

羁押必要性判断中的 “一贯表现”证据研究

秦宗文*

内容提要：无论在理论上，还是在司法实践中，降低羁押率都有很强的正当性。逮捕的社会危险性评估是降低羁押率的最大变量，犯罪嫌疑人一贯表现的价值指向与降低羁押率的诉求有着内在契合，这为一贯表现证据在羁押必要性判断中发挥作用提供了空间。引入一贯表现有助于弱化对犯罪嫌疑人不利的社会危险性评估倾向，提高逮捕决策的社会认同度。当前在社会危险性评估中引入一贯表现证据存在诸多障碍，可考虑从以下方面予以突破：破解运用一贯表现证据的认识论困惑；降低对社会危险性评估准确性的过高期待；坚持降低羁押率的政策导向；明确一贯表现的规范地位；通过轻重分流控制需要调查一贯表现的案件量；通过证据指引和辩方的积极参与拓宽一贯表现证据的来源；以公开审查提高适用一贯表现证据的公信力等。

关键词：羁押必要性 社会危险性 一贯表现 品格证据 逮捕

在很多国家，保释是犯罪嫌疑人的权利，除非有法定理由，不得对犯罪嫌疑人予以羁押。我国司法虽有其特殊性，但非必要不羁押，无论在理论上还是在司法实践中，都有很强的正当性，也是司法改革的总体方向。特别是2021年开启的少捕慎诉慎押改革，曾带来羁押率的大幅下降。2022年1月至6月，全国检察机关共批捕各类犯罪嫌疑人22.2万人，同比下降51.2%。^{〔1〕}然而，2023年上半年，全国检察机关共批捕各类犯罪嫌疑人31.6万人，同比上升41.6%。^{〔2〕}羁押率的高与低，没有绝对的好与坏，不能唯数字论，其核心依据应当是对羁押必要性的判断。对确有羁押必要的犯罪嫌疑人予以羁押，即使带来较高的羁押率，也无可厚非。然而，三年时间内，批捕率过山车般上下跳跃，这虽然主要受政策调整的影响，但羁押必要性判断要素存在缺陷，难以缓冲政策调整的影响，也是重要原因。

我国的羁押必要性判断，主要立足于对不利于犯罪嫌疑人的诸因素进行评价，而对可能有

* 南京大学法学院教授。

本文为国家社科基金重点项目“‘类行为证据’的刑事证明功能研究”（21AFX015）的阶段性成果。

〔1〕 参见朱立：《2022年1至6月全国检察机关主要办案数据》，http://news.jcrb.com/jsxw/2022/202207/t20220721_2425732.html，2023年1月16日最后访问。

〔2〕 参见史兆琨：《来自大检察官研讨班的数字新闻》，《检察日报》2023年7月20日第4版。

利于犯罪嫌疑人的因素往往关注不足,如犯罪嫌疑人的一贯表现就没有被纳入评价范围。这种几乎单向的评价机制极易受到政策调整的影响,从而造成批捕率大幅波动。短时间内羁押率的剧烈变化,不能准确反映犯罪嫌疑人社会危险性的真实变化,其合理性存疑。这说明,当前的羁押必要性判断没有为逮捕决策提供合理、牢固的锚点,却为政策影响逮捕考量提供了过大空间。改善羁押必要性判断要素,将一贯表现纳入其中,对于促使判断结果更真实反映犯罪嫌疑人的社会危险性,推动逮捕决策法治化,具有重要意义。

一、一贯表现的内涵解析

(一) 一贯表现的界定

明确将一贯表现作为办案依据的刑事规范性文件并不多。〔3〕2021年最高人民法院、最高人民检察院联合发布的《关于常见犯罪的量刑指导意见(试行)》(以下称“量刑指导意见”)在“常见量刑情节的适用”部分指出,“对于未成年人犯罪,综合考虑未成年人对犯罪的认知能力、实施犯罪行为的动机和目的、犯罪时的年龄、是否初犯、偶犯、悔罪表现、个人成长经历和一贯表现等情况,应当予以从宽处罚”。此处将一贯表现与初犯、偶犯并列,均为独立的量刑情节。由此分析,一贯表现应指案件发生前犯罪活动之外的表现,不包括初犯、偶犯等情节。但是,若犯罪嫌疑人已有前科,一贯表现是否应包括对过往犯罪的评价,则是不明确的。因而,有观点将一贯表现视为对犯罪嫌疑人过往情况的综合评价,认为一贯表现在内涵上应包括初犯。〔4〕

由于缺乏明确的规范界定,司法人员对何为“一贯表现”也缺乏共识。笔者在调研中发现,一些司法人员谈到一贯表现时,首先想到的就是前科、劣迹。前科即以前的犯罪行为,“劣迹”在司法实践中通常指受到行政处罚的行为。〔5〕有些司法人员将累犯、惯犯、初犯、偶犯列入一贯表现的范畴。总体上,司法人员普遍缺乏对一贯表现独立内涵的关注,对一贯表现的理解接近社会生活上的一般含义,将其视为对犯罪嫌疑人过往情况的综合评价。

厘清一贯表现的内涵,首先要考虑引入一贯表现的意义是什么。以“量刑指导意见”为例,在已经明确初犯、偶犯是量刑因素的情况下,引入一贯表现的目的是,希望将初犯、偶犯所不能涵盖的未成年犯罪嫌疑人的个人情况纳入量刑考量。在当前的规范性文件中,初犯、偶犯是独立的量刑情节,其价值已经得到认可。〔6〕因而,不宜再将初犯、偶犯等情节作为一贯

〔3〕我国明确涉及一贯表现的代表性法律和刑事规范性文件主要有:2006年最高人民法院《关于审理未成年人刑事案件具体应用法律若干问题的解释》、2010年最高人民法院《关于充分发挥刑事审判职能作用深入推进社会矛盾化解的若干意见》、2012年监狱法、2016年最高人民法院《关于办理减刑、假释案件具体应用法律的规定》、2018年“两高”《关于涉以压缩气体为动力的枪支、气枪铅弹刑事案件定罪量刑问题的批复》、2019年“两高三部”《关于适用认罪认罚从宽制度的指导意见》、2020年“两高三部”《关于规范量刑程序若干问题的意见》、2021年《监察法实施条例》、2021年“两高”《关于常见犯罪的量刑指导意见(试行)》、2022年“两高”《关于办理危害生产安全刑事案件适用法律若干问题的解释(二)》等。

〔4〕参见彭新林:《犯罪人一贯表现与死刑的限制适用》,《国家检察官学院学报》2011年第4期,第77页。

〔5〕2021年最高人民检察院《人民检察院办理认罪认罚案件开展量刑建议工作的指导意见》第7条指出,“对于累犯、惯犯以及前科、劣迹等情节,应当调取相关的判决、裁定、释放证明等材料”。证明“劣迹”需要正式的处理决定材料,这使得司法实践中的“劣迹”主要指有行政处罚决定书证明的违法行为和有强制隔离戒毒决定书证明的吸毒行为,其实际范围小于一般社会观念上的劣迹。

〔6〕参见2021年最高人民检察院《人民检察院办理认罪认罚案件开展量刑建议工作的指导意见》第7条、第8条;“量刑指导意见”中的“常见量刑情节的适用”部分。

表现的一部分。同理，累犯、惯犯、前科、劣迹等也不宜被一贯表现所包含。由此，可以将一贯表现界定为：犯罪发生前，犯罪嫌疑人在学习、工作、生活中的日常表现，不包括曾发生的违法犯罪行为。这就意味着，初犯、偶犯、前科、累犯等情节不属于一贯表现；犯罪发生过程中的情节，如犯罪中止、防卫过当，以及犯罪后的表现，如认罪认罚、悔罪等，也不属于一贯表现。

还有些司法人员将犯罪嫌疑人的职业、婚姻家庭情况（如是否单亲、是否离异、是否有未成年人需要抚养）、居住情况（如在校居住、与父母同住、单独居住）、所处环境情况、帮教情况、帮扶情况等归入一贯表现。这进一步不当扩大了一贯表现的范围。“表现”的含义是“显示出来”。〔7〕一贯表现应当通过犯罪嫌疑人的行为来体现，上述情况是影响行为的因素，而不是行为本身。与行为相比，通过职业、婚姻家庭情况等判断犯罪嫌疑人的社会危险性，拉长了逻辑链，会降低推理的准确性，也容易造成不当的差别待遇。因而，一贯表现的界定应坚持以行为为中心的立场，不宜过度扩张其内涵。

量刑时需要评估被告人未来回归社会的难度，逮捕环节需要评估犯罪嫌疑人妨碍诉讼的风险，这都是对被追诉人社会危险性的评估。两种社会危险性的内涵不尽相同，但所涉及的被追诉人的一贯表现，在涵盖面上总体是重合的，均是对被追诉人犯罪前日常表现的考察。因而，上文对一贯表现的界定也适用于逮捕环节。当然，在具体犯罪中，逮捕与量刑环节需要重点关注的一贯表现证据可能是不同的，或者同一一贯表现证据在逮捕与量刑环节风险评估中的份量可能是不同的。比如，犯罪嫌疑人对举报人有明显敌意，先前发生过威胁、骚扰行为的，在评估逮捕社会危险性时，上述行为将是证明犯罪嫌疑人可能对举报人实施打击报复的重要证据。但是，如果犯罪嫌疑人实施上述行为主要基于其职位，而犯罪嫌疑人将因定罪失去该职位进而丧失这种报复能力，那么上述行为在量刑评估中的分量将大为降低。

