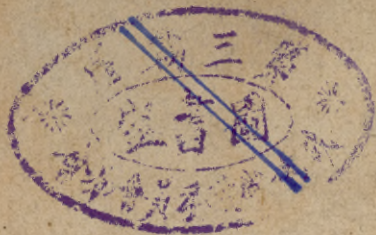


書叢小學科會社

編主麟秉劉 松炳何

言 肄 學 法

著 恩 滂
譯 鴻 沛 雷



行發館書印務商

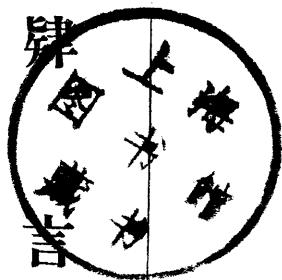
書叢小學科會社

編主麟秉劉 松炳何

法
學

Roscoe Pound
雷沛鴻譯著

商務印書館發行



上海圖書館藏書



A541 212 0002 91508

~~277749~~

鄭序

雷賓南先生既以所譯美國滂恩博士之法學肄言一書見示，且責序於余。余受而讀之，乃知其書蓋示初學者以法律之基本及源流，以爲研究法律科學法律哲學之先導者也。嘗歎我國出版界於初學法律之書，最乏佳本；或繁而無當，或簡而寡要；其尤者，乞靈桑士，盲撰鴉辭，指歸既迷，法意反晦；求其能綱舉目張，深入顯出者，百不得一。獨此書能以逾鍊之文辭，闡湛深之學理；辟如蜂蜜，釀百卉之精華，亦比緯蕭，探驪頷之重寶；不特爲初學者示之逕塗，抑且爲績學者挈其綱領矣。賓南既譯此書，復加注解；自云以兩載之時光，三易厥稿，始潰於成；其用心可謂勤矣！行見此書之出，出版界將爲煥乎一新；不脛而走，可預卜焉。是爲序。

中華民國十七年二月二十一日鄭毓秀序於上海法政大學

譯者序

此書共分三章：第一章討論法律的基本概念；第二章敘述英美法系的起源及發展；第三章分析英美法律的淵源及形式。原書蓋為美國大學學生初習法律者而作，故其內容特側重英美法律的研究，且以『法學肄言』為書名。

此書的著者滂恩博士，係哈佛大學法學教授，兼法學院教務主任，在法學界中久被仰為泰斗。滂恩教授初時本研究植物學，其所著之植物學教科書，一時稱為善本。其後乃專攻法律，關於法學的著作尤為宏富。姑舉其一二以示例，則有下列論文：法律的各派理論，法律權利，一個社會利益的理論，機械性的法學，社會法理學論略（商務印書館有譯本，茲從其譯名）等，各嘗刊登於歐美著名雜誌或叢書中。此外復有下列書籍：英美法律的精神，法律歷史的詮釋，法律與道德，及法律哲學導言。凡此諸書，皆為著者在英美各著名大學之演講稿，且皆在近年出版。綜括言之，上方所列論文

及書籍，驟觀之下，似乎命題不同，陳義殊異。然而一加深究，讀者自能發見著者的講學及著書之大願力，蓋欲創造另一新法律哲學。二十五年來，滂恩教授常端坐於講壇，訓誨後進，並未嘗參預立法司法事務。然而流風所被，其學說不特足以轉移美國法院及議會之風氣，而漸次改良全國法律，且足以促進世界法律思想之改造，而隱然爲其領袖。

法學肄言一書爲滂恩的後來各項著作之先導，其綱目實起草於一八九九年。故可視之爲著者後來一切研究之綱領。兩年以前，譯者嘗將原書譯漢，以爲教學之用。當時因欲便於教授，特於每節之後，加入註腳若干條，以解疑難；問題若干條，以供討論；參考書若干本，以引起加工研究。今年南歸故里，主持全省教育行政，公餘之暇，復取譯稿，重加校訂。易稿三次，乃敢付印，然而尚不敢自信所譯爲無誤。尙希專門學者不棄，加以謚正。庶幾承學之子，得此可以爲研究法律之門徑，又藉此可以窺見法學之堂奧。

中華民國十六年十二月十二日雷沛鴻賓南序於滬寓

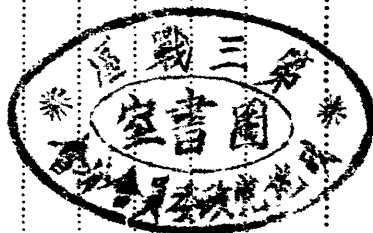
目次

第一章 基本概念

第一節	法律科學	一
第二節	直道	九
第三節	法律	一五
第四節	法律與道德	二二
第五節	法律的範圍及研究對象	三一
第六節	權利	三六
第七節	人	四七
第八節	行爲	五〇

目次

一



052986

第二章 英美法系的歷史……………五四

第九節 法律系統……………五四

第十節 諾爾曼征服前之英國法……………五七

第十一節 常法的發展……………六一

第十二節 公道的發展……………八二

第十三節 商人慣例……………八八

第十四節 立法改良運動……………九〇

第三章 英美法系的分析……………九二

第十五節 法律淵源及形式……………九三

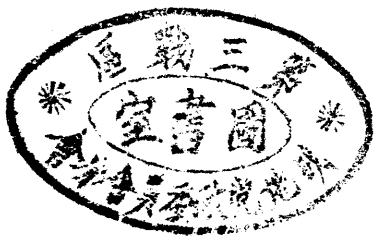
第十六節 美國常法的形式……………九九

法學肄言

第一章 基本概念

第一節 法律科學

法律科學 (science of law) 在術語上具有專名。例如：英法語稱之爲 *jurisprudence*。德語稱之爲 *jurisprudenz*。其實兩名都從拉丁語 *jurisprudentia* 得來；其字源從 *jus*，又從 *providere*。前者解作義理，引伸爲法律；後者解作先見，引伸爲知識；合之，得一彙有系統又有組織的法律知識。是爲法律科學。法院用之以處理爭訟，務使爭訟者各得其平，而判決案得符合具有普通性的原理及規則，不至參差百出。惟沿用日久，歧義孳生。於是法學 (*jurisprudence*) 一名遂有許多用法。例



如古代羅馬學者用之以表示法律見解，現代羅馬法更用之解作判案所率循之途徑。又如在法語中，依其字典釋義，此字解作『法院當處理訟端時所持之態度』。(註一)流風遠被，英語從同。於是此字更有許多假借用法。例如斯託立(Joseph Story)著書討論公道法院(courts of equity)所使用之原理及規則，竟以『公道法學』(equity jurisprudence)名其書。斯託立本為美國法學大師。(註二)學者宗之如泰山北斗。自其書出，此字遂多得一新用法，而流行於採用英語的國家。故在此時，法學一名詞被借用如『法院的判決』。其後又因法律在英美兩國中大抵經過法院的判決乃能成立。所以英美法律又可稱為『判官所造的法律』(judge-made law)。於是一轉移間，此字更被用以轉注法律。換言之，『法學』(jurisprudence)與『法律』(law)兩名被視作同義異音之字。於是法學書籍中著者本意原指法律，乃漫不加察，竟用法學之稱謂。例如『俄國的法學』(jurisprudence of Russia)實指俄國的法律；『法國的法學』(jurisprudence of France)實指法國的法律；皆是。其尤甚者，更有醫法學(medical jurisprudence)與牙醫法學(dental jurisprudence)之稱謂；此則更為不合名理。其實前者係指醫學在法庭的應用，只可稱為法醫。故在英

語應稱“forensic medicine”；法語應稱“*médecine légale*”；後者係指取縮牙醫的法律，只可稱爲牙醫業條例而已。凡此項名詞引伸愈廣，穿鑿愈甚，不足爲訓。（註三）

然則 *jurisprudence*（華語『法學』）並不是別事；只是法律的科學。原來法律是一個司直（*administration of justice*）的工具，因之，法學儘可看作直道的科學（*science of justice*）。但就人類所有經驗言，直道並不一定需法律，然後可以處理。換言之，司直可用兩法：（一）合於有司的意見；（二）合於法律。東洋的司法行政與戒嚴律（*martial law*）——所謂戒嚴律不過是當時軍旅司令官的意志——均足爲前者示例。至於後者的真諦是：治獄必依有多少固定性的標準；此類標準人人可以考核，因之人人可以自知保障所在，並可以相信當有事時可受法庭同一的待遇。然而人類進步尙屬有限，故上文所述未免偏於理想。以實際言，世界尙未有一法系，能將此理想實現。即在最成熟的法律系統中，當獄訟紛起，法律未必與事實盡相符合；因之，所得判決自不能不有互相出入之處。此等矛盾之發生實由法律有定，人類行爲無定；又由條文有限，民間事變無限。故在東洋政治下，人事雖簡，然而人治盛行，法律至無一定。在此際，無論何人，苟有爭訟，只能僥倖希

冀其自己所有直道的意思或能與當時法吏所有者相合。誠能如是，當事人庶幾可以得直；如或不然，只得徒呼負負。在如此情形下，無人敢進行費財費力及費時之經營，而能保其安全。其後人事復變，法律無定的司直只形紛擾。文明日進，人事的繁難與之俱增，於是人類對於法律有定的要求愈見切要。必如是，然後人類可以安心作未來企圖。故全體一致 (uniformity) 遂爲司直的第一要件，亦即爲法律的第一要件。惟就人類經驗言，如此要件的得到，只能就人民爭端所叢集的各種人類關係，折之以理性 (reason)，務使其準情合理。本來人類在社會中所有相互關係完全被支配於社會的意志，而在相當界限內，社會的意志可以推求，亦可以預先宣布。其唯一方法是在於以理性爲嚮導。因此之故，人事雖極複雜，爭訟雖極糾紛，然而法律的一致 (uniformity) 與確定 (certainty) 總可達到，其道不外要求法吏依理性以折獄。討論至此，讀者或不免有所懷疑，而以現世流行的一個意思相詰難，且謂法院對於每一訟案應執行當時當地的人民所有意志。此等見解實屬非法 (un-legal) 與違反直道，且與十七世紀的見解所謂法吏應執行君主的意志以折獄者無大差別。倘使逐一案情不以規則爲判決標準，世間無一意志，無論其爲君主的或人民的，可以保證司法行

政的統一。簡直言之，法律與人情好惡原來兩不相容 (law and caprice are incompatible)。

在任一今代民社中人民需要法律，而且需要極多法律。良以生在如此衆庶世界內，個人的活動與衆人的活動隨在可以發生衝突，避免之法，只有極力調和。故在一方面，人類行爲的可能性盡量擴大；復在他方面，具有行爲能力的個人數目日增。其結果：社會只得以法律限制個人，然後他人的自由地行爲可以保障。正惟有所限制，然後人人得以盡其所能，而實現分工 (division of labor)；亦惟分工可以存在，然後人人得以盡其所長，而令行爲極有效力。不過此等制限，如欲達到鵠的，必須明白規定，更須以理性規定。換言之，此等制限需要法律，又需要確定的司法行政。因此之故，人類社會的發展之大道只是一個運動，離卻無法的直道而趨向科學的與規律的法治。

凡一完成的法律系統可用五種方法研究：

- (一) 篤信謹守的研究。此項方法對於法系中之規則及原理惟以考核與註疏工夫爲限。
- (二) 窮源竟委的研究。此項方法注重法律的起原及發展，制度的變遷，以至原理的演進。
- (三) 條分縷析的研究。學者以解剖方法審察一法系所有組織，內容，及原理，又以比較方法

尋求此法系與其他法系的異同優劣何在。

(四) 哲理的研究。此項方法不特探討法律的制度倫理基礎，而且搜求法律的制度的哲學基礎。

(五) 批評的研究。以歷史，哲理，分析的學理及社會的實際需要為根據，學者不但求知法律之當然，且進一步而尋求其所以然。

綜括言之：第一方法雖可為歷史的或分析的研究，然以其太過拘謹之故，實不足成爲科學方法。其他四種方法均屬於科學的，故應爲研究法學的正當方法。自古以來，學者研究法律之方法各有不同，復各有偏重，於是遂有各個宗派之名稱。徵實言之，則有歷史法家，分析法家，哲學法家，社會學法家，俱以其研究方法而別其稱謂。(註四) 大概言之，美國學者尚歷史法，英國學者尚分析法，大陸學者尚哲學法。晚近以來，法學另有一新方法研究，因之法家遂有一新宗派發生。此方法實爲社會方法；此宗派亦即爲社會學宗派。社會學法家將法律當作人羣的機器 (social mechanism) 研究；法律自身爲社會而存在，其職務爲服役人民。不寧惟是，社會法家研究個別的法律制度及原則，

亦以同一眼光鑑別其善惡而定其去留。

(註一)譯者按，法語原文如下：

“La manière dont un tribunal juge habituellement telle ou telle question.” *Dict. de l'Académie.*

(註二)譯者按，斯託立 (Joseph Story, 1779—1845) 係聯邦國會議員，又充大理院推事，又任哈佛大學法學教授。其所著有：

(1) *Commentaries on the Constitution of the United States* (1833).

(2) *The Conflict of Laws* (1834).

(3) *Equity Jurisprudence* (1835—1836).

(註三)譯者按，此段原文太簡，不易明白，譯者特參考 *Holland* 所著之 *Jurisprudence* 第四節所論，摘要補入。故譯文較原文略有增加，但仍求不失原意。

(註四)譯者按，法學宗派大別為四，一如作者所論。其英譯名稱按序錄之如下：

(1) *Historical School*;

第一章 基本概念

- (2) Analytical School;
- (3) Philosophical School;
- (4) Sociological School.

學者欲得其詳，可讀著者之 Interpretations of Legal History 一書。

問題研究

- (一) 敘述 Jurisprudence 一名之變遷及其正確意義。
- (二) 『法律是司直的工具』此語當作何解？
- (三) 東洋政治有一極大缺點，是爲缺乏法律的固定性。試以中國事實解證，並縱論其流弊所至。
- (四) 探討下列法學的四大宗派之源流：
1. 歷史宗派；2. 分析宗派；3. 哲學宗派；4. 社會學宗派。
- (五) 『法律與人情好惡原來兩不相容』何故？

本節參考書

1. Holland: Jurisprudence, Chap. 1.

2. Gray: The Nature and Sources of Law, (Chap. 7.

第二節 直道

法律的終局(end of law)是在於司理直道(administration of justice)故劈頭第一問題便是何爲直道?欲作答案,須分兩層解證:其一,求出直道的哲學理論或倫理理論,其問題是何爲終極的理想的直道?其二,求出直道的法律概念,其問題是何爲近似的直道?何爲實際上可能幾及的直道?何爲法院當運用律例時所努力實行的工夫?

