

美国法 入门读本

An Introduction
to the Study of Law

到法学院 学什么

What Every Law Student
Really Needs to Know

〔美〕特蕾西·E.乔治 〔美〕苏珊娜·雪莉 著

Tracey E. George

Suzanna Sherry

屠振宇 何帆 | 译



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

到法学院 学什么

What Every Law Student
Really Needs to Know

美国法入门读本

An Introduction to the Study of Law

〔美〕特蕾西·E.乔治 〔美〕苏珊娜·雪莉 著
Tracey E. George Suzanna Sherry

屠振宇 何 帆 | 译



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

著作权合同登记号 图字:01-2014-5282

图书在版编目(CIP)数据

到法学院学什么:美国法入门读本/(美)乔治(George, T. E.), (美)雪莉(Sherry, S.)著;屠振宇,何帆译. —北京:北京大学出版社, 2014. 9

ISBN 978-7-301-23934-6

I. ①到… II. ①乔… ②雪… ③屠… ④何… III. ①法学—大学生—入学教育—美国 IV. ①D971.2-40

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 022674 号

This is a translation of **What Every Law Student Really Needs to Know**, by **Tracey E. George** and **Suzanna Sherry**, published and sold by **Peking University Press**, by permission of CCH INCORPORATED, New York, USA, the owner of all rights to publish and sell same. Copyright © 2009, by CCH Incorporated.

经版权所有美国纽约 CCH 出版有限公司的授权,该书中译本由北京大学出版社出版和销售。

书 名: 到法学院学什么——美国法入门读本

著作责任者: [美]特蕾西·E. 乔治 [美]苏珊娜·雪莉 著
屠振宇 何 帆 译

责任编辑: 曾 健 陈晓洁

标准书号: ISBN 978-7-301-23934-6/D·3529

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.yandayuanzhao.com>

新浪微博: @北京大学出版社 @北大出版社燕大元照法律图书

电子信箱: yandayuanzhao@163.com

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788
出版部 62754962

印 刷 者: 北京大学印刷厂

经 销 者: 新华书店

880 毫米×1230 毫米 A5 7.125 印张 171 千字

2014 年 9 月第 1 版 2014 年 9 月第 1 次印刷

定 价: 29.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话: 010-62752024 电子信箱: fd@pup.pku.edu.cn

打开一扇窗

2007年夏天，我结束在云南法院的锻炼，回最高法院上班。当时，因为要做一些域外司法研究，得看大量一手资料。为重拾搁置已久的英语，便强迫自己每天读一份美国最高法院判决。现在想想，那实在是一段苦难的历程。陌生的人名、古怪的术语、拗口的长句，让人不明觉厉，几欲抓狂。经常是两三个小时捱过去，却连基本案情都没摸清。由此得出的经验是，如果还没有把握语境和背景，就仓促闯入一个知识系统，效果多半是徒劳无功。

2008年，因偶然机缘，我开始利用业余时间，翻译美国法政著述。作为门外汉，只能边译书，边补课，光知识笔记就积累了七八万字。几年来，对彼岸司法的组织架构、人事变迁，以及内嵌其中的政治背景，总算有了初步认识。翻译期间，《元照英美法词典》和《美国法律辞典》都是手头必备，但帮助最大的，却是潘维大、刘文琦编著的《英美法导读》。这本书虽只是课堂讲义，但资料翔实，对两国法院的历史渊源、组织体系，以及判决书的种类、结构和说理方式，

都做了细致梳理和介绍，值得初入门者研习。

翻译本身就是一个精读的过程。几本书译下来，无论看裁判文书，还是读学术文章，知识障碍都少了很多。例如，过去怎么也记不住的大法官姓名，自己不仅可以完整复述，还能归纳出他们的司法立场。就连当年看起来很费力的《法律帝国》和《认真对待权利》，也可以顺畅读完。由此想到，近年也陆续见过不少法学名师开给研究生甚或本科生的学术书单，除了经典作品，一些生僻著述也赫然在目，貌似“高端大气上档次”，但是，这些书到底该在什么阶段读，读来有什么用，之前应有什么样的知识储备，需要哪些辅助读物预作铺垫，列单者却语焉不详。功利性太强的读书固不可取，但如果完全不考虑受众的知识结构和接受能力，把自己都一知半解的书目开给学生，效果也未必会好。

