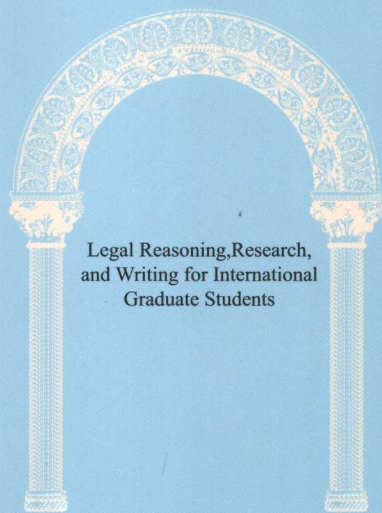


美国法学院留学生必读

# 法律推理、研究与写作方法

[美] 纳迪尔·E. 内奇尔 著  
王润贵 王 林 译 谭秋桂 审校



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

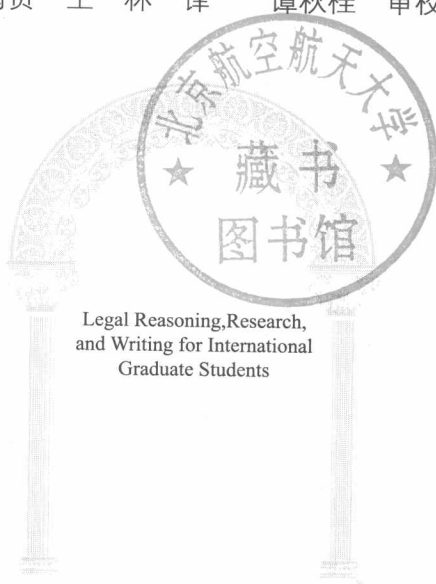
013032178

D9  
44

美国法学院留学生必读

# 法律推理、研究与写作方法

[美] 纳迪尔·E. 内奇尔 著  
王润贵 王 林 译 谭秋桂 审校



Legal Reasoning, Research,  
and Writing for International  
Graduate Students



北航 C1639401



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

D9  
44

01308515

责任编辑：殷亚敏

责任校对：董志英

装帧设计：SUN 工作室

责任出版：卢运霞

### 图书在版编目 (CIP) 数据

法律推理、研究与写作方法 / (美) 内奇尔 (Nedzel, N. E.) 著; 王润贵, 王林 译. —北京: 知识产权出版社, 2013. 3

书名原文: Legal Reasoning, Research, and Writing for International Graduate Students  
ISBN 978 - 7 - 5130 - 0215 - 8

I. ①法… II. ①内… ②王… ③王… III. ①法律 - 推理 ②法律 - 研究方向  
③法律 - 写作 IV. ①D9

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 194670 号

© 2008 Nadia E. Nedzel

Published by Aspen Publishers.

No part of this publication may be reproduced or transmitted in any form or by any means, electronic or mechanical, including photocopy, recording, or any information storage and retrieval system, without permission in writing from the publisher.

ASPEN 授予知识产权出版社完全的、唯一的、排他的将本作品完整地翻译成简体中文并在中华人民共和国境内 (包括澳门、台湾、香港) 印刷、出版和销售本译著的许可和权利。

美国法学院留学生必读

## 法律推理、研究与写作方法

[美] 纳迪尔·E. 内奇尔 著

王润贵 王林 译

谭秋桂 审校

---

出版发行：知识产权出版社

社 址：北京市海淀区马甸南村 1 号

网 址：<http://www.ipph.cn>

发行电话：010-82000860 转 8101/8102

责编电话：010-82000860 转 8126

印 刷：北京富生印刷厂

开 本：720mm × 960mm 1/16

版 次：2013 年 3 月第 1 版

字 数：440 千字

京权图字：01 - 2009 - 4653

邮 编：100088

邮 箱：[bjb@cnipr.com](mailto:bjb@cnipr.com)

传 真：010-82005070/82000893

责编邮箱：[yinyamin@cnipr.com](mailto:yinyamin@cnipr.com)

经 销：新华书店及相关销售网点

印 张：25

印 次：2013 年 3 月第 1 次印刷

定 价：49.00 元

ISBN 978 - 7 - 5130 - 0215 - 8/D · 1092 (3150)

