

家的规范，以正义为
在的品德，以国家的
力为其实施的手段
法治和法德要逐渐发
当妥善以利于社会和
法一融于法治，法
法属于上层建筑范
决定于经济基础，并



两大法系判例制度比较研究

Liangda Faxi Panli Zhidu Bijiao Yanjiu



奚晓明等 编著

为经济基础服务。法的目的在于维护有利于统治阶
级的社会关系和社会秩序，是统治阶级实现其统
治的一项重要工具。所以，法是阶级社会特有的
社会现象，它随着阶级、阶级斗争的产生、发展
而产生和发展，法律将随着阶级、阶级斗争的消
灭而自行消亡。

法律，即人类在社会层次的规则，社会上人与人之间关系的规范，以正义
实施的手段者法治和法德要逐渐发当妥善以利于社会和法，法



国家的强制力为
法属于上层建筑范



北京交通大学出版社
<http://press.bjtu.edu.cn>

两大法系判例 制度比较研究

奚晓明等 编著

北京交通大学出版社

· 北京 ·

内 容 简 介

本书是对普通法系和大陆法系判例制度的专题比较研究。判例制度以其特有的制度属性体现了普通法系司法上的核心观念,也对大陆法系产生了深远的、持久的影响。本书以普通法系和大陆法系判例制度的比较为主线,以两大法系判例制度的历史演进为纽带,借助语义分析、历史研究、实证分析的理论工具,对两大法系各个主要国家和地区判例制度的运行基础和判例制度的基本结构进行了综合性的探讨。本书论述了两大法系判例制度运行所依托的哲学基础、政治基础和文化基础的异同,系统地阐述了两大法系判例制度结构中遵循先例、判断推理等基础性问题。本书通过对两大法系判例制度进行追本溯源的全面解读,试图客观阐释判例制度的真实属性。

本书可作为各级人民法院的指导用书,也可以作为相关研究人员的参考用书。

图书在版编目(CIP)数据

两大法系判例制度比较研究/奚晓明等编著. —北京:北京交通大学出版社, 2009. 12

ISBN 978 - 7 - 81123 - 951 - 5

I. ① 两… II. ① 奚… III. ① 司法制度-比较法学-世界
IV. ① D916

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 214640 号

责任编辑:杨正泽

出版发行:北京交通大学出版社 邮编:100044 电话:010-51686414

印刷者:北京鑫海金澳胶印有限公司

经 销:全国新华书店

开 本:145×210 印张:8.375 字数:381千字

版 次:2009年12月第1版 2009年12月第1次印刷

书 号:ISBN 978 - 7 - 81123 - 951 - 5/D · 58

印 数:1~500册 定价:28.00元

本书如有质量问题,请向北京交通大学出版社质监组反映。

投诉电话:010-51686043; E-mail: press@bjtu.edu.cn。

前 言

开展两大法系判例制度的比较研究，总结国外审判制度建设的经验和教训，目的在于推进我国案例指导制度的完善，提高我国案件审判的质量与效率。

回顾我国法院审判工作历史，案例指导作为上级法院指导下级法院审判工作的一种主要方式和重要手段，是对法院审判工作经验的成功总结，是法院长期坚持的工作方法，在法院审判实践中发挥了重要的作用。

新中国成立之初，在无成文法典的情况下，司法审判是在有关政策的指导下进行的。这就使得法官的主观能动性和案例发挥着重要的作用。1956年全国司法审判工作会议提出，法院应当注重编纂典型案例，经审定后发给各级法院比照援用。1962年3月，毛泽东主席针对当时民主和法制方面存在的一些问题，指出“不仅刑法需要，民法也需要，现在是无法无天。没有法律不行，刑法、民法一定要搞，不仅要制定法律，还要编案例。”同年12月，最高人民法院响应毛泽东主席的号召^①，认真总结了当时审判工作的经验，在此

