



世界法学译丛

法律的道路 及其影响

小奥利弗·温德尔·霍姆斯的遗产

主编：〔美〕斯蒂文·J. 伯顿

译者：张芝梅 陈绪刚



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

世界法学译丛

D909.712

3

法律的道路及其影响

The Path of Law and its Influence

小奥利弗·温德尔·霍姆斯的遗产

主编：〔美〕斯蒂文·J.伯顿

译者：张芝梅 陈绪刚

北方工业大学图书馆



00579039



北京大学出版社

北京·2005年

北京市版权局登记号图字:01-2003-0186号

图书在版编目(CIP)数据

法律的道路及其影响/(美)斯蒂文主编;张芝梅,陈绪刚译.—北京:
北京大学出版社,2005.1

(世界法学译丛)

ISBN 7-301-08355-6

I. 法… II. ①斯… ②张… ③陈… III. 实用主义法学派—研究
IV. D909.1

中国版本图书馆CIP数据核字(2004)第125499号

书 名: 法律的道路及其影响——小奥利弗·温德尔·霍姆斯的遗产

著作责任者: [美]斯蒂文·J.伯顿 主编 张芝梅 陈绪刚 译

责任编辑: 贺维彤

标准书号: ISBN 7-301-08355-6/D·1031

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区中关村 北京大学校内 100871

网 址: <http://cbs.pku.edu.cn>

电子信箱: pl@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

排 版 者: 北京高新特打字服务社 51736661

印 刷 者: 三河新世纪印务有限公司

经 销 者: 新华书店

650毫米×980毫米 16开本 28.75印张 410千字

2005年1月第1版 2005年1月第1次印刷

定 价: 45.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,翻版必究

致 谢

本书的大部分文章是以1997年1月24—25日在爱荷华大学法学院召开的“《法律的道路》在20世纪”百年纪念研讨会上提交的论文为基础。本次会议的召开由理查德·S.理维特(Richard S. Levitt)杰出人士讲座提供资助。我们感谢理维特先生,他的慷慨对霍姆斯的事业很重要。同时也要感谢法学院的院长N.威廉·海尼(N. William Hine)、马克·奥斯尔(Mark Osiel)教授和肯·克雷斯(Ken Kress)教授,他们和我一起组织了这次活动。此外还要特别感谢研究助手杰西·维斯(Jesse Weiss)和戴维·罗扎(David Rojza)为文稿的出版所做工作。最后,但不是最不重要的,我的研究助手斯蒂芬·罗兹(Stephen Rhodes)对细节很熟悉,使得研讨会以及(本书的)编辑得以顺利进行。

斯蒂文·J.伯顿
爱荷华州,爱荷华城

目 录

导 论	——斯蒂文·J. 伯顿/1
第一章 法律作为职业：霍姆斯和法律人的道路	——罗伯特·W. 戈登/10
I 19 世纪的职业演讲	/11
II 作为破坏者的霍姆斯	/17
III 作为创造者的霍姆斯	/19
IV 《法律的道路》和当今的职业	/22
V 法律人职业	/24
VI 作为公共专业人士的霍姆斯	/39
第二章 坏人和好律师	——戴维·卢班/45
I 被抛弃的道路	/47
II 坏人	/53
III 坏人理论	/62
IV 好律师	/63
V 还有……	/64
第三章 为什么实践需要伦理理论	——玛莎·努斯鲍姆/67
I 伦理理论的敌人	/68
II 伦理理论是什么？	/78
III 不是两样，而是三样东西：理论、规则和具体的伦理实践	/83
IV 拒绝伦理理论	/91
V 对伦理理论的需要	/99
第四章 理论、反理论和规范——对努斯鲍姆的评论	——丹·M. 卡汉/114

2 法律的道路及其影响

第五章 从霍姆斯的道路通往逻辑形式的法理学

——斯科特·布鲁尔/123

- I 霍姆斯的反逻辑以及“逻辑形式的谬误” /123
- II 反反逻辑:逻辑形式的法理学 /137

第六章 霍姆斯论法律中的逻辑 ——托马斯·C. 格雷/169

- I 模糊逻辑 /171
- II 逻辑和概念分析 /172
- III 实用主义者和古典法理学 /174
- IV 逻辑的传统 /178
- V 简单案件的逻辑 /181
- VI 法律分类学、原则和标准 /187
- VII 类比和逻辑一致性 /192
- VIII 对非形式的形式化? /197

第七章 霍姆斯对哈特——法律理论中的坏人

——斯蒂文·R. 佩里/199

- I 理论对反理论 /199
- II 预测和坏人 /203
- III 坏人和法律的作用 /212
- IV 预测、教条和义务 /224
- V 法律、道德和判决 /236
- VI 结论 /243

