讯问录音录像证据运用的实证研究

——以493份刑事裁判文书为样本

蔡艺生

【摘　　要】2018年刑事诉讼法修改以来，讯问录音录像证据运用的司法样态全貌与效果如何，基本没有相关实证调查。据493份裁判文书统计分析表明，讯问录音录像证据运用次数逐年递增，但区域差异明显；“应当型”案件的录音录像证据运用远低于“可以型”案件；讯问录音录像随案移送率极低；讯问录音录像的证据形式多样；讯问录音录像的证据功能多样；基于讯问录音录像而质疑讯问行为非法的理由多样；多数讯问录音录像的证据审查为形式审查。所显示问题是，讯问录音录像的相关规范仍显粗疏，存在诸多模糊空间；讯问录音录像证据运用实践导向明显，不符合立法预期；部分法官审查讯问录音录像的相关经验和能力不足，影响权威性。改进思路在于，强化讯问录音录像制度的刚性建设，减少侦查机关的相关自由裁量权；确立以“不利推定原则”为主，“权衡排除”为辅的裁断方式；规范讯问录音录像证据审查的释法说理。

【关 键 词】讯问录音录像；证据能力；证据功能；证据审查；释法说理

【作者简介】蔡艺生，西南政法大学刑事侦查学院副教授，硕士生导师，法学博士，主要从事证据法学研究（重庆 401120）。

【原文出处】《证据科学》（京），2020.4.401～417

【基金项目】公安部重点项目“国家治理现代化视野下的警察现场执法机制研究”的阶段性成果，项目编号：2019LLYJJLST002；国家毒品问题治理研究中心(毒品犯罪与对策研究中心)研究项目《毒品犯罪案件技侦证据的运用规则研究》资助，项目编号：DR(2019)Y015；重庆市教委软科学技术研究项目“人工智能在刑事证据判断中的运用实证研究”(KJQN202000312)。

2013年刑事诉讼法修改前，讯问录音录像相关规范性文件极少①，且主要是围绕职务犯罪侦查、起诉，其初衷是从打击犯罪的角度，以录音录像来强化讯问笔录，防止犯罪嫌疑人翻供②。2013年刑事诉讼法以基本法律立法、单一条文规定及独立化制度的形式正式确立起讯问录音录像制度③。随后，为了进一步落实讯问录音录像制度及规范讯问工作，两高关于适用刑事诉讼法的解释及《公安机关办理刑事案件程序规定》在讯问录音录像的重点审查内容、禁止情形④、强制与选择录音录像的案件范围⑤等程序规范方面予以完善。2014年公安部在《公安机关讯问犯罪嫌疑人录音录像工作规定》中明确要求各级公安机关要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录音录像，并对东部地区、中西部地区及个别执法办案场所规范化建设确立了梯次性的“三年计划”⑥。2018年刑事诉讼法的修改没有改变讯问录音录像制度的法律规范，只是变更了法律条文顺序。

讯问录音录像制度设立并实施以来，被社会各界寄予了较高的期待，但也伴随大量的争议。理论

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

研究集中于讯问录音录像制度功能定位[7]、证据能力[8]等。实证研究集中于讯问录音录像机制适用所带来的制度连锁反应，如“监控式讯问机制”[9]、“同步录音录像下的单警讯问”[10]及讯问执法场所规范化建设情况等。总体而言，一是对讯问录音录像的功能定位或证据属性的定位在理论上争议不断，没有形成统一定论；二是，讯问录音录像的实证研究欠缺，且样本来源单一化、薄弱化，较少从时间连续性、地区普遍性及样本多样性方面进行设计研究；三是，部分实证研究虽有实证之名但无其实，缺乏对具体取样过程、样本数据及变量设计的分析阐释，仍以理论阐释为主[11]。特别是2018年刑事诉讼法修改和监察委员会改革以来，检察机关职务犯罪侦查转隶，公安机关成为适用讯问录音录像的主要机关，则讯问录音录像的证据能力和证据功能等样态全貌与效果如何，基本没有相关实证调查。鉴于此，笔者通过检索2018年-2019年相关裁判文书，对讯问录音录像证据运用情况进行实证调查，力求揭示现有立法背景下相关讯问录音录像的证据效能等问题、解析理论争议，并提出理性对策。

一、研究方法与资料来源

大多数采取讯问录音录像的案件中，判决书除了显示适用讯问录音录像的犯罪嫌疑人或被告人涉及罪名、法院区域、判处刑罚等信息外，也会详细注明及阐释讯问笔录、讯问录音录像程序合法性及功能定位等系列问题。如，“应当讯问录音录像的案件范围情况”“讯问录音录像在裁判文书中的证据归属情形”“讯问录音录像与讯问笔录的相互关系”及“讯问录音录像及讯问笔录质疑的审查重点”等情形。据此，裁判文书网发布的刑事裁判文书作为司法过程的主要产物，其中承载着可为法学实证研究所用的丰富数据信息[12]，能够为研究者提供多种考察视角，深入揭示讯问录音录像证据形式、相互法律关系及司法审查标准等诸多信息，以此成为研究讯问录音录像证据运用的最佳考察对象。

(一)资料来源

本研究的样本数据来源于无讼案例网[13]。其核心检索条件设定为“讯问录音录像”和“公安机关”。首先，之所以限定为“讯问录音录像”的案件，主要是考虑到除侦查讯问之外，其他侦查措施也存在录音录像的规范要求，将其它类案件排除，使得本研究更具有针对性。其次，之所以限定为“公安机关”，原因在于：2018年刑事诉讼法修改以来，公安机关成为适用讯问录音录像的最主要机关，且公安机关相较于其他具备讯问权的国家机关，侦查人员讯问意识和能力差异较大，违法讯问的风险更高，因此以公安机关讯问录音录像为研究对象更具备研究的针对性及急迫性。综合上述两个原因，“讯问录音录像”和“公安机关”成为样本选取的两个核心条件。

本研究的数据取样分为两个层级。第一层次，即以“讯问录音录像”为关键词检索全文，同时辅之以“刑事案由”“判决书”的类型限定，可以得到2008年至2020年共2403份裁判文书，并依据各年度裁判文书数量分析讯问录音录像制度的发展趋势，以及讯问录音录像适用的地区差异。第二层级，笔者增加了2018年至2019年的时间限定。其中，2018年的裁判文书共计536份，2019年的裁判文书306份，共842份。为了确保数据的正确性及可信度，笔者对上述842份样本进行了逐案查阅的人工筛选，删除了非讯问录音录像案件，以及形式上符合检索条件但实质上并不属于讯问录音录像范畴的案例，最终筛选出493份裁判文书样本。当然，由于取样局限性，使得本文在样本数量及数据内容反映上可能存在研究数据不全面或缺失问题。但是，2018-2019年度的裁判文书数据可大致反映讯问录音录像证据运用现状，本文在人工筛选中的特定条件检索能够加强数据反映的正确性与针对性，以及裁判文书内容的高规范要求，使得本研究具有很高的可信度。

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

(二)研究方法

本文主要通过对刑事裁判文书内容分析及部分规范性文件考察,并以图表的形式对讯问录音录像的适用特征、相互关系、证据形态等方面进行可视化分析。总体研究思路是,在特定的检索条件下,筛选出特定年份的刑事判决文书样本,再通过人工阅读的方式,以裁判文书所反映的特定相关指标或变量关系为依据,对讯问录音录像证据运用的效果进行量化观察和分析。本文主要设定了以下几类统计指标:讯问录音录像适用的时空特征、证据运用频率、移送情况、证据表现形式、非法讯问主张率、证据功能、审查形式等八种情况。每类指标的设定有其特定目的,如以讯问录音录像涉及罪名的差异划分不同罪名类型,意图揭示二者之间是否存在相关性;以讯问录音录像在不同区域适用现状总结各区域适用特征,设计目的在于揭示录音录像基础建设与区域是否存在相关性;以裁判文书显示出的讯问录音录像庭审用途及证明内容,揭示其证据属性的存在性、证明功能的范围及类型情况。除此每类指标之下按照研究需要再做细分,如证明功能需要考察"对结果证据的印证证明""对程序性争议事实的直接证明"及"对量刑事实的直接证明"等等。

