



大会

Distr.: Limited
24 August 2011
Chinese
Original: Spanish

联合国国际贸易法委员会
第四工作组（电子商务）
第四十五届会议
2011年10月10日至14日，维也纳

电子商务的法律方面

西班牙政府的建议

秘书处的说明

为了为第四工作组（电子商务）第四十五届会议做准备，西班牙政府向秘书处提交了所附的文件。

附件中的文件以秘书处收到的原样转载。



附件

第四工作组（电子商务）今后的工作：电子可转移记录

考虑到委员会第四十四届会议就第四工作组（电子商务）通过的决定，西班牙代表团谨提出一些有可能开展工作的领域，以便利工作组在工作初期作出决定。因此，眼下本工作文件的目的不是提出不容谈判的正式建议，而是只是确定一些问题，因为西班牙代表团认为，工作组着手受托开展的工作即关于电子可转移记录的工作时，这些问题关系比较重大。后面的段落阐述西班牙代表团对于所审议问题的一些方面的意见。

1. 适用于可转让或可转移单证的各国制度的共同特征

首先，考虑到基本目标是制定一部文书以促成或协助各国起草电子可转移记录立法，西班牙代表团认为，精确地确定工作组开展工作的出发点和重点至关重要。除其他以外，这样才有可能确定文书最终应当包含的内容和范围。开展这项工作时适用的原则没有理由——事实上也不应当——不同于贸易法委员会以往起草电子商务领域的文书时所遵循的原则。尤其是，规范纸面可转让或可转移单证的电子等同件的基础应当是查明纸张这种媒介和源于使用纸张的各种要素在相应法律制度框架内履行的各种功能，从而按照以功能等同原则为指导的政策，确定电子手段如何履行与纸张相同的功能，并取得具有同等法律效力的承认。

上述特征由于依赖于一种物质媒介如纸张，与核心为单证签发和使用的交易的形式方面有很大关系。在这方面，西班牙代表团认为，如同过去处理这个领域的问题一样，拟开展的工作和预期结果必须侧重于所审议现象的纯程序方面。可以看出，所述程序要求分析各国法律制度下此类特征有哪些，因为在这方面进行统一的任何尝试都必须考虑到，针对可能相关的某些或所有方面，各国法律已经在多大程度上做到了统一。

(a) 可转让或可转移单证

为确保与提议的办法相一致，必须首先采取的一个步骤是澄清“可转移记录”一语的含义。除其他以外，这种澄清使得有可能界定工作范围和所拟订文书的适用范围。作此澄清之所以必要，不仅是因为该术语的含义可能依有关法律传统而不同，还因为各类可转让单证在商业做法和立法上形成了不同的方法，并且这种情况已影响到形式问题。

在这方面，西班牙代表团认为，有关工作应当侧重于至今以纸张形式存在、因而依赖于这种媒介的可转移单证。这类单证通常逐份签发，如本票、汇票或货物所有权凭证。在现实中，哪几类单证属于该范畴，这不可避免取决于每个国家的做法和国内立法。这一方面的关键因素是严格依赖于纸张媒介，因而需要消除使用纸张手段与电子手段达到相同目的、实现相同效力面临的障碍。立法中原本归类为可转让或可转移单证的一些单证已不再依赖于这种媒

介，因为一段时间以来，一些文书已允许以电子形式的数据集如登记处记录来代表这些单证。大量发行（也许分成系列或类别）的可转让证券大部分是这种情况，如股票、债券和一般的金融票据。此类证券多年前也采取纸面形式，现在可以采取电子形式（电子记录和登记处记录），因此其转移、过户或转让也可以电子形式进行，其原因与电子通信网络的出现无关，而与有组织的或官方的二级市场的运作关系更大。因此，考虑到以电子手段发行和转让此类票据或证券的系统已在每一个国家得到落实，此类单证或证券应排除在第四工作组近期目标之外。

