

# 实用主义的法官法理学\*

## ——透视霍姆斯大法官的司法哲学

李 霞

**摘 要:** 奥利弗·W. 霍姆斯是美国法理学与司法史上的一个里程碑, 历经百年, 他的司法哲学仍然意义深远地影响着美国的法律思想与司法实践。在霍姆斯的司法哲学理论中, 法官的首要职责是遵守代表多数方的立法, 即使立法存在缺陷; 然而, 对立法机构的尊重, 并不是因为法院缺乏发现事实的能力, 而是法官在裁判时不得依赖个人对事实的认知。在其撰写的司法意见中, 霍姆斯为言论自由与结社所做的辩护与其对优势社会力量或立法的尊重之间存在着矛盾。正是古典的司法自制理论与狭义的司法能动主义, 共同构成了霍姆斯的实用主义法理学, 这是一种美国法律本土背景下的法官法理学。

**关键词:** 霍姆斯 法官职责 司法自制 实用主义

中图分类号: DF0 文献标识码: A 文章编号: 1673 - 8330(2015)04 - 0029 - 09

DOI:10.13893/j.cnki.bffx.2015.04.003

法官, 作为一个掌握专门技艺的职业, 在实现司法职能时, 如何避免司法权的滥用? 这不仅是一个涉及法官职业的实践问题, 还是一个可以在宪法语境中讨论的理论问题, 或者, 在某种意义上, 根本就是一个宪政问题。对这一问题的回答, 不同的人或许因各自的经验与逻辑, 甚或直觉与偏好而形成不同的认知与理解。

作为法学家的霍姆斯, 撰写了英美法律史上的经典著作——《普通法》, 当然还包括其他一些有影响的学术文章。在取得同代人无法企及的学术成就后, 霍姆斯却转而投身司法实践, 成为美国历史上最具影响力的联邦最高法院大法官之一。作为大法官的霍姆斯, 撰写了大量司法意见, 其中所蕴含的司法哲学对涉及言论自由、人身保护、联邦主义、实质正当程序的法律以及司法自制观念等产生了意义深远的影响。作为致力司法实践的哲学家, 霍姆斯的司法意见中渗透着一位法律人对社会现实的深刻哲学洞察与反思; 他的影响与成就超越了美国法律史上的其他所有伟大人物, 至少在法律学术界与法律职业界, 是引人注目和众所周知的。<sup>①</sup>

\* 本文研究得到 2011 年教育部哲学社会科学研究后期资助项目“现代西方法理学研究”(项目编号 11JHQ016) 及 2011 年北京市优秀人才培养资助项目“中国司法的现实主义转型研究”(项目编号 2011D009002000002) 的支持, 且为以上项目的阶段性研究成果。

[作者简介] 李霞, 中国社会科学院法学研究所副研究员, 法学博士。

① 参见 Richard A. Posner, *Foreword: Holmes*, 63 *Brooklyn Law Review* 7 (1997). 这篇文章是理查德·A. 波斯纳法官于 1996 年 11 月 15 日在布鲁克林法学院举办的“百年之后的《法律的道路》: 霍姆斯对现代法理学的影响”研讨会上发表的演讲的修订本。对霍姆斯司法哲学的意义与影响的评价, 亦可参见 Roscoe Pound, *Judge Holmes' Contributions to the Science of Law*, 34 *Harvard Law Review* 449(1921) (霍姆斯“不仅仅引领了当代美国法律思想, 尤其是, 他塑造了具有当代典型特征而区别于往昔的方法与思想”); Frederick Pollock, *Ad Multos Annos*, *Col. Law Review* 349(193) (“从宽泛意义上讲, 霍姆斯对普通法的所做所为, 除了明显的技术差异外, 非常类似于萨维尼对现代罗马法的贡献”); Benjamin Cardozo, *Mr. Justice Holmes*, 44 *Harvard Law Review* 682-684(193) (“对于所有法科学生以及所有人文社会科学的学生而言, 他[霍姆斯]今天仍然是我们这个时代法理学领域最伟大的哲学家和预言家, 也是诸多时代最伟大的哲学家和预言家之一”)。

从司法意见中探究霍姆斯的司法哲学,是一种自然的研究路径,<sup>②</sup>但仅仅依赖正式的或官方的表达形式而获得的认知,却有可能既不全面也不充分,因为他的法律思想通常最早萌芽在私人书信中,在经过思想的交流与碰撞之后,方以完善与精练的形式体现在司法意见或者文章中。此外,霍姆斯还发表了大量的演讲,也不同程度地蕴含着他的司法哲学。这些繁杂的资料(书信、司法意见、学术文章以及演讲)构成了探求霍姆斯司法哲学多元而庞杂的文本系统,笔者将努力从这种复杂的、甚至可能存在矛盾的思想体系中梳理出一条较为清晰的智识脉络,试图通过选择与分析具有影响力的或典型的材料,构建与阐释霍姆斯的司法哲学,以期呈现一种美国法背景下法官的法理学。

## 一、法官的职责

在霍姆斯的司法哲学中,首先要面对的一个主题就是法官的职责。对这个主题的阐释可以回答下述问题:法官为什么必须严格遵守法律职责的自我约束?

