

中国社会科学院知识产权中心案例选

知识产权审判 逻辑与案例

反不正当竞争卷

主 编 管育鹰
执行主编 张 鹏

TRIAL LOGIC AND CASES OF
INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS

反不正当竞争法

◇第2条：一般条款

◇第6条：仿冒混淆行为

◇第8条：虚假宣传行为

◇第9条：侵犯商业秘密行为

◇第12条：互联网不正当竞争行为

法律出版社 LAW PRESS · CHINA

本书由北京市联德律师事务所资助

知识产权审判 逻辑与案例

反不正当竞争卷

TRIAL LOGIC AND CASES OF
INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS

主 编 管育鹰
执行主编 张 鹏

图书在版编目(CIP)数据

知识产权审判逻辑与案例. 反不正当竞争卷 / 管育
鹰主编. — 北京 : 法律出版社, 2021
ISBN 978 - 7 - 5197 - 5946 - 9

I. ①知… II. ①管… III. ①反不正当竞争—经济法
—审判—案例—中国 IV. ①D923.405

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2021)第 190834 号

知识产权审判逻辑与案例(反不正当竞争卷)
ZHISHICHANQUAN SHENPAN LUOJI YU ANLI
(FANBUZHENGDANGJINGZHENG JUAN)

管育鹰 主编

策划编辑 沈小英
责任编辑 刘晓萌
装帧设计 汪奇峰

出版发行 法律出版社
编辑统筹 法治与经济出版分社
责任校对 毛镜澄
责任印制 吕亚莉
经 销 新华书店

开本 710 毫米 × 1000 毫米 1/16
印张 14 字数 196 千
版本 2022 年 1 月第 1 版
印次 2022 年 1 月第 1 次印刷
印刷 固安华明印业有限公司

地址:北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址:www.lawpress.com.cn

投稿邮箱:info@lawpress.com.cn

举报盗版邮箱:jbwq@lawpress.com.cn

版权所有·侵权必究

销售电话:010-83938349

客服电话:010-83938350

咨询电话:010-63939796

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 5946 - 9

定价:68.00 元

凡购买本社图书,如有印装错误,我社负责退换。电话:010-83938349

顾 问: 吴汉东 李明德 程永顺 唐广良

主 编: 管育鹰

执行主编: 张 鹏

撰 稿 人: (按姓氏拼音排序)

李阁霞 魏立舟 曾 俊 张传磊

张浩然

序一

德国文学家歌德在其诗篇《浮士德》中说过,理论是灰色的,生命之树长青。这是比喻理论与生活的关系。如果借用此句式,我们可以说,法律条文是灰色的,而案例才是长青的。因为,正是一系列来自社会经济生活的案例和判决,赋予相关的法律条文以生命。

在知识产权的保护方面,案例或者相关的判决,显然发挥着更为重要的作用。这是因为,无论是文学艺术领域和科学技术领域的创新活动,还是商业标识涉及的市场竞争活动,都有其自身的规律,难以由法律条文予以界定。因此,当文学艺术和科学技术领域出现了新的创新成果,当商业竞争活动出现了新的商业模式,甚至当侵权活动呈现了新的样态时,都会首先反映在相关的案件中。至于法院或者法官,也会通过案件的审理,作出保护与否或者侵权与否的判决。与此相应,对于来自创新领域和商业竞争领域的最新问题,最先作出回应的通常是相关的案例和判决。

当然,法律条文对于创新和市场竞争所带来的挑战,绝非无动于衷。一方面,随着创新性司法判决的作出,立法机关会在必要的时候修订法律,将案例所确立的规则予以法典化。当然,也不排除在某些情况下,立法机关会否定某些案例所确立的规则,另行设立新的规则。另一方面,立法机关也总是积极行为,通过修订法律的方式,对创新领域和市场竞争活动带来的挑战

