

Jurisprudence

Jurisprudence

博登海默法理学

博登海默·著 潘汉典·译

图书在版编目(CIP)数据

博登海默法理学 / (美)博登海默著;潘汉典译.
—北京:法律出版社,2014.8
书名原文:Jurisprudence
ISBN 978-7-5118-6575-5

I. ①博… II. ①博…②潘… III. ①法理学 IV.
①D90

中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第140538号

博登海默法理学

[美]博登海默 著
潘汉典 译

责任编辑 易明群
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

版本 2015年1月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京嘉恒彩色印刷有限责任公司

印张 11.75 字数 280千

印次 2015年1月第1次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-6575-5

定价:48.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

波登凱末著

法理學

潘漢典譯

每本 450

1/2 154.90

Jurisprudence

By

Dr. E. Bodenheimer

法理學

波登海姆著

1 <

1940

(第 2 版)
McGraw-Hill

每本

in ... 20

敬献给
我的父亲
著者

前 言

我们生活在基本的文明价值正在受到挑战和攻击的时代,某些意识形态宣称,权力和武力在历史和人类社会生活上是唯一强有力的因素。人被视为像一头畜牲一样凭一时的冲动行事的非理性的生物。这些意识形态贬低并且污蔑理性作为人类社会调整的力量几乎到了史无前例的地步。

现代的对理性的攻击同时是对法律的攻击。法律主要是一种理性的规定。它企图解决在社会生活上内在的冲突,不采取随心所欲的武力、横暴或者恐怖手段,而是采取一种有序的与和平的方法,调整个体的或者群体的合理要求。法律体制体现着那些价值,它们是同当时的人类文明很大共存的。

在我们的时代里,法律面临的挑战是再次考察这种制度的根本性质和特性。在实证主义时代,法理学已经把法律视为当然,并且只是考察它的形式。今天,当法律作为文明的必不可少的工具处在

“双重危机”时,我们指望不上昂贵的实证法学。当我们仅关注法律的形式时,我们不能够察觉权力国家与法治国家区别。例如,在希特勒的德国,这个典型的权力国家每日发布的法律也许比任何其他国家都来得多。如果我们作为实证主义者行事,认为法律只是以法规的形式发布的国家的一道命令,那么这个德国就会是一个极好的国家。对法律只是从形式看待,就不能答复当代那些集权主义国家的法律为什么处于相当危险的地步这个问题。如果要保存法律,我们就要关注它的内容方面。我们要找出,在社会制度中个人、群体和政府之间的权利、权力和责任必须怎样分配以便保证法治和法律的至高无上性。

从这种意义上理解,法理学在今天就再度变得重要了。立法者审查法案,律师协会检讨对立法建议的态度,法官审查法律的合宪性都必须明了有关一般法的性质和作用以便有效履行它们的职责。肩负着维持和保护法律的重任,他们必须有一个有关奠基于法律之上的社会秩序的本质需要和属性的清晰概念。他们必须养成一种能够察觉威胁法律的危险的敏锐感觉,同时努力形成一种在复杂和濒危的文明中坚守社会平衡的方式方法的明智判断。

本书旨在对于把法律作为一种社会政策工具的一般方面感兴趣的政治学和法学的学生提供帮助。作者意识到,人们可以通过不同的路径和不同的方法探讨法理学和法哲学的问题。作者试图强调上述所有那些与当今世界的重大政治和社会冲突有关的问题。在那些问题中,专擅权力与法律之间、极权主义与宪政主义之间的对垒受到特别关注并作为讨论的起点。

属于法理学一般领域的许多题目已经审慎地排除了。像霍兰德(Holland)、萨尔蒙德(Salmond)、霍菲尔德(Hohfeld)和考科里克(Kocourek)著作里所探讨的法律科学的基础技术概念都不在讨论之

列。格雷所提出的法律的形式渊源也没有讨论。司法过程的性质只是在涉及现代美国法律哲学的章节时顺便提及,因为霍姆斯(Holmes)、卡多佐(Cadozo)及其他法学家对此投入了如此多的关注,作者认为没必要进行独立的探讨。如果本书能够激发对与法律制度相关的政治、社会和哲学问题兴趣,那就达到了它的主要目的了。

