

同案同判的宪政意义及其实证研究

作者：白建军

内容提要：同案同判应当是法律适用平等原则的体现。但本文对1107个案件的实证分析结果表明，应然的平等原则以及法律规范本身并不能成为同等法律适用对象之间的唯一等价物，仅仅根据某种情况适用了某个法律规范，并不能确切地预见同等情况也一定会适用同一法律规范。为此，本文提出了解决同案异判问题的两个对策。

关键词：同案同判/意义/实证研究

正文：

“适用法律人人平等”是唯一在宪法和刑法中都有明确规定的基本原则，因而在宪法与刑法两个领域之间形成一条天然纽带。宪法中的平等原则与刑法中的平等原则之间的这种亲缘关系可以从三个方面加以把握：其一，任何公民都不得因身份地位上的优势而获得超越法律之外或者凌驾于法律之上的特权，^①也不能因身份地位上的劣势而构成遭受法律制裁的根据。只有当身份地位不同的个体因同样的违法犯罪行为而受到同样的处罚时，才意味着平等原则的实现。其二，身份不仅不应成为逃避或者受到法律惩罚的根据，也不应成为得到或者失去法律保护的原因。然而，在我国刑法文化中，公民作为可能的被害人同等地得到刑法保护，并没有像公民作为可能的被告人同等地受到刑法惩罚那样引起人们足够的重视。其实，同等犯罪同等惩罚与同等被害同等保护都是平等的应有之义。其三，平等还意味着法律惩罚机制的激活只能以回顾性的已然行为为主要根据，而未然的所谓犯罪可能性、人身危险性、个体的特殊素质等等不能成为发动刑罚的主要根据；否则，如果将法律的惩罚根据建立在特殊人之假定上^②，可能从根本上颠覆了平等原则之要义。因为按照特殊人假定，个体之间先天的差异、后天的社会地位差别等已然行为以外的因素都可能构成法律适用中的重要影响，而这些影响的结果，必然是不同公民在法律适用上得到差别对待。然而，应当平等并不等于实际上真的平等了。无论在宪法还是刑法中，平等都是一种理想的应然状态，而法律适用实际中的实然状况到底如何，平等原则到底在多大程度上得到了贯彻实行，尚无精确的实证数据加以证实。本文主旨就是发现、证实、解释平等原则的应然与实然之间的距离，并为缩小这些可能存在的距离进行对策论证。

一、从平等适用到等量等罚

作为抽象理念，平等与否的实证检验还需要一个平等意蕴的更加直观易解的表述。根据上述分析，平等原则首先可以具体化为法律适用中的“同等情况同等对待”。然而，这个意义上的平等原则“是不完全的”，在得到补充以前，它不能确定地指引行为”。因为，任何一群人都在某些方面相似而在其他方面

①杨春洗等：《刑法总论》，北京大学出版社1981年版，第27-28页。

②特殊人假定是犯罪学中的实证学派、刑法学中的功利主义或称预防主义关于犯罪本质属性的一种理论。按照特殊人假定，

犯罪人与非犯罪人之间在内部素质上存在着根本区别,这种区别也可能是天生固有的,也可能是后天习得的。犯罪行为,只不过是这些特有素质的外化。犯不犯罪,关键就在于行为人体内是否具有这种特质。按此说,即使一个人尚未实施犯罪,只要具备犯罪特质,他迟早会犯罪,因此应当对这种人重点防范。从这个意义上说,所谓犯罪控制,重点不在于改造社会环境,不在于改变某些人群的处境,而在于对付某类特殊人群。不论是重刑威慑还是轻刑感化,都是针对特殊人而设计的。基于这种假定,刑法的对象可以是前瞻的,未然的犯罪危险也可能发动刑罚。

相异,这时,如何确定哪些异同才是有意义的,^①对平等原则的准确理解至关重要。换句话说,所谓“同等情况”可以分解为作为法律事实的情况,也可以理解为作为自然事实的情况。比如,不论是男人实施的盗窃还是女人实施的盗窃,尽管在自然事实上分属不同情况,而在法律上这种相异却没有意义。问题是,法律条文本身也并未直接写明个人之间的哪些相似性和相异性在法律上是有意义的。于是,到底如何区分何谓作为法律事实的相似与相异,何谓作为自然事实的相似与相异,便成为贯彻平等原则的一个难点。这个难点中所蕴含着的问题是,如何使“情况”之间获得可比性,否则便无法实现“同等情况”到底是否得到了“同等对待”的确切判断。

