



Beihang Law Journal

北航法学

2016年第2卷

初殿清/主编



中国政法大学出版社



Beihang Law Journal

北航法学

2016年第2卷

初殿清/主编



中国政法大学出版社

2016 · 北京

- 声 明
1. 版权所有, 侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题, 由出版社负责退换。

图书在版编目 (C I P) 数据

北航法学. 2016年. 第2卷/初殿清主编. —北京: 中国政法大学出版社, 2016. 12

ISBN 978-7-5620-7262-1

I. ①北… II. ①初… III. ①法学—文集 IV. ①D90-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2016)第325390号

- | | |
|-----|---|
| 书 名 | 北航法学 (2016 年第 2 卷) |
| | Beihang Faxue 2016 Nian Di 2 Juan |
| 出版者 | 中国政法大学出版社 |
| 地 址 | 北京市海淀区西土城路 25 号 |
| 邮 箱 | fadapress@163.com |
| 网 址 | http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社) |
| 电 话 | 010-58908435 (第一编辑部) 58908334 (邮购部) |
| 承 印 | 固安华明印业有限公司 |
| 开 本 | 650mm × 960mm 1/16 |
| 印 张 | 14.25 |
| 字 数 | 233 千字 |
| 版 次 | 2016 年 12 月第 1 版 |
| 印 次 | 2016 年 12 月第 1 次印刷 |
| 定 价 | 35.00 元 |

主 办：北京航空航天大学法学院

学术委员会：

孙新强 龙卫球 郑丽萍 刘保玉

肖建华 付翠英 赵 明 郑显文

孙国瑞 任自力 姚中秋

主 任：龙卫球

编辑委员会：

初殿清 康子兴 泮伟江 田飞龙

王天凡 王永茜 余盛峰 翟志勇

主 任：泮伟江 翟志勇

本卷主编：初殿清

信息时代刑事司法的 发展与思考

(代前言)



陈光中* 初殿清**

当今世界,科技进步日新月异,信息发展之迅猛更超乎想象。但是事物充满辩证法,信息技术带有负能量。诚如美国信息学大师詹姆斯·格雷克所言:“新的信息技术在改造现有世界景观的同时,也带来了混乱。在这场混乱中,希望与恐惧相互交织。”^[1]本文拟就信息时代刑事司法的发展问题,结合中国实际,略抒己见,就教方家。

一、信息时代刑事司法实践出现的新变化

我们当下生活在信息时代。这并不是说此前人类社会中没有信息,铁器时代和蒸汽时代也存在着各种形态的信息。“世界上几乎任何事物都可以用信息的方式量化。”^[2]信息一直都在,但第三次工业革命通过数字技术、个人电脑、互联网使得信息急速增长和迅速传

* 陈光中,国家2011计划司法文明协同创新中心首席科学家,中国政法大学诉讼法学研究院终身教授,博士生导师。

** 初殿清,北京航空航天大学法学院副教授,法学博士。

[1] [美]詹姆斯·格雷克:《信息简史》,高博译,人民邮电出版社2013年版,第405页。

[2] [美]詹姆斯·格雷克:《信息简史》,高博译,人民邮电出版社2013年版,第vii页。

播成为可能,于是出现了信息爆炸,数字化信息遍布人类社会各个角落,人类强烈地认识到信息的存在及其强大的能量,是谓信息时代。而今,以无人驾驶、人工智能、新型材料、3D打印、5G通信等为标志的第四次工业革命即将席卷全球,深度影响人类社会生产生活的各个角落。^[1]数字化、智能化革命不但在宏观上深刻撼动着生产组织方式和世界经济格局,微观上也改变着每一个人的生存状态和生活方式。人类社会各个领域面临着从观念到模式到具体制度的新一轮转型。我们已经逐渐习惯了屏读,习惯了利用网络搜索来获取所需,习惯了周围越来越多的生活用品上装有传感设备,习惯了现金甚至银行卡的逐渐退出,代之以二维码实现支付。

改变同样发生在刑事司法领域。若干年前,人们对信息技术影响刑事司法的理解还主要停留在技术侦查、远程视频作证、电子证据等领域;近年来,“大数据司法”“电子卷宗”“远程庭审指挥”“多媒体示证”“智慧法院”“数字法庭”“智能导诉”“智能书记员”“虚拟现实”等新概念在不断更新着我们的认知。刑事司法在信息时代(尤其是近些年大数据技术兴起后)的新变化可以主要概括为以下方面:

