



应用法学研究丛书

MINSHANGSHI SHENPAN
SHIJIAN YU CAIPAN SIWEI

民商事审判 实践与裁判思维

杨宗仁 主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



应用法学研究丛书

MINSHANGSHI SHENPAN
SHIJIAN YU CAIPAN SIWEI

民商事审判 实践与裁判思维

杨宗仁 主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

民商事审判实践与裁判思维 / 杨宗仁主编. —北京:
法律出版社, 2013. 8

ISBN 978 - 7 - 5118 - 5219 - 9

I. ①民… II. ①杨… III. ①民事诉讼—审判—研究—中国 IV. ①D925.118.24

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 183987 号

民商事审判实践与裁判思维
杨宗仁 主编

编辑统筹 法律应用出版分社
策划编辑 程 岳
责任编辑 程 岳
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 固安华明印刷厂
责任印制 翟国磊

开本 720 毫米×960 毫米 1/16
印张 26.5
字数 510 千
版本 2013 年 9 月第 1 版
印次 2013 年 9 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-5219-9

定价:58.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

《应用法学研究丛书》

编 委 会

编委会主任:杨宗仁

编委会副主任:陈昌盛

编委会成员:杨宗仁 陈昌盛 陈树良 林辉芳
邝子球 曾超宇 尹振宇 刘锐锋
陈东超 陈 斯 陈 葵 罗念卫

《民商事审判实践与裁判思维》

主 编:杨宗仁

执行编辑:程春华 何 妍

序 言

十年岁月峥嵘,十载耕耘不辍。从2001年开始,东莞市两级法院就确立了“构建学习型法院、培养专家型法官”的建院目标,将加强法官的正规化、专业化和职业化作为队伍建设工作的重中之重。多年来,东莞市两级法院通过开展全员岗位培训,开设“法官论坛”、“院长论坛”、“旗峰论坛”,建立青年法官导师制,建立审判业务专家制度等多种途径提高法官的司法能力和司法水平。2012年,东莞市中级人民法院又专门设立了具有独立社团法人资格的应用法学研究会,旨在加强审判理论和应用法学研究,培养专家型法官,为一线法官进行法学理论与业务交流搭建一个更为宽广的平台。

调查研究是人民法院的基础工作,是化解审判难题、提高审判质效、提升司法能力、促进人民司法事业科学发展的重要途径。东莞毗邻港澳,处于改革开放的前沿,审判实践中新类型案件层出不穷,重大疑难案件时有发生,为调研工作提供了培育的土壤和思考的源泉。东莞市两级法院每年收结案数量约占广东全省法院收结案数量的十分之一。特别是从2009年开始,东莞市两级法院每年受理案件数量都超过10万件,2009年法官人均结案峰值为383.3件,位居全国前列。2012年,东莞市两级法院共受理各类案件109513件,审结104397件;法官人均结案219.32件,连续六年位居全省第一。多年来,东莞法院干警始终坚持“围绕审判强调研,加强调研促审判”的理念,在公正高效完成审判工作的同时,坚持从实践中总结研究。东莞法院三次中标最高人民法院重点课题,许多优秀的调研成果,也发表在核心期刊或获得各类学术论文评比奖项。近三年来,东莞两级法院在全国法院系统学术论文研讨会评比中获得一次一等奖,四次二等奖,二次三等奖。

《民商事审判实践与裁判思维》一书就是选取了近10年来在民商事审判领域东莞市两级法院干警获奖和发表的优秀调研文章汇编成集,共38篇。这些文章或在全国法院系统学术研讨会评比中获奖,或在核心期刊发表,或为最高法院重点课题成果,内容紧贴基层法院民商事审判司法实践,数据详实,论证有力,观点中肯,具有一定的理论创新性和司法实践指导性,反映出东莞法院干警的理论研究和实践创作能力。

《民商事审判实践与裁判思维》一书是东莞法院建设学习型法院的成果展现。由于干警们日常工作繁忙,对于部分理论的研究尚不够深入,一些观点仍然值得商榷,我们诚恳的希望得到各位同行们的指正。

