

## 摘 要

电子政务是经济与社会信息化的先决条件。电子政务的建设与发展,除了应用系统的构建、政务的整合等管理和技术因素之外,还必须具备相应的外部环境,特别是科学、合理、有力、有益的法律环境。我国的电子政务建设已经进入了一个全面规划、整体发展的新阶段,然而,我国电子政务法规的建设却严重滞后,目前主要由一些部门规章和地方规章组成,还没有上升到高位阶法律层面,也没有反映到司法体系之中。这种滞后,在一定程度上制约了电子政务的应用和推广。反观国外,美国对“电子政府”的设范立制,以及日本对电子政务的强势法制推进,已从不同侧面揭示出信息发达国家对“电子政府”法律难题的求解之路。本文从我国电子政务立法的现状、缺失、亟待解决的难点等方面入手,对我国完善电子政务法律环境作出了系统的理论分析,得出了“我国应当制定统一的《电子政务法》,然后逐步制定或者修订配套的单行法或者实施细则”的最终结论,并从理念、指导思想、基本原则、价值取向、基本架构等方面对电子政务法律制度提出了自己的初步设计构想。

**关键词:** 电子政务立法 现状与缺失 理论思考 架构

## **ABSTRACT**

Electronic government is the prerequisite of informational transformation of economy and society. Besides management and technological factors like construction of applied system and integration of government affairs, the construction and development of electronic government calls for suitable exterior environment, especially the scientific, reasonable, forceful, and favorable legal environment. The construction of electronic government in china has entered a new phase of overall planning and development; however, the construction of electronic government laws in China is seriously lagging far behind. At present it mainly consists of the regulations of some ministries and localities. And it is far from reaching legislative level, neither is it reflected in the judicial system. This kind of backwardness to an extent restricts the application and spread of electronic government. As for the foreign countries, USA has set a norm for "electronic government" and Japan has advanced forcefully the legalization of electronic government. All these indicate the solutions of informational developed countries to the legal dilemmas of "electronic government" from different

perspectives. The paper proceeds with the present situations, the missed parts, the hard nuts to be tackled in the legalization of electronic government of China, and gives a systematic theoretical analysis of perfecting the legal environment of electronic government. The author makes a final conclusion that “ *electronic government law* should be formulated in China, followed by the matching separate law or detailed implementation rules.” Moreover, the author puts forward his initial design and conception of electronic government legal system from aspects of notion, guiding policy, basic principles, value tropism and basic framework.

**Key Words:** legislation of electronic government, present situation and missed parts, theoretical thinking, framework

## 引 言

党的十六大政治报告中在谈到深化行政管理体制改革时明确指出：“进一步转变政府职能，改进管理方式，推行电子政务，提高行政效率，降低行政管理成本，形成行为规范、运转协调、公正透明、廉洁高效的行政管理体制。”在新的行政管理体制改革中，推行电子政务第一次被作为改革目标的重要组成部分提出来，这足以说明发展电子政务的重要性所在。

建立电子政务法律制度，是促进电子政务健康发展的重要保障，是转变政府职能、提高监管水平和工作效率的需要，是拉动国内信息产业的法律保障，是全面提高行政透明度、增强依法行政能力的需要。

电子政务法律制度，可以说是一种与政策、技术紧密结合的特殊法律制度，建立电子政务法律制度，国内外都处于摸索期和上升期。从国内来看，目前我国电子政务法律制度还不健全，尚无纲领性法律制度，各部门法律制度的建立尚待加速进行。从国外来看，即使像此方面立法发达的美国，在电子政务法律规范当中也存在着诸多矛盾，这些矛盾的逐步化解，还有待于建立一个相对标准、统一的电子政务法律体系，而如何构建此种法律体系，理论界目前并无系统的论述。因此，对于建立电子政务法律制度这一问题的研究具有很强的现实意义。

## 第一章 我国电子政务法制体系的现状及缺失

电子政务是指政府机构运用现代计算机和网络技术,将其管理和  
服务职能转移到网络上去完成,同时实现政府组织结构和工作流程的  
重组优化,超越时间、空间和部门分隔的制约,向全社会提供高效优  
质、规范透明和全方位的管理与服务。<sup>①</sup>联合国教科文组织高级顾问  
周宏仁博士指出:“电子政务实质上是对现有的、工业时代的政府形  
态的一种改造,即利用信息技术和其它相关技术,来构造更适合信息  
时代的政府结构和运行方式”。电子政务外在表现为政务手段的改变,  
其实质却是政务内涵的深化,前者是“面”上的变革,后者是“质”  
上的变革。<sup>②</sup>

我国的电子政务起步于20世纪80年代末。在20世纪90年代,  
通过重点建设金税、金关、金卡等信息系统,我国电子政务发展取得  
了长足进步。1999年被我国政府确定为“政府上网年”,40多个部委  
的信息主管部门共同倡议发起了“政府上网工程”,开始系统地推进  
电子政务的发展,各级、各地政府也开始重视电子政务的建设,尤其  
在组建信息中心、购置服务器及网络设备、开发信息系统上,投资几  
乎倾其财力极限。但是,相当一部分的政务信息系统在建成以后,往  
往遇到无米下锅的尴尬境地,数百万元的投资,换来的往往是网页上  
寥寥的过时新闻,再加上电子邮箱和联系电话,“重建设、轻应用”

---

① 汪玉凯·中国电子政务的功能定位与政府治理创新·市场与电脑,2003,6:6。

② 崔建宇·电子政府对传统行政的影响·山西青年管理干部学院学报,2000,4:10。

的痼疾一直较为严重。此外，随着电子政务的发展，信息安全、隐私权保护等一些法律问题也不断地浮出水面。然而，由于法律制度体系的不完善，这些问题一直没有得到很好地解决。

2002年7月，国家信息化领导小组第二次会议审议通过了《中国电子政务建设指导意见》，明确把电子政务建设列为今后一个时期我国信息化工作的重点。尤其是在“非典”过后，更促使新一轮电子政务建设高潮的到来，这也给建立完善电子政务法律制度带来了前所未有的机遇。

### 1.1 电子政务所可能遭遇的若干法律问题

电子政务作为一种新兴的行政方式，既对“法律规范的现代化”提出了更高的要求，<sup>①</sup>自己也面临诸多规范问题。

电子政务外部环境所遇到的法律问题主要来自于两个方面。一是与新技术有关的互联网法律问题。这类问题主要有：对网民主体身份的辨别与确认；对虚拟空间行为与活动规则的设范立制；对网上有害或不良信息的筛选、过滤；对网络安全的法律防护；对网络侵权、网络犯罪的界定与处置；对传统法律制度网络“缺位”的补救，以及网络环境下的法律制度权威的重新确立，等等。<sup>②</sup>二是与电子商务有关的法律问题。其中较具代表性的问题有：电子合同的签订与效力认定问题；数字签名与数字认证问题；消费者信心建立的法律制度支持问题，特别是隐私权保护问题；专利、商标以及版权等网络知识产权的

---

① 张文显·法理学·北京：法律出版社，1997·222。

② 杨凤春·电子政务的政府基础·信息化建设，2003，4：22。

界定与保护问题；“电子证据”问题；<sup>①</sup>电子信用、电子税收、电子广告等法律规范问题等等。

此外，我们还需要关注来自电子政务领域内的自身法律问题。这些法律问题主要分为以下 3 类。一是关于政府信息的法律问题，比较突出的矛盾集中在：政府信息是否公开、怎样公开；政府依据何种原则来采集、加工并使用社会公共信息；政府信息的透明度问题，等等。二是关于政府网站建设的法律问题，这方面的主要法律矛盾体现在：政府网站建设的技术标准问题，即电子政务的技术解决方案及其安全保障问题；各个政府网站之间信息互联互通的法律保障问题；政府公共信息平台的规范管理，等等。三是关于政府管理体制改革的法律问题，主要涉及：政府行政管理手段的电子化、无纸化问题；政府公共行政管理权力设定及其法律制约；对电子政府服务绩效的合理评定；“电子政府”对公民的知情权、隐私权的法律保障；现代政府民主化管理模式的法制架构，等等。<sup>②</sup>

除以上三方面问题外，如政府采购、政府公共信息平台数据库的知识产权保护等，也属于电子政务法律问题的涉及范围。

## 1.2 我国电子政务法制体系的现状

截至目前，我国已颁布了大约 60 个与电子政务相关的法律法规与规章，法规体系初具规模。当然，严格地说，规章还是占绝大多数，如果我们把这些电子政务相关的法律与规章进行分类，就会发现，每

---

① 吴晓玲·论电子商务中的电子证据·互联网世界，1999，7：12。

② 孙铁成·计算机与法律·北京：法律出版社，1998·249。

一方面都有相关的规定：电子政务与政府信息公开类中，有国务院办公厅《政务信息工作暂行办法》、海南省《政务信息化管理办法》等规定；电子政务中的信息服务与信用体制建立类中，有《互联网信息服务管理办法》、《互联网电子公告服务管理规定》、《互联网出版管理暂行规定》等规定；电子签章与认证服务类中，有海南省《数字证书认证管理试行办法》；行业信息化类中，有财政部《会计电算化管理办法》、《网上银行业务管理暂行办法》、《网上证券委托暂行管理办法》等；信息系统建设及信息基础设施建设类中，有《电信设施进网管理办法》、《电信建设管理办法》等；信息服务市场管理与登记许可类中，有《中国互联网域名管理办法》、《网站名称注册管理暂行办法》等；信息安全与保密类中，有《中华人民共和国计算机信息系统安全保护条例》、《计算机病毒防治管理办法》等法律法规。

在电子政务的发展中，一般来说，都要经历 3 个阶段的发展过程，那就是从建立计算机网络系统到政府信息网上公布、再到网上办公以及实现真正的电子政务。所以，对应这 3 个阶段，相应的政策法律体系也就表现为从建设计算机网络系统和维护网络安全的法规到政府信息公开、信息公开中个人数据保护的法规、再到电子签章、电子政务的法律法规。

也就是说，对应上述对我国电子政务相关法律法规所做的分类，第五类信息系统建设与信息基础设施建设类，第七类信息安全与保密类，都属于建设计算机网络系统和维护网络安全阶段的法规；而第二类电子政务中的信息服务与信用体制建立类，第六类信息服务市场管

理与登记许可类则属于政府信息公开和信息公开中个人数据保护阶段的法规；其余的第一类、第三类、第四类的法规则属于电子政务阶段的法规。所以，从这些法规的分布可以看出，我国的电子政务政策法规还处于不同阶段不同种类并存的发展状态。<sup>①</sup>

可以说，上述 7 大类约 60 部法规和规章就构成了我国目前电子政务的基本政策法律环境，对于这样一个与电子政务相关的政策法律环境，仔细分析，它具有 4 个明显的基本特点。

规定较为全面——电子政务在中国，近年来已经呈现非常好的发展势头，并在国际电子政务的发展中独树一帜。而这种良好的发展势头和独具特色的发展模式反映在相应的政策法律环境中，也表现出一定的全面性。说它全面，不仅因为从宪法、法律部门规章到地方政府规章，反映在不同层次的法规与规章中，还因为它涉及到电子政务、信息公开、信息服务、信用体制建设、信息安全保密、市场管理、部门和地方信息化建设等方面的规定上，我们有着一些比较有特色的管理模式和措施。当然，这种全面也是相对的，在隐私权与个人数据保护、信息公开和信用体制建设方面，我们的法律制度还是不完善的。

法律位阶较低——我国的电子政务政策法规环境主要由一些部门规章和地方规章组成，还没有上升到立法的层面，也没有反映到司法体系之中。这种局面，一方面反映出我们的电子政务还处于起步阶段，大量的应用实例还在发展，所以也就谈不上相应的案例；另一方面也反映出电子政务这种本身与政府结构、功能密切相关的系统，其

---

<sup>①</sup> 汪玉凯·中国电子政务建设的经济效益分析·新视野，2002，5:16。

政策法律体系，也必须直接与这种行政结构相吻合。<sup>①</sup>

重点领域涵盖面广——在信息服务和网络服务领域，我国制订了较为详细的登记、备案或许可的管理体系。目前，这些领域包括对于ISP的经营管理、ICP的经营管理、BBS的经营管理、域名的管理、电信设备入网的管理、软件的管理、网上证券、网上银行、网上出版的管理等，涵盖了大部分信息服务和网络服务领域。应该说，这种较为全面的登记、备案或许可的管理体系的优点和缺点都十分明显。

