

关注判决要旨,而不太关注具体的案件事实。事实上,在意大利的判决要旨中,原则上不得夹杂案件的具体事实(但会涉及抽象的构成要件意义上的事实)。相比之下,英美法系国家的判例制度则特别重视具体案件事实,这是因为案件事实本身,在英美法判例制度的背景下,恰恰是规则的具体内容之表达的有机组成部分。^[49]

回到最初的问题上来。在大陆法系,判例之所以也可以被看作某种意义上的法律渊源的构成要素,并非因为它是法律的形式渊源的一种,而是通过判决要旨,法院形成对某种纸面上的法律规范相对固定的理解模式。判例虽然在形式上不是法律渊源,但是它参与规范的形成。所谓的“稳固的判例”,表达的就是纸面上的法律规范在司法适用中被理解、被赋予的内涵。相对于写在纸面上的法,法院的判例中所展示的法是“活法”(diritto vivente)。建立中国的判例制度,在某种意义上就是寻求在“纸面上的法”与“活法”之间建立一种良性的互动机制。

日本的判例制度

解 亘(南京大学)

一、判决的先例拘束性

(一)最高法院判决

人们在谈判决例与法律渊源的关系时,往往将英美法与大陆法相对立,认为在前者判例不仅有实质意义上的拘束力,而且还具有形式上的拘束力;而在后者,由于不承认判例为正式的法律渊源,因此判例即使能发挥先例拘束作用,也仅仅是实质意义上的,这种实质意义主要通过审级制度体现出来。

然而,这种非此即彼的二元式的理解方法未免失之粗糙,至少用其来描述日本最高法院的判例就不是十分贴切。日本最高法院判决的先例拘束性并不是仅仅停留在事实层面之上,换言之,日本最高法院判决的拘束力是介于规范层面与事实层面之间的。其具体可以体现在如下两个方面。

1. 违背最高法院判决构成绝对上告理由

日本的司法裁判采取的是三审制。通常,案件的一审由地方法院管辖,二审(控诉审)和三甲(上告审)分别由高等法院和最高法院管辖。但是,考虑到日本最高法院裁判资源的稀缺性(只有15位法官),日本民事诉讼法上为上告设置了很高的门槛,即只有三种情形当事人可以上告:(1)原判决对宪法的解释有误或者存在违宪的其他问题;(2)形成判决的诉讼过程存在对程序规定的重大违反;(3)原判决存在对其他法令的重大违反。关于最后一点,日本民事诉讼法进一步明确规定:原判决存在其判断与最高法院的判例相抵触(或在

[49] [英]哈特:《法律的概念》,许家馨、李冠宜译,法律出版社2006年版,第119—122页。

无最高法院判例的情形与大审院（可以大致理解为战前的最高法院）的判例或高等法院的判例相抵触）的情形，构成绝对的上告理由（日本《民事诉讼法》第 318 条）。

2 最高法院立场的变更需要开大法庭

通常，日本最高法院 15 名法官分属于三个小法庭，一般的案件都由各个小法庭来审理、裁决。尽管各个小法庭可以独自变更大审院和高等法院的判例，但是却不能变更最高法院自身以往的立场。若要变更，必须开大法庭，即由 15 名法官全部出席审理（日本《裁判所法》第 10 条第 3 项）。

由上述程序性规定可知，日本最高法院的判决在形式上也具有一定的先例拘束性。

（二）下级法院判决

日本下级法院判决的先例拘束性强度不如其最高法院的判决高。这不仅仅是因为审级上的原因，还因为在制度上不存在如上所述的程序性保障。这也导致了大多数的判例评论都是以最高法院的判决为对象的。但是，下级法院的判决也并非全无事实上的先例性，特别是在就某一类型的案件最高法院始终没有机会表态，而下级法院的立场则基本稳定的时候。这时候，相同事物相同对待的形式正义主张就会给之后下级法院的裁判带来相当程度的拘束力，如果没有特别的理由，判决一般不能偏离之前已经稳固的立场。正因为如此，针对下级法院的判例评论也为数不少。下级法院的判决被当作判例对待的情形，在主干性部门法领域（例如日本宪法、民法、商法、刑法、民事诉讼法、刑事诉讼法等）很少见，恐怕主要是因为这些部门法有悠久的历史 and 广阔的适用范围，最高法院审理到涉及这些法律的案件的几率自然也要大得多。