試解證第一義。以道德論,直道是一種『意志的傾向及行爲的方式,此種傾向與方式常趨於深自損抑,不願擾害他人的生命及利益,復隨力之所能及,妨阻他人的橫逆相加。』(Paulsen語)

(註五) 一人的利益之不應爲他人所侵犯者共有五綱: (一) 身體及生命 (二) 家庭 (三) 財產 (四) 名譽 (五) 自由。凡此五綱皆是人類生存的要件;有此五者,個人的創造力乃有發展的

可能。由此五類利益而對待發生者則有不損傷他人利益之五類義務 (duties) 及不可被人損傷之五類權利 (rights)。損傷此等利益與侵犯此等權利，皆爲非直道 (injustice)。尊視此等利益與履行應盡義務，即是權利。故得直道的倫理分式如下文：尊重與保護此等權利 (respect and protect the right)。

其次，更解證第二義。就事實立論，司法的實際目的是在於調節人與人相互關係，及人與社會或國家相互關係。庶幾彼此不至互相軋轢，而得社會道德心之所贊同。故法律之用心，實欲盡其力之所能達到，與社會程度之所企及，以實現理想的直道。不過思想進步甚速，事實成立較遲；因之，法律的規則及原理之造成，往往後於直道的理想。於是理想與事實遂不能一致，而且有時竟成爲嚴重問題。在此等情形下，國家所製定之規則，無論爲善爲惡，均爲法院所承認及遵行；誠如是，此項規則皆爲法律。所以霍布斯 (Hobbes) 有言：『威權造法；非真理造法』 (authority not truth makes the law)。雖然，當國家未嘗明白規定，真理須爲嚮導。於是，所謂威權造法，在斯時，仍不能不仰仗真理；但所謂真理，不能由私人判斷；必須爲社會所公認，且曾由國家所發表。

事有爲道德所漠視而不加判斷者，事有爲道德所未明白決定者，事復有雖經道德裁奪而可否未能一致者；法家在此際必須得一直道的普遍理論以爲嚮導。關於此項理論，古來嘗有一個，足以支配法家思想；卽是，保證個人自己的主張之最大自由（to insure the greatest possible freedom of individual self-assertion）。哲學家康德（Immanuel Kant）嘗以約語標示其真諦謂：『凡行爲，無論其自身或其所遵循的大道，足以使每人的意志自由與他人的行爲自由並行不悖，而又能與普遍法則（universal law）相契合，卽是正義。』（註六）申言之，人類行爲時相軌轢，惟直道能以一個普遍應用的規矩，而不以武斷，領導個人行爲，使之與他人行爲入於和諧；由此約語，斯賓塞爾（Herbert Spencer）作成直道的界說，謂直道是『每人的自由，僅以衆人的同類自由爲限』（註七）（the liberty of each limited only by the like liberties of all）。直至近世，此理論較任何直道的理論，最有勢力。一切法規實依之以造成。緣故有二：在一方面，立國之道，必需要禁格與強迫的威權。更在他方面，平民精神瀰漫於此時代，當是時，人民所要求者實爲個人的無限思想自由及無限行爲自由；在勢，國家須於威權以外求禁格與強迫的基礎。如此二元的直

道觀念，一則要求外方約束，一則要求內方自由，終不免互相矛盾。和解之法，只有力求約束的最低限度，僅至能保持與維繫行爲的個人自由爲止。倒言之，除幾分約束，須用之以保障全體的自由，使之能與個人的自由並存外，個人行爲須被給與以完全自由。

美國憲法的條文及人權草案，均志在保護個人的自由，實根據上述理論而起草。自是時後，此理論且侵入美國法律系統而構成許多法律原則。惟自近日集體主義興，新直道理論因之紛起。例如，德國法學者耶令 (Jhering) 等主張人羣功利理論 (social-utilitarian theory)，謂直道究竟爲衆人的利益而存在。又如華德 (Lester F. Ward) 等主張人羣直道理論，謂「直道的意義是每人所有需要的滿足，其程度須以他人的需要相衡，不可過分。」最近美國許多法案與判決均以受後一理論之感化而成立。

上文嘗謂，個人與個人及個人與社會的相互關係必須調節，是何以故？緣故有二：第一，能知何爲正義者未必即能實行；第二，何爲正義的解釋不易趨於一致。且姑無論其解釋爲何，凡人所有意志多是薄弱，未見其能遵守準規而不變。惟其如是，除教導外，社會必須有強制力，然後足以維持正

義。世間有強制的系統三：其一宗教；其二公意；其三法律。宗教用如一系統時，其動力來自上界超人，而作用及於凡人的意志。公意在社會中以公衆稱譽或公衆譏評爲制裁的工具。法律以國家爲發動機關，以刑罰爲器械，又以司理直道爲究竟。由是觀之，法律與直道實相爲終始。法律是直道的工具；直道是法律的終局。所以包爾生 (Paulsen) 有言：法律是「一種器械，能爲善道效命。」

(註五)譯者按，此語原文及此段所論述均本自 Paulsen: Ethics, Chap. 9. 學者可以參考。

包爾生又曰：“The general formula of the duty of justice may therefore be stated as follows: Do not wrong yourself, and permit no wrong to be done, so far as in your power; or, expressed positively Respect and protect the right.”

(註六)譯者按，此語結構複沓，茲錄原文於下，以資比較。

“Every action is right which in itself or in the maxim on which it proceeds, is such that it can coexist along with the freedom of the will of each and all in action, according to a universal law.”

原文見 Kan: Rechtslehre (2 e.d), XXXIII.

(註七)譯者按，耶合之名，原書所無，係譯者採自滂恩他書補入。參考 Pound: *The Spirit of the Common Law*,

Chap. VIII, *Legal Reason*.

問題研究

- (一) 在研究法律之先，法律學生必須明白直道的意義。何故？
- (二) 什麼是直道的哲學基礎？什麼是直道的法律基礎？
- (三) 就實際政治立論，證明中國的司法行政會否建築在直道的基礎上。
- (四) 就個人心得解證下文：『威權造法，非真理造法。』

本節參考書

1. Paulson: *Ethics* (Thilly's Translation), Chap. 9.
2. Spencer: *Justice*, Chaps. 5, 6.
3. Pollock: *First Book of Jurisprudence*, 28-39.
4. Salmond: *Jurisprudence*, §§ 6, 7, 9-10, 18-20, 26-29.

第三節 法律

法律(law)是一個術語；卻有三種用法：第一被用如公例，常見於物質的科學；第二用作自然法律(“natural law” or “law of nature”)，常見於法律哲學；第三用為國家法律，是為司法的工具，有如上文所述。在討論法律科學之始，這三種用法必明白地區別。在自然科學中，科學家以實驗所得的結果，歸納之以成公例。由一公例，學者在試驗室中可執因以求果，又可用果以溯因。因果隨緣而至，屢試不爽。譬如引力公例(law of gravitation)是由科學家視察與試驗事物而得的實徵。在其範圍內，萬物雖可自由移動，然在實際上常互相吸引。至於自然法律一名，法家用之於一種特殊意義，其內容包含三事：其一，由哲學的倫理學的法律研究所發見之原理；其二，當應用於社會時，此類原理應成為約束行為及調節人類相互關係的基本原則；其三，當應用於國家時，此類原理應成為規定義務與權利的法律之基礎。最後，通常所謂法律，則指一部規則，為公共法庭所承認及實行，而以之處理直道。三者陳義不同，然而具有一共相，是即秩序(order)或準則(regularity)。

世間無論其爲自然的，道德的或司法的事變(Events)，常有一定規則立於其背後，故皆有法律之名。爲避免淆亂起見，第三類法律常冠以純正之名。(註八)

純正法律，在上文中被訓爲一部規則，逐條均爲司理直道而設，此項規則不但爲公共法庭所承認，復爲法庭所施行。雖然，法律的功能是在於糾正各方面的人羣關係，而一切人羣關係又錯綜百出。在勢，國家必不能預先制定一部規則，使法院以之御繁應變於無窮。故法律本身必不是單純地一部規則。換言之，少數規則可以用條文記載；但法律初不盡限於條文。在任何法系，法律本體實爲原理；原理實蘊蓄於條文內之字裏行間。必有原理，法吏乃能有所依據，復由類推方法而求出新例。然後可以御繁，可以應變。由此觀之，法律的界說，與其稱爲一部規則，毋寧稱爲一部規則及原理。

原理從何處得來？大概言之，其來源有二：其一來自法院或審判員的經驗。卽以前此所有獄訟的判決爲前例(Precedents)，復以類推方法而適用之於現有訟案。正如醫士治病，可於前人所著診察病狀書中尋出良方；又如技師作工，每於古時偉大工程中發見機械原理。其二來自法律學者

的工作 (labors of jurists) 他們立意將法律作爲一種科學研究，加以仔細思量，然後著書立說。正如純粹科學者在其實驗室中作種種試驗，其所得結果常足以發見醫學或工程學原理，而有特殊貢獻。

規則 (rules) 又何自來？其大部分來自主權者的意志 (sovereign will)，而經過立法機關的建議及通過。自法律的發展觀察，有時法理爲政；有時規則操權。因之，世人遂有只認法理爲法律的代表者；復有只認規則爲法律的實質者。其實兩者相需爲用，必不能獨立自營。

是故法律必不能專爲自古代判決及學說而得的法理；亦不能專爲自今世立法機關訂定而得的法規。自一方面觀察，人類智慮有限，縱有高見遠識，亦不能盡立法令以防百弊。故凡條文所未載明者，古代經驗必須出而應變，否則獄吏的情惡且將擅斷。更自他方面觀察，學說與判決是古代遺留物，未必遂足以應付新形勢與解決現世崛起的問題。不寧惟是，世變日亟，來日大難，今代民社必不能安坐以待，法規之循序演進，或判決之因新訟案而起新例。倘使偏重規則，律師將不能耐，以爲法令繁瑣，轉不能收實際效用。又使偏重原理，常人將疑法律無定，更懼獄吏故出故入。前者之弊，

使法律失之太簡；後者之弊，使法律失之太繁。兩者均是失當，是以必須調劑。而其分量比例應以當時當地及羣情的急需爲斷。

法律在今代民社中具有幾個特性，此時必須提示。第一，命令的特性。原來初民在太古時代本無法律；凡事只付託風俗，令其處置。今代國家則不然，必制定規則與建立行爲標準。前者用以處理直道；後者用以治理人羣中的相互關係。兩者的用處不同，而其傾向於干涉則一。第二，威權的特性（authority）。今代法律有顯明趨勢；即是，規則愈立愈多，而每條規則俱假想爲一國的薩威稜（sovereign）所造，即全國的主治者或主治機關所造是也。但主治者一立規則之後，必求其有實際功用。求之之法有三：其一，犯規則者必罰；其二，不信服者預受干涉；其三，損害他人事務者責其恢復舊觀，或責其賠償因擾亂而停止進行所生之損失。如是行之，謂之責效（sanction）（註九）故責效實爲今代法律的第三特性。責效的實力，世界任何法律系統必須具備；否則法律等於虛設。試以英美法系爲例：第一式責效屬於刑法；第二式責效被用頗少，然在刑法則有保證金律（binding over）以維持和平，其在民法則有禁格狀（injunction），以令一方作某事或不作某事。第三式責

效可分兩類：其一，勒令行惡者補行某事以賠償損失；例如，某人賣地，契約已訂，而託故不履行，於是，法院即可勒令此人，限期踐約。此類法律處分純由公道法院發出及執行；而所用之特權狀實爲令遵狀 (mandatory injunction)。雖然，尚有例外；即是，凡官吏溺職，不盡本分，則普通法院 (courts of law) 卽常法法院 (common law courts) 發出飭遵狀 (mandamus)，以嚴令其忠實地辦理公務。其二，令犯罪者納金贖罪。前類處分屬於特殊救正，卽犯人須依照他人所受之損失，以實事或實物賠償；後類處分屬於普遍救正，卽不論所損失者爲何事物，概以罰金作償。罰金一式在英美法系最爲通行；主其事者爲常法法院。

就歷史觀察，法律成立之初未有責效 (sanction)，卽在今日，尙有一部規律如國際法者，亦無責效而依然存在。然，而此非常例；在今代社會中，凡曰法律，必須具有責效。故責效在此時已成爲法律必不可少之部分。不有責效，國家所創立的法律將成陳議或勸誡；一若國家欲示其人民以立身處世之道，僅希冀他們或可遵從而已。一有責效，法律便成命令；因之國家自能強制執行，不許人民違犯。當責效無力時，法律便成具文，於是有所謂『死文字的法律』 (dead-letter laws)。法律在

此際只有其名而無其實。由此可見責效實能給與任一部規則以法律的特性，法律史與制度史多有實例。即以美國歷史爲證：當邦聯（Confederation）時代，大陸議會（Continental Congress）實無能力以執行其法案及決議。故其所有法案不爲各邦所重視。雖則各邦嘗寄託大陸議會以立法權，然法立而不能行，與不立等。此實因中央政府無責效權力以維持其法律之故。又如入聯邦（Federation）時代，中央權力似乎遠不如從前之軟弱；然而美國憲法中尙有所謂典訓（Constitutional understandings）或慣例（customs）者，循行日久，徒以無責效故，不能成爲法律，例如總統在連任兩次之後，例不應選。自華盛頓開例後，未嘗或改。然使有人果三次應選，必無人敢奪其被選權；萬一當選，更無人能使之不就職。反之，使有已入籍之外國人一旦當選爲總統，則此選舉爲無效。是何以故？因聯邦憲法嘗明白規定：凡任總統者必須爲美國土生故。此則責效有無之分別也。

（註八）譯者按，純正法律（positive law）之取名，不特避免淆亂，而且表示法律的內容；蓋以明法律非一種理想，乃一種實事也。試觀下文：

“The great gain in its fundamental conceptions which Jurisprudence made during the last century was

the recognition of the truth that the Law of a State or a recognized body is not an ideal, but something which actually exists. It is not that which is in accordance with religion, or nature, or morality; it is not that which ought to be, but that which is." Gray, section 213.

(註九)譯者按，韓非子有言：『法者憲令著於官府；刑罰必於民心；賞存乎慎法；而罰加乎姦令者也。』胡適在其所著中國古代哲學史中，釋之以責效主義。今以責效二字譯 sanction，其義本此。

問題研究

- (一) 比較在下列各辭句中之法律一名的意義：(a) 戒嚴法律；(b) 運動法律(laws of motion)；(c) 報酬遞減法律；(d) 契約法律(law of contracts)。數名具有共同的意思否？法律一名共有幾個用法？
- (二) 法律有幾個特性？試就中國人民生活立論，證法律無責效(sanction)之弊。

本節參考書

1. Gray: *The Nature and Sources of Law*, Chap. 4.
2. Korkunov: *General Theory of Law* (Hastings, translation), 40—115.

3. Holland: Jurisprudence, Chaps. 2, 4.

第四節 法律與道德

在充分發展的法律系統中，司法權 (judicial powers) 及立法權 (legislative powers) 劃分清楚。於是法律與道德的境域至易區別。故在此際法律自然歸法院運用，道德然自歸立法機關處置。倘使兩者不能完全分立，而在實際上完全分立似屬困難，法院為司理直道及施行法律起見，有時或須牽入道德問題，正與立法機關執行立法職務時不能不顧及道德問題者相等。於是法律與道德遂有三接觸點：其一為裁決 (discretion)；其二法院造法 (judicial legislation)；其三詮釋 (interpretation)。在此際法院必須受正義 (right) 及直道的原理之指導。裁決是一種權力，審判員受之以運用自己的判斷而決獄。凡訟獄新起而未嘗有規則可用者，或訟獄性質離奇雖有現行規則而實在不能用者，審判員均應本良心的主張以裁決方式判行。雖然，法律的目標本來是要屏除自己的要素 (personal element) 於司法行政以外，而今裁決方式所依據者實為己見。如之

何其可惟其如是，法律最不願寄託個人以無限的裁決權能或多方面的裁決權能。換言之，裁決是限於極狹的範圍。凡一事件發生，究竟應以法律處理或應以裁決方式處理，均由法律規定。法院於此實無權以自作聰明，擅將此事件放入法律的領域或竟放入裁判的範圍。申言之，法院無此等裁決權能，自謂：某事應適用現行規則；某事則不適用。再讓一步說，即在裁決已為法律所特許之處，法院仍須慎用。為法吏者絕不能假裁決之名，以行暴虐與武斷之實。有一於此，只是裁決的濫用 *abuse of discretion*。倘使法院能慎用此權，裁決的方式可以不須復勘；如其不然，其方式必須由高級法院復勘與糾正。（註十）

何謂法院造法 (*judicial legislation or judicial law-making*)？切實言之，凡案件的性質異於尋常，現行法規，無論全體的或部分的，不能應用以求解決；審判員乃不得已自出心裁，別求方法。於是新判決 (*new decision*) 出焉；於是法律的新例 (*new rules of law*) 生焉。是謂法院造法。法院造法何自起？起源有二：其小半由於新生的事變；其大半由於舊有的制度。因為事變新生，與往日所有者迥異，法院將欲解決此項訟案，必不能援引成例。其結果只有創立新例。又因在太古時代，