自19世纪末以来,许多美国学者和法官提出了关于司法美德的正统观念,即主张最高法院应当支持立法,除非法官认为某项立法明显违反(而不仅仅是违反)宪法,即所谓的“明显错误规则(the rule of the clear mistake)”;法官应当避免做出无法依中立原则表达的宪法性判决;以及所谓的“消极美德”,即法官应当通过司法手段有策略地规避宪法性问题等等。<sup>③</sup>通常认为,法官应当受到立法机构(主权者的)命令的约束,必须搁置法官个人的顾虑以保持对法律的忠诚。与布兰代斯(Louis Brandeis)、法兰克福特(Felix Frankfurter)等人一起,霍姆斯对司法自制传统的形成与发展做出了不可替代的贡献。

霍姆斯对法官职责的认识与解释,无疑受到他在南北战争中经历的影响。关于战争与军人的职责,他曾经在演讲中表达了自己的基本观点:我不知道什么是真的。我不知道宇宙的意义。但是,在怀疑之中,在信仰的坍塌中,有一件事我并不怀疑,与我们大多数人生活在同一个世界中的人也不会怀疑,那就是,这一忠诚是真实且值得崇拜的,它可以使得一名军人,在一项他并不理解的事业中,在一个他一无所知的行动计划中,依照他并未看到用途的策略,服从一项盲目接受的职责而抛弃他的生命。<sup>④</sup>

从字里行间不难看出霍姆斯内心根深蒂固的使命感与责任感,这种军人特有的使命感与责任感似乎在职业转换中没有丝毫衰减,反而愈益坚定。尽管霍姆斯承认自己无法确信某项法律规则“比相反原则更明显地关注其运作其中的社会的生存与福利”,并且将这种观点概括为“对我们执行的这种(法律)制度或者任何其他制度的主要部分的绝对价值表示怀疑”,<sup>⑤</sup>但是,这种怀疑却将让霍姆斯从一个他所赞扬的军人立场出发对自我约束备感自豪。这是他毕生所尊崇的一种军人的责任感,诚如他本人所言,“即使我们缺少应征士兵,我们仍应派他们背上刺刀奔赴前线,去为一项他们或许并不信仰的事业而献身”。<sup>⑥</sup>当然,在责任感或者自我约束的背后,隐含着一种霍姆斯关于真理的哲学理念,即“真理就是国家中那些能压倒其他人的多数人的表决”。<sup>⑦</sup>在霍姆斯看来,如果我说某事是真实的,我的意思是说,我不得不相信它。……(这是)一种别无选择的经验。但是,因为存在着许多我不得不相信宇宙中可能存在的事物,所以我不能冒险假定,我在思考方式上的无能为力就是宇宙的无能为力。因此,我将真理界定为我的局限体系,并且将绝对真理留给那些具有更优能力之人。……无论是有意识地,还是无意识地,我们都在为建造我们所热爱而奋斗。<sup>⑧</sup>

② 作为传统意义上的美国法官,与卡多佐、汉德一样,霍姆斯撰写的司法意见体现了强烈的个人风格,这种法官风格传达了法官的观念,而这种观念可以帮助人们从法官的司法意见中探寻出法官的司法哲学观念。参见[美]理查德·A.波斯纳《联邦法院:挑战与改革》,邓海平译,中国政法大学出版社2002年版,第153—154页。

③ 参见 Alexander M. Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven: Yale University Press, 1986, pp. 35—45; Herbert Wechsler, *Toward Neutral Principles of Constitutional Law*, 73 *Harvard Law Review* 1(1959).

④ Oliver Wendell Holmes, *The Soldier's Faith*, in Max Lerner, ed., *The Mind and Faith of Justice Holmes*, Boston: Little, Brown and Company, 1945, p. 20.

⑤ Oliver Wendell Holmes, *Twenty Years in Retrospect*, in *Speeches*, Boston: Little, Brown and Company, 1913, pp. 154-156.

⑥ Oliver Wendell Holmes, *Ideals and Doubts*, 10 *Illinois Law Review* 1 2(1915).

⑦ Oliver Wendell Holmes, *Natural Law*, 32 *Harvard Law Review* 40(1918).

⑧ 前引⑥。

在一篇演讲中,霍姆斯指出,在通往上帝之城的旅途中,人们“无法让自己去反对作为竞争主宰的宇宙、去批判它或者向天空挥舞他的拳头,若非他的意义即宇宙的意义,他的唯一价值就在于作为宇宙的某一组成部分和宇宙力量的卑微工作”,而“这就是智识救赎的关键,因为幸福的关键在于某人内心接受某种类似的信仰,在于不仅仅是一种必需,更是实现不可预测的目的的一种意志工具”。<sup>⑨</sup>虽然哲学思考并不能为人们提供行为的动机,但却可以使人明白,“对于做他们早已想做之事而言,他们并不是白痴。它将直面我们为之抛却生命的渺茫希冀,直面人类思想终极目的的展望,以及从未知中搏动而出的和谐旋律”。<sup>⑩</sup>

独特的战争经历与敏感的哲学思考,使得霍姆斯在经历20年法官生涯后,塑成了一种超乎寻常的冷静的理性。对于自己的法官工作,他描述道“对(法官)自身的思考几乎被完全遗忘,全力以赴的仅仅是各尽职守,诚如一架庞大机器中的一个齿轮。”<sup>⑪</sup>

