

预付式消费合同的法律管制

叶林

(中国人民大学法学院,北京 100872)

摘要: 预付式消费作为新型消费形式,既有自身存在的合理性,也有内在缺陷。在预付式消费中,消费者向企业提供了长期信用,却难以进行自我救济,容易造成对消费者利益的损害。仅凭事后救济,不足以妥善保护消费者利益,必须在预付式消费的提前申报、销售收入第三方控制、消费合同强制条款、消费合同担保以及营业转让等方面,加强对预付式消费的事前控制。

关键词: 预付式消费;消费者保护;消费卡;资金安全;法律控制

中图分类号: DF529 **文献标志码:** A **文章编号:** 1009-1971(2011)02-0032-06

在日常生活中,从美容美发、保健健身、汽车美容和汽车加油,到消费者购置大件商品,随处可见消费卡的身影。普通企业发行了名目繁多的消费卡,煤电暖气等公用服务商也热衷于发行消费卡。持卡消费不仅成为时尚的消费方式,甚至成为某种身份象征。对于消费卡现象,有人认为它有助于刺激消费,拉动经济发展,主张鼓励乃至发展消费卡消费,有些媒体正面报道了消费卡拉动消费的新闻。然而,随着消费卡消费日渐兴盛,相关消费纠纷随之出现。多数学者提出要警惕消费卡消费带来的负面问题,少数学者甚至认为消费卡就是“圈钱卡”或“吞钱卡”。面对消费者不断的投诉,各地消费者协会不断提出消费卡消费的警示,主张加强对消费卡发行和使用的监管。我国自2010年开始修改《消费者权益保护法》,修改小组专家已建议就预付式消费作出专门规定。

一、预付式消费卡的发展现状

消费卡消费也称预付式消费,是消费者在企业(即经营者或商家)处预先存储一定款项,在消费者获得所需要的商品或服务后,企业有权直接从预存的款项中扣除相应金额的协议。我国很早就出现了消费者预付款项、未来消费的做法。

城市居民预定早餐牛奶和报纸等,是预付式消费的雏形。在我国实行计划经济时期,国营或集体企业发行“点心券”、“汤圆券”等,也是带有预付式消费特点的。最近十余年间,预付式消费正在发生巨大变化,已成为重要的新型消费形式。

1 预付式消费领域逐渐拓宽

在我国,早期预付式消费主要出现在少数领域中,当今预付式消费已深入到居民生活的方方面面。不仅普通企业发行各种消费卡,煤电暖气等公共服务商也发行了消费卡。在金融危机期间,有些国家和地区政府发放了不同额度的消费券,消费券权利人可以持券购买各种商品。

商品房预售是否属于预付式消费,这在学术界存在不同看法。笔者认为,商品房预售带有独特的法律属性,不宜将其纳入预付式消费的范畴。第一,商品房预售属于不动产交易,它不是传统的动产买卖,也不是现代交易上的服务。在广义上,商品房也是消费品,但与作为动产的消费品有所不同。第二,预售商品房时,买卖双方要尽速办理预售登记,在商品房建成后还要再办商品房产权登记,购房者已获得了相对稳定的法律保障,这与先付款、后消费的预付式消费存在较大差异。第三,我国已形成了较为完善的商品房预售规则,商品房预售基本上是按照相对独立的规则体系运行。在此情况下,从实用主义角度考虑,可将商品房预售排除在预付式消费之外。

2 预付式消费凭证向电子化方向发展

最初的预付式消费凭证,主要是纸质卡片、合同或记录,俗称消费卡。在现代预付式消费中,IC卡已成为预付式消费凭证的重要形式。IC卡(Integrated Circuits Card),也称为智能卡。它在正面镶嵌一片电脑微型晶片,能够实现记忆、存储、运算等功能,通常具有“小额转账、一般转账、预付及信用等四种功能”^[1]。将IC卡与生活消费相互组合,形成了功能强大的电子消费卡,从而有别于传统的纸质消费凭证。

