

美国鉴真规则及其借鉴价值

陈邦达

【摘要】鉴真是举证方证明某一证据确属其声称之证据的证明活动,必须首先证明有关证据即提出证据者所主张的证据,在此基础上才有该证据的可采性可言。美国《联邦证据规则》确立鉴真的方法包括有特殊表征之物采知情者证言方法,无特殊表征之物采保管链条等方法。鉴真是确定某项证据是否真实的必要手段,为确定证据的真实性、关联性提供基本保证。这项规则与英美陪审团制度、可采性包含关联性理论、对抗制下平等举证等诉讼传统密不可分。我国刑事诉讼法及司法解释确立了类似于鉴真的规则,提出证据的真实性鉴别要求。完善我国鉴真制度,须注意以下问题:中国鉴真制度的性质和功能有别于美国,中国鉴真的主体、步骤、范围有特殊性,我国宜借鉴可操作性的鉴真方法,不宜设置违反鉴真规则的刚性后果。

【关键词】鉴真规则;刑事涉案物品;证据规则;鉴定

【作者简介】陈邦达,法学博士,华东政法大学刑事法学院副教授,美国西北大学法学院访问学者(2017-2018)(上海 201620)。

【原文出处】《证据科学》(京),2020.5.560~572

【基金项目】国家社科基金项目“司法鉴定意见可采性问题实证研究”(17BFX063)、最高人民检察院检察理论课题“检察环节刑事涉案物品鉴定实务研究”[GJ2018C36]的阶段性成果。

前言

刑事涉案物品从侦查取证到庭审出示往往历经较长时间,虽然现行法律规定涉案物品应当随案移送,^①但实践中没有严格做到。有专家指出,涉案物品在办案机关大量积压,这种现象在公安机关最为明显,其次是检察机关。^②从调研的情况看,在检察环节刑事涉案物品鉴定实务中,毒品分量鉴定,取样未制作笔录;对不同形态的毒品取样未予编号,未按照规定进行随机取样送检;取样的部位、分量未达标,见证人实际上还是受聘用的辅警人员。^③这些问题反映出刑事涉案物品的收集、提取、保管和送检等程序存在一定的薄弱环节,一旦庭审中辩护人提出异议,相关证据将可能面临存在瑕疵或非法被质疑,甚至被排除的危险,更严重的是存在冤假错案的风险。因此,完善刑事涉案物品鉴真制度,规范涉案物品的提取、保管、移送程序,保障检材的真实性、可靠

性是刑事涉案物品鉴定意见的可靠性的前提。在推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革中,法庭对鉴真规则的贯彻落实将发挥辐射作用,对规范侦查取证起到积极的倒逼作用。

近年来我国司法解释确立了物证、书证等证据的真实性审查方法。例如,《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》对鉴定样本的真实性判断确立了一些规则:物证、书证在收集、保管及鉴定过程中是否受到破坏或者改变;不能证明物证、书证来源的,不能作为定案的根据;对鉴定意见应当着重审查的内容包括检材的来源、取得、保管、送检是否符合法律及有关规定,与相关提取笔录、扣押物品清单等记载的内容是否相符,检材是否充足、可靠;排除送检材料、样本来源不明或者确实被污染且不具备鉴定条件的;排除鉴定对象与送检材料、样本不一致的;^④此外,《人民法院办理刑事案件一审普通程序

法庭调查规程(试行)》第46条规定:“通过勘验、检查、搜查等方式收集的物证、书证等证据,未通过辨认、鉴定等方式确定其与案件事实的关联的,不得作为定案的根据。”上述制度目的在于保证刑事涉案物品保管链条的完整性,进而保证证据的真实性。

我国除了英美证据法学的译著之外,陈瑞华教授较早提出中国刑事证据中的鉴真规则、方法和理论,[随后刘品新、谢登科等学者也着手研究电子数据的鉴真问题。]张保生教授主编的《证据法学》教材较为系统地研究鉴真的知识体系。鉴真制度的理论研究逐渐引起学界的关注,并在司法实践中得到一定的应用。鉴真规则在我国的理论研究从域外制度评介,发展成为中国刑事诉讼模式下证据保管链条规则的理论构建,从英美证据法理论体系中的术语转化为中国证据制度的概念。但目前国内研究鉴真规则的法学文献数量有限,因此对这一“舶来品”的基本属性及证据法理的认识还不够全面,对域外鉴真规则的评介,大多缺乏体系性的认识,甚至对鉴真规则存在管中窥豹的不足。国内证据法学界对我国有无建立鉴真规则的必要性也存在争议。因此,从比较法的视野研究美国的鉴真规则内容、特征及制度成因,分析我国刑事涉案物品证据保管制度的完善,具有一定的学术价值。

一、鉴真在美国证据法中的概念

鉴真,在英美证据法中用以证明法庭上出示的某项证据与来自案发现场的证据具有同一性,我国证据法学界对鉴真理论的研究,最初源于美国证据法术语“authentication”的翻译,^⑧早期学者将它翻译成“验真”,^⑨也有学者将它翻译成“鉴真”,^⑩二者表达之义相同。鉴真规则在美国《联邦证据规则》中对应的条款主要包括901条“证据的鉴真和辨认”、104条b款“证据的相关性取决于某种事实是否存在”和601条“有关证人具有资格”。鉴真是指提出证据的一方必须向法庭证明某一证据确属举证方所声称的那份证据,即某一证据就是来源于案发现场的证据,并没有存在调包、污染或篡改之可能性。从这个定义出发,鉴真的要素主要包括两个方面。一是证明证据的真实性,即法庭上出示的证据就是来源于案发现场的东西,二者具有同一性。例如,检察官在法庭出

示的毒品,就是被告人贩卖毒品时查获的涉案物品,整个过程不存在替换。二是证明证据的关联性,即证据与案件事实之间、证据与其他同案证据之间存在关联性。例如,由被害人指认枪支就是歹徒的作案工具,枪支的特征与被害人所描述的特征一致。鉴真体现了英美证据法的一项基础原理—必须首先证明有关证据就是提出证据的人所主张的证据,在此基础上才有该证据的可采性问题可言。^⑪鉴真规则广泛适用于实物证据、书面证据、电子证据及其他证据,并为它们奠定基础或铺垫。它要求提供证据方必须证明该项证据源于案发现场。

由于鉴真的概念还没有被普遍接受和理解,因此有必要澄清“鉴真”与“鉴定”之间的关系。鉴定是通过鉴定人借助专门知识或科技手段对案件问题提供鉴定意见的活动;而鉴真是通过案发状况的知情人,通过感官认知对证据的真实性、关联性进行辨认,或通过证据保管链条的完整性证实不存在调包替换的活动。通过鉴定可以得到鉴定意见,但通过鉴真并不会形成鉴定意见。通常能够通过鉴真证实证据同一性的,就没有必要通过鉴定的方式,但如果通过鉴真仍然无法判断真实性的,就有必要借助鉴定来辅助法官判断真伪。另一方面,有些鉴定必须依据检材实施检测,检材的真实性将决定鉴定意见的可靠性,这时检材的真实性就必须通过保管链条的方法来确保其没有被调包或替换。