(一) 数据共享与深度应用

大数据、云计算日渐成为各行业辅助决策的关键词。在司法领域,数据共享及其深度应用主要体现为两种方式:一是办案机关内部数据、办案机关之间相关数据、办案机关与其他国家机关之间相关数据的深度挖掘与分析研判;二是办案机关与掌握大量数据的互联网企业联合,共享用户数据和技术资源,对社会信息资源深度挖掘与应用。

这两种方式在各地当前大力推进的“智慧法院”建设中均有体现。前者如重庆、福建等地,具体做法包括通过“云中心”汇集该省级区域内各法院的海量数据,将审判、政务、队伍、社会环境等关联信息归类整理纳入信息资源库,通过大数据技术分析研判审判

[1] Larry Elliott, *Fourth Industrial Revolution Brings Promise and Peril for Humanity*, at <https://www.theguardian.com/business/economics-blog/2016/jan/24/4th-industrial-revolution-brings-promise-and-peril-for-humanity-technology-davos>, last visited on June 20, 2016.

态势,例如,重庆法院系统的专项分析模块中包括了对醉驾、毒品、知识产权等案件的分析模块。^[1]后者的典型做法如浙江高院,2015年11月,浙江高院与阿里巴巴集团签订战略合作框架协议,借助阿里互联网平台的云计算能力和用户数据,建立“审务云”平台,实现当事人协查信息共享、文书送达、电子商务纠纷网上化解、金融犯罪预测预防等“互联网+”功能。^[2]

(二) 信息交互平台大量出现

近年来,刑事司法领域的信息交互平台建设发展迅速。根据信息接收方的不同,可大体分为两类:

第一类,公安司法机关之间的信息交互平台。相关平台使得刑事案件的办理可通过电子化、信息化的网络平台推进,有助于提高办案效率。例如全国检察机关统一业务应用系统;又如部分地区通过建立诉讼数据信息共享平台,实现所办理案件信息在公检法之间流转。与此同步的配套举措是电子卷宗制度。电子信息平台的有效运转需以信息的电子化为前提,最高人民检察院基于各地多年来的探索,已于2016年初印发了《人民检察院制作使用电子卷宗工作规定(试行)》。由于其处于刑事诉讼中间环节,检察机关的电子卷宗建设又间接推动了公安机关与法院的相关改革。

第二类,公民与办案机关的信息交互平台。具体又包括诉讼参与人与办案机关的交互平台以及司法信息向一般公民公开的平台。前者使诉讼参与人参与案件更为便捷,例如网上报案、网上立案、律师网上阅卷^[3]等,有的地区在刑事案件领域也开始尝试电子送

[1] 吴晓锋:“探访重庆法院数据‘云中心’:‘智慧法院’如何‘智慧’审判”,载《法制日报》2015年6月30日,第4版。何晓慧:“福建解码打造‘智慧法院’路线图”,载《人民法院报》2015年8月17日,第1版。

[2] 孔令泉、张兴平:“‘智慧法院’之浙江实践”,载《民主与法制时报》2015年12月5日,第4版。

[3] 如果律师申请阅卷,检察机关案管部门在审核认证后,将电子卷宗调入独立终端供查阅。

达^[1]。后者有助于增进司法公开的透明度。例如,最高人民法院已建成四大司法公开平台。其中,中国裁判文书网、中国庭审公开网便是一般公民了解刑事司法办案情况的网络平台。根据2015年底之前相关数据的统计,法院公开文书数量与办结案件的比例大约在50%左右^[2],文书公开的要求有待进一步落实。2016年7月,最高人民法院修订发布了《关于人民法院在互联网公布裁判文书的规定》,以全面、及时为原则,加强了对公开裁判文书的规范。

(三) 信息化、数字化的办案方法与证据形态

20世纪后期,信息技术对刑事司法的影响还主要体现为技术侦查中的监听。进入21世纪,尤其是2010年之后,信息技术、数字技术的迅速发展,使得刑事司法侦查、起诉、审判等各个环节都出现了若干新变化,主要体现于证据形态和办案方法两方面。

