

实物证据的鉴真问题

陈瑞华^{*}

内容提要：中国新颁行的刑事证据规定确立了实物证据的鉴真制度。根据所要鉴别的实物证据的不同，鉴真有两个相对独立的含义：一是证明法庭上出示、宣读的某一实物证据，与举证方“所声称的那份实物证据”是一致的；二是证明法庭上所出示、播放的实物证据的内容，如实记录了实物证据的本来面目，反映了实物证据的真实情况。中国刑事证据规定尽管确立了“保管链条的证明”方法，但强调通过对各种“笔录类证据”的形式审查，来验证实物证据在来源、收集、提取、制作、保管等各个环节上的可靠性。刑事证据规定还针对物证、书证、视听资料和电子证据分别确立了鉴真规则。鉴真制度要得到有效的实施，需要司法改革的决策者在刑事审判方式改革、侦诉关系改革、规范法官自由裁量权、有效实施排除规则等方面做出进一步的努力。

关键词：实物证据 鉴真 鉴定 排除规则

一、引言

在证据法学理论中，证据从其表现形式上看，有实物证据与言词证据之分。实物证据是指那些以物品、痕迹、书面文件、录音、录像等为物质载体的证据形式。通常所说的物证、书证、视听资料、电子证据等，都属于实物证据。相对于言词证据而言，实物证据的证据能力和证明力问题无论是在证据立法还是司法实践中都受到了不应有的忽略。在证据能力环节上，实物证据的调查取证所要遵循的往往是一些技术性很强的手续，而难以牵涉重大的权利保障问题，即便侦查人员存在违法取证行为，也一般不会影响实物证据的真实性，因此，在适用非法证据排除规则问题上始终存在着较大的争议。^{〔1〕}而在证明力环节上，司法实务界通常强调对实物证据的当庭辨认、出示或者播放，以此来审查其真实性和相关性；遇有需要运用专门科学手段的场合，司法人员最多会聘请专家充当司法鉴定人，来对实物证据的证明力发表鉴别意见，以弥补自己专业知识和判断力的不足。可以说，在实物证据的审查和采纳方面，由于法律和司法解释没有做出明确的限制性规范，司法人员往往拥有较大的自由裁量权。

^{*} 北京大学法学院教授。

〔1〕 参见熊选国主编：《刑事诉讼法司法解释释疑》，中国法制出版社2002年版，第51页以下。

然而,随着2010年两个“证据规定”的颁布实施,^[2]这种局面终于发生了变化。由两高三部通过的《死刑案件证据规定》,确立了大量涉及实物证据审查判断问题的证据规则。其中,值得高度关注的是该司法解释在物证、书证的来源方面所确立的排除性规则:“经勘验、检查、搜查提取、扣押的物证、书证,未附有勘验、检查笔录,搜查笔录,提取笔录,扣押清单,不能证明物证、书证来源的,不能作为定案的根据。”按照最高法院副院长张军的评价,“这个规定实质上是物证、书证证据资格的排除规定,不能排除来源非法就不应当采信。这是一个明显的进步。”^[3]与此同时,在物证、书证的收集调取程序方面,该司法解释做出了近乎繁琐的技术性规定,强调对物证、书证的勘验、检查、搜查提取、扣押,应当附有相关笔录和清单;强调侦查人员、物品持有人、见证人在笔录或清单上签名;强调对物品的特征、数量、质量、名称等加以注明……为规范侦查人员的搜集提取行为,司法解释要求法院“对物证、书证的来源及收集过程有疑问,不能做出合理解释的,该物证、书证不能作为定案的根据”。^[4]

司法解释对物证、书证的来源和收集提取过程做出如此具体详尽的规定,并为此确立两项排除性规则,这是值得高度重视的发展动向。不仅如此,《死刑案件证据规定》对视听资料和电子证据的来源和收集提取过程也提出一系列相似的程序要求。例如,视听资料、电子证据要载明制作人、持有人的身份以及制作的时间、地点、条件和方法;法院要审查视听资料、电子证据的内容和制作过程是否真实,有无经过剪辑、增加、删改等伪造、变造情形……对于视听资料经过审查难以确定真伪,或者制作和取得的时间、地点、方式等有异议等,法院不得将其作为定案的根据。^[5]

这种就实物证据的来源和提取过程所提出的要求,其实是一种旨在鉴别证据之真实性的审查方法。在证据法学上,这种方法就是“鉴真”方法。^[6]过去,无论是刑事诉讼法还是司法解释,都比较强调实物证据的鉴定问题,也就是通过专业知识技能和专用设备,对案件中的专门科学技术问题做出鉴别意见,以便揭示实物证据的真实性和相关性。例如,通过对血迹、毛发、体液、皮屑的DNA鉴定,证明现场所提取的物证为某被告人所遗留,进而证明被告人到过现场;通过对某一书面材料内容的鉴定,揭示该材料内容与案件事实的相关性;通过对某一录音资料的技术鉴定,来证明录音为某被告人所留……但是,在被用作鉴定检材的实物证据本身来源不明、提取经过没有记载、保管不善的情况下,这种针对实物证据所作的司法鉴定其实是没有意义的。

[2] 2010年6月,最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部联合发布了《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》(以下简称《非法证据排除规定》)和《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》(以下简称《办理死刑案件证据规定》)。

[3] 张军主编:《刑事证据规则理解与适用》,法律出版社2010年版,第5页以下。

[4] 参见《办理死刑案件证据规定》第9条。

[5] 参见《办理死刑案件证据规定》第27、28、29条。

[6] 所谓“鉴真”,在英语中的表述是 authentication,它通常与另一个词 identification 一起使用,具有“确认”、“证明……为真实”或者“确定……具有同一性”的意思。对于这一术语,国内法学界有不同的译法,有的翻译为“确证”,有的翻译为“鉴证”,还有的直接翻译为“鉴定”。在翻译美国证据法学家罗纳德·J·艾伦等人所著的《证据法:文本、问题和案例》一书过程中,张保生教授首次使用了“鉴真”的译法。相比之下,“鉴真”的译法与 authentication 的原意更为贴切。这是因为,在英语中,作为 authentication 词根的 authentic 具有“真实的”、“可靠的”的意思,作为该词动词形式的 authenticate 则具有“证明……是真实的”的意思。在证据法中, authentication 的真实含义就是证明某一证据确属提出该证据的一方所声称的那一证据,也就是法庭上的证据与控辩双方所主张的证据具有同一性的意思。很显然,这一术语与“鉴定”有着明显不同,而“确证”、“鉴证”之说,也无法准确地表达出这种含义。正因为如此,笔者倾向于将 authentication 翻译为“鉴真”,一来说明这是一种对证据的真实性加以鉴别的证明过程,二来显示这种鉴别有别于“鉴定”,具有明显的独立性。有关鉴真制度的全面研究,可参见[美]罗纳德·J·艾伦等:《证据法:文本、问题和案例》,张保生等译,高等教育出版社2006年版,第212页以下;另参见张保生主编:《〈人民法院统一证据规定〉司法解释建议稿及论证》,中国政法大学出版社2008年版,第270页以下。

因为来源不明、提取过程不清楚或者保管不完善的物证、书证，如果连其是否真实存在过以及究竟存在于何处等，都无法得到清晰的说明，就更无法对其本身所包含的事实信息加以鉴别了。因此，在针对实物证据的司法鉴定程序启动之前，提交实物证据的一方至少需要证明该证据是来源可靠、提取合法和保管完善的，也就是该证据确实属于提交证据的一方所声称的“那份证据”，接下来进行的鉴定才是富有意义的。很显然，为揭示实物证据的证明力，司法人员通常会先后借助于“鉴真”和“鉴定”方法来做出鉴别，“鉴真”方法可以为“鉴定”提供基本的前提条件，那就是检材来源的可靠性、检材提取的规范性以及检材保管的完善性。由此，鉴真与鉴定成为对实物证据的证明力加以鉴别的两种独立方法。

