

МИНИСТЕРСТВО ОБРАЗОВАНИЯ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ
НЕГОСУДАРСТВЕННОЕ ОБРАЗОВАТЕЛЬНОЕ УЧРЕЖДЕНИЕ
АКАДЕМИЯ УПРАВЛЕНИЯ «ТИСБИ»

на правах рукописи

ХАЛИКОВ РАВШАН ОДЫЛОВИЧ

ПРАВОВОЙ РЕЖИМ ЭЛЕКТРОННОГО ДОКУМЕНТА:
ВОПРОСЫ ИСПОЛЬЗОВАНИЯ ЭЛЕКТРОННОЙ
ЦИФРОВОЙ ПОДПИСИ

12.00.03. - гражданское право; предпринимательское право; семейное право;
международное частное право

Диссертация на соискание ученой степени
кандидата юридических наук

Научный руководитель –
кандидат юридических наук,
доцент Н.Е. Карягин

Казань - 2006

Введение	3
Глава 1. Понятие и правовое регулирование электронного документа и электронной цифровой подписи	
§ 1.1. Понятие электронного документа	17
§ 1.2. Понятие электронной цифровой подписи, особенности, классификация	32
§ 1.3. Общая характеристика законодательства об электронной цифровой подписи в России и за рубежом	57
Глава 2. Защита гражданских прав лиц, использующих электронный документ и электронную цифровую подпись	
§ 2.1. Защита гражданских прав лиц, использующих электронный документ и электронную цифровую подпись; признание юридической силы электронного документа, подписанного электронной цифровой подписью	89
§ 2.2. Влияние норм публичного права о лицензировании и сертификации при признании юридической силы электронного документа и электронной цифровой подписи и на отношения по их применению	114
Глава 3. Использование электронной цифровой подписи в банковских отношениях	
§ 3.1. Использование кредитными организациями электронной цифровой подписи в рамках корпоративной информационной системы	126
§ 3.2. Правовое регулирование использования электронной цифровой подписи в банковских отношениях	139
§ 3.3. Особенности субъектного состава при использовании электронной цифровой подписи в банковской сфере	154
Заключение	165
Список используемой литературы	175

Введение

Актуальность темы исследования. Стремительное развитие информационных технологий с неизбежностью приводит к трансформации общественных, социальных, экономических отношений. Изменяются инфраструктура и связи между элементами общества, создаются новые сферы экономики, происходит расширение традиционных социально-экономических связей. Все названные процессы по своей природе разрозненны и требуют определенного правового регулирования как на уровне государства, так и на уровне двухсторонних соглашений участников электронного документооборота. В результате внедрения достижений научной мысли появляются новые правовые явления и феномены, такие как электронный документ и электронная цифровая подпись. Институты электронного документа и электронной цифровой подписи представляют собой инструменты обеспечения динамики гражданского оборота и средства защиты субъективных прав и интересов участников электронной коммерции, заключающих сделки в электронной форме.

Процесс интеграции коммуникационных и информационных технологий в обществе протекает на фоне неравенства уровня знаний, опыта и инструментария физических лиц в зависимости не только от величины дохода, но и от географических факторов, местных условий проживания, и, не в последнюю очередь, от профессиональной принадлежности. В связи с этим регулирование общественных отношений по применению современных технологий, цифровых средств связи, среди которых наиболее распространенными являются элементы электронного документооборота – электронные документы (далее также — ЭД) и аналоги собственноручной подписи, в том числе электронная цифровая подпись (далее также — ЭЦП), приобретает актуальное значение в становлении российского правового государства.

Относительная новизна институтов электронного документа и ЭЦП и многогранность их использования порождают дисгармонию юридических дефиниций, подходов и методов правового регулирования. Стремление российского законодателя создать уникальную правовую модель без учета рекомендаций, выработанных Европейским сообществом, и актов Содружества приводит к затруднениям в реализации законодательных норм и неэффективности их применения. Указанные обстоятельства и принятие Федерального закона от 10 января 2002 года № 1-ФЗ «Об электронной цифровой подписи»¹ (далее — Закон «Об ЭЦП») без должного учета не только международного опыта и специальных норм российского права, но и мнения банковского сообщества, где электронные документы и электронная подпись имеют самое широкое распространение, обуславливают в качестве результата наличие противоречий и коллизий норм права по вопросам регулирования отношений по использованию электронной цифровой подписи.

В настоящее время действуют акты, вступившие в силу до принятия Закона «Об ЭЦП» и находящиеся в противоречии с ним. При этом участники электронного документооборота оказываются в ситуации, когда в силу своего особого положения вынуждены руководствоваться такими актами, и тем самым оказываются в противоречивых ситуациях. При этом в затруднительной ситуации оказываются не только субъекты отношений по применению электронной цифровой подписи, но и контролирующие, регулирующие органы и судебная система. Не добавляет определенности и отклонение Государственной Думой РФ законопроектов, призванных упорядочить отношения в сфере электронной коммерции и имеющих непосредственное влияние на развитие института электронной цифровой подписи. Такой подход российского законодателя порождает необходимость разрешения ряда сложных задач, без успешного разрешения которых

¹ Федеральный закон от 10 января 2002 года №1-ФЗ «Об электронной цифровой подписи» // Российская газета.-2002.-12 января.-№6; Собрание законодательства РФ.-2002.-№2.- ст. 127.

прогрессивное развитие гражданского права представляется затруднительным: упорядочивание и гармонизация нормативных актов как во внутреннем правовом поле, так и в международной сфере; выявление особых принципов и методов регулирования; определение иерархии норм, регулирующих отношения с использованием электронной цифровой подписи.

Несмотря на более чем десятилетний срок существования института электронной цифровой подписи в России, в отечественной юриспруденции продолжают активные дискуссии о роли государства в регулировании отношений по использованию ЭЦП и способности субъектов ЭЦП к самостоятельному регулированию отношений, а вопросы гражданско-правового регулирования ЭД поднимались еще в семидесятые годы прошлого века. Следует отметить, что научно-правовая (в том числе и в сфере правоприменительной практики) неразработанность имеет место быть на фоне обширного практического применения технологий ЭД и ЭЦП, при этом количество таких операций с каждым годом стремительно увеличивается. Имеющиеся в настоящий момент правовые пробелы и коллизии вызваны и тем, что формирование действующего в настоящий момент законодательства в исследуемой области началось в середине 90-х годов, когда информационные технологии находились только на стадии внедрения в гражданские правоотношения и не были столь востребованы. Российское законодательство явно не успевает за стремительным развитием технологий, динамикой гражданского оборота и зачастую только создает препятствия для договорного регулирования. Актуальность работы обусловлена также и тем, что, несмотря на отсутствие четких и однозначных позиций и мнений как со стороны теории, так и со стороны практики, законодатель не предпринимает действенных решений по преодолению возникающих проблем.

Проведение комплексного исследования, посвященного проблемам правовой регламентации порядка использования ЭД и ЭЦП, и реформирование действующего законодательства, регулирующего отношения

в данной сфере, являются актуальными и необходимыми в связи с имеющимися в настоящий момент потребностями современного общества.

Объектом исследования служат общественные отношения, регулируемые гражданским правом и возникающие при использовании электронных документов и средств электронной цифровой подписи, при оказании услуг по использованию ЭЦП, а также в процессе защиты гражданских прав лиц, применяющих электронный документ и ЭЦП.

Предметом исследования являются теоретические и практические вопросы понятия электронного документа и ЭЦП, содержание норм российского и международного гражданского права, регламентирующих использование ЭЦП, судебная практика по вопросам защиты прав лиц, применяющих ЭД и ЭЦП.

Цели и задачи исследования. Основной целью настоящей диссертационной работы является исследование правового регулирования института ЭЦП как реквизита ЭД и средства приданию ЭД юридической силы; проблем, возникающих при использовании электронной цифровой подписи.

Исходя из указанной цели автором были поставлены следующие задачи:

- выявить основные подходы к определению электронного документа;
- выявить правовую природу электронной цифровой подписи как реквизита ЭД и определить роль ЭЦП в гражданских правоотношениях;
- выявить особенности придания юридической силы электронным документам, подписанным электронной цифровой подписью;
- исследовать гражданское законодательство, в том числе опыт зарубежных стран, регулирующие отношения по использованию ЭЦП;
- выявить особенности правовой защиты лиц, использующих ЭД и ЭЦП;

- выявить особенности использования ЭЦП в банковской сфере;
- выявить особенности субъектного состава применения электронной цифровой подписи в банковской сфере;
- определить основные направления совершенствования законодательства, регулирующего отношения по использованию ЭЦП.

Эмпирической базой исследования стали российская и зарубежная судебная практика, решения и мнения российских и зарубежных негосударственных организаций, которые в своей деятельности применяют электронную цифровую подпись, оказывают услуги по ее применению.

Кроме того, в работе использованы данные, полученные автором в профессиональной деятельности: в процессе договорной практики и составления корпоративных регламентов по электронному документообороту с использованием электронной цифровой подписи, в том числе и для нерезидентов Российской Федерации в соответствии с законодательством иностранного государства и Европейского Союза; при составлении правовых заключений по вопросам применения электронной цифровой подписи в России и в странах ЕС; при подготовке материалов для участия в суде.

Статистические данные по данной тематике (количество пользователей ЭЦП, корпоративных информационных систем) в настоящее время отсутствуют.

Теоретической основой исследования послужили труды советских и российских правоведов. Среди них работы следующих авторов: Бачило И.Л., Брагинский М.И., Венгеров А.Б., Вершинин А.П., Витрянский В.В., Грибанов В.П., Ефимова Л.Г., Иоффе О.С., Косовец А.А., Леонтьев К.Б., Мейер Д.И., Наумов В.Б., Решетникова И.В., Садиков О.Н., Соловяненко Н.И., Толстошеев В.В., Фаткудинов З.М., Шамраев А.В., Шерстобитов А.Е., Якушев М.В. и другие.

Диссертантом широко использовались комментарии к действующему законодательству, а также периодическая печать, российские и зарубежные интернет-сайты. В основном отечественные и зарубежные работы по правовому регулированию электронной цифровой подписи являются статьями в периодической печати и публикациями в информационной сети Интернет.

Нормативной базой исследования являются тексты Конституции Российской Федерации, федеральные законы и подзаконные нормативные правовые акты, источники международного права, акты европейского права и Содружества Независимых Государств, законодательство иностранных государств.

Методологическая основа исследования. В ходе исследования применялись различные диалектико-материалистические методы познавательной деятельности: формально-юридический метод, анализ, синтез, логический и сравнительный методы. Общенаучные методы системного и логического подхода, исторический метод позволили выявить основные тенденции и закономерности развития изучаемого объекта. Сравнительный метод использовался для сопоставления различных подходов к решению рассматриваемых проблем, позволил сопоставить их с целью выявления сходств и различий. Наиболее важными в данной работе являются системный метод исследования и метод сравнительного правоведения, которые использовались для выявления правовых проблем и выработки предложений по их преодолению.

Степень разработанности темы исследования. В российской правовой науке практически отсутствуют монографии по теме, являющейся предметом настоящего исследования. Правовой анализ регулирования ЭЦП в гражданских отношениях нашел отражение в главах и параграфах монографий российских цивилистов. В данном контексте следует отметить работы Шамраева А.В.; Наумова В.Б.; Серго А.Г. В настоящее время издано

несколько комментариев к Закону «Об ЭЦП» под редакцией Бачило И.В. и Семилетова С.И., Леонтьева К.Б., Соловяненко Н.И. При историческом анализе правового регулирования ЭД автором были учтены работы Венгерова А.Б.

Однако основная масса научных работ, посвященных гражданско-правовому регулированию использования ЭЦП, представлена в виде научных публикаций в периодических изданиях, которые в большинстве случаев носят обзорный характер либо раскрывают определенные аспекты применения цифровой подписи, что представляется явно недостаточным, несмотря на важность и актуальность проблемы.

По результатам исследования ЭЦП в гражданских правоотношениях была защищена диссертационная работа на соискание ученой степени кандидата юридических наук Маньшина С.В. по теме «Гражданско-правовое регулирование применения электронно-цифровой подписи в сфере электронного обмена данными». Однако данная работа была создана до принятия Закона «Об ЭЦП», и в ней не нашли отражения вопросы, которые автор анализирует в настоящем исследовании: защита гражданских прав лиц, применяющих ЭД и ЭЦП; особенности применения ЭЦП в банковских отношениях.

Научная новизна диссертационного исследования состоит в том, что в нем впервые комплексно рассмотрены гражданско-правовое регулирование отношений по использованию электронной цифровой подписи с учетом Федерального закона «Об ЭЦП». Проанализированы правовая природа ЭЦП как реквизита ЭД, средства придания юридической силы ЭД и правового инструмента охраны гражданских прав и интересов лиц, применяющих ЭД; предназначение, особенности, преимущества и недостатки электронной цифровой подписи. Была проведена классификация ЭЦП по ряду оснований.

Впервые на диссертационном уровне проанализированы правовые аспекты применения ЭЦП в банковской сфере, правовой статус соглашений между банками и их клиентами по применению ЭЦП, особенности субъектного состава в указанной сфере правоотношений. Были выявлены проблемы, возникающие при признании юридической силы ЭД, подписанного ЭЦП, и защите прав участников электронного документооборота. Представлена дефиниция электронного договора. Автором предлагается расширить субъектный состав участников гражданских отношений по применению ЭЦП посредством включения в состав субъектов «Оператора ЭЦП».

Автором устанавливаются особенности правового регулирования ЭЦП, отмечается межотраслевой характер данного института. Проведен сравнительный анализ российского и зарубежного (в том числе стран СНГ) законодательства и выявлены отличительные особенности российской модели гражданско-правового регулирования использования ЭЦП.

Выдвинуты предложения по совершенствованию гражданского законодательства в области регулирования отношений по применению электронной цифровой подписи, защите прав субъектов электронного документооборота и сторон электронных сделок.

На защиту выносятся следующие основные выводы и положения диссертационного исследования, отражающие его научную новизну:

1. Правовое регулирование в сфере применения электронного документа и электронной цифровой подписи должно в большей степени опираться на саморегуляцию субъектов электронного документооборота, использование которой на примере многих стран показывает положительные результаты, как на основополагающее начало всего механизма гражданско-правового регулирования применения ЭД и ЭЦП.
2. Электронная цифровая подпись, являясь реквизитом электронного документа, представляет собой инструмент обеспечения динамики развития

гражданского оборота и правовое средство охраны прав и интересов лиц, применяющих ЭД. Электронный документ, подписанный ЭЦП, по своей юридической силе соответствует письменному документу, подписанному собственноручной подписью, обладает основными свойствами письменного документа (в том числе возможностью предоставления копий электронного документа) и обеспечивает лицам, применяющим такие документы, реализацию всех прав, как и документ на бумажном носителе, в том числе и права на защиту.

3. Автор в исследовании приходит к выводу об установленных гражданским законодательством требованиях к ЭЦП, особенностях и предназначении ЭЦП, в соответствии с которыми электронная цифровая подпись:

- представляет собой реквизит ЭД, в том числе и электронного договора;
- предназначена для идентификации владельца сертификата;
- предназначена для защиты ЭД от подделки;
- предназначена для установления факта отсутствия искажений в ЭД;
- представляет собой результат криптографического преобразования.

Также выделены иные особенности электронной цифровой подписи.

4. Дополняя существующую в юридической науке классификацию ЭЦП, автор обосновывает наличие следующих оснований для расширения классификации ЭЦП:

- в зависимости от используемой технологии создания ЭЦП выделяются простая и расширенная ЭЦП (в России возможно использовать только один вид подписи, других видов электронных подписей гражданским законодательством не предусмотрено);
- по видам используемых средств ЭЦП можно разделить на: ЭЦП, создаваемые сертифицированными средствами, и ЭЦП, создаваемые несертифицированными средствами;
- в зависимости от места происхождения средств ЭЦП электронные подписи разделяются на создаваемые национальными средствами ЭЦП

(сертификаты ЭЦП сторон гражданских отношений выданы в рамках одного государства) и создаваемые иностранными средствами ЭЦП.

ЭЦП, созданные иностранными средствами ЭЦП, можно в свою очередь разделить на требующие прохождения процедуры легализации и не требующие прохождения процедуры легализации.

5. Определение электронного договора. Несмотря на то что в настоящее время в большинстве случаев электронная цифровая подпись применяется при удостоверении электронного документа (например, распоряжение клиента банку или при направлении поручения брокеру), имеются случаи заключения сделок в электронной форме, и их количество будет только увеличиваться. В связи с отсутствием законодательной дефиниции предлагается определить электронный договор как соглашение двух или более лиц об установлении, изменении или прекращении гражданских прав и обязанностей, заключенное путем обмена электронными документами, подписанными электронными цифровыми подписями сторон или иными аналогами собственноручной подписи. При этом момент заключения электронного договора будет считаться момент подтверждения подлинности лицом, направившим оферту, электронной цифровой подписи или иного аналога собственноручной подписи акцептанта, которым был удостоверен электронный документ – акцепт.

6. В связи с тем, что Закон «Об ЭЦП» не соответствует деловому обыкновению по использованию ЭЦП в гражданском обороте, особенно в банковской сфере, предлагается в гражданские правоотношения, возникающие в связи с применением ЭЦП, ввести новый субъект и дополнить статью 3 Закона «Об ЭЦП» абзацем 14 следующего содержания:

«Оператор электронной цифровой подписи - лицо, уполномоченное владельцем электронной цифровой подписи на подписание электронных документов от имени владельца электронной цифровой подписи, на совершение иных действий с использованием электронной цифровой подписи владельца электронной цифровой подписи, а также на осуществление

подтверждения подлинности электронной цифровой подписи в электронных документах, адресованных владельцу электронной цифровой подписи».

7. По сложившейся в гражданском обороте практике практически все отношения между кредитными организациями и их клиентами по применению электронной цифровой подписи имеют место в рамках соглашения об использовании системы «Банк-Клиент». Автор в настоящей работе приходит к выводу, что указанное соглашение по своему правовому статусу является договором присоединения, дополнительным договором. Соглашение между банком и вкладчиком – физическим лицом об управлении вкладом путем направления электронных поручений, подписанных ЭЦП, представляет собой дополнительный договор с элементами публичного (у банка возникает обязанность при оказании данной услуги по его заключению с каждым обратившимся вкладчиком).

8. Государственное регулирование в России в процессе формирования основных подходов к дефиниции электронной цифровой подписи пошло по наиболее жесткому пути, определяя ЭЦП как результат криптографического преобразования информации с использованием закрытого ключа подписи.

Предлагается исключить:

из абзаца 3 статьи 3 Закона «Об ЭЦП» слова «в результате криптографического преобразования информации»;

из абзаца 10 статьи 3 Закона «Об ЭЦП», который определяет понятие «подтверждение подлинности электронной цифровой подписи в электронном документе», слово «сертифицированным».

9. Предлагается исключить законодательно установленное требование о наличии в сертификате ключа подписи сведений об отношениях, при осуществлении которых электронный документ с электронной цифровой подписью будет иметь юридическую силу, как ограничивающее правовое положение владельца ЭЦП по использованию ЭЦП, либо оставить возможность вносить сведения об отношениях, в которых ЭЦП не будет иметь юридической силы.

С целью приведения норм Закона «Об ЭЦП» в соответствие с деловым оборотом предлагается изложить пункт 3 статьи 9 Закона «Об ЭЦП» в следующей редакции:

«При изготовлении сертификатов ключей подписей для использования их в информационной системе общего пользования удостоверяющим центром оформляется в форме документов на бумажных носителях два экземпляра сертификата ключа подписи, которые заверяются собственноручными подписями владельца сертификата ключа подписи и уполномоченного лица удостоверяющего центра. Один экземпляр сертификата ключа подписи выдается владельцу сертификата ключа подписи, второй остается в удостоверяющем центре.

При изготовлении сертификатов ключей подписей для использования в корпоративной информационной системе допускается их изготовление в электронной форме с обязательным удостоверением электронной цифровой подписью уполномоченного лица удостоверяющего центра».

10. Предлагается исключить, как противоречащее сложившейся практике, требование для удостоверяющих центров корпоративных информационных систем предварительного предоставления в уполномоченный государственный орган до начала использования электронной цифровой подписи уполномоченного лица удостоверяющего центра сертификат ключа подписи данного лица либо придать данной обязанности уведомительный характер. В таком случае необходимо дополнить пункт 1 статьи 10 Закона «Об ЭЦП» абзацем следующего содержания:

«Удостоверяющий центр корпоративной информационной системы обязан предоставить сертификат ключа подписи уполномоченного лица удостоверяющего центра для заверения от имени удостоверяющего центра сертификатов ключей подписей в уполномоченный федеральный орган исполнительной власти не позднее 15 дней со дня начала использования сертификата ключа подписи уполномоченного лица удостоверяющего центра».

Также необходимо дополнить пункт 3 указанной статьи после слов «удостоверяющих центров» словами «информационных систем общего пользования».

В связи с терминологической неопределенностью в Законе «Об ЭЦП» предлагается исключить абзац 2 пункта 1 статьи 12; а также дополнить абзац 3 статьи 3 Закона «Об ЭЦП» после слов «электронного документа» словами «(пакета электронных документов)».

11. Становление российского гражданского законодательства, регулирующего институт ЭЦП, происходит без учета рекомендаций, выработанных Европейским сообществом, и актов Содружества Независимых Государств, которое необходимо ориентировать на стремительное развитие и особенности отношений электронного документооборота в области гражданского права с целью устранения имеющихся коллизий и пробелов, не позволяющих должным образом обеспечить реализацию прав и интересов субъектов. Необходимо внести изменения и дополнения в законодательство, в частности, регламентирующее процедуру признания иностранных сертификатов ключей подписи. Следует разработать и внедрить добровольную систему лицензирования и сертификации в сфере использования ЭЦП по крайней мере в рамках корпоративных информационных сетей. Предлагается исключить пункт 2 статьи 8 Закона «Об ЭЦП».

Научная и практическая значимость. Научная значимость работы состоит в возможности использования сделанных в ней выводов для дальнейшего исследования правовых проблем при применении электронной цифровой подписи. Положения диссертации могут быть применены в трудах по гражданскому и международному частному праву, а также в процессе преподавания ряда юридических дисциплин («Гражданское право», «Международное частное право», «Банковское право») и специальных курсов («Информационное право», «Коммерческие сделки», «Иностранное

гражданское право», «Информационные технологии в юридической деятельности»).

Практическая значимость диссертационной работы заключается в возможности использования ее положений для совершенствования действующего законодательства и правоприменительной практики, развития договорной базы субъектов банковских и гражданско-правовых отношений при использовании электронной цифровой подписи и электронных документов.

Автор внедрил полученные в ходе исследования знания в ряде коммерческих банков и инвестиционных компаний России, в инвестиционной компании Эстонии.

Апробация результатов исследования. Основные идеи и положения диссертации опубликованы в печати, докладывались автором на VII Международной конференции «Право и Интернет», проводимой в рамках Программы ЮНЕСКО «Информация для всех» в режиме совещания экспертов стран СНГ и Балтии, применены в профессиональной деятельности автора при составлении договоров, регламентов по применению ЭЦП, в судебных процессах.

Структура диссертации predetermined основной целью и задачами исследования, а также необходимостью последовательного изложения материала. Работа состоит из введения, 3 глав, включающих 8 параграфов, заключения, нормативного материала и библиографического перечня литературы, использованной при написании работы.

Глава 1. Понятие и правовое регулирование электронного документа и электронной цифровой подписи

§ 1.1. Понятие электронного документа

Современные информационно-коммуникационные технологии все глубже и прочнее продвигаются в нашу жизнь. То, что несколько лет для нас казалось диковинкой, сейчас уже представляется настолько обыденным, что мы не можем уже без этого обойтись. Проникновение технологий в сферу деловой деятельности и повседневной жизни обуславливает не только появление таких новых экономических и правовых явлений, как «электронный документ» (electronic document), «электронная цифровая подпись» (electronic signature, e-signature), «аналог собственноручной подписи», но и изменения образа мышления. Теперь появилась возможность за считанные секунды, не вставая с рабочего места и не отходя от компьютера, заключить договор с партнером из другого города или страны.

Появление электронной цифровой подписи и электронного документа в современном информационном обществе вызвано значительными изменениями в инфраструктуре международного и национального бизнеса.

При выработке подходов в правовом регулировании информационных технологий как необходимого и обязательного элемента современных хозяйственно-правовых отношений, в том числе в упорядочивании отношений по использованию ЭД и ЭЦП, прослеживается определенная эволюция, в которой можно выделить этапы ее развития: от внутрикорпоративного уровня (где ЭЦП и ЭД используются отдельными юридическими лицами во внутрихозяйственной деятельности) до регионального и глобального уровня (ЭЦП и ЭД превращаются в один из неотъемлемых инструментов международной торговли и финансов, в международном частном праве

происходят трансформации в типовых законах и международных конвенциях)².

Еще в советское время, когда создавалась основа правового регулирования отношений по использованию информационных технологий и применению автоматизированных систем, было отмечено, что информационные системы не смогут функционировать без правового обеспечения. При этом в правовом обеспечении можно различать общую и локальные части.

Общая часть охватывает нормативные акты, касающиеся задач, функций средств электронного документооборота. Локальная часть охватывает нормативные акты, издаваемые в рамках отдельных элементов информационных систем и устанавливающие задачи и функции этих элементов, права и обязанности субъектов³.

Постановлением Правительства РФ от 28 января 2002 года № 65 была утверждена Федеральная целевая программа «Электронная Россия (2002 – 2010 гг.)»⁴. В данной программе описаны направления разработки нормативной базы в области информационно-коммуникационных технологий с целью решения проблем, связанных с созданием и распространением ЭД, развитием электронной торговли, снижения административных барьеров, корреляцией законодательства РФ в сфере информационных технологий с положениями международных конвенций и законодательством стран Европейского Союза. Из девяти основных положений Целевой программы

² Подробнее. Шамраев А.В. Правовое регулирование информационных технологий (анализ проблем и основных документов). Версия 1.0.— М.: Статут, Интертех, БДЦ-пресс, 2003.— С.18-19.

³ Подробнее. Фаткудинов З.М. Право и автоматизированная система плановых расчетов. — Казань. Изд-во КазГУ, 1977. — С.60-63.

⁴ Собрание законодательства РФ. 2002. №5. ст. 531. Официальный интернет сайт программы: www.e-rus.org

«Электронная Россия» наибольший интерес представляет разработка и создание системы электронной торговли, в которой непосредственно используется ЭД и ЭЦП. Именно его рассматривают в качестве своеобразного ядра, который способен привести в движение саму программу⁵.

Особенности ЭД и предназначение ЭЦП, а именно роль электронной подписи как инструмента идентификации авторства и гаранта целостности ЭД в электронном документообороте, играют важную роль не только в правовом анализе ЭД и ЭЦП, но и определяют особый статус электронного документа и электронной подписи в развитии «электронной коммерции». Само явление электронной коммерции представляет интерес как для юридической, так и для экономической науки. Совершенствование законодательства в области регулирования ЭД, ЭЦП и прав и обязанностей лиц, применяющих ЭЦП, обеспечивает стабильность и устойчивость гражданско-правовых отношений в сфере электронной коммерции. Именно применение ЭЦП в большинстве случаев придает электронным документам и договорам правовой статус, аналогичный статусу документов, составленных на бумажном носителе.

Особую актуальность в развитии и совершенствовании институтов ЭД и ЭЦП придает то обстоятельство, что электронная коммерция распадается на три относительно самостоятельные области: совершение сделок в международных отношениях, электронная торговля в области В2В и В2С (бизнес – бизнес и бизнес-клиент), а также электронная торговля информационными продуктами. Международный аспект интересен тем, что согласно планам ЮНСИТРАЛ одним из приоритетных направлений деятельности Рабочей группы по электронной коммерции после принятия Типового закона ЮНСИТРАЛ «Об электронных подписях» является анализ Венской конвенции о договорах международной купли-продажи товаров 1980 года на предмет ее применимости к электронным договорам. Было отмечено,

⁵ Шамраев А.В. Указ. соч.— С. 23.

что такая работа по существу не должна предполагать внесения поправок в текст Конвенции ООН о купле - продаже, которая в целом применима не только к договорам, заключаемым традиционными способами, но также и к электронным договорам.⁶

Интересную и перспективную задачу ЭД и ЭЦП призваны решать и в области международного транспорта. Наибольший удельный вес международных и национальных источников правового регулирования приходится на железнодорожные и морские перевозки. Основным решаемый вопрос — статус транспортного документа (соответственно электронной железнодорожной накладной и электронного коносамента) и передача прав по нему с использованием электронных средств.⁷ Секретариат ООН в настоящее время изучает вопросы, касающиеся электронных заменителей товарораспорядительных документов оборотных инструментов, с целью разработки в надлежащем порядке рекомендаций по развитию международного транспортного права⁸.

Активное расширение России своего присутствия на международной арене влечет необходимость доработки действующего законодательства с целью приведения в соответствие с международно-правовыми нормами права.

⁶ Доклад Рабочей группы оп электронной торговле о работе ее тридцать восьмой сессии (Нью-Йорк, 12-23 марта 2001 года).— С. 28. — Доклад опубликован по адресу:

http://www.uncitral.org/uncitral/ru/commission/working_groups/4Electronic_Commerce.html

⁷ Шамраев А.В. Указ. соч. — С. 134.

⁸ Доклад Рабочей группы по электронной торговле о работе ее 44-й сессии (Вена, 11-22 октября 2004 года). Комиссия ООН по праву международной торговли, 38-я сессия (Вена, 4-22 июля 2005 года). — С. 4.

http://www.uncitral.org/uncitral/ru/commission/working_groups/4Electronic_Commerce.html

Понятие электронного документа как особой формы документа имеет первостепенное значение в гражданском обороте при использовании средств электронного документооборота. Выявление основных подходов в определении дефиниции ЭД и особенностей данной формы документа представляется важным с целью определения способности лиц, использующих ЭД и ЭЦП, реализовывать и защищать свои гражданские права.

Законодательная дефиниция документа закреплена в статье 1 Федерального закона № 77-ФЗ от 29 декабря 1994 года «Об обязательном экземпляре документов»⁹, согласно которой документ представляет собой материальный носитель с зафиксированной на нем информацией в виде текста, звукозаписи (фонограммы), изображения или их сочетания, предназначенный для передачи во времени и пространстве в целях общественного использования или хранения.

Однако определение документа, закрепленное в Законе № 77-ФЗ от 29 декабря 1994 года, вызывает определенные вопросы. Вопросы и, соответственно, сложности в применении данного определения вызывает то положение, что основное внимание здесь уделяется не самой информации, а носителю, на котором она зафиксирована. Материальный носитель вторичен по отношению к самой информации, которая записывается и сохраняется на данном носителе. Материальный носитель необходим для проведения классификации документов на письменные и электронные.

Существует позиция¹⁰, согласно которой для электронного документа не имеет особого значения сам материальный носитель. Причем данная позиция имеет право на существование. Если исходить из предложенного данным

⁹ Российская газета.-1995.-17 января; Собрание законодательства РФ.— 1995.- №1.-ст. 1.

¹⁰ Шишаева Е.Ю. Правовой статус электронного документа // Юрист. 2004. №9.-С.38.

Законом определения, то каждый раз, меняя материальный носитель, мы будем получать новый документ. Сторонники указанной позиции предполагают, что физическое место фиксации электронного документа является средством временного хранения документа. При жестком толковании закона не будут считаться документами данные, которые не имеют неразрывной связи с материальным носителем. Это повлечет за собой исключение из числа документов информацию, передаваемую и получаемую с помощью электронных средств связи. Такие документы сами по себе уже являются материальными объектами, независимо от того, на какой носитель они записаны после получения с использованием электронных средств связи.¹¹ Подход в Законе №77-ФЗ к определению документа нельзя признать правильным.

Нам представляется, что абстрагирование от материального носителя является несколько поспешным. Тогда по своей сути информация вне материального носителя может быть приравнена к устному сообщению. Трудно предположить, что информацию, не зафиксированную на материальном носителе (например, набранный на компьютере и не сохраненный на винчестере или дискете текст), можно признать полноценным документом. Если же обратиться к электронным почтовым сообщениям, то, в конечном счете, имеется материальный носитель, на котором данные сообщения зафиксированы (например, винчестер почтового сервера), в то время как почти все почтовые службы и программы представляют возможность для отправителя сообщения получить отчет о доставке и прочтении сообщения адресатом. В связи с этим при определении документа необходимо признать неразрывную связь между информацией и ее носителем.

Именно с регистрации (фиксации) информации на носителе начинается движение информации. Правовое регулирование отношений по поводу

¹¹ Шишаева Е.Ю. Правовой статус электронного документа // Юрист. 2004. №9.-С.38.

регистрации информации является важнейшим аспектом правового воздействия на гражданско-правовые отношения по использованию ЭД, изначальным моментом использования права как основы и инструмента управления в условиях совершенствования системы электронного документооборота и построения информационного общества.

Проблема носителя информации чрезвычайно многопланова и может рассматриваться в различных аспектах: технологическом, историческом, философском, юридическом и тому подобное¹².

Весьма важные теоретические и методологические правовые проблемы возникают, когда мы переходим к анализу специфического носителя информации — документов.

Вопросу определения документа как юридического феномена было уделено внимание еще в советское время. Но и в то время понятие «документ» не получило в юридической литературе однозначного определения. Были сформированы две основные точки зрения. Одна ставит знак равенства между документом и носителем информации. Ее сторонники считают возможным называть документом носитель любой «идеальной» информации. Вторая полагает, что документ — это специфический носитель информации, имеющий специальные признаки и черты¹³.

Автор соглашается с мнением А.Б. Венгерова об ошибочности проставлении знака равенства между документом и носителем любой информации. Именно такой признак документа, как его юридическое значение, отличает документ от других носителей информации, фиксирующих объективную действительность и мыслительную деятельность человека. В связи с этим более правильной и практически значимой для юридической науки представляется вторая точка зрения.

¹² Венгеров А.Б. Право и информация в условиях автоматизации управления (Теоретические вопросы). — М.: Юрид. лит. 1978.— С. 105.

¹³ Венгеров А.Б. Указ. соч.— С. 111.

Только комбинация носителя информации, самой информации — ее содержания и способов закрепления, с которыми действующее законодательство связывает определенные правовые последствия, превращает носитель информации в документ¹⁴.

Иначе говоря, документ не сам по себе вызывает определенные юридические последствия, а лишь в том случае, если правовые нормы закрепляют за соответствующими конкретными документами их роль в правоотношениях¹⁵.

Таким образом, следует признать более правильным подход, отраженный в Федеральном законе от 20 февраля 1995 года № 24-ФЗ «Об информации, информатизации и защите информации»¹⁶. Согласно статье 2 данного закона под документированной информацией (документом) понимается «зафиксированная на материальном носителе информация с реквизитами, позволяющими ее идентифицировать».

Законодательно дефиниция электронного документа зафиксирована в статье 3 Закона «Об ЭЦП», согласно которому электронный документ — «документ, в котором информация представлена в электронно-цифровой форме». Используя дефиницию «документ», зафиксированную в Законе № 77-ФЗ, мы можем утверждать, что электронным документом является материальный носитель с зафиксированной на нем информацией в виде текста, звукозаписи (фонограммы), изображения или их сочетания, предназначенной для передачи ее во времени и пространстве в целях

¹⁴ Венгеров А.Б. Указ. соч.—С. 111 – 114.

¹⁵ Венгеров А.Б., Пертцик В.А., Самощенко И.С. Правовые основы автоматизации управления народным хозяйством СССР: Учеб. пособие. — М.: Высш. школа. 1979.—С. 139.

¹⁶ Собрание законодательства РФ.-1995.-№ 8.-Ст.609; Российская газета.-1995.-22 февраля.

общественного использования или хранения и представленной в электронно-цифровой форме.

В науке и практике многими авторами также предприняты попытки дать определение электронному документу. А.А. Косовец следующим образом определяет электронный документ. Электронный документ представляет собой «набор данных, записанных в компьютерочитаемом виде, для которых выполнено следующее условие: существует признанная участниками электронного документооборота или утвержденная компетентным органом процедура, позволяющая однозначно преобразовывать эти данные в документ традиционного режима».¹⁷

Согласно трактовке А.П. Вершинина, электронным документом является информация, зафиксированная на электронных носителях и содержащая реквизиты, позволяющие ее идентифицировать. При этом если содержательная часть электронного документа не отличает его от документов на традиционном носителе (на бумаге), то форма электронного документа является его отличительным признаком в сравнении с другими документами. Электронная «форма» проявляется в технических элементах и свойствах носителя информации.¹⁸ Электронная альтернатива предполагает фиксирование информации в исходном пункте в форме, пригодной для обработки на ЭВМ¹⁹.

О. Макаров под электронным документом в широком смысле понимает имеющую юридическое значение информацию, хранящуюся в виде, доступном для восприятия человека посредством технических средств,

¹⁷ Косовец А.А. Правовое регулирование электронного документооборота // Вестник МГУ, Серия 11. Право. 1997.— №4.

¹⁸ Вершинин А.П. Электронный документ: правовая природа и доказательство в суде. — М., 2000.—С.40, 42.

¹⁹ Венгеров А.Б. Право и информация в условиях автоматизации управления (Теоретические вопросы). — М.: Юрид. лит. 1978.—С. 105.