证据形态上,电子信息技术渗透到社会生活的各个方面,也被许多犯罪人用于作案过程之中,越来越多的证据(甚至是案件的关键证据)以电子化、数字化的形态展现,许多案件的办案人员在相关技术层面遭遇挑战,比如引起社会关注的“快播”案。相应地,证据形态的这种趋势性改变也在法律和司法解释的制定领域日益呈现出来:2012年《刑事诉讼法》《民事诉讼法》两大法律的修改,在证据种类中均增加了“电子数据”;2015年最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第116条对电子数据的内涵做了初步解释;2016年两高一部印发《关于办理刑事案件收集提取和审查判断电子数据若干问题的规定》,专门对刑事案件中电子数据的收集提取、审查判断作出规范。数字化证据近年来对刑事司法的影响可见一斑。

办案方法上,也出现了许多借助信息技术、数字技术的新方式。信息化侦查近年来已经成为侦查机关的重要办案理念,并具化为互

[1] 例如,广东法院受理的民事、刑事、行政、执行、再审案件,需要向诉讼参与人送达诉讼文书的,均可使用电子送达方式,但按照法律规定的判决书、裁定书、调解书除外。参见陈捷生:“广东法院率先推行诉讼文书电子送达”,载人民网, <http://legal.people.com.cn/n/2015/0105/c42510-26323853.html>, 访问时间:2016年8月3日。

[2] 马超等:“大数据分析:中国司法裁判文书上网公开报告”,载《中国法律评论》2016年第4期。

联网取证、智能终端取证、GPS 定位追踪、银行账户信息追踪等诸多以数字化信息为收集对象的具体侦查措施,同时逐渐形成了基于数据的案件研判方法。公诉领域出现了出庭公诉远程指挥系统、多媒体示证等信息化办案方式。各地法院探索电子法院建设,继远程视频作证之后,远程视频庭审的新闻也日渐见诸报端,目前较多适用于刑事再审案件^[1]、被告人认罪案件^[2]之中。在远程庭审过程中,法官位于法院、公诉人位于检察院、被告不押解出羁押场所,借助视频监控画面,在虚拟空间进行“面对面”审讯。此外,近期国外法庭科学的相关研究已经开始延伸至虚拟现实技术的使用探索。美国、英国、瑞士等国家均已启动将虚拟现实面罩用于帮助陪审团身临其境般感知和了解犯罪现场的相关研究。^[3]

(四) 人工智能的探索与尝试

继 IBM 于 2016 年 5 月宣布其研发的世界首位人工智能律师 Ross 诞生^[4]后,我国天同律所也在 10 月宣布国内首款法律机器人“法小淘”诞生,并已在无讼法务产品中使用,目前已能够基于法律大数据实现智能案情分析和律师遴选。^[5]人工智能在司法领域中的应用

[1] 刑事再审案件的被告人多数身处监狱之中,通常地处偏远,有法官指出前往审判时“在途往返需要三天,而审理可能不足半小时”。参见徐微:“法院视频开庭‘隔空审案’长春实现首例远程视频开庭”,载网易新闻,http://news.163.com/15/1230/10/BC30M01L00014SEH.html,访问时间:2016年5月21日。

[2] 例如许婷婷:“武汉中院首次利用远程视频开庭审理刑事案件”,载中国法院网,http://www.chinacourt.org/article/detail/2014/11/id/1480082.shtml,访问时间:2014年11月22日。周晶晶:“武汉江汉:远程视频庭审系统首秀公诉人开庭‘足不出院’”,载正义网,http://www.jcrb.com/procuratorate/jcpd/201610/t20161024_1664771.html,访问时间:2016年10月21日。陈璋:“被告人不在场远程视频庭审”,载中国江西网,http://www.jxnews.com.cn/jxrb/system/2015/11/27/014487095.shtml,访问时间:2015年11月28日。

[3] See Laura Bliss, *The “Oculus Rift” and the Courtroom*, at <http://www.citylab.com/crime/2015/03/the-oculus-rift-and-the-courtroom/385351/>, visited on 2015-3-17. Also see G. Clay Whittaker, *British Jurors Can Now Visit Crime Scenes in Virtual Reality*, <http://www.popsoci.com/uk-using-vr-headsets-for-jurors>, visited on 2016-5-30.

