

电子支付服务中的关键概念及立法选择 ——兼评中美电子支付服务世贸组织争端案

钟志勇

(南昌航空大学 文法学院 江西 南昌 330063)

摘要: 电子资金划拨通常仅指以电子方式在金融机构账户之间进行的资金划拨,而电子支付泛指任何通过电子设备进行的支付,其法律内涵不太容易确定。支付服务是一个比较合适的概念,而与《票据法》相对,建议我国采用“电子支付服务”。该概念应包括“经营”、“促进”和“促成”支付的所有必要服务,而支付“直接通过电子设备发出支付指令”进行。电子支付服务世贸组织争端案中,我国败诉的原因在于支付卡信息转接市场垄断,而非专家组解释不当。

关键词: 电子资金划拨; 电子支付; 支付服务

中图分类号: F830.46 **文献标识码:** A **文章编号:** 2095-0098(2015)02-0009-05

随着电子商务的发展,电子支付也取得了长足的发展。各种支付方式不断涌现,令人目不暇给,如网上支付、电话支付、电视支付、移动支付、快捷支付、二维码支付、微信支付等等。然而,各国立法采用的概念与此不一。在不断创新消费性电子支付领域采用一个合适的概念并从法律上对其进行界定是一个比较困难的问题。本文拟比较研究“电子资金划拨”、“电子支付”和“支付服务”三个关键概念并探讨我国未来立法选择。

一、电子资金划拨

1978年,美国通过了《电子资金划拨法》,并将其定义为支票、汇票或类似纸质工具之外,通过电子终端、电话、计算机或磁带发出命令、指示或授权金融机构借记或贷记账户的任何资金划拨,包括但不限于销售点划拨、自动柜员机交易、直接存款或取款、电话划拨^①。该法适用于借记卡、多用途预付卡等但不适用于信用卡^②,主要是一部消费者权益保护法,未涉及事项及属于资金划拨的“汇兑”则适用1989年通过的《统一商法典4A篇》^③。该法适用于零售性或消费者性交易而《统一商法典4A篇》适用于批发性或商业性交易。《统一商法典4A篇》标题为“资金划拨”,适用贷记但不适用借记划拨,而《电子资金划拨法》则同时适用。此外,美国还有不少非金融机构提供货币汇兑等服务并适用州法。《统一货币服务法》将“货币服务”定义为货币汇兑、支票兑换和外汇兑换,“货币汇兑”被定义为销售或发行支付工具、储值卡或收受货币或货币价值后汇往他处^④。

1986年,澳大利亚《电子资金划拨行为守则》获得通过。这是一部自愿性行为准则而非法律。守则第1条第2款规定,从或向电子资金划拨账户转移价值即为资金划拨,包括两个电子资金划拨账户或一个电子资

① § 903(7) of Electronic Fund Transfer Act 1978(revised 2010)

② 信用卡消费者保护规则适用1968年《诚实信贷法》及《Z条例》

③ § 4A-108 of U. C. C 2012

④ Section 102 of Uniform Money Services Act(revised 2004)

收稿日期: 2014-12-15

基金项目: 教育部人文社会科学基金“非金融机构支付服务监管法律问题比较研究”(12YJA820103); 国家留学基金委“电子支付服务立法问题比较研究”(201208360015)

作者简介: 钟志勇(1970-),男,湖南湘阴人,博士,教授,主要研究方向为金融法。

金划拨账户和另一个其他账户之间的划拨^①。对比美国立法,该界定不仅累赘且缺少针对性。

电子资金划拨的核心是以电子通讯取代票据或类似纸质工具传递支付信息,资金本身尚需实时或延时结算,属于支付工具的电子化。其实,电子资金划拨并非“电子资金”划拨,即资金本身并未“电子化”^②。而且,《电子资金划拨法》只适用于金融机构通过账户进行的小额划拨,《统一商法典 4A 篇》则适用于大额电子资金划拨,但均无法适用于非金融机构通过或不通过账户提供的电子支付服务。《统一货币服务法》适用于非金融机构,“货币”亦可解释为包括“货币价值”,但某些支付服务难以解释为“货币汇兑”,如支付通道服务。最后,从主要国家的实践来看,只有美国法律直接采用“电子资金划拨”这一概念。澳大利亚原来采用此概念,但从 2011 年起改采“电子支付”。

