



您的位置: 首页 >> 阅读文章

阅读文章

Selected Articles

作者授权 本网首发

更多▲

使用大字体察看本文
阅读次数: 1976

遵循先例：原则、规则和例外 ——卡多佐的司法哲学观

刘作翔

一、卡多佐其人经历

卡多佐的司法哲学是同他长期的司法经历分不开的。卡多佐1870年5月24日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^①，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，包括雷姆斯本人，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期间，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。1938年7月9日，卡多佐去世。可见，律师、法官，构成了卡多佐一生的人生经历。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。他的主要法学著作有《司法过程的性质》1921，^②《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。其中最能体现卡多佐思想的就是《司法过程的性质》一书。^②

二、法官的角色和职责

卡多佐将整个司法过程比喻为一个“酿造一种化合物”的过程，而法官参与了这一酿造过程。他说，当一个法官决定一个案件时，他到底做了些什么，他用了什么样的信息资源来作为指导，他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，在什么时候他会拒绝遵循这一先例，当没有可以适用的先例时，他又如何获得一个规则而同时又为未来制定一个先例，如果他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

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
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

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他个人的或共同的关于正义和道德的标准面前止步。他说, 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, 酿造成各种奇怪的化合物。他说, 到底是否应当允许法官酿造这样一种化合物, 对此他无心探究。因为他是一个“法官制定法”的信奉者。他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。他说, 在我们面前, 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——调整了输入的成份。这些成份也许并非某一时刻为所有法官都接受的同一原则, 也并非某个法官在所有时刻都接受的同一个原则。但是, 还是有一个选择的问题, 而不是听任命运之神的摆布。卡多佐将法官决定其选择的因素区分为两类, 一类是有意识的, 一类是下意识的。第一类因素通常贴近表层, 相对来说, 区分和标示它们会更容易一些, 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。而第二类因素即下意识, 是那些深深掩藏在表象之下的力量。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。他引用实用主义哲学家詹姆斯的话说, 我们每个人都有一种支撑生活的哲学, 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“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。卡多佐的上述观点, 是想说明, 一个法官在参与“酿造化合物”的过程中, 受各种因素的影响, 而这些影响因素并不是随意的、任意的, 而是受一些表层的显性的即有意识和深层的隐性的即下意识的支配, 并且, 这种支配力量也是一个法官在长期的生活中经由各种因素而得来的。

在普通法国家, 法官的职责是什么, 这也是西方法学一直关注的问题。卡多佐关于法官的职责, 为我们作了如下的解说, 他说, 一个法官在确定一种“化合物”的比例之前, 必须了解将予以混和的成份。因此, 我的第一个追问应当是: 法官从哪里找到体现在他的判决书中的法律。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这样, 但经常又不仅仅如此。在赋予一个制定法以含义时, 确定立法意图也许是法官的最小麻烦。他引用格雷法官的话说, “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。”希鲁特也说到: “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”。卡多佐说, 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, 并通过自由决定的方法——“科学的自由寻找”——使审判结果与正义相互和谐。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”。卡多佐说, 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, 也即不能因为存在着司法权的滥用而不授予司法权。其他权力也是如此。除了法官的人格外, 没有其他东西可以保证实现正义。他说, 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, 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。解释被充了这个宣言, 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。

在卡多佐看来, 法官作为法律的解释者, 是有前提条件的, 这个前提条件就是当宪法和制定法出现空缺时, 或含义不明确时。他说, 有时宪法或制定法的规则很清楚, 因此, 法官解释法律的困难就会消失。只有在宪法和制定法都沉默时, 我们——即法官——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。用布来克斯通的话说，法官是“活的法律宣示者”。由引，我们可以了解，卡多佐将法官的角色和职责定位为法律的解释者。这也是卡多司法哲学理论中的核心观点。

三、司法过程

对于普通法的司法过程，也即在普通法国家的法院，法官是如何一步一步的审理案件和裁决案件的，我们顶多只能看到一些粗略地描述，而看不到更详细的介绍，如判例法制度到底是如何运行的，先例又是怎样被遵循的，等等。幸运的是，卡多佐为我们作了以下较详细的描述：

一个法官在接手一个案子时，他所做的第一件事就是将他眼前的案件同一些先例加以比较，无论这些先例是贮藏在他的心中还是躲藏在书本中。卡多佐辩解道：我并不是说，先例才是法律的终极渊源，它们提供了武器库所需要的唯一装备，提供了“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。他说，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。发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。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。色彩最接近的样品案件提供了可以适用的规则。

描述到此，我们会以为普通法系法官的工作如此简单，其实不然。卡多佐笔锋一转，开始了他真正的阐发。他说，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——只要他还配得上他的职务——会如此狭隘地看待他任务的功能。他说，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能力的人也就成为最睿智的法官了。他说，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。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。

先例为什么会有如此之大的力量 为什么要遵循先例 这是理解判例法制度的深层问题。卡多佐将此归诸于人类的习性。他论述道：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。他引用雷德林克的话说，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”。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。一旦判决宣布了，它就成为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。他说如果要寻找产生这种倾向的心理基础，我们就会发现它的基础在于习性。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。我在此还想补充一点，即先例之所以有力量，乃在于人类对既往经验的尊重，和人类寻求公正的努力。因为在司法判决过程中，同类案件得到同样的处理结果是一个最基本最原始最普通的公正要求，而遵循先例恰好能满足人们对这一公正要求的愿望。

卡多佐接下来论述到，遵循先例也不是一个绝对的原则，先例也要接受实践的检验，在实践面前，有些先例也是要被改造或废弃的。他说，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。他说，这个过程已为芒罗·史密斯令人钦佩地表述如下：“在以规则和原则的形式清晰地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。”为了说明规则被修正，被重新塑造这一问题，卡多佐列举了一个例子，他说，50年前，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。当时大量的例子是那些出于使邻居不便的恶意而建立的篱笆；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。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

