

何勤华 主编

英国法

【英】靳克斯 著

张季忻 译

陈融 勘校



中国政法大学出版社

中国近代法学译丛

何勤华 主编

D956.1/7

2007

英国法

[英] 靳克斯 著

张季忻 译

陈融 勘校



中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

英国法/(英)靳克斯著;张季忻译. —北京:中国政法大学出版社,2007.4
ISBN 978-7-5620-2977-9

I.英... II.①靳...②张... III.法律-研究-英国 IV.D956.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 054063 号

.....

书 名 英国法
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 固安华明印刷厂
装 订 北京爱德金文有限公司
开 本 880×1230 1/32
印 张 11.5
字 数 275 千字
版 本 2007 年 7 月第 1 版 2007 年 7 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 978-7-5620-2977-9/D·2937
定 价 30.00 元(精装本)
社 址 北京市海淀区西土城路 25 号
电 话 (010)58908325(发行部) 58908335(储运部)
58908285(总编室) 58908334(邮购部)
通信地址 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮政编码 100088
电子信箱 z5620@263.net
网 址 <http://www.cuplpress.com>(网络实名:中国政法大学出版社)

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。

勘校导言

—

英国的法学领域一直群星汇缀，法学家对英国法制发展的主导作用也得到世人公认。正是一代代法学家的智慧维护了普通法的独立，延续了普通法的风格，并塑造了英国法在世界法系中的重要地位。格兰威尔、布拉克顿、布莱克斯通、科克、培根、曼斯菲尔德等众多英国法学家的名字和著述已让我们耳熟能详，对他们的解读本身就是研究英国法的重要内容。然而，由于语言差异等客观条件的限制，也还有许多在英国法制史上较大影响的人物被我们忽略，爱德华·简克斯（Edward Jenks）就是一例，国内的相关文献很少提到他。^{〔1〕}所以，笔者首先想对这位我们尚感陌生的英国法学家做些介绍。

〔1〕 例如何勤华著的《西方法学史》（中国政法大学出版社一九九六年版），何勤华著的《二十世纪百位法律学家》（法律出版社二〇〇一年版）以及蒋恩慈、储有德著的《西方法学家生平与学说评介》（广西人民出版社一九八三年版）等。

2 勘校导言

爱德华·简克斯 (Edward Jenks), 一八六一年生于伦敦兰贝斯, 其父亲罗伯特·简克斯 (Robert Jenks) 是一名家具装饰用品商, 母亲是法国人。一八七四年到一八七七年之间, 简克斯在德伍齐 (Dulwich) 学院学习, 后来进入剑桥的国王学院 (King's College), 并于一八八六年获得文学学士和法学学士学位, 一八九〇年获硕士学位。爱德华·简克斯在大学期间获得过 Les Bas 和 Thirwall 奖, 而且还是校长勋章的获得者。一八八七年简克斯应邀加入律师协会 (Bar),^[1] 接下来的两年时间里, 他都在剑桥的彭布鲁克教会学院 (Pembroke and Jesus College) 讲学。

一八八九年三月, 爱德华·简克斯被任命为澳大利亚墨尔本大学的首位法学教授, 并接替赫恩 (W. E. Hearn) 担任法学部负责人。不过, 他很快意识到自己难以继续该职位, 所以在与学校行政部门尤其是副校长约翰·马登先生 (Sir John Madden) 和马克英尼博士 (Dr T. P. McNerney) 发生激烈冲突后, 简克斯于一八九二年初辞职。一八九〇年五月, 爱德华在《百年》(Centennial Magazine) 杂志上发表《大学政府》(*The Government of University*) 一文, 他在文中指责大学管理委员会对教师的懈怠、不信任和无礼等不正确态度。

爱德华·简克斯与校方的不调和有时也受到非议, 不过, 与当时的大学行政部门有冲突的教师并不是只有他一个人, 而且, 正是因为这些冲突的存在, 调查委员会在一九〇二年至一九〇四

