

构建刑事诉讼大数据证据审查体系

□从我国刑事证据审查机制看,目前所建立的是以法定证据类型为横向坐标,以“资料—证明—定案依据”为纵向审核流程的基础架构。大数据证据作为一种新兴的证据类型,理应适用现行刑事证据审查的体系框架。因而,可以按照刑事证据审查两道门槛分为“证明材料—证据”和“证据—定案根据”两个阶段对大数据证据进行审查。

□由“材料”到“证据”的审查是对证据准入资格的审查。证据准入资格审查应符合两大要求:材料转化为证据要具备合法性,证据材料要具备证明能力。其中,具备证明能力是实质性要件,合法性要求更多是形式上的要件。证据准入资格的审查可以借助证据能力的审查标准开展。

事证据审查两道门槛分为“证明材料—证据”和“证据—定案根据”两个阶段对大数据证据进行审查。

第一阶段:“证明材料—证据”阶段的审查

由“材料”到“证据”的审查是对证据准入资格的审查。根据刑事诉讼法第50条规定:“可以用于证明案件事实的材料,都是证据。”可见,“材料说”已经得到立法的采纳。“材料说”对部分还未取得及被法律纳入法定证据种类的案件证据材料放宽了限制,从而为大数据证据的适用提供了依据。但该条规定也对证据准入资格提出了要求,即必须具备能够证明案件事实的能力。因此,证据准入资格审查应符合两大要求:材料转化为证据要具备合法性,以及证据材料要具备证明能力。其中,具备证明能力是实质性要件,合法性要求更多是形式上的要件。证据准入资格的审查可以借助证据能力的审查标准开展。证据能力的审查一般分为:合法性审查、相关性审查、可靠性审查。大数据证据的合法性属于法律建构上的问题,尚无明文规定,因此,目前对大数据证据的证据能力审查应主要从相关性检验和科学性可靠性检验展开。

基于大数据在结构上的特性,审查大数据证据的相关性可以从三个方面进行:其一,技术选择的相关性。大数据技术选择须首先满足证据有助于发现案件事实因果关系的基础性要求,但不宜要求过高,只需满足大数据证据能够证明待证事

实的可能性即可;其二,数据的相关性要求。海量基础数据之间应具有关联性;基础电子数据与案件事实之间应具有相关性,这也是大数据与案件具有相关性的内在要求;其三,结论的相关性要求。最终得出的结论即大数据分析报告要与待证要件事实之间具有相关性,且能够发挥证明效果。

作为一种以数据科学为依托的证据,大数据证据的科学性检验同样可从三个不同层面进行:第一,技术的可靠性。简单来讲,就是用以算法模型为核心的数据处理方法将非结构化的海量数据结构化,并从中寻找数据与数据之间以及数据与案件事实之间的关联。违反有关技术的操作不仅可能影响海量电子数据资料的真实合法性,更可能影响大数据及分析报告的可靠性。对大数据证据的技术可靠性证成主要包括:选择该算法模型的原因、算法模型设计是否有效合理、分析报告是否有效三个方面。第二,数据的可靠性。大数据证据的可靠性要求大数据形成过程中产生的信息与原始数据要保持一致,包括数据收集、数据清洗和数据标注三个阶段的准确与真实,且没有被篡改、删减,在完整性的产物上还需要满足数据与数据之间、数据与客观事实之间不矛盾的要求。第三,结论的可靠性。大数据分析报告作为大数据证据最终的产物是基于目标海量基础数据分析得到的,需要满足大数据分析报告与原始基础数据、待证事实之间具有唯一的对应关系。除此之外,还要求对于不能被司法人员直观认知的报告,

要通过专门机构或者人员进行辅助分析,从而判断该报告与其他证据是否相互印证,是否具有可解释性。

第二阶段:“证据—定案根据”阶段的审查

“证据—定案根据”阶段的审查是对定案根据资格的审查,更多涉及司法人员的自由心证。由于证明力的审查是大数据证据成为定案依据的必要条件而不是充分条件,这一阶段的审查与证明力的审查并不全然相同。

大数据证据必须查证属实。根据刑事诉讼法第42条第3款规定:“证据必须经过查证属实,才能作为定案的根据。”该规定一方面要求大数据分析的结论确实为真,并能够达到证明标准;另一方面也强调了证据转化为定案根据的程序性要件,即大数据证据需要经过“当庭出示、辨认、质证等法庭调查程序”查明属实后,才能作为定案的根据。

