

技术侦查证据使用问题研究

程 雷^{*}

内容提要：2013—2016 年的司法实践状况表明，2012 年刑事诉讼法第 152 条规定的技术侦查证据使用条款面临法律适用难题。对中国裁判文书网该期间内 73 例样本案件的分析，揭示了上述法律适用难题。要实现平衡技术侦查权效能与公民权利保障的目标，需完善一系列基本的技术侦查证据使用制度，包括：技术侦查材料用作证据的，必须事先告知辩方并经辩方质证方可作为定案根据；技术侦查证据的形式应当是原始的实物证据，使用传来证据的，应当适用实物证据的鉴真规则；法官可以对技术侦查证据进行庭外核实，但仍应保障辩方的质证权。为保护技术侦查方法与过程不被泄密、国家秘密、公民的人身安全，应允许在证据使用过程中设置若干变通措施，比如：使用证据替代品、衍生品；对证据来源予以保密；设立特定律师代理制度，由特定律师而非被告人本人对证据进行质证。

关键词：技术侦查措施 技术侦查证据 监听 证据使用

2012 年刑事诉讼法在“侦查”章中新增了“技术侦查措施”一节，其中第 152 条规定，采取技术侦查措施收集的材料在刑事诉讼中可以作为证据使用，如果使用该证据可能危及有关人员的人身安全，或者可能产生其他严重后果的，应当采取不暴露有关人员身份、技术方法等保护措施，必要的时候，可以由审判人员在庭外对证据进行核实。从技术侦查措施及其证据使用法治化的角度看，本条规定意义之重大自不待言。然而遗憾的是，2012 年刑事诉讼法实施以来，由于法律规定过于原则，加之实践探索裹足不前，庭审中罕见技术侦查证据的身影。中央政法机关 2016 年出台的《关于推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革的意见》明确要求，“完善技术侦查证据的移送、审查、法庭调查和使用规则以及庭外核实程序”。^{〔1〕}这一司法改革任务的提出，是对技术侦查证据使用所面临的一系列司法困境的回应。本文试图揭示目前司法实践中技术侦查证据使用的基本样态，并在比较研究的

^{*} 中国人民大学刑事法律科学研究中心副教授。

本文系国家社会科学基金重大项目“十八届三中全会以来我国刑事诉讼制度重大改革实施效果的实证研究”（17ZDA127）的阶段性成果。

〔1〕 最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部《关于推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革的意见》（法发〔2016〕18 号）第 3 条。

基础上,从理论上对技术侦查证据使用所面临的司法困境,作出相应的分析与回应。

一、立法背景与规范解读

最高人民法院于2007年收回死刑复核权后,在复核毒品犯罪死刑案件的过程中,经常涉及技术侦查所获证据材料的使用问题,而这一问题直接关系到案件的最终复核结果。在2008年至2012年的中央司法改革过程中,经最高人民法院建议,中央政法委将技术侦查证据使用问题列为专项改革任务。⁽²⁾2008年,中央政法委《关于深化司法体制和工作机制改革若干问题的意见》指出:“为适应新形势下依法打击重大犯罪的需要,明确技术侦查、秘密侦查措施适用主体、范围、审批程序以及取得证据的法律地位”。为进一步确保死刑案件质量,最高人民法院等机关于2010年联合下发《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》(以下简称“死刑案件证据规定”)。其第35条规定:“侦查机关依照有关规定采用特殊侦查措施所收集的物证、书证及其他证据材料,经法庭查证属实,可以作为定案的根据。法庭依法不公开特殊侦查措施的过程及方法。”这是我国刑事司法规范性文件首次提出技术侦查证据使用问题,为后续的刑事诉讼法修订奠定了规范基础。

2012年刑事诉讼法在总结“死刑案件证据规定”第35条实践经验的基础上,在第152条专门就技术侦查证据问题作了规定。笔者认为,该条规定的立法意图应从以下两个方面进行解读。

(一) “可以”作为证据使用

2012年刑事诉讼法第152条、“死刑案件证据规定”第35条都规定,采用技术侦查措施收集的材料在刑事诉讼中“可以”作为证据使用。从文义解释和体系解释的角度看,包括技术侦查在内的侦查行为都具有取证功能,获取的材料经司法机关审核当然可以作为证据使用。2012年刑事诉讼法对于技术侦查之外的其他侦查行为并未规定收集的材料“可以作为证据使用”,而只对技术侦查规定了收集的材料“可以作为证据使用”,其间的差异只能从历史解释的视角进行分析。

在2012年修改刑事诉讼法之前,关于技术侦查、秘密侦查手段的政策及内部规定,均要求这些手段所收集的材料原则上不得直接用作证据;例外情形下需要在诉讼中使用的,必须进行转化。比如,2000年《公安部关于技术侦察工作的规定》就指出:技术侦查所获取的证据材料不能直接作为证据使用,也不能在法庭上出示,只能作为侦查取证的线索;通过适用刑事诉讼法规定的侦查措施将其转化为法定的证据形式,才能作为证据使用。⁽³⁾立法机关认为,2012年修改刑事诉讼法之前,由于担心将技术侦查手段获取的材料作为证据使用会暴露取证方法,也有可能危及有关人员的人身安全,故一段时间以来,技术侦查获取的材料在司法实践中不能直接作为证据使用,从而影响了有关案件的审理。⁽⁴⁾最高人民法院权威人士也指出,技术侦查材料不能作为证据使用,经常导致无法核准死刑判决,

(2) 关于这一历史过程的简要描述,参见张军等《新控辩审三人谈》,北京大学出版社2014年版,第391页。

(3) 参见朱孝清《试论技术侦查在职务犯罪侦查中的适用》,《国家检察官学院学报》2004年第1期,第116页。

(4) 参见郎胜主编《〈中华人民共和国刑事诉讼法〉修改与适用》,新华出版社2012年版,第283页。

只能作出留有余地的判决。⁽⁵⁾

另外,2012年刑事诉讼法第152条规定中的“可以”作为证据使用,不能等同于“应当”作为证据使用。公安机关、检察院对于使用哪些证据指控犯罪具有自由裁量权。一方面,侦查机关采取技术侦查措施收集的材料,有可能与案件无关,有可能经过侦查机关审查不作为证据向检察机关、审判机关移送,也有可能只作为侦查活动线索使用而不用作认定案件事实的证据。⁽⁶⁾另一方面,鉴于技术侦查材料用作证据所可能带来的风险,比如危及有关人员的人身安全,暴露侦查手段秘密从而导致该手段在未来的案件侦破中失灵,控方有权决定是否将某些材料作为证据使用。

(二) 三种证据调查核实方式

2012年刑事诉讼法第152条确立了庭审中技术侦查证据的三种调查核实方式:一为常规方式,即通过普通的刑事诉讼程序进行公开的调查审理;二是在常规方式的基础上,采取一定的保护性措施,对一些可能涉及侦查秘密的技术手段、方法、过程不予公开或作模糊化处理,但审查核实证据材料仍在法庭上;三为庭外核实。⁽⁷⁾这三种方式的适用存在一定的位阶顺序,即常规方式是原则,特殊情况下可以采取保护性措施,仅在“必要的时候”才可以使用庭外核实的方式。“必要的时候”是指两种情况:一是采取不暴露有关人员身份、技术方法不足以使法官相信这些证据材料的真实性、可靠性,无法作出判决;二是采取不暴露有关人员身份、技术方法等保护性措施,还是无法防止严重后果发生。⁽⁸⁾

2012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、全国人大常委会法制工作委员会关于实施刑事诉讼法若干问题的规定》(以下简称“六部委规定”)第20条规定,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。该条规定仅要求批准技术侦查的法律文书应当附卷并随案移送,但未明确用作证据的材料本身是否需要附卷并随案移送、辩方能否阅览、庭审时是否需要出示。对此,2012年《人民检察院刑事诉讼规则(试行)》(以下简称“刑事诉讼规则”)第363条、2012年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》(以下简称“刑事诉讼法解释”)第180条分别规定,检察机关在审查起诉环节、法院在庭前审查时,应当审查公安机关是否移送技术侦查决定书以及证据材料。

