

DOI: 10.13766/j.bhsk.1008-2204.2024.1345

● 回顾法律现实主义研究专题

主持人语:法律现实主义运动是现代法律思想史中特别重要和经典的一段内容,也是对中国法律理论的研究、论辩启发和影响特别深远的的一个理论流派。例如,它构成了当前中国社科学法学与法教义学之争的一个重要智识的背景。尽管如此,中国的社科学法学与法教义学之争并不是美国法律现实主义运动与逻辑形式主义之争的简单翻版,而是有着鲜明的中国问题意识和中国法律转型的实践导向。这表明,在法律全球化时代,不同国家与不同时代的法律思想之间的相互启发和借鉴,并不是简单的移植和传输的关系,而是带有启发、借鉴、吸收、改造等各种因素在内的复杂关系。正因如此,为了更好地理解我们自己,理解当下中国法理学的论辩和实践,我们也要用一种更纵深和开阔的视角,将包括美国法律现实主义运动在内的各种理论资源,予以再审视、再观察和再反思。有鉴于此,本期专题邀请了明辉和王绍喜两位相关领域的代表性学者,对美国现实主义法学的代表人物霍姆斯和弗兰克的思想进行了深入的再观察和再阐发,同时邀请德国科隆大学留学归来的肖伟博士追溯美国现实主义法学运动的德国渊源,以飨读者。

——肖伟江(北京航空航天大学法学院院长、教授)

从逻辑到经验:霍姆斯实用主义法理学的 生成与奠基

明辉

(北京航空航天大学法学院,北京100083)

摘要: 作为一位美国法律史上里程碑式的人物,大法官霍姆斯的司法意见、法律观念及其相关思考对美国法律思想的塑造与发展产生了深刻的影响;作为一位人生经历极富传奇色彩的人物,霍姆斯法律思想的形成与发展也是一个受诸多因素影响的渐进过程的产物。除了其晚期最终成熟的法律思想,霍姆斯早期法律思想的生成也不容忽视,大体上可分为三个阶段:法律知识的学习积累、法律理论的初步总结、法律思想的渐次转变。在其法律思想的生成与转变过程中,既有在智识层面上受到普通法传统的熏陶与影响,也有在司法层面对美国法律现实的洞察与反思,上述阶段与诸种因素对霍姆斯法律思想的转变及最终的成熟均具有至关重要的意义。

关键词: 法律责任; 普通法精神; 司法意见; 预测理论; 霍姆斯实用主义法理学

中图分类号: D909.1

文献标志码: A

文章编号: 1008-2204(2024)06-0036-12

From Logic to Experience: Formation and Foundation of Holmes' Pragmatic Jurisprudence

MING HUI

(School of Law, Beihang University, Beijing 100083, China)

Abstract: As an epochal figure in American legal history, Justice Holmes' judicial opinions, legal ideas and related thoughts had a profound impact on the shaping and development of American legal thoughts. As a legendary figure with extraordinary life experience, the formation and development of his legal thoughts was also the product of a progressive process affected by many factors. In addition to the final maturation of his late legal thoughts, the formation

收稿日期: 2024-08-11

基金项目: 中央高校基本科研业务费项目(KG16303301); 中国社会科学院学科建设“登峰战略”资助计划(DF2023ZD07)

作者简介: 明辉(1975—),男,河北邯郸人,教授,博士,研究方向为西方法律思想史、比较法。

of Holmes' early legal thoughts can not be overlooked, which can be roughly divided into three stages: the learning and accumulation of legal knowledge, the preliminary summary of legal theories, and the gradual transformation of legal thoughts. In the process of the formation and transformation of his legal thoughts, they were nurtured and influenced by the common law tradition at the intellectual facet, and contained his insight and reflection on American legal realities at the judicial level. The stages and factors described above were of great significance to the transformation and final maturation of Justice Holmes' legal thoughts.

Keywords: legal liability; spirit of the common law; judicial opinion; prediction theory; Holmes' pragmatic jurisprudence

一、问题的提出

无论是作为一名普通读者,还是作为一位专业学者,倘若对美国的司法史、法律史或者法理学感兴趣,或许会被推荐许多候选人物,其中最有可能的一个公约数就是大法官奥利弗·温德尔·霍姆斯。

近百年来,大法官霍姆斯之于美国法律界和学术界而言,仿佛始终是一个神一样的存在。当其他人还在“遵循着生活的经验时,指引他(大法官霍姆斯)的却是哲学家的谦谨和诗人的想象”,至少在法律的王国中,他就是那位“即将成为国王的哲学家”^[1]。自其仍在世时起,诸多法律学者便开始对霍姆斯法律思想的不同视角或者层面的学术研究和理论探讨,在共识与争辩构成的紧张关系中,其始终推动着美国法律思想和法律理论的深化与流变。然而,其中多数研究更多地集中于霍姆斯晚期的司法哲学与法律思想^[2],而较少关注霍姆斯早期法律思想的生成、渊源及转变。可见,如果从思想生成的视角来认识和理解霍姆斯的整体法律思想,这样的研究很容易导致偏颇或者产生隔膜。因此,从宏观视角来看,如果将霍姆斯的法律思想不甚严格地划分成前后两个时期的话,或许可以将其就任美国联邦最高法院大法官后视为一个完整的思想成熟期,那么,在此之前的全部阶段都可视为其思想渐近成熟的时期;从中观视角来看,霍姆斯的早期法律思想经历了一个相对独特的生成和渐次转变的过程;从微观视角来看,在早期与晚期之间,霍姆斯的法律思想存在一个无法严格划分的过渡时期,特别是霍姆斯自《普通法》之后再没有写过一部系统的学术著作,其具体的法律观点弥散在众多的书评、演讲与司法意见,甚至是与友人的通信之中,很难从时间上作一个简化的厘定。因此,如果可以将霍姆斯的法律思想“符号化”或者“标签化”为三个阶段,并将其晚期思想视为“成熟”期的话,那么,在“成

熟”之前就包含了“生成”期和“转变”期。需要承认的是,这仅仅是出于便利,而不是严格意义上的划分。

鉴于此,笔者尝试以人物的人生历程为主要叙事线索,从霍姆斯就读哈佛大学法学院伊始,至离任马萨诸塞州最高法院法官(1864—1902年)为止,逐一梳理归纳霍姆斯早期不同阶段关于法律的思考、观念的生成及其潜在的转变,其间或有一些初步分析和诠释,以期为读者更深入地理解霍姆斯整体法律思想提供一个思想生成史的参考。

二、投入“法律的海洋” (1864—1880年)

