



江苏省律师协会

业精于思

——江苏律师优秀论文集(2010)

JING YU SI YE JING YU SI YE JING YU SI YE JING YU SI YE JING YU SI YE JING YU SI YE JING YU SI YE JING



南京师范大学出版社
NANJING NORMAL UNIVERSITY PRESS



江苏省律师协会

世精于思

— 江苏律师优秀论文集(2010)



南京师范大学出版社
NANJING NORMAL UNIVERSITY PRESS

62-410097
46106

图书在版编目(CIP)数据

业精于思:江苏律师优秀论文集. 2010/江苏省律师协会编.
南京:南京师范大学出版社, 2011. 12
ISBN 978-7-5651-0597-5

I. ①业… II. ①江… III. ①法律—中国—文集
IV. ①D920.4—53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 254271 号

会社刊新省苏江



思下静业

(0105)集文新表社刊新省苏江

书 名	业精于思——江苏律师优秀论文集(2010)
编 者	江苏省律师协会
责任编辑	张智灵 朱海榕
出版发行	南京师范大学出版社
地 址	江苏省南京市宁海路 122 号(邮编:210097)
电 话	(025)83598077(传真) 83598412(营销部) 83598297(邮购部)
网 址	http://www.njnup.com
电子信箱	nspzbb@163.com
印 刷	南京大众新科技印刷有限公司
开 本	787 毫米×1092 毫米 1/16
印 张	29.75
字 数	800 千
版 次	2011 年 12 月第 1 版 2011 年 12 月第 1 次印刷
书 号	ISBN 978-7-5651-0597-5
定 价	59.50 元

出 版 人 闻玉银

南京师大版图书若有印装问题请与销售商调换

版权所有 侵犯必究

江苏师范大学图书馆

序

编委会主任:许同禄

副主任:朱飞龙 孙文俊

委员:旭东 乐宏伟 许勇 丁强 姚彬

张如宝 邹毅 朱涤非 王克稳 薛火根

朱伟

主编:梁武华

副主编:李仁尧

执行编辑:黄晖华 苍芹 徐宏斌

江苏省司法厅副厅长

江苏省律师协会会长

许同禄

二〇一一年六月二十日

序

律师是中国特色社会主义法律工作者,律师事业与中国特色社会主义事业紧密相连。在经济社会发展喜迎第十二个五年规划之际,律师事业也迎来了又一个发展的春天。2010年8月,胡锦涛总书记主持召开中央政治局常委会议,专题研究律师工作。2010年9月,中央办公厅、国务院办公厅转发了《司法部关于进一步加强和改进律师工作的意见》,科学回答了律师事业发展面临的重大理论和实践问题,为律师事业发展指明了前进方向。理论是实践的总结,也是实践的指引,时代赋予律师工作广阔空间和发展舞台,必须通过理论创新推动工作创新,才能保持律师工作的勃勃生机。广大律师要放宽视野,加强研究,勇于实践,切实履行中国特色社会主义法律工作者的职责使命,自觉维护当事人合法权益、维护法律正确实施、维护社会公平正义、维护社会和谐稳定,坚定不移地做中国特色社会主义法律工作者。

《行成于思——江苏律师优秀论文集(2009)》出版后,极大地调动了广大律师理论研究的积极性。2010年,全省律师共提交论文311篇,内容涉及律师体制管理、律师队伍建设、青年律师培养、律师社会责任、律师行业党建、律师执业风险防范和律师业务开展,探讨的面比较广,质量比较高,有很强的指导性。经省律师协会组织评审小组评定,有89篇入选优秀论文,并以《业精于思——江苏律师优秀论文集(2010)》为书名继续由南京师范大学出版社公开出版。这不仅是对优秀论文及作者的肯定,也是为促进全省律师事业又好又快发展提供的培训教材和精神食粮。

《诗》云:“周虽旧邦,其命惟新。”继承传统,开拓创新是时代赋予我们的责任。希望全省律师以《业精于思——江苏律师优秀论文集(2010)》出版为契机,推陈出新,多写论文,多出专著,多出成果。以“勤于思索,精益求精”为信条成就自我,成就江苏律师发展大业。

