

美国法律文库

THE AMERICAN LAW LIBRARY

卡尔·N·卢埃林 著

Karl N. Llewellyn

普通法传统

THE COMMON LAW TRADITION

陈绪纲 史大晓 仝宗锦 译

THE AMERICAN

LAW LIBRARY

中国政法大学出版社

美国法律文库

THE AMERICAN LAW LIBRARY

普通法传统

The Common Law Tradition

Karl N. Llewellyn

卡尔·N·卢埃林 著

陈绪纲 史大晓 仝宗锦 译

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

普通法传统/(美)卢埃林著;陈绪刚等译. —北京:
中国政法大学出版社, 2002. 7
ISBN 7-5620-2175-9

I. 普... II. ①卢...②陈... III. 司法制度—研究
—美国 IV. D971. 26

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 052897 号

书 名 普通法传统
出 版 人 李传敢
出版发行 中国政法大学出版社
经 销 全国各地新华书店
承 印 清华大学印刷厂
开 本 880×1230mm 1/32
印 张 21.25
字 数 550 千字
版 本 2002 年 8 月第 1 版 2002 年 8 月第 1 次印刷
印 数 0 001 ~ 6 000
书 号 ISBN 7-5620-2175-9/D·2135
定 价 42.00 元

社 址 北京市海淀区西土城路 25 号 邮政编码 100088
电 话 (010)62229563 (010)62229278 (010)62229803
电子信箱 zlf5620@263.net
网 址 <http://www.cupl.edu.cn/cbs/index.htm>

☆☆☆☆☆

声 明 1. 版权所有, 侵权必究。
2. 如发现缺页、倒装问题, 请与出版社联系调换。

《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 赵瑞红

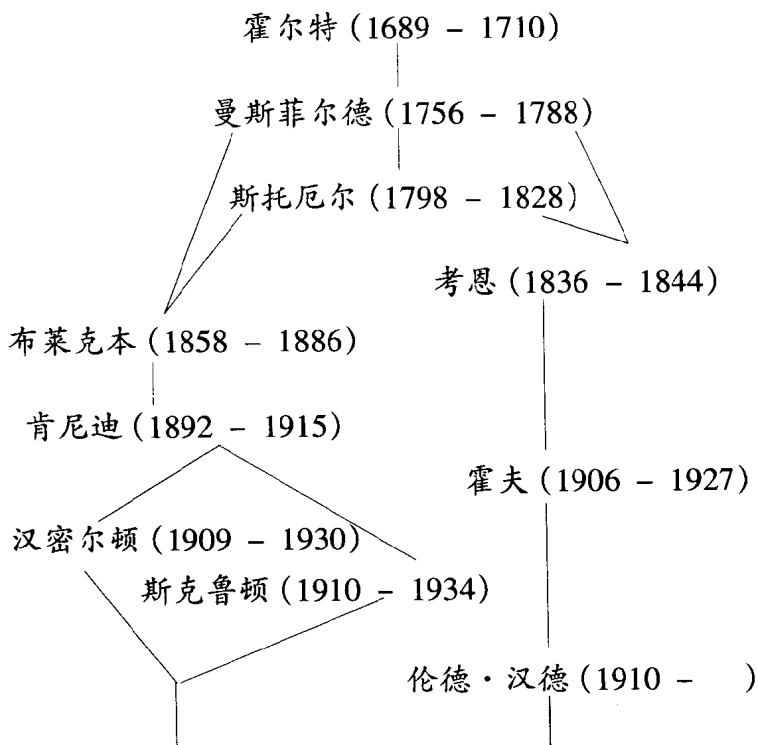
出版说明

“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

愿
那些在数个世纪的历史长河中付出辛劳
惠予
普通法的伟大传统
以活力、坚韧和鼓舞的
伟大的商事法官们的薪火永远相传



/ 凡 例 /

1. 本书根据 Little, Brown and Company 1960 年版、William S. Hein & Co., Inc. 1996 年重印版翻译。原书名为 “*The Common Law Tradition——Deciding Appeals*”，作者为 Karl. N. Llewellyn.