作出回应。因此,至少在知识产权的保护方面,就形成了创新和市场竞争活动推动司法和立法,然后由司法和立法作出应对的态势。

关于案例与立法的关系,英美法系和大陆法系有不同的做法。英美法系是判例法体系,很多法律规则总是先由相关的司法判决予以确定,然后对市场主体的创新和竞争活动进行规范。一些法律规则甚至仅仅存在于判例法中。例如,英国关于作品独创性的“劳动、技能、判断、努力”的判定标准,就是见于相关的判决中,而非《英国版权法》中;美国关于专利侵权的等同原则,一直存在于相关的判例法中,而非《美国专利法》中。当然,当判例法所确立的法律规则相对成熟的时候,立法机关也会将其纳入相应的制定法中。例如,美国关于“合理使用”的法律规则,就是由司法创立而最终纳入了《美国版权法》第107条中;美国关于专利帮助、教唆、引诱侵权的法律规则,也是由司法创立,并且最终纳入了《美国专利法》第271条中。

欧洲大陆法系是成文法体系,相关的法律规则主要见之于制定法中。根据大陆法系的传统,当市场主体的创新和竞争活动出现了新样态时,法院或者法官应当最大限度地解释既有的法律规则,然后予以规范。在这方面,即使是一个名词术语的解释,都有可能将创新或者竞争活动的新样态容纳进来。例如,对于“文字作品”作出宽泛解释,就可以将计算机程序和数据汇编纳入著作权法的保护范畴内;对于“技术发明”作出宽泛解释,又可以将有生命的生物方面的发明,纳入发明专利的保护中,而非仅限于无生命领域的技术发明。在通常情况下,这种宽泛的甚至是扩大性的解释,同样可以对市场主体创新和竞争活动所提出的新问题,作出必要的回应。

大体来说,在司法判例与法律条文方面,英美法系采纳了逻辑学上的“归纳法”,而欧洲大陆法系则采纳了“演绎法”。按照归纳法,或者从个别到一般的方法,英美法系通常是经由个别的判决创设新的规则,然后予以总结和上升到一般性的法律条文中。而按照演绎法,或者从一般到个别的方法,

大陆法系则总是将法律条文中的规则,尽可能宽泛地适用于具体的案例之中,并且在必要的时候依据技术、市场和司法的发展,修订相应的法律条文。毫无疑问,英美法系的归纳法和大陆法系的演绎法,来自各自的司法、立法传统,来自各自的经济社会发展传统,甚至是来自各自的哲学思维传统。对此,难以由第三人作出孰优孰劣的判断。

起源于英国的判例法传统和起源于欧洲大陆的成文法传统,在其历史进程中被传播到了世界各地。大体来说,英国的前殖民地国家,如美国、加拿大、澳大利亚、新西兰、南非等,接受了英美的判例法传统。而其他的很多国家,如俄罗斯、巴西、日本、中国,则接受了大陆法系的成文法传统。然而,在国际交往频繁的今天,那些接受了英美判例法传统的国家,可能会受到欧洲大陆成文法传统的影响,进而注重成文法的制定;而那些接受了欧洲大陆成文法传统的国家,也会受到英美判例法传统的影响,甚至在具体的判决中突破既有的法律规则,日本和中国近年来的发展实践就说明了这一点。

然而,就案例的撰写而言,中国的司法判决又与欧美国家有巨大的差别。例如,美国各级法院作出的判决,通常会在澄清事实、证据的前提下,讨论双方当事人争论的法律问题,进而澄清有关的法律术语、规则的含义,甚至创设新的法律规则;欧盟法院有关知识产权纠纷的判决,也是在相关事实、证据清楚的前提下,讨论具体指令、条例中的法律术语和法律问题,进而为成员适用相关的法律规定提供指导。然而,中国的司法判决,较重视阐述当事人的纠纷、事实、证据,以及对于纠纷、事实、证据的评判。

就一个专利纠纷案件的审理而言,法官为了作出相关的判决,必须查清事实和鉴别证据。而在发达国家,这个工作应当是在庭审之前就完成了的。具体来说,双方当事人,包括各自的律师或者代理人,应当在庭审之前,就相关的证据和事实予以澄清,就相关的法律问题作出归纳和初步讨论,然后将不能达成一致的法律问题,交由法官审查和作出判决。因此,很多纠纷在进

