



大会

Distr.: Limited  
17 August 2012  
Chinese  
Original: English

联合国国际贸易法委员会  
第四工作组（电子商务）  
第四十六届会议  
2012年10月29日至11月2日，维也纳

## 与使用电子可转让记录有关的法律问题

秘书处的说明

### 目录

	段次	页次
一. 导言.....	1	2
二. 工作范围.....	2-25	2
A. 电子可转让记录.....	4-18	2
B. 电子可转让记录的管理.....	19-25	6
三. 与使用电子可转让记录有关的法律问题.....	26-70	7
A. 电子可转让纪录的创建和签发.....	29-70	7
1. 独一无二性.....	39-50	8
2. 对电子可转让纪录的控制权.....	51-61	11
3. 签发人和第一持有人的识别.....	62-70	13



## 一. 引言

1. 本说明将扼要介绍与电子可转让记录的创建、使用和转让有关的关键法律问题。对于不分载体而适用的实质性法律问题，本说明不打算涉及。

## 二. 工作范围

2. 关于工作范围，工作组在第四十五届会议上商定采取宽泛做法，将电子可转让记录的所有可能类型均考虑在内，同时留有余地，以便在必要情况下区别对待这些记录。<sup>1</sup>但是，在委员会第四十五届会议（2012年6月25日至7月6日，纽约）上，提到了确定和重点研究电子可转让记录的具体类型或与之有关的具体问题的可取性。<sup>2</sup>

3. 考虑到上述决定和建议，工作组似应在以后阶段能够确定有关问题并有机会处理这些问题时再讨论工作范围。工作组还似应考虑相关产业的实际需要。

### A. 电子可转让记录

4. 电子可转让记录这一术语泛指可转让票据和所有权凭证的电子等同件。这一术语使用“纪录”而非“单证”，是为了突出其数字性质。

5. “可转让票据”通常指可能载列向票据持有人支付固定数额款项的无条件承诺或者载列由第三方向票据持有人付款的指示的金融票据。可转让票据的实例可包括本票、汇票、支票和存款凭证。“所有权凭证”通常指在正常经营或融资过程中被视为充分证据，证明单证占有人有权收取、持有和处分单证以及其中列明的货物（但对单证的执行可以提出抗辩）的单证。所有权凭证的实例可包括提单和仓单。<sup>3</sup>

6. 可转让票据和所有权凭证共有的一个关键特征是，可以在实际转移票据或单证所依托的纸件时“转让”该票据或单证中提及的要求履约的权利。另一个共同特征是（至少在某些法域是如此），纸质票据或单证一般单件签发，不大量发行。<sup>4</sup>

7. 然而，在如何对待可转让票据或所有权凭证的问题上，各种不同的法律制度之间存在着重大差别。例如，有的法律可能对当事人设计此种票据的自由加以限制，因此，为了使票据有效，当事人必须遵守既定模式（限额规则）。

8. 在值得重视的判例法先例中，虽然“transferable”（可转让）和“negotiable”（可转让）是换用的<sup>5</sup>，但是，这两个术语的使用却导致后来就两

---

<sup>1</sup> A/CN.9/737，第22段。

<sup>2</sup> 《大会正式记录，第六十七届会议，补编第17号》（A/67/17），第83段。

<sup>3</sup> A/CN.9/WG.IV/WP.115，第3段。

<sup>4</sup> A/CN.9/WG.IV/WP.116，第1(a)节。

<sup>5</sup> *Lickbarrow v. Mason* (1794) 5 T. R. 683, p. 685。

者之间的区别进行了大量讨论。<sup>6</sup>一般而言，“transferability”（可转让性）指占有票据或单证即可转让要求履约的权利，而“negotiability”（可转让性）为票据或单证持有人提供的要求履约的权利较之于转让人的权利更有效，但须以法律限制对可转让单证善意持有人执行可转让单证的例外情形为限。<sup>7</sup>

9. 不过，票据或单证是“transferable”（可转让）还是“negotiable”（可转让），与所适用的实体法有关。过去曾制定了一些处理实质问题的统一法规，即：(一)《统一汇票本票法公约》（1930年，日内瓦）；<sup>8</sup>(二)《统一支票法公约》（1931年，日内瓦）<sup>9</sup>；(三)《联合国国际汇票和国际本票公约》（1988年，纽约）。<sup>10</sup>应当注意的是，“negotiability”（可转让性）的概念，特别是其对使用电子纪录的适切性已经受到质疑。<sup>11</sup>

10. 现有关于电子可转让记录的法规在范围和方法上都有差别。在某些情况下，所通过的法规允许普遍使用电子可转让记录，至少是在理论上。而在另一些情况下则采取了分部门做法，主要涉及在金融部门和运输部门使用电子可转让记录。

11. 下列法规涉及金融交易：(一)日本《电子记录形式金钱债权法》（2007年第102号法案）；<sup>12</sup>(二)大韩民国《电子汇票和电子本票签发和转让法》（2004年3月22日第7197号法案及后来的修正）；(三)美利坚合众国《统一商法典》（《商法典》）第7篇（所有权凭证）；(四)《统一商法典》第9篇（担保交易）；(五)美国《统一电子交易法》第16条；<sup>13</sup>(六)美利坚合众国《联邦条例法典》第7篇（农业），特别是其中有关电子仓单的部分（第735部分：美国仓库法条例）。

12. 其他重大动态如下：(一)在澳大利亚，2003年7月对旨在处理业界要求立法以允许使用非物质化汇票和本票的请求的1909年《汇票法》进行了审查，当时曾就可能使用电子可转让记录进行过实质性讨论。<sup>14</sup>(二)在巴西，《巴西民法典》（2002年1月10日第10.406号法律）中关于所有权凭证的第889条载有专门规

<sup>6</sup> 关于就“transferable”（可转让）和“negotiable”（可转让）两个术语的使用的讨论概要，参见：Torsten Schmitz, “The bill of lading as a document of title”, *Journal of International Trade Law and Policy*, Vol. 10 No. 3, 2011, p. 255, at pp. 262-263.