对于技术侦查证据的庭审调查程序,虽然2012年刑事诉讼法第48条第3款规定,证据必须经过查证属实,才能作为定案的根据,但查证是否需要经过质证,该法仅对证人证言明确规定了质证原则,⁽⁹⁾对实物证据则未明文规定。“刑事诉讼法解释”第63条规定,证据未经当庭出示、辨认、质证等法庭调查程序查证属实,不得作为定案的根据,但法律和本解释另有规定的除外。该司法解释的起草者明确指出,技术侦查证据的庭外核实程序就

(5) 参见前引〔2〕,张军等书,第391页。

(6) 参见王尚新主编《〈最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部、全国人大常委会法制工作委员会关于实施刑事诉讼法若干问题的规定〉解读》,中国法制出版社2013年版,第105页。

(7) 参见董坤《论技术侦查证据的使用》,《四川大学学报(哲学社会科学版)》2013年第3期,第152页。

(8) 参见前引〔4〕,郎胜主编书,第284页。

(9) 2012年刑事诉讼法第59条规定,证人证言必须在法庭上经过公诉人、被害人和被告人、辩护人双方质证并且查实以后,才能作为定案的根据。

是该条所言的“法律和本解释另有规定的除外”的情形之一。⁽¹⁰⁾这似乎为技术侦查证据使用设置了质证原则的例外情形。而“刑事诉讼法解释”第107条在规定技术侦查材料的调查使用时,基本沿用了2012年刑事诉讼法第152条的原文表述,未作任何细化。最高人民法院2017年《人民法院办理刑事案件第一审普通程序法庭调查规程(试行)》(法发[2017]31号)第35条,试图进一步解决技术侦查证据使用问题。该条规定“采用技术侦查措施收集的证据,应当当庭出示。当庭出示、辨认、质证可能危及有关人员的人身安全,或者可能产生其他严重后果的,应当采取不暴露有关人员身份、不公开技术侦查措施和方法等保护措施。法庭决定在庭外对技术侦查证据进行核实的,可以召集公诉人和辩护律师到场。在场人员应当履行保密义务。”上述规范性文件进一步强化了三种证据调查核实方式的适用顺序,并对庭外核实中控辩双方的参与作了初步规定,但都未全面回答当庭出示与庭外核实的关系以及庭外核实的证据是否需要经过质证等问题。

总体上看,2012年刑事诉讼法第152条的主要立法意图在于,废止传统上技术侦查材料不得作为证据使用的禁令,推动在重大疑难复杂案件中使用技术侦查证据,并注重兼顾技术侦查措施效能发挥、侦查措施保密、辩护权与质证权的保障等多项价值追求。但是,由于立法及司法解释等规范性文件对技术侦查证据使用的诸多问题均作了留白处理,欠缺细致的实施规则,立法目的与立法预期能否在司法实践中得到准确理解和贯彻,需观察实际的司法运行状况才能作出回答。

二、技术侦查证据使用的司法实践样态

为检视2012年刑事诉讼法第152条技术侦查证据使用条款的实施状况,笔者检索了中国裁判文书网2013-2016年的刑事裁判文书。⁽¹¹⁾以“技术侦查”为关键词共检索到1433个案例,逐一检视这1433个案例,将技术侦查材料用作证据的案件仅有73例,占比约为5.09%。在其余1360例案件中,技术侦查措施多为发现犯罪嫌疑人的线索来源,或者提供抓捕犯罪嫌疑人的过程或破案经过等方面的信息,故本文重点分析上述73例样本案件。在73例样本案件中,绝大多数案件为严重毒品犯罪,且以共同犯罪和被告人不认罪为典型形态,这一案件类型特征直接影响到技术侦查证据在司法实践中的适用状况。

(一) 技术侦查证据的类型

在73例样本案件中,裁判文书明确表述用作证据的技术侦查材料,绝大多数为手机监听所获取的材料;⁽¹²⁾唯一的例外是,在一起邪教类案件中,使用了密拍密录获得的光

(10) 参见江必新主编《〈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〉理解与适用》,中国法制出版社2013年版,第43页。

(11) <http://wenshu.court.gov.cn>, 2017年5月7日访问。需要说明的是,中国裁判文书网对于最为严重的死刑立即执行案件进行了人为的样本剔除,而技术侦查措施主要适用于严重犯罪案件,故本文的研究方法对研究结论的准确性有相当程度的影响。此外,由于技术侦查活动的高度保密状况,其他实证研究方法的适用空间极为有限,故分析裁判文书尽管有明显的局限性,但仍属当下相对有效的一种研究方法。

(12) 在多处盗窃案中,侦查人员使用犯罪嫌疑人的手机移动轨迹来证明犯罪嫌疑人在案发时到过犯罪现场。此种监控手段的对象为通信形式,与手机监听针对通话内容存在一定差异,但司法实践中并未对二者进行区分,而是统一归类为通信监控。

碟、照片。⁽¹³⁾从技术侦查措施的法定分类来看,手机监听属于“通信监控”,密拍密录属于“行踪监控”和“场所监控”。⁽¹⁴⁾在“四分法”之下,各类技术侦查措施还能细分为不同的具体监控手段,对此法律以及司法解释均未明确规定,但司法实践中普遍认为,这些具体的技术侦查手段包括电子侦听、电话监听、电子监控、秘密拍照或录像、秘密获取某些物证、邮检等秘密的专门技术手段。⁽¹⁵⁾实践中广泛应用多种类的技术侦查措施与手段,但在证据的使用上,原则上仅限于使用通信监控中的手机监听这一种侦查手段所获得的材料。这是样本案件揭示的一个重要现象。

(二) 证据的存在形式或载体

在73例样本案件中,技术侦查证据的形式表现为三种,根据使用频率由高到低依次为翻音材料(29件)、情况说明(25件)、语音材料(7件)。⁽¹⁶⁾翻音材料系技术侦查部门制作的对原始电话监听录音进行整理而形成的文字记载,尽管裁判文书中有不同的表述方式,⁽¹⁷⁾但翻音材料基本上都是监听人员对被监控人电话交谈内容的要点整理,主要是对涉及犯罪事实的主要内容或关键内容进行摘要式记录。

情况说明一般是由侦查办案机关或者技术侦查部门出具的对电话监听所获取的主要信息的描述。与翻音材料相比,情况说明记载的通话内容更为简约,但经常会附带介绍监听程序的工作过程及其合法性情况。

语音材料是最为原始、最为直观、最为客观的电话监听记录方式,翻音材料、情况说明都是语音材料的衍生品。基于原始证据优先原则,⁽¹⁸⁾语音材料应当优先使用。而且,从证明力的角度进行比较,语音材料的证明力最优,翻音材料次之,情况说明最差。但是,样本案件反映的司法实践状况却是,司法实务界选取了一条折中路线,频繁使用证明力效果居中的翻音材料,仅在极其例外的情况下使用语音材料。

(三) 证据的出示与质证

从庭审中证据出示与质证的角度观察,至少在8例样本案件中,控方虽然使用了监听证据,但相关证据未在法庭上出示,也未经辩方质证。对于这些未经出示、质证的证据,法官均表示,虽未经公开出示、质证,但由审判人员在庭外进行了单方核实,查证属实后可以作为定案根据。法官认为,庭外单方核实就是在适用2012年刑事诉讼法第152条所规定的“必要的时候,可以由审判人员在庭外对证据进行核实”。

虽然表面上看绝大多数案件中的监听证据都进行了出示与质证,但需要特别关注的是,

(13) 见湖南省怀化市中级人民法院(2013)怀中刑二终字第74号刑事裁定书。

(14) 2012年刑事诉讼法并未对技术侦查措施包括哪些具体侦查手段作出明确规定。2012年《公安机关办理刑事案件程序规定》第255条对该问题作了细化解释,将实践中公安机关使用的技术侦查措施分为记录监控、行踪监控、通信监控、场所监控等措施。

