理论界仍对网络盗刷和伪卡盗刷应使用的裁判思路问题争论不休，169 号指导案例能否对伪卡盗刷案件提供实践上的指导意义值得商榷。169 号指导案例对《银行卡规定》的应用不够灵活，相关举证责任分配说理不足，指导性作用有待提高。对于银行卡盗刷类案件，尽管相关司法解释在不断进行更新，理论界对有关规定的讨论未能形成统一的评价，各种学说间对不同主体之间的归责问题竞争激烈，尤其是对持卡人和发卡行之间的证明分配，尚未能形成统一完备的理论体系。

因此，切实从深层理论入手，深切分析典型案例背后应用的理论基础，厘清银行卡盗刷纠纷案件的复杂性，着重详细规范持卡人和银行两主体间的证明责任，仍然是值得研究的一个问题，同时也有利于填补《银行卡规定》中未对全部主体进行规范的欠缺。

（二）文献综述

我国有关该研究内容多散见于各类期刊和论文中，理论界从不同的角度对银行卡网络盗刷案件进行深入研究，总体上对举证责任分配问题的讨论较少。关于持卡人和银行方的责任承担方面的应用研究，第一种观点认为，银行承担严格责任，持卡人承担限额责任。该原则较为典型的应用就是美国，相关立法规定持卡人最高只需要承担 50 英镑的限额，而商业银行在没有相应的证据证明，其是按照指示支付或者持卡人没有故意泄露密码的情况下，则承担全部损失。我国也有学者认为，除非有合法的免责事由，则应当由发卡银行赔偿，率先保护持卡人的消费者权益。^②第二种观点认为，持卡人和发卡行均应承担过错责任。双方按照各自的过错承担各自相应的责任，有利于两者之间的责任承担达到相对均衡。美国《统一商法典》中的安全程序规则的诞生，是对这一规则运用的良好体现。该规定认为银行负有明确的说明义务、保护义务和注意义务，银行的支付和交易审查程序都应有严格的制度规定。持卡人应当在银行承担基本的告知义务之后，妥善的保管银行卡信息及密码，否则应当独自承担不利后果，因此也有学者认为在银行卡被伪造盗刷交易情形下，持卡人对是否妥善保管交易密码承担证明责任。银行方应当对第三人伪造盗刷银行卡的事实和是否尽到合理审查义务等方面承担举证责任，

^① 陈福录：《浅谈〈银行卡规定〉对银行信用卡业务的影响》，载《中国信用卡》2021 第 7 期，第 47-51 页。

^② 何颖：《论信用卡被盗用的风险责任承担》，载《金融法苑》2005 年第 5 期，第 43-58 页。

持卡人有过错的，可以减轻或者免除银行的违约责任。^①第三种观点认为，对于银行卡盗刷案件中的一些富有争议性的举证责任，应当引入公平原则进行调整。^②以《民事诉讼法解释》规定为依据，可以解决银行卡盗刷案件中的举证责任分配问题，结合银行卡自身的具体情况和特点，对举证责任的双重含义进行区分，利用公平原则在诉讼当事人之间确定责任承担^③。在此基础上笔者认为，引入公平原则的观点能快速解决双方争议焦点，提高诉讼效率，但是给与了法官自由裁量的空间较大，实际可操作性是否欠缺值得讨论。

发卡行和持卡人责任承担的学说研究，存在三种不同的观点，分别是彻底免责说、完全担责说、伪卡担责说。（1）彻底免责说是指：是指在持卡人挂失之前，作为发卡行的银行对盗刷的事实应该彻底免责。彻底免责说现在已经被彻底的放弃。（2）完全担责说指出银行卡资金支出行为的发生并不是按照持卡人的指示，因此由发卡行承担完全责任，完全担责说与彻底免责说截然相反。（3）权利外观理论是伪卡担责说的基础，其主要内涵是发卡行无法审查出被盗刷的事实，因此应当免除持卡人的责任。伪卡担责说现在处于主导地位。可见，发卡行和持卡人之间责任的归属问题，一直是学界关注的焦点，且随着时代和科技的进步，相关的学说也在不断的进行完善。

关于罗森·贝克“规范说”的基础理论研究。受日本民事诉讼法理论的影响，我国诉讼法上的证明责任概念日益完善，李浩教授对规范说作出了系统全面仔细的阐述。此外，早期受台湾学者陈荣宗教授的影响，内地学者在“规范说”方面的认知也有所发展。^④经过长期发展，现在一般有三个观点，第一个是对行为责任说，第二个是对结果负责说，第三个则是对双重含义说。行为责任说和结果负责说的理论内涵，与中国大陆法系通说理论几乎没有根本性差别，最开始，行为责任说理论在中国占据了主导地位。但现今在法律理论和实际中，双重含义责任说已经日益广为接受。双重含义说从全面的角度，考量了行为责任和结果责任的分配要素。最早规定证明责任的法条可以追溯到《民事诉讼法》第64条第1款。^⑤该条款是一种较为模糊的规定，缺少针证据证明之类型及程度的相关规定。在《关于民事诉讼证据的若干规定》中，对证明责任的规定作出了进一步的说明，但是没有进行细化。在2015年民法司法解释出台之后，我国的证明责任理