司法解释对实物证据的鉴真问题所确立的诸多规则，显示出刑事证据规则的发展已经走到了证据理论研究的前面。迄今为止，法学界对“鉴真”问题的研究还停留在翻译、介绍英美相关证据规则的水平上。而对于“鉴真”所涉及的各种证据理论问题，还鲜有研究者展开深入的探讨。而在中国刑事司法实践中，因为侦查人员缺乏证据鉴真意识所发生的误用实物证据的问题，已经在不少刑事案件中纷纷出现。在那些影响较大的冤假错案中，这一问题变得尤为突出和严重。^{〔7〕}面对司法实践中普遍出现的问题，法学界有责任做出必要的理论回应，将实物证据的鉴真问题上升到理论的层面。

有鉴于此，本文拟对实物证据的鉴真问题做出初步的讨论。笔者将以中国新颁布的司法解释为范例，讨论鉴真的性质和基本方法，分析鉴真的基本诉讼功能，然后对司法解释就各种实物证据所确立的鉴真规则做出分析，对其在适用上可能出现的问题做出一些反思性评论。

二、鉴真的性质

中国新近颁行的两部刑事证据规定，确立了诸如非法证据排除规则、口供自愿法则、意见证据规则、量刑证据规则等一系列证据规则。这显然受到了英美证据法的影响。^{〔8〕}而鉴真制度的确立，则更是借鉴英美证据法的结果。

英国刑事证据法要求提出证据的一方对实物证据的来源做出证明。尤其是在对某一物证的真实性存在疑问的情况下，法官通常会调查该物证的来源以及提取物证的整个过程。这被视为确保物证真实性的程序要求。^{〔9〕}而在美国证据法中，任何一项在法庭上提出的证据都应被推定为不真实的。这被视为一项十分重要的证据法则。据此，控辩双方一旦向法庭提出某一实物证据，都要承担证明该证据“确属他所声称的那份证据”的责任。一般情况下，法庭不能将证明责任转移给挑战实物证据真实性的一方。^{〔10〕}

美国证据法将广义的实物证据分为物证 (real evidence)、示意证据 (demonstrative evidence)、

〔7〕 例如，在影响较大的云南杜培武案中，侦查人员对犯罪现场的泥土与杜培武身上的泥土进行了提取，并送交技术部门进行同一性鉴定。但在法庭审判过程中，对于泥土的来源和提取经过，侦查人员在勘验、检查笔录中并没有做出任何记载。结果，有关泥土来源成为控辩双方争议的焦点问题。有关这一问题，可参见王达人、曾粤兴：《正义的诉求——美国辛普森案和中国杜培武案的比较》，法律出版社2003年版，第61页以下。

〔8〕 参见前引〔3〕，张军主编书，第22页以下。

〔9〕 比如，英国法官要将一幅照片采纳为证据，就必须审查它的真实性。为此，摄影者需要证明该照片为其所拍摄，提供拍摄的时间和地点，并且还要有证据证明这些印出的照片是从从未被动过的底版中冲洗出来的。又如，法官如果对某一磁带的真实性发生了怀疑，也必须弄清楚该磁带的真实来源，为此可以举行听审，听取控辩双方就该磁带的来龙去脉所作的举证和辩论，在对它的真实来源产生内心确信后，才能将其采纳为证据。此外，对于录像以及其他任何实物证据，英国法院也会遵循大体相似的鉴真规则。参见〔英〕理查德·梅：《刑事证据》，王丽、李贵方译，法律出版社2002年版，第18页，第22页，第31页。

〔10〕 See Steven L. Emanuel, *Evidence*, 4th edition, Aspen Law & Business, A Division of Aspen Publishers, Inc., p. 457.

书证(writing)、录制证据(recording)等多种,并分别确立了具体的鉴真规则。在美国证据法中,鉴真属于实物证据具备可采性的基本条件之一,未经鉴真的实物证据是不具有可采性的,法官可以将其排除于法庭之外。例如,对于一份物证(如手枪),鉴真意味着证明该手枪实际为被告人使用过的那把手枪;对于一份合同,鉴真是指证明它就是原告和被告共同签署过的那份合同;对于一份录音带,鉴真就是要证明该录音带确实录下了有关被告人试图贿赂某一官员的谈话过程;对于一份示意证据(绘图、照片、表格、清单等),鉴真则意味着要证明该证据准确地表述或反映了案件事实发生的时间、地点、方位或者有关现场的情况……〔11〕

而根据中国的两个刑事证据规定,对于物证、书证、视听资料、电子证据的来源以及收集、提取、保管过程,都需要提出证据的一方加以证明;对于那些可能存在伪造、变造的实物证据,也需要通过专门的证明程序加以排除。而在这种对实物证据的真实性和同一性加以证明的过程中,勘验笔录、检查笔录、搜查笔录、提取笔录和扣押清单起到了佐证和验证的作用。由此,鉴真其实成为实物证据具备证据能力的前提条件。

与美国证据法一样,中国刑事证据法也将鉴真设计成一种鉴别实物证据真实性的重要方法。按照实物证据的种类分布,鉴真可以被细分为物证、书证的鉴真,视听资料的鉴真,电子证据的鉴真。那么,究竟如何为“鉴真”做出一种准确而全面的定义呢?

根据所要鉴别的实物证据的不同,鉴真其实有两个相对独立的含义:一是证明法庭上出示、宣读、播放的某一实物证据,与举证方“所声称的那份实物证据”是一致的;二是证明法庭上所出示、宣读、播放的实物证据的内容,如实记录了实物证据的本来面目,反映了实物证据的真实情况。从消极的角度来说,前者旨在证明法庭上出现的实物证据,作为一种物质载体,没有被伪造或者变造,与举证方所诉称的实物证据是同一份;后者所要证明的则是实物证据所记载的文字、图表、声音、画像,没有发生失真的情况,真实记录了某一物体、场所、谈话、活动的情况。

前一种鉴真的定义对于物证和书证的鉴真是较为贴切的。物证是以形状、颜色、数量、重量等物理属性发挥证明作用的物品或痕迹,书证则是以其所记录的内容来发挥证明作用的证据材料。无论是物证还是书证,一般都是在案件事实发生之前或者之中所形成的实物证据,侦查人员最多只是发现并收集它们,但不能“制作”或者“制造”它们。正因为如此,对物证、书证记载的事实信息,一般不需要通过鉴真方法来加以验证,而往往要依赖司法鉴定技术的运用。例如,一把刀、一枚指纹、一滴血迹、一个脚印或者一种射击残留的痕迹,究竟包含了怎样的证据信息,这不是鉴真制度所要解决的问题,而是要由专业人员通过司法鉴定技术才能揭示的。对于物证、书证而言,鉴真制度所要解决的只有一个问题,那就是法庭上出现的物证、书证就是举证方所声称的那份证据,该物证、书证不仅来源是可靠的,也得到了规范化的收集提取、妥当的保管,并与最终提交法庭的证据具有同一性,其真实性不容置疑。

很明显,对物证、书证的鉴真带有“对证据载体的真实性加以鉴别”的性质。也就是说,只要物证、书证的来源是真实可靠的,提取和收集过程是规范的,证据保管是完善的,并且在法庭上出示的是提出证据的一方所声称的“那一份证据”,那么,对这类证据的鉴真过程即告完成。这种对鉴真所作的第一种定义,所强调的是物证、书证在从提取到出示到法庭的整个过程中,必须保证其真实性和同一性,以避免物证、书证出现失真的情况。这是因为,控辩双方只要对某一物证、书证真实性提出了合理的疑问,或者对法庭上出现的证据与原来提取的证据的同一性产生了怀疑,那么,该证据的证明力也就难以令人信服了。

