

信息化与法

杜敬明 唐建国 主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

信息化与法

主 编：杜敬明 唐建国
副主编：田启家 宫鸣华
编 辑：王 玉 徐 淼 马新梅
李导龄 张 晔 阿拉木斯



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

信息化与法/杜敬明,唐建国主编. —北京:法律出版社,2005.4
ISBN 7-5036-5471-6

I. 信… II. ①杜…②唐… III. 信息技术—技术管理—法规—中国—文集 IV. D922.174-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 022485 号

法律出版社·中国

责任编辑/卞学琪

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社

编辑统筹/法律考试出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/陶松

开本/787×960 毫米 1/16

印张/22.75 字数/365 千

版本/2005 年 5 月第 1 版

印次/2005 年 5 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

销售热线/010-63939792/9779

传真/010-63939777

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 7-5036-5471-6/D·5188

定价:46.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

前言

众所周知,信息化作为历史潮流已势不可挡,但这并不意味着对现实世界进行武断、粗暴的数字化征服和简单的取代。互联网时代,信息化与传统世界互动共存并带动传统世界进行数字化提升。今天,信息化的理念正在回归,回归到理性,回归到以人为本,回归到应用第一。

在信息化带动传统世界进行数字化提升的过程中,不可避免地会出现新陈代谢,不可避免地要淘汰旧的观念与规则,不可避免地将遭遇越来越深层次的问题。在这个过程中,信息化与法将出现强有力的互动。目前,在我国信息化发展比较快的地区,电子政务已经发展到了需要打破部门利益、实现工作流程优化、信息资源共享的阶段;电子商务发展则亟须建立、健全信用体系等社会基础性制度。科学地、有预见地解决这些问题正是我们推进信息化建设的要务。在这个意义上说,加强信息化理论研究很有必要。

正如有关专家指出的那样,对中国这样一个发展中国家而言,我们对信息化的重大问题研究的深度和广度都不够,对于信息化是什么、信息化为什么、信息化怎么办、为什么信息化是我国加快实现工业化和现代化的必然选择、如何以信息化带动工业化等基本问题,尚未取得令人满意的研究成果。在我国农村和国企改革的各个攻坚阶段和对外开放的关键时刻,都曾出现大批的优秀理论研究成果,借鉴了大量的国际先进经验,而对信息化问题至今仍然存在较多的理论和政策盲区,这需要引起高度重视。

信息化呼唤多角度、深层次的研究,呼唤解决中国信息化现实问题的研究,呼唤贴近中国国情、掌握第一手资料的研究,呼唤有助于尽快形成符合信息社

会发展规律的法律体系的研究。只有基础研究工作做好了,才不会在实践中迷途,才不会食“洋”不化,才不会出现头脑发热的现象,才会把路看得更清楚,才会把步子迈得更坚实。信息化工作覆盖全局,我们认为,应从政治、经济、社会、法律、文化、技术等各个角度进行多元化、全方位的探索。

在我国全面推进依法治国的今天,法律将越来越成为推进信息化建设的主要手段。北京市信息化工作办公室高度重视信息化理论和法制研究工作,积极凝聚社会力量多视角地探索信息化发展规律,并专门开展了相关软课题研究。2004年10月14日,由北京市信息化工作办公室主办、《新经济导刊》杂志社承办的“第二届北京市信息化法制建设论坛”在北京举行,来自国务院信息化工作办公室政策规划组、信息产业部政策法规司、北京市人大常委会法制办、北京市政府法制办、上海市信息委、天津市信息办、河北省信息产业厅、江苏省信息产业厅、北京大学、中国政法大学、北京邮电大学、北京航空航天大学等单位的领导、专家、学者和部分企业代表就信息化法制建设问题展开了多方位的探讨。本书就是在论坛发言的基础上增编而成的。

《信息化与法》分为电子政务篇、电子商务篇、信息安全篇和附录四部分。杜敬明主持了全书的架构设计。全书由杜敬明、唐建国最后审定。信息化与法的研究是一个复杂的课题,本书本着百花齐放的原则收录文章,难免会有一些不成熟的有争议的观点,期待各界有识之士批评指正。

