

## 霍姆斯論科學與法律

於興中

### 一、簡介

本文的題目「霍姆斯論科學與法律」是一個比較模糊的說法。近幾年我一直在研究科技與法律的問題，有天看到霍姆斯在1899年寫的一篇文章，題目是「Law in Science and Science in Law」。以前讀霍姆斯時，沒注意到這篇。看到早在19世紀末，霍姆斯就已經在談科學與法律這樣的題目，我便對他的這篇文章產生了興趣。我於是仔細閱讀了一遍，想搞清楚他到底要說什麼。結果我讀了之後，發現這不是一件容易的事情。可能有很多原因，但是其中的一個很明顯的原因是，霍姆斯並不像我們一般人寫論文，一開始就給一個清楚的定義，然後順著一個大綱規定的基本結構寫下去。我們大家都知道當年的霍姆斯是個文藝青年，凡是能夠展示才華的地方，他是絕對不會放過的。就這篇文章而論，標題和內容很顯然不是十分和諧。

「科學」這個詞在今天看來不僅僅代表著文藝復興以來、世俗化之後，在沒有上帝的背景下，人們追求真理的天真浪漫，也揭示了人們試圖通過理性和使用以理性為基礎的工具來征服自然、征服世界的雄心壯志。它同時也代表著學術研究不斷追求新的、可靠的方法的風潮。今天已經沒有幾個人把社會科學看做是真正的科學。與其把社會

學、人類學、政治學、法學這些學問理解成自然意義上的科學，倒不如把它們理解為比較系統的能夠自圓其說的知識系統。

法學也曾經被稱為法律科學。但是，到現在已經很少有人會相信法學是一門科學。但是應該注意區分的是法學雖然不是一門科學，但使用科學的方法來研究法學卻是由來已久的，而且是行之有效的。當然，什麼是科學方法本身就是一個見仁見智的問題。在培根那裡，科學方法實際上就是他的歸納推理的方法。在格勞秀斯、萊布尼茨和普芬多夫那裡，科學的方法實際上就是數學、幾何的方法。而在現當代提倡法律解釋和法律論證的學者那裡，科學的方法也許就是法律論證和法律推理的方法。在普通法的學者那裡，科學的方法也許就是遵循先例的法律推理方法。在把人工智能的研究應用於法學研究的那些學者看來，或許人工智能的研究方法就是一種科學的研究方法。

學術研究最開始可能是一種猜測，猜測某種自然現象是怎麼回事，逐步走向思辨，再往後就出現了分析的方法。再下來有可能導致所謂的實證研究、科學研究。光猜測和思辨已經遠遠不夠，要拿出確鑿的證據來說話，就需要有經驗。孔德就認為學術的發展經過了自然的研究，或者神學的研究、形而上學的研究、思辨的研究，最後到了實證科學研究的階段。

霍姆斯的這篇論文不算長，但也有20多頁，讀下來給人的感覺是，基本上在討論法律史的研究狀況和某些法律制度形成的歷史過程；而談到科學的地方其實特別少。那麼，霍姆斯眼中的科學到底意味著什麼？他在這篇文章中到底要說什麼？本文擬就此問題作一些探討。

法律與科學關係的重要性一如前述。對此問題的探討也已相當深入。但對霍姆斯這篇文章，乃至霍姆斯的科學—法律觀的研究仍屬少見。霍姆斯這篇文章的引用率，與他的其他演講相比，也不是特別高。然而，探討這篇文章的意義不僅在於理解它本身，也在於確認霍姆斯本人對於法學和科學的基本觀點。在更廣義上，弄清霍姆斯的科

學觀有助於我們進一步理解有關實用主義者對科學的態度。最近一本研究美國法律實用主義的書認為實用主義的一大特點就是對技術的推崇。<sup>1</sup>

本文的大概構思是，首先對該文發表的背景及其內容做一簡單陳述。然後，嘗試理解霍姆斯筆下的科學是什麼概念。談談他說的「law in science」和「science in law」可能是什麼含義。廓清了霍姆斯關於科學與法律的基本概念以後，探究其思想產生的根源，亦即影響他的科學法律觀形成的理論資源，將是一種有益的努力。因此，本文在第三部分著重指出了幾種可能的資源，包括霍姆斯曾參加過的形而上學俱樂部、科學方法在法學研究中的運用，以及社會達爾文主義的影響。值得注意的是，霍姆斯雖然被認為是反（形式）邏輯的，但他並不反對科學方法在法學中的應用。事實上，他和蘭德爾分別代表了理性主義的法律科學觀和經驗主義的法律科學觀。因此，本文第四和第五部分將簡述這兩種科學觀。霍姆斯在他的著述中透露出一種見解，即普通法本身就是一種科學。本文第六部分將對此做一簡短的探討。

