

经验与逻辑
Experience and Logic

北京市第二中级人民法院

秉法覃思

一名刑事法官的观察与探究

张素莲 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



经验与逻辑
Experience and Logic



北京市第二中级人民法院

秉法覃思

一名刑事法官的观察与探究

张素莲 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

乘法覃思:一名刑事法官的观察与探究 / 张素莲著. -- 北京:法律出版社,2017

ISBN 978-7-5197-1076-7

I. ①乘… II. ①张… III. ①审判—研究—中国
IV. ①D925.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 166189 号

乘法覃思:一名刑事法官的观察与探究

BINGFA TANSI;YIMING XINGSHI FAGUAN DE GUANCHU YU TANJIU

张素莲 著

策划编辑 朱海波

责任编辑 朱海波

装帧设计 贾丹丹

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京京华虎彩印刷有限公司

责任校对 杨锦华

责任印制 吕亚莉

编辑统筹 法律应用·大众出版第二分社

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

印张 16.5

字数 236 千

版本 2017 年 11 月第 1 版

印次 2017 年 11 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/ www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/ info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/ jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85330678

重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636

深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5197-1076-7

定价:49.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

惩罚犯罪、保护人权及定分止争等法律精神,以及对社会关系的调整规范功能,依靠法律工作者理论联系实际,通过案件的正确裁判得以活生生地呈现,最终实现社会的公平正义。在审判实践中,法律的普遍性与个案的特殊性之间的矛盾,以及法律的稳定性与社会关系的变动性、复杂性等矛盾客观存在,为实现法律的价值或弥补法律的空白,需要发挥司法能动性,从实务的角度总结问题,对法律进行适用性解释,以寻求最佳的解决对策。日积月累,一些思想火花便升华为裁判原则和规则,从实践中来,并用于指导实践。作者凭着扎实的法学理论功底,以及在多个审判庭及研究室的工作经历,将日常工作中的所思所想汇集成册。该书主要有以下特点:

一是文章内容系审判工作中的问题总结及解决对策。作者从审判实务出发,运用法学理论思维,将日常工作中遇到的问题,从法理的角度提出更有针对性的完善措施,有的放矢,可操作性、实效性强。

二是针对刑事审判中的一些普遍性、原则性的问题,以及法律、政策的把握与平衡,结合实际案例进行抽丝剥茧,探索裁判规则和实践掌握标准,具有较强的借鉴或参考价值。

三是通过适用证据裁判原则,突出庭审实质化,注重总结证据审查判断中的关键证据不收集或未依法收集等问题,如现场勘查、鉴定意见等刑事技术类证据问题等,提出完善和规范化性建议,从裁判的角度为侦查、审查起诉梳理证据标准,共同提高刑事案件质量。

四是从法院总体工作的角度,根据审判工作的特点和规律进行调研,尤其是对首都中级人民法院运行机制的调研,提出了宏观的、建设性的构想,对法院设置的改革、审判资源的优化配置等有所裨益。

五是注重学以致用,结合我国国情及审判工作实际,辩证地吸取、借鉴国外司法制度和运行模式,提出一些启示性建议和措施,具有较强的实践价值。

为确保文章内容、结构的完整性或反映撰写时的思路,一些文章引用法律条文的序

号与修改后的相关法律不同,但有的法律条文仍保持原有内容,或者文中所提解决问题的措施和构想,仍是今后审判工作继续努力的目标。

繁忙工作之余,笔耕不辍。总结问题并深入研究,为实现社会公平正义而深耕细作、孜孜追求,在政策、法律、效果的平衡中探求最佳解决方案,体现出一名实务工作者对法院审判工作精益求精与责无旁贷的使命感和责任感。理论联系实际、学有所用、学以致用,应是一名法律人自身价值实现的最佳状态。

张素莲在中国人民大学法学院诉讼法专业求学期间,学习勤奋努力,先后获得法学硕士、博士学位。进入法院的近二十年间,她在工作之余不忘法学研究,出版过专著,发表了数十篇学术调研文章,可谓不忘初心、砥砺前行。在该书即将付梓之际,欣然为之作序。



目 录

篇 一

技术侦查证据在刑事审判中的适用及完善	3
刑事技术类证据审查采信中的问题及建议	11
法官认证方式实务调查与分析	17
命案中介入因素对量刑影响的分析与适用	25
涉少刑事审判引入量刑建议制度的论证与构想	34
司法认知的范围与规则	45

