

# 人工智能时代被告人质证权实现中的 隐忧及其消解

李思远

(上海大学 法学院,上海 200444)

**摘要:**人工智能在司法领域的运用,给审判场域和被告人诉讼权利保障带来许多变化。卢米斯案折射出算法“黑箱”可能成为弱人工智能时代被告人质证权实现的新障碍;审判场域迁移并未给证人等出庭作证带来明显改观,反而影响庭审的交叉询问;“新案卷笔录移送制度”加剧控辩双方的不平等,而“新法定证据主义”导致被告人权利限缩。要消解人工智能时代被告人质证权实现中的隐忧,被告人的质证范围应扩大至证据和数据,明确司法人工智能的适用界限,证明标准应当将主观性与客观性相融合,并且强化律师的“智慧辩护”。

**关键词:**人工智能;质证权;审判场域;算法“黑箱”;证明标准

**中图分类号:**D925.2

**文献标志码:**A

**文章编号:**1672-7835(2022)01-0126-11

人工智能时代的来临,使现代科技与司法的结合成为一种显性趋势。人工智能在司法尤其是审判领域中的应用,引发了一系列的波及效应,庭审语音识别、证据校验、电子卷宗随案生成等技术性工具,包括智能量刑在内的智能辅助裁判系统,被认为是人工智能走向司法领域深度应用的标志<sup>①</sup>。表面上看,法学界在这场新兴技术革命面前表现出了极大的乐观和热情,并试图将“人工智能+法学”打造成一门独立且前沿的学科<sup>②</sup>,实际上绝大多数学者也能明显地感觉到,强人工智能时代并未来临,这或许有待于量子力学对人类情感的破译<sup>③</sup>,但目前来看这种突破仍旧遥不可期,我们很可能将长期处于“弱人工智能时代”。甚至不难预判的是,即使有一天强人工智能抑或是超强人工智能时代到来,人类也未必会接受人工智能对司法活动的全面接管。排除法学研究中的那些遥远预测和概念附会,至少有两点能够达

成共识,一是人工智能技术在司法领域的应用确实带来了诸多变化,如审判程序的变革、审判场域的迁移等;二是物理空间变化对当事人诉讼权利造成影响,如审判场域的迁移会给被告人质证权带来影响。就我国的庭审质证制度而言,该项权利是得以扩张还是限缩,是一个值得研究的重要课题。

## 一 问题的提出:卢米斯案折射的潜在司法风险

2013年初,美国威斯康星州指控被告人卢米斯参与了一起拉克罗斯市(La Crosse)发生的驾车枪击案。对卢米斯十分不利的是,控方提出他触犯了五项罪名。卢米斯否认参与了枪击案,但是承认了其中两项较轻的罪名——企图逃避交通官员的管控和未征得主人同意驾驶其摩托车<sup>④</sup>。在作出有罪裁决后,初审法院的法官不加迟疑地

收稿日期:2021-04-17

基金项目:国家社会科学基金重大项目(20ZDA032);最高人民检察院检察理论研究重大课题(CJ2020BJA05)

作者简介:李思远(1986—),男,河南漯河人,博士,讲师,主要从事刑事诉讼法学与证据法学研究。

①朱体正:《人工智能辅助刑事裁判的不确定性风险及其防范》,《浙江社会科学》2018年第6期。

②刘艳红教授认为,人工智能法学不是“人工智能+部门法学”或“(计算)数据信息+法学”,而是由“人工智能+法学”交叉融合而成的独立新型学科。参见刘艳红:《人工智能法学的“时代三问”》,《东方法学》2021年第5期。

③齐延平:《论人工智能时代法律场景的变迁》,《法律科学(西北政法学报)》2018年第4期。

④Review, Harvard Law. “Criminal Law – Sentencing Guidelines – Wisconsin Supreme Court Requires Warning before Use of Algorithmic Risk Assessments in Sentencing – State V. Loomis”, *Harvard Law Review*, 2017, 130(5):1530-1537.

开始了量刑程序,本案的焦点就在于法庭参考了威斯康星州惩教署(the Department of Corrections)为卢米斯制备的包括 COMPAS 风险评估在内的判刑前调查报告<sup>①</sup>,在量刑判决中提到了 COMPAS 评估报告,并部分地依据这一评估,判处卢米斯六年监禁外加五年延期监督(extended supervision)。尽管卢米斯案已经“案结事了”,但该案所引发的讨论并未停歇。该案最具争议之处在于:COMPAS 系统对被告人作出的社会危险性评估无疑对法官的最终量刑产生了重要影响,但基于 COMPAS 系统具有的商业秘密性质,被告人却无法对 COMPAS 系统评估过程的科学性和准确性提出质疑,而 COMPAS 系统甚至还将种族和性别作为评估的考量因素,这是否侵犯了被告人有关正当程序的权利?在卢米斯案中,法官认为 COMPAS 是一种“辅助”系统,COMPAS 风险评估意见也只是“参考”,未将其定性为证据,但虽然不是证据,该风险评估意见却对法官产生了相应的“锚定效应”<sup>②</sup>。若将其视为一种证据,除了必须要具备证据能力和证明力的双重资格以外,还应当允许被告人行使相应的质证权,未经质证便采纳的证据,难以在定罪量刑上获得被告人的信服。无独有偶,“上海刑事案件智能辅助办案系统”也有“社会危险性评估”一项功能<sup>③</sup>,社会危险性在我国刑事诉讼中是关系到强制措施适用、主观恶性界定乃至会影响最终量刑的重要因素,针对司法数据已经影响法官心证的实际局面,是否应当将质证范围由证据层面扩大至数据层面,是一项关乎被告人基本权利的崭新话题。

卢米斯案如同一把三棱镜,从程序、实体和证据方面折射出了人工智能运用于司法的潜在风

险。这种潜在的风险首先来自人工智能的算法“黑箱”(black box)。“黑箱”指的是当专业人员对计算系统进行理解和测试时,并不知道或能够查看计算系统的内部工作情况<sup>④</sup>。人工智能的基础及核心是算法,而算法依赖“黑箱”这一自动化运行程序来进行数据分析、行为预测和评估分类。算法“黑箱”存在于“输入的数据”和“输出的答案”之间,是我们无法洞悉的“隐层”,这意味着“黑箱”不仅不能观察,哪怕计算机试图向我们解释,我们可能也无法理解<sup>⑤</sup>。具体到卢米斯案,即使不再对 Nortpointe 公司所拥有的 COMPAS 系统进行商业秘密保护,或者 Nortpointe 公司自愿公开 COMPAS 系统的运作手段,其本身的算法“黑箱”也会令法官和被告人难以知晓该系统的确切决策过程,哪怕是 Nortpointe 公司也无法确切描述其分析和决策过程<sup>⑥</sup>。这也使得人们对于人工智能侵害公民正当程序之宪法性权利,并最终损害司法公正的可能性保持怀疑<sup>⑦</sup>。尽管我国与美国的刑事审判程序有着很大的不同,但在人工智能司法应用面前逐渐呈现一条共同的规律——算法正在辅助人们进行司法决策。我国一直以来采用的是定罪量刑合一的刑事审判程序,类似于“暗箱操作”的人工智能核心可能已经存在偏见,但却无法向被告人公开,抑或即使向被告人公开,被告人及其辩护律师也没有审查算法“黑箱”的能力,这种“信息倾倒”已经影响到辩方知情权与阅卷权的实现,而知情权与阅卷权是被告人质证权实现的前提与基础,若知情权与阅卷权不能保障,被告人质证权难免会陷入“皮之不存,毛将焉附”的局面。