二、美国鉴真规则的内容、方法、功能及其局限性

(一)美国鉴真规则的基本内容

根据美国《联邦证据规则》901条(a)款的规定,为满足对证据进行鉴真或辨认的要求,证据提供方必须提出用以支撑的其他证据来证明证据来源于案发现场。^⑫鉴真的原理源于:在案件事实发展过程中,证据并非一盘散沙,而是与案件事实证明具有内在、固有、客观的逻辑联系。举证方必须将该证据与案件事实建立起联系,例如,检控方声称“这是被告人在抢劫过程中使用的手枪”或者“这是被告人在醉驾之前喝过的酒瓶”,这些主张在效果上等同于说服法官和陪审团—法庭上出示的证据就是来源于案发现场的证据。鉴真有助于对实物证据、书面证据,包括鉴定样本的来源是否可靠进行验证。如果辩方认为

鉴定样本存在篡改、污染、调包的可能性,而控方无法做出合理解释的,其依据鉴定样本所做出的鉴定报告可靠性就会受到削弱。例如,在美国辛普森案件中,检控方呈交法庭的一份证据是案发现场发现的血迹,由于警察身上携带的血样在凶杀案现场逗留了数小时之久,并且血样中发现了含有防腐剂成分,导致科学证据不可靠,存在可能被人栽赃的嫌疑。^⑬这实际上就是对鉴定样本来源对真实性提出鉴真的质疑。

经过鉴真或辨认,是实物证据具有可采性的要求,提供证据的一方,必须证明证据具有真实性、相关性。^⑭美国法学理论界通常将“鉴真”形象地称为“为证据奠定基础”或“铺垫”(Laying a foundation)。证据提出者主张该证据材料是什么;^⑮并提供证据说明证据材料就是主张者声称的证据。美国鉴真的证明标准和民事诉讼优势证据的标准相类似,“足以支持证明某项事实为真的证据”,^⑯这种用来支持的证据,可以连同需要鉴真的证据一并向法庭出示,也可以是同案中已经被采纳的证据。用来支撑的证据必须本身必须具有可采性,举证方不能使用传闻证据、非法证据等不可采的证据进行鉴真。

(二)美国鉴真规则的主要方法

《联邦证据规则》901条列举了鉴真的常见方法,这些方法在经验法则的基础上归纳了“鉴真”和“辨认”的常见方法。美国证据法学家威格摩尔认为,鉴真的需求源于“一种内在固有的逻辑需要”(an inherent logical necessity)。^⑰但法律条款列举的例子并不具有严密的逻辑周延性,这些例子大部分与实物证据相关,也有部分与言词证据相关。比如,笔迹、实物证据、声音、对话、言词证据、陈年文件或数据汇编的证据。这些例子实际上发挥指导和建议的作用。

《联邦证据规则》901条(b)款列举了许多方法适用于不同种类证据的鉴真。总体而言,对不同种类的证据鉴真方法可分为有特殊表征之物的鉴真、无特殊表征之物的鉴真。在具体类别的鉴真方法上,又根据常见的证据分为笔迹手稿、照片、声像资料、电子邮件和社交网络等不同的鉴真方法。

(1)有特殊表征的物证之鉴真方法。如果证据有自己独特的外部特征,知情人员可以在法庭上辨认

该证据。这类鉴真属于“知情者的证言”证明“该证据就是主张者声称的那份证据”,诉讼双方经常通过这种方式进行鉴真。例如,侦查取证人员要证实菜刀是本案的凶器,就可以根据刀柄上的外观特征来识别。(2)无特殊表征的物证通过保管链条来鉴真。保管链条的完整性是鉴真、辨别的常见方法,常用于当物证没有明显外部特征的情形。证据保管链条的完整性是通过让签字背书的方式来实现,即由第一次接触该项证据的侦查人员、移送司法鉴定的办案人员、接受检材的鉴定人等经手人员签字背书。保管链条的完整性保证用于司法鉴定的涉案物品没有受到污染或者篡改。保管链条的记录通常包括:(1)侦查取证一开始取得该证据的办案人员;(2)将证据送往实验室检测的过程;(3)物品在实验室里鉴定检测之前的保管;(4)鉴定完毕之后所剩的检样。^⑱例如,在毒品犯罪中,警察从犯罪嫌疑人身上搜到毒品后将它封存起来,对袋子进行标记签字之后,才送交鉴定机构检测。

《联邦证据规则》901条列举的鉴真具体方法还包括以下几种常见类型。

笔迹手稿的鉴真方法。法庭有时会要求当事人提供证据证明某份书面材料或记录是他们签字、手写的。《联邦证据规则》提供了若干种对笔迹手稿进行鉴真的方法。例如,亲自签字或手写记录的人可以辨认该手稿是否为自己所写;看到过作者书写过程的人也可以证实是谁写的文件;专家证人可通过比对两份笔迹判断是否为同一人书写;法官或陪审团通过对比两份笔迹也可大致判断手稿是否出自同一人;此外,允许与作者关系密切的人在法庭上辨认笔迹,这类人通常包括家庭成员、同事、朋友。

照片和声像资料的鉴真方法。诉讼中当事人经常通过照片或声像资料来还原案发现场。当使用这类证据时,检察官必须对这些资料进行鉴真,保证它们的准确性。有时当事人会申请法庭通知拍照或录像的人员出庭对图像进行鉴真。比如,让摄像师证实照片上拍摄的正是被害人的尸体。但更多的情况下,是由犯罪现场的目击证人就照片、声像资料是否与案发现场的状态相一致进行作证。

电子邮件和社交网络载体的鉴真方法。电子邮

件的作者可以出庭就自己编辑过的内容对电子邮件进行鉴真。类似的,亲眼目睹作者发送邮件的证人也有资格鉴真。但如果作者身处异地,或否认编辑过该邮件,法官对电子邮件的鉴别会更加谨慎,因为无法排除是否已被篡改的合理怀疑。因此,只凭收件人的证言或提供发件人的邮箱并不足以对电子邮件进行鉴真。当事人通常能根据第901条(b)款(4)项对电子邮件的特征进行鉴真,^⑩包括用发件人的IP地址来证明。同样地,法官如果没有直接证据证明某个人发送了信息,法庭要判断信息内容有无特征可将其与特定主体联系在一起。

