

西方法哲学文库

法律的成长 法律科学的悖论

[美] 本杰明·N·卡多佐/著

董炯 彭冰/译

中国法制出版社

西方法哲学文库

法律的成长 法律科学的悖论

[美] 本杰明·N·卡多佐/著

董炯 彭冰/译

中国法制出版社

责任编辑：陈学军

图书在版编目 (CIP) 数据

法律的成长 法律科学的悖论/本杰明·N·卡多佐著，
董炯 彭冰译. —北京：中国法制出版社，2002.10

ISBN 7 - 80182 - 023 - 1

I . 法… II . ①卡…②董…③彭… III . 法律—成长
IV . D923.415

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2002) 第 079289 号

西方法哲学文库

法律的成长

法律科学的悖论

FALU DE CHENGZHANG

FALU KEXUE DE BEILUN

(美) 本杰明·N·卡多佐/著

董炯 彭冰/译

经销/新华书店

印刷/北京市朝阳区科普印刷厂

开本/850×1168 毫米 32

版次/2002 年 10 月第 1 版

印张/6.375 字数/126 千

2002 年 10 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN7 - 80182 - 023 - 1/D·989

(北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031)

定价：13.00 元

(发现印装问题请与本社发行部联系

(发现内容误差请与本社编辑部联系

电话：66062752)

电话：66032924)

西方法哲学文库

总 序

国人移译西方律典，介绍西方法学，始自清末变法改制。初为不得已，意在窥探富强之术，佐治更张。继则揣索法理，求体用之变，将治式与治道通盘换过。再则于折冲衡平中，辨事实与规则的互动，究法意与人心的嬗变，努力将人世生活善于安顿。而凡此百年由东徂西，积劳积慧，既为华夏民族重构人世规则与人间秩序的悲壮奋斗接引学思，终亦必涓滴汇流，于人文类型的交融呼应中，为全体人类理想而惬意的人世生活之砥砺成型，尽吾华夏民族的法理之思。

“西方法哲学文库”接续前贤，择晚近已有定评的西人法理名篇，译为中文，汇为系列。凡传统所谓法理学法哲学之论述，不分大陆英美，体裁题材，尽在搜罗之列。法学同仁，白手起家，同心戮力，奉献于兹，裨丰富汉语法意，增益法制类型间的了解与通融。设若法律不仅是一种规则体系，同时并为一种意义体系，则文库编事，当在藉法意而通法制，探寻规则背后的意义，人生深处的人心；设若晚近人类历史赫然昭示吾人者，不仅在法律为天下之公器，更在为民族之自然言说，其间必有需予调和周济者，则文库之编事，在求会通，当为此奉献一份祥和。此既为文库之缘起，更为编事之宗旨，而为全体译友之所寄托也！

许章润 舒国滢 谨识

孔诞两千五百五十二年，西元 2001 年秋

目 录

法律的成长

- 一、导论：科学重述的需要——作为确定性的辅助 …… (3)
- 二、需要一种辅助法律成长的法哲学 …… (14)
 - 法律哲学问题
 - 法律的意义和起源
- 三、法律的成长与判决的方法 …… (33)
- 四、法律的功能和目的 …… (46)
- 五、法律的功能与目的 (续) …… (61)
 - 结论

法律科学的悖论

- 一、导论 …… (83)
 - 静态与动态
 - 稳定和进步
- 二、正义的内涵——价值科学 …… (106)

三、利益平衡·····	(134)
原因与结果	
个体与社会	
自由与政府	
四、自由与政府·····	(160)
结论	
索引·····	(186)

法律的成长

一、导论：科学重述的需要
——作为确定性的辅助

我们时代的法律面临着双重需要：首先是需要某些重述，这些重述从先例的荒漠中找出法律的确定性和有序性。这正是法律科学的任务；其次是需要一种哲学，它将调和稳定与进步这两种冲突的主张，并提供一种法律成长的原则。我们深切地感受到并广泛认可了第一种需要。新近组建的美国法学会（American Law Institute）正是为满足该目的的一种尝试。第二种需要尽管还未受到普遍重视，也越来越获得人们的充分认识。我的这些演讲中两者都会谈及，但主要是后者。