充分重视网络安全与信息安全管理——“信息安全”是指一个国家的社会信息化状态和信息技术体系不受外来的威胁与侵害。<sup>②</sup>政府层次上的信息安全涉及到国家安全问题，解决政府信息网络的安全隐患是电子政务发展的关键。我国信息产业发展状况决定了政府要大量引进国外的基础设施，而目前我们又没有能力对其进行有效管理和技术改造，因此，政府信息网络极有可能存在安全隐患。“国产化不等于绝对安全，绝对安全却必须国产化”，<sup>③</sup>政府应大力扶持民族信息产业的发展，尤其是专用芯片（如CPU）、嵌入式操作系统等国内空白技术，以确保机密部门的信息安全。公民层次上的信息安全涉及到个人隐私和安全认证问题，许多公民担心个人隐私数据通过网上提交后是否安全以及数字签名的认证问题等，应尽快制定政府部门的信息安全法规、信息监管法规等。从已经颁布的法律法规看，我国对网络安全给予了高度的重视，从计算机信息网络国际互联网暂行规定、刑法、

---

① 黄志澄·电子政务的内涵及发展·中国信息导刊，2002，2：23。

② 齐爱民编·电子化背景下政府信息公开法·湖北：武汉大学出版社，2004·156。

③ 丁先存·论电子政务中信息安全及法律保护·中国行政管理，2002，10：15。

电信条例到关于维护互联网安全的决定，很多法律法规或条款都是针对网络安全的。我国目前颁布的 60 多个与电子政务有关的法律法规中也有 16 个是完全针对网络安全与信息安全的，可见这方面多级政府都是十分重视的。<sup>①</sup>围绕这些规定，行政机关还进行了大量的执法工作，比较典型的包括近年来我国对网吧的集中治理。

### 1.3 我国电子政务法制体系的缺失

我国的电子政务建设已经初具规模。然而，电子政务的推进给“立法带来了巨大压力”，因为电子政务的建设与展开“需要完善的法律体系”。<sup>②</sup>德国行政法学者毛雷尔对此表达了自己的看法：建设电子政务“事实上具有合目的性”，但最“紧迫的问题是技术和法律控制”方面的问题。只有当我们不再仅从“客观效率的角度”，而从“法治国家的角度”认识电子政务建设时才能意识到这些问题。<sup>③</sup>

从我国电子政务法制体系的整体情况看，目前我国电子政务的纲领性法律尚未出台，各部门法的建立和完善尚待加速进行。首先，我国电子政务法制体系正处于一个“无纲领性立法，无明确的立法规划，无有效的立法评价及监督机制”的三无状态。<sup>④</sup>根据《十五规划纲要》第六章“加速发展信息产业，大力推进信息化”的规定，虽然也有“制定国家信息系统标准，加强信息化法制建设，改革管理体制，创造有利于信息化的制度条件”等规定，但对于电子政务立哪些法、如何立、

---

① 詹灿辉·论政府网站的定位·网络世界，2000，13。

② [德]哈特穆特·毛雷尔·行政法学总论·北京：法律出版社，2000·439。

③ [德]哈特穆特·毛雷尔·行政法学总论·北京：法律出版社，2000·443。

④ 武树帜、李美清·推行电子政务改进管理方式·中国行政管理，2003，3：38。

如何评价及监督立法进程等却没有明确的规定。

具体来说，我国电子政务法制体系主要存在以下方面的缺失。首先，法律位阶比较低。我国目前的电子政务政策法律环境主要由一些部门规章和地方规章组成，还没有上升到立法的层面，也没有反映到司法体系之中。例如《电子商务监督管理暂行办法》，只是一部由北京市工商行政管理局颁布施行的地方政府部门规章，提交广东省九届人大常委会审议的《广东省电子交易条例（草案）》也仅仅是一部地方规章。

其次，某些领域欠规范。比如，目前我国网络安全的保障主要依靠技术上的不断升级，实际过程中大多是加强自我保护，设置复杂的密码和防火墙。但是，解决网络安全问题不能光靠技术，单纯从技术角度只能被动地解决一个方面的问题，而不能长远、全面地规范、保障网络安全。<sup>①</sup>同时安全还和社会道德、行业管理以及人们的行为模式密切相关。因此，从根本上对网络犯罪进行防范与干预，主要依靠法律的威严。通过制定网络法律，充分利用法律的规范性、稳定性、普遍性、强制性，才能有效地保护网络使用者的合法权益，增强对网络破坏者的打击处罚力度。

再以我国将于明年4月1日起正式实施的《电子签名法》为例，尽管人们对这部《电子签名法》充满了期待，但它能否真正为电子政务铺平道路并不是一个简单的话题。《电子签名法》重点要解决的是“数据电讯”如何等同于传统书面证据这一问题。“数据电讯” (Data

---

<sup>①</sup> 孙铁成，计算机网络法律问题，法学前沿，1999，3。

Massege),<sup>①</sup>是独立于口头、书面等传统意思表示方式之外的一种电子通讯信息及其记录,也有学者将其译为“数据讯息”。<sup>②</sup>传统法律有一套成熟的规则判定什么样的纸面记载(书面)具有直接的证据效力。例如,书面形式、手书签名和原件这三项规范性要求是一项有效的书面证据基本的要求。但是,在电子环境下,几乎不存在原件,也没有手书签名,如何确认一份电子文档是某人所签发,认定为“原件”,必须有相应的规则。缺少这样的规则,一遇到纠纷打起官司来,当事人一般不能说服法官直接认定电子记录的证据效力。规则的缺失所导致的尴尬局面是:我国《合同法》已经确认数据电文为书面合同了(《合同法》第11条明确规定数据电文是合同的书面形式之一),但法院还不能认定电子记录的证据效力。这里的问题不出在法院,更不能归咎于当事人,主要在于没有相应的规则。《电子签名法》便是旨在确立此种规则的法律,它主要解决数据电文和电子签名的法律效力。但是,它所确立的规则,都是比较粗的原则,它离操作规则还有一段距离;而且它只是确认使用电子签名(主要是数字签名)的法律效果,并未强制任何从事在线交易或通信的人均使用电子签名,并未规定只有使用电子签名的法律文件才具有法律效力。而在现阶段,电子签名应用还非常有限,大量的电子交易仍然不采用电子签名方式。而且,《电子签名法》的适用范围具有一定的局限性,不少电子化的领域不能直接适用其规定。所以说,出台电子签名法,对电子签名效力加以确认,

---

① 张楚·电子商务法初论·北京:中国政法大学出版社,2000·112。

② 郑成思·知识产权文丛·北京:中国政法大学出版社,1999·255。

这只能增加人们对电子签名的信心，并不必然导致从事电子交易的人都会使用电子签名。从这一意义上推断，电子签名法出台之后很长一段时期内，对电子政务和电子商务活动并不会产生直接或非常明显的影  
响，除非有相关的配套立法进一步对其进行补充和细化。

第三，立法程序欠规范。目前，我国在电子政务方面也出台了部分管理规定、规章和规范性文件基本上都是部门法规，由于没有一个统一的立法程序，各部门根据本身利益或强调本部门的职责范围而制定各自法规将带有某种局限性，有时还会出现重复规定和自相矛盾的现象。以计算机犯罪方面的法规为例，目前我国针对计算机犯罪的处罚条款还分散于《刑法》、《民法》和《中华人民共和国计算机信息系统安全保护条例》等法律、法规中，不够系统、集中和全面，操作起来也比较困难。

## **第二章 建立电子政务法律制度亟待解决的难点问题**

德国行政法学者毛雷尔认为：建设电子政务“事实上具有合目的性”，但“最紧迫的问题是技术和法律控制”方面的问题。<sup>①</sup>在分析了我国发展电子政务的现状与缺失之后，对于解决这些问题需要面对的困难也要有所认识，这样将有效地避免在发展电子政务以及电子政务立法过程中破坏法律体系的完整性和统一性。

电子政务的发展肯定离不开网络和计算机，这样电子政务本身的

---

<sup>①</sup> 哈特穆特·毛雷尔·行政法学总论·北京：法律出版社，2000·443。

一些政策法律问题又会与网络 and IT 领域的一些法律难题相瓜葛，形成一些跨学科的、涉及法律、技术和管理体制的一些法律问题。如软件的版权保护问题、域名的法律地位问题、数据库的法律保护问题、信息安全问题、网络隐私权保护的问题、网络管辖权的问题，等等。在解决这些法律问题上，以往我们在处理网络与计算机法律问题上的经验教训一定要吸取。比如很多新闻媒体在报道此类问题时总是习惯于把问题归咎于法律的空白并呼吁相关的法律法规尽快出台，而这样的宣传导向会产生两个明显的误区：一个是使人们产生任何一个法律问题都只能依靠立新法来解决的错误理解；二是使人们产生似乎只要立了法或作出新的规定，问题就会迎刃而解的错误判断。而这样的错误理解与错误判断的存在对于我们建设科学、合理的信息化法制环境都是十分不利的。因为很多网络与 IT 领域的法律问题的产生表面来看似乎确实是法律空白所带来的，但在解决这些法律问题上，却绝对不能仅仅以填补相应空白了事。这些法律问题的产生往往有一些更为深刻的背景，如法制观念、法制意识的偏差，法制环境的不健全，法制体系的能动性不足及立法与执法的脱节，等等，都是需要我们认真加以考虑和解决的，这些方面的原因可能比法律的空白所带来的影响更深刻、更本质。但当我们过分强调法律空白的时候，这些方面的原因就会被忽视，得不到有效、彻底的解决。而在一些基本的法律原则和整体法律框架没有得到清楚的认识的时候，盲目的立法和修法只会破坏法律体系的完整性、统一性，暴露出更多的法律之间的协调和一致的问题。正是基于这样的认识，我们不妨对解决电子政务中政策法

律问题的难点做一些必要的分析，以便我们更清楚地面对并解决它们。

## 2.1 动态性法制环境超前于建立法律制度的步伐

动态性法制环境所带来的难题是所有涉及网络和 IT 领域的法律问题的共性问题。IT 产业作为全球最为活跃、发展最快、技术更新最快、技术与产业结合最紧密及最受投资者青睐的产业之一，在“摩尔定律”、“贝尔定律”等不断扬弃的规则的带领下，<sup>①</sup>一路狂奔而来，又绝尘而去，留下很多有待逐一解决的难题及法律上的疑惑和尴尬。立法者在很多情况下是左右为难，对于一些新的法律问题，往往是立法也不是、不立法也不是，因为当一部新法或原有法律中的一些新的规定经过漫长的立法周期终于露面的时候，人们却会发现这些规定就已经过时了，它所立足的产业环境已经有了较大的变化。比如，我国《著作权法》几经周折终于修订完成在 2001 年底颁布了，在其中很重要的一条就是增加了“信息网络传播权”的概念，即规定“以有线或者无线方式向公众提供作品，使公众可以在其个人选定的时间和地点获得作品的权利”。但如果我们对这一规定进行仔细分析就会发现，这一新规定可能不能很好地适用到手机短信息的传播中，因为这种方式的传播往往不是“在其个人选定的时间和地点获得作品”，这种对于一个巨大的新兴产业的规范的不足不能不说是这次修法的一个遗憾。

---

<sup>①</sup> 刘星·摩尔定律的不惑之年·微电脑世界，2004，6：12。“摩尔定律”描述了这样一个事实，就是微处理器的集成度会每 18 个月翻一倍。“贝尔定律”指的是如果保持计算能力不变，微处理器价格和体积每 18 个月会减小一倍。

虽然法律法规不应该涉及技术细节的层次，但在有些情况下，尤其是在法规与规章这一层面，如果规定不能与技术环节有机结合，又会产生无法有针对性地落实的问题，而这就又会使立法者为难，因为某一领域即使是权威的技术方案往往也不会是唯一的一个，以哪个技术方案为基准就成了一个原则性的法律难题。这样的问题在《电子签章法》的立法中就非常明显，电子签章的认证机构必须是建立在一整套技术方案的基础上的，那么我们是认可以非对称密钥加密系统为基础的电子签章系统呢，<sup>①</sup>还是以生物识别技术为基础的电子签章，就是一个突出的问题。