2. 书中人名，除通行约定俗成之外，依据新华通讯社译名资料组编的《英语姓名译名手册》（第二次修订本，商务印书馆 1997 年版）。

3. 本书注释中涉及的书籍、论文、案例等法律文献，为方便读者作进一步可能的文献检索，一律照录原文，不另行翻译。加注 * 号的注释为译者注，有编号的注释为原作者注，文中不再一一说明。正文中的判例名及所在判例集、卷、页等信息，一律照录原文，用括号括起来跟在案例名后，以利读者可作进一步检索。

4. 原书页码保留作为中文译本的边码，注释和索引中出现的页码为原书页码，即本书边码。文中援引案例所涉及的页码为判例报道集所在页码。

／目录／

1 本书的缘起及内容

第一编 上诉审审理

9 问题与担忧

16 “确定性”或“可估量性”

——关于“确定性”、“可预测性”、“可估量性”之附记

18 上诉法院中的稳定性因素

19 1. 受过法律训练的官员

19 2. 司法原则

20 3. 公认的原则性技巧

23 4. 法官的职责

24 5. 单一正确的答案

26 6. 法院的单一意见

29 7. 来自下级法院的事实冻结记录

30 8. 预先限制、突出和拟定措辞的审理

31 9. 律师的对抗性辩论

33 10. 集体判决

34 11. 司法保障与诚实

36 12. 公知的法庭

38 13. 概论各时期风格及展望

50 14. 专业司法职位

57	辩论的进一步途径
59	关于稳定和非个人化的行家常识
60	对法学院怀疑论者的挑战
63	已出版的判决中之富矿
67	关于“常理”、“智慧”、“公正”的附记
70	先例原则的偏离
70	早期宏大风格
73	附记：美国的宏大风格
73	1. 1842 年纽约州的宏大风格
78	2. 1844 年俄亥俄州
81	3. 俄亥俄州宏大风格中先例的范围
83	“程式化”或者“成熟”先例的范围：万鲍夫和布莱克
86	我们时代先例的范围
88	可以找到的无瑕疵的先例技巧精选
88	1. 遵循先例
88	(1) 举例说明一些自觉的控制甚至是缩小坚持或遵循先例的后果
91	(2) 举例说明通过简单的“依据”或者“已决事项”的方法所获得的选择范围
92	(3) 举例说明遵循权威先例时大部分自觉倾向于更为简单的创造方式之多样性
94	(4) 举例说明使用先例—材料应用过程中的重要扩展或改变方向
97	2. 规避“已判决”
97	(1) 不承担对将来负责任的规避：合法技巧
98	(2) 无责任感的规避：非法技巧
99	(3) 明确的限制和缩小范围
101	(4) 抹杀先例

102	3. 一些正确的但不常见的运用材料或技巧的方法 (特别是用于扩展、改变方向或重新创造)
102	(1) 从旧材料中另起炉灶
104	(2) 扩大渊源或技巧的标准
105	日常运用七个方法的技巧?
107	宾夕法尼亚州 1944 年 3 月 20 日
112	纽约州 1939 年 7 月 11 日以及进一步的样本
114	俄亥俄州及其判决摘要, 1953 年
117	技巧的选择、运用及频率: 解释裁决
118	简单的援用判例能否信赖?
124	定型的司法原则的影响
127	我们“依据”“这些”已决事项的趋势
137	为何改变了我们觉察不到?
142	情境感与理性
142	分岔路标与情境 - 事实
148	情境仅通过法庭显明
151	现代上诉法院中的事实与常理
156	补记: 非法先例技巧
160	纽约州 1939 年司法判决中的明确理由
166	公开判决中所隐藏的理由
169	宾夕法尼亚州 1944 年判决中的理由
175	时间维度、1953 年的俄亥俄州
182	小结
187	全国范围内的当代背景
189	密西西比州, 1958 年
192	阿拉巴马州, 1958 年
199	华盛顿州, 1958 年
210	结果的可估量性: 规则理论
211	规则的功能在于指导

