



情状的微观过程与司法运用*

温家珠

南京审计大学法学院，南京

摘要 | 现代司法证据制度追求理性主义，偏向于那些可被语言文字化的、客观且具体的，诸如物证、书证、口供类证据。案件事实认定的形式逻辑化虚置了制度所指向的信息传输功能，将非言述知识即意会知识排除在诉讼过程之外，这种默读式审判违背了司法应有的认知规律。无论是我国古代“五听”制度还是域外国家陪审员的庭审环节，都体现司法审判制度对情状这种非言述信息的承认和运用。但在当前我国刑事司法中，对情状的运用尚无明确法律规定，然而实践中有切实运用并发挥着独特的辅助作用。这种现实割裂的状况既于我国历史相悖又与域外先进制度有别。由此，有必要对情状在证据法领域进行理论的分析与定位，在此基础上重新构建一个包括意会认知在内的融心智活动、言语活动和身体活动于一体的案件事实的整体认知模式，发挥情状证据对促进发现案件真实的加权作用。

关键词 | 意会知识；五听制度；情状证据；证据资格；辅助证据

Copyright © 2021 by author (s) and SciScan Publishing Limited

This article is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/).

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>



一、引言

司法证明从性质上讲是一种认识活动，围绕证据的运用所进行的证明活动都蕴含着认识过程，这个过程离不开主体自身的认识能力。人的认识能力既不是单纯的感知觉以及对表象的直觉、灵感和顿悟，也不是纯粹的概念推理和判断，而是两者集合通过全面的方式对于事物整体的领悟和把握的能

力。^[1]即言传和意会对于认识主体全面把握事物缺一不可。在我国司法审判过程中，犯罪嫌疑人、被告人以及证人等进行言词的陈述不仅描述着案件情况，而且同时会表现一定的眼神、语气以及肢体动作等情态。也就是说，从认识论角度看司法审判过程，法官认识的对象不仅包括犯罪嫌疑人、被告人以及证人等关于案件事实的言语行为，同时也会意会到情状等非言语行为。^[2]在我国古代，将

* 本文系国家社科规划课题“近代中国证据法学知识体系形成研究”（14BFX068）成果及2021年江苏省科研创新计划项目（KYCX21_1862）成果。

[1] 漆捷. 意会知识及其表达问题研究 [M]. 北京: 光明日报出版社, 2012: 6.

[2] 蔡艺生. 现代司法局限背景下情状证据的证成 [J]. 甘肃社会科学, 2013 (3).

“五听断狱讼”作为基本的审判模式，明确审判官员将言传和意会结合以判断被告人或证人陈述的可靠性。但随着清末司法改革，其被视为封建司法制度中的一部分被废置。而在现代追求理性主义的支配下，人们强调知识的客观性、完全的明确性以及可描述性等，突出强调陈述在司法审判中的重要性，亦将审判人员对情状的认知排除在法庭之外。

在推进以审判为中心的诉讼程序中，分析改革的核心难题原因之一在于侦查机关对于证据收集乃至判断上的垄断，致使检察机关和法院沦为一种事实碎片或证据片段的接收者。同时，文字和逻辑的发展使得人类更加否定自我的感官。因而当理论规范就像一幅屏障那样被驾放在我们的感官本来会对之获得更直接的印象的事物之前时，审判人员只会更加依赖理论的指导；相应地，把其原始的感官地位降低为可疑的、可能使人误入歧途的表象。^[1]因而，要使主体能够寓居在尽可能广泛的全景式的信息之中，除了需要关注具有完全明确性的言词，也必须重视在审判过程中犯罪嫌疑人、被告人以及证人等产生的情状对于审判人员发挥的作用。情状作为当事人当庭产生的身体化反应，审判人员不仅可以据以验证相伴随的言词证据的真伪，更推动其自身形成独立心证。因此，笔者在对情状的产生和可被认知的理据进行分析后，明确其在司法审判中应有的价值与功能，进而探究其应当如何发挥辅助推论案件事实的作用以最大限度利用各类证据所承载的信息。

二、情状存在于司法审判场域的理据

（一）情状的产生原理

“应激理论之父”加拿大蒙特利尔大学的赛尔耶教授指出：人在紧张或危险的情景下，会造成身体与心理产生巨大压力，此刻如果又需要迅速作出重大决策时，应激状态就会产生。应激（Stress）这个概念最初是在工程学中，用来表示物体受机械力的拉长而产生的应力。赛尔耶教授首次将其应用到生物和医学上来，他认为应激是在一定的场景刺激下，人类以及动物有机体将会因此产生一系列生物学上的反应，同时在不同的加载机体呈现出并非是非特异性的需求。^[2]随着应激这个名词在近代特殊环境劳动生理学及心理学应用得到广泛，应激的定义也不断进行修正、补充和扩大，没有形成统一界定。但学者们对于应激的形成要素包括应激源、中介变量、心理—生理反应三部分是达成共识的。通

常来说，应激源是指在某些情景下使机体处于躯体或生理上的负担，比如在社会交往过程中所经历的生活事件、自然环境中所发生的事故以及攻击或侵袭行为等情况。中介变量，一般情况下主要包括个体的认知评价、适应能力、社会支持、个性特征以及神经内分泌免疫系统等。而心理—生理反应，主要是指机体在上述应激源情景下所产生的各种情绪反应、行为的反应以及生理指标的变化，例如焦虑、出汗、失眠、颤抖、心率加快。^[3]那么，具体在刑事司法领域中，个体的产生情状便是由于心理痕迹、压力等应激源在审判过程环节进而产生波动的集中表现。首先，心理痕迹是由于人的大脑皮层中会留有自身对实践中所感知过的事物的痕迹，因而当案件相关人员在司法审判过程中对案发当时进行陈述时，那么曾经留存于他们大脑皮层中的心理痕迹会被激活。反之，如果人们并没有亲历案发过程，那么其在进行回忆性陈述时不会产生诸如浑身颤抖、面色煞白、直冒冷汗、语言混乱等情状表现。其次，在刑事诉讼中由于内外部环境刺激下，犯罪嫌疑人、被告人和证人等会将此压力内化于自身。^[4]司法过程中，为了激发被告人等的情状，会有意无意地施加各种合理压力，也称之为应激源。应激源根据其属性分为四类：躯体性应激源、心理性应激源、社会性应激源以及文化性应激源，而在刑事司法视野里，这种压力来源是综合的。具体表现为：一是直接作用于犯罪嫌疑人、被告人或证人等的机体，因而直接产生刺激作用的躯体性应激源，例如身体受到拘束状态的戴手铐、戴脚镣等；二是基于人际往来关系的冲突、需求以及期望等对犯罪嫌疑人、被告人或证人发生的心理性应激源，例如对方证人的指控、共同犯罪嫌疑人的坦白以及亲人的态度；三是基于个人生活样式的变化及调整对犯罪嫌疑

[1] Wiley D L. Beauty and the Beast: Physical Appearance Discrimination in American Criminal Trials [J]. St. Marys L. j, 1995.

