

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



www.docsriver.com 商家 本本书店
内容不排斥 转载、转发、转卖 行为
但请勿去除文件广告宣传页面

若发现去宣传页面转卖行为，后续广告将以上浮于页面形式添加

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



汉译世界学术名著丛书

司法过程的性质

〔美〕本杰明·卡多佐 著



汉译世界学术名著丛书

司法过程的性质

〔美〕本杰明·卡多佐 著

苏力 译

商 籍 中 书 馆

2000年·北京

THE NATURE OF THE JUDICIAL PROCESS

BY

Benjamin N. Cardozo

根据耶鲁大学出版社 1921 年英文版翻译

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



www.docsriver.com 商家 本本书店
内容不排斥 转载、转发、转卖 行为
但请勿去除文件宣传广告页面

若发现去宣传页面转卖行为，后续广告将以上浮于页面形式添加

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



汉译世界学术名著丛书

出版说明

我馆历来重视移译世界各国学术名著。从五十年代起，更致力于翻译出版马克思主义诞生以前的古典学术著作，同时适当介绍当代具有定评的各派代表作品。幸赖著译界鼎力襄助，三十年来印行不下三百余种。我们确信只有用人类创造的全部知识财富来丰富自己的头脑，才能够建成现代化的社会主义社会。这些书籍所蕴藏的思想财富和学术价值，为学人所熟知，毋需赘述。这些译本过去以单行本印行，难见系统，汇编为丛书，才能相得益彰，蔚为大观，既便于研读查考，又利于文化积累。为此，我们从1981年至1998年先后分八辑印行了名著三百四十种。现继续编印第九辑。到2000年底出版至三百七十种。今后在积累单本著作的基础上仍将陆续以名著版印行。由于采用原纸型，译文未能重新校订，体例也不完全统一，凡是原来译本可用的序跋，都一仍其旧，个别序跋予以订正或删除。读书界完全懂得要用正确的分析态度去研读这些著作，汲取其对我有用的精华，剔除其不合时宜的糟粕，这一点也无需我们多说。希望海内外读书界、著译界给我们批评、建议，帮助我们这套丛书出好。

商务印书馆编辑部

2000年6月

CDY98/02

译者前言

本杰明·内森·卡多佐是美国历史上最有影响的法律家和法学理论家之一。1870年5月24日，他出生于纽约市的一个犹太人家庭。19岁时，以优异成绩毕业于哥伦比亚大学，专业是文学和哲学，接着进入耶鲁法学院，两年后（未毕业）就离校，获律师资格并在纽约开业。然而，他的满身“书生气”使他很不适宜从事这种“如果想正直就无能为力”的行当，但是，法官却常常从他的辩论中感到他的论点的说服力。1913年，尽管他对政治并不感兴趣，并很少为圈外人知晓，却作为独立的改革派候选人当选为纽约最高法院的法官，次年成为纽约上诉法院法官，1926年他又被提名和选举为该法院的首席法官。在他任职纽约期间，由于他出色的司法意见，对全国各州法院司法都有很大影响，纽约州法院因此是最受各州尊重的法院。他因此也被称为“英语世界有史以来最伟大的上诉法院法官之一”。1932年，著名的法学家霍姆斯大法官从联邦最高法院退休，尽管卡多佐并没有寻求提名，但全国法律界——从联邦最高法院的大法官，包括霍姆斯本人，直至普通律师——几乎一致要求胡佛总统提名卡多佐继任联邦最高法院大法官。由于当时联邦最高法院内已经有两位来自纽约州的大法官和一位犹太裔法

官，依据法庭构成人员多样化的惯例，胡佛总统对是否提名卡多佐出任大法官一事颇为迟疑。只是当时在任的大法官、后来又继任首席大法官的来自纽约州的斯通情愿自己辞职而为卡多佐让路，胡佛才决心任命卡多佐接替霍姆斯的职务。在任职联邦最高法院大法官的年间，卡多佐支持了罗斯福的“新政”立法，促使了美国宪法以及美国社会经济制度的变革。卡多佐终生未婚，朋友也很少，他长期与其未婚的姐姐生活在一起。因此，一些学者称卡多佐为“隐士哲学家”。1938年7月9日，卡多佐去世。

卡多佐生活的年代是美国工业化、城市化高速发展的社会转型期，由于社会变化，先前在农业社会中演化形成的、主要是回应农业社会问题的普通法显然不能满足变化了的社会需要。法律需要变革，但在普通法国家中，立法机关习惯不干预属于普通法管辖的领域，这些领域主要是通过司法过程由法官“发现”法律来完成法律的演化发展，然而，严格的遵循先例原则一般又禁止法官明目张胆地“立法”，因为在近代的政治理论中法官被理解为法律的执行者而不是法律的制定者。尽管如此，由于时代的要求，由于普通法判例制度中为不可避免的司法创造性活动留下了制度空间，由于卡多佐本人对社会需求、公共政策以及普通法的深刻理解以及他的司法智慧和天才，使得他在长期担任纽约州法官期间，以其创造性的司法审判，促使普通法更多地同社会的公共政策相结合，并进而通过一系列著作使法律理论现代化。因此，后来美国的许多法学家都认为，由于卡多佐的长期普通法司法实践，在其任职期间“静悄悄地”完成了普通法的革