[4] 该智能律师目前就职于纽约 Baker & Hostetler 律师事务所。参见刘思瑶:“IBM 研发出世界第一位人工智能律师——Ross”,载环球网,http://tech.huanqiu.com/original/2016-05/8935344.html,访问时间:2016年5月17日。

[5] 谢珊娟:“中国首个法律机器人来了,‘法小淘’现场‘秒算’律师震惊全场”,载 <https://yq.aliyun.com/articles/61731>, 访问时间:2016年10月18日。

并不仅仅出现于律师行业,法院也开始尝试使用人工智能协助办案。比如,2016年6月,杭州市西湖法院审理的宣某危险驾驶案被认为是国内首例由人工智能程序替代书记员完成庭审笔录的案件,这款程序来自阿里云,被称为小Ai。随后,西湖法院又对一起盗窃案试用了小Ai。^[1]再如,2016年5月,安徽省马鞍山市雨山区法院诉讼服务大厅开始使用智能导诉机器人“小雨”,能够就立案、开庭公告等事项熟练地向当事人提供方便快捷的导诉服务,是该法院根据最高人民法院“法院信息化3.0”改革在“人工智能+法律”领域进行的探索。^[2]

二、新变化与刑事司法基本理念的碰撞

信息社会中司法实践出现的变化,给刑事诉讼法学研究带来了许多需要思考的新方面,下面仅结合刑事司法基本理念谈谈两个问题。

(一) 控制犯罪与保障人权的平衡点

个人数据与隐私之间的天然联系,使得隐私权问题成为信息社会语境下研讨控制犯罪与保障人权两大价值目标之间平衡点的重要课题。

伴随犯罪手段信息化、智能化程度的加深,信息数据尤其是作案痕迹数据(留存于计算机、手机、网络、电信记录、金融机构记录中的数据等)、踪迹线索数据(GPS信息、取款地信息、支付地信息等)在刑事案件中的重要性日益凸显,各国刑事办案机关对数据的需求比以往更加迫切。其中,一部分数据可以由办案机关在严格遵守程序的前提下依靠自身力量获取,但也有相当一部分数据处于第三方(金融、电信、网络运营单位等)的掌握之中,需要从后者处获得,具体方式又包括两种:一种是通过第三方单位的个案协助

[1] 参见陈瑜艳:“浙江高院庭审引入人工智能做笔录准确率达96%”,载网易新闻,<http://news.163.com/16/0609/11/BP480EP400014JB5.html>,访问时间:2016年6月9日。

[2] 汪再荣、李玥:“智能导诉机器人亮相马鞍山”,载《人民法院报》2016年5月25日,第4版。

义务来实现,另一种是办案机关与第三方单位的数据平台实现互通^[1]。此外,有时办案机关向第三方提出的协助要求并不直接指向数据获取,尽管以获取数据为最终目的。比如要求产品商或网络运营商提供解码技术支持,以获取某一特定设备中或信息交互过程中的数据。出现这一情况的主要原因是科技的迅速发展使得办案机关仅依靠自身的技术力量无法破解案件中的技术问题,在办案中遭遇了重大障碍,于是便寄望于产品或服务的提供者予以技术支持,典型案件比如美国的苹果案^[2]和 WhatsApp 案^[3]。

与此同时,人们感到了来自隐私保护领域的压力和担忧。关于解决问题的方案,相关领域研究者发起过诸多讨论,提出过若干观点:有观点主张个人在提供信息时进行数字化节制,然而,分享个人信息能为用户提供价值,人们或许并不想放弃新兴科技带来的诸多便利而成为数字时代的隐士^[4];有观点建议,根据信息社会的特点,重构隐私的内涵,将一部分信息数据从隐私中释放出来,然而,

[1] 比如美国目前的七十多个融合决策中心,通过政府与私营行业的合作,在各地收集并分享与“威胁”相关的政府和私人信息。融合决策中心以信息共享名义让政府能够从私营行业收集信息,从而绕过宪法对于信息采集行为的限制。参见[美]弗兰克·帕斯奎尔:《黑箱社会》,赵亚男译,中信出版集团2015年版,第64~65页。

