

## 证据分析的领域、方法和任务

前沿聚焦

□ 张保生 (中国政法大学教授)

证据分析有三个领域:证据调查分析、证据推理分析和证据决策分析。就证据调查分析而言,首先涉及证据属性一般分析,先要进行相关性分析,因为相关性是证据的根本属性,也是现代证据制度的基本原则。然后是可靠性分析,这涉及不相关证据的排除规则、非法证据排除规则等。最后是可信性分析,在证言三角形中,包括感知能力、记忆能力、诚实性和叙述一致性等四种品质的分析。目击证人的证言有观察不准确的问题。美国统计的500起冤案中,有235起冤案是由于证人观察错误造成的,或者说是辨认错误造成的。人类的误识率是5.1%,如今机器识别比人识别的错误率要低一些,人脸识别可以使错误率降到3.57%。这也就是说,目击证人说的可能是错误的,尽管他在诚实地说我看到了什么,听到了什么,但其中有5%的错误率。检察官、法官在听了证人的话进行证据推理时,也要考虑到这里面有一定的错误率。

证据调查分析并不局限于诉讼活动,法庭之外的证据调查分析也具有共性。像挑战者号航天飞机失事事故调查,与我们在法院、检察院做的证据分析原理上是一样的。航天飞机发射50秒时助推器上有一处白烟,这是由于发射当天气温骤降到零下5摄氏度。助推器的密封圈是橡胶的,遇冷后收缩变硬发生燃料泄漏。但后面的照片上为什么又不漏了呢?因为火箭固体燃料燃烧后的铅渣把这个漏洞堵上了。如果再坚持一会儿,助推器就脱落了,这个事故就有可能避免,但突然刮来一阵飓风,使航天器发生摇摆,又把铅渣摇晃掉了。所以,航天飞机在发射75秒后发生爆炸,7名宇航员全部牺牲了。溯因推理的证据分析方法在法庭内外显然是普遍适用的。

就证据调查分析来说,我们将将其分成审前证据调查分析和审判证据调查分析。前者,包括侦查证据调查分析、监察证据调查分析、检察证据调查分析、律师取证调查分析、证据保管链条等;后者,则是指审判中的举证、质证和认证。

现在证据分析的发展趋势,是从证据种类静态分析转向证明过程动态分析。从一些地方检察院做的证据审查规则看,都是按证据种类即物证

怎么审查、书证怎么审查、电子证据怎么审查,这是一种静态分析思路。现在要从静态走向动态,就是我们翻译的《证据分析》推荐的证据推理路径,这是一种动态分析思路。像权威的美国证据法教材,原来第三版名为《证据法:文本、问题和案例》,现在第六版题目改为《证据法的分析:文本、问题和案例》。所以,证据法正在从证据种类七种或八种静态分析转向动态分析。动态分析是聚焦证据推理过程,按照“证据之镜”原理,证据推理主要是一个归纳推理过程。这个过程是从证据到推断性事实1、推断性事实n,再到要件事实1、要件事实n,最后是要件。就归纳推理来说,要踩着“概括之石”即G1、G2、G3、G4,才能从证据此岸到达事实认定彼岸。概括对归纳推理而言是必要却危险的。没有“概括之石”就过不了河,但概括又叫“社会知识库”,其特点是从科学定律到流言蜚语。

在此举两个例子。一个是《圣经》中“谁的妻子”有两个妇女抢一个孩子,找国王来评理,国王说别抢了,拿把刀来把孩子劈成两半,一人分一半。其中一个妇女便跪下说别劈了,我不要了。国王说,把孩子给她,她才是孩子的母亲。这里,国王用了“虎毒不食子”这个概括进行证据推理。但高宗在武则天杀女案中,也用这个概括判定武则天的女儿在皇后探视后就死了是皇后所杀,这个概括就错了,应该用“无毒不丈夫”。

念斌案有人从各个方面进行过分析,我认为还是法官把概括用错了。法官说丁云虹抢走了念斌家食店的生意,念斌故起杀机,其概括是“通常人们对抢走自己生意的人会起杀机”,这可能违背常识。