命。例如,在著名的“麦克弗森诉别克汽车公司”(1916)一案中,卡多佐提出了一个后来为普通法普遍采用、并影响了现代各国产品责任法或消费者权益保护法的原则,即产品制造商和购买产品的个人之间存在一种隐含的安全保证,即使其间有居间的零售商;因此,在加以适当注意后,如果消费者因使用产品而受到伤害,就都可以对产品制造商提出诉讼。卡多佐担任联邦最高法院大法官之后,是当时属于少数的自由派大法官,他支持罗斯福的新政,支持了政府加强对社会的管理和对经济生活的干预。这都表明了卡多佐对于法律有一种现实主义的和实用主义的理解。

卡多佐的法律观体现在他的一系列著作以及大量的司法意见中。在本世纪上半叶以前,美国最高法院大法官中很少有人撰写专门的学术著述,而卡多佐就是其中少数的几位之一。他的文字以明晰、精细、简洁但含义丰富著称,即使是司法意见也被认为具有浓厚的学术意味。他的主要法学著作除了这本《司法过程的性质》之外,其他还有《法律的生长》(1924)和《法律科学的悖论》(1928)。他去世以后,有人汇集他的论文出版了《卡多佐文选》(1947)。但其中最能体现卡多佐的思想的就是《司法过程的性质》。

这部著作最初是在耶鲁大学法学院所作的一个讲演,为的是纪念耶鲁大学法学院的一个已经去世的毕业生——阿瑟·P. 麦金斯特里。在讲演开始之前,卡多佐曾说,他不认为讲演会令许多人感兴趣。因此,耶鲁大学法学院将讲演安排在一个专门讨论理论的小教室。但是,实际情况大大出人意料,听众不断增

加,以致最后不得不安排在耶鲁的最大讲堂。这部讲演不仅是卡多佐的第一部用心之作,而且是卡多佐对自己多年担任法官的经验的一个总结,同时也是对美国自霍姆斯以来形成的实用主义司法哲学的一个系统的理论化阐述。尽管该书是一个讲演,篇幅不长,语言简洁,但是其视野开阔,含义深邃。在这部著作中,卡多佐认为,法官应不满足于通过某种传统的法律推理方法获得一个结论,也不应试图对由某种冲动甚或是某种社会哲学所指定的结论寻求正当化或予以理性化。他认为,不能仅仅由于某种做法是为先例所规定的,就放弃自己作为法官的责任;但另一方面,他又认为,也不能轻易将长期为人们所接受的规则和先例放在一边,仅仅因为这些规则和先例可能得出的结果对某个具体的诉讼当事人不公道。他强调要反省自己的思想,要追寻影响或引导他得出结论的那种种影响力,要掂量各种可能冲突的考虑因素——逻辑的、历史的、习惯的、道德的、法律的确定性和灵活性、法律的形式和实质等等。正是由于这部著作提出了许多法官和律师先前都曾感受到,但又从来不曾细致琢磨透的问题,因此,他的这一著作在1921年一发表,就极为轰动,自那以来,一直获得美国法学界和法律界的高度评价,已经成为美国法律界和法学界最为广泛引用和学习的著作之一,并成为独具特色的美国法律哲学和司法哲学的代表作之一。

、按理说,这样的一部名著早就应当翻译成为中文了。但不知为何,普通法国家法官写作的、一些现已成为经典的著作却一直未受到中国学者的青睐。相反,在中国受到法学界重视的倒是一些在美国法律实务界实际影响并不很大的法学理论家或

广义的法学家(政治哲学家、道德哲学家)写的著作。这种现象是奇怪的。究其原因,除了我在其他地方说到的法学理论上的“接受美学”或“路径依赖”问题之外,现在想来,也许更重要的原因是,由于中国近代以来激烈的社会变革和转型,很难形成高度专业化的司法,因此,那种面对现实的司法经验和智慧很难引起共鸣,也很难适合变革中的中国社会的需要。好在这种状况如今似乎已经开始改变,当代中国的改革开放和法治建设已经使中国进入可望保持长期稳定发展的阶段,因此也就可以期望一个更加专业化的司法界将在这一过程中出现和发展。因此,从这个角度上看,这部迟迟才引入中国的著作,倒更可能是译逢其时。同时,这部著作也表明,法学的发展至少并不为学院里的学者所专有,不是来自概念、理论的演绎或照搬;相反,法学发展的真正源泉,法律真知的真正来源,必定是法律的实践和社会现实。因此,只要面对现实,充分运用我们的思维能力,即使是一位专门从事法律实务的法官,也同样可能——如果不是更可能的话——获得真正有价值和有生命力的思想。因此,我衷心希望这部著作的翻译能对中国的法律界和法学界有所启发。

本书根据1921年耶鲁大学出版社的英文本翻译;原书没有索引,参照Margaret E. Hall 1947年编辑的由Fallon法律著作出版公司出版的《卡多佐文选》的索引,我为本书编了索引,希望对部分读者能有所便利。

最后,我必须感谢贺卫方先生和罗淑颖女士,他们为书中的某些法文提供了中译。当然,我还得感谢我的妻子周云博士,一

如既往,没有她的各种帮助和关心,此书就不可能完成。

译者

1997年5月8日夜于北大蔚秀园

目 录

第一讲	引论。哲学方法	(1)
第二讲	历史、传统和社会学的方法	(30)
第三讲	社会学方法。法官作为立法者	(60)
第四讲	遵循先例。司法过程中的下意识因素。 结语	(89)
索引	(114)