从纵向的时间线看，一贯表现在逮捕与量刑评估中的份量总体上是有差异的。在逮捕环节，犯罪往往发生不久，犯罪嫌疑人基于一贯表现而形成的行为倾向有较强的延续性，因而，在羁押必要性判断中，一贯表现的证明价值要更高一些。在量刑评估阶段，由于时间线拉长，并且由于定罪所带来的生活方式的改变，被告人原有行为倾向改变的可能性更大，因而，一贯表现的证明价值要更低一些。

（二）构成一贯表现的要素类型

一贯表现作为日常行为表现的概括与评价，是一个综合性概念。对于一贯表现的评价，可以列举一些指标，适用于所有犯罪嫌疑人的风险评估。比如，相对于家庭观念淡薄，生活中以自我为中心的人，家庭责任心很强的犯罪嫌疑人，其逃跑的可能性通常会小一些。在考察一贯表现时，如果犯罪嫌疑人有家庭，应将其在家庭生活中的表现列为一般指标之一。但是，在刑事案件中，对犯罪嫌疑人生活的各方面均作全面考察，不仅低效、成本高，也是不必要的。一个人为何犯此种罪而没有犯其他罪，往往与其人格特征、周围环境密切相关。犯罪发生后，对其进行羁押必要性考察时，也应关注案件的特殊性，集中于对贴近类案的、可能影响社会危险性的主要因素进行评估。把握这些要素后，就可以对犯罪嫌疑人的社会危险性作出大体准确的判断。比如，在一起命案中，犯罪嫌疑人和被害人的日常表现成为影响批捕的重要因素。对犯罪嫌疑人一贯表现的表述是：平日里孝顺、踏实，其母亲身体不好，家里的活都是犯罪嫌疑人

〔7〕 参见刘叔新主编：《现代汉语同义词词典》，南开大学出版社2004年版，第33页。

干。对被害人的描述是：平时总是带着刀，不仅经常喝酒，还总用刀面拍打其母亲的脸，在村里吓唬小孩，村民都很怕被害人，担心他用刀砍人，见到他都躲得远远的。〔8〕在此案中，犯罪嫌疑人和被害人在日常生活中是否有暴力性、攻击性倾向，就成为评估社会危险性的关键。再如，犯罪嫌疑人持有少量毒品，是为自吸而持有，还是为贩卖而持有，这些行为性质上的不同会影响社会危险性的大小。此时，对其一贯表现的考察就应集中于是否有吸毒史、是否曾被强制戒毒、是否有正当经济来源、社会交往情况等。这些因素不但影响再犯风险，也影响逃避诉讼的可能性，在判断羁押必要性时需要重点关注。

总体而言，一贯表现作为综合性概念，其要素可分为一般要素和特别要素。一般要素通用性较强，但在个案中对犯罪嫌疑人行为倾向的描述准确性较低；特别要素更贴近案件类型，甚至更贴近个案情况，以其为基础描述犯罪嫌疑人的行为倾向，准确性更高。当然，在不同类型的案件中，可进一步细分类案的一般要素及个案的特别要素。这种细分根据需要可以进一步推进。一般来说，了解一般要素的难度相对较小，调查人员的工作效率较高；特别要素往往更贴近案情，需要对犯罪嫌疑人个人情况作更深入的了解，调查效率相对较低。我国当前各地羁押必要性审查改革试点中，除未成年人犯罪外，其他案件的调查要素基本为通用型，适用于各类犯罪。为切实提高适用一贯表现证据的效果，对要素进行类型化细分应是未来的发展方向。

（三）一贯表现证据的特性

在羁押必要性判断中，一贯表现与前科、劣迹等情节一样，应当成为评估社会危险性的依据。正如前科、劣迹需要通过刑事判决书、行政处罚决定书等材料予以证明一样，一贯表现也需要材料予以证明，这些材料即一贯表现证据。

一贯表现证据在性质上属于品格证据，它是反映被追诉人犯罪前日常行为表现的证据。在个案中，一贯表现可能是对犯罪嫌疑人日常生活各方面的全面总结，也可能重点突出处理案件所要了解的某个或某些方面。相应地，一贯表现证据可能是全方位反映犯罪嫌疑人日常生活的大量材料，也可能是反映犯罪嫌疑人日常生活某个或某些侧面的特定材料。

依严格证明和自由证明的分类，对一贯表现的证明是典型的自由证明。由此，对一贯表现证据的证据能力应当宽松把握。比如，用于证明定罪事实的证人证言要受到意见规则的限制，一般不能以意见形式提供，但用于证明一贯表现的证据，则允许以意见方式提供，且更多具有证人主观判断的色彩。同时，对于最终认定的一贯表现证据，证明标准也应降低要求，达到较强的可信性即可，而不可能要求排除合理怀疑。因为，对一贯表现的证明只是用于证明社会危险性，并最终服务于逮捕这一程序性事项的判断。这种低要求不但低于定罪事实的证明，也低于量刑事实的证明。量刑事实属于实体法事实，量刑结果对被追诉人的影响往往大于逮捕这一程序性事项。这决定了在涉及量刑事实时，在一贯表现证据能力和证明标准的把握上，要高于羁押必要性判断。

从一贯表现证据到逮捕社会危险性的推理，呈现出如下结构：第一步，从一贯表现证据概括出一贯表现。其生成可以是基于大量单个证明价值不大的证据，也可以是以少数证明价值大的证据为主，辅以其他证明价值较小的证据。第二步，结合一贯表现与前科、劣迹、罪行危险性等情节，评价人身危险性。第三步，结合人身危险性与危险阻却因素，评价社会危险性，即羁押必要性判断。各步骤的相关内容，下文有更详细的阐释。

〔8〕 参见韩兵、韩宇：《正当防卫，不批捕！》，《检察日报》2021年4月13日第1版。

二、一贯表现与羁押必要性判断的内在联系

社会危险性评估是影响羁押率的最大变量，一贯表现的性质与社会危险性评估的需求有着内在契合，这为一贯表现证据在社会危险性评估中发挥作用提供了空间。

（一）社会危险性评估是影响羁押率的最大变量

2018年刑事诉讼法第81条规定，逮捕需满足三项条件：有证据证明有犯罪事实；可能判处徒刑以上刑罚；采取取保候审尚不足以防止发生社会危险性。相较于前两个条件，社会危险性评估可依靠的材料更为多样，范围更大、更不明确，材料收集、评估的过程也更为主观。因此，社会危险性评估的主观性更强，更难达成共识，这种主观性也加大了查验难度。

在逮捕决策实践中，办案人员历来更重视对犯罪事实证据的审查和对可能判处刑罚的评估，而较忽视对社会危险性的审查，因社会危险性不足而不予批捕的人数比例偏低。有实务人员对所在市检察机关数据进行统计后发现：刑事诉讼法修改之前的2010年、2011年，无社会危险性不捕人数分别占受理总人数的2.9%和3.3%；2012年刑事诉讼法修改后，在羁押必要性审查入法所宣示的控制羁押率政策的影响下，从2012年开始，三年里无社会危险性不捕人数占受理总人数的比例逐年攀升，分别为6.7%、10.4%和14.1%；2014年无社会危险性不捕人数的比例是2011年的4.3倍。^{〔9〕}2021年7月1日至12月31日，在全国检察机关羁押必要性审查专项活动期间，全国检察机关不捕率为33.95%，同比提高9.3个百分点，无社会危险性不捕率同比上升14.7个百分点，无社会危险性不捕的比例达53.53%。2022年1月至3月，无社会危险性不捕占比在短时间内继续大幅上升，达到58.4%。^{〔10〕}在影响逮捕决策的三要素中，社会危险性已成为降低逮捕率的最主要驱动因素。但如前所述，2023年上半年的逮捕率已有较大回升。从影响逮捕决策的三个条件的稳定性看，这种逮捕率的急剧变化，应主要归结于检察机关对社会危险性评估标准的把握发生了变化。

（二）社会危险性是人身危险性的外在表现

讨论一贯表现在识别社会危险性中的重要作用，前提是厘清社会危险性是什么。如此，方可进一步探讨一贯表现的价值指向如何与之契合。

我国刑事诉讼法及相关司法解释没有明确界定何为社会危险性，但2018年刑事诉讼法第81条第1款规定：“采取取保候审尚不足以防止发生下列社会危险性的，应当予以逮捕：（一）可能实施新的犯罪的；（二）有危害国家安全、公共安全或者社会秩序的现实危险的；（三）可能毁灭、伪造证据，干扰证人作证或者串供的；（四）可能对被害人、举报人、控告人实施打击报复的；（五）企图自杀或者逃跑的。”根据这一规定，逮捕决策中需要考量的社会危险性，是指犯罪嫌疑人实施上述五种特定危害行为的可能性。这些危害行为是在犯罪嫌疑人主观意志支配下实施的，是其人身危险性的外在表现。作为表达倾向性的概念，人身危险性可以包含因行为人基于人格特质而可能实施危害行为的各种倾向，比如犯罪嫌疑人再次实施犯罪的可能性，或者犯罪嫌疑人曾欠债不还，长时间到外地躲债的，可以成为评估其可能逃跑的