动态性法制环境在建立法律制度层面带来的另一个现象是地方法规和部门规章往往超前于法律与法规。这一点在电子商务与网络领域已有充分的反映，《电子签章法》还没有出台，我们就早有了广东的《电子交易条例》、上海的《上海市数字认证管理办法》和海南的《海南省数字证书认证管理试行办法》，这些地方法规以其出台的快速、灵活为当地电子商务的发展占得了先机，并为国家层面相关法律制度的建立进行了有益探索，这样的动态性法制环境有其合理和可取的一面。但如果因此放弃了对于及时出台国家层面的法律法规的努力，那就适得其反了。因为这些地方法规毕竟有很强地域性，与电子商务的跨地域进行其实很不符合，之所以这么做只是不得已而为之的权宜之计，绝不能以为可以就此打住了。且由于这些地方法规出台时缺乏更高层次的法律法规的指引，难免存在相互冲突的地方，很可能

---

<sup>①</sup> 张铎·保障电子商务安全的三种技术·中国计算机用户，2004，6：16。

还会面临与之后出台的更高层面的法律法规在一些地方相左的风险。在电子政务领域，这种地方法规和部门规章的超前也已开始显现，虽然我们的《政府信息公开条例》已呼之欲出，但早有广东、上海和商务部在 2003 年出台了相关的规定，走在了前头。<sup>①</sup>

在地方法规和部门规章超前于法律与法规的同时，我们还看到，地方法规与部门规章的数量也大大多于法律法规，构成了网络、电子商务乃至电子政务法制环境的主体。就拿互联网信息服务来说，虽然在法规的层面只有一个《互联网信息服务管理办法》，但各个部门出台的关于 BBS 经营、域名管理、网上新闻管理、网上广告管理、网上证券管理、教育网站管理、网上音像制品管理、招聘网站管理等的相关规定已不下 10 件，大大多于法规的数目。

动态性法制环境在司法层面的反映是对司法的能动性的更高要求，在难以完全依照法律条文和成规来行事的情况下，必须作出创造性的、合理的引用和发挥，及时有效地解决问题。<sup>②</sup>王蒙等 6 位作家诉“北京在线”一案就是一个非常典型的例子，如果依照当时的著作权法，很难找到“北京在线”究竟侵犯了王蒙等 6 位作家什么具体权利的依据，但这并没有难倒我们优秀的法官，他们及时从“等”字中找到了依据，裁判了案件，保护了当事人的合法权益。虽然我们并不主张每件案子都可以这么去判，但既然这样的问题发生了，我们就要积极面对，并且很可能今后还要不断出现，在动态性法制环境中，很

---

① 冯春·试论电子政务的实现条件·理论探索，2003，4：16。

② 阿拉木斯·电子商务立法左右为难·互联网周刊，2004，5：18。

可能会发展为一种司空见惯的现象。而在域名案例的裁判中，这样的问题又出现了，那就是法院在裁判“IKEA”商标与域名的冲突时，创造性地引入了法院认定驰名商标的做法，及时裁判了案件，并为以后域名案例的裁判和相关司法解释的出台打下了基础。在这种动态性法制环境下，我们确实看到了判例法系比成文法系更游刃有余的地方。

动态性法制环境反映到行政管理领域也带来一些新的要求和变化。发展电子政务会导致行政管理部门组织结构和 workflows 等的重组和优化，而这些方面既可以构成电子政务实现的障碍因素，也可以成为行政管理体制改革的导火索，所以，“在社会需要和科学内在逻辑的交叉点上”，就可能取得行政管理理论的突破。<sup>①</sup>主要反映为跨地域、跨行业甚至是跨国界经营的电子商务和网络企业对于条块分割、逐项审批许可的行政管理模式的挑战，并且随着网络经济的发展，这种要求和冲突越来越明显。上文已经提到，我们在 ISP 的经营、ICP 的经营、BBS 经营、域名管理、网上新闻管理、网上广告管理、网上证券管理、教育网站管理、网上音像制品管理、招聘网站管理等许多领域都设立了备案或登记许可的管理模式，这些管理规定虽然涉及面很广，但其管理模式却如出一辙。如此多如牛毛的管理规定和许可，在有着跨行业、跨地区经营要求的电子商务企业和网络企业面前树起了层层障碍，尽快建立一种低门槛、综合性强、动态化、手续简便的行政管理模式，已经十分必要。

此外，面对动态化的法制环境，除需要在立法、司法和行政层面

---

<sup>①</sup> 刘仲林·现代交叉科学·杭州：浙江教育出版社，1998·75。

进行必要的调整之外，建立一整套的法制辅助机制也十分必要，而这些辅助机制就应以网络化为共同特征，这其中包括网上法院、网上仲裁、网上公证、网上律师、网上法律服务及法律法规查询等内容。因为只有网上的这些法制辅助机制才可以做到与网络经济一致的灵活、多样、快速、跨越地域。

总之，动态性法制环境是解决所有涉及网络和 IT 领域法律问题都必须要考虑的因素之一，电子政务领域也不例外，需要从立法、司法、行政、法制环境等许多领域认真考虑其可能带来的影响，找到一套行之有效的解决模式，这样才能从根本上推进这类问题的解决。

## 2.2 违法行为普遍性加大建立法律制度的难度

由于网络和 IT 领域的很多违法行为都具有易于实施、成本低廉、隐蔽性强和危害范围广等特点，所以这一领域的违法行为的普遍性和多样性也较其他领域突出，甚至有些诸如网络色情、网络侵权等违法行为相当猖獗。<sup>①</sup>在计算机软件的盗版和非法使用问题、域名的抢注问题、网络上的版权保护问题及网络安全和网上的一些隐蔽性很强的侵权违法问题中，我们都遇到了类似的困惑。在我们试图对其追究责任时往往都会发现，我们很可能面对的是多如牛毛的违法者和随时随地发生的违法行为，对于这样一些行为，我们往往严厉也不是，不严厉也不是，完善的法律规定难以起到令行禁止的效果，法律的严肃性受到了很大的挑战。解决这类问题的办法是要找到切中这些违法行为要害的管制手段，而对于这些含有技术因素的法律问题，如电子签名、

---

① 薛虹·网络上版权保护的辩证思考·河南：洛阳大学出版社，1999·20。

软件盗版防治、信息安全、电子邮件管理和互联网访问管理等，可能比较有效的办法之一就是加强法律与技术手段的结合，通过法律规定对这些技术手段予以肯定、鼓励使用和补充，以弥补法律的软弱和不足。比如我们在《电子签章法》中法律对数字加密技术的认可和鼓励、在信息安全领域对于多种安全保障技术措施的认可、在软件盗版防治中对于软件解密的限制、在电子邮件管理中对过滤软件的认可和鼓励，等等，都是这一类的解决问题的思路。而对于这样的一种做法，我们希望使它成为解决所有网络与电子商务等 IT 领域法律问题的新思路，进而也成为解决电子政务法律问题的有效途径之一。

在这种法律规定模式之中，还会遇到一些法律和技术如何融合的具体问题，如技术上的名词术语在法律中放置在哪里合适；技术方案如何法律化，并成为法言法语，等等。

### **2.3 法制观念的偏离阻碍建立法律制度的进程**

如果说法律问题的存在还可以依靠立法、司法和执法等措施来加以解决，但法制观念的偏离却是更加危险和难以在短期根治的。我们遗憾地发现，这样的问题在网络和 IT 领域，乃至信息化法制领域还是一定程度地存在着的。比如一些年轻人对黑客不是憎恶而是崇拜甚至效仿，还比如一些用户对于盗版始终怀有暧昧的态度，甚至有人还公开从理论上进行支持，等等。这些现象存在着一定的普遍性，而这样的普遍性就说明了相当一部分人对待这些法律问题存在着法制观念上的偏离。一旦法制观念发生偏离，那么任何依照此而进行的行为只能是越走越远，对良好的法制环境的建设十分有害。所以，在网络、

IT、电子商务、电子政务以及信息化领域，需要十分警惕法制观念的偏离问题，解决该问题需要不断地宣传、普及、培训和教育，下大力气拨乱反正，并且需要一段时期的工作才可能见效，而仅仅靠立法、司法和行政等措施是难以解决这种法制观念上的问题的。

### **第三章 建立电子政务法律制度的宏观思考**

统一的电子政务的法律体系到底应该怎样来建立？在对电子政务法制体系的现状与缺失，以及面临的难题有了较全面的分析和认识后，对此，可以有一个较为宏观的思考。

#### **3.1 建立电子政务法律制度的科学理念**

电子政务的发展，需要构筑一个良好的法治文化氛围。这就需要修正传统的理念，从彻底改革国家传统的经济体制和保障机制入手，改变落后的调整方法，把建立电子政务法律制度的侧重点从单纯的“规范”、“控制”转移到首先为电子政务的建设与发展“扫清障碍”上来，以规范发展达到保障发展，由保障发展实现促进发展。

在当前推进建立电子政务法律制度的过程中，必须注意把它和扩大民主、促进政务公开和依法行政、建立法治等方面紧密结合起来，使其相互促进。具体来说，首先，我们应当明确“电子政务首先是政务而不是电子”这一问题的关键，通过立法来努力探索电子政务建设与民主政治建设相结合的途径，使得这两方面形成良性互动的关系。现在一些电子政务走在前面的地区，已经在这些方面进行了有益的探

索。比如，有的地方已经开始规定，“各政府部门除事关国家机密的文件以外，必须把一切政府文件(包括法律规范)都通过政府网站公之于众”，这是一种很好的做法，我们应当进行深入的调查研究，总结他们的经验和教训，存利去弊，形成法规，加以推广。其次，发达国家的有用经验，也可以有选择地吸收借鉴，如果能像有些发达国家那样，用国家法律规定“政府部门必须将哪些文件(例如法院以及法官书记官陪审员联系网址、诉讼规则、案件诉讼摘要)通过网络向社会公布，如果因为保密的原因或者保护个人隐私的原因不能公布，就必须经过一定机构的批准豁免”，那就更接近于现代法治的理念了。

### 3.2 建立电子政务法律制度的价值取向

有了科学的理念，还应该树立正确的价值取向。

长期以来，法律的公正与效益之间的关系，一直是一个困扰法律界的世界性难题。自古以来，法律是公正的代名词，但是，法律又是依存于经济基础的上层建筑，缺乏对法律这两层本质属性的理解，就无法界定法律的价值取向。不同国家在不同时期制定的法律，其价值取向客观上存在差异，在当代国际市场经济环境下，人们关注更多的是法律的效益性。但在法律的效益性上，长期存在两种相互对立的观点：一种是“全盘否定说”，一种是“全盘肯定说”。前者把法律当作使社会达到正义和公平的唯一手段；后者将法律行为泛化为经济行为，明显带有功利主义色彩。公正与效益是一对矛盾统一体，肯定一个而否定另一个，都是对法律价值的扭曲。全面理解当代国际市场经济环境下法律的价值，应是一种内含公正的法律效益。当前我国电子

政务立法的价值取向，也正是要在立法当中实现这样一种内含公正的法律效益。

目前，我国在电子政务领域蕴涵的商机已逐渐显现，2003年我国电子政务领域的IT采购量已经达到283亿元，预计2004年将达到350亿元，增长20%以上。如何实现内含公正的法律效益。仔细分析，应实现以下几方面的要求。首先，融入经济全球化浪潮。<sup>①</sup>经济全球化是经济增长要素在市场规律的支持下日益突破国界的过程，是当代国际经济的基本特征之一。经济增长要素在世界范围内更为自由地流动的结果，必将带来效益的最大化和相关法律的全球化。法律全球化目前尚无统一定义，它可以指法律在全世界范围内的统一化，各国法律的逐步趋同化，或各国法律之间不断加强的深度协调化等各种涵义，也可以是指这几者的多元综合。这一概念的提出，主要是对经济全球化的反映和适用，同时也是法律发展的一个特征。例如，20世纪90年代以来各国的电信立法实践表明，各国一致实行的电信自由化政策（对内破除垄断、鼓励竞争，对外实行有条件的外资准入），就是以法律形式确定下来、各国电信立法趋同化的体现，其结果是，在竞争的市场中，国际互联网的使用普遍提高，进而提升了商家的电子商务水平和经济效益，各种弱势群体（市场份额低的商家及广大消费者）也真正体验到了经济效益的种种益处，也即获得了在封闭垄断市场中所无法得到的公平和正义，从而使法律在产生其经济效益和效率的同时，也体现了公平正义的社会效益。这种内含的法律效益正是

