

法律的成长

The Growth of the Law

(附: 医学能为法律做什么?)

[美] 本杰明·N.卡多佐/著

李红勃 李璐怡/译

北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

*Lectures given at the
Law School of Yale University
in December, 1923*

1923年12月耶鲁大学法学院讲座

法律的成长

The Growth of the Law

(附：医学能为法律做什么?)

〔美〕本杰明·N.卡多佐/著

李红勃 李璐怡/译



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

法律的成长/(美)卡多佐(Cardozo, B. N.)著;李红勃,李璐怡译.

—北京:北京大学出版社,2014.11

ISBN 978-7-301-25069-3

I. ①法… II. ①卡… ②李… ③李… III. ①法的理论—研究
IV. ①D90

中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第256562号

书 名: 法律的成长

著作责任者:[美]本杰明·N.卡多佐 著 李红勃 李璐怡 译

责任编辑:柯恒白茹

标准书号:ISBN 978-7-301-25069-3/D·3709

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>

新浪微博:@北京大学出版社 @北大出版社燕大元照法律图书

电子信箱:yandayuanzhao@163.com

电 话:邮购部 62752015 发行部 62750672

编辑部 62117788 出版部 62754962

印 刷 者:北京中科印刷有限公司

经 销 者:新华书店

880毫米×1230毫米 A5 7.5印张 87千字

2014年11月第1版 2014年11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

代译序

卡多佐与《法律的成长》

一、卡多佐：曲折而传奇的一生

本杰明·内森·卡多佐(Benjamin Nathan Cardozo)是美国历史上最为杰出的法官之一。他虽已谢世很久,但时至今日,依旧声名显赫。卡多佐曾长期担任纽约上诉法院法官,并曾任首席法官,又在罗斯福新政的动荡年代出任美国最高法院法官。与此同时,他还扮演了作家和公共知识分子的角色,用一系列著作和演讲,向人们诠释了法官的工作,为他们创造性的造法工作做了卓有成效的辩解。^[1]

1870年5月24日,卡多佐出生在美国纽约第五大

街一个显赫的犹太家庭。他父母的家族,卡多佐和内森两姓,是西班牙裔犹太人,早在独立战争之前就到达美国。在19世纪,美国的西班牙裔犹太人认为自己是美国社会的精英,担负着崇高和伟大的使命。这种古老家族所拥有的自豪感和荣誉感影响了卡多佐的一生,他身上的许多特点,如高贵优雅、谦恭和蔼等,都是这一传承的反映。卡多佐的父亲早年从事律师职业,曾是纽约州最高法院和上诉法院的法官。在卡多佐出生后不久,他的父亲便卷入了政治斗争的漩涡,并被指控有五项不当行为。^[2]1872年,卡多佐的父亲为避免被弹劾而自动辞去法官的职务。这不但使家庭陷入了经济上的窘境,也使卡多佐家族蒙受耻辱。这件事对卡多佐一生影响很大,父亲在公德上的不足之处,一直笼罩在卡多佐的心头,并时时警示着自己,因而,他的一生勤勉自律,以至外界从未有过关于他在私人生活或政治上的闲言碎语。卡多佐年幼时,母亲就疾病缠身。他九岁时母亲因中风

离开人世,于是,抚养卡多佐的相当一部分任务就留给了他的姐姐埃伦。卡多佐母亲去世后,他一直由姐姐照顾,当他成人后,两人依旧相依为命。西班牙裔犹太人的光荣传统,父亲的引咎辞职,以及姐姐的照料和培养,共同塑造了卡多佐的性格,并影响着他此后的事业。