作者希望借此感谢华盛顿大学的卡茨(S. Katz)教授,他阅读了全部手稿并就语言和风格提出了有价值的建议。华盛顿大学的法学教授和法律图书馆馆长阿瑟·比尔兹利博士(Dr. Arthurs S. Beardsley),在作者为准备本书而处理和获取资料,特别是从其他图书馆处理和获取外国法理学资料时给予了极大的帮助。作者同样感谢华盛顿大学的厄恩斯特·利维(Dr. Ernst Levy),作者与他讨论了与罗马法相关的段落,他的丰富的罗马法藏书给予作者非常贵重的帮助。华盛顿大学法学院另外两位同事鲁道夫·诺特曼(Rudolph H. Nottelmann)和沃伦·沙特克(Warren A. Shattuck)阅读了本书部分手稿,在此一并致谢。最后,作者向妻子布丽吉特·博登海默(Britte M. Bodenheimer)表达他的深深愧感,她对手稿的形式和内容贡献了很多有价值的建议并且还准备了本书索引。

埃德加·博登海默

1940年5月于华盛顿州西雅图

敬畏学术

——潘汉典译博登海默 1940 年版

《法理学》访谈录(代译序)

时间:2013 年 10 月、11 月

地点:北京东城区东总布胡同社科院宿舍潘先生寓所

受访者:潘汉典*先生

采访者:潘先生弟子白晟**

访谈缘起

博登海默是中国法学界,特别是法理学界耳熟能详的德裔美国法学家,其代表作《法理学》于 1940 年由美国麦格罗·晓尔图书公司出版。该书于 1962 年由哈佛大学出版社出版了大幅修改的修

* 中国政法大学比较法学研究院教授、特聘博导,中国法学会比较法学研究会、北京市法学会比较法学研究会及中国政法大学比较法学研究院顾问。

** 中国政法大学法学院副教授、法学博士。

订版(第二版)《法理学——法哲学及其方法》,1974年由哈佛大学出版社出版了修订版(第三版)。华夏出版社于1987年出版了邓正来、姬敬武翻译的中译本《法理学——法哲学及其方法》(译自1974年哈佛大学出版社版,1981年再版)。目前国内中译本除上述邓正来、姬敬武的译本外,还有张智仁的译本(书名译为《法理学——法律哲学和方法》,译自哈佛大学出版社1976年再版的1974年版,由上海人民出版社1992年版)和邓正来的译本(书名译为《法理学——法律哲学与法律方法》,译自哈佛大学出版社1981年再版的1974年版,1999年由中国政法大学出版社出版)。邓正来、姬敬武1987年的中译本有作者致中文版前言、1974年修订版序言和1962年版序言,邓正来1999年的译本除上述内容外增加了“附录”,收录了博登海默的一篇新作“美国法律哲学的新走向”。笔者除在潘汉典先生家中看到过博登海默1940年版的《法理学》外,在国家图书馆、北京大学图书馆和中国政法大学图书馆均未发现1940年版的《法理学》。

2011年,笔者在搜集、整理、编辑《潘汉典法学文集》(2012年由法律出版社出版——笔者注)资料过程中,发现了潘先生完成于1947年的博登海默1940年版《法理学》中译本完整手稿,包括脚注、小号引用字体等,几乎可以直接出版。笔者当时确有震撼之感。由于原书被外借未还,致使该译本未能收录于《潘汉典法学文集》。

《潘汉典法学文集》出版后,笔者尽快完成了中译本的录入。随后,潘先生又从国外购得1940年版《法理学》,潘先生原有的1940年版《法理学》也完璧归赵。从2012年年末到2013年上半年,潘先生以93岁高龄,每天工作至少10个小时,对译稿进行了全面核对。因工作过度,一段时间被迫住院治疗,甚至报过病危。但即使在住院期间,潘先生仍常常谈起法理学。据护士反映,一度因用药含有兴奋剂,常常夜里起来讲述法理学。护士们在担心先生身体健康的同时,

也为先生的学术激情所感动。在潘先生校对过的手稿里留下了如下记录：“2013年3月7日下午5时半全书中译文校改毕”，“2013年6月6日核对全书中译文。”

潘译中译本决定出版后，法律出版社希望介绍一下博登海默1940年版《法理学》及潘先生当年翻译的背景。考虑到先生已年届耄耋，不宜过度劳累，笔者于2013年10月和11月分数次前往潘先生寓所请教，遂成此访谈录。

识书事出有因

白：潘老师好，博登海默1940年出版其代表作《法理学》时，在美国学术界尚默默无闻，您能在当年就发现此书的价值，真令晚辈惊叹。能否请您谈谈您是如何识得此书的价值的？

潘：这与我的求学和治学经历有关。我于1940年入东吴大学法学院学习时，大一上学期学了时任系主任费青教授讲授的哲学概论，他把我们引入了法哲学的殿堂。费青教授1934年就翻译过美国哲学家霍金的《法律哲学现状》。在有英美法传统的东吴法学院，像费青教授这样的兼有大陆法知识背景的教授并不多，自然深受学生的喜爱。我也由此喜欢上了法哲学这门课程。