“法律必须稳定，却不能静止不变。”^① 我们总是面临这一巨大的悖论。无论是静止不变，还是变动不居，如果不加以调剂或不加以制约，都同样具有破坏力。法律如同人类，要活下去，必须寻觅某些妥协的途径。这两个将法律引向不同方向的趋势应当拧在一起，使其步调一致。这两种趋势的结合，必须依靠某种智慧。^② 这一主题涉及的文献将我们带回亚里士多德乃至更早的思想家。^③ 法律由公正来补充；刻在木牌上的法律由国王的敕令来补充；法律由衡平来补充，习惯由成文法来补充；规则由自由裁量来补充。庞德在《法哲学导论》（p. 128）中指出：“如果司法行政可以在要么全然机械适用、要么全然自由裁量之间进行选择，在成熟的法律制度下，法律工作者一定偏爱前者，这是他们的合理本能。”融合的适当比例则是任何时代都会面临的难题。

在一个发达的法律制度中，法律确定性的价值无庸赘言。法律作为一种行为指南，若不为人知或不可能为人所知，则近乎于

① Pound, *Interpretation of Legal History*, p. 1.

② Vinogradoff, *Common Sense in Law*, p. 122; Coudert, *Certainty and Justice*, p. 1.

③ Vinogradoff, *Historical Jurisprudence*, vol. II, p. 64; *Common Sense in Law*, p. 209.

无效。我们的法律被指责为不确定性的代表，署名于此议案上的见证人多赫赫有名。如果我们要寻找原因，那实在太多了。美国法学会成立大会上通过的一个委员会报告，列举了至少八个原因。这些原因包括：对普通法基本原则缺乏一致认识；使用法律术语不严谨；法律条款粗制滥造且相互冲突；事实基本一致的案件，适用法律原则时却试图另眼相看；卷帙浩瀚的判例；法官与律师的无知；新型法律问题的数量与性质。^① 在所有这些原因中，我想最重要的就是判决的芜杂。我们的判例法繁殖之快将令马尔萨斯目瞪口呆。遵循先例一度是种促进稳定的力量，仿佛可以保证法律的稳定性和确定性。过去，我们不想牺牲一丁点繁殖先例的胚芽，现在，这些疯狂成长的胚胎，却将我们的怜悯抛在了脑后，反使宽宥它们的人烦恼不已。^② 判例的数量在增长，获得的尊重却未因此增长。在众多思想产品中，当然会有一些奇思怪想。如此众多的胚芽既有先天缺憾的，也有毫无用处的。大小法院的判决纷至沓来，致使引用先例反而不如诉诸有启发的原则

① 将这些对法律不确定的抱怨与培根在其有关改革英格兰法律的提议中作出的类似抱怨相比较是件非常有趣的事情，尽管培根的建议是在大约三百年之前作出的（Bacon, *Law Tract*, p. 5）。“令人确信不疑的是我们的法律现在所处的状态非常不确定，形形色色的法律见解既落后时代又含糊其词；这些状况体现在：（1）讼案极其复杂而冗长；（2）争强好胜的人得到法律的帮助，谦恭诚实的人却受到法律的压制、并被搞得不胜其烦；（3）法官极其专断，在疑难案件中，他们具有相当大的自由活动余地；（4）大法官法庭（*chancery courts*）人满为患，法律的救济通常是微不足道的，而且是否有这样的救济还很难说；（5）无知的律师总是掩饰他对法律的无知，因此，人们对法律的怀疑就成了家常便饭；（6）人们通过特许状（*patents*）、契据（*deeds*）和遗嘱转让土地或不动产，经常要受到质疑和否认，在许多情况下，会招致麻烦。”

② Stone, “Some Aspects of the Problem of Law Simplification,” 23 *Columbia Law Review* 319; Salmond, “The Literature of Law,” 22 *Columbia Law Review* 197, 199.

