

网上招投标操作及立法思考 PDF转换可能丢失图片或格式，
建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/483/2021_2022__E7_BD_91_E4_B8_8A_E6_8B_9B_E6_c122_483423.htm 电子商务现在是世界经济发展的一个热点。我国从1997年起开展网上电子商务以来，发展迅速，尤其是广东、上海、北京，可以说是如火如荼。主要标志是：1，电子商务从最初的BtoB之间的EDI电子数据交换、EFT电子资金传送已发展到在Internet上的BtoB、BtoC、BtoG等的全方位进行各种与商品交易有关的业务；2，网上交易额逐年飞速增加，据有关统计数据，全世界1996年因特网上的年商品交易额为20-30亿美元，1997年达100多亿美元，2000年达到了1860亿美元。中国到1996年底接入因特网的计算机只有2.4万台，1998年底达74.7万台，到2000年7月上网计算机总数达600余万台，其中专线上网的100万台，并且，到2000年底我国1.5万家国有大中型企业50%已接入Internet。1998年3月我国实现了第一笔网上交易。3，从一般意义的电子采购，发展到电子税收、网上招投标等。与此相适应，国际上，有关电子商务的立法工作也成为各国立法的热点。随着1996年《联合国国际贸易法委员会电子商务示范法》的出台，世界各国掀起了电子商务立法的高潮。美国统一州法委员会制定了《计算机信息交易法》和《统一电子交易法》并于1999年起施行。韩国于1999年7月制定并开始实施内容较全面的《电子商务基本法》。目前，新加坡可以说是世界电子商务和电子商务立法的典范，1998年新加坡制定了《电子交易法》。日本、欧盟成员国及中国的台湾、香港等国和地区也制定了或正在制定电子商务法。我国由于电子

商务起步较晚，此方面的立法也滞后很多。虽然1999年制定实施的《中华人民共和国合同法》规定了电子合同的成立、效力等，《刑法》中规定了打击危害计算机信息系统安全的罪名。其他与电子商务有关的法规也制定了不少。如：《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管理办法》、《商用密码管理条例》、《计算机软件保护条例》等。但还缺少保护电子商务的专门法律，现有商法范畴的法律法规很少涉及电子商务，有关招标投标的法律法规中没有调整网上招投标的相应规定。现有网上招投标网络大多不具备完整意义的网上操作功能。随着电子商务的飞速发展，我国在广泛领域进行真正的在线网上招投标，制定电子商务法规，完善有关网上招投标法律法规，势在必行。这既是中国入世后与国际接轨的必然，也是预防腐败、树立政府、企业的形象、提高工作效率的需要，更是实现合法、公正、公平进行招投标的需要。

??网上招投标的现状 目前，国内在Internet上能搜索到的开展网上招投标工作的网站只有中国招标投标网、中国国际招标网等四十几个网站。这些招投标网，由于国内电子商务方面的法律及技术尚不健全，尤其是网上招投标无法可依，其功能有很大的局限性，大多只能在网上开展招投标的部分工作内容。综合这些网站的情况，目前这些网站只具备以下功能的部分或全部：对招标人来说，主要是进行会员资质审查、发布招标公告(或招标邀请)、在线销售标书、澄清、修改标书、发布中标信息；对于投标用户来说，主要是进行会员注册、进行标书检索、查询招标公告或邀请投标信息、进行在线投标；对于系统管理员来说，主要是进行招标用户库的管理、管理招标信息库，管理用

