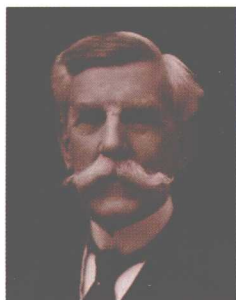


西方著名法哲学家丛书（第一辑）

吕世伦 徐爱国 主编



霍姆斯： 法律实用主义

明 辉◎著



黑龙江大学出版社
HEILONGJIANG UNIVERSITY PRESS

西方著名法哲学家丛书（第一辑）

吕世伦 徐爱国 主编

霍姆斯： 法律实用主义

明 辉◎著



黑龙江大学出版社
HEILONGJIANG UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

霍姆斯:法律实用主义/明辉著. —哈尔滨:黑龙江大学出版社,2009.6

(西方著名法哲学家丛书.第1辑/吕世伦,徐爱国主编)

ISBN 978-7-81129-167-4

I. 霍… II. 明… III. 霍姆斯, W. O. (1841~1935) - 法哲学 - 研究 IV. D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 090102 号

责任编辑:孟庆吉

封面设计:张 骏

霍姆斯:法律实用主义

HUOMUSI: FALV SHIYONG ZHUYI

明辉 著

出版发行 黑龙江大学出版社

地 址 哈尔滨市南岗区学府路 74 号 邮编 150080

电 话 0451-86608666

经 销 新华书店

印 刷 黑龙江省委党校印刷厂

版 次 2009 年 7 月 第 1 版

印 次 2009 年 7 月 第 1 次印刷

开 本 880 mm × 1230 mm 1/32

印 张 5.5

字 数 140 千字

书 号 ISBN 978-7-81129-167-4

定 价 17.00 元

凡购买黑龙江大学出版社图书,如有质量问题请与本社发行部联系调换

版权所有 侵权必究

总 序

人类的法律文化或法律文明,可以区分为法律制度和法律思想两大载体。法律是硬结构,法律思想是软结构。历史地看,它们共生并相互渗透和依存。比较而言,法律制度通常趋向于稳定和迟滞,而法律思想则显得敏锐和活泼。由于此缘故,一个时代的法律文化变迁,总不免表现为法律思想为先导,法律制度随之产生或变革。

中国为古老文明的大国,原本有自己独到的法律传统,也有自己的法律思维范式。临到清末,在西方列强的入侵和文化的冲击下,中国法律文化传统出现断裂,开始发生历史性的转型。早些时候,中国人学习日本,而日本的法律又来自于西方的德国。晚些时候又学习前苏联的法律,中国法律传统又增添了社会主义法律的色彩。这样一来,我们现今的法律同时是中国传统法律、西方自由主义法律和社会主义法律的混合体。反过来也可以说,我们的法律既欠缺中国传统,也欠缺东洋(日本)和西洋(欧美)的法律传统。法律职业者们所学和所用的是西方的法典,而要解决的则是中国社会本身的问题。

不可否认,近代以来的西方法律是摆脱人身依附关系及倡导民主与法治的先行者。因此,对它不应当亦不可能漠然对待,更不能简单地予以排斥。不过,在东西方有重大差异的法域,法律职业者生搬硬套西方的法律理念处理中国的问题,就

意味着粗暴地对待了中国的社会。另一方面,当法律职业者们这样做的时候,又没有真正弄懂西方法律制度得以建立的法律理论,这又粗暴地对待了西方法律。中国学习西方法律已是历经百余年的不争事实。现今,法律制度的趋同化与各民族法律个性的减弱,是法律发展的一般模式。面对此种时代的大趋势,我们要做的不仅仅是要建立现代的法律体系,更重要和更深层次的在于弄清作为西方法律制度底蕴的法律思想。换言之,法律的研究和运用,只停留在法律制度的建立及相关资料的整理和解释上是远远不够的,而应该是法律规范与法律精神的统一。善于从法律制度中寻找法律的精神,从法哲学的抽象中探取法律实践所隐含的意义,才是中国法律职业者的共同任务。

从中西法律制度借鉴的角度看,我们更多地移植了西方的法律制度,而对西方法律精神则关注不足,主要表现在没有把握到西方法律的精髓。只有法律制度的引进,没有法律思想的参详,如同只有计算机的硬壳而无计算机的软件;没有法律的思想而实施法律的制度,那么法治的运行便成为无从谈起的问题。理解、消化和应用西方法律制度中所包含的法律理论,是我们继续和深化法律现代制度的紧迫任务。正是基于这样的考虑,我们决定编写一套西方法哲学家的学术传记丛书。

