

【学术争鸣】

“同案同判”：并非虚构的法治神话

孙海波

【摘要】“同案同判”构成了现代法治的基础,同时也是司法所追求的重要目标。实现“同案同判”一直是我国司法改革的重要内容,近年来案例指导制度的确立也正是围绕这一点而进行的。然而,在最高司法机关大力推进案例指导制度建设的同时,也出现了不少质疑这一司法理想的声音,其中一种典型的主张认为“同案同判”不过是一个虚构的“法治神话”。纵观各种怀疑论的观点,可以发现其问题在于对“同案同判”的本质以及内在原理的认识存在一些偏差。“同案同判”作为一项法律原则,对裁判者提出了义务性的要求,这一要求的实现有着深厚的理论基础和制度保障。通过重构“同案同判”运行赖以为基础的方法论体系,可以从根本上破除那种将其视作法治神话的错误的命题主张。

【关键词】同案同判;法治神话;形式正义;差异化判决;案例指导制度

【作者简介】孙海波,法学博士,中国政法大学比较法学研究院副教授。

【原文出处】《法学家》(京),2019.5.141~157

【基金项目】本文系中国政法大学校级科研项目“我国法院副卷制度改革的实证研究”(18ZFYQ82008)的阶段性研究成果。

引言:神话与现实之间

“努力让人民群众在每一个司法案件中都感受到公平正义”,这是新时期党和国家对司法工作提出的新要求。党的十九大报告将新时代社会的主要矛盾定位为“人民日益增长的美好生活需要和不平衡不充分的发展之间的矛盾”,而这在司法领域的集中体现便是人们对于正义需求也呈现出了一种多样化的态势,在推进实质正义(或结果正义)的同时,也越来越注重对形式正义(或程序正义)的追求。“同案同判”则成为一个非常好的抓手,可被人们用来判断个案裁判是否兼顾了上述两重正义标准。“同案不同判”既会让当事人在形式上感受到不平等的对待,又会通过直观的比较发现结果上的不对等。很多时候,人们不太容易辨明个案裁判是否满足依法裁判的标准,但却往往能够敏锐地判断出其是否做到了“同案同判”。^①如此一来,“同案同判”便成为了人们用来衡量司法公正的重要判准。

无论是在理论界还是实务界,“同案同判”都获得了高度的关注,在某种意义上甚至与司法公正齐名。^②事实上,它一直是近些年来我国司法改革的重要目标。《人民法院第二个五年改革纲要(2004-2008)》提出建立和完善案例指导制度,以指导性案例来统一法律适用标准和指导下级法院审理类似案件的工作。2010年,最高人民法院发布了《关于案例指导工作的规定》,标志着案例指导制度的正式确立,同时也彰显“同案同判”实现了从理念化到制度化的实质性飞跃。这一制度设立的初衷,即是为了通过指导性案例的标本作用,来治理司法实践中“同案不同判”的顽疾。^③以制度化的形式将这一重要的司法要求重述,此时“同案同判”已经获得了法律原则的地位,对司法裁判活动发挥着严格的约束性作用。

与司法系统不断强化自我对“同案同判”目标之追求形成鲜明对比的是,司法实践中“同案不同判”

并没有因为制度化的努力而得到有效解决。与此同时,伴随着裁判文书上网等改革举措的推行,进入公众视野的裁判文书的种类和数量,都在以前所未有的速度增加,人们有时还会主动通过互联网检索与自己的案子相类似的案件,由此大大降低了比较“同案同判”的成本,但这同时也让“同案不同判”的局面变得更加严峻。受限于案例指导制度尚处于初创期,指导性案例的整体数量少、涵盖范围窄、指导性效力不强,导致其很难从根本上有效扭转“同案不同判”的紧张局面。^④不仅如此,由于导致“同案不同判”现象产生的原因极其复杂,其中既有人的因素(如不同法官的业务水平高低有别),也有制度层面的原因(如法律自身所具有的弹性以及司法不可避免催生自由裁量权),要想在短时间内通过简单的制度设计来消除这一现象,注定将是徒劳无功。

确实,每一个个案都有自己的命运和结局。发生在全国各地的“许霆们”可能难以复制广州许霆的命运,同样地,“王海们”在现实中的遭遇也千差万别。“同案不同判”的现象客观存在,这是一个“实然”(to be)的问题;而当追问同案应否同判时,则是一种“应然”(ought to be)层面的讨论。然而,很多人混淆了这两个不同性质的问题,由于看到司法实践中频发的“同案不同判”,便开始质疑这一目标本身的现实性和合理性,甚至进一步怀疑司法公正和法治。尽管这些质疑声在很多时候会呈现出不同的面目,但在“同案”能否做到“同判”的问题上,其立场几乎是一致的。有鉴于此,笔者将它们都归至“同案同判”怀疑论立场之下,在此基础上从内部再做进一步的类型化划分,以此来深入分析和检讨每一种怀疑论的具体理论主张及其所可能面临的困难。

值得一提的是,在诸多批评性文献中,周少华教授的《同案同判:一个虚构的法治神话》一文显得格外引人注目,他从“同案”的概念入手,提出由于并不存在真正的“同案”,故而“同案同判”的主张必然走向自我摧毁。^⑤为了行文的便利,笔者将周少华教授的这一观点简要地称为“神话观”,而这一观点也恰恰是本文所坚决反对的。可以说,无论是从观点的犀利程度而言,还是从其批评理由所涵盖的范围来看,《同案同判:一个虚构的法治神话》一文都具有非

常典型的代表性。笔者认为,我们在面对“同案同判”时要警惕两种极端的论调:一种是全盘否定、从根本上质疑这一目标,“神话观”就是其典型的代表;另一种则是“神化观”,认为在人工智能无所不能的今天,案件事实与法律规范的精确匹配、完美对应不再是幻想,而“同案同判”也将成为一种唾手可得的司法现实。这两种极端论调的存在,无疑将会影响我们正确地认识和评判“同案同判”。

本文所做的工作便是要正本清源,努力让“同案同判”从神话回归到现实。这首先有赖于对各种怀疑论的清理和检讨,本文将论证,它们之中有些是切中要害的,有些则未必,但无论如何,所有的这些批评都无法从根本上取消“同案同判”。紧接着,本文将一方面证明“同案同判”这一要求并非绝对不可凌驾,其在实践运行中有着自己的限度,“同案同判”与“差异化”判决并非对立,而是内在统一,另一方面则从制度保障入手,探讨如何通过制度化建设的努力,为“同案同判”的现实运行提供保障机制。这具体可能会涉及类案检索与发现机制之确立、案件相似性比对与判断标准之探索以及参照类案责任监督体系之完善等三个方面的内容。最后一部分是文章的结论,强调“同案同判”并非可被随意摆脱的道德要求,而是一种应予以认真对待和坚持的司法义务。不能因为其在司法实践运行中会面临困难就对其失去信心,由于这一主张背后有着深厚的法理基础以及社会所提供的一套具有高度现实性的保障体系,“同案同判”将不再是一种司法神话。

一、“同案同判”的怀疑论立场以及对其的检讨

并非每个人都会自然而然地认为“同案”就应当“同判”,也不是每一个人都赞同“同案”就一定能够获得“同判”。确实,无论是在应然层面还是实然层面上,人们对于“同案同判”的立场都颇为复杂。比较引人注目的是各式各样的怀疑论,以类型化视角来看,它们至少包括概念否定论、本质消解论以及方法怀疑论这三种立场。它们整体上持有一种相对消极的态度,并将“同案同判”视为一种虚构的法治神话。

(一)概念否定论

这一立场主要是从概念的语义入手,试图证明

“同案同判”的逻辑前提本身是不成立的。“同案同判”所对应的英文表述是“Similar cases be decided similarly”或“Treating like case alike”,显然,“同案”对应的是“similar case”或“like case”。在英文语境中,对于这个术语在上述表达中的理解似乎没有争议,其所意指的应当就是“类似案件”“同类案件”或“相似案件”。然而在中文语境中,我们经常会看到两种不同的表述,一种是“类似案件类似审判”,另一种则是“同案同判”。有些学者倾向于严格区别使用这两种不同的指称,^⑥另一些学者则时常根据语境交互使用这对概念。从逻辑上来看,“只有在判定两个以上案件是否属于‘同等情况’的基础上,方能继续第二步判断[即]是否属于‘同等对待’。”^⑦“同案”的存在是前提和基础,而“同判”则是后续的发展和推进。在此意义上,对于“同案”的理解和把握将变得至关重要。

