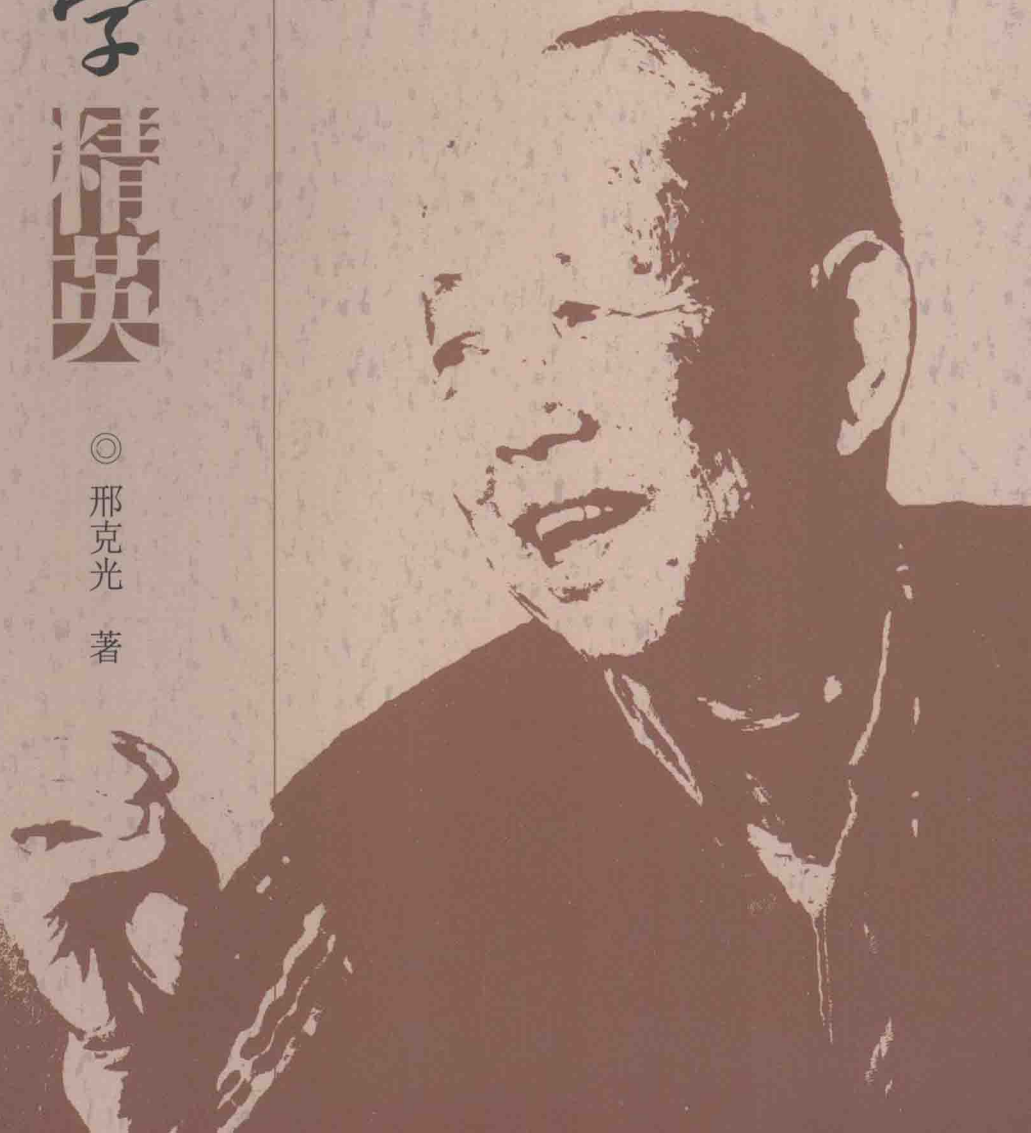


上海财经大学出版社

邢克光法学文论及其他

东吴法学精英

◎ 邢克光 著



邢克光法学精英

邢克光法学文论及其他

◎ 邢克光 著

图书在版编目(CIP)数据

东吴法学精英:邢克光法学文论及其他/邢克光著,一上海:上海财经大学出版社,2015.6

ISBN 978-7-5642-2175-1/F·2175

I.①东… II.①邢… III.①法学-文集 IV.①D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 106047 号

