

中国银行业协会法律工作委员会科研课题研究报告

(2011—2012)

中国银行业 法律合规前沿问题研究 (第二辑)

RESEARCH ON FOREFRONT
LEGAL ISSUES IN CHINA'S BANKING SECTOR

中国银行业协会 编

 中国金融出版社

中国银行业协会法律工作委员会科研课题研究报告

(2011—2012)

中国银行业 法律合规前沿问题研究 (第二辑)

RESEARCH ON FOREFRONT
LEGAL ISSUES IN CHINA'S BANKING SECTOR

中国银行业协会 编

责任编辑：戴 硕 肖 炜

责任校对：李俊英

责任印制：程 颖

图书在版编目 (CIP) 数据

中国银行业法律合规前沿问题研究 (第二辑) (Zhongguo Yinhangye Falü Hegui Qianyan Wenti Yanjiu) / 中国银行业协会编. —北京: 中国金融出版社, 2013. 1

ISBN 978 - 7 - 5049 - 6731 - 2

I. ①中… II. ①中… III. ①银行法—研究—中国 IV. ①D922. 281. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 306153 号

出版
发行 **中国金融出版社**

社址 北京市丰台区益泽路 2 号

市场开发部 (010)63266347, 63805472, 63439533 (传真)

网上书店 [http: //www. chinafph. com](http://www.chinafph.com)

(010)63286832, 63365686 (传真)

读者服务部 (010)66070833, 62568380

邮编 100071

经销 新华书店

印刷 保利达印务有限公司

尺寸 169 毫米×239 毫米

印张 16

字数 302 千

版次 2013 年 1 月第 1 版

印次 2013 年 1 月第 1 次印刷

定价 55.00 元

ISBN 978 - 7 - 5049 - 6731 - 2/F. 6291

如出现印装错误本社负责调换 联系电话(010)63263947

编 委 会

主 编：杨再平 岳 毅

副 主 编：陈远年 余学军 张 芳 周永发
冯 红 郭三野 耿 伟

编写人员：武靖人 刘湘玲 杜彬瑜 曹屹立
李永祥 周宋良 孙星涛 郭 伟
陈 珺 韩 旭 黄超伟 王醒春
丁 红 陈慧强 赵廷军 王 媛
李 嘉 陈军朝 王 琪 牛光军
范逸蓉 庞朝骥 马东阳 鲁 葵
陈 天 侯太领 王 强 陈慧强
朱思军 马永强 李 琳 宋子霖
刘英红 孟庆超 杨 洁 郑学军
吴海威 初本荣 娄雅杰 卜祥瑞
李 静

序一

随着全球化、信息化、工业化、城镇化的发展，中国银行业面临的法律环境比以往时期更加复杂。一是随着经济金融全球化的发展，各大商业银行纷纷拓展海外市场，在世界范围内进行战略布局，在此过程中，中国银行业面临着日益频繁的跨境诉讼。二是随着信息科技的发展，银行业务开始以电子形式办理，电子支付改变了传统的支付结算方式，但也带来诸如支付安全等一系列问题。三是随着银行业支持实体经济力度的加大，风险暴露增加，这对风险管控也提出了新的挑战。

维护银行业的合法权益、促进银行业的健康发展是中国银行业协会的职责所在。面对日益复杂的金融环境，近年来银行业涉及的法律案件呈现出增加的趋势。解决法律纠纷、健全风险防控体系，成为维护银行业合法权益的重点工作之一。近年来，中国银行业协会一方面加强了与最高人民法院的合作，另一方面针对会员单位关心的热点问题超前部署了一些重大问题的研究，得到了主管部门、会员单位和社会公众的好评。