编 者

2004年12月

目 录

前言

电子政务篇

关于电子政务可持续发展的几个问题/杨凤春	003
如何评价当前与电子政务有关的	
法律、法规和文件/李广乾	009
电子政务与政府管理创新/杜敬明	015
电子政务信息资源共享的经济学研究/胡小明	023
政府信息权利的法律分析/黄瑞华 余 平	052
电子化政府与个人信息的	
法律保护/齐爱民 侯 巍	066
特许经营与政府信息化建设/唐建国	079
政府网站——政府信息公开的主渠道/孙松涛	084
上海市政府信息公开实务中的	
几点法律思考/蔡 航	090
中国电子政务法律法规环境研究报告/汪玉凯等	096

电子商务篇

论在线计算机信息交易中信息	
提供者的义务/刘德良	129
格式电子合同中仲裁条款的效力分析/侯登华	138
关于起草网上交易平台服务	
规范的思考/阿拉木斯	143
凭证机构一定要由交易当事人以外之第三人担任吗	
——电子签章与凭证机构之类型化/朱瑞阳	148

关于网络经济中行政监管之经验探讨 与政策建议/沈 懿	157
网上无照经营行为的违法动因分析 及查处对策/李 崧	171
电子商务中消费者自助救济方式的 法律探讨/张 晔	183
计算机软件有偿下载中的消费者权益 保护问题研究/任丹丽	190
西欧国家利用信息技术成功改造老工业 地区给我们的启示/郭福华	198
发展信用信息服务行业需要的 法律框架及立法建议/张军扩 赵怀勇	207
特许经营法律制度及其在信息管道 产业中的应用/李爱斌等	218
地理信息共享价格政策刍议 ——世界各主要国家地理信息收费政策及 我国的对策分析/何建邦等	227
虚拟物品在定罪量刑中的价值认定规则 ——由一起抢劫案引出的思考/曾 斌	237
从《传奇世界》案件谈游戏软件的 知识产权保护/陈际红	246
从网络游戏虚拟财产保护 看网络证据保全/白而强	251

信息安全篇

信息安全等级保护的焦点/沈昌祥	259
我国信息安全标准、法律、管理与 人才体系建设/杨义先 蒋朝惠	265
网络盗版与“利益平衡”/郑成思	272

对《中华人民共和国电子签名法》 的几点认识/平庆忠	276
互联网常见行为方式的侵害著作权 风险分析/李 旭	287
网络犯罪与内部网络安全管理/张斌	295
美国信息安全 FISMA 法案研究与借鉴/左晓栋	303

附 录

中华人民共和国电子签名法	311
广东省电子交易条例	317
湖南省信息化条例	323
上海市政府信息公开规定	329
天津市电子政务管理办法	337
关于全面推进电子政务建设的意见	342
北京市国家机关计算机软件使用管理规定	350
网络交易平台服务规范	352

〔电子政务篇〕

关于电子政务可持续发展的几个问题

杨凤春*

目前我国电子政务事业的发展已经进入到全面扩展、深入发展的阶段,电子政务的概念和基本知识已经被越来越多的人、尤其是一定层级以上的政府官员所接受。但与此同时,有关电子政务发展的基本法律、制度、标准和规范的滞后,也在一定程度上使电子政务的建设陷入了无序、混乱、各自为政、效率低下的境地。在缺乏权威规范的情况下,电子政务的建设仍然要向前发展。因此目前的问题是,在立法、标准制定等问题得到完全解决之前,如何实现电子政务建设的有序、可持续发展。

电子政务建设的可持续发展具有重要的意义。如果不能实现电子政务的可持续发展,那么不论目前电子政务建设表面上会取得什么样的成绩,也是难以经得起历史检验的。电子政务的可持续发展要求电子政务建设本身是可持续的,即电子政务建设应当与社会经济发展具有内在的联系,电子政务建设能够对特定阶段的社会经济发展具有贡献功能,电子政务建设不应当单纯成为资源的消耗性工程、吸纳型工程。电子政务可持续发展还要求电子政务与政府管理发展具有相互促进的关系。电子政务是电子化的政府管理,因此技术的应用应当反映主体的需求,技术绝对不应成为主体需求的路径障碍。在技术具有充分“柔性”的条件下,技术引用与政府管理需求之间会形成良性互动的局面:或是技术引领政府管理改进、完善,或是政府管理需求引发技术的更新进步。

