

# 中国信息化与 法治化建设研究

ZHONGGUO  
XINXIHUA YU  
FAZHUIHUA JIANSHE  
YANJIU

熊洁  
著



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

# 中国信息化与 法治化建设研究

熊洁  
著

ZHONGGUO  
XINXIHUA YU  
FAZHIHUA JIANSHE  
YANJIU



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

## 图书在版编目 (CIP) 数据

中国信息化与法治化建设研究/熊洁著. —北京: 知识产权出版社, 2017. 11

ISBN 978-7-5130-5297-9

I. ①中… II. ①熊… III. ①信息化—研究—中国 ②社会主义法制—建设—研究—中国 IV. ①G202②D920.0

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 288091 号

## 内容提要

本书主要阐述了如何在新时代进行思想创新; 如何在生存发展中保护人权、推进社会建设; 在“双创”背景下进行知识产权保护的必要性和建议; 在“依法治国”的大背景下刑法学首先要解决的问题; 计算机犯罪的刑罚量化问题; 网络社会的治理问题; 信息化和法治建设中高等教育的改革问题, 并以动态取证技术为对象对司法活动中信息技术的应用进行了研究。

责任编辑: 张水华

封面设计: 刘 伟

## 中国信息化与法治化建设研究

熊 洁 著

---

出版发行: 知识产权出版社有限责任公司 网 址: <http://www.ipph.cn>

社 址: 北京市海淀区气象路 50 号院

邮 编: 100081

责编电话: 010-82000860 转 8389

责编邮箱: 46816202@qq.com

发行电话: 010-82000860 转 8101/8102

发行传真: 010-82000893/82005070/82000270

印 刷: 虎彩印艺股份有限公司

经 销: 各大网上书店、新华书店及相关专业书店

开 本: 720mm×1000mm 1/16

印 张: 11

版 次: 2017 年 11 月第 1 版

印 次: 2017 年 11 月第 1 次印刷

字 数: 180 千字

定 价: 42.00 元

ISBN 978-7-5130-5297-9

---

出版权专有 侵权必究

如有印装质量问题, 本社负责调换。

## 前 言

记得很多年以前我第一次见到电脑，那是在学校每周两次的计算机实验课上，一个白色的大塑料盒子，黑白的屏，每次很辛苦地把自己编写的一句句干涩的 DOS 命令小心谨慎地敲进去，出来的结果却总是很简单，经常还会出现一些莫名其妙的报错让人抓狂，当时我心里真是觉得这么辛苦地学这个有什么用，这个电脑能干什么……

不知道是从哪一天开始，事情变得简单了，只需轻轻点几下鼠标，网络就把我带到不知道有多远的地方去了，彩色的屏幕里，巴黎的时装、东京的樱花、中东的战火、联合国的风云等都扑面而来。直到有一天去菜市场买菜，忘记带钱包，菜贩很随意地跟我说：那你用支付宝吧，微信也行，这是我的二维码。我愣愣地看着她，约莫五十岁的样子，风尘仆仆的脸，沾着泥土的手，一辆半旧的三轮车上菜也不多，也许是她自家种的，我突然发现这个世界变了，总是出现在书本上、新闻里的信息化社会、无现金社会已经来了。

社会突然变得简单又复杂起来，各种各样的听过的没听过的、见过的没见过的东西在网上就可以买到，穿着制服、满脸笑意的快递小哥会直接送到你家门口，上班路上也会遇到黑皮肤的、白皮肤的外国人和我一样骑着电瓶车穿过隧道，小区里满是天南地北的唠嗑，业委会的选举热闹非凡，微信警务平台又在通报隔壁小区发生电信诈骗……生活总是这样丰富而深刻，教会我们思考。

在这个与世界交互发展的过程中我们也不可避免地产生了一些问题和矛盾，可能涉及衣食住行，涉及民事、刑事、行政等多个方面，也可能涉及国家、政府、单位和公民各个层面。“依法治国”不再仅仅是新闻联播里播报的领导人讲话，它已经真真切切地来到了我们身边。