是为序。

江苏省司法厅副厅长

江苏省律师协会党委书记

许同禄

二〇一一年六月二十日

目 录

序	(1)
电子商务	
现行证据规则在电子商务中的应用与完善	
江苏众谊律师事务所 明群相	(1)
电子合同的签订探究	
江苏众谊律师事务所 王 敏	(6)
网络购物下消费者知情权保护之探讨	
江苏博事达律师事务所 许重会	(12)
C2C 模式网络购物的相关法律关系分析	
江苏五洲信友律师事务所 周 颖	(19)
公司	
论隐名股东资格的认定	
江苏天淦律师事务所 陈恕莹	(24)
论按揭贷款中抵押权预告登记的性质及其对金融债权的影响	
——兼论虚拟不动产物权的建立	
江苏维世德律师事务所 梁海峰	(28)
探析公司僵局的司法介入	
北京市高朋(南京)律师事务所 梁 莉	(33)
从实务的角度试论公司对外担保的效力	
——读《公司法》第 16 条所见	
江苏崇宁律师事务所 强晓钟	(38)
论公司僵局的司法救济	
江苏马健律师事务所 束莉莉	(45)
我国公司归入权制度探究	
江苏漫修律师事务所 孙 宇	(50)
论有限责任公司股东资格认定之证据分析	
江苏恒毅律师事务所 王 帆	(54)
有限责任公司“两会”的游戏规则	
——有限责任公司股东会、董事会议事方式和表决程序及相关若干问题刍议	
江苏刘洪律师事务所 王蕴刚	(59)
公司章程限制股东权之边界	
——以一起股东盈余分配权纠纷案为视角	
北京大成律师事务所南京分所 吴加茂	(63)

对我国《公司法》中股东知情权制度不足与完善的几点法律思考

江苏烨铭律师事务所 袁骊骊 (69)

股东盈余分配权利研究

——以我国有限责任公司为视角

江苏致邦律师事务所苏州分所 云 闯 (75)

浅谈股权出资问题

江苏丁晓农律师事务所 臧祝文 张焕娥 (81)

论抽象股利分配请求权之司法救济

——回归股东权保护的基本面

(1) 江苏无锡楚乾律师事务所 邹 宏 (86)

建筑房地产

建设工程项目索赔与反索赔

(81) 江苏义行律师事务所 戴枝争 (93)

银行与开发商“房产回购”条款的冲突分析

(91) 江苏瑞莱律师事务所 郭小兵 (99)

商品房验收交付过程中验房师的合理法律定位

江苏南京东恒律师事务所 何 静 (103)

建设工程承包人优先受偿权的探讨

(105) 江苏刘洪律师事务所 李宝强 (109)

房地产并购中的法律风险防范

江苏金易律师事务所 陆建栋 (114)

浅论建设工程承包人的优先受偿权

江苏神阙律师事务所 祁 新 (117)

浅析我国房地产信托的现状与趋势

江苏天豪律师事务所律师 乔文湘 陈 沛 (122)

建设工程施工合同履行中的索赔技巧与操作

(128) 江苏金合律师事务所 王伯庭 (127)

商品房竣工验收若干问题的法律调研

(131) 江苏永衡昭辉律师事务所 王 宏 (133)

房产新政对商品房买卖合同的影响

(138) 江苏王学剑律师事务所 王学剑 (138)

成功收购涉外房地产企业三要素

(143) 江苏法德永衡律师事务所律师 庄 卓 王 悦 (141)

试论我国小产权房涉及的问题

——法律视角的思考

(148) 江苏金路律师事务所律师 俞伟宁 (147)

小产权房涉及法律问题探讨

江苏尚鼎律师事务所 张 英 (154)

劳动

论工伤保险制度的完善

江苏鼎盛湖律师事务所 丁良成..... (159)

论我国集体谈判制度的完善

江苏常江律师事务所 高国梁..... (164)

适用同工同酬的法律与现实问题

江苏刘洪律师事务所 许 勇..... (170)

企业非破产清算中劳动关系处理之法律问题及立法建议

江苏博事达律师事务所 姚 彬 黄良军..... (174)

民事

WTO 规则下反倾销法与竞争法的冲突、融合及趋势

江苏鑫法律师事务所 程晓鹏..... (180)

《侵权责任法》第 55 条规定之患者知情权的法律应用分析

江苏联盛律师事务所 方 兴..... (183)

保险代位权,存还是废?