为此,我们可以将同等情况同等对待进一步具体化为同案同判。具体个案是看得见的法典,摸得着的规则。公民通过个案中一个个生动具体的故事、纠纷和处理结果去感受法律、体会法律。如果只有抽象的平等原则而无实实在在的个案公正,或者司法实践中同案异判,实际上便向人们传递着消极信息,法治原则将无法真正得到张扬,人们便无法通过前后一贯的案件信息,在头脑中形成法律行为与结果的稳定预期。但是,对法律原则和规则而言,任何一个案件作为一定时间地点中的事件都是唯一的,不可重复的,天下没有两个完全一样的案件,在所有细节上都绝对相同的“同等情况”几乎不可能存在。既然如此,“同等对待”又何以据?这其中肯定存在着某种筛选机制,从具体个案的唯一性中过滤掉那些没有意义的相似性与相异性,以适应法律规范的普适性。那么,这种筛选机制又是什么?一般而言,这种机制由两个基本元素所构成:一是法定情节的明文规定,二是司法人员、学者根据自己的理解对法律的学理解释。前者如累犯从重的法律规定,后者如强奸罪客体只是“妇女拒绝与合法配偶以外的任何男子发生性行为的权利”的学理解释。^②相比而言,学理解释的主观性和多样性显而易见,^③因而必然给“同等情况”的判断带来更多的不确定性。退一步看,即使是根据法定情节对具体案件进行过滤,也未必使“同等情况”的判断获得唯一确定的结果。这是因为,具体案件是多个法定情节的多种排列组合的结果,两个案件之间在此方面具有共同的法定情节,而在彼方面则可能不具有共同的法定情节。比如,同样构成累犯的两个抢劫犯,某甲具有未遂、致人重伤、未成年人犯罪等情节,某乙则构成既遂、自首、多次抢劫等情节。这时,何以见得“累犯”+“未遂”+“致人重伤”+“未成年人犯罪”是否等于“累犯”+“既遂”+“自首”+“多次抢劫”?何以见得两者是否属于“同等情况”而决定处以同样或不同的刑罚呢?如果无法确切回答这些问题,任何不确定的操作及其结果,仍然可能冠以“平等”、“同案同判”而无从检验。所以,平等原则的实现应当是透明的、可操作性较强的过程。通过这种过程,不同案件之间应当在更大程度上获得可比性。否则,“同等情况”乃至“同等对待”都将是句空话。

以往,不同案件之间的比较往往凭借法官的经验甚至感觉,而不同法官之间、同一个法官的今天与昨天之间,其经验感受往往千差万别,这就使得案件的审理增添了更多的不确定性。笔者认为,如果利用定性与定量相结合的实证分析方法,对同一罪名下的案件信息进行量化处理,将案件的各种属性换算为可比的量值,那么就能够将案件之间绝大部分在法律上有意义的异同点科学、合理地组合起来,使千变万化的个案获得综合的可比性,进而做到等量之罪等量配刑,即“同等情况”转换为“同等罪量”,进而使“同等情

况同等对待”转换为“同等罪量同等量刑”。这样诠释同案同判,并没有抽掉平等原则的内涵,相反,平等原则在这里获得了更加全面和精确的可操作性。笔者以抢劫罪为例,简要叙述同一罪名下对具体案件信息如何进行综合换算使其获得可比性的量化评价系统。这个评价系统由22个变量构成。

①[英]哈特:《法律的概念》,中国大百科全书出版社1996年1月版,第157页。

②陈兴良主编:《罪名指南》,中国政法大学出版社2000年1月版,第651页。

③仅以强奸罪的客体到底是否只是“妇女拒绝与合法配偶以外的男子发生性行为的权利”为例,学界就存在各种不同意见。参见蔡道通:《婚内有奸的法理探究》陈兴良主编:《刑事法评论》2002年第10卷,中国政法大学出版社2002年3月版,第499页。

它们分别是:共同犯罪、其他加重情节、^①自首、立功、重大立功、自首大功、基本行为、^②预谋性、被害性、^③并罚数罪、累犯、公然性、^④未成年犯、死亡人数、重伤人数、数额组别、未遂、预备、有损失中止、无损失中止、从犯、胁从犯。根据有关法理、法律规定和经验观察,笔者认为,这22个变量基本上包括了与抢劫罪有关的主要变量,应当没有太大的遗漏。

为了根据这些变量对案件信息进行量化处理,还必须对这些变量分别赋予不同的权重,赋权的基本依据是:第一有关法律规定。比如,有无自首、立功、未遂、加重等法定情节。有自首的,权数小于没有自首的;有加重情节的,权数大于没有加重情节的,等等。第二,犯罪理论。比如,抢劫的五种基本行为方式之间权重大小的排序应为直接施暴>转化犯>胁迫>携凶抢夺>其他方法,其理论依据之一就是犯罪学中的互动理论。按照互动理论,^⑤可以将犯罪分为三种:被迫被害的犯罪、缺席被害的犯罪、交易被害的犯罪。在被迫型互动中,被害人是在完全不情愿的情况下直面加害行为,这种被害是在最大程度上对犯罪侵害的消极服从。在缺席型互动中,被害人是在不在场的情况下受到侵害,这种被害是在较大程度上对犯罪侵害的消极服从。现实生活中,盗窃、贪污、侵占、剽窃等,都可以被归入这种互动中的犯罪行为。在交易型互动中,被害人是在面对面与加害人进行交易的情况下受到侵害,因而是被害人有机会但没有有效运用自身判断力的情况下“自愿”向加害人交付利益而遭受的侵害,是在一定程度上对犯罪侵害的“积极”服从。在这三种被害互动关系中,越接近被迫被害犯罪,加害一方对被害一方的强制力就越具有弱肉强食的性质,其中的加害与被害就越体现出赤裸裸的不平等,被害人对加害的服从的自愿程度也越低,对被害局面的控制能力越差。因此,在这三者之中,被迫被害犯罪的罪量应当最大,缺席被害的犯罪的罪量应当次之,交易被害犯罪罪量应当最小。具体到抢劫罪的五种行为方式中,直接施暴显然是典型的被迫被害犯罪,罪量最大;转化犯最终也将被害人置于被迫被害的境地,但毕竟是由盗窃等其他犯罪演变而来,因而罪量次之;胁迫方法也属于被迫被害犯罪的范畴,但其程度与实际施暴毕竟对被害人的意义不同,抢夺行为本身实际上是介于“偷”与“抢”之间的一种侵害行为,相对典型的抢而言,更接近于“偷”,因而其罪量次于典型的“抢”。至于其他方法,实践中常见的情况是骗,是基于被害人的大意、轻信、贪心等弱点得以实施的一种特殊方式,可以大体上与交易被害犯罪对应起来,因而罪量应当最小。第三,变量对系统的贡献大小。比如“重伤人数”,对系统的贡献应当大于“未成年犯”。理论上,是否造成重伤,造成多少个重伤,属于“结果罪量”,是否未成年犯表明人身危险性的大小,因而属于“行为罪量”。而按照结果无价值理论,^⑥结果罪量的权重显然应当大于行为罪量。所以,包括“重伤人数”在内的各个结果罪量,如并罚数罪、死亡人数、数额、有损失中止、无损失中止等等,其权数皆大于包括“未成年犯”在内的各个行为罪量,如公然性、从犯、胁从犯等等。第四,经验常识。比如,尽管法律没

