

# 类案类判：道德应当还是法律应当

彭凤莲

**摘要：**类案类判具有法律应当与道德应当的双重属性，将其定位于纯粹的道德应当或法律应当面临诸多困境。因此，我们有必要在理论构造层面构建两者之间的协同实现机制，探求类案类判在司法实践中的实现规程。总体而言，法律应当优先于道德应当是较为现实的选择，也是形式正义的基本要求，但法律应当优先并不当然否定法官道德应当的反思精神。道德应当是实现实质正义必不可少的重要环节，在时势变更、法律修订等特殊情形下，道德应当的地位需优于法律应当。具体而言，在理论构造层面要坚持法律应当优先前提下的道德应当优先的兼顾；在实践层面要坚持道德应当指导下的法律应当制度化推进。

**关键词：**类案类判；案例指导制度；道德应当；法律应当；习近平法治思想

**中图分类号：**D920.5 **文献标识码：**A **文章编号：**1003-0751(2024)03-0064-10

审判意义上的案例指导制度发端于《人民法院第二个五年改革纲要(2004—2008)》，正式确立于2010年，其标志是最高人民法院《关于案例指导工作的规定》的出台。随即第一批指导性案例于2011年向司法系统和全社会发布。案例指导工作旨在通过指导性案例，“总结审判经验、统一法律适用，提高审判质量、维护司法公正”<sup>[1]</sup>。《关于案例指导工作的规定》第7条规定：“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例时应当参照。”“类案类判”的命题由此提出<sup>①</sup>。对于这一命题，学界有的用“同案同判”表达，有的用“类案类判”表达<sup>②</sup>，本文采用最高人民法院“类似案件”(类案)的表述，因为事实上不可能存在两个完全相同的案件，所以“类案类判”的表述更符合实际，但本文中在直接引用时，原文使用“同案同判”表述的则予以保留，以示尊重学术。

公平正义是习近平法治思想的灵魂，习近平法治思想是全面依法治国的指导思想，类案类判对于深入贯彻落实习近平法治思想、推动全面依法治国

具有重要意义。类案类判，不仅是司法公正的要求，也是民众衡量司法公正的一个可视性标准。“应当”有法律应当与道德应当之分，分别对应完全的义务与不完全的义务；完全的义务是法权义务，不完全的义务是德性义务<sup>[2]38</sup>。完全的义务是必须遵守的义务，从而是法律应当；不完全的义务是倡导性义务，从而是道德应当。那么这将会引出这样一个疑问，即指导性案例“应当参照”之“应当”是法律应当还是道德应当？

## 一、类案类判是道德应当吗

判断类案类判是否为道德应当，我们首先需要弄清楚，什么是道德应当？如果将类案类判定位于道德应当，那么最高人民法院要求的类案应当类判的效果会如何？

### (一) 道德应当的基本含义

伦理学上，将“应当”理解为道德要求的上限，这是一种引导高价值期许的指令，且给予行为主体

收稿日期：2023-10-05

基金项目：2022年度法治建设与法学理论研究部级重点项目“习近平法治思想：‘两个结合’的伟大成果”(22SFB200)。

作者简介：彭凤莲，女，安庆师范大学教授、博士生导师(安徽安庆 246011)。

一定的选择空间。道德(规范)的“应当”最初由亚里士多德提出,康德重构了现代道德哲学,提出形而上的先验的道德应当。英国的威廉斯批评康德的理论过于理想化,忽略了道德行为者的价值异质性,且把道德完全当做一种抽象的东西而与生活相脱离<sup>[3]</sup>。英国的哈曼认为“道德应当”是对一个句子的主语作出判断,道德的“应当”是“应当去做”,它意味着行动者有一个理由去做某事。哈曼的贡献在于:道德应当是立足于现实生活,立足于群体的约定;道德理由是来自社会约定,是来自经验,涉及一个人的目的和目标,不是从理性推论出来的<sup>[4]</sup>。威廉斯和哈曼都不赞同康德形而上的先验的道德应当,而将道德应当与现实生活联系在一起,这是一种进步。“如果我有一项义务,那么它只能存在于人际关系中或一种社会性的关系体系中。”<sup>[5]</sup>道德具有社会属性和共享性,只有在人与人的社会关系中才能显示出其价值。

中国传统道德哲学偏重于经验和应用,对像“应当”这样的概念缺乏理论的、系统的阐释,但是有相当深刻的理解和巧妙的应用,且始终与社会生活相联系。从人类发展过程来看,“应当”意识的产生使人真正成为主体。“应当”做某事的意识经过千百万次的重复,便形成约定俗成的较为稳定的观念,并且在人们的意识中有了符号的巩固性和公理的性质,“应当”的意识中包含了主体的主动性和理想性<sup>[6]</sup>。道德应当,意指道德上的义务、责任,不是仅仅以“做”的方式出现,而且还以“是”的方式引领带有理想性和超越性的价值指向。道德应当不仅仅是应当,而且还指向未来更圆满的维度,是人类自身追求完善的一种心愿<sup>[4]</sup>。

“道德应当”不只是一种建议,真实的、科学的“道德应当”还是行动的指南,它激励人们去为真理和正义而献身。“应当”是主观与客观的统一。“应当”首先意味着客观要求,这种要求如果是有根据的、合理的,它在客观上就是确定的。“应当”的确定性在道德领域表现为规范性,其价值载体就是道德规范和相应的制度<sup>[7]</sup>。“应当”在主观上表现为普遍性与特殊性的结合。在司法实践中应当实现公平正义是普遍性要求,针对一个具体案件应当实现个案公平正义是特殊性要求。指导性案例对类案具有普遍指导意义,“应当参照”是普遍要求,针对某个具体类案“应当参照”是特殊性要求。而百姓感受到的公平正义恰是在个案中实现的,在道德领域,“应当”表现为善恶矛盾和向善的追求,做了应当做

