

# 克隆银行卡案件中的民事责任研究

吴昭军<sup>1</sup>, 刘自力<sup>2</sup>

(1. 西南政法大学 民商法学院, 重庆 401120; 2. 株洲市石峰区人民检察院, 湖南 株洲 412005)

**[摘要]** 克隆卡纠纷所涉主体较多且法律关系复杂, 尤其是民事责任分担问题, 更是争议较多, 其中焦点问题是被盗款项的权属问题和责任的具体分担。持卡人与银行之间由于存款而形成债权债务关系, 存款由银行取得所有权, 并负有对持卡人给付财产的义务。冒领人以克隆卡之信息骗取银行之给付, 并不影响持卡人之债权请求, 故而银行应对该给付负有责任。当然, 如果其能举证持卡人过错而致银行卡信息泄露, 则持卡人亦应承担相应责任。

**[关键词]** 克隆卡; 民事责任; 存款合同; 违约责任; 持卡人; 开户行

**[中图分类号]** D923.6; D923.7

**[文献标识码]** A

**[文章编号]** 1674-117X(2015)01-0077-05

## Civil Liability in the Case of Cloning Bank Card

WU Zhaojun<sup>1</sup>, LIU Zili<sup>2</sup>

(1. School of Civil and Commercial Law, Southwest University of Political Science and Law, Chongqing 401120, China;

2. People's Procuratorate of Shifeng District Zhuzhou City, Zhuzhou, Hunan 412005 China)

**Abstract:** Clone card dispute involves many subjects and has complex legal relationships, especially the issue of civil liability sharing. Among these, the focus problem is the ownership issue and the burden-sharing problem of the stolen money. Here exist claims and liabilities between the cardholder and the bank deposits. Banks obtain the ownership of deposits and have obligations and responsibility to pay the property to the cardholder. The impersonator defrauds the bank's payment by using the clone card information, but it does not affect the cardholder's debt request. Therefore, banks should be responsible for the payment, because the bank did not fulfill the corresponding obligation. Of course, if it can be proved that it is the cardholder's fault which has caused the leak of bank card information, the cardholder should assume corresponding responsibilities.

**Key words:** clone card; civil liability; deposit contract; responsibility for breach of contract; cardholder; opening bank

随着社会经济的不断发展, 银行卡已经成为人们必不可少的工具之一, 其方便快捷的特点深受人们的喜爱, 然而与之而来的是出现了一些与之相关的新型犯罪问题, 其中社会影响较大的便是所谓的“克隆卡”问题。“克隆卡”犯罪主要是指不法分子利用某种手段, 获得持卡人手中的银行卡中的信息, 因为银行卡内部具有磁条等信息载体, 储存有

客户的个人信息, 故而不法分子利用这些来盗取卡内的金额。正是由于“克隆卡”如今大行其道, 利用“克隆卡”犯罪的案件数量呈逐年上升趋势, 而由于“克隆卡”犯罪导致资金损失, 自然衍生出损失由谁赔付的纠纷问题, 因此各地法院受理“克隆卡”纠纷的数量亦同样不断增大。该类纠纷虽然看似传统的盗取他人财产案件, 但是因为其中的所涉主体较

收稿日期: 2014-04-15

作者简介: 吴昭军(1990-), 男, 山东聊城人, 《中国不动产法研究》编辑, 西南政法大学硕士研究生, 研究方向为民商法; 刘自力(1962-), 男, 湖南株洲人, 湖南省株洲市石峰区人民检察院干警, 研究方向为刑事诉讼法。

多且法律关系复杂,其自然成为困扰法律实务界和理论界的重大难题。该问题可谓关涉部门法律众多,刑法关注案件中的犯罪问题,经济法以其综合性、交叉性的多功能规范建构起结构性调整对象<sup>[1]</sup>,对案件中银行管理、金融治理等问题予以关注,民法则更关注其中的民事责任分担问题。本文拟以案件中民事责任承担为中心展开论证。纵观近两年来的案例,由于我国现行法律的缺位,对“克隆卡”案例并没有统一的司法适用标准,“同案不同判”的现象时有发生,这样一来,既损害社会公平,又使司法权威大打折扣。在发生纠纷之后,到底该被盗财产属于谁,谁该为其承担责任,持卡人和开户行、特约商户、取款行之间的法律关系如何理顺、责任承担的分配如何厘定,都成为民事责任分担中的难题与重点,本文将对此进行重点分析。

