



大会

Distr.: Limited  
8 September 2011  
Chinese  
Original: English

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

## 与使用电子可转移记录有关的法律问题

秘书处的说明\*

### 目录

|                         | 段次    | 页次 |
|-------------------------|-------|----|
| 导言 .....                | 1-2   | 3  |
| 一. 主题事项：电子可转移记录 .....   | 3-5   | 3  |
| 二. 电子可转移记录面临的法律挑战 ..... | 6-29  | 4  |
| A. 书面形式和签字 .....        | 6-11  | 4  |
| B. 独一无二性与单一性保证 .....    | 12-18 | 5  |
| C. 实际占有 .....           | 19-21 | 6  |
| D. 通过交付而转移权利 .....      | 22-23 | 6  |
| E. 持有人的识别和认证 .....      | 24-26 | 7  |
| F. 其他问题 .....           | 27-29 | 7  |
| 三. 功能等同和技术中性 .....      | 30-35 | 8  |
| 四. “独一无二性”的功能等同 .....   | 36-42 | 9  |

\* 文件晚交是因为需要进行磋商。



|                           |       |    |
|---------------------------|-------|----|
| A. 技术上的独一无二性.....         | 37-39 | 9  |
| B. 指定权威文本.....            | 40-42 | 9  |
| 五. “占有”的功能等同：“控制”的概念..... | 43-51 | 10 |
| A. 确定“控制”人的身份.....        | 45-48 | 11 |
| B. “控制”概念的采用情况.....       | 48-51 | 12 |
| 六. 登记处办法.....             | 52-63 | 12 |
| A. 利用登记处的现有法律举例.....      | 58-60 | 13 |
| B. 现有登记处系统举例.....         | 61-63 | 14 |
| 七. 工作组今后工作可能采取的方法.....    | 64-69 | 14 |

## 导言

1. 2011 年委员会第四十四届会议商定，应当召集第四工作组（电子商务），在电子可转移记录领域开展工作。<sup>1</sup> 该届会议特别回顾，此项工作不仅有利于总体上促进国际贸易中使用电子通信，还有利于处理某些具体问题，如协助执行 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”）<sup>2</sup>。有与会者指出，其他运输业务，如航空业务，同样也可从制订这一领域的统一法律标准中直接受益。还指出与电子可转移记录有关的工作可能包含 A/CN.9/728 和 A/CN.9/728/Add.1 两份文件讨论的其他议题的某些方面。

2. 为协助工作组开展工作，本说明将综合而摘要地介绍与电子可转移记录的创设、使用和转移有关的关键法律问题。本说明重点阐述使用电子形式而非传统纸面形式的此类记录所产生的问题。对于不论采用哪种媒介均予适用的实质性法律问题，如措辞要求或此类记录的持有人的权利，本说明不作论述。

### 一. 主题事项：电子可转移记录

3. 本说明中使用电子可转移记录一语泛指可转移票据（可转让或不可转让）或所有权凭证的电子等同件：

(a) 可转移票据为金融票据，可能载列向票据持有人支付固定数额款项的无条件承诺，或载列由第三方向票据持有人付款的指示。可转移票据的实例包括本票、汇票、支票和存款凭证，还可能包括动产文据（例如，零售商品分期付款销售合同、由个人财产权益作保的本票，以及设备租赁）；

(b) 所有权凭证为具有以下特点的单证，即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、持有和处分单证及其所列示货物（但对单证的执行可以提出抗辩）。所有权凭证的实例包括某些运输单证、提单、码头栈单、码头收据、仓单或交货单。

4. 上述每一类单证均证明单证签发人对单证中指明的另一人或持有人负有义务。例如，本票是一种证明还债义务的可转移票据。可转让仓单是一种所有权凭证，代表仓库运营人向仓单所有人交付仓储货物的义务。这些单证可独立于基础交易而流通。

5. 目前，可转移票据和所有权凭证一般为书证形式。为区分电子可转移记录与其纸面等同物，本说明中使用“可转移书证”一语，泛指传统纸面形式的可转移票据和可转移所有权凭证。

<sup>1</sup> 《大会正式记录，第六十六届会议，补编第 17 号》（A/66/17），第 250 段。

<sup>2</sup> 联合国出版物，出售品编号：E.09.V.9（条约尚未生效）。

## 二. 电子可转移记录面临的法律挑战

6. 可转移书证“具体体现”其所代表的价值或义务；也就是说，书面单证具体体现支付一定数额款项或交付货物的义务，正确的单证占有人（即持有人）有权执行该单证并从中获益。书面单证本身是有形的，但其价值并不在于其物理属性。相反，其价值在于书证所体现的权利。因此，通常要求占有可转移书证才能执行这些权利。

7. 由于可转移书证被视为这些权利的单一体现物，因此用来转移可转移书证所体现的权利的机制是将书证本身实际交付受转移人，通常辅之以由转移人签字的转移意向声明（可在单证上签字，也可另页附上签字）。可转移书证通常构成受转移人执行基础义务的权利凭证。换言之，可转移书证（及其所包含权利）的所有权经由背书（必要时）和原始书证的交付而转手。

