

# 新刑法中侦查讯问同步录音录像 的程序规制: 困境与出路

王 永 杰

(华东政法大学科学研究院, 上海, 201620)

**摘 要:** 虽然我国新刑法已经明确确立了录音录像制度,但是依然存在选择性录音录像、录音录像证据移送不明确、控辩双方缺乏有效质证,以及不录音录像后果不明确等问题。基于对这些问题成因的分析,建议有关部门应当在借鉴域外有关立法和司法经验的基础之上,对录音录像证据的诉讼地位、录音录像的案件范围、质证问题以及违反录音录像规定的后果等问题予以进一步明确、完善,以确保该项法律制度能够得到良性运行。

**关键词:** 侦查讯问; 同步录音录像; 程序规制

2012年通过的新刑法已于2013年1月1日起实施,其中部分内容进行了重大调整与修改。在其调整的众多内容中,作为保障侦查讯问程序合法的录音录像制度被确认。新刑法第121条规定:对于犯罪嫌疑人可能被判处无期徒刑、死刑的案件,侦查人员讯问时应当予以录音录像,对于其他案件,侦查人员可以录音录像。录音录像制度对于保障侦查讯问行为的合法性、预防刑讯逼供行为的发生具有重要意义。因此,理论界和实务界对于侦查讯问录音录像制度予以研究的较多,尤其是最高人民检察院提出职务犯罪侦查录音录像分三步走的规划之后,对于录音录像制度的研究更加活跃。

但是,纵观各项研究,多是从录音录像制度的实体性角度和具体操作守则等方面进行分析,而对于录音录像制度等有关程序性权利的研究少之又少,仅有的研究也只是在对相关实体问题进行阐述的过程中对其简要进行分析。本文认为,录音录像制度作为新刑法中规定的一种侦查措施,对其程序性相关问题进行研究才是最紧迫应当予以考量的问题。对此,本文也以此为基点,对侦查讯问同步录音录像的有关现状和问题进行分析,并就域外有关录音录像的程序性规定探讨,以期构建我国完善的讯问录音录像制度提供可资借鉴之处;最后提出本文对完善录音录像制度的观点,包括明确录音录像证据的诉讼地位、规范录音录像的程序、明确违反录音录像的实体性和程序性后果等。

## 一 侦查讯问录音录像的困境

侦查人员的先天职责是收集证据、抓获犯罪嫌疑人,所以侦查人员往往具有较多资源,其权力具有扩张性等特点。据此,“警察被认为是一个必须对其保持连续警惕性的群体,从而防止其毫无顾忌和暴虐地滥用职权。”<sup>①</sup>事实上,侦查人员滥用职权对犯罪嫌疑人等采取相应措施,进行不正当讯问等情况时有发生,并在实践中造成大量的冤假错案。我们尽管不能说不正当讯问如刑讯逼供等会必然会造成冤假错案,但几乎每一起冤假错案的背后都有不正当讯问的影子。因此,公众对于如何保障侦查人员讯问行为的合法性也就成为至关重要的一项难题。在此,录音录像制度被引入我国。但是,该制度在我

<sup>①</sup> 万毅著《程序如何正义》,北京:中国人民公安大学出版社,2004年,第135页。

国的运行却遇到了诸多阻碍。

有关录音录像制度的理论探讨和实践探索早已有之。最高人民检察院在2005年提出了三步走计划,以逐步推进自侦案件同步录音录像制度的实施。<sup>①</sup>此后还有部分法律法规也对讯问录音录像制度进行了规定,如两高三部于2007年3月9日联合发布的《关于进一步严格依法办案确保办理死刑案件质量的意见》第11条,公安机关1998年颁布《公安机关办理刑事案件程序规定》第155条<sup>②</sup>、184条第3款<sup>③</sup>等等。除立法已经对录音录像进行了规定之外,在司法实践中有关部门也对录音录像的具体适用进行了积极探索,进行了大量试点。除此之外,全程同步录音录像还对侦查人员讯问技巧、讯问行为合法性等具有促进和保障作用。正如高检院有关负责人所指出的“讯问进行同步录音录像的意义重大:讯问中的不文明用语逐渐消失,讯问人员的讯问技巧得到提高,证据意识慢慢增强,执法观念、办案方式得以改变,侦查水平同样得到提高……”<sup>④</sup>虽然同步录音录像在具体的司法实践探索中取得了一定的作用,但是在新刑法颁布实施之前,录音录像制度并没有在全国范围内得到推广。即使在检察机关内部对于职务犯罪的侦查已经有了全程同步录音录像的规定,但依然存在较多的问题,对于该制度功能的充分发挥产生了较大负面影响。

## (二) 困境

录音录像制度在司法具体运作过程中所产生的问题,已有较多学者已经进行了详细归纳。本文主要阐释目前录音录像制度存在的而又鲜为涉及的内容。

1. 同步录音录像证据不移送,双方难以进行有效质证。在刑事诉讼中,犯罪嫌疑人、被告人有权获得辩护人的帮助,辩护人就可以就控诉方所获取的证据和查明的案件事实进行质证。然而,其进行有效质证的前提是辩方能够明确知晓该证据的存在,据此新刑法第38条规定了辩护方的阅卷权<sup>⑤</sup>,第172条规定了检察院起诉的全案移送制度<sup>⑥</sup>。这些规定就是为了保障辩护方能够对控方所掌握的事实和证据有所了解,并为质证做充足准备。然而,在实践中,由于对侦查人员讯问录音录像的证据种类定位问题没有明确界定,侦查秘密、讯问技巧的不方便透露、根本没有录音录像等原因,致使实践中出现不移送录音录像证据的情形。这意味着辩方和法庭根本无从知晓该证据,从而根本无法对其从保障被告人权益的角度进行有效质证,影响该制度功能的充分发挥。

