

# 内嵌“同案同判”的“依法裁判”： 从“法”的界定切入

艾佳慧

**摘要** 就“依法裁判”及其相关命题，法学界内部一直存在理论争议。为消除分歧和凝聚共识，需要将“依法裁判”中的“法”界定为一套正确的公共行动标准，或者一套兼具形式价值和实质价值的法律体系。由于法规则的制定和适用本质上是为了实现蕴含诸多法价值的法目的，因此兼具合法性和正当性。在此基础上，不仅基于法（价值）秩序的目的—原则—规则三元论才是更适于现代法治的法律体系模式，而且也只有基于这种法律体系结构论，才能在区分非疑难案件和疑难案件的基础上证成现代社会的依法裁判命题如何以不同形式内嵌了“同案同判”要求。进一步，这套内嵌了“同案同判”的依法裁判机制不仅有机融贯了形式法治和实质法治，更是立法和司法有机协同、共同促进和稳定现代社会合作预期的动态制度架构。

**关键词** 依法裁判 形式价值 实质价值 法律体系 同案同判

作者艾佳慧，华东政法大学社会发展学院教授（上海 201620）。

中图分类号 D9

文献标识码 A

文章编号 0439-8041(2025)11-0108-13

在大规模立法的现代社会，依法裁判是现代司法不可置疑的根本任务已是公论。但在当代中国，该命题在理论层面却存在各种分歧，比如“依法裁判是否可能以及如何可能”，这是最近十余年来社科法学和法教义学的核心争议<sup>①</sup>；再比如在法实证主义和系统论法学之间学者们在“依法裁判和个案正义（或者正当裁判）”<sup>②</sup>“依法裁判和同案同判”<sup>③</sup>两对关系上各持己见，颇有针锋相对之意。

面对这些理论争议，对依法裁判论题展开更具前提性的法理追问，并在此基础上完成规则正当性且内嵌

① 社科法学认为依法裁判事实上很难实现，不仅应该放弃依法裁判或至少应缩小依法裁判的范围，更应基于社会后果的预判和权衡来解释法律和裁决案件，也就是超越“法律人思维”。参见苏力：《法律人思维？》，载《北大法律评论》第14卷第2辑，北京：北京大学出版社，2013年，第467页；桑本谦：《法律解释的困境》，《法学研究》2004年第5期；侯猛：《社科法学的传统与挑战》，《法商研究》2014年第5期；侯猛：《司法中的社会科学判断》，《中国法学》2015年第6期。法教义学对此的反驳，参见孙笑侠：《法律人思维的二元论：兼与苏力商榷》，《中外法学》2013年第6期；雷磊：《反思司法裁判中的后果考量》，《法学家》2019年第4期；孙海波：《司法裁判社会科学化的法论反省》，《法制与社会发展》2021年第2期。

② 就依法裁判和个案正义关系的相关文献，参见蔡琳：《“依法裁判”：一种强主张的论证》，《中国法律评论》2020年第2期；泮伟江：《超越“依法裁判”理论》，《中国法律评论》2020年第2期；雷磊：《同案同判：依法裁判中的衍生性义务与表征性价值》，《法律科学（西北政法大学学报）》2021年第4期；雷磊：《法律方法、法的安定性与法治》，《法学家》2015年第4期；张途：《正当裁判对依法裁判的超越与融贯》，《法学》2023年第10期。

③ 在依法裁判和同案同判的关系上，系统论法学和法教义学学者的观点之间也存在不少分歧。相关文献，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；杨知文：《“同案同判”的性质及其证立理据》，《学术月刊》2021年第11期；雷磊：《如何理解“同案同判”——误解及其澄清》，《政法论丛》2020年第5期；雷磊：《同案同判：司法裁判中的衍生性义务与表征性价值》，《法律科学（西北政法大学学报）》2021年第4期；泮伟江：《论同案同判拘束力的性质》，《法学》2021年第12期；钟浩南：《论同案同判作为司法裁判的核心——一个基于系统论的描述》，《法制与社会发展》2022年第6期。

“同案同判”的依法裁判命题的法理证成就有其价值。故此，从“依法裁判”要依何种意义上的“法”出发，界定“依法裁判”中的“法”，通过分析法律体系的内部结构证成现代社会的依法裁判命题如何内嵌“同案同判”要求便成为本文所追求的理论目标。

## 一、“依法裁判”依的是规则还是规则外的实质理由

如果我们同意法官应该依法裁判是现代法治的基本要求，那么需要追问法官裁判时应该依据何种意义上的法。鉴于前文关于“依法裁判”的理论争议正是源于学者们对此问题有不同回答。故为厘清理论分歧，也为后文探讨“依法裁判”如何内嵌“同案同判”提供清晰的论证前提，有必要先梳理“依法裁判”论题中的既有理论争议，然后在法理层面探查争议各方的争论何在以及如何澄清。

在“依法裁判”的理解和判断上，如果认为“依法裁判”是法官的裁判必须有法律上的理由或依据，而说理过程中运用的理由分为实质理由（比如习惯、原则或价值）与形式理由（即法规则），那么依法裁判必须作为一种强主张得到捍卫。<sup>①</sup>但如果将“法”界定为法规则，那么严格依法裁判是不可能的，依法裁判甚至会阻碍我们对法律的正确理解。<sup>②</sup>在“依法裁判”和“个案正义”的关系上，同样将“依法裁判”中的“法”界定为法规则，那么社科法学学者认为在疑难案件中，法官不可能基于法条或规则裁判<sup>③</sup>，因此只能基于预判的社会后果等法外实质理由来实现福利最大化的个案正义<sup>④</sup>，但法教义学者认为这种基于后果的裁判本质上就是法外裁判<sup>⑤</sup>。另外，实证法学者大多认为在疑难案件的审理中，司法裁判的双重目标——即依法裁判（合法性）与个案正义（合理性）——可能存在冲突<sup>⑥</sup>，只不过有学者强调依法裁判在通常情况下代表正当裁判的要求，只不过在疑难案件中，法官为了得到理想裁判结论往往需要超越依法裁判进行正当裁判。<sup>⑦</sup>

进一步，正是因为对“依法裁判”中的“法”界定不一，学者们就“依法裁判”和“同案同判”存在何种关系才会产生分歧。实证法学者认为依法裁判的核心含义是依规则裁判，而依规则裁判的具体效果，实际上就是“同案同判”。<sup>⑧</sup>因此，同案同判不具有法律上的拘束力，仅是对法官的道德要求<sup>⑨</sup>；或者只是一种与司法职能特性和法官行动密切相关的特殊道德义务<sup>⑩</sup>。但系统论法学的学者却认为与依规则裁判相比，“同案同判”不仅具有法律上的拘束力，更是司法裁判的核心。<sup>⑪</sup>

仔细探究这些围绕“依法裁判”命题形成的理论争议，可以发现，一方面，法教义学（包括法实证主义）和系统论法学之间关于依法裁判的理论争议其实不是在“法学方法论”“法律论证理论”或者“司法裁判理论”等标签下围绕“如何依法裁判”展开，而是源于双方对更具前提性也更根本的“依的何种法”“如何界定依法裁判中的‘法’”这类问题有不同的研究视角以及在此基础上的不同回答。另一方面，社科法学对依法裁判论的批判有合理性也有局限性。如果将“依法裁判”等同于“依规则裁判”，社科法学批判的其实是一种严格的、机械的“形式主义”推理，当然有合理性。但面对疑难案件，如果社科法学坚持认为法官只需根据对社会后果的判断来判案，那么这种实用主义司法观就不仅忽视了既有立法对司法的结构性限制，也无视“同案同判”稳定制度预期的现代功能，因此有其局限性。

