



卡多佐：声望的研究

Cardozo: A Study in Reputation

——「美」理查德·D·波斯纳 著
张海峰 胡建锋 译

中国检察出版社

卡多佐：声望的研究

Cardozo: A Study in Reputation



〔美〕理查德·A·波斯纳 著
张海峰 胡建锋 译

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

卡多佐：声望的研究 / (美)波斯纳 (Posner, R. A.) 著；张海峰，胡建锋译. —北京：中国检察出版社，2010. 7

ISBN 978 - 7 - 5102 - 0307 - 7

I. ①卡… II. ①波…②张…③胡… III. ①卡多佐, B. N. (1870 ~ 1938) - 人物研究 IV. ①K837. 125. 19

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 121573 号

著作权合同登记号：图字：01 - 2010 - 3732 号

Cardozo: A Study in Reputation

By Richard A. Posner

Licensed by The University of Chicago Press, Chicago, Illinois, U. S. A

1990 By The University of Chicago. All rights reserved

本书由芝加哥大学出版社授权中国检察出版社出版

版权所有，翻印必究

卡多佐：声望的研究

理查德·A. 波斯纳 著 张海峰 胡建锋 译

出版发行：中国检察出版社

社 址：北京市石景山区鲁谷西路5号 (100040)

网 址：中国检察出版社 (www. zgjccbs. com)

电子邮箱：zgjccbs@vip. sina. com

电 话：(010)68639243 (编辑) 68650015 (发行) 68636518 (门市)

经 销：新华书店

印 刷：保定市中画美凯印刷有限公司

开 本：A5

印 张：6. 625 印张

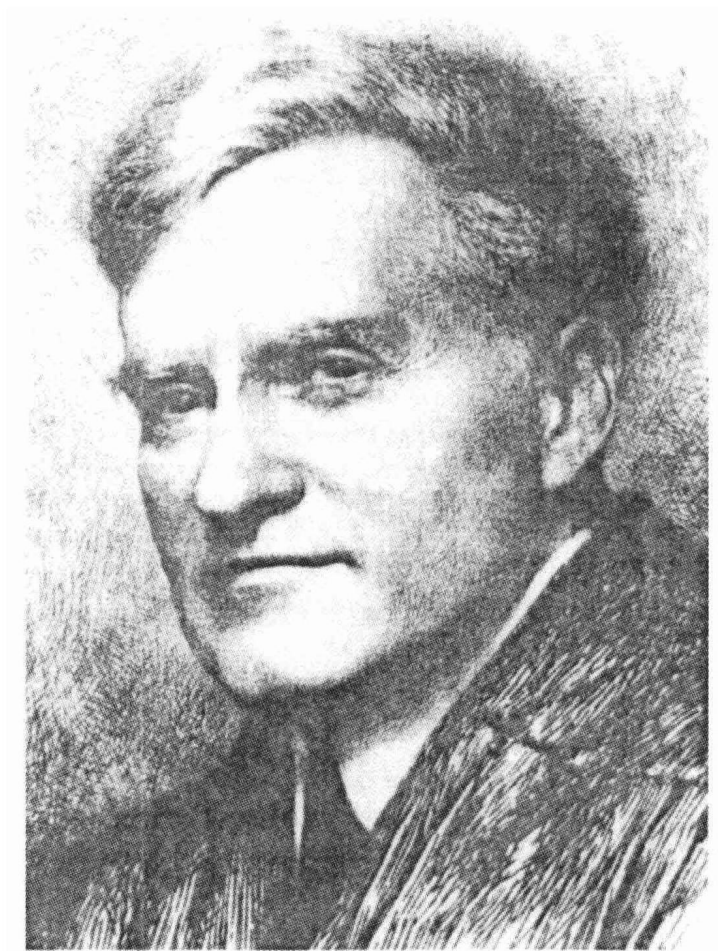
字 数：130 千字

版 次：2010 年 9 月第一版 2010 年 9 月第一次印刷

书 号：ISBN 978 - 7 - 5102 - 0307 - 7

定 价：28. 00 元

检察版图书，版权所有，侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换



本杰明·拿桑·卡多佐

富兰克林 R. 伍德 摄制，经过哈佛法律艺术收藏的授权。

绪 论

· 2 ·

1989年11月13—15日，我非常荣幸地应邀到密歇根大学法学院作“库利讲座”（Cooley Lectures），本书就是在这一系列讲座的修订和扩充之后完成的。在寻找一个适当的讲座主题时，我注意到密歇根法学院在法理学和法律与文学这两个领域非常有优势，而这也恰好是我近来感兴趣的^①主题。我想找一个能够囊括这两个领域的主题，既和我目前作为上诉法院法官这一身份相关，又和我一直以来所进行的法律经济学分析这一兴趣相关。在本杰明·卡多佐的职业生涯中，我找到了适当的主题。在某种意义上，卡多佐被认为是我们法官当中最“文学化”的一位，同时也是法理学——法律哲学领域里的杰出贡献者。他提倡