8. 可转移书证的这些关键特征造成一些问题，给电子可转移记录的创建、使用、转移和执行带来障碍，要创建等同的电子可转移记录，必须解决这些障碍。这些问题可归纳如下：

### A. 书面形式和签字

9. 一般来说，可转移书证必须采取书面形式并经过签署。过去，书面形式和签字要求以及电子通信的证据效力通常被视为发展电子商务的主要法律障碍。不过，这些关切现已在《贸易法委员会电子商务示范法》（“电子商务示范法”）第 5 至 10 条中得到解决。<sup>3</sup>与电子环境中订立合同有关的事项在《电子商务示范法》第 11 至第 15 条中得到解决。<sup>4</sup>与电子签字有关的事项在《贸易法委员会电子签字示范法》（“电子签字示范法”）中得到处理。<sup>5</sup>

10. 上述多数问题也在 2005 年《联合国国际合同使用电子通信公约》（“电子通信公约”）第 8、9、10 和 12 条中得到类似处理。<sup>6</sup>不过，《电子通信公约》明确地将电子可转移记录排除在其范围之外。<sup>7</sup>这样做是“因为鉴于未经许可擅自……复制任何使持有人或受益人有权要求交付货物或支付一笔款项的可转移票据——可能产生的后果，有必要制订可确保此类票据单一性的多种机制，”还

<sup>3</sup> 联合国出版物，出售品编号：E.99.V.4。见《电子商务示范法》：第 5 条，数据电文的法律承认；第 6 条，书面形式；第 7 条，签字；第 8 条，原件；第 9 条，数据电文的可接受性和证据力；第 10 条，数据电文的留存。

<sup>4</sup> 见《电子商务示范法》：第 11 条，合同的订立和有效性；第 12 条，当事各方对数据电文的承认；第 13 条，数据电文的归属；第 14 条，确认收讫；第 15 条，发出和收到数据电文的时间和地点。

<sup>5</sup> 联合国出版物，出售品编号：E.02.V.8。

<sup>6</sup> 联合国出版物，出售品编号：E.07.V.2（条约尚未生效）：第 8 条，对电子通信的法律确认；第 9 条，形式要求；第 10 条，发出和收到电子通信的时间和地点；第 12 条，自动电文系统在合同订立中的使用。

<sup>7</sup> 《电子通信公约》，第 2 条，第 2 款。

因为“确保这些文书具有独一无二性的必要性已经不仅仅是确保纸面形式和电子形式等同的问题，也就是超出了《电子通信公约》的主要目的。”<sup>8</sup>

11. 因此，正如秘书处早些时候在一份研究报告中指出，<sup>9</sup> 克服电子环境的书面和签字问题并没有解决可转让性问题，也许可转让性问题才是国际贸易实践中采用电子可转移记录方面最具挑战的问题。

## B. 独一无二性与单一性保证

12. 每份可转移书证都体现其所代表的权利，因此通常必须有一份具有独一无二性的单一单证代表该可转移书证所体现的权利，持有人转移或转让这些权利就必须实际转移具体代表此种权利的单一性单证。

13. 因此，某人若以接收电文的方式得到可转移票据或所有权凭证的占有权，则有必要使收件人确信，系列当事方中任何前手当事方都不可能向任何其他发出相同的电文，由此造成其他人对此权利提出主张的可能性。换言之，鉴于未经许可擅自复制任何使持有人或受益人有权要求交付货物或支付一笔款项的电子可转移记录可能产生的后果，有必要建立一些机制，以提供此类记录的单一性保证。

14. 有关单一性保证的关切源于以下事实，即电子记录通常可以复制，即创建与原件相同、无法加以区分的复制记录。若不采取特殊措施或者广泛采用当今尚未推广的技术，就很难或无法保证任何电子记录的独一无二性。

15. 必须认识到，可转移书证应具有独一无二性的要求（即单一性保证要求）不同于应以原件形式提交或保留此类单证的要求。《电子商务示范法》和《电子通信公约》都承认这种区别，为将此类要求移植于电子环境，对这些要求作了分别处理。

16. 《电子商务示范法》（第 8 条）和《电子通信公约》（第 9 条第 4 款）均处理了应以原件形式提供或保留单证的法律要求，实质上将这些要求作为旨在确保单证真实性和可提供性的证据要求。这一点是通过以下规定来实现的，即电子通信在下列情况下满足以原件形式提供或保留的要求：(1)信息的真实性有可靠保障；(2)信息能够显示给适当的人。按照这种办法，同一电子通信的多份复件可作为原件。

17. 确保单证的独一无二性一般要求它是存在的唯一单证（或者，任何复件可明确辨认出是复件）。《电子商务示范法》第 17 条承认需要结合电子运输单证处理独一无二性问题，但并未具体规定如何做到这一点：只是要求“采用一种可靠方法使这种数据电文具有独一无二性。”《鹿特丹规则》第 9 条也是间接处理这个问题，要求“使用可转让电子运输记录应当服从”当事各方界定的“程