### 一 “克隆卡”纠纷法律关系之厘清

#### (一) 存款合同性质之厘定

之所以在该类盗窃财产的案件中民事责任的承担会出现诸多的问题,首先的或者最直观的问题是不法分子偷的是谁的钱,即被盗款项的权属问题,这也是解决该民事纠纷的基础性问题。持卡人手中的借记卡中的金额或者信用卡中的可消费金额到底是什么性质,其归持卡人所有还是银行所有,这都关系到银行和持卡人之间风险和责任的承担问题。

这背后其实关系到储蓄合同或者信用卡合同的定性问题,在储蓄合同中,持卡人和银行之间产生怎么样的法律关系,在持卡人将存款交付给银行的时候,所有权有没有发生转移,银行是在为持卡人保管财产还是获得该笔现金的所有权而产生对持卡人的债权?这个问题在理论界的分歧已久,国内对持卡人权利的债权说和物权说争议甚大。一部分学者主张储蓄合同是一种保管合同,持卡人并没有将财产交付给银行而移转所有权的意思,而且在银行卡中亦有其电子化金额的记录,可以随时将财产取出进行消费或投资,而且利息作为一种孳息当然也是由持卡人之财产而生,故而持卡人并未丧失其财产所有权。<sup>[2]</sup>而另有学者则认为现金作为一种特殊物,其在发生交付的时候就会发生所有权移转,也就是说持卡人在存款的时候,该存款由银行

取得所有权,持卡人获得对银行的债权,银行卡中的数额是这种债权的一种记录,由于银行的高信用以及其特殊的运作方式及特点,持卡人可以随时请求银行履行债务的全部或者部分而取出现金。<sup>[2]</sup>该争议对于被盗存款的权属问题十分重要,也直接决定了克隆卡纠纷中的民事责任分配。

首先,对于银行存款这一概念,我国的相关立法并未给出较为准确细致的界定标准与概念内涵,但是学界对其有一些探究,并存在一定的争议,争议主要是存在于其在性质上应当是一种资金还是一种行为。本文认为既然在法律范围中探讨,则不应拘泥于其物理性质,而是在法律框架下进行定性,故而应当认定静态意义上的存款是一种特殊物,是货币,而动态意义上的存款则是一种法律行为,即储户将该笔资金交付给银行,而银行则按照约定在到期的时候支付本金和利息,而银行则可以利用该资金进行融资和投资。

其次,基于这种动态意义上的存款行为,储户和银行之间成立了一个存款合同,这是在双方合意之下形成的,在目前的合同体系中具有特殊性,与其他的诸多合同存在诸多的不同。例如其表现形式上的特殊性,其以存款凭证或者银行卡等作为表现形式,而并非传统意义上的纸质契约。另外,其作为一种合同,然而我国的合同法并未对其进行明确规定,而在相关的经济法规规范体系中却对其进行了规范。但是这不妨碍我们从民法理论与实证角度对其进行综合分析,可以看出的是该存款合同是一种要式实践合同,只有在资金交付给银行,银行确认无误后并出具相应的凭证之后该合同才能成立生效。而对于该合同的法律性质即其究竟属于何种合同,学界和实务界都有重大的争议,如上述两种观点之争。目前国内的通说认为,该笔资金在由储户手中转移到银行手中的时候,其权属就发生了变动,银行成为所有权人,而储户则拥有对银行的该笔债权,成为债权人,而银行所出具的凭证或者银行卡,其内所记录的数据和信息,其实质上是该债权债务关系的表现形式或者凭证。本文认同此观点,首先,这种观点尊重了现实实践,因为在金融行业中,银行作为金融机构,其吸收公众的存款用于投资,而非对特定的现金进行保管,在持卡人的现金存入银行之后,银行就拥有了对其的自由处

分权,持卡人也不会要求银行到期给付那几张特定的现金。其次,保管合同一般以有偿为原则,虽然也存在无偿保管,但是如果将存款合同作为保管来对待,那么银行就不会支付给持卡人利息,而应是持卡人支付给银行保管费用。最后,该笔资金在目前民法理论中作为货币,是一种特殊的物,其在性质上属于消费物,故而其价值在所有权人手中仅能使用一次便对其失去意义,因为经过流通,其不能再对之进行使用,故而在理论上和实践上就形成了对其的占有与所有认定为一致的现状,所以在此基础上应当认定该资金为银行所取得。<sup>[3]</sup>