^① 理查德·A. 波斯纳：*Law and Literature: A Misunderstood Relation*（1988）；*The Problem of Jurisprudence*（1990）。

法律实用主义，他的实用主义和我在相关法理学著作中提倡的实用主义相似前注①。从经济学立场来分析，卡多佐的许多意见书都非常有意义（从这一立场出发，几乎所有的法律意见书都潜藏着价值）；声望的经济学分析有助于我们揭开卡多佐声望的神秘面纱。这种神秘性是存在的。尽管在卡多佐的一生当中，一直有法律机构非常推崇他。即使是现在，卡多佐仍然被普遍地认为是美国历史上最伟大的法官之一，是司法圣徒，不过也有一股怀疑（卡多佐）的潜流相当强大，或许还在不断增长。现在的许多法律思想家认为卡多佐被抬高了——他的自由主义是假冒的，他的司法哲学是一堆陈词滥调，他那著名的写作风格，晦涩难懂、早已过时。人们越来越怀疑他何以会获得如此高的荣誉，甚至怀疑能否用一种客观的价值标准来评价一位法官。

有许多作品试图评价作为个体的法官的工作，其中一些是法官传记，尽管不是很多。不过据我所知，没有专门针对个体法官的研究，这种研究是非传记性的、兼具社科与法学的、批判的而非崇拜的。当然，也不存在关于卡多佐的专门研究。

并不是所有的空白都值得填补，不过这一项——或者这两项一定是值得的：填补法官研究的类型与一位杰出法官的特殊不足之间的空白。一旦有人认为上诉法院法官是英美法理学的核心角色，那么就会立刻发现缺乏有系统的、无关政治的、语气平和的关于个体法官的评价性著作，这种缺乏是如此的显眼、令人注目。运用社会科学和法学的工具，进行专门评论性的（而非传记性的）法官研究，这类著作还没有，我们期待它的出现。要求我确定法官评价和“声望”这一概念的工具，并且试图接近卡多佐作品和思想的结构，为此所付出的努力，和一位以从事评价诗人和哲学家为业的人所付出的努力相同。

本书第一章回顾了一些基本的传记性材料，以有助于我们评价卡多佐的性格，我认为那些材料和他上诉法院法官的光辉生涯是匹配的。同时，也回顾了前人对卡多佐的一些评价，并指出这些评价中有很多笔调非常令人不可思议：卡多佐在学院里的声望绝不像我们所预期的那样。第二章讨论了卡多佐的司法哲学，从他最著名的作品——《司法过程的性质》开始。我认为卡多佐

· 4 ·

是可信的法律实用主义者，他追随奥利弗·温德尔·霍姆斯（Oliver Wendell Holmes），尤其是约翰·杜威（John Dewey）的传统。确实，我认为卡多佐是真正的司法信仰的解释者（canonical expositor），《司法过程的性质》是真正的司法信仰的代表作（canonical exposition）。第三章开始通过利用法官的（案件）摘要和法庭记录，对几个被人尊重的法律意见书（尤其是 Palsgraf 案和 Hynes 案）进行了近距离的考察，评价卡多佐司法技巧的过程。我强调，他大量的叙述技巧和机智的事实选择是揭开他的司法荣誉的几个——不是全部——关键点。不过，我也强调，法律实用主义的许多特征，包括轻视事实的意义，会损害他相当数量的法律意见书，同时，像其他作品一样，司法意见中的文学色彩导致的标准出现含糊也会损害他的法律意见书。

第四章我暂时从卡多佐转向声望问题的考察，包括一般性的声望和有关法官的声望。什么是“声望”？是一个人价值的总和，如果是的话，声望要与这一价值相称？或者是创业者为了个人目的所做所说的展示？（我认为它是两者的混合。）

它能被衡量吗？尤其是，法官的声望能被衡量吗？即使能够被衡量，它能做到和真实的品质相等吗？会有什么影响？如果不能，这些特征能够通过经验加以区别吗？

基于这样的背景，在第五章中我提供了许多关于卡多佐声望的量化评价。例如，把他的法律意见书被其他法官引用的次数、被法律学者讨论的次数、在案例教材中被重印的次数，同卡多佐任职纽约上诉法院期间其他法官的法律意见书被引用、被讨论、被重印的次数进行比较。这些比较提供了客观的证据（尽管不是结论性的），证明卡多佐确实是一位杰出的法官，这样做可能有助于我们澄清第一章中提到的令人不可思议的观点。第四、五两章是本书在方法论上最有新意的，我希望有兴趣的学者可以在其他领域进行与法律领域相同的工作。

