

刑事案件“同案同判”的理性审视

周少华*

摘要:绝对的“同案”并不存在,形式化的“同案同判”观念在方法论上的意义极为有限,缺少指导司法实践的工具性价值。形式化的“同案同判”不仅与以追求案件具体妥当性为目标的司法现实难以契合,而且会导致人们对“同案不同判”现象认识不足,不加分析地将其一概视为司法公正的敌人,从而也否定了某些差异化判决所具有的合理性。为了避免此问题,我们必须从绝对主义的“同案同判”回归到相对主义的“类似案件类似判决”,将刑事司法中的“同案不同判”区分为不合理的“同案异判”与合理的差异化判决。二者最重要的区别是:前者已经丧失刑罚均衡,而后者仍然能够保持刑罚均衡,并更好地实现个案公正。

关键词:刑事司法 同案同判 个案公正 同案不同判 差异化判决

DOI:10.16390/j.cnki.issn1672-0393.2020.03.002

犯罪问题是所有国家都会面临的一种社会现象。如何有效、公正地惩罚犯罪,不仅是法律技术上的难题,而且也是一个关乎公平正义的问题。在刑事司法中,国家权力(刑罚权)与个人权利之间的冲突展现得最为充分,因而也成为投射司法公正的一面镜子。从正面说,刑事案件的个案公正最能彰显司法公正和法律正义的力量;而从反面说,刑事冤案、错案和不公正的判决,又极易让公众的正义情感受到伤害,给人留下“司法不公”的印象,并使司法权威严重受损。

因此,刑事司法公正居于整个司法公正的核心位置,并通过个案公正的形式表现出来。关于刑事个案公正,基本可以从两个方面进行界定:一方面是实质意义上的“罚当其罪”,另一方面是形式意义上的“平等适用”。笔者撰写本文想要探明的核心问题是:在个案的意义上,我们如何理性地阐述刑法的“平等适用”?“平等适用”的核心要义是否众口一词的“同案同判”?如果“同案同判”确实是一个不可怀疑的公理,那么它在多大程度上能够成为一项可实践的法律原则?或者,我们应该对刑事案件的“同案同判”抱有怎样的预期?对这些问题的理论澄清,不仅关涉到刑法的平等适用原则在司法实践中的现实化程度,而且也关涉到人们对“同案不同判”现象的批判在多大程度上是合理的。

* 广州大学法学院教授、博士生导师
基金项目:国家社会科学基金项目(17BFX189)

笔者之所以关注这些问题,是因为很多人把“同案同判”当成司法公正的代名词,相应地,也就把“同案不同判”作为司法公正的最大障碍。而之所以将论题集中于刑事司法领域,是因为刑事案件的判决结果关涉到个人重大权利的限制或剥夺,人们对法院判决的确定性和量刑公正抱有极高的预期。“同案同判”在刑事司法中不仅具有要求法律平等对待的形式公平的意义,而且还具有比较而言的实体公平的意义。相反,在民事司法中,由于权利人处分权介入、当事人和解、法院调解以及证据规则等诸多因素的影响,实质上相同的案件常常会有极为不同的处理结果,且其合法性很容易得到规范性的论证,以致“同案不同判”成为司法的“常态”。因此,“同案同判”在民事司法领域的法治意义也就不如在刑事司法中的那般昭彰。

笔者的基本观点是:即便是在对法律的确定性抱有最高预期的刑事司法领域,“同案同判”也并不具有当然的合法性。因为“同案同判”仅仅形式化地表达了刑法的平等适用原则,却无法说明“同判”本身在实质意义上的正当性。判决的正当性,只能通过判决理由的阐释得到说明,简单化的“同案同判”,或许会因忽视案件中的特殊因素而欠缺实质合理性。因此,从追求个案公正的角度看,对“同案同判”命题需要重新进行思考。当然,一开始就需要声明的是,笔者并不是要否定“同案同判”这一包含正义观念的司法准则,而是试图更好地去解读它。

一、刑事案件的“同案”如何判定

长期以来,人们习惯于将法律的平等适用原则通俗地表达为“同案同判”,并把同案同判视为司法公正的基本要求;相应地,“同案不同判”则被认为不符合司法公正,是对平等原则的违反。那么,在司法实践中是否真的存在大量所谓的“同案”呢?或者说,我们所说的“同案”究竟指的是什么呢?“同案”是“同判”的基础,要实现“同判”,首先得说明“同案”的存在。然而,“同案”的判定似乎不是一件容易的事情。

由于刑事司法的目标是要对特定的犯罪行为进行法律评价,并决定应当科处的刑罚,因此所有的案件最终都要落实到作为法律效果的量刑结果上。“罪责概念和罪责原则的效果,基本上都是通过量刑表现出来的。……一方面,作为归责的主要内容,罪责主要作为刑罚的上限来理解;另一方面,作为量刑罪责,罪责的程度决定了刑罚的严厉性。”^①“同案同判”所追求的,正是罪责程度相同的案件在最终结果上的一致性。但是,量刑结果不仅取决于由行为的性质所决定的定罪事实,而且还取决于体现行为的社会危害性大小和犯罪人人身危险性高低的各种量刑事实因素。正因如此,有学者指出,一个待决案件与一个作为参照的已决案件是否属于“同案”,需要有两个分析步骤,即通过对案件性质上的定性分析和对案件情节上的定量分析,才能加以判断。^②两个以上的案件只有在“质”和“量”两个方面都“等同”时,才可以称得上是“同案”。根据这一认识,笔者认为就刑事案件来说,不同个案如果属于法律意义上的“同案”,那么它们就应当同时具有以下4个方面的“类同性”: (1) 犯罪性质上的类同性, (2) 犯罪情节上的类同性, (3) 犯罪人情节上的类同性, (4) 其他量刑情节上的类同性。

由于罪刑法定原则的存在,因此对犯罪性质的认定应该坚持法定标准,以刑法的“明文规定”作为首要的判断依据。尽管人们在犯罪论体系的理论构造上存在不同的认识,对于犯罪性质类同性的判

