

论类似案件应当类似审判

张 骐

内容提要:面对司法实践中指导性案例工作的快速发展,明确提出“类似案件类似审判”的法律原则,作为一种规范性要求,具有重要的现实意义和迫切性。类似案件类似审判原则是实现形式公正的基本要求,是司法公正的构成性因素,有助于规范法官的自由裁量权,限制司法专横,保证判决合理。类似案件类似审判原则具有法律依据与合法性,符合我国的法律制度;它与依法裁判具有根本的一致性。将类似案件类似审判确认为法律原则是我们法律内在道德性的必然要求;把类似案件类似审判作为一个法律原则可以使其得到足够的权威性;法律可以从制度性、确定性方面切实保证类似案件类似审判。“类似案件类似审判”首先是一个法律原则,是类似案件类似审判制度的灵魂和基础。

关键词:类似案件类似审判 法律原则 指导性案例

张骐,北京大学法学院教授。

一 指导性案例发布“提速”之后

今日中国的法学界和法律实务界愈益认识到案例指导制度和指导性案例的重要价值。越来越多的法官、律师、检察官和其他法律人开始在自己的法律实践中使用指导性案例。由四川省高级人民法院、四川大学联合课题组于2011年9月6日至2012年3月5日在四川省10个试点法院进行的问卷调查显示,93.7%的试点法院法官表示自己在办理案件时习惯查找、判断是否有类似的案例;在176件应用案例审理的案件中,简易程序案件仅44件,普通程序案件达132件,比例为75%。^[1]适应司法实践的需要,最高人民法院近来对指导性案例的发布也开始提速,从2011年12月发布第一批指导性案例到2013年2月发布第四批,每批发布四个指导性案例,而在2013年11月发布第五批指导性案例

[1] 参见四川省高级人民法院、四川大学联合课题组:《中国特色案例指导制度的发展和完善》,《中国法学》2013年第3期,第37页。

时,一批就发布了六个指导性案例;与前五批发布指导性案例的每批间隔大约四至九个月时间不同,第六批与第五批指导性案例的发布时间仅仅间隔两个月。最高人民法院有关人士指出,今后最高人民法院发布指导性案例的数量将显著增加。^[2]

(一) 问题

面对司法实践中指导性案例工作的快速发展,法学理论界的研究还显得不适应。我们在思维方式、思想观念、制度设计及指导性案例使用方法上的滞后研究制约着我们对指导性案例的使用以及案例指导制度的发展。^[3] 这其中的一个关键问题,就是怎样对待最高人民法院《关于案例指导工作的规定》第七条规定的“各级人民法院审判类似案件时应当参照”? 这涉及到最高人民法院《关于案例指导工作的规定》第七条规定的合理性与合法性的问题。本文拟重点研究此条规定,针对怎样在法律制度上为“类似案件应当类似审判”定位,进行一个规范性研究,从法理上和应然的角度论证类似案件类似审判应当成为我国的一个法律原则。本文将首先对“类似案件类似审判”与“同案同判”的含义与用法进行讨论;接着,讨论“类似案件类似审判”原则的涵义以及将类似案件类似审判确认为法律原则的必要性,然后,笔者将从不同方面论证为什么“类似案件类似审判”是一个法律原则;最后,笔者将讨论类似案件类似审判原则与相应的法律制度和法律规则的关系。笔者希望这种研究将有助于中国的法官和法律人克服使用指导性案例的观念障碍,真正发挥指导性案例的作用。

(二) “类似案件类似审判”还是“同案同判”?

为了更好地讨论为什么“类似案件类似审判”是案例指导制度的一个关键问题,以及它是怎样的一个关键问题,我们需要首先讨论容易产生歧义的“同案同判”。

“同案同判”是有些学者谈到“类似案件类似审判”时常常使用的词汇。学者们通常所说的“同案同判”是个通俗的说法,而且并非中国古已有之,是西学中译的舶来品。不过,这个中译却不一定是妥当的翻译。根据笔者的了解,“同案同判”是西文“Similar cases be treated similarly”^[4]或“Like cases should be decided alike”^[5]的中文表述。《英汉法律词典》(修订本)明确地将“Similar case”翻译为“类似案件,类似情况”,但是却将“Similar cases be treated similarly”翻译为“同样情况同样处理”。这不符合概念同一律的要求,似乎不妥。同样,《英国法中的先例》(第四版)的中文译者将“Like cases should be decided alike”翻译为“同案同判”也似乎欠佳。虽然,这两种中文表述的基本精神是一致的,讲“同案同判”,未必主张绝对的同案同判。但是,严格说起来,由于“同案同判”在语义上给人以案件“相同”的联想,而实践中两个案子完全相同的情形极少,判定两个案件相同几乎不可能,所以要求“同案同判”既非上述英文短语的本意,也实在强人所难,不合常理。以它为基本概念展开学术论证会词不达意、易生误会,难以进行有效的学术沟通。而“类似

[2] 参见胡云腾:《关于案例指导制度的几个问题》,《光明日报》2014年1月29日,第16版。

[3] 张志铭教授指出:我们在“指导性案例的价值目标、规范性质、作用机制、法律效力或裁判效力等问题”上,“还存在许多重大分歧”。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,第65页。

[4] 《英汉法律词典》(修订本),法律出版社1999年版,第737页。

[5] [英]克罗斯、哈里斯著:《英国法中的先例》(第四版),苗文龙译,北京大学出版社2011年版,第4页。

案件类似审判”的重点是考察案件之间的相关类似性,要求对与先例具有相关类似性的待判案件使用相类似的规则或法理进行审判,实现司法公正;并不过分重视案件的相同点。这既是可欲的,也是可能的。^{〔6〕} 所以,基于上述考虑,笔者下面的行文以“类似案件类似审判”作为核心概念,来置换容易产生歧义的“同案同判”。

二 作为法律原则的类似案件类似审判

最高人民法院《关于案例指导工作的规定》第七条提出的是一个具有普遍性、一般性的原则要求,并非在任何情况下都必须类似案件类似审判。这个规定具有原则性,而不是规则性;它具有法律性,而不是道德性,因此是一个法律原则。笔者在此将从类似案件类似审判原则的涵义以及确认它为法律原则的必要性两个方面进行论证。

