

【文章编号】1002—6274(2017)05—111—10

网络第三方支付格式合同再规制研究

——基于行为法律经济学视角

卢志刚

(华东政法大学经济法学院 上海 200042)

【内容摘要】网络第三方支付格式合同具有以互联网为媒介、接受方身份难以确定、缔约情境独立、准金融合同属性以及缺乏交互性和现场性等特点。当前有关网络第三方支付格式合同的立法存在制度支撑不足、信息披露不够科学、风险提示不够完善、备案审查流于形式等问题。基于此,应依据行为法律经济学视角下的“法律除偏”策略,设计默认规则倾斜保护消费者利益,利用信息干预规则纠正行为偏差,运用框架效应提高风险识别能力,采取激励方法预防和减少行为差错,强化助推帮消费者实现理性决策。

【关键词】网络第三方支付 行为法律经济学 格式合同

【中图分类号】DF525 【文献标识码】A

在互联网经济时代,网络第三方支付作为一项重大创新,解决了网络上因为缺少信任而无法有效缔约的问题,大大提高了支付效率,推动了互联网经济的迅猛发展。但同时,侵犯网络第三方支付消费者权益的事件时有发生,尤其是网络第三方支付平台利用其强势地位,制定大量的格式合同,使处于弱势地位的消费者,只能要么全盘接受合同,要么失去缔约机会。现有的一些保护消费者权益的规制,基本上从传统法律经济学的角度出发,矫正或者规制网络第三方支付中的格式合同,但是与实际情况有偏离,对消费者保护不够周全。行为法律经济学作为一种矫正传统法律经济学的分析方法,可为网络第三方支付消费者权益保护研究提供一套更接近实际的方案。

一、网络第三方支付格式合同的特点与风险

依据《非银行支付机构网络支付业务管理办法》第 2 条的规定,网络支付业务是指收款人或付款人通过计算机、移动终端等电子设备,依托公共网络信息系统远程发起支付指令,且付款人电子设备不与收款人特定设备交互,由支付机构为收款人提供货币资金转移服务的活动。但我国《合同法》并未对“格式合同”予以定义,只对“格式条款”予以了界定,其第 39

条第 2 款将格式条款定义为“当事人为了重复使用而预先拟定,并在订立合同时未与对方协商的条款。”那么关于网络第三方支付格式合同,可以界定为网络第三方支付平台通过计算机、移动终端等电子设备,依托公共网络信息系统远程发起支付指令,且付款人电子设备不与收款人特定设备交互,由支付机构为收款人提供货币资金转移服务的活动过程中单方面预先提供,并在订立合同时未与相对方(消费者)协调的合同(条款)。简单来讲,所谓网络第三方支付格式合同,就是网络第三方支付平台在网络支付业务过程中单方预先提供的,但在订立合同时未与相对方协商的合同。

互联网时代,尤其是移动支付时代网络第三方支付中的格式合同,除了具有定型化(重复使用)、不可协商性和适用于不特定相对人等传统格式合同诸多特征外,还具有其独特的特征。第一是以互联网为媒介,主要依托计算机、移动终端等电子设备连接互联网。格式合同需要借助互联网,在消费者浏览网页时出现在网页的界面上,当消费者在移动终端,尤其是手机上浏览时,字体往往很小,有的小到肉眼根本无法看清楚;第二是网络第三方支付格式合同的相对方(消费者)的身份难以确认。由于支付业务主要依托

作者简介:卢志刚(1982-)男,湖北通城人,华东政法大学经济法学院经济法博士后、华东政法大学国际金融法律研究中心副研究员,研究方向为经济法、互联网金融法。

互联网远程发起支付指令,而且付款人电子设备不与收款人特定设备交互,那么在互联网另一端的消费者是否具有相应的民事行为能力很难确认;第三是网络第三方支付格式合同的相对方缔约情境比较独立,容易陷入“独立语境”,常常失去向外界寻求帮助或者信息支持的能力;第四是网络第三方支付平台提供的格式合同具有准金融消费合同属性,比一般的格式合同具有更强的专业性和技术性,一般消费者很难全部准确地理解网络第三方支付合同的文本意义和实质意义;第五是网络第三方支付格式合同的相对方难以获得足够的提醒或者解释服务,也即网络第三方支付平台的提醒义务相对弱化。在网络第三方支付平台签订第三方支付协议(合同)时,格式条款仅仅以文本的形式在计算机或者移动终端等电子设备的网页上出现,缺少现实缔约过程中的交互性和现场性,加上很多消费者缺少互联网金融消费知识和维权意识,再加上一些条款本身设置的“模糊性”“欺骗性”“强势性”,消费者根本寻不到相应的解释和帮助,即使对格式条款有异议或疑问,往往也只能默默接受,为其合法权益被侵害埋下了伏笔。

正是由于网络第三方支付格式条款既有一般格式条款特点,又有其自身特性,广泛的使用格式条款,对条款的使用者(格式合同的提供方或者格式合同的接受方)而言,都提高了所能获得的收益。当某项产品或者某个标准对一个使用者的价值随着使用同样产品的人数的增加而增加的时候,就会产生网络收益。但这也带来很大的潜在风险:第一是对消费者显著不公平。因为格式合同为网络第三方支付平台单方拟定,其往往首先考虑自身的利益,而不顾或者较少顾及消费者的利益。有的格式合同虽然表面上从消费者的角度出发,但是由于消费者的知识和维权意识较弱,很容易陷入网络第三方支付平台设置的“获利陷阱”;第二是侵害消费者的知情权。网络第三方支付平台凭借其优势地位,对于消费者在缔约后可能存在的风险信息进行隐瞒,或者夸大消费者受益信息。总之,对于消费者关于缔约必须要全面了解的信息,网络第三方支付平台出于最大化自身利益或者减少损失,故意将有关信息予以隐瞒或者将有益信息予以夸大,从而侵害消费者的知情权;第三是侵害消费者的依法求偿权。网络第三方支付平台事先在格式合同中对其预期需要承担的责任予以免除或者减轻,

