

论侦查讯问录音录像的证据能力

李泊毅

【提要】在讨论侦查讯问录音录像的证据能力时,既有研究往往陷入证据概念、证据法定种类的泥潭,应当更新研究方法,着重讨论侦查讯问录音录像的证据方法,如果彻底贯彻严格证明法则下实质直接性的要求,在证明实体争点时,作为间接证据方法下的证据替代品,侦查讯问录音录像原则上应当被禁止;在证明程序争点或者量刑事实时,采自由证明法则,无此限制。《刑事诉讼法》第121条以及相关司法解释对强制性录音录像的要求,宜将其链接至《刑事诉讼法》第54条非法证据排除之规定,作为自白任意性的证明规则予以理解,如有违反,应当一律先行推定自白无任意性,但控方得以反证推翻。

【关键词】侦查讯问录音录像 证明之必要性 严格证明法则 法定证据方法

〔中图分类号〕D915 〔文献标识码〕A 〔文章编号〕1000-2952(2018)05-0114-11

所谓“侦查讯问录音录像”,即《中华人民共和国刑事诉讼法》(以下简称《刑事诉讼法》)第121条所规定的,“侦查人员在讯问犯罪嫌疑人的时候”,对讯问过程进行的录音或者录像,故也有研究者称为“警讯录音录像”、“讯问录音录像”。因该条明确规定“录音或者录像应当全程进行,保持完整性”,也有研究者将其称为“全程录音录像”,“同步录音录像”。本文将主要讨论以下四个问题:第一,侦查讯问录音录像是否是“证据”,同时介绍分层次检查认定证据相关问题的方法;第二,对“具备法定证据形式的材料才拥有进入法庭的资格”这一解释论的合理性进行反思;第三,侦查讯问录音录像应当践行何种证据方法;^①第四,违反《刑事诉讼法》第121条的程序性法律后果。

一、侦查讯问录音录像是否是“证据”

(一)既有观点分析

既有研究关于侦查讯问录音录像是否是证据存在三种观点。

第一种观点认为,侦查讯问录音录像不是“证据”。“讯问录音录像所能证明的只是讯问过程,而不是案件事实……刑诉法第四十八条关于证据定义的规定,‘可以用于证明案件事实’是证据的必要条件,既然讯问录音录像不能证明案件事实,因而不是证据。”^②

^① 证据材料必须通过特定的方法才能呈现,这种特定的方法被称为“证据方法”(Beweismittel),也称为证明方法,是探求证据材料内容的调查手段,也是证明待证事实的方法。参见林钰雄:《刑事诉讼法(上册)》,(台)元照出版有限公司2013年版,第479~480页。

^② 参见朱孝清:《讯问录音录像三题》,《人民检察》2014年第12期,第5页。

第二种观点认为，侦查讯问录音录像既可以证明讯问过程的合法性，也是犯罪嫌疑人、被告人供述的一种，因此是证据。代表观点认为：“讯问录音录像属于刑事诉讼证据……修改后刑法扩大了刑事诉讼证据的范围……包括与案件事实有着间接关联、能够证明取证合法性的材料”。^①

第三种观点认为，侦查讯问录音录像是证明讯问过程合法性的“证据”，但如果用以证明犯罪事实，则不得使用。代表观点认为：“录音录像的性质和定位应当是证据，但不是证明当事人涉嫌犯罪的事实证据，而是证明讯问和取证过程是否合法的证据。……不宜直接把录音录像内容作为认定被告人构成犯罪的证据。”^②

由上可知，研究者们并不是在同一语境下使用“证据”这个概念，因此，讨论某材料是不是证据，必须先统一“语境”。既然研究者们对“证据”必须与待证事实有关联性都无异议，可以认为关联性是各自语境下“证据”这个概念的共有要素。那么，可否仅在关联性意义下使用“证据”这一概念？如果可以，则意味着规范性意义的要素与“证据”这一概念分离。那么要借助何种概念发挥证据法规范性的功能呢？如果有这种发挥规范性功能的概念，则意味着在分析的逻辑上，必然有关联性、规范性检查认定的先后顺序，那么这种检查认定的逻辑顺序是什么样的？以下做一比较法学上的考察。

（二）“证据”及其相关概念的比较法考察

1. 欧陆证据法上证据相关概念的层次结构

欧陆刑事诉讼法学理论上（以德国为例），采用关联性、证据能力、证明力来解决上述问题。其相关概念的层次体系如下：首先，与待证事实可能有关联性的信息，就可统称为“证据”，^③而关联性是相对于待证事实而言的，其有无取决于待证事实。而待证事实包括直接事实、间接事实、辅助事实、关于程序的待证事实，或者兼具实体与程序的事实（如刑事责任年龄）。^④所谓直接事实，是指可以直接证明特定案件指控犯罪成立与否的事实（如目击证人的证言）。所谓间接事实，是指可能得凭之以推论直接事实的事实（如犯罪嫌疑人在现场留下了毛发对于其杀人而言是间接事实）。所谓辅助事实，即以某证据的证明力为对象的事实。^⑤但是，这种差异并不导致待证事实范围的不同。故证据的含义，是作为一种证据材料（Beweisstoff）的意思，即所有可能与上述待证事实相关的信息。信息可能来源于任何一种相关的人、物、痕迹。^⑥可见，与待证事实有关联性即可称为“证据”。