江苏瑞莱律师事务所 郭晓丽..... (188)

除权判决后利害关系人的权利救济

江苏爱信律师事务所 韩 旗..... (193)

医疗损害责任探析

江苏冠文律师事务所 钱 智..... (199)

《侵权责任法》中医疗损害责任适用中亟待明确的两个问题

江苏建康律师事务所 王金宝..... (205)

软件最终用户损害赔偿责任的探讨

北京大成律师事务所南京分所 王雪梅 柯 慧..... (209)

构建环境民事公益诉讼制度之思考

江苏金易律师事务所 吴晓宇..... (214)

政府应当加强对小区物业服务和管理监督指导

江苏阳美律师事务所 许一一..... (221)

离婚诉讼中房产分割争议的种类及难点

江苏写真律师事务所 张永生..... (226)

涉外劳动合同的法律适用问题研究

江苏通达声远律师事务所 赵家友..... (231)

消费者的权利与经营者的义务

江苏义行律师事务所 郑曙光..... (235)

美国民事诉讼证据开示程序及其借鉴

江苏金易律师事务所 朱 凌..... (240)

刑事

辩护人、诉讼代理人妨害作证罪中的“引诱”在实务中的认定以及律师自我保护

江苏丁晓农律师事务所 丁晓农 许 玥····· (246)

刑辩律师执业风险评估与防范

江苏序阳律师事务所 房玉琛····· (250)

刑辩律师行使调查取证权法律风险及其防范

江苏鑫焱律师事务所 高 健····· (255)

量刑程序中的辩护

江苏尚鼎律师事务所 顾 杰····· (261)

老年人刑事责任疏议

——以刑事责任年龄为视角

北京市高朋(南京)律师事务所 刘儒香····· (266)

量刑程序中的辩护

——独立的量刑程序对辩护的意义

江苏众谊律师事务所 吴保华····· (272)

毒品犯罪案件刑事辩护策略

江苏致邦律师事务所 薛火根····· (276)

论律师辩护权利的行使

江苏雅凯律师事务所 杨 来····· (281)

寻衅滋事罪的认定及法律适用

江苏法理情律师事务所 朱 建····· (286)

行政

对“绿坝—花季护航”软件的法律分析

江苏金易律师事务所 罗祖智····· (291)

浅析我国诉讼费征收制度

江苏神阙律师事务所 阙 强····· (295)

行政附带民事诉讼问题研究

江苏云台山律师事务所 沈 燕····· (299)

论行政不作为的国家赔偿责任

江苏孙剑良律师事务所 汪雪琴····· (305)

浅析公务人员的财产申报制度

江苏信卓律师事务所 张洪建····· (309)

知识产权

论假冒专利罪的客观要件

江苏汇丰锦律师事务所 蔡 欣 杨照飞····· (314)

我国医药知识产权保护制度评析

北京市高朋(南京)律师事务所 曹 力····· (319)

局域网环境下影视作品信息网络传播权保护初探

北京大成律师事务所南京分所 丁贤杰..... (326)

企业字号权保护初探

江苏江豪律师事务所靖江分所 卢丽英..... (332)

对驰名商标司法认定“异化”动因的分析

江苏万衡律师事务所 倪 炎..... (336)

网络侵权管辖问题浅析

——由美国网络侵权管辖原则谈我国立法修订

江苏漫修律师事务所 王 奕..... (341)

商标的合理使用与侵权认定

江苏云崖律师事务所 周缘求..... (346)

综合

浅谈律师党建工作的现状与发展

江苏刘洪律师事务所 蔡卫民..... (351)

青年律师的培养与发展

江苏曹娟律师事务所 曹 娟..... (356)

律师与律师事务所共赢关系探讨

江苏谐达律师事务所 戴爱华..... (360)