* 北京大学电子政务研究院常务副院长,教授。

如此,在实现了电子政务工程建设,以及电子政务发展与政府管理改进之间良性互动的条件下,电子政务可持续发展的目标也就实现了。

电子政务是与全球化、信息化时代的社会技术经济条件相匹配的特定的政府管理形式,且随着全球化、信息化的发展和政府管理的改进,电子政务的发展也将不断地调整和改变,因此无论是在技术上,还是在形式上,电子政务在整个全球化、信息化时代都将处于一个永续的发展过程之中。电子政务在全球化、信息化时代发展的永续性,本质上反映了政府管理形式与政府管理的任务、内容之间的动态平衡关系;政府管理职责、任务、内容的改变,必然要求引发政府管理形式、手段、渠道的变化,而政府管理形式在技术上的进步,又为政府管理内容的发展和政府价值的提升提供了技术保证,同时,在一定的条件下,政府管理的新技术应用还会成为刺激政府管理改进的强大推动力。

电子政务的可持续性发展是值得政府、企业、科研机构高度注意的问题。只有实现了电子政务的可持续发展,电子政务的建设才能在更大的资源基础上逐步推动、扩张;只有实现了电子政务的可持续发展,政府管理才能得到更及时、合理的改进,合理的政府管理体制会给电子政务的进一步发展提供充分的资源和条件;只有实现电子政务可持续发展的目标,电子政务与政府管理之间才会形成良性互动关系,社会才会形成内在的对电子政务发展的进一步需求。因此,解决目前电子政务发展过程中的一些问题,为更加健康、可持续的电子政务建设提供必要的环境,使电子政务发展具有可持续性,是全球化、信息化时代政府建设问题的重要课题。

具体而言,要实现电子政务的可持续发展,政府、企业、科研机构在参与电子政务建设事业的过程中,必须处理好以下几个问题。

一、重视社会科研机构在电子政务建设过程中的作用,最大限度地降低电子政务的建设风险,有效规避投资和技术陷阱

IT 技术日新月异、更新极快,电子政务存在巨大的技术和资金风险。首先,这些风险表现为可能因为技术的突破,而使原先的项目在技术先进性上很快失去价值。项目技术先进性的丧失很可能引发项目投资价值的降低。这种情况甚至可能发生在一些具有良好当期投资效益的项目上。对一些本身就比较缺乏技术先进性的项目来说,这种风险就更加不可避免了。

第二,风险也可能由于建设主体自身的局限性而引发。电子政务建设的技

术、资金风险与电子政务建设主体的责任和能力局限性之间存在一定的关联。在目前的电子政务建设舞台上,起主要作用的是政府和 IT 企业。对政府部门而言,深透地认识和控制 IT 技术、产业发展趋势,总体而言几乎是不可能的,因此政府部门的 IT 投资本质上具有一定的盲目性,这种盲目性增大了风险。从 IT 企业的角度看,企业的逐利性质决定了企业总是具有诱使政府投资最大化、最高级化的冲动,由于电子政务的工程建设必须考虑很多的非技术因素,因此单纯技术先进性的项目,未必就是最合理、最适用的电子政务项目。IT 企业不考虑电子政务项目的具体需求,而盲目追新、追高级的做法,客观上忽略了政府投资风险规避的问题,极易使政府决策者面临风险。

第三,即使在最佳的情况下,仅有政府、IT 企业的电子政务建设舞台,也是不利于政府规避技术和资金风险的。在政府部门深透了解技术,而企业也设身处地考虑政府部门规避风险的情况下,仍然存在着政府部门、IT 企业对产品和未来适用性误判的可能。这种误判案例的积累将会严重影响电子政务建设项目决策者的决策信心,增加决策者的责任压力,因此客观上会延缓电子政务建设项目的决策。

在目前基本只有政府、IT 企业二元主体的电子政务建设舞台上,以上问题是难以解决的:从专长和沟通的角度说,政府部门、IT 企业原本风马牛不相及,有效沟通存在一定障碍;从交易成本的角度看,政府、企业为交易双方,且存在着技术上的信息不对称和商务上的“消费者垄断”因素,因此交易成本高昂;从决策信心和责任的角度看,仅仅将电子政务项目的决策权赋予政府部门、“一把手”,在加大他们决策权的同时,责任的过分集中反过来又会降低决策的效率。因此总体而言,在缺乏中立、权威的社会科研机构实质性参与的条件下,电子政务项目在技术和决策效率上所面临的问题是难以解决的。