人们试图用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，甲永远不能在自己的事务中干任何目的在于伤害他人的事情。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。卡多佐最后对此总结道：一位文学批评家曾说，“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。”他说，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。法律规则中的多数变化如由绝对责任原则到过错责任原则，诉权的不可转让到可转让等等都是法官造成的。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 *b e c o m i n g* 。他说，我们又回到了赫拉克里特。

四、法官判案：并非单一的方法和单一的因素

一名法官在决定一个案件时，是由哪种方法和受哪些因素决定的和影响的。这是我们一直关心的问题，也是法律推理、法律解释、法律判决理论的焦点问题。我们知道，一般而言，在大陆法系，法官判案所采用的方法是演绎性的，遵循的是形式逻辑的路径，即大前提法律，小前提案件事实，最后推出结论，即判决。而普通法系一般采用的方法则是归纳性的和类比性的。归纳的方法是从一系列已决案件或判决即先例 归纳出一般的原则，再把归纳出的原则适用于新的案件；类比的方法则是把待决案件和已决案件即先例 进行区别，找出其相同点和不同点，再综合判断，最后确定比照的判例进行判决。但这种一般性的解说仍不能满足我们对此问题的深入了解。我们来看看卡多佐对此问题的分析。

卡多佐说，在法律的流变中，法官们所面临的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；然后，他必须确定该原则将要运行和发展的路径或方向。而关于一个原则会沿着何种路线起作用这一问题，卡多佐将其划分为四种路径，也即四种方法。他说：“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。”卡多佐所说的这四种方法，实质指的是法官在决定一个案件时，对他起决定性作用的思维方法和选择规则。

第一种方法：逻辑的类推规则或哲学的方法。卡多佐说，他之所以将这一方法置于这些选择规则之首，并不意味着认为它是最重要的。相反，它经常让位于其他方法。他之所以将它列为首席，是因为它有一个在他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。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。

卡多佐针对有一些法官、学者对这种哲学的即逻辑发展的原则的轻视，以及认为“法律不总是完全合乎逻辑的”的观点说，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。他说，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”。他说，但是，霍姆斯并没有告诉我们当经验沉默无语时应当忽视逻辑

这是我迄今所看到的对霍姆斯这句名言最精彩的注脚。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。之所以要遵循逻辑的一致性，是因为人们不能在这一对诉讼人之间以这种方式决定案件，而在另一个类似的案件的另一对诉讼人之间又以相反的方式作出决定。他引用米勒先生的话说：“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。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。于是，我

们由此得知遵循先例的深刻根源在于它符合人们对公平的追求。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。这种感情大大地得到强化，完全是由于人们智识上强烈地爱好司法的逻辑性，爱好形式与实质的对称。卡多佐说，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。他说，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。那些偶然的暂时的东西将产生出本质性和永久性的东西。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。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。

在对逻辑的哲学方法予以如此之高的评价和推崇之后，卡多佐也向我们指出了逻辑方法所面临的挑战和问题。他说，逻辑的指导力并不总是沿着独一无二且毫无障碍的道路发挥作用。一个原则或先例，当推至其逻辑极端，也许会指向某个结论。而另一个原则或先例，遵循类似的逻辑，就可能指向另一个结论且具有同样的确定性。在这一冲突中，我们就必须在这两条道路间作出选择，选择这条或那条，或者是开出第三条路来，而这第三条路将或者是两种力量合力的结果，或者代表了两个极端之间的中间位置。卡多佐以著名的里格斯诉帕尔默案作为冲突的例证。这是一个遗嘱继承人杀死被继承人而欲继承财产的案件。在这个案件中，有一些相互冲突的原则在争夺对此案结果的支配力。其中的某个原则取胜了，而所有其他的原则消失了。此案中有三个原则在相互较量：第一个原则是立遗嘱人依据普通法处置其财产所立遗嘱具有约束力；第二个原则是民事法院不得对罪行增添施加痛告和惩罚；如果将这两个原则推至其逻辑极限，就使谋杀立遗嘱人的财产继承人享有继承权。但是，法官在审理此案中，发展了一个在这两个原则之上的更为一般的原则，它深深扎根于普通的正义情感中，这个原则就是：无人应当从他自己的不公中获利或从他自己的错误中占便宜。这一原则的逻辑战胜了其他原则的逻辑。在这个案子中，厄尔法官之所以作了这种选择，遵循了一条道路，而关闭了另一条道路，就是因为在他的心目中有这种确信，即他所选择的道路导向了正义。卡多佐说，诸多类推和先例以及它们背后的原则都被摆到一起，相互争夺着优先权；但最终，那个被认为是最根本的、代表了更重大更深远的社会利益的原则打得其他竞争原则落荒而去。谋杀者由于谋杀而失去了遗嘱继承权，这是因为不允许罪犯从犯罪中获利——这一原则所服务的社会利益比维护并强制执行法定所有权——这一原则所服务的社会利益更为重大。卡多佐说，这就是一个司法过程的缩影。

卡多佐认为，法律概念和公式是从先例到先例成长起来的。一个决定的隐含意义在一开始时也许是含混的，其后由于评论和阐述，新的案件抽出了它的精髓，最后，就出现了一个规则或原则，成为一个渊源，一个出发点。从这里将开始一条新的前进路线，将依据它来衡量一个新的进程。有时，人们会发现，对这个规则或原则的系统阐述过于狭窄或过于宽泛，必须重新予以构造；有时，人们接受它为此后推理的一个先决条件，而忘记了它的起源，它变成了一个新家族，它的问题同其他因素联为一体，并一直渗透在法律中。你可以随意称这种过程是一个类比的过程，逻辑的过程，或者哲学的过程。但无论你怎样称呼它，它的精华都是从一个规则、一个原则或一个先例引申出一个结果。在某个领域内很起作用的一个规则，或者是在那个领域内而不论是在一切事件中显露出其作用的一个规则，会延伸到另一个领域。启示它们的都是同样对于一贯性、确定性、计划和结构的统一性的渴望。它们都扎根于心灵对一个更大、更具包容性的统一体的不断追求，就是在这个统一体中，各种分歧将得以调和，而各种反常都将消失。这也许正是卡多佐所推崇的判例法制度的魔力所在。