<sup>8</sup> 《电子通信公约》，“解释性说明”，第 80-81 段。注意，《鹿特丹规则》第 9 条载有使用一类电子可转移记录即可转让电子运输记录的要求。不过，该文本并未对此类单证作详细讨论。

<sup>9</sup> A/CN.9/WG.IV/WP.69，第 55 段。

序”，并确定了四类问题，部分目的是处理有关独一无二性的关切。不过，同《电子商务示范法》一样，《鹿特丹规则》并未具体规定如何实现这些程序。相反，虽然《电子通信公约》的起草者也承认独一无二性是电子可转移记录的一项关键要求，但他们认识到，为解决这一问题需要法律、技术和商业手段并用，但这些手段尚未得到充分发展和验证。因此，《电子通信公约》处理这个问题的方式是将电子可转移记录排除在《公约》范围之外。<sup>10</sup>

18. 因此，设计一种涵盖电子可转让记录的法律制度时，面对的关键挑战是界定一种功能等同机制，处理此类记录的独一无二性或单一性要求。在这方面，必须指出独一无二性或单一性的功能是提供适当的保障，保证只有一个债权人对履行单证所体现的义务享有权利。这一点是通过消除有多份体现相同权利的可执行单证流通的可能性来实现的。

### C. 实际占有

19. 使用可转移书证时，有关单一性保证的要求与实际占有体现该义务的书证的要求联系在一起。要成为有权执行单证的人，一般要求占有体现此类权利和义务的独一无二的单证。<sup>11,12</sup> 要求交付所有权凭证所代表的货物的权利往往以实际占有独一无二的书证（如提单、仓单或其他类似单证）为条件。同样，要求支付可转移票据所代表的一笔款项的权利也往往以实际占有独一无二的书证（如本票、汇票、支票或其他类似单证）为条件。

20. 占有之所以重要，不是因为有形书证本身有价值，而是因为在某一时段只有一个人能够占有某个独一无二的有形物体。占有要求连同单一性要求保护签发人免于在同一票据上承担多项责任，有助于向受转移人（即持有人）保证它取得了完备的所有权，并保护受转移人免遭欺诈性转移复制品之害。

21. 因此，除处理单一性要求之外，实施电子可转移记录的一项关键挑战是界定一种功能等同机制，处理占有电子可转移记录的要求。这要求设计一种程序，声称电子可转移记录系正当转让所得的持有人通过该程序可以确信存在一个独一无二的电子可转移记录，而且有办法以在法律上功能等同于实际占有的方式控制该电子可转移记录。

### D. 通过交付而转移权利

22. 通过交付而转移是可转移书证有效流通的常规做法。可转让票据如汇票和本票的转让一般是由非出票人将票据占有权转移给某人，后者由此成为持票人。除汇款人进行转让之外，若票据系记名票据，则转让就要求转移人转移票据及其背书的占有权。若票据系无记名票据，转让则仅需转移占有权。1988 年

<sup>10</sup> 见《电子通信公约》，第 2 条，第 2 款；另见 A/CN.9/571，第 136 段。

<sup>11</sup> 合法占有可转移书证的人一般称为持有人，持有人就是有权执行单证的人。

<sup>12</sup> 不过，也可以有执行丢失、灭失或被盗可转移书证的特殊规则。

《联合国国际汇票和国际本票公约》第 13 条<sup>13</sup>反映了这项原则，其中规定票据转移采取背书和背书人向被背书人交付票据的形式；或者，如果最后背书为空白，则采取仅仅交付票据的形式。相同原则载于 1930 年《统一汇票和本票法公约》附件一第 16 条。<sup>14</sup>

23. 如上文第 9-11 段所述，克服电子环境中书面和签字问题的现有电子商务法律有利于使用各种程序签署电子可转移记录作为背书，但并未解决转移电子可转移记录内含价值所要求的交付问题。

## E. 持有人的识别和认证

24. 为使可转移书证法律制度适合电子可转移记录，另一个重大挑战是识别和认证被认为占有（在电子环境中为控制）代表义务的电子记录、因而成为其所代表的价值的债权人或受益人的人（即持有人）。当然，除此之外，一种基本需要是可靠地识别和认证电子可转移记录的其他当事人，如原始签发人和转移人。

25. 根据《电子商务示范法》第 7 条、《电子签字示范法》第 6 条和《电子通信公约》第 9 条第 3 款，确定签发人和转移人的身份是有效电子签字所要求的，签发人签署原始电子可转移记录，转移人在电子可转移记录上背书将其转移给另一当事人。不过，这些条文只是要求使用一种办法识别签署人的身份，而留待当事各方确定如何实现这一点。

