

汉译世界学术名著丛书

# 司法过程的性质

〔美〕本杰明·卡多佐 著



汉译世界学术名著丛书

# 司法过程的性质

〔美〕本杰明·卡多佐 著

苏力 译

商务印书馆

2013年·北京

*Benjamin N. Cardozo*

**THE NATURE OF THE JUDICIAL PROCESS**

根据耶鲁大学出版社 1921 年英文版翻译

# 汉译世界学术名著丛书

## 出版说明

我馆历来重视移译世界各国学术名著。从五十年代起,更致力于翻译出版马克思主义诞生以前的古典学术著作,同时适当介绍当代具有定评的各派代表作品。幸赖著译界鼎力襄助,三十年来印行不下三百余种。我们确信只有用人类创造的全部知识财富来丰富自己的头脑,才能够建成现代化的社会主义社会。这些书籍所蕴藏的思想财富和学术价值,为学人所熟知,毋需赘述。这些译本过去以单行本印行,难见系统,汇编为丛书,才能相得益彰,蔚为大观,既便于研读查考,又利于文化积累。为此,我们从1981年至1998年先后分八辑印行了名著三百四十种。现继续编印第九辑。到2000年底出版至三百七十余种。今后在积累单本著作的基础上仍将陆续以名著版印行。由于采用原纸型,译文未能重新校订,体例也不完全统一,凡是原来译本可用的序跋,都一仍其旧,个别序跋予以订正或删除。读书界完全懂得要用正确的分析态度去研读这些著作,汲取其对我有用的精华,剔除其不合时宜的糟粕,这一点也无需我们多说。希望海内外读书界、著译界给我们批评、建议,帮助我们把这套丛书出好。

商务印书馆编辑部

2000年6月

## 译者前言

本杰明·内森·卡多佐是美国历史上最有影响的法律家和法学理论家之一。1870年5月24日，他出生于纽约市的一个犹太人家庭。19岁时，以优异成绩毕业于哥伦比亚大学，专业是文学和哲学，接着进入耶鲁法学院，两年后（未毕业）就离校，获律师资格并在纽约开业。然而，他的满身“书生气”使他很不适宜从事这种“如果想正直就无能为力”的行当，但是，法官却常常从他的辩论中感到他的论点的说服力。1913年，尽管他对政治并不感兴趣，并很少为圈外人知晓，却作为独立的改革派候选人当选为纽约最高法院的法官，次年成为纽约上诉法院法官，1926年他又被提名和选举为该法院的首席法官。在他任职纽约期间，由于他出色的司法意见，对全国各州法院司法都有很大影响，纽约州法院因此是最受各州尊重的法院。他因此也被称为“英语世界有史以来最伟大的上诉法院法官之一”。1932年，著名的法学家霍姆斯大法官从联邦最高法院退休，尽管卡多佐并没有寻求提名，但全国法律界——从联邦最高法院的大法官，包括霍姆斯本人，直至普通律师——几乎一致要求胡佛总统提名卡多佐继任联邦最高法院大法官。由于当时联邦最高法院内已经有两位来自纽约州的大法官和一位犹太裔法官，依据法庭构成人员多样化的惯例，胡佛总统对是

否提名卡多佐出任大法官一事颇为迟疑。只是当时在任的大法官、后来又继任首席大法官的来自纽约州的斯通情愿自己辞职而为卡多佐让路，胡佛才决心任命卡多佐接替霍姆斯的职务。在任职联邦最高法院大法官的年间，卡多佐支持了罗斯福的“新政”立法，促使了美国宪法以及美国社会经济制度的变革。卡多佐终生未婚，朋友也很少，他长期与其未婚的姐姐生活在一起。因此，一些学者称卡多佐为“隐士哲学家”。1938年7月9日，卡多佐去世。

