

侦查讯问录音录像制度的 功能定位及发展路径

董 坤^{*}

内容提要：从历史沿革和立法意图看，2012年刑事诉讼法增设侦查讯问录音录像制度的目的在于规范侦查讯问行为，防止刑讯逼供；证明讯问过程的合法性；客观记录审讯内容，保障讯问笔录的公信力和确定性，防止翻供。基于决定主体的不同以及录音录像口供功能的有无，不同国家和地区讯问录音录像的制度模式可以分为权利保障型和权力主导型。权利保障模式更加尊重犯罪嫌疑人的沉默自由和自主选择录音录像的权利，在此模式下，被讯问人供述的自愿性以及肖像权、隐私权等得到充分保障，录音录像具有口供功能。权力主导模式以规制侦查讯问行为为目标，赋予侦查讯问方录音录像的决定权，犯罪嫌疑人一旦放弃沉默往往会被强制录音录像，其供述自由和肖像权、隐私权等权益面临被侵害的风险，录音录像的口供功能被弱化。因亲缘于权力主导模式，加之我国的侦查讯问环境，我国讯问录音录像的口供功能难以发挥，所以有必要向权利保障模式转型，实现其功能的多元化。

关键词：侦查讯问录音录像 权利保障模式 权力主导模式

2012年刑事诉讼法第121条第1款规定：“侦查人员在讯问犯罪嫌疑人的时候，可以对讯问过程进行录音或者录像；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，应当对讯问过程进行录音或者录像。”讯问中录音录像的引入，在一定程度上打破了以往侦查讯问过程的封闭性和秘密性，使侦查讯问过程受到监督和规范。同时，“录音录像还为法院开启了一扇通向警察讯问室的窗户。它可以让外部有机会对讯问的总体环境以及在此环境下产生的自白或者承认进行客观的评价。”〔1〕这对于保障被讯问人的合法权利，查清案

* 最高人民检察院检察理论研究所副研究员。

本文系2014年度司法部国家法治与法学理论研究课题“讯问录音录像理论及实践问题研究”（14SFB30022）的研究成果。

〔1〕 NSW Police, *ERISP Instructions and Guidelines Manual*, 1992, Sydney: NSW Police, p.1. 转引自〔澳〕戴维·狄克逊：《“讯问程序之窗？”——澳大利亚新南威尔士的警察讯问录音录像》，朱奎彬译，载谢进杰主编：《中山大学法律评论》第9卷第2辑，法律出版社2011年版，第248页。

件事实，遏制冤假错案的发生多有裨益。然而，侦查讯问录音录像在制度实践中仍然面临如下一些棘手问题：首先，启动讯问录音录像是属于权利抉择还是权力行使？换言之，录音录像是由犯罪嫌疑人在讯问中自行选择，还是侦查机关讯问权力的应有延伸？以及犯罪嫌疑人在其中的权利该如何保障？其次，讯问录音录像是否可以作为证据来使用以及如何使用？具体而言，其一，讯问录音录像材料是否应当作为证据随案移送？辩护律师可否从案件审查起诉之日起，查阅、复制讯问录音录像材料？其二，讯问录音录像与讯问笔录不一致的，在排除不一致的笔录后，该如何认定事实？

上述司法难题常常演化为控辩双方在庭审或诉讼中的激辩，亟待理论研究的回应和指导。而上述难题的本质是讯问录音录像的功能定位问题，对此理论上的研究还较为匮乏。有鉴于此，本文尝试对这一核心问题进行研究。

一、制度功能的历史沿革与现状

（一）历史沿革中侦查讯问录音录像的功能

讯问中录音录像缘起于我国地方检察机关的一些自发性试点，^{〔2〕}后逐步自下而上在全国检察系统推广。2005年最高人民检察院制定了《人民检察院讯问职务犯罪嫌疑人实行全程同步录音录像的规定（试行）》，要求检察机关在办理直接受理侦查的职务犯罪案件时，每次讯问犯罪嫌疑人都应当对讯问全过程实施不间断的录音、录像。此后，随着一些专家学者对该制度的持续推动，^{〔3〕}讯问录音录像的适用逐步从职务犯罪推广到其他诸如由公安机关侦查办理的刑事案件。2007年最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部联合发布了《关于进一步严格依法办案确保办理死刑案件质量的意见》，其中第11项规定，讯问可能判处死刑的犯罪嫌疑人，在文字记录的同时，可以根据需要进行录音录像。之后，随着该制度的不断发展，2012年刑事诉讼法最终在立法层面将讯问录音录像确立为一项正式制度。

从制度演进的轨迹看，当时引入讯问录音录像主要是围绕侦查、公诉，尤其是职务犯罪侦查和指控犯罪工作而进行的。其初衷首先是从打击犯罪的角度，以录音录像来强化讯

〔2〕 2002年9月广东省深圳市人民检察院检察委员会通过了四项新的内部监督制度，除了办案督导督察制度、办案预警制度和内部聘请兼职纪检监察员制度外，就是审讯全过程录音录像制度（参见徐选礼、周俊：《深圳：办案又有四道监督关》，《检察日报》2002年9月4日第1版）。2002年底浙江省检察机关也基本做到了对首次讯问进行同步录音录像（参见岳耀勇：《我们这样突破职务犯罪案——浙江检察机关的七条经验值得借鉴》，《检察日报》2002年12月9日第3版）。2005年上半年，四川省公检法机关开始全面执行《关于规范刑事证据工作的若干意见（试行）》，该意见规定讯问重大案件的犯罪嫌疑人应当录音录像（参见刘裕国：《四川规范刑事证据工作，讯问重大案件的犯罪嫌疑人应全程录音录像》，《人民日报》2005年4月15日第10版）。2005年下半年，江苏省人民检察院针对地区差异和实际情况开始分地区、分阶段施行讯问中全程录音录像。苏南地区从7月1日开始，要全部实现对犯罪嫌疑人讯问全过程录音录像；苏北地区从7月1日开始，要实现对犯罪嫌疑人第一次讯问和综合性讯问的录音录像，10月1日后全部实现对犯罪嫌疑人讯问全过程录音录像（参见李明耀：《江苏：从四方面细究反贪办案环节》，《检察日报》2005年7月3日第1版）。

〔3〕 2005年以来，由中国政法大学与北京、河南、甘肃三地公安机关合作，正式启动“三项侦查讯问试验项目”。该项目规定犯罪嫌疑人在接受公安机关第一次讯问时，可以要求律师在场，或者对讯问全程进行录音录像。这是高校学者推动讯问全程录音录像的一个重要举措。参见樊崇义、顾永忠主编：《侦查讯问程序改革实证研究——侦查讯问中律师在场、录音、录像制度试验》，中国人民公安大学出版社2007年版。

问笔录, 特别是有罪供述笔录的可信性, 防止犯罪嫌疑人、被告人翻供, 提高控诉效果。如2005年5月最高人民检察院副检察长邱学强在全国检察机关第三次公诉工作会议上指出: “检察机关要依法履行指控犯罪职能, 全力维护社会稳定。……对检察机关立案侦查的职务犯罪案件和重大疑难复杂的刑事、经济犯罪案件, 公诉环节讯问犯罪嫌疑人, 要逐步实行全程录音、录像, 有效地固定关键证据, 防止被告人翻供。”〔4〕之后, 在2006年召开的全国检察机关推行讯问职务犯罪嫌疑人全程同步录音录像工作现场会上, 时任最高人民检察院副检察长王振川也指出: 讯问录音录像有几个好处, 即“有利于固定关键证据; 有利于防止犯罪嫌疑人翻供和诬告办案干警; 有利于通过再现审讯过程, 从中研究寻找新的案件突破口; 有利于总结经验教训, 通过实战案例加强对干警的培训。”〔5〕

当时的司法办案中, 检察机关也确实是将防止翻供作为讯问录音录像的首要功能来贯彻的。据统计, 2006年3月至2007年11月, 全国各级检察机关共在法庭上出示讯问同步录音录像资料4802次, 绝大部分犯罪嫌疑人在法庭上的翻供理由都被依法认定不成立。〔6〕在上述讲话和相关报道中, 录音录像所要固定的关键证据是讯问中犯罪嫌疑人的有罪供述, 目的是在庭审中, 当公诉人宣读被告人有罪供述的讯问笔录, 被告人对笔录记载内容表示质疑或反驳时, 当庭播放讯问录音录像可以有效强化讯问笔录的公信力, 防止翻供对讯问笔录证据地位的动摇。

