

美国法律文库

THE AMERICAN LAW LIBRARY

杰罗姆·弗兰克 著

Jerome Frank

初审法院

——美国司法中的神话与现实

COURTS ON TRIAL

MYTH AND REALITY IN AMERICAN JUSTICE

赵承寿 译

中国政法大学出版社

D971.26/7

2007

初审法院

——美国司法中的神话与现实

**COURTS ON TRIAL:
MYTH AND REALITY IN AMERICAN JUSTICE**

美国法律文库

THE AMERICAN LAW LIBRARY

初审法院

——美国司法中的神话与现实

**COURTS ON TRIAL:
MYTH AND REALITY IN AMERICAN JUSTICE**

杰罗姆·弗兰克 著

Jerome Frank

赵承寿 译

中国政法大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

初审法院：美国司法中的神话与现实 / (美) 弗兰克著；赵承寿译
—北京：中国政法大学出版社，2007.9

ISBN 978-7-5620-3112-3

I. 初... II. ①弗...②赵... III. 司法 - 研究 - 美国 IV. D971.26

中国版本图书馆CIP数据核字(2007)第151404号

- 书 名** 初审法院：美国司法中的神话与现实
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** 北京华正印刷有限公司
规 格 880×1230 32开本 16印张 485千字
版 本 2007年10月第1版 2007年10月第1次印刷
书 号 ISBN 978-7-5620-3112-3/D·3072
定 价 34.00元

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

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

献 给
我们最睿智的法官
勒尼德·汉德

《美国法律文库》编委会

编委会主任 江 平

编委会成员 (按姓氏笔画排列)

方流芳	邓正来	江 平	朱苏力
吴志攀	何家弘	张志铭	杨志渊
李传敢	贺卫方	梁治平	

执行编委

张 越 彭 江

出 版 说 明

“美国法律文库”系根据中华人民共和国主席江泽民在 1997 年 10 月访美期间与美国总统克林顿达成的“中美元首法治计划”(Presidential Rule of Law Initiative), 由美国新闻署策划主办、中国政法大学出版社翻译出版的一大型法律图书翻译项目。“文库”所选书目均以能够体现美国法律教育的基本模式以及法学理论研究的最高水平为标准, 计划书目约上百种, 既包括经典法学教科书, 也包括经典法学专著。他山之石, 可以攻玉, 相信“文库”的出版不仅有助于促进中美文化交流, 亦将为建立和完善中国的法治体系提供重要的理论借鉴。

美国法律文库编委会

2001 年 3 月

前 言

在本书中,我努力开诚布公地讨论法院的运作。而不幸的是,普通人对于这些并不是很清楚。因为除了法律专业人员外,本书还要面向非法律专业的知识阶层,因而我避免使用法律人(lawyers)的技术行话。

我在本书中的论述是对早先的两本书做的一种补充,一本书是《法律与现代思维》(*Law and the Modern Mind*)(1930),另一本书叫《假如人是天使》(*If Men Were Angels*)(1942)。本书以初审法院的所作所为为核心,内容与上述两本书有部分重合,同时也是对上述两本书遗留问题的继续探讨。我的主要目标是揭示初审法院的极端重要性,揭示初审法官们的日常工作是如何影响成千上万的人们的生活的,揭示他们是如何以一种需要改革的工作方式在处理事务,而这些方式经常地伴随着一些悲剧性的后果。

本书大体上包含了1948年12月由斯塔福德利特尔基金(Stafford Little Foundation)支持的我在普林斯顿大学所作的讲演,不过,我以前在别处的一些讲演和发表的一些文章也包括了这一主题的部分内容。

现代法律魔法这一主题首先出现在第四章和第五章,复现于后面一些章节。由于几方面的原因,我认为值得高度关注这一主题发展的相关事实。1930年,在《法律与现代思维》^[1]中,我探讨了小孩的神话

[1] pp. 60 ~ 62, 73 ~ 75, 82, 85 ~ 92, 181 ~ 185.