因为译过些书，常有朋友要求推荐美国法的入门读物，或者交流与美国司法有关的问题。阅读方面，我会根据个人体验，推荐亨利·J. 亚伯拉罕的《司法的过程》和美国国务院国际信息局编著的《美国法律概况》。交流具体问题时，则秉承知之为知之、不知为不知的态度，对不了解的领域，绝不妄下断言。在我看来，无论为人还是治学，知道自己不擅长什么，远比知道自己擅长什么重要。

近年来，无论司法改革，还是学术之争，不少学界同仁颇爱拿美国司法说事，但在具体适用上，却有两个不太好的倾向。第一个是不严谨。一些学者动辄说西方司法制度如何如何，英美国法官制度如何如何，但是，对于西方到底该如何界定，具体制度上孰英孰美，分析上能否一概而论，却缺乏精细论证。要知道，英国有英格兰、威尔士、苏格兰和北爱尔兰，美国有联邦和各州，每个地域都有一套司法体系，每个体系之间又有很大差别。别说诉讼规则，光是美国 50 个

州的法官选任机制，就包括十多种形态。在一次会议上，某博士谈及域外法官任期时，言之凿凿：“世界上绝大多数国家，法官都是终身任职的。”我后来问他：“除了美国的联邦法官，请您举出一个国家或地区的例子，证明那里的法官是终身任职的。”结果，这位老兄一个也没有说出来。

第二个倾向是伪实证。现在许多人言必称“大数据”，却根本不知“大数据”为何物。其实，科学的数据运用，不是堆砌各种公式定律，而是在弄清制度的形成历史、运行现状和内部机理的基础上，进行严谨的分析与论证，在逻辑上能够自圆其说，在经验上有实践参照。去年，曾有学者援引美国司法部的官方统计，算出美国法官年人均办案量是1600多件，借此与我国法官的人均办案量进行对比，甚至嘲笑中国法院的“案多人少”是伪命题。其实，只要简单比较一下中美两国的法院职能和审判机制，就能发现数据中的“水分”。换句话说，如果没有充分考虑美国发达的替代性纠纷解决机制和辩诉交易制度，没有深入分析美国法官的工作量统计方式和辅助人员配备情况，上述“实证”也不过是预设立场的数字游戏罢了。

比较方法的失当，在于对域外司法缺乏历史、整体和深刻的把握。这种把握的形成，需要在域外法学院进行系统的学习，更仰仗对诉讼实务的感性体验与认知。近年来，国内描述美国法学院学习经历的书籍已有不少，如《毁约：哈佛法学院亲历记》《美国法学院的1001天》《哈佛新鲜人》和《美国常春藤上的中国蜗牛》等，但系统介绍法学院课程设置和授课方式的作品则很少见。

2011年夏天，正在美国密歇根大学访学的好友屠振宇发来邮件，表示想与我合作翻译一本题为 *What Every Law Student Really Needs to Know: An Introduction to the Study of Law* 的著作。屠振宇是我在人民大

学的博士同窗，熟悉的同学都唤他“大屠”。他发来的书目，是范德堡大学法学院两位教授的作品。我认真试读后，觉得内容实用，颇具引进价值，遂答应与大屠合译。几个月后，北京大学出版社的曾健先生协助联系好版权，翻译工作随即启动。翻译以分工协作、交叉校对的方式进行，最终稿由我审校。为突出该书特色，我们将中译本书名定为《到法学院学什么：美国法入门读本》。