让我们从司法常识的角度试图接近霍姆斯的内心世界:假定一位普通的法官,在实践中发现某个具体案件所涉的危害或者损害源于立法机构制定的某项法律时,或许会试图凭借法官职业的责任感在职责范围之内填补或矫正立法的疏漏或错误;若在美国法律体系内,联邦法官或许会启动违宪审查程序,通过对个案的司法裁判,宣布立法无效。然而,对霍姆斯而言,法官的“责任感就是对弱点的承认。如果我竭尽全力地致力于裁决案件和撰写判决书,我既不会感受到责任,也不会有自我中心和利他主义的倾向——我只是在尽我所能地处理问题”。<sup>⑫</sup>在这种情况下,无论如何,人们都应遵守立法机构的命令。正如他赞誉的军人的责任感与(看似有些盲目的)信仰——服从明知会通向死亡的上级命令,霍姆斯认为,法官也应遵守代表多数方的立法,即使立法存在缺陷。这正是霍姆斯心目中法官的职责。正如霍姆斯在致拉斯基(Harold Laski)的信中所言“我希望并且相信,我不会受到我认为那是一部愚蠢法律的观念的影响。我很少怀疑国家想要这样的法律,并且正如你所知的,我总是在说,如果我的公民想下地狱,我也会帮助他们。这就是我的(法官)职责。”<sup>⑬</sup>

## 二、法官与多数方的决策

如果说,法官的职责仅仅限于遵守代表多数方的立法,就要面对并回答下一个问题,即法官职责的范围与限度。依据古典司法自制理论,司法自制的美德要求法官尊重代表多数方的立法机构。通过分析对司法自制的看法,或许有助于理解霍姆斯所理解的法官职责的范围与限度。在此,有一个不易回答的关键问题,即如何解释多数方的主张或者决策。

如前所述,作为一位竟然愿意帮助公民走向自己选择的通往地狱之路的法官,霍姆斯既不相信对多数方的尊重本身对国家有益,也不相信下述极度缺乏说服力的命题——即使会遭受不可避免的失败,社会实验本身对国家仍然是有益的。当然,原因或许在于,社会实验成功的收益可能大于实验失败的风险。霍姆斯在致布兰代斯的信中写道“一般而言,在乐意看到尝试社会实验方面,我是赞同你的,但我不会热衷于此,因为我相信,这仅仅是转换了压力而已,并且只要我们(人类)自由地繁衍,马尔萨斯在其一般观点上就是正确的。”<sup>⑭</sup>

对于多数方可能会基于人类的忠诚而实践某种道德主张——批判功利主义,霍姆斯表示出相当的怀疑,因而追问“为什么(我们)应当优先选择最大多数?为什么不是极其明智且高度发达的人的最大

⑨ [美]霍姆斯《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206页。

⑩ 前引⑦, pp. 40, 44.

⑪ 霍姆斯致帕尔弗雷(John G. Palfrey)的信(1902年12月27日),转引自Sheldon M. Novick, *Honorable Justice: The Life of Oliver Wendell Holmes*, Little Brown & Co., 1989, p. 248.

⑫ 霍姆斯致希恩(C. P. A. Sheehan)的信(1908年3月21日),载David H. Burton ed., *Holmes - Sheehan Correspondence: The Letters of Justice Oliver Wendell Holmes and Canon Patrick Augustine Sheehan*, Kennikat Press, 1976, pp. 21-22.

⑬ 霍姆斯致拉斯基的信(1920年3月4日),载Mark D. Howe ed., *Holmes - Laski Letters 1916-1935*, vol. 1, 1953, pp. 248-249.

⑭ 霍姆斯致布兰代斯(Louis D. Brandeis)的信(1919年4月20日),转引自David Luban, *Justice Holmes and the Metaphysics of Judicial Restraint*, 44 *Duke Law Journal* 449(1994).

利益呢?”<sup>15</sup>由此推断,霍姆斯或许也会对多数主义规则提出同样的质疑。

关于霍姆斯尊重多数方决策的原因,法兰克福特认为,应当归因于“基于那些被赋予立法职责之人所表达的经验与信仰而作出裁决时的谦卑”,故而霍姆斯“依循哲学上的怀疑主义路径实现民主的结果”。<sup>16</sup>实际上,霍姆斯曾在致波洛克(Frederick Pollock)的信中写道“我非常怀疑我们关于法律之善或恶的知识,以至于除了人类群体的需要之外,我没有任何的实践批判。”<sup>17</sup>一方面,霍姆斯毫不怀疑地坚持自己的社会与经济观点;另一方面,霍姆斯的谦虚与怀疑主义仅仅体现在哲学层面上:从宇宙的观点而言,“我不会冒昧地假定,我称之为理性与真理的不得不(can't help)就是宇宙的不得不。”<sup>18</sup>尽管如此,它们就是“不得不”,而在人类争端的层面上,霍姆斯对它们也没有丝毫怀疑。因而,在致波洛克的信中,霍姆斯进一步阐释了他的怀疑主义:“仅就个人而言,我敢打赌,人类群体如果知道更多的话,就不想知道它是什么了——但那已无关紧要了。”<sup>19</sup>

19世纪末,美国的主流观念是,基于对国家权力机构权限的考量,法院缺乏像立法机构那样发现事实的能力。霍姆斯并未简单附和,而是从另外一个角度来看待这个问题。他认为,忽视事实是值得自豪的,因为这正是法官之职责所在,而不是将服从的义务建立在假定的法院忽视事实的基础之上。在合众国诉佩里案(Commonwealth v. Perry)的司法意见中,霍姆斯阐释了司法自制理论。他认为,在立法机构制定法律的背后,隐藏着一种可能的动机,即马萨诸塞州最高法院的裁决是无效的,并且评论认为“如果他们的观点是正确的,我就无法怀疑该立法机构拥有……权利,而我也不能基于某个错误假定而宣布此项立法无效,因为无论怎样,我对此事均一无所知。”<sup>20</sup>由此可见,霍姆斯并不认为法院的无知是无法避免的,但他所强调的是,法官的职责要求其不得依赖于自己对事实的认知;质言之,法官应当遵守代表民意的立法机构作出的决定,而不能由法官个人尝试根据自己或许不同的(以及更为保守的)道德确信,来批判或补充立法机构的决定。<sup>21</sup>

