

您的位置: 首页 >> 阅读文章

阅读文章

Selected Articles

使用大字体察看本文
阅读次数: 343

卡多佐的司法哲学

理查德·A·波斯纳 张海峰 译

著名法律学者艾丁·W·帕特森(Edwin W. Patterson)在他1947年的作品中认为,卡多佐在“非职务作品中更加清楚地解释了自己的法律哲学,这些作品可能比他作为法官的法律意见书更加有生命力”。[1]迄今为止,这一预言是错误的。这并不是有意贬低这些作品:其中最好的作品---《司法过程的本质》---自它出版以来一直是一部引证率很高的法理学作品。根据索引杂志的统计,1966年(有社会科学索引的第一年)到1988年之间,该书的年平均引证率是28.4次。这可以和同一时期的霍姆斯(Holmes)的《普通法》的年平均引证率41.6次进行一下比较--它被认为是美国人写得最好的一部法律著作。哈特(Hart)的《法律的概念》之前的法理学著作没有一部能有和它相同的引证率,除了霍姆斯的论文《法律的道路》,[2]这是一部可能比《普通法》还要引证频繁的作品。

卡多佐其他的非职务作品很少被引证,所有加起来的年平均引证率还不到《司法过程的本质》一书的2/3。

尽管引证的频繁标志着它是一部经典,也还有相当数量的读者,不过它是法律圈子里的旧帽子,这点却是几乎没有什么可讨论的,事实上也是这么被认为的。部分是因为格利摩尔(Glendon G. G. Glendon)提到的理由--它的核心内容并不具有什么新意(今天我们不就认为法官不仅仅是自动售货机吗?)--部分是因为它的内容是从霍姆斯那里派生出来的,不具有原创性。相对于现代人对卡多佐的非职务作品反应不太热心的情形,他在契约法、侵权法和其他领域里的法律意见书仍然是教学和学术讨论的样本;岁月并不能磨去它们的光辉。现代学者对《司法过程的本质》的评论是有疑问的。卡多佐为反对法律形式主义而写的作品并没有死去,它已经从过去的冬眠状态中苏醒过来了。(3)卡多佐对法律形式主义(把法官视为计算机器)的批评一直受到人们的关注。尽管经过事后的考察,《司法过程的本质》一书中几乎所有的观点都可以在霍姆斯的大量作品中寻找到它们的萌芽--事实上,霍姆斯是一个更有启发性的思想家--卡多佐的著作,尤其是他被忽视的文章《法理学》(《卡多佐著作选集》7),是霍姆斯描述的实用主义立场的一种经典性的深入展示,是更进一步的发展--法律现实主义者在《司法过程的本质》之后提到了这一点。

我认为,当前对卡多佐作品的贬低大部分都在于它们的风格,要比法律意见书的风格华丽,也有法律意见书风格多彩的印象。卡多佐的风格是我研究的焦点,开始的时候我就已经提到对它的评价有两种截然不同的观点:一种认为简明清晰,另一种认为精巧华丽,评价是如此的不一。卡多佐写作时,有时简明清晰,有时精巧华丽。前者主要在他的法律意见书,后者在他的非职务作品中比较明显(尽管不占绝对优势)。这里有一个例子--并不是孤立的--来自《法律的成长》(1924)一书,“逻辑之刀不通人情,法官似乎没有选择,时常得出冷酷无情的结论。他们痛惜这种牺牲的仪式。他们在执行时熟视无睹,手起刀落时,坚信这是职责所在。牺牲者被摆在常备的祭台上,奉献给法理学诸神。”

(《卡多佐著作选集》p. 215)。大量的--甚至有点夸张的--比喻,一种文学修辞的笔调,经常性的短句,导致了行文过程中的戏剧性氛围--风格夸张这一特征在卡多佐的散文作品中是很普遍的,正因如此,就给人们造成了一种普遍的印象,即,卡多佐的作品是过时的、难以读懂的经典。这是一个遗憾,因为(内容除外)这些作品当中还有许多用词凝练、“丰富”的散文。《司法过程的本质》中就有这么一个例子,在引用了约翰·马歇尔(John Marshall)在Osborn v. Bank of United States案中夸张的宣言后,即,“司法部门”在任何情况下都没有自己的意志??司法权行使的目的不是赋予法官的意志以效力,而总是赋予立法者的意志即

