



外国司法判例制度

Foreign Judicial Precedent Systems

何家弘 主编



中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE



外国司法判例制度

Foreign Judicial Precedent Systems

何家弘 主编



中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

外国司法判例制度 / 何家弘主编. —北京: 中国法制出版社, 2014. 1

ISBN 978 - 7 - 5093 - 4818 - 5

I. ①外… II. ①何… III. ①司法制度 - 研究 - 国外
IV. ①D916

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2013) 第 222029 号

策划编辑: 冯雨春

责任编辑: 冯雨春 马金凤

封面设计: 周黎明

外国司法判例制度

WAIGUO SIFA PANLI ZHIDU

主编/何家弘

经销/新华书店

印刷/河北省三河市汇鑫印务有限公司

开本/640 × 960 毫米 16

版次/2014 年 1 月第 1 版

印张/20.25 字数/225 千

2014 年 1 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 4818 - 5

定价: 56.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 66031119

网址: <http://www.zgfzs.com>

编辑部电话: 66070046

市场营销部电话: 66033296

邮购部电话: 66033288

前 言

司法既生产判例，也需要判例。人们不能奢望立法者制定出包罗万象且尽善尽美的法律规则，因此只能由司法者在实践中面对具体案件时进行解释性适用，而司法判例就是这种适用的最佳方式。无论是在英美法系国家还是在大陆法系国家，也无论是否被专家学者所认知，判例制度都以某种形式在司法活动中发挥作用，维系着具体案件中的公平正义。从一定意义上讲，对司法判例的重视程度也能反映一个国家的法治发展水平。研究不同国家不同时期的司法判例制度，对于完善当下中国的司法判例制度颇有裨益。

毫无疑问，判例在中国大陆地区不属于法律渊源，但是，司法判例制度的建立并不以“判例法”为前提条件。中华人民共和国在半个多世纪内之所以未能建立司法判例制度，除了认识观念上的原因之外，主要是因为法院的裁判文书不够公开和前案判决意见对后案法官裁判的拘束力不够明确。虽然司法机关和法律学者编纂过多种多样的案例汇编，但是那些案例对法官没有拘束力，只是学习参考的资料而已。

2010年，中国的公检法机关开始推行“案例指导工作”。7月30日，最高人民检察院发布了《关于案例指导工作的规定》。9月10日，公安部发布了《关于建立案例指导制度有关问题的通知》。11月26日，最高人民法院发布了《关于案例指导工作的规定》。这项工作推进了我国司法判例制度的建立，具有很强的指标性意义，但是“指



导性案例”并不等于“判例”。一方面，公安机关、检察机关、审判机关都可以公布指导性案例，但是只有法院作出生效判决的案例才可以称为“判例”。换言之，司法判例制度仅指法院的裁判。另一方面，最高人民法院发布的指导性案例与世界各国通识的司法判例也有一定差异。

2011年12月20日、2012年4月14日和9月18日、2013年2月7日，最高人民法院已经分四次发布了16个指导性案例，其中民事案例8个，刑事案例6个，行政案例2个。这些指导性案例是：1号上海中原物业顾问有限公司诉陶德华居间合同纠纷案；2号吴梅诉四川省眉山西城纸业有限公司买卖合同纠纷案；3号潘玉梅、陈宁受贿案；4号王志才故意杀人案；5号鲁潍（福建）盐业进出口有限公司苏州分公司诉江苏省苏州市盐务管理局盐业行政处罚案；6号黄泽富、何伯琼、何熠诉四川省成都市金堂工商行政管理局行政处罚案；7号牡丹江市宏阁建筑安装有限责任公司诉牡丹江市华隆房地产开发有限责任公司、张继增建设工程施工合同纠纷案；8号林方清诉常熟市凯莱实业有限公司、戴小明公司解散纠纷案；9号上海存亮贸易有限公司诉蒋志东、王卫明等买卖合同纠纷案；10号李建军诉上海佳动力环保科技有限公司公司决议撤销纠纷案；11号杨延虎等贪污案；12号李飞故意杀人案；13号王召成等非法买卖、储存危险物质案；14号董某某、宋某某抢劫案；15号徐工集团工程机械股份有限公司诉成都川交工贸有限责任公司等买卖合同纠纷案；16号中海发展股份有限公司货轮公司申请设立海事赔偿责任限制基金案。^①

