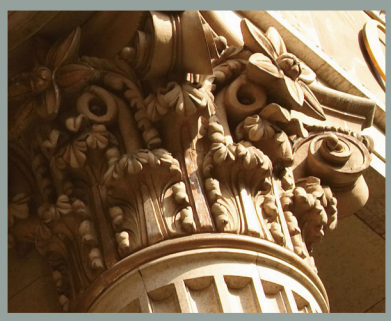
CSSCI来源集刊



法律方法

Legal Method

第32卷



主　　编·陈金钊　谢　晖
执行主编·蒋太珂

中国出版集团
研究出版社

需要全本请访问 www.ertongbook.com

本刊受上海市高水平地方高校（学科）建设项目资助

CSSCI来源集刊

法律方法

Legal Method

第32卷

主　　编·陈金钊　谢　晖
执行主编·蒋太珂

中国出版集团
研究出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

法律方法 . 32 卷 / 陈金钊 , 谢晖主编 . -- 北京 :
研究出版社 , 2020.9
ISBN 978-7-5199-0392-3

Ⅰ . ①法… Ⅱ . ①陈… ②谢… Ⅲ . ①法律 - 文集
Ⅳ . ① D9-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2020) 第 170191 号

出 品 人：赵卜慧
责任编辑：张立明

法律方法（第 32 卷）

FALV FANGFA（DI 32 JUAN）

作　　者	陈金钊　谢　晖 主编
出版发行	研究出版社
地　　址	北京市朝阳区安定门外安华里 504 号 A 座（100011）
电　　话	010-64217619　　64217612（发行中心）
网　　址	www.yanjiuchubanshe.com
经　　销	新华书店
印　　刷	河北赛文印刷有限公司
版　　次	2020 年 9 月第 1 版　　2020 年 9 月第 1 次印刷
开　　本	710 毫米 ×1000 毫米　1/16
印　　张	28.25
字　　数	579 字
书　　号	ISBN 978-7-5199-0392-3
定　　价	92.00 元

版权所有，翻印必究；未经许可，不得转载

法律方法

(第 32 卷)

主编

陈金钊　谢　晖

学术顾问

(以姓名拼音为序)

郝铁川　胡玉鸿　蒋传光　季卫东
李桂林　刘作翔　舒国滢　沈国明
孙笑侠　王　申　熊明辉　叶　青
於兴中　张斌峰　郑成良　张继成

编辑委员会

(以姓名拼音为序)

陈金钊　戴津伟　杜文静　黄　涛
金　梦　蒋太珂　刘风景　吕玉赞
孙光宁　宋保振　杨铜铜　杨知文
俞海涛

本卷执行主编

蒋太珂

序　言

人们不能总是消费别人的信任而不断地进行压服，司法裁判只有阐明裁判结论的形成过程和正当性理由，才可能提高裁判的可接受性，实现法律效果和社会效果的有机统一。法律方法就是站在维护法治的立场上，把法律作为修辞进行说服的纠纷解决方法，其包括但不限于法律发现、法律解释、利益衡量、漏洞填补、法律推理以及法律论证。而法律方法论则是对法律如何被运用的一系列解释、论证和推理的技巧、规则、程序、原则的系统思考。由于对逻辑思维的轻视，我国法律方法论的研究起步较晚。但自 21 世纪初以来，随着对思维方式的体系化改造，法律方法论研究逐渐成为我国法学研究中的一门显学。

创刊于 2002 年的《法律方法》，迄今已经出版 32 卷，为法律方法论人才的培育，法律方法论研究的普及、深化、繁荣，提供了专业化的学术交流、切磋平台。多年来，幸赖学界同仁的支持、出版界同仁的合作，《法律方法》与学界同人一道，共同推动了中国法律方法论的研究，见证了法律方法论研究的繁荣。

