

●何家弘 / 主编

证据学论坛

第九卷

ZHENGJUXUE
LUNTAN

中国检察出版社

证据学设计

◎ 何家弘/主编 ◎ 刘品新/副主编

证据学论坛

第九卷

ZHENGJUXUE
LUNTAN

德恒证据学论坛系列讲座专刊

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

证据学论坛. 第9卷/何家弘主编. —北京: 中国检察出版社, 2005

ISBN 7-80185-412-8

I. 证… II. 何… III. 证据-理论研究-文集
IV. D915.130.1-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2005) 第 042789 号

证据学论坛 (第九卷)

德恒证据学论坛系列讲座专刊

主编 何家弘 副主编 刘品新

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区鲁谷西路 5 号 (100040)

网 址: 中国检察出版社 (www.zgjccbs.com)

电子邮箱: zgjcbs@vip.sina.com

电 话: (010)68658767(编辑) 68650015(发行) 68650029(邮购)

经 销: 新华书店

印 刷: 北京鑫海金澳胶印有限公司

开 本: A5

印 张: 8 印张

字 数: 190 千字

版 次: 2005 年 6 月第一版 2005 年 6 月第一次印刷

书 号: ISBN 7-80185-412-8/D·1390

定 价: 20.00 元

检察版图书, 版权所有, 侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

目 录

卷首白话	享受证据学的三维空间	何家弘/3
第一讲	网络犯罪与电子证据	盘冠员 刘品新 皮勇/7
引言		/7
一、国内网络犯罪的现状与收集电子证据的实践		/8
二、国外的电子证据调查措施立法		/13
三、国外的电子证据规则		/18
四、评论、质疑与回应		/28
第二讲	刑事证据制度改革和完善	戴玉忠/37
引言		/37
一、刑事证据制度改革的必要性		/38
二、关于无罪推定的原则		/41
三、关于沉默权制度		/44
四、关于证人作证制度		/46
五、关于非法证据排除规则		/48
六、关于庭前证据开示制度		/49
七、关于刑事司法鉴定制度		/51

2 证据学论坛 (第九卷)

八、评论、质疑与回应	152
第三讲 中国鉴定制度的问题与出路	
..... 李学军 张桂勇 罗国良	159
引言	159
一、我国当前鉴定制度存在的主要问题	159
二、鉴定的本质分析与鉴定结论的审查评断	165
三、鉴定制度改革的设想与建议	174
四、评论、质疑与回应	181
第四讲 刑事证据的立法思考	王尚新/87
引言	187
一、研究刑事诉讼的特殊性,是刑事证据立法的前提	189
二、处理好打击犯罪与保障人权的关系,是刑事证据立 法的关键	199
三、评论、质疑与回应	101
第五讲 证人制度改革纵横谈 吴丹红 房保国 刘立霞	109
引言	109
一、证人的权利与义务制度	110
二、证人的安全保护制度	115
三、证人证言的认证制度	118
四、评论、质疑与回应	122
第六讲 查处毒品犯罪中的疑难证据问题 崔 敏	131
引言	131

一、如何证明当事人对持有的毒品在主观上是否明知	1133
二、毒品犯罪嫌疑人反驳指控的某些特定情况下应承担部分举证责任	1134
三、如何区分运输、贩卖毒品和非法持有毒品	1136
四、毒品案件侦查中如何运用技侦手段	1137
五、缉毒警察能否出庭作证	1139
六、诱惑侦查的法律界限	1140
七、对马仔和老板是否应当区别对待	1141
八、评论、质疑与回应	1142
第七讲 被告人翻供三人谈 童 勇 陈 碧 廖 明	1147
引言	1147
一、如何理解口供与翻供	1147
二、被告人翻供的原因分析	1152
三、如何看待和处置翻供现象	1155
四、被告人口供/翻供的认证	1161
五、评论、质疑与回应	1168
第八讲 “陷阱”·卧底·线人	
—— 犯罪侦查中的特殊方式 周伟光 蒋胜杰 刘为军	1177
引言	1177
一、侦查圈套与诚实信用原则	1178
二、诱惑侦查在毒品案件中的运用	1183
三、澳门立法与司法中的卧底与线人制度	1187