然而, 随着一系列冤假错案的曝光, 对于侦查讯问行为的诟病日渐增多, 无论是学者还是实务部门都认为, 封闭的讯问环境极易导致刑讯逼供等非法讯问行为的滋生, 进而产生虚假口供、不实自白, 诱发错案。为了遏制错案的发生, 必须规范侦查行为, 形塑合法的侦查讯问行为。这其中一项有力的举措就是引入讯问录音录像制度, 打破密室讯问, 使其在镜头下受到监控; “把检察机关讯问职务犯罪嫌疑人的整个过程真实客观地记录下来, 有效地促使办案人员自觉依法办案、规范执法, 消除各种违法违规现象。”〔7〕最终, 讯问录音录像遏制刑讯逼供等不法取供行为的功能, 被提到了更为显著的位置。最高人民检察院检察长曹建明在2012年十一届全国人大五次会议上作最高人民检察院工作报告时, 就明确指出: 2012年, 检察机关要“严格执行办案纪律, 落实和完善讯问职务犯罪嫌疑人全程同步录音录像等制度”。同年修订刑事诉讼法时, 最终将讯问录音录像确立为一项正式制度。而在全国人大常委会提交全国人大审议的《关于〈中华人民共和国刑事诉讼法修正案(草案)〉的说明》(以下简称《刑事诉讼法修正案草案说明》)中就指出, “为从制度上防止刑讯逼供行为的发生, 修正案草案增加规定了……讯问过程的录音录像制度”。

综上所述, 从侦查讯问录音录像制度的创设初衷和历史沿革看, 其功能主要是围绕侦查讯问这一核心, 集中于两个方面: 其一, 防范刑讯逼供等违法讯问行为, 保证讯问程序的合法性; 其二, 客观记录审讯内容, 保障讯问笔录的公信力和确定力, 防止犯罪嫌疑人翻供。

〔4〕 参见袁正兵、马远琼:《邱学强副检察长在全国检察机关第三次公诉工作会议上指出: 坚持用检察工作主题统揽全部公诉工作》,《检察日报》2005年5月27日第1版。

〔5〕 参见何伟:《检察机关分三步推行讯问职务犯罪全程录音录像》,《人民日报》2006年1月18日第10版。

〔6〕 参见丁海东:《促进规范文明执法, “逼”出侦查新水平——实行全程同步录音录像取得四大成效》,《检察日报》2010年2月23日第3版。

〔7〕 田雨:《检察机关讯问3月1日起全程同步录音》,《新华每日电讯》2006年1月18日第1版。

（二）规范视野下侦查讯问录音录像制度的功能

由于回溯性认知的现实局限以及相关材料收集的不完整，历史沿革的描述仅能对讯问录音录像的功能予以概括归纳。面对司法实践中的具体问题，仍需着眼于讯问录音录像的法律规范以及相关司法解释等规范性文件，进行更为全面的规范分析。

1. 立法规范的模糊性

从立法规定看，2012年刑事诉讼法有关讯问录音录像的条文，仅有第121条的两款规定。第1款划定了侦查讯问中适用录音录像制度的案件范围，第2款则是对实施录音录像的基本要求。两款规定都未明确指出讯问录音录像的功能。

从侦查讯问录音录像制度在2012年刑事诉讼法中所处的位置看，其处于第2编第2章“侦查”中的“讯问犯罪嫌疑人”一节，主要是围绕侦查讯问展开，与侦查阶段的讯问行为、诉讼活动紧密相关；其与第1编第5章“证据”的相关规定，在条文顺序的排列和位置的设计上则相距甚远，没有体现出二者之间的直接关联。由此观之，似乎讯问录音录像的制度创设，更应从侦查讯问手段和方法入手，探寻其内在的行为规范功能。但是，若据此便否定讯问录音录像的证据属性，显然操之过急。毕竟，诸如讯问、鉴定以及勘验、检查等侦查行为的侦查结果，如讯问笔录、鉴定意见和勘验、检查笔录等都可以被认定为证据。因此，从侦查行为与侦查结果的关系看，并不能排除将讯问录音录像视为证据的可能。

有论者从关于讯问录音录像的法律规定出发，对讯问录音录像的证据功能提出质疑。其指出证据是证明内容与法定形式的统一，若讯问录音录像具有证据属性，可以作为口供的法定载体来证明事实，那么其应当每案必用、每讯必录。然而，就2012年刑事诉讼法第121条第1款的规定而言，讯问录音录像制度的适用存在案件上的选择性，在某些案件的侦查讯问中，录音录像并非必需；如此便无法对所有案件中犯罪嫌疑人的口供进行全面收集和有效固定，故“关于讯问同步录音录像的规定，实际是从工作层面而非证据角度提出的程序性要求”，〔8〕其目的主要在于规范侦查取证行为。此种反向推理的逻辑脉络为证据资源是有限和稀缺的。〔9〕但是，在案件的证明中对事实真相的追求是无限的，为了调和证据资源的有限性与证明需求的无限性之间的矛盾，对侦查中发现的所有证据材料应在合法的前提下尽可能收集。对此，2012年刑事诉讼法第50条予以了间接认可：“审判人员、检察人员、侦查人员必须依照法定程序，收集能够证实犯罪嫌疑人、被告人有罪或者无罪、犯罪情节轻重的各种证据”。但是，如果讯问录音录像是口供的法定形式，为何法律不要求最大限度地悉数收集、固定，而只要求该制度在部分案件中选择适用？因此，讯问录音录像并不具有证明案件实体事实的功能，并非法定的口供形式。然而，该论证的证成前提只有在口供的固定手段、表现形式具有唯一性时，才具有逻辑上的自洽性。但众所周知，包括口供在内的大多数法定证据，其固定手段、表现形式通常是多样的。比如，口供的收集、固定方式至少有侦查人员记录、制作的讯问笔录和犯罪嫌疑人自行书写的书面供词这两种。如果讯问录音录像也被认定为是口供的固定方式，那么在讯问过程中，侦查人员完全可以根据当时的实际情况、行为成本以及资源耗费等，对口供的固定方式、形式载体予以选择

〔8〕 参见孙谦：《关于修改后刑事诉讼法执行情况的若干思考》，《检察日报》2015年4月9日第3版。

〔9〕 龙宗智认为，证据资源的有限性是证据学的规律，通常情况下，人们只能获得十分有限的证据资料。参见龙宗智：《“大证据学”的建构及其学理》，《法学研究》2006年第5期，第87页。

取舍,而不必在每次讯问中穷尽所有的固定方法。不容否认,讯问录音录像制度的实施需要相应的设备投入;对于一些经济尚不发达的地区,这确实存在困难,无法全面推行。讯问录音录像制度在部分案件中选择适用的立法初衷,完全可以解读为是从取证成本、资源耗费等方面所作的权宜考量。即在有些案件中可以录音录像的方式固定口供,在其他案件中可以另外的形式固定口供,典型的如讯问笔录等。

综上所述,除了《刑事诉讼法修正案草案说明》对讯问录音录像制度防范刑讯逼供的功能预期外,该制度的其他功能并无明确的规范性依据。特别是讯问录音录像的证据属性尤为模糊,迫切需要相关司法解释予以澄清。

2. 司法解释等规范性文件的延伸解读

虽然2012年刑事诉讼法没有对讯问录音录像的证据功能作出明确规定,但2013年六院部委《关于实施刑事诉讼法若干问题的规定》(下文简称《实施规定》)第19项,关于录音录像材料是否需要随案移送,讨论的焦点又复归到讯问录音录像的功能定位。对《实施规定》中该项的理解,全国人大法工委的解释是:“2012年刑事诉讼法增加规定讯问录音或者录像制度的目的,在于规范侦查讯问行为,防止刑讯逼供,保护犯罪嫌疑人的合法权益,提高办案质量。侦查讯问过程的录音、录像资料,主要是用于真实完整地记录讯问过程,在办案机关对犯罪嫌疑人供述取得的合法性进行调查时证明讯问行为的合法性。……用于证明讯问合法性的录音录像不作为证明案件实体事实的证据,也就不必要每个案件都随案移送。”^[10]之后,最高人民法院作出了《关于辩护律师能否复制侦查机关讯问录像问题的批复》。在理解这一批复时,有观点认为,“侦查过程的同步录音录像属于侦查人员对犯罪嫌疑人讯问笔录的视听资料载体,对于案件的作用不是证明案件事实本身而是证明讯问过程的合法性。如果辩方或法庭没有提出对于有关被告人讯问笔录合法性的质疑,没有启动非法证据排除程序,一般是不需要向法院移送或调取该讯问录音录像的。”^[11]通过对司法解释等规范性文件的延伸解读,我国在司法实践中确实赋予了讯问录音录像一定的证据地位。但就证明对象看,其主要着眼于对整个讯问的过程性证明,以便法院对犯罪嫌疑人供述的合法性进行调查。当被告人于庭审中提出其在侦查讯问时遭遇了刑讯逼供等非法取证行为,当庭播放录音录像可以证明讯问程序的合法性,避免犯罪嫌疑人的不实指控、无端中伤或恶意陷害,从而保障讯问笔录的证据资格。然而,对于讯问录音录像作为口供的法定形式直接证明案件实体事实的功能,司法解释等规范性文件持否定态度,相关的法律规范也未给予该功能以过多的预期和空间。

