

| 法律史上伟大的演讲 |

The Path of the Law

Oliver Wendell Holmes, Jr.

中英文对照·全新译本

法律的道路

【美】奥利弗·温德尔·霍姆斯◎著

李俊晔◎译

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

The Path of the Law

Oliver Wendell Holmes, Jr.

中英文对照·全新译本

法律的道路

【美】奥利弗·温德尔·霍姆斯◎著

李俊晔◎译

中国法制出版社

CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

法律的道路 / (美) 奥利弗·温德尔·霍姆斯著; 李俊晔译. — 北京: 中国法制出版社, 2018.4

ISBN 978-7-5093-9233-1

I. ①法… II. ①奥… ②李… III. ①法学—研究 IV. ①D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2018) 第 022293 号

策划编辑: 马金凤 (editormjf@163.com)

责任编辑: 任乐乐 (lele_juris@163.com)

封面设计: 李 宁

法律的道路

FALÜ DE DAOLU

著者 / [美] 奥利弗·温德尔·霍姆斯

译者 / 李俊晔

经销 / 新华书店

印刷 / 三河市紫恒印装有限公司

开本 / 880 毫米 × 1230 毫米 32 开

印张 / 6.5 字数 / 109 千

版次 / 2018 年 4 月第 1 版

2018 年 4 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978-7-5093-9233-1

定价: 29.00 元

值班电话: 010-66026508

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 010-66031119

网址: <http://www.zgfzs.com>

编辑部电话: 010-66071862

市场营销部电话: 010-66033393

邮购部电话: 010-66033288

(如有印装质量问题, 请与本社印务部联系调换。电话: 010-66032926)

法律的生命不在于逻辑，而在于经验。

The life of the law has not been logic : it has been experience.

—— [美] 奥利弗·温德尔·霍姆斯

代序：法律人的求索之路

“路漫漫其修远兮，吾将上下而求索。”法律是什么？这不仅是初学者必须面对的入门题目，更是法律人漫漫求索的终极命题。道可道，非常道。能够对此深悟者，终得法律之道，如夜空燃起灯塔，照亮法律之路。古今中外，一代代伟大先贤在法律的道路上付出毕生精力，创造了属于他们那个时代的伟大事业。他们的伟大思想，幻化深邃高远的法律之道，凝聚穿越时空的伟大能量，如夜空中永恒的星辰，在我们今天法律之路上宁静闪耀。

百年之内，谁是夜空中最亮的星？如托马斯·格雷（Thomas Grey）所说，小奥利弗·温德尔·霍姆斯“是美国法律史上最伟大的先贤”^[1]，没有人在法律中扮演的角色比他更重要。另一位伟大的美国法学家波斯纳也认为霍姆

[1] Thomas Grey, “Holmes and Legal Pragmatism”, *Stanford Law Review* 41 (1989), 787.

斯是美国法律界唯一的导师人物。^[2] 霍姆斯在他半个世纪的法律生涯中，提出了诸多重要的法律思想和法律命题，对后世产生了很大的影响，以至于在 20 世纪 30 年代出现了一股“霍姆斯崇拜”（Holmes-worship）热。1941 年，美国联邦最高法院大法官休斯（C.E.Hughes）在一篇纪念霍姆斯的文章中表达了对霍姆斯至高的崇敬，他说，当世其有最伟大的才能，正当地拥有不断扩大的名声并没有一点瑕疵的完整的人生，就是法官霍姆斯。^[3]

霍姆斯在担任美国联邦最高法院大法官的三十年间，扮演了一个重要的“反对派”角色，对最高法院“合同自由”判解原则提出了强有力的批评。合同自由原则经常被用来判决社会立法违宪。在最著名的洛克纳诉纽约州案（*Lochner v. New York*）中，霍姆斯的异议意见认为，宪法并不意图支持某种特定的经济理论，成为美国联邦最高法院判例史广为流传的引语。在霍姆斯的著作中，波斯纳认为 1881 年出版的《普通法》是“美国人写过的最好的法律书”^[4]。霍姆斯著名的名言“法律的生命不在于逻辑，而在于经验”就出自该书的开篇。霍姆斯后于 1897 年发表了《法