[2] 蔡翹. Selye 应激学说与生理应激 [J]. 生理科学进展, 1963 (1).

[3] 王明辉, 张淑熙. 应激研究综述 [J]. 信阳师范学院学报, 2003 (1).

[4] 陈麒巍. 情态证据刍论 [J]. 中国刑事法杂志, 2009 (1).

人、被告人或证人发生的社会性应激源,例如嫌疑人生活工作因此的变动、社会评价的降低以及居住环境的变化;四是基于因语言、风俗、习惯等改变引发犯罪嫌疑人、被告人或证人的文化性应激源,例如日常生活到监禁、个人认知和公众认知的冲突。所以,在心理痕迹以及司法压力的应激下,被观察人员即犯罪嫌疑人、证人等在司法审判这个特定场所会产生无意识的情状。

(二) 情状可被识别原理

认知心理学研究表明在同时出现的众多外部刺激中能被人所注意到是基于主体自身的选择性,在这其中将优先被关注的是那些具备突出性、生动性和强化的信息线索。情状作为一种特殊的视觉和听觉恰好具备了优先成为注意对象的全部品质。然而,情状信息一旦被率先注意后对其的编码和判断则主要依靠审判人员的直觉。直觉是指直接而瞬间的、未经意识思维和判断而发生的一种正在领会或知道的方式。^[1]也就是说,在庭审过程中,法官和陪审员从观察到的各项情状中会得到自己的看法,因为视觉作为最直接的感官影响力将我们对外界接收到的信息即时传递给大脑进行分析。其实,直觉并不神秘也并非不可靠。现代的生理心理学、认知科学等研究表明,人类有两种信息处理机制:一种是理性的、分析的信息加工机制,在这一过程中,人能理智地运用知识对待问题,有意识地解决并能清楚地知道、表达自己是如何处理。另一种是经验的、直觉的信息加工机制,在这一过程中,信息是以整体性方式处理的,主要借助模式匹配,利用图像、情景与脚本等媒介,但不是以连续的方式进行。两种机制都是用来认识和处理外部世界问题的。^[2]只不过直觉的判断中观察人员并不是通过具有连续性的逻辑推理进行判断,而是直接建立情状信息与已有经验知识的对应投合关系。直觉与理性是一种密切互动的关系。第一,直觉是理性得以产生和展开的前提,也就是说,理性是在直觉对对象的初步把握的基础上进行的。第二,理性是直觉的催生素。实证研究中,当人们对问题的症结百思不得其解时,直觉会起到推动找到答案的作用。第三,科学研究的过程,是一个起于直觉、经由理性,再到直觉的过程。^[3]需要注意的是,直觉判断主要依赖于司法工作人员对自身的生活经验、工作经验等社会经验的总结与提炼。而每

个人由于个人经历的不同致使对同样事物的理解也可能产生差异。因此,在对情状分析中,不仅要有基于直觉编码的判断,同时也需要在具体语境中理解身体化反应的含义,以提升认知的准确性。

(三) 情状可被运用原理

人们是认识世界和改造世界的活动中,在知识的生产、创造和传播的过程中,充斥着主体与客体、主体与主体之间的交往。传统的知识论依托于可明确表述的逻辑理性,后随着科学技术特别是心理学的发展,尤其是波兰尼提出“意会知识”被视为认识论发展史上的“第三次哥白尼革命”。他揭露了言传知识思想的虚妄,阐明意会知识在人类认知中的决定性作用,强调在认识过程中意会知识的重要性以达到知识外在性和内在性的统一。波兰尼基于对人的觉察和活动将人类的认识分为两种,言传知识(Explicit knowledge)和意会知识(Tacit knowledge)。具体来说,首先,将人对事物的认识觉察可以分为两类:一类是在认识活动中,有某些因素由于人的直接注意而被认识的主体觉察,称为集中的观察;一类是在认识活动中,有一些因素即使没被注意到,但也被认识者觉察,称为附带的观察。例如,听一个人的讲话,我们的注意力在话的意义上,所以集中觉察的是讲话的含意,但同时,我们显然听到了讲话的单词、语音以及声调,这是我们没有专门注意但附带觉察到了的东西。其次,把人的活动分为概念化活动(借助语言)和身体化活动(非语言行为),二者都含有作出判断的意义。不仅普通的语言具有判断作用,即使像简单的“喂、哦”等语气词也包含着对发声时的情景作判断的意思;而在身体化活动中,像反射性活动这种几乎纯粹的身体行为也包含着对动作的情景作出判断的意

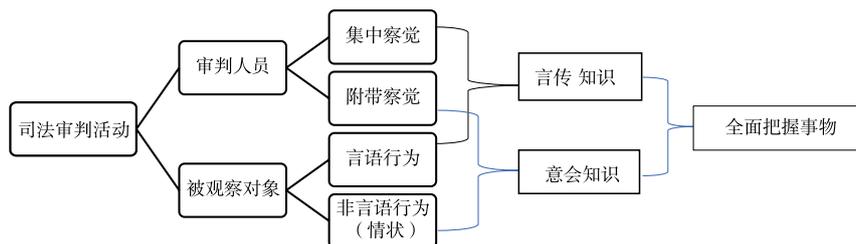
[1] 龙宗旨, 衡静. 直觉在证据判断中的作用[J]. 证据学论坛, 2021(2).