杨宗仁
2013年7月

目 录

一、实 体 篇

论信用卡冒用损害赔偿的法律机理

——以交易流程和法律关系为视角 林辉芳 杨 磊 / 3

公司僵局之司法破解

——一种以诉讼为进路的纠纷解决模式 陈 斯 / 14

按份共有人优先购买权的理论与实务探析 戴俊勇 / 27

动产质押监管业务的法律探析 周金亮 李少娟 / 37

保证金账户可以特定化并构成货币质押

——中国农业银行东莞分行高埗支行案外人异议案

评析 毋爱斌 陈渭强 刘晓宇 / 45

限制与自由:不动产抵押物转让的规则选择

——兼谈《物权法》第 191 条的立法局限 崔志伟 范敦强 / 52

广东楚天龙智能卡有限公司诉深圳市易达货运服务有限公司货运合同纠纷案件

——谈货运合同中的托运人告知义务及赔偿限额条款 杜新春 邓鹤飞 / 62

追续权的理论基础和制度构建 丁丽瑛 邹国雄 / 71

道路交通安全法实施后道路交通事故损害赔偿案件审理的新变化 陈东超 / 85

关于机动车保险合同案件审理中的若干问题浅析 卢健如 谢佳阳 / 95

《劳动法》第 82 条之适用

——论劳动争议案件的诉讼时效 彭书红 / 103

对贞操权应给予民法保护 段 勇 冯鼎臣 / 112

车辆在停车场所丢失、毁损的责任认定	段雅荣 / 117
专利侵权的等同判定及其限制	杜志强 程方伟 / 124
专利法规定惩罚性赔偿的必要性研究	陈泽勇 / 137
保险案件中不真正连带债务的承担	何庆宜 谭伟明 / 143
论“三来一补”企业的法律风险及其制度完善	张善华 何 飞 / 147
“三来一补”企业的诉讼主体地位及责任承担问题的法律分析	姚渠旺 毛德龙 王顺颜 / 157
浅谈台商隐名投资权益的保护	香玉芳 / 167

二、程序篇

民事程序简易化的理论透视与制度建构

——以司法效率为核心的分析	陈国辉 程方伟 / 177
---------------------	---------------

权力制衡与制度完善

——以民事抗诉程序之运行为例	陈 斯 / 192
----------------------	-----------

论繁简分流与快速处理机制

——以一个基层法院的司法运作为样本	陈 葵 黄秀莉 陈志良 / 206
-------------------------	-------------------

论民事诉讼举证责任转移的正当性及其制度构建	程春华 / 217
-----------------------------	-----------

论担保物权实现特别程序构造

——兼评新修订《民事诉讼法》第196、197条之适用	姚勇刚 毋爱斌 / 228
----------------------------------	---------------

论举证责任分配、举证责任倒置与举证责任转移

——以民事诉讼为考察范围	程春华 / 234
--------------------	-----------

诉权的配置与拓展

——以不正当竞争诉讼为视角	陈晓艳 / 248
---------------------	-----------

城乡二元结构下的民事调解

——对一宗交通事故调解案的分析	谢锐勤 / 260
-----------------------	-----------

基层法院民事诉讼合议庭运作之实证研究	毛德龙 陈九波 / 271
--------------------------	---------------

关于完善合议庭运作机制的理性思考	尹国辉 龚国柱 / 286
------------------------	---------------

寻找诉权的平衡

——论虚假诉讼的法律控制 黄彩华 / 294

类型匹配:为纠纷解决选配合适的程序

——以强化法院分流纠纷功能为视角 黄 琪 / 305

东莞劳动争议诉讼程序调查报告 东莞市中级人民法院课题组 / 319

三、其 他 篇

探寻司法公正错位需求下司法公信力的回归与提升路径 杨宗仁 / 335

试论执行监督机制的缺陷及其突破

——以“见证执行”为例 罗念卫 张向平 / 347

论案外人异议之诉的实用主义立场

——基于广东东莞两级法院司法实践的思考 邓晓红 何 芃 / 357

能动与协同:社区法官制度的东莞模式 高一飞 梁振彪 / 370

当司法遭遇“围观”

——论微博对司法的影响及其回应 黄彩华 / 389

从案件指导到案例指导

——“同案不同判”公信化进路选择 肖晟程 / 401

一、实体篇

论信用卡冒用损害赔偿的法律机理*

——以交易流程和法律关系为视角

林辉芳 杨 磊**

信用卡是指由商业银行向社会公开发行的,赋予持卡人在一定的信用额度内先消费后还款的支付工具。中国人民银行《银行卡业务管理办法》第6条规定,信用卡分为贷记卡和准贷记卡。^[1] 根据国际通行标准,真正意义之信用卡指无须事先存入金额,仅依银行授信额度即可透支消费的信用卡,即贷记卡。^[2]

