
内部交流刊物

法律资讯汇编

(2015 年第二期)

上海王岩律师事务所
2015 年 3 月

目录

民事诉讼法司法解释要点解读	1
最高人民法院关于全面深化人民法院改革的意见	3
电子银行法律风险的几个问题.....	13

民事诉讼法司法解释要点解读

最高人民法院2月4日召开新闻发布会,公布《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》。该司法解释共分23章、552条,自2015年2月4日起实施。

2012年8月31日,全国人大常委会审议通过了修改民事诉讼法的决定,修改后的民事诉讼法自2013年1月1日起施行。最高人民法院高度重视修改后民诉法的贯彻实施,修改决定通过后立即着手进行民事诉讼法司法解释的起草工作,经过历时两年的起草、论证等工作,通过了该解释。

一、依法保护起诉权,民事诉讼实行立案登记

最高人民法院审判委员会专职委员杜万华介绍,司法解释主要从以下几个方面作了进一步完善:

司法解释规定,人民法院接到当事人提交的民事起诉状时,对当场不能判定是否符合起诉条件的,应当接收起诉材料,并出具注明收到日期的书面凭证。需要补充必要相关材料的,人民法院应当及时告知当事人。在补齐相关材料后,应当在7日内决定是否立案;

同时,细化规定第三人撤销之诉、案外人申请再审之诉、执行异议之诉案件、当事人申请再审案件的适用条件、审理程序、审理方式以及救济途径等,以防止有关救济程序制度之间重复交叉,为当事人实现诉讼救济提供明确的途径指引。

二、被执行人失信将向其单位及征信机构通报

修改后的民事诉讼法在总则部分增加了民事诉讼应当遵循诚实信用原则的规定,在分则部分增加了禁止虚假诉讼、规避执行的规定,并修改提高了对妨害民事诉讼行为的罚款上限,加大了制裁力度。

为促进诉讼诚信,司法解释明确对诉讼参与人或者其他人员冒充他人提起诉讼或者参加诉讼,证人签署保证书后作虚假证言等违反诚信原则的行为进行处罚;打击当事人之间恶意串通,企图通过诉讼、调解等方式损害他人合法权益的行为;证人拒绝签署保证书的,不得作证,并自行承担相关费用;对被执行人不履行法律文书确定的义务的,人民法院除对被执行人予以处罚外,还可以根据情节将其纳入失信被执行人名单,将被执行人不履行或者不完全履行义务的信息向其所在单位、征信机构以及其他相关机构通报。

三、提起民事公益诉讼需满足四条件

修改后民事诉讼法增加了公益诉讼制度。司法解释对此作出了以下规定:

有关机关和组织提起公益诉讼的，除了符合民事诉讼法有关规定，还应当同时符合下列条件：有明确的被告；有具体的诉讼请求；有社会公共利益受到损害的初步证据；属于人民法院受理民事诉讼的范围和受诉人民法院管辖；

公益诉讼案件可以和解、调解，但人民法院应当将和解或者调解协议进行公告；

公益诉讼案件的裁判发生法律效力后，其他依法具有原告资格的机关和有关组织就同一侵权行为另行提起公益诉讼的，人民法院裁定不予受理，但法律、司法解释另有规定的除外。

四、短信微博网聊记录等可作为“呈堂证供”

司法解释明确，视听资料包括录音资料和影像资料可作为证据：电子数据是指通过电子邮件、电子数据交换、网上聊天记录、博客、微博客、手机短信、电子签名、域名等形成或者存储在电子介质中的信息。存储在电子介质中的录音资料和影像资料，适用于电子数据的规定。据此，网上聊天记录、微博客、手机短信等形成或者存储在电子介质中的信息都可以视为民事案件中的证据。

五、银行卡纠纷等九类小额诉讼一审终审

修改后的民事诉讼法完善了简易程序，规定了实行一审终审的小额诉讼制度，银行卡纠纷、水电气热合同纠纷等 9 类金钱给付案件可适用小额诉讼，实行一审终审，而涉外民事纠纷、知识产权纠纷则不适用该程序。

司法解释主要从以下几个方面进行了细化：规定各个诉讼程序有关期间和送达问题；完善简易程序案件和小额诉讼案件的适用范围、程序转换、裁判文书简化等内容；增加规定审理前准备和庭前会议制度，以提前梳理当事人相关诉讼请求和意见、组织交换证据、归纳争议焦点；规定实现担保物权特别程序案件的申请人资格、提交材料及审查范围、审理方式等内容，缩短权利人实现担保物权的周期，降低维权成本。

六、民诉审理未经准许录音录像可强制删除

近年来，案件审理过程中，个别诉讼参与人未经准许进行录音、录像、摄影和利用邮件、博客、微信等方式报道庭审活动；个别诉讼参与人、旁听人员冲击、哄闹法庭，在法庭上公然殴打对方当事人，辱骂法官。

司法解释对有关法庭纪律的相关规定作了修改完善，规定对诉讼参与人或者其他未经准许进行录音、录像、摄影，未经准许以移动通信等方式现场传播审判活动等行为，人民法院可以暂扣诉讼参与人或者其他进行录音、录像、摄影、传播审判活动的器材，并责令其删除有关内容；拒不删除的，人民法院可以采取必要手段强制删除。

最高人民法院关于全面深化人民法院改革的意见

——人民法院第四个五年改革纲要（2014--2018）

法发〔2015〕3号

党的十八大从发展社会主义民主政治、加快建设社会主义法治国家的高度，作出了进一步深化司法体制改革的重要战略部署。党的十八届三中全会通过的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》，确定了推进法治中国建设、深化司法体制改革的主要任务。党的十八届四中全会通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》，将建设中国特色社会主义法治体系、建设社会主义法治国家作为全面推进依法治国的总目标，从科学立法、严格执法、公正司法、全民守法等方面提出了一系列重大改革举措。人民法院司法改革正面临前所未有的重大历史机遇。为贯彻党的十八大和十八届三中全会、四中全会精神，进一步深化人民法院各项改革，现制定《关于全面深化人民法院改革的意见》，并将之作为《人民法院第四个五年改革纲要（2014--2018）》贯彻实施。

一、全面深化人民法院改革的总体思路

全面深化人民法院改革的总体思路是：紧紧围绕让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义的目标，始终坚持司法为民、公正司法工作主线，着力解决影响司法公正、制约司法能力的深层次问题，确保人民法院依法独立公正行使审判权，不断提高司法公信力，促进国家治理体系和治理能力现代化，到2018年初步建成具有中国特色的社会主义审判权力运行体系，使之成为中国特色社会主义法治体系的重要组成部分，为实现“两个一百年”奋斗目标、实现中华民族伟大复兴的中国梦提供强有力的司法保障。

二、全面深化人民法院改革的基本原则

全面深化人民法院改革应当遵循以下基本原则：

——坚持党的领导，确保正确政治方向。人民法院深化司法改革，应当始终坚持党的领导，充分发挥党总揽全局、协调各方的领导核心作用，真正实现党的领导、人民当家作主、依法治国的有机统一，确保司法改革始终坚持正确的政治方向。

——尊重司法规律，体现司法权力属性。人民法院深化司法改革，应当严格遵循审判权作为判断权和裁量权的权力运行规律，彰显审判权的中央事权属性，突出审判在诉讼制度中的中心地位，使改革成果能够充分体现审判权的独立性、中立性、程序性和终局性特征。

——依法推动改革，确保改革稳妥有序。人民法院深化司法改革，应当坚持以宪法法律为依据，立足中国国情，依法有序推进，实现重大改革于法有据，推动将符合司法规律和公正司法要求的改革举措及时上升为法律。

——坚持整体推进，强调重点领域突破。人民法院深化司法改革，应当着力解决影响司法公正、制约司法能力的深层次问题，破解体制性、机制性、保障性障碍，同时要分清主次、突出重点，以问题为导向，确保改革整体推进。

——加强顶层设计，鼓励地方探索实践。人民法院深化司法改革，应当加强顶层设计，做好重大改革项目的统筹规划，注重改革措施的系统性、整体性和协同性，同时要尊重地方首创精神，鼓励下级法院在中央统一安排部署下先行先试，及时总结试点经验，推动制度创新。

三、全面深化人民法院改革的主要任务

（一）建立与行政区划适当分离的司法管辖制度

建立中国特色社会主义审判权力运行体系，必须从维护国家法制统一、体现司法公正的要求出发，探索建立确保人民法院依法独立公正行使审判权的司法管辖制度。到2017年底，初步形成科学合理、衔接有序、确保公正的司法管辖制度。

1. 设立最高人民法院巡回法庭。最高人民法院设立巡回法庭，审理跨行政区划的重大民商事、行政等案件，确保国家法律统一正确实施。调整跨行政区划重大民商事、行政案件的级别管辖制度，实现与最高人民法院案件管辖范围的有序衔接。

2. 探索设立跨行政区划的法院。以科学、精简、高效和有利于实现司法公正为原则，探索设立跨行政区划法院，构建普通类型案件在行政区划法院受理、特殊类型案件在跨行政区划法院受理的诉讼格局。将铁路运输法院改造为跨行政区划法院，主要审理跨行政区划案件、重大行政案件、环境资源保护、企业破产、食品药品安全等易受地方因素影响的案件、跨行政区划人民检察院提起公诉的案件和原铁路运输法院受理的刑事、民事案件。

3. 推动设立知识产权法院。根据知识产权案件的特点和审判需要，建立和完善符合知识产权案件审判规律的专门程序、管辖制度和审理规则。

4. 改革行政案件管辖制度。通过提级管辖和指定管辖，逐步实现易受地方因素影响的行政案件由中级以上人民法院管辖。规范行政案件申请再审的条件和程序。

5. 改革海事案件管辖制度。进一步理顺海事审判体制。科学确定海事法院管辖范围，建立更加符合海事案件审判规律的工作机制。

6. 改革环境资源案件管辖制度。推动环境资源审判机构建设。进一步完善环境资源类案件的管辖制度。

7. 健全公益诉讼管辖制度。探索建立与检察机关提起的公益诉讼相衔接的案件管辖制度。

8. 继续推动法院管理体制变革。将林业法院、农垦法院统一纳入国家司法管理体系，理顺案件管辖机制，改革部门、企业管理法院的体制。

9. 改革军事司法体制机制。完善统一领导的军事审判制度，维护国防利益，保障军人合法权益，依法打击违法犯罪。

（二）建立以审判为中心的诉讼制度

建立中国特色社会主义审判权力运行体系，必须尊重司法规律，确保庭审在保护诉权、认定证据、查明事实、公正裁判中发挥决定性作用，实现诉讼证据质证在法庭、案件事实查明在法庭、诉辩意见发表在法庭、裁判理由形成在法庭。到2016年底，推动建立以审判为中心的诉讼制度，促使侦查、审查起诉活动始终围绕审判程序进行。

10. 全面贯彻证据裁判原则。强化庭审中心意识，落实直接言词原则，严格落实证人、鉴定人出庭制度，发挥庭审对侦查、起诉程序的制约和引导作用。坚决贯彻疑罪从无原则，严格实行非法证据排除规则，进一步明确非法证据的范围和排除程序。

11. 强化人权司法保障机制。彰显现代司法文明，禁止让刑事在押被告人或上诉人穿着识别服、马甲、囚服等具有监管机构标识的服装出庭受审。强化诉讼过程中当事人和其他诉讼参与人的知情权、陈述权、辩护辩论权、申请权、申诉权的制度保障。完善律师执业权利保障机制，强化控辩对等诉讼理念，禁止对律师进行歧视性安检，为律师依法履职提供便利。依法保障律师履行辩护代理职责，落实律师在庭审中发问、质证、辩论等诉讼权利。完善对限制人身自由司法措施和侦查手段的司法监督，加强对刑讯逼供和非法取证的源头预防，健全冤假错案的有效防范、及时纠正机制。

12. 健全轻微刑事案件快速办理机制。在立法机关的授权和监督下，有序推进刑事案件速裁程序改革。

13. 完善刑事诉讼中认罪认罚从宽制度。明确被告人自愿认罪、自愿接受处罚、积极退赃退赔案件的诉讼程序、处罚标准和处理方式，构建被告人认罪案件和不认罪案件的分流机制，优化配置司法资源。