^① [德]汉斯-约格·阿尔布莱希特:《重罪量刑:关于量刑确立与量刑阐释的比较性理论与实证研究》,熊琦等译校,法律出版社2017年版,第32页。

^② 参见张志铭:《中国法院案例指导制度价值功能之认知》,《学习与探索》2012年第3期。

定可能会存在思维方式上的差异,但是从实践的角度看,法定构成要件的本质究竟是“违法类型”还是“违法、有责类型”,都不会影响构成要件作为认定犯罪的法律标准的判断。我国刑法采用形式评价与实质评价相结合的所谓“混合犯罪概念”作为法定犯罪概念,并采用“定性+定量”的立法模式规定犯罪构成,因而我国有学者认为:“就认定犯罪的法律标准而言,除了犯罪构成之外再没有别的标准,也不能在犯罪构成之外附加其他任何条件,所以,犯罪构成是认定犯罪的唯一法律标准。换言之,行为符合犯罪构成,是认定犯罪的唯一根据”。^① 刑法针对每一个具体犯罪所规定的犯罪构成,即是区分罪与非罪、此罪与彼罪的法律标准,也是判断行为性质的法律标准。一般来说,不同个案中犯罪行为的客观表现和主观方面完全相同,符合同一个罪的犯罪构成,就可以认为它们在犯罪性质上具有类同性。

作为严重危害社会的行为,犯罪既具有质的规定性,又具有量的规定性。因此,不同个案仅仅在犯罪性质上具有类同性,并不能说明它们属于“同案”,至多能够说明它们属于“同类案件”。在“罪性”同一的基础上,只有“罪量”的比较也获得等值的评价,才能最终确定它们属于“同案”。

按照有的学者的说法,“罪量是关于犯罪严重性程度的综合评价”。^② 笔者接受这一说法,并且认为,罪量是由可以说明犯罪行为社会危害性大小的各种客观事实即“情节”所共同决定的。而“情节”有“犯罪情节”“犯罪人情节”及“量刑情节”之分,其中,对罪量起直接决定作用的是“犯罪情节”和“量刑情节”。“犯罪情节”是指超犯罪构成要件的事实情况。这些事实情况虽然并不影响犯罪性质(罪名),但是与决定犯罪性质的主客观事实具有密切的联系,能够进一步说明犯罪行为的社会危害性程度。正如有的学者指出的那样:认定犯罪性质,只是解决了应当适用的刑法条文,并没有完全选定法定刑,故不等于量刑的结果完全正确。在犯罪性质相同的犯罪中,由于犯罪情节不尽相同,因此犯罪的社会危害程度也不一样。要使刑罚与罪行轻重以及犯罪人的人身危险性程度相适应,就必须使刑罚与犯罪情节相适应。在刑法规定了不同层次的法定刑的犯罪中,分清各个犯罪行为的情节属于哪个层次,对于正确量刑具有特别重要的意义。即使某种犯罪只有一个层次的法定刑,犯罪情节对于如何在该法定刑幅度内选择刑种与刑度,也具有十分重要的意义。正因为犯罪情节具有重要意义,并且犯罪情节又可以分为对犯罪人有利的情节(从宽情节)与对犯罪人不利的情况(从严情节),所以需要全面掌握犯罪情节,掂量各种情节对社会危害程度的影响作用,考虑各种情节对决定刑罚的作用。^③ 在此,笔者所要考虑的问题是:正是由于犯罪情节可以反映行为的社会危害性大小,因此,犯罪情节的比较也就成为判断性质相同的两个案件是否属于“同案”必不可少的步骤。

符合同一犯罪的构成要件、犯罪情节相当的两个案件,虽然在规范评价的意义上可以被认定为“同案”,但是由于“同案同判”所追求的“同判”显然意指根据法律所作的最终评价结果——刑罚之量的“同”,因此在判断不同个案是否属于“同案”时,量刑情节也是必须考虑的因素。符合同一犯罪的构成要件、犯罪情节相当的案件,尽管在定性方面比较容易得到相同的法律评价,但是在具有构成要件要素意义的定罪事实之外,往往还存在很多可以反映罪行轻重以及行为人人身危险程度的情况。这些情况不具有犯罪构成事实的意义、不能说明犯罪的基本性质,但却是量刑时应当加以考虑的,因而成为法律规定可能认可的量刑情节。量刑情节的基本功能虽然是据以决定“刑量”的轻重或者是否免

① 张明楷:《刑法学》,法律出版社2011年第4版,第100页。

② 白建军:《罪刑均衡实证研究》,法律出版社2004年版,第137页。

③ 参见张明楷:《刑法学》,法律出版社2011年第4版,第493~494页。

除刑罚处罚,但是由于刑罚本身就是对犯罪进行法律评价的工具,因此量刑情节实际上也是对“罪量”进行评价的事实因素。基于此,在不同个案是否属于“同案”的判定过程中,量刑情节当然也是重要的比较因素和评价指标。

此外,在“同案”的判定过程中,另一个重要的比较因素和评价指标是“犯罪人情节”。所谓犯罪人情节,是指与犯罪人的人身危险性密切相关、能够反映其人身危险性程度的属于犯罪人的个人情况。虽然1997年《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)第61条关于量刑根据的规定中没有明文规定犯罪人情节,并且大多数刑法学者通常也只论及犯罪情节而未讨论犯罪人情节,“但是根据刑法总则的有关规定的精神以及实现刑罚特殊预防目的的需要,量刑时应当考虑犯罪人情节,这也是刑罚个别化原则的要求”。^①严格地说,犯罪人情节本身并不直接反映危害行为的罪量,但是它可以反映行为人的身危险性程度,因而从特殊预防的目的出发,此类情节也是量刑时需要考虑的因素。在刑法理论和司法实践中,诸如“犯罪人一贯的表现”“前科”等犯罪人情节,被普遍认为应当作为酌定量刑情节发挥作用。例如,其他各方面完全相同的两个案件,如果犯罪人的某些个人情况明显反映出不同的人身危险性,那么当然不能进行“同判”,而应认为它们不属于“同案”,宜作出不同的处理。

以上对“同案”的判定标准及比较因素的讨论,目的并不在于提供一个据以判定“同案”的理论标准和操作方案;相反,笔者的目的是以此为基础来揭示“同案”判定的复杂性、艰难性。由于与犯罪行为相关的各种因素、与犯罪行为本身相关的各种因素以及与被害人相关的各种因素,都可能成为影响量刑结果的因素,并且这些因素的组合会形成无数种情形,因此使得两个案件很难被认定为同案。在实践中,要想证明一个案件与另一个案件属于“同样案件”或“相同案件”,几乎注定是要失败的。