下一个层次，即对上述证据收集、保存、呈现的规范性要求，此时“证据能力”概念登场，“证据能力”即某证据材料得用以认定待证事实的资格，故其也称为“证据资格”。获得证据能力需满足两个要件：第一，证据能力的消极要件，即证据使用禁止（Beweisverwertungsverbote），即我们语境下的证据排除。第二，证据能力的积极要件，即践行法律要求的“证据方法”与调查证据的程序。^⑦

上文已述，“证据方法”是证据材料呈现的特定方法，也是探求证据材料内容的调查手段。例如，被告人的供述与辩解是证据材料，当庭讯问被告人（探求信息的手段），听取其当庭陈述（法定的信息呈现方式），则为调查证据的证据方法。

有关联性的证据，未被证据排除，且经过法律允许的证据方法和证据调查程序后，获得证据能

① 朱孝清：《讯问录音录像三题》，《人民检察》2014年第12期，第5～6页。

② 高嘉蓬：《准确理解录音录像的法律属性》，《检察日报》2014年3月23日。

③ 参见《刑事诉讼法（上册）》，第479页。

④ 参见《刑事诉讼法（上册）》，第66～67页。

⑤ 参见《刑事诉讼法（上册）》，第495～496页。

⑥ 参见《刑事诉讼法（上册）》，第479页。

⑦ 参见《刑事诉讼法（上册）》，第475页。

力,则进入最后一个层次——证明力问题。证据的证明力即证据的价值,指证据对法官就待证事实形成心证作用的大小。而证明力的评判采自由心证法则,即审判者得自由判断证据的证明力。

2. 英美证据法上证据相关概念的层次结构

英美证据法学理论上,证据相关概念的层次体系也是相似的。以美国为例。首先,“‘证据’一般是指,在裁决过程中能以理性方式影响最终判决结果的那些‘输入’信息(inputs)”。^①证据法的起点是相关性(relevancy)。^②《美国联邦证据规则》第401条对相关性的定义是:“证据如果是相关的,那么:(a)该证据具有与没有该证据相比,使得某事实更可能存在或者更不可能存在的任何趋向;并且(b)该事实对于确定诉讼具有重要意义。”^③所谓“具有重要意义”(of consequence),在英美证据法理论上,被称为实质性(materiality)。实质性证据是指“因其与重要事实或争议问题的逻辑联系而可能影响案件审理者对事实的认定的证据。对诉讼中未出示的证据,如果可以合理地认为,若该证据被提出,案件结果将可能不同,则可认为该证据为实质性证据”。^④可以发现,实质性是一个法律意义上的要求,除此之外,要求证据与待证事实之间具有相关性。

而实质性这一要素,在德国刑事诉讼法学上是交由另一概念工具发挥其功能的,称为“证明之必要性”(Beweisbedürftigkeit),即哪些事项属于系争案件的待证事实,或者说,刑事案件应予证明的范围如何,^⑤而无论证明之必要性(德国法理论上)抑或具有重要性之事实(美国法理论上)的确定,功能皆在于划定案件待证事实的范围。因此,并无本质不同。

确认了相关性,则转入下一个层次的检查认定,即可采性(admissibility)。可采性,“指具有在听审、庭审或其他程序中被允许作为证据提出的品质或状况”。^⑥这是证据法在某种信息具有相关性的基础上,对其运用行为提出的一系列规范性要求,具有可采性意味着相关证据未被证据排除规则所排除。获得可采性,则进入最后一个层次,证据的分量(weight of evidence),相当于证明力。

(三) 证据相关概念的层次化

1. 何谓证据

综上所述,无论是欧陆法还是英美法,在证据法上,首先需要确定待证事实的范围,欧陆法使用证明之必要性这一概念完成此项任务,而英美法上,实质性概念承担此一功能,二者“殊途同归”。

确定了待证事实,那么可以使得待证事实更有可能存在或者更不可能存在的信息,就被统称为证据。欧陆法将信息与待证事实之间的这种联系称为关联性;英美法将这种联系称为相关性。在此,也可以回答前文提出的问题,即可以仅在“关联性”的意义上使用证据这一概念。

2. 证据相关概念的检查认定次序

确认这种关联后,转入证据法规规范性评价的层次,欧陆法称为证据能力,获得证据能力者,得为裁判之依据;英美法称为可采性,有可采性者,得在相关程序中提出。

最后,证明价值的层次,欧陆法称为证明力,证明力由审判者自由判断,即自由心证;英美法称为证据的分量,获得可采性的证据则可被事实裁判者接触。虽然,基于各自不同的诉讼程序,各自概念发挥功能的程序时点可能不同,但逻辑是相同的。