的事是值得赞许的。例如,于欢案的二审改判广受好评,是因为二审法院根据事实和法律作出了公正判决,实现了个案的公平正义。

## (二)类案类判具有道德应当的属性

首先,“应当参照”意味着能够参照。“应当”意味着“能够”,这是康德的命题。康德把道德应当理解为是一种定言命令,一种无条件的行为必然性。他认为,“道德应当”来自一个可能世界,应当行为的根据只能是单纯的概念<sup>[8]</sup>477。但这种无条件的必然行为的现实性却是偶然的,受有限理性的制约,道德应当自身包含着矛盾——基于理性理念的必然性和转向现实的偶然性。可见,康德的“能够”是概念上的、先验的,不是存在于现实生活中的,而是理想化的。事实上,“应当”一方面源自并启示着可能世界,另一方面又作用于现实世界,所以“应当”自身包含着先验和经验两个向度,“应当”就存在于这两个向度的张力中<sup>[9]</sup>。可能行为向现实行为转化,是以一种存在于现象界作为事件的行为体现出来的。在司法审判中,法官就成为沟通可能世界与现实世界的介质。指导性案例是在一个越来越复杂的社会中,现有的法律难以承受规范性要求和功能性需要之间的尖锐张力时应运而生的。它虽然是来源于各级人民法院的生效案例,但被遴选为指导性案例,是要经过一套严格的筛选程序和反复权衡的,其裁判要旨也是经过最高人民法院精心打磨的。因此,指导性案例在很大程度上能够代表中国审判的最高水准,其裁判结果应该是值得信赖的,因而是能够参照的。

其次,“应当参照”是容许有选择的参照。道德应当不是规定人必然如此行为(无选择地),而是命令人如何行为(容许有选择地),应当的意义在于向行为者表达一种价值目标,启示着一个崇高的意义世界<sup>[9]</sup>。将指导性案例“应当参照”理解为道德应当,正是因为最高人民法院对待指导性案例的态度,是要求地方各级法院(法官)不是别无选择地必须参照,而是容许有选择地参照。要求应当参照的意义是向各级法院(法官)传递一个统一司法尺度、实现类案类判的价值目标,指向“要让人民群众在每一个司法案件中都能感受到公平正义”的崇高意义。“应当参照”也给法官的良知选择留下了一定的空间。“应当参照”是要求、是命令,“一切义务都包含着一个由法则而来的强制的概念;伦理义务包含着这样一种强制,对于它来说只可能有一种内在的立法,与此相反,法权义务则包含着这样一种强

制,对于它来说也可能有一种外在的立法;因此,二者都有一种强制,无论是自我强制还是通过他人来强制”<sup>[2]</sup><sup>178</sup>。道德应当是不完全义务,即倡导性义务,要不要参照取决于法官的选择。道德应当可以说是一种基于自由的自我强制。基于良知,法官认为能够实现公平正义的指导性案例他才应当参照,对于那些因法律演进、时势变迁可能会影响公平正义的指导性案例,他不能再参照。这正是道德良知的体现,也是实现实质公平正义的体现。

最后,应当参照不是不得不履行的法律义务。类案类判不是刚性法律义务,因而法官可以不受其约束。法官参照指导性案例时,会存在将自身利益(司法责任制、升迁、荣誉名誉等)和他人利益(公正判决、公平正义等)都考虑在内的整体视角或公正视角。法官的个人偏好只能限制而无法禁绝,法律中的自由裁量赋予了法官在法律框架内基于个人判断作出决定的权利。基于此,陈景辉教授指出,类案类判只是一种道德应当的弱主张:“同案同判的确是非常重要的司法要求,但是它并未达到‘法律义务’的程度,只是可被凌驾的道德要求。”<sup>[10]</sup>在他看来,依法裁判才是司法裁判唯一的构成性法律义务,类案类判不能凌驾其上。不得不履行的法律义务是以制裁为后盾的,而不参照指导性案例没有制裁性后果,这恰恰从反面证明“应当参照”不是强制性法律义务。

### (三)类案类判定位于道德应当的困境

有部分学者主张类案类判是“道德应当”。例如,陈景辉认为,类案类判是重要的道德价值,无法成为司法的构成性义务,构成性义务重在强调“不可放弃性”<sup>[10]</sup>。有学者则提出了针锋相对的观点,如孙海波便主张“‘同案同判’是一项法律义务,而非只是一项道德要求”<sup>[11]</sup>。

主张类案类判是道德应当的观点不无道理,类案类判确实也具有道德应当的属性。但是,如果我们仅仅将类案类判定位于道德应当,而认为它与法律应当不沾边,似乎也有所不妥,甚至会面临现实的困境。

首先,道德应当具有软弱性。根据《关于案例指导工作的规定》,法官不参照指导性案例,类案不类判,也没有强制性的后果,这暴露出了“应当参照”的软弱性问题。因此,“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”<sup>[12]</sup>。如果“应当参照”仅仅是道德应当,那么最高人民法院类案类判的司法要求就会化为泡影,这

一制度设计的初衷则难以实现。在司法实践中,法官们越来越趋向于追求案件结果的公平正义,但他们有自由裁量空间,当指导性案例与待决案件进行类案检索比照时,如果出现惊异值——参照指导性案例进行判决存在明显的不公平正义,那么这一惊异值就为其不参照指导性案例提供了辩护的理由。日趋复杂的社会矛盾对司法系统的适应性提出了更高的要求,迫使法院、法官积极转变认知风格与工作方式,转向一种对社会、司法情境敏感的、愿意学习模仿参照的、灵活有度的决策实践方式。案例指导制度与这种诉求比较契合。“规范性期待必须依靠一种特殊的权威加以支持,其中包括赋予规范性期待以国家建制形式,用制裁的威胁来加以确保——换句话说,把它转变成法律。”<sup>[13]</sup><sup>588</sup>道德应当显然不具备这样一种特殊的权威,也不能提供对已有建制进行重构的操作性手段。