解决以上问题的有效出路是充分吸引和发挥社会中立的、具有一定社会公信力、权威的专门科研机构加入到电子政务建设的主流业务中,形成以第三方咨询、规划、评估为主要内容的电子政务建设效益保障体制。第三方加入的电子政务建设体制可以在一定程度上消除二元主体结构下易于产生的技术和资金盲区,最大限度地消除项目过程中的不可控因素。

第三方加入的体制在一定程度上还能够起到加快政府部门电子政务建设项目决策效率的作用。正是由于存在着电子政务投资的资金和技术风险,且这种风险在某种程度和意义上是不可能完全规避的,因此承担巨大决策责任的

“一把手”在决策时通常顾虑重重,在无法选择的情况下,无限期拖延会成为“一把手”逃避责任的理性选择,因此,一些急迫的电子政务建设项目可能会因此而胎死腹中。显然“一把手”潜在的责任风险是规避了,但电子政务建设的时机也丧失了。在权威的第三方加入的情况下,第三方的专业知识、控制能力及其相应承担的责任,会在很大程度上加强“一把手”决策的科学性,在一定程度上分散“一把手”决策责任的风险,因此会有效地促进电子政务建设的进度。

二、分层推进,有效帮助低层级政府推进电子政务建设,实时缩小数字鸿沟

中国电子政务发展目标与发达国家相比具有自己的特色,即监控与服务并存,而非发达国家的服务为主,效率优先。尽管中国电子政务发展的总体目标有着自己的合理性,但在目前法律、制度、规则配套不完善的情况下,要求所有层级的政府同时并举地满足电子政务的两个发展目标,是难以做到的。

实际上,中国政府的多层级特点决定了不同层级的政府在履行政府职责方面是有着明确的分工的:地市级以下尤其是县区级以下政府具有明显的“亲民”特点,其政府部门的主要职责是为公众(企业)提供直接的管理和服务,而地市级以上层级的政府和政府部门的主要职责是监控下级政府部门,“亲民”并不是这些层级政府的主要功能。

目前电子政务建设的实际情况是:高层级政府有相对充足的资源用于电子政务建设,低层级政府资源严重匮乏,电子政务建设滞后,形成事实上的电子政务发展重监控而轻服务的现象。由于电子政务的监控功能主要着眼于政府内部管理,相对缺乏与社会、公众的联系,因此具有政府内部消费的性质。在电子政务建设投入巨大的情况下,政府内部消费必然是有限的,因此仅仅强调电子政务监控目标的实现,最终也会影响到电子政务建设的健康发展。如果不能把电子政务建设的服务目标放在基本的位置上,不仅会影响不同层级政府间的协调发展,也不利于高层级政府对低层级政府的监控。因此总体而言,低层级政府电子政务建设的滞后,不仅在一定程度上影响了电子政务发展的正当性、合理性,而且也会进一步加剧本来就已经非常突出的“数字鸿沟”问题,加剧高层级政府与低层级政府、政府与公众之间的“数字鸿沟”。

解决目前问题的主要出路是实行分层推进策略,针对不同层级的政府制定不同的功能目标。在地市级及其以上层级的政府,坚持加强监管功能目标的实现;在有效监控的同时,利用电子政务大幅度提高政府工作效率。在地市级以

下层级的政府则应当强调电子政务服务功能的实现。

促进低层级政府电子政务建设,除了在战略上明确其功能定位外,最主要的问题是能够现实地寻找到低层级政府电子政务发展的资金。实际上,全国现阶段低层级政府有很多是“负债”政府、“吃饭”政府,政府财政根本无力支持电子政务建设的庞大资金需求。但另一方面,低层级政府之所以在财政上处于如此被动的局面,除了其他方面的原因外,也与政府无法及时融入市场经济、全国性市场,甚至国际市场有关。因此提高低层级政府的信息能力,对改变低层级政府的财政状况具有一定的推动作用。