4 证据学论坛 (第九卷)

四、评论、质疑与回应	190
第九讲 证明标准建构的乌托邦	张卫平/197
引言	197
一、重建证明标准的基本背景	198
二、我国新旧证明标准理论均存在重大缺陷	201
三、客观的证明标准绝不可能建构	203
四、评论、质疑与回应	207
第十讲 科学证据批判	姜志刚 张 斌 丁 杰/217
引言	217
一、科学证据不可盲信：实践的困惑	218
二、对科学证据该批判什么：法理的研析	221
三、使用科学证据应走向标准化：现实的选择	226
四、评论、质疑与回应	230
《证据学论坛》第十卷征稿启事	239
英文目录	242

卷首白话

享受证据学的三维空间

论坛，顾名思义，就是人们讨论问题的场所，而且具有公开、对抗、辩论等含义。不过，论坛可以是现实的，也可以是虚拟的，而且可以有不同的材质和不同的形式。我们的证据学论坛就有了“纸基”、“网基”和“语基”三种形式。三者相辅相成，相得益彰。

2000年，笔者求得学界同仁的力助，与中国检察出版社合作，开始编辑出版《证据学论坛》，作为全国证据学理论界与实务界交流学术思想与实践经验的书面阵地，迄今已发行八卷，获得了广泛的专业认同并产生了较大的社会影响。这是以文字或“纸”为基础的论坛，因此可以称为“纸基论坛”。

2003年，人大法学院博士生吴丹红君向我提出了建立证据学网站的创意，后来在他的执著努力和辛勤劳作下，我们的论坛终于在该年岁杪拥有了一片虚拟的空间，即“中国证据法网”。一年多来，它利用网络无国界、不间断运行的优势，吸引着众多关注证据学研究与实践的人士，在这里交流思想、切磋技艺。如今，它已成为我国法学界颇有名气的专业网站之一。由于它是以网络为基础的交流思想的场所，所以可称之为“网基论坛”。

然而，作为一个论坛，口头语言的形式是不可阙如的。2003年底，我们与北京市德恒律师事务所签署协议，创办了“德恒证据学论坛”系列讲座。在一些专家学者和青年才俊的鼎力支持下，在人大法学院的刘品新和许明诸君的认真操办下，在来自北京的法律院校和法律实务界人士的积极参与下，这个以口头语言交流为基本形式的“语基论坛”在2004年度取得了圆满成功。论坛共有十讲，包括“名家论坛”和“青年论坛”两个系列，而且在每次精彩的主讲之后，都有气氛热烈的讨论和妙趣横生的交流。笔者忝为“主

持”，置身在那既热烈又轻松的学术氛围之中，自觉受益匪浅，而且是在享受中获得了知识的增长与更新。

窃以为，人生不应该是一片苦海，学习也不应该只有一味苦涩。其实，只要有恬然的心境和平常的心态，再加上适当的方式和氛围，学习也可以成为一种享受。我们论坛的口号之一就是“享受学习”，我们创办论坛的目标之一就是要为人们提供一种享受学习的氛围。如今，我们出版这本专刊，把论坛讲座的口头语言转化为书面文字，也是希望那些精彩的话语能够以“纸基”的方式再次呈现在更多的受众面前，使人们能够以阅读的方式去延续和扩展那聆听过程中起始的研习证据学的享受。

“纸基论坛”、“网基论坛”、“语基论坛”，是我们精心打造的旨在推动我国证据学研究和发展的三维空间。笔者真诚地希望各界同仁在这个空间内共同演艺、共同创作，共同描绘并享受证据学发展的美好明天。

何家弘

2005年3月写于北京世纪城痴醒斋

我们正步入信息网络时代。随着以互联网为代表的信息网络化建设的大规模铺开，各种新型的网络犯罪案件层出不穷，同时，传统犯罪的网络化趋势也十分明显。这些使得电子证据在打击网络犯罪、解决法律纠纷活动中的地位日渐彰显。虽然我国目前已有关于电子证据的零星立法，司法人员也积累了使用电子证据的一些经验，但是无论是同网络犯罪的蔓延情势还是同国外的立法状况相比，我国的立法和司法步伐显然滞后了一大截。