从司法实践来看,霍姆斯坚持认为,法律假定我们每个人均具有一个理性人所应具有的知识与理性,并且为人们确立了适合于具有相当程度的知识与理性的人的标准。“理性人标准”隐含地假定法官或者陪审团能够独立查明一个理性人所应具备的知识与理性,而且也为诉讼当事人确立了一个适于此类知识的行为标准。将这种理解扩展适用于针对立法的宪法审查的情境中,可以演绎成一个霍姆斯式的“理性立法机构”。据此,法官将不得不独立查明某个理性立法机构所应具备的知识与理性,并且衡量接受审查的立法是否违反了此项标准。<sup>22</sup>

霍姆斯信奉理性人标准,仅仅是因为普通法案件涉及一般的诉讼当事人。然而,立法机构并不是一般的诉讼当事人,它具有一般诉讼当事人所不具有的绝对权力——国会的权力。因而,法官就必须不仅假定立法机构了解事实,而且还要假定立法机构对事实给予了审慎而适当的考量。显然,霍姆斯推断认为,禁止法官独立查明事实,因而法官不得擅自裁决立法活动的合理性,除非立法行为因无视事实而成为非理性的活动。

然而,霍姆斯却认为,法官在裁判案件时可以像立法机构那样发现事实。在美国司法体系中,初审法院拥有传唤权,而上诉法院则可以要求了解情况的当事人提供案件摘要;相对于国家立法机构而言,

<sup>15</sup> Holmes, *The Gas - Stokers' Strike*, 7 Am. L. Rev. 582, 584 (1873); 亦可参见中译文[美]霍姆斯《“雇主与工人”:汽炉工人的罢工》,载前引⑨,第266页。

<sup>16</sup> Felix Frankfurter, *Oliver Wendell Holmes*, in Harris E. Starr ed., *Dictionary of American Biography*, vol. 11, 1944, p. 423; 亦可参见 Wallace Mendelson, *Mr. Justice Holmes - Humility, Skepticism and Democracy*, 36 Minn. L. Rev. 343, 343 (1952) (“霍姆斯带给最高法院……两种令人震惊的品质,怀疑主义和智识上的谦卑”).

<sup>17</sup> 霍姆斯致波洛克(Frederick Pollock)的信(1910年4月23日),载 Mark D. Howe ed., *Holmes - Pollock Letters: The Correspondence of Mr. Justice Holmes and Sir Frederick Pollock 1874 - 1932*, 1941, p. 163.

<sup>18</sup> 霍姆斯致吴经熊的信(1923年6月16日),载前引⑨,第355页。

<sup>19</sup> 前引①⑦。

<sup>20</sup> *Commonwealth v. Perry*, 155 Mass. 117, 123-125 (1891) (Holmes, J., dissenting).

<sup>21</sup> 亦可参见[美]罗纳德·德沃金《身披法袍的正义》,周林刚、翟志勇译,北京大学出版社2010年版,第29页。

<sup>22</sup> 前引①④。

法院依据较少的严格时间限制予以运作,并且几乎没有什么政治压力,而这种政治压力却不可避免地迫使立法机构拒绝引起争议的或者无权的当事人呈示公共证据。因此,在实践中,法官拥有至少与立法机构相当的查明事实的能力。

霍姆斯对立法机构的尊重,并不是建立在权力分立的理论与实践之上的。这一点清楚地体现在他对孟德斯鸠及其权力分立理论的认识与看法上。在《论法的精神》的再版导言中,霍姆斯简要提及了权力分立理论,并且评论认为,孟德斯鸠的“三权分立的英格兰……是其所虚构的一种想象”。<sup>②③</sup>实际上,霍姆斯非常赞成塞耶基于权力分立理论而形成的司法审查观点,并且认为,作为一项国家宪法原则,司法机构对立法机构的尊重的真正原因在于立法机构拥有绝对的权力。这种对绝对权力的强调与尊重,正是霍姆斯忠实于多数主义原则的根本原因。在霍姆斯看来,多数主义原则的重要意义在于,多数方构成了共同体的优势力量,而这种优势力量同样也拥有规范权力。霍姆斯在评论孟德斯鸠的文章中指出:最完美的政府是以最小的成本实现其目的政府,所以一个依据人们偏好引导其各行其事的政府是最优的……除了回应共同体中实际的力量均衡——也就是,遵守优势权力的意愿外,还能发现什么接近最优的标准?当然,此类遵守也可以导致毁灭,并且值得欲求的是,优势权力应当是明智的。但是,无论是否明智,一个接近良好政府的标准是优势权力使得其所。<sup>②④</sup>

关于衡量最完美政府的标准——以最小的成本实现目的,或许可以从两个方面加以理解:一方面,从对手段之选择的角度来看,政府应当选择符合实现既定目的的最为便利的手段;另一方面,从对目的之选择的角度来看,政府应当选择符合最为便利且可以适用的手段的目的。如果被理解为对政府可能选定之目的而非手段的约束,那么霍姆斯的最小成本规则的意义就在于,应当选定目的,将可能存在的反对或制约因素最小化,顺潮流而动。