因其便捷和高效,信用卡已成为民众广泛接受的支付工具,但相关法律纠纷也日益增多。特别是因信用卡遗失、盗抢而被他人冒用消费,造成持卡人财产损失の場合,以何种规则填补损害,公平分配损失,实现对持卡人的救济,是司法实践的难题。法院常困惑于交易各方交错复杂的法律关系,在适用法律方面捉襟见肘。是否应将发卡行、银行卡清算组织纳入诉讼,持卡人与特约商户之间属何种法律关系,发卡行、银行卡清算组织和其他机构是否应承担责任,其性质是违约责任还是侵权责任,应适用何种归责原则,其承担比例应如何确定,等等,都是处理此类纠纷必须解决的问题。从目前已形成的判决来看,各法院一般会支持持卡人的诉讼请求,但同时面临着败诉方高居不下的上诉率。另外,各法院在援引法律、确定责任分担等方面存在较大差异,裁量

* 本文发表于《法律适用》2010年第7期。

** 林辉芳,东莞市中级人民法院副院长;杨磊,最高人民法院赔偿办书记员。

[1] 准贷记卡,是指持卡人须依发卡行的要求,先存入一定备用金,而当备用金余额不足以支付时,可在发卡行所赋予持卡人的信用额度内予以透支的信用卡。

[2] 全国人大常委会在2004年12月29日关于《刑法》有关信用卡规定的解释中认为:《刑法》规定的“信用卡”,是指由商业银行或者其他金融机构发行的具有消费支付、信用贷款、转账结算、存取现金等全部功能或者部分功能的电子支付卡。该解释与中国人民银行《银行卡业务管理办法》关于“银行卡”的定义类同,其概念外延超过信用卡。本文所称信用卡,与此解释不同。

空间过大,尺度亦未统一。甚至有时候相同的案件在不同的法院会得出完全不同的判决结果。^{〔3〕}这说明,裁判者在信用卡交易流程、相关各方法律关系、交易风险分配和利益平衡等方面,缺乏清晰认识。本文试图通过厘清信用卡交易主体和交易流程,确定各方法律关系,寻求持卡人冒用损害赔偿的请求权基础及其法律机理。

一、信用卡交易参与主体、交易流程及各方法律关系

(一)信用卡交易参与主体

1. 发卡人。其是指向社会公众开办信用卡业务的商业银行和其他机构。根据中国人民银行《银行卡业务管理办法》第13条的规定,目前我国仅有符合相关条件的商业银行可以办理信用卡业务,排除了其他机构发行信用卡的可能,故下文均以发卡行称之。

2. 持卡人。其是指符合商业银行信用卡申领条件,与商业银行签订信用卡领用合约,同意遵守信用卡章程,合法持有信用卡的自然人或组织。

3. 特约商户。其是指与发卡行或收单机构签有商户协议,受理信用卡支付的个人、公司或其他组织。

4. 收单机构。其是指与特约商户签约并向该商户承诺支付持卡人交易款项的金融机构以及有资质的专业化收单机构。发卡人、其他商业银行和专业化收单机构均可以成为信用卡交易中的收单机构。收单机构定期与特约商户就信用卡交易进行结算,向其先行支付交易款项,之后再向发卡人提出请款,完成清算。

5. 银行卡清算组织。其是指提供银行卡包括信用卡跨银行信息交换和清算服务的法人。中国银联股份有限公司(中国银联)是我国专门从事人民币银行卡跨行信息交换和清算服务的组织。

另外,在信用卡交易流程中,还有商户收单业务第三方服务商的参与。第三方服务商是承包收单机构非核心业务的法人企业。^{〔4〕}收单机构对发包给第三方服务商非核心业务的风险予以最终承担,故以外部关系观之,收单业务第三方服务商与收单机构实为同一方。^{〔5〕}

