

公正底线

刑事司法公正性实证研究

Bottom Line of Justice
Empirical Research of Criminal Justice



司法法学
Elisor Law Study

白建军 著

法律适用的过程和结果实际上有多公正？法官在适用法律过程中实际上是怎样理解并操作公正标准的？本书采用法律实证分析方法，观察、发现并描述大量示范性案例，分析阐明了一个基本思想，即公正在于平等。司法内核是公正，而公正的内核是平等——公正就在于平等，司法公正就在于司法平等，司法平等是司法公正的底线。



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

D924. 04/59

2008

国家社会科学基金项目

公正底线

刑事司法公正性实证研究

Bottom Line of Justice

Empirical Research of Criminal Justice

白建军 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

公正底线:刑事司法公正性实证研究/白建军著. —北京:北京大学出版社, 2008. 7

(司法法学)

ISBN 978-7-301-13868-7

I. 公… II. 白… III. ①刑法—案例—分析—中国②刑事诉讼—案例—分析—中国 IV. D924.05 D925.305

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 072359 号

书 名: 公正底线——刑事司法公正性实证研究

著作责任者: 白建军 著

责任编辑: 侯春杰

标准书号: ISBN 978-7-301-13868-7/D·2064

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788

出版部 62754962

电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

印刷者: 北京宏伟双华印刷有限公司

经 销 者: 新华书店

650 毫米×980 毫米 16 开本 24.5 印张 372 千字

2008 年 7 月第 1 版 2008 年 7 月第 1 次印刷

定 价: 48.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

总序

陈兴良

北京大学出版社的蒋浩先生为其组织出版的《司法法学》丛书邀我作序,我欣然命笔。之所以“欣然”,是因为我对“司法法学”这个概念或曰命题感兴趣,并有一种似曾相识的熟悉感,因而有话想说。

去年,强世功教授在三联书店出版了一本书,书名为《立法者的法理学》,其中第一章是“迈向立法者的法理学”。收到强世功的赠书,我很自然地“从立法者的法理学”联想到是否也存在“司法者的法理学”?由此又联想到从“统一的法理学”是否会走向“分化的法理学”。这些问题都关系到法理学,实际上也是法学的发展方向。对于强世功的“立法者的法理学”命题中的“立法者”一词,是不能望文生义的,因为在该书中,强世功明确指出:

“立法者的法理学”绝不是目前流行的“立法学”,这里所说的“立法者”也不是现代法意义上的法律制定者(law-maker),而是古典意义上创造政体的立国者或者立法者(legislator)。^①

在这个意义上的“立法者的法理学”,实际上是一种政治学或者政治哲学。强世功是把“立法者的法理学”与“法律人的法理学”相对应的:“法律人的法理学”是在法律之中研究法律,是对法规范与法技术的研究。而“立法者的法理学”思考的不是仿佛自足的法律秩序,而是法律秩序作为其有效组成部分的政治秩序。它从法律世界出发重返到法律世界,并由此来理解法律。^②因此,“立法者的法理学”是在法律之前、之上、

① 参见强世功:《立法者的法理学》,三联书店2007年版,第24页。

② 同上注。

之外研究法律。如果有“立法者的法理学”，那么是否也有“司法者的法理学”呢？“立法者的法理学”中的“立法者”不是指法律制定者，那么“司法者的法理学”中的“司法者”是否指法律的适用者呢？这些问题都值得我们思考而不必马上有答案。

从“立法者的法理学”这个命题，促使我对法学自身进行反思。什么是法学？关于这个问题，经典定义是古罗马的查士丁尼给出的：“法学是关于神和人的事物的知识；是关于正义和非正义的科学”。^① 在这一定义中，查士丁尼甚至没有提及法或者法律。我们现在的法理学教科书虽然仍然引用查士丁尼关于法学的定义，但已经不再直接采用为法学的概念。现在的法理学认为，法学是以法律观念为研究对象的各种科学活动及其认识成果的总称。^② 这里的“各种科学活动”，当然是可以把立法活动与司法活动包含进去的。至于这里的“法律观念”及其对“法律观念”的研究如何理解，美国法学家帕特森关于“of law”与“about law”的二元区分的观点是可以参考的。当然，这些观点都是从法理学层面考虑的，它注重的是法的一般原理，是在整体意义上理解法。如果从部门法意义上来说，法学在一定程度上或在主体意义上是法教义学。法教义学，又称为或译为法信条学或者规范法学，这是德国学者采用的概念。例如德国学者拉伦茨将法学定义为：

