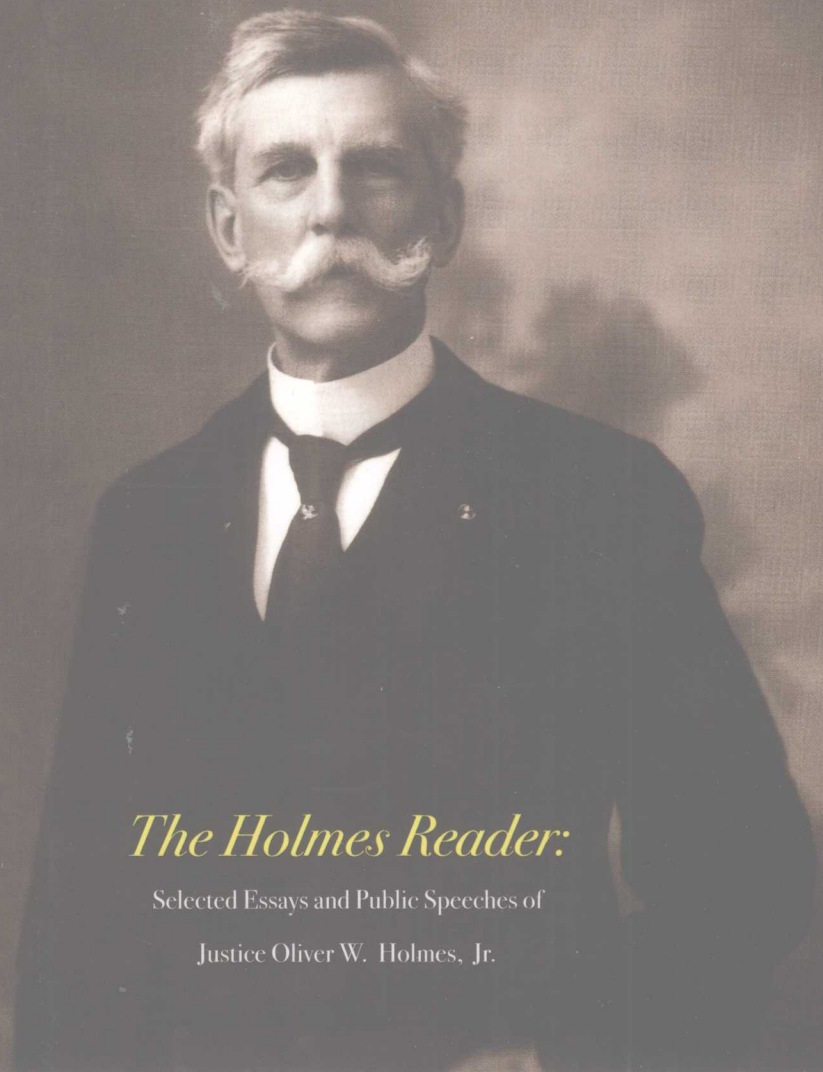




The Holmes Reader:

Selected Essays and Public Speeches of

Justice Oliver W. Holmes, Jr.

