



西南政法大学刑事侦查学院公安学学术文库

情态证据研究

[Research on Demeanor Evidence]

■ 蔡艺生 著



群众出版社

2013 年度中央财政支持地方高校发展专项资金建设项目“公安学
及公安技术学科创新团队”成果
重庆高校物证技术创新团队资助项目成果（合同号：KJTD201301）



西南政法大学刑事侦查学院公安学学术文库

情态证据研究

蔡艺生 著

导言	(1)
第一章 情态证据绪论	(6)
引言	(6)
一、情态证据的定义	(7)
(一)“情态”的词义	(7)
(二)情态证据的定义	(9)
二、情态证据的特点	(11)
(一)即时性	(11)
(二)依赖性	(11)
(三)难以描述性	(12)
(四)特殊效力性	(12)
(五)可促成性	(13)
三、情态证据的分类	(14)
(一)语言性情态证据	(14)
(二)情感性情态证据	(15)
(三)展示性情态证据	(16)
四、情态证据的运用现状	(17)
(一)侦查程序中的情态证据运用	(18)
(二)起诉程序中的情态证据运用	(20)
(三)审判程序中的情态证据运用	(21)
(四)其他程序中的情态证据运用	(22)

群众出版社
· 北 京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

情态证据研究/蔡艺生著. —北京:群众出版社, 2014. 7
(西南政法大学刑事侦查学院公安学学术文库)
ISBN 978-7-5014-5252-1

I. ①情… II. ①蔡… III. ①证据—中国—文集
IV. ①D925.013.4-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2014) 第 153631 号

情态证据研究

蔡艺生 著

出版发行:群众出版社

地 址:北京市西城区木樨地南里

邮政编码:100038

经 销:新华书店

印 刷:北京市泰锐印刷有限责任公司

版 次:2014 年 7 月第 1 版

印 次:2014 年 7 月第 1 次

印 张:15

开 本:787 毫米×1092 毫米 1/16

字 数:257 千字

书 号:ISBN 978-7-5014-5252-1

定 价:48.00 元

网 址:www.qzchs.com

电子邮箱:qzchs@sohu.com

营销中心电话:010-83903254

读者服务部电话(门市):010-83903257

警官读者俱乐部电话(网购、邮购):010-83903253

公安综合分社电话:010-83901870

本社图书出现印装质量问题,由本社负责退换
版权所有 侵权必究

目 录

本章小结	(106)
第三章 情态证据的相关法律问题	(110)
引言	(111)
一、情态证据的运用原理	(111)
二、情态证据的产生和认知	(111)
三、情态证据的运用条件	(118)
四、情态证据的证据归属	(135)
五、情态证据的证据效能	(138)
导言	(1)
第一章 情态证据绪论	(6)
引言	(6)
一、情态证据的定义	(7)
(一) “情态”的词义	(7)
(二) 情态证据的定义	(9)
二、情态证据的特征	(11)
(一) 即时性	(11)
(二) 依赖性	(11)
(三) 难以描述性	(12)
(四) 特殊效力性	(12)
(五) 可促成性	(13)
三、情态证据的分类	(14)
(一) 语言性情态证据	(14)
(二) 情感性情态证据	(15)
(三) 展示性情态证据	(16)
四、情态证据的运用现状	(17)
(一) 侦查程序中的情态证据运用	(18)
(二) 起诉程序中的情态证据运用	(20)
(三) 审前程序中的情态证据运用	(21)
(四) 庭审程序中的情态证据运用	(23)

(五) 量刑程序中的情态证据运用	(31)
(六) 上诉程序中的情态证据运用	(33)
(七) 其他程序中的情态证据运用	(33)
五、情态证据的科学性与合理性	(35)
(一) 情态证据的确定性	(36)
(二) 情态证据的系统贴切性	(41)
(三) 情态证据的内在意义	(44)
本章小结	(50)
第二章 情态证据的历史考察与比较研究	(54)
引言	(54)
一、情态运用的兴起	(55)
(一) 宗教领域的情态运用	(56)
(二) 世俗领域的情态运用	(61)
二、情态证据制度的起源	(67)
(一) 中国的“五听断狱讼”制度	(68)
(二) 古罗马审判员制度	(69)
(三) 英国知情陪审团制度	(70)
三、情态证据制度在中国的发展	(72)
(一) 情态证据制度在秦汉时期的发展	(73)
(二) 情态证据制度在唐宋时期的发展	(74)
(三) 情态证据制度在元明清时期的发展	(75)
(四) 情态证据制度在清末民国时期的发展	(77)
四、情态证据制度在英美法系国家的发展	(78)
(一) 情态证据制度在英国的发展	(80)
(二) 情态证据制度在美国的发展	(85)
(三) 情态证据制度在其他英美法系国家与地区的发展	(89)
五、情态证据制度在大陆法系国家的发展	(92)
(一) 情态证据制度在法国的发展	(92)
(二) 情态证据制度在德国的发展	(95)
六、情态证据制度历史发展的比较与析评	(97)
(一) 情态证据制度历史发展的差异	(97)
(二) 情态证据制度历史发展差异的形成原因	(100)

