



Distr.: Limited
27 August 2015
Chinese
Original: English

联合国国际贸易法委员会
第四工作组（电子商务）
第五十二届会议
2015 年 11 月 9 日至 13 日，维也纳

电子可转让记录示范法草案

秘书处的说明

目录

	段次	页次
一、 导言	1-7	2
二、 电子可转让记录示范法草案	8-95	2
A. 通则（第 1-6 条）	8-54	2
B. 关于电子交易的条文（第 7-9 条）	55-67	9
C. 电子可转让记录的使用（第 10-11 条）	68-95	12



一、 导言

1. 委员会在 2011 年第四十四届会议上授权工作组进行电子可转让记录领域的工作。¹
2. 工作组第四十六届会议（2012 年 10 月 29 日至 11 月 2 日，维也纳）广泛支持以示范法形式拟订电子可转让记录条文草案，但不影响就其最终工作形式作出的决定（A/CN.9/761，第 90-93 段）。
3. 工作组第四十七届会议（2013 年 5 月 13 日至 17 日，纽约）开始审议载于 A/CN.9/WG.IV/WP.122 号文件的电子可转让记录条文草案，并且指出，虽然开始就工作最后形式进行讨论的时机尚不成熟，但条文草案在很大程度上与可能要实现的各种成果是一致的。
4. 工作组第四十八届会议（2013 年 12 月 9 日至 13 日，维也纳）继续审议 A/CN.9/WG.IV/WP.124 和 Add.1 号文件所载的条文草案。
5. 工作组第四十九届会议（2014 年 4 月 28 日至 5 月 2 日，纽约）继续就 A/CN.9/WG.IV/WP.128 和 Add.1 号文件所载条文草案开展编拟工作。工作组着重讨论了电子可转让记录的原件、唯一性和完整性概念。
6. 工作组第五十届会议（2014 年 11 月 10 日至 14 日，维也纳）继续就 A/CN.9/WG.IV/WP.130 和 Add.1 号文件所载条文草案开展编拟工作。工作组商定将着手拟订关于电子可转让记录的示范法草案，但须由委员会最后作出决定（A/CN.9/828，第 23 段）。会上提出，示范法草案既应就纸质可转让单证或票据的电子等同件也应就只存在于电子环境的可转让记录作出规定。经商定，应当优先拟订涉及纸质可转让单证或票据电子等同件的条文，随后对这些条文进行审查并酌情作出调整，以顾及只存在于电子环境的可转让记录的使用（A/CN.9/828，第 30 段）。
7. 工作组第五十一届会议（2015 年 5 月 18 日至 22 日，纽约）继续就 A/CN.9/WG.IV/WP.132 和 Add.1 号文件所载示范法草案开展编拟工作。工作组的讨论侧重于电子可转让记录、占有和控制权的定义。本说明第二部分所载条文草案反映了工作组该届会议的审议情况和决定（A/CN.9/834，第 21-108 段）。

二、 电子可转让记录示范法草案

A. 通则

“第 1 条草案 适用范围

“1. 本法适用于电子可转让记录。

“2. 除本法中另有规定的，本法中的规定概不影响对电子可转让记录适用任何关于纸质可转让单证或票据的法律规则。

¹ 《大会正式记录，第六十六届会议，补编第 17 号》（A/66/17），第 238 段。

“[3. 本法适用于[颁布国具体指明管辖某一类型电子可转让记录的法律]规定之外的电子可转让记录]。”

评述

8. 第 1 条草案反映了工作组第四十八届会议的审议情况（A/CN.9/797，第 16-17 段）。

9. 第 2 款草案载明一条原则，即示范法草案不影响可适用于纸质可转让单证或票据及其电子等同件的实体法。这一原则适用于电子可转让记录流通期内的每一步骤。举例来说，该款将便利在实体法允许的情况下签发无记名电子可转让记录（A/CN.9/797，第 65 段）。在实体法允许的情况下，该款还允许将无记名签发的电子可转让记录的流通方式改为记名电子可转让记录，以及相反情形（“空白背书”）（A/CN.9/828，第 82 段）。

10. 第 3 款草案着眼于在不干扰相关实体法的情况下允许也对只存在于电子环境的电子可转让记录适用示范法草案。这方面应当注意的是，原则上，与纸质可转让单证或票据功能等同的电子可转让记录，或者只存在于电子环境的电子可转让记录，有可能在同一法域并存。因此，在没有此种电子可转让记录的法域，第 3 款草案是不必要的（A/CN.9/797，第 17 段）。

