

## 「判例評析」欄目長期稿約： 追尋真實的法

當現代法學方法論明確承認法官的法律續造職能後，判例便從規範的單純具體化進階為了「活法」不可替代的載體。任何想要瞭解本國真實的法或確定的法的人，都無法忽視判例在事實上的拘束力或作為「補充性法源」<sup>1</sup>的地位。

基於此，判例研究也就具有了重要意義。對於實務而言，判例研究可以減輕律師等實務工作者的重複檢索，並直接促成實務與理論的對話，對判例的稱讚或批評能激勵或鞭策改進司法論證。對於理論來說，具體而真實的案型的提出，可以為抽象學說間的爭論搭建「華山論劍的舞台」，引導理論向有實益、有實務需求處縱深；疑難案型還可以推動理論的進化迭代，發現理論無力解決的新問題，促成理論的再體系化；判例研究還能促進法律的本土化發展，減輕對比較法各方面資源的過度依賴；<sup>2</sup>最後可以促進交叉學科的研究，如民法、商法、民訴法為解決一個案例而共同協力。<sup>3</sup>

質言之，在完整的法教義學知識生產體制中，判例評析作為「基礎文獻」起到了篩選、定位、初步評論有價值的案例的功能，這些案例隨後進入論文和專著等更深層研究的視野，最後固定、濃縮為教科書中的經典案例或者作為「法教義學巔峰」的評注<sup>4</sup>中

<sup>1</sup> 參見章程：《繼受法域的案例教學》，載《南大法學》2020年第4期，第24頁。

<sup>2</sup> 章程教授曾指出，法典和學說繼受帶來的是自上而下的壓制，而司法實務所需的自下而上的調試則只能透過判例研究實現。參見章程：《法學的敦煌——回眼繼受法學史上的1930年 | 民商辛說》，載微信公眾號「天同訴訟圈」，2018年1月2日，<https://mp.weixin.qq.com/s/PumFhX5HJlpC41Fvh3fdEw>。另可參見金印：《教授訪談 | 金印：以真實案例為基礎學習法律》，載微信公眾號「STL中國法」，2023年8月9日，<https://mp.weixin.qq.com/s/1ZbIQujFa2qr1613nrUh4w>。

<sup>3</sup> 參見賀劍：《案例評析與法律評注》，北京大學出版社2021年版，第13-17頁；解互：《先例性規範的抽取》，載《法律適用》2019年第4期，第25頁。

<sup>4</sup> 「相當數量的實務案例評釋仍然是評注起碼的基礎。否則，在我們這樣一個教科書、體系書仍大

的實務通說。<sup>5</sup>

在比較法上，德國的主流期刊歷來有刊登裁判評析或選摘裁判的傳統，例如《新法學週刊》（NJW）、《法律人報》（JZ）、《歐洲私法雜誌》（ZEuP）、《法學教育》（JuS）等均設有「裁判」（Rechtsprechung/Entscheidungen）、「裁判評析」（Zur Rechtsprechung）、「裁判速遞」（Aktuelles aus der Rechtsprechung）專欄，《新法學週刊》甚至還每隔半月定期出版專門的判例專刊（NJW-RR）。臺灣的《月旦法學》、《月旦法學教室》等雜誌也設有「裁判／判解評析」「司法實務選輯／實務選編」等欄目，更有專門的《月旦裁判時報》、《月旦實務選評》。日本自留美歸來的末弘嚴太郎教授提出抽取先例型研究後，判例研究更是自成一派，蔚為大觀，也出版有專門的《判例時報》、《判例times》（判例タイムズ）等。<sup>6</sup>

在此需要特別提及的是，判例研究對於法學教育的重要意義。判例的具體事實情景和裁判難題，最能引導初學者體會理論如何運用、領悟理論學習的意義，並能加深對知識的印象，激發思考，增進對大陸社會現實及其面臨的法律問題的瞭解。<sup>7</sup>判例評析的累積和層疊，還會大幅便利教科書和評注的寫作。任何閱讀過德國法教科書的人，可能都會對腳注中援引的本土豐富的裁判感到欽羨。不僅具有強烈實踐色彩的制度離不開判例的具體說明，如教授「誤載無害真意」時不可不提及的「鯨魚肉案」便是德國帝國法院的一件真實裁判；<sup>8</sup>理論建構取向的探討也離不開裁判的檢測，例如弗盧梅（Flume）教授在民總教科書中為批判主觀行為基礎理論的多餘和誤導性而引用的「盧布案」、「股價案」、「銀幣案」、「碎鐵案」無一例外均是真實裁判。<sup>9</sup>

以中國大陸如此廣袤的幅員、斑駁陸離的社會現實，我們並不缺乏各式各樣的案例，<sup>10</sup>而只是缺少發現、篩選有價值案例的合適機制，進而導致中國大陸的教學和學術

---

規模依賴比較法知識的法律社群，法律評注很容易變成點綴本土案例的比較法工具箱，懷著本土化的初心卻走向比較法再繼受的末途。可惜的是，今日中國空有如此龐大的學者規模，但法學界提供的案例評釋卻遠不及日本和臺灣。……恕我直言，在這樣前提不備的背景下去從事法律評注的寫作，即使選擇有大才的寫作者激以重賞，其能夠超越百千實務案例評釋的累積而取得成功，也都不過是偶然。」章程：《繼受法域的法典評注》，載《浙江社會科學》2022年第4期，第155頁。

<sup>5</sup> 參見賀劍：《案例評析與法律評注》，北京大學出版社2021年版，第2、9、17頁。

<sup>6</sup> 參見解互：《日本的判例制度》，載《華東政法大學學報》2009年第1期，第93-95頁。關於英美法系中案例評析（comments）的簡要梳理，參見賀劍：《案例評析與法律評注》，北京大學出版社2021年版，第6-7頁。

<sup>7</sup> 參見金印：《教授訪談 | 金印：以真實案例為基礎學習法律》，載微信公眾號「STL中國法」，2023年8月9日，<https://mp.weixin.qq.com/s/1ZbiQujFa2qr1613nrUh4w>。

<sup>8</sup> Vgl. RG 99, 147 ff.

