

「書本中的法律」(Law in Books) 與 「事實運作中的法律」(Law in Action)

劉宏恩*

壹、專欄引言

我們如果對美國法學研究稍加涉獵，可能很快就會發現它的其中一項特色：非常重視社會科學研究與法學研究的結合，例如：法律與經濟學 (law and economics)、法律與社會 (law and society)、政策取向的法學研究 (policy-oriented legal studies)、法律與心理學 (law and psychology) 等等。另一方面，在美國的法院判決當中，我們也經常看到：法官會在判決理由裡面，不斷指出許多法律條文或法律理論以外的政策考量、討論許多社會事實現象面的議題，而且極為重視判決對社會（非僅當事人個人）所可能產生的結果和影響。美國法律學術界和司法判決的上述兩項特色，看似相異，背後其實卻可能有類似的思想淵源和法學傳統：實用主義哲學 (Pragmatism)。

許多論者都指出：實用主義哲學是現代美國法學發展的基礎與特色之一。¹ 那什麼是實用主義哲學呢？實用主義哲學是由美國本土自行發展出來、且在美國影響

* 美國史丹福大學法律學博士、法律學碩士，國立台灣大學法律學碩士暨心理系・法律系雙學位。現職：國立臺北大學法律學院專任助理教授、交通大學科技法律研究所兼任助理教授。

¹ RICHARD A. POSNER, THE PROBLEMS OF JURISPRUDENCE 163, 225 (1990); 楊日然，「美國實用主義法學的哲學基礎及檢討」，台大法學論叢，3 卷 2 期，頁 245。

極為深遠的一個哲學思潮，其大約起始於十九世紀末葉，代表性的人物包括：Charles S. Peirce、William James 及 John Dewey 等。實用主義哲學中雖然有不同的派別，但簡言之，他們對於問題的思考注重事實、講求實際效果，排斥抽象的討論和先驗式的命題，他們重視問題能否具體妥當解決、而不強求形而上學的統一解決。William James 底下這段話或許可以做為註腳：

Pragmatism asks its usual question. "Grant an idea or belief to be true," it says, "what concrete difference will its being true make in anyone's actual life? How will the truth be realized? What experiences will be different from those which would obtain if the belief were false? What, in short, is the truth's cash-value in experiential terms?"

-- *Pragmatism* (1907)

這段話的意思是「實用主義哲學通常問：如果這個思想或信念為真，究竟它之為真會對誰的真實生活造成具體不同？如果這個信念為偽，則什麼樣的經驗會因此不同？簡言之，真理若兌換成經驗的描述是什麼？」

實用主義哲學之所以在美國發展、並且影響深遠，論者多認為有其美國特殊的本土孕育環境和社會背景，但並非本文此處欲探討的重點。本文之所以在這裡首先介紹實用主義哲學，是因為發現：近年來國內對於美國法學研究的介紹日益頻繁，對於各式各樣的理論、學說、判決多所引用，並對美國法學的特色（前述的「注重與社會科學的整合」及「判決時重視政策考量及社會影響」）多所讚揚，但似乎卻忽略其背後存在的思想淵源和法學傳統。許多美國法學家的名言，例如 Oliver W. Holmes 大法官所說的：「法律的生命不是邏輯，而是經驗」（“The life of the law has not been logic: it has been experience.”），國內法律人如今幾乎都朗朗上口，但是卻不一定真正瞭解為什麼 Holmes 會這麼說、而這句話又是出自於什麼樣的論述脈絡。

因此，本專欄希望稍稍有系統地，隨著歷史演進摘錄介紹現代美國法學的一些重要人物或學派的部份著作和言論。透過對英文原典的引用，一方面培養讀者的英文閱讀和理解能力，另一方面讓讀者初探美國法學思想發展的部份背景脈絡及軌跡。本文認為：現代美國法學發展的前述特色（「注重與社會科學的整合」及「判決時重視政策考量及社會影響」），其實就是強調對於法律的研究和適用不能僅僅停