(三)鉴真规则的功能与局限性

由于美国鉴真规则强调涉案物品从源头到庭审流程保管的严密性,因此它在诉讼中主要发挥以下几个方面的作用。^⑪

其一,鉴真是确定某项证据是否具备关联性的必要手段。不具有关联性的证据,即不具备可采性,就不能成为陪审团评议案件事实的依据。英美证据法认为证据的关联性是由法官根据逻辑法则、经验法则进行判断。关联性包括证据与诉因之间在实体法上的相关性,以及证据与待证事实之间的逻辑联系。鉴真通过由举证方提供“足以证实其主张的事实”从而证明证据与待证事实的关联性。例如,向法庭出示的涉案财物钱包是否具有关联性?只有当举证方证实钱包是来源于案发现场,而不是来自与案件无关的其他来源。这样,举证方就会提供必要的信息将钱包与待证事实连接起来,建立起物证的关联性。

其二,鉴真为确定某项证据的真实性提供了基本的制度保证。为了识别、辨认一袋白色粉末就是警方从犯罪嫌疑人身上搜查、扣押的,警察在必要的情况下必须作为证人出庭并向法庭宣誓,证实这袋粉末就是被告人非法持有的。毒品样本的鉴真确认,对保证司法鉴定意见的真实性、可靠性而言至关重要,因为只有当鉴定样本是来源于涉案物品本身,鉴定人的判断是建立在检材真实性的基础上,鉴定意见的科学客观才能得到基本的保证。通过这一系列看似烦琐的鉴真程序,涉案物品、司法鉴定意见在事实裁决者看来便具备相信其真实可靠的基础条

件,从而有利于事实认定。

尽管鉴真发挥了上述两方面的积极作用,它仍然存在一定的局限性。

首先,鉴真只是为证据进入法庭进行铺垫,证明标准较低,因此一旦对方对鉴真结果提出异议,证据的真实性仍可能留到法庭上继续接受审查。为实现鉴真,诉讼一方想方设法提供信息,以证实某一证据即是他们声称的原物。然而,由于鉴真的标准很低,只是解决证据材料的准入问题,即使在证据通过鉴真并获得可采性之后,对方仍可能质疑该证据的鉴真过程是否有瑕疵。例如,扒窃案中的被告人也会狡辩称钱包是他自己的;贩毒案中个别被告人也会试图指出,警察将袋子在办公桌上放了几天,在这过程中袋子有可能被他人做了手脚。

其次,鉴真只是证据可采性的前提,通过鉴真的物证还要受到其他证据规则的筛选。鉴真只是从程序上保证某项证据即举证方声称的那份证据,与此同时,证据的提供方也必须满足其他证据规则的要求。以书面材料为例,如果一份书面材料包含着证人在法庭外的陈述,那么要使这样的书面材料成为证据,当事人除了必须对书证进行鉴真之外,同时还要遵循传闻证据排除规则的要求。同理,通过鉴真的证据也要接受《联邦证据规则》403条有关禁止证据出示造成陪审团偏见、拖延时间等不良后果的过滤筛选。

三、美国鉴真规则的制度成因

鉴真是英美诉讼制度和证据规则中独具特色的机制,这项机制在大陆法系国家中很难找到完全相同的制度。结合英美证据法的特点,鉴真规则的制度成因大致有如下几方面。

(一)陪审团是鉴真规则的制度成因之一

如果说英美证据规则形成的因素离不开陪审团制度,那么鉴真规则存在的成因同样离不开陪审团制度的运作,由职业法官与陪审团组成的“二元化”庭审构造之下,陪审团由不具备法学专业知识的普罗大众组成,与职业法官对案件事实认定与法律适用之间存在密切的分工合作。^⑫为防止这些非职业化的陪审员评议案件时受到不相关的、非法的、虚假的、煽情性的证据影响,干扰其理性、准确地作出事

实判断,英美设计了一套证据规则筛选进入陪审团评议案件事实的证据范围。因此,美国证据法学家塞耶在其毕生著作《普通法证据导论》中认为,证据规则是陪审团制度的产物。^②为防止法律外行的陪审员将法庭上证据提供者出具的任何展示性证据都误作为认定事实的依据,鉴真规则成为一种对证据关联性、真实性进行筛选的过滤机制。正是因为鉴真规则运作的重要因素在于陪审团制度的存在,因此在没有陪审团的审判中,或是在证据听审程序(Vider hearing)过程中,由于没有陪审团的存在,鉴真规则就几乎不会适用,因为法官具有相对丰富的审判经验判断证据的真实性和关联性。^③这可以视为陪审团是鉴真规则制度成因的一个佐证。而对于某些证据,如果陪审团在场的情况下进行鉴真会造成陪审团先入为主,产生偏见。这种情况下,就必须通过庭前听审程序,由法官在陪审团不在场的情况下解决证据的可采性问题。某些实物证据(例如枪支、毒品)需要在证人面前出示并辨认,如果当事人认为陪审团看到这些证据时会产生偏见,也可以在基于善意的前提下,请求法庭在陪审团不在场的情况下进行鉴真。^④在这种情况下,鉴真规则看似脱离陪审团而运作,但其实是避免陪审团先入为主的因素考量。

(二)可采性包含关联性的理论决定鉴真的任务

英美证据法理论认为,证据必须具有可采性才能成为法官或陪审团认定事实的依据。而证据的关联性是证据可采性的前提。可采性要求证据首先必须具有关联性,不具备关联性的证据则无可采性可言,但关联性并不是证据可采性的充分必要条件,亦即并非所有具备关联性的证据都是可采的,因为证据还要接受广义上的“证据排除规则”的筛选。例如根据《联邦证据规则》403条的规定,如果使用某项具备相关性的证据对案件事实证明产生的危险远远超乎其证明价值(比如不当拖延庭审时间、造成陪审团产生偏见等),则法院可以排除这项证据。又如,侦查中非法取证获得的证据即使具有关联性,也不具备可采性。

如何判断一项证据是否具有关联性?《联邦证据规则》401条规定,下列情形的证据是相关的:第一,

某一证据的存在相较于该证据缺失时,更有助于证明或反驳某个事实;第二,证据证明的事实是某种行为发生的结果。英美证据法理论认为,证据的关联性包括两个方面的内容:一是实质性(materiality)。它指的是被提供的证据欲证明的主张,和案件中的争议事实之间的关系。通常这是由诉因的要件所决定,或称由实体法决定。^⑤二是证明价值(probativ value),即证据要证明的主张成立的倾向性。也就是一项证据的存在,必须使某一事实主张更有可能成立。《联邦证据规则》401条规定“关联性证据”是对决定诉讼具有重要意义的某项事实存在的概率,比没有该证据时更有可能或更无可能,这样的证据就具有一定的关联性。美国证据法学家罗纳德·艾伦教授将证据关联性中涉及的两对概念“证明价值”与“实质性”的区别归纳为,证明价值是证据与主张之间的联系;实质性是主张与审判之间的联系。^⑥在美国关于证据可采性、关联性的理论前提下,提供证据方向法庭提交证据时,就必须对证据来源的真实性、证据主张与案件事实的关联性进行证明,通过这种鉴真的过程,也实现证据相关性的证明,从而使证据具有可采性。总之,鉴真过程的任务,就是对证据的真实性、关联性进行确认。

