

霍姆斯的现实主义法学观点及其发展

林家睿

华北电力大学 北京 102200

摘要:现实主义法学兴起于20世纪,现实主义法学是西方法学领域的一种重要的法学思想,它同形式主义法学、实证主义法学、后现代法学等一起,构成20世纪西方法学的主要流派。英文翻译为*legal realism*,也称实用主义法学或法律现实主义。现实主义法学的影响是非常巨大的。它不仅表现为20世纪初期的反法律形式主义活动,而且形成了声势浩大的现实主义法律运动。从20-30年代正式诞生以后,一直延续到现在。不仅在美国有突出的表现,而且在欧洲大陆和北欧,都有其广泛的传播。

关键词:现实主义;法学;霍姆斯

中图分类号:D909.1

文献标识码:A

文章编号:2095-4379-(2018)19-0086-02

作者简介:林家睿(1997-),女,汉族,湖北黄冈人,华北电力大学,本科生,研究方向:法学。

法律究其本源是上层建筑,因此我们在了解某种法律思想的起源和兴盛时,必须先了解当时的社会发展情况。现实主义法学的奠基人是美国著名大法官霍姆斯,霍姆斯的现实主义法学思想产生并形成于19世纪末20世纪初。经历了第一次第二次工业革命的西方国家,在经济技术各方面的位次又有了新的变化。纵观十九世纪末的美国,1861年南北战争爆发,南方种植园经济开始分崩离析,奴隶制的废除使得生产力得到进一步的解放,而南北藩篱的破除,更使得资本主义赖以发展的自由市场形成。1865年南北战争的结束,初步奠定了资本主义工业化的基础,为新兴的资产阶级统治的建立提供了条件。经济的长足发展往往带来的是一系列社会新矛盾的产生,亚当斯密的国富论曾一度成为资本主义发展初期的指导思想,而到了自由放任的资本主义发展时期,凯恩斯的思想占据了统治地位。发展到现实主义法学产生的19世纪末20世纪初,人们开始渐渐发现,自由放任的思想也无法适应经济社会发展的新需要,垄断资本主义时代由此到来。现实主义法学产生。

一、宏观定义及局限性探讨

实际上,对现实主义法学的定义,中外法学家的定义各有特色。有美国法学家彼得·G·伦斯特洛姆主编的《美国法律辞典》把现实主义法学定义为:

“现实主义法学,一个强调行为的和政治的因素对作出司法判决至关重要的法学流派。法律现实主义极为轻视抽象的法律规范和原则对判决具体案件的影响。最主要的现实主义法学主义者如奥利弗·温德尔·霍姆斯、杰洛姆·弗兰克、罗斯科·庞德。相信法律并无超验的性质,而是社会力量和诉讼活动中人们对那些社会力量作出反应的行为的产物。虽然现实主义者更倾向于主要从官方行为的角度观察法律,但是在某些方面法律现实主义还是与社会法学相似。法律现实主义不承认判例中形成的规范,因为法律既没有那么确定又没有那么明晰。相反,判决是以法官运用‘正确的’规范和提出的书面判决理由为基础的。从理论上来说,判决理由是建立在经验主义的基础之上的。”

我之前认为现实主义法学观点存在的最大问题在于,把案件的判决结果和公平公正结果的维持太多地寄希望于法官个人之上。而人与人之间存在着极大的差别,随着人文主义思潮的不断渗透,我们的社会价值

观变得越来越多元化,法官在进行具体案件判决时很多情况下都需要进行价值判断,因此,现实主义法学思想很有可能招致法律适用以及判决的不确定性,这是我所认为的局限性。而贺卫方教授则对这一点做出了如下解释:现实主义法学并不是一概地否认法律规范和法律原则,它是强调法官行为和政治因素在判决中所发挥的重要作用。“法律现实主义者认真地致力于研究法律制度和法律程序以及其运作的环境。他们力图解释在法律程序中发挥作用的行為;注意力集中在行为的政治、社会和心理方面。法律现实主义增加了法研究的实际分量,而且极大地加深了我们对法律制度的理解。”但是,究竟如何平衡法律规则法律原则以及法官个人的能动性作用,成为了探讨现实主义法学思想现实适用所需要解决的问题。

