广东省广州市中级人民法院

民 事 判 决 书

（2014）穗中法金民终字第961号

上诉人（原审原告）：广发银行股份有限公司广州华南支行，住所地：。

负责人：王军，该支行行长。

委托代理人：廖坤，广东广悦鸿鼎律师事务所律师。

委托代理人：王璟文，广东广悦鸿鼎律师事务所实习律师。

被上诉人（原审被告）：郑顺发，男，1974年1月6日出生，汉族，住福建省莆田市荔城区。

委托代理人：华晓，四川恒成律师事务所律师。

上诉人广发银行股份有限公司广州华南支行因与被上诉人郑顺发合同纠纷一案，不服广州市番禺区人民法院（2014）穗番法民二初字第198号民事判决，向本院提起上诉。本院依法组成合议庭审理了本案，现已审理终结。

原审法院经审理查明：被上诉人郑顺发在广州市番禺区大石街大石城经营珠宝店。被上诉人为经营所需，向上诉人广发银行股份有限公司广州华南支行（原名称广发银行股份有限公司广州大石支行）租赁“财运通-转账机”自助终端。双方于2011年11月2日签署了一份《“财运通-转账机”终端安装协议书》，其中约定：被上诉人申请开通转账机业务，由上诉人向被上诉人提供“财运通-转账机”终端及其配套设施，并负责协调终端设备的安装维护工作；上诉人对被上诉人银行卡转入和转出交易均只支持借记卡；被上诉人使用转账机终端办理转账时，必须打印交易回执，并要求持卡人在交易回执上签名确认；被上诉人对银行卡的表面特征进行辨别，对伪卡特征明显的银行卡，被上诉人应拒绝刷卡；被上诉人核对交易回执上的签名必须与该银行卡背面预留签名的名字及笔迹相符；如卡背面未签名，被上诉人应请持卡人出示身份证，经确认为本人后，请持卡人当面在卡背面签名。

吴汉江系账号为62×××47的龙卡通（储蓄卡）的卡主，该卡于建行新海航支行开立。2011年12月23日傍晚7点35分、7点36分、7点38分，吴汉江的上述账户被人持伪卡在被上诉人经营的珠宝店刷卡消费支出105万元，刷卡终端设备即上诉人提供的上述“财运通-转账机”终端。吴汉江因此以建行新海航支行、本案上诉人为被告向海南省海口市美兰区人民法院提起诉讼。该案经海南省海口市中级人民法院二审后作出（2013）海中法民二终字第73号民事判决，认为建行新海航支行为吴汉江办理的银行卡在防止他人盗取卡内信息功能上存在漏洞；吴汉江使用银行卡时没有尽到谨慎义务，造成密码泄露；本案上诉人的P0S机未能识别复制卡亦是造成款项被盗刷的原因之一；根据各方当事人责任大小，对该105万元由建行新海航支行承担40％责任，本案上诉人、吴汉江各承担30％责任；判令本案上诉人向吴汉江偿还31.5万元及利息（利息计算方法为：以31.5万元为本金，自2011年12月23日起至本判决限定偿还之日止，按照中国人民银行同期活期存款利率计算），并承担受理费8550元。

上诉人根据上述判决，于2013年7月8日向海南省海口市美兰区人民法院交付执行款330455.94元。

本案原审庭审中，上诉人提供了三份江门市公安局江海分局经侦大队对上诉人珠宝店店长杨伟文的询问笔录复印件，笔录中，杨伟文承认有人事先承诺其好处费，让其帮忙在被上诉人的珠宝店完成刷卡购买黄金的交易；杨伟文并称被上诉人应知道是刷伪卡，因为在番禺区公安局来调查过后，被上诉人和杨伟文都担心刷卡的事被查，所以之后有刷卡买黄金的都要电话请示被上诉人。上诉人称笔录复印自上述吴汉江起诉案件的案卷，但并未加盖审理法院的档案材料证明印鉴。被上诉人确认当时杨伟文是被上诉人珠宝店店长，但不确认笔录及笔录中杨伟文所述的真实性。上诉人、被上诉人均称不清楚杨伟文是否被处以了刑事责任。被上诉人在庭审中提供了三份当时刷卡的转账交易凭证的复印件，在该三份转账交易凭证中，持卡人签名为“张宁”。被上诉人并确认该三次转账交易系由杨伟文操作。上诉人确认该三份转账交易凭证是当时伪卡交易的流水。上诉人并确认，刷卡时，POS机并不能显示真正持卡人的姓名。

