

全国法律硕士专业学位教育综合改革试点规划教材
司法文明系列

外国司法制度

江国华 主编



WUHAN UNIVERSITY PRESS

武汉大学出版社

国家2011计划“司法文明协同创新研究”相关成果

2009年度国家社会科学基金重大招标项目“中国特色社会主义司法制度研究”(09QZD026)相关成果

武汉大学优势特色学科支持计划“国家治理与宪法行政法”相关成果

全国法律硕士专业学位教育综合改革试点规划教材
司法文明系列

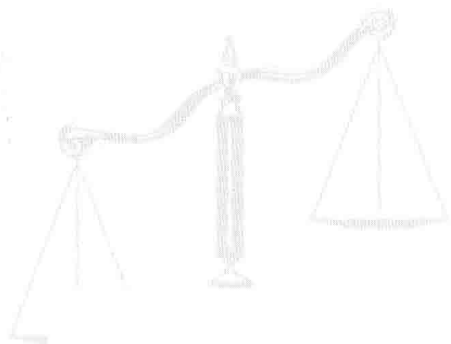
外国司法制度

主 编 江国华

参 编 吴 展 杨 成 朱道坤

周海源 张 倩 胡玉桃

黄厚铭 韩玉亭 彭 超



WUHAN UNIVERSITY PRESS

武汉大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

外国司法制度/江国华主编. —武汉: 武汉大学出版社, 2017. 5
全国法律硕士专业学位教育综合改革试点规划教材. 司法文明系列
ISBN 978-7-307-18905-8

I. 外… II. 江… III. 司法制度—国外—研究—教材 IV. D916

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 301569 号

责任编辑: 钱 静

责任校对: 汪欣怡

版式设计: 马 佳

出版发行: 武汉大学出版社 (430072 武昌 珞珈山)

(电子邮件: cbs22@whu.edu.cn 网址: www.wdp.whu.edu.cn)

印刷: 虎彩印艺股份有限公司

开本: 720 × 1000 1/16 印张: 17.75 字数: 318 千字 插页: 1

版次: 2017 年 5 月第 1 版 2017 年 5 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-307-18905-8 定价: 38.00 元

版权所有, 不得翻印; 凡购我社的图书, 如有质量问题, 请与当地图书销售部门联系调换。

序

2011年，我国启动“2011计划”。所谓“2011计划”，其正式名称叫做“高等学校创新能力提升计划”，目的是为了激励或推动我国科学研究领域创新能力的提升。这是我国继“985”、“211”工程之后，又一次体现国家意志的行动计划。计划的核心内容是鼓励高等学校、科研院所、以“国家急需、世界一流”为原则和目标，强强联合，协同创新，大大提升我国的科研创新能力。

法学界在张文显先生的积极推动和策划下，由中国政法大学牵头，武汉大学和吉林大学协同，联合申报了“司法文明协同创新中心”并获得国家批准。获批后的“司法文明协同创新中心”组建了十个学术创新团队，其中一个团队由武汉大学法学院的江国华教授为首席科学家，侧重“司法规范运作”方面的研究。

两年多来，江国华教授和他的团队围绕“司法的规范运作”做了大量的研究工作，并提出了“司法法学”的学科建设设想。在他的设想中，“司法法学”作为一门综合性学科，一则旨在打破法学教育与司法实务之间的壁垒，实现二者的紧密衔接；二则致力于弥合法学相关二级学科之间的知识割裂，实现相关学科的整合。为此，他设置了司法学、司法法学、司法伦理、司法人权、司法行政、司法实务和外国司法制度及司法文明史（上、下）等研究方向。

他的设想得到了司法文明协同创新中心和武汉大学法学院的支持，并被纳入武汉大学“全国法律硕士专业学位教育综合改革试点规划教材”体系之中。其中“司法伦理”和“司法行政”被纳入“政法干警”研究生的必修课程，已经开始讲授，反响很好。

2013年年底，江国华教授将整套规划的目录和司法学及司法法学的两本书的初稿打印给我。看完之后，我认为这套书契合了“司法文明协同创新”的宗旨，建议将其作为武汉大学“司法文明法律硕士研究生”的规划教材。