或许,比较一下霍姆斯在美国西北大学发表的一篇演讲,是更具启发意义的。在该演讲中,霍姆斯指出:大自然对不当之举仅有一种判决——如果你们能够称之为一种似乎与行为无涉的判决——死亡判决。如果过度的话,不节制的消耗便会导致这种判决或结果。如果过度浪费食物,你们便会饥饿;如果过度消耗燃料,你们便会寒冷;如果过度精神紧张,你们便会崩溃……即使接受了这些前提,我仍然还会说,激励生命的每一种快乐均在走向死亡,尽管在抵达前会明智地停下。艺术、哲学、博爱、北极探险、人类经验中每个伟大时刻的极度兴奋——所有类似之举均意味着不节制的消耗——意味着浪费——意味着迈向死亡的每一步。<sup>②⑤</sup>将这段话与前述最小成本规则相比较,可以看出,霍姆斯在此旨在阻止政府选定促进理想的目的,从而使政府避免“不节制的消耗”。

此外,霍姆斯还为“遵从优势权力的意愿”进行了辩护,他否认这种观点预先假定在实际上并不存在的社会不同组成部分之间存在某种一致的共同利益。在反对涉及普通之善或者全部公共利益观念的同时,他认为,与社会阶级相关的仅仅是借以评价立法的标准,也就是,“立法应当可以根据社会中实际上最高的权力意志很容易且很快地(尽管不能过快地)修改自身”,然而,“无论哪一个群体暂时占有了这一最高权力,肯定会有与在竞争中失败的其他不相一致的利益”。<sup>②⑥</sup>在该文最后,霍姆斯总结认为:较具影响力的利益一定或多或少地体现于立法当中;……从长远意义上看,我们这代人中少数人的最大利益或许将成为最大多数人的最大利益。但是,如果考虑到所有后代人的福利,那么可能也会放弃目前的立法。如果现实多数人的福利是至高无上的,那么它只能基于这一理由,即这一多数人手里掌握着权力。事实就是,这个国家的立法和其他任何地方一样,是经验主义的。立法不可避免地被作为某个群体通过其占有权力并将他们讨厌的负担置于其他群体肩上的一种工具。<sup>②⑦</sup>

<sup>②③</sup> Oliver Wendell Holmes, *Montesquieu*, in *Collected Legal Papers*, New York: Harcourt, Brace and Company, 1921, pp. 250-263.

<sup>②④</sup> 前引<sup>②③</sup>, pp. 257-258. 在这里,霍姆斯实际上回应了他在《普通法》中的论述:“(构成)一个健全的法律体系的首要条件在于,无论对错与否,它都应当符合社会的真实情感与需求。”参见[美]霍姆斯《刑法》载前引<sup>②③</sup>,第117页。

<sup>②⑤</sup> Oliver Wendell Holmes, *Northwestern University Address*, in *Collected Legal Papers*, New York: Harcourt, Brace and Company, 1921, p. 272.

<sup>②⑥</sup> 前引<sup>②⑤</sup>霍姆斯文,第256-257页。

<sup>②⑦</sup> 前引<sup>②⑤</sup>霍姆斯文,第257页。

概言之,霍姆斯的主张预先假定社会中的优势力量在规范层面上的至高无上性,认为采用某个阶级的立场以评价立法是有必要的,进而采用居于主导地位的统治阶级立场也是必要的。据此,从其最小成本规则的政府理论中,可以发现隐藏着这种优势力量的至高无上性。

因而,关于他对强力毫无理性的尊重,即他确信“终极手段……就是强力”,从霍姆斯的著述中无法得到清晰的诠释。霍姆斯对强力之道德约束的揭示,对理性之限度的感知,以及对普通善的概念和因果关系的预测的可能性的批判,所有这些都助于理解为什么霍姆斯并不反感强力在法律中的表现。

对于这一问题,鲁本(David Luban)教授推测认为,霍姆斯之所以如此欣赏这种强力的表现,是因为他从中看到了生命力并感受到了生命的愉悦,而这正是人们从绝望中获得真正救赎的希望所在。在此,鲁本教授将霍姆斯所理解的多数方授权与此前讨论过的生机论联系起来,霍姆斯的观点是,“关于(生命)是否值得存在的唯一问题,就在于你们是否对它感到厌倦”。<sup>28</sup>与尼采的观点<sup>29</sup>类似,霍姆斯则认为,世间万物——无论是摇动尾巴的狗,还是构建演绎推理的人(以及必然是演绎推理本身)——都是由交汇的能量之流构成的。那么,证实宇宙就相当于证实这种能量的现实存在。所以,霍姆斯对优势力量或者强力表示尊敬,而这种优势力量显示出比其所征服的力量更为强大的生命力。

霍姆斯曾经消极地指出“我不是非常相信实际是那样的事物,但我更少相信实际不是那样的事物。”<sup>30</sup>此外,霍姆斯重视生命力而非(现实的)存在,从而将保守的乌托邦理想由一种静态的基调转变为一种动态的基调;然而,这位保守的乌托邦空想者因掌握着证实以及从徒劳中救赎的关键而将现实置于可能之上,这种提升的根源在于他对优势社会力量以及多数方的尊重。公然违抗多数方就是否认现实,显然,这不是霍姆斯的意图所在。