推动低层级政府电子政务建设还有助于推进所辖公众福利的增长。财政紧张地区的公众,通常福利水平也相对较低,因此如何帮助这部分社会公众尽快地脱贫致富,具有全社会甚至全世界的意义。正是在这样的意义上,推动低层级政府发展电子政务具有一定的社会公益性质。

由于低层级政府发展电子政务具有一定的社会公益性质,且电子政务的发展又能够使政府及其所辖公众较快地具有自我可持续发展能力,因此可以考虑多种形式的、旨在帮助低层级政府发展主要功能定位于为公众服务的电子政务项目。比如可以设立公益性质的基金,以吸纳愿意帮助贫困、低层级地区发展的国内外资金,专门管理机构无偿将资金用于低层级政府电子政务项目的建设;鼓励低层级政府进一步开发和经营资源,尽快将潜在资源转变为能够促进地区发展的有效资源。

三、政府、企业、科研机构应更审慎、更负责地推动电子政务发展

应当充分地认识到电子政务是国家建设、现代化发展的重大事业,而不是简单的商业、市场行为,因此电子政务建设在考虑其所应有的经济效益的同时,更应当从国家和民族长远利益的角度考虑,构筑电子政务的万世基业。

从电子政务发展事业的角度看,目前以下一些问题值得引起政府、企业、科研机构的高度注意。

首先,一些政府部门存在一定程度的“消费者霸权”心态,利用政府权力和“消费者垄断”的双重优势,在电子政务建设项目中,不惜杀鸡取卵、竭泽而渔,将IT企业的应得利益空间压缩到极限,某种程度上迫使企业偷工减料、急功近利。除了政府部门的这种短视行为会导致具体的工程项目存在隐患外,中国电子政务的可持续发展是离不开具有良好业绩积累、竞争力强大的IT企业的支

撑的,而在强手如林的 IT 产业,民族企业如果连基本的利润都得不到保证的话,是无法发展成具有国际竞争力的一流企业的。因此政府不仅不应当盘剥优秀 IT 企业,实际上还应当帮助 IT 企业发展,为中国电子政务事业的长远发展储备力量。

其次,IT 企业应当高标准、严要求地实施政府电子政务项目。中国电子政务建设的迅猛发展,凸显了标准、法规的滞后。这些规范的滞后,在某种意义上赋予 IT 企业以较大的自由处置空间。因此在这种情况下,IT 企业如何承担起应有的责任来为社会建设高质量的电子政务项目,是有责任心的企业家必须考虑的问题。因此,那些在统一的标准、规范尚未出台之前,利用空当,利用自己的技术信息优势地位,随意降低设计和建设标准,得过且过,为未来的进一步发展和对接留下隐患的行为,不仅是非常不可取的,也是对国家和民族事业的不负责任。因此,在目前标准、法规尚未完备的情况下,任何企业都不应当以标准、规范的滞后为自己落后、草率的设计和建设失误开脱。

如何评价当前与电子政务有关的法律、法规和文件

李广乾*

一、一般介绍

我国早期电子政务发展的最大特点是为行业发展提供技术支撑,为加强行业监管提供技术手段。所以,虽然我国从 20 世纪 90 年代初即开始政府信息化,但是我们并没有由此而引申出电子政务的概念来。在这种情况下,法律自然是派不上用场的,有的只是些为了自身利益的需要而发布的部门文件和规章。实际上,我国电子政务严格来说发端于 1999 年开始的政府上网工程,因为由政府上网工程所产生的政府门户网站开始让人们真正地认识到了电子政务为民服务的本质及其对未来政府管理体制改革的深刻影响。从此,人们才开始不断地认识到,必须通过法律手段来规范和促进电子政务的发展。

近年来我国的电子政务发展非常迅速;与此同时,与电子政务发展有关的法律、法规与文件也越来越多,呈现出迅猛发展的态势。从关系的密切程度来看,新近颁布、修订的与电子政务密切相关的法律主要有《中华人民共和国行政许可法》(以下简称《行政许可法》)、《中华人民共和国电子签名法》(以下简称《电子签名法》)、《中华人民共和国地方各级人民代表大会和地方各级人民政府

* 国务院发展研究中心技术经济研究部经济学博士。