卡多佐于 1885 年进入哥伦比亚大学学习,广泛涉猎人文社会学科,以超乎常人的勤奋和智慧赢得了老师和同学的尊重。本科毕业后,卡多佐选择了进入哥伦比亚大学法学院继续学习,因为他认为只有从事法律工作,才能洗刷家族名誉的污垢。^[3] 1889 年,卡多佐进入哥伦比亚大学法学院,开始他的研究生生活。卡多佐在哥伦比亚大学法学院学习时期,正处在一个过渡阶段——旧体制正被新体制所取代,教科书教学法正被案例教学法所取代。^[4] 在学校期间,他的学习非常刻苦,并多次获得奖学金,这些奖学金弥补了他的一部分学费。在大学和法学院时代,哥大法学院的一些教授对他产生

了较大的影响。蔡斯教授以布莱克斯通对于法律的认识,讨论法律的含义作为卡多佐学习法律的起点,这些入门教育内容构成了哥大法学院法理学与法哲学教育的全部内容^[5];德怀特教授侧重从实用的角度向学生传授法律准则,学生从专论和教材学习现行的法律原则和规则,老师向他们解释相关材料作为授课内容^[6];基纳教授则比较严格地训练他们对原则、事实及其法律关系进行分析。^[7]同时,卡多佐在法学院学习期间还广泛涉猎哲学、政治学的课程,这对他后来的法律工作生涯产生了重要的影响。^[8]

1891年,卡多佐开始从事法律工作。在通过了相关考试后,他成为一名律师和法律顾问。他继续刻苦钻研,在事业刚刚起步时就赢得了“精通诉讼程序”的美名。他很快便能独当一面,在作律师的头一年就打赢了数个案子,他的论辩非常具有说服力,而且十分博学。在事业的头五年,卡多佐的律师工作开始引人注目,到

了他职业生涯的第十个年头,他逐渐确立了自己作为权威律师的地位,并有固定的律师圈子为他介绍客户,在短短 15 年的律师执业期间,他赢得了“律师的律师”这一称号。^[9]

1913 年,在卡多佐 43 岁时,看似不会变化的律师生涯受到了政治生活的影响。他被提名为纽约上诉法院法官,并于 1914 年开始了其长达 24 年的法官生涯。1917 年,他被任命为上诉法院常任法官,1925 年当选为该院的首席法官。1932 年,在哈佛、耶鲁和哥伦比亚等名校校长的强烈请求及其他各界人士的呼吁下,经过胡佛总统提名,他成功当选为最高法院大法官。在法官的职业生涯中,卡多佐的才华和能力得到了淋漓尽致的施展。在上诉法院期间,卡多佐的一系列著作以及一些著名案件的裁决,奠定了他在美国法律史上的地位。在最高法院工作期间,卡多佐积极支持罗斯福总统新政,认可“行政权可以积极回应社会需要”的理念,在美国经

济复苏和社会转型中发挥了独特的作用。

1938年7月9日,卡多佐走完了他跌宕起伏的一生,在遗嘱中,卡多佐最后表达了他的感情寄托——其家人、犹太人事业、忠实的雇员、几位朋友、哥伦比亚大学以及法律。他给他的雇员凯特·特蕾西为数可观的费用,以感谢她对他姐姐和他的家庭的照料。

除了在法学和政治上的成就,卡多佐的人格魅力也给人留下了深刻的印象。他温和、羞怯、内向,有着非常好的习惯;他对别人总是考虑周到,却从不考虑能否给自己任何可能的利益;他为人谦逊,虚心向别人学习,却又不卑不亢、不乏自尊;他是一个非常中庸的人,是一个谨慎的自由主义者以及中庸的改革论者,在他的时代稍稍具有进步思想,但并不秉持那种大众反对、可能激怒他的激进观点,因此更容易被社会所接受。卡多佐似乎在竭尽一生挽回其家族的声望。正如他自己所说:“我将尽绵薄之力承担我们共同的责任——一项伟大而

神圣的使命——行使正义。”^[10]

二、法律的成长

《法律的成长》源自卡多佐 1923 年 12 月在耶鲁大学所作演讲。演讲分三次讲完,后来讲稿被整理成书。该书历来被认为与《司法过程的性质》一脉相承。虽然有人认为此书对卡多佐裁决观点增益甚少^[11],但是书中对一些新的问题如美国法律协会法律重述的努力等进行了分析和解读,也是对《司法过程的性质》的补充和诠释,为卡多佐赢得了又一次掌声。

(一) 法律为何和如何成长?