(一) 学生时代: 在哈佛法学院学习

1864年,霍姆斯进入哈佛大学法学院,开启了一位传奇法律人跨越半个多世纪的“法律的道路”。若将霍姆斯的法律道路划分成不同阶段的话,这一时期应该算是霍姆斯走上法律职业道路的预备阶段,也就是以储备法律知识 with 理论为主的学习阶段。

据当时学院课程的记录、霍姆斯与友人的书信往来以及不同学者的稽考梳理,在哈佛大学法学院读书期间,霍姆斯从课程学习和专业阅读两个方面努力,正式走进了法律的世界,如表1所示。

在哈佛法学院读书时期,霍姆斯的课程学习和深层阅读无疑对其法律思想的形成及表达产生了深远的影响^[3-4]。例如,亨利·梅因的《古代法》打开了霍姆斯随后不断勤奋探索的学术视野;梅因在历史法学领域才华横溢的启迪,即便不是霍姆斯在《普通法》中努力尝试的近因,至少也对其中的结构体系产生了至关重要的影响^①。在这里需要注明的是,当时的哈佛法学院(1855—1868年)仅有3名教师且都是执业律师,完全采用18—19世纪传统的

表1 霍姆斯早期课程学习与专业阅读书目

	书目	作者
课程学习	<i>Pleading</i> (the first-year subject)	Stephen
	<i>Evidence</i>	Greenleaf
	<i>Contracts, and Mercantile Law</i>	Parsons
	<i>Bailments</i>	Jones
	<i>Bills</i>	Byles
	<i>Leading Cases</i>	Smith
	<i>Massachusetts Reports</i>	Allen
	<i>Equity</i>	Adams
	<i>Real Property, Arbitration, Wills and Administration, and Criminal Law</i>	Washburn
	<i>Leading Cases on Real Property and Conveyancing</i>	Tudor
	<i>Agency, Equity Jurisprudence, and Constitutional Law</i>	Parker
专业阅读	<i>Commentaries on English Law</i>	Blackstone
	<i>Commentaries on American Law</i>	Kent
	<i>Ancient Law</i>	Maine
	<i>Commentaries on the Constitution</i>	Story
	<i>Court-Martial</i>	Benét
	<i>Jurisprudence</i>	Austin
	<i>Lectures on Jurisprudence</i>	Austin
	<i>Dissertations and Discussions</i>	Mill

注：表中内容根据参考文献[3]、[4]和[6]整理而成。

法律教学方法^②；学生无需考试，只要按时听课，便可取得法律学位；法学院为学生开设模拟法庭，教师任法官，学生模拟法庭辩论。经过不到两年的专业法律训练之后，1866年6月，霍姆斯取得了哈佛大学法学院的学位证书。在哈佛大学读书时期，年轻的霍姆斯表现出一种对于贵族知识阶层传统的宗教与伦理关注，这是与生俱来的；他始终关注“正确与错误的重大问题以及……人与上帝的关系”^{[5]41}。

(二) 学术时代：在法律期刊编研法律

在离开校园后，霍姆斯先从事了一段时间的律师职业，在就任马萨诸塞州最高法院法官之前，其与他人合作或者独自在州法院代理过32起讼案，但“学习法律并不能命定地保证一个人成为律师。实际上，它可以提供一块转向另一职业的跳板”^[6]。故而，霍姆斯开始尝试从期刊编辑的道路走进法律的世界。在此期间，从个人努力的角度来看，霍姆斯除了撰写了大约60篇书评、编者按及法律汇编简报，还坚持完成了对詹姆斯·肯特的《美国法释义》第12版的编辑工作，此一独特经历对霍姆斯早期

法律文章的撰写和法律思想的形成至关重要^③；从时代背景来看，当时的美国刚好进入了一场“法典化运动”的高潮阶段，既有坚定的倡导者与支持者，也有强劲的反反对者与质疑者，他们围绕着“普通法的法典化”展开了一系列激烈而紧张的思想争辩。或许，正是这样的思想环境与个人道路的切合，给霍姆斯早期法律思想的独立生长提供了丰沃的土壤。

兴起于19世纪20年代的美国“法典化运动”主张法律本质上是权力和意志的产物或者普通法具有政治性。对此，反对者则强调法律的“科学”本质，旨在把政治从法律、把主观性从客观性、把外行推理从法律职业推理中分离出去，从而在法典化的倡导者与反对者之间展开了几乎贯穿整个19世纪的思想论战^[7]。在此过程中，法律职业者努力使法律变得非政治化，这些努力的成果之一即开创了英美法学的“著述传统”，其中最具有代表性的就是肯特的《美国法释义》，强调私法规则的科学性，促进法律的逻辑性、体系性，向往建立客观的、与政治无涉的法律观念^[8]。

(三) 发表法律论文与书评

这一时期, 霍姆斯先后发表了一系列法律专业论文与书评, 不仅奠定了其坚实的法律理论基础,

也直接体现了其早期的法律观念、思想倾向以及潜在的变化。根据不完整统计, 将这些论文与书评列举, 如表 2 所示。

表 2 霍姆斯早期发表的论文与书评 (1870—1881 年)

文章	期刊	卷号	页码	年份
Codes, and the Arrangement of the Law	American Law Review	5	1	1870
Book Notices*	American Law Review	5	539	1871
Misunderstanding of the Civil Law	American Law Review	6	37	1871
Book Notices	American Law Review	6	723	1872
The Arrangement of the Law — Privity	American Law Review	7	46	1872
Book Notices	American Law Review	7	318	1873
Great Britain — The Gas-Stokers' Strike	American Law Review	7	582	1873
The Theory of Torts	American Law Review	7	652	1873
Possession	American Law Review	12	688	1877
Common Carriers and the Common Law	American Law Review	13	609	1879
Trespass and Negligence	American Law Review	14	1	1880

注: *表示这篇文章为对时任哈佛大学法学院院长的兰德尔 (C. C. Langdell) 编辑的案例教科书《合同法案例选编》所作的评论。正是在该评论中, 霍姆斯第一次公开发表了“法律的生命不在于逻辑, 而在于经验”的观点, 这比其后来在《普通法》中再次重申这一观点早了 10 年。

从这一时期发表的论文来看, 大体上可以将霍姆斯关于法律的思考划分为两个阶段: 法律的分析实证主义阶段和法律的历史主义阶段。前者主要以表 2 中的第 1 篇和第 5 篇文章为代表, 后者则主要体现在其 1873—1880 年发表的文章中, 这些文章共同构成了霍姆斯随后的“洛厄尔讲座”以及《普通法》的主体内容和理论基础。

