

法律科学的悖论

The Paradoxes of Legal Science

〔美〕本杰明·N.卡多佐 / 著

劳东燕 / 译



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

法律科学的悖论

The Paradoxes of Legal Science

〔美〕本杰明·N.卡多佐 / 著

劳东燕 / 译



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

法律科学的悖论/(美)本杰明·N.卡多佐(Benjamin N. Cardozo)著;劳东燕译.—北京:北京大学出版社,2016.9
ISBN 978-7-301-27636-5

I. ①法… II. ①本… ②劳… III. ①法学—研究
IV. ①D90

中国版本图书馆CIP数据核字(2016)第237715号

| | |
|-------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 书 名 | 法律科学的悖论 FALÜ KEXUE DE BEILUN |
| 著作责任者 | [美]本杰明·N.卡多佐 著 劳东燕 译 |
| 责任编辑 | 柯 恒 陈晓洁 |
| 标准书号 | ISBN 978-7-301-27636-5 |
| 出版发行 | 北京大学出版社 |
| 地 址 | 北京市海淀区成府路205号 100871 |
| 网 址 | http://www.pup.cn http://www.yandayuanzhao.com |
| 电子信箱 | yandayuanzhao@163.com |
| 新浪微博 | @北京大学出版社 @北大出版社燕大元照法律图书 |
| 电 话 | 邮购部62752015 发行部62750672 编辑部62117788 |
| 印 刷 者 | 北京中科印刷有限公司 |
| 经 销 者 | 新华书店 787毫米×1092毫米 32开本 6.5印张 73千字 2016年9月第1版 2016年9月第1次印刷 |
| 定 价 | 32.00元 |

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子信箱:fd@pup.pku.edu.cn

图书如有印装质量问题,请与出版部联系,电话:010-62756370

目 录

第一章 导论·静止与运动·稳定与进步 /1

第二章 正义的内涵·价值科学 /35

第三章 利益的平衡·原因与结果·个人与社会·自由
与政府 /76

第四章 自由与政府·结论 /119

注 释 /161

译后记 /197

第一章

导论·静止与运动·稳定与进步

“有了对数表,做事会更好。”当我尽己所能地完成作品,看着这个作品而无法说它好的时候,心里会不时地冒出这样的哀怨。在这些令人不安的时刻,我想象着大桥设计者所必然拥有的心理安宁。他工作的成品就展现在眼前,美丽、简洁而又完全真实。他不会为塔架、桥墩、钢索是否经得起重压的疑虑而烦扰。他的事业一目了然。倘若大桥倒塌,他会随之跌落,名声扫地而沦于毁灭。但仍然,他从不会觉得恐惧。他精心从事的不是单纯的试验,而是一条交通干线,将人们从此岸带到彼岸,让他们安全而无所畏惧,即使底下洪水滔天。

所以,我有时会基于反抗而大声地质疑:“为什么我

就不能恰到好处地——或至少是差不离地——用法律规则来为生活的洪流架设一座桥梁呢？”我已经付出我的岁月在从事这项工作，在我的背后，还有无数代人，他们是早先时代的法官与立法者，带着燃烧的激情为此努力奋斗。法典与评释，大宗案卷记录（manor-roll）与法律年鉴，专著与法律报告，呈现的是反复试错的过程，在这些过程之中，他们为实现真相而斗争；同时，这些文献也铭记他们的失误与成功作为警示与范例。我拥有所有这些备忘录；但我的对数表还仍然空着，也就是缺一份权威性的索引：这份索引必须提供某个先例，以形成一个正义的公式。我的桥梁都是试验性的。在我之前的法官或立法者未予探索的领域中，我甚至不能在最窄的溪流上架设桥梁，哪怕确信这样的架设是明智的行为，也只能停止不前。

我并不想对通过学习能够克服的困难吹毛求疵。凭良心说，他们足够地努力，但是，勤奋能够掌握什么

呢,它会成为需要哀叹的弱点。我并不是在考虑先例的众多,以及将它们当做我们自己的先例所需要付出的工作量。引发猛烈震动的刺痛来自于其他的考验。在那些司法功能是照模学样的或是静态的领域,或者所知的规则将以与现行模式完全相同(或至多稍有不同)的方式适用于混合事实的领域,勤奋、记忆与正常的推理能力就足以真正地指引我们。当司法的功能是动态的或创造性的,痛苦就来了。对于新的情况,必须宣布新的规则,在这样的场合,具有竞争力的各种相似先例虽提供了暗示或线索,但缺乏包含权威性指示的先例。

对于这些或类似的抱怨,我知道通常的回答是什么。我们被告知,法律并不是一门精确的科学,事情会就此终结,如果我们愿意在此终结它的话。通过重新确认智识(intellect)所反对的恶,人们并没有平息对智识的批判。精确无误或许是不可能的,但这并不足以使人们在心理上默许预先存在的内在不一致。长久来看,通