14. 完善民事诉讼证明规则。强化民事诉讼证明中当事人的主导地位，依法确定当事人证明责任。明确人民法院依职权调查收集证据的条件、范围和程序。严格落实证人、鉴定人出庭制度。发挥庭审质证、认证在认定案件事实中的核心作用。严格高度盖然性原则的适用标准，进一步明确法官行使自由裁量权的条件和范围。一切证据必须经过庭审质证后才能作为裁判的依据，当事人双方争议较大的重要证据都必须在裁判文书中阐明采纳与否的理由。

15. 建立庭审全程录音录像机制。加强科技法庭建设，推动庭审全程同步录音录像。建立庭审录音录像的管理、使用、储存制度。规范以图文、视频等方式直播庭审的范围和程序。

16. 规范处理涉案财物的司法程序。明确人民法院处理涉案财物的标准、范围和程序。进一步规范在刑事、民事和行政诉讼中查封、扣押、冻结和处理涉案财物的司法程序。推动建立涉案财物集中管理信息平台,完善涉案财物信息公开机制。

(三) 优化人民法院内部职权配置

建立中国特色社会主义审判权力运行体系,必须优化人民法院内部职权配置,健全立案、审判、执行、审判监督各环节之间的相互制约和相互衔接机制,充分发挥一审、二审和再审的不同职能,确保审级独立。到2016年底,形成定位科学、职能明确、运行有效的法院职权配置模式。

17. 改革案件受理制度。变立案审查制为立案登记制,对人民法院依法应该受理的案件,做到有案必立、有诉必理,保障当事人诉权。加大立案信息的网上公开力度。推动完善诉讼收费制度。

18. 完善分案制度。在加强专业化合议庭建设基础上,实行随机分案为主、指定分案为辅的案件分配制度。建立分案情况内部公示制度。对于变更审判组织或承办法官的,应当说明理由并公示。

19. 完善审级制度。进一步改革民商事案件级别管辖制度,科学确定基层人民法院的案件管辖范围,逐步改变主要以诉讼标的额确定案件级别管辖的做法。完善提级管辖制度,明确一审案件管辖权从下级法院向上级法院转移的条件、范围和程序。推动实现一审重在解决事实认定和法律适用,二审重在解决事实和法律争议、实现二审终审,再审重在依法纠错、维护裁判权威。

20. 强化审级监督。严格规范上级法院发回重审和指令再审的条件和次数,完善发回重审和指令再审文书的公开释明机制和案件信息反馈机制。人民法院办理二审、提审、申请再审及申诉案件,应当在裁判文书中指出一审或原审存在的问题,并阐明裁判理由。人民法院办理已经立案受理的申诉案件,应当向当事人出具法定形式的结案文书;符合公开条件的,一律在中国裁判文书网公布。

21. 完善案件质量评估体系。建立科学合理的案件质量评估体系。废止违反司法规律的考评指标和措施,取消任何形式的排名排序做法。强化法定期限内立案和正常审限内结案,建立长期未结案通报机制,坚决停止人为控制收结案的错误做法。依托审判流程公开、裁判文书公开和执行信息公开三大平台,发挥案件质量评估体系对人民法院公正司法的服务、研判和导向作用。

22. 深化司法统计改革。以“大数据、大格局、大服务”理念为指导,改革司法统计管理体制,打造分类科学、信息全面的司法统计标准体系,逐步构建符合审判实际和司法规律的实证分析模型,建立全国法院裁判文书库和全国法院司法信息大数据中心。

23. 完善法律统一适用机制。完善最高人民法院的审判指导方式,加强司法解释等审判指导方式的规范性、及时性、针对性和有效性。改革和完善指导性案例的筛选、评估和发布机制。健全完善确保人民法院统一适用法律的工作机制。

24. 深化执行体制改革。推动实行审判权和执行权相分离的体制改革试点。建立失信被执行人信用监督、威慑和惩戒法律制度。加大司法拍卖方式改革力度,重点推行网络司法拍卖模式。完善财产刑执行制度,推动将财产刑执行纳入统一的刑罚执行体制。

25. 推动完善司法救助制度。明确司法救助的条件、标准和范围,规范司法救助的受理、审查和决定程序,严格资金的管理使用。推动国家司法救助立法,切实发挥司法救助在帮扶群众、化解矛盾中的积极作用。

26. 深化司法领域区际国际合作。推动完善司法协助体制,扩大区际、国际司法协助覆盖面。推动制定刑事司法协助法。

(四) 健全审判权力运行机制

建立中国特色社会主义审判权力运行体系,必须严格遵循司法规律,完善以审判权为核心、以审判监督权和审判管理权为保障的审判权力运行机制,落实审判责任制,做到让审理者裁判,由裁判者负责。到2015年底,健全完善权责明晰、权责统一、监督有序、配套齐全的审判权力运行机制。

27. 健全主审法官、合议庭办案机制。选拔政治素质好、办案能力强、专业水平高、司法经验丰富的审判人员担任主审法官。独任制审判以主审法官为中心,配备必要数量的审判辅助人员。合议制审判由主审法官担任审判长。合议庭成员都是主审法官的,原则上由承办案件的主审法官担任审判长。完善院、庭长、审判委员会委员担任审判长参加合议庭审理案件的工作机制。改革完善合议庭工作机制,明确合议庭作为审判组织的职能范围,完善合议庭成员在交叉阅卷、庭审、合议等环节中的共同参与和制约监督机制。改革裁判文书签发机制。

28. 完善主审法官、合议庭办案责任制。按照权责利相统一的原则,明确主审法官、合议庭及其成员的办案责任与免责条件,实现评价机制、问责机制、惩戒机制、退出机制与保障机制的有效衔接。主审法官作为审判长参与合议时,与其他合议庭成员权力平等,但负有主持庭审活动、控制审判流程、组织案件合议、避免程序瑕疵等岗位职责。科学界定合议庭成员的责任,既要确保其独立发表意见,也要明确其个人意见、履职行为在案件处理结果中的责任。

29. 健全院、庭长审判管理机制。明确院、庭长与其职务相适应的审判管理职责。规范案件审理程序变更、审限变更的审查报批制度。健全诉讼卷宗分类归档、网上办案、审判流程管控、裁判文书上网工作的内部督导机制。

30. 健全院、庭长审判监督机制。明确院、庭长与其职务相适应的审判监督职责,健全内部制约监督机制。完善主审法官会议、专业法官会议机制。规范院、庭长对重大、疑难、复杂案件的监督机制,建立院、庭长在监督活动中形成的全部文书入卷存档制度。依托现代信息化手段,建立主审法官、合议庭行使审判权与院、庭长行使监督权的全程留痕、相互监督、相互制约机制,确保监督不缺位、监督不越位、监督必留痕、失职必担责。

31. 健全审判管理制度。发挥审判管理在提升审判质效、规范司法行为、严格诉讼程序、统一裁判尺度等方面的保障、促进和服务作用，强化审判流程节点管控，进一步改善案件质量评估工作。

32. 改革审判委员会工作机制。合理定位审判委员会职能，强化审判委员会总结审判经验、讨论决定审判工作重大事项的宏观指导职能。建立审判委员会讨论事项的先行过滤机制，规范审判委员会讨论案件的范围。除法律规定的情形和涉及国家外交、安全和社会稳定的重大复杂案件外，审判委员会主要讨论案件的法律适用问题。完善审判委员会会议事规则，建立审判委员会会议材料、会议记录的签名确认制度。建立审判委员会决议事项的督办、回复和公示制度。建立审判委员会委员履职考评和内部公示机制。

33. 推动人民陪审员制度改革。落实人民陪审员“倍增计划”，拓宽人民陪审员选任渠道和范围，保障人民群众参与司法，确保基层群众所占比例不低于新增人民陪审员三分之二。进一步规范人民陪审员的选任条件，改革选任方式，完善退出机制。明确人民陪审员参审案件职权，完善随机抽取机制。改革陪审方式，逐步实行人民陪审员不再审理法律适用问题，只参与审理事实认定问题。加强人民陪审员依法履职的经费保障。建立人民陪审员动态管理机制。

34. 推动裁判文书说理改革。根据不同审级和案件类型，实现裁判文书的繁简分流。加强对当事人争议较大、法律关系复杂、社会关注度较高的一审案件，以及所有的二审案件、再审案件、审判委员会讨论决定案件裁判文书的说理性。对事实清楚、权利义务关系明确、当事人争议不大的一审民商事案件和事实清楚、证据确实充分、被告人认罪的一审轻微刑事案件，使用简化的裁判文书，通过填充要素、简化格式，提高裁判效率。重视律师辩护代理意见，对于律师依法提出的辩护代理意见未予采纳的，应当在裁判文书中说明理由。完善裁判文书说理的刚性约束机制和激励机制，建立裁判文书说理的评价体系，将裁判文书的说理水平作为法官业绩评价和晋级、选升的重要因素。

35. 完善司法廉政监督机制。改进和加强司法巡查、审务督察和廉政监察员工作。建立上级纪委和上级法院为主、下级法院协同配合的违纪案件查处机制，实现纪检监察程序与法官惩戒程序的有序衔接。建立法院内部人员过问案件的记录制度和责任追究制度。依法规范法院人员与当事人、律师、特殊关系人、中介组织的接触、交往行为。

36. 改革涉诉信访制度。完善诉访分离工作机制，明确诉访分离的标准、范围和程序。健全涉诉信访终结机制，依法规范涉诉信访秩序。建立就地接访督导机制，创新网络办理信访机制。推动建立申诉案件律师代理制度。探索建立社会第三方参与机制，增强涉诉信访矛盾多元化解合力。

（五）构建开放、动态、透明、便民的阳光司法机制

建立中国特色社会主义审判权力运行体系，必须依托现代信息技术，构建开放、动态、透明、便民的阳光司法机制，增进公众对司法的了解、信赖和监督。到2015年底，形

成体系完备、信息齐全、使用便捷的人民法院审判流程公开、裁判文书公开和执行信息公开三大平台，建立覆盖全面、系统科学、便民利民的司法为民机制。

37. 完善庭审公开制度。建立庭审公告和旁听席位信息的公示与预约制度。对于依法应当公开审理，且受社会关注的案件，人民法院应当在已有条件范围内，优先安排与申请旁听者数量相适应的法庭开庭。有条件的审判法庭应当设立媒体旁听席，优先满足新闻媒体的旁听需要。

38. 完善审判流程公开平台。推动全国法院政务网站建设。建立全国法院统一的诉讼公告网上办理平台和诉讼公告网站。继续加强中国审判流程信息公开网网站建设，完善审判信息数据及时汇总和即时更新机制。加快建设诉讼档案电子化工程。推动实现全国法院在同一平台公开审判流程信息，方便当事人自案件受理之日起，在线获取审判流程节点信息。

39. 完善裁判文书公开平台。加强中国裁判文书网网站建设，完善其查询检索、信息聚合功能，方便公众有效获取、查阅、复制裁判文书。严格按照“以公开为原则，不公开为例外”的要求，实现四级人民法院依法应当公开的生效裁判文书统一在中国裁判文书网公布。

40. 完善执行信息公开平台。整合各类执行信息，推动实现全国法院在同一平台统一公开执行信息，方便当事人在线了解执行工作进展。加强失信被执行人名单信息公布力度，充分发挥其信用惩戒作用，促使被执行人自动履行生效法律文书。完善被执行人信息公开系统建设，方便公众了解执行工作，主动接受社会监督。

41. 完善减刑、假释、暂予监外执行公开制度。完善减刑、假释、暂予监外执行的适用条件和案件办理程序，确保相关案件公开、公正处理。会同刑罚执行机关、检察机关推动网上协同办案平台建设，对执法办案和考核奖惩中的重要事项、重点环节，实行网上录入、信息共享、全程留痕，从制度和技术上确保监督到位。建立减刑、假释、暂予监外执行信息网，实现三类案件的立案公示、庭审公告、文书公布统一在网上公开。

42. 建立司法公开督导制度。强化公众对司法公开工作的监督，健全对违反司法公开规定行为的投诉机制和救济渠道。充分发挥司法公开三大平台的监督功能，使公众通过平台提出的意见和建议成为人民法院审判管理、审判监督和改进工作的重要参考依据。