^① 杨钉、黄秋燕：《银行卡被伪造盗刷的责任认定及举证责任分配》，载《人民司法（案例）》2017年29期，第71-75页。

^② 戴欣悦、章军侃、许肖茜：《银行卡盗刷纠纷责任认定与分配的类型化研究——以152份判决书为研究对象》，载《法律适用》2017年第3期，第49-56页。

^③ 刘佳：《银行卡盗刷民事诉讼举证责任分配研究——基于2017年全国法院裁判的实证分析》，载《湖北社会科学》2018年第11期，第156-162页。

^④ 李浩：《民事举证责任研究》，中国政法大学出版社1993年版，第112-119页。

^⑤ 《中华人民共和国民事诉讼法》第64条第1款规定：当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。

论体系更加科学合理。经过对以上法律规定变化的整理,不难发现我国证明责任规定之发展论与学理变化的发展基本一致,现已将行为责任与结果责任在同等重要位置。^①银行卡盗刷纠纷中,依据“规范说”常适用违约和侵权法律关系。有学者指出,违约责任和侵权责任属于不同性质的民事责任,法定义务是侵权责任的承担者违反的,约定义务是违约责任的承担者违反的。^②可见,在划分证明责任时也应注重不同法律关系中的复杂关系。

关于“裁判规范民法说”的基础理论研究。根据学者伊藤兹夫的观点,裁判规范民法说的重构步骤体现在三个环节中。第一步是根据具体的民法制度,将相应的民事法律规范进行分析和梳理,找出法律要件的原则和例外关系。第二步是根据第一步的内容,将原则性法律要件作为文本内容,将例外性法律要件作为但书内容,用以维持或调整现有的条纹结构。第三步是如果存在举证困难的情况,则应当以最恰当地实现该实体法制度目的地基本立场,从证明责任负担公平的基本立出发,调和维持第二步的内容。学者们认为说是裁判规范民法说对规范说的继承和发展,继承之处体现在以下两个方面,第一是裁判规范民法说和规范说都以实体法制度作为学说依据的根本。第二是两者同样都以条纹结构形式作为区别法律要件性质的载体。发展体现在以下两个方面,第一是将主张责任纳入了学说范畴,第二是将证明负担公平纳入证明责任分配的考量因素。^③

关于银行卡盗刷中诉讼思维的研究。第一种观点认为,持卡人可以仅提起一个违约损害赔偿之诉,单诉思维有利于尽快的解决案件的纠纷。^④第二种观点认为,持卡人因存款被盗,既可以向发卡行提出违约之诉,也可以向商业银行提出侵权之诉,这样更有利于保护持卡人的合法利益。^⑤可见不同的诉讼思维对发卡行和持卡人之间的证明责任的承担是不同的,但是各地法院在此类案件审理并没有形成没有统一的诉讼思维,即使有《银行卡规定》的出台,没有从根本理论的支撑,实践中也常出现同案不同判。笔者认为,仅考虑持卡人和发卡行之间的纠纷并不完善,现存在不可归责于双方的类型,比如因第三方支付平台系统或管理漏洞而引起的过错,或者黑客攻击的盗刷情形而引起的侵权之诉,不可归责于双方的类型,是否能纳入诉讼当中,也可以进行考虑。

关于银行卡盗刷事实认定方面的研究,伪卡盗刷和网络盗刷是现存银行卡盗刷事实

^① 张家桐:《银行卡盗刷民事诉讼举证分配责任研究——以宋某诉工商支行借记卡纠纷案为例》,载《北方经贸》2021年第2期,第94-97页。

^② 王利明:《违约责任和侵权责任的区分标准》,载《法学》2002年第5期,第45-52页。

^③ [日]伊藤兹夫:《要件事实的基础》,许可、[日]小林正弘译,法律出版社2015年版,第4-5页。

^④ 田桔光:《银行卡被盗刷纠纷案件的法律适用》,载《人民司法》2021年第19期,第40-45页。

^⑤ 陈良、向慧:《银行卡网络盗刷案件情况调研及对策研究》,载《中国银行业》2018年第9期,第88-91页。

的主要区分存在形式。学界对伪卡盗刷与网络盗刷所涉及的法律性质，主要存在两种不同的观点，第一种观点认为，虽然在《银行卡规定》中将两种盗刷行为的概念进行了表面形式上的区别，但是在银行卡盗刷行为的构成要件、举证责任、抗辩事由、性质认定和责任承担等方面，但是并没有充分体现网络盗刷与伪卡盗刷，类型划分上的应用价值与逻辑意义。网络盗刷则应适用于传统合同法的思路进行裁判归则，而伪卡盗刷不适用于合同法的思路关系。^①第二种观点认为，伪卡盗刷和网络盗刷都适用储蓄合同关系，故在证据采信、举证责任划分、归责原则方面可以适用相似的处理规则。^②笔者认为，对网络盗刷与伪卡盗刷在形式上的区分，能应对银行卡纠纷中出现的情况，也可以从基础的理论着手，对重要方面的举证责任进行划分。