这些指导性案例解答了司法实践中面临的一些新的法律适用问题，例如，其中的刑事案例分别涉及新形式、新手段受贿罪的认定问题（指导案例3号），新形式、新手段贪污罪的认定问题（指导案例

^① 参见中国法院网，<http://www.chinacourt.org>。

11号),判处死缓并限制减刑的具体条件问题(指导案例4号和指导案例12号),《刑法》规定的非法买卖毒害性物质的界定问题(指导案例13号),《刑法修正案(八)》规定的禁止令的具体适用问题(指导案例14号)。这些“指导性案例”对于上述法律规定在刑事审判中的统一适用确实具有一定的指导意义。

司法判例制度的要旨在于自然生成和司法维系,其优势在于数量众多和细致入微。在采用“非法源性”司法判例制度的大陆法系国家,判例的拘束力主要依赖于生成判例之法院的权威和上诉审制度的维护。然而,我国的案例指导制度却存在着一些与司法判例制度不一致的情况。首先,指导性案例虽然是最高人民法院精选后发布的,但并不是最高人民法院自己审理的案例,其中有些案例甚至是基层人民法院审理的。下级法院审理的案件经过最高人民法院发布之后便作为比审理该案之法院级别更高之法院的“指导”,这种带有“上级遵从下级”意味的案例指导制度似乎有违司法判例制度的原理。其次,这些指导性案例是最高人民法院“制作”或“改编”的,并非“原汁原味”的判例。虽然这种做法可以提高指导性案例的水平,但是也不符合司法判例的生成规律。再次,“指导性案例”的名称定位不够严谨,因为“指导”一词的含义与“参考”相似,未能体现作为司法判例制度之灵魂的“前案判决意见对后案裁判的拘束力”。最后,最高人民法院发布的指导性案例的数量太少,很难满足司法实践中对判例制度的需求。

如果说案例指导制度是我国司法判例制度的雏形,那它与行之有效的司法判例制度还有很大差距。那么,如何完善我国的司法判例制度呢?一方面,我们要完善法院判决意见的公布制度,因为法院判决意见全面系统的公开是司法判例制度的基础。我们很高兴地看到,《最高人民法院裁判文书上网公布暂行办法》已于2013年7月生



效，最高人民法院已经开设了中国裁判文书网（[www. court. gov. cn/ zgcpwsw](http://www.court.gov.cn/zgcpwsw)），为全国法院裁判文书实现全面公开上网创造了条件。另一方面，我们要明确判例的拘束力并建立相应的保障机制。例如，同一个法院先前的判决意见应该对后案的裁判具有拘束力，上级法院的判决意见应该对下级法院的裁判具有拘束力，而拘束力的维系主要依靠上诉审制度。这就是说，某个法院的裁判违反了先前具有拘束力的判例，当事人就可以提出上诉，上诉审法院就可以推翻原判或者推翻先前的判例。当然，这还需要我们对司法判例的确认、引用、甄别、推翻等事项进行一系列具体的制度设计。不过，在司法审判公开透明的情况下，是否遵从以及如何遵从先前的判决或裁定意见，就是一个无法回避的问题。

本书是2010年度教育部哲学社会科学研究重大课题攻关项目“法治国家建设中的司法判例制度研究”的阶段成果。在本书中，我们主要介绍了在两大法系国家中具有代表性的英国、美国、澳大利亚、法国、德国、日本以及北欧国家的司法判例制度。此外，由于中国的香港地区、澳门地区以及台湾地区分别在不同程度上受到了英国、葡萄牙、日本等国法律制度的影响，所以我们也作为附录对其司法判例制度进行了简要的介绍。