二、刑事案件“同案同判”的实践难题

有论者认为,“同案同判”的实现有赖于量刑事实与量刑模板的一一契合,因而实现“同案同判”就可归结为以下两个步骤:其一是量刑事实的发现,即全面查明影响定罪量刑的所有事实;其二是量刑模板的发现,即精确定位最为贴切的规范或先例。一旦完成这两个步骤,法官裁判就如水到渠成,一蹴而就,“同案”也必然归于“同判”。^②按此说法,“同案”的判定似乎只是依据法律规定所作的一个逻辑判断过程,不存在什么特别的困难。然而,这样的认识并不符合事实。因为其所说的两个前提性的条件——“全面查明”和“精确定位”——就很难达到。实际上,由于复杂的原因,“同案”的判定并不能在精确量化的意义上进行确证,不仅影响定罪量刑的事实难以穷尽,即使穷尽了也无法在两个以上的案件之间进行比较,而且所谓“最为贴切的规范或先例”恐怕至多也仅具有相对意义,很难“贴切”到完全一致的程度,因此所谓的必然归于“同判”就难免令人生疑。

1997年《刑法》第61条规定:“对于犯罪分子决定刑罚的时候,应当根据犯罪的事实、犯罪的性质、情节和对于社会的危害程度,依照本法的有关规定判处。”据此,量刑活动不仅应当建立在对犯罪事实、犯罪性质准确把握的基础上,而且还要充分考虑各种“情节”以及行为“对于社会的危害程度”。这其实已经表明,量刑活动不仅是一项复杂的认识活动,而且是一项艰难的评价活动,从根本上无法被简化成一个逻辑推演过程,而只能依赖裁判者的专业智慧和实践技艺。因为在司法实践中,各种犯罪评价因素聚焦于同一个案件事实,最后要得出一个确定的处理结果,就必须对这些复杂交织的因素

^① 曲新久:《刑法学》,中国政法大学出版社2009年第2版,第215页。

^② 参见兰荣杰:《程序视野中的“同案同判”》,《当代法学》2013年第4期。

进行澄清、比较、选择和说明,唯有如此才能使判决建立在可靠的基础上。这一过程不仅受制于刑法的罪责原则,而且受制于定罪、量刑程序,其间既有相当的客观性、制度性的保障使得案件处理结果具有确定性,也有某些主观因素或法官“无可奈何”的因素使得司法面临某些不确定性。

例如,要说明两个看上去相似的刑事案件是否属于“同案”,首先来自对两个案件的基本犯罪构成事实的比较,而比较的前提是事实的认定。而事实的认定不仅意味着要将具有定罪意义的构成要件事实提炼出来,而且也包括将不具有定罪意义但具有量刑意义的其他事实因素提炼出来。这对“同案”的判定无疑具有基础性的作用。但是,通过下面的分析我们会发现,不仅事实的认定很难精确、客观,而且规范地发现也并非具有绝对的确定性。及至量刑环节,裁量因素的多样化使得判决结果更是具有浓重的个案色彩。

(一)案件事实的认定难以完全客观

法律推理小前提的建构,即案件事实(定罪事实)的提炼,并不单纯是一个客观现象的发现过程。因为不少事实构成特征与目的和(价值)评价相关,同时,“关于事实的问题(即哪个生活事件必须得到评价)必然与相关法律规范的事实构成相联系”,^①所以,即便是事实的认定也依然包含评价在内。

尽管在刑事审判过程中,法庭所要认定的“事实”本身是客观的,但是由于事实认定是人的一种认识活动,而认识活动本身又具有主观性,因此在诉讼活动中,“我们对案件事实的认识,只是一种相对的真实,而非绝对的真实”。^②在抽象、提炼案件事实的过程中,法官个人的价值判断是很难避免的。即便人们对于存在何种事实的判定通常比较一致,对于该事实的法律意义的判断也仍然可能发生分歧。例如,同样一个交通肇事后留在现场、对被害人不予救助的行为,持实质解释论者倾向于认定为“逃逸”,而持形式解释论者则会反对这样的认定。如果是这样两个类似的案件分别交给持有不同立场的法官去评判,那么他们眼中的案件事实还是相同的事实吗?

而且,刑法通过构成要件所规定的各种具体犯罪行为并不真的“具体”,而是一种“类型行为”。只有当某一个案件的具体犯罪事实被确定无疑地归入到某一法定构成要件之后,案件事实才被最终定型为“犯罪构成事实”,构成要件才成为具体化的构成要件。而这一工作,是由既理性又感性的法官来完成的。某一危害行为能否被涵摄进合适的法定行为类型,往往会因法官个人对事实的评价以及对法律的理解不同而产生相异的结论。也就是说,即便从几个类似案件中提炼出来的案件事实相同,在对其进行法律归类(涵摄)的时候,也可能被纳入不同的行为类型(构成要件)中。

另外,刑事诉讼的“法律事实观”也意味着,对事实的认定还必须遵守刑事程序的要求。但是,这种“正当程序原则”并不总是有利于发现事实真相。在认定事实的过程中,经常存在各种相互冲突的证据。对于相互冲突的证据,如果无法通过外在手段予以认定或排除,则法官可依“自由心证”原则自由地进行判断。^③由于法庭发现事实真相的职责必须受到某些重要利益的制约,特别是受到由宪法保障的基本权利的制约,因此某些证据即使有利于发现事实真相(如非法获取的证据),也应予以排除。而某种证据是否应予排除,除法律有明确规定外,一般属于法官自由裁量权的范围,特别是在证

^① [德]伯恩·魏德士:《法理学》,丁晓春、吴越译,法律出版社2003年版,第297页。

^② 锁正杰:《刑事程序的法哲学原理》,中国人民公安大学出版社2002年版,第117页。

^③ 尽管我国法律没有规定自由心证制度,但是自由心证在我国的司法实践中是客观存在的。因为法官往往是依靠审判经验自觉或不自觉地在运用自由心证的原则性精神对证据进行审查判断。即使强调坚持实事求是的判断证据的原则,也存在一个主观对客观的认识过程,不可能完全排除法官的自由心证。