至于后一种鉴真的定义,则对视听资料、电子证据都可以适用。无论是录音、录像等视听资

〔11〕 参见前引〔10〕, Steven L. Emanuel 书, 第 453 页以下。

料,还是包括电子邮件、网络博客、手机短信等在内的电子证据,作为一种证据载体本身,它们的真实性固然是需要证明的,这一点与物证、书证的鉴真没有实质性的差异。但更为重要的是,这些实物证据所记录的内容,包括声音、图表、照片、图像等,究竟是否真实反映了案件事实发生时出现的谈话、活动、场景,这是需要加以认真鉴别的。对这些实物证据的内容与相关谈话、活动、场景的同一性的鉴别,就属于鉴真制度所要解决的问题了。

假如我们将物证、书证的鉴真视为一种“对证据载体真实性的鉴别”的话,那么,对视听资料、电子证据的鉴真就属于一种“对证据内容真实性的鉴别”。在对后两种实物证据的鉴真过程中,证据的来源、提取、保管、出示等立体化的程序环节,主要被用来证明该证据所记载的内容是真实无误的,也就是说,这些通过高科技手段所记录的声音、谈话、活动、图像等,真实反映了案件事实发生时的情况,而没有发生错误记载、遗漏记录或者任意增加的问题。如果说物证、书证属于办案人员“收集”或“提取”的实物证据的话,那么,视听资料、电子证据则属于办案人员“制造”或者“制作”出来的实物证据。为避免视听资料、电子证据出现伪造、变造,提出证据的一方需要对这些证据所记载的内容进行真实性验证。这就需要那些视听资料、电子证据的持有人、提取人、见证人出具证明材料,以便证明这些证据的内容不存在错误记载。

三、比较法视野下的鉴真方法

中国刑事证据规定对鉴真制度的确立,属于借鉴美国证据法的结果。在鉴真的具体方法上,中国刑事证据规定并没有建立证人当庭辩认的规则,也没有要求那些持有、接触、处置、保管过实物证据的人出庭作证,而只是借鉴了一种形式化的证明实物证据“保管链条”方法,要求运用勘验笔录、检查笔录、证据提取笔录、搜查笔录、扣押清单等“笔录类证据材料”,从实物证据的来源、提取、收集、保管等各个环节来证明该证据的真实性。在以下的讨论中,笔者拟通过对中美鉴真制度的比较分析,来总结鉴真的主要方法,并对这两种鉴真制度的异同做出评价。

(一) 美国证据法中的鉴真方法

在物证的鉴真问题上,美国证据法确立了两种方法:一是“独特性的确认”(ready identification 或 unique identification),二是“保管链条的证明”(chain of custody)。前一种方法主要适用于对特定物的鉴真,也就是某一物证具有独一无二的特征,或者具有某些特殊的造型或标记,证人当庭陈述当初看到物证具有哪些特征,并说明法庭上的该项物证与原来的物证具有相似的地方。由此,证人通过当庭提供证言,对该物证与原来所看到的物证的同一性做出确定的证明。^[12]

作为另一种鉴真方法,“保管链条的证明”主要适用于物证为种类物的情形。也就是说,某一物证并不具有任何明显的特征,即便组织证人当庭辩认,也无法说清楚它具有特殊的造型、标记或其他特征。在此情况下,“独特性的确认”就变得无法适用了,取而代之的鉴真方法就只能是对该物证从提取到当庭出示的完整过程的展示。所谓“保管链条的证明”,其实是指从该物证被提取之后直到法庭出示它的整个期间,所有持有、接触、处置、保管过该项物证的人,都要就其真实性和同一性提供令人信服的证言,以便证明该项证据在此期间得到了妥善的保管,其真实性不容置疑。^[13]

“保管链条的证明”对于证明某一物证自始至终没有发生状态的改变,可以起到非常重要的作用。尤其是那些容易被伪造、变造的物证,唯有经过每一保管链条的证明,才能使人相信这些

[12] 参见前引〔6〕,艾伦等书,第219页以下。

[13] 参见前引〔10〕,Steven L. Emanuel书,第458页以下。

在物品被发现时就具有的状态,在其接受检验、鉴定直至当庭出示时,都是一致存在的,而没有发生实质的变化。否则,在有关物证的持有、检验、鉴定、出示或者其他处置环节出现任何形式的变化,都将被视为“保管链条的中断”。尽管这种中断并不必然导致物证可采性的丧失,但这毕竟属于物证鉴真环节上的缺陷,控辩双方可据此对该证据的可采性提出合理的质疑。

与物证的鉴真不同,示意证据的鉴真并不需要证明某一绘图、表格的真实性和同一性,而要说明该证据准确地记载或反映了某些案件事实。例如,在一起多名被告人涉嫌抢劫的案件中,公诉方提交的现场方位图说明了证人、被害人和各个被告人在抢劫现场所处的位置。对示意证据的鉴真通常采取目击证人当庭作证的方法,也就是由证人证明该表格、绘图、照片等恰当地反映了案件发生时的情况,该示意证据的真实性由此可得到准确的验证。

通常情况下,对书证的鉴真会涉及验证某一书面材料的作者问题。提出书证的一方可以申请传唤证人,向法庭证明该份文件就是该方所声称的“那份证据”。同时,对于书证的鉴真,也可以通过证明该证据具有某些独一无二的特征或特定情况来进行。不仅如此,对书证的鉴真还可以通过证明某一特定的人在书证上亲自签名来完成。为此,证人可以提供证言,证明他看见该文件被签名的情况,也可以当庭对文件上的签名或笔迹做出辨认。而对那些通过高科技手段提取的电子文件,如电子邮件、网页粘贴材料、网络聊天记录或电子日志等,可以采取与书证大体相似的鉴真方法。例如,对于电子邮件,可以通过所载电子地址、使用答复功能生成的原始发送者地址、电子邮件所包含的信息内容乃至电子签名本身,来加以鉴真。有时候,还可以通过说明制作过程的方式来完成这种鉴真过程。^[14]

对于通过机械、电子或其他方法记录声音、图像的录制证据,在存在亲自参与某一事件的目击证人的情况下,可以由该证人提供证言,说明这份录音或录像材料准确地记录了某一事件发生过程中的声音和图像。这种鉴真方式与对物证的当庭辨认具有相似之处。只不过,证人当庭辨认同物证的目的是确认其真实性和同一性,而对录音、录像资料的“辨认”则是要证明它们真实记录了案件事实的过程。但是,在没有任何目击证人了解案件事实的情况下,这种鉴真方法显然就失灵了。在此情况下,“保管链条的证明”就可以发挥替代性的鉴真作用,录制证据本身就足以担当“沉默证人”的角色。具体而言,这种无法依靠人证来验证的录音、录像资料,其真实性取决于录制设备运行的科学性、设备的状态、录制品之未改变状态以及从提取到法庭出示的全部保管链条。当然,在例外情形下,录制证据还可以根据其与众不同的内容而得到鉴真。^[15]

(二) 中国刑事证据规定中的鉴真方法

在对物证、书证进行审查判断时,中国法官如何相信控辩双方提出的某一物证、书证确实属于“他们所声称的证据”呢?在这一方面,《办理死刑案件证据规定》强调对其真实来源以及整个保管链条的证明。具体说来,需要证明的物证、书证的保管链条包括以下几个环节:一是审查物证、书证的真实来源,这可以通过审查被收集提取的物证、书证是否为原物、原件,物证的照片、录像或复制品,书证的副本、复制件的制作过程,以及原件、原物存放于何处等方式来加以检验;二是全面审查物证、书证的收集提取过程,也就是上述笔录类证据材料是否记载了勘验、检查、搜查、提取、扣押的过程,以及是否记载了侦查人员、物品持有人、见证人的签名以及物品特征、数量、质量、名称等信息;三是审查物证、书证在收集、保管、鉴定等各个环节是否受到破坏或者改变。