2 前言

思维与许多法律思维之间的关系。在 1938 年出版的一本书中的序言里,^[2]我指出那本书是“作者 1931 年在位于纽约的‘新社会研究院’(New School of Social Research)发表的关于法律与人类学的一些讲座的副产品,也是 1932 年在耶鲁大学法学院的一些谈话以及当时开始写作但一直未完成的题为《巫师与律师》(*Wizards and Lawyers*)一书的副产品”。在 1932 年发表的一篇文章中,我初步探讨了这一主题;^[3]在 1942 年出版的《假如人是天使》中,我再一次探讨了这一问题。^[4]1946 年,在耶鲁大学法学院讲课时开始使用的一本教科书中,我对这一问题进行了长篇论述,其篇幅与本书差不多。

在前面的一些书中,我避免使用第一人称,当涉及到我自己时,我使用了“作者”这个词,这是基于间接措词往往表示谦逊这样一种假定。这种假定现在对我来说似乎是一种错误。直称“我”消除了一种朱庇特式的冷漠假像,它只不过意味着“我认为”或“现在我相信”这种含义,读者因而将对此自己加以警觉。在随后的论述中,我经常引证我自己的著作。之所以如此,并不是因为我自尊自大,而是由于懒怠。因为对我来说,我自己说过的话是最容易获得的来源。

我始终惦记着尽可能地避免偏见和教条主义的重要性,但毫无疑问,我时不时地被我自己的偏见和教条所左右。我建议读者警惕我潜在的偏见。由于我讨论的是一个重大而困难的主题,免不了会有失误。对于指出这些失误的人,我将不胜感激,因为假如有任何再版的机会,我都会努力对此予以更正。

正像读者将会看到的一样,我对一些杰出法律思想家的某些观点持

[2] *Save American First*.

[3] 17 *Cornell L. Q.* 568, 582.

[4] pp. 114 - 118.

批评态度。但是我的批评意见不应当被看成我对这些思想家缺乏感激，他们著作中其他一些富有恒久价值的方面使我获益匪浅。如果某人因为在一些天才人物的某些观点中发现了一些错误，他以为因此就可以漠视所有其他的一切，那么我想没有比这种观念更荒唐的了。

在这本书中，我指出了法律职业界的许多落后之处，以期在我们法律诉讼的审理方式中，消除那些可以补救的缺陷。然而我认为，法律人不必为此受到严厉的责备。不只是法律人作为一个团体具有这种惰性，其他构成一种职业或行会的团体，多数也都倾向于崇拜其传统，并且不能客观地审视其习惯模式。更应当注意到的是，许多有名的美国律师，包括像美国律师协会（*American Bar Association*）这种保守的律师组织的一些重要成员，正如他们是以我们法律制度的建设性的批评者而著称的一样，他们在美国生活中的许多领域也一直引领潮流。

考虑到我在本书中的观点有些新奇，就像我在早些时候的一本书的前言中所说的一样，我特意使用了一种写作技巧，它令人想起下面一个故事。在芝加哥的一个晚宴上，丹佛的史密斯先生被引见给琼斯先生。琼斯先生说：“哦，你认识我的朋友斯格奈特弗雷泽吗？他住在丹佛。”史密斯先生回答说：“我不认识。”这天晚上，当史密斯先生提到丹佛时，琼斯再次问史密斯先生是否熟悉斯格奈特弗雷泽，史密斯先生再次给了他一个否定的答复。晚宴结束时，史密斯谈及那天晚上他要前往丹佛，琼斯又一次询问史密斯是否知道斯格奈特弗雷泽。回答是：“嗯！这名字听起来有些耳熟。”

我要感谢我前几本书的出版者，这本书引证了其中的一些观点。这些出版者是：《法律与现代思维》的出版者 Coward - McCann，《假如人是天使》的出版者 Harper & Brothers，《命运与自由》（*Fate and Freedom*）的出版者 Simon & Schuster。我还要感谢本书引证过的下列著作的作者和出版者：

