

·数字经济与智慧经济·

移动支付服务合同的法律规制浅析



□白牧蓉 张嘉鑫

[兰州大学 兰州 730030]

[摘要] **【目的/意义】**近年来,移动支付因便捷高效的优点成为最受欢迎的支付方式。该活动中,消费者使用移动设备与移动支付服务提供商达成合意从而接受其提供的服务,其中涉及合同关系,而不良的合同关系可能导致消费者权益受到侵害。由于调整对象和方法的限制,私法的规制并不足以做出有效应对。**【设计/方法】**基于对移动支付服务合同特征与类型的界定,分析可知非规范性移动支付服务合同的签订会增加用户的数据风险及冲击用户的财产安全。**【结论/发现】**为了更好地防控风险、保护消费者信赖利益、节约司法成本、体现这类合同的特殊使命,应当将移动支付服务合同纳入核心监管对象,充分完善备案体系,培养消费者风险防范意识,统一数据标准,对此类合同的订立与内容进行适度规制。

[关键词] 移动支付;移动支付服务合同;数据风险;财产风险;监管制度

[中图分类号] D923

[文献标识码] A

[DOI] 10.14071/j.1008-8105(2019)-4021

Analysis on Legal Regulation of Mobile Payment Service Contract

BAI Mu-rong ZHANG Jia-xin
(Lanzhou University Lanzhou 730030 China)

Abstract **[Purpose/Significance]** In recent years, mobile payment has become the most popular payment method due to its convenience and efficiency. In this activity, consumers use mobile devices to reach agreement with mobile payment service providers to accept the services they provide, which involves contractual relationships, and bad contractual relationships may lead to consumer rights violations. Due to the limitation of adjustment objects and methods, the regulation of private law is not enough to make an effective response. **[Design/Methodology]** Based on the definition of the characteristics and types of mobile payment service contracts, the analysis shows that the signing of non-standard mobile payment service contracts will increase the user's data risk and impact the user's property security. **[Findings/Conclusions]** In order to control risk, protect the interests of the consumers' trust, save the judicial cost, reflect the special mission of such contracts, mobile payment service contract shall be included in the core object of regulation, Legislators and regulators should fully improve the registration system, cultivate the consumer risk awareness, unify data standards, regulate the conclusion and content of such contracts moderately.

Key words mobile payment; mobile payment service contract; data risk; property risk; regulatory regime

移动支付凭借移动性、及时性、定制化及集成性的特点,提高交易效率缩减交易成本,渐渐占据了当今支付领域大规模的市场份额。消费者使用移动设备与移动支付服务提供商达成合意从而接受其

提供的服务,其中涉及合同关系,并因此产生各类问题,可能对消费者权益带来影响。从合同角度出发,探寻问题根源,可以尝试找到有针对性的制度设计方案。

[收稿日期] 2019-11-19

[基金项目] 2016年度国家社科青年项目(16CFX048);中央高校基本业务经费项目(17LZUJBWZY024)。

[作者简介] 白牧蓉(1985-)女,博士,兰州大学法学院副教授;张嘉鑫(1998-)男,兰州大学法学院本科生。

一、移动支付服务合同概述

(一) 概论

移动商务是进入21世纪以来重要的商业模式。移动支付通过移动通信网络进行数据传输,并且利用手机、PDA等移动终端开展各种商业经营活动,在金融领域取得了巨大成功。随着移动互联网的高速发展,数据分析技术、事务处理技术、数据流通技术的不断进步,智能终端的数量井喷式的增长,直接的终端交易模式逐渐在现实生活中取代了传统银行支付机构的柜台交易模式,移动支付开始成为支付的重要方式。Mobile Payment Forum从无线支付行为的特性出发,给出了移动支付的定义:通过无线连接,使用一种移动通信设备作为电子支付工具,付款人向收款人进行支付的电子方式资金转移^[1]。本文所论述的“移动支付”不包括短信支付、银行转账和信用卡支付等传统的移动支付,而是基于电子银行和第三方支付机构服务等方式的新型移动支付。

相比于其他支付方式,移动支付更贴近人们的生活和工作,可以最大限度地满足人们的支付需求。同时,第三方支付中的支付宝、微信支付等支付技术在我国乃至世界已经处于移动支付变革的最前沿。目前,在线下,支付宝钱包完成了对出租车、超市、商场、药店、餐饮等多种生活场景的覆盖,且推出了以“未来”命名的多个项目,覆盖医疗卫生、公共服务等多种支付场景。移动支付不仅可以提高生活质量及便捷性,而且可以给移动运营商带来增值收益,并增加银行业的中间业务收入,同时能够帮助各方有效提高其用户的黏性和忠诚度。

2018年底,我国数字经济规模达到31万亿元,同比增长20.9%,占GDP比重为34.8%,成为推动经济发展的重要力量^[2]。研究表明,中国现已处于数字经济发展时代,移动支付则是数字经济的重要组成部分。在金融场景中,依托其移动性、实时性、快捷性和安全性的特点,移动支付与第三方支付成为社交平台、电商与消费者之间的桥梁,一方面为银行业、支付机构带来了海量高频的线上小额资金支付行为,另一方面也为上述行业和机构带来了大规模风险防控的挑战^[3]。

