

民法、判例与学说

汤文平 著



暨南大学出版社
JINAN UNIVERSITY PRESS

民法判例与学说

第 11 卷 第 2 期

民法、判例与学说

汤文平 著



暨南大学出版社
JINAN UNIVERSITY PRESS

中国·广州

D923.
25

图书在版编目 (CIP) 数据

民法、判例与学说/汤文平著. —广州: 暨南大学出版社, 2015. 5
ISBN 978 -7 -5668 -1500 -2

I. ①民… II. ①汤… III. 民法—研究—中国 IV. ①D923. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 135768 号

出版发行: 暨南大学出版社

地 址: 中国广州暨南大学

电 话: 总编室 (8620) 85221601

营销部 (8620) 85225284 85228291 85228292 (邮购)

传 真: (8620) 85221583 (办公室) 85223774 (营销部)

邮 编: 510630

网 址: <http://www.jnupress.com> <http://press.jnu.edu.cn>

排 版: 广州市天河星辰文化发展部照排中心

印 刷: 佛山市浩文彩色印刷有限公司

开 本: 787mm × 960mm 1/16

印 张: 14.75

字 数: 306 千

版 次: 2015 年 5 月第 1 版

印 次: 2015 年 5 月第 1 次

定 价: 39.80 元

(暨大版图书如有印装质量问题, 请与出版社总编室联系调换)

目 录

第一编 案例指导制度与民事指导案例研究

第一章 判例纂辑方法研究	1
一、判例库之扩张与纂辑方法的意义	1
二、判例库之纂辑	4
三、判例研究文库之培养	8
四、索引库之纂辑	13
第二章 指导性案例之文本剪辑	19
一、文本剪辑与文本“垄断”	19
二、剪辑的正当性	22
三、剪辑的限度	27
四、剪辑文本与原裁判文书的关系	32
五、结 论	34
第三章 从“跳单”违约到居间报酬	36
一、“跳单”之初步认识及问题初探	37
二、独家委托与居间合同法定范式的修正	43
三、多人居间报酬及原因性要件	48
四、落实到本案	55
五、余 论	62

第二编 债权法片论

第四章 解除和抵销中的异议之诉及异议期间	64
一、引 言	64

二、总体评说与建议	65
三、要点注释	68
四、结 论	77
第五章 德国预约制度研究	79
一、概 览	80
二、与相近制度的界分	82
三、内容确定性要求	85
四、形式要求及批准要求	88
五、预约上的请求权	89
六、结 论	91
第六章 瑞士预约制度研究	93
一、总 说	93
二、从预约与本约的关系看预约的容许性	97
三、内容确定性和形式要求	99
四、不履行的后果	101
五、结 论	105
第七章 预约在法教义学体系中的地位	107
一、外在体系上的递进式序列	111
二、要件和效果上的“概念论”解构	122
三、内在体系与“类型论”重构	140
四、余论：体系建构与法之发现“进行时”	147

第三编 物权法片论

第八章 建设工程价款优先权研究	149
一、序 说	149
二、关于主体	152
三、关于客体	155
四、关于效力	157
五、关于物权变动	172
第九章 宅基地上的权利群研究	179
一、为农民住宅处分自由声辩	181

二、宅基地上私权处分的路径——通往权利群	189
三、在权利群的视域里重塑宅基地使用权	204
四、立法论上的结论和条文试拟	217
五、法解释论上的重建	224
六、余论：本土资源与民法法典化	230



第一章 判例纂辑方法研究

一、判例库之扩张与纂辑方法的意义

最高人民法院2010年11月出台《关于案例指导工作规定》(下文简称《规定》),并于2011年12月、2012年4月及9月发布了前三批共十二个指导性案例,正式确立起案例指导制度。指导性案例不是一般的案例,后者只是自然存在的裁判结果,前者却需经特定的遴选、发布程序,而它们之间最关键的区别在于:指导性案例是未来裁判参照的对象,具有判决先例才有的某种拘束效力^①。由于指导性案例被赋予了判决先例才有的某些特征,所以有不少观点直接称之为“中国特色的

^① 大陆法系各国就判例一般不承认有正式法源地位(瑞士除外),不承认有规范性拘束力,但为了确保法律运行的效果,又认可判例有事实上的拘束力。至于何谓“事实上的拘束力”,则又众说纷纭,或曰“特殊意义(besondere Bedeutung)”,或曰“辅助性拘束力(subsidiäre Verbindlichkeit)”,参见Larenz, *über die Bindungswirkung von Prajudizien*, FS Hans Schima, 1969, S. 247f.; Bydlinski, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, 1991, S. 511.