继2010年出版《中国银行业法律前沿问题研究》（第一辑）之后，围绕社会热点问题和会员单位关注的焦点问题，中国银行业协会于2010-2011年立项了“电子支付与银行业务发展法律问题报告、中国银行业跨境诉讼法律冲突问题研究、政府融资平台债务相关法律问题研究、商业银行法律风险研究报告、我国商业银行参与私募股权投资法律问题研究和商业银行中小企业融资法律问题研究等6个科研课题，编写了《中国银行业法律合规前沿问题研究》（第二辑）。此项工作得到了中国农业银行、中国银行、中国建设银行、招商银行等法律工作委员会常委行的大力支持。同时，也得到

了全国人大法工委、国务院法制办、中国人民银行、中国银行业监督管理委员会等政府部门的支持。在此，向参加本书编写工作和评审的各位专家，以及对本书编写给予大力支持的各单位，谨致谢意！

我们希望通过系列丛书的出版，能够引起社会各界对银行业健康发展的持续关注和思考，将其打造为能真正维护银行业合法权益、服务会员单位的法律平台，以及关注银行业发展热点、健全银行业风险防控体系的理论宣传阵地。

中国银行业协会专职副会长

A large, bold, black handwritten signature in Chinese characters, reading '杨再平' (Yang Baoping). The signature is written in a cursive, expressive style with varying line thicknesses.

序二

金融是经济的核心和命脉，经济的全球化、多元化，以及信息技术的迅速发展，促进了金融的全球化、多元化和信息化，在此环境下，银行业务不断跨境发展、转型发展、创新发展。但机遇与风险并存，在发展和创新的同时，风险也在增加和扩大。银行业监管环境进一步趋严加大了合规风险，不同法域的法律冲突导致银行跨境维权难度增加，业务创新迅速但立法相对滞后，对银行的风险管理能力提出了更高的要求。

法律合规风险的防范，需要金融法律合规专业人员具有广泛的金融知识、丰富的法律实务经验、敏锐的观察视角、准确的分析判断能力和尽职尽责的职业精神。《中国银行业法律合规前沿问题研究》一书，针对近年来银行业务发展前沿新出现的热点法律问题和发生的权益纠纷进行提炼、分析、总结，提出了许多创造性、建设性的意见，揭示了相关业务发展中面临的主要风险状况及风险存在的重点环节，总结了法律合规风险防控建议与管理经验，提出了实用的维权建议，是银行法律实务工作者必备的案头参考书。

可贵的是，本书编写人员均具有丰富的银行法律从业经验，相关研究成果立足于解决银行业发展前沿的法律实务与风险管理实践问题，相信本书对于提高银行法律合规风险整体防控水平，促使银行依法合规经营与健康发展，有着较大的指导作用，并对相关监管与立法的完善有一定借鉴意义。

中国银行股份有限公司副行长
中国银行业协会第四届法律工作委员会主任



编写说明

为了促进银行业依法合规、健康平稳地发展，中国银行业协会法律工作委员会根据各会员单位关注的热点、焦点问题于2010—2011年立项研究了六个科研课题，即电子支付与银行业务发展法律问题报告、中国银行业跨境诉讼法律冲突问题研究、政府融资平台债务相关法律问题研究、商业银行法律风险研究报告、我国商业银行参与私募股权投资法律问题研究和商业银行中小企业融资法律问题研究。

为了明确课题研究的理论意义及实践价值，中国银行业协会法律工作委员会组织全国人大法工委、国务院法制办、中国人民银行、中国银行业监督管理委员会、中国银行业协会和商业银行的专家组成评审委员会，召开了两次“法律工作委员会科研课题评审会”。评委们与课题组围绕课题报告的相关内容，结合当前形势和工作实际进行了广泛的交流，并就许多问题达成了共识。评委们对每一个选题的实践意义和理论价值给予了充分肯定，认为课题报告中精辟的分析、独到的见解和创新的观点对银行业具有普遍的指导意义。通过对银行业存在的共性问题、实务工作中亟待解决的具体问题，探索解决途径，提出合理建议，有利于对法律的正确理解和执行，有利于完善我国的金融立法，有利于促进银行业的稳健发展。与此同时，评委们也明确指出课题报告中存在的不足，并提出修改和完善建议。评委们经过讨论形成决议，六个课题报告全部通过验收。

