

刑事案件的差异化判决及其合理性

周少华^{*}

内容提要 司法的本质在于实现个案公正。在刑事司法中,面临的真正问题不是“同案同判”,而是对案件作出区分。由于绝对的“同案”并不存在,即使存在也很难判定,因此,差异化的判决不仅无可避免,也具有相当的合理性。与形式化的“同案同判”相比,合理的差异化判决更有利于个案公正的实现。当然,在差异化判决中,刑罚均衡仍然存在,它和欠缺均衡性的“同案异判”有着根本性的区别。差异化判决的正当性与合法性,需要通过具体的判决理由进行证明,它只能存在于法律所提供的裁量范围之内。

关键词 刑事司法 个案公正 同案同判 差异化判决

在刑事司法领域,人们对法院判决之确定性抱有更高的预期,对判决结果的公正性也存有更高的期待。因为刑事案件的判决结果常常关涉到被告人重大权利的限制或剥夺,同时,被害人遭受犯罪侵害的不正义能否经由司法审判得到恢复,也直接影响着人们对司法公正的观感。近些年来,一些热点刑事案件常常引发舆论如潮,使得司法机关从一开始就处在巨大的舆论压力之下,司法权威与司法公信力面临严峻考验。在此情形下,刑事司法不仅肩负着彰显司法公正的重任,也肩负着满足社会公众正义期待的使命。

正因为如此,司法公正始终都是司法机关努力追求的目标,也是我国司法改革的最大动力。尤其是关于刑事司法公正的制度建设,一直备受关注。近些年,最高司法机关大力推动的各种改革举措,从宏观的司法公开、司法责任制,到具体的量刑规范化改革、案例指导制度以及指导性案例的发布,都可以看作是最高司法机关在维护司法的公正性、统一性、权威性方面所做的努力。学界颇为一致的意见认为,这些举措最重要的意义就在于实现“同案同判”。例如,张志铭教授认为“从最为直接而显著的意义上说,案例指导制度或指导性案例所追求的价值目标就是‘同案同判’。”^①刘作翔教授认为:“案例指导制度的核心是旨在通过‘指导性案例’的模本或标本作用,来解决‘同案不同

^{*} 广州大学法学院教授,博士生导师。本文系2017年度国家社科基金项目“实现刑事个案公正的法律方法研究”(项目批准号:17BFX189)之阶段性成果。

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

判’的问题。”^②徐昕教授也认为“案例指导制度是应对‘同案不同判’问题的重要手段。”^③而本文则认为,将上述改革举措的价值目标仅仅理解为旨在实现“同案同判”,显然过度狭隘地理解了司法公正,也不是对上述举措的完整解读。事实上,形式化的“同案同判”并不能说明司法公正的全部内涵。本文将要说明,在个案公正的意义上,我们或许更应该关注刑事案件的差异化判决及其合理性问题,而不是“同案同判”。因为“同案同判”背后所体现的正义理念虽然无可辩驳,但是作为一项司法原则,其方法论上的意义却极为有限;而与此相反,合理范围内的差异化判决则更有利于实现个案公正,更符合司法本质的要求。

一、个案公正的表达:一致性还是差异化

个案公正是司法公正最直接的反映,离开具体案件谈司法公正是没有太多实际意义的。个案公正之所以重要,乃是因为个案判决是具体化的法律(因为判决具有如同法律规范一样的强制性效果),个案公正是法律抽象的普遍正义的现实化。就此来说,“让人民群众在每一个司法案件中都感受到公平正义”无疑表达了司法公正的最高境界,同时也深刻地揭示了司法公正的本质在于个案公正。

(一) 刑事个案公正的界定

关于刑事个案公正,基本可以从两个方面得到界定:一是实质意义上的“罚当其罪”(《刑法》第5条“罪责刑相适应原则”),二是形式意义上的“平等适用”(《刑法》第4条“适用刑法人人平等原则”)。它们所解决的问题实际上都是刑罚的均衡问题:前者要求刑罚与行为的罪责程度相适应,体现的是公正的实质内涵;而后者要求在不同主体之间要坚持同样的刑罚适用标准,体现的是公正的形式要求(平等)。两方面的要求互为依存,缺一不可。而自从“公正与效率”成为司法工作的时代主题以来,我国法学界对于司法公正问题进行了非常深入的讨论。其中,一个最重要的视角就是对“同案同判”的一再重申,以及对“同案不同判”的警醒与批判。比如,有论者指出,“同案同判”是自然正义和宪法原则的要求,是司法不断追求的永恒目标。^④也有论者认为,“同案同判”已经成为人们判断司法是否公正的一个“标准”。^⑤毫无疑问,这些说法都是正确的论断。我们需要进一步追问的是“同案同判”如何才能体现司法公正?以及“同案同判”是否可以表达司法公正的全部内容?这两个问题,具体到刑事司法领域,就是“同案同判”与“罪责刑相适应”和“平等适用”两个原则之间的关系问题。如果这两个问题得不到明晰的阐释,那么“同案同判”就会成为一项空洞的主张。

② 刘作翔《案例指导制度的定位及相关问题》,载《苏州大学学报》2011年第4期。

③ 徐昕《迈向司法统一的案例指导制度》,载《学习与探索》2009年第5期。

④ 参见刘树德《刑事司法语境下的“同案同判”》,载《中国法学》2011年第1期。

⑤ 参见张卫平《〈中华人民共和国民事诉讼法〉修改之我见》,载《法商研究》2006年第6期。

1. “同案同判”与刑法的平等适用原则

关于“同案同判”与平等适用原则之间的关系,几乎所有的论者都一致认为,“同案同判”正是平等原则的体现,而由于平等原则首先是一项宪法性原则,“同案同判”的实践价值也就不言自明。正如白建军教授所述“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。^⑥这或许可以说明,在刑事司法领域,法律的平等适用具有更加特殊而重要的意义。其根本的原因大概在于,犯罪行为通常具有严重的道德侵犯感,而刑罚在本质上也是一种恶;因此,在刑事司法领域,常常面临着尖锐的道德冲突。要以刑罚这种恶的手段实现法律上的正义,那么这种手段的使用就必须得到合理的说明。罪刑均衡是一种说明,平等对待也是一种说明。

应当说,“同案同判”的确是表达了法律的平等原则,但是,它对平等原则的表达却是不完整、不充分的。因为平等原则所要求的是法律对公民无差别的平等对待,它所揭示的“平等”显然是一种机会平等,而不是结果的平等。而“同案同判”所追求的则是相同情况下的结果平等。“同案”归于“同判”,与平等原则的“平等对待”并不具有完全等值的含义,因为“平等对待”并不必然导出结果的平等。实际上,平等原则可以从形式和实质两个层面来理解:(1)在形式意义上,平等原则与“同案同判”含义相同,要求相同情况相同对待,而且这个“相同对待”不仅是程序意义上的,同时也是实体意义上的,即要求结果的相同。在“同案同判”的意义上,结果的相同正当化着程序意义上的“相同对待”。(2)在实质意义上,平等原则仅仅限于程序意义上的平等对待,而并不保证这种平等对待会导出相同的结果。因为平等对待的命题之下,很自然地包含着“相同情况相同处理”和“不同情况不同处理”两项内容。所以,法律上的平等对待就仅具有程序意义,即便是表面上的“同案”,仍然需要进行个别审查,以确定它们是属于“相同情况”还是“不同情况”。而由于“世界上没有两片完全相同的叶子”,被我们断定为“同案”的案件之间或多或少仍然会存在某些差异,所以,平等对待就不是必然会对相同情况得出完全相同的处理结论。相反,很多情况下,差异化处理反而显得更加“平等”,更有利于法律公正的实现。比如对于两个行为方式、严重程度完全相同的伤害行为,在被害人有过错的情况下,行为人的责任得以减轻,其应该受到更轻的处罚,这是完全合乎正义要求的。但是被害人是否有过错,并不影响两个伤害行为的相同性,区别对待的因素是外在于行为人的行为。也就是说,这并不是对不同情况的区别对待,而是对相同情况的区别对待。显然,“同案同判”无法体现平等原则的实质内涵。也就是说,“同案同判”并不意味着刑罚均衡的价值追求也得到了实现。

