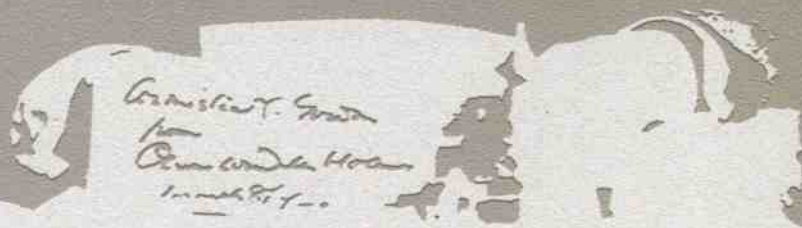


LEGAL REALISM
THOUGHTS OF
Mr. Justice Holmes

马 聪◎著



霍姆斯现实主义 法学思想研究

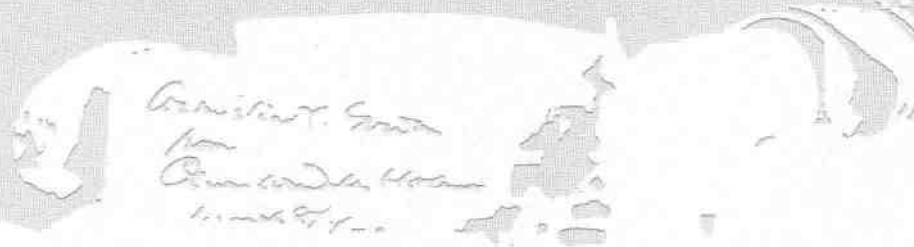
人民出版社

本书的出版得到华南师范大学法学院出版基金资助

LEGAL REALISM
OF
THOUGHTS

Mr. Justice Holmes

马聪◎著



霍姆斯现实主义 法学思想研究

责任编辑:茅友生

版式设计:陈 岩

图书在版编目(CIP)数据

霍姆斯现实主义法学思想研究/马聪 著.

-北京:人民出版社,2009.8

ISBN 978-7-01-008125-0

I. 霍… II. 马… III. 霍姆斯, O. W. (1841 ~ 1935) - 现实主义 - 法学 思想评论 IV. D909.712

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 138330 号

霍姆斯现实主义法学思想研究

HUOMUSI XIANSHIJI ZHUYI FAXUE SIXIANG YANJIU

马 聪 著

人民出版社 出版发行

(100706 北京朝阳门内大街 166 号)

北京新魏印刷厂印刷 新华书店经销

2009 年 8 月第 1 版 2009 年 8 月北京第 1 次印刷

开本:880 毫米×1230 毫米 1/32 印张:10

字数:300 千字

ISBN 978-7-01-008125-0 定价:29.80 元

邮购地址 100706 北京朝阳门内大街 166 号

人民东方图书销售中心 电话 (010)65250042 65289539

序

本书是马聪博士在其同名博士论文基础上修订完成的。

西方法哲学是人类文化的重要组成部分,其历史功用和现实影响已超出了西方文明的范畴。在这一系列众多的历史谱系当中,奥利弗·温德尔·霍姆斯大法官算是一位比较有争议而又有影响的人物。

一方面,霍姆斯大法官有着比较特殊的人生经历,特别是他把美国士兵身上的气质和优点带入了法学领域,这是美国以前大法官所没有的。另一方面,他提出了很多在当时看来比较激进怪异的想法。比如他提出了法律的经验论观点,认为“法律的生命不在于逻辑,而在于经验”;他提出了要从坏人的角度认识法律的预测论观点;他还提出了法律和道德实质分离的道德怀疑论的观点,等等。所有这些理论开启了美国实用主义法学的先河,为美国现实主义法学的出现奠定了基础,也为确立美国自己特色的法学发展路径和司法审判方式打开了新的局面,因此具有重大的历史意义和时代价值。此外,霍姆斯拥有很强的司法实务背景,特别是在他担任联邦最高法院法官期间,曾提出过很多与当时多数保守派法官意见向左的新观点。若干年后,在美国最高法院他的很多异议都上升为确定的学说。比如在“洛克纳诉纽约州案”一案中,霍姆斯提出了经济理论不能成为判决案件的依据,法律背后的经济