(15) 参见郎胜、王尚新主编《〈中华人民共和国国家安全法〉释义》,法律出版社1993年版,第72页;郎胜主编《〈中华人民共和国人民警察法〉实用问题解析》,中国民主法制出版社1995年版,第80页。

(16) 在12例样本案件中,由于裁判文书缺乏有效信息,证据的存在形式或载体以及使用方式不详,笔者不得不忽略这些样本案件。

(17) 在样本案件中,裁判文书对翻音材料使用了不同名称,包括翻音材料、通话录音转化文稿、录音记录、语音转换记录、技术侦查复听记录、通话摘要等,笔者为叙述方便将其统称为“翻音材料”。

(18) “刑事诉讼法解释”第70条、第71条、第92条、第93条分别规定了物证、书证及视听资料、电子数据这四类实物证据的原始证据优先原则。

出示与质证的证据载体都是翻音材料或情况说明,只在2例案件中出示了原始语音并进行了质证。⁽¹⁹⁾实际上,翻音材料和情况说明被视为2012年刑事诉讼法第152条所规定的“保护措施”,即通过将原始语音改编为文字,可以人为去除“可能危及有关人员人身安全”或者“可能产生其他严重后果”的信息,从而达到不暴露有关人员身份、技术方法的效果。

观察辩方的质证理由或者抗辩理由,有助于更全面地了解技术侦查证据使用在司法实践中存在的问题。在样本案件中,有超过七成的案件,辩方对技术侦查证据使用的合法性、客观性与关联性提出了质疑。

比如,关于合法性问题,辩方的质疑主要集中在以下三个方面:一是技术侦查部门是否遵循了2012年刑事诉讼法第148条所设定的技术侦查措施启动程序、适用对象、适用案件范围、实施主体等程序性要求。例如,能否提供、出示决定采取技术侦查措施的法律文书或法律手续;适用的案件是否属于第148条规定的案件范围;是否为立案后采取的技术侦查措施;在他案或追逃案件中的监听是否合法;实施主体为安全部门是否符合法律规定等。二是监听证据的合法形式与法定种类问题。在多起案件中,辩方质疑翻音材料与情况说明都不是监听证据的合法形式,法律并未明确这两种电话录音衍生品的合法地位,也不符合2012年刑事诉讼法第48条规定的法定证据种类。三是就监听证据的出示与质证程序,在超过四分之一的案件中,辩方抗辩指出,未经当庭出示、质证的证据因违反证据使用的程序要求而不能作为定案根据。

再比如,对于关联性的质疑,一种情形是辩方认为通话内容虽然属实,但从通话内容无法看出与犯罪的关联性。这是因为,在毒品犯罪中,犯罪人之间多使用暗语、行话、黑话进行交流,即使监控到这些通话内容,普通人也很难将其与犯罪关联起来。另一种常见的情形是,辩方否认通话语音是被告人本人的声音,或者要求控方对语音进行声纹鉴定以解决关联性问题。遇到此种情形,法院通常会通过声纹鉴定对监听证据的关联性进行确认。

(四) 证据使用的效果

虽然全部73例样本案件均最终定罪,但在一审程序的技术侦查证据使用过程中也凸显出不少问题,影响到定罪的有效性,主要表现为两种情形:一是指控犯罪不力导致部分指控被作无罪认定或者被降格为轻罪处理;二是上诉率过高,技术侦查证据的使用并未实现有力指控犯罪的效果。

如在3例样本案件中,存在公诉人的指控未被法院认可或者降格处理的情况。在王某、赵某走私、贩卖、运输、制造毒品罪一案中,⁽²⁰⁾就公诉人指控被告人王某多次贩毒活动中数额较大的第一次贩毒活动,法院认为“只有通话内容为证,没有其他证据相印证,证明此次贩毒行为成立的证据尚不够确实充分”,最终没有认定该次贩毒行为。在李方印非法持有毒品罪一案中,⁽²¹⁾法院认为“公诉机关仅仅出示了公安机关采取技术侦查措施收集通话录音的工作说明,但由于未提供批准采取技术侦查措施的法律文书,也未提供该工作说明所述通话录音中涉及的人员系本案被告人的证据”,法院未采信该工作说明,最终导致运输

(19) 见四川省甘孜藏族自治州中级人民法院(2015)甘终字第20号刑事裁定书;重庆市高级人民法院(2013)渝高法刑终字第00178号刑事裁定书。

(20) 浙江省宁波市鄞州区人民法院(2014)甬鄞刑初字第80号刑事判决书。

(21) 北京市第二中级人民法院(2015)二中刑初字第476号刑事判决书。

毒品的指控不能成立，降格认定为非法持有毒品罪。在纳吉日日走私、贩卖、运输、制造毒品罪一案中，⁽²²⁾ 法院认为，“只有具备合法性、关联性、真实性的证明材料，才能作为定案证据。本案中，公安机关按照法定程序收集的与本案指控事实存在客观联系的电话监听录音，因与本案其他证据矛盾，且被告人否认内容的真实性，此时控方应当提供声纹鉴定予以证明……出庭公诉人当庭申请补充声纹鉴定这一证据，但补充侦查期限届满后声纹鉴定并未进行，由此导致本案的电话录音因真实性存疑而不能作为定案根据”。最终，本案指控的贩卖毒品罪被降格认定为非法持有毒品罪。

从样本案件的上诉率来看，技术侦查证据的使用引发了辩方的强烈质疑，造成了极高的上诉率。在 73 例样本案件中，有 36 例案件的被告人提出上诉，上诉率超过 50%。其中，上诉理由与技术侦查证据使用问题直接相关的案件占到 22 例。

（五）小结

尽管样本量十分有限，但仍能展示出技术侦查证据使用的实践样态：一是案件类型主要限于两人以上共同实施的被告人不认罪的严重毒品犯罪案件，这类案件本身的证据特点及毒品犯罪的实施方式，决定了使用技术侦查证据指控犯罪的必然性。二是具体的技术侦查手段主要限于手机监听，其他种类的技术侦查措施以及对手机通话之外多种通信方式展开全方位监控所获取的信息，多作为侦查线索来使用，而未作为证据来使用。

从辩方的抗辩事由和裁判文书说理的情况看，困扰技术侦查证据使用的突出问题主要有两方面：一是技术侦查证据的载体或法定种类应当是什么。二是技术侦查证据是否必须全部当庭出示并经辩方质证，法官应当如何“在庭外对证据进行核实”。这两方面问题既是当前司法实务界规范技术侦查证据使用的政策着力点，也是进一步开展理论研究需要着重处理的主要课题。

三、比较法上的经验：以监听证据为例

本部分拟对两大法系代表性国家和地区的技术侦查证据使用进行简要的比较研究，主要围绕上文提及的问题，以监听为分析对象，集中就证据形式、证据出示与质证方式等问题展开分析。

（一）普通法系国家

在美国的刑事司法实践中，侦查机关高度重视监听证据的使用。具体来看，警方只要依法进行监听，所获得的材料就可以作为证据使用。电话监听的主要法律依据为 1968 年《综合犯罪控制与街道安全法》，⁽²³⁾ 违反该法规定获得的监听材料，一律不得作为证据使用。⁽²⁴⁾

在美国，监听证据使用的一个关键性要求是，控方需要在法庭上播放监听录音。录音证据经常与其他证据结合起来使用，比如与政府合作的同案被告人可以作证解释监听材料的涵义。从证据法的角度看，这一实践做法体现了联邦证据规则第 901 条的鉴真和辨认要求。该条对于展示性证据（包括实物证据、各种录制品、电子图像等证据）的使用所设置

(22) 四川省成都市中级人民法院（2014）成刑初字第 188 号刑事判决书。

(23) 18 U.S.C. § 2518 (1) (e); 18 U.S.C. § 2518 (5) (6), 18 U.S.C. § 2518 (1) (f).

(24) 18 U.S.C. § 2515.