判例”。^①本书标题也是在这一意义上使用“判例”一词。^②

事实上，人们长期以来所期待的，也正是判例制度。新中国成立初期称道判例制度的文献或有因袭旧时思维之嫌，暂且勿论，新时期自20世纪80年代起，众多有识之士即已大声疾呼建立我国自己的判例制度。2004年，武树臣教授搜集1986年至2003年间我国学者发表的呼吁建立判例制度的论文，勒成上、下两册，一百四十余篇，蔚为壮观。^③我国也需要判例制度，可以说是历久弥新的共识。

当然，案例指导制度毕竟不同于判例制度。作为成文法国家，我国不应追随判例法系，视判例为正式的法律渊源，所以《规定》第7条只是很克制地要求各级法院“参照”而非“适用”，避开了过于刚性的“遵循先例”原则。这是值得称道的。问题是，案例指导制度与大陆法系成熟的判例制度也格格不入，它将指导性案例与极为刚性的行政遴选、发布程序捆绑一处，失去了判例制度自主发展的精义，^④反与我国常受诟病的司法解释制度如出一辙。^⑤甚至还有观点敏锐地指出，司法解释至少还受上报全国人大常委会备案程序的约束，案例指导制度则“无拘无束”，可能在错误的道路上走得更远。^⑥这也并非杞人忧天。

① 陈兴良教授认指导性案例为“判例”，将案例指导制度直接界定为“具有中国特色的判例制度”，参见陈兴良：《案例指导制度的法理考察》，《法制与社会发展》2012年第3期；张军大法官在一次报告中说：“我国案例指导制度的最高发展阶段，就是要建立起具有中国特色的判例制度”，参见高领：《“指导”意在规范——构建中国案例指导制度研讨会综述》，《人民法院报》，2010年1月7日，第5版；魏胜强副教授认为目前做法已是“有名无实的判例制度”，参见魏胜强：《为判例正名——关于构建我国判例制度的思考》，《法律科学》2011年第3期；另参见《中国式“判例”头炮有点闷》，《南方周末》，2012年1月13日，该报道标题代表了一般媒体对案例指导制度的理解。

② 本书标题意在强调是要围绕该建构任务探索系统方法，而非简单堆砌各类方法。

③ 参见武树臣主编：《判例制度研究》，北京：人民法院出版社2004年版。

④ 参见陈兴良：《从规则体系视角考察中国案例指导制度》，《检察日报》，2012年4月19日。

⑤ 有关司法解释的批判及声辩，参见贺日开：《司法解释权能的复位与宪法的实施》，《中国法学》2004年第3期；陈兴良：《司法解释功过之议》，《法学》2003年第8期；曹士兵：《最高法院裁判、司法解释的法律地位》，《中国法学》2006年第3期；魏胜强：《司法解释的错位与回归——以司法解释权能为切入点》，《法律科学》2010年第3期。目前较为主流的观点认为司法解释虽曾发挥过较大作用，但是在权能配置上难以自圆其说（个别法官提出的“习惯法说”未获认同），妨碍了法官自由裁判，为判例制度的建立人为增添阻力，应予废弃，以个案解释的判例制度取而代之。