①这里所谓其他加重情节,是指《刑法》第263条规定的八种加重情节中除“致人重伤、死亡”以及“数额巨大”等情节以外的其他加重情节,即入户抢劫,在公共交通工具上抢劫,抢劫银行或者其他金融机构,多次抢劫,冒充军警人员抢劫,持枪抢劫,抢劫军用物资或者抢险、救灾、救济物资的几种加重情节。有这些加重情节的个案自然要重于没有这些情节的个

案。而且,有多个加重情节的自然要重于只有单个加重情节的个案。

②即实施抢劫的五种基本行为方式:直接施暴、转化犯、胁迫、携凶抢夺、其他方法。其中,所谓转化犯是指《刑法》第269条规定的“犯盗窃、诈骗、抢夺罪,为窝藏赃物、抗拒抓捕或者毁灭罪证而当场使用暴力或者以暴力相威胁的,依照本法第263条的规定定罪处罚”的情况。所谓携凶抢夺是指行为人随身携带枪支、爆炸物、管制刀具等国家禁止个人携带的器械进行抢夺或者为了实施犯罪而携带其他器械进行抢夺的行为(参见《最高人民法院关于审理抢劫案件具体应用法律若干问题的解释》(2000年11月17日最高人民法院审判委员会第1141次会议通过)法释〔2000〕35号)。所谓其他方法是指除暴力、胁迫以外,对被害人施加某种力量使其处于不知反抗或者丧失反抗能力的状态的方法,如药物麻醉、使用催眠术等,参见王作富:《刑法分则实务研究(下)》,中国方正出版社2001年7月版,第1068页)。

③即来自被害人方面的某些弱点、不慎之举、其他诱因等组成的容易诱发被害的某些属性。

④公然性是犯罪行为的一种事实特征而非法律特征,例如,光天化日之下行抢,或者多次连续在同一地区高频率、高密度地抢劫作案,都可以视为具有一定的公然性。显然,表现出明显公然性的案件,其犯罪人的人身危险性较大,因而其罪量便较大;不具有明显公然性的案件,人身危险性也相应较小,因而罪量也一般。

⑤参见白建军:《控制社会控制》,载《中外法学》2000年第2期。

⑥参见张明楷:《刑法的基本立场》,中国法制出版社2002年3月版,第152、164页。

有明文规定,但根据人们的常识性认识,有预谋的抢劫显然比临时起意的抢劫要重,光天化日之下的公然抢劫,显然重于其他抢劫。因此,对“公然性”、“预谋性”赋予较大的权数。

在变量周延、权重合理的基础上,笔者从“法意实证案例法规全互动数据库”(www.lawyee.net)中收集了截止到2002年11月1日在线的抢劫罪的几乎所有案例共1107个案件样本,以受刑人为分析单位进行量化分析,以使案件之间获得综合换算后的可比性。这1107个抢劫罪案例都是法院生效判决,都可以从“lawyee”数据库中检索到,样本数据公开透明。它们的抽取过程不受任何其他主观因素的影响,因而具有一定的代表性。完成了这些准备,便可以开始对样本进行逐一观察后依次归入22个变量中的相应取值,形成 $1107 \times 22 = 24354$ 个基础数据。然后,借助SPSS(社会科学量化分析软件)进行分析,最终得到了1107个理论罪量值。经过这样的综合换算,同种案件之间的犯罪严重程度获得了综合的可比性。过去,如果我们需要对不同时空中的某类犯罪进行罪量大小的比较,所根据的往往是被害人数量、损失财产数额等单一指标,这种比较很难符合规格化、标准化、系统性的要求,由于具有一定的片面性,这种比较的结论往往可以用任何其他角度的相反事实加以否认。而且,片面性往往与不确定性同在,这便给法律适用中的差别对待提供了余地和理由。当某些案件以外的原因需要起作用时,同等情况随时会被人以情况不同为由另行配置法律责任。或者相反,人们以情况大体相同为由对实际上的不同情况设计法律后果。长期以来,这是制定法与判例法各自立论的一个焦点所在。其实,“同等情况”是由千差万别的不同情况经过量化的综合换算而来的,如果没有这个换算的过程,很难想象经验世界中的所谓“同等情况”为何物。也正是从这个意义上说,被同等对待的,其实是千差万别的不同情况。只是由于经过换算,不同情况才可以被视为同等情况,从而获得被同等对待的资格。这便是从平等适用法律到同案同判再向等量等罚转移的根据所在。