①“COMPAS”的全称为“Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions”,可译为“罪犯矫正替代性制裁分析管理系统”,是由一家名为 Nortpointe 的公司为法院开发设计的,它可根据对犯罪者的访谈和来自司法部门的信息来评估再犯的风险,旨在帮助法官做出“更好的”或者至少是以数据为中心的司法决策。参见朱体正:《人工智能辅助刑事裁判的不确定性风险及其防范》,《浙江社会科学》2018年第6期。

②所谓“锚定效应”,是指个体在不确定情境下的决策会受到初始无关锚影响致使其随后的数值估计偏向该锚的一种判断偏差现象,此种效应在司法裁判中也会存在。参见朱体正:《人工智能辅助刑事裁判的不确定性风险及其防范》,《浙江社会科学》2018年第6期。

③2017年上海市高级人民法院牵头研发了“上海刑事案件智能辅助办案系统”。该系统设计了24项功能,包括:(1)证据标准、证据规则指引;(2)单一证据校验;(3)逮捕条件审查;(4)证据链和全案证据审查判断;(5)社会危险性评估;(6)电子卷宗移送;(7)庭前会议;(8)类案推送;(9)量刑参考;(10)知识索引;(11)文书生成;(12)办案程序监督;(13)非法言词证据排除;(14)庭审实质化;(15)案件评议;(16)减刑假释案件办理;(17)刑罚执行状况监督;(18)简易速裁案件办理;(19)赃款、赃物管理;(20)要素式讯问;(21)全程录音录像;(22)法律服务办案辅助;(23)刑罚执行衔接;(24)特殊人群衔接。参见崔亚东:《司法科技梦:上海刑事案件智能辅助办案系统的实践与思考》,《人民法治》2018年第18期。

④高学强:《人工智能时代的算法裁判及其规制》,《陕西师范大学学报(哲学社会科学版)》2019年第3期。

⑤许可:《人工智能的算法黑箱与数据正义》,《社会科学报》2018年3月29日。

⑥朱体正:《人工智能辅助刑事裁判的不确定性风险及其防范》,《浙江社会科学》2018年第6期。

⑦李本:《美国司法实践中的人工智能:问题与挑战》,《中国法律评论》2018年第2期。

## 二 人工智能给传统审判带来的改变与挑战

与域外国家在人工智能司法应用的保守态度不同,我国司法机关尤其是法院在人工智能技术的应用面前热情高涨<sup>①</sup>。域外国家主要将人工智能应用于审前保释、判后假释、法庭量刑的评估,而我国司法领域的人工智能已经不满足于仅仅是充当辅助性工具的限制,它对司法的影响正逐渐进入实质层面,试图介入司法的核心——审判<sup>②</sup>。

### (一) 人工智能带来审判场域的迁移

人工智能给传统审判带来的改变之一是物理空间的迁移,即审判不需要“控辩两造、法官居中”的情景同时出现于同一物理空间内,而是可以打破物理空间的隔绝,进行“线上”开庭,且随着更多人工智能元素进入法庭,终有一天,法庭或许会变成一个“科技化的生产工厂”<sup>③</sup>。相较于人工智能的“知识图谱+深度学习”功能而言,审判场域的迁移可以说只是弱人工智能带来传统审判的细微变化,但无论古代还是现代,审判场域的变化都会给庭审活动的习惯、制度、仪式等带来潜移默化的影响,进而也会导致被告人庭审权利的扩张抑或限缩。

审判场域的迁移无疑会给直接言词原则的贯彻与落实带来革命性的影响。一直以来,刑事庭审的虚化运行或剧场化运行,被认为是制约以审判为中心刑事诉讼制度改革的重要因素。多数学者也认同,应当以庭审中的直接言词原则为抓手,推动“证在法庭、辩在法庭、判在法庭”<sup>④</sup>,进而改庭审虚化为庭审的实质化运行。直接言词原则的理论依据在于通过直接言词的审判方式强化法官审理的亲历性,从而有助于形成准确的内心确信。我国古代庭审中的“五听”,即“辞听、色听、气听、耳听、目听”,就是通过观察当事人的气息、神色等的细微变化,判断当事人言词证据是否真实。在千百年来审判中,通过面对面观察细节的庭审方式,被作为庭审活动的思想结晶传承下来。人工智能技术推动庭审方式由“线下”向“线上”运行,这种远程开庭的审理方式,对于克服审判中

路途遥远以及新冠肺炎疫情期间的“见面难”,发挥了重要作用。但与此同时,远程开庭的方式显然颠覆了传统开庭中对于直接言词的高度要求,这种方式与以审判为中心刑事诉讼制度改革的关系,值得进一步思考。

### (二) “新案卷笔录移送制度”的悄然形成

从表象上看,我国刑事诉讼是一个囊括了取证、举证、质证和认证的动态过程,但仔细分析,这其实也是一个以案卷笔录的流转为主线的办案过程。我国1979年《刑事诉讼法》确立了检察机关应当向法院进行全卷移送的制度,法官在庭前就对案卷进行实质性的审查工作,认为符合法定的证明标准时,才开始进行审理,1979年《刑事诉讼法》实施后的十几年间,这种庭前阅卷容易导致“先定后审”及庭审的形式化运行,被证实并不符合审判的逻辑与规律。1996年《刑事诉讼法》确立的“主要证据复印件移送制度”,试图扭转“全案证据材料移送制度”所产生的不利局面,然而这项新的制度又产生了新的问题,实践中经常出现法官因不能全面了解案情而难以驾驭庭审的现象,因而1998年的“六部委规定”又确立了检察机关“庭后移送案卷”制度<sup>⑤</sup>。这种“庭前部分送、庭后全面送”的案卷移送方式给辩护律师阅卷带来很大困难,由于庭前无法全面查阅案卷,不能完整地了解案件全貌,实践中并不利于庭审质证工作的开展。鉴于此种局面,2012年《刑事诉讼法》重新确立了“全部案卷移送制度”,但为了防止“先定后审”情况的再次出现,此次修法不再允许法官对于检察机关庭前移送的案卷材料进行实质性审查。2018年修改的《刑事诉讼法》延续了2012年的规定。