<sup>7</sup> A/CN.9/737, 第51和53段。

<sup>8</sup> 联合国,《条约汇编》,第143卷,第257页。

<sup>9</sup> 联合国,《条约汇编》,第143卷,第355页。

<sup>10</sup> 联合国出版物,出售品编号:E 95.V.16(条约尚未生效)。

<sup>11</sup> Ronald J. Mann, Searching for Negotiability in Payment and Credit Systems, 44 *UCLA L. Rev.* (1997), 951.

<sup>12</sup> 《电子记录形式金钱债权法》于2008年12月1日在日本生效,其目的是便利企业的融资活动。电子记录形式金钱债权指必须在登记处有电子纪录方可转让的金钱债权。

<sup>13</sup> 《统一电子交易法》由美利坚合众国统一州法全国专员会议制定。美国四十七个州和哥伦比亚特区以及波多黎各和维京群岛颁布了该法。

<sup>14</sup> Working Group of Officials, National Competition Policy Review of the Bills of Exchange Act 1909, July 2003, 并可查阅以下网址: <http://archive.treasury.gov.au/documents/688/PDF/Final%20Bills%20of%20Exchange%20Act%20Review.pdf>.

范以电子方式产生的票据的单独条款；<sup>15</sup>(三)在中国，2009年通过了《电子商业汇票业务管理办法》和《电子商业汇票系统管理办法》，<sup>16</sup>2009年10月，中国人民银行开始使用该系统，用以支持发展商业汇票业务和促进减少处理成本和风险。

13. 发展中国家对电子可转让记录的使用侧重于电子仓单，电子仓单被认为是向农民提供融资的有效手段，因此，从长期来看，有助于更有预测性和更有持续性的粮食安全。<sup>17</sup>2007年印度《仓储（发展和管理）法》第11条对以电子形式使用仓单提出了明确设想。<sup>18</sup>但是，2011年《仓储发展和管理局条例》第2条（可转让仓单）目前将电子形式的可转让仓单排除在其范围之外。<sup>19</sup>巴西农业部门推行了“农产企业存托证明”和“农产企业保证”，它们可以以电子形式存在，是为了将仓储押存股票商业化。<sup>20</sup>

14. 仓单制度已作为一种改善非洲农业营销系统的重要手段兴起，中部非洲的某些国家现在逐渐流行使用电子仓单。埃塞俄比亚地 550/2007 号《商品交易所公告》（系一项规定建立埃塞俄比亚商品交易所的公告）对电子仓单制度<sup>21</sup>作了

<sup>15</sup> 第 889 条第 3 款规定，可以用计算机或者同等技术媒介上生成的、显现在签发人纪录中的字符签发票据，条件是符合该条列明的最低限要求。但是，关于该款的解释，有些专家告诫说，该款未必是提供签发电子可转让记录的可能性，而只是承认，可转让票据可能最初以电子形式作成，然后又以非电子形式“物质化”。此种解释依据的是《巴西民法典》第 887 条中阐明的定义，该定义将票据定性为一种通常与非电子媒介有关联的“单证”。

<sup>16</sup> 见人行 2009 年年度报告，第 62、68、78 页。查阅网址：[http://www.pbc.gov.cn/image\\_public/UserFiles/english/upload/File/Annual%20Report%202009.pdf](http://www.pbc.gov.cn/image_public/UserFiles/english/upload/File/Annual%20Report%202009.pdf)。

<sup>17</sup> Henry Gabriel, Warehouse Receipts and Securitization in Agricultural Finance, *Uniform Law Review/Revue de droit uniforme* 2012, p. 369。

<sup>18</sup> 该法于 2010 年 10 月 25 日生效（全文可查阅网址：[http://dfpd.nic.in/fcamin/sites/default/files/userfiles/Warehouse\\_Act\\_2007.pdf](http://dfpd.nic.in/fcamin/sites/default/files/userfiles/Warehouse_Act_2007.pdf)）。除规定了仓单的可转让性之外，该法还对仓单登记的形式和方式以及可转让仓单（包括电子形式）的签发作了规定，并且规定设立仓储发展和管理局作为该法之下的监管机构。根据预测，实行可转让仓单系统，不仅将帮助农民利用更便利的信贷安排并避免赔本出售，而且还将为金融机构提供保障，减轻农民借贷本身存在的风险。以可转让仓单的形式为农产品提供有法律支持的质押或抵押，可望增加对农村地区的信贷流量，降低信贷成本，促进标准化分级、包装和保险等相关活动以及优质仓库链的发展（见：<http://pib.nic.in/newsite/erelease.aspx?relid=66574>）。