到了大四下学期，刘世芳教授为我们开了法理学课程。刘世芳教授也是兼有大陆法知识背景的教授。

白：据有关资料介绍（笔者按，指高道蕴、高鸿钧、贺卫方编《美国学者论中国法律传统》，清华大学出版社2004年版），刘世芳教授于1924年获耶鲁大学学士学位后，又在欧洲学习了三年，先在哥廷根大学和柏林大学，后入格勒诺布尔（Grenoble）。1927年回到上海，其后的二十年在上海做执业律师并加入东吴法学院。虽然受到过普通法法系和民法法系两方面的教育，他的专业领域还是德国民法，也偶尔

讲授债权法、罗马法和法律哲学。

潘：对。刘世芳教授当时是上海的大牌律师，非常有名。他的夫人是德国人。他讲法理学，用的是美国法学家霍尔（Jerome Hall）的《法理学阅读文献》（*Readings in Jurisprudence*）一书作教材。上课全用英文，第二节课会向学生提问，因而这门课学生压力很大。

霍尔的教材资料很丰富，法理学各学派都有介绍，百家争鸣，名家的思想资料很全。课堂上虽没有讲完全书，但对法理学各派的思想观点和脉络都熟悉了。对霍尔著作的精读为以后的法理学研究奠定了基础。

白：您提到的霍尔，他的教材于1938年在美国出版，应该是美国最新教材，说明东吴法学院与美国法学院的教学与研究保持了同步。

潘：正是东吴法学院的求学经历，使我对法理学产生了浓厚兴趣。当时东吴法学院有很多国外法理学著作，比如庞德的法理学，柯勒、凯尔森和施塔姆勒的著作等，上学期间都曾阅读过。毕业后虽然离开了学校，但读书治学的活动并未中断。治学过程中，法理学一直是关注的重点。

购书几经周折

白：潘老师，您手头的博登海默1940年版《法理学》国内可能仅此一本。我在北京的国家图书馆、北京大学图书馆和中国政法大学图书馆都未发现。请您谈谈当年的购书情况。

潘：1944年，我从东吴大学法学院（中国比较法学院）毕业后，经老师鄂森推荐进入位于上海租界内的民营中南银行（鄂森任该行法律顾问）信托部和地产部工作。在银行工作收入比较可观，但由于此项工作是为了生计而且有违我从事学术研究的心愿，我在此工作期间一直用自己的别名——潘宗洵，直到离开银行后才恢复了本名。

1949年前上海公共租界有一家外文书店(Kelly & Walsh Book Co.),常有国外最新的书籍展览,我经常光顾这家书店浏览并买过一些外文报刊和书籍。1945年的某一天,我去该书店后发现了博登海默的《Jurisprudence》(法理学),看书名我就有兴趣。在书店里翻了翻书的内容,马上爱不释手。但这本书当时正在布展台上展览,只有一本,并不出售。如参观者欲购买,可向书店下单订购。

离开书店后,我对博登海默的《法理学》难以忘怀。没过多久,我再次前往书店,恳请书店工作人员将书卖给我。工作人员问我为什么非要买这本书,而且如此急迫?我告诉他们自己是东吴大学法学院毕业的法学学士,正在从事外国法和外国法学研究,迫切需要这本书。也许是东吴大学法学院的声誉自身具有的说服力,也许是我购书的真诚和迫切愿望打动了他们,工作人员破例把这本作为展品的样书卖给了我。从1945年到现在,已经快七十年了,这本书一直陪伴着我,它是一份珍贵的记忆。

译书隔空对话

白:您上次谈到了购书的曲折。现在从您的手稿每一页页眉印有供填充的日期记录里,可以看到您从1945年8月7日开始翻译这本书,以后每天或隔几天就翻译几页,其中8月11日和12日两天翻译了9页,约5000字,而这两天正好是周六和周日。可以想象,您当时的业余生活几乎都投入这本书的翻译中。您能否对东吴求学时学到的霍尔的法理学与博登海默的法理学作一比较?

潘:霍尔的法理学偏于资料,对法理学各派的名家都有介绍,而且资料丰富。博登海默的法理学不仅有各派名家的资料,而且提取精华,并有自己的评论和研究心得。博登海默的《法理学》是对西方法理学的全貌探索,展示了西方法理学的各类珍宝,是法理学研究的

基础和范例。通过博登海默的著述,我个人对法理学各派的脉络和源流以及相互关系等认识更清晰了。

白:您阅读的外国法学名著很多,为什么对博登海默的这本法理学不仅阅读,而且要动手翻译?当时是否想过要出版?