对于物证、书证的来源、收集过程及其真实性的鉴别,《办理死刑案件证据规定》没有强调

[14] 参见前引[6],艾伦等书,第229页以下。

[15] 参见前引[6],艾伦等书,第233页以下。

当庭辨认的方法，而主要是通过通过对各种笔录类证据的出示、宣读和质证来加以完成。由于无法传召侦查人员、证据持有人、见证人以及其他处置过物证、书证的人出庭作证，中国法院最多安排被告人对相关证据进行当庭辨认，以确认该证据的真实性。对于这种法院习以为常的做法，《死刑案件证据规定》并没有做出新的强调，而是要求法院通过对“笔录类证据”的审查来对物证、书证的保管链条进行验证。所谓“笔录类证据材料”，通常是侦查人员对其收集、提取物证、书证的过程所作的书面记录。按照收集、提取证据的方法的不同，这种“笔录类证据”可以包括勘验笔录、检查笔录、搜查笔录、提取笔录、扣押清单等多种。从形式上看，对物证、书证的鉴真，就要通过查阅这些笔录类证据材料，来验证物证、书证的来源、收集提取经过以及其他保管链条的完整性。反过来，假如这些笔录类证据对物证、书证的来源记载不详或者收集程序、方式存在瑕疵，法院就有可能将这些物证、书证排除于定案根据之外。

在中国刑事诉讼中，“视听资料”是指那些运用科学技术手段记载声音和图像的音像资料。典型的视听资料主要是录音、录像，既包括存储于传统的录音带、录像带中的声音、图像信息，也包括存储于磁盘、光盘中的音像材料。为保证视听资料的真实性，提出该项证据的一方需要向司法官员证明录像、录像材料中所记载的声音、图像信息，确属曾经发生过的案件事实信息，而没有经过任何形式的剪辑、伪造、变造。与此同时，提出证据的一方还需要对该项证据的来源、提取、保管、播放、鉴定等各个环节提供清晰的证明，以证明该证据在保管链条上是完整的，所有接触和经手该项证据的人都没有破坏该证据的同一性。否则，视听资料的鉴真过程就无法完成。

《办理死刑案件证据规定》对视听资料确立了与物证、书证相类似的鉴真方法，那就是强调审查视听资料的来源是否合法，审查制作人、持有人的制作过程，包括制作人、持有人的身份，制作的时间、地点、条件以及制作方法，对于视听资料的复制件，审查其制作和保管方式，制作人、持有人有无签名或盖章。不仅如此，对视听资料的内容和制作过程还要进行真实性审查，以确认是否存在剪辑、增加、删改、编辑的情形，避免证据受到人为的伪造或变造。

电子证据是近年来出现在司法程序之中的新型证据形式。顾名思义，所谓“电子证据”，主要是指那些通过使用电子计算机、移动电话以及互联网等电子媒体而形成的传输证据资料。从证据载体方面来说，电子证据主要有电子邮件、电子数据交换、网上聊天记录、网络博客、手机短信、电子签名、域名等证据形式；从证据信息来看，电子证据主要是那些记载于相关电子媒体中的数据、文字、照片以及音像资料。相对于传统的书证、物证、视听资料而言，电子证据在记载的证据信息方面具有明显的综合性，具有其他所有实物证据所能承载的信息形式。不仅如此，较之其他实物证据而言，电子证据在提取、保管和出示等环节更容易出现伪造、变造的问题，制作人、持有人和保管人一旦操作不当，还容易造成电子证据来源不明甚至整个保管链条的中断，令人对其真实性和可靠性产生合理怀疑。

《办理死刑案件证据规定》对电子证据的鉴真提出了一些更为严格的要求：一是强调审查电子证据的来源，也就是电子证据的存储磁盘、光盘等可移动存储介质是否与打印件一并提交；二是审查电子证据的制作过程，也就是电子证据形成的时间、地点、对象、制作人、制作过程和设设备情况；三是审查电子证据在制作、储存、传递、获得、收集、出示等各个环节的程序，也就是各个环节在程序上是否合法，有无取证人、制作人、持有人、见证人的签名或盖章；四是审查电子证据内容的真实性，尤其是审查有无剪裁、拼凑、篡改、添加等情形，避免伪造或变造证据的情况出现。

尽管对视听资料、电子证据的保管链条提出了更为严格的要求，但是，《死刑案件证据规定》也没有提供新的鉴真方法，既不要求视听资料、电子证据的制作人、持有人、见证人、保管人出庭作证，也不安排那些参与录音、录像过程的目击证人对录音、录像的内容进行全面的辨认。对

视听资料、电子证据的鉴真最多也是通过审查勘验笔录、检查笔录、搜查笔录、提取笔录,来进行形式上的审查。对于控辩双方对视听资料的真实性发生争议的,法院所能做的最多是重新宣读和出示那些笔录类证据而已。

(三) 简要的比较

在美国刑事诉讼中,“独特性之确认”和“保管链条的证明”属于两种基本的鉴真方法,并适用于几乎所有类型的实物证据。但不论采用何种鉴真方法,法庭都必须安排实物证据的持有者、目击者、提取者、保管者以及其他经手过该项证据的人出庭作证,要么当庭对该证据的真实性和同一性做出辨认,要么对该证据的来源、提取、收集、保管过程的可靠性提供证言。而这些鉴真规则还建立在对实物证据的“不真实假定”的基础上,由此带来控辩双方对其实物证据的真实性承担证明责任的后果。之所以会出现这种局面,是因为在美国对抗式的刑事审判制度下,法庭对于实物证据的真实性难以发挥积极的调查作用,而只能由控辩双方通过挑战对方证据的真实性避免证据运用上可能出现的错误。与此同时,那种旨在保证控辩双方平等实施交叉询问的传闻证据规则,还排斥了双方采用书面证据进行鉴真的可能性,促使双方传召证人出庭,对实物证据的同一性加以辨认,对证据的保管链条做出当庭证明。

相比之下,中国新颁行的刑事证据规定对实物证据也确立了一些鉴真方法。无论是对物证、书证、视听资料还是电子证据,证据规定都强调提出实物证据的一方要证明该证据的来源,对该证据的收集、提取过程要做出准确的说明,特别要有必要的签名、盖章以及对时间、地点的说明。对于那些在真实性、同一性上容易引发争议的实物证据,司法解释还特别要求法庭审查该证据有无经过伪造、变造的问题。这些都足以说明,“保管链条的证明”作为一种鉴真方法,已经在中国刑事证据规定中得到确立。不仅如此,为保证实物证据的鉴真规则得到有效的实施,司法解释还专门确立了证据排除规则,使得那些来源无法证明、收集过程存有重大疑问、无法鉴别真伪的实物证据,可以被法庭排除于定案根据之外。这也显示出实物证据的鉴真已经超出简单的“经验法则”和“逻辑法则”的层面,而初步形成了旨在限制实物证据之证据能力的法律规则。

但是,与美国证据法的规定不同,中国的司法解释并没有确立所谓的“不真实假定”原则,也不要求公诉方为每一份实物证据的真实性承担证明责任。原则上,对于公诉方当庭提出的实物证据,只有在辩护方对其真实性提出合理疑问,法庭对其是否被伪造、变造的问题产生怀疑的情况下,公诉方才需要对其同一性加以证明。从司法解释所确立的排除规则来看,只有在物证、书证的来源得不到证明,物证、书证的收集过程存在得不到合理解释的疑问的情况下,法庭才会拒绝将其用作定案的根据。这样,在是否需要鉴真以及如何加以鉴真的问题上,法官其实拥有较大的自由裁量权。