[2] 李龙主编：《西方法学经典命题》，江西人民出版社 2006 年版，第 184 页。

[3] [日] 鹤饲信成：《现代美国法学》，日本评论新社 1984 年版，第 84 页。

[4] 参见 Posner, “Introduction”。

律的道路》，在理论上深刻诠释了这一伟大命题。波斯纳将《法律的道路》推崇为“史上最出色的法律论文”^[5]。波斯纳的这句话也许成为了伟大的预言。在《法律的道路》发表后的一百年，“霍姆斯崇拜”热并未褪去。1997年1月24日、25日两天，在获“理查德·S.莱维特讲座资金”的资助下，一大批著名法学家聚首美国爱荷华大学，扛起了“20世纪的法律之道”的旗帜，对于这篇著名的学术论文和其中霍姆斯的法律哲学进行了深入的研讨。《法律的道路》寥寥万言，却意蕴丰富，一字千金，集中体现了霍姆斯伟大的哲学思想，闪现着他智慧的思辨力量。

我在读书期间，阅读了许多法律先贤的经典著作。那个时候学习资料远远不如今天丰富，偶得霍姆斯的《法律的道路》，如获至宝，再三研读。由于当时年轻，缺乏生活阅历，对霍姆斯的伟大思想只是闻其说，难得其道。毕业后，我走上讲台，从事了几十年的法学教学与研究工作的，走上了与霍姆斯同样的法律道路，只不过我没有像他那样从教授转型为法官。在几十年的风风雨雨中亲身经历中国法律从幼稚走向成熟的伟大变迁，亲身感受了中国法治的伟大进步。如今看了李俊晔法官的译著，感慨良多，几十

[5] 参见 Posner, “Introduction”。

年的法学教学与研究经历塑成我一颗感受经典的心灵，穿越时空与伟大先贤共鸣。像霍姆斯大法官这样的伟大先贤，其思想之伟大，在于感悟“法律之道”；而真正的“法律之道”如老子所述之道，超越了地域、民族和历史，是人类社会共同的财富。在我看来，霍姆斯大法官从四个维度上辩证地分析了法律实践和法学研究中的四对基本矛盾：

一是法律与逻辑。在《法律的道路》开篇，霍姆斯就讨论法律的道路是什么，“并非在追寻神秘莫测的玄妙理论，而是行走于众所周知的职业道路”。这一职业道路的目的是，要么应对诉讼，要么避免诉讼。霍姆斯在此提出了著名的“法律预测论”。研究法律就要研究法律的权利义务关系，并排除案件中戏剧化因素的干扰。“法律预测论”中蕴含的是法律人特有的逻辑思维。虽然霍姆斯以“法律的我生命在于经验”这一哲理而闻名，但是他并非不在乎逻辑。按照霍姆斯的理论，法律职业的核心要义就是运用逻辑思维，从事实中抽象出法律上的权利义务关系，从而对行为结果做出预测。皮之不存，毛将焉附。脱离了逻辑思维，经验将成为海市蜃楼。如果说经验是法律的生命，那么逻辑就是法律的身躯。