如果从表 2 中第 1 篇和第 5 篇文章的要旨来看, 霍姆斯在这一时期似乎较为明显地受到英国分析法学 (特别是奥斯丁的法学理论) 的影响, 尝试从理论上建构出“一部依据哲学体系加以编排的法律大全”^[9]⁹。然而, 与欧陆法系强调以“权利”为基础的法典编纂理论不同的是, 霍姆斯认为, 由于“无论在逻辑上还是在时间上, 义务均先于权利”, 因而编制法典“应当基于义务而非权利”^[9]¹⁰。在撰写《普通法》时, 霍姆斯舍弃了这两篇文章, 但就观点而言, 与《普通法》开篇主旨依然保持着强烈的一致性, 即便那时霍姆斯已经意识到, 法律的分析实证主义并不适合用于思考、分析和阐释美国式的普通法思想。

从第 5 篇文章的内容来看, 尽管霍姆斯建构理论大厦的目标没有变, 依然想要以义务为理论基础编制出一套完整的普通法体系, 但从论证的方法和内容来看, 其开始大胆地尝试从对罗马法的历史分

析中找到相应的理论支撑^[9]⁵⁰⁻⁷⁴, 这应该属于梅因的法律历史主义的研究路径。或许, 在 1870—1872 年, 霍姆斯再次认真地阅读了《古代法》。

三、“观念的种子”破土而生 (1880—1882 年)

1880 年年底, 霍姆斯在洛厄尔学院^④以“普通法”为主题发表系列演讲。1881 年 3 月出版的《普通法》成为霍姆斯的第一部、也是唯一一部严格意义上的法律学术专著。迄今为止, 这部法学著作仍被当代学者誉为“美国法律学术史上最为重要的专著”^[10]。

从《普通法》目录中可以看出, 霍姆斯在尝试建构普通法的历史法学理论框架时选择阐述的基本主题, 具体包括: 责任的早期形式、刑法、侵权法、占有与所有、合同法、继承法等。同时也可看出梅因的《古代法》对其撰述本书的影响, 如表 3 所示。正如其在“序言”中谈到的, 霍姆斯所选择的仅仅是有必要阐明一般理论的主题, 尽管受演讲的时间与形式所限, 主题的编排或多或少有些随意, 但总体而言, 该部作品确实是依循一项长久计划而撰写的。相对于此前相同主题的零散文章或系列演讲而言, 霍姆斯又重新编排、补充和修订了《普通

表3 《普通法》与《古代法》的比较

法学著作	基本主题
霍姆斯的《普通法》	责任的早期形式
	刑法
	侵权: 侵害及过失
	侵权: 欺诈、恶意及故意
	普通法的受寄人
	占有与所有
	契约: 历史
	契约: 要素
	契约: 无效契约与可撤销契约
	继承: 死后; 生者之间
梅因的《古代法》	古代法典
	法律拟制
	自然法与衡平法
	自然法的现代史
	原始社会与古代法
	遗嘱继承的早期史
	遗嘱与继承的古今观念
	财产法的早期史
	契约法的早期史
	不法与犯罪的早期史

法》,因而增添了许多新的内容。即便如此,他仍然强调“我所提供的是一种理论,而不是一套资料汇编”^{[11]iv}。此处所谓的“理论”正是霍姆斯本人在19世纪70至80年代意欲阐释的普通法理论。故而,第二节意在沿着上述普通法主题所构成的基本脉络,梳理与解读霍姆斯所阐释的普通法理论,进而透视其中所孕生的普通法精神。

关于为什么要撰写这样一部法学著作,或者撰写该书的初衷是什么,至少霍姆斯本人曾经在私人交往中向其朋友明确解释过。在致一位友人的信中,霍姆斯谈及那一系列最初发表于《美国法律评论》上的、后来构成《普通法》主体内容的法律文章:“在撰写这些文章时,我是打算间或地归纳普通法的基本原则与概念,并且对之进行一种全新的且更具根本性的分析,也是为了构建一种全新的法理学或者撰写关于普通法的第一部全新著作。”^[12]

因此,与当下学术界流行的“拼盘式”的做法不同,霍姆斯在撰写那些学术文章之前便已经形成了一种学术自觉,即围绕普通法的基本原则与概念,构建一种完全不同于盎格鲁—美利坚法律传统,特别是不同于自然法学与分析法学传统的普通

法法理学。当然,构建一种全新法理学的英美法学者的初步尝试事实上已经体现在其《普通法》中。需要指出的是,《普通法》也可被视为霍姆斯在此前约十年法学理论研究中的总结或者法律思想的产物。

在《普通法》中,霍姆斯所探讨的首要问题便是“法律责任”,并以此为透视点展开了对普通法精神的历史研究。为什么选择“法律责任”作为理解普通法精神的起点呢?霍姆斯的回答是,因为“迄今为止,相对于那些规制侵害行为的规则而言,涉及他人或物所致损害的原初责任规则很少得到过认真的考虑”^{[11]4}。并且,自英格兰“判例汇编开始出现以来,普通法精神发生了许多变化,对于现在所谓的主流理论的研究在很大程度上属于一种对发展趋势的研究”,所以“追溯至责任的早期形式并且从那里开始讨论,将是有益的”^{[11]2}。

(一) 法律责任的早期形式

在《普通法》的开篇,霍姆斯首先追溯了法律责任的普通法渊源。在此,霍姆斯通过举例展开了对法律责任概念及内涵的细致分析。例如,如果有人饲养了一只凶猛的动物,这只动物在逃离主人控制之后伤害了邻人,尽管主人能够说明本人对于动物的逃离没有过错,但他仍然应当承担责任。据19世纪流行的分析法学家观点,由于当事人饲养了具有此类危害他人之危险的动物,虽然在动物逃离时其没有直接的过错,但其对饲养此类动物具有间接的过错,“一个人对因自己的过错所造成的损害应当承担赔偿责任”^{[11]6}。然而,霍姆斯认为,这种解释尽管有一定道理,但却并未能阐明法律责任的真正内涵。另外,他还列举了雇主替雇员承担损害赔偿、规制一般海事损害案件的法律以及英格兰刑事诉讼程序中对致人死亡之工具的阐释意义等。为了阐明类似情况下法律责任的真正内涵,霍姆斯认为,有必要考察“那些古老而独立的法律制度”,如古罗马的《十二表法》等。

现代社会中,每个人都有责任控制自己的牛不侵入他人的土地,或者在注意到自己饲养的牲畜或者动物有伤人可能性的情况下,对这些牲畜或者动物的伤人行为承担赔偿责任。霍姆斯指出,此处的问题在于,这些合理的现代法律规则与早期的英格兰普通法或者古罗马法是否具有某种联系。在经过详细的历史考察与分析后,霍姆斯认为,普通法中关于法律责任的基本原则在很大程度上源于古