---

出版权专有 侵权必究

如有印装质量问题，本社负责调换。

## 序 言

本教材最初是基于我察觉到的某种需要而构思的，学生们对本教材的热情以及本教材的被广泛采用令我感到欣喜和满足。我希望这次改进后的第二版经检验更为成功。1999年，当我第一次为法律硕士生讲授《法律推理、研究与写作》时，我很快发现，现有这些教材不适合这个特殊的学生群体使用。尽管这些教材有很多优点，但它们是认为不熟悉法律的法学硕士生设计的。这些教材看似照顾这些法律硕士生，其实，他们当中很多人已在自己国内有过法律执业实践。此外，本土语言不是英语的学生，只能慢慢地纠正写作中的问题，他们在处理推理、组织材料、写作问题时常常会失败，就像我的学生所面对的情形一样。而且，这些教材没有区别对待民法法系和普通法系在方法论方面的不同，基于我自己的比较法背景和对作为两种法系混合体的路易斯安那州法的了解，我对这种区别非常了解。本来，我的学生们已经觉得，在理论课学习中阅读大量材料很困难，现在又必须在写作时使用一种教材，而在研究时使用另一种教材，加上 Bluebook 和体例书，这使他们更觉沮丧。结果，他们感觉陷入了无关阅读和不必要细节的泥潭，无法集中精力于最重要的法律推理、研究和写作课程的学习，获得富有生气的普通法系律师的执业技能。

2000年秋天，我接受了一个额外的、令人激动的挑战：在墨西哥蒙特雷理工学院法学院的一个远程教学项目中，讲授美国法律推理、研究和写作基础。除了必需之外，我把自己的任务减少到最低限额：四项研究任务、一份封闭性备忘录、一次对它的改写和一份开发性备忘录。除了这些核心任务外，一本教材慢慢孕育而生了。感谢 Aspen 的许多不知名编辑的极好建议，使本教材第二版有所更新并有明显改进。本教材前三章介绍了一名法律硕士

生有效研习普通法课程最需要的知识和技能：（1）理解普通法系与传统的民法法系有着怎样的区别，如何研习普通法课程，如何写判例摘要；（2）了解如何利用图书馆或在线查找所需要的法律依据；以及（3）了解如何通过 IRAC 分析法和一份简短的封闭性备忘录，把几种出处的原始资料综合成为一个有效的法律规则。新版第 4 章对美国民事和行政程序规则进行了简单介绍，因为与有些学科如侵权法和合同法之间的差别相比，民法法系和普通法系之间在民事程序方面的差别更有意义，也更为重要。第 5 章至第 8 章进一步阐释了对于次要法源、判例法、制定法和行政法的研究、推理和写作技能。第 9 章至第 12 章介绍了一些虽然不一定为所有课程或学生所必需，但特别有用的技能：借助计算机进行的法律研究，学术写作技巧，辩论意见和预防性法律写作。附录讲述了如何准备美国式论文考试，并做得更好；如何为美国律师起草涉及非美国法律的咨询性备忘录。

## 感 谢

能够获得暑期研究津贴，从事此项目的研究，我要特别感谢南方大学法律中心的 Freddie Pitcher 校长；还要感谢安第斯大学（圣地亚哥，智利）的 Hernan Corral Talicani 院长，他邀请我作为富布莱特基金的一名高级专家——远赴智利讲授比较合同法，并为一个研讨班讲授咨询性备忘录的写作课程，从而使我对学习美国法律的非美国本土学生的需求有了更多更深刻的理解，也为本书增加了一个新的附录。我也要感谢南方大学法律中心的同事在工作日程安排上给予我的支持和理解，并感谢约翰·马歇尔法学院的 Mark Wojcik 教授，感谢他的热情和一如既往的支持。没有 Aspen 出版社的 Elizabeth Kenny 和 Kaesmene Banks 两位编辑的大力帮助，没有我的丈夫 Nicholas Capaldi、我的孩子 Chantal 和 Michael San Miguel 所付出的牺牲，本书也不会取得如此大的改进。最后，我还想郑重感谢来自世界各国的研习美国法律的法律硕士生，特别要感谢阿富汗的喀布尔和巴尔赫大学的 Humayoun Rahimi 教授、Wali Mohammad Naseh 教授、Menhajuddin Hamed 教授和 Mohammad Haroon Mutasem 教授，感谢他们对于本书的无比热情的接纳。

