

霍姆斯《法律的道路》诠释

徐 爱 国

一百年前,即1897年1月8日,时为美国麻省最高法院法官的霍姆斯(Oliver Wendell Holmes 1841—1935)在波士顿大学法学院发表了一篇题为《法律的道路》的演讲。这是他一生中的最著名的一篇演讲。在西方法学中,特别在美国法理学历史上这篇演讲产生了巨大的影响。

I 霍姆斯开宗明义地说,我们学习法律,不是去研究一个秘密,而是去研讨一个众所周知的职业。他说,在美国社会,公共权力掌握在法官手里,当人们想要知道在何种条件和何种程度上将要受到这种权力的威胁时,他们往往就付钱给律师,让律师为他们辩护或提供法律咨询。在这个意义上,法律是一种职业。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的影响范围和程度。为使这种预测精确并更好地应用于实践,霍姆斯着重论述了三个方面的问题。

第一个问题:严格区别法律和道德。

霍姆斯说,不可否认,法律是我们道德生活的见证人和外在表现。法律的历史就是一个民族道德的发展史。法律实践的目的就是要造就好的公民和善良的人们。但是,要学好和弄懂什么是法律,就必须区分法律和道德。他说,在尽量避免公共权力的制裁方面,一个“坏人”要比一个“好人”更具有理智。也就是说,区分法律和道德的现实意义在于:一个并不在意和实践伦理规则的人最有可能避免支付金钱和远离审判。从实际上讲,坏人只看法律的实在结果,从而由此进行预测。而好人总是用模糊的良心准则从法律里外来寻找其行为的理由。从理论上讲,法律充满了来源于道德的术语,通过语言的力量就可以应用法律,而不必从道德上再去认识它们。而且,诸如权利、义务、恶意、目的和疏忽等法律术语的内容并不比其道德含义简单。如果把一个人的道德意义上的权利等同于宪法或法律上的含义,其结果只能导致思想的混乱。在此基础上,霍姆斯提出了他著名的法律概念。“如果我们采取我们的朋友,即坏人的观点,那么我们会发现,他毫不企求什么公理或推论,但他的确想知道麻萨诸塞州或英国的法院实际上将做什么。我很同意他的观点。法院实际上将作什么的预测,而不是其他自命不凡的什么,就是所谓的法律的含义。”^[1]

接着,霍姆斯从具体的法律制度来进一步解释坏人和法律预测的关系。以刑法为例,法律义务的内容包含了道德意义的全部内容,但对于一个坏人来说,它主要意味着一个预测,即如果他作了某个特定的行为,其后果要么是被监禁,要么是被强制支付一定数量的金钱。进一步的问题是,他被处以罚金和被强制缴纳一定数量的税金,两者之间有什么区别。在这里,一个坏人对此进行分析所涉及的法律问题实际上与法庭上经常讨论的问题是一样的,即一个特定的法律责任属于一个刑法问题还是一个税法问题。再例如,合理地占有他人的财产和违法地取得他人的财产,两者的法律后果实际上是一样的。占有他方财产的一方当事人应该支付另一方当事人由陪审团估计数额的合理价值。从法律后果上说,这里不存在合理取得和不合理取得的问