篇 二

提高刑事庭审质效的措施及注意问题	61
审判实践中宽严相济刑事政策的适用	69
刑事二审程序分流的论证与构想	73
人权理念与死刑复核程序的改革	81
完善我国刑事辩护制度的构想	92

篇 三

人民陪审员制度运行的机制支撑与模式设计	101
建立中级法院未成年人案件综合审判工作机制的构想	114
建立符合审判规律的首都中级法院职能模式与保障机制的调研及设想	124
接访艺术研究与实践运用	136
审判业务培训中的问题及机制创新	141

篇 四

漏罪的发现与认定	151
----------------	-----

表象类似犯罪行为的定性问题 156

私分国有资产罪的理解与司法认定 163

附带民事诉讼的程序问题分析与对策 174

法院改变指控罪名的程序问题及完善 185

篇 五

美国马萨诸塞州司法制度及借鉴启示 197

美国马萨诸塞州对法官投诉处理的机构和方式 216

美国马萨诸塞州未成年人犯罪刑罚替代处置方式及借鉴 221

美国马萨诸塞州少年司法制度及借鉴 229

篇一



技术侦查证据在刑事审判中的适用及完善*

随着技术侦查手段所依赖的科技水平不断提高,技术侦查证据(以下简称技侦证据)在各类刑事案件中发挥着越来越大的作用,在庭审、裁判中给予法官更多的内心确信,在防范冤假错案的过程中起到至关重要的作用。2013年1月1日实施的《刑事诉讼法修正案》,在证据的资格上赋予技术侦查收集的材料应有的地位,肯定了技术侦查措施收集的证据的直接证明力,^①实现了立法上的突破。同时,对技术侦查措施适用的对象、批准程序、法庭核实方式等进行了附条件的限制。将技术侦查纳入法治化轨道进行规范,不仅是与国际趋势的有序接轨,更是对权力规训的一种法律实践。^②

一、技侦证据材料在实践适用中的问题

《刑事诉讼法》及司法解释等规定,采取技术侦查措施应经批准决定,“采取技术侦查措施收集的材料作为证据使用的,批准采取技术侦查措施的法律文书应当附卷,辩护律师可以依法查阅、摘抄、复制,在审判过程中可以向法庭出示”。^③

审判工作中,法院与公安技术侦查部门(以下简称技侦部门)形成较为良好的沟通协调机制,如对已有一定证据的事实进行补强,或通过庭外查阅技侦材料增强内心确信等。但是,技侦材料以证据的形式进入庭审质证环节,或庭外核实后作为裁判文书充分的说理依据等,仍停留在初始状态,离采取技术侦查决定书与转化材料搭配适用乃至技侦证据的直接适用,尚有一定的差距。

(一)技侦部门不对外提供技术侦查决定书及相关证据材料

在重大刑事案件审理中,若在庭外核查技侦证据,或法院针对关键情节或事实,需技侦证据予以案外辅助、增强内心确信等,技侦部门配合积极,均能提供便利。但是,技侦部门对技侦材料直接作为证据使用存在顾虑,尤其是对技侦证据转化的书面材料,则以法律规定较为弹性为由,不提供采取技术侦查措施的决定书,导致这些转化材料因合法性问题无法进入核查程序。基层法院一审的刑事案件,即使是法官表明不将技侦材料作为证据使用,只是为增加内心确信需查阅技侦材料,技侦部门一般不予提供,导致

* 本文发表于《法律适用》2017年第11期。

① 姚永辉:《新〈刑事诉讼法〉下技术侦查制度的探讨》,载《法制与经济》2013年第6期。

② 董坤:《论技术侦查证据的使用》,载《四川大学学报》(哲学社会科学版)2013年第3期。

③ 如《公安机关办理刑事案件程序规定》第256条规定:“需要采取技术侦查措施的,应当制作呈请采取技术侦查措施报告书,报设区的市一级以上公安机关负责人批准,制作采取技术侦查措施决定书”等。