潘:当时并未有出版的想法。动手翻译是因为这本书确实很精彩,值得精读。动手翻译的过程,自然也是学习的过程。能把全书翻译出来,自然相当于自修并精研了书的内容。

白:您的手稿记录了这本书翻译完成的大致时间——1947年1月。您花费了近一年半时间,翻译一本当时并不出名的著作,您觉得意义何在?

潘:当时只是觉得这是一本好书。好书就是一位好教师,读好书就是与好教师对话。既然是好书,就应该认真阅读,只有这样才可能掌握和消化其中的内容。

白:您1947年翻译完这本书后,还在费青教授(时任北京大学教授)出任“沈崇事件”原告辩护律师的行动影响(常有书信往来)和东吴法学院曹杰教授“以法律理论声援维护人民权利”的鼓励下,摘译了德国法学家耶林《为权利而斗争》,投稿上海大公报《法律周刊》。同年,从上海“内山书店”(日本友人内山完造开办,内山是鲁迅的朋友)购得《马克思、恩格斯关于历史唯物论与法律》(日本法学家平野义太郎编译,马恩经典著作中关于法律的文摘,日文版,昭和八年大炯书店出版),第一次接触了马克思主义法学。1951年,您还翻译了苏联法学家维辛斯基编著的《苏维埃国家法》(英译本,纽约版)一书中关于马列主义国家与法律理论部分(导论,约5万字)。这些学术活动都与法理学直接相关,这也解释了学界一直称道的您的学识、境界的来源。

出书敬畏学术

白:潘老师好,上一次谈了译书的过程,今天想请您谈谈出版博登海默1940年版《法理学》的有关情况。您完成于1947年的《法理学》译稿手稿相当完整,包括了脚注,甚至引用字体都标明小号字体。我曾建议可依原稿直接出版,自身也有学术史意义,但您不同意。请您谈谈您的看法。

潘:原稿只是自己学习、了解世界法学之用,读者只是自己。如果出版,就是公共产品,将有很多读者。学者提交公共产品,就应该认真、慎重。作为博登海默《法理学》这样一本好的学术著作的中译本,既然可以出版,必须重新核对,否则对不起作者,对不起读者,也对不起自己。

白:我自己对照过博登海默《法理学》的前后三个版本。1962年和1974年的第二版和第三版虽然出版于不同年代,但篇章结构保持基本不变(第二版共有三编、十八章、八十二节,第三版也是三编、十八章,只是增加了六节,变成八十八节),而第一版共有四编、十五章、六十节,叙述风格也有明显变化。在第一版中,作者的立场更明确、评论更犀利,明显不同于后两版教科书式的叙述风格。该书的翻译出版将有助于国内读者更好地理解和研究作者自己的法学思想、法学观点及其发展脉络。

潘:与其他美国本土学者如庞德等不同,博登海默具有德国法学的深厚学养,其《法理学》对各派法理学尽可能冷静、客观地予以介绍。他自己认真地读原著,《法理学》在某种程度上可以看作博登海默自己的学习记录。对于中国读者而言,在没有条件读许多外国法学经典原著的情况下,通过博登海默的《法理学》可以了解西方法学,特别是西方法理学的发展脉络。他自己认真读原著、扎扎实实

做学问的治学态度和精神值得特别提倡。

当然,这部译稿毕竟是六十多年前的作品,此次虽然重新认真核对了一遍,但毕竟年事已高,精力大不如前。博登海默的《法理学》已有几个中译本,这本中译本只是记录了一名中国法学者密切关注、认真学习国外先进法律制度和法律思想的足迹,可以为研究博登海默《法理学》几个版本的异同以及博登海默自己的思想轨迹提供些参考。

白:您这种敬畏学术的精神值得晚辈用心学习。谢谢潘老师!

附:

美国学者卡罗尔·布鲁赫(Carol Bruch)、丹尼尔·戴克(Daniel J. Dykstra)、费里德里希·云格尔(Friedrich K. Juenger)和约翰·奥克利(John Oakley)于博登海默1991年5月去世后发表在《美国比较法杂志》(1991年第4期)的纪念文章,白晟译。

埃德加·博登海默(1908~1991)*

博登海默于1991年5月30日因病逝世于加州戴维斯,一位优雅且仁慈绅士的生活和事业就此终结。八十三年前,博登海默出生于其时既不优雅也非仁慈的德国。他将自己的职业生涯投入理解法律在人类秩序中的位置之中。法在个人生活和社会生活中的作用是什么?如何理解很多以法律之名而行的非正义之事?以及如何判断一个法案或法律制度是公平和正义的?对博登海默来说,这些是亟待解决的问题——为我们这个时代所面临的重大问题寻求指导。

在其儒雅、尊贵和严谨的生活态度之下,透过轻松的言谈和闪烁

* 原文载《美国比较法杂志》1991年第4期,第657~659页。