本书第一章由何家弘（本项目的首席专家）和何然（本项目的“外国司法判例制度”子课题的负责人、北方工业大学文法学院讲师、法学博士）撰写；第二章由李红海（华中科技大学法学院教授、普通法研究所所长、英国剑桥大学访问学者）撰写；第三章由邓矜婷（中国人民大学法学院助理教授、美国密歇根大学法律博士）撰写；第四章由彭霄（广州市政法委研究室干部、中国人民大学法学院博士生，曾赴澳大利亚考察）撰写；第五章由郭欣阳（国家检察官学院副教授、法学博士，曾作为中法“百名司法官”项目成员到法国艾克斯－

马赛大学和国家司法官学院培训)撰写;第六章由周遵友(德国马普外国与国际刑法研究所中国部主管、德国弗莱堡大学法学博士)撰写;第七章由于佳佳(东京大学法学博士,上海交通大学凯原法学院讲师)撰写;第八章由王燃(中国人民大学法学院博士生)撰写;附录一由李慧(太原科技大学法学院副教授、法学博士,曾赴香港地区考察)撰写;附录二由张晶(中国人民大学法学院博士生,曾赴澳门地区考察)撰写;附录三由王馨沁(北京市人民检察院干部,曾赴台湾地区交流学习)撰写;全书由主编和副主编统一修改定稿。

在此,我谨代表本书作者对教育部社科司对我们研究工作的信任与支持,表示诚挚的谢意。

何家弘

2013年11月写于北京世纪城痴醒斋

目 录

第一章 司法判例制度导论	1
第一节 司法判例制度的基本概念	1
第二节 司法判例制度的历史渊源	5
一、自然法与司法判例制度	5
二、习惯法与司法判例制度	9
三、神明裁判与司法判例制度	10
第三节 司法判例制度的发展沿革	13
一、英美法系国家司法判例制度的发展	13
二、大陆法系国家司法判例制度的沿革	17
第四节 司法判例制度的发展趋势	21
一、英美法系国家司法判例制度的发展趋势	22
二、大陆法系国家司法判例制度的发展趋势	25
三、补充解释制定法是现代司法判例制度的基本功能	28
第二章 英国的司法判例制度	36
第一节 司法判例制度概述	36
一、判例法是英美法系的主要特征	37
二、判例在英国法中的地位	38
第二节 司法判例的内容和形式	40
一、判例报告	41
二、遵循先例原则	48



三、判例的要素	57
第三节 司法判例的适用	61
第四节 司法判例制度余论	64
一、判例法的优点	64
二、判例法的问题与缺陷	65
三、判例的形式与普通法的演进	66
第三章 美国的司法判例制度	69
第一节 司法判例制度概述	69
一、遵循先例原则	70
二、判例的法律地位	73
三、判例的作用	76
第二节 司法判例的内容和形式	77
一、司法判例的内容	78
二、判例的汇编与检索	86
第三节 司法判例的适用	89
一、先例的适用	89
二、先例的规避（或排除）	93
三、先例的推翻	95
第四节 司法判例制度余论	97
一、法院应当如何解释制定法	97
二、法律重述的效力	99
三、判例法制度的不足	101
第四章 澳大利亚的司法判例制度	102
第一节 司法判例制度概述	102

一、澳大利亚的法院层级和判例制度	103
二、澳大利亚判例制度与英国判例制度的关系	108
第二节 司法判例的内容和形式	113
一、司法判例的规则	113
二、司法判例的内容	113
三、司法判例的形式	116
第三节 司法判例的适用	118
一、司法判例的引用种类	118
二、维多利亚州法院引用判例的情况	120
三、司法判例的推翻	126
第四节 司法判例制度余论	128
一、判例中“附论”的拘束力	128
二、引用权威性资料的问题	131
第五章 法国的司法判例制度	133
第一节 司法判例制度概述	133
一、司法判例的概念	133
二、司法判例的地位	136
第二节 司法判例的内容和形式	138
一、司法判例的功能	138
二、司法判例的内容	142
三、司法判例的形式	143
第三节 司法判例的适用	144
一、司法判例的甄别	144
二、司法判例的适用	147
第四节 司法判例制度余论	150