与审判证据调查主要是用归纳推理相比,审前证据调查主要是用溯因推理。检察官可能一半用溯因推理,一半用归纳推理。溯因推理是“由果推因”,电影《尼罗河上的惨案》用的就是这种推理。在信息爆炸时代,就像诺贝尔经济学奖获得者西蒙教授所说:问题不是证据太少,而是证据太多,是找不到有意义的证据。所以,像美国911事件,有几位阿拉伯人到美国去学开飞机,但他们只学空中驾驶,不学起飞和降落。他们为什么这样做?可以有各种假说,一种是清白假说,比如以后再学起飞降落,或者动开发者在实习,又或者航空公司人员在培训替飞员。还有险恶概念,比如要贩毒、劫机,或者像911事件那样撞大楼。然后要消除一些假说,并为剩下的假说排序。



的时间。这个图示用三种颜色表示三种主张:一种是宏观主张,另一种是证据中推断出的主张,还有一种是中间性主张。将来检察机关办案也不能光靠脑子,现在人工智能那么发达,我们要用图示法来开发人工智能证据分析系统,当然,这是人机系统,机器是辅助手段。

证据分析基地的任务:一是智库建设;二是联合研究,计划共同起草《重罪检察证据分析指南》,比如证据可信性分析第一步怎么做,第二步怎么做,就像一部手册;三是开放课题;四是人才培养,包括编写《证据分析》教材;五是高端研讨会。

证据分析基地的使命,就是一句话:贯彻证据裁判原则。司法文明的发展阶段,按拉德布鲁赫可分为神明裁判、法定证据主义和自由心证,陈光中先生在此基础上提出新三阶段划分理论具有重要法治意义,他把第二阶段概括为口供裁判,它会导致刑讯逼供;第三阶段证据裁判是法治国家的证据制度,它是通过证据分析来拼智商而不是诉诸暴力,因而“有助于巩固社会组织制度所需的智力内部结构,在此制度内争论表现为论证和反论证,而不是使用暴力的威胁”(科恩)。(本文为作者2022年4月15日在重罪检察证据分析研究基地揭牌仪式上的发言节选)

图示法有7步规程,我和一位博士生曾以B案为例画了一个要件事实的图示,花了一个星期

法界动态

### “国家安全法治研究基地” 在国际关系学院成立



本报讯 记者蒋安杰 4月12日,省部级“国家安全法治研究基地”成立仪式暨学术研讨会在国际关系学院举行。全国人大常委会委员、全国人大常委会司法委员会副主任委员徐显明,中国法学会党组成员、副会长王其江,教育部港澳台事务办公室副主任舒刚波等领导出席仪式并致辞。全国人大常委会法工委国家法室三室处长陈亦超,中央网信办网络法治局局长李民,北京市人民检察院第二检察部副主任张婷,国务院港澳办港澳研究所干部刘林波,金城出版社社长丁鹏,北京紫华律所主任钱列阳等实务界人士应邀出席成立仪式和研讨会。

徐显明对国际关系学院法学专业“精而专,特而强”的建设特色及取得的成绩给予了充分肯定。他指出,“国家安全法治研究基地”的成立对国际关系学院、法学领域和国家安全法治而言都是一件大事,强调研究基地建设要以习近平法治思想为根本遵循,在未来发展上要符合学院办学目标和定位,努力建成受尊重、有思想、能创新、有特色的,既立足基础研究,又具有咨政能力的国家安全法治领域国家级智库。

王其江指出,国际关系学院建设“国家安全法治研究基地”具有得天独厚的优势,并就基地未来发展提出三点意见:一是在理论创新方面,能以习近平法治思想为指导,贯彻落实总体国家安全观;二是在决策咨询方面,坚持以问题为导向,为国家安全工作提供理论支撑和智力支持;三是在人才建设方面,加强国家安全法治相关学科建设,为我国提供充足的法治人才保障。

揭幕仪式后,相关领导为姜明安教授、韩大元教授、黄凤教授、李竹教授等首批特聘专家颁发了聘任证书。

在学术研讨会上,北京大学公法研究中心名誉主任姜明安,北京大学法学院教授王世洲,中国人民大学法学院教授韩大元,北京师范大学刑科院国际刑法研究所所长黄凤,中国人民大学教授王旭,西南政法大学教授李竹,国家法官学院院长胡田野,北京航空航天大学副教授田飞龙等实务界人士作主题发言。与会专家学者围绕“国家安全法治的理论前沿”和“国家安全法治的实践探索”主题进行了广泛深入的交流探讨。

国际关系学院党委书记韦春江代表学院对与会领导和嘉宾表示热烈欢迎和衷心感谢。表示学院将携手各方,坚决落实习近平总书记关于哲学社会科学应当服务时代发展的重要指示精神,努力将基地打造为提升能力、学以致用、思想汇聚、人才交流的平台,以及忠诚于党、德法兼备的人才培养平台。国际关系学院院长陶坚主持成立仪式。