^① 参见2004年9月14日央视国际“纪念全国人大成立50周年专题报道”。

基础上制定了《关于人民法院工作若干问题的规定》^①。该规定对案例的选择等问题作了具体的规范。1956年和1962年的这两次全国司法审判工作会议，推动了新中国成立之初案例指导制度的发展。

“文化大革命”结束后，党中央提出“拨乱反正”的要求，人民法院开展了平反冤假错案^②的工作。在党中央的统一领导下，各地人民法院全面复查“文化大革命”以来判处的反革命案件和普通的刑事案件。由于当时缺乏适用法律的具体标准，最高人民法院为了及时解决这个问题，总结下发了“刘殿臣案”等典型案例。这些案例公布后，对当时的平反冤假错案工作设定了适用法律的具体标准，起到了很好的指导与推动作用，使平反冤假错案工作在很短的时间内取得了巨大的成果。

1985年，《最高人民法院公报》创刊，公报不仅颁布最高人民法院制定的司法解释及与审判工作相关的司法文件，还设有专栏，编辑发布各种典型案例，指导审判实践。公报公布的案例，主要来源于高级人民法院和中级人民法院，最

① 《关于人民法院工作若干问题的规定》对10个问题作了原则性规定：1. 在长期的、复杂的阶级斗争中，更有效地发挥刑事审判工作的作用；2. 从维护社会主义所有制和有利生产有利团结出发认真处理民事案件；3. 遵守法制，依照法定的制度、程序审理案件；4. 认定案情要实事求是，重证据不轻信口供；5. 认真处理群众来信、来访和申诉案件；6. 加强法院的领导工作，整顿和健全工作制度；7. 总结审判工作经验，选择案例，指导工作；8. 审判工作必须坚持群众路线；9. 加强干部管理和思想政治工作；10. 坚决服从党的领导。

② 1978年12月29日，中共中央批转最高人民法院党组《关于抓紧复查纠正冤、假、错案认真落实党的政策的请示报告》，指出，在复查工作中要真正做到全错全平，部分错部分平，不错不平，严明法纪，有错必纠。参见王海光“平反冤假错案的历史进程和历史意义”，载于《当代中国史研究》1999年5—6期。

高人民法院的案例相对比较少。这些典型案例的发布,推动了我国司法审判工作的健康发展。比如,1989年《最高人民法院公报》第1期刊登的天津塘沽张连起、张国莉诉张学珍一案,确立了雇主与雇工在劳动合同中约定“工伤概不负责”条款无效的规则,起到了推动法律发展的作用。

20世纪90年代以来,《中国审判案例要览》和《人民法院案例选》^①开始出版。《中国审判案例要览》由国家法官学院和中国人民大学法学院合作编写,从全国各地的法院收集当地审判案例,最终由编审委员会挑选典型案例,定期出版。《人民法院案例选》则是由中国应用法学研究所编辑、出版的反映人民法院审判活动的审判业务书籍。在每卷案例中,根据其性质和内容,按法律科学体系分成若干小类。1999年,最高人民法院各业务庭、室也开始编辑出版业务研究和指导性刊物,普遍开展案例指导工作。如《民商审判指导与参考》、《行政执法与行政审判》等刊物^②均设有案例指导专栏,从全国法院选择典型案例,结合审判实际,分类编辑发表。这些案例在证据审查认定、法律适用等问题上具有研究、参考价值,有效地指导了各级法院的审判工作。

进入21世纪,人民法院案例指导工作也进入制度建设的

① 《人民法院案例选》所选的案例通常是我国各个时期全国各级人民法院、专门法院审结的各类案件中的大案、要案和疑难案,以及反映新情况、新问题的有代表性的典型案例。

② 《民商审判指导与参考》原名《经济审判指导与参考》,从第五卷更名为《民商审判指导与参考》。更名的原因主要在于最高人民法院在全国范围内建立了我国“大民事审判”格局。《行政执法与行政审判》除设有疑难案例评析、裁判文书选登栏目外,还包括行政诉讼理论、行政审判实务探讨等内容。其实,它们是以书籍的形式出版的。