<sup>9</sup> 分別參見RG 105, 406 ff.; 94, 65 ff.; 101, 107 ff.; 90, 268 ff.

<sup>10</sup> 金印教授曾言：「我們國家特別大，我們現實中的案例非常豐富，有些國外沒有想到、或可能還

研究在本土化和細緻程度上不免有所失色。

作為一本旨在追求「有溫度的法學教育」的雜誌，本刊在籌劃創立之初便心心念念判例評析，希望為中國大陸的法學教育補上一塊基礎性的拼圖。判例研究要想發揮作用，必須具有海量的積澱，因而必定是一項集體作業。<sup>11</sup>在這裡，我們衷心期待各位作者朋友（學者、實務工作者以及各層次的法科學生）惠賜大作，以充實我們的欄目。

我們的刊物雖然身處微末，但也願意身體力行，為判例研究開闢一片穩定而自由的空間。我們期待著法學教育和研究中可以出現更多、更豐富的本土實例，期待著判例研究的進一步昌明。

### 【具體徵稿要求】

1. 在風格上，無論是德國的「以案釋法」，還是日本式的「抽取先例」，我們都十分歡迎。中國大陸的「判例評析」應當是什麼樣的風格，本身也有待在一件一件的評析寫作中不斷探索演變。<sup>12</sup>但無論如何，為與論文和評論的功能相界分，判例評析應當是高度聚焦於個案的，是對個案作初步的篩選、定位和評析，因此任何理論探討都需要結合個案進行，避免脫離案例的抽象學理討論、判例淪為學理探討的引言或者徑直以學理標準切割案例，而應盡可能地挖掘判例在事實情景中獨特的價值判斷等價值。我們鼓勵在核心爭點之外附加評論全案其他有價值的問題，以追求個案在法律適用上的正確性。此外，我們也歡迎對判例評析本身方法論的研究文章。
2. 在判例的選擇上，以案例的學理價值為重，兼及權威性。一般應是高原層級以上的裁判文書，但特定問題多發生在下級法院或下級法院論理十分詳盡者，不在此限。

---

是一些假想的案例，在中國可能已經有相應的真實案例和裁判了。舉一個例子，我以前寫一篇『提前履行』的文章，比較法上相應的案例非常少。但後來我發現中國法中一個有關提前履行的仲裁裁決唛翻譯成了英語，國際上很多重要的關於CISG的評注都引用這個中國的案例。」金印：《教授訪談 | 金印：以真實案例為基礎學習法律》，載微信公眾號「STL中國法」，2023年8月9日，<https://mp.weixin.qq.com/s/1ZblQufFa2qr1613nrUh4w>。

<sup>11</sup> 「集大成的法學文獻，在英美是體系書，在歐陸是法律評論，要完成這些作品，非海量的本國案例和學說作支撐不可。這是一項浩大的工程，即使最優秀的作者，受制於時間和精力，也不可能去逐一閱讀、評析所有案例，遑論再作深入研究。因此，完成海量的案例評析儲備，讓作者參考、援引現成的評析，不失為一個務實選擇。在海量儲備的意義上，案例評析也將成為中國法律人的一項集體事業。」賀劍：《案例評析與法律評注》，北京大學出版社2021年版，第17頁。

<sup>12</sup> 章程教授曾指出：「以母法的多元性來看，混合繼受更加複雜的我國似乎可以取法由實入理的判例研究，但以繼受的階段和司法的質量來看，我們又有充分的道理採由理入實的研究，以增加規範的密度。因此，今日中國並不應非此即彼地選擇『民商型』或『判民型』判例評析方法，而應在區分領域、功能的基礎上，再明確方法的選擇——母法明確的應採以案說法的方式，而母法不明確特別是混合繼受的，在司法裁判有起碼質量保證的基礎上，則應採先例性提取的方式。」章程：《也是西風漸東土——〈民法研究指引〉的指引》，載《交大法學》2021年第2期，第203頁。

3. 在結構體例上，應包括案情、裁判理由、評論三部分，評論中又可包括問題的界定、既有司法實踐和學說觀點、問題的展開和評論、<sup>13</sup>本判例適用範圍的限定、未竟的問題或未來可能引發的問題（無需全有，可根據個案需要選擇）。案情和裁判理由應經過刪減，儘量去除與核心爭點及個案結果無關的部分，但也不應過度失真，以致與教學事例無異。
4. 在篇幅上，可以是短篇的、以梳理為主的判例評析（如2,000至4,000字），也可以是長篇的、以學理探討為主的評論（如1萬字上下）。

---

<sup>13</sup> 具體的評論思路可以包括：（1）判決的結論和論證正確，以往的批評都站不住腳（贊同型）；（2）判決結論正確，但論證不足（補強型）；（3）判決結論正確，但論證有誤、有更好的解釋方案（解釋論批判型）；（4）判決將造成負面的社會影響（立法論批判型）。參見賀劍：《案例評析與法律評注》，北京大學出版社2021年版，第23頁。