[2] 虽然许多人都对直觉秉持着怀疑的态度,但实际上直觉思维与理性思维同样都遵循着“注意—编码—判断”的模式。只不过不同的是,直觉的编码过程省略了逻辑中介的急速投射,表现为思维过程的压缩和简化。简言之,直觉判断的特征是形式上非逻辑性而不是实质上非逻辑性。

[3] 董世峰. 大直觉观: 理性与直觉的一种关系模式[J]. 重庆社会科学, 2006(4).

思。波兰尼把前述对觉察和活动的分类分别联系起来衍生出第三个统一体, 具体来说: 将集中觉察和概念化活动联系时产生言传知识; 将附带觉察和身体化活动相联系时产生意会知识。^[1]事实上, 我们所意谓的东西通常要比实际说出来的东西要

多, 因而有言不达意以及意在言外等说法。在刑事司法审判这个集中的场所, 有观察人员即审判人员, 被观察对象包括被告人、被害人以及证人等, 言传知识因其借助语言可被直接获得, 而意会知识是来源于个体对非言语行为的判断和感知。



三、情状在司法中运用的历史变迁

(一) 情状在我国古代司法中运用

两千多年前的西周时期确立了“五听断狱讼”, 强调通过对庭审中诉讼双方或证人所展现的情状来判断是非曲直, 成为了我国古代基本的审判方式。

“五听断狱讼”在西周有法律条文明确规定: 在审判过程中, 可以允许甚至鼓励官员将庭审中被告人、证人等案件相关人员非语言行为列入对他们是否作奸犯科的考量之中。^[2]根据《周礼·秋官·小司寇》记载可知, 西周时期将“五听”分为辞听、色听、气听、耳听、目听五个类别。具体来说, 在审判过程中, 法官通过观察案件相关人员的言辞表意是否合理清晰还是含糊不清, 面部表情是反常变化还是面色如常, 气息吞吐是急促不顺还是平缓均匀, 聆听审讯是清晰专注还是恍若未闻, 眼神是坚定有神还是飘忽不定等五个方面的非言语行为表现来对案件相关人员是否作奸犯科进行判断。五听求实, 并不借助任何科学仪器和标准化的数据样本, 它的操作完全由审判案件的司法官吏一体承担, 并且依赖于司法官吏本人的睿智和人格魅力。五听的审讯方式并非偶然, 在科技与生产力不发达的古代, 物证的获取受到限制, 因而更加关注当事人的情状以分析判断人证的主观意志和可靠性。

秦朝是我国第一个封建朝代, 汉朝是封建朝代的形成时期, 两个朝代都继承“五听”的理念与程序, 并将其视为防止拷掠的重要手段和审判成败的判断标准。秦律规定: “凡讯狱, 必先尽听其言而书之。”^[3]可知, 审判人员是非常重视言辞, 并且运用五听将案件真相查出并做出合理裁断。在唐宋时期司法制度继续明确五听的法律地位, 并规定其

为拷掠的前置程序。同时也开始注意到意会知识的局限性, 强调审判手段之间的配合和证据之间的相互印证。《唐律·断狱》规定: 诸应讯囚者, 必先以情审查辞理, 反复参验。也就是说, 唐朝的法律要求法官将五听与其他证据进行比较印证以加强证据的可靠性。在宋代郑克《折狱龟鉴》中提出破案之法为情迹论, 情即案件真相, 迹是痕迹物证。其中蕴含的审案方法包含三个方面: 第一, 重视对察言观色的运用, 如“案奸人之愿情而作伪者, 或听其声而知之, 或视其色而知之, 或诘其辞而知之, 或讯其事而知之。盖以此四者得其情矣。”^[3]第二, 反对严刑拷打。第三, 反对片面重视物证, 主张情与迹相互参照, 如“夫事迹有事偶合, 不可专用, 党兼察其情理、气貌。”^[4]元朝强调通过五听制度来遏制拷掠, 要求法官在审理案件时必须以理推寻, 也就是说, 审判时应该根据被告人的口供、情状、痕迹物理和事理等, 进行定罪量刑, 不得随意拷掠。明朝开始通过法律来规范意会知识的具体

[1] 波兰尼将不能通过语言明确表达和交流的个人内部认识活动纳入知识的范畴, 并且与可以言传的知识置于同等重要的地位, 产生极大的影响。他是在知识领域中又找出一个为人忽略的新的领域来, 是现代认识论中的弗洛伊德。

[2] 蔡艺生. 从情词到口供: 我国情态证据制度的历史研究[J]. 河南师范大学学报, 2013(2).

[3] 和凝. 疑狱集——折狱龟鉴. 杨奉琨校释[M]. 上海: 复旦大学出版社, 1988: 182.

[4] 和凝. 疑狱集——折狱龟鉴. 杨奉琨校释[M]. 上海: 复旦大学出版社, 1988: 175.

运用。同时非常重视对情状的记录和分析，并以之为诉状是否合格、是否受理案件等程序的要件。

（二）情状在近现代司法中变化

随着传统司法面临的困境以及西方司法理念的传入，清末开始了司法改革。而封建审判方式作为封建统治的象征而被整体性的否定，情状的运用也受到了实质上的废置。^[1]在随后的时期，由于主观因素都未能将被古人视为智慧象征和遏制拷掠的重要手段的情状在司法制度中留有一席之地。而在对西方法治进行借鉴的过程中，正如钱穆所说：近代中国学者专以抄袭俾西方为无上之能事。往往对一些理念和制度移植发生了失真。西方国家的情状制度在司法实践中的应用虽然没有成型的理论体系，但从知情陪审团制度开始，逐渐以陪审团制度为核心，因应不同的社会环境，不断吸附各种政策支持、构筑理论体系，并形成了以对质原则、传闻证据规则、直接言词原则等为保障的现代司法体系这些制度和原则保障了情状的合理存在和运用，使之得到了很好的遵循。