留在對於「書本中的法律」(law in books) 的討論上，而是必須更進一步探討「事實運作中的法律」(law in action)，因為書本中的法律和法學雖然可以邏輯嚴謹、理論完美，但若在事實運作中無法解決問題、甚至還造成了新的問題，則從實用主義哲學的角度觀之，根本就是失敗的立法和法學。這樣的思考角度百年來在美國法學當中一直發展至今，例如當今「法律的經濟分析」之所以強調立法及執法的「成本」(cost)、「效益」(benefit)、和「效率」(efficiency) 等問題，就正是要討論「事實運作中的法律」的問題，而不是「書本中的法律」。

本期以下首先要摘錄介紹的，是前述的美國聯邦最高法院大法官 Oliver W. Holmes、還有一再強調「書本中的法律」與「事實運作中的法律」的差異的 Roscoe Pound，這兩位現代美國法學發展的早期關鍵人物。

貳、賀姆斯 (Oliver W. Holmes) 的思想和言論

Oliver W. Holmes 在現代美國法學發展上，被公認為是極具重要性的法學家。直到今日，仍然不斷有文章、書籍討論他的著作，例如「哈佛法學評論」(Harvard Law Review) 於 1897 年刊登了 Holmes 的名著「法律之路」(“The Path of the Law”)，一百年後，「哈佛法學評論」於 1997 年特別為之發行專刊：「一百年後的法律之路」(The Path of the Law After One Hundred Years)，以紀念並討論 Holmes 的著作及影響。

其實一直到十九世紀末期，美國法學界及司法界仍然普遍強調：法律的原理和規則可以提供單一、一致的正確答案給不同的案例事實，而法官的任務只是去「發現」這個原理和規則，然後類似機械性地將之適用於案例上。因此，邏輯演繹是法學和司法最重要的訓練及活動。對於這樣的情形，Holmes 極不以為然，他嘲諷說：

The training of lawyers is a training in logic. The processes of analogy, discrimination, and deduction are those in which they are most at home. The language of judicial decision is mainly the language of logic. And the logical method and form flatter that longing for certainty and for repose which is in every human mind. But certainty generally is illusion, and repose is not the destiny of man. Behind the logical form lies a judgment

as to the relative worth and importance of competing legislative grounds, often an inarticulate and unconscious judgment, it is true, and yet the very root and nerve of the whole proceeding. You can give any conclusion a logical form.²

其意思為「法律人的訓練，是邏輯的訓練。類推、辨別、演繹等方法，都是法律人拿手的絕活。司法判決所使用的語言，主要都是邏輯用語。誠然，邏輯的方法與形式，可滿足人們心中對於確定性及安定的渴望，但這種確定性通常是一種幻覺，而所謂安定也並非人類的命運。在邏輯形式的背後，存在著對於互相衝突的立法理由的相對價值或重要性的判斷，雖然這判斷經常是未清楚表達出來或不自覺的，它卻是整個司法程序的根源與中樞。而對於得出的結論，你總是有辦法給出一個邏輯形式。」

國內法律人所熟悉的 Holmes 名言：「法律的生命不是邏輯，而是經驗」，是出自他另外一本較早期的名著「普通法」(“The Common Law”)。事實上 Holmes 並不否認邏輯活動在司法過程中存在，但是他指出：其他各種經驗事實性的因素，才往往扮演了真正重要的角色。他說：

The life of the law has not been logic: it has been experience. The felt necessities of the time, the prevalent moral and political theories, intuitions of public policy, avowed or unconscious, even the prejudices which judges share with their fellow-men, have had a good deal more to do than the syllogism in determining the rules by which men should be governed. The law embodies the story of a nation's development through many centuries, and it cannot be dealt with as if it contained only the axioms and corollaries of a book of mathematics. In order to know what it is, we must know what it has been, and what it tends to become. . . . The truth is, that the law always approaching, and never reaching, consistency. It is forever adopting new principles from life at one end, and it always retains old ones from history at the other, which have not yet been