因此,分析某一材料是否是证据,以及最后是否可以作为裁判者裁判的依据,应当按照上述层

① [美] 罗纳德·J·艾伦:《艾伦教授论证据法(上)》,张保生、王进喜、汪诸豪等译,中国人民大学出版社2014年版,第1页。

② 参见《艾伦教授论证据法(上)》,第121页。

③ 参见王进喜:《美国〈联邦证据规则〉(2011年重塑版)条解》,中国法制出版社2012年版,第56页。

④ 薛波主编:《元照英美法词典》,北京大学出版社2013年缩印版,第900页。

⑤ 参见《刑事诉讼法(上册)》,第496页。

⑥ 《元照英美法词典》,第37页。

次进行检查认定。第一步，与待证事实有关联性的材料统称为证据。第二步，分析其证据能力，又分为两个层次，首先分析证据是否被排除，若未被排除，才能进入下一层次，即是否践行了法律要求的证据方法与调查程序。满足以上两个层次要求后，证据才获得完全的证据能力。最后一步，分析证据的证明力。

3. 侦查讯问录音录像无疑是证据

侦查讯问过程的合法性，当存在合理怀疑时，是法定的应当证明的对象，当然属于待证事实；侦查讯问录音录像的内容与讯问过程的合法性具有关联性，其属于证据无疑。同时，侦查讯问录音录像的内容完全可能涉及到直接事实、间接事实、辅助事实、其他关于程序的待证事实，皆属待证事实，因此，从这个角度，其也属于证据无疑。至于是否可以成为裁判者裁判的依据，应当交由下一层次——证据能力来分析（下文详述）。

4. 对传统证据“三性”理论的反思

各研究者在不同的语境下使用“证据”概念的原因，笔者认为可能是受到传统的证据“三性”理论的影响。所谓证据“三性”理论，即证据具有“客观性”、“关联性”、“合法性”。

特别需要反思的是所谓证据的“客观性”，其“是指证据必须是客观事实，即不以人们的主观意志为转移而存在的事实……有学者认为证据具有主观性，是‘主客观的统一体’。我们并不赞同这一说法。”^①但是“‘没有认识论的本体论为无效’、‘没有语言学的认识论和本体论为无效’”，^②将所谓证据的客观性作为一种先验的存在去抽象讨论，是无意义的；作为人类认识对象的存在，要排斥认识的主观性，也是不可能的。^③没有任何证据可以不经人类的主观认识而被使用，区别只在于这种认识是否超出了人类一般经验法则的范畴。从传统观点对证据客观性的描述来看，其认为“没有准确来源的证据材料如匿名信、小道消息、马路新闻、道听途说等，由于无法进行查证，不具备客观性，当然不能作为证据使用”，^④但是上述信息，与待证事实可能有关联性，只是基于系传闻的原因可能被排除（证据能力层次），也可能是证明价值极低而不被采信（证明力层次），但传闻证人之证言是典型的道听途说，却未必概括禁止。^⑤总体观之，客观性概念是想将不可信的证据排除出定案依据的范围，但是任何证据都存在可信度高低的问题（证明力大小），不可能事先概括性地规定所有证据证明力的大小，法定证据制度的破产，就是有力的说明。传闻规则有极为广泛的例外，也说明了在规范层面难以概括性解决证据的证明力问题。绝大多数证据的可信度，在证据能力满足后，都交由法官自由心证处之。“法律的适用，不能很适当地达到它的目的，主要肇因于在设计制度时，拟负荷上去的功能没有处理好”。^⑥因此，应使客观性成为一个只关注证据价值的概念，相当于证明力，也有学者称之为“真实性”。^⑦而规范性的功能交由“合法性”处理。

因此，传统的“三性”理论，应当首先分析关联性，有关联性之信息统称为证据，而非同时具备“三性”才可称为证据。接下来，分析合法性（证据能力）。最后，分析证明力问题，即所谓客观性、真实性，除法有明确限制外，此属法官自由心证的范畴。

（四）以上层次结构在法律解释上的可能性

以上分析了何谓证据，回答了侦查讯问录音录像是否为证据，并提出了证据相关概念层次化的

① 王敏远主编：《刑事诉讼法》，社会科学文献出版社2005年版，第125～127页。

② 王敏远：《一个谬误、两句废话、三种学说——对案件事实及证据的哲学、历史学分析》，中国政法大学出版社2013年版，第108页。

③ 参见《一个谬误、两句废话、三种学说——对案件事实及证据的哲学、历史学分析》，第109～114页。

④ 参见《刑事诉讼法》，第125～126页。

⑤ 参见《刑事诉讼法（上册）》，第510～513页。

⑥ 黄茂荣：《法学方法与现代民法》，中国政法大学出版社2001年版，第50页。

⑦ 参见陈瑞华：《刑事证据法学（第二版）》，北京大学出版社2014年版，第98页。

分析方法。那么,上述理论是否被我国立法所容许?亦即有无解释上的障碍?