世界各国的传统司法先后在法律上或事实上构建了情状在司法实践中运用，虽然不一定有专门的名称界定或理论框架，但事实上的行为特征具有内在共通性。随着社会发展而变迁的意会知识，在各国呈现出不同的样态，既有共性也有差异。其共性表现在人类早期司法对情状的高度依赖，以及情状适用范围的逐步限缩和适用规范的逐步强化；而差异则表现在制度本身的不同，以及限缩和规范的不同路径选择。首先，在认证主体方面。我国传统的司法审判是法官“坐堂文案”方式，由行政官员主导整个审判。那么由主审法官进行认证非言语行为。我国从未产生过西方意义上的陪审团，现代的人民陪审员也大相径庭。因此情状制度也没有形成某些体系化的原则或规则。而在英美法系中，陪审制度是其审判制度的根基；在大陆法系中，参审制影响案件的审判结果。因此，情状在两大法系中有着生存空间和制度依托。其次，在制度限缩方面。清末以来，我国逐步加大对情状运用的限制，将五听和刑讯逼供被视为封建糟粕整体性地否认。而在两大法系对其的限制主要表现在对其可能产生的风险的防止，即强调情状的可采性。所以西方国家便通过线索可用于进行案件裁判的证据类型和材料、信息来源等进行外部控制。再次，在制度发展方面。我国从秦至清的历史进程中基本保持了“五听”的

原始样态直至被否定。在这过程中没有形成完整的理论体系予以支撑，也没有进行变革。而西方国家的情状制度则体现了与时俱进的特性。从知情陪审团开始，逐渐以陪审团为核心不断吸附各种政策支持形成各种有效的规则和原则。正是众多原则和规则保障了情状的发展和运用。情状制度在漫长的历史过程中早已有一席之地，不论域内还是域外的司法制度中都发挥着重要作用。法律的生命在于经验，虽然随着现代社会高度重视逻辑已经越来越架空司法，但自然和人性的真实规律不应当被忽视和抛弃。

（三）当前情状在我国司法审判中的语境

首先，在我国司法实践活动中，情状的运用切实存在于侦查阶段的线索提供以及审判阶段的辅助判断中，处于一个有实无名的状态。例如，在四川省成都市成华区检察院公诉的一起强奸案中，虽然被告人对被害人实施两次强奸行为无直接证据，但因为有关证人的证词、被害人的伤情证明及鉴定结论相互印证，并参考双方在庭审中的非言语性反应判定，被告人强奸罪成立。^[2]在查案实践中，侦办人员也经常按照经验和逻辑判断情状行为，这是不可回避的侦办事实。随着法治的进程，更多强调价值判断和司法理性，因而要求侦办人员更加审慎地对待其经验。加之在现代社会中，人们普遍有一种观念认为法庭审判就是适格证据的组合。^[3]但在中外司法体系中，认罪认罚不起诉、辩诉交易、量刑建议、污点证人等法律或判例中都认可情状的存在和运用。尤其在集中庭审过程中，当事人或证人的非言语反应会增强法官对案件事实的确信程度，有利于法官运用经验法则、逻辑思维理性进行事实认定。自由心证本身没有过多的限制，证据的可信度大多由法官斟酌，因而允许情状的存在有助于法

[1] 19世纪鸦片战争后，面对清政府的腐败无能和西方列强的坚船利炮，中国内外交困。随着传统司法面临的困境以及西方司法理念的传入，以马建忠、黄遵宪、郑观应、严复等人为代表的清末有识之士提出了具体的司法改革主张，掀起了清末的司法改革浪潮。

[2] 嘉陵. 情态证据解开强暴真相[EB/OL]. (2011-03-28). <http://sywb.10yan.com/html/20110328/9058.html>.

[3] 一个控制下的实验室，在这个环境中法律予以运行，由律师展示证据、法律进行质量监督，然后审判人员得出实验结果。因而将难以预料的感情和行为排除在外。

官辨别真伪不明的证据或线索。

其次,随着时代的进步,犯罪智能化日趋严重,痕迹物证开始逐渐减少。在刑事审判中,公诉人指控被告人构成刑事犯罪,通常采用直接证据再辅之以间接证据对指控的犯罪事实加以证明。刑事证明若直接采用直接证据加以证明则过程较为简单,但若仅有间接证据的案件往往却不能单独定案。但现在很多犯罪案件并无目击证人,抑或犯罪现场也没有物证。那么,在此背景下,加强对犯罪嫌疑人的心理研究尤为重要,将其行为、心理和物证之间相互关联,从而达到相互印证的效果。^[1]正如艾伦教授所说,对有用证据进行定义并不能只是局限于纸面化文件的审查,同时应该包括对证人证言和展示件的观察。这种理念意味着将所有输入和认知能力相结合应用于发现案件真实,使审判人员对过去某个时刻的事情能够达到最佳真实发现的效果,然后得出与事情原委一致的裁判。^[2]情状的使用让证明渠道更加丰富,形成一个全方位的系统的证明体系。近年来发现和验证的冤假错案总结来看,我国司法实践中以证据之间相互印证来评价单个证据的证明力以及全案证据是否达到定罪的证明标准,事实上形成了一种强调证据链条形式化验证的异化的整体主义。为了实现证据链条的闭合和完整性,极易将证明指向相反的证据直接舍弃,而缺乏对单一要件待证事实的内在矛盾进行论证分析,最终形成一种平面化的入罪证据结构。例如,在念斌案中,被害人死亡鉴定、被告人口供、犯罪时使用的水壶、高压锅等相关的证据,并且证据之间也是相互印证的。但是随着时间的推移和后来的发现,证明其中的一些证据是伪造的,但伪造的证据与真实的证据合在一起时也形成了闭合性的证据链条。

最后,人民陪审员参审的角色重构为情状制度的运用奠定了基础。我国现代司法经常遭遇困境,这种困境不仅来自于技术,还来自于人们对司法权威和公信力的质疑和否定。正如伯尔曼所说,法律必须被信仰否则形同虚设。因此,司法必须与人民群众形成一种良性的互动。我国设置人民陪审员制度旨在以普通群众的理性来弥补法官的惯性思维,将平民思维逻辑来拓宽发现真的渠道,最终促进司法公正。但在实际运用中陪审员表现仅仅起到了陪衬作用。^[3]随着党的十八届三中全会、四中全会启动人民陪审员制度改革,重新校正陪审员的角色期望和理念以发挥其在司法审判中的重要作用。实