卡多佐此篇演讲主要讨论法律的成长(The Growth of the Law),他开篇就提出了“法律为何需要成长”这一话题。

法律的稳定性与发展的平衡似乎是一个历史的难题。庞德在《法律史解释》一书中说道,法律必须稳定,

但又不能一成不变。^[12]法律无论稳定与变动,如果不能使其处在一种比较平衡的状态,不论是死板僵化还是无章可循,都会对法律造成破坏。那么,如何在法的稳定性和变动性中间寻求一个折中路径的问题,就摆在了我们面前。卡多佐承认,法律的确性是有其意义的,不确定则无法预知行为的后果,法律引导行为的价值就会丧失。^[13]1923年时,美国法律协会(The American Law Institute)致力于法律的重述(Restatement of Law),法律的重述就是对于法的确性的一种促进,以消除法的不确定性。美国法律协会从事法律重述工作的学者大都是哈佛、耶鲁等高校的知名教授,他们所做出的重述,地位及效力虽然不及法典,却高于一般的法学专著,这种权威性不是来自于任何命令,而是来自于这种重述固有的说服力。通过重述,我们让法律有了新的起点、动力和新的方向。

卡多佐也注意到,庭审之外的力量对庭审的影响正

在增强^[14],特别是来自于大学和其他学术机构的一些学者们的评论和意见。法院在审判过程中可能会出现一些错误,大学的法律评论就成为对于这些错误发布最新批评意见的载体。法官们也逐渐认识到,法律评论是具有重要价值的瑰宝。

在肯定了法的确定性的意义并了解到影响庭审的这些因素以后,卡多佐提出了两点忠告:首先,我们在崇拜确定性的时候,一定要对正确的确定性和错误的确定性进行区分。不能用一种狭隘的观点去看待法律,否则就不可能获得一种稳定、全面的确定性。法官追求的不是短暂的、浅薄的确定性,而是宽广、深刻、一致且根本的、真实的确定性。其次,我们在拥有确定性之后,还应当记得:确定性不是唯一的好东西,有时候为了获取它,我们付出了太多的代价,对确定性的盲目崇拜容易变成一种无法容忍的僵化和刻板。因此,法律的重述就要做好将历史遗留下来的垃圾进行清理,总结得失利弊,以

便我们的法律可以踏上新的征程。^[15]

但也要看到,法律的成长不会因为这次重述就获得了最佳结果,从此一劳永逸。就像我们今天对过去的法律进行修正一样,将来还应当有新的变化,继续对法律进行清理和修正。因此,法律必须成长,不断地成长。

(二) 法律成长的哲学

对于法律如何成长的问题,卡多佐认为,首先需要一种有助于法律成长的哲学。^[16]哲学就像是人们找到的一把奇妙的钥匙,而其他的方法则是相比之下粗陋笨拙的工具。对于相对浅显的内容,哲学看似毫无用处,但是当人们遇到更高深的问题无法解决时,终会发现哲学的妙用和益处。法哲学的内容看似极为抽象和笼统,但恰恰是法律思想得以发展的重要引领者。法官们都要受到哲学的影响,司法过程中遇到的诸多问题,其实质均属于哲学问题。卡多佐眼中的法律,类似于霍姆斯,就是某种行为的预期^[17],因此当法的一致性和稳定