本章小结	(106)
第三章 情态证据的相关法律问题	(110)
引言	(110)
一、情态证据的运用原理	(111)
(一) 情态证据的产生和认知原理	(111)
(二) 情态证据的运用条件	(118)
二、情态证据的证据归类	(135)
(一) 展示性情态证据的证据归类	(135)
(二) 语言性情态证据的证据归类	(136)
(三) 情感性情态证据的证据归类	(137)
三、情态证据的证据效能	(138)
(一) 情态证据的证据能力	(139)
(二) 情态证据的证明力	(142)
本章小结	(148)
第四章 情态证据与当代中国刑事诉讼	(150)
引言	(150)
一、中国现行法对情态证据的态度及其原因分析	(152)
(一) 中国证据制度对情态证据的否定	(152)
(二) 中国司法制度对情态证据的否定	(155)
(三) 情态证据的困境解析	(165)
二、中国建立情态证据制度的必要性	(169)
(一) 我国司法语境认可情态证据	(170)
(二) 我国司法体系需要情态证据	(172)
三、中国建立情态证据制度的可行性	(178)
(一) 情态证据制度在政治上的可行性	(178)
(二) 情态证据制度在文化上的可行性	(181)
(三) 情态证据制度在经济上的可行性	(182)
(四) 情态证据制度的风险评估及应对	(185)
四、中国情态证据制度的路径选择	(188)
(一) 情态证据的技术性路径选择	(188)
(二) 情态证据的制度性路径选择	(190)
五、关于中国情态证据制度的初步设想	(190)

(106)	(一) 明确情态证据的合法性	(191)
(110)	(二) 强化证据质证的权威性	(191)
(110)	(三) 保障庭审结果的有效性	(196)
(111)	(四) 强调庭审展开的唯一性	(201)
(111)	本章小结	(205)
(111)	参考文献	(207)
(111)	后记	(231)
(132)	第一章 绪论	(50)
(132)	第一节 研究背景	(54)
(137)	第二节 研究意义	(54)
(138)	第三节 研究方法	(55)
(139)	第二章 情态证据概述	(56)
(142)	第一节 情态证据的概念	(56)
(142)	第二节 情态证据的特征	(61)
(148)	第三章 情态证据的立法现状	(67)
(150)	第一节 我国情态证据立法现状	(68)
(150)	第二节 国外情态证据立法现状	(69)
(152)	第四章 情态证据的理论基础	(70)
(152)	第一节 情态证据与客观证据	(72)
(152)	第二节 情态证据与主观证据	(73)
(159)	第三节 情态证据与间接证据	(74)
(159)	第五章 情态证据的司法适用	(75)
(170)	第一节 情态证据在刑事司法中的适用	(77)
(172)	第二节 情态证据在民事司法中的适用	(78)
(178)	第六章 情态证据的立法完善	(80)
(178)	第一节 完善情态证据的概念	(85)
(181)	第二节 完善情态证据的特征	(89)
(182)	第三节 完善情态证据的立法	(92)
(182)	第四节 完善情态证据的司法适用	(92)
(188)	第七章 结论	(95)
(188)	第一节 研究结论	(97)
(190)	第二节 研究展望	(97)
(190)	参考文献	(100)