二是法律与道德。法律与道德的关系是一个古老的命题。霍姆斯强调了区分法律与道德的重要性，同时又讨论

法律与道德的紧密关系。一方面，法律与道德相互区分，将法律与道德相混淆是法律道路上的重要陷阱，会造成思想上的困惑和概念上的困扰。霍姆斯就此提出了著名的“坏人理论”，提出“从一个坏人的角度来看待法律，而不能从一个好人的角度来看待法律。这是因为，坏人只在乎通过法律知识能够预见到的实质性后果；好人却在良心的模糊指引下去寻找行为的根据，而不在于这样的根据是否与法律有关”。这一“坏人理论”与经济学中的“经济理性人假设”非常接近，甚至霍姆斯在该书中还提出法律人要重视经济学的研究。“坏人理论”并不能说明霍姆斯就是一个功利主义者。他的伟大思想在于伟大的思辨，因为另一方面，霍姆斯承认法律与道德有着诸多紧密的联系，“法律是外化于道德生活的见证和积淀。法律的历史其实就是一个民族道德发展的历史”。很多法律术语源自道德领域，很多法律传统从道德中演化而来。

三是法律与历史。霍姆斯在重视法律史研究的同时，还提出警醒，不要陷入历史的故纸堆。霍姆斯反对当时盛行于世、以兰德尔为代表的法律形式主义，反对将逻辑视为法律发展的唯一力量，提出了“法官也没能充分意识到自己承担着权衡社会利益的责任。法官对此责无旁贷，如果在处理案件时急于权衡考虑社会利益，只会造成判决的

依据和理由含混不清；而且正如我所言，法官时常意识不到这样的后果”。霍姆斯借助社会学模仿律理论，通过举例解说，分析了推动法律进步的历史力量，提出理解法律应当从历史中追根溯源，在“萨利克法兰克人的习惯”“日耳曼人的森林”“诺曼国王的需要”中追寻法律的传统，了解法律像植物一样自然生长的法则。但是，霍姆斯又反对历史法学派在历史的故纸堆中自享其乐的做法，认为法律应当适时而变，“研究历史是为了更好地洞悉现在”。霍姆斯提出了“历史研究是唤醒怀疑主义的第一步，也是对法律规则进行审慎反思的第一步”，同时做出了精妙的比喻，“只有把巨龙引出洞穴而置于光天化日之下，你才能数清它的爪牙，从而辨明它的力量。但是引龙出洞仅仅是第一步。下一步要么干掉它，要么驯服它，让它成为有益于人类的动物”。霍姆斯进一步提出，“对于法律的理性研究而言，现在的主流还是文本研究者，但是未来的主宰将是大数据统计学者和经济学专家”。霍姆斯的预言由他的崇拜者波斯纳实现，波斯纳的法经济学成为 20 世纪法学研究的奇景。

四是法律与哲理。法律人不仅要脚踏实地，更要仰望星空。霍姆斯认为，“一位伟大的法律人的重要标志，在于能够发现并适用那些最具普遍性的法律规则”。在实现中存在两个错误倾向：一是平庸机械，法理学的研究和法哲学

的思考往往被法律实践者所忽视。霍姆斯举了一个可笑的案例，一个治安法官辛苦翻遍了所有法律，因为找不到原告所诉的有关搅乳器的规定而判决原告败诉。二是滥竽充数，一些研究以法理学的名义自我标榜，实为滥竽充数。霍姆斯对此讲了一个有趣的小故事，一个士兵被问到中队操作问题时，回答说从未关注过万人以下的方队训练问题。对于法理学问题，霍姆斯提出了重要的方法论，指出：“想要获得一个自由开放的研究视角，不能依靠参考其他资料，而是需要就你所钻研的题目本身，打破砂锅问到底。具体的研究方法是：首先，借助法理学，遵循现有的法律规则体系，概括出抽象程度最高的基本原则；其次，通过历史研究，从中发现法律规则演变至今的来龙去脉；最后，尽你们所能好好思考一下，一些法律规则旨在实现的目的是什么？我们为什么希望实现这些目的？要实现这些目的就必须放弃什么？这些目的是否值得我们付出如此代价？”

不论法律向何处去，这四对矛盾都是“法律之路”上必须要面对的重大课题，霍姆斯的精辟论述揭示了深刻的“法律之道”。霍姆斯的思想精彩深邃，与时俱进，承前启后，继往开来。有人说霍姆斯是一个“毁灭者”，因为他摧毁了陈述迂腐的法律形式主义、唯历史主义及法律神秘主义，他的声音在世界法学舞台上振聋发聩，解放思想。还