中国的刑事审判制度对实物证据的鉴真问题产生了较大的影响。尽管经历了1996年的刑事审判方式改革,中国刑事诉讼法通过借鉴美国对抗制而确立了“抗辩式”的审判程序,但是,控辩双方在法庭调查方面仍然没有占据主导地位,法官事实上仍扮演着积极的司法调查官角色。不仅如此,无论是英美证据法中的传闻证据规则,还是大陆法国家的直接和言词审理原则,都未能在中国刑事审判制度中得到确立。结果,公诉方很少传召证人、被害人、鉴定人出庭作证,而是代之以宣读庭前由侦查人员制作的案卷笔录。^[16]这种以案卷笔录为中心的法庭审理方式,对于实物证据的鉴真过程势必产生显著的影响。

在实际奉行书面和间接审理原则的情况下,中国法庭一般不会组织证人进行当庭辨认,而最

[16] 有关中国“案卷笔录中心主义”的刑事审判模式的形成和影响,可参见陈瑞华:《刑事诉讼的中国模式》,法律出版社2010年版,第159页以下。

多宣读侦查人员在庭前所作的辨认笔录。无论是实物证据的持有者、证据形成过程的目击者，还是证据的提取者、保管者，都不会亲自出庭作证。这就使得所谓的“独特性确认”的方法在中国刑事审判中没有存在的空间，而“保管链条的证明”也难以通过每一个接触实物证据的人出庭作证的方式加以完成。其实，在中国现行的刑事审判程序中，所谓的“保管链条的证明”，主要是通过公诉方宣读侦查人员庭前所做的若干种笔录类证据来完成的。这些通常以勘验笔录、检查笔录、搜查笔录、提取笔录或者扣押清单表现出来的“笔录类证据”，其实都是侦查人员对其收集和提取实物证据过程的书面记载。在以往的法律和司法解释中，这些“笔录类证据”最多被用来印证实物证据的取证过程，但很少被用来佐证实物证据的证据能力。而按照新颁行的《死刑案件证据规定》，公诉方在出示物证、书证的同时，需要附有勘验笔录、检查笔录、搜查笔录、提取笔录或者扣押清单，以便证明物证、书证的真实来源，否则，该物证、书证不能被采纳为定案的根据。这就使得“笔录类证据”可以发挥对实物证据的同一性进行鉴真的作用了。

但是，无论是勘验、检查过程的参与者，还是搜查笔录、提取笔录和扣押清单的制作者，都不被要求出庭作证，而只是提交相关笔录。法庭所要求公诉方做的也只是摘要地宣读上述笔录，或者当庭通过电子设备演示笔录的内容。即便在辩护方对相关笔录的合法性、真实性提出异议的情况下，笔录的制作人也不会被传召出庭作证，更无法接受控辩双方的当庭盘问。这就使得上述“笔录类证据”的真实性最多受到一种形式上的审查，这类笔录对实物证据的鉴真作用也难以得到实质性的发挥。正因为如此，那种要求所有接触、处置过实物证据的人都要出庭作证，以便证明该项证据的完整性、真实性没有受到破坏的鉴真制度，在中国刑事审判中并没有得到确立。

四、鉴真的诉讼功能

鉴真既然是一种旨在对实物证据的真实性、同一性加以验证的鉴别手段，那么，人们不禁会提出这样一个问题：为什么言词证据的审查一般不会借助于这种鉴真方法，而唯有实物证据才需要进行鉴真呢？对于实物证据的真实性和同一性，鉴真究竟在哪些方面发挥证明作用呢？

假如言词证据都意味着证人、被害人、被告人当庭提供的口头陈述的话，那么，这些证据的真实性只需要通过询问和质证技术就可以得到大体的验证。对于这类当庭提供的口头陈述，证据法通常给予控辩双方进行盘问的机会，并使得法官在亲自提问之余，可以借助于经验、理性和良心，对其真实性和可靠性作出判断。可以说，任何当庭提供的言词证据都不存在着鉴真的运用问题。

但是，假如法庭上出现的不是证人、被害人、被告人当庭所作的口头陈述，而是某一方提交的书面笔录，如证言笔录、被害人陈述笔录、被告人供述笔录等，那么，对这些笔录的真实性就存在着重新审查的问题。尤其是在中国刑事审判中，由于直接和言词审理原则尚未确立，因此对证人证言、被害人陈述的法庭调查通常采取宣读笔录的方式；由于禁止强迫自证其罪原则尚未得到确立，因此对向侦查人员、公诉人所作的庭前供述笔录，基本上是承认其证据能力的。于是，中国法庭上经常会出现多份相互矛盾的证人证言笔录，甚至还出现证言笔录与证人当庭证言不一致的问题；法庭上也经常出现多份被告人庭前供述笔录不一致的情况，甚至与被告人当庭供述相矛盾的问题。在这种情况下，一种强调言词证据笔录与其他证据相互“印证”的理念也就随之出现了，并逐渐成为中国刑事证据制度的重要理论基础。根据这种“印证理论”，对于前后相互矛盾的证言笔录、被害人陈述笔录或者被告人供述笔录，只有在它们与其他证据相互印证，并对这些矛盾作出合理解释的情况下，才能将它们作为定案的根据。^{〔17〕}这里所说的“相互印证”和

〔17〕 有关印证问题的分析，参见龙宗智：《印证与自由心证》，《法学研究》2004年第2期。

“合理解释”，其实是要求法官运用经验法则和逻辑法则，对那些得到印证的证言笔录或供述笔录予以采信。

很显然，言词证据无论是以口头表达的方式提供，还是以书面笔录的方式提交，都不存在典型的鉴真问题，而是要么通过相互盘问的方式，要么通过相互印证的方式，来验证其真实性。但是，实物证据的真实性要得到验证，除了要接受传统的审查方式以外，还要经受特殊的鉴真过程。

之所以要对实物证据进行鉴真，主要是考虑到证据的收集提取与法庭审理会有一个时间距离，而经过这一时间，实物证据的真实性可能会发生变化，实物证据的同一性可能会引起合理的怀疑。尤其是在刑事诉讼过程中，侦查人员收集提取证据的活动大都发生在侦查阶段，而对同一案件的法庭审理，通常都是几个月甚至若干年之后的事情。即便侦查人员内心确信有关实物证据是真实可靠的，也就是他们所声称的“那份实物证据”，他们也必须向法庭证明该证据的真实性和同一性。否则，控辩双方就会对该证据的真实性发生争议，法官也会对该证据与侦查人员所收集的“那份证据”是否是同一份，甚至对该证据有无被伪造、变造的情况，都会产生合理的怀疑。正因为如此，法庭才需借助于鉴真制度来审查实物证据的真伪，平息控辩双方对其真实性的争议，消除各方对该证据真实性和同一性的怀疑，从而为法庭运用该份证据奠定坚实的基础。

鉴真的对象无论是证据载体还是证据信息，其实都需要做出两个方面的同一性认定：一是法庭上出现的实物证据与举证方所声称的实物证据的同一性鉴别；二是法庭上提交的实物证据所包含的证据信息与曾经发生过的事实信息的同一性判断。通过这两个方面的鉴别过程，人们对法庭上出现的实物证据究竟是不是在诸如犯罪现场等处收集的实物证据问题，就难以再发生争议了；人们对法庭上播放、展示的实物证据所记载的内容，究竟与原来存在过的证据或发生过的事实是否吻合，也就不再质疑了。由此，实物证据本身被伪造、变造的可能性就大大降低，实物证据所记录的声音、图像、场所方位等信息，被错误录制的空间也就不大了。

尽管“鉴真”的本意在于鉴别实物证据的真实性，但是，由于在证据载体和证据信息方面都存在着需要加以鉴别的两个方面，因此，“鉴真”问题通常也就转化为“同一性的鉴别”问题。正因为如此，鉴真除了对实物证据的真实性起到鉴别作用以外，还从一种特殊的角度保证了实物证据的相关性。

