第一图书网, tushu007.com

<<霍姆斯现实主义法学思想研究>>

图书基本信息

书名：<<霍姆斯现实主义法学思想研究>>

13位ISBN编号：9787010081250

10位ISBN编号：7010081255

出版时间：2009-8

出版时间：人民出版社

作者：马聪

页数：304

版权说明：本站所提供下载的PDF图书仅提供预览和简介，请支持正版图书。

更多资源请访问：http://www.tushu007.com

前言

本书是马聪博士在其同名博士论文基础上修订完成的。
西方法哲学是人类文化的重要组成部分，其历史功用和现实影响已超出了西方文明的范畴。
在这一系列众多的历史谱系当中，奥利弗·温德尔·霍姆斯大法官算是一位比较有争议而又有影响的人物。
一方面，霍姆斯大法官有着比较特殊的人生经历，特别是他把美国士兵身上的气质和优点带入了法学领域，这是美国以前大法官所没有的。
另一方面，他提出了很多在当时看来比较激进怪异的看法。
比如他提出了法律的经验论观点，认为“法律的生命不在于逻辑，而在于经验”；他提出了要从坏人的角度认识法律的预测论观点；他还提出了法律和道德实质分离的道德怀疑论的观点，等等。
所有这些理论开启了美国实用主义法学的先河，为美国现实主义法学的出现奠定了基础，也为确立美国自己特色的法学发展路径和司法审判方式打开了新的局面，因此具有重大的历史意义和时代价值。
此外，霍姆斯拥有很强的司法实务背景，特别是在他担任联邦最高法院法官期间，曾提出过很多与当时多数保守派法官意见向左的新观点。
若干年后，在美国最高法院他的很多异议都上升为确定的学说。
比如在“洛克纳诉纽约州案”一案中，霍姆斯提出了经济理论不能成为判决案件的依据。

内容概要

奥利弗•温德尔•霍姆斯是美国近现代史上一位伟大的人物．也是美国司法界一位著名的法官。
他和布兰戴斯、卡多佐、汉德以及马歇尔大法官，被视为美国历史上最为杰出的执法者。
他是美国现实主义法学的奠基人，本书主要介绍其现实主义法学思想。
　全书共包括引子、导论以及正文七章。
引子和导论部分首先介绍了霍姆斯大法官的生平、经历、他所处的时代背景、以及以他为代表的现实主义法学的概况。
正文七章分别为“经验论”、“预测论”，“道德怀疑论”、“《普通法》解读”、“契约自由和司法克制理论”、“对言论自由保护的理论”及“尾论”，介绍了霍姆斯现实主义法学思想的各种观点以及后人对他的评价。
　本书在国内首次对霍姆斯的现实主义法学思想进行了较为全面系统的梳理。
全书从历史背景、哲学背景等多角度来分析霍姆斯的现实主义法学思想．给人更加开阔的视野。
此外我国近代法学家吴经熊从东方人的视角对霍姆斯的评价，也为读者展现了一个全新的霍姆斯。

作者简介

马聪，女，1976年生于山西，法学博士。
先后就读于西北政法大学和华东政法大学，分获法律史硕士和博士学位。
现在华南师范大学法学院法律史教研室工作，主要承担外国法制史和西方法律思想史的教学和科研工作。