户注册资料、提供有关业务统计数据、管理投标用户收费记录。具体操作程序是：一，招标人、投标人、招标机构分别登录到招投标网站，进行会员资格注册，并把填写的注册表加盖单位公章后邮寄该网站。注册登记表上须填写申请人的中、英文名称、地址、企业代码、法定代表人名字、职务、单位中、英文联系地址、电话号码、邮政编码、注册资金、成立时间、有无进出口经营权、业务范围、企业电子邮箱、网站联系人姓名、职务填表人姓名。当网站收到加盖了单位公章的注册表，经审查通过后，即可成为会员。二，招标人采取公开招标的，自行或委托招标机构制作招标公告，并登录到所注册的网站在线公开发布。如是邀请招标，则向特定对象发邀请书。三，招标人或招标机构制作招标书。投标人经查阅招标公告，如决定投标，在招标公告规定的时间内在线发布信息购买标书。四，招标人或招标机构收到投标人的标书款后登录到网站进行在线向投标人发送标书。五，投标人制作投标书，按招标书规定交纳投标保证金，并登录到网站进行在线投标即将投标文件的所有信息以电子数据的形式通过Internet传输到招标文件规定的邮箱或网址。六，招标人或招标机构按标书规定组织开标、评标。这一步的工作基本在一个计算机工作站并在公证人员或其他监督人员的监督下开展，包括：随机选定评委、开标唱标、询标答疑、议标评标、出具评标报告并推荐中标候选人。开标唱标与传统的方式截然不同，不必宣读标书，而是由掌握接受投标文件解密密钥的人员逐一在电脑上对收到的已加密的投标文件进行解密、复制、存储，保证每一个评委可以随时查看每一份投标文件。询标时由评委提出问题，交给掌握投标人接收文件的

网址或邮箱及密钥的人员统一加密发送，统一接收答疑电子文件交各有关评委。评标意见、评标报告都以电子数据形式存储。七，按规定公示中标候选人。一般在招标人、投标人、招标机构所注册的网站上公示。八，通知中标人、签订合同。签订合同前，中标人须交纳中标服务费、履约保证金。合同主要条款一般已在标书中确定下来，因此洽商工作不多，只不过是招标人与中标人须按已确定的合同条款制作完整的电子合同，并各自进行数字签名确认。??

现行网上招投标操作存在的不足及有关法律问题 由于目前，我国电子商务的硬件、软件建设较为落后，并且，电子商务在我国还是近几年的新事物，参与电子商务的个人和单位还不是很普遍，特别，参与网上招投标的单位、个人，甚至知道网上招投标的还不多。而且，电子商务、网上招投标中在法律上存在着电子数据的证据效力问题、电子合同的有效性、数字签名的法律效力问题、电子证据的举证责任问题、证据被破坏的法律后果、电子标书的密封形式问题、投标人不在开标现场开标有效性问题、投标截止时间问题、招投标文件在传送过程中被破坏或延误的责任承担问题等都影响网上招投标的正常开展和完善。1，网上传送招投标文件，人们最关心的莫过于机密性、数据完整性、真实性、有效性、确定性和不可抵赖性。现在国内技术较为成熟、先进的要数中国国际招标网、中国招标投标网、广东省电子商务认证中心的网上招标系统等。他们采用的网上传输安全技术是目前运用比较普遍的SSL安全套接协议(Secure Sockets Layer)。对此种安全技术，信息技术界已对其安全性提出质疑，认为用这种技术传输数据并不能实现所期望的保密性、完整性，且在这种技术支持

的平台上要进行保证数据真实有效、确定并不可抵赖的多方认证操作也很困难。实际上，电子支付系统中应用此技术的就较少。2，招投标的工作还不能实现全部在线开展。一是由于SSL协议技术不能适应电子支付保密性、完整性的要求，招投标中的支付还不能在网上进行；二是国内专业的资信调查、评估机构还没有发展起来，政府各有关部门的相关信息还不能在网上获得，电子商务认证中心登记的只是一些很粗的基本的资料，关于企业是否涉及重大诉讼、资产负债、经营业绩、支付能力、产品质量、企业信誉等重要信息不可能在认证中心查询到，因此招投标中极其重要的资信评估也不能在线开展；三是由于技术和经济的原因及评标过程保密性、招投标工作合法性、公正性的要求，评标委员会人员、监督人员也不能做到全过程足不出户。3，各企业办公自动化水平、人员素质参差不齐，计算机人才缺乏。既熟悉电子商务安全技术又懂法律的综合人才则更少。4，一些传统的法律原则与电子商务、网上招投标的发展不相协调。电子商务、网上招投标过程实现无纸化、无须“面对面”、数据信息无形化、信息传递隐蔽性等，与传统的商务存在显著区别。建立在传统商务基础上的一些法律原则已经不能满足电子商务的要求。一是传统的诉讼证据只有七类，即：物证书证、证人证言、原告陈述、被告人供述、视听资料、勘验笔录、技术鉴定结论，这中间并没有电子数据。电子数据能否作为证据使用？对这个问题的回答基本是一致的，都认为应作为证据。但它是一种独立的证据还是属于其他类型的证据，2001年底，我国最高人民法院制定了《关于民事诉讼证据的若干规定》，第22条“调查人员调查收集计算机数据或者音、像