西方法律思想存在于西方法哲学家的脑子里,表现在他们各具特色的个人生活之中,物化于他们的法律著作之内。每个法哲学家的思想各不相同,但是同一时代的一批法学家则代表了那个时代的法律思想文明。同样,每个时代法学家的思想也各不相同,存在着主流与非主流甚至逆流的思想观点的交叉与对立。几千年西方法律思想家的理论传承,构成了西方法律思想史的全景。基于这样的认识,本套丛书的着眼点是法学家个体。通过每个法学家独特的经历、独特的思考和独特的理论,我们能够把握西方法律传统的精神和品质。

今天,我们正在建立和完善中国特色社会主义的法律体

系。这首先就要求有充实而有效的中国特色社会主义法律理念。中国特色社会主义法律理念要在马克思主义法律观的指导下,广泛借鉴古今中外的法律精神遗产,尤其要“立足中国,借鉴西方”才能达成。

是为序。

吕世伦 徐爱国

2008 年 12 月

目 录

导 言	1
第一章 生平与学术环境	3
一、新英格兰的年轻“贵族”	3
二、战争与法律职业	9
三、大法官与伟大的异议者	16
四、奥林帕斯山神降临	26
第二章 思想的渊源与生成	30
一、智识背景	30
二、思想渊源	38
三、哲学基础	47
第三章 普通法的精神	60
一、法律责任的早期形式	63
二、刑法的一般原则与理论	66
三、侵权行为法的概念与理论	69
四、财产法律制度与理论	71
五、合同法理论	77
六、继承与财产转让理论	81
第四章 法律预测理论	84
第五章 经典案例中的法律意见	101
一、外部性标准——法律与自由的关系	102
二、超越法律——国家与经济的关系	115

第六章 跨越时空的比较	124
一、历史比较:霍姆斯与萨维尼、梅因	125
二、司法比较:霍姆斯与马歇尔、布兰代斯	130
三、哲学比较:霍姆斯与爱默生、尼采	133
第七章 历史地位及影响	143
一、摧毁了西方法律传统的信仰	144
二、奠定了美国现代法理学的基础	149
三、影响了美国法理学的发展趋势	151
结 语	159
参考文献	161
后 记	166

导 言

小奥利弗·温德尔·霍姆斯(Oliver Wendell Holmes, Jr., 1841—1935)是西方法律思想史上一位伟大而浪漫的、博学而智慧的、理性而雄辩的法理学家与思想家,也是美国联邦最高法院历史上“最伟大的异议者”和最伟大的大法官之一,甚至被誉为“英语世界的历史上最伟大的法学家和法律学者”。霍姆斯不仅经历了美国历史上——甚至是世界历史上——一个伟大的变革时代,而且始终将自己置身于美国法律界与法学界的风口浪尖之上。同时,由于本人的性格与气质,霍姆斯接触了诸多的思想家与社会活动家,与之进行频繁地思想交流,并对他们的思想进行了深入的思考,在长期司法实践中逐渐形成了自己的独特法哲学思想,进而影响了整个美国法律思想的发展脉络。霍姆斯的法理学思想主要体现在他的经典法学著作《普通法》和诸如《法律的道路》、《自然法》等一系列著名演讲或评论、法律意见(特别是反对意见)以及与友人——诸如波洛克(Frederick Pollock)、拉斯基(Harold Laski)、法兰克福特(Felix Frankfurter)、吴经熊等人的私人通信之中。

从1882年任马萨诸塞州最高法院法官到1932年从美国联邦最高法院退休,霍姆斯经历了近五十年的法官职业生涯。除了美国历史上著名的约翰·马歇尔(John Marshall)大法官之外,在对美国法律史的演进方面,几乎没有其他的美国法官能够超越霍姆斯大法官。在长期的司法实践与对基本法律问题的恒久思考中,霍姆斯逐渐形成了自己独特的法理学与司法哲学。正是霍姆斯这种源于实践的法律哲学理念,对于美国法理

2 霍姆斯：法律实用主义

学以及司法实践产生了现实而深远的影响。

19 世纪末到 20 世纪初,是美国法律——也是美国历史——发展中的一个极为关键的转折时期。因为先前诸多世纪占据主流的哲学思想支配着整个美国社会的方方面面,而有影响的思想家们则通过对主流思想的批判,预见到了美国未来发展的主题。霍姆斯大法官就是此类有影响的思想家之一。至少在英美法理学家与法律史学家眼中,霍姆斯大法官已经成为了 20 世纪第一流的预言家与思想家。霍姆斯不仅奠定了美国本土法理学的哲学基础,而且还意义深远地影响了美国现代法律思想的演进与发展,正如卢埃林所言,霍姆斯“将美国法引向了未来”^①。

本书正是试图从霍姆斯的个人生平与学术背景、法律思想的形成与发展、基本的普通法理论、法律预测理论、司法实践中的法律意见、与其他著名大法官、思想家或者哲学家的比较;其法理学的历史地位及影响等几个维度,以期尽可能接近全面而真实地诠释霍姆斯大法官的法理学与法律思想。

^① K. N. Llewellyn, Holmes, 35 Columbia Law Review 485, 490 (1935).