更有价值。无论法官能力如何，堆积如山的待决案件，都使其无力从根源探寻每一个案。即便时间充足，法院面临的案件总是独特的、具体的，一般性隐藏在具体细节之中。人类的视野有限，如果只考虑这些细节，那么，由于我们总盯着手中的琐碎事情，在某些时候，会看不见隐藏其间的普遍因素，从而忽略了更大的真理，尽管它是整个画面的底色。随着案件的数量与复杂程度的增加，这本已十分巨大的危险更与日俱增。普通法真正的力量在于其前进时谨小慎微，有时甚或倒退一两步，^①然而，除非我们隔三岔五地辨明方向，以此洞悉普通法前进的每一步与整体发展的关系，否则这将变成一个弱点。判例像一条条纵横交织的线，一条线在这儿，另一条线在那儿，编织成了一张华而不实的网，从中心向四周辐射，将整个普通法体系分割得支离破碎。这张网将我们紧紧缠绕，除非有一些警醒的头脑来揭示构造的秘密，令我们高瞻远瞩、俯瞰全貌。法官的迷惘正是学者发挥专长的良机。

188

一个使学者免于错失良机的运动已迈出第一步。1923年2月在华盛顿成立的美国法学会，是所有致力于法律发展的人们首度合作的尝试，他们希望抓住并杀死不确定性这只鬼怪。学会建议在一些经过特别挑选的领域，对法律进行科学而精确的重述。最初被选出来的法律领域有合同、侵权、冲突法和代理。以后还会挑选其他一些领域。构成法律重述的首先是对概括性法律原则的全面陈述，有点像戴雪在《冲突法》或斯蒂芬在《证据法摘

^① Pound, "Courts and Legislation," 7 *Am. Pol. Science Rev.* 361; IX *Modern Legal Philosophy Series*, p. 214.

要》中采取的方式，它们将充分展现所涉及的主题；其次是对法律原则的引申、阐述和说明，它们对法律原则的完整理解和实际运用来讲非常必要，上面提到的那两部著作再次提供了这方面的范例。伴随每一种法律重述的是一部专著，包括对法律目前状况的完整说明以及对权威论述的全面引证。它将分析和讨论提出的所有法律问题，论证对法律原则进行的陈述。

哈佛大学的韦利斯顿（Williston）教授将起草合同法的陈述，并撰写相关的专著。耶鲁大学科宾（Corbin）教授、威斯康星大学佩奇（Page）教授以及哥伦比亚大学的奥利芬特（Oliphant）教授，将对这一项工作进行评议。宾西法尼亚大学波伦（Bohlen）教授，将在哥伦比亚大学的杨·B. 史密斯（Young B. Smith）教授、印第安纳大学的赫伯恩（Hepburn）院长、密歇根大学的古德里奇（Goodrich）教授以及耶鲁大学的瑟斯顿（Thurston）教授的支持下，陈述侵权法。哈佛大学的比尔（Beale）教授在与耶鲁大学劳伦兹（Lorenzen）教授、芝加哥大学比奇洛（Bigelow）教授、匹兹堡大学布坎南（Buchanan）教授以及密歇根大学古德里奇（Goodrich）教授进行辩论并初步达成一致意见后，陈述冲突法。芝加哥大学的米切姆（Mechem）教授将陈述代理法。评议和顾问小组不是一成不变的，将因势而易地不时变换或扩充。起草人的陈述起初只是一个尝试性的临时稿子，他要听取助手、领导及所有相关人就法学思想提出的建议和修正意见。随后，陈述将提交法学会的理事会及其成员。经过这些人的悉心审查，它要么因论述充分而被接受，要么退还作者。通过一次又一次的考验，它才能最终获得法学会的批准并以其名义公布，它虽然够不上一部法典，却也不仅仅是一部专著。它将被赋予独一无二的权