(b) 可转移记录协议特征的几个要素

众所周知，可转让或可转移单证的特征是，这些单证基于作成单证的特定方式和单证内容的特定性质，因而也基于按法律规定的方式和程序转移单证，提供一种替代常规转让制度的权利转移机制。这种方式和程序以占有的转移为基础，在某些情况下还要在单证上添加某种信息。这种机制的逻辑结果是，单证及单证所含权利的所有人必须通过占有和出示形式正确的单证，来证明和主张这种所有权。这种机制基于将动产转移制度应用于无形财产如对人权，由这种机制衍生出其他法律后果，此类后果与专门规范此类单证和权利转移的实质性制度有关，虽然以协议特有的形式和物理要素（占有）为基础，但又超越了这些要素。因此，多数情况下，法律规定的机制的两个基本部分是可转让单证的单据性（和纸面形式）和占有。

2. 目前就电子可转移记录的签发和使用作出规定的立法

目前已有一些立法实例就电子可转移记录的签发和转移作出规定和规范。虽然这种实例——有些来自国内法，另一些来自国际文书——为数不多，但它们提供了应予考虑的有益范例。

(a) 记录的独一无二性

第一个实例可在《贸易法委员会电子商务示范法》中找到，推而广之，也可在纳入了《示范法》相关规定的各国法律中找到。《示范法》第二部分，特别是第 17 条，专门提到运输合同以及可能根据这类合同签发的单证，以规范尤其是运输合同下的权利可通过单证的转移而转移的情况。《示范法》专门就可转让运输单证如提单的使用作出规定，在此类情况下，《示范法》提供的规范方法以保证单证的独一无二性为基础，以确保该单证同纸面单证一样只可能有一个持有人和所有人。

(b) 基于控制记录等同于占有的立法

第二种实例采取一种略有不同但更为成熟的办法，这种实例可在美利坚合众国找到：《统一电子交易法》和《统一商法典》——更确切地说，两种情况下

均见于纳入了这些文书提供的这一特定领域的解决办法的法律——以及《全球和国内商务电子签字法》。¹ 在国际文书中，2008 年《联合国全程或者部分海上国际货物运输合同公约》（“鹿特丹规则”）规定了类似办法。

《统一电子交易法》第 16 条规范在什么条件下可为与纸面记录同样的目的签发电子可转移记录并实现同样的效果。该法的规定尤其适用于本票和货物所有权凭证。同时，《统一商法典》第 7 条对以电子形式签发的可转让货物所有权凭证作了规范。《全球和国内商务电子签字法》将这一特殊领域的适用范围（见《美国法典》第 7021 条）限于与不动产物权作保的贷款有关签发的本票，但与前面几个例子采取相同的结构和方法。《鹿特丹规则》在主要主题事项——全程或部分海上国际货物运输合同——的框架内辅助性地对电子形式的可转让电子运输记录作了规范。

上述所有实例使用的框架均基于确定占有的功能等同手段，在法律上称作记录的“控制”或“排他性控制”，在此基础上确定关于电子记录及其所含权利的转移的机制或协议。这样，按照这种机制，为转移该记录，必须转移记录的控制（或排他性控制），而为了行使记录所含的权利，需要证明占有——采取的形式是证明对单证的控制。

在上述所有实例中，控制作为占有的功能等同手段，具有如下特点：它履行同样的功能，服务同样的目的，即可靠地确定记录的所有人。这样，就可以参照为充分可靠地履行控制功能而在相关通信中使用的技术和系统的能力，确定建立对电子可转移记录的控制的必要标准（尽管所述每一部法律文书采取不同的方式）。

在确定何为对记录的控制时，必须明确地记得，在以电子手段订立和进行的交易中，无形资产如电子可转移记录的交换或转移以当事方通过电子通信网络交换信息为基础。这就意味着，控制完全以交换信息为基础，多数情况下信息是书面信息。这将产生几种结果，一种结果是，控制作为所有权的可靠标志，既涵盖纸面环境中我们将之与记录中的书面信息联系起来的各种功能（通过形式要求如背书确定所有人的身份），又涵盖我们归属于占有的各种功能。