26. 不过，关于持有人，身份识别问题是个难题。持有人是有权执行电子可转移记录的人，但持有人的身份可能未在可转移记录本身注明，随着记录从一人转移给另一人，持有人可能不时改变。因此，必须建立一种机制，以识别在任何时间点被视为持有人的人。在纸面环境中，可以推定独一无二的可转移书证的占有人即为持有人。但在电子环境中，占有的概念可能需要以功能等同如控制的概念来取代（见下文第 43-51 段），因此必须建立用来确定此类人身份的机制。

## F. 其他问题

27. 电子可转移记录能否得到接受和传播，一个关键因素涉及第三方接受，而这又取决于对基本程序的信任度，以及对第三方信托服务提供商如登记处和信托平台运营人的信任度。

28. 一般来说，电子记录可以很容易以不易察觉的方式更改。因此，电子可转移记录的可用性和总体可信性以及用作法庭证据就要求实施一些程序，确保电子记录及其电子签字始终真实、可用。这就需要为电子可转移记录及相关程序

<sup>13</sup> 联合国出版物，出售品编号：E.95.V.16（条约尚未生效）。

<sup>14</sup> 国际联盟，《条约汇编》，第 143 卷，第 259 页，第 3313(1933-1934)号。

提供适当的数据安全，以保证其准确性和完整性，并防止未经许可而转移或更改，不管是有意还是无意为之。

29. 创建可转移书证的电子等同件还提出其他一些问题。这些问题可能包括满足关于记录保持的法律要求、核证和认证方法的适当性、可能需要特定立法机关运作电子登记处系统、错误信息的责任分配、通信故障以及系统崩溃；纳入一般条款和条件；保护隐私。

### 三. 功能等同和技术中性

30. 以往，贸易法委员会曾借助“功能等同”原则处理过纸面环境形式要求造成的问题。<sup>15</sup> 按照这项原则，《电子商务示范法》、《电子签字示范法》和《电子通信公约》，以及用以实施这些文书所载原则的立法，均确立了各种要求，以在电子环境中同样实现纸面环境每种形式要求实现的目标。

31. 功能等同办法以分析传统纸面环境各种要求的目的和功能为基础，以便确定如何通过电子技术实现这些目的或功能。<sup>16</sup> 这种办法“没有试图界定何为特定类型书证的计算机等同件，”而是挑出纸面环境主要形式要求的基本功能，并且载列一些标准，电子记录达到这些标准即能够享有与相应书证同等的法律认可。<sup>17</sup> 这样做还使各国能够按照现行法律执行电子交易，“而不必完全废除纸面环境要求本身或扰乱这些要求所依据的法律概念和方法。”<sup>18</sup>

32. 这项功能等同原则超越了不歧视概念，<sup>19</sup> 要求只要电子单证符合法律规定的等同性要求，即应依法将纸面单证和电子单证作同等对待。

33. 为便利创建可转移书证的电子替代件，必须将纸面环境的独一无二性、占有和通过交付而转让等要求移植于电子环境。这就要求界定能够实现与这些纸面环境要求相同结果的等同件，并以与电子媒介相符的方式做到这一点。

34. 需要针对可转移书证履行的上述功能确定等同性标准，这一点可通过以下办法做到：要么采用一项可在电子环境中履行书证所有功能的笼统而灵活的标准，要么为履行书证每一项具体功能分别制定标准。

35. 在处理功能等同要求时，工作组还应当铭记贸易法委员会以往法规中所反映的“技术中性”原则，其中包括《电子商务示范法》、《电子签字示范法》和

<sup>15</sup> 例如，见《电子通信公约》，“解释性说明”，第 133 段。

<sup>16</sup> 《电子通信公约》，“解释性说明”，第 51 段。

<sup>17</sup> 《电子通信公约》，“解释性说明”，第 51 段。

<sup>18</sup> 例如，见《电子通信公约》，“解释性说明”，第 52 段。

<sup>19</sup> 不歧视原则规定，“对于一项通信或一项合同，不得仅以其为电子通信形式为由而否定其效力或可执行性。”《电子通信公约》，第 8 条第 1 款。这项原则是多数电子商务法律的关键。例如，见《电子商务示范法》（第 5 条）、《欧洲联盟电子签字指令》（第 5 条第 2 款）以及美国《统一电子交易法》（第 7 条 a 款）和《电子签字法》（第 101 条 a 款第 1 项）。虽然不歧视原则意在杜绝以媒介的性质为由否决电子通信、签字或合同的效力或可执行性，但可能并未处理电子通信不符合某些形式要求的关切。



《电子通信公约》。这项原则认为，法律不应当对不同技术厚此薄彼，即法律应当既不要求也不假定采用特定技术。从既不抑制任何技术的发展也不有失公允地厚待某一种技术胜过另一种技术的角度来说，技术中性的目标非常重要。严格遵守技术中性原则将能够最大限度地涵盖目前和今后可能采用的所有模式。

#### 四. “独一无二性”的功能等同

36. 电子记录，即使签有“合格”或“安全”的签字，与当前多数技术一起使用时，其本身并不具有独一无二性。事实上，如上文（第 14 段）所述，多数电子记录是可以复制的，而且不易将“复件”与“原件”区分开来。为克服这一点，已经提出或实施了几种候选办法，以实现电子环境中与具有独一无二性的书证的功能等同。