二、裁判文书的编纂^[50]

判例制度的建立与完善离不开一个基本前提：裁判文书的编辑和出版。日本在裁判文书的出版上做得相当出色。走进任何一个大学法学部的图书馆都会看到汗牛充栋的判例集，而一定规模的律师事务所也会网罗主要的判例集。这是日本的大学法学部以及律师事务所与我国的法学院以及律师事务所在外观上最为显著的区别。

按照编纂主体来划分，这些判例集可以分为官方主导的和民间主导的两大类。

（一）官方判例集

官方主导的，是由日本最高法院和 8 家高等法院各自编辑出版的裁判例集。具体的遴选工作由各法院内部设置的 7 人以下的法官组成的判例委员会来负责，原则上每月召开一次会议。会议上不仅要决定案例的遴选，还要决定由干事草拟的被选中裁判例的“判示事项”、“判例要旨”、“参照条文”等。

判例集每月一期，分别称为《最高裁判所判例集》和《××高等裁判所判例集》满一年合编为一卷。印刷出版后，在法院内部逐级分发；对外则按一般的发行渠道销售，其中最高法院编辑出版的，由财团法人最高裁判所判例调查会对外销售。此外，对于地方法院以及简易法院的民事判决，最高法院事务总局也会定期选择有重要意义的予以编辑，称为《下级裁

[50] 相关中文文献，可参见王亚新：《对抗与判定——日本民事诉讼的基本结构》，清华大学出版社 2002 年版，第 322—324 页。

判所民事裁判例集》通过法务省的外围团体财团法人法曹会出版发行。目前,该判例集又可以进一步分为行政、侵权行为、劳动争议、知识产权等不同领域的判例集。

(二)民间判例集

民间判例集的出版也很活跃,例如有第一法规出版社的《判例体系》、新日本法规出版社的《新判例体系》、行政出版社的《不法行为判例集成》、东京法令出版社的《医疗事故民事裁判集》、大成出版社的《金融商事判例体系》等。

知名度最大的,要数《判例时报》以及《判例タイムズ》这两份期刊。这两份期刊主要发布最新的裁判文书,并定期开设判例评论的专栏,组织学者撰写判例评论的文章。这两份杂志无论在学界还是在实务界都有相当的影响力。

此外,最大的法律图书、期刊出版社——有斐阁按照专业门类选编的《××法判例百选》(作为正刊《ジュリスト》的别册)在法学本科教育中被广泛采用。不过严格来讲,《判例百选》系列已经不能算作是判例集,而是简化版的重要判例评论集。作为学习和实务的工具书,主要的法律书籍出版社,例如有斐阁、岩波书店、三省堂等,不仅出版各种规模的六法——法律汇编,还出版判例六法。不过,判例六法其实并不是裁判文书的出版,而是由一些知名学者编辑的在各相应的条文下附带从判例中抽取的先例拘束性规范的六法。

(三)互联网时代的判例编纂

随着网络信息时代的到来,判例的编纂发布变得更加容易。各家判例编纂机构都争相发售其所编纂的判例的DVD光盘,有些甚至还提供了网上的判例和判例评论的检索服务,目前日本规模最大的要数第一法规网站提供的检索服务,它几乎囊括了日本明治时期以来所有正式公开的判例。此外,大约在十年前,日本最高法院开始要求各级法院必须在第一时间在其官方网站上公布知识产权案件的裁判文书。

三、判例研究

裁判文书的编纂无论多么丰富,都不会自动从中诞生出具有先例拘束性的判例来。判例制度的建立与发达,还需要一个重要的环节——对判例的研究。那么,日本的判例研究的状况又是怎样的呢?