而要真正建成惩治网络犯罪、保障网络安全长效机制，我国必须加强电子证据手段建设，提高调查取证能力，确立切实可行的电子证据规则。基于此，探讨电子证据的相关难题与有效对策，便自然而然地成为了法律界关注的一个焦点与难点。三位年轻的法律学人，以敏锐的学术洞察力，发挥其学术专长，试图为人们勾画出他们心中的应对方略……

第一讲 网络犯罪与电子证据

盘冠员* 刘品新** 皮勇***

引言

经过近半年的精心准备与不懈努力,由何家弘教授领衔,中国人民大学法学院与北京市德恒律师事务所合作创办的“德恒证据学论坛”终于开坛了。

2003年12月26日,开坛仪式在中国人民大学贤进楼举行,同时举办了第一讲,演讲论题是“网络犯罪与电子证据”。论坛由坛主主持,三位主讲人盘冠员、刘品新与皮勇均为国内潜心研究电子证据的青年才俊。与会的还包括德恒律师事务所主任王丽女士,首都政法院校部分法学博士生、硕士生以及慕名而来的其他法律爱好者。

何教授在开坛仪式上强调,“德恒证据学论坛”主要是给广大证据学研究者、爱好者提供一个获取信息、研讨问题、交流思想的互动



* 盘冠员, 国家网络与信息安全信息通报中心、公安部公共信息网络安全监察局办公室副主任;

** 刘品新, 中国人民大学法学博士、讲师;

*** 皮勇, 武汉大学法学院副教授、硕士生导师、中国人民大学法学院博士后研究人员。

平台,在这里大家可以畅所欲言,发表各自的观点。同时何教授指出,既然是论坛,就不必拘泥于形式,希望参与者能“论”起来,通过思想交锋,促进理论界和实务界对我国证据学理论和实务的关注和研究,为其发展贡献力量。三位主讲人分别以不同的侧重点切入,先后作了主旨发言。

一、国内网络犯罪的现状与收集电子证据的实践

(一) 国内网络犯罪的发展状况

盘冠员:近年来,我国的信息网络化发展十分迅速。8年前,国内上网人数不到1万人,截至2004年7月份,我国上网的人数已经超过7800万人。在应用上,当前境内的电子邮箱大概1亿个,每天发出和接收的电子邮件将近2亿封。上网的计算机达到3000万台,网站超过50万个。目前,我国的网民数量和网络规模仅次于美国,名列世界第二(美国在2000年网民就已经突破1.4亿)。预计到2005年,我国上网的人数有可能超过1亿人。应当看到,信息网络是柄“双刃剑”,它在方便人们获取信息、社会交往、休闲娱乐以及推动社会进步和经济发展的同时,也带来了网络犯罪问题。

关于网络犯罪的类型,实务部门将其归为三大类。第一类,针对网络的犯罪,即将网络作为犯罪对象。这主要是指刑法第285条、第286条所规定的非法侵入计算机信息系统罪、破坏计算机信息系统罪;第二类,利用网络实施的犯罪,即将网络作为犯罪工具。这一类型的犯罪目前在公安机关受理的网络犯罪案件中占据了大多数,超过70%,主要包括利用互联网实施的危害国家安全、诈骗、盗窃、敲诈勒索、赌博、制黄、贩黄以及从事性交易等犯罪;第三类,涉网犯罪。所谓涉网犯罪,指的是在犯罪行为的实施过程中,互联网主要起到了某种联系、联络的作用,犯罪的实施和危害结果基本上都发生在网下的一种网络犯罪。实际上,前两类也可归结为涉网犯罪,单列出来,主要是基于实际工作中案件侦查管辖和统计的需要。