第一图书网, tushu007.com

<<霍姆斯现实主义法学思想研究>>

书籍目录

序前言引子　霍姆斯其人　一、贵族后裔　二、军旅生涯　三、著书立说　四、伸张正义　五、身后评说导论 第一节　历史背景　一、从农业社会到工业社会　二、从确定的传统观念到多样化的进步主义思想　三、从旧个人主义到新个人主义　四、从自由放任到社会控制与社会计划 第二节　哲学背景——实用主义哲学　一、实用主义哲学简介　二、实用主义哲学的主要观点　三、实用主义哲学在法学领域的应用——现实主义法学　第三节　霍姆斯现实主义法学思想简介　一、理论著作中的现实主义法学思想　二、司法实践中的现实主义法学思想　三、现实主义法学思想的整理和传播第一章　经验论　第一节　观点的提出　一、“法律的生命不是逻辑，而是经验”　二、在理论著作中出现的“经验论”观点　三、在司法实践中出现的“经验论”观点　第二节　经验论分析　一、法官在法律的空隙中“立法”　二、对“经验”的解读　三、对形式主义的批判　四、对制定法的理解　五、对待历史的态度　六、经验论产生的社会背景　总结　一、现实主义法学与经验论　二、对经验论的哲学思考　三、经验论的局险性　四、留给后人的遗产第二章　预测论　第一节　预测论的含义　一、法律即预测　二、坏人的视角　三、权利义务 第二节　预测论解析　一、内在观点与外在观点　二、预测论在实践中的作用　三、坏人论与预测论的矛盾 第三节　评价　一、对预测论的评价　二、对坏人论的评价　总结第三章　道德怀疑论　第一节　法律和道德的关系　一、观点的提出　二、法律与道德实质的分离　三、“坏人”和道德　四、霍姆斯的矛盾之处　第二节　提出道德怀疑论的原因分析　一、对人性阴暗面的认识　二、战争中恐怖经历的心灵创伤　三、实用主义哲学的影响　第三节　对道德怀疑论的评价　一、区分法律和道德的现实意义　二、道德怀疑论的哲学思考　总结第四章　《普通法》解读　第一节　法律责任　一、什么是责任　二、责任的历史渊源　第二节　刑法思想　一、刑事惩罚的起源　二、犯罪心态论　三、现代刑法的归责标准　第三节　侵权行为法思想　一、谨慎人的标准　二、客观责任理论　第四节　财产法和合同法思想　一、财产法　二、合同法　总结　一、实用主义法哲学的体现　二、大胆的创新　三、不足之处　四、道德相对主义第五章　契约自由和司法克制理论　第一节　契约自由和正当法律程序条款　一、洛克纳诉纽约州案　二、洛克纳案中的现实主义法学思想　三、社会背景——自由资本主义的发展　四、洛克纳案之后——保护劳工的立法相继出台　第二节　司法克制理论　一、童工案——哈默诉达根哈特案　二、阿德金斯诉儿童医院案　三、阿戴尔诉合众国案　四、案件发生的历史背景　总结第六章　对言论自由保护的理论　第一节　相关案例介绍　一、谢内库诉合众国案　二、艾布拉姆斯诉合众国案　三、吉特洛诉纽约州案　四、惠特尼诉加利福尼亚州案　第二节　“明显且现实的危险”原则分析　一、历史背景　二、哲学基础　三、后人的评价　总结第七章　尾论　第一节　西方人眼中的霍姆斯　一、法律领域的实用主义者　二、法律领域的革命者　三、法律领域的自由主义者　四、法律领域的机械论者　第二节　东方人眼中的霍姆斯　一、霍姆斯和施塔姆勒比较　二、霍姆斯和莎士比亚比较　三、两个对立而又互补趋向　结尾附：霍姆斯生平简介主要参考文献后记