在美国,移动支付中的第三方支付手段很可能取代支票(checks)、信用卡(credit)和借记卡(debit cards)等传统支付手段。根据2015年美联储的报告,在拥有手机的美国人口中,有87%的人

拥有可以上网的智能手机。这些消费者不仅通过移动支付方式在手机购物,还可以在银行账户之间转账。但在美国联邦储备银行(Federal Reserve Bank)2015年进行的年度调查中发现,移动支付为消费者带来便利的同时,也使得越来越多的消费者对移动支付的应用程序的安全性持怀疑态度。相关问题引发的诉讼数量每年呈上升趋势,不同学者对移动支付产生的若干法律问题提出了不同的思路 and 意见^[4]。

签订移动支付服务合同是移动支付中最基础的一个阶段。消费者与移动支付服务机构之间的权利义务关系是基于双方合意下签订移动支付服务合同才形成的。因此需要了解消费者为何要接受移动支付合同,移动支付合同的类型和内容如何以及基于移动支付合同产生的法律问题,探寻产生问题的原因和解决思路,才能全方位的理解移动支付这一庞大概念,并完善相应的法律制度。

(二) 移动支付服务合同类型

一般而言,移动支付服务合同的内容包括:支付指令的接受,安全程序的选定,网上资金划拨的终点以及在合同中约定风险和责任。其中风险和责任一般从支付机构和客户的责任、证据的保留与效力和免责条款三个方面进行约定。从形式上看,作为电子合同的移动支付服务合同包括以下三种主要类型:

1. 支付意思合同

支付意思合同是一种广泛用于软件许可和在线交易的合同,用户在使用产品或服务前必须同意条款和条件,格式和内容因供应商而异。然而,大多数支付意思合同都需要最终用户的同意,方式是在弹出窗口或对话框中点击“OK”“我接受”或“我同意”按钮。用户可以通过点击取消按钮或关闭窗口来拒绝协议。一旦被拒绝,用户将无法使用服务或产品。当用户经历一个在线注册过程,如电子邮件账户创建、在线银行登录、在线购买或新的程序安装时,这些协议通常出现在一个独立的页面,有时候会体现为一个小窗口中显示的长达数十页的文本,几乎没人会花时间去阅读。此类合同的设计理念源于软件包,即用户在安装软件时收到一则通知,大意说:“通过打开这个包,您同意我们的条款和条件……”。同时支付意思合同允许在线公司与众多客户签订合同,而无须单独与他们协商。此外,支付意思合同还允许这些公司保存电子签名,并包含现有网络法律没有规定的附加条款。

2. 支付实践合同

支付实践合同是涉及访问或使用网站以及可下载产品的合同。网站或其他可下载产品的使用条款和条件会在网站上公布,通常是在屏幕底部的一个超链接。不同于支付意思合同中用户必须通过点击“我同意”框来表明对条款和条件的同意,这类协议不需要这种表示同意的方式。更确切地说,一个网站用户仅仅通过使用产品——比如进入网站或下载软件来表示他或她的同意即可。支付实践合同源于有形产品密封包装内的“收缩包装协议”,即在购买或使用产品之前无法看到该协议。在该领域做出相关裁决的法院认为,支付实践合同的有效性主要取决于网站用户在使用本网站或其他产品之前是否已经收到关于条款和条件的真实情况告知。

3. 连续支付合同

连续支付合同是指合同没有明确的取消日期,只有在当事人之一的要求下才终止的合同。连续支付合同通常用于企业之间以及企业和消费者之间的长期交易,如租赁协议等,也经常用于独立承包商和客户之间。还有一种更典型的连续支付合同是在购买电子产品或通信设备时签订一系列的软件或虚拟服务的合同,这些服务在指定期限内通常是免费的,免费期结束后直接从客户的银行账户中提取费用。事实上,许多消费者将继续为这些商品付费,因为他们没有注意到账户被提取费用的情形。移动支付服务合同约定的服务内容往往具有长期、高频次提供和使用的特点,因此通常都具备连续支付合同的特征。

二、非规范性移动支付服务合同产生的法律问题

(一) 移动支付的数据风险

1. 机构披露移动支付信息内容的义务

我国的《消费者权益保护法》中第八条规定消费者有权利知悉其购买、使用商品或服务的真实情况;在二十条中要求相对方(经营者)向消费者提供商品或者服务时,必须确定其信息真实完整。尽管消费者权益保护法中并未明确规定移动支付的有关权利义务,但可以看出在商业领域进行适当的信息披露是为我国所认可并支持的。中国人民银行颁布的《非金融机构支付服务管理办法》第三章“监督与管理”中,第二十一条第二款要求支付机构应当公开披露支付服务协议中的格式条款,并报请备案。该规章尽管没有明确规定支付机构与消费者之