一、司法判例合法性的认可	150
二、司法判例释法的统一性	156
第六章 德国的司法判例制度	159
第一节 司法判例制度概述	159
一、司法判例的地位	162
二、司法判例的功能	167
第二节 司法判例的内容和形式	181
一、司法判例的内容	181
二、司法判例的形式	186
第三节 司法判例的适用	196
一、判例的引用	196
二、判例的协调	198
三、判例的推翻	200
第四节 司法判例制度余论	202
一、联邦宪法法院判决书示例	202
二、联邦普通法院判决书示例	216
第七章 日本的司法判例制度	226
第一节 司法判例制度概述	226
一、司法判例的概念	226
二、司法判例的地位	228
三、司法判例的功能	229
第二节 司法判例的内容和形式	232
第三节 司法判例的适用	236
一、法律判断	236

二、实务上的甄别标准	238
三、学理上的甄别标准	241
第四节 司法判例制度余论	243
一、刑事法领域的讨论	244
二、民事法领域的讨论	247
三、结语	247
第八章 北欧国家的司法判例制度	250
第一节 司法判例制度概述	250
一、北欧国家法院系统简介	250
二、司法判例的地位	252
三、司法判例的作用	253
第二节 司法判例的内容和形式	255
一、司法判例的选编	255
二、司法判例的内容风格	258
三、司法判例的发布	260
四、判例报告的内容	261
第三节 司法判例的适用	263
一、司法判例的引用	264
二、司法判例的拘束力	265
三、司法判例的冲突	267
四、司法判例的推翻	269
第四节 司法判例制度余论	270
一、司法判例拘束力的实质内涵	270
二、司法判例的甄别技术	271
三、司法判例制度的发展趋势	272



附录一 香港地区的司法判例制度	274
一、港英宪政秩序下的司法判例制度	275
二、新旧宪政秩序转型中的司法判例制度	278
三、特区新宪政秩序下的司法判例制度	286
附录二 澳门地区的司法判例制度	288
一、司法判例制度概述	288
二、刑事诉讼中的统一司法见解制度	289
三、民事诉讼中的统一司法见解制度	296
四、统一司法见解制度小结	299
附录三 台湾地区的司法判例制度	302
一、司法判例制度的沿革	302
二、司法判例的形成和变更	304
三、司法判例的拘束力	306
四、司法判例制度存在的问题	308

第一章 司法判例制度导论

第一节 司法判例制度的基本概念

一说到“判例”或“司法判例”，有人就会想到英美法系国家的判例法，以为判例就是判例法，甚至以为“判例”只是普通法系国家专有的法律术语。这种观点不无偏颇。且不说在大陆法系国家也存在判例的概念，就是在英美法系国家，判例和判例法也是两个不能完全等同的概念。我们在研究司法判例制度的时候，首先必须明确“判例”与“判例法”这两个概念之间的关系。

英国是判例法的发源地，也是最为完备的司法判例制度的发源地。由于英语中的“判例法”是 case law,^①所以人们便容易想当然地以为“判例”就是 case，一些学术著作^②和法律词典^③中也有这样的解释。诚然，case 在某些语

① 在现代英语中也可以拼写为 case-law 或 caselaw。

② 例如，奚晓明等编著：《两大法系判例制度比较研究》，北京交通大学出版社 2009 年版，第 4 页。

③ 例如，薛波主编：《元照英美法词典》，法律出版社 2003 年版，第 197 页。



境下可以翻译成“判例”，但是在司法判例制度的语境中，“判例”的英语对应词应该是 precedent，而不是 case。于是，我们的语词分析在源头上就遭遇一个难题：“判例”是 precedent 而非 case，但“判例法”是 case law 而非 precedent law。那么，我们应该如何理解这三个概念的含义及其相互关系呢？