<sup>19</sup> 条例全文可查阅网址：<http://wdra.nic.in/>。

<sup>20</sup> 根据第 11.076/04 号法律创设的农产企业存托证明和农产企业保证都是与仓储押存产品挂钩的信贷票据。农产企业存托证明表示承付押存货物，农产企业保证在农产企业存托证明所注明的货物上设定留置权。这些证明由货物的仓储公司签发，货物归属股票拥有人或此等票据的后手买家。证明必须登记并由中央银行授权的实体持有。从这一时刻起，此等票据的转让必然成为电子转让。农产企业保证允许持有人以产品作为抵押获得银行贷款，农产企业存托证明允许持有人出售货物，在票据拥有人作为经济代理人实际希望使用仓储产品进行加工或出售之前不计税。

<sup>21</sup> 公告全文可查阅网址：<http://www.ecx.com.et/downloads/rules/ecexproclamation.pdf>。

规定，加纳、南非和乌干达也有类似制度。例如，2004年，南非期货交易所宣布，该交易所期货合同结算既接受纸质仓单也接受电子仓单。<sup>22</sup>

15. 下列法规涉及运输部门使用电子可转让纪录：(一)大韩民国《商法》(修订)和允许使用电子提单的实施法规(“大韩民国电子提单法规”)；<sup>23</sup>(二)《商法典》第7篇(所有权凭证)。其他有关的法规是：(一)1996年《贸易法委员会电子商务示范法》(《电子商务示范法》)第16条(与货运合同有关的行动)和第17条(运输单证)；<sup>24</sup>(二)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》)第3章及其他有关条款。<sup>25</sup>

16. 安大略立法议会于2012年5月提出了《电子商务修正法》(2012年)(“96号法案”)，以便利不动产交易使用电子手段。<sup>26</sup>96号法案如获通过将修正安大略2000年《电子商务法》(S.O. 2000, 第17章：该法受到1996年《电子商务示范法》的启发)，<sup>27</sup>并将允许使用等同于所有权凭证的电子可转让记录，不过，还不能使用等同于可转让票据的电子可转让记录。<sup>28</sup>

17. 虽然上文提到分部门办法，但为了工作组讨论之目的而更为宽泛地定义电子可转让记录，将便于采取更全面的工作方针。2005年《联合国国际合同使用电子通信公约》(《电子通信公约》)第2条第2款<sup>29</sup>可能是一个有益的起点，其中载明了被排除在该公约之外的各类可转让票据或单证。按照这种做法，电子可转让记录可以指“汇票、本票、运单、提单、仓单或任何可使持单人或受益人有权要求交付货物或支付一笔款额的可转让单证或票据的电子等同件”。

18. 此外，可能需进一步澄清通常不把电子支付和电子资金归入上述范围的做法，因为从实务操作的角度来看，它们可能与电子可转让记录相互关联。

<sup>22</sup> Sarel F. du Toit, Reflections on Bills of Lading and Silo Receipts used in the South African Futures Market, 2 *Journal of International Commercial Law and Technology* 3 (2007) 105; Gideon Onumah, Promoting Agricultural Commodity Exchanges in Ghana and Nigeria: A Review Report, Report to UNCTAD, pp. 8-9; Gideon Onumah, Implementing Warehouse Receipt System in Africa – Potential and Challenges prepared for the Fourth African Agricultural Markets Program Policy Symposium (6-7 September 2010, Malawi), 文章可查阅网址：[www.aec.msu.edu/fs2/aamp/sept\\_2010/aamp\\_lilongwe-onumah-warehouse\\_receipt\\_systems.pdf](http://www.aec.msu.edu/fs2/aamp/sept_2010/aamp_lilongwe-onumah-warehouse_receipt_systems.pdf)；Ghana Grains Council Warehouse Receipt System Rules and Regulations, article 26(3): “GGC Warehouse Receipts shall be paper or electronic documents”。

<sup>23</sup> A/CN.9/692, 第26-47段。

<sup>24</sup> 联合国出版物，出售品编号：E 99.V.4。《电子商务示范法》第16和17条已在国内法规中颁布，例如，哥伦比亚第527号法律(1999年)第26和27条，危地马拉第47号法令(2008年)第31和32条。但是，这些规定似乎没有付诸实施。

<sup>25</sup> 联合国出版物，出售品编号：E 09.V.9。

<sup>26</sup> 查阅网址：[www.ontla.on.ca/web/bills/bills\\_detail.do?locale=en&Intranet=&BillID=2644](http://www.ontla.on.ca/web/bills/bills_detail.do?locale=en&Intranet=&BillID=2644)。

<sup>27</sup> 查阅网址：[www.e-laws.gov.on.ca/html/statutes/english/elaws\\_statutes\\_00e17\\_e.htm#BK37](http://www.e-laws.gov.on.ca/html/statutes/english/elaws_statutes_00e17_e.htm#BK37)。

<sup>28</sup> 《电子商务法》第31(1)分节第5款规定，该法不适用于可转让票据，而且96号法案未载有任何修正该款的条文。

<sup>29</sup> 联合国出版物，出售品编号：E 07.V.2。

## B. 电子可转让记录的管理

19. 目前，电子可转让记录的管理采用两种系统。一种系统是以使用电子登记处为基础（“登记处系统”），实务中比较流行。另一种系统以使用电子标识为基础（“标识系统”），电子可转让记录中植入电子标识。<sup>30</sup>

20. 登记处系统以建立载有关于电子可转让记录的信息的登记处为基础。此种登记处类似于为所有权转让而建立的登记处，将注明电子可转让记录拥有人的身份，电子可转让记录的转让将在登记处中反映出来。此种基于登记处的系统可确保随时识别电子可转让记录及该记录所含权利的唯一所有人，故而满足了在控制方面的要求（见下文第 51-61 段）。