□ 责任编辑 袁 敏

□ 书籍设计 钱宇辰

DONGWU FAXUE JINGYING

东 吴 法 学 精 英

——邢克光法学文论及其他

邢克光 著

上海财经大学出版社出版发行
(上海市武东路 321 号乙 邮编 200434)

网 址: <http://www.sufep.com>

电子邮箱: webmaster@sufep.com

全国新华书店经销

上海华教印务有限公司印刷装订

2015 年 6 月第 1 版 2015 年 6 月第 1 次印刷

710mm×1 092mm 1/16 29.5 印张 482 千字

定价:45.00 元

序

邢克光教授早年受教于东吴大学法学院,深受东吴法学良好的学风影响,接受独特的英美法与比较法传统熏陶。及壮因众所周知的原因,在相当长的时间内无缘于法律,晚壮重新入法,有幸参与了上海财经大学法科与法学院建设工作,投入了改革开放以来我国法学教育的恢复与重建工作。遂将东吴法学种子播入年轻一代学子心头。

邢教授荣休以来,与时俱进,开博客、论法意、读经论道,生活多姿多彩。上海财经大学法学院有感于邢教授的敬业与勤勉,有感于其成果对青年人的惠及,特决定以《东吴法学精英——邢克光法学文论及其他》为题,将其成果结集出版,以与青年朋友和学界仁人共同分享。

东吴大学法学院旧址坐落在上海财经大学校园内(上海市昆山路146号),教学楼与办公楼虽穿越百年的时光,仍屹立于此。时空的变幻,仍带不走东吴法学传统。上海财经大学法学院于2012年首创大陆地区英美法证书班的教学模式,从英美国家延揽师资,开设《英美法导论》、《英美合同法》、《英美侵权法》等8门全英文课程,共计22学分,旨在重续东吴法学的英美法与比较法传统,为培养通晓国际规则、熟悉英美法的卓越法律人才贡献一己之力。之所以一个甲子的中断,我们还有重续的信心,主要原因就在于有一大批像邢教授这样的东吴学子薪火相传,联结上了两头学缘。

上海财经大学法学院重续东吴法学传统,刚刚起步,亟需像邢教授这样的东吴学子的经验与教诲,亟需台湾东吴大学法学院校友的格外点拨!愿邢教授健康长寿,愿百年东吴法学发扬光大!

郑少华

百年东吴法学院庆前夕
(2015年5月 于上海)

目 录

序	(01)
---------	------

第一部分 法学文论

读庞德《法理学》札记(44 篇)	(03)
法学读书札记(26 篇)	(151)
法学论文(6 篇)	(189)

第二部分 其 他

读《易经》札记(71 篇)	(215)
《周易》里的古代法及其他(32 篇)	(423)
关于对联(8 篇)	(457)

第一部分 法学文论

读庞德《法理学》札记

读庞德《法理学》札记 1——序言 1

[2012-07-12 17:04:17]

庞德(Roscoe Pound, 1870—1964)的《法理学》(*Jurisprudence*)这部巨著目前有两个中文译本,但都还没有出齐:

1. 邓正来译本,中国政法大学出版社 2004 年 4 月第一版。
2. 余履雪译本,法律出版社 2007 年 3 月第一版。

就译文文句、遣词用字而言,两个译本的差别都很大,有时在找不到完整原文进行对照的情况下,理解原话的真实意思相当困难!例如原书“序”第一句,邓译本第一页第一段第一行起(简写为 P1·1·1,以下仿此)的译文为:“自奥斯丁(Austin)始,有关法理学(jurisprudence)英语论著的撰写,其主要读者对象一直是从事法律研习的学生或教授这些学生的教师”。同句余译本则为:“自奥斯丁(Austin)以降,有关法理学的英文著作主要服务于初涉法律的学生或者法学教师”。

我在网上好不容易查到原文,原文是:“Since Austin, books in English on jurisprudence have been written primarily for students entering upon the study of law or for their teachers”。

如果不读原文,那么“自奥斯丁以来的英文法理学书籍主要为谁而写”这个问题就会有两个不同的回答:邓译本的回答是为“一直从事法律研习的学生或教授这些学生的教师”;而余译本的回答则是为“初涉法律的学生或者法学教师”。

很明显,原文“students entering upon the study of law”既不是“一直从事法律研习的学生”,也不是“初涉法律的学生”,据我理解,应该是“开始着手(或跨入)法学研究的学生”。再说一次,这仅仅是我的理解,并不保证其正确性。