从法律条文来看,以上观点在解释论上不存在任何问题。《刑事诉讼法》第48条规定:“可以用于证明案件事实的材料,都是证据”。此处“可以用于证明”,并无规范性要求。理由在于该条第3款规定,“证据必须经过查证属实,才能作为定案的根据”,未“查证”的材料立法已称为证据。《刑事诉讼法》第54条第2款规定,“审判时发现有应当排除的证据的,应当依法予以排除,不得作为……判决的依据”,立法将被排除的材料也称为证据。这表明“可以”仅指关联性。

二、侦查讯问录音录像证据能力的分析方法

(一) 对既有理论的反思

1. 关于证据的法定种类

传统的理论及实务见解认为,某种材料应当具备法定的证据形式才能在刑事诉讼中被运用,若不具备则否定其证据能力。代表见解如“具有客观性和关联性的材料只有具备法律规定的七种形式之一,才能纳入诉讼轨道。”^①与此相对应,几乎所有的既有研究都要讨论侦查讯问录音录像属于何种法定证据种类。

2. 关于证据能力的要素

如前文所述,证据能力的要素有二:第一,证据能力的消极要件——证据使用禁止,即我们语境下的证据排除。第二,证据能力的积极要件,即践行法律要求的“证据方法”与证据调查程序。^②该理论与立法是完全相符的:《刑事诉讼法》第54条第2款规定:“审判时发现有应当排除的证据的,应当依法予以排除,不得作为……判决的依据”,是对证据能力消极要件的要求。《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”,是对证据能力积极要件的要求。

显然,以证据不具备证据的法定形式来否定证据能力,只可能属于证据排除了(下文简称“排除规则”)。但依据何在?

3. 以证据的法定种类限制证据能力的盲点

(1) “排除规则”的理论依据何在?

美国对可采性的限制有二:第一,“不公正的偏见”,即某个证据既有证明价值,但也会给事实认定者造成偏见,例如前科。此时,法官将在该证据的证据价值与其可能带来偏见的风险之间进行衡量,若认为防范偏见之利益更为重要,则排除该证据。第二,“创造激励措施之类的政策”,该政策“重要到让审判中对真相的追求为之妥协具有正当理由”。^③非法证据排除规则即属于此类。

从德国证据禁止规定来看,证据禁止是为发现真实划出的程序界限。大致也可分为两类,一类基于证明力以及程序担保上的考量:例如,不得采信证人未在法庭上担保真实的证言;一类基于犯罪嫌疑人、被告人权利的保护,例如禁止刑讯。

那么囿于证据的法定种类,限制证据的证据能力,是基于何种考虑呢?证据不具法定形式会带来偏见?欠缺程序担保?妨害被告人权利?还是满足形式要求的价值大于发现真实的价值?以上情形都难以想象。

无论欧陆法、抑或英美法,对证据的基本态度是一致的,即刑事诉讼是一场人对人的审判,不具上帝视角的人类,在回溯过去发生的某件事情时,所面临的状况往往是信息不足,因此“证据法

① 陈光中主编:《刑事诉讼法学》,中国人民公安大学出版社2004年版,第214页。笔者注:现行刑事诉讼法已经修改为八种。

② 参见《刑事诉讼法(上册)》,第475页。

③ 参见《艾伦教授论证据法(上)》,第127页。

的基本精神是鼓励采纳证据”，^① 显然信息越充足，越能增加回溯过去发生之事情的可能性。如果没有特殊原因应当尽量不排除证据。而证据的法定种类，要成为一个排除证据的理由，是令人匪夷所思的。“最初，证据法学理论将电子计算机所记录的资料都纳入视听资料的范畴……电子数据与视听资料在证明力和证据能力方面并没有实质性的区别，它们可以适用极为相似的证据规则。”^② 可见，对二者规范性的要求几乎无差别，这种分类并无法律上的意义。正如孙远教授所言：“证据法是法的一种，当然应该具备法的规范性。但我国这种以证据概念和证据种类为起点的传统理论，却直接把原本应当是一种规范之学的证据法学引向了事实之学的范畴。”^③ 也有研究者认识到：“笼统地说同步录音录像资料属于某一法定证据种类并无意义。因为，只有当不同的证据种类在法律上对应着不同的法律效果时，这种证据分类才是有意义的。”^④ 但是，该研究者却在余下行文中，再次将同步录音录像资料进行了分类，可见没有方法论上的更新，是难以摆脱传统思路的。

（2）“排除规则”的法律依据何在？

《刑事诉讼法》第48条规定：“可以用于证明案件事实的材料，都是证据。证据包括……”

从文义解释来看，该条并未称证据仅包括如下八种，为何将其解释为仅仅包括如下八种？不可否认，有作出两种解释的可能。在文义解释有歧义时，当求助于其他解释方法。

证据的表现形式或者来源，是无法穷尽列举的，故该条首款开宗明义道：“可以用于证明案件事实的材料，都是证据”，而且如上文所述，证据法的精神是鼓励证据的采纳，无充足理由没有排除证据的道理，而该条也未规定不具法定形式的证据应被排除。固依规范目的，不应作“证据不具法定形式则无证据能力”的解释。

（3）“排除规则”是否真的可行？

上文已述，在刑事诉讼法将电子证据纳入法定证据种类之前，电子证据被划入视听资料，显然，即便没有该分类，电子证据已经大量进入法庭成为裁判依据。只不过，囿于理论与实务见解的定式，必须将其包装成视听资料。因此，采行“排除规则”的可能的结果是，对于警检部门，该规则对其完全不构成限制，但是对于弱勢的辯方而言，则可能成为森严的壁垒，因此，采行“排除规则”不仅无意义反而可能有害。