第一讲 引论。哲学方法

- 9 在这整个国度的数百个法院里，每天都在进行决定案件的工作。人们也许会想，任何法官都会认为可以很容易地描述他沿袭了成千上万次的司法决定的过程。然而，没有比这离事实真相更为遥远的了。如果一些聪明的普通人要求法官解说一下，法官会谈不了多少就找借口说，对于未经法律专业训练的人们来说，这种技艺的语言太难懂了。这种借口也许会掩盖这种否则会很不光彩的退缩，并且还伴随着某种故作高深的姿态。然而，这种做法很难抑制
- 10 制好奇心和良知的纠缠。稍加回想，只要不再需要以故作高深来打发这位缺乏基本司法知识的对话者，这个棘手的问题就会再次出现，并要求给予回答。当我决定一个案件时，我到底做了些什么？我用了什么样的信息资源来作为指导？我允许这些信息在多大比重上对结果起了作用？它们又应当在多大比重上发挥作用？如果可以适用某个司法的先例，在什么时候我会拒绝遵循这一先例？当没有可以适用的先例时，我又如何获得一个规则而同时又为未来制定一个先例？如果我寻求的是逻辑上的前后一致，寻求法律结构上的对称，这种寻求又应走多远？在哪一点上，这种

追求应当在某些与之不一致的习惯的面前、在某些关于社会福利的考虑因素的面前以及在我个人的或共同的关于正义和道德的标准面前止步？日复一日，以不同的比例，所有这些成分被投入法院的锅炉中，酿造成这种奇怪的化合物。到底是否应当允许法官酿造这样一种化合物，对此我无心探究。我只是将法官制定的法律作为生活中存在的现实之一来看待。在我们的面前，就存在着这么一个酿造过程。法官并非安坐在法官席上，而是插手了这一酿制。这些因素并非偶然地汇聚在一起，而是有那么一些原则——无论它们是怎样地未加宣告、难以表述和下意识——调整了输入的成分。它也许并非某一时刻所有法官都接受的同一个原则，也并非某个法官在所有时刻都接受的同一个原则。但是，这里还是有一个选择的问题，而不是听任命运之神的摆布；即使决定这一选择的那些考虑因素和动机常常模糊不清，却也并非完全无从分析。我将试图进行分析。这种分析需要将有意识的和下意识的因素加以区分。我并不是说，我将归于第一类的那些考虑因素和动机就总是清清楚楚地为人所意识到，因此只要一眼就可以认出它们并予以命名。通常，它们只是贴近表层。但相对说来，区分和标示它们会更容易些，并且，一旦这样贴上标签，它们就会很快被当作行动的指导原则而获得承认。更为微妙精细的是那些深深掩藏在表象之下的力量，只有将它们归于下意识一类才合乎情理。常常正是由于这些下意识的力量，法官才保持了自己的前后一致，并保持了与他

人的不一致。威廉·詹姆斯在关于实用主义的讲稿中有一页生动地提醒我们说，事实上我们每个人，即使是我们当中那些没有听说过甚至是痛恨哲学名词和概念的人，都有一种支撑生活的哲学。我们每个人都有一种如流水潺潺不断的倾向，不论你是否愿意称其为哲学，^① 却正是它才使我们的思想和活动融贯一致并有了方向。法官一点也不比其他他人更能挣脱这种倾向。他们的全部生活一直就是在同他们未加辨识也无法命名的一些力量——遗传本能、传统信仰、后天确信——进行较量；而结果就是一种对生活的看法、一种对社会需要的理解、一种——用詹姆斯的话来说——“宇宙的整体逼迫和压力”的感受；在诸多理由得以精细平衡时，所有这些力量就一定会决定他们的选择是什么样子的。正是在这样的精神性背景下，每个问题才找到自身的环境背景。我们也许会尽我们之所愿地努力客观地理解事物，即使如此，我们却也永远不可能用任何他人的眼睛来理解这些事物。无论是一份诉讼请求还是一个议会法案，无论是犯罪的穷人还是公正的君主，无论是一个乡规民约还是一个民族宪章，它们都要接受这一标准的检验。

要表述一个程式从而使司法过程对我来说是合理的（对他人则会大打折扣），我对自己的能力没有多少信心。在研究法官制定法时，我们必须运用华莱士先生曾运用于

^① 参见，N. M. Butler, *Philosophy*, 第18和43页。

政治研究并取得良好结果的定量分析方法。^①要作好这个工作需要比我有更渊博的学问。但是在获得那么多学问并将之运用于这一工作之前,一个日复一日地保持司法过程生机勃勃的活跃代理人也许会有一种片刻的兴趣,他会试图发现这一过程的性质。这就是我对自我反省式地搜寻司法过程的精神的辩解。

- 14 在我们能够确定一种化合物的比例之前,我们必须了解将予以混和的成分。因此,我们的第一个追问应当是:法官从哪里找到体现在他的判决中的法律?这些渊源有时很明显。适合此案的规则也许是由宪法或制定法提供的。如果情况如此,法官就无需再费力追寻了。这种对应一经确定,他的职责就是服从。宪法高于制定法,而一个制定法——如果与宪法一致——则高于法官的法。在这个意义上,法官制定的只是第二等的法律,并且它从属于立法者制定的法律。的确如此,法典和制定法的存在并不使法官显得多余,法官的工作也并非草率和机械。会有需要填补的空白,也会有需要澄清的疑问和含混,还会有需要淡化——如果不是回避的话——的难点和错误。在人们的谈论中,似乎解释不过是寻找和发现立法者心目中的含义,而不论这种含义是多么含混不清和深藏不露,却还是被当作一种真实并可以确定的已有之物。有时司法过程确实就是
- 15 这样,但经常又不仅仅如此。在赋予一个制定法以含义时,

