

<<普通法的本质>>

图书基本信息

书名：<<普通法的本质>>

13位ISBN编号：9787503647765

10位ISBN编号：7503647760

出版时间：2004-7

出版时间：法律出版社

作者：艾森伯格

页数：239

译者：张曙光

版权说明：本站所提供下载的PDF图书仅提供预览和简介，请支持正版图书。

更多资源请访问：<http://www.tushu007.com>

<<普通法的本质>>

内容概要

我们法律中的很大一部分基于权威性文件，如宪法和制定法。

普通法系由法院所确立的那部分法律。

在一些法律领域，如侵权法与合同法领域，普通法居于主导地位，在公司法这样的领域，普通法绝对是至关重要的。

但是，我们尚未清楚的是，在确立普通法规则过程中，法院使用（或应当使用）怎样的规则。

在这本浅显易懂、论证缜密的著作中，迈克尔·艾森伯格阐释了一整套这样的规则。

在法理学和比较法的研究者们看来，世界法律地图的构成始终是他们所关注的重要命题。

尽管由于在悠远的时间走廊中，文明叠经流变，故这一地图色彩斑斓。

但是由于强势法律文明的存在及法律输出、法律移植的频繁发生，所以尽管斑斓依旧，但在现在看来，这幅地图在大的色块上已然单调了许多——大陆法系和普通法系的双峰并峙，乃是我们时代无处不在的法律“底色”。

基于我们已经深刻意识到的或尚未意识到的原因，了解普通法的理念和制度，乃是这一代学人不可回避的学术使命，亦为斯世更张治道，革故鼎新之必需。

了解普通法，固可有多个层次，多个渠道：若案例判词之研读，若历史脉络之考订，若哲学基础之溯源，如此等等，不一而足。

但是我们须注意的一点是：在现实法理论的层次上了解一个法律体系的运作，乃是了解一个法律体系不可逾越的环节，亦是在时间投入上“性能价格比”较为优良的一个选择。

所谓“现实法理论”，乃是刻下中国法理学范式中的一个核心构成部分，意指以实证研究为主要方法，探寻在调整社会生活的过程中，一个法律体系运行的原则、制度、环节等内容的学术。

我们常以我们的制度比附国外的制度，同理，我们亦可以我们的学术范式比附国外之学术。

艾森伯格所著之《普通法的本质》一书开篇明言：“本书涉及普通法规则的应然状态和建立方式。

易而言之，本书构建了一个关于普通法审判的理论框架。

”披阅过后，我们可以断言：《普通法的本质》一书系关于普通法运行的现实法理论著作。

是书凡八章。

首章为“导论”，提出考察普通法的一个基本视角，即规则命题与社会命题之相互作用与关系。

作者以为左右普通法之判决者，不外于此。

规则命题系指从法律渊源中可以找到的或推导出的命题。

而社会命题则指规则命题之外的道德、政策和经验命题。

作者断言，在普通法之中，所有案件均与社会命题有关。

第二章论“法院的社会职能”，这是考察普通法审判过程的静态起点。

作者认为，在普通法下，法院有同时履行两项社会职能：一为解决纠纷，二为通过判决产生先例，不断充实法律规则之供给。

作者论述了法官造法何以成为必须，并指出这两种职能之间，实际暗含了某种紧张关系。

第三章为“基本原则”，详述决定着法院确立和变更法律规则的四项基本原则：客观性、支持、可重复性和回应性。

作者在此处所研究的内容实际涉及到司法权的性质和司法权运行的要求，因此在一定意义上，这四条标准的理论意义，当不仅仅囿于普通法的范围之内，而是具有一定的普适性的结论。