2. 选择性同步录音录像。根据一般理解,所谓选择性的同步录音录像是指侦查讯问人员在对犯罪嫌疑人进行讯问的时候,不是连续同步的进行录音或者录像,而是对于自身有利的予以录音录像,而对自己不利的,尤其是对于实施了不正当手段进行讯问的,则不予录音录像。虽然这种情况在实践中也有可能发生,但是随着科学技术的发展,尤其是鉴定技术的发展,此种意义上的选择性录音录像具有逐渐减少的趋势。然而,我们对于另外一种选择性录音录像,或者说是广义上的录音录像却有必要给予更多的关注。“同步录音录像只能说明在录音录像的讯问当时,不存在违法问题,但是对供述前有没有发生违法情况、犯罪嫌疑人有没有受到精神强制乃至刑讯逼供、讯问是不是犯罪嫌疑人在意志自由情况下的自行表达等问题,讯问的音像资料却无法予以证明。……对于在讯问前,就及早使用不当手段

① 最高人民检察院于2005年12月下发《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(试行)》,提出了在全国推行讯问职务犯罪嫌疑人同步录音录像的“三步走”计划:第一步,从2006年3月1日起,全国检察机关办理职务犯罪案件讯问犯罪嫌疑人必须全程同步录音;同时,最高人民检察院、省级人民检察院、省会(首府)市人民检察院、东部地区州市级人民检察院办理贿赂案件和其他职务犯罪要案,讯问犯罪嫌疑人时还必须全程同步录像。第二步,从2006年年底开始,中西部地区州市级人民检察院和东部地区县级人民检察院办理贿赂案件和其他职务犯罪要案,讯问犯罪嫌疑人必须全程同步录音录像。第三步,从2007年10月1日开始,全国检察机关办理职务犯罪案件讯问犯罪嫌疑人必须全程同步录音录像。

② 公安机关对于公民扭送、报案、控告、举报或者犯罪嫌疑人自首的……必要时,公安机关可以录音。

③ 讯问犯罪嫌疑人,在文字记录的同时,可以根据需要录音录像。

④ 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。

⑤ 新刑法第三十八条规定“辩护律师自人民检察院对案件审查起诉之日起,可以查阅、摘抄、复制本案的案卷材料。其他辩护人经人民法院、人民检察院许可,也可以查阅、摘抄、复制上述材料。”

⑥ 新刑法第一百七十二条规定“人民检察院认为犯罪嫌疑人的犯罪事实已经查清,证据确实、充分,依法应当追究刑事责任的,应当作出起诉决定,按照审判管辖的规定,向人民法院提起公诉,并将案卷材料、证据移送人民法院。”

‘说服’或‘制服’了犯罪嫌疑人,制造了合法假象的‘聪明’的侦查人员,录音录像无能为力。”<sup>①</sup>也即,对于侦查人员在录音录像之前就实施了不合法行为的情形,录音录像根本无法起到应有的作用,而这实际上也应当作为选择性录音录像的一种。该选择性录音录像在实践中可能更隐蔽,更难证明,因为在一定程度上,录音录像成为其讯问行为合法性的有力证明。

3. 录音录像的中止和移送法院程序不明确。在刑事诉讼中,录音录像的程序不明确也是一直困扰司法实践的一项难题,包括录音录像的录制、中止、保存、提交,等等,这些都将直接影响录音录像证据的证据能力和证明力问题,从而最终将对侦查人员讯问行为的合法性认定产生影响。对于录音录像的录制程序、保存程序和提交等内容,众多学者都进行了研究。但是,对于录音录像资料中的二项重要内容,一是录音录像的中止程序以及录音录像证据的移送法院程序等却没有多加探讨,在实践中也缺乏相应的规定,侦查人员操作起来也比较随意。本文认为,录音录像的中止程序是防止选择性录音录像的重要手段,而移送法院程序是帮助辩方对其进行有效质证和对讯问行为的合法性进行证明的必备条件。因此,录音录像的中止和移送法院程序的缺失也必将影响该制度的量刑运行。

4. 拒绝录音录像的后果不明确。实际上,录音录像除能够有效保障犯罪嫌疑人免受侦查人员的不法讯问的同时,录音录像也能防止犯罪嫌疑人、被告人随意翻供,无理指控侦查人员采取了刑讯逼供行为。此外,传统侦查人员采取手录的方式记录犯罪嫌疑人的供述,一来有可能导致讯问过程缓慢,无法趁胜追击;二来也有可能遗漏相应的信息,为辩护方就讯问笔录的证据能力和证明力在法庭上提出异议提供机会,而录音录像能够有效解决该问题。但是,就目前司法实践情况来看,在讯问过程中处于弱势地位的往往是犯罪嫌疑人,其更多可能遭受来自讯问人员的不法行为,也可能最终由于被迫提供与讯问人员预期一样的口供而获得有罪判决,造成冤假错案。据此,就目前情形,录音录像的作用更多是从维护犯罪嫌疑人、被告人角度来考量的。然而,虽然新刑事诉讼法明确规定了应当录音录像,却没有规定不录音录像的后果如何。也即,侦查人员是否会因为没有进行录音录像而遭致不利益并不明确,这难免会纵容一些故意的非法行为的存在,而架空录音录像制度。