(三)对抗制下的举证活动要求适用鉴真规则

诉讼构造形象、概括反映了控辩审各方在诉讼中的法律地位和相互关系,同时也对不同证据规则的取舍产生关键的影响。鉴真规则的产生、运用和发展同样与英美刑事诉讼构造,尤其是对抗式诉讼模式具有密切关联。总体而言,当事人主义诉讼模式、对抗式刑事诉讼审判制度、口头证据的诉讼传统对鉴真规则的运用具有决定性的作用。当事人对抗式诉讼之下,案件事实的发现主要由控诉方和辩护方的举证、辩论、在法庭调查环节的交叉询问过程实现,具有强烈的对抗性。^⑦美国学者兰博约认为,“英美法系审判最显著的特点,就是允许律师收集、筛选、展示和探寻证据。传统的陪审团在法官指导下,自己并不发挥调查事实的作用。法庭在诉讼双方提交的证据基础上,作出有罪与无罪的裁决。”^⑧英国证据法学者认为,当事人主义诉讼模式下,控辩双方都可以向法庭提供证据。诉讼双方通过自己主张的案

情陈述,影响事实裁决者,使他们相信己方提供的案情陈述符合事实真相。^②可见,对抗式赋予控辩双方取证的权利,并通过交叉询问达到对证据的真实性、关联性的质疑,说服陪审团相信自己主张的事实,也为法官采纳证据提供依据。主张某个事实的一方可以围绕着某一特定事实展开,案情陈述的内容必须符合逻辑法则和经验法则,满足控辩的诉讼请求,并且能够让陪审员相信己方的事实主张。控辩双方围绕着证据的相关性展开辩论,论证提供的某项证据是如何与己方所主张的案件事实产生客观联系的。同时,英美采取对抗式的刑事审判制度,“法庭对证据的真实性往往通过控辩双方的交叉询问、控辩对证据真实性和可采性的质证,来审查判断案件事实,避免证据在运用上可能出现的错误。”^③州宪法确保被告人享有对质的权利,美国联邦宪法第六条修正案保护的质证权同样被解释为保证被告人在刑事诉讼中拥有交叉询问的权利。这些权利为鉴真制度提供了制度保证。此外,传闻证据规则原则上禁止证据以书面证言的方式提交,禁止证人证言以书面方式代替出庭作证,从而要求用于支持鉴真的证据,本身必须具有可采性。如果是传闻证据排除的对象,就不能成为鉴真的依据。

四、美国鉴真规则的证明标准和法律后果

在英美证据法理论中普遍的观点认为,鉴真只是“为证据奠定基础”,这是因为鉴真也无法从根本上保证证据的真实性。事实上,当某一项证据经过鉴真,并不意味着真实性问题就彻底解决,它的真实性仍可能在庭审交叉询问继续受到反对方的质疑。如果公诉方证实某项证据(比如一份合同书)是被告人与被害人共同签署的合同,即便控方已经尽到《联邦证据规则》901条有关鉴真的要求,但被告人仍然可以质疑合同的真实性,例如,他可以举证向陪审团证明合同是伪造的,如果被告人能够证明合同系伪造的,该合同书即使已经具有可采性,法官也会提醒陪审团在评议时忽略这份证据,陪审团将不会赋予这份合同书任何证明力。^④而如果法官相信没有陪审团会理性地认为那是被告的签名,那么法官将会排除该份未通过鉴真的合同。^⑤

如同民事证明责任的原理一般,《联邦证据规

则》901条a款规定的“足以支持某项证明的证据”(ESSF)源于举证责任(a burden of production)的原理,意味着提供证据的一方有义务证明展示性证据是真实的。“足以支持某项证明”的证明标准通常是指法官认为一个理性的陪审团会认定证据可能是真实的,因此,如果法庭认为一个理性的陪审团认为枪支是被告人在抢劫案发生时使用的凶器,基于证人证言发现枪支上有被告人的指纹,并且案发后第二天在被告人家附近搜查到了枪支,在这种情况下枪支就会被法庭认定为达到鉴真的标准,具备可采性。对方当事人可以指出这一主张缺乏证据基础(foundation),并试图采用下列的方法予以反驳。第一,指出用来支撑展示性证据鉴真的证据尚未达到“足以支持某个事实”的程度。例如,指出枪支曾经是被告人的,因此,即使枪支上留有被告人的指纹,也并不代表着被告人就是凶手。第二,反对方也可以提供相反的证据来反驳举证方提供证据的真实性。如果提供证据方已达到充分的标准,那么,原则上该证据就具有可采性,除非还存在其他证据规则的制约。例如,如果用来给展示性证据鉴真的证据是传来证据,它便会受到传闻证据排除规则的限制;又如,如果该证据是拍摄被害人遇害时血淋淋的镜头,具有煽动陪审团情绪的危险,可能使陪审员难以冷静、理性地对被告人的罪行作出评价,那么就存在容易造成陪审团评议时产生偏见的后果,当它的证明价值实质上被使用该证据产生的消极后果所超越,则同样会受到《联邦证据规则》403条有关“避免产生偏见”的规制。总之,美国的法学研究文献表明,司法实践中这项证据规则对展示性证据鉴真的准入门槛并没有设置太高的障碍。实际上,即使在刑事诉讼中,鉴真环节的证据并不要求达到排除合理怀疑的程度,^⑥相反,法庭只判断是否当证据鉴真之后,陪审团会理性地相信证据是真实的。

五、美国鉴真规则的步骤

美国主流证据法学文献中,对鉴真规则的运作步骤存在不同的表述,从中归纳共性,可得出以下基本的鉴真步骤。

第一步,为证据材料编号标记。传统的方法是要求法庭书记员标记该展示性证据为证据目录(用

编号方式)。书记员会用标签标注为控方证据第几号。许多法庭要求展示性证据在法庭开庭之前由双方辨认或标识,以节省法庭庭审时间。这是鉴真的第一步,展示性证据成为证据资料的一部分,为法庭审判和证据审查提供了可能。在这个阶段,展示性证据还不是证据,不得向陪审团宣读或出示。

第二步,听取控辩意见。对方当事人有权提前了解证据的内容,从而决定是否让陪审团看到。因为有些证据一旦让陪审团看见,会造成先入为主的影响。例如,枪支、毒品必须让证人在庭上辨认,这样一来,即使它们最终达不到鉴真的条件而不具备可采性,但一经在陪审团面前出示,就会影响陪审团的事实评议。因此,如果当事人认为这种做法会造成陪审团先入为主,可一开始便向法庭申请在陪审团不在场的情况下解决证据的鉴真问题。