##### A. 技术上的独一无二性

37. 理论上讲，创建真正独一无二的不可复制（至少是不可复制可辨认出是复件的复件）且可以转移的电子单证在技术上是可能的。如果能够确保电子记录独一无二性并为其转移创造条件的技术得以广泛使用，则这种技术将为赋予电子记录以独一无二性奠定基础，这样电子记录就可以发挥与具有独一无二性的书证类似的作用。可能与实现技术上的独一无二性有关的技术也许包括数字对象标识符和数字权利管理等。

38. 不过，多数现行电子可转移记录法律都基于这样的假设，即保证记录独一无二性问题在记录本身的设计层面是不能解决的，或者，无论如何，真正独一无二的电子记录的概念并非切实可行，需要采用另一种办法。总体上，这些法律认为，对于让电子可转移记录具备任何内在特点使其具有真正“独一无二性”即不能存在相同的复件，这一点是不必要的。相反，这些法律将重点放在通过以下要求确立独一无二的等同功能：(1)通过指定权威文本（即具体规定和确定电子可转移记录的条款），确保至少一份电子可转移记录真实、可用；(2)确定此电子可转移记录的所有人或持有人（即控制人）的身份。

39. 换言之，有两个问题必须处理：(1)电子可转移记录的条款如何？(2)谁有权受益于其体现的价值或义务？在有些法域，电子可转移记录的条款通过指定权威文本来确定，有权受益于其所体现价值或义务的人的身份则通过控制概念（用作占有的功能等同概念）来确定。

##### B. 指定权威文本

40. 指定电子可转移记录的权威文本（而不管另外还有多少复件）可处理对于记录真实性的关切（即确定持有人在“什么”上面享有权益），而不必非有一份独一无二的记录不可。指定权威文本的办法可能包括：

(a) 以在特定安全系统存储为基础加以指定。一种办法是在为此设计的特定的、安全的计算机系统上存储一份指定为权威文本的电子可转移记录。这可

能涉及例如使用专门为存储和跟踪特定类型电子可转移记录而设计的也许供特定商业部门使用的信息系统。电子可转移记录的指定权威文本在其寿命周期内始终存放在系统内，一个关联的登记处跟踪持有人的身份。按照这种办法，通过设计可以保留一份电子记录的安全环境来确立电子记录的独一无二性。对系统的控制确保该电子可转移记录的真实性始终得到保证，而不管记录存放在系统的何处或如何存放在系统上，或者系统保留多少复件；

(b) 以可核查的内容或位置为基础加以指定。另一种办法允许构成权威文本的特定文本和存放该文本的计算机系统随着时间变化而变化。这一点经常通过以下方式来实现，即使用登记处跟踪存放权威文本的位置并且（或者）保留该权威文本的数字指纹（例如散列值或数字签字），以便能够容易地确定持有人保留的或为持有人保留的文本是否完好无缺，与原件完全相符。这种办法有时称作登记处模式，利用这种办法，可以在各种分布式信息系统上创建、发布、存储和转移电子可转移记录，某些信息发送到一个中央登记处并在该登记处记录。电子可转移记录的指定权威文本不一定存放在该登记处，但可以通过查询登记处来核实任何文本是否准确无误。这样，在有些制度中，登记处保存权威文本以及该文本控制人的身份。在另一些制度中，登记处只是保存权威文本的数字签字，然后可使用该数字签字来核实控制人随后寻求执行的任何文本的真实性。

41. 也可设计其他办法，使用技术、程序或协议替代独一无二性。

42. 最后应当指出，虽然有些法律授权或要求采用上述一种或几种办法，另一些法律则未解决处理这个问题的办法。例如，如上文第 17 段所述，《电子商务示范法》和《鹿特丹规则》均未规定可满足单一性要求的方法，而留给当事各方商定为此使用哪种方法。

## 五. “占有”的功能等同：“控制”的概念

43. 关于电子可转移记录的多数法律模式使用“控制”电子记录的概念作为占有的等同功能。也就是说，电子可转移记录控制人被视为能够执行电子可转移记录的持有人。在用控制一项电子可转移记录来取代占有可转移书证的情况下，控制权的转移即可取代电子可转移记录的交付，正如占有的转移（必要时加上背书）即可交付可转移书证一样。

44. 如上文第 38-39 段所述，在电子记录不具备技术独一无二性的情况下，控制办法也可帮助处理可转移书证的单一性要求。规定指定电子可转移记录控制人的身份的程序（连同用来确定持有人在“什么”上面享有权益的程序），<sup>20</sup> 即可消除对于存在多份电子可转移记录的关切，因为所有权（即持有人地位）不是通过占有一份电子可转移记录本身来确定的，而且转移不涉及改动此类文本或在此类文本上背书。