题,也不存在赞扬和责难的问题,也不涉及法律禁止和允许的问题。从合同法方面看,普通法上遵守合同的义务意味着一个预测,即如果你不遵守合同,你就必须予以赔偿。

霍姆斯还从法律与道德的矛盾关系方面论述了区分两者的必要性。在侵权行为法方面,他分析了一个16世纪的案例。一个牧师在一次布道时引用了一个名为弗科斯(Fox)所写的一个故事。故事说,有一个人曾参与帮助他人折磨一位圣人,后来此人在承受着内心痛苦中死去。问题出在弗科斯身上,事实上,这个人不仅仍然活着,并且还碰巧听了牧师的布道。于是他起诉了牧师。首席法官芮(Wray)引导陪审团说,虽然被告陈述了这一虚假的故事,但由于缺少恶意,所以被告是无罪的,他不应该承担责任。霍姆斯评论道,首席法官使用了“恶意”的道德含义,即邪恶的动机。霍姆斯说,如果是在现代,没有人会怀疑这位牧师要承担责任。因为虽然牧师没有任何邪恶的动机,但其虚假的陈述明显地对他人造成了伤害。霍姆斯认为,此案的错误就是没有区分恶意的法律含义和道德的含义。在合同法方面,一个合同,只有双方当事人的意志达成一致时才能成立。它必须有外在的表现,即双方当事人对同一件事有相同的“想法”并不产生合同关系,只有双方曾经“说过”同一件事才能发生合同关系。道德注重人的内心想法,而法律注重人的外在行为。

这里,霍姆斯主要论述了法律与道德的关系。应该说,强调法律与道德的紧密关系是自然法学的共同特点。法律应该服从和服务于法律之外的权威,法律的实现就是某种伦理的实现。直到18世纪末,19世纪初的康德都是这样说的,“权利科学研究的是有关自然权利原则的哲学上的并且是有系统的知识。从实际工作的法学家或立法者必须从这门科学中推演出全部实在立法的不可改变的原则。”^[2]而区分法律与道德的关系是分析法学的显著特点。奥斯丁说,“法理学科学,或简单和简明地说法理学,只涉及实在法,即所谓严格的法律,而不涉及它们的善与恶”^[3]。法律就是主权者,命令和制裁的统一,“恶法亦法”。到19世纪末的霍姆斯时代,形而上学的自然法在受到分析法学和历史法学的猛烈批判后,已不再为人们所接受。霍姆斯也是如此,他严格区分法律和道德,主张混淆法律和道德只能造成执法的混乱。在这里,霍姆斯倾向于奥斯丁的法律与道德的区分。应该说分析法学区分法律与道德,使法理学向前进了一大步,使法理学研究的科学化成为可能。但霍姆斯决不是分析法学论者,因为在霍姆斯之前分析法科学与历史法学论战后分析法学在西方法理学中已不再被广泛接受。这里,霍姆斯至少在两个方面使他与分析法学划清了界限。第一,他承认法律与道德的关系,至少是在历史上司法实践上的紧密关系。第二,他对法律概念的独特见解。他不是从理论上对法律下定义,而是从具体司法角度去总结法律的含义。即一个坏人对法院将作出何种判决的一种预测。可以说霍姆斯已不属于19世纪西方已有的各种法学学派,他是一种新的法学学派的奠基者。有人称之为实用主义法律思想,实用主义法学^[4];有人称之为美国现实主义法学的先驱^[5]。



霍姆斯论述的第二个问题是:历史和社会利益决定了法律的内容和法律的发展。霍姆斯说,关于什么决定了法律的内容和发展这一问题,从不同的角度有不同的答案。霍布斯、奥斯丁和边沁认为是主权者的命令,德国历史法学派认为是民族的民族精神。不同的体制有不同的解释和不同的原则。

这里,霍姆斯批判了“逻辑”是法律发展的唯一动力的观点。这种观点认为,任何一个现象都与其前因和后果有着一种定量关系。按照这种观点,任何一种法律体系都可以象数学那样,从行为的一般公理中推演出来。霍姆斯说,这是一种谬误。这种谬误来源于律师所接受的逻辑训练。霍姆斯说,类推、区分和演绎是律师擅长的技术,司法判决的语言主要是逻辑的语言。其中的原因是逻辑方法和形式能够满足人们对于事物的肯定性认识的观念,和人类所固有的对于所谓肯定性的依赖心理。但是,肯定性的认识一般地讲是一种幻觉,依赖性并不是人类的本质。