（二）严格证明法则与法定证据方法

证据能力的分析，应当先确定证据是否被排除，若无，则分析是否践行了相应证据方法与调查程序，而非证据的表现形式。

对于案件之实体争点（犯罪事实及其法律效果），证据能力的积极要件的要求就是践行严格证明法则。所谓严格证明法则，即在证据方法与调查证据的程序上，同时受到严格的形式性限制，前者必须采行法定的证据方法，后者必须采行法定的调查程序。

法定的证据方法，即法律准许证据在法庭上呈现的方式，以德国为例，总共五种，即 Zeugenbeweis、Sachverständigenbeweis、Urkundenbeweis、Augenscheinsbeweis、Beschuldigte，^⑤ 孙远教授将其分别称为询问、鉴定、宣读、勘验、讯问，^⑥ 这种翻译不易产生误解，故下文也采此种译法。询问，即调查证人的证据方法。鉴定，即调查需要专门知识方能澄清的特定问题所运用的证据方法。宣读，即调查书面文件的证据方法。此处所要求的“书面文件”必须具有可读性（Verlesbarkeit），

① 《艾伦教授论证据法（上）》，第7页。

② 《刑事证据法学（第二版）》，第179~180页。

③ 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100页。

④ 易延友、田昌喜：《同步录音录像问题研究》，《人民检察》2012年第2期，第11页。

⑤ 参见 Werner Beulke, 2016; Strafprozessrecht, C. F. Müller, 13. Aufl, Rn 110ff, 179ff

⑥ 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103页。

因此对不以文字形式出现的记载品的调查,不属于宣读,而属于勘验。勘验,即“透过人之感官知觉(如眼观、耳听、鼻闻、手触等),而对犯罪相关之人、地、物等证据与犯罪情形之调查方法”。^①最后,讯问,即调查被告人供述与辩解的证据方法。除上举五种证据方法外,严格证明法则禁止其他证据方法的使用。

而法定调查程序,则首先包括各法定证据方法下具体的特别程序,例如询问、鉴定,都属于“人的证据方法”,应当要求证人、鉴定人以书面形式保证其陈述内容为真实,并允许被告人、辩护人等向证人、鉴定人发问;其次则是各证据方法上共有的原则,例如公开审理原则、言词审理原则、直接审理原则,而直接审理原则尤其重要,我国理解直接原则,通常认为其含义为“法庭开庭审判时,被告人、检察官以及其他公诉人必须亲自到庭……二是‘直接采证原则’即从事法庭审判的法官必须亲自直接从法庭调查和采纳证据……”,^②以上仅仅理解了直接审理原则的形式侧面,而直接审理原则的关键在于其实质侧面,即“实质的直接性”(materielle Unmittelbarkeit),其要求“除非有合乎例外的情形,直接审理原则禁止法院转换证据方法而使用‘证据的替代品’(Beweissurrogate),亦即原则上禁止法院以派生的、间接的证据方法来替代原始的、直接的证据方法”。^③例如,询问的证据方法,应当当庭询问证人,而非朗读其书面证言,此时宣读即为间接的证据方法。之所以称实质的直接性原则最为关键,就在于非此将导致除文书证据方法外,根本不需要任何其他证据方法,即便有形式上的直接原则也毫无意义,无非就是书面审理,这意味着退回纠问制度,动摇控诉原则的根基。

另外,严格证明法则,在心证程度上,要求达到内心确信。

对于案件之程序争点,则在证据能力的积极要件上,既无法定证据方法又无法定调查程序的拘束,此称为自由证明,在心证程度上仅要求“大致相信之过半心证”。^④

综上,侦查讯问录音录像的证据能力,涉及两个层次。第一,证据排除(消极层次),第二,践行法律要求的证明法则,即相应证据方法与调查程序(积极层次)。以下则分别分析侦查讯问录音录像可能涉及的证据方法。

三、侦查讯问录音录像可能涉及的证据方法

(一)关于作为转换讯问、询问之证据方法后的证据替代品

在证据能力的消极要件上,我国关于供述的排除规则仅有非法证据排除规则,明确规定排除的有三种形态:暴力、威胁、非法限制人身自由取得的供述。因此,对是否存在上述三种情形有争议,则转入讯问过程合法性的证明(下文详述)。若未被证据排除,方进入证据能力积极要件的分析,因用于证明实体争点,故应当采用严格证明法则。因此,只能践行法定的证据方法。侦查讯问录音录像不存在可读性,属于“透过人之感官知觉(如眼观、耳听、鼻闻、手触等),而对犯罪相关之人、地、物等证据与犯罪情形之调查方法”,^⑤即勘验。但如果彻底贯彻直接原则,基于实质直接性的要求,“法院应该尽其可能运用最为接近事实的证据方法”,^⑥禁止转换证据方法、使用派生而来的证据替代品。显然,讯问才是原始的证据方法,法庭应当当庭讯问被告人,作为证据替代品的侦查讯问录音录像应当被禁止。所以,以侦查讯问录音录像证明实体争点,不符合严格证明法则的要求,因