法律方法论研究的持续繁荣蕴含着研究契机的转换。随着裁判文书上网、案例指导制度的建立，学界越来越关注司法实践发展出来的教义规则及其方法支撑。法律方法论的研究正从以译介消化域外相关理论为特色的学说继受阶段，转向以本国立法、司法实践的教义学化为契机的本土化时代。面对这一新的发展趋势，我们认为，促进法治中国建设、生成法学教义规则，理应成为今日法律方法论研究的出发点和落脚点。法律方法论研究也应当在继续深挖法律方法的基础理论之上，提炼能够回应我国实践需求的命题。

因而，我们需要继续深挖法律方法的基础理论，拓展法律方法论的应用研究。

一是法律方法与法治的关系。法律方法依托于法治，没有法治目标，要不要法律方法都无所谓。基于何种法治立场、实现何种法治目标、讲述何种法治故事，是奠定法律方法论价值取向的前提性问题。如果忽略对这些问题的研究，法律方法的研究、运用必将沦为方法论上的盲目飞行。

二是法律方法与逻辑的关系。逻辑是思维的规律和规则。法律方法表现为各种具体的法律思维规则，法律思维规则构成了法律方法的骨架。如今，逻辑学经历了传统的形式逻辑向实质逻辑的转向。结合逻辑学的新变化，建构法律解释、法律推理、法律论证模型，对夯实法律方法论的逻辑基础，强化法律方法论的实践指向，具有重要的理论和实践意义。

需要全本请访问 www.ertongbook.com

三是回应实践需要提炼新的命题。面对法律供给不足的现实，我们应当坚持“持法达变”思维，把法律当成构建决策、裁判理由的主要依据，重视体系思维，将宪法中的“尊重和保障人权”原则融入法律思维或者法律方法之中，以防止“解释权”的误用、滥用。这意味着，法律规范的供给不足隐含的是法律方法或者说法律思维规则供给不足。因此，面对法治实践的需要，应不断提炼出反映中国法治实践需要、满足中国法治实践需要的新的理论命题或者规则。

在法律方法研究重点发生转向的新时代，《法律方法》将“不忘初心，牢记使命”，继续秉持“繁荣法律方法研究，服务中国法治实践，培养方法论学术新进”的宗旨，为我国法律方法研究的繁荣、法律方法研究的实践取向，以及法律方法人才的培养做出应有的贡献。同时也希望各位先达新进不吝赐稿，以法律方法论研究为支点，推动中国法治建设。

陈金钊

目　录　　法律方法　（第 32 卷）

序　言　　陈金钊／ I

域外法律方法

法国判例制度　　［法］米歇尔·托贝　克里斯托夫·格里茨戈克著　余厚宏译／ 3
探寻原旨主义的基础　　［美］威廉·鲍德　史蒂芬·E. 萨克斯著　陈颖译／ 31
原始意图与法律解释　　［意］戴维·里昂著　黄健傑译／ 58
步入歧途：安德瑞·马默论法律实证主义、法律解释和简易案件
　　［意］皮耶鲁·基亚索尼著　韩新远译／ 77
合同法解释的限度　　［澳］安德鲁·罗伯逊著　谢婧辰译／ 92
法治与民主的话语观念　　［澳］罗伯特·雪莱著　伍巧芳译／ 107

法律方法前沿

人工智能法律人格构建的方法论批判
——新科技革命时代的法律伦理与法律技术　　聂卫锋／ 121
民法典施行背景下的金融法裁判方法　　竺常赟／ 152
从实证到批判：国际法方法论探究　　何志鹏／ 166
习惯与评价：法官视角下的司法大数据平台　　刘康磊／ 178
法律解释方法的思维要素构造及其协调应用研究　　戴津伟／ 190

司法方法论

司法自由裁量的法理及其实践展开 徐舒浩 / 209
司法公开何以促进司法公正 侯学勇 / 232
论民国时期行政审判法律解释的路径选择
——以国民政府行政法院判决为中心 徐 进 / 252
探寻现实维度下法律经验的立场与方法
——从明恩溥对近代乡村自治立法的启示切入 荆月新 / 270