性。而在事实上,人们常常并不能找到精确的定量关系,并不能达到精确的逻辑结论,司法判决往往带有偶然性。为此,霍姆斯提出了社会利益的概念。他说,社会利益的责任是一个法官不可回避的责任。为达到这一点,就要承认司法判决中存在不关联性,甚至是不可认识性。霍姆斯举例说,社会主义的产生曾引起过富人阶级的极大恐慌,这种恐慌直接影响了美国和英国的司法活动,而且这还是一种无意识因素的影响。不再希望控制立法的人们指望法院是宪法的诠释者,有些法院采取了法律之外的一些原则,如经济原则。霍姆斯郑重提出,在这个方面应该向进化论者学习。他说,一个进化论者仅仅满足于他能证明当时当地最好的东西,敢于承认他不知道宇宙间绝对好的东西,不知道对于人类最好的东西。霍姆斯说,如果我们想要知道一条法律规则具有一种特定的形式,或者,如果我们想要知道它为什么存在,那么我们应该回到传统中去。随着传统,我们回到编年史,回到古法兰克的习惯,或者过去什么地方,在德国的森林,古代诺曼第国王的需要,某个统治阶级的观念,在缺乏一般观念的地方。它们对于现在之所以具有实际的价值,是因为我们接受了并习惯于传统的事实。结论是,“法律的合理学习方式在很大程度上是历史的学习”^[6]。历史是法律学习的一部分,是因为没有它,我们无法知道法律规则的准确范围。它是合理的学习方式,是因为它是通向准确认识法律规则价值的第一步。霍姆斯形象地指出,当你把一条龙拖出洞穴,置于光天化日之中时,你才可以数清它的牙齿和爪子,才能发现它的力量。当然,拖它出来只是第一步,接下来,或者是杀了它,或者是训练它使之成为有用的动物。

霍姆斯从法律的几个方面的具体部门进一步阐述了历史学习的重要性。以刑法为例,他说,盗窃罪是指一个人的财产被他人占有。这种占有是物主交给罪犯的,还是罪犯非法拿走的,都不影响盗窃罪的成立。后来法官们将盗窃的定义精确化,最后订入了法典。盗窃和贪污都是财产的犯罪,但只是由于传统的原因使它们区分开来,成为两种不同的犯罪形式。从刑事古典形式学派到刑事社会学派是一种进步,因为随着历史的发展,犯罪不仅仅是一种个体行为,它具有社会危害性。侵权行为法和合同法同样如此。合同法充满了历史的观念,债和契约的区分仅仅是历史的不同。各种金钱支付责任的分类也是以历史的发展为标准。普通法中对价的理论仅仅是历史的,印章的效力只能由历史来解释。对价仅仅是一种形式,在现代合同法中,并不是每个合同都需要对价。对价仍然是构成合同的一个要素。其原因就在于历史的原因。历史的区别直接影响了当代法中当事人的权利和责任。

在这一部分的最后,霍姆斯指出,研究历史的目的在于历史对于现代的影响。他说,我期待这样的一个时代的到来,那时法律的历史解释起很小的作用,我们研究的精力将放在法律目的及其理由的探讨上。为达到此目的,霍姆斯呼吁每个律师应该懂得经济。在霍姆斯看来,政治经济学学派与法律的分化并非是一件好事,它只能证明在这个方面,哲学的研究还有待于进一步地发展。他说,诚然,现阶段的政治经济学主要由历史构成,但是从这里,我们能了解立法的目的,了解达到这种目的的方式以及代价。

这里,霍姆斯对法律与逻辑的论述,可以说是对传统法律观念的一种批判。批判的第一个目标是分析法学。一般地讲,分析法学关注的是“分析法律术语、探究法律命题在逻辑上的相互关系”^[7]。以极端的德国实证主义法学为例,他们只要法的逻辑把握,不要法的价值判断。从司法实践上讲,他们要求法官绝对地忠诚于法律,司法原则是从法律的权限和程序上来确定合法性,而不问法律的社会经济和道德基础。由于这一缘故,德国实证主义法学被后人称为“概念法学”或“机械法学”。霍姆斯严厉地批判了法律适用中的逻辑主义观点,使他与分析法学区分开来。他不是仅仅从实在法本身来分析或解决法律问题,而是从法律之外,特别是从法律的历史发展及法律后面的社会利益来解决实际的法律问题。霍姆斯在其另一著作《普通法》中,也明