卡多佐生活的年代是美国工业化、城市化高速发展的社会转型期，由于社会变化，先前在农业社会中演化形成的、主要是回应农业社会问题的普通法显然不能满足变化了的社会需要。法律需要变革，但在普通法国家中，立法机关习惯不干预属于普通法管辖的领域，这些领域主要是通过司法过程由法官“发现”法律来完成法律的演化发展，然而，严格的遵循先例原则一般又禁止法官明目张胆地“立法”，因为在近代的政治理论中法官被理解为法律的执行者而不是法律的制定者。尽管如此，由于时代的要求，由于普通法判例制度中为不可避免的司法创造性活动留下了制度空间，由于卡多佐本人对社会需求、公共政策以及普通法的深刻理解以及他的司法智慧和天才，使得他在长期担任纽约州法官期间，以其创造性的司法审判，促使普通法更多地同社会的公共政策相结合，并进而通过一系列著作使法律理论现代化。因此，后来美国的许多法学家都认为，由于卡多佐的长期普通法司法实践，在其任职期间“静悄悄地”完成了普通法的革命。例如，在著名的“麦克弗森诉别克汽车公司”(1916)一案中，卡多佐提出了一个后来为普通法普遍

采用、并影响了现代各国产品责任法或消费者权益保护法的原则，即产品制造商和购买产品的个人之间存在一种隐含的安全保证，即使其间有居间的零售商；因此，在加以适当注意后，如果消费者因使用产品而受到伤害，就都可以对产品制造商提出诉讼。卡多佐担任联邦最高法院大法官之后，是当时属于少数的自由派大法官，他支持罗斯福的新政，支持了政府加强对社会的管理和对经济生活的干预。这都表明了卡多佐对于法律有一种现实主义的和实用主义的理解。

卡多佐的法律观体现在他的一系列著作以及大量的司法意见中。在本世纪上半叶以前，美国最高法院大法官中很少有人撰写专门的学术著述，而卡多佐就是其中少数的几位之一。他的文字以明晰、精细、简洁但含义丰富著称，即使是司法意见也被认为具有浓厚的学术意味。他的主要法学著作除了这本《司法过程的性质》之外，其他还有《法律的生长》（1924）和《法律科学的悖论》（1928）。他去世以后，有人汇集他的论文出版了《卡多佐文选》（1947）。但其中最能体现卡多佐的思想的就是《司法过程的性质》。

这部著作最初是在耶鲁大学法学院所作的一个讲演，为的是纪念耶鲁大学法学院的一个已经去世的毕业生——阿瑟·P. 麦金斯特里。在讲演开始之前，卡多佐曾说，他不认为讲演会令许多人感兴趣。因此，耶鲁大学法学院将讲演安排在一个专门讨论理论的小教室。但是，实际情况大大出人意料，听众不断增加，以致最后不得不安排在耶鲁的最大讲堂。这部讲演不仅是卡多佐的第一部用心之作，而且是卡多佐对自己多年担任法官的经验的一个

总结,同时也是对美国自霍姆斯以来形成的实用主义司法哲学的一个系统的理论化阐述。尽管该书是一个讲演,篇幅不长,语言简洁,但是其视野开阔,含义深邃。在这部著作中,卡多佐认为,法官应不满足于通过某种传统的法律推理方法获得一个结论,也不应试图对由某种冲动甚或是某种社会哲学所指定的结论寻求正当化或予以理性化。他认为,不能仅仅由于某种做法是为先例所规定的,就放弃自己作为法官的责任;但另一方面,他又认为,也不能轻易将长期为人们所接受的规则和先例放在一边,仅仅因为这些规则和先例可能得出的结果对某个具体的诉讼当事人不公道。他强调要反省自己的思想,要追寻影响或引导他得出结论的那种影响力,要掂量各种可能冲突的考虑因素——逻辑的、历史的、习惯的、道德的、法律的确定性和灵活性、法律的形式和实质等等。正是由于这部著作提出了许多法官和律师先前都曾感受到,但又从来不曾细致琢磨透的问题,因此,他的这一著作在1921年一发表,就极为轰动,自那以来,一直获得美国法学界和法律界的高度评价,已经成为美国法律界和法学界最为广泛引用和学习的著作之一,并成为独具特色的美国法律哲学和司法哲学的代表作之一。

按理说,这样的一部名著早就应当翻译成中文了。但不知为何,普通法国家法官写作的、一些现已成为经典的著作却一直未受到中国学者的青睐。相反,在中国受到法学界重视的倒是一些在美国法律实务界实际影响并不很大的法学理论家或广义的法学家(政治哲学家、道德哲学家)写的著作。这种现象是奇怪的。究其原因,除了我在其他地方说到的法学理论上的“接受美学”或“路径依赖”问题之外,现在想来,也许更重要的原因是,由于中国近代以