立法與司法原屬相混，並不若今日，兩者劃然分立。故今代法院尙有時創立新例者，不過恢復古制而已。惟時至今日，分工盛行，法院造法已不如從前重要。況法院造法正與法院裁決相同，均非漫無限制。實則法院執行兩事，必須遵由一定軌道。法院裁決所用之方法前已詳論；至於法院造法時所憑藉的工具爲類推（analogy），其程序可分爲二：第一，就往事及舊例搜求相似事實及相似成例；第二，就中選擇其最與本國通行法規相和諧又能與理性直道相合者用之。（註十一）

詮釋所以測定條文的真諦，又所以因應案情而運用法律。故凡誠實的詮釋（genuine interpretation）必以尋出立法者所以立某規條之用意爲目的。作如此使用時，詮釋純是司法的性質，即僅以解釋文義爲事。此項詮釋的範圍甚狹，往往不能得到美滿的效果。於是除條文的字句外，法吏必須探及法律的原理及精神，甚而至於有所修正。兩者範圍廣狹不同，而相互爲用，故其分界線最難樹立。嚴格言之，兩者皆是誠實的詮釋；法吏均可用之以尋求立法者的用意。當用前法時，法吏始則設身處地以明白當日所有環境，繼則調查當地所遭逢之罪惡，終則思量所以補救之方法。三事完畢，立法者之用意可以直接地求得。至於後法的進程序亦可縷析之如下：第一步，法吏姑懸

擬立法者在當時所關心的道德問題，與今人所有者相似；第二步，具擬數個改正方式均有解釋原有法律的可能性；第三步，就現行道德觀念着想，以選出最適用於現勢者一義，而揆之原意，又不至於互相違反。如是做去，當可以間接地求出原人的立心何在。有結果仍不失為誠實的詮釋。反之，如以臆測，或以武斷，俱非誠實。然而誠實云云，至非容易。倘使詞句晦塞，或使用字失檢，在在可以發生困難。況且現代新發生之問題往往為立法人所未慮及，則其解決方法自然不能預立。在如此情形下，法院只可以原有法律為根據而自立新例，以圖救濟。如此立例，稱為假借詮釋（spurious interpretation）。假借詮釋是法院造法的一個方式，其起因實為時勢所迫，其存在亦為法理所許；此正與前文所討論者相同。成例既無有，審判員乃不得已而自己造法，復自己行法；在此際道德必須協助。萬一道德在實際上不能為判決的規矩，在理論上亦應為之。（註十二）

除上文所述者外，近世更有一種傾向，即是『以自然法律』（natural law）（註十三）為詮釋的依據。原來世間有一了解，以為國會的立法是從理性（reason）或自然法律得來。至於法院本以執行純正法律（positive law）為天職。但一遇純正法律與自然法律相抵觸時，法院應棄前者而

遷就後者。此了解在前兩世紀風行一時，具有絕大勢力；今日其勢力雖略殺，然猶時時散見於判決中。有時視同金科玉律，必須遵守；有時視同詮釋的一個規矩，可以隨便採用。但就實際着想，我們只能承認其中兩個言陳 (propositions) 爲合理。第一，在個人見解立論，此人可計較法律與道德的長短，有時竟可從良心所向，趨重道德，而不守法律。換言之，他可以提出個人的良心主張，以自解其所以不死守法律條文之理由。雖然，法院於此必須注意一事，即是：法院所應尊視者並非一人的良心所主張，卻是已在法律上表見之集體的良心 (collective conscience) 所主張。第二，當法律條文有疑點，必須法院解釋，或當法律竟缺乏是項條文，必須法院供給新例，於是法院在此際實是不得已，而不能不援用正義與理性。簡言之，在詮釋法律或創造新例時，法院可從真理與理性；在適用現行法規時，威權即應主治。是故霍布斯曰：『威權造法；非真理造法。』 (Authority, not truth, makes the law.)

繼此請討論道德與法律在對象上及其在應用上之區別。以對象言，倫理學，即道德的科學，以人格修養爲重；法律以整理人與人及人與國家的相互關係爲目標。因之，道德側重思想及感情，法

律卻側重行爲。倘使法律有時竟問及思想與感情，只因其足以解釋行爲之性質而出此。又以應用言，倫理屬於個人的，相對的，故其爲善爲惡必依其應用時之境況而鑑定。世有欲將道德的原則化成名理的命題者無不失敗，實因其不計及小己與環境之故。至於法規實大異是，蓋法律在應用時常有普遍性與絕對性。苟爲思慮所及其條文總應以名理的命題表示。因之，法律常以概括施用，並就全體打算而推行。惟其如是，世間有許多行事，在道德上言，可受責罰，卻爲法律所不議及。由此可知事之不受法律懲戒者未必卽爲其所贊同。世間又有許多行事，在道德上言，無足輕重，卻爲法律所不能漠視。故有時法律對於某事，條文明白規定兩項辦法，然爲示信起見，法律只得舍一取一，不容變易。又有時法律對於某人，特課以法律的責任，至於就道德論，其爲過舉與否可不必論。例如，主人對於僕人的行爲在法律上須代其負責是也。最後，更有許多案情其始本極難課兩方以何等法律責任，其結局仍須令一方受敗訴。在此際道德所有原則必不足以供給解決方法，每一法官似可以獨出心裁。但爲避免我執起見，審判員仍須按原有案件而創一普通新例。於是法律的規矩逐條得以成立，較諸原有道德的規矩必不相侔。惟其如是，法律遂隨社會發展而得到人爲的及科學的

性質。

由此人爲的性質，法律當運行時遂不免帶有幾分機械性。由此機械的運行，依法的司直遂不免有時惹起衆惡。此項結果實由法律過求整齊劃一所致。是故在法律史中，常見有一繼續運動；時而崇尚寬假的裁決，對於法規不無出入；時而崇尚嚴謹的解釋，對於法律條文必須篤信謹守。當社會變動之際，將欲令司法行政得與當時道德的社會的或政治的變化情形相合，則施行法外的直道 (justice without law) 實屬必要。其結果，許多新例變例得以發生，但行之既久，新生要素，仍變成硬性的與機械的，一如舊例。因爲法律的機械運行縱可以輕減，決不可以排除。大凡造律例必須造通用律例，故在造法過程中不能不省略個別爭訟中之不足重輕部分。倘使人間爭訟都是相似，或其相差之程度不大相遠，其度數又可以計算而得，此等省略當無大礙。惟有極困難處，即爲所有訟案與其同類的標準訟案相比，其差度大小不齊，其數量又是無限。倘欲刪繁就簡以求通例，勢必至於有多少被略去部分，就全數言，本屬可有可無，惟就某案本身言，則又未可一概論。假使此後惟以法外的司直爲工具，任意裁減，其結果，法吏得憑自己所好惡以執法，法律遂取得無定性 (uncer-

rainly)。反之，假使有人更走其他極端，將各種例外 (exceptions) 變例 (qualifications) 附例 (provises)，一一搜羅，勢必至律例繁起，法律系統不易運用。因此之故，法律常以調和兩極端爲事，思有以自立於寬大裁決與細碎立法之中間。將欲達此目的，應用於特殊案情之法律的伸縮力必須受限制。因此之故，人類相互關係之有待於法律規正者自然帶有多少武斷，而不免與個人所有倫理觀感相衝突。在道德系統具有硬性時期，此項衝突不生重大影響，僅對於個人成問題。在道德與倫理容許思想自由時期，尤其在實業及社會革命的時期，此項衝突足以擴大，而成爲社會的階級問題。在此際法律思想與道德思想自然不能符合。於是，個人對於此項案件只知以自己的眼光臆斷是非。惟法吏則必須就大體觀察，依一定標準以量度公是公非。他所應用者必爲公衆所有倫理觀念，而不爲一己的私見。即使裁決權極大，他的見解只是他所從來的階級所有見解。如受現代法律束縛，法吏尙可適用古代所傳來之倫理以折獄。在任一事變中，法院的與個人的倫理標準必分兩歧。因之，世人遂往往誤會法院與不信任法律。是誠爲屢見不鮮之事，亦爲極不幸之事。

(註十)譯者按，關於裁決可爲法律與道德的接觸點，著者新著一書名法律與道德論之藁詳見 POUND: Law and Mo-

rajs (1925) 62-63.

(註十一)譯者按，關於法院造法可爲法律與道德的接觸點，參觀上書，五一—五四頁。

(註十二)譯者按，關於詮釋法律與道德的接觸點，參觀上書，五四—五七頁。

(註十三)譯者按，自然法律的理論在法律史上具有極大勢力。每當社會變革時，法學者往往喜用之以改造法律。此理滂恩嘗詳加討論於他的書中，學者可以參考。見 Pound: Interpretations of Legal History, 5-6, 133-134.

問題研究

(一) 分析宗法家嘗極力劃分法律與道德爲截然兩事，使之不相連接。其理由何在？本書著者乃反分析宗派所爲，屢次指出道德與法律之相關，何故？試就書中所舉三接觸點申明兩者的相互關係。

(二) 孟德斯鳩說：『法律大概是人類理性』(Law in general is human reason)。霍布斯說：『威權造法，非真理造法。』此兩語孰爲中理？試言其理由。

本節參考書

1. Amos: Science of Law Chap. 3.

第五節 法律的範圍及研究對象

大凡一法律系統的範圍可以正負作界。自其負面言之，法律爲測定及治理人類相互關係之規矩，而人類相互關係可分五類：（一）個人與個人的關係；（二）個人與本國的關係；（三）個人與他國的關係；（四）國家的組織及功能；（五）國家與國家的關係。但就法家之見解觀察，法律運行以國境爲範圍，故必爲一國法院所承認或執行者方足稱爲法律。因之，所有制裁五類相互關係之規矩未必盡是法律。法律之範圍以能受法院應用者爲限。

更自其正面言之，法律的本體是直道，其致用是司直，故前者之範圍應與後者同其大小。原來人類在社會中需要許多事物，以致彼此所有利益，不免時常抵觸。在競爭劇烈之際，惟賴有直道爲之調和；故一方須容許人的權力（human powers）及能力（capacities）盡量發展，他方又須顧及他人利益使得並存。此項必須調和之利益，約有三端：（一）人羣的；（二）公家的；（三）私家

的人羣的利益各法系在古代惟以刑法維持，至今略有變遷。公家的利益，以英美法系言，大概用諸特權狀保護。列舉言之，則有令遵狀 (mandamus)，權力證明狀 (quo warranto) 及刑法三事。私家的利益則用權利，權力及法院所授於個人之特權為維持之工具。

英美法系向來受個性主義之薰陶，故其基本概念即建築於私家權利之上。惟其如是，人羣的及公家的利益所在，即為代各個人求得其私家權利。何謂私家權利？其一，為個人之行爲的能力；其二，為個人之感應的權力，即以國家所有威力之協助，足以使他人必為某事，或不為某事，皆是。故就英美法系之見解立論，倘使無國家相助，個人必無從使用他人，又無從運用自己行爲能力。誠如是，其所有利益範圍 (sphere of interest) 且被侵犯。又如是，個人的活動不特無所憑藉，復失却其中心所在。是大不可故國家之威力實維持私家權利所必需之要件。

私家利益大概可分作六類。其一屬於身體與生命。此類利益，自歷史觀察，最先受法律保護；因之，保護身命之規則遂構成古代法系之大部分。在私家利益的全體中，身體及生命的利益最能取得法律的關懷。但即就此類利益立論，法律究未能涵蓋其領域。故許多傷害之由騷擾得來者，如擾

亂神經，震動官感，製造悲傷，及惹起憤怒，無一不足以牽累健康，或害及生命。徒以太過深微或太過曲折之故，數者均為法律所不能過問。

其二屬於家庭，或稱為擴大的個人生命。此類利益在古代本視作私家利益；今代法律卻以其關係極大，視同人羣利益之一。以是之故，支配家庭繫屬的規則尚處在過渡時代，而有許多保護不周之處。不特家庭的公家利益不能多受法律保護，即其私家利益，法律亦未能涵蓋全體。譬如拐騙 (abduction)，誘姦 (seduction)，私通 (adultery) 等罪惡，其情節顯著，自然可由法庭按律懲治。至於較曲折的傷害，如流言，如奸謀，非至實際的破壞家庭時，法律不能干涉。

其三屬於財產。此類利益為生存的要件，今代法律似能保護備至。雖然，今世獲財方法愈出愈奇，其間不免含多少傷害，至今議會及法院束手無策。例如，競爭 (competition) 一節；其程度何為最大限；其營業方式何為合法，何為不合法；何者應被許可，與何者應被禁止；凡此種種法律尚未有明白規定。

其四屬於名譽。此類利益大抵因誹謗誣陷而受侵蝕。古代重視輕蟻，故為法律所必懲；今代視

之，以爲侮人者適以自侮，故法律不措意。因之，今代法律只能處治兇惡的毀傷，而不能達到狡獪的誹謗。

其五屬於意志的自由運用。此爲法律所最難處治之問題，初民時代的法律只得置之不理。今代法律則異是。故凡以壓力屈服他人的意志，以欺詐詭計困迫他人的願力，濫用私人信任與利用他人的弱點以降服其人，及以威力脅服他人互訂契約而得法律上之利益，諸如此類皆受法律懲治。

其六屬於精神生活。此類利益爲私人在道德上，宗教上，政治上所應有，而不容忍（intolerance）實足以侵蝕之使無完膚。但法律在此處所能爲者仍屬有限。故除禁止國立宗教與反對限制私人信仰外，法律即無能爲役。因之，古代所遺留的不容忍尚有多種，均爲社會壓服個人的陳跡，至今依然存在。雖然，此類利益固屬重要，但並非至尊無上。苟取之以與公家的或人羣的利益相衡，當互相抵觸時，法律必輕視前者而側重後二者。故爲公衆的安寧計，法律時時干涉無政府主義的信仰。然而徒以法律干涉而望其生效，是社會的極大困難問題。（註十四）

(註十四)譯者按，此節論法律的研究對象純以利益理論 (Theory of interests) 為其中心思想。此為著者年來所極力主張，亦為著者在法學上的一大貢獻。學者欲求深造，可參閱下列諸書：

(1) Pound: Introduction to the Philosophy of Law (1924), lecture 2.

(2) Pound: "A Theory of Social Interests" Proceedings of American Sociological Society (1921),

XV, 16.

(3) Paulsen: Ethics (Thilly's translation), 633 - 637.

問題研究

(一) 試就個人心得，解說法律的範圍。

(二) 試就個人心得，解說法律的研究對象。

(三) 任取一有名的法律學教科書，翻閱其關於法律的研究對象之論述，並取之以與本書所論述者相比較，而評判孰優孰劣。

本節參考書

第一章 基本概念

1. Austin: Jurisprudence, lecture 2.
2. Spence: Justice, chaps. 19-10.
3. Markby: Elements of Law, §§ 48-59.
4. Salmond: Jurisprudence, § 9.