在证据法学理论上，相关性又称为关联性、证明性，通常是指证据所反映的事实信息与案件的待证事实之间所具有的逻辑联系。证据只有同时具备真实性和相关性，才能具有证明力，从而转化为定案的根据。在相关性问题上，实物证据唯有足以提供与案件事实有关的证据信息，才能具有证据价值。例如，一把手枪只要被证明在犯罪现场发现或者属于致被害人死亡的“那把枪”，就具有了相关性；一份书面文件假如可以揭示被告人存在贪污、挪用行为的事实，其相关性就得到了验证；一份录音或录像资料所录制的内容反映了犯罪的行为过程，其相关性也就可以得到确认。

实物证据的鉴真过程在验证其真实性的同时，也对实物证据的相关性进行了证明。比如说，对物证真实来源的证明，属于典型的鉴真活动，但这同时对物证的关联性做出了验证。因为一份物证曾经“存在于某一现场”或者“从一场所提取”这一事实本身，就足以证明该物证有助于揭示案件事实的某些信息；恰恰因为物证的真实来源本身，成为该物证转化为定案根据的前提条件。又比如说，对书证、电子证据提取过程的记录，作为通常的鉴真过程，也足以说明书证、电子证据提取的时间、地点、场所、持有人等，与案件事实之间具有了一定的关联性。再比如说，对于一份录音、录像资料的制作过程，作为鉴真程序的一部分，也可以说明这种录制的地点、场景、谈话、活动等，有助于揭示部分案件事实，从而使该录音、录像资料具有了证据价值。

由此可见，鉴真不仅对实物证据的真实性起着不可替代的验证作用，而且还通过对证据载体

和证据信息的同一性鉴别,使得实物证据的相关性得到了诉讼程序上的保证。在一定程度上,实物证据的真实性和同一性同时也体现了该实物证据的相关性,这构成一枚硬币的两个侧面。

五、违反鉴真规则的法律后果

作为一种旨在验证实物证据真实性的鉴别方法,鉴真对于实物证据的来源、收集、保管、鉴定等一系列环节提出了程序要求。表面看来,鉴真对于实物证据的真实性、可靠性和相关性都具有独特的保障作用,但实际上,鉴真一旦被司法解释上升到“证据规则”的层次,就对实物证据的证据能力做出了一些限制性规定。在中国刑事证据规定中,鉴真带有证据能力规则的属性。对那些违反鉴真程序的实物证据,法院可以对其适用非法证据排除规则。

那么,法官一旦发现某一实物证据在搜集、提取、保管、辨认、鉴定过程中存在着违反法律规定的情形,以至于无法保证其真实性和同一性的,司法人员究竟应当如何处理呢?对于这一问题,《办理死刑案件证据规定》确立了诸多方面的证据排除规则。根据这种排除规则的效力不同,可将其划分为“强制性的排除”与“可补正的排除”两种。前者是指法官对那些明显无法鉴真的物证、书证,一律作出无条件的排除,而不得将其作为定案的根据。后者则是指对于在收集程序和方式上存在瑕疵的物证、书证,法官给予办案人员对瑕疵进行补正和作出合理解释的机会,然后再决定是否做出排除证据的决定。^[18]

作为一种最严厉的程序性制裁措施,“强制性的排除”所针对的都是那些因为严重违反法律程序而确实无法得到鉴真的物证、书证,法官对这些证据的排除是无条件的,也是不能补正的。这种针对无法鉴真的物证、书证的“强制性排除”,主要适用于三种情形:一是原物的照片、录像、复制品,不能反映原物的外形和特征的;二是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;三是经勘验、检查、搜查所提取、扣押的物证、书证,没有附有勘验、检查笔录、搜查笔录、证据提取笔录、扣押清单,不能证明物证、书证来源的。

而对于办案人员在收集物证、书证过程中所存在的程序瑕疵,也就是一些技术性的违规做法,司法解释则确立了可补正的排除规则。法官对这些存在程序瑕疵的物证、书证,不是采取无条件排除的做法,而是责令办案人员对违规之处加以补正或者作出合理的解释。经过补正和解释,法官不再对该物证、书证的真实性心存疑义的,就可以忽略有关程序瑕疵,而采用该项物证和书证;但是,法官对于物证、书证的来源和收集过程存有疑问,办案人员无法对此作出合理解释的,就应当将该物证、书证排除于法庭之外,不再作为定案的根据。^[19]具体而言,这些适用“可补正的排除”的物证、书证主要有以下情形:一是侦查人员没有对相关笔录和清单上签名,或者没有注明物品情况的;二是物证、书证的复制品没有注明“与原件核对无异”、没有复制时间或者没有被收集人签名的;三是物证、书证的复制品没有制作人的说明或签名的;四是对物证、书证的来源及收集过程有疑问,或者存在其他瑕疵的。

那么,对于那些内容真伪不明、证据保管链条存在严重缺陷的视听资料,司法人员应当如何处理呢?过去,无论是刑事诉讼法还是司法解释,都几乎没有确立任何形式的排除规则,使得在

[18] 有关强制性排除与自由裁量的排除的分类,参见陈瑞华:《非法证据排除规则的中国模式》,《中国法学》2010年第6期。

[19] 有关可补正的排除规则的评价,可参见陈光中:《刑事证据制度改革若干理论与实践问题之探讨——以两院三部〈两个证据规定〉之公布为视角》,《中国法学》2010年第6期;龙宗智:《两个证据规定的规范与执行若干问题研究》,《中国法学》2010年第6期;熊秋红:《刑事证据制度发展中的阶段性进步——刑事证据两个规定评析》,《证据科学》2010年第5期。

是否采信这种有缺陷的视听资料问题上存在较大的自由裁量权。但是，与一般的实物证据不同的是，视听资料一旦无法排除伪造、变造的可能性，就很难保证其真实性和同一性，法院一旦对此类证据加以采信，就容易在认定事实上作出错误的判决。

有鉴于此，《死刑案件证据规定》针对两种在鉴真环节存在缺陷的视听资料，也确立了强制性的排除规则：对于那些经过审查和鉴定仍然无法确定真伪，或者在制作、取得的时间、地点、方式等方面存有异议，无法得到合理解释或必要证明的视听资料，法院不得将其作为定案的根据。

六、鉴定检材的鉴真问题

在刑事证据的审查判断过程中，鉴真与鉴定属于两种带有独立性的证据鉴别活动。鉴真是指提出证据的一方向法庭证明某一证据确属其所声称的那份证据，也就是当庭出示的证据与举证方所指的那份证据具有同一性。鉴真的方法尽管多种多样，但最重要的方法其实就是两种：一是相关证人对证据同一性的辨认和证明，二是对证据保管链条完整性的证明。^{〔20〕}相反，鉴定则是指那些被委托或聘请的专业人员，对案件中所涉及的专门科学技术问题所提供的专家意见。作为一种专业性的鉴别活动，鉴定意见可以协助司法人员对某一鉴定对象的真实性和相关性产生深刻的认识，避免司法人员因为仅仅运用经验和常识所存在的专业障碍。

本来，鉴真与鉴定在对证据真实性的证明方面具有独立的价值，两者不论是在证明方法还是在证明作用方面都是不可同日而语的。但是，实物证据的鉴真不仅对于法庭确信其真实性和相关性是有意义的，而且对于鉴定人的鉴定也具有极大的制约作用。在司法实践中，物证、书证、视听资料、电子证据除了可以直接在法庭上出示、播放以外，还经常进入司法鉴定的程序，成为鉴定的检材和样本。例如，一把在犯罪现场提取的刀具，除了可以在法庭上出示、接受当庭辨认以外，还会被作为司法鉴定的检材，由鉴定人对其刀口、刀上残留的血迹、刀柄上留下的指纹等做出鉴定意见；一封与犯罪行为有关的书信，除了可以当庭宣读以外，还会被提交给鉴定人，对其笔迹做出鉴定意见；一份记录犯罪过程的录像带，除了可以在法庭上予以播放以外，还有可能被提交给鉴定人，对其制作、提取时间以及有无剪辑等问题做出鉴定意见；一份记载电子邮件、网络博客等的存储光盘，除了可以当庭通过专业设备予以播放以外，还可能被交由鉴定人，对其来源和证据保管链条做出鉴定意见……