第一章 生平与学术环境

如果一个人在一生中从未经受过打击的话,那么他就不可能从多年来已经适应的艰苦困境中感受到痛苦。一般而言,我们通常最喜欢和最尊敬的东西都是由早年的回忆所决定的。我喜欢花岗岩和伏牛花丛,无疑,是因为在过去的漫长的生命岁月中,回忆里的快乐时光都是与它们在一起的。^①

——奥利弗·温德尔·霍姆斯

一、新英格兰的年轻“贵族”

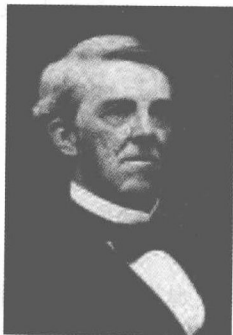
奥利弗·温德尔·霍姆斯降生时,当时的美国社会与智识界束缚着他同时代的人。但是,新英格兰世界最优秀的素质依然清晰地体现在他身上。在霍姆斯的一生中,保持了一种最优秀的新英格兰贵族所具有的完美特性。

霍姆斯的父亲不仅是一位真正的文人雅士、“早餐桌上的独裁者”和“灯塔街的智者”,也是一位著名的内科医生和医学专家。^② 霍姆斯的家族可以追溯至美国早期殖民时代,在其家

^① Holmes, The Natural Law, 32 Harvard Law Review 40 (1918); 中译文参见[美]霍姆斯:《自然法》,载《法律的生命在于经验——霍姆斯法学文集》,明辉译,清华大学出版社2007年版,第176页。

^② 奥利弗·温德尔·霍姆斯(1809—1894),霍姆斯大法官之父,美国著名文学家、诗人,曾经担任哈佛大学医学院解剖学教授。

族当中，早期加尔文主义^①的宗教信仰已转变为一种公众服务意识，对智识价值的关注则转变为一种对智识自由与公民自由的关注。正如在这一英格兰贵族家族中，早期参加玫瑰战争的经历后来又使其进入国会和公民服务之中。霍姆斯对其祖先具有鲜明的自豪感。在哈佛大学班级录的个人简历中，霍姆斯写道：“我的全部三个名字表明了我所渊源的三个家族。”关于其对自己的概述，霍姆斯还谈到了另外一点，就是他“不相信在这些大学的个人记录中存在奔放的感情”^②。然而，值得注意的是，他既感觉到了这种情感，又意识到必须抑制这种情感。



老霍姆斯(1809—1894)，美国文学家、诗人和医学教授

霍姆斯于1841年3月8日生于美国的波士顿(Boston)。19世纪中期，波士顿尽管还不到10万人口，却已经成为新英格兰地区的商业中心和美国的文化中心。新英格兰地区的主要商业活动涉及贸易、造船、运输和丝织业等。几乎所有的美国年轻人都将目光投向了 this 充满生机与活力的地区。

① 加尔文主义，即约翰·加尔文的宗教教义，强调上帝是万能的，以及仁慈上帝对人的超度作用。

② Holmes, Autobiographical Sketch, in Max Lerner ed., *The Mind and Faith of Justice Holmes: His Speeches, Essays, Letters and Judicial Opinions*, Boston: Little, Brown and Company, 1945, p. 7.

正是处如此环境之下的波士顿和新英格兰,成为了霍姆斯生于斯长于斯的社会背景。他的父亲老霍姆斯被帕林顿(Parrington)称为“灯塔街的智者”。老霍姆斯的研究领域涉及法学、神学以及医学,并且成为当时引人注目的智者、时代的神喻者和睿智的诗人。也正是在这样一位父亲的影响与熏染之下,幼时的霍姆斯已经开始逐渐融入美国当时最优秀的知识群体之中。西奥罗·帕克(Theodore Parker)与温德尔·菲利普斯(Wendell Phillips),是这一时期宗教和社会启蒙运动的中心人物,同时也是老霍姆斯的朋友,他们无疑影响了霍姆斯的思想。此外,拉尔夫·沃尔多·爱默生(Ralph Waldo Emerson)^①也是霍姆斯家的客人。此时的霍姆斯并未受到改革骚动的影响,并且在社会正统信仰的庇护之下慢慢成长起来。