大数据证据的证明力要求。证明力从本质上来说主要体现在证据相关性的大小。证明力的审查与前述证据能力审查环节中相关性审查无本质差异,区别仅在于一个审查“有无”,一个更看重“程度”。但是,证明力的审查仍应在前述相关性要求的基础上注意以下三个方面:首先,证据之间具有相关性,也就是大数据证据之间以及与其他证据的证明之间必须存在一定的交集;其次,大数据证据与其他证据共同指向同一待证事实,“孤证不

能定罪”;最后,能够合理排除证据之间的矛盾。这三个阶段的要求层层递进,从正反两面提出整体性要求。

排除合理怀疑的审查要求。大数据证据作为定案根据还需要达到能够排除合理怀疑的程度,这主要涉及司法人员的自由心证,从而实现证明标准的主客观结合。虽然我国刑事诉讼定罪证明标准是综合全案证据排除合理怀疑,而不是根据单个证据就可以排除合理怀疑,但是二者并不完全对立,如果一个大数据证据存在不可排除的合理怀疑,那么它与其他诸多证据组合成的整体可能会存在证明风险。

构建大数据证据的审查体系,还应注重配套制度的完善,特别是完善大数据证据的“鉴真”制度。鉴真是对证据来源和提取过程的要求,即由专业人员对科学技术作出鉴别意见,揭示证据的真实性和相关性,具体包括以下两个方面:其一,对大数据证据的外部载体进行鉴别、清洗等过程和算法的作用后呈现的物质载体就是大数据证据的外部载体。对外部载体进行鉴真需要对证据保管链条的完整性进行证明,以确保大数据在上述整个过程中始终保持同一性。其二,对大数据证据的内部载体进行鉴真。对内部载体进行鉴真,应当对生成大数据证据的数据或代码的完整性进行审查,避免数据或代码被调换、编辑。

完善大数据证据的质证机制。大数据证据基于复杂的算法技术和数据采集等存在证据偏在问题,导致辩方在与控方对抗中处于弱势地位。因此,完善大数据证据的质证机制就尤为重要。由于大数据证据的证明机制以及算法黑箱的特点,应注重大数据证据源代码的揭示,让主导证据生成的源代码在质证过程中发挥重要作用,同时可以适用专家辅助人制度,以应对因专业性程度较高导致的诉讼不平衡问题。

(作者单位:西南政法大学法学院)



清华大学法学院教授周光权:我国应坚持统一刑法典立法模式



我国曾经在20世纪末就附属刑法立法进行过大量探索,但在1997年大规模修订刑法时走向了统一刑法典立法模式。近年来,在个别法律草案中,曾提出设立独立的罪刑规范,但相关犯罪的增设最终仍通过刑法修正案加以解决。虽然有不少学者呼吁在行政法及经济法中独立规定行政犯的构成要件和法定刑,但是,其方案在我国的可行性值得质疑。不同的刑法立法模式均有其优点,谈不上哪一种选择绝对优越,如何使立法更为实用和符合国情是特别需要考量的。在我国,如果采用附属刑法立法模式,难以抑制犯罪范围大幅度扩张的冲动;行政刑法与治安管理处罚法的关系变得很微妙、复杂;附属刑法的重罚倾向明显,容易引发刑罚过重攀比;犯罪之间的交叉、重叠关系可能徒增适用上的困难;行政法的旨趣是干预,其中所混杂的刑法规则在立法过程中难以得到充分讨论。在采用附属刑法立法模式的国家,学者们关于部分重要的附属刑法条文应回归到主刑法中的“反向呼吁”,值得我们思考。基于此,我国当下统一刑法典的立法模式定位准确,未来仍应继续坚持。

烟台大学法学院教授张卫平:再申诉权与监督权行使具有不同逻辑



民事再审无疑是民事公益诉讼理论和实务界特别关注的热点、重点领域。由于再审监督权的存在,使得我国的再审制度具有了不同于国外再审制度的特殊构造,也就形成了当事人再申诉权与法院再申诉权、检察院再申诉权并存、交错的状态。再申诉权与再审监督权在性质、目的、行使的逻辑上都有所不同。以往的研究往往忽视了这一方面,导致人们对两种不同权利(权力)行使逻辑存在误解,也就必然导致对再申诉权和再审监督权处置的错误;尤其是忽视了再审监督权在行使中对政治性、社会性因素的考量,误以再申诉权的逻辑理解再审监督权的行使。一旦正确认识了再申诉权与再审监督权的性质和行使的不同逻辑,就能够按照彼此的逻辑作出正确处理,由此才能有意识地平衡和协调两者的关系,以充分、合理地实现制度设置的目的。