除此以外,《刑事诉讼法修正案草案说明》所表达的讯问录音录像对讯问行为的规范功能,也在相关的规定中得到印证。如2014年最高人民检察院《人民检察院讯问职务犯罪嫌疑人实行全程同步录音录像的规定》第2条指出,“讯问录音、录像是人民检察院在直接受理侦查职务犯罪案件工作中规范讯问行为、保证讯问活动合法性的重要手段”。同年公安部《公安机关讯问犯罪嫌疑人录音录像工作规定》第1条也进一步明确,“为保证公安机关依

[10] 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99页。

[11] 王晓东、康瑛:《〈关于辩护律师能否复制侦查机关讯问录像问题的批复〉的理解与适用》,《人民司法》2014年第3期,第26页。

法讯问取证，规范讯问犯罪嫌疑人录音录像工作，保障犯罪嫌疑人的合法权益，……制定本规定”。

综上所述，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。对此，有必要从比较法考察的视角认识讯问录音录像的口供功能，并对我国的制度模式进行评析，进而指出我国侦查讯问录音录像制度的发展趋向。

二、制度功能的比较法考察

侦查讯问录音录像制度是舶来品，要对其功能有更全面、深刻的理解，比较法上的考察不可或缺。

（一）对域外侦查讯问录音录像的启动权及功能的梳理

由于不同国家和地区在刑事立法和司法上的多样性以及地区差异，域外有关侦查讯问录音录像的制度多有不同，有必要择其重点予以梳理。

1. 英国的侦查讯问录音录像制度

英国是最早在讯问中引入录音录像制度的国家。早在20世纪60年代，就有研究者建议在警察讯问中设置录音程序，但这一提议随即遭到了警察群体的强烈反对，以致在随后的近二十多年里有关侦查讯问中是否应当录音的论争一直没有停歇。在此期间，虽然在英国的部分地区开展了有关的试点、实验，但由于警察部门的抵制，试点效果并不理想，试点进程也是时断时续，^[12] 相关立法也因此受到阻滞。直到上世纪80年代，英国掀起了一系列现代刑事司法制度改革，侦查讯问录音录像制度才真正开始被纳入法制化轨道。直接促使刑事司法制度改革的是英国的一起刑事错案——麦克斯韦尔·康菲特（Maxwell Confait）案。^[13] 该案的曝光激起了英国民众对侦查行为的强烈不满和严重抗议。1978年，英国内政部长宣布成立了皇家刑事程序委员会（Royal Commission on Criminal Procedure）。该委员会以康菲特案为契机，对英格兰和威尔士的刑事司法制度进行了广泛调查，并于1981年提交了《皇家刑事程序委员会报告（the Report of the Royal Commission on Criminal Procedure）》。该报告对英国刑事司法的很多关键性领域提出了不少根本性的改革建议，其中就包括对侦查中有关讯问程序的改革建言。

英国侦查讯问录音录像制度的基础功能是保障讯问的真实性。皇家刑事程序委员会经调查发现，既有的讯问笔录的准确性令人堪忧，大部分情况下的讯问都存在警察“口头描

[12] 参见瓮怡洁：《英国的讯问同步录音录像制度及对我国的启示》，《现代法学》2010年第3期，第104页。

[13] 三名青少年由于一桩伦敦发生的杀人纵火案而被捕，警察在监护人以及辩护律师缺席的情况下，对三名青少年进行了不当讯问甚至刑讯，最终三人被迫承认了警方指控的犯罪。1972年伦敦中央刑事法院认定了犯罪指控，判决成立谋杀纵火罪。针对该判决的上诉申请于1973年向上诉法院提出，但被驳回。1975年该案被重新提到上诉法院，上诉法院撤销了谋杀和杀人罪。相关案情参见中国政法大学刑事法律研究中心组织编译：《英国刑事诉讼法（选编）》，中国政法大学出版社2001年版，第24页；Doreen Mc Barnet: *The Fisher Report on the Confait Case: Four Issues*, 41 *The Modern Law Review* 455-463 (1978). 转引自叶秋华、李温：《论1984年英国〈警察与刑事证据法〉的立法背景及其法律价值》，《河南省政法管理干部学院学报》2008年第6期，第69页。

述”的积习。“‘口头描述’是指警察在讯问后聚集在一起，对犯罪嫌疑人说过的话重新进行整理和记录，有时还会修饰犯罪嫌疑人的陈述，使之看起来好像嫌疑人已经做了明确的供述。”^[14]“这些记录的正确性在一部分案件中存在争议，有人声称警察记录是不正确的和作假的。在少部分但更重要的一些情况下，起诉方所依赖的证据全部或部分在于警察声称的嫌疑人的口供。”^[15]委员会强烈建议，只要有可能，警察应当在审讯时做同步记录，而审讯时录音可能是一个很好的解决办法。这一建议最终在1984年被转化为法律，即1984年警察与刑事证据法（The Police and Criminal Evidence Act 1984，PACE）。根据该法的要求，记录必须在讯问过程中准确制作。随着后续1984年警察与刑事证据法执行守则的相继出台，^[16]讯问时同步记录具体表现为两种方法：第一，制作同步讯问笔录。无论讯问是否在警察局进行，每一次对犯罪嫌疑人的讯问皆须准确记录在案；^[17]讯问时须对其过程做记录，除非调查人员认为这并不可行或者会对讯问造成干扰；讯问内容须逐字记录，如果达不到此标准，记录须充分概括谈话内容。^[18]第二，对于严重犯罪，审讯时应当录音或录像。^[19]随着上述法律及其执行守则的出台，侦查讯问录音录像制度在英国的立法上最终落地生根。自此以后，除了少数对恐怖主义犯罪嫌疑人和涉及国家秘密的案件的讯问没有录音的要求以外，全部严重刑事案件的审讯都进行了录音，有的还进行了录像。^[20]

此外，在英国，经录音录像而固定的口供材料是可以直接作为证据来使用的。“法庭只要对被告人在审判前的警察讯问阶段所做的供述进行审查，认为它符合法定的条件因而具有可采性，就可以将它作为对被告人定罪的根据。当然，在英国目前的刑事司法实践中，警察对被告人供述的保全以及向法庭出示被告人的供述基本上采用录音带录音甚至录像带录像的方式。在英国学者看来，法庭采纳被告人在警察讯问阶段制作的供述作为证据，实际上是传闻证据规则的例外。”^[21]

但需要注意的是，讯问录音录像的证据能力要受到被追诉人意志的制约。英国对讯问

[14] [英] 麦高伟、杰弗里·威尔逊：《英国刑事司法程序》，姚永吉等译，法律出版社2003年版，第77页。

[15] 前引[13]，中国政法大学刑事法律研究中心组织编译书，第36页，第37页。

[16] 需要说明的是，在制定1984年警察与刑事证据法之后，为进一步细化和规范警察的侦查行为，又分别出台了配套的执行守则，统称为《1984年警察与刑事证据法执行守则》。该守则目前有多部，如：《守则A：警察行使责令停止和搜查权执行守则》（1997年5月14日开始实施）、《守则B：警察搜查住所和扣押在人身或住所内发现的物品执行守则》（1995年4月9日开始实施）、《守则C：警察拘留、对待及讯问当事人执行守则》（1995年4月9日开始实施）、《守则D：警察辨认当事人执行守则》（1995年4月9日开始实施）、《守则E：会见犯罪嫌疑人录音执行守则》（1995年4月9日开始实施）、《守则F：讯问犯罪嫌疑人录音录像守则》（2010年5月1日开始实施）等。

[17] PACE Code C. 11.7 (a).（《守则C》第11条第7项a点规定。下同）

[18] PACE Code C. 11.7 (c).