霍姆斯出生於波士頓的一個書香世家，父親是著名作家、醫師奧利弗·溫德爾·霍姆斯，當時在波士頓知識界和文學界聲望頗高。亨利·詹姆斯（Henry James Sr.）、拉爾夫·沃爾多·愛默生（Ralph Waldo Emerson）和其他先驗主義者是霍姆斯家庭的朋友。因此，霍姆斯在學術氛圍中長大，並很早就樹立了成為像愛默生這樣的大文人的雄心。

在實用主義哲學問世之前，歐洲的各種各樣的學派，各種各樣的觀點都反映在美國的法學著作裡面，直到美國人發展出了自己本土的哲學，就是大家熟知的實用主義（pragmatism）。實用主義哲學的產生和發展並不是基於解決現實問題的要求。實用主義最初只是一種認識真理的方法。它認為真理不是絕對的，而是相對的。真理是可以認知的，但是認知必須和人的實踐、社會活動聯繫起來。最初的實用主義只是一種真理觀，是教人們怎樣從教條主義或者是一元的思想裡解脫

出來。<sup>2</sup> 胡適把它介紹進中國學界的時候叫它實驗主義。「大膽假設、小心求證」是他指出的實用主義的核心方法。這個學派在美國的法學界影響非常大。

## 二、霍姆斯關於「科學」的見解

1899年1月17日，在開始主持麻薩諸塞州最高法院之前，霍姆斯在位於紐約州首府奧爾巴尼的紐約州律師協會發表了一篇重要演講。演講的邀請可能來自新當選的州長西奧多·羅斯福(Theodore Roosevelt)。羅斯福很欣賞霍姆斯曾經在1895年發表的關於軍事方面的演說。加之他和霍姆斯有一位共同的朋友，即當時作為麻薩諸塞州議員的霍姆斯的表弟亨利·卡伯特·洛奇(Henry Cabot Lodge)。霍姆斯選擇了「科學中的法(規律)與法中的科學」(Law in Science and Science in Law)作為他演講的題目。<sup>3</sup> 這個題目很像當下人們喜聞樂道的「Law is code and code is law」，在英文修辭上頗有韻味，但翻譯成漢語就失去了原文的魅力。

在這篇演講中，霍姆斯從時尚談到文學，從羅馬法談到古薩利克法，<sup>4</sup> 從財產談到侵權，從故事講到案例，從歷史談到現實，引經據典，東拉西扯，涉及的知識範圍非常廣泛。但文中談到科學的段落卻寥寥無幾。甚至連「科學」一詞在全文出現的頻率，也不到10次。初讀之下，讓人感到文章的標題和內容之間好像並無多大關係。

演講的內容主要是關於歷史和先例的作用，以及對法官必須在各種競爭中的利益之間做出選擇的必要性的闡發。演講的前半部分似乎在為歷史解釋辯護，但也並不是完全贊成。霍姆斯認為，像薩耶爾(James Bradley Thayer, 1831–1902)<sup>5</sup> 和艾姆斯(James Barr Ames, 1846–1910)<sup>6</sup> 這樣的學者，迷戀舊書古典，從歷史的角度努力發掘一些理念的來龍去脈，其本身並不能為現代法學和現代法律提供指導。<sup>7</sup> 但他

們的研究是有價值的，其價值就在於看不到它的用處，而是為了法律史而做法律史，值得正是因為它沒有實際的目的。

以這種方式思考，您會很容易理解，我認為法律理論史的研究者並不一定要有實際的目的。僅僅將法律視為重要的人類學文獻是非常恰當的。適當地訴諸它，以發現什麼社會理想已經足夠強大而達到了最終的表達方式，或者某種權威理想在各個世紀以來的變化。將其作為人類思想的形態及其轉換的實踐來研究是適當的。為此目的而進行的研究在最嚴格的意義上成為科學。<sup>8</sup>