第八章 坏人和内在视角 ——斯科特·夏皮罗/247

- I 内在视角 /251
- II 行为的指导 /256
- III 以制裁为核心的理论的不一致之处 /261

第九章 小奥利弗·温德尔·霍姆斯和威廉·詹姆斯

——坏人和道德的生活

——凯瑟琳·皮尔士·韦尔斯/263

- I 解读詹姆斯:理解实用主义伦理研究的实质 /266

II	解读霍姆斯:《法律的道路》作为关于 作出法律判决的实用主义分析	/277
III	关于霍姆斯和坏人的三个问题	/282
第十章	爱默生和霍姆斯——恬静的怀疑论者	
	——桑福德·利文森/288	
I		/290
II		/294
III		/299
第十一章	法律的路径依赖	——凯频·P. 吉勒特/306
I	传统主义者——霍姆斯	/312
II	先例的范围	/318
III	路径依赖和先例	/325
IV	法官的激励	/334
V	结论:惊人的平衡	/344
第十二章	法律的道路之转向	——吉利恩·K. 哈德菲尔德/346
第十三章	霍姆斯、经济学和古典现实主义	
	——布赖恩·莱特/354	
I	古典现实主义	/359
II	现实主义、经济学和法律理论	/386
III	结论性思想	/403
第十四章	对布赖恩·莱特的《霍姆斯、经济学和 古典现实主义》的评论	——乔迪·S. 克劳斯/408
附录:法律的道路		/416
索引		/438
译后记		/447

导 论

斯蒂文·J. 伯顿

正如托马斯·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。

· 在担任美国最高法院法官的30年间,他是个重要的“反对派”,他在Lochner、Schenyk以及其他一些重大案件中的意见变成了法律,并留传下来。

· 有人说他1881年出版的《普通法》是“美国人写过的最好的法律书”^[2]。

· 《普通法》开篇就是那句美国法律界最著名的引语:“法律的生命不在于逻辑,而在于经验”^[3]。

· 后来,霍姆斯在他1897年发表的《法律的道路》^[4]中在理论上深化了这个主题。有人称《法律的道路》是“已有的最出色的

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

[2] Richard A. Posner, “Introduction,” in *The Essential Holmes: Selections from the Letters, Speeches, Judicial Opinions, and Other Writings of Oliver Wendell Holmes, Jr.*, ed. Richard A. Posner (Chicago: University of Chicago Press, 1992), x.

[3] O. W. Holmes, Jr., *The Common Law*, ed. M. Howe (Boston: Little Brown, [1881] 1963), 5.

[4] Oliver Wendell Holmes, Jr., “The Path of the Law,” *Harvard Law Review* 10 (1897): 457—478. (下文引用《法律的道路》仅在括号内标注页码。)《法律的道路》的原始的版本以及2个后来的版本作为本书附录重印,以星号标注页码。

2 法律的道路及其影响

法律论文”〔5〕。虽然一些人不同意这个结论,但没人怀疑它对20世纪美国法律思想的形成的重要性。

本论文集的主题是《法律的道路》及其遗产。主要关注它在历史上的地位和同时代的与之相关的一些问题。因此,有些作者把这篇文章放在它所处的时代的知识背景下考察;有些作者追踪它的影响;还有一些人从当代思想的角度探讨《法律的道路》的某个或某些主题。

本论文集既不是对霍姆斯生活感兴趣的传记(近年来,已经有三本他的传记,包括广为称颂的G. 爱德华·怀特〔6〕所写的传记),也不关注他作为法官的作品或者是他那些迷人的书信。我们主要关心《法律的道路》中的思想以及它和现在的联系:我们在何种程度上是并将继续是霍姆斯主义者?

霍姆斯以机智的方式写作《法律的道路》。由于这种机智,我们可以预知这篇文章的丰富意蕴。在很多方面,它都细化了在他稍早的《普通法》开篇那段最著名的引语:

2 法律的生命不在于逻辑,而在于经验。对时代必然性的感知,流行的道德和政治理论,对公共政策的直觉,不管你承认与否,甚至法官和他的同僚所共有的偏见对人们决定是否遵守规则所起的作用都远远大于三段论。〔7〕

霍姆斯这里挫败的是当时占主流的克里斯多夫·哥伦布·兰德尔的法律形式主义,他们把热情都投入到逻辑和三段论。〔8〕后来,约翰·M. 赞恩在以下这段经常被引用的话中描述了这种法律进路:

司法的权威只能来自审判。判决是在一系列具体的

〔5〕 Posner, “Introduction.”

