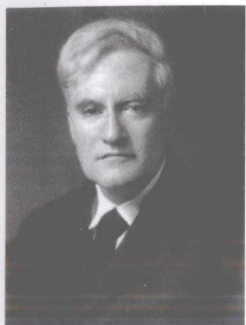


国家“十一五”出版规划重点图书

西方著名法哲学家丛书（第二辑）

吕世伦 徐爱国 主编



卡多佐： 司法传统的革新

陈 皓◎著



黑龙江大学出版社
HEILONGJIANG UNIVERSITY PRESS

国家“十一五”出版规划重点图书

西方著名法哲学家丛书（第二辑）

吕世伦 徐爱国 主编

卡多佐： 司法传统的革新

陈 皓◎著



黑龙江大学出版社
HEILONGJIANG UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

卡多佐:司法传统的革新/陈皓著. — 哈尔滨:黑龙江
大学出版社,2010.6

(西方著名法哲学家丛书/吕世伦,徐爱国主编.第2辑)

ISBN 978-7-81129-280-0

I. ①卡… II. ①陈… III. ①卡多佐, B. N. (1864~1938) -
司法-法哲学-研究 IV. ①D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 090991 号

责任编辑:孟庆吉 国胜铁

封面设计:张 骏

卡多佐:司法传统的革新

KADUOZUO:SIFA CHUANTONG DE GEXIN

陈皓 著

出版发行 黑龙江大学出版社

地 址 哈尔滨市南岗区学府路 74 号 邮编 150080

电 话 0451-86608666

经 销 新华书店

印 刷 黑龙江省教育厅印刷厂

版 次 2010 年 7 月 第 1 版

印 次 2010 年 7 月 第 1 次印刷

开 本 880 mm × 1230 mm 1/32

印 张 6.875

字 数 150 千字

书 号 ISBN 978-7-81129-280-0

定 价 22.00 元

凡购买黑龙江大学出版社图书,如有质量问题请与本社发行部联系调换

欢迎访问黑龙江大学出版社网站:www.hljupress.com

版权所有 侵权必究

总 序

人类的法律文化或法律文明,可以区分为法律制度和法律思想两大载体。法律是硬结构,法律思想是软结构。历史地看,它们共生并相互渗透和依存。比较而言,法律制度通常趋向于稳定和迟滞,而法律思想则显得敏锐和活泼。由于此缘故,一个时代的法律文化变迁,总不免表现为法律思想为先导,法律制度随之产生或变革。

中国为古老文明的大国,原本有自己独到的法律传统,也有自己的法律思维范式。临到清末,在西方列强的入侵和文化的冲击下,中国法律文化传统出现断裂,开始发生历史性的转型。早些时候,中国人学习日本,而日本的法律又来自于西方的德国。晚些时候又学习前苏联的法律,中国法律传统又增添了社会主义法律的色彩。这样一来,我们现今的法律同时是中国传统法律、西方自由主义法律 and 社会主义法律的混合体。反过来也可以说,我们的法律既欠缺中国传统,也欠缺东洋(日本)和西洋(欧美)的法律传统。法律职业者们所学和所用的是西方的法典,而要解决的则是中国社会本身的问题。

不可否认,近代以来的西方法律是摆脱人身依附关系及倡导民主与法治的先行者。因此,对它不应当亦不可能漠然对待,更不能简单地予以排斥。不过,在东西方有重大差异的法域,法律职业者生搬硬套西方的法律理念处理中国的问题,就

2 卡多佐:司法传统的革新

意味着粗暴地对待了中国的社会。另一方面,当法律职业者们这样做的时候,又没有真正弄懂西方法律制度得以建立的法律理论,这又粗暴地对待了西方法律。中国学习西方法律已是历经百余年的不争事实。现今,法律制度的趋同化与各民族法律个性的减弱,是法律发展的一般模式。面对此种时代的大趋势,我们要做的不仅仅是要建立现代的法律体系,更重要和更深层次的在于弄清作为西方法律制度底蕴的法律思想。换言之,法律的研究和运用,只停留在法律制度的建立及相关资料的整理和解释上是远远不够的,而应该是法律规范与法律精神的统一。善于从法律制度中寻找法律的精神,从法哲学的抽象中探取法律实践所隐含的意义,才是中国法律职业者的共同任务。