章节摘录

第一章经验论第一节观点的提出一、“ 法律的生命不是逻辑，而是经验 ”霍姆斯的“ 法律的生命不是逻辑，而是经验 ”这一命题已经成为“ 法律现代主义的中心口号 ”，这已经是个常识了。
霍姆斯这个观点首次出现在1880年的一篇“ 对兰德尔（c.C.Langdell，1826—1906）论合同法 ”的书评中。
他的这个主张是用来反对当时哈佛大学法学院院长兰德尔使用纯粹逻辑的方法来构建法律学说的。
有人把霍姆斯的这个基本理论称为“ 经验论 ”，或是“ 反逻辑论 ”。
“ 经验论 ”不是霍姆斯某个阶段的奇思异想，而是他至少保持25年不断重复的主题。
尽管他不是以相同的字眼表达它，但是从l880年对兰德尔的书评到1905年在洛克纳诉纽约州一案中的反对意见，都能看到他的这种主张。
二、在理论著作中出现的“ 经验论 ”观点在1881年出版的《普通法》开篇就再次强调了它，作为对认为“ 逻辑 ”是普通法理论最好的解释这种看法的局限性的更广泛的警告。
他的这一命题揭示了他的实用主义法律思想的基本信念，对当时以及以后很长一段时间美国的法律界重新思考和界定逻辑在法律中的作用以及法律和经验的关系产生了很大的影响。
根据罗斯科?庞德（RoscoePound，1870—1864）的说法，19世纪最流行的法学理论看法是这样的：“ 有永恒不变的法律概念，其根源于法律理念本身，这些概念纯粹靠逻辑演绎的办法，原则上对每个案件都隐含着一个详尽的规则。
”霍姆斯强烈地抗议这种对法律的看法。
他在《普通法》开篇就开宗明义地说：“ 法律的生命不是逻辑，而是经验。
一个时代为人们感受到的需求、主流道德和政治理论、对公共政策的直觉——无论是公开宣布的还是下意识的，甚至是法官与其同胞们共有的偏见，在决定赖以治理人们的规则方面的作用都比三段论推理大得多 ”。
他说写作《普通法》的目的就“ 在于概括性地介绍普通法。
为了达到这一目的，除了逻辑以外，还需要其他工具。
证明体系的逻辑一致性要求某些特定的结论是一回事，但这并不是全部。
……法律蕴涵着一个国家数个世纪发展的故事，我们不能像对待仅仅包含定理和推论的数学教科书一样对待它。
为了知道法是什么，我们必须了解它的过去以及未来趋势。
我们必须交替地参考历史和现有的立法理论。
”这里所说的“ 法律 ”，主要不是指立法机关制定的成文法，而是法官制定的判例法。
诚然，法律推理是判例法的精髓，但是，这种推理不是形式逻辑中的三段论式推理，而是法官根据经验的推理。
尊重历史传统是判例法的主要特点之一。
法官的经验性推理离不开一定的历史条件，并随历史的发展而变化。
在该书中，他还多次提到类似的观点。
在关于《无效合同》一章中，霍姆斯第二次明确提到逻辑和经验的关系，并对他们进行了对比。
他说：“ 法律之间的区别在于经验，而不是逻辑。
”在其他地方，他再次以稍微不同的口吻强调了它：“ 法律由那些有能力、有经验的人执行……他们知道不能因为三段论而牺牲敏锐的感觉 ”。
在1897年他发表的著名演讲《法律的道路》中，也谈到了逻辑在法律中的作用。
他说：“ 逻辑的方法与形式迎合了人们渴望确定性和存在于每一个人心灵中的恬静感受。
然而，确定性一般来说是一个幻觉，而心灵的恬静并非人之天命。
在逻辑形式背后，隐藏着一个判断，说有关于在彼此竞争的法律论证之间对其价值与意义的判断。
或许这个判断通常并没有明白陈述出来，甚至不为人意识到，但它却是这整个过程的真正根源与中枢。
”他认为在“ 决定法律的内容及其发展的力量 ”问题上，存在着一种错误的观念，认为“ 在法律发展