上诉人在原审时的诉讼请求为：1、被上诉人郑顺发赔偿上诉人的损失330455.94元及从2013年7月8日起的利息（以330455.94元为本金，按照中国人民银行同期活期存款利率计算至清偿之日，暂计至2014年1月8日利息578.29元）；2、被上诉人郑顺发承担本案全部诉讼费用。

原审法院认为：根据（2013）海中法民二终字第73号民事判决，上诉人对吴汉江银行卡资金被盗刷承担30％责任系因其P0S机不能识别伪卡，法院并未认定其商户在交易时疏于审查刷卡人身份并因此加重上诉人承担责任的比例。即言，吴汉江银行卡资金被盗刷，上诉人只是因其自身过错而承担相应责任，并未因被上诉人的过错加重其责任或直接承担了被上诉人的过错责任。上诉人因其自身过错造成的损失，要求被上诉人承担，显然无理。当然，如被上诉人在交易前能够识别刷卡人并非真正卡主，并因此拒绝交易，当然可以避免盗刷的发生。但上诉人的POS机并不能显示真正卡主的姓名，也无证据证实当时刷卡人所持卡背面预留的并非“张宁”签名。因此，难以认定被上诉人未能识别刷卡人并非真正卡主存在过错。即使被上诉人在交易时确实未按《“财运通-转账机”终端安装协议书》约定操作，从而未能避免盗刷的发生，被上诉人仍无需对上诉人的POS机不能识别伪卡承担任何责任，该部分责任仍应由上诉人自行承担。否则，依此逻辑，被上诉人甚至建行新海航支行、吴汉江亦可主张，如上诉人的POS机能识别伪卡，则可避免盗刷的发生，因此要求上诉人承担被上诉人、新海航支行、吴汉江因自身过错承担的责任。综上所述，上诉人的损失应由其自行承担。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款的规定，判决如下：驳回上诉人广发银行股份有限公司广州华南支行的诉讼请求。本案受理费3133元，由上诉人广发银行股份有限公司广州华南支行负担。