① 《刑事诉讼法(上册)》,第569页。

② 《刑事证据法学(第二版)》,第49页。

③ 《刑事诉讼法(上册)》,第482页。

④ 《刑事诉讼法(上册)》,第484页。

⑤ 《刑事诉讼法(上册)》,第569页。

⑥ 林钰雄:《刑事诉讼法(下册)》,(台)元照出版有限公司2013年版,第188页。

此不具备证据能力。

同理，朗读讯问笔录用以证明实体争点，也是使用宣读这一间接证据方法，讯问笔录是派生而来的证据替代品。实质直接性原则“其中最具重要性者，便是供述证据的调查程序受到‘人证优于书证’的限制，亦即，禁止法院以书证替代人证，也可以简称为供述证据之禁止朗读原则”。^①

但是在我国立法上，除上述三种形态的非法证据排除外，根本不限制讯问笔录的证据能力，而仅仅限制其证明力，这种思路也是根深蒂固的。2010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《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《2010年死刑证据规定》）第22条，就不限制庭前供述的证据能力，只要有其他证据印证，补强证明力即可。2012年最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》（以下简称《2012年最高法司法解释》）第83条，依旧采行上述见解。上述规定体现了我国刑事审判书面卷宗式审理的特点。在这种极具纠问制色彩的思路的影响下，研究者不关注严格证明法则下证据替代品的禁止，而关注笔录与录音录像不一致该如何处理，录音录像能否增强侦讯笔录的证明力。^②

有学者分析认为，“在我国侦查讯问录音录像制度的创制过程中，忽视了录音录像材料可否直接作为口供证据使用的问题，立法上也未给出明晰的解释”，^③源于犯罪嫌疑人、被告人无沉默权，任意性难以保证。^④

令人费解的是，没有沉默权，自白任意性无法保障，侦讯笔录恐怕较录音录像更不可信，为何其可畅通无阻？而且，《2010年死刑证据规定》第18条第2款与《2012年最高法司法解释》第80条第2款，也认可了侦讯笔录作为供述证据使用的功能。如果彻底关注任意性之保障，应当将关注点放在当庭讯问上。因此，恐怕以上解释存在疑问，而且，关键是如上所述，任意性之疑问绝非在实体争点上否定侦查讯问录音录像证据能力的唯一理由，更在于实质直接性原则的坚守，非此庭审必然流于形式而无实质性，我国以往的实践恰恰说明了这一点。

该研究者还认为侦查讯问录音录像可作为口供使用有立法例上的理由，“依循美国的证据规则，被告人审前在侦查讯问中所做的供述属于传闻证据规则的一项例外”，这恐怕有过分夸大上述例外的嫌疑。美国证据法上，陈述人、证人的先前陈述作为传闻证据规则的例外主要规定在美国《联邦证据规则》第801(d)款第(1)项上，^⑤具体内容如下：第一，与先前不一致的陈述被采纳，要求陈述者必须出庭作证，且受交叉询问程序之担保，且之前的陈述是在经宣誓作伪证将受伪证罪处罚的情况下作出的；第二，与先前一致的陈述被采纳，要求陈述者必须出庭作证，且受交叉询问程序之担保，并且提供该先前陈述是为了反驳认为当庭陈述是编造的指责，或者为了反驳当庭陈述是受近期之不当影响或出于不当动机做出的指责，因此该先前陈述必须在指责所称的编造、受不当影响、出于不当动机的时间之前；第三，陈述者庭前对某人的辨认。第一项，被称为“弹劾”以及“唤起记忆”的例外，第二项，被称为“正誉”的例外。其他例外还包括临终遗言、官方文件、商业文件等。因此，美国证据法上允许事实裁判者接触庭前犯罪嫌疑人陈述的例外，仅限于一些例外情形，关键仍在当庭陈述，并受交叉询问程序的担保，除非该先前陈述属于弹劾、唤起记忆或者正誉等例外不排除的情形，先前陈述作为传闻证据仍应排除。

① 《刑事诉讼法（下册）》，第189页。

② 参见朱孝清：《讯问录音录像三题》，《人民检察》2014年第12期，第9～10页；董坤：《违反录音录像规定讯问笔录证据能力研究》，《法学家》2014年第2期，第127～128页；董坤：《侦查讯问录音录像制度的功能定位及发展路径》，《法学研究》2015年第6期，第157页。

③ 董坤：《侦查讯问录音录像制度的功能定位及发展路径》，《法学研究》2015年第6期，第161页。

④ 董坤：《侦查讯问录音录像制度的功能定位及发展路径》，《法学研究》2015年第6期，第169页。

⑤ 参见《美国〈联邦证据规则〉（2011年重塑版）条解》，第237页。

德国立法也是如此,其原则规定在德国《刑事诉讼法》第250条,^①例外规定在第254条。^②原则上禁止证据之替代品,允许唤起记忆与弹劾之例外,而且限于庭前法官的讯问笔录,判例进一步认为讯问笔录的内容仍不得作为判决依据。因此有研究者主张,允许宣读又不得采为定案根据,恐怕难以操作,尤其是非职业法官恐怕难以区分二者,因此认为应当对第254条作限缩解释,即应禁止朗读而只得告以要旨。^③

