

The Book of English Law

Edward Jenks

英  
國  
法

新  
克  
斯  
君  
張  
季  
忻  
譯

世  
界  
書  
局  
印  
行

The Book of English Law

Edward Jenks

英

張

季

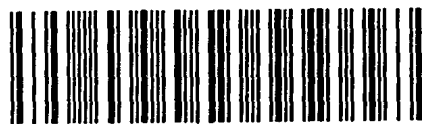
忻

譯

國

法

世界書局印行



3 0600 9229 7

## 譯者序

英國法之蔚然成爲現在的洋洋大觀，實有其獨特之處。

第一，英國法是源遠流長的法律。即從諾曼征服時起算，已有了八百七十二年的歷史。其間經歷代明哲法家的殫精盡智，孜孜從事，纔使之與日俱新，直到現今社會情況大變，仍不失爲一良好的工具，屹然不移。故英國法的一鱗一爪，處處能表顯其歷史性，處處能見其遞傳演變之跡。

第二，英國法是表現民族性的法律。英國法雖不無受外來法律影響之處，然就大體而觀，英國法實爲英格蘭的土產，全部法律都是由古來傳統，民間習尚，孕育醞釀而成。如陪審制度、信託制度及律師等制度都有其獨異之特色。故盎格魯撒克遜的特殊民族性，充分流露於全部法律之中。

第三，英國法爲十足法治精神的法律。大不列顛爲一標準的民治國家，亦即是一個標準的法治國家。「法律即權力，非權力即法律」（見本書）兩語，可以充分表現盎格魯撒克遜的法治精神，所以上自國王，下至庶民，舉動行止，處處須有法律的根據，決不許以權力來玩弄法律，這纔把法治精神發揮無餘。

第四，英國法是與宗教道德打成一片的法律。我們看英國法所特異的衡平法，其執掌衡平的大法官，就稱爲良心的保持者，其職能在於洗滌被告人的良心，使其因非行所蒙的罪惡，得有革除。於是衡平原則與制裁，就獨放異彩，與法律原則與制裁抗衡對峙，並行不悖，使法無可恕，情有可原之輩，冤抑得伸。此外，如各種救濟制度之設立，保安處分等之推行，處處可見其宗教理想與道德觀念的實行。

第五，英國法是一部活用的法律。美國法學名宿滂特（Pound）有句名言道，「法律必須固定，但不得凝滯。」所謂「固定」就是劃一整齊，穩固不變的意思。所謂「不凝滯」就是順應制宜，隨情通變的意思。換句話講，真正良美法律，必同時具有「不變」與「變」的兩種性質。原來法律是規律人羣一般行爲的準繩，必穩固不變，縱使芸芸之衆，知所適從，知所趨避，若動盪無定，必使是非失準，人心浮動，人民失所依據，社會陷於混亂。但也唯其法律爲規律衆庶之物，而人事紛紜，變化無常，若法律無通變餘地，則適於古者，未必適於今，平於彼者，未必平於此，勢必等人類於死物，而有納天下之車於一轍之誚，終將使社會停滯，無有開展演進之機。所以法律必具「變」與「不變」的兩種性質。然「變」與「不變」爲兩種絕對矛盾的觀念。要融通這兩者，使之適用於人事，而無留礙，全在執法者之善用才智，一方面守法不渝，一方面善權應變，這任務確不是一樁容易的事呢。英國法爲一判例法制度，其歷代明哲的法官在這一方面演出的演出，實在可說是已得其巧妙，簡直使司法一事，成了



一種藝術。如利用衡平，使情法兼顧，利用「假擬」(Fiction)使舊制度偷渡到新制度，又爲應付大戰影響，毅然適用「情勢變遷原則」於契約。諸如此類，不一而足。使法律於「不變」中，盡維繫之責；於變中，得生長之機。猶如人生，於吃飯睡覺的「不變」中，安定生活；於齒增髮長的「變」中，由少而壯。這纔使幾百年前的「普通法」仍舊以「普通法」生存於幾百年後的今日，不是一部活用的法律，怎能到這地步！所以能用這一點眼光去研讀英國法，那所得到的，豈止是幾種制度的形態而已哉。

譯者雖據一時感想，指出上述的幾點獨特之處，然並不能因此，就說英國法已到了盡善盡美的階段。至於何者當取而法，何者當捨而存，應留待讀者加以抉擇探討了。

但世界已因科學的發明，縮短了距離，因人事的接觸，漸泯除了界限。種種顯現，種種流露，人類的文化已踏上了日趨大同的路線。法律本是一種較富於大同性的文化，那末，我國雖在形式上採取了大陸的法典制度，從事法律的人實無自局自限之理由。英國法既有如上述的獨特之處，則研讀英國法，不獨於文化上，得所溝通，實於立法之技能，司法之藝術，均有所助益呢。更何況吾國法律在實質上所採取英美法制之處，亦復不少呢。

所惜像英國法這門科目，我國還沒有一種適當讀本或譯本，可爲各法科學校採作教本之用，而一班學者喜研究或須參考英美法的，也感覺缺乏系統敘述英國法的書籍。本書爲英國倫敦大學英國法一門的教本，現

我國東吳大學法學院亦採作課本，係英國法學名教授靳克斯（Edward Jenks）博士的名作。靳克斯先生著作等身，大多是關於英國法及英國法律史方面，均為名著。故本書實為一種權威的作品。本年春，承盛振為博士為譯者選定譯述，並承孫曉樓博士之鼓勵，得竟其功。茲當脫稿之際，謹向兩位博士，致深切之謝忱。

# 目錄

## 第一編 導言

第一章 法律之性質及其種類	三
第二章 英國法之起源	一〇
第一節 概說	一〇
第二節 諾曼的征服	一五
第三節 普通法	一八
第四節 教會法	二〇
第五節 商習慣	二二
第三章 英吉利法律的各種方式	二六
第二節 判例法	二六

第四章 英吉利法律的各種方式(續).....三九

第二節 制定法.....三九

## 第二編 英吉利法律的機構

第五章 英吉利法院組織.....四八

第一節 概說.....四八

第二節 刑事法庭——下級刑事法庭——上訴法院.....五二

第三節 民事法庭——下級民事法庭——上訴法院.....五九

第六章 法律的職業.....六六

第一節 概說.....六六

第二節 大律師.....六七

第三節 律師.....七一

第七章 司法之奉行.....七七

第一節	概說	七七
第二節	英吉利司法的通則	七八
第三節	關於刑事案件的原則	八九
第四節	關於民事案件的原則	九六
第八章	英吉利證據法	一〇二
第九章	人 （已婚婦——非「法人」團體）	一一二
<b>第二編 國家與司法</b>		
第十章	王與人民	一二九
第十一章	人民的義務	一三五
第十二章	人民的權利 （人身保護狀——戒嚴法——養老金——國家保險—— 衛生——失業）	一四六

## 第四編 刑法

第十三章	通則——犯罪的等差——罪名的分類	一六三
第十四章	妨害身體安全罪	一七六
第十五章	妨害財產罪	一八五
第十六章	妨害宗教及道德罪	一九六
第十七章	妨害名譽罪	二〇〇
第十八章	刑法的制裁	二〇七

## 第五編 民法

第十九章	民法及其制裁	二一七
第一節	概說	二一七
第二節	普通法的制裁	二一八
第三節	衡平法的制裁	二二四
第四節	商習慣的制裁	二三五

第二十章 親屬法	二三九
第一節 夫妻	二三九
第一目 概說	二三九
第二目 合法的結婚儀式	二四〇
第三目 婚姻的效果	二四三
第四目 婚姻的解除	二四八
第二十一章 親屬法(續)	二五六
第二節 父母子女	二五六
第一目 概說	二五六
第二目 親屬的效果	二五八
第三目 監護	二六〇
第二十二章 親屬法(續)	二六三
第三節 普通繼承	二六三

第二十三章 財產法	二七一
第一節 通則	二七一
第二節 土地	二七五
第二十四章 土地的法律利益及衡平利益	二八〇
第一節 概說	二八〇
第二節 土地的法律地權與利益	二八六
第三節 土地的衡平利益	二九一
第二十五章 動產法	二九八
第一節 概說	二九八
第二節 有形動產法	二九九
第三節 無形物法	三〇三
第二十六章 財產的移轉	三〇九
第一節 概說	三〇九



第二節	移轉的種類	三二二
第三節	移轉的方式	三二三
第二十七章	信託	三三八
第一節	概說	三三八
第二節	管理信託的原則	三四二
第三節	信託的保障	三四七
第二十八章	債法	三五〇
第一節	契約	三五〇
第一目	概說——代價	三五〇
第二目	契約的性質	三五三
第三目	契約合意的瑕疵	三五七
第四目	契約的履行	三六四
第二十九章	債法(續)	三六八