此外,还存在着如录音录像的保存、持续时间等问题,但囿于其他文章已经有所涉及且已比较全面,故在此不再赘述。

## 二 录音录像困境的成因分析

讯问是获得证据的一个重要侦查措施,正如美国大法官福兰克福特所言“尽管现代社会在犯罪侦查技术方面不断取得进步,但是犯罪常常是秘密实施的。如果无法找到该犯罪的普通证人,那么,假如警察调查不想原地踏步不动的话,除了寻找有罪的证人并讯问他们别无他法。这里有罪的证人是指那些正是因为他们被怀疑涉嫌了犯罪而被怀疑对犯罪情况有所了解的人。”<sup>②</sup>那么,如果犯罪嫌疑人拒绝回答,或者故意做虚假供述时,出于破案、考核业绩等原因,难免侦查人员就会在讯问时采取“必要的手段”。因此,“实行讯问职务犯罪嫌疑人全程同步录音、录像,是法治进步的时代要求,是推进司法改革的重要产物,是促进检察机关转变职务犯罪侦查模式的助推器。”<sup>③</sup>

### (一) 录音录像证据的诉讼地位不明、证明效力不明

在刑事诉讼中,虽然新刑事诉讼法明确规定侦查人员对于特定案件需要进行录音录像,但是录音录像证据的诉讼地位却没有明确,即录音录像属于何种证据?是犯罪嫌疑人、被告人供述和辩解还是属于视听资料?亦或是属于证人证言,或者证据种类中的新类别——电子数据?对此,新刑事诉讼法没有明确,在理论和实务界也没有统一的定论。如果讯问录音录像证据属于新刑事诉讼法中的一种证据,根据规定,

① 方工:《讯问犯罪嫌疑人除同步录音录像还缺少一方》,《法制日报(周末版)》2009年5月7日。

② 宋英辉、吴宏耀著:《刑事审判前程序研究》,北京:中国政法大学出版社,2002年,第149页。

③ 王振川:《坚定不移地实行讯问全程同步录音录像制度》,《人民检察》2007年第8期。

其在诉讼中应当与其他证据一样需要随案件全案移送,并在庭审中接受控辩双方的质证。如果其不属于新刑事诉讼法规定的证据种类,其则无需被移送,也无需接受控辩双方的质询。据此,在录音录像证据的诉讼地位不明的情形下,则势必会造成诉讼中有关部门操作不一致的情形,当事人对于提取录音录像、就录音录像的证据能力和证明力等问题难以形成有效异议,从而达到自身的诉讼目的。

## (二) 违法录音录像规定的后果不明确

任何一项制度的有效运行,尤其是录音录像制度的运行目前更多的是保障犯罪嫌疑人免受侦查人员的不法行为的侵害,都需要相应的措施予以保障,尤其是对于国家公权力机关不作为的情形下,应当对有关人员和机关采取相应的制裁性措施,以剥夺其获取的非法诉讼利益。但是,在录音录像制度中,新刑事诉讼法仅仅是规定了侦查人员在特定情形下应当录音录像,但是对于应当录音录像而不录音录像的情形,刑事诉讼法却没有规定相应的制裁性措施。也即,即使对于犯罪嫌疑人可能被判处无期徒刑、死刑的案件,如果侦查人员没有进行录音录像也依然不会遭受到任何的不利益。本文认为,这种只有相应的规定,而没有配套的制裁措施的制度的运行必然会受到阻碍。

## (三) 录音录像制度中的权利保护缺位

所谓录音录像制度中权利保护缺位,是指在该制度中,法律法规对于辩护方权利的保障存在一定的缺陷。我国侦查行为具有一定的行政化色彩,虽然新刑事诉讼法改善了犯罪嫌疑人的权利保障,但是犯罪嫌疑人与侦查机关之间的能力依然存在较大差距。在录音录像制度中,侦查机关的该种权力具有难以被质疑。新刑事诉讼法明确规定,对于犯罪嫌疑人可能被判处无期徒刑、死刑的案件应当录音录像,而对于其他案件可以予以录音录像。这实际上是赋予了侦查人员绝对的决定权,而辩护方没有录音录像的选择权、异议权和拒绝权。也即,如果辩护方认为侦查人员对于应当录音录像而没有录音录像,或者录音录像违法,或者其不希望录音录像的,缺乏救济性权利,造成双方诉讼明显的不平衡。这也是造成录音录像制度无法充分发挥其应有功能,运行受阻的原因之一。

## (四) 录音录像制度运行的配套措施缺失

任何一项制度都需要有相应的措施与之相配套方能产生相应的效果。录音录像制度虽然在理论界已经探讨的较多,在部分地区,尤其是在检察院系统内部已经在尝试运用该制度,但其作为刑事诉讼法明确规定的制度,在立法和司法层面必然需要其他措施与之配套。但在新刑事诉讼法中,以及已经在运行的司法实践中,都没有形成完善的配套体系,包括:讯问人员和录音录像人员分离制度,录音录像的保存、移送等制度,适用录音录像的具体案件范围,完全的非法证据排除制度,不法行为(如刑讯逼供等)的证明责任倒置制度,等等。这些制度的缺位必然会最终影响录音录像制度的效果,这也是造成目前录音录像制度功能阻碍的重要原因。