以处理规范性角度下的法规范为主要任务的法学，质言之，其主要想探讨规范的“意义”。它关切的是实证法的规范效力、规范的意义内容；以及法院判决中包含的裁判准则。^③

这种以法规范为中心的法学，就是规范法学。尽管拉伦茨是从法学方法论角度论及法学的定义，但它对于我们理解法学还是具有启迪的。法教义学是法学知识中十分重要的一种形态，它采取的是“信条论”的思维方法。对此，德国学者考夫曼曾经做过深刻的阐述：

依据 Kant 的说法，法律信条论是“纯粹理性在现有理论框架上

① 参见〔罗马〕查士丁尼：《法学总论——法学阶梯》，张企泰译，商务印书馆 1989 年版，第 1 页。

② 参见张文显：《法理学》，高等教育出版社、北京大学出版社 1999 年版，第 1 页。

③ 参见〔德〕卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆 2003 年版，第 77 页。

运作,而未先行批判它自身的能力”。信条论者以未经检验即视为真实的条件为前提,他“在现有的情况下”来思考。信条论者不问法律“究竟”是什么,也不问是否、在何种情况下、在什么范围内、以何种方式会有法律的认识。这并不必然意味着,法律信条论毫不批判地运作,但即使在它批判地思辨时,例如批判地检验一条法律规范,法律信条论者是在体系范围内论证,也就是说,先行有效的体系并未被碰撞。^①

显然,法教义学是一种“of law”的理论而并非“about law”的理论。法学具有多个向度,可以采用多种方法进行研究,这是我们重新审视法学这个概念的时候得出的结论。但现在的问题是:如何把各个向度的法学知识及其方法论加以适当地区隔,使各种理论都能够保持逻辑上的自治自足,这正是我们所关注的。在部门法中,这一点尤其值得重视。以刑法学为例,我国目前还没有形成各自独立的刑法知识形态,没有区分立法者的刑法学与司法者的刑法学,而是将上述各种刑法知识混为一谈,发生语境上的混乱。在一般的刑法学论文中,总是按照这样的线索展开:历史沿革、概念特征、具体内容(因题而异)、司法适用、立法完善,这可以说成为一种标准的刑法论文格式,尤其在硕士论文中通行。对于这样的论文,我们无法对它进行归类:是规范刑法学的论文还是其他。在这样的论文中,从叙述口吻中反映出来的作者身份也是变换不定的:忽而是法学者,忽而是司法者,忽而又成为立法者。在这种情况下,难以保持理论观点的内在统一性和逻辑推理的前后一贯性。法学以及刑法学的发展,应当从其自身知识形态的反思开始,这是我的切身感受。

法学研究具有多种向度。我认为,应当从以立法为中心的法学向以司法为中心的法学转变,这也是我赞同“司法法学”这一概念的原因。我国法治的发展,经历了从无法可依到有法可依的转变。在解决了有法可依以后又将有法必依提到议事的日程上来,因而进入一个更高的法治发展阶段。有法可依的关键是立法,而有法必依的关键则是司法。法学界的有识之士在10年前就开始关注司法问题,例如以贺卫方、张志铭、朱苏力为主持人,北京大学法学院司法研究中心于1998年9月在中国政法大

^① 参见〔德〕考夫曼:《法律哲学》,刘幸义等译,法律出版社2004年版,第15页。

学出版社出版了《司法文丛》。其宗旨是：

中心倡导对司法制度进行跨学科、多角度的综合研究。在运作以及成果上强调学术研究与司法实践之间的沟通、对话以及互动，强调成果的多层次和多侧面，强调项目参与者的广泛性和多样性，力求通过中心的研究成果以及学术活动本身既推进司法研究领域的学术进度，又对于中国司法制度的改进有所贡献。^①