各课题组在评审会后对课题报告又进行了修改和完善。为使这些科研成果更好地服务于银行业务实践，满足会员单位的广泛需求，现将完善后的课题报告汇编出版，供相关单位和个人参考学习。

目 录

一、电子支付与银行业务发展法律问题报告	1
牵头行：中国农业银行	
参与行：招商银行	
二、中国银行业跨境诉讼法律冲突问题研究	53
牵头行：中国银行	
参与行：国家开发银行 渣打银行（中国）	
三、政府融资平台债务相关法律问题研究	93
牵头行：中国建设银行	
参与行：中国民生银行	
四、商业银行法律风险管理研究报告	115
牵头行：中国农业银行	
五、我国商业银行参与私募股权投资法律问题研究	157
牵头行：中国银行	
六、商业银行中小企业融资法律问题研究	197
牵头行：招商银行 中国民生银行	

目 录

概要	4
第一章 电子支付综述	4
一、电子支付发展	4
二、电子支付相关概念	5
(一) 电子支付定义	5
(二) 典型电子支付方式	6
(三) 电子支付工具、电子支付指令、电子支付交易存取工具	7
(四) 电子支付与电子商务	7
(五) 电子支付与电子银行	8
三、我国电子支付体系	8
第二章 我国电子支付的法律环境	9
一、我国电子支付立法概况	9
二、域外电子支付立法考察	11
(一) 美国立法状况	11
(二) 欧盟立法状况	13
(三) 亚洲其他主要国家和地区的立法状况	13
三、我国电子支付立法存在的主要问题	14
四、司法实践方面	16
五、金融监管方面	17
第三章 电子支付中的若干法律问题	17
一、电子支付基本法律问题	18
(一) 电子支付民事法律关系	18
(二) 数据电文、电子签名及电子认证法律问题	20
(三) 电子支付安全法律问题	23
(四) 客户个人金融信息保护法律问题	25
(五) 商业银行反洗钱义务	27
二、第三方支付与银行业务法律问题	28

(一) 第三方支付的概念界定	28
(二) 互联网第三方支付的模式	30
(三) 互联网第三方支付的法律关系	31
(四) 互联网第三方支付与银行业务发展法律问题	34
三、电子支付纠纷处理	39
(一) 电子支付的归责原则及适用情形	39
(二) 银行卡欺诈法律问题	41
(三) 网上支付纠纷处理	45
第四章 防范电子支付法律风险总体建议	47
一、立法建议	48
(一) 明确电子支付的立法原则	48
(二) 具体建议	48
二、对金融监管的建议	49
三、对金融机构的建议	50
参考文献	51

一、电子支付与银行业务发展 法律问题报告

牵 头 行：中国农业银行

参 与 行：招商银行

课题组成员：王醒春 杜彬瑜 丁 红 陈慧强
赵廷军 王 媛 李 嘉 陈军朝

目 录

概要	4
第一章 电子支付综述	4
一、电子支付发展	4
二、电子支付相关概念	5
(一) 电子支付定义	5
(二) 典型电子支付方式	6
(三) 电子支付工具、电子支付指令、电子支付交易存取工具	7
(四) 电子支付与电子商务	7
(五) 电子支付与电子银行	8
三、我国电子支付体系	8
第二章 我国电子支付的法律环境	9
一、我国电子支付立法概况	9
二、域外电子支付立法考察	11
(一) 美国立法状况	11
(二) 欧盟立法状况	13
(三) 亚洲其他主要国家和地区的立法状况	13
三、我国电子支付立法存在的主要问题	14
四、司法实践方面	16
五、金融监管方面	17
第三章 电子支付中的若干法律问题	17
一、电子支付基本法律问题	18
(一) 电子支付民事法律关系	18
(二) 数据电文、电子签名及电子认证法律问题	20
(三) 电子支付安全法律问题	23
(四) 客户个人金融信息保护法律问题	25
(五) 商业银行反洗钱义务	27
二、第三方支付与银行业务法律问题	28