概念否定论恰恰抓住了这一点,认为由于客观世界中并不存在两个在事实上绝对相同的案件,故而“同案同判”的前提不能成立,相应地,也就无所谓“同判”的结果了。比如,周少华教授对同案同判的批判,就主要是从概念入手的,他指出不宜用“类似案件”或“同类案件”来直接取代或替代“同案”,“同案”所指称的只能是相对严格的“同样案件”或“相同案件”,这是由该命题自身内在的逻辑所决定的。^⑧当然,在司法实务界,亦不乏有些法官持有类似的见解。长期浸淫于琐细的案件审判工作,他们对于案件事实的要素构成非常敏感。在他们看来,任何一个细节方面的差异,有时就足以将两个看似属于“同案”的案件区分开来。他们以此为理由,认为在司法实践中无法找到两个在各方面都完全一模一样的案件,并因此认为“同案同判”的主张难以成立。

就理论界与实务界所提出的这种概念否定论而言,根据其所列出的具体理由,我们可以识别出两个不同的版本:

第一,简单版本的概念否定论,它主要是基于语义学的视角被建构起来的。从语义上来看,“同案”这个概念所指称的只能是“同样案件”或“相同案件”,而不是“同类案件”或“类似案件”。其持论理由在于,这两种表述的重心并不一致,“同样”或“相同”

所表达的重点在“同”不在“异”,而“同类”或“类似”所意指的形式为“同”、实质为“异”。进一步地,从定性和定量的双重角度审视,前者既有形式上的肯定,也有数量上的肯定,而后者属于性质上的肯定和数量上的否定。^⑨由此,在区分这对概念的基础上,那些坚持此立场的学者认为“同案同判”在逻辑上更为周延。由于司法实践中无法找到在方方面面都完全相同的案件,也就是说“同案”作为“同案同判”的自然逻辑前提无法成立,故而“同案同判”整个命题也将面临破产。

第二,复杂版本的概念否定论,它着眼于裁判(价值判断)的主观性。进入司法裁判过程中的,并非天然的客观事实,而是经过解释和重构的法律事实,^⑩对于案件事实的建构过程必然不是价值无涉的,因此很难保证不同的法官甚至同一个法官能够建构出两个一模一样的案件事实。法官在对事实的判定、规范构成要件内容的具体化解释等过程中,难免会掺杂进判断者个人的主观价值情感,而这势必会导致严格意义上的“同案”很难被发现或确证。为了说明这一点,有学者以刑法为例,认为影响量刑的“具体事实因素”无限繁多且变幻莫测,对于“同案”的证成将变得十分困难甚至不再可能。^⑪换言之,“同案”证明活动最终的结果,却是不断消解“同案”、证成“异案”。

在笔者看来,概念否定论虽然在一定层面上展现了“同案同判”命题内部隐含的张力,但是不得不说,这一批判性进路的打击力度实际上非常微弱。以下将就此予以阐释。

简单版本的概念否定论明显不成立。笔者的理由主要有:一方面,“同案同判”的真实含义应为“同类案件”应以类似的方式被裁决,在此意义上,作为一个命题,它并不丧失自身存在的意义,而且在英文的语境中,几乎很少有人会坚持将“同案”解释为“同样案件”,并以此从概念上摧毁上述命题。另一方面,那种坚持只有“同样案件”或“相同案件”才应同判的看法,实则已经将类似案件应类似审判排除在外。这不仅缩小了该命题映射的范围,而且更致命的地方在于它严重背离了客观实践。法官并不会因为将“同案”解释为“同样案件”或“相同案件”,就会

对“类似案件”采取不同的处理方式。

复杂版本的概念否定论认识到了司法裁判过程中不可避免会带入的价值判断,并且这些判断有时候可能是主观的或个人化的,不同的人们对于法律的解释和案件事实的建构并不相同,因而得出结论说严格意义上的“同案”是不存在的。但这一推导过程其实是有问题的,具体理由如下:第一,“无判断则不法律”,法律本身就暗含着价值判断的因素,在某种意义上,可以说立法是人们所达成的最低限度的价值共识。在绝大多数时候,案件事实是简单明了的,法律规定的内涵是清晰的。此种情形下,即便裁判者会自行带入自己的主观性判断,他们也不太可能公然将真正的“同案”诠释为“异案”。第二,与上一点相关,在价值判断和自由裁量不可避免的情形下,也并不意味着司法裁判就是主观的甚至是恣意性的。这是因为,一方面,价值判断的行使,要受到形式规则(法教义学规则)的限制,另一方面,价值判断不允许随意超出或偏离规范所设定的目的,在一些时候,“法官固然对法律有不同的理解,但不同理解并不意味着可以各行其是。在一个制定法国家,法官对法律应该有一个统一的理解,这种统一的理解应该通过审判案件去实现。”^⑩故而,以裁判所可能展现的主观复杂性来打发“同案同判”命题,这种作法也是站不住脚的。

在此需要特别说明的是,本文并不否认“同样案件”或“相同案件”与“同类案件”或“类似案件”在初显语义上所可能存在的界分。鉴于“同案同判”在学界已被看作是一个惯常的用法,尽管学者们对于这个语词的具体所指可能仍存争议或有所不同,但为了交流与对话的便利,本文亦选择使用“同案同判”这个通行的指称,不过笔者仅仅想用其来意指“同类案件”“类似案件”(下文会在个别地方会交替使用“同案”或“类案”这两种表达)或“相似案件”。

(二)本质消解论

通过上述讨论,可以看到概念否定论仅具有十分有限的说服力,它并不能从根本上摧毁“同案同判”这个命题。如果想要彻底击败“同案同判”的立场,可能还需要更加实质性的理由。接下来,我们将转向一种更具实质性色彩的怀疑论观点,亦即本质

消解论。与概念否定论的进路不同,本质消解论意图釜底抽薪,从司法活动性质的角度入手来解构“同案同判”。从进攻策略上来看,这一论证进路确实更胜一筹。持有这种立场的代表性学者有安德瑞·马默(Andrei Marmor)、陈景辉等人,^⑪其核心立场是“同案同判”系对司法裁判活动所提出的一项重要要求,但是如果细致分析这项要求的性质,则便会发现它只是拘束裁判者的一种道德性要求,尚难以获得法律义务的地位。也就是说,“同案同判”所施加于法官的并非强制性的法律义务,法官可以相对自由地摆脱这一要求的束缚。

坚持这一主张的论者,首先指出“同案同判”可能会发生作用的一些场合。比如,大卫·斯特劳斯(David A. Strauss)认为在以下两种特定的场合中才会产生“同案同判”的问题。第一种情形是在道德不确定性的条件下做出一些分散性裁决,其典型者例如对刑事罪犯的定罪,由于量刑幅度的存在,导致法官可能面临多种不同的选择。第二种情形则涉及法官的制度性角色,这一角色要求裁判者一以贯之地执行某些规则,但同时又赋予他们在特定个案中进行自由裁量的权力。比如说,当法律在道德上出现错误时,或者当法律适用者手中握有自由裁量权的时候,法官便不得不考虑“同案同判”这一司法要求。^⑫安德瑞·马默则做出了类似的区分,他提出“同案同判”可能会发生作用的三种场合:(1)裁决部分地建立在任意选择的基础上;(2)司法裁决基于在不可通约的价值之间进行选择;(3)涉及道德模糊性或不确定性的案件。^⑬在这三类案件中,我们看到案件的裁决可能并不是由理由(reason)所决定,此时“同案同判”的要求便开始面临着挑战。

无论是前述斯特劳斯提出的那两种情形,还是马默所提出的那三类场合,其所涉及的问题都是“同案同判”的司法要求在某些特定条件下是否还具有拘束力。这实际上对“同案同判”立场的普遍性提出了质疑,认为它只是对司法裁判所提出的一种局部性要求,因此最终难以成为一种能够发挥普遍效力的一般性标准。对此,或许可以这样回应,即不能因为道德不确定性或自由裁量权的存在就放弃“同案同判”的重要要求。由于法律自身的概括性或抽象