从中西法律制度借鉴的角度看,我们更多地移植了西方的法律制度,而对西方法律精神则关注不足,主要表现在没有把握到西方法律的精髓。只有法律制度的引进,没有法律思想的参详,如同只有计算机的硬壳而无计算机的软件;没有法律的思想而实施法律的制度,那么法治的运行便成为无从谈起的问题。理解、消化和应用西方法律制度中所包含的法律理论,是我们继续和深化法律现代制度的紧迫任务。正是基于这样的考虑,我们决定编写一套西方法哲学家的学术传记丛书。

西方法律思想存在于西方法哲学家的脑子里,表现在他们各具特色的个人生活之中,物化于他们的法律著作之内。每个法哲学家的思想各不相同,但是同一时代的一批法学家则代表了那个时代的法律思想文明。同样,每个时代法学家思想也各不相同,存在着主流与非主流甚至逆流的思想观点的交叉与对立。几千年西方法律思想家的理论传承,构成了西方法律思想史的全景。基于这样的认识,本套丛书的着眼点是法学家个体。通过每个法学家独特的经历、独特的思考和独特的理论,我们能够把握西方法律传统的精神和品质。

今天,我们正在建立和完善中国特色社会主义的法律体

系。这首先就要求有充实而有效的中国特色社会主义法律理念。中国特色社会主义法律理念要在马克思主义法律观的指导下,广泛借鉴古今中外的法律精神遗产,尤其要“立足中国,借鉴西方”才能达成。

是为序。

吕世伦 徐爱国
2008 年 12 月

目 录

前 言	1
第一章 司法哲学	8
第一节 卡多佐的法律观	9
第二节 卡多佐的正义观	21
第三节 卡多佐的司法哲学与 19 世纪的社会思潮	31
第二章 判决意见	60
第一节 合同中的第三人	60
第二节 可预见性标准	68
第三节 因果关系的中断	75
第四节 行为的性质和目的	82
第五节 寻找对价	93
第六节 合同成立的实质要素	98
第七节 合理的行为观	102
第八节 时代和历史	111
第九节 法律与人情	126
第十节 宪法	140
第十一节 刑法	169

第三章 从美国的法律和法学中认识卡多佐	180
第一节 卡多佐对美国法律的贡献	180
第二节 美国学者眼中的卡多佐	188
附录 西方学者有关卡多佐的研究	196
参考文献	203
后 记	207

前 言

本书写一个人物,他的名字叫作本杰明·内森·卡多佐。美国联邦法院大法官卡多佐先生,他的一生有两个挚爱,一个是他的姐姐,另一个是法律。^① 1938年,卡多佐先生结束了他在人世的68年,从此长眠在已过世多年的姐姐的身边,而他为世人留下的司法意见书,法律著述,以及他近乎圣人的美德,都成为美国法律史的一部分。

他是一个美国人,一个犹太人,一个西班牙裔大户人家的公子。他的祖先在宗教裁判期间从欧洲西南的伊比利亚出逃,经尼德兰和英国到达美洲。卡多佐的先辈是虔诚的犹太教徒。卡多佐自幼在希伯来语的祷告声中成长。在15岁进入哥伦比亚大学学习哲学和文学之前,他在家庭教师的指导下接受了系统、扎实的西方古典社会人文科学以及自然科学的训练。大学时代的卡多佐性格内向,学习勤奋。几乎每一节课他都会详细记录,再把笔记按照自己的理解撰写成一篇小论文。至于他不太与人交际,比较内向的性格,按照弗洛伊德的理论,或许缘自

^① 以下有关卡多佐私人生活和工作履历的基本信息参见A. L. 考夫曼:《卡多佐》,张守东译,法律出版社2001年版。

2 卡多佐：司法传统的革新

卡多佐在一系列的家庭变故——出生那年，他的法官爸爸因为受贿，遭到律师协会的弹劾，失去了工作和名誉，改行做了律师。^① 他多病的妈妈在孩子们刚刚懂事时就离开了他们。不久，他又失去了一个姐姐。大学开学一个月后，他请假离开学校，参加爸爸的葬礼——虽然衣食无忧，但现实生活已经教会小小年纪的卡多佐体味到何谓世态炎凉，生离死别。