(二)信用卡交易流程

首先,持卡人即消费者与特约商户达成买卖或消费合同,持卡人履行支付价金的

〔3〕 何颖:“信用卡冒用案件中特约商户赔偿责任承担的困境与出路”,载《政治与法律》2009年第12期。

〔4〕 第三方服务商主要提供商户拓展与服务、终端布放与维护、交易接入等服务。

〔5〕 以上信用卡交易流程参与主体的解释,参考中国人民银行《关于规范和促进银行卡受理市场发展的指导意见》(2005年6月16日)第1条第(1)项的定义。

义务,用信用卡在特约商户的刷卡机(POS机)^[6]上刷卡支付。POS机读出持卡人信用卡所记录的信息,并将其发送到与特约商户签订合作协议的收单机构,^[7]要求付款授权。收单机构将该信息连接到中国银联(银行卡清算组织,金融信息交换和清算中心)。中国银联收到信息后,再将信息传送给发卡行。发卡行经过审核持卡人的信息,确定其信用状态,然后决定是否授权付款。如果发卡行决定授权批准,则其授权确认信息沿来路返回到特约商户的POS机。特约商户得到授权信息之后,POS机打印交易单据,交持卡人签单确认,最终双方完成交易。

(三)信用卡交易各方法律关系

1. 持卡人与发卡行之间。持卡人与发卡行签订信用卡领用合约,同意遵守发卡行信用卡章程,双方形成信用卡领用合同关系。^[8]对于信用卡领用合约的性质,各方观点不一,有消费寄托合同说、消费借款合同说、交互计算合同说、委任合同说以及混合合同说等。笔者认为,合同性质应由其主权利义务关系所决定。个人短期消费信贷和委托支付,是发卡行和持卡人签订信用卡领用合约的主要目的所在,且信贷和支付两方面的内容不存在吸收关系,属典型的混合合同。^[9]另外,信用卡领用合约和信用卡章程具有定型化契约的特点,持卡人仅得以附和是否签订合同,属格式合同,其格式条款应受《合同法》相关规定的规制。而信用卡年费条款的设计,使之成为有偿服务,符合有偿契约之特征。至于部分信用卡所包含的其他衍生业务或附随担保机制,并不构成信用卡领用合约的主要方面,非该合同定性之依据。另外,关于信用卡领用合约和信用卡章程之间的关系,因信用卡章程须报中国人民银行总行审批,故一般认为章程的法律效力高于领用合约。信用卡章程的规定较为抽象,其具体事项由信用卡领用合约所约定。“合约+章程”共同构成发卡行与持卡人之间信用卡领用合同的基础性法律文件。根据合同必须信守的原则,各方对合同的约定应遵守履行。

2. 持卡人与特约商户之间。在正常刷卡消费的情况下,持卡人与特约商户之间成立买卖或消费合同关系。但持卡人使用信用卡支付款项,是否构成另外一种独立的信用卡交易合同关系,却有疑义。有观点认为,持卡人用信用卡刷卡消费,其与特约商户之间形成“信用卡合同”关系。该观点混淆了合同与合同履行方式的区分。刷卡消费仅为持卡人履行买卖或消费合同支付义务的具体形式,并不因此与特约商户成立所谓

[6] 特约商户安装的刷卡机即POS机(Point of Sales),其主要任务是对商品与媒体交易提供数据服务和管理功能,并进行非现金结算。

[7] 收单机构有可能是发卡行,也有可能是开办收单业务的其他商业银行。

[8] 发卡行和持卡人建立信用卡领用合约法律关系的模式有两种:一种是合约+章程的模式,发卡行和持卡人均受合约和章程的约束;另一种是单一信用卡领用合约的模式,主要为发达国家所遵行。

[9] 陈俐茹:“论信用卡交易制度及其法律关系”,载《比较法研究》2004年第5期。

“信用卡合同”。^[10] 在信用卡被冒用的情况下,持卡人得以向冒用人请求损害赔偿并无疑义。但持卡人与特约商户此时为何种法律关系,却值深思。若认定特约商户违反合同义务,则该合同具体所指为何?假如是冒用人所履行的合同,一则合同主体并非持卡人,二则该合同已实际履行完毕。持卡人除向发卡行依信用卡领用合约及其章程进行抗辩外,对特约商户并无合同依据可予主张。但是,若对特约商户受理信用卡支付的行为予以解释,认定其因受理信用卡支付而应对不特定之持卡人负有义务,则可以形成一种法律上的利益保护关系。只要特约商户违反此义务而使持卡人遭受损害,则负有赔偿责任。^[11]