第三步,展示性证据的鉴真。举证方必须完成两件事情:首先,举证方必须提供证据说明展示性证据是什么。例如,举证方声称这是一封被告人写给被害人的信,信件的内容建立了证据的相关性。其次,举证方必须提供证据足以支持鉴真的事实,该展示性证据就是举证方主张的那份证据。例如,原告出庭作证表示,他能够辨认被告人的笔迹,并且在收到这封信之前看到过被告人的签字。

第四步,提请法庭采纳展示性证据。通过鉴真之后,举证方提请法庭将展示性证据作为证据。当举证方认为鉴真的任务已经履行完毕,将申请法庭把它采纳为证据。

第五步,听取对方反驳意见。提请法庭采纳一件展示性证据的申请,也给对方当事人释放一个信号:对方当事人有机会对鉴真过程提出反驳意见,或通过庭前会议解决证据的争议性问题。反对方可以通过对证人进行反询问,指出用来支撑鉴真的证据还没有达到“足够的鉴真标准”,即达到“足以支持证明某项事实为真的证据”(ESSF)的标准;或者指出用于鉴真的证据是传闻证据、存在过分迟延、产生偏见等《联邦证据规则》403条禁止的情形。

辩护律师会尝试质疑控方鉴真证言的薄弱环节,例如,辩护律师会指出:“证人,你说曾经收到过被告人写给你的其他信件,但事实上,你只收到过一

次被告人给你的信。”法官通常会按照《联邦证据规则》901条规定的最低标准,也就是由非专家证人来辨认被告人的签字。如果这一招行不通,法官还会尝试其他的鉴真方法。

第六步,公开展示性证据的信息。在展示性证据被采纳之前,通常不得向陪审团出示。因此,一份信件只有当它已经被法庭采纳为证据,才能向陪审团宣读信件的内容。举证方会提出请求:“请原告将信件的内容向陪审团宣读。”这表明,举证方能够在陪审团面前公布展示性证据(信件)的内容。实践中可以通过将信件的内容向陪审团宣读或者每名陪审员人手一份复印件,或者通过显示屏显示。同样的,声像资料在认定它具有可采性之前,不得在陪审团面前播放。

以上的鉴真步骤烦琐且低效,如果几百件展示性证据在法庭上都按照这个程序进行鉴真,将会耗费许多时间,并可能分散法官及陪审团对案件实质性争议的注意力,因此实践中有各种简化鉴真程序的方法,最重要的方法就是在法庭审判前解决证据的鉴真问题。联邦和州法院通常要求当事人在审判前交换展示性证据的目录,尤其是在民事诉讼中。例如,《联邦民事诉讼规则》16(c)(2)(c)规定:“在庭前会议上议程获得允许和规定有关事实和文件,以避免不需要的证据,提前裁定证据的可采性”。^⑥民事审判要求审前证据交换,并要求对方当事人在陪审团听审之前先对证据提出异议。这样避免留到法庭审理阶段才来解决证据的鉴真问题。尽管举证方可能会在陪审团面前提供足够的鉴真证据,尤其当证据的真实性存在疑问时。

六、美国鉴真规则的几点借鉴价值

(一)中国鉴真制度的性质和功能有别于美国

美国证据法中的鉴真规则只是为证据的准入条件设置基本的门槛,只有通过鉴真的证据才具有可采性,但对于满足鉴真基本要求的证据,一旦到了法庭审理阶段控辩一方提出异议,法官仍然要对证据的真实性进行审查,控辩双方仍可以通过交叉询问去伪存真。可见,鉴真规则只是将未达到证据真实性、关联性基本条件的证据材料排除出去,但鉴真的门槛很低,无法保证证据的真实性。因此,美国证据

法学理论将鉴真作为证据奠定基础的程序,强调经过鉴真是证据可采性的前置条件,鉴真相当于对举证方施加的责任,无法达到鉴真的证据就不能进入陪审团评议的范围。鉴真设置了不太高的证明标准,举证方只需要证明达到“足以支持证明某项事实为真”的标准,也就是让陪审团合理地认为证据是真实的,证据就具有可采性。但从这个角度看,不太高的证明标准只是解决证据的准入问题,而将证据真实性的审查任务继续保留到法庭审理阶段来实现。因为对于满足鉴真最基本条件的证据,仍然可能存在不属实的情形。因此,鉴真完毕还要接受法庭审理过程控辩交叉询问,对方当事人仍然可以提出其他证据,证明经过鉴真的证据并非来源于案件。因此,美国的鉴真规则可以起到较粗糙的筛选作用,剔除绝大多数与案件不相关的证据。

相比之下,中国式鉴真旨在强调证据的真实性。之所以强调我国刑事诉讼中要健全和完善涉案物品鉴真规则,是因为它对避免不真实、不可靠的证据成为定案依据,防止冤假错案发生具有重要的意义,在推进“以审判为中心”的刑事诉讼制度改革中,庭审对鉴真规则的贯彻,将会倒逼侦查取证活动严格遵循鉴真规则所需的合法取证、保管严格、防止篡改等方面的要求。我国《刑事诉讼法》和司法解释确立的“对物证、书证、检材来源的真实性进行确认的规范”,也被中国学者认为是鉴真规则。然而,必须指出的是,中国式鉴真规则在性质与功能定位上应有别于美国式鉴真规则,绝不可简单复制域外经验。这是因为:

第一,我国的法庭结构在性质、功能、运作等方面不同于英美的二元化庭审结构。中国式鉴真规则并非旨在防止陪审员受到误导的风险。我国对证据真实性、关联性、合法性的审查是通过法庭调查进行,合议庭成员在法庭调查之前已经接触证据材料。即使在庭前会议环节提出异议的证据,也是留到庭审时重点调查。^⑤因此,我国《刑事诉讼法》及司法解释确定的鉴真规则主要是在庭审阶段依据证据保管链条、取证时的录音录像来审查证据的真实性。第二,我国没有建立起包含相关性的证据可采性理论。我国传统证据法理论认为证据具有三大基

本属性,即真实性、合法性和关联性。^⑥司法人员对证据的审查判断也大致从这三个方面进行分析。这是因为我国受大陆法系证据法理论的影响,主要采取证据能力说来解决的证据资格问题,而把关联性作为证明力大小的判断因素。因此,中国式鉴真主要解决证据的证据能力问题,中国证据法并没有采纳将关联性包含于可采性之中的理论,^⑦因此,我国目前鉴真规则在功能上主要是确保证据的真实性,而轻证据的关联性作为鉴真的任务,不同于美国鉴真任务那样既解决证据的真实性,又解决其关联性问题的。

(二)中国鉴真的主体、步骤、范围有特殊性

美国的鉴真制度视为“为证据奠定基础”,因此凡是提供证据的一方,都有义务先向法庭证明其提供的证据是真实的,要达到“足以支持某项证明的证据”源于举证责任的原理。英美当事人主义诉讼模式下,控辩双方都有权举证、质证和辩论,因此美国式鉴真的义务主体既包括检控方,也包括提出证据的辩护方,这与美国当事人主义平等举证的理念相符。