但如果将“依法裁判”的“法”界定为包括了形式理由（即法规则）和（法规则之外的）实质理由在

<sup>①</sup> 参见蔡琳：《“依法裁判”：一种强主张的论证》，《中国法律评论》2020年第2期。

<sup>②</sup> 参见泮伟江：《超越“依法裁判”理论》，《中国法律评论》2020年第2期。

<sup>③</sup> 参见侯猛：《社科法学的传统与挑战》，《法商研究》2014年第5期。

<sup>④</sup> 相关文献，参见苏力：《法律人思维？》，载《北大法律评论》第14卷第2辑，第467页；桑本谦：《法律解释的困境》，《法学研究》2004年第5期。

<sup>⑤</sup> 参见孙海波：《司法裁判社会科学化的方法论反省》，《法制与社会发展》2021年第2期。

<sup>⑥</sup> 参见雷磊：《法律方法、法的安定性与法治》，《法学家》2015年第4期。

<sup>⑦</sup> 参见张途：《正当裁判对依法裁判的超越与融贯》，《法学》2023年第10期。

<sup>⑧</sup> 参见雷磊：《如何理解“同案同判”——误解及其澄清》，《政法论丛》2020年第5期。

<sup>⑨</sup> 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。

<sup>⑩</sup> 参见杨知文：《“同案同判”的性质及其证立理据》，《学术月刊》2021年第11期。

<sup>⑪</sup> 参见泮伟江：《论同案同判拘束力的性质》，《法学》2021年第12期；钟浩南：《论同案同判作为司法裁判的核心——一个基于系统论的描述》，《法制与社会发展》2022年第6期。

内的法律依据，且在理论上区分简单案件、常规案件和疑难案件，既有许多看似很激烈的理论争议其实可以有效化解。原因在于，其一，泮伟江对“依法裁判”命题的批判仅成立于面对疑难案件仍然坚持依规则裁判的理论主张，但法实证主义坚持的依规则裁判以及只有实证法规则才具有规范拘束力其实只在法官面对简单案件和常规案件时才成立。因为面对疑难案件时，实证法学者也强调作为一阶理由的道德理由不得不取代法律规则在法律推理中的地位<sup>①</sup>，法官需要基于法秩序进行二阶论证<sup>②</sup>才能实现一种基于法内实质理由的正确裁判<sup>③</sup>。其二，雷磊其实是在简单案件或常规案件的前提下坚持认为依规则裁判的具体效果就是“同案同判”，而泮伟江和钟浩南之所以坚持认为与依法裁判相比，同案同判才具有法律上的拘束力，是因为其认为在疑难案件中，并不存在既存的、确定有效的法律规范与逻辑正确的演绎方法，因此法院“找不到法律根据，就必须创造法律根据”。<sup>④</sup>正是在法官创造的指导性案例或者判例制度的背景下，他们才认为同案同判（或遵循先例）不仅是司法裁判的核心，而且更具有法律上的拘束力。

因此，要澄清既有的理论分歧，其实只需在“依法裁判”和“个案正义”以及“依法裁判”和“同案同判”的两大论题上区分法官在面对简单案件、常规案件和疑难案件时不同的司法推理和论证逻辑。以下是笔者总结的和依法裁判有关的两大论题之理论争议一览表。

表 1 基于案件分类的理论争议一览表

理论争议 案件分类	依法裁判和个案正义	司法推理	依法裁判和同案同判
简单案件	依形式理由（或权威理由）裁判 依法（规则）裁判	基于自发理解的三段论推理	基于事前规则的同案同判
常规案件	依形式理由（或权威理由）裁判 依法（规则）裁判	基于常规法律解释和法律涵摄（或等置模型）的三段论推理	基于事前规则的同案同判
疑难案件	依实质理由裁判 依法内的实质理由（法原则、法目的或法价值）裁判 依法外的实质理由（如社会后果、法政策）裁判 个案正义或正当裁判	目的论证 后果考量 价值判断 利益衡量 原则权衡等	基于事后判例（或指导性案例）面向未来的同案同判 遵循先例意义上的同案同判

根据上表，就“依法裁判”和“个案正义”的论题，法实证主义认为在简单案件和常规案件中，法官无需考虑个案正义，依形式理由（即规则）裁判即可，只有在规则不明或缺失规则的疑难案件中，法官才需实现正当裁判或个案正义。面对疑难案件，法教义学和社科法学的理论分歧在于，法教义学要求应以法律内的实质理由裁判并在形式逻辑上实现裁判结论的正当性证成，而社科法学要求法官以法律外的实质理由（比如社会后果和法政策效果）来进行实用主义裁判并以此证成裁判结论。就“依法裁判”和“同案同判”的论题，在简单案件和常规案件中，似乎并不存在“依法裁判”和“同案同判”的理论分歧（即便有，可能也是因为学者们误置了论证对象）<sup>⑤</sup>，该争议基本出现在疑难案件之中。如果坚持同案同判具有法律上的拘束力，“遵循先例”就是“同案同判”的同义表达，那么在疑难案件处，法官应该也必须依判例（或中国法语境中的指导性案例）裁判。反之，如果认为法规则而不是同案同判才具有法律上的拘束力，那么在疑难案件处，法官只能基于各种规则外的实质理由实现一种基于个案正义的正当裁判。由于在疑难案件处对法官自由裁量权予以限制和规范就是遵从“同案同判”的主要意义<sup>⑥</sup>，同案同判因此才只是法官的一种司法义务和职

① 参见陈景辉：《规则、道德衡量与法律推理》，《中国法学》2008年第5期。

② 参见肖毅：《二阶论证何以解疑难案件裁判之困？》，《南大法学》2024年第3期。

③ 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。

④ 参见尼可拉斯·卢曼：《法院在法律系统中的地位》，陆宇峰译，高鸿钧、於兴中主编：《清华法治论衡》（第12辑），北京：清华大学出版社，2009年，第137页。

⑤ 虽然系统论法学坚持认为基于类比的“同案同判”应该取代“依法裁判”成为法律系统的核心，但其也承认立法确立的规则通过一般性的语句设定了某种“条件式纲要”，从而使司法更好地和更方便地通过依法裁判批量化处理简单案件和常规案件，从而在很大程度上便利了司法裁判的工作。相关论述参见泮伟江：《论同案同判的拘束力》，《法学》2021年第12期。

⑥ 参见杨知文：《“同案同判”的性质及其证立理据》，《学术月刊》2021年第11期。

业道德伦理。

面对这些理论分歧，笔者的观点是法实证主义、系统论法学和社科法学在依法裁判论题上得出的观点均只具有局部的真理性。其各自的问题在于：1. 法实证主义认为法律和道德无涉，因此在简单案件和常规案件中法官只需依规则裁判而无需考虑个案正义，但非疑难案件就不需要实现个案正义吗？更进一步，规则本身需不需要有实质正当性？2. 系统论法学坚持判例或指导性案例的法律拘束力，但判例（或基于目的解释或法律续造的法官法）如何获得？如果有了具有法律拘束力的判例，后续依判例裁判的类似案件还能称得上是疑难案件吗？3. 社科法学学者敏锐地发现在疑难案件的审理中，法官必须基于社会后果的预判和权衡来裁判案件，但问题在于这种基于法外实质理由的司法裁判确实是一种“法外裁判”，不仅缺失司法裁判必须有的客观性、正当性和合理性，“个案个判”的后果主义裁判论更忽视了内嵌同案同判的依法裁判机制在现代社会稳定制度性预期的重要性。

为了在法理层面彻底澄清既有的理论争议，因此，我们有必要回到更具前提性的法治论域来辨析以上论题，以一种更具系统性的理论视角重新思考和界定作为“依法裁判”之前提和依据的“法律”概念。