21. 标识系统可以被描述为更接近纸质系统下的操作。这种系统基于对原始、独一无二纪录的识别，借助软件或某种技术可以确认纪录的此种属性，因此，纪录从一个信息系统传输到另一个信息系统不丧失上述任何属性。如此一来，就有可能在电子环境下复制纸质环境下采取的办法，即电子可转让纪录的转让涉及纪录本身的转移（或者对纪录的控制权的转移）。

22. 在这两种办法中，对电子可转让记录的存在、记录的属性及其效力的确定，以及对于电子可转让记录权属和转让的确定，都是基于信息的交换。另外，在这两种办法中，为了转让（被确认为原始、真实的）电子可转移记录，就必须转移对该记录的控制权。

23. 虽然应尽量采取不偏重任何一种系统的办法，但下面所汇编的一些法规都是指登记处系统的运作。因此，拟订此种系统的具体规定固然可取，但还应牢记技术中性原则。

24. 关于登记处系统，需要处理以下问题：(一)登记处是在国家层面还是在国际层面运作；<sup>31</sup>(二)登记处将适合特定类型的电子可转让记录，还是将涵盖多种类型；<sup>32</sup>(三)采用特定技术的登记处系统能否处理所有类型的电子可转移纪录，并且能否在信息通信技术现有水平各异的不同国家运作。<sup>33</sup>

25. 关于这些问题，相关国家登记处的现有实例表明，每个登记处适合单一类电子可转让记录。在某些情况下，同一类电子可转让记录可能有不止一个登记处，日本的电子纪录形式金钱债权就属于此种情况。不过，不应忽视设计一种能够管理多种类型电子可转让记录的电子登记处的可能性。

<sup>30</sup> A/CN.9/WG.IV/WP.116，第 3 节。

<sup>31</sup> A/CN.9/737，第 72 段。

<sup>32</sup> 同上，第 73 段。

<sup>33</sup> 同上，第 74 段。

### 三. 与使用电子可转让记录有关的法律问题

26. 对于使用可转让票据或所有权凭证所涉及的种种问题，目前尚无国际公认、一般适用和统一协调的法律框架（上文第 9 段中提到的法规除外），而对于使用其电子等同件——即电子可转让纪录——所涉及的问题，亦是如此。<sup>34</sup>

27. 为了允许和便利电子可转让纪录的使用，为了让电子可转让纪录的使用者抱有信心，国家立法框架都是必不可少的。这种法规的缺失已经阻碍了这一领域实务的发展。<sup>35</sup>

28. 以下部分论述使用电子可转让纪录所遇到的挑战和障碍，这些挑战和障碍都必须放在关于电子可转让纪录的国际或国内法律框架中加以处理。这一部分还一般概述此种纪录的寿命周期和识别持有人所采用的各种方法。

#### A. 电子可转让纪录的创建和签发

29. 在纸质环境下，签发人很容易直接签发可转让票据和所有权凭证。然而，这些文据的电子等同件的签发（“release”）方式<sup>36</sup>则取决于所选用的系统。在标识系统中，签发人可以直接签发电子可转让纪录，而登记处系统则要求有第三方登记处运营人。因此，签发人需要向登记处运营人提交电子可转让纪录签发请求。

30. 例如，根据《统一商法典》第 9-105 条（对电子动产文据的控制），当有担保当事人将电子动产文据的正本发送给指定保管人（即登记处运营人）时，电子动产文据的创建即告成立。债务人并不直接创建电子可转让纪录，但使用电子手段须征得债务人的同意。

31. 请求签发电子可转让纪录可能是签发人的义务。例如，根据《鹿特丹规则》第 35 条，托运人可以有权从承运人处获得可转让的电子运输纪录，在这种情况下，如果采用登记处系统，则承运人有义务请求登记处运营人签发电子可转让纪录。

32. 大韩民国选择了登记处系统，该国的电子提单法规实行的就是这种办法。<sup>37</sup>根据该法规，承运人需要向登记处运营人提交请求才能签发电子提单，并且该请求还构成签发电子提单的授权。

33. 日本《电子记录形式金钱债权法》第 15 条规定，电子记录形式金钱债权以作成应计纪录的方式产生。为了做到这一点，债务人（即电子记录形式债权的承兑人）和债权人（即电子记录形式债权的持有人）都必须向登记处提出此种

<sup>34</sup> 同上，第 14 段。

<sup>35</sup> 同上，第 46 段。

<sup>36</sup> 对电子可转让纪录使用“release”（签发）一词，是指将电子纪录付诸流通的技术步骤，而“issuance”（签发）和“issuer”（签发人）则根据所适用的实体法取其既定含义。工作组似应考虑是否继续对电子可转让纪录使用“release”一词。

<sup>37</sup> A/CN.9/692，第 30-32 段。

请求<sup>38</sup>，然后登记处才能生成纪录。<sup>39</sup>这就是说，记录的生成，而非意向的表示，是创建电子记录形式金钱债权的必要条件。

34. 关于电子可转让纪录的内容（即其中所含信息），共同规则要求，电子可转让纪录所包含的实质信息应与对其纸面等同件的要求相同。一般要求电子可转让纪录包含更多的实质信息，将有悖于不区别对待电子通信的原则。条款条件可以以提及方式纳入，这与《电子商务示范法》第5条所载规定是一致的。