的前提性要求是,必须通过鉴真或者辨认来证明它们就是所主张的那些东西。⁽²⁵⁾ 具体而言,录制品被认为是介于实物证据和目击证人证言之间的证据,它们是通过机械、电子或其他方式留存在磁带、影带或者某些介质上的真实事件的记录。对于此类证据可以通过两种方式鉴真:一是以感知证人的证言辨认确认录制的内容是否正确;二是在没有感知证人的情况下,欲满足联邦证据规则第901条的证据使用要求,就取决于录制设备运行的科学原理、操作者的资格、设备的状态、录制品的未改变状态以及从录制设备到法院的保管链条。⁽²⁶⁾

在证据收集的过程中,侦查机关被要求保存所有监听材料直至案件诉讼结束,而侦查人员只需将与犯罪追诉有关的材料进行翻音、记录整理。⁽²⁷⁾ 在使用该证据的过程中,联邦宪法与州法课予检察官证据开示义务,即用作指控犯罪的证据应事先告知辩方。虽然各州对于检察官开示证据的范围有不同规定,但通常均规定检察官必须使被告人知悉其于审判中所使用的证据。⁽²⁸⁾ 对于涉及国家安全的情报信息,美国政府、检察官通常会援引1980年《保密信息程序法》(Classified Information Procedures Act)进行特殊的证据开示程序。⁽²⁹⁾ 对于此类信息,法官享有极大的裁量权以决定是否开示以及如何开示。比如,法官可以决定相关信息没有必要向被告出示,也可以决定将相关材料的原始内容或者删节后的材料出示给经过国家安全认证的特定律师,也可以决定将原始记录或者删节后的材料出示给被告人本人。⁽³⁰⁾ 美国的判例表明,仅允许经国家安全认证的特定律师阅览相应证据,并未侵犯被告人的公正审判权。⁽³¹⁾ 在几起个案中,经过国家安全认证的律师代表被告人阅览保密材料,只要法院认为律师能够充分代表被告人阅览相应材料,就可以决定禁止律师与被告人讨论相关保密材料。⁽³²⁾

在美国、英国、加拿大、澳大利亚等普通法系国家,证据开示制度是维系控辩平等武装与公正审判的重要制度。使用监听等技术侦查证据的制度安排,需要平衡技术侦查能力、国家安全与公正审判权之间的冲突,这一点在证据开示程序中表现得最为突出。普通法系国家证据开示制度处理上述价值冲突的重要机制为公共利益豁免(public interest immunity),⁽³³⁾ 这是指检察官基于公共利益的考量,对于敏感材料与信息,可以不向辩方开示,这属于证

(25) 参见[美] 罗纳德·J. 艾伦等《证据法:文本、问题和案例(第3版)》,张保生等译,高等教育出版社2006年版,第212页。

(26) 同上书,第233页。

(27) See *Privy Council Review of Intercept as Evidence Report*, 30 January 2008, para. 173-175, https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/228513/7324.pdf, 2016年8月7日访问。

(28) 参见王兆鹏《美国刑事诉讼法》,北京大学出版社2005年版,第449页。

(29) See Aniceto Masferrer (eds.), *Post 9/11 and the State of Permanent Legal Emergency: Security and Human Rights in Countering Terrorism*, Springer Netherlands, 2012, p. 191.

(30) 参见前引(27), *Privy Council* 报告,第172段。

(31) *United States v. Bin Laden*, 58 F. Supp. 2d 113, 121 (2001); *United States v. Al-Arian*, 267 F. Supp. 2d 1258 (2004)。

(32) 参见前引(27), *Privy Council* 报告,第172段。

(33) See JUSTICE, *Intercept Evidence: Lifting the Ban*, 2006, p. 27, <https://justice.org.uk/intercept-evidence-2/>, 2016年8月7日访问。普通法系国家的成文法大多也规定了公共利益豁免,比如,英国1996年《刑事程序与调查法》(the Criminal Procedure and Investigations Act 1996)第3条第6项、加拿大证据法(Canada Evidence Act, R. S. C. 1985)第37条至第39条,分别规定对于一般意义的特定公共利益、国家安全、国防和外交事宜、政府内阁内部事务的豁免情形。

据开示原则的重要例外。⁽³⁴⁾ 比如, 在一些案件中, 警方需要使用线人、卧底或者各类现代监控技术, 并且这些侦查方法不能透露给辩方, 以防止危及有关人员的人身安全或者妨碍在未来的侦查行动中继续应用这些技术方法。⁽³⁵⁾ 公共利益豁免的适用对象多由法官逐案进行权衡, 举凡涉及国家利益的事项, 包括国家安全、国防、外交方面的信息, 可能妨碍犯罪的调查与起诉、妨碍政府追缴赃款、可能暴露政府信息来源、有损政府职能行使等方面的信息, 都可以被归入公共利益范畴。⁽³⁶⁾ 适用公共利益豁免的程序是, 检察官向法官提出申请并提交相应的说明材料, 由法官最终决定是否同意适用。如果法官同意适用, 则检察官申请的相应证据或信息无需向辩方开示。在法官作决定时, 辩方通常无法参与这一过程, 由法官单方依职权作出相应裁决。⁽³⁷⁾ 一旦法官决定适用公共利益豁免, 准许控方不开示相应信息或材料, 则该信息或材料在未来的诉讼程序中也不能成为指控犯罪的依据。

为了弥补辩方无法参与特殊证据质证程序的瑕疵, 特定律师 (Special Advocates) 代理制度应运而生。特定律师制度最早出现在 1997 年前后的英国入境事务法庭。英国在 1997 年《入境事务上诉特别委员会法》(Special Immigration Appeals Commission Act) 中首次规定, 当入境事务上诉委员会遇到案件中涉及国家秘密和国家安全方面的证据时, 可以指定特定律师代理移民遣送事宜。⁽³⁸⁾ 特定律师虽然代表当事人的利益, 但无需向其代理的当事人负责, 其有权也有义务就其知悉的国家秘密信息对当事人保密。⁽³⁹⁾ 欧洲人权法院对特定律师制度给予了肯定,⁽⁴⁰⁾ 随后英国法院与议会体认到特定律师制度的优势, 进而在其他程序中不断推广应用这一制度。⁽⁴¹⁾ 2004 年英国上议院在 R v. H 一案中首次确认了特定律师制度的合法性与合理性。大法官认为, 在例外的案件中, 当检察官申请适用公共利益豁免对某些证据保密时, 通过指定特定律师参与案件办理, 对于实现司法利益、保障被告人公正审判权而言是必需的。⁽⁴²⁾

(二) 欧洲人权法院

欧洲人权法院对监听等技术侦查证据使用的规制, 主要集中于技术侦查证据使用与公正审判权的关系上。《欧洲人权公约》第 6 条规定了公正审判权, 欧洲人权法院对技术侦查证据的裁决多是基于该规定展开的。

在 2009 年 Natunen v. Finland 一案中,⁽⁴³⁾ 欧洲人权法院作出了标杆性判决。在该案中, 芬兰侦查机关在对被告人采取监听措施收集其共同贩卖毒品犯罪相关证据的过程中, 在审前程序中根据芬兰当时的法律规定, 自行销毁了与案件无关的监听录音材料。被告人在庭

(34) See Lucy Line and David Plater, *Police, Prosecutors and Ex Parte Public Interest Immunity Claims: The Use of Special Advocates in Australia*, 33 (2) The University of Tasmania Law Review 255, 258 (2014).

(35) R v. H [2004] UKHL 3, per Lord Bingham at para 18.

(36) 参见前引 [34], Line 等文, 第 260 页。

(37) 同上文, 第 261 页。

(38) 同上文, 第 278 页。

(39) Edwards and Levis v. The United Kingdom, 2003, application no. 39647/98 and 40461/98, ECHR, para. 40.

(40) Chahal v. United Kingdom (1997) 23 EHRR 413, [131].

(41) 1997 年之后英国陆续制定了多项法律规定来推广特定律师制度, 比如 1997 年《反恐怖主义法》(Terrorism Act 1997) 第 5 条、2000 年《反恐、犯罪与安全法》(Anti-Terrorism, Crime and Safety Act 2000) 第 70 条、2013 年《公正与安全法》(Justice and Security Act 2013)。

(42) R v. H [2004] 2 AC 134, 150 [22].