社会发展中产生的问题必将在社会发展中解决，不是以这种方式就是以那种方式，既然我们的党、我们的国家、我们的政府、我们的人民选择了法律的方式，就应该建立法律的渠道让每一个公民和我们的社会都获得良好的发展。生于斯、长于斯，我努力将自己这几年学习、生活、工作中的所思所想撰写成文，人生还很漫长，还有许多远景不曾看过，每每写到疑难处，眼前不由闪过贝卡利亚、龙勃罗梭、格劳秀斯、孟德斯鸠、边沁、霍姆斯这许许多多大师的身影，不知道他们年轻的时候是否也这样犹豫彷徨、怀疑自己，不知道他们是如何面对自己内心深处的回响的。我不敢与他们相比，但是先贤的光辉照耀着我鼓起勇气继续前进。

也许还很稚嫩，想起了傅雷先生的话：也许人总是胆怯的动物，在明确的舆论未成立以前，明哲的办法是含糊一下再说。但舆论还得大众去培植；而文艺的成长，急需社会的批评，而非谨虑的或冷淡的缄默。是非好恶，不妨直说。说错了看错了，自有人指正。——无所谓尊严问题。

熊 洁

2017年8月

# 目 录

|                      |   |
|----------------------|---|
| ● 导论：思想的创新 .....     | 1 |
| 第一节 思想的意义 /2         |   |
| 第二节 思想发展要与时俱进 /3     |   |
| 第三节 理论结合实践进行思想创新 /10 |   |
| 结 语 /22              |   |

## 上 篇

|                           |    |
|---------------------------|----|
| ● 第一章 新时代人权保护问题研究 .....   | 27 |
| 第一节 研究人权保护问题的意义 /27       |    |
| 第二节 生存与发展是人类的基本要求 /28     |    |
| 第三节 通过保护人权促进公民的生存与发展 /30  |    |
| 第四节 对于我国人权保护的一点设想 /41     |    |
| 结 语 /50                   |    |
| ● 第二章 新时代知识产权保护问题研究 ..... | 52 |
| 第一节 研究知识产权保护问题的意义 /52     |    |
| 第二节 新时代进行知识产权保护的必要性分析 /53 |    |
| 第三节 知识产权保护的现状 /56         |    |

第四节 对于我国知识产权保护的一点设想 /57

结 语 /67

● 第三章 新时代刑法理论问题研究..... 68

第一节 研究刑法理论问题的意义 /68

第二节 依法治国对刑法理论研究的要求分析 /69

第三节 刑法研究应该解决的两个问题 /72

结 语 /78

● 第四章 计算机犯罪与刑罚问题研究 ..... 79

第一节 研究计算机犯罪刑罚问题的意义 /80

第二节 计算机犯罪刑罚现状分析 /81

第三节 计算机犯罪刑罚量化方案 /93

结 语 /100

## 下 篇

● 第五章 新时代依法治网问题研究 ..... 105

第一节 研究依法制网问题的意义 /106

第二节 我国依法治网的现状分析 /107

第三节 对我国依法治网的一点设想 /112

结 语 /124

● 第六章 新时代法学高等教育问题研究 ..... 126

第一节 研究法学高等教育问题的意义 /127

第二节 关于法学高等教育现状的调查 /128

第三节 法学高等教学改革现状分析 /133

第四节 对我国法学实验教学改革的一点设想 /145

结 语 /151

● 第七章 新时代信息技术的司法应用问题研究 ..... 153

第一节 研究信息技术司法应用问题的意义 /154

第二节 动态取证技术司法应用的现状分析 /155

第三节 依法构建动态取证系统 /158

结 语 /160

● 参考文献 ..... 161



## 导论：思想的创新

在人类的历史长河中出现过许多思想，东方的、西方的、现代的、古代的……世界因此而改变，我们的生活也因此而丰富。思想是随着社会的变迁而不断地发展的，或兴衰，或更迭，都是人类社会多种力量综合作用的结果。没有哪一种思想学说可以适用于所有的时代和境况，今天我们已经进入了信息化时代，人们的物质文化生活都发生了许多改变，比以往更加需要新思想新理论的指导。一个深刻思想的诞生可能是曲折艰难的，本章针对当前思想形成领域中的几个问题进行研究，探讨新时代进行思想创新的必要性和使命感，探索思想创新过程中可能存在的问题和科学的检验方法，以期在后续章节中以此为基础对社会信息化和法治化建设进行研究。