发展阶段。最高人民法院《五年改革纲要》提出：“2000年起，经最高人民法院审判委员会讨论、决定的适用法律问题的典型案件予以公布，供下级法院审判类似案件时参考”。^① 2005年颁布的最高人民法院《二五改革纲要》进一步要求：“规范和完善案例指导制度，建立指导案例的选编标准、编选程序、发布方式、指导规则……建立法院与法院之间、法院内部各审判机构之间、审判组织之间的法律适用协调机制，统一司法尺度，准确适用法律”。^② 这为我国案例指导制度的发展提出了制度设想。

长期以来，案例指导工作一直是民事审判和行政审判领域改革的重要方面，人民法院积极探索建立以案件质量与效率为中心的案例指导制度。这项制度分三个层次。一是充分发挥个案解释法律的作用。目前，民事、行政司法解释的形式主要是成文的形式，包括规定、意见和答复等规范性司法文件。我们设想最高法院对民事、行政审判的应用解释可以形成以成文的条文解释为主、以个案解释为补充的两条腿走路模式，使司法解释更为具体、灵活和及时。二是充分发挥民事、行政案例裁判方法的指导功能。通过建立民事、行政案例体系，为法官办案提供思维方式、法律发现、法律推理、法律解释、法律论证和价值衡量等方面的指引。三是建立以审判为中心的案例指导工作模式。现代企业以产品管理为中心，以市场为导向开展生产。同样，法院审判工作是为

① 最高人民法院关于印发《人民法院五年改革纲要》的通知，1999年10月20日，法发〔1999〕28号。

② 最高人民法院关于印发《人民法院第二个五年改革纲要》的通知，2005年10月26日，法发〔2005〕18号。

社会提供公共产品，也应该以案件审理为中心，围绕提高审判质量与效率开展各项工作。

法学界对于案例指导的研究比较重视，曾经就案例指导问题举行过多次研讨会，目前有不少关于案例指导的研究论文和著作，其中包括理论法学的学术成果，比如法理学、法史学方面的论著，也包括司法实践领域的论述和建议。

案例指导一词是我国根据案例特点及其作用所给予的提法。西方国家习惯上称为判例制度或判例法，是与大陆法系和普通法系的划分紧密相连的。历史上，大陆法系和普通法系曾经有着严格的分野。但是，自从20世纪以来，两大法系出现了一些新的特点。以判例法为代表的普通法系和以制定法为代表的大陆法系呈现出明显的相互融合趋势。一方面，大陆法系国家制定法占绝对优势的情况有所改变，法官在法律发展方面所起的作用日益显著；另一方面，普通法系国家也越来越重视制定法的作用，主要表现为制定法数量大量增加，制定法的应用日益广泛。当然，判例法和成文法孰优孰劣，是法学家长期争论不休的问题，至今仍无定论。但是，有一点已经获得法学家的广泛认同，那就是：无论在理论上还是实践上，判例对任何一个法律体系，都具有重要意义，在两大法系日益融合、渗透的当代社会，尤其如此。

孟凡平、张晓永、蒋艳玲和杨柳等研究者负责了本书第一章至第六章的撰写工作。这几位年轻研究者，虽然具有不同的专业背景，但是对于案例指导问题和判例制度研究都表现了浓厚的兴趣。他们从不同角度对于两大法系国家及相关地区的判例制度进行了探讨。

有的研究者分析了判例制度在英国的确立过程和不同历

史时期的变化，介绍了英国判例制度的现状，预测了英国判例制度的未来发展趋势，另一方面阐述了美国判例法的创制过程和适用问题，对比了英美两国判例制度的特点，研究了英美两国判例制度的差异。