与过去一样，翻译此书也是一次学习，只是这回“补课”的色彩更为浓厚。美国的法学教育侧重“IRAAC”的训练，即争点（Issue）、规则（Rule）、分析（Analysis）、应用（Application）及结论（Conclusion）。与之相关的，则是判例研究、资料检索和文书写作能力之培养，学术规范之养成。《到法学院学什么》一书面向初入门者，详细介绍了入读美国法学院需要进行的准备工作和应当具备的基础知识。对于试图研习美国法的中国读者来说，本书也是很好的学习“指引”，它从美国的政府架构、司法制度和法律渊源着手，系统讲述了检索资料、分析问题和解读判例的技巧，是一本非常实用的美国法“入门书”。

入门，只是获取新知的起点，终极目的是不受语言束缚，通过阅读第一手资料，进入一个新的知识领域。或许有人会问，你业余不是从事翻译工作么，为什么会鼓励人们读原文、弃译著，这不是砸自己饭碗么？其实，译者既是思想搬运工，也是文化传播者。如果能够通过翻译打开一扇窗，丰富读者对某个问题的理解，进而激发人们对相关知识的兴趣，甚至推动一个研究领域的发展，何乐而不为呢？反过来说，那种因对域外一知半解而得出的虚妄结论，也会减少许多。

本书出版时，距离两位译者相识正好十年。2004年3月，大屠联系了一个做法律援助的NGO，劝我不要闷头读书，一起为社会做点儿

贡献。那个夏天，每到周四下午，我俩就各自骑上一辆破车，从人大东门出发，沿中关村北大街向北，一路聊着永远追不上的姑娘和永远用不上的学问。那是一段光怪陆离的时光，接触到不少弱者，见识了大小骗子。十年过去了，弱者依旧羸弱，骗子已成名流，幸运的是，理想还在。谨以此书，纪念与大屠君的深厚友谊，也向七〇后残存的理想主义致敬。

何 帆

2014 年 1 月 22 日

于最高人民法院

目 录

导言	001
第一章 到法学院学什么	004
法学院一年级	006
如何成为一名律师	016
准备去上法学院	019
第二章 政府与法律	024
美国政府的结构	024
法律：渊源、类型和含义	027
选择一个执法体制	042
第三章 美国的法律制度	045
法律制度	045
法院制度	050
诉讼：神话与现实	059

第四章	法律工具箱:基本技能	068
	介绍:法律技能的作用	069
	认真阅读	070
	推理的类型	087
第五章	法律工具箱:概念	098
	二分法	099
	贯穿始终的法律原则	106
	假如一个工具没在这里列举怎么办?	132
第六章	法律工具箱:策略	134
	课前准备	134
	课堂参与	152
	课外知识的整合与利用	155
	应对考试	158
	结语	161
	附录	163
	鸣谢	197
	考考你的理解力 答案与解析	199

导 言

想象一下你在法学院的第一节课。转了一圈，你才找到教室。阶梯教室里已坐了不少人。大家都很友善，但略显焦虑。你找到一个空位，打开笔记本电脑。一些学生捧着厚厚的教科书，陆续走进教室。有人开始窃窃私语，屋内弥漫着一种兴奋感。多数人或目视前方，或低头阅读。

教授进来了，大家立刻安静下来。你知道她叫阿姆斯特朗——课程表上印着呢。她搁下一本书，和多数同学摆在桌上的差不多。然后，她打开一张上面满是照片和姓名的大纸。

忽然，你听到有人喊你的名字。教授问你：“能不能详细谈谈‘皮耶罗诉波斯特案’（*Pieron v. Post*）的事实和判决理由？”所有人转头看向你。

你开始紧张，内心狂跳。什么叫“事实”和“理由”？老师开讲前，你怎么会知道“皮耶罗诉波斯特案”？难道之前错过什么了？你发现自己无言以对（你或许第一次遇到这样的事）。

另一个学生举手了。你瞬间解脱。教授点头示意她发言，她的话里包括“原告”“纽约州最高法院”和一些你完全不知所云的陌生词汇。你没法跟上这些问答，内心迷惑不解，十分慌乱。你没记任何笔记，因为你全无头绪，不知该记些什么。邻桌善意地把课本翻到“皮耶罗诉波斯特案”那一页。显然，你本该在课前预习这部分内容，哪怕是在第一堂课！可其他同学是怎么知道这些的呢？