格雷厄姆·沃拉斯 (Graham Wallas) 的《政治中的人性》(*Human Nature in Politics*, 1921), Appleton - Century - Crofts; 阿尔伯特·S·奥斯本 (Albert S. Osborn) 的《陪审员的思维》(*The Mind of the Juror*, 1937), Boyd Printing Co. ; 由英国多明我会神父们 (the Fathers of the English Dominican Province) 翻译的圣·托马斯·阿奎那 (Saint Thomas Aquinas) 的《神学大全》(*Summa Theologica*, 1929), 伦敦 Burns, Oates & Washburne; 麦克米伦勋爵 (Lord MacMillan) 的《法律及其他》(*Law and Other Things*, 1937), Cambridge University Press; 林语堂 (Lin Yutang) 的《生活的意义》(*The Importance of Living*, 1937), John Day Co. ; J·W·N·沙利文 (J. W. N. Sullivan) 的《贝多芬: 他的心路历程》(*Beethoven: His Spiritual Development*, 1927), Jonathan Cape; 霍勒斯·M·卡伦 (Horace M. Kallen) 的《自由精神》(*The Liberal Spirit*, 1948), Cornell University Press; 拉亚德·韦斯特 (Ranyard West) 的《良知与社会》(*Conscience and Society*, 1945), Emerson Books; I·A·理查兹 (I. A. Richards) 的《文学批评的原则》(*Principles of Literary Criticism*, 1930, 2d), Harcourt Brace & Co. ; 弗雷德·罗代尔 (Fred Rodell) 的《该你们受罚了, 律师们!》(*Woe unto You, Lawyers!*, 1939), Harcourt Brace & Co. ; 温德尔·约翰逊 (Wendell Johnson) 的《困境中的人们》(*People in Quandaries*, 1946), Harper & Brothers; 苏珊娜·K·兰格 (Suzanne K. Langer) 的《哲学新要》(*Philosophy in a New Key*, 1942), Harvard University Press; 阿瑟·洛夫乔伊 (Arthur O. Lovejoy) 的《伟大的存在之链》(*The Great Chain of Being*, 1936), Harvard University Press; 莫理斯·科恩 (Morris Cohen) 的《逻辑绪论》(*Preface to Logic*, 1944), Henry Holt & Co. ; 乔治·H·萨拜因 (George H. Sabine) 的《政治学说史》(*A History of Political Theory*, 1937); 亨利·亚当斯 (Henry Adams) 的 *Mont Saint - Michel and Chartres* (1913), Houghton Mifflin Co. ; 鲁思·本尼迪克特 (Ruth Benedict) 的《文化的模式》(*Patterns of Culture*, 1939),