实际上在本文的第二段所作的回答更加具体。作者提到本书的读者对象,

不限于教师和学生,还包括从事法律实务工作的律师、法官、立法者等一般人。

现在把奥斯丁的简历介绍如下:

奥斯丁(John Austin, 1790—1859),英国法学家,分析法学派的创始人。他把法的定义表述为:“法律和规定是主权者的命令”。他还认为:“法理学研究的对象并不是所有的法”,或者说,法这一术语并非不加分辨地指向一切对象,而是实在法(Positive law)。

中国社会科学出版社在2008年翻译出版了奥斯丁的著作《法学讲演录》(*Lectures on Jurisprudence*)四卷,是英汉对照全译本。

读庞德《法理学》札记2——序言2

[2012-07-17 16:16:46]

在邓译本 P1·1·7 里有这句话:“丹尼尔·韦伯斯特(Daniel Webster)曾经指出,正义乃是人类的重大利益之所在,在人类据以实现这一重大利益的三项社会控制之工具(即宗教、道德和法律)当中,当今世界的努力也主要集中在法律方面”。

在余译本里,这句话是:“丹尼尔·韦伯斯特(Daniel Webster)曾经这样描述,正义乃人间之珍宝,在宗教、道德和法律这三种旨在实现正义的社会控制手段中,法律在当代社会重任在肩”。

按照中文(汉语)的字面意思,“正义”是公正的义理。20世纪我国的全民抗日战争是反对日本侵略者的正义战争,同时期的第二次世界大战也被称为盟国反对法西斯轴心国的正义战争。

正义包括但不限于社会正义、政治正义和法律正义等公平正义。正义是现代人们追求的理想和目标。许多国家都在尽可能加大公共服务和社会保障力度的同时,高度重视机会、分配和过程的公平,力图构建一个公平正义的社会。

在网上可以查到这句话的原文是:

Daniel Webster said that justice is the great interest of man on earth. Of three instrumentalities of social control by which that interest is made effective, namely, religion, morals and law. The brunt of the labor in the world of today has fallen upon law.

通过对照,觉得有以下三处英文字的译文值得注意:

1. interest

虽然译为“利益”和“珍宝”意思差别比较大,用来表述“正义”含义也令人一时难以明白究竟。不过我却认为,“利益”和“珍宝”都是天下人人“关注和感兴趣的事”。根据英汉字典,可以查到英语 interest 的汉语解释之一就有关注、爱好和兴趣。

2. effective

汉语的意思是“有效(力)的;能产生(预期)结果的”。两个译本似乎都没有全译。

3. the brunt of the labor

丹译为“努力”。我觉得似乎不及余译的“重任”来得确切。整个词组的意思是“工作的重任或者重担”。

依此,我冒昧地改译如下:

“丹尼尔·韦伯斯特说,正义是天下人大感兴趣的事。使该兴趣产生预期成效的社会控制工具有三个,即宗教、道德和法律。在当今世界,工作的重任已经落在法律上”。

丹尼尔·韦伯斯特的介绍如下:

丹尼尔·韦伯斯特(Daniel Webster, 1782—1852),是19世纪上半叶美国著名的政治家和法学家。曾经两度任国务卿(1841~1843年;1850~1852年)。他的政治思想主要是国家主义、反对州权主义和反奴隶制。这种思想深刻影响了美国历史的发展进程。他本人和他的思想虽然颇具争议,但是却得到了极高的评价。

1842年8月同英国使者签署了《韦伯斯特—阿什伯顿条约》,确定了美国缅因州与加拿大之间的边界,和平解决了存在争议的土地。

读庞德《法理学》札记3——序言3

[2012-07-22 21:46:45]

在前面两篇札记里,对原文和译文进行了比较,做了一些“咬字嚼文”的工作。目的是:阅读外国人的经典著作,读译文固然方便,如果有条件与原文对照,可以更深刻领会作者的原意,并且可以享受译文信达美妙之乐,以及解除晦

涩难懂和错误之忧。这一点,我读了商务印书馆出版的“汉译世界学术名著丛书”之一、亨利·梅因的《古代法》以后深有体会,至今难忘。

庞德的《法理学》国内目前还没有完整的原文版,上次在网上查到的序言原文也只是一页。因此,以后将按照两个译本的内容加以评述,并尽可能查出原文进行对照。

在《法理学》序言里,庞德对他的这部巨著指出了三个令读者值得注意与重视的问题,即:本书的主旨是什么?有哪些重要性的内容?如何阐述本书的方式方法?

