



by Benjamin N. Cardozo

法律的生长

The Growth of the Law

[美] 本杰明·内森·卡多佐/著 刘培峰 刘骁军/译 冯克利/校



et revelabitur quasi aqua iudicium et iustitia quasi torrens fortis

公法
GONGFAYICONG
译丛

贵州人民出版社



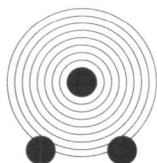


by Benjamin N. Cardozo

法律的生长

The Growth of the Law

[美] 本杰明·内森·卡多佐/著 刘培峰 刘骁军/译 冯克利/校



et revelabitur quasi aqua iudicium et iustitia quasi torrens fortis

公法
GONGFAYICONG
译丛

贵州人民出版社



图书在版编目(CIP)数据

法律的生长/[美]卡多佐著;刘培峰,刘晓军译.
- 贵阳:贵州人民出版社,2002.10
ISBN 7-221-06067-3
I. 法… II. ①卡…②刘…③刘… III. 法学-演说
- 美国-文集 IV. D90
中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 078824 号

责任编辑:黄筑荣

装帧设计:曹琼德

法律的生长

[美]本杰明·内森·卡多佐 著

刘培峰 刘晓军 译

冯克利 校

出版发行:贵州人民出版社

(贵阳市中华北路 289 号)

经销:新华书店

印刷:贵州兴隆印务有限公司

开本:1/32 889×1230mm

印张:5.625

字数:120(千字)

版次:2003 年 1 月第 1 版

印次:2003 年 1 月第 1 次印刷 2004 年 5 月第 2 次印刷

印数:3001—7000

书号:ISBN 7-221-06067-3/D·276

定价:15.00 元

目 录

第一部分 法律的生长

一	导言:促进确定性的科学重述之必要性	003
二	需要一种有助于生长的法哲学· 法哲学的诸问题·法的含义和起源	014
三	法律的成长和裁决的方法	033
四	法律的功能和目的	046
五	功能和目的(续):结论	061

第二部分 法律与文学

法律与文学	083
医学能为法律做些什么?	103
美国法律研究所	131
法律之家	142
法律游戏及其奖赏	152
法律共同体中的友谊	161
中译者后记	169

第一部分

法律的生长

导言：促进确定性的 科学重述之必要性

我们今天的法律面临着双重的需要，一是需要重新表述，它将为那些杂乱无章的判例带来确定性和条理化，这是法律科学的任务。二是需要一种哲学，它能够调和稳定与进步这两种相互冲突的要求，并提供一种生长的原则。人们对第一种需要深有感触并广泛认同，最近成立的美国法律研究所，就是为满足这一需要而做的尝试。第二种需要尽管未得到普遍重视，但它年复一年地出现也会导致人们更充分的承认。我这些讲演的目的就是要给各位谈谈这两种需要，但主要是第二种需要。

“法律必须稳定，但不能一成不变。”^[1]我们每每在这一点上陷入严重的矛盾。无法消除和无法限制的静与动，有着同样的破坏性。法律一如人类，要想延续生命，必须找到某种妥协之道。两种截然有别、向着不同方向用力的趋势，必须把它们拴在一起共同工作。而这些完全有赖于使这种结合得以实现的智慧。^[2]关于该论题的一部文献把我们带回亚里士多德和更早的年代。^[3]……要辅之以法则；法典要辅之以敕令；法律要辅之以衡平；习惯要辅之以条律；规则要辅之以自由裁量权。

庞德在他的《法哲学导论》(第128页)中说:“如果我们必须作出选择,司法审判工作是完全机械从事还是完全行政化,那么成熟法律中的法律人的良好直觉,会让他们更乐于选择前者。”如何使它们搭配得当,是个年代久远的难题。