性达到一定程度,人们可以预期自己行为的后果时,才算是有了法律。如果不遵循先例,那么法院的判决就令人怀疑。法院虽然经常在法律空白之处作判决或者以新判决推翻旧判决,但是在这一过程中,只有遵循了既有的原则和秩序,才使得法律的品质得以保持下去。从这个意义上来讲,法律就是某种预期,对于法官可能作出的判决的预期可靠性高时,法律就是稳定的,而稳定性非常差时,法律就不复存在了。但也要摒弃任何一种极端的思想认识,法律绝不是刻板僵硬和一成不变的。

卡多佐主张,法官在司法过程中必然有选择性和创造性的行为。^[18]他是在担任法官以后才发现,法律呈现给他的面貌焕然一新,可以发挥创造性的空间十分巨大。法官奉行的哲学对他的工作起到重要的影响,过去积累的智慧和他奉行的哲学会深刻影响到他的裁判活动。沿用《司法过程的性质》中对四种法官应当遵循的力量之划分的方法,卡多佐指出,有四种力量是法官必

须遵循的：逻辑、类比、历史和习惯的力量。对于法哲学的研究，则少不了对于哪种力量起着决定作用，以及方法选择中所遵循的标准的研究。卡多佐认为，法律问题的解决涉及方法的选择。在选择的过程中，看似没有一种固定的方法居于最高地位，但社会生活的需求总是不断变化的。英国法院始终认为一旦违背了逻辑，那么结论都是错误的；而美国法院则倾向于使逻辑让位于功利，比如纽约州的判决要求产品的生产者要对其消费者的损害承担赔偿责任，即使生产者和消费者之间没有直接的关系。因此，在面临选择时，我们应当了解规则、原则和先例是如何发生作用的，以及应当获得的目标是什么。美国法院的实践表明，它会让其他原则让位给社会公共利益和人们共同的需要，而不是一味地坚持严密的逻辑推理。

接下来，卡多佐探讨了法律的功能和目的。他首先指出，正义的标准实际上是无法被客观化的。你不可以

为了“便利或实用”这样的蝇头小利,而背离了由历史或逻辑所确定的准则,否则所失会高于所得;你也不能为了遵循“平衡或秩序”这样轻微的事情,而使得公平和正义所确立的准则蒙尘,否则亦会得不偿失。诸如此类的道理人尽皆知。当新的问题产生,公平和正义会指引人们的思维找到解决方案,而当人们仔细审视这些解决方案,就会发现它们是和平衡与秩序相一致的。在法律乃至其他思维领域的发展中,我们永远不能摆脱对于直觉的依赖,这也并不意味着规则是毫无用处的。方法论所给予的并不是一把钥匙,而是一条线索,一条值得我们探索和开发,从而提取其本质和精华的线索。法官的自由是受到这些方法和规则限制的。比如立法机关宣告,一种利益高于另一种利益,那么法官就要服从于立法中所规定的评估方法。即使立法没有规定价值评估标准,法官在进行价值判断时,也必须根据客观的标准而非其主观标准。审判案件的过程,实际上就是在运

用哲学。此法官或彼法官所接受的选择,很大程度上取决于法官对于法律目的或法律功能的理解,而法律的目的和功能的问题,本身就是一个哲学命题。法官经常在黑暗中摸索前行,如果他缺少恰当的哲学指引,很有可能误入歧途。我们必须认识到,所有的方法都不应被视为偶像,而应被看做工具。我们要使各种方法互相纠正和互相印证,结合使用,由此它们就成了引领我们前进的烛灯。在卡多佐看来,法律的功能和目的是不可分的,法律的功能既包括法律在达成其目的的过程中所发挥的功能,也包括法律所产生的实际的功能。在现实生活中,如果一个规则与行为的现实状况没有必然联系,那就意味着其功能已经被扭曲了。

最后,卡多佐说道,虽然他的演讲只是对某些现实存在着的问题进行介绍^[19],但恰是这些问题,构成法院一切棘手问题的根源。正是法院对于司法权的界限、司法功能的本质、司法过程的性质等问题存在错误的认