有的研究者认为，对于大陆法系国家中的法国，行政法判例具有自身独到的特点。而大陆法系国家中的德国，虽然不太重视判例的研究及其实际作用，但在个别领域内，判例的影响甚至比较强大，德国并不承认判例的法律效力，很大程度上坚守着大陆法系成文法的传统。

当然，这些研究者的观点或许尚需商榷。但对于两大法系判例制度进行比较研究，还是有益的。制度的建设和完善需要经过较长时间的探索，案例指导制度的建设和完善也不例外。本着提高案件审判质量与效率的目的，总结国内外的成功经验和教训，经过各方的共同努力，我国的案例指导制度必将日臻完善。

奚晓明

于最高人民法院

目 录

第一章 导论	(1)
一、概念的界定	(4)
二、研究意义和作用	(10)
三、研究的方法	(13)
四、主要研究内容	(14)
第二章 英国判例制度研究	(15)
一、英国判例制度的确立	(16)
二、英国判例制度的历史流变	(23)
三、英国判例的创制主体	(34)
四、遵循先例原则及其适用	(36)
五、英国判例制度运行的保障	(48)
六、英国判例制度的现状及未来发展	(58)
第三章 美国判例制度研究	(67)
一、美国判例制度的哲学理念	(67)
二、美国判例制度运作主体	(73)
三、美国判例制度的创制	(85)
四、判例适用中的法律推理	(97)
五、英美两国判例制度之差异	(103)
第四章 德国判例制度研究	(117)
一、德国司法制度	(118)
二、德国判例制度	(124)
三、德国民事判例	(144)

四、德国行政判例·····	(151)
五、德国宪法判例·····	(154)
六、欧洲判例对德国的影响·····	(162)
七、国际统一法中外国判例对德国的影响·····	(167)
第五章 法国判例制度研究 ·····	(173)
一、法国的法院体系·····	(175)
二、法国的司法程序和制度·····	(180)
三、法国的判例制度概况——以行政判例为视角·····	(185)
四、法国判例制度分析——立足于行政判例·····	(200)
第六章 中国香港判例制度研究 ·····	(224)
一、香港判例制度的形成与发展·····	(224)
二、香港判例制度的原则·····	(234)
三、香港判例制度的适用规则·····	(240)
四、香港判例制度的保障措施·····	(243)
参考文献 ·····	(255)

第一章 导 论

判例法是英美法系国家的主要法律渊源，大陆法系国家则以制定法为主要法律渊源。判例法和制定法是当今世界上最具影响力的两种法律形式，它们一直是英美法系和大陆法系相互区别的主要标志。由于历史传统、文化背景、思维方式等方面的不同，造成了两大法系法律观念、制度及法律适用上的一些重要差异。长期以来，在法律渊源中，判例法与制定法哪个占有主要地位，构成了两大法系的一个基本分野。判例法与制定法孰优孰劣，是法学家长期争论的问题，也许这种争论还将继续下去。但是，有一点却已被历史发展所证实，而且被许多法学家所认同，那就是：判例，无论在理论上还是实践上对任何一个法律体系，都占有不可或缺的地位，具有重要的意义。20 世纪以来，判例法与制定法在世界范围内出现了明显的相互融合趋势。一方面，制定法占绝对优势的时代已经过去，大陆法系国家的法官在法律发展方面所起的作用日益显著；另一方面，英美法系也越来越重视制定法的作用，主要表现为制定法数量逐渐增加。时至今日，尽管人们在理论上和观念上对于是否采纳判例制度和办法，还有多少不同的认识，但而事实上，判例制度和办法早已以其顽强的生命力，跨越了时空的界限，而为这个世界的许多国家和地区所接受，所不同的只是在不同国情和文化样