严格地说,纸质消费凭证是关于消费活动及消费数据的记录,在采用IC卡形式后,容易与银行卡发生混淆。然而,应当注意消费卡和银行卡之间的若干重要区别:首先,消费者在取得消费卡前已预付了款项,企业开具了收款发票,甚至已缴纳营业税,只待消费者选定并提取货物而已。就此而言,消费者获得消费卡,即已处于消费状态。但是,无论是储蓄性银行卡还是可透支的银行卡,它与消费者的消费活动没有直接关系,因而不同于消费卡。其次,银行卡具有转账和提现等功能,消费卡仅以消费及计算等为其基本功能,不涉及转账或提现功能。最后,银行卡与预付式消费卡在性质上也有不同。预付式消费实为消费者向企业提供信用,信用卡尤其是可透支的银行卡则是银行向消费者提供信用^[2]。

3 预付式消费正在与商业银行业务实现交汇

最初的预付式消费主要是企业和消费者建立立的合同关系,不涉及商业银行业务。消费者将现金存入消费卡,商业银行不介入预付式消费,因此预付式消费是消费者和企业达成的,消费者预存款项、未来消费、据实扣款的民事协议。然而,基于预付式消费带来的巨大商机和现金流,无论是基于商业利益的考虑还是基于交易安全的考虑,各国商业银行正在向预付式消费领域进军,出现了预付式消费与商业银行业务逐渐交汇的趋势。

预付式消费与银行业务的交汇,主要表现在两个方面:一方面,商业银行不断开发新的金融或结算工具,促使企业接受商业银行介入预付式消费。最为典型的情况是,商业银行与企业共同开发新型消费卡或银行卡,可称为金融预付式消费卡。国内学者也提出银行介入预付式消费的思路^[3]。另一方面,境外不仅存在第三方发卡的

做法,有些国家还专门制定了相关规则,甚至要求企业将预收款项交存商业银行。我国台湾学者还提出了在预付式消费中引入信托架构,以保证消费者的资金安全。商业银行介入预付式消费,有助于提升企业信誉,提高对消费者的保护。商业银行介入预付式消费,好处明显大于坏处。

4 第三方支付对预付式消费带来冲击

预付式消费正在改变着传统交易关系,这在消费者“预先支付款项、随后逐渐消费”上表现得尤为清楚。对于消费者而言,预付式消费最大的优点在于支付便利和节约支出。然而,这种颇具优点的消费形式,必然受到新的交易和支付形式的冲击。现代交易发明了更多便利的支付工具,至少就目前来说,电子化的预付式消费凭证是更优越便利的支付工具。就节约支出而言,企业通常采用商品或服务打折的优惠,吸引消费者进行预付式消费。与此同时,企业为了保证交易安全,正在远程交易中更多地引入第三方支付方式。随着远程交易的不断发展,第三方支付的作用必然逐步增强,在极端意义上讲,它甚至会冲击目前盛行的预付式消费。

与预付式消费快速发展的状况相比,我国现行立法进展缓慢。就法律层面而言,直接规范预付式消费的法律主要包括《消费者权益保护法》第47条、《合同法》第39条、第40条、第52条和第53条。我国极度缺乏针对预付式消费的特别规定,对于复杂的预付式消费关系,我国采用一般合同法规则加以调整,从而大大降低了法律调整的针对性和有效性。就行政法规和部门规章而言,主要包括国家工商行政管理局颁布的《欺诈消费者行为处罚办法》第3条以及与中国人民银行联合发布的《会员卡管理试行办法》。此外,《中国人民银行法》和《人民币管理条例》还对代币券作有规定。但是,行政法规和部门规章强调公权力介入预付式消费关系,未能充分展现预付式消费的民事属性,效力相对较低。由此可见,我国现行法律和部门规章,不足以满足调整预付式消费关系的客观需求。