35. 但是，在有些情况下，某些可以在纸质文据中省略的信息是不能在电子可转让纪录中省略的。例如，在大韩民国，允许使用纸质文据签发无记名本票，<sup>40</sup>但禁止签发电子形式的无记名本票。<sup>41</sup>

36. 由于电子可转让纪录的电子性质，电子可转让纪录所包含的信息可能并不包含在纸质等同件中。虽然此种信息中有一部分可能只是技术性的，但当事人对使用电子形式的同意属于实质性信息。事实上，法律可能允许就使用电子手段达成一般协议，也有可能要求就签发每一电子可转让纪录取得具体同意。

37. 在有些情况下，由于电子可转让纪录的动态性，不同于纸质文据的静态性，可能只需在电子可转让纪录中提供进一步信息。例如，船舶在特定时刻的位置可能与某些商业文件有关，并可以通过能够对某一船舶定位和跟踪的自动系统加以核实。

38. 电子可转让纪录所包含的信息可用于纪录管理之外的目的。例如，根据大韩民国正在测试的一种模式，电子提单可用于向国家电子单一窗口设施提交信息。此外，金融票据所包含的信息可以汇集起来用以监测信贷风险，而如果使金融票据非物质化就有可能简化数据收集工作。日本《电子记录形式金钱债权法》第87条第1款规定，某一纪录的有关当事人可以请求披露该纪录的内容。该条第2款还允许非有关当事人使用纪录中的数据，只要请求生成该纪录的人在提出请求时表示同意即可。例如，评级机构或投资人可以根据这一规定请求披露纪录中的内容。

## 1. 独一性

39. 一个与电子可转让纪录特别相关的问题是，需要满足纸质“独一性”（或“唯一性”）概念的功能等同要求。可转让票据和所有权凭证可保证“独一性”，从而防止与同一项履约相关的多个纪录的流通，此种流通可能导致向非收款人或非收货人的当事人支付款项或交付货物。

40. 不论电子可转让纪录是否有效流通，独一性都是一项应当满足的要求。实际上，如果签发多个电子可转让纪录，那么当所有这些纪录都由其第一手持

<sup>38</sup> 《电子记录形式金钱债权法》第5(1)条和第7条。

<sup>39</sup> 《电子记录形式金钱债权法》第7(1)条。

<sup>40</sup> 1962年第1001号《汇票本票法》第10条及后来的修正。

<sup>41</sup> 《电子本票签发和转让法》第6条第6款。

人向债务人提示时，就会使债务人面临多项履约请求，并面临向非权利人的当事人付款或交货的可能性。

41. 有一点经常提到，之所以对如何保证唯一性有担心，是因为电子记录往往可以复制，生成与原件完全相同、因此无法与之区分的记录复件。<sup>42</sup>此外，电子复件可以在短时间内以有限的成本大量制作。

42. 但也应指出，纸质文据并非总能提供绝对的唯一性保证。事实上，就连一条唯一性的法律定义都不可能找到。此外，利用此等文据的非法复制本进行欺诈的事情屡见不鲜。<sup>43</sup>如果签发不止一份正本，由于难以收齐全套纸质文据以供提示，还会出现其他一些问题。因此，为了处理上述关切并求得最大程度的安全性而对电子可转让纪录规定更高的唯一性标准，在与纸质等同件所能提供的安全程度相比的情况下，难免有区别对待之嫌，并且最终可能妨碍企业实务推广这些电子可转让纪录。

43. 目前有两种办法可满足电子环境下唯一性功能等同要求。一种办法是基于技术唯一性，就是说，保证电子纪录不会被复制。不过，此种办法可能在技术上对电子记录不可行，就如同对纸质单证不可行一样。理论上，制作不可复制的（至少无法辨认出是复制件）并且可以转让的真正唯一的电子单证或许在技术上是行得通的。如果广为使用能够确保电子纪录唯一性并使其得以转让的技术，就将为电子纪录具有唯一性提供基础。与实现技术唯一性可能有关的各种技术可包括数字对象标识符（DOI）和数字权利管理（DRM）。<sup>44</sup>

44. 另一种办法依赖于指定正本，以此提供唯一性的充分保证。指定电子可转移记录的正本可处理对于记录完整性的关切（即确定持有人在“什么”上面享有权益），而不必就唯一记录的存在提供绝对保障。这种办法目前为不偏重任何系统的法规和利用登记处系统的法规普遍采用。<sup>45</sup>指定电子可转让记录的正本可以采取不同方法，即：以在特定安全系统存储为基础加以指定和以可核查的内容或位置为基础加以指定。<sup>46</sup>根据所采用的技术，这种指定可以是在登记处系统中进行的，也可以是在标识系统中进行的。<sup>47</sup>

45. 如上所述，指定正本的方法之一取决于特定安全系统也就是电子登记处的存在，登记处运营人在创建电子可转让纪录时分配唯一的识别号。唯一的识别号本身并不提供唯一性保证，但该系统可确保每个唯一的识别号只能与一个相

<sup>42</sup> A/CN.9/WG.IV/WP.115，第 14 和 36 段。

<sup>43</sup> 例如，Clayton P. Gillette & Steven D. Walt, *Uniformity and Diversity in Payment Systems*, 83 *Chicago-Kent Law Review* 499 (2008), at 529, 该书比较了两种并行存在的支付系统——纸质支票和借记卡交易——的安全性。他们发现，2004 年，两种系统的欺诈率为 6:1，就是说，支票交易欺诈造成的损失是借记卡交易欺诈造成的损失的六倍，就平均损失值来看，支票交易也明显高于借记卡交易。