## 二、界定“依法裁判”中的“法”：兼具形式价值和实质价值的法律体系

由于在现代社会，没有立法，司法系统仍然可以有效运行（比如英美法系的普通法传统），但没有司法系统，既有的立法却不能落地和生效，因此我们同意在现代社会，司法确实是现代法律系统的中心。但问题在于，在成文法制度的司法传统下，既有的生效法典确实是司法的前提，因为依法裁判本质上就是法律适用的核心内容和一般模式，其在方法论上主要表现为一个被称为“演绎推理”的逻辑过程。<sup>①</sup> 故此，确有对司法之“法”（即成文法体系）进行概念界定的必要。

在对“依法裁判”命题中的“法律”进行界定之前，需要简要回顾法学界存在的界定“法律”的两个不同版本。一是富勒、哈特、拉兹以及国内的陈景辉等形式法治论者（其大多属于实在法或分析法学派的学者）持有的“形式法律观”。在他们看来，为了保证现代陌生人社会中的个体能够预见行为后果，避免受到专断的政府权力侵害，“法律”只需拥有普遍性、公开性、清晰性、稳定性、前瞻性等内在道德<sup>②</sup>，或者一套具备形式价值或形式化外观的法规则体系就是“法律”，而无需直接诉求于实质价值，特别是无需直接诉求于道德化的实质价值。<sup>③</sup> 在他们看来，法无善恶之分，只有有效/无效之分。二是从柏拉图、亚里士多德、西塞罗一直到阿奎那，这些大致可归属于自然法学派的法学家一致认为法律必须为共同体服务，追求并促进美德或共同善，否则就“根本不是法律”<sup>④</sup>。因此，借用卡尔·拉伦茨的一本书名，自然法学派认为的法律只能是一套致力于追求“共同善”的“正确法”<sup>⑤</sup>，而“恶法非法”。

在实证法学者（也是形式法治论者）看来，形式法律观下的法律仅仅是一套包括了两部分的“公共判断标准”：其一，它必须是公共的，即该判断标准必须对于所有的社会成员一体适用、一律开放；其二，它必须是某种判断标准，换言之，它必须告诉人们在特定价值分歧的场合，什么样的举动被认为是恰当的。只有满足一般性、公开性、不得溯及既往等形式条件的法律，才能够为所有的社会主体确立稳定的预期，才能够具备指引行动的能力，也才能够成为公共判断的标准。<sup>⑥</sup> 从形式法治（或者塔玛拉哈所言的“薄”法治<sup>⑦</sup>）的角度，这一套法规则体系就是现代社会需要的法律，此种法律的核心特征是内容无涉和价值无涉的。这也是坚

<sup>①</sup> 参见杨知文：《“同案同判”的性质及其证立理据》，《学术月刊》2021年第11期。

<sup>②</sup> 参见富勒：《法律的道德性》，郑戈译，北京：商务印书馆，2005年，第55—107页。

<sup>③</sup> 参见金韬：《价值如何进入法治：形式法治理论的失败》，《法制与社会发展》2020年第1期。

<sup>④</sup> 塔玛纳哈概括过这些自然法学家的观点，参见布雷恩·Z. 塔玛纳哈：《论法治——历史、政治和理论》，李桂林译，武汉：武汉大学出版社，2010年，第11、15、23页。

<sup>⑤</sup> 对正确法的讨论，参见卡尔·拉伦茨：《正确法：法伦理学基础》，雷磊译，北京：法律出版社，2022年，第2页。

<sup>⑥</sup> 参见陈景辉：《法律的内在价值与法治》，《法制与社会发展》2012年第1期。

<sup>⑦</sup> 在塔玛拉哈看来，法治有薄（thin）与厚（thick）两种不同的理解方式。大致说来，薄的法治就是“法律的治理”，什么样的法律在所不问；而厚的法治则是“良法的治理”。关于不同“厚度”的法治观念的一个较为完整的介绍，可参见布雷恩·Z. 塔玛纳哈：《论法治：历史、政治和理论》，李桂林译，第117页。

持法律和道德两分的法实证主义秉持的依法裁判观对“法律”的界定。以此观之，形式法治论者秉持的是一种形式法律意义上的依法裁判观。但这种依法裁判观的问题在于其只看到了法律的形式价值，即对公民行为的稳定指引——公民因预测到法官会如何依法裁判从而选择自己的行为，却忽视了法律的实质价值，即法律应该将公民行为引向何方。

与形式法治论不同，实质法治论认为“依法裁判”的法律依据，也即成文法制度中的法体系，并不是内容无涉和价值无涉的。当代社会对于法律的基本态度在于，法律不仅仅是概念、文义和语词的体系，更是价值、目的和意义的体系。不仅概念、文义和语词属于“实在法”的范畴，而且价值、目的和意义也可属于“实在法”的范畴。<sup>①</sup> 还不仅在态度和观念层面，只要考察大陆法系国家经由立法制定的法典，就会发现其内容既包括内嵌了法律概念的法規规则体系，也包括更具一般性的法律原则，当然还有蕴含于概念、规则和原则中的价值、目的和意义。

因此，从实质法治的角度，这一套具有形式合法性的法律还应该致力于实现合理性或正确性，或者现代社会的“共同善”（也即具有“重叠共识”意义的价值共识和道德共识）。鉴于不同的社会类型有不同的“共同善”或“正确法”，因此还需探明现代社会诸主体共享的“共同善”或“正确法”包括何种内容。在笔者看来，现代社会共享的“共同善”既建立在限制政府和公权力对私人主体之权益和自由的侵犯之上，更建立在通过法律指引拥有自由意志且法律地位平等的社会诸主体不侵犯他人，且在此基础上稳定他们之间的相互信任和合作（既包括消极合作意义上的互不侵犯，也包括积极合作意义上的签约履约）之上。一般地，对公权的限制保障了现代社会的个人自由，而社会诸主体之间的信任和合作不仅建构和保障了现代社会最基本的安全和秩序，更是国富民强的效率基础——用现代经济学的语言表述，即分工之后意思自治的平等主体之间的自愿交易，以及基于此类交易运行的市场经济会达成帕累托改进意义上的效率增进，从而最终实现国家的富裕和强大。<sup>②</sup> 概括而论，在现代社会，法律体系追求的“共同善”就是一套“重叠共识”意义上的实质价值，既包括更具自然法意义上的安全、秩序和公正，也包括极具现代色彩的自由、平等和效率。

不同于形式法治论者的“形式法律”观，即将法律定义为无须追求任何实质价值仅需具备一套形式美德（富勒所言的内在道德）的“公共判断标准”<sup>③</sup>，笔者也不完全同意古典自然法学派因忽视现代陌生人社会亟需稳定预期的规则之治而只关心法伦理和“共同善”的实质“法律观”，笔者赞同形式合法性仅仅是“法律”的一个维度，若没有实质价值对其进行填充，法律就只是一个空泛的指引标准。<sup>④</sup> 因此，现代社会需要的“法律”应该兼具形式美德和实质美德，“正确性”（实质价值）与“合法性”（形式价值）均为法律的构成性要素，也即法律只能是一套正确的公共行动标准。<sup>⑤</sup> 这种“法律”观既没有抛弃法律应具备的形式侧面，也没有忽视法律所应具备的实质侧面，而是对形式法律观和实质法律观的有效扬弃。

### 三、法律体系的内部结构：以民法典为例

虽然在系统论法学眼中，司法才是法律系统的核心<sup>⑥</sup>，之所以需要立法，乃是为了更好地展开司法裁判工作。但在大陆法传统的司法工作中，法官却只能依（立法确立的）法律体系裁判，个案裁判的正当化理由也只能是法律体系内的形式理由（法規规则）和实质理由（法原则、法价值和法目的）。因此，我们需要深入法体系内部，对依法裁判的法律依据——即一套兼具形式价值和实质价值的法律体系——的内部结构及其要素关系展开考察和分析，以便为后面两节证立内嵌“同案同判”的“依法裁判”命题提供理论支援。