[1] 英国出庭律师 (barrister) 的自治组织。

年间对学校的发展建设提出了许多积极的改进。现在看来，爱德华是智慧、真诚而无畏的，他顶着压力，通过其著述和演讲对社会现实，尤其是他身处的大学，给予了激烈的批评。

尽管爱德华·简克斯在墨尔本大学任职时间不长，但他是学校扩展委员会（University Extension Board）的首任秘书和该协会的核心成员。作为一名法学教师，他引进了现在在法学教育中普遍采用的模拟法庭教学模式。他在一八九一年发表的《维多利亚政府》（*The Government of Victoria*）是澳大利亚为学生专门出版的第一本法學教材。同年，简克斯凭论文《约因法则在英国法中的历史》（*The History of the Doctrine of Consideration in English Law*）获得约克大奖（York Prize）。

一八九〇年六月十四日，在女王学院大教堂（Queen's College Chapel），简克斯与安妮结婚，妻子安妮在英格兰时即追随着他，可惜在次年五月她却在生孩子后早早去世，而过早失去母亲的儿子也在一九一七年不幸遇难。

一八九二年，带着失去爱妻的痛苦，简克斯回到英格兰，自此，他先后在利物浦大学、牛津大学、伦敦法律协会（Law Society）^{〔1〕}和伦敦大学取得显赫成就，他不仅法学著述丰厚，涉及面广，而且他也被视为英国最成功的法学教育家。一八九五年，他发表了《澳大利亚殖民史》（*A History of the Australian Colo-*

〔1〕 英国事务律师（solicitor）的自治组织，负责对事务律师的教育培训与执业管理，包括颁发执业执照、处理针对事务律师的投诉等。

4 勘校导言

nies), 一九二七年, 他在《剑桥法学杂志》(Cambridge Law Journal) 撰文提出: 英属殖民地的总督的任命应该得到相关部长的建议。凭着深厚的历史和法学功底, 简克斯对英国内战有独到的研究, 他发表在一九〇四—一九〇五年号《独立评论》(Independence Review) 的一篇文章引发了很大的争议, 在该文中, 他对《大宪章》(Magna Carta) 的解释发起挑战。尽管如此, 简克斯于一九三〇年被选为英国学术委员会成员, 而且还获得了许多别的学术荣誉。

简克斯于一九三九年十一月十日在德文郡 (Devonshire) 去世, 享年七十八岁, 陪伴他走到生命最后一刻的有他于一八九八年娶的第二任妻子以及他们的一双儿女。

二

爱德华·简克斯的著述丰厚, 其主要作品如下:

(一) *Parliamentary England: Evolution of the Cabinet System* (《议会英国: 内阁制的演进》), 于一九〇三年由 T. Fisher Unwin 公司出版。该书包括十二章, 详细描述了英国独具特色的责任内阁制的产生与发展, 囊括了英国“光荣革命”前夕查理二世 (Charles II) 复辟到一八三二年《改革法案》(Reform Bill) 的颁布这一百七十多年的历史, 文笔流畅, 论述深刻, 展示了作者深厚的史学和政治学功底。

(二) *A Short History of English Law: From the Earliest Time to*

the End of the Year 1919 (《英国法简史：从开端到一九一九年》)，于一九二二年由 Little, Brown, and Company 公司出版。该书分为十九章，将一九一九年前的英国法分为以下几个时期：诺曼征服前的古英格兰法；诺曼征服到亨利三世去世；爱德华一世到英联邦的建立；从“光荣革命”到现代。作者对每一时期的国家制度、刑法、诉讼程序法、土地法、侵权法、契约法、动产法等都作了详细的探索。该书为我们描述了英国人在上述各时期的法律生活，展示了英国法的源远流长与民族个性，它是研究普通法史的上好资料。