第六節 權利

法律維持及保護上列六類私家利益，其方法在於承認或創造各種義務（duties），權利（rights），權力（powers），及特權（privileges）。

義務有道德與法律之區別。凡人對於一事，因其爲人羣的，公家的，或私家的利益所關係，且已得社會所有道德觀念所承認之故，務欲實行，或務欲不行，道德的義務卽在是矣。凡人對於一事，因其爲人羣的，公家的，或私家的利益所關係，且已得國家以法律之力爲之維持之故，不能不行，或不能不止，法律的義務卽在是矣。就大體言，法律的義務與法律的權利，無論其爲公家的或私家的，幾

乎相互契合。換言之，每有一種義務，即有一種相當權利，對待發生。惟世間尚有多種義務屬於絕對；此類義務純用以維持人羣利益，不復顧及公家或私家權利之有無及其相當與否。惟其如是，絕對義務具有強迫性質，不履行者必須受罰。故推行絕對義務之工具當爲刑法。雖然，刑法尚非其主要工具。將欲達到目的，法律只須承認或規定某種屬人的能力（*certain capacities in person*），務使此項能力足以感應他人的行爲（*influencing the actions of others*）。一經承認或規定於法律條文之後，法院即能切實推行，令其發生效力。其法有三，法院可任取其一：第一，用保護法，即保護此項能力所依附的人使能運用無阻；第二，用強制執行法，即強令負履行此項義務的人不許推諉；第三，用證實法，即以申雪的方式，在此類能力被侵犯後加以糾正，務使知所儆戒，不許再犯。此項感應他人的行爲之能力即可稱之爲權利（*these capacities of influence are called rights*）。倘使某人雖有一種能力足以感應他人的行爲，因關係某項利益之故，使之必爲或不爲一事，然只恃道德爲後盾者，可稱之爲道德的權利。惟一經法律承認或創造之後，而法院又隨時可用國家的權力以強制執行者，如此能力可被稱爲法律的權利。除二者外，更有一類權利，是爲自然權利。自然

權利是一種能力；無論其實際存在否，人類早已公認其應存在；無論法律曾加承認且令生效否，人類又已公認其應被承認及應有效力。（註十五）

綜覽上文可知除絕對義務（absolute duties）外，義務與權利常對待發生；有一道德的或法律的權利，隨即有兩相符合之一道德的或法律的義務。一人的權利自何處得來？得之自法律。每當法律授此人以感應他人的能力，使得保持某類利益，或當法律承認此項能力寄附其身上，此人即有一個權利。受此項能力支配之一人或數人均負相當義務。

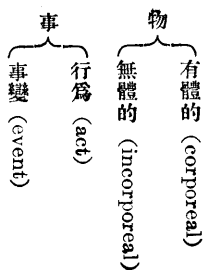
一項權力是法律所給與及承認之一項能力，依此法律，此項能力得以創造，褫奪，或改變權利，因而創造及改變其相當義務。此項權力可以由法律直接地賦與，或間接地賦與於人。例如，代理人依其職權範圍內之行爲，可有權力以約束其委託人。申言之，代理人可有權力以造出他人對於其委託人而發生之權利，因之，其委託人所負的義務即隨緣而至。此能力實爲法律所許可，是則法律直接地賦與權力於人之明證。又例如，代理人受人之委託，代辦一事，則依委託人所交與之職權，在其範圍內行之，代理人可有權力以約束其委託人。此能力實爲法律所承認。是則法律間接地賦與

權力於人之明證。

一個特權是免除責任之一特典(an immunity from liability)；微此，一人對於有虧本己的義務之行為例當負責。為維持人羣的或公家的利益之故，許多特權可以法律創造。申言之，法律可特定某幾個人，某類行為，或在某時會的幾項行為，免受普通規矩支配，如此，則人羣的或公家的利益可以最妥善的維持。譬如，有一篇譏諷文字於此，身受者在尋常時儘可以敗壞名譽起訴。然使其人為現役官吏，而受攻擊之事又屬公務，斯時言論的自由可以特許。蓋以公務得如此自由評論，公家當獲益不淺，故不應受普通律例所制裁。特權又可由私人有私權者轉授，通常可得法律承認。例如，地主可給執照與他人，使之得任意在其田地內遊獵。

法律的權利之要素可以表示之，如下：

人 { 主(entitled) 從感應的能力所寄託或繫屬。
從 (obliged) 以身負相當的義務；為感應的能力所趨向；又為感應的能力所運行。



除自然權利及法律權利外，政治權利亦應論及。政治權利指切實參加政府事務之權力或能力，國家授之於其國民之一部分或其全體。古代法律未嘗將法律權利與政治權利劃分；惟有法律權利者方能享受政治權利。今代法律則大異是。故在今代國家中有三類權利之區別：

(一) 自然權利屬於生人。

(二) 法律權利屬於自然人（即是生人）或法人（例如，市團體，公司團體。）

(三) 政治權利屬於公民，或屬於已得到局部的公民權之人民。

三類權利未嘗相互契合，因之，有其一者未必即有其他。

今代政治之祇嚮趨於平等，故法律常欲推廣政治或法律的權利於自然人，務使其外延幾與

道德或自然權利相等。古代法律則異是，故外國人無法律權利。倘使國家授之以局部的政治權利，此項事實即足保證同分量的法律權利隨緣而至。居在今日，凡是含生稟氣之倫均是自然人，即皆爲法律主體。古代則否。

在未討論英美法系所承認各項權利之前，尚有普通諸類權利嘗爲古代諸法系所承認，必須考究。此類權利，法學者謂之自然權利，上文經已提及。以理言之，自然權利亟應受一切法系之承認。大別之爲五項：

(一) 全受全歸權 (right to physical integrity)。此與上文所論身體與生命的利益相契合。此項權利可從直道的意思演繹得來。試設有一人於此，率性行事，至於直接地傷害他人；是則明明踰越其自由之範圍，而至於侵犯他人的自由，可不待論。即使如此損傷爲間接的，若非有相當利益出而抵抗將其制止，或有他人的自由作界，令勿侵犯，如此行爲亦不能不視同越權。因此之故，兩者雖有直接間接之不同，均是不直 (unjust) 應受法律干涉。如是，全受全歸權實爲個人所應享，所有法系及法家無不同認其應切實維持，務使他人尊視之。

(11) 任意行動權 (right to free motion and locomotion)。此與上文所論第一及第五類利益相當。直道要求一事；即是，每人有自由以舉其足，以周流四方。除卻其舉動至於妨害他人的同樣自由，不應被阻。英美法系對於此項權利擁護尤謹。

(12) 受用自然物權 (right to the use of natural media)。人類的生命深賴自然環境，故每人應有受用之權。設使有人干涉他人與自然環境的關係，其所為實侵犯別人的自由。不寧惟是，此舉直可視同侵犯別人的身體及生命所有利益，法律對之最為關情，必須保護，故特意承認其為一種權利。因之，在每一法律系中，常有多種物體不准認為私有。例如，羅馬法不許將空氣、流水、大海，及海岸據為己私。至於水面則除公海 (high seas) 外究應如何規定，各法系尙未能一致規定。公海超越國界，無屬於任一國的可能性；此則為一切法系所同認。至於空氣，英美法系視由臭氣濃煙而變壞之空氣，為有害於地主的私產權利，即因地產的價值可至於減低之故。但英美法系同時亦承認清潔空氣與人羣的利益有關，特規定臭化空氣為妨害公務 (nuisance)，倘有干犯，可由有司檢舉議罰。最後土地究應歸入自然物一類否，尙有爭端。但此為經濟學之聚訟問題。許多法系均

一致承認土地的私有。

(四) 財產權 (right of property)。法學者對於財產問題似未能一致主張財產應爲一種權利。但純正法律多有關於財產法之規定，而在美國更以憲法保證私有權，誠以在文明國內財產已成爲社會及經濟制度的基本之故。在最近二三百年間法律常向財產的私有權方面發展，故對於財產的保護日趨嚴密。目前有一新運動崛起，其方向適與之相反。故近世最大法學者耶令嘗敘述兩者的差異如下：『從前財產的計值貴，人的計值較賤；方今財產的計值加賤，人的計值加貴。』(Formerly high valuing of property, lower valuing of the person; now lower valuing of property, higher valuing of the person)

(五) 自由信仰及意思權，此爲任意行動權的近代發展；實際只是心靈的任意行動權。心靈有自由行動之權，以不侵及他人的同樣自由爲限。除公家的或人羣的利益所要求外，無物能禁止其自由發表。

繼此當討論英美法系所給與或承認的權利。此項權利分二大類。其一對抗一般人而存在；申

言之，人人對之負有互相符合的義務，用以自制，不使有一人敢侵犯此類權利所欲維持的利益。其彙名可稱為對一般人權利 (*rights in rem*)。其二，對抗一人或幾人而存在。此亦有相互契合的義務，由派定及指名的人員擔負，令之必作某事，或禁之不使作某事。其彙名可稱為對某人權利 (*rights in personam*)

英法中之權利分類

I. 對一般人 (*in rem*)

1. 身的保全 此權用以保護人身或心不受任何人的行為或怠慢 (*negligence*) 之傷害。更推演如下：

(1) 生命；

(2) 身體；

(3) 健康，

(A) 肉體的，

(B) 心靈的。

古時殺害人命是刑事犯，本不惹起民事責任。今代立法乃給與嗣續者或其管業者以訴訟行為。

2. 人身的自由 除非法律明白制限，而有司又依相當方令以行法外，隨人有任意行動之權。
3. 家庭婦孺的團聚及管理。
4. 私有財產。

II. 對某人 (in personam)

1. 契約的 (contractual) 此項權利由雙方同意訂定而發生，獨立於先天存在的權利之外。
2. 同契約的 (quasi-contractual) 令某物歸還原主或賠償損失之權利。此項權利由法律課責，用以防止弱肉強食，而至於一方受虧，他方自肥。

3. 信託的 (fiduciary) 使一信託從實事 (in specie, 或 specifically) 方面執行之權。此項權利只為公道法院 (courts of equity) 或公道訴訟法 (proceedings in equity) 所承認。

4. 犯法的 (delictual) 設使先天存在的對一般人的權利被人侵犯，至受損失，當用此項權利以要求賠償。通常稱如此侵犯及損失爲『不法行爲』 (torts)。

(註十五) 譯者按，自然權利 (natural rights) 一名自十六世紀後早成爲法律上通用術語。惟沿用既久，所得理障語極多。滂恩在本文所下之解釋最爲正確明白，亟應留意。茲更引他書所言以資參證，如下文：

“Natural rights mean simply interests which we think ought to be secured; demands which human beings may make which we think ought to be satisfied. It is perfectly true that neither law nor state create them. But it is fatal to all sound thinking to treat them as legal precepts.” 原文引自 Pound,

“The Spirit of Common Law,” 92.

問題研究

- (一) 解釋義務，權利，權力，特權諸名，並一一敘述其所有功能 (functions)。
- (二) 何謂絕對義務？權利亦有絕對的否？
- (三) 指出道德的權利與自然權利之區別。

本節參考書

1. Holland: Jurisprudence, chaps. 7, 8.
2. Markby: Elements of Law §§ 146—158.
3. Salmond: Jurisprudence, §§ 70—73.
4. Korkunov: General Theory of Law § 29.
5. Blackstone: Commentaries, 192—140.

第七節 人

法律上之所謂人 (persons) 係指一般自然的或人爲的整體 (natural or artificial entities) 在其身上法律衣被以感應他人的行爲之權力。大別之有兩類：其一自然人；其二法人 (juristic) 或人爲人 (artificial persons)。在現代法律中，凡是生人均被承認爲自然人，因之，並成爲法律人 (legal person)。誠以今代政治趨於平民政治，故各國法律多許每一自然人以一個法律

的人格 (legal personality)。法人是自然人的集合體，或權利的集合體，甚或物的集合體。此數類集合體本非生人，然爲便利起見，法律待遇之如權利的主體，故謂之人。法人之最要者爲法團 (corporation)。法團有二類：其一是公，如市政府，學區，水渠及水利區 (drainage and irrigation districts)；其二是私，如鐵路公司及一切公用機關以至營業團體均包含在內。法律的人格隨出生而取得，復隨死亡而喪失。此爲通例。然亦有主張嬰孩在胎中卽有權利者；例如，法律書中間或主張凡遺囑及繼承可提及未生之胎兒。但所謂胎兒未生卽可取得權利，不過指胎兒之生產既在數月間，卽不妨保留其承繼權而已。(註十六)至於死亡一義，英美法律分爲兩類：其一自然死亡；其二公權死亡 (civil death)。(註十七)當一人脫離社會，或因屏逐，或因發誓，或因遜跡空門，公權死亡，卽時開始。以事實言，此人尙生；以法律言，此人被看作已死。故北美聯邦中有數邦特以法律規定：凡被判監禁終身者以死亡論。惟此項完全喪失法律人格應與『無能力』(incapacity) 分別清楚。後者儘可享有權利；但仍然不能做出法律有效的行爲，又不能課法律責任於他人，而不盡義務責之。前者遭公權死亡，卽失去其法律相 (legal identity)。舊法律人格實已消滅，將來尙有新人格或

竟無新人格相代，均屬未定。但法律人格尚未動搖的人可失去或未得到法律能力 (capacity) 以作某事或一切事。因之法律常分人爲兩類：其一常態的人 (normal persons)；其二變態的人 (abnormal persons)。前者具有充分能力；後者具有局部或有限能力。古代法律不輕以充分能力與人，故得之者居少數。今代法律反之，常以充分能力與人，多多益善；除有實際上爲自然無能力 (natural incapacities) 者外，法律決不願製造法律的無能力 (legal incapacities)。但此中尚有一例外不可不知，即是，凡已婚婦女在許多法律權限內仍屬無能。然此非今代法律所創造；此實爲古代法律所遺留，今代特沿用之未改耳。在如此區域內，婦女僅得到有限制的契約權力而已。除此之外，法律的無能力與自然無能力一一契合。

以英美法系論，法律的無能力，全部的或局部的，可由下列條件造出。其一，嬰孩及未成年；其二，從夫 (coverture)，(註十八) 卽指已嫁婦女；其三，愚 (idiotcy)，癲 (lunacy)，或癡狂 (insanity)；其四，犯叛逆罪；其五，脫離國籍 (alienage)。

(註十六) 譯者按，此言本諸 Markby: Elements of Law, sections 131-132.

(註十七)譯者按，關於分權死亡，參考 Blackstone: Commentaries, I. 132.

(註十八)譯者按，關於已嫁婦女在法律上之權利，戴雪 (Dicey) 有極總緻的討論，參觀 'Law and Opinion in England,' 373—381.