Nadia E. Nedzel  
南方大学法律中心  
2008 年 1 月

# 目 录

## 第 1 章 美国普通法 / 1

### 引言 / 1

#### I. 美国普通法的特征：与其他法律体系相比较 / 2

##### A. 美国普通法与民法法系相比较 / 2

##### B. 美国法律的背景规范 / 6

###### 1. 美国法律与伊斯兰法律相比较 / 6

###### 2. 美国法律与亚洲法律传统相比较 / 8.

###### 3. 美国法律哲学与马克思列宁主义 (Marxist/Leninist) 理论 相比较 / 10

#### II. 西方法律体系发展比较 / 12

##### A. 民法传统 / 12

##### B. 英裔美国人 (the Anglo-American) 普通法的发展 / 13

###### 1. 巡回法院的建立，法律和宗教的分离，遵循前例原则 / 13

###### 2. 学者的角色 / 15

###### 3. 陪审制 / 16

###### 4. 普通法民事诉讼程序：令状诉答，法律与衡平法的区别及其 对陪审制的影响 / 17

###### 5. 法律教育 / 19

#### III. 在美国学习法律：判例学习方法 / 20

#### IV. 判例摘要 / 24

##### A. 判例摘要的构成 / 25

### BIBLIOGRAPHY / 33

## 第 2 章 美国法律研究与联邦制度导论 / 36

### I. 美国法律资源 / 36

- A. 法律资源的种类 / 36
- B. 各类研究媒介的优缺点 / 37
- II. 研究方法与解释的技巧 / 38
- III. 第一个研究方法：查找已知的法律渊源 / 39
  - A. 首要法源及其引注形式 / 41
    - 1. 宪法 / 41
    - 2. 成文法 / 41
    - 3. 行政规章 / 44
    - 4. 判例法 / 44
      - a. 司法审查的角色 / 45
      - b. 官方版本与非官方版本 / 46
      - c. 商业版本与官方版本相比较 / 46
      - d. 联邦最高法院判例报告 / 47
      - e. 地方法院判例报告 / 49
  - B. 次要法源 / 49
- IV. 第一个解释技巧：法源的排列或权重 / 51
  - A. 三级法院系统 / 52
  - B. 强制性法源与说服力法源相比较 / 52
  - C. 联邦制、级别管辖与优先适用原则 / 53
  - D. 时效性 / 57

### 第3章 法律推理与客观性法律写作 / 59

#### 引言 / 59

#### I. 演绎推理和三段论 / 60

#### II. IRAC 和 CRAC 推理 / 61

##### A. I: 争议点的确定 / 63

##### B. R: 法律规则解析 / 64

###### 1. 法律规则的种类 / 64

###### a. 基本规则或连言规则 / 64

###### b. 选言规则 / 65

###### c. 例外 / 65

###### d. 要素与衡平原则 / 66

###### e. 总体环境原则 / 66



2. 普通法规则陈述中的难点 / 67
  3. 把判例法结合到规则分析中 / 69
  4. 结合政策关注 / 69
  5. 考虑法源的相对权重 / 70
  - C. A 和 C: 法律适用与结论 / 71
- III. IRAC 分析法实例: 靴中藏枪问题 / 71
- A. 事实与基本规则分析 / 71
  - B. 判例法 / 72
  - C. 争议问题的确认 / 73
  - D. 一个判例法图示 / 74
  - E. 与 *Harris* 案的事实比较 / 75
  - F. 政策分析 / 75
  - G. 摘要 / 76
- IV. 内部备忘录 / 76
- A. 任务: 会见雇主 (合伙人) / 77
  - B. 内部备忘录的格式 / 78
  - C. 论述部分 / 80
    1. 论述部分的两个问题 / 81
      - a. 规则部分 (大前提) / 81
      - b. 规则适用部分 (小前提) / 82
    2. 结束语 / 83
  - D. 有关内部备忘录的其他知识 / 83
    1. 语气和语言风格 / 83
    2. 引文注释 / 84
    3. 抄袭问题 / 85
    4. 修改 / 87
- V. 内部备忘录样本 / 87
- VI. 开放的研究型备忘录 / 89
- A. 开放的研究型备忘录的定义 / 89
  - B. 封闭性备忘录与开放性备忘录的异同 / 90
  - C. 检验表: 开放性备忘录研究和写作 / 91