律师事务所执业风险漫谈

江苏丹凤律师事务所 戴闻喜..... (366)

当前群体性事件的新特点和律师在处理群体性事件中的作用

江苏律园律师事务所 丁志君..... (370)

论青年律师之成长和发展

江苏江豪律师事务所靖江分所 季 冬..... (374)

律师化解矛盾纠纷,服务构建和谐社会

江苏永明晖律师事务所 李 超..... (378)

以“三个至上”为基石,准确理解中国律师职业内涵

江苏维世德律师事务所 梁海峰..... (383)

浅谈律师职业道德和执业纪律

江苏刘洪律师事务所 刘 洪..... (386)

正视律师的社会责任

江苏锡惠律师事务所 陆 波 张 艳..... (392)

试论律师事务所的专业化发展

江苏冠文律师事务所 钱 智..... (396)

和谐社会,从“所”做起

江苏金汇人律师事务所 宋 毅..... (401)

青年律师的培养和发展

江苏义行律师事务所 王 勇..... (405)

浅谈年轻律师的困境与出路

- (852) 江苏义行律师事务所 吴娜..... (409)
- 江苏常强律师事务所 殷强..... (409)

律师的社会职责

——透过律师的社会职责看律师队伍建设

- (888) 江苏法哲律师事务所 夏加成 傅明新..... (414)

律师职业道德建设与诚信执业的有机结合

- 江苏律园律师事务所 于金平..... (418)

律师执业风险及防范

- 江苏力豪律师事务所 臧四龙..... (421)

围绕“五个提升”强化律师队伍建设

——学习中央领导同志关于律师工作重要批示精神的体会

- 徐州市司法局 张敬晖..... (425)

浅谈律师行业文化的现状及其发展

- (188) 江苏公善民律师事务所 张瑞祥..... (430)

关于律师党建工作问题及对策的思考

- (882) 江苏相诚律师事务所 张永旭..... (436)

律师社会责任探微

- (881) 江苏苏源律师事务所 朱德堂..... (440)

- 附录..... (446)

- (978)

- (178)

- (878)

- (882)

- (882)

- (882)

- (882)

- (108)

- (808)

现行证据规则在电子商务中的应用与完善

江苏众谊律师事务所 明群相

随着新科技手段的不断涌现,人们在电子商务活动中大量地运用电子数据,因此在诉讼中如何运用电子证据便成为成败的关键。本文立足于电子商务实践,结合我国现行立法,从电子证据的概念与特征、我国电子商务的现状评析及我国电子证据规则的完善三个方面对如何在诉讼中收集、审查判断电子证据问题进行系统的分析和论述。

一、电子证据的概念与特征

电子证据是指以电子形式表现出来的能够证明案件事实的一切材料。电子形式是由介质、磁性物、光学设备、计算机内存或类似设备生成、发送、接收、存储信息的存在形式。换句话说,电子证据是一种特殊的证据形式,它的生成、记录、存储或传递必须借助计算机或其他类似设备,或者在计算机或其他类似设备中生成、记录、存储或传递。

电子证据主要有以下几个特性。第一,电子证据具有复合性。电子证据是运用科技手段(诸如多媒体技术等)而被保存下来的,其数据信息可以以文字、图像或声音等多种方式显现出来,表现为图、文、声的复合体。第二,电子证据具有“无形隐蔽性”。电子证据的一切信息都是运用二进制编码来无形地传递,很难用常规的手段检测。第三,电子证据具有无痕性。电子证据在复制前后没有任何区别,对其删除、修改都不会留下痕迹(除非有特殊设计的软件程序)。第四,电子证据具有开放性。电子证据主要针对网络中电子数据而言,网络中的资源都是开放的,存在于其中的电子证据也是如此。第五,电子证据具有高科技性。电子证据的产生、储存和传输,都必须借助于计算机技术、存储技术、网络技术等高科技的技术设备。第六,电子证据具有易破坏性。计算机信息数据是非连续的,如果有人故意或者因为差错对电子证据进行删节、剪贴,从技术上就很难查清。