2. “同案同判”与刑法的罪责刑相适应原则

在个案的意义上,刑罚均衡指的是,科处的刑罚应当与行为的罪责程度相适应,能够反映危害行为应得的法律报偿。而在“同案”比较的意义上,刑罚均衡是指,两个罪责

^⑥ 参见白建军《同案同判的宪政意义及其实证研究》,载《中国法学》2003年第3期。

程度相当的相同犯罪,其判处的刑罚也应当一致。可以说,“同案同判”在一定程度上也能够体现比较意义上的刑罚均衡。但是,比较意义上的刑罚均衡与个案意义上的刑罚均衡是会发生矛盾的,这是因为“同案”的判定只能根据“已然之罪”之危害行为本身所具有的各种事实因素来确定,而刑罚的判处却不仅要考虑“已然之罪”,还要考虑“未然之罪”的再犯可能性、人身危险性等案后因素。这样,据以判定“同案”的事实因素和据以判处刑罚的事实因素并不一致,所以,即便是“同案”,由于案后因素存在差异,也会导致量刑上的不同,于是“同案同判”与个案的刑罚均衡往往就很难兼顾了。可见,形式化的“同案同判”,既无法达到“同案”比较意义上的刑罚均衡,也难以保证个案意义上的刑罚均衡。

(二) “同案同判”作为司法准则的局限性

1. 真正的“同案”并不存在,即使存在也很难判定

“同案”必须“同判”,这是一种高度形式化的思维方式,它虽然也表达了平等原则的要求,但也仅仅是在形式意义上表达了该原则。正如博登海默所论述的那样,在形式意义上,“平等待遇原则本身并不能自动排除对社会中不得势的群体采取压制性的待遇”,因为法律规定本身就有可能“依照某一特定时期在社会中占支配地位的社会哲学决定的”,如果这种社会哲学本身存在偏见,那么法律的平等对待恰恰有可能导致歧视。^⑦实际上,平等原则并不是要通过法律的一致性要求消除人与人之间的差异性,它只是要求法律的“平等对待”;而“平等对待”其实已经暗含着对不同特征进行区分的要求,所以哈特曾经指出,在“同样情况同样对待”之外,还需要对之补上“不同情况不同对待”。而且,因为任何一群人都在某些方面相似而在其他方面相异,确定哪些相似之处和相异之处是有意义的,就显得非常重要。^⑧司法的任务就是找出那些“有意义的”相同之处和相异之处,以便作出“同样对待”或“不同对待”的选择。

但是,由于案件事实的判断难以避免法官个人主观因素的影响,加上对案件定性与定量具有意义的因素极为复杂,当我们将两个看似“相同”的案件进行比较时,总是会发现它们之间或多或少还是存在某些差异。也就是说,当我们试图寻找“同案”时,发现的几乎总是“异案”。因此,在司法实践中,大量存在的其实是“同类案件”或“相似案件”,而不是严格意义上的“同案”。所以,尽管“同案同判”背后的正义观念毋庸置疑,它却很难成为一项有效的司法准则而被实践。

学界之所以普遍将“同案同判”作为司法公正的代名词,之所以认为案例指导制度、量刑规范化改革的重大意义在于实现“同案同判”,其实是暗含着这样一个前提性的预设:司法实践中不仅有大量的“同案”存在,而且“同案”的判定是容易的。这个预设其实是难以成立的。对此,美国学者夏皮罗在讨论哈特关于判例“指引的局限性”问题时

^⑦ 博登海默假定的一个例子是“一项规定左撇子不具有担任公职之资格的法律”。参见 [美] E·博登海默《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社 1999 年版,第 286 页。

^⑧ 参见 [英] 哈特《法律的概念》,张文显等译,中国大百科全书出版社 1996 年版,第 157 页。

指出“判例方法的明显缺陷是,尽管范例能被确定下来,但是相似性标准不能被确定下来。对于两个独立的事件来说,存在着无数个可能的相似性标准,有些标准把这两个事件看作是相似的,其他标准则认为它们是不相似的。尽管常识能够认定一些相似性标准是不适当的,将其排除出去,但是仍然存在着大量的冲突的标准,它们看上去或多或少都是合理的。”^⑨于是,即使我们提出了“同案”判定的理性标准,在实践当中如何适用这些标准,也是一个非常棘手的难题。

2. 刑事案件始终存在个别化考量的必要

由于复杂的原因,我们所宣称的“同案”往往只是根据案件基本事实加以确认的,而不是对案件全部事实因素进行比较的结果。但是案件的处理结果并不仅仅取决于基本事实,非基本事实的各种因素对案件的处理结果也经常具有意义。所以,即使是“同案”,法院在审理过程中依然少不了进行个别化考量。有人认为,作为法律实践的内在价值,平等和安定性是支持“同案同判”的最重要的理由。^⑩的确,相同情况相同处理的合理性,正是在于追求“同案”处理结果的一致性。但是,这种划一性的观念仅具有形式性,而不关涉实质的内容。法治并非只是一种单纯的形式,相对于相同情况相同处理的形式而言,更重要的是其内容,也就是案件的处理结论本身是否符合常理,能否为社会公众所认同。从这一点来说,“同案同判”的司法准则实际上不具有方法论意义上的可操作性,其实践价值是颇值得怀疑的。

每一个案件的发生都有其具体的情境,因而可以说,个案的差异性才是司法真正面临的问题。也就是说,司法实践当中面对的不是大量的“同案”,而是千差万别的无数个个案;司法最重要的任务也不在于判定“同案”,而在于对案件作出区分。与简单化的“同案同判”相比,基于个别化考量的差异化判决,或许更能实现个案中的正义,也更符合司法活动的真相。我们与其设定一个无法达到的“同案同判”的理性化的目标,不如探讨一种承认差异化判决的合理性的司法观念,并通过控制差异化的程度和范围而达至司法公平,同时实现个案公正的最大化。

二、刑事案件差异化判决的制度基础

在法典化制度下,法院对每一个案件的处理都是根据法律规定来单独进行审查的,法官法律思维的两端是案件事实和法律规范,而不是眼前案件与一个先例。本文认为,这种司法审判方式更容易导致差异化判决,而不是“同案同判”所期待的一致性判决。

(一) 法律传统对法官判案方法的影响

在判例作为主要法律渊源的普通法系国家,遵循先例原则要求法官在审理案件时,不仅要考虑到上级法院或本级法院法官就相同或类似问题在已决案件的判决中所包含

^⑨ [美] 斯科特·夏皮罗《合法性》,郑玉双、刘叶深译,中国法制出版社2016年版,第321页。

^⑩ 参见张超《论“同案同判”的证立及其限度》,载《法律科学》2015年第1期。

的原则或规则,而且要受到已有判决中的原则和规则的约束。遵循先例原则确实有利于实现“同案同判”。但是我们必须看到的是,普通法系法律的稳定性、统一性,并不仅仅是一个遵循先例原则在单独发挥作用。首先,在其悠久的法律传统中,已经积累了巨量的可资比较的先例,先例所确立的法律原则和规则已经具有系统性和完整性,这是贯彻遵循先例原则的前提;其次,围绕遵循先例原则,形成了成熟的对先例进行比较、分析、解释、选择的一系列的司法原则、规则和技术,可以避免法官在是否遵循先例上的随意性。如果没有这样的制度基础存在,遵循先例原则也是无法被实践的。