## 第4章 法律程序 / 92

### 民事与行政诉讼程序引言 / 92

#### I. 民事审判程序 / 93

A. 民事审判程序概要 / 93

B. 民事审判文件和细节 / 94

C. 审前程序和文件 / 96

1. 预备文件 / 96

2. 证据披露 / 98

a. 赋予律师广泛证据披露权力的政策原因 / 98

b. 证据披露的种类 / 99

D. 初审 / 101

E. 证据标准与复审标准 / 103

1. 初审中的证明标准 / 103

2. 复审标准 / 104

#### II. 行政程序 / 105

A. 规则制定程序 / 107

B. 行政裁定程序 / 107

C. 对行政决定的司法审查与 *Chevron* 审查标准 / 109

## 第5章 研究步骤 / 111

### 引言 / 111

I. 道德和实践要求 / 112

II. 研究步骤 / 113

III. 研究建议 / 114

A. 选择媒介 / 114

1. 各种收费计算机数据库比较 / 115

2. 非商业性免费计算机数据库 / 117

3. 只读光盘和微缩文件 / 118

B. 搜索工具 / 118

C. 保存查找痕迹和引注 / 119

D. 保存研究结果 / 120

E. 基于研究目的的阅读 / 120

- F. 规划项目时间 / 121
- G. 确定研究完成的时间 / 121
- IV. 第一阶段：背景研究和准备 / 122
  - A. 事实：何人，何事，何时，何地，为何，如何 / 123
  - B. 管辖权、法律领域、争议点或搜索术语 / 124
  - C. 选择研究媒介 / 125
  - D. 初步的研究计划 / 125
  - E. 研究次要法源资料 / 125
    - 1. 获得一个关于法律领域及其潜在政策考量的总体看法 / 126
    - 2. 确定可能的来源或法律渊源 / 126
    - 3. 修改搜索术语目录或争议点陈述 / 126
    - 4. 确定可适用的法律原则 / 126
    - 5. 在次要法源资料中提取强制性依据的引注信息 / 126
  - F. 争议点陈述的精炼化 / 126
  - G. 研究计划的精练化 / 127
  - H. 研究日志模板 / 127
- V. 研究次要法源的目的和重要性 / 132
  - A. 次要法源：选择纸质版资料还是在线资料? / 133
  - B. 次要法源的种类 / 134
    - 1. 法律重述 / 134
      - a. 选择媒介 / 137
      - b. 如何引用法律重述 / 137
      - c. 更新法律重述，并提取首要法源 / 138
    - 2. 专著和入门书 / 138
      - a. 研究专著的方法 / 139
      - b. 选择媒介 / 140
      - c. 如何对专著进行引注 / 140
      - d. 专著的更新 / 140
    - 3. 法律期刊 / 140
      - a. 发现合适的文章 / 142
      - b. 引用法律评论文章 / 142
      - c. 更新法律评论文章 / 143
    - 4. 美国法律文献资料汇编 / 143

- a. 如何查找美国法律文献资料汇编注释 / 143
  - b. 更新美国法律文献资料汇编注释 / 144
  - c. 美国法律文献资料汇编注释的引用 / 144
5. 法律百科全书 / 144
  6. 法律分类汇编 / 145