国际关系学院国家安全法治研究基地是我国第一个省部级国家安全法治研究机构,主要承担发挥国家安全法治领域智库作用、开展国家安全法治研究、推动国家安全法治学术交流、开展国家安全法治宣传教育和推动国家安全法治成果转化等职能,该基地的成立对于国家安全法治理论研究、对策分析和人才培养等方面必将产生重要而深远的影响。

### “数字经济中的民事权益保护”系列之一:

## 现代社会中的数据权属问题

民事权益保护专栏

□ 程啸 (清华大学法学院教授)

习近平总书记指出:“数字技术正以新理念、新业态、新模式全面融入人类经济、政治、文化、社会、生态文明建设各领域和全过程,给人类生产生活带来广泛而深刻的影响。”现代社会是信息时代,网络社会,数据正处于越来越重要的地位。人们将数据比喻为“二十一世纪的石油”,还有人称它是“数字经济的血液”。《中共中央 国务院关于构建更加完善的要素市场化配置体制机制的意见》明确将数据作为一种生产要素,与传统的生产要素如土地、劳动力、资本、技术等并列,并提出加快培育数据要素市场,推进政府数据开放共享,提升社会数据资源价值,加强数据资源整合和安全保护。我国数据安全法第七条规定:“国家保护个人、组织与数据有关的权益,鼓励数据依法合理有效利用,保障数据依法有序自由流动,促进以数据为关键要素的数字经济。”在数字经济的发展过程中,如何界定数据权益尤其是数据的权属,是一个争议非常大的问题。因为该问题涉及不同类型的数据来源者、数据处理者以及国家等多方主体之间的利益协调,既要保护数据上各类主体既有的权益,又要能够鼓励数据的合理利用;既要保障数据的自由流动,又要维护国家安全和公共利益,显然不是很容易的事情。

数据是指任何以电子或者其他方式对信息的记录。大数据时代的数据来源十分广泛,不仅包括对客观世界测量结果的记录,也包括

对人类社会的记录以及经过分析计算存储数据而产生的新的数据。与传统的动产、不动产等有体物相比,数据具有两个方面的独特之处:一方面,数据本身是无体的,必须附着在一定的载体之上,如以二进制代码的形式存储在电脑终端、云服务器或者硬盘、纸质档案等介质之中。数据的无体性决定了数据本身的取得或转让不以存储数据的介质(如硬盘)的取得或转让为前提。因此,数据很容易被他人窃取或以其他未经授权的方式而获取。例如,以网络爬虫技术入侵后台盗用数据,并将盗取数据用于经营相关业务。因此,数据处理者必须采取相应的技术手段来保证数据的安全,尤其是那些关系国家安全、国民经济命脉、重要民生、重大公共利益等数据,我国数据安全法明确规定,国家建立数据分类分级保护制度,根据数据在经济社会发展中的重要程度,以及一旦遭到篡改、破坏、泄露或者非法获取、非法利用,对国家、公共利益或者个人、组织合法权益造成的危害程度,对数据实行分类分级保护。

另一方面,数据具有非独占性、全时性,不同的人可以在不同的地点同时使用,而这些人使用不仅不会减损数据本身的价值,还能够从对数据的利用中发掘出更多的价值。这一点又决定了,法律很难将对数据的利益绝对的归属于某一主体,对于数据应当更充分地利用。诚如经济学家肯尼斯·阿罗所言,作为一种具有特殊属性的东西,数据在实现资源的最优配置方面处于一种尴尬的境地,任何获得的数据都是新的生产方式,从福利的角度来说,免费提供数据(除了传递数据的费用)确保了数据的最佳利用,但却没有为任何研究上的投资提供激励。而要为数据的产生提供激励,就必须

要确立数据的创造者对数据的财产权,从而使其能够从中获益,以提供激励机制。可是,数据不是单纯的商品,数据已成为现代社会一切经济活动的基础,数据的归属与利用,与每个组织、个人的生产生活、整个社会的发展、市场秩序的维护、国家的治理、国家主权和安全等息息相关。