你开始阅读文献，迫切希望跟上进度，但情况却越来越糟。那些材料与教授和同学之间的问答相比，要更加晦涩难懂。纸上印得明明是英文，却完全不解其意，不时迸出一些陌生、费解的词汇。你埋头苦读，又错过了上课的内容。阿姆斯特朗教授一直在向大家提问。有些人对自己的回答很自信，有些人和你一样茫然失措。你不知道到底该怎么做，是记下全部授课内容，还是准备应付她随时可能再次发出的提问。

这是你在法学院的第一天，而你已经掉队了。

第一节课后，你找到张贴课后作业的地方，开始预习下一节课的内容。但阅读的体验让你再次受挫。你连自己读过的内容都记不下来，怎么可能知道哪些是重点？再度被提问时，又如何知道哪些是“事实”，哪些是“理由”？（你也不清楚不同的教授会不会再问相同的问题。）如果你弄不清楚某个词汇的含义，又在词典里查不到，这时该怎么办？什么是“审查标准”，什么是“先例”，它们有什么具体关联吗？

本书将帮你避免这种令人恐惧的后果出现。它会解答你对法学院一年级生活的种种猜想，提供各类不同层次的资讯：

- 基础资讯，比如我如何知道自己该读什么东西？
- 基本资讯，比如为什么教授总是提问，却不给出答案？

- 实用资讯，比如我在完成阅读作业过程中应掌握什么？
- 技术资讯，比如那些陌生的术语或概念到底是什么意思？

本书详细、系统地介绍了大量你需要了解的知识，并提供了理由。大量的图解和练习会让你在阅读之余，有机会尝试运用和实践这些知识。而且，文字和图表会为你准备一年级和以后的课程提供参考。本书吸收了许多法学院教授和学生的观点，介绍了他们认为法学院一年级学生在进入法学院前应了解的知识。

不管你是即将进入法学院，还是刚刚开始申请，本书都会对你的事前准备提供帮助。你可能认为自己已经做好读法学院的准备了。你可能在学校一直是优等生，擅长阅读，养成了良好习惯，知道该怎样学习。这是一个好的开始，那为什么还需要一本书来帮助你做好读法学院的准备呢？答案是，法学院的学习将不同于你过去的教育经历，这不仅因为它是一门你不熟悉的学科。阅读作业、课堂互动、课程目的和职业期待，都会与你之前的经历有很大差别。

我们从事法学院一年级学生的教学工作，已经有四十年了。我们知道，第一年令人欣喜的；但我们也知道，它可能也是令人恐惧的。我们写作本书的目的，就是尽可能地减少这种恐惧，让法学院新生更有收获、更有效率。我们还搜集了大量的参考资料，可以帮助学生整个法学院期间名列前茅。你可以把本书视为助你在法学院战无不胜的秘密武器。

第一章

到法学院学什么

试想你突然发现,自己坐在汽车里,手握方向盘,却不知如何驾驶。很多东西看起来挺熟悉——方向盘、路标——但你不知道车里那些按钮、操作杆和踏板怎么用,更不知道该如何应付车外各种路况。法学院第一年的生活大抵就是这样。一堆材料丢给你阅读,但你完全不了解那些概念、词汇或背景。即使你认识句中每个单词,可能还是不知道这个句子究竟是什么意思,或者从中可以学到什么。本书为你解决这个问题。我们会告诉你,在法学院第一年会学到什么,你需要了解的背景知识,以及成功的方法。

关于法学院,你首先要了解的头等大事在于——特别是在一年级——你不能只是一个被动的学习者,仅仅接受知识。与许多本科生课程和研究生课程不同的是,法学院的课程主要不是传授知识。相反,法学院的课程有三个目的:

1. 传授基本的法律规则;
2. 锻炼你适用这些规则的能力;

3. 教你如何自学法律。

第一条，传授基本的法律规则，是第一年学习中最不重要的。法学院一年级的主要目的，是教你运用法律规则，你会学到一些法律规则（有时是**重点法条**）* 的基本知识：如何分析和展开法律论证，如何解决法律问题，如何与别人沟通你的法律思考。