二、讯问录音录像证据运用现状调查

(一)讯问录音录像证据运用次数逐年递增

依据第一层次的数据检索可得出,讯问录音录像证据的司法运用呈逐年递增趋势。2008年、2010年仅各1例,2012年为3例。从2013年开始呈现跳跃式增长,从2013年的25例,到2014年的218例,2015年321例,2016年388例,2017年579例,2018年536例,2019年306例(见图1)。讯问录音录像证据运用的增长趋势有几个关键节点。第一个节点"2013年",缘由应为:一是,2013年之前,虽讯问录音录像相关规范在某些规范性文件中加以规定,但规范层级较低、制度并未正式确立,存在较大模糊空间与法律风险;2013年讯问录音录像制度虽在刑诉法中明文确立,但立法规范制定到司法实践适用仍有认知和适应过程。二是,当时的口供合法性的质疑和证明需求不多。三是,裁判文书的网上公开有一定的滞后性。四是,2013年《最高人民法院关于适用刑事诉讼法的解释》及《公安机关办理刑事案件程序规定》两个规范性文件的颁布,对讯问录音录像的司法适用提供了明确的准则与标准,相关程序要求愈加细化。第二个节点"2014年",2014年从25例增长至218例,将近9倍增长幅度。缘由应在于侦查机关认知的深化和口供合法

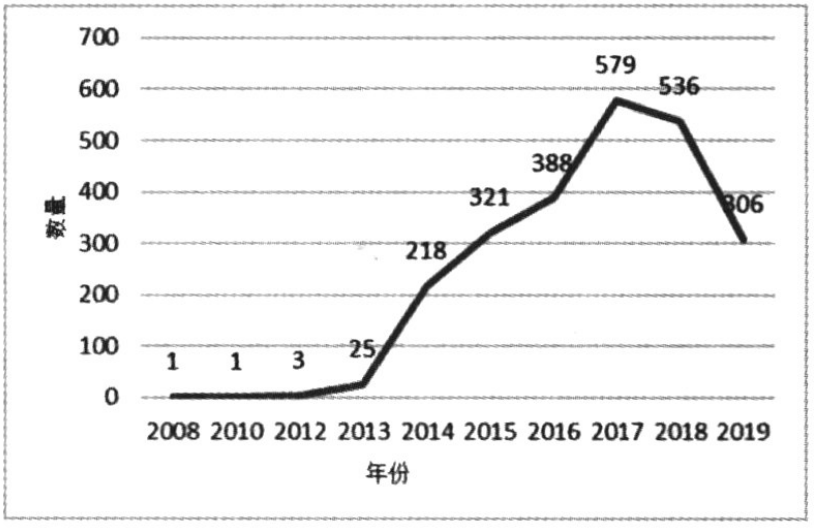

图1 2008-2019讯问录音录像证据运用趋势

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

性证明需求的提高。特别是2014年最高人民检察院印发《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》及公安部印发《公安机关讯问犯罪嫌疑人录音录像工作规定》,对讯问录音录像的规范提出了“三年计划”、讯问执法规范化及全面实现对所有案件的讯问录音录像等要求。在此种背景下讯问录音录像大量适用,讯问录音录像证据运用的次数也急剧增长。2015年至2019年的增长一方面是讯问录音录像证据运用的相关审查和裁定标准被明确化并形成惯性,另一方面是相关国家机关不断出台讯问录音录像制度规范及适用的文件、指导意见、典型案例及批复等[19],总体上不断推动讯问录音录像的执行与证据运用。

(二)讯问录音录像证据运用区域覆盖面广

讯问录音录像证据运用涉及全国29个省级行政区域,覆盖面广。但是,比较发现,西北地区相关案件20个(4%),华北地区20个(4%),东北地区35个(7%),西南地区58个(12%),华东地区157个(32%),中南地区203个(41%),其中内蒙古自治区、西藏自治区、贵州、北京尚未检索出案件,呈现出明显的区域差别样态(见图2)。越靠近北部区域,特别是西北区域等经济不发达地带,讯问录音录像的证据适用率越低。其缘由主要在于:一方面,较为落后的经济因素阻碍了智能化办案场所规范化尤其是讯问录音录像等技术基础设施配备建设。另一方面,在经济不发达的偏远区域、风俗习惯盛行的少数民族地区、宗教及恐怖主义威胁严重的区域,讯问录音录像制度面临着法治环境的复杂性,这也导致各地公安机关在执行讯问录音录像时态度和方式迥异。

(三)“应当型”案件的录音录像证据运用频率低

2018年《刑事诉讼法》第123条规定: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。该规定将讯问录音录像适用的案件范畴划分为“应当型”与“可以型”,从而为公安机关提供指导标准。所谓“可能判处无期徒刑、死刑的案件”是指案件交付审判时,可能适用的法定刑或者量刑档次包含无期徒刑、死刑的案件;“其他重大犯罪案件”是指致人重伤、死亡的严重危害公共安全犯罪案件、严重侵犯公民人身权利犯罪案件,以及黑社会性质组织犯罪、严重毒品犯罪等重大故意犯罪案件。当然,作为兜底条款,其理解存在争议。因此,《公安机关讯问犯罪嫌疑人录音录像工作规定》第4条规定应当进行录音录像的重大犯罪案件是“可能判处无期徒刑、死刑的案件;致人重伤、死亡的严重危害公共安全犯罪、严重侵犯公民人身权利犯罪案件;黑社会性质组织犯罪案件;严重毒品犯罪案件;其他故意犯罪案件,可能判处十年以上有期徒刑的。”基于此,为了统计分析的量化效果,笔者将所检索案例中“判处十年以上有期徒刑”的

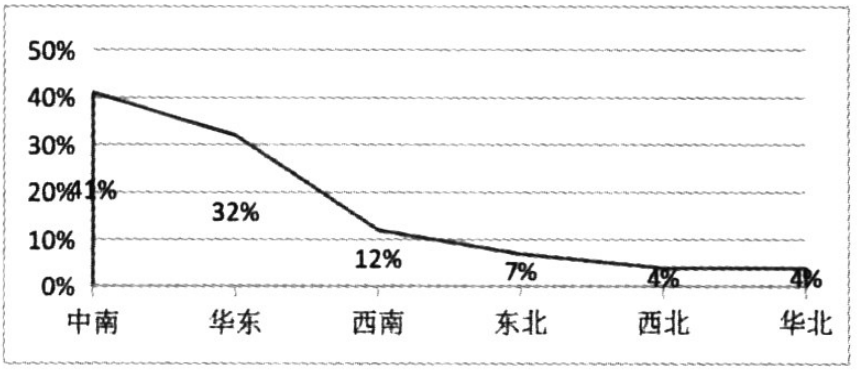

图2 2018–2019年讯问录音录像证据运用空间分布

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

案件视为重大犯罪案件。即,判处十年以上有期徒刑、无期徒刑或死刑的案件,属于“应当录音录像型”案件。经统计,2018年至2019年493个案件中的“应当型”案件162个。2018年“应当型”的案件数量共计为102个,其中被判处无期徒刑的案件12个,被判处死刑的案件16个,被判处十年以上有期徒刑的案件74个。2019年“应当型”的案件60个,其中判处无期徒刑的案件4个,死刑的案件10个,十年以上有期徒刑的案件46个;剩余331个案件皆为“可以型”(见表1)。

以上数据从某种程度上也体现出讯问录音录像证据运用脱离立法限定。基于立法目的,“应当型”案件必须适用讯问录音录像,其证据运用比例理应高于“可以型”,但司法实践并非如此。部分原因在于公安机关和司法机关的选择偏向,即侦查实践中由于讯问录音录像对侦查讯问手段的诸多节制与约束,镜头下的讯问效果明显不如传统的封闭式讯问[15],录音录像证据的运用可能会导致诸多“难以控制”的争议,影响诉讼效率。

(四)讯问录音录像随案移送率极低

依据493份裁判文书载明的信息,公安机关及公诉机关随案移送讯问录音录像的共计21份占比4.3%;若减去讯问录音录像刻盘附卷(4份)与载卷佐证(5份)的情况,则讯问录音录像随案移送的文书仅12份占比2.4%[16]。随案移送率低主要是受三种因素影响:一是法条规定,即全国人大法工委在《关于实施刑事诉讼法若干问题的规定》中认为“侦查讯问过程的录音、录像资料,主要用途在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……讯问录音录像不作为证明案件事实的证据,没有必要每个案件都随案移送”[17]。此权威解释很大程度上诱发并促成公安机关、公诉机关不移送讯问录音录像。二是在司法实践中,由于讯问录音录像的证据属性定位问题仍存在较大争议,没有确立统一性的标准,从而导致讯问录音录像是否移送、何时移送、移送范围等存在大量模糊空间。三是基于公安机关对“侦查秘密”的扩大解释,也成为不随案移送的理由。四是相关的规范性文件都没有明确公安机关拒绝移送、拒绝调取讯问录音录像的法律后果,使得公安机关的移送自由度极大。

(五)讯问录音录像的证据形式多样

讯问录音录像证据性质定位存在五种观点:一是讯问录音录像不能作为证据使用,仅是监督讯问的手段或工作资料[18];二是讯问录音录像属于犯罪嫌疑人供述和辩解[19];三是讯问录音录像具备独立的证据属性,应属于视听资料[20];四是讯问录音录像是证据,但证据类型应视证明对象而定[21];五是法定证据说,即讯问录音录像不是刑事诉讼法规定的法定证据种类之一,不能作为证据使用。本研究通过对493份裁判文书的人工查阅分析发现,讯问录音录像在裁判文书中所展示出的证据属性样态。