而对消费者可能存在的责任予以加重,不合理地分配双方可能存在的商业风险,一旦消费者权益受到侵害,则以免责条款排除自己的责任;第四是侵害消费者的自主选择权。网络第三方支付平台提供的格式合同基本上都是点击式的格式合同,只有“我不同意”“我不接受”“我同意”“我接受”等选项,即使消费者对合同的有关条款的详细意思或者不懂之处予以咨询了解或者提出变动等要求,网络第三方支付平台根本不会予以理会,所以消费者只有两种选择,或全盘接受,或离开;第五是侵害消费者的受教育权。网络第三方支付平台作为准金融机构,其单方提供的合同具有很强的金融业务属性和网络技术属性,一般消费者拥有“临时学习权”,也即受教育权,在消费者对格式合同本身以及相关知识有疑惑时,网络第三方支付机构有义务对消费者有关格式合同知识疑问予以释疑解惑,这本身也有利于网络第三方支付机构提高缔约的效率和成功率,但当前很少有网络第三方支付平台主动向消费者普及网络第三方支付相关知识,或在缔约时帮助消费者释疑解惑。

二、我国网络第三方支付格式合同规制存在的问题

当前有关我国网络第三方支付消费者权益保护的规定大多集中在部门规章、各层次规范性文件以及自律性规则中,一些强势的网络第三方支付企业凭借市场优势地位,制定了大量有失公平的格式条款或者表面看有利于消费者而实际上损害消费者权益的条款。2010年我国首部有关第三方支付的法律《非金融机构支付服务管理办法》出台,标志着我国对第三方支付平台的规制进入立法时代。随后,《非金融机构支付服务管理办法实施细则》(以下简称《实施细则》)、《非银行支付机构网络支付业务管理办法》、《中国人民银行金融消费者权益保护实施办法》、《中华人民共和国消费者权益保护法实施条例》(送审稿)等相继制定,有关网络第三方支付消费者权益保护的监管制度日益完善。但有关网络第三方支付格式合同规制的规定,大多集中在部门规章和规范性文件中,立法层级不高,存在保护不足等问题,这些问题也源自于对网络第三方支付格式合同的规制不科学和不合理。

(一) 消费者权益义务的规定缺乏具体的制度支撑

《实施细则》第33条规定“支付机构的支付服务协议格式条款应当遵循公平原则,全面、准确界定支付机构与客户之间的权利、义务和责任。”此条规定,虽然确立了格式条款必须遵循的原则是“公平原则”,但由于网络第三方支付各方经济地位和知识能力水平对比悬殊,仅仅对网络第三方支付中的消费者予以“公平保护”,难以消除这种力量不平衡带来的消费者“天然弱势”,因此需要在格式条款中确立适度或者倾斜保护原则;同时,目前没有外力强制介入保护消费者权益的前提下,网络第三方支付平台单方面制定支付服务协议,而且不允许相对方讨价还价或对格式条款予以调查,很难合理界定支付机构与客户之间的权利、义务和责任。

(二) 格式条款信息披露规定不够明确具体

《实施细则》虽然要求格式条款规定和披露支付机构与客户之间的权利、义务和责任,但是对于影响决策的关键性信息,比如支付服务存在的风险、管理费用、客户备付金利息收益归属、免责条款等方面规定不够具体详细。另外,还缺少以“负面清单”的形式对格式合同条款或者服务协议文本不能允许存在的内容的排除性规定,也缺少对一些不利于消费者权益保护内容的法律效力认定规定。同时,对现实存在的在格式条款中以附件文本来限制消费者权益的情况没有予以立法回应。

(三) 格式条款信息披露方式存在法律漏洞

《实施细则》第32条第2款虽然规定“支付机构应当在营业场所显著位置披露其支付服务协议的格式条款内容。支付机构有互联网网站的,还应当在网站首页显著位置进行披露。”此条规定,目的是为了消费者充分了解格式条款的信息内容,以便于作出正确的决策。但在现实中,如何理解“显著位置”以及“网站首页显著位置”都有很多的分歧;同时,有的网络第三方支付平台,在网站首页以非常小的字体披露“某某支付服务协议”,并且隐藏在很多广告里面,非常难以发现,即使发现了,点击开来,协议文本大多内容字体较小、冗长、复杂,连专业人员都难以看懂,更别说普通消费者。这种做法不仅损害了消费者的知情权,也抑制了网络第三方支付业务的发展,最终阻碍了经济的发展。

(四) 格式条款信息披露时间的规定不够科学

《实施细则》第33条第3款规定“支付机构拟调

整支付服务协议格式条款的,应当在调整前30日告知客户,并提示拟调整的内容。未向客户履行告知义务的,调整后的条款对该客户不具有约束力。”此条规定明确了支付协议格式条款变更后,应当在调整前30日告知客户(消费者),但没有明确告知的方式以及告知达到的标准,也没有规定格式条款首次披露的时间。“客户对于变更条款的知悉是其决定是否继续接受第三方支付机构相关服务的前提,然而在现行制度中并未明确赋予客户在格式条款变更后终止协议的权利。”^[1]同时,也没有规定与格式条款相联系的重要信息发生变化时,何时进行信息披露。