在我们列举的所有事例中，立法者当然已经考虑到上述情况。最明显的标志之一是，上述立法以相对含蓄的方式预言，可使用电子可转移记录的交易的当事方将就系统并最后就用来签发和使用该记录的技术达成一致意见。因此，签发和转移电子可转移记录是否被承认有效，一个关键影响因素是此种转移所要求的技术，涉及这种技术的市场供应情况，实践中按照逻辑采用的体系架构和协议或机制，以及如上所述，实现上述功能即始终可确定可转移记录所有人的身份的可靠性。

市场上已有与使用各类电子可转移记录有关的服务，有些是上述立法所规定的服务。这些服务一般采取外包形式，即服务由独立于希望在交易中使用电子可转移记录的当事方（因而是服务使用者）的第三方提供。这些实体不仅是服务提供者，而且是可信第三方，因为所提供服务的价值及其在市场上的销售

¹ 《美国法典注释》，第 15 编，第 96 章；见第 7001 条及以下。

情况除其他变量以外取决于他们所使用系统的可靠性以及在此可靠性基础上建立起来的信誉。此类服务的使用者很难在必要程度上确定所使用的技术是否可靠，以及是否可以保证该技术的特征在合理范围内确保单证的存在、单证所载信息的原始性、单证及单证上可能有的任何签字的真实性、与其使用及签发人和所有人的身份（以及单证可能提到的参与其任何流通阶段的任何其他人的身份）有关的通信的完整性。因此，此类实体的作用是作为置身于使用其服务的交易之外的第三方的可信中间人的作用。负责适用相关立法因而决定是否在对单证的控制及声称有此种控制权的实体是否是记录所有人的从业人员（例如法官）应当考虑到这个方面，因为只有在使用的通信系统在合理程度上确保可转移记录具有必要的特征且该系统可靠地确定记录所有人的情况下，这种裁定才是正确的。因此，在电子商务法的这一方面和其他方面（数字签字；单证的原始性），可靠性概念至关重要。

3. 实践中用于签发和转移电子可转移记录的系统

提供此类服务的所有现有系统（同此前的系统一样）均以不同方式符合上述要求。因此，这些系统基于创建信息管理系统，使用户能够籍由技术和通信手段核实为使预期法律效力得到承认而依法必须达到的条件。有些情况下，系统是专为满足此项目的而设计的，因此市场上有售，目的是便利用户签发和转让电子可转移记录。另一些情况下，这些系统尚未为此目的在市场上出售，但也可用来签发和转移电子可转移记录。

按照一般用来区分这类系统的一种分类方法，对登记处系统和凭证系统作了区分。这种分类以每个系统的逻辑和协议结构以及体系架构为基础。在所有情况下，有关系统均为为专门目的设计的信息管理系统，这种目的就是按照符合法律要求（主要要求是应当可靠地查明记录的所有人和持有人）的条件签发和转移电子可转移记录。

登记处系统以创建采用基于登记处的结构的信息系统为基础。这类登记处采用与用于所有权转让的其他基于登记册中的信息结构相同的方法。在此类登记处中，记录显示所有人的身份。记录及记录所有权的转移（连同此类转移可能带来的所有后果）采取用户在本系统下或以前在本系统之外商定的任何交易的形式，但均涉及在拥有相关授权的人即进行转移的所有人指定的登记册中反映出所有权的变更。从法律角度看，此类系统能够满足控制的要求，因为作为系统基础的技术足够可靠，确保随时确定记录（及该记录所含权利）的唯一所有人。这些系统也基于创建用于集中式多方通信的封闭环境，这种通信则严格基于旨在核实使用者身份并确保通信完整性的安全措施。

凭证系统基于实质上可以说与纸面环境采用的办法类似的办法；这种系统也是基于查明原始、独一无二的单证（如同登记处系统一样），单证可由用来对其进行处理软件认可，因而可从一个信息系统传输到另一个信息系统而不丧失上述任何特征。这样，就有可能在电子环境中仿效有形环境采取的办法，即转移可转让单证涉及转移单证本身；就纸面单证而言，对单证的占有被转移；