一些情况在二审时再予核查。在实践中,一些案件采取技术侦查措施的相关批准手续不符合法律规定,如使用技术侦查措施的时间早于公安机关的立案时间等。^①这类案件即使有技侦证据的转化材料,也会因技侦措施的决定书有瑕疵或程序违法,不能作为证据使用。辩护律师介入诉讼后,要求调取技侦措施的审批手续,也暴露出技侦证据形成中的一些问题。

(二)在其他证据较差的案件中,技侦部门不提供证明关键事实的技侦证据材料及决定书,只能在裁判时降格处理

例如,李某毒品犯罪案。经技侦发现,李某携带毒品260余克乘坐大巴车从安徽某市到北京。大巴车在丰台区丽泽桥桥上的公交车站停车,民警对下车乘客进行监控。由于抓捕中出现偏差,李某避开了桥上民警的监控,下车后约30分钟,走到丽泽桥下时才被民警发现。民警表明身份准备对李某盘查,李某逃跑,并将手中的黑色塑料袋扔到草丛里。李某被抓获后,民警沿追捕路线找到其丢弃的黑色塑料袋,当场起获上述毒品。李某认其逃跑时丢弃毒品的事实,但不承认该毒品系从安徽带到北京,辩解系下车后从别人手中购买。大巴车司机和售票员均不能对其进行辨认,从车内监控拍摄的图像中无法分辨出李某,且李某下车时,民警未能在第一时间发现。公诉机关当庭出示了预审部门出具的工作说明,表述了李某涉嫌运输毒品的部分通话录音内容,录音中携带毒品数量和出发地点等较为明确。辩护人要求调取通话录音原件和技侦措施审批手续。由于不能提供技侦审批手续,通话录音转化材料就不具合法性。对李某运输毒品的行为定性,因缺乏关键证据,只能就低认定为非法持有毒品罪。

(三)庭外核实或查阅技侦材料成为主要审查模式

修改后的《刑事诉讼法》允许法官庭外核实,无疑是提高技术侦查材料的法庭认可度,并最大限度地保障技侦工作的安全。但是,这一做法却牺牲了当事人一方的诉讼权利,造成辩护人的质证权与法庭外的审核权的冲突。^②法律规定“必要时”作为庭外核实的条件,实践中庭外核实很少适用,庭外查阅成为技侦证据的主要审查形式。为完善案件事实的证据链条,或者核实一些关键细节事实,尤其是证据材料不多的毒品案件,只能由审判人员庭外核实或查阅相关技侦材料。

(四)技侦部门不直接对应法院,需通过预审或禁毒等部门予以手续上的转送、协调

技侦部门系公安机关的内部部门,不直接对外提供材料,需经过预审或禁毒部门转达、协调,才能接待法院核查相关证据材料。重大刑事案件的侦破,公安机关内部多部

^① 马康:《论刑事判决书的说理——以技术侦查证据认定为切入点》,载《上海政法学院学报》(法治论丛)2016年第1期。

^② 王骄:《技术侦查证据庭外核实的程序性障碍》,载《贵州警官职业学院学报》2012年第4期;乔小叶:《论技术侦查证据》,载《法制博览》2015年第12期;董坤:《论技术侦查证据的使用》,载《四川大学学报》(哲学社会科学版)2013年第3期。

门联动,到案发现场的可能是刑侦部门或禁毒部门指挥下的多部门联合办案人员。在审判阶段,需要补充技术侦查相关的材料时,协调相关部门的程序较为繁琐。

(五)对犯罪嫌疑人语音记录的内容存在偏差

对少数民族或说方言的犯罪嫌疑人进行技术侦查时,对相关内容的记录须借助翻译,翻译语言水平的高低决定记录内容的质量。少数民族语音也有地域性,不同阶段的翻译记录的内容不同,难以确保语音记录的准确性、完整性。实践中,庭外核实相关证据材料时,经常出现法院带去协助核实的翻译记录的内容,与技侦部门的翻译记录不一致的情况。

二、技侦证据适用的完善建议

(一)强化程序意识,做到技术侦查的决定书等手续完备、合法

如上所述,法律规定采取技术侦查措施,均应当事先审批决定,收集的材料拟作为证据使用的,采取技术侦查措施决定书应当附卷,以备诉讼中证明犯罪事实所需。也就是说,首先要解决技侦证据的合法性问题,这是技侦证据进入诉讼的前提。遇到有一定犯罪嫌疑的案件,技侦部门与刑侦、禁毒等部门加强工作协调,在正式立案后,拟采取技术侦查措施的,首先进行合法的审批程序。因为《刑事诉讼法》规定的立案条件并不严格,发现犯罪事实或犯罪嫌疑人就能立案,但这种嫌疑还只是程序上的,不是实质上的犯罪。在决定立案的同时,为技术侦查审批、采取技侦措施留出一定的时间,就能解决法庭上被告人一方要求出示决定书的问题。