从案例分析可知,2018年至2019年讯问录音录像被定位于“视听资料、电子数据”“电子数据”“视听资料”“书证”“被告人供述”或“讯问录音录像

表1 **“应当型”与“可以型”数量分布**

年份	可以型	应当型	无期徒刑	死刑	十年以上有期徒刑
2018	163	102	12	16	74
2019	168	60	4	10	46
合计	331	162	16	26	120
	493(份)	162(份)			

注:存在同一判决书指向多个子内容的情况。

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

等证据”等多种证据形式(见图3)。一是将讯问录音录像作为“视听资料、电子数据”复合证据的,共27次。裁判文书中表述为“视听资料、电子数据”“视听资料、电子数据(同步讯问录音录像等光碟)”“视听资料、电子数据讯问录音录像视频”“视听资料、电子数据:讯问录音录像”等[22]。二是将讯问录音录像作为单独的视听资料证据,共92次。表述为“讯问录音录像等视听资料”“视听资料:讯问录音录像”“视听资料(讯问录音录像光盘)”“视听资料讯问录音录像光盘等证据”等[23]。三是将讯问录音录像作为单独的电子数据证据,共5次。表述为“讯问录音录像电子数据等证据”“电子数据:同步讯问录音录像”等[24]。四是将讯问录音录像作为被告人供述,共86次。表述为“供述及同步讯问录音录像资料(等证据)”“供述与辩解及同步讯问录音录像资料”“供述与辩解(附讯问录音录像光盘)”“被告人××(含同步讯问录音录像)的供述”等。五是将讯问录音录像作为书证,共11次。表述为“书证:讯问录音录像等证据”[25];六是仅将讯问录音录像定位为一般性证据,并不说明具体证据种类,共272份。表述为“同步讯问录音录像”“讯问录音录像”“同步讯问录音录像资料等证据”“讯问录音录像光盘(等证据)”“讯问录音录像等证据材料”等。综上,讯问录音录像被视为证据,且依据证明方向与内容而定位为不同证据形式。

(六)讯问录音录像的证据功能多样

讯问录音录像的证明目的多样,包括:防止非法讯问、证明讯问程序的合法性、补充笔录记载不足、保障笔录记载的准确性、作为独立的固定供述的证据方式、防止翻供,等等[26]。在功能类型上存在着两种观点划分:一种观点认为讯问录音录像只是用来证明取证合法性等程序事实的证据,而不能发挥证明案件实体事实的作用[27]。另一种观点认为讯问录音录像具备证明案件实体事实的功能[28]。样本数据分析显示,讯问录音录像的实际运用偏向于第二种观点立场。据此,国内有学者将讯问录音录像定位于“过程证据”,从而区分为三大功能范畴,即对结果证据的印证功能、对程序争议事实的直接证明功能、对量刑事实的直接证明功能[29]。依此功能划分理论可进行如下分类(见表2)。

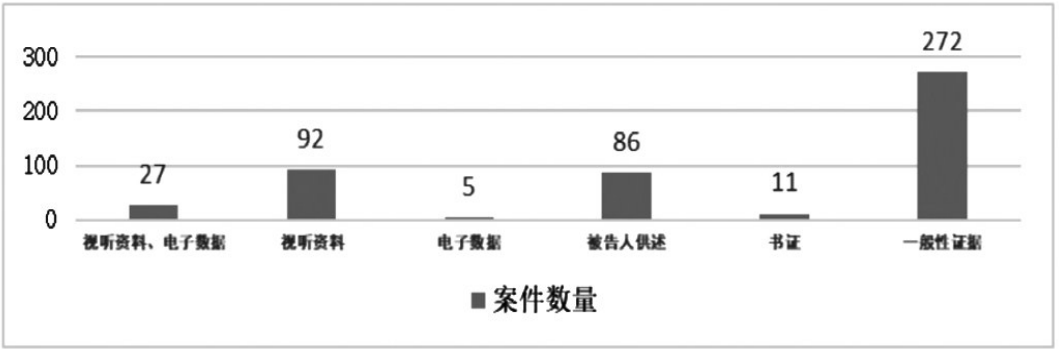

图3 2018–2019年讯问录音录像证据的证据形式频次

表2 2018–2019年讯问录音录像的证据功能

功能定位	结果证据证明力的印证功能					程序性争议的直接证明	量刑的直接证明
表现形式	过程真实发生	证据间相互印证	供述真实或自愿性	取证行为合法	讯问笔录与录音录像一致性	争议内容:同步性、全程性等要件缺失,或刑讯逼供等违法取证	认罪认罚或自首等减刑情节
案件份数	36	258	38	53	14	86	2
占文书比	82%					17.6%	0.4%

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

1.对结果证据的印证功能

对结果证据的印证功能，是指对其他证据(实物证据与言词证据)的真实性印证，包括来源真实、内容真实及过程真实等方面。此功能类型的录音录像证据运用案件有405个，占比82%。具体表现为以下六个方面。一是印证讯问过程真实发生或讯问录音录像的采取，共36个案件，裁判文书中多表述为“证实公安机关对各被告人讯问时同步录音录像的事实”“证明公安机关对被告人讯问时作了全程录音录像”及“民警对被告人的讯问录音录像刻盘附卷”等[30]。二是证据链条的完整性，共258个案件，表述格式为“多种证据罗列+讯问录音录像”等，并称“与上述证据相互印证，形成完整的证据锁链，证明本院已审理查明的事实”。三是印证被告人供述的真实性与自愿性，有38个案件，如(2018)渝02刑初39号“讯问录音录像证实供述内容的真实性(在侦查阶段供认其制造麻古的目的是用于贩卖)”；(2018)辽14刑初54号“证实供述的作案时间、地点、致伤手段与讯问录音录像记载内容相符”；(2017)鲁0602刑初538号“当庭播放的公安机关对姜某的讯问录音录像证实，被告人姜某所作有罪供述不存在刑讯逼供及诱供等情况，系其自愿供述”等。四是印证公安机关在取证行为及程序上的合法性，共53个案件，如(2018)鄂0116刑初795号“佐证了对被告人宋某某、金某新讯问的过程和取证的合法性”；(2017)桂07刑初49号“证实侦查机关取证程序合法，内容客观真实，没有刑讯逼供等非法取证情况”等。五是印证讯问录音录像与讯问笔录一致性问题，有14个案件，如2018鄂1125刑初113号“讯问笔录记载的内容与讯问录音录像资料记录的犯罪嫌疑人供述一致，程序合法”；(2018)皖0102刑初124号“讯问笔录与录音录像记载内容存在实质性差异”等。六是印证讯问录音录像的同步性、全程性等程序问题，共14个案件，如(2018)桂0222刑初366号“证实监察委对侯海强的四次讯问录音录像是完整的”；(2018)晋0821刑初110号“证实讯问录音录像的同步性”等。

2.对程序争议事实发挥直接证明功能

对程序争议事实发挥直接证明功能，是指在刑事诉讼过程中控方与辩方可能因程序性问题产生争议，从而提出辩护质疑或非法证据排除，突出争议点为“侦查行为合法性问题”。讯问录音录像的功能构造决定了其能够有效证明侦查程序合法性问题。此功能类型的有86个案件，占比17.6%。其程序性争议事项主要包含：是否存在刑讯逼供、威胁、诱供、重复性供述等违法取证行为；是否属于应当讯问录音录像而未采取；讯问录音录像是否具备同步性、全程性、无删改等要件。如(2018)苏0391刑初25号“在讯问期间侦查人员对被告人吴小爱没有殴打、体罚等刑讯逼供行为，讯问过程合法”；(2018)苏0322刑初316号“证明侦查机关依法、文明办案，没有刑讯逼供、诱供等违法情况”；(2017)川0781刑初436号“证明同步录音录像的真实性、完整性、连续性”；(2018)赣7101刑初11号“证实供述与讯问录音录像不一致，只有影像，没有声音，程序违法”等。

3.对量刑事实发挥直接证明功能

对量刑事实发挥直接证明功能，是指讯问录音录像对某些特定的量刑事实具备直接证明的效果，有2个案件，占比0.4%。如(2018)甘05刑初17号“公诉机关提供的讯问录音录像能够证实被告人并未积极主动投案，不构成自首”；(2019)陕0328刑初8号“证实了2014年6月9日15时许及同年12月7日15时许，被告人邓××等在千阳县石坊街农业银行ATM机前实施盗窃的截屏及到案后，如实供述犯罪事实的情形。”