很显然，一旦实物证据的同一性无法得到鉴真，那么，不仅法庭会对其真实性无法采信，就连鉴定人也无法将其作为“合格的鉴定检材”。换言之，鉴定人对实物证据做出可信鉴定的前提条件，应当是该证据是真实可靠的检材，而不是那种被替换、伪造、变造、剪裁、篡改过的实物证据。在实物证据的真实性无法得到保证的情况下，即使鉴定人再具有专业上的权威性，鉴定设备再先进，鉴定的操作程序再合乎规范，也无法保证鉴定意见的可靠性。正因为如此，作为司法鉴定的前提条件，对实物证据的鉴真足以构成鉴定意见具有证明力的基础。

《死刑案件证据规定》对鉴定检材的鉴真问题确立了一些规则，甚至将其作为鉴定意见具备证据能力的前提条件。具体而言，在审查鉴定意见过程中，司法人员要加强对鉴定检材真实性的审查，包括检材的来源、取得、保管、送检等环节是否符合法律规定；检材是否与相关提取笔录、扣押清单等相符，等等，以保证鉴定检材来源的可靠性以及证据保管链条的完整性。

不仅如此，作为鉴定对象的检材一旦在鉴真环节存在严重缺陷，以至于难以令人对其真实性加以确认的，法官还可以将根据这一检材所作的鉴定意见予以排除，而不再作为定案的根据。按

〔20〕 参见前引〔3〕，张军主编书，第120页以下。

照《死刑案件证据规定》的要求，鉴定检材存在以下两种缺陷的，法院就可以对其适用非法证据排除规则：一是鉴定对象与送检材料、样本不一致的；二是送检材料、样本来源不明或者确实被污染，且不具备鉴定条件的。

过去，法院对鉴定意见的审查比较偏重于鉴定过程的规范性和鉴定结论的可靠性，而对作为鉴定对象的检材没有给予足够的重视。而根据新的刑事证据规定，鉴定检材的真实性和同一性已经成为鉴定意见转化为定案根据的前提条件。这显然是我国刑事证据制度发生的重大变化。透过这一变化，我们可以发现司法改革的决策者们已经具有了一种新的理论认识：实物证据的鉴真是司法鉴定程序启动的前提和基础；未经鉴真过程，任何专业人士对实物证据所作的“司法鉴定意见”都将是没有任何法律意义的；实物证据作为一种“送检材料”，在其真实性和同一性存在合理疑问的情况下，鉴定意见将不具有作为定案根据的资格。

七、对中国鉴真制度的几点反思

中国新颁行的刑事证据规定对实物证据的审查判断问题确立了诸多方面的规则。但认真分析起来，其中最重要的还是鉴真规则。这些针对实物证据的来源、收集、提取、保管等问题所作的法律规范，以及与此相对应的证据排除规则，显示出一种旨在鉴别实物证据真实性的证明方法，开始出现在中国刑事证据规定之中。按照这种鉴别方法，法庭不仅要借助于司法鉴定来认识案件中的专门技术问题，而且还要对实物证据的来源、提取、收集、储存等一系列保管链条，给出清晰的解释和说明，以消除人们有关该证据是否被伪造、变造的质疑。这一新的鉴别方法无疑给法官、检察官、侦查人员、辩护律师都提出了一定的挑战。人们有理由担心：在中国司法体制、诉讼构造、诉讼理念都没有发生显著变化的情况下，仅仅凭着“两高三部”所颁行的规范性文件，真的能使这些近乎繁琐的鉴真规则得到有效的实施吗？

当然，这些鉴真规则并没有对实物证据的审查判断问题提出不切实际的要求，有些规则甚至具有实物证据审查判断的“最低要求”的性质。例如，那些经过勘验、检查、搜查、扣押、提取所获得的物证、书证，必须附有勘验、检查笔录，搜查笔录，提取笔录或扣押清单，以便证明其真实的来源。否则，该物证、书证不能作为定案的根据。这一针对物证、书证的鉴真规则的确立，并没有对侦查人员提出过于苛刻的要求，而只是强调物证、书证要通过各种笔录类证据来验证其真实的来源，使得物证、书证与那些笔录类证据做到相互印证，避免物证、书证的来源受到各方面的质疑。又如，对于视听资料、电子证据，司法解释所提出的载明制作人、持有人身份以及制作时间、地点、条件等方面的要求，无非是强调这类证据的来源、提取、制作、保管要得到完整的证据验证。这对于那些训练有素的侦查人员来说，实属最低限度的收集证据要求。再如，对于鉴定意见，司法解释要求鉴定对象与送检材料保持一致，送检材料来源要清楚，否则，鉴定意见不能作为定案的根据。这种针对鉴定检材所作的鉴真要求，也是通过总结司法实践中的经验和教训而确立下来的证据规则，并没有超出中国司法鉴定的基本规范要求。

尽管如此，这些带有排除性后果的鉴真规则，对于侦查和公诉工作的成功也构成了法律障碍，对于法官在采纳实物证据方面的自由裁量权也产生了一定的限制和规范作用。令人担忧的是，新颁布的刑事证据规定确立了鉴真制度，提出了对实物证据的真实性加以鉴别的要求，却没有设置具有可操作性的鉴真方法。换言之，依靠司法解释所确立的鉴真方法，法院很难对实物证据的真实性和同一性进行有效鉴别。如何确保鉴真的理念通过具体可行的方法来加以贯彻，将是困扰中国刑事证据规定得到有效实施的原则问题。

首先，在未来的刑事司法实践中，直接和言词审理原则的确立将成为影响鉴真制度有效实施

的“瓶颈”问题。

根据直接和言词审理的原则,法官应当直接听取证人、鉴定人、被害人的当庭陈述,并给予控辩双方对其进行当庭发问的机会,其当庭证言经过双方质证并经过法庭审查核实后,才能作为定案的根据。^[21]但是,这一原则在中国司法实践中并没有得到有效的实施。对于侦查人员所作的证人证言笔录,公诉人一经提交法庭,法庭即确认其证据能力。即便在极个别情况下,证人亲自出庭作证,法庭也会将其证言笔录与当庭证言一视同仁,对其证据能力不持异议。甚至在大多数情况下,对于这种庭前证言笔录的证明力,法庭可以直接予以采信。^[22]

在实物证据的鉴真问题上,司法解释明显倚重各种笔录证据的印证作用。但是,无论是勘验、检查笔录,证据提取笔录还是搜查笔录、扣押清单,都不过是侦查人员对其提取实物证据的过程所作的书面记载而已。仅仅依靠这些笔录的验证,实物证据的鉴真就不可避免地带有形式化的验证性质,而难以对这些证据的真实性和同一性做出实质性的审查和确认。尤其是在某一笔录证据存在争议的情况下,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,无法接受控辩双方的当庭盘问,难以接受法官的当庭询问。法庭不得不仅凭一纸书面笔录来审查实物证据的保管链条。很显然,实物证据的真实性一经成为各方争议的对象,法庭就很难对此做出令人信服判断。

其次,在中国现行的公、检、法三机关“分工负责”的刑事司法体制之下,侦查活动不仅游离于法庭审判程序之外,而且不必承担支持公诉的责任,这使得侦查人员的出庭作证问题变得尤为困难。^[23]