問題研究

- (一) 人的存在自何時開始，至何時消滅？
- (二) 就中國現行法律立論，提示中國婦女所有法律的無能力之要點。

本節參考書

1. Salmond: Jurisprudence, §§ 109—114.
2. Korkunov: General Theory of Law, § 28.
3. Blackstone: Commentaries, 129—140.

第八節 行爲

權利的第三要素就是事實：事實有二類，即事變（events）與行爲（acts）。法家所謂事變，係指意志外之遭逢；所謂行爲係指由意志發生又爲其所控制的事實。然則行爲只是意志的表示。以行爲作前事，至於干涉法律所承認的利益（人羣，公家，或私家的），因之侵害絕對義務，或與某項權利相對待的義務，斯時必有法律責任隨至以構成此項行爲的結果。劈頭第一問題，即是行爲者究有負責能力否？以英美法律言，同是一人，設使其侵犯絕對義務，可被赦免；設使其侵犯私人權利，必令負責。例如癲狂人侵犯他人的對一般人之權利，法律必罰其不法行爲，但刑事罪可以不問。行爲中又有所謂法律處務（legal transactions）者，其行爲所得之法律責任只以意思爲標準。倘使行爲出於有意，而法律又承認其意思爲有效，即有法律結果隨緣而至。約言之，以意思爲前事，行爲亦可發生後效。法律處務用以創作權利，權力，或特權。只須行爲者之能力爲完全，其處理方式又合規則，法律必加承認，且將執行其意思。舉例言之，可得數事：（一）權利的轉讓及過渡；（二）契約；（三）代理人的委任。以法律處務的能力（capacity for legal transactions）與責任的能力（capacity for responsibility）較，前者被法律所限制較後者爲多。譬如，孩童長及七歲，可以負責任，其未成

年者在十四歲以上二十一歲以下，除非有特別欠缺，必須負責。此為責任的能力所受之限制，至於法律處務的能力則以成年者為限；其未成年者雖自行法律處務亦屬無效。

有意用作法律處務的行為可令有效 (valid)；申言之，法律可依原有行為的用意而承認其效力。同時此項行為又可使無效 (void)，至少亦可使成為無效的可能 (voidable)。倘若無效，此項行為即全無法律的效果 (legal effect)。倘若為無效的可能 (if voidable)，此項行為可有法律的效果，惟至被舉發而止；即使不被舉發，但或因法式上具有缺點，隨時可被攻訐；一被攻訐仍屬無效。凡此種種，其結果足使此項行為不能生法律後效 (legal consequences)。

有意用作法律處務的行為所以可使無效者有數原因：其一，因法律所規定之方式未能全體遵照；其二，因法律認定其所追求之目的為非法；其三，因法律認定其結果足以傷害人羣的或公家的利益，因之，覺得保護公眾利益為重，執行私人的意思為輕。至於此項行為所以有無效的可能性者有二主因：其一，因行為者的能力有缺點；其二，因行為的意思之構成非自由的，非有理性的，或非雙方有利的。倘使雙方之中，其一方被迫或被誘入法律處務之局，任何人於此均有理由以指斥其

爲無效的可能。

問題研究

(一) 區別事變與行爲。

(二) 區別無效(void)與無效的可能(voidable)。

本節參考書

1. Salmond: Jurisprudence, §§ 220—275; 134—149.
2. Holland: Jurisprudence, chap. 8.
3. Story: Equity Jurisprudence, 1, §§ 238—239

第二章 英美法系的歷史

第九節 法律系統

世間主要的法律系統(systems of law)有二：其一爲羅馬法，或稱民法(civil law)；其二爲英美法，或稱常法(common law)。民法創於古代羅馬人，最初只施行於羅馬市(City of Rome)，自後羅馬漸次征服各邦，至於成爲羅馬帝國(the Roman Empire)。其法律之運行區域亦擴大，而成爲帝國法律。既而又以羅馬帝國在彼時實自成一世界，其法律亦即爲古代世界的法律。厥後羅馬亡矣，然而羅馬法不與偕亡。不特不與偕亡，羅馬法且能於十二至十八世紀間，或由吸收，或由接受，構成大陸法系。試徵實言之，羅馬法律今施行於歐洲大陸各國（土耳其亦在內），英國內之蘇格蘭，中美南美洲各國，北美洲加拿大中之魁北克(Quebec)，美國中之路易斯安那(Louis-

siana)；凡其所至無不成爲各國法律的基礎或主要部分。即在法蘭西，西班牙，葡萄牙，荷蘭各國的殖民地，其法律亦以羅馬法爲淵源。常法最初導源於日耳曼部落，其後在十三至十九世紀間爲英國法院所推演，最後隨英國的國勢而散布於全世界。徵實言之，用常法之國家有如英國全國，惟蘇格蘭除外；美國全國，惟路易斯安那，拍托里科 (Porto Rico)，菲律賓羣島除外；加拿大全屬，惟魁北克除外；澳洲全洲；印度全國，惟錫蘭除外。又關及印度人及回教徒繼承法亦除外；英國主要屬邦及殖民地，惟南非洲除外。

常法一名可有四種解釋：(一)在系統方面，用以區別羅馬及英美兩大法系；(二)在造法方面，用以區別由議會立法 (legislation) 而得之法案 (statutes) 及由法院判決 (decision) 而得之例案 (cases)；(三)在淵源方面，用以區別英國舊時高等法院 (superior courts of law) 與美國之同類機關所承認所執行的法規與法理，及英國舊時衡平法院 (Courts of Chancery) 與美國之同類機關所承認所執行的法規與法理；(四)在時代方面，用以區別古代相傳的判決及今代由引用先例而得到的學理。凡此四解皆屬可通；學者必須審察上下文方可決定其用法。本

節所用則爲第一種解釋。

用作第二種解釋時，美國法律有一個基本事實得以說明；即是，除路易斯安那外，北美合衆國各邦所有法律大抵由法院造成，而所有法理又由判決案供給，更依此法理，議會可得立法的原則，法院可得解釋一切法案的工具。美國原爲聯邦國體，全國共分四十八邦，每邦各有議會以專司立法，然而全國法律尙能收一致之效者，實以有此等基本事實之故。由此項法律的一致，美國更收商業的，政治的，及社會的統一。

常法法系在英國的歷史可分五期：（一）諾爾曼征服（the Norman Conquest）前之英國法；（二）常法的發展；（三）公道（equity）的發展；（四）商人慣例（law merchant）；（五）立法改良運動。當依次敘述之於下。

問題研究

（一）現今世界的主要法系爲數有幾？各個主要法系運行於何地。

（二）當羅馬法系盛行於歐洲各國，何以英國獨能自異？當英美法系盛行於用英語的國家，何以蘇格蘭及路易斯安那

獨能自異？

(三) 解釋常法 (Common law) 的意義。

本節參考書

Bryce: *Studies in History and Jurisprudence*, Essays II, XI-XVI.

第十節 諾爾曼征服前之英國法

按實言之，英美法系的歷史應自諾爾曼族入英以後開始敘述。是爲十三世紀但法律史家仍追溯及於諾爾曼征服以前之歷史者，實因常法造端於日耳曼部落而爲盎格魯撒克遜族人所沿用之故。盎格魯撒克遜法律有一要點，(註十九)爲古代法律的特徵，最足注意；卽是，其存在之目的，於今代法律。今代法律爲司直而存在；古代法律卻無如此雄心，只以維持和平爲事。原來古人對於恩怨最爲分明；報仇的決心尤爲堅強；法律當此時只得以制止私鬪及保持秩序爲其天職。今代法律對於報仇復恨必加壓抑；古代法律只有設法收買。試就盎格魯撒克遜法律觀察，此類法律大部

分是和解的法律，內含許多科罰款目，其寬緊不與客觀的受傷程度成比例，卻視主觀的報復觀念爲差別。

概括言之，盎格魯撒克遜的法律具有七個特性，列舉如下：

(一) 此律的起源來自古代風俗，從無記錄。其後有所記錄，不外將此項流風遺俗及其偶然變遷，排比成帙。其用意在於調和各地所有殊風異俗的衝突。原來初民所有保守力極強；他們常領向於法古。若謂國俗亦可更改，他們絕未嘗夢見。萬一時移世變，古法間或必須改革，他們縱接受其實，亦諱言其名。苟有新法，必須託始於古代偉人，不令尋常人易知底蘊。至於昌言改革，不復忌諱，此是後起的意思。此等意思起於何時？起自習慣法成文以後，又起自政治的領域擴大，使殊風異俗有所比較及選擇以後。故當日耳曼人民與羅馬人民接觸時，他們方能第一次覺醒，得到一個感念，以爲古代風俗可以隨羅馬風俗而變革，甚至不妨舍己從人，可以依羅馬所有法規而改善日耳曼風俗。

(二) 此律大概屬於古代典故；其傳述多由口碑。

(三)此律有一定法式十分拘謹。這種特性在古代法律中最高為普遍。緣故有三：第一，古人對於權利的觀感至屬薄弱。所謂權利在古時只胚胎於部落風俗宗教觀念及社會生存的利益中，初民尙未能灼見。蓋就歷史言之，權利的觀念由法吏對於各項事變綜合觀察而得，而在初民時代人類尙無綜觀能力。因之，古代法律只能承認各項形式，在其中風俗有所依附，法院由之可以行使其權力。至於隱在各項形式中之原理，古代法律卻不認識。第二，古代社會本泥古不變，而法律以具有固定性之故，正能適合輿情。因在未法律以前，初民一遇紛爭，只有依俗械鬪，以求解決。而誰勝誰負均為未可定之局，古人苦之。法律當初成時，注重形式，且其形式又有一定，自比尋仇報復之舉動為勝。故法律一制度最受當時歡迎。但初民所能歡迎者只是法律的形式而非其實質。若在此時竟惹起法律的實質問題，而談及權利，初民無知，未能多作抽象思想，必至難得解人。其結果徒滋紛擾。惟法式既屬確定，當不容再有爭端。如此墨守實為最要。若使是非不定，勢必惹起爭端，其結果適足以摧敗法律欲維持和平之目的。第三，古時本無記錄，凡證人或有司所身歷必須記憶，而世代相傳只賴口授。因此之故，強記在此時最屬重要；惟程式與儀節實足以激刺記憶力，使人至死不忘。

(四) 此律少有責效力或執行權力。此蓋因當日國家尙是幼稚，法律更在孕育期間，所有責效力或執行權力自然不能生成。

(五) 此律未嘗區別司法的功能於他種功能以外，故司法行政立法常相混。

(六) 此律的內容甚是簡單：所處理者以親屬律及損傷身命財產者爲限。

(七) 此律純以親族 (kindred) 爲單位；此與今代法律之以個人爲單位者適相反。裁判機關不獨立。管理裁判事務者有四處：(甲) 元老會 (Witan)；(乙) 郡會 (County Courts)；(丙) 區會 (Hundred Courts)。元老會是上議院的前身，由君主召集，以備諮詢。郡會以一伯爵或一主教爲主席，每年二次，郡內公民皆與會。區會每年開會二次。凡會議皆露天，復無記錄，所有與會公民必須記誦議場中所有判案及法律。其後關於土地管業方面，略有改良，卽業主欲將所有權確立者，往往將判案泐石，以垂永久。但此爲例外，其他一切法律事件無記錄如故。

(註十九) 譯者按：滂恩嘗在他處提示三個理想：(一) 和平及安寧；(二) 法古守舊；(三) 發展個性。三者相繼代興，以支配古

今來法律的終局。故在上古時法律用以保持和平；中古時謹守舊章；近古時給與個人以自行其素的極大限度。本節所論者爲

英國古代法律故云。關於此理參考 Pound: The End of Law as Developed in Juristic Thought, 27 Harvard Law Review, 605; 30 Harvard Law Review, 201.

問題研究

- (一) 就社會演進史着想，試求古代法律所以側重維持和平之故。
- (二) 解說盎格魯撒克遜的法律所有七個特性。

本節參考書

1. Pollack: English Law Before the Norman Conquest, 14 Law Quarterly Review.
2. Jenks: Short History of English Law.
3. Thorp: Ancient Laws and Institutes of England.

第十一節 常法的發展

一 君主的和平(註二十)

英美法系的興起及建立實在諾爾曼族入主英國以後。當是時英王常派遣審判員往外處司直，以維持國內和平。原來在盎格魯撒克遜法律中君主未嘗干預平常爭訟，故平常爭訟多由地方官吏自行處理。但在君主和平被擾及之際，英王即可以地方之請派專使代為處理。是為君主自行派遣審判員之始。其後此等審判員即以君主的名義，漸次與聞各種訟獄事件。於是全國乃漸有整齊劃一的法律。倘使不有此舉，盎格魯撒克遜法律或且消滅已久。蓋當十四五世紀時羅馬法律學復興，歐洲大陸各國先後舍棄固有法律而採用羅馬法系，英國或將從同而不能自外。

在遠古社會中，約束人類行為的組織不是國家；卻是氏族（clan）。前者為一政治組織，在當時無多大能力；後者以血統關係而結合，其維繫較為強固。自國家日益發展，氏族日益衰耗，卒至前者起而後者仆。當彼此競爭時，國家常運用三種工具以推廣其權威：第一，國家限制自行報仇之舉動。從前一人受害，合族相與報仇；現在遇爭鬪事起，國家多勒令受害人赴法院陳訴，不許私自報復。第二，國家分別各項罪過，定為等差，復劃開一部分罪過，定為公罪，由國家直接處理。第三，國家用政府的權威，承認某種和平，加以維護，不許侵犯。譬如，規定在某時某地或某人身上不許血鬪，於是無論

個人或其親屬均不能加害；倘有加害，即以擾亂和平治罪。君主的和平 (king's peace) 卽是一例。最初君主的和平之外，並有寺院的和平，公衆地方——如公民會議 (gemot or assembly of freemen) 如市場，如森林，如節期，如城市 (borough or walled town)——的和平。在此類和平的範圍內，何人均可逃入避難；一經逃入，此人卽得安全。試徵實言之，君主的和平可以自保生命，可待論，其他臣僕的生命亦可保全。甚至在御前，在宮內，在加冕期間，均禁止血鬪。倘有違反，卽視同冒犯君主，隨時可陳請干涉。其後君權益盛，君主的和平愈擴大，卒至將別種和平概行吸收。譬如，從前個人受君主的和平之保護者只有臣僕，其後漸及臣僕外之某人，以至某色某種人等。從前地方受君主的和平之保護者只有自羅馬人征服英國時所遺留的四條國道；稍後漸及自城市出發的道路及軍路；再後及全國道路；最後更及全國境域。於是，凡在國內任何用武及暴行的罪過均視同破壞君主的和平，可歸法庭審判。其後更推類至盡言之，凡用武力解決私仇卽屬破壞君主的和平，隨時可陳請欽派審判員治罪。

二 君主的命令狀 (註二十一)

當人民籲請伸雪時，英王隨即發出文書與郡守或其他相當官吏，使之執行命令。上古行政與司令的功能並不明；因之，君主的命令狀 (king's writ) 可用以處理政務，亦可用以處理司法。行之既久，乃有一種關於司法的命令狀發生；其後程式日趨嚴謹，範圍遂得確定。凡有一項命令狀，即明示法院以正確的救濟手續。故在英美國家中此類命令狀實為保障人權的重要制度。

三 王庭

王庭 (king's court) 在拉丁語寫作 *curia regis*，其義最初解作君主所居，為大臣處理王室事務之所。古時英王常在宮內後庭辦公事，接見臣屬，於是『庭見』 (received at court) 一語。此語漸次引伸為行政中心 (center of administration)，於是君主在內與否均可不論。故凡外國公使來駐英國，謂之代表某國到聖詹姆士的後庭 (court of St. James)，其意即指英政府。最後王庭一名詞復與法庭同解，則以司法在斯時已成為英王的一主要工作，而所有判決又以君主名義執行故也。

當亨利第二 (Henry II) 主治的末後數年 (一一五四——一一八九) 國家漸能統一，王

庭因之漸能推行國法。於是王庭所用之法理漸形成一部規矩，其後不但爲後來判決的根據，且爲全國最尊法律。既而事務漸繁，王庭乃不得不漸次分化，共成三部：一、對付關於擾亂君主的和平之舉動，是爲刑事訴訟；二、處理關於土地及債務的取償，是爲財產訴訟；三、追收逋賦，是爲國課訴訟。第一部案件照例須君主親審，故法庭所在地不能一定，惟隨英王所至而設立。第二部案件的裁判所通常稱爲『公訴』(common pleas)；公訴的所在地必須定實。所以大憲章(Magna Charta)載明：『公訴不追蹤御駕；應設立於一定地方。』由此遂有特別法庭，並設之於韋斯敏斯德(Westminster)地方。其他二部後來亦因隨處遷移，深感不便。卒在愛德華第一(Edward I) 主治時代(1190—1199)高等法院三所分別建立：其一爲御審院(Court of King's Bench)；其二爲公訴院；其三爲國課院(Court of Exchequer)。其始每院分離，各有一定權限；其後互相混合，同具有常法法院的功能。但尚有例外：(一)惟御審院可以發出特權狀(prerogative writs)，如令行狀(mandamus)，權力證明狀(quo warranto)等。(二)惟御審院可以受理刑事訴訟。(三)惟國課院可以受理公道訴訟。至於三大法庭的權限所以日趨齊一之故，實由三種法

