

民事诉讼法学精粹译丛

傅郁林 主编

美国上诉程序

——法庭·代理·裁判

弗兰克·M. 柯芬 著

道格拉斯·M. 柯芬 图解

傅郁林 译



中国政法大学出版社

民事诉讼法学精粹译丛

傅郁林 主编

美国上诉程序

——法庭·代理·裁判

弗兰克·M. 柯芬 著

道格拉斯·M. 柯芬 图解

傅郁林 译



中国政法大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

美国上诉程序:法庭、代理、裁判 / (美)柯芬著,傅郁林译. —北京: 中国政法大学出版社, 2009. 3

ISBN 978-7-5620-3352-3

I. 美... II. ①柯... ②傅... III. 上诉 - 诉讼程序 - 研究-美国 IV. D971. 25

中国版本图书馆CIP数据核字(2009)第028210号

书 名	美国上诉程序:法庭、代理、裁判
出 版 人	李传敢
出版发行	中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路 25 号) 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮政编码 100088 zf5620@263.net http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社) (010)58908325 (发行部) 58908285 (总编室) 58908334 (邮购部)
承 印	固安华明印刷厂
规 格	787×960 16 开本 18.5 印张 335 千字
版 本	2009 年 3 月第 1 版 2009 年 3 月第 1 次印刷
书 号	ISBN 978-7-5620-3352-3/D·3312
定 价	32.00 元

- 声 明
1. 版权所有, 侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题, 由本社发行部负责退换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

民事诉讼法学精粹译丛

总 序

民事司法制度研究在法治社会的意义以及在中国方兴未艾的司法改革进程中的突出地位已毋庸赘述,但民事司法制度改革的展开和逐步深化对于民事诉讼法研究需求的骤然增加,并没有使中国的民事诉讼法学脱离“弱势学科”的地位。由于长期在奉行“重刑轻民”、“重实体轻程序”的法律文化背景中,中国民事诉讼法学的积累严重不足,特别是在外国民事诉讼法和比较民事诉讼法方面起步较晚,无论在研究资料收集、研究人员知识储备,还是在研究手段和方法上,都显得明显不足和落后。这种状况严重局限了学术视野和学术品位,无法适应法制变革和学科发展的需要。因此,尽管在原版信息渠道发达、其他学科的翻译文献已汗牛充栋的今天,介绍一批权威的、体系化的、原理性强的国外民事诉讼法学的学术作品,仍然必要而迫切。特别是在民事诉讼法典修订之前,对于我国学界常常引为权威支持的现代西方国家民事诉讼法制度的全面了解,能减少盲人摸象似的无谓争论和法律移植的断章取义;对于这些制度背景、功能、原理、价值目标的深入考察,有助于形成以问题为对象、以语境为依托,立体和动态的比较研究氛围,避免在法律移植中出现拾人牙慧的状况。“民事诉讼法学精粹译丛”正是基于这些背景和需求应运而生的。

本套丛书在选题方面,充分考虑我国读者的法律文化背景和正在进行的司法改革的需要,追求法域范围的全面性、题材的多样性、原著的经典性,并尽量避免与国内已有的翻译作品重复。在入选的美国、德国、英国、法国、日本、俄罗斯著作中,分别突出了各自民事程序制度的特色。目前国内已有