(二)对技侦证据适用时,以决定书与转化材料搭配适用为主,以直接适用为辅

学界的主流观点认为,应当强化技术侦查材料作为证据直接使用的意识,减少不必要的转化程序,符合最佳证据原则。^①笔者认为,在适用前应当对证据如何适用进行甄别研究。因为,对于技侦证据不能一概而论,应在技术侦查措施的秘密性和审判活动的程序公正性之间寻求可操作的平衡点。^②在其他证据能够形成证据链条时,将技术侦查措施的决定书与转化材料在庭审中进行举证、质证,搭配使用。如果遇到其他证据无法形成证据链条,技侦证据对定罪量刑起到关键性作用时,应对技侦证据直接适用。这不仅确保技术侦查的安全、保密,而且将采取技术侦查获取的视听资料等证据,在法庭上直接质证适用,仍存在一定的客观困难和障碍。例如,对一些通话录音直接进行质证,若被告人否认录音中的讲话人系其本人,还须进行音频鉴定,鉴定所需时间较长,且鉴定意见中只表明调取的被告人讲话样本与录音中讲话的是同一人,不出具讲话的具体内容。遇到录音中谈话的环境较为嘈杂,被告人否认讲话人系其本人时,又会面临连环

① 贾萌:《技术侦查证据的审查问题》,载《江苏警官学院学报》2013年第2期;王骄:《技术侦查证据庭外核实的程序性障碍》,载《贵州警官职业学院学报》2012年第4期。

② 马康:《论刑事判决书的说理——以技术侦查证据认定为切入点》,载《上海政法学院学报》(法治论丛)2016年第1期。

证明的困境和难题。

同时,在适用技术侦查决定书、转化材料时,还应与被告人的通讯记录、手机短信、犯罪嫌疑人或被告人的口供配合使用、相互印证。通过监听等技术侦查手段取证,对于证据发现的手段,要有情况说明、调取通话记录、短信内容等予以印证。如果仅有技侦证据转化材料,但在对应的时间内,没有犯罪嫌疑人手机通话记录或者不能确定技侦的手机号码是犯罪嫌疑人使用,即使技侦证据及其手续再完备,也不能证明案件事实。在获取技侦证据的同时,要及时调取犯罪嫌疑人的通话记录,并在抓获犯罪嫌疑人后,注重讯问其案发前所使用的电话号码,防止后期翻供予以否认或不供述案发前使用的手机号,造成在证据适用上的被动。

此外,对使用少数民族语言或地方方言的犯罪嫌疑人,在进行技术侦查时,应当由专业翻译协助进行,并确保翻译内容准确,有利于案件侦破及审理阶段的核实。

(三)裁判时对技侦证据最后适用与有限使用相结合

学界主流观点认为,对于技侦证据的使用,司法实践中仍应坚持最后使用原则,即在证据使用的策略上应以常规侦查证据的使用为原则,技侦证据的使用为例外。^①笔者认为,在裁判中,对于技侦证据材料,不仅要立足于最后适用原则,从技侦措施安全、保密等角度,还应进行有限适用。虽然技侦证据将逐步通过法庭质证,作为证明案件事实的证据是一种大趋势,但是在侦查、审查起诉、审判等诉讼阶段,将技侦手段予以一定程度的保密,有利于今后案件的侦破及保障侦查人员人身安全。尤其是毒品案件,有的案件犯罪嫌疑人将上家、下家的情况供述得很清楚,公安机关根据这些线索继续侦查,必要时还会采取技术侦查措施,如果过多地适用技侦证据,将会对后续侦查工作带来一定困难。客观地讲,无论是一般的侦查手段还是技术侦查措施,离高水平的侦查尚有一定的差距。例如,一些技术侦查手段,对社会公众来说仍不是一般常识,实践中很多案件通过这些手段将嫌疑人抓获。如果通过庭审质证公开这些技侦手段,则有助于犯罪嫌疑人提高反侦查能力,更不利于案件的侦破。此外,采取最后适用和有限适用的方式,也有利于防止技术侦查权的滥用和保护公民个人隐私与权利。