〔6〕 G. Edward White, *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and Inner Self* (New York: Oxford University Press, 1993)

〔7〕 Holmes, *Common Law*.

〔8〕 参阅: Thomas C. Grey, “Langdell’s Orthodoxy,” *University of Pittsburgh Law Review*, 45 (1983): 1.

的事实的基础上形成的。每个司法行为都是一个由纯粹演绎推理构成的判断的结果。推理表现出来的就是对一条适用某些特定事实的规则陈述。在具体案件中发现那些特定的事实以及所适用的规则就成为一种逻辑的必须。古老的三段论：“所有的人都会死，苏格拉底是人，所以，苏格拉底会死。”描述的正是这种形式的司法判断。^[9]

和法律形式主义相反，（虽然还有争议，但大多数人赞同）霍姆斯既提出批评性的观点也提供了建设性的思想。

从批评的角度看，《法律的道路》可能以它对逻辑的攻击而闻名：

逻辑方法与形式迎合了人们渴望确定性和存在于每一个人心灵中的恬静感受。然而，确定性一般来说是一个幻觉，而心灵的恬静并非人之天命。（466）

在这个意义上，我们也反对形式主义。我们都被笼罩在霍姆斯知识的阴影下，法律现实主义是这样，批判法学理论也是这样，法律—经济学运动同样如此。所以，从广义上看，我们都是霍姆斯主义者。

然而，霍姆斯的批评所席卷的范围远不止于法律形式主义。他把他的攻击奠基在一个普遍的哲学观点上，即：逻辑对法律形式主义是必需的，但它本身不可能是“法律的生命”。它不能决定法律的成长。他说：

（逻辑）超出因果关系之外，超出了我们思考能力所及的范围，或者，它至少是某种我们无法去推理或者从中推理（to or from）的事物。（465）

我认为，在这里霍姆斯给逻辑以其他人从来没有过的那么高的期

[9] M. Zane, “German Legal Philosophy,” *Michigan Law Review* 16 (1918): 288, 337—338.

4 法律的道路及其影响

望。^[10] 逻辑不是去推理或者从中推理；我们用（with）它来推理，而且，如果没有它我们就不能推理。也许我勾勒了一条过于美好的线条，但我想，部分由于霍姆斯在这个问题上的雄辩，今天，我们中的许多人也同样怀疑逻辑。如果真是这样的话，我们都是霍姆斯主义者。

霍姆斯同样表示了对法律结果导向的（规范的）内容和作用的怀疑。

就我自己而言，我常常怀疑，倘若每一个具有道德意义的词语完全从法律中清除出去，是否就不会有什么好处？
(464)

3 或者，换句话说，“把（我们的道德观念）放到冷峻的酸液中清洗”（462）^[11]在很大程度上，我们今天的确是这样来看待道德主张的。我们认为道德和文化相关，或者是偏好、习俗和境遇的反映，除此之外，没有其他东西了。^[12] 在这个意义上，我们对法律的思考浸染着道德怀疑论，我们再次是霍姆斯主义者。

于是，霍姆斯提出了他的“坏人”理论：

倘若你们想了解法律，而不是别的什么，你们得以一个坏人的眼光看待它，坏人仅仅关心根据这一法律知识能作出预测的具体后果，这不像一个好人……在模模糊糊的良心约束之下，要为他的行为寻求根据。（459）

比如：

履行一项合同的义务在普通法上意味着一项预测，即，若你不履行合同，就得支付损害赔偿，仅此而已。（462）

[10] 关于这个问题的深入分析，参阅本书第5章斯科特·布鲁尔（Scott Brewer）的论文。

[11] 布赖恩·莱特（Brian Leiter）在本书第13章探讨了霍姆斯的“现实主义”。

[12] 玛莎·C. 努斯鲍姆（Martha C. Nussbaum）对霍姆斯主义者的回应集中在本书的第3章。

因此,即使是承诺——道德义务的核心典范——也不产生权利或义务。从这个意义上,我们今天对“有效”合同的违反保持宽容态度。在这个意义上,我们是霍姆斯主义者。

总之,在霍姆斯的法律世界中:

一项所谓的法律义务并非别的,而是一个预测,即,倘若某人作为或不作为某些事情,他将会遭受法庭判决的这种或者那种方式的制裁。对于一项法律权利亦是如此。(458)