(七)基于讯问录音录像而质疑讯问行为非法的理由多样

有93个案件的辩方主张公安机关存在非法讯问行为，频次总量为128次，涉及非法讯问种类高

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

达13种，且不均衡分布(见表3)。辩方主张刑讯逼供是其最为常见的质疑理由，有31个案件，占案件总数33%，占频次总数的24%。其余质疑理由还有："诱供指供"23个，占案件总数25%，占频次总数18%；讯问笔录或供述与讯问录音录像不一致，20份，占案件总数21%，占频次总数16%；威胁，文书合计17份，占文书总量18%，占频次总数13%；讯问录音录像不具备全程性、同步性及完整性、缺乏讯问录音录像也较为常见，合计17个案件。而无法阅读笔录或未核实宣读笔录、疲劳审讯、欺骗、不清醒状态下的供述、无翻译人员、事先制作笔录、非法限制人身自由等理由并不常见，仅属于个别现象。按照讯问程序违法与讯问方法违法的两种差异进行类型划分：以刑讯逼供、诱供及威胁为代表的讯问方法违法仍是主要表现形态，占频次总数的62%；讯问程序违法，占频次总数的38%，但是成为辩护意见被采纳的关键点，尤其是讯问录音录像的全程性、同步性、有无删改等程序瑕疵主张。此外，大部分个案的辩方质疑理由涉及多种非法讯问行为，最多为4种(见图4)。辩方主张受到两种以上非法讯问行为的总数为78次，占频次总数61%，其中两种43次，三种27次，四种8次。而主张一种非法讯问行为的有50次。

(八)多数讯问录音录像的证据审查为形式审查

法院对讯问录音录像证据的审查方式包括形式审查与实质审查。二者界分的重点在于，法院是否对控方提供的证据及补正解释照单全收，是否传召讯问笔录制作者、"情况说明"提供者、讯问录音录像录制者等特定侦查人员出庭作证，给予控辩双方对争议性证据问题当庭质证的机会。国内有学者研究表明，在我国刑事司法实践中，法院在绝大多数情况下仅仅满足于对"讯问录音录像(原文表述：过程证据)"的形式审查，实质审查模式还没有较大的存在空间，[31]该结论在本调查中得以印证。

1.讯问录音录像的形式审查内容多样

493个案件中，法院审查讯问录音录像后进行说理的仅有93个案件共114次。基于对该93个案件的分析，形式审查的主要内容多样，且其中绝大

表3　质疑讯问非法的具体理由

提出质疑的非法讯问种类	刑讯逼供	指供、诱供	讯问录音录像与讯问笔录差异	威胁	未进行录音录像、缺乏全程性同步性等	其他非法讯问行为(疲劳审讯、欺骗、无翻译人员、事先制作笔录等)
文书数量	31	23	20	17	17	20
占文书总量比	33%	25%	21%	18%	18%	21%
占总频次比	24%	18%	16%	13%	13%	16%

注：N1(提出质疑案件总数)=93　N2(提出非法讯问行为总频次)=128。

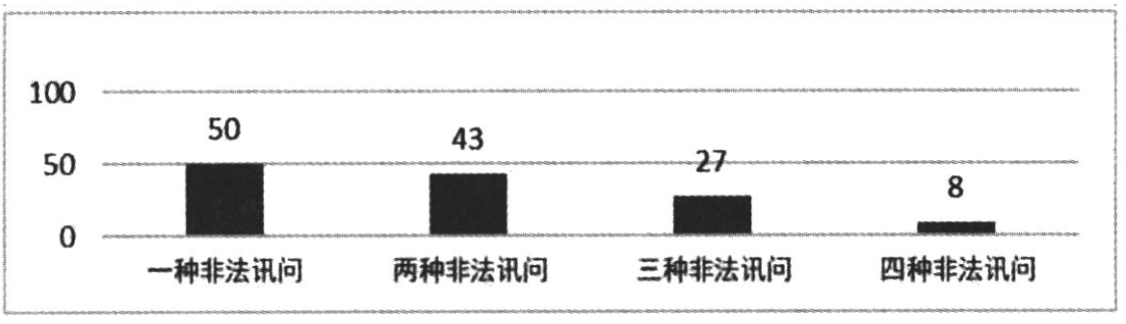

图4　涉嫌非法讯问行为的形态分布

注：存在同一判决书指向多个子内容的情况。

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

多数说理简约(见图5)。

一是法院依据查阅讯问录音录像中犯罪嫌疑人的“情态证据”[32]直接决定不采纳辩护意见[33],共31个案件。如,因讯问录音录像中“犯罪嫌疑人供述自然、情绪正常、表述清晰、衣着整齐、身体正常”等,直接决定不采纳辩方意见。但也存在法院因“情态证据”逻辑违反常理而作出排除非法证据的个例案件,如(2019)新0106刑初54号“被告人彭小余将所有买受人的身份证号码、电话号码、家庭住址、车牌号码都回答的一清二楚,不符合正常人的记忆特征,在该时段的笔录应排除”。

二是法院通过审查讯问录音录像内容与讯问笔录的一致性,直接作出一致或基本一致的意见、或虽有瑕疵但不存在实质性差异[34],从而直接作出不予采纳或不支持非法证据排除的决定。该类案件有19个。但也存在法院因讯问笔录与讯问录音录像内容存在实质性差异而直接采纳辩护意见的个例案件,如(2018)皖0102刑初124号。

三是法院审查讯问录音录像中公安机关有无履行讯问起止阶段的程序要求,而作出是否采纳公诉方证据的决定。如“讯问开始宣读权利义务告知书、讯问结束有无按捺指印与核对笔录”等程序。该类案件有10个。

四是法院以辩方未提请非法证据排除而否定辩护意见的,有15个案件。如(2018)鲁1302刑初746号“被告人杨某及辩护人均未提出排除非法证据申请,在案证据亦不能证实本案存在以非法方法收集证据情形”等。但也有法院在辩方未申请非法证据排除,依然进行多种证据的审查的情形[35]。

五是法院笼统以讯问录音录像具备全程性、同步性、无间断删改及有无差异等理由否定辩方意见,共有23个案件,占样本案件的25%。但也存在因讯问录音录像“有像无音”及未提供讯问录音录像而直接排除公诉方证据的个例,如(2018)苏0391刑初25号“公诉机关提供的公安机关三次讯问录像均没有声音,无法对被告人所做的有罪供述内容进行审查,不能据此判断讯问录音录像是否完整、是否同步制作、录像与讯问笔录之间是否存在差异。”

六是法院以公诉机关作出补正解释、情况说明、不影响事实认定等理由予以认可的,有16个案件,占样本案件的17%。如(2018)川1421刑初181号“公安机关在收集证据中存在一定瑕疵,但经补正、解释后能有效证明讯问过程合法性,能够排除是以非法方法取得的供述”、(2018)琼9005刑初201号“虽然该讯问录音录像中记录时间与实际讯问时间不一致,但公安机关已出具说明补正,作出了合理解释”等。

2.讯问录音录像的实质审查不足

讯问录音录像的实质审查主要集中于三个方

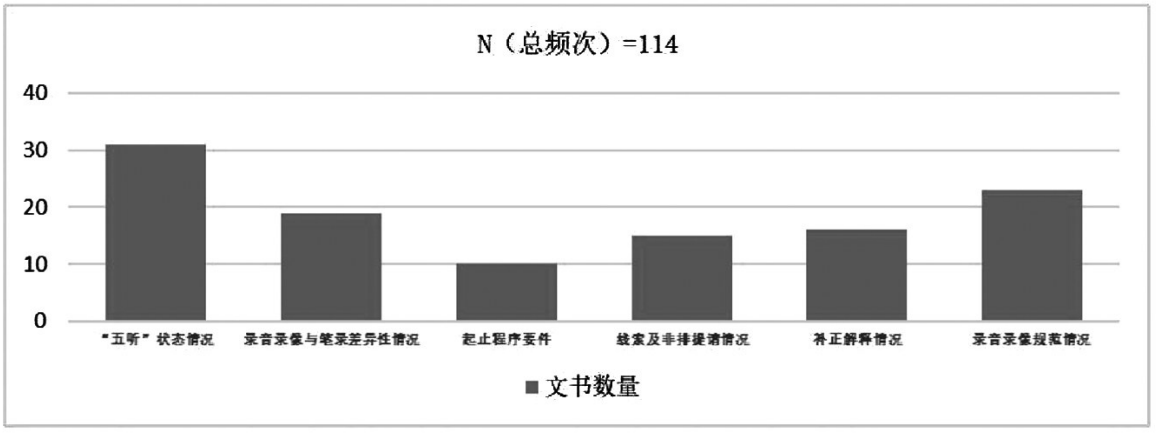

图5 形式审查的主要内容分布

注:存在同一判决书指向多个子内容的情况。

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

面:案件事实全面展示在法庭、控辩双方充分的举证质证、法官直接接触或亲历听取相关证据材料。而侦查人员出庭作证既有助于控辩双方充分举证质证,也利于法院准确裁判。因此,以侦查人员是否出庭作为讯问录音录像实质化审查的基准点,具备可信度。数据显示,侦查人员出庭作证的比率极低,合计13个案件,仅占案件总量的2.6%,侦查人员出庭人数仅17人。最终,法院支持公诉方意见或否决辩方意见的13次。由此可见,侦查人员虽以证人身份出庭作证,法院也进行了实质性审查,但是,侦查人员出庭作证往往是证据合法性的"强势证明",司法实践偏向明显。