就电子单证而言，对单证的控制被转移（适用情况下，以使用的系统符合控制的要求为条件）。²

两种情况下，不管采用什么体系架构和结构，这些系统下当事各方为产生法律效力所采取的协议方法是相同的，因为为了转移（承认为原始和真实的）电子可转移记录，就必须转移对该记录的控制。还是在两种情况下，确定记录的存在、记录的特征及其效果以及所有权和转移，均基于信息的交换。对这类特征和事实的核实反过来又基于可信第三方的介入。虽然这类实体每次可能以不同方式介入，但它们在核实系统、核实系统所使用的技术以及推而广之核实所交换的信息方面均发挥可信中间人的作用。建立信任是整个办法的基石之一，不管从技术、商业或服务部门还是从法律角度看均是如此。在许多情况下，信任建立机制与我们在其他领域已经熟知的机制（尤其是与电子签字有关的机制）并无大的不同，这种机制可采用别的结构建立，依服务提供者作为受信第三方的作用（尤其是在可能获得电子可转移记录的人看来）而定，可以在这种结构中添加其他中间人和信任层，如核证或审计实体，也可能是公共部门。

4. 拟开展的工作的范围和目标

提出上述所有意见和评论的目的是协助确定第四工作组拟开展的工作的范围和目标。通过考察本领域的有限立法、在解释和适用该立法方面取得的经验和按照该立法开展的商业实践，已初步看出像贸易法委员会这样的机构可以处理的问题及处理这些问题的方式。

西班牙代表团认为，在工作组开展工作的最初阶段，有几个问题必须解决。这些问题包括但不限于下列问题：

(a) 按照为各国提供手段或文书以便利核准电子可转移记录立法的最终和总体目标，应当研究将要制定的文书的性质。在这方面有几种可能性。西班牙代表团认为，一种令人感兴趣的选择是拟订示范立法（示范法或《电子商务示范法》补编），尤其是考虑到西班牙以及事实上大多数国家尚没有相关立法。不过，工作组召集时还应当考虑其他可能性。

(b) 此文书应当处理的问题包括以下几点：

- 文书可能适用的单证的类型；
- 最终文书所载条款和原则的性质和范围，以及这些条款和原则与构成纸面可转让单证管辖制度的现行实质性立法条款的关系。考虑到电子商务领域的现有文书和标准，西班牙代表团倾向的选择是将工作范围

² 所谓的“数字对象基础设施”与这种办法相一致。该基础设施以创建和使用“数字对象”即可使用必要软件加以识别的独特、有区别的数据集为基础，该软件又以数字对象和可能存放这些对象的数据库始终在使用的独特数字代码组成的一个系统为基础。这些代码由负责管理的当局（中央登记处和外围或分散管理的结构）分配。

和最终拟订文书的范围限制于纯程序和形式问题，以确保与现行国内立法的实质性原则相一致。

- 规范电子可转移记录的签发和转移的条款，包括：
 - 有效和可产生效力的签发的要求；
 - 有效和可产生效力的转移给新的所有人或转让的要求；
 - 对证明记录的所有权即证明占有的要求；
 - 最终确定和商定的标准或原则是基于一个已知的概念，如对记录的控制，还是基于另一个概念，该概念的内容以及界定要素；
 - 为记录终止时撤回或撤销记录而适用的要求和标准；
 - 与管辖可转让或可转移单证的专门制度有关的程序问题和诉讼情况下这些单证所含权利的行使，以及针对以电子形式签发的单证对这些问题的规范。
- 受信第三方介入可能产生的影响，不管是否与可转移或不可转移电子记录的签发和使用相关服务的提供者有关，以及此类第三方应当发挥的作用。与服务提供者、核证实体或任何受信中间人的地位有关的问题可能包括几个方面。应当研究第四工作组可就其中哪些方面开展工作。西班牙代表团认为相关的两个问题包括：
 - 研究规范此类服务市场的可能模式（例如基于创建基本“公信系统”和某种程度的公共控制），目的是确立适用所拟订标准的明确规范；
 - 研究这类实体可能面对的责任，以及为确保从效率和效力角度最佳地规范此类责任而可以依法采取的措施。
- 严格与电子商务法条款特有的程序或形式问题有关，电子可转移记录的跨境承认要求。