[19] 1984年警察与刑事证据法第60条规定，“下列义务应当由内政大臣承担：（a）制定关于警察局中的警官对涉嫌犯罪的人的会谈内容进行录音问题的行为守则；并且（b）发布命令要求警察局中的警官对涉嫌实施犯罪的人或有关命令里载明的涉嫌知悉犯罪的人的会谈内容或对其进行录音的行为符合当时有效的行为守则的规定”（参见前引[13]，中国政法大学刑事法律研究中心组织编译书，第307页）。依据此法，1988年颁布了《守则E》，规定自1995年4月9日午夜后，警察在讯问犯罪嫌疑人时必须进行录音。此后，随着录像技术的发展，在积累了大量实践经验并建立了相关配套制度之后，英国于2004年颁布了《守则F》，规定从2010年5月1日开始，讯问犯罪嫌疑人时要进行录像。See PACE Code E. 3.1. and PACE Code F. 3.5.

[20] 参见前引[13]，中国政法大学刑事法律研究中心组织编译书，第37页，第38页。

[21] 中国政法大学刑事法律研究中心：《英国刑事诉讼制度的新发展——赴英考察报告》，载陈光中、江伟主编：《诉讼法论丛》第2卷，法律出版社1998年版，第360页。

录音录像规定了严格的程序,以保障被追诉人的权利。例如,1984年警察与刑事证据法的《守则F》第4部分“讯问”的a至d条款规定:犯罪嫌疑人在被带到讯问室时,讯问人应在看到被讯问人后不迟延地将录制介质装入录制设备并将其开启;然后,讯问人应当正式告知犯罪嫌疑人正在进行录像,并应当指明录制设备正在运行和记录的信号或指示器。同时,根据该法的《守则C》,警察在讯问之前还应当首先告知被讯问人有沉默的自由,不必被迫回答任何问题。但是,对于犯罪嫌疑人在侦查讯问中以及在可能或已经被起诉后的讯问中对其所涉犯罪拒绝回答的将导致对其不利的推论的规定,以及根据1994年刑事审判与公共秩序法第36条、第37条的规定,犯罪嫌疑人保持沉默将导致的不利后果,^[22]都应给予说明。另外,《守则F》还规定,如果犯罪嫌疑人对正在进行的讯问录像提出异议,无论是在讯问开始、进行或中断时,根据守则相关条款的要求,犯罪嫌疑人的异议应一并记录在录像中。当异议已经被录制或者犯罪嫌疑人拒绝其异议被录制时,讯问人应当说:“录制设备将关闭”并说明关闭的理由,然后关闭录制设备。如果还有一个单独的音频记录在工作,讯问人应当记录犯罪嫌疑人拒绝同意对讯问过程进行录像的原因。如果被讯问人拒绝对讯问进行录音,应适用《守则E》第4条第8项的规定,警官将对讯问过程仅做书面记录。如果讯问人有合理理由认为,可以在不停止录像的情况下继续讯问犯罪嫌疑人,由此获得的录音录像材料,其证据的可采性将会受到挑战。而且,根据《守则F》的注解,“违背犯罪嫌疑人的意志而决定继续进行录制的行为,会成为法庭争议的焦点。”

2. 美国的侦查讯问录音录像制度

美国侦查讯问录音录像制度的引入和推广,也是缘于司法实践中层出不穷的错案。在众多学者对刑事错案进行统计与定量分析后发现,虚假口供是导致错案的重要原因之一。^[23]因此,如何规制警察审讯,确保口供质量,就成为错案防治的首要任务。具体的治理方式包括:一方面,依正当程序、人权保障的基本理念,创制了美国宪法第14修正案正当程序原则下的供述自愿性标准,确立了第6修正案下的律师帮助权以及第5修正案下的“米兰达规则”。这些标准和规则的建立赋予了法院排除非法言词供述的权力,实现了以非法证据排除制约警察讯问的规则性治理。另一方面,将科学技术导入诉讼活动,以现代科技设备武装现场勘查人员和技术鉴定人员,提高他们对实物证据的发现、收集和挖掘能力,引入DNA检测等同一认定技术提升人身识别的准确率,从而淡化警察对口供的过度依赖,实现以科技引导警察讯问的技术性治理。如此一来,侦查讯问录音录像制度就被纳入了错案防治的对策之中。

早在1932年,研究错案的学者在对65个被错误起诉、定罪和监禁的案件进行细致分析

[22] 根据1994年刑事审判与公共秩序法,在四种情况下,如果犯罪嫌疑人保持沉默,法庭有权根据其沉默作出有罪推论:(1)在得到告诫的情况下,如果当事人对于他们原本应当提出的,而且后来又将要引以为辩护证据的事实保持沉默(第34条);(2)没有任何正当理由,在审判过程中保持沉默,不出示证据,也不回答问题(第35条);(3)被逮捕之后,拒绝解释有关物体、物品和衣服上的痕迹等(第36条);(4)被逮捕之后,拒绝说明他们出现在某一特殊场所的原因(第37条)。

[23] 这方面的介绍参见王守安、董坤:《美国错案防治的多重机制》,《法学》2014年第4期,第135页以下;张丽云:《刑事错案研究——兼及证据与刑事错案之关系》,《山东警察学院学报》2009年第2期,第58页以下;[美]吉姆·佩特罗、南希·佩特罗:《冤案何以发生:导致冤假错案的八大司法迷信》,苑宁宁、陈效等译,北京大学出版社2012年版,第2页。

和研究后指出,警察诱致的虚假供述是造成错案的重要原因。该学者提出,“审讯应当在录音记录的情况下进行,且该录音可以独立作为囚犯陈述的证据被提交法庭。”^[24]这一改革建议的目的在于确保审讯记录的客观性和完整性,消除秘密审讯中口供的片面性和虚假性所带来的错误定罪风险。然而,侦查讯问录音录像制度在美国的引入过程可谓曲折而漫长。直到1985年,阿拉斯加州最高法院才根据该州宪法的正当程序条款判决要求,警方在可能的情况下,应对所有羁押审讯进行录音录像,否则所获得的供述在法庭上不得采纳为证据。^[25]随后,各州相继以立法、判例等方式确立了侦查讯问录音录像制度。如1994年明尼苏达州最高法院利用其对司法管理的监督权,要求州警察对所有刑事案件的审讯进行全程录像。^[26]“2003年伊利诺伊州的立法机关通过法律,要求州警察从2005年开始在杀人案件中对被羁押讯问的犯罪嫌疑人进行录音录像。2005年哥伦比亚特区警察局长签署了一项决定,要求在危险或暴力犯罪的侦查审讯中做到最大限度的录音录像。2004年缅因州制定法律,要求州执法机关在许多重罪案件的侦查中对审讯进行录音录像。2005年新墨西哥州也通过立法,要求警察从2006年开始,在合理可能的情况下,对所有重罪案件的犯罪嫌疑人进行审讯时录音录像。”^[27]2005年威斯康星州最高法院判决,州警察机关必须对未成年犯罪嫌疑人的羁押审讯过程进行录音录像,^[28]之后录音录像的适用范围在该州逐步扩展到成年犯罪嫌疑人。此外,其他州的最高法院也陆续建议本州警察对审讯进行录音录像,每年都有一些有关审讯中录音录像的相关法案被提交给立法机关。

就讯问录音录像的启动决定权来看,以加利福尼亚州为例,当警察秘密录下对犯罪嫌疑人的讯问时,他并没有违反该州的法律。^[29]其实,美国大部分州的立法都没有规定警察讯问犯罪嫌疑人时,需要告知犯罪嫌疑人有录音录像的同步记录。事实上,这些州的立法都允许执法部门采取秘密方式,使用电子录音录像设备记录整个讯问过程,而狡猾的犯罪嫌疑人或者惯犯一般都非常清楚这一点。实践中,“当犯罪嫌疑人进入讯问室,并被告知米兰达规则的同时,录音录像设备就已经开始录制。但一般情形下,警察会随后选择某种方式告知犯罪嫌疑人讯问过程将会被录音录像设备记录,比如口头告知、书面告知或者在讯问室张贴标识。如果电子录音录像设备被安装在隐秘的地方,当犯罪嫌疑人提出讯问是否会被记录下来时,警察通常会按照事实回答犯罪嫌疑人的问题。如果犯罪嫌疑人表示拒绝在摄像机前开口讲话,那么警察通常会关闭录音录像设备再行讯问。”^[30]

另外,在美国的法庭上,讯问录音录像可以代替讯问笔录,作为独立的固定供述的证据方式接受法庭审查。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

[24] See Edward M. Borchard, *Convicting the Innocent: Errors of Criminal Justice*, New Haven: Yale University Press, 1932, p. 371.

