

中国近代法学译丛

何勤华 主编

英吉利法研究

【日】官本英雄 著

骆通 译

王素芬 校

中国政法大学出版社

中国近代法学译丛

何勤华 主编

英吉利法研究

【日】宫本英雄 著

骆 通 译

王素芬 勘校



中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

英吉利法研究/(日)宫本英雄著;骆通译. —北京:
中国政法大学出版社,2004.1
ISBN 7-5620-2554-1

I. 英... II. ①宫... ②骆... III. 法制史—研究—
英国—近代 IV. D956.19

中国版本图书馆CIP数据核字(2004)第005952号

* * * * *

书 名 英吉利法研究
出 版 人 李传敢
经 销 全国各地新华书店
出版发行 中国政法大学出版社
承 印 清华大学印刷厂
装 订 北京爱德金文装订有限公司
开 本 880×1230 1/32
印 张 11.125
字 数 210千字
版 本 2004年4月第1版 2004年4月第1次印刷
书 号 ISBN 7-5620-2554-1/D·2514
印 数 0 001-3 000
定 价 28.00元(精装本)
社 址 北京市海淀区西土城路25号 邮政编码 100088
电 话 (010)62229563 (010)62229278 (010)62225059
电子信箱 zfs620@263.net
网 址 <http://www.cuplpress.com>(网络实名:法律教材)

声 明 1. 版权所有,侵权必究。
2. 如发现缺页、倒装问题,请与出版社联系调换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

总 序

民国时期，是中国近代法学的奠基时期。该时期，不仅出版了一批有分量的专著，如王世杰、钱端升著《比较宪法》、胡长清著《中国民法总论》、黄右昌著《罗马法与现代》、杨鸿烈著《中国法律发达史》、程树德著《九朝律考》、瞿同祖著《中国法律与中国社会》等，也推出了约四百余种外国法学译著，如穗积陈重的《法律进化论》、孟罗·斯密的《欧陆法律发达史》等，它们是中国近代法学遗产的重要组成部分。

令人担忧的是，由于出版年代久远，这批译著日渐散失，即使少量保存下来，也因当时印刷水平低下、纸张质量粗劣等原因，破烂枯脆，很难为人所查阅。同时，这些作品一般也都作为馆藏书，只保存于全国少数几个大的图书馆，一般读者查阅出借也很困难。

鉴于上述现状，中国政法大学出版社高瞻远瞩，关爱学术，策划并决定对民国时期（包括少量清末时期）

2 总序

的译著进行整理、筛选，以“中国近代法学译丛”的形式重新点校、勘校出版，以拯救民国时期法学遗产，满足学术界以及法律院校广大师生学习和研究的需要。

参与本译丛点校、勘校的有中国政法大学出版社、华东政法学院法律史教研室、北京大学法学院、中国政法大学图书馆等部门的编辑、教师、博士生和硕士生。由于我们学识粗浅，点校、勘校中可能会存在这样或那样的问题，恳请广大读者批评指正。

何勤华

二〇〇二年八月一日

于上海·华东政法学院

凡 例

一、本译丛主要整理点校、勘校出版民国（包括少量清末）时期国人翻译出版的外国经典法律名著。在点校、勘校过程中，对原作不作任何有损原意的改动，仅作适当的技术性加工。

二、原书为竖排版者，一律改为横排。原文“如左”、“如右”之类用语，相应改为“如下”、“如上”等。

三、原书所用繁体字、异体字，现全部改为简体字、正体字。个别若作改动会有损原意者，则予以保留，另加注说明。

四、原书无标点符号或标点符号使用不规范者，现一律代之以现在规范通行之标点符号。

五、原书无段落划分者，点校、勘校时作适当之段落划分。

六、原书所用译名，现有新译者，全部改为新译。

2 凡 例

如“法郎西”改为“法国”，“意大里”改为“意大利”，“澳地利”改为“奥地利”等。但外国人译名均未改，原因在于原书涉及的外国人名一般均未附外语原文，无法重译。在这种情况下，与其误译，不如保留原貌为好。但对有些附有外语原文者，或点校、勘校者手中有外文原著（如《万国公法》等）者，点校、勘校时对原译名加注说明。