## 第一节 思想的意义

距今 500 万年左右，非洲的几只南猿想下地行走并将之付诸实施，这使得它们与其他猿类有了本质的区别，它们成了人类的始祖。600 年前明朝的士大夫万户把 47 个自制的火箭绑在椅子上设想利用火箭的推力飞上天空，开启了人类利用载人火箭探索太空的新征程，公元 2016 年 11 月 18 日 13 时 59 分，神舟十一号载人飞船成功着陆为我国空间探索史上具有里程碑意义的 33 天征途画上了圆满的句号。思想伴随着人类诞生，又推动着人类不断进步，一个好的思想犹如一颗人类文明的种子，播撒下去细心呵护，迟早有一天会长成参天大树为我们遮风挡雨。孔子、柏拉图、哥白尼、达尔文……这些熠熠生辉的名字和他们的思想深刻地、长久地影响着我们，使得社会政治、经济、文化甚至结构都发生了深刻的变化。今天人类进入了高度发达的现代社会，各种新的社会问题层出不穷，依然需要各种理论、学说来帮助我们寻找解决之道。不同的钥匙开不同的锁，社会更新了，思想也要更新。笔者认为那些优秀的思想、理论大多有着强烈的时代烙印并在实践中不断完善，最终以实现人类的幸福生活为追求，这也正是其生命力和意义之所在，今天我们构建自己的理论、学说解决面临的社会问题依然要秉承这一理念，勇立潮头，开拓进取。

## 第二节 思想发展要与时俱进

人类在各种思想的指导下进行着种种社会生活，各种各样的理论学说丰富着我们的实践，今天我们能够坐在窗明几净的房间里享受着现代的文明生活应该感谢无数先辈为此所做的努力。在人类的历史长河里我们经历了奴隶社会、封建社会、资本主义社会和社会主义社会，出现了各种理论学说，儒家思想、道家思想、唯心主义、唯物主义等，这是包括孔子、孟子、柏拉图、哥白尼、康德、黑格尔等许多先行者为我们披荆斩棘的结果，正是因为他们的思想学说在无声地指导着我们，人类才能克服一个个不同历史时期的难题，阔步至今。今天我们依然要继续前人的工作，进行各种理论研究，激发新的思想以使未来的路走得更稳更远，那么在现有优秀思想灿若繁星的情况下我们为什么还要寻找新的思想呢？笔者认为，首先要搞清楚几个问题：各种理论、学说从它诞生之初是否就一成不变了？同一种理论是否适合所有国家，适用于所有情况？明确这几点对于我们确立正确的研究导向十分重要。

### 一、思想沿着历史前进

各种理论、学说从它诞生之初及至今日是否一成不变呢？翻开东西方思想发展史，我们会发现，它和社会发展史是紧密相连的。

我国春秋战国时期随着生产力的发展，奴隶制度开始衰退，封建制度出现萌芽，整个社会发生了巨大的变动，旧的思想观念被打破，需要在理论上进行重新认识，各国的政治变革和相互竞争也需要理论指导，