在第四章，作者详细剖析了在第一章中所提到的社会命题，对道德规范、政策和经验命题分别予以考察。

作者指出，道德规范之于普通法之所以重要，乃是因为在理解侵害和权利这些基本法律概念之时，道德规范系须臾不可离的参考与依据。

作者主张法院应当适用受到充分社会支持的普遍道德，当然识别何种道德受到社会支持的过程是存在困难的，因而务必小心翼翼。

至于政策，在艾森伯格的语汇里，实则是对规则的社会效果的一种功利主义考量。

作者枚举了可操作性政策、信息不对称政策、机会主义政策、社会严重性政策和私人自治政策等，以

<<普通法的本质>>

此来证成一些规则的合理性。

其论述之中多少可以看见功利主义法学的影子。

经验命题乃指习惯，与规则、契约之解释与适用关系甚巨。

第五章篇幅不长，不过乃是理解全书的一个关键。

在这一章里，作者指出普通法中的法律规则务必符合社会一致性、体系一致性和规则稳定性三项标准。

但须指出的是，这三项标准未必始终协调一致。

以上内容从不同侧面揭示了普通法的一些内在特征，构成普通法对普通法的静态考察。

当然，在这四章当中所论及的内容，亦涉及到普通法的动态运行。

因为无论怎样可以区分，对于研究法律体系的整体特质而言，这两者都是无法截然分开的。

第六章“法律推理模式”转入对普通法的动态考察。

我们皆知，揭开法律神秘面纱的玄窍，乃在于理解法律推理的过程。

我们亦知，普通法因“遵循先例原则”而独具特色。

，此种遵循先例的过程如何具体操作，乃是作者在这一章论证的重点。

作者指出，当一家法院需判定先例中是否确立了一项规则时，所依据之方法为最低限度方法、结果中心方法和宣告式方法。

而先例对于后来判决的约束力如何，一项规则的发展历程究竟怎样，又有诸多复杂情况。

除在“先例推理”上浓重着墨以外，作者还论述了普通法中的原则推理、类推推理、专业文献中确立的规则的推理和假设推理等，充分展示了普通法推理模式的多样性。

如果说法律规则的确立是第六章的中心内容的话，则规则的修改和废除乃是第七章的论述主题。

此章名为“推翻和其他的否决模式”，其所论内容，在目前已经翻译介绍过来的关于普通法的研究文献中，甚少论及，故尤其值得关注。

或者说，若欲完整地了解普通法，务必了解通过遵循先例以及其他方法建立起来的规则是如果被否决的。

普通法中的否决模式包括推翻、无溯及力的推翻、变形、压制和推出不一致区别等。

本章所论内容，在我们的法律制度中无对应物，此前又缺乏译介，故理解起来颇有难度。

但是如果我们拓宽视野，以功能比较的视野，从大陆法系的立法机关的思维方式去理解这一章的内容的话，相信会容易一些。

在进行了如上铺陈渲染之后，全书也就到了应当煞尾的时候。

本书的最后一章，即第八章，是对全书的一个理论总结，名为“普通法的理论”。

作者指出在审理疑难案件（或曰“未受规制的案件”）时法院必须有自由裁量活动及相应权限，因而分析法学家哈特和拉兹等人以规则命题为核心构建关于法律和审判的理论是有着根本缺陷的。