(四)对技侦证据以庭审质证为主、庭外核实为辅

技侦证据材料作为裁判的证据使用,应当以当庭出示、质证为原则,将庭外核实作为辅助手段和必要补充,改变当前因技侦部门不提供决定书,主要由法院庭外查阅技侦材料增强内心确信的非常规状态。学界对庭外核实有诸多顾虑,认为实践中很有可能因庭内审查的空间被挤压而演变为庭外核实的单一审查模式。^②庭外核实与程序公开、

^① 王新清、姬艳涛:《技术侦查证据使用问题研究》,载《证据科学》2012年第4期;董坤:《论技术侦查证据的使用》,载《四川大学学报》(哲学社会科学版)2013年第3期;陈卫东:《理性审视技术侦查立法》,载《法制日报》2011年9月21日,第9版;张冲开:《新刑事诉讼法语境下技术侦查证据的使用与审查》,载《昆明学院学报》2014年第2期。

^② 张冲开:《新刑事诉讼法语境下技术侦查证据的使用与审查》,载《昆明学院学报》2014年第2期。

司法公正原则相冲突,不利于程序正义的实现,应当确定庭外核实的“最后手段性”地位。^①笔者认为,无论是常规审查模式还是采取保护措施的审查模式,均属于庭审举证、质证模式。而且,从技术侦查保密及审判效率的角度,在庭审审查时,不主张所有案件的技侦证据,均直接使用证据的原件和原始载体。遇到重大刑事案件的证据链条出现空白等情况时,再将技侦证据原件或原始载体当庭质证,作为证据链条的重要一环。有学者认为,对于电子数据,在庭审时提交的证据必须是原始载体,既包括提交硬盘、闪存等物理存储形式,也包括向法院提交非物质化的网址信息。^②或者法官在使用庭内审查模式时,应坚持要求当庭出示原物或原件并接受辩方质证。^③笔者认为,在技侦证据适用仍存在诸多障碍的现实情况下,如一步到位要求当庭出示原物或原件,不仅技侦部门配合的积极性欠缺,实践中也缺乏可行性。

针对技侦证据庭外核实的必要性问题,应结合实际情况进行细化。而且,从公信力、司法公开的角度,尽可能减少庭外核实的使用。只有案件中涉及国家秘密、个人隐私及危害技术侦查人员等人员安全,或者可能造成公共利益重大损害的情形,才能进行庭外核实。在庭外核实的过程中,发现不属于上述情形的,则转为公开质证程序。法官在庭外单方核实证据时,应当对技侦证据获取的合法性重点审查,及时将核实结果通知控辩双方。辩方有疑问,技术部门无法进行合理解释,尤其是技侦证据的合法性存疑时,应当依法排除。^④通过实践积累,逐步总结需庭外核实的证据情况,并确定技侦证据的采信原则。同时,为克服庭外核实消解程序公开的弊端,应在判决中加强对技侦证据采信的说理,改变现有文书对技侦证据说理不充分、直接在本院认为中表述认证结论的做法。^⑤

(五)对技侦证据的适用,应限于重大犯罪案件的裁判

依通说,技术侦查措施主要适用于两类犯罪:一是重罪,即处罚较重的犯罪;二是组织化、技术化、隐秘化的特殊类型的犯罪。^⑥《公安机关办理刑事案件程序规定》规定,适用技术侦查措施的5类案件,是危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪、黑社会性质的组织犯罪、重大毒品犯罪或者其他严重危害社会的犯罪案件;其他严重危害社会的犯罪案件,是指“故意杀人、故意伤害致人重伤或死亡、强奸、抢劫、绑架、放火、爆炸、投放危险物品和其他依法可能判处五年以上有期徒刑的案件;流动性、团伙性、跨区域性的犯罪案件”。