西南政法大学法学院教授陈伟:厘清减刑假释实体条件与程序运行



减刑假释作为刑罚执行阶段的制度适用,承担着前期诉讼程序公正价值实现的重要使命。刑罚退出机制系减刑假释的价值基石,刑罚退出的顺畅与否检视着减刑假释的实践运行情形,也指引着减刑假释制度从实体到程序的一体化完善。减刑假释背后蕴藏着对危害行为刑责担负的减轻和犯罪行为入罪作为适格主体的社会回归,系法律价值与社会价值的功能统一。刑责退出视域下的减刑与假释并不是资源排挤和制度互斥关系,应该从体系层面注重二者的彼此互动和综合效能发挥,并从刑罚执行的日常考核、撤销变更适用、危险性评估与审理方式等层面进行完善。厘清减刑假释实体条件与程序运行既是确保刑罚退出正当性的基础,也是刑罚执行向现代化迈进的重要保障。

浙江大学光华法学院副教授李世阳:审视贿赂犯罪差序构造分析保护法益



贿赂犯罪教义学体系的建构需要统一的保护法益作为指导。在贿赂犯罪的构造上,应超越传统的受贿人与行贿人的两极构造,从分配行政的立场出发,依据平等的社会一般人、全体国民、国家的视角逐层考察受贿人与行贿人形成的交易关系所侵害的内容。与贿赂犯罪的这种差序构造相对应,贿赂犯罪的保护法益也由渐进式的三重内容构成,第一重是从与行贿人处于同等的资源竞争地位的平行社会一般人的视角出发,贿赂犯罪侵犯了其获取维系生存和自由发展的公共资源的机会公平性;第二重是从全体国民的视角出发,贿赂犯罪破坏了国民对于凭借自己实力获取相应公共资源的信赖利益;第三重是从国家的视角出发,贿赂犯罪累积性地侵犯国家这一抽象人格体的存在根基。

(以上依据《比较法研究》《法律科学》《中国刑事法杂志》《政治与法律》,陈章选辑)

《澳门民事诉讼法典》确立了合作原则与善意原则,对恶意诉讼进行规制——

恶意诉讼须承担公法责任与私法责任

□《澳门民事诉讼法典》对恶意诉讼作了较为系统的规定,在宏观层面确立了合作原则和善意原则两大基本原则予以指导,在微观层面对恶意诉讼的表现形式作了列举式规定,明确了恶意诉讼的判断标准、损害赔偿及其处罚,有利于恶意诉讼的识别和规制,这些经验对检察机关开展虚假诉讼民事检察监督工作提供了有益启示。

□民事检察监督应从“纯洁司法环境、净化诉讼秩序、维护司法公正”的监督目的出发,将虚假诉讼的规制重心放在诉讼事实本身的真伪上,而不必纠结于该行为是单方还是双方所为,从而将单方虚假诉讼行为也纳入监督。

观察

□黄旭东 邓娟

在民事诉讼领域,失信行为时有发生,恶意诉讼屡禁不止。《澳门民事诉讼法典》设置专章对恶意诉讼作了较为系统的规定。

对恶意诉讼主观要件的规定

恶意诉讼一词侧重于对主观性的描述,从字面上可理解为该类诉讼的行为人主观上须具有“恶意”。行为人的诉讼行为一旦被认定为具有“恶意”时将遭受否定性评价,对于行为人来说,意味着划定了诉讼自由的边界,所以,对行为人实施某种诉讼行为时其在主观认识上未达到何种应有的注意程度时才可被认定为“恶意”须予以明确规定。对此,《澳门民事诉讼法典》第385条第2款规定“因故意或严重过失而作出下列行为者,为恶意诉讼人……”也就是说,恶意诉讼的主观构成要件被界定为故意或严重过失。故意或严重过失是行为人在进行诉讼行为时对诉讼权利和诉讼程序所持有的主观认识状态,故意是指行为人明知自己的诉讼行为会导致某一损害后果而希望或者放任该后果发生的一种主观心理状态;过失是指行为人因疏忽或轻信而使自己未履行应有的注意义务的一种主观心理状态。就此,对恶意诉讼的主观要件进行了较为严格的规定,一般过失在所不问。

恶意诉讼人的内心意思须通过一定的行为展现出来。学界关于恶意诉讼的行为类型有广义和狭义之分:狭义的恶意诉讼只是指恶意提起民事诉讼;广义的恶意诉讼除了恶意提起民事诉讼外,还包括诉讼过程中权利的滥用行为。《澳门民事诉讼法典》采用广义说,在其第385条第2款对恶意诉讼的客观要件从诉讼行为人的诉讼主张、案