式之下，采取了不同的方式和姿态。

我国大陆地区的法律制度更多地继承了大陆法系传统的衣钵，以成文法作为法律的基本渊源。严格意义而言，所有的法律条文都是针对既往历史经验而制定的，因而在理论上，成文法从它成为法律文本的那一刻起，就已经落后于现实生活了，德国法学家萨维尼早已指出了这一点。为了弥补成文法的滞后性，法律条文的规定往往是框架性的，以便为日后的发展留下解释的余地。我国也明显存在这一现象，每年国家都要出台大量的法律解释性文件，对既有法律进行解释，以弥补成文法的滞后性。当前我国大量使用的司法解释，从原理上仍然是对既有法律、法令的限定性解读，没有从根本上解决现有法律与社会发展之间的矛盾。法律解释仍然或多或少地存在着原则性强、操作性弱的特点，即使是个案的指导性意见，一般也是从法律原理上进行解释的，没有针对事实作出具体的分析，许多方面不适合用于指导日常的审判活动。因此，深入研究国外的判例制度，借鉴国外判例制度的现实经验，对构建我国的案例指导制度，并以此对各项司法活动进行必要的指导和制约，显得非常必要。

判例制度与我国司法制度的发展，多年来一直是法学界探讨的一个热门话题。20世纪80年代中后期至90年代初期，判例制度开始引起我国法学界的浓厚兴趣。当时的研究除对西方国家的判例制度进行翻译介绍外，主要集中于我国应不应该建立判例制度。当时学界对此问题主要有三种观点或主张：一是主张在我国建立判例制度；二是认为在我国不宜建立判例制度；三是认为不宜建立判例制度，但应加强判例在司法实践中的作用。近年来，随着研究的深入，要求在

我国建立判例制度的呼声也越来越高，并就如何在我国建立判例制度进行了许多具体的探讨。

从法律发展的规律而言，法律从个别、随机的对社会关系的调整上升为一般、稳定的调整，这是历史的一大进步，然而由于一般调整所无法避免的不具体、不灵活、缺乏应变性的缺点，总是需要具体、灵活、适时的个别调整作为补充，同样，相对于这两类调整的成文法与判例也同样需要互相补充。在任何一个法律体系中都必须有大量的成文法，以建立一个稳定的规范框架，它们是稳定的因素，是法律规范性和预测性的基石，而不断变化的法院判例，是可变的因素。这些因素的结合就产生了法律体系所要求的确定性和适应性，两者互相弥补，使法律不断地向前发展。社会生活的不断变化发展，要把新的变化要求反映到法律中来，需要一个过程，而把法律规范运用到具体的社会生活中去，也需要一个过程，这是法律体系运行机制的两个层次。判例正是立法、司法领域的特殊桥梁和中介，是促进法律机制运行的一个重要的驱动力。这就是判例在法律体系中的意义所在。

法律家谨慎而又灵活的运用判例，持续推动法律前进的时候，支配他们判断和行动的价值基础仍然是法律所遵循的以一贯之的自由、正义、公平和权利等观念和原则。判例制度在固守其优秀传统文化的同时，又在不同形式上表现出对于反映时代进步的新的价值观念与法律精神的容纳和吸收。所以法律进化的动力机制也是渊源于同样一种社会现象——社会的变迁与进步。研究判例制度和方法，很重要的任务就在于探明判例制度和方法之所以为许多国家所广泛认同和接纳的

具体缘由,明了不同国情和文化在选择、认可和接纳判例制度和方法方面何以会有不同的方式和姿态,进而思索当今中国法律实际生活应当对判例制度和方法抱有何种态度,以及中国应当如何选择、认可和接纳判例制度和方法。

一、概念的界定

研究判例制度首先必须明确与判例制度相关的几个基本的却又是核心的概念,特别是在英美法系语境中寻求对其真实含义的解释。首先需要做的是厘清某些概念的基本内涵和外延,这是研究判例制度的基本前提。

1. 判例(case)