与判例法传统不同,以法典化的制定法为基础的大陆法系司法制度中,每一个案件都是根据法律规定单独审查而进行判决的,法律推理的大前提是成文的法律规范,而不是先例,其间并不存在一个需要与以往类似案件进行比较、权衡以与先前判决保持一致的判断过程。即使像某些学者所说的那样,“大陆法国家的法院,在很大程度上也会遵从上级法院作出的先例”,^①那也不是出于某种固有的司法原则而这么做,而仅仅是为了增强自己所作判决的说服力。此时,先例不过是一种具有权威性的论证材料。正如梅利曼指出的,(大陆法系)法官之所以援引和服从判例,是因为判例与他自己对法律解释和适用的见解相一致的缘故。可是无论如何,法官因循判例的做法与现行的法律活动模式是完全相悖的。”^②可以说,在大陆法系的司法传统中,“同案同判”不过是停留在理念层面,缺乏一种确保“同案同判”得以实现的制度性机制。在我国当然也是如此。在司法实践中,案件事实一经确定,法官首先考虑的是该事实符合哪一个罪名的法定构成要件,而不是首先想到它与以往哪一个已经作出生效判决的案件相同。这其实是有原因的:因为没有任何制度性的约束要求法官必须将眼前案件与先前判例相比照,法官只需要“以事实为根据,以法律为准绳”就足矣。

表面上看,以法典为基础的法律适用似乎具有高度的形式化特征,可以确保法律的一体适用,有利于实现“同案同判”。而实际上,在法律适用过程中,无论是作为法律推理小前提的案件事实的归纳,还是作为法律推理大前提的法律规范的寻找,都不可能是一个纯粹的技术性活动,而是法官个人行使判断力的一种活动。事实行为是否符合法定构成要件,往往是在对行为进行解释、评价的基础上所进行的实质性判断。同案同判之所以困难,是因为法官通常并不是在正确与错误之间做出判断和选择,而是在几个均具有相当合理性的解决方案之中选择其一。无论如何选择,都在法律上站得住脚,甚至都不失为公正的处理结果。因而,同案同判所追求的预期即使落空,也无法否定判决的正当性。法律问题并非科学问题,法律问题追求的是一种合理性,而非真理性。所以,很多案件在法律上并非只存在一个唯一正确答案。既然正确答案并非唯一,那么差异化判决就是可以接受的。

① [比] R. C. 范·卡内冈《法官、立法者与法学教授——欧洲法律史篇》,薛张敏敏译,北京大学出版社2006年版,第41页。

② [美] 约翰·亨利·梅利曼《大陆法系》,顾培东、禄正平译,法律出版社2004年版,第88页。

(二) 刑法典立法模式赋予法官对案件进行个别化考量的契机

除了司法制度不具有我们想象的那种机械性特征,法典本身也会为差异化判决提供契机。由于人类理性能力的有限,人类制定的法律不可能尽善尽美;加上用以表达法律的语言本身固有的局限性,法律当中不可避免地存在模糊之处。而且,一方面基于权力划分的需要,另一方面为了给法律一定的灵活性,弹性条款和抽象性概念的使用也极为常见。这些原因,使得作为人造之物的法律根本上无法以其稳定的结构和一致的运作方式满足不断展开着的社会生活的需要。在法律的一般性与社会生活的具体性之间永远存在着—道鸿沟,法律的确定性要求与个案结果的具体妥当性要求之间不可避免地会发生冲突。因此,在司法活动中,始终都会存在法律的适应性问题。也就是说,在运用既定规范处理纷繁复杂的社会生活事实时,司法者必须在法律的确定性与灵活性之间寻求合理的平衡。因此,在每一个案件的处理过程中,都会存在法官的裁量因素。司法活动固然必须维护法律的确定性、统一性,但是,司法更要在此前提下追求案件的具体妥当性。

刑法典之所以普遍采用相对确定的法定刑,并且大多数罪名的法定刑还设有多个幅度,实际上就是为了将量刑这一复杂的判断交给法官去决定,也意味着法官在量刑上的裁量权有着充足的立法基础。加之,各种法定量刑情节、酌定量刑情节的判断和适用,更是提供了罪量与刑量精确匹配的无限可能。也正是因为如此,法官才有可能面对形形色色的案件,充分考虑责任与刑罚之间的复杂关系,追求个案中的具体正义,实现刑罚的多元目的。当然,刑法的相对确定法定刑模式也存在一个无法避免的局限性,那就是当行为的罪责程度已经超过能够选择的法定刑上限时,罪责原则的功能也就达到了极限,无法再从处理结果上区分更加严重的犯罪。因为此时,另一个更加严重的犯罪也只能在这个上限内判处刑罚,这实际上只能“异案同判”。法定刑模式的这个局限性,也恰恰成为导致差异化判决的一个制度性原因。

另外,缓刑制度的存在,在一定程度上也说明了同样的问题。因为在是否适用缓刑的考量因素中,既有反映罪责程度的因素——“犯罪情节较轻”,也有反映人身危险性程度的因素——“有悔罪表现”和“没有再犯罪的危险”,还有反映预防必要性程度的因素——“对所居住社区没有重大不良影响”。这些因素是否具备,以及它们是否能够成为判处缓刑的充足理由,都是由法官根据案件的具体情况来判断的。即便是同样的案件,在处理结果上也可能存在实刑与缓刑的差别,而这种差别恰恰是缓刑制度存在的目的。

(三) 我国案例指导制度尚难以提供符合“同案同判”预期的全面指导

虽然《最高人民法院关于案例指导工作的规定》要求,“最高人民法院发布的指导性案例,各级人民法院审判类似案件时应当参照”;但是,由于指导性案例在我国仍然不具有法律渊源的性质,这里的“参照”显然不意味着必须“遵守”。何况,一旦把“同案同判”的责任附加给法官,法官就不仅具有了对眼前案件裁判的义务,而且还负有将眼前待决案件与以往同类案件进行比较的义务。但是,迄今为止,最高司法机关发布的指导性案例的数量还极为有限,还远远达不到全面“指导”所有案件的程度。这样,对于大多

数无指导性案例可“参照”的案件来说,要实现“同案同判”,一个最为现实的问题是,用以“参照”的“同案”究竟在哪里?它是上级法院对相同案件的先前判决,还是各级法院自己对相同案件的先前判决?或者仅仅是最高人民法院对相同案件的先前判决?这个问题并不明确。但无论是哪种情况,都无法彻底消除同类案件的差异化判决,无法实现全国一盘棋式的法律统一适用。因为,如果需要参照的“同案”指的是上级法院的先前判决,对于基层法院来说,它可能有好几个上级法院;或者,不同地方的基层法院有不同的上级法院。那么,不同地区的法院之间如何才能做到“同案同判”?如果需要参照的“同案”指的是各级法院自己的先前判决,它与其它地区的法院又如何保持“同案同判”?而如果需要参照的“同案”只能是最高人民法院先前的判决,虽然不存在前述问题,但是,由于刑事诉讼法所规定的级别管辖的原因,最高人民法院与各下级人民法院所处理的案件类型是存在很大差异的,尤其是基层法院所审理的大量的普通刑事案件,基本上不可能在最高人民法院那里找到判例,又如何进行参照?“参照”规则不明确,再加上地域差异导致的对相同犯罪行为的社会危害性程度判断标准的不一致,^⑬使得差异化判决恰恰具有某种合理性,而全法域内的“同案同判”则反而不切实际。

三、刑事案件差异化判决的学理基础

(一) 刑法教义学: 从形式理性到目的理性

自从现代刑法的学科体系建立以来,它始终就是一门实践性的学科。无论刑法理论体系多么抽象,它面对的都是现实的问题,亦即为司法实践提供一套认定犯罪、合理地惩罚犯罪的有效方法。更不用说,近年来我国刑法学界还有人喊出了“面向司法者的刑法学”的口号,以强调刑法学“辅助”实践的作用。^⑭其实,这是不言自明的。因为刑法理论体系本身就是以刑法典为基础构筑起来的,尽管它的概念体系或许自成一统,但是这套概念体系却是为理解、适用作为实定法的刑法典而服务的。毫无疑问,这也正是刑法理论体系被称为“刑法教义学”的原因。按照车浩教授的说法:作为一种立场,“法教义学首先代表一种尊重现行法的态度”,也就是说,“教义学必须受到法律规定的约束”;作为一种方法,法教义学与实定法之间形成共生关系,因而具有了适用并指导司法实践的正当性和权威性。^⑮尽管司法实践当中,法官并不一定按照刑法教义学的方法处理案件,但是,教义学的各种概念、原则、观念至少经常会被作为解释刑法的论据,作为司法判决的论证工具来强化判决的合理性与合法性。那么,对于“同案同判”来说,刑法教义学能够做什么?