〔9〕 参见龚亚明、钟会兵：《审查逮捕中“社会危险性”条件适用状况的分析》，《成都行政学院学报》2017年第1期，第41页。

〔10〕 参见蒋安杰：《少捕慎诉慎押刑事司法政策落实一年间》，《法治日报》2022年4月27日第9版。

依据。因而，在判断羁押必要性时，可以用人身危险性涵盖上述五种行为倾向。

发生危害行为的几率与犯罪嫌疑人的人身危险性大小一般成正比。对社会危险性的预测，可以通过对人身危险性的评估来实现。但是，在肯定二者内在一致性的同时，仍应对二者作适当的内外区分。这种区分有利于更深入地讨论可能影响人身危险性的因素，如一贯表现，也有利于深入讨论人身危险性向社会危险性转化的制约因素，如监护条件、帮教条件等。

罪行只是彰显人身危险性的因素之一，要谨防用罪行危险性表征整个人身危险性，甚至将其直接等同于社会危险性。2018年刑事诉讼法第81条第3款规定，“对有证据证明有犯罪事实，可能判处十年有期徒刑以上刑罚的，……应当予以逮捕”。这实际上是推定实施严重犯罪者具有高度社会危险性，应当予以逮捕。研究者将这种罪行所彰显的危险性称为罪行危险性，并将社会危险性分为罪行危险性和人身危险性。^{〔11〕}这种分类可以揭示罪行轻重与社会危险性大小之间一般性的正向比例关系，有助于快速粗略评估犯罪嫌疑人的社会危险性。但是，上述观点被广泛接受后，也导致了司法实践中过分强调罪行危险性，将罪行危险性等同于社会危险性，忽视对其他人身危险性因素的评价，从而助长了“构罪即捕”现象。^{〔12〕}即使在推进羁押必要性审查改革的过程中，也出现了将罪行轻重与社会危险性大小僵化对应，忽视对较严重犯罪者其他人身危险性因素和危险阻却因素的评估，导致逮捕泛化的局面。^{〔13〕}罪行只是人身危险性评估的一项参考因素，同样的罪行，如果影响人身危险性的其他因素，如一贯表现、悔罪态度等不同，人身危险性就会不同。因而，虽然应肯定罪行在人身危险性评估中的重要作用，但不能将罪行危险性等同于人身危险性，更不能将罪行轻重直接等同于社会危险性大小。当然，随着罪行严重程度的加剧，其所标示的人身危险性也会越来越高，罪行危险性在人身危险性整体评估中所占的分量也会越来越大。比如，当犯罪行为可能判处10年有期徒刑以上刑罚时，其他人身危险性因素的介入通常已不足以将人身危险性降至足够安全的程度，此时逮捕就成为必要。

同时，也不能将人身危险性直接等同于社会危险性。犯罪嫌疑人的人身危险性能否外化为社会危险性，还要受到外部条件的制约。同样的人身危险性，如果外部条件不同，其外化为现实社会危险的可能性也会不同。比如，人身危险性相当的未成年犯罪嫌疑人，如果监护条件、帮教措施不同，其社会危险性就会不同。因而，社会危险性由人身危险性和外部阻却因素两部分构成。评估犯罪嫌疑人的社会危险性，不单要评估人身危险性，还要评估这种危险外化为现实社会危险的阻却因素。^{〔14〕}但是，这种外部条件只能影响人身危险性外化为社会危险性的程度，对其影响的评估应当在明确了人身危险性之后再行进行。

（三）一贯表现应当成为人身危险性的评估依据

《布莱克法律词典》对品格证据的界定是：“关于某人的值得赞许或者应予谴责的一般

〔11〕 参见童建明主编：《新刑事诉讼法理解与适用》，中国检察出版社2012年版，第105页。

〔12〕 参见李亚楠、朱茂叶：《审查逮捕案件社会危险性审查问题探究——基于B市S区2017—2019年盗窃类案件的实证分析》，《北京政法职业学院学报》2020年第4期，第32页。

〔13〕 参见薛海蓉、詹静：《逮捕“社会危险性条件”适用的实践探索》，《人民检察》2014年第3期，第65页。

〔14〕 这种划分方法是有规范依据的。2013年最高人民检察院《人民检察院办理未成年人刑事案件的规定》第13条指出，“人民检察院办理未成年犯罪嫌疑人审查逮捕案件，应当根据未成年犯罪嫌疑人涉嫌犯罪的事实、主观恶性、有无监护与社会帮教条件等，综合衡量其社会危险性，严格限制适用逮捕措施，可捕可不捕的不捕。”此处的“涉嫌犯罪的事实、主观恶性”体现的是犯罪嫌疑人的人身危险性，“有无监护与社会帮教条件”则属于危险阻却因素，二者“综合衡量”后即社会危险性。

个性特点或者倾向的证据；关于一个人在社群中的伦理立场的证据。”〔15〕无论是表明一般个性特点、倾向还是伦理立场，当被用来评估一个人未来行为的可能性时，品格证据的作用就是证明行为的倾向性。

品格证据发挥证明作用的基本前提，是相信人的行为具有跨情境的一致性倾向。“除非个人的行为在类似的环境下是相对可预测的，否则品格证据是无关紧要的。一个多世纪以来，心理学家一直在研究人类行为，目的是为了证明跨情境行为稳定性的经验基础。”〔16〕环境决定论认为，虽然不能否定行为者的品性对行为的影响，但具体行为最终如何呈现，更多取决于环境因素的影响。〔17〕如果行为具有跨情境的一致性，则应归因于环境的类似性。人格决定论者认为，个体在相似的情况下做出相似行为，是由特定的先天人格特征决定的。〔18〕当前心理学界的主流观点承认，人格特质理论是有科学依据的，但也承认环境因素对行为选择的影响。“所有的研究者都同意，人类的个体行为是遗传因素，特别是智力和外部环境因素相互作用的产物。”这种综合作用使人类行为具有跨情境一致性的特点。科学家们对跨情境稳定性的种类和频率存在观点上的分歧，但他们认同个体的人类行为，无论是有意识的还是无意识的，都不是随机的或异想天开的。〔19〕也就是说，人类经验及心理学研究均表明，个人的行为方式或倾向具有一定的稳定性，个体甚至会无意识地做出与其人格特征相符合的行为。即使是深思熟虑后的行为选择，也很难彻底摆脱既往行为模式的影响，因为这种深思熟虑也是在人格特征所框定的思维方式下进行的。“‘人身危险性’指行为人人格上具有的犯罪倾向性。人类的人格特征总是通过一定的长期性行为，外化为标签式的身份体现，犯罪嫌疑人的‘人身危险性’亦不例外。”〔20〕品格与人身危险性均代表一种倾向性，且指向一致，这决定了品格证据在人身危险性评估中具有相关性。现代心理学研究已经充分揭示了人类行为具有较高概率的跨情境一致性，这使得品格证据在人身危险性评估中具有较大的证明价值。

一贯表现是对犯罪嫌疑人日常生活表现的概括与评价，是基于犯罪嫌疑人日常生活的品格证据概括而成，是犯罪嫌疑人品格的组成部分，可以较好地体现犯罪嫌疑人的行为倾向，将其作为评估犯罪嫌疑人人身危险性的依据是合理的。

三、一贯表现在羁押必要性判断中的价值体现

（一）一贯表现在当前的羁押必要性判断中普遍缺位

人的行为倾向具有较强的稳定性，一贯表现的证明价值在于，以犯罪嫌疑人过去的行为倾向为基础预测其未来可能的行为。这与逮捕决策中的社会危险性评估相契合，一贯表现可以也应当在降低羁押率方面扮演重要角色。在量刑规范中纳入一贯表现，是通过考察被追诉人的过往表现，了解其行为倾向，评估其回归社会的难度，从而决定适当的刑罚幅度。这是一种预测，其原理与羁押必要性判断是一致的，也为在羁押必要性判断中引入一贯表现的合理性提供

〔15〕 See Black's Law Dictionary 636 (9th ed. 2009).

〔16〕 Thomas J. Reed, *The Character Evidence Defense: Acquittal Based on Good Character*, 45 Clev. St. L. Rev. 353 (1997).

〔17〕 See Rachana Kamtekar, *Situationism and Virtue Ethics on the Content of Our Character*, 2004 Ethics 467 (April 2004).