现在这套书终于可以出版了。作为江国华教授的长辈和同事，我由衷地感

到高兴。我的高兴不仅在于这套书的最终出版，更在于江国华教授为人和为学的品质。

是为序。

王树义

2015年1月29日于珞珈山

目 录

第一章 英国司法制度	1
第一节 英国司法体制的历史发展	1
一、英国司法体制改革的历程	1
二、19 世纪的司法改革	7
三、世纪之交的司法改革	8
第二节 英国民事诉讼制度的发展	12
一、19 世纪的改革	12
二、20 世纪 90 年代之后的改革	13
三、《民事诉讼规则》	15
第三节 英国刑事诉讼制度的发展	17
一、人权保障规则的修正	17
二、基于诉讼经济的改革	19
第四节 英国行政裁判所的发展	21
一、裁判所的司法属性	21
二、裁判所的系统化和规范化	22
三、裁判所与法院的衔接	24
第二章 美国司法制度	26
第一节 美国司法制度概述	26
一、美国司法制度的历史概况	26
二、美国司法制度的发展现状	26
第二节 美国的审判制度	28
一、法院的概况	28
二、法院的组织体系	29
三、法院的管辖权	32
四、法官制度	33

第三节 美国的检察制度	36
一、检察制度的演变概况	36
二、检察机关的组织体系	37
三、检察官的遴选制度	40
第四节 美国的律师制度	42
一、律师管理体制	43
二、律师协会	44
三、律师资格考试及执业	44
四、律师惩戒	45
第五节 美国刑事诉讼的基本程序	46
一、审前程序	46
二、审判程序	49
三、审后程序	50
第六节 美国民事诉讼的基本程序	51
一、审前程序	51
二、审判程序	53
三、简易程序	53
 第三章 法国司法制度	 56
第一节 法国司法制度概述	56
一、法律渊源	56
二、基本原则	61
三、总体构造	64
第二节 法国的审判制度	65
一、民事初级法院	66
二、刑事初级法院	69
三、上诉法院	71
四、最高法院	72
第三节 法国的检察制度	74
一、法国检察机关的设置	74
二、法国检察机关的主要职能	76
第四节 法国的行政法院制度	80
一、法国行政法院产生的历史背景	81

二、行政法院的组织制度	82
三、行政法院的职能运行	85
第四章 德国司法制度	87
第一节 德国司法制度概述	87
一、法院组织体系	87
二、法官制度	91
三、检察机关组织体系	93
四、检察官制度	96
五、律师制度	97
第二节 德国宪法诉讼制度	100
一、宪法法院的组成与地位	100
二、宪法法院的职权	103
三、宪法诉讼的类型	104
第三节 德国民事诉讼制度	111
一、民事诉讼概述	111
二、民事诉讼程序	115
三、民事特别程序	125
第四节 德国刑事诉讼制度	131
一、刑事诉讼概述	131
二、刑事诉讼程序	136
三、刑事诉讼特别程序	143
第五节 德国行政诉讼制度	146
一、德国行政诉讼概述	146
二、德国行政诉讼之种类	150
三、德国行政诉讼程序	152
第六节 德国其他专门诉讼制度	156
一、德国财税诉讼制度	156
二、德国劳动诉讼制度	160
三、德国社会诉讼制度	164
第五章 澳大利亚司法制度	166
第一节 澳大利亚司法制度概述	166

一、司法主权.....	166
二、司法独立.....	167
第二节 澳大利亚的审判制度.....	167
一、法院组织体系.....	168
二、人员配置.....	170
三、法院的管辖权.....	171
四、司法审查权.....	177
第三节 澳大利亚的检察制度.....	187
一、检察院组织体系.....	187
二、检察院职权.....	189
第四节 澳大利亚司法程序.....	189
一、刑事审判程序.....	189
二、行政审判程序.....	190
三、司法问责程序.....	192
第六章 日本司法制度.....	193
第一节 日本司法制度之沿革.....	193
一、奠基阶段.....	194
二、完善阶段.....	194
第二节 日本的审判制度.....	196
一、审判原则.....	197
二、裁判所组织体系.....	199
三、裁判官.....	201
四、裁判员.....	203
五、审判方式.....	204
第三节 日本的检察制度.....	205
一、检察原则.....	206
二、检察机关的组织体系.....	207
三、检察厅的职权.....	208
四、检察厅职员设置.....	210
五、检察官.....	211
第四节 日本司法制度变革之趋势.....	214