这个时期思想学说空前繁荣，形成了以儒、墨、道、法为代表的百家争鸣之盛况。中世纪晚期的欧洲随着生产力的发展产生了新兴的资产阶级，他们一方面要反抗天主教的神权地位和精神压迫，另一方面希望找到更适合时代要求、人性要求的文化体系取代天主教文化，掀起了以复兴希腊罗马古典文化为名弘扬资产阶级思想和文化的运动（文艺复兴运动），诞生了以但丁、莎士比亚、达·芬奇为代表的诸多文艺巨匠和一大批优秀的作品，带来了科学、艺术的极大发展，揭开了近代欧洲历史的序幕。经济基础决定上层建筑，上层建筑反作用于经济基础这一深刻的理论被历史反复验证：当社会变化较小时，作为上层建筑的思想学说发展趋于缓和；当社会发生巨大变革时，思想学说也获得了空前的发展。

现实社会是思想生存的土壤和发展的真正推动力，社会发展的方向左右着思想发展的方向，那些率先嗅到社会变革气息的人往往成为改革的排头兵、思想的先行者，他们提出时代需求的新理论、新思想。今天我们所看到的儒家思想、西方哲学等理论、学说与它们最初的样子相比，已经有了很大发展，它们已经被历史所丰富、所拓展。社会的发展永不停歇，思想的发展必将永不止步，那些因为社会发展而产生的层出不穷的新问题，也只有循着时代的脚步不停探索才有可能找到解决的良方。

## 二、思想的适用

那么同一种理论是否适合所有的国家，适用于所有状况呢？答案是否定的。下面以西方的经典学说三权分立为例进行分析。

### 1. 宪法与三权分立

我们知道宪法是一个国家的根本大法，它规定了国家最根本、最重要

的问题，如国家的性质、国家的政权组织形式和国家的结构形式、国家的基本国策、公民的基本权利和义务、国家机构的组织及其职权等。宪法的基本原则是人们在制定和实施宪法过程中必须遵循的最基本的准则，包括：①人民主权原则；②基本人权原则；③权力制约原则；④法治原则。权力制约原则在社会主义国家宪法中体现为监督原则，即在人民代表和国家机关及其工作人员的关系方面，一般都规定人民代表（议员）由民主选举产生，对人民负责，受人民监督，人民对国家机关及其工作人员都可以提出批评、意见和建议等。另外在不同国家机关之间的关系上一般都规定了有关监督方面的内容。权力制约原则在资本主义国家宪法中体现为三权分立原则，又称分权制衡原则，指把国家权力分为几个不同的部分，分别由不同的国家机关独立行使，这些国家机关在行使权力的过程中保持相互牵制和相互平衡的关系。从现有资本主义国家的宪法规定看，三权分立主要为三种基本形式：①美国式，立法权属于由参众两院组成的国会，行政权属于美利坚合众国总统，司法权属于联邦法院及其下级法院。②英国式，立法权胜过行政权，下议院胜过上议院，立法权是三权的重点并建立以议会为重心的责任制。③法国式，既吸取了总统制的特点，又借鉴了议会制的特点，通过加强总统的权力削弱议会的权力，从而把分权制的权力重心由立法转移到行政并建立起半总统半议会制的体制。

## 2. 三权分立思想的形成

三权分立应该说是一种关于西方国家政权架构和权力资源配置的政治学说，在此理论基础上形成的三权分立制度将国家的立法、行政、司法三权分别由三个机关独立行使，相互制衡，它为绝大多数的资本主义国家所采用，是资本主义国家的国家机关组织与活动的基本制度。这一理论首先由古希腊时期的亚里士多德提出，他的“政体三要素”论将国家职能分为议事、行政和审判三个方面，此为分权。古罗马时期的波里比亚斯继承并发扬了这一思想，他认为维护政体的平衡可以通过国家将这三种权力在分

工的基础上进行互相牵制来实现。为了制约封建王权，17 世纪英国的洛克提出将三权分立作为资产阶级国家的学说，他把政治权力分为立法、执行和外交三个方面。17 世纪末和 18 世纪前叶，法国的孟德斯鸠在此基础上正式而明确地提出了立法、行政和司法三权分立的理论学说，主张立法权由全体人民行使，行政权由国王行使，司法权由法院行使。