[25] *Stephan v. State*, 711 P. 2d 1156 (Alaska 1985).

[26] *State v. Scales*, 518 N. W. 2d 587 (Minn. 1994).

[27] Richard A. Leo, *Police Interrogation and American Justice*, Cambridge, Massachusetts, and London, England: Harvard University Press, 2009, p. 292.

[28] *In re Jerrell*, 699 N. W. 2d 110 (Wis. 2005).

[29] 参见[美]佛洛伊德·菲尼、[德]约阿希姆·赫尔曼、岳礼玲:《一个案例两种制度:美德刑事司法比较》,郭志媛译,中国法制出版社2006年版,第320页。

[30] 参见[美]宋洪恩:《美国警察讯问录音录像制度》,赵华译,载程华主编:《警察法学》第1卷,中国人民公安大学出版社2013年版,第145页,第146页。

闻证据规则的一项例外，因为“如果被告庭前的陈述被提出作为针对他的证据的话，他很难解释为他没有得到询问自己，即反对诘问的机会。这样一种辩解是有悖情理的。如果由他选择的话，他可以否认做过这样的陈述，也可以把他的陈述辩解为另外的意思，但尽管如此，他的陈述仍将被采纳为证据。”^[31]按照一些州的做法，若进行讯问录音录像，就不必再制作讯问笔录。因此，当被告人的案件进入审判程序而需要将其审前供述作为证据时，可以直接将录音录像作为证据提交给法庭，由法官和陪审员观看。^[32]当然，所提交的讯问录音录像必须是全程连续的，否则不具有证据的可采性。

3. 德国的侦查讯问录音录像制度

在德国，直至2006年其刑事诉讼法一直未规定，在刑事侦查中讯问嫌疑人时必须录音录像。但有学者认为，依据德国基本法，犯罪嫌疑人有权“依据一定条件”对诉讼进行陈述，而这种条件既可以是辩护律师的帮助，也可以是对陈述进行录音甚至录像。^[33]可见，在德国的侦查讯问过程中，犯罪嫌疑人有录音录像的选择权。按照德国的法律规范，对讯问进行陈述，除非经犯罪嫌疑人同意才可以启动录音录像，否则一般认为对讯问过程进行秘密录像是对犯罪嫌疑人隐私权的不当侵犯。只有在不采用秘密录像就不可能或者很难取得严重犯罪的证据时，才可以作为例外。因为犯罪嫌疑人的隐私利益与有效执法的一般利益的权衡是德国法律的典型机制。^[34]然而，实践中几乎从未发生过犯罪嫌疑人坚持要求对供述进行录音或者录像的情况，即使他们咨询了律师，通常也不会要求进行录音或者录像，因为律师确信，由于他们的协助，供述将被准确地转述到书面笔录之中。因此，虽然德国赋予了犯罪嫌疑人在接受讯问时选择和决定录音录像的权利，但实践中由于适用的情况较少，讯问笔录仍是口供证据的主要表现形式。

4. 法国的侦查讯问录音录像制度

在法国，侦查讯问录音录像在20世纪一直未有任何立法动向。对于该制度，特别是拘留讯问的录音录像问题，法国议会两院曾有过激烈争论；参议院反对所有的录制，而国民议会主张所有被拘留之人，无论成年与否，在被讯问时都应当进行录音录像。^[35]最后，经过两院混合委员会的协商达成共识，规定从2001年6月16日开始，对未成年人犯罪的讯问应当录音录像。但是，该录音录像的内容并非向所有人公开。“在预审期间或审判时，只有对讯问笔录的内容产生争议的情况下，由检察官或一方当事人申请，经预审法官、少年法官或审判法庭决定才可查看该录像。”^[36]为了避免在其他案件中对拘留时所取得的声明产生任何争议，2008年6月新修订的法国刑事诉讼法增订第64—1条，规定在重罪案件中，在警务场所对被拘留人进行讯问要进行视听录像；根据预审法官或者审判官的决定，可以

[31] 参见[美]乔恩·R.华尔兹：《刑事证据大全》，何家弘等译，中国人民公安大学出版社2004年版，第125页。

[32] See Thomas P. Sullivan, *Police Experiences with Recording Custodial Interrogations*, Northwestern University School of Law Center on Wrongful Convictions, NO. 1 Summer 2004, pp. 6-13.

[33] 参见[德]Bernd Schuenemann：《刑事侦查中讯问犯罪嫌疑人时律师在场及录音、录像制度的必要性及可行性》，载前引[3]，樊崇义等主编书，第393页。

[34] 参见前引[29]，菲尼等书，第320页。

[35] 参见赵海峰：《法国刑事诉讼法典的重大改革评介》上，载赵海峰主编：《欧洲法通讯》第1辑，法律出版社2001年版，第161页。

[36] 参见宋浚沙：《法国未成年人刑事司法制度评介》，《中国刑事法杂志》2011年第11期，第115页。

观看录像。^[37]同时新增第116—1条,规定“重罪案件,在预审法官的讯问室对受审查人进行的所有讯问,其中包括第一次到案时进行的讯问与对质,均应进行音像录制。只有在就所接收的声明的意思发生争议的情况下,才能按照预审法官或者审判法庭的决定,或者应检察院的要求,或者应当事人之请求,在预审过程中或者在审判法庭上播放视听录像。……如果因为在同一程序中或者在分开的程序中应当同时接受讯问的有多人,无法对所有的讯问进行视听音像录制时,预审法官根据讯问的必要,决定仅对哪些讯问进行音像录制”。^[38]从法国刑事诉讼的近期立法动向看,虽然在第一次到案时,预审法官应当告知被讯问人有权选择沉默,但在重罪案件的讯问中依然是强制进行录音录像,而且预审法官在某些特殊情况下还可以根据侦查需要,自行决定哪些人需要或不需要进行录音录像。而录音录像的功能主要是为了澄清在拘留或预审讯问过程中有关讯问笔录内容或声明的争议,录音录像是讯问时的辅助性记录材料,而非单独的口供证据形式。

5. 我国台湾的侦查讯问录音录像制度

我国台湾在1998年修正“刑事诉讼法”时增订第100条之一,即有关讯问时录音及录影的规定。“立法院”公报所阐明的条文增订理由是:“司法警察官或司法警察之讯问笔录,在诉讼程序中,时有被告或辩解非其真意,或辩解遭受刑求,屡遭质疑,为建立讯问笔录之公信力,以担保程序之合法,所有讯问过程应全程连续录音并录影。”^[39]由此获得的录音录像材料主要围绕讯问笔录,集中于两项主要功能:确保讯问程序之合法性与建立讯问笔录之公信力。前者具体是指,当被告人于庭审中抗辩其在侦查讯问时遭到了刑讯逼供等非法取证行为,笔录中所记载的有罪自白并非其自愿供述时,当庭播放录音录像可以证明侦查讯问程序的合法正当性,保证讯问笔录的证据能力,防止被告人推翻讯问笔录中记载的认罪供述。后者则具体是指,审判中被告人并未对讯问取证的合法性提出异议,但争执于审判前制作的讯问笔录并未如实记载其供述,如讯问笔录对供述内容的记载有遗漏或出入(如张冠李戴、是非混淆)时,当庭播放录音录像可以建立讯问笔录内容记载的可信性,担保笔录的证明力,防止被告人推翻笔录所记载的部分关键内容。

我国台湾采取的是讯问时强制录音制度,即侦查中讯问犯罪嫌疑人时应全程连续录音,必要时也应全程连续录影录像。这是因为在我国台湾录音录像被认为是“政策上课以国家机关的义务,而非犯罪嫌疑人或被告普遍享有的权利”。^[40]对于讯问录音录像能否代替讯问笔录,作为口供证据直接在诉讼中使用,虽然偶有争论,但主流观点基本持否定态度。从操作层面上说,“倘以录音记录取代讯问笔录,以目前的科技而言,首先无法克服的问题就是检察官与法官撰写书卷时,要如何引用供述证据,难道要‘闹笑话地’每片侦讯光碟重新勘验后再选打出来?”^[41]更为重要的是,我国台湾学者认为,以是否干预人民基本权的角度切入,国家机关对人民声音、影像予以录音、录影的行为,当然属于对人民语音及