三、讯问录音录像证据运用效果评估

在证据运用的时空维度上,讯问录音录像证据的运用随时间推移愈加普遍化,地区差异逐渐缩小;在证据运用的案件范畴上,涉及罪名广,基本包括所有犯罪;在证据属性上表现为多种证据形式,而在功能定位上则呈现为程序事实与实体事实的双重证明功能。综上,讯问录音录像证据运用的整体样态积极趋向明显,但也存在一些问题。

(一)讯问录音录像相关规范粗疏

讯问录音录像制度设置的预期目的是"抑制公安机关刑讯逼供等非法讯问"和"防止犯罪嫌疑人虚假供述或翻供"。但是,相对于纷繁复杂的讯问录音录像实际,现有的相关法律规范显得粗疏,使得公安机关具有相当的自由裁量权,并极易在实践中进行自利性选择。实践中,讯问录音录像是否启动、如何整理、是否提供、是否随案移送、如何随案移送,公安机关和公诉机关都有较大的自主权。使得讯问录音录像进入庭审,并成为对控方不利证据的机会,很大程度上为控方所把控。当法院或辩方仅能获得"公安机关选择性移送及存盘""检察院申请调取部分""针对性播放部分[36]"或"片段性播放部分[37]",则讯问录音录像制度实践显然偏离立法设定。

一是在讯问录音录像的启动上。"可能被判处无期徒刑、死刑及其他重大犯罪"等"应当型"案件是否采取讯问录音录像,虽不属于公安机关裁量范畴,但此类案件占比甚低,更多案件仍属于"可以型"案件。而在占绝对数量的"可以型"案件中,讯问录音录像的决定权,或者说启动权,为公安机关的自由裁量权,辩护人、检察机关或法院无权启动。

二是在讯问录音录像的移送上。公安机关有权决定案件有关讯问录音录像是否移送、以及移送资料的多少,形成了司法实践中低移送率及"片段性展示"等现象。事实上,辩护方若未提出对公诉方在取证合法性或证据合法性上的质疑,鉴于"保密性"原则的扩大解释,公安机关不随案移送讯问录音录像证据相对而言具备可行性和必要性。

三是在讯问录音录像的调取上。虽然法律规定辩护人对有争议性的程序性或实体性事实可申请法院调取讯问录音录像予以审查,但相关规范性文件并没有明确规定公安机关拒绝调阅讯问录音录像的法律后果。其基本样态是"检察机关对公安机关制作的讯问录音录像资料,法院对检察、公安机关制作的录音录像资料都只有请求权"。[38]

(二)讯问录音录像证据认证实践偏向明显

对于讯问录音录像,法院往往仅进行形式审查,并形成"常态性认可",体现了公检法机关的框架性认同与默契,使得控方在讯问录音录像的证据运用上具有便利性,并反向增加辩方提出证据质疑或排除的难度。形式审查作为法院证据审查的一种方式,其在一定范围内具备司法适用的恰当性,如在人力、物力、时间等诉讼成本及效率节省。但此种审查形式一旦脱离其最佳适用范围(无争议案件),而普遍适用于各类案件,则法院审查的"严格性"与案件严重性及复杂性难以形成合理比例,审判的负面效果将会负载于辩方。尤其是当法院或法官立足于诉讼成本、效率等因素,将形式审查的正当性进行自我适用证成,从而整体形成讯问录音录像证据审查裁断时的惯性作用思维。即,司法证据裁判以权衡排除为原则并无具体的衡量标准,实

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

际上等于宣告法官自由评价，无论排除与否，均为合法[39]。

在493个案件中，辩方仅有93次对公诉方证据提出质疑主张，且辩方意见采纳情况极不乐观。质疑意见被采纳的共14次，其中辩护意见被完全采纳且宣告无罪的案件仅1个[40]，意见被完全采纳但仍被判处刑罚的案件有4个，被部分采纳的案件有9个。可见，在辩护意见采纳率极低的情形下，“采纳”还被层级划分为：完全采纳宣告无罪，完全采纳被判处刑罚、部分采纳，辩方的质疑主张要想完全获得法院的支持是相当困难的。究其原因，很大程度上是辩方“难证违法”，而公诉方“合法证成便宜”所致。在部分案件中即便辩方提请非法证据排除，且某些程序性或实体性事实瑕疵或“违法”得到法院确认后，也极有可能会被公诉机关所提交的“情况说明”材料等证明为合法。即，一般情形下法院对公诉机关提交的情况说明保持常态性认可，对其作出的补正或解释也往往给予合法性解释力的最大化效果。如，杨纯林、张勇会、李淑芳等合同诈骗罪一审判决书中：“公安机关在收集证据中存在一定瑕疵(存在未依法全程录音录像、没有做到不间断进行等情形)，但经公安机关仅出具两份情况说明用以补正、解释后能有效证明讯问过程合法性，能够排除是以非法方法取得的供述。”即便辩方已经证实公安机关讯问录音录像存在着程序违法问题，但其“违法性”仍然被公诉机关提交的情况说明予以“合法化”，辩护理由难以得到法院的承认。此外“侦查人员出庭作证”的法律设定本是侦查人员以中立证人的定位出庭解释或陈述相关事实，但司法实践中侦查人员出庭作证被异化为证据合法性的补强，从而给辩方的“违法性”证明造成极大阻碍。

(三)部分法官证据审查能力欠缺

从所检索的裁判文书中法官针对讯问录音录像的相关程序性或实体性争议的说理解释上看，部分法官在法律援引上不规范，侧面证明部分法官对相关法律规范不熟悉，难以令辩方信服。

其一，法律援引不明，是指引用法律具体内容，但不指明法律文件名称及具体条款；或援引法律具体内容及名称，但不指明具体条款。前者如，在张树良贪污、滥用职权、受贿罪一审案中[(2018)吉0202刑初1号]，表述为：“在侦查阶段讯问笔录记载的内容和公诉机关提交的侦查阶段的讯问录音录像在内容上不一致，根据法律规定，笔录应与同步录音保持一致，本案中侦查人员的讯问笔录与同步录音录像不符，且存在实质性差异，对原笔录记载的内容不予采信。”虽然对规范文件的内容进行了说理解释，但对法律的出处未作明确指明，容易诱发控辩双方对该“法律”规范的正确性与对应性质疑。后者如，谢龙华诈骗一审案中[(2018)闽0582刑初8号]，表述为“根据《人民法院办理刑事案件排除非法证据规程(试行)》之规定讯问同步录音录像应当依法完整、同步制作，公诉机关向法庭提供的录音录像完整、未经选择性录制删改和剪接。”

其二，法律援引错误，是指引用内容与法律文件规范内容不一致。如，在阿玛姐走私、贩卖、运输、制造毒品一审案中[(2018)皖0102刑初124号]，表述为“故该讯问笔录及辨认笔录的内容与上述视听资料存在重大实质性差异，根据《关于办理刑事案件严格排除非法证据若干问题的规定》的相关规定，讯问笔录与讯问录音录像的内容有重大实质性差异的，应当以讯问录音录像记录的内容(视听资料)为准。”通过查阅《关于办理刑事案件严格排除非法证据若干问题的规定》的内容，可发现其中并没有规定“讯问笔录与讯问录音录像存在实质性差异的标准选择”，其实质是2017年最高人民法院的《关于全面推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革的实施意见》24条及《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》50条第二款规定。

其三，没有援引法律，是指没有引用相关法律，但直接进行逻辑性或陈述性的描述说理。如，在吴英文贪污罪一审案中[(2017)鲁0103刑初414号]，表述为“根据本案的事实和证据，本院评判意见如

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

下：吴英文在侦查期间的供述，公诉机关仅向法庭提交了部分的讯问录音录像，该讯问录音录像与讯问笔录的内容存在实质性差异，现有证据不能排除侦查人员以非法方法收集证据的合理怀疑，对吴英文在侦查期间的供述应当予以排除。”可见，法院针对讯问录音录像相关争议性问题时，其并没有援引相关规范性法律，而是直接作出逻辑式的陈述说理，在一定程度上违背了“审判事实以法律为准则”的原则，此种说理形式在样本文书中较为常见。