<sup>20</sup> 见上文第 36-42 段关于独一无二的讨论。

## A. 确定“控制”人的身份

45. 使用控制来取代占有时，必须有一种办法来确定当前控制特定电子可转移记录的当事方的身份。可以通过以下手段来实现这一点：将该人身份证据纳入权威文本本身，或者从逻辑上将权威文本与跟踪该人身份的方法（如登记处）相关联，以便看到权威文本的人也得到提醒，并可以查看控制证据。

46. 因此，界定“控制”概念时通常侧重于有权执行电子可转移记录所体现权利的人的身份。例如，美国法律规定：“经用来证明可转移记录权益转移的系统可靠地确定某人为所签发或所转移的可转移记录的接受人的，该人即为[电子]可转移记录的控制人。”<sup>21</sup> 关键问题是，无论是涉及到第三方登记处还是技术保障措施，都必须证明有关系统能够可靠地确定有权获得一笔付款或收取货物的人的身份。<sup>22</sup>

47. 使用“控制”来取代“占有”的法律制度通常明确承认，使用受托第三方登记处系统即可满足控制的要求（见下文第 58-60 段）。也可使用其他技术办法来实现相同目标。

48. 总体而言，比较成熟、可用来确定所签发或转移电子可转移记录的接受人[即控制人]的身份的主要办法包括以下几种：

(a) 由电子可转移记录本身确定身份的控制人（凭证模式）。根据凭证模式办法，电子可转移记录控制人（持有人）的身份载于电子可转移记录本身，所有权变更（例如转让）以直接修改电子可转移记录的方式注明。使用这种办法时，确立电子可转移记录的所有人要求系统严加管制电子记录本身以及转移控制权的程序。换言之，同可转移书证一样，可能需要有技术或安全保障措施，确保有一个独一无二的“权威文本”，这一文本无法复制、无法更改，<sup>23</sup> 并且可供参照以确定所有人的身份（以及电子可转移记录本身的条款）；

(b) 由单独的登记处确定身份的控制人（登记处模式）。根据登记处模式，电子可转移记录所有人的身份载于一个单独、独立的第三方登记处。使用这种办法，可靠地确定电子可转移记录所有人要求对登记处严加管制，电子可转移记录文本本身的独一无二性则重要性大为降低或者无关紧要，只要有办法核实电子可转移记录的真实性即可。电子可转移记录只是提及可找到所有人身份的登记处，并不会随着时间的推移或在发生转让的情况下变更。对电子可转移记录文本的主要关切是有一种机制来确定任何特定文本是否准确（即其真实性是否完好无缺），从而凡看到该文本的任何人都能知道何处注明所有人的身份，这样由登记处确定身份的真实所有人便能予以执行。在这类系统中，控制的概念及相关安全问题主要侧重于登记处，而非可转移记录本身；

<sup>21</sup> 《统一电子交易法》，第 16 条 b 款；《美国法典》第 15 卷第 7021 条 b 款。

<sup>22</sup> 《统一电子交易法》，第 16 条，正式评注 3。

<sup>23</sup> 这一点可通过用来创建记录的技术（可能尚不存在）来实现，也可通过对记录严加保管，使任何人无法复制或更改来实现。

(c) 控制人被界定为享有排他性访问权的人。若电子可转移记录权威文本存放在为此设计并使用适当安全和访问管制加以保护的专门、安全的计算机系统，也可以将控制人（即持有人）界定为获准访问相关电子可转移记录的单个人。在此情况下，控制的转移要求转移安全访问的排他性手段，如独一无二的访问令牌。

## B. “控制”概念的采用情况

49. 与电子可转移记录有关、提及“控制”概念的现有立法实例包括《鹿特丹规则》第 1 条第 21 款和第 22 款，以及第 50 条和第 51 条；2007 年 8 月 3 日颁布的《韩国商事法》修订本（第 9746 号法律）第 862 条（允许使用电子提单的条款）；<sup>24</sup> 以及《国际海事委员会电子提单规则》第 7 条<sup>25</sup>。

50. 美利坚合众国几部电子可转移记录法律也使用“权威文本”和“控制”概念来确立与“独一无二性”和“占有”概念等同的条件。这些法律包括《统一商法典》第 7-106 条（对电子所有权凭证的控制）、第 7-501(b)条（仓单和提单：转让和转移）、第 9-105 条（对电子动产文据的控制）；1999 年《统一电子交易法》第 16 条（可转移记录）；以及 2000 年《全球和国内商务电子签字法》第 201 条（可转移记录）。

51. 最近几年还出现了允许针对承运人的转移在途货物上的权利的制度的制度。这些制度的运作基础是，对书证的占有被“排他性控制”电子记录取代。三个有名的实例是提单电子登记处组织（Bolero）系统、电子船运解决方案（ESS）数据桥系统以及韩国贸易网（KTNET）登记处系统。Bolero<sup>26</sup> 和 KTNET<sup>27</sup> 通过一个所有权登记处实现排他性控制。ESS 数据桥通过限制对有关电子记录的访问来实现排他性控制。<sup>28</sup>