(三) *A Short History of Politics*，于一九〇〇年出版。该书共分为十四章，将人类社会分为三个阶段：图腾社会、宗法社会与政治社会。作者以通俗流畅的文笔对人类浩繁的政治历史加以叙述，追溯了从图腾社会到宗法社会，从部落社会到政治社会的历程、演变的原因及动力。在横向上，作者对各种形态的社会制度内部之间的关系及演进也有详细描述，尤其对政治社会中的国家司法、立法及行政权的演进有独到的阐释，并以政治学的眼光分析了财产制度的演变。

需特别说明的是，该书在中国有两个版本的翻译，一是近代著名翻译家严复的作品，中文书名为《社会通论》，于一九二五年出版。另外，张金鉴先生翻译的中文书名为《政治简史》，于一九三四年出版。比较而言，严译尚典雅，文意深沉；而张译重通俗，词句浅明。而且，严译中的许多表达与现代学界相去甚远，所以，张译读来更清晰明白。

6 勘校导言

(四) *The Book of English Law*, 该书算得上是简克斯的名作, 曾是英国伦敦大学的教材。在西法东渐时期, 该书也曾经是中国东吴大学法学院的课本。本书由近代法律学人张季忻先生翻译, 中文书名为《英国法》, 于一九三九年由世界书局出版发行。

《英国法》共有五编。纵横交错的讲述形成了对英国法的系统而全面的研究, 前面三编描述了英国法的起源、表现形式、司法机构及其演化、民诉及刑诉原则、法律职业的分类、人民的权利和义务等。第四编介绍了刑法中重要罪名的分类、构成与制裁。第五编民法部分几乎占据了全书一半的篇幅, 对各种民事制裁方式、亲属法、财产法、契约法和侵权法都有较详尽的论述。

该书的显著特点是注重了对英国法律的历史延续性的展示, 比如将法律的起源追溯至罗马人对不列颠的占领、五到十世纪北欧移民驾舟来到不列颠的生活, 甚至公元一世纪左右罗马人对不列颠的占领。在契约法部分, 作者特别探析了契约关系在不列颠人社会生活中的起源以及中世纪古老的契约诉讼形式的演化, 对英美契约法的独特元素——约因 (consideration) 制度也做了历史的阐述。

三

在此导言中, 我们还要对本书的译者张季忻先生作些介绍。中国近代是法学人物辈出的时代, 可惜笔者查阅了众多的书目也未见到关于张先生的生平介绍。只是知道他在近代也应该是颇有

影响的法学家，因为至少两本当时考试专用的政法概要丛书由他编著：一是《法学通论概要》，由世界书局于一九三一年九月出版；另一本是《民法总则概要》，由世界书局于一九二九年八月出版。

著名翻译学家南英年先生说：世上只有不朽的名著，没有不朽的译本。此语道出翻译的艰辛，所以，译者必须精益求精，竭力对原文著作做准确、通畅而完善的转述，眼前的这本《英国法》不仅是我們学习英国法、了解普通法的范本，也不失为我们学习法学翻译技能的佳作。

张先生翻译的这本英文译作《英国法》，于世界书局于一九三九年八月出版，是非常成功的法学译著。其文字流畅，语言活泼，颇显专业功底；而且，为了便于读者准确把握原文知识，他在对涉及特有制度、法案、人名等专业术语做出中文翻译时，对该术语英文原文都作了保留，这一看似简单的做法体现了译者的谨慎和对读者负责的学术精神，是非常值得我们现在的学者借鉴的。而现在的中国一些法学翻译让人读来不知所云的原因之一就是译者没有做这个必要的保留，殊不知由此断了读者理解的源头。法律的地方性较强，不同国家和地区的法律文献蕴涵了不同的文化传统，进而拥有自己独有的、难以无法用外来语表达的法律元素，如英美法系中的 Consideration（约因）、Promissory estoppel（允诺禁反言）等。