通过上述的系统的分析,我们可以得出结论,即在银行储蓄过程之中,银行取得了该存款的所有权,而储户则失去了该资金的所有权,但获得了该资金的债权,银行也因此负有在约定的时间支付本金及利息的义务,这种债权债务关系是通过银行卡的表现形式来体现的,而其内所记录的数据则是债务金额,是银行所欠的资金金额,而非持卡人享有的现实资金或者虚拟资金,所以在发生银行卡盗取款项的案件中,不法分子所盗取的是银行或其代理机器所交付给盗取人的资金,其当然属于银行,而非储户。

## (二) 法律关系分析

看似较为简单而且为人们日常所熟悉的银行卡使用中,却关涉了较多的参与人,故而在克隆卡纠纷中,所涉及的主体较多,法律关系也较为复杂,主要涉及了持卡人、发卡行、取款行、特约商户及实际取款人或刷卡人等,其中的相互关系需要进行理清,才能对责任的承担予以界定。

首先,发生法律关系的主体是发卡行和持卡人。目前我国现实中存在的银行卡主要分为借记卡和信用卡,对于借记卡,我们已经在上文对其中的法律关系和性质予以分析和厘清,可以依据债权债务关系进行相应规制。而对于信用卡来说,因其具备透支功能,持卡人可在发卡行规定的信用额度内先消费、后还款,因此,如果持卡人的卡中拥有足够的金额,能够满足其提取或者消费的需要,那么其之间的法律关系与借记卡相同,但是当持卡人的信用卡内的金额不足以支付取现金额或消费金额的时候,那么其与银行之间就这部分超额资金之上发生金融借款合同。而在银行卡消费交易活动中,

持卡人刷卡消费的行为,是发卡行接受持卡人的委托,为持卡人提供代理结算付款服务,因此其与持卡人之间又存在着委托代理关系。

其次,持卡人和取款行之间的法律关系。通常情况下,持卡人会在实际生活中在其他银行进行提取现金或者利用其他银行的设备进行消费,那么取款行与持卡人之间是什么关系呢?如果取款行就是发卡行的话,那么两者的法律关系则与前面所论述的相同,就不再重复说明,问题多发生在取款行不是开户行的情况下,此时在持卡人提取现金的情形下,取款行是作为发卡行的代理人代为履行其支付款项的义务,在这种行为之后的依据是我国银行系统中诸多银行之间的代理协议,而既然是代理关系,那么按照民法基本理论和我国现行法律体系,其行为后果由被代理人承受,故而法律效果仍然只在开户行和持卡人之间发生,取款行并不参与其中。

再次,持卡人和特约商户之间的法律关系。持卡人在消费过程中,通过商店的终端设备进行刷卡来支付所需要的费用,那么此时二者之间自然属于买卖合同关系,在刷卡的时候二者之间的买卖中的付款义务就已经履行完毕,故而双方的合同经过该刷卡行为就已经清偿完毕,不存在其他的问题。

最后,持卡人和盗取人之间的法律关系。在克隆卡纠纷案件中,盗取人并非真正的持卡人,也并非其代理人或者委托人,故而二者之间并没有任何基础性关系,但是因为盗取人的非法行为,而致使持卡人卡内的金额减少,无法向银行请求债务清偿,影响到其债权的实现,而且持卡人的救济需要耗费成本和支出,故而盗取人对持卡人形成了一种侵权行为,持卡人可依此进行救济。

## 二 克隆卡纠纷中民事责任的具体分担

### (一) 异地付款银行和冒领人的责任主体地位分析

在该类纠纷中,往往盗取发生在其他地方,故而取款银行一般为异地行,在司法实践之中,持卡人在起诉的时候通常会将该异地行一同起诉,要求其承担责任,而开户银行也往往以并非自己的过错付款而将责任推给该异地行,或者为自己开脱而抗辩。在这种情形之下,异地付款银行或者其设备在