确定性在发达的法律体系中的价值勿庸赘言。如果法律不为人所知或者不可知,那么它对人的行为的引导作用将丧失殆尽。我们的法律受到不确定性的指责,而那些重要见证人的名字也已被记录在册。如果我们询问何以至此,则有许多原因。美国法律研究所在成立大会上,根据一个委员会的报告,至少列举了其中的八个原因:在普通法的基本原则上缺乏共识;法律术语的运用不够精确;拟定的法规条款相互冲突、水平不高;对于适用法律原则中不作区分的事实的案子试图进行区分;判例汇编卷帙浩繁;法官和律师无知;新的法律问题层出不穷且稀奇古怪。^[4]我认为,在所有这些原因中,最重要的是裁决在数量上的大量增加。我们判例法旺盛的繁殖力会令马尔萨斯目瞪口呆。遵从先例曾经是保持稳定的力量,它似乎也曾是稳定性和确定性的保障。我们不愿牺牲判例家族中的任何一个,而现在它们滋生的后代却忘了我们的仁慈,令宽恕它们的恩人心碎。^[5]迄今为止,判例数量的增加并没有使其受到的尊重相应提升。众多头脑的产物当然会包含有一定比例的奇思怪想。如此巨大的判例家族也自然包含着残疾和低能儿。各级法院多如牛毛的判例正在形成的情势是,引用判例的做法日渐稀少,而诉诸聪明原则的做法日益增多。堆积如山的待审案件,使法官无论多么有能力也都不可能对每个案子追根问底。即便时间充足,提交到法庭的案件也是特殊的、具体的,一般性受着特殊性的遮蔽。从人的视野有限这一角度看,把心思用在这些细枝末节上,普遍因素有时难免

会从观察其外表的眼光中消失,更为重大的真理会被忽略,尽管它遍布于景物的背景之中,这是因为我们的视线囿于眼前的细枝末节。这种向来就很严重的危险,随着其规模与迷乱程度的膨胀而与日俱增。我们普通法的优势,它适时前进或后退几步的谨慎,^[6]已变成一种弱点,除非我们不时驻足辨明自己的位置,才能搞清楚一步与全部行程之间的关系。这里有一条线索,那儿又有一条线索,我们拥有的是一件线条错综复杂、纵横交叉、从中心向四周散开的精致饰品。我们会陷在这张网的细节中不能自拔,除非高瞻远瞩的智者揭示出结构的秘密,将我们提升到能够俯视整体的高度。法官的困惑为学者提供了机会。

为机会难得的想法提供正当理由的一场运动已经展开。1923年2月在华盛顿成立的美国法律研究所,是第一个由这样一些群体组成的组织,它们全都致力于捕杀不确定性这头怪兽以便达到促进法律发展的目的。该组织建议在一些特别选定的领域内,对法律进行科学、精确的重新表述。确定首先进入的领域是合同法、侵权法、法律间的冲突和代理法。其他的随后选定。这些重新阐述首先包含:第一,得到完备阐述的原则之概要,其完备性要足以适合对主题的充分表达,这大体上类似于戴雪的《法律间的冲突》(Dicey, *Conflict of Laws*)或史蒂芬的《证据法文摘》(Stephen, *Digest of the Law of Evidence*)的做法。其二,对于完整理解和应用那些原则必不可少的含义引申、实例说明和解释。我刚才提到的著作也提供了类似的范例。与每一条重述相配套,还必须有一部完整揭示现存法律状况和充分援引权威根据的专著。它应分析和讨论所有的现存法律问题,并证明那些原则中的法律表述的正当性。哈佛的威利斯顿(Williston)教授将草拟合同法的表述和相关专

著。他的工作的评论者是耶鲁的科宾(Corbin)教授、威斯康星的培基(Page)教授、哥伦比亚的奥里芬特(Oliphant)教授。宾夕法尼亚大学的波伦(Bohlen)教授将在哥伦比亚的杨·史密斯(Yong B. Smith)教授、印第安纳大学校长赫伯恩(Hepburn)教授、密歇根的古德里奇(Goodrich)教授和耶鲁的瑟斯顿(Thurston)教授的协助下阐述侵权法。哈佛的比尔(Beale)教授在协调好他本人与耶鲁的劳伦兹(Lorenzen)教授、芝加哥的贝格罗(Bigelow)教授、匹兹堡的布坎南(Buchanan)教授以及密歇根的古德里奇(Goodrich)教授的分歧之后,将负责研究法律之间的冲突。芝加哥大学的米奇姆(Mechem)教授将阐述代理法。评论者和顾问的队伍虽不固定,但会随着时机的需要而作出调整或扩充。起草人的阐述最初是探索性的和暂时性的,必须受到来自其同事、上级以至整个法学思想界的检视和修正,然后将它呈递给研究所的委员会和成员。经过他们的仔细审查,如果他们认为它已足够成熟就会接受它,否则就退还作者。在经过所有这些审查与重审,得到了研究的批准并以研究所的名义公布后,它的地位虽不及一部法典,却高于一部专著。它将被赋予独一无二的权威,但不是命令而是说服的权威。它将体现为一种整合的思想,发出整合的声音。大学、法院、律师界都对它的创建有所贡献。