^⑬ 最明显的例证是,各省级人民法院制定的《常见犯罪量刑指导意见 实施细则》对同一犯罪的量刑情节认定标准的规定存在较大差异。

^⑭ 参见于志刚《面向司法者的刑法学》,载《法制日报》2010年11月17日第11版。

^⑮ 参见车浩《理解当代中国刑法教义学》,载《中外法学》2017年第6期。

作为一项高度形式化的法律理念,“同案同判”实际上是以“法律规则体系完美无缺”为前提的,并假定该规则体系是由机械主义的司法来运作的。‘形式主义认为,每一个法律问题都有一个独一无二的正确法律答案,法官的角色就是找到并适用它。法官通过锁定相关法律材料中一系列原则来找到法律,然后适用这些规范,推导出具体的答案来回答法律问题。根据这种观点,法律推理仅仅是语言能力、概念分析和逻辑推导的演练。’^{①⑥}贝林、李斯特等人建构的古典犯罪论体系,实际上就反映了这种形式主义的法治观念,它完全排斥价值判断混入犯罪的构成体系,从而防范法官在定罪过程中的任意性。尽管后来的犯罪论体系不断得到发展,作为一种体系性的科学,刑法教义学的精致化最终都是为了确保法的安全性,它从来都没有放弃为犯罪问题提供一个唯一正确答案的努力。但是,如美国学者夏皮罗批评的那样,‘形式主义是一个令人困惑的、有害的理论。这一理论否认法庭有权力在裁判中依赖道德考量,该理论不仅与美国以及其他成熟法律制度中现存的实践不一致,而且在迫切需要法庭投入到道德推理以解决疑难案件的情况下不可能是正确的’。^{①⑦}其实,刑法教义学的体系性思考所面临的障碍,恰恰来自于法律本身:刑法典不可能完美无缺。面对有漏洞、不明确、不合理的法律规定,刑法教义学无法以自身的精确性提供解决现实法律问题的准确答案。

今天,作为“最精确的科学”的刑法教义学,被认为具有“减少审查案件的难度”、“保证法律得到平等和理性适用”以及“简化法律适用使之具有更好的操作性”等诸多优长,^{①⑧}这种强大的实践功能足令刑法学者感到骄傲。但是,德国著名刑法学家罗克辛教授却发出“教义学中这种体系化的精工细作是否会导致深奥的学理研究与实际收益之间产生脱节”的疑问,并指出“若刑事政策的课题不能够或不允许进入教义学的方法中,那么从体系中得出的正确结论虽然是明确和稳定的,但是却无法保证合乎事实的结果。”^{①⑨}此外,刑法教义学的体系性思考在其优点之外,还存在“忽略具体案件中的正义性”、“减少解决问题的可能性”等缺陷。^{②⑩}于是,罗克辛教授一改李斯特以来的“刑法是刑事政策不可逾越的鸿沟”的观念,而主张刑法和刑事政策并不是相互对立的,认为一个有益的体系除了需要满足“概念性的秩序及明确性”、“与现实相联系”的要求,还应当“以刑事政策上的目标设定作为指导”。为此,我们必须从刑事政策上主动放弃那些过于僵硬的规则,在犯罪论体系中容纳刑事政策上的目的性考量。^{②⑪}罗克辛教授的这一理论被认为是贯通了所谓“李斯特鸿沟”,将刑法教义学与刑事政策相分离的状态变为将刑事政策引入犯罪论体系,使构成要件实质化、违法性价值化、罪责目的化,形成了其目的理性的犯罪论体系。由此,陈兴良教授认为,尽管中国目前还没有建立起刑法教义

^{①⑥} 前引⑨,斯科特·夏皮罗书,第309页。

^{①⑦} 前引⑨,斯科特·夏皮罗书,第309页。

^{①⑧} 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126-128页。

^{①⑨} [德]克劳斯·罗克辛《刑事政策与刑法体系》(第2版),蔡桂生译,中国人民大学出版社2011年版,第6-7页。

^{②⑩} 参见前引⑧,克劳斯·罗克辛书,第128-131页。

^{②⑪} 参见前引⑨,克劳斯·罗克辛书,第6-7页。

学,但我们没有必要回到李斯特,也没有必要重新跨越李斯特鸿沟,而是可以直接享受罗克辛贯通的成果。在中国目前的刑法教义学研究中,既要以刑事政策作为刑法教义学的引导,更要注重通过刑法教义学对刑事政策的边界加以控制。^②言下之意就是,中国刑法学所要构筑的理论体系,不当是一个封闭的体系,而应当给刑事政策的的目的性指导留有空间,以增强其实践功能。

(二) 目的性考量下的刑事个案公正

那么,在目的理性的犯罪论体系中,构成要件实质化、违法性价值化、罪责目的化都意味着什么?它们意味着,无论是在构成要件符合性的判断中,还是在违法性、有责性的判断中,都不可能仅仅根据一种纯粹形式化的标准来进行,而必须进行一种实质判断、价值判断。也就是如罗克辛教授所说的那样,“不法的构造不应该再从存在论的原理中推导出来,而应该从刑法的目的中推导出来”;至于罪责范畴,也是“要从对个人施加处罚的目标之中推导出来的”,“处罚不仅仅取决于罪责,而且同样取决于预防的需要”。^③亦如耶塞克、魏根特所言,刑法教义学不仅需要形式上的法学逻辑,而且还需要一个从被保护的法益角度提出论证的实体上的逻辑。这个实体逻辑包含了从价值体系中引导出来的实体裁决理由,此等裁决从司法公正的角度和刑事政策的的目的性方面看,内容是正确的,或者至少是可以证明是正确的。^④如此,符合犯罪构成的行为必须侵害了法益,达到值得科处刑罚的程度,即具有实质的违法性,而责任的确定则不仅以罪责为基础,而且需要考虑预防必要性。

在目的论下,刑事政策的的目的性指导作为一种价值判断,不可避免地会导致多种合理结论并存的现象,“同案同判”对司法的那种结果上的齐一性期待就会落空。然而我们不能就此认为,目的性考量本身是法治的敌人;恰恰相反,几乎每一个司法判决都是目的论的产物。尤其是对于刑事案件的判决来说,有时是报应的目的成为支撑判决的理由,有时是预防的目的占了上风,有时则是多种目的共同作为判决合理性的阐释理由。既然各种论点都在刑罚的目的范围之内,那么即便是因此出现了差异化的判决,亦属正常现象。因此,如果说古典犯罪论体系旨在追求定罪问题上的绝对确定,那么目的理性的犯罪论体系在追求确定性的同时,已经具有了一定的灵活性的余地,在一种体系性思考中,充分重视个案中的具体正义,即便是对于类似案件,依然有可能进行差异化处理。

实际上,刑法教义学发展到今天这样一种精细化程度绝非只是抽象的观念演进,而是不断回应法律现实的结果。由于法律本身无法做到体系严密、表达精准、无所遗漏,以刑法典为基础所构筑的刑法教义学体系当然不可能是一个完全封闭的体系,否则,它是无法满足复杂的法律实践需要的。一个完全封闭的教义学体系,或许可以保证法律

^② 参见陈兴良《刑法教义学与刑事政策的关系:从李斯特鸿沟到罗克辛贯通》,载《中外法学》2013年第5期。

^③ 前引①,克劳斯·罗克辛书,第74-76页。

^④ 参见[德]汉斯·海因里希·耶塞克、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54页。

得到统一适用,但是,很多情况下却无法顾及案件的特殊性,不利于个案公正的实现。于此也就可以理解,张明楷教授为何认为“刑法教义学就是刑法解释学”,并反对“在刑法解释学之外再建立一门刑法教义学”。其实,张明楷教授真正反对的不是刑法教义学,而是反对“借用刑法教义学之名,为个别存在缺陷的刑法条文辩护”,从而把“教义”变成一种必须遵从的“教条”。他认为,解释学永远是刑法学的本体,“在刑法条文的表述存在缺陷的情况下,通过解释弥补其缺陷,是刑法教义学的重要内容或任务之一。事实上,将批判寓于解释之中,是刑法教义学的常态。”他指出,“即使在德国,刑法教义学一词,恐怕也不意味着无条件地将刑法的所有法条当作基本确信与信仰规则”^⑤。