прежде всего компьютера. Он выделяет в электронном документе следующие специфические признаки:

- невозможность непосредственного восприятия такого документа человеком;
- сложность идентификации автора (создателя);
- простота внесения в такой документ изменений, искажений.²⁰

Интересен и зарубежный опыт определения понятия «электронный документ». Так, в статье 2 Типового Закона ЮНСИТРАЛ «Об Электронной Торговле»²¹, одобренного 16 декабря 1996 года Резолюцией 51/162 на 85 пленарном заседании Генеральной Ассамблеи ООН, используется термин «Datamessage», который можно перевести как «информационное сообщение», и определяется как информация, подготовленная, отправленная, полученная или хранимая с помощью электронных, оптических или аналогичных средств, включая электронный обмен данными, электронную почту, телекс или телефакс, но не ограничиваясь ими. При этом понятие электронного обмена данными раскрывается как электронная передача информации от компьютера к компьютеру в соответствии с согласованными стандартами структуры информации. Таким образом, под электронным документом в смысле Типового закона ЮНСИТРАЛ об электронной торговле понимается информация в форме, пригодной для её хранения и передачи с использованием электронных средств связи.²²

Необходимо отметить, что в хозяйственно-правовой практике важной способностью документа является возможность составлять его копии.

20 Макаров О. Электронный документ как средство доказывания // ЭЖ-ЮРИСТ. 2003. Февраль. №7.—С. 8.

21 Комиссия ООН по праву международной торговли. Ежегодник. 1996 год. Т. XXVII.- Нью-Йорк: Организация Объединенных Наций, 1998.—С. 319 - 323.

22 Зайцев П.П. Электронный документ как источник доказательств // Законность. 2002. №4.-С.42.

Возможность создания копий и четкое разделение по правовому статусу на оригинал и копии документов играет важную роль не только для удобства работы с электронными документами, но и при защите прав участников электронного документооборота. Например, согласно статье 75 АПК РФ «письменные доказательства представляются в арбитражный суд в подлиннике или в форме надлежащим образом заверенной копии». Электронный документ в гражданско-правовом обороте должен представлять собой аналог бумажного документа и обеспечивать выполнение функций бумажного документа в сфере электронного обмена данными.²³ Таким образом, возникает вопрос об определении понятий «подлинник» и «копия» к электронному документу.

В настоящее время в науке и в практике существуют две точки зрения по данному вопросу. Согласно первой точке зрения понятия «подлинник» и «копия» в традиционном понимании к электронному документу не применимы²⁴. Данное заключение выводится из основной особенности электронного документа. В отличие от бумажных документов у электронных документов отсутствует жесткая привязка к конкретному материальному носителю, так как материальный носитель в данном случае практически не сохраняет следов, идентифицирующих создателя документа. Один и тот же электронный документ может существовать на разных носителях. Ценна лишь информация, содержащаяся на материальном носителе. В результате подлинником будет являться любой неизменный вариант такого документа

²³ Маньшин С.В. Гражданско-правовое регулирование применения электронно-цифровой подписи в сфере электронного обмена данными. — М., 2001.—С. 10.

²⁴ Константин Сергеев, Компьютерная экзотика или электронный договор.— www.russianlaw.net

в электронной форме. В качестве же копии электронного документа может рассматриваться только его копия на бумажном носителе.²⁵

Данное мнение в вопросе соотношения терминов «подлинник» и «копия» при использовании электронного документа как средства обеспечения защиты права лиц, использующих ЭЦП, имеет отражение в проекте Федерального закона РФ «Об электронной торговле», который был принят Государственной Думой РФ в первом чтении (Постановление Государственной Думы Федерального Собрания РФ от 6 июня 2001 г. N 1582-III ГД "О проекте федерального закона N 11081-3 "Об электронной торговле"²⁶). В соответствии со статьей 11 указанного законопроекта, «все экземпляры электронного документа, подписанные при помощи электронной цифровой подписи, а также иных аналогов собственноручной подписи в порядке, предусмотренном законодательством Российской Федерации, являются подлинниками». Электронный документ не может иметь копий в электронной форме. Копии электронного документа могут быть изготовлены (распечатаны) в виде бумажного документа и заверены собственноручной подписью уполномоченного лица. Копии электронных документов на бумажном носителе должны соответствовать требованиям законодательства и иных нормативных актов РФ и государственным стандартам. Однако в апреле 2004 года законопроект был отклонен Государственной Думой РФ²⁷.

По такому пути пошли в Республики Беларусь. Закон от 10 января 2000 года № 357-З «Об электронном документе»²⁸ разграничивает понятия

²⁵ Леонтьев К.Б. Комментарий к Федеральному закону «Об электронной цифровой подписи» (постатейный). — М.: ООО «ТК Велби», 2003.—С. 18,19.

²⁶ Собрание законодательства РФ.-2001.-№26-ст. 2594.

²⁷ <http://www.cnews.ru/newsline/index.shtml?2004/04/23/158234>

²⁸ текст акта находится: Шамраев А.В. Правовое регулирование информационных технологий (анализ проблем и основных документов). Версия 1.0.— М.: Статут, Интертех, БДЦ-пресс, 2003.—С.465.

«оригинал» и «копия» электронного документа. Оригинал согласно статье 9 указанного закона может существовать только на машинном носителе. Все экземпляры ЭД, зафиксированные на машинном носителе и идентичные один другому, являются оригиналами и имеют одинаковую юридическую силу. Копии электронного документа создаются путем удостоверения формы внешнего представления электронного документа на бумажном носителе. Закон устанавливает жесткую процедуру удостоверения копии ЭД и придания ей юридической силы. Копия ЭД может быть только на бумажном носителе и удостоверяется исключительно нотариусом или лицом, имеющим право совершать нотариальные действия, а также юридическим лицом, имеющим лицензию на осуществление такой деятельности.

Но существует и другое мнение, согласно которому позиция, закрепленная в проекте Федерального закона «Об электронной торговле», является спорной.²⁹ Согласно второй позиции подлинником является тот документ, который по времени создания является первым, несмотря на наличие иных документов в электронной форме, идентичных по содержанию первому. Косовец А.А. также считает, что подход, согласно которому электронный документ вообще не может иметь дубликатов и копий, излишне радикальный.³⁰

В ГОСТе 6.10.4.-84 «УСД. Придание юридической силы документам на машинном носителе и машинограмме, создаваемым средствами вычислительной техники», введенный в действие с 1 июля 1987 года Постановлением Государственного комитета СССР по стандартам № 3549 от 9 октября 1984 года³¹ (прим. ГОСТ 6.10.4.-84 действует и в настоящее время,

²⁹ Наумов В.Б.. Право и Интернет: Очерки теории и практики. — М.: Книжный дом «Университет», 2002.—С 229.

³⁰ Косовец А.А. Правовой режим электронного документа // Вестник Московского университета. Серия 11. Право. 1997. №5.—С. 48-59.

³¹ Бюллетень нормативных актов.-1987- №7.-С.41.

но при его применении необходимо учитывать действующее законодательство) устанавливают требования к составу и содержанию реквизитов, придающих юридическую силу документам на машинном носителе и машинограмме, создаваемым средствами вычислительной техники, а также порядок внесения изменений в эти документы. Также ГОСТ вводит категории подлинника, дубликата и копии документа на машинном носителе и машинограмме:

«Подлинником документа на машинном носителе является первая по времени запись документа на машинном носителе и содержащая указание, что этот документ является подлинником.

Подлинником машинограммы является первый по времени напечатанный средствами вычислительной техники экземпляр документа на бумажном носителе и содержащий указание, что этот документ является подлинником.

Дубликатом документа на машинном носителе являются все более поздние по времени, аутентичные по содержанию записи документа на машинном носителе и содержащие указание, что эти документы являются дубликатами.

Копиями документа на машинном носителе или машинограмме являются документы, переписанные с подлинника или дубликата документа на машинном носителе или машинограмме на другой носитель информации, аутентичные по содержанию и содержащие указание, что эти документы являются копиями». (п.3.2.-3.4.)

Но исходя из данных определений не совсем становится понятно, к какой категории относится документ, к подлиннику или копии, если в документе отсутствует указание, что этот документ является подлинником или копией.

Кроме того, указанный ГОСТ не предусматривал фиксации содержания документа способом, позволяющим в дальнейшем внести в него неконтролируемые изменения, а также порядка устранения разночтений в

разных копиях одного и того же документа, проверки того, кто внес изменения в документ на машиночитаемом носителе.³²

Важным моментом как для первой позиции, так и для второй является то, что стандарт признает за подлинниками, дубликатами, копиями документов на машинном носителе, равно как и за машинограммами, одинаковую юридическую силу при соблюдении установленных к ним требований.

Исходя из вышеизложенного можно сделать вывод о том, что понятие электронного документа, отражающее все основные его характеристики, нашло свое должное понимание в науке и практике. Правовой анализ и регулирование института электронного документа правоведами осуществляется с учетом специфики его формы и способности обеспечить защиту участников электронного документооборота. Конечно, правовое регулирование электронного документа несовершенно, нормативная база не до конца сформирована, и необходимо принять ряд законодательных и подзаконных актов с целью четкого определения электронного документа и порядка его применения. Но начало положено, и это вселяет уверенность в конечном становлении институтов ЭД и ЭЦП как реквизита электронного документа и средства придания ему юридической силы.

³² Петровский С. Правовой статус электронных документов: возникновение и современное развитие // Хозяйство и право. 2001. №12.—С.20.

§ 1.2. Понятие электронной цифровой подписи, особенности, классификация

Широкое применение электронного документа и определенные его специфические признаки электронного документа, такие как сложность идентификации автора и простота внесения изменений, определяют необходимость поиска решения вопроса идентификации авторства и целостности ЭД. В электронный документ несложно внести изменения даже человеку, обладающему лишь общими навыками работы с техническими средствами.

Техническим средством, которое решает указанные проблемы при применении ЭД, и юридическим гарантом, который обеспечивает реализацию и защиту прав участников электронного документооборота и придает юридическую силу ЭД, является электронная цифровая подпись. ЭЦП неразрывно связывает конкретный электронный документ с конкретным лицом, точнее с одному ему известным кодом. Если изменить электронный документ, подписанный ЭЦП, то есть заменить в нем хотя бы один символ, то подпись не будет совпадать. При этом стойкость к подделке у электронной подписи гораздо выше, чем у собственноручной. Если в среднем вероятность заключения эксперта по вопросу о подлинности собственноручной подписи составляет 65-70%, то для электронной подписи теоретическая вероятность подделки может достигать 1 к 10^{21} , если, конечно, не получить доступ к конфиденциальному коду.³³ Это позволяет сделать вывод, что ЭЦП одновременно решает вопросы идентификации авторства и целостности документа. Таким образом, подписание электронного документа ЭЦП придает

³³ Константин Сергеев, Компьютерная экзотика или электронный договор // www.russianlaw.net

документу юридическую силу и обеспечивает использование ЭД при защите своих прав.

Применение электронной цифровой подписи позволяет не только надежно идентифицировать автора электронного документа, но и предотвратить последующее искажение информации — случайное или умышленное³⁴.

Понятие ЭЦП встречается во многих международных и национальных актах стран мира. К сожалению, почти каждая страна или международная организация старается внести коррективы в определение ЭЦП, описать ее дополнительные особенности, по иному осмыслить ее предназначение и выделить характерные черты. В международной практике нет общего понятия ЭЦП, и зачастую используют такие синонимы, как электронная подпись, цифровая подпись. Все это приводит к определенному нарушению целостности законодательства, общей картины регулирования отношений по использованию ЭЦП, к путанице и усложнению международного правового регулирования ЭЦП. Типовой (Модельный) закон ЮНСИТРАЛ «Об электронных подписях» 2001 года³⁵ в статье 2 определяет электронную подпись как данные в электронной форме, присоединяемые или логически ассоциируемые с сообщением данных, которые могут использоваться, чтобы идентифицировать подписавшего в отношении сообщения данных, и указывает на одобрение данных подписывающим лицом.

Различные подходы к определению статуса электронной подписи были отмечены Рабочей группой по электронной торговле при разработке проекта конвенции об использовании электронных сообщений в международных договорах, решившей отклонить предложение увязать действительность

³⁴ Макаров О. Электронный документ как средство доказывания // «ЭЖ-ЮРИСТ». 2003. Февраль. №7.—С. 8.

³⁵ Текста документа находится по адресу (на англ. языке): <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/ml-elecsig-e>.

договора с использованием электронной подписи, поскольку в большинстве правовых систем не устанавливаются общие требования в отношении подписи в качестве условия действительности всех видов договоров.³⁶

Понятие электронная подпись упоминается также и в Директиве Европейского парламента и Совета 1999.93.ЕС от 13 декабря 1999 года «О правовых основах Сообщества для электронных подписей»³⁷ (далее — Директива Европарламента «Об электронных подписях»), согласно которой электронная подпись — это данные в электронной форме (data in electronic), которые присоединены или логически ассоциируются с другими электронными данными и которые служат в качестве метода аутентификации. Указанная Директива не ограничивается только этим определением электронной подписи и предлагает также применять квалифицированную форму ЭЦП — расширенную электронную подпись (advanced electronic signature), означающую электронную подпись, которая отвечает следующим требованиям:

- (a) уникально связана с подписывающим лицом;
- (b) является достаточной для идентификации подписывающего лица;
- (c) создается с использованием средств, которые подписывающее лицо может держать под своим исключительным контролем;
- (d) связана с данными, к которым она относится, таким образом, что любое последующее изменение данных является обнаруженным.

³⁶ Доклад Рабочей группы по электронной торговле о работе ее 44-й сессии (Вена, 11-22 октября 2004 года). Комиссия ООН по праву международной торговли, 38-я сессия (Вена, 4-22 июля 2005 года).—С. 32.

http://www.uncitral.org/uncitral/ru/commission/working_groups/4Electronic_Commerce.html

³⁷ Текст документа находится по адресу (на англ. языке): <http://www.ict.etsi.org/EESSI/Documents/e-sign-directive.pdf>

Шведы не остановились на разделении ЭЦП на два типа и закрепили в Законе от 2000 года № 832 «О квалифицированных электронных подписях» три разновидности электронной подписи: простая, расширенная и квалифицированная³⁸. Тип используемой ЭЦП зависит от однозначности идентификации автора сообщения и ЭЦП, защищенности технических устройств создания электронной подписи.

В Общих обычаях для удостоверения цифровым способом международной коммерции 1997 года (General Usage for International Digitally Ensured Commerce)³⁹, принятых Международной торговой палатой (далее — Общие обычаи для удостоверения цифровым способом), используется термин цифровая подпись (Digital signature), под которой понимается преобразование сообщения с использованием асимметричной криптосистемы таким образом, что лицо, обладающее удостоверенным сообщением и открытым ключом удостоверителя, может точно установить:

- (a) было ли преобразование результатом использования закрытого ключа, который соответствует открытому ключу подписавшего лица, и
- (b) было ли подписанное сообщение изменено с момента преобразования.

В комментарии к Общим обычаям для удостоверения цифровым способом также указывается, что в случае если методы аутентификации электронных сообщений не используют асимметричную криптосистему (например, отсканированный образ собственноручной подписи или подпись, проставляемая с помощью стилуса), то результаты таких методов не подпадают под определение «цифровая подпись». При этом цифровая подпись должна быть защищенной и недвусмысленным образом связанной со своим сообщением настолько, насколько долго такая связь поддерживается, неважно, хранится ли цифровая подпись вместе с сообщением, присоединена

³⁸ Текст документа на русском языке: Шамраев А.В. Указ. соч.—С. 972.

³⁹ Текста документа находится по адресу:

http://www.iccwbo.org/home/guidec/guidec_one/guidec.asp

в начало или конец сообщения либо сохраняется в отдельном электронном файле или информационной системе.

Закон США 2002 года «Об электронных подписях в международном и национальном коммерческом обороте» (кстати, данный закон подписан президентом США Биллом Клинтонем с помощью электронной копии его собственной подписи, которую он вывел на компьютерном графическом планшете) содержит следующее определение электронной подписи: «электронный звук, символ или процесс, присоединенный или логически соединенный с контрактом или иным документом (записью) и производимый или принимаемый лицом с целью подписания документа (записи)».

В Законе Великобритании от 25 мая 2000 года № 1798 «Об электронных коммуникациях» электронная подпись раскрывается как многое из чего-либо в электронной форме, которое инкорпорировано или иным образом логически ассоциировано с любыми электронными данными в целях установления подлинности данных, их целостности либо того и другого вместе.

Несмотря на разность подходов в законодательствах различных стран и европейских Директив к одному и тому же понятию, представляется, что в дальнейшем будет наблюдаться сближение на основе более тесного международного сотрудничества. Вышесказанное определяет тождественность терминов «ЭЦП» и «электронная подпись», что подчеркивается также Шамраевым А.В.⁴⁰

Все вышеперечисленные термины одного информационно-правового явления изобилуют техническими деталями, что не является позитивным для единообразия правового регулирования на международном уровне.

На основании анализа международного и национального законодательства стран мира можно заметить, что в международной практике

⁴⁰ Шамраев А.В. Правовое регулирование информационных технологий (анализ проблем и основных документов). Версия 1.0.— М.: Статут, Интертех, БДЦ-пресс, 2003.—С.43

встречается несколько основных подходов к определению ЭЦП, различающихся по характеру и степени детализации предъявляемых к ним требованиям. Самый «мягкий» из них предполагает, что в качестве ЭЦП должны рассматриваться любые включаемые в электронный документ элементы, тем или иным образом связанные с отправителем этого документа. Никакие специальные требования к уникальности, неизменяемости, «степени подконтрольности» ЭЦП или процедурам ее проверки на законодательном уровне не закрепляются, законными считаются все ЭЦП, признаваемые сторонами сделки. При таком подходе под понятие ЭЦП подпадают даже инициалы, проставленные в конце текста электронного документа, или отсканированный отпечаток пальца. По такому пути пошло законодательство США, что подтверждает вышеуказанное определение ЭЦП по закону США.

Второй подход является более «жестким». Он предполагает, что ЭЦП должна отвечать ряду законодательно закрепленных дополнительных требований, например, обеспечивать возможность достоверного установления отправителя информации и быть связанной с передаваемыми данными таким образом, что при их изменении становится недействительной. Такой подход получил признание в законодательстве ряда европейских стран (например, Австрии, Германии).

Третий, самый «строгий» подход определяет ЭЦП как результат криптографического преобразования исходного электронного документа и выдвигает наиболее детализированные требования к ЭЦП, в частности, к применяемой технологии.⁴¹ Согласно Закону Болгарии № 15 от 7 апреля 2001 года «Об электронном документе и электронной подписи», наряду с простой электронной подписью предполагается усложненная форма ЭЦП – усовершенствованная электронная подпись, которая представляет собой преобразование электронного сообщения, включенное, добавленное или

⁴¹ Леонтьев К.Б. Комментарий к Федеральному закону "Об электронной цифровой подписи" (постатейный). - М.: ООО "ТК Велби", 2003.—С.10

логически связанное с тем же электронным сообщением до преобразования. Преобразование должно быть совершено посредством алгоритмов, включающих использование частного ключа в асимметричной криптосистеме.

Выбор между этими моделями осуществляется каждым государством в зависимости от того, предпочитает ли оно доверить поиск наиболее подходящих средств обеспечения безопасности документооборота рыночным механизмам или хочет взять на себя специальные функции по контролю и надзору, чтобы защитить участников рынка от наиболее вероятных угроз. На это указывает и Дмитрик Н., замечая, что проблемы правового регулирования отношений по использованию электронных подписей связаны именно с регулированием применения технологий. Правотворческие и правоприменительные органы решают, насколько тот или иной способ документооборота надежен, как велика вероятность искажения воли стороны в электронном документе, кто обладает правом решать в каждом конкретном случае вопрос об аутентичности и на основании каких критериев⁴².

Российское законодательство пошло по наиболее жесткому пути, определяя ЭЦП в статье 3 Закона «Об ЭЦП» как «реквизит электронного документа, предназначенный для защиты данного электронного документа от подделки, полученный в результате криптографического преобразования информации с использованием закрытого ключа электронной цифровой подписи и позволяющий идентифицировать владельца сертификата ключа подписи, а также установить отсутствие искажения информации в электронном документе». При этом Закон «Об ЭЦП» не предполагает существования упрощенного типа ЭЦП. Императивное закрепление используемой технологии ЭЦП не допускает применения в будущем иных, более совершенных технологий.

⁴² Дмитрик Н. Интернационализация правового регулирования вопросов применения ЭЦП // Иностранное право; сборник научных статей и сообщений. – М.: МАКС Пресс, 2001.—Выпуск 2.—С 52.

Несмотря на то, что ЭЦП применяется в России более десяти лет, статистические данные о количестве лиц, использующих ЭЦП, о числе информационных систем, отсутствуют. Одним из основных препятствий явилось обязательное требование лицензирования деятельности удостоверяющих центров. Собственники корпоративных систем, а это в основном банковские и финансовые организации, не раскрывали количества своих клиентов. К статистическим данным в области использования ЭЦП не проявляло интерес и государство. Мы считаем, что благодаря отмене требования о лицензировании в будущем возможно появление статистических данных, но не ранее второй половины 2006 года.

Термин ЭЦП встречается в более чем пятидесяти актах российского права. Согласно Положению Центрального Банка России от 12 марта 1998 года № 20-П «О правилах обмена электронными документами между Банком России, кредитными организациями (филиалами) и другими клиентами Банка России при осуществлении операций через расчетную сеть Банка России»⁴³, ЭЦП — это вид аналога собственноручной подписи, являющийся средством защиты информации, обеспечивающим возможность контроля целостности и подтверждения подлинности электронных документов. ЭЦП позволяет подтвердить ее принадлежность зарегистрированному владельцу и является неотъемлемой частью ЭД (пакета ЭД). Необходимо учитывать, что данное Положение ЦБР было издано до принятия Закона об ЭЦП, и поэтому содержит ряд положений, противоречащих закону. В Положении ЦБ РФ №20-П отсутствует необходимое требование к ЭЦП как ее созданию посредством криптографического преобразования.

Акты, изданные после принятия Закона об ЭЦП, уже определяют электронную подпись в соответствии с законом. В Постановлении Правления ПФ РФ № 15 от 26 января 2001 года «О введении в системе Пенсионного Фонда Российской Федерации криптографической защиты информации и

⁴³ Вестник Банка России.-2000.-27 апреля.-№22.

электронной цифровой подписи»⁴⁴ сказано, что ЭЦП технически реализуется путем «криптографического преобразования исходной информации, которая позволяет подтверждать целостность и неизменность данной информации, а также ее авторство».

Исходя из официального определения ЭЦП можно сделать вывод об установленных законодателем требованиях к электронной подписи, а также об особенностях и предназначении ЭЦП.

ЭЦП представляет собой реквизит электронного документа.

Трактовка ЭЦП как реквизита документа (электронного документа) является общим признаком для законов об электронных подписях стран СНГ (за исключением Кыргызстана)⁴⁵. Необходимо учитывать, что ЭЦП не включается в состав самого документа, а текст сообщения шифруется закрытым ключом отправителя, и полученная цепочка символов прикрепляется к документу. Получатель с помощью открытого ключа отправителя расшифровывает подпись и сверяет ее с текстом⁴⁶.

Однако в деловой практике возникают ситуации, когда с целью экономии времени либо по иным причинам необходимо зашифровать пакет документов ввиду значительного их количества. В Законе «Об ЭЦП» данная возможность объединения электронных документов в один сводный пакет и зашифровать пакет документов отсутствует.

В ряде стран в качестве обязательного признака электронного документа указывается наличие в нем ЭЦП (закона «Об электронном документе» Республики Беларусь, Туркменистана, Таджикистана, Закон

⁴⁴ Документ опубликован не был. Правовая система «КонсультантПлюс».

⁴⁵ Шамраев А.В. Указ. соч.—С.50

⁴⁶ Романов Д.А., Ильина Т.Н., Логинова А.Ю. Правда об электронном документе. — М.: ДМК Пресс, 2002.—С.184.

Украины «О платежных системах и переводе денег в Украине», Закон Киргизской Республики «Об электронных платежах»⁴⁷.

В международной законодательной практике в отношении сферы применения электронного документа выделяются следующие основные модели:

1. Общее разрешение использования электронного документа во всех сферах деятельности, где применяются электронные средства, сопровождаемое нормой о возможности установления законодательных ограничений, но без описания конкретных случаев (Республика Беларусь, Туркменистан, Таджикистан);
2. Перечисление в законе случаев неприменения электронного документа (Болгария, Индия);
3. Выделение в законе случаев, когда иное законодательство имеет приоритет, и случаев, когда иное законодательство не затрагивается (Ирландия);
4. Установление случаев использования электронного документа в отдельных законах (в России такие случаи прямо установлены в Гражданском кодексе РФ, Законе об информации, косвенно — в Налоговом кодексе РФ, Таможенном кодексе РФ, Арбитражном процессуальном кодексе РФ).

ЭЦП предназначена для идентификации владельца сертификата.

Учитывая то обстоятельство, что стороны, обменивающиеся сообщениями, документами через Интернет, не вступают в личный контакт, проблему идентификации, то есть «установления тождества лица, указанного в нем [электронном документе] в качестве автора документа, с лицом, от которого он действительно исходит»⁴⁸, трудно переоценить. Именно исходя из предназначения идентификации А.П. Филиппов дает определение ЭЦП как

⁴⁷ тексты актов находятся: Шамраев А.В. Указ. соч.

⁴⁸ Вершинин А.П. Электронный документ: правовая природа и доказательство в суде. — М., 2000,—С.124.

средства подтверждения подлинности авторства электронных документов с помощью двух ключей: открытого и закрытого⁴⁹. Схожа с процедурой идентификации аутентификация - процесс, в рамках которого выполняется проверка личности пользователя компьютера или сети и который фактически подтверждает, что пользователь именно тот человек, за которого он себя выдает⁵⁰. Не вдаваясь в теоретические подробности различия данных терминов, необходимо отметить, что зачастую данные термины используются в качестве синонимов. Так, Правовое руководство ЮНСИТРАЛ по электронному переводу средств 1987 года аутентификацию определяет как идентификацию сообщения физическим, электронным или другим способом, позволяющим получателю установить, что сообщение исходит от указанного источника⁵¹.

Необходимость идентификации автора документа закреплена и в российском праве: пункт 2 статьи 434 Гражданского кодекса РФ⁵² требует достоверного установления того факта, что документ исходит от стороны по договору. Согласно пункту 3 статьи 5 Федерального закона от 20 февраля 1995г. №24-ФЗ "Об информации, информатизации и защите

⁴⁹ Правовые аспекты использования Интернет-технологий / под ред. А.С. Кемрадж, Д.В. Головерова. – М.: Книжный мир, 2002.—С.106.

⁵⁰ Шамраев А.В. Указ. соч.—С.39.

Кей. Р Аутентификация // Computer World Россия. 2000. 13 апреля.—С.30.

⁵¹ текст акта находится: Шамраев А.В. Правовое регулирование информационных технологий (анализ проблем и основных документов). Версия 1.0.— М.: Статут, Интертех, БДЦ-пресс. 2003.—С. 160.

⁵² Гражданский кодекс Российской Федерации (Часть первая) от 30 ноября 1994 года №51-ФЗ // Российская газета.-1994.-08 декабря.-№ 238-239.

информации"⁵³(далее — Закон «Об информации, информатизации и защите информации», Закон «Об информации»), юридическая сила ЭЦП признается только при наличии в информационной системе программно-технических средств, обеспечивающих идентификацию подписи.

Выделяют различные основания для классификации идентификации⁵⁴. Официальная и неофициальная. Первая обычно предписывает законом или правовым актом (например, при сделках с недвижимостью, при получении разрешения / лицензии со стороны государственных органов). При неофициальной идентификации стороны самостоятельно в рамках договорных отношений определяют процедуру определения авторства. В большинстве случаев идентификация владельца сертификата ключа осуществляется неофициально, хотя и в настоящий момент имеет место официальная идентификация в отношении по использованию ЭЦП (например, при подаче налоговой декларации по электронной почте, подписанной ЭЦП, или уведомление банками электронной связью налоговых органов об открытии юридическими лицами расчетных счетов).

Другой классификационный признак идентификации — вещественный или личностный признак автора. При личностном признаке идентификация происходит на основе биометрических характеристик автора документа. Идентификация с использованием ЭЦП относится к идентификации по вещественному признаку, то есть ее средством выступают определенная вещь, программное обеспечение, которые принадлежат пользователю (ключ подписи, смарт-карта).

ЭЦП предназначена для защиты от подделки и установления факта отсутствия искажений в электронном документе

⁵³ Федеральный закон от 20 февраля 1995г. №24-ФЗ «Об информации, информатизации и защите информации» // Собрание законодательства РФ.- 1995.-№ 8.-Ст.609; Российская газета.-1995.-22 февраля.

⁵⁴ Подробнее, Шамраев А.В. С. 40-41.

ЭЦП по своей сущности является кодом, создаваемым с помощью криптографических средств. Благодаря использованию таких средств кодирования ЭЦП достаточно хорошо защищена от подделки и обеспечивает высокий уровень защиты электронного документа от внесения в него искажений и изменений.

При генерации ЭЦП используется математический алгоритм вычисления хэш-функции электронного документа или сообщения. Хэш-функция превращает документ любой длины в конечную, обычно небольшую, последовательность символов, которая прикладывается к оригиналу. В настоящее время термин электронная подпись для данного метода аутентификации целостности документов уже не используют. Чаще применяют термины «слепок», «оттиск», «дайджест» документа. Очень хорошо подходит также термин «электронная печать»⁵⁵. Хэш-значение каждого документа уникально. И при внесении малейшего изменения в документ (даже если изменить одну запятую) его хэш-значение изменяется. Таким образом, получатель документа может с помощью открытого ключа отправителя расшифровать хэш-значение, указанное отправителем, и сравнить его с фактическим хэш-значением полученного документа. Если они совпадают, то это служит гарантией того, что документ был подписан именно владельцем данного закрытого ключа и что в процессе передачи документа в него не вносились изменения⁵⁶.

ЭЦП представляет собой результат криптографического преобразования.

ЭЦП для целей Закона «Об ЭЦП» жестко ориентирована на единственную технологию, разработанную в соответствии с требованиями

⁵⁵ Симонович П.С. Регулирование электронной цифровой подписи нормами права: международный опыт. // Журнал российского права. 2002. №3.—С.26.

⁵⁶ Агеев В. Правовое регулирование цифровой подписи и отметок времени в Германии // <http://www.russianlaw.net/law>

ГОСТа Р 34.10-2001 «Информационная технология. Криптографическая защита информации. Процессы формирования и проверки электронной цифровой подписи». Указанный ГОСТ введен в действие с 01 июля 2002 года в соответствии с Постановлением Госстандарта РФ от 12 сентября 2001 года № 380-ст⁵⁷ взамен аналогичного ГОСТа 1994 года.

По российскому законодательству ЭЦП генерируется посредством асимметричной криптографии. При создании и проверке электронной подписи используются два ключа: открытый и закрытый. В соответствии с Законом «Об ЭЦП» закрытый ключ представляет собой уникальную последовательность символов, известную владельцу сертификата ключа подписи и предназначенную для создания в электронных документах электронной цифровой подписи с использованием средств электронной цифровой подписи. Открытый ключ соответствует закрытому ключу подписи и предназначен для подтверждения с использованием средств электронной цифровой подписи подлинности электронной цифровой подписи в электронном документе. Открытый ключ предварительно перед отправлением скрепленного ЭЦП электронного документа передается получателю документа. Причем открытым ключом невозможно создать закрытый ключ или генерировать ЭЦП.

Определение криптографии основано на значении этого слова – «тайнопись». Определение криптографии дано в Руководстве по принятию Типового закона ЮНСИТРАЛ «Об электронных подписях»: криптография является отраслью прикладной математики, позволяющей преобразовывать сообщения в кажущуюся непонятную форму и обратно в подлинную форму. Термин «асимметричная криптосистема» раскрывается в Общих обычаях для удостоверения цифровым способом: «асимметричная криптосистема» («asymmetric cryptosystem»): асимметричная криптосистема, также часто определяемая как «криптосистема с открытым ключом» («public key

⁵⁷ Документ не опубликован, правовая система «КонсультантПлюс».

cryptosystem»), является информационной системой, использующей алгоритм или ряд алгоритмов, которые обеспечивают пару криптографических ключей, состоящих из закрытого ключа и соответствующего ему открытого ключа. Пара ключей имеет такие свойства, что:

- 1) открытый ключ способен подтвердить правильность цифровой подписи, создаваемой с использованием закрытого ключа, и
- 2) физически невозможно путем вычислений выделить или воспроизвести закрытый ключ из открытого ключа. Поэтому открытый ключ может раскрываться без значительного риска разглашения закрытого ключа».

К настоящему времени в доктрине сложилось два подхода к определению ЭЦП как правовой категории. Согласно одному из них ЭЦП является аналогом собственноручной подписи и при соблюдении указанных в законе условий приобретает равную с собственноручной подписью юридическую силу. Другой подход заключается в том, чтобы, не приравнивая ЭЦП к собственноручной подписи, учитывать в нормах права ее качественно иную природу. Представление об ЭЦП как аналоге собственноручной подписи основано на сходстве выполняемой этими видами подписи удостоверительной функции⁵⁸. Поскольку и ЭЦП, и собственноручная подпись используются для подтверждения подлинности авторства документов, эти явления рассматриваются как аналогичные. На наш взгляд ЭЦП, является видом аналога собственноручной подписи более сложным в техническом исполнении.

Несмотря на новизну ЭЦП как правового явления, в научной литературе появляются попытки провести определенную классификацию ЭЦП. При проведении классификации приводятся различные основания. В зависимости от способов распространения открытых ключей ЭЦП делится на:

1. Распространяемые с применением бумажных носителей;

⁵⁸ Правовые аспекты использования Интернет-технологий / под ред. А.С. Кемрадж, Д.В. Головерова. – М.: Книжный мир, 2002.—С.109.

2. Распространяемые с применением электронных носителей.

В зависимости от субъекта распространения предлагается следующая классификация:

1. Распространяемые через специализированного посредника (по Закону «Об ЭЦП» функции по распространению выполняет Удостоверяющий центр);
2. Распространяемые по соглашению между участниками обмена ЭД.

В зависимости от формы распространения открытых ключей ЭЦП можно разделить на:

1. распространяемые в свободной форме;
2. распространяемые в стандартизированной форме (часто требования предписываются законом, как в Законе «Об ЭЦП», статья 6)⁵⁹.

Автор считает, что обширность применения ЭЦП и многогранность института ЭЦП не исчерпывается указанной классификацией. На наш взгляд, допустимо привести и иные классификаторы, не ограничиваясь, по которым возможно осуществить разделение ЭЦП на:

— простую и расширенную ЭЦП (ранее уже упоминалось о таком разграничении ЭЦП в Директиве Европарламента «Об электронных подписях»; в Австрии применяется разделение на электронную подпись и безопасную электронную подпись; в Швеции применяются простая, расширенная и квалифицированная ЭЦП, в Болгарии простая, усовершенствованная и универсальная). В России возможно использовать только один вид подписи, других видов электронных подписей законодательством не предусмотрено.

Закон «Об ЭЦП» в статье 5 предусматривает обязанность по применению в информационных системах общего пользования сертифицированных средств ЭЦП, которые должны применять также и

⁵⁹ Шамраев А.В. Правовое регулирование информационных технологий (анализ проблем и основных документов). Версия 1.0.— М.: Статут, Интертех, БДЦ-пресс, 2003.—С. 46-47.

федеральные органы государственной власти, органы власти субъектов РФ и органы местного самоуправления. В частных корпоративных информационных системах допускается применение несертифицированных средств ЭЦП. Таким образом, в зависимости от сертифицированности средств ЭЦП можно выделить следующие виды ЭЦП:

— создаваемые сертифицированными средствами ЭЦП и создаваемые несертифицированными средствами ЭЦП.

В случае осложнения гражданских отношений по применению ЭЦП международным элементом возникает вопрос о признании юридического значения иностранных средств ЭЦП. В ряде стран при установлении юридической силы сертификата ключа подписи не должны приниматься во внимание географическое место, где выдан сертификат, место нахождения предприятия, выдавшего сертификат, если ЭЦП обеспечивает тот уровень надежности, который приемлем для конкретного типа гражданских отношений. В других странах не требуется прохождения процедуры легализации средства ЭЦП, созданные в государстве, с которым заключен международный договор. Более подробно проблема легализации иностранных средств ЭЦП описана ниже. В связи с этим предлагается провести следующую классификацию ЭЦП:

- создаваемые национальными средствами ЭЦП (сертификаты ЭЦП сторон гражданских отношений выданы в рамках одного государства);
- создаваемые иностранными средствами ЭЦП.

ЭЦП, созданные иностранными средствами ЭЦП, можно в свою очередь разделить на:

- требующие прохождения процедуры легализации;
- не требующие прохождения процедуры легализации.

Основное предназначение электронного аналога подписи — способность выступать в качестве средства идентификации адресата, а также предотвращения искажения информации, содержащейся в электронном документе. ЭЦП — аналог простой подписи, поэтому должна обладать ее

имманентными признаками. Здесь легко проводится параллель с подписанием обычных документов. При подписании документа на бумажном носителе преследуется цель защиты информации от искажения и удостоверения того факта, что сведения, содержащиеся в документе, исходят от конкретного автора, а не защита информации от прочтения посторонними лицами. Для защиты от прочтения документа нежелательными лицами применяются иные способы, такие как запечатанный конверт, штамп и другие. Так и в электронном документообороте для сохранения информации в тайне применяются иные инструменты, например, шифрование.