代罗马法, 如表 4 所示。因此, 从历史角度而言, 普通法与罗马法具有非常紧密的联系。

表 4 古代法律制度的历史考察

人物/时期	出处	族群	制度内容
《圣经》文本形成时期	《摩西律法》	犹太人	如果一头牛用角抵死了一个男人或女人, 那么, 定要用石头砸死这头牛, 并不得吃它的肉; 但牛的主人应当免除责任。
普卢塔克	《梭伦传》		一条狗咬了人之后, 应当被交出, 并缚于一根四腕尺长的圆木上。
柏拉图	《法律篇》	希腊人	如果一个奴隶杀死了一个人, 他就应当被交给死者的亲属。 如果一个奴隶伤害了一个人, 他就应当被交给受害方, 由受害方随意役使他。 如果“奴隶的所有者”拒绝交出该奴隶, 那么他就要赔偿这一损失。 如果一个无生命之物致人死亡, 应当将其抛出边界, 并且应当进行补偿。
-	《十二表法》		如果动物造成了损害, “动物的所有者”要么交出该动物, 要么赔偿损失。
盖尤斯	《法学阶梯》	罗马人	上述规则也适用于家子或者奴隶的侵权行为。
-	《阿奎利亚法》		在其知情的情况下, 主人应当为其奴隶实施的特定违法行为承担人身责任。
-	《撒利克法》	日耳曼人	如果某人被家畜杀死, 那么该家畜的所有者应当给予一半的赔偿, 并将该家畜交给原告以抵偿另外一半。
680年	《肯特法》	盎格鲁—撒克逊人	如果任何人的奴隶杀死了某一自由人, 无论他是谁, 均由其主人支付100先令, 交出杀人者。
7世纪晚期	《伊尼法》		如果一个西撒克斯奴隶杀死了—个英格兰人, 那么拥有该奴隶的人应当将其交给领主和族人, 或者支付60先令以赎回其生命。
-	《苏格兰法》	苏格兰人	如果一匹野马或者不听驯服的马违背某人的意愿而驮其过溪水或者河水, 并且碰巧该人溺水而死, 那么该匹马就应当归国王所有。
1133年	《普通法》	英格兰人	如果我的狗杀死了你的羊, 就在该事实发生之后, 我会将狗交给你, 你无需向我追索。

注: 表中内容来源于参考文献[11], 第 7—24页。

此外, 值得注意的是, 霍姆斯对普通法进行如此繁复的历史考察的“目的和意旨是要阐明, 为现代法律所熟知的各种责任形式都源于共同的复仇根由”^{[11]37}, 并且他认为, 尽管并不完全适用于合同领域, 但“在刑法和侵权法中, 此一事实却具有首屈一指的重要意义。该事实表明, 诸多责任形式始于一个道德基础, 源自总应有人受到谴责这一观念”^{[11]37}。这一观点, 既是霍姆斯早期从事法律研究的核心成果之一, 也是其阐释普通法体系的一个重要理论基础; 从某种意义上讲, 后来其著名的“法律预测论”和“坏人理论”都是直接建基于或者间接衍生于这一观点的。

(二) 刑法的一般原则与理论

在《普通法》的第 2 篇演讲中, 霍姆斯着重阐释分析了刑法的一般原则。作为刑法的核心构成要素之一, 霍姆斯首先检讨了刑罚的目的。通常认为, 刑罚的目的主要是为了改造罪犯, 防止罪犯和其他人再实施类似的犯罪, 以及报偿。霍姆斯认为, 在上述三种不同的刑罚目的理论中, 改造罪犯显然不是刑罚的唯一目的, 而对于预防和报偿理论, 尽管仍然存在争论, 特别是在德国哲学家黑格

尔与康德之间存在的分歧, 但“大多数说英语的法律人, 或许仍然会毫不犹豫地接受这一预防性理论”^{[11]43}。依据这一推断, 霍姆斯指出, 预防似乎成了首要且唯一普遍的惩罚目的。如果你做了特定的事, 法律就会施以特定的痛苦, 旨在为你提供一个不做那些事的全新动机。如果你仍然坚持去做的话, 法律就不得不施以那样的痛苦, 从而使法律的威慑力得以继续为人信服^{[11]46}。

从上述阐释中可以推论认为, “预防性理论”中的“法律”仅仅将个人视为一种实现目的的手段或者工具, 因而, 在刑事责任中, 更多地应当关注公共福利或者普遍福利, 而非个人利益, 也就是“对个人的考量服从于对公共福利的关注”^{[11]47}。为了进一步论证上述观点, 霍姆斯紧接着又举出了几项法律原则来加以解释: 其一, 在将杀人作为保全自己生命的唯一方法时, 故意剥夺他人公私不分理不应当受到惩罚的; 其二, 对于法律的无知并不是违犯法律的理由。通过上述分析, 霍姆斯认为, 无法仅仅通过衡量实际个人与单独犯罪是否相称来最终彻底确定刑事责任, 而应当主要考虑公共福利或者普遍利益^{[11]47-48}。

经过上述分析与阐释,霍姆斯对刑法的目的作出了一般性概括:刑法的目的仅仅在于引导人们从外部来遵守规则。所有的法律均被导向易于感知的事物状态。无论法律是运用强力直接引致此状态——例如,借助士兵的保护而使房屋免受暴徒的滋扰,或者出于公共用途而征用私人财产,或者依据司法判决而绞死某人,还是利用人们的恐惧而间接引致此状态,其目的同样均为一种外部结果^{[11]49}。

在此基础上,霍姆斯继续论证了检验法律责任的标准,并且认为,这些检验“标准不仅是外部的,而且也是普遍适用的”,并且“与特定人的动机或意图中的罪恶程度无关”^{[11]50}。由于法律责任应当建立在行为的应受谴责性之上,所以这些外部的或者客观的检验标准只能是“普通人”即“具有正常智力与合理谨慎之人”的标准^{[11]51}。在通过具体分析如谋杀、纵火、盗窃等犯罪行为,霍姆斯详细地探究了体现于具体犯罪行为中行为人的主观心理状态,如恶意、故意、动机等,并且最终总结了普通法背景下刑事责任的一般理论:其一,就本质而言,一切行为都是无关紧要的;其二,在此类典型的实体性犯罪中,那些行为之所以构成犯罪,是因为其是在可能会造成法律所要预防的某种损害的情况下予以实施的;其三,在此类案件中,检验是否构成犯罪的标准,就是根据经验所揭示出来的在那些环境下伴随该行为而发生的危险的程度;其四,在此类案件中,当事人的犯罪意图或者实际邪恶,是完全不必要的;其五,在一些案件中,如果这是一个谨慎人所无法预测到的后果,那么,在行为实施时的环境之下,必须实际上可以预测该行为的后果,据此,应受谴责同样是犯罪的一个构成要素;其六,在一些案件中,就这些语词的通常意义而言,实际恶意或者故意成为犯罪的一个构成要素^{[11]75-76}。