就法律体系的研究而言，雷磊区分了“立法视角的法律体系”与“法学视角的法律体系”，认为若从法

① 参见雷磊：《适于法治的法律体系模式》，《法学研究》2015年第5期。

② “分工会带来效率”其实就是斯密撰写之《国富论》的核心观点。参见亚当·斯密：《国民财富的性质和原因的研究》（上卷），郭大力、王亚南译，北京：商务印书馆，1972年，第5、6页。

③ 参见陈景辉：《法律的内在价值与法治》，《法制与社会发展》2012年第1期。

④ 参见金韬：《价值如何进入法治：形式法治理论的失败》，《法制与社会发展》2020年第1期。

⑤ 参见雷磊：《法律程序为什么重要？反思现代社会中程序与法治的关系》，《中外法学》2014年第2期。

⑥ 参见泮伟江：《论同案同判拘束力的性质》，《法学》2021年第12期。

学视角看，法律体系不外乎是法律要素以一定的结构联结而成的整体，而不同要素与结构的组合构成了法律体系的不同模式。<sup>①</sup>如果说概念法学和古典自然法因秉持僵化的公理模式而备受批判，以卡尔·拉伦茨为首的评价法学则秉持强调内部体系融贯性的价值论模式，即以“价值”或“目的”作为体系的基本构成要素，并要求法秩序在评价上的一致性和内在的统一性。<sup>②</sup>法实证主义秉持法律体系的规范论模式，其中的阶层构造论认为法律体系只包括规则这一要素，法律体系仅仅是内部有效力阶层的法规则体系，而雷磊在阶层构造论的基石上为规则一原则模式提供了一种相对完整的结构理论，该模式认为法律体系由规则与原则两部分构成：法律规则属于体系的刚性部分，而法律原则属于法律体系的柔性部分，两部分之间既有静态的联结，更有动态的双向流动。<sup>③</sup>

为证成“内嵌”同案同判的依法裁判命题，就法律体系的内部结构，笔者秉持“立法视角的法律体系”和“法学视角的法律体系”相互关照的理论视角，同时在法学视角综合强调价值（或目的）论模式和规范论模式中的规则一原则二元论。具体而言，鉴于在立法层面，实在法的客观体系除了（内嵌法概念的）法规则，还包括（蕴含了特定法价值的）法目的和法原则，因此，从法学视角，除了需要考察外部（规则）体系和内部（价值、原则、目的）体系之间如何实现制度性连接和方法性连接，还需要证成基于法（价值）秩序的目的—原则—规则三元论才是更适于现代法治的法律体系模式。以下以《中华人民共和国民法典》（下简称《民法典》）为例考察法律体系的内部结构及其理论关系。

之所以选择《民法典》作为考察范本，原因有二。一是因为民法体系内部蕴含着多元丰富的实质价值，不仅包括有助于民事诸主体之间达成相互信任和合作的自由、平等和公正，也有合作达成后即可实现的安全、秩序和效率。二是2021年1月1日起正式实施的《民法典》确实为民事诸主体确立了一套正确的公共行动标准，在内容上囊括了目的、原则和内嵌法律概念之法规则体系的《民法典》算得上一套兼具形式价值和实质价值的法律体系。根据现行《民法典》的体例和内容，基于立法视角，该法律体系的内部结构可以构造如下。

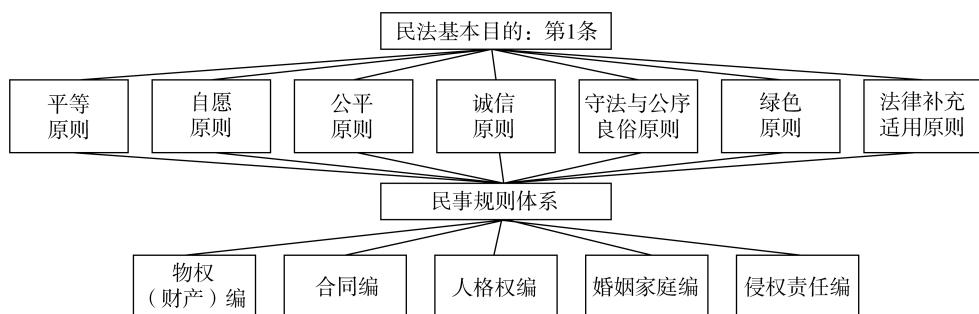


图1 中国《民法典》法律体系的内部结构

根据图1，我们看到《民法典》的整体结构确实是一种目的—原则—规则的三元架构，具体到各分编，其又分别呈现一个更具体的目的一原则—规则的三元架构，只不过与根本目的和基本原则相比，各分编的法目的和法原则更具特殊性而已。

在图1中，《民法典》第1条中的“保护民事主体的合法权益，调整民事关系，维护社会和经济秩序，适应中国特色社会主义发展要求，弘扬社会主义核心价值观”就是民法体系的根本目的。鉴于社会主义核心价值观中只有“自由”“平等”“公正”“诚信”和“富强”可以作为民法基本价值加以弘扬<sup>④</sup>，而除了“富

<sup>①</sup> 参见雷磊：《适于法治的法律体系模式》，《法学研究》2015年第5期。

<sup>②</sup> 评价法学的典范之作，就是卡尔·拉伦茨的《法学方法论》。参见卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，北京：商务印书馆，2003年。需要注意的是，虽然利益法学奠基人黑克划分了法律的外部体系与内部体系，且将体系的重心转向内部体系，但笔者认为利益法学中的“利益”并不是法体系的基本构成要素，在很大程度上，利益法学其实与自由法学一样，存在法官恣意裁判的危险，并危及法的安定性。对利益法学和利益衡量论的理论批判，参见解亘、班天可：《被误解和被高估的动态体系论》，《法学研究》2017年第2期。

<sup>③</sup> 雷磊在阶层构造论的基石上为规则一原则模式提供了一种相对完整的结构理论，具体论述，参见雷磊：《适于法治的法律体系模式》，《法学研究》2015年第5期。

<sup>④</sup> 笔者私见，国家层面的“民主”“文明”和“和谐”三大价值不太适合作为民法基本价值，而“爱国”“敬业”和“友善”其实是一些值得推崇的个人美德，也很难成为作为民法基本价值。

强”，这些核心价值其实均有民法基本原则加以转化和确定。

需要特别注意，在国家层面，“富强”这一核心价值的实现其实需要两大前提：一是财产权应基于提高配置效率的目的进行初始界定和重新界定；二是产权界定或再界定之后，拥有自由意志且法律地位平等的民事诸主体之间的合法交易（即市场经济条件下的签约履约，一种积极合作）能实现帕累托改进意义上的效率。只有在优化资源配置和推进市场经济的基础上实现了配置效率和帕累托改进效率，“富强”的核心价值乃至促进中国特色社会主义经济发展的根本目的才能实现。正是有此洞见，有学者认为将效率意义上的绿色原则作为一项民法基本原则有相当的合理性。<sup>①</sup>不仅如此，鉴于只有市场主体诚信履约才能实现帕累托改进意义上的效率，“诚信原则”也可以视为与“富强”价值对应的民法基本原则。

由于民事主体均为拥有自由意志、法律地位平等的行动主体，只有在立法上基于矫正正义对民事主体违反法律义务的“损他”行为施加法律制裁，民事主体才能在事前选择“不损他”行为从而实现“保护民事主体的合法权益”，因此这一法目的背后隐含了“自由”“平等”“安全”“效率”和“公平”价值，再加上“维护社会和经济秩序”和“公序良俗原则”均指向民法应实现的“秩序”价值，《民法典》第1条的目的性规定基本囊括了民法体系应实现的一套实质价值或者“共同善”，既包括民事主体实现合作的前提性价值（自由、平等、公正），也包括民事主体达成合作的结果性价值（安全、秩序和效率）。