2 美国上诉程序

的以“美国民事诉讼法”为题的美国作品实际上仅仅介绍了美国的初审程序，而上诉程序在美国立法、实务及整个司法结构和理念中都是独立于初审程序的单独系列，因此，本套丛书选择了三本美国著作，分别介绍了初审法院和初审程序、上诉法院和上诉程序、最高法院及其特殊的上诉程序。德国民事诉讼法教材在我国已有译本，因此我们仅选取了一本在德国反响较好的简洁教材，另一本则是由德国学者根据本丛书的要求专门收集的对于德国现行民事诉讼制度形成产生过深远影响的学术论文，同时附录了美国学者关于借鉴德国民事诉讼法的一场著名的大讨论，从中可以看到德国民事诉讼法变革的背景、思路和评价。英国民事诉讼法尽管在1998年修订后已具有强烈的现代性，但由于英国皇家文化中形成的民事诉讼制度无论在理念和结构上与我国都相去甚远，加之国内已有介绍这次改革的译本和专著，因此本套丛书所选取的英国作者的两本书都是比较法意义上的民事诉讼法作品，其中一本是经典的理论著作，侧重于从文化视角比较欧洲三大诉讼法系即英国、法国和德国诉讼制度，另一本则从制度层面上介绍了当代世界各国民事司法制度所面临的危机和回应。法国民事诉讼制度无论从其作为三大模式之一的重要性，还是对于我国的可借鉴性（包括经验和教训），都应当重点介绍给我国研究者，但法国的法学作品在我国不仅稀少，而且译本的可信度也不高，希望本套丛书所选择的国际知名的法国民事诉讼法学者的这本教材能够弥补这一缺憾。对于日本现行民事诉讼制度的介绍在国内已较为充分，因此本套丛书选取了两个边缘主题，一个是日本民事诉讼发展史，从中可以透视日本现行制度形成的历史、文化、政治、经济基础，并把握大陆法系民事诉讼法发展的大致脉络；另一个是对日本审判外纠纷解决途径（ADR）的介绍。俄罗斯作为与我国法学发展史上有着相同或相似血脉的国家，无论对于探寻我国现行司法制度的成因，还是基于借鉴或反思并建构转型时期的民事诉讼制度的目的，在比较民事诉讼法研究中都是不可或缺的一支，因而当然地列入了本套丛书。此外，随着欧洲一体化进程的迅猛发展，欧盟司法制度对于成员国乃至周边国家民事诉讼制度的影响之深，已成为我们在介绍和研究欧洲各

国诉讼程序制度时不可忽略的一部分，这种影响也受到本套丛书的关注。

法学翻译的意义、艰辛和方法已有无数翻译家进行过多种精辟论述。在担任这套丛书的翻译、审校和翻译组织工作的过程中，我不断想起一位翻译家的话：“谁要想下地狱，就让他去做翻译吧！”当我们以“我不下地狱，谁下地狱”的淡泊完成这份工作时，我们已经能够以平静的心情等待读者的宣判了，因为每一位译者和审校者都已倾尽了自己的“储蓄”。如果这份勤勉耕耘能够在民事诉讼法学的园地里播种几粒健康的种子，那么欣慰就不仅来自于译者和审校者在字斟句酌中的受益了。而这种欣慰也是我们回馈那些在本套丛书制作中给予过关注和帮助的同道者的唯一方式——在这些尊敬的同行中不能不提的是共同主持本项目的张志铭教授，以及为本项目奠定基础的“民事诉讼法学者国际研讨班”和“比较民事诉讼法研讨会”项目的主持人江伟教授和课题组全体成员。

傅郁林 谨识

2005年7月15日

译 序

在美国, 上诉程序与初审程序无论从规则、实务还是理论研究来看, 都是两个泾渭分明的领域。在美国联邦程序规则中, 《联邦民事诉讼程序》(*Federal Civil Procedure Rule*) 与《联邦上诉程序》(*Federal Appellate Rule*) 是各自独立的制定法。我们通常见到的以“美国诉讼程序”为标题的书目(包括教科书在内)和文章, 往往都不包括上诉程序内容。甚至从事“民事诉讼法”研究和教学的美国学者和教授, 甚至对美国上诉制度都不大触及。这与我们习惯的本国及大陆法系各国的程序法模式显然不同。