⑥ 参见李仕春：《案例指导制度的另一条思路——司法能动主义在中国的有限适用》，《法学》2009年第6期。

但是在乐观的方面也应看到，案例指导制度将有力地引导法律人共同体集中注意力于判决先例，《规定》所说的“参照”又的确保留了弹性空间，所以它在可能沦为司法解释附庸的同时，也可能为实质性判例制度的确立带来契机。实际上，从我国法制史及区际比较法的经验来看，后一乐观前景是很现实的。按民初大理院（民国十六年后改称“最高法院”）之“判例”，只能取自于最高审判机关的判决，且删去完整事实，仅保留抽象的命题，遴选、发布的程序与案例指导制度同样刚性，从先例规则的形成上看，弹性还要小得多。简言之，上述所谓“判例”制度，与大陆法系经典的判例制度距离比较遥远。然而上述“判例”制度在我国台湾省实施至今，不仅迄今未废弃，且还的确确立了实质的判例制度。究其根源，就在于台湾省学界、司法界对该狭义“判例”与实质判例的距离有清醒认识，并知耻而后勇，一边不停息地消除狭义“判例”的弊端，^①一边借助其强行集结先例注意力的优势，将案例研究范围扩张到无穷尽的裁判资源，从而实现了与大陆法系实质判例制度的合流。

由此可见，案例指导制度可能成为实质判例制度的掘墓人，也可能成其为先声。门已打开，歧路在前，何去何从，更多地有赖于法律人共同体的行动。而这行动的重中之重，就是将指导性案例集结的先例关注迅速地推向实质性的、可靠而精粹的判例。判例纂辑方法也将在此扩张的过程中更显重要。如果按照目前发布指导性案例的速度，并且坚持狭义的案例指导观，将该制度视为司法解释的附庸，那么纂辑方法至少在未来一大段时间里都无足轻重。而一旦积极地从该制度出发追求实质判例制度，法律人共同体有无判例纂辑方法自觉，将是决定成败的关键。

判例一大意义在于渐进地、稳妥地、有理由地、有说服力地演进法律，^②为法教义学体系输入新问题和新材料是其演进法律的起点。法教义学是法律人用以应对现实生活的体系，具有常新的使命，作为其问题和素材之渊藪，判例库也是开放的、常新的，且需要有较大规模才能满足需

^① 典型例子如2004年杨仁寿等三位大法官在“司法院”释字第576号解释之协同意见书里，详尽阐述了该“判例”制度与大陆法系实质性判例制度的不同，认为其有违权力分立及独立审判原则，对后者则仍推崇备至。

^② 王洪亮：《德国判例的编纂制度》，《法制日报》，2005年3月10日。

要。但是不断累积的判例也是思维的负担,^①为了吹尽狂沙、淘得真金,并嵌入体系,需要系统的方法。

本书集中关注的判例纂辑方法是上述系统方法的有机组成部分,包括判例和判例研究成果的编纂、搜辑和纂述,既涉及对原始材料提炼、考证、排比的方法,也涉及运用材料得出研究结论的方法。^②但是本书并不关注判例研究的完整细节,^③甚至对判例编纂、判例库汇纂的方法细节也仅作适可而止的描述。^④本书的任务是着眼于当前不规则的、各自为政的判例编纂、研究工作,探询方法粗迹及其背后深刻的机理,激发法律人共同体方法自觉,推动案例指导制度向中国特色判例制度演化。理想在于建立丰富、可靠而精粹的判例库及判例研究文库,然后以此“两库”为依托,采用各类体裁形成判例通说及学术通说合力机制,将“两库”里原生态存在的精华提炼出来,建立良好索引,造就法律人共同体共享的法教义学知识宝库。

二、判例库之纂辑

(一) 纂辑目标

判例库是判例制度的“物质”基础,上文提及的“丰富、可靠、精粹”可以作为衡量其优劣的标准。所谓“积土成山,风雨兴焉;积水成

^① 例如有论者指出,美国积累的判例数以百万计,现代信息技术的兴起使得人们无法确信自己搜读了所有相关的先例,传统意义上的“遵循先例”原则不得不大打折扣。参见[美]阿蒂亚、萨默斯著,金敏等译:《英美法中的形式与实质——法律推理、法律理论和法律制度的比较研究》,北京:中国政法大学出版社2005年版。技术延展了人们的手眼,但却动摇了内心的确信,真是“成也萧何,败也萧何”。