第二种办法：历史的方法或进化的方法。在对哲学方法或逻辑方法阐释之后，卡多佐同时也看到了哲学方法的局限性。他指出，一个原则有自身扩展直到其逻辑极限的倾向，这种倾向也许会为另一种倾向所抵消，这就是，一个原则本身的历史限度会限定其自身。他说，哲学的方法与从其他方法中找到其市场的另外一些倾向会发生竞争。这些其他方法中就有历史的方法，或进化的方法。而历史的方法和哲学的方法并非总是对立的，他们两者之间有一定的重合。用霍姆斯的话说，经常的情况是，历史的影响为逻辑清扫路径。卡多佐说，司法的发展也许是逻辑的，但总是可以发现先例的指导力量。

那么，究竟什么是历史的方法呢？通过阅读，我们可以发现，卡多佐所说的历史的方法实际上就是法律发展中历史的影响。他说，某些法律的概念之所以有他们现在的形式，这几乎完全归功于历史。除了将他们视为历史的产物外，我们便无法理解他们。在这些原则的发展过程中，历史的支配力有可能超过逻辑或纯粹理性。而另外一些法律概念，尽管他们当然也有一段历史，但在更大程度上是受到理性或比较法理学的影响而形成和变化的。在这些原则的发展中，逻辑的支配力有可能超过历史。有时，一个问题会既适合于这种方法也适合于另一种方法，在这种情况下，习惯或效用的考虑就经常会出现，来调整方法的选择，剩下的部分也许就得由法官的人格，他的品味，他的训练或他的精神倾向来支配。他解释道，这并不是说，历史的指导力量会完全限定未来，未来的法律仅仅是毫无新意地重复着目前的和昔日的法律，而是说，“历史在照亮昔日时也照亮了今天，而在照亮了今天之际又照亮了未来。”

为了说明历史对法律发展的影响力，卡多佐列举了几个“没有历史就不可能进步”的典型法律领域。他首先提出的是不动产法的例子。他说，如今，没有那个立法者在思考制定一部法典时构想出来的时封建的土地占有制。是历史建立了这一制度以及这一制度相伴随的法律。在土地法领域，土地转让的限制，绝对所有权的暂行、不确定继承、诸多将来履行的财产遗赠、私人信托和慈善委托，所有这些法律的名目都只有在历史之光的照耀下才能理解，他们都是从历史中获得促进力且必定会影响他们此后的发展。他们所体现的，许多都不是现在的思想，更多是昔日的思想；如果与昔日相分离，这些概念的形成和含义就无法理解并且是专断恣意的；因此，为了真正合乎逻辑，他们的发展就一定要充分注意到他们的起源，也即要注意到他们的历史过程。其次，如霍姆斯所强调的合同法领域。霍姆斯说，“如果我们考察一下合同法，就会发现它充满了历史。债务合同、专约合同以及口头合同的区分都不过是历史的产物。法律不考虑任何讨价还价的因素而将某些支付货币的责任强定为准合同，这只是历史的产物。对价原则也只是历史的产物。合同法中赋予印玺的效力也还是只能由历史来解释。”此外，还有诸如遗产执行人的权力和职能，非法侵占财产和贪污的区分，关于外人非法侵入的现场规则和管辖，这都是一些杂乱无章的增长例证，他们在历史中产生，历史一定会对之产生影响。卡多佐说，有时候，某个对象适用这种或那种方法区别不大，这时，法官的偏好和训练就决定了路径的选择。经常的情况是，这两种方法互相补充。在某个案件中，究竟那种方法居于支配地位，这有时也许取决于对便利性和适当性的直觉，这些直觉过于微妙而无法系统阐述，过于精细而无法估量，过于易变而无法定位甚至是无法完全理解。有时，法哲学家时兴著述中展现的流行趋势也许会影响这种平衡。如同文学、艺术和服装界一样，法理学中也有一些时尚和时髦的东西。

第三种方法：习惯的方法或传统的方法。卡多佐说，如果历史和哲学（方法）还不能用来确定一个原则的发展方向，习惯也许就会插进来。而这里所说的习惯又是指的什么呢？卡多佐讲到：当我们说到习惯时，我们也许说的不只是某一个东西。他介绍了柯克的观点：“惯例是英格兰法律的三大支柱之一；这些法律被划分为普通法、制定法和习惯”。在柯克眼中，普通法和习惯被认为是截然不同的。但是，布莱克斯通却不这样认为：“这种不成文的法或普通法可以恰当地分为三类：（1）一般的习惯，这是整个王国的普遍规则，并构成了更为严格和更为一般意义上的普通法。（2）特别的习惯，其中大部分只影响一些特别地区的居民。（3）某些特别的法律，这是根据习惯为某些管辖权相当普遍和广泛的特殊法院所采纳和使用的法律。”

关于习惯在法律发展中的地位和使用，一直存在着不同的看法。毫无疑问，习惯在今天的创造能力已不如它在过去的年代了。庞德指出：“习惯就是司法决定的某个习惯，而不是民众活动的某个习惯”。格雷法官说到，“是否在法律史的所有阶段上，法官制定的规则都没有产生出习惯，而是由习惯产生了规则，这是很令人怀疑的。”也即，在习惯和法律之间，存在着一种双向作用。在今天，习惯的创造力在制定新规则中还不像在运用旧规则时那样最经常的自我表现出来。有关权利义务的一些一般性标准已经确立。习惯必须决定这里是坚持了还是背离了这些标准。法官在许多案件的审理中，必须参考普通人在这些问题上的生活习惯以及日常的信仰和实践。还有无数案件，在那里处理问题所应当遵循的进程都由某个特殊贸易、市场或职业的习惯，或者更准确地说是由常例来界定的。始终贯穿了整个法律的一个恒定假设就是，习性的自然且自发的演化确定了正确与错误的界限。如果对习惯略加延伸，就会将习惯与习惯性道德、流行的关于正确行为的标准、时代风气等同起来。卡多佐说，这就是传统的方法和社会学方法之间的接触点。他们都扎根于同一土地上。各自都维护着行为和秩序之间、生活与法律之间的互动。生活塑造了行为的模子，而后者在某一天又会变的如同法律那样坚固起来。法律维护的就是这些从生活中获的其形式和形状模子