在真实的法律实践中,法官不可能根据一套僵硬的法律方法去处理所有案件。面对复杂性和多样性的具体个案争议,法官必须创造性地作出决断。法律永远必须将“其于个案当中应该如何被理解、适用与决定”这个任务和权力交到法官的手中,法官在裁判时必然带有其个人的意志判断因素。因此,“法秩序并非单由法律,而毋宁是由法律与法官共同创造”^⑥。法官经常需要在“法律拘束”与“个案正义”之间追求平衡,平衡的结果,就是摆脱那种机械主义的司法方式,他需要在法律之下实现个案公正,而不是不假思索地“同案同判”。对个案公正的追求,必然带来同类案件的差异化判决。刑法教义学虽然强调对实在法的尊重,但是,也有人认为“从刑法注释学向刑法教义学的转变,在方法论层面上,意味着超越法条注释,创造法理概念,从而丰富法之形态,拓展法之范围”^⑦。这实际上是说,教义学概念体系赋予了司法者创造性司法的可能,而不是提供了一系列僵化的教条。当然,确保司法者正确地适用法律,维护刑法的安全价值,依然是刑法教义学最重要的目标。但是,如果“刑法教义学就是刑法解释学”,或者教义学既然不排斥对刑法的解释,那么,对个案正义的探求就始终是可期的。我们有理由相信,刑法教义学不仅为“同案同判”所追求的法的安定性价值提供支持,而且也为差异化判决所追求的法的公平性价值提供支持。

四、从司法的本质看刑事案件的差异化判决

司法的本质目的在于实现个案公正,而“同案同判”所追求的主要是形式意义上的平等;因而,作为一项正义原则,“同案同判”并不能构成对差异化判决的否定。

(一) “同案”本质上是“类似案件”

一切被宣称为“同案”的案件,其实都不是建立在对案件全部事实因素进行比较的基础上来确认的。要“同案同判”,其前提是必须先对案件事实进行归类,也就是在提炼案件事实的基础上,确定它与先前的哪一个案件属于“同案”。但是,“由于对案件事实

^⑤ 张明楷《也论刑法教义学的立场》,载《中外法学》2014年第2期。

^⑥ 黄舒芃《变迁社会中的法学方法》,元照出版有限公司2009年版,第11页。

^⑦ 车浩《刑法教义的本土形塑》,法律出版社2017年版,第8页。

的分类活动不可能是演绎性的,因而分类工作在本质上是一种任意性的行为。……在某种真正的意义上,任何一个特定的分类都无法被称作是‘正确的’或‘不正确的’,也无法被称作是‘合理的’或‘不合理的’。”^{②⑧}即便演绎性的思维方式能够帮助法官很容易地做到“同案同判”,但是却无法帮助法官准确地认定“同案”。也就是说,一个案件与另一个案件是否属于“同案”,无法通过逻辑的方式加以判定,那些被宣称为“同案”的案件,并不具有确定无疑的可靠性。我们固然可以根据法律的标准对案件进行分类,但是,这种分类充其量是一种大归类,它或许可以说明数个案件属于“类似案件”或“同类案件”,却不能解决它们是否属于“同案”的问题。也即是说,这种分类不是“同案同判”意义上的“同案”(相同案件)判定。同案的判定只能通过对案件的各种事实因素的比较来确定,而由于诸多方面的原因,这种比较永远都是不充分、不完全的比较,总有一些事实因素无法被考虑到。如果是否属于真正的“同案”都很可疑,那么“一致性”的处理结果或许就既不能说明法律的确定性得到了维护,也不能证明法律的平等原则得到了落实。

如前所述,我们并没有判例制度,指导性案例尚达不到全面指导的地步,让法官在判决每一个案件之前先考虑先前同类判决,在实践上也是不切实际的。且不说比较的对象不确定,就算有大量可供比较的先例存在,在“案多人少”的矛盾普遍而突出的现实下,法官是否还有动力去对个案的公正性加以详细探究,不能不说是一个问题。毕竟,如波斯纳等人所揭示的,法官也是劳动力市场的参与者,也有自己的理性算计,^{②⑨}出于减缓工作压力的考虑,法官或许更愿意采取简单化的、省时省力的“同案同判”,而不是费力地去探查个案公正。如此,相似案件中的个案正义可能被忽略,“同案同判”反而成为实现案件具体妥当性的观念障碍。

虽然对于法典化的法律制度而言,逻辑的适用法律无疑是一种正确的法律理念,但是,如果对案件特殊性的考虑是司法的一种正当理由,那么为了达致个案公正,法官必须在逻辑适用之外加入别的考量因素和思考程序。在大类上被归为“同案”的案件,仍然可能被作不同处理。法律适用的小前提仅仅是经过提炼的案件的核心事实,而非全部事实,它虽然足以界定犯罪行为的行为类型(即完成构成要件符合性判断),并据此类型找到可以适用的大前提(法律规范);但是,这一逻辑过程仅能解决同类案件的定罪问题,即类型意义上(或定性意义上)的同案同判,至多它还能解决行为应得的法定刑幅度的选择问题。然而,具体的判决结果,却并不仅仅取决于案件的核心事实,而是取决于案件中的各种事实因素(量刑事实)。这些事实因素在现实中极为复杂,一个案件与另一个案件几乎不可能完全相同,因此,“同案同判”在理念上固然彰显了平等这一正义价值,在实践上却缺少方法论的意义。

^{②⑧} [美] 理查德·瓦瑟斯特罗姆《法官如何裁判》,孙海波译,中国法制出版社2016年版,第47页。

^{②⑨} 参见[美]李·爱泼斯坦、威廉·M. 兰德斯、理查德·A. 波斯纳《法官如何行为:理性选择的理论和经验研究》,黄韬译,法律出版社2017年版,第22页。

从追求个案正义的角度,即便是类似案件,仍然有进行个别化考量的必要性,一概大而化之地同案同判,很容易忽略案件当中的细微差异,而这些细微差异有时并非都是无关紧要的。从这一点来说,恰恰是差异化判决更能精确地达致个案公正,而“同案同判”则是一种粗线条的思维方式,无法充分地实现个案公正。

(二) 量刑活动离不开对多种刑罚目的的综合考量

在刑事案件中,具体妥当性主要体现在量刑结果上。而法官量刑活动的内容不仅包括刑种的选择和刑量的确定,也包括法律上的任意减轻、从轻以及是否缓刑、并科附加刑及其轻重等内容。在这方面,法院享有广泛的自由裁量权。这些权力同检察机关在不起诉决定中的裁量权相并列,被称为法律上的处遇个别化。量刑是将刑事司法的各种机能进行概括的体现,在刑事政策上具有极为重要的意义,因此,基于什么原理进行量刑便成为问题。^③正是因为这个原因,我们才说,“同案”必然归于“同判”的主张是虚妄的。正如陈瑞华教授批评的那样,“仅仅根据犯罪事实来确定刑罚,其实蕴含着有罪必罚、有多大罪判处多大刑罚的国家主义理念,极端地坚持这一理念很容易使刑罚变成国家对犯罪人赤裸裸的报复,甚至最终回归与原始的同态复仇殊途同归的报复主义之路,以至于与正义的要求南辕北辙。为避免误入歧途,国家在强调刑罚的报应功能的同时,还必须兼顾其一般预防和特殊预防功能,并使量刑过程体现这种刑罚功能的实现。”^④由于“定罪与量刑所依据的事实信息是不一致的”,量刑所要考虑的事实因素比定罪的事实因素要多得多,因而,对于仅根据犯罪事实所判定的“同案”,在量刑时仍然需要基于刑罚目的及刑事政策的考量进行区别对待,而不能简单地“同判”了事。