际上,来源于普通民众的陪审员一般缺乏专业的法律知识和司法实践经验,虽然进入司法审判体系,但由于陪审员与法官之间存在专业知识的差异难以发挥与法官同样的作用。也就是说,专业差异使得陪审员与法官在交往机制中缺乏弥合路径。那么,情状的识别作为一种经验常识可以辅助推进陪审员和法官之间的充分交流。美国里文森教授说:我们多大程度上允许陪审团考虑情状制度,取决于我们在案件审判中准备赋予陪审团什么样的角色。如果是有限的角色,则限制陪审团使用情状;如果是积极的角色,则可以合理地允许使用。^[4]

四、情状在司法领域中的定位与分析

(一) 概念明确

情状一词,同情态,古已有之,可被释义为情状、神态、人情与态度、娇媚的神态。由于情状核心是被用于辅助审判人员对犯罪嫌疑人等言词进行验真或发现其他线索,那么其概念和属性应当被证据法所明晰。东吴大学《证据法学》教材中有介绍情状证(Circumstantial Evidence)以及台湾学者关于情状证据的比较研究:将情状证据所指称的对象泛化或实际上等同于间接证据(Indirect Evidence)。^[5]而本文所指的情状证据为 Demeanor Evidence。美国《Webster 新世界词典》将“Demeanor”释义为:外化的行为、行为方法、表现和态度。《美国洛杉矶郡警察局培训资料》中对情状做出过进一步阐述:情状之所以会背叛正在说谎的主人,是因为它们总

[1] 其实审判并不会严格遵循立法者的所有规范,也并不是严格按照学者的规划所进行。审判过程有着自己的运行规律并受到诸多显性或隐性要素的影响。社会生活中,人们通过别人的表现来判断一个人,在法庭上也应该是如此的。

[2] 迈克尔·波兰尼. 个人知识—迈向后批判哲学. 许泽民译[M]. 贵阳:贵州人民出版社,2000:5.

[3] 陈琳,肖建华. 论我国人民陪审员参审的橘色重构与实现路径[J]. 北京社会科学,2021(5).

[4] Levenson L L. Courtroom Demeanor: The Theater of the Courtroom [J]. Minnesota Law Review, 2007, 92(3): 573-633.

[5] 东吴大学法学院. 证据法学[M]. 北京:中国政法大学出版社,2012:99.

是产生于意志之外并且不由自主地流露出来。^[1]也就是说,情状证据所关注的并不是案件相关人员陈述的语言所表达的含义,而是他在陈述语言的过程中所体现的态度。情状证据的概念尚未在学界形成统一,大致有以下几种观点:一是从情状证据的产生原理将情状证据定义为人们的生理反应或行为变化;^[2]二是从人们的心理痕迹对催生人们的情状所具备的主导作用来定位情态证据为人们的本能和自身心理在司法领域的运用;^[3]三是将情状证据限定于证人作证时的除证人证言之外的非语言信息内,将情状证据定义为证人作证时的声音腔调、面部表情、身体语音、整体姿态和外貌形象等语言之外的信息内容;^[4]四是在各种刑事诉讼程序的范围内定义情状证据,而不仅仅局限于审判阶段,情状表现的主体也不仅仅只是证人,还涵括了当事人、鉴定人等其他有可能会接受司法工作人员询问且有可能会当庭作证的人在各类刑事诉讼程序中其声音强调、面部表情等所表现除了的外在现象。^[5]之所以对情状证据存在如此多的定义,核心原因在于情状产生的主体多样且刺激情状产生的原因复杂。总结来说,将以上基于其来源和获取时间不同大致可以分为广义的情状证据和狭义的情状证据。广义的情状证据,指的是行政执法、侦查及诉讼过程中,相关对象的面部、声音或身体等各部分及其整体上表现出来的能够证明真实情况的材料。^[6]而狭义的情状证据指在庭审环节,被告人、被害人或证人的面部、声音或身体等各部分及其整体上表现出来的能够证明案件真实情况的材料。^[7]对于概念的定义是研究的起点,而且概念必然附着于某个体系内,脱离所依附的体系不具有现实意义。也就是说,在现代司法体系要求下,不能忽视证据法的整体语境即确定、具体和可描述性。广义的情状证据所涵括的人员和范围过于广泛,在实践中难以把握和操作。同时,笔者认为由于我国刑事诉讼法第48条将证据定义为可以用于证明案件事实的材料都是证据,但情状证据本身并不能用于直接证明系争事实,仅能起到促进作用,因而笔者认为情状证据的定义应当为:在庭审环节,被告人、被害人或证人的面部、声音或身体等各部分及其整体上表现出来的能够促进证明案件真实情况的材料。

在阐释概念的基础上,对情状证据的特征进行分析便于更清楚界定其内涵,通过研读当前学界的主要几种观点,将其特征归结为以下几项:第一,

即时性。即时性是指案件相关人员在陈述时所呈现的即时心理特征,其包含两层含义。其一,情状作为生理对心理活动的即时反映,在人大脑接收到信号后形成自然生理反应,一旦特定的心理活动停止,情状也随即停止。其二,在特定情境中,情状随着人们的心理活动变化后,是不可重复的且存续时间很短。而对这瞬间的把握,一定程度上可以辅助法官对案件进行判断。第二,依赖性。依赖性是指情状证据的解读高度依赖于其产生的特殊情景。不同的情状信息在不同的语境下所表达的内涵也不相同,需要法官或陪审团在整体情景进行综合考量。实际上,其他证据种类在取证时也都是处于一特定的情景中,涵括了复杂的信息,需要司法人员结合其他信息进行解读。第三,难以描述性。难以描述性也称难以言状性,指情状证据难以用语言或文字进行描述并记录。情状所指的行为表现包括人的面部表情、说话强调、肢体语言、身体姿势等,这些行为本不是为了表达或陈述。但是由于人体的意识支配不自觉的产生,因而具有难以言状性。在人与人的交流中,语言是最直接的表达方式,但不可忽视的是肢体语言和表情,这种表达同样蕴含丰富的信息。第四,具有较大的证据力。情状证据作为一种当庭的生动形象的表达,没有经过他人加工和解读,是审判者自己有的观察和判断。正如美国的约翰·W·斯特龙教授所说:事实裁判者可以从

[1] 犯罪的人通常会使用一些字眼以蒙蔽大家,使人相信他说的都是实话,但是他的身体和面部表情会告诉你什么是真实可信的,什么是虚假的。

[2] 蔡艺生. 论情态证据的产生与认知原理[J]. 河南师范大学学报, 2015(2).