---

<sup>①</sup> 阿兰·鲁格曼·全球化的终结·北京：生活·读书·新知三联书店，2001·5。

经济全球化所带来的法律全球化的直接结果。

其次，寻求全球化和民族化的契合点。在全球化进程中，趋向同一性与日益多样性将长期并存。日益加剧的竞争必然促使各国寻找多种多样的办法以适应和解决世界市场上出现的新问题，产生更加丰富多彩的经济、政治和社会创新，形成各不相同的经济、社会与法律形态，所有这些受历史影响铸成的各色各样的体制结构、模式和法律文化特点，都将继续突破全球化的“定则”。例如，在网络隐私权保护方面，注重法律规范的欧盟与强调行业自律的美国就曾发生过争吵，美国的意图是“增进欧盟对美国的保密方法的理解，保证欧盟用来评价的标准能充分灵活地适应美国的方法。”最终，欧盟接受了美国公司的自我调整，条件是美国联邦贸易委员会（FTC）会惩罚不守保护信息诺言的行为。随着世界经济交往的增多和各国国民经济之间依存度的提高，一国法律的调控能力会相应下降，经济的全球化使各国陷入了（丧失）民族性的陷阱，并迫使各国采取跨越国界的行动，但国家主权的核心部分并未受到严重侵蚀。解决电子政务中全球化与民族化的矛盾，构成了当今各国电子政务法的核心。

第三，提升电子政务活动的效益。法律效益是电子政务发展的内在要求。<sup>①</sup>比如，在ISP（网络服务提供商）对利用其服务器（Servers）所发布的一切信息的管理责任上，我国现有的《广告法》第27条赋予广告经营者和发布者以审查广告内容真实性责任，赋予其“把关者”（Gatekeeper）的角色，这是ISP所难以承受的，即使满足了法律、

---

<sup>①</sup> 高纯德，对电子政务效益问题的若干思考，信息化参考，2003，12：18。

行政法规定的此项要求，但其所需成本将使 ISP 不胜负荷，客观上会妨碍 ISP 的发展。因此，建立电子政务法律制度的公正实质上都内化在效益之中，提升电子政务法律公正的过程实际上也在提高电子政务活动的效益，强化电子政务法律制度的效益性也在深化其公正性。

### 3.3 建立电子政务法律制度的指导思想

论述了科学理念、价值取向后，应该进入到电子政务法律制度架构的实质性阶段，这就离不开指导思想。

由于开展电子政务会触及某些政府部门的利益，如果没有明确的指导思想，将会出现信息化建设“各自为政”，或对信息化工作进行抵制等现象，从而背开展电子政务的初衷，所以，在电子政务法律制度建设中，必须明确指导思想。

但是，建立电子政务法律制度的指导思想到底是什么？是制定单行法还是进行修法？是统一立法还是分散立法？这些都是学界争论的热点、焦点。仔细分析，在进行建立电子政务法律制度的活动时，应遵循以下几个指导思想：

首先，保持与传统法律体系的一致性，充分借鉴传统法律制度的构架。网络世界只是现实世界的自然延伸和发展，就 Internet 来说，它是一个真实存在的物理结构。从词意上推敲，目前国际上流行的“Virtual reality”一词（我国学者将之译为“虚拟现实”）按美国《大学词》（Merriam Webber's College Dictionary 1989）的解释，意谓“一个由电脑通过‘声和影’向人们提供的人工环境。”基于网络世界是虚拟与现实并存社会的认识，传统法律的基本原则、制度同

样适用于电子政务。摧毁传统的法律制度去构建电子政务的法律框架，无异于杀鸡取卵。

其次，建立法律制度要实事求是，把握好一个“度”。互联网的出现，使得现实功能社会的利益调整在所难免，客观上需要重新审视传统法律的某种规则和制度，以便契合于电子政务的发展，虚拟与现实存在既对应又不完全对应的关系，正如美国的 Lawrence Lessig 教授所称，“网络是一个世界。在这个世界里，人们经历现实世界的一切，甚至从一定意义上讲，人们经历的更多。”因此，对现有法律的完善，存在一个“度”的问题，既不能全盘推翻现有权利格局，也不能因循守旧，应注意甄别出传统法律框架可以涵盖的部分和超越了传统法律框架而自成一体的部分。对于前者，可以继续适用传统法律的规定；对于后者，可以并行采取修法和单独立法的方法予以解决。一味主张单独立法而轻修法以解决互联网带来的新问题的观点过于绝对化，也是不切实际的。例如，现有的合同法、广告法、民事诉讼法、知识产权法、票据法、海商法等本身已形成制度精巧、结构严谨、基本符合国际惯例的特点，除可以针对电子政务的特性对之予以修订完善外，别无他途，如果再生硬地去制定所谓的电子合同法、网络广告法、电子证据法、网络知识产权法、电子票据法等单行法规，倒是确实有打乱各国已有的法律体系或与已有的法律重复乃至冲突之虞。但是，片面强调修法而漠视甚至否认单独立法的观点同样也不合乎客观现实，世界上众多国家电子商务立法的实践无不说明了这一点，多数学者认为，对于全新的领域可以进行单独立法，如电子商务与认证

法、域名管理法等。笔者认同这种观点。至于对现行法律修订的形式，既可以将修订部分置于原法内而以原法与修订部分的整合体现出来（我国的一贯做法），也可将对各法的修订部分独立构成一个法律文本颁布实施（如德国 1997 年《多媒体法》等）。如以是否方便司法和电子政务当事人而言，后者更为可取。

第三，准确定位司法解释。长期以来，学界有一种倾向，在完善我国社会主义市场经济法制方面，动辄启动司法解释途径，以之作为填补法律空缺的手段与法律正式出台前的临时措施以及对既有法律的“定位器”。司法解释是立法先天滞后于司法实践的产物，自全国人民代表大会赋予最高人民法院以法律解释权后，最高人民法院颁布了成百上千个司法解释，其对我国的法制建设无疑居功甚伟。<sup>①</sup>在电子政务法制方面，最高人民法院颁布了 2000 年 5 月 12 日《关于审理扰乱电信市场管理秩序案件具体应用法律若干问题的解释》、2000 年 11 月 22 日《关于审理涉及计算机网络权纠纷案件适用法律若干问题的解释》，等等，这些司法解释对于解决我国当前电子政务相关案件无法可依或有法难依的窘境具有重大意义。问题是，作为最高司法机关和最高审判机关，最高人民法院的解释权事实上已经演变成了立法权，其所做的司法解释俨然成为了“法中之法”，至少对各级人民法院而言，其效力已凌驾于法律之上，司法解释毕竟不是法律，不具有普遍拘束力，再根据世界贸易组织所确定的透明度原则，加入 WTO 后，现有的司法解释的效力如何，是否仍予存在及以何种方式存在，尚值

---

<sup>①</sup> 王允·中国司法解释发展之回顾·人民司法，1998，3：25。

得重新考量。

第四，因地制宜选择建立法律制度的途径。一般有两种思路可供选择：一是先分别立法，后综合立法；二是先综合立法，后分别立法。前者能及时解决实践中的具体问题且能逐步积累经验并达到最终较为完善的综合立法目标，但其缺点在于缺乏宏观思考，全局性不足，各单行法规之间很难实现统一性和一体性；后者有利于法制的统一，但难以跟上电子政务迅速发展的步伐，可行性不大。比较而言，前者适合我国立法“摸着石头过河”、“成熟一个发展一个”的习惯做法，但治标不治本，其弊端显而易见；后者更具科学性，能保持法制的连贯性和一体化，但由于目前电子政务的发展仍处初级阶段，许多法律障碍也未能充分显露，即便业已显露，也未必能及时出台有效的因应之策。笔者赞同有学者提出的制定形式意义上的电子政务基本法的立法设想，即该法可以采取基本法形式，借鉴《电子商务示范法》的规定，就其适用范围、立法原则、相关定义、解释原则、数据电文的承认、书面、签字、原件、数据电文的可接受性和证据力、数据电文的传递和归属、留存、确认收讫、发出和收到的时间和地点、争议解决等作出系列规定，然而，所有这些规定应只具原则性、指导性，而不宜细化。1993年12月，联合国通过了贸法会起草的《电子商务示范法》，这是迄今为止世界上第一个也是最有价值的关于电子商务的法律文件，《电子商务示范法》虽然不是国际条约，也非国际惯例，它的作用在于“示范”而非“强制”，其目的是针对“以非书面电文形式来传递具有法律意义的信息，可能会因使用这种电文所遇到的法

律障碍或这种电文的法律效力及有效性的不确定性而受到影响”的情况，<sup>①</sup>向各国立法者提供一套国际公认的规则，以说明怎样去消除此类法律障碍。该示范法的另外一个重要贡献就是，为世界各地的信息立法提供了一种简洁实用的立法技术——“功能对等法”，即对传统法律规范下的调整对象进行法律的目的和功能分析，然后将其与电子信息相比较，力图使符合结果的电子信息能够纳入传统法律规范的调整范围之内，使之有法可循，例如：法律规定大多数的合同必须采取书面形式，而采取书面形式的目的和功能包括，能让人阅读；可长久保存；可复制；可通过鉴定签名对内容加以识别和确认；是司法机构可以普遍接受的形式等等。通过将电子交易合同的交易信息与传统书面要求的目的是和功能相比较，如果电子信息可以达到上述要求，则应视为符合传统法律规范的要求。该示范法的影响力有目共睹，它的许多条款，或被众多国家和地区的信息立法所直接吸纳（如新加坡《电子商务法》、美国伊利诺斯州《电子商务安全法》、韩国《电子商务基本法》等），或对各国立法产生直接影响（如哥伦比亚《电子交易、数字签名与认证机构法》、加拿大《个人信息保护和电子单据法》、澳大利亚《电子交易法》、菲律宾《电子商务法》等）。在该形式意义上的电子政务基本法的总体设计和宏观指导下，根据实际情况的需要，制定诸如电子政务技术法、电子政务基金法、电子行政行为法、电子政务监督法等配套法规，从而形成我国电子政务完整的有机的法律体系。

---

<sup>①</sup> 安德鲁·斯帕罗·电子商务法律·北京：中国城市出版社，2001·102。

第五，注重与行政法、行政诉讼法的对接。在电子政务中，政府通过网络与民众的交流可分为单向静态交流和双向动态交流。单向静态交流最为典型的就政府通过互联网，向民众发布相关的行政法律、法规，公布政府职能、机构设置、办事程序、新闻发布等，这些都是抽象的行政行为；动态双向的行政行为有电子报税，即在网络上或其他渠道上提供电子化表格，帮助人们从网络上足不出户报税；网上报关，使企业直接在网上申报进出口货物，实现无纸化报关；网上福利支付，就是运用电子资料交换、磁卡、智能卡等技术，处理政府各种社会福利作业，直接将政府的各种社会福利支付交付受益人。由此可见，政府的行政行为在很大程度可以通过网络服务得以实施和实现。这些行为都是行政法和行政诉讼法管辖的范围。

二战以后，为了防止政府滥用行政职权，许多国家通过制定行政程序法，以求规范行政行为方式，保护行政相对人合法权益。各国有关行政程序的规定大都要求行政行为“必须在内容上充分而肯定”，“除其他法令有特别规定外，应以书面形式通知当事人”。<sup>①</sup>其中，“书面”是指“以文字表达的（区别于口头）”，以某种固体物质为介质，作用于人的视觉器官。在法律文件中，书面常常与形式搭配使用，即书面形式。其基本含义同日常所说书面意义基本相同。书面形式符合现代行政的明确性要求，故行政法一般要求行政机关以书面形式做出行政行为，并将这一要求作为行政行为生效与合法的要件之一。<sup>②</sup>在