### 3. 三权分立思想不具有普适性

沿着三权分立学说形成的历史轨迹，我们可以看到该学说萌芽于公元前 300 多年的奴隶社会，主要是为了维护中等奴隶主的利益，形成于 18 世纪初的封建社会，以制约王权、神权，维护新兴资产阶级的利益为目的。生产力低下、等级制度森严、民不聊生是它们共同的时代特征，反剥削、反压迫成为绝大多数人共同的诉求。三权分立通过分权的方式实现权力制衡，从而达到对王权、神权的监督，为推翻封建社会建立资本主义国家奠定了理论基础，但是我们也应该看到当“君权神授”被推翻以后，分权制衡成为资本家和政客相互攻伐、争权夺利的工具，有时甚至会给民众带来不利的后果。

2016 年 6 月 24 日，英国通过全民公投，宣布退出欧盟，英镑兑美元汇率闪电崩盘，跌幅超过 1000 个基点，触及 1985 年以来的最低水平，英国首相卡梅伦辞职。同年 12 月 5 日，意大利总理伦齐在公投结束后宣布宪改失败，并提出辞职，全球市场震荡，欧元兑美元一度跌至 2015 年 3 月以来的最低点。这些震惊全球的“黑天鹅”事件使得当事国公民面对更加不利的国内外环境，这是他们想通过投票改善现状前所不曾预料、不愿承担的后果。

为什么以监督权力为要旨的三权分立会出现这样的状况呢？在此分析一下三权分立形成的时代背景。公元前 300 多年的古希腊只是一个城邦林立、各自为政的地区，城邦一般是以一座城市为中心、连带周边乡村地区而形成的独立国家，小国寡民为其基本特征。它们的国土面积一般只有百

余平方公里、人口数万，最大的城邦也只有8000多平方公里国土、数十万人口，而占大多数人口的奴隶、妇女和外国人没有任何政治权利，例如雅典的公民大会，虽然20岁以上的男性公民都可以参加，但实际规模是500人。18世纪初的法国仍是封建专制的农业国家，全国绝大部分的土地集中在以国王为首的贵族和僧侣手中，占全国人口95%以上的农民基本上是佃农。全国尚没有统一的货币和度量衡制度，行政区域之间关卡林立，虽然在发达地区出现了大量的手工作坊，但仍处于生产力低下、社会结构单一的状态，城市人口较少，公共事务较为简单且与公民个人联系也较为直接，公民可以较容易地理解公共政策并做出符合自己利益的选择，在此基础上形成的三权分立思想且以直接民主的方式对神权、王权进行监督和制约是简便、易行且有效的。现在我们的社会已经进入高度发达的信息时代，各种新技术、新业态层出不穷，人口数量、城市规模、国家体量飞速扩张，地区差距、个人差距不断加大但又彼此通过各种形式紧密相连，社会结构、利益群体、公民诉求不断向多元化发展，社会问题的复杂性、治理的难度远非亚里士多德和孟德斯鸠的时代可以比拟，社会生活的复杂多变也远非那个时代的人可以想象，三权分立是不是解决现行社会所有问题的最优方案还要打个问号。

我们承认并确保人的权力是平等的，但是我们还要看到由于学习、工作和生活的经历不同，人的能力又是不平等的，当人面对自己不了解又似乎没有直接联系的事物时未必能做出理智的选择，很难想象一个刚满18岁、一直生活在象牙塔里的英国中学生怎么能理解国家退出欧盟所涉及的国内外政治、经济、军事等方方面面的问题，从而做出正确的选择。他更多的是通过掌握了话语权的资本家和政客从自身利益所出发的片面描述而投下看似神圣、独立实则被无形操纵的一票。

同时，三权分立的理论也是建立在每一个参与者都是理性人，持有公平、公正、认真、负责态度的理想状态上的。现实状况果真如此吗？在2000多年前的古希腊伯罗奔尼撒战争中，尽管多数公民并不知道西西里的