① 王骄:《技术侦查证据庭外核实的程序性障碍》,载《贵州警官职业学院学报》2014年第4期。

② 李慧英:《技术侦查证据原件认定问题研究》,载《兰台世界》2016年第6期。

③ 张冲开:《新刑法语境下技术侦查证据的使用与审查》,载《昆明学院学报》2014年第2期。

④ 李慧英、刘瑞伟:《非法技术侦查证据排除规则之完善》,载《人民检察》2015年第13期。

⑤ 马康:《论刑事判决书的说理——以技术侦查证据认定为切入点》,载《上海政法学院学报》(法治论丛)2016年第1期。

⑥ 王晨辰、周轶:《技术侦查制度之检讨》,载《法律适用》2014年第2期;傅国:《完善我国技术侦查措施的立法构想》,载《山西省政法管理干部学院学报》2014年第4期。

虽然公安机关使用技侦措施的案件范围较大,但在审判阶段,在使用技侦证据进行裁判的操作层面,应对上述案件范围进行适当限缩,并通过裁判的反向效应,促使常规侦查手段的穷尽化,防止对技侦证据的依赖及技术侦查措施的滥用。

(六)由技侦部门直接向法院出具线索来源等情况说明,可不作为证据使用,放入副卷备查

立法赋予技侦证据的证据资格,意味着赋予了技侦部门一定的侦查权,应由技侦部门直接向法院提供决定书、出具线索来源等情况说明,改变公安机关各部门职能交叉、协调程序繁琐的现状。如果确实涉及其他犯罪嫌疑人的继续侦控等保密原因,在法庭上出示技侦转化材料、决定书等材料不利于其他案件的侦破,在庭外调查核实之外,法院认为技侦部门有必要出具案件线索来源等情况说明的,技侦部门可以就保密的重要性出具情况说明,放入法院卷宗的副卷中,除办案人员外其他人不得查阅,这也是技侦证据使用的权宜之计。放入副卷,能够让上级法院看到预审卷宗、审判正卷所没有的,但对案件处理较为重要的技侦说明,防止案件被改发。如一贩卖、运输毒品案,涉案毒品数千克,含量高,被告人又系毒品累犯、再犯,依法对其判处死刑。上级法院复核时认为,此案线索来源不清楚,无法排除存在侦查引诱等情况,要求补充相关证据,虽然公安答复不存在侦查引诱因素,但因技侦部门不予出具说明材料,此案被发回重审。

三、从实务角度确立技侦证据适用的三层次

法院在适用技侦证据材料时,既应考虑技侦手段的保密性,又要考虑案件的证据是否充分。从实务角度,结合案件证据的具体情况区别对待,不仅应对技侦证据坚持最后适用和有限适用的原则,还应对技侦证据材料进行分层次适用。

笔者认为,根据审判实际情况,对技侦证据材料的适用可分为三个层次:

第一层次,直接使用。技术证据对案件的定罪量刑至关重要时,可以直接使用。在被告人不供述,其他证据是散乱、联系性差,尤其是毒品犯罪案件的证据较少的情况下,将技侦证据材料在判决中作为证据予以使用,与被告人通话记录、手机短信内容搭配适用、相互印证,并与其他证据形成证明犯罪的证据链条。还有一些案件,审理时处于《刑事诉讼法》实施前的过渡期,将预审或刑侦部门听录音整理的转化材料进行的节录或概括内容,作为证明案件事实的证据使用。例如,陈某、翁某运毒案。把技侦证据材料与二人短信内容、通话记录等其他证据相结合,进行综合判断,并考虑被告人的辩解不能作出合理解释,且二人对短信内容的涉毒暗语 200 克毒品解释为买 200 瓶红酒,不仅不符合逻辑常识,也不具有可行性。虽然采取技侦措施的决定书没有附卷,且采取技侦措施在正式立案之前,法院结合新《刑事诉讼法》实施时间作适用性解释。即采取技侦措施抓获二人的时间是 2012 年 12 月 12 日,在新《刑事诉讼法》及六部委规定实施之前,法院使用的是侦查机关的转化说明,结合陈某与翁某之间的通话记录、手机短信记录及汇款等情况,认定二被告人运输毒品犯罪的事实。