部门法方法论

论“损害”作为侵权惩罚性赔偿责任不可分离之要件
——兼议《食品安全法》第 148 条第 2 款 张 超 / 283
论未经许可从事客运经营成立非法经营罪的边界 冯国波 / 298
骗取贷款罪构造的体系思考及其贯彻 史令珊 / 309
“劳动碰瓷”案件裁判中的目的解释运用 陈宏都 / 323
盗窃罪与诈骗罪区分标准的反思
——限定的处分意识不要说之提倡 李志恒 / 333
组织内地公民赴境外赌博行为定性分析 黄 楠 / 351
传统法家思想与当代中国法律方法的自主性建构 李 白 / 363

公共卫生与法治

新冠病毒传播犯罪因果关系认定的困境及破解
——以 27 例“以危险方法危害公共安全罪”案件为分析样本 杨 焘 / 381
同类解释规则的方法论反思
——以疫情期间哄抬物价为视角 黄云飞 / 392
涉疫案件中妨害传染病防治罪与以危险方法危害公共安全罪的竞合
与区分规则 温登平 / 406
妨害疫情防控行为的刑法规制研究
——从突发性公共卫生事件切入 陈禹衡 / 425

《法律方法》稿约 / 442

域外法律方法

法国判例制度

［法］米歇尔·托贝　克里斯托夫·格里茨戈克* 著
余厚宏** 译

摘　要　判例从来不是法国正式的法律渊源，也没有任何成文法规赋予判例约束力。但司法法院和行政法院两个独立的法院系统均经常性地创制和使用判例，而且判例在法国司法体系中也实际发挥了填补法律漏洞、解释法律文本乃至创制新的法律原则等作用。立法机关对此种“解释性判例”采取了默许的态度，同时也行使着以立法形式最终采纳或推翻判例的权力，最根本的原因是判例的约束力在法国的法律体系中是一个规范性约束力定义的问题，如果判例被视为法律渊源，那它总是跟成文法相结合的，这也是它最终效力的来源。近年来，欧洲大陆合宪性司法审查取得了巨大进展，加之成文法质量欠佳和经济、社会复杂性增加等因素的影响，法国的法律共同体正在重新思考判例的功能和定位。

关键词　判例　解释性判例　法律渊源　规范性约束力

一、机构和体系

（一）基本情况

1. 法院层级

法国司法体系的最主要特色是存在两个不同且分离的法院系统：司法法院和行政法院。这一现象通常被解释为法国三权分立的结果，即禁止传统意义上的普通法官创制一般

---

* 米歇尔·托贝（Michel Troper），巴黎第十大学教授，法律理论研究中心主任，法兰西大学研究院成员。克里斯托夫·格里茨戈克（Christophe Grzegorczyk），巴黎第十大学法学教授。原文为 Michel Troper and Christophe Grzegorczyk. *Precedents in France*，D. Neil MacCormick，Robert S. Summers and Arthur L. Goodhart（eds），*Interpreting Precedents*：*A Comparative Study*，New York：Routledge，2016，pp. 103－141。

** 余厚宏，男，重庆人，西南政法大学行政法学院博士研究生，研究方向为西方法理学。

需要全本请访问 www.ertongbook.com

性规则从而侵犯其他权力。从法国大革命时期起，法庭便不能审理涉及行政主体的案件，因为这是履行行政职能。在法国大革命时期，司法的职能被构造为仅限于运用三段论去适用成文法。因为行政主体在行使其职能时必然拥有很大程度的自由裁量权，所以其在裁决案件时，通常没有可以作为大前提的法规；如果允许法院裁决行政案件，法院将能够制定自己的规则作为大前提，立法和行政职能将同时受到侵犯。

在政府授权之下，涉及行政主体的案件由其他更高层级的行政主体裁决。在具体操作层面，形成像法院那样的专门机构就变得极为迫切。十九世纪初期，最重要的专门机构是最高行政法院（Conseil d'Etat）。在第三共和国初期（1870 – 1945），这些机构既独立于行政机构，也独立于以最高法院（Cour de Cassation）为首的普通司法法院。①