性,它难免会给法官适用法律预留一定的自由裁量空间。比如,在对利用银行的自动柜员机(ATM机)故障恶意取款的行为是否属于盗窃进行定性时,法官便面临着一种道德上的不确定性,因为事先的立法活动并未对此提供明确的指引。此时,“同案同判”的实现面临着一些障碍,是否意味着法官就可以不用受此原则的拘束?其实不然,这种不确定性通过法律解释的办法可以得到很好的解决,通过解释将此类行为涵摄到盗窃罪构成要件的事实类型之中,便可以为今后同类案件的判决提供明确的指南。

在上述这些特定的场合中,决策者被赋予了一定程度的自由裁量权,表面上看“同案同判”的要求似乎被动摇了。这确实一定程度上凸显了其内在的限度和困境,但却仍然无法从根本上消解这一要求。“同案同判”的一个重要作用在于统一法律适用标准、限制自由裁量权,在出现上述不确定的情形下,恰恰需要落实这一要求来统一裁判标准。除此之外,值得一提的是,还有一种本质怀疑论的观点主张“同案同判”无法成为司法的本质性要求,或者换一种更专业的表述,它无法成为司法的“构成性义务”(constitutive obligation)。所谓“构成性义务”,重在强调它的“不可放弃性”,在实践中具体体现为它具有“不可被凌驾性”。按照这种看法,“同案同判”虽然是一种重要的道德价值,但其仅仅只是与司法相关的道德要求,而无法获得一种构成性的地位。由于可被构成性的法律义务或其他更具分量的道德要求所凌驾,法官因而可以摆脱“同案同判”要求之束缚。^⑥拒绝将“同案同判”当作司法的构成性义务,实际上是在本质上消解“同案同判”这个命题。

(三)方法怀疑论

与前两种立场不同的是,这一立场主要是从天然的层面上来打击“同案同判”的命题主张。从表现形态来看,这一立场有时作为一种独立的主张单独出现,有时候则作为一种附加论点与前两种主张混杂在一起而出现。从进攻的策略上看,这一观点主要着眼于“同案同判”在实践运行中面临可操作性的困难和障碍,亦即认为这一要求很难被贯彻和落实。如果具体加以区分的话,那么至少可以从中发现两类比较有代表性的观点,一类观点主要是从程

序法的角度来讨论“同案同判”可能会面临的程序性困难,另一类观点则主要是从实体方法角度来论述“同案同判”面临的方法论难题,即强调它并不会直接告诉人们到底何谓“同案”以及如何“同判”。

首先来审视诉讼法学者所提出的程序性难题。一些论者从发现“同案”的程序切入,来贯彻其怀疑主义的立场。比如,范明志法官认为并不存在所谓诉讼意义上的“同案”,并且也不存在发现和判断是否属于“同案”的诉讼程序,由此“同案同判”的命题主张也将破产。^⑦另一些论者则着眼于现有的审判制度及方式,认为当下我国审判方式的改革虽然强调自上而下、统筹规划,但在一定程度上仍然允许地方法院拥有一定的自主权,这就使得不同地区的法院或同一法院在不同时期的程序操作会呈现出不同的特点,此外再加上长期存在的案件请示制度、某些地方官员对司法的干预等因素交织在一起,使得“同案不同判”的现象在所难免。^⑧这两类观点其实大同小异,都是基于现有审判方式或程序上存在的一些缺陷,来质疑“同案同判”的现实可能性。

其次来看那种认为“同案同判”缺乏可控操作的实体性标准的观点。“同案同判”建立在一个更具一般性的命题之上,即类似情况应类似处理的形式正义原则。然而,不少学者却指出这一原则具有空洞性(empty),在离开了告诉人们何为类似情况以及何为类似对待的前提下,它无法为如何做到类似情况类似处理提供明确而直接的指引。^⑨温斯顿(Kenneth I. Winston)进一步强化了这一观点,认为“类似情况类似处理以及不同情况不同处理”这一格言尽管是正义观念的核心,但它本身却是不完整的,除非补充一些有关“相似性”以及“不同性”的标准,否则此原则仍然是空洞的,以至于难以为行为提供确定性的指引。^⑩简而言之,“同案同判”从语义上看确实简洁、清晰,但是它更多地体现为一种形式性的要求,一旦退回到实践中,它既无法告诉我们何谓“同案”,也不能告诉我们如何“同判”。这种空洞性大大地弱化了“同案同判”要求的分量,最终致使其沦为一种幻象。

总的来说,上述这种主张无法从根本上否认“同案同判”的重要性,而只是从技术或方法的角度在外围和边缘展开攻击,因此其所带来的打击并不具有

致命性。尽管如此,此处对于这一立场的个别具体主张仍需做一些回应。

必须承认,诉讼法学者所强调的前述程序性难题是客观存在的,对于“同案”的判定往往是在具体个案中进行的,既有的诉讼程序法在“同案”的发现与判断方面虽未进行专门立法,但是在理论研究的层面对于这一问题是有回应的,比如主张诉讼标的同一、案件争议焦点一致的案件基本上可被视为“同案”。除此之外,有学者认为“同案”的判断标准还包括请求权基础具有同一性、诉讼主体以及程序样态具有同一性等等。^②由此,程序上制度安排的不完善,并不应该成为放弃“同案同判”的理由。另外,从“同判”的视角来看,至少可以识别出两种不同的“同案不同判”。第一种是可以接受的或合理的“同案不同判”,其典型者例如当先例案件在道德上存在严重缺陷时,重复过去的判决结果只会造成更大的不正义。在此种情形下,“同案不同判”便是可以接受的。第二种则体现为一些非理性因素对司法的介入,并干扰裁判者做出客观的判断,从而造成“同案不同判”结果的出现,而这恰恰构成了部分诉讼法学者呼吁放弃“同案同判”的理由。司法在本质上应竭力实现形式正义,形式正义最重要的要求或表现就是推进“同案同判”。就此而言,诉讼法学者所提出的前述程序性难题无法从根本上驳倒“同案同判”的立场。

二、差异化判决与“同案同判”的限度

与作为道德义务不同的是,“同案同判”作为司法的构成性义务,意味着它首先已经是一种法律义务或司法义务,^③其次,作为法律义务,也便意味着它是不能被随意放弃的,此点恰恰与那种将“同案同判”当作道德义务的本质怀疑论完全不同。这可以从“构成性规则”来加以理解,它是与“调整性规则”相对应的一个概念。“调整性规则”旨在引导行为,并不要求规则对于行为在逻辑上的优先性;相比之下,“构成性规则”不仅要调整行为,更旨在创造行为和型构实践,其明显的特点是规则在逻辑上要优先于行为本身。由此观之,如果离开了“构成性规则”,那么实践活动的性质也将会随之发生变化。在此可以说,“构成性规则”本质上更像是一种义务性规则,对

于实践活动的主体发挥具有强制性的约束力。或许正是基于这个原因,一些学者才提出“同案同判”作为司法的构成性义务意指它具有不可放弃性,而这重点体现为在审判实践活动中,它不能被其他的构成性义务或一般的道德性义务所凌驾。^④不难发现,这种观点一方面将“构成性义务”界定为“不可被放弃”,另一方面在解释的过程中,又用“不可被凌驾”这个描述词来替代“不可被放弃”,如此一来,“构成性义务”也就相应地是指那些不能被其他理由所凌驾的义务。

这种将“同案同判”所施加给法官的义务当成绝对的和不可被凌驾的观点,可能会存在一些问题。作为一种构成性规则,它在司法活动该如何进行的原则方向或组织架构上给出了宏观的指示,即应当照顾到前后裁判的一致性,保证法律能够以一以贯之的方式在持续性的类案裁判过程中被适用。因此,从组织活动原则的意义上讲,这一原则具有“不可放弃性”,因为一旦放弃了这一原则,则司法活动便有可能偏离其内在性质(即“同案同判”)所规定的方向。与此同时,在具体个案的裁判实践中,出于某些特定的理由,例如为了维护实质性的正义或避免严重的道德上的错误等,“同案同判”的要求可能会被暂时地凌驾,但此时我们仍然可以说司法活动并没有从根本上完全放弃“同案同判”的原则性要求。此处借用一下王伟江所举过的例子,我们知道医疗活动的内在性质或构成性义务在于救死扶伤,但是在执行安乐死或堕胎等活动中,医疗活动的直接目的却是要结束病人或胎儿的生命,而非所谓的“救死”或“扶伤”;人们可以在特定情况中忍受对救死扶伤原则的凌驾,但却无法忍受医疗活动全面、彻底地放弃救死扶伤的内在原则。^⑤所以,在此情形下,可以认为救死扶伤的构成性义务被凌驾了,但是在原则上却没有被根本地放弃。