二、电子支付

电子支付是指采用电子技术所进行的资金转移。澳大利亚 2011 年《电子支付守则》适用于使用电子设备发起且不打算通过比较手写签字与样本签字来认证的支付、资金划拨和取款,包括:(1) 电子卡交易;(2) 电话银行业务和账单缴付交易;(3) 互联网银行交易;(4) 使用卡号和有效期的线上交易;(5) 线上账单支付;(6) 使用非接触式设备和预付卡进行的交易;(7) 直接借记;(8) 使用电子缴费设备进行的交易;(9) 使用移动设备进行的交易;(10) 使用公共交通电子售票设施进行的交易;(11) 邮购交易;等^③。守则通过列举方式明确其适用范围,但列举显得杂乱无章,各种支付方式之间并不一定具有排他性。而且,某些支付方式可能难以构成“支付服务”,如邮购交易。

2006 年,韩国《电子金融交易法》获得通过。“电子支付交易”被界定为付款人通过电子支付工具指示金融机构或电子金融业务运营商向收款人划拨资金的任何电子金融交易,而“电子支付手段”包括电子资金划拨、电子借记支付工具、电子预付手段、电子货币、信用卡、电子债券等^④。韩国将电子支付手段分得较细,可能并无必要,如电子借记支付工具就属于电子资金划拨,电子预付手段实为电子货币。而且,无论电子支付交易还是电子支付手段,均难以涵盖某些电子支付服务,如支付卡信息转接服务。

2005 年,中国人民银行(以下简称“人行”)发布了《电子支付指引(第一号)》。电子支付被界定为单位、个人直接或授权他人通过电子终端发出支付指令,实现货币支付与资金转移的行为。该指引和澳大利亚《电子支付守则》一样不具有强制性,仅适用于银行业金融机构,而守则还适用于其他电子支付设施提供商^⑤。主要国家中还没有一个在立法中直接采用“电子支付”这一概念,原因可能有:首先,电子支付可以泛指任何通过电子设备进行的支付,其法律内涵不太容易确定;其次,不是所有电子支付都需要立法,如支付机构之间的电子支付通过行业自律规章规范即可;最后,电子支付意味着以电子方式付款,难以适用于某些不付款的支付服务,如中方主张,银联并不任何人“支付”^⑥。

三、支付服务

2007 年,欧盟通过了《支付服务指令》。该指令采用创新思路,从监管支付工具转向支付服务。尽管如此,指令附件所列举支付服务分类存在较大问题。第一类和第二类为存款与取款服务,并非严格意义上的支付服务。第三类和第四类因使用自有资金或贷款而区分为两类可能并无太多必要,因为都是“直接借记,通过支付卡或类似工具,或贷记划拨而进行的支付交易”。第五类存在措辞不当问题,因而新指令建议稿将其修正为“发行支付工具和/或为支付交易收单”^⑦。第七类无法将以网上银行业务为依托的第三方支付服务

① Electronic Funds Transfer Code of Conduct 2008(revised 2012)

② 资金本身电子化指以电子信息完全取代现金、票据等,信息的传递本身就是资金的流转,如电子货币。

③ § 2.4 - 2.5 of ePayments Code 2011(revised 2012)

④ Article 2 of Electronic Financial Transaction Act 2006(revised 2010)

⑤ About this Code of ePayments Code 2011(revised 2012)

⑥ Paragraph 7.94 of China - Certain Measures Affecting Electronic Payment Services: Report of the Panel 2012

⑦ Proposal for a Directive on Payment Services and Amending Directives 2002/65/EC, 2013/36/EU and 2009/110/EC and repealing Directive 2007/64/EC 2013

提供商纳入指令,因此新指令建议稿将其修正为“以进入支付账户为基础,采取支付启动服务、账户信息服务,由不属于账户服务机构的支付机构提供的服务”。唯一没有问题的是第六类即货币汇兑。然而,使用电子货币进行支付的交易履行规则适用《支付服务指令》,而电子货币发行和电子货币机构审慎监管规则适用《电子货币指令》^①。这是一个分割的体制,电子货币属于支付工具,可以纳入《支付服务指令》。