〔18〕 同上。

〔19〕 参见前引〔16〕，Reed文，第356页。

〔20〕 前引〔9〕，龚亚明等文，第42页。

了旁证。但是,我国法律及规范对逮捕羁押环节的一贯表现情节鲜有涉及,当前各地为降低羁押率而出台的逮捕社会危险性量化评估方案中也难寻直接明确一贯表现证明价值的规定。

规范的缺失并不意味着司法实践对一贯表现证据缺乏需求。最高人民检察院发布的贯彻少捕慎诉慎押刑事司法政策的典型案例,已经注意到一贯表现的证明价值。^[21]但是,典型案例仅具参考价值,不具有约束力,因而,其对推动在社会危险性评估中积极运用一贯表现证据的作用十分有限。为避免引发争议,部分执法者以没有明确规定为由,拒绝收集与采纳一贯表现证据;部分执法者则对一贯表现证据“用而说不”,但运用标准不一,使用随意。这不仅导致了适用上的粗放和不统一,也影响到犯罪嫌疑人有效行使辩护权。

(二) 一贯表现在羁押必要性判断中的价值空间

在羁押必要性判断中纳入一贯表现,可以起到以下几方面的作用:

第一,全面、准确把握犯罪嫌疑人人格特质,弱化对其不利的社会危险性评估导向。2015年最高人民检察院、公安部《关于逮捕社会危险性条件若干问题的规定(试行)》和2019年最高人民检察院《人民检察院刑事诉讼规则》(以下称“刑事诉讼规则”)在逮捕必要性判断中均未提及一贯表现,但单列了犯罪发生前的部分过往表现证据。例如,在判断是否“可能实施新的犯罪”时,将“一年内曾因故意实施同类违法行为受到行政处罚”“以犯罪所得为主要生活来源”“有吸毒、赌博等恶习”等作为判断依据。^[22]其中,“有吸毒、赌博等恶习”即属一贯表现。上述几类情形都是对犯罪嫌疑人不利的证据,而对于可以证明犯罪发生前犯罪嫌疑人品格良好的证据,司法解释均未涉及。这类规范具有明显的导向性,会引导公安司法人员偏向收集不利于犯罪嫌疑人的品格证据,而忽略有利于犯罪嫌疑人的同类证据。

准确判断羁押必要性,需要对影响社会危险性的因素作尽可能全面的评估。对社会危险性的评估,本质上就是对犯罪嫌疑人作为“人”的评估。已发生的犯罪只是犯罪嫌疑人表现其人格的一次机会,也可能仅表现了其人格的一小部分。为全面评估犯罪嫌疑人的社会危险性,除了要调查其在犯罪过程中及犯罪后的表现,还应了解其犯罪前的一贯表现。除罪行危险性外,当前对社会危险性的评估,主要依赖对犯罪嫌疑人在犯罪过程中及犯罪后各种表现的分析与判断,如由犯罪手段所表现出的主观恶性,是否有自首、立功、积极赔偿、认罪认罚等情节,而对其犯罪前的表现关注不足。相较于犯罪嫌疑人事后可能的“刻意”表现,事前的一贯表现更不容易成为犯罪嫌疑人为逃避羁押而表演的道具,其更能反映犯罪嫌疑人的人格特质与行为倾向。据此推断犯罪嫌疑人的社会危险性,会更加全面、准确。

“刑事诉讼规则”未明确一贯表现证据的规范地位,这会影响到社会危险性评估的准确性。在少捕慎诉慎押政策实施期间,诉前羁押率有了显著降低,但妨碍诉讼行为的数量并无显著上升。^[23]这说明过去很可能高估了很多犯罪嫌疑人的社会危险性,其原因可部分归结于对有利于犯罪嫌疑人的证据,包括一贯表现证据,收集不足,未能全面、准确把握犯罪嫌疑人的人格特质。全面肯定犯罪嫌疑人一贯表现的证明价值,将弥补当前的社会危险性评估在证据方面的

[21] 参见“检察机关贯彻少捕慎诉慎押刑事司法政策典型案例(第一批)”中的“廖某危害珍贵、濒危野生动物、非法狩猎案”,https://www.spp.gov.cn/xwfbh/wsfbt/202112/t20211203_537605.shtml#2,2023年9月16日最后访问。

[22] 参见“刑事诉讼规则”第129条。

[23] 以江苏省苏州市为例,在刑事案件总量占全省近1/5、外来人口犯罪比例超70%的情况下,审前羁押率从2007年的86%降至2022年的30%左右,远低于全国平均水平,但犯罪嫌疑人再犯率和公安机关复议率都非常低,社会治安也逐步向好。参见王勇:《从党的光辉历史中看少捕慎诉慎押刑事司法政策》,《检察日报》2022年4月22日第5、6版。

缺口。一贯表现并不全然有利于犯罪嫌疑人，也会包括对其不利的材料，但肯定一贯表现的证明价值，至少可以促进对犯罪嫌疑人品格良好证据的收集和使用。这将助推社会危险性评估真正成为对“人”的全面评价，缓解将罪行危险性与社会危险性简单等同的不当做法。从实践情况看，纳入包括一贯表现证据在内的品格证据，可以从中发现更多对犯罪嫌疑人有利的因素，从而增加不予羁押的几率。^[24] 相关典型案例也证明了这一点。^[25]

第二，推动羁押必要性判断回归证据基本面，避免羁押率大幅波动。在少捕慎诉慎押政策实施期间，对于降低羁押率的政策，曾存在“不想用”的思维固化问题、“不会用”的标准不一问题、“不敢用”的责任担当问题。^[26] 为破解这些难题，检察机关通过下达指标、锦标赛式排名等方式推动政策落实。地方检察机关以批捕权为依托，与公安机关协调，要求公安机关配合落实政策。为降低羁押率，有些检察机关甚至直接告知公安机关，对可能判处3年有期徒刑以下刑罚的犯罪嫌疑人，一般不要提请批捕，即使提请批捕，一般也不会批准。这种做法与公安机关的考核导向存在冲突。公安机关的绩效考核以打击犯罪为正向考评指标，批捕率和逮捕人数一直是衡量打击犯罪力度及工作绩效的重要指标，刑拘转捕率、逮捕率越高越好，逮捕人数越多越好。这种考核导向有利于推动公安工作，短期内难有实质性改变。虽然检察机关握有批捕权，但在公检考核导向分歧明显的情况下，以落实政策为由硬性要求公安机关配合，可能引发公检冲突，难以持久。今年初，最高人民检察院主要领导提出，“不捕率、不诉率不是越高越好，‘案一件比’也不是越低越好”“不能让检察官被数据所困、被考核所累”，^[27] 可视为纠偏之举。在羁押必要性的判断上，高效办案的最佳路径仍然是回归证据基本面，而不是一时性的政策落实。

在长期的司法实践中，检察机关审查逮捕主要依靠侦查案卷。侦查人员的主要任务是破案，这使其更注意收集与犯罪事实有关的证据，并以罪行危险性证明犯罪嫌疑人的社会危险性，而不愿费时费力专门收集社会危险性的证明材料。同时，为便于后续侦查，侦查人员更倾向于逮捕犯罪嫌疑人，这使得侦查机关即便收集了犯罪嫌疑人犯罪前的可以证明社会危险性的材料，也大多属于为满足破案和量刑需要而收集的前科、劣迹等材料，有利于犯罪嫌疑人的一贯表现证据往往被忽视。

在社会危险性评估中引入一贯表现证据，有助于解决社会危险性评估中证据材料过于单一的问题，可以更全面地揭示犯罪嫌疑人的社会危险性。如果公检双方对证明社会危险性的证据体系能够达成一致，并形成以证据为基础的社会危险性评估机制，审查逮捕的决策将更多以证据为基础。这将压缩审查逮捕的裁量空间，降低公检双方发生意见分歧的几率。即使双方看法不一，以证据为基础的沟通也更容易达成一致。这有助于稳定推进对羁押率的整体控制，防止羁押率出现不合理的大幅波动。

第三，促使逮捕决策更好地连接社会情感，有助于提高逮捕决策的社会认同度。各国普遍认为羁押的功能是保障诉讼顺利进行，我国的逮捕措施也应以保障诉讼顺利进行为适用目的。

[24] 参见高通：《逮捕社会危险性量化评估研究》，《北方法学》2021年第6期，第135页。

[25] 参见前引〔21〕，廖某危害珍贵、濒危野生动物、非法狩猎案。

[26] 参见邓铁军、卢玉平：《优化治理效能为平安“加分”——广西：扎实推进少捕慎诉慎押减少对立促和谐》，《检察日报》2022年2月23日第1版。

[27] 参见巩宸宇：《不能让检察官被数据所困、被考核所累！》，<https://www.163.com/dy/article/I2SOJS6A05148UCS.html>，2023年11月1日最后访问。

但是,正如各国不同程度地存在变异性的预防性羁押,我国的逮捕措施在实践中也并非仅考虑社会危险性,不少案件中的逮捕措施带有一定的惩罚性,甚至出现所谓“筹码化”现象,将逮捕与否和是否认罪认罚挂钩。〔28〕我国民众普遍视逮捕为惩罚措施,将犯罪与逮捕相绑定。如果犯罪嫌疑人没有被及时逮捕,民众往往视之为有关部门放纵犯罪,而不会归因于犯罪嫌疑人社会危险性不足从而无需逮捕,由此司法机关就可能要面临被指控“司法不公”的舆情压力。〔29〕在一些“大义灭亲”案件中,民众则往往对犯罪嫌疑人寄予极大同情,强烈要求不予羁押甚至不予追究。〔30〕民众在个案中的意见不一定是合理的,但如何使逮捕决策既合法又合情,则是应予关注的。在不少案件中,民众之所以强烈要求逮捕或者释放犯罪嫌疑人,往往与犯罪嫌疑人的一贯表现有关。〔31〕在这些案件中,若主要依据罪行危险性所呈现的社会危险性来决定是否逮捕,则可能明显偏向应捕或不应捕,但据此进行决策,结果与民众期望会有较大落差。此时,若结合犯罪嫌疑人的一贯表现,同时考虑平息群众情绪、稳定社会秩序的社会效果,则有助于作出综合效果更好的决策。正如一位法官在讨论品格证据在量刑裁量中的作用时所指出的,“品格证据是连接严厉的司法审判执行与民间感性认知情感之间的一道桥梁”。〔32〕在逮捕审查中,一贯表现也可以成为连接法律规范与群众情感的一道桥梁,从而提高决策结果的社会认同度和司法公信力。