² Oliver W. Holmes, *The Path of the Law*, 10 HARV. L. REV. 457 (1897).

absorbed or sloughed off. It will be come entirely consistent only when it ceases to grow.³

其意思為「法律的生命不曾是邏輯，而向來是經驗。時代的迫切需求、普遍流行的道德及政治理論、關於公共政策的（公開承認的或是不自覺的）直覺感知、甚至是法官與其同僚所共有的偏見，這些因素對於人們所應遵循的規則的決定，向來都比邏輯三段論法有更大的影響力。法律包含數世紀來民族發展的事蹟，它不可能被當成如同數學書本上的公理或推論來處理。為了瞭解什麼是法律，我們必須瞭解它向來是如何，以及它傾向於將變成如何。.....事實上，法律總是試圖接近一致穩定，但卻從未真的達成一致穩定。一方面它永遠在採納從生活而來的新原理，另一方面它總是保有從歷史而來、還沒有被吸收或汰除的舊原理。」

值得一提的是：Holmes 在本段論述當中，文法上一再使用完成式 (perfect tense)。他說的其實是「法律的生命不曾是邏輯，而向來是經驗」，跟國內流傳的「法律的生命不是邏輯，而是經驗」的譯法略有差異。事實上，從這段話的後半當中很明顯地可以看出：Holmes 認為法律發展有其歷史及社會因素，是一個動態的適應發展過程，而現在的法律是從過去的事蹟發展而來，所以他使用完成式來做敘述。

Holmes 從 1882 年開始擔任麻賽諸薩州 (Massachuset) 最高法院的法官，於 1902 年開始則擔任美國聯邦最高法院的大法官，直到 1932 年他辭去職務為止。在他的法官生涯中，他曾經寫過非常多著名的判決或反對意見。正如同他主張從經驗事實的角度探討法律，他在判決當中也經常舉生活中的實例做說明，因此他的判決或反對意見往往平易近懂、傳誦一時。例如：美國憲法上對於言論自由的限制標準，曾經有「明白而立刻的危險」的判斷原則 (Clear and Present Danger Test)，其中並有一個「不可在擁擠的戲院當中大喊失火了」的討論，這個原則和例子就是 Holmes 於 1919 年在 Schenck v. United States 一案的判決中所提出：

We admit that in many places and in ordinary times the defendants in saying all that was said in the circular would have been within their constitutional rights. But the character of every act depends upon the circumstances in which it is done. The most stringent protection of free

³ OLIVER W. HOLMES, THE COMMON LAW 1 (1881).

speech would not protect a man in falsely shouting fire in a theatre and causing a panic. It does not even protect a man from an injunction against uttering words that may have all the effect of force. The question in every case is whether the words used are used in such circumstances and are of such a nature as to create clear and present danger that they will bring about the substantive evils that Congress has a right to prevent. It is a question of proximity and degree. (「我們承認在許多場合與一般的時期中，被告在傳單中所說的一切應是在他憲法的權利範圍內。但是，各種行為的性質乃是依其所處情境而定。即使是對言論自由最有力的保護，也不會保護一個人在戲院當中不實地高喊「失火」而造成恐慌。它甚至也不會保護一個人，使他免於被禁止講可能造成暴力結果的言語。在每個案件中我們要問的問題是：言語是否是在此類特定的情境中被使用，並且具有會造成明白而立刻的危險的性質，而它們會帶來國會有權去防止的實害。這是〔實害可能的〕接近性與程度的問題。」)

Holmes 在許多著作與場合中，都一再強調：應該將法學與一些今日被認為屬於社會科學的方法或理論相連結，因為他主張必須從經驗事實、從法律實際運作過程的角度來探索或理解法律，正因為如此，他認為法律人應該懂得統計學及經濟學，藉以精確掌握與法律運作相關的社會事實與現象。Holmes 在「法律之路」中說：