211	1. 规则并非支配而是指导判决
212	2. 相容性定理
212	3. 非相容性定理
216	4. 正发挥作用的理性之原理
217	正统意识形态中的精髓
226	理想、虚构、象征、虚假与造作
230	对待危机的方法
236	结果的可估量性：再论常识与理性
237	经由法律的理性
240	司法职位与常识
243	经由律师的情境感
245	国外汇兑案件问题
251	作为法律技艺的上诉审理
254	并非“确定性”而是合理的“恒常性”
255	合法裁量权原理
258	偏离定理
261	分寸与韵味定理
263	特定的法院
266	冻结的事实与法律要点：两难困境
272	情境：律师与法院
277	法庭辩论：使预测成为现实的技艺
278	上诉辩论的七项基本规则
281	第八项：口头辩论的义务
283	第九项：提交固定措辞及以意见为核心的辩论词
287	第十项：情境感是首要的
288	第十一项：对你不利的正发挥作用的理由或既定规则：承认及规避
294	第十二项：法庭组成人员的不确定性
299	对于法庭的结论

299	1. 对非法权威技巧的咒骂：无论是因忽略还是因 职权引起
304	2. 持续公开地运用情境感
308	百足虫与清醒的自我评价
312	追求情境感是首要的
312	3. 首先是情境感，个案公正只针对该框架
318	运用中的非正式方法：错误的类型—情境
322	纽约州销售保证
329	运用中的非正式方法：被遗忘的类型
331	4. 作为试验的整个案件
333	5. 无明确的理由用于案件事实区分术则无差别
334	有关律师界意见的作用
338	6. 不断进行的纠错和再纠错
342	7. 程序总汇
347	8. 原则上的重要改变事前告知
354	9. 概论两阶段原则
359	确定时间
359	10. 法官个人
362	11. 筛选案件
363	12. 分庭与审理小组
368	13. 外部人力：下级法院与律师
372	14. 外部人力：法官的法律助理
374	15. 外部人力：庭外专家
384	16. 法庭中的专家或专家法庭
387	赌博在持续
388	四个谬误与四个告诫
392	第五个告诫：只是判决结果而不是判决理由 ——至今的情形

393	秩序之必需
393	17. 措辞次序
398	18. 关于学者的评论
407	对学者进一言
417	19. 程式或格式“协议”
427	20. 有关制定法
431	俄亥俄州 1939 年制定法上的技巧
440	适于商业顾问律师的可估量性
442	还有最高法院?
453	麻子、偏见、政治术与怨恼

第二编 运用推理的风格

463	说不清道不明
466	曼斯菲尔德被埋没的方法、推理以及复苏的推理
466	对出票人不利的克尽职责原则
473	当前的交易惯例以及斯威夫特诉泰森案
486	我们早期的推理风格再现
489	考恩: 哈特菲尔德诉罗朴尔
493	显著的情境类型之范围
497	卡多佐的三个阶段
497	1. 麦克弗森诉别克
505	2. 怀亭诉哈德逊信托 I
510	3. 怀亭诉哈德逊信托 II
516	现代推理风格中的方法
516	1. 显见的案子
517	2. “法律”与情境感相冲突: 拉特利奇

519	3. 难以捉摸的难题
521	4. 当法院困惑时为何? 伊利诺伊州“在法庭上作证的证人”
536	效果: 异议和判决写作风格
536	理性风格会摧毁法庭内部的协作吗?
538	审理风格与判决写作风格

附 录

547	附录一 更多的当前样本
548	马萨诸塞州 1959 年
551	纽约州 1958 年
563	北卡罗林纳州 1959 年
568	俄亥俄州 1957 - 1958 年
574	宾夕法尼亚州 1959 年
578	堪萨斯州 1958 年
583	俄勒冈州 1958 年
588	伊利诺伊州 1958 年
593	加利福尼亚州 1958 年
595	印第安纳州 1957 - 1958 年
596	密苏里州 1958 年
598	新墨西哥州 1958 年
600	附录二 现实主义、本书的起源、适合于行为科学的判例报道集财宝以及本书未涉及的事项和方法要点
617	附录三 制定法原则

