

少年司法程序中品格证据适用的冲突与重构

宋远升*

【内容摘要】 品格证据是未成年人刑罚个别化的重要体现之一,其主要是为了实现对未成年人最大利益保护的精义而设立,也具有对未成年被追诉人教育更新之价值。然而,少年司法程序中品格证据的适用仍存在一系列问题。其中包括证据学上的模糊性与准确性的冲突,以及司法公正与司法偏见之间的冲突等。因此,欲实现对上述冲突的调适,除了重视少年司法程序中作为事实裁量者的法官的作用外,坚持以平衡原则为依据,也是解决冲突的枢纽所在。

【关键词】 品格证据 冲突 重构

作为报应刑反思的结果 根据犯罪人恶性程度以及犯罪形成的成因 基于犯罪人教育更新之目的,从而明确了刑罚个别化产生的历史背景、内在依据以及价值根基。而对于品格证据而言,则是未成年人刑罚个别化的现实体现之一。在事物之河的上游,往往就生长着原因。对于品格证据的考察则是审视未成年人涉罪远端的原因,因此,采取综合考察的方式论证乃至实现未成年人实体刑事处罚则成为必然。而对于少年司法程序中品格证据的适用,本身就是一种冲突平衡作用的结果,因此,也必然包含着内涵复杂的选择机制在其中。

一、品格证据适用中的冲突

品格证据主要发端于英美法系国家,是指证明被告人平日品格好坏(包括是否有前科)的证据。被告人品格端正、名声良好的事实,有助于考虑他可能不致犯所控之罪,所以,可以是有关联的事实。被告人的品格不良或曾犯其他罪行的事实,也可以是关联事实,不过,证明这些事实的证据必须在下列情况下才具可采性:(1)被告人提出自己品格优良,这就把他的品格问题置于争议之中,此时,起诉方可拿被告人的不良品格证据来反驳;(2)被告人过去曾被定罪的事实是指控的组成部分之一;(3)被告人提出无罪证据后,则其类似行为、过去的犯罪及其品格都可以被询问;(4)定罪后,可以采纳其有关犯罪前科和品格的证据,以供量刑时参考。^①然而,在大陆法系,相对而言,无论是法律规定、司法适用还是理论研究方面较英美法系较不为重视。“任何人如果想从欧洲大陆的证据法中找有关个人性格、嗜好或者过去经历的详细规定,都必定会感到失望。”^②之所以如此,则可能与其刑事诉讼证据制度及其历史有莫大关系。在英美法系的刑事证据传统中,奉行自由证明的模式,在司法过程中,司法裁量者可以不受限制而自由决定证据是否具有可采性。而对于大陆法系而言,则具有悠久的法定证据制度的传统。司法裁量者在此证据制度中,应按照严格的证据规则进行裁量。由此看出,在英美法系的自由证明模式中,可以根据司法裁量者个人的知识、经验,甚至兴趣、好恶来采信证据及认定案件事实,这就使得司法裁量者的主观性占据了很大的成分,而被告人品格证据则是属于这种具有主观评价较强特征的证明制度,因

* 宋远升,华东政法大学副教授,法学博士。

① 孙膺杰、吴振兴主编《刑事法学大辞典》,延边大学出版社1989年版,第813-814页。

② Damaka, M. R., Propensity Evidence in Continental Legal System, 70 Chi. - Kent. L. Rev. 55(1994). 转引自任惠华、杨立云《论品格证据——含义、现状与制度设计》,载《甘肃政法学院学报》2010年第4期。

此二者天然契合。而对于具有法定证明模式浓重历史的大陆法系国家而言,则视规则为圭臬和第一要义,司法裁量者的自由裁量作用被控制在严格的规则之中,对于被告人的品格究竟如何以及对于案件事实作用评价乃至适用之权相对更为受限,因此,导致了品格证据的研究以及应用相对薄弱。