第二節 侵權行爲·····	三六八
第一目 概說·····	三六八
第二目 妨害人身的侵權行爲·····	三七四
第三目 妨害財產的侵權行爲·····	三八一
第四目 妨害家庭關係及營業關係的侵權行爲·····	三八六
第五目 妨害名譽的侵權行爲·····	三九〇

第一編 導言



581.41  
176  
3

## 第一章 法律之性質及其種類

法律爲統治世界各種原動力之一，人類之領袖，若彼以發明改變宇宙概念的科學家，以作品爲人所欣慕的建築家，以及宗教的創建者，開國的帝皇，哲學家，成功的軍事家，均時時以法律爲其信仰或行爲之論據與說明。雖然他們所用「法律」這一名稱，意義各異，但文字之類似，立論方法之雷同，亦可見他們於不知不覺中，指歸於同一的觀念或概念。不過對於這些觀念或概念不易立一界說罷了，且我們發現這些法律的觀念或概念，不獨限於文明的人種，亦見於古代社會，尤足徵實這一信念了。

那末，這些法律的觀念或概念之普遍的存在，無可置疑。但一旦探求此中的意義，就有困難發生了。所用「法律」一字意義的差異，幾使我們疑惑，這名稱的雷同是否偶然的。當一個醫師說到衛生律，一個軍人說到兵法，或軍事律，或一個律師說到財產法，很明顯的，他們不獨指着不同的物，且也指着不同類的物。醫師的「法律」不是人類權力所制定的規則，雖然憑人的智力，可由此演述種種推論，而令人遵守。律師所說的財產法就不然，當然是人類權力所制定的，不過常常是很曲折間接，而且服從遵守亦爲人類權力所強制。那末，有什麼重



大相似之點，而使之採用同一的「法律」這一名稱呢？

這一問題，不易置答，而想得一合理答案，須加以專門而謹嚴的討論，這卻與本書之旨不合。但就各思想家之答案結論觀察，這法律的觀念或概念，無論適用於何種主題，總是含蘊二種較簡略的觀念或概念，即「秩序」與「強制力」。二者之中，尤以後者為明顯，無論如何，在西歐總是如此，那裏的國家利用強制力為一最明白的工具，而法律的公佈者、執行者及解釋者，因而形成。可是法律——即根源於人的法律——若祇寄託於權力，決非有思想的人所認可的法律，充其量，不過是專權獨斷者的表示，除非此中具有我們所說的「秩序」。什麼是「秩序」呢？

往古之時，不無感覺到方法與制度的利益，大抵含蘊於法律中「秩序」的觀念，即導源於此。假定當時有一羣游牧人民，隨處游牧，到了某處沙漠沃地，沿着水泉，棲止了下來。那些牧人，及各人管領的牛羊，若是任其在泉旁爭奪地位，漫無限制，來時雜亂無章，平旦去時，亦復如是，那末，因此所引起的騷擾、延慢、及不快之感，也可想而知了。大概這就是古代移民的情狀；但其不利如此嚴重，後來終究採用了習俗規則，建立了較良的制度，以為替代。當初如何克服混亂，建起「秩序」，很是難說，惟約略可以從研究人類學方面稍知一二。就我們對於古代社會之所知，這個變遷，決非由於理智的自覺；因為人類訴之於理智，還是後期歷史的事情。大抵這變遷是逐漸

形成，由於一部分人，憑藉能力、年齒、智識，用各種方法，採取權力，而使他們的願望實現。果真如此，則秩序與強制力的密切聯繫，即所謂法律的成分者，是由來已久了。

假使關於古代社會中的秩序與制度的根源，所有我們的推測是正確的話，這又說明了法律觀念或概念之演進的另一事實，即由社會中秩序方式的演變，推到無情自然界的循序遷流。古人觀察習俗，最足觸動其心目的，莫似其一致性與相續性。他們的心是懶於思維，怕對付新的問題，所以那一種觀察所得，他們是深深引為欣慰的。古人心境有許多地方與孩童相彷彿。童心為單調的重複與一致所支配（許多動物成對而行）每每為了要費思索，引起煩惱。由觀察古人，漸漸及於鳥獸的習慣，時序的往復，日月星辰的現象，既知這種種亦復行化一致，和親身所經驗的，並無歧異，就不期然推出此中本原的結論，即以為是超然力的結果，不加尊重，禍患立至。那秩序的與強制力的觀念是這樣由人事推到無情，文化日進，因實驗科學的發明，其理也日益深入（雖然近時頗有反對的批判，）幾如全宇宙之存在，是寄託於現象的一致順序，普通即稱為法律。結果是把含蘊秩序與強制力的法律觀念昇化了，從以強治弱的權力行使，到了宇宙依之存在的崇高作用。

從人事擴展到無情，固然是把法律觀念或概念變為莊嚴動人，但這擴展很有弊竇，舉例說，不問法律的根本怎樣一致，那種見解，將使各種適用方法不同的、主題不同的法律，混淆不清。那些信仰萬能的神權者，以為神

是洞明人心，必然把規定人類行爲、信仰、動機及感觸的規則的特權，歸之於神。於是「上帝的法律」是某類神學者研究的主题，而他們的目的是在探求及執行這類規則。有些人從事於物質現象運行的研究，他們的事業在於爲人類福利，闡明那些運行，而他們的存在至少須以這類運行初步的認識爲寄託，因認識方式的差異，就分爲各類，各成職業，即醫學、工程、礦務及其他。最後，就是爲國家人民公佈、解釋及執行行爲的規則，這一問題。所謂國家者，就是一大羣人民，佔領一定土地，包括陸海空，歸順某種稱爲政府的政治組織，而此項組織與別的社會組織不同。那個政府所公佈、解釋及執行的規則，即稱爲那一國的法律；而負責行使法律的那一部分人，即稱爲法家。但他們所從事的法律，與神學家、自然科學家、醫師或工程師所從事的，大不相同。這些法律即是「由政府所執行的行爲規則」，本章將對於這有名的定義，略加說明，以資結束。

政府與國家雖密切聯繫，卻是十分不同的名稱。國家者是一羣人民，居住於一定領土，政府直接對於每個人民行使統治，而人民也祇歸順那個政府，故與他種集合或組織不同。這統治在任何情形之下，總依據於憲法，即那一國的法律的一部分。組成這制度的機構，即稱爲政府，而政府之進行，超然於爲政府服務人員的死亡或變更。所以政府當然是沒有客觀的或具體的存在，不過是一種組織或一種心裏的機構，爲着某種目的而構造。因此，將國家與政府兩名互用，是不合邏輯的、混淆的。



還有一點，須加注意討論。在交通便利，工商業情形複雜的時代裏，每一國的人民寄居在他國的領土。這類人民，我們叫他們僑民。這情形有時在兩國間引起煩雜的問題，而國籍法即是規定那些關係。但是這個題目還是歸入國際法，較歸入國內法適當一些；可是極引為遺憾的，卻沒有什麼國際法典，加以明確的規定，可以代替那有利害關係國家的國內法，結果，使得有關係的人民感到重大困難。所當注意的，僑民是寄居國的一份子，至少當他們寄居之時，須服從那一國的法律。也許他們不得享受僑居國的公民權，但總有向法院訴訟的保障；除非爲了國際法的規律，或二國間條約的束縛，有了相反的規定。可是在現代，這類情形還不多見。

上述定義，曾說法律是「行爲規則」。「規則」這一名稱含蘊着「秩序」的意義較諸「命令」一字，含義廣泛得多。當然，有種命令產生規則，因爲大規模的服從，結果使行爲一致，而與「秩序」的觀念或概念，很是切近。讀到後文英國法的淵源，我們將發見，秩序還包括許多強制的行爲則例，而從沒有經過什麼命令的。例如，依長子繼承權的規則，長子繼承遺產無須根據遺囑，這規則既未經英王命令頒布，也未經議會通過，但至少有六世紀英國所有主要土地財產權的繼承，須受這規則的拘束。這在未學法律的人未免感到驚訝。但這是一種法律，毫無疑義。

又須注意的，這規則是政府所執行的「行爲」的規則，不是信仰的或判決的規則。政府的組織不宜於處

理信仰問題，現代文明進步，政府日漸從神權解放出來，終至於完全與神權脫離，利益非淺。神權不是政府的事業，政府應持平處理民間爭執，防止互相侵害，這不是執定某種信仰或意見所能辦到的。但抱持信仰或意見是一樁事，表示那些，是另一樁事。後者就是行爲，不祇信仰，這類行爲，在某種場合，也許是有益無損，在其他情境，不免損及他人或國家，所以也得由政府加以管理。