二、同案同判的实证研究

其实,具有可比性的综合罪量,只意味着应然的理论罪量,它只说明表现各异的案件,其严重性应当被评价为多重,应当被配置多大的刑量。而问题是,实际上所配置的刑量与应当配置的刑量之间相等吗?就是说,如果法律适用应当人人平等,如果同等情况应当得到同等对待,那么现实世界中,公民的这一宪法权利实际上在多大程度上得到了实现?如果实际的刑量不等于应然的刑量,差距有多大?如何解释这个差距?回答这些问题,仅仅知道上述应然罪量的数据还不够,还有赖于实然罪量的测量。在法律适用的语境下,所谓实然罪量,其实就是司法者根据一定评价标准和案件的具体情况,对犯罪严重程度给出的综合性量化标定,是已然的、人为的罪量,其最终的法律形式就是宣告刑。理论上,实然罪量与应然罪量之间可能存在三种关系:完全重合、完全不重合、部分重合。如果实然罪量与应然罪量之间完全重合,意味着实际的宣告刑与理想的罪量相一致,意味着司法人员给定的刑量十分合理。这时,应然罪量与实然罪量之间呈现出完全或百分之百的正相关关系。这种完全重合的关系显然十分理想化,一般不可能出现。相反,如果实然罪量与应然罪量之间完全不重合,说明实际宣告刑与应然的犯罪严重程度之间完全分离,意味着司法人员给定的评价很不合理,很不应当。这时,应然罪量与实然罪量之间则呈现出高度负相关关系—是按照应然的尺

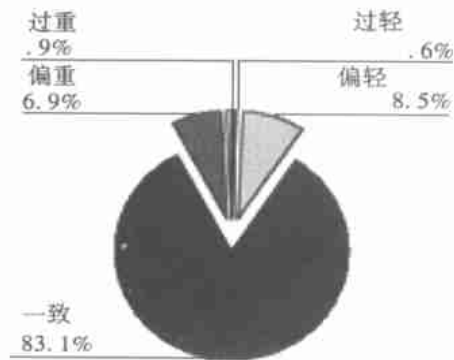
度衡量为最严重的犯罪,在司法中都被标以最轻微的罪量;凡是按照应然的尺度衡量为最轻微的犯罪,在司法中都被贴上最严重犯罪的标签。完全不重合还可能表现为,应然罪量与实然罪量之间呈现出零相关关系-两者之间看不出任何有规律的相伴随而变化的关系。显然,作为纯粹理想化罪刑关系的倒置,这些完全不重合的情况也不可能存在。

事实上,使应然罪量与实然罪量之间达到完全重合是一个永远的目标。人们不断地追求重合、接近重合,但由于各种因素的影响,又不可能最终实现完全重合。所以,排除掉极端的可能,剩下的第三种情况便是应然罪量与实然罪量之间的部分重合。实际上的罪刑关系,都处在完全重合与完全不重合之间的无限多个相对位置上。在这些相对位置上,有时实然罪量接近应然罪量多一点,有时接近得少一点,有时二者之间重合的部分大一点,有时重合的部分小一点。重合的部分越多,意味着实然罪量与应然罪

量相一致的程度越高,意味着刑罚轻重的配置越符合应然罪量的大小。相反,重合的部分越少,则意味着实然罪量偏离应然罪量的程度越大,意味着刑罚轻重的配置越远离应然罪量的大小。

那么,如何测量、检验两者之间的重合程度呢?前文分析已经使1107个抢劫罪样本的应然罪量成为已知事实,其实,这些样本的实然罪量也是可知的信息。因为实然罪量的描述,完全可以将刑法规定的五种主刑以及附加刑、缓刑、附带民事诉讼等列为评价指标,然后利用SPSS对上述1107个抢劫罪样本的宣告刑进行量化描述。最终便可得出样本的1107个实然罪量值。^①完成这些以后,每个样本都有了两个量值——应然罪量值与实然罪量值。为了便于比对,笔者又将这1107对数据按其大小进行排序、分组,分别得出轻重不等的16个组别,即由轻到重的16个罪级(应然罪量级别)和16个刑级(实然罪量级别)。于是,每个样本都分别归入一定轻重的罪级和刑级。尽管这样处理具有一定程度上的人为性,但这样合并分组以后,每个样本之间不仅在纵向上仍然具有可比性,而且在横向上也获得了罪序与刑序之间的可比性。于是,用刑级减去罪级便是级差。罪刑之间的级差无非三种情况:一是刑级与罪级相等,两者之差等于0,二是刑级大于罪级,三是刑级小于罪级。显然,如果级差为0,说明罪刑之间在轻重排序上等级一致,如果级差是负数,意味着刑级小于罪级,即量刑偏轻;如果是正数,意味着刑级大于罪级,即量刑偏重。级差的绝对值越大,说明等级错位的程度越大。然而,罪刑之间理论上可能存在31个级差,显然不便于人们把握某个案件的等级均衡性程度。因此,需要对级差进行再一次简约。具体操作原则是,第一,级差为-4到4之间时,说明罪级、刑级之间一致性程度较高,所以定义为罪刑一致,用“一致”表示。第二,级差为-5到-7之间时,因为显著表现出刑级低于罪级,所以用“偏轻”表示。第三,级差为-8到-15之间时,说明是刑级低于罪级的最极端情况,所以用“过轻”表示。第四,级差为5到7之间时,由于刑级显著大于罪级,所以用“偏重”表示。第五,级差为8到15之间时,表明刑级大于罪级的最极端情况,用“过重”表示。至此,便可根据这些原则编写相应的算法模型,由计算机执行运算。运行SPSS之后,1107个抢劫罪样本被无一遗漏地分别归入过轻、偏轻、一致、偏重、过重这五个等级的评价结果之中。现在,我们可以基于以下四个实证观察,对应然罪量与实然罪量之间的差距做出判断:

首先,观察偏轻、偏重与一致的比例关系。请看图1:



样本数 = 1107;