二、预付式消费的本质

预付式消费作为性质独特的合同,在我国现

行法律上无对应的法律名称,属于无名合同。只有充分理解预付式消费的独特属性,才能建立起具有针对性的规范体系,也才能有效规范预付式消费关系。

1 预付式消费的信用方向

消费者采用预付式消费,在本质上是消费者向企业提供长期信用,它与企业提供信用的分期付款或赊账消费有着根本不同。如果企业同意消费者赊账消费或在消费后分期付款,这属于企业向消费者提供信用。在这种情况下,即使企业破产或遭遇经营困境,也不会导致消费者权益受损。

然而,在预付式消费中,企业先向消费者收取费用,再提供服务,必然形成了消费者向企业提供信用的状况。一方面,在预付式消费中,消费者不得不承担企业破产或关店的风险。这种将交易风险转移到消费者的做法,在法律上没有障碍,在商业上却很不正常。另一方面,对于预付式消费而言,风险还在于消费者是将长期信用提供给追求短期利益的企业,从而再度放大了消费者的风险。消费者或许愿意向信用可靠的人或者长期经营者提供信用。在现实生活中,有的企业本来就无意长期经营,有些企业本来就是短命的。如果消费者把信用提供给这样的企业,消费者必然承受更大的风险。预付式消费之所以成为“陷阱”,主要在于消费者尚未认识到自己向企业提供了长期信用。

2 预付式消费合同的非对称性

在预付式消费中,消费者已事先支付了款项,失去了根据企业及其履约情况自我救济的机会。因此,即使预付式消费合同在形式上是公平的,却不足以确保企业正确地履行预付式消费合同。消费者在与企业签订预付式消费合同的同时,或能知晓企业具有营业资格,但是对于与履约有关的其他情况,消费者几乎处于完全不知情状态,因而预付式消费属于典型的非对称性交易。

合同法对于合同的规定,在总体上是以信息对称性合同作为模型的。合同法对于格式合同的规定,也主要考虑了合同双方当事人地位的优劣。一般合同法规没有将信息对称与否纳入考虑之列,也就难以适用调整预付式消费关系的客观需要。对于基于强势地位而签订的格式合同,可以通过认定格式条款未订入合同,裁判合同无效、撤销或变更,加强一方当事人的条款解

释义务等加以弥补。对于不对称合同,则主要应该借助事先的、防御性救济措施,而不能单纯依赖裁判手段。因此,如何有效利用信息公开及各种安全保障措施,就成为消费者权益保护所面临的重要问题。

3 预付式消费合同的继续性

在现实生活中,多数预付式消费涉及长期债务安排,它是消费者给予企业提供的长期信用。债务风险高低与债务期限的长短有密切关系。在即时清结的合同中,当事人可以即时了结债权债务关系,无须过分强调债务的履行风险。但在长期债务关系中,履约风险大幅上升。与此同时,预付式消费凭证的发售对象,主要是数量众多的分散消费者。消费者不仅对于预付式消费的性质缺乏了解,而且对于预付式消费的风险也缺乏了解。

现行法律所规范的交易,通常仅是一次性交易。对于继续性合同或长期合同,各国法律普遍关注不够。在合同手段不足以有效保护消费者利益时,有必要加强自律监管和行政监管措施。如前所述,我国曾发布《会员卡管理试行办法》,这与其他国家和地区采用的做法相似,说明监管机关已注意到对预付式消费加以监管的必要性。当然,我国《会员卡管理试行办法》实施的管制过于苛刻,相关条款不符合《行政许可法》的规定,废止该试行办法是正确的,但是不能由此得出行政权力不得干预预付式消费的结论。

三、预付式消费的合法性与合理性

无论是禁止还是开放预付式消费,抑或是鼓励或限制预付式消费,应当建立这样的基本共识,即预付式消费是合法的商业安排,但也常常给消费者带来困扰和不便。为了实现预付式消费的健康发展,既要维护企业的利益,又要有效维护消费者权益。

1 预付式消费卡的合法性

有的学者认为,企业发行预付式消费是融资性活动,而融资活动必须获得监管机关的审批,应当严格限制预付式消费。然而,学者也注意到两个非常重要的现实因素,使其不敢轻易将预付