8 目 录

618	解释原则
618	1. 延伸与回避
627	2. 延伸与反延伸
633	索引
664	译后记



本书的缘起及内容

本书始于这样一个事实：即律师界为我们的上诉法院而烦恼，这里所谓的上诉法院并非单指已经被讨论过很多的联邦最高法院，而是指一般意义上的上诉法院。这种烦恼已经严重影响了上诉法院，使其面临某种危险的信任危机。当然，自从有律师职业以来，就显然会有很多吃了败官司的律师，他们相信己方的案件有凭有据，而强烈抨击法院。而且，自从法院所审理的问题具有政治意味始，也就是说，甚至可能从一开始，法院作出的每一个新的关系重大的判决对于某些直言不讳进行批评的人们来说，都意味着万劫不复的边缘。还有，自从人们开始由归纳法得出结论以来，某天或某周的具体判决便足以使某些人们据此将整个法律制度视为腐朽。当然，照例来说，“历史上从未”有一个危机跟当前的这个危机相提并论。尽管存在上面提到的这些问题，今天律师界感到烦恼的原因却在于一种新问题的侵蚀。因为在旧有的各种担忧所集中的事情上，至少都给人保留了个人尊严和职业技能，以及进行斗争和做出回击的能力（尽管也可能被击败）。其中的罪恶基本上属于各种政治问题：贪婪攫取的政客们占据主导地位，或是剥削者们积习难改；要么是垄断帮派、集团或是诈骗者到处伸展它们的触角；要么，也许是某些个别法院（与大多数法院的作风截然相反）的贪污腐化。一个训练有素且心灵高洁的人即便可能会蒙受不幸，不得不努力挣脱其间，但是他依然可以进行斗争。一个健全的制度框架也可及时清除腐败。此外，在我们国家，那些政治恶棍，虽然令人厌恶，看来也蹦腾不了多久。

2 本书的缘起及内容

但是，今天的担忧却具有某种新的侵蚀性。在大部分人当中，它不再能够激起某种可以解决问题的正常斗争反应。对多数人而言，它已经开始使心灵蒙上阴影，肉体陷入麻痹。因为他们无法知晓，在上诉法院的工作中是否存在某种可估量性。无论在提起上诉或是上诉审理阶段，律师是否有真正可以依赖的稳固基础，以及相应的，是否存在有效的技艺可以为他的当事人提供服务，并证明自己存在的价值。任何行为正当的人都不应该感觉自己是一个骗子或者在假充内行。上诉法院，尤其是处于审级顶端的最高法院，应该是公认能提供可估量性的机构，或是更为重要的某种象征，同时，对正当而细致的法律技艺也能给予鼓励和褒奖。不过，正是这些法院，其中的法官，以及同样重要的他们的工作方式，还有同样非常关键的最终判决结果的总体趋向，使得律师们对于自身才能、技艺以及律师这一行当及长久以来抱持的信心遭到挫折感。他们最终发现自己空虚迷茫、无助无能，就像一个病人发现自己所用的药原来跟狗皮膏药一样。

4 如果认识不到律师界中很大一部分几乎已经失去他们的信仰，你就听不到律师们对于遵循先例原则业已死亡而唱的挽歌（这些吟唱者对于这种令人崇敬的制度的性质只有浅显的认识）。如果看不到那些小有成功的律师们的烦恼甚至本来就伴随着他们的成功一起来，你就听不到他们大量谈资中对于上诉法院的冷嘲热讽。如果看不到我们法律制度中处于至关重要位置的象征——上诉法院——在有关其司法工作的生活事实的交流机制上，一直令人担忧地存在种种缺陷，你就看不到一代又一代的法律学生（其中 2/3）会认为，尽管你做了那么多努力，但如果一个上诉案件的判决结果并非逻辑上可以预测，那么它就只是随意任性的产物。

事实上，我们全国范围内上诉法院的审理工作是可估量的。首先，相对而言，这要远远超过任何神智正常的人从一个解决因各执己见而导致争端的机制中可以期望的东西。其次，绝对地