(43) Application no. 21022/04, 31 March 2009.

审中要求控方出示全部监听录音, 因为被告人认为侦查机关销毁的与案件无关的录音中恰恰包含了证明其无罪的证据。控方最终无法提供已被销毁的证据, 被告人以芬兰政府侵犯其公正审判权为由诉至欧洲人权法院。

欧洲人权法院在判决中指出, 《欧洲人权公约》第6条第1款所列明的公正审判权, 核心要义有二: 一是刑事程序应当对审进行, 被告人有获得对审的权利, 即控辩双方都有充足的机会知悉案卷中记载或者对方提供的证据, 并对该证据发表意见;⁽⁴⁴⁾ 二是控辩双方应当平等武装。在欧洲人权法院看来, 公正审判权中的对审权主要涉及的就是证据开示。⁽⁴⁵⁾ 公正审判权要求控方有义务向辩方开示所有证据, 包括对被告人不利或者有利的证据。当然, 辩方要求开示证据的权利并非绝对的权利, 在刑事司法过程中, 该权利要与其他一系列重要价值进行权衡, 比如国家安全、保护特殊证人的需要、对警方侦查方法予以保密的需要。⁽⁴⁶⁾ 在一些案件中, 为了维护其他公民的基本权利或者公共利益, 有必要不向辩方开示某些证据, 而根据公约中公正审判权的要求, 证据开示的例外必须严格限定在必需的范围内。同时, 为保障被追诉人的公正审判权, 还需要司法机关遵循若干程序以弥补该例外情形对被追诉人权利的限制。芬兰侦查机关销毁部分无关录音的行为, 根据芬兰当时的法律, 是自行单方作出决定并且在审判前实施的, 即使与检察官共同合作, 这种由控方单方对证据材料是否与案件有关作出评判的程序, 也是不符合《欧洲人权公约》第6条第1款关于公正审判权的要求的。欧洲人权法院最终裁决, 这种未经司法监督而销毁多余或者无用的监听材料的行为, 侵犯了被告人的公正审判权。⁽⁴⁷⁾

欧洲人权法院并没有详细指出, 应当根据何种程序决定可不向辩方开示技术侦查证据, 但在另外两个涉及证据开示的判例中, 欧洲人权法院认可, 如果是由法官对是否开示证据作出评判, 并且在这一决定的过程中辩方有充分的参与机会, 就符合公正审判权的要求。⁽⁴⁸⁾ 通过 *Natunen* 案的判决, 欧洲人权法院对监听证据使用提出了具体要求: 一旦控方使用监听证据, 控方即应保存全部录音材料; 是否开示全部相关录音以及能否在案件诉讼过程中销毁无关材料, 需要经过法官审查, 辩方有权参与这一决定过程; 开示技术侦查证据的范围, 经由司法程序决定, 方符合对审权的基本要求。

技术侦查证据的使用还涉及公正审判权的另一项具体权能, 即对不利于己方的证人和其他证据进行质证。《欧洲人权公约》第6条第3款规定了刑事审判中实现公正审判的最低标准, 其中d项明确规定, 被告人有权对不利于自己的证人进行质证。欧洲人权法院的判例明确将该项规定由对证人的质证, 扩大到对所有不利于己方的证据的质证。这一程序保障被视为公正审判权和对审权的基本组成部分, 除非被告人有机会对相关证据的真实性和相关性进行质证, 任何证据均不得作为定罪的基础。⁽⁴⁹⁾

欧洲人权法院曾经指出, 所有证据原则上都应在公开的法庭上向被告人出示并经控辩

(44) *Rowe and Davis v. United Kingdom* (2000) 30 EHRR at 60.

(45) See Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford University Press, 2006, p. 86.

(46) *Klass v. Federal Republic of Germany* (1978) 2 EHRR 214.

(47) *Natunen v. Finland*, Application no. 21022/04, 31 March 2009, para 47.

(48) *Fitt v. The United Kingdom* (no. 29777/96, ECHR 2000) and *Jasper v. The United Kingdom* (no. 27052/95, 16 February 2000).

(49) 参见前引 (45), Trechsel 书, 第304页以下。

双方质证,但这并不是说所有证人证言都只能在法庭上或者公开的听证中作出才能采用,毕竟在特殊的案件中这是不可能做到的。只要被告人的质证权得到了相应保障,采纳证人在庭前的证言就不一定违反《欧洲人权公约》第6条第3款d项的规定。该项规定确立的基本要求是,给被告人提供充足且适当的机会对不利于自己的证人证言进行质证,无论这种质证是在审前或者庭审中进行,都是对被告人此项权利的保障。⁽⁵⁰⁾比如,欧洲人权法院认为,只要被告人有机会对相关证据进行质证,在侦查程序或预审程序中保障了被告人的质证权,在审判阶段就没有必要再次对相关证据进行质证。⁽⁵¹⁾再比如,欧洲人权法院明确表示,通过辩护律师对相关证据进行质证应被视为满足了公约关于质证权的要求,⁽⁵²⁾被告人本人不是必须亲自质证。再比如,在Doorson案中,预审法官对匿名证人进行了庭外询问,且辩护律师参与了对证人的质证,欧洲人权法院裁决认为,这种特殊的程序设计也符合公约的基本要求。⁽⁵³⁾

总之,欧洲人权法院对待质证权的基本精神是,证据必须经过辩方质证,但对于特殊类型的证据,基于案件的特殊情况,可以采取变通的质证方式。

(三) 大陆法系国家和地区

在大陆法系国家,传统上预审法官在审前程序中主导侦查进程,包括批准监听令状。当案件进入审判程序后,由于侦查程序中监听的使用是在预审法官的主持下进行的,所以辩方对该证据的质疑并不强烈,使用监听证据从而泄露敏感侦查方法或内容的风险也大大降低。因此,这种证据使用方式很难构成对《欧洲人权公约》第6条所规定的公正审判权的挑战。⁽⁵⁴⁾

法国、荷兰、西班牙为应对有组织犯罪,都广泛使用监听证据。比如,根据荷兰2000年《特殊侦查权法》(Special Powers of Investigation Act),监听的所有音频都应当保存,回溯听取并作出标记,所有材料全文翻录,材料本身应当告知辩方,但告知内容不包括监听方法。在法国,警察进行司法监听时无须保存所有监听语音,而是由预审法官负责建议警察如何筛选、保存有用的信息记录。预审法官主导审前程序的职权式诉讼模式使得证据的收集与考量在审前程序中就完成了,审判中对监听证据的质证变得相对简单。由于监听是预审法官授权的,审判中将其用作证据也很少遭到质疑,对监听证据的交叉盘问很少出现。⁽⁵⁵⁾西班牙最高法院确立了法官授权监听和监听材料使用的相关规则,以确保对整个监听流程实现司法控制。根据相关规定,原始语音附带全文翻音材料应当提交给法院。尽管翻音材料并非法律文件,但实践中法官乐于使用,因为其标明了主要内容以及相关信息在音频中所处的位置。开庭前,所有材料都应当开示给辩方,控辩双方可以要求当庭播放,必要时可以要求实施监听的警察出庭说明监听过程,法官可以在需要确认声音来源者身份时进行鉴定。⁽⁵⁶⁾

(50) Asch v. Austria, 1991, 12398/86, § 27.

(51) 参见前引〔45〕, Trechsel书,第308页。

(52) 同上书,第310页。

(53) Doorson v. Netherlands, ECHR, 26 March 1996, 20524/92, § 78.