我国鉴真规则如何确定义务主体?有观点认为,刑事取证主体限于侦查公诉方,犯罪嫌疑人、被告人及其辩护人并不承担举证责任,因此,辩护方不应当成为鉴真规则的义务主体。笔者认为这一观点应当理解为一般情形,但不可推及全部。即,一般情况下,鉴真义务主体应当是公诉机关,但是在特殊的情形下,辩护方提出证据的也会成为鉴真义务主体。例如,根据《刑事诉讼法》第43条规定,辩护律师经证人或者其他有关单位和个人同意,可以向他们收集与本案有关的材料,也可以申请检察院、法院收集、调取证据。可见,辩护律师也享有收集、调取证据的权利,一旦他们向法庭提交由其收集的证据,辩护律师便负有鉴真的义务。又如,《最高人民法院关于适用〈刑事诉讼法〉的解释》第203条规定:“控辩双方申请证人出庭作证,出示证据,应当说明证据的名称、来源和拟证明的事实。”这一条款表明,辩护方在出示证据的情况下,必须对证据的来源进行说明,也说明辩护方在特定情况下成为鉴真的义务主体。所以,我国的鉴真义务主体主要是公安、检察等司法机关,特殊情况下也包括提供证据的辩护方。

还有观点指出《最高人民法院关于适用〈刑事诉讼法〉的解释》第218条规定：“举证方应当出示证据后，由对方进行辨认并发表意见。控辩双方可以互相质问、辩论。”存在值得商榷的问题，辨认是举证程序，应当坚持“谁主张、谁举证、谁辨认”的原则，由举证方对所出示证据的同一性进行辨认，而不能把辨认这种履行举证责任的行为推给对方当事人。^⑧笔者对此理念表示认同，但认为司法人员在适用这一条款时，不当将“由被告人进行辨认”解读为将鉴真的责任由公诉方转移至辩护方。实际上，由被告人进行辨认只是给被告人反驳的机会，一旦被告人对涉案物品的真实性有争议，法官就可以依照职权要求控方对证据的真实性提供说明。

中国式鉴真并不是被视为提供证据的“基础性”依据或为证据作铺垫，因此，并不要求举证方对所有证据都要进行鉴真，而是限于在特定的条件下，比如，当双方对证据的真实性存在疑问时，法官才会要求举证方尽到鉴真的义务。又如，根据《办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》的要求，只限于办理死刑案件才涉及相关的鉴真，而并非所有类型的案件中的物证、书证、视听资料都必须进行鉴真。

(三)我国宜借鉴可操作性的鉴真方法

美国鉴真规则发挥的作用主要是通过具体可操作性的鉴真方法，例如对于有明显特征的实物证据，主要通过让知情人出庭作证。通过辨认、交叉询问等方式来证实“该证据就是举证人声称的那份证据。”例如，让熟悉信件作者笔迹的证人出庭，或让鉴定人出庭作证。这些方法是相对传统的做法。在《联邦证据规则》起草的年代，这些方法足以满足出庭作证来实现鉴真，但它们毕竟也是低效的，这是美国鉴真制度的弱点。

通过证据保管链条的完整性来实现鉴真的功能，具有可供借鉴之处，法庭对证据可采性的标准，会反过来倒逼侦查取证行为，令侦查人员严格地遵循鉴真规则，即取证保管链条的完整性。具体而言，这种方法可以用于缺乏显著外部特征的涉案物品的鉴真，参与制作保管链条的主体包括在犯罪现场发现该证据的警察，也包括审查起诉环节的检察官，以及在诉讼过程接触过该证据的其他承办人员。如果

该证据通过司法鉴定获得了鉴定意见，鉴定人也成为证据链条中的一个环节。如果涉案物品储存在特定的场所，也要证实其保管严密。这就要求规范办案人员收集涉案物品的程序，通过粘贴标签、编排号码等可识别的方法证明涉案物品具有同一性。如果检察官向法庭提交的实物证据是种类物（例如现金），证人也无法准确地辨认出这些种类物就是涉案物品，在这种情况下，法院会认定这些证据无法满足同一性要求。但如果这些种类物被标记上特殊符号（如人名、数字编号），这样将使该类物证变得独特，从而使证人能够识别。^⑨

我国目前鉴真制度在可操作性方面存在的问题主要包括：一是较多地依据笔录、勘验、检查等书面证据的印证，而轻视对证人出庭的质证。^⑩二是由于中国直言词原则建立将影响鉴真制度的有效实施的“瓶颈”问题，以往的司法解释缺乏可操作性的规则，例如，如果仅仅依照司法解释所确立的“检材的来源、取得、保管、送检是否符合法律及有关规定，与相关提取笔录、扣押物品清单等记载的内容”，法官很难对实物证据的真实性和同一性进行有效的鉴别。三是以往司法解释明显倚重各种笔录证据的印证作用，仅仅依靠笔录的印证，实物证据的鉴真就不可避免地带有形式化的验证性质。在实物证据的持有人、收集者、制作者、保管者几乎都无法出庭作证的情况下，法庭无奈只能凭借侦查机关提供的一纸笔录去证明证据的保管链条，这样当实物证据的真实性产生争议时，法庭对实物证据的采纳就缺乏贯彻直言词原则的基础。^⑪我国目前强调的是对勘验笔录、检查笔录等各种笔录证据的印证作用，但这些笔录本身是侦查人员对其提取实物证据的书面记载而已，实物证据与书面笔录相互印证，除非能发现侦查取得的证据与笔录记载的内容存在明显的矛盾，否则法庭很难对实物证据的鉴真发挥实质性的作用。例如，杜培武案件中，警方对案发现场车辆离合器上的用作司法鉴定样本的泥土，并没有在笔录中记载其来源，这才引起后来人们对侦查鉴定材料真实性的怀疑。^⑫

美国鉴真规则发挥作用，有一个重要的前提是证人、鉴定人要出庭作证。比如，对有特殊表征的物

证书证,要求证人在法庭上辨认该证据,即使对于通过保管链条的完整性(类似于连续背书的方式)来鉴真,但是一旦控辩双方对物证的真实性产生合理怀疑,那么保管链条的证人、保管人、持有人都负有出庭作证的义务。如今,我国推进以“审判为中心”的刑事诉讼制度变革将对证据的审查判断提出更高的要求,重要的证据在法庭上质证,证人鉴定人出庭作证制度将进一步落实贯彻,侦查人员出庭作证,这些刑事诉讼法确立的程序性规范将对证据真实性的审查提出更高的要求。并且,随着人工智能、区块链技术在刑事司法中的应用,证据的防篡改功能将面临着前所未有的革新。这些问题需要我国未来建立一套具有可操作性强的鉴真方法。