对于这种重述、统一我们法律的力量,我充满信心。当然,和其他值得争取成功的事物一样,它必须通过它所采用的方法来证明自己。除非采用卓越的技能,不然它就会失败,也应该失败。然而这个计划失败的可能性已被降到最低限度。如果这些人不能重述法律,那么法律将不能被任何人所重述。你们切不可把他们的产品视为一部有着法规的强制力的法典。它所能够拥有的力量,至少在开始的时候,仅仅是它内在

的说服力。重新表述是必要的,“不要压制法官制定法律的力量,而是要激发、释放它们。”^[7]“应再次启动司法过程,但要赋予它新的起点、新的动力和新的方向。我们不能在打碎旧的枷锁时又代之以另一套枷锁。我们应该给法官松绑。”^[8]毫无疑问存在着一个前提,它有利于对那些倡议者有帮助的原则或律令。鲁特(Root)先生在其讲演中兴奋地阐述了这种思想——在研究所的成立大会上,身为会议主席的他说:“凡是诉讼利益要求其说明应采纳不同的法律观点的律师,都将肩负推翻这些重述的责任。他不必回到成千上万的案例中苦苦搜寻,这种重述已经为他做了这项工作。重述中的推断不是结论性的,它只是初步的、有待实践的阐述,除非它被推翻,判决即可以此为据。”我们知道,在普通法的创建上,一个只代表自己说话和行动的人能够作出多大贡献。肯特(Kent)和斯托里(Story)在他们的时代作出了这样的贡献,威利斯顿(Williston)和威格摩尔(Wigmore)在我们的时代也正在做着这样的贡献。如果没有这些大师们的引导,我们不敢估计这个残缺而丑陋的世界会缺少多少健全而合理的判决和有益的社会成员。他们已经证明利用聪明的优生学能为法律做些什么。既然这一切能由个人的创新和努力来完成,那么如果它不仅以个人的名义,而且以一个有组织的专业共同体的名义出现时,其权威性就更是不知凡几了。

我们日益强烈地期待从从事研究的学者那儿,从法理学家而非法官或律师那儿,获得鼓舞和指引。历史学家告诉我们,在古代,德国法院经常遵循的做法是,“将案卷呈送一些著名大学的法学院,如哈雷(Halle)、格赖夫斯瓦尔德(Greifswald)和耶拿(Jena)——以期得到有助于作出恰当裁决的咨议。”^[9]一种与此不同但在许多方面让人想到这种做法的倾向,即使

今天也可以在我们的法律进步中找到踪迹。庭外力量的重要性在年复一年地增长。这些力量主要是大学和其他学术机构的学者们的批评和建议。在掌握着批判方法的现代法学院出现之前,不存在能够使专业意见有效而迅速地被人获得的机构。律师协会当然有可能做到这一点,但他们的反应是缓慢而随机的。他们的组织过于松散,他们经常为了胜诉而奔忙,因此对法律科学的完善感觉迟钝。不错,有些时候法院可悲地误入歧途,随着岁月的流逝就会形成一股敌视判决的暗流,它不时奔涌而出,浮上地面。如果某个案子引人注目,激起了公众的兴趣,这种情况会更为迅速地发生。然而批评之声主要是以零散的、无组织的形式出现,往往局限于喃喃自语式的异议,几乎无法被人听到,即使它能传到那些工作受到非议者的耳朵里,速度也非常缓慢。大学第一次为我们提供了一批总是可以看到的批评家。

这种新的表达批评意见的机构,就是大学的法律评论。我刚才提到威利斯顿和威格摩尔的著作,它们几乎在一夜之间就跻身于最经典著作之列,与之相比,那些在较小的领域里进行的研究也毫不逊色,它们月复一月地出现在评论杂志的专栏里。威格摩尔在1915年为其论“证据”专著的一篇附录所写的前言中抱怨道,法院似乎不愿引述大师们的法学思想,除非他们的工作成果被印刷成册。即便他们引用这些装订成册的成果,所采取的方式也比剪刀加糨糊高明不了多少。各种小册子声名狼藉。或许值得注意的是,他从最后一版的序言中删除了这段讥讽的评论。法官们,或至少是他们中间那些并非无所用心的人,毕竟终于意识到了埋在法律评论中的珍宝。最近发生在纽约的一个案子可以澄清我的意思,显示出大学引导审判进程的力量。我们已经有了系列同一条假定