这两套法院体系在法官选任、培训方式、程序规则和最重要的实体规则适用等诸多方面有所区别。这是基于上述事实，即在行政领域无可适用的成文法律。因此，行政法院在很大程度上不得不制定自己的法律，现在常说法国行政法是法官造法，也是在此意义上与英美普通法相比较而言的。这肯定是某种程度的夸张说法，因为行政法院仍然受到《法国民法典》第 5 条所规定原则的限制，该条规定："法官不得用确立一般规则的方法进行裁判。"

司法法院和行政法院，都有三个层级，但只有两个审级。换句话说，下级法院的裁决只能上诉一次。二者除了都有最低层级的法院外，还有上诉法院。上诉法院的裁决可以申诉到最高法院，但原则上这并不属于上诉（而是被称为法律复合审），因为最高法院不会对整个案件进行第三次审查。也就意味着这只是法律审，没有事实审。当然，区别法律与事实是相当困难的问题，最高法院需要从许多方面考量这些事实问题。事实的法律认定是最为重要问题：必须对这些事实进行审查，以便于确定它是否可以归入特定的法律范畴——这被认为是一个法律问题。这也就意味着，最高法院不审查事实的意思仅仅是，它把事实是否存在的问题留给了下级法院。这就存在一个严肃的后果：一旦上诉法院的裁决被最高法院撤销，案件将会被移送到另一个上诉法院，进行事实审和法律审并作出新判决，而且通常情况下最高法院撤销该裁决所采用的理由会被适用。

但在实践中，最高法院发挥着第三审法院的作用，这主要由于下述两个因素：其一，事实问题与法律问题很难进行区分；其二，最高行政法院和最高法院无权挑选案件，这使得上诉案件大量存在。1994 年，一项允许最高法院选择案件的法案被提出。然而，该法案的目的并不是让最高法院能够选择最重要和最具代表性的案件，以便创制判例，而只是为了驳回无关紧要的案件。该法案截至 1996 年 8 月尚未获得通过。新司法部长可能会再次将其提交议会。

---

① 法国司法体系的专有名词在国内的翻译并不统一，本文主要采纳的是金邦贵主编的《法国司法制度》（法律出版社 2008 年版）和［法］皮埃尔·特鲁仕主编的《法国司法制度》（北京大学出版社 2012 年版）的译法。——译者注。

除了以上两个法院体系，还有根据 1958 年宪法设立的宪法委员会（Conseil Constitutionnel），其主要职能是处理选举纷争、对议会制定的法规进行合宪性控制。1971 年宪法委员会决定其他法律必须遵照的宪法包含其序言和序言当中的原则。这一决定使宪法委员会的作用有了相当大的提升，学术界经过对该机构的司法或政治性质的长期讨论，现在普遍认为它是一个法院。虽然如此，宪法委员会仍有一些其他重要特质：第一，它的成员是任命制，任期为九年，由总统、国民议会议长、参议院议长各委任三分之一的人员。第二，它仅能够管辖议会已经通过但未颁布的新法律（即尚未实施的新法律）。因此法国宪法委员会面对一个已经颁行的法律便无能为力，即使这部法律违反了最基本的原则。第三，一部法律只能由以下权威人士提交到宪法委员会：总统、总理、两院议长、60 位国民议会代表或者 60 位参议员。第四，即使宪法委员会的决定对其他法院有约束力，其他法院也不能向宪法委员会上诉。最后，它不举行公开会议，律师也不得出席。

还有必要特别指出的事实是，根据宪法，国际条约的位阶高于一般的法律。这一点可以这样理解：其一，某法律与国际条约冲突但并不违宪，宪法委员会便不能废止它；其二，法院可拒绝适用与国际条约相抵触的法律。在法国具有约束力的条约包括两个设立国际法院（欧洲法院和欧洲人权法院）的欧盟条约。当对国际条约的内容出现争议时，法国的法院可以诉诸于欧洲法院。在此种情况下，法国的法院被当作欧洲法院的组成部分。