历经多次演变,无论是案卷的庭前移送还是庭后移送制度,实际上都无法有效阻断法官对案卷的高度依赖,案卷审理主义的存在也被认为“导致了当庭举证、质证和辩论来作出事实裁判的裁判文化缺失”<sup>⑥</sup>。人工智能技术在刑事司法中的运用,给以往的案卷笔录移送制度带来三个

①杨昌宇:《智能互联网时代法律变革的中国理路》,《湖湘论坛》2019年第3期。

②栗峥:《人工智能与事实认定》,《法学研究》2020年第1期。

③胡铭,张传玺:《人工智能裁判与审判中心主义的冲突及其消解》,《东南学术》2020年第1期。

④蒋惠岭:《重提庭审中心主义》,《人民法院报》2014年4月18日。

⑤“六部委规定”是指1998年最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部会同全国人大常委会法制工作委员会制定实施的《关于刑事诉讼法实施中若干问题的规定》。

⑥陈瑞华:《案卷移送制度的演变与反思》,《政法论坛》2012年第5期。

层面的变化:一是案卷笔录电子化、数据化,可能导致大量“二手证据”的产生,同时增加源头证据录入、转化的工作强度与难度,物证、书证等证据向电子化、数据化进行转化时不仅面临技术障碍,还可能对原有证据属性有所削弱,从而形成新的“书面审理”局面。二是案卷流转方式更加顺畅,法官在庭前接触案卷笔录的范围更广,方式更为便捷,这难免会给法官自由心证产生更大的影响,更有利于法官办案的“先入为主”。三是“公检法智能协同办案系统”的应用,强化三机关在事实认定方面的协同性,侦查机关的初查和侦查结论对后续案件办理产生决定性作用,进而形成新的“侦查中心主义”。“新案卷笔录移送制度”的产生,给法官办案带来了极大便利,同时也悄然改变了法官心证形成的方式,甚至会产生对“人工智能+案卷”的更大依赖,这不仅不利于庭审实质化的运行,也是对公检法三机关“相互制约”关系的进一步弱化。

### (三)“新法定证据主义”的萌芽担忧

所谓法定证据主义,是根据证据的不同形式,预先设置好各种证据的证明力和判断规则,法官只能机械地依此作出裁判的一项证据制度<sup>①</sup>。其最大的弊端在于将证据的外部特征视为证据的内在普遍规律,忽视了法官在审查判断证据中的主观作用。相对于自由心证主义运用的是以自然人为载体的生物算法,新法定证据主义依靠的是人工智能技术所带来的机器算法。有学者提出,与人工智能算法“黑箱”类似,法官运用自由心证判断也被视为是一种“黑箱”<sup>②</sup>,但即使将自由心证判断视为一种人工“黑箱”,相比人工智能算法“黑箱”高度复杂性与隐秘性而言,人工“黑箱”的运行机理、裁判依据是可以通过一定方式向公众进行公开并解释,也可以通过制定庭审规则、证据规则对法官的自由心证进行约束,从而实现相对透明与公开。虽然人工智能在刑事证据的运用过程中,并未就“统一证据标准”对证据的证明力进行预设,但由于这种证据标准化是建立在精细化的算法规则基础上,而这种精细化的算法规则关注的重点是证据判断和运用规则的固定化,而非庭审中形态各异的证人,难免会引发人们对自由

心证主义受到侵蚀的担忧。有学者直言不讳地提出:“计算机二值逻辑下,证据的直接输入而非质证辩论,是否会重返‘法定证据主义’的藩篱?”<sup>③</sup>

“新法定证据主义”一旦形成,不仅给证据规则带来颠覆性的影响,还会给审级制度、司法责任制的贯彻落实带来冲击,法官也极易被技术“俘获”。案件经过人工智能为辅助的一审裁判后,即使被告人提起上诉,如果辅助二审法院办案的是和一审法院一样的“公检法协同智能办案系统”,且二审法院采用的也是“新法定证据主义”,那么二审裁判只能是对一审裁判中算法二值逻辑的一种确认,这样一来,以庭审为中心实际上成了以算法为中心。退一步讲,即使二审法院采用的是普通法官审理模式,二审法官是否敢于做出同一一审法院不一致的裁判?对于这种不一致的裁判,二审法官该如何解释?民众应该选择相信科技还是选择相信自由心证?此外,就司法责任制而言,如果出现法官依据人工智能系统结论作出判决后,存在司法错误的情况,该由法官来承担司法责任,还是该由人工智能来承担责任?如果证实是由人工智能错误所致,而此种错误刚好又在人工智能的司法错误率之内,该如何应对?这些都是人工智能带给司法的新困扰。

## 三 人工智能技术给被告人质证权实现带来的隐忧

在卢米斯案中,虽然 COMPAS 风险评估出现在量刑阶段,但是事实上人工智能几乎涉及刑事诉讼的所有阶段,并且可以介入任何层次、任何环节的刑事司法判断<sup>④</sup>。此外,法官的“强横”态度不禁让人担忧,人工智能在刑事司法应用的逐渐深入,会不会威胁到公民的诉讼权利?人工智能技术介入司法审判,可能会在形式和实质层面影响被告人质证权的实现。形式上来看,诸如远程审判、智慧法庭、智能诉讼平台等新兴平台的出现,被告人与证人、鉴定人等人员之间不会因物理空间的阻隔而无法对质,理论上证人、鉴定人等人员出庭作证的问题会得以改观——即使不能实际到庭,也可以远程作证的方式予以替代,但实际上一方面证人、鉴定人等人员“出庭难”的问题并未

①樊崇义:《证据法学》,法律出版社2017年版,第18页。

②周慕涵:《证明力评判方式新论——基于算法的视角》,《法律科学(西北政法大学学报)》2020年第1期。

③胡铭,张传玺:《人工智能裁判与审判中心主义的冲突及其消解》,《东南学术》2020年第1期。

④黄京平:《刑事司法人工智能的负面清单》,《探索与争鸣》2017年第10期。

随着人工智能技术的进步而有所改观,另一方面还潜在着一种可能,对于本该由亲自到庭接受交叉询问的证人、鉴定人等人员,法官选择以更加便捷的远程作证方式,而囿于目前尚不十分稳定的远程传输技术,在语音、画面传播过程经常会出现音量忽高忽低、信号断断续续的情况,庭审质证效果显然会大打折扣;实质上来看,传统法官裁判主要依据的是法庭调查与法庭辩论中控辩双方的举证、质证以及辩论所得出的结论,而目前我国法院系统推行的人工智能系统,诸如类案推送、量刑辅助、模型构建等技术,会使法官越来越依赖甚至不敢离开这些工具,从而令控辩双方的举证、质证对法官心证的影响效果不断削弱,被告人再度被客体化。当法官在庭前已经依靠人工智能技术得出结论,甚至在被裁判偏离预警“锚定”的情况下,法官也难以以为庭审中的质证意见所打动。就我国的质证制度而言,质证的权利属性不够明显,法律对于质证主体、质证内容、质证程序的规定不够完善,缺乏必要的质证规则予以保障,质证活动的开展在实践中并不理想,这也被许多学者认为是导致庭审虚无化运行的重要原因<sup>①</sup>。在本轮引入最新科技理念的司法体制改革中,被告人的质证权不应被再度视而不见。