当然,造成上述现象的原因包括但不限于上述几项内容,除此之外还包括现有司法资源的欠缺和分配不均、技术侦查手段及侦查水平的限制、侦查机关的绩效考核指标、证据瑕疵可能被方大、讯问策略可能泄露等等。但限于篇幅和其他文章对该些原因已经分析较为完善,故不再对其予以阐述。

# 三 域外侦查讯问录音录像程序性规制启示与挑战

“正当法律程序”是各国刑事诉讼体现的基本法学理念,正如美国大法官所认为的,“程序的公正和合理是自由的内在本质”,如果有可能的话,人们宁愿选择通过公正的程序实施一项暴戾的实体法,也不愿意选择通过不公正的程序实施一项较为宽容的实体法。<sup>①</sup> 侦查讯问录音录像制度作为正当程序的一项重要内容,在国外起步较早,并且大多从该程序的启动,到录音录像资料的保存,再到该录音录像证据的运用等都形成了一整套完整的体系。因此,对域外侦查讯问录音录像有关程序性内容的了解和

<sup>①</sup> Christopher Osakore, *the Bill of Right for the Criminal Defendant in American Law*, in *Human Right in Criminal Drocedwce*, 1982, by Marinas Nijhoff Publishers, p. 260.

掌握,将无疑有助于我国录音录像制度的完善。鉴于域外有关该问题的研究起步最早的为英国,并且其也非常完备,故本文主要对英国录音录像程序性规定的内容予以探讨。

英国对于是否应当设立侦查讯问录音录像制度在其实践中最初遭受到诉讼各方的反对<sup>①</sup>,但是经过一定时期的试验和诉讼方,尤其是侦查人员、检察人员和法官观念的转变,录音录像制度逐渐成为实践中广受欢迎的一项制度。正如英国诺丁汉郡警察局原副局长 Tom Williamson 所认为的“书面笔录传递的信息显然不如录音带或者录像带,因此对于警方来讲,最好的办法是通过播放录音或录像带来出示相应的证据,也就是说播放录音带的证明效力显然比笔录这种传来证据更能发挥证明作用。”<sup>②</sup>同时,录音录像不仅能够形成对辩护方权利的有效保障,而且还能形成对侦查人员自身侦查行为合法性的有效证明。<sup>③</sup>在录音录像立法中,英国经过长达 20 余年的论争和反复试验,最终于 1988 年通过了《警察与刑事证据法守则 E》<sup>④</sup>,即《会见嫌疑人录音操作守则》,正式从立法上确立了讯问录音制度,只要是警察对犯罪嫌疑人进行讯问就得进行录音,讯问地点并不局限于警局。2002 年,英国又通过了《警察与刑事证据法守则 F》<sup>⑤</sup>,即《会见嫌疑人有声录像操作守则》,确立了讯问录像制度。

两大守则对于录音录像的案件范围予以了明确规定。在《守则 E》中,其明确规定,在原则上如果嫌疑人的行为时可诉之罪,侦查讯问人员就应当予以录音。当然,这只是原则上的规定。对于可诉之罪的行为,如果是符合以下三项情形之一的,侦查人员可以不进行录音录像:(1) 犯罪行为涉嫌国家秘密,或者该行为是恐怖主义犯罪案件;(2) 在较短时间内如果不具备录音设备或者虽然有录音设备,但该设备存在故障,并在短时间内无法消除该故障的;(3) 犯罪嫌疑人明确表示不会就侦查人员未录音的行为进行起诉的。另外,在《守则 F》中,也对录像的案件范围予以了明确规定,其总体分为两部分,一部分是一定要进行录像的,一部分是可以不进行录像的例外规定。前者包括三种情形:(1) 犯罪嫌疑人或者其代理人、辩护人要求进行录像的;(2) 如果被讯问人为聋哑人或者语言表达有障碍的人;(3) 侦查人员在合适成年人在场的时候进行讯问的。<sup>⑥</sup>如果侦查人员在讯问准备录像时,如果犯罪嫌疑人拒绝进入特定的录像场所,导致无法进行录像,并且授权官员有合理理由认为,如果因为犯罪嫌疑人拒绝进入该场所就不讯问会导致诉讼延迟的,侦查人员可以不进行录像。

如果在录用录像过程中出现法定情形,侦查人员也可以中止录音录像,对此,两大守则也进行了规定,具体情形两种:一是,由于讯问时间较长,在讯问中途进行休息的,应当中止录音录像;二是,如果在录用录像过程中,如果设备发生了故障,无法正常进行录音录像的,那么,侦查人员应当在故障排除后,继续录音录像,但侦查人员在重新录制时,应当就所发生的事情做出合理的解释。如果故障无法排除,那么,讯问人员可以在获得羁押官的许可授权后,以书面记录方式继续讯问,或者中止讯问。

在刑事诉讼中,在特定情形下,有可能出现犯罪嫌疑人反对录制的情形,对此,该如何处理,英国两大法则规定了三种情形:一是,犯罪嫌疑人在讯问人员开始讯问之前,或者在讯问过程之中,其反对录音录像的,讯问人员应当将该反对情况录制下来,并终止录音录像;二是,如果被讯问人员拒绝将其反对录音录像的异议录制下来的,讯问人员应当将其终止的原因录制下来,并同时终止录制;三是,在《守则 E》中,即使被讯问人员拒绝录音的,如果讯问人员有合理的理由认为其应当继续录音的,可以继续对被讯问人员进行录音。

① John Baldwin, *The Police and Tape Recorders*, *The Criminal Law Review*, 1985, 11: 696.