## 六. 登记处办法

52. 登记处模式允许根据中央登记处收到和记录的信息创建、发布和转移电子可转移记录。对登记处的访问可加以控制，可以以接受合同条款为前提。

<sup>24</sup> 关于允许使用电子提单的韩国法律的介绍，见 A/CN.9/692，第 26-47 段。

<sup>25</sup> 查阅网址：<http://comitemaritime.org/Rules-for-Electronic-Bills-of-Lading/0,2728,12832,00.html>。

<sup>26</sup> Bolero 系根据英格兰法律设立，受其自身的私法框架即 Bolero 规则手册管辖。有关 Bolero 的介绍，见 A/CN.9/WG.IV/WP.90，第 75-86 段。

<sup>27</sup> 该系统被指定为《韩国实施 2008 年商事法电子提单条款总统令》所指的登记处运营人。关于该立法的内容和运作方式的讨论，见 A/CN.9/692，第 26-47 段。

<sup>28</sup> 同 Bolero 一样，本系统按照一个私法框架即《电子船运解决方案数据桥服务和用户协议》（DSUA）运作。DSUA 受英格兰法律管辖，但若有关运输合同受美国法律管辖，则 DSUA 下的所有权转移受纽约州法律管辖，其中包括《纽约统一商法典》和 1999 年《美国统一电子交易法》（T&C 8.1）。

53. 登记处可用来帮助指定电子可转移记录权威文本，以便以功能等同办法处理独一无二性（见上文第 40(b)段），也可用来确定电子可转移记录控制人的身份，以便以功能等同办法处理占有（见上文第 47-48 段）。

54. 贸易法委员会第六工作组（担保权益）正在就动产担保权登记开展工作的框架内讨论登记处系统，包括电子形式的登记处系统。

55. 登记处也是最近多数涉及电子可转移记录的举措的一项共同特征。例如，见下文第 58-63 段，以及 2000 年 12 月 A/CN.9/WG.IV/WP.90 号文件第 39-94 段。

56. 登记处系统可分为三大类：<sup>29</sup>

(a) 政府登记处。某个国家机构对转移进行记录，将其作为公共记录，并可以认证或证明此类转移。出于公共政策考虑，该国家机构通常不对任何差错承担责任，费用通过使用费来负担；

(b) 中央登记处。一个商业集团在只对其成员开放的私营网络（如 SWIFT）上进行交易时建立中央登记处。在安全和速度至关重要时倾向使用这类登记处，各种证券结算系统即使用这类登记处，因为限制访问使当事方能够高效、快速地进行核实。通常只有用户可以访问实际交易记录，但交易汇总情况可以摘要形式公开报告（例如，在证券交易中）。该网络的规则通常对责任和费用作出规范。依相关法域而定，此类规则可以是合约性的，也可以具有立法性；

(c) 私营登记处。此类登记处在公开或半公开网络上运作，单证签发人、其代理人（如同美国的电子仓单系统那样）或受托第三方（如同 Bolero 系统那样）管理着转移或转让过程。记录具有私密性，费用由每个用户承担。赔偿责任类似于目前与书证有关的做法，即管理人义务交付给适当的当事方，除非因为另一当事方的差错而免除这一义务，在此情况下可能适用当地法。这类系统可能完全或主要基于合同安排（如同 Bolero 系统那样），或者根据授权性立法而建立（如同美国的电子仓单系统那样）。

57. 国际经验表明，这几类登记处相互补充，而非相互排斥。事实上，不同类别的交易可能要求发展不同的登记处系统。因此，一种可能、可取的办法可以侧重于更有可能受益于国际统一立法框架的领域，而非侧重于使用的登记处系统的类型。

#### A. 利用登记处的现有法律举例

58. 有几种电子可转移记录法律制度采用或者包含登记处模式。美国法律中的一个例子是《统一电子交易法》第 16 条（规范电子可转移票据），其中包含基于登记处的制度，其《正式评注》指出：“依赖于第三方登记处的制度可能是满足要求的最为有效的方式……从而[电子]可转移记录仍然具有独一无二性、可以

<sup>29</sup> A/CN.9/WG.IV/WP.67，附件。

识别并且无法更改，同时又提供了确保注明并且确定受转移人身份的手段。”<sup>30</sup> 另一个例子是《统一商法典》第 9-105 条（规范电子动产文据），颁布该条是为了响应汽车融资业的请求，以促进更广泛地使用电子动产文据。

59. 《移动设备国际利益公约》（“开普敦公约”）<sup>31</sup> 利用国际登记处系统登记各种移动设备利益。《开普敦公约》及其各项议定书以针对特定行业的方式处理债务人违约时的救济措施，并基于特定设备的国际登记处引入了优先权制度。

60. 最近的另一个例子是 2007 年 8 月 3 日颁布的《韩国商事法》修订稿（第 9746 号法律）第 862 条，该条允许使用电子提单。<sup>32</sup> 它规定纸面提单与电子所有权登记处管理的电子提单在法律上等同。