<sup>44</sup> A/CN.9/WG.IV/WP.115，第 37 段。

<sup>45</sup> 同上，第 37-38 段。

<sup>46</sup> 同上，第 40 段。

<sup>47</sup> A/CN.9/WG.IV/WP.116，第 3 节。

应的纪录相配。使用此种方法的有日本的《电子记录形式金钱债权法》、<sup>48</sup>大韩民国的电子提单法规<sup>49</sup>以及美利坚合众国的电子仓单法规。<sup>50</sup>

46. 《统一商法典》采用不偏重任何系统的办法，其中的条款处理在分别确定对电子所有权凭证<sup>51</sup>和电子动产文据<sup>52</sup>的控制权时所涉及的单一性问题。按照这种办法，旨在确保单一性的保障措施由以下几个方面组成：该系统能够创建单一、可辨认的唯一正本；对电子可转让记录唯一正本声称拥有控制权的人能够控制该纪录的任何非正本的签发；电子可转让记录唯一正本的任何复本及其任何修正本本身易于辨认。

<sup>48</sup> 《电子记录形式金钱债权法》第 16(1)(七)条。

<sup>49</sup> A/CN.9/692，第 31 段。

<sup>50</sup> Code of Federal Regulations, Title 7: Agriculture, Part 735-Regulations for the United States Warehouse Act, Subpart D-Warehouse receipts, Section 735.303(b)(5)。

<sup>51</sup> 《商法典》第 7-106 条对电子所有权凭证的控制权

(a) 为证明电子所有权凭证权益的转让而使用的系统可靠地确认某人是被签发或被转让该凭证的人的，该人对该电子凭证拥有控制权。

(b) 电子所有权凭证以下述方式创建、存储并转让的，该系统符合(a)款，且该人被视为对该电子所有权凭证拥有控制权：

- (1) 该凭证存在唯一的正本，此正本是唯一的，可辨认的，除第(4)项、第(5)项和第(6)项另有规定外，还是不可更改的；
- (2) 正本中指定的声称拥有控制权的人：
  - (A) 是被签发该凭证的人；或者
  - (B) 正本注明该凭证已被转让的，是最近被转让该凭证的人；
- (3) 正本被发送到声称拥有控制权的人或其指定的保管人，并且由声称拥有控制权的人或其指定的保管人保持；
- (4) 只有征得声称拥有控制权的人的同意才能制作复本或修正本，增列或更改正本中指定的受让人；
- (5) 易于辨认真本的每一复本以及复本的任何复件不是正本；并且
- (6) 易于辨认真本的任何修正本是经授权的还是未经授权的。

<sup>52</sup> 《商法典》第 9-105 条对电子动产文据的控制权

包含电子动产文据的记录或若干记录以下述方式创建、存储并转让的，有担保当事人对该电子动产文据拥有控制权：

- (1) 该记录或若干记录存在唯一的正本，此正本是唯一的，可辨认的，除第(4)项、第(5)项和第(6)项另有规定外，还是不可更改的；
- (2) 正本指明有担保当事人是该记录或若干记录的受让人；
- (3) 正本被发送到有担保当事人或其指定的保管人，并且由有担保当事人或其指定的保管人保持；
- (4) 只有在有担保当事人参与的情况下才能制作复本或修订本，增列或更改正本中指定的受让人；
- (5) 易于辨认真本的每一复本以及复本的任何复件不是正本；并且
- (6) 易于辨认真本的任何修订本是经授权的还是未经授权的。

47. 大韩民国与电子本票有关的法规似乎采取了混合办法。《关于电子本票签发和转让的总统令》第 8 条<sup>53</sup>涉及电子本票的功能等同性。其中的第 2 款特别载明，电子本票应植入不允许创建副本的装置。大韩民国的电子本票系统通过一种登记处管理（“UNote”）。<sup>54</sup>但是，此种登记处系统需通过电子银行网络与用户互动，因为电子本票是通过该网络签发、背书和支付的。鉴于电子银行业务客户必须通过严格的身份识别程序，而且所使用的认证和授权方法可提供更高的安全级别，登记处系统可以受益于由此产生的更多的信任。对用户身份提供更高级别的保证，可以对电子可转让记录独一无二性概念本身所带有的风险产生积极影响。

48. 还有其他一些涉及独一无二性的方法。其中一种方法是美利坚合众国《二十一世纪支票清算法》（《二十一世纪支票法》）所采用的办法。《二十一世纪支票法》便利支票截留办法，即在支票收缴过程中为使用电子复制件而截留纸质支票。更确切地说，支票截留办法允许创建一种称作“替代支票”的可转让票据，用以取代纸质支票。替代支票其实还是基于纸面的，是纸质原件支票电子影像的印件。《二十一世纪支票法》宣布，替代支票在所有方面都等同于原件支票。

49. 《二十一世纪支票法》对独一无二性采取的办法是，要求银行在办理替代支票的转让、提示或退回手续并收取该支票的对价时向其他有关当事人提供保证，即他们不会以任何形式收到对该替代支票或原件支票的提示或退回，因此不会被要求重复付款（第 5 条）。因此，这种确保独一无二性的机制是以风险分担为基础的，而不是以可靠保证凭证独一无二的法律标准为基础的。另外，此种机制旨在确保债务人履约的独一无二性，而不是确保要求此种履约的权利凭证的独一无二性。