Аналогичная идея высказывается и Шамраевым А.В., который считает главной особенностью ЭЦП то, что она сама по себе не обеспечивает конфиденциальность данных, но вместе с тем обеспечивает выполнение функций защиты целостности и аутентификации. Понимание этих отличий важно с точки зрения регулирования использования соответствующих средств. В связи с этим в Руководстве по принятию Типового закона ЮНСИТРАЛ «Об электронных подписях» специально подчеркивается, что, «хотя применение криптографии является одной из основных особенностей цифровых подписей, тот простой факт, что цифровая подпись используется для удостоверения подлинности сообщения, содержащего информацию в цифровой форме, не следует путать с более широким применением криптографии в целях обеспечения конфиденциальности. В ряде стран применение криптографии в целях обеспечения конфиденциальности ограничивается законом по соображениям публичного порядка, которые могут включать соображения национальной безопасности»⁶⁰.

Как и другие технические средства, ЭЦП, помимо достоинств, имеет определенные недостатки. Как отмечал Филиппов А.П., алгоритм образования

⁶⁰ Шамраев А.В. Правовое регулирование информационных технологий (анализ проблем и основных документов). Версия 1.0.— М.: Статут, Интертех, БДЦ-пресс, 2003.—С.47.

ЭЦП является односторонней функцией. Обладая сведениями об открытом ключе и результате вычисления (сама электронная подпись), невозможно найти алгоритм создания ЭЦП, то есть закрытый ключ. Однако это не означает, что такой алгоритм не может быть найден⁶¹. В настоящее время используются ключи длиной 512, 1024 КБ, что доводит вероятность подделки ЭЦП 1 к 10^{21} . Бесспорно, если на протяжении длительного времени пользоваться устаревшими техническими средствами, то вероятность раскрытия алгоритма закрытого ключа значительно вырастает. В данном случае можно порекомендовать не отставать от научного прогресса и менять технические средства ЭЦП. Но в настоящий момент вероятность технического взлома ЭЦП практически равна нулю.

Вторым недостатком, который описание которого встречается в литературе, является то обстоятельство, что ЭЦП позволяет сделать лишь косвенный вывод об авторстве документа, так как сторона, принимающая заверенный ЭЦП электронный документ, не может быть полностью уверена в том обстоятельстве, что техническими средствами создания ЭЦП пользуется именно то лицо, которое указано в сертификате ЭЦП, полагается на осторожность и осмотрительность партнера к сохранению сведений о закрытом ключе. Подтверждение подлинности ЭЦП свидетельствует лишь о знании секретного ключа человеком, подписавшим документ⁶².

Конечно, в данном случае риск наступления неблагоприятных последствий лежит на владельце сертификата ключа подписи, сведения о закрытом ключе которого стали известны третьим лицам при условии добросовестности получателя электронного документа, подписанного ЭЦП (то есть получатель не знал и не мог знать об утере закрытого ключа).

⁶¹ Правовые аспекты использования Интернет-технологий / под ред. А.С. Кемрадж, Д.В. Головерова. – М.: Книжный мир, 2002.—С.108.

⁶² Правовые аспекты использования Интернет-технологий / под ред. А.С. Кемрадж, Д.В. Головерова. – М.: Книжный мир, 2002. С.108.

Но на практике часто встречается ситуация, когда владелец передает технические средства создания ЭЦП иным лицам (в основном директор организации, не обладая достаточными навыками работы с техникой либо не имея достаточно времени, передает закрытый ключ ЭЦП своему работнику). Особо распространена данная ситуация при использовании системы «Банк-Клиент» с целью управления расчетным счетом через Интернет. Получается, что документы, которые согласно действующему законодательству и уставу организации может подписывать только единоличный исполнительный орган, оформляет и подписывает иное лицо без каких-либо полномочий (почти во всех случаях не оформляется доверенность, не издается приказ, не вносятся изменения в банковскую карточку с образцами подписей и печати). Данную проблему, которую не всегда учитывают при работе и банки, и их клиенты, способно решить изменение в Законе «Об ЭЦП», в соответствии с которым было бы возможно было выступать в качестве владельца сертификата ключа подписи не только физическому, но и юридическому лицу.

При использовании ЭД и ЭЦП неизбежно сталкиваешься с такими новыми правовыми категориями, «электронный договор», «электронная сделка».

В теории понятия «электронный договор» и «электронная сделка» упоминаются достаточно часто⁶³, в то время как в законодательных актах практически отсутствуют. Действующее гражданское законодательство определяет сделки как действия граждан и юридических лиц, направленных на установление, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей, разделяя сделки по форме на устные и письменные. «Как все существующее имеет свои пределы, которые отделяют данное существующее от других предметов и которых очертания составляют форму, так и юридические сделки являются в известных формах и без них

⁶³ например, Вершинин А.П. Электронный документ: правовая природа и доказательство в суде. — М., 2000.—С.66.

неудобомыслимы. Но формы эти не одинаковы, а различны соответственно тому, как различными способами выражается воля». Именно так выразил свою мысль относительно разграничения сделок по форме Мейер Д.И.⁶⁴

Вопрос об отнесении электронной сделки к конкретной форме сделки однозначно решен на законодательном уровне. Согласно статье 160 ГК РФ, регуливающей порядок совершения сделок в письменной форме, при совершении сделок допускается использование электронной цифровой подписи в случаях и в порядке, которые предусмотрены законом, иными правовыми актами или соглашением сторон. А статья 434 ГК РФ позволяет заключать письменный договор путем обмена документами посредством электронной связи. Таким образом, Гражданский кодекс РФ учел и признал существовавшую до его принятия практику применения ЭЦП с учетом определенных законом или соглашением сторон возможности и порядка ее использования. Нарушение хотя бы одного из этих требований может служить достаточным основанием для оспаривания договора⁶⁵.

Определенная специфика и порядок заключения электронного договора, особенность использования электронного договора в качестве доказательства позволяет сделать вывод о том, что ставить знак равенства между письменным и электронным договорами не совсем корректно. Действующее законодательство в ряде случаев ограничивает сферу применения электронных договоров, императивно закрепляя упорядочивание отношений сторон путем заключения договора на бумажном носителе (данное обязательство законодательно закреплено при заключении сделки с непременно нотариальным удостоверением договора или сделки с недвижимостью).

⁶⁴ Мейер Д.И. Русское гражданское право (в 2 ч.). По исправленному и дополненному 8-му изд., 1902. Изд 3-е, испр. - М.: Статут, 2003.—С.208.

⁶⁵ Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая: Общие положения: Изд. 4-е, стереотипное. — М.: Статут, 2001.—С.436.

К настоящему времени количество сделок, заключаемых в электронной форме, по сравнению с письменными сделками, незначительно. На наш взгляд это связано с тем, что отсутствует необходимость выделения электронного договора в качестве самостоятельной формы договора. Но мы думаем, что с развитием электронной коммерции возникнет потребность разграничения письменной и электронной формы сделки и придания электронному договору особого статуса, в том числе и способности нотариального удостоверения электронных договоров и даже их государственной регистрации. В связи с этим считаем необходимым дать определение электронному договору.

Согласно статье 420 ГК РФ договором признается соглашение двух или нескольких лиц об установлении, изменении или прекращении гражданских прав и обязанностей. Как уже было сказано ранее, договор может быть заключен путем обмена электронными документами. Но в данном случае стороны договора должны быть уверены в том, что документ исходит из стороны договора, то есть должна быть осуществлена аутентификация автора ЭД. Кроме того, необходимо достоверно определить отсутствие искажений в документах. Все это позволяет сделать ЭЦП. Мы думаем, что момент заключения договора в электронной форме необходимо определять аналогично порядку заключения сделок в письменной форме как момент получения лицом, направившим оферту, ее акцепта.

Таким образом, можно определить электронный договор как соглашение двух или более лиц об установлении, изменении или прекращении гражданских прав и обязанностей, заключенное путем обмена документами посредством электронной связи и подписанное электронными цифровыми подписями данных лиц или иными аналогами собственноручной подписи.

При этом моментом заключения электронного договора будет считаться момент подтверждения подлинности лицом, направившим оферту, ЭЦП акцептанта, которым был удостоверен ЭД – акцепт.

Согласно проекту Федерального закона «Об электронной торговле», подготовленному Бачило И.Л. и Семилетовым С.И., электронной сделкой

является «любая сделка в рамках Гражданского кодекса Российской Федерации, оформленная и совершенная сторонами посредством проведения электронных операций»⁶⁶.

При заключении договора широко используются в качестве оферты конклюдентные действия. В частности, имеется в виду выставление предложенной к продаже или прокату вещи в витрине в случаях, когда соответствующие действия должны рассматриваться в качестве публичной оферты, то есть как предложение заключить договор, адресованное любому, кто отзовется. Проблема заключения договора посредством конклюдентных действий или молчания существует и в электронной коммерции и даже представляется острой в связи с активным использованием сети Интернет при рекламировании товаров и услуг и направлении оферты. Когда необходимо считать договор заключенным в случае направления оферты, подписанной ЭЦП: при совершении конклюдентных действий или при молчании потенциального контрагента?

В литературе спорным является вопрос о том, можно ли считать молчание разновидностью конклюдентных действий. Иоффе О.С. на поставленный вопрос дал отрицательный ответ⁶⁷.

Различия между конклюдентными действиями и молчанием проявляются наиболее убедительно, если встать на позицию стороны, которой они адресованы: при конклюдентном действии лицо выражает свою волю, а вторая сторона — и в этом смысле конклюдентного действия — имеет возможность сделать вывод о том, в чем состоит воля ее потенциального или

⁶⁶ текст законопроекта находится по адресу: <http://www.internet-law.ru/law/projects/e-torg.htm>

⁶⁷ Иоффе О.С. Советское гражданское право: Курс лекций: Общая часть. Право собственности. Общее учение об обязательстве. — М., 2002.—С. 197-198.; Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая: Общие положения: Изд. 4-е, стереотипное. — М.: Статут, 2001.—С.435.

действительного контрагента. При молчании заведомо ясно, что оно не может дать представления о воле лица как такового. По этой причине, если слова и конклюдентное действие в равной мере, но различным способом, выражают волю, то молчание само по себе никакой воли выразить не может. Необходимо, чтобы законодатель определил или стороны заранее согласовали, что будет означать молчание⁶⁸.

На основании этого можно сделать вывод о том, что форма сделки будет являться электронной в случае совершения конклюдентных действий лицом, получившим оферту в электронной форме, подписанной ЭЦП. И при условии совершения таких действий электронный документ создает права и обязанности для получателя. Необходимо учитывать одно немаловажное обстоятельство: оферта в электронной форме должна быть подписана ЭЦП или иным аналогом собственноручной подписи. Сделки, заключенные таким способом, характерны для рынка финансовых услуг, например при совершении маржинальных сделок, когда брокер, получая электронное поручение клиента, подписанное ЭЦП, на совершение сделки при недостаточности у клиента денежных средств или ценных бумаг, предоставляет последнему заем. Сам факт получения оферты в электронной форме, пусть и подписанной ЭЦП, права и обязанности для получателя не создает, если иное не было предусмотрено ранее между сторонами или законодательно.

При этом важно разграничивать ситуации, когда высылается конкретному лицу или неопределенному кругу лиц подписанная ЭЦП оферта, и публикация в сети Интернет или рассылка с помощью электронной почты договора в электронной форме. В случае распечатывания получателем электронной формы договора и его подписания будет иметь место заключение договора на бумажном носителе, а не в электронной форме. В настоящее

⁶⁸ Брагинский М.И., Витрянский В.В. Указ. соч.—С. 345-346.

время практически любой банк или брокерская компания помещает в электронной форме договоры и иные документы на свой официальный сайт.

§ 1.3. Общая характеристика законодательства об электронной цифровой подписи в России и за рубежом

Термин электронная цифровая подпись встречается во многих законах и подзаконных актах. Нормативные правовые акты предусматривают возможность использования ЭЦП в рамках отношений, которые являются предметом их регулирования. Значительное количество нормативных актов, в которых содержится понятие ЭЦП и которые регулируют отношения субъектов права в связи с применением ЭЦП, свидетельствует о межотраслевом характере института ЭЦП. Нормы, регулирующие отношения по использованию ЭЦП, имеют место в гражданской, банковской, налоговой, таможенной, пенсионной, административной и иных отраслях права.

Если обратиться налоговому законодательству, то согласно статье 80 Налогового кодекса РФ⁶⁹ налогоплательщик вправе подать декларацию, подписанную ЭЦП.

Таможенное законодательство позволяет осуществлять декларирование в электронной форме, что прямо предусмотрено Таможенным кодексом РФ⁷⁰ (статьи 63, 132, 423).

Пункт 2 статьи 8 Федерального закона «Об индивидуальном (персонифицированном) учете в системе государственного пенсионного

⁶⁹ Налоговый кодекс Российской Федерации (Часть первая) от 31 июля 1998 года №146-ФЗ // Российская газета.-1998.-06 августа.-№ 148-149.

⁷⁰ Таможенный кодекс Российской Федерации от 28.05.2003 №61-ФЗ // Российская газета.-2003.-06 июня.-№106; Российская газета.-1996.-10 апреля.-№68.

страхования»⁷¹ дает возможность работодателям подавать сведения обо всех лицах, работающих у них по трудовому договору, а также по договорам гражданско-правового характера, в Пенсионный фонд в электронной форме при условии подтверждения юридической силы предоставленных документов ЭЦП.

Законодательство о бухгалтерском учете в Российской Федерации позволяет использовать в первичных учетных документах ЭЦП лиц, ответственных за совершение хозяйственных операций и правильность их оформления (статья 9 Федерального закона от 21.11.1996 № 129-ФЗ «О бухгалтерском учете»⁷² и письмо Министерства Финансов РФ от 26 мая 2004 года № 04-02-05/2/28⁷³).

Но указанные акты нельзя признать полноценными источниками права, регулируемыми ЭЦП и отношения, связанные с ее использованием. Правовые акты МНС РФ или Таможенного комитета РФ регулируют процедуру подписания конкретных документов электронной подписью, аутентификации и подтверждения отсутствия искажения данных в ЭД. Но данные акты регулируют отношения по применению ЭЦП в конкретных правоотношениях и не носят универсальный характер. Анализ действующего законодательства России позволяет сделать вывод о межотраслевом характере института ЭЦП. Однако в большинстве случаев взаимоотношения сторон по применению ЭЦП складываются в рамках гражданско-правовых отношений и регулируются Гражданским кодексом и принятыми в соответствии с ним законами.

⁷¹ Федеральный закон от 01 апреля 1996 года № 27-ФЗ «Об индивидуальном (персонифицированном) учете в системе государственного пенсионного страхования // Российская газета.-1996.-10 апреля.-№68.

⁷² Российская газета.-1996.-28 ноября. -№228.

⁷³ Документ опубликован не был. Правовая система «КонсультантПлюс».

Первые попытки применения электронного документооборота в гражданско-правовых отношениях предпринимались в середине семидесятых годов. Правовое обоснование возможности использования ЭД опиралось на положения Гражданского кодекса РСФСР. ГК РСФСР 1964 года⁷⁴ устанавливал для некоторых договоров, в том числе и для договоров, заключаемых на финансовом рынке, письменную форму их заключения (ст.41-48). Возможность использования систем электронного документооборота для заключения договоров пытались обосновать исходя из принципа "что не запрещено, то разрешено".

В 1979 году Государственный Арбитраж СССР утвердил Инструктивные указания №И-1-4 «Об использовании в качестве доказательств по арбитражным делам документов, подготовленных с помощью электронно-вычислительной техники»⁷⁵, которые допустили использование ЭД и признали за ними юридическую силу. Согласно Инструктивным указаниям документы, изготовленные с помощью электронно-вычислительной техники, «поскольку они содержат данные об обстоятельствах, имеющих значение для дела, должны приниматься органами арбитража на общих основаниях в качестве письменных доказательств» (более подробно о судебной практике по делам об использовании ЭЦП и ЭД в главе 2).

В начале 80-х годов прошлого века был принят ряд ведомственных актов, определяющих требования к внутриотраслевым машинным документам (например, Приказом N 158 от 29 декабря 1980 г. Государственный комитет СССР по делам изобретений и открытий утвердил Положение о всесоюзной магнитно-ленточной службе патентной информации; свои положения были разработаны в ЦСУ СССР, Госплане СССР и некоторых других министерствах и ведомствах).

⁷⁴ Ведомости Верховного Совета РСФСР.-1964.-№24.-ст. 406.

⁷⁵ Систематизированный сборник инструктивных указаний Госарбитража при Совете Министров СССР. - М., 1983.—С. 47-49.

20 апреля 1981 г. Государственный комитет по науке и технике СССР постановлением N 100 утвердил «Временные общепромышленные руководящие указания о придании юридической силы документам, создаваемым средствами вычислительной техники». В этом акте, в частности, говорилось, что документ на магнитном носителе «используется без преобразования в человекочитаемую (визуальную) форму при передаче информации на предприятия, в организации и учреждения или для обмена информацией между ними» (п. 3). При заключении предприятиями договора об обмене документами на магнитных носителях им предписывалось устанавливать дополнительные реквизиты, которые должны были отражаться на человекочитаемых копиях магнитных документов (п. 22); предприятия регламентировали своими нормативными актами порядок преобразования в человекочитаемую форму применяемого документа на магнитном носителе, изготовления машинограммы (пп. 18, 36), а также внесения изменений в подлинник документа на машинном носителе (п. 24). Временные указания, по существу, были первым общесоюзным документом, регламентирующим использование документов на магнитных носителях для обмена информацией между предприятиями.

Государственный комитет СССР по стандартам 09 октября 1984 г. ввел с 01 июля 1987 года Постановлением ГОСТ 6.10.4-84 «Придание юридической силы документам на машинном носителе и машинограмме, создаваемым средствами вычислительной техники»⁷⁶. Данный стандарт определял требования к составу и содержанию реквизитов, придающих юридическую силу документам на машинных носителях информации, создаваемым средствами вычислительной техники, а также порядок внесения изменений в указанные документы⁷⁷.

⁷⁶ Бюллетень нормативных актов.-1987.-№7.— С.41.

⁷⁷ Косовец А.А. «Правовой режим электронного документа» // Вестник Московского Университета. - Серия 11. Право. - 1997.-№ 5.

Но в правовых актах советского права, предоставлявших возможность участникам гражданско-правовых отношений использовать электронные документы, отсутствовали нормы, устанавливающие порядок использования ЭЦП, иных аналогов собственноручной подписи и определяющие права лиц, применяющих ЭЦП.

Российское законодательство на первоначальном этапе своего развития также прямо не допускало использование ЭЦП. В соответствии со ст. 58 Основ гражданского законодательства Союза ССР и Республик (утверждены постановлением Верховного Совета СССР №2211-1 от 31 мая 1991 года)⁷⁸ при заключении договора в письменной форме допускаются и составление единого документа, подписываемого сторонами, и обмен письмами, телеграммами, телефонограммами и т.д. В связи с тем что перечень документов, которыми стороны могут обмениваться, не был исчерпывающим, делался вывод, что и электронные документы могут быть использованы для этих целей. Но эта же статья требует, чтобы пересылаемые документы были подписаны стороной, которая их отправляет. В то время утверждение о том, что электронная цифровая подпись может использоваться при заключении договоров вместо традиционных средств подтверждения подлинности документов (собственноручная подпись, мастичная печать), было недостаточно обоснованным.

Но, несмотря на отсутствие правового регулирования отношений по применению ЭЦП, в России уже начинала складываться практика по применению ЭЦП. Так, летом 1993 года юридическая фирма ЮКОН по заказу Межбанковского финансового дома разработала методику заключения финансовых сделок с использованием модема и электронной подписи.

⁷⁸ Ведомости ВС СССР.-1991.-26 июня.-№26.- ст. 733.

Договор об оплате заказа также был заключен с использованием электронной подписи.⁷⁹

Первым федеральным законом, указывающим на допустимость использования ЭЦП и его юридическую силу, стал Закон «Об информации». В частности, п. 3 ст. 5 данного Закона гласит: "Юридическая сила документа, хранимого, обрабатываемого и передаваемого с помощью автоматизированных информационных и телекоммуникационных систем, может подтверждаться электронной цифровой подписью.

Юридическая сила электронной цифровой подписи признается при наличии в автоматизированной информационной системе программно-технических средств, обеспечивающих идентификацию подписи, и соблюдении установленного режима их использования".

Такая формулировка предполагает, что электронный документ может быть заверен ЭЦП и использован в тех случаях, когда явно не предусмотрены другие требования к форме документа. Данная норма намного расширила возможности использованию ЭЦП в гражданском обороте, и ее принятие стало позитивным шагом в развитии гражданского права в области регулирования ЭЦП. Федеральный закон «Об информации» закрепил одно из важнейших предназначений ЭЦП — способность идентифицировать автора ЭД.

Одним из наиболее важных нормативных актов, создавших основу для использования ЭЦП в предпринимательской деятельности, стал Гражданский кодекс РФ⁸⁰. Так, согласно ст. 160 ("Письменная форма сделки") использование при совершении сделок факсимильного воспроизведения подписи с помощью средств механического или иного копирования,

⁷⁹ Гарибян А. Электронная цифровая подпись: правовые аспекты // Российская юстиция. 1996. №11.—С.13.

⁸⁰ Гражданский кодекс Российской Федерации (Часть первая) от 30 ноября 1994 года №51-ФЗ // Российская газета.-1994.-08 декабря.-№ 238-239.

электронно-цифровой подписи либо иного аналога собственноручной подписи допускается в случаях и в порядке, которые предусмотрены законом, иными правовыми актами или соглашением сторон.

В соответствии со ст. 434 ("Форма договора") договор в письменной форме может быть заключен путем составления одного документа, подписанного сторонами, а также путем обмена документами посредством почтовой, телеграфной, телетайпной, телефонной, электронной или иной связи, позволяющей достоверно установить, что документ исходит от стороны по договору.

И, наконец, ст. 847 ("Удостоверение права распоряжения денежными средствами, находящимися на счете") устанавливает, что договором может быть предусмотрено удостоверение прав распоряжения денежными суммами, находящимися на счете, электронными средствами платежа и другими документами с использованием в них аналогов собственноручной подписи, кодов, паролей и иных средств, подтверждающих, что распоряжение дано уполномоченным на это лицом.

Таким образом, Гражданский кодекс РФ разрешил использование электронных документов, заверенных электронно-цифровой подписью, во всех случаях, когда требуется письменная форма сделки, за исключением тех, при которых установлены специальные требования к форме документа. В тех случаях, когда подобные требования установлены подзаконными актами, для применения ЭЦП достаточно решения соответствующих органов о возможности использования параллельно с традиционными и электронных документов, удостоверенных ЭЦП.

Изначально наиболее широкое распространение электронные системы документооборота и ЭЦП получили в банковском секторе. Это было связано с увеличением числа и объемов транзакций, совершаемых кредитными организациями с клиентами и между собой, их трансграничностью. Банк России является органом, координирующим, регулирующим и лицензирующим организацию расчетных систем в Российской Федерации.

Его прерогативой является установление правил, форм, сроков и стандартов осуществления безналичных расчетов, а также правил их совершения, установление требований к платежным документам.

10 февраля 1998 года ЦБ РФ принял Временное Положение № 17-П «О порядке приема к исполнению поручений владельцев счетов, подписанных аналогами собственноручной подписи, при проведении безналичных расчетов кредитными организациями»⁸¹. Другими базовыми документами, регулирующими отношения по использованию ЭЦП в банковской сфере, являются Положение ЦБ РФ от 12 марта 1998 года № 20-П «О правилах обмена электронными документами между Банком России, кредитными организациями (филиалами) и другими клиентами Банка России при осуществлении расчетов через расчетную сеть Банка России», Положение ЦБ РФ № 36-П от 23 июня 1998 года «О межрегиональных электронных расчетах, осуществляемых через расчетную сеть Банка России». Общее число нормативных актов Центрального Банка России, регламентирующих отношения по использованию ЭЦП или позволяющих использовать ЭЦП в банковско-правовых отношениях, достаточно велико.

10 января 2002 года в истории российского правового регулирования отношений по использованию ЭЦП произошло знаменательное событие: был принят один из важных нормативных актов, призванных упорядочить отношения, связанные с использованием ЭЦП в коммерческом обороте. Был принят Закон «Об ЭЦП». Проект, который лег в основу Закона «Об ЭЦП», был разработан по поручению Правительства РФ Министерством связи России совместно с ФАПСИ, Гостехкомиссией России, Минюстом России, ФКЦБ РФ, Госстандартом РФ с участием Банка России⁸².

⁸¹ Вестник Банка России.-1998.-18 февраля.-№10.

⁸² Леонтьев К.Б.. Комментарий к Федеральному закону "Об электронной цифровой подписи" (постатейный). - М.: ООО "ТК Велби", 2003. — С.6.

До принятия Закона «Об ЭЦП», отмечает Наумов В.Б.⁸³, действовавшее законодательство применительно к использованию ЭЦП было диспозитивным, то есть предлагало участникам гражданского оборота самостоятельно определять аспекты собственной деятельности: от соответствующих юридических терминов до существенных условий гражданских договоров, которые заключаются между лицами, использующими ЭЦП.

Закон «Об ЭЦП» включает в себя 5 глав, объединивших 21 статью..

В главе I "Общие положения" (статьи 1-3) определяется цель Закона об ЭЦП, предмет регулирования, указывается на нормативно-правовую базу, имеющую отношение к регулированию вопросов ЭЦП, а также раскрываются основные понятия.

Статьи 4-7 объединены в главу II "Условия использования ЭЦП", в которой закреплены условия, при соблюдении которых признается равнозначность ЭЦП и собственноручной подписи, принципы использования ЭЦП, нормы, определяющие статус сертификата ключа подписи - документа, позволяющего подтверждать подлинность ЭЦП и ее принадлежность конкретному лицу.

Нормы, регулирующие деятельность и правовое положение удостоверяющих центров, порядок приостановления, аннулирования сертификата ключа подписи, а также основные права и обязанности лиц, использующих ЭЦП, составляют Главу III "Удостоверяющие центры" (статьи 8-15).

В главе IV "Особенности использования ЭЦП" (статьи 16-19) предусмотрены особенности использования ЭЦП в сфере государственного управления, в корпоративных информационных системах (с ограниченным кругом участников), а также условия признания юридического значения

⁸³ Наумов В.Б.. Право и Интернет: Очерки теории и практики. — М.: Книжный дом «Университет», 2002.—С.47

иностранных ЭЦП и случаи, когда ЭЦП может замещать печать, которой заверяется бумажный носитель.

Закон «Об ЭЦП» ставит своей целью обеспечение правовых условий использования ЭЦП в электронных документах, при соблюдении которых ЭЦП признается юридически равнозначной собственноручной подписи в документе на бумажном носителе. Концепция закона базируется на понятии государственных гарантий правомерности использования ЭЦП. Иначе говоря, по сравнению с иными аналогами собственноручной подписи только ЭЦП обеспечивает однозначное соответствие между электронным документом и лицом, его подписавшим⁸⁴. Что касается сферы применения Закона об ЭЦП, то здесь дело обстоит намного сложнее.

В силу прямого указания в пункте 2 статьи 1 сфера регулирования ограничивается только отношениями, возникающими при совершении гражданско-правовых сделок, и другими специально предусмотренными законодательством РФ случаями. Таким образом, для применения норм Закона в иных отношениях, нежели отношения на основании гражданско-правовых сделок, необходимо принятие законодательных актов. Здесь имеется определенное расхождение с Типовым законом ЮНСИТРАЛ об электронных подписях, который применяется в случаях использования ЭЦП в контексте коммерческой деятельности. При этом термину «коммерческая» должно придаваться широкое толкование, чтобы он охватывал вопросы, вытекающие из всех отношений коммерческого характера вне зависимости от того, являются ли они договорными или нет. Отношения коммерческого характера включают сделки, но не ограничиваются ими.

Закон «Об ЭЦП», определяя условия, при соблюдении которых ЭЦП признается равнозначной собственноручной подписи, указывает в качестве

⁸⁴ Войниканис Е.А. Якушев М.В. Информация. Собственность. Интернет: традиция и новеллы в современном праве. – М.: Волтерс Клувер, 2004.— С. 128-130.

обязательных требований наличие действующего сертификата ключа подписи, подтверждение подлинности ЭЦП в электронном документе, а также соответствие отношений, в которых используется ЭЦП, сведениям, указанным в сертификате ключа подписи. В то же время Модельный закон СНГ "Об электронной цифровой подписи" (принят на шестнадцатом пленарном заседании Межпарламентской Ассамблеи государств - участников СНГ 9 декабря 2000 г.)⁸⁵ определяет иные, но вместе с тем схожие, условия соответствия ЭЦП собственноручной подписи. ЭЦП будет иметь равнозначный статус с собственноручной подписью, если:

- она прошла проверку на подлинность при помощи открытого ключа электронной цифровой подписи, имеющего регистрационное свидетельство аккредитованного Центра регистрации, или в порядке, предусмотренном соглашением сторон;
- подписавшее лицо правомерно владеет закрытым ключом, используемым для создания электронной цифровой подписи;
- электронная цифровая подпись является действующей на момент подписания.

Одно лицо может быть владельцем любого количества сертификатов ключей подписей. При этом электронный документ с электронной цифровой подписью имеет юридическое значение при участии в отношениях, указанных в сертификате ключа подписи.

Модельный закон "Об электронной цифровой подписи", в отличие от Закона «Об ЭЦП», допускает использование средств электронной цифровой подписи, не имеющих сертификата, выданного Центром сертификации средств электронной цифровой подписи. При этом владелец несертифицированных средств электронной цифровой подписи (владелец закрытого ключа) обязан заявить об отсутствии сертификата всем пользователям открытого ключа, создаваемого этим средством электронной

⁸⁵ Банки и технологии.-2001.-№2; Правовая система «Гарант».

цифровой подписи. В случае использования заявленных несертифицированных средств электронной цифровой подписи риски убытков несут владелец закрытого ключа и получатель открытого ключа электронной цифровой подписи.

Законом «Об ЭЦП» предусматривается использование ЭЦП в информационной системе общего пользования и корпоративной информационной системе. Системы дистанционного банковского обслуживания, управление расчетным счетом через Интернет представляют собой корпоративную информационную систему. Именно в этой системе в настоящий момент получило наибольшее распространение ЭЦП.

Одной из отличительных особенностей Закона «Об ЭЦП» является его детальная регламентация изготовления и содержания сертификата ключа подписи как в информационной системе общего пользования, так и в корпоративной информационной системе.

В Законе «Об ЭЦП» устанавливаются правовой статус удостоверяющих центров, их функции. Определяются отношения этих центров с уполномоченным федеральным органом исполнительной власти, который ведет единый государственный реестр сертификатов ключей подписей удостоверяющих центров.

Закон указывает на так называемые «случаи замещения печатей». Это означает, что содержание документа на бумажном носителе, заверенного печатью и перенесенного в электронный документ, в соответствии с нормативными актами или соглашением сторон может заверяться ЭЦП уполномоченного лица. Возможность создания электронных копий заверенных печатью документов позволит постепенно устранить ту двойственность в отношениях между партнерами по сделкам, которая нередко существует в настоящее время: с одной стороны, имеется возможность оперативного обмена информацией с использованием ЭЦП, в то время как часть документов приходится отправлять друг другу на обычных бумажных

носителях, в том числе по причине необходимости скрепления их печатями в силу прямого указания закона⁸⁶.

Следует отметить, что ни статья 160 ГК, регулирующая вопросы письменной формы сделки, ни статья 434 ГК, посвященная форме договора, не выдвигает в качестве обязательного требования скрепление документов печатями⁸⁷.

Многие правоведаы признают, что Закон «Об ЭЦП» в современной редакции далек от совершенства. Отчасти этому есть объяснение: в принятии Закона главную роль играли государственные органы. Центральный Банк РФ и банковское сообщество как наиболее заинтересованные субъекты были отодвинуты от активного участия в законотворчестве.

Наблюдается несоответствие норм Закона принципам международного права и иностранного законодательства. Закон «Об ЭЦП» не воспроизводит подход иностранного законодательства и международного права к регулированию электронных подписей. Российский закон не регулирует отношения, возникающие при использовании иных аналогов собственноручной подписи.⁸⁸ Практически все ученые и практикующие юристы сходятся во мнении, что ограничительную норму необходимо изменить, позволив использовать ЭЦП для значительно более широкого круга юридических действий и документов. Наряду с этим следует четко указать в законе, какие документы не могут использоваться в электронном виде и, соответственно, подписываться ЭЦП. В зарубежном законодательстве об ЭЦП такие запреты относятся к завещанию, ряду процессуальных документов и другим. Такие нормы в современном российском законодательстве, за редким

⁸⁶ Леонтьев К.Б., указ. соч.—С. 51, 52.

⁸⁷ Серго А.Г. «Интернет и право». — М.: Бестеллер, 2003. — С. 18.

⁸⁸ Соловяненко Н.И. Правовое регулирование электронной торговли и электронной подписи (международный опыт и российская практика) // Хозяйство и право. 2003. №2.—С.43.

исключением отсутствуют. К исключению можно отнести положение статьи 4 Федерального закона от 11 марта 1997 года № 48-ФЗ «О переводном и простом векселе»⁸⁹, который допускает возможность составления простого и переводного векселя только на бумаге (бумажном носителе). Пленум Верховного Суда РФ и Пленум Высшего Арбитражного Суда РФ в постановлении от 4 декабря 2000 года № 33/14 «О некоторых вопросах практики рассмотрения споров, связанных с обращением векселей»⁹⁰ дал разъяснение, в соответствии с которым следует учитывать, что нормы вексельного права не могут применяться к обязательствам, оформленным на электронных и магнитных носителях (п.2).

В Положении ЦБ РФ от 3 октября 2002 года №2-П «О безналичных расчетах в Российской Федерации»⁹¹ устанавливаются требования к реквизитам расчетных документов. И если такие требования к чеку, как наличие наименования расчетного документа; числа, месяца, года его выписки; наименование банка плательщика и т.п., могут быть удовлетворены в электронных документах без особых сложностей, то такие требования, как наличие собственноручной подписи, заполнение чеков от руки чернилами физически не могут быть выполнены в отношении электронных документов.

Закон «Об ЭЦП», в отличие от Типового закона ЮНСИТРАЛ об электронных подписях, ориентирован исключительно на технологию использования ЭЦП, генерация которой основана на единственном математическом методе вычисления хэш-функции с использованием асимметричных криптографических открытых и закрытых ключей и не

⁸⁹ Федеральный закон от 11 марта 1997 года № 48-ФЗ «О переводном и простом векселе» // Российская газета.-1997.-18 марта. -№53.

⁹⁰ Российская газета.-2001.-13 января. -№7-8.

⁹¹ Положение Центрального Банка РФ от 3 октября 2002 года №2-П «О безналичных расчетах в Российской Федерации» // Вестник Банка России.-2002.-28 декабря.-№74.

допускает использования других технологий и расширительного охвата других известных способов организации электронной подписи и тех, которые будут изобретены и внедрены в будущем. Данное положение также не соответствует общепринятой мировой тенденции развития законодательства и действующей законодательной практике ООН, Европейского сообщества и ряда государств, где субъект, использующий электронную подпись, основанную на том или ином методе и технологии, сам решает, какая степень защиты электронного документа ему необходима. Предлагаемый Законом «Об ЭЦП» подход возможен для использования ЭЦП в отдельных определенных сферах, например в государственном управлении, где требования могут быть жестко установлены законом⁹².

Неоправданную жесткость и технологичность Закона «Об ЭЦП» отмечает и Шамраев А.В.⁹³ Закон «встраивает» административные механизмы (сертификацию и лицензирование) в рамки юридических последствий использования ЭЦП. Он также в высокой степени зависит от подзаконного регулирования. Ко времени принятия Закона «Об ЭЦП» в России сложилась определенная договорная практика использования ЭЦП, в которой сертификаты и внешние удостоверяющие центры традиционно рассматривались в качестве факультативных элементов. Можно сказать что, Закон «Об ЭЦП» вернул Россию к модели регулирования, от которой отошла ЮНСИТРАЛ. И уровень доверия к корпоративным системам, в которых применялась ЭЦП, особенно в банковской сфере, подкрепленным правовой

⁹² Бачило И.В., Семилетов С.И. Комментарий к Федеральному закону «Об электронной цифровой подписи». – Документ опубликован не был. Правовая система «Консультант Плюс».

⁹³ Шамраев А.В. Правовое регулирование информационных технологий (анализ проблем и основных документов). Версия 1.0.— М.: Статут, Интертех, БДЦ-пресс, 2003.—С.56.

регламентацией, был достаточно высоким и, по крайней мере, не вызывал публичных нареканий.⁹⁴

В результате анализа Закона «Об ЭЦП» можно выделить следующие недостатки, которые, как мы надеемся, в будущем будут устранены.

Терминологическая неопределенность.