卡多佐大学毕业之后选择继续学习法律，最大的原因还是来自于家庭。他的哥哥阿尔伯特·卡多佐，是卡多佐爸爸律所的律师，失去双亲的小卡多佐和姊妹们依靠兄长生活。小卡多佐选择法律职业，不仅可以依靠兄长起步，同时也是在帮助兄长支撑卡多佐家庭。爸爸在遗嘱中说，若小卡多佐长大后从事法律，爸爸的法律书籍由兄弟俩共享。法律，相比于其他职业，对于卡多佐来说是一个更为确定的选择。恐怕很难讲一种选择的决定性和偶然性，然而无论起因是什么，是子承父业还是趣味使然，作出这样的选择，最终成为卡多佐之幸，更成为法律之幸。

卡多佐在大学学习法律，只有两年时间，没有毕业就离开了学校。直到若干年后，他出任纽约州上诉法院首席法官，他的母校，哥伦比亚大学，基于他的职业成就授予卡多佐荣誉学位。卡多佐后来以自嘲的口吻谈到他在大学的法律学习，说到当时法学教育未成体系，他接受的只是一些粗糙的，浅显的法

^① 考夫曼认为，在卡多佐执业过程中始终伴随着父亲的影子。他的父亲早年也是一位法官，但因收受贿赂，结党营私引咎辞职。卡多佐坦言他决定要学习法律是因为他感到必须洗刷家族名誉的污垢。同上参见第41页。卡夫曼说，卡多佐后来从事法官职业依据深思熟虑的司法哲学断案，他心中的公共政策不包括私人的或者政治上的偏见。同上参见第21页。

律知识。而且他离开学校的前一年,判例教学法刚刚被引进哥大,与之前的教学方式极为不同,一时难于接受。尽管如此,对合同法,贸易法系统的研习,为日后卡多佐在这些领域的法律工作打下了良好的理论功底。特别是合同法和侵权法,是作为律师的卡多佐和作为法官的卡多佐最负盛名的领域。

离开校园之后,卡多佐进入哥哥的律所,开始了他长达 23 年的律师生涯,主要代理商务和侵权案件。当卡多佐还是一个律师的时候,他的名字从未出现在任何著名的案件中,报纸上也鲜有他的事迹。他没有做过任何大企业或财团的法律顾问。他没有尝试也没有意识去发现复杂的企业内部的财政问题和法律对商业的调控问题的路径。然而他在律师界作为一个法律的“学生”却获得了独特的声誉,他对先例和法律规则的分析具有一种敏锐力。在法庭上,他向法官和陪审团展示了其非凡的表达能力和说服力以及无与伦比的学识。他是律师中的律师。1904 年到 1932 年,凭借在律师界的名望,卡多佐出任纽约州最高法院法官,五个星期后出任纽约州上诉法院法官,并在期间当选为上诉法院首席法官。他的任命表明了其律师生涯的荣耀。卡多佐在初审法院经历了短暂的时间,在这段时间他受理的案件,撰写的司法意见没有太重要的内容,他后来曾后悔没有得到更多初审的经验,否则可能更好地评估下级法院的判决意见,他相信一个法官只有感受过审理的气氛,才能判断出错误是否源于当时的偏见。^①

^① Irving Lehman *Judge Cardozo in the Court of Appeals* The Yale Law Journal, Vol. 48, No. 3 (Jan., 1939), pp. 382 - 389.

4 卡多佐：司法传统的革新

卡多佐真正的法官生涯是从他进入上诉院开始的。这段时光是卡多佐先生的黄金时代。经年不辍的阅读和司法实践的历练，成就了卡多佐在诸多名案如别克汽车案、烟花爆竹案的司法意见书中所呈现出的精到推理以及令人信服判断。《司法过程的性质》、《法律的生长》、《法律科学的悖论》、《法律与文学》等诸多阐述和解释法官工作的演讲也均成书于



图为纽约州上诉法院时期的卡多佐

这一时期。流畅、简明的表述和对世事的洞察，受到学术界和司法界的一片赞誉。一直到今天，《司法过程的性质》在每一位法学院学生书架上依然作为必备经典不断地被解读；别克汽车案，烟花爆竹案等名案的司法意见书在英美法的课堂上依然作为模范案例被研究和教授。