来激烈的社会变革和转型,很难形成高度专业化的司法,因此,那种面对现实的司法经验和智慧很难引起共鸣,也很难适合变革中的中国社会的需要。好在这种状况如今似乎已经开始改变,当代中国的改革开放和法治建设已经使中国进入可望保持长期稳定发展的阶段,因此也就可以期望一个更加专业化的司法界将在这一过程中出现和发展。因此,从这个角度上看,这部迟迟才引入中国的著作,倒更可能是译逢其时。同时,这部著作也表明,法学的发展至少并不为学院里的学者所专有,不是来自概念、理论的演绎或照搬;相反,法学发展的真正源泉,法律真知的真正来源,必定是法律的实践和社会现实。因此,只要面对现实,充分运用我们的思维能力,即使是一位专门从事法律实务的法官,也同样可能——如果不是更可能的话——获得真正有价值和有生命力的思想。因此,我衷心希望这部著作的翻译能对中国的法律界和法学界有所启发。

本书根据 1921 年耶鲁大学出版社的英文本翻译;原书没有索引,参照 Margaret E. Hall 1947 年编辑的由 Fallon 法律著作出版公司出版的《卡多佐文选》的索引,我为本书编了索引,希望对部分读者能有所便利。

最后,我必须感谢贺卫方先生和罗淑颖女士,他们为书中的某些法文提供了中译。当然,我还得感谢我的妻子周云博士,一如既往,没有她的各种帮助和关心,此书就不可能完成。

译者

1997 年 5 月 8 日夜于北大蔚秀园

# 目 录

第一讲	引论。哲学方法·····	1
第二讲	历史、传统和社会学的方法·····	29
第三讲	社会学方法。法官作为立法者·····	58
第四讲	遵循先例。司法过程中的下意识因素。结语。·····	86
索 引	·····	110

## 第一讲 引论。哲学方法

在这整个国度的数百个法院里，每天都在进行决定案件的工作。人们也许会想，任何法官都会认为可以很容易地描述他沿袭了成千上万次的司法决定的过程。然而，没有比这离事实真相更为遥远的了。如果一些聪明的普通人要求法官解说一下，法官会谈不了多少就找借口说，对于未经法律专业训练的人们来说，这种技艺的语言太难懂了。这种借口也许会掩盖这种否则会很不光彩的退缩，并且还伴随着某种故作高深的姿态。然而，这种做法很难抑制好奇心和良知的纠缠。稍加回想，只要不再需要以故作高深来打发这位缺乏基本司法知识的对话者，这个棘手的问题就会再次出现，并要求给予回答。当我决定一个案件时，我到底做了些什么？我用了什么样的信息资源来作为指导？我允许这些信息在多大比重上对结果起了作用？它们又应当在多大比重上发挥作用？如果可以适用某个司法的先例，在什么时候我会拒绝遵循这一先例？当没有可以适用的先例时，我又如何获得一个规则而同时又为未来制定一个先例？如果我寻求的是逻辑上的前后一致，寻求法律结构上的对称，这种寻求又应走多远？在哪一点上，这种追求应当在某些与之不一致的习

惯的面前、在某些关于社会福利的考虑因素的面前以及在我个人的或共同的关于正义和道德的标准面前止步？日复一日，以不同的比例，所有这些成分被投入法院的锅炉中，酿造成这种奇怪的化合物。到底是否应当允许法官酿造这样一种化合物，对此我无心探究。我只是将法官制定的法律作为生活中存在的现实之一来看待。在我们的面前，就存在着这么一个酿造过程。法官并非安坐在法官席上，而是插手了这一酿制。这些因素并非偶然地汇聚在一起，而是有那么一些原则——无论它们是怎样地未加宣告、难以表述和下意识——调整了输入的成分。它也许并非某一时刻所有法官都接受的同一个原则，也并非某个法官在所有时刻都接受的同一个原则。但是，这里还是有一个选择的问题，而不是听任命之神的摆布；即使决定这一选择的那些考虑因素和动机常常模糊不清，却也并非不完全无从分析。我将试图进行分析。这种分析需要将有意识的和下意识的因素加以区分。我并不是说，我将归于第一类的那些考虑因素和动机就总是清清楚楚地为人所意识到，因此只要一眼就可以认出它们并予以命名。通常，它们只是贴近表层。但相对说来，区分和标示它们会更容易些，并且，一旦这样贴上标签，它们就会很快被当作行动的指导原则而获得承认。更为微妙精细的是那些深深掩藏在表象之下的力量，只有将它们归于下意识一类才合乎情理。常常正是由于这些下意识的力量，法官才保持了自己的前后一致，并保持了与他人的不一致。威廉·詹姆斯在关于实用主义的讲稿中有一页生动地提醒我们说，事