对此,德国刑法学家阿尔布莱希特教授做了非常详尽而深刻的阐述“在将合适的刑罚安插到特定行为人身上的意义上,量刑的个别化主要是受‘个别的人都存在各自的独特性’这一信念的影响——这一信念同样是罪责原则的基础。也就是说,对将刑罚的估量结果作为(承认)这种独特性的后果,与行为人相适应。特殊预防的理念被证明与刑罚个别化的原则相符,这种理念指的是行为人在回复社会努力方面所需求的事物的基于个体的特殊的衡量,以使行为人能够过上不会再沾染刑事犯罪的生活。不过其他的刑罚理由——诸如一般预防——自然也与刑罚的个别适应、与具体的行为不法或者具体的社会的刑罚需求相联系。从另一个方面来说,对所有刑罚目的的平等或平等对待也是一项必须尊重的价值,这并不仅仅因为其宪法上的位阶,也是因为,很明显,实证数据的论点也支持这种同等对待。但是,显而易见地,所谓平等对待并不是理解成对相同的不法、有责的犯罪构成在量刑上采取同种刑量。因为,平等对待或均衡性首先只是作为形式上的原则,表达纲领性的主张。也就是说,相同的应该得到平等对待,不同的则应该不同等对待。此处正是宪法上的平等对待原则的最优先以及最主要的适用范围。具体来说,这一原则禁止人们将刑量的不同选择纯粹与性别、宗教、人种类别的范

^③ 参见[日]大谷实《刑事政策学》,黎宏译,法律出版社2000年版,第176页。

^④ 陈瑞华《量刑程序中的理论问题》,北京大学出版社2011年版,第53页。

畴挂上钩。从另一个方面来说,几乎可以肯定地认为,对于同样的犯罪构成用全等的刑量应当被视为不等对待。因为平等对待原则也要求在刑量上的区分度。只有当个别化的因素被无边无际地过度考虑时,才会直接导致问题的两端永远不能达成一致,也就是说,会产生一个不可解的冲突以及永恒性的紧张对立”^⑩。

刑事案件的判决通常会考虑多种刑罚目的,而不只是追求某种单一的目的。在刑罚量定过程中,通过法定的构成要件,以及与先前案件核心事实的比较,法官可以比较准确地确定裁量基准,但是,却仍然无法确定最终的裁判结果。因为,在基准刑的基础上,最终的裁判结果还取决于其他许多因素。正如阿尔布莱希特所指出的那样,量刑中涉及了一个交汇点,即刑事政策上的、刑法学上的与犯罪学上的现代核心问题的数个在此交汇。在刑罚决定中以及在其规范基础中,对刑罚经济性考虑的需求与对正义的需求相遇,对理性与效率的需求与对实践可行性的需求相遇。正因为量刑是这样一种复杂的活动,刑罚的具体化被认为是一种“艺术”。而刑罚的均衡性与由此产生的对犯罪人的平等对待终究处于量刑问题场域的前线。^⑪因此,刑事政策的目的考量应当在刑事案件的处理过程中起到“补充性的控制作用”。^⑫就此而言,刑罚个别化不仅意指基于目的性考量,相似案件的判决结果可以存在刑罚之量的差异,而且可以存在刑罚之有无的差异。

根据罪、责、刑相适应的责任原则,一般以行为具有规范责任作为刑罚发动的条件,但是对于有规范责任的行为未必都须经过刑的宣告。从刑罚机能限制的观点而言,在一定的场合,容许刑事政策的考量,纵使产生责任,亦可免除刑的科处,亦即可以科处低于责任程度的刑罚。刑罚如此运用,是以“相对报应刑论”为基础的,这在绝对报应刑论那里是绝对不可能的。换言之,绝对报应刑论采取的是“有责任则必有刑罚”的“积极责任主义”,反之,相对报应刑论采取的乃是“无责任则无刑罚”的“消极责任主义”。在消极责任主义的立场上,即使责任被确定,纵使刑罚不可超过行为责任之范围,惟刑罚亦不须一定要求相当于行为责任之报应刑不可。若从预防的观点看,刑罚可以比行为责任更轻,亦即若无一般预防或特殊预防之必要时,纵使有行为责任,也没有必要处以实际的刑罚。^⑬可见,即使在犯罪成立的情况下,法官仍然可以基于刑法自身的目的而决定不科处实际的刑罚。这显然与“同案同判”命题的理论想象相去甚远。

(三) 司法实践对差异化判决的体现

实际上,刑事案件差异化判决之合理性并非只是一种理论图解的产物,它同样被刑事司法的实践所支持。尽管我国是一个法制统一的国家,但是由于各地区发展不平衡,不同地区之间的经济社会状况存在很大差异,司法实践中实际上也常常采取一些“因地

^⑩ 〔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,法律出版社2017年版,第131-132页。

^⑪ 参见前引^⑩,汉斯·约格·阿尔布莱希特书,第9-11页。

^⑫ 前引^⑩,克劳斯·罗克辛书,第6-8页。

^⑬ 参见许福生《刑事政策学》,中国民主法制出版社2006年版,第312页。

制宜”的标准。比如,2013 年最高人民法院、最高人民检察院《关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》第 1 条第一款虽然对《刑法》第 264 条盗窃罪中的“数额较大”、“数额巨大”、“数额特别巨大”的标准作了规定,但是,这个标准仍然是相对确定的标准,均存在一个幅度,有灵活判断的余地。同时,该条第二款还授权各省、自治区、直辖市高级人民法院“可以根据本地区经济发展状况,并考虑社会治安状况,在前款规定的数额幅度内,确定本地区执行的具体数额标准”。2014 年最高人民法院《关于常见犯罪的量刑指导意见》对 15 种常见犯罪的常见量刑情节及其功能进行了列举,但又同时要求“各高级人民法院应当结合当地实际制定实施细则”。从各地所出台的“量刑指导意见实施细则”看,很多犯罪情节的认定标准都存在差异,而这种差异的决定因素是“当地实际”,而不是案件事实。这实际上意味着,即便完全相同的案件,在不同地区,特定事实作为量刑情节所发挥的作用却是不一样的,这分明就是对差异化判决的正式认可。

另外,“量刑指导意见”确立了以下量刑的指导原则:(1) 量刑应当以事实为根据,以法律为准绳,根据犯罪的事实、性质、情节和对于社会的危害程度,决定判处的刑罚。(2) 量刑既要考虑被告人所犯罪行的轻重,又要考虑被告人应负刑事责任的大小,做到罪责刑相适应,实现惩罚和预防犯罪的目的。(3) 量刑应当贯彻宽严相济的刑事政策,做到该宽则宽,当严则严,宽严相济,罚当其罪,确保裁判法律效果和社会效果的统一。(4) 量刑要客观、全面把握不同时期不同地区的经济社会发展和治安形势的变化,确保刑法任务的实现;对于同一地区同一时期、案情相似的案件,所判处的刑罚应当基本均衡。”同时,该“意见”还强调,“量刑时要充分考虑各种法定和酌定量刑情节,根据案件的全部犯罪事实以及量刑情节的不同情形,依法确定量刑情节的适用及其调节比例”。从这些量刑指导原则看,刑事案件的判决结果始终需要在考虑各种复杂因素的基础上,针对个案做具体分析和判断,我们并不能得出“量刑指导意见”的主要目的在于实现“同案同判”。从“对于同一地区同一时期、案情相似的案件,所判处的刑罚应当基本均衡”这一要求看,“量刑指导意见”所追求的只是相似案件在量刑上的基本均衡,而且强调的是“同一地区同一时期”相似案件在量刑结果上的基本均衡。这意味着,不同地区、不同时期,相似案件的差异化判决不能被认为是量刑的不均衡。

在刑事案件中,量刑结果虽然主要是根据罪责原则来确定的,主要取决于行为的客观危害与主观罪过;但是,出于更好地实现刑罚目的需要,刑事诉讼程序上的一些制度设计,也会对具体案件的处理结果具有意义。比如,2012 年《刑事诉讼法》将刑事案件的和解程序纳入法制化轨道,2018 年修订的《刑事诉讼法》又确立了认罪认罚从宽制度。这些制度改革,对刑事案件的差异化处理提供了更大的制度空间。根据 2018 年修订的《刑事诉讼法》第 15 条规定,“犯罪嫌疑人、被告人自愿如实供述自己的罪行,承认指控的犯罪事实,愿意接受处罚的,可以依法从宽处理”;根据第 290 条规定,对于达成和解的案件,人民法院可以依法对被告人从宽处罚。这意味着,即便是“同案”,因为和解因素、认罪认罚因素的加入,差异化判决会变得比“同判”更具有合法性与合理性。

五、刑事案件差异化判决的合理边界

本文之所以采用“差异化判决”这一说法,就是要刻意地将合理的差异化判决与不具有均衡性的“同案异判”作出区分。所以,在对刑事案件的差异化判决之合理性进行充分说明之后,我们必须对另外一个问题作出回答,即:什么样的差异化判决才是合理的?或者说,刑事案件判决之“差异化”合理的“度”该如何把握?