我国立法上除了非法证据排除,对于侦查讯问笔录或者侦查讯问录音录像不限制其证据能力,所考虑的仅在于其证明力是否得以补强,但若真要追求庭审之实质性,完成所谓以审判为中心的司法改革,发展的方向则应当贯彻实质的直接审理原则,禁止使用间接证据方法下所派生的证据替代品,即便要使用庭前供述笔录或者录音录像,也仅将其作为例外用以弹劾、唤起记忆,并且仍不得全程播放录音录像、朗读笔录,只得告以要旨。除此之外,任何形式的庭前供述不具备证据能力,不得作为定案的根据,否则会仅仅停留在以卷宗为根本的书面审理上,必然破坏控诉原则,难言有实质的控审分离。

共同被告人在程序分离之后,部分被告人作为证人指证其他被告人时,其侦查讯问录音录像是否具有证据能力,原理同上,为证据替代品,应当禁止。符合实质直接性原则的法定证据方法是询问,部分被告人应出庭作证并接受询问。

庭前证人的陈述也同理,系证据替代品,应当禁止。除法定的例外情形(如证人确系无法到场、弹劾、唤起记忆、正誉),不得播放录音录像、朗读庭前笔录。

(二) 关于作为证明程序争点、量刑之证据

作为证明程序争点的证据仍有证据能力问题,在证据能力消极要件的层面,亦可能被证据排除。只是在证据能力积极层面,则再无必须践行严格证明法则的限制,即不再受法定证据方法的拘束,也不受法定调查程序的束缚。理由是:一则,严格证明法则苛刻的形式要求,是对刑事证明程序的双重束缚,旷日累时,难以期待将其运用至程序争点上,因此只将其运用在最为重要的实体争点上;^④另外,也有认为严格证明法则下的直接、全面调查,可能形成心证,造成预断效应,影响程序审查的客观性。^⑤

由此也可见,同一证据在证明不同事项时,可能采行不同证据方法,而证据方法、调查程序这种形式上的要求实则意义重大。首先,这种形式上的要求可维系控诉原则,防止审判程序退回到纠问制;其次,因为采用不同的形式,则可能意味着证明标准实际上的不同,^⑥显然采取法定的证据方法与法定的调查程序即严格证明法则,相较于自由证明,更难以达到“事实清楚、证据确实充分”的心证程度。易言之,证明标准实质上更高。

综上,在程序争点上讨论侦查讯问录音录像证据能力的积极要件时,毋庸讨论应当采取何种证据方法,未被排除则具有证据能力。因此,在证明讯问合法性时,侦查讯问笔录不受严格证明法则的拘束,法官得以查阅卷宗的方式调查讯问过程之合法性。当存在笔录与录音录像二者不一致的情形,何者更可信,则属于证明力的问题,是法官自由心证的领域,法官得自由判断。

侦查讯问录音录像也有可能记录如立功、坦白、悔罪等法定、酌定的量刑情节,量刑也属于自由证明的事项,原理同上,不再赘述。

① 参见《世界各国刑事诉讼法》编辑委员会:《世界各国刑事诉讼法(欧洲卷·上)》,中国检察出版社2016年版,第296页。

② 参见《世界各国刑事诉讼法(欧洲卷·上)》,第297页。

③ 参见[德]克劳斯·罗科信:《刑事诉讼法》,吴丽琪译,法律出版社2003年版,第430~435页。

④ 《刑事诉讼法(上册)》,第484页。

⑤ 参见孙远:《刑事诉讼法解释问题研究》,法律出版社2016年版,第125页。

⑥ 孙远将其称为证明标准的隐性层次。参见孙远:《论认罪认罚案件的证明标准》,《法律适用》2016年第11期,第17页。

四、违反《刑事诉讼法》第121条的程序性法律后果

《刑事诉讼法》第121条规定，对于可能判处无期徒刑、死刑的案件或者其他重大犯罪案件，应当对讯问过程录音或者录像。录音或者录像应当全程进行，保持完整性。有研究者认为，若录音录像不符合上述要求，应当推定庭前供述不具有自愿性。^① 笔者同意这一观点，即将其链接至《刑事诉讼法》第54条非法证据排除的规定，理解为任意性的证明规则（推定说），^② 只要欠缺全程录音录像，则先行推定自白无任意性，但控方仍然得以反证推翻，如律师于讯问时全程在场，其证明并无非法讯问的情形。

理由在于，从现行立法上看，唯有做此选择，才可能实现《刑事诉讼法》第121条录音录像规则的规范目的。第一，按照绝对排除说的观点，即只要违反上述规定便排除，控方无反证的机会，这对于控方来说过于严苛，恐过分牺牲实质正义。而且，我国立法、司法解释上也并未明示排除的法律后果，将其作为独立的证据排除规定几乎没有实践上的可能。第二，按照将其理解为证据取得禁止规范^③的观点，即类似于《刑事诉讼法》第50条第2句的规定，这种观点的问题在于我国现阶段无成熟的证据禁止理论，在立法、司法解释未明示排除后果前，审判机关不可能通过解释推导出证据排除。^④ 第三，按照权衡排除说的观点，应权衡正当程序的利益与发现真实的利益后，考虑是否排除。但我国立法上并无这种权衡排除证据的规定，而我国台湾地区理论与实践上采用权衡排除说，在于其“刑事诉讼法”第158条第4款^⑤明示了权衡排除的可能。第四，按照将其理解为仅是众多保证自白任意性规范中一种的观点，那么将意味着《刑事诉讼法》第121条的规定可有可无，可遵守可不遵守，形同具文，显然让人难以接受。