43. 完善诉讼服务中心制度。加强诉讼服务中心规范化建设，完善诉讼服务大厅、网上诉讼服务平台、12368 司法服务热线。建立网上预约立案、送达、公告、申诉等工作机制。推动远程调解、信访等视频应用，进一步拓展司法为民的广度和深度。

44. 完善人民法庭制度。优化人民法庭的区域布局和人员比例。积极推进以中心法庭为主、社区法庭和巡回审判点为辅的法庭布局形式。根据辖区实际情况，完善人民法庭便民立案机制。优化人民法庭人员构成。有序推进人民法庭之间、人民法庭和基层人民法院其他庭室之间的人员交流。

45. 推动送达制度改革。推动建立当事人确认送达地址并承担相应法律后果的约束机制,探索推广信息化条件下的电子送达方式,提高送达效率。

46. 健全多元化纠纷解决机制。继续推进调解、仲裁、行政裁决、行政复议等纠纷解决机制与诉讼的有机衔接、相互协调,引导当事人选择适当的纠纷解决方式。推动在征地拆迁、环境保护、劳动保障、医疗卫生、交通事故、物业管理、保险纠纷等领域加强行业性、专业性纠纷解决组织建设,推动仲裁制度和行政裁决制度的完善。建立人民调解、行政调解、行业调解、商事调解、司法调解联动工作体系。推动多元化纠纷解决机制立法进程,构建系统、科学的多元化纠纷解决体系。

47. 推动实行普法责任制。强化法院普法意识,充分发挥庭审公开、文书说理、案例发布的普法功能,推动人民法院行使审判职能与履行普法责任的高度统一。

(六) 推进法院人员的正规化、专业化、职业化建设

建立中国特色社会主义审判权力运行体系,必须坚持以审判为中心、以法官为重心,全面推进法院人员的正规化、专业化、职业化建设,努力提升职业素养和专业水平。到2017年底,初步建立分类科学、分工明确、结构合理和符合司法职业特点的法院人员管理制度。

48. 推动法院人员分类管理制度改革。建立符合职业特点的法官单独职务序列。健全法官助理、书记员、执行员等审判辅助人员管理制度。科学确定法官与审判辅助人员的数量比例,建立审判辅助人员的正常增补机制,切实减轻法官事务性工作负担。拓宽审判辅助人员的来源渠道,探索以购买社会化服务的方式,优化审判辅助人员结构。探索推动司法警察管理体制改革。完善司法行政人员管理制度。

49. 建立法官员额制度。根据法院辖区经济社会发展状况、人口数量(含暂住人口)、案件数量、案件类型等基础数据,结合法院审级职能、法官工作量、审判辅助人员配置、办案保障条件等因素,科学确定四级法院的法官员额。根据案件数量、人员结构的变化情况,完善法官员额的动态调节机制。科学设置法官员额制改革过渡方案,综合考虑审判业绩、业务能力、理论水平和法律工作经历等因素,确保优秀法官留在审判一线。

50. 改革法官选任制度。针对不同层级的法院,设置不同的法官任职条件。在国家 and 省一级分别设立由法官代表和社会有关人员参与的法官遴选委员会,制定公开、公平、公正的选任程序,确保品行端正、经验丰富、专业水平较高的优秀法律人才成为法官人选,实现法官遴选机制与法定任免机制的有效衔接。健全初任法官由高级人民法院统一招录,一律在基层人民法院任职机制。配合法律职业人员统一职前培训制度改革,健全预备法官训练制度。适当提高初任法官的任职年龄。建立上级法院法官原则上从下一级法院遴选产生的工作机制。完善将优秀律师、法律学者,以及在立法、检察、执法等部门任职的专业法律人才选任为法官的制度。健全法院和法学院校、法学研究机构人员双向交流机制,实施高校和法院人员互聘计划。

51. 完善法官业绩评价体系。建立科学合理、客观公正、符合规律的法官业绩评价机制,完善评价标准,将评价结果作为法官等级晋升、择优遴选的重要依据。建立不适任法官的退出机制,完善相关配套措施。

52. 完善法官在职培训机制。严格以实际需求为导向,坚持分类、分级、全员培训,着力提升法官的庭审驾驭能力、法律适用能力和裁判文书写作能力。改进法官教育培训的计划生成、组织调训、跟踪管理和质量评估机制,健全教学师资库、案例库、精品课件库。加强法官培训机构和现场教学基地建设。建立中国法官教育培训网,依托信息化手段,大力推广网络教学,实现精品教学课件由法院人员免费在线共享。大力加强基层人民法院法官和少数民族双语法官的培训工作。

53. 完善法官工资制度。落实法官法规定,研究建立与法官单独职务序列配套的工资制度。

(七) 确保人民法院依法独立公正行使审判权

建立中国特色社会主义审判权力运行体系,必须坚持在党的领导下,推动完善确保人民法院依法独立公正行使审判权的各项制度,优化司法环境,树立司法权威,强化职业保障,提高司法公信力。到2018年底,推动形成信赖司法、尊重司法、支持司法的制度环境和社会氛围。

54. 推动省级以下法院人员统一管理改革。配合中央有关部门,推动建立省级以下地方法院人员编制统一管理制度。推动建立省级以下地方法院法官统一由省级提名、管理并按法定程序任免的机制。

55. 建立防止干预司法活动的工作机制。配合中央有关部门,推动建立领导干部干预审判执行活动、插手具体案件处理的记录、通报和责任追究制度。按照案件全程留痕要求,明确审判组织的记录义务和责任,对于领导干部干预司法活动、插手具体案件的批示、函文、记录等信息,建立依法提取、介质存储、专库录入、入卷存查机制,相关信息均应当存入案件正卷,供当事人及其代理人查询。

56. 健全法官履行法定职责保护机制。合理确定法官、审判辅助人员的工作职责、工作流程和工作标准。明确不同主体、不同类型过错的甄别标准和免责事由,确保法官依法履职行为不受追究。非因法定事由,未经法定程序,不得将法官调离、辞退或者作出免职、降级等处分。完善法官申诉控告制度,建立法官合法权益因依法履职受到侵害的救济机制,健全不实举报澄清机制。在国家和省一级分别设立由法官代表和社会有关人员参与的法官惩戒委员会,制定公开、公正的法官惩戒程序,既确保法官的违纪违法行为及时得到应有惩戒,又保障其辩解、举证、申请复议和申诉的权利。

57. 完善司法权威保障机制。推动完善拒不执行判决、裁定、藐视法庭权威等犯罪行为的追诉机制。推动相关法律修改,依法惩治当庭损毁证据材料、庭审记录、法律文书和法庭设施等严重藐视法庭权威的行为,以及在法庭之外威胁、侮辱、跟踪、骚扰法院人员或其近亲属等违法犯罪行为。

58. 强化诉讼诚信保障机制。建立诉讼诚信记录和惩戒制度。依法惩治虚假诉讼、恶意诉讼、无理缠诉行为，将上述三类行为信息纳入社会征信系统。探索建立虚假诉讼、恶意诉讼受害人损害赔偿之诉。

59. 优化行政审判外部环境。健全行政机关负责人依法出庭应诉制度，引导、规范行政机关参加诉讼活动。规范司法建议的制作和发送，促进依法行政水平提升。

60. 完善法官宣誓制度。完善法官宣誓制度，经各级人大及其常委会选举或任命的法官，正式就职时应当公开向宪法宣誓。

61. 完善司法荣誉制度。明确授予法官、审判辅助人员不同类别荣誉的标准、条件和程序，提升法院人员的司法职业尊荣感和归属感。

62. 理顺法院司法行政事务管理关系。科学设置人民法院的司法行政事务管理机构，规范和统一管理职责，探索实行法院司法行政事务管理权和审判权的相对分离。改进上下级法院司法行政事务管理机制，明确上级法院司法行政事务管理部门对下级法院司法行政事务的监管职能。

63. 推动人民法院财物管理体制变革。配合中央有关部门，推动省级以下地方法院经费统一管理体制改革。完善人民法院预算保障体系、国库收付体系和财务管理体系，推动人民法院经费管理与保障的长效机制建设。严格“收支两条线”管理，地方各级人民法院收取的诉讼费、罚金、没收的财物，以及追缴的赃款赃物等，统一上缴省级国库。加强“两庭”等场所建设。建立人民法院装备标准体系。

64. 推动人民法院内设机构改革。按照科学、精简、高效的工作要求，推进扁平化管理，逐步建立以服务审判工作为重心的法院内设机构设置模式。

65. 推动人民法院信息化建设。加快“天平工程”建设，着力整合现有资源，推动以服务法院工作和公众需求的各类信息化应用。最高人民法院和高级人民法院主要业务信息化覆盖率达到100%，中级人民法院和基层人民法院分别达到95%和85%以上。

四、全面深化人民法院改革的工作要求

全面深化人民法院改革，任务艰巨、责任重大、时间紧迫。各级人民法院要认真贯彻中央决策部署，加强组织领导，完善工作机制，有重点、有步骤、有秩序地抓好落实和推动工作，确保改革措施取得实际效果，改革成果惠及全体人民。

最高人民法院司法改革领导小组是人民法院司法改革的议事、协调和指导机构，不定期召开小组会议，研究确定改革要点、审议改革方案、听取进度汇报、讨论决定重大问题。

最高人民法院建立情况通报、督导检查、评估总结制度，及时掌握改革动态，加强督促指导，纠正错误做法，总结成功经验，做到每项改革任务都有布置、有督促、有检查，确保各项任务不折不扣完成。

各高级人民法院应当成立司法改革领导小组，监督指导、统筹协调辖区内法院的司法改革工作。各级人民法院要建立健全司法改革事务报批备案和请示报告制度，及时总结改革经验、报告工作进展、反映问题困难。各高级人民法院拟就部分改革项目开展试点的，试点方案须报最高人民法院审批同意，重大改革试点方案须经最高人民法院报中央审批同意方可实施。

电子银行法律风险的几个问题

刘 颖

【中文摘要】近年来，我国的电子银行业务得到了飞速发展，蕴藏了较大的风险。法律风险是指违反或不遵从法律法规所带来的各当事方遭受损失的可能性，或者法律的不明确或不完善导致各当事方遭受的损失的可能性。电子银行的法律风险包括两方面的内容：第一，法律风险源于对既存法律、法规的违反，此类风险可能使电子银行有关当事方面临民事、行政或刑事责任风险，也可能导致银行声誉贬低、业务机会受限、拓展潜力降低和缺乏合同的可实施性等。第二，法律风险还源于法律规定的模糊或缺失。巴塞尔银行监管委员会认为，与传统银行的法律风险相比较，电子银行的法律风险新增了四个方面：（一）通过电子媒介达成的协议的效力不确定。（二）银行在认证系统中也有可能扮演一种新的角色，即成为电子认证机构。但现行法律对认证机构的法律地位规定得并不明确。（三）在电子银行时代，电子银行业务与电子货币行为给银行零售业务带来的新特点，使各当事方的权利义务处于不确定状态。（四）消费者保护法是否适用于电子银行业务与电子货币行为不明确。我国《电子签名法》已经基本建立了有关数据电文的法律框架，基本上可以防范第一类电子银行法律风险。确定认证机构的法律地位的关键因素之一是认定认证机构与电子签名依赖方之间的关系性质，电子签名人与认证机构之间的合同属于德国法上的“附保护第三人作用之合同”。美国《统一商法典》第4A编创立了一整套全新的概念和规则，为建立电子银行法律制度提供了范例。国家对电子商务中的消费者保护和传统商务中的消费者应实行同等保护原则。互联网金融的发展已经使得非金融机构事实上也在从事部分银行业务。这进一步突显了我国电子银行相关法律法规的不完善，增加了电子银行的法律风险。我国应从多方面健全电子银行法律法规，减少电子银行法律法规不明确、不完善引起的法律风险。