数据来源:法意实证案例法规全互动数据库(lawyee.com) 截至 2002 年 11 月数据

图 1:抢劫案件的同案同判与同案异判

对图1 的观察,可以帮助我们从宏观上了解实际中有多少案件的处理基本上体现了同案同判的要

①其基本原理与方法请参见白建军:《刑罚轻重的量化分析》,载《中国社会科学》2001 年第6 期。虽然该文的对象是刑法分则中的抽象个罪,但如果在模型中加进附加刑、缓刑、附带民事诉讼等因素,改造后的算法模型便可适用于司法案件的研究。限于篇幅,恕笔者无法在此详述该量化过程,仅在此公布分析结果,供读者参考。

求。在这1107 个抢劫罪案例中,有83.1 % 的个案都属于罪级与刑级之间基本一致的情况。其余个案中,有8.5 % 偏轻,有6.9 % 偏重,并有0.6 % 过轻的个案和0.9 % 过重的个案。这其中的偏轻、过轻或者偏重、过重的案件,其实就是同等情况受到了偏轻或偏重的对待,也就是同等罪量没配置同等的刑量。

其次,观察同等罪量的案件中,实际上宣告刑的情况。请看图2:

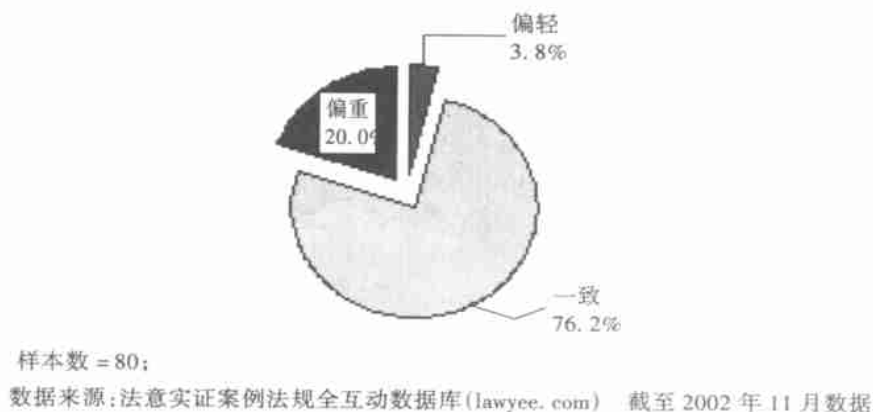


图 2: 罪级同为 11 级时的刑级分布

图2 中的80 个抢劫罪案例的罪级同属11 级,因而罪量相等情况等同。然而,其中20 % 的个案量刑偏重,当然还有3.8 % 的个案量刑偏轻。这是“同等情况”(同为罪级11 级)而“不同对待”(有的偏轻有的偏重)的一个形象描述。

第三,观察并比较应然罪量同为罪级11 级时,“一致”、“偏重”、“偏轻”三种案件的平均实际罪量之间的差异。请看表1:

表1: 罪级同为11 级时平均实际罪量差异

类型	比例	平均实际罪量(宣告刑量)
一致组	76.2 %	58.67
偏重组	20 %	92.73
偏轻组	3.8 %	15.37
总体	100 %	63.86

从表1 可见,在罪级同为11 级的80 个样本中,实际罪量的平均值最高的是偏重组(92.73),最低的是偏轻组(15.37),只有一致组(58.67)与总体平均值(63.86)之间最为接近。不难看出,量刑偏轻和

偏重的案件的确远离量刑适当的案件。这也是“同案异判”的一种量化表达。

第四,从具体个案的比较看上述量化描述的经验对应物。从以上样本中选出三个案例,具体案情分别是,数据库中案号为18238的案例,其基本行为是直接施暴,造成一个死亡结果,数额为三万元。法院以抢劫罪一罪判处被告15年有期徒刑,剥夺政治权利三年,罚金三万元。该判决的刑级仅为六级,比罪级11级偏轻了五级。数据库中案号为26078的案例,其基本行为也是直接施暴,也造成一个死亡结果,数额也为三万元。法院以抢劫罪一罪判处被告死缓,剥夺政治权利终身。该判决的刑级为11级,与罪级11级相等,级差为0。数据库中案号为26687的案例,其基本行为也是直接施暴,也造成一个死亡结果,数额为18万元,并有累犯情节。法院以故意杀人罪判处被告死刑,剥夺政治权利终身;以抢劫罪判处被告死刑,缓期二年执行,剥夺政治权利终身,并处没收个人财产。该判决的刑级为16级,比罪级11

级偏重了五级。^①相比之下,三个案件的共同点是,同属直接施暴,都造成一个死亡结果。不同之处只是案例三的数额大于前两者,并有累犯情节。系统经过运算以后认为,它们都可以归并到罪级11级一组,三案情况基本等同,罪量大体相等。但是,三案的量刑结果却截然不同。案例一的级差为-5,因而被归入偏轻组。案例二的级差为0,因而被归入一致组。案例三的级差为+5,因而被归入偏重组。可见,根据定量分析对大量案件信息进行统一标准化处理的结果,与我们对何谓偏轻、偏重、均衡等概念的经验把握基本一致,说明我们的量化评价系统不仅忠实可靠,且具有一定的灵敏度。

三、同案异判的意义与解释

基于上述观察与描述,我们可以大体上得出一个判断:司法实际中,平等原则作为应然法律原则只是部分地得到贯彻,在实然世界中,尚有相当范围内的法律适用没有实现同案同判、等量等罚,而是同案异判、等量异罚。就是说,法律规范本身并未成为其同等适用对象之间的唯一等价物,仅仅根据某种情况适用了某个法律规范,并不能确切地预见同等情况也一定会适用同一法律规范。^②于是问题来了:该如何理解并解释实然与应然之间的这一差距?