而推定说则有如下优点：首先，可以维护《刑事诉讼法》第121条规定的独立价值（非可有可无，而是有推定无任意性的程序性法律后果）；其次，实现该条担保自白任意性的规范目的；第三，对控方并不过分严苛（可以反证推翻），而且强制录音录像的案件并不宽泛，目前只涵盖《刑事诉讼法》第121条规定的可能判处无期徒刑、死刑、其他重大犯罪案件（而且其他重大犯罪案件尚待解释），以及《人民检察院刑事诉讼规则（试行）》第201条规定的检察院自侦的职务犯罪案件；^⑥ 第四，也与《刑事诉讼法》第56条、第57条关于证据收集合法性的举证责任分配相一致，法律明示应当录音、录像而无录音、录像，或者无全程、完整录音、录像已然有自白无任意性的重大嫌疑，应当调查（第56条），控方应当对证据收集的合法性加以证明（第57条）。

但有观点认为，在侦查人员主客观上都有违反上述规则的情形下，依然存在“合理操作”而不适用推定的情形，例如：“侦讯中为了与犯罪嫌疑人建立信任、便利沟通，或者应犯罪嫌疑人要求，为了侦查讯问的需要适时关闭录音录像，诸如此类情形应属侦讯中的‘合理操作’，只要在讯问笔录中注明，并经过被讯问人签名同意，讯问笔录同样具有证据能力”。^⑦

① 参见董坤：《违反录音录像规定讯问笔录证据能力研究》，《法学家》2014年第2期，第130～131页；何家弘、王爱平：《强制性讯问录音录像推定规则》，《国家检察官学院学报》2015年第3期，第108～109页。

② 参见《刑事诉讼法（上册）》，第175～179页。

③ 证据取得禁止规范：即对国家追诉机关取证过程的行为规范。

④ 通过判例发展证据禁止理论的实例可参见李泊毅：《德国刑事诉讼法上的亲属免证特权——基于案例的分析与中国的展开》，《中国检察官》2017年第11期，第75页。

⑤ 我国台湾地区“刑事诉讼法”第158—4条：除法律另有规定外，实施刑事诉讼程序之公务员因违背法定程序取得之证据，其有无证据能力之认定，应审酌人权保障及公共利益之均衡维护。

⑥ 国家监察机关设立后，相关犯罪已不再由检察机关自侦。

⑦ 董坤：《违反录音录像规定讯问笔录证据能力研究》，《法学家》2014年第2期，第132页。

笔者认为该观点值得商榷,该观点并不否认,上述情形自白的任意性还是需要在法庭予以证明的。此与将自白先行推定为不具有任意性,但仍可以反证推翻有何不同呢?更进一步说,即便该观点所称的“情况紧急或者主观上无过错”的例外,即遇到不可抗力如停电,或者犯罪嫌疑人突然发病需紧急送医诊治,其自白任意性同样需要证明,其又与先行推定再反证有何本质上的不同呢?上述“合理操作”、“情况紧急或者主观上无过错”的例外,反倒可能给违反录音录像规则的行为大开方便之门,很有可能导致录音录像规则成为具文,使本条任意性保证的规范目的落空。

综上,无论何种情形,只要不符合刑事诉讼法以及相关司法解释关于强制性录音录像的规定,都应当一律先行推定为供述不具任意性,但控方得以反证推翻。

另外,需要特别说明的是,在控方以反证推翻推定,使侦查讯问之合法性得以证明的情形下,承认侦查讯问录音录像或者笔录具有证据能力,其是得以作为证明实体争点的证据使用,还是作为弹劾的例外使用,实际上有参商之别。如果践行严格证明法则,其仍只得作为例外使用。作为证明实体争点的证据,其属于间接证据方法下产生的证据替代品,应当禁止。

本文作者:中国社会科学院研究生院法学系 2016 级博士研究生

责任编辑:龚赛红

On the Admissibility of Audio and Visual Investigation and Interrogation Records

Li Boyi

Abstract: In previous studies on the admissibility of audio and visual investigation and interrogation records, researchers always paid their attention to the concept of the evidence and legal forms of the evidence. However, the previous research method should be renewed and the methods of audio and visual investigation and interrogation records should be analyzed. If the substantial and direct requirement under the principle of strict proving is followed thoroughly, audio and visual investigation and interrogation records as substitute and indirect evidence should not be allowed to prove the entity's arguable facts, but should be allowed to prove sentencing facts and the arguable facts for procedures. The requirements for the imperative audio and visual records in Article 121 of the *Criminal Procedure Law* and relative judicial explanations should be linked with Article 54 of the *Criminal Procedure Law* about illegal evidence exclusion and understood according to the proving rule about voluntary confession. If the prosecutor or policeman do not obey this rule, a presumption should be set that the confession is illegal. However, the prosecutor is allowed to rebut with contrary proof.

Keywords: audio and visual investigation and interrogation records; necessity of proofs; principle of strict proving; method of legal evidence