Houghton Mifflin Co.; 科蒂斯·博克 (Curtis Bok) 的《鲑鱼的脊椎》(*Backbone of the Herring*, 1941), *I Too, Nicodemus* (1946), 以及弗朗兹·卡夫卡 (Franz Kafka) 的《审判》(*The Trial*, 1937, Willa and Erwin Muir trans.), 这几本书由 Alfred A. Knopf 出版; 戴蒙·鲁尼恩 (Damon Runyon) 的《审判与其他形式的考验》(*Trials and Other Tribulations*, 1947), J. B. Lippincott; 埃米尔·费吉特 (Emile Faguet) 的《19 世纪的政治家与伦理学家》(*Politicians and Moralists of the Nineteenth Century*, 1899) 和约翰·H·威格莫尔 (John H. Wigmore) 的《司法证据原则》(*The Principles of Judicial Proof*, 1913), 这两本书由 Little, Brown & Co. 出版; 亨利·贝尔和卢西恩·福布雷 (Henri Berr and Lucien Febvre) 的《历史与历史编纂》(“History and Historiography”) (载于 *7 Encyclopedia of the Social Sciences* 357, 1932), P·W·布里奇曼 (P. W. Bridgman) 的《智慧的个人与社会》(*The Intelligent Individual and Society*, 1938), 亚伯拉罕·弗莱克斯纳 (Abraham Flexner) 的《医学教育》(*Medical Education*, 1925), 约翰·奇普曼·格雷 (John Chipman Gray) 的《法律的性质与渊源》(*The Nature and Sources of Law*, 1921), 布罗尼斯拉夫·马林诺夫斯基 (Bronislaw Malinowski) 的《巫术、科学与宗教》(“Magic, Science, and Religion”) (载于 J. Needham 主编的 *Science, Religion and Reality*, 1925), 以及亨利·W·塔夫脱 (Henry W. Taft) 的《法庭中的证据》(*Witnesses in Court*, 1934), 这几本书由 The Macmillan Co. 出版; 马格雷斯特·施拉奇 (Margarest Schlauch) 的《语言天赋》(*The Gift of Tongues*, 1942), Modern Age Books; 拉亚德·韦斯特 (Ranyard West) 的《法律心理学理论》(“A Psychological Theory of Law”) (载于 P. Sayre 主编的 *Interpretations of Modern Legal Philosophies*, 1947), Oxford University Press; 乔治·W·佩顿 (George W. Paton) 的《法理学教科书》(*A Textbook of Jurisprudence*, 1946) 和弗里茨·舒尔茨 (Fritz Schulz) 的《罗马的法律科学》(*Roman Legal Science*, 1946), Oxford University

6 前 言

Press (Clarendon Press); 埃里克·弗罗姆 (Erich Fromm) 的《利己的人》(*Man for Himself*, 1947), Rinehart & Co.; 哈罗德·拉什维尔 (Harold Lasswell) 的《精神病理学与政治学》(*Psychopathology and Politics*, 1930) 和亨利·皮雷里 (Henri Pirenne) 的《历史学家们想干什么?》(“What Are Historians Trying to Do?”) (载于 S. A. Rice 主编的 *Methods in Social Science*, 1930), University of Chicago Press; 利昂·格林 (Leon Green) 的《法官与陪审团》(*Judge and Jury*, 1930), Vernon Law Book Co.; 乔治·B·克莱门森 (George B. Clementson) 的《陪审员的特别认定与特别裁决》(*Special Verdicts and Special Findings by Juries*, 1905) 和约翰·H·威格莫尔的《世界法律体系大观》(*A Panorama of the World's Legal Systems*, 1928), West Publishing Co.

约翰·H·威格莫尔的《陪审团审理纲要》(“A Program for the Trial of Jury Trial”), *Journal of American Judicature Society*, 12:166, 1929; 埃德温·J·卢卡斯 (Edwin J. Lukas) 的《纽约市儿童法院及同类物》(“New York City Children's Courts and Cognate Matters”), *Records of the Association of the Bar of the City of New York*, 3:331, 1948; 乔治·W·阿尔杰 (George W. Alger) 的《字面法与黄金规则》(“The Letter Law and Golden Rule”), *Atlantic Monthly*, Sept. 1922, p. 296; 约翰·杜威 (John Dewey) 的《人类历史上的危机》(“The Crisis in Human History”), *Commentary*, 1:1; 奥利弗·温德尔·霍姆斯 (Oliver Wendell Holmes) 的《科学中的法律与法律中的科学》(“Law in Science—Science in Law”), *Harvard Law Review*, 12: 493, 1899; 哈罗德·C·哈维格斯特 (Harold C. Havighurst) 的《书评》(“Book review”), *Illinois Law Review*, 32: 383; 沃尔特·惠勒·库克 (Walter Wheelr Cook) 的《“事实”与“事实命题”》(“‘Fact’ and ‘Statements of Fact’”), *University of Chicago Law Review*, 4:233, 1937; 爱德华·利瓦伊 (Edward Levi) 的《法律推理导论》(“An Introduction to Legal Reasoning”),