基于这样一种讨论,便引出了“同案同判”的限度问题。它对法官所提出的义务是一种绝对的要求?或者只是一种有内在限度的要求?通过以上简要的论述,可初步得出一个结论:“同案同判”尽管在司法组织活动的原则意义上讲具有不可放弃性,但是在个案裁判实践中它并非不可被凌驾,同时这种

凌驾又不是随意的或任意的,这一点从根本上区别于道德义务论。总的来说,它具有自身内在的限度,然而它为何会有这样一种限度?其限度的具体表现是什么?周少华教授在其文章中的讨论也涉及这个问题,但他认为由于“同案”的前提并不存在,故而司法实践的常态必然是“差异化判决”。在他看来,“同案同判”(同类案件或类似案件)仅仅只是一种个别化的现象,在一定意义上,“差异化判决”要比“同案同判”更具合理性基础。^⑤笔者认为,周少华教授认识到“差异化判决”是客观存在的并具有合理的根据,这一点值得肯定,但是他将其抬高至作为审判实践的常规状态,则不仅偏离司法审判的真实图景,而且在一定程度上违背正义,甚至会有害于法治。

第一种差异化判决是“异案异判”。在对“同案同判”进行概念化处理的过程中,我们会看到与同类案件应当以同类的方式处理相对应的,是不同的案件通常也应不同的方式处理。我们其实可以将这两个方面的要求看作是“同案同判”的一体两面,一个是积极方面的要求,另一个是消极角度的义务,这二者实质上是统一在一起的。在司法裁判实践中,由于确实并不存在完全相同的案件,一如考夫曼(Arthur Kaufmann)所指出的那样,“世界上没有什么事物是完全相同的,而通常只是在一些作为比较点的标准下所呈现出来的一种或多或少的(不)相似性。在相同与相似之间并不存在逻辑上的界限,实质的平等经常仅是相似的关联。”^⑥做出差异化判决的一个重要前提,就是要设法证明眼前案件与既往先例案件并非同类案件。而这就依赖于一个更进一步的工作,即如何判断诸案件之间的相似性。当然,这是一项十分艰巨的工作,不同的学者可能会提供不同的方案。但是在原则方向上,有一点至关重要,那就是要从案件的关键性事实(material facts)中区分出“相同点”和“不同点”,并在此基础上进一步甄选出其中的“相关相同点”(relevant similarities)和“相关不同点”(relevant differences)。倘若经判断发现它们之间的“相关不同点”更重要,则可以做出偏离先例的决定,此时“异案异判”也便顺理成章。

第二种差异化判决是“同案不同判”。这一类型的差异化判决,从形式上看似乎违背了作为司法之

构成性义务的“同案同判”原则,但是对其加以深究便会发现,这种差异化判决存在的合理基础,乃是建立在“同案同判”原则的限度之上的。换言之,正是因为这一原则并不是绝对的,“它是一个具有普遍性、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”,这个要求“具有原则性,而不是规则性”。^⑦当然,也有些学者在此点上走得更远,认为几乎在大多数时候“同案不同判”这个命题都是成立的。^⑧这与周少华教授的主张略微有一点差异,但二者的最终目的都是要为差异化判决进行辩护。再次强调的是,笔者赞同一定范围/程度的差异化判决,但是司法实践的常态仍然应由“同案同判”所主导。在本文的讨论脉络下,“同案不同判”是差异化判决的重要构成形式。“同案不同判”大体上可以区分出两种不同的形式:一种是合理的“同案不同判”,即两个在实质上本不相似的案例,根据差别原则应作了不同的判决;另一种则是不具有可接受性的“同案不同判”,它将两个本来应类似处理的案件进行差别对待。显然,这里我们所关注的具备正当基础的“同案不同判”,只能是前一类。

“同案不同判”的证立,有赖于“同案同判”原则具有内在的限度。“同案同判”作为一项法律原则,其具有“分量”的特点,其实践方式也有别于“全有或全无”的法律规则,而应以权衡的方式加以适用,即便它在与其他原则相竞争的过程中被压倒,仍然不会在整体上失去其作为原则的规范性效力。^⑨“同案同判”所施加于法官的是一种“初确性义务”(prima facie obligation),如果在这一要求实施的过程中遇到更强的压倒性理由,那么这一义务可以被暂时地予以放弃或搁置。即便是在普通法的语境下,遵循先例原则也具有“有限范围”(limited scope)或“有限的分量”(limited weight),它们在一些情形下是可以被推翻的。^⑩拉伦茨(Karl Larenz)也十分明确地指出了这一原则的“初确性”特征,认为“在某种程度上,判决先例可以主张其享有正确性推定;但法官不可不假思索地信赖它,如其发现判决先例有可疑之处,即须自为判断。”^⑪顺着这一思路,我们仍然需要进一步探讨的问题是,“其他更强的压倒性理由”可能会是什么?

当通过相似性的比对初步确定两个案件在实质上相似时,是否还会有什么可能性理由能够阻止法官对它们做出类似的判决,并且这种理由并非是任意的或非理性的,而应当在实质内容上具有正确性或合道德性?有学者认为这些理由与其所依附的法律体系是相关的,比如说在不同的司法管辖权内(不同国家乃至不同地区)对于“同案不同判”是可以接受的。^③这个理由或许可以解释在不同国家之间“同案不同判”具有一定的可能性,但基本上无法解释为何在一国之内仅仅因为各自管辖权的不同仍可普遍坚持“同案不同判”的主张。鉴于我们通常所讨论的乃是后一种意义上的“同案不同判”,所以管辖权的不同既非“同案不同判”的充分条件,亦非其必要条件。真正能够支撑“同案不同判”主张的理由,是先前案件的判决存在道德上的缺陷或实质内容上的错误。这种理由具体又可以划分为两个类别:一类是先前判决存在实质性的错误,另一类是先前判决在内容上并无实质性错误,只是经过时间的变迁,如今重复其结果已经变得有些不合时宜了。

在这两种不同类型的理由中,第一种理由是更主要、更为普遍一些的。这其中又可以再进一步细分,它至少包括:(1)先前判决在适用法律上存在问题,它错误地解释并适用了成文法规则或先例规则;(2)先前判决与更具基本性的法律原则出现了冲突,尤其是先前判决与正义原则之间出现了严重的冲突。当然,我们还需对这两小类情形添加进一步的限定,即所出现的错误要达到一定的严重程度,不能是简单的概念等技术性或形式性方面的错误。借用萨尔蒙德(John W. Salmond)的话来说,这种错误须是一种“清晰而又严重的错误”(clearly and seriously wrong),而若欲达到这一标准,则须满足两项条件:其一,这种适用法律的错误严重违背了法律的精神或一般理性;其二,这种错误必须是足够清晰或明确的。^④

相比之下,第二种理由则并不那么常见。过去的判决在其做出的那个时刻在内容上并无瑕疵,但随着时间的流逝和社会的发展变迁,在新的情境下变得不再具有可接受性,从而沦为一个不合时宜的判决。简而言之,第二种情形实际上是在说过去的

先例判决时至今日已经过时了。一旦当“在条件已经发生了改变的情形下,先例判决规则已经明显地变得有害于我们的社会时”,^⑤继续坚持参照既往的判例,将会失去合理的根基。

拉伦茨亦注意到了上述第二种类型。他说:“当初正确的解决方式,今日因规范情境变更或整个法秩序的演变,须为他种决定时,则其不仅有权利,亦且有义务摒弃判决先例的见解。”^⑥这种现今所看到的“不合时宜”,一方面可能是过去的判决与今天的道德观念格格不入,例如美国联邦最高法院在1896年的“普莱西诉弗格森案”中以主张“隔离但平等”的判决维持了种族隔离的合法性,历经半个多世纪后,在1954年的“布朗诉托皮卡教育局案”中却以“隔离但不平等”为理由推翻了先前的判决。^⑦美国联邦最高法院之所以不再坚持之前的判决观点/规则,是因为社会道德观念已然发生了变化,“隔离”在今天看来已经属于实质的不平等,所以通过背离先前的判例来追求一种更具实质公正性的判决。另一方面还可能是出于政策性乃至政治性因素的考虑,从而拒绝接受先前判决的约束。举例来说,法院通过反复的权衡和判断,发现若遵循或参照既往的先例判决则可能会给公共利益造成一种更大的侵害,此时较为明智的举措便是做出一种“预期性推翻”(prospective overruling),^⑧从而避免过去的先例案件在眼前的案件裁决中起作用。