(四)不宜设置违反鉴真规则的刚性后果

美国式鉴真被形象地俗称“为证据奠定基础”,无法通过鉴真的证据不能进入陪审团评议的视野,不具有证据的可采性。因此,美国鉴真确立了刚性的排除性法律后果。我国鉴真规则是否可以效仿美国式鉴真规则的刚性法律后果?须结合中国刑事司法现状辩证对待。

在我国刑事证据规定中,鉴真带有规范证据能力的特征。《办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》第8条规定“原物的照片、录像或者复制品,不能反映原物的外形和特征的,不能作为定案的根据。”“书证有更改或者更改迹象不能作出合理解释的,书证的副本、复制件不能反映书证原件及其内容的,不能作为定案的根据。”第9条规定“不能证明物证、书证来源的,不能作为定案的根据。”《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27条规定“电子数据的收集、提取程序有下列瑕疵,经补正或者作出合理解释的,可以采用;不能补正或者作出合理解释的,不得作为定案的根据。”可见,对不符合鉴真规则的法律后果,我国司法解释确立了“强制性的排除”和“可补正的排除”两种,对于上述司法解释规定的“不能作为定案的根据”采取了强制性排除的态度。对此有学者认为,对于无法通过鉴真程序的实物证据,并不必然属于不真实、不可靠的证据。对来源不明、收集不规范、保管不完善等原因就将证据材料排除于法庭之外,很可能是不可

切实际的。^④笔者认同这一观点,并认为在当前我们对刑讯逼供等“非法证据”排除尚且难以做到的情况下,要对未满足鉴真规则的证据采取排除的做法,恐怕对侦查、公诉工作带来巨大的冲击。在中国现有鉴真规则的法律后果方面,还不宜设置绝对排除的后果,否则会造成打击犯罪不力,增加我国刑事诉讼中建立鉴真制度的现实阻力。

但不设置刚性的法律后果,如何保证鉴真规则在实践中得以切实执行?笔者认为可能的解决方案如下:一方面,可以规定特定的案件必须严格遵循鉴真规则,否则法庭不能采纳无法通过鉴真的证据材料。所谓特定案件可限于被告人可能被判处死刑的案件,因为此类案件的证明标准必须是至高无上的,才能防止无辜者被错杀,从而使死刑案件经得起时间的考验。另一方面,规定其他类型的案件对鉴真规则只做出正面的要求,至于违背鉴真规则是否排除,由法官根据侦查人员的补正和合理解释做出自由裁量的判断。

结语

本文基于比较法的视野,介绍评述了美国《联邦证据规则》确立的鉴真规则,从这一规则的法律文本、证据法理、实践操作等角度对鉴真规则的核心内容、基本方法、功能与局限、制度成因、证明标准和基本步骤进行多维分析。旨在通过域外制度的比较分析英美鉴真制度与中国式鉴真制度的性质界分,为我国近年来诉讼法与证据法学界学者们广泛呼吁构建的鉴真规则做出理论回应。由于中国刑事诉讼构造与美国当事人主义诉讼构造存在根本差异,中国证据法理论并没有建立起英美的包含相关性的证据可采性理论,同时,我国庭审结构与美国二元化庭审结构存在根本性差异,造成中国借鉴域外经验引入鉴真规则时,必须立足我国的司法现状,应当明确中国式鉴真的性质、功能定位不同于美国式鉴真。中国鉴真的主体、步骤、范围具有特殊性。中国式鉴真的要务在于确保证据之真实性,鉴真证明标准远远高于美国鉴真标准。目前相关司法解释确立的鉴真规则还需要从构建可操作性的鉴真方法等方面努力,鉴真的义务主体应当既包括司法机关,又包括辩护方,并且目前尚不宜设置违反鉴真规则的刚性法

律后果。唯此,才能建立起中国式鉴真规则,确保刑事涉案物品鉴真的规范性,切实发挥这项制度在准确打击犯罪、防止冤假错案方面的积极作用。

注释:

①《公安机关办理刑事案件程序规定》第278条规定:“对查封、扣押的犯罪嫌疑人的财物及其孳息、文件或冻结的财产,作为证据使用的,应当随案移送,并制作随案移送清单一式两份,一份留存,一份交人民检察院。对于实物不宜移送的,应当将其清单、照片或者其他证明文件随案移送。”

②参见李玉华:《论独立统一涉案财物管理中心的建立》,《法制与社会发展》2016年第3期。

③自2018年6月笔者所在单位承担最高人民检察院检察理论课题研究课题“检察环节刑事涉案物品鉴定实务研究”以来,相继对上海市部分检察机关和司法鉴定机构进行访谈、调研。

④《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》第6、9、23、24条。

⑤自从我国2010年两个“证据规定”颁布实施,尤其是《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》确立了实物证据的来源和提取过程的审查规则要求以后,有学者指出这实质上是一种旨在鉴别证据之真实性的审查方法,并认为这种方法就是“鉴真”。参见陈瑞华:《实物证据的鉴真问题》,《法学研究》2011年第5期,第128页。

⑥代表性研究还包括刘品新:《电子证据的鉴真问题:基于快播案的反思》,《中外法学》2017年第1期;谢登科:《电子证据鉴真问题》,《国家检察官学院学报》2017年第5期。

⑦张保生主编:《证据法学》,中国政法大学出版社2018年版,第231~247页。

⑧鉴真是美国证据法术语“Authentication”的翻译,“Authentication”在《布莱克法律词典》中的解释是:“Authentication, n. 1. Broadly, the act of proving that something(as a document)is true or genuine, esp. so that it may be admitted as evidence; the condition of being so proved < authentication of the handwriting > . [Cases: Criminal Law 444; Evidence 366-381].2. “The concept of authentication, although continually used by the courts without apparent difficulty, seems almost to defy precise definition. Some writers have construed the term very broadly, as does Wigmore when he states that ‘when a claim or offer involves impliedly or expressly any element of personal connection with a corporeal object, that connection must be made to appear...’ So defined, ‘authentication’ is not only a necessary preliminary to the introduction of most writings in evidence, but also to the introduction of various other sorts of tangibles.” John W. Strong et al., McCormick on Evidence § 218, at 350(5th ed. 1999)(italics in original). Specif., the assent to or adoption of a writing as one’s own.”,即从广义的角度讲,鉴真是证明某物(例如文件)是真实的或客观的,尤其是它可能被法庭采纳为证据。See Bryan A. Garner, Black’s Law Dictionary 403(8th ed., Thomson West Publishing

Co. 2004).