有人说霍姆斯是一个“创建者”，赞誉他为实用主义法律派的先驱，开创了一个伟大的时代。《法律的道路》这篇精彩论述创建了一种纯粹的实证主义法律理论，其中“法律预测论”“坏人理论”“法律是道德的见证和积淀”“引龙出洞”的实用主义法律史观、法哲学思考等神来之笔，具有跨越民族、穿越历史的伟大力量。

霍姆斯的伟大思想犹如夜空中最亮的星，宁静安详，永恒闪耀，仍然启迪今天的法律人。在我看来，实现法律人的“法律之路”应当三步走：

第一步，法理之精准，逻辑之严谨。准确地掌握法律概念、法律规则、法学理论，是法律人走好法律之路的基础。霍姆斯在《法律的道路》中提及，“有一些案例让最高法院的法官们犹豫不决，在我看来，就是因为他们对于上述概念中的一些问题缺乏清晰的理解”。掌握法律之后就要科学地运用法律，科学地运用法律离不开逻辑，因为法律思维是逻辑思维。在此，法律人一定要学逻辑、用逻辑，特别是“三段论”法律逻辑以及请求权方法、历史方法等基本的案例分析方法。所谓经验，也要依托逻辑分析运用，避免凭感觉的猜测。

第二步，实践之融会，历史之源流。法律是实践的科学，不是空想的理论。法科学生一定要关注实践问题，因

为这些实践问题就是你们将来走上法律之路需要面对的实际问题。法律实践中需要解决的问题不是太少，而是太多了。法学研究一定要关注和解决实践中的这些问题，这样才能学以致用。例如，我国农村土地的问题非常复杂，办理农村房地产案件的法官必须了解土地制度的源流、土地政策的演变，从而从纷繁复杂的法律规则中抽象、把握法理的精髓；还要以历史的眼光从现实的问题中预测我国农村土地问题的未来发展趋势，从而提出推动法治进步的真知灼见。

第三步，哲理之通透，思想之自由。如果你有志向成为一名伟大的法律人，也想像我们今天崇敬霍姆斯大法官一样，让后人来崇敬你；那么，你就要像霍姆斯说的一样，“一位伟大的法律人的重要标志，在于能够发现并适用那些最具普遍性的法律规则”。要从你所从事的法律职业遇到的问题中抽象出普遍的哲理，而不能就案办案，就事论事。如果有兴趣，我推荐你们读一读哲学经典，参悟其中道理。你会发现，最高深的哲理，同时又是最接地气的学问。

常读经典，上下求索。最后，我想回味一下《法律的道路》中神秘、优美的结尾。也许，这就是霍姆斯为我们描画的法律梦……

“正是法律中那些更为深远、更为概括的层面，赋予了

法律普世关怀的价值。穿越法律的这些层面，你不但能够成为法律职业领域的泰山北斗，而且还能将你自己与天地万物联系起来，在天人合一当中倾听浩瀚苍穹的一丝回响，洞悉天道运行的微妙变幻，捕捉普遍规律的蛛丝马迹。”

Handwritten signature in black ink, reading '钱晓莉' (Qian Xiaoli).

中国人民大学法学院

The Path of the Law^[1]

[1] An Address delivered by Mr. Justice Holmes, of the Supreme Judicial Court of Massachusetts, at the dedication of the new hall of the Boston University School of Law, on January 8, 1897. Copyrighted by O. W. Holmes, 1897.

| 目 录 |

法律的道路 / 001

第一部分 法律是什么 / 003

第二部分 法律与道德 / 011

第三部分 逻辑的谬误 / 033

第四部分 法律与历史 / 047

第五部分 法理学问题 / 073

注释 / 091

《法律的道路》导读 / 167

法律的道路^[1]