Автор солидарен с мнением с А.В. Шамраева, который указывает в качестве недостатка Закона «Об ЭЦП» терминологическое закрепление ЭЦП как реквизита ЭД. Данное обстоятельство является препятствующим для широкого распространения ЭЦП, особенно в банковской сфере. Согласно требованиям Закона «Об ЭЦП» владелец счета обязан закрепить ЭЦП каждый платежный документ, отсылаемый банку по системе «Банк-Клиент». Это трудоемкое занятие для крупных корпоративных клиентов банков. Возможность удостоверения ЭЦП пакета электронных документов повысит привлекательность ЭЦП, что явилось бы позитивным фактором в распространении ЭЦП. На отсутствие возможности производить «автоматическое подписание документов компьютерными системами и подписывать за один раз пакет документов» как на серьезную недоработку указывают и банковские специалисты (например, заместитель начальника управления информационной безопасности Сбербанка России Сергей Гундарев⁹⁵).

Сдерживающим фактором, по нашему мнению, является и то обстоятельство, что согласно определению ЭЦП может принадлежать только физическому лицу. Это несколько ограничивает сферу применения ЭЦП и вносит ряд неудобств в применении. Но если уполномоченное лицо юридического лица перестанет таковым являться (например, при расторжении трудового договора), то организация уже не сможет воспользоваться данной ЭЦП. В то же время имеется риск злоупотребления владельцем ЭЦП, когда

⁹⁴ Наумов В.Б. указ.соч. — С.48.

⁹⁵ www.cnews.ru/newtop/index.shtml?2005/01/18/173000

они, уже перестав занимать должность в корпорации, отправляют электронные документы, подписав их ЭЦП и представляясь уполномоченными лицами корпорации.

Предлагается расширить субъектный состав категории «владелец ЭЦП», предусмотрев возможность выступать в качестве владельца ЭЦП и для юридического лица. Одновременно необходимо включить дополнительно категорию «оператор ЭЦП».

Оператор ЭЦП - лицо, уполномоченное владельцем электронной цифровой подписи на подписание электронных документов от имени владельца электронной цифровой подписи, совершение иных действий с использованием электронной цифровой подписи владельца электронной цифровой подписи, а также на осуществление подтверждения подлинности ЭЦП в электронных документах, адресованных владельцу ЭЦП.

Нам представляется не совсем точной норма, закрепленная в Законе, согласно которой «владелец сертификата ключа подписи обязан не использовать для ЭЦП открытые или закрытые ключи ЭЦП, если ему известно, что эти ключи использовались ранее» (статья 12 Закона «Об ЭЦП»). Вероятно, при создании Закона «Об ЭЦП» законодатель предполагал установить запрет на использование так называемых «скомпрометированных» средств ЭЦП, то есть когда сведения о закрытом ключе стали известны другим лицам либо закрытый ключ использовался ранее иными лицами. Но в связи с тем что в норме пропущено несколько слов, при дословном цитировании Закона неизбежен абсурдный вывод о том, что любое повторное использование закрытого ключа даже владельцем сертификата ключа незаконно. Также вызывает недоумение положение о запрете использования ЭЦП при компрометации открытого ключа. Сведения об открытом ключе общедоступны, и удостоверяющий центр выдает их пользователям с целью проверки принадлежности ЭЦП соответствующему владельцу. В иностранном законодательстве открытый ключ имеет название «публичный» ключ («public key»), что более соответствует действительности. В связи с этим автор не

соглашается с позицией Маньшина С.В., который в своей работе предлагает закрепить в качестве одного из важнейших принципов функционирования ЭЦП невозможность использования ЭЦП повторно.⁹⁶ Либо необходимо внести поправки уточняющего характера, в соответствии с которыми невозможно использовать повторно ЭЦП другими лицами после окончания срока действия сертификата ключа подписи первоначального владельца ЭЦП.

В Законе об ЭЦП отсутствует также важное требование к ЭЦП, как отображение времени генерации ЭЦП. Фиксация времени подписания электронного документа имеет важнейшее значение для устранения споров своевременности выражения воли автора.

Необходимо исключить требование о наличии в сертификате сведений об отношениях, в которых применяется ЭЦП.

В соответствии со статьей 6 Закона «Об ЭЦП» в сертификате ключа подписи должны содержаться сведения об отношениях, при осуществлении которых ЭД с ЭЦП будет иметь юридическую силу. Использование ЭЦП в отношениях, которые не указаны в сертификате ключа подписи, автоматически влечет недействительность ЭЦП. Данная зависимость свидетельствует о том, что Закон об ЭЦП вовсе не упростил, а, наоборот, значительно усложнил правовые отношения, возникающие в гражданском обороте в связи с использованием ЭЦП⁹⁷. Предлагается исключить данное норму как ограничивающее правовое положение владельца ЭЦП по использованию электронной цифровой подписи, либо оставить возможность

⁹⁶ Маньшин С.В. Гражданско-правовое регулирование применения электронно-цифровой подписи в сфере электронного обмена данными: Автореферат дис. ...канд. юрид. наук — М., 2001.—С. 10.

⁹⁷ Соловяненко Н.И. Правовое регулирование электронной торговли и электронной подписи (международный опыт и российская практика) // Хозяйство и право. 2003. №2.—С.45.

вносить сведения об отношениях, в которых ЭЦП не будет иметь юридической силы.

Если обратиться к законодательству Эстонской Республики, то, в соответствии со статьей 5 Закона Эстонской Республики от 08 марта 2000 года «О цифровой подписи»⁹⁸ (далее — Закон Эстонии «О цифровой подписи»), требования к содержанию сертификата ключа подписи несколько отличаются от российского подхода и установлены согласно европейскому законодательству. В Эстонии сертификат должен содержать не сведения об отношениях, в которых применяется ЭЦП, а об обратном: описание ограничений сферы использования сертификата.

Обязательность сертификата ключа подписи в корпоративных информационных системах.

По существующим на настоящий момент требованиям даже в корпоративной информационной системе (КИС), в которой порядок использования ЭЦП устанавливается решением владельца КИС или соглашением сторон (статья 17 Закона «Об ЭЦП»), необходимо оформлять на бумажном носителе сертификат ключа подписи. На практике требование об изготовлении сертификата ключа подписи удостоверяющим центром на бланке последнего в двух экземплярах препятствует скорейшему применению ЭЦП в гражданско-правовых отношениях. В связи с этим нами предлагается, в КИС требование об оформлении сертификата ключа подписи исключить, то есть оформление сертификата ключа подписи осуществляется в обязательном порядке только при соглашении сторон. Также возможно оформлять сертификат ключа подписи в электронной форме с отправкой последнего владельцу ЭЦП либо установить возможность включать сертификат ключа в текст основного договора об использовании ЭЦП без оформления на бланке.

В Эстонской Республике при определении регулятора отношений по применению цифровой подписи первоначально необходимо дать оценку виду

⁹⁸ текст закона находится по адресу: www.be-info.ee

правоотношений, где будет использоваться цифровая подпись. Регуляция частноправовых отношений опирается на диспозитивный принцип, и цифровая подпись используется в соответствии с соглашением сторон (статья 4 (1) Закона Эстонии «О цифровых подписях»). В публично-правовых отношениях цифровые подписи используются в соответствии с Законом и принятыми на его основе актами.

Исходя из данного разграничения способа регуляции на основе разделения отношений по применению цифровой подписи в Республике Эстония в корпоративных информационных системах сертификат цифровой подписи оформляется на основании соглашения сторон и может изготавливаться либо в бумажной, либо в электронной форме.

Процедура признания иностранного сертификата ключа подписи не отвечает требованиям делового оборота использования ЭЦП

По действующему законодательству иностранные сертификаты ключа подписи будут иметь юридическую силу на территории России при выполнении установленных процедур признания юридического значения иностранных документов. Но до настоящего времени нормы, регулирующие порядок признания иностранного сертификата ключа подписи, отсутствуют. Мы считаем, что данное требование является достаточно жестким. Типовой закон ЮНСИТРАЛ об электронных подписях закрепляет, что при установлении юридической силы сертификата ключа подписи не должны приниматься во внимание географическое место, где выдан сертификат, место нахождения предприятия, выдавшего сертификат. Аналогичное по смыслу положение содержит и Модельный закон СНГ от 9 декабря 2000 года «Об электронной цифровой подписи», согласно которому электронная подпись имеет юридическую силу, если может быть проверена открытым ключом, имеющим свидетельство, выпущенное одной из стран СНГ или государством, с которым есть договор о признании таких свидетельств.

Таким образом, предлагается исключить из Закона «Об ЭЦП» требование выполнения процедур легализации иностранного электронного

документа при установлении юридической силы иностранного сертификата ключа подписи.

По сравнению с российским Законом «Об ЭЦП» Закон Эстонии «О цифровой подписи» устанавливает понятную и определенную процедуру признания иностранных сертификатов. Сертификаты, выданные иностранными поставщиками сертификационных услуг, в Эстонии признаются имеющими равную силу с сертификатами, выданными поставщиками сертификационных услуг в Эстонии при соблюдении, как минимум, следующих условий:

- 1) согласно решению главного оператора государственного реестра по сертификации иностранный поставщик сертификационных услуг соответствует требованиям законодательства Эстонии;
- 2) сертификаты иностранного поставщика сертификационных услуг гарантированы поставщиком сертификационных услуг Эстонии, который принимает на себя всю ответственность за точность данных, содержащихся в сертификатах;
- 3) сертификаты, выданные иностранным поставщиком сертификационных услуг, признаются вступившим в силу международным договором Эстонской Республики.

Отсутствует координация с иными нормативными актами Российской Федерации.

В целом Закон «Об ЭЦП» достаточно слабо координируется с иными нормативными актами российского права. До сих пор значительная часть подзаконных актов, на наличие которых указывает закон, не принята. Не внесены изменения в акты, принятые до принятия Закона «Об ЭЦП» и содержащие нормы, которые входят в правовую коллизию с Законом. Например, Закон «Об информации» устанавливает, что распечатанный электронный документ приобретает юридическую силу после подписания должностным лицом в порядке, предусмотренном действующим законодательством. Но «порядок» и «должностное лицо» не определены.

Закон «Об ЭЦП» не устанавливает аналогичных требований, а при осуществлении электронного документооборота в корпоративных системах оставляет этот вопрос на усмотрение сторон. Именно отсылочный, а не конкретизированный характер многих норм Закона существенно снижает возможный положительный эффект от его принятия. При этом Закон «Об ЭЦП» ссылается на нормативные акты, а не на договоренность сторон. В отличие от российского закона, за рубежом к вопросам применения ЭЦП подходят более рационально, не абсолютизируя ЭЦП как «аналог собственноручной подписи», а рассматривая ее лишь как один из возможных способов идентификации участников правоотношений, связанных с использованием Интернета. Также иностранные законы об ЭЦП не привязаны жестко к тем или иным технологиям, процедурам проверки и сертификации. В результате за рубежом законодательство о цифровых подписях работает, а в России нет.⁹⁹

В настоящий момент в Мининформсвязи РФ разработан законопроект, вносящий поправки к Закону «Об ЭЦП», которые обеспечат возможность использования иных электронных аналогов собственноручной подписи, будут учитывать международную практику. Также предусматривается внесение корректировки для исключения зависимости закона от нормы, применяемой в технологии ЭЦП.¹⁰⁰

Статус удостоверяющего центра.

До недавнего времени законодательное закрепление статуса удостоверяющего центра вызывали непреодолимые трудности в процессе реализации возможности применения ЭЦП и недоумение правового сообщества. Согласно пункту 2 статьи 8 Закона «Об ЭЦП», деятельность

⁹⁹ Войниканис Е.А. Якушев М.В. Информация. Собственность. Интернет: традиция и новеллы в современном праве. – М.: Волтерс Клувер, 2004. — С. 128-130.

¹⁰⁰ www.cnews.ru/nwslne/index?2005/01/14/172905

удостоверяющего центра подлежала лицензированию в соответствии с действующим законодательством России о лицензировании отдельных видов деятельности. До 02 июля 2005 года Федеральный закон от 08 августа 2001 года № 128-ФЗ «О лицензировании отдельных видов деятельности» предусматривал лицензирование деятельности по выдаче сертификатов электронных цифровых подписей, регистрации владельцев электронных цифровых подписей, оказанию услуг, связанных с использованием ЭЦП, и подтверждению подлинности ЭЦП. Но 02 июля 2005 года Федеральным законом № 80-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О лицензировании отдельных видов деятельности», Федеральный закон «О защите прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при проведении государственного контроля (надзора)» и Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях»¹⁰¹ данное требование о лицензировании деятельности удостоверяющих центров отменили. Но для гармонизации законодательных актов необходимо внести изменения и в Закон «Об ЭЦП», исключив пункт 2 статьи 8.

Аналогом удостоверяющего центра в Эстонской Республике является Поставщик сертификационных услуг, которым является лицо или учреждение, выдающее сертификат и несущее ответственность за точность и содержание в нем данных (статья 9 Закона Эстонии «О цифровых подписях»). В отличие от России, в Эстонии законодательно устанавливаются определенные требования к поставщикам сертификационных услуг и их обязанности. Поставщиками сертификационных услуг в Эстонии могут быть только следующие лица и учреждения:

- 1) акционерные общества;
- 2) закрытые акционерные общества, чей акционерный капитал превышает 400 000 крон (примерно 880 000 рублей);

¹⁰¹ Российская газета.-2005.-06 июля.-№ 144.

- 3) публично-правовые юридические лица, если этой предусмотрено законом, касающимся публично-правовых лиц;
- 4) государственные учреждения, определенные Правительством Республики.

При этом государственные учреждения, определенные Правительством, могут в качестве поставщика сертификационных услуг выдавать сертификаты только для использования в публично-правовых отношениях. Перед началом деятельности по оказанию сертификационных услуг лица и учреждения должны быть включены в государственный реестр по сертификации в качестве поставщиков сертификационных услуг и зарегистрированы в соответствующем реестре Эстонии. Главным оператором реестра является Министерство транспорта и связи.

Поставщики сертификационных услуг в Эстонии должны проводить ежегодный аудит информационной системы на дату включения в государственный реестр по сертификации и предоставлять результаты аудита уполномоченному оператору государственного реестра по сертификации. Поставщики сертификационных услуг не должны иметь задолженности по уплате налогов или иных задолженностей, ставящих под угрозу оказание сертификационных услуг в соответствии с принципами Закона. Поставщики также должны страховать свою деятельность. При прекращении оказания услуг поставщик обязан не позднее, чем за месяц до прекращения деятельности в качестве такого лица известить пользователей своих услуг.

Международное право и законодательство других стран в сфере регулирования использования ЭЦП начало активно развиваться с середины девяностых годов прошлого века. В марте 1995 года Американской

ассоциацией юристов был разработан типовой договор об электронном обмене данными между торговыми партнерами.¹⁰²

Соглашение «Об электронном обмене данными» реализует три фундаментальные юридические цели, а именно:

- (а) упростить, разъяснить и модернизировать правовой механизм, регламентирующий торговые сделки;
- (б) придать юридическую силу сделкам, совершаемым электронным способом, обеспечить их правовое признание и, соответственно, судебную защиту;
- (с) способствовать дальнейшему расширению торговой практики на основе договоренности сторон.¹⁰³

Необходимо отметить, что в многочисленных международных договорах и конвенциях не предусматривается использование электронных эквивалентов письменной формы, подписи и документов, что позволяет сделать вывод, что на международном уровне проблемы электронной коммерции не получили правового закрепления. Кроме того, во многих международных документах нет унифицированных понятий «документа», «письменной формы», «подписи», вследствие чего они понимаются и толкуются неоднозначно.

Развитие права, регулирующего электронную коммерцию, позитивным образом влияет и на законодательство об ЭЦП. Стремление к обеспечению устойчивости хозяйственного оборота, неоспоримость заключения сделок

¹⁰² The Commercial Use of Interchange Agreements for Electronic data Interchange Recommendation № 26, adopted by the Working Party on Facilitation of International Trade Procedures.—Geneva.—March 1995. (<http://edocs.al.ru/edifact/Rec26.html>).

¹⁰³ Соловяненко Н.И. Правовое регулирование электронной торговли и электронной подписи (международный опыт и российская практика) // Хозяйство и право. 2003. №1.—С.28.

только на том основании, что они совершены путем обмена электронными документами, и признание ЭЦП в качестве достаточного доказательства волеизъявления обеспечивает надлежащее развитие и правового института ЭЦП как составной части законодательства об электронной коммерции.

На сегодняшний день в целях оказания помощи государствам в обновлении законодательства Комиссией Организации Объединенных Наций по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) в 1996 г. разработан Типовой закон «Об электронной коммерции», представляющий собой модельный акт, с помощью которого страны могут в национальном законодательстве решить основные проблемы, связанные с правовым регулированием договоров, заключаемых посредством электронного обмена данными. Большинство международных Конвенций и соглашений требуют наличия документов, исполненных на бумаге, и в случае противоречия национальному закону, текстуально соответствующему Типовому закону ЮНСИТРАЛ «Об электронной коммерции», будут иметь преимущественную силу.¹⁰⁴

Необходимость оформления в соответствии с конвенциями и соглашениями международных соглашений на бумажном носителе, закрепляя собственноручными подписями не подразумевает запрета на оформления гражданско-правовых отношений в электронной форме с помощью ЭЦП. Разработчики международных актов указывают, что для развития правовой базы по регулированию электронных соглашений не требуется вносить поправки в существующие конвенции, которые применимы не только к договорам, заключаемым традиционными способами, но также и к электронным договорам (например, Конвенция ООН о договорах международной купли-продажи товаров, Вена, 11 апреля 1980

¹⁰⁴ Горшкова Л.В. Правовые проблемы регулирования частноправовых отношений международного характера в сети Интернет: Автореферат дис. ...канд. юрид. наук — М., 2005. — С. 17-18.

года).¹⁰⁵ Согласно статье 13 Венской конвенции по международной купле-продаже товаров для целей Конвенции «под письменной формой» понимаются также сообщения по телеграфу и телетайпу. Следует иметь в виду, что это указание Конвенции носит характер терминологического пояснения иных видов письменных сообщений, направляемых электронной и иной связью, позволяющей достоверно установить, что документ исходит от стороны по договору. Для такого подхода имеются два основания. Во-первых, не Конвенцией, а национальным правом определяются требования к письменной форме сделки, когда ее применение обусловлено предписаниями императивных норм национального права. Во-вторых, использование в статье 13 Конвенции слова «также» не может свидетельствовать о намерении придать перечню императивный характер.¹⁰⁶

Соловяненко Н.И. справедливо отмечает, что в иностранной юридической доктрине по вопросу регулирования применения ЭЦП преобладает точка зрения, согласно которой в связи глобальным характером правового понятия ЭЦП и международным развитием электронной коммерции национальное должно быть сведено к нескольким унифицированным законам, стать последовательно международным и прозрачным. Данный принцип нашел отражение в Директиве Европарламента «Об электронных подписях». Директива устанавливает требования в отношении законодательства государств — участников, которые состоят в следующем:

¹⁰⁵ Доклад Рабочей группы по электронной конвенции о работе ее тридцать восьмой сессии (12-23 марта 2001), Комиссия ООН по международной торговле. – Вена. - 25-13 июля 2001 года. - С. 28.

http://www.uncitral.org/uncitral/ru/commission/working_groups/4Electronic_Commerce.html

¹⁰⁶ Розенберг М.Г. Контракт международной купли-продажи. Современная практика заключения. Разрешение споров. (издание 4-е, переработанное и дополненное) — М.: Книжный мир, 2003.— С. 18.

- предоставление услуг по выдаче сертификатов ключей электронных подписей не должно зависеть от предварительного разрешения;
- национальное законодательство должно признать средства электронной подписи, отвечающие общепризнанными стандартам средств электронной подписи, опубликованным в Официальном журнале Европейского Союза (Official Journal of the European Communities) (Глава 3 Директивы Европарламента «Об электронных подписях»);
- гарантировать, что средства электронной подписи, которые соответствуют требованиям Директивы, могут свободно обращаться на внутреннем рынке;
- гарантировать, что электронные подписи, созданные с помощью надежных средств ЭЦП и имеющие соответствующий сертификат, удовлетворяют юридическим требованиям к подписи в отношении данных в электронной форме, так же как и собственноручная подпись удовлетворяет таким требованиям;
- необходимо, чтобы юридическая сила электронных подписей и допустимость последних в качестве доказательств не отрицались на том основании, что подписи являются электронными, или не созданы при помощи надежных средств ЭЦП, или не имеют соответствующего сертификата (Глава 5 Директивы).¹⁰⁷

Первый в мире Закон о цифровой подписи был принят американским штатом Юта 09 марта 1995 года (Utah Digital Signature Act).¹⁰⁸ В Европе первым государством, которое приняло Закон об электронной подписи, стала Германия. Немецкий подход к приданию юридической силы договорам в

¹⁰⁷ Соловяненко Н.И. Правовое регулирование электронной торговли и электронной подписи (международный опыт и российская практика) // Хозяйство и право. 2003. №1.—С. 32.

¹⁰⁸ текст акта находится по адресу (англ.):

www.commerce.state.ut.us/web/commerce/digsig

электронной форме в части требования собственноручной подписи состоит в построении жесткого режима. В 1997 года вступил в силу Закон о цифровой подписи, который является статьей 3 Закона «О регулировании основных условий предоставления информационных и коммуникационных услуг». Процесс регулирования использования криптографии с открытым/закрытым ключом в Германии затрагивает технические требования к сертифицирующим органам, которые должны полностью соответствовать закону для того, чтобы получить разрешение на осуществление деятельности. Основной упор в Законе сделан на создание инфраструктуры ЭЦП, а не на признании их юридической силы.¹⁰⁹

13 марта 2000 года во Франции был принят закон № 2000-230 «О придании доказательственной силы информационным технологиям и об электронной подписи».¹¹⁰ Данный закон внес изменения и дополнения в Гражданский Кодекс Франции и определил понятие, основные характеристики, а также критерии, при выполнении которых ЭЦП признается юридически значимой. Электронная подпись должна идентифицировать личность того, кто ее поставил, и должна выполняться с помощью надежного способа, гарантирующего ее связь с документом, к которому она относится. Достоверность такого способа презюмируется при отсутствии доказательства об обратном, если электронная подпись поставлена, личность подписавшего установлена, а целостность правого документа гарантирована в соответствии с условиями, установленными декретом Государственного Совета (*decret en Conseil d'Etat*). При этом важно отметить, что в судебном процессе судья самостоятельно определяет наиболее достоверный документ любыми средствами, независимо от носителя. Таким образом, юридическая сила ЭД,

¹⁰⁹ Дутов М. Сравнительный анализ европейского законодательства в области электронного документооборота // <http://www.russianlaw.net/law/doc/a147.htm>

¹¹⁰ текст акта находится по адресу (фр.):

www.adminet.com/jo/20000314/JUSX9900020L.html

подписанного ЭЦП, может оказаться выше, чем сила документа на бумажном носителе.

В США федеральный закон «Об электронных подписях в глобальной и национальной коммерции» («The Electronic Signatures in Global and National Commerce Act») был принят 30 июня 2000 года. Согласно комментариям «Кахн Консалтинг Инк» («Kahn Consulting Inc»), данный закон в силу того, что это первый федеральный закон США, представляет собой общий закон без жестких императивных норм. Либеральная дефиниция электронной подписи (electronic signature, e-signature) также объясняется и действием Закона от 10 ноября 1978 года «Об электронном переводе денежных средств» (Uniform Electronic Transactions Act).

Под электронной подписью, по закону США, понимается электронный звук, символ или процесс, присоединяемый или логически ассоциируемый с договором или иной записью и выполняемый или допускаемый лицом с намерением подписать документ. Определение технологически нейтрально, не устанавливает жесткой технологической процедуры генерации ЭЦП и нацелено с развитием технологии на расширение самого понятия электронной подписи.

В Соединенных Штатах существует три категории электронной подписи: простая, защищенная и цифровая (Common, Secure, Digital). Данное разграничение не является жестким, но отражает квалифицирующие различия в доказательственной силе подписи, технологических особенностях и процедуре создания.

Простая электронная подпись не имеет жесткой привязанности к технологии ее создания и определяется как любой метод подписания без применения любой специальной технологии для усиления защиты подписи, ее способности идентификации или иной силы как доказательственной силы. Такой подписью может быть электронный адрес подписавшего; цифровой образ собственноручной подписи; «клик-рэп» (“click-wrap”), который представляет собой нажатие на клавишу в программе, чем подписывающий

дает свое согласие на совершение действия (этот метод распространен в электронных магазинах). Использование простой электронной подписи зачастую порождает правовые споры: например, оспаривалось приобретение пожилой женщиной авиабилета во Флориду первым классом стоимостью 6 000 долларов США, когда она выразила согласие на приобретение путем нажатия программной клавиши «Согласен».

При защищенной электронной подписи, в отличие от простой подписи, используется ряд технологий для повышения способности идентификации и юридической силы, такие как: «динамическая подпись» (“signature dynamics”), заключающаяся в подписании документа с помощью сенсорного экрана собственноручно; биометрические характеристики человека (голос, особенности печатания текста), собственные криптографические методы.

Цифровая электронная подпись основана на криптографическом методе генерации и подтверждения ЭЦП. Правовой статус ЭЦП, применяемой в России, соответствует данному виду электронной подписи. Но ввиду того, что федеральный закон США технологически нейтрален, требования законодательства штатов США и других государств о применении определенной технологии ЭЦП могут быть признаны не применяемыми к отношениям сторон по использованию ЭЦП.¹¹¹

Согласно статье 301 Закона США стороны самостоятельно устанавливают приемлемые технологии подтверждения подлинности и модели применения в своих сделках с гарантией того, что такие модели и технологии подлежат принудительному обеспечению. Но ввиду высокой юридической силы ЭЦП, применяемой на основе криптографии, юристы США рекомендуют использовать криптографический метод.

Законодательство многих стран и международные соглашения ставят вопрос о применении технологии ЭЦП на решение сторон договора, придавая особое значение автономии воли автора ЭЦП. Однако автономия воли не

¹¹¹ www.KahnConsultingInc.com

должна быть настолько широкой, чтобы разрешить сторонам отходить от положений, основанных на соображениях публичного порядка, например, предусматривать ослабление статутных требований в отношении подписи в пользу применения методов установления подлинности, которые обеспечивают меньшую степень надежности по сравнению с электронными подписями.¹¹²

Страны СНГ не отстают от общемирового правового развития. В январе 2000 г. в Республике Беларусь был принят закон "Об электронном документе", в котором заложена правовая основа использования ЭЦП применительно к электронным документам. В Республике Таджикистан с 10 мая 2002 года действует закон «Об электронном документе». Закон с аналогичным названием с 19 декабря 2000 года действует на территории Туркмении.

¹¹² Доклад Рабочей группы по электронной торговле о работе ее 44-й сессии (Вена, 11-22 октября 2004 года). Комиссия ООН по праву международной торговли. 38-я сессия (Вена, 4-22 июля 2005 года). — С. 21.

http://www.uncitral.org/uncitral/ru/commission/working_groups/4Electronic_Commerce.html

Глава 2. Защита гражданских прав лиц, использующих электронный документ и электронную цифровую подпись

§ 2.1. Защита гражданских прав лиц, использующих электронную документ и цифровую подпись; признание юридической силы электронного документа, подписанного электронной цифровой подписью

Общие начала гражданского законодательства основаны на признании равенства участников гражданско-правовых отношений (статьи 1, 2 Гражданского кодекса РФ). Юридические и физические лица, вступая друг с другом в отношения по использованию электронной цифровой подписи, обладают правами и обязанностями, становятся носителями субъективных гражданских прав. Признавая за тем или иным лицом определенные субъективные права и обязанности, гражданское законодательство предоставляет управомоченному лицу и право на защиту. Право как мера свободы, должно обеспечиваться охраной со стороны государства. Раз свобода лица в известных пределах признана, насильственное вторжение в нее должно быть отражено: без этого пользование свободой будет призрачным и совместная жизнь невозможной. Государство берет право под свою охрану и всякими мерами, могущими привести к желаемой цели, защищает обладателя права от нарушения его¹¹³. Как справедливо замечает В.П. Грибанов, субъективное право, предоставленное лицу, но не обеспеченное от его

¹¹³ Мейер Д.И. Русское гражданское право (в 2 ч.). По исправленному и дополненному 8-му изд., 1902. Изд 3-е, испр. М.:— Статут, 2003.—С. 301.

нарушения необходимыми средствами защиты, является лишь «декларативным правом»¹¹⁴.

Заинтересованное лицо может по своему усмотрению пользоваться правом на защиту. Свобода выбора способов защиты возникает в силу принципов самостоятельности и диспозитивности участников гражданского оборота, а также в результате закрепления в различных источниках многочисленных форм и способов защиты и отдельных правил об их выборе заинтересованными лицами¹¹⁵.

А.П. Сергеев понимает под формой защиты комплекс внутренне согласованных организационных мероприятий по защите субъективных прав и охраняемых законом интересов. В своих трудах он выделяет две основные ее формы: юрисдикционную и неюрисдикционную. Рамками юрисдикционной формы защиты охватывается защита в судебном порядке (общий порядок)¹¹⁶. А.В. Вершинин замечает синонимичность терминов формы и способы защиты прав, понимая под способом защиты прав предусмотренные законом действия, которые непосредственно направлены на устранение препятствий на пути осуществления прав субъектами¹¹⁷.

¹¹⁴ Грибанов В.П. Осуществление и защита гражданских прав. Изд. 2-е, стереотип. — М.: Статут, 2001.—С.104.

¹¹⁵ Вершинин А.В. Выбор способа защиты гражданских прав. — СПб.: Специальный юридический факультет по переподготовке кадров по юридическим наукам Санкт-Петербургского государственного университета, 2000.—С.22.

¹¹⁶ Гражданское право: Учебник. Ч.1. Изд. 2-е, перераб. и доп./ Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. — М.: Теис, 1996.—С.268-270.

¹¹⁷ Вершинин А.В. указанное сочинение.—С.32.

Е.Е. Богданова, соглашаясь с мнением Г.А. Свердлыка и Э.Л. Страунинга, определяет в действующем законодательстве три формы защиты: судебную, административную и самозащиту¹¹⁸.

В литературе высказано множество суждений в отношении понятия и квалификации форм и способов защиты гражданских прав и интересов, и разрешение этого вопроса выходит за рамки настоящей работы. Но, как отмечает В.П. Грибанов, правильное решение вопроса о разграничении форм защиты права зависит:

- во-первых, от выяснения характера материально-правовых требований, подлежащих рассмотрению;
- во-вторых, от выяснения особенностей и характера компетенции того органа, который рассматривает данное требование;
- в-третьих, от выяснения специфических особенностей самого порядка рассмотрения спора¹¹⁹.

Гражданское законодательство не содержит формулировки понятия самозащиты, допуская ее существование. Самозащита, исходя из самого названия, предопределяет самостоятельное восстановление субъектами гражданско-правовых отношений своих нарушенных прав без обращения в государственные и судебные органы. Непосредственное урегулирование споров характерно для хозяйственного оборота. Самозащита представляет собой экономную и оперативную форму защиты нарушенных гражданских прав. Однако Д.И. Мейер отводит самозащите второстепенную роль, допуская защиту права самим его обладателем только по исключению, когда помощь со стороны государства может явиться слишком поздно. Самозащита может выражаться или в виде самообороны, то есть самоличного отражения

¹¹⁸ Богданова Е.Е. Формы и способы защиты гражданских прав и интересов // Журнал российского права. 2003. №6.—С.32.

¹¹⁹ Грибанов В.П. указанное сочинение.—С.109.

посягательства на право, или в виде самоуправства, то есть самоличного восстановления уже нарушаемого права¹²⁰.

В.П. Грибанов под самозащитой понимает совершение управомоченным лицом дозволенных законом действий фактического порядка, направленных на охрану его личных или имущественных прав и интересов. При этом необходимо различать предпринимаемые управомоченным лицом для самозащиты своих прав меры превентивного характера и меры активно-оборонительного характера. Необходимая оборона и действия при крайней необходимости относятся к мерам активно-оборонительного характера. К мерам превентивного характера относятся, в частности, используемые собственником меры охраны своего имущества¹²¹.

Исходя из особенностей гражданско-правовых отношений по использованию электронной цифровой подписи и электронных документов выделение конкретных и исключительно присущих данным отношениям действий такого способа защиты гражданских прав, как самозащиты, является проблематичным. С учетом вспомогательного характера отношений по использованию ЭЦП применительно к конкретным имущественным и обязательственным отношениям (например, направление кредитной организации клиентом платежного поручения посредством системы «Банк-Клиент» или совершение сделки с ценными бумагами через сеть Интернет) подавляющее большинство действий самозащиты представлено в форме предъявления требований к заключенным сделкам. Субъекты электронного документооборота прибегают к возможностям самозащиты при урегулировании споров и конфликтных ситуаций, возникших в результате компрометации закрытого ключа ЭЦП, нарушения нормального функционирования средств ЭЦП. В большинстве случаев конфликтные ситуации разрешаются путем создания комиссий из представителей сторон.

¹²⁰ Мейер Д.И. указанное сочинение.—С. 301.

¹²¹ Грибанов В.П. указанное сочинение.—С.117.

Меры превентивного характера при самозащите гражданских прав участников электронного документооборота в большинстве случаев являются многогранными по своей природе и представляют собой, с одной стороны, меры по охране имущества (правомочия собственника или субъекта вещного права), а с другой стороны — обязанности владельца ЭЦП. Сюда относятся защита средств криптозащиты от утери, хищения; действия, направленные на сохранение конфиденциальности средств ЭЦП, обеспечение режимного допуска к техническим средствам обработки информации (например, в кредитных организациях, брокерских компаниях). На практике указанные меры самозащиты гражданских прав представлены в виде обязанностей для субъектов, применяющих ЭЦП, закрепленных в соглашениях и регламентах.

Основную роль в защите гражданских прав и интересов участников электронного документооборота играет суд. Особый статус суда в обеспечении осуществления прав и свобод предопределен не только гражданским законодательством, но и конституциональными принципами государства. Конституция РФ предоставила каждому гарантию на судебную защиту его прав и свобод (статья 46)¹²².

Конституциональное закрепление для участников гражданского оборота возможности защиты своих прав в суде обеспечивает устойчивость и стабильность гражданско-правовых отношений и позитивным образом оказывает воздействие на их развитие. Все участники гражданско-правовых отношений согласно статье 11 Гражданского кодекса РФ имеют право на судебную защиту своих нарушенных или оспоренных прав. Любое заинтересованное лицо вправе обратиться в арбитражный или гражданский суд с целью защиты своих прав (ст. 4 Арбитражного процессуального кодекса

¹²² Российская газета.-1993.-25 декабря. -№ 237.

РФ (далее — АПК РФ)¹²³, ст. 3 Гражданского процессуального кодекса РФ (далее — ГПК РФ)¹²⁴). Не являются исключением и лица, использующие в своей хозяйственной деятельности ЭЦП и иные электронные средства документооборота и идентификации авторства.

Возможность обеспечить судебную защиту гражданских прав участникам электронного документооборота, несомненно, важнейший вопрос использования ЭЦП и электронных документов. Способность выступать в судебном процессе в качестве доказательства является необходимым качеством электронного документа, подписанного ЭЦП. Электронный документ можно признать обладающим юридической силой тогда и только тогда, когда его можно признать доказательством в суде, и, следовательно, такой документ способен обеспечить защиту законных прав и интересов лиц. Участники гражданского оборота не будут переходить на электронный документооборот, если у них не будет убежденности в возможности отстаивать свою позицию в суде.

Проблема придания юридической силы электронным документам, подписанным ЭЦП, связана с вопросом признания электронных документов в качестве доказательства в суде. Однако в науке обосновывается концепция, согласно которой доказывание является межотраслевым и комплексным институтом. Одним из направлений влияния Гражданского кодекса РФ является процессуальное законодательство в сфере юрисдикции. Взаимосвязи развития, по крайней мере, гражданского и гражданско-процессуального

¹²³ Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации (Федеральный закон от 24 июля 2002 года № 96-ФЗ) // Российская газета.-2002.-27 июля. -№ 137; Собрание законодательства РФ.-2002.-№ 30.-ст. 3012.

¹²⁴ Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации (Федеральный закон от 14 ноября 2002 года № 138-ФЗ) // Собрание законодательства РФ.-2002.-№ 46.-ст. 4532; Российская газета.-2002.-20 ноября.-№ 220.

права отмечены давно в цивилистической и процессуальной науке. Так, В.Ф. Яковлев, характеризуя метод гражданско-правового регулирования, отмечает его воздействие на формирование гражданско-процессуального метода регулирования и его содержательные характеристики.¹²⁵ Важная особенность доказывания заключается и в том, что источником доказывания является не только процессуальное законодательство, но и материальное право. Так, предмет доказывания, правовые презумпции, допустимость и недопустимость отдельных доказательств и многое другое установлены в нормах материального права.

Документ в процессе судебной защиты гражданских прав рассматривается как разновидность письменных доказательств, а в доказательственном праве Англии и США письменные доказательства чаще называют документальными.¹²⁶

Чтобы документы могли вызвать определенные юридические последствия, необходимо формальное подтверждение того, что каждый документ в отдельности создан правомерно, а содержание его достоверно.

Что касается документов, обработанных средствами вычислительной техники, то вся проблема их юридической силы сводится, главным образом, к установлению и нормативному закреплению определенных условий, соблюдение которых дает основание считать создание конкретного электронного документа правомерным, а сам документ — достоверным и обязательным к применению или к исполнению¹²⁷.