《支付服务指令》第3条例举了14种不予适用的情形。“现金直接交易”和“依据纸质支票、汇票、抵用券、旅行支票、邮政汇票进行的交易”不予适用旨在使该指令主要适用于电子支付服务。“支付或证券结算系统中的交易”和“支付服务提供者、代理人或分支机构之间的支付交易”不予适用的目的在于使该指令只适用于向客户提供的服务。以下不予适用情形均存在某些问题:(1)授权商业代理人代表卖方或买方谈判或达成出售或购买商品或服务并付款的交易^②;(2)仅能在发行者或少数几个服务商处使用或仅能购买少数商品或服务的支付工具^③;(3)通过任何电信、数字或信息技术设备执行的支付交易^④。

2009年,日本《支付服务法》获得通过,并适用于“资金划拨服务”和“预付式支付工具”。资金划拨服务指银行之外的他人在正常营业过程中执行的资金划拨交易,而预付式支付工具包括:(1)收受对价后发行记载了或以电磁方式记载了相应金额的证书、电子设备或其他物品,或数字、标志或其他符号,在提示、交付、通知或采用其他方法时可以由他人用于支付发行商或其指定人提供的商品租售或服务;(2)收受对价后发行了相应商品或服务数量的证书等,在提示等情形下可以主张交付或提供上述商品或服务^⑤。日本支付服务分类简单但内容较为丰富,如资金划拨服务涵盖所有划拨而不论通过何种支付方式。不过,资金划拨服务不适用于银行而预付式支付工具还包含通常不算支付手段的商业预付卡。

四、电子支付服务

在我国,人行于2010年制定了《非金融机构支付服务管理办法》。支付服务被界定为非金融机构在收付款人之间作为中介机构提供下列部分或全部货币资金转移服务:网络支付;预付卡的发行与受理;银行卡收单;人行确定的其他支付服务。对比其他国家立法,该办法主要有以下不足:第一,办法只是一个行政规章而非法律;第二,办法仅规范非金融机构,适用范围狭窄;第三,办法只是一个管理规章,无权利义务与消费者保护规则;第四,支付服务内涵与外延不太明确;第五,“网络支付”一词不太妥当。

美国《电子资金划拨法》只适用于金融机构且主要是一部消费者权益保护法,而《统一货币服务法》适用于非金融机构却主要是一部监管法。澳大利亚《电子支付守则》适用于金融机构和其他电子支付设施提供者,主要涉及消费者权益保护。韩国《电子金融交易法》适用于金融机构和电子金融业务运营商,涉及权利义务、市场准入和监管规则。欧盟《支付服务指令》适用于信用机构、电子货币机构、邮政转账机构、支付机构^⑥,甚至欧洲中央银行及成员国央行和成员国或其地区或地方当局^⑦。指令涉及市场准入、监管、信息披露、权利义务等领域,是一部综合性立法。日本《支付服务法》适用于非存款机构,主要是一部监管法。建议我国综合借鉴各国经验,在消费者性支付领域内通过一部综合性立法。

在美国,“电子资金划拨”只用于指称以电子方式在金融机构账户之间进行的资金划拨,而销售或发行支付工具、储值卡亦被定义为“货币汇兑”,这属于扩大解释但有些牵强。“电子支付”属于一个日常用语,含

① Recital (9) of Directive 2007/64/EC on Payment Services in the Internal Market Amending Directives 97/7/EC, 2002/65/EC, 2005/60/EC and 2006/48/EC and repealing Directive 97/5/EC

② 新指令建议稿已修正“商业代理人”豁免,其仅适用于或代理卖方或买方,不适用于同时代理。现行豁免正不断被同时代理双方的某些电子商务平台利用,这与豁免目的相违,因此应受到进一步限制。

③ 仅能在发行者处使用的有员工餐卡、旅行社卡、百货店卡等,仅能在少数服务机构或购买少数商品或服务的有交通卡、石油卡、会员卡等,但一般不包括“城市卡”。是否构成“少数”最终由法院裁判。See Q40 of Guidance on the Scope of the Payment Services Regulations 2013