实际中没有识别出伪造卡而予以支付,可以说其并未尽到相应的义务,这也导致了盗取的成功,但是本文认为在该类纠纷中,其对于持卡人并不承担责任。首先,如果异地付款行在实际操作中并没有过错,那么自然无需承担责任。其次,如果其在实际操作中存在一定的过错而向盗取人付款,那么其也不会成为合同违约的责任主体,这是因为合同具有相对性,只有开户行才对持卡人负有义务,而该异地行并不存在与持卡人之间的债务关系,也就无法成为违约责任的主体。另外,银行系统的通兑是个银行网络之间的一种联合或者代理关系,异地行只是作为开户行的代理人而对其银行卡持有人予以付款,所以异地行的行为由被代理人也就是开户行所承担。当然,在该异地行存在过错的情况下,开户行应当首先向持卡人承担违约责任,之后其可以向该异地行请求追责,予以补偿。

另一方面,盗取人也不能成为该类纠纷的违约责任主体,但是可以成为侵权责任主体。这主要是因为合同具有相对性,只在当事人双方之间产生约束力,义务也只在当事人之间产生,之外的其他人不能够对之产生影响。我国《合同法》第121条规定:“当事人一方因第三人的原因造成违约的,应当向对方承担违约责任。当事人一方和第三人之间的纠纷,依照法律规定或者按照约定解决。”正是基于这种原理,银行只有因为清偿或者免除等情形才能消灭义务,而对于盗取人的给付不能消灭其对持卡人的债务,故而其仍需要承担违约责任,而盗取人因为不是合同的当事人,故而没有合同约定的义务,也就不会承担违约责任。但是因为盗取人之行为侵害了持卡人之债权和银行之财产权,其可以对之进行侵权诉讼。

### (二)持卡人的责任主体地位分析

存款合同作为一种单务合同,银行负有债务,故而银行不履行债务的情况下构成违约,并承担相应的责任,那么持卡人能不能成为违约责任的主体呢,如果可以的话,那么理论基础是什么呢?本文认为,在主合同之外,还有基于诚实信用原则而产生的附随义务,在该类合同中,银行就负有维护系统安全和机器设备正常的义务,而储户就具有合理使用银行卡和对密码信息等予以保密的附随义务,如果违背了这些义务,导致信息泄露而被他人盗

取,那么持卡人也应承担相应的违约责任。<sup>[4]</sup>

### (三)克隆卡纠纷中违约责任分析

1. 违约责任的构成。通过前文的分析我们已经得出结论,即在该类纠纷的违约责任中,应当采过错推定的原则,故而责任的构成要件中不需要证明存在过错,综合分析我国的法律规范和民法原理,违约责任的要件应当包括以下几个方面,即一方当事人存在不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的行为、有损害结果的发生、违约行为和损害结果之间存在因果关系,只要具备这三个要件就可以予以归责。当然,银行可以证明自己不存在过错的情况下则不承担责任。

存款合同作为一种单务合同,银行负有按照约定在到期的时候支付本金和利息的义务,故而如果银行完全履行了该义务,那么债务清偿,银行无需负任何责任。相反,如果银行并未按照约定向持卡人支付款项,而且并没有排除理由,那么就会违约,并承担相应责任。而在克隆卡纠纷中,银行向盗取人支付了款项,能否以此来消灭储户的债权,这要具体地予以分析,如果银行对冒领人的兑付是善意且无过失的,那么银行对储户的债务消灭,反之则银行对储户的债务仍然存在,如果不对持卡人支付款项就会构成违约。本文认为在存款合同中,银行所应当注意的谨慎义务应当是指其对银行卡的真伪进行质量上的分析和鉴定,并且对于密码予以形式上的审查,而后者往往是次要的,前者是最为关键的,因为盗取人之所以能够利用银行卡进行取款或者消费,表明其已经知道密码,而且对密码进行途径和来源上的实质分析也是技术所难以达到的,也是没有必要的,所以对于密码只要输入正确即可,而对于银行卡的真伪则要进行实质上的真伪鉴别,因为该卡片是由银行所制作并要求使用,其就应当保证该种卡片能够为其所鉴别,并有义务保护真卡片所有人的利益,所以只要银行未能识别出伪造的银行卡而对其支付,那么银行就没有尽到谨慎义务,其就是存在过失的。

2. 违反附随义务的违约责任构成分析。附随义务是依据诚实信用原则而产生的<sup>[5]</sup>,其在合同中具有一定的重要作用,但是在违背的时候能够发生什么样的后果,在学界和实务界通常存在争议,尤其是其是否可以认定为存在过错。本文认为附随