等视听资料的……”的规定，从字面意思理解，可以认为是把计算机数据与音、像视听资料是放在了同一个平台上。但学术界分歧较大。二是数字签名是否与传统手书签名有同等法律效力。我国目前尚无相关法律法规作出相应规定。三是由于电子数据证据是储存在电脑硬盘上，有的是储存在电子商务网络系统的存储器上，并且是以无形的形式存储。如果要求原件数据的原始载体，举证比较困难。有时原始载体之所在并非为案件当事人所知，如按传统的举证原则谁主张谁举证，对主张的当事人是很不公平的。对这种情况，最高法院《关于民事诉讼证据的若干规定》只是规定当事人可以申请人民法院调查收集证据，并没有完美的解决。并且，电子数据在存储和传输中容易遭受黑客、计算机病毒、系统故障等因素的破坏，作为诉讼证据之用的电子数据遭破坏导致举证不能时的法律后果，法律也没有明确规定。这种风险由没有责任的案件当事人承担是没有道理的、不公平的，法律应规定作为网络的系统管理员应承担的举证义务。5，现行的招投标法规是以传统的商务为基础制定的，没有对网上招投标的有关问题作出相应规定。而其中关于标书的密封、开标时须邀请投标人在场、宣读投标人名称、投标报价、当众拆封等的规定已不适应网上招投标工作的实际。并且，对投标文件在传递中被泄密。破坏或被延误的责任承担没有相关的法律规定。6，在电子商务中，数字证书认证机构扮演着十分重要的角色，但其工作失误则会给商家造成不可估量的损失，目前我国没有出台有关认证机构的操作规程、管理办法及其法律责任的法律法规。??网上招投标立法思考 根据我国电子商务、网上招投标的实际，并结合经济发展的状况，

笔者认为应从以下几方面完善有关网上招投标的立法。1，尽快制订完善电子商务立法，为网上招投标创设一个完善的电子商务平台。首先应明确电子商务法的地位，国内有的学者提出应把其作为一个独立的与民商法在同一平台上的法律部门。我们认为似有不妥，虽然它与传统的商务形式有很大区别，电子商务毕竟只是商务的一部分，它代表传统商务发展的方向，它所调整的还是商务社会关系；目前部门法学的划分是较科学严谨的，如果因为商务技术的发展需要就非得独立出一个电子商务部门法学，那势必导致部门法学之间相互重叠太多、法学部门繁多，因为随着计算机科学的发展，不光商务技术会上一个台阶，其他如证据技术、犯罪方法、侦破技术、知识产权的应用、管理、开发、行政管理等等都会有一个较大的变化，不可能再增加电子刑法、电子知识产权法、电子行政法、电子证据法等法学部门。但无疑电子商务法应作为商法学中的一个极其重要的分支，如果把商法典作为商法领域的第一层次，那么电子商务法应排在第二层次的最前列，然后才是公司法、金融法、保险法、海商法等。其次，电子商务法立法宜参照我国其他单行法的立法惯例和当前世界上电子商务立法的成就来进行。制定一部电子商务法典作为该领域的基本法，即第一层次的法，名称可以叫《中华人民共和国电子商务法》，该法应就电子商务的概念、立法原则、电子合同的成立及效力、电子支付的成立、网络服务提供者提供有效保密技术、存储计算机数据、按规定出具证据等的职责和不能依法提供证据的法律责任、电子数据信息的法律效力、认证机构进行严格合法认证、提供有效密钥管理、妥善保管相关信息的职责和责任、数字签名的形

成和效力、企业资质资信评审电子数据信息的提供等方面作出原则规定。再次，以制定或修订《网络服务管理条例》、《认证管理条例》、《企业资质、资信评估管理办法》、《电子支付管理办法》、《计算机信息网络国际联网管理规定》、《计算机信息系统安全保护条例》、《计算机信息网络国际联网保密管理规定》、《计算机信息网络国际联网安全保护管理办法》、《互联网络域名注册管理办法》等作为电子商务第二层次的立法。《网络服务管理条例》、《认证管理条例》、《企业资质资信评审管理办法》应分别就相应服务的提供者应具备的安全、技术、人员条件、存储保管计算机数据的相关义务、保证所提供数据真实性义务及企业资质资信评审机构开展评审数据网上查询服务的规则等作出详细规定。