间的权利义务关系,但纵观全部条文可见,其格式条款的信息披露义务为题中应有之义。《电子银行业务管理办法》第三十九条也要求金融机构与客户之间签订协议要在双方相互知晓重要信息之后才可签订。2019年开始实行的《中华人民共和国电子商务法》中有了更为明确的规定,第三章“电子商务合同的订立和履行”中规定了电子商务经营者的义务,其中披露有关信息是此章重点强调的内容。我国目前并没有法律明文要求公司在线披露移动支付合同的有关信息,但结合上述规定,从私法诚实信用原则与合同法律的具体规定出发,在移动支付服务合同签订时,公司在线披露移动支付合同的格式条款信息有其必要性。事实上,该项义务目前并未完全得到履行,且存在监管不严的问题。

美国联邦政府通过法案规定签订移动支付服务合同时,服务提供方即支付公司必须尽到在线披露有关信息的义务^[5]。在2014年美国消费者金融保护局(CFPB)公布了对电子资金转移法案(EFTA)以及《借贷真理法案》(TILA)的修改意见,新的消费者保护规则将适用于移动支付,新规则要求金融机构需要提供预付账户需披露的信息。移动支付提供商要向消费者提供替代原有的披露方式,允许他们检查账户余额和信息,而不是定期发送报表。违反相关义务的公司应当承担法律上规定的责任,可能会面临罚款或对消费者负侵权责任^①。

2. 不可忽视的数据与账户安全问题

互联网金融创新活动中,账户的掌握与管理对金融机构参与市场竞争至关重要,资本市场中,账户将是每一个投资者综合理财与资产管理的出发点,是金融活动的基础^[6]。消费者的账户信息和数据被泄露,并被不法分子通过其他途径掌握,他们通过掌握到的消费者信息,破解消费者在移动支付领域的账号密码,通过消费者的账户完成贷款、消费等非法目的。账户密码是盗取财产的关键“钥匙”,数据是得到“钥匙”的开门砖,它们构成了保护财产的最后一道防线。用户往往因一味贪求便捷而淡化了关于密码的安全意识,设置密码过于简单、多账号密码相同、验证码转发他人、小额消费免密、手机未设锁屏密码等不良操作习惯导致了移动支付账户的信息容易遭到窃取和泄露,财产权受到严重侵害^[7]。

信息泄露是移动互联时代最大的风险。目前我国类似黑色产业链的规模已经达到相当高的水平,仅2016年因数据与账户安全问题导致的损失达上百亿元,相当数量移动支付用户的数据被泄露,账户、

信息与财产安全受到极为严重的考验。在签订移动支付合同时,消费者将个人数据和账户传输给公司,不论之后消费者是否继续使用支付软件,公司都有义务保证其数据与账户安全,这不仅仅出于诚实信用原则的要求,也旨在保护市场交易环境和交易秩序。

3. 修改格式条款后的效力

消费者为得到移动支付使用权与经营者签订移动支付服务合同,但公司往往会根据实际情况在格式条款中增添或减少条款,如增加仲裁条款等。在我国现有的指导案例中,“刘超捷诉中国移动通信集团江苏有限公司徐州分公司电信服务合同纠纷案”判决书显示,法院认为如果双方签订合同,经营者在格式合同中未明确对某项商品或服务的设定限制条件,且未能证明在订立合同时已将内容用合理的手段告知消费者并明确获得消费者同意的意思表示,那么修改原合同条款对消费者不产生效力;同时认为电信服务企业在订立合同时未向消费者告知其设定了有效期限限制,在合同履行中以此为由限制或停止对消费者提供服务的,构成违约,应当承担相应责任^[8]。针对司法实践中此种情况,美国法院认为公司可以修改原合同条款,只要不侵害消费者权益,该认定的事实符合商事交易的基本原则,修改行为应当有效^[9]。

可见,我国对于格式条款的效力认定基本与美国持有同样的思路,依据《合同法》第四十条的规定,格式条款只有符合第五十二条和五十三条的规范要件或有极为不公平的条款出现时才能认定为格式条款无效,《消费者权益保护法》第二十六条在适用范围上更加具体的进行了明确。然而,由于移动支付具有长期频繁使用的特殊性,而合同的签订则很可能只在首次使用时进行,故而公司单方面在线更改合同并设置新的格式条款可能会出现一般合同中不曾出现的问题,甚至可能增加消费者的义务或造成对消费者的权益侵害。当前,针对类似问题的规定有《电子商务法》第六十二条,明确了电子商务争议处理中电子商务经营者应当提供原始合同,若因过错导致无法提供真实原始合同,则需承担相应法律责任。该条款对于电子商务纠纷的解决具有较为重要的意义,认定了原始合同的效力与证据属性,但对于修改条款的效力并未提及^[10]。

(二) 对移动支付服务用户财产安全的冲击

1. 不情愿的增值服务

增值服务本质上是一种差异化服务,在公司推出拥有基础功能的产品之后,在此基础上增加一些特殊的服务,通过向客户施加无形的压力达到刺激

消费的目的,这是服务行业比较常见的经营模式。公司可以依靠原有的基础功能积累基础用户,并通过增值服务来进行盈利创收和抓住用户。但现实情况是消费者往往反感增值服务的出现,导致该现状的原因一是原有基础功能已经可以满足绝大多数消费者的需求,二是增值服务常常隐含着多数消费者无法接受的财产支出乃至不公平和欺骗性的行为,三是增值服务导致消费者进行基础交易时需要付出额外的时间成本,影响了基础交易应当具备的快捷性。