《司法文丛》的出版，对于法学的学术注意力从立法向司法的转移是具有标志性意义的。当然，《司法文丛》出版的背景是对司法改革的研究，为当前开始起步的司法改革提供学术资源，并且注重的是对司法制度的研究。而现在北京大学出版社的《司法法学》文丛，是在法学框架内，对司法实践问题的全方位、多学科的研究。例如对判例的研究，就是司法法学的题中之义。判例是司法活动的结果，裁判理由是法条之一般适用于案件之个别的逻辑推理的陈述，因此应当成为法学研究对象。以规范为中心的法学当然是重要的，但以裁判规则为中心的法学也是应当提倡的。可以说，随着判例制度在我国的逐渐形成，判例研究必将成为我国法学知识的增长点。《司法法学》文丛以司法为号召、以法律适用中的疑难问题为内容、以实证分析与规范分析为方法，采取开放性的态度，面向各个法学学科，形成我国法学研究的有生力量，以此推动法学向前发展。这是《司法法学》文丛所期望的，也是我所期待的。

是为序。

谨识于北京海淀锦秋知春寓所

2008年5月30日

^① 参见：《司法文丛·编纂说明与志谢》，中国政法大学出版社1999年版。

自序

这本书的逻辑起点是，我们并不怀疑应不应当公正，也无意卷入公正定义的论争，我们更想知道的是，当下中国的刑事司法实际上有多公正？

这个起点首先意味着，应然可能不等于实然，应然也不能代替实然，应然更不应被用来粉饰或丑化实然。而对每一个与公正有关的人来说，更实际的正是公正的实然状态。一直以来，人们质疑某些个案审理结果的公正性，往往成为媒体追逐的焦点话题。而且，此种质疑的确不乏成功影响法院审理活动的结果。然而，成为焦点后被改判或坚持原判的个案，到底在多大程度上代表了总体？我们毕竟不能仅仅根据某个有问题的审判就断定整个刑事司法是不公正的；也不能仅仅基于某个得到舆论肯定的个案审理便直接推论说，所有刑事审判都实现了法律标准与社会标准的统一。实际上，不论你想论证现实中的刑事司法是公正的还是不公正的，都能很方便地找到一两个案件。但我认为，由大量个案公正构成的总体公正才是实然的公正。换个角度，作为理想状态，应然的公正也许永远都无法最终实现。但是，此时此地的审判实践与彼时彼地的审判实践相比，这些已决案件与那些已决案件相比，与应然公正之间的差距大小毕竟有所不同。既然案件审理的公正性程度可能有所差异，那么，观察、描述并解释这些差异，便是对司法公正性的一种实然研究了。

其次，以实然公正为研究起点还意味着，本研究是对司法裁判的研判。所谓对裁判的研判，就是对司法裁判公正性程度的检验，也就是用经验研究方法检测验证刑事司法的公正性。照理说，终结性是司法裁判活动的特有属性。每个人都可以对同一法院判决有不同的感受，但任何人都应该尊重法院的生效判决。而现在如果提出司法判决的公正性检验问题，是否有挑战法院判决的终结性和权威性之嫌？在接下来的研究中我

们将看到,我们所说的实证检验不仅没有挑战司法判决的终结性和权威性,恰恰相反,我们所做的公正性检验是以“示范性案例”作为研判标准的检验——作为公正性检验的标准,只要检验对象符合或接近相应的示范性案例,就应当被认为大体符合公正性要求。对已生效的判决而言,这种检验具有回顾、总结的性质,而对尚未生效的裁判而言,与示范性案例相比,又具有预估裁判结果的指导性和参照性。借助这个司法先例的示范机制,最高司法机关可以依法贯彻一定的刑事政策导向,调节刑事反应的宽严程度,适时回应社会现实中随时出现的各种法律问题。这个意义上的实证检验不仅不是在挑战或弱化审判机关的权威性和审判活动的终结性,而是在依法拒斥针对司法审判活动的非理性评判,是有序提升审判质量的一种尝试。