2，尽快修订《中华人民共和国招标投标法》。一是对招标的方式中，规定可以根据具体情况进行网上招标。为此《招标投标法》第10条应进行修改，加一款，“公开招标和邀请招标都可以在计算机国际互联网络上进行，在国际互联网络上进行的招标投标叫网上招投标”。二是应规定进行自行网上招投标的招标人和招标机构必须具备组织网上招投标的条件。如已与Internet联网的OA系统、申办了数字证书、在电子商务网站进行了合法注册、有相关的人力资源、安全防范技术过硬等。三是资质资信评审应根据是否建立网上资质资信评估资料查询系统，作出相应规定。如已建立，可只要求投标人提供其资质资信评估资料的保存处所和查询方式。四是对投标文件提交的截止日期也应相应缩短。现在规定的20天时间是以传统商务为基础的，网上招投标传输电子数据的速度要快的多，因此，为了提高工作效率，有必要把传

统操作所需要的传输时间减掉。五是传统操作的投标文件基于保密的考虑，要密封起来，方法是粘贴封条并加盖单位公章或由被授权人在封条上签字，是否泄密，只要看封条是否破损即知。网上招投标的文件都是以电子数据的形式存在，无法装进信封内，不可能再用传统的方法密封，而是采取数据加密技术进行加密。因此招投标法应承认这种加密应与传统的密封具有同等效力。六是传统的身份鉴别是通过签名盖章来实现的，网上招投标的身份确定与一般的电子商务一样是通过数字签名和认证来实现的，并且也不需法人代表授权委托书，只要是用认证机构颁发的数字证书上的数据密钥加密签发的文件，就由该数字证书持有人承担责任。这样，招投标法须规定经数字签名的招投标文件的法律拘束力。七是招投标法规定，开标时须邀请所有投标人参加。网上招投标，之所以体现出效率，也在于不用投标人四处奔波，赶到开标现场，投标人是通过浏览器来了解其他单位的报价的。为此，招投标法第35条应修改为：“开标由招标人主持，邀请所有投标人参加；网上招投标进行在线开标，投标人可以在规定开标网址了解开标信息。”第36条关于当众拆封、宣读的规定，在网上招投标中也不适用，相应规定为“当众进行解密”、“把投标价格和投标文件的其他主要内容进行在线公布”。九是传统操作的招投标合法性、公正性监督主要是通过法定监督机构、投标人、公证机关、见证律师进行的，其中，投标人起着很重要的作用。网上招投标，投标人的监督作用明显弱化，如何平衡这种弱化，是立法者应考虑。市场经济条件下，政府过多直接介入招标投标过程是与国际惯例不相符的，只能加大见证律师、公证机关的监督力度

来实现平衡。3, 尽快完善其他相关法律法规。影响电子商务、网上招投标正常健康发展的还有很多因素, 还有很多相关法律法规亟待完善。一, 刑法关于打击计算机犯罪的条文过少、力度不大(仅三个条文), 一些新的商务环节领域刑罚打击不到。如网络服务提供者严重违反法律规定操作, 导致极其重要的计算机数据被黑客、计算机病毒或其它因素破坏, 致使招标人造成无法挽回的巨大损失, 对此类情况如不进行刑罚打击, 电子商务安全无法保证, 但要追究刑事责任现无明确的法律规定; 认证机构或资质资信评审机构提供虚假认证、虚假评审资料导致投标人巨额资金被骗或造成其它严重后果的, 要进行刑罚打击也没有法律依据。二, 诉讼法或证据法应对掌握、存储计算机数据的网络服务提供者、资质资信评审机构、认证机构等案外人的举证义务、电子数据证据的原件概念、计算机数据是否应单独作为一类证据、案外人不能依法提供证据的法律后果等作出合理规定。三, 其他相关法规也应相应完善。100Test 下载频道开通, 各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com