其次,法官良知具有不确定性。类案类判如果只是道德应当的弱主张,那么类案是否类判,则在很大程度上依赖于法官的良知——一个内在审判的意识。但是,一个不容忽视的问题是,包括法官在内的人的良知并不总是可靠的。法官的良知在大多数情况下没有问题,法官“应该鼓起力量来依据道德洞见——必要时违背其直接利益——而行动,也就是把义务和倾向统一起来”<sup>[14]</sup><sup>116</sup>,从而公平公正断案。但是,如果法官受到外界一些不良因素的干扰(诸如当事人的行贿、领导的干预等),其良知可能面临着被蒙蔽的危险。这对司法公正、社会公平正义来说,自然是一种伤害。事实上,一旦容许法官有选择,法官可以不参照指导性案例,那么善于变通的人性可能会将这一制度设计、司法要求架空,导致案例指导的制度设计与提升司法公信力的实际效果之间存在较大距离。

最后,事实拘束力具有否定性。类案类判如果是纯粹的道德应当,那么最高人民法院与地方各级法院之间的指导关系、监督关系会受到一定的影响。从外部看,指导性案例是一种社会事实,表现为不确定地出现的情况(被确定为指导性案例具有偶然性);从内部看,指导性案例可以被认为是一种令人信服的有效性参照标准。尽管指导性案例的有效性可能只是暂时的,但不少法官在思想上普遍具有一定的职业服从惯性,因而指导性案例是“正确的”这个现实,至少仍然是得到维持的。因此,以最高人民法院名义发布的指导性案例在事实上的约束力是存在的。类案类判如果只定位于道德应当,那么指导

性案例的拘束力便荡然无存。

## 二、类案类判是法律应当吗

与类案类判是道德应当的观点相对立,有学者主张类案类判是法律应当,类案类判应是司法的构成性义务<sup>[11]</sup>,是构成公正法律判决的内在的、构成性的要素<sup>[12]</sup>,案例指导制度基本具备了生成裁判规则的“法律续造”意义<sup>[15]</sup>。那么类案类判确实属于法律应当吗?如果将其定位于法律应当,又会遭遇哪些困境?

### (一) 法律应当的基本含义

“应当”与“必须”是近义词,我国法律条文中,“必须”与“应当”都有出现,二者对程度的表述趋于一致,都属于广义的“应当”,与“是”相区别。从立法习惯上看,作为义务指引时,“应当”用得更多。法律中有关“应当”“必须”的规定都是义务命题。在“义务重心论”视野下,“义务”即“应当”。

义务或应当的行为,是对主体尚未作出的行为或不行为的要求,它既不是一种实际的行为,也不是一种必然会发生的行为,而是很有可能发生的行为。义务并不能直接对人的行为发生约束、发挥作用,只能对人的意志、观念产生影响、发挥作用。法律义务是指主体在实践生活中按照法律规则的指示作或不作某种行为的应当性。完整地说,“法律义务是为了防范对某些利益的侵害、或增进他人或义务主体本人的利益,由代表社会和国家的预约性意见的法律规则在预设的条件得到实现的情况下、向实践中的法律主体提出的、以一旦违反将受到国家制裁为威胁的、关于作(或不作)某种行为的要求”<sup>[16]313</sup>。法律上应当“作”的行为,对公权力主体而言,法律授权必须为,否则就是渎职;法无授权不可为,否则就是超越职权。法律上应当“不作”的行为,就是禁止性规范禁止的行为。在法律条文中的呈现是,这些法律应当作或不作的行为,都有制裁性后果。概言之,法律应当就是法律必须,就是法律义务,违反此义务就会有制裁性后果。

真正能等同于“义务”的“应当”,或者说给人判归义务的“应当”只有两种,分别是“表达自我内省式要求意义上的应当”与“表达外界群体要求意义上的应当”。前者主要是伦理学关注、研究的对象,后者主要是法学关注、研究的对象。严格说来,给人赋予义务的“法律应当”,是指社会其他成员或社会群体对个人主体作出某种行为或不行为的强烈要

求,如国家公职人员应当不贪污、不受贿。这种为强制性义务即法律应当,是社会其他成员或集团、组织强烈反对义务人作与“应当”相联系的行为或不行为相反的行为选择<sup>[16]296-297</sup>。照此理解,“应当参照”指导性案例就是不能不参照,“应当参照”所表达的主要是最高人民法院观念认识的内容,最高人民法院通过“应当”一语所表达出的司法愿望与要求,对于每一个法官来说,都是一种无形的压力。法官面对这种“应当”,通常只有约束自己,按照“应当”一语所指示的行为去行事。

### (二) 类案类判具有法律应当的属性

首先,类案类判是形式义务。我国虽然不是判例法国家,但毋庸置疑,指导性案例具有一定的事实拘束力。类案类判以制度的方式施加给法官应予遵照执行的义务。这种义务是一种存在论意义上的形式义务,在无实质反对理由时,是需要贯彻落实的。同时,类案类判所施加给法官的这一形式义务不是绝对的不可被凌驾。从价值论来看,有时为了维护实质性的正义或避免严重的道德上的错误等,类案类判的要求可能会被暂时地凌驾,但此时类案类判的制度性要求并没有从根本上完全放弃。而这种凌驾又不是任意或随意的,是需要价值论上的实质理由的——先前案件的判决在道德上的缺陷或实质内容上的错误等。这时这一形式义务可以被暂时地予以放弃或搁置<sup>[17]</sup>。

其次,类案类判是司法职业要求。类案类判是为了统一裁判实现公平正义的要求,在参照指导性案例并无不妥的情况下,法官如果不参照指导性案例,不仅仅会受到道德的谴责,还可能面临律师、当事人的责难。法官不参照指导性案例,虽然不用承担法律责任,但法官仍然有参照的动机。第一,指导性案例一般是疑难或新型案件,生效判决已经经受了法律效果与社会效果的检验,为法官提供了很好的参照样本。在谁办案谁负责的司法终身责任制下,参照指导性案例既能够帮助法官规避办错案被追究责任的风险,也能够为其降低遭受网暴或其他口诛笔伐的风险。第二,案例是规则,既可以约束法官的不当行为,也能为其抵挡案外的干扰因素,从而为法官提供职业安全的“避风港”。法官直接参照指导性案例处理待决案件,不仅能提升审判效率,而且能减轻裁判说理负担。法官参照指导性案例,既是尊重审判权威,也可借此增强自己当下裁判的权威<sup>[18]</sup>。第三,上下级法院之间虽然不是领导与被领导的关系,但基于审判监督权形成的上下级审判