然一切有關公民行爲的規則，無一政府準備全部加以執行。例如人民除受職業限制外，應當日間工作，夜晚休憩，可以說是文明社會行爲的規則。這一普天下的規則，很具充分理由。但沒有政府加以執行。酗酒、淫蕩、賭博等規則，也是這樣。在現代國家之中，簡直沒有一個人的任何行爲可以不影響到他人，而困難也就在此。所以爲政府行爲定一個限制，是異常困難，因此，美國憲法上禁酒的修正文，雖覺其不智，卻不能說是違憲了。但法家與非「法家」終覺得政府的干涉範圍當限於幾種行爲，十八世紀英國大法家勃萊克司東（Blackstone）就表示這個意見，他說法律不獨是「行爲規則」，而是公民行爲規則。

最後，我們的定義，還有一項要件，就是行爲規則須由「政府執行」。可是這不是須經政府頒行或創設的意思。事實上，在英國法中，大部分的規則，從未經政府頒行，在歷史上是很顯明的。十九世紀那一派優越的法律哲學家堅決力持異議，終究是闢發少而標新多。英國法的穩固與靈活，當歸功於政府之從未擅居於立法地位。

這一事實。分析英國法的淵源，當局者只是闡明舊例當加改良的事實，而以此爲足。

政府的執行法律，或直接或間接，有許多程度。對於某種案件，政府所側重的：「你若做了某種行爲，你將被科徒刑。」這就稱爲刑法的態度。但政府只不過這樣說：「倘你做了某種行爲，竟使鄰人受到損害，且向我們告訴，我們就當使你賠償損害。」這裏，政府只是採取不告不理態度，這就是我們所稱的民法。最後政府也許說：「我們不明白禁止某種行爲，例如車行錯路，但是你竟瞎走，而發生什麼碰撞，我們當然要歸咎於你。」結果車輛當靠右駛這一規則，間接就由政府執行了。

## 第一章 英國法之起源

### 第一節 概說

英人，或稱盎格魯撒克遜，不是現在英國本土的古來居民。他們是由歐北的西邊，駕着輕舟，漂流而來，自五世紀到十世紀，經過這長期的移民，纔來到了現在的國土。當來到的時候，他們是異教徒，禮拜祖先，及斯堪的那維亞 (Scandinavian) 的神祇，如曹 (Thor) 和阿帝 (Odin) 等。他們的各種不同的文字，大概是一族之內，的各種方言，究竟他們互相是否瞭解，很是疑問。因為他們所從來的地方，生活艱苦，械鬪成風，所以富於冒險性，善於戰鬥。他們較其他歐陸種族，尤長於航行、網罟；且也頗曉畜牧及古舊耕種之術。大抵他們喜從事於那種較平穩的事業，遠勝於漁人的艱苦生涯，纔使他們成羣結隊，蜂湧到英格蘭 (England) 而在那裏，安居了下來。

至少，遠自羅馬帝國開國元勳愷撒大帝以來，那全島就被稱爲不列顛 (Britain)。當英人來時，及此後許多年代，這島是由一種民族所佔居，係自英人來處較南一些地方移來的，經過了兩三世紀的獨立居留，後來被羅馬人所征服，且多少被羅馬的政治及文化制度所統治薰陶。他們的大多數必然已有了很高的文化，但因其

進步過速，以致一旦失去了羅馬的維護，就不能繼續下去。那時已有半官式的基督教，一部分由有力的高盧（Gaul）教會傳來，一部分由愛爾蘭（Irish）宣教師傳來。羅馬人及居留民的淫侈生涯已深入民間，因此，視新來的英人爲外客、異教徒、蠻人，而很歧視。當初不列登（Britons）到來，是否空島，還是須征服舊居民族，很難推測，縱使還有古舊民族存在，這類記載典籍很少，也無從推斷他們對於英吉利的制度有什麼影響。

但這又是另一問題，當我們問：「所謂盎格魯撒克遜法律，即英國法制的最古碑記，是純粹英吉利的呢，還是英吉利人和羅馬化的不列登的風俗的混合物呢？」

依據學術的現狀，還不能下一個武斷的答案。往昔英吉利制度初胚胎的時候，若說有二個民族同化的事情，是不可能的。那時代的傳說與記載雖然不大可靠，但即就常識觀察，也可推斷。當英吉利人蔓延大不列顛東南部的時代，是一個侵略者和被侵略者間，不斷惡鬪的時代，結果被侵略者被驅迫入於一帶地方，起自司脫萊克賴特（Strathclyde）終於邊區（Land End），即現代所稱外客國土的魏爾司（Wales）。英吉利人所帶來的各種中心制度中，有一種鄉村制度，有耕地圍繞，連合共耕的制度，而不列登人比較是田園家，不是農業家，喜歡適合於畜牧的稀疏族居，各家距離較遠。又宗教也顯然分野，因爲英吉利人受羅馬教士的感化，皈依基督，已在七八世紀的時候，時間過晚，已經不容易改變前世紀鬪爭騷動的結果了。

盎格魯撒克遜法律是純粹英吉利的觀念，很少受到不列登風俗的影響，這推斷的對不對，且置不論，但不妨就其風俗，稍加觀察。關於這層，德國著名學者，菲力立伯孟（Felix Liebermann）博士曾有精嚴的著述。這法律所具古樸的風格，是很有價值的啓示，演明了法律制度在進化歷程中，直至適應現代文明社會的需要的必由之路。

盎格魯撒克遜法律有一最奇特的風格，就是不適用於英格蘭全部而只限於某部分，或某種居留民族。當這法律初記載下來，還沒有現在的英格蘭，即統一國家，統一政府，統一文字，統一法律。所以在盎格魯撒克遜法律中，有一部分文件是關於康脫（Kent）或康脫希（Kentish）人民，有一部分關於魏銳克（Wessex）或西撒克遜人（Western-Saxon），有一部分關於中土（Midlands）或滿雪（Mercia），即英格蘭（Angles）人的土地，後來即以這種族名稱，為一國的名稱。非但規則歧異不一，所用文字也不一致，所以語言學者簡直可就文字之差異，斷定某種法律當屬於國家的那一部分。

就我們所知古英吉利的制度而論，欲瞭解英國法的起源，盎格魯撒克遜的法律不無相當價值，但尤使我們明瞭那時代的社會生活。牠們是零簡殘篇，大抵當時因某種重大事件發生，引起傳統生活方式的改革，於是爭議紛起，易於釀成爭鬪流血，這是古代的風氣使然，而法律只是應付這類情形。我們切須注意，七八世紀的英

人樂於搜集大部的公文，而後人因之著稱。當時寫贖罕少，印刷簡直夢想不到。因此，要記載風俗法律，非常艱困，即有一些，也減至最低限度。就現存盎格魯撒克遜法律的制度而觀，除了一些可寶貴的鄉野色彩之外，所有關於魏銳克、康脫、滿雪的區分，簡直是很廢登的。一直保存到近代的采邑 (Manor) 古俗，很可徵驗古代生活的地方色彩，這類古俗，直到五世紀之末，尚為王家法院 (King's Court of Justice) 所忽視。就一般而論，采邑 (Manor) 不過是古代的鄉村，自從英人侵入以來，即為標準的殖民單位，而由後期的政治制度，就有一「地主」(Lord) 居於統率地位。古代社會交通不便，則強烈的地方色彩實不足為異。但今人接觸不同，不易顧到這一事實。

盎格魯撒克遜法律尚有二點，應予說明。

第一點，這些法律雖然常常冠以某王某君的名字，但這和近代經國會制定的法律不同 (act of Parliament)，實在並非是那君王，也不是任何人，所草擬公布。當今之世，無論政府或議會，為了某種理由，想要制定某種規則，予以施行，就只消請專家依照原則起草，對於先例如何，簡直可以不問。假使經國會通過，那提出的法律案，就以王的名義公布，可用這字樣：「依據上帝，吾王及國會的主意，並得其允準。」這就是立法。由七八世紀的英人看來，這未免褻瀆神聖。當時的人對於所遵守的行爲規則的來源，不費思索，萬一他們想到這裏，他們也不

過以爲是「向來如此」而已；假使追問得厲害，也不過推源於神或神話中的英雄。英人皈依基督之後，羅馬的教會漸漸影響到撒克遜的法律，即法律改變的路徑，也受影響，可是那觀念還是相彷彿。因爲主教決不承認自創改革，他們不過闡發上帝的玉律，非俗眼所明見而已。後期的盎格魯撒克遜法律，有時有個把英明之王，依照先王或自己意思，加以改革，這一層對於法的將來，頗多暗示。就大體觀察，盎格魯撒克遜法律，不過以文字記載，使古俗確定凝固保存罷了。至少可以說，古代許多一成不變，自然經人遵守的規律，而非人所創造，也非人可變更的，古英人的法律只是隨處予以認可。還可以說的，就是這概略始終沒有在英吉利消失，而且大可以說明英國的法制史。