第四种方法：社会学的方法。在描述了以上三种法律的方法或法律的三种指导力量即哲学、历史和习惯是如何在司法过程中发挥作用的之后，卡多佐说我们可以看到问题的复杂性了。我们可以看到，决定是否忠实于有先例支持的原则并不能使我们在这条路上前进多远。“原则不是一个，而是复杂的一束”。遵循先例要求我们应当保持前后一致，但问题是与什么保持前后一致？应当与规则的起源保持前后一致，还是同发展的进程或趋势保持前后一致？或者是应当同逻辑、哲学或法理学的基本概念保持前后一致？我们应当如何在其间作出选择？我们实际上又是如何在其间作出选择？我们实际上又是如何在其中作出选择的？在不同的情况下，不同的方法和原则在发挥着自己的力量和作用。而在这三种方法和力量之外，还有一种“在我们时代和我们这代人中正变成所有力量中最大的力量”，即社会正义的力量。卡多佐将此称作社会学的方法，就是指一种社会需求，社会目的、或社会目标，具体将此又归结为“社会的福利”。卡多佐讲到，有时，为了追求更大的目的（即社会的福利），我们就必须扭曲对称（即逻辑一贯性）、忽略历史和牺牲习惯。

久性的证明其存在是合理的。他引述狄龙（Dillon）的话说：“就如同一个人不可能从他的房间和生活中排除至关重要的空气一样，伦理因素也不再能从司法（正义）活动中被排除出去，而正义是一切民事法律的目标和目的”。逻辑、历史和习惯都有他们的地位，当我们也可能时，我们会影响法律使之符合他们；但只是在一定的限度之内。法律所服务的目的（也即社会的福利）将支配所有这些方法。可见，卡多

佐是将社会学的方法也即社会福利的考虑置于所有方法和所有因素中的最重要的一种方法和考量因素。

那么，什么是社会福利呢？卡多佐对此作了说明：“社会福利是一个很宽泛的术语。我用它来涵盖许多性质上的或多或少有所联系的概念”。它可以指人们通常所说的公共政策，集体组织的善。在这类案件中，社会福利所要求的经常仅仅是便利或审慎。而另一方面，它也可以指由于坚持正确行为的标准——这在社会风气中得以体现——而带来的社会收益。在这类案件中，社会福利的要求就是宗教的要求、伦理的要求或社会正义感的要求，而不论他们是表述为信条或是体系，或者是一般人的心灵中所固有的观念。卡多佐说，“在今天法律中的每个部分，这个社会价值的规则都已经成为一个日益有力且日益重要的检验标准。”他说，在庞德院长的著述中，这一真相（即对社会价值的重视）正强有力地获得这个国家的律师们的理解。庞德说：“在现代法律科学中，最重要的推进也许就是从以分析性态度转向以功能性态度对待法律。”“着重点已经从戒律的内容转向实践中戒律的效力，从救济是否存在转向为实现该戒律的设计目的而设立的救济能否获得以及是否有效。”梅洛林说：“司法的全部功能都已经转移了。表现在司法决定和判决中的国家意志就是以法官固有的主观主义感为手段来获得一个公正的决定，作为指南的是对各方当事人利益的有效掂量，并参照社区普遍流行的对于这类有争议的交易的看法。除非是为某个实在的制定法所禁止，司法决定在任何情况下都应当与商业交往所要求的诚信以及实际生活的需要相和谐；而在掂量相互冲突的利益时，应当帮助那种更有理性基础并且更值得保护的利益，直到其获取胜利。”惹尼也说到，“我们应追问理性和良心，从我们最内在的天性中发现正义的根本基础；而另一方面，我们应当关注社会现象，确定他们保持和谐法律以及他们急需的一些秩序原则。”“正义和一般效用，这将是指导我们进程的两个目标”。

卡多佐指出，这种社会学的方法在法律的一切部门都为其精神所触及。在某些部门，这种社会学方法所起的作用与哲学的、进化的或传统的方法是和谐的，这就是那些仍然必须以追求逻辑性、融贯性和前后一致为其目的的领域。在其他部门，社会学方法似乎要取代与之竞争的其他方法，这就是，在司法权力运作空隙的限制内，在司法权力运作空隙的限制内，前后一致的美德必须做出让步的领域。在某种意义上，当我们把逻辑性、融贯性和前后一致作为更为重大的社会价值予以追求之际，我们的确也是在运用社会学方法。但卡多佐说，他更关心是社会学方法与其他方法相对立的一些领域，以及社会学方法起作用的一些领域。他着重分析了宪法领域中“自由”概念的变迁过程（由绝对化地个人主义地自由主义向非系统化地集体主义转变），私法领域中的财产制度的变化（财产是神圣不可侵犯，但财产并不能不受对共同福利至关重要的法律之规制。财产制度也要履行一种社会的功能），由此款说明，对法律的概念、理解一直处于一种流变中，今天的含义并不总是等于明天的含义，用柯勒的话说：“一个制定法的解释一定不必永远保持相同。谈论什么某个排他性的解释，一个将从这个指定法的一开始到其结束都是正确的含义，这是彻底错误的”。卡多佐说，法院、法官们在判决案件时是自由的。但这并不意味着在判断制定法是否合法时，法院可以自由地以他们自己的关于理性和正义地观点来替代他们所服务的普通人的观点。“即使法官是自由的时候，他也仍然不是完全自由。他不得随意创新。他不是一位随意漫游、追逐他自己的美善理想的游侠。他应从一些经过考验并受到尊重的原则中汲取他的启示。他不得屈从于容易激动的情感，屈从于含混不清且未加规制的仁爱之心。他应当运用一种以传统为意识根据的裁量，以类比方法，受到制度的纪律约束，并服从社会生活中对秩序的基本需要。”法院的标准必须是一种客观的标准。在这些问题上，真正作数的并不是那些我（即法官）认为是正确的东西，而是那些我有理由认为其他有正常智力和良心的人都会合乎清理的认为是正确地东西。”尽管法院一定要行使自己的判断，但这决不意味着每个为法官认定是过分的、不符合明显的立法目的的立法或是基于法官不能赞同的某些道德观念之上的立法都是无效的。对于不同观点，必须给予相当程度的自由度。”布鲁特说，“法律解释者首先一定要将他个人对政治价值和立法价值的评价放在一边，并且一定要努力在他面对的情况下以一种纯粹客观的精神来确定，社区内什么样的社会生活秩序最符合那个引出争议的法律本身的目标。”他针对立法机关的立法权特点指出，政府的一个部门不应当将自己的恰当与否的标准强加给政府的另一个部门。用米索瑞（missouri）的话说，“必须记住，立法机关在重要的程度上和法院一样，都是人民的自由和福利的最终卫士”。