(一)判例评论的概况

《日本民法典》施行(1898年)后的最初一段时期(至20世纪20年代初为止的二十多年间),学界普遍将判决理由中的法理论作为判例,将判例完全与学者的学说一样来对待,只在抽象层面作批判。也就是说,当时的判例研究完全不考虑判决中真正的实质性的判决理由,以及是否具有先例价值等。^[51]

到了20世纪20年代,深受美国现实主义法学影响的学者末弘严太郎从法官亦在造法的认识出发,指出了当时判例研究的问题,主张判例研究的目的应当以具体为本。他还身体力行,与另一民法大家穗积陈重一起,于大正10年(1921年)在当时的东京帝国大学(东京大学的前身)法学部创设了民法判例研究会,开始摆脱对判例抽象的批评,转而注重对案件

[51] [日]中野次郎编:《判例とその読み方》有斐阁1986年,第109页。相关中文文献,可参见段匡:《日本民法解释学》,复旦大学出版社2005年版,第30、31页。

事实关系的把握,研究的内容则着眼于从对判决与以往判决之关联的探寻,来把握就某一个具体问题的法律变迁。该民法研究会的研究成果刊载于东京大学实际掌控的商业性期刊《法学协会杂志》上,这个传统一直持续至今。之后,刑事判例研究会于昭和13年(1928年)成立,一直刊行《刑事判例评释集》至今。

此后,有关判例评论(日文的表述多为“判例评释”)的撰写和发表蔚然成风。影响最大的杂志,除了东京大学法学部掌控的《法学协会杂志》外,还有京都大学法学部掌控的商业性期刊《民商法杂志》。除此以外,众多的大学纪要(法学部的学报)中或者设有判例评论的专栏,或者不定期地刊登一些判例评论。以上为日本学界主导的判例研究,多以日本最高法院的判例为评论的对象。前文提到的商业性质的期刊《判例时报》以及《判例タイムズ》的影响力也非常大,这两份杂志不仅刊载、评论最高法院的判例,同时也刊载、评论下级法院的判例。上文提到的由有斐阁选编的《××法判例百选》主要评论最高法院的判例。官方的判例评论主要是最高法院调查官编辑的半正式杂志《法曹时报》。^[52]从总体上看,参与判例评论的主力军是在大学从事法学教育与研究的学者,法官撰写判例评论的情况非常少见,好像只有最高法院的调查官会发表评论。^[53]这一点与我国形成了鲜明的对照。^[54]

(二)“判例”的概念梳理

尽管末弘严太郎的观点及做法给当时的日本法学界带了巨大的冲击,但由于长期以来对于“判例”这个核心概念的理解缺乏共识,之后相当长的一段时期判例研究一直处于一种看似繁荣实则混沌的状态。

20世纪中后期,为了终结这种混乱局面,川岛武宜第一次对判例这个概念作了十分精细的梳理。在川岛武宜看来,人们在使用“判例”一词时所赋予其的涵义有很大的出入,有人将其理解为英美法意义上的“裁判上的先例”,也有人将其理解为广义上的“裁判例”、“判决例”,更有人笼统地将其理解为“判决中的法律论”。川岛武宜认为,只有那种具有先例拘束性的裁判例规范才有资格称为判例。^[55]在这之后,判例概念的混乱局面才得到相当程度的改观。^[56]

[52] 由于人数上的限制,日本最高法院只设置了三个小法庭,而不像下级法院那样设置“民事部”(相当于我国法院的民庭加行政庭)和“刑事部”(相当于我国法院的刑庭)所以在制度上要求最高法院的法官都是全才,是不现实的。调查官制度就是为了应对现实的矛盾而创设的。所谓调查官,首先都是有着长期而丰富的审判经验的下级法院法官,他们被配置在最高法院辅助最高法院法官,以补充最高法院法官在精力和知识上的不足。也因为如此,法学界对调查官制度持批判立场的观点认为,不是最高法院的法官在裁判,而是调查官在裁判。