[2] 苹果公司与美国 FBI “iPhone 解锁”事件:2015 年 12 月美国加州发生一起枪击案,造成 14 人遇害、17 人受伤严重后果,两名枪手被当场击毙,嫌疑人遗留下的加密 iPhone 成为案件突破口。由于在输入一定数量错误密码后手机就会失效, FBI 寻求苹果公司协助解码,遭到拒绝。2016 年 2 月,联邦地方法院要求苹果帮助 FBI 解锁嫌疑人的苹果 iPhone 5c 手机。苹果首席执行官对法院命令作出公开回应,表示不会执行法庭命令,因为这是“FBI 要求苹果在 iPhone 构建一个后门,我们担心这种需求会破坏自由”。一些支持公众隐私权的示威者举行集会,抗议 FBI 的做法;随后,包括 Facebook、Twitter 以及谷歌在内的科技公司也表示支持苹果的做法。3 月,美国司法部透露另有其他公司可能帮助 FBI 解锁,不久,司法部撤销了对苹果提起的诉讼,同时宣布该提供帮助的公司所使用的方法被证实是可行的。

[3] WhatsApp 加密事件:隶属于 Facebook 的 WhatsApp 是全球最大的手机聊天工具,继苹果公司与美国 FBI 手机数据破解风波之后,2016 年 4 月,WhatsApp 宣布将对全球十亿用户启动端到端默认聊天加密。当用户在发送一条聊天信息时,能看到这则信息的只有他的聊天对象,无论网络犯罪集团还是政府机构,甚至是 WhatsApp 公司本身,都看不到聊天内容。WhatsApp 因其加密已成为多国司法部门的“眼中钉”。巴西执法部门逮捕了 Facebook 负责南美业务的负责人,理由是在一起贩毒案件中,WhatsApp 公司不愿意配合巴西警方提供部分用户的聊天信息。美国在调查一宗案件时,也需要获取 WhatsApp 用户的聊天信息,但是其加密特性妨碍了数据获取,导致警方获得的通信监听令毫无用处。

[4] [英]维克托·迈尔—舍恩伯格:《删除:大数据取舍之道》,袁杰译,浙江人民出版社 2013 年版,第 166~167 页。

有时一项数据是否涉及隐私并不容易判断^[1]；也有观点建议，只有经个人同意方能使用其隐私信息，使个人对该信息在每一阶段的用途都有知情权和控制权，相应地，政府与企业有收集和使用数据的告知义务^[2]；还有观点提出，通过确立“被遗忘权”来保护个人隐私，即在符合一定条件的情况下，数据控制单位应将该信息删除（比如个人基于某一目的将数据提供给网络服务商，目的达成后，个人便有权要求对方删除该数据）。^[3]

实际上，上述问题涉及三方利益：公共安全利益、商家的商业利益、个人的隐私利益。一般认为，隐私利益在商业利益面前有其明显的优势地位，但隐私利益在公共安全利益面前却并不具有这样的绝对优势。与其他研究领域有所不同，在刑事司法这一特殊领域，与个人隐私相关的信息数据并非不可获取^[4]，而是应当以遵循以下原则为前提：①必须在法定正当程序中合理获取；②在使用数据过程中应注意保密，且不得滥用，为此应当设置有效的监督部门与程序；③被追诉者有权在适当程序环节中了解自己被使用的信息内容及该内容如何影响了判决结果，并有机会对该信息数据的可靠性、关联性、如何被使用（包括通过何种算法对海量数据进行研判）等问题提出质疑，而且在此过程中能够获得有效的帮助（来自律师和有专门知识的人）。相应地，刑事司法领域需要认真思考的是如何设计制度以使上述三项原则有效实现，而刑事司法领域对隐私边界等问题的研究也应当服务于这一中心而展开。

结合我国的立法与司法实践，以下问题值得关注：

第一，办案机关要求第三方提供数据的办案环节缺少严格设计的具体程序。目前我国相关法律和司法解释对刑事办案机关与掌握数据的第三方之间的关系主要通过两类条文加以规范：一类规定于

〔1〕 美国若干相关案例将问题集中于相关内容是否属于隐私的探讨。

〔2〕 [英] 维克托·迈尔-舍恩伯格：《删除：大数据取舍之道》，袁杰译，浙江人民出版社2013年版，第169~171页。

〔3〕 欧盟1995年《个人数据保护指令》第12条已对“被遗忘权”的相关理念有所体现，今年4月发布的欧盟《一般数据保护条例》第17条正式确立了“被遗忘权”（right to erasure）。