表面看来,这种分析似乎违背了之前引用的霍姆斯的主张,即“对我们当中的某些人而言,看到物化的……人的极端特殊权力——否认现实和走向死亡的权力,是一种快乐”。<sup>31</sup>但实际上,此处并不存在真正的矛盾。霍姆斯始终将法官视作军人式忠诚的典型代表——一位在为君王效忠时甘愿抛却生命的中世纪英雄骑士。<sup>32</sup>如果一位理想主义的军人打算否认现实而走向死亡,但他实际上是在受役于现实时才那样做的。在霍姆斯看来,普通人理想而生活,但政府不是。<sup>33</sup>无疑,霍姆斯是带着一种贵族式的轻蔑态度审视着芸芸众生,当然这也只是他的言论与文字的典型特征之一。

### 三、司法自由主义

熟悉霍姆斯的读者,从开始阅读其著名的关于言论自由的“自由主义的”司法意见或者他早期在工会案件中自由主义的司法意见时,可能会发现,在霍姆斯为受压迫者对抗优势多数方的权利而辩护与他在哲学层面对优势社会力量的尊重之间,存在着一种令人困惑的紧张关系。正是由于优势社会力量通常会为所欲为,因而,霍姆斯认为,一个良好的社会必须确定哪种社会力量实际上是占据优势的。若想确定这种优势社会力量,就必须要求在竞争者之间展开公平竞争,在公平竞争中,既有的法律规则与制度并不会扭曲不同力量之间斗争的结果。在维奇兰诉冈特纳案(Vegelahn v. Guntner, 1896)中,霍姆斯提出了反对意见,他认为“雇主与雇员之间的冲突”是一个“生存的自由竞争”的例证,“如果这场战争会以一种公正而平等的方式予以展开的话,那么一方的联合是专有而强大的,而另一方的联合则是必要而值得的对立方”。<sup>34</sup>

<sup>28</sup> Oliver Wendell Holmes, *Speech at a Dinner Given to Chief Justice Holmes*, in *Collected Legal Papers*, New York: Harcourt, Brace and Company, 1921, p. 248.

<sup>29</sup> 尼采认为,宇宙世界仅仅是由权力意志(the will to power)而不是其他什么所构成的。参见[德]尼采《权力意志——重估一切价值的尝试》张念东、凌素心译,商务印书馆1991年版,第154—155页。

<sup>30</sup> 霍姆斯致威格莫尔(John H. Wigmore)的信(1910年12月4日),转引自Thomas C. Grey, *Holmes and Legal Pragmatism*, 41 Stan. Law Review 787-812(1989)。

<sup>31</sup> Oliver Wendell Holmes, *Paul Bourget*, in Richard A. Posner, ed., *The Essential Holmes*, Chicago: University of Chicago Press, 1992, p. 70.

<sup>32</sup> 关于这一隐喻的例证,参见Oliver Wendell Holmes, *On Receiving the Degree of Doctor of Laws*, in Oliver Wendell Holmes, *Collected Legal Papers*, New York: Harcourt, Brace and Company, 1921, pp. 33—34.

<sup>33</sup> 前引<sup>28</sup>。

<sup>34</sup> *Vegelahn v. Guntner*, 167 Mass. 92, 107—108(1896)(Holmes, J., dissenting)。

这也是霍姆斯所信奉的言论自由的作用。正如其在吉特洛诉纽约州案(*Gitlow v. New York*)的司法意见中所言:“如果从长远来看,那些在无产阶级专政中所表达出来的信仰注定会被该社会中的主流力量接受,那么言论自由的唯一意义就在于它们应当被赋予机会并享有自己的表达方式。”<sup>⑤</sup>

然而,霍姆斯的主张实际上并没有解决对优势力量的尊重与言论和结社自由的自由主义观点之间的矛盾。<sup>⑥</sup>如果优势力量能够鼓动多数方认为有必要压制他们所不喜欢的言论,为什么不应将其简单地视作霍姆斯式的法官们一定会尊重的优势力量的另一种表现呢?质言之,衡量优势力量的真正标准是什么是在“以一种公正而平等的方式展开”<sup>⑦</sup>的战争中获得胜利呢?为什么它不仅仅是以任何——公正的或者卑劣的——方式而获得的胜利呢?

对于霍姆斯在这一问题上的混乱,有一种可能的解释是,他一般地误解了同样为19世纪其他社会思想家所信奉的达尔文的“生存的自由竞争”观念。<sup>⑧</sup>基于这种误解,“适者生存”成为一个有机体内在的本质属性,也是衡量该有机体生命力的标准。相对而言,在真正的达尔文的理论中,可能根本不存在诸如“适者生存”之类的东西:达尔文对生物进化的解释是,那些能够适应某个环境的特征在另一个环境中可能就是毁灭性的。达尔文的“适者”实际上就是有机体与客观环境之间的关系。

在维奇兰诉冈特纳案中,霍姆斯似乎将成为一种优势社会力量的属性视作某种群体的内在属性,必须通过某种在理想层面的公平竞争才能予以发现。另一方面,一位逻辑一致的达尔文主义者会认为,如果某一群体的言论或结社活动受到多数方所制定的法律的限制,那么据定义而言,该群体在其现实环境中就没有占据优势地位。关于它在一个更为适宜的环境中是否占据优势地位的问题则与这个问题无关。