2. 结构和程序

最高法院有 84 名法官（不含检察官），他们裁决了非常大量的案件。仅仅在 1991 年，就有超过 26000 起案件被审理，同时还有 33000 起未决案件。这样的情况并没有改观，1993 年最高法院判决了 25000 件案件，但又有 26000 件新的案件被提交。到 1994 年 12 月 31 日，未决案件已增至 36000 至 37000 件。根据推算，如果最高法院的目的只是为了创制判例，那么每年只需要审理大约 120 件民事案件和 206 件刑事案件（数据来源于最高法院年报）。

最高行政法院的情况大致也是如此。法官的具体人数很难确定，因为最高行政法院虽然大约有 270 名成员，但他们大多数都有行政职务，并不实际参加审判。案件由诉讼组（Section du contentieux）（约 60 名成员）进行审理。1991 年，最高行政法院审结了 11000 起案件。

最高法院和最高行政法院都是由不同的审判庭（委员会）组成的。最高法院分为六个审判庭（委员会），其中五个为民事庭，一个为刑事庭。裁决可以由各庭单独作出。重要案件可以由两个以上属于不同庭的法官组成混合庭，或者由全体大会审理，如果上诉法院反对，则该案件将会被发回重审。

最高行政法院同样如此。非重要案件由各组单独作出（共有十个组）审理，重要案件由两以上的联合组或者审判全会审理。

3. 选择案件的权力

正如前文所述，最高法院没有选择案件的权力，但是两个最高法院的院长却有一定的自由裁量权，可以决定，将疑难案件分配给单独的审判庭、混合庭或全体委员会（大法庭）。这就解释了为什么法院每年都必须审理大量的案件，但是在最后一种情况下需要很长时间才能作出判决。

（二）裁决的结构、内容和风格

《民事诉讼法》第 455 条对判决书的形式和内容作了基本规定："判决应当简要表述当事人的诉讼请求以及各自提出的理由；判决应当进行说理。即，它必须包括正当性论证。判决意见应以倾向性的形式进行表达。"虽然这一条仅适用于普通法院，但《民事诉讼法》却同样对行政法院具有约束力。

所有判决都由以下五个部分组成：

（1）开头（mentions）：判决书是否公开宣读、当事人的姓名、到庭情况以及法庭的组成；

（2）审判经过（visas）：经法院审查的文件清单、摘要、当事人提交的文件和法律法规；

（3）判决理由（motifs）：这是判决书中最重要而且（相对而言）最主要的部分。455 条所规定的说理义务由两部分构成：一是当事人经过审查的证据，二是允许上级法院对判决施加控制。它通常包括对事实的简短陈述和对证明该判决合理性的各种论证。

主要的论证通常是对适用于该案件的一般规则的陈述。该一般规则的陈述可以是简单的条款列举，也可以是对法规和原则"真实意思"的解释。因此，这种提及方式显然是面向判例的，因为有了这些法条、解释或原则，法院裁决的不仅是要裁决的单一案件，而且还有类似的案件。这就是法国学者用"管辖法院"（cour régulatrice）这个词的原因。

（4）主文（dispoitif）：这部分是完整的判决、法院裁定和法院的命令。它通常由类似于成文法形式的一个或两个条款组成。值得强调的是，主文是判决中唯一在原则上享有既判力的部分，尽管法院已将这种权力扩展到构成主文的必要基础的判决理由上。

（5）执行命令（formule exécutoire）：一种授权给一些公权力机构执行判决的命令。

判决意见的风格特征来自法国法官的一般概念，即法官不应当行使"司法权"，而只应履行"司法职能"。法的唯一合法渊源是"法律"，它等同于成文法。正如 1789 年《人权宣言》所述，"法律是公意的表现"。因此，首先，司法是一种推论，因为判决本身就被构造为一种三段论。其次，虽然法律在原则上被尊重，但是必须承认，出于"事实的法律认定问题"的重要性，法院往往不是讨论法律条款的意义，而是讨论事实的性质，以便确定这些事实的法律归属；虽然这种讨论通常是简洁的，但也往往是实质性的。最后，判