再次,着眼于实然公正还意味着,本研究所选用的方法是法律实证分析方法而非纯思辨或纯规范学方法,因此本研究的学术立场与对现实的批判或保守无关。笔者至今仍坚持认为,所谓法律实证分析,就是指按照一定程序规范对一切可进行标准化处理的法律信息进行经验研究、量化分析的研究方法。^① 这里的实证分析是“empirical research”,而非“positivism”。法国学者孔德创立的实证哲学和我们这里所说的作为研究方法的实证分析都强调感觉、经验、客观观察在认识活动中的重要性,但实证主义是一种哲学思想,是关于世界的认识成果,而实证分析是研究方法,是获得理论认识所凭借的工具。作为一种方法,实证分析不具有实证主义哲学所固有的某些特征,也不依附于实证主义哲学所信奉的某些理念。比如,实证主义哲学“拒斥形而上学”^②,否认现象背后存在本质,和贝克莱的“存在即被感知”一脉相承。而作为研究方法的实证分析本身没有这

① 参见白建军:《论法律实证分析》,载《中国法学》2000年第4期。

② 在希腊文中,“形而上学”意为“物理学之后”。后人在编纂亚里士多德的生前手稿时,把有关自然科学的论著归为“物理学”。把有关抽象本质、本体论的论著归为“物理学之后”或“物理学之后诸篇”。这里,“物理学之后”与“物理学”的对应,与我国古人所谓“形而上者谓之道,形而下者谓之器”中的“道”与“器”的对应相类似,所以,在我国,“物理学之后”翻译为“形而上学”。这个意义上的“形而上学”是指,研究世界本原、本质的学说,是研究有形实体背后的本质的抽象学问。孔德所拒斥的形而上学就是这个意义上的形而上学。他既反对将世界归结为精神,也反对将世界归结为物质。他只承认研究现象本身和有形实体的学问才是科学。他认为,知识都是关于现象的知识,科学都是经验科学。感觉是一切知识的来源。我感觉到山、水、木、石的存在,因而它们是真实的。但我感觉不到这些东西背后还有什么本质、本原,因此,研究世界本质、本原的努力是徒劳的。

些理论预设,从实证分析方法本身无法直接推论出某种世界观。而且,实证主义哲学对经验观察在认识活动中重要意义的强调已经过分到了轻视甚至无视理性思维的地步。在实证主义哲学看来,人的认识只能达到可能感觉到的现象,现象以后是不可知的。而实证分析不接受这种束缚,它强调不间断地往返于研究对象的经验层与抽象层之间,强调对任何数据都要进行深入解释和理性把握。在实证分析看来,理性能力和感性能力这两者一个也不能少。特别应当强调指出的是,通常认为,实证主义哲学在政治和意识形态上比较保守,主张改良和循序渐进的社会政策。而实证分析方法却没有这个形象,作为一种方法,实证分析无所谓激进或保守。实证分析并不依附于任何学术以外的所谓立场,也不预设某种至高无上的理念。实证分析只信奉导出某种理念或立场的可重复的过程和方法,以及借助这些方法发现并说出事实。所以,本研究并没有关于我们的刑事司法是公正或不公正的事先预设,研究结论到底如何,要看经验事实本身以及研究方法和程序的运作过程和结果。

二

本书导论交代了所研究的问题、对象,采用的研究方法和所持基本观点。其中,研究所由出发的基本问题是,法官们实际上怎样理解公正?怎样发现审判实践中的“平均公正”?回答这一问题的基本路径是通过对示范性案例裁判结果的测量,比较不同判决中公正性的实现程度。贯穿始终的基本思想和理念是认为,公正在于平等——司法公正就在于刑法权利的平等和司法平等。

第二章和第三章是一个完整的公正性假设检验过程——在应然层面,我将抽象的公正(刑法权利的平等保护)具体化为“同等被害同等报应”、“同案同判”以及“裁判中立”三个方面,并从报应犯罪学、等罚犯罪学和中立犯罪学角度论证了公正即平等的学理根据。在此基础上,研究设计了进行公正性检验的三个工作假设及相应的检验方案,并据此在实然层面以杀人、伤害等7类案件样本为数据来源,运用SPSS(社会科学量化分析软件)的分析工具,分组测量了司法公正性的实然水平。

第四章和第五章展示的是另一对范畴,即定罪公正和量刑公正。其中,第四章以变更罪名问题为切入点,从实体法与程序法相结合、刑法总则与分则相结合,以及规则本身与规则的选用实践相结合的角度探讨定