院的審判員俱賴訟費供給。欲求多量訟費，必須伸張受理訴訟之範圍；欲伸張受理訴訟之範圍，必須擴大權限。三方並進，殊途同歸，乃有此結果。

受理上訴的權限本爲御審法院，國庫法院，上議院（House of Lords）所同有。至於常法院則以用謬誤狀（writ of error）而審察下級法院之記錄，然後斷定其進行程序是否錯誤爲限。故御審院，其始在事實上，其後在理論上，代表英君出席親審（king in person）；上議院在理論上代表王在議院（king in parliament）；以是之故，兩者均有權限以再審公訴院的判決。國庫法院（Court of Exchequer Chamber）以三個常法院之審判員合組構成，可用謬誤狀通知及提審公訴院，國課法院（Court of Exchequer）的判案。最後有上議院不特可以檢舉御審院之謬誤，亦可以檢舉國庫法院之謬誤。由此觀之，英國法院系統的紊亂幾乎不可究詰。迨至一八七五年，政府執行一八七三年國會所通過之最高法院制度法案（二十二）將一切上訴機關，除上議院外，如公訴院，如御審院，國課法院，國庫法院，以至衡平法院（Court of Chancery），繼承及離婚法院（Court of Probate and Divorce），海軍法院（Admiralty Courts），合併爲一，並定名爲大

理院 (Supreme Court of Judicature) 大理院分爲兩部：其一爲高等法院 (High Court of Justice) 處理初審案件；其二爲控訴院，受理再審案件。高等法院再分三部：(一) 御審庭；(二) 衡平庭；(三) 繼承離婚海軍之庭。自經此次改革之後，英國的司法制度乃有彈性，復有效實。

在美國各邦中，司法制度最初亦有分權傾向。故有一常法法院，係模倣英國之御審院而設；又有一公道法院 (court of equity) 係模倣衡平法院而設。此外尚有繼承法院 (probate courts) 更有一控訴院 (court of errors or court of appeals) 以卓立於各級法院之上。控訴院爲終審機關，其組織有倣效英國上議院者，又有倣效美國聯邦政府之大理院 (Supreme Court of the United States) 者。自一七八九年聯邦司法機關案 (Federal Judiciary Act of 1789) 通過後，各邦爭相模倣，其通常方法係將常法的案件及公道案件，當初審時，令一法院或同屬一系之各級法院，盡數受理。至於將公道法院與常法法院依然分開不使相混者四十八邦中現在尚有五邦。

四 國俗 (註二十三)

自諾爾曼族入主英格蘭後，所有島內封建國家盡被吞併，又盡被吸收。於是全國在政治上已

收統一之效。惟有多數地方法庭 (local courts)，設立於盎格魯撒克遜時代，或更早時代，依然施行本地所有習慣法。地方不同，法院所施行之法律即不相同。由此可見法律統一遠在政治統一之後。法律不統一，殊風異俗到處存在，大足爲全國統一之梗。英王憂之，乃謀漸次推廣王庭 (King's courts) 於全國。當其始立時，法吏爲執行便利起見，自然不能不施行一種普通習慣法 (general customary law)。此項習慣法即爲全國共有的風俗 (custom of the whole kingdom)，又爲英國的常法 (common law)。『常法』一名詞本來在基督教中早已沿用，其義在於指示普天寺院的普通教規 (General law of the universal church)，以別於某地或領域所有特殊風俗。常法在宗教上作如此用法至有正當理由，因爲當時所謂普天寺院即是加特力寺院 (Catholic Church)，又即是基督舊教的寺院。自羅馬帝國定基督教爲國教以後，在宗教革命以前，加特力寺院即成爲各國的國立寺院，英國亦在其內。故寺院的風習自成爲普通教規。今茲引用此術語於政治中卻別有用意，因爲在事實上英國在當時並無全國通行的風俗；若曰有之，惟賴王庭盡力推行判案的一宗習用程式 (body of customary modes of decision)。每遇一新案發生，審判員即須

先審度何爲公共風俗，所求既得，然後依之以判決是案。嗣後有同樣案件繼起，審判員再根據前例，依式判斷。行之既久，此類例案遂成通常國俗（*common custom of the realm*）。國俗在此地實視同一部通行法規；此爲行政便利不得不爾。以王庭的審判員與地方法院的審判員較，無論在學識上，執法權上，行法的實效上，前者均較後者爲勝。故王庭的權限日見擴大，地方法院的權限日見縮小，甚至消滅。於是英王的直道遂得漸次推行及於全國。

五 先例及成案法（註二十四）

自羅馬帝國崩潰於西歐，各國法庭與英國地方法庭具有同樣傾向，卽是，各採用本地習慣法以決獄。在第十二世紀時，意大利國中之大學，羣作文藝復興運動，就中尤以古代羅馬法的研究爲盛極一時。風聲所播，各國從同。其始古代羅馬法以大學爲中心，只供學者探討；既而由大學而傳入法院，由法律學生而感應法吏，古代羅馬法遂有駸駸復興之勢。主要原因有二端：第一，新社會發生，本地習慣法，非凌亂卽紛歧，不足以應世變；第二，各國上訴法院內常以曾習羅馬法於各大學者爲審判員，其判決均依據羅馬法原理，因之，下級法院翕然從風。基此二因，古代羅馬法遂代用歐洲大

陸各國特殊習法，而成爲大陸法系 (continental legal system)。

在大陸法系將成未成之際，英國法院獨與大陸各國法院分途。蓋自諾爾曼入主，王庭漸代地方法院而興。因之，王庭高踞中央法庭之地位，漸能集中司法行政。迨至羅馬法復興，王庭已確立基礎，不受牽動。嗣後羅馬法盛行於大陸，英國已自有其法律系統，是爲常法法系 (common law system)。其結果：大陸各國藉羅馬法而統一其國內特殊風俗；英國藉常法而統一地方的特殊習慣法。兩者可謂殊途而同歸。

至於英國法院所以有如此成功之由，全賴重視先例 (precedent)，復以先例爲工具而造出成案法 (case law)。此爲英國法與羅馬法不同之特點。羅馬法重原理，故能供給審判員以類推方法。英國法重成案，不自將判決所依據之原理翹示。求之之法：惟賴法學生在故紙堆中勤求先例；先例既得，然後在成案中紬繹其相似原理；原理既得，然後將新舊案情比較而尋出類推方法；方法既得，然後應用於新生事變上以下判決。以是之故，英國法吏乃能於未嘗存在的常法之外創造法律。所以常法又名判官所造的法 (judge-made law)。

遠在一三〇四年，成案的重要早已有人明白。當時有一律師，在辯護之際，陳請法庭注意自己的判決。其意以爲某案若如此判斷，不特確定本案之命運，且使後來的無數同類案件不能逃此先例。自是之後，法院折獄，時聞引用成案。最初引用成案只限於事實，其後漸次伸張及於法律的意見。在亨利第三主治之世（一二一六——一二二二）柏拉頓（Bracton）任公訴院審判員，在生時嘗將當日判決，錄入日記，死後，此日記成爲一部先例的彙書。學生律師得之稱便。後代律師做其意，各將出庭時所得事實，法律爭點，與判決，錄成報告；年終，印之成帙，名爲年鑑（Year Book）。蓋自愛德華第一（一二七四——一三〇七）以至亨利第八（一五〇九——一五四七）法院賴有年鑑，以得不斷的成案報告。自亨利第八後，年鑑停刊，更有著名律師，私自廣續此業，書成，卽以編者之名作書名。在十八世紀時，判決報告定爲專門專業；筆記人由律師公會會員專任。於是，各法院自有報告判決的彙書。最後在一八六五年，律師公會更進一步，選舉人員，組織法律委員會（Council of Law），以專司報告。其在美國，最初報告判決亦由著名律師擔任，積書成帙，卽由本人付印，或由他人於其死後代集資刊行。嗣後邦政府多重視此事，不願再假手他人，故除聯邦巡按院（Federal

Circuit Court of Appeal) 外，所有上訴機關均委法吏，彙錄司法的判決以報告於社會。

由上文所論述，可得到一原則；即是，司法的判決可成先例，先例具有約束新生案件的權威。此原則實為英美法系所特有。試以大陸法系論，一件判決只為一件訟案而發；其結果，此項判決即對於此案生效力；惟只對於此案生效力。除此之外，若求其再有何種力量，只得於其合理合法中求之。雖則歐洲大陸法院近來似有重視判決的傾向，然所謂重視，亦不過與英美法院之對於法律教科書者齊等。前者從不相信司法判決具有若何束縛後起案件的權威。後者則反是。凡一法律爭點，經法庭判決後，即確實成立如國會所通過的法案。後來法官對於相似訟案，必須引其原理為根據。因之，成案法的基礎並非建築於心理學所有聯想的定律 (psychological law of association) 之上；換言之，法院當斷案時，並不因聯想作用，偶爾追憶舊案，復不因習慣作用以至於不得不率循舊章。其實在未下判決之先，法吏嘗勤於搜討成案，即欲尋出潛藏個中之常法的原理；法理既得，然後由法院以判決書宣示應用的規矩。然則成案法的基礎實不外建築於法律經驗之上而已。至於論及成案法的約束權威之大小若何，則視法院的地位與此項判決的理解力而定。地位愈高者法院的

權威愈大；此則盡人皆知，無須深論。若夫理解力至強者，其成案不特足以約束本國法院，且足以約束他國法院。所以美國法院折獄，往往援用英國、本國、加拿大、澳洲以至印度所下的判決。

世人不察，間有對於此原則加以抨擊。殊不知在大陸國家中雖無成案法，然而羅馬法實不曾已代其法律建築下層基礎。有此基礎，然後各國法院能依據羅馬法之原則以決疑折獄。英美法系自中世紀時既屏棄羅馬法而不用，其法院當不能更輕視成案。故在萬卷以上之報告中，英美法吏得以聞見前人排難解紛的實際經驗，審知逐一規矩或原理如何成立，更受用此項實際經驗而不須盲進。然則成案法之效用至為宏大，自可概見。歷來立法原不通屬於試驗性質，立法者不應鹵莽從事。近世自代議政制盛行，議士始輕於立法。惟在法令頻立之國家，法律的收效至為微末。英美法院深明此理，故以歷代所有法律經驗而造成常法。而且律師於執行職務時應用法律，亦可以得到極大利益。蓋既有事實置於目前，又有成案在胸際，律師自能忠實地為人辯護，毫無疑難。由此觀之，成案法及先例足以產生法律的確定性（certainty）；雖有許多極詳細及極明白的立法亦不能及。

六 陪審制度

有一制度焉，其推行足使民間訴訟去地方法庭而歸王庭，因之，常法系統得以確立於英國。是爲陪審制度 (Jury)。陪審制度的運用實爲英美法系之優點。欲明此理，請列舉古代審判方式，以資比較。(註二十五)

因爲古代法律只用以維持和平，又因爲討論或辯駁適足以惹起紛擾，當時審訊方式自然是十分粗拙與古板。試徵諸古代日耳曼法律。在此律，折獄工夫常分二段：其一爲陳述爭端；其二爲審訊。最初，兩方各依固定方式以羅列爭點；其繼，聽訟者同依固定方式以測定是案有無，可以審訊之處，及如何審訊。測定的程序既過，審訊於是開始。但所謂審訊，並非偵察事實，只用機械方式以求神意所在。機械方式爲何？列舉言之：有以發誓審訊；有以人證審訊；有以問神審訊；又有以決鬪審訊。被審人帶同三數貴人出庭，使之發誓以代申辯。所發之誓並非用以證明爭端是實，只用以保證被訊人爲可靠，及用以保證本人所發誓之語是真。此爲發誓審訊 (trial by compurgation)。至於證人出庭，始則重述被審人所已言，終則發誓證明其所言是實。此爲證人審訊 (trial by witness)。被審人當審訊時取出特許證書或記錄，以示審判員，卽以證明其爭點是真。此爲文書審訊 (trial

by charter or record)。此外更有問神審訊 (trial by ordeal)，共分四個方式：(1) 用冷水；(2) 用熱水；(3) 用烘鐵；(4) 用吞食。在採用任一方式之先，必須舉行隆重典禮，求神作主。首述冷水方式：此式投被審人於水中以徵神意。倘若有罪，此人必遭神棄；倘若無罪，此人將被神承受。故一投水而即沈者可獲勝訴。次述用熱水方式：此式令被審人插手入熱水中取出一石以徵神意。出水後，以布裹手凡三日；倘使傷痕全愈，此人得勝訴；倘使轉變紅腫，此人得敗訴。其三用烘鐵方式：先使被審人以手持烘鐵步行九尺，然後裹傷；至於有罪或無罪的測定一依前式。其四吞食方式更爲簡單，只使被審人一口吞食一安士重的麵包或乾酪便足。倘使吞食時咽喉，此人有罪；反是則否。凡此方式，無論其用冷水、熱水、烘鐵或吞食，均屬於問神審訊。最終更有決鬪審訊 (trial by battle)。此爲諾爾曼族所有古俗，蓋隨諾爾曼族入主而傳於英國。雙方各持長棍，入較場比武，自破曉至星現，或至一方願負而止。倘使雙方中有一爲女子或殘廢，可以親屬作代。兩方決鬥，敗者即得敗訴。在爭訟時，如有一方因佐證不足，尚須以事實證明，審判員可限定取勝時間，然後決賽。萬一過時不能取勝，受時間限制者以失敗論，即得敗訴。

於上列各類粗拙及古板的審訊方式之外，王庭加入陪審制度。原來陪審制度創於佛蘭克王室 (Frankish kings)，用以追索王賦；羅馬總督借用之，以追收逋賦爲事。今日法警每逢土地拍賣或徵收時常召集估價人共同審察與定價；此卽爲陪審制度所遺原意。自諾爾曼入主英國，此制始相隨俱來。其始陪審制度用爲一切行政手續；凡英王欲知某地狀況，卽召居民詢問；若有所答，其人必須發誓證實。降及亨利第二 (一一一四——一一八九)，此制旋被專用爲司法手續，而成爲審訊方式之一。是爲陪審審訊 (trial by jury)。初時陪審審訊尙屬簡陋；陪審人有所陳述，僅從耳聞目見得來。稍後陪審員不復從旁作證，專任陪審。名稱依舊；制度全變。惟有陪審員須自鄰里選出，尙存遺跡。降至十九世紀，更由法律規定，凡陪審員的判決只以事實爲限，而不問及法律。由此可見今世所有陪審制度實經長時間演進。然而就現制觀察，尙不免有二缺點：其一是太費；其二是稽延。但無論如何，此制終可稱爲一個正當審訊方式。況且由此制產生之幾個方法，例如口試 (oral examination) 及盤駁證人 (cross examination of witness) 足以究詰情僞，不使遁逃，至爲可貴。故陪審制度之運用有功於英美法系不少。切實言之，其功僅稍遜於先例的原則 (doctrine of

七、法律獨尊(註二十七)

常法所盡力推行者有兩個思想：其一，人人法律上平等；其二，人人服從同一法律。任何官吏對於非法行為須與平民負同一責任，並受同一法庭裁判。縱令執行公務而至於越權傷人，其行為視同私人行為，一律治罪，且同由普通法院依尋常法律手續一樣處理。法院初不因其為官吏而稍恕；亦不因其行事為奉公而稍縱。其在北美合衆國，聯邦政府與各邦政府均有成文憲法，普通法院更負一極大責任；即是，當處理私人訴訟時，法院除司理直道外，兼有護憲之責。因為憲法是根本大法，高於一切法律，任何法律不得與之牴觸。若有牴觸，法院可宣告是項法律為無效，所以每當折獄時，法官可因人請求而判斷立法機關所通過的某法案之合法問題。其進程序如下：第一，根據憲法以審查此法案；第二，測定立法機關於制定此法案時曾否踰越憲法所賦予之權限；第三，就其所得結果而宣告之為有效 (valid) 或無效 (void)。

