

试论公证在电子合同中的应用价值

郑远民 易志斌

(湖南大学,长沙:410079)

摘要:随着网络经济时代的到来,人们通过缔结电子合同来进行交易的情况越来越多。由于电子合同存在种种难以预测的特殊风险,故而需要对其加以法律控制,而公证作为国家法律证明手段,若应用到电子合同中,势必会降低电子合同的特殊风险。

关键词:电子合同;电文;公证;法律风险

中图分类号:DF525

文献标识码:A

文章编号:1009-3370(2002)02-0093-04

《中华人民共和国合同法》在我国合同制度中首次将数据电文确立为合同书面形式之一,适应了社会信息化与信息社会化的发展趋势,无疑为合同双方缔约活动的经济性、快捷性奠定了良好基础。在网络化大潮中,电子数据交换(EDI)与电子邮件(EMAIL)逐渐成为数据电文应用中的主流。网络技术的发展以及网络立法的进步促使采用电子合同形式进行缔约活动的民商事主体越来越多,但由于电子合同形式存在着一些与普通书面合同形式不同的特殊风险,这就会在一定程度上制约电子合同在合同行为中的广泛运用。本文就公证制度引入电子合同作一粗略的探讨和研究,以求教于大家。

一、电子合同形式所存在的特殊风险

所谓电子合同,是指通过数据电文等方式所达成的双方当事人之间的协议。电子合同的主要载体为电子数据交换(EDI)与电子邮件(EMAIL)。根据联合国电子商务示范法范本的定义,前者是指依据协定的信息结构标准,以实现信息从计算机到计算机的电子化传递。后者是指通过互网络络服务商将信息在电脑终端之间进行传递。由此可见,两者都是将信息通过网络传递,只不过EDI的编制要依据事先协商设立并规范化的电文形式,而电子邮

件并无规范的形式。

显而易见,由于电子合同订立双方身处异地,一方在采用电子合同方式做出合同行为的同时无法自动得到对方的接收确认,因此与普通合同形式相比,容易形成更大的商业风险。在此我们将因网络技术故障等不可抗力所造成的风险暂先搁置不谈,而仅着重谈论由于非技术因素所形成的风险。这类风险主要有:

1. 主体欺诈风险。由于网上空间的虚拟状态,商业信誉、个人信用对网络交易各方约束力不大,因而存在交易主体资格确认问题,也存在如何防止网上交易主体资格的假冒或虚构的问题。目前从技术角度主要通过电子签名来确认主体资格,但需要一个中介机构(认证系统)对电子签名的真实性和合法性进行认证。

2. 放弃风险。放弃是指数据电文发送人否认已发送电文,或接收人否认已接收电文的行为。这一行为可能出于错误,也可能出于恶意。根据我国合同法的有关条款规定,^[1]对当事人采用数据电文形式订立合同的行为均实行到达生效主义,即该数据电文需到达相对人方生效。如果对方以未收到或未发送数据电文为由来逃避责任,会形成对自己的单方合同行为如何举证的潜在风险。我们可称之为放弃风险。例如,要约人发出要约后,希望撤销要约并且在受要约人做出承诺之前发出有效撤

收稿日期:2000-07-17

作者简介:郑远民,湖南大学法学院网络法研究中心主任,副教授,博士。

易志斌,湖南大学法学院,硕士研究生。

销通知,但受要约人希望缔约而否认收到有效撤销通知因而继续做出承诺,在民事诉讼法“谁主张,谁举证”原则下,要约人如何证明其已发出通知?因为在目前的网络技术条件下,由于网络故障等原因造成邮件无法正常传送的可能性的确存在,即相对人确实没有收到电文。在此种可能性下,举证人如何证明对方确已收到电文,在法律角度来看,难度是很大的。

3. 内容异议风险。所谓内容异议,是指数据电文发送人对接收人所收到电文的内容提出异议,认为其内容与自己所发原件相比发生了变化;或者接收人对发送者所持的发送原件存本内容提出异议,认为与自己所收电文内容不符。在目前网络技术条件下,信息安全问题比较突出,可以因多种因素造成数据电文损坏或丢失,如网络中断或不运作,运行程序失灵,传送安全系统失灵,系统遭受非法攻击等,都可能造成电文不完整传送,即完全或部分丢失电文或电文分拣出错。目前从技术上角度主要通过“公共密钥”等加密方法来防止电文被改。但同样加密程序也存在法律效力不明问题,并且其无法解决由于线路而造成的不完整传送问题。因此一旦对方提出异议,当事人举证也非常困难。