更进一步，这一现代社会的“共同善”或价值体系其实是一套既保障个体自由又限制个体自由的价值秩序，因此其内部是有价值位阶的。由于个体生命、人身安全、财产安全和社会秩序是一切幸福和价值的基础，因此最优先的价值必然是安全和秩序。另外，在这一法秩序中，基于矫正正义的公正保障个体自由和市场效率，而对个体自由构成约束的除了安全、秩序，还有平等。可以说，这一蕴含了价值位阶的法秩序不仅直接决定了“总则”之相关民事规则（比如“民事法律行为的效力”）的制定，更是整部《民法典》的价值基础。

具体到部门民法，除了普遍蕴含的平等价值（第1条明确了“民法调整平等主体的自然人、法人和非法人组织之间的人身关系和财产关系”），虽在法价值上各有侧重，部门民法的法目的往往同时蕴含了两个或两个以上的民法实质价值或民法基本原则。比如，“物权编”侧重财产界权的配置效率、通过物权的法定保护条款（对违反不得侵害合法物权之义务的制裁规定）保障财产安全（特别情况下需要权衡交易安全，比如善意取得制度），以及物权使用和处分意义上的自由价值。但部门民法的各原则基本均指向某一个民法基本价值，比如“物权编”中的“物权法定”原则指向“效率”价值，“物权公示”和“一物一权”原则指向“安全”价值等。

再具体到部门民法中的民事规则，笔者认为民事规则的制定和适用同样致力于通过指引民事主体选择不损他的行为以及在此基础上促进民事主体之间的相互合作，以此实现民法的实质价值和法目的。民事规则可以界定为“在一定的条件下，民事主体应当作或应当不作某种行为（义务规定），或者，民事主体可以作或不作某种行为（授权规定），以及当民事主体实际上作出违反义务的行为时应当承受的不利后果（责任规定）”<sup>②</sup>。只要我们如此界定民事规则，且将民事规则类分为界权（或权利）规则、义务规则和责任规则，就会洞见到民事规则本身就体现了现代社会成员对不同民事行为的价值评判。立法者的规则制定背后必然蕴含了该社会共同的价值观念，且隐含了通过指引民事主体选择不损他行为并在此基础上促进民事主体之间的相互合作，以此实现民法第1条确定的根本目的。以此观之，如果说民事权利的背后是个体自由，那么“法律恰恰是以义务约束规则来确定每个人的正当自由的界限，以义务约束规则作为保障社会普遍自由的基本条件”<sup>③</sup>。从这个角度，甚至可以认为确定民事权利的真正目的其实是“对权利主体以外的他人的行为禁止、约束”<sup>④</sup>。可以说，作为民法体系之基本细胞的民事规则，由于规则的内容（即民事权利义务规定）具有正当性，因此该规则一定也应当是正当的。

让我们再回看法律体系规范论模式中的规则—原则二元论。虽然这一法律体系模式成功扬弃了同属规范法学的阶层构造论，也说明柔性价值体系和刚性规则体系之间存在动态联系——“原则与规则的关系在某种

① 贺剑深入探讨过绿色原则为什么隐含的是效率价值，参见贺剑：《绿色原则与法经济学》，《中国法学》2019年第2期。

② 对法律规则的界定，参见张恒山：《法理要论》第3版，北京：北京大学出版社，2009年，第35页。

③④ 张恒山：《法理要论》第3版，第269、372页。

意义上就是目的和手段的关系，原则提出了法律体系要追求的价值目的，而规则提供了实现它们的手段”<sup>①</sup>，但问题在于，该模式既没有批判规范论的形式化规则概念，也忽视法律体系结构中既可以蕴含单一价值（某个法律原则）又可以蕴含多个价值（多个法律原则）的（在个案语境中可以具体化）法目的要素，因此与将实质价值贯彻到底的目的—原则—规则模式相比，该理论有可能不是最适于现代法治的法律体系理论。

#### 四、通过“依规则裁判”实现“同案同判”：非疑难案件

如果将现代法治定义为一种基于法律的兼具“治理特征”和“实践特征”的现代治理模式，那么，当通过立法的方式制定了一套兼具形式价值和实质价值的法律体系（比如2021年1月1日正式实施的《民法典》）后，法治的实践就在于通过司法机关依法裁判、同案同判落实已生效实施的法律，不仅为现代社会各类主体提供有效的行动指引，更提供一种基于法律的正确的（即合理或合目的）的行动指引，最终实现普遍稳定的社会合作以及基于这种合作的全民守法。以此观之，法治理论视域下的“依法裁判”命题其实兼顾了法的安定性（可预测性）和法的正确性（正当性）价值。由于兼顾法安定性和正确性的方式有所不同，我们需要区分“依法（规则）裁判”的非疑难案件和“依法（目的、价值或原则）裁判”的疑难案件，并在兼具形式价值和实质价值的法律体系的基础上证成“同案同判”如何内嵌于“依法裁判”。本节先考察在非疑难案件的审判实践中，法官如何通过在法域内稳定地“依规则裁判”来实现跨越时空的“同案同判”。

需要先界定“非疑难案件”。在应然的层面上，与因法律模糊、法有漏洞或理由冲突导致法官在司法推理中缺失明确大前提的疑难案件相比，非疑难案件既包括法官在司法推理时有明确大前提（此时法官只需基于对法律规则的自发理解就能根据三段论推理“依规则裁判”）的简单案件，也包括能通过常规法律解释（即通过探求特定法概念的文义或立法意图或在案件事实与抽象规则间“眼光往返流转”的法律涵摄后获得明确大前提）的常规案件。<sup>②</sup>由于法规则本身就兼具实质正当性和形式合法性，因此，在法律规则相对明确的非疑难案件中，法官只需依法（规则）裁判就能获得一个既合法又合理（或妥当）的判决。

鉴于法治的要义也在于通过规则的类型化拟定，对社会生活中的同等情形实现统一的普适性调整<sup>③</sup>，因此，在非疑难案件中，依法（规则）裁判既发挥着明确和宣示法律规则之正当性意义的作用，又体现了法域内跨越时空的安定性或可预测性。对于此种常规性司法和标准性司法，个案中的依法裁判当然兼具内容正当性（或正确性）和形式上的安定性（或可预测性）。“严格依法裁判往往就意味着妥当的裁判结果，因为立法者在立法过程中已尽力对各种可能的结果及社会影响做了权衡取舍，并尽可能直观地通过法律文义加以表达，法官在常规案件中只需转述立法者的立场即可。”<sup>④</sup>如果说依法裁判背后的道德价值是法的安定性，而个案正义所体现的道德价值是正确性的话<sup>⑤</sup>，那么在非疑难案件的审理中，依法（规则）裁判和个案正义（或正当裁判）其实根本不矛盾，因为依法（规则）裁判内在蕴含了类案（当然也包括当下的个案）正义。

如果说以上讨论回应了前文关于“依法裁判”和“个案正义”的理论争议，接下来需要讨论在非疑难案件中“同案同判”如何内嵌于“依法裁判”。在理论上，有学者认为同案同判属于依法裁判的衍生性义务，拥有司法公正的表征性价值，其最主要的社会效果在于“形式正义的可视化”和“可预期性的显现化”<sup>⑥</sup>；同案同判是司法的一种构成性规则，因为该规则形塑或创造了司法行为或活动，它赋予法官一种强制性的义务，在没有正当或充分理由的情况下偏离这一义务的做法是不允许的，因为它会从根本上扭曲标准司法的

<sup>①</sup> 雷磊：《适于法治的法律体系模式》，《法学研究》2015年第5期。

<sup>②</sup> 需要注意，法律涵摄和包括目的解释在内的法律续造之间的区别在于，前者是一个内部证成的复杂模式，通过演绎的方式——即层层递进的解释（语义规则、经验规则等）——来精确化法律概念的含义，只要能将具体案件事实和构成要件严丝合缝地连接起来，就能基于一个司法三段论获得裁判结论；而后者本质上是一种建立在法目的、法价值和法原则基础上的外部证成，基于一个司法三段论的内部演绎根本无法获得裁判结论。