### (一) 审判场域迁移与庭审中的质证

审判场域的迁移可能成为法庭调查、法庭辩论的“断头台”,使我国的庭审质证制度变得可有可无,最终走向“一切取决于既定的软件,面对面的对话式论证算不了什么”的氛围<sup>②</sup>。弱人工智能时代审判场域的迁移不是不开庭,而是改为“线上”开庭或“云端”开庭,在疫情防控期间,将审判场域由“线下”转移到“线上”,具备现实的理论正当性,避免因不可抗力导致的诉讼长期拖延,全国法院在疫情发生后的短时间内建成了28 068个可以用于在线庭审的科技法庭<sup>③</sup>,节约了办案时间的同时提升了办案效率。但刑事诉讼的发展史实际上也是被告人诉讼权利不断得到保障与完善的历史,刑事审判亦一直在公正与效率之间寻求平衡,过于强调办案的便利,势必导致公正与效率的失衡。我国刑事庭审质证既包括对“物”的质证,也包括对“人”的质证,对于庭前已经向被

告人开示,庭审过程中只需要被告人予以确认的实物证据,无论“线上”开庭还是“线下”开庭,基本上能够达到一致的效果。而长期以来困扰我国庭审质证活动实施效果的是对“人”的质证,即对证人、鉴定人、侦查人员、被害人等人员出庭作证的言词证据进行的质证,这主要包括两大问题:一是证人、鉴定人等人员“出庭难”问题,二是对证人、鉴定人等人员出庭后的有效询问问题。

第一,证人、鉴定人等人员“出庭难”的问题。人工智能技术的引进或许是个契机,证人、鉴定人等人员出庭作证率低,一直被认为是制约庭审实质化运行的重要因素,刑事诉讼法三次修改都没能解决该问题,“线上”庭审可以采取远程方式作证,对于因“路途遥远”“出行不便”为由不出庭的,可以安排其远程作证。但实际上证人、鉴定人等人员“出庭难”的原因是多元的,不仅有证人、鉴定人等人员自身的原因,也有法官、检察官甚至是制度的原因,人工智能介入司法领域以来,尚未发现其对改善证人、鉴定人等人员“出庭难”问题有明显帮助。尽管实践中有部分法院称已建成“智能化、制度化、隔离实质化”的证人在线出庭作证机制,但同时亦有学者在对中国裁判文书网中的相关裁判文书检索后发现,在1 157件“证人不出庭”的案件中,只有一起审判中是以证人远程作证的形式参与了庭审,所占比例仅为0.1%,而其余则分别是以书面证言或视听资料的方式作证,所占比例分别为94.3%和5.6%<sup>④</sup>。在证人普遍不出庭的司法现实面前,远程作证或许可以实现被告人质证权的“次优选择”,不过目前看来,远程作证应有功能尚未被完全激活。

第二,证人、鉴定人等人员出庭后接受询问的问题。一般认为,被告人的质证权包括“面对面”对质和“交叉询问”的权利。通过面对面的对质,可以揭露控告人的虚假指控;通过交叉询问,可以推翻虚假的证词。在质证权制度的发展史中,通过闭路电视远程作证,只有在极其特殊的案件中,才能被作为例外性情况进行,若大范围采用远程作证,势必给被告人质证权的实现带来不利影响。远程视频连线也能实现“面对面”,但这种新型的“面对面”同传统意义上的“面对面”有着根本差

①李思远:《被告人质证权的法治化建构路径探析》,《国家检察官学院学报》2022年第1期。

②季卫东:《人工智能时代的司法权之变》,《东方法学》2018年第1期。

③魏爱慈:《智慧司法的运行困境与功能反思——以南通地区法院为例》,《司法智库》2020年第2期。

④张鸿绪:《论我国远程作证中情态证据的程序保障——兼评〈人民法院在线诉讼规则〉》,《政法论丛》2021年第4期。

异,在传统审判中,审判场域的庄严、肃穆以及控辩双方对接受询问者的交叉询问,无形之中都会给被询问者带来心理上的强制效应,一旦出现虚假陈述,很容易被及时察觉并揭露。而线上审判由于难以受到物理空间的约束,随意性甚至恣意性问题频繁发生,例如江苏某基层法院在线庭审时,当事人着装不符合规范、边走路边开庭,甚至边骑电动车边开庭等情况都有所出现<sup>①</sup>,若在这种审判环境下要求证人远程作证,不仅提供虚假证言的可能性会上升,且不容易通过情态甄别的方式及时发现并揭露。

## (二)“新案卷笔录移送制度”加剧控辩双方的不平等

“新案卷笔录移送制度”的产生不仅给法官心证产生影响,也给辩方阅卷权、质证权的实现带来改变,加剧控辩之间的不平等。刑事诉讼控强辩弱的局面自古有之,为避免公、检、法三机关联合起来成为“大控方”,我国自1996年《刑事诉讼法》修改开始注重引入当事人主义下控辩对抗的诉讼因子,通过规范侦查机关、检察机关公权力的行使,保障被告人及其辩护律师的诉讼权利,力图实现刑事审判的等腰三角形结构。人工智能技术的引入,控方力量得到进一步加强,不仅可以利用人工智能技术收集的海量数据向辩方进行“信息倾倒”,还可以让“控方运用人工智能工具形成的证据和诉讼文书,一来其形成过程往往因为人工智能算法的专利属性而无法向辩方公开,二来即便向辩方公开,辩方也未必有分析和理解此种算法的技术能力,于是这种旨在缩小控辩双方力量差距的单向证据开示制度也可能因为人工智能技术的运用而变得有名无实”<sup>②</sup>。

这种控辩之间不平等的加剧还可能压缩律师参与质证的空间。一方面,律师并未成为“人工智能+司法”变革的参与主体,公权力机关在以国家为背景的支持下,可以在海量的数据中运用人工智能技术进行证据能力校验、量刑结果预测、类案搜索推荐、裁判偏离预警等,并且人工智能技术的深度应用,已经由审判阶段延伸到侦查、起诉阶段,但类似于“公检法智能协同办案系统”在开发和运用的过程中,显然未将律师视为这场新兴改革的共同参与者。律师能够从“人工智能+司法”