第六章更加近距离地考察了卡多佐的法律意见书（重点在他任职纽约上诉法院时写的那些意见书），试图对他司法活动的本质和质量进行一次独立的评估，也试图提供一些其他的因素来解释他的声望。我强调他的法律意见中说教的语调，

· 5 ·

与此相关的是他主导的司法计划——一个一旦被理解可能具有很高的价值却不可能被完成的计划——使法律更符合那些外行的公平交易观念。第七章则把不同的分析思路放在了一起。首先总结了卡多佐享有巨大声望得以形成的那些事实，包括他的技巧（性格、智商）和策略，他任职期间的纽约上诉法院作为一个主要处理商业案件的法院具有重要的地位，最高法院大法官的任命对卡多佐的声望的提升和在“声望”领域里“市场”的本质特征。我强调卡多佐的文学特征，认为——同我主张声望能通过许多量化标准来研究一样，我可能得到证明的最有争议的主张是——文学力可能是法官的优秀特征中比分析力更重要的一个特征。（我认为，在这一点上的争议，也是寻求学院派法律人对卡多佐的声望答案何以自相矛盾的一条线索。）然后，我对卡多佐的历史地位进行了评价，尤其值得注意的是，把他的强项和弱项同其他几位著名法官，譬如奥利弗·温德尔·霍姆斯、勒尼德·汉德（Learned Hand）的强项和弱项进行了比较。

在简短的结语当中，我讨论了许多我在此项

研究当中提出的，可以进一步深入研究的可能性途径。我给出了两条建议，法官的评价性类型研究能够确定、发展和促进法院管理领域里被忽视的两个主题的研究：分配法律意见书最好的制度，和署名法律意见书的价值与法庭（匿名）法律意见书的价值之间的比较。

很明显，对法律人来说，这仅仅是一个简单的大纲，而不是一本著作。美国的法院是一个令人着迷的、重要的社会机构，像卡多佐这样杰出的法官，既是法律实践历史上的人物，也是文学和哲学实践历史上的人物。评价卡多佐，仅有法律推理的工具是不充分的，它是一个多学科的任务。为了让非法律人能读懂本书，我不得不对一些词汇加以解释，这些词汇对法律人来说是明确的——对这些解释可能造成的烦闷，我提前向他们（法律人）道歉。

相比简单的道歉，我有更多的感谢。首先我要感谢 Bollinger 主任和盛情邀请我去开库利讲座的密歇根同仁，讲座激励我寻找适当的演讲主题，最终得以形成本书；感谢他们在我访问 Ann Abor 开设讲座期间的热情招待；感谢他们提出的许多

· 6 ·

有帮助的建议。我感谢 Steven Hetcher、Erick Kaardal、Catherine O'Neill、Adam Pritchard 和 Barbara Smith 对我的研究所做的出色协助，和 Michael Aronson、Douglas Baird、Dennis Black、Philip Elman、Robert Ferguson、William Lands、John Langbein、Lawrence Lessig、Sanford Levinson、Charlene Posner、Eric Posner、Max Posner、Brian Simpson、Cass Sunstein、Richard Weisberg、G. Edward White，以及参加 1990 年 1 月 11 日在芝加哥大学法学院举办的工作午宴（a Work in a Progress Luncheon）的学者为我之前的草稿所提出的许多有帮助的评论。特别需要感谢的是纽约律师协会主席 Anthony Grech、芝加哥大学法学院 D'Angelo、法律图书馆主任 Judith Wright，他们为我获取卡多佐任职纽约上诉法院期间所做的案件摘要和记录提供了帮助；感谢 Wright 协助提供额外的传记材料；感谢 Dennis Hutchinson 对我的草稿提出修改意见以及参与了相关主题的讨论；感谢 Frank Esterbrook 对草稿所做的细致有益的评论。最后，我尤其要感谢的是 Andrew Kaufman，感谢他让我分享了他即将出版的卡多佐传记中的

部分内容，感谢他所做的有关卡多佐生平和工作的讨论和通信，以及对我的初稿和二稿所做的格外慷慨且始终有益的评论。

我感谢已经获得的所有这些帮助，至于书中存在的错误应当由我自己负责。

目 录

绪 论	(1)
第一章 生平 性格 声望	(1)
第二章 卡多佐的司法哲学	(26)
第三章 卡多佐的司法技巧	(41)
第四章 一般意义上的声望	(70)
第五章 卡多佐的声望：数据的评价	(90)
第六章 卡多佐的司法贡献	(109)
第七章 比较性的总结	(147)
结束语——研究回顾	(171)
索 引	(180)