【中文关键字】电子银行；法律风险；互联网金融；巴塞尔银行监管委员会

一、电子银行法律风险的界定

在实践中,风险作为金融活动和金融市场的内在属性之一已是不争的事实。但是,要在理论上为风险作一个准确的界定并非一件容易之事。有学者认为,风险本身具有多种含义,与其从某一领域的风险专家的定义中为风险找一个“准确的”定义,不如采取折中的方法,在必要的时候采用他们自己的术语和定义。在通常情况下,风险与不同的主题有着模糊的联系,例如,在金融领域,风险一般涉及与投资决策相关的投机风险(speculative risk),但是,越来越多的观点认为金融风险应建立在更广泛的基础上,不仅包括任何机构做出的决定的风险,而且风险还与整个组织机构、过程、管理程序、人力资源及影响决定过程的文化相联系。尽管如此,仍有众多的学者试图解释何为风险。有关风险,有学者认为,风险与不确定性联系在一起,风险是资产价值、股票价格和盈利情况出现非预期结果的不确定性,从广义上可分为商业风险和金融风险,金融风险,指涉及金融市场交易而带来收益或损失的不确定性,例如利率的变动。也有学者认为,风险与损失相联系,风险是损失发生的可能性,或可能发生的损失,只有低于预期收益的损失可能才构成风险,金融风险所涉及的损失,不仅包含对原来拥有的资本成本的失去,而且包括机会成本的损失。还有学者认为,一项金融活动或一个金融产品的风险是与不确定性和相应的不利后果相联系的。根据此观点,一个金融产品的价格和收益的波动性可以用来衡量其不确定性,但只有当此种不确定性可能给投资者带来损失时才构成这一投资载体的风险。虽然存在不同的观点,但经济学上一般认为,所谓金融风险,是指人们在从事金融活动中遭受损失的不确定性。金融活动中变动着的不确定性差异越大,风险也就越大。

关于金融风险所涉及的主体,又有狭义与广义两种不同的理解。狭义的理解认为,金融风险涉及的范围仅指银行、信托投资公司、证券公司等金融机构在经营活动中所面临的风险;而广义的理解认为,金融风险涉及社会经济生活的各个方面,且牵涉各种经济主体。凡是由于经济主体在筹集资金和运作资金而面临的遭受损失的不确定性,均可称为金融风险。本文对金融风险采取广义的界定,除了金融机构所面临的风险外,也将包括客户在内的其他相关主体面临的风险囊括在内。

近年来,我国的电子银行业务得到了飞速发展。据中国金融认证中心发布的《2013 中国电子银行调查报告》显示,中国电子银行业务连续四年呈增长趋势,其中,全国个人网银用户比例较 2012 年增长了 1.7 个百分点。在企业网银方面,2013 年企业网银用户比例为 63.7%,较 2012 年增长 10 个百分点;平均每家企业网银活动用户使用网上银行替代了 63%的柜台业务,而在 2009 年,这一比例为 50.7%。2013 年,76%的企业使用网上银行替代了超过一半以上的柜台业务。与此同时,手机银行业务展现出巨大潜力。2013 年全国地级以上城市城镇人口中,个人手机银行用户比例为 11.8%,较 2012 年增长近 3 个百分点,连续 3 年呈增长趋势。近两年来,受移动购物需求的推动,移动远程支付得到快速成长,而近场支付由于经历了相当长时间标准纷争和利益博弈,一直没有形成大规模商用,导致发展缓慢。调查数据显示:2013 年移动远程支付用户比例为 13.3%,较 2012 年提升了近 4 个百分点;2014 年移动近场支付用户比例为 3.6%,较 2012 年提升了 0.4 个百分点;用户使

用移动远程支付的金额占比为 95%，移动近场支付金额占比为 5%。移动远程支付中，网上购物是支付金额占比最大的支付场景；移动近场支付中，超市购物和商场购物是支付金额占比最大的场景；手机刷 POS 机是支付金额占比最大的支付方式。

电子银行业务存在着很大的风险。虽然，电子银行风险属于金融风险，但与传统银行风险比起来，电子银行风险更多地来自于电子通信技术的应用。电子通信技术的运用冲破了银行交易的时空局限、降低了银行的运营成本、提高了交易效率，但也潜藏着一系列风险因素。当发生风险事件，客户资金和其他权益的损害难以估算，银行也面临大量损失的风险，甚至酿成系统风险，影响国家金融稳定。根据以上有关风险的界定，本文将电子银行风险界定为：由于计算机系统，特别是互联网和其他电子通信网络在银行业务中的广泛运用而使从事银行活动的各当事人遭受损失的不确定性或可能性。

作为现代银行提供服务的重要渠道，电子银行几乎可以提供传统银行的所有业务，当然，传统银行的风险，如信用风险（Credit Risk）、流动性风险（Liquidity Risk）、市场风险（Market Risk）也都会出现在电子银行业务中。巴塞尔银行监管委员会（Basel Committee on Banking Supervision）认为，从事电子银行业务的银行可能通过非传统渠道扩展信贷范围，并在传统地理界线外扩宽市场。对于通过远程银行业务程序申请贷款的借款人，如果确定其信用等级的程序不当，将增加银行的信用风险。巴塞尔银行监管委员会认为，对于从事电子货币业务的银行而言，如果他们不能保证在任何时候都有充足的资金以供赎回和结算，那么流动性风险是值得注意的。电子银行利用其自身的优势进行多种业务，例如销售自营的理财产品和代售保险、信托产品，这些电子业务有可能增加银行的市场风险。虽然互联网的开放性和多样性使电子银行面临着特殊的风险，但是巴塞尔银行监管委员会认为，电子银行业务和电子货币行为，并未从本质上产生新的风险，但是电子银行业务和电子货币行为的特征增加并修改了与银行活动有关的某些传统风险，特别是增加了法律风险、操作风险、战略风险和信誉风险，因而影响银行风险的整体状况。本文先简单分析操作风险、战略风险和信誉风险，然后专门就法律风险进行研究。

巴塞尔银行监管委员会在 2001 年将操作风险（Operational Risk）定义为：由不当或者失效的内部控制过程、人员和系统以及外部事件所造成的损失。巴塞尔银行监管委员会将操作风险的来源分成 7 类：内部诈骗（internal fraud）、外部诈骗（external fraud）、雇员行为及工作场所安全性（employment practices and workplace safety）、客户、产品以及业务活动（clients, products, and business practices）、对实物资产的破坏（damage to physical assets）、业务中止以及系统故障（business disruption and system failures）、交易的执行、交付和过程管理（execution, delivery, and process management）。

电子银行中的信息技术能够以多种方式产生或增加操作风险。第一，外部攻击的风险。电子银行的身份认证、访问限制、银行监管措施、认证机构的可靠性以及与外部的通信等环节都可能会造成安全性风险，黑客可以通过通信网络攻击电子银行系统，从而访

问、获取和使用机密信息，实施未经客户授权的交易，可能会给客户和银行造成经济损失。第二，内部攻击的风险。银行内部职员对业务漫不经心、过失或者欺诈篡改账户数据、截留账户资金也可能造成严重的操作风险。第三，电子银行系统设计、实施和维护方面的风险。电子银行本身可能会由于技术缺陷或技术过时遭受服务中断或无法提供完善服务的风险；另外，如果电子银行是依赖外部服务提供商来实施、运行和支持其银行系统，外部服务提供商的技术、管理水平，也可能影响电子银行系统的运行。第四，客户错误或欺诈性操作的风险。如果银行没有就安全预防问题向客户进行足够的宣传和教育，就会产生误操作风险。另外，由于缺乏足够的措施来验证交易，客户可能会否认他们曾授权过的交易，使银行蒙受损失。第五，认证系统风险。电子银行系统的运作往往依赖于某认证系统（该银行自建的认证机构，或第三方认证机构），其主要负责数字证书的产生、发放及管理，在此过程中也会潜藏一定的操作风险。

美国财政部货币监理署（Office of Comptroller of Currency，简称 OCC）认为，战略风险（Strategic Risk）是指因决策失误、决策的实施不当或对行业变化缺乏响应而对银行收益或资本所造成的不确定性。战略风险受该银行战略目标的一致性、为实现这些目标而制定的业务战略、为实现目标而利用的资源、实施质量等诸多因素的影响。为实现战略目标而必需的 IT 资源包括有形资源（如计算机硬件、软件、传输网络等）和无形资源（如管理能力和才能等）。当银行管理部门未能恰当地计划、管理和监督与 IT 相关的产品、服务、过程和传送渠道时，IT 的应用就会产生战略风险。另外，如果管理部门没有理解、支持或应用互联网技术，而该技术对银行的竞争能力又是至关重要时，或银行使用了某项不可靠的技术时，也会产生战略风险。

声誉风险（Reputational Risk）是指负面的公众舆论而导致银行资金或客户流失的风险。与传统银行相比，电子银行的声誉风险更具特殊性，其原因主要有以下三个方面：第一，具有重大影响的广泛的系统缺陷，可能造成客户的不便或损失，导致客户停止使用电子银行服务；第二，重大的安全事故、病毒的破坏和黑客的攻击会造成系统故障，造成客户的流失；第三，其他机构出现声誉风险往往引起信心危机，声誉风险不仅针对特定银行，而且会蔓延到整个银行系统，在极端情况下甚至会导致整个电子银行的系统性中断。

法律风险（Legal Risk）是指违反或不遵从法律法规所带来的损失的可能性，或法律的不明确或不完善导致各当事方遭受损失的可能性。据此，电子银行的法律风险包括两方面的内容：一方面，法律风险源于对既存法律、法规的违反，此类风险可能使电子银行有关当事方面临民事、行政或刑事责任风险，可能导致银行声誉贬低、业务机会受限、拓展潜力降低和缺乏合同的可实施性等。另一方面，法律风险还源于法律规定的模糊或缺失。有学者将此类法律风险称为“环境型法律风险”（Environmental Legal Risk），即由于法律本身所导致的风险，包括法律的发展变化或者是法律本身的不全面或不完善使得法律没有涵盖新出现的金融业务或产品。本文主要研究“环境型法律风险”，探讨如何建立和完善电子银行法律，减少法律的不确定性，降低当事人的法律风险。

巴塞尔银行监管委员会认为,与传统银行的法律风险相比较,电子银行的法律风险新增了四个方面:第一,通过电子媒介达成的协议的效力不确定。这实际上是数据电文的法律效力问题,因为只要以数据电文作为意思表示载体的法律效力得以确认,则通过数据电文达成的协议当然具有法律效力。第二,随着电子商务的发展,银行在电子认证系统中也有可能扮演一种新的角色,即成为电子认证机构。但现行法律对电子认证机构的法律地位规定得并不明确,因此,电子认证机构的角色给银行带来了新的法律风险。第三,在电子银行时代,电子银行业务与电子货币行为给银行零售业务带来的新特点,使各当事方的权利义务处于不确定状态。第四,消费者保护法是否适用于电子银行业务与电子货币行为不明确。

电子银行业务广泛使用数据电文(data message)来传送信息,这与一般的电子商务没有区别。所以,通过电子媒介达成的协议的效力不确定问题实际上是数据电文的法律效力问题,只要作为意思表示载体的数据电文的法律效力得到确认,则通过数据电文达成的协议当然具有法律效力。有关数据电文的法律效力,在广泛借鉴联合国国际贸易法委员会《电子商务示范法》(UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce)和《电子签名示范法》(UNCITRAL Model Law on Electronic Signature)的基础上,我国《电子签名法》第4条规定:“能够有形地表现所载内容,并可以随时调取查用的数据电文,视为符合法律、法规要求的书面形式。”同时,有关数据电文的发送与接收、数据电文的归属(attribution of data message)等问题,我国《电子签名法》也都作有规定。虽然《电子签名法》的相关规定可以在借鉴《联合国国际合同使用电子通信公约》(United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts)和进一步研究的基础加以完善,但是,《电子签名法》已经建立了有关数据电文的法律框架,基本上可以防范由于数据电文法律地位不确定所导致的法律风险。本文对此不再展开论述。

与认证机构有关的风险包括两个方面:首先是认证机构的法律地位不明确所带来的风险,其次是随着电子商务的发展,银行寻求在电子认证系统中发挥一定的作用,认证机构的角色给银行带来了法律风险。认证机构的角色给银行带来的风险的大小同样取决于认证机构的法律地位,而认证机构的法律地位基本上是由其与其他当事方的法律关系决定的。由于将认证机构与电子签名人的法律关系认定为是特定的合同关系已不存在大的分歧,所以本文重点分析认证机构与电子签名依赖方之间的关系。