监督关系,客观上推动了法院系统科层式权力结构的形成,导致事实上最高人民法院的司法文件在法院系统内部是有约束力的。案件若被发回重审或直接改判,会影响当事法官的绩效、晋升等。所以,在通常情况下,法官不愿冒类案不类判的风险。指导性案例的生成和发布程序使其在一定程度上获得了来自制度支持的说服力,但从长远看,只有那些经得起时间和实践考验的经典案例,才能对法官产生自觉参照的内在说服力。案例指导能帮助法官形成处理同类案件的统一思维与衡量方法,从而使同类案件的定罪和量刑实现相对均衡。此外,“法律并不等于全部成文法的总和,在有些情况下,在国家权力机关颁布的法律之外,还可能存在着一种附加的法律成分,它来源于立宪的法律秩序的意义总体,并可以作为成文法的纠正物起作用。司法的任务是发现这种成分并将其实现于它的判决之中”<sup>[14]</sup><sup>224</sup>。指导性案例就是这样一种附加的法律成分,是成文法的纠正物、补充项,要求法官按照“应当”一语所指示的行为去行事。

最后,类案类判符合社会民众对司法公正的合理期待。成文法律是通过政治立法者的颁布而生效的,指导性案例是通过裁判规则发挥指导作用的。“裁判规则是通过案例的裁判结论所确立的具有法律性质的规范。”<sup>[18]</sup>类案类判虽然不会产生法律,但是可以模仿立法模式来生成裁判规则,有助于稳定社会公众对司法公正的合理期待。对于类案而言,指导性案例能够表达出一些经过反复推敲的默会的合理性假定,它们作为类案能参照的标准而发挥实际作用。“法治当中有政治,没有脱离政治的法治。”<sup>[19]</sup>司法判决一方面与政治有内在关系,另一方面与道德有内在关系,所以,一个公平正义的判决,并不仅仅是法律、法院、法官的事情。“治理国家、治理社会必须一手抓法治,一手抓德治。”<sup>[20]</sup>这正是我国为什么一直强调判决要实现政治效果、法律效果与社会效果相统一的法理所在。就此而言,类案类判,一方面期待当事人服从判决,这是一种政治性期待;另一方面期待人们承认判决,这是一种道德性期待。

### (三)类案类判定位于法律应当的困境

虽然类案类判具有法律应当的属性,但是如果我们将类案类判定位于法律应当,也会存在一定的困境。主要体现在法理、制度和法官三个层面。

首先,“应当参照”不具备法律规范的逻辑结

构。“一般来说,每个法律规范都有两个维度,一个是自在的维度,即规范自身具有效力(validity),一个是自为的维度,即规范的约束力(binding)。”<sup>[21]</sup>案例指导没有法律制裁作为后盾,其约束力自然不强,在法理上也有欠缺。谢晖教授指出,“应当”所引导的规范属于强行性规范,而“参照”所引导的规范属于任意性规范,二者一起搭配,逻辑上存在悖论,实践上会导致混乱<sup>[22]</sup>。“参照”一词的本义是参考并仿照,可以说是方法、经验意义上的参仿而不是强制。法律规范的逻辑结构,不管是二要素说还是三要素说,都有一个必不可少的要素——法律后果或者制裁。如果将类案类判定位于法律应当,则法官不参照指导性案例类判时,就应该有法律后果或者制裁,但案例指导制度明显欠缺法律后果或者制裁,所以它不符合法律规范的标准逻辑结构。

其次,将类案类判定位于法律应当会混淆指导性案例与裁判依据的功能定位。在司法判决实践中,如果法官经常以指导性案例作为自己案件审理的依据,可能会导致原本应基于规范运行的审判程序被案例的假定性功能所支配的后果。“指导性案例本质上属于个别性指引,而非规范性指引。”<sup>[23]</sup>案例指导制度体现的是最高人民法院在法院系统内的功能性要求,不能算作严格意义上的法律制度。如果将类案类判定位于法律应当,就无异于将法院系统内部的要求等同于国家法律制度了。退一步说,将类案类判定位于法律应当,指导性案例就似乎发挥了法律的作用,至少发挥了类似于司法解释的作用,这会对现有的法律体系造成一定冲击。“法律的形式是抽象的、普遍的,既不专门适合于特定情境,也不针对特定的法律对象,这种形式赋予了法律系统统一的结构。”<sup>[13]</sup><sup>599</sup>指导性案例不具有严格意义的抽象性、普遍性,应当参照指导性案例的规定恰恰是专门适合于特定情境的类案的,这会对法律系统的统一结构产生一定的冲击。我国是成文法国家,制定法和司法解释是裁判依据和审理基础。指导性案例源于各级法院,由最高人民法院通过一定的程序进行确认,如果因此而赋予其法律效力——直接将其作为裁判依据,就无异于肯定了各级法院都有立法权,这明显不符合我国宪法法治体制,有违我国的一元立法体制,会加剧立法权与司法权之间的紧张关系。

最后,将类案类判定位于法律应当可能会忽略法官基于良知的反思批判。如果将类案类判定位于法律应当,法官就只有服从的义务。在这种服从义

务之下,法官如果机械式地“参照”指导性案例来办案,可能会违背实现司法公平正义的初衷。被最高人民法院遴选为指导性案例的案件,通常是在行为时没有明确的法律规范可以适用的新型的疑难案件。对于这样的案件,从法律层面来说,其根本的解决之道最终还是要从立法层面予以明确。因此,指导性案例的有效性期间是适用于与指导性案例相仿的类案的法律规范没有被进一步创制之前。所谓“创制”既可以是对原有法律条文的修订,也可以是新设一个法律规范。即使新的法律规范没有被创制,随着时势的发展变化,类案类判也可能失去存在的合理性,对新发案件不再具有指导能力。再退一步说,“囿于司法职责的规定性、司法对象的特定性以及司法活动等因素,司法案例形成的裁判规则相较于立法规范而言,失误率必然会更高”<sup>[18]</sup>。“在某种程度上,判决先例可主张其享有的正确性推定,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,应即时作出自为判断。”<sup>[24]</sup>法官在既有的伦理共同体秩序中生活,接受既有规范性要求,成为社会性的人;先在的伦理共同体秩序的规范性要求又塑造着法官的道德良心。审判的公平正义及其持续再生产,离不开法官的道德良心。如果将类案类判定位于法律应当,法官选择服从,放弃对案件审理的反思批判,法治秩序文明演进的内在动力就会减弱。