(一) 第三方支付的概念界定	28
(二) 互联网第三方支付的模式	30
(三) 互联网第三方支付的法律关系	31
(四) 互联网第三方支付与银行业务发展法律问题	34
三、电子支付纠纷处理	39
(一) 电子支付的归责原则及适用情形	39
(二) 银行卡欺诈法律问题	41
(三) 网上支付纠纷处理	45
第四章 防范电子支付法律风险总体建议	47
一、立法建议	48
(一) 明确电子支付的立法原则	48
(二) 具体建议	48
二、对金融监管的建议	49
三、对金融机构的建议	50
参考文献	51

概 要

20 世纪中期，人类进入电脑时代，银行业务开始以电子形式办理，各种银行卡、非银行卡、网络支付、手机支付等多种形式的电子支付出现在日常经济生活中。电子支付改变了传统的支付结算方式，降低了成本，提高了效益，从而得以迅速发展，并成为现代银行业务的显著特征。

然而，电子支付在给人们带来高效支付的同时，也对传统法律制度形成了强烈冲击。电子支付涉及的法律问题相当广泛，首先，电子支付中各个参与主体要建立合理的利益结构，形成相互依存、相互制约的格局，如何构建需要法律进行界定。其次，电子支付安全对电子支付行业发展至关重要，构建支付安全体系是监管部门以及电子支付参与方应当首先解决的问题。再次，电子支付应当保护消费者利益。最后，电子支付纠纷客观存在，如何构建正确的损失承担机制，稳定各参与方预期，平衡各方利益显得尤为重要。

本文重点对现有银行电子支付业务和第三方支付中存在的主要法律问题进行探讨，提出观点。共分为四章，第一章，对电子支付相关概念进行阐述；第二章，对电子支付的法律环境进行简要介绍；第三章，重点对目前银行业开展电子支付中的典型法律问题进行阐述、分析，提出一家之言；第四章，对防范电子支付法律风险提出一些粗浅建议。我们希望以此推动电子支付领域诸多问题的研讨和解决，抛砖引玉，请专家指正。

第一章 电子支付综述

一、电子支付发展

20 世纪中叶，人类进入了电脑时代，银行业务开始以电子数据形式通过电子信息网络办理。作为电子支付主要参与主体的银行，其参与电子支付主要经历了三个不同发展阶段。第一阶段是 20 世纪 60 年代的后台电子化，即银行利用计算机处理银行之间的业务，办理结算；第二阶段是 70 年代和 80 年代的

前台电子化,银行利用计算机与其他机构计算机之间进行资金结算,利用网络终端向客户提供各项银行服务等;第三阶段即90年代至今的网络化,在这一阶段,随着国际互联网的广泛普及和应用,利用金融机构的电子支付体系,通过互联网直接进行支付。互联网技术的发展,极大地促进了银行参与电子支付,^①截至2009年,我国商业银行网上支付、电话支付和移动支付合计55.67亿笔,金额357.45万亿元,同比2008年分别增长81.04%和24.85%,其中网上支付业务仍居主体地位,共计49.83亿笔、351.06万亿元,同比2008年分别增长91.21%和33.16%,分别占电子支付业务量的89.51%和98.21%。^②与此同时,除银行外的其他电子支付参与方也迅速兴起,例如,以科技公司面目出现的支付宝公司等第三方支付清算公司、为保障电子支付安全而出现的电子认证服务机构等。

与传统支付方式相比,电子支付具有以下特点:一是电子支付各方往往不面对面,而只依靠电子支付指令和电子支付网络即完成了支付行为。二是更加快捷、高效,在电子支付环境下,交易信息通过支付网络传输,所需时间几乎可以忽略不计,款项可以迅速划转,节省了大量在途资金。三是节约社会成本,电子支付环境下,互联网和数字协议技术的使用,大大减少了支付手续的复杂性和不确定性,节约了社会成本。四是更为安全,电子支付使用现代密码学衍生出的数字协议技术,存在的安全隐患较少。