¹²⁵ Решетникова И.В., Ярков В.В. Гражданское право и гражданский процесс в современной России. - М.: Издательство НОРМА, 1999.—С.1.

¹²⁶ Решетникова И.В. Доказательственное право Англии и США. - М.: Городец, 1999.—С. 152.

¹²⁷ Венгеров А.Б., Пертцик В.А., Самощенко И.С. Правовые основы автоматизации управления народным хозяйством СССР: Учеб. пособие. — М.: Высш. школа, 1979.—С. 141-142.

В науке сформулирован ряд признаков, которые позволяют говорить о наличии у документа юридической и, соответственно, доказательственной силы при использовании документа в процессе защиты гражданских прав.

- Фиксируемые в документе сведения о фактах, обстоятельствах имеют значение для конкретного дела (в последнее время в науке такие сведения называют информацией, подлежащей установлению для разрешения спора). Это наиважнейший признак доказательств, определяющих его сущность, который закреплен в ч.1 ст. 67 АПК РФ: «Арбитражный суд принимает только те доказательства, которые имеют отношение к рассматриваемому делу»; в статье 59 ГПК РФ: «Суд принимает только те доказательства, которые имеют значение для рассмотрения и разрешения дела».

- Документ должен содержать такие сведения, носитель которых известен и которые могут быть проверены. Необходимо определить лицо, составившее документ. Суд оценивает достоверность каждого доказательства. В суде не могут быть использованы анонимные источники сведений. Анонимные документы могут иметь негативные последствия для автора, а их информация может быть опровергнута в суде.¹²⁸

- Документ, обработанный ЭВМ, должен быть создан полномочным органом (должностным лицом), в компетенцию которого входит решение вопросов, содержащихся в данном документе, или, если документ исходит от гражданина, в пределах его фактической осведомленности.

- В процессе автоматизированного создания документа должны быть соблюдены все необходимые условия, обеспечивающие защиту информации от повреждений, потери, искажений и так далее. К таким условиям относится целый ряд предусмотренных технологией работы ЭВМ и закрепленных в соответствующих нормативно-технических актах технологических и

¹²⁸ Вершинин А.П. Электронный документ: правовая природа и доказательство в суде. — М., 2000. — С.49, 104.

организационных мер по осуществлению автоматизированного и неавтоматизированного контроля и ревизии всех этапов их обработки, обеспечивающих достоверность этих данных¹²⁹.

В гражданском материальном законодательстве электронные документы при определенных условиях к письменным (п.2 ст.160, п.2 ст.434 ГК РФ). Электронный документ, как уже было отмечено, представляет собой разновидность документа с отличной формой материального носителя.

Возможность использования электронного документа в качестве доказательства при защите прав и интересов субъектов электронного документооборота судебном практикой рассматривалась еще в советском праве.

В 1979 году Государственный Арбитраж СССР утвердил инструктивные указания № И-1-4 «Об использовании в качестве доказательств по арбитражным делам документов, подготовленных с помощью электронно-вычислительной техники» (далее — Инструктивные указания Госарбитража СССР)¹³⁰. Согласно Инструктивным указаниям Госарбитража СССР документы, изготовленные с помощью электронно-вычислительной техники, «поскольку они содержат данные об обстоятельствах, имеющих значение для дела, должны приниматься органами арбитража на общих основаниях в качестве письменных доказательств». Таким образом, правоприменительная практика еще в советский период развития гражданского права признала за электронными документами юридическую силу.

Морозов Д.В справедливо замечает, что в Инструктивных указаниях Госарбитража СССР не конкретизировалось, как исполнить требования о

¹²⁹ Венгеров А.Б., Пертцик В.А., Самощенко И.С. Правовые основы автоматизации управления народным хозяйством СССР: Учеб. пособие. — М.: Высш. школа. 1979.—С.142.

¹³⁰ Систематизированный сборник инструктивных указаний Госарбитража при Совете Министров СССР. - М., 1983.—С. 47-49.

предоставлении машинного документа в удобном для восприятия виде. Таким образом, могли возникать споры о допустимости таких документов. Каждая из сторон могла изготовить и представить свою версию машинного документа.¹³¹

В связи с этим Инструктивные указания Госарбитража СССР устанавливают, что в подготовленных документах должно быть указано, какой вычислительный (информационно-вычислительный) центр и когда их подготовил (пункт 4). В таком случае ответственность за достоверность документа возлагалась на вычислительные центры. Следует иметь в виду, что в момент разработки и принятия Инструктивных указаний возможность доступа у хозяйствующих субъектов к электронно-вычислительной технике и телекоммуникациям практически отсутствовала, и именно поэтому требовалось обращение к вычислительным центрам. Как указывается Наумовым В.Б.,¹³² во время разработки и принятия Инструктивных указаний доступ к вычислительным центрам был весьма ограничен, а вычислительных центров на территории СССР не было в большом количестве, и действовали они, в основном, в крупных городах и в столицах Республик. Таким образом, ввиду малого количества учреждений, которые преобразовывали данные на машинном носителе в форму, пригодную для восприятия, проблема существования разных версий электронных документов не стояла остро. В настоящее же время практически любое лицо может получить доступ к информационным технологиям, и указанное в пункте 4 Инструктивных указаний Госарбитража СССР положение относительно круга привлекаемых в качестве вычислительных центров лиц следует толковать широко.

Вершинин А.П., отвечая на часто поднимаемый в юридической практике вопрос, считает, что электронные документы должны

¹³¹ Правовые аспекты использования Интернет-технологий / под редакцией А.С. Кемрадж, Д.В. Головерова.— М.: Книжный мир, 2002.—С. 87.

¹³² Наумов В.Б. Право и Интернет: Очерки теории и практики. — М.: Книжный дом «Университет», 2002.—С.228.

предоставляться в суд не в виде технического носителя, а в письменном текстовом виде, который позволяет визуально и устно исследовать и обсудить доказательство. Данные, содержащиеся на техническом носителе, могут быть использованы в качестве доказательств по делу только в случаях, когда они преобразованы в форму, пригодную для обычного восприятия и хранения в деле.¹³³ Однако, на взгляд автора, электронный документ, удостоверенный ЭЦП, возможно представить на рассмотрение суда и в электронной форме с помощью технических средств (например, ноутбук). В данном случае суд может непосредственно удостовериться в авторстве документа и целостности ЭЦП. При необходимости приобщения к делу документ возможно распечатать.

Пленум Верховного Суда СССР в постановлении от 1 декабря 1983 г. N 10 "О применении процессуального законодательства при рассмотрении гражданских дел в суде первой инстанции" (с изменениями от 3 апреля 1987 года)¹³⁴ в пункте 9 дал аналогичное по смыслу Инструктивным указаниям разъяснение: «В случае необходимости судом могут быть приняты в качестве письменных доказательств документы, полученные с помощью электронно-вычислительной техники... Эти материалы оцениваются в совокупности с другими доказательствами». Но какие-либо конкретизирующие нормы и разъяснения в постановлении не приводились.

До января 2003 года действовало Постановление Верховного Суда СССР от 9 июля 1982 г. N 7 "О судебном решении"¹³⁵ (данное Постановление не подлежит применению на территории РФ согласно Постановлению

¹³³ Вершинин А.П. Электронный документ: правовая природа и доказательство в суде. — М., 2000.—С.114; 127.

¹³⁴ Сборник постановлений Пленумов Верховных судов СССР и РСФСР по гражданским делам – М., 1994.

¹³⁵ Сборник постановлений Пленумов Верховных судов СССР и РСФСР по гражданским делам – М., 1994.

Пленума Верховного Суда РФ от 20 января 2003 г. N 2¹³⁶). Верховный Суд СССР указал, что суд в случае необходимости вправе сослаться и на письменные доказательства в виде документов, полученных с помощью электронно-вычислительной техники. Вопросам правовой защиты гражданских прав лиц, использующих элементы электронного документооборота, в том числе и ЭЦП, уделялось внимание еще советским правом.

Относительно применения электронных документов и документов, заверенных ЭЦП, в качестве доказательств в суде необходимо отметить один из первых судебных актов нового периода — Письмо Высшего Арбитражного Суда РФ от 24 апреля 1992 г. № К-3/96¹³⁷, в котором Высший Арбитражный Суд РФ в соответствии с Инструктивными указаниями Госарбитража СССР «считает возможным принимать в качестве доказательств по рассматриваемым им делам документы, заверенные ... электронной печатью» (подписью). Данный судебный акт был принят по конкретному делу, и не обобщал судебную практику. Однако и в настоящее время нельзя не признать важным и актуальным то обстоятельство, что правоприменительная практика признала электронный документ обладающим юридической силой в случае, если он заверен ЭЦП.

Наиболее часто цитируемым документом, который отвечает на вопрос о юридической силе электронного документа и возможности его использования при судебной защите гражданских прав лиц, применяющих ЭЦП, является Письмо Высшего Арбитражного суда «Об отдельных рекомендациях, принятых на совещаниях по судебной-арбитражной практике» от 19 августа 1994 г. № С1-7/ОП-587¹³⁸ (в редакции информационного письма ВАС РФ от 12 сентября 1996 года N С1-7/ОП-554).

¹³⁶ Российская газета. 2003.-25 января. -№15.

¹³⁷ Документ опубликован не был, правовая система «Консультант Плюс».

¹³⁸ Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ". 1994. №11.

В Письме ВАС РФ от 19 августа 1994 года определены критерии допустимости признания юридической и доказательственной силы ЭД при применении ЭЦП, а также порядок их анализа и оценки, которые можно привести к следующему:

1. Если стороны изготовили и подписали договор с помощью электронно-вычислительной техники и использовали ЭЦП, они могут представлять в арбитражный суд доказательства по спору, вытекающему из этого договора, также заверенные ЭЦП.
2. Если между сторонами возник спор о наличии договора и других документов, подписанных ЭЦП, арбитражный суд запрашивает у сторон выписку из договора, в которой указана процедура порядка согласования разногласий, на какой стороне лежит бремя доказывания тех или иных фактов и достоверности подписи. С учетом этой процедуры арбитражный суд проверяет достоверность представленных сторонами доказательств. Суд вправе назначить экспертизу, используя данную процедуру.
3. При отсутствии в договоре процедуры согласования разногласий и порядка доказывания подлинности договора и других документов, и в том случае, если одна из сторон оспаривает наличие подписанного договора и других документов, арбитражный суд вправе не принимать в качестве доказательств документы, подписанные ЭЦП.

Однако при применении Письма ВАС РФ от 19 августа 1994 года возникает ряд вопросов. Например, возможно ли представление электронных документов, заверенных ЭЦП, если договор составлен на бумажном носителе либо между сторонами отсутствуют договорные отношения. Во-вторых, неясно, чьей подписью должны быть заверены документы, чтобы отвечать признаку допустимости: подписью лица, непосредственно представляющего

документ в суд, или лица, от которого исходит документ. Кроме того, как представить выписку из договора, если возник спор о его наличии?¹³⁹

Мы считаем, что в случае если документ составлен на бумажном носителе и стороны имеют намерение в будущем в рамках исполнения своих обязательств по договору обмениваться электронными документами и соглашениями, заверенными ЭЦП, то желательно в основном договоре предусмотреть процедуру порядка согласования разногласий. При отсутствии же договорных отношений между сторонами имеется вероятность того, что суд может не признать за такими электронными документами юридической силы и не принять в качестве доказательств документы, подписанные ЭЦП, в связи отсутствием порядка согласования разногласий. Но ЭЦП представляет собой достаточно надежное средство идентификации автора электронного документа, и поэтому мы считаем, что с точки зрения относимости электронные документы, подписанные с помощью электронной цифровой подписи, следует за электронными документами признавать юридическую силу и принимать их в качестве доказательства по делу при судебной защите гражданских прав.

Но принцип договорной свободы в согласовании сторонами электронной подписи при совершении сделок, реализованный в рекомендациях Высшего Арбитражного Суда РФ от 19 августа 1994 года, вошел в противоречие с общим административным подходом к электронному документообороту на уровне закона (это наблюдалось и в зарубежной практике). Так, в соответствии с п.2 ст.5 Закона «Об информации, информатизации и защите информации» документ, полученный из автоматизированной информационной системы, приобретает юридическую силу после его подписания должностным лицом в порядке, установленном

¹³⁹ Константин Сергеев, Компьютерная экзотика или электронный договор.
www.russianlaw.net

законодательством Российской Федерации, а не в результате договоренности сторон.

Мнение о необходимости устранения отношения к «документу, полученному из автоматизированных информационных систем, как полуфабрикату, который должен доводиться «до кондиции» путем многократного подписывания должностными лицами, которые никоим образом не влияют на ввод в ЭВМ и вывод из ЭВМ такого документа», в советской юридической науке было выражено еще в 70-е годы прошлого века.

Для этого предлагалось установить, что если документ, формируемый с соблюдением технологических и организационных условий, удостоверяется автоматизированным способом, то дополнительного удостоверения этого документа ручным способом (печати, подписи) не требуется¹⁴⁰.

Примечательно, что в российской договорной практике можно констатировать наличие абсолютно тех же проблем, что и в странах со значительно более развитым применением электронного обмена данными, а именно:

- неопределенность юридической силы положений договора, предусматривающих достаточно неформализованную процедуру электронного заключения сделок, в случае судебного разбирательства;
- отсутствие четких указаний (или ограничений) закона относительно того, какие документы могут (или не могут) быть использованы в коммерческом обороте в виде электронного сообщения, и требований к структуре и форме такого сообщения;
- отсутствие прямой обязанности посредников - поставщиков услуг по организации электронной связи, в частности торговых систем, - хранить, предоставлять по запросу сторон или официальных органов, а также

¹⁴⁰ Венгеров А.Б. Право и информация в условиях автоматизации управления (Теоретические вопросы). — М., Юрид. лит., 1978.—С. 126.

подтверждать подлинность созданных и переданных с их помощью электронных документов.¹⁴¹

Высший Арбитражный Суд РФ в своем письме от 7 июня 1995 г. N С1-7/ОЗ-316¹⁴² воспроизвел положения статьи 5 Федерального закона «Об информации, информатизации и защите информации», а также уточнил, что при соблюдении указанных в статье 5 Закона условий, в том числе при подтверждении юридической силы документа электронной цифровой подписью, этот документ может признаваться в качестве доказательства по делу, рассматриваемому арбитражным судом.

Но доказательственную силу цифрового аналога собственноручной подписи нельзя смешивать с его материально-правовым значением. По мнению Вершинина А.П., материально-правовое значение электронной подписи состоит в придании электронному документу письменной формы сделки. Отсутствие или дефект ЭЦП может иметь последствия в виде невозможности использования свидетельских показаний (согласно статье 162 ГК РФ) или недействительности сделки. В последнем случае какие-либо доказательства сделки вообще исключаются, если они не направлены на доказывания факта заключения сделки в письменной форме. Доказательственное значение ЭЦП состоит в установлении тождества автора документа с лицом, которое является субъектом соответствующих правовых отношений. При этом доказательственное значение электронной подписи является также предпосылкой отнесения электронного документа к письменному, то есть отвечающему требованиям письменной формы.¹⁴³

¹⁴¹ Соловяненко Н.И. Совершение сделок путем электронного обмена данными (Принципы правового подхода) // Хозяйство и право. 1997. №№ 6-7

¹⁴² Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ.-1995.-№9.

¹⁴³ Вершинин А.П. Электронный документ: правовая природа и доказательство в суде. — М., 2000.—С.125.

На практике возможны случаи, когда посредством программно-технических средств электронный документ и ЭЦП видоизменяются и преобразовываются в файлы другого формата с возможным незначительным искажением смысла содержания. И здесь может возникнуть спор об авторстве документа при отсутствии ЭЦП после преобразования электронного документа. Мы считаем, что отсутствие ЭЦП автоматически не влечет за собой недействительность документа, как и несоблюдение письменной формы не влечет ее недействительность. Первоочередным и основополагающим в любой сделке и операции является воля. Именно воля субъекта предопределяет права и обязанности, побуждает вступать в гражданско-правовые отношения. При недействительности ЭЦП в случае возникновения спора необходимым и обязательным является определение воли лица, подписавшего документ. Согласно статье 162 ГК РФ стороны могут в процессе доказывания использовать письменные доказательства, в том числе и документы в электронной форме.

Однако необходимо учитывать, что юридическая сила электронного документа, в том числе и электронной сделки, может удостоверяться не только наличием ЭЦП. В банковской практике и на рынке ценных бумаг субъекты зачастую используют иные аналоги собственноручной подписи для удостоверения электронного документа и придания ему юридической силы. Использование иных электронных аналогов собственноручной подписи прямо предусматривается в статьях 160, 434 Гражданского кодекса РФ. ЭЦП в понимании российского законодательства представляет собой самый надежный, но не единственный инструмент, приводящий электронный документ в соответствие с требованиями, установленными для письменных документов.

Необходимо помнить, что гражданско-правовые отношения складываются не только в рамках Российского государства. Часто они носят и международный характер. Особенно в настоящее время, когда Россия активно развивает международное экономическое сотрудничество и торговлю.

Бесспорно, становится актуальным вопрос о юридической силе электронного документа, подписанного иностранным ЭЦП. Закон «Об ЭЦП» предусматривает возможность признания иностранного сертификата ключа подписи, тем самым наделяя юридической силой электронные документы, удостоверенные иностранными сертификатами ключа подписи. Однако иностранный сертификат ключа подписи будет иметь юридическое действие только в случае выполнения установленных законодательством РФ процедур признания юридического значения иностранных документов (статья 18). Важно не просто приложить к делу письменное доказательство, подтверждающее соблюдение требований законодательства той страны, в которой ЭЦП была создана. На самом деле требуется установить совершенно другое - возможность юридического признания в России ЭЦП, созданной в соответствии с правом другой страны, основанным на других стандартах, других подходах, другой технологии.

Подобное признание может быть осуществлено, если иностранный сертификат ключа подписи является документом на бумажном носителе. Но на сертификаты ключей ЭЦП в виде электронных документов «Инструкция о консульской легализации» (утвержденная МИД СССР 6 июля 1984 года)¹⁴⁴ и Конвенция, отменяющая требование легализации иностранных официальных документов (Гаага, 5 октября 1961 года),¹⁴⁵ не распространяется.¹⁴⁶

¹⁴⁴ Текст официально опубликован не был. Правовая система «ГАРАНТ».

¹⁴⁵ Конвенция, отменяющая требование легализации иностранных официальных документов (Гаага, 5 октября 1961 года) // Бюллетень международных договоров.-1993.-№6; Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ.-1996.-№ 12.

¹⁴⁶ Соловяненко Н.И. Комментарий к Федеральному закону «Об электронной цифровой подписи» // Приложение к журналу «Хозяйство и право». 2003. № 5.—С. 47.

В процессе защиты нарушенных гражданских прав также необходимо учитывать проблему легализации иностранных документов, в нашем случае электронных документов, подписанных с помощью иностранных средств ЭЦП, иностранного сертификата ключа подписи. АПК РФ позволяет предъявлять в суд в качестве доказательств документы, полученные в иностранном государстве. Но необходимо соблюдать требования, установленные в пунктах 6 и 7 статьи 75 АПК РФ. Такие документы признаются в качестве письменных доказательств, если они легализованы в установленном порядке. Иностранные официальные документы признаются судом без их легализации в случаях, предусмотренных международными договорами Российской Федерации. Сдерживающим фактором является то обстоятельство, что, признавая такие документы в качестве доказательств, АПК не определяет процедуру их легализации.

Как упоминалось выше, международное право и законодательство многих стран либеральнее относятся к процедуре признания иностранных сертификатов ключей подписи. Порядок признания юридической силы ЭД, подписанного иностранной ЭЦП, намного проще и доступнее для реализации субъектами гражданско-правовых отношений. Например, Закон ФРГ «Об электронной цифровой подписи» предусматривает, что ЭЦП, которые могут быть проверены с помощью открытого ключа, удостоверенного сертификатом, выданного в одной из стран-участниц ЕС, приравниваются к ЭЦП, предусмотренным германским законодательством, при условии, что они обеспечивают такой же уровень безопасности. Данное положение действует также в отношении других государств, если с ними имеется соответствующий международный договор. Таким образом, наряду с признанием ЭЦП, выработанных в других странах ЕС, немецкий законодатель оставляет за собой право поставить под сомнение применяемую за рубежом технологию ЭЦП.

В Модельном законе "Об электронной цифровой подписи" (принят на шестнадцатом пленарном заседании Межпарламентской Ассамблеи

государств - участников СНГ 9 декабря 2000 г)¹⁴⁷ странам СНГ предлагалось закрепить положения о том, что иностранный сертификат открытого ключа ЭЦП, выданный в соответствии с законодательством одной из стран СНГ, обеспечивающий равноценную безопасность электронных сообщений, признается наравне с сертификатом, выданным в соответствии с законодательством каждой страны¹⁴⁸. В Типовом законе ЮНСИТРАЛ «Об электронных подписях» 2001 года также признается юридическая сила иностранных сертификатов и электронных подписей. В статье 12 закрепляется, что при установлении юридической силы электронной подписи не должны приниматься во внимание географическое место, где создается или используется электронная подпись, или географическое место подписывающего лица.¹⁴⁹

Несмотря на отмеченные проблемы, объективную сложность исследования обстоятельств споров, связанных с использованием ЭЦП и электронных документов, в России формируется судебная практика, в которой суд и стороны исследуют и оценивают юридическую силу электронных документов, подписанных ЭЦП, и ЭЦП как достаточное доказательство выражения воли лица.

Так, при рассмотрении дела № КГ-А40/4465-00 Федеральный арбитражный Суд Московского округа от 5 октября 2000 года¹⁵⁰ указал, что согласно ст. 5 Федерального закона «Об информации» юридическая сила электронного документа может подтверждаться электронной цифровой подписью при наличии в системе программно - технических средств,

¹⁴⁷ Банки и технологии. 2001. №2.

¹⁴⁸ Леонтьев К.Б.. Комментарий к Федеральному закону "Об электронной цифровой подписи" (постатейный). - М.: ООО "ТК Велби", 2003.—С. 50-51.

¹⁴⁹ текста закона на русском языке: Шамраев А.В. указ. соч.—С. 154-158.

¹⁵⁰ Документ опубликован не был. Правовая система «Консультант Плюс».

обеспечивающих идентификацию подписи, и при соблюдении установленного режима их использования.

Федеральный арбитражный суд Московского округа в постановлении от 5 ноября 2003 года №КГ-А40/8531-03-П¹⁵¹ также признал юридическую силу электронного документа, подписанного ЭЦП. ОАО «Ростелеком» обратился в суд с требованием взыскать убытки в связи тем, что не передавал в банк платежное поручение в виде электронного документа. Истец распоряжался денежными средствами, находящимися на счете, путем направления в банк электронных платежных документов с использованием системы «Клиент—Сбербанк». Однако суд признал несостоятельным заявление истца в связи с тем, что из заключения экспертизы, назначенной арбитражным судом и проведенной экспертами Центрального Банка России, следует, что на спорном платежном поручении ЭЦП корректна и принадлежит заместителю генерального директора ОАО «Ростелеком». Экспертиза также установила, что ключевая система не позволяет инициировать сеанс связи без предъявления главного ключа клиентского места, а также отправлять документы с клиентского компьютера от имени другого клиента и принимать в обработку неподписанные зарегистрированной ЭЦП документы.

Если обратиться к международной практике признания юридической силы за электронными документами, удостоверенными ЭЦП, и использования их в качестве средства защиты гражданских прав, то во многих странах по статусу и юридической силе ЭЦП приравнивается к рукописной подписи, а подчас ЭД по своей силе может признаваться более значимым, чем документ на бумажном носителе.

Английское законодательство еще в 1968 году признало допустимость использования в качестве доказательства при защите законных интересов лиц сведений, содержащихся в документе, выданном компьютером при соблюдении ряда условия использования компьютера (Закон Англии о

¹⁵¹ Документ опубликован не был. Правовая система «Консультант Плюс».

доказательствах по гражданским делам, 1968 год, правило 6084),¹⁵² тем самым обеспечив судебную защиту гражданских прав субъектов электронного документооборота. В типовом договоре об электронном обмене данными между торговыми партнерами, разработанном Американской ассоциацией юристов,¹⁵³ закрепляется, что при решении спорных вопросов стороны не ставят под сомнение юридическую силу электронных сообщений, отправленных, полученных и хранимых в соответствии с данным соглашением (если электронные сообщения передаются в соответствии с процедурой удостоверения подлинности, например с электронной подписью, то эти сообщения имеют для сторон-участников юридическую силу, сопоставимую с письменными документами, скрепленным собственноручными подписями).¹⁵⁴

В Директиве Европарламента «Об электронных подписях» устанавливается рамочное регулирование применения электронных подписей и оказания услуг по выдаче сертификатов ключей ЭЦП. Директива не распространяется на заключение и исполнение договоров или иных обязательств, которые подчиняются требованиям национального законодательства государств — участников Евросоюза. Государства — участники должны принять соответствующие данной Директиве законы и подзаконные акты. Последние должны содержать отсылку к Директиве.

¹⁵² Решетникова И.В. Доказательственное право Англии и США. - М.: Городец, 1999.—С. 155; 197.

¹⁵³ The Commercial Use of Interchange Agreements for Electronic data Interchange Recommendation № 26, adopted by the Working Party on Facilitation of International Trade Procedures. Geneva, March 1995 (<http://edocs.al.ru/edifact/Rec26.html>)

¹⁵⁴ Соловяненко Н. Правовое регулирование электронной торговли и электронной подписи (международный опыт и российская практика) // Хозяйство и право. 2003. №1.—С. 28-29.

Директива Европарламента и Совета Европы устанавливает, что законодательство государств—участников должно:

— гарантировать, что электронные подписи, созданные с помощью надежных средств ЭЦП и имеющие соответствующий сертификат, допускаются в качестве судебных доказательств;

— обеспечить то, что юридическая сила электронных подписей и допустимость последних в качестве доказательств не будет отрицаться только на том основании, что подписи являются электронными, или не созданы при помощи надежных средств ЭЦП, или не имеют соответствующего сертификата.¹⁵⁵

ЮНСИТРАЛ в вышеупомянутом Типовом законе об электронных подписях запрещает ограничивать или умалять юридическую силу любого способа создания электронной подписи, если электронная подпись является настолько надежной, насколько соответствует цели, для которой было сформировано или передано сообщение данных с учетом всех обстоятельств, включая соответствующее любое соглашение.¹⁵⁶

В Законе штата Юта (США) от 9 марта 1995 года «О цифровой подписи» (Utah Digital Signature Act)¹⁵⁷ признается таким же действительным документ, подписанный цифровым способом, как если бы он был написан на бумаге. И, тем самым, документ, подписанный цифровым способом, имеет равную юридическую силу с традиционными документами. А в Единообразном законе штата Юта «Об электронных сделках» от 3 июля 2000 года, дополняющем Закон от 9 марта 1995 года, закрепляется, что «при любом

¹⁵⁵ Соловяненко Н. Правовое регулирование электронной торговли и электронной подписи (международный опыт и российская практика) // Хозяйство и право. 2003. №1.—С. 32-33.

¹⁵⁶ текст закона: Шамраев А.В. Указанное сочинение.—С. 155.

¹⁵⁷ текст акта находится по адресу (англ.):

www.commerce.state.ut.us/web/commerce/digsig

производстве [в том числе в судебном] доказательство в виде записи или подписи не может отвергаться единственно по причине их электронной формы»¹⁵⁸. Статья 1316-3 Гражданского кодекса Франции, поправки в который были внесены Законом Франции от 13 марта 2000 года №2000-230 «О придании доказательственной силы информационным технологиям и об электронной подписи»,¹⁵⁹ не делает исключения из общепринятой мировой практики и гласит: «Текст на электронном носителе имеет такую же доказательственную силу, что и текст на бумажном носителе».

Итак, в России действительно создается технологическая инфраструктура, разрабатывается целостная правовая система для полноценного использования электронных документов, правовое поле существования которой обеспечивается законодательной и правоприменительной базой. И каждый участник гражданско-правовых отношений может с полной уверенностью в защищенности своих гражданских прав применять электронные документы и ЭЦП. Остается лишь отметить, что в данном направлении развития института ЭЦП российское законодательство полностью соответствует тенденциям развития международного права.

Повышение роли судебной защиты гражданских прав, расширение компетенции суда в применении гражданского законодательства отражено во многих нормах Гражданского кодекса. Он отводит суду важную роль в осуществлении гражданских прав и применении способа их защиты¹⁶⁰. Обширность применения ЭЦП при исполнении обязательств по договорам, заключенным в рамках присоединения к ним, придает суду и судебному решению статус гаранта, обеспечивающего охрану прав и интересов

¹⁵⁸ Текста закона: Шамраев А.В. Указанное сочинение.—С. 877.

¹⁵⁹ текст акта находится по адресу (фр.):

www.adminet.com/jo/20000314/JUSX9900020L.html

¹⁶⁰ Гражданское право России. Общая часть: курс лекций / Отв. ред. О.Н. Садилов. — М.: Юристъ, 2001.—С.108.

участников электронного документооборота. Ввиду новизны института ЭЦП недостаточная разработанность правового регулирования порядка ее применения делает более значительной роль судебной практики в устранении правовых пробелов и коллизий. Содержание многих оценочных понятий при отсутствии четкости законодательных дефиниций выявляется и пополняется судебным толкованием.

§ 2.2. Влияние норм публичного права о лицензировании и сертификации при признании юридической силы электронного документа и электронной цифровой подписи и на отношения по их применению

Гражданские правоотношения не могут развиваться обособленно от иных отраслей права, без взаимной инкорпорации с публичным правом. Институты и понятия гражданского права применяются в публичных, административных отношениях. Нормы публичного права, в свою очередь, оказывают влияние на участников гражданского оборота и подчас определяют их способность выступать в качестве стороны сделки.

Устанавливая обязательность получения соответствующих разрешений (лицензий), публичное право ограничивает правоспособность участников гражданских отношений по совершению определенных действий до получения лицензий. Однако нормы гражданского права также устанавливают требования к субъектам гражданского права по лицензированию деятельности и сертификации товаров и услуг.

Сам по себе вопрос о необходимости получения лицензий в гражданских отношениях по использованию ЭЦП четко в законодательстве не решен. Судебная практика также не дает ответы на вопросы. Все это порождает различные трудности при практическом использовании криптографических средств ЭЦП.

Первым по времени открытым правовым нормативным актом, который регулировал вопросы оборота средств криптографической защиты информации, является принятое 28 мая 1991 года постановление Верховного

Совета СССР N 2195-1 «О видах деятельности, которыми предприятия вправе заниматься только на основании специальных разрешений (лицензий)».¹⁶¹

Следующим этапом в деле правового обеспечения деятельности в области защиты информации явилось принятие Федерального закона «Об информации, информатизации и защите информации».

Данный закон впервые официально вводит понятие «конфиденциальной информации», которая рассматривается как документированная информация, доступ к которой ограничивается в соответствии с законодательством Российской Федерации, и устанавливает общие правовые требования к организации защиты такой информации в процессе ее обработки, хранения и циркуляции в технических устройствах и информационных и телекоммуникационных системах и комплексах и организации контроля за осуществлением мероприятий по защите конфиденциальной информации. При этом следует подчеркнуть, что Закон не разделяет государственную и частную информацию как объект защиты в том случае, если доступ к ней ограничивается.

Закон раскрывает требования, предъявляемые к специализированным программно-техническим средствам, реализующим электронную цифровую подпись, и к порядку их использования в информационно-телекоммуникационных системах.

Так, статья 19 Закона «Об информации, информатизации и защите информации» устанавливает обязательность сертификации средств обработки и защиты документированной информации с ограниченным доступом, предназначенных для обслуживания граждан и организаций, а также обязательность получения лицензий для организаций, выполняющих работы в

¹⁶¹ Постановление ВС СССР от 28 мая 1991 года N 2195-1 «О видах деятельности, которыми предприятия вправе заниматься только на основании специальных разрешений (лицензий)» // Ведомости Съезда народных депутатов СССР и Верховного Совета СССР.-1991.-05 июня.-№23.-ст. 661.

области проектирования, производства средств защиты информации и обработки персональных данных.

Очень важна статья 22 вышеуказанного закона, которая определяет права и обязанности субъектов в области защиты информации. В частности, пункты 2 и 5 обязывают владельца информационной системы обеспечивать необходимый уровень защиты конфиденциальной информации и оповещать собственников информационных ресурсов о фактах нарушения режима защиты информации. Пунктом 3 данной статьи устанавливается, что риск, связанный с использованием несертифицированных информационных систем и средств их обеспечения, возлагается на собственника (владельца) систем и средств. Риск, связанный с использованием информации, полученной из таких систем, относится на потребителя информации.

На наш взгляд, императивное закрепление риска наступления неблагоприятных последствий при использовании несертифицированных средств информационных систем и средств их обеспечения только на владельца этих систем входит в противоречие с основами гражданского права. Все гражданско-правовые отношения складываются исходя из принципа равенства сторон. Не допускается умаление правового статуса какой-либо стороны.

При широком толковании под средствами обеспечения информационных систем можно признать все программно-технические средства, гарантирующие работоспособность системы и ее элементов, нормальное функционирование и защиту систем. Мы считаем, что средства ЭЦП являются составной частью комплекса средств обеспечения информационных систем.

Закон «Об ЭЦП» допускает в корпоративных информационных системах применение несертифицированных средств ЭЦП. Пользователь КИС по собственной воле и без принуждения становится участником системы. Заключая договор с собственником КИС, пользователь обладает информацией

о средствах защиты и обеспечения ЭЦП, в противном случае он может потребовать расторжения договора в соответствии со статьей 451 ГК РФ.

Таким образом, пользователь КИС также должен нести риск использования несертифицированных средств обеспечения КИС и ЭЦП в той мере, в какой он использует эти средства. Возмещение убытков, возникших в связи с использованием таких средств, может быть возложено на создателей или распространителей этих средств в соответствии с законодательством. Такой подход установлен Законом «Об ЭЦП».

Подписанный 3 апреля 1995 года Указ Президента Российской Федерации № 334 «О мерах по соблюдению законности в области разработки, производства, реализации и эксплуатации шифровальных средств, а также предоставления услуг в области шифрования информации»¹⁶² запрещает любую деятельность, связанную с разработкой, производством, реализацией и эксплуатацией шифровальных средств, предоставлением услуг в области шифрования информации, без лицензии ФАПСИ.

Указом устанавливается запрет на:

- использование государственными организациями и предприятиями в информационно-телекоммуникационных системах шифровальных средств, включая криптографические средства обеспечения подлинности информации (электронная подпись), и защищенных технических средств хранения, обработки и передачи информации, не имеющих сертификата Федерального агентства правительственной связи и информации при Президенте Российской Федерации;
- размещение государственных заказов на предприятиях и в организациях, использующих указанные технические и шифровальные средства, не имеющие сертификата Федерального агентства

¹⁶² Российская газета. 1995. 06 апреля.—№68; Собрание законодательства РФ.- 1995.-№15.-ст. 1285.

правительственной связи и информации при Президенте Российской Федерации;

В качестве рекомендательного характера Указ предлагает Центральному Банку РФ и ФАПСИ принять необходимые меры в отношении коммерческих банков, уклоняющихся от обязательного использования, имеющих сертификат ФАПСИ защищенных технических средств хранения, обработки и передачи информации при их информационном взаимодействии с подразделениями ЦБ РФ.

ФАПСИ Приказом от 23 сентября 1999 года № 158 утвердило Положение «О порядке разработки, производства, реализации и использования средств криптографической защиты информации с ограниченным доступом, не содержащей сведений, составляющих государственную тайну» (Положение ПКЗ-99)¹⁶³.

Согласно данному Положению, при принятии решения о необходимости криптографической защиты подлежащей в соответствии с действующим законодательством обязательной защите конфиденциальной информации требования Положения распространяются на:

- государственных органов и государственных организаций;
- юридических лиц и индивидуальных предпринимателей, осуществляющих виды деятельности, подлежащие в соответствии с законодательством Российской Федерации лицензированию ФАПСИ;
- негосударственных организаций и физических лиц при необходимости обмена конфиденциальной информацией с государственными органами, государственными организациями или другими организациями, выполняющими государственные оборонные заказы;
- других организаций независимо от их организационно-правовой формы и формы собственности при выполнении ими государственных оборонных заказов.

¹⁶³ Российская газета.-2000.-26 января.—№18.

В отношении иных лиц данное Положение носит рекомендательный характер. Но для лиц, которым нормы Положения ПКЗ-99 обязательны, реализация (распространение) средств криптозащиты осуществляется на основании соответствующей лицензии ФАПСИ.

В настоящее время в области лицензирования действует Федеральный закон от 8 августа 2001 г. N 128-ФЗ «О лицензировании отдельных видов деятельности». В данный закон неоднократно вносились изменения.

В соответствии со статьей 17 требуются лицензии на осуществление следующих видов деятельности:

- деятельность по распространению шифровальных (криптографических) средств;
- деятельность по техническому обслуживанию шифровальных (криптографических) средств;
- предоставление услуг в области шифрования информации;
- разработка, производство шифровальных (криптографических) средств, защищенных с использованием шифровальных (криптографических) средств информационных систем, телекоммуникационных систем.