的变革中获益多少,完全取决于公权力机关对律师的定位,若公权力机关将律师视为对立方,那么律师可能难以获得更多的便利,缺少最新技术的支持,律师的质证能力就会被实质性削弱。另一方面,法官一旦习惯于对“新案卷笔录移送制度”及人工智能技术裁判方式的依赖,庭审中质证对法官心证的影响进一步弱化,作为被告人质证权的替代行使者和维护者,律师在庭审中参与控辩攻防和交叉询问的作用可能会被无视,长远来看,无论是对我国质证制度的发展,还是对律师制度的完善,都是极为不利的。

## (三)“新法定证据主义”与算法“黑箱”

无论是“法定证据主义”还是“新法定证据主义”,都会带来裁判固化的问题,只不过在“新法定证据主义”的主导下,这种裁判固化是建立在算法的基础之上。对于算法的应用,是一个“输入+计算+输出”的过程,这种封闭的运算过程,实际上仍旧是算法“黑箱”的问题。目前的人工智能技术尚存在诸多不成熟之处,例如司法人工智能以司法数据为基础支撑——司法人工智能一方面需要获取大量司法数据,另一方面也会产生大量的司法数据,而当下我国的司法数据运用方面至少存在四个方面的障碍:第一,司法数据不充分,作为司法数据主要来源的裁判文书网,实际上公开的裁判文书仅占审结案件的约50%;第二,司法数据不真实,外界公开的信息可能并非司法“实质信息”,司法人工智能的裁判模式和分析所得的结论都有可能是虚假的;第三,司法数据不客观,属于掺杂着主体性、主观性、特殊性的意识形态混合体;第四,司法数据结构化不足,司法数据表述的非结构化给人工智能的学习造成了识别障碍<sup>③</sup>。

在高度发达的人工智能技术面前,要求司法机关自主创立一套与司法办案完全匹配的算法,在目前阶段显然不够现实,他们一般通过购买或外包的形式向科技公司寻求帮助。在官方政府主导、司法机关欢迎的情况下,相关公司企业也十分积极地投入“人工智能+司法”的工作,例如,在上海市高院206系统的研发过程中,直接参与研发工作的合计700余人,其中包括由科大讯飞派出

①魏爱慈:《智慧司法的运行困境与功能反思——以南通地区法院为例》,《司法智库》2020年第2期。

②郑曦:《人工智能技术在司法裁判中的运用及规制》,《中外法学》2020年第3期。

③左卫民:《关于法律人工智能在中国运用前景的若干思考》,《清华法学》2018年第2期。

的技术员 300 余人<sup>①</sup>,技术人员参与司法本身无可厚非,但问题的关键在于,这些系统或软件的实际使用者对其中的运作并不完全了解,有的法官可能一点都不了解系统的运行原理,他们更多地聚焦于系统的可操作性、准确性和效率性方面。在算法的封闭性和秘密性面前,作为案件的审理者和辅助系统的操作者,法官也顶多算得上是有着一知半解的“外行”,更何况案件被告人及其辩护人呢?

算法“黑箱”有可能成为被告人质证权行使的最大障碍。卢米斯案中 COMPAS 评估报告虽然没有被认定为证据,但实际上却发挥了影响法官心证的重要作用,这种犯罪危险性或再犯可能性检测类似于我国刑事证据中的“鉴定意见”,二者都具备科技性、复杂性、隐秘性等特征,若不经质证便采纳,实际上剥夺了被告人的质证权。从卢米斯案中不难看出,人工智能在审判领域的适用犹如一把双刃剑,一方面能够提高诉讼效率,将法官从书山牍海、繁文缛节中解放出来。另一方面,法官在适用过程中也面临两难境地:保护算法的商业秘密和实现被告人的诉讼权利,该如何抉择?卢米斯案中两级法院都选择了商业秘密,这也在事实上对被告人诉讼权利造成了限缩,抑或可以得出这样的结论——人工智能在司法中的适用,导致了被告人诉讼权利的限缩。不仅如此,算法的不透明必然带来算法在公众面前的不可知,在算法“黑箱”的封闭性和秘密性面前,无论被告人质疑人工智能系统的决策结果,还是想在法庭上就算法决策过程展开交叉询问,其结果只能是徒劳的。

#### 四 人工智能时代被告人质证权实现中隐忧的消解方法

人工智能技术在司法中的适用,是机遇也是挑战。不难看出的是,人工智能技术在新一轮司法改革中的适用,并未就保障被告人质证权的实现作出明显改变,相反,这场改革还可能会以牺牲被告人质证权为代价来换取“成功”,这也成为“技术+司法”革命中不容忽视的隐忧。随着人工智能技术的进步,将会有越来越多的数据涌入,被告人质证权的行使对象应当超越“物证”和“人证”

的范围限制,拓展至可能给被告人程序性权利、法官内心确信带来影响的数据。同时,司法有其固有属性和规律,直言词原则和公开审判原则是刑事审判的支柱,在弱人工智能时代,应当明确人工智能在司法适用中的辅助性定位,坚持公民诉讼权利的底线,采取措施消解被告人质证权实现的各种隐忧,方能化被动为主动,变挑战为机遇。

##### (一) 扩大被告人质证范围

随着人工智能在司法审判领域的深度介入,数据与证据将成为影响事实认定与定罪量刑的两大重要因素,我国传统的庭审质证中,主要针对证据中的“物证”和“人证”进行质证,出于我国证人、鉴定人等人员出庭率极低的司法现状,庭审质证主要停留在对物质证的阶段,但事实上,对于一些“不是证据的证据”,由于可能给被告人定罪量刑带来重要影响,也应当允许被告人对其质证。例如我国刑事诉讼中的“专家辅助人意见”,即具有专门知识的人提供的意见,其作用主要在于对鉴定意见提出意见,笔者亦将其概括为“弹劾”作用<sup>②</sup>,尽管在有的案件中专家辅助人意见影响了法官的心证,却并未被纳入 8 种法定证据之中,专家辅助人意见也并不是鉴定意见。但即便不是法定的证据,对这一意见也应质证,对于专家辅助人意见的质证,同于对鉴定意见的质证,我国《刑事诉讼法》第 197 条明确规定,“……第二款规定的有专门知识的人出庭,适用鉴定人的有关规定”。我国这类“不是证据的证据”与卢米斯案中的风险评估报告相似之处则在于,二者虽不是“证据”,但都可以对法官心证的形成产生“锚定效应”。