(三) 侵权行为法的概念与理论

在普通法的历史背景下,霍姆斯在第3篇和第4篇演讲中详细阐释与分析了侵权行为法中一些重要的基本概念与原则。其强调,之所以采取这种论述的进路,是为了发现在侵权行为法中是否存在构成所有法律责任的共同基础;如果存在的话,这个基础又是什么。正是试图通过这样的努力,霍姆斯尝试揭示普通法中民事责任的一般原则。尽管就理论而言,侵权行为法与合同法的法律责任存在非常明显的区别:侵权责任并不是当事人事先

在合同中约定的,而是因侵权行为造成的损害而产生的。但是,在普通法中,却无法找到此类一般性理论。霍姆斯极富洞察力地指出,“法律并非始于理论。法律也从不创设理论”^{[11]77-78},在普通法的历史演进中,随处充溢着曲折反复与潜移默化的作用。人们所能做的仅仅是从中发现并证明法律发展的趋势。而这种法律发展的趋势,实际上是一个从无数案例中不断归纳总结的事实问题^{[11]78}。

为了探求侵权行为法中全部责任的基础,霍姆斯主张,应当考虑侵权行为人承担其行为风险的基本原理,而不是去关注其侵权行为实际上所导致的结果。因为“侵权法中充溢着道德语词”^{[11]79},所以通过列举与分析大量普通法历史上的案例,霍姆斯详细阐释了侵权行为法中的这些常用术语或者概念,如不当行为、恶意、欺诈、故意、过失等。同时,霍姆斯还提出了两种关于非故意损害的普通法责任的理论:其一,是奥斯丁基于“法律命令理论”所主张的“此类责任应当只能基于个人过错”;其二,是为一些伟大的普通法权威所接受的“在普通法之下,每个人都该对自己的行为承担责任”^{[11]82}。随后,霍姆斯先后从类推、理论或原则、诉讼程序、先例等方面,对第二种理论进行了正反两个方面的仔细考察。

经过对于诸多相关案例及基本理论的历史考察与分析之后,霍姆斯认为,判断侵权行为的基本标准应当是“审慎人”的标准,而任何法律标准都应当为人们所熟悉和了解。对此,霍姆斯作出如下解释,法律的标准是普遍适用的标准。法律不考虑种类繁多的性格、智力以及教育状况,而这些因素会对某一特定行为在不同的人身上塑造出迥然相异的内部特征。法律并不试图像上帝那样审视人类,充分理由不一而足……一般而言,法律根据应受谴责性来判定责任,此项规则也有限制,即不允许存在细微的性格差异。质言之,法律所关注的是,就普通人——具有普通智力与审慎的人——而言,什么是应受谴责的,然后据以判定责任^{[11]108}。

据此,霍姆斯认为,一方面,法律推定或要求个人具有避免损害邻人的能力,除非存在某些能被证明的清晰而显著的能力欠缺的情形,如盲人或者精神病人等;另一方面,法律并没有一般地规定某人对非故意伤害承担责任,除非某个具有此项能力之人可以并且应当预见到这种伤害的危险,或者某个

具有普通智力与预见之人应当对其行为承担责任。然而,值得注意的是法律仅仅在理性的范围内发挥作用。如果外部现象——明显的作为与不作为——即是法律所要求的,那么,法律就完全不会关注良知的内部现象。如果一个人的行为在规则范围之内,那么,他或者可以选择一颗邪恶的内心。质言之,法律的标准是外部标准,并且无论怎样考量道德因素,法律那样做仅仅是为了在其允许的身体动作和静止与不允许的身体动作和静止之间划出一条界线。法律真正禁止的,也是法律唯一禁止的,是界线另一侧的过错行为,无论该行为是否应受谴责^{[11]110}。

此外,对这种评判侵权行为的法律标准,霍姆斯从理论层面解释了以下几个问题:其一,任何法律标准都必定是应当在同样情况下适用于所有人的标准,而不存在特殊的例外情况;其二,任何法律标准都必定能够为世人所熟悉和了解;其三,如果法律标准完全是一种外部行为标准,那么人们就必须始终自担风险地遵守此项标准^{[11]110-113}。

在《普通法》的后半部分,霍姆斯运用了类似的研究方法,依次分别梳理阐释了普通法中的财产法、合同法及继承与财产转让等理论。

在此前的 15 年间,霍姆斯经历了一些身份和职业的变化(法科学生、执业律师、期刊编辑、大学教师等),不同的人生经历给其提供了一种独特的可能性,其可以据以尝试塑造一些原创性的法律思想,然后再根据实效和逻辑,通过一个又一个案例、一篇又一篇文章来检验那些思想,在这个过程中,渐次形成了属于其自己的独特法律路径^{[5]189}。随后,霍姆斯迎来了人生中又一个至关重要的转折——就任法官。

四、开辟“法律的道路” (1883—1902 年)

1882 年 12 月,霍姆斯突然辞去了哈佛大学法学院的教职,接受了马萨诸塞州最高法院法官的任命,并于 1883 年 1 月 3 日就职。实际上,这也是霍姆斯在接受哈佛大学法学院教职之前对自己职业选择的保留和始终坚守的期待。从后来的视角来看,此一事件不仅是霍姆斯职业生涯的一个重要转折,也是为其法律思想发生实质性转变提供了一个不可替代的契机。

相对期刊编辑或者大学教师而言,在法官眼中,法律所呈现的样态、在社会中发挥的功用以及背后隐含的现实利益、冲突与妥协(或者不可妥协),是存在较大不同的,特别是在以判例法为主导的英美法律传统背景中。或许,正是这种职业身份的改变以及因而带来的观察视角与经验的变化,对霍姆斯的法律思想产生了又一次较强的甚至是根本性的影响,尽管这样的影响可能是在一个不那么短暂的时间段里默化而成的。

(一) 州法院的司法意见

霍姆斯在马萨诸塞州最高法院任期(1883—1902 年)内,共撰写了 1 291 份司法意见,年均 64.55 份,如表 5 所示。在就职后的第四年(1886 年),霍姆斯发表了第一份反对意见。

