

主 编:周国均
执行主编:白岫云

COLLECTED WORKS OF CHINA LEGAL SCIENCE

中国法学文丛

COLLECTED WORKS OF CHINA LEGAL SCIENCE

■ 刑事法卷

CRIMINAL LAW VOLUME

中国人民公安大学出版社

中国法学文丛

Collected Works of China Legal Science

刑事法卷

Criminal Law Volume

主 编 周国均
执行主编 白岫云
策 划 白岫云

中国人民公安大学出版社

·北 京·

图书在版编目(CIP)数据

中国法学文丛·刑事法卷/周国均主编. —北京:中国人民公安大学出版社, 2004.4

ISBN 7-81087-694-5

I. 中... II. 周... III. ①刑法—中国—文集 ②刑事诉讼法—中国—文集 IV. D920.4-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 020819 号

中国法学文丛·刑事法卷

Collected Works of China Legal Science · Criminal Law Volume

主编 周国均

出版发行: 中国人民公安大学出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷: 北京蓝空印刷厂

版 次: 2004 年 4 月第 1 版

印 次: 2004 年 4 月第 1 次

印 张: 11.5

开 本: 850 毫米 × 1168 毫米 1/32

字 数: 297 千字

印 数: 0001 ~ 3000 册

ISBN 7-81087-694-5/D·521

定 价: 25.00 元

本社图书出现印装质量问题, 由发行部负责调换

联系电话: (010) 83903254

版权所有 侵权必究

E-mail: cpep@public.bta.net.cn

www.jgclub.com.cn

目 录

同案同判的宪政意义及其实证研究·····	白建军(1)
论刑法的公众认同·····	周光权(22)
社会危害性与刑事违法性的关系新论 ·····	齐文远 周 详(36)
犯罪成立视野中的违法性认识·····	谢望原 柳忠卫(54)
事实上的非犯罪化与期待可能性 ——对安乐死出罪处理的路径及其法理解读 ·····	梁根林(75)
论网络信用卡诈骗犯罪及其刑事立法·····	皮 勇(101)
论我国知识产权的刑事法律保护·····	田宏杰(116)
中国的检察改革·····	孙 谦(146)
刑事诉讼视野中的司法审查原则·····	谢佑平(190)
侦查监督制度研究 ——兼论检察引导侦查的基本理论问题 ·····	但 伟(225)
刑事和解的价值构造及中国模式的构建 ·····	向朝阳 马静华(261)
论刑事诉讼中的合意问题 ——以公诉案件为视野的分析 ·····	王新清 李 蓉(290)
论刑事证据立法方向的转变·····	汪建成 孙 远(312)

论集中审理原则与合议庭功能的强化

——兼评《关于人民法院合议庭工作的若干规定》

..... 陈卫东 刘计划(349)

同案同判的宪政意义及其实证研究^①

白建军*

“适用法律人人平等”是惟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，^②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、个体的特殊素质等不能成为发动刑罚的主要根据。否则，如果将

① 原载《中国法学》2003年第3期，略有修改。

* 北京大学法学院教授。

② 杨春洗等：《刑法总论》，北京大学出版社1981年版，第27～28页。

法律的惩罚根据建立在特殊人假定之上^①，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，必然使公民之间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，任何一群人都某些方面相似而在其他方面相异，这时，

① 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，也可能是后天形成的。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。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。

如何确定哪些异同才是有意义的，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，是摸得着的规则。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惟一的，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，从具体个案的惟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呢？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。^① 相比而言, 学理解释的主观性和多样性显而易见,^② 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”的判断获得惟一确定的结果。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, 且具有自首、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”便无从检验。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

① 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。

② 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。有关学术线索请参见蔡道通:《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。

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“同等罪量同等刑量”。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。现在,我们以抢劫罪为例,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。它们分别是:共同犯罪、其他加重情节、^① 自首、立功、重大立功、自首立功、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

① 这里所谓的其他加重情节,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。有这些加重情节的个案自然要重于没有这些情节的个案。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》,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 被害人的某些弱点、不慎之举、其他诱因等容易诱发被害的属性。

④ 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地抢劫作案,都可以视为具有一定的公然性。表现出明显公然性的案件,其犯罪人的人身危险性较大,因而罪量较大;反之,人身危险性也相应较小,因而罪量也一般。

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。

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,权重自然不同。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。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,^①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,交易被害的犯罪的罪量应当最小。具体到抢劫罪的五种行为方式中,直接施暴显然

^① 白建军:“控制社会控制”,载《中外法学》2000年第2期。

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”。理论是，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，^① 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，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。第四，经验常识。比如，尽管法律没有明文规定，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）中收集了截至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

^① 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。

“Lawyer”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证否。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，很难想像经验世界中的所谓“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，因此，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准，是已然、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——凡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。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?上文分析已经使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完成这些作业以后,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

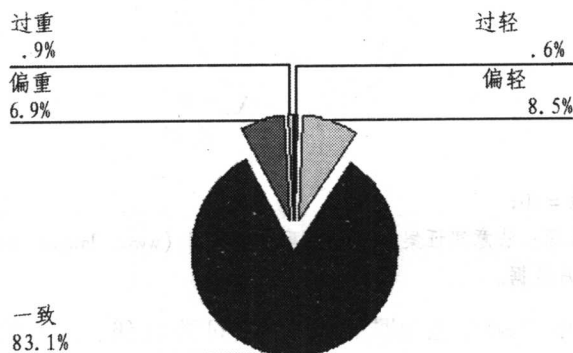
^① 其基本原理与方法,参见白建军:“刑罚轻重的量化分析”,载《中国社会科学》2001年第6期。虽然该文的研究对象是刑法分则中的抽象个罪,但如果在模型中加进附加刑、缓刑、附带民事诉讼等因素,改造后的算法模型便可适用于司法案件的研究。限于篇幅,恕笔者无法在此详述该量化过程,仅在此公布分析结果,供读者参考。

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:

第一,观察偏轻、偏重与一致的比例关系。请看图 1:

图 1 抢劫案件的同案同判与同案异判



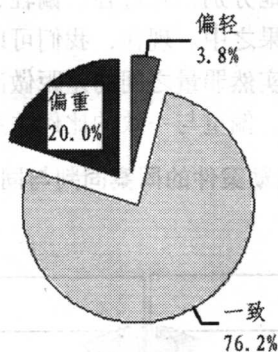
样本数 = 1107;

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 月数据。

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。

第二, 观察同等罪量的案件中, 实际上宣告刑的离散情况。请看图 2:

图 2 罪级同为 11 级时的刑级分布



样本数 = 80;

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 月数据。

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