(54) 参见前引〔27〕, Privy Council报告,第180段。

(55) 同上引报告,第129段以下。

(56) 同上引报告,第144段以下。

在我国台湾的刑事诉讼实践中, 监听材料用作证据的情形非常普遍。根据立法与判例, 监听录音系物证, 不适用传闻法则; 根据录音整理的译文系文书证据, 也不适用传闻法则。但是, 如果辩方对录音译文的真实性存疑, 可依照我国台湾“刑事诉讼法”规定的文书证据调查方法, 由法官进行核实。具体方法为, 通过适当的设备播放录音内容, 或者传制作译文的警察出庭接受询问, 或者进行相应的鉴定。

我国台湾“刑事诉讼法”及证据法理论, 将证据细分为证据资料与证据方法两个层次的概念, 这一划分直接影响到监听证据的使用程序。在审判中, 有可能使用不同的证据方法获得同一证据资料, 例如被告人在被通讯监察时, 监听译文(书证)、录音带(物证)与证人或者警察到庭作证(人证)为四种不同的证据方法。⁽⁵⁷⁾在我国台湾的司法实践中, 监听录音证据往往长度惊人, 监听(节)译文成为审判实务经常使用的证据替代品。⁽⁵⁸⁾我国台湾有判决认为: “侦查犯罪机关依法定程序监听之录音, 应认该监听所得之录音带, 始属调查犯罪所得之证据, 如依据监听录音结果予以翻译而制作之通讯监察译文, 乃该监听录音内容之显示, 属于文书证据之一种。苟当事人或辩护人对其译文之真实性发生争执或有所怀疑时, 法院应依刑事诉讼法第一百六十五条之一第二项之规定勘验该监听之录音带践行证据调查之程序, 以确认该录音带之语音是否为本人之声音及其内容与通讯监察译文之记载是否相符, 始得据为判断之依据。”⁽⁵⁹⁾

监听材料的证据使用方式或者证据方法是监听录音还是监听译文, 取决于辩方的意见。如果辩方认可译文内容且同意使用译文作为证据方法, 则将译文视为文书证据加以使用; 如果辩方不认可译文内容, 上述判例指出, 应当参照我国台湾“刑事诉讼法”第165条之一第2项之规定, 由法官进行证据调查。该项规定“录音、录影、电磁记录或其他相类之证物可为证据者, 审判长应以适当之设备, 显示声音、影像、符号或资料, 使当事人、代理人、辩护人或辅佐人辨认或告以要旨。”换言之, 我国台湾“刑事诉讼法”主张参照传统文书证据的调查方法来对录音证据进行法庭调查。司法实践中通常的调查方式是勘验原始监听录音带, 但此种做法旷日费时, 而且还存在无原始录音带可供勘验的案件, 因此, 一旦监听译文材料的原制作过程欠缺程序担保, 就会形成骑虎难下的僵局。⁽⁶⁰⁾

(四) 小结

总体来看, 在笔者考察的两大法系国家及地区中, 电话监听获得的材料原则上都可以作为证据使用。⁽⁶¹⁾各个国家主要是在有组织犯罪、白领犯罪、恐怖活动犯罪等严重犯罪中使用监听证据指控犯罪。尽管多数代表性国家的侦查机关主观上均认可监听证据系成功指控犯罪的有效手段, 但现有研究缺乏实证数据证明其客观功用; 监听证据对于打击恐怖犯罪的效果, 也有待进一步验证。例证之一为, 将监听材料用作证据的国家, 其成功指控犯罪的比率并未超过禁止将监听材料用作证据的英国。⁽⁶²⁾在美国、荷兰等国的司法实践中, 监听证据效能、作用的发挥经常需要其他证据补强, 需要结合其他口供、书面证据方能发

(57) 参见吴巡龙《监听译文有无证据能力》, 台湾《月旦法学教室》第81期(2009年), 第21页。

(58) 参见林钰雄《刑事程序与国际人权(二)》, 台湾元照出版公司2012年版, 第286页。

(59) 参见103年度台上字第2353号判决。

(60) 参见前引〔58〕, 林钰雄书, 第286页。

(61) 英国是唯一的例外。关于英国这一政策的特定历史背景及成因, 参见前引〔33〕, JUSTICE报告, 第3页。

(62) 参见前引〔27〕, Privy Council报告, 第178段。

挥强大的证明效果。在美国，监听材料在获取犯罪嫌疑人认罪答辩、转入辩诉交易程序方面发挥着重大作用。⁽⁶³⁾ 在加拿大，监听材料用作证据尽管十分重要，但并非该项技术侦查措施的主要功能定位。2001—2003 年的司法统计数据显示，尽管在适用手机监听取证的案件中，超过 90% 的案件均成功定罪，但在将监听材料用作证据的案件中，定罪率反而不高，仅为 20%—46%。这表明，在加拿大监听的主要功能是侦查手段，而非证明手段。⁽⁶⁴⁾ 也就是说，在各个国家中，监听的功能定位更倾向于侦查破案线索，用作证据时并非必然带来高定罪率；监听证据经常需要其他证据补强，或者与其他证据相结合来发挥证明作用。

此外，两大法系国家及地区设立的监听证据使用规则是大致相似的。首先，监听语音材料及翻音材料在整个诉讼过程中应当妥善保存，侦查机关不得自行销毁。在大陆法系国家，由法官决定使用哪些监听材料；在英美法系国家，也是在法官的主持下，通过证据开示来决定是否使用和开示某些监听材料。其次，用作证据的监听材料包括语音材料都要随案移送给检察官、法官，并告知辩方。再次，两大法系各自都有若干法律机制来实现侦查方法保密与公正审判权之间的平衡。比如，在大陆法系国家，预审法官审前介入监听证据的使用，通过发挥法官的职权作用，减少被告人对监听方法与过程的质疑。在英美法系国家，通过证据开示的例外情形，包括公共利益豁免、特定律师代理等制度，保护侦查方法的秘密性。最后，监听内容应当经过辩方质证。庭审中播放语音并经控辩双方质证，是法庭采纳监听证据的基本前提，也是公正审判权的基本要求。《欧洲人权公约》第 6 条所规定的公正审判权条款，是规范技术侦查证据使用的基本原则；特别是公正审判权所涵盖的对审权，要求被告人有权知悉所有指控其犯罪的证据并有机会对这些证据进行质证，技术侦查证据的使用显然也要受到该条款的约束。当然，质证的方式，在两大法系国家和地区也会根据所涉技术侦查方法的保密程度而进行仔细的权衡选择，间接质证、通过律师质证、书面质证等方式在例外情形下也被准许使用。

四、技术侦查证据使用的理论阐述与实践回应

（一）技术侦查证据功能的合理定位与适度调试

上文基于裁判文书的实证研究揭示，我国刑事司法实践中技术侦查证据的使用频率极低，技术侦查措施主要被用作获取案件线索的侦查手段而非取证手段。关于监听证据的比较研究也初步表明，许多国家对这一技术侦查手段的功能定位也主要不是取证手段，而是获取案件线索的侦查手段。即使在为数不多的案件中，技术侦查获取的材料被用作指控犯罪的证据，中外的实践效果亦表明，技术侦查证据的证明效果也无从达到立法者与司法者的期待。

技术侦查措施的本质特征——前瞻性和技术性——也决定了，技术侦查措施的功能定位与常规侦查措施有重大不同。技术侦查措施的前瞻性是指，该类秘密侦查措施往往在案件发生的同时甚至案发之前就已经适用，其本身即具有极强的侦查线索衍生功能。在现行犯

(63) 参见前引〔27〕，Privy Council 报告，第 140 段，第 174 段。

(64) 同上引报告，第 159 段。

侦查的情境下,证据来源极为丰富,技术侦查材料直接用作证据的必要性大大降低。技术侦查措施的技术性是指,此类侦查措施的功能基础系现代信息技术的应用,并且这一特征必将伴随着信息科技的发展而不断演变。这一特征也决定了,技术的保密性是技术侦查措施的生命线,这必然会限制技术侦查材料在诉讼中的使用频率。由此观之,2012 年刑事诉讼法第 152 条的立法目的应根据司法实践运行情况、遵循司法规律来加以客观化重述或调试。“可以作为证据使用”之表述应被理解为证据的最后使用原则,即技术侦查措施的主要功能定位并非取证手段而是侦查手段,将其所获材料用作证据只能限于极其例外的严重犯罪案件,当其他证据不足以达成证明标准时,方存在使用技术侦查证据的必要性。