更多▲

特聘导师

法学所导航

走进法学所

机构设置

《法学研究》

《环球法律评论》

科研项目

系列丛书

最新著作

法学图书馆

研究中心

法学系

博士后流动站

学友之家

考分查询

专题研究

五四宪法和全国人大五十周年纪念专栏

最新宪法修正案学习与思考

公法研究

电信市场竞争政策

证券投资基金法

法律与非典论坛

法官的意志以效力。"[4]卡多佐写道,"这话很崇高也很漂亮,但从来只有部分是真实的。马歇尔自己的法官生涯便是这一事实的突出例子。这一理想远在人的能力所能达到的境界之上。马歇尔在美国宪法上留下了自己思想的印记。我们的宪法性法律体系之所以如此,是因为他在其尚具弹性和可塑性之际,用自己强烈的信念之火塑造了它。"(pp. 169 - 170)。最后一个句子是美妙的,部分归功于它恰当地用比喻表达了法律的一个重要真理。

这里有一段来自《司法过程的本质》中更加著名的文字,其中一个夸张的比喻是用来观察--法律中难以企及的确定性--同约翰·马歇尔的那段文字很相似:在我就任法官的第一年,内心一直苦于在我航行过的大海上找不到任何痕迹。

我寻找法律的确定性,当发现是徒劳时,我很压抑、沮丧。我试图到达陆地,到达有固定之既成规则的坚实陆地??岁月流逝,我常常反思司法过程的本质。我已经安于法律的不确定性了,因为我慢慢领悟到,这是不可避免的。我渐渐明白,司法过程的最高境界不是发现法律,而是创造法律(p. 166)。

我对卡多佐的作品进行了大胆的改良,在布朗宁(Browning)作品的协助下,通过删除内部的比喻,即,那些使干涸的陆地变成天堂的比喻,删除那些为了强化提及的创造效果而产生的比喻。卡多佐的作品中经常出现--很少出现在他的法律意见书中--语句冗长、引用过度、修饰繁多的缺点。不过去除这些多余的修饰,作品的价值就显露出来了。

卡多佐的作品质量不一,但是不能像他的贬抑者那样,用他最差的作品来评价。[5]

平均来说,它要超过现代学者和法官的作品,有时,它还是精品。

卡多佐法理观点的主旨要比表达它们的风格重要得多(我不会给出和他的法律意见书同样的评价),那么让我们看看他的法理观点吧。[6]卡多佐并不关心整个法理学,而只是关心其中的司法理论,尤其是普通法的司法理论。普通法的法官如何从事审判事务?

什么程度上他们的理想是确定、客观的?法官个人价值的核心是什么?更宽泛一点的话,什么是司法判决的渊源?《司法过程的本质》就是从这些问题的考察开始的,他宣称普通法法官分析一个新到手的案件的起点是从以前的一个先例或一系列先例中抽象出一个原则,然后根据抽象出来的原则的初步印象,"在一致和合理的范围内,把它适用和扩展到新的案件中。"(p. 31)卡多佐称这种法律推理的风格为哲学方法,并把他归结为三段论推理和类推推理,像传统法律人的一般用法一样,后者被称为准三段论推理。[7]

卡多佐深知哲学方法的局限性,然而,他从哲学方法开始,象征着他对所要解决问题的神圣性表示谦虚和尊重。他举了Riggs v. Palmer案,[8]作为这些局限的例子,用卡多佐的话来说,"遗嘱人合法处理财产的意思表示具有约束力的原则"、"民事法院不能增加罪犯的痛苦与惩罚的原则"和"无人能够从他的不公正或错误行为中获益的原则"之间的竞争(p. 41)。最后一个原则获胜了---为什么?"因为在司法的观念当中,选择那些能导向正义的原则。"(id)所幸,卡多佐没有满足于这一陈腐的结论,指出"拒绝罪犯从犯罪中的获利所服务的社会利益要比维护并强制执行法律规定所有权的的社会利益更为重大"(p. 43)。简言之,这里,卡多佐想要建立法律的工具性概念。不过,Riggs案所提到的工具并不有效。或许,卡多佐强调遗嘱人的意思会做得更好。如果问遗嘱人是否愿意让谋杀他的人继承他的财产,回答"不"的概率就很高。这么高的概率表明,剥夺谋杀者的继承权,是尊重遗嘱人的意思的,而没有人为的意思。尊重他的意思表示,促进临死时对财产的自由处置,是我们执行的法律意志,是主要的目的,尽管不是惟一的。其他的目的是防止潜在继承人的欺诈和过错--不过这些目的,也是导致Riggs案结果的原因。