二、霍姆斯的现实主义法学思想

(一) 法律经验理论

霍姆斯有一句非常著名的名言:法律的生命不在于经验,而在于逻辑。这个观点最早出现在1880年霍姆斯所写的“对兰德尔论合同法”一文当中,这一观点主要是抨击当时哈佛大学法学院院长使用纯粹逻辑的方式去分析法律的做法。霍姆斯认为一个国家的法律是与一个国家的社会生活息息相关的;一个时代被人们感受道德需要、主流的道德观、政治理论乃至对公共政策的直觉乃至于是法官及同袍们均有的偏见,在确定治理人们的规则方面成效都比三段论的逻辑推理要强很多。霍姆斯第二次在《无效合同》一书中明确指出,法律是由那些既有能力又有经验的人来执行的,他们明白不要因为逻辑三段论而失去锐利的感觉。

结合前文来看,我们不难发现霍姆斯贯彻了詹姆斯·杜威的哲学思想,以人的效用作为思考问题的核心。霍姆斯反对用固定的公式像研习数学一样研究法律问题。实际上就是在强调人的能动性作用,也就是法官不是一个单纯的法律技术人员,他不是只需要把白纸黑字的法律进行适用就可以了,他必须要进行主观上的衡量和判断。现实主义法学的另一位奠基人格雷这么说:法官需要做的是创造法律而不是发现法律。这种思想在我看来实际上是一种进步,众所周知,实证主义法学派的观点是在自然科学发展的背景之下成长起来的,自然科学的研究方法被运用在边沁和耶林的法学研究方法之中,由此产生了实证主义法学派,不得不说,法律作为上层建筑,与自然科学本身是有着极大的

区别的,虽然自然科学强调的严谨真实,归纳总结与法律的属性有着相通之处,但是这并不意味着自然科学可以与法学完全等同。法律产生于多样化的社会关系和社会矛盾之中,它最终是需要调整人与人之间的关系的,自然科学在某种程度上的机械性不足以完成某些法律所要解决的问题。

总体而言,法律经验理论有其过人之处。在法律形式主义否定法官作用的大背景下,这一思想无疑是为法律职业者正名。其次,对法学与自然科学之间的区别做了明确的区分,将人们从一味的机械化理论之中解脱出来,法学本身是一门社会科学,因此,在它的研究过程之中应该注重社会人的参与,简而言之,也就是法官在具体案件中发挥的重要作用。最后,实用主义的哲学思想提出了新的思考维度,也就是从效用出发,这一点与边沁和耶林有着相通之处,霍姆斯最后落实了边沁和耶林的思想,也就是到底什么叫做发挥最大效用,也即是要求法官进行社会利益的衡量。

但是,这一理论也有不足。我认为最大的不足还是在于一旦过于重视法官的个人判断,就意味着法律某种意义上所必须的确定性受到一定的威胁,而法律本身所具有的裁判功能预测功能甚至倡导功能都需要在一定程度上它具有确定性;价值衡量本身是需要的,可是价值衡量往往无法找到确定的标准而只能找到底线性的标准,价值衡量的空间值得商榷。总而言之,既不能因噎废食完全把法官定位成技术匠,也不能让法律完全丧失掉确定性。

(二) 法律预测论

霍姆斯在定义法律的问题上,也即是探讨法律功用的问题上坚持法律预测论。霍姆斯认为我们学习法律的目的实际上是去探讨一个众所周知的职业,我们之所以要去研究法律,就是为了预测,即预测公权力机关是如何通过法院这一工具来对人们进行影响的,甚至于影响的范围和程度是怎样的。霍姆斯认为任何的法律思想都是为了使得这个预测更加准确,并使得它成为与法律制度完全吻合的一般化理论。霍姆斯坚持认为,法律是法院强制执行的东西,是法官的个人意志、偏好和感情的产物。检验判决是否正确的标准不应该是形而上学的或者是神学的正义和善良标准,而是社会的需要。法官的职责是采取过去的规则和先例,并按照当前社会的需要进行塑造,一部法律应该以满足社会需要为其第一要务。但是霍姆斯也不是完全放任法官对法律进行解释,霍姆斯强调了司法自我约束,法官应当假定立法者具有认识和理解社会问题的经验和智慧,并且假定他们通常情况下会采取合理的行动与措施以设法解决这些问题,除非有证据证明立法者是武断和不合理的,否则不应该予以任意性的解释。可以说,这是对前文在论述法律经验论局限性的一个补足和完善。