霍姆斯或许已经认识到了这些问题,但他仍然坚持认为,限制商会结社或者表达自由的法律并不是争夺最高权力的群体必须正当应对的环境的组成部分。他或许认为,法律就是国家强加于某种环境之上的东西,而该环境实质上是由纠缠于争斗中的私人力量所构成的,并且正是那些私人力量而非法律,提出了最高权力竞争者从正当角度所不得不予以克服的挑战。在《普通法》中,霍姆斯支持了“这一流行观点”,即国家的“笨重而耗费庞大的体系不应加以运作,除非从扰乱现状中可以获得某种清晰的收益。国家干涉是一种罪恶,并且它无法显示成为一种善行”。<sup>⑨</sup>

几乎无法避免的是,霍姆斯将法律视作某种强加于法律之外现状的人造物,因为他的法律现实主义的根源洞察在于,法官可以创制和废除法律(尽管法官们习惯上否认这就是他们的职责所在)。<sup>⑩</sup>对此,霍姆斯认为,“法官极少提及并总是伴随着歉意的那些考虑因素正是法律从中汲取生命乳汁的潜在根源。当然,我意指的是那些对有益于相关共同体的事物的考虑因素。”<sup>⑪</sup>在《法律的道路》中,霍姆斯主张,法官必须让自己避免产生下述幻想,即法官是在发现而非创制法律;他们必须确信法律原则不会再“未经对其理据进行任何审慎的、有意识的且系统的质疑而被认为是正当的”。<sup>⑫</sup>假如法律是法官手中的“塑泥”,正如雕塑工匠一样,法官不得不将自己的创造活动理解为简单的模仿。与之相应,霍姆斯指出,时代的哲学习惯、频繁的立法活动以及改变法律以适应公众观点与期望的随意性,所有这一切均自

<sup>⑤</sup> *Gitlow v. New York*, 268 U. S. 652-673 (1925) (Holmes, J., dissenting). 对于该案事实的简介及霍姆斯大法官的反对意见,可以参见前引⑨,第322—324页。

<sup>⑥</sup> 实际上,霍姆斯在这一问题上本身就是不一致的,因为他曾在致波洛克的信中谈及“我……或许采取了一种支持言论自由的极端观点(对此,从理论上,我根本没有任何激情的信仰,尽管我希望我会为之而牺牲)……”霍姆斯致波洛克的信(1919年10月26日),载 Mark D. Howe, ed., *Holmes - Pollock Letters: The Correspondence of Mr. Justice Holmes and Sir Frederick Pollock 1874-1932*, 1941, Vol. 2, pp. 27, 29.

<sup>⑦</sup> *Vegeahn v. Guntner*, 167 Mass. 108 (1896).

<sup>⑧</sup> 参见 Jan Vetter, *The Evolution of Holmes, Holmes and Evolution*, 72 Cal. L. Rev. 343, 362—368 (1984).

<sup>⑨</sup> Oliver Wendell Holmes, *The Common Law*, Boston: Little, Brown and Company, 1923, p. 77.

<sup>⑩</sup> 怀特阐明了这种洞察被同时期《普通法》的评论者视作现代主义的标志性特征。参见 G. Edward White, *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the Inner Self*, New York: Oxford University Press, 1993, pp. 184—185.

<sup>⑪</sup> 前引⑨, p. 35.

<sup>⑫</sup> Oliver Wendell Holmes, *The Path of the Law*, 10 Harvard Law Review 457 (1897).

然而且不可避免地导致法官和其他人一样应当公开讨论其裁决最终必须依赖的立法机构制定的原则,并且应当使其判断基于对政策的广泛考量,而五十年前法官的传统则决不会容忍对于政策的参考。<sup>⑬</sup>

在当代的民主国家中,国家的神秘已经变为公开,并且每个人均可以看到法律可以随意加以改变。法律强制施予优势地位竞争的任何限制均是传统的并且是人为的。因而,与游戏中有偏见的裁判一样,限制性法律仅仅是一种检验在生存的自由竞争中的优势地位的真实标准。其职责在于尊重优势社会力量之意愿的法官仍然必须确保所有的竞争者均有公平的机会以显示他们是占据优势地位的。鲍温(Catherine D. Bowen)将霍姆斯描绘成“来自奥林帕斯山的美国佬”的浪漫形象,以一种甚至不同于其内心想法的方式呈现出来:在荷马史诗中,奥林帕斯山诸神是大屠杀的热情观众,他们时常在停下来审视上演的命运之前干涉双方胜负的机率。<sup>⑭</sup>

最终,霍姆斯的矛盾仍然未能解决。人类群体始终产生于由法律的以及超法律的力量所型塑的环境之中,而认为前者是对于后者令人怀疑的人为强制的观点是错误的。通过考查霍姆斯主张国家不当“扰乱现状”的例证,很容易看清这一点。霍姆斯对利用国家机器的警告,是《普通法》中关于侵权规则的主张的组成部分,该项规则规定将损失限于其发生的范围,除非被告存在过错。霍姆斯忽视了一个明显的问题,即为什么此项规则仅仅是“扰乱现状”的例证,而非共同责任或严格责任规则——毕竟,将损失限于其发生的范围是一项强制施予原告的严格责任规则。这些规则都属于作为国家产物的法律规则,强行对损失进行人为的分配,并且都没有扰乱现状,因为根本没有现状:即在不考虑国家因素的情况下,对于如何在当事人之间分配损失的问题,根本没有任何先在的答案。

与构成现实社会环境的其他组成部分一样,法律也是人为的,霍姆斯却忽视了这一事实。而这正是维奇兰案中所定策略之谬误所在,该策略旨在通过于未被法律扭曲的现状中展开竞争,确定哪个社会阶层占据优势地位。然而,现实中,根本不存在未被法律扭曲的现状。霍姆斯为言论与结社自由所做的辩护与其对优势社会力量的尊重之间并没有始终保持一致。