若要做个简要的概括,那么可以说“同案同判”以一种内在的方式嵌入到司法审判的深层机构之中。作为司法的内在构成性原则,它施加给了裁判者一种应予以贯彻和落实的义务,但是这种义务并非是绝对的、无限度的,它具有鲜明的“初确性”特征,而这恰恰显现了“同案同判”原则的限度。诚如莱昂斯(David Lyons)所看到的,即便是在最好的条件或状态下,坚持“同案同判”也并非总是十全十美的,在一些特定场合中,遵循一个不明智或不妥当的先例判决有时会弊大于利。^⑨因为,当一个过去的先例判决犯了一个道德上的错误时,固执地坚持“同案同判”所带来的结果,只会是不断地复制或制造不正义,而一个道德上的错误却不能成为另一个错误的理由。^⑩所以,在大的原则方向上坚持“同案同判”原

则的同时,仍应为差异化判决的存在预留合理的空间。格林沃特(Kent Greenawalt)的观点或许可以作为本小节最好的总结:“一味地平等对待也可能会制造不正义,特定条件下的不平等对待在实质上却可能是公正的。”^[1]最后还需再次强调的是,在揭示出“同案同判”原则具有可能限度的基础上,承认差异化判决具有一定的存在空间之同时,仍然要分清楚它们在司法裁判实践中各自所处的位置。周少华教授将差异化判决当做司法裁判之常态的观点无法成立,其文章错误地理解了司法裁判的内在性质和结构,过度拔高了差异化判决的地位。笔者认为,司法的内在性质从根本上决定了其常规活动形式只能是“同案同判”。

三、“同案同判”的制度性保障

在理论上面对上述三种怀疑论的攻击,加之司法实践中“同案不同判”的现象频繁发生,使得“同案同判”的司法理想被迫沦为一个虚构性神话的命运。不仅那些置身于变幻莫测的司法实践中的实务工作者对“同案同判”抱有怀疑态度,而且连一些从事法律理论研究的学者也对之失去了信心。确实,以我们直观的经验来看,“同案同判”的实现必然面临很多问题和障碍,而“同案不同判”也往往变成了一种别无他法的无奈现实。但不管怎样,不可否认的事实是“同案同判”之于司法而言是重要的,以至于我们不得不从理论上认真对待它。司法的内在性质决定了“同案同判”是法官作为裁判者应当予以贯彻的一项重要义务,除非在满足特定条件下,方可背离这一原则的要求。在完成从理论上证立这一原则的法律地位之后,我们仍需回应批评者从实然层面所提出的诘难。笔者认为,“同案同判”要求的贯彻尽管面临障碍,但是通过制度性建设的努力,这些障碍可以得到克服或缓解。一言以蔽之,“同案同判”的现实性非但没有被消减或削弱,反而能够得到加强和保障。

(一)类案检索与发现机制之确立

作为逻辑前提,“同案同判”运作的第一个环节,就是要精准地检索与发现类案。作为司法活动的产物,以所涉法律关系、案由等不同的标准,可以对司法案例进行分门别类,从而同一类型的案例便可以

组合成为一个案例集群。除了那些“初现案件”(cases of first impression)或“新颖案件”(novel cases/unprovided cases)之外,^[2]通常案件(或称常规案件)都可以被归入到某一个类别或集群之中。过去的“同类案件”若想要对未来类似的案件发挥约束性或指导性作用,一个较为理想的工作环境是裁判者能够准确地寻找到相关的类案,同时又能够恰当地规避一些不相干的案件。那么,寻找类案的活动,其实与找法活动有些类似,我们把这种活动称之为“类案的检索与发现”。

即便在普通法系国家,也并不存在一种确定的用以寻找先例案件的方法。寻找先例的活动,一方面需要接受一些形式逻辑规则的引导,比如说通常要在那些具有权威性效力的先例之间进行选择;另一方面,这种活动在一定程度上也与活动者个人的经历、经验和智慧有关,比如说执业年限较久的律师或资历较深的法官在寻找先例方面会有很大优势。所以总体而言,寻找先例判决的活动,要接受逻辑与经验的共同指导。在成文法的语境下,寻找类案的难度会稍许大一点,这主要是因为成文法系国家通常并无系统的、专业的、权威性的判例编撰。有人可能会反驳说,中国法院不是一直有编撰和发布案例的传统吗?确实,编撰和发布案例是中国法院总结审判经验的一种做法,但是从总体上看,我们的编撰主体较为多元、混乱,官方的与民间的案例数据库也重叠交错、不尽一致。此外,中国法官相对更擅长成文法的演绎推理,在甄选案例和归纳规则方面的能力相对较弱。职是之故,成文法系国家的法官在类案发现方面可能面临更大的困难和挑战。

先例判决在普通法系拥有正式法律渊源的地位,寻找先例其实等同于寻找法律,故而检索和发现类案是法官应负的基本义务。成文法系脉络下的讨论会有所不同,因为在成文法系国家,已决先例案件并不能直接扮演正式法源的角色,找法与寻找类案其实是两种形式相似但性质上却不太相同的活动。在我国,抛去一般性案例不谈,单就最高人民法院发布的指导性案例来说,法官是负有检索和参照义务的。这是因为指导性案例经由权威性制定和实质内容的正确性,而产生了一种介于纯粹事实约束力与法律拘束力之间的“弱规范拘束力”,相应地,其获得

了一种“准法源”的地位。^③不仅如此,2017年8月1日起施行的《最高人民法院司法责任制实施意见(试行)》全面设立了“类案检索及制作检索报告制度”,其中第39条规定“承办法官在审理案件时,均应依托办案平台、档案系统、中国裁判文书网、法信、智审等,对本院已审结或正在审理的类案和关联案件进行全面检索,制作类案与关联案件检索报告”。由此可见,最高人民法院旨在通过强制主审法官进行类案检索,以达到统一裁判尺度的功效。

强制检索类案机制的确立,无疑会有力地推动“同案同判”要求的实现。但是也应注意到,作为司法责任改革的一项配套举措,它是否可能和整个司法审判系统的其他要素或环节相匹配。对此,结合笔者在四川省的一些法院就“类案检索机制与类案判断标准”所做的调研,简要讨论以下几个问题。

第一,将类案检索强行设定为一项义务,是否会加大承办法官的工作负担?显然,强制检索制度的全面铺开,无疑会加重法官的审判负担,尤其是会让本就面临“案多人少”之现实压力的法官的担子变得更重。但需要看到的是,出于这种工作现实的考量,可能并不足以成为取消检索类案义务的充分理由。真正有分量的理由在于,如果法官所面对的是一个简单案件或常规案件,法律的规定相对清晰,法律适用并不存在实质性争议,在此情形下,法官还有进行类案检索的必要吗?^④笔者认为,在此种情况下,对于那些长期躬耕于特定专业领域的法官而言,他们对于相关类案的情况比较熟悉,甚至可以信手拈来,无需另行进行书面的检索工作,但是法官在适用成文法作出裁判时,仍应打量和关照既往类案所彰显的特定法律观点和立场。

第二,伴随着互联网技术和人工智能的发展,司法数据库的建设蔚为可观。中国裁判文书网、无讼案例、北大法宝、威科等数据库在持续更新全国范围内的大量案例。司法实践中,法官通常是以“案由+关键词”的方式检索类案,并且一个较为普遍的情形是,他们所检索到的往往并非单个案例,而通常是一个或大或小的案例集群,甚至也不排除这些案例的裁判结果之间本来就存在矛盾的可能性。那么,在这种情况下,法官应如何在这些可能的类案之间进

一步做选择,并协调它们之间所存在的可能冲突?这仍是一个值得研究的课题。就笔者的观察和感悟来看,法官在很多时候其实并不太在意全国其他地区的类案,他们最关心的通常只是其上级法院的类似判决,以至在其上级法院的判决与更高一级的法院或最高人民法院的判决出现矛盾时,会更加倾向于选择参照其上级人民法院的判决。^⑤这一点非常有意思,但限于篇幅原因,在此不做进一步展开。