[53] 调查官撰写的“解说”刊登在《法曹时报》上,并按年度汇编成《最高裁判所判例解说民事篇》和《最高裁判所判例解说刑事篇》,由财团法人法曹会出版发行。不过,学界对调查官所撰写的解说保持一种谨慎的态度,即只承认各种观点为调查官个人的,而不认为是法庭的或者法院的。参见[日]中野次郎编:《判例とその読み方》有斐阁1986年,第107-108页。这一点,与我国许多正式以及非正式的案例评论常常以某某法院某某法庭的名义发表也形成对比。

[54] 撰写案例评论在我国的学界得不到应有的重视,倒是参与案件审判的法官对于撰写案例评论比较积极。针对这种以法官为判例评论主力的局面,笔者已在另文中作过评价,在此不再赘述。参见解亘:《案例研究反思》载《政法论坛》2008年第4期。

[55] [日]川岛武宜:《判例と判決例——民事裁判に焦点を置いて》,载[日]川岛武宜:《川岛武宜著作集第5卷》,岩波书店1982年。

[56] 实际上,本文在使用到“判例”这样的表述时,内涵也并不是一贯始终的,例如“判例集”中的“判例”其实准确的表述应当是“裁判例集”或者“裁判文书集”。

(三) 裁判例研究的目的

以裁判例为素材的研究,可以出于各种各样的目的。

早期的先驱人物川岛武宜曾将案例研究分类为:(1)裁判上之先例的研究;(2)裁判中所表明的法律论的研究和批评;(3)裁判在政治上、经济上以及社会上之含义、背景以及影响等的研究;(4)裁判的心理判断过程的研究。^[57]近期的学者则是从另外的角度对以案例为素材的研究作了别样的分类:(1)为了深化对案例理解的研究;(2)为了抽出理论的研究;(3)为了发现问题的研究;(4)针对案例中所显现的纷争形态的研究;以及(5)探寻判决对某个纷争所产生之影响的研究等,不一而足。研究者有什么样的课题设定,就可以有相应的研究案例的目的。^[58]

(四) 日本两种典型的判例研究模式

尽管不同的研究目的造就了裁判例研究的多姿多彩,但是在日本数量最多、影响最大的判例研究模式只有两种:一种是以东京大学法学部所掌控的《法学协会杂志》为代表的“判民型”(这一表述来源于东京大学判例研究会负责的专栏“最高裁判所民事判例研究”),另一种则是以京都大学法学部掌控的《民商法杂志》为代表的“民商型”。

由于受到判例研究的首倡者末弘严太郎的影响,“判民型”的案例研究从20世纪20年代开创伊始就将具有先例拘束性规范的抽取当作其首要目的。这类案例研究将判决首先看作是个别案件的具体解决,因此,在研究中非常注重案情与结论的对应关系,强调对所抽取之先例拘束性规范妥当范围的限定。^[59]而与这种类型相对的“民商型”案例研究,早期则主要以对判决中的法律推论的批评作为其主要目的,往往将具体的案情剥离,将判决中所展开的抽象论当作一种学说来对待。也就是说,早期的“民商型”的案例研究只不过是案例作为为了展开自己之学说的素材或者说触媒来利用的。^[60]

不过,这种脸谱化的归类也许只有历史意义。因为所谓的“民商型”也早已开始留意案情与结论的对应关系了。可以说,“判民型”与“民商型”的差异,只存在于重视判决理由中之法律论的程度上。^[61]在笔者看来,正是这种重视判例的教学和研究作风大大抵消了日本法学界过分偏重于比较法研究而可能发生的本国问题意识欠缺,为日本法学的独立作出了独特而重要的贡献。

(五) 判例评论的写法

1. 先例拘束性规范的形态

那么,先例拘束性规范究竟是什么?换言之,判例究竟以什么样的形态呈现?