For the rational study of the law the blackletter man may be the man of the present, but the man of the future is the man of statistics and the master of economics.⁴ (「為了對法律加以理性地研究，現在或許是精通文字的人的天下，但未來將是懂得統計的人和精通經濟學的人的天下。」)

年代較 Holmes 稍晚、但同樣也是美國歷史上相當著名的聯邦最高法院大法官 Louis Brandeis 於 1916 年也曾說過類似的話：

A lawyer who has not studied economics and sociology is very apt to

⁴ See *supra* note 2.

become a public enemy.⁵（「一個法律人若是不曾研讀經濟學及社會學，他將非常容易成為公眾的敵人。」）

雖然 Holmes 在其著作中並未特意強調「事實運作中的法律」(law in action) 或「活生生的法律」(living law) 等 Pound、Brandeis 日後使用的名詞，他也並沒有特別討論他的思想的實用主義哲學基礎，但很顯然地，關於法學應該研究「事實運作中的法律」或「活生生的法律」的想法，還有對於法官必須注重其判決的社會實際影響、應做政策考量的實用主義見解，充斥在 Holmes 的各個著作間。例如，在「法律之路」中他說：

What have we better than a blind guess to show that the criminal law in its present form does more good than harm? I do not stop to refer to the effect which it has had in degrading prisoners and in plunging them further into crime, or to the question whether fine and imprisonment do not fall more heavily on a criminal's wife and children than on himself. I have in mind more far-reaching questions. Does punishment deter? Do we deal with criminals on proper principles?（「就現行形式的刑法是否利多於弊，我們跟盲目的猜測有什麼不同？我沒有停下來去探查：是否其曾產生了使囚犯墮落和使他們更加投入犯罪的效果；我也沒有停下來去探查：罰金和監禁是否反而對罪犯的妻子和小孩產生比對罪犯本人更大的負荷。我心中想到意義較深遠的問題：懲罰真的嚇阻了犯罪嗎？我們是否有依照適當的原理對罪犯進行處遇？」）

由於 Holmes 務實的思考習慣和處事態度，他所寫的文章和判決幾乎都是採用相當淺顯易懂的字彙及語句。國內的法律人若希望練習自己法學英文的閱讀理解能力，Holmes 的著作應該是非常好的選擇。但這不僅是因為他的表達用語淺顯易懂，更是因為他對現代美國法學發展有著十分深遠的影響，多讀他的著作將可幫助我們掌握現代美國法學發展的若干特色與脈絡。1995 年美國芝加哥大學出版社

⁵ Louis Brandeis, *The Living Law*, 10 ILL. L. REV. 461 (1916).

(University of Chicago Press) 出版了「賀姆斯大法官全集」(“The Collected Works of Justice Holmes”)，總共五大冊，是可以考慮的選擇。此外，網路上亦有 Holmes 部份著作的全文電子檔，例如：嘗試將許多早期書籍製作成電子檔的「古騰堡計畫」(Project Gutenberg) 便已將 Holmes 的部份著作放上網路，網址是：
<<http://ibiblio.org/gutenberg/etext00/ptlw10.txt>>。

參、結語及下期預告

與法律的建立、適用及執行相關的社會經驗事實，傳統上並非法律學、特別是大陸法系法釋義學 (Rechtsdogmatik) 的研究範疇。法律學者通常是以「法律規範」的本身作為研究對象，所注重的是法律規範體系的「內在」，也就是法律規範應該如何解釋以及適用的問題。