^① *Human Nature in Politics*, 第 138 页。

确定立法意图也许是法官的最小麻烦。“事实是”，格雷在论《法律的性质和渊源》^①的讲演中说，“之所以出现所谓的解释的困难，是在立法机关对之完全没有概念的时候——当时的立法机关从未想到今天会对该制定法提出这个问题；这时，法官必须做的并不是确定当年立法机关心中对某个问题究竟是如何想的，而是要猜测对这个立法机关当年不曾想到的要点——如果曾想到的话——立法机关可能会有什么样的意图”。^②布鲁特也这样说：^③“因此，法律应用体系的一个沉重工作是这样构成的，即更深入地发掘实在法的深层含义。然而，更重要的工作是这个系统所服务的第二项工作，即，填补那或多或少地见之于每一个实在法中的空白”。如果你愿意，也可以称这一过程为立法。但不管怎么说，还没有哪个成文法体系能一直摆脱对这一过程的需求。今天，大陆法学家中的一个重要流派就正在要求能有更大的自由来改编和解释（construction）法律。他们说，这些制定法经常支离破碎、考虑不周并且不公正。因此，法官作为社会中的法律和秩序之含义的解释者，就必须提供那些被忽略的因素，纠正那些不确定性，并通过自由决定的方法——“科学的自由寻找”^{*}——使审判

① Human Nature in Politics, 第 370 节, 第 165 页。

② 参见, Pound, “Courts and Legislation,” *Modern Legal Philosophy Series*, 第 9 卷, 第 226 页。

③ *Die Kunst der Rechtsanwendung*, 第 72 页。

* 原文是法文。——译者

结果与正义相互和谐。这就是热尼、埃利希、格梅林以及其他一些人的观点。^① 法院应当“从各种社会因素中寻求光明,这些因素就藏在法院处理的诸多事实的背后,是一些活跃的力量”。^② 因此,法院手中的权力很大,并且——如同一切权力那样——容易被滥用;但是,我们又不打算在权力授予问题上畏缩不前。因为,从长远看来,“除了法官的人格外”,埃利希说,^③ “没有其他东西可以保证实现正义”。^④ 活跃在我们自己的国土上和法律中的问题同样是这些方法的问题,同样是这种法律文字与法律精神之间的反差。首先,在宪法领域,在我看来,这种自由决定的方法已经成为今天占主导地位的方法。宪法的巨大概括性使之具有一种随时代变化的内容和意义。自由决定的方法看破了那些过渡性的具体问题,而希望到达其背后的永恒。因此,解释就扩大了,解释就变得不再仅仅是如何确定那宣布集体意志的立法者的含义和意图的问题。解释补充了这个宣言,填补了它的空缺,而使用的过程和手段就是那种

① “Science of Legal Method,” *Modern Legal Philosophy Series*, 第9卷,第4、45、65、72、124、130、159页。

② Gény, “Méthode d’Interprétation et Sources en droit privé positif,” 第2卷,第180页,第176节,1919年版;英译见 *Modern Legal Philosophy Series* 第9卷,第45页。

③ 同上,第65页;“Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft,” *Modern Legal Philosophy Series*, 第9卷。

④ 参见, Gnaeus Flavius (Kantorowicz), *Der Kampf um Rechtswissenschaft*, 第48页:“Von der Kultur des Richters Hängt im letzten Grunde aller Fortschritt der Rechtsentwicklung ab.”

曾构建了习惯法的司法的过程和手段。法典和其他制定法也许会以压制、废弃和缩减来威胁这种司法的职能。司法职能坚持回应了人的需求,而正是这种需求,司法的职能繁荣起来了并坚持下来了。当年,查士丁尼曾命令禁止对查士丁尼法典编纂者的作品作任何评论,而人们之所以还记得该禁令仅仅是由于这一禁令毫无结果。^①

此刻,我不想再多谈宪法和制定法作为法律渊源的重要性。在解释和发展这些法律渊源的过程中,法官的工作确实会有一些问题和难题,但它们与其他领域内令法官作难的那些问题和难题在种类上和程度上并没有什么不同。我认为在探讨了其他的一些领域的问题之后,可以更好地研究宪法和制定法领域的问题和困难。有时宪法或制定法的规则很清楚,因此,这些困难就会消失。即使出现困难时,它们有时也缺乏与创造能力相伴随的某些神秘因素。

19 只是在宪法和制定法都沉默时,我们才踏上了这块神秘的土地,这时,法官必须从普通法中寻找适合案件的规则。布莱克斯东用生动的短语说,法官是“活着的法律宣示者”。让我们看看实际生活中的宣示者爵士,以不带任何偏见的实用主义眼光来看待他的工作,他又是怎样开始自己的工作的?