(五) 格式条款风险提示欠缺明确情景框架

网络第三方支付作为一种创新的支付形式,具有较大的金融性、技术风险性。《非银行支付机构网络支付业务管理办法》第1条就规定“为规范非银行支付机构网络支付业务,防范支付风险,保护当事人合法权益”。其第7条也规定“支付机构为客户开立支付账户的,还应在服务协议中以显著方式告知客户,并采取有效方式确认客户充分知晓并清晰理解下列内容:‘支付账户所记录的资金不同于客户本人的银行存款,不受《存款保险条例》保护,其实质为客户委托支付机构保管的、所有权归属于客户的预付价值。该预付价值对应的货币资金虽然属于客户,但不以客户本人名义存放在银行,而以支付机构名义存放在银行,并且由支付机构向银行发起资金调拨指令。’支付机构应当确保协议内容清晰、易懂,并以显著方式提示客户注意与其有重大利害关系的事项。”第18条也规定“在首次购买时向客户展示合作机构信息和产品信息,充分提示相关责任、权利、义务及潜在风险。协助客户与合作机构完成协议签订。”这些规定虽然提醒了投资风险,但是却没有提示网络第三方支付平台可能存在的系统性风险、市场风险、信用风险、流动性风险、操作管理风险以及技术风险等。而且,提示的方式并不够显著,也不够警醒。

(六) 格式条款的备案审查制度流于形式

《非金融机构支付服务管理办法》第21条第2款规定,第三方支付机构事先拟定好的支付协议应当报所在地中国人民银行支付机构备案。“备案”一词目前学界尚无定论,根据百度百科解释,一般是指向主管机关报告有关事由存案以备查考。备案制度的建立,目的是加强对经营性和非经营性行为予以事后

监管。那么,设立第三方支付平台格式合同备案制度,一方面便于发生纠纷时的举证,有效防止第三方支付平台临时更改协议以达到减轻自身责任或者加重相对方责任目的;另一方面便于监管单位对格式合同加强事后监管。有学者认为,格式合同备案的法律性质有四个方面:一是事后监管,而非行政审批;二是属于告知性、监督性备案,而不是许可性、确认性备案;三是程序性实施行为;四是具有信息披露属性。^[2]正是因为格式合同的备案目前还属于程序性行为,因此行政部门并不能对所备案的文件进行实质性审查。目前,据工商行政部门的调研分析,整体的格式合同备案率并不高,关于格式合同的备案时间节点也没有规定,大大影响了备案制度的效果。同时,关于格式条款备案的法律责任目前也没有明确的规定,只有部分省市规定限期改正并警告。总之,格式合同的备案制度刚性不强,对违反此规定的监管处理手段也不足,加上备案制度本身缺乏实质性监管手段,让《非金融机构支付服务管理办法》规定的备案制度对格式条款中的“霸王条款”束手无策。

三、网络第三方支付格式合同的行为法律经济学分析

近代以来,新古典经济学、博弈论、信息经济学、法律经济学等理论为消费者权益保护、合同制定与规制提供了有力的理论支撑,但由于它们欠缺真实市场参与者的相关行为的实证研究,着重从监管或者法律层面进行规范研究,导致对实际生活中的格式合同规制的效果大打折扣。而行为法律经济学,“作为法律经济学流派中的新生力量,通过对行为人为更为切合实际的刻画,在解释力与预测力上更为强劲,进而可指引制度构建与优化以助行为人为实现经济理性。”^[3]究其本质,行为法律经济学从心里学和社会学等研究角度出发,“对人的经济行为进行研究,从而摆脱了传统理论以抽象的假设并且常常脱离实际的假设为基础的分析方法的束缚,给经济行为的研究注入了生机和活力。”^[4]

(一)“保护消费者”假设前提下市场失灵的新形式“行为利用”

行为法律经济学实证研究发现,“人们是在直观推断或者经验法则的基础上作出决策的,虽然这在很多场合下发挥了作用,但也能引起系统性错误。同样也已经清楚,人们会受到各种引起不准确认识的偏见

和厌恶的影响。”^{[5]P4}作为个体存在的人在不确定条件下很容易出现行为偏差,这些偏差行为有四种表现形式:

1.有限理性。在诸多的有限理性表现中,根据乔尔斯的归纳总结,有六种类型比较典型:一是乐观偏见,是指出于过分自信,总认为自己会比别人幸运,遇到的糟糕结果的概率比实际的要低。人们倾向于乐观,这本身并非是坏的现象,但当面临风险决策时,乐观偏见可能会使人们遭遇很大的错误。同时,容易被宣传推介、格式条款提示的预期收益或者好处打动,在“狂热”状态下签订合同;二是自利偏见,是指当一个有双方或者多方参与决定的问题存在争议时,人们总是朝有利于自己的方向去理解信息。比如,对存在歧义的网络第三方支付格式条款存在多种解释可能的时候,合同相对方总是倾向于朝着有利于自己一方去解读格式条款;三是对极端情况的规避,也称之为“折中效应”,是指人们一般厌恶走极端,但是对于“极端”的定义并非出自于事物固有的属性,而是取决于“替代选项”。作为格式条款的被动接受方,并没有设置选项的权利,而提供格式条款的网络第三方支付平台很容易利用人们的避免极端心理,将对于自己有利的选项“强制性”推销给消费者,让消费者的权益受到损害;四是后见偏见,俗称“事后诸葛亮”,是指人们经常从事后的角度,来对事情的发生概率作出有偏差的判断。后见偏见会严重扭曲人们在概率方面的判断。格式条款的提供一方,常常基于经验在格式条款的设置时以“先见之明”利用消费者“后见偏见”作出不利于消费者的责任分配安排;五是现状偏见,是指“人们倾向于喜欢现状,需要有足够多和足够分量的理由,才能说服他们对现状作出改变。”^{[5]P5}不过人们对于现状是以“参照点”的形式来反应的,这个参照点就是人们思考坐标。人们偏向于保持现状(不求改变)的行为惯性体现出一种强大的心理力量,在此种情况下,现状条款会对合同双方权利分配产生很大的影响。合同的谈判双方都会出于自己的利益去定义现状,并以自己选定的“现状”与对方讨价还价。但是,在网络第三方支付格式合同缔结过程中,由于弱势一方的消费者根本没有权利去与网络第三方支付平台讨价还价,因此在文本的形成阶段需要有格式合同审查者或者监管者代替消费者去拟定一个相对公平的“参照点”,或者通过法律规制