(一) 类似案件类似审判作为一个法律原则的涵义

法律原则是对法律精神和法律价值的集中概括,规定了特定法律体系的基本品格,指引着国家法律活动的基本方向,因此是一个国家法律体系的重要构成要素。美国法学家德沃金教授是当代研究法律原则最为深入的一位学者。虽然他在有关法律原则的地位和作用等方面的观点与法律实证主义及其它一些学派的学者的观点有很大分歧,但是他对原则内涵的挖掘以及原则与规则的区别的观点还是为许多法学家提供了很大的启发并得到了法学界许多学者的肯定。笔者提出类似案件类似审判应当成为我国的一个法律原则,也是以德沃金有关法律原则的界定和研究为基础的。对于法律原则的涵义,德沃金教授有一段言简意赅的论述:“当我们说某一条原则是我们法律制度的原则时,它的全部含义是:在相关的情况下,官员们在考虑决定一种方向或另一种方向时,必须考虑这一原则。”^{〔7〕}从法律原则的形成来源方面看,它既有可能来自于国家立法机关的明确表述或者司法机关的某个特定决定,也有可能来自于法律职业或公众有关妥当性(或正当性)(appropriateness)的意识,来自于教科书或者对道德原则的共同接受。这些原则的力量有赖于人们对这种妥当性(或正当性)(appropriateness)的意识的保持。^{〔8〕}

笔者提出类似案件类似审判作为一个法律原则,旨在说明它体现了司法公正的价值要求,是我国案例指导制度发展的基本方向。类似案件类似审判原则的具体涵义包括以下几点:

第一,对于最高人民法院发布的指导性案例的裁判要点,法官或法院在审判类似案件时应当参照;

第二,法官负有使用指导性案例的引证义务和不使用类似案例的论证义务,法官使用指导性案例时,应当在判决书的理由部分予以引证,在当事人或其律师提出类似案例,而

〔6〕 笔者在另外一篇文章中详细探讨了判断类似案件、实现类似审判的方法与规则。

〔7〕 [美] 罗纳德·德沃金著:《认真对待权利》,信春鹰、吴玉章译,中国大百科全书出版社1998年版,第45页。

〔8〕 参见 Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1978, pp. 40-41; [美] 罗纳德·德沃金著:《认真对待权利》,信春鹰、吴玉章译,中国大百科全书出版社1998年版,第62-63页; [英] 鲁伯特·罗斯, J. W. 哈里著:《英国法中的先例》(第四版),苗文龙译,北京大学出版社2011年版,第140页。

法官以区别或者推翻等形式不使用该指导性案例时,法官有义务在判决书的理由部分给予正当性证明;^[9]

第三,在应当参照而没有参照指导性案例审判案件的情况下,法官要承受一定的后法律责任,即其判决要被上级法院撤销。当然,撤销判决的法律理由不是该判决违反了指导性案例,而是因为它违反了指导性案例所依循的法律。

(二)将类似案件类似审判作为法律原则的必要性

我们可以从四个方面说明类似案件类似审判作为法律原则的必要性。

首先,类似案件类似审判原则是实现形式公正的必要条件,是构成公正法律判决的内在的、构成性的要素。公正是法律的内在的、固有价值。^[10] 在现代社会,正义是法律之所以是法律的必要条件,或者说,正义是法律有效性的一个必要支柱。正如哈贝马斯所说:“一旦法律有效性失去与正义之诸方面的联系——这种联系是超越立法者决定的道德联系——法律的认同也就必然会分散瓦解。”^[11] 不过,虽然正义是法律有效性的必要条件,但由于大部分法律是人制定的,而制定法律的人们对正义的理解各不相同,于是人们需要发现最基本、最普通的正义,或者说发现正义的最基本含义和实现正义的基本方法。在现代社会,平等是正义的基本组成部分。^[12] 平等,也可以称为形式正义,是人们发现的最基本、最普通的正义;是正义的最小公分母。类似案件类似审判,是形式正义的一个基本要求,是帮助我们避免不平等、避免不正义的一个基本原则。美国哲学家罗尔斯的《正义论》对正义作了系统、全面、深入的研究,虽然我们不一定同意罗尔斯的全部观点和方法,但是他对正义问题的许多论述闪烁着真知灼见,对我们具有启发意义。在谈到正义的基本涵义时,罗尔斯指出:人们可能认为某种社会结构不正义,但是它可以在一定意义上是正义的,即制度由法官及别的官员不偏不倚地、一致地执行着。类似情况得到类似处理,有关的同异都由既定规范来鉴别就是正义。罗尔斯认为,这种对法律和制度的不偏不倚且一致的执行,不管它们的实质性原则是什么,都可以把它们称为“形式的正义”。^[13] 他指出:“平等基本上作为规则性的正义。它意味着按照(按法条和先例的界定)类似情况类似处理等准则,公正地运用、并以一致的方式解释规则。”^[14] 换言之,我们虽然不能保证我们每一条立法在内容上都非常公正,但是,我们至少可以通过类似案件类似审判来公正司法,实现形式的公正。

如果把类似案件类似审判当作一个额外的、可有可无的负担,一个外在于法律判决和法律制度的要求,它就有可能是一项道德义务。但是,上面的论证表明,类似案件类似审判对于司法公正具有重要的、不可或缺的构成性意义,应当是公正司法的常态,只有在特