霍姆斯读本 论文与公共演讲选集

[美] 小奥利弗·温德尔·霍姆斯 著

刘思达 译

张芝梅 校

上海三联书店

霍姆斯读本

论文与公共演讲选集

[美] 小奥利弗·温德尔·霍姆斯 著

刘思达 译

张芝梅 校



上海三联书店

图书在版编目(CIP)数据

霍姆斯读本——论文与公共演讲选集/(美)霍姆斯
著;刘思达译. —上海:上海三联书店,2009.9

ISBN 978-7-5426-3116-9

I. 霍… II. ①霍…②刘… III. 法学—文集
IV. D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 135392 号

霍姆斯读本——论文与公共演讲选集

著 者 / [美]小奥利弗·温德尔·霍姆斯(Oliver Wendell Holmes, Jr.)
译 者 / 刘思达
校 者 / 张芝梅

责任编辑 / 王笑红
装帧设计 / 鲁继德
监 制 / 李 敏
责任校对 / 张大伟

出版发行 / 上海三联书店

(200031)中国上海市乌鲁木齐南路 396 弄 10 号

<http://www.sanlian.com>

E-mail: shsanlian@yahoo, sh. cn

印 刷 / 上海展强印刷有限公司

版 次 / 2009 年 9 月第 1 版

印 次 / 2009 年 9 月第 1 次印刷

开 本 / 890×1240 1/32

字 数 / 155 千字

印 张 / 7

ISBN 978-7-5426-3116-9/D·152

定价:26.00 元

译者序

霍姆斯被许多人认为是美国法律史上最伟大的人物,而他的著作却极少见诸汉语世界。除了《法律的道路》等几篇经典文献在学术期刊和网络上广为流传之外,长期以来,我们对霍姆斯的认识几乎只限于他人的引用和解读,而缺乏与作者本人的文字和思想的直接交流。在波斯纳、德沃金、孙斯坦等美国当代法学家的著作纷纷被卷帙浩繁地编译出版的同时,作为他们的先辈和思想源泉的霍姆斯却几乎完全被冷落了。这种令人费解的状况直到最近一两年才有所改变,《普通法》和其他一些重要文献开始被系统地译成中文并在国内出版,然而,现有的几个中译本无论是在文献选择还是在翻译质量方面都差强人意。霍姆斯的著作被以一种法学教科书或者文献汇编的方式编辑起来,对于这些经历

了百年历史积淀的文字而言,这如果不是一种误读,至少也是不充分的。正如其他那些名垂青史的思想者一样,霍姆斯也不仅仅是美国联邦最高法院的一名法官或者来自哈佛大学的一位法学家,而是一个超越学科界限的“属于全世界的人”——借用他形容孟德斯鸠的话来说。但他与绝大多数此类思想者的区别在于,除了早年的《普通法》之外,霍姆斯从未出版过任何大部头的学术著作,其思想的光芒几乎全部散落于各式各样的论文、演讲、书信和判例之中——这就对后人的编辑工作提出了一个极大的挑战,即使是在英语世界里,五花八门的编辑版本也层出不穷,就算是被人称为“当代霍姆斯”的波斯纳,在编辑《霍姆斯精选》的时候也显得有些瞻前顾后,在全面展示与深入解读的矛盾之间徘徊不定。

读者面前的这本小书,是一次对霍姆斯思想的另类解读,它并非要对一位“学者型法官”的著作进行什么分类和整理,而是要通过 16 篇长短不一的论文和演讲呈现一个思想者的学术关怀、职业取向与人生态度。毫无疑问,对经典文献的任何编译工作都会或多或少地体现编译者本人的学术偏好和价值观,本书的编译也不例外。21 世纪初的今日,源自美国的法律经济分析已经开始在中国法学界甚嚣尘上,学者们对法律现象的认识和分析也逐渐倾向于脱离其社会与历史语境,而霍姆斯在 100 多年前提出的一些命题(例如法律是对于法院判决的预测、法律研究的未来需要

精通统计和经济学的人等等),则被包括波斯纳在内的诸多法学家视为这一法律经济分析传统的重要奠基石。译者认为,对霍姆斯思想的这样一种认识其实有失偏颇,因为霍姆斯时代的经济学与今天的新古典主义经济学是大相径庭的,而将霍姆斯的贡献仅仅局限于法律经济分析领域也显得太过狭隘。因此,本书中所选取的文献既包括《法律的道路》、《科学中的法律与法律中的科学》等对于日后的法律经济分析传统影响深远的论文,也包括《责任的早期形式》这样充满了现实主义意味与历史感的篇章,还包括《男孩想要的东西》、《法律,我们的情人》和《法学院的功用》等关于法学教育与法律职业的杂文和演讲。为了体现霍姆斯思想的丰富性及其表达方式的多样性,本书采取了论文与演讲混编的形式,力图以最小的篇幅勾勒出一个相对完整的思想者肖像。

如霍姆斯本人所言,“对摆在读者面前的一本书进行分析是不合适的,而要囊括它所提出的所有思想则需要一本更厚的书”。在读者们进入霍姆斯的思想世界之前,译者只想强调,对霍姆斯著作的理解不能脱离他所处的时代背景和他的早期生活史。霍姆斯生于19世纪中期波士顿的一个精英家庭,父亲是一位著名的诗人和医生,他自幼酷爱文学,在哈佛大学读本科时受到了当时盛行的进化论与理性主义哲学传统的强烈影响,毕业之后作为士兵参加了南北战争并负伤,然后才进入哈佛法学院学习。由于

家庭的原因，他在很年轻的时候就接触到了爱默生等当时美国最优秀的知识精英，并在就读法学院期间访问了英国和欧洲大陆，迅速进入那里的上流社会，成为了随后被称为法理学“社会学学派”的创始人之一。在霍姆斯的法律职业生涯开始之前的所有这些经历都对他日后的思想和著作产生了深远的影响，在本书中所收录的论文和演讲里，这些早期生活史的痕迹清晰可见，而对霍姆斯许多观点的理解如果脱离了 19 世纪中后期的哲学与历史语境的话，就有可能南辕北辙，这在阅读时尤其值得引起注意。

