

讯问录音录像的证据属性再商榷

王恩海

随着以审判为中心司法改革举措的逐步深入,控辩审三方愈发重视庭审中的证据质证环节,这其中至关重要的前提是要确保印证的被告人有罪、无罪的全部证据进入法庭。在司法实践中,各方对同步讯问录音录像的证据属性存在争议,由此对讯问录音录像能否移送法院、能否交由辩护人复制存在不同观点。

2021年2月4日,最高人民法院公布的《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“《解释》”)在一定程度上回应了这一争议,但笔者认为,相关规定仍有值得讨论之处。

新司法解释的回应

2013年,最高人民法院刑二庭《关于辩护律师能否复制侦查机关讯问录像问题的批复》主张讯问录音录像属于证据材料,但该批复并未明确讯问录音录像的证据属性。

《解释》第54条在一定程度上吸收了该《批复》的内容:“对作为证据材料向人民法院移送的讯问录音录像,辩护律师申请查阅的,人民法院应当准许。”

《解释》起草人在《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》的理解与适用》中就此进行说明:“对于移送人民法院的录音录像,无论是否已经在庭审中举证质证,无论是直接用于证明案件事实还是用于证明取证合法性,均应当属于案卷材料的范围”,“较之一般证据材料,讯问录音录像确实具有一定特殊性。特别是作为证明取证合法性的录音录像,可能涉及侦查办案的策略方法,也可能涉及其他关联案件和当事人隐私,一律允许复制,恐难以控制传播面以及一旦泄露可能带来的影响。从实践来看,允许查阅,即可以满足辩护律师的辩护需要,充分保障其权益。”

由此可见,《解释》第54条将讯问录音录像区分为证明案件事实和证明取证合法性两大类,并以具有证明取证合法性属性为由,只允许辩护人查阅,不允许复制。笔者认为,这一规定尤其是起草人的说明值得进一步探讨。

□ 新刑诉法解释第54条将讯问录音录像区分为证明案件事实和证明取证合法性两大类,并以具有证明取证合法性属性为由,只允许辩护人查阅,不允许复制。这一司法解释值得进一步探讨。

□ 同步讯问录音录像既能证明案件事实,从而印证讯问笔录的真实性,又能证明取证的合法性,两者无法区分。《解释》的相关条文印证了同步讯问录音录像在印证证据真实性方面的重要性。

□ 应当从同步讯问录音录像所反映的内容入手来确定其证据属性。从这8大类证据的表述看及“两高一部”《关于办理刑事案件收集提取和审查判断电子数据若干问题的规定》来看,同步讯问录音录像属于犯罪嫌疑人、被告人供述和辩解。

两大证明作用不可割裂

首先,同步讯问录音录像既能证明案件事实,从而印证讯问笔录的真实性,又能证明取证的合法性,两者无法区分。《解释》以“作为证明取证合法性的录音录像,可能涉及侦查办案的策略方法,也可能涉及其他关联案件和当事人隐私,一律允许复制,恐难以控制传播面以及一旦泄露可能带来的影响”为由,不允许辩护人复制,忽视了两者是“一个硬币的两面”,人为割裂了同步讯问录音录像的功能。

其次,《刑事诉讼法》第40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。”如前所述,因印证取证合法性的讯问录音录像同时印证了笔录的真实性,《解释》第54条的规定在一定程度上限制了辩护人的阅卷权,只能查阅不能复制的规定必将导致辩护人难以全面深入审查案件证据,难以在法庭质证环节发表有效质证意见,在一定程度上影响了以审判为中心诉讼改革的进一步深入。

再次,《解释》的相关条文印证了同步讯问录音录像在印证证据真实性方面的重要性。如新增的《解释》第74条规定:“依法应当对讯问过程录音录像的案件,相关录音录像未随案移送的,必要时,人民法院可

以通知人民检察院在指定时间内移送。人民检察院未移送,导致不能排除属于刑事诉讼法第五十六条规定的以非法方法收集证据情形的,对有关证据应当依法排除;导致有关证据的真实性无法确认的,不得作为定案的根据。”

对此,《人民法院办理刑事案件排除非法证据规程(试行)》第22条第4项已有规定:“对与定罪量刑有关的内容,讯问笔录记载的内容与讯问录音录像是否存在实质性差异,存在实质性差异的,以讯问录音录像为准。”除此之外,最高检《人民检察院刑事诉讼规则》第75条、第263条和第264条的规定都说明,讯问录音录像是审查相关证据真实性的重要途径。