② [英] Tom Williamson 《讯问录音制度: 监督、培训讯问人员的科技手段》,载《法制日报》2008 年 1 月 20 日第 16 版。另可参见: S. H. Bailey, et al, Smith, *Bailey and Cunn on The Modern English System*, Sweet & Maxwell, 2002, p. 847.

③ Mike MaConville, *Videotaping Interrogation: Police Behavior on and off Camra*, in *Criminal Law Review* 541 (1992).

④ Susan Nash, Andrew Choo, *Avoid Miscarriages of Justice: Developments in the Use of Technology to Record Police Interrogation in England and Wales*, Paper for the 16<sup>th</sup> International Conference of International Society for the Reform of Criminal Law, <http://www.isrcl.org/Papers/Choo%20and%20Nash.pdf>.

⑤ Police and Criminal Evidence Act (Code F-Code of Practice on Visual Recording with Sound of Interviews with Suspects) [DB/OL] [2010-1-3]. [http://police.homeoffice.gov.uk/publications/operational-policing/PACE\\_Chapter\\_F2835.pdf?view=Binary](http://police.homeoffice.gov.uk/publications/operational-policing/PACE_Chapter_F2835.pdf?view=Binary).

⑥ 翁怡洁《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 5 期。

可见,英国的讯问录音录像制度已经十分完善,无论是对于录音录像的范围、中止、犯罪嫌疑人的拒绝权等都有完善的规定。在大陆法系中,对于录音录像制度的研究也比较多,但是在具体司法实践中,其主要是通过犯罪嫌疑人的程序选择权来实现的<sup>①</sup>。我国录音录像制度的立法性规定起步晚,内容较为粗糙。据此,英国完善的讯问录音录像制度对我国录音录像制度的进一步完善将无疑发挥重要的借鉴作用。但是,英国的司法体系与我国的体系,无论是在诉讼传统、思维模式,还是在基本国情、司法实践等方面都存在显著差别。据此,我们在完善录音录像制度,借鉴英国有益经验的时候,也应当注意与我国本土司法实践的具体情形相吻合,以确保我国的讯问录音录像制度能够得到有效运行。

#### 四 完善侦查讯问录音录像措施

对于录音录像制度的完善,首先应当明确,该制度的设立无论是犯罪嫌疑人还是自身都能从中获取相应的诉讼利益,在一定程度上甚至获利更多的是侦查人员。因此,从该层面来看,侦查机关、侦查人员应当更加注重该制度的完善。对此,针对该制度在运行中存在的主要问题,本文认为可以从以下几方面予以完善。

##### (一) 明确录音录像证据的诉讼地位

刑讯逼供发生的根本原因是侦查讯问程序的封闭性,因此世界各国侦查讯问程序改革的趋势是增强讯问程序的透明度和公开性;而对侦查讯问过程进行同步录音、录像的目的就是增强程序的透明力度和公开性,防止刑讯逼供。”<sup>②</sup>实则正如上文所述,讯问录音录像制度对于犯罪嫌疑人和侦查人员双方来讲,都具有利益。正如英国 MaConville 法官所认为的“一方面,不仅保护犯罪嫌疑人的陈述正确记录下来,而且他有机会经过同期录音对每个回答问题进行检查;另一方面,这也是对警察的保护,保证他们不被认为是用不恰当的方式允诺得到口供。”<sup>③</sup>但是,“证据证明在实践中后者通常能得以实现,但是却往往牺牲了前者”<sup>④</sup>。为预防诸如该等情况出现,保障录音录像功能的充分发挥,我们首先应当对录音录像证据的诉讼地位予以明确。即该录音录像属于何种证据?因为其是否是刑法规定的证据种类,将直接决定着该材料是否应当随案移送?是否应当质证等等。对此,在学界存在不同的观点:有学者认为,录音录像是由视频记录,应属于视听资料;有学者认为,录音录像是记录犯罪嫌疑人接受讯问情况,应属于口供;有学者认为,录音录像只是证明侦查人员讯问行为的合法性,只有在当事人对口供笔录的合法性提出抗议时方应展示,因此录音录像不是刑法规定的证据形式,等等。对此,本文认为,一项材料是否属于刑法规定的证据形式,属于何种证据形式,均不能一概而论。如遗留在现场的一本日记本,如果是以日记本中记载的内容才证明犯罪事实,那么其属于书证;如果是以其外在形态、所处方位来证明案件事实,那么其属于物证。因此,对于录音录像证据的形式也不能一概而论:如果是以其所记载的内容来反应犯罪嫌疑人所做的供述,应属于口供;如果是以其来证明侦查人员讯问行为的合法性,应属于视听资料;如果是以其反应犯罪嫌疑人检举、揭发他人的犯罪事实,则应属于证人。因此,本文认为,对于有录音录像证据的诉讼地位应当视案件的具体情况而定,根据不同情况,结合其应当的诉讼地位来决定其相应的诉讼程序,尤其是解决是否移送法院的程序。

##### (二) 录音录像的案件范围

录音录像的案件范围决定着该制度在多大程度范围内能够发挥功能。域外对于录音录像范围的规定多是以录音录像为原则,而以不录音录像为例外,但是鉴于我国的国情和法律文化传统等与域外法律确实存在不同,不能完全照搬域外的有关规定。我国新刑事诉讼法明确规定,对于可能被判处无期徒

① 当然,录音录像制度对于警察来讲,也可以使得他们从繁重的笔录记录任务中解脱出来。

② 万毅著《程序正义的中心:底限正义视野下的侦查程序》,中国检察出版社 2006 年,第 178 页。

③ Mike MaConville, Videotaping Interrogation: police Behavior on and off camera [1992] Criminal Law Review 541.