在美国研究上诉程序制度的大量文献中, 第一类是从宪法学、行政法学、法理学、政治学视角对最高法院(特别是联邦最高法院)的政治功能的关注、对法院判例的分析评论、对联邦最高法院法官制度和法官个人的研究等; 第二类是类似于“律师指南”的对于上诉庭审即口头辩论技巧的培训; 第三类是对美国30年来上诉法院遭受的案件压力以及联邦—州两套司法体系的上诉程序和审级制度在回应压力时发生的结构性改变和内部司法行政改革的关注。本书则从理念和技术两个层面, 从法院功能、律师代理和法庭裁判三个角度, 并且观照到法学院学生、法律外行和新闻媒体多个维度, 全面、系统地讨论上诉程序运作的具体细节和互动过程。在我几度到美国访学的经历中, 在我几年来始终关注上诉程序和审级制度的视野中, 这一风格的作品并不多见。所以, 尽管本书出版时间较早, 我还是决定选择本书列入本套丛书, 因为本书比较符合我国读者对于“诉讼程序”研究著作的期待, 因而也适宜本套丛书的宗旨和定位。就本书所涉及的核心内容而言, 美国上诉程序的动作过程近几年来并未发生什么变化。本世纪以来上诉法院风起云涌的改革,

主要是在司法行政管理方面，特别是本书出版前即已引入多年的参谋律师（staff attorney）对于上诉案件程序分流的影响日益增加。有趣的是，以近年来的现实对比本书 10 年前对未来的展望，恰恰印证了作者把握制度发展趋势的准确直觉。

本书作者作为在联邦上诉法院工作 20 年之久的上诉法官，为读者观察法院裁判形成的过程提供了一个权威的内部视角。这是中国以法院为中心的司法制度研究和司法制度改革所迫切需要的信息。相比于美国初审程序，其上诉程序中职权主义的特征、书面主义的风格和集体（协作）决策模式，至少在表面上与中国中级法院以上的诉讼程序有着更多的相似性，因此比较研究的意义和借鉴的可能性更多。然而，我从来不认为，比较研究的意义在于简单地评价制度的优劣，或仅仅在于借鉴或移植，恰恰相反，观察、比较相异性并考察其成因，从原理上探索就里并审视自我，在制度内部发现解决问题的不同路径，可能是比较研究的更重要价值。本书用大量篇幅详细描绘了法官如何对待律师提供的案情摘要（法律理由书）、如何在合议庭内部进行交流和决策、如何运作庭审和制作裁判文书（法律意见书）的全景，并以自己所在的法院为主，兼顾地介绍了不同法院的风格差异，这些信息，相信对于我国读者都是非常新鲜而有益的。

本书的另一特色，是作者虽为联邦法院的上诉法官，却充分意识到州法院在美国联邦主义体制两套司法法系中举足轻重的角色，但在美国研究者中并未受应有的关注，这也是我国进行的美国民事诉讼研究中的一个突出缺陷。本书对州法院虽然只作了一般性介绍，只通过寥寥数句强调了州法院的重要性，并未太多涉及州法院上诉程序本身的运作过程，但作者的问题意识和背景性铺陈，却一方面有助于理解美国联邦上诉程序得以如本书所述的方式运作所需要具备的前提，另一方面有助于意识到美国之大、之复杂、之差异，而不至于坠入“一叶知秋”的思维误区。

本书的又一特色，还包括将美国上诉程序制度与作为其渊源的英国、作为其大洋彼岸同行的法国进行了比较，特别是从制度形成的历史背景和动态

发展的维度,清晰地展现了美国当代上诉程序的特点及其历史逻辑,无意间为中国研究者避免不问语境地讨论“借鉴”或“移植”美国模式提供了友好的警示标牌。本书的翻译断断续续持续了3年,翻译本书期间我的另外两个工作重点,一是在加拿大蒙特利尔大学访学期间观察普通法系国家最高法院上诉(实际上是申诉)制度,并随后参加翻译和审校了本套丛书中的《美国最高法院案件受理程序》,二是长达两年参加校对本套丛书中的《法国民事诉讼法》。这一过程更让我领悟本书在上诉制度比较研究方面的独特贡献。