解决法律政策之间冲突的建议途径,通过法律形式把一个社会政策问题转化为一个规范解释问题,忽略那些容易类比化的社会政策的"衡量",尽管这种主张是经验性的。

这恰恰说明,我们已经学会了规范解释,由于卡多佐的作品几乎是在70年前的--对这一点没有什么好批评。建议的途径本身也并不十分满意。在Riggs案中,如果遗嘱人表示,即使受遗嘱人谋杀他,他也愿意把他的财产交给受遗嘱人,那么我想,法院也不会执行他的意思。可能如卡多佐所说,最后都要归结到公共政策这一点上来。尽管假设很不现实,我认为总体上还是可以令人满意的。

哲学方法之后,就是历史方法。这里没有多少新意。卡多佐追随霍姆斯,强调了解在目前的适用范围和程度内规则渊源的重要性。他有一句非常好的格言:"历史在反映过去的同时,会反映现在;在反映现在的同时,会预示未来。"(p. 53)

接下来是习俗方法。卡多佐并不像伯克(Burke)或布莱克斯通(Blackstone)那样把习俗想像得过分伟

大,习俗是一个明显具有限制的词语,即与习惯相一致---例如,在过失侵权法中,一般注意的概念是如此重要。习惯被认为是"保持着行为与秩序、生活与法律之间的互动"(p. 64)。把习惯视为生活与法律之间的桥梁,很自然就会导向"在我们时代和我们这代人当中变得最强大的力量(塑造法律),即在社会学方法中找到出路所表现出来的社会正义的力量。法律的最终动因是社会福利。失去目标的规则不能证明其存在的合理性。"(pp. 65 - 66)。社会学方法一词是不幸的,尽管即使最轻视社会学的,也承认在这一领域(我会在第四章中举例)有一些,可能较多的好作品,对《司法过程的本质》的现代读者来说,"社会学方法"是失败的社会科学名词,就失败在于缺乏鲜明成熟的方法。

"社会学方法"似乎是一种重复修饰,或者最多是虎头蛇尾。不过卡多佐并不是指一种具体的社会科学。他的关键词是"社会福利"。法律引导的判决结果,应当考虑各种因素,包括规则、学说和社会福利机构。卡多佐宽泛地界定道:"(社会福利可以)涵盖许多有些许联系的概念,可以用来指称一般意义的公共政策或共同体的善。在此类情形下,社会福利的要求常常仅是有益或谨慎。另一方面,社会福利也可能指通过坚持社区习俗中表现的正确行为,获得社会收益。在此种情形下,社会福利的要求便是宗教、伦理或社会正义感的要求。"(p. 72)

然后,卡多佐描述司法的方法,法官(和立法者一样)根据社会福利的指引向前进。

普通法的规则是社会福利的工具,必须以社会福利来检验各种规则,当然,也要考虑牵制司法改革脚步的法律稳定,不过如果测试不合格,那么这些规则就应当被改变和废弃。

"我们的时代很少建立如此完善的规则,以致不需要在某一天要求其证明自己为适应某一目的而存在的正当性。一旦它们不能发挥作用,便有问题了。一旦有问题,它们就不会再繁殖种类。有时它们会被切断,甚至连根拔起。有时,它们会幽灵般地继续存活下来,不过已经被绝育、阉割,难以为祸了。"(pp. 98 - 99)在这个精美的比喻当中坚决主张,旧有的、已经建立的、传统的、固定的规则的调整标准就是它们是否适合目前的需要,这里我们可以看到约翰·杜威(John Dewey)的影子;这足以让人相信,在卡多佐的一些文字中我们可以读到"普通法的法律哲学从根本上是实用哲学。其真理是相对的,不是绝对的。"