[9] 张骥:《再论指导性案例效力的性质与保证》,《法制与社会发展》2013年第1期,第104页。

[10] 张骥著:《法律推理与法律制度》,山东人民出版社2003年版,第164页。

[11] [德]哈贝马斯著:《在事实与规范之间——关于法律和民主法治国的商谈理论》,童世骏译,三联书店2011年版,第602页。

[12] 参见[英]丹尼斯·罗伊德著:《法律的理念》,张茂柏译,联经出版事业公司1984年版,第108页。

[13] [美]约翰·罗尔斯著:《正义论》(修订版),何怀宏、何包钢、廖申白译,中国社会科学出版社2009年版,第45页。

[14] [美]约翰·罗尔斯著:《正义论》(修订版),何怀宏、何包钢、廖申白译,中国社会科学出版社2009年版,第398-399页。

殊情况和特别论证的情况下,才允许不依照类似案件审判。哈特认为“类似案件类似对待”是“正义的最简单形式(法律适用中的正义)”,^[15]表明他也是在法律制度的范围内看待这个问题的。确认类似案件类似审判是一个法律原则,是确保这样一个公正判决的构成性要素在法律制度中得以实现的必要方法。所以说,类似案件类似审判是实现形式公正的基本要求,是司法公正构成性因素。

其次,通过类似案件类似审判规范法官的自由裁量权,限制司法专横。哈贝马斯从商谈论的角度论述了《联邦党人文集》的作者们曾经提出过的思想——哈贝马斯指出,为防止司法部门“自我编程”,即防止司法机关自我立法,“司法受现成法律约束”应当是一个原则。^[16]类似案件类似审判的原则向法官提出具有普遍性、一般性的制度要求,要求法官或者法院类似案件类似审判,并为自己的判决提供正当性证明,如无特别情形,不能朝三暮四,藉此约束法官的审判行为,约束在绝对制定法语境中法官过大的自由裁量权,限制司法专横,在解决纠纷的同时实现“作为规则的正义”。^[17]

再次,通过类似案件类似审判保证判决的合理性。如果我们希望我们的法律判决应当讲理,如果我们认为我们的法律制度是建立在理性基础上的话,那么法律判决就应当建立在理性共识的基础上。^[18]哈贝马斯所说的运用性商谈可以作为司法判决理性共识的基础。他指出:“法律判决的正确性的衡量标准,说到底判决过程对那些使公平判断成为可能的交往性论辩条件的满足程度。”^[19]换言之,人们需要根据一定的标准对审判过程的判断是否公平进行衡量,这种标准包括若干指标或者要素。类似案件类似审判是这类衡量标准的一个重要指标或要素,是从公平角度满足运用性商谈的交往性论辩的必要条件,因而是保证判决合理公正的必要条件。

最后,类似案件类似审判原则是法治的基本要求之一,需要在法律制度的框架内加以规定。罗尔斯从正义实现的角度界定法治,他指出:“形式正义的观念,即公共规则的有规则的和偏不倚的实施,在适用于法律制度时,就成了法治。”^[20]美国政治学家福山的论述从另一个角度揭示了法治与正义的联系,并指出它与人治的根本区别:“法治的本质是一组反映社会正义感的规制,比国王的意愿更为崇高。”^[21]法治虽然与人治相对,但是法治的运作离不开人。法治需要可见的管理机构——法官、律师、法庭等。那么,法治如

[15] H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, 3rd edition, Oxford University Press, 2012, pp. 159, 206; [英] H. L. A. 哈特著:《法律的概念》(第2版)许家馨、李冠宜译,法律出版社2011年版,第162页。

[16] [德]哈贝马斯著:《在事实与规范之间——关于法律和民主法治国的商谈理论》,童世骏译,三联书店2011年版,第210页。汉密尔顿指出:“为防止法庭武断,必有严格的法典与先例加以限制,以详细规定法官在各种案情中所应采取的判断。”见[美]汉密尔顿、杰伊、麦迪逊著:《联邦党人文集》,程逢如、在汉、舒逊译,商务印书馆1980年版,第395页。

[17] [美]约翰·罗尔斯著:《正义论》(修订版),何怀宏、何包钢、廖申白译,中国社会科学出版社2009年版,第184页。

[18] 张骥:《再论指导性案例效力的性质与实现》,《法制与社会发展》2013年第1期,第93页。

[19] [德]哈贝马斯著:《在事实与规范之间——关于法律和民主法治国的商谈理论》,童世骏译,三联书店2011年版,第282页。

[20] John Rawls, *A Theory of Justice*, The Belknap Press of Harvard University Press, 1971, p. 235; [美]约翰·罗尔斯著:《正义论》,谢延光译,上海译文出版社1991年版,第257页。

[21] [美]弗朗西斯·福山著:《政治秩序的起源——从前人类时代到法国大革命》,毛俊杰译,广西师范大学大学出版社2012年版,第169页。

何避免负责运作法治的人的任性与专断?合理的制度、规范与程序是避免人的任性与专断的必要条件。正如福山所说:“法治的正常运作,既是制度和程序上的事务,也是规范性的事务。”^[22]换言之,保证法律严格实施的规范、程序与制度是法治的题中应有之义。而类似案件类似审判原则,就是指导上述规范、程序和制度的重要原则,是维护法治的一个基本原则。正如罗尔斯指出:“法治也含有类似情况类似处理的原则。如果这个准则不被遵循,人们就不能通过规范的手段来调节他们的行为。……类似情况类似处理的准则却有效地限制了法官及其他当权者的权限。”^[23]类似案件类似审判对于法治具有构成性意义,所以需要在法律制度的框架内加以规定。^[24]

总之,类似案件类似审判是实现形式公正的基本要求,是司法公正构成性因素,可以规范法官的自由裁量权,限制司法专横,对于保证判决的合理公正具有重要的意义。

三 类似案件类似审判原则的正当性证明

类似案件类似审判原则不仅十分必要,而且具有坚实的法制基础和道德基础。笔者在此就从这两个方面对它进行正当性证明。

(一)类似案件类似审判原则的法制基础

一些学者不认为类似案件类似审判是一个法律要求的原因,是因为他们认为要求各级人民法院审判类似案件时对于指导性案例“应当参照”缺乏法律依据。^[25]笔者以为,这种看法是有误会的;类似案件类似审判原则具有法律依据与合法性,符合我们的法律制度。笔者的理由如下:

首先,类似案件类似审判原则具有合法性与法律依据,符合我国的法律制度。笔者这里所论的合法性,包括指导性案例的合法性和规定此原则的最高人民法院《关于案例指导工作的规定》的合法性这两个方面。所谓指导性案例的合法性,是指最高人民法院所发布的指导性案例符合我国《宪法》第二十三条规定的“中华人民共和国公民在法律面前一律平等”,符合《中华人民共和国人民法院组织法》第三十三条、《全国人民代表大会常务委员会关于加强法律解释工作的决议》的有关规定。简言之,指导性案例是经过合法程序由最高人民法院审判委员会讨论通过并发布的,具有合法性。笔者在一篇文章中曾

[22] [美]弗朗西斯·福山著:《政治秩序的起源——从前人类时代到法国大革命》,毛俊杰译,广西师范大学大学出版社2012年版,第255页。

[23] [美]约翰·罗尔斯著:《正义论》(修订版),何怀宏、何包钢、廖申白译,中国社会科学出版社2009年版,第186页。

[24] 实现类似案件类似审判,对于实现法律的可预期和相对稳定具有重要意义。法律的可预期和相对稳定是拉兹所讲的法治基本原则的两个重要方面。参见[英]约瑟夫·拉兹著:《法律的权威》,朱峰译,法律出版社2005年版,第187页。

[25] 例如陈景辉认为案例指导制度“会存在着违宪的风险”,因为“应当参照”之类的用语会使得指导性案例具备正式法源的地位,而《立法法》中并未将它规定为正式法源,所以这一制度恐将违宪。陈教授认为:“包括‘同案同判’在内与司法裁判相关的诸种道德要求,永远也不能凌驾在‘依法裁判’的构成性法律义务之上。”似乎类似案件类似审判与依法裁判是有矛盾的。参见陈景辉:《同案同判:法律义务还是道德要求?》,《中国法学》2013年第3期,第47页注、第61页。

着力探讨了指导性案例的法律依据与合法性,此不赘述。^[26]

类似案件类似审判原则的形式合法性还来自于规定此原则的最高人民法院《关于案例指导工作的规定》的合法性。

笔者的理由是:第一,通过终局解决纠纷、司法解释等方式维护国家法制的统一,是最高人民法院的职责和权力。^[27] 此判断的法律依据是下述法律规定:《中华人民共和国人民法院组织法》第二十九条“最高人民法院是国家最高审判机关”,第三十二条“最高人民法院对于在审判过程中如何具体应用法律、法令的问题,进行解释”。

第二,在当代中国,最高人民法院“根据立法精神对审判工作中需要制定的规范、意见等”等发布“规定”,在实际上可以具有双重意义:它既是一种有助于纠纷解决审判需要的司法解释形式,也是最高人民法院进行监督和管理需要。^[28]

第三,新中国成立后 65 年以来,特别是改革开放后 36 年来的法制实践,逐渐形成了最高司法机关的司法解释需经立法机关的有关机构(主要是全国人大法制工作委员会)认可的非正式制度。^[29] 藉由这种认可,最高人民法院的相关规定具有了统一司法所需要的事实上的合法性。笔者基于上述理由认为,《关于案例指导工作的规定》是最高人民法院以司法解释的形式依法履行其维护国家法制统一的职责并行使相应权力的体现,具有合法性。因此,它所规定的类似案件类似审判原则也当然具有合法性。

其次,类似案件类似审判的重点是类似案件类似判断,并非鼓励非法司法,更不是法外“司法”。法院在参照指导性案例审理案件时,必须依照法律的原则、精神和程序审理。“应当参照”指导性案例并不意味着把指导性案例作为正式意义上的法律渊源。指导性案例是作为非正式意义上的法律渊源发挥作用的。在正式意义上的法律渊源如制定法缺位、模糊或者相互冲突的时候,要求法院“应当参照”指导性案例审理案件是要发挥指导性案例作为非正式法律渊源的辅助作用,这是完全符合我国法律渊源的法理的。而且,出现类似案件类似审判的场合,往往是由于规则模糊、相互冲突、缺位,在此种情况下根据指导性案例审判类似案件谈不上与制定法冲突。

再次,类似案件类似审判原则与依法裁判具有根本的一致性。笔者在此借用了德国法学家卡尔·施密特有关法秩序思维的思想。法秩序思维是一种将法律看作一个整体的思维。在法秩序思维中,法秩序一个统一的整体,组成这个整体的规则更像是法秩序的手

[26] 张骥:《试论指导性案例的“指导性”》,《法制与社会发展》2007年第6期,第42-44页。

[27] 左卫民认为:“最高法院的司法性功能包括纠纷解决功能、法制统一功能。”“法制统一功能即最高法院通过其特定的司法行为实现对一个国家内在的法律文化与法律精神及整体的司法理想的统一贯彻,其着眼点在于对一国占据核心地位的法文化精神和法律政策的高度尊崇。”参见:左卫民等著:《最高法院研究》,法律出版社2004年版,第6页、第7页。

[28] 左卫民、牛振宇分别认为:“最高法院权力体系主要涵括审判性权力、立法性权力和管理性权力及其运作模式。”广义的最高法院规则制定权,指“最高法院通过‘抽象司法行为’来制定系统的程序规则及法院内部管理性规则的权力”。“我国最高法院在司法统一方面目前拥有一定的法律创制的权力——司法解释权。”“我们应当借鉴规则制定权运行机制的合理成分,引入规则制定权制度。”参见:左卫民等著:《最高法院研究》,法律出版社2004年版,第17页、第149页、第162页。