导 言

约五百年前，随着中世纪的结束和新大陆的发现，人类开始相继进入“现代社会”。尤其是近一百多年来，一种新的社会形态成为绝对主流，即把“理性主义”、“人的主体性”和“世界为一客观实在”作为基本生活形态的生存方式，这种理念和方式是前所未有的。^①司法作为定分止争的工具，其变革尤为显著。现代司法以理性主义自居，强调客观、具体和可描述化。^②“客观”，指的是该证据能被第三方重复检验和证实。“具体”，是对证据客观性的一种回应与保障，指的是情势整体表现出了具体的怀疑理由，即整体情况上的评断必须能够得出一种具体的某个人已经在从事某种非法行为的怀疑。“可描述性”，指的是能够用语言文字进行语义描述或记录。从某种意义上讲，其根本就在于可用文字记述，即司法中的证据和行为等都应该能用语言进行描述并书面化，最终才借由文字以考量其是否是具体的或客观的。于是，从侦查阶段开始，就需要各种大量的书面工作，要求将所有侦查过程及所得书面化。起诉和审判更是需要各种各样的文字化，如起诉书、辩护词、法庭记录、判决书、证人证言、鉴定结论和专家证言等。整个诉讼过程都是在用语言或文字描述着所谓的案件实体及程序事实，非语言性的因素都被排除在外。人们用文字从纷繁复杂的现实世界中剥离出了事实的“构成要件”，让整个司法都固定在文字的疆域中，实现了司法的“确定性”。在我国甚至形成了“默读式审判”。罪与非罪的分水岭不在于事实，而在于表述事实的文字，在于控辩双方的“文笔”和“语法”规则。这种对事实的破坏性分析，违背了司法应有的认知规律。司法以一

①[英] 迈克尔·波兰尼：《个人知识——迈向后批判哲学》，许泽民译，陈维政校，贵州人民出版社2000年版，第2页。

②Craig S. Lerner Reasonable Suspicion and Mere Hunches, Vanderbilt Law Review, Vol. 59: 2: 407, 414.

种粗暴的方式矫正着现实世界。

当我们的司法排除非语言因素时，我们就粗暴地把世界截然割裂开来，并抛弃了一个更为真实的世界。语言能够表述的世界只是现实世界当中的一部分而已，我们的大部分行为和意识都不是以将其语言化或文字化为目的的，我们的大部分时间都不是在说话，更不是在记录。

首先，在理论层面上，现代司法存在偏差。

一是语言只是信息交流的方式之一。相对于利用语言进行的信息传递，我们的感官和心理同样也适合通过其他渠道或媒介获取信息。这是一种司法所不能否定的认知规律。在现实生活中，人们也总是通过表情、声音、身体姿态或社会氛围等表达或获得信息。这一系列语言或非语言的表达构成了饱满的现实世界，也是人们认识世界和交流的方式。司法试图以语言文字来评价事实，但是又怎么能用语言的规范来简单评价并否定非语言因素呢？非语言因素自有其存在方式和评价体系。这是对语言和文字提出了过分的要求。在人类的历史长河中，语言文字的出现仅是某一阶段的产物，虽然目前具有优越性，但是也具有局限性，更不代表着其他的交流方式就该被概括性地否定。

二是书面化的事实必然存在信息偏滑。将作为整体的事实进行抽离，“提炼”出法律所需要的要素并予以书面固定，是否能够保持事实的本来面目？文字本来就不是一个封闭的系统，而是具有开放性和多义性。一定存在某些文字无法表达的东西，词语的定义与选择也不完全一致，并且当通过所记录的文字进行再理解时，所蕴含的语境的不一致必然导致解释的失真。现实世界是一个新鲜的“苹果”，而司法的偏差在于只要一个干瘪的“苹果”。后者仍然是完整意义上的苹果吗？

其次，在实践层面上，现代司法存在偏差。现代司法的架构越来越偏向以语言和文字为基础，似乎越能文字化、越能固守文字的界限，越是现代司法。语法规则甚至替代了司法规则，这是极其荒谬的。其实，司法不应该也无法拒绝一个更为广袤的非语言世界。

一是传统司法曾经极大地承认并运用非语言信息。我国封建社会的基本审判方式“五听断狱讼”，就是通过观察“辞、色、气、目、耳”来判断是非曲直的，并将口供或证言称为“情辞”。有“情”有“辞”。西方知情陪审团时期，陪审团都是被告人的邻居或证人等。审判时，陪审团可以通过观察被告人的表情、身体姿势或语言特征等，来确定被告人是否在撒谎、是否有罪。由于陪审团都是被告人的熟人，所以可以轻