四、一贯表现纳入羁押必要性判断面临的障碍

(一) 一贯表现证据的准确性及与社会危险性之间的推理关系易受质疑

司法人员对品格证据的准确性、品格证据与证明对象之间推理关系的合理性,一直有较大质疑。作为品格证据的一部分,一贯表现证据也存在同样的问题。

证明一贯表现,除了相对客观的证据,如学习成绩、获奖证书等材料外,更多依赖言词证据,如邻居、同事、同学的评价等。这些评价易受证人立场、与犯罪嫌疑人的关系、主观好恶等影响,主观性较强,且可能难以核实,能否准确反映犯罪嫌疑人的日常表现,存在不确定性。如果证明一贯表现的证据存疑,据此得出的结论自然也容易失真。

由于一贯表现的内涵宽泛,即使其准确性能够得到保证,一贯表现与社会危险性之间的推理关系能否成立、关联强度如何,也容易引发争议。比如,从学习成绩良好能否推论出犯罪嫌疑人的社会危险性较小,就是见仁见智的问题。一种意见可能认为,学习成绩良好可以证明犯罪嫌疑人具备一定的积极向上心态和自律能力,因而再犯或逃跑的风险较小;另一种意见则可能否认学习成绩与社会危险性之间存在推理关系。即使是“刑事诉讼规则”所明确的属于一贯表现的证据,如“有吸毒、赌博等恶习”,犯罪嫌疑人有此类恶习是否就意味着其很可能实施妨碍诉讼的行为,也是可质疑的。

对一贯表现证据的准确性以及一贯表现与社会危险性之间推理关系的质疑,会削弱在社会

〔28〕 参见陈卫东:《认罪认罚从宽制度与企业合规改革视角下逮捕筹码化的警惕与防范》,《政法论坛》2022年第6期,第81页。

〔29〕 参见庄永廉等:《少捕慎诉慎押司法政策的内涵功能及其落实》,《人民检察》2021年第15期,第40页。

〔30〕 参见张力:《女子被迫打死残暴小叔子 200村民联名为其求情》, <https://news.sina.com.cn/s/2005-08-06/03567425729.shtml>, 2023年11月1日最后访问。

〔31〕 参见高诗宇、张颖:《“送上门”的检察听证让法律“活”起来》,《齐齐哈尔日报》2022年7月10日第2版。

〔32〕 戴建军:《品格证据的客观获取与规范使用》,《人民司法(应用)》2020年第10期,第85页。

危险性评估中运用一贯表现证据的正当性。

(二) 将罪行危险性与社会危险性简单等同的思维广泛存在

在评估社会危险性时，罪行的严重程度确有重要参考价值，但办案人员优先考虑、过度放大罪行权重的不良现象也广泛存在。有实证研究发现，“检察人员在评判嫌疑人是否有社会危险性时，犯罪情节是否轻微是其考察的最主要权重因素”。〔33〕其他因素，即使是属于法定情节的自首、立功等，也要么不被考虑，要么所占比重甚低。而是否将一贯表现列为评估因素，由办案人员自行把握。除少量情况特殊的案件，犯罪嫌疑人的一贯表现很难对逮捕决策产生影响。一贯表现的证据意义是促进人身危险性评估的个别化，使评估结果能够更真实地反映犯罪嫌疑人的社会危险性。罪行危险性优先的思维限制了一贯表现证据的作用空间，社会危险性评估基本为罪行因素所左右，这与确立社会危险性评估制度的目的相背离。司法实践中存在的“构罪即捕”“一押到底”等现象，正是社会危险性评估中罪行危险性优先思维的极端表现。

当罪行轻重可以直接对应犯罪嫌疑人社会危险性的大小，甚至可以简单地将可能判处有期徒刑以上刑罚的犯罪嫌疑人直接认定为有较大社会危险性而予以逮捕时，对办案人员而言，收集一贯表现证据不但增加工作负担，也显得纯属多余，不用或少用一贯表现证据就成为通常选择。欲使社会危险性评估回归制度设计的初衷，就需要调整将罪行危险性与社会危险性简单等同的思维模式。也只有如此，发挥一贯表现证据价值的制度通道才可能被打开。

(三) 司法决策的共识化倾向削弱了对一贯表现证据的需求

我国刑事司法决策有较强的共识化倾向，检察人员的羁押必要性判断，不但要自己相信是正确的，还要考虑是否能得到其他检察人员的认可，以避免在上级审查或将来可能发生的执法检查中被认定为错误决定，甚至被追究司法责任。因而，将羁押必要性判断锚定于某种共识之上，如罪行危险性，或者客观性强、不易引发争议的证据，就成为检察机关判断羁押必要性时的优先选项。羁押必要性判断较强的客观化倾向，削弱了对一贯表现证据的需求，这主要以两种方式表现出来。

第一，对于一贯表现证据，更重视其中的客观性证据，而不愿收集主观性证据。在司法实践中，对犯罪嫌疑人犯罪前的表现，办案人员的关注点多集中于犯罪记录、行政处罚记录等较易获得客观材料支持的前科、劣迹等情节。除了未成年人犯罪和一些需要特别处理的案件外，很少主动收集反映犯罪嫌疑人日常生活表现的相关证据。即便涉及吸毒恶习等日常表现，也偏重收集强制隔离戒毒决定书等客观性证据。对于证人证言等主观性较强的日常生活表现证据，则疏于收集。

第二，以群体特征代替个性化评估的趋势明显。社会危险性评估应是针对犯罪嫌疑人的个别化分析，但在当前各地的社会危险性评估中，以群体特征代替个性化评估的现象较为突出。例如，目前的犯罪群体中，低学历人员确实占很大比例，一些地方通过数据分析，将低学历作为社会危险性量化评估的指标之一，犯罪嫌疑人只要符合相应学历标准，就在社会危险性评估中得到一定分数。将社会危险性因素指标化、量化，既可防范检察官滥用裁量权，又便于实施数目字管理，是司法管理的有效工具。因而，当前各地将社会危险性因素指标化、量化的趋势日益明显。〔34〕

〔33〕 前引〔9〕，龚亚明等文，第44页。

〔34〕 参见钟亚雅：《审查逮捕如何做到更客观精准》，《检察日报》2020年10月10日第2版；蒋安杰：《降低羁押率的有效路径探索与社会危险性量化评估》，《法治日报》2022年1月12日第11版。

将固定赋值套用于符合一定特征的犯罪嫌疑人,这种评估过程和结果看似有较强的客观性,但与犯罪嫌疑人的实际情况可能相去甚远。因为,这种推理过于跳跃,忽视了一贯表现的中间环节。学历只是影响个体生活的一个因素,还有其他因素,如实际的学习能力、是否有积极进取的精神等,都会对个体发展产生影响。个体的实际生活状况,而非学历状况,更应成为评估社会危险性的依据。相较于对个人一贯表现的考察,根据学历等一般性指标推论社会危险性,发生结果偏差的概率会更高。比如,办案人员只要发现犯罪嫌疑人属于低学历人员,就认定其具有一定的社会危险性,而不再进一步考察其低学历状况是否是影响日常生活表现的真正因素。这样的实践做法会进一步削弱对一贯表现证据的需求。

(四) 公安和检察人员缺乏收集、运用一贯表现证据的动力

我国的羁押率长期偏高,降低羁押率是刑事司法改革的重要任务。为此,2015年最高人民检察院、公安部《关于逮捕社会危险性条件若干问题的规定(试行)》要求公安机关收集、固定犯罪嫌疑人是否具有社会危险性的证据,并在提请逮捕时移送检察机关。^[35]但是,从实践情况看,除少数案件外,公安机关一般不会专门收集证明社会危险性的证据。反映犯罪嫌疑人既往表现的行政处罚记录、犯罪记录等证据之所以会被收集,也主要是为了满足量刑的需要。“不少检察官表示,‘很少见到’证明是否具有社会危险性的证据”,^[36]一贯表现证据则更为少见。此种状况的形成,与一线执法人员动力不足有重要关系。

第一,办案人员更倾向于羁押犯罪嫌疑人。对于公安和检察人员,羁押犯罪嫌疑人更有利于办案。比如,更容易获得有罪供述、促其积极赔偿等,也可以最大限度防范逃跑、串供等办案风险。而一贯表现证据可能包含的有利于犯罪嫌疑人的材料,则与羁押犯罪嫌疑人的上述目标相悖。

第二,一贯表现证据被弃用的概率很高。司法解释没有在整个上明确一贯表现的证据地位,更缺乏适用细则。在社会危险性评估中,哪些一贯表现证据可以使用、可以起到多大的作用,公安和检察人员内部缺乏共识。即使办案人员收集了一贯表现证据,也很可能因为存在意见分歧而被弃用。不稳定的预期削弱了办案人员收集、使用一贯表现证据的积极性。