表 5 霍姆斯在马萨诸塞州最高法院任期内每年撰写的司法意见数量

年份	司法意见份数	年份	司法意见份数
1883	38	1893	72
1884	44	1894	46
1885	63	1895	59
1886	51	1896	63
1887	43	1897	73
1888	51	1898	61
1889	56	1899	100
1890	52	1900	80
1891	72	1901	105
1892	51	1902	111
1883—1892	521	1893—1902	770

注:表中内容来源于参考文献[13],第 324 页。

根据施赖弗编辑的《霍姆斯的司法意见》一书中的类型划分,大体上可以将霍姆斯在马萨诸塞州最高法院期间发表的司法意见划分成如下法律主题领域:立法自由、言论自由、资本与劳工、权利法案、合同义务的违反、诚实信用条款、根据联邦宪法和州宪法的正当程序以及其他宪案例^{[13]xii-xiv}。笔者尝试通过几个马萨诸塞州最高法院案例的简要分析,归纳大法官霍姆斯在某些特定法律领域中的基本观点与法律思想。

1. “合众国诉佩里案”

该案源于 1891 年马萨诸塞州议会通过的一项原本旨在保护纺织工人的州法,该法规定,因工作

中的瑕疵而“强制处以罚款”或者克扣工人薪资是非法的。在本案中,雇主佩里因克扣受其雇佣的纺织工菲尔丁的薪资而被起诉。马萨诸塞州最高法院裁决,该州法因侵害契约义务而侵犯了公民的基本权利,故而违反了该州宪法。最终,马萨诸塞州最高法院以裁决的方式,废除了该项旨在禁止雇主对雇员处以罚款或者克扣薪资的州法。

对于该项裁决,大法官霍姆斯表示异议,并且在反对意见中写道:

首先,如果此项法令是违宪的,正如多数方所解释的那样,我认为,应当更为狭义地在字面意义上解释,进而修订该项法令。

从字面上来审视此项法令,如果雇主只是承诺为有瑕疵的工作支付某一合理价格,或者支付某一低于应当支付给完整工作的价格,并且,实际上也支付了那一价格,那么,此项法令就没有被违反,并且,也不存在对于薪资的限制。

但是,我同意,应当更为广义地解释此项法令,并且应当予以采用,从而禁止明显的规避行为,因为我的观点是,即使如此解释,就我所听到的任一观点而言,此项法令依然是合宪的^⑤。

在该案中,实际上涉及的是作为司法机关的州最高法院、作为立法机关的州议会的宪法权限以及彼此之间的权力边界与冲突问题。在这个问题上,显而易见的是大法官霍姆斯不赞成法院对于议会立法权的干预,质言之,法院应当充分尊重宪法赋予议会的立法权限。故而,在反对意见中,大法官霍姆斯进一步强调,“制定合理法律的权力,隐含地禁止了不合理法律的制定”,如果假定“宪法的建构是正确的,并且像一位政治经济学家那样来说,我会同意谴责此项法令,但是,我并不愿意或者不认为我自己有权依据那一理由来推翻立法”^⑤。

在“合众国诉佩里案”判决一年后,马萨诸塞州最高法院对州议会的一项提议法案——授权市镇政府可以购买、销售和分配作为燃料的煤炭和木材——展开了合宪性审查。首席大法官菲尔德与艾伦、诺尔顿、莫顿及拉斯罗普大法官认为该法案不具有合宪性,而霍姆斯继续秉持其在“合众国诉佩里案”中的法理观念,认为“如果可以用钱使某一公共机构能够无差别地为公众提供满足一般需求的物品,……其目的都是公共性的”,那么,在此种情况下,应该尊重立法机构的职责与权威,因为“我找不到任何理由来否认立法机构所享有的制定

本案所涉法案的权力”;虽然法官可以依法对许多事项或问题进行审理和裁判,但“此类立法的需求或者便利,并不是我们(法官)应该考虑的问题”^⑥。

2. 对授予女性选举权的州法案的合宪性审查

1894年,围绕一项旨在授予女性在村镇和城市选举中享有投票权的法案,马萨诸塞州众议院向州最高法院提出了一些质疑。为了响应这些质疑,大法官霍姆斯发表了一份司法意见。在该司法意见中,大法官霍姆斯表达了如下观点:

(1) 宪法创设的是一个代议制的政府(和一个享有立法权的州议会),而不是一个纯粹的民主政治。

(2) 除非宪法有明示或者默示的保留,否则,立法机构(州议会)都享有完整的立法权;在解释宪法时,我们应该牢记,宪法是一个政府的基本架构,因而不得草率地将我们自己的观点或者仅仅源于历史实践的隐含的局限灌注其间。

(3) 霍布斯为了英王查尔斯一世的利益极力倡导自己的观念,而马萨诸塞州宪法的目标之一,就是拒绝霍布斯的理论——人民向主权者的屈服是终极意义上的。

(4) 像禁酒法一样,任何事物都无法禁止立法机构就该法案创设一项地方选择权。换言之,将该法案交由某一城市或村镇的多数选民投票决定^⑦。

3. “迈考利夫诉新贝德福德市案”

在该案中,原告迈考利夫是新贝德福德市警察局的一名警员,发表了一些政治言论,并且还曾经是一个被禁止的政治委员会的成员。1892年,在经过听证会后,市长根据该市警察条例第31条之规定——“警察机构的任何成员不得以任何借口,无论为任何政治之目的,索取金钱或者任何援助”^⑧——免除了原告的警察职务。对此,原告提起诉讼,并且声称市长的裁定不能构成其免职的事由;该警察条例之规定因侵犯了原告表达政治观点的权利而无效。

对于该案,大法官霍姆斯发表了司法意见,主要观点如下:

(1) 原告可以享有谈论政治的宪法权利,但却没有任职警察的宪法权利。

(2) 在雇佣关系中,雇工是根据提供给他合同条款接受雇佣的,因而不得抱怨对其言论自由或者游手好闲的限制。同理,城市可以对在管控范围内规定任何合理的任职条件。……在我们(法官)看来,此一条件是合理的。

(3) 根据警察条例第24条之规定, 该案本该先由警务委员会进行调查。但是, 自1890年法案通过以来, ……我们(法官)毫不怀疑市长有权先亲自听审所有涉及警员免职的案件^⑧。

因而, 马萨诸塞州最高法院依据宪法权利划分理论, 驳回了原告的上诉请求, 维持了市长在治理城市中所享有的正当权利。

4. “合众国诉戴维斯案”

1895年, 被告人戴维斯在波士顿公园公开发表了一些言论, 因而被判处违反了波士顿城市法令; 该法令规定, 未经市长允许, 任何人不得在公园发表任何演讲。对此, 戴维斯辩称, 该法令因侵犯宪法赋予公民的基本权利, 故而是违宪的。