11. 但是，工作组似应注意的是，只存在于电子环境的电子可转让记录所适用的法律可能会对其实体法适用范围加以界定。而与纸质可转让单证或票据等同的电子可转让记录所适用的实体法则是参照该等同的纸质可转让单证或票据加以界定的。工作组似应审议是否基于这些考虑保留第 3 款草案。

“第 2 条草案 除外情形

“1. 本法不优先于消费者保护方面的任何适用法律规则。

“2. 本法不适用于股票和债券等证券，以及其他投资票据。

“3. [本法不适用于汇票、本票和支票。]”

评述

12. 第 2 条草案反映了工作组第四十八届会议的审议情况（A/CN.9/797，第 18-20 段）。

13. 工作组似应讨论，鉴于第 1 条草案第 2 款已经表明示范法草案并不影响实体法，是否还应保留第 1 款草案。假如保留的话，工作组还似应审议是否应将该条文草案置于《示范法》他处，如第 1 条草案，因其可能并不构成该法适用范围的除外情形。

14. 第 2 款草案中的术语“证券”不是指作为担保物使用电子可转让记录，因此，《示范法》不妨碍为担保权目的而使用电子可转让记录（A/CN.9/834，第 73 段）。

15. “投资票据”一词被理解为包括衍生票据、货币市场票据以及其他任何可供投资的金融产品（A/CN.9/797，第 19 段）。

16. 工作组似应确认，股票和债券排除在《示范法》适用范围之外，即使有关法域将其视为流通票据亦是如此。

17. 第 3 款草案反映的观点是，应将某些纸质可转让单证或票据排除在《示范法》适用范围之外，以避免与其他条约发生冲突，例如，在某些法域业已生效的《统一汇票本票法公约》（1930 年，日内瓦）和《统一支票法公约》（1931 年，日内瓦）（《日内瓦公约》）（A/CN.9/797，第 20、109-112 段；另见 A/CN.9/WG.IV/WP.125）。

18. 工作组似应审议是否在示范法草案中保留第 3 款，以便在那些加入了《日内瓦公约》以及其他相关公约的法域希望颁布《示范法》时提供指导。

19. 工作组或许还可以考虑按下述写法将第 3 款草案拟成一条开放式除外条款：“本法不适用于[……]”，以便允许根据颁布法域的特殊情况选择性适用《示范法》。这种做法还可以为在清单中根据请求列入某些票据或单证提供更多灵活性，例如，其法律地位根据《示范法》可能不明确的信用证。

“第 3 条草案 定义

“在本法中：”

评述

20. 第 3 条草案中的定义是作为参考拟订的，应结合各相关条款草案加以研究。术语按其在示范法草案中出现的先后顺序编排（A/CN.9/768，第 34 段）。每条定义后面都附有评述，供工作组审议。工作组似应在充分审议《示范法》条款草案并确认所定义术语的用途之后审查定义草案（A/CN.9/828，第 66 段）。

21. 条文草案中所有提及电子可转让记录“持有人”之处均已删除，代之以“有控制权的人”（A/CN.9/804，第 85 段）。工作组似应在第 3 条草案中说明，所谓“人”可以是自然人或法人。

“电子可转让记录”系指[其中包含的权威信息]使有控制权的人有权要求履行记录中[指明]的义务并且能够通过转让该记录而转让其中[指明]的要求履行义务的权利的[电子记录]。

评述

22. “电子可转让记录”的定义反映了工作组第四十八届会议（A/CN.9/797，第 21-28 段）和第五十一届会议（A/CN.9/834，第 23-26、88、95-98、100 段）的审议情况。

23. “电子可转让记录”的定义着眼于涵盖与纸质可转让单证或票据功能等同的电子可转让记录和只存在于电子环境的电子可转让记录（A/CN.9/797，第 23

段)。工作组似应考虑, 是否根据优先拟订涉及纸质可转让单证或票据电子等同件的条文的决定对该定义进行审查。

24. “电子可转让记录”的定义并非着眼于影响下述事实: 应当由实体法决定有控制权的人是否为正当的有控制权的人以及有控制权的人的实体法权利。该定义也并非着眼于描述可能与电子可转让记录的使用有关的所有功能。例如, 电子可转让记录可能有证据价值; 但是, 该记录能否履行这一功能, 将根据示范法草案之外的法律加以评估。

25. 工作组确认, 某些单证或票据, 如果是一般可转让的, 但其可转让性因其他协议而受到限制, 如记名提单, 则不属于该条定义的范围; 示范法草案应当只侧重于“可转让的”单证(A/CN.9/797, 第27-28段)。