---

① 张楚·电子商务法初论·北京：中国政法大学出版社，2000·75。

② 张树义·寻求行政诉讼制度发展的良性循环·北京：中国政法大学出版社，2000·195。

国家行政活动中，用书面形式来承载行政机关的意思表示，不仅可以使政府机关在做出意思表示时更为慎重，而且有利于保护公民、法人和其他组织的合法权益。当公民、法人或其他组织行使申请救济权而提起诉讼时，只要向法庭出示书面形式的行政行为，就能够证明行政争议的存在，从而使制作法律文书成为行政机关的一项法律义务。<sup>①</sup>而电子政务以信息网络为支撑，行政机关的意思表示以电子形式为其载体即形成电子文件。电子文件与书面文件相比存在许多差异，如：信息的非人工可读性；电子系统的依赖性；载体的无信息性；信息的灵活处理性。<sup>②</sup>而现有的行政法律、法规大都未对电子行政方式做出规范性规定，这就给人民法院在行政诉讼中对电子政府的这类行政行为的合法性审查带来困难。

随着电子政务的发展，还有许多新问题浮出水面。在我国建设电子政务的进程中，有关电子政务行为方式的行政案件会层出不穷，要使政府的行为在电子时代也能坚持“依法行政”，就有必要针对信息时代行政方式的变化，对规范行政行为的行政法和行政诉讼法的有关规定进行重新思考，并作出相应的修订。同时，建立电子政务法律制度时也要注重与行政法、行政诉讼法对接。

当然，有人以为，虽然没有明确的法律依据，但是当电子政务中出现纠纷时，还是可以依据一般的法律原则进行审理。例如，如果某行政机关规定递交许可申请必须通过网上填写相关电子表格的方式

---

① 张树义·寻求行政诉讼制度发展的良性循环·北京：中国政法大学出版社，2000·196。

② 李传军·信息技术对公共行政的影响·中国行政管理，2000，8：22。

进行，其他递交方式如亲自送交、邮寄方式一概不予受理，则一方面会使尚不具备有关技术条件的行政相对人受到不公平对待：因以其它方式进行申请而遭受拒绝，另一方面，还会出现真有公民通过下载表格，填写后邮寄给行政机关而遭到拒绝的情况发生。无论在何种情形下，都应允许行政相对人以行政机关违反平等原则侵害自己的合法权益提起行政诉讼。法院也可以依据平等原则进行审判，撤消行政决定，并可以要求行政机关重新做出行政行为。因为行政机关依法行政，首先必须遵守宪法，而平等权是宪法规定的公民基本权利，同时也是必须坚持的宪法原则。在行政管理中，平等意味着所有的公民应该得到行政机关的平等对待。“如果行政机关的决定只能通过电子方式传送给公民或企业，就会与平等原则相违背，就是歧视性对待”。法国的一份关于电子传输 2000 报告中针对这种问题指出：“在两种传输方式之间的歧视是不受欢迎的”，<sup>①</sup>德国有关学者也认为“只允许用电子方式与公共行政部门进行沟通是违宪的，同时也违反了平等原则、正当程序原则、民主原则和社会国原则。”为防止行政机关在这两种方式间进行差别对待，建立电子政务法律制度时应在这些方面有所作为。

### 3.4 建立电子政务法律制度的基本原则

确立了建立电子政务法律制度的指导思想，还应该有一些基本原则来落实。

建立电子政务法律制度的基本原则，是指贯穿于整个电子政务法律制度建立过程中并起指导作用的基本准则，它反映电子政务法律的

---

<sup>①</sup> C.Girot: Taking Administrative Law to the Digital Era, The EDI Law Review 8: 2001

基本宗旨，对各类电子政务关系具有普遍性适用意义或司法指导意义，对于统一的电子政务的法律体系，具有统领作用，其功能和目的是为保障各类电子政务法律关系基本要素的稳定和统一。

关于建立电子政务法律制度的基本原则，学界的观点可谓五花八门。例如，有的认为是自治原则、开放与兼容原则、安全原则等；有的认为是注重立法适度的超前性及保持规则一定柔韧性的原则；还有学者甚至罗列了洋洋洒洒 17 项之多。

结合电子政务的特点及其实践的综合分析，作为行政法的一个独立领域，建立电子政务法律制度除了需要遵循上述原则之外，还需要遵循如下特殊原则：

#### （一）“中性原则”（neutrality）

这是建立电子政务法律制度所独有的基本原则。该原则可以从两个方面来诠释：一是技术中性。<sup>①</sup>技术与法律是电子政务的两大支柱。电子政务是计算机与网络技术发展的产物，技术在电子政务发展中的主导地位已日益凸显出来，但技术同样应经法律调节才具法律上的普遍拘束力，缺乏规则的经济同样是很危险的，否则，就会陷入电子自由论者的窠臼。但是，法律如何规范技术则是一个较为棘手的问题。技术中性的内核在美国 1997 年 7 月 1 日《全球电子商务框架》（A Framework for Global Electronic Commerce）之“法规问题”部分被定位为：“规章应在技术上是中性的（即规章不应要求或假设一项特殊技术）且具前瞻性（即规章不应阻碍未来技术的使用和发展）”。

---

<sup>①</sup> 郑铭勋·电子商务立法对策探究·西政青年·政法论坛，2001，2：15。

这在电子签名 (electronic signature) 问题上显得尤为突出, 即究竟以何种技术生成的电子签名才具法律效力, 在这一领域, 法律是否应坚持技术中性原则, 美国各州对此有两种解决方案: 一是以犹他州与伊利诺斯州为代表的“技术特定化”(technology specific) 方案, 认为只有以非对称密钥加密技术作出的电子签名才具有与亲笔签名同样的法律效力, 其他技术或安全指数不足或应用成本过高; 二是以加利福尼亚州和罗德岛州为代表的技术非特定方案, 认为技术特定化限制了其他同类技术的发展, 也不利于对消费者的保护等。美国 2000 年 10 月 1 日《电子签名全球与国内贸易法案》定义电子签名为“表示某人或该人的电子代理出于签署合同、协议或记录的意图, 由该人或其电子代理签署或采用的、以电子形式附于或与一份电子记录逻辑相关的电子声音、符号或程序。”此前, 联合国国际贸易法委员会 (UNCITRAL) 1998 年 2 月《电子签名统一规则》第 1 条及美国 1997 年 7 月《统一电子交易法》第 2 条也有相同规定, 均坚持了技术中性原则。国际上还存在与电子签名相近的两个概念, 即数字签名 (digital signature, 如新加坡《电子交易法》第 2 条、德国《多媒体法》第 3 章、意大利《数字签名法》第 1 条、法国《法国法典》第 1316 条第 4 节等) 和强化电子签名 (如 UNCITRAL《电子签名统一规则》第 1 条、澳大利亚《电子签名法》第 1 条等)。其中, 前者似乎多侧重于信赖某种特定技术 (如非对称密钥加密技术和 HASH 函数或 DIGEST 函数等), 而后者与认证及安全度似乎更有关联。之所以会出现这两个概念, 可能与在商界与消费者之间建立信赖和信心以及给

这些技术以支持的法制机制的政策导向有关。但是，中性原则已成为一种国际倾向，即使是美国的一些最初主张“技术特定化”的法律专家，有些后来也改变了观点，转而支持此种方法。因为任何阻碍新技术发展的法律，终将被新技术发展的力量所破除。虽然国际上也存在通过法律选定某种特定技术以达到政府预定目标的立法实践，如美国1996年《数字电话法》与《电信法》就要求通讯业和电信制造业必须使用特定设备和特定技术（V-chip），但两法均受到了美国学界的抨击。

很明显，在以计算机与网络技术为依托的电子政务时代，技术规则将成为21世纪电子政务立法的重要组成部分。但是，有一个问题也不容回避：坚持技术中性原则应与坚持国家安全原则相结合，谨防技术殖民主义。在进行电子政务立法时，不应将技术先进国家IT业界小范围内达成的技术协议或标准实行简单的拿来主义。目前，西方发达国家与广大发展中国家之间的“数字鸿沟”已是既成事实。<sup>①</sup>这些网络主义国家所开发出来的技术协议或标准往往因其技术优势地位而形成主流技术，进而形成技术标准的垄断。因此，立法中如何捍卫国家主权和安全，是一个值得研讨的重要问题。但是，消极防卫西方国家的技术垄断显非可取之道，应更多地以积极的态势参与国际立法。我国互联网协会已于2001年5月26日正式成立，加入国际互联网组织并进而成为国际规则的制定者迈出了重要一步，我国届时将实现从游戏规则的被动参与者到规则的主动制定者的角色转换。

---

<sup>①</sup> 王岚·飞跃数字鸿沟·网络与信息，2001，1：14。

二是文化中性。<sup>①</sup>即国家不得因现代信息技术的普适性而忽视民族文化的多样性,相反,现代信息技术只是不同民族之间进行文化交流一个平台,在这个平台上,不同的民族文化具有同样的地位,政府在应用现代信息技术过程中应当给予同样的尊重,为此,应当允许现代信息技术应用范围和方式的多样性。<sup>②</sup>

## (二)“弹性化原则”

由于未来形势发展存在大量不确定信息,所以政府决策需要缓冲期和灵活度,要求电子政务的立法遵循“弹性化原则”。<sup>③</sup>这是指电子政务应当使政府管理具有更强的适应性和回应力,体现不同地方、行业的特色,满足公民日益增长的个性化需求,实现无缝隙的公共服务。弹性化的关键是在明确有形政府和电子政府区别的基础上,确立两者之间的协调互补关系,根据不同的公务需要确定采取的组织形式,增强公共组织灵活调整的弹性。为此,必须对政府进行扁平化、社区化的改造。扁平化是指借助信息技术将传统的上级、下级、公民之间金字塔式的权力支配关系改造为处于同一个平面的信息交流与合作关系,将传统的单向信息传递模式改造为分散的多方向的信息传递模式。社区化是指借助信息技术建立政府机构内部机构、非政府组织、公民之间的互动式信息交流社区。

## (三)“透明度原则”。

建立电子政务法律制度过程中还应当遵循透明度原则,即政府的

---

① 高家伟·论电子政务法·中国法学,2003,4:70。

② 周志弘·法治国与教育行政·台湾:台湾高等教育文化事业有限公司,2002,12:60。

③ 高家伟·论电子政务法·中国法学,2003,4:70。

技术化水平越是上升，其透明度就应当越高。<sup>①</sup>

这里需要注意的是，现代信息技术在公共行政中的应用应当并非一定会使政府变得透明，政府滥用现代信息技术的可能性客观上存在。防止技术滥用的主要办法是进行目的控制和过程控制。目的控制表现在确立效率、民主、公正等法治目标的支配地位，电子政务只是实现这些目标的手段，其本身不是目的，因此只能在法治框架之内发展。过程控制的主要措施是政府公开和公民信息权，即政府应用现代信息技术进行管理的过程应当处于关系人和公众的监督之下，政府应当采取信息发布、BBS 公示牌、关系人参与等方式确保公民的知情权。

#### 第四章 电子政务法制体系的基本架构

我国电子政务的实践和研究起步较晚，立法相对较为滞后。然而，随着电子政务的迅速发展，我国现已进入电子政务的推广和运作阶段，研究相应的法律对策，以建立符合电子政务特点和现状的法律制度，将有助于电子政务正常发挥其效益，有助于保障电子政务的健康发展。

法律问题必然会影晌电子政务的发展。在电子商务和电子政务的发展情况上，我国和外国差别是比较大的。我国要发展电子商务和电子政务就要考虑到可发展的环境，而法律框架就是一个非常重要的环境。立法问题往往需要先行一步，但是，在我国的传统观念中往往

---

<sup>①</sup> 高家伟·论电子政务法·中国法学，2003，4：70。

将法律看得过于严肃，为了使第一个版本的法律比较完善往往要花费多年时间，而实际上法律是可以在实践中不断完善的。在信息时代，社会发展非常之快，在立法方面的滞后可能会使我们错过发展的机会。我们应该把胆子再放大一点，把立法的速度再加快一点。