3. 持卡人与收单机构之间。在整个信用卡交易流程中,持卡人与收单机构看似“八竿子打不着”,但通过特约商户、发卡行和银行卡清算组织,持卡人的信用卡支付利益与收单机构在信用卡信息传递、商户培训和收单垫款等行为上有牵连。收单机构和特约商户在合同中一般约定有受理信用卡支付培训的内容,收单机构履行该义务的状况与持卡人的利益有相当程度的关系。若收单机构对特约商户的上述义务被立法者、司法者确定、延伸或解释为对保护持卡人利益有密切联系,^[12] 则收单机构违反该义务而造成持卡人损失的,纵然没有直接行为,亦有可能对其承担赔偿责任。此类类似于侵权法上的纯粹经济损失(pure economic loss),^[13] 此时双方可能构成侵权之债的关系。

4. 发卡行、收单机构与特约商户之间。特约商户受理信用卡支付业务,并不必然与发卡行直接发生法律关系。特约商户可自主选择其他商业银行或专业机构作为收单机构。因此,此处必须区分两种情况:第一,在发卡行同为收单机构时,特约商户与发卡行签订协议,受理持有其信用卡的个人、公司或其他组织的信用卡业务,并向发卡人(收单机构)请求付款,双方成立以信用卡特约商户和信用卡收单支付为主要内容的合同关系;第二,在发卡行与收单机构不同一时,特约商户仅与收单机构成立以信用卡收单支付为内容的合同关系。若特约商户与发卡行有商户协议,则它们之间仅成立以特约消费为主要内容的特约商户合同关系,并无收单支付的内容。

[10] 有学者以“信用卡交易的法律性质”来描述持卡人与特约商户之间的关系。笔者认为,该观点未区分信用卡交易的多重性,信用卡交易并不仅指持卡人和特约商户之间;另外,该观点未厘清信用卡交易的主体和流程,混淆了交易相对方的法律关系和交易行为的法律性质。

[11] 英国学者温菲尔德认为:“侵权行为的责任系由违反法律事先规定的义务引起,此种义务针对一般公民而言,违反此种义务的补救办法,就是对未清偿的损害赔偿的诉讼。”转引自王利明:“侵权行为概念之研究”,载《法学家》2003年第3期,第62页。

[12] 中国人民银行《银行卡联网联合业务规范》(2001年4月15日实施)第二章第2.1条规定,“收单行有义务做好商户的培训和再培训工作……”

[13] 张新宝、张小义:“论纯粹经济损失的几个基本问题”,载《法学杂志》2007年第4期,第15页。

5. 发卡行、收单机构、特约商户、持卡人与银行卡清算组织之间。银行卡清算组织与发卡行、收单机构、特约商户签订合作协议,不但能为后者提供金融信息交换与清算服务,更使不同的发卡行、收单机构和特约商户享受整个银行卡清算组织系统内跨行跨地区支付的便利,扩大了每一方主体的市场份额。实践中,特约商户、收单机构和银行卡清算组织常以签订三方合同的形式,整合了信用卡收单支付、金融信息交换与清算服务以及特约商户信用卡受理培训的内容,并详细约定各方的权利义务。^[14]因此,发卡行、收单机构、特约商户与银行卡清算组织之间成立金融信息交换和联网清算支付的合同关系。至于持卡人与银行卡清算组织之间是否有合同的存在,持卡人因信用卡跨行跨地区支付所享受的便利,乃因发卡行、收单机构与银行卡清算组织的合同所赐,发卡行、收单机构、特约商户与银行卡清算组织之间的合同,客观上使持卡人受益的,并不构成“第三人利益契约”。因为在上述合同中,并没有约定该清算组织向持卡人直接给付的内容,其与银行卡清算组织之间并无合同关系。即便银行卡清算组织在与特约商户、收单机构的合同中约定了有关商户培训的内容,与持卡人的利益相关,但因其内部性,持卡人以第三人之身份无从提出主张。^[15]

二、信用卡冒用损害赔偿的请求权基础

信用卡冒用行为与冒用损害之间的因果联系直接明确,持卡人与冒用人之间就构成侵犯财产权的债权债务关系,并得向冒用人主张损害赔偿。若信用卡冒用纠纷仅限于此,则法院不用下太多功夫,依法裁判即成。但冒用人常难寻找。即便是冒用人因信用卡诈骗触犯刑律而锒铛入狱,此时持卡人损失亦无法得到完整、及时的救济。特约商户和发卡行的存在,为持卡人提供了一个观念正当、确定存在、资力雄厚,且得随时提出主张的请求对象。可不论持卡人向谁主张信用卡冒用损害赔偿,须有其请求权基础,即“谁得向谁,依据何种法律规范,主张何种权利”的问题。^[16]