### 三、类案类判:法律应当与道德应当的理论调试与实践路径

(一)理论调试:在法律应当优先前提下兼顾道德应当优先

#### 1.法律应当与道德应当理论调试的可能性

法律应当与道德应当有着共同的义务来源,这为二者的理论调试提供了前提和基础。康德、黑格尔等人对于义务有很多研究。康德把义务“划分为能够有外部法则的法权论(ius)体系和不能有外部法则的德性论(Ethica)体系”<sup>[2]165</sup>,前者是法权义务,后者是德性义务。黑格尔认为,“一个人必须做的事务,就是义务”<sup>[25]</sup>,“具有约束力的义务,只对无规定的主观性或抽象的自由以及对自然意志的冲动或被它从任性中产生的无规定的善所规定的道德意志的冲动,才是一种限制。……在义务中,个人获得解放,使自身达到实体性的自由”<sup>[25]</sup>。

与义务源于权利、义务源于国家或权威者的命

令等观点不同,张恒山教授从表象依据和实质依据两个层面清晰回答了义务产生的依据。其一,义务产生的表象依据是义务源于规则,包括法律规则与道德规则。英国的米尔恩、奥地利的凯尔森均持这一观点。米尔恩认为:“各种具体的道德义务产生于各种细致的道德要求,各种具体的法律义务则产生于各种细致的法律要求。”<sup>[26]</sup>其二,义务产生的实质依据是社会的评价和义务人的承诺。因为义务的本义是“应当”,即代表社会成员们或集团、组织对行为主体提出的关于某种行为被作或不作的要求;该要求是以社会成员们或集团、组织关于这种行为是否被作所产生的结果的评价为依据的。规定义务的规则本身来源于社会成员们或集团、组织的协议,代表着社会成员们或集团、组织在什么情况下将向个人提出特定行为要求的约定。约定中包含着义务人自己对被要求的行为的作或不作所表示的同意和承诺<sup>[16]300-306</sup>。因此,法律应当与道德应当有着共同的义务来源。在审判领域,法律规则与道德规则的应当性,是同等地对所有作为承受者的法官施加义务的。这为类案类判是法律应当还是道德应当的理论调试提供了可能。

#### 2.法律应当优先的提倡

一方面,“应当参照指导性案例”理解为“法律应当”有着现实的合理需求。案例指导制度是最高人民法院为了统一裁判标准、实现公平正义、树立司法权威,遴选已生效且具有新颖性、典型性与重大影响的案例进行编纂,供地方各级法院审理类案时参照执行的制度。《〈关于案例指导工作的规定〉实施细则》第11条具体规定了如何运用指导性案例<sup>③</sup>,让“应当参照指导性案例”具有了某种规则的意蕴,原则上法官应当适用其裁判要旨。类案类判的目标是实现公平正义,国家的长治久安有赖于公平正义制度的建立。黑格尔区分了主观良心情怀与客观规范性秩序,并强调了后者对于前者的优先性。“黑格尔所强调的共同体规范性秩序是现代宪法法治秩序,他是在现代宪法法治秩序背景中区分道德、伦理的。黑格尔的‘道德’指向主体反思性精神、良心美德,‘伦理’指向共同体关系体系及其宪法法治规范性秩序。”<sup>[27]</sup>这一观点对我们提倡类案类判法律应当优先具有启发意义。法律应当优先的实质是宪法法治秩序优先,就法治中国建设而言,就是依法治国优先。

另一方面,法律应当优先能够在一定程度上缓解司法区际不均衡的现象。对同一性质的案件,在

案情大致相同的情况下,不同地方法院的判决结果可能会呈现出程度不等的差异。即使在同—一个法院,类似的案件经不同法官的审理,审判结果也可能差别较大。这种类案不类判现象将会带来两大问题:一是法律效果不佳。我国是一元多层级司法体制,适用全国性法律的司法裁判,从法理上说,类案类判是司法的必然逻辑结论,否则裁判的不统一将导致司法权威无法树立。如果司法权威树立不起来,司法案件的法律效果也就可想而知。二是社会可接受性减损。社会可接受性的决定性因素是人民群众最为朴素的公平正义观——即使没有法律知识储备,根据常识、常理、常情,大致也可以判断出判决结果的对错。“公平正义是执法司法工作的生命线。一次不公正的执法司法活动,对当事人而言,轻则权益受损,重则倾家荡产。”<sup>[28]</sup>“公平正义是司法的灵魂和生命。”<sup>[29]</sup>现实中,正因为个别案件的判决结果不符合公众正常的认知,不符合几千年积淀在百姓心中的朴素的公平正义观,所以判决结果—公布,网络舆情便汹涌而至。指导性案例恰恰可以在扭转法治不平衡、改变类案不类判上有所作为。

### 3.道德应当优先的兼顾

一方面,类案类判“法律应当”的实现具有一定的不确定性,因而在实践中需要兼顾道德应当优先。在类案类判的行动领域,“应当参照”因其没有严格的法律约束性而可能被边缘化。“既然从道德洞见中无法一般地期望一种有实践效果的约束力,从责任伦理的角度来说,对相应规范之遵守,只有当它获得法律约束性的时候,才是可合理期待的。”<sup>[13]</sup><sup>581</sup>法律的约束力,是通过与国家进行制裁的可能性相联系而获得的,而不是通过与无法加以强制的动机和信念相联系而获得的。“应当参照”因缺乏制裁的可能性,因而造成类案类判的“法律应当”具有不确定性。这种不确定性恰恰给道德应当优先的兼顾提供了空间和机遇,也是道德应当优先兼顾的理据。道德应当虽然不是康德式的绝对命令,但是它能够为法律应当这一形式正义提供实质正义的约束,从而更好地促进社会公平正义的实现。