第三,办案人员规避风险的需求。由于对一贯表现证据的证据能力、证明力缺乏共识,而且重打击犯罪仍然是我国刑事司法的底层逻辑,办案人员根据一贯表现证据作出不逮捕的决定,会面临各种内外部压力。如果不予逮捕,犯罪嫌疑人却实施了妨碍诉讼的行为,办案人员将面临何种压力可想而知。为规避风险,不收集、不使用一贯表现证据就成为合理选择。而将罪行危险性与社会危险性挂钩甚至等同,既可降低公安和检察人员的工作量,避免因对一贯表现证据认识不同而引发争议,提高办案效率,还有利于规避责任风险,自然受到一线办案人员的欢迎。至于羁押的司法成本、对犯罪嫌疑人权利和社会公共利益的损害,往往并不在办案人员的考虑之内。

(五) 普遍适用一贯表现证据可能引发司法资源紧张

每个犯罪嫌疑人的成长经历、生活环境都是不同的,其一贯表现也是不同的。与对犯罪事实进行取证相比,对一贯表现的考察往往需要跨越更长的时间线、对更大范围的更多人员进行取证。如果按照当前调查未成年犯罪嫌疑人一贯表现的方法,对大多数犯罪嫌疑人的一贯表现

[35] 参见2015年最高人民检察院、公安部《关于逮捕社会危险性条件若干问题的规定(试行)》第2条、第3条。

[36] 韩旭:《“少捕慎诉慎押”彰显人权保障精神》,《检察日报》2021年7月21日第3版。

进行调查，司法资源的投入将是惊人的。在传统观念中，实体性量刑的重要性要高于程序性的羁押，也许正是基于司法资源投入效益比的考虑，一贯表现在规范上仅是量刑因素，且仅限于在少数几种犯罪类型中适用。另外，相对于量刑，为审查逮捕而进行的一贯表现调查，时间更为紧迫。如果审查逮捕时普遍要求提交一贯表现证据，侦查人员的办案压力会更大，可能需要投入更多的人力物力，这是当前的司法资源所难以承担的。

（六）一贯表现证据的适用存在隐蔽性

一贯表现证据虽然在社会危险性评估中运用的比较少，但其并非完全没有被适用。在少捕慎诉慎押政策实施期间，一贯表现就是一些案件中不批捕犯罪嫌疑人的支持因素之一。例如最高人民检察院发布的“廖某危害珍贵、濒危野生动物、非法狩猎案”，廖某涉嫌构成犯罪，且情节严重，依法可能判处5年以上10年以下有期徒刑，检察机关作出了不批准逮捕的决定，依据之一就是廖某“平时表现较好”。^[37]此处的“平时表现”就是本文所谓的一贯表现。此案例作为检察机关贯彻少捕慎诉慎押刑事司法政策的典型案例之一，明确肯定了一贯表现在社会危险性评估中的证明价值，对于下级检察机关办案具有重要参考意义。这个典型案例也表明，在贯彻少捕慎诉慎押政策的过程中，已经有检察官将一贯表现证据运用于社会危险性评估。其实，在该政策实施之前，一贯表现在社会危险性评估中就有一定的运用，虽然是其中最不重要的因素。^[38]这种适用绝大多数情况下是以隐蔽的方式进行的，在审查逮捕意见书中，则少有关于一贯表现的表述。这种情况目前并无显著改变。

这种隐蔽适用的原因之一是证据来源的非正规性。由于侦查人员多不重视专门收集证明社会危险性的证据，所以往往缺乏一贯表现证据。而审查批捕的时间只有7天，检察官也难以自行收集。检察人员需要了解犯罪嫌疑人的一贯表现时，通常会电话询问侦查人员，侦查人员则根据自己办案中了解到的情况予以回复。私下了解的一贯表现情况，可能会对检察人员判断犯罪嫌疑人的社会危险性产生实质影响，却难以接受公开检验，也不宜在相关文书中作公开表述。而且，民众对一贯表现证据的证明力缺乏共识，公开披露也可能引发争议和舆情，这也是办案人员隐蔽使用一贯表现证据的重要原因。

隐蔽适用一贯表现证据虽然可以避免引发争议，但该适用妥当与否，却难以检验与监督。隐蔽适用在程序上也剥夺了辩方的知情权，不利于辩方维护自己的合法权益。

五、一贯表现在羁押必要性判断中的价值实现路径

在羁押必要性判断中发挥一贯表现的证据价值，需要破解前述阻碍因素。根据我国刑事司法当前的现实情况，可以考虑从以下几个方面着手。

（一）以可信性担保真实性：破解一贯表现证据证明方法的认识论困惑

生成一贯表现的基本方法是聚合方法，其不同于印证方法。如果粗略地说犯罪事实可以用证据信息拼接、印证而成，印证方法像是物理方法，那么，从犯罪嫌疑人的日常生活汇聚碎片化信息，提炼出犯罪嫌疑人的行为逻辑，即整体的一贯表现，则更像化学方法，是聚合的反应过程。相较于证据与印证结果之间的距离，碎片化信息与一贯表现之间的距离更为遥远，推理

[37] 参见前引[21]，廖某危害珍贵、濒危野生动物、非法狩猎案。

[38] 参见前引[9]，龚亚明等文，第44页。

链条更容易发生断裂。这是一贯表现证据的可信性易受质疑的原因所在。当然,正如可信的被告人供述可以基本还原犯罪事实一样,可信的、关键的日常生活信息也可能完整呈现某一案件中犯罪嫌疑人的一贯表现。比如,在强制猥亵案件中,犯罪嫌疑人曾多次骚扰女性的记录基本可以反映其一贯表现,该证据可以在社会危险性评估中作为证据使用。正如认定犯罪事实的直接证据通常很少见一样,对一贯表现的描述也往往需要由大量的间接信息聚合而成。

研究一贯表现的目的是挖掘犯罪嫌疑人犯罪前的常态行为表现,并结合前科、劣迹等其他品格证据,勾画出犯罪嫌疑人犯罪前的行为逻辑。然后,再用这种行为逻辑推论犯罪嫌疑人被取保候审后是否可能发生妨碍诉讼的行为。在时间轴上,这是一种纵向类比,其立论基础是个体行为逻辑的一致性。

从方法论性质上讲,类比、聚合方法依赖于常理、常识、常情等共识性认知,在观点自洽融贯的基础上,“以心比心”,让办案人员相信犯罪嫌疑人未来还会按照其一贯的行为逻辑行事。与印证方法比较,类比、聚合方法的可解释性较差,甚至难以论证。这与现代司法的说理性要求有差距,也是适用一贯表现证据需要突破的障碍之一。但是,这并不意味着类比、聚合方法完全不可靠。常理、常识、常情是人类生活凝练成的实践智慧,其有效性已经过长期生活经验的检验,在很多情况下,人们对其只需遵从而无需再作论证。遵循常理、常识、常情得出的结论经常是正确的,也能获得公信力。同时,如前文所分析的,人类行为具有跨情境的一致性,这得到了心理学研究的支持。对于程序性事项的羁押必要性判断,一贯表现的认识论基础足以支撑其可信性要求。也就是说,一贯表现的真实性判断不能以印证方法的标准进行衡量,一贯表现的真实性由其可信性予以保证,其以实践智慧为理论根基,其锚点系于经过长期生活经验检验的常理、常识、常情等共识性认知之上。

(二) 调整观念:降低对社会危险性评估准确性的过高期待

对社会危险性评估的准确性期待过高,是妨碍运用一贯表现证据的观念障碍。我国对品格证据规则的理论探讨,主要以定罪事实为对象,基本不涉及逮捕的社会危险性评估。由于定罪事实事关重大利益,对其准确性提出高要求是合理的,因而,应当严格限制品格证据在定罪事实证明中的适用。在考量逮捕的社会危险性评估时,许多人下意识地会将这种意见移用过来,从而对一贯表现证据的适用产生疑虑。其实,基于一般人的生活经验,很少人会否认犯罪嫌疑人的一贯表现与其社会危险性有一定关联。这种疑虑的潜在前提是对逮捕社会危险性评估的准确性有过高期待,把对社会危险性的评估混同于对定罪事实的证明。如果说逮捕社会危险性评估的准确性可以、甚至应当低于对定罪事实的证明,那么,反对在审查逮捕环节运用一贯表现证据的观点在很大程度上就失去了正当性。

1. 逮捕社会危险性评估的预测性特征,决定了对其准确性的要求应相对较低

逮捕社会危险性的评估与对犯罪事实的证明,有着本质上的不同。对犯罪事实的证明是对已发生的事件进行证明,而社会危险性评估是根据犯罪嫌疑人过去行为所显示的倾向,预测其未来行为,其实质是对犯罪嫌疑人这个“人”进行整体评估。“人”的复杂性显然高于某一或几个事件。预测虽然也要有证据基础,但与还原历史事件的证明过程相比,预测的可靠性一般要更低。因而,在进行逮捕的社会危险性评估时,对其结论的可靠性不宜提出太高要求。同时,与根据犯罪行为留下的证据信息推理案件事实相比,依据一贯表现证据评估未来行为的推理链条更长,准确性自然也就更低。反对适用一贯表现证据的重要理由之一,就是其准确性较低。这种反对意见使得在定罪事实证明方面运用一贯表现证据面临较大困难,但如果降低对社

