

書叢學大門廈位國

英 美 法 原 理

著 恩 古 · 瑟 阿

述 譯 璧 朝 陳

版 出 月 二 十 年 七 十 三 國 民 華 中

國立廈門大學叢書

英美法原理

陳朝璧譯述

國立廈門大學叢書

英美法原理

每冊定價金圓券五拾元

版權所有
翻印必究

原著者	阿瑟·古恩
譯述者	陳朝璧
發行人	周文軒
發行所	福建廈門海後路十一號 美華出版社
承印者	廈門倍文印書館
經售處	上海廈門廣州汕頭漢口香港等處 美華行

廈門大學法律學會
全國各地各大書店

中華民國三十七年十二月初版

本書已依法聲請註冊

本書原作者古恩教授序

PREFACE

Just before the outbreak of World War I in 1914, the author was invited by the Law Faculty of the University of Zurich, Switzerland, to deliver a series of lectures on the outlines of Anglo-American law and procedure. The lectures, although originally written in English, had to be delivered in the German language. After the publication of the lectures, a number of French jurists suggested to the author that it would be of great value to have the lectures published in French as a work of comparison with the law and legislation of countries of the Continent of Europe. Accordingly, in 1924, the author published a greatly enlarged edition in the French language under the title: "Principes de Droit Anglo-Américain-Droit Privé et Procédure." The French translation was, made in collaboration with the author, by Professor Max Petitpierre of Neuchâtel, Switzerland, who has since become a member of the Federal Council of Switzerland, the supreme executive authority of that country.

It was with honor and pleasure that I learned of the plan of Professor T. P. Tcheng to translate my work into

Chinese with notes of his own, as an aid in the instruction of Chinese students in the universities where Anglo-American law had been made a regular course of study.

As the book was originally prepared for the needs of students familiar with the civil law of the countries of Continental Europe, I endeavored to present the material under the various headings customarily followed in the instruction of modern civil Roman law. This proved perfectly practicable because English law in its inception used much of the language of the Norman Roman law.

Furthermore, the author's experience while teaching certain branches of the law at Columbia University in the City of New York had occasion to observe that Chinese students proved quite adept at absorbing the principles of Anglo-American law. Indeed, he remembers having as one of his students the present Chinese Ambassador to the United States.

When the American colonies secured their independence from the mother country, the new republic of the United States retained the English legal system as an essential part of its system of government. That which was most characteristic of English law was enhanced in importance rather

than diminished by its acceptance and development in America. What was this characteristic quality? It was the supremacy of law itself over every other power. As early as the 13th century, Bracton said: "The King himself ought not to be subject to any man, but he ought to be subject to God and the law, since law makes the King". Later, in the 17th century, Chief Justice Coke said to King James: "The King in his own person cannot adjudge any case, either criminal or betwixt party and party; but it ought to be determined and adjudged in some court of justice according to the law and custom of England". After the American Constitution was established at the end of the 18th century, it became fundamental that government is submissive to the law.

This concept, is, if I understand correctly, not so very different from the concept which has prevailed in China for a very long time, though with a different approach. Two decades ago, an eminent American jurist, Professor John H. Wigmore, who knew the Far East well, expressed the Chinese approach in this manner: "The ruler should frame the laws to voice the best sentiments and wants of the people—not to impose his personal will upon an unwilling

people; else there can be no contentment". Moral force and the rule of reason therefore have control in both systems. The late Judge Cardozo of the United States Supreme Court said that "manners and customs are equally a source of morals". However, as human society becomes more and more complex, new forms of conduct make the role of both the lawmaker and the judge more difficult. The reliance upon natural law or the rule of reason becomes absorbed into recognized systems of law through the growth of experience.

The subject-matter of the present work is intended to reflect the growth and application of the Anglo-American system of law and to expound within reasonable compass not only the structure and procedure of the courts but also the substantive law which the courts apply to the multitudinous human relationships of a complex society. It is a system which serves free peoples not only in the British Isles where it was first developed but in the countries formerly under British dominion all over the world. Even when all political connection has been severed with the parent country, the maintenance of English law has been and still is considered as one of the precious possessions of the people. It is therefore to be hoped that the present work

now presented in its Chinese form may be of service to a people known to all observers since the earliest records as notably law-abiding and peaceful. A comparison of different systems of law leads to a deeper knowledge of one's own system. One factor remains ever constant, namely, the nature of man himself. The study of the Anglo-American system should, therefore, not be regarded as entirely foreign to the Chinese environment, but as a development from simpler forms to the more complex, a problem which is presented to China of the present day. Human nature, human reason and the love of liberty remain as common elements throughout.

New York, October 1948.