然而，霍姆斯對歷史法學的態度卻是否定大於肯定。霍姆斯知識生涯發展的時代正是歷史法學在西方法律思想界盛行之時，薩維尼和梅因是當紅學者。他們的思想影響了包括霍姆斯在內的一大批學者。霍姆斯在一定程度上肯定了歷史法學派的學術價值。但認為僅僅在歷史中尋求法律規則的正當性理由是遠遠不夠的。因為，法律雖然是歷史產物，但法律規則所反映的乃是某一時期的各種社會利益。這些利益的衝突在歷史上是找不到答案的。

從實際的角度來看，到目前為止，我一直在處理的歷史只是掌握工具的一種手段，也是最不重要的手段之一。從實際的角度來看，正如我在另一場合所說明的那樣，它的使用主要是消極和懷疑的。它可以幫助我們了解一個學說的真正局限，但是它的主要好處是打破了虛假的解釋。<sup>9</sup>

但是，對於從歷史的角度解釋問題，霍姆斯是讚賞的。這也可能就是他說的科學中的法（規律）。

歷史解釋有兩個方向或方面，一個是實踐的，另一個是抽象的科學。我絕不贊同在以往的實踐中發現哲學和科學的正當性的道德

觀念。我不認為我們必須以社會福祉的動機為我們的追求辯護。如果我們自己的追求對社會有利，或者至少對社會沒有壞處，而我們感到滿意，那麼我認為，像藝術一樣，追求科學和追求其成果這本身就是目的。

歷史使我們自由，使我們能夠堅定不移地下定決心，無論我們正在執行的生存是在停止了對舊目標的回應時，是否滿足了任何新的目標。儘管我一直在進行對比，但對法律的實踐研究也應該是科學的。真正的法律科學主要不在於根據教條進行的神學研究或數學上的邏輯發展，也不在於將其作為人類學文獻的外部研究。一個更重要的部分是從內部根據準確衡量的社會願望而不是傳統來建立其假設。<sup>10</sup>

霍姆斯下半部分演講涉及法律的更實際方面，即他的聽眾中的法官和律師每天都必須「因為一個活生生的問題，下定決心要冒險做出判斷」。問題在於這些實用判斷是如何做成的。霍姆斯說，答案不僅僅在於歷史：每個人本能地認識到這些。如今，我們不能老是跟我們的父輩後面尋找制定法律的理由。我們必須努力發現社區的意願。法官很難決定社區想要什麼。擺在我們面前的是兩種社會慾望之間的衝突，兩者都試圖擴大其對案件的管轄權，互不相讓。

霍姆斯希望在新的20世紀看到的「法律科學」是基於實踐的。霍姆斯說：「我們必須思考事情而不是言語，或者至少我們必須不斷理解用言語表達的事實。」

諸位，我試圖通過實例展示適用於法律的科學興趣，並指出這對我們在同一領域處理實際問題的方式可能會有所改進。毫無疑問，對於後一種嘗試，幾乎很少人會認同我的看法的。但是在那個領域，就像在其他領域一樣，我想到了對科學的最終依賴。因為科學最終要在最大程度上確定我們對不同社會目的的相對價值。我也試圖暗示，正是我們對這些現在常常是盲目的和無意識

的比例的估計使我們堅持並擴大了某一項原則的範圍，並允許另一項逐漸縮小或萎縮。

很有可能，即使我們窮盡統計數據和每一種現代設備都可以帶給我們的幫助，我們也無法進入一個科學可以統領一切的大同世界。但這是一種理想。沒有理想，人生有什麼價值？它們為我們提供了我們的見解和對無限的一瞥。無法實現的理想往往是一種優點。它的存在使我們永遠需要做更多的事情，並使我們擺脫單調的完美的環境。<sup>11</sup>

法律界的科學人不能是書呆子。他必須觀察入微，掌握細節，並且確定哪些細節很重要。並非每個進行精確調查的人都算在內，只有將調查引導到關鍵點的人才算在內。<sup>12</sup>

通讀霍姆斯的〈科學中的法（規律）與法中的科學〉一文，似乎可以得出一些有用的心得。從上面的引文也可以看出，霍姆斯的科學觀大致包含幾個命題。第一，科學不僅僅是三段論式的推演。第二，對於事實的實證研究就是科學。第三，科學方法可以是經驗主義的。第四，歸納推理才是真正科學的法律方法。第五，歷史解釋也是一種有用的科學方法。第六，法律科學要解決的核心問題是利益的衡量，而不是對原則的堅持和對規則的執行。