一、战后日本司法的问题	214
二、日本司法制度的革新	216
第七章 韩国司法制度	220
第一节 韩国的审判制度	220
一、法院组织体系	221
二、普通法院的审判职权	223
三、宪法法院的职权	224
第二节 韩国的检察制度	226
一、检察机关的性质及组织体系	226
二、检察职权	228
三、检察制度的特色	229
第三节 韩国司法制度的改革	230
一、司法考试制度的“渐进式”改革	230
二、司法的日常化	232
第八章 巴西司法制度	233
第一节 巴西的审判制度	233
一、法院组织体系	233
二、法官制度	236
第二节 巴西的检察制度	237
一、检察机关的组织架构	238
二、检察机关的职权	239
三、检察官制度	242
第九章 南非司法制度	244
第一节 南非司法制度的源与流	244
第二节 南非法院体系与审判制度	247
一、法院体系	247
二、审判制度	256
第三节 南非国家检察总局和检察制度	258
第四节 南非司法服务委员会	259

第五节 南非律师制度..... 260

第六节 南非法律援助制度..... 262

参考文献..... 265

第一章 英国司法制度

第一节 英国司法体制的历史发展

一、英国司法体制改革的历程

英国司法制度的形成和发展，经历了长期的历史过程，并形成了相当复杂的面貌。在较长的历史时期内，英国法院的依附性表现为对其他优位政治力量的依附——在诺曼征服之前的封建制下，法院依附于领主，而在诺曼征服之后的封建制下，法院则在政治地位上成为国王的臣仆。^①到19世纪，随着英国资本主义经济的发展，传统司法制度越来越不能适应英国的现实情况，遂顺势发生了急剧的变化。但即便司法体制已然发生了现代化改变，英国的司法传统，仍然顽强地遗留下诸多陈迹。经历长期发展之后，英国（英格兰）司法权逐渐呈现出两个基本特征：一是集中，也就是在全国范围内通过判例形成了普通法，而原先的庄园法则不再发挥作用；二是独立，也就是法院相对独立于国王和立法机关，获得独立审理案件的地位。这二者在当前已属法治国家应有之义，但在它们发端之时，却算得上这个国家法治发展的重要成就。

（一）司法权集中

1. 中央权力扩张

英国普通法传统的形成，一般认为发生于诺曼征服（1066年）之后。诺曼底公爵威廉以征服者的姿态在英国建立起了一套有别于传统的封建制度，与此同时进行的是司法权向中央的集中。英国此时的封建制度并非传统的逐级分封制，而是正在雏形状态中的盎格鲁撒克逊王国的国家体制和成熟的诺曼封建

^① 江国华、朱道坤：《世纪之交的英国司法改革研究》，载《东方法学》2010年第2期。

制度在军事征服基础上融合的产物，军事征服的制度确立方式使得英国封建王权自一开始就远比西欧诸国王权强大。^① 为了维护并扩张中央集权，诺曼底公爵威廉放弃了逐级分封制，而采用了一种新的封建样态，利用土地清查等手段，加强了中央对地方领主的控制。

土地清查对司法制度产生了深远影响——诺曼征服之前的司法权主要掌握在领主手中，经过诺曼征服之后一系列的改革措施，领主裁判权瓦解，这就产生了司法权收纳为一种国家权力的契机。在传统的逐级分封制中，国王将土地分给领主，领主则进一步将土地分封给次级土地保有人，这种逐级分封带来了整个社会关系的层级化，社会在逐级分封的过程中被型构成一个垂直分布的树状关系结构。土地作为一种财富，更代表着一种权力，在传统的分封建制理念之下，领主有权设立封建法庭，对其下位的土地保有人或租佃人行使管辖权，这种领主管辖权（Seignorial Jurisdiction）的存在，客观上破坏了一个国家的法律统一。^② 诺曼征服之后，诺曼底公爵威廉考虑到中央集权的需要，命令进行土地清查。结果就使得每一块土地（包括教会土地）都被当成从国王那里得到的封土，逐级分封制也在英国瓦解。^③ 逐级分封制的瓦解，使得英国的封建化呈现出一种完善的趋势，因为它连教会的土地都纳入了封建制的领域之内；同时它也给封建制的瓦解提供了契机，因为国王此时享有了更大的权力。此消彼长之下，英国贵族阶层也就丧失了控制王权之下法院的可能，也就为英国普通法体系的形成提供了契机。