实上我们每个人,即使是我们当中那些没有听说过甚至是痛恨哲学名词和概念的人,都有一种支撑生活的哲学。我们每个人都有一种如流水潺潺不断的倾向,不论你是否愿意称其为哲学,<sup>①</sup>却正是它才使我们的思想和活动融贯一致并有了方向。法官一点也不比其他他人更能挣脱这种倾向。他们的全部生活一直就是在同他们未加辨识也无法命名的一些力量——遗传本能、传统信仰、后天确信——进行较量;而结果就是一种对生活的看法、一种对社会需要的理解、一种——用詹姆斯的话来说——“宇宙的整体逼迫和压力”的感受;在诸多理由得以精细平衡时,所有这些力量就一定会决定他们的选择是什么样子的。正是在这样的精神性背景下,每个问题才找到自身的环境背景。我们也许会尽我们之所愿地努力客观地理解事物,即使如此,我们却也永远不可能用任何他人的眼睛来理解这些事物。无论是一份诉讼请求还是一个议会法案,无论是犯罪的穷人还是公正的君主,无论是一个乡规民约还是一个民族宪章,它们都要接受这一标准的检验。

13

要表述一个程式从而使司法过程对我来说是合理的(对他人则会大打折扣),我对自己的能力没有多少信心。在研究法官制定法时,我们必须运用华莱士先生曾运用于政治研究并取得良好结果的定量分析方法。<sup>②</sup> 要做好这个工作需要

① 参见, N. M. Butler, *Philosophy*, 第 18 和 43 页。

② *Human Nature in Politics*, 第 138 页。

有比我更渊博的学问。但是在获得那么多学问并将之运用于这一工作之前，一个日复一日地保持司法过程生机勃勃的活跃代理人也许会有片刻的兴趣，他会试图发现这一过程的性质。这就是我对自我反省式地搜寻司法过程的精神的辩解。

- 14 在我们能够确定一种化合物的比例之前，我们必须了解将予以混合的成分。因此，我们的第一个追问应当是：法官从哪里找到体现在他的判决中的法律？这些渊源有时很明显。适合此案的规则也许是由宪法或制定法提供的。如果情况如此，法官就无需再费力追寻了。这种对应一经确定，他的职责就是服从。宪法高于制定法，而一个制定法——如果与宪法一致——则高于法官的法。在这个意义上，法官制定的只是第二等的法律，并且它从属于立法者制定的法律。的确如此，法典和制定法的存在并不使法官显得多余，法官的工作也并非草率和机械。会有需要填补的空白，也会有需要澄清的疑问和含混，还会有需要淡化——如果不是回避的话——的难点和错误。在人们的谈论中，似乎解释不过是寻找和发现立法者心目中的含义，而不论这种含义是多么含混不清和深藏不露，却还是被当作一种真实并可以确定的已有之物。
- 15 有时司法过程确实就是这样，但经常又不仅仅如此。在赋予一个制定法以含义时，确定立法意图也许是法官的最小麻烦。“事实是，”格雷在论《法律的性质和渊源》<sup>①</sup>的讲演

<sup>①</sup> *Human Nature in Politics*, 第 370 节, 第 165 页。

中说,“之所以出现所谓的解释的困难,是在立法机关对之完全没有概念的时候——当时的立法机关从未想到今天会对该制定法提出这个问题;这时,法官必须做的并不是确定当年立法机关心中对某个问题究竟是如何想的,而是要猜测对这个立法机关当年不曾想到的要点——如果曾想到的话——立法机关可能会有什么样的意图。”<sup>①</sup>布鲁特也这样说:<sup>②</sup>“因此,法律应用体系的一个沉重工作是这样构成的,即更深入地发掘实在法的深层含义。然而,更重要的工作是这个系统所服务的第二项工作,即,填补那或多或少地见之于 16 每一个实在法中的空白。”如果你愿意,也可以称这一过程为立法。但不管怎么说,还没有哪个成文法体系能一直摆脱对这一过程的需求。今天,大陆法学家中的一个重要流派就正在要求能有更大的自由来改编和解释(construction)法律。他们说,这些制定法经常支离破碎、考虑不周并且不公正。因此,法官作为社会中的法律和秩序之含义的解释者,就必须提供那些被忽略的因素,纠正那些不确定性,并通过自由决定的方法——“科学的自由寻找”<sup>\*</sup>——使审判结果与正义相互和谐。这就是热尼、埃利希、格梅林以及其他一些人的观点。<sup>③</sup>法院应当“从各种社会因素中寻求光明,这些因素就