## B. 现有登记处系统举例

61. 有名的登记处系统实例包括上文第 51 段提到的提单电子登记处组织（Bolero）系统和韩国贸易网（KTNET）登记处系统。这些系统的运作均基于对书证的占有被“排他性控制”电子记录所取代，而排他性控制通过所有权登记处来实现。

62. 登记处系统的其他实例包括美国的抵押电子登记系统（MERS）电子登记处。MERS 是一种独立的行业便利设施，用来跟踪和保持电子本票信息以支持家庭贷款。MERS 电子登记处是查明以下信息的中央（且唯一）地点：（一）电子本票的当前持有人，（二）电子本票权威文本的当前地点。<sup>33</sup> 它是记录电子本票权利持有人的系统。电子本票的任何转移和所有后继转移——即拥有本票的实体的身份变更和（或）保存权威文本的实体的身份变更——也必须在 MERS 电子登记处得到反映。

63. 此外，非实物证券系统往往使用登记处。<sup>34</sup> 在此类系统中，中央登记处载有关于非实物证券持有情况及由此产生的权利和限制的记录，此类证券总是由存管参与人代投资者持有。交易中间人通常是获准成为存管机构成员并在存管机构开有账户的金融机构、经纪和其他实体。

## 七. 工作组今后工作可能采取的方法

64. 关于工作范围，工作组似宜考虑这项工作应涵盖所有部门中所有类型的电子可转移记录，还是仅涵盖其中一部分（不管是基于电子可转移记录的类型、

<sup>30</sup> 《统一电子交易法》，第 16 条，评注 3（表示强调的斜体是后加的）。

<sup>31</sup> [www.unidroit.org/english/conventions/mobile-equipment/main.htm](http://www.unidroit.org/english/conventions/mobile-equipment/main.htm)。另见 A/CN.9/692，第 18-21 段。

<sup>32</sup> 关于允许使用电子提单的韩国法律的介绍，见 A/CN.9/692，第 26-47 段。

<sup>33</sup> 摘自《MERS 电子登记处集成手册》，第一卷（版本 2.75 – 2006 年 7 月 31 日），“MERS 电子登记处概览”，第 4 页。

<sup>34</sup> A/CN.9/WG.IV/WP.90，第 45-60 段。

行业部门还是某种别的标准)。通过这种讨论,还可以对电子等同件的实际市场需求进行评估。<sup>35</sup>

65. 随着工作取得进展,工作组将能够澄清较为可取的最后产出(例如,指导文件或统一法条文),一旦工作组确定其工作范围,就应当拟订一套明确的供任何电子可转移记录国际系统采用的总体原则。此类原则还需处理与跨境使用电子可转移记录有关的问题。

66. 确定并推广此类统一原则将有利于以后制定创建、使用、转让和执行电子可转移记录所涉法律程序的规则。各种权利转移或转让机制,包括以书面单证流动为基础的机制,在结构上表现出很大的相似性,无论这些转移或转让发生在哪个领域,也无论有关权利的性质和内容如何。随着为此目的使用电子手段的广泛普及,这些相似性可能还会增加。

67. 此外,电子可转移记录的使用可能依部门或商业应用而不同。举例说,电子可转移记录可能依其应用而在以下方面有不同要求:认证、安全性、第三方访问、电子记录转换为纸面记录和反之、系统成本制约、交易范围、数量和可伸缩性、流动性、可转让性、当事方能力、交易自动处理、时限和交易的终局性、单个登记处还是多个登记处(以及系统之间的互操作性和传递)、欺诈风险以及取证和监管问题。在处理这些因素时,许多部门在很大程度上依赖自有的系统规则,由相关法律处理第三方财产权等方面的问题。

68. 此类不同要求突出说明需要澄清这方面的基本考虑,而且需要采取合理办法解决具体问题。因此,工作组可以拟订所有各不相同的实施系统共同适用的基本原则和考虑,并提供适当处理每个系统的具体需要的办法。适当时可针对特定部门对这些原则加以完善。

69. 工作组在其认为合适的工作范围内,似宜考虑处理以下议题:

(a) 采取何种方式创建、转移和执行电子可转移记录上的权利,以实现与可转移书证的功能等同;

(b) 电子可转移记录可否及如何转换成可转移书证以及反之;

(c) 对确定并核实电子可转移记录权利持有人的要求,以及对保护并核实电子可转移记录真实性的要求;

(d) 对电子登记处或其他第三方服务提供者的使用,承认具体解决方案可能因部门和应用要求而不同;

(e) 基础义务签发人在多大程度上与电子可转移记录的转移、转让或转换及其后果有关;

(f) 转移电子可转移记录上的权利的不同方式对善意第三方受转移人相对于签发人和其他第三方受到的保护的影响;

<sup>35</sup> 见 A/CN.9/728/Add.1, 第 11 段。

(g) 第三方实体的责任，其中包括登记处、交易平台运营人、身份提供者、核证当局和电子可转移记录存储或转移或者确定此类记录控制人所涉其他第三方参与者。

---