他所做的第一件事就是将他眼前的案件同一些先例

^① Gray, *Nature and Sources of the Law*, 第 395 节; Muirhead, *Roman Law*, 第 399、400 页。

加以比较,无论这些先例是贮藏在他的心中还是躲藏在书本中。我这并不是说,先例才是法律的终极渊源,它们提供了法律武器库所需要的唯一装备,提供了——借用梅特兰的话^①——“法律车间”的唯一工具。先例的背后是一些基本的司法审判概念,它们是司法推理的一些先决条件;而更后面的是生活习惯、社会制度,那些概念正是在它们之中才得以生成。通过一个互动过程,这些概念又反过来修改着这些习惯和制度。^②尽管如此,在一个如同我们这样高度发达的法律制度中,先例所涵盖的领域是如此之广,以致于它们确定了法官工作开始的出发点。几乎毫无例外,法官第一步就是考察和比较先例。如果先例清楚了并且契合案件,那么法官就无需做更多的事了。遵循先例至少是我们普通法系每天工作的规则。后面,我还会讨论一下在某些例外条件下放松这一规则是否恰当。但是,除非出现了这样一些条件,依照明显符合案件的先例来决定案件的工作,这在性质上近似于按照制定法来决定案件的过程。这是一个寻求和比较的过程,很少有其他的工作。有些法官甚至在任何案件中都很少超出这一过程。他们对自身职责的理解就是,将自己手上的案件的色彩与摊在他们桌上的许多样品案件的色彩加以对比。色彩最接近的样

① Gierke 的 *Political Theories of the Middle Age* 一书的导言,第 viii 页。

② Saleilles, *De la Personnalité Juridique*, 第45页; Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, 第34、35页; Pound, *Proceedings of American Bar Association*, 1919, 第455页。

品案件提供了可以适用的规则。但是,当然了,没有一个富有生机的法律制度可以通过这样一个过程得以衍进,也没有一个名副其实的高级法院的法官——只要还配得上他的职务——会如此狭隘地看待他任务的功能。如果这就是我们的全部天职,那么我们对它就不会有什么智识的兴趣,而那些对案件卡片有最佳索引的人也就成为最睿智的法官了。正是在色彩不相配时,正是在参看索引失败时,正是在没有决定性的先例时,严肃的法官工作才刚刚开始。这时,他必须为眼前的诉讼人制作(fashion)法律;而在为诉讼人制作法律时,他也就是在为其他人制作法律。培根对此曾有过经典的表述:“有许多时候,引出司法判决的某些东西也许是你的和我的,而由此生发的理由和后果却可能影响到全部财产”。^①今天的判决将决定明天的对错。如果法官打算明智地宣告判决,那么就必须有某些原则来指导他从各种争取获得法律之认可的可能判决中作出选择。

心灵和其他生活一样,也有一种类型再生产的倾向。每个判决都有一种生殖力,按照自己的面目再生产。用雷德林克的话来说,这就是,每个先例“对未来的同类或类似性质的案件都具有某种指导力量”。^②在判决宣布之前,先例似乎还处于均衡状态,它的形式和内容都不确定,许多原则中的任何一条都可能控制它并影响它。一旦判决宣布

① “Essay on Judicature”。

② Redlich, “The Case Method in American Law Schools,” *Bulletin* 编号8, Carnegie Foundation, 第37页。

了,它就成了先例家族的一个新成员。它具有至关重要的力量。它就是渊源,从中可能出现一些新的原则或规范并影响此后的判决。如果要寻找产生这种倾向的心理基础,我想,我们就会发现它的基础在于习性。^①但不论它的心理基础是什么,它都是我们法律中的一个生动活跃的力量。然而,并非某个判决生育出来的所有原则都能长成。在经验的检验标准面前,那些不能证明自身价值和力量的先例会被毫不留情地牺牲掉,抛入废物之列。普通法的运作并不是从一些普适的和效力不变的前定真理中演绎推导出结论。它的方法是归纳的,它从具体中得出它的一般。这个

23 过程已经为芒罗·史密斯令人钦佩地表述如下:“在以规则和原则的形式清晰表述社会正义感的努力中,发现法律的专家们所用的方法一直都是实验性的。判例法的规则和原则从来也没有被当作终极真理,而只是作为可资用的假说,它们在那些重大的法律实验室——司法法院——中被不断地重复检测。每个新案件都是一个实验。如果人们感到某个看上去可以适用的、已被接受的规则所产生的结果不公正,就会重新考虑这个规则。也许不是立刻就修改,因为试图使每个案件都达到绝对的公正就不可能发展和保持一般规则;但是如果一个规则不断造成不公正的结果,那么它就最终将被重新塑造。这些原则本身在不断地被重

^① McDougall, *Social Psychology*, 第354页; J. C. Gray, “Judicial Precedents,” *Harvard Law Review* 第9卷, 第27页。

复检验；因为，如果从一个原则中推演出来的那些规则不大起作用，那么，这个原则本身就最终一定会受到重新考察”。^①

- 24 在下面这个例子中，人们也许可以领会那种重新检验和重新阐述的过程得以发挥作用的方法。50年前，我想，作为一个一般性原则，当时会这样说，只要甲的活动不造成公害，甲就可以随其所愿地从事自己的生意，哪怕其目的是要伤害乙。^②大量的例子是那些出于使邻居不便的恶意而建立的篱笆(*spite fence*)；并且在这种情况下，不承担侵权责任被认为是一个规则，而不是一种例外。^③就规制某个简单或同质化的社区中个人之间或等级之间的关系来说，这样一个规则也许一直都足够有效。但是，随着社会关系的日益复杂，它的不足就显示出来了。当具体争议大大增加并且人们试图以这个旧原则来检验这些争议时，人们就发现结果有某些错误；这就导致了对这个原则本身重新加以系统阐述。今天，大多数法官都倾向于认为，那些一度被认为是例外的才是规则，而那一度被认为是规则的只是例外。如果没有什么合乎情理的和正当的理由，甲永远
- 25