中唯一发挥作用的力量是逻辑。
”尽管霍姆斯认为“在最宽泛的意义上，这一观念的确是正确的”，因为对法律的研究和对世界上的其他事物的研究一样，都要探求因果关系、揭示事物之间的逻辑和规律。
但是他担心的是“比如像我们这样特定的制度”，是否“能够像数学那样从某些行为的一般公理中推导出来”？
1899年他在《哈佛法律评论》上发表的《科学中的法律与法律中的科学》（LawInScienceAndScienceInLaw）一文中也提到，“法学院追求一种灵感结合逻辑的方法，即前提是从权威那儿理所当然地拿来的，不考察前提的价值，然后逻辑是用来得出结果的唯一工具。
”三、在司法实践中出现的“经验论”观点在随后的法官生涯中，霍姆斯以不同的语言一再重复了这一主题。
1905年，霍姆斯在洛克纳诉纽约州（Lochnerv.NewYork）一案的反对意见中写道：“一般命题不能决定具体案件。
判决结果更多地取决于判断力和敏锐的直觉而不是清晰的大前提。
”在1921年他写给我国著名法学家吴经熊的信中，在探讨战争问题时，他这样说：“我们都努力建立一个我们会喜欢的世界。
‘我们所喜欢的’是一个深奥的观念，不能通过讨论说明，只能逐步地被改变，常常是通过数代人的经验。
”由此可见，这是霍姆斯一生都坚持的立场，而不是某一阶段一时冲动的产物。
霍姆斯的这些话指出了一条通往法理学之新时代的道路，它“打破了美国法律内生的形式主义和空洞的传统主义”。
霍姆斯呼吁，法院应该认识到他们必须发挥更深层次意义上的立法功能。
法律的生命之源在于“对共同体来说什么是有利的。
”感觉到的时代的需求，以及对于什么能够更好地服务于公共利益的直觉，“甚至法官和他的同事所共有的偏见”，所有这些在确定统治社会的法律规则方面起到的作用都要大于逻辑。
第二节经验论分析一、法官在法律的空隙中“立法”（一）“经验论”并不否认“逻辑”在法律推理中的作用“法律的生命不是逻辑，而是经验”这句话曾引起很大的争议，并在一定程度上使人们曲解了法律中逻辑和经验的关系，认为霍姆斯反对在法律中使用逻辑，他还经常被贴上“反逻辑”的标签。
这句话后来还经常成为后人反逻辑的证据。
比如，布鲁尔（Brewer）就认为美国法律文化后来的走向和特点都受霍姆斯提出的这个命题的影响。
他说：“由于霍姆斯不恰当地把‘经验’放在‘逻辑’的对立面，使得好几代的律师、法官和法学教授（不管是否沿着霍姆斯的道路）事实上没有把严格的逻辑形式研究放在法律课程中的适当位置。
结果，美国的法律文化——表现在法学院、律师简报、法官司法意见的撰写、法学教授的法理学思考——普遍地缺乏清晰的司法论证，法官和律师简报既没有也不可能达到更高的理性的、清晰的水平。
事实上，法学教授甚至更加推崇理性的不清晰，把它作为法律论证的优点。
”还有一些人认为霍姆斯没有对他使用的“逻辑”这个概念进行界定。
由于“逻辑”这个概念有多种涵义，而霍姆斯在不同的场合使用这个概念的不同方面的涵义，因此会带来理解上的混乱。
而另外一些人望文生义，不具体分析霍姆斯前后相关的论证，就匆忙得出霍姆斯否认逻辑在法律中的作用的结论。
但是，霍姆斯的这些表述是否意味着他是“反逻辑”的，或者说，“反逻辑”是否意味着他认为逻辑在法律中不起作用？
首先，我们必须明白，逻辑是人们思维必须遵守的基本准则。
逻辑的方法也是最常用的方法之一。
不管是理论还是实践，结论都必须借助逻辑的方法得出。
常用的逻辑方法有演绎、归纳和类比等。
因而，即使是那些自称反逻辑的人或者被贴上反逻辑标签的人，都不可能愚蠢到简单而固执地反对一