^② 前者属于纂类,后者属于著述。清儒治学与当代判例研究一样,也面临了处理巨量材料的问题,为此而提出功力与学问之分、纂类与著述之分,就此尤请参阅钱穆:《中国近三百年学术史》,北京:商务印书馆2003年版,第433~434、436~468页。其间所引章学诚有关“夸多斗靡”、“竹头木屑之伪学”的批判,对我判例研究尤多警悟。

^③ 有关具体的案例研究方法参见王利明:《民法案例分析的基本方法探讨》,《判解研究》(总第14辑),北京:中国人民大学出版社2003年版,第3页;王亚新:《案例分析的方法与学理》,王亚新等著:《法学进阶之路》,北京:中国人民大学出版社2008年版,第5页;解亘:《案例研究反思》,《政法论坛》2008年第4期。

^④ 具体的编纂方法此前已有较多介绍,例如有关美国、德国判例编纂的详细介绍可参阅郎梅:《美国联邦最高法院判例汇编制度及其启示》,《法律文献信息与研究》2008年第2期;李翀:《德国判例制度研究》,《德国法研究》(第4卷),哈尔滨:哈尔滨工业大学出版社2010年版。

渊，蛟龙生焉”（《荀子·劝学》），就像一个系统要有足够量的积累才能有独特功能的“涌现”，判例制度也必须积聚足够“丰富”的判例，才能发挥演化法律的作用。判例有先例规范功能，“可靠”的要求是不言而喻的，它既指判决的作出未受司法腐败、法律技术过于低下等不良因素的“污染”，也指判例在公开和纂辑过程中没有失真。“精粹”是与“丰富”相反相成的一对标准。只有在丰富的基础上才能提供足够多的精华，但若只是一味地丰富，却也免不了泛览无依的遗憾，难以发挥演进法律的作用。

（二）比较法经验

由于英美法系“遵循先例”原则的作用，各级法院之判决对于自身（横向）、上级法院之判决对于下级法院（纵向），均有判例地位，所以判例库极其宽泛。加之缺乏类似大陆法系立法、法学构筑的法教义学体系，英美法系判例分类的关键词库也极为庞大^①，与我国成文法传统较为隔阂。故而下文主要考察大陆法系的经验。

先以德国为例，德国联邦法院编辑的民事、刑事、行政、劳动等判例集，均由专门办公室编纂，精选案例并添加裁判要旨，予以出版，但上述编纂行为不具有太大的刚性。除了上述“官定”判例集之外，《新法学周刊》（NJW）、《新法学周刊——判例报告》（NJW-RR）等著名期刊也大量遴选、公开有意义的判例，成为民间判例库。一个特别值得关注的情况是，各法律部门都有专门期刊分专业遴选、公开判例，针对性强。例如商法领域就有《银行法和银行经济杂志》（ZBB）、《企业和公司法杂志》（ZGR）、《经济法和破产实务》（ZIP）等等。另有 Beck-online 数据库、Juris 数据库等或搜集较新判例，或志在存储所有公开的判例。

与德国相比，日本在“官定”判例集的编纂上较有特色。其大审院于1921年开始编纂判例集，“二战”以后，大审院改称最高裁判所，继续编辑自己的判例集和各高级裁判所的判例集，又有《下级裁判所裁判例集》。虽一称“判例集”，一称“裁判例集”，名称不同，搜集的判决所出法院之手不同，但是在研究中都被以判例视之。日本遴选、公布判例的做法较为严格，在最高裁判所和各高级裁判所专门设置由七名法官组成的判例委员

^① 美国 West 出版公司著名的判例库使用的关键词多达近 10 万个，参见郎贵梅：《美国联邦最高法院判例汇编制度及其启示》，《法律文献信息与研究》2008 年第 2 期。

会，负责遴选判例。^①

我国台湾省“最高法院”编辑的《判例要旨汇览》，相较于日本的做法更为严格。据其“法院组织法”第57条及“最高法院”《判例选编及变更实施要点》，判例只能由“最高法院”庭长、普通法官五人以上联署，从“最高法院”判决中遴选，并须提炼要旨、汇编出版，报“司法院”备查。每一判例均依严格程序发布，以判例要旨的面目出现，纂辑形式附着于法条之下，变更程序相当复杂。但是台湾各级法院的判决却又公开得极为广泛，所以在判例要旨之外形成了庞大的案例库。从判例制度的养成来看，台湾法律人共同体并没有限于《判例要旨汇览》故步自封，而是大规模地从上述案例库里采撷，这一点特别值得重视。^②