现实中,增值服务是商业领域不可或缺的一部分,由于移动支付的简单快捷需求及目标的单一性,美国消费者金融保护局(CFPB)、联邦贸易委员会和银行监管机构认识到了如果不对增值服务加以合理规制,会对移动支付产生不良影响,故而采用一些方式限制这种行为。目前,多数州对增值服务产生的不公平和欺骗性的做法是制定保护消费者的法案加以规制。

我国针对因增值服务产生的矛盾纠纷已有一些处理方法,如增值服务影响了基础服务的提供,一般公司要负合同法上的违约责任,若使消费者受到损失,可能导致违约与侵权的竞合。支付公司因盈利需要推出增值服务后与消费者签订的移动支付服务合同中有增值服务的相关条款,在此之前与公司订立移动支付服务的消费者是否需要接受这些新条款,也成了移动支付领域的问题所在。

2. 滥用的商业广告

消费者签订移动支付服务合同的初衷是便捷的支付服务本身,非希望通过移动设备获取金融服务广告。然而,移动支付庞大的用户量基础使得广告投放可以收获额外的商业价值。有些公司为了营销软件,推出会员去广告的服务,在原有用户的基础上,继续深挖商业价值。支付机构在软件中显示商业广告有时会侵犯消费者权益,与消费者产生争端,例如广告可能会误导消费者,或是在支付的快捷过程中导致消费者误点击广告内容造成损失。

在“无锡市掌柜无线网络技术有限公司诉无锡嘉宝置业有限公司网络服务合同纠纷案”中,因双方当事人明知所发送的电子信息为商业广告性质,却无视手机用户群体是否同意接收商业广告信息的主观意愿,强行向不特定公众发送商业广告短信息,侵害不特定公众的利益,本案法院依据《合同法》第七条与第五十二条法院以及全国人民代表大会常务委员会《关于加强网络信息保护的決定》第七条、第十一条认为双方签订的相关协议无效,并没收非法所得^[11]。

除《合同法》外,《广告法》第十四条、第二十八条要求公司发布的广告具有可识别性,避免导致大众产生误解,以及如果广告以虚假或者引人误解的内容欺骗、误导消费者的,则会构成法律意义上的虚假广告,并在第五章规定了违反上述两条规定时应负的法律后果。《消费者权益保护法》以及《电子商务法》中对此亦有相应规定,且消费者可以有多种救济手段进行自我救济,但对于移动支付领域的特殊问题尚未有专门规定或司法解释。

在美国,美国联邦贸易委员会(FTC)发布了一份指导文件,解释了公司如何在不违反《联邦贸易委员会法》(FTC Act)禁止欺骗性陈述的前提下发布在线广告,公司应当披露移动设备屏幕上显示的金融服务广告的相关信息,给予消费者选择的权利,并且把相关信息放置在明显的位置引起消费者的注意^②。

3. 无孔不入的支付诈骗

支付诈骗是网络诈骗中最为常见的方式,生活中的支付诈骗可以大致分类为紧急求助,发票,银行通知,账户验证,拷贝或文档拷贝,行动请求以及网络购物。移动支付领域近年已经成为发生财产诈骗的严重泛滥地,其相比于PC端的互联网支付更难被规制。Webroot公司首席信息安全官员Gary Hayslip表示:虽然用户越来越警惕各种钓鱼诈骗的攻击,各种防支付诈骗软件也不少,但还是不能阻挡各种各样的支付诈骗攻击。进行支付诈骗攻击的不法分子通过花样迭出的各种方式,来骗取个人和企业用户的信息并威胁财产安全。安全漏洞和隐私侵犯在移动支付时代被无限放大,在消费者签订移动支付服务合同时,可能就会被冒名顶替的虚假网站所欺骗。

在我国,最高检发布了六起侵犯公民个人信息犯罪典型案例,其中章某某等诈骗、侵犯公民个人信息案中,被告人章某某严重威胁公民人身安全、财产安全和社会管理秩序,安溪县人民法院对其判处有期徒刑和罚款。我国多以个人或数人组成的组织进行网络诈骗,在相关案件中多以诈骗罪、侵犯公民个人信息罪判处,但缺乏民事角度的规制和民事责任的承担^[12]。

三、制度创新的必要性:将移动支付服务合同纳入核心监管对象

(一) 以移动支付服务合同为核心监管理念的形成

在移动支付发展前期,我国对移动支付的监管

相对宽松。从2015年开始,移动支付发展到了一个较为成熟的阶段,支付规模的迅速扩张导致行业乱象频发,暴露出一定的问题后,监管机构的规范文件也密集而来,对于支付牌照的发放也突然收紧,移动支付的监管开始日趋严格,行业进行加速规范^[13]。目前,该行业的监管核心在于对支付机构的准入资格限制以及对信息披露报备等方面的规定,监管手段则以传统方式为主。