入庭审之前就得以解决了。因为,随着对相关证据和事实的澄清,随着对相关法律问题的讨论,双方当事人已经可以初步判断案件的最终结果。

在我国的法院系统,判决书中最有价值的往往是最后的“本院认为”部分。法院在这个部分会援引相关的法律规定,分析双方当事人在相关法律问题上的争议,进而得出侵权与否的结论。但在几十页的判决书中,相对于澄清、评述案件事实、证据的部分而言,这个部分稍显单薄。

或许,随着司法改革的深入进行,我们可以改变一下案件的审理方式和判决书的撰写方式。例如,有关案件事实的查清、证据的交互质询,可以经由庭前会议,在法官助理的主持下予以解决;双方当事人的律师或者代理人,可以在庭前会议中,提炼出一些应当由法院作出判决的问题。这样,在法官主持的庭审中,双方当事人可以聚焦于法律问题的辩论,包括法律术语、条文的具体含义,以及在本案中的适用。显然,在法律规则清晰、案件事实清楚的前提下,由法官作出侵权与否,或者是非曲直的判决,并非难事。同时,由于双方当事人和法院都是聚焦于相关的法律问题,由此而形成的判决书,也必然会将很大的篇幅用于阐释法律规则。

将判决书的撰写重心,从案件事实、证据、纠纷裁判,转移到法律问题的讨论和法律规则的澄清,可以成为我们目前进行的司法改革的一个方面。

李明德*

写于 2021 年 5 月 26 日

* 中国社会科学院知识产权中心名誉主任。

序二 判例评释的意义^[1]

在日本法学界,传统上存在一种与学术论文不同,被命名为“判例评释”的独立研究体裁。虽然这种研究体裁都通称为“判例评释”,但事实上其中又包含不同的类型。本文介绍的“判民型”判例评释方法,事实上也并非在日本法学研究者间取得共识的研究方法。坦白地说,“判民型”仅在毕业于东京大学法学政治学研究科的民事法学者,以及毕业于我曾执教的北海道大学法学研究科知识产权法学者间成为主流的研究方法。^[2]从日本法学研究者的整体情况来看,采用“判民型”的人数所占比例极低,特别是在知识产权领域业已成名成家的学者中也很少撰写“判民型”的判例评释。

尽管“判民型”判例评释方法只是在数量有限的学者间取得了一定共识,但其能够确定下来也是有相应的存在理由的。同时,我受到曾在我门下学习的本书编委的启发,感觉将日本的“判民型”判例评释方法介绍给中国读者并非完全没有意义的一件事,因此特撰写小文一篇,求教于大方之家。

[1] 本文是以2018年12月26日日本商标协会成立30周年纪念研讨会上作者的主旨发言为基础撰写的,由中国社会科学院知识产权中心专职研究员张鹏翻译。特别感谢北海道大学法学研究科博士课程的清水纪子女士为作者校阅了依据作者演讲录音形成的本文初稿。

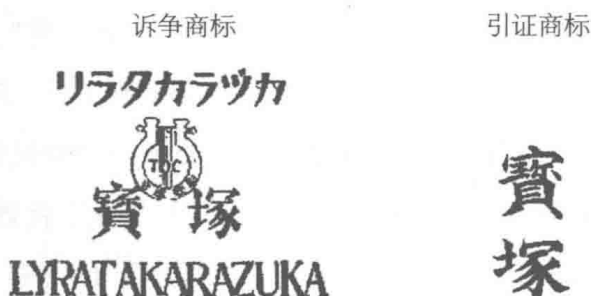
[2] 例如,在知识产权法学研究领域,由我担任主编的《知识产权法政策学研究》杂志中所发表的大量案例评释就都是采取“判民型”方法撰写的(特别是在由我指导的学生)。