因此,被告人质证权的行使不应停留在法定证据材料的层面,而是应当扩大至可能给被告人程序性权利、法官心证形成带来影响的数据层面。具体而言,应当允许被告人的质证范围扩大至以下两种情况:一种是“数据化的证据”。有学者指出,“证据数据化是人工智能介入事实认定的先决条件”,证据的数据化在公、检、法三机关的办案中已经不再是新鲜事物。在 2018 年全国检察机关科技装备展中,贵州省检察院展示了“案件证据数据化+标准化”的办案系统,“在证据数据化环节,需要对证据进行结构化的数据改造,并克

<sup>①</sup>崔亚东:《人工智能与司法现代化——“以审判为中心的诉讼制度改革:上海刑事案件智能辅助办案系统”的实践与思考》,上海人民出版社 2019 年版,第 100 页。

<sup>②</sup>李思远:《弹劾证据与证据弹劾——专家辅助人意见的本质与功能》,《理论界》2016 年第 9 期。

服语言障碍”<sup>①</sup>。证据数据化是对证据形态和属性的双重改变,一些数据化后的证据也会成为“二手证据”。因此,对于数据化的证据,首先应当允许被告人对以数据形态呈现的证据进行质疑、询问,其次还应当允许被告人对证据向数据转化过程提出质疑,由于证据数据化的高科技特征,应当由相关的技术人员或负责人作出解释,请技术人员或相关负责人出庭接受控辩双方的交叉询问,必要的情况下还可以聘请具有专门知识的人参与庭审质证,增强控辩双方的质证能力。另一种则是“证据化的数据”,指非法定证据但却给法官带来“锚定效应”的数据。尽管我国司法实践中尚未出现卢米斯案中的风险评估报告,但数据实际上也能够影响法官的心证。如206系统中就存在社会危险性评估和量刑参考两个要素<sup>②</sup>。这些不具备证据身份的数据实际上发挥着“算法式证明”的作用<sup>③</sup>,也应当允许控辩双方对其展开质证,即使再三强调相关司法办案软件的辅助性地位,其不经质证便可以“锚定”法官心理认知的风险不容忽视。

## (二) 尊重司法的固有属性和规律

人工智能介入司法审判的主要目的在于提升审判质效,在人工智能尚无法取代法官审判的阶段,这个价值定位决定了在人工智能与司法的联姻中,应坚持“司法主导、技术服务”的定位,强调控、辩、审参与者的主体价值。技术的发展可以改变世界的面貌,但不应改变司法的固有属性与规律。正因为如此,欧美国家对人工智能在刑事司法领域的应用普遍采用相对保守态度<sup>④</sup>,欧盟甚至为了限制人工智能的“高风险扩张”而制定了负面清单<sup>⑤</sup>。因此,对于人工智能在司法审判领域的应用,我们应当保持更为理性和审慎的态度。

第一,坚持法官在认定事实和法律适用中的主体地位,防止人工智能的“喧宾夺主”。当前阶段人工智能在事实认定、价值判断等方面还存在明显的局限,司法审判中法官的主体性因素不可替代,退一步讲,即使未来的某一天人工智能实现了同人类大脑及神经网络同等的结构水平,那么司法裁判

权就应当向人工智能让渡吗?答案虽然是未知的,但不难推导的是,即使人工智能可以带来前所未有的司法公正,人类也未必会接受机器的司法裁判。人工智能技术应用于司法的边界在于,人工智能技术不得侵犯法官在认定事实和价值判断时的独立审判权,不能让人工智能成为实际的裁判者,或是形成“程序员、软件工程师、数据处理商、信息技术公司与法官共同作出决定的局面”<sup>⑥</sup>。

第二,坚持法官在审判场域中的指挥地位,防止人工智能技术在庭审中的“越俎代庖”。司法权在本质上属于判断权,但司法审判绝不是简单地判断对错,而是法官运用价值评价来发挥审判智慧的核心地带<sup>⑦</sup>。主流观点认为,我国刑事诉讼仍然属于职权主义乃至强职权主义诉讼模式,仍旧需要依靠控辩方面的举证、质证以及辩论查明案件事实,庭审活动的顺利进行与否,与法官在庭审中指挥作用发挥密切相关。另一方面,我国刑事诉讼的改革不断吸收当事人主义的诉讼因子,增强控辩双方的庭审对抗,因此,法官应当摆脱人工智能辅助的依赖,通过主导控辩双方质证、辩论查明案件事实。

第三,坚持法官直接言词审理原则,维护司法审判的亲历性。审判场域由“线下”向“线上”的迁移,无疑会给直接言词原则的贯彻和司法亲历原则的落实带来困扰,刑事审判应当坚持“线下审判为原则、线上审判为例外”的基本准则,非必要情况下不进行“线上”审判。同时结合案件繁简分流的改革,对于无法庭调查、法庭辩论必要的,可以“线上”审判。而对于重大、疑难、复杂的案件,仍然应当实现“线下开庭”,强化庭审各参与主体的亲历性。法庭是控辩双方同台竞技的重要舞台,应当积极动员诉讼各方参与线下诉讼,保障被告人质证权的实现,以推动庭审的实质化运行。

## (三) 实现隐性算法的相对透明

人工智能技术的运行核心是算法,推进算法的公开透明对于实现被告人的质证权和维护刑事诉讼的正当程序,显得尤为重要。德国向欧盟提

①栗峥:《人工智能与事实认定》,《法学研究》2020年第1期。

②崔亚东:《司法科技梦:上海刑事案件智能辅助办案系统的实践与思考》,《人民法治》2018年第18期。

③王星译:《刑事证明标准的规范功能与实践归宿》,《环球法律评论》2021年第3期。

④李训虎:《刑事司法人工智能的包容性规制》,《中国社会科学》2021年第2期。

⑤乔新生:《欧盟为何制定人工智能负面清单》,《证券时报》2021年4月30日。

⑥季卫东:《人工智能时代的司法权之变》,《东方法学》2018年第1期。

⑦张富利,郑海山:《大数据时代人工智能辅助量刑的定位、前景及风险防控》,《广西社会科学》2019年第1期。

交的《欧盟数字基本权利宪章》规定,人工智能“产生道德影响以及作为先例的决定,只能由‘人’来做出,在基本人权领域使用人工智能必须向社会公开,并由法律进行规制。”<sup>①</sup>针对卢米斯案,克里斯托弗·斯洛博金教授认为,如果认为有必要,法院应该有权强制披露相关智能分析工具算法的代码<sup>②</sup>。毕竟,如果坚持算法“黑箱”的绝对不透明,对于诸如“黑人被告有45%的可能会比白人被告在再犯可能性面前得到的分数更高”结论的得出<sup>③</sup>,将无法针对其合法性、合理性进行质疑与辩驳。与此同时,持相反观点的学者认为,相比之下,“自由心证的算法黑箱问题却更为严重,心证公开受到各方面的阻碍,即便要求公开,既不能保证法官公开心证的效果,也无法判断法官对心证内容是否予以一定程度上的保留”<sup>④</sup>。