当然,对于那些支持言论自由与工会的人而言,霍姆斯的矛盾仅仅是一个偶然。可予替代的应当是一种逻辑一致的保守主义,它拒绝通过推翻多数方对结社与言论权利的限制而对现实存在作出裁判。或许,可以将这种矛盾归因于霍姆斯在艾布拉姆斯案以及吉特洛案中的反对意见。<sup>⑮</sup>

## 余 论

“法律的生命不在于逻辑,而在于经验”,<sup>⑯</sup>这是霍姆斯留给法律人最为经典的一个法律命题。尽管在写下这句话时(1880年),未逾不惑之年的霍姆斯已在其极富传奇色彩的人生舞台上扮演了多重角色(军人、律师、大学讲师以及期刊编辑),<sup>⑰</sup>却仍未及以法官的身份于司法实践中真正体验“法律的生命”。然而,正是这多重社会角色加上近50年的法官职业生涯,在一个注定成为哲学家的头脑中,凝结成极具美国本土色彩的司法哲学。在探究霍姆斯司法哲学的道路上,不得不思考霍姆斯对以下三个问题的回答:(1)为什么法官应当将履行(狭义的)司法功能的职责置于对良知与正当裁判的需要之上;(2)为什么这种司法功能应当仅限于对选举出来的多数方意志的尊重;(3)哪些特征对于法官满足司法自制的需求是不可或缺的。

对于第一个问题,霍姆斯主张,应当基于从逻辑上与实践上均区别于预期产生良好后果的理由而履行职责;从科学立场看,人类行为很容易受到确定性法则的影响,并且必须假定道德自由对立为于为实践生活之目的的决定论;同时,霍姆斯还提出了一种超出科学与确定性法则之外的观点,即,如果道德生活是可能的,那么一种区别于自然状态的秩序与立法就是必要的。然而,霍姆斯拒绝承认“内心道德法

<sup>⑬</sup> 前引<sup>③</sup>, p. 64.

<sup>⑭</sup> 参见 Catherine Drinker Bowen, *Yankee From Olympus: Justice Holmes and His Family*, Buccaneer Books, 1989.

<sup>⑮</sup> 关于艾布拉姆斯案(Abrams)和吉特洛案(Gitlow)的大致案情及霍姆斯的反对意见,可以参见前引<sup>⑨</sup>,第313—319、322—324页。

<sup>⑯</sup> Oliver Wendell Holmes, *Book Notices*, 14 *American Law Review* 233, 234(1880).

<sup>⑰</sup> 关于霍姆斯的个人生平,参见前引<sup>⑨</sup>,第1—20页。



则”的存在,认为义务的真正崇高性恰恰在于它没有基础。正是这样一种原始的无义务意识,在霍姆斯看来,形成了为某项不甚理解的事业却可以在服从盲目接受的义务时抛却生命的崇高热情。在这个意义上,快乐规则与义务规则实际上是相容的。在此,霍姆斯提出了对多数主义的正当性的论证:与让某人自己履行义务一样,尊重优势社会力量也是快乐地证实生活之正当性的组成部分。实际上,已经证实的是,社会的主导倾向因重要社会力量的推动而无需获得授权,最终会发现那些重要力量根本没有获得任何授权。因此,霍姆斯式的法官在努力过程中维系自身所必需的美德,实际上是一种尼采式的主宰者道德;对霍姆斯而言,则是一种类似军人与贵族的荣誉感,在毫无意义的人类血的代价中,在对职责的热情追求中,会发现一种对人类生命之谜的解答。

众所周知,在美国法的背景下,法律的原则与原理来源于宪法、在实际上不尽相同的先前案件中确立的先例以及法院自身的传统,正是这些法律原则与原理,证实并限定了美国法官的法律思维与司法方法,从而确定,即使是对新法的解释与适用,也要符合长久以来公认的司法实践。<sup>④</sup>在此,或许可以将这种使法官能够从中推演出适用于不同案件的一般法律原则的观念体系称为“法官的法理学”;也正是前述构成这种法理学的诸多元素,影响并塑造了霍姆斯在众多经典案件中的司法意见。

### The Judge's Jurisprudence under Pragmatism: A Probe into the Judicial Philosophy of Justice Holmes

LI Xia

**Abstract:** Oliver W. Holmes is the landmark in American jurisprudence and judicial history whose judicial philosophy has significant influence on American legal thoughts and judicial practices since the last century. According to Holmes' judicial philosophy, the principal duty of the judge is to abide by the legislation on behalf of the majority, even if the legislation is defective. However, to respect the legislation is not because the court lacks the fact-finding ability, but because the judge shall not depend on personal knowledge of facts in making judgment. In Holmes' judicial opinions, some inconsistencies arise between his defense for free speech and association and his respect to social dominant powers or legislations. Both the classical judicial self-restrain theory and the strict judicial activism constitute Holmes' pragmatic jurisprudence, which is one type of judge's jurisprudence in American indigenous legal context.

**Key words:** Holmes duty of judge judicial self-restrain pragmatism

<sup>④</sup> 参见 Jeremy Cohen, *Congress Shall Make No Law: Oliver Wendell Holmes, the First Amendment, and Judicial Decision Making*, Iowa State University Press, 1989, p. 46. 波斯纳则从法官判案的角度,强调从这些法律原则出发演绎出正确的判决结果。参见前引②理查德·A. 波斯纳书,第328—329页。