因此，我国应当以一些国内外公认规则为依据，结合我国电子政务发展的实际情况，贯彻电子政务立法的基本原则，进行相应的电子政务立法和修法工作，构建适应我国电子政务大发展的法律体系。<sup>①</sup>

从国外的情况来看，电子政务立法有统一模式和分散模式之分，即狭义与广义之分。狭义的电子政务法即国家颁布施行的命名为《电子政务法》的单行法，美国属于这一类型，他于2002年12月17日通过了《电子政府法》，<sup>②</sup>单行法的主要国家有：美国、韩国等。

广义的电子政务法即为了实现电子政府的业务内容，促进行政业务等的电子化的各种法律规范（法律，行政法规，部门规章，地方性法规、民族自治法规、经济特区的规范性文件，部门规章以及地方行政规章等）的总称；包括出台《电子政府法》、《电子交易法》、《电子签章法》、《关于修改附书面交付义务的相关法令的法律》、《远距离医疗法》、《电子投票法》、《计算机犯罪法》、《通讯多媒体法》、《个人信息保护法》等法律规范，修改《民法》、《专利法》、《著作权法》、《商法》、《海关法》、《刑法》、《民事诉讼法》、《行政诉讼法》等法律规范，以及废止相关的法律规范。我国的电子政务法目前便属于广义的这一

---

① 董振国、刘志峰．美国电子政务建设的几点启示．信息化建设，2003，11：22。

② 蔡航．电子政务与政府信息公开法．电子商务，2003，7：76。

类型。

仔细分析，为了消除分散立法缺乏统一标准、规范相互冲突、实施效果差等弊端，我国应当制定统一的《电子政务法》，然后逐步制定或者修订配套的单行法或者实施细则。具体来说，我国的电子政务法应当包括以下几部分主要内容：

### （一） 规制电子签章的法律效力

电子签章，泛指所有以电子形式存在，依附在电子文件并与其逻辑关联，可用以辨识电子文件签署者身份，保证文件的完整性，并表示签署者同意电子文件所陈述事实的内容。一般来说，对电子签章的认定，都是从技术角度而言的。主要是指通过特定的技术方案来鉴别当事人的身份及确保交易资料内容不被篡改的安全保障措施；从广义上讲，电子签章不仅包括我们通常意义上讲的“非对称性密钥加密”，也包括计算机口令、生物笔迹辨别、指纹识别，以及新近出现的眼虹膜透视辨别法、面纹识别等。目前，最成熟的电子签章技术就是“数字签章”，它是以公钥及密钥的“非对称型”密码技术制作的电子签章。

签字、盖章在行政法中是一种与书面形式紧密联系的法律行为，二者之间往往具有对应关系，有关的法律一般都对二者一起做出规定。由于“身份辨识与责任归属是一切法律关系的基础”，<sup>①</sup>而行政机关签字盖章一般是由行政首长或经授权的公务员所为，签字盖章能确定责任人、责任机关，并督促其注重依法行政，所以，行政法律、法

---

<sup>①</sup> 万以娴·电子签章法律问题研究·北京：人民法院出版社，2001·27。

规常常把在书面形式的法律文书上签字盖章作为行政行为生效与合法的一个重要条件。如：我国《行政处罚法》第39条规定：“行政处罚决定书必须盖有作出行政处罚决定的行政机关的印章。”有学者认为，在中国这样一个“人人信赖签名盖章之效力”的社会背景下，<sup>①</sup>一份没有行政机关负责人签字或盖章的法律文书难以获得相对人对其效力的依赖，反之，无相对人签字或盖章的许可申请书也难以获得行政机关的认可。即使有电子签章或其他安全措施，其真实性也会遭到怀疑。<sup>②</sup>然而，与书面形式相匹配的手写签字盖章在电子政府所创造的虚拟世界中将无用武之地。当然，与电子文件相适用的电子签名可以运用密码技术，但密码技术毕竟与电子文件一样，显然不同于签字的手写痕迹或印章的痕迹。尽管电子签章在实际功能上可以满足一般的签字、盖章之功能，但在法律尚未明确其法律地位之前，电子签章的法律效力在行政诉讼合法性审查中就成为一个较难解决的问题。

在网络环境下，行为主体的身份难以确定，由此造成相应的权利和义务也无法落实，从而也就失去了法律规范的基础。而电子签章对于电子商务和电子政务的意义，也恰恰是明确主体身份，以使法律实施有明确的主体。近年来，全球电子商务发展迅速，发达国家和许多发展中国家因此也纷纷制订了电子商务法。目前，全球共有超过几十个国家和地区制定了与电子签章相关的法律，包括亚洲的马来西亚、菲律宾、新加坡、日本、印度等国家。从结构上看，无论是哪国的立

---

① 万以娴·电子签章法律问题研究·北京：人民法院出版社，2001·70。

② 安德鲁·斯帕罗·电子商务法律·北京：中国城市出版社，2001·120。

法，其核心部分和最主要的目的都是一致的，那就是确立电子签章、电子合同、电子记录、电子认证的法律效力。相对于此，我国对电子签章效力问题仍然缺乏相关法律、法规的规定，仅在《合同法》中第11条这样规定：“书面形式是指合同书、信件和数据电文（包括电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件）等可以有形地表现所载内容的形式。”<sup>①</sup>法律的缺位已严重制约了电子政务的发展，使得公文传输上的电子签章效力缺乏法律上的确认和保护。

我国传统的公文流转周期长、效率低、信息缺失、已经无法满足信息化社会的需求，建立网络化的公文流转系统必须高度集成，包括流转平台集成、信息共享集成和应用集成，要具有痕迹保留功能，即传统公文流转中的“清样”，要具有历史版本保留功能，保证信息的无遗失，要具有全面的安全保证。实现上述所有要求的一个核心法律问题是电子签章的法律效力。在推进电子政务的过程中，电子签章是必不可少的环节之一，深入研究开发电子签章技术，以保证公文流转网络化的安全性，同时在电子签章相关法律的保护下，企业才可以在技术上进行大胆的投入，进行更好的技术开发，进一步提高党政机关的管理决策质量、服务水平和办公效率。所以说，在电子政务法律体系中，对电子签章法律效力进行规制已是大势所趋。

如何进行规制？结合我国电子政务发展的实际，首先，对于一些较具急迫性的法律，而有必要以电子签章取代签名或盖章者，可以以个别修订法律的方式进行处理。这种方式不会破坏整体法律秩序，也

---

<sup>①</sup> 梅绍祖．电子商务法律规范．北京：清华大学出版社，2000．24。

能适应个别法的需求，增加一些特殊要件。

其次，为促进全民认识电子签章的价值，以形成习惯和共识，并为日后电子签章全面取代签名或盖章做准备，立法上也可考虑如同日本《电子签章与认证服务法》第34条所规定的，要求政府必须通过教育、宣传活动，让国民深入了解电子签章与认证业务，让电子签章能为大众所广为接受。

第三，应在电子签章法中规定“检讨时效条款”，即以电子签章法正式施行后的3年或5年为期，课予政府必须全面检讨该法的施行状况，诸如以修法方式让电子签章全面取代签名或盖章，或者针对认证机构管理规范上是否得当，加以检讨，并采取必要的措施。

第四，在立法技术上，在尚未能以电子签章“全面”取代签名或盖章的前期阶段，除了可以采取个别修法的方式进行处理外，考虑到时效与应用依据，还可以采取“包裹立法”的方式（又称“大衣立法”或“合并立法”，这种立法方式覆盖范围极广），让电子签章法与其他个别相关法律，一并立法修正。当检讨时效届满后，依据检讨结果，再以“电子签章法”赋予电子签章“视为”签名或盖章的法律效力。

## （二）政府信息公开制度

政府信息是指由一国政府在行政过程中产生、收集、整理、传输、发布、使用、贮存和清理的所有信息。政府信息资源往往蕴含着无法估量的价值，应当对政府信息进行规范化的管理与利用，以最大限度地发挥政府信息资源的作用。政府信息公开法治化是对政府信息资源进行有效管理和利用的重要步骤。政府信息公开法治化是政府基于公

共利益将其掌握的公共信息依法定条件、程序、方式、时间通过适当的信息渠道向社会公布，以及公民、法人及其他组织依法获得、使用公开信息的制度模式。政府信息公开行为法治化，一方面可以避免政府信息公开制度因领导人的看法和注意力的改变而改变，避免因领导人的改变而改变，这样就增加了政府行为的可预测性。另一方面，它促成了公民守法，公民通过法律程序所能获得的信息，不必再通过人情关系以及贿赂官员等非正式渠道获取，这样有利于树立信息公开法的权威。同时，政府信息资源得以充分利用、效率得以提高，最终会促进经济增长，增加公共福利。

从世界各国政府法治发展的进程可以发现，各国都相继制定了政府信息公开方面的法律，实现政府信息公开法治化。如美国在 1966 年制定的《情报自由法》、1967 年制定的《信息自由法》、<sup>①</sup>1972 年制定的《联邦咨询委员会法》、1976 年制定的《阳光中的政府法》以及 1996 年的《电子情报自由法》，西方其它国家如丹麦、挪威、法国、澳大利亚、加拿大、英国、韩国以及日本等也纷纷制定了政府信息公开方面的法律。进入 90 年代以来，信息公开法治化具有区域化、甚至全球化的趋势。1994 年，欧盟委员会政策报告内容之一就是要求欧盟及其成员国的政策更加公开。1999 年 10 月欧盟委员会组成了专家小组讨论制定有关信息自由方面的法律问题，并拟定了情报自由法草案。2000 年 7 月的美、日、德、英、法、意、加和俄罗斯的八国首脑会议上，通过了《全球信息社会冲绳宪章》。其所服务的目标之

---

① 蔡航·电子政务与信息公开法·电子商务，2003，7：77。

一就是增强政府管理的透明度和责任心，要求政府营造一个信息社会所必需的透明的、可预测的和非歧视性的政策法规环境。

相对于西方政府信息公开法治化发展历程，我国的步伐则滞后了许多。简单地说，我国在政府信息公开方面主要存在着如下几个问题：信息数据的开放和使用的主体、范围、内容等缺乏法律上的明确界定；政府的信息资源没有得到有效的利用，大量有价值的信息资源被闲置和浪费；“官本位”等传统文化为政务信息公开设置了观念上的障碍。通过法律、法规确保政务信息的公开化，已是我国建立电子政务法律制度工作的重中之重。

在电子政务法律体系中建立和健全我国的信息公开制度，首先，应制定专门的信息公开法。从立法角度完善信息公开制度最有效的途径是尽早制定一部统一的、可行的《信息公开法》，用法律规定各部门必须公开的信息内容，《信息公开法》应对哪些事项可以公开、哪些事项不能公开做出明确规定。借鉴外国信息公开立法的先进经验，我国《信息公开法》在对信息公开范围做出规定时必须坚持“信息公开是原则，不公开属于例外”，政府信息公开的范围应最大化，政府信息保密的范围应该最小化。具体而言，可采取概括方式和列举方式相结合确定可以公开的事项，然后再以列举的方式排除不予公开的事项。另外，法律还要赋予公民监督的权利，赋予法院司法救济权，以保障信息公开的切实可行。

其次，设立信息查询点，赋予申请人一定的程序权利，使公民可以通过合法的途径申请获得信息，以确认和落实公民的知情权，这也

是需要完善的一个制度问题。同时，借鉴国外的做法，设置一个中立的机构处理公民与政府对某一信息是应该公开还是保密的争议。在美国的康涅狄克州纽约州，都设有州一级的行政委员会来处理信息公开的争议。这个委员会非常独立，他们只对法律负责，很有权威性，只要委员会裁定不应保密的信息，就一定能够公开。在我国，由于受行政体制的制约，可以考虑由国家保密局，或由保密局与信息办合作，组成一个中立的裁决机构。

第三，修改保密法等法律，科学界定公开与保密的关系，明确行政机关“国家秘密”的自由裁量权。

### (三) 建立信息安全制度

电子政务中政府信息安全是指一个国家的社会信息化状态和信息技术体系不受外来的威胁与侵害。信息安全可以理解为：从信息的层次看，包括信息的完整性、保密性、不可否认性等；从网络层次看，包括可靠性、可控性、互操作性、可计算性等；从管理层次看，包括人员可靠、规章制度完整等。<sup>①</sup>《中华人民共和国计算机信息系统安全保护条例》把信息安全界定为“保障计算机及其相关的和配套的设备、设施(含网络)的安全，运行环境的安全，保障信息的安全，保障计算机功能的正常发挥，以维护计算机信息系统安全运行。”

为了维护信息安全，各个国家都纷纷加强了信息安全保障的政策和立法。进入 20 世纪 80 年代以来，美国在信息管理和安全方面出现了许多新问题，为此美国总统直属的“行政管理和预算局 (OMB)”

---

① 杨义先等. 信息安全综论. 电信科学, 1997, 12: 3.