义务在整个合同履行过程中往往有着重要的影响,故而当事人应当尽到完全的注意义务,将此附随义务完全履行,才能使主债权得到圆满的实现,而不履行的话会为主债权的实现带来不利影响,所以如果当事人没有尽到善良管理人的注意义务的时候,就可以认定为其存在过错。

在存款合同中,因为其具有一定的特殊性,储户和银行都具有一定的附随义务,该义务对于主债权债务十分重要,例如储户在获得银行所给与的凭证或者银行卡的时候,就负有保密义务,这既是对自己债权的保护,也是对银行财产的一种尊重和保护,通常要求储户合理使用银行卡并注意用卡安全,保护好密码和卡内信息。此外,在发生信息泄露或者卡片遗失的情况下,储户有通知义务,将该情况及时告知银行,避免发生财产损失或者防止损失的扩大;除了这些,储户还负有协助义务等。这些义务都有着重要的作用,所以如果违背了应当承担相应的违约责任。同样,银行也负有一定的附随义务,例如其应当保证其制作的银行卡具有相当程度的技术性以防止复制,其自助设备具有良好的性能足以识别伪造的卡片,其银行网络系统具有足够的防护能力保护用户的个人信息,其设备和营业场所具有足够的安全性进行交易,等等,在其违背这些义务的时候也会因此而承担一定的责任。总之,银行卡之所以被复制和伪造,多是因为持卡人和银行二者在某些环节出现过错,要么是盗取人通过对持卡人进行欺骗或者跟踪等方式获取密码或者卡片,从而对其进行复制和伪造;要么就是通过银行设备中安装一定的技术设施,例如摄像头或者读卡器,从而在持卡人在进行交易的时候对密码或卡片信息进行盗取,进行利用这些信息制造伪卡。完善的交易需要持卡人和银行双方共同认真履行合同的各项义务,而在出现克隆卡的时候,需要在这二者中间对其分别予以分析义务履行情况,并根据具体的现实情况对其予以责任分配。

看似较为简单的银行卡,已经走入人们生活之中,其带来的便利更让人们对其产生依赖,然而不

容忽视的是,其背后存在着一系列复杂的法律关系。也正因为如此,在克隆卡纠纷之中,克隆卡背后复杂的法律关系以及诸多的所涉主体造成了其民事责任承担的理论 and 实务中的重大困境,目前在理论界和实务界存在争议的焦点是如何界定存款合同的性质和存款的所有权的归属,以及在民事责任的归责上适用哪种原则。本文通过分析认为,存款合同是一种特殊的合同,持卡人与银行之间由于存款而形成债权债务关系,在该资金交付给银行之时就由银行取得所有权,并负有对持卡人给付财产的义务,而银行与持卡人之间也存在着一定的附随义务。冒领人以克隆卡之信息骗取银行之给付,并不影响持卡人之债权请求,银行应对该给付负有责任,这是因为银行并未尽到相应义务,当然,如果银行能举证持卡人过错而致银行卡信息泄露,则持卡人亦应承担相应责任。在举证责任和归责原则上,亦应采取过错推定的原则,并实行举证责任倒置,由持卡人证明非其原因致使卡内金额减少;而银行则需要证明自己尽到了谨慎义务,不存在过错,或者证明持卡人在密码保存和用卡安全上存在过错,民事责任亦根据具体情况而进行分配。通过法律关系上的厘清和法律性质上的厘定,能够使该类纠纷趋于明朗,在司法实践和法学研究中得到明晰,有利于现实纠纷的解决和维护当事人的合法权益。

#### 参考文献:

- [1] 李激汉. 结构分析:研究经济法调整对象的新方法[J]. 湖南财政经济学院学报, 2012(1): 5-10.
- [2] 姬新江. 储蓄合同性质的法律分析[J]. 广州广播电视大学学报, 2012(3): 64-68.
- [3] 符 望. 银行卡内存款被冒领案件中的法律问题[J]. 上海金融, 2006(9): 61-64.
- [4] 徐学鹿. 买卖法[M]. 北京: 人民法院出版社, 2000: 46.
- [5] 崔建远. 合同法[M]. 北京: 法律出版社, 2007: 86.

责任编辑:黄声波