一、判例法理提炼技巧的具体实例

如果仅仅是抽象地论述判例评释的方法论,可能难以向读者传递其中的奥妙。为了给读者留下一个具体印象,下文我将以日本最高法院就商标近似性所作的两个判决为素材进行论述。

(一)最高法院“里拉宝塚”案

首先我将介绍的是“リラタカラヅカ”^{〔1〕}案(“里拉宝塚”案,最判昭和38.12.5民集17卷12号1623页),该案属于商标申请驳回复审行政纠纷案件。该案诉争商标和引证商标如下:



最高法院在该案判决中,首先进行了抽象性论述,即“在追求简单快捷的交易实践中,如果将一个商标的各组成部分分割开来独立进行观察并不会被认为在交易实践中显得很不自在,也就是说,这种商标并不被认为是各组成部分不可分割的商标,那么并不总是需要通过整体的音形义来确定该商标的音形义的。经验法则告诉我们,仅以商标中的某个组成部分来确定音形义,或一个商标中产生了不止一个音形义也是很常见的事……但是,在这种情况下,即使一个商标的音形义与他人商标的音形义不相同或不近似,如果该商标某个组成部分的音形义与他人商标相近似,则将两个商标理

〔1〕“リラタカラヅカ”的发音为“LYRA TAKARAZUKA”,其中“リラ”作为一种乐器的名称,中文翻译为“里拉”;“タカラヅカ”(TAKARAZUKA)部分的发音与日文汉字“宝塚”相同。——译者注

解为是相近似的也是合理的。”

为了更好地理解上述抽象论述的意义,特别有必要进一步将案件事实与抽象论述结合起来考察。为此,判决指出:“原审判决确定的事实如下:诉争商标的图形为古希腊弦乐器‘里拉’,在指定商品肥皂上,该图形并不为交易相关者所熟知;与此相对照,‘宝塚’这一文字在日本则具有明确的含义,普通人也对该二字十分熟悉,同时,诉争商标所使用的‘宝塚’二字位于商标整体的正中部位,采取的是普通字体,这样极易被读取,并作为独立的部分吸引相关公众的注意力。那么,在这样的事实下,原审判决并未将‘里拉’图形和‘宝塚’文字视作不可分割地结合在了一起,也就是说商标的两个组成部分并未达到如果将其分割开来独立进行观察会被认为在交易上显得很不自然的程度。正因如此,诉争商标在‘リラタカラヅカ’的音形义之外,也至少会形成对其构成部分‘宝塚’音形义的认识,在此基础上原审法院得出,诉争商标在以第四类肥皂为指定商品的情况下,与引证商标‘宝塚’在音形义上相近似的结论,这在理论上是不存在违法性的。”

如上所述,日本最高法院在“里拉宝塚”案判决中,肯定了对所谓的“组合商标”应采取分离观察的方法来进行近似性的判断。

(二)最高法院“堤村小型人形玩偶店”案

与“里拉宝塚”案相对照,在“つつみのおひなっこや”^[1]案(“堤村小型人形玩偶店”案,最判平成20.9.8判時2021号927页,该案为商标无效复审行政纠纷案)中,最高法院作出了商标并不近似的判决。^[2]在知识产权高等法院原审判决[知財高裁平成19.4.10平成18(行ケ)10532]中则认为,作为

[1] “つつみ”发音对应的日文汉字为“堤”,“堤”为地名,指代的是仙台市青叶区堤村,该地域以生产黏土人形玩偶而自江户时代就已闻名日本。“の”即“的”之意;“おひなっこ”为“小型人形玩偶”之意。“や”(屋)为商店之意。故该日文名称所表示的意思为:堤村小型人形玩偶店。——译者注

[2] 关于该案的判例评释请参考:鈴木將文[判批]ジュリスト1376号307~308頁(2009年)、許清[判批]知的財産法政策学研究34号407~426頁(2009年)。

无效宣告程序请求对象的注册商标“つつみのおひなっこや”与引证商标“つゝみ”及“堤”近似,因此作出了注册商标无效的判断。但是最高法院认为,仅以“つつみ”这一文字部分进行对比就得出两商标相近似的结论并不妥当,因此推翻了原审判决。