式消费归入违法之列。第一,我国有关部门的规章曾禁止发行各种代币卡,乃至命令取消会员卡。然而,按照现行合同法体系,这些规范性文件的层级较低,尚不足以说明代币卡或会员卡具有违法性。第二,较低层次的规范性文件在规则制定和执行之间存在较大偏差,监管机关查处了部分机构发行的代币卡或会员卡,却没有废除所有的代币卡或会员卡。这种做法有失公平,而且不符合平等原则。

笔者认为,将预付式消费等同于非法融资,进而主张取缔预付式消费,这种意见是值得斟酌的。如前所述,预付式消费的重要特点在于消费者先付款、后消费,即预付式消费是包含了预付款在内的消费活动。对于预付款,我国法律向来没有加以禁止。当事人自愿达成支付预付款项的协议,不违反法律的强制规定。在这种情况下,如果将预付式消费归入违法,相当于宣布了其他预付款安排违法,这种做法违背了商业实践的客观需求,缺乏充分的合理性。预付式消费确实具有集合消费者资金的作用,但不宜将其归入非法融资。在认定非法融资时,不仅要考虑资金集中的事实,更要考虑行为人的主观态度,还要考虑消费者的意图。消费者将款项预付给企业,这只是按照约定享受商品价格的折扣或优惠,并无借此获得投资收益的目的。由此可见,不应为了达到控制预付式消费,或者避免预付式消费卡带来的问题,就简单地将其归入违法。

2 预付式消费卡出现的合理性

预付式消费存在较大风险,在现实生活中却大行其道,这不是孤立原因所导致的,必须关注其背后隐藏的多种复杂原因。

第一,消费习惯和传统为预付式消费的生存提供了土壤。一方面,我国消费者向来有储蓄的传统,习惯于现金消费,不太接受透支消费的观念,也不习惯使用具有透支功能的信用卡。另一方面,多数消费者很少关注不良企业的短期行为,也很少关注合理安排商业风险。消费者对于消费优惠的关注,有时明显高于对商品、服务或钱款安全性的关注。预付式消费快速发展,与公众消费习惯之间彼此呼应。

第二,稳定客户或缓解资金困难,是企业发行预付式消费凭证的重要考虑,也是企业发行预付式消费凭证的动力。一方面,我国多数中小企

业都面临贷款难的问题,很难获得商业银行的贷款,占有客户资金或预收消费者款项,自然成为企业缓解资金困难的手段。另一方面,稳定的客户必然带来稳定的利润,企业无论是接受预付款,还是向预付式消费者提供价格优惠,都起到了稳定客户的作用。企业稳定客户的目的无可厚非。

第三,商业银行中间服务发展落后。预付式消费的出现带来了巨大商机,多数商业银行还没有从预付式消费中发现银行的商机,还没有开发出适合于消费者日常消费的有效金融工具。因为存在客观需求,在商业银行不能覆盖的商业领域中,必然出现类似的替代形式,预付式消费获得了更大的发展空间。当商业银行更多地介入预付式消费后,将极大地限缩企业发行预付式消费凭证的空间。

3 预付式消费卡带来的问题

预付式消费满足了企业和消费者双方的需求,也带来许多新的问题。在承认预付式消费的合法性和合理性的同时,必须关注预付式消费诱发的问题。一方面,预付式消费带有消费者先付款、后消费的特点,企业与消费者之间建立了长期的消费关系。在这种情况下,不仅容易限制消费者的选择权,限制消费者的自我救济,还容易诱发各种消费欺诈。尤其是在法律法规相对粗糙的环境中,消费者利益容易受到损害。另一方面,在现实生活中,大量存在单位购买预付式消费、再将预付式消费凭证转送职工或用于公关的情况。单位向职工或关系人提供预付式消费凭证,在性质上相当于发放工资或福利。这种做法不仅容易造成税收流失,还可能诱发腐败或贿赂等问题^[4]。

四、预付式消费的预防性规范

对于预付式消费而言,最大问题不是预付式消费的存废问题,而是如何保证消费者资金的安全性以及如何维护预付式消费合同的公平性。现有法律过于强调对消费者的事后救济,只能解决少数争议较大的问题,却无法有效、全面规范预付式消费活动。我国应将对预付式消费的监管重点前移,针对预付式消费凭证的发行、使用、