<sup>③</sup> 参见杨知文：《“同案同判”的性质及其证立理据》，《学术月刊》2021年第11期。

<sup>④</sup> 宋亚辉：《追求裁判的社会效果：1983—2012》，《法学研究》2017年第5期。

<sup>⑤</sup> 参见雷磊：《法律方法、法的安定性与法治》，《法学家》2015年第4期。

<sup>⑥</sup> 笔者注：在非疑难案件的语境中。参见雷磊：《同案同判：司法裁判中的衍生性义务和表征性价值》，《法律科学（西北政法大学学报）》2021年第4期。

本来面孔。<sup>①</sup>之所以如此，是因为“同案同判”涵括了司法过程对在一定坐标系中具有共同要素的案件之处理的一致性，是法律上“同等情况同等对待”原则在司法裁判场合的特别化。<sup>②</sup>因此，正义的命令（体现为同案同判）要求法官应避免评价上的矛盾。<sup>③</sup>而正是在非疑难案件的语境中，法官依法（规则）裁判并在此基础上同案同判，才能实现以个案判决正确地指引法律主体选择不损他和相互合作的行为，并最终实现法律希望实现的诸多实质价值以及蕴含了实质价值的法目的。

借助法律的规范作用视角，接下来展示依法裁判机制如何内嵌“同案同判”，并在此基础上实现对人们行为的正确指引以及在长期内稳定不损他的制度性预期。一般地，法律（此处指法规则）的规范作用包括指引、评价、预测、教育和强制作用。不同于只需强制性的道德义务就可稳定行动预期的传统熟人社会，在现代陌生人社会，即便法規则的内容（即权利义务规定）本身就具有正当性，如果法官在个案中不依规则裁判或在法域内同案不同判，民众了解法律之后也并不见得会遵守法律（即选择不损他的行为）。因此，只能通过内嵌“同案同判”的依法裁判机制将这五大作用动态有机关联起来，法規则才能实现稳定人们在法域内均选择“不损他”行为的正确指引。

在非疑难案件的语境中，下图粗略呈现了如何通过内嵌“同案同判”的依法裁判机制实现稳定人们不损他的制度性预期，并进而实现法律的诸多实质价值的动态图景。

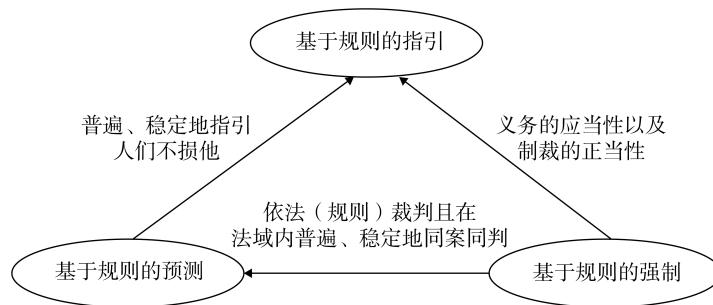


图 2 非疑难案件中内嵌“同案同判”的依法裁判机制

根据图 2，在立法制定了兼具形式价值和实质价值的法律体系之后，首先应该通过普法活动让民众和（包括政府在内的）组织了解和认识法律，在此基础上民众和相关组织（均为趋利避害的有限理性主体）通过自己对法律的了解预测法官在非疑难案件会如何依法（规则）裁判，并在法律的阴影下因预测到法官会对自己的损他行为进行强制性的法律制裁而事前不敢选择损他的行为。虽然不排除有些人在学法、明法之后选择自觉守法，但现代社会的人际交往很大程度上依赖于参照法律系统（特别是司法系统）所设定的预期，因此法官在非疑难案件中依法（规则）裁判并在法域内实现同案同判才能对全社会产生“外部辐射效应”，并以此实现通过司法稳定合理（也即合乎法目的或法价值）的规范性预期的功能。<sup>④</sup>更重要的是，只有内嵌“同案同判”的依法裁判才能确保法律规则所确立的规范性预期既不是地方化的也不是相互矛盾的，而是面向全社会稳定地内在融贯一致的。

## 五、内嵌“遵循先例”的“依判例裁判”：疑难案件

在非疑难案件中，法官应依法（规则）裁判并尽量实现法域内跨越时空的同案同判，进而通过这种内嵌了“同案同判”的依法裁判机制实现现代社会亟需的相互合作（基于对方不会损他的信念）的稳定行动预期。但问题在于，不仅“规则在适用过程中存在着诠释的空间和多种解释的可能性，不同的法官在不同的情境下往往对规则作出不同的解释和适用”<sup>⑤</sup>，法官甚至会因为立法的疏漏遭遇无规则可适用的窘境。因此，在

<sup>①</sup> 参见孙海波：《“同案同判”与司法的本质——为依法裁判立场再辩护》，《中国法律评论》2020年第2期。

<sup>②</sup> 参见杨知文：《“同案同判”的性质及其证立理据》，《学术月刊》2021年第11期。

<sup>③</sup> 参见卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，第221页。

<sup>④</sup> 参见泮伟江：《论现代法律系统运作的二值代码性》，《环球法律评论》2023年第4期。

<sup>⑤</sup> 泮伟江：《论同案同判拘束力的性质》，《法学》2021年第12期。

法律不明、法有漏洞和理由冲突的法律疑难案件处，法官根本就没有明确的法律规则可适用，此时仍然强调依规则裁判无疑是一种罔顾社会需求的机械司法，很难获得法理和情理上的支持。更进一步的难题由此呈现，当缺少明确的法规则之际，法官应从何处寻找并证成一个适用于该案的具体裁判规则（大前提），并在此基础上适用司法三段论获得一个既合法又正当的裁判结论？

社科法学和法教义学关于“依法裁判”的理论争议正好出现在这里。社科法学认为在疑难案件处法官根本不可能依法裁判，此时只能基于预判的社会后果等法外实质理由来“超越法律”以实现个案正义，而法教义学则认为当法官面临多种解释方案或续造方案时，必须回到更具一般性和抽象性的法原则、法秩序和法目的等法内实质理由来选择一种更合乎法目的或法原则的解释方案或续造方案，然后将此作为疑难案件审理的大前提获得一个妥当的裁判结论。就此争论，笔者一方面赞成社科法学的洞见，即疑难案件中的法官必须预判社会后果，但另一方面又合理怀疑此时法官基于“经验”的依（后果）判决很容易导向判决的主观和不确定。如果我们坚信现代社会的法治具备一种稳定性、统一性和普遍适用性的内在美德，坚信法官的“空隙处立法”不应该违背社会普遍的道德共识和价值共识，那么在极可能诞生新规则且决定了法律生长之方向的疑难案件中，认为判决可以基于法官的后果预判来决定，或者更极端地，“一个判决只不过体现在特定的时间和地点，一个特定的人的偏好”<sup>①</sup>，进而法官的判决仅仅“受他们的基因和教育、他们的气质、胆怯和追求的约束，而不是受规则的约束”<sup>②</sup>，那么这种极具个性化的主观判决很可能会摧毁民众对司法的信任，甚至进而摧毁法治。

因此，笔者赞同“当法律存在漏洞时，法律规则的缺失并不意味着裁判规则的确立可以脱离法律体系的束缚”<sup>③</sup>。基于将实质价值贯彻到底的法律体系三元架构（即目的—原则—规则）理论，在规则不明、缺失规则或理由冲突的疑难案件中，法官依法裁判的法律依据就只能回归法律体系内部的实质理由，即蕴含了实质价值的法目的和法原则。以一种评价法学的眼光，在缺少明确法律规则（或大前提）的疑难案件处，法官因此获得了在法律疑难案件处，根据蕴含了实质法价值的法目的或法原则确立具体裁判规则，以进行创造性的法律解释甚至法律续造的权力。