在担任首席法官的某一年，卡多佐生活中唯一的最为亲密的伴侣——他的姐姐内利因病去世。卡多佐和他的姐姐都没有过罗曼史，他们只有最为纯粹的亲情，失去双亲的姐弟相依为命的那种亲情。并且在长时间的、安静的、有规律的私人生活空间，他和姐姐更是一对志趣相投的朋友。他们共同下棋、阅读。卡多佐工作的时候，内利织毛衣。这就是生活的全部了。卡多佐习惯了这样的亲密关系和生活状态带给他的舒适和自在。很小失去妈妈的卡多佐从比他年长很多的大姐那里获得了一种爱，这种爱像母爱一样的无私、仁慈、安全。所以尽管卡

多佐没有经历爱情,但他的生活并不缺乏爱,他因此获得了满足。无论怎样的解说,只有亲情没有爱情的卡多佐依然令人费解,谁知道呢?连他自己也说,人生有三大谜,生之谜,死之谜以及爱之谜。失去内利后,在为另一位亡友写的悼念稿中,卡多佐这样开释世人,也许同时是在开释自己:“亲爱的朋友,永别了,这话实在难以出口,尽管先哲谆谆教导我们不要悲伤。在桑塔亚那的新作中,我似乎找到一丝安慰。他写道,人生到头来竟然是死路一条,也许听起来让人难过。然而,万物还能有别的结局吗?夜晚来临为的是让人入睡,但也可以为情投意合者提供相聚的机会,使他们得以共度美好时光……曾几何时,有过欢乐,温柔,友善,欣慰……毕竟是幸运的啊!”^①

1932年卡多佐离开纽约,来到位于华盛顿的美国联邦最高法院,接替霍姆斯大法官。少年时代的卡多佐是社会达尔文主义的追随者,61岁的卡多佐大法官则站在他的对立面。罗斯福新政前后,最高院内部存在认同政府调控利益还是认同自由经济利益的分歧,在五年的最高法院的短暂任期内,卡多佐支持罗斯福关于塑造福利国家举措的绝大部分。社会现实验证了卡多佐明达的判断。卡多佐当之无愧的明达一方面源自于他一直以来所强调的司法工作是一种选择,是一种可能性的追求,在先例不能有效服务于现实时,要从逻辑的、习惯的、历史的、社会的其他法理学因素中选择和权衡;另一方面更源自于他同等强调的普通法的秩序和稳定,反对司法主观主义,反对极端的法律现实主义。他的司法活动本身一贯地实践了如何

① A. L. 考夫曼:《卡多佐》,张守东译,法律出版社2001年版,第199页。

6 卡多佐：司法传统的革新

既保存传统又应对时局，如何在法理学诸种因素的权衡中实现法律延续和发展的平衡状态。卡多佐的明达不仅在于他对普通法的温和的改革，更在于在司法过程中实现了亚里士多德所倡导的中庸之道。卡多佐从来无意构建理论体系或是方法论，然而他对司法过程独特的理解和实践体现出的法律观、正义观确实对英美法理论产生了历史性的影响。作为一个中国人，研究卡多佐对待普通法传统的态度，思考中国的法律传统，免不了生发丝丝缕缕的感触。

大法官工作之外的卡多佐先生是寂寞的，除了姐姐内利，再没有人进入卡多佐的内心世界。当然，他的身边不乏些许欣赏和爱戴他的友人。他的性格个性和他的能力同样的重要。他每天和同事一起吃午餐，所有人都感受到了他的魅力，他的谦逊和无私，他的学识、勤奋和温文尔雅。他与大法官霍姆斯、庞德、斯通、罗伯特等保持