解释、安全保障等方面^[5], 提供更有效的整体解决方案。

1 预付式消费凭证的发售申报或登记制度

过度发售预付式消费凭证, 容易损害消费者的利益。但是, 解决问题的方法不是禁止发售预付式消费凭证, 不是禁止消费者享受由此带来的便利, 而是要发挥预付式消费的优势, 减少对消费者可能造成的损害。引入预付式消费凭证的发行申报或登记, 不失为保护消费者权益的重要措施。根据日本的《与预付式证票的规制等有关法律》及其配套规定, 企业在发售自家发行型预付式消费凭证前, 必须向内阁总理大臣或其授权的金融监管机构提出申报; 发售第三方发行型预付式消费凭证的企业, 必须向内阁总理大臣或其授权的金融监管机构提出登记申请。日本法律除要求对申请法人的经济实力等进行审查外, 还特别关注负责人的行为能力、个人信用和守法等方面的情况。在符合法律要求并成功登记后, 内阁总理大臣必须公开登记文本, 以便消费者在消费前确认发售者的合法身份。

笔者认为, 在我国引入预付式消费凭证发售审查规则时, 可参考日本的经验, 但不应将这种审查转化为行政许可。政府审查的目的在于揭示预付式消费凭证的潜在风险, 而不是为了设定发行预付式消费凭证的行政许可。向消费者揭示预付式消费凭证的风险, 在客观上影响了企业发行的成功率, 却没有剥夺企业发售预付式消费凭证的权利。

2 预付式消费凭证销售收入的控制

境外消费者大都是通过银行转账方式预付消费款项的, 商业银行容易自动介入预付式消费凭证的销售环节。与这种消费习惯相配合, 有的国家规定银行应分期将销售款项解付给企业, 不得一次性解付全部金额, 从而将销售收入置于商业银行的客观监控下。我国消费者在购买预付式消费凭证时, 主要采用现金支付方式, 商业银行难以有效介入预付式消费凭证的监管, 行业组织也难以介入预付式消费的结算, 因此规范预付式消费, 应当另寻他路。

为了减少消费风险、保护消费者权益, 日本专门设立了保证金供托制度。根据该制度, 发行凭证的企业在发行基准日时, 若未使用的预收款余额超过法定金额(一般为 1000 万日元)的, 应

在该基准日后的两个月内将相当于余额二分之一以上的金额作为发行保证金, 就近委托寄存机关保管并向内阁总理大臣提出报告。我国可考虑采用信托模式, 即将预付式消费凭证的销售收入归入信托财产, 并将部分资金交给商业银行掌管, 适当限制企业对预收款项的处分行为, 避免企业滥用销售收入。

3 预付式消费合同条款的控制

我国预付式消费是企业主导并发展起来的新型消费方式, 合同条款常有不利于消费者的内容, 各企业条款差异较大, 重要条款缺失严重, 不少条款明显地有失公平, 可以参考我国台湾地区的做法, 明令要求预付式消费合同必须记载法定内容, 加强对预付式消费合同条款的有效规范。

根据台湾地区的做法, 预付式消费合同(票证)必须记载的事项, 包括发行人名称、地址、统一编号及负责人姓名, 消费凭证的面额或使用项目和使用次数, 消费凭证的编号, 消费凭证的使用方式, 发行人履约保证责任和消费争议处理申诉内容。预付式消费合同不得记载的事项, 包括使用期限条款, 未使用余额不得消费条款, 免除交付商品或提供服务义务的条款, 限制使用地点、范围、截角无效等不合理使用限制的条款, 发行人单方解约的条款, 预先免除发行人故意及重大过失责任的条款, 违反其他法律强制禁止规定或显失公平的条款。

4 预付式消费合同的担保问题

在我国, 基于预付式消费而发生的债是不附加担保的。企业无论有无信用, 都可自行发售预付式消费凭证。为了有序发展预付式消费, 可参考我国台湾地区的做法, 在立法中列出多种担保形式, 供企业发售消费凭证时选择适用。