〔4〕 所以，被遗忘权目前在相当程度上并非刑事司法研究领域中的主要内容，而是集中体现为民事司法领域中商业利益与公民隐私利益之间的对抗。

侦查行为之中,主要体现为查询。查询这一侦查行为在《刑事诉讼法》中并未如同其他侦查行为那样得到强调,只是与冻结同时出现在相关条文之中。而在公安部《公安机关办理刑事案件程序规定》和最高人民检察院发布的《人民检察院刑事诉讼规则(试行)》中,查询更是被规定为在初查阶段可以采用的调查方法之一。可见查询被划定于任意侦(调)查手段的领域,在审查批准程序上并没有严格予以设计。但在信息数据技术日益发展的未来,查询所获得的信息数据将成为一种重要的办案资源,多方查询的数据综合结果与被查询人隐私的关联程度也将提升。查询将渐渐在传统含义的基础上发生嬗变,成为一种功能强大且对个人隐私更具透视性的侦查方法,其程度将来甚至可能不低于技术侦查。另一类规定体现为第三方配合义务。除了《刑事诉讼法》中所规定的“任何单位有义务按照检察院和公安机关的要求交出证据”的义务外,2015年底通过的《反恐怖主义法》和2016年11月通过的《网络安全法》进一步提出了相关单位的技术支持义务^[1],包括技术接口和解码等,但对于办案机关在要求第三方履行上述义务时应当遵循怎样的程序并无具体规定。应当加强该领域的制度完善和理论思考,前述有关2016年初美国大热的苹果案和WhatsApp案讨论便是这一问题的现实个案,相关问题也会出现于我国将来的案件之中。

第二,检察机关的监督权在个人信息数据使用的环节上如何落实?作为国家法律监督机关,检察机关无异于刑事司法全程中一双时刻警醒的眼睛,监督各个程序环节依法进行;而且这双眼睛应当能够敏锐地察觉到伴随时代发展而发生的新变化,不断调整其监督重点。当信息数据技术越来越多地成为重要的办案方法之一时,检察机关便应当开始预见和关注该领域可能发生的问题。为了防止违法获取数据、滥用数据、在关涉隐私的数据上未尽保密义务等情况的发生,有学者已经提出,“需要有人来监测他们如何监测他人”^[2]。纳入刑事诉讼之中,后一监测指的是办案者对嫌疑人的调查,前一监测

[1] 《反恐怖主义法》第18条要求提供“技术接口和解密等技术支持和协助”,《网络安全法》第28条要求提供“技术支持和协助”。

[2] [美] 弗兰克·帕斯查尔:《黑箱社会》,赵亚男译,中信出版集团2015年版,第217页。

则指程序监督者对办案行为的监督。在当前刑事诉讼权力分配结构下,检察机关应当承担起这一职责;检察机关的监督权在个人信息数据使用的问题上如何落实,将是规则制定者未来需要认真思考的问题。

第三,尽管法律已明确规定通过技术侦查所获材料可以作为证据使用,但实践中,其在法庭上作为证据出现的情况却很少,如何保障被追诉人的个人信息使用知情权以及有效质证权呢?在刑事诉讼中,就信息数据的使用而言,相当程度上,一方是透明的公民,另一方是不透明的办案机关和第三方单位。技术侦查所获数据材料尤其如此。除了作为一般办案规律的侦查阶段不透明性以及技术侦查秘密性以外,实践中该材料作为证据在法庭上接受质证的情况并不常见。尽管《刑事诉讼法》规定了此类材料可以作为证据使用,但由于并未要求必须接受质证,以及法律同时规定了可以由审判人员在庭外对之进行核实,实践中,许多使用了技术侦查材料的案件中,对该证据的调查是由公检法三家采用庭外核实的方式进行的,被告人及其辩护人并不知情。而技术侦查活动通常采用的是记录监控、行踪监控、通信监控、场所监控等措施,所得数据材料与侦查对象的个人隐私关系甚大。基于侦查阶段特殊性以及技术侦查方式特殊性的考虑,在侦查过程中难以满足被侦查个体对办案机关获取哪些数据以及如何分析使用该数据的知情权和质疑权,但至少应在审判阶段使这些权利得到满足,应给其机会质疑这些用于影响审判的数据的可靠性、完整性、关联性以及具体如何被分析使用等情况。并且,考虑到某些涉及具体技术的问题,获得有经验的辩护律师和有专门知识的人的帮助也是其有效行使权利的必要前提。否则,随着将来信息数据对案件结果产生的影响越来越大,被追诉人可能会在并不了解自己案件的情况下被定罪量刑。