首先应当深刻理解这个差距的宪政意义。^③笔者认为,实然与应然的这个差距不仅意味着刑事被告人之间的不平等—等罪量的罪犯受到不等量的刑罚,而且意味着犯罪被害人之间的不平等—到同等严重程度犯罪加害的不同被害人,却得到法律不同程度的保护。这两个意义上的不平等相依而存,只要罪犯受到了偏重或偏轻的惩罚,必有被害人得到了过多或过少的法律保护,反之亦然。因为,绝大多数犯罪都是有被害犯罪。^④既然如此,从两个意义上的不平等中还可以推导出第三种不平等:对没有得到同等对待的犯罪案件而言,加害人与被害人之间也存在着明显的不平等。在轻罪重判的案件中,被害人得到了额外的法律保护,而在重罪轻判的案件中,加害人得到了额外的法律保护。不论怎样,冲突中总有一方不是因案件的发生而是因案件的法律适用而失去了应得的法律保护。从不平等的这种三重性可见,法律适用中的同案异判绝不仅仅是国家如何对待作为弱者的被告人的问题,说到底,是一个宪政社会中每个公民的基本宪法权利是否等值的问题。换句话说,同案异判的范围越广,程度越大,标志着一个社会在越大程度上远离宪政理念的实质要求。

那么,该如何解释实然社会中仍在相当程度和范围内存在的同案异判现象呢?笔者认为,这至少与以下几个因素有关:第一,个人局限。即司法人员尤其是审判人员的法律素养方面的缺欠。比如,上文提到的案号为26687的案例,本来属于抢劫的加重结果,按通说应以一罪定罪量刑,而法官却以故意杀人和抢劫数罪加以并罚,这种错误显然与审判人员的业务素质不高有关。第二,制度局限。主要指制定法(成文法)本身的局限。在制定法体制下,法律适用在很大程度上依靠法官对法条的理解,而除了法条本身的实际含义以外,有太多的其他因素对法官如何理解法条构成实际上的重要影响,这就使得纯粹制定法体制下的同案异判成为必然。第三,社会局限。即各种意义上的社会分层、价值冲突等因素对法律

①该案属于为了抢劫而当场致人死亡的情况。按照通说,此种情况应以抢劫一罪定罪量刑。而该案法官以故意杀人和抢劫数罪定罪,自然会有两个死刑的量刑结果。此即该案何以刑级偏重的经验解释。

②同案异判并非我国司法现实所独有。在美国同案异判也作为一个社会问题而存在。美国学者布莱克就发现“,法律的原则-规则和原理,本身并不足以预示和解释案件是如何判决的。法官和陪审团通常是根据他们的个人信念和情感来断案的,只是在实际上已经这样断案之后才到书面的法律中寻找合法理由。因此,法律写实主义有一句名言:司法裁决与法律判例之间的关系还不及这些裁决与法官的早餐更密切。无数研究都表明,法律上相同的案件—关于同样的问题,拥有同样的证据支持,常常得到不同的处理”。参见[美]唐·布莱克:《社会学视野中的司法》,郭星华等译,法律出版社2002年4月版,第3-4页。

③有学者认为,所谓宪政就是一种受宪法支配的政治。还有学者指出,宪政是国家依据一部充分体现现代文明的宪法进行治理,以实现一系列民主原则与制度为内容,以厉行法治为基本保证,以充分实现最广泛的人权为目的的一种政治制度。参见陈兴良:《刑法的宪政基础》,陈兴良主编:《刑事法评论》2002年第11卷,中国政法大学出版社2002年9月版,第127页。

④犯罪学上所谓的无被害犯罪,也主要是指不存在直接、特定被害人的犯罪学意义上的少数犯罪,如贿赂、嫖娼、吸毒等行为。而从某种意义上说,即使是这些情况下,仍有人因此而遭受侵害。比如,贿赂犯罪对竞争对手就意味着不平等,嫖娼行为对社会良俗以及家庭和睦而言就是一种加害。所以,绝大多数犯罪都是有被害犯罪的假定是可以成立的。

适用的影响。比如,在美国社会中,当一个黑人被认定杀死了一个白人时,被判极刑的危险远大于任何其他种族组合的情况。而当一个白人被认定杀死了一个黑人时,被判极刑的可能性几乎为零。^①美国学者布莱克认为:“没有人会抛开社会差异去观察法律体系。这种差别待遇是无所不在的。这是法律的自然行为的一个方面,就像鸟儿飞翔,鱼儿游泳一样自然。”^②在我国,是否存在这个意义上的社会局限,尚无大规模的实证研究数据支持。但可以相信,人们之间社会地位的不同,价值规范的差异,无可否认地存在着。既如此,由此导致的法律适用中的差别待遇,也很可能或多或少地表现为同案异判。因此,在尽可能增加社会资源总量的同时,努力提高社会资源分配中的平等化程度,应当是法律适用中平等化程度得到提高的根本之举。