Как уже было упомянуто выше, Федеральным законом № 80-ФЗ от 02 июля 2005 года было исключено обязательное требование о лицензировании деятельности удостоверяющих центров. Однако требование пункта 2 статьи 8 Закона «Об ЭЦП», согласно которому подлежит лицензированию деятельность удостоверяющего центра в соответствии с законодательством о лицензировании, сохраняет силу и в настоящий момент.

Собственники корпоративных информационных систем, в подавляющем большинстве случаев выступая в качестве удостоверяющих центров и в целях унификации программных и технических средств в рамках одной системы, реализуют участникам корпоративных информационных систем программные и технические средства ЭЦП. Все кредитные учреждения и брокерские компании, как собственники корпоративных информационных систем, предоставляют средства ЭЦП либо за плату, либо бесплатно.

Последующее использование средств ЭЦП, предоставленных владельцу в рамках одной КИС, не допустимо в другой КИС в связи с императивным требованием о наличии в сертификате ключа подписи указания на отношения, где ЭЦП будет иметь силу. Таким образом, согласно Федеральному закону от 8 августа 2001 г. N 128-ФЗ «О лицензировании отдельных видов деятельности», собственники КИС, как удостоверяющие центры, должны обладать, как минимум, одной лицензией: на осуществление деятельности по распространению шифровальных (криптографических) средств.

В рамках реализации требований Закона № 128-ФЗ «О лицензировании отдельных видов деятельности» Правительство РФ приняло Постановление № 691 от 23 сентября 2002 года "Об утверждении положений о лицензировании отдельных видов деятельности, связанных с шифровальными (криптографическими) средствами".¹⁶⁴

Постановление № 691 регламентирует процедуру лицензирования следующих видов деятельности:

- по распространению шифровальных (криптографических) средств;
- по техническому обслуживанию шифровальных (криптографических) средств;
- по предоставлению услуг в области шифрования информации;
- по разработке, производству шифровальных (криптографических) средств, защищенных с использованием шифровальных (криптографических) средств информационных и телекоммуникационных систем.

Закон «Об ЭЦП» определяет, что отношения в области использования электронной цифровой подписи осуществляются также в соответствии с Законом «Об информации, информатизации и защите информации». При анализе норм Закона «Об информации, информатизации и защите информации» было определено, что средства защиты информации, в том числе и средства ЭЦП, должны быть сертифицированными, а также должны

¹⁶⁴ Собрание законодательства РФ.-2002.-№39.-ст. 3792.

быть получены лицензии на определенные виды деятельности, связанные с защитой и обработкой информации.

Разделение информационных систем на два вида (информационную систему общего пользования и корпоративную систему) имеет важное значение для разрешения вопроса относительно лицензирования и сертификации использования средств ЭЦП. Использование средств ЭЦП регулируется статьей 5 Закона «Об ЭЦП». Согласно пункту 2 данной статьи, «при создании ключей электронных цифровых подписей для использования в информационной системе общего пользования должны применяться только сертифицированные средства ЭЦП». При этом возмещение убытков, причиненных в связи с созданием ключей электронных цифровых подписей несертифицированными средствами электронной цифровой подписи, может быть возложено на создателей и распространителей этих средств.

Следующий пункт регулирует отношения, связанные с использованием средств в корпоративных информационных системах федеральных органов государственной власти, органов государственной власти субъектов Российской Федерации и органов местного самоуправления. Закон четко закрепляет, что использование несертифицированных средств электронной цифровой подписи и созданных ими ключей электронных цифровых подписей в данных системах не допускается.

Таким образом, можно сделать вывод, что Закон «Об ЭЦП» распространяет запрет использования несертифицированных средств ЭЦП только на одну категорию корпоративных систем: на федеральные органы государственной власти, органы государственной власти субъектов РФ и органы местного самоуправления. Именно исходя из данной позиции высказывается Н.И. Соловяненко¹⁶⁵. Любые другие корпоративные информационные системы вправе использовать средства электронной

¹⁶⁵ Соловяненко Н. Комментарий к Федеральному закону «Об ЭЦП» // Приложение к журналу «Хозяйство и право». 2003. №5.

подписи на основании решения владельца системы или соглашения участников системы. По соглашению сторон, участники корпоративной системы могут использовать и сертифицированные средства ЭЦП.

Однако при анализе других норм Закона можно сделать вывод о том, что самая главная цель применения ЭЦП, а именно возможность признания ЭЦП равнозначной собственноручной подписи, достигается только при использовании сертифицированных средств ЭЦП.

Как было сказано ранее, основными условиями, позволяющими считать электронный документ обладающим юридической силой, является соблюдение всех необходимых мер, обеспечивающих защиту информации от повреждений, искажений, а также удостоверение документа, то есть должны быть зафиксированы признаки, идентифицирующие конкретного автора документа. Правовым инструментом, позволяющим соблюсти указанные условия, выступает ЭЦП.

В связи с этим необходимо определить основания признания ЭЦП равнозначной собственноручной подписи, которые закреплены в статье 4 Закона «Об ЭЦП». Согласно пункту 1 указанной статьи данными основаниями являются следующие условия:

- сертификат ключа подписи, относящийся к этой электронной цифровой подписи, не утратил силу (действует) на момент проверки или на момент подписания электронного документа при наличии доказательств, определяющих момент подписания;
- подлинность электронной цифровой подписи подтверждена в электронном документе;
- электронная цифровая подпись используется в соответствии со сведениями, указанными в сертификате ключа подписи.

Именно при одновременном наличии вышеперечисленных трех условий ЭЦП будет признаваться равнозначной собственноручной подписи. При проверке действительности ЭЦП необходимо иметь в наличии сертификат ключа подписи и положительное подтверждение подлинности ЭЦП.

Законодательное определение процедуры подтверждения подлинности ЭЦП имеется в статье 3 Закона «Об ЭЦП». В соответствии с указанной статьей подтверждением подлинности электронной цифровой подписи в электронном документе признается «положительный результат проверки соответствующим сертифицированным средством электронной цифровой подписи с использованием сертификата ключа подписи принадлежности электронной цифровой подписи в электронном документе владельцу сертификата ключа подписи и отсутствия искажений в подписанном данной электронной цифровой подписью электронном документе». То есть для подтверждения подлинности ЭЦП, по Закону «Об ЭЦП», необходимо использование именно сертифицированного средства ЭЦП.

С целью получения разъяснений относительно порядка получения лицензирования деятельности удостоверяющих центров и требований к ним Ассоциация Российских Банков отправляла официальный запрос ФАПСИ (Письмо Ассоциации Российских Банков от 30 декабря 2002 г. N А-01/5-731).¹⁶⁶ Но сам лицензируемый орган, отвечая на запрос АРБ, в своем письме от 20 января 2003 г. № 18/3-212 «О разъяснении положений нормативных правовых актов Российской Федерации»¹⁶⁷ лишь заметил, что «конкретные лицензионные требования и условия, в том числе и требования в отношении квалификации персонала удостоверяющих центров, будут установлены постановлением Правительства Российской Федерации».

Необходимо отметить, что в настоящее время Указом Президента РФ от 11 марта 2003 г. N 308¹⁶⁸ Федеральное агентство правительственной связи и

¹⁶⁶ Бизнес и банки. 2003. Февраль.—№8.

¹⁶⁷ Бизнес и банки. 2003. Апрель.—№13.

¹⁶⁸ Указ Президента РФ от 11 марта 2003 года № 308 «О мерах по совершенствованию государственного управления в области безопасности Российской Федерации» // Российская газета.-2003.-25 марта.—№55; Собрание законодательства РФ.-2003.-№12.-ст. 1101.

информации при Президенте РФ упразднено с передачей функций по лицензированию Федеральной службе безопасности РФ. В связи с этим Федеральным законом от 30 июня 2003 года № 86-ФЗ «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Российской Федерации, признании утратившими силу отдельных законодательных актов Российской Федерации, предоставлении отдельных гарантий сотрудникам органов внутренних дел, органов по контролю за оборотом наркотических средств и психотропных веществ и упраздняемых федеральных органов налоговой полиции в связи с осуществлением мер по совершенствованию государственного управления»¹⁶⁹ были внесены изменения в Федеральный закон от 03 апреля 1995 г. № 40-ФЗ «О федеральной службе безопасности».¹⁷⁰

Общемировая практика регулирования гражданских отношений по использованию ЭЦП ставит своей целью снижения влияния публичного права на указанные отношения. Как было сказано ранее, международные нормы рекомендуют либо устанавливать добровольную процедуру лицензирования, либо полностью ее исключить при применении ЭЦП. С целью приведения законодательства РФ в соответствие с общепринятыми нормами международного права и деловым оборотом, устранения слишком сильного, на наш взгляд, влияния публичного права на гражданские отношения по использованию ЭЦП и снижения административных барьеров предлагается:

- 1) исключить из абзаца 10 статьи 3 Закона «Об ЭЦП», который определяет процедуру подтверждения «подлинности электронной цифровой подписи в электронном документе», слово «сертифицированным»;
- 2) исключить пункт 2 статьи 8 Закона «Об ЭЦП»;

¹⁶⁹ Российская газета. 2003. 1 июля.—№126; Собрание законодательства Российской Федерации.-2003.-№ 27 (часть I).-ст. 2700.

¹⁷⁰ Собрание законодательства РФ.-1995.-№15.-ст. 1269; Российская газета.-1995.-12 апреля.

- 3) исключить из статьи 17 Федерального закона от 8 августа 2001 г. N 128-ФЗ «О лицензировании отдельных видов деятельности» следующие слова:
- «деятельность по распространению шифровальных (криптографических) средств;
- деятельность по техническому обслуживанию шифровальных (криптографических) средств;
- предоставление услуг в области шифрования информации»;
- 4) исключить пункт 3 статьи 22 Закона «Об информации»;
- 5) внести соответствующие изменения подзаконные в акты, в частности в Указ Президента РФ от 03 апреля 1995 года № 334.

Глава 3. Использование электронной цифровой подписи в банковских отношениях

§3.1. Использование кредитными организациями электронной цифровой подписи в рамках корпоративной информационной системы

Основная область применения ЭЦП — финансовая сфера. Кроме банковского сектора экономики, ЭЦП применяется и в области рынка ценных бумаг. Фондовый рынок, наряду с рынком банковских услуг, одним из первых воспринял преимущества дистанционного совершения сделок путем обмена электронными документами, подписанными ЭЦП. В настоящее время все крупные профессиональные участники рынка ценных бумаг предоставляют своим клиентам возможность совершения сделок дистанционным способом посредством применения ЭЦП. Да и сами организаторы торгов очень отличаются от тех бирж, которые существовали сравнительно недавно.

Биржевые сделки, образуя особый вид сделок, значительно отличаются не только формой, но и порядком их заключения. Торги на крупнейших мировых биржах и на фондовом рынке России совершаются в электронной форме. Стороны при заключении биржевой сделки не составляют соглашение в обычном понимании. Согласно Положению о деятельности по организации торговли на рынке ценных бумаг,¹⁷¹ порядок совершения и исполнения сделок на организованном рынке ценных бумаг устанавливается организатором торговли. Доказательством заключения биржевой сделки между сторонами

¹⁷¹ Приказ ФСФР РФ от 15 декабря 2004 года № 04-1245/пз-н «Об утверждении положения о деятельности по организации торговли на рынке ценных бумаг» // Российская газета.-2005.-19 января.-№7.

является отчет организатора торгов, направляемый в электронной форме и заверенный ЭЦП уполномоченного лица биржи.¹⁷²

Изначально наиболее широкое распространение электронные системы и технологии получили в банковском секторе. Это объясняется разными причинами, в частности:

— Конкуренция. Стремление банков опередить своих конкурентов в непрекращающейся борьбе за клиентов является мощным фактором, заставляющим банки искать новые формы работы с клиентами или воспроизводить то, что делают конкуренты.

— Фактор времени. Время становится товаром, и все больше людей начинают ставить знак равенства между потерями времени и потерями денег. С точки зрения клиентов, дистанционное банковское обслуживание намного эффективнее хождения по отделениям банков, и банки не могут не учитывать этого.

— Географический. Географический масштаб рынка банковского сектора расширяется, и возникает необходимость обслуживать клиентов, не ограничиваясь границами одного региона.

— Криптография. Успехи криптографии в течение последних десятилетий позволили разработать надежные и практически бесплатные средства аутентификации и цифровой подписи.

— Экономия. Обеспечение в работоспособном состоянии элементов дистанционного банковского обслуживания значительно дешевле обходится и банку, и клиенту.

— Стандартизация. Возникновение и утверждение стандартов в ряде областей облегчает банкам задачу создания интегрированных расширяемых решений.

¹⁷² Такое положение имеется в Правилах фондовой биржи ММВБ http://www.micex.ru/off-line/legaldocs/legal_document_370.pdf

Необходимо отметить, что все операции с электронными цифровыми подписями осуществляются в информационных системах. Закон «Об ЭЦП» определяет два типа информационных систем: информационная система общего пользования и корпоративная информационная система (далее — КИС). Но Закон, определяя статус разновидностей информационных систем, упускает из виду само понятие информационной системы и определение ее статуса. Дефиниция информационной подписи закреплена в Законе об информации.

Согласно Закону «Об информации» информационная система является собой организационно упорядоченную совокупность документов (массивов документов) и информационных технологий, в том числе с использованием средств вычислительной техники и связи, реализующих информационные процессы. Собственниками информационных систем могут выступать физические и юридические лица, а также государство (статьи 2, 17 Закона).

Закон «Об ЭЦП» в качестве отличительного признака информационной системы общего пользования определяет открытость для использования всеми физическими и юридическими лицами и тот факт, что в ее услугах этим лицами не может быть отказано. В КИС участниками является ограниченный круг лиц, определенный ее владельцем или соглашением самих участников этой системы.

Вид информационной системы имеет значение при решении следующих вопросов:

- о порядке создания ключей ЭЦП;
- о выпуске и использовании сертификатов ключей ЭЦП, в том числе о содержании информации в сертификатах; порядке ведения реестра сертификатов; приостановлении действия, аннулирования и хранения сертификатов;
- о статусе удостоверяющего центра, обеспечивающего функционирование информационной системы;
- о прекращении деятельности удостоверяющего центра;

— и ряда других¹⁷³.

Правовые отношения в банковской сфере в рамках настоящей работы можно разграничить на две большие основные группы:

— отношения между коммерческим банком и его клиентами — физическими и юридическими лицами — при предоставлении банковских услуг;

— отношения между Центральным Банком РФ и коммерческими банками, возникающие как в условиях предоставления ЦБ РФ банковских услуг и проведения межбанковских расчетов, так и в рамках осуществления ЦБ РФ своих контрольных функций согласно законам о «Центральном банке»¹⁷⁴ и «О банковской деятельности»¹⁷⁵.

Вне зависимости от специфики указанных групп правоотношений все действия сторон, в результате которых осуществляется обмен электронными документами, удостоверенными ЭЦП, облачаются в договорную форму. Правовое положение участников, их права и обязанности определяются соглашением сторон или решением владельца информационной системы.

Таким образом, банковские услуги предоставляются, и операции с использованием ЭЦП осуществляются в рамках КИС.

В связи с тем, что взаимодействия между участниками КИС строятся на основе договорных отношений, возникает необходимость правовой квалификации таких соглашений. На практике встречаются три основные

¹⁷³ Соловяненко Н.И. Комментарий к Федеральному закону «Об электронной цифровой подписи» // Приложение к журналу «Хозяйство и право». 2003. № 5.—С.22.

¹⁷⁴ Федеральный закон от 10 июля 2002 года № 86-ФЗ «О Центральном Банке Российской Федерации (Банке России) // Российская газета.-2002.-13 июля.- №127.

¹⁷⁵ Федеральный закон от 02 декабря 1990 года № 395-1 «О банках и банковской деятельности» // Российская газета.-1996.-10 февраля.—№27.

модели договорного регулирования участников банковской КИС (в отношениях между коммерческими банками и клиентами по поводу оказания банковских услуг):

— Банк и клиент оформляют отдельное соглашение об электронном документообороте (обмене данными). В таком соглашении стороны определяют порядок обмена электронными документами, условия использования ЭЦП, процедуру осуществления аутентификации и проверку целостности электронного документа, разрешения разногласий, возникших в результате использования ЭЦП, порядок и срок хранения сертификатов ключей подписей и средств ЭЦП, иные условия. Соглашения об электронном документообороте могут распространяться как на все отношения между банком и его клиентом, так и только на определенные отношения по предоставлению конкретных банковских услуг (например, по распоряжению денежными средствами, находящимися на расчетном счете клиента).

— Банк и клиент заключают дополнительное соглашение об электронном документообороте к конкретному договору. В подавляющем большинстве случаев таким основным договором является договор банковского счета. Система «Банк-Клиент», об использовании которой стороны заключают дополнительное соглашение к договору банковского счета, позволяет осуществлять проведение расчетных операций по банковскому счету клиента на основании электронных платежных документов, доставку отчетов банка по операциям клиентами, а также иных документов в электронной форме в соответствии с условиями договора банковского счета.

— Банк создает некий документ, регламент об электронном документообороте, в котором определяет все условия обмена данными и применения ЭЦП. Регламент помещается в общедоступное место (например, на официальный сайт банка или находится в клиентском отделе банка). Клиент при заключении договора с банком выражает согласие с условиями регламента. Стороны также определяют отношения, на которые распространяет Регламент.

При заключении таких соглашений стороны опираются на положения статьи 421 ГК РФ, в соответствии с которой стороны могут заключить договор, как предусмотренный, так и не предусмотренный законом или иными правовыми актами. В связи с тем, что в подобном договоре могут содержаться элементы различных договоров, такой договор необходимо относить к смешанным.

При этом договор об участии в КИС — это, как правило, договор присоединения, и регламентируется он Гражданским кодексом РФ. В соответствии с пунктом 1 статьи 428 Кодекса договором присоединения признается договор, условия которого определены одной из сторон в формулярах или иных стандартных формах и могли быть приняты другой стороной не иначе как путем присоединения к предложенному договору в целом. В связи с этим необходимо учитывать положение пункта 2 указанной статьи. В названной норме Кодекса установлено, что присоединившаяся к договору сторона вправе потребовать расторжения или изменения договора, если договор присоединения хотя и не противоречит закону и иным правовым актам, но лишает эту сторону прав, обычно предоставляемых по договорам такого вида, исключает или ограничивает ответственность другой стороны за нарушение обязательств либо содержит другие явно обременительные для присоединившейся стороны условия, которые она исходя из своих разумно понимаемых интересов не приняла бы при наличии у нее возможности участвовать в определении содержания договора¹⁷⁶. При этом совместное постановление Пленумов Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного

¹⁷⁶ Соловяненко Н.И. Комментарий к Федеральному закону «Об электронной цифровой подписи» // Приложение к журналу «Хозяйство и право». 2003. № 5.—С.24.

Соловяненко Н.И. «Заключение договоров с использованием электронных документов в системах электронной торговли» // Хозяйство и право. 2003. №1.—С.51-52.

Суда РФ № 6/8¹⁷⁷ позволяет изменять договоры по использованию системы «Банк-Клиент» и условия регламентов по электронному документообороту банков, как договоры присоединения, и по соглашению сторон.

Таким образом, действующее законодательство позволяет клиенту банка в полной мере защитить свои права и при вступлении в КИС банка требовать изменения условий договора или регламента, определяющих порядок электронного документооборота с использованием ЭЦП, если условия банка явно ущемляют правовое положение клиента по сравнению с условиями других кредитных организаций.

По построению договорных отношений корпоративные информационные системы отличаются от информационных систем общего пользования, условия функционирования которых близки к конструкции публичного договора.

В соответствии со статьей 426 ГК РФ публичным договором признается договор, заключенный коммерческой организацией и устанавливающий ее обязанности по продаже товаров, выполнению работ или оказанию услуг, которые организация по своему характеру деятельности должна осуществлять в отношении каждого, кто к ней обратится. Гражданский кодекс устанавливает примерные отношения, которые регулируются публичным договором (розничная торговля, услуги связи, перевозка транспортом общего пользования). Однако данным перечислением гражданское законодательство не ограничивается при отнесении отношений к публично-правовым. Ряд гражданских правовых договоров путем прямого закрепления специальными нормами является публичным. Применительно к банковским отношениям публичными являются отношения банковского вклада, где вкладчиком

¹⁷⁷ Постановление Пленума Верховного Суда РФ №6 и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ № 8 от 1 июля 1996 года «О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» // Российская газета.-1996.-13 августа.-№152.

является гражданин. Применительно к отношениям по использованию ЭЦП актуальным является, на наш взгляд, регулирование возможности управления вкладчиком — физическим лицом денежными средствами, находящимися в банке по договору банковского вклада, путем направления электронных поручений, подписанных ЭЦП.

Данный вопрос в настоящее время стоит не так остро ввиду незначительного количества операций, совершаемых физическими лицами по управлению банковским вкладом (счетом) с использованием ЭЦП, в отличие от многих стран Западной Европы, Азии и США. Однако при столь стремительном развитии банковских технологий данная проблема может возникнуть в любой момент.

Для правильного правового регулирования соглашения об управлении банковским вкладом (счетом) физическим лицом и применения к таким отношениям соответствующих норм права необходимо определить правовую природу данного соглашения. Является ли оно самостоятельным публичным договором, носит акцессорный характер по отношению к договору банковского вклада или же является приложением к договору банковского вклада.

Публичный договор является исключением из общего принципа диспозитивности гражданского права и принципа свободы договора, что обуславливает особенности его правовой регламентации, порядка и условий заключения, судебной защиты прав его сторон.

Анализ статьи 425 ГК РФ позволяет выделить следующие основные элементы публичного договора:

- обязанность коммерческой организации, предметом деятельности которой являются продажа товаров, выполнение работ или оказание услуг, заключать договоры с каждым контрагентом, который обратился к ней с таким предложением;
- обязанность коммерческой организации продавать товары, выполнять работы и оказывать услуги по ценам и на условиях, которые одинаковы для

всех контрагентов, за исключением случаев, когда законом и иными правовыми актами допускается предоставление льгот для отдельных категорий потребителей;

- обязанность коммерческой организации не оказывать предпочтение одному контрагенту перед другим, кроме случаев, предусмотренных законом и иными правовыми актами.

Такое ограничение свободы договора для одной стороны – исполнителя, как отмечалось Конституционным судом Российской Федерации¹⁷⁸, учитывает существенное фактическое неравенство сторон в договорах такого типа и направлено «на защиту интересов гражданина как экономически более слабой стороны в этих правоотношениях»¹⁷⁹.

Ввиду схожести субъектного состава (с одной стороны банк, а с другой стороны гражданин) возникновение данного договора при заключении договора банковского вклада, тесная взаимосвязь с договором банковского вклада подразумевают обязательность заключения соглашения, и можно сделать вывод, что соглашение по управлению банковским вкладом с применением ЭЦП является публичным договором.

Однако мы считаем, что данный вывод не совсем корректен и преждевременен. В соглашении об управлении вкладом с применением ЭЦП отсутствует самостоятельный предмет, который бы позволил выделить данное соглашение как отдельный договор.

¹⁷⁸ Определение Конституционного суда РФ от 06.06.2002 №115-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданки Мартыновой Е.З. на нарушение ее конституционных прав пунктом 2 статьи 779 и пунктом 2 статьи 782 ГК Российской Федерации» // Вестник Конституционного Суда РФ.-2003.- №1.

¹⁷⁹ Мищенко Е.А. Особенности заключения публичных договоров // Арбитражный и гражданский процесс. 2003. №4.—С.35.

Гражданское законодательство выделяет такие договоры, как основные и дополнительные. Различие указанных договоров состоит в том, что судьба каждого из договоров, отнесенных ко второй группе, производна от судьбы одного из тех, которые отнесены к первой группе. И наоборот, основные договоры независимы, а значит, признание дополнительного договора недействительным никакого влияния на юридическую силу основного договора не оказывает.

Исходя из этого также можно сделать вывод о том, что соглашение об управлении вкладом с применением ЭЦП не является публичным договором, так как не представляется самостоятельным договором. Расторжение договора банковского вклада (счета) автоматически ведет к прекращению соглашения о дистанционном управлении вкладом.

Дополнительный договор обладает относительной самостоятельностью, которая, в частности, проявляется в том, что он признается заключенным с момента, когда стороны достигнут согласия по существенным его условиям. Из относительной самостоятельности дополнительного договора вытекает отсутствие необходимости придать ему особую форму. Имеется в виду, что существенные условия дополнительного договора могут быть включены в текст основного. И даже при таком варианте речь пойдет о двух договорах¹⁸⁰. Относительная самостоятельность соглашения об управлении вкладом не позволяет его по правовому статусу приравнять к приложению к основному договору.

Таким образом, можно сделать вывод о том, что соглашение об управлении банковским вкладом (счетом) с применением ЭЦП, заключаемое с гражданином, является дополнительным договором с элементами публичного договора (так как возникает обязательность по его заключению при публичной оферте банка).

¹⁸⁰ Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая: Общие положения: Изд. 4-е, стереотипное. — М.: Статут, 2001.—С.394, 395.

Порядок использования ЭЦП в отношениях между коммерческими банками и Центральным Банком РФ в виду особого статуса последнего регулируется нормативно-правовыми актами ЦБ РФ и договорами об обмене электронными документами, утвержденными в качестве приложений к актам¹⁸¹.

Частный характер КИС предоставляет большие полномочия собственнику и участникам КИС в вопросе регулирования использования ЭЦП в КИС, а также функционирования самой системы. Правомочия собственника по самостоятельному определению статуса информационной системы были закреплены еще Законом «Об информации». В пункте 3 статьи 17 сказано, что «собственник информационной системы, технологии и средств их обеспечения определяет условия использования этой продукции».

Тенденция по предоставлению возможности для самостоятельного регулирования собственником КИС отношений в рамках КИС нашли отражение в статье 17 Закона «Об ЭЦП». Владелец КИС устанавливает порядок использования ЭЦП в КИС самостоятельно или по соглашению с другими участниками этой системы, а также устанавливает статус удостоверяющего центра. В большинстве случаев владелец КИС определяет порядок создания копий электронных документов из КИС и удостоверения.

При этом в рамках КИС могут оформляться не только поручения на совершение определенной операции, но иные документы. Так в деле №А19-

¹⁸¹ Положение ЦБ РФ от 12 марта 1998 года №20-П «О правилах обмена электронными документами между Банком России, кредитными организациями (филиалами) и другими клиентами Банка России при осуществлении расчетов через расчетную сеть Банка России» // Вестник Банка России.-2000.-27 апреля.—№22.

Положение ЦБ РФ от 23 июня 1998 года № 36-П «О межрегиональных электронных расчетах, осуществляемых через расчетную сеть Банка России» // Вестник Банка России.-1998.-28 августа.—№61.

20241/03-13-Ф02-3079/04-С2 Федеральный арбитражный суд Восточно-Сибирского округа 12 августа 2004 года¹⁸² рассматривал вопрос о легитимности решения единственного учредителя общества, изготовленного в виде электронного документа. Собственник информационной системы — ООО «Иркутская нефтяная компания» — признала спорный электронный документ в качестве надлежащего доказательства и поставила под ним свою подпись, которая признана равнозначной ЭЦП.

В правилах электронного документооборота КИС могут быть предусмотрены следующие условия:

- все экземпляры ЭД являются подлинниками данного ЭД; ЭД не может иметь копий в электронном виде;
- копии ЭД могут быть изготовлены (распечатаны) на бумажном носителе и должны быть заверены собственноручной подписью лица, уполномоченного участником — отправителем или получателем ЭД.

Решением владельца либо соглашением участников регламентируется также содержание сертификата ключей подписей, порядок ведения реестра сертификатов, порядок хранения аннулированных сертификатов ключей подписей, а также случаи приостановления действия и утраты юридической силы указанными сертификатами.

Необходимо учитывать, что в статье 6 Закона «Об ЭЦП» установлен перечень сведений, которые должны быть указаны в сертификате ключа подписи, в частности:

- уникальный регистрационный номер сертификата ключа подписи, даты начала и окончания срока действия сертификата ключа подписи;
- фамилия, имя и отчество владельца сертификата ключа подписи;
- открытый ключ ЭЦП;
- наименование и местонахождение удостоверяющего центра, выдавшего сертификат ключа подписи;

¹⁸² Документ не опубликован. Правовая система «КонсультантПлюс».

— сведения об отношениях, при осуществлении которых электронный документ с ЭЦП будет иметь юридическое значение.

В связи с тем что норма статьи 17 Закона специально посвящена КИС и, как отмечалось выше, предоставляет право владельцу либо участникам этой системы самостоятельно определить содержание информации в сертификатах ключей подписей, в случае возникновения любых правовых коллизий положения статьи 17 Закона «Об ЭЦП» ввиду специального характера имеют большую юридическую силу. Однако во избежание подобных споров рекомендуется законодательно уточнить, что пункт 1 статьи 6 Закона «Об ЭЦП» действует в отношении информационных систем общего пользования.

§3.2. Правовое регулирование использования электронной цифровой подписи в банковских отношениях

Ощущение объективной необходимости формирования правовой основы регламентации отношений по использованию электронных документов и ЭЦП возникло среди участников банковского рынка еще в начале 90-х годов прошлого века. Активное внедрение информационных технологий, интеграция в мировой рынок финансовых услуг послужило толчком для использования аналогов собственноручной подписи. Проблема особого нормативного регулирования этого нового правового явления касалась не только российского законодателя. Мировая практика идет по пути создания нормативных актов отраслевого назначения, связанных с применением электронного способа передачи информации и, соответственно, электронно-цифровых способов ее защиты (к которым относится ЭЦП) от несанкционированного доступа в различных сферах деловой деятельности¹⁸³. Такие акты фактически определяют специфику использования ЭЦП в каждой из сфер применения. Прежде всего это относится к банковской сфере.

Именно в банковских правоотношениях ЭЦП как правовой институт получила свое значительное развитие. Но, несмотря на значительное развитие и широкое применение, законодательное регулирование порядка использования ЭЦП в банковской сфере не получило должного регулирования.

Законодательство о применении ЭЦП в банковских правоотношениях базируется на положениях статьи 847 Гражданского кодекса РФ. Согласно положениям пункта 3 статьи 847 ГК РФ договором может быть

¹⁸³ Соловяненко Н.И. Правовое регулирование создания и использования электронной (безбумажной) документации, в том числе заверенной электронной цифровой подписью // Хозяйство и право. 1994. № 4.—С.30.

предусмотрено удостоверение прав распоряжения денежными суммами, находящимися на счете, электронными средствами платежа и другими документами с использованием в них аналогов собственноручной подписи, кодов, паролей и иных средств, подтверждающих, что распоряжение дано уполномоченным на это лицом.

Для настоящей работы большое значение имеет положение о том, что платежные документы в электронной форме должны содержать аналоги собственноручной подписи согласно статье 160 Гражданского кодекса РФ. Таким образом, Гражданский кодекс позволяет участникам банковских правоотношений применять ЭЦП при распоряжении денежными средствами. Данное положение нельзя не назвать прогрессивным исходя из специфики правового института и стремления российского законодателя к жесткому методу регулирования отношений по использованию ЭЦП. Статья 847 ГК РФ дала возможность заключать сделки с помощью ЭЦП и предоставила возможность участникам гражданского оборота распоряжаться всеми собственными денежными средствами путем электронного документооборота. Отношения по распоряжению денежными средствами клиента, находящимися на счете в банке, путем предоставления электронных платежных документов с использованием ЭЦП получили развитие в системах «Банк-Клиент».

Существует мнение, что электронные платежные документы должны удовлетворять требованиям статьи 434 и 160 Гражданского кодекса РФ. Формально такая ссылка не вполне правильна, считает А.П. Вершинин. Статья 434 ГК РФ устанавливает правила для заключения договора в электронной форме, а статья 160 ГК РФ несколько сужает возможности совершения сделки в электронной форме по сравнению со статьей 847 ГК РФ. Удостоверение прав на распоряжение денежными средствами, находящимися на банковском счете, может в соответствии с условиями договора осуществляться не только путем использования аналогов собственноручной подписи по статье 160 ГК РФ, но также и путем применения кодов, паролей и иных средств, подтверждающих, что распоряжение дано уполномоченным на

это лицом. Идентификационными средствами являются, например, аналоги собственноручной подписи, а также персональные идентификационные номера (ПИН), пластиковые карты. Применительно к проведению безналичных расчетов кредитными организациями правила Центрального Банка РФ регламентируют использование аналогов собственноручной подписи и, в частности, ЭЦП¹⁸⁴.

Однако процесс нормативного регулирования отношений по применению ЭЦП в банковских отношениях получил свое развитие раньше принятия второй части Гражданского кодекса РФ. С момента вступления в силу норм статьи 847 ГК РФ и по настоящее время значительная роль в регламентации порядка использования ЭЦП в банковской сфере принадлежит Центральному Банку РФ. ЦБ РФ, как ни один другой государственный орган, принял значительное число нормативных актов относительно ЭЦП в подконтрольной сфере. Для обеспечения целостности и достоверности сообщений, циркулирующих в системе Центрального Банка, приказом от 21 сентября 1993 года № 02-159 был введен в действие стандарт ЦБ РФ «подпись цифровая электронная»¹⁸⁵.

Одним из основных и фундаментальных актов Центрального Банка РФ, который регулирует отношения по применению аналогов собственноручных подписей и, следовательно, ЭЦП как аналога собственноручной подписи, является Временное положение Банка России от 10 февраля 1998 года № 17-П «О порядке приема к исполнению поручений владельцев счетов, подписанных аналогами собственноручной подписи, при проведении безналичных расчетов кредитными организациями»¹⁸⁶ (далее —

¹⁸⁴ Вершинин А.П. Электронный документ: правовая природа и доказательство в суде. — М., 2000.—С.84, 86.

¹⁸⁵ Данный Приказ ЦБ РФ утратил в силу на основании Приказа ЦБ РФ от 31 января 1995 года №02-13 в связи с принятием ГОСТа Р 34.10-94.

¹⁸⁶ Вестник Банка России.-1998.-18 февраля.-№ 10.

Положение 17-П). Принятый в соответствии со статьей 160 Гражданского кодекса РФ еще в 1998 году акт не теряет актуальности и сегодня и является руководящим документом для кредитных организаций, реализующих в своей деятельности технологии ЭЦП. Положение 17-П разграничивает отношения между коммерческими банками и их клиентами от отношений Банка России с кредитными организациями и другими клиентами Банка России.

Положение 17-П устанавливает порядок приема к исполнению поручений владельцев счетов, составленных на электронных носителях и подписанных исключительно аналогами собственноручной подписи (далее — АСП), при проведении безналичных расчетов между кредитными организациями и их клиентами. Отношения по проведению расчетов Банком России с кредитными организациями и другими клиентами Банка России регулируются иными актами и договорами.

Положение 17-П ввело легальное определение аналога собственноручной подписи, которое в Гражданском кодексе РФ только упоминается. В соответствии с пунктом 1.6 Положения АСП представляет собой персональный идентификатор кредитной организации либо клиента кредитной организации, являющийся контрольным параметром правильности составления всех обязательных реквизитов платежного документа и неизменности их содержания.

Бесспорно, отнести Положение 17-П к исключительному источнику гражданского права, регулирующему порядок использования ЭЦП в сфере банковских отношений, не представляется возможным. Положение определяет условия придания юридической силы платежным документам, подписанным АСП, который по своему содержанию намного шире понятия ЭЦП. Электронная цифровая подпись является квалифицированным видом аналога собственноручной подписи. Также необходимо учитывать, что Положение 17-П устанавливает иные рамки применения АСП, нежели Закон «Об ЭЦП», который определяет более широкие границы и возможности для подписания электронных документов ЭЦП. Проводя параллель между

законодательством об ЭЦП и Положением 17-П, можно сделать вывод о том, что Центральный Банк России пошел по пути американской модели регулирования ЭЦП.

Центральный Банк РФ позволяет быть владельцем АСП не только физическим лицам, но и кредитным организациям и клиентам Банка России, то есть юридическим лицам. При этом в Положении 17-П не устанавливается жесткой технологии АСП, процедуры генерации и проверки достоверности, аутентификации и отсутствия искажения данных в ЭД. Банк России приравнивает платежные документы, подписанные АСП, по своей юридической силе к бумажной форме поручений, предоставляет сторонам возможность самостоятельно определять процедуру проверки АСП, в то время как в Законе «Об ЭЦП» императивно определена процедура подтверждения подлинности ЭЦП в ЭД.

Схожесть двух источников права можно наблюдать в определении статуса третьего лица в отношениях между участниками электронного документооборота с использованием ЭЦП (АСП) — удостоверяющего центра. В Положении 17-П функции удостоверяющего центра осуществляет Администрация Документооборота. Примечательно, что Администрацией Документооборота может быть не только юридическое лицо, но подразделение юридического лица, что более соответствует особенности отношений между кредитной организацией и его клиентами, которые имеют место в рамках корпоративной информационной системы. Администрация действует в качестве регистратора владельцев АСП, средств создания и проверки правильности АСП, а также выполняет иные функции, предусмотренные договором с участниками КИС.