上诉人广发银行股份有限公司广州华南支行不服原审判决，向本院提起上诉称：一、原审判决认定事实不清。第一，上诉人要求被上诉人承担的是被上诉人在伪卡交易中违规经营、店员与犯罪分子恶意串通，未按照双方签订的《“财运通-转账机”终端安装协议书》履行经营义务的违约赔偿责任。然而原审判决认为上诉人要求被上诉人承担的是pos机不能识别伪卡的责任，明显与上诉人主张不符。第二，银行卡跨行刷卡交易至少涉及持卡人、发卡行、特约商户和收单行四个民事主体，各民事主体按照各自之间所签订的协议、中国人民银行和银监会的规定以及中国银联制定的相关业务运作规章开展业务活动，履行权利义务，承担相应责任，因银行卡伪造后交易损失产生的纠纷，应当根据违约或侵权行为的过错情况，确定各个主体的责任。海口中院在对案涉银行卡进行审理时，仅对持卡人、发卡行和上诉人（收单行）之间的法律关系进行了审理，并未对被上诉人（特约商户）的违约或侵权情况进行审理并作出认定，而原审判决却据此作出上诉人所承担的责任完全系自身过错造成、要求被上诉人承担责任没有理由的认定，在未根据《“财运通-转账机”终端安装协议书》查明被上诉人是否存在违约行为的情况下直接剥夺了上诉人依法追偿的权利，原审判决明显认定事实不清。二、上诉人因被上诉人的违约行为而遭受损失事实清楚，要求被上诉人承担赔偿责任有理有据。原审判决没有认清上诉人要求被上诉人承担的是违约赔偿责任，没有查明被上诉人的违约事实。第一，上诉人根据广东省高级人民法院的《广东省高级人民法院关于审理伪卡交易民事案件工作座谈会纪要》、双方签订的《“财运通-转账机”终端安装协议书》要求被上诉人承担赔偿责任，该诉讼请求有法律、合同依据。1、根据《广东省高级人民法院关于审理伪卡交易民事案件工作座谈会纪要》第16点规定，在特约商户被上诉人对伪卡交易存在违约及侵权等过错的情况下，广发行有权追究商户经营者被上诉人的责任，要求其赔偿全部损失。2、涉案交易中，被上诉人不仅未对伪卡特征明显的银行卡尽到辨别并拒绝刷卡的合同义务，其店长反而与犯罪份子内外串通，进行盗刷，并直接导致上诉人遭受损失，因此根据《“财运通-转账机”终端安装协议书》第三条、第四条的约定，上诉人有权要求被上诉人赔偿全部的经济损失。第二，被上诉人店长与犯罪分子内外勾结，导致发生盗刷交易，作为特约商户违反了《“财运通-转账机”终端安装协议书》约定的辨别伪卡的义务，应当承担违约赔偿责任，赔偿上诉人的全部经济损失。1、《“财运通-转账机”终端安装协议书》第三条第四款约定，被上诉人在使用终端机进行转账时，应当对银行卡的表面特征进行辨别，如系伪卡应拒绝刷卡，如卡背面无签名，应当核实持卡人的身份证。根据海口市美兰区法院、海口市中院的判决，涉案交易使用的是伪卡。因银行卡系人民银行委托特定机构生产，每一张银行卡表面的卡号均是唯一的，即使持卡人所使用的伪卡是建设银行的，但伪卡卡号绝对不可能与交易帐户一致，伪卡交易行为明显，但被上诉人未对交易的银行卡进行识别，违反了合同的约定。2、被上诉人不仅未尽到辨别伪卡、拒绝盗刷的义务，其店长杨伟文反而与犯罪分子内外勾结。根据犯罪嫌疑人梁星辉、杨伟文讯问笔录供述，被上诉人的店长杨伟文在明知梁星辉团伙所持的银行卡为伪卡的情况下，为获得非法收入，不仅未对使用的伪卡进行辨别、禁止，反而与犯罪分子内外勾结，积极备货，在明知涉案交易的交易时间频密、交易金额巨大且均为整数等不合常理的情况下，仍配合完成盗刷行为。被上诉人作为珠宝店的经营者，在公安机关明确提示防范伪卡盗刷风险后，明知涉案交易为伪卡交易的情况下对盗刷行为放任不管，直接导致盗刷事件的发生，被上诉人在盗刷事件中存在明显过错，违反了合同义务。第三，被上诉人店长与犯罪分子内外勾结，盗取持卡人款项的行为也违反了中国人民银行制定的《银行卡收单业务管理办法》的有关规定，作为特约商户应承担赔偿责任，赔偿上诉人的全部损失。中国人民银行制定的《银行卡收单业务管理办法》第十二条第二款的规定，特约商户应按规定使用受理终端（即pos机），不得从事或协助他人从事非法活动。第四，本案被上诉人违约事实清楚，给上诉人造成了损失，应根据民法通则第一百零六条和第一百一十一条、合同法第一百零七条的规定，中国人民银行制定的《银行卡收单业务管理办法》第十二条第二款的规定以及广东省高级人民法院的《广东省高级人民法院关于审理伪卡交易民事案件工作座谈会纪要》第16点的规定，判决被上诉人承担赔偿责任。上诉请求：1、依法撤销广州市番禺区人民法院（2014）穗番法民二初字第198号民事判决，改判被上诉人赔偿上诉人的损失330455.94元及从2013年7月8日起至清偿之日止的利息（按照中国人民银行同期活期存款利率计算）；2、被上诉人承担本案一、二审诉讼费用。

被上诉人郑顺发答辩称：原审法院认定事实清楚，适用法律正确，请求驳回上诉人的上诉请求，维持原判。

经审理，双方当事人对原审法院查明的事实均无异议，本院予以确认。

二审中，上诉人向本院提供以下证据：1、（2012）穗增法刑初字第1288号刑事判决书，证实梁星辉《讯问笔录》所述属实，涉案损失是被上诉人经营管理失职、未履行特约客户审慎经营义务造成。2、（2012）江海法刑初字第134号刑事判决书，证实杨伟文《询问笔录》、《讯问笔录》所述属实，杨伟文作为被上诉人的店长利用被上诉人经营管理不善，串通犯罪，构成洗钱罪，被上诉人违反了与上诉人之间的协议，存在违规经营、洗钱等严重风险行为。3、上诉人向海口市美兰区人民法院调取原审提交的几份询问笔录（加盖有海口市美兰区人民法院材料专用章）：梁星辉2012年3月15日《讯问笔录》、杨伟文的悔过书、杨伟文2012年2月7日《询问笔录》、杨伟文2012年2月7日《讯问笔录》（第一次）、杨伟文2012年2月10日《讯问笔录》（第二次）、杨伟文2012年2月20日《讯问笔录》（第三次）、杨伟文2012年3月13日《讯问笔录》。