(二)案件相似性比对与判断标准之探索

检索类案是推进“同案同判”的第一步,或者说这仅仅只是一个开始。上文已经提及,所检索到的是单个的案例的情况并不多,通常是以案例集群的方式存在。无论是依凭个人的智慧和经验,还是依托互联网大数据平台,法官所检索到的通常是复数的“可能”类案,如何从中挑选出真正与眼前待决案件相关的类案,则要进行第二步工作,亦即在可能的类案与待决案件之间进行相似性的判断。卡多佐(Benjamin N. Cardozo)大法官对于司法过程曾有一段经典性描述:“[法官]将自己手上的案件的色彩与摊在他们桌上的许多样品案件的色彩加以对比。色彩最接近的样品案件提供了可以适用的规则。”^⑥然而,真实的司法运作远没有卡多佐所描述的那样轻松和简单,其中最为核心也最为艰难的一环,便是如何判断两个案件在实质性面向上是否相似。^⑦“同案同判”这一要求是否能够得以根本落实,在很大程度上也取决于能否做到这一点。因为,“同判”的逻辑前提是“同案”,而案件并不会自己主动告诉我们它们是同类案件,同时它们身上也不会整齐地贴着标签等着我们去发现。

如果能够找到一种行之有效的方法来帮助我们判断两个案件是否相似,那么就为“同案同判”要求的实现又扫清了一道障碍。然而,要想找到一种确定的方法,谈何容易。即便是在普通法系国家,都很难说存在一种判定案件相似性的通用方法,其法官主要依据自己的审判经验并借助于区分技术来判断案例之间是否存在“相似性”。^⑧我国法学界对于案件相似性的判断亦存在较大争议,归纳起来有如下几种不同的学说:(1)“构成要件类似说”,此种学说主张以构成要件之比较作为相似性之架构基础;(2)“实

质一致说”,此种学说主张相似性之认定应视系争法律规定之法定案型与待决案件事实之间是否具有实质一致性;(3)“同一思想基础说”,此种学说基于系争案件事实与法定案型事实间之思想基础而认为,如果二者具有“同一利益状态”,那么即可认定二者间具有相似性。^⑨这三种标准单独看来都有一定的道理,但却都不足以辅助法官完成相似性判定的工作,在司法实践中,它们其实可以以一种互补的方式共同发挥作用。

笔者倾向于接受“构成要件类似说”和“实质一致说”相统一的观点,认为判断类案应尽可能缩小比较范围,“构成要件类似”首先可以将类案框定在统一法律关系或案由之下,已经把比较的范围大幅度地予以缩小。在此基础上,进一步以“实质一致说”来指导相似性的比对和判断。所谓“实质一致”到底如何判断?这就需要确定“切入点”或“比较基点”,如果比较的是不同层次的内容,那么显然会错失重点,从而得出不科学的结论。对于比较点的选择,一般认为应将目光锁定在案件的关键性事实上面,比较者需要运用归纳能力进一步从前后案件(即先例案件与待决案件)中提取出前文所讲的“相关相同点”与“相关不同点”。此时我们需要判断“相关相同点”与“相关不同点”当中到底何者更具有实质一致性,换言之,要结合其所依附的先例规则或成文法规则来判断何者更为重要,如果认为“相关相同点”更重要,那么可以确证前后两案是相似案件。反之,在判断后如果认为“相关不同点”更为重要,^⑩则可认定这二者并非实质上的类案。

在此,先做一个简单的总结。案件相似性的判定,可以说是“同案同判”运行系统中最艰难的一步。这个环节若出现错误,例如本来属于类案的却被错误地认定为异案,或者本来属于异案的却被错误地认定为类案,都会使得案件的裁判结果出现错误。客观上,也确实很难找到一种放之四海而皆准的操作标准,所以我们必须给予相似性判断以充分的重视。从已有学说理论和审判经验来看,相似性判断要坚持一个原则,亦即“缩小范围和抓住重点”。“缩小范围”是指尽可能缩小比较的范围,范围越小,比较的难度一般就会越小,且出错的可能性也

相应越小。要做到这一点,就需要依赖“构成要件相似说”,将比较样本集中在具备同一个法律关系和案由的范围之内。“抓住重点”系指要提炼出能够展现两个案件最核心内容的那些要素,以此确立相似性的比较基点,再下一步就是要结合先例规则或法律规范的目的,比较两案之间的相似点更重要还是不同点更重要。简而言之,案件相似性的判断,是逻辑与经验的统一,是判断者的目光不停地在规范与案件事实之间往返盼顾的过程。

(三)参照类案责任监督体系之完善

以案例为基本推理形式的“同案同判”,在完成了类案的检索以及相似性的判断之后,就进入了案例的参照适用环节。广义的案例参照或基于案例的推理,其实包含前两个环节在内,而狭义的案例参照则是指在完成案件相似性的判断之后,如何在待决案件中参照适用先例案件。

这仍然需要分情况来讨论。在普通法系中,由于先例判决本身就是法律,故而法官只需以演绎性的方式,将从先例案件中抽取出来的一般性规则或原则适用到待决案件中,并推导出与先例判决相一致的结论即可。在成文法系中,情况则有所不同,由于先例判决通常并不具备正式法源的地位,故而难以直接充当裁判的根据或依据。它往往只能成为强化判决结论或所持立场的一个理由,适宜在判决书中的说理部分加以援引或参照。此时我们可以看到,虽然无法直接以先例案件作为根据做成判决,但是先例案件中所蕴含的实质性说理内容以及具有规范形式的内容表达,以一种间接的方式在发挥着作用。正如拉伦茨所指出的那样,“有拘束力的不是判例本身,而是在其中被正确理解或具体化的规范”^⑪。也就是说,由于先例判决是对法律的具体化,故而先例判决作为一个范例或典范,是依靠其内含的法律规范来持续性地发挥作用。

责任监督作为最后的一个环节,应能够发挥一些兜底性的或纠错性的功能。“同案同判”要求法官在应当参照类案时,依法参照相关类案进行判决,在以往的类案自身存在缺陷或不合时宜时,应恰当地对之加以规避或修正。一旦裁判者未能以正确的方式参照适用案例或规避案例,那么可能就要承担一

定的责任。义务与责任是相伴随的,既然将“同案同判”看作是司法活动施加于法官的重要义务,那么在违背这一义务的情形下,法官理应承担相应的责任。在普通法系中,对于这一义务的违背,足以致使整个判决丧失合法性。而在成文法系中,鉴于先例判决的特殊地位,规避类案并不必然致判决面临合法性困境,但是至少在以下两种情况下,判决的合法性根基可能会受到动摇,并且承办案件的法官须承担一定的责任。

1. 法官在判决中参照了类案,但是在参照过程中却出现了错误。这具体又包括三类情形:

(1) 法官寻找到了一个相关的类案,但这个类案出现了前文所讲的一些瑕疵性问题,即要么在先前被判决时就存在内容上的瑕疵,要么是其内容本身无可挑剔,只不过在当今社会情势下已经变得不合时宜,^③此时,如果后案法官不假思索地将先前案件加以复制和参照,那么其作出的判决结果在实质内容上便可能会出现错误。

(2) 在类案的检索与相似性的判断环节,由于某种错误导致法官找到了一个不相干的“类案”,亦即找到了一个实质上并不相似的案件,此时通过参照适用该案例可能会出现两种结果:第一种结果是偏离了法律的内容而成为一个错判,第二种结果是碰巧做出了一个与本应参照的实质类案相一致的结果,即出现了所谓的“异案同判”。^④上述第一种结果通常需要承担法律适用错误的责任,而第二种结果若发生在普通法系国家当中,明显属于适用法律错误,需承担责任,若发生在成文法系国家当中,受制于很多原因,法官通常会省略或遮蔽相似性判断的环节,由此使得人们在外观形式上很难辨识出法官是否参照了一个本质上并非相似的案件,加上判决结果出其意料地“高度一致或正确”,从而往往不会出现责任监督的问题。

(3) 第三类情形相对较为简单一些,法官找到并适用了相关的“真正类案”,在具体的参照过程中,可能出现了一些形式上或技术上的偏差,比如遗漏了案件事实中在实质评价意义上并不十分重要的“不相关相同点”(irrelevant similarities)或“不相关不同点”(irrelevant difference),又比如不当地在较小幅度