确指出:法律的生命不是逻辑,而是经验。这种经验既包括历史的经验,又包括社会的经验。不过,更重要的是社会的经验。批判的第二个目标是理性主义法学。西方近代理性主义直接影响了法律理论。理性主义的哲学方法论也决定了这一时期的法律思想。在西方法律思想史上,它被称为“古典自然法学”。逻辑,包括演绎和归纳,是这一历史时期法律思想的一种基本方法。格老秀斯首先将笛卡尔的数学应用到法律领域。他说,人类社会存在一项自然法的数学公理,从这个基本公理出发可以推演出自然法的一般原则。^[8]在这种方法之下,自然法高于实在法,立法机关高于行政机关和司法机关。法官判案依据不得超越立法机关正式颁布的法律,即法官不能有自由裁判权。这种强调逻辑的理性主义法学构成了西方现代法律的理论基础,因而,逻辑的方法直至19世纪末都影响着西方法律界的思维方式。霍姆斯对逻辑的批判实际上是对西方法律传统的一种批判,正象当代现实主义法学家一样,他也被认为是对西方“法治主义”的一种背叛。

霍姆斯强调法律学习中的历史学习。他一度信仰过历史法学,曾“对历史地解释英美法律做出过杰出贡献”^[9]。因此,不奇怪霍姆斯提倡法律学习中历史学习的重要性。但是,霍姆斯并不囿于历史。他认为,历史的学习是法律学习的基础,是法律学习的第一步,历史的研究是为了现在。历史是取代逻辑的方法之一,除了历史外,更重要的是社会利益和社会目的。为此霍姆斯建议律师们还要学好经济学和统计学。这反映了霍姆斯从一个历史法学论者向一个现实主义法学论者过渡的显著特点。事实上,《法律的道路》的发表在法律思想史上是历史法学走向衰落的一个标志。此后,历史法学作为一个法学流派已不复存在。但历史方法作为一种法律研究的方式通过其他法学流派得以保存下去。



霍姆斯论述的第三个问题是:法理学是一个成功的律师所必备的一项知识。

霍姆斯把法理学看作是法律之中最抽象的部分。他对法理学作了广义上的解释。

他说,虽然在英语中法理学被定义为最广泛的规则和最基本的概念,但是将一个案例归纳出一条规则的任何一次努力都是一种法理学的工作。他指出:“一个成功律师的一个标志就是他能成功地具体适用最一般规则的”^[10]。他举例说,曾经有个法官碰到这样一个案例:一个农民状告另一农民折断了他的制黄油的搅拌筒。法官考虑了一段时间后说,他查遍了成文法都未发现关于搅拌筒的规定,最后他作出有利于被告的判决。这里,霍姆斯涉及法理学的一个经常性的一个问题,即法律规定不可能涉及到现实生活中的每个方面。为此,一个法官应该具有较高的法理学知识,从法律的基本原理,基本精神来解决现实中的各种问题。霍姆斯说,一个人进入到法律的领域,就应该成为法律的主人。成为法律的主人是说,能够摆脱繁杂的各种偶然事件而阐明法律预测的真实基础。因为这个缘故,就要弄清诸如法律,权利,责任,恶意,目的,疏忽,所有权,占有等概念的精确含义。进一步地,要精确地掌握这些概念,就要读一些分析法学著作。霍姆斯说道,奥斯丁的理论缺陷是他不十分了解英国的法律,但是,一个法律工作者去掌握奥斯丁,以及他的先驱霍布斯和边沁,他的后继者霍兰德和波洛克的理论具有实际的意义。