由于不存在专门调整电子银行的法律或有关法律不完善,造成电子银行各当事方的权利和义务的不确定,从而妨碍电子银行功能的正常发挥。无论是电子银行服务的提供者还是电子银行服务的使用者,都希望将电子银行业务中产生的风险或损失由其他当事方承担。因此,必须有完备的法律制度在电子银行的各当事方间分配权利、分担义务,保证电子银行各当事方权利义务的公正平衡,使电子银行业务得以顺利开展。完善电子银行法律制度的另一个目的,是在产生不可归责于电子银行交易各当事方的损失时在当事方间合理

地分担损失,以化解风险。美国《统一商法典》第4A编(Article 4A)创立了一整套全新的概念和全新的规则,基本上解决了上述问题,为建立电子银行法律制度提供了范例,本文作者曾在不同的著述中对此有过论述。在本文中,作者以大额电子资金划拨法律关系的性质为例论述电子银行的权利义务关系应明确的问题,也再次涉及美国《统一商法典》第4A编。

不论是在传统商务中还是在电子商务中,所有消费者都是平等的,因此国家对电子商务中消费者权益遭受侵害时所提供的保护水平也应该是一致的,应实行同等保护原则。当然,在电子银行领域,消费者应受到与其在传统商务领域同等的保护水平。本文将就此问题进行论述。

二、认证机构与电子签名依赖方之间的关系

电子签名依赖方,是指相信电子签名证书,以该证书上所确定的电子签名人为交易相对方面进行交易的人。电子签名依赖方本身可能是,也可能不是认证机构的用户。当电子签名依赖方不是认证机构的用户时,他与认证机构之间并无服务合同存在。但是,当他利用证书而与证书用户交易时,却又介入证书服务关系中,认证机构在特定情况下要对其承担责任。有关认证机构与电子签名依赖方间的法律关系的性质,存在以下几种不同的学说:

一是非同一性关系说。有学者认为电子认证机构与电子签名依赖方之间的关系要视社区认证服务型、单方证书用户型、交叉认证关系和非纯粹的认证关系四种类型而定。该说对各种情况下认证机构与依赖方的关系作了较为详细的分析,这为对两者之间法律关系进行深入研究提供了资料。但此说的缺点也极其明显,即着重于类型、形态的分析,而忽略了对这两者之间法律关系的识别。

二是系统使用合同说。有学者认为认证机构与依赖方在事实的接触过程中缔结了合同,即关于电子签名人的证书信息的查询本身就是一份合同的缔结过程,电子签名人的证书信息构成了合同的内容。该说是在网络环境下对合同理论进行的一种新的探讨,具有一定的合理性,但电子签名依赖方向电子认证机构查询之行为并不符合合同成立的要件。

三是第三人利益合同说。有学者认为签名人得到电子签名证书的目的之一是向电子签名依赖方认证自己的身份,电子签名依赖方是该合同的受益人之一。在美国,也有学者认为电子签名依赖方可以依据电子签名人与认证机构的第三人利益合同(a third-party beneficiary contract),以意定受益人(intended beneficiary)的身份向认证机构要求承担违约责任而得到赔偿。美国法学会(American Law Institute,简称ALI)编写的《第二次合同法重述》[Restatement(second) of Contract]将受益人分为意定受益人和附带受益人(incidental beneficiary),第三人利益合同的受益人是合同中明确约定的享有给付请求权的第三人,这种受益人是意定受益人,而附带受益人是因合同的履行而以某种方式受益但没有任何合同权利的人。电子签名依赖方虽然因合同的履行而受益,但是

认证机构的给付是向电子签名人签发认证证书，电子签名人才是合同的意定受益人，因而，电子签名依赖方未因合同而取得请求给付的权利，不属于第三人利益合同中的第三人。

四是附保护第三人作用的合同关系说。有学者认为认证机构对电子签名依赖方的利益负有法定的保证和赔偿义务，这一义务源于法律的强制性规定和电子签名人与认证机构之间的合同，属于德国法上的“附保护第三人作用之合同”。附保护第三人作用之合同，系谓特定契约一经成立，不但在当事人间发生权利义务关系，同时债务人对于与债权人具有特殊关系之第三人，亦负有照顾、保护等义务。债务人违反此项义务时，就该特定范围之人所受之损害，亦应依契约法之原则，负赔偿责任。本文作者赞同“附保护第三人作用之合同”说，认为电子签名人与认证机构之间的合同属于附保护第三人作用的合同，电子签名依赖方是此合同的第三人，电子签名依赖方对违反附随义务的认证机构可依合同请求损害赔偿，有以下三点理由：

第一，电子签名人对电子签名依赖方负有保证证书所载信息真实性的义务。附保护第三人作用的合同是建立在基于诚实信用原则而发生之附随义务之上，使附随义务扩张及于债权人对其负有特别照顾保护义务之特定第三人。电子签名人之所以要求认证机构签发认证证书，是为了通过证明其身份和数据信息的真实性来吸引潜在的电子签名信赖方与之进行交易。若认证机构签发的认证证书所载的内容有误，电子签名人因违反保证所载信息真实性的附随义务而需向电子签名依赖方承担缔约过失责任或违约责任。亦即，认证机构履行其与电子签名人之间的合同，一般是为电子签名人与电子签名依赖方达成某种交易服务的，电子签名人对电子签名依赖方的合法权益负有注意、保护等附随义务，故符合附保护第三人作用的合同中所要求的合同债权人须对第三人负有保护、照顾等附随义务。

第二，电子签名依赖方与认证机构的给付有关联。因为电子签名依赖方基于对认证机构所签发的认证证书的真实性的信赖而与电子签名人进行交易的，所以，认证机构签发的认证证书所载的内容存在错误，不仅可能危及电子签名人的权益，使电子签名人因此需对电子签名依赖方承担赔偿责任，而且还涉及电子签名依赖方的利益，电子签名依赖方因信赖证书所载信息的真实性而遭受损失。因此，认证机构履行不当时，电子签名依赖方如电子签名人一样，均会受到该不适当履行的影响，符合附保护第三人作用的合同的履行相关性要件。

第三，电子签名依赖方是附保护第三人作用合同的第三人。为了防止第三人范围的扩大加重债务人责任，传统民法认为附保护第三人作用的合同中的第三人并非泛指债权人以外之任何第三人，其范围应限于因债务人之给付受到影响之人，即债权人对于其祸福，基于亲属、劳工、雇佣、租赁等具有人格法上特质之关系，从而负有保护、照顾义务者。然而，在德国的司法实践中，附保护第三人作用的合同的适用范围有所扩大，主要表现为德国法院的判决已经不再将“特定第三人”的范围局限于第三人与债权人之间必须存在人格法上之特质关系，往往审查契约债权人对第三人的祸福是否负有责任。根据这一标准，电

子签名依赖方属于附保护第三人作用合同的第三人。该第三人的范围在客观上可以确定，具有可预见性。虽然认证合同订立之时，认证机构并不知道第三人是谁，但是认证合同在确定电子签名人的同时，实际上将第三人的范围特定化，即信赖认证机构签发给电子签名人的认证证书并与之进行交易的人。

电子签名依赖方对于交易相对人电子签名证书的使用，一般应在认证机构所建议的可靠程度内给予信任，并以此进行交易。此种选择最为常见。若电子签名依赖方按照认证机构所建议的证书信用等级与电子签名人进行了交易，一旦由于认证机构或电子签名人的过错，而使证书信息不实，并给电子签名依赖方造成了损失，则认证机构和电子签名人要承担一定的赔偿责任。这体现了认证信用服务对电子商务交易关系的保障功能。若电子签名依赖方未按证书等级进行交易，而是超出认证机构所建议的范围，那么认证机构不对其超出证书可靠性建议范围的交易额负责任。

既然电子签名依赖方是附保护第三人作用的合同的第三人，那么当电子签名依赖方因认证机构没有履行应尽的义务（如，确保证据数据有效之义务，及时通知之义务等）而遭受损失时，电子签名依赖方因该损失而取得对认证机构的独立赔偿请求权。在附保护第三人作用的合同中，合同上的请求权基础被拉伸成了损害，由受害人因他人的合同而起诉。由于我国《电子签名法》规定了认证机构对电子签名依赖方的法定义务，一旦认证机构没有履行法定义务而使依赖方遭受损失，电子签名依赖方可以依据侵权责任法要求认证机构赔偿相应损失。因此，电子签名依赖方可以选择依据认证机构与电子签名人的合同请求认证机构赔偿损失或依据侵权责任法请求认证机构赔偿损失。通过以上界定，虽然能在一定程度上防范巴塞尔银行监管委员会所认为的“现行法律对电子认证机构的法律地位规定得不明确”所产生的法律风险，但是，不论是基于合同还是基于侵权的原因，认证机构均可能向电子签名依赖方承担责任，这些仍构成认证机构的风险及银行充当认证机构的角色的法律风险。

三、大额电子资金划拨法律关系的性质

电子资金划拨所产生的关系在法律上如何定性？历史上不同的判例曾有不一致的结论。

在 *Securities Fund Services Inc. v. American National Bank and Trust Company of Chicago* 一案中，原告是一家负责登记和处理公司股票的买卖和划拨的证券登记公司，是资金划拨的划拨人（即发端人）。被告是资金划拨的受拨人银行（即受益人银行）。原告收到一项声称是某公司股东的人签发的指令，载有伪造的签名，指示卖出其公司股票并将收入的资金用电子方式划拨到在被告银行开立的该股东的有编号的账户上。划拨人银行（即发端人银行），电子划拨这笔资金到被告受拨人银行，受拨人银行将其贷记编号账户。然而，该编号账户的持有人却不是公司股东。受拨人银行的账户持有人知道其

账户贷记约 200 万美元后，根据其事前与欺诈人达成的通过电子资金划拨进行支付的买卖合同，将钻石和一些珠宝交付给欺诈人。

原告请求被告返还划拨的金额，从而引起诉讼。在诉讼中，法院注意到 Evra 案中美国第 7 巡回上诉法院的判决。当 Evra 案中的原告请求被告赔偿因租船合同的解除所带来的间接损害赔偿时，上诉法院判决认为，受拨人银行，即瑞士银行，对划拨人银行的客户，即 Evra 公司，不承担间接损害赔偿责任。但在此案中，法院将在 Securities Fund 案与 Evra 案作了区别，其理由是在本案中原告请求的是直接损失赔偿，即款项的返还，而不是间接损害赔偿。

审理 Securities Fund 案的法院认为，被告受拨人银行实际上是划拨人银行的托收银行，而划拨人银行是原告支付的资金的监管代理人。法院进一步认为，不论根据过失理论还是合同理论，被告受拨人银行都应对原告的直接损害赔偿承担责任，即返还划拨的款项。因为被告受拨人银行实际上是划拨人银行的托收银行，所以作为划拨人银行客户的原告也应视为被告受拨人银行的客户。根据过失理论，被告受拨人银行负有在进行电子资金划拨时对原告注意的义务。而根据合同理论，被告受拨人银行也应对作为划拨人银行和受拨人银行间合同第三方受益人的原告承担责任。因此，受拨人银行应将资金划拨到已售出股票的资金的真正所有人的账户上。

Securities Fund 案的关键在于，在电子资金划拨中出现欺诈时，法院承认受拨人银行在一定条件下应对划拨人银行的客户承担责任。

在 Bradford Trust Co. v. Tex American Bank—Houston 一案中，原告是划拨人银行而非划拨人银行的客户，被告是受拨人银行。在该案中，欺诈人与 Colonial Coins 约定，以 800,000 美元从后者购买稀有硬币和金块。欺诈人声称，支付的方式是从其在 Boston 的原告划拨人银行的账户上用电子资金划拨将款项划拨到 Colonial Coins 在 Houston 的被告受拨人银行的账户上。

为了履行与 Colonial Coins 达成的买卖合同，欺诈人向原告划拨人银行发出一封伪造的信函和股票转让授权书（stock power），指令划拨人银行从 Rochefort 共同基金账户上清算价值 800,000 美元的证券并将所得资金用电子方式划拨到被告受拨人银行的有编号的账户上。

欺诈人发出的指令声称，被告受拨人银行中的该编号账户是以 Rochefort 的名义开立的，而事实上，该账户是以 Colonial Coins 的名义开立的。被告受拨人银行接收资金后，通知 Colonial Coins 其账户已经贷记接收的金额。由于已得到价款，Colonial Coins 将稀有硬币和金块交付欺诈人。