既然是规范,它就一定以命题的形式呈现,而且是一个有关法律论点的命题。不仅如此,由于是通过案例生成的规范,所以上述法律论点一定是与案件有着直接关系的问题。正因为如此,判例命题通常比法律中的法律命题在字数上要长。

[57] [日]川岛武宜:《判例と判決例——民事裁判に焦点を置いて》,载[日]川岛武宜:《川岛武宜著作集第5卷》,岩波书店1982年。

[58] [日]大村敦志等:《民法研究ハンドブック》,有斐阁2000年,第312—317页。

[59] [日]大村敦志等:《民法研究ハンドブック》,有斐阁2000年,第308页。

[60] [日]大村敦志等:《民法研究ハンドブック》,有斐阁2000年,第308页。

[61] [日]大村敦志等:《民法研究ハンドブック》,有斐阁2000年,第310页。

2 抽取的方法

近百年的法制近代化进程, 不仅在日本带来判例研究的繁荣, 同时也孕育出了有关判例研究本身的理论, 特别体现在如何抽取先例拘束性规范上。按照日本学者的总结, 先例拘束性规范的抽取方法主要有以下几种。^[62] 当然, 这些方法并不彼此孤立, 而可以相互渗透相互支援。

其一是通过对判旨文本的读解来抽取。即在抽取先例拘束性规范时, 将判决理由中所明示的法律论作为重要的要素予以考虑。这是最容易想到的手法。一份完整的判决理由中, 一般包含有结论部分、理由部分, 以及将结论部分的法律命题嵌入事实关系中去的部分。^[63] 其中, 结论部分和理由部分一般都会有抽象的规范命题。而先例拘束性规范由结论命题和部分理由命题组成。

结论命题因案件的不同而形形色色。例如, 可以是“赌博行为属于不当得利制度上的不法原因”这样的抽象命题; 还可以是“综合本案的事实, 原告的行为属于乘人之危的行为”那样的以一定的案件事实为前提的命题。而在后者的情形, 先例拘束性规范的适用范围——射程, 自然要受到这些重要事实的限定。换言之, 只有后续的案件具备一定事实的情形, 先例拘束性规范才能够适用。当然, 并不是案件中所有的事实对于先例拘束性规范都有意义。如果结论命题过分拘泥于特定的案件事实, 那么该命题便可能因为缺乏普遍性而丧失先例的地位; 只有重要的事实才成为先例拘束性规范的一部分。^[64] 这里, 就需要对案件事实进行定型化作业。

判决理由中的命题往往有很多, 只有那些紧密结合案情的, 直接支持结论命题的理由命题才具有先例性的资格; 而仅仅具有抽象意义却不是直接用来说明结论命题的命题, 则没有资格成为先例拘束性规范。^[65]

然而上述种种命题有可能没有明示于裁判文书, 这时就需要另外一种抽取方法了。

其二是按照案件事实与结论的对应关系来抽取。这是最常见也是最为重要的先例拘束性规范抽取方法。之所以强调在与事件的对应关系中来限定先例拘束性规范, 是因为判例是针对具体的事件而被提出的裁判规范。具体的手法由如下三个步骤组成: 定型化事实的抽取、定型化结论的抽取以及两者的关联作业。^[66] 不过, 在笔者看来, 其中的第三个步骤其实已经被前两个步骤所吸收。

其中, 最为重要的作业, 是定型化事实的抽取。既然是作为先例拘束性规范, 那么就必须将具体的事件在一定程度上作类型化的抽象, 否则便成了只对一个特定事件有效的规范, 不再具有先例的价值。那么, 这种定型化作业的对象——案件事实, 又该是什么样的事实呢? 关于这一点, 虽然有过争论, 但目前日本学界达成了共识: 只能是经过诉讼程序过滤的认定事实, 而不是法官所面对的活生生的全部事实。^[67]