罪公正问题。在这部分中,研究以示范性案例中的全部变更罪名案例为样本进行实证研究,发现了其中几对实然关系,认为变更罪名未必都有失公正,也不必然体现实体公正,择轻变更未必都有利被告,合法的变更又未必是合理的变更,变更罪名给法律适用带来的不确定性恰恰根植于现行法律和法理之中。对其进行法律解释学和犯罪定义学分析,将有助于变更罪名现象的解读和限制。与定罪公正相对应,第五章重点围绕死刑适用、量刑基准等问题展开量刑公正的讨论,发现了犯罪中是否构成死罪、死罪中是否适用死刑、死刑中是否立即执行的一些重要不同,以及几类常见犯罪的平均刑量和意义。

第六章和第七章是从个别与一般的角度解析司法公正性问题。关于个案公正,本研究选用的是不典型分析法,即从非典型案件的审理过程与结果反观何谓公正。研究具体观察了示范性案例中的杀人、伤害等暴力人身犯罪、抢劫等暴力财产犯罪以及盗窃诈骗等非暴力财产犯罪案件实际审理中提出的上百个焦点法律问题以及裁判理由。在抽象公正的分析中,研究从法的确定性入手,进行了法律确定性检验的过程与结果分析。在此基础上,研究导出了公正的可检验性命题,并阐述了公正的检验标准以及审判质量管理的实践方案。

三

这本书的成稿和最终出版自然要感谢国家社会科学基金项目的专家、评委们;感谢中国社会科学院郑真真研究员在统计方法方面给予的无私帮助;感谢书中所有引文的作者们;感谢我的老师、同事和家人对我的宽容;感谢北大实证法务研究所和北大法意网的郑顺炎、陈浩麾下近百人组成的研究团队在案例信息和数据库技术方面的长期有效合作;感谢北京大学出版社的蒋浩先生和侯春杰编辑对本书初稿提出的宝贵意见,基于这些意见,我对这本书的内容和结构做了重要调整。

白建军

2008年4月

目 录

第一章 导论	1
第一节 问题模式:实践理性考察	1
一、问题:法官实际上怎样理解和操作公正?	2
二、材料:示范性案例	7
三、方法:量化分析和不典型观察	9
第二节 目标变量:刑罚资源投入	13
一、量刑理论	14
二、量刑模型	16
第三节 基本思想:公正在于平等	23
一、公正的外延	23
二、公正的内涵	25
三、权利平等与司法公正	28
四、司法平等解析	30
第二章 应然公正	36
第一节 报应	36
一、同等被害同等报应	37
二、报应犯罪学	37
三、报应假设的检验方案	46
第二节 等罚	52
一、同案同罚	53
二、何谓同案?	54
三、否定自由裁量?	58
四、等罚犯罪学	62
五、等罚假设的检验方案	78

第三节 中立	82
一、裁判中立	83
二、中立犯罪学	86
三、刑法民法化?	94
四、私权犯罪与公权犯罪	98
五、刑法中立性的立法证明	100
六、中立假设的检验方案	101
第三章 实然公正	105
第一节 假设检验的科学逻辑	105
一、检验过程的可重复性	105
二、多种检验之间的内在一致性	108
三、检验方法选用的有效性	109
第二节 检验过程与结果	112
一、杀人案的公正性检验	112
二、伤害案的公正性检验	123
三、抢劫案的公正性检验	133
四、盗窃案的公正性检验	141
五、诈骗案的公正性检验	149
六、贪污案的公正性检验	158
七、毒品案的公正性检验	168
第三节 结果与反思	176
一、数据汇总与比较	176
二、实然公正的三个意义	180
第四章 定罪公正	183
第一节 定罪与变更罪名	183
一、罪与非罪先于此罪彼罪?	183
二、示范性案例中的变更率	185
三、因变量:择重、择轻与变更程度	186
四、自变量:变更焦点、前后关系、变更根据	190