ARTHUR K. KUHN

古序譯文

一九一四年，正在第一次世界大戰爆發的前夕，作者應瑞士楚利息大學法學院邀請，就英美兩國法律及程序，作學術講演。講詞原稿，雖用英文寫成，却須用德文發表。迨講稿出版以後，法國許多法學者向作者建議：讓本書用法文出版，使它對於歐陸各國的法律與立法，成為一種比較性的著作，將大有價值。作者頗然其說，遂於一九二四年，用「英美法原理——私法與程序法」的書名，印行了大量法文版本。譯成法文的工作，是在作者合作之下，由後來榮任瑞士聯邦委員會——該國最高行政機關——委員的拜地比野教授完成。

陳朝璧教授，近以中國各大學將英美法列為正常課程，擬將本書譯成中文，并自增註解，作為中國大學生法律教育的他山之助。作者聞悉此項計劃，深覺榮幸，并表歡迎。

本書的寫作，原所以適應歐陸各國學生需要，而他們對於歐陸各國民法，又皆熟悉，故在題材表達方面，作者盡最大力量，依照現代羅馬法教育中慣用的標題。在最初階段中，英國法使用諾曼羅馬法上

很多語彙；所以，這樣的表達方式，的確甚切實用。

況且，作者前在哥倫比亞大學教授法律課程時，已從經驗中察覺，中國學生均善於理解英美法的原則。據作者記憶所及，現任中國駐美大使（顧維鈞博士——譯者註），也正是當年的高材生之一。

美洲殖民地從母國獲得獨立之時，新的聯邦共和國，沿用英國的法律制度，如同它政府制度的一個重要部份一般。英國法在美洲的繼受與發展中，凡屬最著的特性，與其說它減少，毋寧說加強了很多。英國法上特殊的品質，究竟為何？它就是：在其他一切權力之上，法律本身享有最高權威。早在十三世紀，布拉東曾經說過：「國王本人不應該附屬於任何人，不過，自從法律產生了國王以後，他應該附屬於上帝以及法律」。嗣後，十七世紀，大法官柯克曾對國王詹姆斯說過：「不論是刑事案件，或者民事案件，國王不能以他個人身分，審判任何訟案；但它可依英國的法律及習慣，在法庭裏面，受到確定與裁判」。自從十八世紀末，美國聯邦憲法制定以後，政府應受法律的支配，這已成爲基本原則。

假如我了解無誤，那麼，觀點雖然不同，在中國公認已久的觀念，與上述觀念相較，并無多大差別。二十年前，一位美國著名法學家魏格慕爾教授，對於遠東，知之甚深。關於中國的觀點，他曾經這樣發表過：「統制者頒行法律，所以表現人民最優良的感情與願望，而不是對於不願意的人民，強行他個人的意思；如其不然，就不能使人滿意」。所以，道德的力量與理性的規律，在這些不同的制度之中，均有着統制作用。前美國聯邦最高法院法官卡島少曾謂：「各種儀禮及習慣，同為道德的淵源」。

不論如何，人類的社會，既然較前複雜得多，行為方面各種新的方式，使得立法者及法官的任務，均較前困難。隨着經驗的發展，已被承認的法律制度，漸有賴於自然法則或理性的規律。

本書的主旨，在說明英美制度的長成與適用，並在合理的範圍以內，闡釋司法機關的組織及其程序，同時還闡釋實體法，也就是對於複雜的社會中各種人類關係，由司法機關適用的實體法。這是適合自由人民的一種制度，不但在它最初發展的不列顛島適合，並且，在曾經受過不列顛帝國統治的世界各國，亦莫不皆然。各種政治關係，雖已與母國脫離，但在當時，英國法的保持，却被視同人民的珍貴財富之一；直到現在，還是如此。

所以，本書現經譯成中文，作者希望它，對於最早被人了解以守法及和平著稱的人民，能夠有所貢獻。各種不同法律制度的比較研究，可使人對他本國的制度，獲得更深刻的智識。其間總有一個永恆不變的因素，就是人類自己的天性。所以，英美制度的研究，不必將它看做全與中國環境不合的一種制度，而應該當做由簡單形式到比較複雜的一個發展過程，當做今日之中國正遭遇到的一個問題。在各種制度的發展之中，人類的天性、人類的理智、以及自由的熱愛，不論古今中外，此三者總不失為共同的因素。

一九四八年十月 阿瑟·古恩序於紐約

譯者自序

中國自清季以還，不論法律教育或法律制度，莫不做倣東瀛，而溯源於歐洲大陸。故法律課程之中，引證外國法例者，均不外德、法、日、瑞諸國，學說上之比較，更不出大陸學派之範圍。法學界出版各書，亦幾乎一律以此為典型。其間涉及英美法系之學說或制度者，殆為例外。此不特在中國為然，其在日本及歐洲大陸，情形亦復類似。

中國與英美等國，所屬法系互異，法律制度，原未盡同。但同異之間，瑕瑜互見。其間何者不同？何以不同？取舍之間，孰優孰劣？凡此諸端，皆為理論及實用方面之基本問題。蓋治學之方法，首重比較；而歷史之久、領域之廣、以及法治收效之宏如英美法系者，實不容忽視。教育部近列英美法為大學法律系必修學程，亦正以此。然在英美，法學專著雖多，但就各重要部門，介紹英美兩國法制，從歷史方面指明其演進之途徑，更與歐陸法例作有系統之比較，一如大陸法系各國英美法課程所需要者，實不多得。