[37] 参见[法]贝尔纳·布洛克:《法国刑事诉讼法》,罗结珍译,中国政法大学出版社2009年版,第234页。

[38] 同上书,第375页。

[39] 参见台湾“立法院”公报,86卷55期,1997年12月24日,第73页。

[40] 陈运财:《警讯录音之研究——最高法院八十八年度台上字第五七六二号刑事判决评释》,《台湾本土法学杂志》总第24期(2001年),第17页。

[41] 邱忠义:《侦查中录音录影与侦查笔录可信性之关系——兼论诉讼目的外使用证据之影响》,台湾《检察新论》总第7期(2010年),第45页。

肖像人格权及隐私之基本权的严重干预。因此，“在强制录音（录影）的情况下，除非当事人自愿抛弃其人格权和隐私权，否则要强行以录音取代文字笔录记载供法庭作为证据审查，在现阶段通不过‘台湾宪法’第23条比例原则的检验，毋宁采取相对保守的态度。”〔42〕

（二）基于侦查讯问录音录像不同制度模式的法理研析

通过梳理不同国家和地区的侦查讯问录音录像制度，对于讯问录音录像能否作为证据使用，存在两种不同的态度和做法。其背后的深层原因是讯问录音录像的权力属性与权利属性的博弈，以及公民肖像权、隐私权等能否得到切实保障的问题。按照这一思路，以启动决定主体的不同以及录音录像口供功能的有无为划分标准，可以梳理出两种较为典型的侦查讯问录音录像制度模式。

1. 权利保障型侦查讯问录音录像制度

这一制度模式下讯问录音录像的启动更加关注被讯问人的意愿，更加注重对犯罪嫌疑人各项权益的保障。在此模式下，当录音录像已经开启尚未进入有关案情的实质性对话前，讯问人员会告知犯罪嫌疑人有沉默的自由，同时录音录像也必须经过犯罪嫌疑人的同意才能继续摄录，否则应立即停止。此模式的典型代表为英国和美国。在这一模式下，讯问录音录像被分离为两个要素，一是侦查讯问，二是录音录像。讯问的开启需要犯罪嫌疑人放弃沉默权，而录音录像的进行需要犯罪嫌疑人确认其选择。就要素之间的关系而言，两者并非一一对应的正相关关系，即犯罪嫌疑人放弃沉默权同意开启讯问对话，并非意味着其必然会选择以录音录像的方式来记录其陈述内容；有时基于自身在录音录像前的供述障碍，或者出于对肖像权、隐私权的考虑，犯罪嫌疑人可能会放弃选择录音录像，而仅选择以讯问笔录的方式来固定口供。这种情形在德国尤为明显。从权利保障模式的运作流程看，录音录像的最终启动是在充分尊重犯罪嫌疑人的沉默权、肖像权和隐私权等各项权益后施行的，由此获得的供述必然是犯罪嫌疑人经过利益权衡后做出的真实自愿选择。“盖证据合法性瑕疵排除的意旨，主要系在担保被告的权利不受过度的侵犯，倘若被告并不以其权利侵犯为意，自无所谓权利侵犯的问题发生”。〔43〕在犯罪嫌疑人放弃了沉默权并同意录音录像的前提下，录音录像所固定的犯罪嫌疑人自白的任意性已经受到充分检验，录音录像可以作为口供使用。

2. 权力主导型侦查讯问录音录像制度

这一制度模式以规制侦查讯问为目标，要求在法律规定的案件中，不以被讯问人的选择或同意为前提，侦查机关都应依职权在讯问时强制录音录像，而犯罪嫌疑人负有一定的忍受和配合义务。比较明显的适例是法国和我国台湾。在此模式下，侦查讯问与录音录像两个要素紧密关联，被捆绑在一起。具言之，在法定的案件中，犯罪嫌疑人一旦放弃沉默权，就意味着必须接受侦查机关强制录音录像的讯问安排。在讯问过程中，犯罪嫌疑人一方面要克服面对录音录像供述的心理障碍，另一方面要接受其声音、肖像以及隐私等将被强行摄录的现实境遇。倘若为查明案件的实体事实，将录音录像作为口供形式在法庭上悉数播放，则犯罪嫌疑人的声音、肖像和隐私必然会有被披露的风险。这对于保障犯罪嫌疑

〔42〕 前引〔41〕，邱忠义文，第30页。

〔43〕 柯耀程：《法定“证据排除”的意涵与适用》，台湾《检察新论》总第10期（2011年），第157页。

人的基本权利显然并无裨益，同时其在录音录像前的供述是否受到了间接的强制也不无疑问。因此，在权力主导模式下，讯问录音录像无法直接代替讯问笔录，其口供功能被弱化甚至被忽视；其主要功能更多是面向权力机关，规范其可能出现的违法侦查或不正讯问。“受讯者关在与世隔绝的侦讯室里，只身面对庞大的国家追诉机器，在此密室，强弱极为悬殊，过程至为秘匿，滥权的诱惑也就格外巨大（打你又如何？教唆伪证又怎样？反正也没人知道）。侦讯室内的录音、录影，正如同不在场的公众之眼，全程监督并阻吓侦讯者的不正讯问。”〔44〕

三、制度功能的反思与转型

（一）我国立法抑制讯问录音录像口供功能的深层次分析

我国的刑事诉讼程序有强烈的职权主义倾向，刑事司法强调对犯罪的打击和社会秩序的维护，侦查活动致力于发现实体真实和追求诉讼效率，从而呈现出较强的行政治罪色彩。这一基本理念在侦查讯问中表现为：一方面，案件的有罪认定主要依赖口供，发掘有罪供述成为侦查讯问的首要目标。另一方面，为了达致此目标，侦查中审讯方往往处于居高临下的优势地位，在讯问上有较大的自由裁量权。首先，在我国对犯罪嫌疑人的讯问存在两种情形：一是，对于未被羁押的犯罪嫌疑人，通过传唤、拘传的方式进行讯问；二是，对于被羁押的犯罪嫌疑人，在看守所通过提讯的方式进行讯问。实践中后一种情形更为普遍。在此类情形下，讯问人员拥有独占时间、阻断信息和隔离空间的天然优势和便利条件，对于讯问进度、时间分配和讯问时机，讯问人员都可以根据实际需要自由支配和把握。对于未被羁押的犯罪嫌疑人，讯问最长可以持续24小时；虽然法律规定讯问期间要保证其饮食和必要的休息时间，但仍然难以杜绝“饥饿审讯”、“疲劳审讯”等情形的发生。相对于西方法治发达国家对侦查讯问时间的设定，这已经大大强化了侦查机关的自由裁量权。同时，根据2012年刑事诉讼法的规定，在第一种情形下，在讯问地点的选择上侦查机关同样拥有绝对的主导权。另外，在任何一种情形下，讯问人员在规定的讯问时间内都可以不加限制地多次讯问，在超期羁押的情况下多次讯问的情形则更为严重。最后，关于讯问手段的限制，如威胁、引诱、欺骗以及“疲劳审讯”、催眠和药物控制等手段，立法规定都较为模糊。这使得实践中“打擦边球”的现象往往难以受到程序性制裁，相关讯问人员的法律责任也很少被追究。同时，在我国，关于受讯问犯罪嫌疑人的权利保障性制度较为缺乏。比如，受讯问的犯罪嫌疑人并未享有律师在场提供帮助的权利；虽然2012年刑事诉讼法规定了任何人不得强迫证实自己有罪的原则，但依旧没有明确认可沉默权，立法机关对此也持暧昧态度；不仅如此，犯罪嫌疑人还负有接受讯问并如实陈述的义务。因此，在我国公权力占主导地位的侦查讯问场域中，讯问录音录像启动决定权的分配自然不会过多地考虑犯罪嫌疑人的意愿和感受，其与上述其他权力“一并打包”给了侦查机关。

2012年刑事诉讼法以及有关讯问录音录像的规范性文件的相关规定，印证了上述结论。2012年刑事诉讼法第121条明确规定，侦查机关在普通案件的讯问中有选择适用录音录像

〔44〕 转引自陈文琪：《侦查中录音录影与侦查笔录可信性之关系》，台湾《检察新论》总第7期（2010年），第13页。

制度的权力；对于某些特殊案件，如可能判处无期徒刑、死刑的案件或者其他重大犯罪案件，则有讯问时不经犯罪嫌疑人同意而强制录音录像的权力。在《公安机关讯问犯罪嫌疑人录音录像工作规定》中，也未见到关于开启讯问录音录像须经被讯问人同意或许可的字眼。而《人民检察院讯问职务犯罪嫌疑人实行全程同步录音录像的规定》第6条第2款更是明确指出，“犯罪嫌疑人不同意录音、录像的，讯问人员应当进行解释，但不影响录音、录像进行”。