法律预测论实质上蕴含的是法律怀疑论的理论。霍姆斯本人也有着这样的描述,也即是,从法学角度来说,一项法律也不过是一项预言背后所想像的实体基础。而此想象的本体支持一事实;犯法的人会触及保障公共秩序的权力。霍姆斯本人强调存在“本案的法律”这一抽象实体。

对于法律预测论,我的理解是,如果是法律可以使得人们预测自己的行为,实际上是说得通的,但这种预测是有范围限制的,也就是说,在这套理论之下,我们的确可以通过法律来规制自己行为的一些后果,通过霍姆斯所强调的坏人思维,我们可以有效地规避法律所禁止的某些行为,如果我们不愿意承担相应的惩罚后果的话。但为什么它是有范围限制的呢?很显然,法律并不会调整我们所有的行为,自然也无法预测到某些行为的后果,对于某些行为的评价实际上是依赖于道德和社会评价体系的。

对于这套理论的理解,博纳斯认为,实际上对法官而言也是具有预测性的,由于判决具有效力的分别,也就是说,法官如果为了自己的判决不被撤销,必须去预测上级法院或者说高级法院将对案件进行怎样的裁决。在这一点上我是赞同的,确实存在大部分的法官不希望自己的判决被撤销的情形。而霍姆斯的“司法自我约束”实际上也是弥补了现实主义法律在确定性方面的一些失衡。

(三) 法律与道德的实质分离

霍姆斯并不否定法律和道德之间存在的关系,但他主张两者应该实现实质的分离。在这一套理论当中,从基本定义来看就存在矛盾之处,道德和法律实际上是很难实现完全的分离的,霍姆斯先肯定两者的联系,又认为两者似乎不应该发生关系。有学者认为这实际上是霍姆斯与分析实证主义法学派之间最大的不同,可我认为并不是这样,原因在于,分析实证主义法学派实际上也没有否认法律和道德之间的关系,哪怕是凯尔森的纯粹法学也并不是完全割裂两者之间的关系,反而我认为,把立法本身划归到伦理学里是对法律和道德存在关系的一个承认。实证主义法学家们只是认为,法学家们不再需要去考虑这个问题了。

霍姆斯强调一种坏人思维,他认为在坏人眼里,他人的权利之所以存在并不是因为人与生俱来就是平等的,就有一些权利,而是认为权利实际上是法律明确规定的否定性后果,从这个意义上来说,坏人如果不实施侵权行为是因为他认为自己无法承担起法律规定的后果。

这个理论是具有明显局限性的,我认为也许用在强制性规范比较多的刑法可能逻辑上能自洽,但是显然,法律并不是完全由否定性法律后果构成。法律在很多情况下起到的是赋予权利的作用,因此,理论上还存在着不足;同时,霍姆斯一方面肯定法律和道德之间的联系,一方面又认为他们应当实现实质的分离,是因为他认为无论法律良善与否,能否最大限度的实现社会效用才最关键,这个理论的背后实际上存在逻辑漏洞,很显然,最大限度的社会效用能否完全和社会道德分开?最大限度的社会效用一定不是某一个利益集团的最大效用,而一旦需要实现惠及全民的社会效用,就意味着它以道德作为支撑。个人认为法律与道德实质分离的理论存在着逻辑漏洞。

[参考文献]

- [1]张芝梅.实用主义司法理念的价值及限度——以波斯纳为例[J].学习与探索,2008(03):81-86.
- [2]闫志.浅谈“法律的生命不在于逻辑,而在于经验”[J].法制博览,2015(28):215+214.