七、为保留原著面貌，对原书所引用之事实、数字、书目、名称及其他材料确有错误者，也不作任何改动，但加注说明。

八、原书排字确有错误，当时未能校出者，酌加改正，并加注说明。

九、民国时期出版的法学译著，有些是篇幅很小的册子，只有几十页、一百余页。考虑到现代读者的阅读习惯，以及译丛每册书稿的大体平衡，我们将这些小册子做了适当处理，有的以二三册合并一起出版，有的以“某某法学文选”的形式出版。

别一种风情

——《英吉利法研究》勘校导言

—

近代西方法律观念和法律制度，其发源地主要有二，一为英国，二为法国。前者是英美法系的故乡，后者为大陆法系之基础。由于中国自清末以降法制近代化过程中主要借鉴参酌大陆法系之成果，因此，对大陆法系相关内容介绍较多，而对英美法系的研究则较为薄弱。

盖关乎英吉利法之介绍，迄于今日，所知之较为有限。从总体上概览英吉利法系及法之概况者，多取乎比较法之著作，^{〔1〕}近年来则主要体现于德国法学家 K. 茨威格特与 H. 克茨合著的《比较法总论》，日人大木雅夫著《比较法》，法国比较法学家勒

〔1〕当然我们不能忽视关于各种版本的《外国法制史》教材中也当然含纳有关英国法的内容，但仔细读来便知，诸多内容也取之于比较法著作。

内·达维德《当代主要法律体系》，格伦顿等著《比较法律传统》，我国学者沈宗灵所著《比较法研究》等。上述著作的共同之处即将世界法系统分为若干部分，如《比较法总论》的六分法，《当代主要法律体系》的四分法等等，但皆着重阐明大陆法系、英美法系、社会主义法系之历史发展、法的结构、法的渊源等内容。那么，我们对于英吉利法之了解也主要滞留于关于英国普通法的形成与发展，英国法的渊源及英国普通法之传播等方面。

近年来我国法学界对英国法之研究也颇为看重，并相续而出诸多著述，^{〔1〕}既有宏观之概览，亦有微观之分析；既不乏通史之总括，亦不乏断代之扫描，读之，我们既可概知英吉利法之源起、源流与渊源，更可尽览英国各部门法之概要内容。同时，还可从微观动态层面体察英国法具体制度之变迁。由法律出版社推出之影印本系列更可令我们一饱眼福。

上述乃至二〇〇三年底，在中国经济入世、文化融通之有利背景下，我国关于英国法研究之现状，可谓一派欣欣向荣。但回溯历史，返观近百年来我国对两大法系法理念及法制度之移植过程，尤其是自二十世纪八十年代始，因留学英美法学者归国热潮之影响，我国在诸多立法过程中吸纳英美法之合理内核与日俱增，大有与大陆法系法制度相媲美，甚至有过之之趋势，更不免

〔1〕 这些著作中较有代表性者分别为何勤华主编《英国法律发达史》，法律出版社一九九九年版；程汉大著《英国法制史》，齐鲁书社二〇〇一年版；张彩凤著《英国法治研究》，中国人民公安大学出版社二〇〇一年版；李红海著《普通法的历史解读——从梅特兰开始》，清华大学出版社二〇〇三年版；何宝玉著《英国信托原理与判例》，法律出版社二〇〇一年版；王名扬著《英国行政法》，中国政法大学出版社一九八七年版等。

令人颇生遗憾：设若历史可以重写，设若清末修律沈家本聘请的不独为日本学者，设若我们能更早地接触并吸纳英美法之先进理念，以判例补成文法之不足，今日之中国又当如何？

二

正如许章润、舒国滢先生在西方法哲学文库总序中所言：“国人移译西方律典，介绍西方法学，始自清末变法改制。”而民国时期又不愧为中国近代法学之奠基时期，大量法学著作问世：除却出版的专著，翻译外国法学著作也有四百多种，但关涉英美国法者不足四十本，纯为英国法者更是寥寥，^{〔1〕}而在为数不多的英国法研究作品中，日本学者宫本英雄原著、骆通翻译的《英吉利法研究》堪称一部力作，它的出版对于民国时期中国吸纳英美法之理念起着重要的促进作用。文如其人，为便于领悟此著，现将著者情况概介如下：