在 1985 年 12 月负责制定了一项重要的政策通告“联邦政府信息资源的管理，OMBA-130 号通告”。该通告附录中专门阐述了信息安全政策的补充说明。它全面叙述了有关联邦政府各自动化信息系统的信息安全政策，明确了各机构对自动化信息系统的安全应负担的责任。在该通告发布之前，美国已经制定了《计算机安全法》、《联邦政府财产和行政管理服务法》、《个人隐私权法》和《预算和会计法》。韩国在 2001 年 5 月 28 日颁布了《关于建立信息系统安全与保护个人信息隐私的法》。该法主要内容是关于对网络系统安全的保护、对互联网地址资源的保护、数字信息使用的保护、个人信息与隐私保护、禁止青少年浏览色情和暴力网站的保护、对网络系统受黑客恶意攻击的保护、对垃圾邮件的限制等等。

我国信息安全存在的问题除了信息安全意识淡薄、技术比较落后、管理有待改进等方面外，法制的不完善是一个重要方面。改革开放以来，特别是 1990 年以来，我国已颁布相当数量的信息安全方面的法律规范，如《计算机软件保护条例》、《关于维护互联网安全的决定》、《中华人民共和国计算机信息系统安全保护条例》、《计算机信息网络国际联网安全保护管理办法》、《商用密码管理条例》、《计算机信息系统国际联网保密管理规定》等等。此外，1997 年 3 月颁布的新《刑法》第 285 条、第 286 条、第 287 条，对非法侵入计算机信息系统罪、破坏计算机信息系统罪，以及利用计算机实施金融诈骗、盗窃、贪污、挪用公款、窃取国家机密等犯罪行为都作出了规定。尽管相关法律法规不可谓不多，但与信息安全的要求相比我国信息安全立法还

存在诸多问题。突出表现在：立法层次不高（现行相关立法大多只是行政法规或行政规章，刑法中虽有相关规定但仍缺乏保护信息安全的专门法律）；法律规定之间不协调；存在很多“立法盲区”；立法理念和立法技术相对滞后等。

加强我国电子政务信息安全的对策除了强化信息安全意识、健全信息安全保护组织体系、加强电子政务“信息发布安全控制”外，<sup>①</sup>还要进一步完善我国信息安全保障的法律体系。我国今后在电子政务法律体系中建立信息安全制度应将以下几个方面作为重点：

一是制定网络法，对网络中计算机硬件与软件的保护、网上信息的保护、用户数据的保护、利用网络传播有害信息的处罚等作出相应规定，规范人们的网络行为，以保证信息网络的安全运行和网络信息的充分合理利用。

二是尽快建立并逐步完善电子公文法律制度，确定电子公文的法律效力，规定电子公文发送与接受的规则。

三是进一步完善知识产权法，尤其是要对电子政府专用软件、电子公文、政府数据库产品、政府网站域名的知识产权保护作出更加具体而合理的法律规定。

四是制定专门的电子政府信息安全法，对电子政府中的信息安全行为及保障措施、破坏电子政府信息安全的处罚等作出规定。同时，应尽快制定和颁布个人隐私保护法、信息网络安全法、预防和打击计算机犯罪法、数字签名认证法、电子凭证(票据)法等，以完善我国的

---

<sup>①</sup> 娄策群，保障电子政府信息安全的政策选择，情报科学，2002，5：450。

网络信息安全法律体系，使电子政务信息安全管理走上法制化轨道。此外，执法部门还要进一步严格执法，提高执法水平，确保各项法律法规的实施。

#### (四) 规制信用体系建设

信息化程度已经成为国家乃至个人现代化程度的重要标志。我国政府一直致力于推进中国信息化的发展，特别是电子政务的发展。近年来，各地开始了大规模的兴建城市信息港，许多的政府信息、企业信息和个人信息也开始通过政府的网站对公众进行披露，这不仅推动了政府、企业以及公众之间的交流，同时也极大的推进了整个社会的互联网应用。但是，在具体的实践中，电子政务或政府上网也出现值得注意的问题，特别是电子政务中的“社会信用体系”建设问题。<sup>①</sup>首先是政府信用信息披露透明度不高，信用意识不强；其次是信息的实用性、完整性有待提高；第三，信息资源数据是呈离散式分布的，缺乏相应的整合与管理，处在无序或无效状态。同时，政府上网并没有从根本上改变原有政府内部的工作流程，网站只是变成了一个政府的信息公告牌，没能真正实现政府的信息化建设。形成这些问题的关键原因在于我国的社会信用体系建设不完善、不健全，严重阻碍了电子政务的快速发展，因此加快社会信用体系建设步伐，对电子政务的快速、稳健的发展具有重要意义。

首先，应当大力整合政务信息资源，推进信用数据库的建设。信息数据完整性、准确性、实时性是电子政务建设的基础问题。应该迅

---

<sup>①</sup> 丁韶年·电子政务中的社会信用体系建设·中国创业投资与高科技，2003，6：28。

速建立联合共享信用数据库。信用信息主要有两个来源：一个是拥有企业相关信用数据的部门，主要有工商、税务、海关、法庭、技术监督机构、金融机构等部门。这些部门的信息量大，电子化程度较高，相比较而言信息采集成本较低，可以通过政府推动的方式逐步开放。由政府牵头，将其他经济管理职能部门的信息汇总，建立市场主体信用记录服务实施方案，并有选择地对外开放，这就充分发挥了信息整合的优势。另一来源是掌握自身信用信息的企业，在国外，许多企业已经认识到信用在市场经济中的重要作用，大部分诚实守信的企业都选择主动向大型信用中介公司提供真实的信用信息，同时换取其他相关企业的信用信息，这种全社会对信用文化的认可，对信用信息数据库建设意义巨大。应通过政府机构的宣传和推广，让企业认识信用和信用服务对其规避风险的重要性，在此基础上推广信用文化，使企业主动选择各自信任的信用中介服务机构提供自己的信用信息。

其次，应当运用科学的手段，制定统一的信用评价体系、标准和评价方法。对社会经济活动主体的信用水平进行等级评定，作为其参与经济活动的资格和条件。目前，一些信用评级机构对客户的信用进行了等级评定，这固然能对完善信用管理、提高信贷质量起到一定作用，但由于其评价方法不尽科学、手段简单、范围狭窄，仅限于本区域或信贷业务本身，缺乏社会性和权威性。因此，应当制定一整套科学完备的社会信用评价体系、标准和方法，并由独立的评价机构来组织进行，面向社会提供信息服务。

第三，应建立企业和个人信用综合评估系统。信用评估是电子政

务建设的核心问题，所以应尽快建立信用评估系统。信用是企业的无形资产，考虑到评价的权威性、公正性、严肃性，可以采取逐步推进的办法。第一阶段，由政府有关机构主持，工商、税务、统计、技术监督等有关部门和银行管理机构参与，组成信用评价机构，对企业或个人进行信用评价，并提出评价报告。第二阶段，政府机构由主持评价转化为监督评价，在上一阶段运行的基础上，建立地区企业或个人信用评价机构，专门评价企业或个人信用。第三阶段，在前段运行形成了有可信程度的信用指标的基础上，建立完善地区企业或个人信用评价中心，定期发布企业或个人评价信息。

第四，推动部门互联互通，依法进行信息披露。按照政府职能转变、WTO 和电子政务的要求，推动各级政府部门依法披露企业和个人信用信息的步伐，提高政府各类信用信息的透明度。要尽快实现银行、工商以及税务、质检、公安、司法、海关、证监等部门和各类行业自律组织(行业协会、商会等)之间的信用信息系统的互联互通、信用信息资源共享和依法向社会(特别是社会信用中介机构)的公开披露。

第五，建立并逐步完善政府的信用监督和管理体系。政府应积极建立失信约束和惩罚机制、责任追究和赔偿制度。并监督信用行业的规范发展，而不参与主办信用管理服务机构，否则就失去了信用管理服务的中立、公正性质。有效发挥法律和市场对失信行为的双重惩罚机制，切实保护守信企业的合法权益，为社会化信用体系建设奠定法律基础。结合整顿市场经济秩序工作，加大依法公布失信企业“黑名

单”的工作力度，严格依法惩处“失信者”，使“失信者”付出应有的代价。同时，政府部门要营造有利于信用卡流通、开展商业信用、进行信用担保、信用保险、保理与合法讨债等在内的健康发展的良好政策环境，切实培育和扩大全社会的信用需求。

#### （五） 规制电子法务

电子法务既是电子政务的一部分，同时又可以说是与电子政务相对应的一个概念，即原来立法、司法、法律服务等相关工作的电子化、智能化。具体可以包含网上法院、网上仲裁、网上公证、网上律师、网上法律服务及法律法规查询等内容。电子法务是网络时代对于法律体系的必然要求，也是考察一个国家法制的灵活性、先进性的重要方面。而之所以这么说，主要出于以下3点：第一，随着一个国家法律体系的不断完善，各个层面的法律、法规、司法解释、部门规章及文件、地方法规及规章等可以说是与日俱增，在这样的情况下，无论是对于法律法规的执法者还是受约束者，要全面掌握这些规定已绝非易事。而这样的现实十分不利于依法行政和社会整体法律意识的增强，所以，利用电子手段的智能化、大容量的进行查询、储存和提取，对于解决这一问题会有极大的帮助；第二，出于一种朴素的逻辑观点，电子化的法律问题的最好的解决方式就是电子化的法律机制，所以网络及电子商务中的法律问题的最好的解决方式就是电子法务。就拿网络公证来说，对于网络中许多稍纵即逝的现象和行为，仅仅依靠传统的公证来取证不仅在许多情况下无法实现，更往往是事倍功半的，而通过网络公证，很多事情就会好办的多；第三，网络时代对于法制体

系的最大挑战就是法律问题的高速更新变化与法律体系的相对稳定迟缓的矛盾，解决这一问题的出路不仅仅在于及时的立法、修法，而更是要建立更加灵活的法制体系，这些灵活的法制体系就是网上法院、网上仲裁、网上公证、网上律师、网上法律服务等机制，这些法律服务机制可以很大地弥补法律规定的灵活性的不足。所以说，对电子法务进行规制将极大地促进电子政务的发展。

#### (六) 规制隐私权和数据保护

在电子政务环境中，一方面，政府借助于网络和现代通讯技术，提高了行政效率和管理水平，维护了公共利益；但另一方面，政府通过互联网收集、储存、管理和利用个人信息时，又极易侵犯公民的个人利益。同时，现代行政要求政务公开，将一切行政事务摊在阳光下，以保障公民的知情权；如此以来，将导致大量的个人数据被公开，又侵犯了公民的隐私权，造成了所谓的“信息国家——透明公民”的危险格局。<sup>①</sup>可见，任何国家在发展电子政务的过程中，都将不可避免的面临这一难题：既要维护社会公共利益，又要保护公民个人利益；既要保障公民的知情权，又要保护公民的隐私权。这是电子政务中隐私权保护特有的问题。<sup>②</sup>

电子政务的核心是“政务”。因而，政府在开展电子政务的过程中必然要收集、储存和使用大量的个人信息，这是政府行政能力的基础支撑，也是政府管理社会公共事务的客观需要。因而，在电子政务