条款的设定,规定不得设立不利于消费者的格式条款,否则予以惩罚;六是情感依恋,是指当某项权利或者财产与行为人人格发生密切联系时,行为人会倾向于认为该权利或者财产造成的损失大于权利或者财产的客观损失,因为里面已经渗透进了行为人的情感利益。按照这一逻辑,网络第三方支付格式合同设定消费者权利损失赔偿条款时,对于消费者的损害范围需要将其情感因素适当考虑,损害的金钱赔偿应略微大于客观损害结果。

2.有限意志力。有限意志力,又称之为“非完全控制”,主要是指人们除了有限理性外,还经常表现出有限的意志力或者控制力。研究表明,人们在行动时并不能实现完全自控,主要表现为在面对短期利益与长远利益时,往往会因为“短视”或者“有限自控力”作出舍弃从长远来看更有利的决策。此外,人们还可能为了简化任务而大量的采取直观推断的方法,主要有以下几种类型:一是锚定效应,又称之为“固执先见”,是指人们经常会固定在一个最初的价值判断(锚位)上作出对概率的判断,而且不太会调整。由于最初的价值判断的来源可能是武断或者不理性的,但是人们可能因为“思维惰性”“理性不足”“虚荣面子”或者相信权威(遵循先例)等原因,不愿对此作出充分的、符合事物规律的调整,从而导致通过“锚定”所得出的概念判断与实际严重错配。任何正式规则的产生,都需要先经历一个试错的过程,比如网络第三方支付领域的相关规则,也是经历一些发展过程的。在其出现初期,很多消费者缺少概念性知识,被引导相信网络第三方支付只有好处,基本没有风险,逐渐就形成锚定效应,一个不合理甚至不合法的规则也就被网络第三方支付平台以格式条款的形式固定下来,而消费者可能还以为“理所应当”“本该如此”;二是易得效应,又称之为“羊群效应”,是指如果某个风险事件容易被想起来或者在获取信息方面是容易获得的,人们会将该风险往更为严重的趋势想象。另外,如果有一批这样容易获得的信息“串联”,如通过人们口口相传或者新闻媒体报道,这种易得性的直观判断会让人们产生整体性的错误认知。比如涉及飞机失事的新闻,往往媒体都会持续跟进报道,而一般性的交通事故则不会引起媒体兴趣,所以人们倾向于认为飞机是风险最高的交通工具,这种判断与实际正好相反。这种易得效应和易得性串联对法律

的需求产生很大的影响,比如网络第三方支付格式条款重点着眼于消费者“易得性”的风险进行约定,而对于消费者不那么易得,而实际上具有很大概率的风险予以忽略,这无疑间接损害了消费者权益;三是基于案例决策,是指由于经常难以计算替代方式的预期成本和收益,人们习惯于根据以往的案例进行推理,而非基于对事实本身的准确判断作出决策。这种基于案例的思考决策方式,在生活中大量存在,在法律中也有体现,比如“遵循先例”“同样的案件同样的处理”。有些时候,基于案例决策能帮助人们简化思维,减少交易成本,由于人们很自然地规避自身缺点,比如审美或者计算方面,人们借助一些已有的案例,可以使自己作出选择的负担和犯错误的概率最小化。

3.有限自利。有限自利,是指人们作出行为选择并非任何时刻完全都出自于自身利益的计算,有时候也会关注他人的利益,甚至超过自身的利益。这与传统法律经济学“理性自利人”的假设是相背离的。理性经济人关注的是别人的利益,并且他们最关注的是物质利益,而不是精神利益及其他。不可否认,这种假设大多数时刻都是成立的,但情况并不总是这样,在很多时候,人们也希望能够被公平地对待或者公平地对待他人,也即人们需要一个公平的环境,并想为此做出一份自己的贡献。因此,人们为了显得很公平,可能会牺牲他们自己经济上的利益,这一点从理解法律的目的而言,尤其重要。

4.情境问题。一是损失规避,是指人们对于损失的厌恶,同时对于损失的不快(痛苦),比得到同样收益的快乐来得更大。大体来说,损失带来的不快是其两倍。^{[5]P7}简单来说,损失厌恶是指人们对于损失的估价要高于获得相同物品的估价。在人们心里,支付成本与机会成本不是同一回事。但是,一个事实被解读为收益还是损失并不是仅仅依赖事实本身(也即事实本身是中性的,只有带入行为人的价值判断,才能予以评价),而是依赖一系列的语境因素,包括事实在什么样的框架内发生的,主要以现状为参照点来进行评价。同时,框架被操作也是可能的,可能在一定的现状参照系下是收益,在另一种现状参照系下又被行为人解读为损失。正是由于厌恶损失的心理,那些获得最初权利的人将对其所拥有的权利予以更高的估值,会比最初没有获得权利的人愿意出更高的对价。因此,在法律规则设计上体现的价值,是对初始

权利配置的法律规则,应当考虑经济主体的心理估值问题,如网络第三方支付格式条款应当考虑消费者对初始权利的需求,还比如网络第三方支付平台必须获得消费者的授权才能查询其个人信用记录。二是心理账户,是指人们对金钱分门别类的分账管理和预算的心理过程。传统法律经济学认为,钱是可以互换的,但这个假设被实践证明是错误的。行为法律经济者经研究发现,“钱是以间隔的形式出现的,人们创设各种‘框架’,从而产生‘心理账户’,依赖于此的损失与收益之间不能相互替代,包括最简单货币意义上的损失和收益。”^{[5]P8}心理账户的存在对法律与政策产生了一定的影响,比如社会保险、商业保险等体现在社会心理上对资金的特定安排。对于网络第三方支付而言,也可以将客户委托支付机构保管、所有权仍然归属于客户的预付价值形成的“支付账户”理解为客户的“心理账户”,区别于客户的“银行账户”。^{[6]P80}