当 Rochefort 收到从原告划拨人银行账户划出资金的通知并坚持认为未授权时，原告划拨人银行才发现存在欺诈。原告划拨人银行重新贷记其客户 Rochefort 的账户，而当被告受拨人银行和 Colonial Coins 拒绝返还资金时，向被告受拨人银行提起诉讼。

初审法院应用比较过失理论在划拨人银行与受拨人银行间分摊损失，而不论是划拨人银行还是受拨人银行都不接受初审法院的判决。上诉时，原告划拨人银行坚决主张被告受拨人银行因过失未能遵循原告划拨人银行的指令将资金存入 Rochefort 在受拨人银行的账户，因此应承担全部损失。被告受拨人银行抗辩道，是原告划拨人银行与欺诈人打交道，接收欺诈人伪造的信函，处于防止欺诈、防止损失的最佳位置，因此必须承担全部损失。

美国上诉法院判定，尽管被告受拨人银行存在过失，但相对于原告划拨人银行的过失来说，前者的过失是第二位的，因而原告划拨人银行必须承担全部损失。美国上诉法院认为，初审法院所依据的比较过失理论不适用于此案。由前述可知，美国《统一商法典》第3编规定，有关票据的类似争论产生时，损失由与伪造者打交道的当事人承担，因为其处于避免损失的最佳位置。上诉法院认为美国《统一商法典》第3编中规定的这一原则也应适用于电子资金划拨。在此案中，原告划拨人银行直接与欺诈人打交道，不去核实声称发自 Rochefort 的指令是否真的发自 Rochefort，而是通过清算其账户和电子划拨资金使欺诈人的计划得以继续实施。因此，原告划拨人银行是产生损失的主要原因，根据美国《统一商法典》第3编规定的原则，应对全部损失承担责任。

虽然审理 Securities Fund 案的法院认为受拨人银行应对划拨人银行的客户承担责任，但是，依据类似的事实，审理 Bradfort 案的法院却认为受拨人银行不应应对划拨人银行承担责任。之所以产生不同结果的原因在于，在 Securities Fund 一案中，法院认为电子资金划拨当事方之间存在侵权关系或合同关系；而在 Fradfort 一案中，法院认为电子资金划拨当事方的权利义务关系类似于票据关系，应适用票据法所确立的原则。因此，明确电子资金划拨各当事方的关系的法律性质具有重要的意义。

在美国《统一商法典》第4A编施行前，不存在调整大额电子资金划拨的统一的法律，不同的大额电子资金划拨由不同的当事人私人间的合同调整并受制于不同的法院解释。大额电子资金划拨的各当事方究竟为何种法律关系，存在不同的认识。如前述，在 Securities Fund 案与 Fradfort 案，类似的案情却做出了不同的判决。其原因就在于，在 Securities Fund 一案中，法院所依据的是普通法的侵权规则或合同规则；而在 Bradford 一案中，法院类推适用了美国《统一商法典》第3编和第4编的原则。本文作者认为，美国《统一商法典》第4A编的制定，在大额电子资金划拨的各当事方间创设了一种新的法律关系，即“资金划拨关系”或“贷记划拨关系”。历史上，曾发生融资租赁合同的法律性质的争论，因为合同的性质直接关系到合同的分类、合同的解释、法律的适用、税负的多少及当事人的利害关系。就融资租赁合同，有分期付款买卖合同说、租赁契约说、金钱消费借贷契约说、动产担保交易说等。各种学说的指导思想均为将融资租赁合同纳入传统的有名合同，但都难以完全解释融资租赁合同这种以租赁的形式而达到融资目的的新型合同的性质。与其如此，还不如将融资租赁合同规定为一种有名合同，在立法例上，我国1999年《合同法》在第12章借款合同、第13章租赁合同之外，于第15章规定了融资租赁合同。正如我们无须争论融资租赁合同本质上是融资合同还是租赁合同，而应将其直接

定性为一种新型的有名合同一样，我们也无须争论大额电子资金划拨的各当事方间的权利义务是否为票据关系，或能否适用票据法所确立的原则，而应认为大额电子资金划拨的各当事方形成“资金划拨关系”或“贷记划拨关系”，其内容即为美国《统一商法典》第4A编所规定的发端人、发端人银行、中间银行、受益人银行及受益人的权利义务。唯有如此，才能明确电子银行各当事方的权利义务关系，防范电子银行法律风险。

美国《统一商法典》第4A编对明确电子资金划拨法律关系的性质具有重要的意义。不仅如此，美国《统一商法典》第4A编创设的“支付命令”（payment order）和“安全程序”（security procedure）等重要概念及一整套规则。这些概念和规则没有采用“功能等同”等方法来对过去的法律进行解释和修补，而是全新的概念和规则，是我国建立电子银行法律制度的重要参考，也对化解电子银行各当事方的权利义务处于不确定状态的法律风险有重要的意义。

四、电子银行中消费者保护

巴塞尔银行监管委员会在《电子银行业务与电子货币行为的风险管理》中将电子银行定义为：通过电子渠道（electronic channels）提供零售性的小额银行产品和服务。这些产品和服务包括：存款、借贷、账户管理、金融顾问、电子账户支付，以及其他一些诸如电子货币等电子支付的产品和服务。银行提供的这类产品和服务对象包括自然人、法人。我国《消费者权益保护法》第2条规定：“消费者为生活消费需要购买、使用商品或者接受服务，其权益受本法保护；本法未作规定的，受其他有关法律、法规保护。”在银行与服务对象的关系中，电子银行经营者与法人间的关系不受消费者权益保护法的调整，而电子银行经营者与自然人的关系是否受消费者保护法调整则无疑义。正是《消费者权益保护法》中“为生活消费需要”这一对消费者的限定使得电子银行的哪些个人服务对象构成消费者的存在争议，电子银行中消费者的范围应限定在为生活消费需要购买、使用银行通过电子渠道提供的产品和服务的个人。这样一来，电子银行的某些业务由于被认为是个人投资而不属于个人生活消费的范畴，因此，接受电子银行的产品和服务的个人就不一定是消费者。我国于2013年修改《消费者权益保护法》时增加一条作为第28条：“采用网络、电视、电话、邮购等方式提供商品或者服务的经营者，以及提供证券、保险、银行等金融服务的经营者，应当向消费者提供经营地址、联系方式、商品或者服务的数量和质量、价款或者费用、履行期限和方式、安全注意事项和风险警示、售后服务、民事责任等信息。”该条规定提供金融服务的经营者应当向消费者提供相关信息，进一步明确应当将购买和使用电子银行提供的服务的个人纳入我国《消费者权益保护法》调整。

不论是在传统商务中还是在电子商务中，所有消费者都是平等的，因此国家对电子商务中消费者权益遭受侵害时所提供的保护水平也应该是一致的，应实行同等保护原则。因此，在电子银行领域，消费者应受到与其在传统商务领域同等的保护水平。1999年12月9日，经济合作与发展组织制定了《电子商务消费者保护准则》（OECD Guidelines for

Consumer Protection in the Context of Electronic Commerce），提出保护消费者三大原则：（1）确保网上购物的消费者所受到的保护不低于其他购物方式；（2）排除消费者和企业在网上进行交易所遭遇的不确定性；（3）在不妨碍电子商务发展的前提下，建立和发展网上消费者保护机制。其中，“确保网上购物的消费者所受到的保护不低于其他购物方式”体现了同等保护原则。

欧盟《关于内部市场中与信息社会服务有关的若干法律问题特别是电子商务问题的指令》（Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of Information Society services, in particular electronic commerce, in Internal Market, 简称“欧盟《电子商务指令》”或“欧盟 2000/31/EC 指令”）明确对“同等保护原则”进行了确认，欧盟在消费者保护领域已有的立法通常无须修改都可以完全适用于信息社会服务领域。这些立法有《关于在个人数据处理过程中保护当事人及此类数据自由流通的指令》（Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, 简称“欧盟《个人数据保护指令》”或“欧盟 95/46/EC 指令”）、《关于消费者合同中不公平条款的指令》（Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts, 简称“欧盟《不公平条款指令》”或“欧盟 93/13/EEC 指令”）、《关于远程合同中消费者权益保护的指令》（Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council of 20 May 1997 on the protection of consumers in respect of distance contracts, 简称“欧盟《远程销售指令》”或“欧盟 97/7/EC 指令”）。欧盟《个人数据保护指令》在于规范消费者个人信息数据采集及处理，包括个人数据的收集、记录、储存、修改、使用或销毁等，该指令规定的信息收集者的义务主要有：保证信息的品质、信息处理合法、敏感信息的禁止处理、告知当事人，消费者享有的权利主要有：接触信息的权利、更正、删除或封存其个人信息的权利、反对特定信息的处理与以营销为目的的使用与传递个人信息的权利。欧盟《不公平条款指令》中所称的消费者合同包括银行与消费者间的合同，对银行业消费者保护具有重要作用，欧盟《远程销售指令》适用于电子商务领域中利用远程通信技术订立合同的过程中涉及的消费者权益保护的法律问题，由于电子银行业务包括远距离服务，故该指令可以适用于电子银行中的消费者。不过，欧盟最新的《消费者权益保护指令》（Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights, 简称“欧盟 2011/83/EU 指令”）废除了《关于远程合同中消费者权益保护的指令》，并将远程合同交易的消费者保护统一规定在《消费者权益保护指令》中。

在电子商务领域，同等保护原则有以下两层含义：第一，对于既有法律和规则可以调整的问题，应当在适用既有法律和规则的。电子银行中的消费者权益保护，现行《消费者

权益保护法》的规则可以适用的，直接适用现行法。《消费者权益保护法》规定的消费者享有的安全权、知情权、自主选择权、公平交易权、求偿权当然可用于保护电子银行消费者的权利。第二，对于电子银行消费者权益保护中出现的新问题，应当针对这一领域构建新的法律规则。同等保护原则并非意味着在任何情况下均适用统一的规则。针对电子商务这一领域构建新的法律规则，其目的仍然在于提供与传统商业环境下的消费者权益同等水平的保护。这是同等保护原则的另一层含义。因为在电子银行环境下，电子银行通过电子设备和网络提供的服务具有特殊性，包括服务环境的开放性、远距离服务（业务时空的广泛性）、虚拟化环境等，这些使得消费者的权益更易受到侵害，仅仅依据传统的消费者保护法，消费者的权益难以获得保障，如消费者个人信息的保护、信息披露等。因此，需要制定符合电子银行特征的新的法律规则，为电子银行的消费者提供特别保护。例如，2002年欧盟颁布了一个专门的指令，《消费者金融服务远程销售指令》（The Directive 2002/65/EC on the distance marketing of consumer financial services，简称“欧盟2002/65/EC 指令”），以保护远程金融服务的消费者。该指令所称的消费者是指在本指令所涵盖的任何远程合同中并非出于贸易、商业或职业目的行事的任何自然人，金融服务指银行、信用机构、保险公司、个人退休基金等所提供的具有投资或支付性质的服务。因此，该指令所称的消费者包括电子银行消费者，金融服务包括银行提供的电子银行业务。该指令的核心规定是经营者的信息披露义务和消费者的合同撤销权。这说明虽然欧盟《电子商务指令》明确规定了“同等保护原则”，但这并不妨碍欧盟制定适用于特定领域消费者的消费者保护规则。

我国电子银行消费者保护的主要法律依据是《消费者权益保护法》。虽然我国没有针对电子银行消费者保护的专门立法，但这并不影响我国就电子银行业务的特点为电子银行中的消费者提供特别保护。我国2013年修订《消费者权益保护法》时，将只适用于规范特定交易领域的消费者和经营者的权利义务关系的条款纳入《消费者权益保护法》中，为该特定交易的消费者提供特别保护，而没有采取制定新的专门法的思路。例如，《消费者权益保护法》第25条规定：“经营者采用网络、电视、电话、邮购等方式销售商品，消费者有权自收到商品之日起七日内退货，且无须说明理由，但下列商品除外：（一）消费者定做的；（二）鲜活易腐的；（三）在线下载或者消费者拆封的音像制品、计算机软件等数字化商品；（四）交付的报纸、期刊。除前款所列商品外，其他根据商品性质并经消费者在购买时确认不宜退货的商品，不适用无理由退货。消费者退货的商品应当完好。经营者应当自收到退回商品之日起七日内返还消费者支付的商品价款。退回商品的运费由消费者承担；经营者和消费者另有约定的，按照约定。”该条赋予了消费者单方合同解除权，主要是因为远距离购物的消费者无法直接接触商品，这种“非现场性”可能加剧消费者与经营者之间的信息不对称，消费者享有单方解除权可以促使经营者详细、如实地披露商品信息，消费者可以在收到商品后在七天内考虑是否需要退回商品，国外将该制度称为冷却期制度（cooling-off period）。又如，《消费者权益保护法》第28条规定：“采用网络、