26. 根据第10条草案的讨论情况(A/CN.9/834, 第26、88段)列入“[其中包含的权威信息]”这段词语供进一步审议, 因此应当结合该条草案进行审议。

27. 工作组似应审议“[指明]”一词是否合适, 或者是否应当使用诸如“表述”、“纳入”、“规定”或“载明”这样的其他词语(A/CN.9/797, 第22段)。

28. 工作组似应在审议“电子可转让记录”的定义时考虑到“电子记录”的定义(见下文第74段)。

29. 在工作组第五十一届会议上对是否有必要保留“电子可转让记录”定义表达了不同看法(A/CN.9/834, 第95-98段)。特别是, 有的意见认为, 一项符合第10条草案所载要求的电子记录, 就是与相应的纸质可转让单证或票据功能等同的电子可转让记录。因此, 一则电子可转让记录的定义可能并无必要, 或者只要提及第10条草案载明的要求即可。

30. 本着同样思路, 该届会议上还提出了下列电子可转让记录的定义, 其中提及了对纸质可转让单证或票据的信息要求以及第10条草案所载明的要求(A/CN.9/834, 第100段):

“电子可转让记录”[是其所包含的所有信息可使纸质可转让单证或票据具有效力并且符合第10条的要求的电子记录]。

31. 对于仅以电子形式存在的电子可转让记录所适用的“电子可转让记录”的定义, 可能会有不同的考虑, 将在以后阶段加以讨论。

“纸质可转让单证或票据”系指在纸张上签发的, 使有控制权的人有权要求履行该单证或票据中[指明]的义务, 并且能够通过转让该单证或票据而转让其中[指明]的要求履行义务的权利的可转让单证或票据。

纸质可转让单证或票据包括汇票、支票、本票、[运单]、提单、仓单。

评述

32. “纸质可转让单证或票据”的定义反映了工作组第四十八届会议的审议情况(A/CN.9/797, 第21-28段)。该定义并不是为了影响实体法。

33. 工作组似应审议，鉴于该定义对实体法的影响，是否应当保留纸质可转让单证或票据的定义。

34. 工作组似应审议，是否借鉴《联合国国际合同使用电子通信公约》（2005年，纽约）（《电子通信公约》）第2条第2款中的写法，在“纸质可转让单证或票据”的定义或解释材料中列入纸质可转让单证或票据的示例性清单（A/CN.9/768，第34段，A/CN.9/797，第25和26段），同时顾及第2条草案第3款的内容。工作组还似应审议，提及运单的内容是否保留，因为在某些法域，运单是不可转让的。

“电子记录”系指通过电子手段生成、传送、接收或存储的信息[，该信息可酌情包括与其有着逻辑联系或以其他方式[一起][与其]链接[，使之成为该记录一部分]的所有信息，不论其是否同时生成或[随后]生成]。

评述

35. “电子记录”的定义是基于1996年《贸易法委员会电子商务示范法》（1996年）和《电子通信公约》中“数据电文”的定义。括号内的案文意在强调下述事实：信息可能在签发之时或之后与电子可转让记录发生关联（例如，与背书有关的信息）（A/CN.9/797，第43-45段）。括号内的这段案文还意在说明，某些电子记录有可能但不一定包含一套复合信息（A/CN.9/797，第43段）。工作组还似应回顾其针对第10条草案就“电子记录”进行的讨论（A/CN.9/828，第31段）。

“签发人”系指直接或者在第三方协助下签发电子可转让记录的人。

评述

36. 工作组似应考虑删除“签发人”的定义，在删除关于签发的条文（A/CN.9/797，第64-67段）和关于保留的条文（A/CN.9/834，第77段）后，示范法草案中已不使用该词。

37. “直接或者在第三方协助下”这段词语的目的是说明，当电子可转让记录是由第三方服务商应签发人的请求签发时，第三方服务商不被视为条文草案下的签发人（A/CN.9/768，第33段）。

[电子可转让记录“控制权”系指[处理或处置该电子可转让记录的事实上的权力][事实上处理或处置该电子可转让记录的权力][对电子可转让记录的事实上的控制权]。]

评述

38. 按照工作组第五十届会议结合审议关于占有权的第17条草案所作的决定（A/CN.9/828，第66-67段），将“控制权”定义草案放在方括号中。第17条草案旨在阐明确立控制权与占有权功能等同所必须满足的要求。鉴于占有权是实