二、我国电子证据规则的现状评析

由于电子证据存在着上述特征,所以也就决定了在收集、审查判断电子证据方面具有特殊性。美国、加拿大等国家在法律体系中设置了电子证据规则,以专门电子证据立法的形式(《美国统一电子交易法案》、《加拿大统一电子证据法》),明确规定了电子证据的收集、审查判断等问题。相比较国外的专门电子证据立法,我国在电子证据方面的法律规制明显滞后。

首先,关于电子证据的概念,我国立法未予以明确规定,且在相关法律法规上使用了不同的有关电子证据的下位概念,如《电子签名法》、上海市《国际经贸电子数据交换管理规定》、广东省《电子交换条例》等分别使用了电子签名、数据电文、电子报文、数字签章、电子网络等概念。

其次,关于电子证据的性质定位,我国无统一规定。我国的有关司法解释如最高人民法院《关于民事诉讼证据若干规定》、《关于行政诉讼证据若干规定》及最高人民检察院《关于检察机关侦查工作贯彻刑事诉讼法若干问题意见》等将电子证据归为视听资料范畴;而我国的《合同

法》、《电子签名法》却将电子证据归为书证。

再次,我国在立法上没有界定电子证据的法律地位。在电子证据的法律地位问题上,我国有的学者主张赋予电子证据独立的法律地位,而有的学者则认为没有必要让电子证据独立出来,而应当将其归为传统证据种类里的某一类。

最后,我国没有规定专门针对电子证据的收集、审查判断规则。目前关于电子证据如何收集、如何审查判断的问题没有统一的规定,只是散见于司法解释和有关地方性法规之中,且这些法律法规大都“各自为政”,说法不一。

综上,我国在不同层次且不成体系的法律与规范性文件中,仅能依稀看到部分电子证据规则的影子,并没有解决电子证据的收集、审查判断等实质性难题。

三、电子证据的应用规则

电子取证是指对存储在计算机系统或者网络设备中潜在电子证据的识别、收集、保护、检查、分析以及法庭出示等专门措施。技术规制和法律规制是电子取证的主要规制方式。现如今,国际上对电子取证的技术规制已经基本成熟,形成了很多相对稳定的、各国普遍使用的世界性标准。相比而言,电子取证的法律规制则因各国法律传统的差异而存在较大差别。我们认为,我国的电子取证法律制度建设也应该从技术和法律两个方面入手,采取技术规制与法律规制相结合的方式,只是当前的侧重点应是推动电子取证的合法化,为其进一步规范和发展奠定基础。

具体来说,判断某一电子证据应否被许可采纳,主要看它同待证事实是否有一定的联系、在形式上是否属实以及其生成、取得等环节是否有重大违法;判断被采纳的那些电子证据的证明力大小,则主要看它在实质上的可靠程度如何以及有待证事实的关联程度如何。诚然,上述评判依据并非同等重要。鉴于电子证据所依赖的计算机系统容易遭到攻击、篡改且不易被发现以及电子证据本身容易遭受修改且不易留痕等特性,对这种证据的真实性审查,无疑具有特别的意义。

电子证据的可靠性是指内容上的真实性,它是电子证据的内在质量特征,它向电子证据使用者保证,电子证据与所要反映的事实是一致的。某一证据要保证其可靠性,必须在其运行的各个环节都有辅助证据加以证明。一般需从以下几方面进行正面的认定:首先,从电子证据的生成方面来考查其是否可靠。需考虑电子证据是否按常规程序自动生成或人工录入、生成或录入电子证据的系统是否处于正常控制下、自动生成电子证据的程序是否可靠、录入者是否按照操作规程并按可靠的操作方法合法录入等等。其次,从电子证据的存储方面来考查其是否可靠。需考虑电子证据是否按科学的方法存储、存储的介质是否可靠,存储电子证据的人员是否公正、独立,存储电子证据是否加密、所存储的电子证据是否在未经授权的情况下被接触等。第三,电子证据的传送来考查其是否可靠。需考虑电子证据在传递、接收时所用的技术手段或方法是否科学、可靠,传递电子证据的网络运营商等中间人是否公正、独立,电子证据在传递过程中是否加密,有无可能被非法截获等。第四,从电子证据的收集来考查其是否可靠。不同来源的电子证据真实可靠性往往不同,即使是同种来源的电子证据,也可能因各种原因而具有不同的证明力。因此,考查电子证据的可靠性须考虑电子证据的收集者是否与案件有利害关系、收集提取电子证据的方法是否科学可靠。面对网络中浩如烟海的电子证据,收集者在决定取舍时所采用的方法是否科学可靠,所经历的过程是否客观合法等等。第五,从电子证据在上述环节是否被删改考查其是否可靠。需考虑电子证据是否被伪造、是否被变造。对于电子证据有无删改的认定,应依法指派或聘请具有专门技术知识的人对其鉴定,然后依据鉴定结论来