易而准确地通过被告人的身体反应来确定其是否有罪。在美国殖民地时期,案件以被告人在法庭上的表现和姿态为判决基础,被告人自己的表现——感染力、非作证式的辩论和在法庭上的综合行为表现——将会说服陪审团作出无罪或罪轻的判决。

二是现代司法诸多规则或原则的基础或根源就在于非语言信息的运用。法庭上的非语言信息又称为情态证据。英美学者普遍认为,虽然没有具体规则规范情态证据,但是它(情态证据)一直被视为证据。^①情态证据至今仍被(西方)法律认可为判断证人可靠性的重要基础,^②在现代司法中起着至关重要的作用。确保审判者能够观察证人作证时情态的机会,为公开审判(开庭审判)提供了历史的和现代的正当性。陪审团制度、当庭作证、对质权、传闻规则和交叉询问等都是以情态证据为基础而确立的。^③现代司法体系中,辩诉交易、不起诉、量刑建议、污点证人、弹劾解除陪审员、陪审团裁决、证人能力及可靠性、量刑、保释听证会、证据资格、藐视法庭、人身保护令案件、一审法院在事实认定上的地位和诉讼策略等法律或判例中都认可情态证据的存在和运用。情态证据存在于或附着于司法的诸多方面,甚至起着“让尾巴摇狗”^④的效果。

笔者并非否定现代司法,而是在呼吁各界重视一个非语言世界的存在和司法遭受语言文字禁锢的现象。这导致情态证据被我国的司法理论和实践所双重否定,从而否定着饱满的“事实”和司法基本的认知规律。司法的这种偏差,将使得其正当性和合理性遭受严重质疑。因此,必须纠正现代司法在认知规律上的偏差,重新认识情态证据应有的价值与功能。本书以情态证据在我国刑事诉讼中的应用为视角,以情态证据的基本理论、历史沿革和相关法律问题为基本内容,共分四个部分进行论述。

第一部分为情态证据绪论。在本部分,笔者尝试从情态证据的定义入手,阐明情态证据的内涵和外延,并论述其特征,进而阐述其分类和运用现状,最终论证其科学性与合理性。

①3A John Henry Wigmore, Evidence § 946 (James H. Chadbourn rev.ed.1970).

②Cal.Evid. Code § 780(a) (West 1999).

③Olin G. Wellborn III, Demeanor, 76 Cornell L. Rev. 1076 (1991).

④People v. Croft, 805 N.E. 2d 1233, 1240 (Ill.App.2004).

第二部分为情态证据的历史考察与比较研究。笔者在本部分将首先从情态运用的兴起入手，还原情态信息在世俗和宗教领域的缘起及变革。其次，展示情态证据制度在古代的确立及其发展，尤其是刻画情态证据在陪审制度、传闻证据规则和对质原则等诉讼规则的产生和发展过程中的基础性作用。同时，笔者将阐述情态证据在各个国家或地区的具体运用及其脉络。最后，展示情态证据在现代司法中遭受的限制。

第三部分为情态证据的相关法律问题。笔者试从情态证据的现有实践存在和理论构建中，勾画情态证据的运用原理，并厘清其证据归类和证据效能。在这一系列勾画中，笔者不仅从微观处寻找情态证据的技术存在，更从宏观处寻找其制度性保障和运用。最终，以当下社会思潮和法学思潮为依托，勾画情态证据的应然图景。

第四部分为情态证据与当代中国刑事诉讼。在本部分，笔者尝试阐述我国现行法对情态证据的态度，并分析其原因，而后通过对我国学术及证据制度语境的展示，论证建立情态证据制度的必要性和可行性，并最终提出我国情态证据制度的初步设想。

在理性主义思潮的影响下，人类社会充斥着量化和精密的倾向。司法也当然地以理性自居或以理性为导向。人类架构了控辩审的诉讼构造，创制了越来越多的规则来规范证据的可采性和可靠性，使之更加客观、具体和可描述。19世纪的法庭科学只有显微镜检验和毒物检验，20世纪以来，无数“科学技术”占据了法庭。质疑情态证据的人似乎认为，情态证据已经不合时宜或者完成了历史使命。但是我们不应该忽视一个相对应的问题：司法程序仍然在发展过程当中。司法并不是自始存在，也不是一直如此。相对于精密科学，情态证据相关的心理学研究等虽尚未成熟，但已经体现了某种优越性。情态证据在现代司法体系中的不足是可以理解的，但是现代司法人员应该更精通情态这种“沉默的语言”。^①