一、本书的主旨

邓译本:“对于所有的读者来说,我特别旨在阐明的乃是法律(law)与一项法律(a law)之间的区别”。——p.1-2

余译本:“我力图在本书的各个相关部分向每一类读者表明法(law)和具体法律规则(a law)之间的区别”。——p.2

原文的全句是:

What I seek specially to bring out to every type of reader and is in every connection is the difference between law and a law, that law is not a mere aggregate of rules of law or the legal order a glorified system of policing.

庞德的这句话对每个有关的读者来说,包括三个方面的意思:

1. law 与 a law 之间的区别;
2. law 不只是法律规则(rules of law)的集合体(aggregate);
3. 法律秩序(legal order)不是被美化了的“维持治安体系”(system of policing)。

附带提一下,这个词汇邓译为“政策体系”,余译为“监管体系”。比较一下,余译“虽不中,不远矣”)。我对这一条的理解是:法律秩序不能仅仅依靠警察系统来维持。

law 是个多义词,例如法、法律、法学、法则、规律、诉讼和英美普通法(即编入“案例汇编”里的司法判例)等。law 加上不定冠词 a,是指一类法律中的任何一门或者一部法律;例如第一段里的 a law of world。因此。law 既可以当一般名词用,也可以当特别名词用;既可以当抽象名词用,又可以当具体名词用。可以根据全句上下文,甚至全段、全书的主旨来确定其词义。

二、本书若干具有重要性的内容

庞德指出：

1. 证明法的普世通行原则(universal principles)和实际存在地方规则(local rules)的区别。

2. 指出法律通过将理性适用于经验,并根据进一步的经验得到验证而发展起来的那些原则。霍尔姆斯有句名言:“法律的生命不是理性而是经验”,正如我国晋代的杜预所说:“法者盖绳墨之断例,非穷理尽性之书也”。

3. 说明那些旨在满足特殊的地方条件(包括地理、民族、经济或历史条件——要求司法和地方需要相调适)的法律规则。不同的国家、地域和民族,都各有特色与禁忌,风俗习惯各不相同,法律规则应该与之相适应。

4. 如何平衡普遍因素与地方因素、平衡抽象原则与具体规则以及平衡政治秩序与道德秩序相关的法律秩序。

5. 理想要素在法律中所具有的重要性。关于法律的理想要素这个概念,一时还不明白,恐怕要等读到正文的时候才能清楚。

三、本书阐述的方式方法

应该也是阅读领会本书的方式方法。例如：

1. 作者说:“不是按照教义和抽象命题的方式,而是通过作为整体法律所实际经历的历史发展、学说发展和立法发展,并且通过对法律专门领域的阐释”。

作为读者,也不应该对一些命题的概念,啃书本、死记硬背,而要从其历史的发生和发展变化进行深入理解。

2. 作者认为:“比较法学值得注意。其作用不仅对立法领域的不同规则作比较性的编目,而且各项不同原则长期来如何越来越趋向于法律统一。除了地方性的地理、族群或经济条件要求实行特殊规则以外”。

长期以来的经验,使作者相信上述的历史方法与比较方法是合理的,“不仅有助于各种经验的人士对法律的理解和期望,而且逐渐形成一种意识,即我们必须更为普遍地传播有关何谓法律与法律秩序的知识”。

比较法学是以不同历史时代、不同国家、地区和民族的法律制度与法律思想为观察研究对象,进行比较分析,找出其中相同和不同之处。这是学习研究法学的基本方法之一。通过比较法的研究,对于解决法律的冲突和争取法律的统一都具有实际意义。

读过梅因《古代法》以后,我深深体会到:那本书的译文虽然错误百出,但是

纵览全书,却无愧是一本集历史方法与比较方法之大成的世界名著。

20 世纪上半叶,在我国上海曾经有一个“比较法学院”,也就是“东吴大学法学院”。不仅教学生学习英美普通法,同时也教罗马法和中国的各门法律,即后来被批得体无完肤,一无是处,但一直在台湾地区实施至今的《六法全书》。庞德担任中华民国司法部和教育部顾问期间,曾经到该校做过有关《社会控制与法》的讲演。