按照《布莱克法律词典》中的解释，case 的基本含义是“一个诉讼、官司或法律争议”，^① 因此应翻译为汉语的“案件”或“案例”；Case law 的含义是“在特定司法区内构成法律实体的已报告案件之集合”，^② 已通译为汉语的“判例法”，但本意为“案件中的法律”；precedent 的含义是“法院在司法活动中通过确认和适用新规则而造法”或者“可作为涉及相似事实或争议问题的后来案件之裁判基础的已决案件”^③，可以翻译为汉语的“判例”或“先例”。由此可见，precedent 才是司法判例制度语境中的“判例”，因为它具有作为法律适用或司法裁判之“例”的含义。诚然，判例首先是案件，而且已经是做出判决的案件，但案件并不一定都是判例，只有当案件经由“报告”汇编时才能成为判例。《牛津现代法律用语词典》对 precedent 一词也做出了相同的解释，“作为决定日后可能产生之相同或相似案件或相似法律问题之基础的已决案件”。^④

从语言发展的历史逻辑来推断，英语中“案件”（case）一词的历史应该是最为悠久的，而且其含义也是相当宽泛的，不仅指法律事务中的案件或案例。大约在 12 世纪的时候，随着普通法的形成和发展，“判例法”（case law）的概念逐渐被法律人使用。而“判例”（precedent）一词的出现则更晚。直到 16 世纪前后，作为英国司法判

① Bryan A. Garner: Black's Law Dictionary (Seventh Edition), West Group, 1999, P. 206.

② Bryan A. Garner: Black's Law Dictionary (Seventh Edition), West Group, 1999, P. 207.

③ Bryan A. Garner: Black's Law Dictionary (Seventh Edition), West Group, 1999, P. 1195.

④ [美] 布莱恩 A. 加纳:《牛津现代法律用语词典》，法律出版社 2002 年版，第 680 页。

例制度之基石的“遵循先例”（stare decisis）原则的确立，才有学者创造了 precedent 一词。^① 正是因为 case law 的概念先于 precedent 的概念出现，所以才给后人留下了语词翻译的难题。不过，这也从一个侧面显示了这两个概念之间的差异。判例法是蕴含在一个个具体案件判决中的法律，而判例则是为后案裁判提供准据的判决先例，亦可称为“司法判例”（judicial precedent）。

判例的法律效力在于它不仅对本案有既判力，而且对以后的同类案件有拘束力。这正是判例与一般案例的区别。在英美法系国家，一个案例能否上升为判例，取决于很多因素，包括法院的级别、法官的声望、判决对法律规则或原则的阐释等。一般来说，判例主要来自级别较高的法院，如英国的最高法院、上诉法院、高等法院，美国的联邦最高法院、联邦上诉法院、各州最高法院等。级别越高的法院，其判决成为判例的概率就越高，而且其判例的拘束力就越强。另外，按照《布莱克法律词典》的解释，英美法系国家的司法判例可以根据拘束力的强弱，分为强制性判例（binding precedent）和说服力判例（persuasive precedent）；根据是否创设或适用新的法律规则，分为初始判例（original precedent）和宣示判例（declaratory precedent）。^②

大陆法系国家一般不存在判例法，但是也有判例的概念。例如，德语中的“判例”是 Präjudiz，与英语中的 precedent 相对应，尽管二者表达的语义并不尽相同。在法语中，人们在谈到“判例”时偶尔也会使用与英语的 precedent 相对应的 précédent，但更多使用的是 juris-

① 据说是戴耶在 1557 年第一次使用了“precedent”一词。参见 T. F. T. Plucknett, *A Concise History of the Common Law*, New York: The Lawyers Co-operative Publishing Company, 1929, p. 307。

② Bryan A. Garner: *Black's Law Dictionary (Seventh Edition)*, West Group, 1999, P. 1195.