总结起来，目前大陆法系各国判例库大致包括如下三个层次的内容：“官定”判例集、民间以专门刊物形式出版的判例集、电子数据库。其权威和精粹程度大约是依次递减，但由于专门刊物在选载判例之余经常还邀请知名学者撰写判例评论，所以又可能在具体判例先例之权威性上，反而盖过了官定判例。三者功能也存在差序特征：电子数据库是为了分辨检索并提供各判例公开信息的全貌；官定判例集意在萃取精华，^③划定最核心范围凝聚司法及学术注意力；判例刊物则有推动学说参与、汰选漏网精华，提升专业化的功能。

（三）我国案例库存现状与未来前景

1. “存货”盘点

根据《规定》第8条，最高人民法院发布的指导性案例也将按年汇编，毋庸置疑。这是我国“官定”判例集的代表。此外还有其他带有官方

^① 参见王亚新：《对抗与判定——日本民事诉讼的基本结构》，北京：清华大学出版社2010年版，第243～245页。

^② 所以早期研究判例的代表性著作虽以“判例”冠名，但考察范围远不止于上述狭义的“判例”，而广泛旁及于“最高法院”的判决和下级法院的典型案例。晚近台湾学界案例研究更有平等对待“最高法院”判决和判例的趋势，又将触角更远地伸向地方法院的判决，为求写实，干脆略去了“判例”直接冠以“案例”或“判决”之名。前者如王泽鉴先生之《民法学说与判例研究》（1～8册，北京大学出版社2009年版），后者如台湾大学詹森林教授之《民事法理与判决研究》（1～5册，中国政法大学出版社2009年版）、中正大学曾品杰教授之《财产法理与判决研究》（元照出版有限公司2007年版）。

^③ 其编纂行为的刚性程度在不同法域各有不同，例如在德国、日本、我国台湾省即依次增强。

色彩的判例集,例如《最高人民法院公报》、《人民司法》、《人民法院报》、《法律适用》、各业务庭编写的各种《审判指导与参考》集刊、应用法学所编写的《人民法院案例选》、各地方高等法院或中级法院公布的专为指导实务工作的案例,数目庞大。这些案例在真实性上具有切实保障,在审判业务上也可以确保严谨公正,借助科层机构经历层层上报筛选,含金量高。2003年最高人民法院又依民商法、刑法、行政法分十五卷汇集出版其裁判文书,统称《判案大系》,收录案件多达两千余件。^①

最后,像北大法宝、法意等知名的案例库,已经颇具规模。截至2012年7月16日,北大法宝共收案例714 076件。这是一项杰出的成绩,须知德国最大的案例库“法库”(Juris)苦心经营数代人,所收案例也不过百万件,且完整案例仅三十多万件。不过,也要承认,上述德国案例库大多来源于各种判例集,可靠性和精粹程度高得多。我国现有的电子案例库,在这方面还有较大提升空间。

2. 系统化纂辑

假如停留于比较法经验的表面,那么对于上述“存货”似乎只需添加关键词,提炼要旨,按时间纂类排比即可。然而依葫芦画瓢却难竟全功。我们切不可忽视,前述大陆法系各国成功经验背后其实是一个“联动”机理:综合了法律审、一定程度的遵循先例、官定编纂、学术补强及纠偏等因素,才使得一个个“死”的判决汇入到“活”的判例制度之中。其中法律审之终审又集中于最高法院,使之真正成为一般案件审级的“最高”,从而使得法律适用统一的原点锁定于最高法院,^②对于法官预测上诉审结果、学术批判之注意力集中具有决定性作用,判例制度的效率也因此有了强大的保障。反映在判例库构造上,以最高法院判决为绝对主体,斩钉截铁,清晰有力。

我国缺乏法律审的专门设置,最高人民法院在大多数案件上也不是最高审级法院(审监程序除外);而且法律人共同体也没有形成重视本土判决的习惯。所以即便是最高人民法院的判决,公开之后也很可能泥牛入海,且判案法官在下笔之际也不会从设置先例上高度重视其工作。上述不