经过了 20 世纪的沧桑与变革之后，霍姆斯的文字早已褪去了其绝大部分的现实意义，留下的更多的是其理论关怀与历史价值。因此，正如《普通法》在今天不应当再被作为一本美国法教科书来阅读一样，这本小书中所收录的论文和演讲的真正价值也并不在于增进我们的知识，而在于启迪我们的思想。任何与伟大思想者的对话都是令人兴奋的，作为美国法律史上“最伟大的异议者”，霍姆斯依然站在我们身旁，等待着我们翻开这本书，感受他诗性的文字与这些文字背后那锐利的思想。或许今天的法律人已经很难再用这样一种诗歌般的表达方式来写作，因为我们的法律知识已经变得太过技术化，但在内心深处，他们是否还能延续霍姆斯那份光芒四射却又不乏理性的激情？如果说法律的生命在于经验，那么法律人的生命或许就在这里，正如霍姆斯告诉每

个想在法律领域成功的男孩的那句话，“他灵魂的欲望就是他命运的先知”。

是为序。

2007 年 8 月于普林斯顿大学火石图书馆

目 录

男孩想要的东西	(1)
法律,我们的情人	(7)
法律的道路	(11)
士兵的信仰	(44)
法律职业	(58)
以律师为业	(62)
责任的早期形式	(69)
刑罚、道德与外部性标准	(111)
法学院的功用	(124)
大学的功用	(138)
学识与科学	(141)

科学中的法律与法律中的科学	(144)
约翰·马歇尔	(176)
法律与法院	(182)
法律解释理论	(189)
孟德斯鸠	(196)
译后记	(212)

男孩想要的东西

(Just the Boy Wanted)

《青年指南》(*Youth's Companion*), 1889年2月7日, 第73页起。

一个想在法律领域获得成功的男孩很可能会心想事成。就目前来看,这是一个令人鼓舞的想法。想做一件事情的能力与把事情做好的能力同样都是天赋,这两种能力经常是相辅相成的。因此我并不是在提供激励,而是在陈述一个为法律而生的男孩首先应当具备的与生俱来的天赋。

法律所需要的男孩必须是自己能够一直强烈地渴望某种东

西并且可以持之以恒的人。但这对于生活其他方面所需要的人也基本适用。还存在其他一些与法律有着更特殊联系的天赋。

法律是一大堆的规则，它们显示了在什么情况下一个人会受到怎样的惩罚，或者会被要求将金钱或财产转移给他的相邻人，等等。这些规则在书本里。一个法律人主要是通过读书来掌握它们。

他开始只是读书而已，而当他投入实践工作之后（比如在 3 年学习之后），他一生中也几乎每天都仍然要从书本里找到一些关于他从前并不知道而又必须回答的某个新问题的东西。

因此，使用书籍的能力是一个未来的法律人所应当具备的。他应当具有足够灵活和敏锐的精神特质，使他能够很容易从纸上的文字里获得灵感。他应当具有迅速发现一本书内涵的能力，并且具有某种知道到哪里去找他想要的东西的本能。

这虽然是他最先感到需要的能力，却不是最重要的能力。法律人学习法律不像一个男孩学习拉丁语语法或者数学那样是为了背诵，而是为了使用，并且将其作用于他从真实生活中得到的那些规则上。他的工作是在法庭上审理案件，并且告诉人们如何防范和解决纠纷。他读书是为了以正确的方式咨询和审理他的案件。

于是我们马上可以看出，读书只不过是开始。一个人可能在

读书方面很笨拙,但如果他能告诉另一个处于痛苦中的人应当怎样做,他就具备了更重要的一半能力。如果他能从冲动的证人或者委托人向他倾泻的戏剧化情境的汪洋大海中立刻抓住那些重要的事实,他就能找到许多能帮他 from 图书馆里得到他想要的东西的学生。

实践性的判断是一种关于事物对于达到某个期望目的的相对重要性的感觉,这才是能够支配世界的东西。在一个男孩 15 岁以前你就能看出他是否具有这种品质。如果有的话,他将会在法律中将其显示出来。法律人的判断是一种关于事实对法律规则相对重要性的感觉,而且也是关于它们对于商业的重要性的感觉(越多越好),因为法律和商业是紧密联系在一起的,在给人提供意见时律师经常需要考虑其商业后果,而不仅仅是法律后果。