50. 对于电子支票截留采取的另一种办法可能是泰国银行近来开发的“影像支票清算和存档系统”。虽然影像支票清算和存档系统的目的和机制与《二十一世纪支票法》基本相同，但该系统目前是在没有通过专门法规的情况下实行的，完全依赖于颁布《电子商务示范法》的泰国《电子交易法》。<sup>55</sup>

## 2. 对电子可转让纪录的控制权

51. 大多数涉及电子可转让记录的法律制度都使用在功能上与“占有权”等同的对电子记录的“控制权”概念。也就是说，电子可转让记录的控制人被视为能够执行电子可转让记录的持有人。在以电子可转让记录的控制权替代占有权的情况下，控制权的转移起到了替代对电子可转让记录的移交的作用，这就如同移交（加上必要的背书）起到了转让纸质单证的作用一样。

<sup>53</sup> 2004 年 12 月 31 日第 18637 号总统令及后来的修正。

<sup>54</sup> 进一步信息可查阅网址：[www.unote.or.kr](http://www.unote.or.kr)。

<sup>55</sup> 泰国银行，Imaged Cheque Clearing and Archive System, sub. 9，查阅网址：<http://www.bot.or.th/English/PaymentSystems/PSServices/ChequeClearingSys/ICAS/Pages/ImagedCheque.aspx>。

52. 简言之，对电子可转让记录以及其中所体现的要求履约权进行转让的能力可称为“控制权”。电子可转让记录所包含的权利由该电子可转让记录所适用的实体法管辖，而下文则着重论述等同于纸质单证占有权概念的“控制权”概念。

53. 在允许通过控制电子可转让记录使用此种纪录方面，现有法规可分为三类。第一类法规的拟定着眼于涵盖纸质单证和电子纪录。第二类对承认纸质单证和电子纪录功能等同订有通则。第三类体现了基于登记处系统的控制权概念。因此，前两类不偏重任何系统，第三类并非如此。

54. 《鹿特丹规则》提供了第一类法规的例子，其中的实体法（即《鹿特丹规则》本身）所载明的所有权凭证定义已经提出了不偏重任何载体的设想。《鹿特丹规则》第 1 条（第 21 和 22 款）规定，控制权概念与可转让电子运输纪录的签发和转让密切相关。<sup>56</sup>《鹿特丹规则》第 9 条第 1 款进一步就纸质单证占有权与电子纪录控制权之间功能等同规定了一般规则。<sup>57</sup>

55. 《商法典》第 7-106 条（对电子所有权凭证的控制权）是第二类法规的例子。<sup>58</sup>该条确定了纸质环境下（通常通过实际占有或推定占有纸质凭证而行使的）控制权与电子环境下借助可靠地确认被签发或被转让电子可转让纪录的实体（即持有人）的系统行使的控制权这两者之间功能等同。为此，该系统必须规定存在唯一的正本，唯一正本与独一性概念功能等同。此外，该系统必须可靠地识别电子可转让纪录的第一持有人或受让人。

56. 《商法典》第 7-106 条(b)款第(3)项允许将正本发送到声称拥有控制权的人或其指定的保管人并由其保管，因此，这一规定与登记处系统和标识系统都是兼容的，在前一种系统中，指定保管人是登记处运营人，在后一种系统中，声称拥有控制权的人可以自行或通过第三方保管人发送并保持正本。如上所述（见上文第 46 段），《商法典》第 7-106 条(b)款第(4)-(6)项具体列出了电子可转让纪录实现并保持独一性的某些条件。

57. 《商法典》第 9-105 条载有一条适用于电子可转让纪录的类似规定，在关于该款的文献中对于实行上文所设想的系统的具体办法作了论述。<sup>59</sup>必须强调的是，对存在这些控制权要素的事实认定不应着眼于绝对完善：相反，此种认定应是力求达到足够可靠程度。此种认定应当审视法律与技术的交叉点，以此确定所使用的系统在其人力配置和技术配置上是否提供了足够的可靠程度。

<sup>56</sup> 第 1 条第 21 款。“签发”可转让电子运输记录，是指按照确保该记录自生成至失去效力处于排他性控制之下的程序签发记录。

第 1 条第 22 款。“转让”可转让电子运输记录，是指转移对该记录的排他性控制。

<sup>57</sup> 第 9 条第 1 款。使用可转让电子运输记录，应当遵守包含以下内容的程序：

(a) 向预期持有人签发和转让可转让电子运输记录的方法；

(b) 可转让电子运输记录保持完整性的保证；

(c) 持有人能够证明其持有人身份的方式；和

(d) [.....]。

<sup>58</sup> 上文脚注 51。

<sup>59</sup> 金融资产可转让性问题工作组：Framework for Control over Electronic Chattel Paper — Compliance with UCC § 9-105, 61 *The Business Lawyer* (2006), 2。

58. 在对电子可转让纪录管理系统的可靠性进行评估时，可以通过对所有适用条款的研究取得比较详细的参数。换言之，诸如《商法典》第 7-106 条所载条款这样的规则需要以合同规定加以完善和细化，并且还要有自愿性业界标准和协同监管工具等。

59. 第三类法规是以使用电子登记处为基础。此类法规的假设是，在封闭系统中，如电子登记处系统，记录的独一无二性和对当事人的适足识别足以使持有人有权转让电子可转让纪录。控制权本身可能并不具体涉及，但暗含在为运营登记处而设定的机制中。例如，日本《电子记录形式金钱债权法》第 9 条第 2 款规定，电子纪录所载明的人<sup>60</sup>应被推定为合法持有对于与某一电子纪录相关的电子记录形式金钱债权的权利。