据合法与非法的界限难以判明的情况下,更是取决于法官个人的见解。因此,正如有的学者指出的那样,在刑事诉讼中,虽然“多数案件能够通过正当程序达到实质真实发现的目标,使刑事诉讼本身接近理想状态,但也有不少案件,正当程序与实质真实发现之间存在矛盾,形成鱼和熊掌不可兼得的局面,这就需要在两者之间进行权衡和选择”。^①而在权衡和选择的过程中,法官个人的价值判断必然要发挥作用,所以,“根据法律”认定的事实必然是已经过价值判断的事实。由于事实认定常常是与行为的罪责评价联系在一起的,因此,它也将直接影响刑法实体规范的选择和适用。

刑事审判是将刑法实体规范适用于具体案件的活动,而法律适用的真实状况是:在很多情况下,法官都并不只是通过法律解释活动来判断某个刑法条文是否包含某种行为,而常常是通过对所认定事实的评价活动来判断该行为事实是否属于刑法条文所规定的行为类型。也就是说,在法律适用过程中,法官有时不是在解释刑法,而是在解释事实。在这种情况下,法官对行为事实的认定、评价将决定某一刑法规范是否适用于该行为,可见,事实的认定实际上也影响刑法的适用范围。例如,对于偷盗大街上的窨井盖的行为,是按照1997年《刑法》第114条认定为“以危险方法危害公共安全罪”,还是按照该法第264条认定为“盗窃罪”(也很可能因“数额不大”不构成犯罪),在很大程度上就取决于法官对行为事实的评价,而不单纯是规范选择的问题。因为要证明偷窃窨井盖的行为是否威胁到公共安全并不容易,除非该行为已经造成人身伤亡的严重后果;而在并未出现此严重后果的情况下,行为是否存在对于公共安全的威胁就变成一个解释问题,而解释乃是主观加之于客观的东西,因而由此产生的结论也就不具有“唯一正确答案”意义上的那种确定性。

(二)规范选择难以避免解释与评价所带来的不确定性

法律适用的逻辑推理不仅需要由案件事实构成的小前提,而且需要一个由法律规范构成的大前提。法律规范虽然先于待决案件而存在,同时法律或许也有其客观的含义和特定的规范目的,但是作为法律适用基础的“规范的发现”——法律推理大前提的寻找,并不是一个纯粹客观化的过程。

认定事实的目的是为了正确地适用法律,而在适用法律时,首先需要判断行为的内涵与法律条文描述的内容是否相符。若能认定行为是符合构成要件的行为,则需进一步探索行为的违法性及罪责状态,以作为定罪量刑的依据。这是大陆法系国家法律适用过程的一般情形。在我国,由于符合犯罪构成的行为便同时是具有违法性和有责性的行为,因此,刑法的适用过程就是判断行为是否符合法律规定的某一犯罪的构成要件的过程。而要将抽象的刑法条文适用于具体案件,法官常常需要首先对法律进行解释,以了解法律的意义。在对法律的概念、语句所作的解释存在两个及两个以上合理的结论时,法官就必须作出选择,这种选择实际上已经是在行使裁量权。由此可见,刑事法官的裁量权绝不只是存在于量刑问题上,它同样存在于构成要件的解释与构成要件符合性的判断过程中。诚如南非宪法法院前大法官奥比·萨克斯所言:“‘判断’本身就默认了价值判断,……虽然放在法律天平上的构成要件是客观的,但每个构成要件的个别权重,和最后综合出来的衡量结果,会因不同法官而有所不同。”^②只要允许对构成要件进行解释,只要还有法官的判断,那么即便是对案件具有定型作用的法定构成要件,也不具有最终的确定性。

对刑法中的不确定法律概念和弹性规定的适用,突出地反映出法官在“规范的发现”过程中所具

^① 张建伟:《刑事司法:多元价值与制度配置》,人民法院出版社2003年版,第23页。

^② [南非]奥比·萨克斯:《断臂上的花朵:人生与法律的奇幻炼金术》,陈毓奇、陈礼工译,广西师范大学出版社2014年版,第129页。

有的事实上的裁量权。当犯罪构成中存在不确定法律概念作为构成要件要素时,它们就属于规范性的构成要件要素,需要法官对该要素作价值判断。因为与描述性的要素仅要求一种“感性的表象”不同,规范性的要素要求一种“精神上的理解”,因而前者可以直接被人们所认识,后者则是“以一种评价为条件而存在”。^①也就是说,规范的构成要件要素是一种规范性的表述,其具体内容需要借助法官个人的评价才能最终明晰和确定。这种评价虽然并非全无标准,但是既然是评价,那么就必然受到作为评价主体的法官个人价值观的影响,因而在对规范的构成要件要素进行解释时,可能会形成不同的结论,并进而据此形成不同的判决结果。

不过,大部分刑法学者认为,规范的构成要件要素与记述的构成要件要素的区分具有相对性,或者说二者的差异不是质的差异,而是量的差异。规范的要素也具有“对事实的关联性”,^②而“在描述性特征中包含了规范性的特点”,以致我们可以“把大部分行为构成的特征看成一种规范性和描述性因素的混合,一会是这个要素占了上风,一会是那个要素占了上风”。^③于是,“即使是记述的要素,仍需要法官作某种法律的价值判断。例如,杀人罪之客体,所称之为‘人’仍有解释上之问题。因而所谓记述的要素者,实际上均可称为规范的要素”。^④如果我们接受这一看法,那么也就必须认为,在确定刑法所规定的犯罪构成要件时,根本无法完全排除法官个人评价因素的存在。也就是说,法官在处理具体案件时所选择的规范类型,已经是经过法官个人“想象性重构”的规范,而非立法者提供的那个既存的规范。既然事实的认定和构成要件的确定都无法排除司法者主观因素的介入,那么在犯罪构成要件符合性的判断上,也就不可能是绝对客观的。这意味着,相同的案件事实即使在定性问题上也可能存在不同的判断。

(三) 刑罚裁量因素的繁杂使量刑活动具有复杂性与选择性

如果说提炼定罪事实、发现规范(寻找相符的法定构成要件)这样具有相当客观基础的工作都无法确保其绝对的客观性的话,那么量刑事实的认定更是充满裁量因素所决定的诸多不确定性。各种量刑因素能否被发现、能否被认可、在多大程度上和在何种性质上被认可,均会直接影响到最终的量刑结果;而且,各种量刑事实在与法律规定的法定量刑情节相对接的过程中也充满了判断。于是,裁判结果的差异性,必然通过审判过程中的各种复杂因素共同作用而表现出来。