从性质入手确定证据属性

笔者认为,《解释》第54条存在的最大问题是从功能、作用入手来确定同步讯问录音录像的证据属性,而要确认证据属性,只能从其性质入手。如一份讯问笔录载明该次审讯时间连续不间断长达48个小时,这显然属于最高人民法院《关于建立健全防范刑事冤假错案工作机制的意见》第8条明确的“疲劳审讯”,应当排除。显然,不能因为存在这一印证取证非法性的记载而否认该份笔录属于被告人供述和辩解这一证据属性。

因此,应当从同步讯问录音录像所反映的内容入手来确定其属于《刑事诉讼法》第50

条所确定的8大类证据中的哪一类。从这8大类证据的表述看,同步讯问录音录像可能的归属是犯罪嫌疑人、被告人供述和辩解以及电子数据,但“两高一部”《关于办理刑事案件收集提取和审查判断电子数据若干问题的规定》第1条明确规定:“以数字化形式记载的证人证言、被害人陈述以及犯罪嫌疑人、被告人供述和辩解等证据,不属于电子数据。”由此,笔者认为,同步讯问录音录像属于犯罪嫌疑人、被告人供述和辩解。

被告人供述和辩解的常见表现形式是讯问笔录,最初表现为“钢笔+纸”,后来过渡为“键盘+打印机”,随着科学技术的发展,其又表现为“语音输入+打印机”,由此可见,被告人供述和辩解可表现为多种形式,而相比较前述三种形式,同步讯问录音录像是最直观也最准确反映案件事实的最佳载体。

《解释》的相关规定都表明录音录像具有证明相关活动真实性的重要功能,如《解释》第505条规定:在执行死刑前,“罪犯申请通过录音录像等方式留下遗言的,人民法院可以准许。”罪犯近亲属要求会见时,“罪犯拒绝会见的,应当记录在案并及时告知其近亲属;必要时,应当录音录像。”再如第652条规定:“当事人拒绝签名、盖章、捺指印的,办案人员应当在诉讼文书或者笔录材料中注明情况,有见证人见证或者有录音录像证明的,不影响相关诉讼文书或者笔录材料的效力。”

《解释》起草人将同步讯问录音录像做前述区分在一定程度上是受同步讯问录像渊源的影响。在我国,同步讯问录音录像最初是为了印证取证的合法性,这也是在与排除非法证据相关的规定中,“录音录像”属于高频词的重要原因,但随着我国司法改革的深入,将同步讯问录音录像仅仅视为印证取证合法性的手段,这实属只关注到了其附随价值,而忽视了其本来价值。随着刑讯逼供等显性违法取证方式逐渐消失,诱供、指供、骗供等隐性违法取证方式应当进入刑事诉讼视野,如此方能切实实现刑事诉讼目标,而将同步讯问录音录像视为犯罪嫌疑人、被告人供述和辩解,使其进入法庭供控辩双方充分举证质证,是实现这一目标的重要途径。

(作者系华东政法大学教授)

保险经纪合同的规范适用

李飞

关于保险经纪合同的性质,《保险法》第118条和《保险经纪人监管规定》第2条第1款能够支持中介合同说,《保险经纪人监管规定》第48条或可指向委托合同说,二者似难分轩輊。虽然中介合同说在司法实践中占多数,但法院对当事人就保险经纪人的法律地位是中介人还是代理人之争持回避态度的判决书也不鲜见。可见,保险经纪合同的性质亟待从理论上予以辨析。

原则上适用中介合同规范

《保险法》把保险经纪人界定为:“基于投保人的利益,为投保人与保险公司订立保险合同提供中介服务,并依法收取佣金的机构。”这似乎表明保险经纪人与投保人、保险公司之间是《民法典》合同编第961条规定的中介(居间)合同。

从业务模式来说,保险经纪人通过沟通信息、创设机会和条件等方式撮合投保人、保险人订约,其核心就是保险经纪人为双方提供媒介服务。虽说中介未必能解决保险经纪之所有法律关系,但保险经纪既然具备撮合订约之性质,自然具备中介之关键要素。

其次,关于中介人和保险经纪人的报酬来源不同,需要说的是,《民法典》合同编规定的中介人取得报酬的方式不是强行法。媒介中介的报酬并非一定要由订约当事人平均分担,合同另有约定或商业交易习惯就可以成为例外。保险经纪人既可以从委托人处收费,