四、讯问录音录像证据运用的完善建议

在讯问录音录像制度适用中，不可避免地出现原有相关既存制度的抵触等“应激反应”。有鉴于此，笔者提出如下改进建议。

(一)限缩公安机关自由裁量权

建立讯问录音录像制度的一项重要功能是强化对侦查讯问活动的监督，从而保护被追诉人的合法权利[41]。而要实现该目的，必须建立严密的介入监督机制，削弱公安机关的自由裁量性。

1.扩张讯问录音录像启动的主体

在立法上规定刑事案件中，针对“可以型”的讯问录音录像案件，除公安机关可以启动讯问录音录像外，犯罪嫌疑人具备正当理由的也可提请公安机关或检察机关予以录音录像，进而从主体构造上弱化公安机关的启动独断。

2.明确法定移送范畴

基于上述，将讯问录音录像案件划分为“强制性移送”与“裁量性移送”，对于前者公安机关属于法定移送范围，公安机关必须移送，否则面临直接排除的诉讼后果，而后者公安机关可自我酌量决定是否移送。进而依靠移送范畴的法定划分削弱公安机关任意化移送造成的消极诉讼效应。具体为：一是，对于《公安机关讯问犯罪嫌疑人录音录像工作规定》第4条规定应当讯问录音录像的案件予以强制移送；二是，在司法实践中部分地方机关基于规范讯问录音录像案件的执法监督、庭审证明及权利保障等综合因素考量，对讯问录音录像的强制性移送作出规定，可以参照适用。如2004年浙江检察机关首创职务犯罪案件要移交讯问录音录像[42]；2012年庐阳区公、检两家规定“三类案件”的强制性移送，即对命案、言词证据定罪、特殊群体(聋哑人、少数民族等)三类案件移送卷宗的同时，必须移送全程同步录音录像光盘[43]；2012年江苏泰州市检察院与该市公安局、市中级法院规定“五类案件”的强制性移送，即故意杀人、故意伤害致人死亡以及其他可能判处十年以上有期徒刑的重大刑事案件；涉嫌毒品犯罪、强奸、猥亵、诈骗类犯罪等证据相对较单一、主要依靠言词证据的案件；盲、聋、哑或者不通晓当地通用语言文字的少数民族人员犯罪的案件；媒体关注的敏感性、涉众性案件；其他认为需要全程同步录音录像的案件[44]。三是，域外国家的讯问录音录像移送规定，如英国《警察与刑事证据法守则F》第3条第1款d项、e项和f项规定了“讯问聋人或者又聋又瞎的人或者使用手语的有表达障碍的人时；被讯问人要求有‘适当的成年人’在场时；任何情况下嫌疑人或者他们的代理人要求讯问被录像时”三类“应当型”案件，应当强制性移送。四是，对于“可以型”的讯问录音录像案件则可采取“裁量性移送”。以此区分并保证讯问录音录像的移送率与庭审需求。

3.注重“增权加惩”

增加检察院与法院对讯问录音录像直接调取的权利，而非既往单薄的请求权。最根本的是对公安机关拒绝调取、或无正当理由不能提供讯问录音录像设置相应程序性制裁，以剥夺其不正当的诉讼利益。

4.探索构建以讯问录音录像为“独立第三方”的“讯问三方构造”

通过法律与技术设计，拟制讯问中的“中立第三方”，形成类似于诉讼构造的“讯问三方构造”。一是立法上以原则、规则、政策或具体法条形式，明确讯问录音录像在讯问程序中的独立地位，并以独立构造的定位设计相应的配套制度。二是明确讯

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

问录音录像的证据属性。既往公安机关或理论上对讯问录音录像“无证据属性化”、“证据载体”及“技术手段”的定位。因此,要改变司法实践对讯问录音录像的偏向性认知,以在证据属性上从工具载体向法定证据转变,削减讯问录音录像的独立构造运作的理论障碍。三是营造独立构造的规范环境。讯问录音录像的独立运行必须保证其具备规范化环境,以避免独立运行发生监督偏差或规制失效。如技术环境,升级讯问录音录像技术,通过大数据、人工智能等技术积极构建智能化办案场所,确保讯问录音录像的准确、高效、清晰、完整。又如主体环境,讯问录音录像独立构造的运行,起始阶段势必会引发侦查人员的抵触情绪,应当从制度价值、规范教育及业绩考核等多方面削弱侦查人员的抵触,使其逐渐适应并遵循讯问录音录像的独立构造定位。

(二)规范证据审查裁断方式

如上所述,讯问录音录像证据认证实践偏向明显。除了控方所提供的证据材料较于辩方具备明显优势、司法体制内的共识话语及“互相配合、互相制约”的形式原则作用外,在司法适用过程中,更大方面源自我国立法和司法对违法讯问录音录像所采取的是单一权衡排除原则[45]。但基于司法审判中权衡排除原则所显现出的考量标准不确定性、法官裁量任意化风险及裁判结果不可预测性等弊端,较多学者将研究视角转向域外国家,提出讯问录音录像违法情形证明可借鉴美国的“不利推定原则”,即违反录音录像制度通常会直接导致被告人供述被排除,除非控方能够证明存在例外情形[46]。但单纯的不利推定方式在司法适用上略显僵硬而缺乏裁断的灵活性。笔者认为,应确立“以不利推定原则”为主,“权衡排除”为辅的裁断方式,在具体适用中再融入“原则加例外”。

1.不利推定之直接排除

主要包含三类:一是对于“应当型”的讯问录音录像案件,公安机关或检察机关应当录音录像而未录音录像,以至于无法提供录音录像,应适用不利推定予以刚性排除,绝对否定证据能力,但不可抗力或突发事件除外。二是对于公安机关的讯问录音录像不具备全程性、同步性、连续性等法定规范要件的,一般情形下应当也予以排除,但允许公安机关或检察机关对此进行补正解释,相对否定证据能力。三是对于应当移送或调阅的讯问录音录像,公安机关或检察机关不予以移交法院的,应当对此作出不利推定,不能做出合理解释则应排除。上述三种情形都存在不同程度的主观故意,对于此类案件,如果被告方提出取证违法的质疑,法院不能以辩方未能提供取证违法相关线索或材料为由不予以采纳,并且只要发现公安机关“应录而未录”“应送而未送”等情形,检察机关或人民法院应主动启动非法证据排除程序,并直接推定侦查人员具有非法讯问行为,讯问笔录或口供等证据不具备自愿性。

2.例外之权衡排除

在不利推定原则中仍存在部分例外情形,这也是为了保证司法裁断的灵活性。公诉机关对己方的不利推定情形可作出合理的补正解释,但应当承担证明责任,即推翻或补正讯问录音录像不利结论的主体为公诉机关,对不利结论的推翻或补正解释应当满足“排除合理怀疑”的严格标准,原则上对“应录而未录”案件不予补正解释的权利。在此基础上,法官具备权衡裁量权,即要严格审查把控公诉机关用于补正解释的情况说明、侦查人员出庭作证或其他书面材料,避免不利推定原则的异化,并综合权衡个案中控辩双方举证质证意见、主观动机、秘密涉及、违法情节等情形,作出排除与否的决定。以权衡裁量排除的范围限缩及综合审查达到限制司法适用任意性。

3.不利推定之转化

对于“可以型”的讯问录音录像案件,或讯问录音录像存在闪屏、细微时间差距等类似瑕疵时,并不直接适用不利推定予以排除,而是法官依个案情况决定。但是上述情形也可能发生不利推定之转

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

变，即辩方提供线索或材料证明公安机关对“可以型”案件进行了讯问录音录像且存在违法取证情形的，或辩护人提供线索材料证明移送法庭部分虽合法但另一次讯问存在违法取证，若公安机关以“不属于应当录制”案件的理由拒绝移交或伪造不存在讯问录音录像的，则应适用不利推定，认定取证违法行为的存在。

4.确立讯问录音录像证据审查方式的切换形态

法院对讯问录音录像进行单一形式审查可能会导致法官裁量权的合理约束失控及滥用，并进一步引发侦查行为合法与否诉诸司法审查的救济流于形式，辩方诉权保障难，程序公正性难以落实。而单一实质审查完全化施行又不具备现实可行性，势必造成司法成本及资源的极大浪费。因此，有必要探寻形式审查与实质审查的中间区域，施行切换形态。以控辩双方有无争议及案件的重要性、复杂性等因素作为切换标准。如当案件简单，被告人认罪认罚，法院无异议或控辩双方对案件事实无争议时，可保持形式审查，以最大程度节约司法成本，集中力量于重大复杂案件。而对于辩护人虽认罪认罚，但法院对此持有怀疑、或控辩双方对案件事实有争议案件、或其他重大复杂案件，法院应当采取实质审查，整体偏向程序公正、质权充分保障及实体正义等方向，并以讯问录音录像全程、同步呈现于法庭、相关侦查人员及技术人员出庭并接受询问、相关证据的全面综合审查等为保障。