换句话说，你不仅仅是在学习法律，你还在学习成为一名律师。因为法律不是一成不变的，即使离开法学院做了律师，你还需要继续学习。因此，法学院还得教你如何自学。你得学会如何学习（并运用）新的法律概念，适应法律制度的新变化，这些在你未来的法律生涯中都在所难免。借用前面的比喻：一旦你学会驾驶，就不会忘记如何开车——哪怕车辆、道路或路况都发生了变化。

法学院并不会给出法律问题对应的“正确答案”，而是要练就你组织答案、解决问题的能力、方法和步骤。而做到这一点，你不能光靠听听读读。你必须积极参与到针对你开展的法律教学当中。

在法学院第一年，法学院教学的侧重点——学会当一名律师，而不是仅仅学习法律——体现在三个不同方面。需要阅读的文献、课堂教学方法，以及第一年的课程设置，都服务于法律教学的整体目标。而这三个方面，都需要你的积极参与。以下内容，将分别讨论法学院一年级的这三个方面。

* 重点法条（black letter law）：又称黑体字法条，是一种非正式用语，一般指法律或判例中最重要最基础的条文或规则。——译者注

法学院一年级

阅读作业

所有的一年级（或称“1L”）课程都采取**案例教学法**。除了要阅读与法律相关的内容，还要研习法条。你在法学院的教科书提供了一个迅捷、明显和直观的对比，反映了法学院教育和本科生教育之间的不同。这些教科书主要包括经过作者（们）精心编选的、被称作**案例**的法院判决书。这些书自身，也被恰如其分地称作**案例书**。因为法院判决并非法律的唯一渊源，多数案例书除案例外，还包括或提及法律、法规和规章。有些可能还包括其他主要渊源，例如条约或合同。案例书作者也可能在案例前后，加入对相关内容的评论、问题和背景资讯。但最重要的材料是法律本身——案例和其他主要渊源——而不是附文。通过研习这些主要法律文献，你才能真正掌握法律，学会如何像律师那样思考。

法学院的课程要用到各类主要法律文献，因为律师也会这么做。记住，法学院不仅仅教你法律，还要教你如何学习和使用法律。研读案例和其他主要法律渊源，有助于培养你成为律师所需要的能力。当客户需要得到法律问题的解答或解决方案时，律师必须求助于法律本身——案例、法条和其他法律文献。他们很少仅靠脑中存货或照本宣科处理问题。

和其他领域一样，法律领域的主要渊源文献，通常比说明性文字更难理解。说明性文字的目的，在于启发读者。法院判决书（或者法律或合同）的目标则有所不同。法条会陈述法律规则，判决是要解决

争议，法规要设定管理规则，合同得记载缔约方合意。判决、法规和合同，与其说是在说明法律规则，不如说它们就是法律规则本身，且/或是对法律规则的适用。

举个例子，你可能在一年级的课堂上读到以下三种法律文献：法院判决书、法律和合同。每一种都体现了同一项法律规则。请指出这一规则，并试用一两句话简要地概括出来。

房东拉里诉租客特里案

(*Larry Landlord v. Terry Tenant*)

佛罗里达州最高法院 (2006)

……当一方违反合同时，另一方可以获得因违约造成的合理损失之赔偿。但是，过错方通常无权不管不顾，让违约方赔偿可以轻易避免的损失。因此，如本案中出现的情况，租客违反租约，房东完全可以轻易地通过找到另一租客来减轻损失，那么他被要求这么做……为被告租客特里考虑。

违反租约和减少损失令

佛罗里达民法典第 1423 条 (2008)

第一款 [违约；救济] 如果住宅上的租约期限在一个月以上，并且租客通过以下方式拒付房租：(1) 将自己不愿支付房租的意图告知房东，或 (2) 腾出租住的住宅，且未支付租约约定金额的一期房租，那么除非出现第二款列举的情况，房东有权依据租约向租客收取任何到期未付的房租。

第二款 [减损] 如果房东最初采取合理的措施，将住宅租给其