综上，国内现有研究对银行卡盗刷案件中的相关法律条文的剖析、民事责任认定的基础、各主体的责任承担方面贡献了很多优秀的观点，但是在银行卡网络盗刷和伪卡盗刷的的举证责任方面的问题，缺乏总体系统性的细化研究，无法为银行卡伪卡盗刷和网络盗刷的判决提供完整的理论支撑。国外对银行卡盗刷案件中各方当事人之间的责任研究总体上趋于平衡商业银行和持卡人之间的责任，安全程序归则的出现对两者之间的平衡起到了及其有利的作用，但是与我国特有的国情不同，提供借鉴意义有限。故我国可以结合罗森贝克“规范说”的观点，从实体法的构成要件出发，对银行卡纠纷案件中责任主体应承担的举证责任和标准进行细化研究，再借鉴国外有关研究得出的经验，对银行卡网络盗刷中的证明责任进行归置。

（三）研究思路和方法

1. 研究思路

本文以 169 号指导案例为蓝本，通过对案例的梳理和剖析，针对我国银行卡盗刷纠纷中较为突出的问题展开研究，并从基本理论入手，梳理此类案件中证明责任的相关问题。

第一部分，理论研究的基础需要问题意识。从第 169 号指导案例入手，分析各个主体之间的法律关系。在此基础上对类案进行处理，总结出类案不同判现象，得出伪卡盗刷和网络盗刷应适用相同的裁判思路。将两处思维作为盗刷纠纷案件考量的基础，并梳

^① 陈甦：《处理银行卡盗刷纠纷的法理基础及实务要点》，载《法学杂志》2022 年第 1 期，第 37-53 页。

^② 宋萍：《银行卡盗刷案件中的责任承担研究》，载《银行家》，2020 年第 9 期，第 132-135 页。

理出证明责任在银行卡盗刷案件中的应用，为后文提供问题基础。

第二部分，169 号指导案例中持卡人（徐欣）和发卡行（上海延西支行）的证明责任负担。依据“规范说”，徐欣对起诉上海延西支行基础的案件事实，储蓄关系合同关系成立和盗刷事实的存在承担的证明责任，并达到相应的证明标准。上海延西支行则要对 169 号指导案例中争议较大的“安全保障义务”这一免责事由承担证明责任并达到一定的证明标准。

第三部分，持卡人信息妥善保管义务事实的证明责任负担。169 号指导案例中，存在相关判决的说明，对法院相关说理进行经过梳理之后，其可以作为发卡行的免责事由二，对这一事实的证明责任的负担，有必要进行梳理和说明。

第四部分，银行告知义务的证明责任负担。首先梳理出作为安全保障义务之外的另一重要合同义务，明确银行对承担告知义务的合理性和合法性，整理出银行应履行主要告知义务的具体类型。再从从理论依据入手，判断其应依据侵权责任规则，得出应由银行承担已尽到告知义务的证明责任，并应达到相应的证明标准，来证明自身免责，其可以作为发卡行的免责事由三。

第五部分，概括银行卡盗刷中的证明责任负担问题。从基层理论入手，总结银行卡盗刷中银行承担较多证明责任，持卡人承担较轻证明责任的依据，并从整体上对双方各自要承担的证明责任进行归类，对全文的证明责任论述进行系统的概括和总结。

2. 研究方法

（1）案例分析法：以“中国裁判文书网”“北大法宝”为资源库，从第 169 号官方指导案例入手，找出银行卡盗刷类案件中存在的问题。对银行卡盗刷类案件问题背后的法理进行分析，分析伪卡盗刷和网络盗刷中的民事基础，明确发卡行与持卡人的违约法律关系，持卡人第三方侵权法律关系，并着重探究各方主体之间的举证责任分配规则，为裁判银行卡盗刷案件指明方向。

（2）文献研究法：收集国内外与银行卡盗刷案件中民事责任分配相关的期刊、专著等，了解银行卡盗刷类案件的研究现状和争议焦点，对可以借鉴的理论进行分析归纳。

（3）统计分析法：以司法实践中的大量银行卡盗刷纠纷案件为研究素材，在对一般案件概况梳理的基础上进行数据统计与归纳，发现实践中在处理银行卡盗刷合同纠纷时存在的主要问题，进而主要运用实体法理论，对类案中的证明责任问题进行研究。

以上内容仅为本文档的试下载部分，为可阅读页数的一半内容。如要下载或阅读全文，请访问：<https://d.book118.com/508013035041007005>