霍姆斯的裁判思維

文／楊仁壽

壹 霍姆斯大著「普通法」

「直覺」（intuition）一詞，係美國現實主義法學（American Legal Realism）者，發現判決「結論」最主要的利器。佛蘭克（Jerome Frank, 1889~1957）特別指出：此一「直覺」，必須是「精緻的直覺」（subtle intuition），或者是「受過訓練的直覺」（trained intuition），與一般人隨興的直覺有異。

法官如果沒有相當的學養，僅具有一般人的直覺而已，必然增加發現判決「結論」的思考時程，浪費「思維」時間，不能一下子很精準的、馬上跟「社會的通念」或「社會良識」（common sense）連繫起來，常會躑躅於思維的十字路口，徘徊不進，這是無可避免的事。

在我國現階段的法律制度下，能當上法官的人，固然都是身經百戰，或是精英中的精英，但容我說句掃興的話，這仍然遠有不足的，要當個稱職的法官，仍須具備長期蓄積的學養，始能竟其功。這需要時間，也需要刻意的努力，缺一不可。因為「直覺」，必須是經過鍛鍊過理智的或理性的洞察力，而不是僅僅不基於知覺、記憶或內省的「領會」（grasp）。

就這一點而言，美國現實主義的「開山鼻祖」霍姆斯（Oliver Wendell Holmes, Jr., 1841~1935）說得非常透徹，他在他的「大著」普通法（The Common Law）第一頁，就曾說一句經典名言：「法律的生命，始終不是邏輯，而是經驗」（The life of the law has not been logic; it has been experience），可以說是對此最佳的註解。所謂「大著」，不在其頁數，「普通法」一書，祇是薄薄的一本而已，不到百頁，而是在於其影響力。直到現在，該書一直被認為是美國法律學術界最偉大的著作（often called the greatest work of American legal scholarship），成為「社會學法學」（sociological jurisprudence）和現實主義法學的基本文獻。

其實，霍姆斯撰述該書之初，壓根兒不作成書之想，他從1876年開始，寫了一系列的論文，以「現代法的原始觀念」（Primitive Notions in Modern Law）為始，就普通法（common law）進行了有系統的分析，到了1880年11、12月，他為了準備在波士頓舉行洛厄爾講座（Lowell Lectures）之用，甚至倉促成篇。這些論文，後來結集為「普通法」（The Common Law），在1881年霍姆斯40歲生日前幾天出版。

孰料無心插柳柳成蔭，「普通法」一書，竟成為霍姆斯後來晉身麻薩諸塞州最高法院法官之階，任職該院20年後，在1899年成了首席大法官。到了花甲之年，霍姆斯意識到法官生涯已近終點，想不到命運之神却向他遞上橄欖枝，他因緣際會，於1902年8月11日被老羅斯福總統（President Theodore Roosevelt, 1858~1919）提名為美國聯邦最高法院法官，於同年12月8日任職，又再延續了30年的法官生命，進入了他生命史上的全盛時期，史無其匹。

貳 先例拘束原理

霍姆斯所處的時代，正是「先例拘束原理」（stare decisis）全盛時代，當時先例所確立之一般的法律原則，法官僅能作形式的演繹推理，法學祇是一種「機械的法學」，必須透過法的概念，作機械的編組，依據先例予以裁判，不能另求裁判依據。

此種觀念，首先發端於英國法學者布萊克斯棟（William Blackstone, 1723~1780），他強調：「英國法之知識，不僅對法律家，而且對所有有教養的英國人都是必要的」，因此，他在其不世之作「英國法釋義」（Commentaries on the Law of England）一書中，極言先例的重要，認為「法官祇是做法律（先例）的宣示，表明法律而已，絕不在制定法律或創造法律」，裁判雖由法官予以表明、決定，但此並非法律之決定或宣告，而是法的決定或宣告。

布萊克斯棟所著「英國法釋義」，於1765年至1769年間，流傳到美國之後，立即受到美國法界熱烈的歡迎，不僅成為美國人學習法律主要的素材，而且更有助於研究法學人士了解、認識英國普通法的捷徑。「英國法釋義」一書，於1771年至1772年間在美國印行，至為暢銷。