对于品格证据而言,诚然其在特定的情形下能够体现出一定的证据价值,然而,其内容中蕴含的冲突也非常明显。这主要体现在如下方面。

(一) 证据学上的模糊性与准确性的冲突

在刑事案件中,对于被告人的定罪量刑而言,中外都需要达到非常高的评判标准,不论是英美法系的“超越合理怀疑”还是中国的“案件事实清楚、证据确实充分”皆是如此。而对于品格证据而言,则可能主要是根据被告人以往的“品格”来对其罪刑进行衡量。然而,不论是这种“品格”包括声誉、行为倾向,还是以前发生的特定事件,都具有相当的模糊性,因为“声誉”往往只是一种道德评价,而不是法律评价,道德领域中自有其特定的评价。即使一个人道德上再臭名昭著,也达不到刑事处罚的界域,刑事法律对其也无能为力。“行为倾向”是指一个人惯常实施的具有同样或者类似特点行为的现实或者趋势。当然,基于人的性格特征或者心理因素等综合作用,可以导致某人反复实施某一类型行为,但是,这也只是可能性而已。因为这种惯习可能为内在驱动力或者外在环境等所改变。并不能说一个人喜欢穿某个品牌的衣服就认为其永远都认可这种品牌。此外,譬如少年时许多人的某些熟悉行为等到成年以后可能会改变,即使是恶习也是如此,这也和个人特定年龄阶段的认知有关。所以,采信“行为倾向”的品格证据,也具有很大的不确定性。对于“以前发生的特定事件”这种品格证据而言也极具争议。譬如,以前涉及强奸案件,可能是一时邪恶激情驱动,以前一次盗窃并不能认为犯罪人就热爱这个行业,也不能永远给予其犯罪人定义。因此,对于品格证据的各个具体表现形式而言,“声誉、行为倾向或者以前发生的特定事件”都具有相当大的证据上的模糊性。模糊与精确是一个永恒的悖论,诉讼证明必然面临这个难题。法学界对其一般有三种认识:其一,不承认不精确。这种观点旨在追求绝对精确,不认可模糊现象的客观存在,或视其为“错误”。其二,承认法有精确的一面的同时还具有不精确的一面,但在承认不精确这一事实的同时,依旧保持法具有精确性的理想。其三,强化法之不精确性,推崇不可知论。^①特别作为法学界主流的追求精密、精确司法的理论及司法实践而言,这种模糊性会撼动其内心对手术式司法量刑程序的信心,并且其会理所当然地相信这也会动摇民众对于刑事司法的信任,因此,这种司法认知上的模糊性可能会成为挑战精准司法根基的大敌。

(二) 司法公正与司法偏见之间的冲突

司法公正是司法制度运作以及维系的基石,最基本的司法公正划分了良法和恶法的最低界限。司法公正不容掺假甚至不容勾兑。如果司法制度本质价值的含义只有一个的话,那也是司法公正。而对于品格证据而言,则是将其安置于一种预先分配定罪量刑规则的风险中:司法人员根据其先期的心理定位,确定被告人在其心目中的位置和位移,将其进行犯罪性质的分类,最大限度地将被被告人的行为与刑事惩罚规范相对照和联系,并且竭力结合其他不利于被告人的证据,从而印证其内心中预先裁判的准确性,而结果往往是司法公正让位于先入为主的印象,使得被告人被控诉乃至超越合理程度的判刑的几率大大增加,甚至说这往往会有诱发冤案、错案,无疑颠覆了刑事司法存在的最基本的根基。因此,对于品格证据的适用而言,往往需要在其司法公正价值与偏见风险之间进行权衡。因为,“适用相似事实的过程就是在其证明作用和司法偏见之间进行平衡的过程”。^②而此时的“相似事实”其实就包含于品格证据之中,可以说属于品格证据中的“以前发生的特定事件”。因此,在适用品格证据时,应当对其对于案件事实的证明作用以及诱发偏见、误解乃至错案冤案的可能性之间进行综合评估和衡量。而最大限度地发挥品格证据的证明作用是以其不造成司法偏见为前提的,这是品格证据对于刑事司法的真正含义,

^① 刘立霞、张晶:《以模糊视角审视性侵犯案件中被告人的品格证据》,载《中国刑事法杂志》2009年第7期。

^② David Johnston & Glenn Hutton, *Evidence and Procedure*, Oxford New York: Oxford university press, 2003. 198.