体法中界定的概念，工作组似应审议是否有必要列入“控制权”的定义（A/CN.9/834，第 83 段）。

“变更”系指按照第 20 条草案规定的程序修改电子可转让记录所载信息。

评述

39. 工作组似应审议，鉴于“变更”一词在第 20 条草案中只出现一次，而该条草案目前所载是一条功能等同规则，是否可以删除该条定义。此外，对“变更”一词加以界定，有可能被解释为产生意外的实体法影响。

“履行义务”系指按照纸质可转让单证或票据或者电子可转让记录所载交付货物或支付一笔款额。

评述

40. 工作组似应审议，鉴于这一定义涉及实体法问题，是否保留这一定义。这一定义草案笼统提及了《电子通信公约》第 2 条第 2 款提及的交付货物或支付一笔款额（A/CN.9/761，第 22 段）。“履行义务”这一术语出现在“电子可转让记录”和“纸质可转让单证或票据”的定义中。

“承兑人”系指纸质可转让单证或票据或者电子可转让记录中[指明]有义务履行[该单证、票据或记录所载义务]的人。

评述

41. 对“承兑人”定义进行了审查，以进一步澄清，该定义只是描述性的，至于什么人是承兑人，应由实体法来确定。工作组似应审议，鉴于实体法可能已对承兑人概念作了定义，是否应当保留“承兑人”的定义。

42. “承兑人”这一术语目前只出现在关于出示的第 19 条草案中。工作组似应根据该条款的最后形式，审议是否仍有必要保留这一定义草案。

43. 如果保留“承兑人”的定义，工作组似应审议方括号中“[指明]”一词是否合适，或者是否可以使用其他词语（另见上文第 27 段）。

“替换”系指以电子可转让记录替换纸质可转让单证或票据，或者[反之亦然][反向替换][以纸质可转让单证或票据替换电子可转让记录]。

评述

44. 工作组似可考虑删除“替换”一词的定义，因为该词已不再示范法草案中出现。

“第 4 条草案 解释

“1. 本法源于有国际渊源的示范法。在解释本法时，应考虑到这种国际渊源以及促进统一适用本法[和遵守诚信]的必要性。

“2. 与本法所管辖事项有关的问题，在本法中未明确解决的，应依照本法所依据的一般原则加以解决。”

评述

45. 第 4 条草案意在提请法院和其他主管机构注意下述事实：在国内颁布《示范法》后，对其作出的解释应当考虑到其国际渊源，以便于促进统一解释（A/CN.9/768，第 35 段）。《贸易法委员会电子商务示范法》第 3 条和《贸易法委员会电子签名示范法》第 4 条载有类似措辞。

46. “本法源于有国际渊源的示范法”这段案文是根据工作组第四十七届会议的决定写进去的，以强调指出，本法构成对一部有国际渊源的示范法的颁布（A/CN.9/768，第 35 段）。这些用语并未出现在贸易法委员会的其他法规中。另外，工作组似应考虑这段用语是否应当包含在内，并且是否应当在指导意见材料中进一步扩展这一基本概念。

47. 工作组似应审议，鉴于可能对实体法产生的影响，特别是诚信概念在关于纸质可转让单证或票据的实体法中意义，是否应当保留“[和遵守诚信]”这段词语。贸易法委员会的其他一些法规，包括关于电子商务的法规，也包含提及诚信的内容。另外，工作组似应澄清，此种提及是否意指该法适用方面的诚信。

48. 在贸易法委员会的若干法规中都使用了第 2 款中“一般原则”这一概念。包含这一概念的《联合国国际货物销售合同公约》（1980 年，维也纳）（《销售公约》）第 7 条是判例法解释最多的条款。

49. 第 2 款草案所载明的“一般原则”概念指的是电子通信的一般原则（A/CN.9/797，第 29 段），其中包括在相关的贸易法委员会法规中已经阐明的原则。本着这一点，工作组似应确认，三项基本原则——不歧视电子通信、技术中性和功能等同——是示范法草案所依据的一般原则。随着工作组工作的不断进展，还可以确定其他一般原则。

50. 在《销售公约》所依据的一般原则中，有些原则，如当事人意思自治和诚信，可能也与定义示范法草案所载一般原则的概念相关。

“第 5 条草案 当事人意思自治[及合同关系不涉及第三方]

“1. 当事人可以通过协议减损或改变本法的规定[，但第 1 条、第 2 条、第 4 条、第 5 条第 2 款、第 6 条、第 7 条、[……]除外][，除非该协议根据适用法律无效或不具效力]。