决意见具有权威性。法国法院的判决是极其简短的，甚至有时不过短短几行。这种权威风格一部分是因为每年审判案件数量巨大；一部分是由于法院所扮演的权威角色，这可以追溯到古典政权时期，最高法院（法国大革命前）行使的是君主自身的权力。时至今日，尽管人们认为法院不过是法律的工具，但程序性规则和传统却唤起了国家第三种“权力”的威严观念。每一个判决书都是这样开始的：“以法国的名义”（Au nom du peugeot Frangais）。

一些法国学者多年来一直主张对法院判决，特别是由司法法院作出的判决进行更详尽和更充分的论证说理。由于欧洲法院和宪法委员会的影响，最近有朝这一方向发展的轻微趋势。因为当宪法委员会审查各个部门法，认定公私法的宪法基础，发布法律解释的指示时，司法法院和行政法院为了证明他们的判决与宪法委员会在法理上的一致性，有时会被迫对依据内容进行更详细的实质性讨论。

（三）判决公开

最高法院（司法法院和行政法院）大部分的裁决都以官方公报的方式发布。法院自行决定哪些裁决可以公开。非常重要的裁决有时候会连同法官（政府专员）的意见一起公布。因为裁决本身非常简短，法官意见对解释案件非常有帮助。

行政法庭和上诉法院最重要的裁决都出现在法律期刊上。最低级别法院的裁决是公布的例外。然而，那些没有公布的判决有时也会在学术文章中提到。这些案件可以在法律论证中引证和使用，原则上案件副本还可以从法院获得。

当法院的裁决在官方公报上发布时，人们首先会得到一份简短的相关主题或关键词列表（例如，债务、合同、租赁），这与电子数据库中备份的指引相对应。这份主题清单项目通常由法院初级法官作出甄选，这份主题清单还有一个简单的相关度比例总结。法律期刊也做了同样的事情。①

在学术期刊上，要发表的案例由编辑委员会挑选，但最重要的案例是和评论（note d’arrét）一起发表的，且通常由法学教授撰写。在案件被公布之前，法学教授们会根据他们的研究方向收到最高法院或最高行政法院裁决的完整打印副本，他们会选择值得评论的案例。执业律师和法官非常信任这些评论，这些评论对判例的形成有很大贡献，这也就是全球范围内所称的“判例制度”。

除了那些专门的报纸，很少有报纸报道上诉法院的判决。还有几种电子媒体，其中使用最广泛的是 Lexis。人们也可以阅读 MINITEL 上的最高法院和最高行政法院最近的判决的摘要，并订购传真副本。

---

① 参见 Jobard – Bachellier，M. – N. and Bachellier，X.（1994），*La Technique de cassation*，3rd edn，Paris：Dalloz. p. 35。

（四）案例汇编的内容

因为裁决是简短的，它通常以未删减的形式在官方公报中公开。法律期刊并不总是有必要公布审判经过和规则本身，因为公众感兴趣的是判决理由。在典型的法律期刊中，法院判决的案例汇编通常除判决本身外，还包括以下内容：

（1）案件名称。

（2）裁判法院名称。

（3）标题加上关键词（由公报或法律杂志的编辑决定，因此内容非常多样化）。

（4）裁决中的简单事实陈述。当有评注的时候，它通常会包含对事实的更详细深入的陈述。当问题取决于“法定资格”（事实的法律定性）时，这一点显得尤为重要。

（5）类似情况的先前裁决的讨论也会在最高法院的裁决中发现，并会在评述中再次详细讨论。

（6）法律问题的陈述并不总是在裁决书中作出，但将是评注的重要组成部分。

（7）关于解释问题的讨论通常不会出现在判决中，因为有一种法律上的假定，即法律是清晰明确的。因此，人们可以在法律意见中找到解释，但只有在例外情况下才会讨论解释问题。但是这样的讨论，自然肯定会在法律评论中出现。