作为判例制度中的核心范畴,在普通法国家,“判例”承载的内容是有严格限定的。判例,《现代汉语词典》的解释是:指已经生效的判决,法院在判决类似案件时可以援用为先例,这种被援用的先例叫做判例。判例有时具有与法律同等的效力。^①《牛津法律大辞典》的解释,判例是指“对一项诉讼的报告,包括作出判决的法官或法官们的意见,在这里判例被看作是对某一问题的法律解释,并有可能作为以后案件的先前判例。”^②在英文中,case和precedent两个词都有判例的意思。Case主要侧重于对整个案件的叙述和报告,包括作出该判决的法官对该法律问题的意见。Precedent则侧重于指代先例,主要是指可以作为判例的先例判决中包含的法

^① 中国社会科学院语言研究所词典编辑室,《现代汉语词典》,4版,北京:商务印书馆,2002:950.

^② 戴维·M·沃克,《牛津法律大词典》,邓正来,译,北京:光明日报出版社,1988.

律原则，能够对今后审理同样或者类似的案件起到指导作用。可见，在英美法中，判决和判例是一种包含关系，判例是从既有判决中产生的，但并非所有判决都能成为判例，只有刊载在 law reports 上的判决才称为判例。尽管在理论上，并非只有经过汇编的判例才能作为先例援引，而只要宣布时有出庭律师证实就可援引，但实践上总是援引判例集上的判例作为先例，不是由律师公会汇编的判例不得在法庭上援引。^① 在中国，判例是个舶来品，古代有“例”、“则例”、“断例”、“条例”等名词，我们现在一般都赋予它们以“判例”的意义。总之，判例是指由某些权威性组织公布的、司法上或事实上有拘束力或劝导力或影响力的重要判决。

2. 先例 (precedent)

先例，据英国沃克《牛津法律大辞典》，一般是指可以用来作为后来事件或案件范例或规则的先前事例，或者可以用于支持或证明某些相似情况或行为的先前事例，即指在后来案件中作为法律渊源的先前的司法判决。^② 那些刊载在判例集上的判例经由法官援用之后才会成为先例。先例是与判例最为接近的概念，在普通法国家的相关著作中，对判例制度的研究主要着眼于对先例规则的研究，因此，precedent 一词比 case 更常用。

先例有纵向、横向两方面的约束力。纵向约束力是指，在各级法院的层次上，上级法院的先例约束下级法院，上级

^① 毛国权. 英国法中先例原则的发展. 法律评论. 1 卷, 1998 (1).

^② 戴维·M·沃克. 牛津法律大词典. 邓正来, 译. 北京: 光明日报出版社, 1988.

法院的先例只有在被更高等级的法院变更或者被制定法变更时，才丧失其约束力。横向约束力是指，上级法院的先例不仅约束下级法院，而且也约束它们自己。

先例因其效力渊源不同可分为四类：原初性先例，指对新规则的司法创造和应用；宣示性先例，指对已存的法律规则、原则的司法应用；权威性先例，指具有约束力的、法官必须遵守的先例；劝导性先例，指不具有必须遵循的硬性要求，但却值得法官考虑的先例。^①

3. 案例 (case)

“案例”一词在日常生活中经常被使用，案例并不是法律领域专有的概念，主要指研究者对某个具体案件怎样判决的研究、分析和评价，并不能够作为指导今后审判的先例，没有约束力。在内涵上，判例和案例的共同点在“例”上，都具有一定的指导意义；不同点是判例重在“判”，在司法意见，而案例重在“案”，不仅包括判决，也包括案件事实和审理事实本身。案例可以广泛使用，而判例具有较严格的司法意义。我国司法中的“案例”主要是指一些判决结果正确、说理充分的典型案件，而且它所反映的社会问题具有代表性。这类案件对今后类似的问题裁判或许有一定的影响，但是没有“判例”的拘束力。作为法学研究的对象来说，我们注意的不应当只是案件事实本身，而应该考察法官对于案件是怎样推理分析的，怎样论证的，又怎样在认定案情的基础上正确适用法律的，最终又是怎样作出合法判决的。

^① 张彩凤. 英国法治研究. 北京：中国人民公安大学出版社，2001：221.