第二层次,补强适用。在其他证据缺少或存在瑕疵时,对技侦材料进行转化后予以补强;或通过庭外核实形成内心确信。毒品案件的证据较少,一些案件证据上存在空白或瑕疵。如抓捕犯罪嫌疑人、起获毒品的过程没有录像,盛毒品的包装灭失,起获毒品可疑物时没有称重,犯罪嫌疑人对起获的毒品没有签字确认,犯罪嫌疑人之间对毒品的主观明知予以开脱等情况。如张某、林某、李某运毒、贩毒案。张某在去广州买毒及返回的过程中,其间因手机没电,多次使用李某手机联系毒品上家、下家。公安机关通过对李某手机侦控抓获二人,但李某不供述,张某如实供述自己买毒运毒的事实,供述毒品上家林某贩卖毒品的事实,但为李某开脱,表示其只是临时雇来开车的司机,不知道张某去广州买毒到北京贩卖的事实。对李某的主观明知问题,则结合技侦证据进行认定。

尤其是较为常见的乘坐长途大巴车运毒的案件,定性的主要依据是将毒品从外省市运到北京。为逃避法律追究,犯罪嫌疑人在外地的客运站外或高速服务区上车。这类案件的证据存在无法收集的情况,如犯罪嫌疑人不过安检,也没有上车车站的相关监控录像;中途上车时司乘人员不给车票;大多数的大巴车属于个体挂靠运营,车内没有安装监控设备;在河北或进京城之前的服务区或路边提前下车;外地的司机、乘务人员不配合辨认犯罪嫌疑人;犯罪嫌疑人最初的认罪供述没有录音录像,翻供后提出被刑讯逼供,要求对之前的有罪供述进行非法证据排除;等等。例如,罗某运毒案。罗某在侦查阶段9次辩解,均称装有毒品的塑料袋是其从长途车上捡的,在庭审时辩解,塑料袋是一个叫伟哥的人委托其带到北京的,伟哥给其七八百元作为路上吃饭的费用,其不知道塑料袋内是毒品。本案中其他的证据较少或存在瑕疵,如乘车没有车票,收缴毒品后没有对毒品称重,在收缴毒品的记录中也没有毒品的数量,司机和售票员害怕打击报复,不敢在辨认人一栏上签字,辨认笔录有瑕疵。为确认罗某对毒品的主观明知,承办人到技侦部门查阅对罗某采取技侦措施收集的材料,显示罗某在案发前4次与上线联系,内容均涉及毒品,其中1次罗某与上线联系称“我计划是200个”,上线称“要的嘛”,由此判定当场查获的200.77克毒品,就是罗某联系的这宗毒品,罗某对运毒系主观明知,主动联系买毒,且不能排除罗某系毒品所有人的可能性。

第三层次,为查明关键情节事实的适用。虽然其他证据较少或存在瑕疵,但能形成证据链条,为查明一些关键细节事实需要核实技侦材料。对于是否排除非法证据或影响量刑的情节,法庭进行庭外核实技侦材料,这是《刑事诉讼法》实施以来在实践中运用最多的一种方式。如果在案证据能够成立证明体系,且能形成内心确信、排除合理怀疑,法庭一般不再核实技侦证据。也就是说,技侦证据在案件中所占分量不大时,法庭不会主动进行核实,也不会把技侦证据写入判决。但是,对案件线索、如何确定犯罪嫌疑人、是否存在刑讯逼供等相关问题的核实,涉及技侦证据的相关情况,法庭需在庭外核实。例如故意杀人案,在通过技侦手段将其抓获之前,他的嫌疑程度有多大,是认定自首或如实供述的关键事实,涉及判处死刑或死缓的量刑档次问题,就要进行庭外核实。

此外,案发后及时采取技术侦查措施,更有利于案件全面侦破或追究犯罪,以及确

定嫌疑人的刑事责任。当然,这不是技侦部门一家所能做的,首先需要刑侦部门有主动借力技术侦查手段的意识。实践中,有的在案发后大半年的时间讯问犯罪嫌疑人、收集其他证据,错过了技术侦查的最佳时机,导致案件定罪的证据不足。

四、结语

修改后的《刑事诉讼法》实施以来,采取技术侦查措施获取的证据逐步对审判人员揭开神秘的面纱。实践中,技侦证据最突出的功能在于增强法官判案的内心确信。为落实中央政法委、最高人民法院关于防范冤假错案的规定,今后案件的证明标准更高,技侦证据材料将成为审理重大、疑难案件时,法官排除合理怀疑、增强内心确信的关键证据,今后将依法、依程序用好技侦证据,充分体现技侦证据在刑事审判中的诉讼价值。