在翻译过程中得到了我在北京大学法学院两位优秀研究生的帮助,在此一并感谢——如今已成为上海市浦东区人民法院法官的许懿女士承担了第四章的初译;如今已成为法制日报社编辑的韩玉婷女士应我要求,以挑剔的读者的标准通读了全书译稿,并提出了认真的、有水准的修改建议,她还帮助我完成了目录、图表、脚注、索引等技术性整理工作。本书编辑彭江先生令人钦佩的敬业精神,副总编张越女士一如既往的支持和耐心,更是我作为本书译者和本套丛书主编的莫大幸运。

傅郁林

鼠年初一于圆明园花园

前 言

在戏剧开幕之前，有几句话可能有助于设置舞台。对于本书从何处开始，试图涵盖哪些内容，以及如何服务于各类读者，读者应当有所了解。

第一节 笔者的镜头

本书中有几页包含了笔者对上诉法院体系的反映，亦即那些在其中服务的——律师和法官——和其为之服务的人们。这些映像是透过两个镜头来摄取的：第一个镜头，基于上诉法官的经验，这个镜头将聚焦于口头辩论（oral argument）* 和上诉的判决（decision），这是以过程为取向的。这是对我近30年来通过观察律师和与法官共事的所思所想的一次总结。

第二个镜头是笔者在联邦政府的三大部门——作为一名国会议员、作为一名国际发展机构（Agency for International Development）的副部长，以及作为一名上诉法院的法官——工作的阅历。这个镜头的视野比较宽，是以制度为取向的。它将目光投向了我们的上诉司法体制，拍摄这一体制在州法院和联邦法院作为一个整体中平等合作的两部分之初始概念意义上，以及当这些法院的健康和独立受到威胁时，所体现的基本价值及其在与之匹配的制度中所扮演的角色。这一影像是把所有的公民——学生、律师、法官、新闻工作者，以及作为外行普通百姓——都会关切之思想和概念的总结。

* 在美国民事诉讼法中，口头辩论称为 oral argument，又译为上诉证审，或言辞辩论，与初审庭审（trial）差异很大。——译者注

第二节 写给读者的话

这两个镜头展现了在我们的上诉司法制度中的所有参与者和受益者之间的相互独立的鲜明影像。法律执业者们需要善解人意的、有良知的法官；法官们也需要能干的、合作的律师；二者都需要有智识的、关切的公民们的支持；而除非各大专院校向其学生、新闻工作者们向其读者灌输/注入一种至关重要的评价、欣赏和支持的基础，否则就不可能产生达到一定数量的这样的公民。

在说完上述这番话之后，我还想分别给不同群体的受众一句赠言。

一、写给作为法律外行的普通公民——无论在学院内外

在此，我向那些正在主修非法律专业和政治学专业的本科生以及所有同龄公民说句话。每一个公民不应当仅仅一般性地了解我们的体制，而且更要更深入一点看到律师们和法官们在上诉程序中提起诉讼和裁判案件时是如何做的。从长远来看，公民们关于律师和法官应当或不当被期待去做什么的感觉，将成为塑造/形成制度的理由（course）。这一感觉成为一种信息来源是至关重要的。

除此之外，还必须提出更为根本的一点，即使这样说显然是有风险的。那是一位朋友以温和的提醒使我意识到的问题，即，我要说的一切都包含在这一命题之下：上诉是文明的司法制度中一项具有致命意义的重要部分。并非每个人都赞同这一命题。如今，一种由于诉讼成本、诉讼迟延、日益膨胀的积案所导致的不幸普遍存在，特别是基于“技术性”缺陷而对陪审团的刑事裁判的偶尔再审（new trial）通常意味着宪法性权利扩张适用于一些我们认为不享有这项权利的人。在这种背景下，如果为了抑止上诉的吸引力而提出取消或至少减少上诉的观点并不奇怪。