2. 普通法的形成

普通法指的是自 11 世纪初在欧洲大陆的诺曼人攻入英格兰后，法官通过判例的形式将欧洲大陆适用的法律运用到英格兰，以抵消和消除当地政治势力和传统习惯的影响。由于法院在适用欧洲大陆的法律时宣称是在适用“普遍的理性”，因此被称为普通法。^④ 在 13 世纪以后，普通法在英国取得了主宰地位。普通法具有如下四个方面基本特征：（1）具有广泛适用性的全国性法律，而不仅仅适用于某一地区；（2）由习惯和判例组成，而不同于制定法；（3）世俗法律，而不同于教会法；（4）是英国法的主体，而不同于后来作为补充

① 马克垚主编：《中西封建社会比较研究》，学林出版社 1997 年版，第 342 页。

② 周威：《英格兰的早期治理》，北京大学出版社 2008 年版，第 19 页。

③ 周威：《英格兰的早期治理》，北京大学出版社 2008 年版，第 22 页。

④ 李龙：《法理学》，武汉大学出版社 2011 年版，第 92 页。

的衡平法。^①普通法的产生,使英国走出了混乱无序的局面,实现了法律的统一。

3. 令状制度的产生

在12—13世纪,亨利二世利用撒克逊关于“国王安宁”(King's Peace)的概念,把所有的刑事案件都收归王室法院管辖,也扩大了王室法院对民事案件的审判权;同时,统治者成功地借用和改造令状这一习惯,使令状由行政手段转变为司法程序,王室法院的司法管辖权通过令状的颁行得以扩张,王室法院的判决由此也逐渐代替了地方法院的判决或习惯法,在此基础上全国统一适用的普通法发展起来了。“令状制度的产生和发展就是司法管辖审判权中央集权化的过程,其国王和贵族对案件管辖权的争夺起了推动作用。令状产生初期,国王利用对诉讼程序的明确规定来扩张王室法院对特定案件的管辖,使当事人避免了因法律体系混乱而遭受领主贵族们武断甚至是非法的审判。国王通过颁布解决冲突的程序方面的命令来树立自己的法律权威。”^②

4. 巡回审判的发展

在司法权向中央集中的同时,威廉、亨利二世等开始了巡回审判制度,它对英国普通法体系的产生贡献良多。在传统样态下的逐级分封制之下,不可能建立起一个统一的司法体制,英国在诺曼征服之前也是如此,各类诉讼皆由古老的郡法院和百户法院以及后来出现的领主法院和教会法院管辖,而除教会法院之外,这些法院的审判依据主要是各地的习惯法。司法权的分散对于中央集权的建立是非常不利的,因此,威廉在宣布要保留这些机构并尊重其审判权的同时,要求这些机构以国王的名义进行审判,从而巧妙地将它们纳入国王的审判机构中,并有效地防止其扩大权力。与此同时,威廉又引入诺曼底的管理机制,建立由僧俗贵族及高级官吏组成的御前会议。最初,御前会议的功能是国王的咨询机关,同时还行使着立法、司法、行政职能。后来,它的司法职能受到重视,逐渐从中分离出一系列专门机构,分别行使皇家司法权。包括“棋盘法院”、“民事诉讼高等法院”、“王座法院”等,并逐渐开始在各地巡回审判。^③之后的亨利二世(1154—1189年在位)采取了一系列司法改革措施,使得巡回审判成为一项定期的和永久性制度,更促进了普通法的形成,在这个过程中,特别委任巡回法庭取代了总巡法庭成为制度主体,并一直延续到了