也是正当程序的真正蕴义。

二、少年司法程序作为品格证据试验场

品格证据的适用即使是在英美法系国家也是争议颇为激烈,特别是在运用品格证据加重对被告人犯罪事实的认定时更是如此。品格证据当然有其特定的价值,其与人们日常惯习直接相关,也符合心理学的有关原理。譬如,对于性犯罪等特定犯罪行为,特定的心理惯势会导致犯罪人重复以前的犯罪模式及方式,即使表面上能够加以掩饰,但是,紧张的犯罪过程使得其还是能够体现其犯罪的一般规律性。“惯习与有规律的行为自动相连,从而导致在某种特定情形下该类证据的很高的可性度”。^①因此,品格证据对于某些特定犯罪的证明价值是得到认可的,特别是对于成瘾性的犯罪而言更是如此。但是,对于其他一些类型的犯罪,譬如未成年人犯罪,通行的做法则会禁止其作为不利证据来使用。当然,将未成年人良好的品格证据在少年司法程序中适用则是很多国家提倡的做法。之所以将少年司法程序作为品格证据适用的试验场,主要有以下三个原因:其一,这其中保护未成年人最大福祉之目的。之所以各国刑事司法普遍趋势是将有利于未成年人的品格证据作为其量刑的参照体系之一,直接的目的是为了涉罪少年最大限度地完成更生。因为有利品格证据对于未成年人而言,并不是直接产生于案件之中,而是属于“附加的福利”,是国家为未成年人免费提供的“额外的辩护理由”,因此,其价值指向特别明确,那就是国家对未成年人利益维护责无旁贷,殚精竭虑。其二,品格证据受到质疑的一个重要原因就是其具有被巧伪的可能性。因为,对于年龄、思想等方面成熟的成年人而言,与周围环境保持协调一致态势,与社会要求相协调本身就是其社会性的基本要求,因此,其角色扮演往往属于一种大众心理上基本认可的方式。对于成年人而言,由于其社会角色扮演的因素,素常拾金不昧之人可能会成为窃贼,平日坐怀不乱之人可能会成为强奸犯,这就为有利品格证据在成年人案件中的适用受到了质疑和挑战。而对于未成年人来说,由于他们生活地域的有限性,可以认为他们与周围环境构成了一个微型的“熟人社会”,在这个社区内具备生成品格证据的基本条件。同时由于未成年人在生活中不易伪装,表现更多的是真实的自我,因此,品格证据在反映未成年人人身危险性时具有较大的可信性。^②其三,这与未成年人个人特质有关。因为未成年人本来心理或者生理并未定型,即使非常顽劣的未成年人在成年后也可能会变成遵纪守法之模范。所以,如果以其先前的犯罪或者恶行来证实其以后犯罪的必然性,非但违背保护未成年人最大利益的宗旨,也不能正确理解其特定生理、心理阶段的含义。因此,英美法系国家虽然肯定品格证据的价值,但是,为了防止品格证据对事实裁判者造成过度影响,防止不利品格证据对于事实裁判者的污染,从而导致其自由裁量时心证的失衡,于是限制不利品格证据在未成年人案件中的适用。

一般而言,品格证据不能作为定罪证据使用。因为若被告是否有罪可以由其过去的记录来证明,那么先前有恶行但无辜的人,要为自己进行辩护,即便不是不可能,也将变得非常困难。法律不能“给狗取一个坏名字而绞死它”。^③特别是对于不利品格证据,只有在例外的情形下才能适用。对于涉罪未成年人而言,更是如此。因为这不仅与少年保护精神相违背,也会和世界各国保护少年利益的法律趋势相逆,还与联合国相关司法文件的价值取向背道而驰。当然,也不能一而贯之地排除不利品格证据在未成年人程序中的适用,这也有相应例外,其中包括:(1)未成年被告人的不良品格证据成为犯罪构成要件事实时,可以采纳;(2)未成年被告人的不良品格证据能够证明犯罪构成要件以外的与犯罪有关的其他特定事实时,可以采纳;(3)未成年被告人证明自己具有良好品格时,控方可以以反驳未成年被告人的该种良好品格为目的,提出特定的不良品格证据;(4)未成年被告人作为污点证人时,其不良品格证据

① Margaret T. Stopp, J. D. Evidence Law in the Trial Process. Paris: An international Thomas Publishing company, 1999. 109.