五、法律是一种有意识的和有目的的生成物——法官作为立法者的根据和限度

我们知道，关于“法律是什么？”一直是一个争议的问题，也可以说是一个永恒的法哲学命题。而卡多佐则是从他的司法过程和司法方法来介入这一问题的。他特别推崇耶林的“法律目的”说，从他对于社会学方法的重视，我们可以明显的感到他受耶林的“法律目的”理论和庞德的“社会利益”学说的深刻影响。他指出，将法律的目的理解为如何决定法律生长的方向，这是耶林对法学理论的重大贡献，从社会学的方法中，这种理解找到了它的研究方向和研究工具。主要的问题并不是法律的起源，而是法律的目标。“如果根本不知道路会指向何方，我们就不可能智慧地选择路径”。对于自己地职能，法官在心目中一定要总是保持这种目的论的理解。当然，这就意味着，普通法的法律哲学说到底就是实用主义的哲学（庞德语）。它的真理是相对的，而不是绝对的。我们一定不能为了个别而牺牲了一般。我们一定不能为了在个别案件中实现正义而完全不顾前后一致和齐一性的长处。我们拒绝为比较狭隘、比较小的善而牺牲更大、

更具包容性的善。他举例说，一个契约制定下来了，履行起来很麻烦并且也许很压抑人。如果我们仅仅打算考察个别情况，我们也许会很容易就放这位承诺者一码。但是，我们超越了这一特殊而看到了普遍，并且以服从“契约应当履行”这一社会的根本利益来制作我们的判决。我们必须保持在普通法的空隙界限之内来进行法官实施的创新，这些界限是多少世纪以来的先例、习惯和法官长期的实践所确定下来的。但是在这些确定了界限之内，在选择的活动范围之内，“最后的选择原则对法官与对立者是一样的，这就是适合目的的原则”。“目的是内在的生活和被掩盖的灵魂，但它却是一切权利的源泉。”

在“法律是什么？”这一问题上，卡多佐首先评价了萨维尼的观点。他说，萨维尼将法律理解为某种无须争斗、目标或目的就能实现的东西，理解为一个沉寂的生长过程，是一个民族的历史及其天才的生活和习惯的结果（也即所谓“民族精神说”）。他评价道，萨维尼给我们的是一副不完整的并且有偏颇的图画。他说，如果我们将萨维尼的话理解为，法官在塑造法律规则时必须注意他所处时代的习俗，那么确实如此。但如果此话所隐含的是，法官所处时代的习俗会自动塑造那些前辈传承给法官的成熟且现成的规则，那么此话就是片面的，并且是虚假的。这就是将法律规范同法律原则混淆了。（这也是我一直在思考着的所谓“建构理性”与“进化理性”的讨论。我对哈耶克所谓“进化理性”理论的最大疑惑是：法律会自动进化吗？也即卡多佐所质疑的规则会自动塑造吗？）卡多佐继续说：“法律确实是一种历史的衍生物，因为它是习惯性道德的表现，而习惯性道德从一个时代到另一个时代的发展是悄无声息的，且无人意识到的。这是萨维尼的法律起源理论中的伟大真理。但是，法律又是一种有意识的和有目的的生成物，因为，除非是法官心中想追求合乎道德的目的并将之体现为法律形式的话，习惯性道德得以表现就是虚假的。如果要实现期待的和目的，不作有意的努力是不行的。法官将从社区生活中发现衡量效用和评价道德的标准和格局，立法者也会以同样的方式来发现”。

法官应当依据一个客观的标准还是主观的标准来发现对案件有用的行为规范，这是卡多佐想讨论的又一个重要的司法哲学问题。卡多佐是一个“客观标准”主张者和倡导者。他说，“我们的法理学传统要求我们使用客观标准”。当然，他也清醒地认识到，未曾出现过完美地达到这种理想的客观标准，他也意识到我们不可能超越本我的限制而看清任何事物的本来面目。但尽管如此，他仍坚持这是一个在我们的能力限度之内应当努力争取的理想。当这一真理为人们清楚理解时，它趋于将法官的职能统一起来。法官的职能是依据理性和正义而宣告法律的义务。通过它的命令，他所要实施的是正常男人和女人的习惯性道德。他引述斯塔姆勃的话说，一个司法判决“应当是一个客观上正确的判决，并且没有主观和随意的看法；是一个裁断而不只是一个个人性的命令”。他针对有些学者如格雷教授等提出的“法官应当遵循他自己的观念”（即主观标准说）的主张，认为这只是一个假说。他问道：如果一个法官的观念不同于这个社区的观念，那么他应当遵循哪一种观念呢？是他自己的观念还是这个社区的观念？他认为，一个法官如果打算将他自己行为癖好或信仰癖好作为一个生活规则强加给这个社区的话，那么他就错了。他举了一个例子说，假定有这样一个法官，他认为上剧院看戏是一种罪孽。在这个法律规则尚未确立的领域，如果他允许自己的这一确信——尽管他知道这与占主导地位的、关于正确行为的标准相冲突——来支配他的决定，难道这种做法是正确地吗？卡多佐认为，法官有义务服从人们已经接受的这个社区的标准，服从这个时期的道德风气。法官的最高职能之一就是要在行为和职业之间建立真正的关系。只有采用一个主观性的尺度才能满足某些客观标准的要求，这说起来有点自相矛盾，但有的时候不得不如此。生活中有些关系所要求的义务，就是仅仅按照当代道德标准来行为。在这些关系中，当代道德对法官来说就一定是唯一的标准。当然，卡多佐也看到了在主观标准和客观标准之间的区别是“模糊且纤弱的”。这种区分很少具有决定性意义。