^① 这一做法在我国判例制度养成上意义非凡,应予延续。在前言里时任首席大法官的肖扬先生曾殷切呼吁学界关注,可至今杳无回音,似成绝响,令人叹惜。

^② 关于法律审对统一法制的重要意义参见张卫平:《民事诉讼法律审的功能及构造》,《法学研究》2005年第5期。在该文中张教授直称判例制度为法律审的“副产品”,对二者的关系有中肯的分析。

利因素会形成恶性循环，压制判例制度萌生。目前案例指导制度恰恰是打破这种恶性循环的契机。为了充分利用这一契机建构中国特色判例制度，在判例库的纂辑培养上，应以指导性案例为核心尽早予以系统化。

首先应借助指导性案例向判决先例集结注意力的优势，使尽可能多的判例资源以指导性案例为核心组织起来。例如，可以积极承担《规定》第9条对“其他有指导意义的案例”的“清理”任务，尽快主动清理，如此既可以提升最高人民法院工作速度，也可以从案例上指导制度“借鸡生蛋”，早日形成我国活法意义上的判例库。再如，指导性案例置入大陆法系判例体系之中近似于“确定性判例”，如果能汇集同类主题的判决，可以更清楚地界定该指导性案例在司法实践中的真实地位。因为大陆法系判例分类中除了确定性判例之外，还有持续性判例，前者依法院一则判例表明先例立场，具有显著的强行性特征，但可能缺少说服力。后者则是从一系列判决中撮出的立场，反映了深思熟虑的相同立场，往往更具有说服力。前者可以提升为后者，后者还可以提升为“习惯法”，在从普通判例经确定性判例、持续性判例至于习惯法的判例谱系中，持续性判例具有“枢纽”地位。我国若欲从案例指导制度发展为中国特色判例制度，就绕不过将重点从确定性判例向持续性判例转移的环节，这尤其离不开判例库纂辑工作的支持。

除了以上核心工作，还应就既有的可靠精粹案例作“人口普查”式研究纂辑，一一赋予征引编码，形成可靠的纸式及电子判例库，建构本土判例制度的坚实平台。为了持续发展案例库，又应加强培养《人民司法》、《法律适用》、《民事审判指导与参考》等成熟“品牌”，并挖掘潜力开发新品牌。总之，在我国目前立法体系基本完备的今天，回过头去对这些判决进行整理，汇集出版，应可成为判例制度培植的根基。

三、判例研究文库之培养

（一）培养目标

在成文法系中，无论是法条还是判例，只有经历法教义学的诠释、提

炼、汲取，才能顺利融入法律演化的长河中，^① 由于判例库散碎、庞杂的特点，判例对于法教义学研究的依赖又尤为显著。与此同时，学术深度参与判例研究，也是形成法学、司法、立法“三赢”局面的必须，学者个人的成长、学派的造就，往往以此为契机。对于判例研究文库，最重要的衡量标准同样是丰富、可靠、精粹。这是一个“形散而神不散”的“文库”，可以散落于法学研究的每一个角落，在它充分成熟时，应能就判例不断凸显的问题及时提供力所能及的解答。如前所述，本书所称判例“纂辑”包括纂类和著述，本部分却专谈“培养”。这是因为，就此文库而言，最重要的是著述，是如何吸引尽可能多的第一流智慧参与判例研究，在著述上百花齐放，以供采撷。关键在人，打通了这一关，丰富、可靠、精粹的研究文库将水到渠成。

（二）比较法上学术参与的经验

在大陆法系先进法域里，学术参与的经验可以给人诸多启发。先以德国法为例，该国法学在关注实务方面有悠久的传统，在萨维尼、耶林的时代，法学家就积极关怀司法实践。例如耶林完成从概念法学向目的法学转型，其动因全在于回应法院 1858 年某“一物二卖”案件的咨询。在该项咨询工作中，利益冲突彻底颠覆了概念王国，从而使耶林完成了从概念法学转向目的法学的“大马士革之旅”，1858 年也成为德国法学史上重要的年份。^② 在《德国民法典》出台之后，实务导向仍旧主导了学术研究。例如利益法学巨子海克倡议以法官发现法律为中心。第一篇研究利益法学对最高审判机关影响的专题论文是 1929 年首次发表的《帝国法院与利益法学》，该文整理出多个案例群，评估了利益法学的影响力和努力方向，为判例研究创设了一个范式。^③