接着,霍姆斯提倡年轻人要学习罗马法,而且在这里,罗马法不是指几条拉丁文的格言,而是指将罗马法当做一个有机的整体去学习。他说,这也就意味着,掌握一套比我们法律体系更困难更不易理解的法律技术体系,学习一种用以解释罗马法的历史课程。这样做的目的就是为了能深入到这一主体的最基本部分。霍姆斯描述了一系列的具体过程:首先,利用法理学的方法,从现行法律教义深入到它的最抽象的一般意义;第二,通过历史的方法,发现它如何发展到它现在的这种样子;最后,尽可能地去考察这些规则试图要达到的目的,这些目的被寄予期望的理由,找到那些是为达到这些目的所要放弃的东西,以及决定它们是否值得为此所付出代

价。

讲演的最后,霍姆斯重申了理论的重要性。在参与建造一栋房子的一群人中,建筑师是最重要人;而理论则是法律教义的最重要的一个部分。他举例说,有这样一个故事,一个人高薪雇用一位男仆,附带条件是如果男仆犯错就减少其工钱。其中一条减薪规定是:“如果缺少想象力,则减去五元。”对男仆来说,“缺少”没有什么限制。按照霍姆斯的意思,缺乏理论水平的人就象是这位愚蠢的男仆,自以为找到一份高薪水的工作,而实际上正好相反。霍姆斯说,现在人们所谓的抱负和权力都仅仅是通过金钱的形式表达出来,这是一种不正常的现象,他引用正黑格尔的话说:“必须得到满足的,终于不再是需要,而是意见了。”^[11]任何一个事物,其最深远形式的力量不是金钱,而是理念的把握。他指出,笛卡尔死后,其抽象思辨哲学逐渐成为控制人类行为的实际力量。他说,阅读德国伟大法学家们的著作,我们可以发现康德对今天世界的影响大大超过了拿破仑的影响。我们不能都成为笛卡尔或康德,但是我们都想快乐。从许多成功的人士的经验来看,快乐并不仅仅意味着成为大公司的法律顾问,享有五万美金的收入。最后,霍姆斯说,法律的更深远和更一般方面是要赋予它普遍的意义。正是通过这种普遍的意义,你不仅成为你所在领域的大师,而且把你的专业与宇宙联系起来,去扑捉无限世界的回声,瞥见其深不可测的过程,领会世界法的暗示。

在这里,霍姆斯实际上是论述了法律与哲学的关系。他所理解的哲学是哲学最原始的意义,即智慧和知识。作为一个实用主义者,他并不反对任何意义的哲学观点和方法。只要有用的和有益的,只要它是人类认识事物的智慧的结晶,都可以用于法律的实践。在这种指导思想下,奥斯丁的理论可以与黑格尔的理论并存,罗马法可以与判例法共存。一次,有人发现霍姆斯在读柏拉图的著作,很是奇怪并问其理由。霍姆斯回答说:我读柏拉图的书,是为了训练我的大脑。其中的道理就不言自明了。



一百年过去了,今天重读霍姆斯的《法律的道路》,至少有如下几点启示:

1,法律的自治性。法律是一种职业,它独立于政治、伦理和宗教之外。从西方来看,13—14世纪就出现了专门的法律学校,专门的法律从业人员。到19世纪,分析法学明确提出法律与道德的无关联性。在这种观念之下,法律作为一种专门的职业活动得到长足地发展。霍姆斯则从实用主义的观点出发,认为法律本身有其自身的含义,法律含义与道德含义的混用,只能导致法律活动的混乱。为此,他提倡区分法律与道德,对法律的认识,要从一个“坏人”的角度去认识。他只考虑其行为的法律后果,无须从道德上去寻找行为的目的和动机。也正是由于这个缘故,法律区别于其他类型的社会制度,具有自治性;法律由专门的法律专家、立法者、法官、律师和法律学者实践;法律职业者须经过专门的职业培训才构成西方法律传统的一个重要方面。诚然,到20世纪,西方出现了新的自然法学,重申法律与道德的内在联系。但是,这种联系是在承认法律是一种专门职业性活动基础上的联系。按照新分析法学的观念,法律与道德可能有联系,但无本质上的联系;按照黑格尔的辩证法,这种新的联系是原有联系的一种否定之否定。申言之,在一个民主和法治水平还很低的国家,强调法律的自治性尤为重要。法律职业不能专门化,民主和法治只是一句空话。