电视、电话、邮购等方式提供商品或者服务的经营者，以及提供证券、保险、银行等金融服务的经营者，应当向消费者提供经营地址、联系方式、商品或者服务的数量和质量、价款或者费用、履行期限和方式、安全注意事项和风险警示、售后服务、民事责任等信息。”本条规定经营者的信息披露义务保障了消费者知情权的实现。在第8条已规定消费者享有知情权的情况下，规定网络、电视、电话、邮购等方式提供商品或者服务的经营者，以及提供证券、保险、银行等金融服务的经营者提供所列举的信息的义务，反映了现实生活中这两类交易中消费者所处的地位较传统交易更弱，在远距离交易中，经营者不愿意披露商品或服务的信息或尽量少披露信息，这使得消费者在订立合同前无法全面了解商品或服务的信息，在商品或服务出现问题时可能造成维权困难。金融服务的经营者并未限定在电子商务领域，无论是传统金融服务的经营者还是通过电子通信和网络提供电子银行业务的经营者，都应当按照该条的规定披露信息。这说明《消费者权益保护法》的修订者已经意识到金融服务业经营者信息披露的义务的重要性，但对于电子银行而言，仅增加第28条的规定显然难以充分保障电子银行消费者的权益，因此，有必要在借鉴国外先进立法的基础上进行完善。

例如，美国1978年的联邦《电子资金划拨法》（Electronic Fund Transfer Act of 1978）和美国联邦储备委员会（Board of Governors of the Federal Reserve System，简称美联储）颁布的实施条例——E条例（Federal Reserve's Regulation E）及其官方人员注释（Official Staff Commentary）对小额电子资金划拨（消费者电子资金划拨）中消费者的责任进行了限制，以保护持卡人（消费者）。

《电子资金划拨法》与E条例都将“未经授权的电子资金划拨”（unauthorized electronic fund transfers）定义为：“由消费者以外的未获发动划拨实际授权的人所发动的从该消费者账户划出资金而该消费者并未从该划拨受益的电子资金划拨。但本术语不包括下述任何电子资金划拨：（1）由消费者向其提供该消费者账户的卡、密码或其他访问工具的，该消费者以外的人发动的电子资金划拨，除非该消费者已通知有关金融机构不再授权该他人发动电子资金划拨；（2）由消费者或与其共谋的任何人发动的，具有欺诈意图的电子资金划拨；（3）由金融机构实施的，构成一项错误的电子资金划拨。”一项特定的交易是否构成未经授权的划拨，常常引发一系列困难的事实问题与法律问题。例如，消费者可以授权其朋友或家庭成员为特定的有限目的而使用其ATM卡。如果朋友或家庭提取的金额超过了授权的金额，或在授权被撤销以后继续使用卡，那么这些划拨是否是未授权的就是一个难以回答的问题；又如果使用ATM卡的人是通过欺诈或胁迫得到ATM卡的，或如果一个抢劫者强迫消费者自己发动划拨，那么也存在该划拨是否是未经授权的问题。

《电子资金划拨法》与E条例及其官方人员注释规定，只有在满足下列先决条件的前提下，消费者才对涉及其账户的未经授权的电子资金划拨承担责任：（1）该划拨是使用一个消费者已接受的卡或访问工具发动的，“已接受的卡或其他访问工具”（accepted card or other means of access）指，当向其签发卡或其他访问工具的人以在账户间划拨货币

为目的或以获得货币、财产、劳务或服务为目的，已要求并接收（request and receive）或已签署或已使用此类卡或其他访问工具之时，或授权他人使用此类卡或其他访问工具之时，以发动电子资金划拨为目的的，适用于消费者账户的卡、密码或其他访问工具[12]。

（2）金融机构已提供一种方法，例如签字、指纹、照相或 PIN，以确认持有访问工具的消费者的身份[13]；（3）金融机构已向消费者进行关于消费者对未经授权的划拨的责任的披露；已向消费者提供在消费者认为已经发生或可能发生未经授权的划拨情况时受理通知的人员或办公室的电话号码和地址，以及金融机构的营业日。

如果满足了上述前提条件，在消费者通知金融机构已经发生或可能发生未经授权的划拨以前出现了未经授权的电子资金划拨，则消费者的责任不超过 50 美元和未经授权的划拨金额两者间较小的金额。如果消费者的访问工具遗失或被窃，且他在发现遗失或被窃后的两个营业日内通知金融机构，则消费者的责任不超过 50 美元；如果他未在发现遗失或被窃后的两个营业日内通知金融机构则他可能承担超过 50 美元的责任。但即使如此，消费者的责任也限制于 500 美元与下列总和两者间较小的金额，即最高不超过 500 美元，这个总和是：（1）50 美元与在消费者发现访问工具遗失或被窃后第二个营业日结束时实际发生的未经授权划拨的金额两者之间较小的金额；（2）在第二个营业日结束后，通知金融机构之前发生的未经授权划拨的金额，只要金融机构能够证明消费者若在两个营业日内通知了金融机构，则这些划拨不会发生。例如，消费者的卡在星期一被窃，当天他就知道，但星期五才报失被窃，则他可以适用 500 美元的责任限额，但具体承担多少取决于未经授权的划拨发生的时间。假设星期二发生 100 美元、星期四发生 600 美元未经授权的划拨，则消费者总的责任是 500 美元，即 100 美元划拨承担的 50 美元的责任加上 600 美元划拨承担 450 美元的责任。但是，如果 600 美元在星期二发生，100 美元在星期四发生，那么消费者只承担 150 美元的责任，即 600 美元划拨中承担的 50 美元，加上 100 美元。

从理论上讲，上述规则是意图给消费者以动力，在发现访问工具遗失或被窃后及时通知金融机构。但任何这样的动力都被以下事实所削弱，即金融机构很难查明消费者在何时发现访问工具遗失或被窃。官方人员注释认为，消费者收到反映有未经授权划拨的定期报表这一事实可以作为确定消费者是否知道遗失或被窃的一个因素，但不能作为决定性的证据[18]。《电子资金划拨法》与 E 条例都规定，消费者必须在收到载有未经授权划拨的定期报表后的 60 天内通知金融机构，否则消费者要对发生未经授权划拨 60 天以后通知银行之前的未经授权划拨承担责任，即承担无限制的责任。但即使在这种情况下，消费者的责任也不会超过以下金额的总和：（1）50 美元、显示在定期报表中的未经授权划拨的金额、在定期报表传送后 60 天内发生的未经授权划拨的金额三者之间较小的金额；（2）在 60 天的以后直至收到消费者通知以前发生的未经授权划拨的金额，如果机构能证明只要它在 60 天内收到了通知，这些划拨本来是不会发生。很明显，上述几种规则同时适用的情况是可能产生的，E 条例对这种情况作了明确的规定。类似地，如果未经授权的电子资金划拨涉及信用卡或在透支限额内提供信用，那么 E 条例规定其关于消费者责任的规则与管辖未经

授权使用信用卡的责任的 Z 条例的规则都适用。E 条例的规则适用于涉及借记/贷记卡混合体的交易的电子资金划拨部分,以及适用于在透支限额以内提供信用;Z 条例的规则适用于涉及借记/贷记卡混合体的交易的信用部分,以及适用于用信用卡在 ATM 预先得到的现金。最后,州法或金融机构与消费者间的协议可以减少但不能增加消费者对未经授权的电子资金划拨的责任。

从以上论述可知,《电子资金划拨法》、E 条例及其官方人员注释,对消费者承担未经授权的电子资金划拨的责任规定了三个等级,即 50 美元、500 美元和无限责任,并规定了严格的适用条件。具体适用取决于消费者通知金融机构存在未经授权的划拨的时间以及未经授权的划拨发生的时间。这些规定一方面限制了消费者对未经授权的划拨承担的责任,保护了消费者的利益;另一方面也激励消费者在发现访问工具遗失或被窃或存在未经授权的划拨时及时通知金融机构,以避免损失或损失的扩大,从而能促进包括电子资金划拨业务在内的电子银行业务的发展。

《电子资金划拨法》包含一套复杂的规则,要求金融机构对其电子资金划拨服务的失误承担责任。除某些例外,金融机构应当就以下近因造成 (proximately caused) 的全部损失 (all losses or damages) 向消费者承担责任:(1) 当金融机构得到消费者的适当指示进行电子资金划拨后,未根据账户条件以正确的金额或适时的 (timely) 方式进行该电子资金划拨;(2) 因金融机构未根据账户条件,将代收资金存款 (deposit of funds) 贷记消费者账户,使该金融机构由于账户资金不足未进行电子资金划拨,而假如该机构已贷记该存款,该账户本来能提供足够的资金进行该划拨;(3) 当金融机构接到指令,指示其根据账户条件,停止支付从消费者账户划出资金的预先授权的划拨时,该机构未停止支付。上述规则的例外情形为:(1) 消费者的账户中无足够的资金;(2) 消费者账户中的资金受诉讼程序或限制该划拨的其他财产负担约束;(3) 划拨将超过事先确定的信用限额;(4) 电子终端无足够的现金来完成该交易;(5) 联邦储备委员会规定的其他情况[19]。

如果金融机构未进行划拨或未停止支付并非出自故意,而是源于善意的错误 (bona fide error),那么尽管合理地采纳了维持程序 (maintenance of procedure) 以避免任何此种错误,金融机构也应当就“已证实的实际损失”承担责任,但并非承担直接造成的一切损失。如果金融机构以占有优势证据证明,其作为或不作为是由于下列原因之一造成,除了未执行一项停止支付的命令外,则对承担责任有完全的抗辩权:(1) 不可抗力或金融机构所不能控制的其他情况,且该机构已行使合理的注意以防止该情况的发生,并行使了按情况所要求的勤勉;(2) 在消费者试图发动电子资金划拨时,或在预先授权的划拨情况,在该划拨应当发生时,该消费者就已知道的机械故障。“

由于金融机构对因系统故障造成的电子资金划拨未能实现享有完全的抗辩权,可以免除其责任,这意味着消费者可能承担因系统故障造成的延期付款的责任。为保护消费者的利益,《电子资金划拨法》特别规定,如果系统故障妨碍消费者发动的向他人划拨资金的电子资金划拨的实施,且该他人已经同意接受以此种方式支付,那么,在故障排除和电子

资金划拨可以完成前，该消费者对该他人的义务应当中止，除非该他人随后以书面形式要求以电子资金划拨以外的方式支付。这样通过法律的特别规定，使消费者在系统故障情况下临时中止其付款义务，从而免除了消费者因系统故障而延期付款的责任。此项规定与大额电子资金划拨系统出现故障情况下的规则不同，从而进一步凸现出《电子资金划拨法》对消费者这一在小额电子资金划拨处于弱势地位当事方的特别保护。以上这些有关消费者责任和金融机构责任的规则对防范包括小额电子资金划拨在内的电子银行法律风险能起一定的作用。

我国电子银行消费者权益的保护主要依据的是《消费者权益保护法》，虽然2013年最新修订的《消费者权益保护法》增加了银行等金融机构的信息披露义务，但是，《消费者权益保护法》要求银行披露的信息仅是最基本的信息，并未考虑到电子银行业务的特殊性、持续信息披露的必要性，单凭这些信息显然不足以保护处于弱势地位的消费者的权益。美国《电子资金划拨法》及E条例根据合同缔结之前、合同履行过程等不同阶段，要求金融机构履行初始披露、条件变更披露、定期披露、实时披露等的信息披露义务，以充分保护消费者的知情权。我国中国人民银行颁布的《银行卡业务管理办法》第52条规定：“发卡银行应当向持卡人提供对账服务。按月向持卡人提供账户结单，在下列情况下发卡银行可不向持卡人提供账户结单：1. 已向持卡人提供存折或其他交易记录；2. 自上一份月结单后，没有进行任何交易，账户没有任何未偿还余额；3. 已与持卡人另行商定。