## 第 6 章 研究和更新判例法 / 147

### 引言 / 147

#### I. 发现并核实判例法 / 147

- A. 从次要法源中提炼判例法 / 148
- B. 使用法律援引集进行核实、更新和拓展研究 / 149
  1. 从已知判例的引注提炼其他判例 / 149
  2. 法律援引集 / 149
  3. 使用法律援引集核实判例法 / 150
  4. 使用法律援引集查找判例法和次要法源 / 152
  5. 法律援引集的重要性 / 153
- C. 使用标题索引查找判例法 / 154
- D. 在互联网数据库中进行术语和全句搜索 / 155
  1. 选择适当的数据库 / 155
  2. 在 Boolean 和全句搜索之间进行选择 / 155
  3. 使用其他方法前避免使用 Boolean 搜索和全句搜索 / 156
  4. 调整 Boolean 搜索以适应准确性要求 / 156

#### II. 引用判例 / 157

- A. 判例名称 / 158
  1. 判例名称的简化形式 / 158
- B. 判例报告信息, 卷册序号和页码 / 159
  1. 并列引用 / 159
  2. 精确引用 / 160
    - a. 找出页码 / 160
    - b. 引用多页 / 160
- C. 作出判决的法院和年份 / 160
- D. 后续的历史记录 / 161
- E. 简化的引注形式 / 161

## 第7章 宪法、制定法、行政法规和国际法的研究与解释 / 163

- I. 制定法、行政法规或判例法：究竟适用哪一种？ / 163
  - II. 研究宪法 / 165
  - III. 研究制定法 / 166
    - A. 查找制定法 / 166
      - 1. 从次要法源中寻找制定法 / 166
      - 2. 运用标题索引查找支配性制定法 / 166
      - 3. 分析关联制定法 / 167
      - 4. 查找和分析法律注释中的著名判例 / 168
      - 5. 使用判例援引集更新和拓展判例研究 / 168
      - 6. 使用术语和重点句型搜索 / 168
      - 7. 如果需要，研究立法史 / 168
    - B. 国会权力和立法程序 / 169
      - 1. 国会的结构和职能 / 169
      - 2. 一个议案如何成为法律 / 169
      - 3. 研究新的制定法 / 171
  - IV. 研究和更新行政法规 / 173
  - V. 制定法的解释 / 173
    - A. 清晰简洁的语言 / 174
    - B. 原文解释法 / 178
    - C. 目的解释法 / 179
      - 1. 立法过程中产生的文件 / 179
      - 2. 立法史料的权重 / 180
      - 3. 如何查找立法史料文件 / 180
      - 4. 围绕立法史料的争论 / 181
      - 5. 基于公共政策的解释 / 182
  - VI. 国际法和条约 / 183
    - A. 在线研究国际法 / 184
    - B. 美国对于国际法的解释 / 184
- BIBLIOGRAPHY / 185

## 第8章 修改和文风 / 187

- I. 美国法律写作的语言运用技能 / 187
  - A. 法律写作的理想状态 / 187
  - B. 法律写作的现实 / 188
- II. 修改 / 188
- III. 重新组织 / 188
  - A. 客观性备忘录的整体结构 / 189
  - B. 讨论部分的重新组织 / 191
  - C. 规则部分的局部组织 / 193
    - 1. 使用判例法并避免清单式罗列 / 193
    - 2. 不止一个疑难要件 / 194
    - 3. 判例的顺序 / 194
    - 4. 讨论判例的段落 / 194
    - 5. 结合次要法源 / 195
  - D. 适用部分的局部组织 / 196
    - 1. 适用部分的结构 / 196
    - 2. 事实到事实的类推 / 198
  - E. 事实部分的重新组织 / 199
  - F. 结论部分的重新组织 / 200
  - G. 对律师事务所备忘录各个部分如何协同发挥作用的描述 / 200
- IV. 编辑 / 200
  - A. 段落 / 200
    - 1. 段落结构 / 200
    - 2. 主题句 / 201
    - 3. 过渡 / 202
      - a. 过渡句 / 202
      - b. 过渡词或过渡短语 / 203
      - c. 连接 / 205
    - 4. 段落长度 / 205
  - B. 校订句子 / 206
    - 1. 句子长度 / 206
    - 2. 句子结构 / 207