也因给保险人带来业务,而可从保险人处获得佣金。保险经纪人的佣金通常由保险人而非投保人支付原因在于,保险经纪服务可替代性强,客户支付意愿不强,而客观上经纪人为保险人招揽了业务,减少了其展业成本。尽管如此,其实,由投保人还是保险人向经纪人支付佣金实质区别不大:由投保人支付佣金,保险费中不含经纪人佣金因素;由保险人支付佣金,保险费中含经纪人佣金因素。因此,保险经纪人获得报酬的来源有别,但仍可容纳于中介合同规范的解释范围之内。

再者,至于保险经纪人的业务范围不像一般中介人那样限于当事人订约之前,笔者有两点回应:其一,正如现行法所表述的,保险经纪人“为投保人与保险公司订立保险合同提供中介服务”,这种保险经纪活动与一般的中介人所从事的中介业务在功能上别无二致,且作为的基本中介业务内容规定在了对保险经纪人的定义当中。可见,保险经纪合同的基本样态无异于中介合同。其二,保险的特殊性造就了保险经纪人广泛的业务范围。保险投保人应对风险的相对复杂的合同安排,投保人不仅在投保阶段需要倚仗保险经纪人完成订约,在后续的索赔阶段,以及防灾防损、风险管理咨询服务等方面,都需要借助保险经纪人提供专业服务。保险经纪人作为专业服务提供商,正是看准了市场需求,才对应开发了相关业务类别。无论如何,保险经纪人业务范围的广泛性不应成为因此就将保险经纪合同排除在中介合同之外的理由。

从法律适用的角度来说,既然保险经纪合同基本属于中介合同,那自然可以类推适用中介合同的相关规范;对于保险经纪合同的特殊之处,可适用当事人之间的专门约定或有关法律之专门规定。

例外适用委托合同规范

《保险经纪人监管规定》第48条将保险经纪人与投保人之间的关系确定为委托合同。保险经纪人以收取佣金或报酬作为对价为投保人与保险公司订立保险合同提供中介服务。就此而言,保险经纪合同符合委托合同是劳务合同、行为之债的本质。再者,中介合同本就源自于委托,所以《民法典》合同编第966条规定中介合同准用委托合同规则。这说明将其归入更具包容性的委托合同应无疑义。

保险经纪人可以成为代理人吗?一般情况下,无论是哪种形式的中介,中介人都不是委托人的代理人,而只是居于交易当事人之间起介绍、协助作用的中间人。随着保险业的发展及保险产品的多样化、复杂化,投保人日益期待借助越来越专业化的保险经纪人洽订保险合同。在保险经纪实践中,其间的法律关系已非中介合同或者纯粹的委托合同,投保人往往授权保险经纪人作为其代理人。鉴于保险经纪人对外为投保人的代理人,其所为之法律行为效力直接归属于本人,对内,其与投保人之间的法律关系通常应为委任关系。那当然应该基于委托代理关系类推适用委托合同的相关规范。

另外,保险经纪人是否构成双方代理并不妨碍类推适用委托合同之规范。《保险经纪人监管规定》第49条认可了保险经纪人可依其与保险人的约定向保险人解付保险费、收取佣金的事实。那就意味着,保险经纪人也可与保险人依法订立委托合同或者经由保险人单方授权,以保险人的名义为投保人办理保险业务,并向保险人收取佣金,代其收取保险费。如此一来,保险经纪人就具备了《保险法》第117条规定的保险代理人的身份。后果就是,不仅现行法将保险代理人与保险经纪人严格区分的立法意图俨然落空,保险经纪人还面临着严重的利益冲突之空。即便保险经纪人不构成严格意义上的双方代理,但不可否认的是,保险经纪人于此情形极易迷失其职责定位:摇摆于维护投保人的利益与为保险人促成更多保险交易(以赚取更多佣金)之间。正所谓“阳光是最好的防腐剂”,避免利益冲突的最佳方式就是向消费者完全公开保险经纪人与保险人之间的佣金计算、分配、支付方式等,使消费者有充分的信息判断经纪人是否基于消费者的最佳利益而为之专业意见。这种消除潜在利益冲突的方式恰好也是保险经纪人披露报酬的义务、报告重要信息的义务之正当性来源。既然保险经纪人和消费者之间的委托代理关系不因双方代理的疑虑而受影响,那么,在与保险经纪人的义务有关的案件中,仅就纯粹的经纪关系而论,保险经纪合同自当是委托合同,从而得以类推适用委托合同以及代理的相关规范。

(作者系南开大学法学院副教授)