(二) 证据形式与载体

将技术侦查措施获得的材料作为证据使用,首先面临的一个证据法问题就是证据形式或者载体。传统证据法理论认为,证据符合法定分类是使用证据的前置性问题。证据的形式与分类在我国刑事诉讼法中具有十分严格的形式主义要求,必须将某类材料纳入法定证据形式,如果未能纳入,该材料就缺乏证据资格。⁽⁶⁵⁾尽管理论界多认为法定证据种类制度应当废除,⁽⁶⁶⁾但不容否认的是“刑事诉讼法解释”强化确认的法定证据分类制度及不同种类证据所要求的审查判断规则,仍然主导着司法实践。

证据形式或载体指的是证明内容的存在方式,同一案件事实在通常情形下有不同的表现形式,或者说可以由不同的载体来呈现。前文样本案件揭示,我国司法实践中应用的技术侦查证据形式与载体主要有三种:原始语音、翻音材料与情况说明。在绝大多数样本案件中,面对控方提供的三种监听证据形式,审判人员都没有进行法定证据种类的归类,而是将证据资料直接从实质内容而非形式或载体的角度进行表述,如“技术侦查资料”“手机通话内容”“通话内容摘要”“通话录音记录”“工作说明”等。在少数样本案件中,审判人员对技术侦查证据材料进行了法定证据分类,将翻音材料归为书证,将监听语音归为视听资料。即使辩方就法定证据种类的归类提出质疑,审判人员也不会因为证据形式不合法就排除相应证据。显然,对于此类稀缺性证据,法官更注重实质而非形式。

需要进一步关注的问题还有证据使用方法。从样本案件看,在绝大多数案件中,审判人员都是使用书面材料,原始语音的使用比例不足 3%。无论是翻音材料还是情况说明,都是原始通话录音的衍生品。无节制地使用证据衍生品、替代品,直接违背原始证据优先原则,甚至会动摇证据的真实性与客观性。同时,此种证据使用方法严重限制辩方质证权的有效行使。因为,对于监听人员或者侦查人员制作的书面材料,辩方虽然可以提出异议,但在无法听取、核对原始语音且书面材料制作人员不出庭接受质证的情况下,根本无从对其进行有效质证。

对于翻音材料与情况说明这两种书面材料,仍有必要进一步区分对待。翻音材料系监听人员对监听录音进行整理后形成的记录或者摘要,如果制作过程秉持逐字客观记载的准则,其客观性、真实性与原始语音就较为接近。相比较而言,情况说明多为监听人员之外的侦查人员对监听过程及结果的简要说明,其详尽程度及真实性较之翻音材料要大打折扣;

(65) 参见龙宗智《证据分类制度及其改革》,《法学研究》2005 年第 5 期,第 87 页。

(66) 参见孙远《论法定证据种类概念之无价值》,《当代法学》2014 年第 2 期,第 105 页;陈瑞华《证据的概念与法定种类》,《法律适用》2012 年第 1 期,第 30 页。

情况说明的制作人员有时甚至根本未曾听取过原始语音,只是根据监听人员的简要介绍对监听内容进行摘录,失真的可能性极大。从样本案件看,情况说明无法展示语音通话的整个过程,只能概括性地说明被告人贩卖或者运输毒品的筹划或者联络过程等事实,至于具体的犯罪过程与情节均语焉不详。尽管没有法律依据,但情况说明在司法实践中被普遍使用,其表现形式与内容也是林林总总、形形色色,⁽⁶⁷⁾在很大程度上已经成为侦查人员变相逃避取证或举证义务的挡箭牌。由于情况说明承载的信息与证据事实存在巨大差异,故其根本不足以成为适格的技术侦查证据替代品。

翻音材料的属性与功用明显不同于情况说明。从制作主体看,制作翻音材料的人员系监听人员,其对于监听到的谈话具有亲历性;从制作过程看,监听人员通过复听监听录音而制作的翻音材料能够较大幅度地还原通话内容;从证据功用看,翻音材料能够有效减轻冗长录音所带来的证据使用负担,能够帮助审判人员高效审核通话录音。正是基于这些因素,许多大陆法系国家和地区并未完全否定翻音材料的证明作用。在刑事审判中,法官虽然不会将翻音材料用作证据,却十分依赖翻音材料的辅助功能。我国台湾的判例也表明,在辩方认可的前提下,翻音材料可以视为书证,作为监听录音的替代品来使用。

可见,为减轻技术侦查证据的审核负担,提高诉讼效率,可以通过设置相应的证据使用规则,附条件地认可翻音材料的证明效力。所附条件的核心内容就是保证辩方的质证权,在辩方放弃对原始录音进行质证的情况下,翻音材料可以作为证据使用;反之,当辩方对使用翻音材料提出异议时,根据原始证据优先的要求,法院应组织控辩双方对原始语音进行质证。目前我国的司法实践恰恰缺乏这一证据使用规则,在样本案件中,翻音材料几乎成了技术侦查证据的唯一载体。而无条件地将翻音材料视为监听证据的适格载体,过度考虑举证的便利性,会严重损害辩方的质证权,对这一现象应当予以纠正。

从法定证据分类的角度看,电话监听获得的材料应归为视听资料、电子数据,以电子介质存储的语音材料是电话监听获得的原始证据,翻音材料则是有助于减轻证明负担、提高证明效率的传来证据。在过去的司法实践中,包括部分样本案件,不少法官倾向于将翻音材料作为书证来看待,因为翻音材料是案发过程中形成的以记载的内容来证明案件事实的材料,符合书证的一般界定。然而,此类书面材料的制作主体是承担着侦查职能的侦查人员,且具有明显的加工、编辑成分,从客观性与真实性的角度看,与传统意义上的书证又存在本质差别。即使将其作为书证来对待,也要为其设置较为严格的证据使用规则。比如,作为书证,应当实行鉴真规则,即控方必须通过播放原始语音或者传唤监听人员出庭作证,抑或出示实物证据保管链等方式,证明该翻音材料与监听到的语音是一致的。从这个角度看,将翻音材料作为原始语音的传来证据来使用,和将其作为独立的书证来使用,在证据使用方法上最终是没有差别的。事实上,播放原始语音是不可避免的要求。二者比较来看,将翻音材料作为书证来使用反而更为复杂,将其视为原始语音的衍生品,辅助原始语音发挥证明作用,则显得更为简便。

(67) 参见边学文、盛国文《“情况说明”的刑事证据属性及其规制分析》,《中国检察官》2013年第9期,第44页;黄婕《“情况说明”的证据学属性分析》,《中国刑事法杂志》2010年第5期,第75页。

（三）出示与质证过程

2012 年刑事诉讼法第 152 条规定了技术侦查证据调查核实的三种方式，并进一步规定了相应的适用顺序。但是，司法实践中法院并没有按照这一次序适用调查方式，而是作了重新排序。最为频繁使用的是保护措施下的示证、质证方式，其次是庭外核实，理应作为普遍适用方式的常规示证、质证方式却基本成了例外。面对司法实践与立法规定的背离，需要着重探讨两个问题：技术侦查证据是否必须当庭出示与质证；法官何时以及如何进行庭外核实。

证据的出示与质证，如果从被告人权利保障的角度看，关系到辩方知悉证据以准备辩护的权利以及对证据发表意见、进行质疑的辩护权。知悉指控自己犯罪的证据并提出质疑是辩护权最为基本的内核，也是自然正义与正当程序原则的基本要求。基于其重要的法律价值，联合国《公民权利和政治权利国际公约》第 14 条对质证权作了明确规定。然而，我国刑事诉讼法与司法解释恰恰对此缺少明文规定，是否确立了质证原则亦存在争论，这在一定程度上也导致了实务界的模糊态度。而“刑事诉讼法解释”确立的技术侦查证据可不经当庭质证的例外情形，在司法实践中被频繁适用。在样本案件中，至少有 8 例案件，审判人员就按照这种解释对案件进行了处理，即未经当庭质证，由法官在庭外单方核实对证据进行认定。^{〔68〕}