这样，卡多佐对司法过程的分析所得出的就是这样一个结论：逻辑、历史、习惯、效用以及为人们接受的正确行为的标准是一些独自或共同影响法律进步的力量。在某个具体案件中，那种力量将起支配作用，这在很大程度上必定取决于将因此得以推进或损害的诸多社会利益的相对重要性或相对价值。最基本的社会利益之一就是法律应当统一并且无私。他说，在法院的活动中，一定不能有所偏或偏好，一定不能有所专断任性或间歇不定。因此，在这里主要应当是遵循先例。他还提出了一个“对称发展”理论，即当历史或习惯是影响现成规则的推动力或主要推动力时，要与历史或习惯保持一致，而当逻辑或哲学是推动力时，就要与逻辑或哲学保持一致。但是，他也提出，要实现对称发展也许代价会太高。“当一致性变成压迫的一致性时，一致性就不再是好东西了。这时，对称性或确定性所服务的社会利益就一定要通过平衡或公道或其他社会福利的因素所服务的社会利益来保持平衡。这些利益也许会责成法官从另一个角度来确定界限，责成他沿着新进程标出路径，责成他标出新的起点并使追随他的后来者从这里开始他们的征程”。

由此，卡多佐又进入到另一个与此密切相关的司法哲学问题的讨论，即法官作为立法者的根据和限度。他说，如果你们要问，法官将何以得知什么时候一种利益已超过了另一种利益，我只能回答，他必须像立法者那样从经验、研究和反思中获取他的知识；简言之，就是从生活本身获取。事实上，这就是立法者的工作和法官的工作相接的触点。方法的选择，价值的评估，最终都必须以类似的、用以支持不同方法和价值的考虑因素作为指南。“实际上，每个法官都在他的能力限度内进行立法。无疑，对法官来说，这

些限度都比较局促。他只是在空白处立法，他填补着法律中的空缺地带。他可以走多远，并且不越出这些空缺，这都不能在一张图表上为他标示出来。他必须自己学会这一点。”法官作为立法者是受到一些客观的限制，“这些限制是由多少世纪的传统建立起来的，是其他法官——他的前辈和同事——的范例建立起来的，是这一行当的集体判断建立起来的，以及，是由遵从通行的法律精神的义务建立起来的。”用查芒的话说，法官的干预活动“只是对正式权威的补充，并且，即使在这一领域内，在即成的法律规则之中，对他的裁量也有限制”。卡多佐说，尽管如此，在这些空缺地带的一些限制之内，在先例和传统的诸多限制之内，法官会有一些自由选择，使这种选择活动打上了创造性的印记。作为它所导致的产品，这个法律就不是发现的，而是制作的。这个过程由于是立法性的，就要求有立法者的智慧。

这里，又引出了一个“法官的职能和立法者的职能之间的类似性”问题。卡多佐引述了惹尼对这一问题的“大胆的并具有提示性的类比”法官在发现法律时必须进行的研究过程在我们看来与立法者自身职责所要求的研究过程非常类似。这一过程是由某些具体境况启动的，并且，为了使法律顺应这一具体境况，那些应当指导法律的考虑因素——就预期获得的最终目的而言——与那些应当支配立法活动的因素在性质上完全相同，因为这里的问题都是为何在每个案件中尽其可能地通过一个恰当地规则来满足正义和社会效用的要求。因此，在正式的法律渊源沉默无语或不充分时，我会毫不迟疑地指示以下面的话作为法官的基本指导路线：他应当服从当立法者自己来管制这个问题时将会有的目标，并以此来塑造他的法律判决。尽管如此，这里有一个重要的区分司法活动和立法活动的界线。这就是，立法者在估量总体境况时不为任何限制所约束，他对境况的规制方式完全是抽象的，而法官在做出决定时所看到的是具体的案件，并且参照了一些绝对实在的问题，他应当遵循我们的现代组织的精神，并且，为了摆脱危险的恣意行为，他应当尽可能地使自己从每一种个人性地或其他产生于他所面临的特殊情况的影响中解脱出来，并将他的司法决定基于具有一种客观性质的某些因素之上。这就是为什么他的恰当活动在我看来可以被正当的称之为：“自由的科学研究。它是自由的，是因为在这里它摆脱了实在权威的活动；同时，它又是科学的，因为它能在独有科学才能揭示的那些客观因素之中发现自己的坚实基础。”