由上文所述，雖以行政官吏之貴，立法機關之高，亦不能不受法律約束。然則法律之尊嚴為何

如不寧惟是，即國家自身亦須受裁成於法律。此意導源於古代日耳曼法律。古代日耳曼人以爲法律先於國家，又高於國家；英人沿用此意至今未改。因之，大憲章（一二一五年）所載限制君主之行為條款，可視爲一種重要提示。故常法法家布拉頓（Bracton）直謂君主在上帝與法律之下而主治，正非無因。試以實事證明。在十四世紀時，御審院以王室所派出的收租人未有拘票，不許此人扣留佃農的耕牛；又以赦罪的手續不合之故，不承認英王囑咐警長使不懲辦一犯人之書信爲有效。至於赦罪的手續，第一，原信必須蓋璽；第二，必須送往法院；第三，必須由法院據信出狀與警吏。三者有一不備，赦免即不能執行。又在十七世紀時，司徒亞王室（Stuart Kings）嘗與法院爭執。英王以爲君權係由神授，故君主是獨尊；法院則以爲常法的起源實來自年湮代遠的風俗，即遠在英國未有君主之前，理應君民共守；萬一君主違法，法院當有權過問。此項爭訟互八十九年（一六〇〇—一六八九）方息，而勝利卒歸於法院。又在此八十九年間，君主不但與法院相爭，且與議院相爭。其結果：君主不特敗於法院，復敗於議院。當是時，議院之氣燄甚張，威權甚盛，所以法院嘗欲得宣告法案無效之權力，卒不能通過。但降至十八世紀時，常法傳入美國後，關於此項權力卻得相當的發

展。此蓋因在殖民時期 (colonial period) 殖民地法院常根據殖民地憲章 (colonial charters) 以審問本地法令，至獨立時期，此意尙爲創憲人 (Fathers of Constitution) 所深悉。故在一七八八年聯邦憲法中特插入此義。於是美國法院遂因此取得憲法監護人之頭銜。(註二十八)

法律獨尊的原則 (doctrine of supremacy of law) 爲英美法系所獨有。在羅馬法系國家中，立法機關之法案惟原有機關可以廢止，行政機關之政治行爲，惟平政院 (administrative tribunals) 可以審問。所以法律獨尊之旨可視爲王庭推行常法的最後成績。此項成績實建樹於十七世紀，已如上述。當是時，常法在王庭推行之下所有的發展所謂產於最高度。自此之後，常法尙有新發展；主要的是：(一) 衡平法院及公道的演進；(二) 商法；(三) 十九世紀的立法改良運動。此等新發展有三大貢獻：其一，供給法律以彈性及寬裕度量；其二，今代化英美法律；其三，適應英美兩國的新社會變革。

(註二十) 譯者按，維持君主的和平之法律盛行於中世紀以後，至今尙有各種侵擾和平之罰則存在，可以考究。參看 (一)

Howard: *The King's Peace and the Local Peace Magistracy*; (2) Henderson: *Historical Documents of*

the Middle Ages:

(註二十一)譯者按，茲將狀文一通抄錄以示例，如下：

Abbot of St. Edmund V. Abbot of Peterborough

“William, King of England to the Abbot of Peterborough, Greeting: I command and require you that you permit the Abbot of St. Edmund to receive sufficient stones for his church, as he has had hitherto, and that you cause him no more hindrance in drawing stone to the water, as you have heretofore done. Witness the Bishop of Durham.”

(註二十二)譯者按，此項法案分兩次通過。其一在一八七三年通過者爲原案，題曰：“The Supreme Court of Judicature Act,” 1873。其在一八七五年通過者爲修正案，題曰：“The Supreme Court of Judicature Act,” 1875。兩者均屬重要，必須參考。

(註二十三)譯者按，國俗是不成文的常法，卽爲英美法系的泉源。參考 (1) Blackstone, Commentaries, 1, 67. (2)

Bracton (Twiss's translation), Book I Chap. 1.

(註二十四)譯者按，關於先例及成案法之重要，參考 (1) Pollock: *Essays in Jurisprudence and Ethics*, 237-216. (2) Dillon: *Laws and Jurisprudence of England and America*, 231-233.

(註二十五)譯者按，本節敘述古代審訊方式，行文簡約，學者欲得其詳，可讀 Bigelow: *History of Procedure in England*, Chap. 9.

(註二十六)譯者按，關於陪審制度之演進及其長處所在，Wigmore 所論述最爲詳明。見他的“*Evidence*” 1, sect. 8. 此書著者爲美國現代法學大師，采證學得其貢獻不少。

(註二十七)譯者按，法律獨尊之旨，戴雪論之甚明澈。見 Dicey: *Law of the Constitution*, Chap. 4.

(註二十八)譯者按，美國法院有解釋憲法之特權，復依此特權以判決國會的法案爲有效或無效。此實爲美國法院的特性，而造成所謂『法院獨尊』的原則。參考 Haine: *The American Doctrine of Judicial Supremacy*.

問題研究

- (一) 何謂成案法 (case law)? 解釋常法的先例原則。何以羅馬法無此原則，惟常法有之?
- (二) 陪審制度如何造端? 此制度的發展共有幾個時期?

本節參考書

1. Pollock: *Essays in Jurisprudence and Ethics*, 237-261.
2. Markby: *Elements of Law*, §§ 95-99.
3. Pollock and Maitland: *History of English Law*, 2 vols.
4. Holdsworth: *History of English Law*, 3 vols.
5. *Select Essays in Anglo-American Legal History*, 3 vols.

第十二節 公道的發展

當常法自成一系時，又當各國法律自成一系時，法律手續日趨繁重，不便運用。此為自然的傾向，因為所有制度在系統化的過程中必先硬化；又因一致（uniformity）與確定（certainty）是初民法律的要需，推行既久，法律遂形成硬性。其結果：法律變成機械一般，不但難以運用，且失去司直的效力。

在此時期，法律的長處是富於固定性 (stability)；其短處是缺乏變易性 (changeability)。(註二十九) 於是軟性與寬大性成爲法律第二要需。救濟之方法有三：其一是假定 (fictions)；此爲初民法律所有一種粗拙工具。由此工具法律的實質雖被改變，然而法律的形式尙可保存。因之人民幾不能覺察此等改革而毫無抗爭。然此法只可用以改良法律手續與變易小節，而不足以應改造法律的要需。故其二爲公道 (equity)。關於公道一名，法律史家有特殊解釋，卽如梅因 (Maine) 所言：『公道爲一部特別法規，與普通法規同時並行。公道不特有特殊原理以爲其基礎，且有特殊責效力 (sanctity) 立於其背後；故往往欲代普通法律而興起。如此一部規則嘗崛起於羅馬法及英國法中，實爲促進原有法律的自由化及今代化的重要工具。由此工具，此兩種法律遂能成爲世界兩大法系。在實際上觀察，公道不過是一個普假定，較之上文所述之假定，範圍更大，手段更猛。本來以理論言，或以名義言，自有公道推行，原有法規未嘗改變，且無人敢將其改變。不過以事實言，自有公道與原有法律並行不悖，前者實時時能改正後者，且能改良一切司法行政，而去其冷酷的流弊。其三，則爲立法。以今代世變之急劇，立法 (legislation) 實爲適應世變的主要工具，不可缺少。惟

在昔時立法的功用既未顯著，假定又無多大能力，得公道以爲原有法律的輔助，既不須毀法以造法，又能解除法律的機械性，自是難能可貴。（註三十）

茲請就常法的需要立論。當常法系統將達於成熟時期，共有四缺點暴露，必須改正：第一，常法關於田產所有權的規定，其程式太過古板；法院當執行法律時又只能承認合法式的管業人，是以百弊橫生。第二，各類特權的命令狀均具有硬性，其法律行爲只能在極狹範圍內運行，因之不能應付新事變。第三，常法的唯一審訊方式，即陪審制度，不能適用於許多訟案。舉例明之，則有法院須監視繼續的行爲之案；須監督受託人執行其所受委託之案；須巡迴視察慈善事業的進行之案；須稽核繁雜賬目之案；須調處多方面爭訟之案。第四，除各類特權命令狀外，常法法院缺乏號令官吏能力，即使之務行某事或不行某事，以達到法律目的。

惟其如是，英國法律史中遂有公道的造端及發展。先是，古代日耳曼法律嘗載明：『君主親臨折獄與尋常法院不同；即是，前者可運用其較大權力，以施行較多權利與較合直道的原理。君主可以不受法律的格式所拘，即爲所拘，亦不與普通法院的受約束同程度。換言之，他可以依公道而裁

判。』然則公道的起源甚遠，蓋來自古代日耳曼部落。其次，盎格魯撒克遜法律亦有下文記載：『倘若普通法律太過嚴酷，可向君主求平反。』誠以在理論上言，英君是直道的源泉（*fountain of justice*）；在事實上言，英王於一六八八年即光明革命以前，屢次停止議院所立法案對於特種案件的運行，以免私人受累，復屢次停止常法法規對於特種案件的實施，一以援助個人，二以救濟法律之窮。此等舉動爲衡平法院（*Court of Chancery*）的先驅，因之，爲公道系統（*system of equity*）的開始。公道系統，自此之後，與常法系統並行不悖。最初，兩者的施行權同屬英王，其後漸次分立，復漸次脫離君權而自成系統。故自常法歸欽派審判員所執掌，並歸王庭所行使後，公道系統尙留英王的掌握中。英王實用之以應世變而判決特殊案件。惟得之者不能看作權利而要求；授之者只可看作特典而給與。凡人民欲得此項特典，須向英君，或御前會議或議院請求。自樞密院（*chancery*）設官，一因其爲『君主的良心保護者』（*keeper of the king's conscience*）；一因其掌理王室司法事務，關於公道之請願通常只向樞密使（*chancellor*）陳請。迨至愛德華第三（1311—1377）主治，英王下令規定所有公道案件（*equity cases*）俱歸樞密使受

理。於是衡平法院 (court of chancery) 應需要而成立，在其中樞密使實代英君行使他的非常法律權 (extraordinary jurisdiction) 正與常法判官行使他的尋常法律權 (ordinary jurisdiction) 相等。

嘗行使司法職權之始，衡平法院並無系統，亦無制限。試舉一例爲證：在亨利第五（一四一三——一四二二）之世，有一退伍戰士，向法院請求主持公道，在其請願書中此人具陳嘗入伍爲戰士，嘗因參加英法戰爭而受傷，又嘗因參加王姊的戰務而受傷。樞密使卒爲之受理。諸如此類，不一而足。以是之故，衡平法院極招妒忌。於是在一三九〇年至一四五三年間議院通過限制其法律權。凡十次。徒以維持直道的需要之故，衡平法院得以行使其職權不受牽制。最後，歷任樞密使皆感覺先例的重要，不斷地採用此原則；於是公道系統得以徐成，法律的一致 (legal uniformity) 得以實現。公道與常法卒能相助爲理，共司直道。惟在應用時公道的範圍較常法的範圍爲廣而已。此蓋因在公道系統內自有一原則是；只須訟案的基本條件相同，已定的原理當時常應用。

在英國中公道系統，至十九世紀可謂完全成立；在美國中，自得肯德 (Kent) 任紐約邦衡平

法院院長，多所貢獻，公道系統益臻美善之境。

(註二十九)譯者按，滂恩嘗謂：凡法律系統之號稱良善者，必具有兩特性：其一固定；其二變易。必有前者，然後法律足以取信，而施行有效。必有後者，然後法律足以隨時代而進化；所謂窮則變，變則通是也。古今來所有法律思想，雖多有異同，然實不外極力謀所以調和及解決此兩個矛盾事實而已。見 Pound: *Interpretations of Legal History*, Chap. 1.

(註三十)譯者按，梅因嘗謂：假定，公道，立法三者為改造法律之工具。自其歷史的次序言之，大抵先有假定，次有公道。自其效用的大小言之，其次序適相反。參考 Maine: *Ancient Law*, 23.

問題研究

- (一) 試就歷史實例立論，證明法律須具有固定性與變易性之理由。
- (二) 解釋改進法律之三種工具。
- (三) 衡平法院，當其初成立時，本無系統，亦無一定法律權限。何以入後乃有一公道系統成立於英國？

本節參考書

1. Maitland: *Equity*.

2. Kelly: History of Equity.

3. Spence: History of the Equitable Jurisdiction of the Court of Chancery.

第十三節 商人慣例

商業訴訟在英國中以十七世紀開始發生，至十八世紀而大增。當是時，立法權限尙未能盡量行使，故無新法案以彌缺憾；司法權限雖經常法法院完全運用，然仍苦無成案法可援。於無可設法之中，常法法吏乃搜求商事習慣及專家見聞，以判決此類訟案。行之既久，遂成一部商業慣例，並通用於歐洲西部。原來在中世紀時，商人自爲一階級，故普通法律對於商業訴訟多不適用；商人又多屬外籍，行止不定，故各國常專設法院以受理其訟案。（註三十一）但降及十八世紀，商業在英國既佔如許重要位置，國人自不容漠視。常法法院不得已仍倚重先例的原則以爲解決方法。其進程有如下述：第一，凡遇訟案發生，須搜求商事習慣；第二，判決；第三，判決成案可成先例，應以類推法引用。惟其如是，商人風習乃一變而成法院決獄的先例，而由此方法所得到之判決便爲成案。由此可見商

法成立的過程正與常法成立的過程無異。

商法的發展至光榮革命（一六八八年）尙未完全，未幾傳入美國，復受美國法院促進，至十九世紀而燦然大備。以現代法律言，票據法及保險法實代表從前商法之大部分。

（註三十一）譯者按，在中世紀時，歐洲有三個階級的人民，不受國法約束：其一，僧侶；其二，猶太人；其三，商人。以英國言，商法之成立不但足以促進商業，且有以光大常法。欲知個中關係，學者可讀（1）Carter: *Early History of the Law Merchant in England*, 17 *Law Quarterly Review*, (2) *Life of Lord Mansfield*, in *Campbell, Lives of the Chief Justice*, 3 ed. 111

問題研究

- （一）商法的淵源從何處來？並取之以與常法的淵源相比較。
- （二）說明先例的原則如何在商法應用？並述其推理程序。
- （三）在今代法律中，何者自商法得來？

本節參考書

1. Blackstone: Commentaries 1, 75, (1765)
2. Christians Note to Blackstone, Commentaries 1, 75 (1803).
3. Woodesson: Lectures on the Law of England, III 53

第十四節 立法改良運動

常法法系的今代化實開始於衡平法院，中繼於商法，而殿後於立法改良運動。後者所佔時期約自一七七六年起至一八七五年止。所以言其開始於一七七六年者有二理由：其一，邊沁 (Jeremy Bentham, 1748-1835) 英國改良法律倡導者，適在是年印行其名著之第一冊。(註三十二) 自此書出，英國人民始覺悟英國法律之落伍，必須改革以應世變。其二，美國在是年向英國宣告獨立，因是，聯邦議會及各邦議會各能盡其所長，向前猛進，以求法律上之解放。至於結束時期似乎不易確定，不過英國的司法制度改造法案 (Judicature Act) 雖在一八七三年通過，實在一八七五年實行。司法制度改造案之成立實爲立法改良運動之最大成功。此舉適與美國聯邦議會所有

關於法律事件之立法的變革相符合，而爲時亦相距不遠。自此時後，兩國所有立法改良之運動仍然繼續，但已不復需用前日的徹底改造手段。目前最著的傾向實超於編纂與解詁；故變革之傾向已日見減少。雖然，自經濟革命，英美兩國的社會已不能保持舊有秩序。因之，在如此新社會秩序的進程中，全國所要求最急者實爲社會立法（social legislation）。而社會立法的成立，當然有以變易常法的原則及規矩，此則無可避免。至於變易後所發生之新時代，其成就將爲如何，則以爲時尚淺，我們不能預料，自然不便臆說。

（註三十二）譯者按，邊沁之書名曰“*A Fragment on Government*”，當此書未出世時，英國人多惑於 Blackstone 之言，謂英國法律早在愛德華第一之世（一二七四—一三二六）達於完全之域。邊沁大不以爲然，特著書非難之，並於書中提示立法改良之原理，及指出立法改良之方法。流風所被，學者翕然景從，英國於是乎有十九世紀之法律改良事實。

問題研究

（一）下列諸人皆與立法改良運動有關係，試一一考證其行事。

1. Jeremy Bentham (1748-1835)

2. Sir Samuel Romilly (1757-1818)
3. Henry Brougham (1778-1868)
4. Henry Bickersteth (1783-1851)
5. David D. Field (1805-1894)

(二) 法律與公意 (public opinion) 有何關係?