目前,理论界对于数据的权属有数据财产权说、数据资产说、有限产权说等不同观点。笔者认为,首先应当摒弃数据所有权的思路。所有权是对于有体物的最完全的、排他的支配权,它意味着将对物的任何合法的处理利用方式都归属于所有权人。这种权利构建的路径完全不符合现代网络信息社会发展的需要,还会产生信息垄断等巨大的外部性。就数据的权属问题,可以考虑的一种路径是,从维护各方主体的利益以及私人利益、公共利益和国家利益等相互协调的视角出发,对于不同类型的数字,分别赋予不同的主体以不同的权利。首先,对于个人数据即与已识别或者可识别的自然人有关的数据,我国个人信息保护法、民法典已经认可了自然人的个人信息权益,赋予自然人对其个人信息的知情权与决定权。因此,自然人的个人数据权利就是个人信息权益,其性质上属于人格权益,旨在维护自然人对个人信息享有的防御性利益(即人格尊严和人身财产权不受侵害的利益)以及对个人信息进行商业化利用的权益。个人数据上的其他数据权利与个人信息权益发生冲突时,由于个人信息权益是人格权益,具有更高的位阶,应当对之加以优先保护。

其次,对于国家公权力以外的数据处理者,这主要是指公司、企业、事业单位、社会团

体等,他们在日常生产经营等各种社会活动中也大量处理数据,其中有个人的数据也有非个人数据。这些数据处理器对其合法处理的数据享有数据资产权,这是一种新型的财产权,不是所有权,该权利受到法律相应的保护,但不能对抗个人数据上的个人信息权益,其权利范围需要根据他人的权益和公共利益等加以认定,如不能破坏市场秩序,危害国家安全和公共利益等。同时,其他组织或个人也不能非法获取、非法利用这些数据,否则数据处理者可以要求其承担相应的民事责任。

最后,国家行政机关等公权力机关在履行法定职责或提供公共服务时处理的数据,不是国家所有的数据,更不是专属于处理者的特定机关所有的数据。对于这些数字,国家依法享有相应的控制权,但是该控制权既不能违反合法、比例、公开等原则,也不得损害个人信息等民事权益。此种权利只能在法定的范围内行使,不得任意转让给任何私主体。有一种观点认为,基于国家的主权,应当认为国家享有对其主范围内数据生成、传播、管理、保护、监管、调控、使用、司法和反制的权力。这既是国家安全和公共安全的基本保障,也是国家主权在网络空间的核心表现。笔者认为,国家当然享有数据主权,这种数据主权是国家管辖权以传统的领土、领海、领空到网络空间的延伸。数据主权是国家对数据及相关技术、设备、服务商等的管辖权及控制权,体现域内的最高管辖权和对外的独立自主权。国际事务的参与决策权。但是,数据主权不能简单地等同于数据的国家所有权,更不能据此就认为只要在我国境内产生的所有的数据都属于国家所有。

### “劳动法典与中国劳动法学研究” 名家对谈在京举办



本报讯 记者黄洁 日前,由中国社会法学研究会主办,北京大学法学院、清华大学法学院承办的“劳动法典与中国劳动法学研究”名家对谈于北京大学法学院举办。本次对谈由北京大学劳动法与社会保障法研究所所长叶静涛教授致辞,对谈分为“劳动法典的价值与定位”和“劳动法典的编纂与方法”两个单元。

叶静涛指出,以编纂劳动法典为契机,可以加快劳动法治建设的查漏补缺,尽快实现制度的体系化、完备化;可以适应新科技和新就业形态的发展,增强劳动法律制度的协调性;也可以推进法治社会建设,劳动法的法典化可以为社会保障等其他领域法典化积累经验。同时,劳动法典编纂对劳动法学的发展也有重大意义,积极推动劳动法典的编纂,是中国劳动法学的一项新的议程,也是学科发展的新契机。

### 武汉大学第九届国际交叉学科 法学院分论坛举办



本报讯 记者刘志月 近日,武汉大学第九届国际交叉学科法学院分论坛成功举办。来自荷兰、美国和国内高校以及科研机构的6位青年学者受邀参加论坛。武汉大学法学院党委书记孙德元、院长冯果、副院长祝捷以及相关学科负责人、教研室主任、中青年骨干教师代表出席论坛。论坛开幕式由孙德元主持。

冯果详细介绍了学院的发展现状与未来规划、平台建设与人才工作。学院确立并坚持“人才推动创新,人才引领发展”的“人才强院”理念,学院发展的关键是人才,他代表学院热忱欢迎国内外优秀青年学者加盟,共同推进武汉大学法学学科的发展。

受邀青年学者通过线上线下相结合的形式,围绕国际法规划、重返本体论、算法歧视、破产有罪与破产免责、网络空间责任国家行为规范等领域进行了精彩的学术报告。