功能良好的规则会赢得为人们承认的权利凭证??最终的选择原则对法官和立法者相同,即适合目的原则"(pp. 102 - 103)。这些相对主义、达尔文主义、方法目的论,以及考虑目前人们的需要等都是发端于杜威。卡多佐后来的(更多是在脚注中)作品中有大量杜威的引证(《卡多佐著作选集》9, 24, 29, 221, 233, 250, 268, 290 - 292, 336 - 337),保留了大量受杜威影响的文字。《法律科学的悖论》中就有两段,"我的桥梁是试验。在我之前的法官和立法者没有开垦过的领域里,我甚至没有办法在一条最窄的小溪上建桥,也没有办法完全相信它的安全。"法律事务是"一种妥协,一种调适、不断地变换方法以适合目的,强调法律真理的相对性"(《卡多佐著作选集》252、302)。《司法过程的本质》中有相关的总结:"每一个新案件都是一个试验。"(p. 23)

事实上,卡多佐的作品为我们认为的实用主义法理学做了最充分的阐述。虽然他所讲的关于实用主义法理学的其中很多,可能是绝大多数,霍姆斯已经大致勾画过了[9],但是,卡多佐明确的表述不仅充分发展了霍姆斯(的理论),而且更加清楚、更加直接、更加连贯一致。霍姆斯贴有实用主义者的标签,但他并不一直都是实用主义者。[10]不过,我们应当把实用主义学者的检验用到卡多佐身上,然后问,他的法理学实践结果怎样?它给法官提供了什么正确的东西?部分是提供了工作的不同的态度,态度对工作是很重要的。部分是方法论---今天非常熟悉,可是由卡多佐提出来的---各种相互竞争的法律原则后面的社会利益被确定,(大致说)是在一个案件中,各种法律原则相互竞争,怎么来衡量并决定。卡多佐法理学中最具体的因素有助于提示我们解释他自己的司法实践:法官试图粘合法律和在外行之间正义概念的缝隙。法官是一个职业团体。它的理想趋势是追求譬如职业共同体内部概念的整齐等。"职业展示"在法律中获得了高度的赞扬。卡多佐的社会学方法把法官从技艺价值中脱离出来,转向社会福利的考虑,社会福利体现在"正常人的习惯性道德"中(《司法过程的本质》106)--是一种沉思或永久型公众观点,明显区别于冲动和暂时的类型。相似称呼的"习俗方法"也是同样的引导方向。

尽管道德会让人想到自然法,社会学听上去却与此相反。卡多佐明确指出,他的"社会学方法"允许自然法在制定法律过程中扮演适当的角色---相当程度上淡化了自然法和实在法的差异。"自然法不再被认为是永恒静止的,也不再被认为是超越人法或实在法之上。当其他法律渊源难以起作用时,自然法也会成为制定人法或实在法的材料。"(p. 132)法官是实在法的创造者,体现在自然法中的道德原则是他的创造原料的一部分。把自然法和实在法混和起来,其他方面(诸如对Riggs v. Palmer案的迷恋)也是,证明卡多佐是罗纳德·德沃金的先驱。[11]

我所引卡多佐作品中的每一处都是雄辩而又明智的,不过很多都很模糊,这是一个严重的缺点。《法律的成长》承认"社会学方法的价值目前在很大程度上是被忽视的"(《卡多佐著作选集》223)。法官在决定

是否改变、废弃还是坚持一个规则的时候,要考虑社区。不过“如果你问我法官是如何得知此一利益超过彼一利益的,我只能回答,法官同立法者一样,是从经验、研究和沉思中获取知识的,简言之,法官是从生活本身获取知识的”(《司法过程的本质》113)。这比没有用的建议更糟糕,因为它显得对难以引导的司法擅断表示了许可。卡多佐立即做了撤退,它提醒法官不可能是一个“真正的”立法者,“两者所制定的是有差别的”(id)。不过,这种保留的界限并不清楚,因为“(法官)能不越出空隙之围墙而走多远,这是难以用一张表来标示的。法官必须自己去获取那种感觉,就像艺术家经过多年的艺术实践,才能获得那种适度比例的感觉一样??尽管如此,在这些空白以及先例、传统的限制范围内,仍会有一些带有创造性痕迹的自由选择,因此而产生的法律不是发现的,而是创造的。这一立法性的过程,要求法官具有立法者的智慧”(《司法过程的本质》113 - 115)。