会危险性评估准确性的要求和期待，则可以为一贯表现证据在审查逮捕环节的适用提供广阔空间。

2. 错误逮捕的后果相对较轻，可以适度容忍社会危险性评估相对较低的准确性

逮捕的直接后果是羁押。如果出现错误逮捕，对犯罪嫌疑人的权益当然有损害，但相对于错误定罪，错误逮捕的后果相对较轻。其一，逮捕的羁押时间受到诉讼期间的限制，如果诉讼能够按照法定期间进行，与错误定罪的后果相比，错误逮捕所致丧失自由的时间一般不长。其二，大多数存在错误逮捕的案件，羁押时间可以折抵刑期，纠错成本低于错误定罪。其三，与错误定罪相比，错误逮捕不会给当事人贴上犯罪标签以及带来其他犯罪附随后果。^{〔39〕}后果的严重程度决定了对事实认定准确性的要求的高低，因此，相对于对定罪事实的证明，逮捕社会危险性评估结果的准确性可以相对较低，对其证据准入也应适度放宽要求。在定罪环节被严格限制适用的一贯表现证据，在审查逮捕环节得到更多适用机会是合理的。

3. 两大法系在羁押判断中宽松对待品格证据的经验值得借鉴

两大法系就品格证据在定罪中的适用立场差别较大，但在羁押判断中均对品格证据持宽松立场。例如，德国在判断被追诉者是否有逃亡之虞时，“应就被告已知之不利证据之份量、其人格及其私人关系一并加以考量”。^{〔40〕}法国刑事诉讼法第81条规定，在审前程序中，预审法官依法进行其认为有益于查明事实真相的一切侦查活动；预审法官可亲自或者委托司法警察，或者委派任何有资格的人对受审查人的人格、家庭状况、物质与社会状况进行调查。^{〔41〕}其中内含一贯表现的品格证据，将成为负责处理释放与拘押事务的法官作出判断的重要依据。在美国，“传统上，是否保释取决于犯罪的严重程度、证据的分量和被告的品格”。^{〔42〕}1984年保释改革法要求法官在决定是否保释时，应考虑犯罪嫌疑人的成长经历和品格特征，^{〔43〕}此处的成长经历和品格特征就包含了一贯表现。

参考美国最高法院对量刑中适用品格证据的意见，有助于理解两大法系在羁押判断中广泛使用品格证据的内在逻辑。在1949年的威廉姆斯诉纽约州案（Williams v. New York）中，被告人主张，初审法官将被告人过往行为、品格、习惯等作为量刑因素，违反了美国宪法上的正当程序条款。美国最高法院驳回了被告人的主张，认为法官在量刑时可以自由考虑被告人的背景、品格等证据。其理由除了长期的历史实践外，主要是因为量刑与定罪的目的有本质上的不同，证明标准也有所不同。量刑的目的是改造与矫正，这决定了刑罚并非仅仅要与罪行相适应，还要与犯罪人的个体特征相适应。^{〔44〕}错误羁押的后果轻于错误量刑，社会危险性评估也要求与犯罪人的个体特征相符合，如果包括一贯表现在内的品格证据在量刑中可以适用，其在羁押判断中适用自然不成问题。

总之，两大法系在不同诉讼环节区别对待品格证据的做法，为我国在羁押必要性判断中运

〔39〕 在我国，犯罪的附随后果异常严重，有时并不亚于刑罚。参见彭文华：《我国犯罪附随后果制度规范化研究》，《法学研究》2022年第6期，第171页。

〔40〕 [德]克劳思·罗科信：《刑事诉讼法》，吴丽琪译，法律出版社2003年版，第282页以下。

〔41〕 参见《法国刑事诉讼法典》，罗结珍译，中国法制出版社2006年版，第85页。

〔42〕 June Carbone, *Seeing through the Emperor's New Clothes: Rediscovery of Basic Principles in the Administration of Bail*, 34 Syracuse L. Rev. 517 (1983).

〔43〕 See Clara Kalhous & John Meringolo, *Bail Pending Trial: Changing Interpretations of the Bail Reform Act and the Importance of Bail from Defense Attorneys' Perspectives*, 32 Pace L. Rev. 823 (2012).

〔44〕 Williams v. New York, 337 U. S. 241, 247 (1949).

用一贯表现证据提供了很好的借鉴。〔45〕

（三）稳定政策导向：激发对一贯表现证据的需求

我国的羁押率长期偏高，形成这种局面的深层因素并没有发生太大变化，前两年羁押率的下降，主要是检察机关推动相关政策的结果。而一旦政策发生变化，羁押率就会大幅反弹。这说明，刑事司法政策在推动我国羁押率变化方面起着重要作用，因此要善用政策为羁押制度改革提供激励。当前的政策是不唯数字，不以达到某一数字为工作目标，这有利于防止为达到数字目标而损害实际工作成效。但是，也要看到，在推高羁押率的深层因素没有发生根本变化、社会危险性评估的要素构成不合理、将罪行危险性等同于社会危险性的思维普遍存在的情况下，以降低羁押率为导向的数字考核机制确实能够起到压制推高羁押率的冲动、诱导办案人员挖掘有利于犯罪嫌疑人的评价因素的作用。从我国刑事司法的传统看，在未来一段时间内，降低羁押率仍然是应当坚持的政策方向。但是，在政策实施的方法上，应从依赖政策推动转向优化社会危险性评估的要素结构，扭转社会危险性评估中对有利于犯罪嫌疑人的因素挖掘不足的局面。继续坚持降低羁押率的政策方向，才能激发办案人员对一贯表现证据的需求。

（四）明确规范地位：为一贯表现证据的运用提供依据

当前司法解释明确了吸毒、赌博等一贯表现证据在社会危险性评估中的地位，对于其他一贯表现证据能否适用于社会危险性评估，则不置可否。这种整体回避、部分肯定的立场，导致一贯表现证据在社会危险性评估中的规范地位不明，引发了实践中对一贯表现证据在理解和适用上的混乱。当前主要存在两种倾向：一是肯定一贯表现证据在逮捕社会危险性评估中的适用。司法解释对部分一贯表现证据的明确肯定，使部分司法实务人员认为规范上并不禁止适用一贯表现证据，从而将其他一贯表现证据也运用于社会危险性评估，扩张了一贯表现证据的适用范围。二是限制一贯表现证据的适用。除司法解释明确规定适用的少量一贯表现证据外，很多司法实务人员反对将其他一贯表现证据作为社会危险性的评估依据。这种反对立场在实践中经常成为拒绝辩方证据的理由，对犯罪嫌疑人不利的一贯表现证据则会以隐蔽的方式发挥作用。总之，欲终结有关一贯表现证据是否具备证据能力的争论并规范其适用，应当通过司法解释整体上明确其证据地位。

（五）轻重分流：控制需要调查一贯表现的案件量

我国的逮捕审查工作曾长期存在“构罪即捕”的现象，其原因除了过分重视罪行危险性，将罪行危险性与社会危险性等同外，还有诉讼效率方面的考虑。无论是对于公安人员，还是对于检察人员，案多人少都是一个现实的问题。能够降低工作负担的处理方案，通常会受到一线办案人员的欢迎。社会危险性评估未全面引入一贯表现，与收集一贯表现证据需要投入较大工作量且司法资源投入不足有直接关系。因而，在社会危险性评估中引入一贯表现证据，就必须考虑执法人员的工作负担问题。如果不能投入新的司法资源，即使强行为之，大概率也会流于形式。〔46〕可考虑的改进方法是，参考审判程序的繁简分流改革，推定大多数轻罪案件犯罪嫌疑人妨碍诉讼的社会危险性较低，无需逮捕，将对一贯表现的调查主要集中于重罪案件，并根据个罪化的评估要求进行有针对性的调查。这将大幅度降低办案人员的工作量，有利于调动办

〔45〕 即使在犯罪事实的认定上，如果“剥除立法表面文字上的排除规定”，当可发现英美国家实质上对品格证据的适用持宽容的姿态，适用品格证据也是实践中的通例。参见易延友：《英美法上品格证据的运用规则及其基本原理》，《清华法学》2007年第2期，第109页。

〔46〕 过去的社会危险性审查多流于形式，就与办案人员负担过重有重要关系。参见前引〔12〕，李亚楠等文，第32页。

案人员的工作积极性，并缓解司法资源的不足。综合我国当前刑事司法状况，可以罪行危险性为基本依据，对一贯表现的调查需求进行分流。

1. 可能判处3年有期徒刑以下刑罚的案件

对可能判处3年有期徒刑以下刑罚的轻罪案件犯罪嫌疑人，除特定情形外，推定其没有妨碍诉讼的社会危险性，无羁押必要，不用专门收集包括一贯表现在内的用于评估社会危险性的证据。这种做法虽有一刀切之嫌，但在理论和实践上都具有可行性。首先，从司法实践情况看，绝大多数可能判处3年有期徒刑以下刑罚的犯罪嫌疑人妨碍诉讼的可能性不大。为筛选少数例外而对全部犯罪嫌疑人进行社会危险性评估，成本与收益不成比例。在少捕慎诉慎押政策实施期间，有些地方即对可能判处3年有期徒刑以下刑罚的犯罪嫌疑人一般不予批捕，这些犯罪嫌疑人后来发生妨碍诉讼行为的也很少。出现这一结果，除轻罪案件犯罪嫌疑人的人身危险性本身较低外，也受惠于科学技术对人身危险性外化为现实的社会危险性的抑制。非羁押人员数字监管系统、〔47〕安保系统等科技手段的运用，极大地便利了执法机关对犯罪嫌疑人行动踪迹的追查，抑制了犯罪嫌疑人将妨碍诉讼的想法转化为行动的冲动。当然，妨碍诉讼的风险低不等于完全没有风险，执法机关要调整心理预期，容忍一定数量的妨碍诉讼行为的存在，低比例的违规行为不应成为对轻罪案件犯罪嫌疑人普遍实施羁押的理由。