过煽动思想上的反叛之火,而不是以陈词滥调来使之陷于窒息,法学才会成为赢家。怀特海(Whitehead)说^[1],“如果科学不想退化为一堆由特定假设混合而成的大杂烩,它就必须变得具有哲理性,并且必须对其自身的理论基础展开彻底的批判”。对于法律,我们可以说类似的话。

因此,我不断地前行,持续地探索一条通往光明之路。出路可能无法找到。不过,至少可能会存在一些微光,这些微光是无能的懦夫所无法发现的,贪图安逸只会毫无成果。在混乱的背后,可能存在一个合理化的原则,这个原则揭示冲突与失序表象下的条理与一致。现代科学正试图革新对原子内部的运动的观念,并在一般意义上革新我们关于运动的观念。我们曾经认为放射线是连续的、连贯的。现在我们得知,事实上它是离散的、不规律的。^[2]电子并不是由点到点地滑动,而是一跃而就。“可能的情况是,将运动视为一种连续平稳过程

的古老法则,或许只是统计数据上的平均值,当我们从足够微小的刻度出发,任何事物其实都是跳跃式地前进,就像电影一样,借助前后相接的独立画面,它会给人以连续动作的错觉。”^[3]在使法律的发展合理化的问题上,在估测原则与先例的辐射效能的问题上,是否我们可能受到类似幻觉的影响呢?我们一直在寻求一种程式,这种程式将法律的发展视为通过连续统一体而实现的稳定进步的过程。这种连续统一体并不存在。相反,出现的是从点到点的跳跃。我们一直为和谐前进的理想所迷惑。但其实存在多个能量中心,它们互相吸引与排斥。在它们之间可以找到落脚之处。我们通过司法过程的各种方法,来使这些落脚之处为我们所用。如何来锻造它们?又在哪里能发现它们呢?

矛盾的调和,对立命题的吸收,相反意见的综合,这些都是法律中的重大问题。人们能够公平地说,“规范”是对立物的结晶,在剧痛中分娩。我们想象自己正

在处理某个超现代的争议问题,它是工业社会利益冲突的产物。问题一目了然地放在那里,其核心仍是那些亟须理解的古老谜团——静止与运动,单个与多数,自我与非我,自由与紧急状态,真实与表象,绝对与相对。我们需要将稳定的诉求与进步的诉求相协调。我们要对自由与平等进行调和,同时,二者又要与秩序相统一。我们要尊重个体的财产权利,但不应将它们置于危及多数人的安全或福利的地步。我们必须守护正义的普世性,但又要使它保留个别化与特定化的能力。先例或制定法即便严厉,也应得到遵守,但衡平与良知的良好规诫也要予以遵守,不少时候,这是以牺牲书面文字为代价的。我们需要追溯事件的原因,但既然原因在数量上是无穷尽的,就必须有一个选择的程序,通过该程序,被认定具有作用力的原因,将随着预设目的的不同而有所不同。这到底是梦想世界还是现实呢?脚下的大地看起来不是那么稳固,但我们必须找到立足之处。我从不

同的上下文意思,来引用利顿·斯特雷奇(Lytton Strachey)在其论述诗人蒲柏(Pope)*的文章中的表述,即“基本的对立”,“基本的对立,彼此冲撞,又相互调和”。

问题指明解决的方法。迪莫克(Demogue)说,司法工作的目的,不是逻辑性的综合,而是妥协。“当然,”他补充说,“这使法律成为一门难以捉摸的科学,但它是无法避免的。”^[4]一个类似的二元分立,即静态与动态之间的对立,切分了整个宇宙。^[5]因此,至少在今天看来,虽然这种切分实际上可能以我们自己并不完善的观念为转移,但我们还无法深入了解一个失去多样性的统一体。^[6]直到拥有更为深入的洞察力为止,我们在渴求绝对的同时,必须满足于每一次权宜性的妥协,满足于每

* 蒲柏(1688—1744),英国诗人,长于讽刺,善用英雄偶体,著有长篇讽刺诗《夺发记》《群愚史诗》等,并翻译荷马史诗《伊利亚特》和《奥德赛》。——译者注

一个相接近的、相对的真相。我再次引用迪莫克的话，“达成协调，是法学家的伟大工作”。^[7]

我们先提出一些对立命题，来观察它们达成妥协的过程。静止与运动相对，永恒与流变相对，稳定与进步相对。该在何处为妥协画一条线呢？“单个”与“多数”、个人与群体、群体与社会、自由与限制之间，都存在对立关系。我们所谓的法律中线在哪里呢？迪莫克说^[8]，“绝对的安全，意味着社会永远地停滞不前”。对此，我们可以再补充一句，绝对的确定也是一样。宪政的拥护者们会果断地抵制对自由的侵犯，但字面意义上的自由仅仅为无政府主义者所追求^[9]，而宪政的拥护者们不屑与后者为伍。吸引与排斥，统一与分离，作为永恒的悖论，深藏于法律体系的表层之下，潜身于构成性的原子的结构之中。“基本的对立，彼此冲撞，又相互调和。”