按照前文归纳的侦查讯问录音录像制度模式，显然我国应当划为权力主导型。我国当前有关讯问录音录像的基本功能定位，似乎也吻合这一制度模式对讯问录音录像的功能定位。但正如前文所言，我国的这一制度模式更加注重和依赖侦查讯问权力，限制被讯问人的各项权利，犯罪嫌疑人不仅无沉默权可行使，反而要承担如实陈述的义务，犯罪嫌疑人的肖像权、人格权以及隐私权等都无法得到全面维护。更为重要的是，由于犯罪嫌疑人没有沉默的自由，在强制录音录像的讯问环境下，犯罪嫌疑人的自由意志会受到一定程度的压制，造成强迫供述的压力，自白的任意性因而无法获得充分保障。因此，讯问录音录像作为口供的表现形式直接证明案件实体事实的功能，更是难以合理、充分和有效地发挥。而这也许才是我国当下不能将讯问录音录像直接作为口供来使用的深层次原因。

（二）如何向权利保障型侦查讯问录音录像制度转型

从当前国内的发展变化看，讯问录音录像的普及率正在逐渐提高。2014年《公安机关讯问犯罪嫌疑人录音录像工作规定》将应当录音录像的案件范围扩展到5类重大犯罪案件和8种特殊情形的案件。^[45] 2015年9月下旬，“在国新办举行的司法体制改革新闻发布会上，公安部副部长黄明称，公安机关正在实行重大案件讯问犯罪嫌疑人全程录音录像制度，未来将逐步扩大讯问录音录像的案件范围，最终实现对所有刑事案件的讯问过程进行录音录像。”^[46] 依照该规划，未来包括公安机关和检察机关侦查的所有案件，在审讯中都应该录音录像。投入了如此高的成本，必然应获取尽可能多的回报。因此，有必要将讯问录音录像对案件实体事实的证明功能，一并纳入未来的立法规范以及实践操作，毕竟讯问录音录像较之讯问笔录，在证明效果的客观性和全面性上更胜一筹。而要实现我国侦查讯问录音录像制度更加多元化的功能，将讯问录音录像的口供证明功能予以合理、充分的发挥，则必须从宏观理念和具体实践这两个向度入手。

1. 宏观理念与制度的确立

有研究者曾认为，录音录像不过是文书记载科技进化的结果，均属供述证据的替代品，故录音录像作为口供证据证明案件实体事实在我国迟早会实现。但就前文分析来看，由于我国未明确认可沉默权，犯罪嫌疑人在面对强制录音录像时依然无法以沉默相对抗，“录还是不录”的自由选择权不在被讯问人的手中，并且讯问录音录像材料所记录的犯罪嫌疑人口供的任意性也无充分的保证，所以，要合理、充分发挥讯问录音录像的口供功能，还需要在宏观理念与制度层面进行一番努力。比如引入沉默权制度，废除犯罪嫌疑人如实陈述的义务，将讯问录音录像的启动权交由被讯问人行使，设立明确的自白任意性审查规则。

[45] 《公安机关讯问犯罪嫌疑人录音录像工作规定》第4条、第6条。

[46] 参见许辉：《讯问全程录音录像是份“双保险”》，《检察日报》2015年9月23日第6版。

2. 可能出现的具体问题及其对策

与此同时,要实现讯问录音录像的口供功能,完成讯问录音录像的功能多元化,还要对由此可能衍生出来的各种现实问题制定完备的应对策略。

第一,如何解决讯问录音录像选择的自愿性保障问题。

在权利保障型侦查讯问录音录像制度中,经被讯问人同意的录音录像,由于经过了沉默权的放弃和自白任意性规则的审查,其录音录像材料可以作为口供使用。如果犯罪嫌疑人不同意或放弃录音录像,不仅讯问录音录像的口供证明作用难以发挥,而且录音录像本身也无法存在。因此一个潜在的问题由此而生:一旦赋予被讯问人是否录音录像的自主选择权,谁来保证“弃权”决定是由被讯问人自愿作出的。就我国而言,在当下侦查中心主义的诉讼结构下,为了惩治犯罪,侦查人员完全可能以威胁、引诱、欺骗乃至刑讯的方式,强制犯罪嫌疑人放弃讯问时录音录像,而一旦被迫弃权,在目前的诉讼环境下犯罪嫌疑人很难再获得充分的救济。如此一来,录音录像材料无法形成,其口供证明效果自然无从体现。因此,要完成侦查讯问录音录像制度的成功转型,真正发挥录音录像的口供功能,必须建立配套措施来保证犯罪嫌疑人对是否录音录像的选择具有自主性。关于具体的解决办法,笔者认为,法律或相关司法解释可以通过设置一系列程序规范,使得被讯问人对是否录音录像的选择更加明确、透明和可视。具体可以从两个方面予以考虑:

其一,可以学习英美法系国家,犯罪嫌疑人一进入讯问室录音录像设备就应当开启。当犯罪嫌疑人被告知讯问正在被录音录像但其有权拒绝后,若犯罪嫌疑人明确拒绝录音录像的,录音录像应在这一拒绝被明确表达后关闭,同时讯问笔录应对此一并注明,以备后续查证判断。当然,若犯罪嫌疑人同意录音录像,则讯问继续进行。

其二,一旦被讯问人放弃或同意录音录像,可由在场律师或者中立的第三方,如现场的音像录制人员等作为见证人向被讯问人再次确认,并以书面形式作出。具体的书面形式可以单独制作,也可以记入讯问笔录,由被讯问人签名或盖章。如此,便可以有效防止被讯问人出于认识错误、恐惧、受欺骗或受强制等而违心作出决定。

第二,如何降低录音录像的成本问题。

就讯问而言,犯罪嫌疑人在侦查讯问伊始往往基于畏罪、抗拒的心理,指东言西、顾左右而言他、故意岔开话题、答非所问,从而导致大量与案件无关的信息充斥于讯问中。同时,在侦查讯问中还包含大量的谈心、教育、讲解政策等与案件事实无关的心理接触、试探摸底。在绝大多数情况下,这些内容多是没有法律意义的。从证据的关联性属性出发,与案件事实缺乏关联性的材料并不能证明案件事实,不应包括在证据的范畴之内。2012年刑事诉讼法第118条就规定,“犯罪嫌疑人对侦查人员的提问,应当如实回答。但是对与本案无关的问题,有拒绝回答的权利”。因此,讯问笔录记载的应是与案件事实有关的内容。如果侦查人员向犯罪嫌疑人提出的问题与案件无关,就意味着其与案件事实没有关联性,犯罪嫌疑人可以不予回答;该段讯问对话也不是证据,无需记入笔录。同样,犯罪嫌疑人自主陈述的与案件无关的内容也不是证据,也无需记入讯问笔录。然而,根据2012年刑事诉讼法的规定,讯问录音录像一旦录制就必须全程、同步、不间断地进行。如此一来,必

然会录制一些甚至大量与案件无关的信息或与案件事实无关的内容。^[47]这其中可能与案件事实有关联的真正的口供并不多,但由于录音录像的全程、同步和不间断性,又必须全部统一制作、保存、移送和播放展示。这不仅需要较多的人力、物力和财力来支撑,而且口供审查者要对录音录像悉数调取、全部观听,不仅耗时费力,也不符合诉讼经济的原理。^[48]对此,笔者认为可以从三个方面予以解决:

其一,对讯问录音录像的使用应有所限定。虽然公安部要求未来对所有案件的讯问都应当录音录像,但笔者认为,作为一项成本高昂的司法投入,就未来的发展看,可以在案件范围上有所选择。考虑到新近试点的速裁程序案件,对于一些案情简单、事实清楚、证据确实充分、当事人没有异议的案件,以讯问录音录像作为口供的表现形式来证明案件实体事实,其证据优势并不明显。反之,笔录是一种概要性记载,只要其制作规范,记载内容符合被讯问人的真实意思,是可以较为准确且概要地反映犯罪嫌疑人的口供陈述的;并且笔录移送起来较为方便,审查也不耗时;更为重要的是当前包括速裁程序案件在内的很多刑事案件大多是认罪案件,以单一的笔录来固定口供,诉讼效果并不差。因此,没有必要在所有的案件中都使用讯问录音录像。