四

本书的校勘工作未损原作意思，但有些技术性的加工，使之更好的被现代人学习和使用。第一，将原作的译名也换成现在通行的译名，比如，以“末日审判书”代替“道姆斯书”，以“布拉克顿”代替“勃兰克登”，以“塞尔顿”代替“萨尔顿”，以“曼斯菲尔德”代替“孟司斐尔”，以“行商法院”代替“赶批头法院”，等等；第二，对许多法学人物或专门术语都加注说明；第三，根据原文的语言环境，将明显不符合现代语言习惯的用字做了改动，如将“发见”改为“发现”，“指摘”改为“指责”，“声请”该为“申请”等。

虽然笔者力求用心，但由于水平和时间限制，疏漏之处在所难免，请同仁批评指正。

陈 融

二〇〇七年二月

上海 书香名第寓所

译者序

英国法之蔚然成为现在的洋洋大观，实有其独特之处。

第一，英国法是源远流长的法律。即从诺曼征服时起算，已有了八百七十二年的历史。其间经历代明哲法家的殚精尽智，孜孜从事，才使之与日俱新，直到现今社会情况大变，仍不失为一良好的工具，屹然不移。故英国法的一鳞一爪，处处能表显其历史性，处处能见其递传演变之迹。

第二，英国法是表现民族性的法律。英国法虽不无受外来法律影响之处，然就大体而观，英国法实为英格兰的土产，全部法律都是由古来传统、民间习尚，孕育酝酿而成。如陪审制度、信托制度及律师等制度都有其独异之特色。故盎格鲁撒克逊的特殊民族性能，充分流露于全部法律之中。

第三，英国法为十足法治精神的法律。大不列颠为一标准的民治国家，亦即是一个标准的法治国家。“法律即权力，非权力即法律”（见本书）两语，可以充分表现盎格鲁撒克逊的法治精神，所以上自国王，下至庶民，举动行止，处处须有法律的根据，决不许以权力来玩弄法律，这才把法治精神发挥无余。

第四，英国法是与宗教道德打成一片的法律。我们看英国法

2 译者序

所特异的衡平法，其执掌衡平的大法官，就称为良心的保持者，其职能在于洗涤被告人的良心，使其因非行所蒙的罪恶，得有革除。于是衡平原则与制裁，就独放异彩，与法律原则与制裁抗衡对峙，并行不悖，使法无可恕，情有可原之辈，冤抑得伸。此外，如各种救济制度之设立，保安处分等之推行，处处可见其宗教理想与道德观念的实行。

第五，英国法是一部活用的法律。美国法学名宿庞特(Pound)^[1]有句名言道，“法律必须固定，但不得凝滞”。所谓“固定”，就是划一整齐，稳定固不变的意思，所谓“不凝滞”，就是顺应制宜，随情通变的意思。换句话讲，真正良美法律，必同时具有“不变”与“变”的两种性质。原来法律是规律人群一般行为的准绳，必稳固不变，才使芸芸之众，知所适从，知所趋避，若动荡无定，必使是非失准，人心浮动，人民失所依据，社会陷于混乱。但也唯其法律为规律众庶之物，而人事纷纭，变化无常，若法律无通变余地，则适于古者，未必适于今，平于彼者，未必平于此，势必等人类于死物，而有纳天下之车于一辙之诮，终将使社会停滞，无有开展演进之机。所以法律必具“变”

[1] Rosco. Pound (1870-1964)，美国著名法学家，社会学法学代表，主要著作有《普通法的精神》(The Spirit of the Common Law, 1921)、《法律史解释》(Interpretation of Legal History, 1923)、《法理学》(Jurisprudence, 1959)、《法律哲学导论》(Introduction to the Philosophy of Law, 1972)、《法与道德》(Law and Morals, 1926)、《美国刑事司法》(Criminal Justice in American, 1930)、《通过法律的社会控制》(Social Control Through Law, 1942)等。——勘校者注