最後一點，法律的種種分類及處理，爲現代法家所認爲當然的，在盎格魯撒克遜法律上，完全闕如。實體法與程序法，刑法與民法，公法與私法，及其他種種必然的分類，是完全沒有的。甚至宗教事件與世俗事件也混淆不分；所以租賃與竊盜及侵入第宅聯在一起，牧師特權與偷竊的規定，也混雜不清。財產權是被承認的，但很晦澀，因爲竊盜既有規定，則當然包含被竊物的所有權。大部分關於使用土地的規定，是輾轉推斷而出，而非直截說明，後文當予詳述，這些都是由不准侵入第宅（denunciation of house-breach）推斷出來，但這些規定的目的，還在保護生命而非財產，不過此說很難確定。這一切都是古代法律的風格。



## 第二節 諾曼的征服 (The Norman Conquest)

一〇六六年諾曼台惠廉 (William of Normandy) 在孫萊克 (Senlac) 的勝利，被認為英國法制史的開端，這一說頗有一時成爲風尚。因與事實大相懸殊，反動的力量也就不小；現在的趨勢反以爲諾曼的征服與英國法的發展並無多大關係了。但後一說之無根據，尤較前一說爲甚。

那軍事的及宣教的 *Cleisgal* (當時稱述非軍人 (civilians) 的通稱) 諾曼的冒險家，在十一世紀的時候，移殖到英格蘭，他們當然不是什麼民胞物與的傳道士，而肯爲着承襲國土的福利，犧牲個人的生命。恐怕他們聽了這話，自己也要發笑。搶劫是他們預定的目標，但是如其他他們是強盜，倒也盜亦有道，決不肯瘋狂破壞，犧牲穩扎穩打的獵取。他們的文士很有維持秩序，運用方法的天才。他們的歡喜文件記載，其程度差不多和英人的憎厭相彷彿。我們由這些記載，所知道的征服前的英格蘭，實遠勝於當時其他的典籍。許多記載當然很是惡劣，但他們的記載制度卻使他們有所發明覺悟，助力不少。這般軍事的冒險家簡直沒有什麼道德，他們是殘暴的、強項的、騷擾的。所幸者，居在兩族之上的領袖倒是一位賦有政治天才的人，年紀雖輕，倒能見到事態的危機，決心加以改革。當時他的爵士全無德行，但因勞苦功高，多居要津，對於這班人，他當然無法駁奪他們的特權。然而

他終決心使他們不得搜括欺壓農人，激起叛變，因而摧毀征服的成績，也不得互相爭戰，而使國家為兵火所毀滅。

凡暴驚的君王有時不免要採取殘酷手段，去對付跋扈的臣下；但惠廉及其繼承者（他的子孫，同名亨利（Henry），很著名）所用的手段，卻高明的多了。一方面，他們很迅速地設立了一個嚴密的法院制度。有中央法院、地方法院〔王座院（bench）、理財院（exchequer）及巡迴法院（eyres or circuit courts）〕，受理王家與藩屬的爭議；而經過了長期的奮鬥，終究推廣管轄，受理王上的請求，以及一般人民重要的請求。此外又恢復了較古的英吉利制度，即亨特賴（the hundred）、希岸（the shire）以及弗合（tyrd）或地方保安等法院。（譯者按這三種名稱，是英國地方制度的名稱，類於我國郡縣，因譯文終不免削足適履，故直譯其音，並註原名，似較妥當。）有好幾次，惠廉以口頭及文字，准許全體英吉利人，及某種重要部落，如倫敦公民，可自有其法律，照他屢次的解釋，這就是說，他們可以保持在愛德華王時代所享受的權利。這一層於我們的論旨敢怕最為重要。懷疑派的人也許以為這些准許含混晦澀，並沒有什麼誠意，我們卻不敢苟同。特許權的含混晦澀不是諾曼的缺憾。當准許之時，不明苛酷的情狀，及應付新義時文字的曲折，倒是危機所伏之處。惠廉准許英人遵守自己的法律，因此，只消表示臣服，農人也可在地主的法院進行訴訟，雖是農奴，亦得主張為地主所臣服的王曾經准許

的法律，決不是駁奪權利的奴隸，惠廉這樣准許的意旨，由全部英國法制史的歷程，倒明白顯示了出來。經過了一段嚴格的經歷，當這時期，田奴的古代耕田制度，及公共服役制度漸漸蛻化爲工稅制，及在地主地域的強制居住制，這佔英國大多數的農民就解脫了束縛，脫離了奴隸制，使國家的文字及文學重新成爲英吉利的而不是諾曼法蘭西的，英格蘭重新成了英格蘭，不是諾曼台的一行省，而英格蘭的法律也重新成爲英吉利法，不是諾曼法，不是羅馬法。

諾曼的征服有一端很增加英吉利法律的力量。向來英吉利法律的缺憾，是其不統一，只是些各地不同的習俗。設立王家法院，講秩序，重方法的諾曼官吏決不能忍受這一事態。到十三世紀中葉，這法院制度大體已經完備，不久之後，有關全國統一的法制很迅速地形成了，即自脫會特 (Tweed) 到海峽的全土，實行了一種普通法 (Common Law)，但其他西歐國家，直到數世紀之後，纔得完備。

這一重要改革，究竟怎樣形成，始終是英吉利法制史上的謎。無疑地，這與在各希岸 (shire) 的巡迴法院制度有密切關係，當亨利二世 (Henry II) 時代已具規模。本來這些巡迴法院比較地側重財政，漸漸就現出司法的面目，又陪審制度之採取，使王家法官有極好機會，學習地方習俗。依陪審制度，由就地人宣誓爲陪審員，將爭議的情形向欽差陳述，並裁斷 (Verdicts) 欽差的詢問。這制度，非如普通所設想，爲本地制度，卻自外邦輸入，

且許久爲英人所不悅，但終由王家法官採用了。因照例的採用，法官也就熟悉國內各地不同的習俗。也許法官在各地仍舊適用各該習俗，但中央政府的代表，以統一政治爲職志，對於這類情狀，當然引爲惶慮。所以依某種不可知的方法，在魏司明司脫（Westminster）中央法院（即王座法院（Bench）與理財院（the exchequer））王家法官與巡迴法院舉行例會，聽審案件的時候，大抵合意採取某種程序，把各地習俗予以融通，成爲一種普通或統一的制度，適用全國。他們在魏司明司脫司法衙門審理案件時，這制度的規律就被採爲判決基礎；他們在執行巡迴職務的時候，也就很自然地採用了同樣規律。法官與陪審員職務的有名的區分，就這樣形成了，法官宣告法律，陪審員研求事實，這就成爲英格蘭法院的制度，直到如今。

### 第三節 普通法（The Common Law）

這樣國內就形成了一種普通法（Common Law），若就其因法官之判案所形成而論，這是判例法；若就其由人民的風俗習慣演繹出來而論，這是土產或民間產。因此疏釋普通法的大作，第一部是出於一個法官的手筆，即著名的勃萊登的亨利（Henry of Bratton），一名勃萊克登（Bracton）。他是十三世紀中葉王座法院（King's Bench）的法官，兼巡迴法院法官。在他的作品英格蘭法律與習慣論一書中，他承認習俗爲其印

證的一泉源；而普通法的現成定義，所謂「國內的普遍習俗」者，不期然徵驗了這同一意味。

普通法之起源於英吉利，也很重要。自封建式的土地所有權制度傳來以後，英格蘭的法律遭逢着一個澈底的變遷。在諾曼的征服以前，雖然有類似的徵象漸趨成熟，但這些徵象至多是後日變遷的朕兆。封建的政府制度在英格蘭的衰落，較其他西歐國家爲早，但其成爲土地所有權制度的影響，較任何地方來得澈底持久，這一層實是法制史上的一樁奇特。今且一述封建制度的概略，國王是封建的塔尖，其下，他就一部分臣下，大抵是戰士，封以食邑 (fiefs)。這類戰士，可稱爲大租戶，再就其領域，劃地授權於次租戶，或稱藩屬。這次租戶輾轉再劃地授權於他的下屬，等級逾下，數量逾增，區域逾狹，最低一級執掌一個采邑 (manor)，直接與耕者發生關係。這些耕者就算他的佃戶了，可是事實上，有許多所謂佃戶，並沒有向他租什麼地，不過他們在新制未行以前，已經祖居在那裏。