的范围内缩小或扩大了先前类案中对法律内容所持有的观点或见解,但在主要内容或原则精神上并未偏离法律的规定。对于这种情况,通常不做非法性评价,即便法官在参照类案的审判实践中出现了此方面的问题,通常也无须为此承担严格的司法责任。

2. 法官本该参照类案但却最终未能参照适用。仔细探究起来,这也可具体划分为两种不同的情形:

(1) 法官从一开始就未启动类案检索的程序,从形式上全面放弃了“同案同判”的要求。以往的类案凝结了长期的审判智慧,固定了相当长一段时间内法院对于某个法律问题所持有的一贯见解。“假使其系正确的裁判之主张确实,那么对未来涉及同样法律问题的裁判而言,它就是一个标准的范例。”^⑤假如法官对这些以往的类案完全不闻不顾,而径自根据自己的主观理解或判断来做判决,那么极易发生错误。这种自始至终轻视类案的行为,构成了对“同案同判”原则的根本背离,需要承担一定的法律责任。比如说,对于这种有意轻视或规避类案的裁判行为,可以根据其违法情节的轻重以及错判之情况,在司法绩效考核上给予相应的负面的或消极性评价。对于没有注意和估计指导性案例而导致裁判处理结果明显不公正的裁判行为,可依法给予相应的司法管理性的行政处分,并对案件依照法定程序进行处理,包括上级法院在审理时依法予以撤销或改判。^⑥但在我国目前具体的制度设计中,我们尚未看到对法官无视案例设定的责任机制。

(2) 法官尽到了类案检索的义务,但对于所检索到的案件是否属于真正的类案以及如何在裁判过程中加以参照适用并无太大把握,因此采取了一种回避的态度。这种回避有可能是完全回避(即彻底放弃对可能类案的适用),也可能是在形式上并不提及类案、但在实质结果或裁判思路却与所检索到的类案保持高度一致(笔者将这种情形称为“隐性适用”)。^⑦对于前一种情形须做否定性评价,而就后一种情形而言,虽然其在形式上拒绝了相关的类案,但在实质上仍然可被看作是参照了类案,其实可以归入上文第一大类的第三子类之中,一般不对其做非法性评价。除此之外,还有一种情况需要注意,即实践中法官有可能认识或未认识到相关类案的存在,

但是当事人或其律师主动向法院提供该类案并要求其参照裁判。此时,如果法官表示拒绝并且不提供任何理由,那么这种行为也是违背“同案同判”原则要求的。对于为何应参照或不应参照某个类案,法官负担着一种说理和论证的义务。^⑤话说回来,其实就是法官需要论证两个案件到底是相似的还是不同的。法官若放弃这一特殊的说理义务,理应要承担相应的司法责任。

四、代结论:对几点误区的再澄清

前面从不同的侧面为“同案同判”原则进行了辩护,所有论点归结到一起无非就一点,即“同案同判”是重要的,并且是能够实现的。说“同案同判”是重要的,是因为它能够给我们的司法活动带来极大的便利,并有稳定法律预期、保护司法信赖、限制专断权力之功效。甚至更进一步,说它非常重要,以至于我们的司法根本离不开它,是因为它已深深植根于司法推理的深层次结构之中,成为司法活动施加于裁判者的一种不得随意放弃的义务。说“同案同判”是能够实现的,是说它并不像一些批评者(例如周少华教授)所认为的那样只是一种遥不可及的虚构性神话,而毋宁说是有着坚实的现实性基础。^⑥作为一个总结,当然也作为一个回应,此处笔者重申一下本文在对待“同案同判”的问题上所坚持的基本立场与态度,并对一些误解作出澄清。

第一,“同案同判”是一项法律义务,而非只是一项道德要求。安德瑞·马默、陈景辉等学者仅仅因为“同案同判”只在特定或有限的场合发挥作用,并且由于在实践中可以被凌驾或超越,便认为它不能作为法律义务而存在。这种观点的错误之处,既体现在未能正确地认识法律义务的特质,又在于它错失了司法的真正本质。真正能够将司法与其他纠纷解决活动区分开来的,恰恰在于“同案同判”所坚持的独特的“范例式推理”方法。在此意义上,本文始终主张“同案同判”是施加于裁判者的法律义务。

第二,坚持“同案同判”并不会绝对导致机械裁判。作为一项原则,它自然无法预先排除所有的例外。这意味着,在特定情形下,这项要求是可以被暂时搁置的,而非在所有情况下法官都一定要“保持一种因循守旧的态度并承诺在未来案件中反复延续其

前辈犯下的错误”。^⑦因此应注意到,这项原则性要求是有内在限度的,从而可以进一步解释为何会有“差异化判决”的存在。但是与一些学者(例如周少华教授)的观点不同,笔者认为差异化判决不应取代“同案同判”成为司法审判的常态。

第三,在对待“同案同判”的问题上,要避免走入两个极端。一方面,我们反对将“同案同判”视为一个法治神话,不能因为司法实践中所遭遇的各种困难就对其失去信心,而应认识到这一原则性要求在现实中具有广阔的作用空间。但另一方面,我们也不能对“同案同判”过度推崇乃至迷信,一味严格且毫无例外地贯彻这一要求,将会导致要么机械司法,要么不断复制过去的错误、持续制造不正义。一如有学者所警惕性地指出的那样,面对糟糕的先例判决,对裁判一致性的绝对坚持,无法为法律的灵活适用留下空间,^⑧在重复制造不正义的情形下,这一原则不宜再继续贯彻。^⑨因此,当我们从一个“神话”的误区之中解脱出来时,切勿一不留心又误入另一个“神话”。

作为最后的结语,但并非是最不重要的,在人工智能以及司法大数据方兴未艾之际,我们需要对它们在实现“同案同判”方面所应有的作用及其局限有清醒的认识。智能化技术可以帮助法官高效、精准地检索类案,但是类案的具体判断以及参照适用,却仍然依赖于人的理性化思考。与此同时,司法大数据通过审判要素一层层的分解,将案件事实中的变量分解到一种无比精细的程度,并通过数据、图表、曲线等一系列十分直观的方式,向人们展示真正的类案何其之少、真正的类判何其困难。但纵然如此,我们仍不能从根本上放弃“同案同判”的理想,否则司法活动可能会偏离其自身所规定的内在方向。当然,至于如何分析人工智能以及司法大数据给“同案同判”带来的便利或障碍,已经超出了本文探讨的范围,那是需要以后进一步开拓的课题。

注释:

①参见张超:“论‘同案同判’的证立及限度”,《法律科学》2015年第1期,第21页。

②参见白建军:“同案同判的宪政意义及其实证研究”,

《中国法学》2003年第3期,第133-136页。

③参见刘作翔:“案例指导制度的定位及相关问题”,《苏州大学学报》(哲学社会科学版)2011年第4期,第56页。

④参见赵蕾:“‘同案同判’是一个神话?”,《南方周末》2009年9月2日,第1版。

⑤参见周少华:“同案同判:一个虚构的法治神话”,《法学》2015年第11期,第131-140页。

⑥一些学者认为,“同案”与“类似案件”的意涵有所不同,严格来看,“类似案件”的使用相对更准确一些。参见张骥:“论类似案件应当类似审判”,《环球法律评论》2014年第3期,第22-23页。也有一些学者认为“同案同判”的使用会更适合一些,其理由是一方面这已经是学界约定俗成的一个通行叫法,另一方面“同案”在“质”和“量”两个层面对于“相似性”的要求都要比“类似案件”更高一些。参见张志铭:“对‘同案同判’的法理分析”,《法制日报》2012年3月7日,第11版;注⑤,周少华文,《法学》2015年第11期,第132-133页。

⑦刘树德:“刑事司法语境下的‘同案同判’”,《中国法学》2011年第1期,第68页。

⑧参见注⑤,第132页。

⑨参见张志铭:“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67页。

⑩See Csaba Varga, *Theory of the Judicial Process: The Establishment of Facts*, 2nd edition, Hungary: Budapest, 2011, pp. 130-146.

⑪参见注⑤,第134页。

⑫刘作翔、徐景和:“案例指导制度的理论基础”,《法学研究》2006年第3期,第20页。

⑬参见 Andrei Marmor, “Should Like Cases Be Treated Alike?”, *Legal Theory*, Vol. 11, No. 1(2005), pp. 28-30; 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49-53页。

⑭See David A. Strauss, “Must Like Cases Be Treated Alike?”, *University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper*, No. 24(2002), pp. 4-11.