事实上,监管的目标除了宏观市场风险防控之外,还应当包括对消费者这一相对弱势群体的保护,这一目标的实现关键在于将移动支付服务合同纳入核心监管对象。金融交易中的合同是多个交易对手方之间形成的对未来权利义务约定,其与一般民事合同最大的区别在于其公共产品的特性决定了公权力介入的必要性。监管中应充分注意合同本质与合同公平性的发现,保障消费者的知情权,促成合同公平性的形成,督促信赖关系中的当事人严守信义义务,为私主体权利维护与救济提供事实基础,并与司法实践相联系,达到法律层面的实质正义。在移动支付领域,支付机构与消费者之间存在信息获取等方面的不对等,同时合同的公平性是消费者权益保障的基础,因此监管者应当对支付机构修改格式条款、增加各类条款等行为加以规制。例如,要求支付机构对消费者进行充分的信息披露,凡是涉及消费者义务与权益损失可能性的条款都必须重点强调并获得消费者的明示同意,移动支付服务合同成立后应当及时备案并在更改后随时通知有关机关进行信息修改^[14]。

(二) 将合同纳入监管的缘由

移动支付服务合同是一个完整的移动支付流程中不可或缺的一环,当事人双方通过移动支付服务合同形成了民事法律关系,并在此关系的基础上行使双方的权利并履行双方的义务,它可以作为一个客观的标准来衡量当事人的行为是否合理,可见只有一份良好的、完整的且并无巨大瑕疵的合同才可以担此重任。从形式上说,合同在日常生活中扮演着举足轻重的作用,例如买卖活动中需要买卖合同、租赁活动中需要租赁合同、甚至在亲朋好友之间的借款亦需要借款合同,它具有极高的可接受性,可以作为大规模监管的客体,并且移动支付活动中一方当事人一般为消费者,合同为监管对象的引入会提高制度内容的可预测性和可接受性。基于以上思考,笔者将从以下四点具体阐述为什么将移动支付服务合同纳入核心监管对象。

1. 消费者的信赖利益保护

一方面,移动支付活动的最大特点在于快捷,

无论是合同签订还是支付本身往往都会在几秒钟之内迅速完成。其中合同的签订一般会在初次支付之前,之后的支付行为会沿用初次订立的合同,消费者在签订移动支付服务合同时,需要面对冗长的合同条款,往往会出于节省时间的考虑直接勾选“用户已同意”或是点击下载软件表达自己接受合同内容的意思表示,而公司修改格式条款或连续支付合同到期等现象则根本得不到消费者的重视,使得日后因纠纷引发诉讼时,公司会通过条款中的自我保护条款来减免自己的责任。但初次签订合同时,消费者基于双方签订的合同内容已经产生了信赖利益,根据诚实信用原则可以认定该信赖利益是值得法律进行保护的,同时该信赖利益是贯穿于移动支付活动的始终,倘若公司希望修改合同中的相关内容,其一需要进行公示和必要的私信告知,其二需要征得相对人的同意,若不同意则需要沿用最初订立的合同。

另一方面,消费者的信赖利益亦会产生于备案机关以及拥有雄厚底蕴的公司。在日常生活中,消费者对于支付机构的侵害行为,因为其缺乏法律常识与维权意识,在原始合同与增值服务合同订立时几乎不会将合同文本保存下来以备不时之需,导致发生纠纷时举证困难,同时认为自身力量弱小,选择隐忍或认为此事仅仅是偶然发生,因此公权力机关所做的备案行为和监管行为要尽可能地去保护消费者的信赖利益,因为一个普通人一般是不会在使用移动支付软件时将原始电子合同文本保存在设备中。大公司的社会责任义务要求其在一定程度上考虑到消费者的信赖利益,并给予消费者一定的保护,而此种保护不能仅仅依靠法律中的任意性条款或者是道德的约束,需要将内容落实到移动支付服务合同中,并将相关内容进行备案。

2. 民商合一背景下移动支付服务合同的特殊使命

民商合一是未来中国民商法的发展趋势,民法商法化和商法民法化的情况正在逐渐凸显,中国目前并无一部商法总则,但能从学理上以及民法中去认识商法的基本原则。商法遵循着提高交易效率、促进交易自由、确保交易安全以及维护交易公正的原则,而上述所说的基本原则皆出自民法或从民法的基本原则之中衍生而来。但不同于民法,商法中极大地提高了效率的地位,法律尽可能地简化交易程序,弱化交易方式,以求交易得简便、易行、迅速,因此商法要求商事活动定型化和短期化,这为将移动支付服务合同纳入核心监管对象提供了契

机。在我国,有关合同的法律以合同法为基础,并未在实体法上区分民事合同和商事合同,因此移动支付服务合同是要符合合同法的规定,不能出现合同法上所规定的强制性条款而导致合同的效力出现瑕疵,进而合同被推定为无效,但移动支付服务合同存在于金融流通领域,是一个典型的服务于商事行为的合同,因此亦需要符合商法的基本原则。商法和民法虽逐渐趋于合一,但并不意味着两法在内容上是同一的,两法的价值取向是存在着矛盾。基于经济学上的经济自由主义发展而来的商法上的交易自由原则要求合同自由、企业自由、市场自律,其中的合同自由在内容上基本符合合同法上所规定的内容,但商法上为了确保交易安全,会采取诸如强制主义、外观主义、严格责任主义、公示主义等措施,很明显与绝对的私法自治相冲突。