(三)强化裁判文书中的释法说理

数据显示，我国司法审判实践中涉及讯问录音录像证据运用的大部分裁判文书在法律引用形式不规范、推理过程混乱及缺乏选法理由等问题，直接影响了判决的权威性，并在结果效应上削弱讯问录音录像制度对公安机关的规制作用。因此，刑事裁判文书涉及讯问录音录像说理时，应当强化释法说理。结合《最高人民法院关于裁判文书引用法律、法规等规范性法律文件的规定》和《最高人民法院关于加强和规范裁判文书释法说理的指导意见》(以下简称“意见”)，法律说理规范化具体包含以下层次。

1.法律引用形式要保持完整化、准确化

《意见》第12、15条对此作出明确规定：“人民法院的裁判文书引用规范性法律文件释法说理时，应当准确、完整写明规范性法律文件的名称、条款序号，需要引用具体条文的，应当整条引用”。这是对裁判文书引用法律说理的最基本要求，也是影响司法裁判质量、裁判权威、说理信服力的关键因素。此外法律名称、条款及内容上的明确能够帮助辩方快速定位相关法律，并对法院法律引用的合理性、恰当性及有效性进行检验辨别，也是辩方查找辩护方向及行使权利的一种路径。尤其是涉及讯问录音录像等复杂或争议较大的裁判文书中，愈加要注意指明标示法律名称、条款及内容，或具体刑事原则及刑事政策。

2.法律说理依据要保持次序化[47]

首先，如何让公民在每一个司法案件中感受到公平正义，关键在于司法裁判文书要“有理有据”。《意见》对“有理”规定为“阐明事理、释明法理、讲明情理、讲究文理”，而“据”则应理解为“规范性法律文件”。可见，“有理”与“有据”二者之间既存在差异，但更多的是联系，二者在裁判文书中不能割裂适用。但同时二者也存在适用的先后层次——“先说理后据法”。我国传统定分止争的方式往往为“先礼后兵”，同样，法院在司法裁判文书中部分沿袭了此种形式，其中“说理”较为委婉，“据法”则较为强硬。针对讯问录音录像的争议性问题，对比“法院直接对辩护人展示争议相关法律条文，并作为唯一依据向辩护人进行告知并裁断”与“法院先对辩护人释之以事理、法理、情理、文理，再示之以具体法律条文”，显然无论在辩护人对司法裁判文书的信服力度、不利结果可接受性上，抑或司法裁判文书的合理性、法院裁断的权威性及定分止争价值的真正实现都具备明显优势。其次，法院进行裁判说理的依据除法律外还存在多种形式，如最高人民法院指导性案例、刑事政策、法理学说、立法说明

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

等。通过裁判文书说理这一透明的形式，法官向自己、当事人、上级法院以及包括法律专门职业共同体在内的社会公众说明裁判的过程和理由，论证事实认定和法律适用的正当性[48]，多种说理依据内部也应当具备次序性。因此，讯问录音录像在涉及诸多刑事规范性文件及其他依据时，其说理问题，可分为无争议的案件和有争议案件进行说理力度的繁简分流。针对无相关争议的案件，其裁判文书的说理形式可简。针对有争议且影响较大[49]的案件则应加强释法说理，且保持规范的释法次序。即，在法律有明确规定下，应遵循"先引基本法律，再引其他规范性文件""先引实体法——后引程序法"及"先引刑事法律规则——再引刑事法律原则——最后引其他规范形式的依据"的顺序。

3.裁判文书说理形式规范化的机制保障

呈现于控辩双方及社会的裁判文书的个体或整体规范依赖于诸多机制的共同作用，但仍然呈现一种循序渐进的层次。首先，对全国各级法院内具有指导意义且优秀的裁判文书进行定期收集、整理、汇编，从而对法官涉及讯问录音录像问题的释法说理形成引导、规范和教育功能；其次，法院将法官在裁判文书制作、文书规范及释法说理能力作为业绩考核指标，形成规制功能；再次，在统一性裁判文书质量规范下，对本级法院内部的裁判文书分季度、分年度定期进行质量评估与评价，并划分优、良、合格、差等层次，予以相应的奖励或惩处批评，形成差异激励功能。围绕法官主体在文书规范上的决定性作用，通过教育指导、考核提升、质量测评的渐次改进，最终在讯问录音录像的释法说理上，足够形成较多的裁判判例可以借鉴、足够探寻出讯问录音录像问题的多种说理释法方向、足以提升审判主体在讯问录音录像问题的说理能力，进而整体保障裁判文书说理形式的规范化。

感谢唐云阳帮忙收集整理论文资料，并提出修改意见。

注释：

①如2005年11月1日，最高人民检察院制定的《关于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)》《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技术规范(试行)》；2006年12月4日，最高检：《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)》及《人民检察院讯问职务犯罪嫌疑人实行全程同步录音录像系统建设规范(试行)》等。

②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157～158页。

③现行《刑事诉讼法》123条："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。录音或录像应当全程进行，保持完整性。"

④最高人民检察院《关于印发〈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〉的通知》(2014修订)第21条，实施讯问录音、录像，禁止下列情形：(一)未按照刑事诉讼法第121条和本规定对讯问活动进行全程同步录音、录像的；(二)对讯问活动采取不供不录等选择性录音、录像的；(三)为规避监督故意关闭讯问录音录像系统、视频监控系统的；(四)擅自公开或者泄露讯问录音、录像资料或者泄露办案秘密的；(五)因玩忽职守、管理不善等造成讯问录音、录像资料遗失或者违规使用讯问录音、录像资料的；(六)其他违反本规定或者玩忽职守、弄虚作假，给案件侦查、起诉、审判造成不良后果等情形的。

⑤《公安机关讯问犯罪嫌疑人录音录像工作规定》第4条规定，对下列重大犯罪案件，应当对讯问过程进行录音录像：(一)可能判处无期徒刑、死刑的案件；(二)致人重伤、死亡的严重危害公共安全犯罪、严重侵犯公民人身权利犯罪案件；(三)黑社会性质组织犯罪案件，包括组织、领导黑社会性质组织，入境发展黑社会组织，包庇、纵容黑社会性质组织等犯罪案件；(四)严重毒品犯罪案件，包括走私、贩卖、运输、制造

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

毒品，非法持有毒品数量大的，包庇走私、贩卖、运输、制造毒品的犯罪分子情节严重的，走私、非法买卖制毒物品数量大的犯罪案件；(五)其他故意犯罪案件，可能判处十年以上有期徒刑的。

⑥公安部关于印发《公安机关讯问犯罪嫌疑人录音录像工作规定》的通知(公通字[2014]33号)。三年计划是指“东部地区和执法办案场所规范化建设基础较好的地区，要力争在2015年实现对全部刑事案件讯问过程录音录像的工作目标；中西部地区要进一步加强执法办案场所的规范设置和使用管理，力争在2016年实现上述目标；个别执法办案场所规范化建设基础薄弱的地区，要积极创造条件，加快工作进度，加大资金投入，力争在2017年实现上述目标。

⑦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；秦宗文：《讯问录音录像的功能定位：从自律工具到最佳证据》，《法学家》2018年第5期等。

⑧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；李玉华：《侦查制度改革实证研究》，《中国刑事法杂志》2018年第6期等。

⑨马静华：《非法讯问与监控式讯问机制——以公安机关侦查讯问为中心的考察》，《法学家》2015年第6期。

⑩李玉华：《同步录音录像下单警讯问的突破》，《法学》2019年第4期。

⑪刘君瑜、肖慧：《在排除与采信之间：讯问录音录像瑕疵的检视与改造——基于463份裁判文书的实证分析》，《法律适用》2016年第1期。

⑫程金华：《迈向科学的法律实证研究》，《清华法学》2018年第4期，第149页。

⑬最高人民法院裁判文书网对下载裁判文书量、浏览页数等有限制，而无讼案例网下载相对便利，且与裁判文书网裁判文书的数量及更新速度差距不大，故本研究的数据最终选择无讼案例网。此外对无讼案例网访问的起止时间：2020年3月28日—2020年4月13日。

⑭如2017年最高人民法院、最高人民检察院、公安部等印发《关于办理刑事案件严格排除非法证据若干问题的规定》的通知、2017年最高人民法院印发《关于全面推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革的实施意见》的通知、2019年《公安部关于建立健全公安机关执法全流程记录机制的意见》、《最高人民法院刑事审判第二庭关于辩护律师能否复制侦查机关讯问录像问题的批复》等。