消费者的行为偏差,很容易被网络第三方支付平台加以利用导致消费者利益受损,这也被认为是一种新的市场失灵形式,也称之为“行为利用”。所谓行为利用,是指一方可能会故意利用另一方在决策中通常会使用的启发法和偏差,并可能会产生强迫行为的现象。行为利用会引诱消费者参与缔结不符合其自身利益或者真实意愿的合同。^{[6]P80}

(二) 解决“行为利用”的规制策略——“除偏”与“助推”

行为法律经济学在不完全否定法律经济学假设的前提下,在人们行为偏离理性经济人假设的基础上,对法律进行一定程度的重构。这种重构被称为非对称家长主义干预。非对称家长主义干预并不反对理性人依据自己判断独立决策,但是在人们有可能会偏离理性决策的情况下,帮助有限理性人避免作出错误决策。具体到网络第三方支付服务领域,行为法律经济学对法律的规制,起到了调和传统自由放任模式下对消费者保护不足与严格家长主义下保护过度的问题。这种模式,在充分尊重市场规律和选择自由的前提下实现社会整体利益的最大化。

依据行为法律经济学规范理论,主要有两种规制策略解决“行为利用”问题:其一是基于行为偏差的“法律除偏”和“法律隔离”。法律除偏是指“在将行为人的偏差视为既定的事实基础上塑造法律,这是一

种通过经济激励来改变行为动机的方法。”^{[7]P25}它主要是通过改变法律规则或者解释法律来施加影响,保证法律结果不受到行为人有限理性、有限意志力和有限自利的影响;其二是改善消费者决策或处境的方法,被称之为“助推”。

“法律除偏”策略意味着一种较低程度的监管和监管简化,是通过法律规则的结构化设计来消除个体行为偏差。^{[8]P39}按照除偏力度的由弱到强顺序可以分为五种^[9]:其一是默认规则。基于禀赋效应引发的现状偏见和锚定效应会导致行为人对默认规则的坚持和偏好。在网络第三方支付格式合同方面,如果法律规则设定了有利于消费者的某些规则,可以起到对消费者倾斜保护的效果;其二信息干预。信息干预,是指向行为人提供关于其选择可能产生结果的信息,从而达到直接或者间接干预选择行为的目的。比如政府可以强制行为主体披露影响市场行为的有关信息,并按照一定方式予以披露。乔尔斯认为,矫正个体行为乐观偏见的有效方法是向他们展示具体生动发生的实例。因为人们更倾向于对具体的和叙事性的信息产生反应,而对于抽象性和统计性的信息的反应不那么敏感。因此,进行法律除偏时,不仅应及时全面客观地披露信息,而且还要以具体生动的实例向网络第三方格式合同相对方进行解释,而不是仅仅以复杂抽象的技术性的语言或者数据来披露解释信息;其三是冷静期。冷静期,是指对选择时机的运用,类似的方法还包括“等待期”和“撤回期”。目的是对有限理性和有限意志力的克服,防止基于短期利益考量或者投机性偏差的影响,避免在“狂热期”作出非理性的选择。新修订的《消费者权益保护法》规定的七天“后悔期”就是这样一种制度设计;其四是选择框架。选择框架,是指对演示文本的框架结构进行合理的设计,从而引导纠正行为偏差;其五是激励方法。激励方法,是指建立基于前景理论的激励体系,即在选择框架中向行为人提供收益激励,如果其从事有害行为,就对其进行处罚,或改变决策框架并施予其暂时的行为禁止规定。

助推,主要是通过选择框架来实现。如何设计一个优良的选择框架来实现助推?根据行为法律经济学者的研究,主要应包括以下六个基本原则:其一是激励(显著性)。即指以较低的成本采取措施来促使行为人注意到激励;其二是了解映射。即指通过规则的设定,

帮助人们增强计划能力,从而达到准确地预测其选择与真实后果之间的映射关系;三是默认(规则)。即指通过法定选择或者强制选择的方法,来强迫行为人作出自己的选择;四是提供反馈。即指告诉人们什么时候作出选择好、什么时候选择会犯错,从而帮助人们改善其决策;五是预计错误。即指预计行为人会犯错,并尽可能地予以宽容;六是构建复杂选择结构。即帮助人们提供一个好的选择结构,帮助人们学习如何决策,并能在之后作出更优选择。^{[10]P9}

四、网络第三方支付格式合同的再规制

针对“行为利用”和“行为偏差”,传统的规制方法基本上是立足法律经济学理论,采取“隔离”策略,使用标准引导、禁令禁止、责任规制、制裁或者处罚等手段。行为法律经济学则是在传统法律经济学的基础上进行“法律除偏”,通过法律与经济学在行为学的视角下融合和发展,评估出法律规则制定实践的效用,通过法律规范的结构设计消除个体行为的偏差。具体而言,学者伊撒查洛夫、巴布科克和勒文施泰因概括了法律除偏策略的一般类型:程序法除偏、实体法除偏和程序法与实体法“混合”除偏。^①网络第三方支付格式合同的规制主要是通过通过对消费者权益保护法律规则的设计来实现,所以更多的应将重点放在实体法除偏上。从行为法律经济学的视角,我国网络第三方支付格式合同的法律除偏,应通过矫正市场主体的有限理性、有限意志力和自利性不足这三类行为偏差来实现,主要通过以下几种手段来对行为偏差予以矫正:

(一) 设计默认规则倾斜保护消费者利益

现状偏见会使得默认规则发挥重要影响,尤其在低成本或者信息不对称的情况下,现状偏见甚至会与交易成本和信息不对称等因素交织在一起,影响谈判结果的形成。“如果法律制定者对于默认条款的选择改变了交易双方对合同条款的偏好——导致他们对默认条款偏好的增强,他们对替代条款的偏好减弱——那么对默认条款的选择就具有影响所有私人合同的潜力。”^②也即,在法律规则对某项当事人没有约定的内容进行规制,这项内容即构成了合同双方在谈判过程中的参照点,也就是交易双方所认为的“现状”。在网络第三方支付领域,如果法律规则设定了有利于消费者的某种规则,那么网络第三方支付平台如果想要通过设立或者变更格式合同来改变这项默

认规则,就需要付出高昂的代价。这样一来,网络第三方支付平台就必须衡量改变默认规则所付出的各项成本,和面临同行竞争对手如果采用默认规则可能带来的规模以及声誉效应。这样在结果上,就很有可能实现对消费者的倾斜性保护,最后实现双方利益整体的平衡。比如在网络第三方支付格式合同解释的法律规定中引进保险法上的“疑义利益解释规则”^③,即“对于网络第三方支付格式条款,网络第三方支付平台和消费者有争议时,人民法院或者仲裁机关应当作为有利于消费者的解释。”通过这样的条款,避免网络第三方支付平台利用消费者的知识和信息缺陷为消费者设置“陷阱条款”。还比如,在极强专业性的网络第三方支付服务领域,为防止消费者“一时冲动”或者“一时麻痹”,强制设立消费者反悔或者退出合约的“冷静期”“等待期”或者“撤回期”条款,法律可以规定最低期限,格式条款应选择一个大于最低期限的时间条款。^[11]当然,默认规则的设计必须要考虑效率问题,如果设计的默认规则与合同交易双方实现财富最大化的利益冲突,那么交易的一方就可能选择牺牲“现状价值”,向默认规则的反方向去变更合同的内容。同时,由于网络第三方支付格式合同双方力量对比悬殊,默认规则设定时,必须坚持有利于消费者一方的原则,也即立法时应当将默认规则的设计向保护消费者的立场适当倾斜。

(二) 利用信息干预规则纠正行为偏差

依据可得性法则,乐观偏见会让消费者低估商品或者服务的风险,比如乐观偏见会导致法律规制中的信息披露制度“失灵”——即便服务提供者对其服务进行了全面、及时而且准确的风险提示,但由于消费者盲目地相信风险不会发生或者不会在自己身上发生,最后导致利益受损。而信息干预则是针对人们因为乐观偏见导致对信息披露的“失灵”而改变信息披露方式,达到直接或者间接干预选择的目的。“信息披露规则是解决金融市场上交易双方严重的信息不对称问题的有效路径。”^[12]具体到网络第三方支付领域,应在如下方面具体化信息以及信息披露方式:第一,明确格式条款提供方资信公开公示义务。消费者基于乐观偏见和有限理性难以对格式合同的提供方进行资讯调查,那么网络第三方支付格式的提供方应主动公示其经营资讯。可以借鉴日本《访问交易法》第3条规定“经营者在开始进行访问交易之

前,对于消费者必须明确提供经营者的姓名或企业名称、商品或服务种类。在消费者申请购买所推销的商品时,经营者必须向消费者交付有关书面文件。”^[13]《访问交易法》第4条接着又对书面文件的内容作出详细规定,具有很强的可操作性,起到充分保障交易方知情权和交易安全的作用。除了网络第三方支付格式条款提供方主动公示信息,政府等第三方机构也应予以监督,并且运用大数据对经营者的经营资讯主动提供查询服务,将服务者的经营情况纳入社会征信体系。第二,明确服务格式条款文本提供方式。首先应明确格式合同文本中文字、符号、字体等标识必须达到足以引起相对方注意的程度,特别是涉及隐私权、责任承担、法律选择、文本解释等关乎格式合同相对方切身利益的格式条款必须以粗体、大号字或下划线等形式突出显示,并经相对方逐条审阅后署名确认;其次提供格式合同文本内容必须以相对方智力(一般消费者知识水平的理解程度,非专业人士智力水平)相当程度的方式提供,对于超出相对方智力程度以外的条款应强化解释说明义务,同时应尽量减少晦涩难懂专业性术语的使用,并应禁止在格式合同文本中提供无关紧要的内容,以防止以繁琐信息扰乱相对方的注意力;最后原则上格式合同文本必须一次性完整提供,不得以链接或者附属条款方式提供,如确需以附属条款方式提供,则应在首次格式合同文本中予以显著说明,并不得以附属条款来加重相对方责任或者免除、减轻格式合同提供方责任。

(三) 运用框架效应提高风险识别能力

如前述,行为法律经济学研究表明,由于人们规避损失心理的存在,常常倾向于将损失看得更加严重。“人们厌恶损失,但是一个事实被‘解读’为收益还是损失,并不是依赖于事实本身,而是依赖于一系列的语境因素……现状往往是一个参照点,根据现有的配置和做法,损失按照这个参照点而理解;但操纵框架也是有可能的,可能编码被改变了,导致原本被理解为损失的变成了收益,或者相反。”^{[5]P7}这方面的证据表明,充分运用框架效应,通过详细合理的演示文稿的信息,可以产生抵消有限理性中存在乐观偏见负面作用的效果。为减少消费者在应对网络第三方支付格式合同签订过程中的乐观偏见,应明确网络第三方支付格式合同提供方的详细风险提示义务。参照美国《消费者安全法》,要求经营者必须要让消费