对于该案及被告人的要求, 大法官霍姆斯发表了司法意见, 主要观点如下:

(1) 此类城市法令是符合宪法的, 在我们(法官)看来, 确定无疑。如果说该法令违宪, 那就意味着, 即便立法机构意图赋予该法令以效力, 也是徒劳的。

(2) 作为公众的代表, 立法机构可以且实际上对公众使用(诸如公园等)此类地方进行管控, 同时还可以且实际上将这样的管控(权)委托给城市或者市镇。

(3) 立法机构绝对或者有条件地禁止在公路或者公园内公开发表演讲, 与私人房屋的所有者

禁止(他人)在自己的房屋演讲一样, 都不属于对公众成员权利的侵犯。

(4) 在不涉及所有权的情况下, 立法机构可以通过停止对公共设施的使用, 来终止公众进入公共场所的权利。因此, 立法机构可以采取较为轻缓的措施, 将公共场所限制在基于特定目的的公共使用。

(5) 该法令的通过……是为了对公共场所的使用进行适当的限制。

(6) 可以将该法令解释为, 无论是演讲、政论, 还是布道, 在波士顿公园向所有选择走近并聆听的人发表的论文, 都属于公开演讲^⑨。

因而, 马萨诸塞州最高法院判定涉案城市法令的合宪性以及立法机构委托授权的正当性, 驳回了被告人的抗辩请求, 通过合目的性解释维持了立法机构在城市治理中的正当权利。

(二) 演讲及其他

霍姆斯在就任马萨诸塞州最高法院的同一时期里, 除了撰写司法意见, 还在庆典或聚会等公开场合发表了一些演讲或者致辞, 其中反映了这一时期霍姆斯的一些重要的法律思想或者法律观念, 如表6所示。

表6所列的演讲和致辞中包含了经典的《法律的道路》。在该篇演讲中, 霍姆斯的首要目的在于, 向法学院的学生阐明应该以及如何恰当地研究和

表6 霍姆斯发表的演讲或致辞(1882—1902年)

标题	背景	时间
阵亡将士纪念日	纪念日的演讲	1884年5月30日
战争中的哈佛大学	哈佛大学毕业典礼上对主持人的答复	1884年6月25日
法律, 我们的情人	萨福克律师协会晚宴上的演讲	1885年2月5日
法律的职业	在哈佛大学的演讲	1886年2月17日
对荣誉的热爱	耶鲁大学毕业典礼上的演讲	1886年6月30日
法学院的功用	哈佛大学250周年纪念, 在哈佛法学院联谊会上的致词	1886年11月5日
隐名与成就	波士顿大学法学院校友会晚宴上的致词	1890年6月3日
大学的功用	耶鲁大学校友会晚宴上的演讲	1891年2月3日
军人的信仰	哈佛大学毕业生聚会上的纪念日演讲	1895年5月30日
学问与科学	哈佛法学院纪念兰德教授协会晚宴上的演讲	1895年6月25日
法律的道路	波士顿大学法学院新楼落成典礼上的演讲	1897年1月8日
-	布朗大学毕业典礼上的致词	1897年6月17日
-	波士顿律协晚宴上的演讲	1900年3月7日
约翰·马歇尔	对马歇尔就任首席大法官100周年纪念日休庭动议的答复	1901年2月4日
-	西北大学法学院新楼落成典礼上的演讲	1902年10月20日

掌握作为一项具有能够充分理解的限度的职业和作为一套包含在明确界线内的教义的法律。为了厘清法律的限度,霍姆斯尝试将法律从道德与社会习惯领域中分离出来:“如果你们只想了解法律,而不是其他什么东西,那么,你们就一定要以一个坏人的眼光来看待法律,而不能从一个好人的视角来看待法律,因为坏人只关心他所掌握的法律知识能使其预见到的实质性后果,好人却总是在较为模糊的良知约束状态中去寻求其行为的正当理由,而不论这样的理由是在法律之内,还是在法律之外。”^{[14]459}

诚如法官波斯纳所言,霍姆斯之所以举出“坏人”例子,是因为此类人行为动机的形成并不是依据从事正当行为的良知^[15]。然而,霍姆斯并未因此而主张此类人有可能成为违法之人,因为在他看来,坏人和好人同样有理由希望避免遭遇公共力量。实际上,若只是将外部行为作为指导,可能很难确定什么人值得道德赞誉,因为一个根本不在意邻人所信仰与践行的道德法则的人,很可能会非常注意避免不得不偿付金钱,而且还会尽可能地避免身陷囹圄。因此,当“坏人”不基于道德法则,而是依据对法律后果的预测而行事时,他仍然会基于对自身利益的考量而遵守法律。

从表面上看,霍姆斯的“坏人”似乎仅仅是一个典型的利己主义者。然而,进一步探究却会发现,这种对“坏人”的评价既不准确也不恰当。如文中并未提及,假如这个“坏人”违反了法律,他肯定想要知道其遭受惩罚的可能性,或许可以通过逃避侦查、提供伪证、贿赂法官等手段而免于或者减轻惩罚。实际上,一些评论者认为,霍姆斯的“坏人”还不足够“坏”,或者说,并非纯粹的利己主义者,因为他并没有考虑其或许会因法律制度的无效而逃避合理制裁^[16]。实际上无论怎样,霍姆斯在法律战场上重新塑造了一位近乎个人英雄主义的军人形象——“坏人”。

对于“法律是什么”,霍姆斯给出了自己的回答,即“正是对法院实际上将要做什么的预测,而不是其他什么虚伪矫饰之辞,方为我所谓的法律的含义”^{[14]461}。在这里,霍姆斯清晰地表达了其对这种坏人法律观念的赞同,而这种观念首要集中于将法律当作一种工具,一种理解与预测特定行为进程之间因果关系的工具。然而,霍姆斯上述对于法律的界定却遭到了诸多的批判。就所谓的“科学界定”的范围而言,格雷教授指出了霍姆斯进路中存

在的某些困境:这种“法律预测理论”无法解释政府官员以及大多数普通公民的法律态度,而任何对法律的合理而充分的社会学解释均必须考虑这些态度。这种理论并没有考虑可感知的合法性的因素,而这种因素似乎是任何试图区分法律与其他约束的严肃研究活动的一个不可或缺的方面,上述研究活动则是对社会的一般科学研究的一个组成部分。基于类似原因,这种理论并没有从法官的视角对法律予以充分的说明^{[17]828}。