在該文發表之前，霍姆斯的這些思想在其早期著作中已有所反映。在1881出版的《普通法》中，霍姆斯認為唯一的法律淵源是國家強制執行的司法裁決。法官根據事實對案件進行裁決，然後寫出意見，為他們的裁決提供依據。但是，決定的真正基礎通常是「明確的主要前提」。法官不得不在相互競爭的法律論據之間做出選擇，而每一個論點都是以絕對的方式提出的，而有時他的裁決的真正依據是來自法律之外的。雖然《普通法》是一本重要的學術著作，但他1897年的論文〈法律的道路〉卻被證明是法律理論上最有影響力的著作之一。在該文中，霍姆斯以《普通法》的主題為基礎，將法律與道德分離，並

且強調政策和經驗而看輕邏輯和原則，而且繼續將法律定義為對法院在特定情況下的行為的預測。

### 三、霍姆斯科學—法律觀形成的思想資源

如上所述，霍姆斯的科學—法律觀具有明顯的反形式主義、歷史主義、科學主義、經驗主義和實證主義的傾向。為了進一步了解霍姆斯的思想，有必要討論一下他的觀點形成的思想資源。霍姆斯曾是實用主義者組成的形而上學俱樂部的成員，他的思想肯定受到了實用主義的影響。他的科學觀大體上是經驗主義的，很明顯受到培根的影響。此外，杜威的科學方法對他似乎也有影響。

#### (一) 形而上學俱樂部

形而上學俱樂部是一個對話式的哲學俱樂部，它由未來的最高法院大法官霍姆斯、哲學家和心理學家威廉·詹姆斯和哲學家查爾斯·桑德斯·皮爾斯，於1872年1月在麻薩諸塞州的劍橋鎮成立，並於1872年12月解散。1879年皮爾斯離開波士頓，去了約翰·霍普金斯大學。後來，他在那裡建立了一個新的形而上學俱樂部。儘管名字叫做形而上學俱樂部，但這個哲學討論小組追求的是實用主義和實證主義性質的批判性思維，並拒絕了激進的基礎主義、歐洲的形而上學，而主張採用溫和的基礎主義。實用主義據說是在這些哲學討論中誕生的。

這些人中最重要的是皮爾斯，很多人都認為實用主義最初是皮爾斯提出的。皮爾斯主要提出兩點：人們相信的東西是實在的東西，反過來說實在性決定著人們的信仰。另一條是要想使一個概念明白、清楚、有意義，主要是看它是否有用。要是沒用的話，概念是不可能清楚的。有用的概念就是清楚的。一個東西之所以存在是因為它有

用。後來在詹姆斯和杜威的發展之下，這兩點發展成為了兩套理論，一個是真理的相對性、真理的有用性。另一個是事物的經驗性。但是還有很多說法，像杜威就提出了科學的研究方法，應該怎樣從事科學研究。

值得指出的是，這個俱樂部中的成員，除了研究哲學以外，還熱衷於追求科學的探討。心理學在當時本來就是正在形成中的科學。而醫學已經是很成熟的科學。因此，該俱樂部的存在雖然時間不長，但重視科學的研究明顯是其一個重要特點。在這種大氣候中，各成員的研究興趣和方法一定會相互影響，相互借鑒。形而上學俱樂部對霍姆斯法律思想的形成有一定的影響。

## (二) 科學方法在法學研究中的運用

科學研究方法在法學中的使用有悠久的歷史。古希臘羅馬時代就有試圖把法律作為科學研究的嘗試。17、18世紀的思想家們在科學精神和數學精神的感召下做了一系列的嘗試，格勞秀斯、普芬多夫、萊布尼茨等人曾將數學、幾何學用於法學研究，試圖找出法律最基本的原理。19世紀中葉到20世紀初盛行關於科學的論說，直接影響到政治學、社會學和法學的研究。人類學和心理學的問世之初都帶有濃烈的科學意味。法學研究自然不能熟視無睹，於是，便產生了視法律為科學的思潮或運用科學方法研究法律的時尚。這在當時出版的一系列著作裡面都可以得到印證。比如，奧斯汀(John Austin, 1790–1859)的《法理學範圍界定》一書中明確指出法理學就是研究實證法律的科學。奧斯汀的學說奠定了分析法學的基礎。漢倫(Dennis Caufield Heron, 1824–1881)的《法理學原理》就開宗明義指出法理學是研究實證法的科學。<sup>13</sup>他論述了法理學和社會科學的關係。這種思潮一直延續到20世紀60年代。在龐德的著作裡面也可以看到科學的影子。龐德在他的法理學講稿中也稱法理學是法律的科學，取消了實證法