者认知到商品或服务存在负面影响,或至少要向消费者提示不安全的用法,以使消费者认识到产品或者服务的特定损害,而不只是简单地提供一般性的警告。对《非银行支付机构网络支付业务管理办法》第18条进行一定的修改,不仅要求网络第三方支付平台在首次购买时充分提示“相关责任、权利、义务及潜在风险”,还需要进一步明确规定网络第三方支付平台在消费者订立格式合同时,应客观上“降低消费者的风险感知”^[14],充分向消费者提示各种风险,包括系统性风险、市场风险、信用风险、流动性风险、操作风险以及技术风险等,而且提示要具体、形象,便于消费者理解,特别难以理解的内容应对其以具体生动实例阐述服务存在的风险,而不能仅仅通过抽象的语言描述或者单纯罗列数据进行披露。并应进一步在格式合同中强化网络第三方支付平台防止支付风险的义务,其“在受理备付金管理事务期间,必须在支付环节上保证支付的及时、准确和安全;在一旦出现卖方欺诈或者商品存在瑕疵等情形时,有协助受托人(包括消费者)主张权利的义务。”^[15]同时,还应明确在网络第三方支付格式合同制定环节,必须以专门章节来披露网络第三方支付服务存在的风险,并且披露风险内容的分量不得少于获益内容的分量,以免造成对消费者的误导。

(四) 采取激励方法预防和减少行为差错

研究表明,大多数人在作出行为决策时,明显倾向于被社会环境影响。当人们面对其他人相当一致意见时,甚至会忽略已经出现的支持自身想法的显而易见的证据,并因此而作出错误选择。^[16]这种现象被行为经济学称为“羊群效应”,这反映的是有限理性和有限意志力。但是其研究也同时表明,当人们准备从正确答案中获取经济利益时,盲从趋势会降低。因此,可以在选择框架中向行为人提供有限理性情形“除偏”的激励,来预防或减少行为差错。比如针对有限自利,应防止利用人们参与公益、追求公平的心理,在网络第三方支付格式合同中设置追求“形式公平”而实际侵害消费者权益的格式条款。针对现状偏见,应强化对网络第三方支付平台误导消费者的惩罚力度。在法律规则的设定时,应将惩罚性赔偿制度引入网络第三方支付服务领域,而且赔偿的额度应高于一般的消费者损害惩罚性赔偿。“惩罚性赔偿金额不应设置上限,也不应该单纯依据原告消费者的诉

求来决定,而应当交由具备专业知识、能够综合把握案件判决结果并且对同类案件及社会影响有全面把握的法官作出裁定,至于具体的赔偿金额,应当结合个案的具体情况裁定。”^[17]此外,鉴于“扩张公益诉讼的原告主体范围是公益诉讼制度发展的基本趋势”^[18],利用消费者的有限自利,赋予消费者就网络第三方支付中存在的 unfair 条款提起公益诉讼的权利,是一种节约成本、多方受益的制度选择。

(五) 强化助推帮消费者实现理性决策

解决“行为利用”除了强化内在的“法律除偏”手段,还需要改变消费者外在的决策环境和处境,扩张其理性和意志力,以实现法律“助推”。可以设立有利于消费者获得信息的初始值或者“锚”,比如由政府或者第三方机构提供订立合同的咨询服务或者提供一个相似的格式合同范本供参考^[19],以减少初始参照值的偏差;同时应当降低网络第三方支付格式合同文本信息的复杂性和不确定性。网络第三方支付平台应及时公布涉及网络第三方支付格式合同的相关典型案例信息,尽量在格式合同中突出对消费者有用的信息,防止涉及消费者核心利益的条款被淹没在大量无用或者无关紧要的格式条款中。

同时,为了实现对消费者救济手段的助推,应确立对网络第三方支付相对方(客户)的特殊保障和救济途径。因为在网络第三方支付服务中,服务的接受方与提供方相隔距离很远,接受方(客户)往往在接受服务前已经付款,如果等到发现服务存在质量问题,按照传统的救济途径或者方式很难获得救济,同时存在很大的举证困难,并且要花费大量的时间、金钱和精力成本,因此需要建立符合网络第三方支付特点的保障和救济途径。比如存款延伸保险制度^④、先行赔付制度、网络第三方支付争端网上速裁法庭制度等等。此外,还应将救济的关口前移,在格式合同文本制定环节把好关。可以借鉴深圳市2012年8月1

日正式实施的《深圳经济特区格式合同条例》的立法经验,强化网络第三方支付格式合同备案审查。《深圳经济特区格式合同条例》第13条规定“合同采用格式条款的,经营者应当在使用之日起五个工作日内报主管部门备案。”该条例还规定主管部门的约谈、评议和舆论监督权。网络第三方支付格式合同具有比一般消费领域格式合同更强的技术性和风险性,可以借鉴深圳经验的基础上,建立“备案+事后监管”^[20]的实质审查机制。同时,还应加强对网络第三方支付格式合同的社会监督。主管部门应当建立网络第三方支付格式合同或者格式条款公开审查制度,将所有备案的合同文本主动以显著的方式向社会公示公开,并通过互联网等公共平台供公众免费查阅。

综上,网络第三方支付格式合同是当前一种非常典型的互联网服务合同,已有十多年的实践经验和近十年的立法基础,但由于网络第三方支付存在公法关系与私法关系混合的特点^[21],在理论研究方面仍然有很多不足之处,面临对消费者权益保护不力和互联网金融发展失序的双重压力。行为法律经济学为网络第三方支付格式合同规制提供了“法律纠偏”的策略,可以弥补对消费者权益的保护不足,同时也能避免因过度的监管或者对消费者权益过度保护而导致的经济社会发展受阻。时值我国民法典合同法分编尤其是“互联网服务合同”制定的关键时期^[22],仅靠传统合同法理论指导,或者学习借鉴域外立法经验,难以回应社会立法需要,不如更多关注已经相对成型的网络第三方支付格式合同等互联网服务合同的立法实践,并以其为“麻雀”,进行深入剖析和归纳,不断为互联网服务合同立法提取“公因式”。唯有如此,才能更好地为民法典合同法编总则“格式条款”的完善以及分则中“互联网服务合同”的条文设计提供科学的立法借鉴。