---

① 汉斯·J·沃尔夫等·行政法·北京：商务印书馆，2002·43。

② 中国科技信息研究所·电子政务与政府管理创新·硅谷动力，2004，5：6。

环境中，政府为了管理国家公共事务，为公民提供更好的服务，以及谋求社会更大的福祉而收集公民个人信息，无可厚非。然而，政府在收集个人信息时，往往不遵循合法性和必要性原则，尽其所能，事无巨细，收集的个人信息已明显地超过了社会管理的目的和范围，完全没有必要。收集个人信息以后，又不注意数据库的安全与保密，随意处置个人信息。政府在信息的收集、储存、分析与利用的过程中“想怎样就怎样”，公民毫无发言权，对自己的信息根本不能控制。如此以来，公权力与私权利的严重失衡，导致了社会公共利益与公民个人隐私利益的冲突与失衡。

电子政务中的个人隐私权保护不仅要靠自律，更要国家制定相关的法律、法规来作系统的、专门的规制。美国早在 1986 年就颁布了《联邦电子通讯隐私法》。该法规定，禁止任何人未经授权而故意非法进入电子储存资料系统。1995 年 6 月，又制定《个人隐私权和国家信息基础设施：提供与使用个人信息原则》的报告，推荐了一系列在信息时代收集、加工、存储和再利用个人数据的原则，即个人隐私权原则。1997 年 7 月，克林顿发布了《全球电子商务框架》，对保护个人隐私权问题作了详细阐述。1998 年还对未成年人制定《网上儿童隐私权保护法》，规定搜集 12 岁以下儿童的资料时，须获得家长的同意。

欧洲国家更加重视通过立法来加强电子政务中的隐私权保护。欧盟为此还设立了特别委员会，敦促各国以立法的形式来保护网络隐私权。而且欧盟对于与其有电子交易的他国的网络隐私保护情况也提出了要求，将欧盟所确立的网络隐私保护的标准提升为国际标准，这使

得在国际范围内出现了大规模的网络隐私保护的立法活动。

目前,我国电子政务中的隐私权保护基本上还是依靠政府部门自律,而政府部门又缺乏统一的可操作的自律规范,因而,大量的个人信息被不当地收集、储存和公开,甚至被非法利用,给公民隐私权造成了极大的损害。在电子政务隐私权保护的立法方面更是滞后。目前,中国还没有一部专门的系统的隐私权保护法,相关规定散见于《宪法》、《民法通则》等相关立法中。立法效力层次低,法律条文过于笼统,缺乏可操作性,对隐私权的保护处于较低水平,这种与国际趋势相悖的境况急需加以改善。

如何规制电子政务中的隐私权保护?仔细分析,首先,应当重视政府部门的自律。为了调动各部门发展电子政务的积极性,充分发挥它们的创新精神,增强中国电子政务的活力,目前特别需要从政府的自律机制上着手个人数据的保护。而政府部门自律机制主要就是先进的信息安全技术的采纳和数据库的规范管理。其次,应当加快制定个人数据隐私权保护的相关法律系统。明确的法律具有国家强制力,能够成为个人隐私权保护的最后的、最有力的手段。因而,在发展电子政务的过程中应加快相关立法的制定。可以制定一部专门的系统的《个人数据保护法》,对电子政务中的隐私权保护作全面的规定,从而打破目前个人数据隐私权保护的条块分割、各自为政的局面,或者制定一部统一的《隐私权法》,在其中对个人数据隐私权作专门规定。同时,应建立、健全个人数据侵权的事后救济制度,即在《国家赔偿法》中规定政府部门对个人数据隐私权侵害的国家赔偿责任。第三,

要加强国际交流与合作。电子政务对世界各国来说还是一个新事物，而电子政务中的隐私权保护对各国而言更是一个新问题。同时，互联网无国界，个人数据隐私权的保护需要各国政府共同努力才能奏效。因此，中国在发展电子政务的过程中特别需要与国际社会加强交流与合作，共同探索信息安全保障的新技术，协商制定电子政务中隐私权保护的最低标准。

### （七）建立信息资源开发、利用、共享机制

信息资源管理体制在整个信息化立法中居于十分重要的位置。政府信息资源管理的目的是要充分开发和有效地利用信息资源，在确保国家秘密和信息安全的前提下实现信息资源最大限度的共享。因此，加强政府信息的开发和利用方面的立法，对于进一步开发利用信息资源，实现政府信息化，提高政府的决策水平和工作效率，满足社会各界的信息需要，有着十分重要的意义。

事实上，目前在我国政府信息资源管理方面存在的许多问题，都与信息管理体制直接相关。例如，政府信息资源的部门分割、共享困难的问题、低水平重复建设的问题、缺少统筹规划的问题、面向社会公众的有效信息不足的问题、政府信息资源开发和有效利用不足的问题、投入不足的问题、政府各个部门的协调问题，等等。尚需通过立法规定哪些信息应该公开，而且必须在政府网站公布，该公开的信息，政府必须公开等等。

依法行政是政府信息资源管理的重要手段。对于政府信息资源管理的最核心的“管什么”、“谁来管”和“怎么管”等问题，必须以

国家法律和政府法规的形式予以回答并固定下来形成制度。要解决上述各类问题，就必须在有关政府信息资源的专门立法中，对理顺信息管理体制，对信息管理的专门机关和相关机关的职能、权限等作出明确、具体的规定。在政府信息管理体制的立法规定方面，应作如下规定：一是明确政府信息资源管理的专门机关，二是加强政府信息资源管理的规划，三是加强相关国家机关之间的协调，四是要明确政府信息资源管理权限的纵横分配。

相关部门应当努力改变立法滞后的状况，不断充实和完善法律体系，提高立法的质量，坚决杜绝法律、法规在相同规范上的规定不一致，甚至抵触或相互矛盾现象的发生，做到法律与法律之间、法律与法规之间的协调、一致、配套，保持法律的严肃性、权威性。要讲究立法技术，准确地运用法律术语，极力避免用政策名词代替法律语言，对法律后果的规定要明确、具体、可操作，对有争议的问题不搞调和、折衷，尽量少讲原则话，或作弹性、伸缩性、任意性大的表达，使法律、法规的条款严密、法律逻辑严谨。

在立法工作的步骤上，应当根据实际工作需要和立法条件成熟情况，分别轻重缓急，确定是人大制定法律，还是由国务院制定行政法规，或由主管部门制定规章、发布规范性文件，但必须做到有法可依、有章可循。

## 结 语

如果说在前两年有关方面已经高度重视了电子政务的环境建设，特别是法制环境建设的话，那么 2004 年将是电子政务外部环境建设有可能取得重要进展的一年，比如电子签名、政府信息公开等方面的相关法律、法规的陆续出台。与此同时，围绕行政审批制度改革，有关电子网络状态的行政程序、流程的调整，也会被提到重要议程，并有可能在推动电子政务产品的标准化、政务管理的标准化等方面取得重要进展。

许多国家在建立电子政务法律制度的过程中都曾经出现过激烈争论，甚至有人认为，建立健全电子政务法律制度体系，就是对其发展的束缚，但多数人认为，建立健全法律制度体系的根本目的不是约束电子政务，而是保障电子政务发展。在我国建立电子政务法律制度的过程中对于必要性及法律内容也会出现各种争论，但我们相信，建立健全电子政务法律制度体系，将真正促进我国经济和社会各项事业的发展，使我国抓住新技术带来的新机遇，向新世纪的经济强国迈进。

## 参考文献

- [1] 李芝瑶、阿拉木斯·政府网上采购的法律问题·互联网周刊, 2003, 12。
- [2] 高家伟·论电子政务法·中国法学, 2003, 4。
- [3] [美]尼葛洛庞帝·数字化生存·海南: 海南出版社, 1997。
- [4] 王茂涛、王岩·我国电子政府建设问题及对策·决策探索, 2002, 8。
- [5] 冯春·试论电子政务的实现条件·理论探索, 2003, 4。
- [6] 周宏仁·信息革命与信息化·北京: 人民出版社, 2001。
- [7] 姜明安·行政法与行政诉讼法·北京: 高等教育出版社, 1999。
- [8] 中科院软件研究所万里红电子政务平台总体开发组·国际上电子政务的发展情况·计算机系统应用, 2001, 10。
- [9] 王大海、黄迎风·电子政府与法国行政法·中国公务员, 2002, 10。
- [10] 颜海、左正洪·政府上网、电子政府及电子政务辨析·行政论坛, 2002, 7。
- [11] [美] 比尔·盖茨·未来时速·北京: 北京大学出版社, 1999。
- [12] [美] 埃瑟·戴森·数字化时代的生活设计·海南: 海南出版社, 1998。
- [13] 诸葛福长·电子政务——面向党政机关的办公自动化·发展, 2002, 1。
- [14] 丁先存、王辉·论电子政务中信息安全及法律保护·中国行政管理, 2002, 10。
- [15] 陈岗·电子政务在中国·经济师, 2003, 7。
- [16] [美] 迈克尔·波特·竞争优势·北京: 华夏出版社, 2003。
- [17] Andrew. J. Pincus·The Role of Standards in Growth of the Global Electronic Commerce, 1999, 10。
- [18] 孙铁成·计算机与法律·北京: 法律出版社, 1998。
- [19] 王岚·飞越数字鸿沟·网络与信息·2001, 1。
- [20] 孙国华·2000年法理学研究的回顾与展望·法学家, 2000, 1。
- [21] 沈木珠·中国电子商务立法的几个问题·河北法学, 2001, 1。
- [22] Honer F&Owes. J, Tax and the Web·New Technology, Old Problem·Bull IBDF, 1996, 1。
- [23] 薛华成·管理信息系统·北京: 清华大学出版社, 1993。
- [24] 杨凤春·“一把手”需要怎样的电子政务思维·IT时代周刊, 2003, 39。
- [25] 黄勇·网络环境下的信息安全·中国图书馆学报, 2002, 2。
- [26] 曹凌、耿鹏·电子政务管理模式探析·西安电子科技大学学报, 2001, 9。
- [27] 李湘江·网络安全技术与管理·现代图书馆技术, 2002, 2。
- [28] 陈文·电子政务中的决策支持系统·首都信息化, 2002, 9。
- [29] 中国行政管理学会政府信息化建设课题组·中国电子政务发展研究报告·中国行政管理, 2002, 3。
- [30] 中国行政管理学会·新中国行政管理简史·北京: 人民出版社, 2002。
- [31] 刘广三·计算机犯罪论·北京: 中国人民大学出版社, 1999。
- [32] 傅荣校·论电子文件与纸质文件鉴定方法的不同运用·浙江档案, 2003, 3。
- [33] 张锐昕·信息技术对当代政治生活的冲击·中国政治, 2003, 2。
- [34] 齐爱民·电子化政府背景下的政府信息公开法·武汉: 武汉大学出版社, 2004。
- [35] 李传军·信息技术对公共行政的影响·中国行政管理, 2000, 8。

## 附录

读研期间共发表论文两篇，分别是：

① 论文《加强外资并购国人的法律控制》，发表于《湖南日报》  
2004. 2. 23。

② 论文《我省中小企业海外投资的法律思考》，发表于《湖南工人报》  
2004. 2. 26。

## 后 记

根据联合国 2002 年公布的《电子政府基准全球透视》，全球目前共有高层次电子政府能力国家 36 个，其中包括：美国（3.11 分）、新加坡（2.58 分）、韩国（2.30 分）、日本（2.12 分）等；而印度以 1.29 分和中国以 1.04 分，现处于低层次的电子政府能力国家。这个资料，就是促使写作此文的源动力。由于水平有限，不当之处，敬请批评指正，不胜感谢。

本文得到了湖南师范大学法学院教授肖北庚老师的精心指导，在此表示衷心的感谢。

作者

2004 年 9 月

## 湖南师范大学学位论文原创性声明

本人郑重声明：所呈交的学位论文，是本人在导师的指导下，独立进行研究工作所取得的成果。除文中已经注明引用的内容外，本论文不含有任何其他个人或集体已经发表或撰写过的作品成果。对本文的研究做出重要贡献的个人和集体，均已在文中以明确方式标明。本人完全意识到本声明的法律结果由本人承担。

学位论文作者签名：蒙志军

2004年9月28日