這個定語。在人類學界，馬林諾夫斯基就曾將人類學稱為研究人的科學。<sup>14</sup>

### (三) 社會達爾文主義

很多學者已經指出，實用主義，尤其是霍姆斯的思想深受社會達爾文主義的影響。至少在強調利益競爭和平衡這一點上，霍姆斯的思想深深打上了社會達爾文主義的印記。「法律的生命」這一說法也反映了進化論的特點。事實上，霍姆斯在寫給朋友的信中，高度讚揚達爾文和斯賓塞 (Herbert Spencer) 等人，而且很興奮地討論「科學地認識世界的方法」。<sup>15</sup>

世間萬事萬物都處於一種進化的過程中，任何事物都有起源、發展、成熟和死亡的過程。這是達爾文的進化論的一個觀點，如果把它引用在社會學中，那麼在歷史上出現過的和現實社會中存在著的各種各樣制度的發展，都可以被看作經歷了從簡單到複雜，從低級到高級，從不成熟到成熟的階段。因為任何事物都處在這樣的變化發展的過程中。達爾文在《物種起源》和其他著作中，強調了一些似乎是事實，又非常殘忍的客觀性規律。比較著名的是「物競天擇，適者生存」。假設社會按照這一規律來運作和發展的話，現實生活就會變得很殘酷。倘若從生物學的角度、從物種起源的角度看，達爾文的學說很可能是對的，當然還需要科學家繼續證明。達爾文學說的意義在於很大程度上解答了文藝復興以後人走向理性、走向解放的過程，人把自己從神的懷抱中徹底解放出來。在達爾文進化論之前，人們把世界起源、物種起源都簡單地歸到一個最終權威——上帝的身上，是上帝創造了人與萬物。達爾文的觀點出現以後，神學宗教的傳統說法受到空前的挑戰，對當時的宗教界人士，尤其那些虔誠的信徒來說無疑是致命的震撼，使其陷入尷尬的境地，無數虔誠的教徒走出教堂，進入世俗社會。人開始理性地看待自己。達爾文的生物進化論在歷史上起

到了非常積極的作用，最重要的是加速了西方社會世俗化的進程。至少在歷史文化、思想承傳中起到了這樣的作用。但是，進化論並不是一個非常完善，讓人可以充滿熱情、毫不顧忌、毫不懷疑就去擁抱的學說。

達爾文自己並沒有將進化論應用到社會領域，而是由英國人斯賓塞把達爾文的觀點用到了社會進化論上，產生了社會達爾文主義（Social Darwinism）。用他們的角度來看，社會是在演化，也是在進步。所有的社會制度都處在發展中，司法制度也一樣，經歷了很多挫折，經歷了許多不同的發展階段。

在社會達爾文主義者的眼中，在很大程度上，社會也像生物界一樣，環境、制度造就了個人，同時又限制了個人的成功。把社會看成是一個很大的競爭的系統，使得個人在其中成為競爭的元素。在某種意義上，社會達爾文主義可以說是生物進化論的翻版，只是將這一理論用到社會進化論裡。實際上還是強者生存的社會，資本主義社會的發展很明顯地證明了這一點。

生物進化論是自然的選擇，但相對於文化來講，人可以通過人的心性和靈性，通過良心來改變物競天擇，適者生存的局面。人可以通過人所具有的憐憫、寬容、博愛這些精神來改變自然進化的可能性。社會達爾文主義有一個核心的思想就是社會是在進步的。另一個核心思想是截止目前發生的這些事情，經過的歷史階段都是必然的。也就是說歷史有其必然性，歷史是在進步。而社會制度的發展在這個過程中有成功有失敗，個人也有成功有失敗，因此造就了這一種競爭的環境。

#### 四、理性主義科學觀：演繹推理與形式主義

蘭德爾（Christopher Langdell，1826–1906）受到科學思潮的影響，認為法學就是一門科學。圖書館之於法學家和學生、律師，就像實驗