(一)信用卡冒用损害赔偿的请求对象

1. 持卡人之于发卡行。持卡人与发卡行签订信用卡领用合约,同意遵守信用卡章程,故双方须及时、完整、诚信地履行信用卡合同。若信用卡冒用损害结果的发生与持

[14] “特约商户受理中国银联股份有限公司广东分公司 POS 业务协议书”,载 <http://x.soso.com/cgi-bin/show>,最后访问日期:2010年5月5日。

[15] 虽然中国人民银行、中国银行业监督管理委员会提出,“中国银联应联合各会员机构开展……特约商户收银员培训”。但该规定是强调中国银联及其会员机构应联合防范相关风险,而非针对中国银联所规定的一项法定义务。《中国人民银行、中国银行业监督管理委员会关于防范信用卡风险有关问题的通知》(2003年3月8日发布)第3条第4项。

[16] 王泽鉴著:《法律思维与民法实例》,中国政法大学出版社2001年版,第50页。

卡人或发卡人一方的违约行为有因果联系,违约方则应向对方承担违约责任,或由自己承担信用卡冒用的损失。^[17]实际上,信用卡领用合约中抗辩阻断等格式条款的存在,限制了持卡人的抗辩权,使其难以依据该合同关系向发卡行主张损害赔偿或不予返还欠款。必须承认,抗辩阻断条款的存在有其合理性。没有抗辩阻断的机制,信用卡便不能发挥其便捷、高效的特点,任意的抗辩也将使其与现金交易并无二致。此中道理,与票据行为和信用证支付的独立性异曲同工。对此,中国人民银行《银行卡业务管理办法》第54条第(4)项规定,持卡人不得以和商户发生纠纷为由拒绝支付所欠银行款项。该项规定是否符合实质正义暂且不论。至少从持卡人向发卡行提出请求的角度而言,确实缺乏合同权利与规范性文件的支持。对于发卡行,持卡人唯一的机会来自于法院对格式条款的审查。但是,这种司法审查行为,也把相关立法和解释的风险转移到法官的身上。笔者认为,对信用卡领用合约格式条款的审查,必须探知信用卡合同条款约定内容的真实意思,必须考虑相关规范性文件对此类条款规定的背景和目的,必须平衡金融秩序的安全、稳定与持卡人的合法权益,同时还要考虑减轻法院探明当事人内心真实意思的工作压力。适宜采取客观、简化、明确的方法予以认定,不得随意扩大适用《合同法》关于格式条款的规制条文。若持卡人和发卡行对其有不同理解,需依《合同法》予以审查的,应查明发卡行在签订合同时是否已向持卡人明确说明。持卡人在合约上签名确认的,应视其同意该格式条款的内容。

2. 持卡人之于特约商户。在信用卡交易流程中,只有特约商户才是对信用卡予以现实审查的主体。其他如收单机构、银行卡清算组织和发卡行,只是对信用卡记录信息的间接传递与核对。因此,特约商户是信用卡支付审查在时间性、现实性上最重要的环节。对特约商户课以法定审查义务,对信用卡的安全支付有着关键意义。对此,中国人民银行《信用卡业务管理办法》第43条曾对此予以详细规定,但因其条文陈旧,落后于时代,现已失效。目前,中国人民银行《银行卡联网联合业务规范》第七章第5.2.2.1条“受理卡的审核”,更新了特约商户的审查义务体系。其他相关规定散见于中国人民银行、中国银行业监督管理委员会《关于防范信用卡风险有关问题的通知》等规范性文件当中。上述部门规章和规范性文件所确立的特约商户审查义务,应作为评判特约商户在受理信用卡支付上有无违反法定义务行为的标准。特约商户已按上述规定履行其审查义务的,无须对信用卡的冒用向持卡人承担赔偿责任。特约商户未按上述规定履行审查义务的,应向持卡人承担赔偿责任。另外,特约商户与收单机构、银行卡清算组织签订的合作协议中,一般约定了特约商户信用卡受理审查、POS机的安全维护和收银员业

[17] 最典型者如挂失条款。挂失条款分配了持卡人和发卡行在信用卡遗失后的冒用风险。