但在上述的矛盾中,我们亦会发现一个契机,在民商合一的大趋势下,合同是两法需要解决的首要问题,而移动支付服务合同更是移动支付服务活动的前沿阵地,将移动支付服务合同作为研究和规制移动支付活动的首要方法有其可取之处,而将移动支付服务合同纳入监管对象亦存在着合理的理论基础。与此同时,我国目前尚未形成一个成熟的有关移动支付的法律法规体系。虽然我国从2006年开始颁布了许多中国移动支付市场相关的政策法规,如《支付业务统计指标》《电子支付指引》《电子银行业务管理办法》等,并且我国《刑法》《中华人民共和国电子签名法》《中华人民共和国电子商务法》等法律均有所涉及移动支付的相关内容,但都未有深入的分析和体系化的规制。相关规定多以部门规章和其他规范性文件为主,位阶较低,经常导致赔偿责任问题不清晰,利益难以得到有效的平衡。因此,通过将移动支付服务合同纳入监管对象有助于缓解民商领域有关移动支付内容的法律冲突,既可以保障自由和公平,亦可以兼顾效率和安全。

3. 形式强制的辩证思考

形式强制系对私法自治的限制,亦需要受到私法自治的限制。有学者认为形式强制需要建立在维护利益的基础上,具体情形为维护当事人、第三人或公共利益^[15]。维护利益是形式强制最有力的理由,认为适当的形式强制有助于发挥警告功能及澄清与证据功能,而警告、澄清和证据恰恰是移动支付纠纷解决过程中最为棘手的难题,因此形式强制的引入变得不可或缺。移动支付服务合同虽服务于金融流通领域,但其亦需要受到私法自治的限制,

使得个人自由不会因公权力的过分介入而损失殆尽。同时, 移动支付服务合同为无名合同, 又因其属性的特殊性, 尽管法定形式可以通过当事人意思排除, 但是对于当事人的意思介入亦需要获得一定程度的限制, 原因在于, 一方面移动支付服务合同双方当事人地位往往不对等, 另一方面消费者很难有能力去扭转这一颓势。因为我们知道双方经济地位、文化地位等个人因素的差距本身并不会构成法律层面的不正当性, 法律亦不可去规制当事人的经济能力、文化素质以及其他个人因素, 因此适当的形式强制是确有必要的, 正如哈耶克在其《法律、立法和自由》中所述, 正义是人的正义, 人在不正义的情况下才会寻求法律的帮助来解决纠纷, 同理移动支付活动需要法律所允许的公权力介入以及接受法律所认同的私法自治的限制, 在该活动中移动支付服务合同是形式强制行为实施的最肥沃的土壤。

上述论述并非是对私法自治的否认, 而是寻求在私法自治的基础上, 进行一定程度的形式强制, 即规制合同^[16]。移动支付活动是典型的私法公法化领域的规制范围, 因此形式强制的要求会更具有合理性。合同法所追求的契约效力, 本质上是自由意志是否受到了不正当的影响, 这种影响若发生在两个自然人的身上则有自由意志的探讨价值, 倘若发生在一方自然人一方法人或其他组织时提出的自由意志有些牵强。如上所述, 尽管经济等个人因素不予考虑, 但线上支付的特殊性使得消费者与移动支付软件公司之间平等的沟通渠道很难存在, 此时合同法中的内容难以达到追求公平的预期效果, 移动支付服务合同的形式强制是不可避免的, 而我们需要思考的问题则是形式强制的程度问题。

4. 合同规制的初步经济分析

评价一个制度的好坏需要通过实践去检验, 一个制度是否需要建立则必须去考虑制度建设的成本和预期收益。将移动支付服务合同纳入核心监管对象这一制度的经济分析将从以下几个方面进行论述, 首先, 该制度的建立成本主要集中在公权力机关数据库成本、人工成本、公司运作合同成本以及消费者因该合同所支付的额外成本, 制度的建立所获得的回报为司法资源的高效利用、消费者寻求证据以及救济途径的成本降低。相比于其他的移动支付监管制度的建立, 将移动支付服务合同纳入核心监管对象的成本更低, 近年物联网和区块链等技术的蓬勃发展, 让数字信息高效运作的成本极大降低, 并且增强了数字信息储存的安全性, 为监管机关监管数字信息提供了强大的技术后盾, 与司法资

源的高效利用一拍即合。而公司运作合同的成本需要公司自己进行承担, 公司有义务去保障消费者可以获得最低的技术支持, 相比于其他技术, 制定、更新以及备案合同的成本几乎可以忽略不计。同时, 纠纷的发生往往就是因为消费者所支付的额外成本、支付公司侵犯消费者的合法权益以及消费者欺诈支付公司等, 前两项中消费者寻求证据以及救济途径的能力远不及移动支付公司, 这必将导致司法资源的浪费。在中国, 当事人往往是因为通过其他途径纠纷无法得到解决才会诉诸法院, 法院重视证据, 若无证据当事人很难得到应有的结果, 移动支付软件后台数据属于公司的商业秘密, 亦无备案需要, 因此有预见性的进行合同规制势必会大大降低当事人搜寻证据以及寻求救济途径的成本。并在此基础上可以对移动支付服务合同进行汇总并分析, 并与司法实践相结合, 逐渐完善将移动支付服务合同纳入核心监管对象这一制度, 综上所述, 利大于弊。