④ Mike McConville, Controlling Police Interrogation: The English Experience and a Cautionary Tale. 转引自樊崇义、顾永忠主编《侦查讯问程序改革实证研究》,中国人民公安大学出版社 2007 年,第 283 页。

刑、死刑的案件，应当予以录音录像，而对于可能被判处其他刑罚的案件可以进行录音录像。刑事诉讼作为一个程序，其包含侦查、起诉、审判等环节，而根据罪法定原则和法院终局性裁判原则，任何人只有在经过法庭的审判并确定有罪之后，方能决定对其所判处的刑罚。也即，在侦查阶段、审查起诉阶段，我们根本无法预计其最终的判决结果如何。如果侦查人员认为其应当被判处无期徒刑，而法院最终并没有判决无期徒刑的，如果侦查人员进行了录音录像，当然不违反法律规定；但是，如果侦查人员认为其不应当被判处无期徒刑、死刑的案件，而法院最终判处被告人无期徒刑、死刑的，如果侦查人员没有录音录像，那么这势必会导致录音录像制度强调的重大案件应当录音录像的目的难以得到实现。据此，新刑法的该规定可能会产生如下问题：侦查人员可能会出于各种目的，随意认为犯罪嫌疑人是否可能被判处无期徒刑、死刑，从而影响该制度的良性运行。对此，本文认为，有关部门可能就该条进行相应的解释，进一步明确录音录像的适用范围，以提高该条的可操作性，如可以规定造成他人人身伤亡的案件、危害国家安全的案件、恐怖活动案件应当录音录像等<sup>①</sup>。

上述只是从积极方面探讨录音录像的范围，但是在特定情形下，即使符合相应规定，应当进行录音录像的，但由于又具有其他情节的，侦查人员即使没有录音录像，其也应当不会因为程序违法遭受诉讼不利益。对此，台湾的录音录像制度规定例外的“紧迫情况”，但法条中并未对具体情形作出明确列举或规定，根据台湾法学专家的解释，此处的“紧迫情况”是指“乃应认为指临时无录音设备或录影设备可用，且如不即时侦讯，恐不能阻止新犯罪发生，或犯罪结果发生、加重或扩大，或共犯脱逃等情形而言，始妥当。”<sup>②</sup>本文认为，我们可以借鉴该观点，即如果在无法及时录音录像的情形下，如果会导致新的犯罪行为的发生、共犯逃脱、或者使得危害结果扩大，则可以不录音录像。当然其具体情形应当根据我国的具体国情，具体可以参见律师对并委托人保密权的例外的规定。但是，对于应当录音录像而没有录音录像的，侦查人员应当在笔录中说明相应的情况，并让嫌疑人签名确认。

### （三）录音录像的质证：展示范围的限制

上文已经明确了录音录像证据的诉讼地位，即应当根据其所要证明的事实内容来明确其地位。那么，对相应诉讼地位的证据的质证即是我们应当予以明确的另一个重要问题。当然，由于录音录像毕竟是发生在侦查阶段，毕竟是侦查人员对犯罪嫌疑人的讯问全过程的记录，其中包含大量的讯问技巧、侦查秘密内容。因此，产生一个问题，即对于录音录像证据的质证，在法庭之上是否可以允许全部人观看？是否应当对讯问录音录像证据全部展示？如果允许全部旁听人员观看，是否会造成侦查秘密和讯问技巧的泄露？是否会造成将来讯问的阻碍？另外，对于录音录像证据是否应当全部展示？如果全部展示，由于讯问时间往往比较长，是否会影响庭审时间，造成诉讼效率的低下？是否会将侦查秘密、讯问技巧等暴露？如果部分展示，如何保障录音录像的连续性？如何保障录音录像制度设立的初衷——讯问行为的合法性得以实现？

对此，本文认为，在对录音录像证据的庭审质证过程中，如果当庭全部展示录音录像证据，在实践可能性层面具有不可操作性。因为，录音录像作为对犯罪嫌疑人讯问行为的一种固定，其讯问过程必然具有时间较长的特性，如果当庭播放，必然导致庭审的严重滞后，诉讼效率的急剧下降，在我们已经不堪重负的司法资源情境下，显然不具有可操作性<sup>③</sup>。那么，这就意味着，对于录音录像证据的连续性和合法性的审查问题。对此，本文认为，如果犯罪嫌疑人、被告人提出其遭受刑讯逼供，讯问行为存在

<sup>①</sup> 德国慕尼黑大学的 Bernd Schuenemann 教授认为，“讯问录音录像的心理效果是最好的，并建议在刑事侦查中强制性规定讯问犯罪嫌疑人的录音录像制度。”参见 Bernd Schuenemann, *Necessity and feasibility of the attorney's presence, audio and video recording during interrogating suspects in criminal investigation*.