其二,即使未来所有案件的讯问都要录音录像,考虑到成本的投入,在一些经济不发达的地区,可采用部分案件录音、部分案件录音录像的做法,以降低经济投入。

其三,可以考虑吸纳当事人的力量来分担一部分录音录像费用。在此需要强调的是,笔者并非刻意让犯罪嫌疑人“有偿消费”录音录像制度,毕竟该制度对于完善我国的执法环境、提高司法公信力多有裨益,是一种必要的投入。但是,若能在压缩前两种成本的前提下,适当吸纳当事人的力量,或可起到锦上添花的效果。具体来说,对于某些不必录音录像的案件或者某些只需录音的案件,若犯罪嫌疑人坚持要求录音录像,则应当尊重其意愿,但相关费用可由其自行承担。

第三,如何解决海量录音录像材料的移送、查阅和复制问题。

如果将讯问录音录像的制度功能全部延展开来,赋予其同讯问笔录相当的证明案件实体事实的功能,那么,讯问录音录像材料也应当一并纳入诉讼案卷的证据材料中。然而,就一般的侦查和诉讼规律而言,犯罪嫌疑人都不止一次接受讯问,多次讯问、多次供述的情况更为常见。仅就立案侦查阶段,通常就可能有立案前询问、立案后的侦查讯问、逮捕后讯问以及侦查终结前的综合性、总结性讯问等等,而且有时某个环节还会有多次讯问。由此带来的问题是,海量的录音录像材料如何移送、查阅、复制和保存?针对录音录像海

[47] 在侦查讯问中,一开始就如实供认罪行的犯罪嫌疑人是少数,顽抗到底、死不认罪的也不是多数,多数犯罪嫌疑人都有一个由拒供到供认的转化过程。讯问伊始犯罪嫌疑人拒供的方式,多采用试探摸底、伪装无辜、编造伪供等软性抗拒手法;随着讯问由浅入深,其拒供的方式多采用狡辩、抵赖、顶撞等硬性抗拒手法,而通过这些手法陈述的大量内容多与案件事实无关。参见胡关禄主编:《侦查讯问学》,中国人民公安大学出版社2001年版,第88页。

[48] 办案实践中,有侦查部门的同志抱怨,根据《人民检察院讯问职务犯罪嫌疑人实行全程同步录音录像技术工作流程(试行)》第9条的规定,录制结束后应立即制作录音录像资料,讯问人员和犯罪嫌疑人确认后,当场将原件装入公安机关或人民检察院讯问全程同步录音录像密封袋,由录制人员、讯问人员、被讯问人三方封签,由被讯问人在封口处骑缝摁指印。如果犯罪嫌疑人在摁指印前提出要对录音录像进行核对确认,以排除该录音录像存在剪辑、技术处理等情形,比照对制作讯问笔录的处理,这应当是允许的。但是,这实际上相当于又重复录制了一遍,所耗费的时间和资源是不小的。

量信息、内容繁杂的特点,笔者认为,可以借鉴域外的录音录像委外转译机制。即在对讯问时的声音和画面进行录制后,由侦查机关以外的专门人员再就其中与案件事实有关联的内容,进行文字的概要转译,以方便庭审法官查阅。^[49]对于证据材料的移送,也可以只移送该录音录像的概要记录。若辩护律师申请查阅录音录像材料,则可以先申请查阅该概要记录,然后有针对性地查阅或复制该录音录像材料。

第四,如何解决选择性录制的问题。

对于讯问录音录像直接作为口供来证明案件实体事实的证据效力,当前实践中可能存在的较为严重的问题或许是,对于讯问笔录与讯问录音录像到底何者的证明效果更强这一问题存在争议。就我国当前的办案实践来看,讯问时同步录音录像的质量并不高,其录制、移送也不规范。如有的录音录像音质、画质较差,图像模糊,声音不清晰;有的录制时间与笔录时间不同步;有的讯问中将犯罪嫌疑人带出讯问室或讯问人员随意出入讯问室。更加困扰实践的是,选择性录音录像的情况较为突出。比如,在有些办案机关的侦查活动中,非正式的“谈心”、“询问”起着更加重要的作用;或者在录音录像前进行事前“沟通协商”和“复述彩排”,最终导致录音录像只对整个讯问过程中的有罪供述进行了选择性摘录。如此一来,在证明案件实体事实的问题上,选择性录制的录音录像的证明效果,恐怕比无录音录像的讯问笔录更为糟糕。因为当侦查机关、公诉机关将经过裁剪的录音录像材料作为口供来使用时,其结果很可能是非但没有更全面地展示讯问过程,反而以片段性的画面音像强化了法官对被告人有罪的心证。

可以说,选择性录制是未来讯问录音录像发挥口供功能的一大障碍。对此,可以从三个方面寻求制度性解决:

其一,坚持“录审分离”机制,严格禁止录音录像的“自录自审”。为遏制选择性录制的出现,应当引入讯问录音录像的外部参与和外向型监督模式,设置讯问人员与录制人员相分离的机制,尽量做到录制主体或监督主体的客观中立。按照《人民检察院讯问职务犯罪嫌疑人实行全程同步录音录像的规定》,检察机关的讯问录音录像应当由侦查讯问人员与专门的检察技术人员(一般是检察机关技术部门的工作人员)配合完成。另外,还可以考虑聘请本院的纪检人员对讯问录音录像进行监督,也可以邀请人民监督员参与同步录音录像的全过程,广泛听取其意见。对于公安机关的讯问录音录像活动,上述做法应予以参考和借鉴。

其二,研发录音录像设备的自动摄录功能。除了坚持“录审分离”机制,有条件的地方还可以引入科技力量,研发录音录像设备的自动摄录功能,实现侦查讯问的开启由讯问室内的监控设备自动进行,尽量降低人为因素的干扰。实现犯罪嫌疑人自进入讯问室至离开讯问室的全程无中断录制,并且每一次讯问前和讯问后都有相应的情况说明,防止事前的非正常接触,保证整个讯问时间链的无缝衔接,确保录音录像不间断。

其三,以非法证据排除反制选择性录制。应当适度扩容非法证据排除的范围,规定若司法机关发现讯问录音录像有不同步或选择性录制等情形,除非有相反证据,可由此推定所取得的供述不得作为定案的根据。此种方法在很多国家和地区已经被采用,如1985年美

[49] 参见前引[44],陈文琪文,第23页。

国阿拉斯加州最高法院判决：根据该州宪法的正当程序条款，警方在可能的情况下，应对所有的羁押审讯进行录音录像，否则所获得的供述在法庭上不得采纳为证据。^[50] 我国台湾规定，若发现讯问录音录像效果不清、未全程录音录像等问题，此时讯问笔录证据能力的认定可依据台湾“刑事诉讼法”第158条之四的规定采“权衡排除法则”。^[51] 在这一问题上，我国相关规范性文件也做了一些尝试。如2013年《最高人民法院关于建立健全防范刑事冤假错案工作机制的意见》第8项就规定，“未依法对讯问进行全程录音录像取得的供述，以及不能排除以非法方法取得的供述，应当排除”。对此，应当进一步研究落实、推广实施，真正实现讯问录音录像的全程同步，切实提升其客观性与可信度。

Abstract: From the perspectives of history and legislative interpretation, the purposes of establishing the system of audio-video recording of investigative interrogation in the newly amended Criminal Procedure Law of China are to regulate investigative interrogation so as to prevent torture, to prove the legality of the process of interrogation, and to record the content of interrogation objectively so as to safeguard the public trust in and the certainty of interrogation records and prevent criminal suspects from withdrawing their confessions. From perspective of comparative law and in light of the differences in the subjects of decision and whether audio-video recordings can have the function of a confession, audio-video recording mode in different countries and regions can be divided into two categories, i. e. rights protection-oriented and power-oriented. Under the rights protection-oriented mode, more importance is attached to protecting various rights of the suspect, such as the right of silence, the freedom to choose whether or not to audio-video record the interrogation, the rights of voluntary confession, the right of portrait, the right of privacy, etc. and, therefore, audio-video recordings can be regarded as confessions. The power-oriented mode aims to regulate the interrogation and empowers interrogators to decide whether or not to make audio-video recordings of the interrogation. Under this mode, the suspect, once gives up the privilege of silence, will be forced to face the fact that his confession would be recorded by audio-video methods. As a result, the suspect's rights of voluntary confession, rights of portrait, etc. are at the risk of being violated, and the function of audio-video recordings of interrogation as confession is weak. A transition from power-oriented mode to rights protection-oriented one is needed in order to realize the multiple functions of audio-video recording system in China.

Key Words: audio-video recordings of investigative interrogation, rights protection-oriented mode, power-oriented mode

[50] Stephan v. State, 711 P.2d 1156, 1159 (Alaska 1985).

[51] 我国台湾“刑事诉讼法”第158条之四规定，“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。”