四、将移动支付服务合同纳入核心监管对象制度的建设

(一) 备案体系的完善

目前, 移动支付公司都会将移动支付服务合同在公权力机关进行备案, 但目前仅仅是形式上的保存, 在实践中并无突出作用, 因此备案体系的功能性不足是首要解决的难题。备案体系的问题在于, 其并未发挥外延作用, 仅仅停留在保留文本层面, 这导致数据库中的合同信息无法与现实案件紧密相连, 新技术的出现愈发凸显备案体系的无力, 为充分发挥备案体系的作用以及将备案制度得以充分发展, 完善备案体系迫在眉睫。

首先, 建设合同备案数据库与纠纷解决对接机制, 增加数据库的管理内容。第一, 除构成合同基本内容外, 后续更改的合同内容应当及时向有关部门进行备案。第二, 数据库应当增加数据统计以及数据计算功能, 将高概率出现纠纷的合同内容进行统计, 并运用在法律制度研究中^[17]。第三, 开辟合同信息公开平台, 消费者可以在数据库中注册用户, 在出现纠纷时可以第一时间登录用户, 从平台中获取合同的内容以及过往的全部信息, 并且平台会将过往出现问题的合同进行公示, 并着重标记其中的“危险条款”诸如免责条款、限责条款以及增值服务条款。

其次, 保障信息的真实性和安全性是建设完备

的备案体系的目标,亦是消费者信赖利益保护的墙头堡。信息的真实性和安全性,一方面需要提供者履行义务,另一方面需要备案机关积极发挥作用^[18]。首先,备案机关应当确保数据库防火墙的质量;其次,备案机关应对信息的采集和保管程序进行精细,做到必要的形式审查;再者,信息提供者应当对所提供的信息进行担保;最后,备案机关应当跟踪和抽查移动支付公司所提供的信息的真实性和安全性。

同时,区块链技术以及5G通信技术、物联网技术的迅猛发展,为高速传输信息,安全保存信息,准确计算信息提供了强大的技术支持,也为备案系统的建设提供了契机^[19]。将移动支付服务合同的内容纳入监管仅仅是初步构想,强大的技术会协助备案机关、研究机关、消费者以及公司去发掘移动支付服务合同的强大功能,在保障私法自治的前提下,通过合同的内容改变提高移动支付的效率、减少纠纷的发生以及预防移动支付法律问题的产生。

(二) 消费者风险防范意识的培养

《消费者权益保护法》第二章规定了消费者的权利,并在第十三条要求消费者需要提高维权和风险防范的意识。同理,移动支付服务消费者应增强风险防控和维权意识,在签订移动支付合同和接受增值服务时注意阅读和保存合同文本,遭遇权益侵害时积极寻找救济途径进行维权。接受服务的过程中,应时刻关注自身账号安全和财产安全,树立防范意识。但一个人的知识水平、道德教养、法律意识层次不尽相同,因此监管机构应当加大对移动支付风险防范的宣传力度,在中小学、大学、机关单位等的普法教育中,使消费者具备基本的网络知识并掌握防控风险的基本手段,尤其在密码和身份认证方面,严格保密相关信息,不随意委托他人管理账号和移动支付设备。如果遇到账号被盗,内容泄露等事情时,及时向相关机构反应,而支付机构需要随时保证沟通渠道畅通,并迅速为消费者解决问题,如申请挂失、冻结账户等。此外,在移动支付合同订立与支付活动中,以了解消费者心理状态为基础,通过技术手段与消费者教育等方式,让消费者合同中的权利义务内容、服务免费期限、附加条款等细节进行关注,这也应当引起服务提供者和监管者的重视。

(三) 适度的监管与强制

拥有统一的数据标准是建立健全新型移动支付监管体系的重要一步。目前,国内已经拥有了一些

有关移动支付的相关规范及标准,如人民银行推出的《中国金融集成电路(IC)卡规范3.0版》,但第三方支付领域规范标准尚不明确,相较于发达国家有较大的提升空间。通过监管业务与数据应用的协调发展,改变因数据标准不同造成高壁垒的情况,构建一个繁荣、可持续的金融服务环境,支持创新技术,推进政策目标,降低潜在风险^[20]。