^① 程汉大:《英国法制史》,齐鲁书社2001年版,第47~48页。

^② 项焱、张烁:《英国法治的基石——令状制度》,载《法学评论》2004年第1期。

^③ 何勤华主编:《外国法制史》(第三版),法律出版社2005年版,第139页。

1971年，成为英国普通法司法制度中的重要部分。^①

5. 陪审制的形成

在12世纪，陪审制正式形成。这一制度产生主要有两个原因：一是避免巡回审判的困境。巡回法庭的主要任务是解决土地及继承纠纷，然而，巡回法庭往往并不了解当地的情况。为了避免这个问题，在该类诉讼中，12位有自由身份和法定资格的男性公民组成一个小组，这12人在宣誓后，对于谁是土地的真正的所有者或者继承人等问题发表各自的观点。这就是现代民事陪审制度的原型。二是为了取代神明裁判和限制王室权力。从蒙昧时代开始，刑事审判就有神明裁判的因素，为了取代这种神明裁判，亨利二世在1166年的克拉伦敦法令中，创设了与后来大陪审团制度类似的陪审制度，由具有法定资格的男性公民组成的团体在宣誓后决定嫌疑人是否有罪。由国王与贵族们共同制定的1215年自由大宪章第39条则进一步规定，未经同辈组成的陪审团判决，不得判处刑罚，这在根本上达到了限制国王权力的作用。

6. 衡平法的产生

到了14世纪左右，衡平法（Equity）也逐渐发展起来，按照英国法律传统，国王是“公正”、“公平”的源泉，行使最高审判权，因此，凡依据普通法得不到保护的当事人，就按照自古形成的习惯直接向国王请求裁决。国王最初总是亲自审理这些案件，最后因不堪重负而将这些案件转交给大法官。大法官在审理这些案件时，不受普通法诉讼形式的限制，不实行陪审，也不适用普通法判例，而是根据“公正”、“公平”的原则，衡平法因此而得名。到了15世纪，大法官及其助手正式形成了衡平法院，即大法官法院，并进而逐渐发展出来一套完整的衡平法律体系。^② 17世纪以后，衡平法判例逐渐形成一个独立于普通法判例的体系。1893年的司法改革使其成为了英国各类法院均可适用的法律制度。^③

① 所谓总巡制度，是指1166年经由《克拉伦登敕令》创设的巡回审理制度，根据该制度，王室法官得巡回王国审理刑事案件，其后，国王不断授予总巡法庭以新的职能，几乎所有被认为与王室利益有关的事项都可以被纳入总巡回法庭的管辖之下，及至1176年，《北安普顿敕令》将王国划分为若干巡回区，早期巡回法庭开始制度化地发展起来。特别巡审制度，则是指那些每次出巡都有专门的书面委任令限定其具体管辖案件或案件类型的法庭，与全能的、非专业化的总巡法庭相比，特别巡回法庭才是一种纯粹的司法设置。参见周威：《英格兰的早期治理》，北京大学出版社2008年版，第93~104页。

② 何勤华主编：《外国法制史》（第三版），法律出版社2005年版，第139~141页。

③ 李龙：《法理学》，武汉大学出版社2011年版，第92页。

（二）司法权独立

在普通法体系形成之初，英国法院听命于国王；在君主立宪体制确立之后，国王只是形式上的最高权力掌控者，其终审权转而归属于上议院，但上议院在事实上受下议院的约束。因此，这个历史时期的英国司法总体上依附于议会。但是，这并不能作为我们否认英国司法独立传统的依据。不管是早期对国王的依附，抑或是其后对议会的依附，英国法院的依附性都是一种结构性依附，它表现为在英国，并不存在与行政机关、立法机关鼎力而居的“自足”的司法机关体系，但在功能上，司法权却是独立的，它既不依附于行政权，也不依附于立法权——英国司法的这种功能性独立之传统既得益于其普通法体系的高度技术性，亦为推动其普通法体系技术性日臻成熟的重要因素。在这个意义上说，英国历史上的司法独立，既是功能意义上的，亦为技术意义上的。^①

1. 英国司法的技术性

英国法是如此复杂并且具有技术性，以至于不经系统训练和长期实践，根本无法理解。在这个意义上，英国司法独立的传统主要因缘于普通法体系的高度技术性，而不是任何依附关系或者权力监督关系。