② 刘立霞、尹璐:《品格证据在未成年人缓诉制度中的运用研究》,载《青少年犯罪问题》2007年第1期。

③ 胡训玉:《权力伦理的建构》,中国人民公安大学出版社、群众出版社2010年版,第37页。

与其证言的真实性有关。^①

三、少年司法程序中适用品格证据的法官角色

人是具有多重属性的复合体。根据阿奎那的思想,人所属的秩序分为三种,也就是说“在人的身上可以发现三重性的秩序”。第一种是自然法的指导而建立的秩序,即自然秩序;第二种是受神法的指导而形成的秩序,即神的秩序;第三种则是政治秩序。这三种秩序集于人的一身,缺一不可。^②对于法官而言,其角色性质也具有多重性,特别是在未成年人案件中,其承担着案件裁量者、法律教育者、甚至政治意志体现者的角色。因此,人具有多方面的属性,法官也具有不同的角色,这也是少年司法程序中所无法回避的事实。当然,在少年司法程序中,诸多机构或者人员能够直接体现国家的强制权力,譬如检察官、警察等,这些机构和个人也同样会体现少年司法保护的精神。但是,基于少年司法程序的特殊性,未成年人的脆弱性,以及法官本身特定的职位设置,其在少年司法程序中的角色尤为重要,值得一书。

(一) 法官是少年司法程序的主导者和保护者

法官是诉讼程序的主导者。这意味着,在技术性的诉讼活动中,在对外关系上,不论是王侯还是贩夫走卒,都不能僭越法官的位置。在对内关系上,警察只是法庭的仆人,检察官也只是法庭的参加者。各个诉讼主体也都应当按照法律规定的座席,各就各位,而法官居中居上,从而开始一幕法律的戏剧。在这个戏剧中,法庭是法官的领土,程序规则是领土内的路径。法官作为路径的控制者,法律戏剧的指挥家,有权指挥整个程序运作的节奏,有权指挥诉讼参加人的证据提出及辩护的时机和程度,可以决定将不服从程序规则的诉讼主体驱逐出其领土。可以说,不论是法律程序服务于纠纷的解决,还是服务于国家的政策,不论是能动型国家还是回应型国家,不论是科层理想型程序还是协作理想型程序,法官在程序中的控制地位都是很难挑战的。^③对于未成年人而言,由于其年龄、心智等存有天然弱势,很难依靠其自身获得有利的保护。诚然,未成年人案件中法律援助制度在各国已经成为常态。但是,即使是有经验、能力律师,其也受到利益以及权利所限,因为法律援助往往是完全免费或者是费用有限,辩护律师在刑事程序中也会受到相当的限制,这往往导致援助辩护流于形式,使得辩护律师可能只是在法庭上将最简单的辩护形式予以演练,而不能像对待获得比较丰厚报酬的案件那样尽心尽力,并且法律援助的律师或者人员经常是那些经验以及业务能力不足的实习者或者初跨入职业门槛者,其辩护质量如何值得考虑。而对于警察或者检察官而言,其本质上还是处于涉罪未成年人敌对的一方,无论是从警察或者检察官的职业习惯还是其职务利益考虑,都使得其对于未成年人的保护可能浮于形式。而法官作为中立但是有权力的裁决者,其本身职务特性决定了其能够客观理性地对待未成年人。而法官又是少年司法的程序控制者,因此,其有可能也有能力来实现对未成年人的法益保护。其中,通过法官的调查,详细查明未成年人涉嫌罪行的性质、社会背景、家庭及监护人的关系、心智和年龄、思想成熟程度、品行、案件关系、境遇、经历、教育程度及其他情况等,可以综合判断出外在环境和内在特质等方面的品格证据对于未成年人犯罪的影响,从而在原因——结果链条上,全面考察品格证据与未成年人犯罪的相关性,从而在适用品格证据的基础上对涉罪未成年人的罪行进行适当的评估。当然,即使是否采用有利品格证据也应取决于法官,这是一个可能选项而不是必然选择,这其实也在另外一个方面反映了法官是少年司法程序中主导者的角色。