<sup>②</sup> 黄东熊著《刑事诉讼法论》，三民书局，1999年，第220页。

<sup>③</sup> 这里应当指出的是，对于审判过程是否可以录音录像，域外法律是持否定态度的，由于本文探讨的是侦查讯问时的录音录像制度，据此，对于审判的录音录像问题我们在所不论。具体可以参见，Information on the 1992 Practice Direction can be found in the case of X v British Broadcasting Corporation and Lion Television Limited [2005] CSOH 80, para 4.当然，对此也有持肯定观点的，具体可以参见 Ministry of Justice, “Proposal to allow the broadcasting, filming, and recording of selected court proceedings”, <http://www.justice.gov.uk/publications/policy/moj/proposals-for-broadcasting-selected-court-proceedings>.

合法性问题时,犯罪嫌疑人、被告人应当提出其被刑讯逼供或者侦查讯问不合法行为发生的大致时间,在该时间范围内予以播放、质证。另外,法庭上的所有人,包括旁听人员,是否可以录音录像证据予以旁听。对此,本文认为,为防止录音录像证据中所包含的讯问技巧、侦查秘密内容等被泄露,导致将来侦查行为的障碍,旁听人员不得观看录音录像证据,而应当由法官在庭下组织双方就录音录像的有关片段予以质证。但是,应当指出的是,对于何片段涉及不宜公开的内容,控诉方应当在辩方提出播放录音录像资料的同时,向法庭提出不公开播放的请求,由法官根据具体情况决定是否公开播放。

#### (四) 明确违反录音录像的后果

任何没有惩罚、没有后果的制度将必然无法得到完全的贯彻落实,录音录像制度也不例外,但新刑事诉讼法虽然规定了应当录音录像,却没有规定侦查人员不录音录像的后果。对此,本文认为,有关部门应当就侦查人员应当录音录像而没有录音录像的,规定相应的实体性后果和程序性后果。所谓实体性后果,是指对于应当录音录像而侦查人员没有录音录像的,其应当承担由此造成的实体性后果。实体性后果只能是针对实施了行为的侦查人员或侦查机关的,包括罚款、行政处分等等。对此,在侦查机关内部已经有较为完善的规定了,在此不再赘述。

所谓程序性制裁,是指对于实施了违反程序规定的主体,其应当承担相应的程序性后果,剥夺其所获取的相应程序利益。程序性制裁是诉讼法特有的制裁方式,是专门以违反法定程序的行为为制裁对象的,并且由于具有轻重不同的制裁方式,如对轻微违法行为只要求予以补正,对严重违法行为可宣布行为无效或将非法收集的证据予以排除,对极其严重的违法行为还可直接终止诉讼,对被告人作无罪处理,因而其制裁范围能够涵盖刑事诉讼中可能出现的所有违法行为。<sup>①</sup>“从程序性制裁对刑事诉讼活动的影响来看,程序性制裁所体现的是一种典型的纯粹程序主义的制裁方式,也就是只要程序存在错误,则受该错误直接影响的结果即告无效。”<sup>②</sup>录音录像作为诉讼程序法规定的程序行为,如果侦查人员没有遵循,理应遭受相应的程序制裁,剥夺其获取的诉讼利益。根据违反程序性内容情节轻重的不同,程序性制裁可以分为补偿性程序性制裁和惩罚性程序性制裁两种。所谓补偿性程序性制裁,是指在侦查人员应当录音录像而没有录音录像的情形下,法庭可以决定采取相应的补偿性措施,以弥补该程序瑕疵所带来的不利后果,其种类可以包括变更被告人的强制措施(从较重的强制措施转为较轻的强制措施)、侦查人员出庭作证,等等。所谓惩罚性程序性制裁,是指对于侦查人员应当录音录像而没有录音录像的,法庭不仅作出相应的措施对被告人进行补救,而且在情节特别严重的情形下,对控诉方的行为予以严惩,完全剥夺其获取的不正当诉讼利益,其种类可以包括非法证据排除、发回重审,等等。

综上所述,新刑事诉讼法对于录音录像制度的规定表明我国对犯罪嫌疑人、被告人权利的保障更加的重视,也是“尊重和保障人权”诉讼任务的具体表现。当然,由于我国对该制度的研究起步晚,该制度的运行在我国必然存在不足。本文基于对国外有关录音录像制度的探讨,结合我国司法实践的具体情况,对于录音录像的有关内容予以重新整合、探讨,以期录音录像制度的有效运行提供保障。当然,对于该制度的完善,并不是仅仅限于上述措施,还应当就羁押机关与侦查机关的分离,犯罪嫌疑人、被告人对录音录像的程序选择权、律师查看录音录像证据的权利等内容进行分析,他们是一个完整的有机整体,缺一不可。

(责任编辑 唐忠毛)

① 陈永生《刑事诉讼的程序性制裁》载《现代法学》2004年第1期。

② 陈瑞华《程序性制裁制度的法理学分析》载《中国法学》2005年第6期。

tionalism to oppose causalism. Although von Wright supports LCA and provides new argumentations, his position has shifted from a strong version to a weak one, which argues that the connection between intention and action is conceptual. This shift reflects the Neo-Wittgensteinian understanding: to insist the peculiarity in explaining action, one has to reject the abuse of causal explanation pertaining to natural sciences on the one hand, and recognize the richness of social life on the other.