在讨论了“法官的职能与立法者的职能的类似性”问题之后，是否就意味着两者的混同、混淆、甚至否认立法者的作用？我发现，卡多佐在这一问题上头脑是非常清楚的，态度也迥然不同于一些现实主义法学家否认立法功能的观点。他说，我承认，与“宣告法律的权力”相伴的就是——在法律不存在之际，并在法官义务的限度之内——“制定法律的权力”；他非常鲜明的表明了自己的立场：“我承认这一点，却并不打算与那些似乎认为实际上并不存在法律而只有法院决定的法律家们共伍。我认为真理是处在这样两个极端之间。”他指出，早期的法律理论是，法官完全不立法。而今天，却有另一种危险，尽管这种错误来自相反的方向。信仰奥斯丁或分析的人们有时已经从“法律从来也不是法官制定的”这种观点导致了这样一个结论，即“法律从来也不是任何其他他人制定的”。他们说，无论习惯是何等坚定地确定下来了，但如果不为法院所采用，它都不是法律（奥斯丁、霍兰德、布朗等的观点）。甚至制定法也不是法律，因为必须由法院来确定其含义（格雷的观点）。格雷说，“我所认同的真实的观点是，法律就是法官所宣布的东西；制定法、先例、博学专家的意见、习惯和道德都只是法律的渊源”。布朗认为：一个制定法只有在法院解释之后才成为真正的法律。制定法只是“表面的”法律，而真正的法律，除了在一个法院的判决中，不可能在任何其他地方发现。卡多佐对这样的观点进行了反驳。他说，按照这种观点，甚至昔日的司法决定也不是法律，因为法院可以推翻他们。依据同样的理由，除了对诉讼双方之外，当今的司法决定也不是法律。人们一天天地从事他们地事物，以一种虚幻的目标制约着他们的行为。为他们所顺从的规则事实上根本就不是法律。法律从来也不是固定的，而总是在流变的，只有当体现在一个判决之际它才得以实现，并且，就在实现之际它也就过期了。从来也没有什么规则或原则之类的东西，世界上有的只是一些孤零零的判决。

卡多佐说，这样一个法律定义实际上否认了法律存在的可能性，因为它否认了存在一些普遍运作的规则的可能性；这样一个定义本身必定蕴含了荒谬和错误的种子。他说，如果一种分析毁灭了其意图解释的东西，这种分析就毫无用处。法律和服从法律是为我们每一天的生活经验所肯定的事实。如果一个定义的结果只是使法律看上去是一种虚幻，那么这个定义就太糟糕了。我们必须寻求一个可以当作真的而为现实主义接受的法律概念。当制定法的含义可疑或含混之际，它并不因为确定其含义的权力被赋予了法院就不再是法律了。人们也完全可以以同样的理由说，作为一种契约意志的表现，合同并没有任何实在的东西。一切长期得到确认的先例，都并不因为法院有时行使了特权，推翻了自己的决定，就失去了法律的品格。这些都是现实主义感引导我们必定得出的结论。

卡多佐也看到了确实有那么一些地带，在那里司法判决的变动不受既定原则的限制。制定法、先例、习惯或社会习俗的含混不清，或者他们的某些部分或所有部分之间有冲突，这些会使法律不确定并要求法院承担起一种责任，即运用一种在职能上显然是立法性的权力来溯及既往的宣告法律。在这种情况下，争议的所有各方可能做的就是尽可能地预测这一规则的宣告，并据此来约束他们自己。卡多佐说，我们一定不能让这些偶然且相对罕见的事件蒙住了我们的眼睛，看不见有无数事件即不是含混不清，也没有冲突，更没有机会得出有分歧的判决。“我们大多数人的生活都清醒的服从着法律的规则，而无需诉诸法院来确

定我们的权利和义务”。对于绝大多数人来说，法律诉讼都是罕事，是灾难性的经历，并且，即使发生了这样的灾难，最经常与争议相连的也不是法律，而是事实。在无数的诉讼中，法律都是非常清楚的，法官也没有什么裁量。他们的确有权在空白处立法，但那里常常没有空白。如果我们只是盯着那些荒芜地带，而不愿看一看那些早已播种且硕果累累的土地，那么我们就会有一个错误的全景图。卡多佐认为，这种难题的起点在未能区分权利和权力，没有区分体现在一个判决中的命令和法官应当服从的司法原则。他认为，法官拥有的是一种权力，而非权利。法官有权力忽视一个制定法的命令，并不顾这些命令而做出判决。法官也有权力越出空隙之边界，越出先例和习惯为司法创新所设定的边界。尽管如此，如果滥用了这种权力，他们也就违反了法律。如果他们是恶意违反，那么他们就铸成了法律上的过错，他们也许会被撤职或受到处罚，即使他们所做出的判决仍然成立。一言以蔽之，存在着这样一些司法原则，他们限制了法官的自由，并且，事实上也就限制了国家自身的自由。他说，对于无数的人类个体来说，他们也许一生中从未介入过有争议的法律地带，他们的活动都为国家的权力制约着，也一次都未请求法官来标记出正确与错误的界线，我不能说这些对人类命运行使着强制力的规则并非法律。

在反驳了否认法律存在、否认制定法的这些论点之后，卡多佐也反驳了“陈旧的布莱克斯道的理论”，这种理论认为，法官是在发现先前既已存在的法律规则，而不是在制定规则。他认为，这是一种有悠久历史的自然法理论的延续，但是这一理论也经历着变化。自然的法律不再被理解为某种固定不变且永恒存在的东西了。它并不超出人的或实在的法律。他引述了贝洛兹海默（Berolzheimer）关于现代法律哲学与自然法哲学之间发展的观点：“现代法律哲学与自然法哲学的相接点就在于两者都寻求成为正义的科学。但是现代法律哲学在一个根本上背离了自然法哲学，这就是后者要在实在法之外寻求一种正义的、自然的法律，新的法律哲学则渴求在或从实在法——现有的和那些将成为实在法的法律——之中演绎出公正的因素并将之固定下来。自然法学派寻求一种绝对的、理想的法律，自然的法律（是第一的），在它旁边才是实在法，且只具有第二等的重要性；而现代法律哲学则承认世界上只有一个法律，即实在法，但是它又寻求实在法的理想的一面，寻求实在法的不朽理念”。卡多佐说，他并不十分关心一些词语上的争议，他真正关心的是：法官有义务在他的创新权的限度范围之内、在法律与道德之间、在法律的戒律与那些理性和良知的戒律之间保持一种关系。在一定意义上，确实从来也没有人怀疑过法官有这种义务（格雷）。然而，有人有时感到分析力学的学者搅浑了这一点，这些学者过分强调定义在语词上的某些精微之处，而相应地牺牲了对一些更深刻也更精致地实体——目的、目标和功能——的强调。他认为，不断坚持说道德和正义不是法律，这趋于使人们滋生对法律不信任和蔑视，把法律视为一种不仅与道德和正义相异而且是敌对的东西。他说，我们并不需要这种毫无结果的词义之争——细致的讨论法律与正义的差别而忘记了它们之间更深层面上的和谐。我们更需要的是法国《民法典》的紧急口号：“法官借口法无规定或法律不明确、不完备而拒绝予以判决，应受到拒绝审判法的追诉”（引自格雷著作）。“我们法院的职能就是，通过对法律指责的不断重述并赋予他们不间断的、新的内容建议他们与道德习俗保持同步。这就是司法性的立法，并且，是由法官自己承担风险的立法。尽管如此，却正是这种立法的必要性和义务才赋予了司法职能的最高的荣誉；并且，也没有哪个勇敢且诚实的法官会推卸这一义务或畏惧这一风险”。（考宾Corbin语）