(二) 刑事诉讼构造视角下再检视

现代刑事诉讼构造的基本内涵可以通过控审分离、裁判者中立、控辩平等三句话来描述。其中,控审分离是现代刑事诉讼构造得以初具形态的基本条件,而在裁判者中立与控辩平等两者之间,裁判者中立是保障控辩平等的基本前提。当前刑事司法实践中出现的许多新做法,使人们在为司法能力日益现代化而欣喜的同时,也在一定程度上对新实践给刑事诉讼构造带来的潜在影响带来担忧。这里

结合裁判者中立和控辩平等两方面稍作分析。

第一，关于裁判者中立。“十三五”期间，建成以大数据分析为核心的人民法院信息化3.0版是我国法院系统着力发展的目标之一^{〔1〕}，“智慧法院”已成为各地各级法院建设的新关键词。但应当如何理解法院信息化过程中的“跨界融合”？在上文谈到的实践中的两种建设方法之中，有一种是法院与商业第三方平台联手共建，代表性做法比如浙江高院2015年末与阿里巴巴集团签订战略合作框架协议，借助阿里互联网平台的云计算能力和用户数据，建立“审务云”平台，实现协查信息共享等功能。然而，法院作为国家审判机关，中立性被认为是实现其公正与权威的基本保障，因而法院通常需要保持一种超然的地位，不宜与商业运营主体轻言“联姻”。商业主体随时可能成为某具体个案中的当事人，在这样的案件中，即使法官秉公裁判，也会在公众心中留下许多质疑。

当前处于社会转型初期，互联网企业作为该时期的先锋力量，其技术和数据掌握情况在整个社会中展现出极大优势，各个领域的话语交流平台上都可以看到互联网企业的身影，而相对应的是刑事司法机关自身的技术和数据开发尚处于起步阶段，因此，对于部分法院借助互联网企业的技术力量和数据资源发展自身审判能力的做法，在社会转型初期可以得到理解，但这种选择值得认真思考，法院信息化的过程不能失去了司法活动的基本价值立场，切莫让法院有了智慧，失了超然。

智慧法院的建设，应当自上而下，国家统筹；审判机关的智慧化过程，应当尽可能依靠国家自有的技术力量。近日，最高人民法院发布消息成立天平司法大数据有限公司，由最高人民法院信息技术服务中心和中国电子科技集团公司等单位共同成立，致力于司法大数据的研究应用，全面参与“智慧法院”建设，使司法大数据更好地服务司法审判执行。^{〔2〕}我们认为，这是法院信息化过程中跨界融合的较好方式。

〔1〕《中国审判》编辑部：“人民法院信息化建设五年发展规划（2016~2020）”，载《中国审判》2016年第5期。

〔2〕李万祥：“天平司法大数据有限公司成立助力‘智慧法院’建设”，载凤凰网，http://finance.ifeng.com/a/20161110/14999780_0.shtml，访问时间：2016年11月11日。

实际上,不仅仅是司法机关,任何公权力部门与商业运营实体结成长期合作关系时均应三思而后行,因为这层关系的存在会使人们质疑公权力是不是值得信任的。美国有研究者曾分析了谷歌当前在美国“大到不能倒”的地位。“当谷歌在网络监测方面与国土安全部门和美国国家安全局并肩作战时,它还用得着担心可能会违反反垄断条款吗?谷歌公司在监测方面的地位太重要了,以至于政府要对其维护到底。”^[1]“当我们进入信息时代后,政府与主流商界之间的旋转门关系越来越明显,越来越令人不安。”^[2]而英国的做法值得借鉴,英国政府成立了一个专门的解密部门,用来协助警方破译加密密码。^[3]