对移动支付服务合同进行适当的形式强制是建设移动支付服务合同监管制度的重要手段,在尊重私法自治的基础上,对合同中涉及当事人、第三人和公共利益的条款进行适当的形式强制,有助于解决移动支付活动中的数据安全问题以及财产安全问题。例如,对合同中有关公司修改原合同条款的权利进行规制,公司修改原合同条款不得对相对人的权利造成伤害,相对人的权利不得低于原合同承诺的水平,应当要求公司在合同中写明该项内容;再如,公司应对增值服务、商业广告和支付诈骗等问题积极地履行保护消费者义务,仅仅依靠道德约束是不够的,应当要求公司将上述保护义务写入合同中。适当的形式强制,可以增强合同内容的精确性,并在一定程度上提高法律的可接受性和可预测性,从而减少移动支付纠纷的发生,给予消费者更多的救济途径。

五、结语

移动支付服务合同的法律规制核心是将合同的订立过程与核心内容纳入监管对象。随着科学技术对商业活动的促进及商事制度的不断发展,出于效率、公平与安全的多重价值考量,公法与私法的互渗应当在数字经济时代的网络与移动交易领域体现的愈发突出。将移动支付服务合同纳入监管对象是基于形式强制的辩证思考的结果,既有利于保护消费者的信赖利益,有益于各类风险防控,且在节约监管与司法制度运行成本方面具有重要意义。具体操作中,需要构建体系化的备案机制,实现合同备案数据库与纠纷解决的对接,保障信息的真实性和安全性,并采用不断发展的信息技术为备案机制完善提供技术支持。同时,消费者的风险防范意识与权益保障态度的培养、统一数据标准的研究和使用也是以合同为中心的移动支付监管制度的重要组成部分。通过意识、技术、制度三个层面的创新和发展对移动支付服务合同进行适度法律规制,可以预防纠纷发生,提高纠纷解决效率,最大程度保护消费者权益,并在宏观层面实现风险防控的重要目标。

注释

① 如果美国相关公司违反了调整信用卡 (15 USC 1640) 和借记卡 (15 USC1693m) 的相关规定, 公司将承担实际和法定的损害赔偿。

② “How to Make Effective Disclosures in Digital Advertising” by FTC in March 2013.

参考文献

- [1] 秦成德主编. 移动支付[M]. 北京: 经济管理出版社, 2017: 2-3.
- [2] 中国信息通信产业研究院. 中国数字经济发展与就业白皮书 (2019 年) [EB/OL]. (2019-4-19). http://www.xinhuanet.com/info/2019-04/19/c_137989822.htm.
- [3] 中国支付清算协会编著. 移动支付理论与实务[M]. 北京: 中国金融出版社, 2015: 17-18.
- [4] Board of Governors Of The Federal Reserve System. Consumer and Mobile Financial Services 2015[EB/OL]. [2018-10-25]. <https://max.book118.com/html/2017/0729/125092816.shtm>.
- [5] 丁康吉. 美国《2009信用卡问责、责任和信息披露法》述评[J]. 中国信用卡, 2009(14): 21-28.
- [6] 白牧蓉. 互联网理财账户的法律性质与监管问题研究[J]. 甘肃理论学刊, 2016(6): 134-139.
- [7] 封思贤, 袁圣兰. 用户视角下的移动支付操作风险研究——基于行为经济学和LDA的分析[J]. 国际金融研究, 2018(3): 68-76.
- [8] 泉商初字第 240 号, 指导案例 64 号[Z]. 2019-6-30.
- [9] BUDNITZ M E. The Legal Framework of Mobile Payments: Gaps, Ambiguities, and Overlap[EB/OL]. [2019-10-11]. <http://baogao.chinabaogao.com/hulianwang/331163331163.html>.
- [10] 刘颖. 我国电子商务法调整的社会关系范围[J]. 中国法学, 2018(4): 195-216.
- [11] 江苏省无锡市南长区人民法院. 南扬商初字第 0402 号民事判决书[Z]. 2014-12-31.
- [12] 最高人民检察院. 六起侵犯公民个人信息犯罪典型案例[EB/OL]. (2017-05-16). http://www.spp.gov.cn/xwfbh/wsfbt/201705/t20170516_190645.shtml#1.
- [13] 中国报告网. 2018 年我国移动支付行业监管环境及政策趋势分析[EB/OL]. (2018-12-30). <http://baogao.chinabaogao.com/hulianwang/331163331163.htm>.
- [14] 王洪亮. 电子合同订立新规则的评析与构建[J]. 法学杂志, 2018(4): 32-42.
- [15] 朱庆育. 民法总论第二版[M]. 北京: 北京大学出版社, 2016: 306.
- [16] [英]休·柯林斯 (Hugh Collin) 著. 规制合同[M]. 郭小莉, 译. 北京: 中国人民大学出版社, 2014: 3-4.
- [17] 魏趣, 麻文奇. 网联支付与第三方支付的监管与发展[J]. 金融科技时代, 2017(5): 20-23.
- [18] 莫万友. 移动支付中数据安全法律问题探析[J]. 湖南社会科学, 2019(4): 50-56.
- [19] 中国信息通信研究院. 数据流通关键技术白皮书 (1.0 版)[EB/OL]. [2019-10-29]. <http://lawv3.wkinfo.com.cn/topic/61000000502/3.html>.
- [20] 刘澈, 蔡欣, 彭洪伟, 封莉. 第三方支付监管的国际经验比较及政策建议[J]. 西南金融, 2018(3): 42-47.

编辑 邓婧