基于这种法律体系三元论，根据法目的和法原则（体现了立法者基于价值共识和道德共识的整体上的价值判断），在法律疑难案件处进行创造性的法律解释和法律续造也是一种依法裁判，只不过此时依据的“法”不是立法已明确规定过的、逻辑结构上包括了要件事实和法律效果的法律规则，而是相对笼统抽象的，凝聚了法律实质价值（也即现代社会共享的价值共识和道德共识）的法目的和法原则。如何基于抽象笼统的法目的、法原则和法价值在法律疑难案件处确立具体的裁判规则并加以正当性证成，既是法学方法论的核心议题，也是现代社会对职业法官提出的一项相当复杂艰巨的工作。这种在立法之后由法院和法官在疑难案件处完成的创造性解释或法律续造其实是一种司法通过事后个案回应社会需求和时代变迁来补充僵化、不完美之事前立法的“司法之法”。拉长历史和时间的维度，我们发现这种不断回应社会需求且缓慢生长的“司法之法”，就是不管大陆法系还是英美法系国家都需要的判例法或“法官法”。

这种在法律疑难案件审理中逐渐生长演化的判例法（或法官法），其功能在于补充及续造制定法，其本质上是一种长期适用且没有重大矛盾的判例，特别是上诉审和最高法<sup>④</sup>（终极上诉审）明确的判例。以此观之，现代社会之所以需要判例法或法官法，是因为该社会的复杂度和变迁度较高，事前制定的立法很难完全覆盖该社会不断生发出的纠纷和案件，因此需要司法在法律疑难案件处基于抽象的法目的、法价值或法原则确定具体裁判规则，并由专事法律审的上诉审法院和最高法审定发布，以此形成判例来补充和续造制定法。当法律审层面的判例生成之后，依法裁判命题要求法官们在未来的类似案件中均应“遵循先例”，以此实现一种基于先前判例的“同案同判”。

此时再回看系统论法和法实证主义关于“依法裁判”和“同案同判”的理论争议——在疑难案件的审理

<sup>①</sup> See Oliver Wendell Holmes, Jr., “The Path of the Law,” *Harvard Law Review*, vol. 10, no. 8, 1897, p. 466.

<sup>②</sup> 理查德·A. 波斯纳：《法理学问题》，苏力译，北京：中国政法大学出版社，2002年，第243页。

<sup>③</sup> 黄泽敏：《法律漏洞填补的司法论证》，《法学研究》2020年第6期。

<sup>④</sup> 此处指一般意义上的最高法院。

中，系统论法学坚持“同案同判”（其实是判例或指导性案例）的法律拘束力，而法实证主义则认为只有实证法规范具有规范拘束力，同案同判不具有法律上的拘束力，仅是对法官的道德要求——我们发现系统论法学和法实证主义实际上是在不同的层面讨论这一对命题。在系统论法学的理论视域中，功能分化的现代社会必然会分化出一个以司法裁判为核心的现代法律系统。在分化出来的法律系统中，最核心的特征并非是“依规则裁判”，而是“合法/非法”的二值代码。<sup>①</sup> 由于“同案同判”（或“遵循先例”）原则是司法的本质属性，因此必然要求司法“先例”在司法裁判中承担构成性的功能，而此种构成性的功能必然要求“先例”具有某种实质性的法源地位。<sup>②</sup> 可以看出，系统论法学其实是在理论和应然的层面论证了“同案同判”应该具有法律上的拘束力。不仅如此，系统论法学视域中的“同案同判”往往与“先例”或“判例”（中国语境下即为指导性案例）同义。如果在非疑难案件的审理中，系统论法学认可立法确立的规则“通过一般性的语句设定了某种‘条件式纲要’，从而使司法更好地和更方便地批量化处理案件，在很大程度上便利了司法裁判的工作”<sup>③</sup>，那么在疑难案件的情况下，案件审理所需的“一般性前提，正是先例判决推理所立基的、可被普遍化的裁判规则”<sup>④</sup>。如果以上观点具有合理性，需要进一步思考并值得在此重复的理论质疑是：先例中的可普遍性规则，或者疑难案件中的指导性案例或判例（或基于目的解释或法律续造的法官法）如何获得？如果有了一具有法律拘束力的判例，后续依判例裁判的类似案件是不是还称得上是疑难案件？

与系统论法学在应然层面论证“同案同判”的法律拘束力相比，法实证主义其实是在实证（或现实）的层面论证只有实证法规范才具有法律拘束力，而“同案同判”其实只是对法官的一种道德要求。如果将实证法规范确定为具有法效力的法规则，那么实证法学的理论漏洞就在于：1. 当法官面对疑难案件时，或者法有不明或者法有漏洞或者理由冲突，此时没有明确的法规则作为大前提，法官如何依照法规则裁判？此时将一阶理由的道德理由取代法律规则在法律推理中的地位<sup>⑤</sup>会不会破坏“依法裁判”的基本宗旨？2. 在疑难案件中，基于事前法规则（即形式理由）的“同案同判”往往无法保证司法判决所依赖的实质理由的正确性，甚至有可能与判决的正确性这种根本性要求相抵触<sup>⑥</sup>，但如果法官可以在疑难案件处依规则外的各类实质理由自由裁量，那么如何才能保证裁判兼具合法性和正确性？

作为一个实质法治论者，笔者认为在规则不明、缺失规则或理由冲突的疑难案件中，法官依法裁判的法律依据不应当是没有被法律化的道德理由，而只能回归法律体系内部的实质理由，即蕴含了实质价值的法目的和法原则。由于法教义学要求“在争议事实有多个可供选择的法律规则时，为裁判者提供可言说、可交流、可检验的规则选择与法律论证机制”<sup>⑦</sup>。因此可将法官在疑难案件中依法目的（或原则、价值）获得具体裁判规则并加以正当性证成的裁判思维具体化为如下五步：1. 在个案的法律语境中探求具体的法目的；2. 提供备选的裁判方案；3. 预判不同方案会导致何种社会后果；4. 考察哪种社会后果与既定法目的更能兼容；5. 选择一个更能实现法目的裁判方案并在判决书中进行正当性证成。基于这一思维程序，疑难案件的司法推理就不仅需要通过预判裁判的社会后果是否与预期法目的一致来选择一个具体裁判规则（也即某法律解释或法律续造方案），更要论证选择的这一规则兼具合法性和正确性。因为只有法官选择的具体裁判规则兼具合法性和正确性，基于该规则的个案裁判结论才能也兼具合法性和正确性。

因此，不是“只有当法律规定本身具有弹性空间，或者法官在适用法律时必须借助裁量或价值判断时，同案同判才变得重要起来”<sup>⑧</sup>，而是当法官遭遇缺失明确大前提的疑难案件时，他/她必须运用内嵌了后果预判的目的论推理为案件寻找一个基于法内实质理由的具体裁判规则，并以此为大前提展开后续的三段论推理并获得一个可正当性证成的裁判结论。需要注意，法官在个案中寻得的具体裁判规则并不能自动成为可以指

①③ 参见泮伟江：《论同案同判拘束力的性质》，《法学》2021年第12期。

② 参见泮伟江：《论指导性案例的效力》，《清华法学》2016年第1期。

④ 杨知文：《类案适用的司法论证》，《法学研究》2022年第5期。

⑤ 参见陈景辉：《规则、道德衡量与法律推理》，《中国法学》2008年第5期。

⑥ 张超也认为，“同案同判”的吸引力主要在于内在于法律实践的平等价值和安定性价值，但是其与裁判正确性的要求未必相一致。

参见张超：《论“同案同判”的证立及其限度》，《法律科学（西北政法大学学报）》2015年第1期。

⑦ 许德风：《法教义学的应用》，《中外法学》2013年第5期。

⑧ 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。

导未来案件审理的可普遍化规则（或判例）。为了防止在法域内出现理由不同的多个具体裁判规则并由此导致同案不同判现象，可普遍化规则（或判例）只能由专事法律审的上诉审法院和最高法审定发布。以此观之，在当代中国，我们甚至需要重新建构审级制度，通过健康的司法审级制度（即法律审）自然生成具有真正“事实上的拘束力”之先例或判例<sup>①</sup>，然后才能基于最高法审定发布的判例（或指导性案例）在法域内实现一种面向未来类似案件的“同案同判”。