“2. 任何人，凡不是此类协议当事人的，该协议概不影响其权利。”

评述

51. 工作组强调了当事人意思自治在条文草案中的重要性（A/CN.9/797，第 30 段），并在一般适用此项原则的基础上一致认为应确定哪些条款草案不得减损（A/CN.9/797，第 32 段）。

52. 虽然当事人意思自治是商法和贸易法委员会法规所依据的一项基本原则，但工作组似应注意，在贸易法委员会关于电子商务的法规中，这项原则的推行是有一定限度的，这是为了避免与一些强制适用的规则发生冲突，如那些关于公共政策的规则。《贸易法委员会电子商务示范法》第 4 条和《贸易法委员会电子签名示范法》第 5 条提供了这种做法的例子。为了反映这种做法，《示范法》第 5 条草案加入了《贸易法委员会电子签名示范法》第 5 条中的措辞“[，除非该协议根据适用法律无效或不具效力]”。

53. 另外，为了表示可以减损或改变示范法草案的某一规定，可在当事人可以减损或改变的该条规定中加入某些措辞，例如，“除非当事人另有约定”。

“第 6 条草案 对提供情况的要求

“本法中的规定概不影响适用任何可能要求某人披露其身份、营业地或其他情况的法律规则，也不免除某人就此作出不准确、不完整或虚假说明的法律后果。”

54. 工作组决定保留第 6 条草案，但有一项理解，即该条应提醒当事人注意需遵守其他法律可能规定的披露义务（A/CN.9/797，第 33 段）。

B. 关于电子交易的条文

55. 工作组第四十八届会议决定保留第 7-9 条草案，作为单独的一节（A/CN.9/797，第 34 段）。工作组不妨按照示范法草案的最后形式以及这些条款的内容，审查其决定。

“第 7 条草案 对电子可转让记录的法律承认

“对于一项电子可转让记录，不得仅因其以电子形式存在而否定其法律效力、有效性或可执行性。”

评述

56. 第 7 条草案规定了不歧视的原则。工作组第四十九届会议决定保留第 7 条草案目前的形式（A/CN.9/804，第 17 段，另见 A/CN.9/768，第 39 段）。

“第 8 条草案 书面形式

“法律要求信息应采用书面形式的，就电子可转让记录而言，如果其中所包含的信息能够调取供日后查用，即满足这一要求。”

评述

57. 第 8 条草案反映了工作组第四十九届会议的审议情况（A/CN.9/804，第 18-19 段）。其中确定了电子可转让记录所包含的信息或与其相关的信息应符合哪些要求才能在功能上等同于书面形式（A/CN.9/797，第 37 段）。关于电子形式和书面形式之间功能等同的一般规则应当载入电子交易法中（A/CN.9/797，第 38 段）。第 8 条草案提及“信息”概念而非“通信”概念，因为并非所有相关信息都一定会被发送（A/CN.9/797，第 37 段）。

58. 根据工作组第五十一届会议的决定，条文草案的解释材料将反映下述理解：示范法草案所载明的任何法律要求，都暗示不满足这些要求的后果，因此无需明确提及这些后果（A/CN.9/834，第 43 和 46 段）。为此，从第 10 条草案以及示范法草案的其他条款中删除了已成多余的词语“或者法律规定了不采用书面形式的后果的”。

59. 在第四十九届会议上，有意见提出，第 8 条草案可能并无必要，因为第 3 条草案中“电子可转让记录”的定义暗示需满足“书面形式”的功能等同要求。对此，有意见指出，考虑到条文草案所载关于功能等同的其他规则，关于“书面形式”要求的规则是必要的（A/CN.9/804，第 18 段）。工作组似应审议，鉴于第 10 和第 11 条草案，保留第 8 条草案是否可取。

60. 如果是适用于仅以电子形式存在的电子可转让记录的法律，工作组似应确认，管辖这些记录的法律应当载明第 8 条草案所载列的同样要求，即信息应当是能够调取供日后查用的（A/CN.9/768，第 42 段）。

“第 9 条草案 签名

“法律要求应由某人签名的，如果符合下列条件，该要求[就][对于][即由]电子可转让记录[而言]得到满足：

(a) 使用了一种可鉴定该人身份并表明该人对电子记录所包含信息的意图的方法；并且

(b) 所使用的方法：

(一) 从所有相关情况来看，包括根据任何相关约定，对于生成电子记录所要达到的目的既是适当的也是可靠的；或者

(二) 其自身或结合进一步证据，事实上被证明已履行前述(a)项所说明的功能。”