判断。

从侧面来讲,对电子证据可靠性的认定可转移为对其他因素可靠性的认定,通过对其他因素可靠性的认定来推定某一电子证据具有可靠性。常见的情况有三种:第一,通过认定某一电子证据所依赖的计算机系统具有可靠性,而推定该电子证据具有可靠性;第二,通过认定某一电子证据系由对其不利的一方当事人保存或提供的,而推定该电子证据具有可靠性;第三,通过某一电子证据系在正常的业务活动中生成并保管的,而推定该电子证据具有可靠性。

我国《电子签名法》第8条规定了审查数据电文作为证据的真实性应当考虑以下因素:“①生成、储存或者传递数据电文方法的可靠性;②保持内容完整性方法的可靠性;③用于鉴别发件人方法的可靠性;④其他相关因素。”加拿大的立法者们认为最佳证据规则的目的是有助于确保记录的真实性,因为在原件上的更改很容易被察觉。但是,提供能够被接受的个别记录的真实性的直接证据常常是不可能的。不过,系统的真实性可以替代记录的真实性。因此提供了证明电子记录真实性的另一种方法:提供产生记录的系统的真实性的证据。

该法的立法者还认为提供原件或提供系统可靠性的证据都不能百分之百地保证电子记录的真实性,但是就其在争论中的分量及在法庭愿意接受的程度上这两者都能支持记录的真实性。在“原件置换理论”的支撑下,即使有原件,比如在以书面形式出现的电子映象的情况下,该法也不要求提供该书面证据。它同样不要求在电子映象被接受前原件必须已经被破坏。它确立了一条接受电子记录的规则。大陆法系国家的证据制度不像英美法系证据制度那样有很多证据能力的规则限制,因此是否允许这种新的证明方法在法庭上提出,大多数情况下取决于法官的自由裁量。

电子证据的证据能力问题得以解决后,下一个层面的问题就是如何运用证据规则判断电子证据的证明力的问题。加拿大《统一电子证据法》在这方面的具体规定可以作为我们解决第二层面问题的一个参考。

推定规则的运用。加拿大《统一电子证据法》第5条规定,没有相反的证据,可以推定产生或存储记录的电子记录系统的真实性。这条推定规则包含三方面内容:①通过支持所有材料都记录计算机系统或其他类似装置曾正常运作,或者即使有所纰漏,也不影响电子记录的真实性的调查结果的证据,可以使对电子记录系统的怀疑丧失合理的基础;②如果证明电子证据被与试图提出它的一方在利益上相反的另一方记录或保存,而另一方拒不提供,可以推定该证据的可靠性;③如果证明该电子记录在通常的交易中被一个不是诉讼程序中的人所记录和存储,并且他不是试图提出它的一方的控制下记录和存储的,可以推定该证据的可靠性。上述第一点是关于计算机系统真实性的推定,第二、第三点是当证据为对方及无利害关系的第三方控制、保存时推定该记录为真实的证据规则在电子证据证明力判断上的应用。在我国《民事证据法》的起草过程中,部分学者主张法律推定应规定在实体法中,事实推定在证据法中规定推定的要件。加拿大《统一电子证据法》的规定使对计算机系统真实性及记录真实性的推定成为法律上的推定,从而使电子证据的运用更加便捷的做法,不得不引起我们的深入思考。