4. 举证风险。电子证据举证问题非常突出,这是由于电文只能以数据形式储存于计算机内,很难确定其通过输出设备打印出来的哪一份是“原件”,也很难证明其打印件与原始数据相符而未经改动。也就是说其书面打印件无法作为证明其内容的直接证据。一方面,网络所存在的各种风险如网络故障、黑客攻击等常造成用户邮件丢失。一旦在诉讼发生之前邮件丢失或毁损,当事人如何证明其邮件内容就成为一个难题;另一方面,即使邮件仍储存于计算机中,但在绝大多数情况下,由于相对人可以随时删除邮件,因此举证人能在法庭上提供的只能是邮件的打印件,显然这种打印件需要权威机构的认证真伪后方能作为证据使用。据报道,上海浦东新区法院在一起劳动争议案件中首次将电子邮件的打印件作为定案证据。但对在该案中电子邮件的真伪鉴定机构为浦东新区公安局计算机监管部门引起专家颇多争议。究竟哪个机构最适于对电子邮件的鉴定也是一个电子证据取证中的争议问题。

正是由于电子合同中存在上述种种特殊风险,因而在实践中对于标的额较大的合同,当事人通常极少纯粹采用电文形式,而即使采用电文形式,也

是需要最后签订确认书或合同书来确保当事人之间契约的缔结,从而无法充分利用电文的快速性来节约合同双方异地轮回谈判的费用和时间。

二、公证是控制电子合同特殊风险的有效手段

由于电子合同中存在上述特殊风险,故而必须寻找一种能够降低风险的方法和措施。在现有网络技术条件下,公证无疑是控制电子合同特殊风险,促使更广泛采用电子合同作为合同形式的有效法律手段。

事实上在实践中,公证作为一种法律证明手段,其突出特点在于能通过出具公证文书将一些当事人难以固定的法律事实固定下来并通过其法定证明力加以证明。例如对一些当事人难以书面化的事实或行为,如工程进度或质量,侵权的网页内容,侵权的信息服务内容等,^[2]对于这些难以固定而同时相对人可以随时隐匿或更改的证据事实,公证是对其加以固定和控制的最有效手段。

公证应用于电子合同中的风险控制,具有很强的操作性。事实上公证可运用现时先进的可操作性技术,对一切以电子合同形式做出的重要合同行为,即只要是存在难以固定的信息、以通知方式做出的行为或是因合同一方单独行使代位权、解除权、抵消权等形成权所成就的事实,都可以以出具公证文书的形式来加以保全与控制。这一方面能防范和化解商业风险,另一方面也能为可能的诉争提供有力证据。

1. 对接收、发送电文的行为进行现场公证。这可以起到确认主体资格、确认文件内容、确认发送或接收时间等方面的作用。当然这需要公证机关的异地合作以对发送/接收行为双重公证。

2. 建立“电子公证人”系统。公证机关可以通过网络技术措施,建立网络服务器系统,充当“电子公证人”,^[3]其主要功能在于发送者可将电文发送给“电子公证人”,而由其转发给收件人。电子公证人在接收电文的同时即可证明电文已传递,并且其不仅可以证明电文是否发送,还可证明是否接收,证明文件的内容:接收人可以要求“电子公证人”寄给他一份所收电文的拷贝,以进行内容核实;两份电文如完全相符则证明内容真实。(当然,在“电子公证人”自身对电文的接收或转传过程中同样也会存在主体欺诈、放弃或内容异议的问题,因此需要相应的技术手段加以保障。)^[4]“电子公证人”并非是

运用比其他人更先进的技术手段来防范风险,而是通过现时先进技术与法律程序的结合来实现防范风险的目的。

3. 建立“电子认证”系统。我国电子网络的电子认证系统,从事对电子签名及其签署者的真实性、数据文件的完整性、事实的时效性等方面进行验证并保存相关数据备查的服务,这对防范主体或内容异议风险非常重要。作为一种第三方认证机构,电子认证机构应该是受信赖的中立机构,应是独立的法律实体,并且保持中立性并具有很高的公信力。目前我国可将已有电子认证中心分为行业性、区域性或企业性认证中心三类。^[4]而他们均或多或少受各自部门、地区利益影响,不能充分保障其中立性。以我国目前现状而言,以公证机关作为认证机构具有很强的操作性,可以开展电子商务主体资格的认证业务。