然而，從法律規範體系本身以「外」來研究法律體系與社會其他體系間的互動、或是從「經驗事實」的角度來研究法律，常常也有其必要性。首先，一個法律規範欲取得其正當性 (legitimacy)、發揮其有效性 (effectiveness)，必須建立在對於相關的社會經驗事實的瞭解上面。因為，一個法律規範的產生，往往是源起於社會生活中的「事實」需要、或屬於「事實」上的社會力折衝的結果；而在一個法律規範制定之後，它對於社會生活及規範對象的行為是否發生預期的效果，也是一個「經驗事實」的問題。其次，法律規範的適用，勢必需要將「事實」涵攝到要件之下，才能進而做出法律效果的判斷。「經驗事實」在整個法律體系的運作上，跟「規範」本身是相輔相成、互相依賴的；法律研究的「內在」觀點跟「外在」觀點，應該是同屬重要。

尤其，考慮到我國近代法制大多是移植繼受自外國，那麼，究竟因應外國的社會文化情勢與需要所產生的法律規範，在我國的社會文化脈絡和需要下，能不能真正獲得人民的認同、有沒有辦法產生所期待的效果，也是一個亟需加以研究的社會生活與經驗事實的問題。例如：台灣的社會大眾以及執法人員的「法律意識」或「對於法律的認知」，不但會影響法律在我國此一特定時空所能產生的實際效果，更會影響法律規範將如何被解釋和如何被適用。如果吾人希望台灣的法律能夠「本土

化」、法治文化和觀念能真正被建立，而且希望法律能夠真正發揮效果、而不僅僅是停留在書本上，那麼，藉由社會科學研究方法來探索與法律相關、以及與法律運作過程當中的人相關的社會生活與經驗事實，應屬相當必要的課題。

此外，從較為巨視的角度觀之，社會的變遷是否會影響、以及如何影響法律的制定與修正（法律變遷）呢？而法律的變遷，又是否會影響、以及如何影響我們社會的變遷？「事實運作中的法律」(law in action) 的研究，就是希望透過對於與法律相關的事實的討論、從動態系統的觀點，具體地、而非抽象地，探討法律在一個社會的具體脈絡 (contexts) 中的存在、運作及影響（效果）。

本期專欄中，向各位簡單介紹了美國實用主義哲學和 Holmes 的若干思想。下期開始，本專欄將繼續介紹同樣對現代美國法學發展有著深遠影響的 Roscoe Pound 的「社會學法學」(sociological jurisprudence) 的思想，再接著介紹大約同時期發展的「法律唯實主義」(legal realism，又譯為「現實主義法學」或「法律現實主義」)，然後會介紹美國法學與社會科學整合的若干跨領域研究，例如：法律與社會 (law and society)、法律與經濟學 (law and economics)、法律與心理學 (law and psychology)、批判法學 (critical legal studies)、女性主義法學 (feminist jurisprudence)、公共選擇理論 (public choice theory) 等等。對於所摘錄介紹的文獻與理論，本專欄都將嘗試從「事實運作中的法律」的角度來加以觀察、討論。

參考文獻

1. Louis Brandeis, *The Living Law*, 10 ILL. L. REV. 461 (1916).
2. William W. Fisher III et al. eds., *AMERICAN LEGAL REALISM* (1993).
3. LAWRENCE M. FRIEDMAN, *AMERICAN LAW: AN INTRODUCTION* (1998).
4. OLIVER W. HOLMES, *THE COMMON LAW* 1 (1881).
5. Oliver W. Holmes, *The Path of the Law*, 10 HARV. L. REV. 457 (1897).
6. RICHARD A. POSNER, *THE PROBLEMS OF JURISPRUDENCE* (1990).
7. 馬漢寶，*西洋法律思想主流之發展*，國立台灣大學法學叢書(98)，1999年。
8. 陳起行，「美國法理學發展概述：1870-1970」，*政大法學評論*，69期，2002年。

3月，1頁。

9. 楊日然，「美國實用主義法學的哲學基礎及檢討」(一)，台大法學論叢，3卷2期，245頁。
10. 楊日然，「美國實用主義法學的哲學基礎及檢討」(二)，台大法學論叢，6卷1期，3頁。