[29] 据笔者所知,最高人民法院《关于案例指导工作的规定》同样经过了全国人大法工委的认可。

段而不是它的构成要素,并且可能常常随整体的需要而改变。^[30] 以法秩序思维看我们的指导性案例,它们从整体上是符合我国的法秩序的。我们虽不能保证在指导性案例的实践中绝对不会出现任何与现行制定法规则不一致的情况,但作为一个原则,类似案件类似审判与依法裁判并不矛盾。从经验上看,目前为止的狭义的指导性案例和绝大部分广义的指导性案例,符合我国的法律精神和法律原则,是与法秩序相一致的。它们的方兴未艾本身就证明它们是适应我国的社会发展、符合法秩序的。类似案件类似审判原则对法秩序的符合比对某个法规则的符合更为重要。那种认为类似案件类似审判或者“同案同判”与依法裁判有矛盾的看法其实是陷入了某种规范思维的误区。因为只有从规范思维的角度看问题,类似案件类似审判或者“同案同判”才可能与依法裁判相矛盾。而在这个问题上,规范思维的视角是有局限性的。这种局限诚如哈贝马斯在评价法律实证主义时所说的:“把法律理解为一个由取决于运用过程的规则所构成的封闭体系,这些规则在发生冲突时要求法官运用其自由裁量来作出一些全或无的决定。”^[31] 所以,类似案件类似审判原则与依法裁判从根本上讲不仅没有矛盾,而且是一致的。

(二)从法律与道德的关系看类似案件类似审判原则

类似案件类似审判并非无关道德。相反,类似案件类似审判合乎一般道德,如果类似案件普遍地不能类似审判则是不道德的。在这个意义上,类似案件类似审判也是一种道德义务。此时,道德义务与法律义务发生重叠。

对于道德义务与法律义务的重叠,哈特有过的很简明的论述。他指出:“在所有社会里,法律义务和道德义务都有部分的重叠;虽然法律规定的要求范围比较特定,也比道德多了一些详细的例外。”^[32] 哈贝马斯从另外一个角度论述了法律与道德的交集,他认为:“以合法律性为中介的合法性之所以可能,是因为产生法律规范的程序也是在道德实践之程序合理性的意义上是合理的,是在这种意义上合理地实施的。”^[33] 回归到我们的论题就是:类似案件类似审判的法律原则是得到道德支持的。类似案件类似审判不仅是合乎道德的,借用富勒教授的法律的道德性的观点,笔者认为将类似案件类似审判确认为法律

[30] 卡尔·施密特认为有三种法学思维方式,即以规范(规则或法规)为核心的规则思维方式、具体的秩序思维方式、以决定为核心的决断论思维方式。施密特认为:“在具体秩序思维里,法学上的‘秩序’并不是规则或规则的加总;反之,规则只是构成秩序的一部分,或只是秩序的一种手段。”施密特引用桑提·罗曼诺的话指出:“法的秩序是一种具有统一的实体,是一种——像棋盘上的棋子——某部分随规则而变化、但更常去改变规则的一种实体;因此,规则更像是法秩序的客体或手段,而非法秩序的结构要素。”施密特认为,英国式的案例法就会成为具体秩序思维的演示,完全以特定个案内部的法为依归。从而先例——包括其裁判在内——将会成为未来所有个案的具体典范,而这些个案蕴含着具体的、真实的法秩序。参见[德]卡尔·施密特著:《论法学思维的三种模式》,苏慧婕译,中国法制出版社2012年版,第8页、第51页、第63页、第98页。

[31] [德]哈贝马斯著:《在事实与规范之间——关于法律和民主法治国的商谈理论》,童世骏译,三联书店2011年版,第257-258页。

[32] [英]H. L. A 哈特著:《法律的概念》(第2版)许家馨、李冠宜译,法律出版社2011年版,第162页。哈特把义务和责任的道德规则和法律规则的相似性总结如下:“它们的约束力并不需要个人对其义务的同意,而是得自要求服从的严厉社会压力的支持;遵守法律和道德义务并不被认为是值得褒扬的事,而是对社会生活的起码奉献,是理所当然的事。再者,法律和道德所规范的,是支配反复出现的生活情境里的个人行为,而不是特殊的行动或偶发状况。”见[英]H. L. A 哈特著:《法律的概念》(第2版)许家馨、李冠宜译,法律出版社2011年版,第163页。

[33] [德]哈贝马斯著:《在事实与规范之间——关于法律和民主法治国的商谈理论》,童世骏译,三联书店2011年版,第567页。

原则亦是法律内在道德性的必然要求。

但是,把类似案件类似审判作为一个道德义务不足以保证实现类似案件类似审判。我们可以从法律与道德的区别来看类似案件类似审判原则的正当性,就是:

首先,法律具有类似案件类似审判所需要的足够的权威性。虽然道德也具有权威性,但是道德的权威性比不上法律的权威性。类似案件类似审判所需要的权威性是一种法律权威性。法律权威与道德权威相比的最大不同就是:法律权威具有单一性、集中性和国家性。法律的单一权威性来自于两个方面,一方面是由于它具有国家意志性和国家强制性。另一方面,从哈贝马斯商谈论的角度看,法律的单一权威性来自于民主的立法程序的论证性论辩,这种法律制定程序使得法律将多元道德造成的分歧加以摈除。^[34] 在多元社会中,道德也是多元的,不同的群体有不同的道德,道德因此不具有单一性。当前人们对“弃婴岛”的不同观点,就是道德多元的一个典型。在道德多元的情况下,仅从道德的维度评判法律判决是不够的。因为对于某个法律案件,有可能出现依据某种特定的道德意识和道德规范无法判断、多元道德莫衷一是的情况。这时,我们只能并且需要根据具有单一性权威的法律对司法判决进行判断。

其次,法律可以从制度性、确定性方面保证类似案件类似审判。根据道德的判断常常是模糊的,不确定的。法律具有来自于国家制度及法律程序的确定性,可以克服由于道德判断的模糊性造成的行动判断的困难。既然类似案件类似审判本就是公正司法和法律制度内在品格的构成要素,我们就应当做到法律的归法律,道德的归道德——通过法律原则指导下的制度安排,使之具有司法的程序合理性。正如哈贝马斯所说:“在冲突、重大问题和社会事件一般来说要求做出明确的、及时的、有约束力的调节的所有行动领域,法律规范都必须把不确定性——假如交给纯粹的道德调节的话会产生出来的那种不确定性——消化掉。”^[35]

四 原则、规则与制度

(一)类似案件类似审判的制度与原则

当笔者作了上述论证之后,也许有读者会提出一个新的问题,即为什么认为“类似案件类似审判”是一个法律原则?它似乎更是一个制度。^[36]