理论是一个立法者而不是法官首先考虑的问题。如果立法者具有理性的根据,法官的职责就是“执行即使我认为在经济学方面存在错误的法律。”因此,霍姆斯力排众议,将自己的现实主义法学的观点贯彻其中,对于不少有争议的案件采取了与以往不同的处理方式,为美国判例法的更新和发展做出了重要贡献。

基于上述原因,作者选择霍姆斯作为美国法学发展的一个缩影,通过对他的详尽的研究和探讨,不仅为我们展现客观全面的霍姆斯以及他的学说,而且还让我们更深层次地了解霍姆斯所处的美国社会大环境,这对于我们深刻了解霍姆斯的思想以及当时的美国社会无疑有着重要的启迪作用。

目前国内学者对于霍姆斯以及其学说进行系统研究的专著尚未问世,只有一些学术论文和域外译著。尽管这些作品不乏经典之作,但基于“体量”所限,往往都只能对霍姆斯从某一角度、某一侧面进行深入的研究,全面、系统的论证强度不足,或是对其思想作总体的、简略性的介绍和综述,少有相应的、充分的史料和背景知识的支撑。因此,在这个意义上,本书的问世在一定程度上弥补了这种缺陷,至少可以给读者一个比较全面的客观详尽的介绍。

马聪博士思想敏锐、学习认真、治学态度严谨,在华政攻读博士学位期间,一直保持着广泛的学习兴趣和富有韧性的学风。值此她的博士论文付梓之际,作为她的导师,我非常真诚地予以祝贺,并欣然为序。

何勤华

于华东政法大学

外国法与比较法研究院

2009年5月20日

前 言

一、选题意义与选题目的

本书的创作来源于我在给学生讲授《西方法律思想史》这门课程中的思考。在华南师范大学法学院法律史教研室工作,每年我都要为学生开设《西方法律思想史》这门课。在授课的过程中,一般教材对现实主义法学只是作了粗略的勾勒,对其思想的介绍比较混乱,称谓也不一致。这与篇幅的限制以及国内目前对该流派思想家的研究不够深入有关。

现实主义法学派是美国土生土长的一个法学流派,如果说实用主义哲学是体现美国精神的美国哲学,那么现实主义法学无疑是真正的美国法哲学的开端。现实主义的法学家都比较倾向于对法律制度进行改革以适应当时的社会变革。他们强调法的社会目的性,强调法和社会的不断变化;他们特别强调有必要用更切实可行的范畴来代替现代法学家的一般推论和概念。英美法系注重发挥法官的主观能动性的特点在现实主义法学派中得到了淋漓尽致的体现。因此,对现实主义法学派的系统分析,有利于理解美国法哲学以及英美法系的很多制度。而霍姆斯大法官作为现实主义法学派的创始人和主要代表,对他的思想进行系统研究对全面了解现实主义法学派自然有着不容忽视的作用。

霍姆斯本人在美国也是一个备受关注的人物。他在美国联邦最高法院任职的 30 年间,在一系列案件中提出了异议,有“伟大的异议者”之称。他的很多理论在他去世之后都得到了验证,对美国宪法的发展影响深远。20 世纪 30 年代美国甚至出现了“霍姆斯崇拜”的思潮,20 世纪有一大半时间,法学家们都谈论着关于霍姆斯的话题。而自 1997 年他的《法律的道路》发表 100 周年纪念以来,对霍姆斯的研究再度出现高涨的势头。在我国,对霍姆斯的研究也是目前国内法律思想界应该面对的一个重要课题,但还处于起步阶段,尚有很多空白需要添补。

二、目前国内研究现状介绍

国内目前尚未发现研究霍姆斯法学思想的专著出版,但有一些涉及霍姆斯的著作和论文、译成中文的演讲词以及一些国内学者写的专题论文发表。这些研究成果大体可以分为以下两类:

(一) 翻译成果

翻译出版的有关霍姆斯的专著有:斯蒂文·J·伯顿主编的《法律的道路及其影响——小奥利弗·温德尔·霍姆斯的遗产》;霍姆斯的《普通法》于 2006 年翻译问世;他的《法律的生命在于经验——霍姆斯法学文集》于 2007 年出版。《法理学问题》(第二版)和《超越法律》也于 2001 年和 2002 年相继翻译出版,其中也涉及到现实主义法学和霍姆斯的一些法学思想。

还有一些就是国内学者翻译的霍姆斯的一些论文和演讲词。霍姆斯的《法律的道路》的译文有三个版本。分别由许章润(2001 年)、陈绪刚(2002 年)、汪庆华(2001 年,王笑红校对)翻译。此外,还有苏力翻译的霍姆斯于 1901 年 2 月 4 日发表的纪念联邦最

高法院首席大法官约翰·马歇尔就任 100 周年的演讲——《休庭之动议的回答》(2002 年);陈绪纲翻译的霍姆斯在 1885 年 2 月 5 日萨福克律师协会餐会上的演讲——《法律,我们的情人》(2002 年),在 1913 年 2 月 15 日在哈佛法学院纽约协会聚餐会上的演讲——《法律与法院》(2002 年),在 1886 年 2 月 17 日给哈佛大学本科生演讲的结语部分——《法律这门职业》(2002 年),在 1895 年 6 月 25 日在哈佛法学院纪念兰德尔教授协会餐会上的演讲——《学问与科学》(2002 年),等等。

(二)研究成果

国内学者研究霍姆斯的成果可以分为两类:一类是一些学术论文;另一类是一些硕士研究生的毕业论文。

第一类主要有许章润的《法律之道即生存之道——霍姆斯“法律之道”问世百年与中译感言》,张芝梅的《法律中的逻辑与经验——对霍姆斯的一个命题的解读》,等等。

第二类包括中国政法大学 1999 级硕士研究生张先明的《霍姆斯法律思想论略》,吉林大学 2003 级硕士研究生张艳的《对霍姆斯法律与道德分离理论的分析及批判》等硕士论文,等等。此外,一些法学院本科生的毕业论文也有一些涉及霍姆斯的法学思想,在此不一一赘述。

此外,值得一提的是在台湾地区辅仁大学任教的田默迪先生的博士论文《东西方之间的法律哲学》,其中也有一些章节涉及霍姆斯的思想。中国近代法学家吴经熊先生对霍姆斯研究的一些成果,对研究霍姆斯的法律思想提供了一种新的视角。这些成果主要有:《霍姆斯法官的法律哲学》、《大法官霍姆斯先生的心灵》、《法律三度论》,等等。而且这些文章均是用英文写成。

三、本书结构安排

本书的“引子”首先介绍了霍姆斯大法官的生平、经历以及后人对他的评价,然后在导论部分简要介绍了霍姆斯所处的时代背景、霍姆斯法学思想产生的哲学基础——实用主义哲学的概况以及以霍姆斯为代表的现实主义法学的概况。在本书的主干部分,分别介绍了霍姆斯现实主义法学思想的各个方面。

第一章“经验论”。笔者从霍姆斯提出的“法律的生命不是逻辑,而是经验”入手进行分析。霍姆斯所说的“经验”是指法官在遵循先例的前提下,充分根据变化中的社会生活,给予先例以新的生命。这揭示了美国普通法的精神。

第二章“预测论”。在《法律的道路》中,他指出:“法律不过是对法院实际上将做什么的预测”,“法律研究的目的是为了预测,即预测公共权力通过法院这一工具对人们影响的范围和程度”。在“预测论”中,霍姆斯从坏人的角度预测法院实际上将做什么,因其在法学家面前采用一种全新的视角而受到人们的广泛关注。

第三章“道德怀疑论”。霍姆斯从实用主义的观点出发,提出法律和道德的分离理论。他认为法律有其自身的含义,法律含义与道德含义的混用,只能导致法律活动的混乱。这种分离是一种法律与道德的实质分离,与约翰·奥斯丁、边沁等人的分离论不同,也与哈特等人的分离论有别。霍姆斯提出这种道德怀疑论与他在战争中的恐怖经历给他留下的心灵创伤有关。