[62] 以下内容, 主要参考了[日]大村敦志等:《民法研究ハンドブック》, 有斐阁 2000年, 第 324—343页。

[63] [日]大村敦志等:《民法研究ハンドブック》, 有斐阁 2000年, 第 330页。

[64] [日]中野次郎编:《判例とその読み方》有斐阁 1986年, 第 40—42页。

[65] [日]中野次郎编:《判例とその読み方》有斐阁 1986年, 第 44—46页。

[66] [日]大村敦志等:《民法研究ハンドブック》, 有斐阁 2000年, 第 327页。

[67] [日]平井宜雄:《判例研究方法論の再検討——法律学基礎論覚書。その三——》, ジュリスト 956号(1990年), 第 141、142页。

主流的观点认为判决理由中的“傍论”——与裁判结论的导出无直接关联的规范命题或者法律论——不具有先例性,在抽取定型化结论时需要剔除。

其三是整合理解判例法总体的方法。以上介绍的手法都是以单个案例为对象的手法。但人们说到先例或者先例拘束性规范时,指的常常是若干个先例的总体。这种手法的合理性在于:既然先例拘束性规范也是法律规范,就应当具备一贯性和不矛盾性。就像在先例拘束性规范背后存在一个统一的人格。具体做法是,就某一个法律问题采取归纳法,从若干结论命题中提炼出法院的一般见解。^[68]

3 判例评论的文章结构

最后的问题,是以先例拘束性规范的抽取为目的之案例研究——判例评论该采用什么样的结构。以下,是日本判例评论的典型模式:

- (1)序论——本判决的意义;
- (2)本判决在判例法上的定位;
- (3)以往下级法院案例的动向;
- (4)以往的学说状况;
- (5)判旨的评价;
- (6)判旨的射程;
- (7)遗留问题。^[69]

四、判例教学

如果说判例研究是日本法学研究的一个重要支柱,那么其成果也势必会反映到法学教育中来。在日本的法学教育中,重视判例的风气也蔚然成风。这种风气在法学知识的传授以及判例研究的训练中均有体现。

(一)法学知识的传授

在本科教学中,无论是经典的教科书,还是授课教师制作的讲稿中都会有大量的判例(主要是最高法院判例)。教材细致深入,我们恐怕一时难以望其项背。此外,长久以来,指导法学部学生的风向标——司法考试,也大量地以判例作为考试的内容。按照日本的司法人才培养制度,司法考试的合格生并不能立刻进入司法的前线从事司法、检察以及法律服务工作,而是要集中到由日本最高法院人事总局举办的培养法律实务人才的摇篮——司法研修所研修相当的时期,经过再次的考试合格后才可从事法律实务工作。在司法研修所的洗脑式培训中,判例的权威性更是远远超过学说,可以说是完全支配了实务界。^[70]

(二)判例分析的训练

法学部会在本科三、四年级开设seminar这样的课程。一个seminar课程的人数一般不超过20人,由各位教授与学生双向选择。课程的内容主要是案例评析,方式为轮流由学生报告,教授只是起主持和指导的作用。这样的训练在部分硕士课程,特别是面向实务的课程中也能见到。

笔者从事过若干年的法学教育,深感中日两国在法学教育上的差距。日本的教学活动往往细致入微,而我国的法学教育比较宏观抽象。这种差距一方面当然是因为日本有长达百年的理论积累,但另一方面在很大程度上恐怕也因为双方在判例教育上的巨大差距。

[68] 日本的学界称之为“判例理论”,参见[日]中野次郎编:《判例とその読み方》有斐阁1986年,第69页。

[69] [日]大村敦志等:《民法研究ハンドブック》,有斐阁2000年,第339-340页。

[70] [日]中野次郎编:《判例とその読み方》有斐阁1986年,第10-11页。