少年时期的霍姆斯在所有的活动中都表现得极为活跃,但并未显示出非凡的聪慧。这时,他学习了有关波士顿诸多方面的知识。他在匹兹菲尔德(Pittsfield)度过愉快的暑假。作为新英格兰优美景色的象征,利诺克斯(Lenox)的茵茵绿草与波克夏(Berkshire)的巍巍群山,给霍姆斯儿时留下了深刻的印象——“我喜欢花岗岩和伏牛花丛,无疑,是因为在过去漫长的生命岁月中,回忆里的快乐时光都是与它们在一起的”^②。或许仅仅是基于一种好奇心,少年时期的霍姆斯还给自己买来一些蚀刻工具,然而,作为一种业余爱好,潜移默化地形成了一种对于艺术的独特品味,后来竟然成为其始终专注的爱好之一。

霍姆斯早年所受到的教育完全是一种知识阶层贵族式的教育。最初,他进入迪克斯威尔(Dixwell)先生——后来成为了他

① 拉尔夫·沃尔多·爱默生(1803—1882),美国著名作家、哲学家和美国超验主义的中心人物,他的诗歌、演说,特别是他的论文,例如《论自然》(1836年),被认为是美国思想与文学表达发展的里程碑。

② Holmes, *The Natural Law*, 32 *Harvard Law Review* 40 (1918); 中译文可参见[美]霍姆斯:《自然法》,载《法律的生命在于经验——霍姆斯法学文集》,明辉译,清华大学出版社2007年版,第176页。

的岳父——的拉丁学校,主要接受拉丁语和希腊语的教育,还学习数学、法语等,但却没有关于现代历史和自然科学的课程,也没有涉及社会研究。尽管在这一时期里,霍姆斯的成绩很一般,但他却已经开始接触一些西方的经典著作。他的怀疑主义思想似乎可以在索尔斯坦·维布伦(Thorstein Veblen)^①的《闲暇阶层的理论》的一些章节中找到些许痕迹,那些章节就曾谈及那时充满生机与活力的年轻人所受到教育中的僵化语言以及背后的思想。但是,由于对那些经典著作持有一种完全怀疑的态度,故而在后来的著述中,霍姆斯将这些语言作为一种讽刺工具,像诸如马基雅维利(Machiavelli)^②和孟德斯鸠(Montesquieu)^③等那些早期的现实主义者一样,他将这一语言源自的文化用于他对于英美文化的某些洞察,并且又将这一资源用于其非常熟悉的古罗马斯多葛学派(Roman stoics)^④的精神。

沿袭家族的传统,霍姆斯自然而然地走进了哈佛大学的校园,于1857年秋季注册为哈佛大学1861届的学生。哈佛大学是当时美国最优秀的大学,正在唤醒着美国科学的黎明。19世

① 索尔斯坦·本德·维布伦(1857—1929),美国经济学家,曾经描述了商品供给和创造利润之间的根本矛盾。在他的代表著作《闲暇阶层的理论》(1899年)中,他杜撰了“夸耀性消费”这一短语。

② 尼克尔·马基雅维利(1469—1527),意大利著名的政治思想家、外交家和历史学家,他的主要著作有《君主论》(1513年)、《论图斯·李维著〈罗马史〉前十卷》等。他不仅将宗教与政治法律分开,而且将伦理道德与政治法律分开。其政治法律思想全部建筑在现实的人性——自私自利的人性——之上,并主张通过建立君主专制政府,建立起一个统一的意大利的民族国家。

③ 孟德斯鸠(1689—1755),法国启蒙思想家、哲学家和法学家,他的主要著作有《波斯人信札》(1721年)、《罗马盛衰原因论》(1734年)和《论法的精神》(1748年)。他认为,不是人类的法律确立了既存的一切,而是一切存在物都有自己的法;主张立法、行政、司法三权分立,相互制约。

④ 斯多葛学派是“希腊化时代”(公元前336年—公元前146年)形成的一个哲学流派,对于罗马哲学和法学的发展产生了深远影响。该学派认为,自然法是普遍存在和至高无上的法则,其效力高于人类领袖所制定的法律。故人类所制定的法律应当符合代表理性的、统治全世界的、永恒不变的自然法。