第四章“《普通法》解读”。从“法律的生命在于经验”这一实用主义法哲学的基本观点出发,霍姆斯紧紧围绕法律责任这一中

心问题,对法律责任、刑法、侵权行为法、财产法、合同法和继承法等普通法传统领域中的一般原则作了新的阐述。

第五章“契约自由和司法克制理论”。笔者通过一系列案例阐述了霍姆斯关于契约自由的观点。“洛克纳诉纽约州案”是霍姆斯参与审理的最著名的案例。在该案中,霍姆斯认为法律所保护的自由包含了人类有权自由享有造物主赋予的权利,这种权利要服从必要的限制,但是洛克纳案的法律明显违反了这一原则。霍姆斯认为,经济理论不能成为判决案件的依据。法律背后的经济理论是一个立法者而不是法官首先考虑的问题。如果立法者具有理性的根据,法官的职责就是“执行即使我认为在经济学方面存在错误的法律。”

第六章“对言论自由保护的理论”。笔者对霍姆斯在“谢内库诉合众国案”中提出的“明显且现实的危险”原则进行了分析。在以后的“艾布拉姆斯诉合众国案”等一系列案例中,他不断丰富、发展这一观点,使之成为美国最高法院对言论自由案件判决的重要依据。通过这一原则的提出,他进一步阐述了他对公民拥有言论、出版和良心自由的权利的观点。霍姆斯的理论,后来成为美国完善公民拥有言论、出版自由的理论基础。

第七章“尾论”。笔者试图从东西方人的不同视角评价霍姆斯。在西方人眼中,霍姆斯是一个法律领域的实用主义者、法律领域的自由主义者、法律领域的革命者,也是一个法律理论上的机械论者。在东方人眼中,他是伟大法律哲学家与法官的混合,是两个对立而又互补趋向——理想主义与怀疑主义的混合。在本书的最后,作者将霍姆斯与施塔姆勒、莎士比亚进行了比较。

目 录

序.....	1
前 言	1
引 子 霍姆斯其人	1
一、贵族后裔	1
二、军旅生涯	3
三、著书立说	7
四、伸张正义	13
五、身后评说	21
导 论	32
第一节 历史背景	32
一、从农业社会到工业社会	32
二、从确定的传统观念到多样化的进步主义思想	34
三、从旧个人主义到新个人主义	36
四、从自由放任到社会控制与社会计划	38
第二节 哲学背景——实用主义哲学	41
一、实用主义哲学简介	42
二、实用主义哲学的主要观点	43
三、实用主义哲学在法学领域的应用——现实主义 法学	46

第三节 霍姆斯现实主义法学思想简介	51
一、理论著作中的现实主义法学思想	53
二、司法实践中的现实主义法学思想	54
三、现实主义法学思想的整理和传播	55
第一章 经验论	56
第一节 观点的提出	56
一、“法律的生命不是逻辑,而是经验”	56
二、在理论著作中出现的“经验论”观点	57
三、在司法实践中出现的“经验论”观点	59
第二节 经验论分析	60
一、法官在法律的空隙中“立法”	60
二、对“经验”的解读	65
三、对形式主义的批判	71
四、对制定法的理解	76
五、对待历史的态度	78
六、经验论产生的社会背景	85
总 结	91
一、现实主义法学与经验论	91
二、对经验论的哲学思考	92
三、经验论的局险性	93
四、留给后人的遗产	95
第二章 预测论	96
第一节 预测论的含义	96
一、法律即预测	96
二、坏人的视角	97