笔者并非否定法治，而只是在提醒：人类认识世界的层次性和局限性；司法发生偏差，将会导致简单化和粗暴化；语言文字在带来便利的同时还存在“文本与文义的悖论”；规则控制给人们带来的满足感和安全感是存在忽视问题和否定发展的可能性的；现代社会下的人类应该对司法进行新的思考，赋予司法新的理解和内涵。

^①Broadcast Music, Inc. V. Havana Madrid Restaurant Corp., 175 F.2d 77, 80 (2d Cir. 1949).

或许，最根本的原因正如美国里文森教授所说：“我们多大程度上允许陪审团考虑情态证据，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态证据；如果是积极的角色，则可以合理地允许使用。”^① 而陪审团代表的是社会对政府权力的制约，代表的是社会常识对法律的更新。或许，我们多大程度上认可情态证据，取决于我们准备赋予一审庭审的审判者什么角色、赋予司法什么角色。

① Laurie L. Levenson, *Courtroom Demeanor: The Theater of The Courtroom*, Legal Studies Paper, No 2007-30, July 2007, p. 30.

第一章 情态证据绪论

引言

“情态证据”目前在我国处于一种奇怪的境地，即在诸多学者中，没有人专门研究情态证据；在诸多论文和专著中，很少提及情态证据；在法学教材中，没有情态证据的章节；在高校课堂教育中，基本不论及情态证据。似乎理论界在对情态证据进行整体性的忽视。或许是因为情态证据违反了当下我们对证据以及相应的刑事诉讼原则的理解和定义，以至于少有人提及。不过，在我国传统司法中，曾经大量使用情态证据。例如，“五听断狱讼”曾为我国封建社会的基本审判方式。^①在我国现代司法实践中，情态证据虽然不为法律所认可，却也起着线索、展示、辅助甚至实质证据的作用。例如，在四川省成都市成华区检察院公诉的一起强奸案件中，公诉人“促成”^②了情态证据。最后，该证据得到了法院的采纳。^③

在国外传统司法中，情态证据也起着至关重要的作用。但是随着证

①杜建录主编：《西夏学》，上海古籍出版社2010年版，第152页。

②情态证据具有可促成性，即可以在法庭上通过策略设计而激发被告人或证人的情态。详见本章第二部分。

③在女钢琴教师被强奸案中，因被害人证据保留上的重大疏忽，致使犯罪嫌疑人拒不承认是强奸。不过在庭审中，被害人悲伤欲绝地陈述了自己被被告人两次强奸的过程，陈述时泣不成声。而被害人的母亲，在陈述女儿被凌辱后的一些痛苦反应时，也怒骂犯罪嫌疑人毁了自己女儿的一生。面对被害人母女激烈的反应，此后在庭审中的被告人便没再为自己辩护。不但如此，他甚至还主动表示，自己愿意给被害人补偿2.5万元精神伤害赔偿费。被害人和被告人两人在庭审中的表情神态，让法官和检察官一目了然。法院审理后认为，虽然被告人在2009年7月13日的7小时内对被害人实施两次强奸的行为无直接证据，但因有证人的证词、被害人的伤情证明及鉴定结论相互印证，并参考被告人和被害人二人在庭审中的“情态”表现判定，被告人犯强奸罪的罪名成立，故判处有期徒刑3年半。嘉陵：《“情态证据”揭开强暴真相》，载《十堰晚报》2011年3月28日第9版。

据法等相关法律的发展,现代司法更加强调证据规则和程序规则的标准化,司法认知手段逐渐剥离于社会正常的认知手段,情态证据也逐渐受到限制。不过关于情态证据的实质作用,国外的学术界与实务界从来没有否认过。英美学者普遍认为,虽然没有具体规则规范情态证据,但是它(情态证据)一直被视为证据。^①国外诉讼制度和证据规则等也从来没有彻底地否定情态证据。相反大部分欧美学者认为:基于一个将近三千年前的原则,司法制度将制度性前提深植于司法框架中,即“观察证人情态的机会具有重大的价值”,^②甚至“确保审判者能够观察证人作证时情态的机会,为公开审判(开庭审理)提供了历史的和现代的正当性。陪审团制度、当庭作证、对质权、传闻规则和交叉询问等都是的情态证据为基础而确立的”。^③