(一) 理性看待“同案不同判”

需要郑重声明的是,本文自始至终都没有否定“同案同判”所包含的平等观念的价值,本文质疑的仅仅是那种绝对形式化的“同案同判”在司法实践当中的可操作性,认为其不具有太多的方法论意义。那么,当我们试图表明差异化判决的合理性时,它和“同案同判”司法准则之间的关系究竟是如何?这个问题不难回答。笔者认为,只要我们放弃一种绝对主义的思考,将“同案同判”命题回归到相对主义的“类似案件类似判决”,问题就会迎刃而解。事实上,“同案同判”的原始命题正是“类似案件类似判决”。当我们将命题回归到“类似案件类似判决”时,由于“类似”并非“相同”,“类似”也可能意味着差异性较小的“不同”,那么“类似案件类似判决”就完全能够包容差异化判决的存在。我们所认可的差异化判决绝不是对平等原则的放弃,所以,它与“类似案件类似判决”的准则并无抵牾之处。只有当我们把该准则僵化为绝对性的“同案同判”,从而完全排斥合理的差异化判决时,种种不合理的问题才会出现。

笔者之所以认同“类似案件类似判决”而质疑“同案同判”,不仅因为“同案同判”这一纯中国化的表达本身很容易引起人们的误解,这是语言本身的缺憾;而且,也确实有一种将“同案同判”作严格理解的观点存在,这种观点的存在导致人们不能接受差异化的判决,并对实践当中的“同案不同判”现象不加分析地一律加以批判。如果我们深入分析,所谓的“同案不同判”现象,其实并不能被简单地归为对法治的违反和对平等原则的破坏。即便是在刑事司法领域,犯罪的法定构成要件对犯罪认定具有定型作用,同样行为被不同定罪的情况较少发生,但是,在刑罚决定方面,形式化的“同案同判”所反对的“不同判”却可能极为普遍。这其中就可能包含具有合理性的差异化判决。因此,我们必须区分不合理的“同案异判”与合理的差异化判决,而不能为了追求司法的一致性,反而无视个案中的正义需求,将差异化等同于刑罚的不均衡、不平等。

(二) 刑事案件差异化判决的法律控制

就刑事案件来说,合理的差异化判决,基本上可以从两个方面来进行把握:

1. 刑事案件的定性评价

案件定性评价,即罪的确定,只能以法定构成要件为判断标准,不能突破法定构成要件所描述的范围来寻求刑罚处罚;构成要件的解释,应当坚持客观解释的立场,也就是根据法律条文客观外在的含义理解并适用法律,而不能加入解释者的主观目的,或者以解释者认为的立法者的目的作为解释根据。但是,这并不意味着对构成要件不能作

目的论的解释,刑法条文客观的规范目的仍然是重要的解释根据。

在刑法解释问题上,尽管存在形式解释论与实质解释论之争,但是,这两种刑法解释论立场其实都能够容纳目的论的解释,只不过在目的论解释应当何时进行、何种场合进行这一问题上,双方存在争议。比如,坚持形式解释论的陈兴良教授就明确表示,那种将形式解释论看作是机械解释的观点完全是对形式解释论的误读。实际上,形式解释论并不反对实质判断,更不反对通过处罚必要性的实质判断,将那些缺乏处罚必要性的行为予以出罪。他认为形式解释论与实质解释论的根本区分仅仅在于:在对刑法进行解释的时候,是否先进行形式判断,然后再进行实质判断。^{③⑥}而实质解释论的支持者则认为,“不管是形式解释还是实质解释,都是以文本为依据的,否则就谈不上是一种解释。实质解释论事实上也是坚持罪刑法定主义的。只不过在实质解释论者眼里的罪刑法定,不仅具有形式的侧面,而且还具有实质的侧面。刑法在适用的过程中,不仅仅能实现形式正义,还必须实现实质正义。”^{③⑦}主张实质解释论的张明楷教授认为“对构成要件的解释不能停留在法条的字面含义上,必须以保护法益为指导,使行为的违法性与有责性达到值得科处刑罚的程度;在遵循罪刑法定原则的前提下,可以做出扩大解释,以实现处罚的妥当性”^{③⑧}。

在此,两种刑法解释论立场孰是孰非,我们暂且存而不论。至少可以肯定的是,形式解释论并不排斥实质判断,只不过主张必须形式判断先行,并以形式判断限制实质判断。而实质解释论也坚称自己不违反罪刑法定,至于形式优先还是实质优先,需要根据不同的解释情形而定。就此来说,“刑法在适用的过程中,不仅仅能实现形式正义,还必须实现实质正义”的见解当然是没有问题的。或许,实质解释论者所谓的“罪刑法定的实质”侧面,大约就是刑法的法益保护目的。无论是将实质判断作为一种出罪事由而将欠缺处罚必要性的行为排除在刑罚处罚之外,还是将它作为扩大刑罚处罚范围的理据,其实都说明了一个问题:不管坚持哪一种刑法解释论,都会承认刑法规范的形式要件并非实施刑罚处罚的绝对标准,都会肯定目的论解释的必要性。形式解释论固然主要是为了“将实质上值得科处刑罚但缺乏刑法规定的行为排斥在犯罪范围之外”,但它也并不反对通过实质判断将符合刑法规定的构成要件但不值得科处刑罚的行为排除在犯罪之外。而实质解释论也一定会同意,实质判断自然会将不值得科处刑罚的行为排除在犯罪之外,但是,以实质解释扩大刑罚处罚范围,也并不意味着突破刑法的形式规定。

所以,无论实质判断如何发挥实践作用,都会导致对刑事案件差异化判决的支持。因为目的论解释之“目的”,毫无疑问就是为了达成个案公正,实现刑罚处罚的公正性与合理性。至于作为刑法规定的“形式”究竟如何判断,那是另外一个问题。基本的界限是:入罪方向的实质判断,必须不能超出刑法条文文义可能的范围;出罪方向的实质判

^{③⑥} 参见陈兴良《形式解释论的再宣示》,载《中国法学》2010年第4期。

^{③⑦} 李立众、吴学斌主编《刑法新思潮——张明楷教授学术观点探究》,北京大学出版社2008年版,第67页。

^{③⑧} 张明楷《实质解释论的再提倡》,载《中国法学》2010年第4期。

断,不以刑法条文外在的文义为限,但必须考虑刑法的规范保护目的。在这一点上,笔者赞成张明楷教授的一个观点:在遇到法律疑问时,不能将有利于被告人作为解释原则。^{③⑨}也就是说,并非所有情况下的法律不明确,都要朝着有利于被告的方向解释,必须考虑刑法的规范保护目的,因为没有理由为了被告的利益,牺牲刑法规范的其他保护目的。只要在此界限之内,则类似案件的差异化判决就应认为具有合理性。