切逻辑和反对使用一切的逻辑方法，他们最多反对某种类型的逻辑，但仍然要倚赖其他类型的逻辑。
从这个意义上说，绝对的反逻辑是不存在的。
所谓的反逻辑仅仅意味着认为和其他某种东西相比，逻辑的作用或者价值比较小；或者是，反对的是哪种类型的逻辑。
因此，我们并不是、也不可能排斥逻辑在法律中的作用。
正如美国著名法官本杰明。
卡多佐（BenjaminN.Cardozo）所说：大陆法系法学家要推翻的是逻辑和哲学的方法在成文法法律体系中的地位和权势。
以成文法为基础、通过演绎过程发展法律必然伴随着邪恶和危险（这种邪恶和危险只是很轻微地触及到以判例法为基础、通过归纳过程发展法律的普通法法系）。
（二）逻辑在法律中的重要性其实，霍姆斯并不否认逻辑在法律中的重要性。
事实上，他还是非常强调逻辑在法律中的重要性的。
他说：“ 律师受到的训练就是在逻辑上的训练。
类推、区分和演绎的诸过程正是律师们最为熟悉的。
司法判决所使用的语言主要是逻辑语言。
”可见他并不是认为法律中没有逻辑的地位，相反，他赋予逻辑很高的地位。
而且，他多次强调要对普通法进行改革。
改革的目的就是对那些分散的判例进行分门别类，进行归纳和整理，从中抽象出可以为后世的法官提供指导的原则。
他坚持认为概念的使用应该是抽象的、一般的。
他还猛烈抨击了法规汇编和教科书里流行的以“ 实践 ”为主题的分类方法，比如“ 铁路和电报 ”，或者像“ 海运和证券 ”。
这种分类方法在他看来既可笑，又不能解决问题。
他认为，私法应该以抽象的合同和侵权行为来划分。
霍姆斯学术生涯第一篇重要文章——《法典和法律的编排》（CodesAndTheArrangementofTheLaw）——讨论的就是在所有的法律制度中系统使用“ 哲学的 ”（即抽象的）法律范畴的必要性。
格雷说：“ 不是说他（指霍姆斯——引者注）认为一般性的法律原则没有意义或者不重要；事实上，他是他那个时代的最伟大的法律概念化的提倡者。
”霍姆斯自己认为：“ 法学家的工作就是要让人们了解法律的内容；也就是从内部进行研究，或者说从最高的属到最低的种，逻辑地整理和分类，以满足实践的需要 ”。
而且他也承认在那些简单的案件中，法官只要依靠逻辑就可以解决问题。
事实上，实践中的很大一部分案件就是这么解决的。
那种认为霍姆斯在司法过程中，将一般范畴和逻辑视为是无用的，只是一种流于表象的肤浅结论。
在裁决过程中尊重规则的权威确实会限制法官的主动创造，而法官们往往不甘心墨守成规而沦为平庸。
但是司法不是艺术创造活动，在大部分案件中墨守成规是每个法官不可推卸的政治责任，而且规则之治在绝大多数情形下都是公平之治。

后记

本书是在我的博士论文的基础上修改完成的。
回想三年博士生活，感慨万千！
为了能够按时完成论文的写作，我放弃了几乎所有的节假日。
但每天紧张而有序的生活，倒也使我感到非常充实。
学校的图书馆留下了我忙碌的身影，校园的草坪倾听着我匆匆的脚步，校园的湖水见证了我无数个披星戴月的日日夜夜。
这三年是奋斗求索的三年，也是收获颇丰的三年。
感谢恩师何勤华教授、王立民教授、徐永康教授。
有幸在华政园聆听他们的教诲。
他们渊博的学识、严谨的作风都使我获益良多。
我还要特别感谢我的导师——何勤华教授。
他的谆谆教诲，是我学习和前进的动力；他严谨的治学态度，一丝不苟的治学精神，是我学习的榜样；他挥洒汗水执著追求的行为及高尚的人格，使我懂得了很多做人道理。
从论文的选题到写作完成，数易文稿，一直得益于何老师耐心、细致的指导，才使我顺利地通过了博士论文答辩。
同时也要向给予我帮助的同学表示感谢。
他们是蔡东丽、张淑钿、冷霞、雷晓冰、朱淑丽、张友好等。
他们或为我复印资料，或提供生活上的帮助。
正是有了他们的帮助，我才能节省下不少时间和精力，从而能够专心于论文的写作。
在论文的写作过程中，单位的很多同事为我分担了很多本应由我承担的工作，在此谨向曹旅宁老师、王涛老师、张玉光老师表示感谢。

编辑推荐

《霍姆斯现实主义法学思想研究》由人民出版社出版。

第一图书网, tushu007.com

版权说明

本站所提供下载的PDF图书仅提供预览和简介，请支持正版图书。

更多资源请访问:http://www.tushu007.com