（8）如前所述，裁决结果并不总是公开的，因为①它只是裁决理由的结果，②它只由一两句话组成，只涉及案件的当事人，公众并不感兴趣。

（9）裁判理由是裁决的必要组成部分。当裁决发布后，报道总是包含裁判理由部分。评论者将从其他信息来源，例如法官报告的意见等，详细地揭露这些理由。

（10）决定性的裁决陈述。判决书的这一部分称之为主文，后面附带着‘执行命令’，即命令某个公权力机关执行裁决。

（11）法国的法院没有表决意见。表决的结果从不公开，而且推定裁决是全体一致作出的。一些学者建议引入不同意见机制，但这一观点遭到法官的强烈反对。一般认为，这种意见会削弱法院的合法性，因为法院的裁决不会被视为真理的表达，而只是法院多数人的个人意见。

（12）律师的意见有时被提及，且在司法法院的提及率高于行政法院，但它们只以非常简短的摘要的形式被提及。

（13）行政法院的一些法官被称为“政府特派员”，尽管被称之为官员，他也被认为代表着法律的利益，而不是当事人的利益，甚至也不是“政府”的利益。他或她的报告陈述的是法律所要求的内容，而且对裁决的是实质部分具有完善作用。这些建议在大多数情况下都会被采纳，这些重要案件的报告也会在官方公报和法律期刊上发布。这些报告被看作是分析法院说理的最佳资料来源，这既是因为其极具影响力，也因为它们弥补了裁决简短的不足。

司法官员在以官方身份撰写裁决时是不带个人意见的，但他们有时会在法律期刊上写评论文章。例如，作为最高行政法院的年轻成员（如审计官），定期撰写评论作为理论积累，被认为是其职业生涯中的重要一步。

（14）在重要的法庭判决公布后，法学期刊会发表学术评论，官方公报则不会。这些评论被认为是法学理论著作的典型表现，而且按照一般的规范格式写成，是法国法律教育的重要组成部分。①

（五）判例的含义

在法国的法律语言中，“判例”一词从未有过有约束力的判决的意思，因为法院从不受判例约束。正如一位作者所写的：“在一个以成文法为基础的法律体系中，法官如果可以在先前的判决中寻找其判决的依据，这简直是不可想象的。”② 这并不意味着法院直接采用某个裁决作为以后裁决的依据，基于以下两点：

（1）仅有的一种判例指导未来裁决的类型是，最高法院在全体大会上就上诉法院无视先前的裁决之情况作出的判决。最高法院的裁决对上诉法院的新裁决是有约束力的，但是原则上这种约束力仅及于特定的案件，并不涉及未来相似的案件。而且，这种约束力仅来源于最高法院的组织性规则。

（2）法院的裁决只有“相对的约束力”（*autorité relative de la chose jugée*）：它仅对当事人和同一案件有约束力。

因此，根据最常用的法律词典，“判例”一词在法语中的意思仅仅是：“在案件审理过程中（所参考的）过去的类似情况或类似案件”。③ 这里有两个方面的意思：

第一，在强意义上，判例指的是上级法院的裁决，不是作为一种法律上的依据，而是作为一种隐含在裁决中的权威论据，不具有约束力也能被下级法院所遵照；下级法院没有遵循的义务，但出于实际原因，判例几乎总是被参照遵循的；

第二，在弱意义上，指的是任何法院对类似案件的裁决，可以将判例作为一种正向或反向的参照，即使是一个更低等级的法院的判例也可以被参照；这种对判例的参考使法院得以对事实和法律问题进行广泛的分析，并且符合法律面前人人平等的预设原则。

然而，我们必须提到 1991 年 5 月 15 日的一项法令所引起的重要的制度改革。（Article L 151 – 1 et s. du code de Torganisation judiciaire）。司法法院的任何法官都可以请求最高法院就经常出现的新的和困难的法律问题作出咨询意见。这种咨询意见类似于最高法院全体大会判决的形式，并没有法律约束力，即使是对请求该意见的法官也是如此，但是事实上

① 参见 Mendegris，R. and Vermelle，G. （1995），*Le commentaire d'arrêt en droit prive. Methodes et exemples*，5th edn，Paris：Dalloz。

② Zenati，F. （1991），*La jurisprudence*，Paris：Dalloz，p. 102.

③ Cornu，G. （ed.）（1990），*Vocabulaire Juridique*，2nd edn，Paris：PUF.

需要全本请访问 www.ertongbook.com