⑮参见注⑬, Andrei Marmor文, pp. 28-31。

⑯参见注⑬, 陈景辉文, 第51页。

⑰参见范明志:“消解成文法中法律统一适用之痛”,载《人民法院报》2010年4月16日,第5版。

⑱参见陈杭平:“论‘同案不同判’的产生与识别”,《当代法学》2012年第5期,第27页。

⑲See Peter Westen, “The Empty Idea of Equality”, *Harvard Law Review*, Vol. 95, No. 3(1982), pp. 543-548.

⑳See Kenneth I. Winston, “On Treating Like Cases Alike”, *California Law Review*, Vol. 62, No. 1(1974), p.5.

㉑参见段文波:“民事程序视角下的‘同案不同判’”,《当

代法学》2012年第5期,第19-20页。

㉒参见孙海波:“司法义务理论之构造”,《清华法学》2017年第3期,第165-184页。

㉓参见注⑬, 陈景辉文, 第51、61页。

㉔参见泮伟江:“论指导性案例的效力”,《清华法学》2016年第1期,第32页。

㉕参见注⑤, 第138-140页。

㉖[德]考夫曼:《法律哲学》,刘幸义等译,法律出版社2004年版,第232页。

㉗在判断案件相似性的过程中,肖尔认为并非所有的“相同点”都必定是相关的,同样地,也并非所有的“不同点”都是相关的。参见 Frederick Schauer, *Thinking Like A Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2009, p.94.

㉘张骥:“论类似案件应当类似审判”,《环球法律评论》2014年第3期,第23页。

㉙See Norman C. Gillespie, “On Treating Like Cases Differently”, *The Philosophical Quarterly*, Vol. 25, No. 99(1975), pp. 151-158.

㉚See Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1978, pp. 24-26.

㉛See David Lyons, “Formal Justice and Judicial Precedent”, *Vanderbilt Law Review*, Vol. 38, No. 3(1985), pp. 496-497.

㉜[德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第302页。

㉝Supra note⑭, p.22.

㉞See John W. Salmond, *Jurisprudence*, 11th edition, London: Sweet and Maxwell, 1957, pp. 378-381.

㉟Cuthbert W. Pound, “Some Recent Phase of the Evolution of Case Law”, *The Yale Law Journal*, Vol. 31, No. 4(1922), p. 363.

㊱同注②, 第301页。

㊲See *Plessy v. Ferguson*, 163 U. S.537(1896); *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U. S.483(1954).

㊳See Neil Duxbury, *The Nature and Authority of Precedent*, Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 163.

㊴See David Lyons, “Formal Justice and Judicial Precedent”, *Vanderbilt Law Review*, Vol. 38, No. 3(1985), pp. 496-497.

㊵See Larry Alexander & Emily Sherwin, *Demystifying Legal Reasoning*, Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 38.

㊶Kent Greenawalt, “How Empty Is the Idea of Equality?”, *Columbia Law Review*, Vol. 83, No. 5(1983), p. 1183.

㊷即便是面对这些案件,也并不意味着法官可以任意地凭借自己的主观判断做决定,他仍然有义务关照过去的一些相关的先例判决,同时根据正义原则、道德妥当性以及社会公共利益等标准,合法、合情、合理地推导出结论。参见 Rupert

Cross and J. W. Harris, *Precedent in English Law*, 4th edition. Oxford: Oxford University Press, 1991, pp. 200-201.

④参见雷磊：“指导性案例法源地位再反思”，《中国法学》2015年第1期，第272-288页。

④笔者在与四川省高级人民法院、成都市中级人民法院的法官座谈时，许多受访法官都认为，类案检索制度的全面铺开，会大大增加自己的工作负担。即便没有《最高人民法院司法责任制实施意见(试行)》的出台，他们事实上也会经常性地通过各种方式检索和发现一些类案作为参考。

⑤在笔者与成都市中级人民法院、成都市龙泉驿区法院法官的座谈中，数位法官都提到了这一点，笔者深受启发，在此向他们表示感谢。

⑥[美]本杰明·卡多佐：《司法过程的性质》，苏力译，商务印书馆2000年版，第8-9页。

⑦在列维看来，普通法中法律推理的第一步“就是要发现和确证先例案件与待决案件之间的相似性”。参见Edward H. Levi, *An Introduction to Legal Reasoning*, Chicago: University of Chicago Press, 1949, pp. 1-2.

⑧参见孙光宁：“区别技术在参照指导性案例之司法实践中的应用及其改进——以指导性案例第24号为分析对象”，《法学家》2019年第4期，第93页。

⑨参见黄建辉：《以案例、民法为中心探讨法律漏洞、类推适用》，蔚理法律出版社1988年版，第110-112页。

⑩“相关不同点”更为重要或更具实质一致性，意味着这些不同点具有突破先例约束的力量。当某个不同点的存在无法化解且是必要、有意义时，它就有可能致使后案与先前案件在实质意义上不同，从而突破先前案例的约束力范围。参见邓矜婷：“确定先例规则的理论及其对适用指导性案例的启示”，《法商研究》2015年第3期，第165页。

⑪同注⑩，第301页。

⑫这在成文法的语境下也很好理解，比如对于成文法规则R，先前类案C1中持有一种见解R1，R1可以被视作是在C1案中的具体化。时过境迁，当下立法者对于R有了不同于R1的新解释R2，假定现在眼前有一个待决案件C2，并且进一步假定C1与C2属于类似案件，此时如果仍然不加反思地径直参照C1、根据R1所代表的观点做出结论，则势必会与R在当下所应具有的内容出现冲突和矛盾。在此情形下，完全可以说C2的判决在合法性上是存疑的。

⑬肖尔在新近的一篇文章中，处理了“异案同判”的问题，认为“同案同判”的规范性力量有时候过于强大了，以至于逼迫法官不得不忽略案件之间的某些不同点，从而做出“异案同判”的结果。参见Frederick Schauer, “On Treating Unlike Cases Alike”, *Constitutional Commentary*, Vol. 34, (2018), pp. 1-19.

⑭同注⑩，第300页。

⑮参见胡云腾、于同志：“案例指导制度若干重大疑难争议问题研究”，《法学研究》2008年第6期，第23-24页。

⑯参见孙海波：“指导性案例的隐性适用及矫正”，《环球法律评论》2018年第2期，第145-154页。

⑰玛蒂尔德·柯恩将判决说理看作是法治的应有之义，认为判决不说理必然会走向司法专断。参见Mathilde Cohen, “The Rule of Law as the Rule of Reasons”, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Vol. 96, No. 1(2010), pp. 1-16; Mathilde Cohen, “When Judges Have Reasons Not to Give Reasons: A Comparative Law Approach”, *Washington and Lee Law Review*, Vol. 72, No. 2(2015), pp. 483-571.

⑱一些论者也从不同角度揭示了“同案同判”原则具有多样的现实性基础，并提出了保障“同案同判”的一些具体机制，例如改善和充分发挥目前已有的法律统一适用机制的作用、重构或创立确保法律统一适用的机制、充分重视人尤其是整个法律职业共同体在推进这一原则过程中所应发挥的作用。参见注⑦，刘树德文，第71-74页。

⑲Supra note③, p.183.

⑳Supra note③, pp. 177-178.

㉑See Tony Honore, *Making Law Bind: Essays Legal and Philosophical*, Oxford: Oxford University Press, 1987, p.200.

参考文献：

[1][德]卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2003年版。

[2]刘树德：“刑事司法语境下的‘同案同判’”，《中国法学》2011年第1期。

[3]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。

[4]张骐：“论类似案件应当类似审判”，《环球法律评论》2014年第3期。

[5]周少华：“同案同判：一个虚构的法治神话”，《法学》2015年第11期。

[6]孙海波：“指导性案例的隐性适用及矫正”，《环球法律评论》2018年第2期。

[7]Kenneth I. Winston, “On Treating Like Cases Alike”, *California Law Review*, Vol. 62, No. 1(1974).

[8]David A. Strauss, “Must Like Cases Be Treated Alike?,” *University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper*, No. 24(2002).

[9]Andrei Marmor, “Should Like Cases Be Treated Alike?,” *Legal Theory*, Vol. 11, No. 1(2005).

[10]Neil Duxbury, *The Nature and Authority of Precedent*, Cambridge: Cambridge University Press, 2008.