2. 刑事案件的定量评价

案件的定量评价,即刑的量定,一般情况下必须在相应罪责程度的法定刑幅度内来选择(《刑法》第62条);个别情况下在法定刑幅度之外选择刑罚时,必须拥有法律上的根据,尤其是在加重处罚的情况下更应如此,不能在法律之外寻求处罚标准。比如“许霆案”的重审判决,实际上是在法定刑以下判处其5年有期徒刑,法律上的根据是《刑法》第63条第二款。至于加重处罚情节,法律均作了明确规定,不存在其他认定标准。

对于类似案件,出于某种目的性考量,只要是在法定刑幅度内选择的量刑结果,都是具有合法性的。在类似案件之间,“如果刑罚之间的差异符合法律规定,而且根据法律规定的标准,对这种差异能够进行正当说明的话,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。”^{④⑩}法律适用中不可缺少逻辑,但逻辑不是法律适用的全部。在实践理性之下,逻辑所导出的一致性,还需要得到目的性考量的修正。所以,差异化判决的哲学基础就在于这种实践理性。

波斯纳认为,就法律的客观性来说,要在自然主义和法律虚无主义之间就法律问题找到一个中间立场,那么就只能将“客观”界定为合乎情理(reasonableness)。“而所谓合乎情理,就是不任性、不个人化和不(狭义的)政治化,就是既非完全的不确定,也不要求本体论意义上的或科学意义上的确定,而是只要有有说服力的、尽管不必然是令人信服的解释,并总是伴随有这种解释,就可以修改答案。”^{④⑪}当然,尽管在法定刑幅度内的不同裁量结果可能都是符合法律规定的,但是,具体的裁判结果只有在进行充分论证的基础上,才能证明其是否是合乎情理的判决。离开具体化的论证,个案公正是不能得到说明的。

对此问题,我们不妨引用德国刑法家阿尔布莱希特教授的论述来说明,这段论述再清楚不过地契合了本文所要主张的观点“不但在确定和判断关键的行为事实中,而且在判断刑罚的严重性中,都必须确定一个法定的、具有实用性的标准。如果选择这种标准是自由的,且因此能够据此辨别出相同案件的不同刑罚的话,那么其他就不能视为是刑罚恣意性的后果了。量刑中,要求做出正当的且合法的刑罚,必然要求在评价不同犯罪行为 and 刑罚中,以及在确定不同刑罚中需要引进一个标准。但是具体化的任务却必

^{③⑨} 参见前引^{③⑧},张明楷文。

^{④⑩} 前引^{③⑨},汉斯·约格·阿尔布莱希特书,第17页。

^{④⑪} [美]理查德·A·波斯纳《法理学问题》,苏力译,中国政法大学出版社2002年版,第9页。

须包含一个具有同等适用性的标准。从这里可以看出,立法者放弃在条文里对刑罚具体化是有根据的。立法者之所以不这样做是因为,要实现平等对待,只能依靠刑量与单个犯罪行为的具体无价值相适应来实现。因此,量刑均衡性的根据并不仅限于禁止差异这个理解,它还包括在量上应当存在一定差异,实现均衡性的途径在于有一个具有实用性的法定标准,也就是要平等地适用量刑规则,以及与其相关的量刑理论和信条学的规则,从这些理论和规则能够推断出一定的行为事实,而这才是刑罚的基础。”^⑫ 由于裁量因素的广泛存在,刑事案件合理的量刑结果必然具有浓厚的个案色彩,在不同的类似案件之间,刑罚的均衡性并不外在地表现为量刑结果的一致性。

(三) 刑事案件差异化判决需要建立在论证理由之上

差异化判决并不构成对法律稳定性的破坏,因为它是在法律自身所提供的灵活性机制内进行的。法定构成要件的定型性,法定刑幅度的相对确定性,足以确保差异化判决的合法性与可靠性。同样案件的差异化判决仅在于实现案件中的个别正义,而不在于创新性地突破现行法律。在法律提供的“基准正义”的基础上稍微偏左或偏右,都仍在法律规则的规制范围内,在这个意义上,差异化判决在法律上仍具有一致性,只不过它并非“同案同判”所追求的绝对的一致性。

司法的本质是行使判断力,而判断必然是涉价值的。刑事个案公正的“公正性”,最终必须通过判决理由的说明来证立。“同案同判”固然除却了法官对眼前案件的论证负担,貌似是一种符合司法的经济性要求的做法;但是,这种站在司法者而不是社会与当事人角度的功利主义考量却存在如下问题:其一,法官虽然省却了对眼前案件进行论证的负担,但是却增加了另一种负担,那就是将眼前案件与海量的同类案件进行比较,以确定眼前案件与某个先前案件是否属于“同案”,而这个负担显然比个案妥当性的论证负担更为不易;其二,当法官省却了对眼前案件的论证负担后,所生成的判决的合法性与合理性都是建立在作为参照的先前判决的基础上的,由于两个案件的“同”与“不同”的判断本身就充满了不确定性的风险,“同判”的根基也就是极不牢靠的。所以说,逻辑不能单独说明判决的正当性,只有对判决的论证过程,才能说明判决的正当性。因此,差异化判决反而会强化法官对个案判决的论证责任,使刑事案件的判决建立在制度、方法、观念、目的所综合建构的理性基础之上。

本文为刑事案件的差异化判决进行理论辩护,其目的并不是要拆毁“同案同判”命题,更不是否定其背后的正义观念,而是要对其加以修正;所以,本文对差异化判决的支持,依然是在“类似案件类似处理”的命题之下所作的理论确证。这意味着,对那些在事实、情节、社会危害性等大致相同的案件之间出现的量刑上的重大差异,已经失去了合理性,绝不是本文所认可的“差异化判决”。

^⑫ 前引^⑩,汉斯·约格·阿尔布莱希特书,第24-25页。

结 语

由于司法实践当中普遍存在的乃是“相似案件”，而非“同案”；因此，差异化判决不仅是正常的现象，而且无可避免。相应地，我们真正需要解决的现实问题其实是“类似案件不类似处理”，而非“同案不同判”。本文认为，“同案同判”命题不能解决刑事案件判决的公正性问题，因为面对“同案”，“同判”本身无法说明案件判决的实质合理性，它能够解决的仅仅是司法的统一性问题，但是很多情况下，这种“统一”恰恰不利于个案公正的实现。因此，判决正当性的论证并不能建立在“同案同判”的基础上，而只能建立在个案性的理由阐释的基础上。本文所要强调的仅仅是，对于所谓的“同案”，若再无区分对待的事实因素存在，当然应该“同判”；但是，不应以“同案同判”这一并非严谨的命题来排斥对案件的个别化思考。这一观点立论的基础在于，一切所谓“同案”事实上不过都是“类似案件”，而由此导出的“类似判决”当然只求“类似”，而不必求“同”。由于“类似”存在程度问题，包含了“同”与“不同”；巨大的“不同”已非“类似”，故而差异化判决亦拒斥“不类似处理”。还需要特别提示的一点是，差异化判决之合理性的论证中包含着一项非常重要的要求：法官需要对案件判决结果进行个别化论证。因为“在法院里，‘正义’必须显示它是一个论证的结论，这个论证设计来尽可能最好地表明这是法律就此事件而言的意义”^④；因此，法院没有理由仅仅以逻辑推导的“同判”来回避自己对个案的具体妥当性加以论证的义务。

Abstract: The essence of justice lies in the realization of individual cases' justice. In the criminal justice, the real problem is not 'same cases have same judgments', but the distinction of cases. Since absolute 'same cases' do not exist, even if there is the existence, it is difficult to determine. Therefore, differentiated judgments are not only inevitable, but also are quite reasonable. Compared with 'same cases have same judgments' with formalization, reasonable differentiated judgments are more conducive to the realization of justice of individual cases. Certainly, in the differentiated judgments, there still exists penalty balance, and it has fundamental distinction with 'same cases have different judgments' that lack the balance. The justifiability and legitimacy of differentiated judgment need to be proved by specific judgment reason, and it can only exist within the discretion range provided by the law.

(责任编辑: 白岫云)

^④ [美] 迈克尔·欧克肖特《政治中的理性主义》，张汝伦译，上海人民出版社 2003 年版，第 179 页。