霍姆斯对法律的规范性——无论是法律作为法律或道德的权利和义务的提供者还是法律或道德为这样或者那样的(无论是“好的”还是坏的)行为提供理由——的否定似乎是彻底的。^[13] 如今,我们中间有多少人在陈述司法意见时或者在对法律规则和原则的运用中被剥夺了谈论权利和义务的特权?又有多少人仅仅把它们看作是对未来法律活动的预测的基础?我不得而知。但从我们的行为的角度看,我们是霍姆斯主义者。

霍姆斯对法律形式主义和法律规范性的批评很容易被人理解为虚无主义。但霍姆斯是个典型的美国人(Establishment Yankee),他在文章的结尾提出了建设性意见。他认为法律应该研究因果关系,立法者也应该从事这样的研究,以便制定有效的政策。

霍姆斯是出于哲学的原因信奉因果关系的理论,他不是为了使法律中的某一个观点和其他观点的协调而提出这样的建议。同样地,他以哲学的方式说:

我们思考宇宙的基本前提就是认为在每一个现象及其前因后果之间存在一定程度的相互关联。(465)

回想霍姆斯反对逻辑的理由:它是外在于法律的因果关系因而超越了我们的思考能力。他的意思是否是:思想会直接通往任何目

[13] 参阅:H. L. A. Hart, *The Concept of Law* (Oxford: Clarendon Press, 1961), 本书斯蒂文·佩里(Stephen Perry)(第7章)以及凯瑟琳·皮尔士·韦尔斯(Catharine Peirce Wells)(第9章)的论文。

6 法律的道路及其影响

标,但因果关系的解释是非理性的?

以下是一个相关的思想,以男性至上主义者(sexist)的语言表达:

对于法律的理性研究而言,研究文本的人(black-letter man)是属于现在的,而未来则属于研究统计学和精通经济学的人。^[14] (469)

对于许多法律现实主义者(当然,不单是由于霍姆斯的缘故)来说,法律是一种社会现象,我们观察它,描述它,并且确定法律活动产生的原因。我们是科学家。因此,现实主义者以经验主义的方法研究法律。这些方法在一些跨学科领域,如法律社会学、法律历史学、法律心理学、法律人类学、法律经济学,得到广泛运用并取得巨大的成功。大法官理查德·波斯纳是经济分析学派的重要人物,霍姆斯的画像就挂在他的办公室。

也可以用规范的方法来处理经济学和其他问题,但恐怕霍姆斯并不赞同。他似乎认为应该通过历史来解释法律的成长,或者说,法律的道路。我们可以从经验来观察“法律的生命”。从我们现在的情况看,霍姆斯对统计学和经济学的预测如同先知的预言。这些跨学科的研究大大增强了我们对法律活动的了解。

然而,霍姆斯或许认为,像法官和立法者这样的行为者,必须把他们的行为单独视为产生结果的原因:

当法律体系中的每一个规则清楚明确地涉及它所推动的目标,并且对这个目标的渴望的根据已经确定,那么,这个法律体系就更为合理和开化。(469)

比如,经验主义的研究有助于法官更加有效地实现他们选定的目标。但霍姆斯认可某个目标的根据是什么?他对司法和道德的怀疑主义态度使得任何好的或坏的根据都失去意义。当然,“一个判决只不过体现在特定的时间和地点,一个特定的人的偏好。”

[14] 凯顿·P.吉勒特(Clayton P. Gillette)关注的是霍姆斯主义的传统(本书第11章)。

(466)对于霍姆斯来说,这样的偏好或愿望为法律政策提供一个基础,使它能在由传统搭建的舞台上发挥作用,把法律从过去的不散的阴魂中解救出来。

法律在这里似乎深陷于政治之中——政治,是在行使权力意义上说的。那么,从这个角度看,如今那些“批判法学研究”、“女权主义法学理论”、“批判种族理论”的追随者——也许我们所有的人——是否在这个意义上都是霍姆斯主义者?

当然,霍姆斯是个保守主义者,他在政治上偏向右派,而不是左派。然而,更重要的是:不同政治派别的霍姆斯主义者如何论证他们的观点比对手的观点更加真诚?对于霍姆斯来说,对这样的问题的回答基于“我们”的愿望、我们的委托人的愿望或者社会的愿望,除此之外,别无它物。

如果真是这样,让我们回到《法律的道路》的开篇,或许法律就是一种预测。因此,他的“对于法庭将会如何行事的预测,而不是别的什么更为矫饰造作的东西,正是我所称的法律”。(461)也许这就是这篇文章的主旨。如果法律是一种因果关系,那么,人们会认为预测是可能的。如果逻辑和道德无法瞄准“法律的生命”,它们就是非理性的和不相关的。那我们除了对过程进行预测外还能做什么?请再次注意,霍姆斯的根据是哲学。 5