评述

61. 第 9 条草案反映了工作组第四十九届会议的审议情况（A/CN.9/804，第 20 段）。针对实体法明确规定签名要求或者规定没有签名的后果（默示的签名要求）这一情形，该条规定了对“签名”的功能等同要求（A/CN.9/797，第 46 段；另见 A/CN.9/834，第 43 段）。第 9 条草案是以《电子通信公约》第 9 条第 3

款的案文为依据的。根据工作组第五十一届会议的决定，删除了“或者法律规定了不签名的后果的”的字样（A/CN.9/834，第 46 段）。

62. (b)项草案(一)目提及“既是适当的，也是可靠的”，这种提法类似于《电子通信公约》第 9 条第 3 款所载措辞，但不同于其他条款草案中对“可靠方法”的提法。工作组似应澄清，这一提法是否不同于第 17 条草案中对于“既是适当的也是可靠的”方法的提法，因为该条草案述及的是占有权的功能等同，而这是《电子通信公约》没有讨论的。

63. 《电子通信公约》的解释性说明就该《公约》第 9 条第 3 款中“可靠性”概念的内容和运用提供了指导。²工作组似应确认，该解释性说明中提供的指导意见也适合用于解释第 9 条草案(b)项(一)目。

64. 在这方面，工作组似应澄清，第 11 条草案所载可靠性一般标准是否也适用于第 9 条草案(b)项(一)目（A/CN.9/804，第 20 段）。

65. 另一个办法是在第 9 条草案中列入与《电子签名示范法》第 6 条第 3 款所列要求类似的案文，从而提供一个具体的可靠性标准，仅适用于第 9 条草案(b)项(一)目。但应注意的是，工作组已经商定，条文草案不会采用这种“双层”办法（A/CN.9/797，第 40 段）。

66. 工作组似应审议，第 9 条草案的案文是否最好澄清，该条款只适用于电子可转让记录，而不适用于与电子可转让记录有某种关联但不可转让的其他电子记录。为此提出了备选案文。第 9 条草案启首语中使用了“就……而言”的字样。《电子通信公约》第 9 条第 3 款使用的措辞是“对于……而言”。在贸易法委员会关于功能等同的其他条文中使用了“即由”一词，可能表示第 9 条草案的适用范围更窄一些。

关于“原件”的评述

67. 工作组指出，在电子可转让记录的语境中，“原件”概念不同于贸易法委员会其他法规中采用的原件概念（A/CN.9/797，第 47 段），而且在电子可转让记录的语境中，关于这一概念的功能等同规则的主要目的应当是防止多重请求（A/CN.9/804，第 21 段），因此，工作组一致认为，没有必要在条文草案中列入“原件”的功能等同规则（A/CN.9/804，第 40 段）。解释说，在电子可转让记录的语境中，避免多重请求这一目标可以通过“控制权”概念来实现。还解释说，“控制权”概念既可以确定有权要求履约的人，也可以确定控制对象（A/CN.9/804，第 39 段）。

² 联合国，贸易法委员会秘书处关于《联合国国际合同使用电子通信公约》的解释性说明，纽约，2007 年，第 161-164 段。

C. 电子可转让记录的使用

“第 10 条草案 [纸质可转让单证或票据][可凭使用的电子记录][电子可转让记录]

“1. 法律要求使用纸质可转让单证或票据的，如果符合下列条件，该要求即由电子记录得到满足：

(a) 该电子记录包含必须被载入等值的纸质可转让单证或票据的信息；

(b) 采用了一种方法：

(一) 该方法对于确定该电子记录是构成电子可转让记录的[权威性]记录既是适当的也是可靠的；

(二) [使得][该方法使得]该电子记录能够自其生成至其失去任何效力或有效性期间置于控制之下；并且

(三) 该方法对于保全电子可转让记录的完整性既是适当的也是可靠的”。

“2. 评价完整性的标准应当是，除正常传送、存储和显示过程中出现的任何改动之外，电子可转让记录所包含的信息，包括自其生成至其失去任何效力或有效性期间产生的任何[经授权的]改动，是否仍然完整且未被更改。应当根据生成电子可转让记录所包含信息的目的，并根据所有相关情形，评价所要求的可靠性标准。”

评述

68. 第 10 条草案已根据工作组第五十一届会议的审议情况重拟（A/CN.9/834，第 21-30、85-94、99 段）。现在的案文旨在把普遍流行的两种做法合并起来，以避免多重履约请求，即“单一性”和“控制权”（A/CN.9/834，第 86 段）。