然而,事实上霍姆斯或许根本没有打算为法律提供一种社会学的解释,诚如格雷教授所言:“霍姆斯建议将他的预测理论作为一种有益于某一特定而有限的启发目的的指引,而不是一种关于法律性质的一般科学的或者概念的真理。”^{[17]828}

五、结语

无论是专事法律思想史研究的学者,还是引用或者论及霍姆斯法律思想的学者,大都将关注点放在了“法律的生命……在于经验”“法律的道路”以及霍姆斯在美国联邦最高法院的司法意见上,在某种预设意义上,这是合理的,因为该句箴言、该篇演讲及其在马萨诸塞州最高法院时期的部分司法意见,凝结了霍姆斯具有里程碑意义的核心法律思想,当然也是对美国本土法律思想产生深远影响的经典文献。然而,如果想要对某一位法学家的法律思想形成较为全面的、整体的认知,似乎更应该了解的是其独特法律思想的生成、发展与修正的过程,以及其中或许具有某种偶然性的、却对其本人产生重要影响的事件。

人作为深嵌在社会网络中的动物,是复杂而多元的,很难用一张特征鲜明的卷标予以标示;作为法学家和大法官,也是如此。一个人的思想,除受到早年所受的教育、阅读等因素的影响之外,常常还会受到如个人的成长经历、所处的社会环境,甚至某些剧烈鲜明的社会事件或者潜移默化的社会变迁等诸多因素的影响,因而,若想仅从一篇文章、几次演讲、一部著作中认识和理解一个人的全部思想,几乎是不可能的;这就不得不努力尝试触及、探索那些可能影响一个人思想的复杂因素,尽管这很可能是一段异常艰辛甚至无止境的智识跋涉。对于霍姆斯及其法律思想的探究,就是这样一段旅程,研究者们仍在途中。

注释:

- ① 亨利·亚当斯(Henry Admas)曾经在 1875 年写给亨利·梅因(Henry Maine)的一封信中说,霍姆斯“一直都是您最热情的崇拜者之一”,尽管霍姆斯本人似乎从未明确表达过类似的意思。
- ② 这 3 位教师,虽然均未受过法律学术训练,但都是各自领域中杰出的、有经验的法律执业者。这样的师资情况,实际上也反映了当时美国法律教育的现实,即“法律学术训练仍是例外,在律师事务所学习法律才是常规”。但是,正是这些具有实践经验的教师,将陷于无序之中的真实世界呈现在法学院中,这样的教学方式给学生提供了无法估量的实践训练。
- ③ 这一段编辑《美国法释义》的独特经历,不仅“使霍姆斯对早期美国和英国的普通法案例有了深入的研究”,而且还“促使他发表了一系列关于法律史的学术文章,这些文章最终成为霍姆斯 1880 年‘洛厄尔讲稿’的主题,也就是后来的《普通法》”。参见:爱德华·怀特和奥利弗·温德尔·霍姆斯的《法律与自我》,孟纯才、陈琳译,法律出版社,2009 年,第 123 页。
- ④ 洛厄尔学院(The Lowell Institute)是由纺织品制造商小约翰·洛厄尔(John Lowell, Jr.)于 1836 年创建的,旨在通过公开授课,以阐述伦理与宗教教义之真谛,从而为人类造福。1880 年秋,洛厄尔学院恰好开设了《普通法》课程,于是洛厄尔便邀请霍姆斯来讲授这一课程。该课程由 12 期讲座组成,讲授时间大致致于 1880 年 11—12 月的每周二和周五晚上。参见:WHITE G E, *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the inner self*, Oxford University Press, 1993, P148。
- ⑤ 参见: *Commonwealth v. Perry*, 155 Mass. 117, 123(1891)(dissenting)。
- ⑥ 马萨诸塞州最高法院对市镇政府参与商业活动的州法案的合宪性审查意见,参见: 155 Mass. 598, 607(1892)。
- ⑦ 参见: 160 Mass. 586, 593(1894)。
- ⑧ 参见: *McAuliffe v. New Bedford*, 155 Mass. 216(1892)。
- ⑨ 参见: *Commonwealth v. Davis*, 162 Mass. 510(1895)。

参考文献:

- [1] FRANKFURTER F. Twenty years of Justice Mr. Holmes' constitutional opinions [J]. *Harvard Law Review*, 1923, 36: (8): 909—939.
- [2] TUSHNET M. Logic of experience: Oliver Wendell Holmes on supreme judicial court [J]. *Virginia Law Review*, 1977, 63(6): 975—1052.
- [3] LITTLE E. The early reading of Justice Oliver Wendell Holmes [J]. *Harvard Library Bulletin*, 1954, 7(2): 163—203.
- [4] HOWE M D. Oliver Wendell Holmes at Harvard law school [J]. *Harvard Law Review*, 1957, 70(3): 401—421.
- [5] ALSCHULER A D. Law without values: The life, work, and legacy of justice Holmes [M]. Chicago: University of Chicago Press, 2000.
- [6] BAKER L. The justice from Beacon Hill: The life and times of Oliver Wendell Holmes [M]. New York: Harper Collins Publishers, 1991: 167—177.
- [7] 明辉. 美国“民法典”的历史命运(1857—1952)——思想史的考察[J]. *清华法学*, 2008, 12(1): 89—113.
- [8] 莫顿·J·霍维茨. 美国法的变迁: 1780—1860[M]. 谢鸿飞, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 2019: 446—448.
- [9] 奥利弗·温德尔·霍姆斯. 法律的道路[M]. 明辉, 译. 北京: 北京大学出版社, 2023.
- [10] POSNER R A. Foreword: Holmes [J]. *Brooklyn Law Review*, 1997, 63: 7—17.
- [11] HOLMES O W. *The Common Law* [M]. Boston: Little, Brown and Company, 1923.
- [12] GORDON R W. Holmes' Common Law as legal and social science [J]. *Hofstra Law Review*, 1981, 10: 719—746.
- [13] SHRIVER H C. The judicial opinions of Oliver Wendell Holmes: Constitutional opinions, selected excerpts and epigrams as given in the supreme judicial court of Massachusetts (1883—1902) [M]. Buffalo: Dennis & Co., Inc., 1940.
- [14] HOLMES O W. The Path of Law [J]. *Harvard Law Review*, 1897, 10(8): 457—478.
- [15] POSNER R A. The essential Holmes [M]. Chicago: University of Chicago Press, 1992: xi.
- [16] BEERMANN J M. Comment: Holmes's good man: A comment on Levinson and Balkin [J]. *Boston University Law Review*, 1998, 78(3): 937—945.
- [17] GREY T C. Holmes and legal pragmatism [J]. *Stanford Law Review*, 1989, 41: 787—870.