我对悖论命题的研究，从静止与运动和稳定与进步

这两个对立命题开始。怀特海说^[10]，“有两个原理内在于事物的本质之中，它们以一些特定的表现形式，反复地出现于我们所探索的领域，即变革的精神与守旧的精神。没有这两者，就不可能有真实的事物。没有守旧成分的单纯变革，是一个从虚无到虚无的过程。它最终产生的只是转瞬即逝的非实在物（non-entity）。没有变革成分的单纯守旧，也不可能继续。因为毕竟，环境在不断变化，单纯的重复，会让新鲜的特性消耗殆尽”。如果生活都感受到这些相反方向的拉力，则规定生活之规则的法律也必定如此。有时，我们被告知，变革必须是制定法的工作，司法过程的功能仅仅是保守性的。但是，从历史上来看，这并不是事实，如果它是事实，那也是一种不幸。的确，激烈地与过去相撕裂，必定来自于立法的活动，但是，当前进与退步均是在法官的权能范围之内，而他们的权能又是由实践与传统所决定时，情况就会多种多样。法律既拥有适合于守旧的程式（formulas）

与判断方法,也具备适合于变革的方法与程式。如果我们将稳定与进步视为相反的两端,那么,在一端,我们拥有遵循先例的格言与借助理性逻辑工具的裁决方法,在另一端,我们拥有使起源隶属于目的的方法。一个强调对一致性与对称性的考虑,并从基本概念中推导出最后的结论。另一个允许更自由地考虑衡平与正义,考虑受影响利益对社会的价值。一个寻求最相近似的先例,并坚定地遵守它。另一个在选择支配性的先例时,认为精神上的共性而非外在的相似之处更具有意义。“司法运行中的很多工作,”^[11]庞德说,“是在两种倾向之间做出妥协,一种倾向是将每个案件当做一般化的案件类型,另一种倾向是将每个案件视为独一无二。”^[12]每种方法都有它的价值,对每种方法而言,在诉讼的变动中总会有适用的时刻。一种明智的折中论会同时使用它们二者。选择背后的驱动力,经常看起来与单纯的经验投机主义一样不理性。这并不意味着,对选择过程的研究没

有什么用处。我们可以发现其中的一致性,这种一致性有助于在过程之中形成原则。如果法学的一般化总结并不完美且是暂时性的,则至少在发展的早期阶段,任何科学的一般化总结也都是如此。“直接被观察的事物,”怀特海说,^[13]“只是——几乎总是——样本而已。我们想要推论得出,适用于样本的抽象条件也适用于所有其他的实体,而这些实体基于这种或那种理由,在我们看来属于同一类型。从样本到整个种类的推理过程即为归纳。归纳理论是哲学中的绝望命题,但我们所有的活动却都以它为基础。”法律人必须具备那种激发物理学家沉思冥想,并成功完成试验的耐心与信心。

有必要从一开始就界定一下研究的主题。我们关注的是为司法过程所形塑的法律。制定法可能会被抛于一边,除了在要求法官对之进行解释的场合,因为制定法的指令一般不会被误解,它们与其说和法学有利害关系,不如说是和立法学有利害关系。我并不是要暗

示,对立法过程的研究不可能富有成果。事实上,我们中的许多人,由于受普通法传统的熏陶,对制定法并不信任,我们可能对这种不信任表示遗憾,但不会予以否认。正如人们所知,这导致这样一个解释的准则:任何偏离普通法的制定法都要严格地进行解释,这个准则让人想起弗雷德里克·波洛克(Frederick Pollock)爵士提出的制定法解释的一般规则:人们不可能对制定法做出好的解释,除非基于这样的理论,即立法机构一般会使法律变得较为糟糕,法官的任务便是让立法干预的危险尽可能地限制在最小的范围之内。^[14]我记得罗斯科·庞德写过一篇犀利的文章,在这篇文章中,他揭示这种不信任在起源上目光短浅,并且其发展趋势是有害的。^[15]我现在不是要沉湎于对他的批评之中,因为这与我的主题并不相关。或许对立法的科学研究,包括对它的权能与权限的研究,将使我们持一种更为明智的态度。我希望表明的一点是,此刻我们关注的只是法官的

工作,关注的是从法官之手所形成的法律。当法官只是立法机构的喉舌,说出想法并执行已经明白无误地予以规定的指令时,他们的活动本质上是行政性的,而非司法性的。在出现疑问之处,司法功能才会发挥作用。

我回到静止与运动这个对立命题。我们生活在一个变化的世界之中。倘若现存的法律体系适合于今日的文明,则它不可能满足明日文明之要求。社会是变动不居的。只要社会在变动,在此种意义上,法律就不可能始终如一。运动性的力量对我们来说太强大了。我们可能认为,如果拒绝变革诸种程式,法律就会保持相同。但这种一致只是表面上的。程式已不再与现实保持同样的对应关系。当程式被转化为行为时,它就具有了不同于过往的内涵。法律不总是在固定的点之间来界定一种关系,而是经常地,确实是非常经常地,它在变动的点之间来进行界定。需要进行规制的行为与情况具有自身的运动特性。不管我们愿不愿意,都会存在