对可能判处3年有期徒刑以下刑罚的犯罪嫌疑人以不羁押为原则，不意味着一律不捕。如有证据证明其确有高度的社会危险性的，仍应逮捕。这种高度的社会危险性，可通过“特定情形+一贯表现”来判断。比如，共同犯罪案件的主犯，虽然可能判处3年有期徒刑以下的刑罚，但在羁押必要性判断中，通常会被认定具有高度的社会危险性，一般不予取保候审。这里的主犯身份即属“特定情形”。此时，应对其一贯表现进行调查，结合调查结果评估其社会危险性。鉴于我国刑事司法实践中经常出现将规范确定的例外情形变为一般情形的现象，对上述“特定情形”应作严格限制。如此一来，公安人员仅需在有限的特定情形下才需要调查犯罪嫌疑人的一贯表现，这将有效缓解公安人员的工作负担。但是，特定情形即意味着高度的社会危险性，办案人员可能没有进一步调查一贯表现的动力，对此，赋予辩护人在侦查阶段收集一贯表现证据的权利就很有必要。

2. 可能判处3年有期徒刑以上刑罚的案件

一般来说，面临的刑罚越重，犯罪嫌疑人妨碍诉讼逃避处罚的动力就越强。因此，对于可能判处3年有期徒刑以上刑罚的犯罪嫌疑人，可以假定其有较高的社会危险性，并且随着可能判处的刑罚的加重，其妨碍诉讼的社会危险性也在增长，羁押的必要性也越大。这也是实践中将罪行危险性等同于社会危险性的重要原因。但是，这种简单等同掩盖了犯罪嫌疑人个体间的差异，损害了那些预期刑罚高但个人的社会危险性低的犯罪嫌疑人的权益。为有效识别这些低风险人员，需要对其个人情况（包括一贯表现）进行更全面的调查。理论上，罪行危险性越高，社会危险性一般也越高，对犯罪嫌疑人个人情况（包括一贯表现）的调查力度也应当越大。因而，对可能判处3年有期徒刑以上刑罚的案件，调查犯罪嫌疑人的一贯表现不应当是选择性的，而应当在所有此类案件中一概进行调查。但是，当罪行危险性升高到某种程度，再调查其个人情况（包括一贯表现）已无必要时，原则上即应对其予以羁押。我国刑事诉讼法将这个点设置为可能判处10年有期徒刑以上刑罚。此时，除非有其他因素能够大幅度削减犯罪

〔47〕 参见史兆珉：《“准确适用少捕慎诉慎押，需要辩证思维”》，《检察日报》2021年12月4日第2版。

嫌疑人的社会危险性，否则原则上即应予以逮捕。对于这类案件，一般不再调查犯罪嫌疑人的一贯表现。

由于我国被判处3年有期徒刑以下刑罚的被告人占比接近80%，^[48]在严控对这类人员适用羁押的情况下，绝大多数此类案件将不需要收集一贯表现证据。再进一步排除可能判处10年有期徒刑以上刑罚的案件，整体上需要调查一贯表现的案件数量将是有限的，这有利于办案人员将精力放在真正需要进行社会危险性评估的案件上。这也有助于改善当前要求对所有案件都进行社会危险性评估，而实际上基本不会专门取证，最终导致评估流于形式的局面。

（六）拓展证据来源：制定一贯表现证据指引，为辩方收集证据提供条件

在讨论审判阶段品格证据的适用问题时，有观点主张由第三方，如社区矫正机构或社会团体，进行品格调查。^[49]当前司法实践中，适用缓刑的调查评估意见书和未成年人犯罪社会调查报告，也确由社区矫正机构来完成。第三方机构更具中立性，由其负责调查犯罪嫌疑人的一贯表现，有助于克服控方调查所可能存在的偏向性。当品格证据作为量刑证据使用时，审判前有较充裕的时间收集相关证据。但将一贯表现作为审查逮捕的依据时，从拘留至逮捕间隔时间较短，同时侦查阶段还涉及保密问题，委托第三方机构调查犯罪嫌疑人一贯表现的方案难以实施。为解决一贯表现的证据来源问题，可采取以下路径。

第一，由控方收集一贯表现证据。这一工作主要由侦查人员承担，负责批捕的检察人员起辅助作用。为提高取证效率，提高办案质量，可根据一贯表现的要素构成类型，制定证据指引。我国现有的证据指引集中于与犯罪构成要件事实相关的证据收集与审查，这些证据指引的基本思路是根据类罪编列需要收集的证据种类，这种思路也适用于一贯表现证据的收集与审查。对于涉嫌常见罪名的犯罪嫌疑人的一贯表现，在总结经验的基础上，可以详细列举相关证据，为办案人员提供参考。详细的证据指引不但可以提高取证效率，还有利于防范取证的随意性和偏向性。

第二，由辩方提供一贯表现证据。为提高取证效率，应充分调动辩方提供一贯表现证据的积极性。首先，应确立侦查人员的告知义务。许多犯罪嫌疑人不清楚一贯表现证据的意义，也不清楚什么样的证据对自己有利。因而，第一次讯问时，侦查人员应根据犯罪嫌疑人可能涉嫌的罪名，书面告知其社会危险性评估所需提供的一贯表现证据。犯罪嫌疑人可以向侦查人员提供证据，也可以提供线索，如证人联系方式、相关材料存放地等。侦查人员根据前述案件分类，决定是否收集相关证据。其次，应当允许律师在侦查阶段收集犯罪嫌疑人的一贯表现证据。这既有利于降低侦查人员的取证负担，也有利于克服侦查人员垄断取证权所可能出现的片面取证问题。而且，仅允许律师收集逮捕社会危险性评估所需的一贯表现证据，一般不会对侦查工作造成干扰从而影响案件事实的认定。

第三，由检察官开示一贯表现证据。应切实执行检察官决定批捕时听取犯罪嫌疑人和辩护人意见的制度要求，对于可能判处3年有期徒刑以上刑罚的案件，建立检察官在批捕环节向辩方开示一贯表现证据的制度。犯罪嫌疑人、辩护人可以当面或事后向检察官提供意见和相关证据。

[48] 2021年10月公布的数据显示，被判处3年有期徒刑以下刑罚的被告人占比为78.7%。参见韩谦：《重罪案件占比下降，不捕不诉率上升，刑事辩护有何挑战与机遇？》，<http://www.infzm.com/contents/216545>，2022年12月16日最后访问。

[49] 参见王晓倩：《用好品格证据，慎捕未成年犯罪嫌疑人》，《检察日报》2009年4月1日第3版。

(七) 公开审查程序：提高逮捕决策公信力，为检察人员分担责任风险

受传统观念影响，不少民众将不予逮捕视为放纵犯罪，并质疑存在司法腐败。不少地方党政部门更是强调维护社会稳定，对降低羁押率的意义理解不到位，特别是部分地方存在“挂牌带帽”的情况，比如在电信网络诈骗、传销犯罪多发的地区，由于有“摘帽”任务，当地政法机关压力很大，往往一刀切地从严逮捕，检察机关降低羁押率的努力往往缺乏其他机关的理解与支持。以一贯表现证据作为评估犯罪嫌疑人社会危险性的依据，则由于一贯表现证据的规范地位不明确、内涵与外延不清晰、证据载体与形式多样，更容易引发对其证明对象、证明价值的意见分歧。检察人员面对相互矛盾的一贯表现证据，也不免产生无所适从之感。此时，以逮捕审查听证方式听取案件各方以及村、街道、社区人员的意见，不但可以让各方充分发表意见，达到兼听则明的效果，检察人员的释明还可以使一贯表现证据的审查公开化，使各方理解检察官为何以及如何适用一贯表现证据，增强各方对最终决定的理解与支持。同时，听证会也可以成为检察人员责任风险的分担机制，降低检察人员对客观性证据的渴求，减少以群体特征代替个性化评估的做法。

Abstract: Reducing detention rates has strong legitimacy in both theory and practice. Social risk assessment is the biggest variable in reducing detention rates and the value orientation of consistent performance of the suspect is inherently congruent with the demand for reducing detention rates, both of which provide space for the evidence of consistent performance to function in the judgment of the necessity of detention. The introduction of consistent performance can help weaken the social risk assessment tendency unfavorable to suspects, and achieve more social recognition for decisions of arrest review. Currently, there are many obstacles to the inclusion of the evidence of consistent performance in social risk assessment. To overcome these obstacles, breakthroughs can be considered in the following aspects: deciphering the epistemological confusion about using the evidence of consistent performance, reducing excessive expectations of the accuracy of social risk assessment, stabilizing the policy orientation of reducing detention rates, clarifying the legal status of consistent performance in social risk assessment, controlling the number of cases that require consistent performance investigation by separating serious crimes from minor crimes, expanding evidence sources through evidence guidance and active participation of the defense, improving the credibility of the application of the evidence of consistent performance through public review, and so on.

Key Words: necessity of detention, social danger, consistent performance, character evidence, arrest