情况，但是雅典公民大会还是做出了入侵西西里的灾难性的决定。这场战争成为希腊历史的转折点，不仅结束了雅典的霸权，而且使整个希腊奴隶制城邦制度逐渐退出了历史舞台，由此斯巴达称霸全希腊，推行寡头政治。2000多年后的美国，3岁男童罗伯特·塔夫斯因当选为美国明尼苏达州多赛特市市长令世人感到震惊——三权分立理论诞生的历史条件导致它存在民主决策程序的简单、缺乏制约的先天不足，在一定的客观条件下这种不足会被放大从而造成民主政治的混乱。2015年7月5日，深陷债务“愁云”的希腊人通过全名公投否决了国际债权人的新一轮救助提议，国家面临破产的边缘。这与前述英国、意大利的公投一样都不是孤立的个案，近几年在欧美多国民粹主义假借民主的旗号粉墨登场，而且愈演愈烈，社会分裂严重，政党林立，政策更迭频繁，看似强大的欧盟一次次面临被肢解的危险，而现有机制似乎束手无策。

时代导致的缺陷也必将由时代去弥补，三权分立理论从产生之初就随着时代的变迁而不断发展、完善，即便是作为西方资本主义国家的基本政治制度在各国的表现形式也不尽相同，如美国的总统制、英国的内阁制、法国的半总统半议会制，对此我们可以理解为各国依据本国历史和现状将三权分立理论本土化，笔者认为在社会政治、经济、文化都高度发达的今天，该理论还有许多可以丰富、探讨的空间，从而使之更加适应时代的发展。

那么，我们中国是否适用三权分立的理论呢？答案也是否定的。首先，该理论萌芽于奴隶社会，形成于封建社会，主要任务是反对封建王权和神权，建立资本主义国家。而我们国家已经完成了反封建反压迫的任务，建立了社会主义国家，现在社会的主要矛盾是人民日益增长的美好生活需要同不平衡不充分的发展之间的矛盾，总任务是实现社会主义现代化和中华民族伟大复兴。而且我国的国土面积是法国的14倍、德国的26倍，比整个欧盟的2倍还要多，13亿多人口，56个民族，横跨温带、亚热带和热带，地区发展不平衡，公民的个人能力和诉求差异较大，缺乏适用该理

论的客观条件。其次，三权分立并非包治百病的灵丹妙药。在信息、技术大爆炸的今天，现有三权分立理论的先天不足不断凸显，其适用范围、程度、方式、方法和效果还有待实践进一步检验。最后，我国实行的是中国共产党领导下的人民民主专政制度，优点是能集中力量办大事，缺点是自我监督导致监督力度不足。从实践效果来看，我国的文化、政治、经济都取得了飞跃式发展，经济增速长期稳定在 6.5% 以上，在全球主要经济体中名列前茅，人民生活普遍改善，国家由中华人民共和国成立前贫穷积弱的飘摇之态发展为现如今政局稳定、经济高速发展、外交活跃的鼎盛局面。实践证明在我国当前的这种制度下成绩是主要的，不足是次要的，而且国家和政府已经充分认识到了监督工作的重要性，在人大监督、司法监督等现有体制下采取了信息公开、设立监察部、巡视组、巡回法庭等多种方式因地制宜进行改革，这些改革措施已经取得了显著的成效。自古条条大路通罗马，三权分立并不是唯一有效的监督手段，随着改革实践和理论研究的不断深入，我们必能找到适合自己的发展道路。

我们常说研究问题、理论要结合本国国情，这仿佛是一句老生常谈，但也是一句正确无比的话。真理是有局限性的，在一定的范围内它是真理，超过了这个范围就变成了谬误，这个范围就是与真理紧密联系的实际情况。事实上任何一个国家在适用各种思想、理论时都在力求与本国的现实情况相结合，否则很难得出正确的结果。时代在不停发展，社会在不停地变革，思想也要不断地更新，因此我们永远不能停下创新脚步。