宫本英雄（一八八八年—一九七三年），一九一五年二月毕业于京都帝国大学法科大学，同年三月通过司法官考试后出任司法官。一九一六年二月辞去司法官担任京都帝国大学法科大学讲师。一九一七年四月升任副教授。同年七月至一九二一年八月赴

〔1〕 笔者在上海图书馆近代馆查到的仅十本左右，其中主要为《英美法通论》、《英国行政法》、《英国的司法与司法制度》、《英国法》、《英国契约法》、《英国侵权法纲要》等。

英、美留学。一九二一年十二月起担任京都帝国大学法学部教授，并主持首次开设的英美法讲座。一九二八年进一步担任民法讲座。一九三一年出任京都帝国大学法学部部长。一九三三年辞去教职，从事律师业务。一九四四年接受陆军的委托，出任缅甸政府的法律顾问。一九四六年转业，继续从事律师业务。一九四八年担任东京、大阪、神户特快列车营运公司专务，一九五五年出任该公司的董事。一九五二年获得京都大学法学博士。^{〔1〕}

三

民国时期诸多外国法学著作得以呈现于国人，除得益于著者的灵思，译者亦当功不可没。本书《英吉利法研究》于中华民国二十三年（一九三四年）由上海商务印书馆出版，为我国早期得以较为全面、系统地感知英美法之气息开出了一扇小小的窗口，自当对译者骆通书写一笔，亦以此为契机了知民国时期英美法理念得以传入中国之途径。

骆通（一八八三年—？），湖南人。一九一二年八月，任北京政府司法部刑事司司长，一九二六年一月，任国务院铨叙^{〔2〕}局局长，嗣任国民政府法典编纂委员会委员，上海法政学院教授。

〔1〕 日本学者宫本英雄的资料为华东政法学院外国法制史专业二〇〇一级博士生曲阳在日本搜集而成，虽不甚多，但已十分宝贵，在此对他表示衷心的感谢。

〔2〕 铨叙，旧时政府审查官员的资历，确定级别、职位。

后在上海执行律师职务。^{〔1〕}同时，正如本著译者序中所言：“余从事法学，近三十年，偏尚英美主义，……尝于逊清季年，略述所闻，著有《英美法通论》，为日未久销行万有余本，足征吾道之不孤矣。”迄于今日，据笔者所查，骆通在著述方面之突出功绩乃是此辑著《英美法通论》，另一即为本书《英吉利法研究》之翻译。

《英美法通论》，清宣统元年（即一九〇九年）五月二十九日由日本东京群益书社发行（时年骆通仅二十六岁）。共分三编：概论、公法、私法，全书不足十万字，但“为日未久，销行万有余本”，足见英美法在当时东方国家中还是颇具影响的。以现代的角度来看，该书所介绍英美法的知识信息确已无更多新意，甚琢，有些内容仔细推敲尚有缺漏，仿佛是戴着大陆法系的眼镜去看英美法，但那一段历史确是别有一番风情：

《英美法通论》一书共有序四个，分别为宣统纪元春三月胡惟德所作、宣统元年三月初五日田吴焯所作；另二分别为骆通中文自序一篇（一千五百字左右）、英文自序一篇。上述四篇序皆作于日本东京，由各序内容我们可以推知：骆通此著乃留学日本、取得“日本法学士”后所成，当时之日本法学应主要移植大陆法系之德、法之法，日本当时虽设英吉利法学校，但英美法学研究仍非显学也，而骆通却有别一样的选择——专攻英美法。这也正是后日翻译《英吉利法研究》之缘由——酷爱英美法。且骆