“《银行卡业务管理办法》第52条一方面要求银行提供定期披露义务，另一方面又以列举的方式排除银行履行定期披露义务的情形。”已与持卡人另行商定“更是为银行以合同方式免除其定期披露义务提供了合法的依据，导致实践中部分银行不向消费者提供定期对账单。《银行卡业务管理办法》未涉及条件变更披露，实践中各银行多采用公告方式通知消费者合同内容的变更，如《中国工商银行牡丹信用卡领用合约》约定，乙方（中国工商银行）如对上述透支利率、滞纳金、超限费及其他收费项目和收费标准进行调整的，将进行公告，公告期满即为生效，无须另行通知甲方（持卡人）。这实际上违反了合同法关于合同条款变更的原则，剥夺了消费者的知情权。因此，在电子银行业务领域，我国现有法律对消费者知情权提供的保护还远远不够，有必要在我国未来的立法中进一步细化金融机构的信息披露义务。在合同订立之前，金融机构有必须以明确、清晰、易懂的语言向消费者披露金融机构的名称、联系方式，提供的电子银行业务的特点、风险、费用，发生未经授权支付、错误支付时金融机构与消费者的责任分配等。在合同条件变更生效之前，要具体斟酌该披露通知到达持卡人的时间，持卡人作出接受与否的决定时间以及持卡人的拒绝通知到达发卡行的时间来确定合同条件变更的披露时间。只有在某些特殊情况下，条件的变更是为了维护持卡人账户或者整个电子资金划拨系统的安全所急需，发卡行才可以不事先通知持卡人而实施该变更，但是事后应该尽快通知持卡人。从信息披露的内容看，一般只要求披露对持卡人不利的合同变更情形，例如增加收费项目、提高收费标准、增加持卡人的责任、增加交易限制等等。只有保证持卡人对这些变更内容有所事先了解从而自由决定是

否继续使用信用卡的权利，才能防止银行任意修改信用卡合同侵害持卡人的利益。在合同的履行过程中，金融机构应当定期以邮寄、邮件、短信等方式向消费者提供对账单，而不得以合同的形式免除金融机构的定期披露义务。

金融机构提供电子银行业务时，因消费者身份认证、信用评估等需要收集、使用消费者的个人信息，这就涉及消费者个人信息的保护问题。2013年新修改的《消费者权益保护法》第29条规定：“经营者收集、使用消费者个人信息，应当遵循合法、正当、必要的原则，明示收集、使用信息的目的、方式和范围，并经消费者同意。经营者收集、使用消费者个人信息，应当公开其收集、使用规则，不得违反法律、法规的规定和双方的约定收集、使用信息。经营者及其工作人员对收集的消费者个人信息必须严格保密，不得泄露、出售或者非法向他人提供。经营者应当采取技术措施和其他必要措施，确保信息安全，防止消费者个人信息泄露、丢失。在发生或者可能发生信息泄露、丢失的情况时，应当立即采取补救措施。经营者未经消费者同意或者请求，或者消费者明确表示拒绝的，不得向其发送商业性信息。”该条将个人信息保护纳入到《消费者权益保护法》中，是我国《消费者权益保护法》的一个重大突破，它明确了经营者收集、使用消费者个人信息的几个基本要求：一是经营者应当依法和依约收集和使用个人信息；二是经营者收集、使用个人信息应遵守必要限度原则，不得超出必要限度使用、收集个人信息；三是经营者应当向消费者告知收集、使用信息的目的、方式和范围并经消费者同意方可收集、使用个人信息；四是经营者应当保障消费者个人信息的安全。这一规定确立了个人信息受《消费者权益保护法》保护，但是因《消费者权益保护法》主要是调整经营者与消费者之间的权利义务关系，其个人信息保护条款无法用以规范电子银行与非消费者客户间的权利义务关系，而且在《消费者权益保护法》中详细规定信息当事人的权利和信息收集使用者的义务可能使《消费者权益保护法》异化为个人信息保护法，这从立法技术的角度来说并不可取。因此，我国有必要借鉴其他国家和地区，制定专门的《个人信息保护法》，为消费者的个人信息提供全面而严密的保护。

电子资金划拨是电子银行的重要业务之一，消费者在享受电子支付带来的便利的同时，也面临着持卡人以外的第三人未经持卡人的授权从持卡人的账户划拨资金而使持卡人遭受损失的风险。对于这部分风险，美国《电子资金划拨法》及E条例规定了富有层次性和灵活性的损失分担规则，限制了金融机构利用优势地位将损失转嫁给消费者。对此，本文在前面已有介绍。我国各发卡人却通过格式合同中的风险分担条款将冒用风险的损失分配给消费者，排除发卡人的责任。冒用风险的损失分配条款主要有两款，密码条款和挂失止付条款。如《中国银行股份有限公司信用卡领用合约》中的密码条款规定：“凡使用密码进行的交易均视为持卡人本人所为并由持卡人承担交易后果。”挂失止付条款一般规定：“银行卡遗失、被窃，或被他人占有时持卡人应当及时办理挂失手续，挂失自正式挂失手续办理完毕时生效，持卡人对挂失生效前发生的交易承担责任，对挂失生效后发生的交易不承担责任。”因正式挂失手续办理完毕后，持卡人的银行卡账户的资金已经被冻结

了,持卡人及持卡人以外的人都不能从该卡上划拨资金,也就是说挂失生效后该银行卡已经不能进行交易了,因此,凭密码交易视为本人交易及挂失条款实际上使得冒用风险所生的损失全部由持卡人承担。冒用风险所产生的损失可能是因持卡人故意或重大过失所致,也可能是因发卡人的支付系统存在安全隐患、发卡人内部员工违规操作等,抑或是非因持卡人或发卡人过错的原因导致的,不区分冒用风险产生的原因而由持卡人承担所有损失不利于支付系统的损失预防和控制。《电子银行业务管理办法》的起草者已经意识到了实践中冒用风险损失分担的不合理,该办法第89条规定:”金融机构在提供电子银行服务时,因电子银行系统存在安全隐患、金融机构内部违规操作和其他非客户原因等造成损失的,金融机构应当承担相应责任。因客户有意泄漏交易密码,或者未按照服务协议尽到应尽的安全防范与保密义务造成损失的,金融机构可以根据服务协议的约定免于承担相应责任,但法律法规另有规定的除外。“从该条的内容上看,似乎解决了前述格式合同冒用风险损失分担的问题,但是司法实践中,持卡人主张格式合同中的密码条款和挂失止付条款无效,法院却不能援引《电子银行业务管理办法》第89条的规定判定密码条款和挂失止付条款无效,违反法律、法规的效力性规定的合同条款无效是以全国人大及其常委会制定的法律和国务院制定的行政法规为依据的,而不是以地方性法规、行政规章为依据,而《电子银行业务管理办法》属于部门规章,不能以此来判定密码条款、挂失止付条款无效。即便法院要求金融机构按照《电子银行业务管理办法》第89条的规定承担责任,按照”谁主张谁举证“原则,持卡人需要举证证明损失是因金融机构的支付系统存在安全隐患、银行内部员工违规操作或其他非因客户原因等造成的,持卡人才能将冒用风险的损失转移给金融机构,这对于处于弱势地位的持卡人来说,几乎不可能完成,此时持卡人应承担举证不能的后果,冒用风险造成的损失由持卡人承担。因此,第89条的规定难以为因银行卡被冒用而遭受损失的消费者提供充分的保护,有必要在未来的立法中设计更公平、更合理的规则来分配发卡人与消费者之间因冒用风险而导致的损失。

在设计冒用风险的损失分担规则时,应当从风险预防、风险控制、风险转移三个方面考虑发卡人与消费者的责任。从风险预防方面看,该风险源于电子支付的特点与银行卡安全和认证技术的局限性,发卡人作为银行卡的发行者,作为资金和技术的强势拥有者,有义务通过提高技术和管理水平,避免或者减少风险,因而对风险产生应当负主要责任;从风险控制方面看,除了持卡人的妥善保管和及时挂失外,主要依靠发卡人及其履行辅助人在接受银行卡交易时尽善良管理人的注意(审查签名、核对持卡人身份等),因而发卡人应承担大部分风险,持卡人应视过失程度分担部分风险;从信用卡风险转嫁方面看,发卡人可以通过保险等方式转嫁部分风险,而不是把所有风险强加于持卡人。总之,发卡人比持卡人更有能力预防风险、控制风险和转移风险,加上发卡人、持卡人均可以从银行卡业务的发展中获得一定的利益,因此,不能简单地以传统民法中的”谁受益谁承担风险“来解决双方当事人如何分配风险的问题,而应依”优势之风险承担人“之标准,即将风险

分配于支付最少成本即可防止风险发生之人，始能达成契约最高经济效率之目的{29}128。有鉴于此，发卡人应当承担更多的冒用风险责任。

本书作者主张以下的风险分担方式：（1）有欺诈故意或重大过失的持卡人对冒用风险负全部责任；（2）怠于挂失或者有其他违反诚实信用原则行为的持卡人可借鉴美国《电子资金划拨法》及 E 条例视不同情形承担不同程度的责任，但如果发卡人未尽善良管理人责任的，应当和持卡人共同承担风险；（3）除上述两种情况外，冒用风险由发卡人承担。这种方式主要对持卡人采取过失责任原则，促使持卡人尽快挂失并协助调查；但当持卡人有过失时并不免除发卡人善良管理人的责任，使发卡人能保证 ATM、POS 机及网上支付系统的安全，减少冒用情形的发生；在其他情况下由发卡人承担责任，从而最大限度地保护持卡人的利益。另外，在挂失方式方面，应明确承认电话挂失与书面挂失具有同等的效力，以便持卡人能以更快捷的方式挂失止付。

五、结语

互联网的飞速发展使得电子银行进入了网络银行时代。网络银行除提供查询、支付服务外，还利用其平台优势，将更多的金融产品在网上陈列销售。而此类产品中既有银行自营的理财产品，也有代售的保险、信托产品。这些金融产品与银行传统的存贷款产品有所不同，其涉及的投资部门广泛，投资工具复杂。因此，网络银行在大大拓展金融产品销售市场的同时，也增加了电子银行的风险。另外，互联网金融的发展已经使得非金融机构事实上也在从事部分银行业务。例如在支付业务领域，我们《非金融机构支付服务管理办法》规定取得《支付业务许可证》的第三方支付机构可以从事支付业务，目前已有 269 家企业获得了第三方支付牌照，包括支付宝、快钱、财付通等，支付已不再是银行特有的业务。又如在借贷业务领域，人人贷（peer to peer lending，简称 P2P）将借款人和贷款人之间通过第三方提供的电子商务平台进行借贷。再如融合了传统证券、借贷等业务的新型融资方式——众筹（crowd funding），其实质是面向公众筹集资金，特别指以资助个人、公益慈善组织或商事企业为目的的小额资金募集。这些新的发展趋势，进一步突显了我国电子银行相关法律法规的不完善，增加了电子银行的法律风险。

电子银行提供的金融产品可能涉及银行、证券、保险三个领域，互联网金融的发展也改变了资本市场中以通过银行间接融资的传统方式为主的情况，丰富了投融资的渠道与方式，整合了间接融资与直接融资的优势。在金融市场需求及金融工程与通信技术本身创造的混业经营趋势下，当前对电子银行实行的分业监管模式，似有力不从心之嫌。对电子银行实行分业监管，可能导致重复监管或监管真空，对从事相同业务的金融机构与非金融机构适用不同的监管规则，导致同一业务不同监管。因此，我国有必要将从事电子银行业务的机构确定为由某一家监管机构为主，多部门参与电子银行管理的协调机制。电子银行各参与方之间的权利义务关系可以引导和规范各参与方的行为，减少权利义务关系不明确带来的法律风险，因此有必要明确认证机构与电子签名人、电子签名依赖方之间的权利义务

关系。电子银行的客户可以分为非消费者和消费者，他们的缔约能力、损失分散能力等有所不同，与金融机构相比，消费者明显处于弱势地位，应当在信息披露、个人信息保护、冒用风险损失分担等方面为消费者提供特殊保护。我国未来的电子银行立法，需要从以上几个方面进行完善，健全电子银行法律法规，减少电子银行法律法规不明确、不完善引起的法律风险。