由于刑事司法的目标是解决犯罪人的刑事责任问题,确定与罪责程度相适应的刑罚,因此事实的认定和规范地发现最终都是为量刑服务的。而量刑所要参酌的事实因素是多方面的,它“不仅包括那些容易被感知的事实情况,如犯罪手段的残暴与否、犯罪后果的轻重等,同时还包括那些难以为人所感知的主观性量刑情节,如犯罪的动机、目的、犯罪后的态度等”;^⑤并且,在具体案件中,能够说明犯罪手段、后果、动机、目的及罪后态度的具体事实因素又都是极为繁杂的。由此而论,虽然法律将很多事实因素规定为法定量刑情节,但鉴于酌定量刑情节有其存在的合理性,因而对量刑可能产生影响的“具体事实因素”实际上是难以穷尽的。因为所谓“酌定”,就是根据案件的具体事实情况,个别性地加以考虑的情形,所以,在现实生活中犯罪事态的复杂性决定了酌定量刑情节不在少数。

^① 参见[德]克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论》(第1卷),王世洲译,法律出版社2005年版,第201页。

^② 参见[德]汉斯·海因里希·耶赛克、[德]托马斯·魏根特:《德国刑法教科书(总论)》,徐久生译,中国法制出版社2001年版,第330页。

^③ [德]克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论》(第1卷),王世洲译,法律出版社2005年版,第201页。

^④ 陈弘毅:《刑法总论》,台湾汉林出版社1983年版,第87页。

^⑤ 周光权:《刑法总论》,中国人民大学出版社2007年版,第406页。

真正复杂和微妙的地方在于,对量刑可能产生影响的“具体事实因素”不仅繁杂,而且每一种因素当中又都包含法官行使裁量权的空间。即便是法定量刑情节的适用,法官也享有不同程度的裁量权。因为据以体现法定量刑情节的量刑事实也是需要法官进行具体评价的,所以几乎所有法定量刑情节都不具有唯一确定的量刑功能,即使在单功能法定量刑情节的适用中,也存在自由裁量的余地。至于酌定量刑情节对量刑的作用,更是完全取决于法官的判断,虽然其适用需要受“刑法精神”的指导,但毕竟属于法官自由裁量权的范围。因此,就酌定量刑情节而言,不仅那些能够表征行为的社会危害性和行为人的身危险性具体事实因素需要留待法官在案件的处理过程中进行情境化的判定,而且这些事实因素对量刑是否发挥作用、发挥多大的作用,也都属于法官自由裁量权的范畴。

如前文所述,不同个案之间必须求得定性分析和定量分析上的一致性,才能判定为“同案同判”命题下的“同案”。这就意味着,即使是符合同一犯罪的构成要件、犯罪情节相当的两个案件,如果其在影响量刑的因素上存在差异,那么也不能认定为“同案”。

量刑情节是对案件进行定量分析最主要的指标,而由于与量刑情节相关联的量刑事实类型众多,每一种量刑事实又不可避免地需要评价和裁量,因此对案件进行定量分析时需要考虑的因素是非常多的。相应地,在判定两个案件是否属于“同案”时,需要进行比较的因素也同样极为广泛。或许正是因为这个原因,所以对具体犯罪行为进行罪量评价要比对行为进行定性评价更为困难和复杂。且不说某些性质不同的比较因素之间缺乏进行比较的基础,在变量很多的情况下,比较实际上已经变得极为困难。在两个案件之间,骨架性的基本情状是否具有类同性或许比较容易判定,但是那些看似“细枝末节”而又并非没有实际意义的情节之间的比较则是非常复杂和困难的。因为越是“细枝末节”越有可能呈现不同的面貌,最终的结果很可能就是,所有试图用于证明“同案”存在的比较因素最后都会成为否定案件类同性的因素,以致几乎所有的案件都更容易被判定为“异案”。因为两个案件即使有再多的相同点,只要出现一个具有法律意义的相异点,就足以否定“同案”的存在。

由上可知,无论是在理论上,还是在实践中,要判定一个案件与另一个案件属于“同案”,都存在相当大的困难。需要特别强调的是,造成这种困难的原因并非异常,而是法律实践所面临的常态。即使我们通过某种方法判定两个案件是“同案”,但由于据以判定“同案”的比较因素众多,再加上各种不确定因素的影响和主观因素的混入,因此这种判断其实都仍然是建立在不完全比较的基础之上的,可能是极不可靠的。正因如此,即使是我们采用高度严谨的实证方法所证明的“同案”,也只不过是相对意义上的“同类案件”或“相似案件”。严格地说,“同类案件”或“相似案件”仍然属于“异案”。正是基于这个原因,笔者认为,对于司法实践来说,真正具有意义的问题或许并非“同案同判”,而是合理的差异化判决。^①

三、从“同案同判”到“类似案件类似判决”

笔者揭示“同案同判”作为司法准则所面临的实践难题,并非意在否定它所蕴含的“平等”这一重要的法律价值,而是想说明这样一个事实:既然“同案”的判定充满不确定性的风险,而“同判”过程中亦难免会遇到同样多的不确定性,那么“同案同判”的实践功能就值得怀疑。不是怀疑其形而上的层面,而是怀疑其形而下的层面,即它怎么能够成为一项具有可操作性的司法准则呢?

^① 关于刑事案件差异化判决的合理性问题,笔者曾进行过专门的讨论。参见周少华:《刑事案件的差异化判决及其合理性》,《中国法学》2019年第4期。

“同案同判”是建立在法律的平等适用原则基础上的一种司法观念,但是,如果我们考察一下“平等”的观念史,那么就会发现法律的平等适用原则所强调的,是法律对公民无差别的对待,其程序意义大于实体意义。它旨在保证对待的条件、标准无差别,反对法律上的歧视,而不是要求结果上的一致性。仅仅在结果上具有一致性,并不能说明受到公平的对待;同理,结果上的不一致,也不能说明没有受到公平对待。