60. 大韩民国关于电子提单和电子本票的法规采取类似办法。<sup>61</sup>特别是，大韩民国《电子汇票和电子本票签发和转让法》第 6 条第 3 款规定，出票人以数字认证证书签署电子本票的，该票据应视为根据《汇票和本票法》第 75 条第 7 款正式签章。这一规定似乎偏重电子签名技术，确定了基于独一无二性辨认和保障的控制权，而此种控制权等同于电子登记处所提供的控制权。

61. 对于有多个持有人的情形，可以制定具体规定，这样就可以根据所适用的实体法共同或单独行使控制权。至于多债务人负有连带责任，所造成的难题似乎少一些，但这是就这些债务人无需行使控制权而言。不过，由于这些债务人可能被包括在电子可转让纪录的流通过程中（例如，作为通知接收人），拟定专门规定可能还是有用的。

### 3. 签发人和第一持有人的识别

62. 为了使电子可转让纪录的创建具有效力，对签发人和第一持有人的识别是必不可少的。事实上，要实现占有权的功能等同，就应识别有权要求履约的唯一持有人，并将其他所有人都排除在履约请求方之外。<sup>62</sup>系统还应以类似的可靠程度识别债务人，如果根据所适用法律有必要作这种识别的话。

63. 电子可转让纪录持有人的识别、认证和授权机制的可靠性（称之为“保证级别”）对确保企业实务接受电子可转让纪录至关重要。不过，似乎还要注意的，电子交易当事人之间的信任是以若干因素为基础的，其中包括与交易本身有关的一些因素（如交易价值），也包括与当事人相互之间关系有关的其他因素（如以往的交流和直接互动），这些都与纸质环境下的情况相似。这些考虑因素适用于电子可转让纪录寿命周期的所有阶段。

64. 在纸质环境下，签发人将创建单证并在该单证中指明第一持有人，除非单证是要匿名流通的（“无记名”）。在电子环境下，由于技术上的要求，或许没有

<sup>60</sup> 在《电子记录形式金钱债权法》中，“电子纪录所载明的人”一词是指金钱债权中所载明的作为电子记录形式金钱债权被承兑人或质权人的人。

<sup>61</sup> A/CN.9/692，第 32 段。

<sup>62</sup> A/CN.9/737，第 66 段。

必要一点不差地复制这些操作程序。例如，如果系统依赖于第三方提供的服务，如登记处运营人，第三方将代表签发人签发电子可转让纪录。<sup>63</sup>此外，在电子环境下可能不允许或无法实现匿名性，因此可能无法签发无记名电子可转让纪录。<sup>64</sup>

65. 因此，在选择登记处系统的大韩民国电子提单法规中，承运人向登记处运营人提交签发电子提单的请求。<sup>65</sup>但是，日本《电子记录形式金钱债权法》第5条第1款要求电子记录形式债权的持有人和电子记录形式债权的承兑人都提出请求。后一种办法可确保所有当事人就使用电子手段达成协议。

66. 对参与创建电子可转让记录以及该纪录寿命周期其后各阶段的各方当事人进行可靠的识别、认证和授权，是建立对系统的信心的关键。电子签名法律目前至少在一定程度上处理了这一问题。此种法律可能会让当事人来决定适足的认证级别，或者具体列出各项认证要求。<sup>66</sup>2001年《贸易法委员会电子签名示范法》或可就这一问题提供初步指导。

67. 应当指出的是，登记处系统一般都要求能够对接入这些系统的用户进行可靠的线下识别。另一方面，标识系统可能并不要求或者并不设想事先对当事人进行具体识别，而要求只在进行涉及电子可转让记录的交易时进行可靠的识别。身份管理领域今后的动态可能与这方面特别有关。

68. 现有关于电子可转让记录的法规都提及关于电子签名的一般规定，而不是确定具体标准。<sup>67</sup>在某些情况下，还有可能利用其他信息技术系统可提供的认证手段作为补充。例如，大韩民国关于电子本票的法规依赖于银行的介入来识别电子本票签发和转让所涉当事人的银行账户。欧洲提单系统还允许用户通过各自的银行加入该系统。<sup>68</sup>在这些情况下，由于可以利用独立于电子可转让记录的身份识别因素，保证级别可以大大提升。

69. 目前的实务，特别是高价值交易的做法似乎普遍采用公钥技术，这是立法选择和订约选择使然。但是，如果电子签名法律规定必须使用某种技术，这种电子签名的跨境承认就会出现困难。如果通过类似于《电子签名示范法》第12条和《电子通信公约》第9条第3款的适当规定，就可以避免这些困难。

70. 对于所选择的系统结构应当给予适当考虑。事实上，按照某些办法，可以要求用户先向系统运营人登记，然后才允许其接入系统。如果是这样的话，或需考虑是否有必要就系统运营人识别当事人的标准提供指导。

<sup>63</sup> 同上，第59段。

<sup>64</sup> 同上，第34段。

<sup>65</sup> A/CN.9/692，第30段。

<sup>66</sup> A/CN.9/737，第69段。

<sup>67</sup> 例如，见大韩民国电子提单法规关于电子签名公钥系统选择的规定（A/CN.9/692，第28段）。

<sup>68</sup> [www.bolero.net/en/home/enrolment.aspx](http://www.bolero.net/en/home/enrolment.aspx)。