[3] 马祖存. 论侦查种情态证据的运用与风险防控[J]. 江苏警官学院学报, 2016(3).

[4] 龙宗智, 苏云. 刑事诉讼法修改如何调整证据制度[J]. 现代法学, 2011(6).

[5] 徐响. 情态证据排除论——以测谎证据为比较视角[J]. 河北法学, 2014(12).

[6] 蔡艺生. 情态证据研究[M]. 北京: 群众出版社, 2014: 88.

[7] 蔡艺生教授基于情状证据的客观条件和现代诉讼规则的限制,认为其定义应采用狭义说。笔者也对狭义论持肯定态度,但对具体情状证据的定义所持有的看法有所区别。

中得出自己的看法的证据具有特殊的效力,而那些包含他人所表达的见解的证据则无此效力。^[1]情状由于其是难以控制的,是一种本能性的必然,而且有些情状是难以伪装的,具有更强的证明力。

(二) 情状证据的证据资格分析

1. 情态证据证据资格分析基本框架

“情状证据”并不是以法定证据类型作为定义标准的称谓,也就是说其并非是与物证、书证并列的证据类型。^[2]查阅各国刑事证据的立法体例可知,西方国家的证据立法主要是就证据的合法性或证据能力做出限定,并在此基础上确立证据规则特别是排除规则。^[3]而在我国,对证据采用材料说且有法定的八大证据种类。从这可知,我国证据学在理论上否定了情态证据的证据资格,原因在于:其一,不符合我国《刑事诉讼法》第48条明确规定的法定证据的概念。情态证据本身并不能用于证明案件事实,主要用于佐证言词证据的客观性、真实性,因此此处所谓的“案件事实”,指的是系争的犯罪事实,亦即与定罪量刑直接或间接相关的事实。其二,在我国现行的封闭式证据分类立法体系下,情态证据无法归入任何一种法定的证据种类之列,不符合证据的法定形式要求,因而不具有证据资格,不能作为证据使用。情态证据,本质上是人的一种表情和神态,而非人的语言和陈述,因此不能归入言词证据的范畴;人的表情和神态并不能表现为一种痕迹或实物、文书,因而情态证据亦无法归入物证、书证的范畴;人在(供)陈述时的表情和神态,虽然可记入(讯)询问笔录,但其本身并非侦查或审判行为之过程与内容,因而也无法归入勘验、检查等笔录类证据的范畴。由此可见,由于立法上采取了封闭式的证据分类体系,导致情态证据因无法归类而失去了存身的法律空间。

但是,理论的研究要超前于实践才能引导实践的运行,最终通过实践的检验来推动理论的完善。从本质上来说,在成文法中明确规定证据的法定种类一方面是为了限定证据的法定表现形式,另一方面是为证据飞跃成为定案根据设定一种独立的资格要求即不具备此资格则表明其没有证据能力。^[4]所以,实质上限定证据种类最核心的原因在于限定证据转化为定案根据的条件即证据准入制度。因此,在诉讼的进程中首要掘金的问题是证据的准入问题,只有证据具有证据能力才可以有进入法庭使用的初步资格,再通过逻辑和经验法则来确定证据对

待证实事的证明价值,证明能力和证明力二者之间呈递进关系。反言之,不具备证明能力的资料由于丧失了证据资格,更谈不上对事实的证明力作用。所以,本质上应当从证据能力角度对情状证据进行分析其是否应当在开庭审判前被过滤掉。

2. 情状证据的证据能力分析

基于压力而导致人情状发生变化是由自主神经系统作用引起的动作或生理变化,具有科学性与合理性。那么,其能否在司法中得以运用,即是否能够作为证据关键的要素就是如何论证其具有证据能力。在当代司法语境中分解证据能力这一概念的内涵要素包含客观性、关联性和合法性。首先,对于情状证据是否具有客观性当前尚未形成统一观点,持肯定态度的学者,有从心理学的法庭实证研究证实情状证据具有一定的科学性和客观性;也有从情态观察所涉及的具体技术出发,对语音测谎技术、眼动分析技术、微表情分析技术的科学原理进行论证情状证据的科学性。^[5]而持否定论的学者则多将情状与测谎的客观性进行类比,因为情状证据与测谎证据都立足于心理—生理学的假定存在着从经验到科学的逻辑,在测谎当前尚不能成为我国法定证据,因而学者们对更注重经验判断的情状证据秉持更应当排除的观点。在笔者看来,对于情状证据客观性的探讨,应从其产生基础即应激反应进行分析。如前文所述,应激反应是植物神经系统在 unconscious 的情况下对身体各机能的调节,并没有经过主观加工进行外部表达。也就是说情状的表达不受人的主观意志控制,是内心认知、记忆、情绪等一系列心理活动的下意识反应,因而其具有客观性。其次,证据的关联性是指证据的内容事实与待证案件事实

[1] 约翰·W·斯特龙, HohnW. Strong, 麦考密克, 等. 麦考密克论证据[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2004: 436.

[2] 情状证据称为“证据”只是表明其发挥着促进证据生成或印证证据效力的功能。

[3] 几乎少有在成文法中明确定义证据的概念, 但我国当前刑事诉讼法将证据的概念以及法定种类确立为专门的成文法规则。

[4] 但是当前我国对证据概念的抽象概括以及对证据法定种类的限定都无法解决证据资格的问题。

[5] 庄东哲. 侦查讯问中的行为科学技术方法[J]. 中国人民公安大学学报(社会科学版), 2014(3).