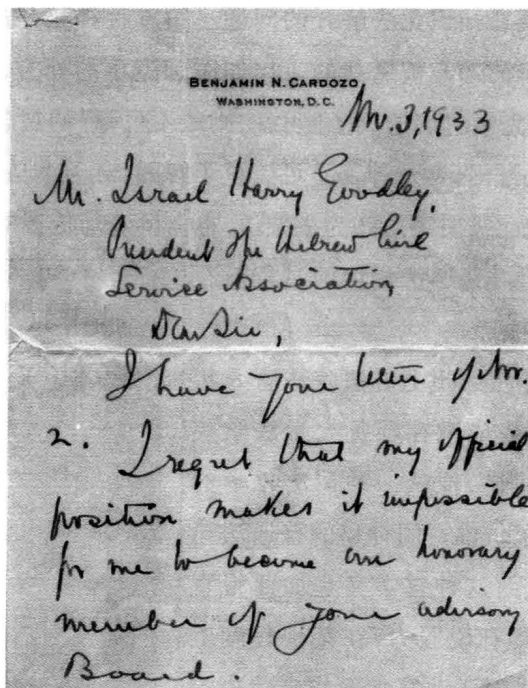


图为联邦最高法院时期卡多佐用过的餐桌（摄于1937年）

着相当友善、融洽的关系，服侍他多年的厨师和女管家以及几位年轻有为的助手，他们都爱卡多佐。卡多佐与人交往并不在意对方的身份，他尊重每一位交往者，不论是他的仆人还是饭店老板，不论是谁轻薄他们，他都会毫不留情地反击。他喜欢交谈，甚至可以因为好奇和疯子聊会儿天。他喜欢甜食，喜欢吃蛋糕，喜欢梳理得整洁精神再出门，他也喜欢小小的八卦。据说，有好一阵子，他会在固定的时间打开收音机，收听爱德华

八世爱美人放弃江山的新闻。可是某天他突然说,有时,真想一死了之。没有人了解真正的卡多佐,他把自己保护得太好了。

然而,通过奇闻轶事了解一个人物是诱人的,也是危险的。实现跨越时空的神交并非通过故事,而应该在文献中完成。故事中的卡多佐先生在沉睡,然而那些伟大的思想通过文本得以永存。本书正是希望通过卡多佐撰写的司法意见书以及他的法律著述进入卡多佐的法律世界。

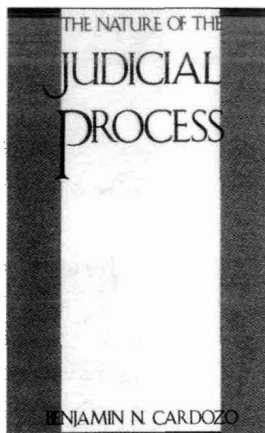


卡多佐的笔迹

第一章 司法哲学

世上有三种神秘。第一种神秘是那些不可知的事物，是那些人类用既有知识无法解开的问题。第二种神秘是故弄玄虚，真相是简单的却是被遮蔽的。比如医师潦草的处方，巫师的鬼画符，中国先秦时期的“刑不可知，则威不可测”的观念。第三种神秘是小马过河，这种神秘是可以被了解的，对于小马来说，破解河水的神秘感需要亲历亲为去领悟，也需要老马传授的理论作为渡河的指导。普通法司法的过程就存在这样的神秘。

在出任纽约州上诉法院法官 8 年之后，卡多佐应邀在耶鲁大学法学院作了一次演讲，他从一种司法哲学的高度阐释了仿佛一团神秘的普通法司法过程，然而这种哲学又是如此得直白，简洁，具有说服力，在某种程度上开释了世人对于法官如何作出裁决的



好奇和困惑，从而引起了极大的轰动。《司法过程的性质》英文版 1921 年，演讲以《司法过程的性质》为名成书出版。之后的两年，卡多佐写成《法律的成长》和《法律科学的悖论》两篇，目前

关于卡多佐著述的中文译本还有《法律与文学——卡多佐演讲集》。通过这些著述我们得以了解卡多佐的法律观和正义观。^①之后,我们从19世纪末美国的主要社会思潮中考察卡多佐司法哲学的理论基础。



《法律科学的悖论》英文版



《法律的生长》英文版

第一节 卡多佐的法律观

一、法律的含义:一个司法试错的过程

如果历数西方法律思想史经典,我们可以列出一份长长的

^① 本书参考版本有本杰明·内森·卡多佐:《司法过程的性质》,苏力译,商务印书馆1998年版;本杰明·内森·卡多佐:《法律的成长 法律科学的悖论》,董炯、彭斌译,中国法制出版社2002年版;本杰明·内森·卡多佐:《演讲录 法律与文学》,董炯、彭斌译,中国法制出版社2005年版。