另一方面,类案应当类判的规范性要求是法官应尽之本分义务。在尽本分义务的同时,允许法官职业共同体成员基于道德良心的反思批判。“从福勒到德沃金针对奥斯丁、凯尔森和哈特所进行的法律实证论的内在批判,就已经告诉我们,法律之运用越来越无法不明确诉诸政策性论据、道德论证和对于诸原则的权衡。”<sup>[13]</sup><sup>594</sup>就此而言,法律应当优先

就是弱意义上的,而不是排他性的强意义上的。法律应当优先不是以法律应当屏蔽道德应当,法律与道德应是共生共荣、相辅相成的关系。法律应当优先是在法律与道德之间的立场,它服从并捍卫宪法法治秩序,在宪法法治秩序中坚守道德良心的反思性精神。发挥类案的指导功能,是基于形式正义的要求,这种形式正义中包含着道德重要性。因此,类案类判成为正义实现的一种可视化标准,能够使人们将其与法治原则、司法公正联系起来,这是现代民主国家取信于民的一种重要方式。

### (二)实践路径:在道德应当指导下推进法律应当制度化

法官作出判决的主要依据究竟是法律规范、指导性案例,还是道德良心?在当前价值多元的社会中,尽管价值难以实现统一,甚至还会出现冲突,但必定存在核心价值观和社会基本共识,有体现基本公平正义的政治制度,有宪法法治秩序。指导性案例的非法源地位导致“应当参照”不具有强制性的法律拘束力,因此提倡法律应当优先,更需要得到制度上的保障。然而,法律应当不能脱离道德应当,且应以道德应当为指导,才能实现更高水平的公平正义。

#### 1.以道德应当为指导

“法律应当”要以道德应当为指导。案例指导制度对法官提出的“应当参照”指导性案例的义务是职责义务,类案类判之法律应当是法律运用的形式平等,类案类判之道德应当是追求法律运用的实质平等。法律应当以规则为取向,道德应当以目的为取向。应当参照指导性案例,既不是标准的以规则为取向,也不是完全以目的为取向,但又不能完全脱离规则取向和目的取向。“在与法则的比较中评判我们自己时的不偏不倚和自我承认其内心的道德价值或者无价值时的正直,都是对自己的义务。”<sup>[2]</sup><sup>219</sup>法官在履行了较为艰巨的义务之后,会处于一种心灵的宁静与满足状态,一种职业的幸福油然而生,这是法官是否应当参照指导性案例的精神动因。倘若不以道德应当为指导,不受道德应当的约束,类案类判的法律应当则可能会以形式正义损害实质正义。“如果正义消失了人活在尘世上就便不再有任何价值了。……如果正义为某种价格出卖自己,那正义就不再是正义了。”<sup>[2]</sup><sup>121</sup>

实质正义需要融入指导性案例才更有价值和意义。“应当参照”是法官伦理共同体各成员应当遵守的规范性秩序,对这种规范性秩序的遵守,是每个

法官应当做到的职责“本分”。作为义务的本分有两类:一类是具体伦理关系中规范性秩序的规范性要求,这是具体的角色义务;一类是伦理实体精神本质的道德性要求,这是抽象的良心义务。前者来自“国家的法”,后者来自良心的“人类的法”。个体基于良知的反思性精神是共同体尽本分的要求,也是更高层次的本分要求,共同体的生命力在于个体的批判性反思能力与创造性精神<sup>[27]</sup>。正是在这种反思中,法官实质正义的眼光将会渗透进实证法和指导性案例之中。

## 2. 建立法律应当优先的负面清单

类案类判是一套由最高人民法院确定下来的行动规则。为进一步推进类案类判,2017年最高人民法院发布《司法责任制实施意见(试行)》,要求法官在具体案件的审理工作中全面检索类案和关联案件,制作类案与关联案件检索报告。2019年最高人民法院发布“五五改革纲要”,进一步要求“完善类案和新型案件强制检索报告工作机制”。类案强制检索制度和报告制度为类案类判的法律应当优先奠定了制度基础,为更好地推进法律应当优先,确保类案类判制度在司法实践中能够有效适用,我们有必要对过往的经验进行深入总结,丰富案例指导制度的工具箱,建立法律应当优先的负面清单便是一个重要的举措。

“负面清单”原指以清单的方式列明外资企业不能投资的领域和产业。笔者借用“负面清单”一词,旨在说明法律应当优先的适应性并非绝对。随着法律法规或司法解释的修改、政策形势的变化,都有可能对法律应当优先的否定,这种否定有形式否定与实质否定之分。因此,我们可以进一步将法律优先的负面清单区分为形式负面清单与实质负面清单。

形式负面清单的确定相对简单一些。根据《〈关于案例指导工作的规定〉实施细则》第12条的规定,与新的法律法规或者司法解释相冲突,或者为新的指导性案例所取代的指导性案例,不再具有指导作用。据此,形式负面清单包括两种情况。第一种是指导性案例与新规则相冲突。法律法规的不断更新发布,可能会导致指导性案例裁判的规范依据发生效力变化。同时,由最高司法机关作出的司法解释,有时是因为法律语言的抽象概括性或模糊性需要进一步作出解释,有时是因为形势发展变化需要对法律条文作出限缩或扩张的解释,有时是因为立法的修订需要对新修订的内容作出新的司法解

释,而以上情形极易导致指导性案例与其发生冲突。第二种是新旧指导性案例之间相冲突。有时对于同一个问题或事项,因国家治理的需要,有了新的法律法规或者新的司法解释,根据新的法律法规或者新的司法解释作出的判决就会形成新的指导性案例。在这种情况下,新的指导性案例自然就取代了旧的指导性案例。因此,第二种形式负面清单也可以理解为是第一种形式负面清单所派生的。存在上述两种形式负面清单之一的,原指导性案例均不应当再参照。