三、权利义务	98
第二节 预测论解析	99
一、内在观点与外在观点	99
二、预测论在实践中的作用	105
三、坏人论与预测论的矛盾	109
第三节 评 价	116
一、对预测论的评价	116
二、对坏人论的评价	123
总 结	126
第三章 道德怀疑论	128
第一节 法律和道德的关系	128
一、观点的提出	128
二、法律与道德实质的分离	131
三、“坏人”和道德	141
四、霍姆斯的矛盾之处	142
第二节 提出道德怀疑论的原因分析	145
一、对人性阴暗面的认识	145
二、战争中恐怖经历的心灵创伤	145
三、实用主义哲学的影响	146
第三节 对道德怀疑论的评价	147
一、区分法律和道德的现实意义	147
二、道德怀疑论的哲学思考	150
总 结	155
第四章 《普通法》解读	157
第一节 法律责任	158

一、什么是责任	158
二、责任的历史溯源	160
第二节 刑法思想	161
一、刑事惩罚的起源	161
二、犯罪心态论	166
三、现代刑法的归责标准	170
第三节 侵权行为法思想	171
一、谨慎人的标准	171
二、客观责任理论	173
第四节 财产法和合同法思想	175
一、财产法	175
二、合同法	176
总 结	179
一、实用主义法哲学的体现	179
二、大胆的创新	180
三、不足之处	182
四、道德相对主义	183
第五章 契约自由和司法克制理论	184
第一节 契约自由和正当法律程序条款	184
一、洛克纳诉纽约州案	184
二、洛克纳案中的现实主义法学思想	192
三、社会背景——自由资本主义的发展	197
四、洛克纳案之后——保护劳工的立法相继出台	205
第二节 司法克制理论	207
一、童工案——哈默诉达根哈特案	207
二、阿德金斯诉儿童医院案	211

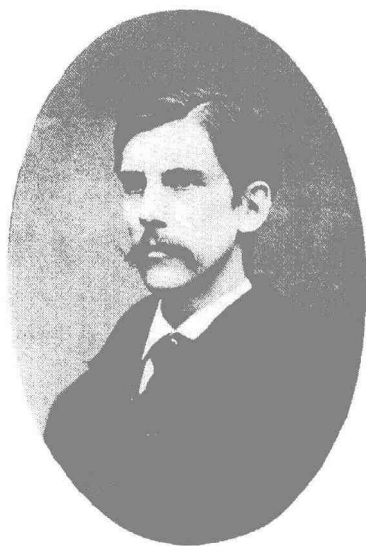
三、阿戴尔诉合众国案	217
四、案件发生的历史背景	221
总 结	224
第六章 对言论自由保护的理論	226
第一节 相关案例介绍	226
一、谢内库诉合众国案	226
二、艾布拉姆斯诉合众国案	231
三、吉特洛诉纽约州案	237
四、惠特尼诉加利福尼亚州案	241
第二节 “明显且现实的危险”原则分析	245
一、历史背景	245
二、哲学基础	246
三、后人的评价	247
总 结	254
第七章 尾 论	255
第一节 西方人眼中的霍姆斯	255
一、法律领域的实用主义者	255
二、法律领域的革命者	258
三、法律领域的自由主义者	263
四、法律领域的机械论者	268
第二节 东方人眼中的霍姆斯	269
一、霍姆斯和施塔姆勒比较	270
二、霍姆斯和莎士比亚比较	273
三、两个对立而又互补趋向	274
结 尾	286

附:霍姆斯生平简介	288
主要参考文献	290
后 记	304

引 子 霍姆斯其人

一、贵族后裔

奥利弗·温德尔·霍姆斯(Oliver Wendell Holmes Jr., 1841—1935), 1841年3月8日出生于美国马萨诸塞州波士顿一个富有的家庭。他的父亲老霍姆斯(Oliver Wendell Holmes, 1809—1894)不仅是一位极受尊重的医学改革者和哈佛医学院解剖学教授, 还是一位著名的小品文作家和诗人, 他知识渊博, 声誉极高。母亲爱米莉·李·杰克逊·霍姆斯(Amelia lee Jackson Holmes)是一位州法院大法官的女儿。他的外祖父查尔斯·杰克逊(Charles Jackson)是波士顿的著名律师和马萨诸塞州最高法院助理法官。小霍姆斯是父母的长子, 是个土生土长的美国



奥利弗·温德尔·霍姆斯

图片来源: <http://search.epnet.com>.