(三) 在英國歷史中尋出立法改良之事實，並提示其大綱。

本節參考書

1. Dicey: Lectures on the Relation Between Law and Public Opinion in England.
2. A Century of Law Reform (1901).
3. Two Centuries' Growth of American Law.

第二章 英美法系的分析

第十五節 法律淵源及形式

一 法律淵源

法律淵源 (Sources of Law) 的意義在此節解作方法 (methods) 及主事 (agencies) 由之法律得以成立而孳生不已。前文嘗謂：『威權造法；非真理造法。』可見法律只能由國家得到權威，故得純正法律之名。雖然，若因此遂謂法律盡為國家所造則大不可。其實今代國家所有法律至為繁賾，只有一小部分為國家直接造成，尚有一大部分不過由國家承認而得到權威而已。至於法律所從來的淵源有六，述之於下。

其一是慣例 (usage)。例如，商人慣例之在英國依上文所述，可由法院採取之以構成常法的

一部。切實言之，不但法院可以慣例造法，立法機關亦可以慣例造法。其二是宗教。宗教在古代法律中嘗爲一重要淵源。惟在今日，所有歷來聚訟的原理及基本概念早經平息，此項主事已不復如前活動。其三是判案 (adjudication)。判案在英美法系中實爲一種重要淵源，已如上述。其在他國，判案雖可爲一種淵源，然只爲間接的而非爲直接的，故往往出於別種形式。例如國家特設編纂委員會從事於採取已有判例，以編纂法典，是爲其一式。故各國所有商法法典，除英美外，大概用判例造成。其四是法學家的科學討論。當一切法系達於成熟時，法律遂不免具有固定性，其條例幾乎變成機械，不易運用。當是時，非有外來力量，不足以變易傳統的權威，此類外力實爲法家與著作者研究及批評。換言之，學者對於條文的解釋及法師對於學理的探討成爲再造舊律與另造新律的發動力量。此項力量在大陸法系中至爲有效；在英美法系中不有直接的權威。但卽以英美法系言，假使批評中肯，推論又合法理，有時自然足以喚起法院或議會的注意，因之，可以取得相當權威。其五是民社所有之道德觀感，關於道德足以成爲法律淵源的要旨，上文在討論道德與法律相互關係時已加闡發，茲不再贅。其六是立法 (legislation)。立法者當立法時直接得來之原理足以成爲法律

淵源，而在今代此項淵源實居重要地位。

二 法律形式

法律形式 (forms of law) 指規則所由宣示之體裁 (modes) 在英美法系中共有三大類：其一是立法；其二是司法判決；其三是法學經典。

(一) 立法 立法不但為法律淵源之一，亦為法律的一種形式。前者指議會所通過之法案；後者指法案所蘊藏之原理。就其廣義着想，立法為法律形式時，在美國法中共分三種：一為憲法 (constitutions) 即合衆國的憲法與四十八邦所有之憲法；二為條約 (treaties) 即聯邦政府與世界各國所締結之憲法；三為法案 (statutes) 此中復分聯邦議會所制定之法案，及各邦議會所制定之法案。

(二) 司法判決 司法判決 (judicial decisions) 包含所有英國的高等法院與其他常法的同類法院處理訟案之判文。用如法律形式時，司法判決有必須注意者數事：第一，下級法院的判決可受控訴院再勘其法律爭點；爭點既決，下級法院必須服從。故當折獄時，凡遇同類案件，下級法

院必須引用。卽控訴院本已亦須依據此點以作準規而裁判相似各案。所不同者，下級法院對於先例只有絕對服從，無論其贊同與否；控訴院尙有斟酌餘地。假使法律爭點經初次決定有誤，儘可由控訴院自行推翻；假使經數次決定，然後見其有誤，亦可由控訴院小心地改正。惟後者實不多用。通例：法院對於此項判決極不願出爾反爾；卻留之以待立法機關提議修改。第二，法院對於先例常因其性質而分別處理。倘使一先例屬於財產之判決，法院決不翻案。因爲案經確定，民間依之以交易產業既有年所；萬一竟受推翻，則已經授受的財產權必被牽動。倘使一先例屬於商事之判決，在此際法律首貴劃一以便通商，法院常自動修改。倘使一先例屬於手續法之判決，法院更可自由地變易。因爲此與實質法有別；雖有變易，然而權利的實質不至被累。第三，對於成案法之應用。法院常因其所自出之機關而加以斟酌。故在非某成案所從出之法院，或在某成案所從出之同等法院，其視此成案只以爲有採用之可能性，而不以爲有遵循之必要。苟邀採擇，必其爲合理而又能與常法法理不背者而後可。但在通例，以法律首貴確定之故，一個仔細思量的成案常見隨處遵用。故凡一成案在相似案情中，所有同級機關俱得從同結果後，在新遇此類問題發生的法院處此，除卻極端例

外自不願參加己見，惟一味從衆。因之如此一脈相傳的判決在在可以表示常法的繼續性。雖然，此亦不能以一概論。案情變幻，法院儘有相當理由以得到獨立的結論；因之，同級法院不免至於立異。誠如是，在許多相似案件中，常有幾個具有威權的殊異判斷。彼此皆成先例；彼此皆被採用。後來者處此境况，只得權其輕重，然後決定取舍。當是時，法院用注意前此判詞所言，毋寧注意前此執法時所實行。判詞所言有間或出於偶然，實與本案無關係者，謂之隨感（obiter dictum）。隨感不應見重，故不必遵用。徒以其言合理，或以其人爲法界泰斗之故，隨感乃有相當勢力。至於執法時所實行，卽爲法律爭點所在，因爲此點足令律師灼見問題爲何，及法院如何解決此問題之方法，與所以得到如此答案之理由。而且此項解決某問題的法律要點，縱使嘗被偶爾論及於他處，在本案中決不能視同隨感，故必須十分注意。不過如此參差引用，足以令人迷目瞽心，遂使這個成案無形中減少效力耳。（註三十三）

（三）法學經典 在英美法系中法律書籍，如教科書（textbooks），注疏（commentaries），法家辯論（juristic discussions），可以用爲法學經典（books of authority）者殊不多觀。其他

法系則大異是：此項著作不但多有，而且具絕大勢力。英美法律書籍則不能自有威權，有之，惟其能將所徵引之判決正確解釋，又惟其能將蘊蓄個中之原理翔實研究，惟其如是，數百年來僅有少數書籍可以當法學經典之名而無愧。試縷舉之，第一則有李特頓爵士 (Sir Thomas Littleton) 所著管業論證 (Treatises on Tenure)，李特頓 在愛德華第四 (一四六〇——一四八三) 時爲控訴院審判員，積其經驗所得著成此書。傳至今日，此書尙爲不動產法之宗師。其次則有柯克爵士 (Sir Edward Coke)，通常稱爲柯克公 (Lord Coke) 所著之法經 (Institute)。柯克在伊里沙白王后 之世嘗任高等檢察官，又入詹姆士第一 之世更爲大理院主席審判員，以守法不阿至於面折庭爭負盛名。其所著分四卷：卷一疏證李特頓 之名著；卷二疏解古代法案，自大憲章 (一二一五年) 以迄於亨利第八 之世；卷三卷四討論叛逆罪與訴訟法，以至法院歷代演進歷史。四卷均爲論證常法之書籍，後起法家奉爲圭臬。其中第一卷尤稱佳構（其徵引符號通常簡寫作 Co. Litt.）書中疏證古代常法率皆本於其所有實際經驗，至可寶貴。（註三十四）

（註三十三）著者附註，關於成案的引用之原則，學者欲得其詳，可參證 Wambough: The Study of Cases.

(註三十四)譯者按美國法學家 Kent 在其書中除本節所述二人外復舉 Glanville, Bracton, Fortescue, Perkins 等之姓名及各人所有著作，謂其皆足視為法律的經典。見 Kent: Commentaries 1, 499.

問題研究

- (一) 何謂隨感 (obiter dictum) 試設實例解明其意義。
- (二) 法院引用司法判時，其應注意之事有幾？並設實例說明之。

本節參考書

1. Gray: Nature and Sources of Law, Chays. 8-13
2. Austin: Jurisprudence, Lectures. 18-39.
3. Holland: Jurisprudence, Chap. 5.
4. Pollock: First Book of Jurisprudence, Part. II.

第十六節 美國常法的形式

通常所謂常法 (common law) 最初實導源於古代日耳曼部落；中間傳入英國；其後移殖於美國。最後復以英美兩國勢力日張，法律隨國力而傳播。於是常法遂成爲兩國所有法律系統，而得到法律系統之名；於是英美法系更與大陸法系並駕齊驅而成爲世界兩大法系。可謂極一時之盛矣。至於常法所以能移殖於美國之故，半由時會，又半由人事。前者因在英國人民移居美洲時，其地本爲新地，本無現行法律，人民不得已應用前此所慣守之法律。後者因在獨立後，革命政府宣布舊有法律可施行有效。通例：凡法律在一地使用有日，縱使政治主權更易，法律不隨之改變。萬一必欲改變，則非由立法機關或司法機關宣布改用他一法系不可。故在十三殖民地獨立後英國政治主權雖去，然而常法仍留。此正如拍托里科 (Porto Rico) 及菲律賓羣島 (the Philippines) 改隸美國後，原有西班牙法律依然行使於兩地。是蓋因當日革命政府未嘗有廢除舊律所致。反之，在一七七四年，大陸議會 (Continental Congress) 嘗代表十三殖民地公意，宣示人民的權利及自由，而作如左宣言：

『各殖民地俱應享受英國的常法保護，尤應享受一個極大極可貴的特權待遇；即是，凡人有

罪，必須經當地法吏依法律手續裁判。」

「殖民地人民均應享受移殖時前後英國法案所有之利益；此項法案，就人民過去經驗言，可適用於本地所有狀況，而不至發生障礙。」

繼此，聯邦內新建各邦多以法律規定：凡英國的常法，除非違背憲法，均為各邦法院的判案準規。而在四十八邦中，除路易斯安那（Louisiana），舊日原為法國屬地，今日仍適用大陸法律外，即使無法案明白宣示，亦無不援用此原則。

美國的常法之一大部分實由英國法院的判例所造成。但於此有一問題，即是，此類判決的約束力究有若干程度。許多邦議會通過法案，以明白宣示：凡在移民前即在一千六百年以前，所有判例均有效力；凡在是年以後者只有勸導力，而無制裁力。少數邦議會更以法案延長其期間至一七七六年，即是，凡英國判例在革命前判決者均屬有效。其他議會，尤其是急進的西方諸邦議會，多宣示在革命前之英國法院判決，如有後來判決較優，可以不必採用。

雖經種種限制，英國法院的判決究為美國常法的第一成分。惟有一最重要條件，必須適合；即

是，凡從英國判例得來之原理及規則必與美國社會的，政治的，經濟的，與物質的狀況相合，方被採用。即讓一步說，英國判決如被採用，其原理至少與最初採用時所有狀況相適。至於以後若有不適，則對於此項判決之改正，當由立法機關負責，而非司法機關之所有事也。

美國常法的第二成分爲自革命後美國法院所判決之成案。其第三成分爲自革命後英國或其屬地法院所判決。惟此類成分所具效力甚小，僅有勸導力而無制裁力。徒以下判決的法院素著聲聞之故，或以判例的推證具有真理之故，此類判例轉足以左右異國法院而構成極大部分法律。美國常法的第四成分爲商法 (Law merchant)。商法在美國革命時尙未完全發展於英國；惟自革命成功後，兩國商業日盛，商事訴訟日增；故兩國法院均盡情採用商人習慣以應急需。因之，商法遂構成美國常法之一部。其第五成分爲羅馬教教規 (Canon Law)。羅馬教教規本爲寺院共守之法律，傳入英國後，爲宗教法庭 (ecclesiastical courts) 所採用，以之處理遺囑及離婚訟案。行之有日，其訴訟習慣及方式漸成典故。於是此項典故更入常法法院而構成其第五成分。至於其第六成分則有國際法。原來國際法以國際倫理爲基礎，故各國法律多以之爲重要成分。美國常法自不能居

例外。惟當其被採入常法時，大概以法院的判決爲採用之方式。而且在常法的這一部分，教科書特居重要位置，法院必須重視。最後，尚有英國議會在所建立之法案必須提及。此項法案若能適合國情，可被採用。惟此不可以一概論。故在清教徒移殖以前之法案當然盡成美國法律。自有移民以後，獨立以前，英國法案可成或不可成美國法律之一部分，則視其會否爲法院所承認而定。此爲美國常法的第七成分。此項成分爲量極小，故法案無多，將來尙須詳加討論。

以上所述均爲英美法系所有成分，混合各種成分，兼容幷包，英美法系遂有以成其大。雖然，立於各種成分之後而爲其中心者實爲理性。理性是活的英美法律，而法律的推理又爲其鎖鑰。承學之子欲習法律，必須先習如何思維與如何推證。倘使學者知此二事，即可稱之爲諳熟法律。如其不然，雖使熟誦條文，亦無濟於事。是故柯克有言：

『理性是法律的生命。通常所謂常法 (common law) 並非他物，只是理性。然而所謂理性又非自然生成的天性，卻是用人工完成的人性。此項理性實自長時間學問，察觀及經驗得來。』

問題研究

(一) 『凡人有罪，必須經常地法吏依法律手續裁判。』此語何解？美國先民何以視之爲極大極可貴的特權？試就個人經驗所及，解證此項權利之寶貴。

(二) 美國常法的成分共有幾種？那一種爲最重要？

(三) 英國的司法判決在美國法院中具有若何威權？加拿大的司法判決又如何？兩者相較，其輕重之程度有差別否？倘有差別，請問何故？

(四) 英國法律何以能成爲美國法律的基礎？

本節參考書

1. Reinsch: *The English Common Law in the American Colonies.*
2. Story: *Commentaries on the Constitution of the United States*, §§ 147-152.

法學肄言勘誤表

頁數	行數	誤	正	頁數	行數	誤	正
二〇	二	邦聯	「聯邦」	二〇	一一	下「文」	下「文」
二二	四	然自	「自然」	二三	一〇	decision	decision
三三	一	官感	「感官」	三五	八、九	解說	解「釋」
四一	一二	雜持	「維」持	四六	六	think ought	think ought
五〇	八	Jurisprudence	Jurisprudence	五二	五	voidable	voidable
六三	三	TOWN	TOWN	六三	四	何人	「任」何人
七八	一	裁成	裁「制」	八三	九	普假定	普「遍」假定
九五	一一	用如	「如用」				

中華民國十七年七月初版
中華民國二十三年十一月國難後第一版

談

二八七上

* 版 翻 *
* 權 印 *
* 所 必 *
* 有 究 *

社會科學
小叢書
法學肄言一冊

(33723·1)

Introduction to Study of Law

每冊定價大洋貳角伍分

外埠酌加運費匯費

本書紙中
售價三分

原 著 者

Roscoe Pound

譯 述 者

雷 沛 鴻

主 編 者

何 炳 麟
劉 秉 麟

發 行 者 兼
刷 行 者

上海河南路
商務印書館

發 行 所

上海及各埠
商務印書館

(本書校對者楊瑞文)

上海图书馆藏书



A541 212 0002 9150B