2,实用主义在法律领域的有限效用。实用主义不仅仅是一句空话,实用主义者也不仅仅是思想贫乏者。实用主义的真理是“有用”,“有用”就有其标准。在霍姆斯那里,“有用”是法律所达到的社会利益,是法律关系的当事人的权力和义务,是对神圣法律的一种献身精神。法律是一种经验而不是逻辑的论断揭示出了法律这种社会现象的部分真理。如果这种现象不能为形式逻辑所证明,那么,实用主义不失为一种好的解决问题的方法。杜威说,实用主义是通向各种哲学流派的一条“通道”。只要有用的,就可拿来用。霍姆斯实际上是位知识十分渊博的人,

他的实用主义通向法律的历史、通向法律的社会目的、通向政治经济学和统计学。当代,标榜自己是实用主义法学家的人少了,但实用主义精神还在。美国社会法学、现实主义法学和批判法学运动都是在霍姆斯实用主义法学基础上的进一步发展。如果实用主义一无是处的话,它是不可能具有这种生命力的。应该指出的是:实用主义法学是治疗法律形而上学的一副药剂,但它本身也是一副毒药,即,它容易导致法律虚无主义。因此,在一个对实用主义没有正确认识的国度里,在一个法治程度不高的社会里,不要滥用实用主义。

3. 法律工作者的应有素质。《法律的道路》是霍姆斯在波士顿法学院作的一次演讲,自然地涉及到一位法律工作者应该具有的相关知识。这里,霍姆斯着重强调的历史和哲学的地位。或者严格地说,强调了法律史和法哲学学习的重要性。霍姆斯强调历史学习重要性的原因是多方面的:首先,历史在西方19世纪占有极其重要的地位,19世纪的人们普遍具有历史的精神。霍姆斯在19世纪生活了近60年,他所受的教育和他的经历不可避免地成为历史学习的倡导者。而从历史情况来看,正是19世纪历史主义促使了社会科学的迅猛发展,法学作为一门真正的科学,也正是在19世纪最后确立的。其次,霍姆斯生活在普通法系国家,而普通法在某种程度上讲,就是历史的法。这在《法律的道路》中已有详细地论述。尽管霍姆斯有其自身的局限性,但强调历史学习的重要性具有超越历史的普遍性。正如萨维尼所说,德国法继受罗马法的事实,决定了当代法学家必须从历史中发现现行法的依据。历史永远是可尊敬的老师。至于哲学的作用就无须多说了,唯有智慧的人方能评功过断是非。霍姆斯的《法律的道路》发表了近100年,他也逝去了近60年。他是无法预料当今世界法律状况的,但是,这一点是正确的,即,是否具有丰富的法律史和法哲学的知识是伟大法律工作者和平庸法律工作者的一条分水岭。

(作者单位/北京大学法律学系 责任编辑/王亚山)

注:

[1] 《法律的道路》见 Lon L. Fuller, the problems of jurisprudence Brooklyn The foundation press, Inc. 1949 第329页。

[2] 康德:《法的形而上学原理》第38页,商务印书馆,1991年。

[3] Robert Campbell. ed., Austin on Jurisprudence. Vol. 1(London: John Murray, 1885). pp172.

[4] 沈宗灵:《现代西方法哲学》第282页,北京大学出版社,1992年;吕世伦、谷春德《西方政治法律思想史》(增订本)第335页,辽宁人民出版社,1987年。

[5] 沈宗灵:《现代西方法哲学》第310页;H. J. v. E. Hommes Major trends in the history of legal philosophy N·H P&C 1979. pp311.

[6][10] 《法律的道路》见 "The problems of jurisprudence" pp336,342.

[7] E. 博登海默:《法理学—法哲学及其方法》第111页,华夏出版社1987年。

[8] major trends in the history of legal philosophy, pp89.

[9] 庞德:《法律史解释》第9页,华夏出版社,1989年。

[11] 黑格尔:《法哲学原理》第206页,商务印书馆,1982年。