反观“同案同判”的理论诉求,“同判”主张所追求的恰恰是“同案”在结果上的一致性。也就是说,“同案同判”不仅要求平等对待,而且要求实质内容的平等判决。在刑事司法中,“同案同判”命题的核心内容是,对于犯罪性质相同、罪责程度相当的案件,就应该作出相同的判决。值得深思的是,这种在实质结果上要求平等的观念,又恰恰是一种高度形式化的思维方式。因为在从“同案”到“同判”的过程中,仅仅具有一种逻辑的力量,而排斥对虽为“同案”但仍然相互独立的两个个案的具体审查,从而可能忽略案件中的特殊性,不利于个案公正的实现。具体到我国的司法实践,由于我国并没有将先例作为一种法律渊源,因此即便是指导性案例,也只是要求各级人民法院审判类似案件时应当参照。“参照”显然不意味着必须像法律一样得到严格“遵守”。更重要的是,迄今为止,我国最高司法机关发布的指导性案例的数量极为有限,还远远达不到全面“指导”所有案件的程度,部分指导性案例的代表性也并不显著,指导目标不具有类案指导(对同类案件一体指导)的价值。所以,法院在审理具体案件时,能够参照的权威性案例是极为有限的,大多数案件并无案例可供参照,或者说,应当参照的案例在哪里并不明确。因此,在我国现行法律制度下,实际上并不存在什么制度性的约束来确保法官在判案时必须与先前的某个类似案件进行比较,从而做到“同案同判”。法律适用的真实状况其实是,每一个案件都是“以事实为根据,以法律为准绳”单独进行审查的。就这一点来说,“同案同判”的司法准则并不具有指导司法实践的方法论意义。

如果离开对案件事实的具体考察和对案件特殊因素的考量,仅以“同案”为由就简单化地进行“同判”,那么至多仅能说明形式公正得到了实现,而不能说明实质公正同样得到了实现。例如,对于犯罪性质相同、犯罪情节和量刑情节相当的案件,通过定性分析和定量比较,虽然我们可以得出是否属于“同案”的结论,但是我们面对的毕竟是两个独立的个案,无论对两个案件的犯罪情节和量刑情节是进行“质的比较”,还是进行“量的比较”,都很难判定为“相同”,而只能判定为“相似”。既然是“相似”,自然不能排除进行差异化判决的可能性。但是,建立在形式平等基础上的“同判”主张却消弭了对案件进行个别化处理的思考空间,并可能造成实质上的不平等。

“同案同判”是从“适用法律人人平等”的宪法原则轻易就可推导出的观念,其正当性毋庸置疑,但是,其成立的前提是必须有“同案”。而本文前面的讨论已经表明,真正的“同案”很少存在,即使存在,也是很难判定的。法律判断是一种道德判断,因而法律方法并非一种纯科学化的方法。由于“同案”的判定标准和过程无法保证其自身的精确性、客观性,因此我们所宣称的“同案”也只是在比较的意义上而言的。并且,即使有两个案件可以被判定为“同案”,但是在各种因素的作用下,导向同判的可能性也极低。只要每个案件都是独立进行司法审查的,那么即使是所谓的“同案”,也没有一个必然的理由和法律程序一定能够确保“同判”。所以,一切宣称两个案件是“同案”的论断都是十分可疑的。即便是支持“同案同判”观念的学者也不得不承认:在司法实践中,并不存在绝对相同的两个案件,因此,这里“同案”的确切表述应当是“同类案件”或“类似案件”,而非“同样案件”或“相同案件”。^① 而如果

^① 参见张志铭:《中国法院案例指导制度价值功能之认知》,《学习与探索》2012年第3期。

“同案同判”命题中的“同案”指的是“同类案件”或“相似案件”，那么就不得不说，这样的“同案”仍然是需要进行个别化思考的。因为既然是“类似”，当然就不必求“同”，两个具有某些差异性的案件也可以是“类似案件”。相应地，在“类似判决”当中，也就包含做差异化处理的可能性。

与“同案”之说相比，“同类案件”或“相似案件”只需要以案件的基本事实作为判断标准，而不需要通过对案件全部事实因素的比较去求“同”。如此，不仅“类案”存在的证明更为简单易行，而且对案件“类似性”的判断也更容易获得说服力。至此，可以较为肯定地说，真正让“同案同判”命题陷入理论困境的，不是上文所阐述的所谓“实践难题”，而是人们对“同案同判”命题的绝对化。

“同案”必然归于“同判”，即使能够被实践，也是以下面两个前提性的假设为基础的：其一，法律本身完美无缺，可以将自身的普遍正义毫无损耗地输入到个案当中；其二，法官是高度理性的案件加工者，能够完全客观地理解并适用法律，且能保持始终如一。然而，这两个假设是不成立的。不仅法律本身不可能完美无缺，而且法官在案件的裁决过程中，也不可能仅仅是一个毫无道德判断的机械司法者。尤其是在刑事案件中，对犯罪事实的认定和评价虽然可以通过犯罪的构成要件来把握，但是却充满道德判断的可能性。对刑罚的决定，更是一个需要依赖法官个人判断的领域。正如有的学者所言：“刑罚必须经由法官的裁量，始得施行，刑罚系具有目的性的法律制裁手段，刑罚裁量系决定刑罚的运用方式与刑罚的轻重程度，故在决定过程中必须顾及刑罚的目的观。”^①刑罚不仅具有目的性，而且还有多种目的，多种目的交织组合的情形在不同的案件中也是不可能一样的。因此，“同案同判”本身并不意味着平等原则得到体现，更何况在“平等”这一法律价值目标的基础上，司法还必须实现其他目标。所谓个案公正，乃是对各种正义目标加以平衡的状态。正因如此，一旦我们将“同案同判”变成一项纯粹形式化的司法准则，那么其在实践中的方法论价值就被消解了。

因此，我们必须从“同案同判”的绝对主义回归到“类似案件类似判决”的相对主义。这既是方法论的回归，也是价值的回归。回归的主要理由在于：（1）“同案同判”的原始命题本来就是“类似案件类似判决”，当我们将其表述为中国化的“同案同判”时，语言的客观含义所呈现出来的就是一种绝对主义的观念，并进而反映在某些法学者的理论主张中。（2）绝对主义的“同案同判”所带来的是高度形式化的法律思维，而司法实践是以问题为导向的，需要在兼顾形式要求的同时，最大限度地实现个案中的实质正义。于是，为了澄清“同案同判”形式化思维带来的不合理性，我们不得不对“同案”与“同判”不断地进行重新界定。这本身就说明“同案同判”的说法极不严谨。（3）由于形式化的绝对主义“同案同判”观念的存在，因此人们对“同案不同判”现象的认识也呈现出绝对化，不加分析地一概将其视为司法公正的敌人，从而也否定合理的差异化判决。