而实物证据的鉴真过程中,侦查人员所制作的勘验笔录、检查笔录、证据提取笔录、搜查笔录、扣押清单、辨认笔录等经常成为控辩双方争议的对象,侦查人员自行搜集的视听资料和电子证据在真实性方面也经常面临异议。除了那些实物证据的持有人、见证人以外,在整个证据保管链条的证明方面,侦查人员其实承担着主要的责任。假如侦查人员只是简单地制作书面笔录,公诉方也只是将其书面笔录提交给法庭,那么,诸如“独特性确认”、“保管链条的证明”等鉴真方法,就根本难以实施。而在刑事司法实践中,无论是对从事勘验、检查、搜查、扣押的侦查人员,还是对那些主持辨认、制作视听资料的侦查人员,法庭都无权传召其出庭作证,难以使其当庭接受各方的盘问和对质。侦查人员也几乎不必通过出庭作证来承担支持公诉的责任。结果,那种要求侦查人员对实物证据的保管链条承担说明责任的鉴真制度,就失去了有效实施的基础。

再次,在实物证据的采纳方面,法官通常拥有较大的自由裁量权。

在证据的举证、质证和采纳方面,法官拥有较大的自由裁量权,这是中国刑事司法实践存在的一个突出问题。这种自由裁量权不受规范和限制的显著标志,在于法庭不允许控辩双方对证据的真实性、相关性或合法性展开充分的质证和辩论,并在是否将某一证据采纳为定案根据的问题上,法官极少在裁判文书中提供必要的理由。在不少案件的审判过程中,面对控辩双方对某一证据所发生的争议,如不一致的证人证言、反复翻供的被告人供述、明显违背常理的“鉴定结论”等,法官不论是予以采纳还是将其排除,都缺乏一个令人信服的标准。而在实物证据的来源、收

[21] 有关直接和言词审理原则的内容以及在中国刑事诉讼中难以得到贯彻的问题,可参见陈瑞华:《刑事审判原理论》,北京大学出版社1997年版,第183页以下。

[22] 当然,在新近通过的两个证据规定中,直接、言词审理原则得到了一定程度的强调。例如,根据《办理死刑案件证据规定》第15条的规定,控辩双方对证人证言有异议,并且该证言对定罪量刑有重大影响的,法院应当通知该证人出庭作证,否则,有关证言笔录不得作为定案的根据。但是,该证据规定实施以来的情况表明,证人出庭作证的情况并没有得到显著的改善。

[23] 有关侦查与公诉关系的学术讨论,可参见陈瑞华:《刑事诉讼的前沿问题》,中国人民大学出版社2011年版,第278页以下。

集、提取、保管等环节的证明问题上，法官假如仍然拥有如此大的自由裁量权，而不增强证据采纳过程的公开度和透明度，那么，实物证据的鉴真过程就有可能流于形式，有关鉴真的证据规则也将形同虚设。尤其是对于公诉方的实物证据，即便在其真实性和同一性面临合理质疑的情况下，法官依然将其采纳为定罪证据，那么，鉴真制度势必会成为法官任意采纳公诉方实物证据的一种托词。

最后，非法证据排除规则在实施上所面临的诸多难题，也同样会困扰着鉴真制度的有效实施。

在实物证据的鉴真方面，新的司法解释也确立了一些非法证据排除规则。诸如来源不明的物证、书证，送检材料来源不明的鉴定意见，在制作和取得方式上存有争议的视听资料等，都可能成为法庭排除的对象。但是，即便是对那些通过严重违法手段所获取的“非法证据”，如刑讯逼供所获取的被告人供述等，法官尚且都难以否定其证据能力，更不用说这种仅仅在鉴真程序方面存在缺陷的实物证据了。^[24]非法证据排除规则所面临的诸多方面的困难，对于鉴真规则的实施有可能产生一些消极的影响。

例如，法官普遍担心，仅仅因为证据是通过非法手段获取的就将其排除于法庭之外，会导致真正有罪的人逍遥法外。同样，一种实物证据仅仅因为在鉴真环节存在瑕疵，就否定其证据能力，甚至因此导致有罪的被告人逃脱法网，这也会为法官所无法接受。又如，对于被提起公诉的案件，法院在宣告无罪方面正面临着越来越大的压力和困难。而一旦排除非法证据，公诉方指控犯罪的证据体系势必会受到削弱，这就势必增加定罪的难度。对于那些违背鉴真程序的“非法实物证据”，假如仅仅因为其真实性无法得到验证就将其予以排除，这也可能导致控方的指控被推翻。而这一因为适用排除规则而宣告无罪的做法，很难为法院所接受。再如，与证据的合法性、证据能力相比较，法官更为重视证据的真实性、证明力。一个通过非法手段所获取的“非法证据”，只要在真实性上是没有问题的，法院通常照样将其采纳为定案的根据。这也是为什么中国的司法解释屡屡强调非法证据排除规则主要适用于言词证据而一般不适用于实物证据的原因。而那些无法通过鉴真程序的实物证据，充其量只是在真实性、同一性上存在风险而已，而并不必然属于不真实、不可靠的证据。在此情况下，要期待法官仅仅因为实物证据来源不明、收集不规范、保管不完善等就将其排除于法庭之外，很可能是不切实际的。

Abstract: Newly promulgated criminal evidence rules in China have established the system of authentication of real evidence. Authentication has two independent meanings according to different real evidences. One is to prove the real evidence, produced, read out and played in courts, to be exactly the evidence as the offering party says what it is. The other is to prove that the content of the real evidence, produced, read out and played in courts, faithfully contains and reflects the genuine and original condition.

In American evidence rules, “unique identification” and “chain of custody” are the two main means for authentication, both requiring all the people who touched, handled and kept the real evidence witness or identify in courts. Although Chinese criminal evidence rules have established the mean of “chain of custody”, they only rely on the formal examination of “documentary evidence” to authenticate the reliability of the real evidence in every originating, collecting, pro-

[24] 有关非法证据排除规则在实施过程中所面临的问题和困境，可参见杨明等：《“非法证据排除”蹒跚起步》，《瞭望东方周刊》2010年11月29日。

ducing, making and keeping stage.

Appraisal functions as unveiling the probative value of the real evidence by professional knowledge and technology, however, authentication aims at demonstrating the authenticity and identity and intensifying the relevance of the real evidence, by establishing the reliability of origin, the normalization of collection and the integrity of keeping. Therefore, authentication is not only an independent mean of identifying the real evidence, but also the premise and foundation of appraisal. Any real evidence without authentication can not be used as proper material for appraisal and should be excluded out of the court.

Chinese criminal evidence rules have so far established the authentication rules to physical evidence, documentary evidence, audio—visual materials and electronic evidence. They provide concrete requirements for the authentication of materials for appraisal, and establish relevant exclusionary rules to the real evidence lacking of authentication. Nevertheless, the implementation of the authentication system still relies upon related reform in the field of criminal trials and the relationship between investigation and prosecution, etc. It also requires regulation on judges' discretion on whether to admit evidence or not, so as to ensure the practical implementation of the exclusionary rules.

Key Words: real evidence, authentication, appraisal, exclusionary rule

本刊启事·关于邮购

一、现存有《法学研究》自1979年创刊以来的少量过刊。有需要者可与法学研究杂志社读者服务部联系购买，整套或者单期均可。

二、未能在邮局订到本刊者，可通过邮局或者银行向法学研究杂志社读者服务部邮购。价格为当年本刊定价，免收邮寄及挂号费。

收款单位：法学研究杂志社

汇款地址：北京市东城区沙滩北街15号

邮政编码：100720

银行账户：中国工商银行北京市分行东四南支行

账号：0200 0010 090 14423433

联系电话：010—64035471

《法学研究》编辑部