4. 作为电子证据取证手段。如前所述,电子证据是一种介于物证与书证之间独立的证据,其书面化载体如打印件等不能直接充分地证明其原件内容。若能考虑到公证所独具的法律赋予的证据力与证明力,通过其对电子文件进行证据保全,就可使电子文件得以固定和保护。以公证机关所存的文本作为原件进行封存,能很好地解决电子证据的原件问题和保存问题。另一方面,对电子邮件的打印件的真实性的鉴定,公证机关完全可以其法律所赋予的证明权介入该领域。当然这还需要相应的立法规定加以支持。

从应用实践上看,公证步入互联网络已有一定基础。1999年北京公证处在其网页开办“电子公证公告牌”,^[5]进行网络交易主体资格确认服务;2000年4月1日,上海公证处创办的“上海公证”网站开通,^[6]成为第一个能受理在互联网上提出公证申请的网站,主要受理网上拍卖公证及网页证据保全申请。但显而易见,公证在电子合同领域的应用还需要大力的开拓。

参考文献:

[1]《中华人民共和国合同法》第16,17,18,26条等。

[2]如寻呼台的气象服务等。

[3](法)埃马纽埃米米修.法国与欧洲信息技术法律实务指南[M].中国法制出版社,2000年版,第304页

[4]东传.网络公证概述[J].中国司法,2001年第3期。

[5]王京.《电子商务——公证无法回避的话题》[M].中国司法,2000年第9期。

[6]梅影.互联网上办公证[J].中国司法,2000年第8期。

三、电子合同中运用公证应注意的问题

尽管公证应用于电子合同中的操作性非常强,但由于目前法律环境以及公证机制所存在的一些问题,使得在公证大规模应用于电子合同前需解决一些障碍。主要有下面几个方面问题:

1. 立法滞后问题。一方面电子商务立法的滞后使得电子合同以及电子证据的效力得不到真正保障。另一方面,如果在未来的公证法或其它相关法律中赋予公证机关对电子签名等的认证资格,才能进一步促进公证证据的法律效力。

2. 公证证据虽具有很强证明力,但并非是无可辩驳的证据。因为我国《中华人民共和国民事诉讼法》规定:“但存在相反的证据足以推翻公证证明的除外”。^[7]这一但书内容的操作缺乏细则,实践中人民法院与公证机关有时达不成共识,加之救济渠道不畅,往往削弱公证书的证明力。因此在立法中需进一步明确公证证据的效力优先性。

3. 目前我国公证错证赔偿机制尚未建立。目前公证机关出具瑕疵公证,在当事人诉请赔偿时,几乎都是以司法部及最高人民法院有关司法解释为由而拒绝承担责任。对于不确定因素更多的电子合同,公证机关出具瑕疵公证的机率更大,因而对当事人来说风险更大。因此,尽快建立公证错证赔偿机制是促使公证广泛应用于电子合同中的前提条件。

电子合同的安全保障系统的完备程度,是实现我国合同法将数据电文列入书面合同形式之一的立法目的的重要前提。而公证作为一种法律应用手段,即使在立法无法及时适应网络化大潮的情形下,仍可通过其所独具的法律证明力与公证技术,加上现时先进的网络安全技术,有能力为电子合同砌筑安全的屏障,因此应该促进公正在电子合同中的广泛应用。

The Application Value of Notarization in E-contract

ZHENG Yuan-min Yi Zhi-bin

(Hunan University, Changsha: 410079)

Abstract: Along with the dawn of the e-commerce age, more and more dealings are made by establishing e-contract. Because there are all kinds of special hazards that cannot be forecast upon the e-contract, it is necessarily to control it by law. Being a means of national legal proof, the notarization will certainly reduce the special hazards of e-contract, if it is applied in e-contract.

Key words: E-contract; Telegraph; Notarization; Legal hazard.

(上接第 92 页)

参考文献

- [1] 卡塔林娜·托马瑟夫著,毕小青译.人口政策中的人权问题[M].中国社会科学出版社,1998年10月第1版.
- [2] 何勤华,戴永盛.民商法新论[M].复旦大学出版社,1999年12月第1版.
- [3] 樊林.生育权探析[J].法学,2000(9),第32—37页.

A Brief Discussion on Fertility Right and the Legislation Visualization

LI Chang-jiang¹ ZHANG Yu-ping²

(1. Jiujiang Finance Training School, Jiujiang: 332005; 2. Liangyang Chemistry Training School, Liangyang: 222001)

Abstract: This article briefly discussed the concept, nature, connotation of fertility right and the legislation necessity, and visualized the legislation of fertility right.

Key words: Fertility Right, Non-spouse Person, Civil Rights.