当我们将“同案同判”回归到其原始命题“类似案件类似判决”时，不仅“同案同判”的实践难题可以得到相当程度的化解，而且也会让我们对“同案不同判”现象的认识变得更加客观理性。更为重要的是，“类似案件类似判决”观念对差异化判决的容纳，对于实现个案公正无疑具有重要的方法论上的价值，也更具实践理性。

四、如何理性看待刑事案件的“同案不同判”

命题回归之后，我们再来讨论这样一个问题：在相对主义的“类似案件类似判决”命题下，我们该如何理性地看待刑事案件的“同案不同判”现象？

^① 林山田：《刑法通论》（下册），北京大学出版社2012年版，第348页。

近年来,在追求司法公正的大背景下,“同案同判”俨然成为判断司法是否公正的一个“标准”,^①并被认为是司法实践的当然要求;而“同案不同判”则被认为是司法不公正的表现,受到广泛而深刻的批判。但是,在形式化的“同案同判”观念下,人们对“同案不同判”现象的认知或许并不准确。从绝对理念上讲,同等情况不同等对待当然是违背基本的正义要求的,但是具体到现实的“同案不同判”现象,我们却要慎下“不公正”的结论。因为当我们面对“同案不同判”现象时,这里的“同案”和“不同判”都只是问题的表象,在评判之前,我们首先必须追问:第一,我们所讨论的是真正的“同案”吗?第二,“不同判”的事实是否能够确定无疑地说明同样的情况未受到同等对待?

刑事案件的“同案不同判”,是指犯罪行为性质相同、犯罪情节相当的两个案件,在判决结果上呈现较大差异的现象。所谓“判决结果”,涉及定罪和量刑两个方面。性质相同的犯罪行为被判不同的罪名,属于最明显的“同案不同判”。但实际上,在司法实践中很少出现这样的“同案不同判”。因为在行为的性质得到准确界定的情况下,罪名的选择不过是按图索骥。尽管法典化制度下的司法是对每一个案件进行单独的法律审查,而不是参照先例,但是由于同类案件所适用的法律规范相同,因此仍然可以在构成要件内保持法律适用标准的统一。那么,为什么社会公众有时还会有“同罪异判”或“异罪同判”的观感呢?这里面涉及的情形比较复杂。简单地说,除了不排除个别案件确实因为定性错误而导致“同罪异判”或“异罪同判”之外,在大多数情况下,我们看到的所谓“同罪异判”“异罪同判”其实只是表面现象。因为两个案件所涉行为的犯罪性质是否相同,不能仅根据行为的客观外在表现来判断,还必须考察行为人的主观心态。只有当两个案件主客观方面的全部事实要素均符合同一犯罪的构成要件时,才能认为这两个案件在法律性质上属于“同案”。例如,发生于河南省平顶山市的“9·8矿难案”^②,很多人直观的判断是行为人的行为应该构成“重大责任事故罪”或“强令冒险违章作业罪”,但是人民法院最终却是按照“以危险方法危害公共安全罪”来定罪处罚的,并且这一判决得到很多刑法学者的支持,因为从案件的全部事实看,可以证明被告人对于危害后果的发生至少具有间接故意。^③因此,尽管此案与其他发生矿难的过失犯罪案件具有表面的相似性,但是由于行为人在行为时的主观罪过形式不同,因此它们实际上不属于“同案”。此外,即便同样是发生矿难造成重大人员伤亡的案件,分别被认定为“重大责任事故罪”“强令冒险违章作业罪”或者“以危险方法危害公共安全罪”,也不能说明属于“同案不同判”。“同案”的判定需要一种理性的专业化的判断标准,而很多对“同罪异判”的批评意见却是根据经验性的表象事实来指认“同案”的,对此我们必须有清醒的认识;否则,就可能不自觉地夸大“同案不同判”现象的严重性,从而给司法的公正性不恰当地贴上负面标签。

最高人民法院江必新副院长曾经指出:“在人民群众认为处理不公的案件中,真正枉法裁判的并不多见,主要是自由裁量权的把握问题。”^④同理,真正“同罪异判”式的“同案不同判”现象也很少见,在大多数情况下,所谓“同案不同判”都表现为同类案件之间的量刑失衡。从这一点来说,有的学者关于“中国刑事审判的核心问题是量刑问题,而不是定罪问题”^⑤的判断可谓是合适的。对一般社会公

① 参见张卫平:《〈中华人民共和国民事诉讼法〉修改之我见》,《法商研究》2006年第6期。

② 参见《平顶山9·8矿难案终审宣判》,http://www.hebeicourt.gov.cn/public/detail.php?id=2983,2020-05-05。

③ 参见赵秉志:《略谈平顶山9·8矿难案的定罪量刑》,《人民法院报》2010年12月2日;黎宏:《平顶山9·8矿难案判决的法理分析》,《人民法院报》2010年12月2日。

④ 江必新:《论司法自由裁量》,《法律适用》2006年第11期。

⑤ 陈瑞华:《论量刑程序的独立性——一种以量刑控制为中心的程序理论》,《中国法学》2009年第1期。

众来说,通常也主要是通过案件的量刑结果来感受刑事司法公正的,因此,平等适用、刑罚均衡,始终都应是刑事司法追求的目标。当然,对于以量刑失衡为表现形式的“同案不同判”现象,也需要做具体分析,而不能简单地将其等同于司法不公。量刑本身是一项非常复杂的工作。因为影响量刑的因素非常多,并且各种量刑因素在客观上又很难被精确评估,同时,在刑罚裁量的过程中对刑罚目的的考虑,是个各案各殊的问题,哪怕是两个极为相似的案件,目的性考量也会带来量刑结果的不同,所以,要在不同的个案之间保持刑罚均衡殊非易事。更何况,如前文所述,“同案”判定本身也面临诸多实践难题,它同量刑的复杂因素叠加在一起,就更容易产生差异化的判决,并且,这种差异化的判决通常是由刑事司法程序和案件的各种复杂因素共同作用得出的合理结果,因而不能被认为是“同案不同判”的表现。