读庞德《法理学》札记 4——序言 4

[2012-07-27 19:09:17]

庞德在大学学习时最初的爱好是植物学,18 岁大学毕业,接着又获得这个专业的硕士学位。以后由于工作出色,1890~1891 年时有一种真菌就以他的姓名被命名为“罗斯科庞地安那”。他于 1896~1897 年出任州官方的植物学协会会长。可是后来他没有在自己的专业方面继续大展宏图,却转向终生从事法学教育和法律实务工作。不过这可能事出有因。

在序言里,庞德介绍了自己在 1887 年 17 岁在读大学三年级时父亲给他的三本书,即:霍兰(Holland)的《法理学要素》(*Elements of Jurisprudence*);埃默斯(Amos)的《法律科学》(*Science of Law*);梅因(Maine)的《古代法》(*Ancient Law*)。

以后两年除了反复阅读这些书之外,还在希腊语教授的指导下,阅读了柏拉图的五篇对话体哲学论文和亚里士多德的《政治学》。

此外,还读了哲学必修课——斯宾塞(Spencer)的 *First Principles* (邓译为《首要原理》,因为没有注意原文是复数形式,与“首要”的语义不合。余译本为“基本原理”,差强人意)。

庞德曾经于 1889 年在哈佛大学法学院求学一年,阅读了:邵*姆(Sohm)的《罗马法制度》(*Institutionen** des romischen Rechts*)、普赫塔(Puchta)的《制度论》(*Cursus*** der Institutionen***)和萨维尼(Savigny)的《现代的罗马法体系》(*System des heutigen romischen Rechts*)。

这几本书名的原文都是德文,我觉得译文似乎存在以下三个问题:

*:“邵”,德文元音字母前的 s 不读卷舌音,元音字母后面的 h 是长音符号。

** :在最后两本德文著作里的 *Institutionen*,邓译本没有翻译,虽然不足,但

无大错;余译本译为“制度”则是大错!我觉得似乎应该是罗马法的内容之一——《法学阶梯》。

***:Cursus 是德文 Kurs 的复数,一般写为 Kursus,相当于英文里的 Courses(课程)。余译为《制度论》,我则认为似乎应该是《法学阶梯教程》。

庞德在哈佛期间还阅读了:霍姆斯(Holmes)讨论普通法的著作、梅因的《早期制度史》(*Early History of Institutions*)、康德(Kant)的 Rechtslehre^① 和黑格尔(Hegel)的《法哲学原理》(*Grundlinien der Philosophie des Rechts*)。

庞德虽然没有接受过系统的正规法学教育,也没有取得任何法学学位,但他通过自己的勤奋,阅读了大量法学经典著作(或许是与终身职业法官父亲的家学渊源有关),放弃了原来的专业,投身法律教学和实际工作,创立了法律的“社会控制”学说,成为社会法学派的一代宗师。

读庞德《法理学》札记 5——序言 5

[2012-08-02 17:00:54]

在序言里,庞德介绍了他从 1911 年开始到 1958 年出版,毕生写作《法理学》一书的经历,同时也表明自己的法律职业和教学经历,并对完成这部巨著所有曾经指导、帮助和提出讨论意见的人表示了感谢。最后特别对他的秘书梅·麦卡锡(May M. McCarthy)小姐表示感谢。他写道:“从一开始就负责手稿,坚持不懈查证核实多种语言的参考文献;仔细保管多次修改和重写的手稿。她的努力是本书顺利完成所不可或缺的”。

每一个成功的男士背后,大都有一個默默支持的女士最后露面!

位于首都华盛顿特区的阿美利加大学的诺博曼教授(Professor Eli E. Nobleman)曾经写了一篇专论,评论庞德的生平及其法理学著作,那篇文章的题目是《评论庞德,论述法理学》,发表在《阿美利加大学评论》(1961 年,第 10 卷,第 179—199 页)上。现在摘译其中部分有关内容如下:

“1899 年,在享受法律实践一些成功的时候,庞德被任命为内布拉斯加州大学的法学助理教授,除了他的积极实践之外,还带着一套完整的教课时间表。此外,他还为大学继续他的植物学工作,他是共和党在内布拉斯加州首府林肯

^① Rechtslehre 是康德的《道德的形而上学》(*Metaphysics of Moral*)一书的第一部分,英译为“Doctrine of Right”,所以汉译应该为“权利学说”。