注释:

① 参见[美]克里斯廷·乔尔斯《行为法经济学》,载[美]彼得·戴蒙德、汉努·瓦蒂艾宁等著,贺京同等译《行为经济学及其应用》,中国人民大学出版社2011年版,第131页。

② 参见罗素·科罗布金《行为经济学、合同制定和合同法》,载[美]凯斯·R·桑坦斯主编《行为法律经济学》,涂永前等译,北京大学出版社2006年版,第152页。

③ 保险合同上的疑义利益解释规则,其目的是针对保险条款格式化及附和性之弊端,而为在交易能力上处于弱势地位的被保险人所提供的一种事后的司法救济机制。参见樊启荣《保险合同“疑义利益解释”之解释——对〈保险法〉第30条的目的解释和限缩解释》,载《法商研究》2002年第4期。

④ 有学者建议,借鉴美国经验,建立存款延伸保险制度以保护支付服务消费者的利益。我国可以强制规定每个客户的沉淀资金所产生的利息,必须购买一份存款延伸保险,该保险的最高保额可参照存款保险的限额,以50万元人民币为限。参见任超《网上支付金融消费者权益保

护制度的完善》载《法学》2015年第5期。

参考文献:

- [1] 刘蒋西子.论第三方网络支付中消费者权益的保障——以对格式合同的再规制为视角[J].湖北科技学院学报,2015,4.
- [2] 陈旭峰.合同格式条款备案制度研究——以浙江省合同格式条款备案制度为例[J].中国市场监管研究,2016,8.
- [3] 赵骏.行为法经济学在中国的挑战与机遇[J].浙江学刊,2011,5.
- [4] 李树.行为法经济学的勃兴与法经济学的发展[J].社会科学战线,2008,9.
- [5] [美]凯斯·R·桑坦斯主编.行为法律经济学[M].涂永前、成凡、康娜译.北京:北京大学出版社,2006.
- [6] Max Huffman and Daniel Heidike: Behavioral exploitation anti-trust in consumer subprime
- [7] Christine Jolls and Cass R.Sunstein, Debiasing through law[J].The Journal of Legal Studies,2006,35(1).
- [8] Oskari Juurikkala, The behavioral paradox, Why investor irrationality calls for lighter and simpler financial regulation[J].Fordham Journal of Corporate&Financial Law,2012(18).
- [9] 吴秀尧.上市公司强制信息披露及监管措施——基于行为法经济学视角[J].财经理论与实践,2014,3.
- [10] Richard H.Thaler and Cass R.Sunstein.Nudge: improving decisions about health, wealth and happiness? [M].Penguin Books Ltd,2009.
- [11] 张富强,刘校纳.互联网基金创新的监管与规制研究——以余额宝为视角[J].重庆理工大学学报(社会科学版),2015,1.
- [12] 罗传钰.金融危机后我国金融消费者保护体系的构建——兼议金融消费者与金融投资者的关系[J].学术论坛,2011,2.
- [13] 潘军、崔宏利.网络点击合同下在线消费者权益保护的法律问题研究[J].重庆邮电大学学报(社会科学版),2010,7.
- [14] 刘志洋.消费者对互联网银行的可接受度问题研究[J].浙江工商大学学报(社会科学版),2015,3.
- [15] 张建军,余蒙.第三方支付的信托法研究——兼论央行《非金融机构支付服务管理办法》对支付机构的法律定性[J].河南财经政法大学学报,2015,5.
- [16] 李婧.行为法经济学视域下的金融消费者权益保护规则制定问题研究[D].华东政法大学博士后研究报告,2017,6.
- [17] 朱红,李婧.从行为法经济学看惩罚性赔偿制度在金融消费领域的适用[J].上海金融,2017,4.
- [18] 唐玉富.公益诉讼原告主体范围之扩张[J].浙江工商大学学报,2015,2.
- [19] 王威.网络购物合同中格式条款的法律规制与完善对策[J].佳木斯大学学报(人文社会科学版),2011,3.
- [20] 陈旭峰.格式合同备案制度设计初探[N].中国工商报,2016-10-18(3).
- [21] 罗培新,吴韬.非授权交易中第三方支付机构的法律责任[J].法学,2017,3.
- [22] 张娜.民法典合同编互联网服务合同立法研讨会召开[N].人民法院报,2017-07-27(5).

On the Re-regulation of the Online Third-party Payment Format Contract

——Based on the Perspective of Behavioral Law and Economics

Lu Zhi-gang

(Economic Law School of East China University of Politics and Law, Shanghai 200042)

【Abstract】The online third-party payment format contract has the following features: taking Internet as the media; recipient's identity is difficult to determine; contracting circumstance is independent; nature of quasi financial contract and lack of interaction and on-site characteristics. At present, the legislation of the online third-party payment format contract exists problems, such as insufficient institutional support, unreasonable information disclosure, incomplete risk warning, and deficient recording review. Based on this, according to the law "unbiased" strategy of behavioral law and economics theory, default rules should be designed to be inclined to protect consumers, and information intervention rules should be applied to rectify the deviation behavior. Furthermore, it is suggested framing effect utilized to improve the ability of identification risk, and motivational techniques taken to prevent and reduce behavioral errors, eventually to help consumers achieve rational decision.

【Key words】online third party payment; behavior law and economics; format contract

(责任编辑:唐艳秋)