在實際情形，決沒有一種制度如所說這樣簡單，這樣呆板。這究是人事，不能像算學這樣正確。但這制度所產生的條理還算整齊，經某種比較可靠的文件所記載，所以我們可以說，當時全部西歐及某部意大利所行的封建政治，多少是一致的。就「道母斯書」(Domesday Book) 所載十一世紀末期，英格蘭土地制情狀而觀，這封建制度，隨着諾曼的征服，傳入英格蘭，是特別完備。我們會說，盎格魯諾曼 (Anglo-Norman) 君王之維護

封建地主的治權，較爲完備澈底，遠勝於其他歐陸的政治領袖，敢怕也惟其如此，封建地主對於藩屬及農民的權利，與其看做政治權，毋寧看做財產權，而食邑或封邑也毋寧看做地主的地權或領域（estate or domain）。所以英格蘭的封建制度雖即消失其政治色彩，卻成爲英吉利法律一重要部分，即土地法。這當然不是英吉利；但是既在全英一致施行，由同樣法院處理，大體也依照古英吉利法律的相同方法，所以當然就成爲普通法的一部分了。在一六六〇年的復興（Restoration），許多特異之點是革除了。大部分殘留的特異之點，經近時立法予以鏟除，然而其根本原理依舊充塞英吉利土地法。

此外的法律制度影響於英吉利法的形成，是不同而可見的，也許在於其起源，然終究不佔普通法的大要。

#### 第四節 教會法 (The Canon Law)

西方基督教會的教會法在歷史上要算其中最古的法律。英吉利人和昔日的不列登人不同，是直接受羅馬的教士所感化皈依；所以古盎格魯撒克遜的法律也受到主教的影響。但是那時候的教會法還在原始狀態，並非是與其他行爲規則顯然分野，可是推行教義，發展事業的教士係受特別訓練的人，其智識程度居於當時最高的水準，這是一端長處。尙有一端，尤爲顯著，即教會法歸羅馬教廷的主教處理，當羅馬帝國崩潰，全土騷

然，他們就承襲了許多廢帝的權力，此外又憑藉西方基督教國的精神統治者地位，增益了神聖的意味。爲了意大利政治的分崩，實際上他們就成爲地方的首領。他們主要的權力還是因爲對於所有可巧解爲精神的事件，主張有權超越君王，不僅分庭抗禮。君王因不喜國事之常受干涉，所以他們的主張時有枝節的爭議。但是，大體說來，直到十六世紀宗教革新爲止，所有禮拜信仰的是否正教，道德的改正，教士的訓練，婚姻的是否有效，請求牧師俸祿是否合格，子女的是否合法，以及純粹世俗事件，如處分動產的遺囑製成，與遺贈的分配等事件，從沒有元首堅決否認教廷的管轄權。

當十六世紀，適在英格蘭未經惠廉征服以前，在位教王，代代英能，那些主張的推行，逾益堅強智巧；而尤可注意的，惠廉爲酬答教王祝頌其事業起見，雖很勉強，終明白約定，事成之日，在英格蘭當設置獨立教會法院。他果然頒詔實踐其約，依這詔命，凡侵犯主教的法律者（episcopal laws），應歸主教授命的處所審理，且須依照教義及主教的法律，忠順上帝及主教，而不適用享特賴的習俗（即普通法院。）

這措施的結果，適用教會法的教會法院就很快地組織了起來，和執行普通法的王家法院及執行封邑地方習俗的封建法院對立並行。由副主教的初級法院起，其上爲主教的高級法院，更上爲大主教的再高級法院，最終爲教王的最高級法院，教會的訴訟就可這樣從容進行。這些法院均各有法官，以一班下級官吏輔佐，下至

傳達員爲止。起自諾曼的征服，迄於宗教的革新，這數世紀中，教會法以羅馬法爲藍本，並吸收了此中的一部分，飛速的發展着，給與基督法院（當時教會法院的通稱）以一種尊嚴及效率，因此，其影響不獨及於教士與俗人的生活，並激起世俗法官的嫉忌。於是雙方的管轄時有爭議。在十二世紀亨利二世與湯麥司倍克（Thomas a Becket）大主教的爭議，就爲了這一問題，可算是這類最著名事件之一。基於種種原因，在英格蘭王家法院終算掌握了教會法院；但後者畢竟管轄許多法律事件，甚至經過十六世紀教王權的有名駁削，也未改觀。倒是十七世紀的內戰，不是十六世紀的革新，終究打破了他們的權力；可是，甚至此後，他們依舊保持權力，直至十九世紀中葉。一八五七年他們所保持的二種重要管轄權，即遺囑的確認，遺傳動產的處理，及婚姻事件的管轄，經國會決議，移付王家法院。但是，管轄權雖然移轉，而有關這二種的法律也有所改革，曾經教會法院所適用的大部分規則，卻照樣由新法院採納，所以應當列入現代英吉利法律所由來的淵源之一。

### 第五節 商習慣 (The Law Merchant)

還有一類非土產的法律，對於英吉利法律的淵源，也有實際的貢獻。這就是商習慣，係歐洲商人，在水陸經商，因解決互相的爭議所產生出來的習慣。這些習慣的背景當然是羅馬帝國的法律，帝國的崩潰已使西歐陷



於混亂。但是也正因帝國的沒落，其民法典（*Corpus Juris Civilis*）的精密規則，已在昔日帝國的領域，失其拘束力，而其影響不過和往昔取而代之的地方習俗相彷彿。羅馬民法已稱為西歐的普通法；因為在這區域的大部分，其人民曾經受其統治，所以已成為一種傳統，雖然不無古怪之感，至於在採用羅馬法的國家，真正的習慣法是不成文法，羅馬法是被稱為成文法的。

雖然羅馬法會為商習慣的基礎，但在地中海、大西洋航路一通，波羅的克（*Baltic*）的航行日增，至十五六世紀海洋航路大開，暢行無阻，中世紀早期的沙漠旅行隊取道的路由，日漸衰落，逐漸就有新的習慣產生，應付新的貿易情況。若地中海的海事法典（*Consolato del Mare*）、波羅的克的威司倍法律（*Laws of Wisby*）及大西洋海上貿易的奧勒倫法律（*Laws of Oleron*）等新法典，使較新的商習慣日漸顯露海洋的色彩。

商人當有一種世界性的規則，以便在其所依託的本國法院，不受到專橫偏狹的待遇，而得保障，頗有切膚痛癢之感。大部分他們的生涯，是消磨在異國，所以他們很感到，在本國若沒有特別法院，適用世界性的商業規則，他們將如何受異國人嫉恨的欺凌。因此，凡是未經自治官吏設立商人法院的外縣，他們就不願前往。依照一三五三年英吉利國會通過的條例，「此類法院之處理他們的事件，應按照其主要品目，援用商習慣，不得援引普通法。」這類法院大抵與定期或不定期的市集之舉行，有特別關係；在英格蘭都稱之為「趕批頭」法院。

(courts of pie powders) 也可見其性質之暫時，及處理事務之需要迅速了。一四七七年又經國會裁可，「凡從事同類事件，即有權向『趕批頭』法院訴訟。」

有好幾世紀，爲了這類準外國法院的存在，普通法法院很感掣肘。但由封建法院的推翻，及教會法院的削弱，所表現出來的集中司法權的要求，終究推廣到了商事法院。這法權的吸收的途徑，係十七世紀初期由梅蘭 (Malynes) 的大作商習慣一書所指出。此書把歷來的玄祕說明，法家因而瞭然，如匯票、提單、支款信、租船契約 (charter-parties)、保險單、海損規則 (bottomry and respondentia bonds)、合夥、商標、海損請求等等。梅蘭所指示的步驟，爲了十七世紀的政治騷動，及接踵而起的復古反響，耽擱了好幾代。最後，法官孟司斐而爵士 (Lord Mansfield) 在職，王家法院畢竟在他身上得一真才，以其忠於職守之真誠，及富於哲理之心胸，將所有商習慣規則，凡與英吉利法的基本原則，不相抵觸者，盡行吸收於普通法之內，而實現了這偉大任務。爲什麼昔人「縱如麥秀荷赫爾 (Sir Mathew Hale) 及約翰華爾 (Sir John Holt) 之磐磐大才，」所不能行，而孟氏竟成其功呢？究竟他用些什麼方法呢？實在無從測度。總之，當十九世紀之末（孟氏卒於一七九三年），商業事件已入王家法院之掌握，除了幾處，如立弗浦航行法院 (Liverpool Court of Passage) 及不列脫托爾石法院 (Bristol Tolzey Court)，古來處理商事的，不入常軌的地方法院，已大致消滅了。果然，海商事件，直至今日，尙經