或其他争议事实存在某种特定的联系。有学者认为对于情状证据的关联性应当分递进式的两步论证,第一步应论证当犯罪嫌疑人、被告人以及证人对某些“仅为作案人所独有的信息”产生认知情绪波动。^[1]而第二步则论证这一认知情绪波动会产生何种外显的生理变化,从而建立起从案件相关到情状表现之间的客观关联。^[2]实质上,对于相关性在《美国联邦证据规则》中被阐述为:使任何事实的存在具有任何趋向性,即对于诉讼裁判的结果来说若有此证据比缺乏此证据时更有可能或更无可能即具有相关性。该定义就明确一个证据如果有助于证明或反驳某个事实主张,它就是相关的。因而在笔者看来,关联性是证据与需要证明的案件事实之间的一种逻辑联系,而对情状的认知可以辅助认识待证事实。关联性的标准其实要低于其他证据的性质要求,目的是鼓励事实认定者能够自由地获得信息流。最后,对于其合法性的论证,有学者认为对情状的观察是对犯罪嫌疑人、被告人以及证人自由意志的窥探与侵犯。但笔者认为,获取证据的方式并非是对意志自由的侵害,因为取证的过程不直接作用于人身反应,而且即使不存在情状的搜集,庭审被告人的情状也可以被直接观察到。

五、情状证据的运用限度与程序

(一) 情状证据运用的限度

情状证据不仅仅是一种证据制度的运用,更是包含了对司法规律尤其是事实认定机制的重塑。其实,用语言来描述和论证情状证据本身就是一种矛盾。文字的世界只是现实世界的一部分,人们不能把自己的全部知识简单而草率地构架于文字之上而忽视更为广袤的真实世界。当一个词语被选择之后,我们表达的不仅仅是该词汇的定义,更包括我们对这个词汇的个人经验理解以及该词汇背后所代表的种种情感和语境。但基于语言文字的便利性,而且情状证据不能总是以一种难以描述的状态出现,因而需要寻找其运用路径。同时,有排除论者认为,由于情状证据既没有扎实的科学根基,又容易陷入难以解决的价值悖论,故原则上不应予以采纳。^[3]然而,即使当前人们对情状的认识不能被数学模型精确计算,但由于科学标准是不断被证伪而发展,任何经验学科都是从粗糙发展到精密的过程。因此,在不屑一顾与迷信之间,一个相对合理和务实的态度是目前对情态证据的正确选择,即合理控制情状证据参与刑事诉讼的程度以及为

其设置严格的证据规范。^[4]

(二) 情状证据制度运用程序

刑事诉讼的首要任务是发现证据,证据裁判原则的理念和精神需要落实到制度层面的运行才能对现实社会产生实质影响。从前述可知,情状证据运用的具体原理是:通过合理压力刺激被告人、被害人以及证人的记忆和心理,激发其情状;审判人员则基于对被告人、被害人以及证人对案情的基本了解,结合其他证据材料判断情状所蕴含的信息,并最终确定是非曲直。要使情状证据在刑事诉讼证明中真正地发挥作用,而并不是仅仅流于文本上的概念范畴,必须建立可践行的规范。但基于情状证据“只可意会不可言传”的本质,以及审判所必须的自由裁量。笔者认为,应当给予审判人员在运用上相应的自由度。当然,为了制约法官可能的滥权,应当在判决书中对情状证据认定情况进行必要说明。在先进的证据理论和实务中,没必要也不可能对情状证据进行过度的文字化和细节化,否则其又必然沦为人工化,失去其可贵的价值。

首先,情状证据会出现在司法过程中的众多环节,侦查人员、起诉人员以及审判人员都能直接或间接的观察当事人的情状。在侦查环节对情状的固定存在一定的空间和技术上的困难;而提交影像资料或笔录难以使审判人员形成直接感受。因而,笔者认为,为确保情状证据的真实性,应当限缩收集主体范围为审判人员以及提供情状的主体为庭审环节的被告人、被害人以及证人。

其次,即使是语言和文字,也只有在其具体的场合所附带体系中,其意义才是确定的。一个话语

[1] 此论证已在讯问等实践中被反复总结和验证并形成了系统的侦查策略。详见毕惜茜. 审讯中的心理学应用[J]. 国家检察官学院学报, 2014(4).

[2] 这一步论证该学者通过生物实验角度证明多次重复同样次数、同样强度、同样内容对与人类同源性在90%以上的SD大鼠进行测试,均出现了稳定的生理反应。因而生物学实验稳定的结果为情状证据的关联性评价提供了有力的实验支持。详见张梦星. 论情状证据的刑事证据资格[J]. 公安学研究, 2020(6).

[3] 徐昀. 情态证据排除论——以测谎证据为比较视角[J]. 河北法学, 2014(12).

[4] 陈麒巍. 情态证据刍论[J]. 中国刑事法杂志, 2009(1).

在句法—语义确定的情况下，还可以有各种不同的理解，要弄清楚其意图还须诉诸于说话者所处的特定的语境。^[1]离开了特定的场合和体系，其意义就会发生某种程度上的变化。而情状一方面本身很少形成符合表达效果，另一方面语境对其有重大甚至关键意义。因此，对其解读需要限定在具体的情景中。笔者认为确立获取的阶段为庭审环节，既有利于人身自由的保障，也符合情状证据取证的科学性原理。第一，由于情状证据具有瞬时性，对于其固定、提取和保存等存在诸多现实困难，如果获取阶段过于狭窄容易产生偏滑，使得其可靠性大打折扣。观察者对情状的解读并不是片段的，更不是一时的，而是在集中的庭审中不断地自我检验的。而且这种解读与检验并非必须有意地进行。同时，庭审各方都可以看到情状，各方对情状的反应可以进行互相验证，并共同对被告人和证人等形成新的压力。尤其是在质证程序环节，其完整和公正有利于激发被告人、证人以及被害人的情状，有利于审判人员对当事人心理痕迹的把控。第二，现代诉讼规则强调不得被迫自证其罪等原则。情状证据更多是只可意会不可言传，并且还存在其运用侵犯罪犯嫌疑人或被告人相关诉讼权利的争议。因而，庭审外获取的情状证据如果运用需要进行证据转化，而在此过程中情状成为一种线索并没有进入司法评价的视野。第三，现实的庭审活动中往往面临着被告人伪装情状的风险，但对于事实的认定必然需要结合其他鉴定意见以及完整的证据链条。