本院认为：本案中，上诉人要求被上诉人承担违约赔偿责任，因此，本案的争议焦点为上诉人在吴汉江银行卡资金被盗刷案承担30%责任的损失是否因被上诉人的违约行为而造成。上诉人与被上诉人签订的《“财运通-转账机”终端安装协议书》约定，被上诉人对银行卡的表面特征进行辨别，对伪卡特征明显的银行卡，被上诉人应拒绝刷卡，被上诉人核对交易回执上的签名必须与该银行卡背面预留签名的名字及笔迹相符；被上诉人与持卡人串通诈骗银行资金，非法套现、牵涉欺诈或诋毁，损害上诉人声誉的，上诉人有权终止本协议，由此产生的经济损失由被上诉人承担，上诉人有权要求被上诉人承担相关的违约责任等。本案中，上诉人二审提供证据用于证明被上诉人的店长与犯罪分子串通实施伪卡交易，被上诉人违反协议约定，违规经营等，本院对上述证据的真实性、合法性予以确认，从本案已查明的事实及上述证据均可看出，被上诉人雇请的店长为了获取好处费，协助犯罪分子盗刷银行卡，但该店长的刷卡行为属履行职务行为，其行为后果由被上诉人承担。被上诉人用人失察、管理不善，未依据《“财运通-转账机”终端安装协议书》约定对银行卡的表面特征进行辨别，未尽审慎义务，其工作人员与犯罪分子串通，违反上诉人与被上诉人签订的《“财运通-转账机”终端安装协议书》约定，导致涉案银行卡盗刷成功，以致上诉人在吴汉江银行卡资金被盗刷案承担30%责任的损失，故被上诉人应向上诉人承担违约责任，对上诉人的损失承担主要责任。虽然（2013）海中法民二终字第73号民事判决未认定本案被上诉人的过错，但该案审理的是持卡人与银行之间的法律关系，该案未认定商户责任，并不妨碍上诉人在对持卡人承责后，依照其与被上诉人之间的法律关系向被上诉人主张赔偿。由于上诉人作为专业金融机构，应承担提高风险防范能力、不断完善技术设备的职责，本案中，上诉人的POS机未能识别伪卡，因此，上诉人对其损失自行承担次要责任。综上，被上诉人应对上诉人的损失承担70%的责任，其余30%的损失由上诉人自行承担，被上诉人按330455.94元的70%向上诉人赔偿231319.15元，并支付利息（利息自2013年7月8日起，以231319.15元为本金，按中国人民银行同期活期存款利率计付）。

综上所述，原审判决认定事实错误，本院依法予以纠正。上诉人的上诉理由部分成立，本院依法予以支持，对不成立部分，依法予以驳回。依照《中华人民共和国合同法》第八条、第一百零七条，《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第（二）项的规定，判决如下：

一、撤销广州市番禺区人民法院（2014）穗番法民二初字第198号民事判决；

二、被上诉人郑顺发在本判决送达之日起十日内向上诉人广发银行股份有限公司广州华南支行赔偿损失231319.15元及利息（自2013年7月8日起至本判决确定支付之日止，以231319.15元为基数，按中国人民银行同期活期存款利率计付）；

三、驳回上诉人广发银行股份有限公司广州华南支行的其他诉讼请求。

如果未按本判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。

一审案件受理费3133元，由上诉人广发银行股份有限公司广州华南支行负担939.90元，由被上诉人郑顺发负担2193.10元；二审案件受理费6266元，由上诉人广发银行股份有限公司广州华南支行负担1879.80元，由被上诉人郑顺发负担4386.20元。

本判决为终审判决。

审　判　长　　谢欣欣

代理审判员　　吴　湛

代理审判员　　蔡雅红

二〇一四年九月十二日

书　记　员　　赵艳华

李晓婷