但事实上,随着人类社会复杂程度的提升,不可避免出现各种“黑箱”,即使无从了解自由心证的人脑和心理运行机制,或者依据某种更加先进的科学知识解释社会主体行动的具体理由,人类还是针对自由心证形成了有力的社会规范对其进行了理性化约束<sup>⑤</sup>。并且在日新月异的科技面前,隐形算法的显性化是一个可以用技术解决的问题,只要法律提出了要求,技术界便会作出回应使之得以解释<sup>⑥</sup>。因此,应当对算法的应用坚持“相对公开”的原则,笔者认为,至少在三种情况下应当公开:一是具有垄断性的算法,或是国家公共财政支持研发、目的在于提供普遍性公共服务的算法;二是涉及公民基本人权的,公民有权提出请求公开;三是以私人的商业秘密为主要内容的算法,不应对抗基本人权,在对公民基本人权构成威胁时,亦不得对抗法官的审查权<sup>⑦</sup>。在公开方式上,可以分为依职权主动公开和依申请被动公开两种,对于垄断性或公益性服务的算法,应当对算法运行过程的可靠性、安全性以及算法运行过程的机理主动作出解释和说明。对于涉及公民基

本人权的算法,不仅可以由公民依申请对算法的评估内容、过程公开,还应当允许被告人在刑事诉讼中通过聘请具有专门知识的人,对包括鉴定意见、评估报告、再犯预测等在内的算法提出意见、进行辩驳。对于庭审过程中以证据形式出现的算法,一方面强化对算法的解释与说理,另一方面还应当保障被告人对算法的质证权,不仅可以针对作为证据的算法进行质证,还应当允许控辩双方对算法设计者或鉴定人等人员进行交叉询问,以实现算法在诉讼中的相对透明。只有坚持算法可控、可了解、可管理以及为人类服务的定位,算法才能成为“善法”。

#### (四)人工智能技术应当“有所为有所不为”

人工智能技术在认罪认罚案件中可以“大有作为”。对于被告人认罪认罚的案件,如果采用速裁程序进行审理,原则上不再进行法庭调查、法庭辩论,允许被告人放弃包括质证权在内的诉讼权利,以换取“从宽”处理。如果采用简易程序审理案件,也可以对法庭调查、法庭辩论进行相应的简化。实践中,也有法官认为,有些极其简单的案件,甚至根本无开庭之必要。在认罪认罚案件中,可以探索“人工智能辅助量刑+法官审核”的办案方式,在控、辩、审三方无异议的情况下,发挥人工智能的技术优势,提升诉讼效率。随着最高人民检察院、最高人民法院对认罪认罚从宽制度在全国司法机关不断推进,其适用范围和适用效果会进一步优化,人工智能技术在认罪认罚案件中适用,会有不错的前景。

认罪认罚从宽制度设计的初衷,在于实现程序分流,国家可以集中有限的司法资源处理那些被告人不认罪不认罚,以及重大、疑难、复杂的案件。在这些案件中要严格落实直接言词原则,贯彻庭审的终局性作用,这既是实现庭审实质化的具体路径,也是以审判为中心的必然要求。因此,可以借助“案件繁简分流智能化平台”<sup>⑧</sup>,对案件

①张富利,郑海山:《大数据时代人工智能辅助量刑的定位、前景及风险防控》,《广西社会科学》2019年第1期。

②参见朱体正:《人工智能辅助刑事裁判的不确定性风险及其防范》,《浙江社会科学》2018年第6期。

③彭中礼:《论案件事实的智能认定》,《内蒙古社会科学》2021年第5期。

④周慕涵:《证明力评判方式新论——基于算法的视角》,《法律科学(西北政法大学学报)》2020年第1期。

⑤胡凌:《人工智能的法律想象》,《文化纵横》2017年第2期。

⑥郑戈:《算法的法律与法律的算法》,《中国法律评论》2018年第2期。

⑦徐凤:《人工智能算法黑箱的法律规制——以智能投顾为例展开》,《东方法学》2019年第6期。

⑧我国部分法院推出了基于复杂程度来识别案件的“案件繁简分流智能化平台”。此类平台可以按照既有规则智能地将案件区分为繁案、普案、简案三类,并自动分配给相关法官审理。参见王禄生:《司法大数据与人工智能技术应用的风险及伦理规制》,《法商研究》2019年第2期。

进行筛选,在被告人不认罪不认罚以及被告人认罪认罚但重大、疑难、复杂的案件中,坚持人工智能的有限适用。在人类的思考、思维、情感、情绪等还不能为人工智能所取代的阶段,应当坚持“人的纠纷只能由人来解决”<sup>①</sup>,立足于传统审判,通过实质化运行的庭审来查明案件事实。庭审实质化首先是质证的实质化,但是不能要求质证实现普遍化,对于无法庭调查必要的速裁程序和部分简易程序审理的案件,亦无坚持进行质证的必要。而在事实不清、证据不足或者重大、疑难、复杂的案件中,应当发挥庭审在查明案件事实中的决定性作用,积极动员证人、鉴定人等人员出庭作证,实现证人、鉴定人等人员出庭与被告人质证权之间的良性循环,同时还要限制人工智能技术对庭审质证的不利影响,严格限制刑事案件线上开庭、远程作证的适用范围,对于到场的证人、鉴定人等所作的证言应当进行交叉询问,充分保障被告人的质证权。

#### (五) 证明标准的主客观相融合

“新法定证据主义”的主要特征就是通过证明标准的统一化、数据化,强化证明标准的客观性。这无疑与既往的引入主观因素以弥补刑事证明标准过于客观化的改革方式相左<sup>②</sup>。作为刑事证明标准的重要内容,我国 2012 年《刑事诉讼法》在修改的过程中增加引入了“排除合理怀疑”的判断标准,这是立法者为提高事实认定准确性和避免冤假错案产生而引入的一种主观性因素。以目前弱人工智能的技术水平看,尚无法将证明标准认定的主观性取而代之。人工智能技术引入司法,可以辅助提升司法人员的客观判断能力,但是也容易使司法人员走进机械办案的误区,机械办案的衍生效应是忽视庭审的决定性作用,不重视控辩双方的对抗与质证,使庭审流于形式。

破除“新法定证据主义”倾向的取胜之匙就在于坚持主客观相结合的证明标准,一方面,有效利用人工智能在审查、判断证据上的客观性作用,如对证据进行单一性校验,以发现证据间的瑕疵