[34] 哈贝马斯指出:“法律程序接近于充分的程序合理性的要求,因为它们与建制化的、因而是独立的标准相联系,根据这些标准可以从一个非参与者的眼光出发来决定一个决定是否符合规则地产生的。道德的、不受法律规则支配的商谈,并不符合这些条件。”哈贝马斯认为:“法律规范的更为复杂的有效性向度不允许人们把法律判决的合法性等同于道德判断的有效性,就此而言也不允许人们把法律商谈设想成道德的(运用性)商谈的一个特例。”参见[德]哈贝马斯著:《在事实与规范之间——关于法律和民主法治国的商谈理论》,童世骏译,三联书店2011年版,第282页、第285页、第580页。

[35] [德]哈贝马斯著:《在事实与规范之间——关于法律和民主法治国的商谈理论》,童世骏译,三联书店2011年版,第581页。

[36] 有学者认为,“同案同判”是普通法的制度要求,当然是法律要求,但它不是一个具体规则,也不仅是个法律原则,而是多种法律规则还有原则及制度和程序构成的一套法律制度。如把普通法的同案同判简单地描绘成一个原则甚至是规则,就过于简单了。在大陆法国家,虽然案例或判例也起着不同程度的作用,但也不是简单的一项规则和原则的问题,也包含更多的元素形成的一套制度。

这里首先需要讨论的问题是:什么是法律制度?关于法律制度的含义,笔者引用几位中国学者比较熟悉的外国学者的观点,这些观点似乎比较稳定,为学者们所接受,在此作为笔者讨论问题的一种支点。美国著名法学家弗里德曼在其著名的《法律制度》一书中作了系统的分析,他在指出不存在一个众口一词的法律制度定义之后指出:“实际运作中的法律制度是一个结构、实体和文化相互作用的复杂有机体。”^[37]弗里德曼在书中分析了法律制度的法律性,同时指出了法律制度的动态的、结构性的与行为及法律文化紧密相连的特点。如果说弗里德曼对法律制度的界说具有法社会学特色的话,麦考密克与魏因贝格尔的界说就十分具有规范法学的特色,他们指出:“法律和其他社会的事实是属于制度的事实的东西。”“制度一概念是用规则或通过规则表述的,规则的任何出现、发展或进化的过程都可能是制度的出现、发展和进化的过程。这取决于有关的机构将规则的发展或进化加以概念化的方式。”^[38]

虽然学者们对法律制度的界说有所不同,但是都认为法律制度与法律原则具有内在的关系。法律制度与原则的这种内在关系可以大体从三个方面来概括。第一,法律原则是法律制度的灵魂。法律原则与法律制度和组成制度的法律规则之间具有内在的联系。法律原则说明规则和具体制度的目的,是法律规则和价值观念的汇合点,使法律规则或法律制度合理化,使法律规则形成一个有凝聚力的统一体。^[39]第二,法律原则是构成法律制度的法律规则之基础。^[40]第三,法律原则指导法律制度的发展。哈特以阿特金爵士(Lord Atkins)对都诺休诉斯蒂文森案(Donoghue v. Stevenson)的审判为例,指出法官在审判此案时提出了以前未被提出的“邻人原则”(neighbour principle),该原则构成了分别在不同情境下建立起注意义务制度规则的基础。^[41]这是原则指导制度发展的一个典型。

“类似案件类似审判”是一个法律制度还是一个法律原则?我们可以说它既是一种制度,也是一个原则。作为制度,它包括了一定的规则、方法与实践。不过,笔者在此要强调的是,类似案件类似审判首先是一个法律原则,它是类似案件类似审判制度的灵魂和基础。为了比较好地厘清类似案件类似审判的原则与制度的相互关系,我们可以首先考察英国的情形。

英国法学家克罗斯和哈里斯在《英国法中的先例》的第一章第一段就开宗明义地指出“类似案件类似审判是司法的一条基本原则”^[42]。这个原则体现为一种法律义务,这种

[37] [美]弗里德曼著:《法律制度:从社会科学角度考察》,李琼英、林欣译,中国政法大学出版社1994年版,第18页。

[38] [英]麦考密克、[奥]魏因贝格尔著:《制度法论》,周叶谦译,中国政法大学出版社1994年版,第13页、第19页。

[39] [英]麦考密克、[奥]魏因贝格尔著:《制度法论》,周叶谦译,中国政法大学出版社1994年版,第89-90页,第91页。

[40] 弗里德曼从原则的不同作用的角度概括了原则的三种涵义,即原则是规则模式或模型;原则是用以衡量规则的价值或效力的标准;原则是“总结许多更小的具体规则的广泛的和一般的规则”。这三种涵义可以同时看作原则对规则三种意义。参见[美]弗里德曼著:《法律制度:从社会科学角度考察》,李琼英、林欣译,中国政法大学出版社1994年版,第48页。

[41] 参见H. L. A. Hart, *Concept of Law*, 3rd edition, Oxford University Press, 2012, p. 264; [英]H. L. A. 哈特:《法律的概念》,法律出版社2006年版,许家馨、李冠宜译,第245页。

[42] 转引自Rupert Cross, J. W. Harris, *Precedent in English Law*, Fourth Edition, Clarendon Press, Oxford, 1991, p. 3; 参见[英]鲁伯特·克罗斯、J. W. 哈里斯著:《英国法中的先例》(第四版),苗文龙译,北京大学出版社2011年版,第4页。由于笔者对中文译本的此段翻译有不同见解,所以同时列出英文原著和中文译本两个出处。