但律师的职业并不仅仅是要提供意见,而是要说服。说服还需要判断之外的其他天赋,而且不止一种。如果只是要说服法院,也就是要说服一群有处理这类问题的专业训练的专家,那么最需要的东西是思路的清晰以及与之相应的表达的清晰,运用思想时的那种轻车熟路是一个有教养的人(civilized man)的标志之一。前者是一种天赋,而后者部分也是天赋,但更多的是在这个国家还相对罕见的训练的结果。

但这并不是唯一的要求。律师不仅要说服法官,还要说服陪

审团，他要各种委员会面前辩论，要处理各种立法问题，要让各行各业的人相信他试图说明的东西。

你可以只用推理来说服法律人接受一个法律命题，但要让未经训练的人接受一个关于行为或生活的问题，就必须同时运用你与生俱来的一切能力。

一个人最深的信念是他所有的能力、激情以及全部经验的产物；在某种程度上，人会把他的信念融入到任何混合的和实际的问题中去。为了激发战斗信念，整个人的激情都必须被唤起。当激情被唤起时有时比较容易被引导。但如果要引导一个人，或者甚至是调动他与生俱来的天赋，你要做的就必须比清晰地表达你的主张更多，你必须能绘出可以让一个人通过想象达到他想要的结论的交通线路图。

坏人会利用一切阶级偏见、卑劣的嫉妒或者低俗的怀疑来唤醒他的倾听者，以使他们倒向他那一边。高尚的人则会揭示出人们心中从未被怀疑过的渴望的力量，让崇高而宽宏的思想高高飞翔，并用翅膀载着他们越过前进道路上的沟沟壑壑。可无论好坏，一个善于说服的人都有办法辨别他所要应对的种种天性，并且通过某种直觉感到它们更容易朝哪些方向流动，以及它们将会在哪里改变方向。

我所接触到的绝大多数非常成功的陪审团律师（jury

lawyers)都拥有某些想象的小火花,或者至少是触动。我们都知道,最著名的人拥有大量这样的东西。这一点点小火花产生的后果令人惊叹,就像任何人在将成功的演讲与诗歌或者甚至是与我们文学中著名的散文篇章相比时都能看到的那样。

如果一个人想在这个职业里留下更为辉煌的足迹,就应当提到另一个前提条件,那就是一个坚强的体格。这不一定是位列荣誉人群中的那种能力,而是一种在面对困难时能够生存并且保持工作秩序的才能。辩护律师(advocate)必须承受超长智力运动的高度紧张,经常伴随着身体消耗,有时候还有巨大的兴奋感和焦虑感,顾问律师(adviser)也几乎如此。

这种工作节奏令人精疲力尽,许多最成功的律师在中年时倒下了,需要休息一段时间,有时甚至是几年,而当他们回来重新开始工作时,也必须采用更有节制的步调和高度的谨慎。如果他们不是非凡的人,那么他们就根本不会回来。

我已经谈到了在我看来要在律师界取得巨大成功所最需要的种种天赋。在法律领域里还有一些更加宁静和令人愉快的地方,那里所需要的天赋要少一些。应该说,法律提供了就业机会,或者至少给许多种不同的才能提供了一个开放的机会。就像人们说波士顿这座城市那样,它是一个启程的好地方。

在一个人实际做决定时,还有很多需要考虑的次要因素,比

如一副好嗓子、坚强的性格和良好的关系。但我并不认为一个辉煌的开始有多么重要；毕竟这一战役最终将取决于一个人与生俱来的能力。我们自身的能力是预先注定的，在人们共同生活的巨大动荡里，绝大多数人迟早会找到他们所属的位置。如果你选择了的话，那么这就是你的命运，但人命运的一部分以及那个必然结果所必须经历的手段就是奋斗。在某种意义上，一个人想要的就是他能得到的。

他灵魂的欲望就是他命运的先知。

法律,我们的情人 (Our Mistress, The Law)

萨弗尔克(Suffolk)律师协会的晚餐演讲,1885年2月
5日。

主席先生,各位律师先生:

法院和律协之间实在太熟悉了,以至于他们很难谈论彼此,或者谈论二者的关系。我希望我可以说,我们老朋友之间没必要做这样的事情。如果你还不相信这一点的话,那我也就没必要说,在我们的共同工作中法官从事的那一半里,他们并不缺乏履行其高尚职责的决心;每一种兴趣,每一种才干,每一种能力,在