〔1〕 上述内容见徐友春主编：《民国人物大辞典》，河北人民出版社一九九一年版，第一千五百一十一页。

通之经历又似与著者宫本英雄颇多相似：年龄相仿；都与英美法有千丝万缕之联系；都做过教授，后又都从事律师事务。当然也都为英美法理念在东方之传播做出了诸多努力。

行文至此，我们不禁慨然：事物当无绝然之对立。一八九八年《日本民法典》都言以穗积陈重等人倡行之五编制德国“潘德克顿”体系为楷模，然法典论争及立法过程中梅谦次郎的功绩又焉能否定？梅谦次郎所宣扬之法国民法之合理内核又怎能不体现于《日本民法典》之中呢？^{〔1〕}大陆法系也好，英美法系也罢，法国支系，德国支系等，又怎能截然分立呢？当今世界当真该是会通与融合的吧？！

为骆通《英美法通论》作序之胡惟德应当是其时之风云人物之一。早年出任驻英使馆随员，后为驻美国使馆参赞，其应较较多地受到英美法的影响。一九〇八年三月奉命出使日本，也便是其时在日本为骆通《英美法通论》作序，一九二七年一月后又任顾维钧内阁内务部部长。而顾维钧也是早年留学美国，一九一六年获美国耶鲁大学名誉法学博士学位，迈阿密大学荣誉民法学博士学位等。这些人留学后虽然又从政做官，但都应为当时中国吸纳英美法之重要途径吧！留学生应为中国引入西学尤其是英美法做出过卓越贡献的！

中国引入英美法自不应忽略法学教育此一途径。“南有东吴，

〔1〕 关于日本民法典的相关问题，笔者如此概括实是过于粗陋，详细材料及观点请参阅何勤华、曲阳：“传统与近代性之间——《日本民法典》编纂过程与问题研究”，载高鸿钧主编：《清华法治论衡》，第二辑，清华大学出版社二〇〇二年版，第二百五十一—二百九十五页。

北有朝阳”，朝阳大学侧重与大陆法系知识之传播，而东吴大学则以讲授英美法内容为主。“历史上的东吴大学法学院一大特色就是积极从事比较法教学，在一九一五年创办之时，就称名为中华比较法律学院（Comparative Law School of China）。从一份早期的课程表上看，东吴大学的目标是要使学生充分掌握世界主要法律体系的基本原理，以培养可为中国法学创新做出贡献的学生为宗旨。学生学习的内容涵盖三种不同的法律体系中的各种广泛的科目（尤其注重英美法）。至今台湾东吴大学法学院依然坚持二十世纪上半叶东吴大学比较英美法宗旨，采用英美大学法学院最新英文版教材（The Case Book），开设五种英美法教程，包括英美法导读、英美侵权行为法、英美契约法、英美刑法以及刑事诉论法、美国宪法，分别并列于大一至大四，由浅入深，循序渐进。虽然他们可能过分偏重于英美法教学，甚至受到忽视对大陆法经验吸收的批评，但其中一些有益的经验，对于当前大陆法律院校开展比较法教学有积极的借鉴意义。”〔1〕

同时，我们通过张季忻译 Edward Jenks 的《英国法》序言也可看出，“我国东吴大学法学院亦采作课本的，系英国法学名教授靳克斯（Edward Jenks）博士的名作。”〔2〕 R. W. Holland 著，林振镛译，中华书局一九四四年出版的《英国契约法》、Fraser 原著、林振镛译，正中书局一九四七年版《英国侵权法纲要》等原版英国法学精品，也均为东吴大学法学院的教材。此外，一些

〔1〕 杨海坤、赵富强：“英美法与中国的法学教育”，载《苏州大学学报》二〇〇二年第二期。

〔2〕 Edward Jenks 著、张季忻译：《英国法》，世界书局一九三九年版，译者序。

教会大学如上海圣约翰大学，近乎为美国大学的分部（顾维钧即在圣约翰大学未及毕业即赴美国留学），其所用教材及教学内容自以英美法为主，也应为传播英美法之途径。

中国自晚清以来，在法制近代化、法制现代化之进程中，不应忘却英国人的作用，“清末法律改革，至少在废止旧律方面，是莫基于西方人，或者说英国人对中国传统法律的价值评判。”〔1〕同时，我们更不能无视英国法之魅力：英国法是源远流长的法律；英国法是表现民族性的法律；英国法为十足法治精神的法律；英国法是与宗教道德打成一片的法律；英国法是一部活用的法律，具有“不变”与“变”的两种性质。〔2〕