法律义务以严格的遵循先例为特色。并且,这种遵循先例的原则又化为文化,一种遵循先例的文化。这意味着,“在几乎每一个法院里,法官倾向于以另一个法官已经在同样案件中作出裁决的方式来裁决案件。”^[43]它可能仅仅是按照之前他人所为行事的喜好,“或者它可能是在缺乏偏离先前决定的正当性证明时遵从先例的一种实证义务的结果。由于遵从先例是在实践中普遍适用的格言,司法先例几乎在各地都有某种说服力。英国先例学说的特色是其很强的强制性。”^[44]可以说,这种以遵循先例为特点的“类似案件类似审判”的文化,也影响到同为普通法系的澳大利亚司法体系,克罗斯、哈里斯指出:“即使在宪法问题上,澳大利亚高等法院从来就不认为自己要受先前判决的影响,但它不会偏离之前的判决,其中所有目前被讨论的论证都在前面的判决基础上进行审议,而且除了法院的组成人员之外不会有什么改变。”^[45]虽然可以说,类似案件类似审判是由多种法律规则、原则和程序构成的一套法律制度,但是类似案件类似审判原则无疑对制度的形成与发展具有十分重要的意义。这是一个比较长的自然演进的过程,是原则与制度相互作用的过程。

在民法法系国家,比如在法国,虽然没有遵循先例的原则和文化,但是,我们仍然可以看到类似案件类似审判作为一种事实上存在的原则为司法界所奉行。因为在法国司法界存在着一套类似案件类似审判的制度,帮助法官参照司法先例审判案件。当出现立法空白时,法国法官就是以司法先例(*jurisprudence*)的形式创造规范性规则。这些先例具有无可争辩的权威,它们在后来的法官审判类似案件中发挥着重要的作用。法国的法院在之后碰到同样的法律问题时将以和先例同样的方式处理,这不是实证法上的义务,这是习惯,是具有非常可能性的习惯。^[46]在当代法国,实际上存在着两套话语,一套是正式的、反映实证法规定的话语;一套是在司法人员中实际使用、而不见立法规定的话语。在法国,司法人员包括法官、代表社会参与诉讼的公设律师(*Advocate General*)以及从事判例研究、为法官审案提供帮助的判例法官(*Reporting Judge*)。^[47]在非正式的话语中,法官、公设律师和判例法官普遍使用司法先例帮助审理案件,通过先例找到合适的法律解决方案并为判决进行正当性证明。判例法官孔巴迪厄(Combaldieu)的方法提示,司法先例的效力不仅仅是说服性的。公设律师意见的结论和判例法官的报告强调在法典中所看到的漏洞、冲突、模糊和不充分的地方。在这些法律论证中,司法事业由实用主义的判例分析和政策分析构成。这些法律分析包括对立法、司法先例、学术出版物等的检视和分析。拉塞尔(Lasser)指出:“司法界清楚过去的决定,理解它们具有非常重要的规范性力量,感到

[43] [英] 鲁伯特·克罗斯、J. W. 哈里斯著:《英国法中的先例》(第四版),苗文龙译,北京大学出版社2011年版,第4页。

[44] Rupert Cross, J. W. Harris, *Precedent in English Law*, Fourth Edition, Clarendon Press, Oxford, 1991, p. 3.

[45] [英] 鲁伯特·克罗斯、J. W. 哈里斯著:《英国法中的先例》(第四版),苗文龙译,北京大学出版社2011年版,第27页。

[46] Mitchel de S. -O. -I' E. Lasser: Judicial (Self-)Portraits: Judicial Discourse in the French Legal System. 104 *Yale L. J. April*, " 1995, pp. 1338, 1354, 1350 - 1351, 1367.

[47] Mitchel de S. -O. -I' E. Lasser: Judicial (Self-)Portraits: Judicial Discourse in the French Legal System. 104 *Yale L. J. April*, 1995, pp. 1355, 1356.

尊重先例的相当大的制度性压力”。^[48]先例对有关争议的法律解决方案具有某种规范性力量。对先例的参照、引用并不仅仅用来支持判例法官的论证,正是先例形成了判例法官所提出的决定的基础。^[49]

由于将具有规范性力量的判例用于审判类似案件已经成为习惯性实践、由于存在着“尊重先例的相当大的制度性压力”,我们可以说,在法国存在着类似案件类似审判的法律制度。麦考密克认为:“只有根据对那些负有制定、支持、解释、适用和执行法律的任务的社会制度的活动方式的充分理解,才能充分解释这种方式。”^[50]笔者同意他的观点并借用其观点反向推理:如果我们充分理解法国这种类似案件类似审判的制度,我们会同意,这个制度的存在本身就证明了类似案件类似审判原则的存在;换言之,如果不是在法国法律生活中事实上存在着类似案件类似审判的原则,就不会生长、发展出类似案件类似审判的制度。弗里德曼在评价美国现实主义法学的规则怀疑论观点时所讲的一段话有助于佐证笔者的上述观点:“由于原则仅仅是一类规则,否认原则的现实性同否认规则的现实性一样容易。事实上还更容易,因为原则是抽象的,因此更没有管辖行为的真实权力。……原则作为效力的标准是实实在在的社会事实,和规则作为社会事实同样实在,有时还要胜过它。”^[51]

与英国、法国的情形都不同,在当下中国,类似案件类似审判的制度还处在生长发育期,虽然法律界同仁都大体认识到“类似案件类似审判”的必要性,但是在制度设计和思维方式等方面还存在着诸多分歧、面临着诸多困难,中国案例指导制度的发展存在着演进与建构的矛盾,^[52]在这种情况下,明确提出“类似案件类似审判”的法律原则,作为一种规范性要求,具有重要的现实意义和迫切性。因为这可以使它成为一种在法律制度上具有普遍性的要求,坚定我们对指导性案例和案例指导制度的意义的认识和对制度建设的努力方向,指导我们更妥当地进行制度建设,避免在这个问题上的随意性、任意性和不确定性。在这个意义上,我们可以说,这是将道德要求“客观化为法治”的重要方式,^[53]因此是非常必要的。

(二)原则不同于规则

当我们说类似案件类似审判是一个法律原则时,是说类似案件类似审判应当成为通例,并非要求对所有类似案件都类似审判。事实上,在类似案件类似审判原则之下也并非所有类似案件都类似审判。例如美国1950年代的布朗诉托比卡教育局案,为了遵守美国宪法第十四条修正案平等保护条款,保护黑人学生的平等权利,当时的美国沃伦最高法院

[48] Mitchel de S. -O. -I' E. Lasser: *Judicial (Self-)Portraits: Judicial Discourse in the French Legal System*. 104 *Yale L. J. April*, 1995, pp. 1367, 1369, 1370.