的规则有关的判决,这条规则是,在特殊的履行行为中必须存在补救的相互性(mutuality of remedy),这种相互性不但存在于判决的时刻,而且存在于立约的时刻。一些案件,借用弗莱(Fry)和波迈伦(Pomeroy)的话说,在把这种假定的规则提升为一般适用的规则上走得太远了。我毫不怀疑,如果没有大学教授的介绍,这种规则会通过一个纯粹逻辑推理的过程而被扩展,事情会变得更加糟糕。与此同时,大学里的教授们也会变得更加忙碌,需要不断指出我们的趋向。艾米斯(Ames)在较早一期的《哥伦比亚法律评论》上,点燃了讨伐运动的火炬。^[10]宾夕法尼亚的刘易斯(Lewis)在《美国法律评论》上发表了一系列论文,^[11]从稍有不同的方向加强了这一攻势。就在最近,哥伦比亚的斯通院长在《哥伦比亚法律评论》上撰文,^[12]揭示了许多法院所采用的办法的危险性。最后,威利斯顿教授在他的学术文集中对各种论点和先例作出总结。^[13]就在不久前的一天,上诉法院对这个问题作了全面的检讨,将它置于一个有可能与衡平和正义相一致的基础之上,至少我希望如此。^[14]但是这段插曲的意义在于庭外力量扮演的角色。如果没有艾米斯、刘易斯、斯通和威利斯顿的批判性工作,那些异端邪说非但不可能消亡,或许还会被人坚持,甚至广为流布。它有可能从每一个肯定它的判决那里获得新的活力,不可避免地,逻辑过程或者类比推进的过程将把它们推广到新的领域。所幸外来的批判扭转了局面。

因而我毫不怀疑,这些重述在推进确定性和理顺杂乱无章的判例上,将被证明是一种举足轻重的力量。中世纪流传着这样的格言,“没有一册阿佐(Azo)在手,就别进衡平法院。”^[15]人们到时候也会这样谈论美国法律研究所的出版物。我们在寻求其他资源之前,会首先翻看它的卷册。我们常常

不必走得更远。随着岁月的流逝,它们将积累起击败反对者的力量和威望。即便是那些起初不信赖它们的法院,也会逐渐表示顺从并取得意见的统一。不过我们必须记住两句忠告。在我们敬仰确定性时,我们必须分清正确的确定性和虚假的确定性,分清真金与镀金。此外,当我们获得了确定性时,我们还必须记住:它并不是唯一的好东西,我们也许得为它付出过高的代价;恒静与恒动有着同样的危险;必须从生长的原则中找出妥协之道。

我说过,存在着正确的确定性和虚假的确定性,有些对称是值得争取的,而另一些却是要避免的。我们的法律为何需要重新阐述,其原因之一是法官们孜孜以求的往往是虚假的确定性而非真正的确定性。他们孜孜以求的确定性,是只能让法律在他们的辖区、他们小小的司法管辖范围内保持一致的确定性,而不是使法律与那些同普通法本身一样宽广、与正义的要求一样深刻而基本的真实性和原则相一致的确定性。这种趋势十分隐蔽,并且在某种程度上难以避免。具体的判例被奉为结论,因为该结论被当作那些判例之合乎逻辑的发展。终点是无法预见的,每一次新的判决都会使法官走得更远,不久他便会发现自己处于进退两难的窘境。他不喜欢自己所到达的地点,但是他却不愿意或者已不能从中自拔。通过遵循判例而获得了确定性,另一个更大、更重要的确定性却被牺牲了。如果我们用片面而狭隘的眼光,而不是以稳定而全面的视野看待法律,我们就会失去后一种确定性。虚假的一致性往往因人造的、不真实的区分而得以保存。偶像已不可信,但客套话和古老的礼数保住了他的面子。如果我们想获得持久而非稍纵即逝的安宁,我们就必须有撕去伪装的勇气。法律的不确定性固然应予纠正,它的缺陷亦当如此。它

们常常纠缠在一起,治疗其一的药方也可治疗其二。重述必须包括剔除那些因不再使用而萎缩的残留器官,以防它们留在社会肌体中变成染病的根源。

但是,我的第二句忠告更为重要。过分强调确定性,有可能使我们崇拜一种难以容忍的刻板。如果我们以人类头脑今天所能达到的最高水平阐述法律,那么几乎一夜之间就会重新看到问题遍地。“就像在其他科学中一样,在政治学中,把事情说得面面俱到是不可能的;法案必须具有普适性,行为却总与特殊性相连。”^[16]重述将清理地上的垃圾,它使我们能够总结自己的得失,获取平衡,重新出发。这是一项重要的、其重要性难以估量的工作。但是如同过去一样,今后不断变化着的复杂事件,仍将冲击古老范畴的高墙。“生活中有着无法被划分为固定模块的关系。模子时大时小。”^[17]现行的规则和原则可以告诉我们的方位、我们的处境、我们的经纬度。夜晚遮风挡雨的客栈毕竟不是旅行的目的地。法律就像旅行者一样,天明还得出发。它必须有生长的原则。