作者得出的一个重要结论就是：普通法是由决定着普通法审判的那些制度性原则的适用过程所产生的规则体系。

这个结论，把普通法的动态运行和静态结构联结在一起，为全书划上一个完整的句号。

作者附带指出，普通法有两个特征——不确定性和全面性，并给出了关于这两个特征的解释。

《普通法的本质》一书，结构紧凑，条理分明，将普通法运行的内在逻辑由浅入深，由静及动，顺次展开。

既有理论之阐明，制度之描述，亦不乏案例之征引。

英美世界当代法理名家，如德沃金、哈特等人的观点，均有涉猎。

是书诚普通法之简要而富有教益的说明，故印行之后，迅即成为英美国家介绍普通法的经典之作。

杰斐逊•鲍威尔评点此书云：“艾森伯格在学术上抱负远大，甚有影响，在诸如我们社会当中法院恰当的社会职能等领域涉猎广泛。

……本书是关于普通法的内在理性的重要著作，才气横溢，跃然纸上。

”以披阅之后观感而言，是语诚不为过。

尽管我们醉心于我们自己的法律文化和法律制度，但我们并不拒斥，乃至时常渴望在彼邦的法律文化和制度中做一游览，领略其间意蕴与风致。

<<普通法的本质>>

此种旅行无论是过于冗长乏味还是促迫肤浅，均非我们所愿。

对于普通法系，若我们欲做简短而深入之游，则《普通法的本质》一书，不失为一个良好的选择。

<<普通法的本质>>

作者简介

迈尔文·艾森伯格系加利福尼亚大学伯克利分校科莱特法律教授，撰有数本关于合同法和公司法的专著。

<<普通法的本质>>

书籍目录

第一章 导论	第二章 法院的社会职能	第三章 基本原则	客观性	支持	可重复性
回应性	第四章 社会命题	道德规范	政策	经验命题	第五章 普通法的标准
社会一致性标准、体系一致性标准和双重一致模式				规则稳定性标准和普通法的现实世界模式	
第六章 法律推理模式	先例推理	原则推理	类推推理	专业文献中确立原理的推理	
假设推理	第七章 推翻和其他的否决模式	推翻	无溯及力的推翻		
变形	压制	推出不一致性	普通法中的非解释性因素	第八章 普通法的理论	
文本理论	正当理由和普通法的内容	普通法的生成性概念	索引		

<<普通法的本质>>

章节摘录

书摘 书摘 就像道德和政策命题一样，在审判中发挥作用的经验命题应该有足够程度的支持。

然而，与道德和政策命题不同的是，经验命题不需要整体社会的支持。

许多或者说大部分经验命题要么是与相对技术性的问题有关，一般社会对此鲜有兴趣，要么是与相对特殊的问题有关，需要一定的专业性。

因此，可以放心地假定社会通常宁愿把判断这些命题的正确程度的工作交付给法院通过言论检验来进行。

因此，这样的命题应受到明达观点的影响的支持(或者法院认为这样的命题会受到明达观点的影响的支持)。

这些明达观点包括基于社会科学结论的观点和法院自身所擅长的问题的观点，比如事实调查者的能力。

[80]明达观点的影响有说服力和权威性的功能，胜过那些各执一词的观点。

尽管法院对根据专家们对其真理性争论激烈的经验命题建立或改变法律规则非常谨慎，但是最终法院必须自己决定明达观点的影响的说服力与权威性何在。

在这一点上，我们用比较的方法考虑一下社会对法院的态度和一个拥有许多家企业的人O对这些企业的经理们的态度。

O赞同与商业行为有关的一些道德规范和政策。

例如，她认为在法律范围内开展商业活动是一种道德规范，她有一项支持雇员参与决策的政策。

O想让她经理们遵守她所赞同的道德规范和政策而不是他们所赞同的道德规范和政策。

然而，她相信，把判定对于执行她的道德规范和政策而言必须有哪些经验命题交付给每个经理去判断，这样可以最大程度的满足她的利益。

例如，在她的雇员参与政策的框架范围内，她相信，每个经理应该决定在该名经理所管理的企业中应当采纳什么样的特殊工作规则，这种决定取决于经理对企业工人的态度和工作动力等问题的判断。

O把这些问题的决定委托给她的经理们去判断，这部分是因为她认为这些问题可能涉及到她不太精通的技术问题，部分是因为她认为她的每个经理都专注于某个企业，因此一般来讲在相关问题上她掌握的信息比任何单个经理所掌握的信息要少。