最后，对于情状证明力的问题，证明力是联系证据与法官认知之间的纽带，无论大陆法系抑或是英美法系都遵循自由心证的原则。虽然自由心证主要由审判者内心进行自由判断，但司法实践仍然通过证据规则等方式为证明力提供相应指导，并力求确立明确的标准。一般来说，对证据证明力的审查评断主要包括两方面：一是审查证据的真实性；二是量化证据的证明价值。第一，证据的真实性是指证据的真实可靠程度。在学理上将证据分为直接证据与间接证据。直接证据是指能够直接证明案件主要事实的证据。因而其与案件事实之间的联系是直接的，不需要经过复杂的推理判断的中间论证环节。但是在现代司法中间接证据的数量大大超过了直接证据的数量，其证明的过程是十分复杂的。间接证据之间只有相互组合、依赖、联结，严格适用经验法则进行紧凑高效的多次推理才能形成证据链锁。

同时，在运用间接证据进行推理时，其前提有两种情形：一是必然真实性前提，另一种是或然真实性前提。^[2]必然真实性前提是指客观真理或必然发生的事情。例如，人们抛向空中的物体会在重力作用下落下地面。或然真实性前提是指只有在某些情况现实真实的。例如，从高楼上扔下的空酒瓶有可能砸伤下面的行人，因此要证明某甲从窗户扔出的空酒瓶就是导致楼下行人乙头部受伤的原因，还要证明砸伤乙的物体就是甲扔出的空酒瓶，或证明在那段时间内楼上没有其他任何人往楼下扔酒瓶。而情状需要审判人员在具体情景中解读，这基于法官的经验，因而属于或然真实性。^[3]第二，不同的证据有着不同大小的证明价值。司法证明的核心问题是复杂性，审判中所出示的东西本身没有意义，而是必须经过智慧的观察者运用其关于这个世界的经验和知识来对其进行评价，它们才产生意义。^[4]以必然真实性判断为前提的间接证据的证明力大于以或然真实性判断为前提的间接证据的证明力。就情状证据而言，基于其真实性具有或然性，因而需要其他证据予以补强。进行证据的补强一方面是为了防止误判，另一方面是为了防止偏重某一证明力较弱的证据，那么用一些具体的细节可以作证具有较弱或瑕疵证明力的证据。据此，通过补强证据证明情状证据的真实性，例如采用录像摄像记录或现场作证展露情态时，由双方及专家进行质证。

六、结语

现代司法强调高度技术化和理性化，故众多证据法研究将目光集中在可用文字表述的具体的实体及程序事实，而对整个诉讼过程中非语言性的因素无暇顾及。但其实，语言能够表达的世界只是现实世界中的一部分，很多的行为和意识都不是以将其

[1] 盛晓明. 话语规则与知识基础[M]. 上海: 学林出版社, 2000: 22.

[2] 何家弘, 刘品新. 证据法学[M]. 北京: 法律出版社, 2019: 425.

[3] 或然真实性一般是在人们生活经验和知识的基础上形成的, 因此人们自然会根据自己的生活经验和知识来估算某前提为真的概率, 而且不同的人很可能会得出不同的结论。该类特征是情状所具有的, 因而属于或然真实性。

[4] 艾伦. 证据与推论/概率与似真性[J]. 证据科学, 2011(5).

语言化或书面化为目的的。正如德国著名哲学家卡西尔认为，语言给语言的主人划定了一个不可逃避的魔圈，设置了一座语言的牢笼。因为人们的思维经验易于受制于概念性的一般语言，被常规所左右。言是认识世界的一种方式，通过言人与人之间能够形成交流并对特定事物达成相对一致的看法；而意以言传为载体，以适当方式表现自己，因而二者是辩证统一的，不可偏废。所以，应当在坚持可错性原则的基础上运用情状证据所蕴含的信息，可以指引我们对现有的证据制度进行审视与反思，可以推动现代法律制度的进步与发展。换言之，在猜想与反驳中，审慎对待此类证据证成事实，将其与案件

的直接证据和间接证据合并使用。但绝不能无视此类证据在案件事实认定中的作用，也不应将此类证据的认定诉诸一种不易把握的神秘的直觉。在庄严的法庭上，司法多了一份温情和人性，不再变成单纯的法律执行的机器，庭审也不再流于程序。痛苦、仇恨以及愤怒等情感和事实通过超语言的情状可以越过文字化冷漠的描述，直击灵魂深处，将人们带回普世性的理性与良知中，以使得法庭审判的焦点重新聚集在人身上达到真正司法的实现。

(责任编辑：邵灿灵)

Microcosmic Process of Situation and Judicial Application

Wen Jiazhu

School of Law, Nanjing Audit University, Nanjing

Abstract: Modern judicial evidence system pursues rationalism, and tends to those objective and specific evidence that can be translated into words, such as material evidence, documentary evidence and oral testimony. The formal logicalization of the confirmation of the fact of a case has nullified the function of information transmission pointed to by the system, and excluded non-verbal knowledge or tacit knowledge from the litigation process, which violates the cognitive law of justice. Both the “five listening” system in ancient China and the trial of jurors in foreign countries reflect the recognition and application of the non-verbal information of situation in judicial trial system. However, in the current criminal justice in Our country, there is no clear legal provisions on the use of circumstances, but practical use and play a unique supporting role in practice. This disunion of reality is not only contrary to China’s history but also different from foreign advanced systems. Therefore, it is necessary to make a theoretical analysis and positioning of circumstances in the field of evidence law, on this basis, to reconstruct an overall cognitive model of case facts, including consciousness cognition, which integrates mental activities, verbal activities and physical activities, and give play to the weighted role of circumstance evidence in promoting the discovery of the truth of the case.

Key words: Tacit knowledge; Five listening system; Circumstantial evidence; Evidence qualification; Supporting evidence