[49] Mitchel de S. -O. -I' E. Lasser: *Judicial (Self-)Portraits: Judicial Discourse in the French Legal System*. 104 *Yale L. J. April*, 1995, p. 1376.

[50] [英]麦考密克、[奥]魏因贝格尔著:《制度法论》,周叶谦译,中国政法大学出版社1994年版,第91页。

[51] [美]弗里德曼著:《法律制度:从社会科学角度考察》,李琼英、林欣译,中国政法大学出版社1994年版,第51页。

[52] 张骞:《再论指导性案例效力的性质与保证》,《法制与社会发展》2013年第1期,第95页。

[53] 徐复观:《中国知识分子的历史性格及其历史的命运》,转引自赵瑞广:《为什么要重视‘史华慈问题’》,《读书》2013年第3期,第11-12页。

并没有按照 1896 年普莱西诉弗格森案所创立“隔离但平等”的原则“同案同判”。也正因此,才有了美国对少数族裔民权保护的革命性变革。在某些情况下,在面对具体案件或者特定情形时,几个都可以适用的法律原则之间具有分量的区别,某些原则被让位于另一些原则,但这并不妨碍这些原则在其他场合可以继续发挥原则的作用。^[54]正如哈贝马斯所指出的:“虽然碰巧适合一给定问题的那条特定原则当然享受优先性,但退居其次的原则并不因此而失去其有效性,而仅仅失去其情境相关性。”^[55]在上述案件中,与之情境相关的原则是美国宪法第十四条修正案规定的平等保护原则,在这种情况下,类似案件类似审判的原则失去了对这个案件的情境相关性。类似案件类审判的原则让位于平等保护原则,以便法律与时俱进向前发展。类似案件类似审判的原则将在其他场合发挥其作为法律原则的作用。

(三) 法律原则与说服力

这里出现了一个问题,即类似案件类似审判的原则与笔者主张的指导性案例的效力是一种说服力的观点是否矛盾?清华大学周光权教授在一篇新近的文章中,对目前已经发布的刑事指导案例的问题及刑事案例指导制度所遇到的难题进行了深入、细致的剖析,并研究探讨了刑事指导案例的前景,主张必须有效整合“制度建构”和“自发秩序”这两种推进指导性案例的研究进路。^[56]笔者完全赞同周教授的观点,并认为周教授的观点与笔者之前几篇文章的一些想法有异曲同工之妙。但是,笔者认为,指导性案例形成的“自发秩序”需要一个理论支点,即需要确认指导性案例的效力是一种说服力。因为只有指导性案例的效力是一种说服力的情况下,才有可能使指导性案例自生自发地形成。笔者一方面提出类似案件类似审判是一个法律原则,另一方面又说指导性案例只具有说服力,那岂不是使这个法律原则成为空话?指导性案例说服力的观点与有些教授所提出的同案同判是“道德要求”的观点又有什么区别?笔者对此的回应是:类似案件类似审判的原则与指导性案例的说服力是分别属于不同范畴的问题,前者属于体制建设要求的问题,后者属于个案使用的问题。虽然指导性案例的效力是一种说服力,但是,正如笔者在上文所指出的,类似案件类审判原则是有一系列制度和规范要求的,如果法官没有按照类似案件类审判的原则审判案件,是要承担一定的法律后果的。^[57]

总之,类似案件类似审判原则对于中国案例指导制度的健康发展和司法公正的实现

[54] [美]罗纳德·德沃金著:《认真对待权利》,信春鹰、吴玉章译,中国大百科全书出版社 1998 年版,第 41 页、第 43 页、第 45-46 页、第 47 页、第 57 页;[英]鲁伯特·克罗斯、J. W. 哈里斯著:《英国法中的先例》(第四版),苗文龙译,北京大学出版社 2011 年版,第 232 页。

[55] [德]哈贝马斯著:《在事实与规范之间——关于法律和民主法治国的商谈理论》,童世骏译,三联书店 2011 年版,第 257 页。哈特称法律原则的这个特性为“非决断性”(non-conclusive character)。[英]H. L. A 哈特著:《法律的概念》(第二版),许家馨、李冠宜译,法律出版社 2011 年版,第 241 页、第 245 页。

[56] 周光权:《刑事案例指导制度:难题与前景》,《中外法学》2013 年第 3 期,第 481 页、第 497-498 页。

[57] 在民法法系国家,先例具有法律性,在法律推理中成为导引性因素。民法法系国家区分两种先例:具有正式约束力的先例和不具有正式约束力的先例。对于不具有正式约束力但提供进一步支持的先例来说,如果没有被审案法官遵照,后案判决将会招致批评,并可能会被推翻;对于具有正式约束力的先例来说,如果没有被遵照,将是不合法的并会在上诉时被推翻。See: D. Neil MacCormick, Robert S. Summers, *Interpreting Precedents: A Comparative Study*, Ashgate, 1997, p. 472.

具有重要的意义。中国当代的法制与社会发展以及司法改革的不断推进,为实现类似案件类似审判原则提供了现实基础。笔者希望,通过在理论上回答类似案件类似审判的原则的涵义与必要性、指出它的法制基础以及基于法与道德关系视角上的正当性,能够有助于扫清我们前进道路上的障碍,助力中国案例指导制度的健康发展。

[Abstract] With the rapidly development of guiding cases in judicial practice, it is of great practical significance and urgent need for China to clearly recognize the legal principle of deciding *like cases alike* as a normative requirement. The principle, as a basic precondition of the realization of formal fairness as well as a constructive element of judicial fairness, is conducive to regulating judges' discretionary power, restricting judicial arbitrariness, and ensuring the reasonableness of judgment. Deciding like cases alike is consistent with Chinese legal system and the principle of "judgment of the law" and is an inevitable requirement of the inner morality of law. China can ensure the implementation of the principle by enhancing the systematicness and certainty of the relevant laws.

(责任编辑:田 夫)