69. 第 10 条草案的目的是为使用纸质可转让单证或票据提供一条功能等同规则，为此载明了电子记录应满足的要求。工作组商定按照其关于单一性概念的讨论及其删除单一性规则的决定提出第 10 条草案（A/CN.9/804，第 71 和 74 段）。补充说，借助“控制权”概念，便有可能不提及造成技术上难题的“单一性”概念（A/CN.9/804，第 38 段）。

70. 工作组一致认为，对于某些登记系统中可能发生的情形，即可能是由各种数据元素合起来提供了构成电子可转让记录的信息，而没有构成电子可转让记录的单独记录，提及“电子记录”的定义便足以应对这种情形（A/CN.9/828，第 31 段）。

71. 根据工作组第五十一届会议的决定（A/CN.9/834，第 46 段），第 1 款草案删除了“或者法律规定了未使用的后果的”这段词语。

72. 第 1 款(a)项规定, 电子记录应当包含必须被载入纸质可转让单证或票据的信息。工作组似应审议, 鉴于第 10 条草案的目的是提供一条关于功能等同的规则, “纸质”一词前面的“等同”是否有误导之嫌。或许还可以考虑其他措辞, 如使用“对应的”一词。

73. 第 1 款(b)项(一)目规定了确认一项电子记录是载有确定该记录为电子可转让记录所需要的可凭使用信息或权威性信息的记录的要求。这一要求是对“单一性”做法的体现 (A/CN.9/834, 第 86 段)。对于第 1 款(b)项(一)目所载明的可靠性标准, 应当结合可靠性的一般标准加以评估 (A/CN.9/828, 第 37 段)。

74. 工作组似应审议, 是否还应保留对电子可转让记录加以定性的“权威性”一词 (A/CN.9/834, 第 101-104 段), 这是因为, 确定该电子记录为电子可转让记录的信息本身就是权威性的, 因此, 这种定性一方面可能是不必要的, 另一方面还会适得其反, 容易在“权威性”一词的含义上导致诉讼。

75. 如果工作组决定不保留“权威性”一词, 工作组似应进一步审议可否将该条进一步简化如下:

“(一) 该方法对于确定该电子记录是电子可转让记录既是适当的也是可靠的;”。

76. 第 1 款(b)项(二)目所载明的要求是, 电子可转让记录自其生成至其失去任何效力或有效性期间应当能够被置于控制之下, 这主要是为了便于电子可转让记录的转让。这一要求是对“控制权”做法的体现 (A/CN.9/834, 第 86 段)。第 1 款(b)项(二)目无需服从可靠性检验标准, 因为第 17 条草案提供了对用以确立控制权的方法进行评价的可靠性检验标准 (A/CN.9/828, 第 38 段)。提议使用“该方法使得”的字样取代“使得”, 纯粹出于措辞上的考虑。

77. 这一条文草案所反映的看法是, 电子可转让记录未必实际置于控制之下 (A/CN.9/804, 第 61 段)。例如, 基于令牌的电子可转让记录遗失时可能会出现此种情况。

78. 关于第 2 款, 工作组第五十届会议商定添加一则关于评价完整性概念的可靠性标准的条文 (A/CN.9/828, 第 49 段)。该条文表明, 如果与自电子可转让记录生成至其失去任何效力或有效性期间具有法律意义的改动 (相对于纯技术性质的改动) 有关的任何一套信息保持完整且未被更改, 该电子可转让记录即保持了完整性 (A/CN.9/804, 第 29 段)。该条文借鉴了《贸易法委员会电子商务示范法》第 8 条第 3 款。

79. 工作组似应审议, 鉴于工作组关于应当记录所有改动还是仅记录某些改动的讨论, 以及关于经授权的改动和合法改动之间区别的讨论, 第 2 款草案是否保留“经授权的”字样 (A/CN.9/834, 第 27-30 段; A/CN.9/828, 第 42-44 段; A/CN.9/804, 第 30-32 段)。

80. 工作组似应结合其关于第 10 条草案的审议, 对第 3 条草案中电子可转让记录的定义进行审议 (见上文第 22-31 段, 以及 A/CN.9/834, 第 95-100 段)。

“第 11 条草案 可靠性一般标准

“1. 应根据生成电子可转让记录所包含信息的目的，并根据所有相关情形，评价所要求的完整性标准。

“2. 在为[第 10 条、第 17 条和……]的目的而确定一种方法是否或者在多大程度上可靠时，可考虑到下列因素：

- (a) 数据完整性的保证级；
- (b) 防止擅自进入和使用系统的能力；
- (c) 硬软件系统质量；
- (d) 独立机构进行审计的经常性和范围；
- (e) 监督机构、资格鉴定机构或自愿性方案就该方法可靠性作出声明；
- (f) [当事人之间的任何约定；]
- (g) 任何其他相关因素。”