譯者年來担任英美法課程，教材之收集運用，苦難適當。曾任該課之其他法學教授，偶與交換意見，亦皆有同感。故凡對英美法課程具有教學經驗者，對於此類書籍之需要，益感迫切。幸而，譯者藏書之中，國際法學會會員古恩教授(Professor Arthur K. Kuhn, Member of "Institut de Droit International")所著英美法原理法文版本，雖在淪陷區內逃經變故，終獲保全；經採為該課基本教材，果收事半功倍之效。蓋本書對於上述需要，完全適應故也。

回憶二十年前，譯者留學西歐之時，每請英法諸國法學先進介紹此類英美法書籍，輒以本書見告。購而讀之，獲益果多。當時曾擬譯為中文，以享法界，且已譯就二章，卒以事忙擱置。嗣鼓勵三弟朝原續譯，亦因故未竟全功。迨抗戰軍興，十年離亂，譯稿散失，時以為憾。近因教學上之需要，完成本書之譯述工作。得償夙願，亦云幸已！

本書德文初版，雖遠在一九一四年頃，但一九二四年之法文版本，已將此十年間之有關法例，摘要補入。至若法文版本問世以來之重要法例及參攷書籍，以及一九一四年與一九二四年間重要法例之未經法文版本補入者，譯者均補列譯註之中，使窺全貌。有關法律制度之譯文用語，譯者儘量配合中國現行法令，以便比較研究。其屬於特殊制度者，亦加用括弧或鈎號，以明區別，或另增譯註，加以說明。關於一般制度之專門名詞以及人名地名，則參照錢端升氏所詳英國史、標準漢譯外國人名地名表、內政部審定世界詳圖諸書通用之譯名，以免紛歧。譯稿初成，固猶未臻完善。然而，出版以後，本件譯作或尚

不無貢獻，更可望就正於海內名達，故譯者不違作藏拙計也。

本書譯成中文，承原作者古恩教授及法文版譯者拜地比野博士表示同意，并辱函鼓勵，高誼隆情，同深感謝。古恩教授特為中譯本作序，尤足珍貴。本書出版事宜，因承老友嚴景培經理、及廈大出版組王雲波主任鼓勵協助，致能早觀厥成，譯者亦不勝感謝之至。并此道及，藉留憶念云爾。

大白陳朝璧序於國立廈門大學

中華民國三十七年十二月十二日

英美法原理目錄

第一編

緒論

第一章

自諾曼人入侵時（一〇六六年）起至英國在北美洲建立殖民地時止英國憲法的發展情形——國王約翰時代（一二一五年）的政治自由——國會制度的發展……………一

第二章

普通法的溯源——諾曼人入侵時及稍後的法律——司法機關創制普通法賴有王庭——羅馬法的影響以宗教法院為媒介……………一〇

第三章

美洲殖民地建立時期的英國法——一七八九年憲法時代英國法在美國的改革……………二二

第二編

憲法及法院

第四章

英國憲法及美國各種現行憲法的最重要原則——這些原則對於私法的影響……………三二

第五章

英美法院的組織及其裁判……………四〇

第三編

訴訟法

第六章

英美兩國「法律的」與「衡平的」兩種訴訟的提起——常用的勅令——各種抗辯……………五三

第七章 各種係全程序——逮捕——繫爭物的寄託——拘禁——扣押物的發還——判決前的

請求及調查——書面審查的程序……………六二

第八章 非常勅令或國家勅令——法律的訴訟及衡平的訴訟中的調查及審理——關於民事的

陪審制度的檢討：它的優點與缺點……………七五

第九章 有關證據的規則——有關於排除證據的規則——當事人的名譽——成見——傳聞——

認定——傳聞規則的例外——最好的證明方法……………八八

第十章 物證——文件與書面的證據以及它的證據力與內容——證言的規則——證人——作

證能力——有關於人證的規則——對質……………九九

第十二章 上訴——判決的執行——補充的程序——英美法上處理證據的規則——這些規則與

歐陸程序的比較……………一〇八

第四編 民法

第十二章 英國法的各種分類——與現代羅馬法的比較——分類與語彙……………一一七

民法 一人法

第十三章 自然人與法人——英國觀念與歐陸觀念的比較——訴訟能力——權利能力——契約

能力——未成年人與禁治產人……………一二九

第十四章 已婚女子的契約能力——其他的契約上的無能力——英美法上監護的效果——與歐

陸法律的比較——外國人……………一三九

民法二 親屬法

第十五章 普通法上的婚姻觀念——寺院法對於普通法的修改——現代立法——婚姻的舉行

——對於婚姻的障礙——英美兩國法律政策與歐陸法律政策的比較……………一五〇

第十六章 夫的權力——現代的立法——親權——收養——英國法與美國法的區別——非婚生

子女……………一五八

第十七章 英美兩國有關夫妻財產的婚姻法——不同的制度——動產——夫的繼承權與妻的繼

承權——關於不動產……………一六七

第十八章 離婚與婚姻無效及撤銷的區別——英美兩國不同的制度……………一七五

民法三 物權法

第十九章 財產的各種形式——基本觀念——不動產——土地占有理論的發展史——現代法上

的土地所有權制度——信託制度——讓與及取得時效——登記制度在美國——澳大