① 参见,Pound,“Courts and Legislation,” *Modern Legal Philosophy Series*, 第 9 卷,第 226 页。

② *Die Kunst der Rechtsanwendung*, 第 72 页。

\* 原文是法文。——译者

③ “Science of Legal Method,” *Modern Legal Philosophy Series*, 第 9 卷,第 4、45、65、72、124、130、159 页。

藏在法院处理的诸多事实的背后,是一些活跃的力量”。<sup>①</sup> 因此,法院手中的权力很大,并且——如同一切权力那样——容易被滥用;但是,我们又不打算在权力授予问题上畏缩不前。因为,从长远看来,“除了法官的人格外,”埃利希说,<sup>②</sup>  
17 “没有其他东西可以保证实现正义。”<sup>③</sup>活跃在我们自己的国土上和法律中的问题同样是这些方法的问题,同样是这种法律文字与法律精神之间的反差。首先,在宪法领域,在我看来,这种自由决定的方法已经成为今天占主导地位的方法。宪法的巨大概括性使之具有一种随时代变化的内容和意义。自由决定的方法看破了那些过渡性的具体问题,而希望到达其背后的永恒。因此,解释就扩大了,解释就变得不再仅仅是如何确定那宣布集体意志的立法者的含义和意图的问题。解释补充了这个宣言,填补了它的空缺,而使用的过程和手段就是那种曾构建了习惯法的司法的过程和手段。法典和其他制定法也许会以压制、废弃和缩减来威胁这种司法的职  
18 能。司法职能坚持回应了人的需求,而正是这种需求,司法的职能繁荣起来了并坚持下来了。当年,查士丁尼曾命令禁

---

① Gény, “Méthode d’Interprétation et Sources en droit privé positif,” 第2卷, 第180页, 第176节, 1919年版; 英译见 *Modern Legal Philosophy Series* 第9卷, 第45页。

② 同上, 第65页; “Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft,” *Modern Legal Philosophy Series*, 第9卷。

③ 参见, Gnaeus Flavius (Kantorowicz), *Der Kampf um Rechtswissenschaft*, 第48页: “Von der Kultur des Richters Hängt im letzten Grunde aller Fortschritt der Rechtsentwicklung ab.”



止对查士丁尼法典编纂者的作品作任何评论，而人们之所以还记得该禁令仅仅是由于这一禁令毫无结果。<sup>①</sup>

此刻，我不想再多谈宪法和制定法作为法律渊源的重要性。在解释和发展这些法律渊源的过程中，法官的工作确实会有一些问题和难题，但它们与其他领域内令法官作难的那些问题和难题在种类上和程度上并没有什么不同。我认为在探讨了其他的一些领域的问题之后，可以更好地研究宪法和制定法领域的问题和困难。有时宪法或制定法的规则很清楚，因此，这些困难就会消失。即使出现困难时，它们有时也缺乏与创造能力相伴随的某些神秘因素。只是在宪法和制定法都沉默时，我们才踏上了这块神秘的土地，这时，法官必须从普通法中寻找适合案件的规则。布莱克斯东用生动的短语说，法官是“活着的法律宣示者”。让我们看看实际生活中的宣示者爵士，以不带任何偏见的实用主义眼光来看待他的工作，他又是怎样开始自己的工作的？

他所做的第一件事就是将他眼前的案件同一些先例加以比较，无论这些先例是贮藏在他的心中还是躲藏在书本中。我这并不是说，先例才是法律的终极渊源，它们提供了法律武器库所需要的唯一装备，提供了——借用梅特兰的话<sup>②</sup>——“法律车间”的唯一工具。先例的背后是一些基本的司法审判概念，它们是司法推理的一些先决条件；而更后面

<sup>①</sup> Gray, *Nature and Sources of the Law*, 第 395 节; Muirhead, *Roman Law*, 第 399, 400 页。

<sup>②</sup> Gierke 的 *Political Theories of the Middle Age* 一书的导言, 第 viii 页。