件的主要事实、诉讼合作义务、诉讼程序或诉讼手段的不当使用等四方面作了较为具体的描述。

对应《澳门民事诉讼法典》第一卷第一编基本规定的可以看出,第385条所列的各项违法诉讼行为至少违背了两项基本原则。该法典第8条规定了合作原则,而第385条第2款c项所列诉讼行为则是第8条规定的背离,妨碍民事诉讼目的实现;第9条规定了善意原则,而第385条第2款a、b、d三项内容涉及诉讼行为人为无理主张、歪曲事实、程序滥用等方面,这些诉讼行为无疑是对善意原则的破坏。另外,上述恶意诉讼行为是由诉讼行为人单方决定实施,还是在双方串通后实施并无限制。

对恶意诉讼的惩罚及有关损害赔偿规定

恶意诉讼行为人的上述不法行为可能损害对方当事人或案外第三人的合法权益,同时也破坏了诉讼秩序,应承担相应的法律责任。《澳门民事诉讼法典》从公法责任和私法责任两方面作了规定:

在公法责任方面,《澳门民事诉讼法典》第385条明确规定当事人出于恶意进行诉讼的,法院必须对其判处罚款。如果当事人是无行为能力人或法人,根据第387条的规定,该罚款责任由恶意进行诉讼的代理人或代表负责。如若当事人的诉讼代理人参与了恶意诉讼,无疑背离了诉讼代理人应秉持的法律职业伦理,将受到律师公会和法院的制裁。根据第388条规定,“如

证实当事人之诉讼代理人对其在案件中恶意作出之行为负有个人责任,则如代表律师之机构,对于其处以有关处分,并判处该诉讼代理人就诉讼费用、罚款及损害赔偿负担视为合理之份额。”同时,法院还要判处该诉讼代理人就当事人的罚款负担合理份额。

在私法责任方面,《澳门民事诉讼法典》规定了恶意诉讼的损害赔偿,即第386条第1款规定:“他方当事人得请求判处恶意诉讼人作出损害赔偿。”对于损害赔偿的计算项目、赔偿方式、裁量空间、支付对象则在第2款作了细致规定。其中,将他方当事人的损害分为两类:一是受害人为应付恶意诉讼所付出的诉讼开支,以及恶意诉讼对受害人造成的其他损失。诉讼开支的项目较为清晰,如受害人支付的律师费、差旅费、鉴定费等等;受害人的其他损失则是较为宽泛的表述,通常是指受害人因恶意诉讼导致其债权未能如期实现而产生的直接财产损失、企业商誉损害等,对于受害人因恶意诉讼而丧失交易机会、预期利益等间接损失似乎也并不排除。损害赔偿的形式必须是确定的金钱给付。只要其他损失的证明资料充分,法院即可作出赔偿判决,即使相关资料不完备,法院也可酌情确定合理赔偿金额。如果当事人是无行为能力人或法人,诉讼费用及损害赔偿的责任由恶意进行诉讼的代理人或代表负责。若当事人有行为能力,但诉讼代理人被证实对恶意诉讼负有个人责任的,也将被法院判处就诉讼费用、损害赔偿负担合理份额。

对恶意诉讼进行规制的启示

《澳门民事诉讼法典》对恶意诉讼作了较为系统规定,在宏观层面确立了合作原则和善意原则两大基本原则予以指导,在微观层面对恶意诉讼的表现形式作了列举式规定,明确了恶意诉讼的判断标准、损害赔偿及其处罚,有利于对恶意诉讼的识别和规制。这些经验对内地检察机关开展虚假诉讼民事检察监督工作提供了有益启示。

第一,厘清恶意诉讼与虚假诉讼的关系。虚假诉讼与恶意诉讼二者是何关系?对此,理论观点不尽一致。有学者主张,不区分恶意诉讼与虚假诉讼。也有学者认为,恶意诉讼与虚假诉讼指向的是两种不同的诉讼形态,虚假诉讼指向的是恶意串通的双方行为,恶意诉讼则是单方的违法行为,所以,二者是并列关系。还有学者认为,恶意诉讼的形态更为丰富,虚假诉讼只是其中之一,恶意诉讼是虚假诉讼的上位概念。恶意诉讼重在明确行为人的主观恶意及其行为表现形式,并未刻意区分恶意诉讼是单方所为还是双方合谋。虚假诉讼的核心是事实本身的虚假性,该法典所列恶意无据起诉、歪曲案件事实等行为与虚假诉讼有所关联,但还有超出虚假诉讼范畴的滥用诉讼权利、恶意不合作等行为类型,形态更为丰富。可以说,恶意诉讼是比虚假诉讼外延更为宽泛的概念。恶意诉讼重在强调主观恶意,虚假诉讼只是恶意诉讼中主观更为恶劣、后果更为严重、制裁更有必要的一种不诚信诉讼行为。