罗伯特·戈登(Robert Gordon)在本书的第一章中提醒我们:《法律的道路》是作为波士顿大学法学院新大楼落成典礼的献辞。或许霍姆斯是为那些将要作出许多预测的未来律师描绘的法律实践的画卷。但具有讽刺意味的是,这篇文章没有一个论点是建立在经验基础之上的。相反,它提出的是一个很显然是普适的和排他的法律定义。此外,关于法律教科书,霍姆斯写道:“在这些提供预言的书卷中收集了过去对于一些案件的零散预言,在这些案件中,危险会降临。”(457)在这里,看起来制定法和案件中的法律规则和原则,既不是官员行为的合理辩护,也不是法庭内外的行为准则。当然,他们除了是帮助律师直接满足他们的委托人的任何要求的行动指南外,什么也不是。如果这看起来令人难以置信,那

8 法律的道路及其影响

么,请看下面这段话:

将过去判决的原则浓缩成一般性的命题,收集到教科书中,或者立法法规以一种一般性的形式通过,这会使得预测变得更为易于记住和理解。(458)

在很长一段时间里,法官的司法意见并没有包含对以后的法庭将要怎么做的预测。司法意见是附属的产品,是一种合理化,是免遭忽视的修辞和礼仪上的需要。从这个意义上,我们相信,我们还是霍姆斯主义者。

有趣的是,《法律的道路》以令人鼓舞的甚至是有些神秘的方式收尾。像我们这些大法官,都对传统持怀疑态度。认为:

对于某一法律规则,现今并没有比亨利四世时期更好的理由,这实在是令人讨嫌的事情。更讨嫌的事情是,规则制定的依据早就消逝不见了,但规则仍仅仅因盲目模仿历史而存在。(469)

而且,霍姆斯在波士顿大学给法学院学生的建议经受住一个世纪的考验。

6 获得你们专业广阔视角的方法……是钻研你们专业本身的根基所在。要做到这一点,首先,你们要借助法理学随着现存的(法律)原则体进入其最高的一般化原则;其次,从历史中寻找它是如何变成当前这一形态的;最后,尽你所能思考一些规则寻求实现的(社会)目标,及为何这些目标是可欲的理由,需要放弃什么来实现这些目标,以及为何它们值得付出代价。(476)

公平地讲,这是关于法学研究的重要思想,它产生于伟大的心灵,是霍姆斯在他漫长的生命旅程中领悟到的,其他美国人可能都无法做到这一点。他建议所有法学院的学生,还包括教授、开业律师、法官、法律的观察者(observers)——瞄准更高的目标,否则,我们就无法趋向完美。

对于我们中的一些人,知识所激发的乐趣和满足就足够了。

然而,对于另外一些人,霍姆斯在文章的结尾提出了更具他的风格的建议:“对于任何范围的想像而言,权力最广大的形式并非金钱,而是观念的支配。”(478)没有哪个美国人的法律理想比霍姆斯的更难达到。本书是为他那让人称羡的贡献呈上的敬意。

7 第一章 法律作为职业：霍姆斯和法律人的道路

罗伯特·W. 戈登*

在路易莎·梅·奥尔科特 1875 年首版的《八个表亲》中，有一个叫露丝的年轻姑娘，由她姨妈抚养，生活在一栋昏暗的像坟墓一样令人窒息的老房子里，接受的是传统的淑女教育。后来，她的姨父亚历克成为她的新的监护人。他阔步走进房子，拉开窗帘、推开窗户，强行把他的被监护人推到屋外。他扔掉了她那些束缚人的衣服，给她买新的；他改变了她的饮食习惯；还用他的生机勃勃的科学知识开始帮助她清除她头脑里的观念。在我们读到《法律的道路》的第一句话——“当我们研究法律的时候，我们不是在研究一个神秘莫测的事物，而是在研究一门众所周知的职业。”——时，我们就知道亚历克姨父来了，古老的维多利亚式的大厦不再是原来那样了。

* 我要感谢托马斯·格雷、戴维·卢班 (David Luban)、马克·奥斯尔 (Mark Osiel)、塔尼娜·罗斯坦 (Tanina Rostain) 以及理查德·桑伯 (Richard Thornburgh) 对本文早先版本的评论，同时也要感谢玛莎·努斯鲍姆关于斯多葛学派的观念对 19 世纪职业信念形成的影响的意见；还要感谢温狄·施奈德 (Wendie Schneider) 帮助寻找职业演讲以及在 1997 年 1 月在爱荷华大学法学院召开的“《法律的道路》在 20 世纪”研讨会上与会人员的批评和鼓励。