诉争商标(指定商品为“黏土玩偶”及“陶瓷玩偶”)

つつみのおひなっこや

引证商标1(指定商品为“黏土玩偶”)

つゝみ

引证商标2(指定商品为“黏土玩偶”)

堤

最高法院的判旨对“组合商标”进行了抽象性论述:“对由多个组成部分构成的‘组合商标’,仅在某一部分作为商品或服务的来源识别标记给相关公众带来强烈的支配性印象,或者另一部分并不产生作为来源识别标记的音形义的情况下,才允许提取商标构成部分中的某一部分,仅将这部分与他人的商标进行比较,进行商标相似性的判断。在其他情况下,这种对比方法都是不允许的(请参考‘里拉宝塚’与‘SEIKO EYE’两案)。”

也就是说,在该案抽象论中并未采取分离观察法,而是采取了整体判断的原则。接下来最高法院又将该案的事实关系嵌入抽象论进行了分析:“在诉争商标的构成中,其名称包含与两个引证商标发音相同的‘つつみ’字样,但诉争商标‘つつみのおひなっこや’文字以标准字体横向书写,其中每个字符的大小和字体都是一样的,并且在同一行上等间隔地表现了出来,因此对相关公众来说是很难仅仅单独提取‘つつみ’字样而吸引其注意力的。此外,根据本案事实,引证商标均于1991年注册,但上诉人(诉争商标权利人)

的祖父最迟于1981年就开始制造堤村小型人形玩偶。在诉争商标所指定商品的相关公众间,至少在本案无效宣告时点,‘堤村人形玩偶’作为在仙台市堤村制造的人形玩偶已经为公众所熟知。即使诉争商标构成中的‘つつみ’字样作为地名或人名使人联想到‘堤村’或者‘堤村人形玩偶’中的‘堤村’,但是依据原审认定的事实,在本案无效宣告时点,不能够认为‘つつみ’字样已经超出上述使人联想到作为地名的‘堤村’的程度,而作为商品或服务的来源识别标记给指定商品的相关公众带来强烈的支配性印象。此外,诉争商标构成中的‘おひなっこや’文字部分,即使在全国范围内已经在诉争商标指定商品的相关公众之间形成了作为制造和销售小型人形玩偶及其相关商品的店铺的认识,但是‘おひなっこや’并不是一般用来形容‘小型人形玩偶店’的通用词汇,一般认为它是一个臆造的词汇。因此,不能说‘おひなっこや’部分是与黏土人形玩偶等密切相关的通用性和一般性的文字表达,也不能说这部分缺乏来源识别能力。”

也就是说,应该进行比较的是“つつみ”字样与“つつみのおひなっこや”字样整体,两者主要的不同点在于“おひなっこや”部分,而“おひなっこや”部分被认定为臆造词汇,因此诉争商标和引证商标并不近似。

(三) 应遵从“堤村小型人形玩偶店”案中的抽象论划定本案射程

关于上述两案判决,作为判例法理来说,到底“里拉宝塚”案是否被“堤村小型人形玩偶店”案推翻成为争议的焦点。如果仅仅着眼于判旨文义,是可以读出“里拉宝塚”案采取的是以分离观察为原则,而“堤村小型人形玩偶店”案则以整体观察为原则的。

事实上,知识产权高等法院原法官宍户充先生就持“里拉宝塚”案被“堤村小型人形玩偶店”案推翻的观点。“本案(‘堤村小型人形玩偶店’案)中,虽然原审判决是根据‘里拉宝塚’案所述‘尊重简单快捷的商业交易实践’所形成的经验规则,通过分离观察作出的,但是在考察了本案的实际交易情况

后发现并不存在使得分离观察正当化的事由。而最高法院的判决则是在整理了先例的基础上,明确指出了分离观察可以适用的情况,在不满足这些情况时应适用整体观察方法。因此,明确指出整体观察和分离观察在适用条件上的区别正是本案最高法院判决的特征所在”;“‘SEIKO EYE’案、‘小僧寿司’案以及‘堤村小型人形玩偶店’案三案的原审判决都是在‘里拉宝塚’案判旨的指引下采取的分离观察法,但在最高法院阶段对此均予以否定,并明确指出了应以整体观察为原则,分离观察为例外进行判断。”〔1〕