这些文字可能提示耐心的读者放弃把《司法过程的本质》作为围绕在霍姆斯主义者[12]的主题周围的一系列优美的修饰物,把法官如何判决这一基本问题放到了公共领域(事实上是如何划分领域)。读到《法律科学的悖论》中,法律“会遵循或努力遵循社会视为智慧、善良的男女的道德原则和习惯”(《卡多佐著作选集》274),这也没有什么帮助,这里没有社会的观点。

不过,忽视卡多佐的法理学或许是错误的。它(给法官)提供了方向--至少有一些方向。在《司法过程的本质》结尾有一段重要的文字,卡多佐所持的那种标准观点,就像在1921年时一样,在今天仍然被广泛地相信,那是一种实用的、工具性的、政策方向的法理学--换句话说,是一种从外在社区的道德标准中获得提示的法理学--难以避免地浓缩法律的确定性、预测性,结果使得法律正义和实质正义一直处于紧张状态,总是互相排斥,永远无法并行不悖。

如果自然法--在我前面使用这一术语的意义上--在先例和习惯没有或不适用时,没有为法官提供主要的判决规则,那么,判决之前,为完成交易提供规则且由司法判决创制法律的制度,其所遇到的困难和压制是令人难以忍受的。同意这一方法的基础在于相信,法官在法律尚留有未被任何既存规则覆盖的情景中,无所作为,除了那些有公正的裁判者宣布何者为公平、有理。如果熟悉社区生活之习惯及社区中通行之正义、公平交易的规则,遇到此类情形应当如何行为,这别无规则,除了规范他们行为的习惯和良知之外。人们的感受是,如果体现在判决中的规则由制定法事先宣布,那么,正常人的行为,十之八九不会与此类规则有所差异。在极少数案件之中,无知被视为可能会影响双方利益。(pp. 142 - 143)

在实在法有着明确的缺陷时,人们会根据他们的商业标准和其他社区标准来行为。

在法律和这些标准相结合的范围内,如果它把一种欺骗的技巧,违反直觉的、鲜为人知的规则强加在外在社区之上,那么,法律不会击败人们的合理预期。

《司法过程的本质》和霍姆斯的更早一点的作品《法律的道路》(脚注2)一起,有力地推动了繁荣于19世纪20、30年代,在二战中逐渐消失的法律现实主义运动。1932年,卡多佐在纽约州律师协会上做的关于法理学的演讲(《法理学》,见《卡多佐著作选集》7),可以作为他一个法理学作者结束自己职业的标志,其中他对法律现实主义的过激观点提出了温和的批评。我相信--尽管这会把我带得太远以致我不能解释我的信仰背景--法律现实主义没有什么复活的迹象,这在卡多佐的法理学作品里有着更加清楚恰当的表述。他的法理学的局限性就是实用主义法理学的一般局限性。

我已经从法理学的贡献这个角度,对卡多佐的作品进行了描述。它们是如我描述的,但又不仅仅如此。它们是一位法官试图说清楚他的审判方法的努力。在这一点上,有别于霍姆斯的作品。即使是在他成为法官以后的作品,如《法律的道路》,霍姆斯也不是从一个特殊的可以辨认的法官立场来写作的。它们没有直接说霍姆斯是如何判案的,尽管有许多可以推断出来。《司法过程的本质》是第一次由一位法官解释如何进行审判推理的系统性的努力。它也是第一次由法官清楚的说明他的关于实践判断的司法哲学的严肃的努力--我的“严肃”是指一种超越虚假的司法放弃者(在约翰·马歇尔Osborn案的法律意见书中有段很有代表性的文字)标准的努力。尽管格利摩尔认为卡多佐对司法过程的(接近于)现实描述导致了他受到指责,是确实的。卡多佐是第一个试图做这种描述的法官,并且他所做的是我们能看到的当中最好的。这就在提示我们,我们可能在评价一位杰出的法官,至少是一位能清楚地说明自己对司法功能的感受的杰出法官。接下来我们要考察卡多佐在多大程度上,通过什么方法来实践他在自己的法律哲学著作中提出来的司法观点。