**Keywords:** logical independence, action, intention, logical relation, conceptual relation

## **A Despotic Rousseau or a Liberal Rousseau?: A New Interpretation of *The Social Contract***

(by LIU Shi-gong)

**Abstract:** The classical liberalists such as Edmund Burke and Benjamin Constant usually magnify the difference between John Locke and Jean-Jacques Rousseau, taking Locke as a founder of liberalism while Rousseau as an advocate of despotism. This is a serious misunderstanding of Rousseau's political philosophy, for they do not interpret *The Social Contract* as a whole, but just understand it by grasping a few words. Actually, if we read the book carefully, we will find that Rousseau just like Locke stresses life, property and liberty and keeps alert to the despotism resulted from power. He defines strictly the easily misunderstood concepts of general will, the whole body and sovereignty in order to avoid people's taking majority as the whole and consequently the will of the majority as the general will. Moreover, he designs various schemes to confine the power of government so as to realize the general will.

**Keywords:** Rousseau, *The Social Contract*, despotism, liberty

## **The Decline of Action: Arendt's Discussion about the Root of Alienation**

(by WU Xing-hua)

**Abstract:** Arendt argues that human beings' positive activities consist of labor, work and action. Labor has nothing to do with human nature since it is related to natural life and restricts human beings in the narrow private sphere. On the contrary, action is essential to human beings since it helps human beings go beyond natural life and the private sphere to enter the public sphere. Human beings in modern times are, just violating their nature when they indulge in labor for material desires so as to withdraw themselves from the public sphere and confine themselves as isolated individuals in the narrow private sphere. Hence, human beings in modern times must return to action to liberate themselves from alienation. Arendt is strongly warning modern people who are merely concerned about themselves when she highlights the importance of the public political sphere and the political participation as a compelling obligation and destiny to all human beings.

**Keywords:** Hannah Arendt, alienation, action, isolated individuals, public sphere

## **Procedural Regulations of Simultaneous Sound and Video Recording Applied in the Investigation and Interrogation in the New Criminal Litigation Law: Predicaments and Solutions**

(by WANG Yong-jie)

**Abstract:** Although the new criminal litigation law has stipulated the system of simultaneous sound and video recording, some problems still exist. For example, the sound and video recording is optional, and the delivery of sound and video records is not clear. After analyzing the causes, this paper suggests that we should, by drawing upon the legislation and judicature experiences in other countries, clarify and solve the following issues concerning sound and video recording so as to ensure the benign operation of this system: its

litigant status , its judicial scope , its testimony and the punishment for violating the stipulations.

**Keywords:** investigation and interrogation , simultaneous sound and video recording , procedural regulations

## **The International Maritime Dispute Settlement Organs' Jurisdiction Power on China: A Case Study of the Philippines' Applying for International Arbitration on South China Sea Disputes** ( by LUO Guo-qiang)

**Abstract:** The UN Convention on the Law of the Sea establishes an international maritime disputes settlement mechanism centered on the International Tribunal on the Law of the Sea and supplemented by international arbitral tribunals , which is the foundation of the Philippines' applying for international arbitration on South China Sea disputes. However , the forming of the arbitral tribunal does not equal to the determination of jurisdiction , so the tribunal must find out it really has jurisdiction over the case before entering into any formal hearings. According to Article 298 of the Convention and the written announcement that China made in advance , the arbitral tribunal does not have jurisdiction over the case. According to jurisprudence , the Philippines' claim that China should accept the jurisdiction she has never admitted is against the logic of international law. Therefore , the Philippines' practice is an unjustified abuse of the right to sue. China should point out the Philippines' abuse of this disputes settlement mechanism has violated the good faith obligation posed by Article 300 , raise an objection to the jurisdiction and make clear that China , if with no choice , has the right to withdraw from the Convention in order to protect its sovereignty.

**Keywords:** UN Convention on the Law of the Sea , dispute settlement , jurisdiction

## **On the Development of Nongovernmental Charity Network in Modern Shanghai** ( by RUAN Qing-hua)

**Abstract:** By analyzing the history of nongovernmental charity in Shanghai before 1949 , this paper discovers that various charity groups integrated and formed some large-scale charity organizations in modern times. They knitted a huge social net in terms of organization structure , charity activities and fund support. The charity network played a role of bridging in charity , which helped the civil society have great capacities to organize and manage itself even in the time when Shanghai was suffered from unstable political situation with complicated mix of foreigners and Chinese people. This demonstrates that during the process of social transformation in modern China , the civil society , instead of in a status of disunity , disorder and chaos , gradually formed and developed a self-organizing and self-managing system.

**Keywords:** Tongren-fuyuan-tang Charity , Shanghai Charity Group , Shanghai Charity Association , social network

## **Rationality or Fanaticism: On Shanghai Housewives' Participation in Industrial Production from 1958 to 1962** ( by ZHANG Niu-mei)

**Abstract:** A Large number of Shanghai housewives flooded in industrial production from 1958 to 1962. In 1958 , with the continuous heating of Great Leap Forward , industrial production in urban areas had rapid growth due to the "taking steel as the guiding principle" policy , while labor resource in the planned economy system could not meet the need of radical industrial production. Under this circumstance , the Shanghai government flexibly pushed housewives to fill the laborforce gap. However , in practice , factories , enterprises and