就内嵌“同案同判”的依法裁判机制而言，我们发现与大前提相对明确的非疑难案件相比，疑难案件的困难之处在于：1. 在法学方法论层面，如何通过兼顾后果论证和目的论证的司法推理获得一个兼具合法性和正确性的具体裁判规则；2. 在司法制度和程序法层面，如何建构和落实一个区分法律审和事实审的审级制度并通过法律审法院审定和发布可以指导未来类似案件的判例（可普遍化规则）。只要能在法学方法和司法制度两方面解决以上难题，那么后续疑难案件的“依法裁判”其实就是依判例裁判，而“同案同判”不过就是法域内“遵循先例”的别称。只不过和大前提相对明确的非疑难案件相比，判例内含的具体裁判规则不如立法规则明确清晰，且判例既可以被遵循也可以被超越，也正是在此意义上后续依判例裁判的类似案件也可被视为疑难案件。进一步，当后续出现疑难案件时，由于法律适用存在着法官自由裁量的空间，“同案同判”或“遵循先例”在此应被作为限制和规范法官自由裁量权的一个要求。此时，“同案同判”其实是依（判例）裁判的必要表现形式，是疑难案件背景下司法的一个具体标准。<sup>②</sup>

以下是一个疑难案件语境中“依法裁判”如何内嵌“同案同判”的动态图景。

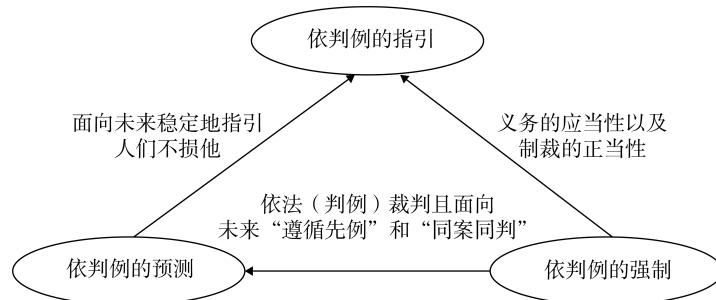


图3 疑难案件中内嵌“同案同判”的依法裁判机制

根据图3，“依法裁判”中的“法”不是规则而是判例（或指导性案例），也因此，在疑难案件中，具有法律拘束力的不是规则而应该是在个案中提炼并被法律审法院审定公布的判例。当法官遭遇法有不明（特别是法律概念的意义不明）、法有漏洞、理由冲突的疑难案件时，首要任务在于通过法教义学方法获得一个社会后果与法目的兼容的具体裁判规则。当该规则被司法系统承认为一个可普遍化规则的判例之后，“依法裁判”就自然变成了“依（判例）裁判”。此时，“同案同判”其实意味着在此之后的类似案件必须“遵循先例”。如果说在非疑难案件中，具有法律拘束力的是规则，内嵌“同案同判”的依法裁判机制展示了（立法）规则对人们行为的正确指引建立在人们对规则会制裁某类行为的合理预测之上，那么在疑难案件中，判例之所以能对人们行为带来正确指引，是因为一个被稳定、普遍适用的判例可以让人们合理预测法院是否以及如何制裁某类规则并没有明确予以评判的行为，从而基于“趋利避害”的行动决策机制普遍、稳定地选择一个不损他的行为。

## 结语

在当下中国，虽然司法实务界接受并认同了“依法裁判”和“同案同判”准则<sup>③</sup>，但法学界内部关于

<sup>①</sup> 参见泮伟江：《论指导性案例的效力》，《清华法学》2016年第1期。

<sup>②</sup> 参见杨知文：《“同案同判”的性质及其证立理据》，《学术月刊》2021年第11期。

<sup>③</sup> 请见《最高人民法院关于案例指导工作的规定》（法发〔2010〕51号）第7条：“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。”以及《最高人民法院关于统一法律适用加强类案检索的指导意见（试行）》（法发〔2020〕24号）。

“依法裁判”“同案同判”的相关讨论却一直纷争不断。在梳理了既有理论争议之后，为消除分歧和凝聚共识，本文首先将“依法裁判”中的“法”界定为一套正确的公共行动标准，或者一套兼具形式价值和实质价值的法律体系。然后以《民法典》为例，不仅论证具体法规则的制定和适用本质上是为了助力蕴含诸多法价值的法目的实现，因此规则兼具合法性和正确性（或正当性），也力图证明基于法（价值）秩序的目的—原则—规则三元论才是更适于现代法治的法律体系模式。只有基于这种贯彻了实质价值的法律体系结构论，才能在区分非疑难案件和疑难案件的基础上证成现代社会的依法裁判命题如何以不同形式内嵌了“同案同判”要求。

由于规则本身就兼具正确性和合法性，那么在非疑难案件处，依法（规则）裁判不仅内在蕴含了个案正义，此时法官基于具有法律拘束力的规则在法域内实现同案同判才能对全社会产生“外部辐射效应”，并以此实现稳固合理行动预期的规范功能。但在疑难案件处，之所以法官应依判例裁判并在后续类似案件中“遵循先例”，是因为虽然遵循先例原则（the stare decisis rule）诞生于判例法（或普通法）体系，但在没有正式先例原则的大陆法系国家及当前的中国，经由审级制度生成的判例（或指导性案例）在理论上也应该具有法律拘束力。不仅因为“依据先例对制定法规范所作的确凿解释是强有力的，而未顾及上级法院先例或者与先例不合的论证则很难成立”<sup>①</sup>。更因为在立法所不及的地方，司法不得不在疑难案件处通过兼顾后果预判和目的论证的法教义学方法获得一个具体裁判规则，然后经由法律审生成一个一个可以补充立法之不足的判例。有了判例，法域内普遍、稳定地“遵循先例”同样可以实现稳固合理行动预期的系统化的、第三方的、整体性的功能。以一种长期系统的视角，这套内嵌了“同案同判”的依法裁判机制不仅有机融贯了形式法治和实质法治，更是立法和司法有机协同、共同促进现代社会陌生人相互合作的动态制度架构。

（责任编辑：邱小航）

## “Adjudication According to Law” Embedded with “Uniformity of Case Judgments”: An Analysis Starting from the Definition of “Law”

AI Jiahui

**Abstract:** The legal academia has long been engaged in theoretical debates concerning “adjudication according to law” and related propositions. To resolve these disputes and build consensus, the term “law” in “adjudication according to law” must be defined as a system of justified public standards of conduct—that is, a legal system integrating both formal and substantive values. Given that the creation and application of legal rules are inherently directed toward achieving legal purposes imbued with diverse jurisprudential values, they possess both legitimacy and justifiability. On this basis, a teleological-principled-rules framework, grounded in a value-oriented legal order, proves to be the more suitable model for a modern rule-of-law system. Furthermore, only through such a structural theory of law can we justify how the modern doctrine of “adjudication according to law”—distinguishing between routine and hard cases—incorporates the requirement of “uniformity of case judgments” in varying forms. Ultimately, this adjudicative mechanism, which embeds “uniformity of case judgments”, not only coherently integrates formal and substantive rule of law but also constitutes a dynamic institutional framework wherein legislation and the judiciary work in concert to reinforce and stabilize cooperative expectations in modern societies.

**Key words:** adjudication according to law, formal values, substantive values, legal system, uniformity of case judgments

<sup>①</sup> 雷磊：《法律方法、法的安定性与法治》，《法学家》2015年第4期。