第二,关于控辩平等。建设“数字法庭”是各国刑事司法改革发展的趋势,比如,电子档案、电子卷宗的推广使用,通过视频技术的开发实现远程讯问、远程询问,法庭之上的多媒体示证,等等。我国近年来也在这一领域进行了大量探索,本文中已有谈及。但在将科技元素用于司法活动的探索和尝试中,有些做法的正当性可能需要进一步思考。

举一个越来越频繁地出现在各地司法之中的新型实践事例:近年来,若干地区的检察院出庭公诉远程指挥系统开始应用于刑事案件庭审。出庭公诉远程指挥系统运用网络专线视频双向联通法庭内外,实时同步传输庭审场景,实现检察院对出庭公诉的远程指挥、协助和观摩功能。^[4]该系统目前在内蒙古、河北、山东、江苏、浙江、广东、海南等地均有实践。其主要功能是对公诉人进行即时后方支援:一方面,检察院可以集中多位经验丰富的检察官对庭审进行同步观察,并指导现场的公诉人如何应变,集检察机关集体智慧,帮助出庭公诉人准确应对庭审中可能出现的复杂情况;另一方面,

[1] [美] 弗兰克·帕斯奎尔:《黑箱社会》,赵亚男译,中信出版集团2015年版,第71页。

[2] [美] 弗兰克·帕斯奎尔:《黑箱社会》,赵亚男译,中信出版集团2015年版,第280页。

[3] [英] 约翰·帕克:《全民监控:大数据时代的安全与隐私困境》,关立深译,金城出版社2015年版,第257页。

[4] 刘品新:《网络时代刑事司法理念与制度的创新》,清华大学出版社2013年版,第88页。

检察院信息指挥中心的示证系统往往与法庭多媒体示证系统连接，可以在后方补充示证，将某些急需的材料迅速传给公诉人。

这种新型实践无疑会增进指控一方行使控诉职能的效果，提升有效控制和惩罚犯罪的效果。然而，这一目标却并非刑事诉讼目的的全部，而只是其中一翼。反观被告人及辩护人一方，却并无可能在庭审过程中求助于自己的智囊团。根据我国法庭的相关规则，法庭中的全体人员均不能“拨打或接听电话”，也不能“对庭审活动进行录音、录像、拍照或使用移动通信工具等传播庭审活动”，自2016年5月1日起施行的《中华人民共和国民事诉讼法法庭规则》亦如此规定。这意味着法庭之上的人员就庭审内容与外界即时联系的做法并没有相关依据的支持。刑事诉讼构造中的控辩平等，在审判环节应当得到最佳体现。之所以将“审判”作为刑事诉讼的“中心”，是因为这是一个控辩双方能够在中立第三方面前进行平等对抗的阶段，是公开度、透明度最大的阶段，也是最饱满地体现刑事诉讼等腰三角构造的阶段。对于控辩双方而言，法庭是一个相对封闭的对抗空间。在法庭之外，控方因是国家机关而具有力量上的天然优势，这种力量优势不宜在法庭之上继续延伸，否则便可能妨害控辩平等的实现。

值得大家留意的是，许多国家在其法庭技术化改革指南性文件中，强调了法庭技术受益方的普遍性，而并非法庭通过提供便利使某一方获益。比如，《2015年美国联邦司法战略计划》谈到运用科技助力法庭建设的目的在于识别并满足当事人及公众的需求，为其获取信息、服务和接近司法提供帮助，增进当事人对司法的信任^{〔1〕}；再如，《2016年英格兰及威尔士大法官司法报告》中提到在所有刑事法庭中安装wifi以便当事人、辩护人及其他诉讼参与人就电子案卷等与法庭交流^{〔2〕}。实际上，早在20世纪末互联网科技较多适用于司法界之初，便有相关研究者就类似问题表达了关切。例如，美国司法部司法项目办公室1999年发布的一项实证调研结果表明，公设辩护人的技术装备和技术操作水平远低于公诉人、警察、缓刑官等，该报告建议给公设辩护人配备必要的技术工具，以便其能够更

〔1〕 See Issue 4, *Strategic Plan for the Federal Judiciary*, September 2015.

〔2〕 See *Judiciary of England and Wales, The Lord Chief Justice's Report 2016*, p. 15.