普通法法院及海商法庭並行管轄。可是後者也是王家法院，爲國家法院制度的一部分；而此中所施行的規則，雖大部分是外來的根源，現在當然是英吉利法律的一部分了。

### 第三章 英吉利法律的各種方式

#### 第一節 判例法

照英吉利法律的現狀，凡經國家施行的規則，不外兩種方式，即法官的判例及公佈的條例。每每條例所擬實施的規則，須經法官加以解釋，纔能實際適用；結果，其規則也就包含二種方式。但此中的二種成分，易於分析，並以不同方法，加以解釋及適用。

在歷史上，二種方式中，以判例為較古。在條例未發生以前長時期中，除諾曼征服後兩世紀所頒一些詔命之外，在魏司明司脫的法院，及「希岸」的巡迴法院裏，早經法官著有判例，鄭重保存於各法院檔案之中。一單純制度雖由種種不同因素結合形成，但較古的因素總是決定其一般形態，所以我們須先研討判例這一方式。這一方式的特點，在以一事結合二個階段，而在學理上及實際上（指條例）這二個階段是顯然分野的。依照科學的法理學原理，欲懲處人民，必先有明文使週知普曉，至少在學理上，必犯人知有法律，然後得科以犯法之罪刑。這原理至為健全，但對於人事，究不能完全應用科學原理，在古代社會，立法之技能尚未發展。這一層

更難辦到。

當十二世紀後期，王家法官受理臣下事件，就覺得沒有相當適用的規則，那時國會尙未成立；國會之產生至少在王家法院制度正式成立後一世紀，所以並沒有什麼條例典籍，可以依據。十二世紀時，王家法官以羅馬民法典爲圭臬，時時有學理產生；同時，在西歐新建各大學，羅馬法的研究又大大復活，所以其直接影響於英吉利法律的形成，實無疑問。大抵普通法的個人主義色彩爲其最著特點，即肇源於羅馬法。兩種制度對於社會的看法，都是看作個人的集團，各個人均享有一定範圍內的行動權利，及侵害的保障；不是看作一個單位，個人利權當受公共利益的支配。在這一方面，普通法就與諾曼制度以前，在英吉利較古的社會情形，顯然相反。雖然如此，所幸十二三世紀的王家法官並不像歐洲其他國家所爲，將羅馬民法典的規則適用於當時的英格蘭，卻不過就各種習俗予以調和融通，成爲普通法，適用全國。他們成就這一事件，不是公布什麼完備正式的文件，只是就各個案件，先聽審事實，再由陪審員審定，然後宣告那一造違反應適用的習俗，或其事件係王上爲原告，則宣告被控者有罪或無罪。

像這類程序，主要的事情，不在法律原則的精密解釋，卻在王上或原告的控訴，被控的情狀，證人的舉證，陪審員的裁斷，及判決的宣告。被控者在宣告有罪之前，必先證明其違反何種行爲規則而爲法官所執行者，旁聽

者之如是觀察，是由於不知不覺的推論。假定所用的規則與社會內公認的道德相吻合，這程序就很簡單，若事件並不如此簡單，王家法官就當申述被控者所觸犯的規則，由來已久。所以要求得某案的法律，不能祇就法院訴訟檔案的枯燥記載，這裏所記的，不過兩造名字，攻擊防禦，及審理結果，故必就法官怎樣訓示陪審員的措詞，而此項措詞，係記載於案件報告錄中的。

這樣，那二種重要差別的手續，即申明規則及適用論科，就結合在一起了。這是判例法的核要點；而有人就常常表示反對，以為只這一事實，已足夠指斥判例法為不公平。但假定我們對於英格蘭判例法起源的觀點是正確的，這反對就不能成立；因為，依這觀點，法官所申述的規則，只限於犯者日常生活經驗所已明知。可是那反對就把判例法的利用限止於一定範圍了。

今再就判例法的其他特色，一為論述。

另有一種批評，以為判決須隨法官的個人學識、信念及傾向為轉移，而一切良法的根本的「一致原則」給破壞了，於是攻擊判例法為獨斷。若這批評是健全的話，倒是判例法的重大缺陷，可是事實上，依照好幾世紀的實驗，及先例的大原則觀察，這批評對於英吉利法律並無多大力量。古時，法官的言論每每局於法院，傳播不廣；雖然因為「法院日」(court day)之吸引觀衆，遠勝於賽會，或大游行，也許其言論竟為隣邑所傳述揚播。但要

知道十二三世紀的王家法官是一個小而切近的團體，大抵在倫敦聽審之時，實際上也相居一處，當然互相常常接觸。爲了自己的利益，凡施行的法律必趨一致，也很顯然；而他們在魏司明司脫或律師法學院（*Serjeants*）集會之時，他們的談話大抵涉及在巡迴法院或魏司明司脫的法院判決的報告，恐怕也不是幻想。

當一二八五年十三世紀的時代，有幾個人就開始記錄巡迴法院及魏司明司脫的法院內，所有辯護士的辯論，及法官的裁判，並爲利益新興的法律職業，將這些記錄發行傳播。那時印刷還沒有，記錄的傳播就很有有限；但因爲這類記錄不啻爲大律師的甲冑，由此可取得雄辯的戰具，故要求甚殷，於是就產生了充「報告者」的小職業，以記錄裝訂於羊皮紙卷冊，名爲年鑑。法官既承認法律的一致原則，那末，辯論案件，除引據同道或自己會辦的舊案判決之外，那裏還有更有效的辦法？對手方也許援引另一判決，支持反對主張；於是推論的辯駁開始，各造均主張，自己所說較有理由，爲司法當局所側重。印刷發明之後，那許多無名的年鑑，不知如何搜集了攏來，付了印，訂了卷冊，上面印着編者的名字，裏面記載案情，律師名字，辯論撮要，及法官的名字與言論。速記發明了之後，法律的報告，較諸往昔的年鑑時代，尤其正確完備了。而且法律報告的職業，雖然漫無限制，到前世紀，有了公私的某種著名組織成立，聘定精良報告者及編輯員爲常任職員，負責選擇編輯報告，避免一切雜疊重複，其標準已大爲改進了。現時立法活躍，法官和律師當然須得常常參看國會或其他機關施行的條例，但這是可

以預見的，凡讀法律書籍，或甚至現代法律報告，必然覺得法官與律師還是側重於注意舊例。

簡單說，先例的原則就防止了判例法的專橫。在聽審一個案件之時，假定已有某法律點，曾經同級或高級法院依着理智線索，申述其意見，而援為判決論據，聽審法院就得照樣援用，除非已經高級法院或國會立法予以撤銷。當然，那原則決不是聽起來這樣簡單，因為次要的問題常使事件複雜，所以，以案比案的藝術，頗需最高的辯才。但僅旁論而不作為判決論據（*obiter dicta*），不能成為先例，不過充為參考而已。至少在形式上，判例法是自限於宣告的法律，並非自行立法，決不專橫，倒是趨於凝固持續的。如上已明，這是代表着秩序或一致的分，為一切法律概念的根本因素。

英吉利判例法肇始於三種淵源：二種曾經提及，第三種宜待後文再明。這三種就是（一）普通法，係照着文字原意，（二）某種外來法律制度，係在狹隘範圍，曾經此土認可其效力，（三）平衡法，係具有奇特歷史的原則，佔着英吉利法律學理的特異部分。

（一）上文已將普通法述其概要，無多可說。這不但是判例法的最古一種，而且經司法作用所認可成立。我們擬在這裏，一述其被忽視的要點，更略明其所包括的各項法律節目。

普通法的最要特色，在學理上要算其完備無缺。依學理，英格蘭的法律制度上所有缺漏，盡得其補充，無論



訴訟當事人提起什麼訴訟，法官不得因無法律規定，不予受理。凡有爭議，只須循着相當程序，法官必須加以裁判。這當然不是說，抱屈含怨者必得救濟；卻只是說，法院不得以前無先例爲理由，拒絕訴訟。別的制度就直截承認這類可能，而指示法官應怎樣處理，例如依自由意志，認定何者爲公平，或依公平原則處理等等。英吉利法官就沒有這類訓示；他必須對於各式人民實施公道（即法律）。

萬一事實上果真沒判例或單行法可資依據，究怎麼辦呢？這答案是：只消充分探索，普通法必有解決方法。法官也無非採取習用的比附類推，觀察最類似舊案，測度若易地以處，本案當怎樣判決，由此抽繹推論，援用裁斷。此中法官的個人素質，當然是無從避免的；而所謂法官創造及宣告法律者，即是指這類情形。但這樣立法，是循着嚴格的一定而鄭重的路線。凡有些案件，爲了某種理由，不宜以國會立法，或無從取得立法，那方法就極可使法律適應其新的情狀。這應用方法使普通法得有適應性，而成爲美點之一，但不願已成原則，或以已成原則失於公平，而竟標新立異，是不相宜的，這究竟是國會的職權啊。