尽管法律本身可以为法律问题提供一个较为确定的判断标准,但是司法活动在本质上仍然是一个法官行使判断力的过程。其间不仅可能存在主观的价值衡量,而且合理的处理结果往往也不具有唯一性。例如,同样是故意伤害致1人重伤的案件,根据《最高人民法院关于常见犯罪的量刑指导意见》的规定,“可以在3年至5年有期徒刑幅度内确定量刑起点”。实际的量刑结果可以是3年半、4年,也可以是4年半、5年。只要是在此幅度内,我们就很难抽象地评判哪一个结果更加合理。法律的适用离不开法官的“判断”这一中介行为。而“判断”这个人类心智活动,最重要的一点就是预设了没有绝对必然的结果。据此,奥比·萨克斯指出:“身为法官,我不认为我们的功能就是提供唯一正解。事实上,我们每位法官的意见有那么大的不同,怎么可能每个都是对的呢?在我看来,法官在每个案件中的任务就是竭尽所能地做出正确判断”。^①所谓“正确判断”,不是依靠理性强迫人们接受的唯一正确答案,而是通过强有力的说服力来论证具有合理性的判断。因此,在司法实践中即便出现“同案不同判”的情况,我们也只能在具体的判决理由中,根据“具体妥当性”的标准来评判个案判决的合理性,而不能只是因为“不同判”就断言其对法制的统一性构成威胁。实际上,量刑结果的“同案不同判”并非都意味着不合理的量刑失衡,在更多的情况下,它可能是合理的差异化判决的表现。

当我们将绝对的“同案同判”还原为相对的“类似案件类似判决”之后,由于“类似”并非“相同”,“类似”实际上包含有限的“不同”,因此一定程度的差异化判决就完全能够在“类似案件类似判决”这一命题下得到合理的解释。更何况,在“判决的法律效果与社会效果相统一”已经成为司法实务部门之共识的情况下,更不宜用结果上的“一致性”来评判司法公正。因为判决的社会效果可以有多个维度的衡量标准,并且必须根据具体案件的具体情形来考量最佳的社会效果,所以即便是“同样案件”,因被告人个人特征(人格、人身危险性、一贯表现)、案件发生的时间、地域、社会环境不同,其所要求的社会效果可能都有所不同,简单化的“同判”显然难以彰显判决的社会效果。正如有的学者指出的那样,理性存在的“同案异判”,不仅不是“量刑不均”,而且还是量刑实质公正以及量刑法律效果和社会效果相统一的现实表现。^② 如果我们把判决的社会效果也作为衡量案件具体妥当性的一个指标,那么以个案公正为旨归的刑事司法,也必须承认差异化判决的合理性。

所以,对于刑罚不均衡的现象,我们必须一分为二来看待。就像德国刑法学家阿尔布莱希特所揭示的那样:“如果刑罚之间的差异符合法律规定,而且根据规定的标准,对这种差异能够进行正当

^① [南非]奥比·萨克斯:《断臂上的花朵:人生与法律的奇幻炼金术》,陈毓奇、陈礼工译,广西师范大学出版社2014年版,第130页。

^② 参见石经海:《量刑个别化的基本原理》,法律出版社2010年版,第8页。

说明的话,那么这种刑罚自然是正当的刑罚。与此相反,如果刑罚上的不均衡只是那些没有理据的差异,那么这种刑罚自然就不是正当的刑罚。”^①由于绝对的“同案同判”观念不承认合理的差异化判决,因此对“同案不同判”现象也存在极大的误解。一方面,它把很多“类似案件”当成“同案”,紧接着又将很多具有合理性的差异化判决贴上“同案不同判”的标签,从而放大了“同案不同判”现象的严重性,也过高估计了“司法统一”“法制统一”所面临的危险。有学者曾指出,认为各地量刑存在重大偏差的说法是很值得怀疑的,不足为信。^②因此,当我们批判“同案不同判”现象时,首先要考虑以下几个问题:(1)我们对案件的信息是否全部掌握?如果仅仅根据有限的、不完整的案件信息就妄下“同案不同判”的结论,那么显然是一种草率的做法。(2)“不同判”的案件是否真正的“同案”?如前文所述,只有在对案件各种因素进行充分比较的情况下,才能作出案件是否具有类同性的判断。我们不能只是根据表面上的相似性,就认为两个案件属于“同案”,进而将差异化的判决斥为“同案不同判”。(3)“不同判”的程度是否已经超出合理的范围?合理的“类似判决”存在于一定的幅度,而不是存在于一个点。因此,我们不能以绝对的“一致性”来衡量类似案件的量刑是否均衡,而应以相应犯罪行为的法定刑作为基本判断标准,并根据案件的全部事实来判断量刑是否合理。

总之,无论是“同案同判”,还是“类似案件类似判决”,其核心实际上都在于法律上的平等对待,而不是结果上的一致性。案件的判决结果不仅取决于法律,更取决于案件当中一系列的复杂因素。

五、结语

法律的有限性和社会生活的复杂性,决定了司法审判的核心其实就是判断力的行使。亦即,要将法律的普遍正义落实到具体案件中,离不开司法者对案件的具体审查和判断;个案公正取决于这种具体判断,而不是取决于对先前某个同类案件的参照。尽管“同案同判”所体现的平等观念至为重要,但是由于“同案”的判定并不容易,“同判”的主张也不尽合理,因此使得这一被高度肯定的司法准则在实践中并不具有太多的工具性价值。而如果将被绝对化的“同案同判”命题回归到“类似案件类似判决”,那么就必须承认差异化判决的合理性。在此,我们应当区分不合理的“同案异判”与合理的差异化判决。就刑事案件来说,差异化判决仍然在相对意义上实现了刑罚均衡,不能轻易将其贴上“同案不同判”的标签而加以批判。案件处理结果的具体妥当性,只能建立在法律论证的基础上,包括对定罪的论证和对量刑的论证。因此,承认差异化判决,也必然需要对法官的论证责任提出更高的要求,而这也与目前强化司法责任制的司法体制改革的基本精神暗合。在司法责任制下,主审法官需要对案件的合法性、合理性负责,追求个案公正不仅成为司法的内在动力和基本目标,而且对案件具体妥当性的论证,也成为法官对案件承担责任的直接体现。

责任编辑 田国宝

^① [德]汉斯-约格·阿尔布莱希特:《重罪量刑:关于刑量确立与刑量阐释的比较性理论与实证研究》,熊琦等译校,法律出版社2017年版,第7页。

^② 参见张明楷:《责任刑与预防刑》,北京大学出版社2015年版,第334页。