“人类的文化已踏上了日趋大同的路线。法律本是一种较富于大同性的文化，那么，我国虽在形式上采取了大陆的法典制度，从事法律的人实无自局自限之理由。英国法既有如上述的独特之处，则研读英国法，不独于文化上，得所沟通，实于立法之技能，司法之艺术，均有所助益呢。更何况吾国法律在实质上所采取英美法制之处，亦复不少呢。”〔3〕正是基于此背景，骆通翻译之《英吉利法研究》得以面世。

〔1〕 苏亦工：“另一重视角——近代以来英美对中国法律文化传统的研究”，载《环球法律评论》二〇〇三年春季号。

〔2〕 Edward Jenks 著、张季忻译：《英国法》，世界书局一九三九年版，译者序。

〔3〕 Edward Jenks 著、张季忻译：《英国法》，世界书局一九三九年版，译者序。

四

《英吉利法研究》之译本由上海商务印书馆初版于中华民国二十三年（即一九三四年）十月，全书正文共分九章，另有附录两章（分别为劳动组合及劳动争议之法律和美国之裁判制度）。正文九章中前四章：判例法概论、判例法发达之一过程、由法之解析以见英美法源和英国继受罗马法之性质，彰显著者英美法法理之功底，虽读不出梅因的“由身份到契约”之社会公理，看不到庞德的“法律必须稳定，但又不能静止不变”之名言，但它确实实让我们学到了英美法的基本内容，同时也遵循着萨维尼的“只有通过历史，才能与民族的初始状态保持生动的联系，而丧失了这一联系，也就丧失了每一民族的精神生活中最为宝贵的部分。”^{〔1〕}因此，它绕不过诺曼征服，跳不出布雷克顿、布莱克斯通、梅特兰、波洛克、科克，在这部分中也确实不乏诸多耐人品味之语；后五章内容：动产即时取得之一斑、契约之成立、未成年人之契约能力、卖主之停止引授权、灾祸条例——生命权侵害之损害赔偿等内容，尤其是第六章契约之成立，则丝丝渗透着著者民法学之功力，虽不是“由风物人情中寻法意，由地理环境中

〔1〕 萨维尼著、许章润译：《论立法与法学的当代使命》，中国法制出版社二〇〇一年版，第八十七页。

探精神”，^{〔1〕}却也无处不是在惯用比较分析之方法，且著者本为民法学者，不经意间多处将法、德、日民法之相关内容与英国法相对比，甚或也言及“长子承继，为亚东美风”等法文化之内容。本书九章内容，前、后两大部分，前为普通之法理，后为具体的制度，理论与制度浑然一体，这一扇英国法之窗口确能让我们吸入诸多新鲜之气息。

判例主义、法典主义，孰优孰劣？在千年中华法系已然解体，中国今日法制现代化之关当，此仍为国人尤其法学界困惑之一。在《英吉利法研究》第一章结论部分，著者宫本其实早已为我们预设了答案，同时亦是对上文“两者渐相接触”之回应：“故人民不知以准据何判例为是，而皇皇焉莫知所从，以判例累积，组成一体之法制故，其法既复杂难解，适用上讲学上均感不便，且诱致社会上不安，遂有法不能为行为准则之实。”^{〔2〕}——此为判例法之缺陷；“然在法典主义之国家，如法、德、日等，渐有尊重判例之倾向，尤以日本判例羁束力，日见其大。盖法典主义法制，亦非完全无缺者耳。”^{〔3〕}当然，结论自明：“今英美法已舍其纯粹判例主义，而渐倾向于法典主义，法典主义之大陆法，则尊重判例，事实上倾向于判例法主义。此等事实，乃自然

〔1〕 高鸿均、贺卫方主编：《比较法学丛书》总序，清华大学出版社二〇〇二年第一版。

〔2〕 [日] 宫本英雄著、骆通译：《英吉利法研究》，上海商务印书馆一九三四年版，第二十七页。

〔3〕 [日] 宫本英雄著、骆通译：《英吉利法研究》，上海商务印书馆一九三四年版，第二十七页。