1773年，美國塔賓・里弗（Tapping Reeve）法官，於康乃狄克州（Connecticut）的利茲菲爾德（Litchfield）創立美國第一所法律學校，其講義不脫「英國法釋義」的範疇。之後，美國法學家肯特（James Kent, 1763~1847），仿「英國法釋義」之例，撰述「美國法釋義」（Commentaries on American Law, 1826~1830）一書，被認為是布萊克斯棟「英國法釋義」之美國版。影響所及，美國法院亦將「先例拘束原理」奉為圭臬，並將判例體系化、定型化，終成為美國法步上「保守」後塵不可避免的宿命。

其中推波助瀾最力者首推蘭代爾（Christopher Columbus Langdell, 1826~1906），氏於1870年受哈佛大學校長耶李歐特（Charles W. Eliot）之邀，在該大學充任法學教授（1870~1900），並兼法科大學院院長，於1895年致力於法學教育改革，首創就讀Law School之學生必須在大學法律科系以外之領域取得學士學位，始得攻讀三年的法律課程。在此三年中，學生必須研讀判例，預習判例，並在課堂上採用案例教學方法（case method），以增進學生對判例的了解。氏認為判例係依邏輯體系的發展而展現，所謂判例法無非係透過判例的研究，以追求法律發展之一般原理，亦即除有特別情事外，在追求法律的發展中，應嚴格受到先例拘束原理的規範。換言之，蘭代爾認為法官不過就已存在之法律（先例）予以宣示而已，不但不能造法，而且也不能超越既有之先例。

在這樣濃厚的保守氣氛之下，所有應興應革的事項，都一一被聯邦最高法院「封殺」，消失無影無蹤了。因此，霍姆斯所著「普通法」成為一股清流，他的經典名言：「法律的生命，始終不是邏輯，而是經驗」，震撼了法界。尤其在該句名言下的解說：「（法官）可感受得到時代的使命，盛行的道德理論，公共政策的直覺知識（無論是公開宣稱的，或是無意識的），或法官與其同僚所共同懷抱的見解，所有這一切在確定支配人們所依據的規則，比演繹推理具有更大的作用」（The felt necessities of the time, the prevalent moral and political theories, institutions of public policy, avowed or unconscious, even the prejudices which judges share with their fellowmen, have had a good deal more to do than the syllogism in determining the rules by which men should be governed.），可以說係針對蘭代爾等所持嚴格先例拘束原理提出批判，瓦解了傳統的機械法學的裁判觀。

參 偉大的異議者

1901年美國第25任總統威廉・麥金利（William Mckinley, 1843~1901），被無政府主義者暗殺，老羅斯福總統繼任。適聯邦最高法院法官霍勒斯・格雷（Horace Gray）去逝，霍姆斯好友麻薩諸塞州參議員亨利・卡波特・洛奇（Henry Cabot Lodge）向老羅斯福總統推荐霍姆斯補格雷法官遺缺（美國聯邦最高法院法官為終身職，除非法官亡故或自願退休，無人可令其去職）。

霍姆斯自1902年12月8日起，在聯邦最高法院共任職30年，由於他的長壽與才華，他開始實踐了他所著「普通法」一書的理想：「法官是『先判決』案件（按：指先有判決結論），再尋找判決理由」（judges decided cases first and found reasons afterward）。他面對大多數保守派的同儕，敢於力爭，特別是關於實質性正當程序案件（due process substantive）和言論自由案件（speech cases），絲毫不讓，常常提出與保守派法官意見相左的新觀點。他在位30年當中，雖然僅提出72件不同意見書（dissents opinions），但件件鏗鏘有力，擲地有聲，現在幾已被確立為先例，並贏得了「偉大異議者」（the great dissenter）的美稱，可以說對美國憲法作出了自約翰・馬歇爾・哈倫（John Marshall Harlan）以來最重要的貢獻（事實上，馬歇爾在35年的聯邦最高法院法官生涯中，亦祇有提出9次反對意見書，可見「質」遠勝於「量」），除此之外，霍姆斯還享有將其異議選編成集，予以出版的榮譽，由此不難推知其「異議」之偉大，並非浪得虛名。