④ 新指令建议稿将其修正为“无论使用何种设备,电子通信网络或服务用户购买作为附属服务的数字内容而进行的单笔价值不超过50欧元,每月累积不超过200欧元的支付交易”。

⑤ Articles 2(2) and 3(1) of Payment Services Act 2009

⑥ 货币汇兑商、提供支付服务的移动网络运营商、非银行信用卡发行商和商家收单机构。See § 2.6 of the FCA's Role under the Payment Services Regulations 2009, Our approach 2013

⑦ 新指令建议稿还增加了“账户服务机构和第三方支付服务机构”。

义过于宽泛,不宜直接采用。而且,“电子资金划拨”、“货币汇兑”和“电子支付”均无法适用于某些支付服务。“支付服务”是一个比较合适的概念,欧盟、日本和我国相关立法均采用此概念。如果我国采用功能监管模式,则立法应平等适用于所有提供支付服务的机构。除银行之外,只有中国邮政从事传统货币汇兑业务,而新兴的第三方支付机构均运用电子化手段为市场交易者提供前台支付或后台操作服务。为与《票据法》相对,建议我国通过一部采用“电子支付服务”概念的法律。

美国将“电子”一词界定为具有电、数字、磁、无线、光学、电磁或类似功能的技术^①。这是一个技术层面的定义。当“电子”与“支付”结合在一起时,该如何解释?如果将“电子支付”仅解释为通过电子设备进行的支付,则可能过于广泛。由此,电报、电传传送指令而进行的支付均可能构成电子支付。澳大利亚将“不打算通过比较手写签字与样本签字来认证”增列为电子支付要件,这意味着票据和签名信用卡支付不属于“电子支付”。然而,仅凭刷卡后需要在交易单据上签字而否认信用卡交易为电子支付的理由不很充分,因为除此之外,信用卡所有交易流程均已电子化。而且,我国信用卡交易采用密码认证为主,签名只是一个辅助措施。韩国则将“使用者采非面对面和自动方式且无需与金融机构或电子金融业务运营商雇员进行直接接触”^②增列为电子金融交易必要条件。该要件可以将去支付机构办理电子汇兑排除在电子金融交易之外,具有合理性。不过,采用直接与电子设备接触方式即意味着无需与支付机构雇员直接接触,也意味着采用非面对面方式。因此,我们建议将“直接通过电子设备发出支付指令”界定为电子支付要件,其实质是完全以电子信息取代书面文件传递支付指令。据此,支票签发后通过支票影像交换系统进行处理并非电子支付而使用电子商业汇票系统签发的汇票则属于,但不属于消费性电子支付。

什么是“支付”?《现代汉语词典》解释为“付出(款项)”。《简明牛津英语词典》解释为“付款行为或程序”。当“支付”与“服务”结合在一起,该作何解释?中方认为,承诺表中“支付服务”指银行和其他金融机构发行和受理现金之外的支付工具,而支付卡信息转接服务提供者既不发行也不受理支付工具,从未占有支付资金,并不向任何人“支付”。专家组认为,《服务贸易总协定》虽然未界定何为“服务”,但界定了“提供服务”,即“生产、分销、营销、销售和交付服务”。不论谁提供“支付服务”均不“支付”,而只是使收款方与付款方之间的支付得以实现。“支付服务”提供者提供促进和促成支付的“服务”。因此,专家组认为“支付服务”包括“经营”、“促进”和“促成”支付的必要服务。此外,承诺表中支付服务前还有“所有”一词。专家组对此的解释是,“所有”表明旨在包括支付行为必不可少的所有服务,所有支付方法和所有商业模式^③。应该说,中方主张为最狭义解释而美方主张为广义解释。不过,《非金融机构支付服务管理办法》采用广义解释,因为其所定义的“支付服务”包括网络支付、预付卡的发行与受理、银行卡收单及人行确定的其他支付服务。与此类似,广义电子支付包括电子支付工具、电子支付基础设施和电子支付业务处理系统。^[1]所以,建议未来《电子支付服务法》中的“支付服务”采用广义解释。