根据我国台湾地区的规定, 企业可在法律规定的五种担保方式中作出选择, 企业应以填空式合同条款规定如下内容: 一是消费凭证金额已获得某金融机构提供足额履约保证, 并将保证期限载于消费凭证的正面明显处。二是消费凭证已由市场占有率不低于 5% 以上的同业公司连带担保, 消费者有权依据消费凭证面额向连带担保公司购买等值商品或服务, 连带担保公司不得有任何异议和差别待遇或要求任何费用或补偿。三是消费凭证的销售收入已存入发行人在金融机构开立的信托专户, 专款专用。四是消费凭证

已纳入商业同业公会的“同业礼券联合连带保证协定”,消费者可依面额向加入本协议之公司购买等值商品或服务。五是其他经济部门许可并经消费者保护委员会同意之履约保证方式。

笔者认为,要求预付式消费凭证发行人必须采用适当的担保形式,主要是考虑到预付式消费的长期性和信用性特征。与此同时,为了避免对预付式消费作出过于严格苛刻的管控,有效地调整预付式消费关系,允许企业提供多种选择性担保方式,具有相当的合理性。考虑到无法及时完成立法的现实状况,在经济较发达地区或某些行业中(大型百货业),可由行业组织指导大型企业主动提供相关担保,引导其他中小企业作出相应的安排。

5 营业转让中的消费者权利保留

我国出现过多起企业收取预付款后携款外逃的事例,也出现过企业主体变更而导致消费凭证无法兑现的情况。为了减少对消费者利益的损害,可明确规定营业转让中消费者权利的保留制度。即企业在转让其营业,或参与企业合并、分立时,由营业受让方承继消费凭证发售者的地位和责任。

五、结 语

从预付式消费的日渐兴盛来看,预付式消费带有自身的合理性和优点,多数消费者也认为预

付式消费是方便大于困扰的新型消费形式。因而,应当引导预付式消费的发展,限制预付式消费的不合理因素,提高预付式消费的安全性,不应简单地采取废弃预付式消费的做法。

立法者和监管者应正视我国预付式消费存在的问题。在消费者和企业的利益天平上,无论是基于消费者的相对弱势地位,还是为了维护社会正义,立法者都必须关注消费者的利益,要在满足消费者取得物美价廉商品和服务期待的同时,努力减少消费者遇到的各种困扰。我国预付式消费中遇到的问题,既有法制环境的原因,也有消费习惯方面的原因,境外提供的方案未必完全适合于我国情况,也没有包医百病的解决方案。我国应当从预付式消费的性质出发,结合国情并作出更多努力。

参考文献:

- [1] 杨淑文. 新型契约与消费者保护法 [M]. 台北: 台湾元照出版公司, 2006: 48-49.
- [2] 葛红玲. 商家发行消费卡对金融体系的影响 [J]. 商业时代, 2009, (8): 75.
- [3] 范荣飞, 张子荣. 正视消费卡洗钱的负面影响 [N]. 上海金融报, 2007-10-23.
- [4] 陆斌. 电子涉税问题亟需解决 [J]. 一事一议, 2001 (1): 44.
- [5] 叶林. 消费卡监管应确保资金安全性 [N]. 上海金融报, 2010-12-17.

Prepaid Consumption Contract and Its Legal Control

YE Lin

(School of Law, Renmin University of China Beijing 100872, China)

Abstract Prepaid consumption is the new form of consumption contract and it has its rationality, but it also has its inherent defects. By way of prepaid consumption, the consumers have provided the firms a long-term credit and it is difficult for consumers to take a self-relief. This situation is likely to cause damage to the interests of consumers. As the afterward relief could not protect consumers' interests, the protection of consumers should be strengthened in advance, especially in the fields of registration of the sales reporting, the third-party's control of revenue, the essential terms and security terms of the contract, as well as in the field of business transfer.

Key words prepaid consumption; consumer protection; consumption card; financial security; legal control

[责任编辑 张莲英]