所謂普通法是完備的，卻並不是說，即可排斥一切法律。那未免過甚其詞了。例如國會通過的一切條例是在撤銷普通法的矛盾，而樞密院依據國會授權，所頒法令，亦復如是，雖然授權範圍常生爭議。若地方習慣或商業習慣適用於案件，也得廢棄普通法。所以各種英吉利法律中，要算普通法爲最有伸縮性，最有包羅性。

本書之性質不宜過詳述普通法；因為，雖有後來種種反對現象，及國會的廣泛權能，所有英吉利法的大部分項目，還是由普通法所規律，如土地財產權及刑罰等重要項目，一向歸普通法所規律的，雖非全體，但大部分固已經國會通過的條例取而代之。惟獨動產物權，至少所有古代方式，其法律尙未經條例吸收，研讀普通法，尙可求得。關於授以王上的權，人民對於行政的權，以及所謂憲法等等大部分重要的法律，祇有參閱普通法，纔可瞭解。契約之如何訂立、解釋及履行，這極爲重要的項目，也經普通法規律。關於民事過誤，即所謂侵權行爲者，如侵害身體、土地及動產，侵害名譽，妨害訴訟等等，猶如契約法律，也依據普通法，而尙未經制定條例。

(二)英吉利法律雖是十足土產，某種外來制度不無影響於其發展。此中的二種制度，即羅馬法與教會法，就其爲某種文件所吸收，予以相當完備明確的敘述而觀，既可稱爲成文法，則作爲判例法淵源之一，頗覺怪異。即商習慣，雖未經訂成什麼單行法典，但也包括在某種可以強名爲條例的重要文件之內。這三種制度內任何一種，必須經司法認可或經國會制定，纔算歸入了英吉利法律，這是一般相同的意見。這理由，大抵因爲當前四個世紀時候，國會及法院均不願認可外來制度在英格蘭有什麼效力。於是這些制度就有待於認可，有了限定範圍；這範圍須由國會或法院加以決定。依照一世紀半前一種盛行學說，西方教會的教會法，甚至在「革新」以前，若未經英格蘭法院認可，不認爲有完全拘束那裏的教會法院的效力。這學說受到嚴重的批評，現在可說

是已經打倒了。自從「革新」以後，情狀已很明晰，因為經國會決議，所有「革新」以前的教會法，若未經改纂（事實上從未舉行），只消不與國家法令及王上特權相違背，刺謬或侵損，准其維持效力。這准許含糊，自須經過司法解釋，纔可適用。羅馬法也是這樣，其一部分法律，憑藉遺囑及遺產的管轄，混入於英吉利法，也是曾經法官引用過的。十八九世紀英吉利法律所採納的商習慣也是如此。像孟司·菲而爵士（Lord Mansfield）雖很贊許商習慣，但對於英吉利法內，商品得以買賣行為，即時移轉，不以物件的交付及價格之給付為要件，這一定則，雖與商習慣刺謬，也不願予以更改。

所以教會法、羅馬法及商習慣，凡是成為英吉利法律的一部分的，均當歸入判例法；因為若律師辦理案件，援引格蘭郭教王（Pope Gregory）某一教條，或海特靈皇帝（Emperor Hadrian）的某一詔命，除非曾經英格蘭法院採用，很難邀法官同情，反之，若對造律師能提出一種相反的判決，那種教條或詔命即無什麼效力可言。

（三）衡平法是判例法的第三個大淵源，須加以更精詳的說明；因為牠的地位是奇特且富變化。牠的原則之為司法的，簡直全無疑問，雖經國會法案明示及默示其存在，卻從未成為條例。牠們不但是補充缺陷，並減縮其他判例法的適用範圍，而且其他法官的判例法，雖與衡平法法官基於同樣授權，也須遭受那種支配。衡平法就是這樣演化而來。

欲明衡平法的地位，須就歷史觀察，簡單說，上述以地方習慣化入普通法的方法，是用一種名爲「狀」(writ)的文件實行，這「狀」若與他「狀」加以分別，可稱「原狀」。當法官就許多特別習慣，同意抽繹出一種通則，他們佈告人民，凡違反此種通則，原告可納一定費用，向王家衡平法院請求一「狀」，傳被控者到魏司明司脫，聽候審訊。在十二三世紀有許多這類「狀」產生，實際就成爲普通法的很間接的，但很有權威的說明。亨利二世 (Henry II) 的高等法官格蘭維爾 (Glanville) 所編的小冊，係最早的一部普通法教科書，完全是這些「狀」的解釋。格氏生於十二世紀的後半期。勃萊克登 (Bracton) 在十三世紀中葉有些作品，也充滿這類「狀」的敘述，特別說明時有各種新狀產生，應付變遷的情況。他記述，曾發明，或可推測爲發明，某些狀的法官的名字。所以雖無官書說明，而「狀錄」不啻爲一種法律救濟集，繼續地擴張着，這救濟可由因違反普通法而受害的人民，向王請求，即用王名頒發，那「狀錄」簡直是普通法的字典呢。

將近十三世紀之末，法官的發明力顯然漸趨枯竭。簡直沒有什麼「新狀」再發明出來，並且頒「狀」的王家衡平法院的大法官 (chancellor)，即該院院長，若自動頒發「新狀」，承案法官就拒絕執行。大凡一切偉大制度必有其生長及衰落時期，所以格蘭維爾和勃萊克登在十二三世紀演成普通法，不啻爲一競賽，此後十四五世紀繼起的人就較爲膽小了。大抵那時政府範圍日廣，本來充王上親隨的法官被驅使遠方，對於新奇問題，

不能再與王上面商，必須本於職權，自行負責。在一個廣大疏散地治理的帝國，這一地位不免趨於僭越王權。在英格蘭卻不然，那裏王家統治嚴整，無從僭越，法官也就趨於儒怯保守了。近十三世紀之末，王家公道源流，頗有乾涸之謂；所以新成的國會就負起仔肩，於一二八五年通過了魏司明司脫第二的條例 (Statute of Westminster the Second)，加以改進。當然國會覺得法官已失所望，就命令大法官，即「狀錄」執掌者，依照古來規模，適應新狀況的需要，對於類似案件，應擴大範圍，制頒「新狀」。

這著名的法令不是沒有效果的；畢竟依據了這法令，所謂「案件的種種訴訟」的許多新的救濟，產生出來，加入了普通法的「實務書籍」。但法律的發展還不能追隨時代；到了將近十四世紀之末，僅依一二八五年條例的授權，大法官就覺不足，凡指摘普通法的疏漏而抱屈含冤者，他就給訴訟當事人以直接救濟。這並不是普通法確有疏漏之處，不明枉直，還是爲了普通法法院受制於跋扈貴族或被欺於詐僞律師；因爲十四世紀之末，正隣近玫瑰戰爭 (Wars of the Roses) 的騷擾時代。不過普通法之需要彈性，還是公認的。

於是不依一二八五年條例請求新狀，也不依照什麼正式法令，訴訟當事人就習以非正式聲請向大法官投遞，呼籲「應上帝，順仁義」的公道，請求傳訊加害人，本於大法官的榮譽，給予非普通法所有的救濟。

到都道 (Tudor) 王朝，削平了十五世紀的擾攘之後，大法官的新轄權受了限制，祇能補充普通法的缺陷；

而後來所謂衡平法成了普通法的附錄，補其缺陷，改正以欺壓爲目的的玩法行爲，並很謹慎地與普通法法院取敵視態度，實施超越救濟，甚至有些案件普通法以爲有救濟的，也予處理。其第一種作用的實例，如衡平法院對於「使用權」(Uses)或「信託」(Trusts)，早就行使了管轄權。所謂使用權或信託，就是一人約定以所有權人資格，爲他人利益，並以善良管理人之注意，管理他人財產。這一重要部分的法律完全屬於衡平法；因爲普通法法院認爲有背普通法精神（不無見地），拒絕適用。其第二種作用的實例，爲救濟抵押權的種種原則，係大法官所建立。這抵押，自關於重利的教會法經廢止後，日增月盛，衡平法就認抵押借款及收取利息爲合法。第三作用的實例，爲某種契約的照約履行，這早經大法官所實行，而普通法祇許可損害賠償。例如，甲以千元代價售地於乙，後來另一人肯出一千二百元代價購買，甲即破約。若乙對甲向普通法法院提起訴訟，只得請求損害賠償。但乙不要賠償，必要購地；他就可用衡平法聲請 (Bill in Equity)，大法官必依之令甲交付土地，若有違反，處以徒刑。