封建社会的主要问题，一般都与土地的问题密切相关。实际上，至少到18世纪，英国法律主要关注的问题还是土地。在长期发展的过程中，英国土地法变得过于复杂，以至于没有人能够真正理解它，甚至那些使用它的律师和法官也不能做到对它的真正理解。“它成为一系列复杂的语言形式，充满了规避、虚构、欺诈和有意的模棱两可并且被设计成具有如此复杂以至于没有人能够看透它以扰乱土地持有人的意图。”“因而总体上的英国法律，尤其是它的核心内容——土地法，成为了高度复杂和有着谜一样的奇怪语言和形式的法律，当普通法上的问题出现时，只有从事法律事务的人员才能理解它。”^②

2. 法律职业共同体的封闭性

英国法的复杂性和用语上的诡谲甚至莫名其妙，造成了对研习者的严重困扰，^③它是法律人的法律，而排斥了法律执业者之外任何人的介入。英国的法

^① 江国华、朱道坤：《世纪之交的英国司法改革研究》，载《东方法学》2010年第2期。

^② [美] 马丁·夏皮罗：《法院：比较法上和政治学上的分析》，张生、李彤译，中国政法大学出版社2005年版，第131页。

^③ 笔者在撰写这篇文章正文的过程中也时常体会到英国法术语的混乱，可见，即便是现代英国法也存在这样的问题。

律执业者借助于普通法的复杂性，并且通过法律知识作坊式的私相授受，使得法律执业群体成为一个类似行会的自治组织。诚如马丁·夏皮罗所说：“复杂的普通法、普通律师协会和普通法法院组成的这一实体，位于我们早些时候已经看到的被评论家们称之为司法独立的核心，这一实体在18世纪进入了最紧密团结和最具有抵抗性的状态。除了律师，没有人能理解法律，而律师们结成了联系紧密的协会，这一协会通过学徒式的方式培养新成员。从协会中选任法官并由他们来领导协会。面对这种现实，议会主权理论的发展已经变得没有多大意义可言。”^①

随着亨利二世司法改革措施的推行，社会开始需要大量的法律职业人才。与此同时，英格兰法律职业阶层崇高的社会地位和丰厚的经济收入吸引越来越多的年轻人加入其中。为了便于学习法律业务，一些法律学徒开始聚集在威斯敏斯特区（英国三大中央法庭所在地）附近，寄宿于某一客栈或旅馆，自发组织起来聘请职业律师前来授课，开展有关法律知识的学习和训练；律师公会就是在这样的情势之下产生的。在14世纪中期到15世纪初期，英格兰先后出现了很多律师公会，但仅有四所流传发展成为著名的律师公会，其中包括林肯公会、格雷公会、内殿公会和中殿公会。另外，英格兰还有大约9所预备律师公会依附于这四大律师公会。^②法律职业共同体由此形成，并形成一股自治的力量，抵制了外来的干涉。

3. 柯克爵士的“实践理性”

在这个过程中的一个重要人物是柯克爵士，他不仅对普通法理论作出了极为卓越的贡献，而且他在“星期日会议”上对司法独立问题的忠诚捍卫，更成为人们津津乐道的法律史事件。在17世纪，原本专司宗教事务的教会法院，已经将管辖范围扩张到世俗的刑事案件，并与英国的世俗法院之间发生冲突。1612年11月10日，应坎特布雷大主教奏请，詹姆士一世国王召见了英格兰的法官。在这次会议上坎特布雷大主教继续鼓吹王权至上，并认为，法官是国王的代表，在国王认为有必要时，把本由自己决断的案件授权给法官们处理。

这次会议上，国王宣称：“朕以为法律以理性为本，朕和其他人与法官一样有理性。”柯克回应道：“陛下所言极是，上帝恩赐陛下以丰富的知识和非

① [美] 马丁·夏皮罗：《法院：比较法上和政治学上的分析》，张生、李彤译，中国政法大学出版社2005年版，第144页。

② 尹超：《英国学徒制法律教育与普通法传统的存续》，载《环球法律评论》2010年第2期。