实质负面清单的确定相对较难,首先要找准实质负面清单确定的依据是什么。笔者认为,实质正义应成为实质负面清单确定的依据。个案正义是实质正义的载体,实质正义通过个案正义而显现。个案正义通过法律适用才能实现,“法律适用问题本身作为一个法理学命题,不仅关系到个案之裁判结果的公平正义,同时也关系到法律所期冀和保护的社会正义的实现”<sup>[30]</sup>。类案类判不仅仅是检索类案、参照类案进行裁判的过程,而且应该是一个判断案件判决结果与常识常理常情是否相违背的过程,更应该是一个发掘和论证司法价值、弘扬社会主义核心价值观的过程。在很大程度上可以说,指导性案例是个案正义的产物。在中国式现代化的法治表达中,政策的法律化与法律的政策化相辅相成。如果参照指导性案例类案类判时,可能出现司法明显不公正、无法实现个案正义,情理法之间冲突明显且无法被社会接受,政治效果、法律效果、社会效果明显不一致、无法维护宪法法治秩序的不良后果,就应该将其纳入实质负面清单。

## 3. 完善指导性案例编纂制度

在法律领域所说的“编纂”,通常是指法律编纂或法典编纂,是一种重要的立法活动。把司法案例按照一定的规则进行编撰,通常称作为案例汇编。笔者所说的指导性案例编纂,既不同于立法活动的法典编纂,又不同于不具有任何约束力的案例汇编。最高人民法院《关于案例指导工作的规定》第8条、第9条规定了指导性案例的编纂制度。其中,第8条规定了编纂的主体是最高人民法院案例指导工作办公室,编纂的频次是每年度都编纂。第9条规定:“本规定施行前,最高人民法院已经发布的对全国法院审判、执行工作具有指导意义的案例,根据本规定清理、编纂后,作为指导性案例公布。”笔者认为,上述规定不够完备,需要在以下两个方面进一步完善。



一是升级指导性案例编纂的主体。指导性案例,要“以新型、疑难、争议案件为抓手,撬动类案指导审判,达到统一裁判尺度的目的”<sup>[31]</sup>。在成文法传统下,法官更注重与立法者对话,而不是与司法系统对话,也不注重与社会公众对话。案例指导制度设计的初衷就是想推动法官与整个司法系统对话,与法律共同体对话,与社会公众对话。为确保指导性案例的高质量和权威性,笔者建议,将编纂的主体由最高人民法院案例指导工作办公室上升为最高人民法院,案例指导工作办公室负责具体编纂事务。因为法律意义上的“编纂”一词主要是指立法活动,指导性案例编纂虽然不是立法活动,但也有制定裁判规则之意,因此,以最高人民法院作为编纂主体更具有权威性。

二是明确清理、编纂的原则和依据。最高人民法院推行指导性案例制度已有10余年,类案类判的司法理念和敏感度渐趋提升,类案对比、衡平类案裁判尺度的操作习惯已初步养成。指导性案例编纂属于通过司法来生成和发展法律规范的一种活动,通过指导性案例编纂实现司法规则的发展并进而指导法律的统一适用逐渐成为人们的一种认识<sup>[32]</sup>。指导性案例编纂是为了适应社会的变迁、政策的变化、法律的修订而每年作出的适宜调整,这种调整需要有明确的原则和依据。笔者认为,应将司法公正服务、实现社会公平正义作为案例编纂的重要原则,将习近平法治思想中的案例法治观作为案例编纂的理论指引,将形式负面清单和实质负面清单作为清理的重要依据。

## 结 语

“应当”是什么?我们始终无法给出一个形式上的确切定义。根据辩证唯物主义历史观,“应当”的根据就是事物的矛盾。事物本身包含的对自身规定的否定关系就意味着“应当”,自身规定的否定性包含着解决矛盾的要求,这种要求就表现为“应当”。“任何发展着的事物必定既是规定,同时又包含着‘应当’,否则它就不能发展。任何一个‘应当’同时还是一个有根据的规定,否则它就不是现实的,而只能是幻想和空想。”<sup>[7]</sup>对“应当”的认识,就是对事物发展必然性和解决矛盾必要性的反映。类案类判作为一项司法制度要求,具有法律应当和道德应当的双重属性,如果将其定位于纯粹的道德应当或法律应当,都会遭遇理论困境与实践困境。

笔者认为,从约束力上看,类案类判介于法律应当和道德应当之间,但是作为一种职业职责要求,类案类判是法律应当的服从还是道德应当的反思,法官必须作出行为选择。在当下全面依法治国、建设法治中国的进程中,应提倡法律应当优先,这是形式正义的要求。法律应当优先是对宪法法治秩序的尊重与坚持。如果不以法律应当优先,不首先强调建立、敬重、维护宪法法治秩序,那么社会就没有基本的秩序;如果社会没有基本的秩序,那么道德应当也就无法发挥正向作用。在我国建设社会主义法治国家的征途中,类案类判法律应当优先的要旨,是坚持与维护宪法法治秩序义务的至上性。法律应当优先,就是坚持在既有宪法法治规范性秩序范围内活动,坚持规范性义务的优先性,但同时并不否定主体道德应当的反思精神,不放弃对法律应当合法性本身的良心审视,不希望在“应当参照”的字面规定与其所起作用之间存在较大“缺口”。

因此,在提倡法律应当的前提下,要有对道德应当优先的兼顾,要以道德应当优先为指导推进法律应当优先的制度化。道德应当是实现实质正义必不可少的不可随意撤销的环节,在时势变化、法律修订等特殊情形下,道德应当可以优先于法律应当。类案类判不仅是形式正义的要求,更是对实质正义的追求,只有形式正义与实质正义相统一,才能“构建起真正服务于最广大人民群众利益的法治话语体系”<sup>[33]</sup>,进一步提升司法公信力。