二、电子支付相关概念

(一) 电子支付定义

学者一般认为电子支付有广义和狭义之分。狭义电子支付主要是指网络支付,即通过网络发出支付命令实现货币支付与资金转移。广义的电子支付则是指支付系统中所包含的以电子方式或者称为无纸化方式所进行的资金划拨与结算。

从法律层面来看,中国人民银行《电子支付指引(第一号)》规定电子支付是指单位、个人直接或者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。美国《统一商法典》所下的定义是电子资金划拨是支付命令发送方将存放于商业银行的资金通过传输线路划入受益方开户银行,以支付受益方的一系列过程,电子资金划拨又分为大额(批发)电子资金划拨和小额(零售)电子资金划拨。可见,电子支付同传统支付一样,都是当事人通过货币(或资金)的转移或提交货币以解除其所负金钱义务的行为,支

^① 高富平主编:《电子商务法律指南》,293页,北京,法律出版社,2003。

^② 数据来源:人民银行《中国支付体系发展报告(2009)》。

付一旦完成，债务人对债权人所负的金钱债务即解除。^①

电子支付根据支付渠道的不同可区分为网上支付（基于互联网的支付）、手机支付（基于移动网络的支付）、电话支付（基于电话网络的支付）、有线电视支付（基于电视网络的支付）、自助支付（基于银行网络如 POS、ATM 的支付）等；^② 按照支付工具类型，分为卡基支付和软基支付等；按照资金来源，可以划分为基于银行账户的电子支付和非基于银行账户的电子支付；按照支付资金大小，分为小额资金电子支付和大额资金电子支付；按照电子商务交易模式，分为 B2B、B2C、C2C 等支付；按照支付服务主体的性质，还可以分为金融机构支付和非金融机构支付。

（二）典型电子支付方式

按照电子支付指令发起方式的不同，电子支付可以分为网上支付、移动支付、电话支付、销售点终端交易（POS）、自动柜员机交易（ATM）和其他电子支付。^③

网上支付是指人们通过互联网完成支付的行为和过程，通常情况下仍然需要银行作为中介。在典型的网上支付模式中，银行建立支付网关和网上支付系统，为客户提供网上支付服务。网上支付指令在银行后台进行处理，并通过传统支付系统完成跨行交易的清算和结算。常见的网上支付模式有网银模式、银行支付网关模式、共建支付网关模式和 IT 公司支付模式。

移动支付是指使用移动设备通过短信、HTTP、WAP 或 NFC 等无线方式完成支付行为的一种新型的支付方式。移动支付所使用的移动终端可以是手机、PDA、移动 PC 等。移动支付系统涉及四方：消费者、商户、无线运营商和银行。

电话支付是电子支付的一种线下实现方式，是指消费者使用电话（固话、小灵通、手机）或其他类似电话的终端设备，使用 CTI 协议发出指令，通过银行系统就能从个人银行账户里直接完成付款的方式。

POS 的英文全称是 Point of Sales，指安装在商户收款处的用于接受消费者使用支付卡支付的售货终端。POS 机的发展经历了几个阶段，从最早的借记卡专有系统，到共享的联机系统，再到现在能够完成网上购物、网上支付和电子转账的 POS 系统。

ATM 的英文全称是 Automatic Teller Machine，意为自动柜员机。一般是由

① 高富平主编：《电子商务法律指南》，296 页，北京，法律出版社，2003。

② 帅青红、夏军飞：《网上支付与电子银行》，219 页，大连，东北财经大学出版社，2009。

③ 《电子支付指引（第一号）》第二条第二款规定：“电子支付的类型按电子支付指令发起方式分为网上支付、电话支付、移动支付、销售点终端交易、自动柜员机交易和其他电子支付。”