纪五六十年代的哈佛大学是一个不会受流行理论之风所左右的地方。在那个时期,哈佛大学里的400多名学生受到严格的管理,并且被迫对那些经典著作进行填鸭式的阅读。然而,霍姆斯的思想却在这种禁闭的空间里任意遨游。他似乎完全遗传了父亲的秉性,具有结交朋友才能,生动谈论的能力,以及对于生命的热爱,这一切都自然而然地使其成为班级中出类拔萃的人物,他在学校第三年的成绩足以使其进入美国荣誉学生联谊会(Phi Beta Kappa)^①。他对于文学、哲学和艺术都非常感兴趣,并且经常参加私人俱乐部、荣誉社团以及“自由主义的”基督教会的各种活动。此外,他还尝试编辑文学杂志,并且曾经撰写过一篇评论柏拉图(Plato)的获奖文章。在大学期间,他始终保持着对于蚀刻的兴趣,并且在大学杂志上发表了一篇关于阿尔布里奇·杜尔(Albrecht Durer)的文章。在那些早期的文章中,霍姆斯怀着一种真诚的态度希望读者是为了文章中的思想而不是文章的作者来阅读他的文章。

尽管霍姆斯过着一种淡泊宁静、与世无争的生活,但是,仍然无法避免诸多外界思想的冲击和社会力量的碰撞给他带来的强烈影响,并且在一定程度上,他也对这些外界的冲击与碰撞作出了相应的反应。当霍姆斯读大学时,达尔文(Charles Robert Darwin)^②发表了他的《物种起源》(The Origin of Species),他的“物竞天择”与“适者生存”的生物进化理论成为社会争论的焦点。正如霍姆斯后来提到的,在达尔文之前,马尔

① 美国学生荣誉联谊会(Phi Beta Kappa)是一个民间荣誉团体,成立于1776年,主要由大学在校学生和毕业生组成,其入选的会员均需要具有较高的学术或者科研水平。

② 查尔斯·罗伯特·达尔文(1809—1882),英国博物学家,生物进化论的创立者,他的代表著作是《物种起源》。

萨斯(Thomas Robert Malthus)^①同样也意识到,这一有限的狭小生存环境始终不可避免地将如此众多的生物体——当然包括人类自身——推向死亡的边缘。



托马斯·罗伯特·马尔萨斯(1766—1834),英国经济学家

因此,霍姆斯很早就形成了关于死亡与斗争的思想,而他后来对于这两者及其相互关系的专注至少可以追溯至这一时期的思考与影响。在哈佛大学校园之外,在美国的北方与南方之间,在两种经济和生活观念之间,存在着一种“无法抑制的冲突”的紧张状态,霍姆斯和他的同学们均感受到了日益迫近战争阴影,并且试图以他们不安的方式穿透这笼罩着他们自身的黑暗。在三十年后,霍姆斯于一篇题为《军人的信仰》^②的演讲中回忆道,他似乎已经隐约看见这场战争的意义——“战争与痛苦依然是人的运命”,“生命的抗争是世界的规则,在此,烦恼只是徒劳”。^③

① 托马斯·罗伯特·马尔萨斯(1766—1834),英国经济学家,他的主要著作有《人口论》(1798年)等。在《人口论》中,马尔萨斯主张,人口的增长比食物供应的增长要快,除非对人口的增长通过道德的约束或战争、饥荒和瘟疫加以抑制,否则会导致不可避免的灾难性后果。

② 一篇发表于1895年5月30日由哈佛大学毕业班召集的阵亡将士纪念日的演讲。

③ Holmes, The Soldier's Faith, in Max Lerner ed., The Mind and Faith of Justice Holmes, Boston: Little, Brown and Company, 1945, p. 19.

二、战争与法律职业

霍姆斯的青少年时代是一个为奴隶制度深感不安的时期。他在12岁时就阅读了令美国大众振奋不已的《汤姆叔叔的小屋》。当他十几岁的时候,在霍姆斯家的街区,经常有逃亡的奴隶被捕、入狱、被审判,并且发生暴乱。1861年4月,南部同盟军对萨姆特尔堡(Ft. Sumter)发动了进攻,美国历史上著名的南北战争(the Civil War)爆发了。就在战争爆发12天之后,作为一名哈佛大学四年级的学生,霍姆斯报名参加了美国联邦军。战争成为霍姆斯真正的大学和实践的场所。



参加南北战争(1861—1864)的霍姆斯

这场战争给霍姆斯留下了深深的印痕。正如他后来提到的,他知道,自己不得不“冒已确定无法生存的风险去投入那一时期的激情与事业”。在战场上,霍姆斯了解到现实生活是什么样的。就在其从马萨诸塞训练营奔赴前线之际,霍姆斯被任命为第一陆军中尉。“一天,”伊丽莎白·夏普雷(Elizabeth