University of Chicago Law Review, 15:501, 1948; 查尔斯·A·波士顿 (Charles A. Boston) 的《对存在于司法过程中的缺陷的一些实用性救济》 (“Some Practical Remedies for Existing Deficiencies in the Administration of Justice”), *University of Pennsylvania Law Review*, 61:1; 昂德希尔·穆尔 (Underhill Moore) 和吉尔伯特·萨斯曼 (Gilbert Sussman) 的《适用于直接折扣借记的法律和制度措施》 (“Legal and Institutional Methods Applied to the Debiting of Direct Discounts”), *Yale Law Journal*, 40:537, 1931; 休伯特·W·史密斯 (Hubert W. Smith) 的《法律程序中的证据构成》 (“Components of Proof in Legal Proceedings”), *Yale Law Journal*, 51:537, 1942; 爱迪生·R·森德兰 (Edson R. Sunderland) 的《概括裁定与特别裁定》 (“Verdicts, General and Special”), *Yale Law Journal*, 29:253, 1920.

杰罗姆·弗兰克

1949年6月

/ 目录 /

1	前 言	
1	第一章	关于司法机关的不必要的神话
6	第二章	斗争与权利
15	第三章	事实即猜测
39	第四章	现代法律魔法
66	第五章	巫师与律师
86	第六章	“斗争”理论与“真相”理论
110	第七章	程序改革家
115	第八章	陪审制度
134	第九章	对陪审团制度的辩护——拟议中的改革
157	第十章	法官是人吗？
169	第十一章	心理学方法
177	第十二章	对初审法院判决的批评——格式塔
201	第十三章	作为交流过程的审判
206	第十四章	“法律科学”与“法律工程学”
242	第十五章	关于上诉法院的神话
246	第十六章	法律教育
270	第十七章	初审法官的特殊训练
277	第十八章	法袍崇拜

2 目 录

286	第十九章	判例与稳定性
318	第二十章	法典编纂
321	第二十一章	语词与音乐：立法与司法解释
341	第二十二章	宪法——旋转木马
347	第二十三章	法律推理
358	第二十四章	老调重弹
363	第二十五章	人类学方法
379	第二十六章	自然法
410	第二十七章	诉讼心理学
415	第二十八章	揭开正义的面纱
431	第二十九章	法律古典主义与浪漫主义
446	第三十章	正义与情感
458	第三十一章	对某些法律公理的质疑
470	第三十二章	理性与非理性——理想
473	索 引	
492	译后记	



第一章

关于司法机关的不必要的神话

—

大约 200 年以前,一位很不成功的英国律师在牛津大学举办了一个有关英国法院和法律原则的系列讲座。这些讲座被编辑成书后,就是所说的布莱克斯通的《评论》(Blackstone's Commentaries),它后来成了法律人的圣经,特别是在美国。然而,这些讲座以及这本书并不是为法律人准备的,而是英国年轻贵族教育的一个重要组成部分,这些贵族将来是要成为英国的统治者的。由于难以忍受的势利眼和对司法现实的极度歪曲,^[1]布莱克斯通的讲座和他的书近些年来受到了理所应当的批评。虽然布莱克斯通的《评论》不应当被仿效,但是在美国,布莱克斯通的出发点确实应当被大力提倡,当然这应当以美国的方式来进行。美国的统治者,也就是那些无意于成为法律人的无数普通公民,应当被告知他们的法院做了些什么和为什么这么做。

遗憾的是,他们在这一方面知道得太少了。从总体上来看,美国的报刊杂志在准确报道法院的所作所为方面做得不好。我们的法律人没有作出努力,用可以理解的术语向圈外人解释我们司法体系的运作。公众的无知到头来令人痛心。我们的法院在我们的国家机关中是一个极其重要的组成部分。在一种民主政体中,国家机关中的任何活动都不应该是神秘的。但是所谓的“司法机关”(court-house government)对于大多数外行

[1] 参见 Frank, "A Sketch of An Influence," in the volume *Interpretations of Modern Legal Philosophies* (1947) 189.