注释:

* 本文翻译自理查德·A·波斯纳:《卡多佐:声望的研究》(Cardozo: A Study in Reputation)的第二章:“卡多佐的司法哲学”(Cardozo's Judicial Philosophy),芝加哥大学出版社1990年版。

[1]参见艾丁·W·帕特森在《卡多佐著作选:第谷·布拉赫的选择》(Selected Writings of B

enjam in Nathan Cardozo: The Choice of Tycho Brahe, Margaret E. Hall ed. 1947)中的"序言"。文中参考的卡多佐的非职务作品,本书做了完整的统计,只有一本例外,即,《司法过程的本质》(The Nature of the Judicial Process, 1921),此书仍在不断印刷,仍有着广泛的价值。我摘录了该书的原始页码数。

[2]10 Harvard Law Review 457 (1897) .

[3]在《法理学的问题》(The Problems of the Jurisprudence, 1990)一书中,我讨论了形式主义的复兴。

[4]22 U. S. (9Wheat.) 738, 866 (1824) .

[5]我在《法律与文学:被误解的关系》(Law and Literature: A Misunderstood Relation) 293 - 296 (1988)中有一个错误的判断。我坚守对卡多佐在Palko v. Connecticut, 302 U. S. 319, 328 (1937)一案中不断变换比喻的批评,过多戏剧性修饰语的运用,在死亡案件中不和谐的、有分析性的误导的运用。但在我的讨论中也已经暗示了一点,这种运用并不具有代表性。

[6]关于卡多佐法律哲学的一个很好的讨论,参见艾丁·W·帕特森在宾夕法尼亚大学《法律评论》第88期上的主题文章, 71 (part. 1.), 156. (part. 2.) (1939) .

[7]波斯纳,见上面注3,第2章。例如占有规则,普通法承认对石油和天然气的财产权益,是在与野兔和其他野生动物权益的"类比"中得出的。第一步是从上述野兔的案例中抽象出这样一个规则,即具有短期价值的资源就是财产权益的客体。第二步是将该规则推导性地适用于新的短期价值资源,如石油和天然气。参见Hannonsv. Central Kentucky Natural Gas Co. , 255 Ky. 685, 75 S. W. 2d 204 (1934) .

[8]115 N. Y. 506, 22 N. E. 188 (1889) . 孙子谋杀了自己的祖父--祖父已经在遗嘱中指定由他作为自己的遗产继承人--(因为)担心祖父可能改变他的遗嘱。这里的问题是,将遗产留给凶手的遗嘱是有效的。法院判决凶手不能得到遗产,且阐述了有力的反对理由。

[9]特别参见, "The Path of the Law",见上面注2。

[10]The Problems of Jurisprudence, 见上面注3,第7章。

[11]参见《法律帝国》(Law's Empire, 1986) 。该书使(我们)更加难以理解德沃金对实用主义的表面指责(Id. at151 - 164) , 和他对卡多佐所坚持的法律是"浪漫艺术"观点的批判(Id. at 10, 417 n. 7.)道德,要衡量社会利益,比较真实的社会利益和立法机构关注的规则的连续性和稳定性。

[12]South Pacific Co. v. Jensen, 224 U. S. 205, 221 (1917) (dissenting opinion) , 这里霍姆斯将法官描述成关注利益的立法者。

来源: 中国民商法律网 (原载于《比较法研究》2005年第4期)

[返回](#)

[网站简介](#) | [招聘信息](#) | [投稿热线](#) | [意见反馈](#) | [联系我们](#)

Copyright © 2003 All rights reserved 中国社会科学院法学研究所版权所有 请勿侵权

地址:北京市东城区沙滩北街15号 邮编:100720

[RSS](#)