评述

81. 第 11 条草案旨在提供一条可靠性一般标准。在工作组第四十九届会议上对于添加此种条文是否可取表达了不同意见（A/CN.9/804，第 41-49 段）。

82. 一方面，会上指出，条文草案应当就可靠性的含义提供一般指导，并载明达到这一标准的条件。补充说，虽然当事人意思自治可能足以在封闭系统中确立可靠性标准，但条文草案仍需要载明适用于开放系统的可靠性标准。会上进一步提到，如果一定要列入一条可靠性一般标准，在拟订时应当考虑到技术中性（A/CN.9/804，第 43 段）。

83. 此外，会上提出列入评价可靠性的其他要素。这些要素涉及：工作人员素质、充足的财政资源和责任保险、设置针对违反安全规定的通知程序，以及可靠的审计跟踪（A/CN.9/804，第 44-45 段）。

84. 但是，这届会议上还表达了这样的看法，即已有的和新提出的可靠性要素过于详细，其规定也是规范性质的。补充说，如果采用如此详尽的要求，有可能给企业造成过多的费用，并最终妨碍电子商务。还指出，这些要求有可能导致因复杂技术事项而提出的诉讼增加。会上提出，不如在条文草案中提及基于国际公认标准和惯例的可靠方法（A/CN.9/804，第 46 段）。

85. 按照同样思路，会上指出，设置一项可靠性一般标准可能有妨电子可转让记录的使用，因为未达到这些标准有何法律后果并不明确。还指出，应当力行谨慎，勿使条文草案经不住实践的考验。又指出，没有必要加上一条可靠性一般标准，每个载明可靠性标准的条款草案本身就应包括与此相关的具体规定（A/CN.9/804，第 42 段）。

86. 最后，工作组商定，结合关于第三方服务商的条文，作为一条可能拟订的系统可靠性一般规则进一步审议第 11 条草案。工作组还商定，考虑为每项提及可靠方法的条文草案通过具体的标准（A/CN.9/804，第 49 段）。

87. 工作组第五十届会议商定在第 11 条草案中列入案文，就可靠性标准提供一般指导（A/CN.9/828，第 47 和 49 段）。该措词也是借鉴《贸易法委员会电子商务示范法》第 17 条第 4 款，已经列入第 11 条草案第 1 款。

88. 关于构成电子可转让记录的信息第 10 条草案、关于注明时间和地点的第 12 条草案、关于变更的第 20 条、关于转换载体的第 22 和 23 条以及关于切分和合并的 24 条都提及使用一种可靠方法。工作组似应确认，第 11 条草案足以评估这些条款草案中提及的各种方法的可靠性。

89. 关于这一点，工作组似应审议，第 1 款中“所要求的”一词是否足以描述可靠性一般标准与涉及这一标准的各条款的关系。

90. 关于签名的第 9 条草案、关于完整性的第 10 条草案，以及关于占有权和控制权的第 17 条草案，都载有评估可靠性的具体标准。工作组似应澄清第 11 条草案所载可靠性一般标准与这些条款草案所载明的可靠性具体标准之间可能存在的关系。

91. 假如第 11 条草案所载可靠性一般标准与第 9、10 和 17 条草案所载明的可靠性具体标准之间不存在任何关系，工作组似应考虑采用某种措辞将这些条款排除在可靠性一般标准的适用范围之外，例如，不妨在第 11 条草案第 1 款开头处加上下列措辞：“除非本法另有规定，”。

92. 工作组似应讨论，鉴于第 10 条草案，第 2 款(a)项是否应当提及系统中的数据完整性，或是提及电子可转让记录的完整性，还是两者均提及。

93. 工作组还似应讨论，鉴于第 17 条草案，第 2 款(b)项应当提及擅自进入和使用系统，还是提及擅自进入和使用用以确立控制权的方法。在这方面，工作组似应澄清，第 2 款(b)项对“系统”的提法与第 2 款(c)项对“硬软件系统”的提法这两者之间是何关系。

94. 工作组似应进一步考虑在论及第三方服务商的解释材料中处理系统可靠性问题（A/CN.9/834，第 78 段）。

95. 增添了第 2 款草案(f)项，以突出当事人的约定对于评价可靠性的重要性。