在本章,笔者试从情态证据的定义入手,阐明情态证据的内涵和外延,并论述其特征,进而阐述其分类和运用现状,最终论证其科学性与合理性。

一、情态证据的定义

什么是情态证据,这是笔者在展开论述前必须予以先行介绍的问题。国内外关于情态证据的定义众说纷纭,但是穷其诸多表述,仍有基本的内涵与外延。

(一)“情态”的词义

情态证据的英文表述为“Demeanor evidence”。美国《Webster 新世界词典》将“Demeanor”定义为证人行为上的迹象、明显的外部表现和身体暗示,“外化的行为、行为方法、表现和态度。”^④《法律百科全书》(Law Encyclopedia)认为:“Demeanor”,是指揭示某人个性的行为,包括举止、神情、仪态、态度、神采、仪容、做派等。情态不在于一个人说了什么,而在于其中蕴含的态度。

西方对“Demeanor”的法律定义具有动态性,先后涵盖了以下外延:证人作证时的声调和语气、回答时的迟疑或迅速、外表、姿势、手

①3A John Henry Wigmore, Evidence § 946 (James H. Chadbourne rev. ed. 1970).

②Olin G. Wellborn III, Demeanor, 76 Cornell L. Rev. 1075 (1991).

③Olin G. Wellborn III, Demeanor, 76 Cornell L. Rev. 1076 (1991).

④Webster's New World Dictionary 375 (2nd ed. 1984).

势、感情、忍耐、表现、哈欠、眼部动作、隐晦或明显的扫视、耸肩、声音的音高、镇定、尴尬、坦率或轻率的表现等。^①司法实践中，陪审员则认为“Demeanor”是指外在的身体行为，如“眼睛的睁闭、脸颊的颜色和大拇指的摆弄”。^②法官在给陪审团的指示中，则常常以“态度和行为”指代“Demeanor”，以力求将陪审员的注意力集中到“非语言的迹象”中。在缅因州地方法院的一次审判中，法官如此定义情态：“考虑证人的证言时，证人口头表述的是一方面，而另一方面是证人的情态证据，即证人是如何作证的，证人在证人席上给人的印象。”^③最终，美国法律采用了“Demeanor”的一般字义解释“身体的外貌，外在的表现或行为”。^④

在国外法学界，学者们对“情态”进行总结归类，将其归为三类：“面部表现、声音情况和身体姿态”。^⑤

在我国，“情态”的一般内涵与“Demeanor”基本吻合。情态，一意为情状。例如，《韩非子·二柄》：“人主欲见，则群臣之情态得其资矣。”陈奇猷《韩非子集释》：“情态，谓表见于行为之情状。”二意为神态。例如，清代袁枚《随园诗话补遗》卷四：“诗写雏姬情态易，写雏伶情态难。”三意为人情与态度。例如，《初刻拍案惊奇》卷二十：“只这两句言语，道尽世人情态。”四意为娇媚的神态。例如，瞿秋白《赤都心史》四十三：“‘跳舞剧’的题目不适于我们今日的生活：情态的诱媚，英雄气概的短少。”以上都是指代了某种外貌、行为或态度。

综上所述，笔者认为在司法视野下，“情态”的词义指的是：面部、声音或身体等各部分及其整体上的表现。

①Black's Law Dictionary 430(6th ed.1990).Citing Rains v. Rains, 8 a.2d 715,717(1939).

②Chapman v. Troy laundry co.,47 p.2d 1054,1062(1935).

③Kelly A.Preston v.William Tracy, 缅因州最高法院判决报告, 2008年2月28日。

④see Faircloth v.State, 208 so.2d 66,70(1968).

⑤see Paul Ekman & Wallace v.Friesen, The Repertoire of Nonverbal Behavior: Categories, Origins, Usage, and Coding, 1 Semiotica 49(1969).