四、降低同案异判率的两个工具

平等与否是通过一个个具体个案的审理结果体现出来的,所以个案公正的实现过程和手段是否具有较强的可操作性是降低同案异判率的关键。为此,本研究分别为刑事审判活动的宏观管理和微观案件处理提供两个了工具性分析框架:审判质量监测系统和案件处理参考系统。所谓审判质量监测系统,就是大量终审判决案件中同等情况的案件之间在处理结果上的差异性程度显示系统。其基本原理就是将各类刑事案件的所有法律事实进行综合性的量化换算,使得案件之间获得综合的可比性,然后,对同等情况的案件处理结果进行再比较,从而得出同案是否异判的评估结果。其中,对案件法律事实的量化换算,首先需要—个理论上正确、逻辑上周延的评价体系。在这个评价体系中,所谓犯罪应当是指以“报应之罪”为主导以“功利之罪”为附属的一体之罪。^③形式上,这个体系由三个元素构成:评价关系、评价标准、评价对象。^④评价关系是指围绕犯罪严重程度的评价活动发生在谁与谁之间。这个关系的实质,是谁对犯罪案件做出评价,即评价主体是谁的问题。评价标准是评价主体从事评价活动所依据的基本原则和取向。当同一个犯罪案件成为不同评价标准的度量对象时,该案件的评价结果也会有所不同。评价对象就是评价活动的客体,是引起评价活动的犯罪行为。它与评价结果的关系主要在于它对评价主体的利益、评价标准的重要性程度所构成负面影响的现实可能性。应当说,任何一种评价无非包括了这三个维度。在这之外,很难想象还存在着对评价活动构成同样甚至更重要影响的其他因素。“谁来评价?”、“评价者根据何种标准进行评价?”以及“对哪个案件做出评价?”这三个问题,基本上包括了案件评价的主要维度,符合全面周延的要求。进一步看,这个评价体系的内在结构基本反映了犯罪案件审理的客观逻辑,每个要素对案情评价都重要、敏感,而且相互不可替代。最后,这个评价体系中的三个要素还需要通过再操作化处理,逐步下降到相应的经验对应物,直至找到可量化的层面。这个体系就是“SCO 评价体系”,即评价主体(subject)、评价标准(criterion)、评价对象(object)三个维度的变量所构成的案情评价体系,由此综合而成的数量表现即为案情综合指数。任何一个犯罪都可以通过这个评价体系中相应算法模型的运行获得自己的案情综合指数值,即SCO 值。从这个意义上理解,所谓审判质量监测系统,就是大量终审判决案件中SCO 值相等的案件之间在实际宣告刑上的差异性程度显示系统。前文抢劫

①[美]唐·布莱克：《社会学视野中的司法》，郭星华等译，法律出版社2002年4月版，第8页。

②同①，第18页。

③所谓一体之罪是基于“一体论”对犯罪的界说。一体论又称“综合论”、“合并主义”、“统一刑论”、“二元论”、“责任主义”。这些学说虽各有千秋，但在基本上大同小异。一体论有两个最重要的假定：第一，报应与功利之间具有统一的基础，不是截然分立的。第二，报应是一体论的基点，一体论是报应主义主导下的报应主义与功利主义并存。一体论的经典表述是“因为有犯罪并为了没有犯罪而科处刑罚。”关于一体论以及一体之罪的论述，参见陈兴良：《本体刑法学》，商务印书馆2001年8月版，第66页、第652页；张明楷：《刑法的基本立场》，中国法制出版社2002年3月版，第333页；邱兴隆：《关于惩罚的哲学：刑罚根据论》，法律出版社2000年12月版，第314页；梁根林：《刑罚结构论》，北京大学出版社1998年10月版，第50-54页。

④有学者提出，对犯罪社会危害性进行价值评价，应当从三方面进行：第一，确定一定价值客体，即存在着人们认识和实践的特定对象；第二，确定一定的价值主体，即对价值客体进行认识和实践的人；第三，确定进行价值判断的价值标准，即价值主体根据理性和既往生活经验而形成的需要和利益。参见冯亚东：《理性主义与刑法模式》，中国政法大学出版社1999年1月版，第22页。

罪样本的实证研究,就是这套系统的一个具体应用。那么,既然抢劫案件的审理质量可以运用这套系统进行监测,其他类型的案件应当也可以。可以相信,这套系统将有助于上级法院进行案件审理质量的宏观管理。例如,表2 显示的是四个审判单位各自的同案异判率水平。对这四个审判单位的上级法院而言,这种实证数据的价值显而易见。

表2: 不同法院(法院) 同案异判率分布

		法院				合计	
		法院A	法院B	法院C	法院D		
案件 处理 结果 的等 级一 致率 ^c	过轻	频次	1	4	1	1	7
		列百分比	.2	.9	.8	1.9	.6
	偏轻	频次	40	43	5	6	94
		列百分比	8.6	9.5	3.8	11.1	8.5
	一致	频次	406	368	102	44	920
		列百分比	86.9	80.9	77.9	81.5	83.1
	偏重	频次	20	37	16	3	76
		列百分比	4.3	8.1	12.2	5.6	6.9
	过重	频次		3	7		10
		列百分比		.7	5.3		.9
	合计	频次	467	455	131	54	1107
		列百分比	100.0	100.0	100.0	100.0	100.0

a. 样本数= 1107; p < 0.0005

b. 数据来源:法意实证案例法规全互动数据库(www. lawyee. com) 截至2002 年11 月在线全部抢劫罪案例

c. 在样本范围内案情SC0 值的序位与刑罚综合值的序位之间是否一致

观察表2 便会发现,四个法院(法官) 的抢劫案件同案同判率水平有所不同。法院A 的同案同判即等级一致率为86.9%, 位居第一位。法院D 的同案同判率为81.5%, 位居第二位。法院B 的同案同判率为80.9%, 处在第三位。法院C 的同案同判率最低,为77.9%。而且,在同案异判的案件中,法院D的偏轻或者过轻的概率较大,两者相加共有13个百分点。法院C 的偏重和过重的机会都名列第一,偏重率为12.2%, 过重率为5.3%。^①其中,尽管同案异判的案件毕竟属于少数,但对每一个当事人的被害人和被告人而言,每一个同案异判的结果都意味着百分之百的不公平,^②同时,对上级法院而言,同案异判的每一个百分点都意味着若干个这种不公平。以往,上级法院缺乏系统、科学、有效的评估手段,无法对下级审判机关的审判质量进行客观评估。现在,如果利用这套实证分析系统对案件信息进行同案同判率的评估,相信可以在一定程度上改进现行审判质量管理机制。