① Munroe Smith, *Jurisprudence*, Columbia University Press, 1909, 第21页；参见, Pound, "Courts and Legislation," *American Political Science Review*, 第7卷, 第361页；*Modern Legal Philosophy Series*, 第9卷, 第214页；Pollock, *Essays in Jurisprudence and Ethics*, 第246页。

② Cooley, *Torts*, 第1版第93页；Pollock, *Torts*, 第10版, 第21页。

③ *Phelps v. Nowlen*, 72 N. Y. 39; *Rideout v. Knox*, 148 Mass. 368。

不能在自己的事务中干任何目的在于伤害他人的事情。^①这就有了一个新的概括,当适用于新的具体争议时,它产生的后果与昔日的具体争议更为和谐,而且更为重要的是,与社会福利更为一致。这种规则修正的工作是渐进的。它一步一步地向前进。衡量它的效果必须以几十年甚至几个世纪为尺度。如果这样衡量,人们就看到其背后是冰川移动的那种力量和压力。

- 26 如果我们回顾它的成就,我们就不可能轻视它所具有的力量。“没有哪个信条不受震动,没有哪个曾饱受称赞的教条没有显露出疑点,没有哪个继受的传统没有瓦解的威胁”。^②这些话是40年前的一位传记和文学批评家在看到他那个时代中日益增长的怀疑主义而写下的。我想将他的话运用到法律的历史上来。今天的某个规则很难,但可能会,与它昨天的对立规则相般配。一个人对自己的活动承担绝对责任在今天是一种例外;他通常必须有某种过错,无论是有意的还是过失性的。然而,历史上曾有过以绝对责任作为规则的时候。^③在新近的立法中,人们也许可以

① Lamb v. Cheney, 227 N. Y. 418; Aikens v. Wisconsin, 195 U. S. 194, 204; Pollock, *Torts*, 同前。

② Arnold, *Essays in Criticism*, second series, 第1页。

③ Holdsworth, *History of English Law*, 2, 第41页; Wigmore, “Responsibility for Tortious Acts,” *Harvard Law Review*, 第7卷, 第315、383、441页; *Anglo-American Legal Essays*, 第3卷, 第474页; Smith, “Liability for Damage to Land,” *Harvard Law Review*, 第33卷, 第551页; Ames, “Law and Morals,” *Harvard Law Review*, 第22卷, 第97、99页; Issacs, “Fault and Liability,” *Harvard Law Review*, 第31卷, 第954页。

发现对早先这一类规则偶尔有所修改。^①今天,双方的承诺会引出一种债务,而他们的毁约又会引出一种请求损害赔偿的诉讼权利;而曾有过这样的时代,那时,除非承诺加盖了印玺,人们不知道有这种债务和救济。^②今天,诉权也
27 盖了印玺,人们不知道有这种债务和救济。^③今天,诉权也许可以转让,诉权购买者可以行使这些诉权来获得判决,即使他购买的目的是为了诉讼;而也曾经有过这种时代,那时,这种转让是不可能的,并且提出这样的诉讼就是一种犯罪。今天,没有什么根据要求提出欺诈之诉必须证明——而无需其他——一个执行性承诺已被违反;然而,违反执行性承诺当初之所以在我们的普通法中获得救济却是因为这种行为被认定为是一种欺诈行为。^④这些变化,或者其中的多数变化都是法官造成的。造成了这些变化的人们所使用的工具与今天的法官所使用的工具是相同的。这些变化,由于是从这个或那个案件中制作出来的,也许不曾被视为重大的变化。然而,当这一过程延续贯穿了多
28 年之后,变化的结果就不仅仅是对法律的补充或修饰;它已经是一种法律的革命和蜕变。对每一种倾向,人们似乎都看到了一种相反的倾向;对每一个规则,人们也似乎看

① 参见, Duguit, "Les Transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon," *Continental Legal History Series*, 第 XI 卷, 第 125、126 页, 第 40、42 节。

② Holdsworth, 同前, 第 2 卷, 第 72 页; Ames, "History of Parol Contracts prior to Assumpsit," *Anglo-American Legal Essays*, 第 3 卷, 第 304 页。

③ Holdsworth, 同前, 第 3 卷, 第 330、336 页; Ames, "History of Assumpsit," *Anglo-American Legal Essays*, 第 3 卷, 第 275、276 页。

到一个对立的规则。没有什么是稳定的,也没有什么是绝对的,一切都是流动的和可变的。世界是一个无穷无尽的“变成”(becoming)。我们又回到了赫拉克里特。*我说,这就是这幅图画留给心灵的一般的或总体的印象。无疑,在过去的三个世纪中,某些一度摇摆不定的路线已经变得固定了。我们今天已将更多的工作留给了立法机关,将也许较少的工作留给了法官们。^①然而,即使如今,每隔十年就有变化。这个冰川仍在运动。