Однако переход клиентуры и банков на осуществление электронных платежей с применением ЭЦП не меняет вида расчетных документов, который установлен законодательством. Меняется только способ изготовления и передачи расчетных документов от клиента в банк и от банка к банку, а также механизм их первичной обработки с ручного (бумажного) на

автоматизированный (компьютерный). Таким образом, в рамках действующего законодательства осуществление безналичных расчетов в электронной форме следует рассматривать только как особый способ передачи и обработки информации о платежах.¹⁸⁷

Отношения между Центральным Банком РФ и кредитными организациями (филиалами) составляют вторую группу отношений по применению ЭЦП в банковской сфере. Ввиду особого положения Банка России отношения с ним имеют определенные отличия и специфику по сравнению с теми, что складываются между банками и их клиентами, и строятся с учетом статуса ЦБР как контрольного и надзорного органа, а также органа, координирующего и регулирующего организацию безналичных расчетов. Если в первой группе отношений основу регуляции составляет договор, то поведение участников при взаимодействии с Центральным Банком регулируется нормативным актом и утвержденным им договором, который един для всех участников. Положение Центрального Банка России от 12 марта 1998 года № 20-П (с изменениями от 11 апреля 2000 года) «О правилах обмена электронными сообщениями между Банком России, кредитными организациями (филиалами) и другими клиентами Банка России при осуществлении расчетов через расчетную сеть Банка России»¹⁸⁸ (далее — Положение №20-П) является таким нормативным актом..

Особенность Положения № 20-П заключается в том, что, как и Положение № 17-П, владельцем ЭЦП может быть юридическое лицо: Банк России (его учреждение), Вычислительный центр ЦБР, кредитная организация (филиал) или другой клиент Банка России, ЭЦП которого зарегистрирована в порядке, установленном договором между Банком России и его клиентом.

¹⁸⁷ Шарапуто М.В. Гражданско-правовое регулирование расчетных отношений с использованием электронных средств: Автореферат дис. ...канд. юрид. наук — М. 1998.—С.11.

¹⁸⁸ Вестник Банка России.-2000.-27 апреля.-№22.

Положение упрощает порядок применения ЭЦП в КИС, не вводя ограничений и дополнительных конструкций в виде «оператора ЭЦП» или определяя в качестве владельца ЭЦП уполномоченное на подписания ЭД от имени клиента физическое лицо клиента Банка России. Единственным требованием является назначение коммерческим банком лиц, ответственных за осуществление обмена электронными документами с Центральным Банком РФ. Норма Положения № 20-П о назначении в качестве владельца ЭЦП банка или иного клиента ЦБ РФ входит в коллизию с Законом «Об ЭЦП» и должна применяться с учетом Закона. Согласно статье 20 Закона «Об ЭЦП» нормативные правовые акты Российской Федерации подлежат приведению в соответствие с Законом в течение трех месяцев со дня вступления его в силу. Однако прошло более трех лет со дня вступления Закона силу, но изменения в Положение не были внесены.

Положение № 20-П допускает также подписание пакета электронных документов, при этом каждый документ в составе заверенного пакета не подписывается. Каждый документ либо пакет документов обязательно проходит контроль с целью подтверждения подлинности электронного документа, которое состоит из проверки правильности ЭЦП и проверки соответствия зарегистрированного владельца ЭЦП составителю электронного документа. Но необходимо учитывать, что если при подписании с помощью ЭЦП пакета документов нет необходимости подписывать каждый документ, то проверка Центральным Банком осуществляется в отношении каждого ЭД в составе пакета ЭД после успешной проверки самого пакета.

Центральный Банк РФ при заключении договора об обмене электронными документами с каждым клиентом признает, что ЭЦП является надежным и достаточным средством для предотвращения внесения изменений в электронные документы, и подделка ЭЦП невозможна без использования секретного ключа владельца.

Необходимо признать, что принятие Положения № 20-П явилось прогрессивным и своевременным шагом со стороны контролирующего органа

в упорядочивании порядка использования ЭЦП в той области, где потребность в этом была очень острой и где ЭЦП применяется больше всего. На основе данного положения многие коммерческие банки составили и приняли внутренние регламенты по использованию ЭЦП и общие формы договоров, заключаемые с клиентами. Таким образом, Положение №20-П повлияло на порядок обмена электронными документами не только при осуществлении безналичных расчетов через расчетную сеть Банка России, но и при обмене электронными документами, подписанными ЭЦП, между коммерческими банками и их клиентами. Несмотря на уже принятое Положением № 17-П, регулирующие порядок приема к исполнению поручений владельцев счета, составленных на электронных носителях и подписанных АСП, правовые приемы и инструменты Положения № 20-П, в силу более тщательной проработанности, нашли отражение в практике всех банковских правоотношений, где используется ЭЦП.

В корреспонденции с Положением № 20-П Центральный Банк принял Положение от 23 июня 1998 года № 36-П «О межрегиональных электронных расчетах, осуществляемых через расчетную сеть Банка России»¹⁸⁹. Основным вопросом, который вызывает интерес с точки зрения регулирования применения ЭЦП, является то обстоятельство, что в системе межрегиональных электронных расчетов перевод платежей осуществляется на основании платежного поручения, в том числе составленного в электронной форме. При этом электронные платежные документы, включенные в состав пакета документов, подписанного ЭЦП, признаются имеющими равную юридическую силу с расчетными документами, составленными на бумажном носителе, подписанными уполномоченными лицами и заверенными оттиском печати, только при условии подтверждения подлинности пакета в порядке, определенном Положением № 20-П. Подтверждение подлинности является основанием для проведения последующих операций.

¹⁸⁹ Вестник Банка России.-1998.-28 августа.-№ 61.

Бесспорно, что значительная часть операций с использованием ЭЦП происходит при управлении клиентами банков денежными средствами, находящимися на расчетном счете, электронными платежными документами. Но электронная цифровая подпись применяется и при предоставлении банками других услуг. Положение Центрального Банка от 24 декабря 2004 года № 266-П «Об эмиссии банковских карт и об операциях, совершаемых с использованием платежных карт»¹⁹⁰ позволяет кредитным организациям предоставлять своим клиентам документ по операциям с использованием платежной карты в электронной форме, подписанных аналогами собственноручной подписи, то есть и ЭЦП. Документ по операциям с использованием платежной карты является основанием для осуществления расчетов по операциям с использованием платежной карты и служит подтверждением их совершения.

Как отмечалось выше, ввиду развития международных экономических отношений между хозяйствующими субъектами при стремительном прогрессе информационных технологий важнейшей составляющей стабильного электронного документооборота является признание иностранных ЭЦП. До принятия Закона «об ЭЦП» проблема решалась либо на основе договорных соглашений сторон (причем стороны действовали на свой страх и риск), либо на основании двухсторонних соглашений регулирующих органов. Еще в 1997 года Центральный Банк России признал эту проблему. 20 февраля 1997 года было заключено двухстороннее соглашение между Банком России и Национальным Банком Республики Беларусь «Об организации расчетов между хозяйствующими субъектами Российской Федерации и Республики Беларусь»¹⁹¹, в котором регулирующие органы договорились, что при необходимости «проведения срочных платежей могут применяться

¹⁹⁰ не опубликовано, правовая база «Консультант Плюс»

¹⁹¹ Вестник Банка России.-1997.-14 мая.-№ 28.

электронные платежные документы, снабженные соответствующей электронной подписью».

В банковской сфере в последнее время появился новый институт — кредитное бюро, основная задача которого — составление и ведение отчетов заемщиков. Принятие 30 декабря 2004 года Закона № 218-ФЗ «О кредитных историях»¹⁹² стало важным шагом для банковской сферы России и очередным этапом по приближению России к мировой банковской системе, к стабильному и устойчивому развитию и функционированию банковского рынка на правовом фундаменте. Однако для данной работы примечательным фактором служит расширение законодателем границ использования ЭЦП. В соответствии со статьей 6 Закона № 218-ФЗ бюро кредитных историй могут предоставлять субъекту кредитной истории по его запросу в форме электронного документа, юридическая сила которого подтверждена ЭЦП.

В настоящее время действует значительное количество нормативных правовых актов Центрального Банка, регулирующих порядок использования ЭЦП в банковской сфере: от традиционных отношений между коммерческим банком и его клиентами по поводу управления последними денежными средствами платежными документами, составленными в электронной форме посредством системы «Банк-Клиент», до осуществления Банком России контрольно-надзорных функций и предоставления кредитными организациями отчетности в электронной форме. Объединяющим началом выступает признание юридической силы электронных документов, подписанных ЭЦП, при положительном результате проверки электронной подписи наравне с документами, подписанными уполномоченными лицами кредитной организации и заверенными оттиском печати. При этом почти все нормативные акты Банка России, несмотря на Закон «Об ЭЦП», признают

¹⁹² Российская газета.-2005.-13 января.-№2; Собрание законодательства РФ.- 2005.-№1 (часть 1).-ст.44.

возможность выступления в качестве владельца ЭЦП юридического лица — кредитной организации или клиента кредитной организации (Банка России).

Отношения между кредитными организациями и клиентами по применению ЭЦП регулируются исходя из принципа диспозитивности. Нормативные акты Центрального Банка обязывают в большинстве случаев установить между кредитными организациями и их клиентами процедуру признания ЭЦП, а также порядок и условия ее использования вне зависимости от вида банковских операций (валютные правоотношения — Инструкция ЦБ РФ от 30 марта 2004 года № 111-И; взаимоотношения с нерезидентами — Инструкция ЦБ РФ от 15 июня 2004 года № 117-И, осуществление безналичных расчетов — Положение от 3 октября 2002 года № 2-П и Положение от 1 апреля 2003 года № 222-П).

Особенность договорных отношений между коммерческими кредитными организациями и их клиентами заключается в том, что при обмене электронными сообщениями кредитные организации рассматривают любое лицо как представителя клиента кредитной организации, обладающего полномочиями на совершение любых действий, предусмотренных Регламентом, если указанное лицо от имени Клиента направит электронный документ, подписанный ЭЦП. Риск компрометации закрытого ключа лежит на Клиенте, и кредитные организации не несут ответственности за убытки, возникшие в результате действия третьих лиц, получивших доступ к ключу ЭЦП, до момента приостановления действия ключа ЭЦП, а также при нарушении сотрудниками Клиента правил пользования ключом ЭЦП. Таким образом, в подавляющем большинстве случаев кредитные организации, как владельцы КИС, не придерживаются жесткого требования Закона «Об ЭЦП» относительно возможности выступать в качестве владельца ЭЦП только физического лица, а руководствуются в своей практике положениями инструкций ЦБ РФ, которые, несмотря на противоречие Закону «Об ЭЦП», более соответствуют деловому обыкновению электронного документооборота в банковской среде.

Кредитные организации совместно с их клиентами признают, что электронные документы с ЭЦП являются доказательственным материалом для решения спорных ситуаций, в том числе и при рассмотрении соответствующих споров в суде. Электронные документы, не имеющие электронной цифровой подписи, при наличии спорных вопросов не являются доказательственным материалом. При этом существует презумпция существования ЭЦП, подписания электронного документа ЭЦП.

Использование электронного документооборота исключает необходимость обмена бумажными оригиналами документов. В рамках исполнения договорных обязательств кредитные организации направляют клиентам отчеты в электронной форме по системе «Банк-Клиент» о совершенных операциях. При отсутствии каких-либо возражений со стороны контрагента в течение некоторого времени, которое устанавливается договором, совершенные операции считаются подтвержденными. При этом возражения по поводу правомерности осуществления транзакций со стороны клиентов кредитных организаций/пользователей КИС могут поступать как в электронной, так и в бумажной форме.

В настоящее время начинает складываться судебная практика по вопросам применения ЭЦП в банковских правоотношениях. Несмотря на новизну и отсутствие устоявшейся практики, суд признает легитимность применения ЭЦП, что, несомненно, придает устойчивость должному развитию отношений по использованию ЭЦП не только в банковской сфере.

Так, летом 1993 года юридическая фирма ЮКОН по заказу Межбанковского финансового дома разработала методику заключения финансовых сделок с использованием модема и электронной подписи. Договор об оплате заказа также был заключен с использованием электронной подписи. Далее заказчик отказался оплатить услуги партнера, тем самым спровоцировал передачу дела в арбитражный суд г. Москвы. Появился первый прецедент рассмотрения судом финансового спора по электронному договору. 28 июля того же года арбитражный суд завершился определением в пользу

истца, признанием договора с электронной подписью правомочным. Межбанковский финансовый дом, с которого постановлением суда взыскали 100 000 рублей, трактовал это как доказательство законности электронной подписи.¹⁹³

11 июня 2002 г ФАС Московского округа, рассматривая кассационную жалобу по делу N КГ-А40/3554-02¹⁹⁴ о признании юридической силы за цифровыми (электронными) подписями, установил, что между сторонами дела, одной из которых был Банк, был заключен договор об установке абонентского места "клиент" системы "Банк - Клиент". На основании п.1 Приложения N 1 к этому договору данная система "Банк-Клиент" предназначена для передачи клиентами в банк платежных поручений и для получения клиентами из банка выписок по своим счетам, а также для обмена информационными сообщениями между участниками системы. Согласно п.10 Приложения N 1 к вышеуказанному договору списание со счета и зачисление со счета средств клиента должно происходить на основании электронных платежных документов. Истец, требуя взыскать с ответчика незаконно списанные денежные средства со счета и проценты за пользование чужими денежными средствами, сослался на тот факт, что платежные поручения, по которым произошло списание, директором и главным бухгалтером данного общества не подписывались. Суд признал электронное платежное поручение, подписанное ЭЦП генерального директора и главного бухгалтера, надлежащим доказательством волеизъявления клиентов, а документ, подписанный ЭЦП, имеющим юридическую силу.

Федеральный арбитражный суд Центрального округа в постановлении № 172/5 от 28 апреля 2000 года¹⁹⁵ признал незаконными и ущемляющими

¹⁹³ Гарибян А. Электронная цифровая подпись: правовые аспекты // Российская юстиция. 1996. № 11.—С.13.

¹⁹⁴ Документ опубликован не был. Правовая система «Консультант Плюс».

¹⁹⁵ Документ опубликован не был. Правовая система «Гарант».

интересы лиц требования налоговой инспекции предоставлять выписки банка на бумажном носителе, подтвержденные подписями работников банка и заверенные печатью, при наличии таких выписок в электронной форме. Составление выписок по счету в электронной форме правомерно и основано на Законе «Об информации, информатизации и защите информации», в статье 3 и в пункте 2 статьи 5 которого предусмотрено, что документ, полученный из автоматизированной информационной системы, подтвержденный электронной цифровой подписью, имеет юридическую силу. Такие электронные документы приняты в деловом обороте между банками и их клиентами и признаны таковыми письмом Банка России от 10.02.98. N 17-П.

Аналогичный спор, но, уже руководствуясь Законом «Об ЭЦП», Федеральный арбитражный суд Волго-Вятского округа разрешил постановлением от 6 октября 2003 года №А17-842/5. Налоговый орган, отказывая в возмещении из бюджета сумм НДС, в качестве основания своего решения указал на непредставление налогоплательщиком выписки банка. Но материалы дела свидетельствовали о факте оплаты товара выписками из лицевого счета, которые банк предоставлял по системе «Банк-Клиент», а также свифт-сообщениями, заверенными ЭЦП. Суд признал данные документы соответствующими доказательствами.

В большинстве стран применение ЭЦП в банковской сфере регулируется специальными законодательными актами, актами Центрального Банка государства, банковского сообщества, а также правилами конкретных банков.

В Малайзии на законодательном уровне порядок применения ЭЦП и осуществление электронных платежей регулируется следующими основными актами:

- Закон «О Банковских и Финансовых Институтах» 1989 года (Banking and Financial Institutions Act);
- Закон «О Цифровой Подписи» 1997 года;
- Закон «О Компьютерных Преступлениях» 1997 года.

Также действуют Код Правильной Банковской Практики (Code of Good Banking Practice) и Руководящие директивы конкретных кредитных организаций, которые являются владельцами КИС (например, Банк Негара Малайзия (Bank Negara Malaysia) имеет собственную Директиву Банка).¹⁹⁶

Целью принятия Кода Правильной Банковской Практики было стремление Ассоциации Банков Малайзии унифицировать стандарты банковского дела в области электронных транзакций и пластиковых карт. Но Код не имеет юридической силы и является этическим и моральным долгом кредитных организаций. В случае, если Код не является приложением к официальному контракту, ссылка на него не будет иметь доказательственного значения при обращении в суд.

196

§ 3.3. Особенности субъектного состава при использовании электронной цифровой подписи в банковской сфере

Анализ Закона «Об ЭЦП» позволяет сделать вывод о том, что основными участниками отношений по применению ЭЦП выступают три субъекта: владелец сертификата ключа подписи, пользователь сертификата ключа подписи и удостоверяющий центр (далее — УЦ). Всего же насчитывается 11 названий субъектов, включенных в орбиту действия Закона¹⁹⁷.

В числе основных понятий, которые закреплены в статье 3 и используются в Законе «Об ЭЦП», дано определение только двух субъектов: владелец сертификата ключа подписи и пользователь сертификата ключа подписи.

Под владельцем сертификата ключа подписи подразумевается физическое лицо, на имя которого УЦ выдан сертификат ключа подписи и которое владеет соответствующим закрытым ключом ЭЦП, позволяющим с помощью средств ЭЦП создавать свою ЭЦП в электронных документах (подписывать электронные документы).

Пользователь сертификата ключа подписи — «физическое лицо, использующее полученные в УЦ сведения о сертификате ключа подписи для проверки принадлежности ЭЦП владельцу сертификата ключа подписи».

Необходимо учитывать, что согласно определению ЭЦП, закрепленному в Законе «Об ЭЦП», ЭЦП может принадлежать только физическому лицу. Это несколько ограничивает сферу применения ЭЦП и вносит ряд неудобств в применении. Согласно Федеральному закону от 21

¹⁹⁷ И.В. Бачило, С.И. Семилетов. Комментарий к Федеральному закону «Об электронной цифровой подписи // Документ опубликован не был. Правовая система «Консультант Плюс».

ноября 1996 года №129-ФЗ «О бухгалтерском учете»¹⁹⁸ подпись главного бухгалтера необходима на всех финансовых организациях. В связи с этим для полноценного применения ЭЦП в хозяйственном обороте в одной организации необходимо использовать как минимум 2 ЭЦП. Это приводит к усложнению процедуры подписания электронного документа ЭЦП. Организация, желающая использовать ЭЦП в своей деятельности, заключает соответствующий договор с удостоверяющим центром, однако владельцем сертификата ключа подписи будет лицо, уполномоченное подписывать документы. На практике в большинстве случаев техническими средствами генерации ЭЦП пользуется не должностное лицо юридического лица, уполномоченное на основании устава подписывать документы и заключать сделки, а сотрудник компании. Таким образом, возникает дополнительная задача по упорядочиванию отношений, возникающих при подписании электронного документа ЭЦП не уполномоченным на совершение сделок должностным лицом, а рядовым сотрудником (программистом). Но если уполномоченное лицо юридического лица перестанет таковым являться (например, при расторжении трудового договора), то организация уже не сможет воспользоваться данной ЭЦП. Для продолжения работы и совершения сделок дистанционным способом организации необходимо повторить всю процедуру получения сертификата ключа подписи. При этом организации необходимо будет уведомить своих контрагентов об изменении ЭЦП и обеспечить получение ими сертификата ЭЦП для осуществления аутентификации и проверки достоверности сведений в электронном документе. В то же время имеется риск злоупотребления владельцами ЭЦП, когда они, не занимая должность в корпорации, отправляют электронные документы, подписав их ЭЦП и представляясь уполномоченными лицами корпорации. Положение Закона «Об ЭЦП», устанавливающее только физическое лицо в качестве единственного владельца сертификата ключа

¹⁹⁸ Российская газета.-1996.-28 ноября.-№228.

подписи, является сдерживающим фактором в процессе использования ЭЦП. Рекомендуется внести в Закон «Об ЭЦП» изменения, расширяющие круг лиц, способных выступать в качестве владельцев сертификата ключа подписи, и тем самым перенять практику, существующую в ряде стран, законодательно закрепить положение, которое имеет место в практике сегодня. Одной из распространенных сфер применения ЭЦП является область банковского обслуживания, где широко используется система дистанционного управления расчетным счетом через интернет «Банк-Клиент». Согласно Положению ЦБ РФ от 3 октября 2002 года №2-П «О безналичных расчетах в Российской Федерации»¹⁹⁹ и Гражданскому кодексу РФ, все платежные документы должны быть подписаны руководителем и главным бухгалтером. В подавляющем случае на практике используется только одна ЭЦП для передачи распоряжений Банку.

Предложение инкорпорировать в российскую юридическую науку и практику понятие «корпоративная электронная цифровая подпись» поддерживается не всеми. Так, Леонтьев К.Б. считает подход, по которому ЭЦП может принадлежать юридическому лицу, «очень неудачным», поскольку при этом возрастает вероятность неавторизованного использования ЭЦП юридического лица, поэтому сложно установить конкретное физическое лицо, осуществившее подписание электронного документа²⁰⁰.

Соловяненко Н.И., отстаивая возможность возникновения гражданско-правовых отношений по поводу сертификата ключа подписи между удостоверяющим центром и юридическим лицом, отмечает, что в связи с этим удостоверяющий центр не гарантирует аннулирование сертификата ключа

¹⁹⁹ Вестник Банка России.-2002.-28 декабря.-№74.

²⁰⁰ Леонтьев К.Б. Комментарий к Федеральному закону «Об электронной цифровой подписи» (постатейный). — М.: ООО «ТК Велби», 2003.—С. 23.

подписи, например при досрочном прекращении полномочий единоличного исполнительного органа²⁰¹.

Шамраев А.В. предлагает выделить двух субъектов — владельца ЭЦП (юридическое лицо) и пользователь ЭЦП (уполномоченное лицо). Представляется, что в таком случае владельцем ЭЦП может выступать, как физическое, так и юридическое лицо²⁰². В последнем случае руководитель организации (владелец ЭЦП) должен предоставить контрагенту (например, банку) список лиц, уполномоченных использовать ЭЦП при подписании электронных документов. Необходимо отметить, что такая практика в настоящее время имеет широкое распространение, несмотря на отсутствие законодательного разрешения.

На взгляд автора, абсолютно неразумно выглядит требование Закона «Об ЭЦП» о возможности выступать в качестве пользователя сертификата ключа подписи только физическими лицами. В гражданско-правовом обороте не имеет особо значения, кто будет осуществлять проверку принадлежности ЭЦП владельцу сертификата ключа подписи: физическое лицо или сама корпорация, выступающая стороной в сделке. На практике процесс заключения сделки между юридическими лицами занимает более длительное время, чем при заключении сделки между физическими лицами либо между физическим и юридическим лицами. В процедуру подписания договора

²⁰¹ Подробнее: Соловяненко Н.И. Комментарий к Федеральному закону «Об электронной цифровой подписи» // Приложение к журналу «Хозяйство и право». 2003. № 5.

Соловяненко Н.И. Заключение договоров с использованием электронных документов в системах электронной торговли // Хозяйство и право. 2005. №3.—С.50-59

²⁰² Шамраев А.В. Правовое регулирование информационных технологий (анализ проблем и основных документов). Версия 1.0.— М.: Статут, Интертех, БДЦ-пресс, 2003.—С.57.

между корпорациями вовлекаются различные структурные департаменты, ответственные за определенные отношения, возникающие на основании заключаемого договора. Процедуру заключения договора корпорации можно представить как совокупность действий ряда физических лиц. Будет логичным и целесообразным в данном случае осуществление процедуры подтверждения подлинности, а также подписание ЭЦП не конкретным физическим лицом, а самой корпорацией в целом. В связи с этим прослеживается параллель в совершенствовании законодательства об ЭЦП, заключающаяся в установлении схожего субъектного состава таких понятий, как «владелец» и «пользователь сертификата ключа подписи».

Для проверки (подтверждения подлинности) ЭЦП проверяющая сторона должна получить открытый ключ и удостовериться в том, что открытый ключ соответствует закрытому ключу подписавшей стороны. Для того чтобы обеспечить действительные гарантии идентификации каждой стороны при помощи конкретной пары ключей, одно или несколько третьих лиц, которым обе стороны доверяют, должны связать опознаваемое лицо одного контрагента по сделке с парой ключей, которые создают ЭЦП в ЭД, получаемом другим контрагентом, и наоборот. Это доверенное лицо в Законе об ЭЦП называется удостоверяющим центром (статья 8)²⁰³. Однако для аутентификации и установления авторства электронного документа его получатели должны подтвердить принадлежность ЭЦП отправителю сообщения. С этой целью пользователь сертификата ключа подписи получает необходимую для идентификации владельца сертификата ключа подписи информацию от УЦ в виде сертификата ключа подписи и тем самым получает в пользование открытый ключ.

²⁰³ Соловяненко Н.И. Комментарий к Федеральному закону «Об электронной цифровой подписи» // Приложение к журналу «Хозяйство и право». 2003. № 5.—С. 18,19.

К сожалению, удостоверяющий центр не имеет собственной дефиниции в Законе, несмотря на то, что УЦ — одно из основных понятий, используемых в Законе «Об ЭЦП». Фактически УЦ получает определение в пункте 1 статьи 9 Закона «Об ЭЦП» посредством перечисления видов деятельности, которые он осуществляет²⁰⁴.

Согласно указанной статье УЦ:

- изготавливает сертификаты ключей, приостанавливает и возобновляет действие сертификатов ключей подписей, а также аннулирует их;
- создает ключи ЭЦП по обращению участников информационной системы с гарантией сохранения в тайне закрытого ключа ЭЦП;
- ведет реестр сертификатов ключей подписей, обеспечивает его актуальность и возможность свободного доступа к нему участников информационных систем;
- выдает сертификаты ключей подписей с информацией об их действии.

Таким образом, удостоверяющий центр можно определить как юридическое лицо, осуществляющие деятельность по выдаче сертификатов ключей подписей, ведению реестра, а также оказывающие иные услуги, связанные с изготовлением электронной цифровой подписи.

Необходимо разграничивать УЦ систем общего пользования и корпоративных систем. Ввиду того что банковские отношения в большинстве своем развиваются в рамках корпоративных систем, необходимо определить статус УЦ корпоративной информационной системы.

Диспозиция статуса УЦ корпоративной информационной системы зафиксирована в пункте 1 статьи 8 Закона «Об ЭЦП». Владелец

²⁰⁴ Соловяненко Н.И. Комментарий к Федеральному закону «Об электронной цифровой подписи» // Приложение к журналу «Хозяйство и право». 2003. № 5.—С. 18,19.

корпоративной системы или стороны самостоятельно определяют правовой статус УЦ и критерии, которым он должен соответствовать.

Особенность субъектного состава по применению ЭЦП в банковских отношениях заключается в том, что банк, являясь собственником корпоративной информационной системы, выступает также и в качестве УЦ, и в качестве пользователя сертификата ключа подписи. Однако на практике встречаются случаи, когда банк и клиент банка пользуются услугами стороннего УЦ. Банк и клиент (он же владелец сертификата ключа подписи) заключают договор с УЦ об оказании услуги, в соответствии с которым УЦ получает электронные документы от клиентов банка, проверяет на отсутствие искажений данных, на целостность и идентифицирует владельца сертификата ключа подписи. После положительной проверки электронный документ направляется в банк.

Будет излишним требование Закона «Об ЭЦП», установленное в пункте 1 статьи 10, к УЦ, особенно в банковской сфере, где в качестве УЦ выступают коммерческие банки. По Закону удостоверяющие центры до начала использования ЭЦП уполномоченного лица УЦ (например, для заверения выдаваемых в электронной форме сертификатов ключей подписи) обязаны предоставить в уполномоченный федеральный орган исполнительной власти сертификат ключа подписи данного лица. Причем сертификат ключа подписи уполномоченного лица УЦ должен быть оформлен на бумажном носителе и скреплен подписями уполномоченного лица, руководителя и печатью УЦ. Предлагается исключить данное требование для УЦ корпоративных информационных систем либо придать данной обязанности уведомительный характер. Например, дополнить пункт 1 статьи 10 абзацем следующего содержания: «Удостоверяющий центр корпоративной информационной системы обязан предоставить сертификат ключа подписи уполномоченного лица удостоверяющего центра для заверения от имени удостоверяющего центра сертификатов ключей подписей в уполномоченный федеральный орган исполнительной власти не позднее 15 дней со дня начала использования

сертификата ключа подписи уполномоченного лица удостоверяющего центра». В связи с этим также необходимо дополнить пункт 3 этой статьи после слов «удостоверяющих центров» словами «информационных систем общего пользования».

Закон «Об ЭЦП» устанавливает обязанности УЦ по отношению к владельцу сертификата ключа подписи, но упускает из вида немаловажное обстоятельство. Закон умалчивает об ответственности. Согласно Директиве Европейского парламента и Совета 1999.93.ЕС «Об электронных подписях», государства - участники обязаны предусмотреть ответственность для УЦ за ущерб, причиненный любой организации, юридическому или физическому лицу, которые разумно полагаются на данный сертификат, за точность, действительность сертификата, если только УЦ не докажет, что не действовали небрежно. Закон «Об ЭЦП» прямо не устанавливает пределы ответственности УЦ за недостоверность данных, указанных в сертификате ключа подписи, ограничиваясь только отсылочными нормами о наличии материальных и финансовых возможностей, позволяющих УЦ нести гражданскую ответственность перед пользователями сертификатов ключей подписей за убытки, которые могут быть понесены лицами вследствие недостоверности сведений, содержащихся в сертификатах ключей подписей.

Вопросу ответственности в сфере информационных технологий уделялось внимание еще в советский период развития гражданского права. Содержание ответственности в информационной сфере гражданского оборота не изменяется, но приобретает определенную специфику, которая связана с необходимостью обеспечить юридическую ответственность исполнению новых обязанностей субъектам гражданского права²⁰⁵.

²⁰⁵ Подробнее: Венгеров А.Б. Право и информация в условиях автоматизации управления (теоретические проблемы): Автореферат дис. ...док. юрид. наук — М., 1975.—С. 16. Шерстобитов Андрей Евгеньевич. Гражданско-правое

Возмездный характер большинства информационных услуг предопределяет необходимость рассмотрения административно-правового обеспечения исполнения пользователями этой гражданско-правовой обязанности²⁰⁶.

Необходимо учитывать, что сертификат ключа может быть выдан удостоверяющим центром как в бумажной, так и в электронной форме (согласно пункту 4 статьи 6 Закона «Об ЭЦП»). При выдаче сертификата в бумажной форме вопросов и затруднений не возникает. Но при выдаче сертификата в электронной форме может возникнуть ситуация, когда пользователь сертификата не будет полностью уверен в соответствии полученного сертификата его запросу. В случае выдачи сертификата ключа подписи в форме электронного документа этот сертификат должен быть подписан ЭЦП уполномоченного лица удостоверяющего центра. Но в данном случае для того чтобы быть полностью уверенным в полученном сертификате ключа ЭЦП, пользователь должен владеть сертификатом ключа ЭЦП уполномоченного лица удостоверяющего центра. Таким образом, в случае отсутствия отношений между пользователем сертификата и удостоверяющим центром обойтись без бумажной формы сертификата не представляется возможным. При доверительных отношениях между УЦ и пользователем сертификата ключа подписи либо при продолжительных отношениях получить сертификат ключа подписи возможно без риска и дистанционно, в электронной форме.

Однако владельцу сертификат ключа подписи может быть выдан только на бумажном носителе, на бланке УЦ, вне зависимости от наличия

регулирование обязательств по передаче информации: Автореферат дис. ...канд. юрид. наук — М., 1980.

²⁰⁶ Толстошеев В.В. Правовые вопросы информационной инфраструктуры в СССР (административно-правовой аспект): Автореферат дис. ...док. юрид. наук — М., 1982.—С. 21.

предыдущих отношений или открытого ключа подписи удостоверяющего центра у владельца. Также ограничивается передача удостоверяющим центром владельцу сертификата хоть и лично, но в электронной форме (например, на дискете). На практике требование об изготовлении сертификата ключа подписи удостоверяющим центром на бланке последнего в двух экземплярах препятствует быстрому использованию ЭЦП в гражданско-правовых отношениях. Таким образом, первоначальная предпосылка возникновения института ЭЦП — обмен сообщениями, заключение договоров в электронной форме — не принимается Законом «Об ЭЦП» в расчет. Для того, чтобы начать использовать ЭЦП, владелец сертификата ключа подписи должен лично посетить УЦ либо в случае, если владелец проживает в другой местности, потратить время и средства на пересылку и подписание сертификатов ключа подписи посредством почтовой, курьерской связи.

Предлагается для корпоративных информационных систем исключить требования об обязательном оформлении сертификата ключа подписи для предоставления его владельцу, ограничившись оформлением сертификата ключа подписи в электронной форме, что зачастую и происходит на практике. При этом оформление сертификата ключа подписи на бумажном носителе возможно по договоренности сторон. Аргументом для возможности оформления сертификата ключа подписи только в электронной форме в корпоративных информационных системах (в частности, в банковских системах) служит также и обстоятельство, заключающееся в специфике отношений между УЦ и владельцами в корпоративных информационных системах — владелец системы (банк) одновременно выступает и как УЦ, и как пользователь сертификата, который получает сообщения, подписанные ЭЦП. В силу данного обстоятельства УЦ (пользователь), направляя созданный им же сертификат владельцу сертификата ключа подписи средства ЭЦП, имеет все возможности для осуществления в последующем процедуры подтверждения подлинности ЭЦП.

В связи с этим предлагается изложить пункт 3 статьи 9 Закона «Об ЭЦП» в следующей редакции:

«3. При изготовлении сертификатов ключей подписей для использования их в информационной системе общего пользования удостоверяющим центром оформляется в форме документов на бумажных носителях два экземпляра сертификата ключа подписи, которые заверяются собственноручными подписями владельца сертификата ключа подписи и уполномоченного лица удостоверяющего центра. Один экземпляр сертификата ключа подписи выдается владельцу сертификата ключа подписи, второй остается в удостоверяющем центре.

При изготовлении сертификатов ключей подписей для использования в корпоративной информационной системе допускается их изготовление в электронной форме с обязательным удостоверением электронной цифровой подписью уполномоченного лица удостоверяющего центра».

Заключение

Правовое регулирование института электронной цифровой подписи по сравнению с другими правовыми институтами гражданского права находится на начальном этапе своего развития, и соглашения о применении ЭЦП не имеют столь широкого распространения, как, например, договоры купли-продажи или кредита. В связи с этим проблемы и вопросы, которые были предметом анализа настоящего исследования, не исчерпывают полностью всю область применения ЭЦП, регулирования гражданских прав и обязанностей субъектов отношений по использованию ЭЦП.

Регулирование электронной подписи носит межотраслевой характер и выходит далеко за пределы регулирования гражданского права. Однако и в сфере совершенствования гражданского права у законодателя есть поле для работы.

В ходе исследования правового регулирования гражданских отношений по использованию ЭЦП автор пришел к следующим выводам, которые нашли отражение в настоящей диссертационной работе.

1. Государственное регулирование в России отношений по использованию ЭЦП в процессе формирования основных подходов к дефиниции электронной цифровой подписи пошло по наиболее жесткому пути. Отклоняя предложения Директив и Модельных законов Европейского сообщества, опыт американской модели регулирования отношений по использованию ЭЦП, гражданское право России определяет электронную подпись как результат криптографического преобразования информации с использованием закрытого ключа подписи. Закон «Об ЭЦП» при жестком толковании закрепляет использование только сертифицированных средств ЭЦП.

Выбор между этими моделями регулирования осуществляется каждым государством в зависимости от того, предпочитает ли оно доверить поиск

наиболее подходящих средств обеспечения безопасности документооборота рыночным механизмам или хочет взять на себя специальные функции по контролю и надзору, чтобы защитить участников рынка от наиболее вероятных угроз. Проблемы правового регулирования отношений по использованию электронных подписей связаны именно с регулированием применения технологий. Императивное закрепление используемой технологии ЭЦП не допускает применения в будущем иных, более совершенных технологий.

Законодательство в сфере использования ЭЦП, руководствуясь принципами и основными началами гражданского права, должно диспозитивно позволить участникам гражданских отношений самостоятельно определять технологии и порядок использования средств электронного документооборота в зависимости от конкретной ситуации и потребностей в защите информации.

В связи с этим в целях приведения Закона «Об ЭЦП» к сложившемуся деловому обыкновению и международной практике в настоящем исследовании предложены поправки и изменения к Закону.

2. Электронная цифровая подпись, являясь реквизитом электронного документа, представляет собой инструмент обеспечения динамики развития гражданско-правового оборота и правовое средство охраны прав и интересов лиц, применяющих ЭЦП. Субъекты гражданского права имеют возможность защитить свои права путем самозащиты или в судебном порядке.

Особенности гражданско-правовых отношений по использованию ЭЦП и электронных документов не позволяют выделить присущие исключительно данным отношениям действий по самозащите гражданских прав. Вспомогательный характер отношений по использованию ЭЦП к имущественно-обязательственным отношениям предопределяет то обстоятельство, что основные действия по самозащите в области электронного документооборота направлены на подтверждение письменной

формы сделки и/или надлежащего выражения воли лица, подписавшего ЭЦП электронный документ.