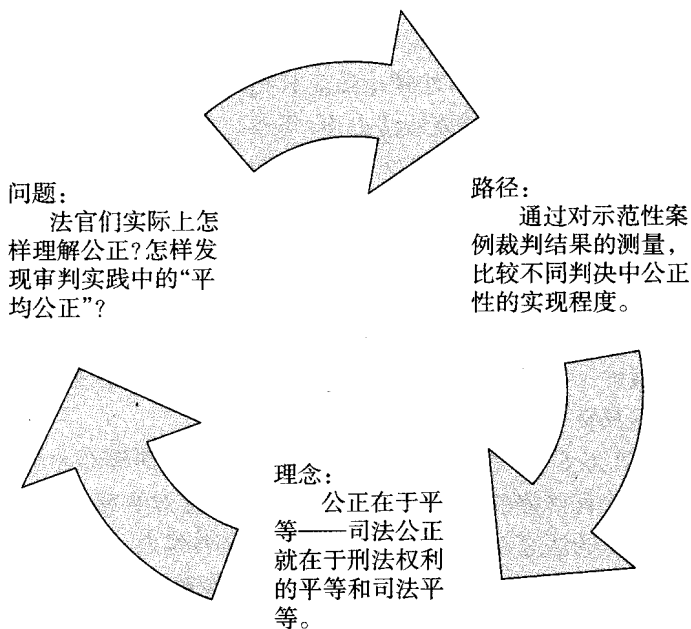
第二节 变更实践中的几对关系	193
一、变更根据与变更结果	193
二、变更前后罪名之间的关系与变更结果	195
三、变更焦点与变更结果	196
四、罪量大小与变更结果	197
第三节 变更罪名的理论与对策	199
一、法律解释学中的变更罪名	199
二、犯罪定义学中的变更罪名	201
三、变更罪名的限制性操作	205
第五章 量刑公正	208
第一节 死刑适用	208
一、死罪圈、死刑圈与死缓圈	208
二、真理论的法律解释观与价值论的法律解释观	211
三、样本与分析框架	215
四、死罪阶梯中的法官释法	216
五、回到法律解释学	226
第二节 量刑基准	227
一、量刑基准的概念	227
二、确定量刑基准的必备条件	233
三、抢劫罪的量刑基准	235
四、盗窃罪的量刑基准	237
五、故意伤害罪的量刑基准	238
六、贪污受贿罪的量刑基准	239
七、平均刑量的双重性	240
第六章 个案公正	242
第一节 暴力人身犯罪	242
一、图财害命	242
二、危险方法杀人	246
三、意外致人死亡	248
四、轻率杀人	249

五、杀人中止	251
六、无实行行为杀人	254
七、亲属相杀	256
八、强迫饮酒	257
九、实行过限	258
十、轻易致死	262
十一、防卫避险	270
第二节 暴力财产犯罪	273
一、暴力索还	273
二、共有财产抢劫	278
三、消灭债务	279
四、当场勒索	281
五、盗窃转化	282
六、骗局行抢	287
七、抢劫未完成	293
八、入户抢劫	297
九、银行抢劫	302
十、公共交通工具抢劫	303
第三节 非暴力财产犯罪	305
一、自主盗窃	305
二、纵容盗窃	308
三、机会占有	310
四、欺骗盗窃	314
五、监守自盗	316
六、为公盗窃	322
七、以其他为目的盗窃	323
八、盗窃未完成	324
九、盗窃数额计算	330
十、被动交付	331
十一、赌局圈套	332
十二、诉讼欺诈	334
十三、集资骗局	337

十四、“其他金融凭证”	340
十五、合同骗局	340
十六、职务欺诈	344
十七、占有目的	345
第七章 抽象公正	352
第一节 法的确定性	352
第二节 确定性检验过程与结果	359
第三节 法的确定性与公正的可检验性	365
第四节 公正的可检验性与审判质量管理	369
 参引书目	 371

第一章 导论

本章逻辑结构图示为：



第一节 问题模式：实践理性考察

本书所说的实践理性由三个基本元素构成：客观现实、实证方法和实践者群体的职业行为。所以，实践理性就是指采用实证研究方法所发现的、客观现实中大量实践者长期职业行为背后所具有的规律性。由于这里所说的实践理性关涉实践者的职业行为，因而不同于康德在《实践理性