在这永恒的流变中,法官们所面临的实际是一个具有双重性的问题:首先,他必须从一些先例中抽象出基本的原则,即判决理由(*ratio decidendi*);然后,他必须确定该原则将要运行和发展——如果不是衰萎和死亡——的路径或方向。

- 29 比起这个问题的第二部分来,我们更习惯于清醒地讨论这个问题的第一部分。案件并不自我展开它们的原则来回答提问。要它们缓慢又痛苦地泄漏其核心原则,我们只有了解了一个例子的本来面目,这个例子才可能给出一个概括;而了解它的本来面目又不是一件容易的事。因为,交由我们审理的事情常常已被律师用一些含混其词的法官意见(*dicta*)作了包装,我们必须将这些意见剥离下来,抛

* 赫拉克里特是古希腊哲学家,认为世界万物处于永恒的流变之中,没有什么是确定的。——译者。

① F. C. Montague 语,出自 Maitland and Montague, *A Sketch of Legal History*, 第161页。

在一边。法官们对其前辈的例证、评论和眉批的崇敬程度差别很大,更不用说对他们自己的这类作品了。所有的法官都同意,当有人提交一个司法意见时,可能会有反对意见;而有些法官似乎又认为在这之后就立刻没有反对意见了。这时,宗教的全部灵感就降临到了多数法官的意见中了。当然,并没有谁公开宣称自己有这样一个信仰,然而行动中有时却隐含了以这种态度来对待多数法官的意见。我承认,对我来说,一个很大的谜就是,世界上所有人当中,为何单单是法官应当将他们的信仰置入法官意见。在我自己的司法意见发布几个月后,再拣起来带着适度的悔悟重新阅读,我担任法官的短暂经历就足以向我显露出这些意见中有各种裂缝、罅隙和漏洞。一个人自认为不会犯错误,这种信念是一种迷思,它很容易——且带着某种更大程度的满足——导致一个结论,只有自己才不会犯错误。但是,法官意见并不总是拥有这样的通行证,并且人们也并不能一眼就辨认出哪些是法官意见。*如同每个法律研究者都了解的那样,识别法官意见需要不断将先例中的那些偶然

* 在英美法国家中,对法院的司法决定文本中的表述经常区分“司法决定”和“法官意见”,前者视为是法庭的意见,是针对此案的具体事实而作出的决定或确定,因此对此后的类似案件具有约束力,而后者则是代表法庭写作司法决定的法官在决定中表述出来的个人意见,往往超出了案件事实,被认为不体现法院的决定,因此对此后的案件不具有约束力。但是这种定义上明晰的区分在现实中却比较难以区分,很难划定什么代表了作为司法决定作者的个人意见,什么是法院的意见,往往由司法实践形成的规矩和共识而确认,但往往也有分歧。因此卡多佐在此说法官意见难以一眼辨认。——译者。

的和非本质的东西同那些本质的和固有的东西分离开来。然而,让我们假定我们现在已经完成了这一工作,并假定我们已经了解了先例的真实面目;还让我们假定蛰伏在先例中的原则已经被很技巧地抽取出来并精确地表述出来了。但是,这也仅仅是完成了工作的一半或不到一半。问题仍然存在,这就是要确定这个原则的边界和它发展、增长的趋向,这就是要让这种指导力量在交叉路口能沿着正确的道路前进。

31 一个原则的指导力量也许可以沿着逻辑发展的路线起作用,我将称其为类推的规则或哲学的方法;这种力量也可以沿着历史发展的路线起作用,我将称其为进化的方法;它还可以沿着社区习惯的路线起作用,我将称其为传统的方法;最后,它还可以沿着正义、道德和社会福利、当时的社会风气的路线起作用,我将称其为社会学的方法。

我把类推的规则或哲学的方法置于这些选择规则之首,用来指导我们选择路径。我这样做并不意味我认为它是最重要的。相反,它经常让位于其他方法。我之所以将它列为首席是因为它有一个在我看来对它有利的确定的前提假设。由于具体案件数量很大,主题相关的判决堆积如山,因此,能将这些案件统一起来并加以理性化的原则就具有一种倾向,并且是一种合法的倾向,即在这个原则的统一化并加以理性化的能力范围内将其自身投射和延伸到新案件上去。它有这种身份,这种身份来自自然的、秩

序的和逻辑的承继。对它的尊敬超过对其他每一个与之竞争的原则的尊敬,这是恰当的,并且无法以诉诸历史、传统、政策或正义来作出一个更好的说明。一切造成偏离的力量32 的出现也许都是想与类推争夺支配力,并且也吸收了类推的力量。它至少是预先确定的继承人。任何声称自己拥有这一地位的原则都不得不打通自己的道路。

一些伟大的法官有时曾这样说过,似乎这个哲学的即逻辑发展的原则在我们的法律中几乎算不上什么,或干脆什么也不是。他们当中也许从来没有谁在行动中也真的这样相信。哈尔斯伯里爵士在昆因诉勒色姆(Quinn v. Leathem, 1901, A. C. 495, 506)案中说:“一个案件只是对它实际决定的那些问题具有权威性。我完全否认可以引证它来支持某个也许看起来是从它的逻辑中演化出来的命题。那样一种推理程式假定了法律必然是一个逻辑化的法典,而每个律师都一定会承认,法律不总是完全合乎逻辑的”。^①所有这些都可能是真实的,但是我们不能将真理推演得过远。逻辑一致并不因为它并非至善就不再是一种善了。霍姆斯在一句现已成为经典的话中曾告诉我们:“法律的生命一直并非逻辑,法律的生命一直是经验”。^②但是,霍姆斯并没有告诉我们当经验沉默无语时应当忽视