(二) 法官是少年司法程序中未成年人的法律导师

在少年司法程序中,通过调查并说明涉罪未成年人品格证据的过程,其实这也是法官对其进行法律教导的过程。法院与其他行业不同,这不仅是一个技术操作车间,在某种意义上而言,是一种道德学校,

① 郭欣阳《品格证据在审理未成年人犯罪案件中的应用》,载《证据学论坛》2007年第1期。

② 徐爱国《西方法律思想史》,北京大学出版社2002年版,第69页。

③ 宋远升《法官论》,法律出版社2012年版,第212-213页。

也是一座法律学校,那么法官则是这所学校的导师。在审判程序中,首先,在宏观上,毋庸置疑,法官是司法权力的掌控者,是国家意志的体现者,而现代国家普遍追求对未成年人法益保护的价值取向,这种要求或者期待会体现于立法之上,而法官作为立法的仆人,则会直接将保护未成年人利益的要求体现为现实的司法运作过程及结果。因此,法官会通过对于品格证据的查明,确立品格证据与司法判决的相关性,得出符合立法要求的判决结果,从而彰显国家的意志,这本身就是实现法官教育功能的过程。其次,在具体的运作过程中,法官在个案审理中,特别是少年法庭的法官,在职务设置上或者职责要求上会更加体现其教育的功能,而此时品格证据就成为最佳的媒介或者桥梁。借助品格证据,法官可以回溯未成年人的成长环境或者历程,从而考察犯罪结果中不应由未成年人承担的部分,或者有减轻未成年人罪责的因素,使得涉罪未成年人被法律、制度或者政策中维护其利益的意旨所感化,这是个案中法官对未成年人教育的具体过程。

四、以平衡原则为基准建构少年品格证据制度

对于品格证据而言,在我国规范性法律文件中并未正式提及这种说法,但是,这并不否认没有类似的表述。这主要见诸于“两个规定”和“一个解释”中,也即《人民检察院办理未成年人刑事案件的规定》(2006)、《最高人民法院关于审理未成年人刑事案件的若干规定》(2001),以及《最高人民法院关于办理未成年人刑事案件适用法律若干问题的解释》(2006)。在上述司法解释或者法规中,可以看出不少条款具备有利于未成年人的品格证据的基本特征,这些品格证据包括未成年人的内部特质、外部环境、事实以及行为。同时“两个规定”和“一个解释”也规定了社会调查制度等关键的操作性规则。可以说,如果在立法上再进一步加以完善及规范,则一般可以满足品格证据中实现未成年人刑罚个别化的要求,也能符合保护未成年人法益的要求。但是,仍然存在着诸多不清晰、未健全的制度因素。其中包括没有统一的《少年法》的专门规定,司法解释和法规的相关条款之间存在并不完全协调的部分,等等。此外,这里需要特别指出的是,这些司法解释或者法规中价值指向存在着片面性倾向,因为未成年人利益最大保护并不是无条件的保护。因此,不应片面强调未成年人的利益,使得品格证据成为未成年人脱罪的遁词或者盾牌,而应当以权衡原则为基准构建刑事司法程序中未成年人品格证据制度。

(一) 平衡原则

平衡^①,亦称均衡,是指行为主体在互动的过程中,所有的行为主体同时达到价值最大化的目标而趋于持久存在的相互作用形式,并在此作用形式上各行为主体所处的相互作用、制约的状态。^②具体到权利配置中的平衡互动关系上,应当兼顾各个主体的要求,从而达到一种有机平衡的状态。不仅是在权力与权利之间应当达到平衡,在权利和权利之间也应当达到平衡的状态。这不是纯粹静态意义上的平衡,而是动态的、互动的平衡。