⑨参见王进喜:《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307页。

⑩参见[美]罗纳德·J.艾伦、[美]理查德·B.库恩斯、[美]埃莉诺·斯威夫特著:《证据法:文本、问题与案例》(第三版),张保生等译,高等教育出版社2006年版,第200页。

⑪同上,[美]罗纳德·J.艾伦等书,第205页。

⑫第901条的规定内容为:“The requirement of authentication or identification as a condition precedent to admissibility is satisfied by evidence sufficient to support a finding that the matter in question is what its proponent claims.”See Federal Rules of Evidence, 2017-2018 Edition, Prepared by Professor Daniel J. Capra, West Academic Publishing 2017, p 234.

⑬参见刘晓丹:《论科学证据》,中国检察出版社2010年版,第127页。

⑭参见前引⑩,[美]罗纳德·J.艾伦等书,第212页。

⑮“展示性证据”是《联邦证据规则》表述的“Exhibit”,性质上类似于我国的证据材料,所以笔者把它翻译成证据材料。

⑯美国鉴真程序的证明标准为“Evidence sufficient to support a finding”,笔者将它翻译为“足以支持证明某项事实为真的证据”。

⑰See John Henry Wigmore, A Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law, Second Edition, Boston, Little, Brown, and Company, 1923, § 2129, P 564.

⑱See Andre A. Moenssens, Betty Layne Desportes, Steven D. Benjamin, Scientific Evidence in Civil and Criminal Cases, 7th editon, West Academic 2017, p58.

⑲美国《联邦证据规则》901条(b)款第(4)项规定:“Distinctive Characteristics and the Like. The appearance, contents, substance, internal patterns, or other distinctive characteristics of the item, taken together with all the circumstances.”

⑳See Deborah Jones Merritt, Ric Simmons, Learning Evidence From the federal rules to the courtroom, Third Edition. West Academic Publishing 2015, pp 875-876.

㉑有学者指出,在理论上很难找到清晰而明确的标准区分刑事陪审中的法律问题和事实问题,英美主要是通过程序机制的方法,明确法官与陪审团的具体职责,形成一般裁定和问题清单两种不同的模式。参见陈学权:《刑事陪审中法律问题与事实问题的区分》,《中国法学》2017年第1期,第60~61页。

㉒See James Bradley Thayer, L. L. D. A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law, Boston Little Brown and Company 1989, p47.

㉓See Allen, Swift, Schwartz, Pardo, Stein, An Analytical Approach to Evidence: Text, problems, and Cases, Six Edition. Wolters Kluwer 2016. p89.

㉔See Allen, Swift, Schwartz, Pardo, Stein, An Analytical Approach to Evidence: Text, problems, and Cases, Six Edition.

Wolters Kluwer 2016, p206.

⑮参见[美]罗纳德·J. 艾伦:《艾伦教授论证据法(上)》,张保生等译,中国人民大学出版社2014年版,第121页。

⑯同上。

⑰参见[英]詹妮·麦克埃文:《现代证据法与对抗式程序》,蔡巍译,法律出版社2006年版,第206页。

⑱See John H. Langbein, *The Originals of Adversary Criminal Trial*, Oxford University Press 2003, p 1.

⑲See Paul Roberts & Adrian Zuckerman. *Criminal Evidence*, Second Edition, Oxford University Press, 2012, pp 46-51.

⑳参见前引④,陈瑞华文,第134页。

㉑See Richard O. Lempert, Samuel R. Gross, James S. Liebman, John H. Blume, Stephan Landsman & Fredric I. Lederer, *A Modern Approach To Evidence: Text, Problems, Transcripts and Cases*, Fourth Edition, West Publishing 2013, p1203.

㉒参见[美]阿尔娃·奥伦斯坦:《证据法要义》,汪诸豪、黄燕妮译,中国政法大学出版社2018年版,第225页。

㉓See Allen, Swift, Schwartz, Pardo, Stein, *An Analytical Approach to Evidence: Text, problems, and Cases*, Six Edition. Wolters Kluwer 2016, p198.

㉔《Federal Rules of Civil Procedure》第16条(c)(2)(c)规定:“Obtaining admissions and stipulations about facts and documents to avoid unnecessary proof, and ruling in advance on the admissibility of evidence.”

㉕根据《最高人民法院关于适用〈刑事诉讼法〉的解释》第

184条第二款规定,庭前会议上“审判人员可以询问控辩双方对证据材料有无异议,对有异议的证据,应当在庭审时重点调查;无异议的,庭审时举证、质证可以简化。”可见,庭前会议只确定哪些证据材料存在异议,其鉴真只能留到庭审时去解决。

㉖我国主流的《刑事诉讼法学》和《证据法》教材对于证据基本属性的论述,普遍持有的观点主张传统的三性说,即真实性、关联性、合法性。可参见陈光中主编:《刑事诉讼法》,北京大学出版社2013年版;《刑事诉讼法学》编写组:《刑事诉讼法学》,高等教育出版社2013年版;樊崇义主编:《证据法学》,法律出版社2006年版;叶青主编:《诉讼证据法学》,北京大学出版社2013年版。

㉗参见陈光中主编:《证据法学》,法律出版社2019年版,第139~143页。

㉘参见张保生主编:《证据法学》,中国政法大学出版社2018年版,第235页。

㉙参见陈邦达:《如何实现涉案物品的鉴真》,《人民法院报》2018年10月10日。

㉚参见刘品新:《电子证据的鉴真问题:基于快播案的反思》,《中外法学》2017年第1期。

㉛参见前引④,陈瑞华文,第139页。

㉜参见佚名:《杜培武:我是反侦查经验丰富的警察,但是到最后,我还是招供了》,载http://www.sohu.com/a/255117830_260282。访问日期为2020年7月29日。

㉝参见陈瑞华:《刑事证据法的理论问题》,法律出版社2018年版,第269页。

On the Rule of Authentication and Its Experience

Chen Bangda

Abstract: Authentication is the act of proving that something is genuine as the proponent claims it is. In the theory of evidence law, the offering party must affirmatively show its foundation of the exhibit, otherwise the evidence will be inadmissible. In the USA, the Federal Rules of Evidence established a series of authentication methods. Exhibits with special features are authenticated through foundational witnesses, while exhibits without distinct features are authenticated through the chain of custody. Authentication functions as the mechanism of distinguishing the relevance of evidence, and the engine of assisting tiers of facts to evaluated evidence. The rationales behind this mechanism are closely related to the jury system, the theory of the admissibility of evidence, and the features of the adversary system. The Criminal Procedure Law of the People's Republic of China and judicial interpretation have established rules similar to authentication and put forward requirements for authenticity identification of evidence. In order to improve the current situation of Chinese authentication, the following measures should be taken into account. Firstly, the features and functions of Chinese authentication should be radically different from the US model. Secondly, the duty of authentication should spread on both the two parties, judicial departments and defendants who produce evidence bare such responsibilities. Thirdly, we should establish a series of practical authentication methods. And finally, it is not ideal to establish an absolutely exclusionary rule on un-authentication evidence.

Key words: Authentication; Real evidence in the criminal proceedings; Evidence law; Forensic identification