笔者认为，“刑事诉讼法解释”并未完整、全面地解释 2012 年刑事诉讼法关于质证原则的规定，设置的相应例外是否足够准确、细密也值得进一步考量。2012 年刑事诉讼法第 172 条要求，检察机关在审判开始前应将全部证据移送至法院；第 190 条规定，对于物证等实物证据应当向法庭出示，由当事人进行辨认等质证工作。因此，技术侦查证据必须出示给辩方、令辩方知悉相应的证据内容。第 193 条第 1 款进一步规定，“法庭审理过程中，对与定罪、量刑有关的事实、证据都应当进行调查、辩论”。此处的“辩论”明确表明，立法者要求所有法庭调查的证据都应当经辩方发表意见，或者说应当经过辩方的质证。本款规定中的“都”字排除了各种例外规定，其语义拘束范围涵盖了所有法庭调查的证据，包括法庭基于第 152 条或第 191 条的规定进行庭外调查的证据材料。而第 152 条规定的“由审判人员在庭外对证据进行核实”、第 191 条规定的“法庭审理过程中，合议庭对证据有疑问的，可以宣布休庭，对证据进行调查核实”，均指向法官的庭外调查权；两种情形下的庭外调查权行使方式应当一致并遵循相同的权力行使规范，同时应遵从第 193 条的规定，即使是庭外调查核实取得的证据，也应当经辩方辩论与质证后方可作为定案的根据。“刑事诉讼法解释”第 220 条第 2 款正确地体现了上述解释，该款规定，对于法庭庭外调查核实取得的证据，应当经过当庭质证才能作为定案的根据，但经庭外征求意见，控辩双方没有异议的除外。这一规定的不足在于，没有将 2012 年刑事诉讼法第 152 条、第 191 条的适用等视之，“刑事诉讼法解释”第 220 条的规定应同样适用于对第 152 条的解释。

遵循上述解释路径，技术侦查证据的庭外核实，可以参照 2012 年刑事诉讼法已规定的

〔68〕 样本案件的裁判文书未表明法官庭外核实的具体方法，司法实践中通常是由法官到公安机关听闻原始语音、录像光盘等并制作听闻笔录附卷备查。关于一线法官此种核实方法的实务操作情况，参见朱雪梅、魏军《监听所获证据材料的证据能力问题研究——兼谈新刑事诉讼法关于技术侦查规定完善》，《法治论坛》2010 年第 22 期，第 52 页。

庭外调查权行使程序进行。庭外核实是最后的选择，即在穷尽其他证据调查方法时，或者不能采取庭上调查时，合议庭对证据仍有疑问的，方可进行庭外核实。2012 年刑事诉讼法第 152 条规定的“必要的时候”应当限于，控辩双方对原始语音的关联性 or 真实性有异议，需要核实该语音的来源、制作过程或取得方法时，才能基于保守侦查手段秘密的必要性，由法官进行庭外核实。庭外核实的方式包括：进行必要的声纹鉴定或者光盘完整性鉴定；询问有关监听人员；核实更多语音材料等。庭外核实后，相应证据材料仍然应经当庭质证方可作为定案根据，但控辩双方没有异议的除外。

总体上看，就技术侦查证据的出示与质证以及庭外核实程序而言，证据内容本身必须出示，辩方知悉相应证据内容后必须有机会进行质证；法院可以通过庭外核实的方式对有疑问的技术侦查证据进行调查核实，调查核实后的证据，除非控辩双方没有异议，均应经控辩双方进行质证后方可作为定案根据。通过这种证据使用程序，保障辩方质证权与公正审判权的立法要旨方能得到体现。需要进一步考虑的问题是，立法宗旨的另一面，即国家利益和技术侦查方法、过程的保密性，应如何与保障公正审判权、质证权进行有效平衡。平衡措施主要有二：一是通过证据开示中的公共利益豁免规则，保护技术侦查措施方法与过程的秘密性，辩方只能知悉证据内容即技术侦查结果，而无权了解证据的来源途径，即技术侦查的方法与过程；二是在质证环节通过使用原始证据衍生品或者特别律师代理制度，缓解保障质证权与维护国家利益、保护侦查秘密之间的紧张关系。

我国当前的司法实践对于上述变通措施也进行了部分探索，部分经验可以在进一步完善后加以推广应用。比如，大量使用翻音材料而非原始语音，以保护手机监听方法的过程与来源的秘密性。如果能够进一步增设相应规则，在辩方质疑翻音材料真实性、完整性时，应转而使用原始语音并接受质证，那么这种变通措施尚可接受。当然，先前司法实践中的一些变通措施应当废止。比如，使用情况说明以替代原始语音接受质证的做法，显然无法充分保障辩方的质证权，应当予以废止；审判人员单方进行庭外核实后，未经辩方质证而直接认定证据的做法，也应予以废止。取而代之的替代措施可以是构建特定律师代理制度，由司法行政部门指定免费的特定律师，对技术侦查证据的使用进行专门质证；律师质证后可以告知被告人相应证据的内容，听取被告人意见后形成辩方的综合质证意见，并与控方、审判人员进行进一步的交流、辩论。特定律师的人选应当由司法行政部门参酌律师代理国家安全事务的职业经历与表现情况，遴选产生并编制律师名录。特定律师提供法律服务应由国家付费，专门负责涉及包括技术侦查证据使用等在内的涉及国家秘密事项的辩护与代理工作。

结 论

2013 - 2016 年的司法实践状况，凸显了 2012 年刑事诉讼法第 152 条所规定的技术侦查证据使用条款面临着诸多法律适用困境。技术侦查措施收集的材料“在刑事诉讼中可以作为证据使用”的立法规定，应当重新调试为技术侦查证据最后使用原则，并从这一立场出发重新规划具体的支撑制度。

完善技术侦查证据使用规则，需要平衡技术侦查效能与公民权利保障这两项存在紧张

关系的价值目标。平衡这两项价值目标,需要一系列技术侦查证据使用制度予以支撑:技术侦查材料用作证据的,必须事先告知辩方并经辩方质证方可作为定案根据;技术侦查证据的形式应当是原始实物证据,使用传来证据的,应当适用实物证据的鉴真规则;法官可以对技术侦查证据进行庭外核实,但仍应保障辩方的质证权。为保护技术侦查措施方法与过程的秘密性、国家秘密、公民的人身安全及基本权利,允许在技术侦查证据的使用中设置若干变通措施,比如:使用原始证据的替代品、衍生品;对技术侦查证据的来源予以保密;设立特定律师代理制度,经由特定律师而非被告人本人对技术侦查证据进行质证。

本文的初步研究表明,与常规侦查手段的功能定位多为取证手段不同,技术侦查措施的主要功能并非取证,而是作为侦查手段发挥获取案件线索功能。即使在例外情形下,技术侦查材料被用作证据,在证据使用过程中也需要考虑技术侦查措施的另一特殊之处,即其技术性特征对侦查方法与过程的高度保密要求。正是这一特殊要求决定了,在其出示、质证程序中,普遍存在各类特殊制度安排,以实现侦查手段保密与质证权保障的均衡安排。

Abstract: The judicial practice in the four years since the implementation of the revised Criminal Procedure Law on January 1, 2013 has highlighted the dilemma faced by courts in the application of Article 152 of the Law. This paper reviews 73 sample cases selected from China Judicial Verdicts Website between 2013 and 2016 and shows a series of practical challenges faced by courts relating to use of surveillance evidence. To balance the value of investigation efficiency and that of civil rights protection, it is necessary to establish a series of institutions on the use of surveillance evidence. The defense lawyers should have the right to know such evidence before the trial and the chance to cross-examine it. Original evidence should be used, and if the judge wants to use hearsay evidence or alternative format of surveillance evidence, they should comply with the procedure of authentication of physical evidence. Judges can investigate such evidence out of court, but in doing so, should guarantee the right of the defendant to fair trial. And, in order to protect the interests of methods and process of investigative surveillance, national security and personal safety of related persons, policy makers can design some value-balanced procedures to use surveillance evidence, for example, to use alternative format of evidence, keep sources of evidence as confidential and establish the institution of special lawyer to cross-examine evidence.

Key Words: covert surveillance, evidence collected through covert surveillance, telephone wiretapping, use of evidence