的中央委员会主席,他增加了在法律上的写作,他是在州首府带头的律师之一,虽然那时他还不到三十岁。”(p.182)

“在1901年,庞德仅仅30岁,就被任命为州最高法院的专员(法官),1903年,他辞了该职,成为内布拉斯加州大学的法学教授兼任法学院院长,在那里直到1907年卸任。”(p.182)

没有受过法律专业的系统教育,也没有法学学位资格,却能担任律师、法官和大学教授,这要是现在,简直是不可想象的。反过来,庞德如果没有真才实学,没有过人的能力,也不会年纪轻轻就显露了头角。

“1906年8月,庞德在美国律师协会的年会上发表了一篇著名的演讲,题为《随着司法的行政化与民众不满的原因》*,这篇演讲震撼了当时法律思想的保守与自满堡垒的根基。妥善的分析和保存齐全的文档记录以及处理的法律职业缺陷,这是事实。它在老律师中间造成如此的愤怒,激起了如此程度的憎恨,他们认为现有的制度和程序是人类智慧曾经遗赠的最精确和最科学的制度,据此,一项印发4000份复印件的动议被撤回。后来的首席法官万德尔比特(Vanderbilt)对这篇演讲说过:‘是所有法官、执业律师和法律学生暑假返校当天就应该必读的。’”(p.182—183)

——引自 Vanderbilt, Men and Measures in the Law 116 (1949)

*:《随着司法的行政化与民众不满的原因》原文是 Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice。有的汉译为《对司法部门普遍不满的原因》。这篇演讲同时刊登在《美国法学评论》(第40期,1906年,第729—749页)上。在第748页,还有以下一些话:

“法律是秩序的空骨架。它必须被‘穿上有血有肉的道德外衣’。”(Law is the skeleton of social order. It must be “clothed by the flesh and blood of morality”.)

“把法院纳入政治,并且迫使法官成为政客,在许多司法管辖里几乎已经毁灭了传统上对法庭的尊重。”(Putting courts into politics, and compelling judges to become politicians, in many jurisdictions has almost destroyed the traditional respect for the bench.)

诺博曼教授最后写道:

“在我们快要接近我们研究的结论之时,引用庞德的亲密朋友和前副手艾伯特·柯考瑞克(Albert Kocourek)最近的那些话,似乎恰到好处,‘有点像地球

表面的陆地,是以洼地、平原、高原、丘陵和山脉作标记,我们可不可能也说,人类社会,以知识能力的措辞来衡量,有其可比的形式吗?在我们的时代,在这个国家,在法律科学和法律哲学领域,阿尔卑斯山的顶峰出现在周围的景观上。这就是罗斯科·庞德’。”

It appears fitting, as we near the conclusion of our study, to quote the words of the late Albert Kocourek, a close friend and former associate of Pound's: "Somewhat as the land surface of the earth is marked by depressions, plains, plateaus, hills, and mountains, may we not too say that human society, measured in terms of intellectual capacity, has its comparable forms? In our time, in this country, in the field of legal science and legal philosophy one Alpine peak appeared above the surrounding landscape. This is Roscoe Pound." (p.199)

虽然从 20 世纪 30 年代起庞德的学说就遇到了挑战,但是直到 60 年代,许多人对庞德的学术思想仍然评价极高,从以上这些话可以表明。

读庞德《法理学》札记 6——第一卷第一章什么是法理学? 1

[2012-08-10 19:35:51]

“开宗明义章第一”原来是《孝经》卷一的标题。宗人邢昺注释“开宗明义”的意思是“开张一经之宗本,显明五孝之义理”。因此,“开张宗本,显明义理”几乎是大多数教科书和学术著作等开头的固定格式。庞德的《法理学》也一样。不过庞德对“法理学是法律的科学”这个定义引注了 22 位学者的著述。从这一点可以看到他的学术包容量,而不是以居高临下、不容分说的架势,或者随声附和的姿态给某些概念作界定或下定义。

P11 · 0 · 1

庞德说法理学这个术语有三种用法:

第一,英国及其他英语国家:对法律科学本身(即不含政治科学和政治哲学内容的法律科学)的研究,始于奥斯丁*。范围狭窄,可以称之为对业已发达的法律体系进行比较分析的方法。(Jurisprudence might be called the comparative anatomy** of developed** system of law.)

*:这句话余译为“法律被作为一门科学来研究(即区别于政治科学和政治