和矛盾,能够防止因遗漏证据而产生的冤假错案,虽然人工阅卷和审查也能发现证据间的瑕疵和矛盾,但人工智能在计算、数学以及逻辑方面的优势可极大地提升审查效率。另一方面,应坚持司法办案的规律,运用证据相关性规则、交叉询问规则、传闻证据规则、非法证据排除规则、品格证据规则、意见证据规则等证据规则引导控辩双方积极质证,保障被告人质证权的有效行使,动员证人、鉴定人、侦查人员、被害人等出庭作证,实现“证在法庭、质在法庭、辩在法庭”,运用人工智能所不具备的优势,凭良知和理性判案,发挥人的主观能动性在实现庭审终局性方面的作用。

#### (六) 强化律师的“智慧辩护”

质证是一项技术性较强的诉讼活动,除非被告人是刑事诉讼的“内行人”,否则,他们独立行使质证权极为艰难。在有律师出庭辩护的案件中,几乎都是由律师在实际行使被告人的质证权,因此,辩护律师在协助被告人行使质证权中扮演着极为重要的角色。此轮以人工智能为核心的司法体制改革,主要围绕强化公权力机关发现犯罪线索、提升公诉能力、审查运用证据等方面进行,人工智能系统显然不会对被告人及其辩护律师开放,因而辩方掌握的信息相对于控方而言少之又少,律师辩护能力不仅没有加强,反而被削弱了。但是,作为以审判为中心的刑事诉讼制度改革的重要参与者<sup>③</sup>,以及被告人诉讼权利的维护者,律师不应在“人工智能+司法”的改革中缺席。人工智能办案系统的开发,应当将律师作为参与者考虑进来,实现“智慧辩护”,如邀请律师参与共同研发一套与公检法办案系统相衔接的办案系统,对律师开放“线上”或“远程”阅卷,减少律师的来往奔波,或是在不久的将来,向律师开放“数据访问权”<sup>④</sup>,以提升律师阅卷的全面性、有效性。

就庭审中的司法辅助办案系统而言,也应当将被告人及辩护人纳入适用主体。具体到其中的庭审质证环节,人工智能技术的引入,有助于推动对言词证据的书面质证向证人、被害人、鉴定人、

<sup>①</sup>潘庸鲁:《人工智能介入司法领域的价值与定位》,《探索与争鸣》2017 年第 10 期。

<sup>②</sup>李训虎:《刑事证明标准“中体西用”立法模式审思》,《政法论坛》2018 年第 3 期。

<sup>③</sup>以审判为中心诉讼制度改革命题的提出,要求充分发挥“公、检、法、司”(司是指律师)四大主体的作用。参见樊崇义,李思远:《以审判为中心背景下的诉审、诉侦、诉辩关系刍议》,《人民检察》2015 年第 17 期。

<sup>④</sup>随着人工智能技术的运用,公权力机关运用人工智能技术抓取的数据将远远超越传统意义上的证据材料和诉讼文书的范围,使得辩方的阅卷权出现“盲区”,从而影响阅卷权目的的实现。在此种情形下,可以考虑将传统的阅卷权改造为“数据访问权”,即数据主体可以从数据控制者处确认其个人数据是否正被处理、并在此种情形下可以访问个人数据及获得相关信息的权利。参见郑曦:《人工智能技术在司法裁判中的运用及规制》,《中外法学》2020 年第 3 期。

侦查人员等远程出庭接受询问的方式转化,这对于提升证人、被害人等人员的出庭率,实现被告人一方的质证权而言,是一个绝佳的机遇。因此,律师参与到庭审中的“智慧辩护”,还应当积极有效利用现代技术手段维护并实现被告人一方的质证权,例如可以利用法院的出庭一体化支持和远程视频连线系统,在法庭以证人、被害人等人员出庭路途遥远、经费紧张等理由不同意出庭的情况下,向法庭提出证人、被害人等人员远程作证、接受控辩双方交叉询问的申请,以“零在途时间”和“零差旅费用”的明显优势作为游说法庭的砝码<sup>①</sup>,最大程度维护被告人质证权的有效实现。在证人、鉴定人等人员远程出庭的情况下,直接面对面观察的效果会有所降低,更应当重视对被询问者的交叉询问,通过对证人、鉴定人等人员的主询问、反询问、再主询问、再反询问梳理证言争点,提升庭审质证的有效性;同时还应当强化对于“数据化的证据”和“证据化的数据”质证的能力,推动庭审质证制度的不断完善。

## 结语

人工智能这个新生事物,已经让刑事审判走到了岔路口<sup>②</sup>。不难预见的是,“人工智能+司法”绝不是为应对“案多人少”而产生的权宜之计,而是一股可能给司法改头换面的“神秘能量”。当强人工智能时代来临,人类由“不敢违法”过渡到“不能违法”,又从“不能违法”上升到“不用违法”的层面,随之而来的是法律可能“死亡”,相关的法官、律师行业也随之消失,被告人质证权问题将成为不是问题的问题。但是这一天还远未到来,当前仍然应坚持人在司法裁判中的主体性定位,警惕法律场景的迁移挤占被告人质证权的实现空间。既要防范“新案卷笔录移送制度”对以审判为中心和庭审实质化改革带来的副作用,也要警醒“新法定证据主义”给刑事证明标准带来的挑战。作为司法现代化和司法文明化的重要特征,公民基本权利的实现与保障不应被人工智能所忽视,更不应被算法“黑箱”所裹挟。而应当给人工智能以明确定位,以实现公民权利保护与新兴技术应用之间的平衡。

# On Difficulties of the Defender's Confrontation Right and Its Resolution in the Age of Artificial Intelligence

LI Si-yuan

(School of Law, Shanghai University, Shanghai 200444, China)

**Abstract:** The application of artificial intelligence in the judicial field has brought many changes to the trial scene and the defendant's litigation rights. From the case of Loomis, we can see that algorithm "black box" may become a new obstacle to the realization of the defender's confrontation right in the age of weak artificial intelligence. The transfer of trial scene does not bring obvious improvement to the attendance of witnesses. Instead, it obviously affects cross examination in court. "New record transfer system" will aggravate the imbalance between the prosecution and the defense. We should recognize the hidden worries brought by artificial intelligence, respect the inherent attributes and laws of justice, and realize the "relative transparency" of algorithm. The scope of confrontation right of the defendant should be expanded to two levels: evidence and data. The boundary of artificial intelligence in justice needs to be clarified. The standard of proof should combine subjectivity with objectivity. We should also strengthen the "intelligent defense" of lawyers.

**Key words:** artificial intelligence; confrontation right; trial scene; algorithm "black box"; proof standard

(责任校对 莫秀珍)

①陈锦波:《论信息技术对传统诉讼的结构性重塑——从电子诉讼的理念、价值和原则切入》,《法制与社会发展》2018年第3期。

②张富利,郑海山:《大数据时代人工智能辅助量刑的定位、前景及风险防控》,《广西社会科学》2019年第1期。