威，不是去发号司令，而是以理服人。它体现了一种兼容并包的思想，传达了一个多重复调的声音。大学、法院和律师，在其诞生过程中，都占据了一席之地。

我深信不疑，这种重述有力量将我们的法律统一起来。当然，如其他任何值得成就的事业一样，它必须用赖以成功的途径证明自身的合理性。如果缺乏高超的技艺，它将失败，甚至注定要失败。然而，目前的计划将失败的可能性降到最低限度。如果这些人还不能重述法律，就无人能胜任了。我们绝不能将法律重述的产物视为法典，赋予其成文法的拘束力。它拥有的惟一力量，至少在一开始，只是说服的固有力量的。人们需要法律重述，“并非为了压制判例法发展的力量，而是激励它们，释放它们。”^①“司法过程将重新运转，却在一个新的出发点，带着一种新的推动力，朝着一个新的方向。打碎一套枷锁，不是用另一套枷锁取而代之，而是让法官自由。”^②毋庸置疑，有人会固执地假定这些重述的原则或规则具有优先性，倡议者将因此获益。在法学会成立大会上，大会主席罗特（Root）先生在演讲中兴致勃勃地阐述了这一思想：“任何一个律师，如果其在诉讼中的利益促使他主张对法律采取不同理解，就必须肩负起推翻陈述的担子。他毋须再追溯成千上万的判例，这项工作已经完成；这儿虽然没有不容反驳的结论性推断，却有切实可行的初步陈述，如果未被推翻，将成为判决的依据。”我们知道，单枪匹马之人能为普通法的建设作多大贡献。古有肯特（Kent）与斯托里（Story），

① *Harv. L. R.*, 113, 117.

② *Harv. L. R.*, *supra*.

今有韦利斯顿与威格摩尔（Wigmore）。没有这些大师的指引，我们不敢估量在这个残缺不全、扭曲变形的世界里，还会有多少社会的栋梁，多少合乎情理的判决。他们显示了优生学这门睿智科学对法律的贡献。如果这一切可以通过个人的创造和奋斗实现的话，那么，一个不止以个人名义、而是以一个有组织的职业团体名义言说的人，将会具有更大的权威。

我们越来越冀望于从事研究的学者，冀望于法学家而非法官或律师，为我们提供灵感和指南。历史学家告诉我们，古昔时代的日尔曼法院早这么做了，他们“将案件的材料递交给颇具声望的大学法律系教授，诸如哈利（Halle）大学、格赖夫斯瓦尔德（Griefswald）大学和耶拿（Jena）大学，以便获得建议作出恰如其分的判决。”^①如今，在我们法律前进中也能找到一种趋势，虽然与上述方式不同，但在许多方面有相似之处。司法之外的机构（extra-judicial agencies）地位日益显要。最为重要的就是大学和其他研究机构的学者们提出的批评和建议。而在以批评方法著称的现代法学院兴起之前，一直缺乏使专业化意见得以有效、迅速公之于众的机构。实际上，律师协会早就存在，其反应却迟钝缓慢、漫不经心。它的组织也过于松散，往往热衷于打赢官司，而不能时时刻刻对法学的匀称之美保持必要的警醒。的确，某个法院有时会不可救药地误入歧途，随着时间的推移，一些相反的

^① Vinogradoff, *Common Sense in Law*, p. 203; Stammler, "Modern Jurisprudence," 21 *Michigan Law Rev.* 877, 878; cf. *the Responsa Prudentium of Roman Law*; Muirhead, *Roman Law*, pp. 291-293; J. M. Gest, "Notes upon Legal Continental Literature," 69 *Univ. of the Pennsylvania Law Rev.* 128, 129; Hadley, *Rome and the World Today* 238, 242, 这使我们想起莎士比亚的“威尼斯商人”。