- 3. 释义与用语的前后一致性 / 208
- C. 校订细节 / 209
  - 1. 段落和句子的格式 / 209
  - 2. 词汇选择 / 209
  - 3. 语法 / 211
    - a. 动词时态 / 211
    - b. 冠词 / 211
    - c. 所有格形式 / 211
    - d. 大写 / 212
    - e. 集合名词 / 212
    - f. 标点符号 / 212
    - g. 文风问题 / 216
    - h. 引注 / 217
- V. 校对 / 218

## 第9章 学术论文的写作（高级客观性写作） / 220

### 引言 / 220

- I. 学术论文的种类 / 221
  - A. 研讨会论文与毕业（学位）论文 / 221
  - B. 法律评论文章 / 222
- II. 标题的选择与完善 / 223
  - A. 确定一个特定的问题或精确的领域 / 223
  - B. 论文的写法 / 224
  - C. 研究中不曾预料到的问题 / 227
- III. 学术论文的内容 / 227
  - A. 主旨句 / 227
  - B. 学术论文的基本结构 / 228
  - C. 脚注 / 229
    - 1. 一系列引注 / 229
    - 2. 离题的引注 / 230
  - D. 抄袭警告 / 233
- IV. 时间管理和研究策略 / 233
  - A. 避免拖延 / 233

- B. 研究策略 / 234
- C. 为更大的写作计划储存资料和组织研究 / 236
- D. 整理研究成果：为写作前构思做准备 / 236
- V. 写作步骤 / 237
  - A. 正常的写作步骤 / 238
  - B. 写作前构思 / 240
    - 1. 记录卡和初步的记录 / 240
    - 2. 列提纲 / 240
      - a. 比较类写作的结构模式 / 241
      - b. 判例示意图与非正式图表 / 243
    - 3. 自由式提纲 / 244
    - 4. 倾泻式创作 / 245
    - 5. 最佳写作前构思步骤概要 / 245
  - C. 写作 / 246
    - 1. 问题部分 / 246
    - 2. 比较类主题的翻译问题 / 246
    - 3. 保留引用痕迹 / 246
  - D. 修改 / 247
    - 1. 结构 / 247
    - 2. 内容和范围 / 247
  - E. 编辑 / 248
    - 1. 导引和过渡 / 248
    - 2. 段落和句子结构 / 248
    - 3. 文风和语气 / 248
  - F. 引言和结论 / 249
  - G. 推敲和校对 / 251
  - H. 最后的思考 / 251

BIBLIOGRAPHY / 251

**第 10 章 使用免费网站进行法律研究 / 253**

引言 / 253

I. 研究策略 / 254

A. 第一阶段的研究 / 255



- B. 第二阶段的研究 / 256
    - 1. 研究制定法 / 257
    - 2. 研究行政法规 / 257
    - 3. 研究判例法 / 258
  - C. 第三阶段的研究 / 259
  - II. 研究方法: Boolean 搜索 / 259
    - A. 连接器 “and” / 260
    - B. 连接器 “or” / 260
    - C. 两个词之间有一个空格的含义问题 / 261
    - D. 圆括号: 在同一搜索中同时使用 “and” 和 “or” / 261
    - E. 邻近连接器 / 261
    - F. 引用、复数和通配符 / 262
    - G. 从一个搜索中获得最多的信息 / 263
  - III. 免费的法律研究网站 / 263
    - A. 法律研究网络搜索器 / 263
    - B. 法学院和其他非营利组织的网站 / 264
    - C. 政府网站 / 265
      - 1. 范围广阔的数据库和搜索引擎 / 265
      - 2. 特定的美国政府数据库 / 266
    - D. 一般搜索引擎和网络搜索器 / 266
- 第 11 章 说服性写作 / 268**

引言 与客观性写作相对的说服性写作 / 268

- I. 形式问题 / 270
- II. 归档文件的种类 / 271
  - A. 起诉状 / 271
  - B. 答辩状 / 272
  - C. 驳回起诉申请 / 272
  - D. 上诉通知和上诉摘要 / 274
- III. 起草支持性备忘录或上诉摘要 / 274
  - A. 写作前构思 / 275
  - B. 格式 / 276
  - C. 起草顺序 / 277