完整性是考查电子证据证明力的一个特殊指标,传统证据是没有这一标准的。完整性包括电子证据本身的完整性和电子证据所依赖的电子系统的完整性。电子证据本身的完整性涉及形式上的完整性和内容上的完整性。形式上的完整性是指电子证据必须保持生成之时的原状,包括格式调整在内的任何更改都将视为完整性受到损害。而电子证据内容上的完整性是指电子证据自形成之时起,其内容保持完整、未遭到不必要的添加或删除。不必要的添加或删除是指对电子证据进行了关键性的更改,但对在电子文件进行格式调整、加入页眉、页脚、注明来源、形成过程和取得日期等非关键性的更改,并不影响电子证据的完整性。

电子系统的完整性有三层含义:一是记录电子数据的系统必须处于正常的运行状态,如果系统曾处于不正常状态,则对数据的完整性构成了影响;二是数据记录必须在业务活动的当时或即后制作,而专为某项目的如诉讼而制作的电子记录无法确保其完整性;三是在正常运行状态下,系统对业务活动必须有完整的记录,完整的记录是指数据电文信息、附属信息和系统环境信息要统一。

交叉询问规则的应用。普通法系国家通行的传闻规则在原则上排斥传闻证据作为认定案件事实的基础。这就使交叉询问规则成为一种必要。电子证据所包容的事项应该建立在作证人所知或相信的宣誓书的基础上。对宣誓书的交叉询问将暴露信息中的歧义。如果宣誓书的可靠性被质疑,提供电子证据的人就必须提出对记录保持系统的更详细的支持信息。试图提出证据的人必须决定谁是最有说服力的人。作为在诉讼程序中与举证方或引起宣誓举证方利益相反方的权利,宣誓证人要接受交叉询问。在英国民事诉讼中,涉及电子证据的领域,宣誓证人一般是指:一是由电子计算机记录其营业管理活动情况者,他们对信息输入过程中产生的差错是清楚的;二是对监视计算机信息输入负责的人;三是对计算机硬部件和程序编制负责的人。除一般宣誓证人外,加拿大《统一电子证据法》规定,在法院准许的情况下,任何一方都可以对与案件无利害关系商业记录保持者进行交叉询问。

四、我国电子证据规则的完善

鉴于前文所述的我国在电子证据规则上存在的问题,结合我国当前的司法实践,应当着重从电子证据的收集规则和审查判断规则两个方面完善我国的电子证据规则。

1. 完善电子证据的收集规则

(1) 电子证据的收集主体。因“电子证据的正确收集带有很强的技术性,在收集电子证据时应以电子技术专家为收集的主体”,而对于电子专家收集电子证据的过程是否合法的问题,要规定该电子专家必须在庭审中接受当事人双方的询问和质证。

(2) 电子证据的收集方法。因电子证据的内容具有容易被修改的特性,因此要求收集和固定电子证据时,一要注意收集和固定有关数据信息形成方面的证据;二要注意对电子证据内容现场固定,如通过现场录像、现场打印等方式进行可视性固定;三要注意存放和使用存有拷贝证据的软盘、光盘、磁带时应当远离强磁场,防止计算机病毒感染等。

此外,电子证据收集时还应当遵守及时性原则、合法性原则、全面性原则、严格监督原则、科学性原则以及有效性原则,以保证电子证据的真实、合法、有效性,保证电子证据的证明力。

2. 完善电子证据的审查判断规则

(1) 对于电子证据合法性的审查判断。对电子证据的形式是否合法进行审查判断时,应当审查电子证据内容是否有效、是否可以随时调用;审查该电子证据的内容是否被修改,对电子证据的收集、提取、保存等是否符合法定的程序和方式。当事人提交的电子证据的收集程序不合法,且该不合法会影响电子证据的真实性和该案件的最终结果时,应当将该电子证据排除适用。

(2) 对电子证据真实性的审查判断。提交电子证据,应当就该证据的来源、制作手段、制作技术等接受对方当事人的询问和质证,对方当事人对其证据表示异议的,人民法院应当进行庭外核实和调查,必要的时候要聘请专家进行鉴定。