意见就像一股潜流慢慢汇集，不时浮出水面。特别是判例明显错误，激起公众关注时，上述情形更可能发生，甚至很快。尽管如此，这种批评在很大程度上是零碎的、未经组织的，通常局限于一种支支吾吾的异议，几乎细不可闻，即便有机会，也只能慢慢传到那些被批评人那里。而大学首次给我们提供了一个专门用以批评的场所。

191

这个表达批评意见的新机构就是大学的法律评论。沃利斯顿与威格摩尔的著作几乎在一夜之间跻身经典之列。一些更窄领域里的研究也在法律评论专栏中逐月发表，却同样声名显赫。威格摩尔在1915年撰写的证据法专著的附录引言中抱怨道：法院似乎并不情愿参考法学大师的思想，除非他们的劳动成果已出版成册。任何装订成册的东西都可能被引用，尽管其制作程序并不比剪刀加浆糊更具智识水准。该死的小册子！不过，请注意，威格摩尔最后一版的序言对此却未作尖刻评论。法官最终认识到埋藏在法律评论中的宝藏，或者说，至少相当一些法官并非总是对此视而不见。纽约州最近判决的一起案件将表明我的意思，它显示了大学在指导判决过程方面发挥的力量。我们处理的一系列案件都涉及到一个推定规则（*supposed rule*）：在有关合同特定履行（*specific performance*）的诉讼中，救济必须是相互的（*mutuality of remedy*），这种相互关系不仅存在于判决之时，且在合同签订之时即已存在。一些判例走得更远，它们重申了弗赖伊（*Fry*）和波默罗伊（*Pomeroy*）的观点，将此推定规则提升为一个普适性规则。我确信，如果不是大学教授们的干预，通过一个纯粹的逻辑演绎过程，这个规则的适用范围将被拓得更广，这样的话，事情将糟得一塌糊涂。在这个过程中，大学教授们日益忙碌起来，

指出我们正奔向何方。阿莫斯 (Ames) 在最初几期的《哥伦比亚法律评论》上开始了讨伐。^① 宾西法尼亚的刘易斯 (Lewis) 在《美国法律公报》^② 上发表了一系列文章, 从一个多少有点不同的角度加强了这场攻击的杀伤力。最近, 哥伦比亚的斯通 (Stone) 院长在《哥伦比亚法学评论》^③ 上撰文指出众多法院争相效仿的危险性。最后, 沃利斯顿教授在博学的专著中对上述主张和先例进行了总结。^④ 就在前几天, 上诉法院重新审视了整个问题, 并将其建立在一个可能与衡平与正义相一致的基础上——至少我希望如此。^⑤ 但是, 在整个事件中, 有趣的要算司法之外机构所起的作用。如果没有阿莫斯 (Ames)、刘易斯、斯通和韦利斯顿不辞辛劳的批评, 这个异端学说不但不会消亡, 反而可能 192
 顽固不化、甚至四处蔓延。通过肯定它的每一个判决, 它将获得新的活力。通过逻辑或类推发展过程, 它难免会被推广到新的领域。那些来自外面的批评拯救我们于危难之时。

因而, 我毫不怀疑, 计划中的法律重述将显示一种强大的力量, 从先例的荒漠找出确定性与有序性。中世纪有一句格言: “没有亚瑟书 (Azo' books), 不要进法院。”^⑥ 最终, 法学会的这些出版物将不断为人提起。一遇到法律问题, 我们首先就想到查阅它们, 通常也仅仅查阅它们而非其他东西。年复一年, 这些出版物将积聚力量和威望, 粉碎那些反对意见。渐渐地, 法院将趋

① 3 *Col. L. R.* I; *Lectures on Legal History*, p. 370.

② 40 *Am. Law Register*, N. S., 270, 382, 447, 507, 559; 42 *id.* 591.

③ 16 *Col. L. R.* 443.

④ 3 Williston, *Contracts*, secs. 1433, 1436, 1440.

⑤ *Epstein v. Gluckin*, 233 N. Y. 490.

⑥ *Vinogradoff, Common Sense in Law*, p. 202.