为什么要将这种权力赋予法官？谁又能保证法官会比其他人对他们时代的道德习俗的解释更为明智和更为真实？这是反对者必然会提出的问题。卡多佐承认，这个世界上并没有什么东西能保证这些。但是，他又认为，这话又说的很不在点子上。他认为，这里的要点更多在于人们必须将这一“解释的权力”放置在什么地方，而“政制的习惯”又已经将之放在法官的手中。如果法官要完成他们作为法官的职能，那么这种权力就很难放在其他地方。言下之意，这是一种政治的习惯、政治的安排或者说是权力的安排，这样一种安排赋予了法官这种“解释的权力”，要求法官完成这一职能。对法官来讲，这既是一种权力，同时，也是一种义务。他说，确实，法官的结论必须不断受到检验和再检验，修改和再调整；但是，如果他们是按照良知和智力行动的，他们就应当在他们的结论中达到一种相当不错的真实和明智。承认法官有权利和义务按照习惯性道德来影响法律，这远不是要毁灭所有的规则，并在每个个案中以个人的正义感、以善良人的评断来作为替代。那种做法也许会导致一种仁爱的专制，但是，这就将会导致法律约束的终结。然而，卡多佐认为，即使以比昔日更大的自由来使用社会学的方法也不会使我们导致这样的突变。法律这一有机体的形式和结构都是固定的，其中细胞的运动并不改变总体的比例，与来自各方的限制法官的规则之数量和压力相比，任何法官创新的权力都无足轻重。但是，法官在某种程度上必须创新，因为一旦出现了一些新条件，就必须有一些新的规则。社会学的方法所要求的一切就是，法官将在这一狭窄的选择范围内来寻求社会正义。

六、废除先例的例外

是否应当完全抛弃遵循先例的规则，这是一直在讨论的问题。卡多佐说，在这一问题上，他自己还不愿走得那么远。他认为，“遵循先例应当成为规则，而不是一种例外”。其理由除了他前面反复强调的逻辑性、融贯性和前后一致性等外，还有一个“成本”因素的考虑。他说，如果每个昔日的案件都可以重新

开庭，如果一个人不能在前人铺设的进程的坚实基础上为自己的进程添砖加瓦，法官的劳动就会大大增加，以致无法承受。但是，他也准备承认，尽管不应当放弃遵循先例规则，在某种程度上却应当放松这一规则。他认为，“只要是经过恰当的经验检验之后发现一个法律规则与正义感不一致或者是与社会福利不一致，就应较少迟疑地公开宣布这一点并完全放弃该规则”。如果一个应当抛弃的规则不可能被合乎情理地认为会决定诉讼者的行为，特别是，如果该规则的来源是某些机构或条件，而这些机构和条件已经随时光的流逝获得了新的意义和发展，那么就应准备放弃一个并不坚实的立场。如果法官已不幸错误地解释了他们时代的习俗，或者，如果他们时代的习俗已不再为我们的时代所分享，法官就不应被捆在其先辈的手上，无所作为地表示屈服。他还说到，遵循先例的规则在美国的适用并不像在英国那样僵硬，美国联邦最高法院和几个州的最高法院在发现自己先前的一些决定有明显有错时，就曾经推翻这些决定。他还列举了在关于一个汽车伤害的案件讨论中，一位法官主张，先前的决定应当作为此案的法律来适用而不论它正确与否，而该法院的多数法官却认为“应使先例从属于正义”，卡多佐说，如何将这种正在生长的、并在主流上是有益的趋势同法律所要求的一致性和确定性的要求加以协调，这就是我们时代的律师和法官所面临的重大问题之一。

转载自公法评论

①我的一位也是满身书生气的并且做的很成功的律师朋友也对我讲到，“在当今中国做律师是件最悲哀的事情”。此话虽然很悲观、很消极，但也道出了这一高尚的职业和神圣的行当所面临的社会环境的困扰和自身内心的苦衷。

②以上作者经历，引自苏力先生为该书写的《译者前言》。

相关文章：

[法理学前沿思考——兼谈法理学学科性质、特点及功能](#)

[现代法律观念的培植是实现法治国家的观念基础](#)

[司法和谐: 目的还是手段?](#)

[从法国“头巾法案”等看政教分离原则与宗教平等权的意义](#)

[《法学前沿》讲座：公平问题和权利的平等保护](#)

[多向度的法理学研究](#)

[我们为什么要实行案例指导制度？——通过几起案例来看实行案例指导制度的必要性](#)

[中国法治进程中的权利平等问题](#)

[宪法关系和宪法性法律关系](#)

[法理学的视野](#)

[法理学的功能](#)

[中国正在进步——通过案例的观察、感悟和批驳](#)

[Conflict and Selection: Legal Culture during the](#)

[刘作翔](#)

[在经验事实与公理之间](#)

[权利冲突的正当性、合法性辨析](#)

[权利冲突的几个理论问题](#)

[具体的“民间法”](#)

[《法理学视野中的司法问题》](#)

[寻求理性下的生活秩序——关于SARS的一点思考](#)

[《法理学视野中司法问题》自序](#)

[权利冲突的“正当性、合法性”辨析](#)

[返回](#)