上诉权仅仅是富裕的后工业社会所能支付的一种奢侈享受吗？在附录中，我提供了“历史上的上诉理念”梗概，简要介绍了自古代以来世界文明

国家对于将案件提交“更高一级法院”寻求获得正义的第二次机会的努力所作出的回应。大多数文明国家已经找到了一种回应某种上诉的机制。然而，直至最近，某些国家仍没有这种机制。在前苏联，上诉常常被污染了，或者享有一切权力（全权）的检察官打给法官的一个电话可以使上诉变得没有意义（这被称为“电话司法”）。公民完全听候法官的慈悲，而法官则可能是专制的、有偏见的、无能的、懒惰的、恣意跋扈的。

即使在更“文明”的社会，没有任何上诉的权利也会导致对正义/司法的嘲弄。如果一位法官将关键事实认定错误或者推导出不适当的结论，在审前证据开示或交叉询问中太快地切断一方当事人的活动，没有阅读大多数相关判例，或者律师没有代理资格或者代理得很糟糕，或者陪审团受到情绪左右或带有偏见，那么即使是作为非法律人的读者也会感受到，由这些人运作的审判时时蕴藏着不公平的可能性。这就是为什么上诉权利可以被称为司法/正义的制轮楔（linchpin）的原因。正如用制轮楔可以控制车轮不会滑动脱离车轴一样，上诉的机会使得代理人、法官和陪审员的决定过程保持在合理的拘束范围之内。

二、写给法律专业学生和法律执业者

在对于什么样的书面和口头辩论才算好或坏提出我的思考时，我不想面面俱到，但我试图指出某些亟待弥补的亏空，并尽我本人的经验所及提供一些有用的洞察。除此之外，我尝试探究和披露我本人作为法官时的行为，因为我相信，律师对于法官如何思维和反应的理解越多，他们的代理就会越成功——就像鱼的想法可能正是渔夫的利益一样。我还致力于探讨了联邦和州的司法制度的某些领域，因为我感觉到司法制度保持独立和活力对于未来一代的律师一定有更大的好处。

然而律师和法学院的学生们可能会问一个问题：不期望从事很多上诉业务甚至根本不准备从事这一业务的律师和法学院的学生们为什么也应当对此主题感兴趣？

为什么“有造诣的律师”都应当形成对上诉程序的感觉，其理由是多方面的。它以许多方式支持着律师，在对当事人提出起诉建议时或在评估一件可能起诉的案件时或对案件进行防御时，在评估案件是否进行和解时，在准备和进行口头辩论时，在形成一个在上诉中站得住脚的判决时，以及在就上诉事项与同行进行商议时……律师对于上诉的感觉都非常重要。

最后，正如一位律师朋友曾经向我承认的那样，在上诉中提出法律理由书和进行辩论的机会的确很“奢侈”。其作用在于，在顶峰练就一个人的手艺；并延续一种在见多识广、专心致志的受众——法官和同行——面前挑战其技术和测试其准备程度、洞察力、表演才能的丰厚的传统，而这些受众的最讨人喜欢的评估就是一颗价值不菲的珍珠。

三、写给法官

我完全明白，所有的上诉法官在阅读法律理由书、听审口头辩论、参加会议、进行调查、与法官助理一起工作、制作意见书、与同事相处等方面都有自己的方法和闪光的智慧，我只希望我在本书中所说的话能够刺激我的法官同行们贡献出他们自己关于法律职业的想法。因为我笃信法官们通过传述他们自己的经验并披露他们自己的见解所形成的法官的效验（*efficacy*）有助于相互帮助，我还认为法官们应当看到影响上诉代理的时间和空间的限制和问题，法官们永远不应当忘记他们自己也曾为律师。

除这些想法之外，我还有一种特殊的冲动，这本书将促进法官们思考什么才是我们所珍视的这种上诉审查的要义。因为我们生活在一个联邦和州的上诉法院都正在进行或建议许多变化的时代，我们要把那些强化这些要义的变化与那些有弱化或挖空这些要义之威胁的变化区分开来。我确信，法官必须与他们的尊严和独立相一致，坚定地引导人们思考我们的州—联邦法院制度并采取维护和增强这一制度的措施。