生平 性格 声望

我们可以对卡多佐一生的基本事实做一个简单的描述。^① 1870 年，本杰明·卡多佐出生在纽约一个早在 18 世

① 卡多佐死后不久，他的朋友 George S. Hellman 撰写了仅有的一部不加评论的叙述卡多佐一生的传记，见 George S. Hellman, *Benjamin N. Cardozo: American Judge* (1940)；同一时期但增加了更多分析性文字的作品有 Beryl Harold Levy, *Cardozo and Frontiers of Legal Thinking, with Selected Opinions* (1938)；简短处理的传记作品有 Andrew L. Kaufman, “Benjamin Cardozo”, in *The Justices of the United States Supreme Court 1789 - 1969: Their Lives and Major Opinions*, vol. 3, p. 2287 (Leon Friedman and Fred L. Israel eds. 1969)；G. Edward White, *The American Judicial Tradition: Profiles of Leading American Judges* 254 - 260 (expanded ed. 1988)。Paul Bricker, “Justice Benjamin N. Cardozo: A Fresh Look at a Great Judge”, 11 *Ohio Northern University Law Review* 1, 24 - 29 (1984)，保留了一些有意思的生平材料。Hellman's 文章包含了大量个人的回忆。其他的作品见 “A Personal View of Justice Benjamin N. Cardozo: Recollections of Four Cardozo Law Clerks,” 1 *Cardozo Law Review* 5 (1979)；Milton Handler and Michael Ruby, “Justice Cardozo, One - Ninth of the Supreme Court,” 10 *Cardozo Law Review* 235 (1988)；Arthur L. Corbin, “The Judicial Process Revisited: Introduction,” 71 *Yale Law Journal* 195 (1961)。考夫曼教授已经花费多年，正在撰写第一部评价卡多佐一生的传记，并将有关卡多佐生平那一章节让我预先品味了一下。

纪就已经移居美国的著名的犹太闪族家庭。^② 他和他的孪生妹妹在六个小孩中年龄最小（第七个小孩夭折）。卡多佐的父亲艾伯特（Albert）是纽约州最高法院的一名法官，确切地说是具有普遍管辖权的州初审法院的一名法官。卡多佐出生后不久，艾伯特为了避免因为给 Tweed Ring 司法好处而遭受弹劾，不得不辞去了法官的职位。不过他没有被禁止做律师，他辞职以后的律师实务做得很成功。

在卡多佐九岁的时候，他的母亲去世了。六年以后，父亲也离开了人世。卡多佐主要是由他的大姐艾伦（内利）抚养成人的。很明显，艾伯特·卡多佐留下了足够的钱财让他的小孩在麦迪逊大街的家里过着尽管不是很豪华却也舒服的生活。他的家里人和一些亲近的朋友称呼他为“本”（Bell）。卡多佐在家里接受启蒙教育（仅仅由 Horatio Alger 一人负责教授），15 岁时进入哥伦比亚大学学习。他在大学里对人文学科很感兴趣，尤其是哲学。19 岁时他以全班最优秀或者几乎最优秀的成绩毕业，然后进入哥伦比亚大学法学院学习。正如那个时代所流行的那样，两年以后卡多佐在没有争取获得学位的情况下就离开了法学院。可能是为了维持家庭生计，他希望从事律师实务，因为那时他哥哥的收入是家里唯一的生活来源。

^② 关于流行的纽约州西班牙系犹太社区的历史，可以参见 Stephen Birmingham, *The Grandees: America's Sephardic Elite* (1971), 其中第十八章是关于卡多佐家族的。

卡多佐进入了他父亲昔日的律所。卡多佐家族的荣誉，挽救了艾伯特给家族声誉带来的污点。卡多佐自己的个人风格显示，他一直避开公开的反犹太主义，直到他在最高法院碰上著名的 *McReynolds* 案。^③ 卡多佐的律师实务表明他的业务范围只限于犹太人的事务和法律社区。他是一名非常成功的出庭律师，尤其是在他出庭代理上诉案件的最后几年。在这个时期他为律师实务者写了一篇关于纽约上诉法院管辖权的论文，^④ 条理清晰但文采并不出众。他在律师界的声望非常好。1913 年，也就是在卡多佐从事法律实践 20 多年以后，他被提名为民主党的纽约州最高法院法官候选人。优秀并非是提名他的唯一理由，提名者想要争取犹太人的选票。另外，尽管卡多佐从来没有涉足过党派政治，但可以察觉到他是民主党中的自由派（在改革方面，以后的新政就是证明），对他的提名可以部分地反映出使纽约法院倾向于自由化的意图，因为当时纽约

· 3 ·

③ 卡多佐因为他的犹太血统可能已经好几次与最高法院失之交臂了，更可能是最高法院已经有布兰代斯（*Brandeis*）这位犹太法官的原因。这应当被称之为反犹太主义吗？种族平衡，包括避免种族不平衡已经成为最高法院法官任命时要考虑的一个因素，一般是出于政治上的考虑。

④ *The Jurisdiction of the Court of Appeals of the State of New York* (2d ed. 1909).