### 注释

①我国最高人民法院《〈关于案例指导工作的规定〉实施细则》(2015)规定:“指导性案例应当是裁判已经发生法律效力,认定事实清楚,适用法律正确,裁判说理充分,法律效果和社会效果良好,对审理类似案件具有普遍指导意义的案例。”②例如,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);孙海波:《“同案同判”:并非虚构的法治神话》(《法学家》2019年第5期);张琪:《论类似案件应当类似审判》(《环球法律评论》2014年第3期)。③《〈关于案例指导工作的规定〉实施细则》第11条规定:“在办理案件过程中,案件承办人员应当查询相关指导性案例。在裁判文书中引述相关指导性案例的,应在裁判理由部分引述指导性案例的编号和裁判要点。公诉机关、案件当事人及其辩护人、诉讼代理人引述指导性案例作为控(诉)辩理由的,案件承办人员应当在裁判理由中回应是否参照了该指导性案例并说明理由。”

### 参考文献

- [1]胡云腾,罗东川,王艳彬,等.《最高人民法院关于案例指导工作的规定》的理解与适用[M]//中国案例指导:第1辑.北京:法律出版社,2015:302.
- [2]康德.道德形而上学[M].张荣,李秋零,译注.北京:中国人民大学出版社,2013.

- [3] 威廉斯.道德运气[M].徐向东,译.上海:上海译文出版社,2007:55.
- [4] 张明伟.应当、理由和理性:哈曼在《道德的本质》中对道德“应当”的阐述[J].贵州社会科学,2014(1):69-71.
- [5] Robert M. Adams. Finite and Infinite Goods: A Framework of Ethics[M]. New York: Oxford University Press,1999:233.
- [6] 宋希仁.论道德的“应当”[J].江苏社会科学,2000(4):25-31.
- [7] 宋希仁.正确认识道德的“应当”[J].南昌大学学报(社会科学版),2000(4):1-5.
- [8] 康德.纯粹理性批判[M].李秋零,译.北京:人民出版社,2004.
- [9] 白文君.论康德的道德应当[J].内蒙古社会科学(汉文版),2007(5):64-67.
- [10] 陈景辉.同案同判:法律义务还是道德要求[J].中国法学,2013(3):46-61.
- [11] 孙海波.“同案同判”:并非虚构的法治神话[J].法学家,2019(5):141-157.
- [12] 张琪.论类似案件应当类似审判[J].环球法律评论,2014(3):21-34.
- [13] 哈贝马斯.在事实与规范之间:关于法律和民主法治国的商谈理论[M].北京:生活·读书·新知三联书店,2003.
- [14] Jürgen Habermas. Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy[M]. translated by William Rehg. Cambridge: the MIT Press, 1996.
- [15] 张志铭.中国法院案例指导制度价值功能之认知[J].学习与探索,2012(3):65-70.
- [16] 张恒山.法理要论:第三版[M].北京:北京大学出版社,2009.
- [17] 孙海波.司法义务理论之构造[J].清华法学,2017(3):165-184.
- [18] 于同志.认真对待案例:基于法院审判的认知与思考[J].法律适用,2021(1):114-120.
- [19] 付子堂.坚持党的领导是推进全面依法治国的根本保证[J].现代法学,2021(1):4-8.
- [20] 朱林方.坚持中国特色社会主义法治道路的三重要义[J].现代法学,2021(1):14-18.
- [21] 张奠.例外状态与文化法治[J].法学家,2021(4):16-30.
- [22] 谢晖.“应当参照”否认[J].现代法学,2014(2):57-59.
- [23] 于同志.论指导性案例的参照适用[J].人民司法,2013(7):62-66.
- [24] 拉伦茨.法学方法论[M].陈爱娥,译.北京:商务印书馆,2003:203.
- [25] 黑格尔.法哲学原理[M].邓安庆,译.北京:人民出版社,2016:289.
- [26] A.J.M. 米尔恩.人的权利与人的多样性:人权哲学[M].夏勇,张志铭,译.北京:中国大百科全书出版社,1995:35.
- [27] 高兆明.在“伦理”与“道德”之间:对道德义务根据的一种探究[J].东南大学学报(哲学社会科学版),2020(1):1-8.
- [28] 中共中央宣传部.习近平新时代中国特色社会主义思想学习纲要[M].北京:人民出版社,2023:110.
- [29] 习近平谈治国理政:第4卷[M].北京:外文出版社,2022:295.
- [30] 赵迪.形式正义到实质正义:法律适用理念的理论与应然选择[J].东岳论丛,2020(5):21-27.
- [31] 高尚.司法类案的判断标准及其运用[J].法律科学(西北政法大学学报),2020(1):24-35.
- [32] 杨知文,朱泓睿.指导性案例编纂中的司法统一与职能分层[J].河北法学,2015(7):77-87.
- [33] 牛犁耘.论中国法治道路对西方法治模式的超越:以法律、权力、资本与人民关系为视角[J].中州学刊,2022(12):77-84.

## Similar Judgement of Similar Cases: Morality Should-be or law Should-be

Peng Fenglian

**Abstract:** Similar judgement of similar cases has dual attributes of morality should-be and law should-be, positioning it as pure morality or law should-be face many difficulties. Therefore, it is necessary to construct a cooperative realization mechanism between the two in the theoretical structure and explore the realization procedure of the judgment in the judicial practice. Overall, the priority of law over morality should be a more realistic choice and a basic requirement of formal justice. However, the priority of law does not necessarily negate the reflective spirit that judges should have in terms of morality. Morality should be an essential link in achieving substantive justice. In special circumstances such as changing circumstances and legal revisions, the status of morality should be superior to that of law. Specifically, at the theoretical construction level, it is necessary to consider giving priority to morality while adhering to the premise that law should be given priority. At the practical level, we must adhere to the promotion of the institutionalization of law should-be guided by morality should-be.

**Key words:** similar judgement of similar cases; case guiding system; morality should-be; law should-be; Xi Jinping's Thought on the Rule of Law

责任编辑:一鸣