四、写给新闻工作者

我将最后的赠言留给那些通过印刷或口头媒体而对这片土地上的人民的

理解和行为水准产生举足轻重影响的新闻工作者。如果他们能够看见隐含在上诉判决字面下的内容,能够发展出一种关于上诉制度的基本价值、角色、标准的感,能够获得评价法院和法官的质量的鉴别能力,那么其读者的赞同与支持就会更加富于见地和富有成效。在新闻自由与司法制度的健康之间存在着深远的关系,见识卓著的新闻工作者能够在感应民族/国家对于州和联邦法院的重大需求方面大有作为。

致 谢

我以感激的心情向我的债主们致谢，就像债务人提出一份破产申请一样，不过我的心情是非常愉快的。

首先要感谢美国联邦第一巡回法院的同事们。我所知道的东西多数是他们教会的，而且这种教育仍在继续着。

更直接的是我朝夕相处的合作者们。我的擅长电脑的秘书盖尔·赖斯 (Gail Rice)，优雅地将我半头三桩的手稿妙手缝合成天衣无缝的作品。我的无可估价的法律助手芭芭拉·里格霍普特 (Barbara Riegelhaupt) 曾向我源源不断地提供圣明审慎的判决书。我的管理处 (Governance Institution) 的同事罗伯特·卡扎曼 (Robert Katzamann) 是富有成效的洞察力的源泉。我的儿子道格拉斯 (Douglas) 作为图绘艺术设计者，让这本刻板的书因为他那些贴切的 (或不贴切的) 图画而面带微笑。

还有为本书特别章节提供专家建议的马里兰大学法学院的 L. 金文·罗思 (L. Kinvin Wroth) 教授 (第二章)、马萨诸塞州最高法院的约翰·格里尼 (John M. Greaney) 大法官 (第三章)、我过去的法律助手芝拉·卡斯特尔 (Laura Kaster) 和芝加哥律师事务所的婕娜 (Jenner)、布洛克 (Block) (第五章)。

我还希望向我们第一巡回法院的图书馆馆员卡伦·莫斯 (Karen Moss) 和她的全体工作人员表示感谢，他们对那些难以搜寻的图书和文章了如指掌。

最后要感谢的是，我的编辑人唐纳德·W. 富斯廷 (Donald W. Fusting) 提供了恰逢其时的合作机会和至关重要的推动。

目 录

民事诉讼法学精粹译丛总序	(1)
译 序	(4)
前 言	(7)
第一节 笔者的镜头	(7)
第二节 写给读者的话	(8)
致 谢	(12)
上 诉 程 序	
第一章 法院的一天	(1)
第二章 当今世界的上诉程序	(9)
第一节 民法法系上诉传统	(10)
一、作为基础的价值	(10)
二、初审和上诉：书面审理	(12)
第二节 英国传统	(15)
一、作为基础的价值	(15)
二、上诉法院：一次口头辩论经历	(18)
第三节 美国传统	(21)
一、我们的英国血统	(22)

2 美国上诉程序

二、民法法系的影响	(24)
第四节 三种模式之间的主要差异	(25)
第五节 变迁中的传统	(27)
一、美国	(27)
二、民法法系司法区	(27)
三、英国	(28)
四、欧洲的惯例/制度	(28)
第三章 州—联邦法院体制：“一个整体”	(31)
第一节 追根溯源：重新找到视角	(32)
第二节 比较与关系	(34)
一、鸟瞰	(34)
二、案件负担和机会方面的差异	(35)
三、相互关联的领域	(39)
四、定量的观察：州法院的主导地位	(39)
第三节 另一类州法院：中级上诉法院	(42)
第四节 州的宪法：正在移动的疆界	(45)
第五节 体制的裂缝：州法院的桎梏	(48)
一、资金供给不足	(48)
二、法官的遴选	(49)
三、异籍管辖权	(50)
第四章 在法官办公室	(51)
一、上诉法官的工作场所	(51)
二、法官办公室大家庭	(53)
第五章 上诉的开始	(63)
第一节 死亡的阴影笼罩在哪些地方	(63)
一、美国传统	(63)