从统计情况看,近年来,公安机关查获的网络犯罪数量成倍递增。1997年,全国公安机关仅查获网络犯罪23起,1998年142起,1999年908起,2000年猛增到2670起,2001年是4545起。2004年前三季度已经达到7000多起。实际上,已经发现的网络犯罪仅占实施的网络犯罪总数的很少一部分,据估算,大概在10%左右。虽然这一系列的统计数据与整个犯罪总量相比微不足道,但从上述数据可以看出它的绝对增长比例还是很大的。我认为,网络犯罪的发展将呈以下趋势:第一,网络犯罪将在相当长时期内保持高发态势,这与网络应用的逐步普及以及网民数量的持续增多有关。随着网络及其应用的普及,网络犯罪将不再视为高科技犯罪,也不需要高深的计算机和网络知识就能实施。第二,网络经济犯罪案件将成为主要类型。网络诈骗、盗窃、非法经营等经济案件将大量增多。第三,跨国犯罪和共同犯罪将大量增加。慑于国内打击网络犯罪的压力,犯罪分子将选择境外网络条件实施犯罪;境外犯罪分子针对境内的网络犯罪活动将增多;为牟取经济利益,雇佣“业内高手”和有组织实施网络攻击的犯罪案件将增多。

(二) 电子证据在网络犯罪侦查中发挥着越来越重要的作用

盘冠员:关于电子证据的概念、涵义,目前学术界和实务部门尚未形成一致意见。实务部门认为,电子证据主要是指利用电子信息内容证明案件事实的证据,其表现形式可以是非直观性的电子数据,也可以是文字、图片、动画、视频、音频文件等直观性电子信息。我认为,将电子证据分为电子物证、电子书证的说法并不准确。电子物证应该纳入物证范围,不宜列入电子证据类别。否则,各种不同的证据形式的界限就难以确定。因为物证主要是以其内在属性、外部形态、空间方位等客观存在的特征证明案件事实的物体和痕迹,而电子证据主要是以其信息内容证明案件事实的证据,两者不可混淆。

在网络犯罪案件的侦查中,电子证据往往起到关键作用。随着证据技术水平的提高,其应用也越来越广泛。

一是通过电子证据可以获取案件线索。凡是与网络有关的犯

罪,我们都可以通过电子证据来获取线索。有些案件可以通过网名提供侦查线索。犯罪嫌疑人如果喜欢上网聊天,其必定有自己的网名,侦查机关既可以根据网名的基本资料来查找行为人,还可以通过网上联络来获取线索开展侦查。如果犯罪嫌疑人有上网爱好,他可能通过上网与其亲朋好友联络,这样就可以通过网络查找到其所在的上网设备的大致物理位置。

二是通过电子证据可以查证犯罪嫌疑人。在网络犯罪的侦查过程中,首先是找到网上虚拟的犯罪嫌疑人,这个过程或环节相对来说比较容易。较为困难的是通过网上的虚拟嫌疑人查找到现实生活中的嫌疑人,认定其具有同一关系。可以说电子证据在其中起到了桥梁的作用。

三是通过电子证据可以查明犯罪嫌疑人在网上的活动。犯罪嫌疑人在网络空间的任何活动都会留下大量“痕迹”,这些“痕迹”似乎可以轻易抹掉,实则难以清除。一些被删除的信息可以通过数据恢复软件“起死回生”,从而查明网上犯罪活动的有关情况。

四是通过电子证据可以获取其他与案件有关的证据。比如,在一起利用视频聊天组织淫秽表演的案件中,通过分析聊天视频电子信息内容,可以大致判断出有关淫秽表演情况,从而为查找现实的表演场所、表演者提供侦查方向。

当然,电子证据并不是证明网上活动的灵丹妙药,它也有自身的局限性。比如,在公共上网场所,仅凭电子证据难以确定某一犯罪嫌疑人的真实身份,也不能证实网上活动就是该嫌疑人所为,必须与传统证据相互联系、印证,才能最后确定。同时,网络世界虚虚实实,真假难辨,这就使得电子证据的真实性不易认定。因此,在网络犯罪侦查中运用电子证据时,一定要严肃认真,考虑周全,切不可草率得出结论。

(三) 网络犯罪侦查中收集电子证据的实务经验

盘冠员: 电子证据的取证在现实生活中并不神秘。凡是具有计算机和网络知识的人,多少都了解一点电子证据取证知识。那么,在网络犯罪侦查中如何收集电子证据呢?