注 释

[1] 庞德:《法律史的解释》(Pound, *Interpretations of Legal History*),第1页。

[2] 维诺格拉多夫:《法律中的常识》(Vinogradoff, *Common Sense in Law*),第122页;《确定性与司法》(Coudert, *Certainty and Justice*),第1页。

[3] 维诺格拉多夫:《历史法理学》(Vinogradoff, *Historical Jurisprudence*),第2卷,第64页;《法律中的常识》(*Common Sense in Law*),第209页。

[4] 将这里列举的牢骚与培根(Bacon)三百年前在他的修改英格兰法律的建议中列举的牢骚(Bacon, *Law Tracts*, 第5页)进行一番比较是有趣的。“确定无疑的是,我们的法律,如它们的现状所示,受制于极大的不确定因素、各种各样的观点,还有拖延与规避;由此造成的后果是:(1)诉讼连篇累

族、复杂冗长；(2)好讼之徒，如虎添翼，诚实臣民，不胜其累、饱受欺凌；(3)法官更加专断，在疑案中更是恣意行事；(4)大法官法庭更是人满为患，法律救济往往含糊、可疑；(5)无知的律师掩饰他对法律的无知，因之疑难频频出现、数量可观；(6)人们是否能够真正拥有他们通过特许状、契约、遗嘱获得的土地和财产，往往存疑且常常落空；诸如此类的不便之处尚有许多。”

[5] 斯通：“法律简化问题的几个方面”(Stone, “Some Aspects of the Problem of Law Simplification”), 载《哥伦比亚法律评论》(Columbia Law Review), 第23卷, 第319页；萨尔蒙：“法律文献”(Salmond, “The Literature of Law”), 载《哥伦比亚法律评论》, 第22卷, 第197、199页。

[6] 庞德：“法院与立法”(Pound, “Courts and Legislation”), 载《美国政治学评论》(Am. Pol. Science Rev.), 第7卷；《现代法哲学丛书》(IX Modern Legal Philosophy Series), 第214页。

[7] 《哈佛法律评论》(Harv. L. R.), 第35卷, 第113、117页。

[8] 《哈佛法律评论》, 同上。

[9] 维诺格拉多夫：《法律中的常识》(Vinogradoff, *Common Sense in Law*), 第203页；斯塔姆勒：“现代法理学”(Stammler, “Modern Jurisprudence”), 《密歇根法律评论》(Michigan Law Review), 第21卷, 第877、878页；另见《罗马法释疑》(The Responsa Prudentium of Roman Law)；缪尔海德：《罗马法》(Muirhead, *Roman Law*)；格斯特：“大陆法律文献笔记”(J. M. Gest, “Notes upon Legal Continental Literature”), 载《宾夕法尼亚大学法律评论》(Univ. of Pennsylvania Law Rev.), 第69卷, 第128、129页；哈德利：“罗马和当今世界”(Hadley, *Rome and the World Today*), 第238、242页，此文让人想到莎士比亚的《威尼斯商人》。

[10] 《哥伦比亚法律评论》(Col. L. R.), 第3卷, 第1页；《法律史讲演录》, 第370页。

[11] 《美国法律文摘》(Am. Law Register), 第40卷, N. S., 第270、382、447、507、559页；同前, 第42、591页。

[12] 《哥伦比亚法律评论》(Col. L. R.), 第16卷, 第443页。

[13] 威利斯顿：《合同》(Williston, *Contracts*), 第1433、1436、1440节。

[14] “艾泼斯坦诉格鲁金案”(Epstein v. Gluckin), 233 N. Y. 490。

[15] 维诺格拉多夫：《法律中的常识》(Vinogradoff, *Common Sense in Law*)，第 202 页。

[16] 亚里士多德：《政治学》(Aristotle, *Politics*)，卷二(Jowett 译本)。

[17] “格兰泽诉舍帕案”(Glanzer v. Shepard), 233 N. Y. 236, 241.