事實上，由於霍姆斯善用「感覺到彼等所處時代之必要性」（felt necessities），而以社會的通念或社會良識（common sense），作為其獲得判斷判決「結論」之重要依據，並尋覓相關適當的先例，作為判決理由，每每贏得同儕的肯定。尤其其以明快的風格，一掃向來判決意見書「華而不實，晦澀難解，帶來諸多專門術語，重疊反覆，讓人膩煩，而且充滿了一系列援引和漫不經心的英文」（turgid, obscure, jargonistic, repetitious, and full of string citations and careless English）等形式主義的陰霾，使判決熠熠生輝。因此，他所撰述判決意見書，不僅強勁有力，而且甚具說服力。他一共代表聯邦最高法院作出了873個判決意見書，較之其他任何法官所作判決意見書為多，而且也甚獲好評。因此，評論霍姆斯，不能單以其係「偉大的異議者」，而否定其受同儕委託，撰述判決意見書的一面。甚至可以說他帶動判決的時代新風潮也不為過。

肆 東施效顰，差強人意

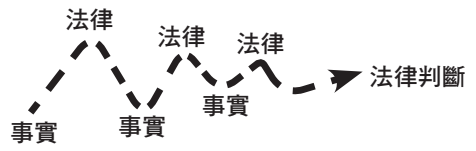
民國63年初，我開始辦理臺北地院民三庭「土股」民事審判事務。因新學得先獲判決「結論」，後再尋找判決理由的方法，躍躍欲試。雖然新學乍練，起初有點卡卡的，加上信心不足，頭一個月還不算得心應手，但到了第2個月後，却覺得已上手了。「鋒芒所及」，案件無不應聲而「結」，不禁喜不自勝。

有時午夜夢迴，竟不自覺的吟起唐朝賈島的「劍客」詩來，「十年磨一劍，霜刃未曾試。今日把示君，誰有不平事？」自己「多年苦讀」，潛心體會，竟也有派上用場的機會，不免沾沾自「得」。至今思之，總覺得當時是一隻「井底蛙」，不知天地之大，焉不知所有民事庭（應包括刑事庭吧，祇是刑事庭法官受到罪刑法定主義及嚴謹證據法則的影響，有其侷限性）法官，都已熟知並運用此法呢。

當時民事庭（共有3庭）每股法官，每月受理案件大約有300餘件（包括本票裁定、公示催告及拍賣抵押物等「雜件」），訴、易字訴訟案件大約有6、70件之譜。雜件隨到隨辦，訴、易字訴訟案件，嚴格要求自己每天受配之後，立即詳閱卷證，訂定審理期日，不但把應辦事項及應通知各人姓名及地址，詳細記載於審理單，並記於自己專有的「辦案進行簿」。每日祇要一翻該簿，即知案件審理、進行情形，及已否結案。

開庭時，於聽取兩造訴之聲明及事實、理由（攻擊或防禦方法）的陳述後，即依舉證責任分配之原則調查證據。此時「結論」，幾乎已成竹在胸，然後再於心中盤算該「結論」是否合乎社會的通念或社會良識。如果是肯定的，就立即辯論終結，定期宣判。如果是否定的，則當場假設可能的「結論」，讓兩造分別辯論後，再諭知辯論終結，定期宣判。簡易的案件，幾乎一庭終結，較困難的案件，也大多不超過兩個庭期。

至於「認定之事實」與「法律規範」間，如何歸攝（Subsumtion），如屬單純的案件，我都採用瑞士法學家馬斯托拉蒂（P. Mastronardi）所繪「法律發現的一般模式」（Juristisches Denken）為之，其方法如下圖所示：



採此法大抵於辯論終結時，在心中已形成結論。如屬複雜的案件，則採用德國法學家恩吉斯（Karl Engisch）的方法：「目光在生活事實與法律規範間不斷地往返穿梭」（Dieses Hin - und Herwandern des Blicks zwischen Lebenssachverhalt und Rechtsnormen），大抵於退庭後，稍加思考也可獲得結論。很幸運的，迭連數年，我的辦案成積（包括辦案速度、折服率及上訴維持率）居然為全民事庭之冠。也因此民三庭高理想庭長出國深造時，褚劍鴻院長指定我代理庭務幾近一年，可以說是意外之中的意外吧。

（作者為前最高法院院長）

法源法 www.lawba 委任律師、裁判金額、歷審裁判 JUDICIAL 司法 訂閱辦法 本刊每 全年 費用新臺 如蒙 請郵政 帳 5005 帳 司法院