降低同案同异判率的另一个工具平台就是案件处理参考系统。此类系统可以分为归纳型、演绎型

①应当承认, 尽管样本数已达到1107个, 样本的获得也具有相当的随机性, 但相对全国范围的抢劫犯罪的巨大基数而言, 其代表性仍然十分有限。因此, 笔者的本意并不是希望读者相信这个评估结论, 而是希望说明, 运用这种方法可以进行类似这样的宏观研究。

②在以往的错案概念中, 罪与非罪、此罪与彼罪的界限如果弄错当然为错案, 而轻罪、重罪的界限似乎没那么重要。应当说, 这是一种错误观念。轻罪重判或者重罪轻判都是罪刑失衡, 都意味着同案异判的不公正, 因而也都应当被认为是错案。

和自然型三种。其中,归纳型^①案件处理参考系统对总体上法治环境的水平要求较高,其前提条件是立法完全合理,所归纳的案件也公认合理,而且,司法先例的影响力得到普遍承认。这样,作为归纳的结果,以往案件处理结果才可能规范未然案件的处理。就中国现实国情而言,这种系统的产生和存活都缺乏必要的现实可能性。演绎型^②参考系统的确提高了司法活动的科技含量和用法的速度,也在一定程度上限制了法官的主观擅断,但其局限显而易见:首先,这类系统本身不具有学习能力,它并不自动根据现实中各种变数增加自己的库存知识,自身的更新维护仍对人力具有较大依赖。其次,它很难灵敏地辨别出不同案件细节之间的差异,使司法活动失去了应有的主观能动性。因此,演绎型系统也非降低同案异判率的最佳良方。笔者认为,比较符合中国国情,同时又具有自身完善机制和学习能力的案件处理参考系统,应当是自然型案件处理参考系统,即一种各地法院已然判决的多维检索系统。基于这种参考系统,与同一案件处理有关的所有司法人员、律师、各方当事人拥有同一个先前同类案件处理结果的信息平台,它可以使人看到并比较以往此类案件的所有处理结果。这样,同一案件的不同关系主体会从各自的角度出发寻找有利于自己的以往案例,以便在争讼中说服法官支持自己的立场。其结果,尽管同种情况的异种判决被展露无遗,但所争论的问题将无形中变成可供参引的判决中哪一个更接近本案案情。最后人们会发现,新案件的处理只会处于以往同种情况不同判决结果的两端之间,如果突破这个范围,说明并非同种情况。不断如此比较下去,人们更会发现,同种情况的处理差异将日渐缩小,同案异判就在这无形之中走向消失。

Abstract : To accord consistent judgments to similar cases is the requirement of equity principle in the application of law . However , based on the empirical study of 1107 cases , this article elucidates that such conclusion could not be drawn so simply in fact , namely , real trials indicate that different judgments have been inflicted on similar cases . Thereupon , this article also brings forward two possible approaches to the said discrepancy existing between cases and those judgments .

(作者单位:北京大学法学院)

(责任编辑:白岫云)

^① 归纳型以美国的《量刑指南》为代表,它在归纳了一万个案件量刑结果的基础上,对每一种犯罪都进行了量化处理,分别归入43个基本犯罪等级,每种犯罪都可以对号入座。比如“一级谋杀”和“在特殊保护地区发生的或者涉及未成年人、怀孕妇女的毒品犯罪”虽然分属侵犯人身罪和毒品犯罪,但在罪量上相等,都为43级。“盗窃、侵占和其他形式的盗窃”

与“侵犯著作权的犯罪”虽然都属于侵犯财产罪,但前者的基本罪量为4级,而后者的罪量则为6级。对数额犯,都按照相应数量的大小换算各个级别的基本犯罪等级。根据不同犯罪点数,可以在“量刑表”中迅速检索到相应的刑期。这就实现了罪刑之间关系的可计量性和明确性,从而对法官的量刑活动形成了事实上的限制。比如,某案件的被告实施了侵犯商标权的犯罪,被确定的犯罪等级为6,其犯罪史点数为5,在量刑表纵轴与横轴的相交处,该被告只能在2-8个月的幅度内量刑。此外,《量刑指南》还对量刑程序、辩诉交易、罚金等问题做了详细规定,使罪刑关系的对应比较具有可操作性。可见,《量刑指南》基本上是一种判例法范围内的具有制定法性质的规范性文件,实际上是一种判例的提炼与集成。参见美国量刑委员会:《美国量刑指南》量刑指南北大翻译组译,北京大学出版社1995年1月版。

②所谓演绎型案件处理参考系统,就是目前少数审判机关正在试用的一种量刑软件。基本原理是将某类犯罪的所有法律规范、司法解释存入计算机程序,形成量刑专家系统,法官只要将案情信息按照专家系统的要求逐一填入相关对话框并要求计算机执行,计算机便会迅速将案情信息的综合情况与计算机预存的规范库中相关知识之间进行匹配并给出相关度最高的相应法条和司法解释结果,为法官定罪量刑提供迅速、确切的参考。