^① 参见,在 *Belfast Ropewalk Co. v. Bushell* (1918, 1 K. B. 210, 213) 一案的司法决定中,法官 Bailhache 说:“我无法确定是不幸还是幸运的是,我们的法律并不是一门科学”。

^② *The Common Law*, 第1页。

逻辑。除非有某些足够的理由(通常是某些历史、习惯、政策或正义的考虑因素),我并不打算通过引入不一致、无关性和人为的例外来糟蹋法律结构的对称。如果没有这样一个理由,那么我就必须符合逻辑,就如同我必须不偏不倚一样,并且要以逻辑这一类东西作为基础。人们不能在这一对诉讼人之间以这种方式决定案件,而在另一个类似案件的另一对诉讼人之间又以相反的方式作出决定。“如果有一组案件所涉及的要点相同,那么各方当事人就会期望有同样的决定。如果依据相互对立的原则交替决定这些案件,那么这就是一种很大的不公。如果在昨天的一个案件中,判决不利于作为被告的我;那么如果今天我是原告,我就会期待对此案的判决相同。如果不同,我胸中就会升起一种愤怒和不公的感觉;那将是对我的实质性权利和道德权利的侵犯”。^①如果两个案件都一样,每个人就都会感受到这种感情的力量。因此,如果要想让诉讼人确信法院司法活动是公平的,那么坚持先例必须是一个规则而不是一个例外。这样一种感情,尽管程度会有不同,但其根子就在于先例有沿着逻辑发展路线自我延伸的倾向。^②无疑,这种感情大大地得到强化,完全是由于人们在智识上强烈地爱好司法的逻辑性(*elegantia juris*),爱好形式与实质

^① W. G. Miller, *The Data of Jurisprudence*, 第335页;参见, *Nature and Sources of the Law*, 第420节;Salmond, *Jurisprudence*, 第170页。

^② 参见, Gény, *Méthode d'Interprétation et Sources en droit privé positif*, 第2卷, 第119页。

的对称。^①这种爱好是一种理想,对构成法律家阶层的那些职业专家一直有某种程度的吸引力。对古代的罗马法学家来说,这种爱好意味深长,要比它对英国法律家或对我们的意味要多的多,并且肯定要比对我们的法律客户的意味要更多。米勒在《法理学资料》中说:“法律客户很少关心这个案件是否‘漂亮’!他所希望的只是如何依据他可能获得的最佳条款来解决案件”。^②但是,即使这一点也并非总是如此。随着一种判例法制度的发展,从诉讼人利欲熏心的争议这样一些原材料中将最终产生出重要的且熠熠生辉的真理。那些偶然的和暂时的东西将产生本质性的和永久性的东西。以哲学方法塑造了法律的法官也许会满足于对形式和实质之对称的智识性渴望。但是,他所做的又不仅仅是这些。他也正在保持着法律对某种深层的和迫切的情感作出真切回应。或许,只有专家们才有能力测定他工作的质量,赞赏其重要性。但是他们的判断——法律家阶层的判断——会传给他人,并感染普通人的意识和普通人的确信。如果机会和偏好应当排除,如果人间事务应当受到高贵且公正的一致性的支配(这是法律观念的精髓),那么,在缺乏其他检验标准时,哲学方法就仍然必须是法院的推理工具。

① W. G. Miller, 同前,第281页; Bryce, *Studies in History and Jurisprudence*, 第2卷,第629页。

② 同上,第1页。

你们可能会说我的这些话中有一种令人无法忍受的含混。如果在没有更好方法时就应当使用哲学的方法，那么就应当提出一些比较合适的检验标准。在我结束这一讲演之前，我希望勾勒——尽管只是以最粗略的纲要——应当支配方法选择的一些最根本的考虑因素。就事物的性质来说，从来也不可能将这些检验标准编成精确的目录。许多工作都必须留待工具使用的熟练，而这要工艺实践来发展。这里有的只是一些提示，一些建议，而其余的都必须委托给这位艺匠的感觉。但是，就现在而言，能将这种哲学方法确立为多种推理工具中的一种，我已经很满足，而具体选择哪种方法我以后再讨论。非常可能，为了把它确立在这样一个并不很高地位上，我所花费的劳动已经太多。因为，首先，在耶鲁大学法学院，它的这种地位就不会受到挑

37 战。我之所以这样说是因为从这所学院的一位杰出教员——已故的韦斯利·纽康姆·霍菲尔德——的著作中，我就发现了对这种方法的重要性的认可并给人深刻印象，还发现了一些正当运用了这种方法的最令人快慰的例证。他关于《司法推理中所使用的一些基本概念》的论著实际上是一个请求，要求对这些基本概念有更为清晰的分析，要求对它们的哲学意蕴、它们的逻辑结论有更为一贯的展开。我并不打算说，他所持的观点是逻辑结论总是必须遵循分析所提出的概念。“没有人比他更清楚地理解，尽管分析性技术是一个不可缺少的工具，但对律师来说，它并为不是