（四）应通过“堤村小型人形玩偶店”案具体的事实关系来限定本案射程

此外,也存在与上述观点完全不同的观点,即“堤村小型人形玩偶店”案仅仅是因特殊事实关系导致的例外判决,并不意味着最高法院否定了“里拉宝塚”案所持以分离观察为原则的观点。持此种观点的代表性人物就是知识产权高等法院原法官饭村敏明先生。他指出:“最高法院在推翻原审判决时,即使只是针对一个个案而作出的判决……但是对之后遇到类似案例的下级法院来说,如果他们扩大解释最高法院判旨的适用范围,进而否定原审法院所采取的‘判断方法’‘取舍选择方法’等抽象论,在大多数情况下,都会阻碍妥当判断的得出……最高法院判决是在特殊的事实关系下才否定仅将‘つつみ’部分拿出来进行比较的,进而得出诉争商标与引证商标并不相近似的结论的,因此该案是具有强烈个案色彩的例外判决。”

在此基础上,饭村法官又举了一个扩大解释最高法院“堤村小型人形玩偶店”案判旨适用范围的例子。在“A gatha Naomi”案(東京地判平 21・2・27 判夕1297 号 262 页,该案为侵权诉讼中的商标近似性判断)一审判决中,法院否定了原告主张的将被控侵权标识“A gatha Naomi”中“A gatha”部分单拿出来与原告注册商标“Agatha”进行比较的主张。对此,饭村法官作为

〔1〕 穴户充「最高裁判例にみる商標の類否の本質」パテント70 卷 10 号 59 頁(2017 年)。这里所说的“SEIKO EYE”案与“小僧寿司”案将在后文中详尽论述。

该案二审法官推翻了一审的判断,认为两商标近似[知財高判平 21. 10. 13 平成 21(ネ)10031]。^[1]

(五) 小结

在上文介绍的两种相对立的观点中,宍户先生所持的观点就是对判决中抽象论的部分特别予以重视,这种分析方法就是下文将详细介绍的“民商型”判例评释方法;而饭村先生所持的观点则更加重视案件事实与判决结论之间的关系,这种分析方法就是“判民型”判例评释方法。当然,在“判民型”判例评释方法中也存在完全不在乎法院在判决中所述抽象理由的类型,这种类型被称为“彻底的判民型”判例评释方法。^[2] 需要指出的是,在“判民型”与“民商型”之间并不存在非黑即白的界限。他们的区别仅在于,根据判例评释所欲达到的目的的不同,采取某种立场可能更合适实现判例评释研究的目的而已。对于这方面的问题,我将在下文详细论述。

二、判例分析的方法——判民型 vs. 民商型

(一) 判例评释的目的为何?

在讨论判例评释的方法论时,非常有必要理解何为判例评释的目的。

判例评释的目的之一是将判决作为论文看待,将判决中的判旨作为学说的一种进行批判性研究。一般实务界人士所撰写的判例评释都是出于这种目的,同时,学者撰写的判例评释从比例上看可能也多是出于这种目的。

[1] 飯村敏明「商標の類否に関する判例と拘束力—最三小判昭和 43 年 2 月 27 日判決を中心にして」Law&Technology52 号 52~53 頁(2011 年)。

[2] “判民型”与“民商型”的区别主要是通过口头代代流传的,很少有详尽探讨的文献。在仅有的文献中,大村敦志等编辑的《民法研究指引》[大村敦志他「民法研究ハンドブック」(2000 年・有斐閣)305~343 頁]中的论述最为详尽。下文我的论述就是接受了包括上述著作执笔者之一的大村敦志先生为代表的诸位先进的口头传授,或是阅读他们撰写的判例评释受到启发,并经过我反复咀嚼之后才向下一代青年学者传授的。正因本是同根生,所以本文所论述的内容与上述著作所论述的内容并没有太大的不同。