Электронный документ, подписанный ЭЦП, в гражданском праве приравнивается по своему статусу к письменным документам, что обеспечивает возможность судебной защиты прав лиц, использующих ЭЦП. Способность выступать в судебном процессе в качестве доказательства является необходимым качеством электронного документа, подписанного ЭЦП. Электронный документ можно признать обладающим юридической силой тогда и только тогда, когда его можно признать доказательством в суде, и, следовательно, такой документ способен обеспечить защиту законных прав и интересов лиц, участников электронного документооборота.

Электронный документ, подписанный ЭЦП, по своей юридической силе соответствует письменному документу, подписанному собственноручной подписью, обладает основными свойствами письменного документа (в том числе возможностью предоставления копий электронного документа) и обеспечивает лицам, применяющим такие документы, реализацию всех тех прав, что и документ на бумажном носителе, в том числе и права на защиту.

Каждый участник гражданско-правовых отношений может с полной уверенностью в защищенности своих гражданских прав применять электронные документы и ЭЦП. Гражданское право в области защиты прав лиц, применяющих ЭЦП, полностью соответствует тенденциям развития международного права при условии соблюдения процесса использования электронной подписи.

3. Существующая в настоящее время в науке гражданского права классификация ЭЦП не отражает всей специфики института ЭЦП. В диссертационном исследовании обосновывается наличие дополнительных оснований для продолжения классификации ЭЦП, в соответствии с которыми можно возможно осуществить разделение ЭЦП на виды:

— простая и расширенная ЭЦП. В России возможно использовать только один вид подписи, других видов электронных подписей законодательством не предусмотрено.

— по видам используемых средств ЭЦП можно разделить ЭЦП на создаваемые сертифицированными средствами ЭЦП и создаваемые несертифицированными средствами. Разделение ЭЦП по такому основанию играет немаловажную роль при использовании ЭЦП в корпоративных информационных системах или в информационных системах общего пользования.

В случае осложнения гражданских отношений по применению ЭЦП международным элементом возможно провести следующую классификацию ЭЦП:

- создаваемые национальными средствами ЭЦП (сертификаты ЭЦП сторон гражданских отношений выданы в рамках одного государства);
- создаваемые иностранными средствами ЭЦП.

ЭЦП, созданные иностранными средствами ЭЦП, можно, в свою очередь, разделить на:

- требующие прохождения процедуры легализации;
- не требующие прохождения процедуры легализации.

4. В результате исследования института ЭЦП автором были выявлены особенности ЭЦП, требования к ней, а также ее предназначение в гражданском обороте, в соответствии с которыми можно определить следующие отличительные особенности ЭЦП:

- ЭЦП представляет собой реквизит электронного документа, в том числе и электронного договора. В ряде стран в качестве обязательного признака электронного документа указывается наличие в нем ЭЦП (Республике Беларусь, Туркменистане, Таджикистане, Украине).
- ЭЦП предназначена для идентификации владельца сертификата. Юридическая сила ЭЦП признается только при наличии в информационной

системе программно-технических средств, обеспечивающих идентификацию подписи.

— ЭЦП предназначена для защиты электронного документа от подделки и для установления факта отсутствия искажений в электронном документе. Электронная цифровая подпись по своей сущности является кодом, создаваемым с помощью криптографических средств. Благодаря использованию таких средств кодирования ЭЦП защищена от подделки и обеспечивает высокий уровень защиты электронного документа от внесения в него искажений и изменений.

— ЭЦП представляет собой результат криптографического преобразования. ЭЦП для целей Закона «Об ЭЦП» жестко ориентирована на единственную технологию, разработанную в соответствии с требованиями ГОСТа Р 34.10-2001 «Информационная технология. Криптографическая защита информации. Процессы формирования и проверки электронной цифровой подписи».

5. В науке гражданского права термины «электронный договор» и «электронная сделка» упоминаются достаточно часто, в то время как законодательно данные дефиниции не определены.

В настоящее время количество сделок, заключаемых в электронной форме, по сравнению с письменными сделками, не значительно. Мы считаем, что нет необходимости выделять электронный договор в качестве самостоятельной формы договора. Однако практика заключения договоров в электронной форме, на наш взгляд, будет только расширяться.

В связи с отсутствием законодательной дефиниции автор вводит определение электронного договора, под которым понимается соглашение двух или более лиц об установлении, изменении или прекращении гражданских прав и обязанностей, заключенное путем обмена электронными документами, подписанными электронными цифровыми подписями сторон или иными аналогами собственноручной подписи. Моментом заключения электронного договора будет считаться момент подтверждения подлинности

лицом, направившим оферту, электронной цифровой подписи или иного аналога собственноручной подписи акцептанта, которым был удостоверен электронный документ – акцепт.

6. В результате критического анализа и сопоставления норм Закона «Об ЭЦП» в сложившейся практике применения ЭЦП были выявлены иные недостатки, устранение которых, на наш взгляд, необходимо для полноценного действия Закона и развития института ЭЦП в России.

Согласно Закону «Об ЭЦП», «владелец сертификата ключа подписи обязан не использовать для ЭЦП открытые или закрытые ключи ЭЦП, если ему известно, что эти ключи использовались ранее» (статья 12 Закона «Об ЭЦП»). Нарушение грамматического толкования Закона приводит к тому, что при дословном цитировании любое повторное использование закрытым ключом даже владельцем сертификата ключа незаконно. Открытый ключ предназначен для проверки принадлежности ЭЦП конкретному владельцу. Сведения об открытом ключе общедоступны, и удостоверяющий центр выдает их неограниченному кругу лиц. В связи с этим указанная норма Закона противоречит технологическому процессу использования ЭЦП.

Требования Закона «Об ЭЦП» о процедуре признания иностранного сертификата не отвечают требованиям делового оборота использования ЭЦП. Иностраные сертификаты ключа подписи будут иметь юридическую силу на территории России при выполнении установленных процедур признания юридического значения иностранных документов. Но до настоящего времени нормы, регулирующие порядок признания иностранного сертификата ключа подписи, отсутствуют. Международные нормы закрепляют следующий принцип: при установлении юридической силы сертификата ключа подписи не должны приниматься во внимание географическое место, где выдан сертификат, место нахождения предприятия, выдавшего сертификат.

Также были выявлены иные противоречия Закона «Об ЭЦП» общепринятой практике и международным нормам, в связи с чем автором

были предложены поправки к Закону «Об ЭЦП», направленные на совершенствование Закона.

7. Существующие в настоящее время законодательно установленные требования к содержанию сертификата ключа электронной цифровой подписи противоречат сложившейся мировой практике по использованию ЭЦП, а также деловому обыкновению использования ЭЦП в России в рамках корпоративных информационных систем. Обязательное закрепление в сертификате сведений об отношениях, при осуществлении которых электронный документ с электронной цифровой подписью будет иметь юридическую силу, представляет собой требование, ограничивающее правовое положение владельца ЭЦП по использованию ЭЦП.

Сертификат ключа согласно требованиям Закона «Об ЭЦП» может быть выдан удостоверяющим центром владельцу сертификат ключа подписи только на бумажном носителе, на бланке удостоверяющего центра, вне зависимости от наличия предыдущих отношений или открытого ключа подписи удостоверяющего центра у владельца. На практике требование изготовления сертификата ключа подписи удостоверяющим центром на бланке последнего в двух экземплярах препятствует быстрому использованию ЭЦП в гражданско-правовых отношениях. Таким образом, первоначальная предпосылка возникновения института ЭЦП — обмен сообщений, заключение договоров в электронной форме — не принимается Законом «Об ЭЦП» в расчет.

Автором в настоящем исследовании предлагаются поправки к Закону «Об ЭЦП», направленные на исключение указанного противоречия и приведения норм Закона о сертификате ключа подписи в соответствие с общепринятой практикой.

8. Отношения между кредитными организациями и их клиентами, а также между инвестиционными компаниями и их клиентами по применению электронной цифровой подписи складываются в рамках корпоративной информационной системы. При этом договор об участии в корпоративной

информационной системе — это, как правило, договор присоединения. По построению договорных отношений корпоративные информационные системы отличаются от информационных систем общего пользования, условия функционирования которых близки к конструкции публичного договора.

По сложившейся в гражданском обороте практике практически все отношения между кредитными организациями и их клиентами по применению электронной цифровой подписи имеют место в рамках соглашения об использовании системы «Банк-Клиент». Автор в настоящей работе приходит к выводу, что указанное соглашение по своему правовому статусу является договором присоединения, дополнительным договором. Одновременно соглашение об управлении банковским вкладом (счетом) с применением ЭЦП, заключаемое кредитной организацией с гражданином, является дополнительным договором с элементами публичного договора (так как возникает обязательность по его заключению при публичной оферте банка).

Корпоративные информационные системы кредитных организаций и инвестиционных компаний обладают своей спецификой в субъектном составе. Банк как владелец корпоративной информационной системы одновременно выступает в качестве удостоверяющего центра и пользователя сертификата ключа подписи своего клиента.

Особенность договорных отношений между коммерческими кредитными и инвестиционными организациями и их клиентами заключается в том, что при обмене электронными сообщениями финансовые организации рассматривают любое лицо как представителя клиента, обладающего полномочиями на совершение любых действий, предусмотренных Регламентом, если указанное лицо от имени клиента направит электронный документ, подписанный ЭЦП.

Банковские правила использования ЭЦП допускают подписание пакета электронных документов, при этом каждый документ в составе заверенного пакета не подписывается.

9. Закон «Об ЭЦП» не соответствует деловому обыкновению по использованию ЭЦП в банковской сфере. Нормативно-правовые акты Центрального Банка России позволяют выступать в качестве владельца ЭЦП юридическому лицу: Банку России (его учреждениям), Вычислительному центру ЦБР, кредитной организации (филиалу) или другому клиенту Банка России, ЭЦП которого зарегистрирована в порядке, установленном договором между Банком России и его клиентом.

Предлагается на законодательном уровне закрепить положения, предложенные ЦБ РФ, и позволить юридическим лицам выступать в качестве владельца сертификата ключа подписи. Автором разработаны поправки к Закону «Об ЭЦП», согласно которым владелец ЭЦП вправе назначить лицо, ответственное за подписание от имени владельца и совершение иных действий с ЭЦП владельца, — оператора электронной цифровой подписи.

Несмотря на то что законодательство России в области регулирования информационных технологий еще далеко до совершенства, можно с полной уверенностью говорить о становлении в России полноценных условий для полноценного применения ЭЦП. Участники гражданско-правовых отношений в области применения ЭЦП находятся в равных отношениях с субъектами, строящими свои отношения на основе документов на бумажном носителе. Применение ЭЦП предоставляет участникам ряд преимуществ, при этом сохраняя основные права, в том числе и возможность защиты своих гражданских прав. Немаловажную роль в становлении правового института электронной цифровой подписи играет и судебная практика, пока не обширная, но имеющая устойчивую тенденцию к расширению. Обширность применения ЭЦП при исполнении обязательств по договорам, заключенным в рамках присоединения к ним, придает суду и судебному решению статус

гаранта, обеспечивающего охрану прав и интересов участников электронного документооборота. Ввиду новизны института ЭЦП недостаточная разработанность правового регулирования порядка ее применения повышает роль суда в защите гражданских прав участников электронного документооборота.

Уникальность и феномен ЭЦП составляет ее глобальный признак, который выражен в универсальности применения в правоотношениях вне зависимости от того, объектом какой отрасли права выступают отношения. Трансграничный характер позволяет неограниченному количеству пользователей осуществлять взаимодействие, пересекающее государственные границы посредством ЭЦП. Необходимость унификации норм национального права в соответствии с международными источниками обуславливает критическое осмысление действующего российского законодательства, регулирующего применение ЭЦП. В целом потребность в правовых изменениях состоит не в изобретении дополнительных правовых инноваций, а в исправлении ошибок, возникающих при применении действующего права, разрешение которых позволит заработать Закону «Об ЭЦП» в полной мере.

Список используемой литературы

Международные акты

1. Конвенция, отменяющая требование легализации иностранных официальных документов (Гаага, 5 октября 1961 года) // Бюллетень международных договоров. 1993.-№6; Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. 1996.-№ 12.
2. Типовой (Модельный) закон ЮНСИТРАЛ «Об электронных подписях» 2001 года // www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/ml-elecsig-e.pdf.
3. Типовой Закон ЮНСИТРАЛ 1996 года «Об Электронной Торговле»// Комиссия ООН по праву международной торговли. —Ежегодник. 1996 год. Т. XXVII.- Нью-Йорк: Организация Объединенных Наций, 1998.
4. Директива Европейского парламента и Совета 1999.93.ЕС от 13 декабря 1999 года «О правовых основах Сообщества для электронных подписей» // <http://www.ict.etsi.org/EESSI/Documents/e-sign-directive.pdf>
5. Правовое руководство ЮНСИТРАЛ по электронному переводу средств 1987 года
6. Общие обычаи для удостоверения цифровым способом международной коммерции 1997 года (General Usage for International Digitally Ensured Commerce) // http://www.iccwbo.org/home/guidec/guidec_one/guidec.asp
7. Модельный закон СНГ от 9 декабря 2000 года «Об электронной цифровой подписи» // Банки и технологии. 2001.—№2.

Законодательные акты

8. Конституция РФ // Российская газета. 1993. 25 декабря.—№ 237.

9. Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации (Федеральный закон от 24 июля 2002 года № 96-ФЗ) // Российская газета.— 2002.—27 июля.—№ 137; Собрание законодательства РФ. 2002.—№ 30.—ст. 3012.
10. Гражданский кодекс Российской Федерации (Часть первая) от 30 ноября 1994 года №51-ФЗ // Российская газета.—1994.—08 декабря.—№ 238-239.
11. Гражданский кодекс Российской Федерации (Часть вторая) от 26 января 1996 года № 14-ФЗ // Российская газета.—1996.—06 февраля.—№ 23; 1996.—07 февраля.—№ 24, 1996.—08 февраля.—№ 25, 1996.—10 февраля.—№ 27; Собрание законодательства РФ.—1996.—№5. —ст. 410.
12. Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации (Федеральный закон от 14 ноября 2002 года № 138-ФЗ) // Собрание законодательства РФ.—2002.—№ 46.—ст. 4532; Российская газета.—2002.—20 ноября.—№ 220.
13. Налоговый кодекс Российской Федерации (Часть первая) от 31 июля 1998 года №146-ФЗ // Российская газета.—1998.-06 августа.—№ 148-149.
14. Таможенный кодекс Российской Федерации от 28.05.2003 №61-ФЗ // Российская газета. -2003. -06 июня.—№106; Российская газета. -1996. -10 апреля.—№68.
15. Федеральный закон 02 июля 2005 года № 80-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О лицензировании отдельных видов деятельности», Федеральный закон «О защите прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при проведении государственного контроля (надзора)» и Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях» // Российская газета. -2005. -06 июля.—№ 144.
16. Федеральный закон от 30 декабря 2004 года № 218-ФЗ «О кредитных историях» // Российская газета. -2005. -13 января.—№2; Собрание законодательства РФ. -2005.—№1 (часть 1).—ст.44.

17. Федеральный закон от 30 июня 2003 года № 86-ФЗ «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Российской Федерации, признании утратившими силу отдельных законодательных актов Российской Федерации, предоставлении отдельных гарантий сотрудникам органов внутренних дел, органов по контролю за оборотом наркотических средств и психотропных веществ и упраздняемых федеральных органов налоговой полиции в связи с осуществлением мер по совершенствованию государственного управления» // Российская газета. -2003. -1 июля.—№126; Собрание законодательства Российской Федерации. -2003.—№ 27 (часть I).—ст. 2700.
18. Федеральный закон от 10 июля 2002 года № 86-ФЗ «О Центральном Банке Российской Федерации (Банке России) // Российская газета. -2002. -13 июля.—№127.
19. Федеральный закон от 10 января 2002 года №1-ФЗ «Об электронной цифровой подписи» // Российская газета. -2002. -12 января.—№6; Собрание законодательства РФ. -2002.—№2.—ст. 127.
20. Федеральный закон от 08 августа 2001 года № 128-ФЗ «О лицензировании отдельных видов деятельности» // Российская газета.-2001.-10 августа.—№153-154; Собрание законодательства РФ.-2001.—№33 (часть I).—ст. 3430.
21. Федеральный закон от 11 марта 1997 года № 48-ФЗ «О переводном и простом векселе» // Российская газета.-1997.-18 марта.—№53.
22. Федеральный закон от 21 ноября 1996 года №129-ФЗ «О бухгалтерском учете» // Российская газета.-1996.-28 ноября.—№228.
23. Федеральный закон от 01 апреля 1996 года № 27-ФЗ «Об индивидуальном (персонифицированном) учете в системе государственного пенсионного страхования // Российская газета.-1996.-10 апреля.—№68.
24. Федеральный закон от 3 апреля 1995 г. № 40-ФЗ «О федеральной службе безопасности» // Собрание законодательства РФ.-1995.—№15.-ст.1269; Российская газета.-1995.-12 апреля.

25. Федеральный закон от 20 февраля 1995г. №24-ФЗ «Об информации, информатизации и защите информации» // Собрание законодательства РФ.-1995.—№ 8.—Ст.609; Российская газета.-1995.-22 февраля.
26. Федеральный закон от 29 декабря 1994 года № 77-ФЗ «Об обязательном экземпляре документов» // Российская газета.-1995.-17 января. Собрание законодательства РФ.-1995— №1.—ст. 1.
27. Федеральный закон от 02 декабря 1990 года № 395-1 «О банках и банковской деятельности» // Российская газета.-1996.-10 февраля.—№27.
28. Основы гражданского законодательства Союза ССР и Республик (утверждены постановлением Верховного Совета СССР №2211-1 от 31 мая 1991 года) // Ведомости ВС СССР.-1991.-26 июня.—№26.—ст. 733.
29. Гражданский кодекс РСФСР 1964 года (утвержден ВС РСФСР 11 июня 1964 года) // Ведомости Верховного Совета РСФСР.-1964.—№24.—ст. 406.

Подзаконные акты

30. Указ Президента РФ от 11 марта 2003 года № 308 «О мерах по совершенствованию государственного управления в области безопасности Российской Федерации» // Российская газета.-2003.-25 марта.—№55; Собрание законодательства РФ.-2003.—№12.—ст. 1101.
31. Указ Президента Российской Федерации от 3 апреля 1995 года N 334 "О мерах по соблюдению законности в области разработки, производства, реализации и эксплуатации шифровальных средств, а также предоставления услуг в области шифрования информации" // Российская газета.-1995.-06 апреля.—№68; Собрание законодательства РФ.-1995.—№15.—ст. 1285.
32. Постановление Правительства РФ от 28 января 2002 года № 65 // Собрание законодательства РФ.-2002.—№5.—ст. 531.
33. Постановление Правительства РФ № 691 от 23 сентября 2002 года "Об утверждении положений о лицензировании отдельных видов деятельности,

связанных с шифровальными (криптографическими) средствами" // Собрание законодательства РФ.-2002.—№39.—ст. 3792.

34. Письмо Министерства Финансов РФ от 26 мая 2004 года № 04-02-05/2/28 // Документ опубликован не был. Правовая система «КонсультантПлюс».

35. Инструкция о консульской легализации (утверждено МИД СССР 6 июля 1984 года) // Документ опубликован не был. Правовая система «ГАРАНТ».

36. Приказ ФСФР РФ от 16 марта 2005 года № 05-5/пз-н «Об утверждении положения о раскрытии информации эмитентами эмиссионных ценных бумаг» // Российская газета.-2005. 24 мая.—№108.

37. Приказ ФСФР РФ от 15 декабря 2004 года № 04-1245/пз-н «Об утверждении положения о деятельности по организации торговли на рынке ценных бумаг» // Российская газета.-2005.-19 января.—№7.

38. Приказ ФСФР РФ от 10 ноября 2004 года № 04-910/пз «Об удостоверяющих центрах» // Вестник ФСФР России.-2004.-31 декабря.—№7.

39. Приказ ФСФР РФ от 01 сентября 2004 года № 04-442/пз-н «О предоставлении в Федеральную службу по финансовым рынкам электронных документов с электронной цифровой подписи» // Российская газета.-2004.-26 октября.—№236.

40. Постановление Правления ПФ РФ №15 от 26 января 2001 года «О введении в системе Пенсионного Фонда Российской Федерации криптографической защиты информации и электронной цифровой подписи» // Документ опубликован не был. Правовая система «Консультант Плюс».

41. Письмо ФАПСИ от 20 января 2003 г. № 18/3-212 «О разъяснении положений нормативных правовых актов Российской Федерации» // Бизнес и банки.-2003.-Апрель.—№13.

42. Приказ ФАПСИ от 23 сентября 1999 года № 158 «Об утверждении положения «О порядке разработки, производства, реализации и использования средств криптографической защиты информации с ограниченным доступом,

не содержащей сведений, составляющих государственную тайну» // Российская газета.-2000.-26 января.—№18.

43. Постановление Госстандарта РФ от 12 сентября 2001 года № 380-ст «О принятии и введении в действие государственного стандарта» ГОСТ Р 34.10-2001 «Информационная технология. Криптографическая защита информации. Процессы формирования и проверки электронной цифровой подписи» // Документ опубликован не был. Правовая система «Консультант Плюс».

44. Постановлением Государственного комитета СССР по стандартам № 3549 от 9 октября 1984 года «О введении в действие Государственного стандарта 6.10.4.-84 «УСД. придание юридической силы документам на машинном носителе и машинограмме, создаваемым средствами вычислительной техники» // Бюллетень нормативных актов.-1987.—№7.

45. Положение Центрального Банка от 24 декабря 2004 года № 266-П «Об эмиссии банковских карт и об операциях, совершаемых с использованием платежных карт» // Вестник Банка России.-2005.-30 марта.—№17.

46. Положение Центрального Банка РФ от 3 октября 2002 года №2-П «О безналичных расчетах в Российской Федерации» // Вестник Банка России.-2002.-28 декабря.—№74.

47. Временное Положение Центрального Банка РФ № 17-П от 10 февраля 1998 года «О порядке приема к исполнению поручений владельцев счетов, подписанных аналогами собственноручной подписи, при проведении безналичных расчетов кредитными организациями» // Вестник Банка России.-1998.-18 февраля.—№10.

48. Положение Центрального Банка РФ от 23 июня 1998 года № 36-П «О межрегиональных электронных расчетах, осуществляемых через расчетную сеть Банка России» // Вестник Банка России.-1998.-28 августа.—№61.

49. Положение Центрального Банка РФ от 12 марта 1998 года №20-П «О правилах обмена электронными документами между Банком России, кредитными организациями (филиалами) и другими клиентами Банка России

при осуществлении расчетом через расчетную сеть Банка России» // Вестник Банка России.-2000.-27 апреля.—№22.

50. Соглашение между Банком России и Национальным Банком Республики Беларусь от 20 февраля 1997 года «Об организации расчетов между хозяйствующими субъектами Российской Федерации и Республики Беларусь» // Вестник Банка России.-1997.-14 мая.—№ 28.

51. Письмо Ассоциации Российских Банков от 30 декабря 2002 г. N А-01/5-731 // Бизнес и банки.-2003.-Февраль.—№8.

52. Постановление Государственной Думы Федерального Собрания РФ от 6 июня 2001 г. №1582-III ГД "О проекте федерального закона N 11081-3 "Об электронной торговле" // Собрание законодательства РФ.-2001.—№26.—ст. 2594.

53. Постановление ВС СССР от 28 мая 1991 г. N 2195-1 «О видах деятельности, которыми предприятия вправе заниматься только на основании специальных разрешений (лицензий)» // Ведомости Съезда народных депутатов СССР и Верховного Совета СССР.-1991.-05 июня.—№23.—ст.661.

Судебная практика

54. Определение Конституционного суда РФ от 06.06.2002 №115-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданки Мартыновой Е.З. на нарушение ее конституционных прав пунктом 2 статьи 779 и пунктом 2 статьи 782 ГК Российской Федерации» // Вестник Конституционного Суда РФ.-2003.-№1.

55. Постановление Пленума Верховного Суда РФ и Пленум Высшего Арбитражного Суда РФ от 4 декабря 2000 года № 33/14 «О некоторых вопросах практики рассмотрения споров, связанных с обращением векселей» // Российская газета.-2001.-13 января.--№7-8.

56. Постановление Пленума Верховного Суда РФ №6 и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ № 8 от 1 июля 1996 года «О некоторых вопросах,

связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» // Российская газета.-1996.-13 августа. -№152.

57. Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 20 января 2003 г. № 2// Российская газета.-2003.-25 января.-№15.

58. Письмо Высшего Арбитражного Суда РФ от 7 июня 1995 г. № С1-7/ОЗ-316 // Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ.-1995.-№9.

59. Письмо Высшего Арбитражного суда «Об отдельных рекомендациях, принятых на совещаниях по судебно-арбитражной практике» от 19 августа 1994 г. № С1-7/ОП-587 // Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ.-1994.-№ 11.

60. Письмо Высшего Арбитражного Суда РФ от 24 апреля 1992 г. № К-3/96 // Документ опубликован не был. Правовая система «Консультант Плюс».

61. Постановление Пленума Верховного Суда СССР от 1 декабря 1983 г. N 10 "О применении процессуального законодательства при рассмотрении гражданских дел в суде первой инстанции" (с изменениями от 3 апреля 1987 года) // Сборник постановлений Пленумов Верховных судов СССР и РСФСР по гражданским делам. - Москва, 1994.

62. Постановление Верховного Суда СССР от 9 июля 1982 г. N 7 "О судебном решении" // Сборник постановлений Пленумов Верховных судов СССР и РСФСР по гражданским делам. - Москва, 1994.

63. Инструктивные указания Государственного Арбитража СССР №И-1-4 «Об использовании в качестве доказательств по арбитражным делам документов, подготовленных с помощью электронно-вычислительной техники» // Систематизированный сборник инструктивных указаний Госарбитража при Совете Министров СССР. - М., 1983.

64. Постановление Федерального арбитражного суда Восточно-Сибирского округа от 12 августа 2004 года по Делу №А19-20241/03-13-Ф02-3079/04-С2 // Правовая система «Консультант Плюс».

65. Постановление Федерального арбитражного Суда Московского округа от 5 ноября 2003 года по Делу №КГ-А40/8531-03-П // Правовая система «Консультант Плюс».
66. Постановление Федерального арбитражного суда Волго-Вятского округа от 6 октября 2003 года по Делу №А17-842/5 // Правовая система «Консультант Плюс».
67. Постановление Федерального арбитражного Суда Московского округа от 11 июня 2002 года по Делу N КГ-А40/3554-02 // Правовая система «Консультант Плюс».
68. Постановление Федерального арбитражного Суда Московского округа от 5 октября 2000 года по Делу № КГ-А40/4465-00 // Правовая система «Консультант Плюс».
69. Постановление Федерального арбитражного суда Центрального округа от 28 апреля 2000 года по Делу № 172/5 // Правовая система «Гарант».

Законодательство зарубежных стран

70. Закон Беларуси от 10 января 2000 года № 357-З «Об электронном документе».
71. Закон Болгарии № 15 от 7 апреля 2001 года «Об электронном документе и электронной подписи».
72. Закон Великобритании от 25 мая 2000 года № 1798 «Об электронных коммуникациях».
73. Закона Франции от 13 марта 2000 года № 2000-230 «О придании доказательственной силы информационным технологиям и об электронной подписи» / www.adminet.com/jo/20000314/JUSX9900020L.html.
74. Федеральный закон США от 30 июня 2000 года «Об электронных подписях в глобальной и национальной коммерции» («The Electronic Signatures in Global and National Commerce Act»).
75. Закон ФРГ от 22 мая 2001 года «Об электронной цифровой подписи».

76. Закон Швеции от 2000 года № 832 «О квалифицированных электронных подписях» три разновидности электронной подписи: простая, расширенная и квалифицированная.
77. Закона Эстонской Республики от 08 марта 2000 года «О цифровой подписи».
78. Закон штата Юта, США от 09 марта 1995 года (Utah Digital Signature Act) / www.commerce.state.ut.us/web/commerce/digsig.
79. Единообразный закон штата Юта «Об электронных сделках» от 3 июля 2000 года.

Специальная литература

80. Бачило И.В., Семилетов С.И. Комментарий к Федеральному закону «Об электронной цифровой подписи». Правовая система «Консультант Плюс».
81. Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая: Общие положения: Изд. 4-е, стереотипное. — М.: Статут, 2001.
82. Венгеров А.Б. Право и информация в условиях автоматизации управления (теоретические проблемы): Автореферат дис. ...док. юрид. наук — М., 1975.
83. Венгеров А.Б. Право и информация в условиях автоматизации управления (Теоретические вопросы). — М.: Юрид. лит., 1978.
84. Венгеров А.Б., Пертцик В.А., Самощенко И.С. Правовые основы автоматизации управления народным хозяйством СССР: Учеб. пособие. — М.: Высш. школа, 1979.
85. Вершинин А.В. Выбор способа защиты гражданских прав. — СПб.: Специальный юридический факультет по переподготовке кадров по юридическим наукам Санкт-Петербургского государственного университета, 2000.

86. Вершинин А.П. Электронный документ: правовая природа и доказательство в суде. — М., 2000.
87. Войниканис Е.А. Якушев М.В. Информация. Собственность. Интернет: традиция и новеллы в современном праве. — М.: Волтерс Клувер, 2004.
88. Гражданское право. Часть 1. Изд. 2-е, перераб. и доп./ Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. — М.: Теис, 1996.
89. Горшкова Л.В. Правовые проблемы регулирования частноправовых отношений международного характера в сети Интернет: Автореферат дис. ...канд. юрид. наук — М., 2005.
90. Гражданское право России. Общая часть: курс лекций./Отв. ред. О.Н. Садилов.— М.: Юристъ, 2001.
91. Грибанов В.П. Осуществление и защита гражданских прав. Изд. 2-е, стереотип. — М.: Статут, 2001.
92. Грибанов Д.В. Правовое регулирование кибернетического пространства как совокупности информационных отношений: Автореф. дис. на соиск. учен. степени канд. юрид. наук.— Екатеринбург, 2003.
93. Зажигалкин А.В. Международно-правовое регулирование электронной коммерции: Автореф. дис. на соиск. учен. степени канд. юрид. наук.— Санкт-Петербург, 2001.
94. Иоффе О.С. Советское гражданское право: Курс лекций: Общая часть. Право собственности. Общее учение об обязательстве. — М., 2002.
95. Леонтьев К.Б. Комментарий к Федеральному закону «Об электронной цифровой подписи» (постатейный). - М.: ООО "ТК Велби", 2003.
96. Малахов С.В. Гражданско-правовое регулирование отношений в глобальной компьютерной сети Интернет: Автореф. дис. на соиск. учен. степени канд. юрид. наук. — М., 2001.
97. Мейер Д.И. Русское гражданское право (в 2 ч.). По исправленному и дополненному 8-му изд., 1902. Изд 3-е, испр. — М.: Статут, 2003.

98. Могрунова Е.А., Погуляев В.В. Комментарий к Федеральному закону «Об информации, информатизации и защите информации». — М.: Юстицинформ, 2004.
99. Наумов В.Б.. Право и Интернет: Очерки теории и практики. — М.: Книжный дом «Университет», 2002.
100. Наумов В.Б. Правовое регулирование распространения информации в сети интернет: Автореферат дис. ...канд. юрид. наук — Екатеринбург, 2003.
101. Ольшанецкий А.Г. Некоторые вопросы правового обеспечения автоматизированной системы управления материальными запасами: Автореф. дис. на соиск. учен. степени канд. юрид. наук. — М., 1972.
102. Правовые аспекты использования Интернет-технологий/ под ред. А.С. Кемрадж, Д.В. Головерова. — М.: Книжный мир, 2002.
103. Решетникова И.В. Доказательственное право Англии и США.—М.: Городец, 1999.
104. Решетникова И.В., Ярков В.В. Гражданское право и гражданский процесс в современной России.—М.: Издательство НОРМА, 1999.
105. Романов Д.А., Ильина Т.Н., Логинова А.Ю. Правда об электронном документе. — М.: ДМК Пресс, 2002.
106. Свердлов Г.А., Страунинг Э.Л. Защита и самозащита гражданских прав: Учебное пособие.—М.: Лекс-книга, 2002.
107. Серго А.Г. Интернет и право. — М.: Бестселлер, 2003.
108. Толстошеев В.В. Информационная инфраструктура (организационно-правовой аспект). — М. Знание, 1980.
109. Толстошеев В.В. Правовые вопросы информационной инфраструктуры в СССР (Административно-правовой аспект): Автореферат дис. ...док. юрид. наук — М., 1982.
110. Фаткудинов З.М. Право и автоматизированная система плановых расчетов. — Казань. Изд-во КазГУ., 1977.

111. Шамраев А.В. Правовое регулирование информационных технологий (анализ проблем и основных документов). Версия 1.0.— М.: Статут, Интертех, БДЦ-пресс., 2003.
112. Шарапуто М.В. Гражданско-правовое регулирование расчетных отношений с использованием электронных средств: Автореферат дис. ...канд. юрид. наук — М., 1998.
113. Шерстобитов А.Е. Гражданско-правовое регулирование обязательств по передаче информации: Автореферат дис. ...канд. юрид. наук — М., 1980.
114. Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права (по изданию 1907 г.) — М.: Фирма «СПАРК», 1995.

Периодические издания

115. Богданова Е.Е. Формы и способы защиты гражданских прав и интересов // Журнал российского права. 2003. №6,.
116. Гарибян А. Электронная цифровая подпись: правовые аспекты // Российская юстиция. 1996, № 11.
117. Дмитрик Н. Интернационализация правового регулирования вопросов применения ЭЦП // Иностранное право; сборник научных статей и сообщений. – М.: МАКС Пресс, 2001, выпуск 2.
118. Ефимова Л.Г. Электронные расчеты в банковской системе. Особенности и ответственность // Закон. 1995. №1.
119. Зайцев П.П. Электронный документ как источник доказательств // Законность. 2002. №4.
120. Иджикян Р.О. Мировые тенденции развития электронной коммерции // Деньги и кредит. 2002. №1.
121. Кей.Р. Аутентификация // Computer World Россия. 13 апреля 2000.
122. Косовец А.А. Правовой режим электронного документа // «Вестник Московского Университета». Серия 11. Право. 1997. № 5.
123. Косовец А.А. Правовое регулирование электронного документооборота // Вестник МГУ. Серия 11. Право. 1997. №4.

124. Макаров О. Электронный документ как средство доказывания // ЭЖ-юрист. Февраль 2003г. №7.
125. Мищенко Е.А. Особенности заключения публичных договоров // Арбитражный и гражданский процесс. 2003, №4.
126. Петровский С. Правовой статус электронных документов: возникновение и современное развитие // Хозяйство и право. 2001. №12.
127. Серго А.Г. Электронный документооборот // Российская юстиция. 2003. №5.
128. Симонович П.С. Регулирование электронной цифровой подписи нормами права: международный опыт // Журнал российского права. 2002. № 3.
129. Соловяненко Н.И. Комментарий к Федеральному закону «Об электронной цифровой подписи» // Приложение к журналу «Хозяйство и право». 2003. № 5.
130. Соловяненко Н.И. Правовое регулирование создания и использования электронной (безбумажной) документации, в том числе заверенной электронной цифровой подписью // Хозяйство и право. 1994. № 4.
131. Соловяненко Н.И. Правовое регулирование электронной торговли и электронной подписи (международный опыт и российская практика) // Хозяйство и право. 2003. №1.
132. Соловяненко Н.И. Правовое регулирование электронной торговли и электронной подписи (международный опыт и российская практика) // Хозяйство и право. 2003. №2.
133. Соловяненко Н.И. Совершение сделок путем электронного обмена данными (Принципы правового подхода) // Хозяйство и право, 1997, №№ 6-7.
134. Шишаева Е.Ю. Правовой статус электронного документа // Юрист. 2004. №9.

Интернет ресурсы

135. Агеев В. «Правовое регулирование цифровой подписи и отметок времени в Германии» // <http://www.russianlaw.net/law>.
136. Доклад Рабочей группы ЮНСИТРАЛ по электронной торговле о работе ее тридцать восьмой сессии (Нью-Йорк, 12-23 марта 2001 года). С. 28. Доклад опубликован по адресу:
http://www.uncitral.org/uncitral/ru/commission/working_groups/4Electronic_Commerce.html
137. Сергеев К., Компьютерная экзотика или электронный договор// <http://www.russianlaw.net>.
138. www.e-rus.org
139. www.cnews.ru/newtop/index.shtml?2005/01/18/173000
140. www.cnews.ru/nwslite/index?2005/01/14/172905
141. http://www.iccwbo.org/home/guidec/guidec_one/guidec.asp
142. <http://www.internet-law.ru/law/projects/e-torg.htm>
143. <http://www.ict.etsi.org/EESSI/Documents/e-sign-directive.pdf>
144. www.ibbm.org.my/publications/Revised%20Manuals/DP02%20Chapter%20on%20EFT.pdf
145. www.KahnConsultingInc.com
146. http://www.micex.ru/off-line/legaldocs/legal_document_370.pdf
(официальный интернет-сайт ЗАО «Фондовая биржа ММВБ»).
147. www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/ml-elecsig-e.pdf
148. http://www.uncitral.org/uncitral/ru/commission/working_groups/4Electronic_Commerce.html
149. The Commercial Use of Interchange Agreements for Electronic data Interchange Recommendation № 26, adopted by the Working Party on Facilitation of International Trade Procedures. Geneva, March 1995 (<http://edocs.al.ru/edifact/Rec26.html>).
150. www.russianlaw.net