在哲学上,平衡是指由于矛盾双方协调而使事物处于相对稳定状态时的量的比例关系,是一种有序运动的状态,也是事物相对稳定存在和可持续发展的根本条件。平衡与矛盾的关系非常密切,矛盾揭示了对立面的质的关系,而平衡则揭示了矛盾双方量的比例关系。平衡是事物矛盾双方的暂时的统一,是矛盾对事物发展作用的补充因素。因此,对事物进行分析时,不仅要进行定性分析,即分析矛盾双方质的对立和统一,而且要对事物进行定量分析,即注重事物的秩序和稳定性,否则,当事物的量积累到一定界限,也会发生质的变化,会导致矛盾双方的失衡。在法学范畴上,平衡是实现法律最优化状态的一种方法,是追求社会协调发展和个性解放的一个过程。在人类追求自由发展的过程中,公平、秩序、民主、正义等价值目标不可能自动实现,这就需要人们能采用一定的方法去调节和控制,而用法律去平衡这一

^① 宋远升:《刑事强制处分权的分配与制衡》,法律出版社2000年版,第54页。

^② 李蓉:《对法律的经济分析》,载《国家检察官学院学报》2001年第4期。

过程就成了人们所能找到的最理想的方法。因此,平衡还有“调整、制衡、制约”的含义。^①

(二) 平衡原则下的刑事诉讼程序中未成年人品格证据制度

在未成年人品格证据制度的建构中,平衡原则在其中的优化状态为:既要体现保护未成年人最大利益的精神,但是,这种最大利益的保护绝对不是纵容,同时也要适当均衡考虑被害人的利益。涉罪未成年人并不是天生持有伤害他人的尚方宝剑,被害人也不是没有任何保护的逆来顺受的受害者。既要体现出涉罪未成年人权利的力量,也要体现出国家权力强制性的威严。如果在国家权力——涉罪未成年人权利之间的天平之上过于倾向于后者,那么保护就成为溺爱,成为放纵其继续犯罪的“国家性鼓励”。

因此,作为平衡原则的体现,对于未成年人而言,首先,如果涉罪未成年人在初次犯罪后,法官适用有利品格证据使其获得了法律“福利”,假设其再次犯罪,不论相隔时间多远,都不能再适用对其有利的品格证据。在某种意义上,这不是法律对其权利不予保护,而是涉罪者自己主动放弃了这种权利。其次,有利品格证据适用应尽量获得被害人一方的谅解,应当在三方在场的基础上,向被害人一方展示并解释有利涉罪未成年人的品格证据,以及其中蕴含的更生意义。被害人谅解可以成为适用品格证据的一个重要前提。应当让受害人相信该未成年人犯罪只是特定节点的越轨行为,让被害人一方在宽恕的基础上给予涉罪未成年人再次更新的机会。当然,这其中也包括涉罪未成年人的监护人给予被害人一方一定的经济补偿等内容。而此时,对于涉罪未成年人而言,本身就是一种触及其犯罪内在本质的教育方式,这会使其换位思考犯罪的结果,而不是将感恩变成逃脱法律的侥幸。再次,对于特别严重的未成年人犯罪而言,其犯罪的严重程度本身就说明了先前有利品格证据制度的机制失灵,或者说这种严重性割裂了有利品格证据与对其有利判决结果的联系,因此,品格证据对其有利程度应当较相对轻微犯罪更轻,其实这在某种程度上也体现了“轻轻重重”的刑事政策。但是,也不应当全部剥夺有利品格证据对其的适用,因为这无形中违反了少年最大利益原则。最后,在适用对未成年人有利品格证据的同时,也应当适当考虑不利品格证据的力量。如果不利品格证据情节非常严重,司法裁判者应当适当考虑减轻有利品格证据对涉罪未成年人的有利方面。

^① 王彬《刑事搜查制度研究》,中国人民公安大学出版社2008年版,第324页。