坦白地说,如果没有接受过判例评释方法论的专业训练,很有可能以这种形式写出案例评释。当然这种体裁也并非一无是处,也是一种可以成立的研究手段。无论是否冠以判例评释之名,包括我在内,在撰写论文时也会将判旨作为学说的一种予以引用与检讨。但是本文在专门探讨判例评释的方法论的情况下,继续论证此种思考方法的话就显得毫无意义了。如果将判旨与一般论文等同视之,也就没有必要讨论在论文之外为什么要单独设立一种“判例评释”的研究体裁了。

判例评释的另一目的在于对将来类似案件的判决结果予以预测。假设法院刚刚作出一个新的判决,那么在这个新的判决中法院到底是追随了既有判例的论理,还是添加了新的内容,抑或是完全否定了既有判例的论理?只有在将新的判决准确定位于既有的判例法理的基础上,才可以预测到将来遇到新的类似案件法院是否会继续该案的论理,还是将该案视作一个例外的案例而不予遵从。这就是所谓天气预报式的判例评释,也可以说是对实务最有价值的一种研究方法。我在撰写实务类书籍时,经常从这个角度分析案例。

判例研究的第三个目的在于将自身的观点融入其中以便对将来的判例施加影响。在讨论判例评释的方法论时,这可能是学者们最为热衷的方法了。

谈到这个问题,我总是会引用刑法大师平野龙一博士文章中的论述,即“判例研究的难点就在于,要准确地把握对判决进行批评的‘魂’。而这需要一定‘阅历’的积累……当然,不乏有人一上手就摸门儿了,即使是悟性差一点的人,也会在经历了岁月的磨砺后,渐渐地摸门儿。不过,对于那些从没有接受过此类训练的人来说,他们所撰写的判例研究或法解释论文章,就总会给人一种不得要领的感觉……当然,学者并不应该为实务所左右,必须与实务保持一步之遥……将自己置于一部之遥处进行批判才是学者的职责所

在,也是判例评释的使命所在……然而,我们很难知道这一步到底要走多远,这也正是难点所在……如果将自己置于离案件5步或10步之外的话,那么写出来的东西不过是空洞的口号,将丧失对实务的影响力。到底将自己置于与案例多远的距离来进行批评,可能是判例研究中最令人苦恼的部分。”〔1〕

回想起来,在我作为一个新人步入学界之初,曾在某个研究会上被要求做一个判例评释。当时,我查了很多文献,花费了很大工夫,期待能够得到如潮的好评。但是结果事与愿违,汇报的反响并不是很好,被人指出了很多问题。实话实说,当时我并没有真正理解平野龙一博士所谓的判例评释的“魂”之所在,但现在我可以说我已摸门儿了。所谓的“魂”之所在就是将自己置于“一步之遥”处进行的批评。也可以说是一种与案例“不即不离”的绝技。

举例来说,当你声称“这个案子判得很奇怪,竟然和我非常推崇的某个学说完全不一样”,这也恰恰说明了你所推崇的这个学说根本就没有纳入判例的“法眼”,也就相当于你自己宣称你并不想对判例施加任何影响。相反,当你声称“乍一看,这个判决似乎采用了某种理论,但如果你结合案件事实仔细阅读判决理由的话,你会发现它实际上采用了另一种理论”,虽然这听起来不免有些“换汤不换药”,但当实务界人士听到你的这种观点后并不认为这是“换汤不换药”的话,那说不定真的能起到影响实务的效果。作为学者,如果你太坚持像天气预报员一样准确预测实务的走向,那么你很可能会不会对判例是否具有理论上的正当性品头论足;但如果你太脱离判例而大发宏论,那么你又会上去失去对实务的影响力。为此,将自己置于与实务“一步之遥”处的这种“不即不离”的绝技正是判例评释所追求的“魂”之所在。

〔1〕 平野龍一「判例研究の効用」同「刑法の機能的考察」(1984年・有斐閣)270~271頁。