评论判例也被当代德国的学者们作为毕生职责，拉伦茨、弗卢梅等大家都在耄耋之年仍为此孜孜不倦。在有关撰著中，判例整理不可或缺。学

^① 阿列克西提到，法教义学触角未及的立法令人不知所云。参见 [德] 阿列克西著，舒国滢译：《法律论证理论——作为法律证立理论的理性论辩理论》，北京：中国法制出版社 2002 年版，第 328～330 页。

^② 参见吴从周：《民法法学与法学方法》（第二册），台北：新学林出版股份有限公司 2007 年版，第 30～32 页。

^③ Müller - Erzbach, Reichsgericht und Interessenjurisprudenz, in: Ellscheid/Hassemer (Hrsg.): Interessenjurisprudenz, 1974, S. 126ff.

说努力在司法界获得了尊重，成功的学说结论常是司法判决征引的对象。这一努力在立法上也获得了极大的重视。例如2001年《债法现代化法》将有关积极侵害债权、缔约过失等学说和判例发展成果吸收入民法典，但此前学说对判例的总结仍是理解适用该当法条的必要根据。^①

在日本法上，判例制度的建构和繁荣同样离不开学术参与。据称大审院于1921年开始将判例结集出版，就是受到了学者末弘严太郎呼吁研究案例的影响。^②其后权威学者我妻荣先生在其方法论名文以第一章专论“裁判为中心”，^③在其民法全书里集民法判例之大成，终其一生另又撰写案例评论240余件，开创了学说与判例互动的新局面。其后学继续将判例研究引向深入。川岛武宜抓住了“判例”的概念问题，认为概念界定众说纷纭，以至于讨论总是擦肩而过，有必要重定概念并整理研究方式。^④这一工作获得较多认同，也使日本判例研究以提取“先例性规范”为一主要鹄的。^⑤被认为继承了我妻荣地位的星野英一，自谓受益最大的时光就是参与东京大学判例研究会的时期，其所创立的利益衡量论也直接扎根于判例研究。^⑥至今日本法学仍称道判例研究两大流派：东京大学的“判民型”（得名于“民事判例研究会”）与京都大学的“民商型”（得名于《民商法杂志》）。两所大学也被视为日本判例研究的重镇。^⑦

（三）我国目前的问题及出路

目前我国境内案例研究主要由法官承担。法官身处实务第一线，对个案裁判的曲折奥妙有亲身体会，裁判之余发为文章，对于裁判经验总结是

① Dauner-Lieb/Heide/Lepa/Ring (Hrsg), Das Neue Schuldrecht, 2002, S. 138f.

② 当时打算对此前的判决进行清理，这一点与我最高人民法院《规定》第9条要求清理此前“有指导意义案例”何其神似。但日本大审院后放弃了该项清理工作，据称是与作业量过大有关。参见段匡：《判例的法源意义——以日本法为视角》，中国民商法律网（<http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=54752>），2012年1月29日上传，2012年7月20日访问。

③ [日]我妻荣著，王书江等译：《债权在近代法中的优越地位》，北京：中国大百科全书出版社1999年版，第351～353页。

④ 参见段匡：《日本的民法解释学》，上海：复旦大学出版社2005年版，第222～224页。

⑤ 参见解亘：《案例研究反思》，《政法论坛》2008年第4期。

⑥ 参见张利春：《日本民法中的利益衡量论研究》，山东大学博士学位论文，2008年，第119～120页；台湾大学也曾有“民商法判例研究会”，于每月最后星期六下午召集，参见杨仁寿：《法学方法论》，北京：中国政法大学出版社1999年版，第289页。

⑦ 参见解亘：《案例研究反思》，《政法论坛》2008年第4期。