美方认为,“电子支付服务”包括为处理支付卡^④交易和经营与促进参与机构之间划拨资金而提供的服务。电子支付服务提供商直接或间接提供的系统通常包括:(1)促进、经营和促成交易信息和支付流动的处理设施、网络及规则与程序,保证系统完整、稳定并减少金融风险;(2)批准或拒绝交易的处理和协调,而批准通常意味着准予完成交易或提现或兑换;(3)在参与机构之间的传递交易信息;(4)计算、决定并报告有关机构所有已授权交易的净头寸;(5)促进、经营和/或以其他形式划拨参与机构之间相互欠下的净支付额。中方并未对上述五个“组成部分”提出异议,但认为银行间支付卡网络属于电信和数据处理设施,其运营者不是支付卡交易当事人。专家组认为,支付卡公司或网络确实属于支付卡交易中的一方当事人,因为其拥有支付卡品牌,确立发行机构和收单机构必须遵守的规则、标准和程序,为发行机构和收单机构提供授权、结算

① Section 106(2) of the Electronic Signatures in Global and National Commerce Act 2000

② Article 2 of Electronic Financial Transaction Act 2006(revised 2010)

③ Paragraphs 7.63 – 7.99 of China – Certain Measures Affecting Electronic Payment Services: Report of the Panel 2012

④ “支付卡”包括银行卡、信用卡、记账卡、借记卡、支票卡、自动柜员机卡、预付卡,其他类似卡或支付或货币汇划产品或访问设备和与卡或产品或访问设备相连的独特账户号码。

和清算服务^①。

电子支付服务肯定属于支付服务,但问题是,支付卡交易中的电子支付服务是否属于我国承诺表中的“所有支付服务”。在我国,只有银联为支付卡交易提供信息转接和结算服务,市场尚未开放,所以中方认为不是。但在国外,有多家机构提供服务而此类服务被普遍理解为支付服务。美方诉讼目的在于打开中方市场,随着中方败诉并同意执行裁判,美方实现了其目的。然而,我国有学者认为,扩大解释超出成员预期并与贸易自由化的宗旨相悖;^[2]解释过于机械化、形式化,对单方面选择性作出承诺的一方所含实质意图缺乏足够的尊重。^[3]其实,承诺表在对方接受后构成双边协议,而最惠国待遇原则又使其成为多边协定,采用《维也纳条约法公约》第31、32条解释规则并无不妥。承诺表的确具有特殊性,这表现在其是单方意思表示,但对方接受后,恐怕再难以按作出表示一方的意思来解释,只得按通常意义解释,否则可能对他方不公。而且一旦有歧义,应按不利于起草人原则解释,即按不利作出意思表示一方来解释。因此,中方败诉不应归究于专家组解释不当,而应归究于我国支付卡信息转接市场垄断^②。

参考文献:

[1] 李莉莎. 第三方电子支付法律问题研究[M]. 北京: 法律出版社, 2014: 14.

[2] 崔聪聪. GATS 承诺表解释的困境与出路——从美国诉中国银联垄断案谈起[J]. 经济问题探索, 2013 (6): 133.

[3] 张乃根. 电子支付案中 GATS 减让表的条约解释[J]. 上海对外经贸大学学报, 2014(1): 25.

The Key Concepts and Legislative Choice in Electronic Payment Service

——Comment on the WTO Dispute of Sino – US Electronic Payment Service

ZHONG Zhiyong

(School of Arts and Law, Nanchang Aeronautical University, Nanchang, Jiangxi 330063, China)

Abstract: Electronic fund transfer generally only refers fund transfer between accounts of financial institutions by electronic, while electronic payment broadly refers to any payment made through electronic device and its legal connotation is not easy to be determined. Payment service is a suitable concept and China is advised to adopt ‘electronic payment service’ in order to make a comparison with Negotiable Instruments Law. The concept should include all necessary services about payment, such as “manage”, “promote” and “facilitate”, while payment is executed through a “direct payment instructions issued by the electronic device”. China lost a lawsuit in the WTO dispute of electronic payment service, the reason is the market monopoly of payment card information transfer, not the expert group’s improper interpretation.

Key words: electronic fund transfer; electronic payment; payment service; electronic payment service

(责任编辑: 沈 五)

① Paragraphs 7.25 – 7.30 of China – Certain Measures Affecting Electronic Payment Services: Report of the Panel, 2012

② 此观点可能被指责为无中方立场,但个人认为最重要的问题是看谁更有理。