(二) 情态证据的定义^①

根据国内外司法实践及理论的一般理解,基于情态证据的来源和获取时间的不同,对情态证据有以下两种界定:

1. 狭义的情态证据

它包括以下基本特征:一是情态证据只能来源于被告人或证人的情态。^② 其他人的情态则可能因为与案件不具关联性或可能构成的危险大大超过其可能带来的利益而被排除。例如,庭审现场旁听群众的情态,虽然可能反映了群众对案件事实的某些认识而具有相应的价值,但是其不具有必要的关联性和可靠性。二是情态证据的获取时间只能是在庭审的时候(甚至仅限于被告人或证人在证人席上作证的时候)。庭审现场给被告人或证人提供了一个“纯粹”的场合,使得其情态能够妥善地表现,并及时地得到获取和评价。例如,法官当庭观察证人的情态,并及时形成心证等。

因此,狭义的情态证据指的是在庭审时,被告人或证人的面部、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。^③

2. 广义的情态证据

它包括以下基本特征:一是情态证据不仅来源于被告人或证人的情态,还包括其他相关主体。例如,辩护律师的情态,被害人或被告人家属旁听庭审时的情态,或者检察官的情态等。二是情态证据的获取时间还包括庭审之外的时间。例如,警察讯问犯罪嫌疑人时,根据情态感知其是否正在撒谎;警察根据情态信息判断某可疑人员存在犯罪嫌疑,进而对其进行盘查;警察根据驾驶员的情态判断其是否酒驾等。《美国洛杉矶郡警察局警察培训资料》对此有所解释:“有罪的人常企图使用一些字眼,意图让人相信他说的都是实话,但是,他的身体和面部表情会

^①任何研究都需要概念,而对于概念的定义往往成为了研究的起点。不过必须重申的是,概念应该具有开放性,即概念应该是一种研究得出的产物,是随着研究的深入而不断被赋予新的内涵和外延的,而非相反,甚至成为研究的桎梏。而且概念必然附着于某个体系内,正是在该体系内概念被赋予了准确的含义。脱离概念所依附的体系而简单理解或套用概念是错误的。在本书的研究中,情态证据的概念也相应地具有开放性和特定性。

^②在此,证人包括被害人、专家证人和一般证人。

^③我国《刑事诉讼法》对证据的定义是:证明案件真实情况的一切材料。基于定义的统一性,笔者将情态证据定义为某种特定条件下的“材料”。

告诉你什么是真实可信的，什么是虚假的。情态之所以背叛它正在说谎的主人，是因为它们总是产生于意志之外并不由自主地流露出来。”^①

因此，广义的情态证据指的是行政执法、侦查及诉讼过程中，相关人的面部、声音或身体等各部分及其整体上表现出来的能够证明真实情况的材料。

3. 情态证据的定义析评

之所以对情态证据有不同的界定，主要在于其生成、固定、提取、保存和使用的不同。

首先是情态证据自身的客观条件限制。情态证据具有瞬时性，即其产生是微妙而稍纵即逝的。同时，对于情态证据的固定、提取和保存也存在诸多现实的困难，容易产生变异和偏滑。因此，情态证据如果没有一个合理的生成环境，同时及时地让审判者进行直接的判断，那么其可靠性就会大打折扣，进而造成其他不合理的危险。

其次是现代诉讼规则的限制。现代诉讼规则普遍强调证据的确定、具体和可描述性，同时还强调不得被强迫自证其罪、沉默权和直接言词原则等。而在新的历史条件下，情态证据更多的是一种“只可意会，不可言传”的材料，并且对情态证据的运用还存在着侵犯犯罪嫌疑人或被告人相关诉讼权利的争议。因此，情态证据与现代司法基本理论存在诸多对立，需要进行相应的限缩。同时，司法实务中，庭审之外的情态证据的运用往往需要先行的“证据转化”。例如，警察根据自身几十年的经验，根据某人的情态判断出该人正在进行某种犯罪。之后，如果该案进入到庭审，则警察必须将该“直觉”进行具体化、客观化和可描述化，以契合现代诉讼规则对证据的要求。而在此过程中，情态证据仅仅成为了某种线索或者成为了一种隐形的存在，并没有进入到司法评价视野中。

因此，基于情态证据的客观条件和现代诉讼规则的限制，情态证据的定义应采狭义说，以契合目前基本的司法认知及其运作，也使之具有相应研究的必要性、可能性和可行性。笔者在本文的论述中，除非特别说明，否则“情态证据”即指“狭义的情态证据”。

^①中国刑警学院刑侦系译：《美国洛杉矶郡警察局警察培训资料》，<http://10.112.16.54/dvbbs7>，2008年9月6日。