概而言之,计算机技术的应用与证据法律的应用空前紧密地联系在一起,对电子证据的收集、运用、判断有一个逐步完善、逐步规范的过程。因为电子证据具有无形性和易破坏性的特点,但任何一种传统的证据都存在被伪造、被篡改、被破坏的可能,所以不要对电子证据有那么

多的苛刻要求,同时我国的证据法也应早日明确规定电子证据的证据规则,包括收集证据的规则、保管证据的规则、采用证据的规则、排除证据的规则。从证据本身的层面看,电子证据作为一种新的证明方法,它要接受最佳证据规则、传闻规则、相关性规则、非法证据排除规则的检验。当电子证据之间、电子证据与书证、物证以及其他证明方法相互抵触时,它还要接受证明力规则的检验;从证据运用的层面看,电子证据在其收集、提出、质证、认证的生命周期中,在每个环节都要有相应的证据规则的规制。在证据法草案的拟订中,对证据规则的考察、“克隆”和培植的过程中,应该充分地考虑电子证据这种新的证明方法所带来的新问题。只有这样,才能使我国的证据制度适应信息时代的要求。

参考文献

- [1] 刘品新:《论电子证据的认证规则》,检察出版社 2002 年版。
- [2] 秦成德:《电子商务法》,科学出版社 2008 年版。
- [3] 叶自强:《民事证据研究》,法律出版社 1999 年版。

电子合同的签订探究

江苏众谊律师事务所 王 敏

随着网络经济的发展、信息时代的来临,互联网(Intenet)正以崭新的面貌给我们带来全新的生活方式。目前,随着电子合同的广泛应用和发展,电子商务(EC)在企业间的经济往来中的应用更为普遍。电子合同的签订,当事人通过数据输入进行要约、承诺,以网络传输进行送达,也许将逐渐取代与传统的面对面磋商或通过传递信函、电报进行要约、承诺。

一、电子商务合同的概念

根据我国《合同法》第2条规定:“合同是平等主体的自然人、法人、其他组织之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议。”合同是反映双方或多方当事人意思表示一致的法律行为。

电子商务是指以国际互联网为运作平台的商事交易行为,随着电子商务正在被越来越多的商家所采用,电子合同得以出现。电子合同(electronic contract),亦称电子商务合同,目前我国对电子合同尚未作出明确的法律定义,世界各国在其有关电子商务的立法中也没有一个权威性的统一解释。电子合同应系合同的一种,只是订立合同的手段不同。

联合国《电子商务示范法》第2条规定:“‘数据电文’系指经由电子手段、光学手段或类似手段生成、储存或传递的信息,这些手段包括,但不限于电子数据交换(EDI)、电子邮件、电报、电传或传真。”根据联合国《电子商务示范法》以及世界各国所颁布的电子商务(交易)法,同时结合我国《合同法》的有关规定,电子合同是平等民事主体之间通过电子信息网络,主要以电子数据交换和电子邮件等形式设立、变更、终止财产性民事权利义务关系的协议。所以电子合同是以电子方式所订立的合同,主要是指在网络条件下当事人为了实现一定的目的,通过数据电文、电子邮件等形式签订的明确双方权利义务关系的一种电子协议。

二、电子合同和传统合同的区别

电子合同生效的方式、时间和地点与传统合同都有所不同。传统合同一般以当事人签字或者盖章的方式表示合同生效;而在电子合同中,表示合同生效的传统的签字盖章方式被电子签名所代替。对电子合同进行科学的分类,也可以按照传统合同的分类方式进行划分,但同时可基于电子合同的特殊性:

(1) 从电子合同订立的具体方式的角度,可分为利用电子数据交换订立的合同和利用电子邮件订立的合同。

(2) 从电子合同标的物的属性的角度,可分为网络服务合同、软件授权合同、需要物流配送的合同等。

(3) 从电子合同当事人之间的关系的角度,可分为企业之间(business to business,简称B2B)、企业和消费者之间(business to consumer,简称B2C)、个人之间(consumer to consumer,简称C2C)、政府和企业之间(government to business,简称G2B)等电子商务合同。

三、电子合同与传统合同签订程序的区别

电子交易合同与其他传统类型的合同相比,主要区别是沟通媒介不同。根据《合同法》的