关于经验命题，社会法院的态度，与O对她的经理们的态度相类似。

通过把判断必需的经验命题的工作交给法院，社会通行的道德规范和政策可能以法律手段得到最有效的执行。

许多经验命题相对来说具有技术性，并且非常依赖那些专门的并且不停变化着的信息。

在律师教导。

之下，法院比一般社会更能及时掌控相关信息，更能精通诸如个人和集体对刺激、阻碍因素、制度设计的反应以及个人和集体处理信息的能力一类的问题。

有了在普通法判决中执行社会通行的道德规范和政策这个目标，社会因此通常应当把决定哪些经验命题对调和社会标准与法律规则之间的关系必不可少的工作委托给法院。

如同法院支持道德规范 and 政策的判断一样，法院支持经验命题的判断也应受到言论的检验。

当法院看上去准备信赖一条错误的经验命题时，可以由律师出面予以纠正。

不过，如果法院在这样一条错误命题的基础上做出判决的话，在公开其判决理由之后，法院的推理过程和判决结果有可能在更广的范围内遭到抵制。

法院有义务做出相应回应。

<<普通法的本质>>

媒体关注与评论

译者序 译者序 普通法指发轫于英格兰，由拥有高级裁判权的王室法院依据古老的地方性习惯、或是理性、自然公正、常理、公共政策等原则，通过“遵循先例”的司法原则，在不同时期的判例的基础上发展起来、具备司法连贯性特征并在一定的司法共同体内普遍适用的各种原则、规则的总称。作为法律渊源，普通法区别于由立法机构制定颁行的成文法规，实际由法院即法官创制，故又称“法院创制的法律”或“法官创制的法律”。

因为它是依据判例而发展的，故实际上是“判例法”。

作为一种制度，普通法具有依照“遵循先例”原则进行审理、陪审团审理、法律的至高无上性、强调程序法和形式公正、注重救济、采用对抗制审理、重视经验和实用等特点。

[1]在开拓新大陆的过程中，北美殖民地也采纳了英国的普通法。

正如肯特在《美国法注释》一书中所言：“对我们来说，普通法作为一个完整的体系，被这个国家和人民采纳和承认了。

根据(纽约)宪法的一项明确规定，它被宣布为这块土地上的法律的一部分。

”[2]尽管美国各州和联邦普通法与英格兰普通法在一些方面存在差别，但它们在哲学、精神和原则上是基本一致的。

根据著名的比较法学家K·茨威格特和H·克茨的估计，现今世界上，有近三分之一的人生活在其法律制度不同程度上受到过普通法影响的地区。

[1]对于这样一个影响深远的法律体系，我们诚有深入、全面了解之必要。

其理由在于：第一，随着国际交往的日益深入与频密，在国际私法的实践中，我们将越来越多地与普通法系的国家发生往来，因此了解普通法的实质和运用，是国际交往的必备前提。

第二，任何一种法律文化和法律制度都不是完美的。

因此对于任何一种法律文化和法律制度而言，了解其他法律文化和法律制度，是完善自身、保持活力的内在需要。

普通法中所蕴涵的富有生命力的法律文化与制度基因，对于推进中国法制的发展与完善无疑具有一定的借鉴和启发意义。

第三，主要由于中国学者外语语种结构方面的倾斜，近年来，法学界翻译引进了大量英美国家的法学著作。

这些著作的译介与刊行对开阔学人视野、推动中国法学的繁荣功不可没。

可以毫不夸张地讲，近二十年来中国法学所取得的成就，在相当大的程度上是以数目可观的译著为学术灵感的策源地和学术成果的砖石的。

但是，我们必须清醒地意识到，英美国家的法学著作，是在普通法的背景下完成的。

因此，如果我们对普通法的制度逻辑和运行理念所知甚少的话，则我们在阅读这些著作的时候难免会发生望文生义、理解偏差的情况。

.....

<<普通法的本质>>

编辑推荐

艾森伯格在学术上抱负远大，甚有影响，在诸如我们社会当中法院恰当的社会职能等领域涉猎广泛。

.....本书是关于普通法的内在理性的重要著作，才气横溢，跃然纸上。

——H·杰斐逊·鲍威尔（H. Jefferson Powell）《圣母学院法律评论》 对普通法本质的严肃探讨向来意义重大，迈克尔·艾森伯格的《普通法的本质》一书于此学术之急务厥功甚伟。

.....艾森伯格所著不仅对我们理解普通法大有助益，而且连一般意义上的法律也一并囊括在内。

——弗雷德里克·绍尔 (Frederick Schauer) 《加利福尼亚法律评论》

<<普通法的本质>>

版权说明

本站所提供下载的PDF图书仅提供预览和简介，请支持正版图书。

更多资源请访问:<http://www.tushu007.com>