⑮同前引⑨，第122页。

⑯具体案号可参见：甘肃省天水市中级人民法院(2018)甘05刑初30号裁判文书、咸阳市秦都区人民法院(2018)陕0402刑初61号裁判文书、广西壮族自治区钦州市中级人民法院(2018)桂07刑初18号裁判文书、云南省云龙县人民法院(2018)云2929刑初27号裁判文书、浙江省平阳县人民法院(2017)浙0326刑初503号裁判文书、广西壮族自治区钦州市中级人民法院(2019)桂07刑初59号裁判文书、广西壮族自治区天峨县人民法院(2019)桂1222刑初22号裁判文书、广西壮族自治区钦州市中级人民法院(2019)桂07刑初10号裁判文书、四川省梓潼县人民法院(2019)川0725刑初17号裁判文书等。

⑰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。

⑱王戩：《论同步录音录像扩大适用的证据困惑与障碍破除》，《政治与法律》2013年第1期，第156页。

⑲张丽红：《论讯问录音录像制度功能的反思》，《法律适用》2014年第8期，第71页。

⑳沈德咏、何艳芳：《论全程录音录像制度的科学构建》，《法律科学》2012年第2期，第143页。

㉑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12页。

㉒具体案件可参见：山西省临猗县人民法院(2018)晋0821刑初69号裁判文书、贵州省织金县人民法院(2019)黔0524刑初234号裁判文书、江西省南昌市中级人民法院(2018)赣01刑初25号裁判文书、河南省新乡市中级人民法院(2018)豫07刑初6号裁判文书等。

㉓具体案件可参见：湖北省武汉市黄陂区人民法院(2018)

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

鄂0116刑初795号裁判文书、广东省英德市人民法院(2018)粤1881刑初425号裁判文书、陕西省石泉县人民法院(2018)陕0922刑初61号裁判文书、浙江省余姚市人民法院(2018)浙0281刑初1号裁判文书等。

㉔具体案件可参见:陕西省西安市鄠邑区人民法院(2019)陕0118刑初243号裁判文书、吉林省镇赉县人民法院(2019)吉0821刑初87号裁判文书、内蒙古自治区满洲里市人民法院(2018)内0781刑初35号裁判文书、吉林省白山市江源区人民法院(2017)吉0605刑初167号裁判文书、山西省临猗县人民法院(2018)晋0821刑初41号裁判文书。

㉕具体案件可参见:宁夏自治区石嘴山市大武口区人民法院(2018)宁0202刑初242号裁判文书、广东省肇庆市高要区人民法院(2018)粤1204刑初186号裁判文书、贵州省玉屏侗族自治县人民法院(2019)黔0622刑初151号裁判文书等。

㉖陈文琪:《侦查中录音录影与笔录可信性之关系》,《检察新论》2010第1期,第13页。

㉗孙谦:《关于修改后刑事诉讼法执行情况的若干思考》,《人民检察》2015年第7期,第9页。

㉘同前引③,第159页。

㉙陈瑞华:《论刑事诉讼中的过程证据》,《法商研究》2015年第1期,第84~87页。

㉚具体案号可参见:浙江省余姚市人民法院(2018)浙0281刑初1098号裁判文书、广东省惠州市惠城区人民法院(2018)粤1302刑初57号裁判文书、云南省昆明市呈贡区人民法院(2018)云0114刑初76号裁判文书等。

㉛陈瑞华:《论刑事诉讼中的过程证据》,《法商研究》2015年第1期,第88页。

㉜蔡艺生:《论情态证据的产生与认知原理》,《河南师范大学学报》2015年第2期,第69~73页。

㉝传统意义上的五听是指“辞听、色听、气听、耳听、目听”,以此进行案件裁定审理。而现代司法审判往往依据讯问录音录像中犯罪嫌疑人的外表形态、神态、语态、肢体动作等方面作为审查重点。

㉞此类文书案号可参见:广东省惠东县人民法院(2018)粤1323刑初250号裁判文书;黑龙江省伊春市红星区人民法院(2018)黑0715刑初4号裁判文书等。

㉟具体案件可参见:江苏省徐州市泉山区人民法院(2018)苏0311刑初20号裁判文书:“虽然辩护人不申请非法证据排除,但庭审过程中,本院亦注意到被告人袁克月的辩解,公诉人播放了被告人袁克月的讯问录音录像,出示了入所健康检查表,并结合其他证据举证质证,足以证明公安机关讯问时未对被告人袁克月进行刑讯逼供,被告人袁克月的辩解无事实依据。”

㊱具体案件可参见:江苏省江阴市人民法院(2019)苏0281刑初2272号裁判文书、湖北省武穴市人民法院(2017)鄂1182刑初439号裁判文书、青海省门源回族自治县人民法院(2018)青2221刑初78号裁判文书等。

㊲具体案件可参见:广东省惠东县人民法院(2018)粤1323刑初250号裁判文书、江西省南昌市青山湖区人民法院(2017)赣0111刑初563号裁判文书、新疆伊犁州伊宁市人民法院(2019)新4002刑初934号裁判文书等。

㊳秦宗文:《讯问录音录像的功能定位:从自律工具到最佳工具》,《法学家》2018年第5期,第157页。

㊴马静华、纵博:《讯问录音录像:功能定位与司法适用——以刑事诉讼制度改革为背景》,《西南民族大学学报》2014年第10期,第95页。

㊵湖北省武汉市中级人民法院(2017)鄂01刑终1043号裁判文书。

㊶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103页。

㊷岳耀勇、范跃红:《浙江:试行随案移送讯问录像》,载“正义网”,http://www.jcrb.com/n1/jcrb494/ca265138.htm,最后访问日期:2020年4月23日。

㊸裘晓薇:《移送录音录像光盘确保案件审理质量》,《合肥晚报》2012年4月28日,第12版。

㊹卢志坚、葛东升、钟艳艳:《移送五类案件需同时移交全程录像光盘》载“正义网”,http://www.jcrb.com/xztpd/2012zt/201203/xxsfxxpxhd/djxxdfxxsfpx/201204/t20120405_837279.html,最后访

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

问日期:2020年4月23日。

㊺权衡排除是指存在讯问录音录像违法情形时,法官应依人权保护与公共利益之均衡维护及比例原则,酌违法情节、主观意图、对被告人防御权侵害等因素,进行权衡裁量、这也给法官对公诉证据的合法性定性及对辩方对讯问录音录像违法质疑采纳予以较大的自由裁量空间,操作性较大。

㊻同前引㊴,第94页。

㊼周尚君、邵珠同:《核心价值观的司法适用实证研究——以276份民事裁判文书为分析样本》,《浙江社会科学》2019年第3期,第45页。

㊽王亚新:《日本的民事裁判文书:说理的形式和方法》,《人民法治》2015年第10期,第24页。

㊾下列涉及讯问录音录像的案件裁判文书,应当强化释法说理:疑难、复杂案件;诉讼各方争议较大的案件;社会关注度较高、影响较大的案件;宣告无罪、判处法定刑以下刑罚、判处死刑的案件;新类型或者可能成为指导性案例的案件;抗诉案件;二审改判或者发回重审的案件;重审案件;再审案件;其他需要强化说理的案件。

An Empirical Study on the Use of Audio and Video Recordings of Interrogation

Cai Yisheng

Abstract: Since the amendment of the criminal procedure law taking effect in 2018, there is basically no empirical study investigating the overall judicial pattern and effect of the application of the law governing the audio and video recordings of interrogation. According to the statistical analysis of 493 judicial documents, the use of audio and video recordings of interrogation increases year by year, but the use presents significant geography disparity; The use of audio and video recordings in cases where the use is mandatorily required is far less than cases non-mandatorily required; The rate of transferring audio and video recordings of interrogation along with case file is remarkably low; Audio and video recordings of interrogation are taken in various forms; The function of evidence of audio and video recording of interrogation is diverse; The reasons for questioning the illegality of interrogation based on audio and video recordings of interrogation are various; Most of the review of audio and video recordings of interrogation is merely in name. The problems revealed by this study include, the standards of conducting audio and video recordings of interrogation are still unclear and a vast grey area remains; The practice orientation of audio and video recordings of interrogation is obvious, which does not meet the legislative expectation; Some judges lack experience and ability in reviewing audio and video recordings of interrogation, which affects their authority. The proposed improvement methods are as follows, enforcing a rigid system to regulate interrogation recording and video recordings and undercutting the discretion of investigation department, enforcing the adverse inference rule in major play and putting the balancing test approach to exclusion in supplement; standardizing the explanation and reasoning of the use and examination of audio and video recordings of interrogation.

Key words: Audio and video recordings of interrogation; Evidence competency; Evidence functions; Evidence examination; Explanation and reasoning

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/