衡平法院與普通法法院最明顯的差別要算那訴訟程序。除「狀」的嚴峻保守外，在普通法法院成立後三四世紀時代，那裏產生了一種審案的極苛刻專門的方法，完全集中在陪審員的決定事實。中世紀的陪審員還是粗野無知；而爲使他們得適當執行其職務，不得不使爭議問題簡單，好讓他們只以然或否答復。爲了這個

緣故，在審判之前，就舉行兩造間極專門的對辯，稱爲「辯論準備」(pleadings)。又因陪審員的無能，不能判別證言的真僞，不得不在普通法上，拒絕一切有利害關係者爲證人。最有利害關係的要算訴訟當事人；於是他們就不得作證，成了普通法上不易規則。所不幸的，這規則的用意雖善，卻常常把一切知情的人，一概擯棄了。

大法官不管這些煩瑣規則，也不要什麼陪審員，假使他們認爲聲請者的案件爲一望成立案件 (Prima facie case)，他更不令聲請人購什麼「狀」，恐怕誤用錯「狀」，反受敗訴。他也不發「原狀」，祇飭傳被控者在某日親自到案，聽候詢問，若有違反，處以罰鍰 (sub-pœna)。而案情見於傳票，傳呼與罰鍰即寫在聲請書副本背面。若被控者遵傳到案，大法官就令他設誓，再加審究；大法官每每是一個教士，熟悉懺悔儀式的。他不像陪審員，祇宣告有罪無罪，卻頒發命令，令兩造履行某種行爲，或禁止某種行爲，如核算賬目，審查文件，處理契約，不堅持依法權利，等等，使兩造各得其平。這辦法比較普通法法院的有限救濟，更爲靈活切實了。當時普通法法院只有飭執行吏 (sheriff) 使勝訴人承受土地，或使敗訴人償付金錢。

當伊利莎白王后 (Queen Elizabeth) 的偉大時代，衡平法院頗孚衆望，到乾摩一世 (James I) 王朝普通法法院的嫉忌引起了敵對，他就採納了法律顧問官倍根 (Sir Francis Bacon) 的奏議，頒詔平息其事，即凡普通法與衡平法有衝突之處，後者應優越於前者。後來倍根也曾充大法官。近時立法又重行正式頒布那一

原則，此外，又廢止了畸形的對立司法機關，把普通法法院、衡平法院及其他要不得的機關，合併為一大法院，院內各法官得就各案情形，分別行使普通法、衡平法及其他法權。可是普通法及衡平法的對立法權，在英吉利訴訟法及實體法上，均留有分明深刻的痕跡，下文當明。

讀者至此，必然發生一個問題，本章若不予以解答，是不能結束的。這問題是：歷來大法官執行其衡平職務之時，究竟還是自出心裁呢，還是參酌他種原則呢？答案是兩者俱有。當初衡平法權的執行，是出於「揚榮譽，順仁義」時至今日，這原則已有實際效果。這事實引起了薩爾屯（Seldon）的譏嘲，指摘衡平法是隨大法官喜怒的滑頭東西，也不無相當真理在內，甚至到十七世紀也難免斯誦。大法官從羅馬法採取了一些原則，從教會法採取了一些訴訟程序，那是無疑問的。又衡平法院，是一個「良心法院」這原則，也有其效用。照著者意見雖無確切證明，那大法官係以善良公民人格為南針，自行制出某種規則，例如抵押不得拒絕回贖；假定如是，那末，衡平法係本良心這主張，不是含糊的了。到十七世紀之末，所有歷來大法官建立的規則已凝成爲一束法律原則；而大審院判決錄的定期刊行，竟誘導衡平法院，仿倣普通法，採用先例的學說。猶如普通法，決不因缺隙，自認無能，現代衡平法官也時時主張，對於新的情狀，有權實施衡平原則。普通法與衡平法若分別由獨立法院行使，當然難免發生對敵現象，所幸，現在每個法官均有普通法及衡平法的頭腦，均能同等適用，並行不悖了。



## 第四章 英吉利法律的各種方式(續)

### 第二節 制定法

條例與判決不同，係用簡括文字，正式公布一種行爲規則，令人遵守。有少許條例，起草者自認不過公布現成的法律，但他們的自認是否出於真誠，極爲可疑。但大部分條例，草案者就公然創設新的行爲規則，不復再蒙什麼假面具。除少許例外外，條例是不追溯既往的，無論民事刑事皆是如此，與判決是不同的。追溯既往的立法(ex post facto)公認爲失於公平，這信念可以充分證實，條例的主要目的在於改變法律，不在宣告法律。

歷史法學者一致公認，制定條例或立法，比諸以習俗及司法解釋創設法律，是較新的方式。在英格蘭尤無疑問。在盎格魯諾曼朝代，各雄略君王未頒發敕令(assises or ordinances)，實際上這是在英格蘭條例的最古實例)的幾世紀以前，那評理處(moots)的長老或智人已在自發判斷(deemed their dooms)。這些判斷實爲後來巡迴裁判的先導。到十三世紀國會成立之後，制定條例纔成爲正常公務；可是此後幾世紀中，條例的數量還是很小。就是目前，國會雖很活躍，每年國會法案和法官判決報告比較，數量上不過一與六之比；而且

判決報告所錄不過十分之一，即高級法院的判決也是如此。通常每年所印行的國會法案，只是涉及社會全體  
的公共法案；此外僅涉及地方或私人事件的私法案，只能向王家印刷局特別聲請取得。不過，縱有這些事實，縱  
是許多國會法案冗長而又複雜，就數量比例而論，制定法總較少於判例法。

判例法與制定法的另一主要差別要算解釋的方法。英吉利判例法的學者讀記載法律的判詞，很難看到  
簡明的原則。這可說是判例法的國風，非是必然。在某些國家，判詞的開端記載着適用的法規及原則；而有人主  
張英吉利法官應取爲則做，可是事實上他們並未採納。所以凡律師辦理案件，要援引判例，就不得不以煩重手  
續，參閱判詞，探索此中的原則或判決要旨（ratio decidendi）。這種手續很難說明，但必多方參酌。如案情兩造  
律師的辯論，判決時的法律狀況等等。判決要旨也許經兩三個法官，或更多法官所演述，有時判詞冗長，結論雖  
同，理由各異。

至少在學理上，解釋條例者的職務就完全不同了。他所須適用的，不是什麼判決要旨，卻是條例的法文用  
語（*Litera Legis*）；這就是說，他必須依據法條的文字。除條例明白規定應依專門術語解釋文字外，他必須依通  
常文義，加以解釋。所以解釋判例法，固非經相當訓練的法家不辦；若引用條例，則受普通教育的人也足勝任。主  
張編纂法典的，就是根據這個理由。

可是那種說法也不過相當正確。像樞密院法令 (orders of council) 這是較古的敕令 (assises, ordinances) 佈告 (proclamations) 及其他欽命等立法的現代繼承者，「市政章程及自治章程等，均係專家起草。從容公佈，而適用範圍又很狹小，那種說法大體是對的，但國會法案係條例中最重要的一種，須處理許多爭議事件，猶如「議案」 (bill) 或計劃書 (project)，須經許多立法者的挑撥辯難，而他們之中，能見到彼此的連帶關係，或能見到以本案爲主的其他法律的，不過少數，那種說法就大大不對了。這樣情形，常使國會引起解釋問題，及意義上的爭議，那有什麼奇特？這些爭議，至少在初步，就只能由法官整理；而對於條文發見二個以上的解釋可能時，也須他們負責抉擇。

所可怪的，法官解釋條例，爲發見法文真義，每每離開呆板的法律用語或竟不依據字典說文而另採超然方法。幾世紀以前，有個多才的法律權威者得到了解釋的鎖鑰，考量「那舊法，那禍患，那救濟，」這就是探索成法有什麼害處，令人不滿，而現在用什麼方法加以革除。這兩層頗可參閱法案的序言或說明，以爲南針；但可惜這些序言、說明，有時不免指東話西，且近時立法，這些已很少見。於是法官只得就條例的一般目的，自作主張，考量全體文字，使個別條文合於一般目的，而求出邏輯的，非是文字的解釋。法官這樣解釋，卻不得查究立法的辯論，及起草人闡明法案用意的演述。這禁戒規則表面是專橫的，也許反是很良美的。其他還有幾種微小規則，也

產生了，例如二個條文有衝突，應以後者為準，又普通文字應限於專條所規定的相類對象。假定取締農場出產物在暑期轉運的條例規定，天氣在寒暑表六十五度以上，禁止雞蛋轉運，七十度以上，禁運牛奶，七十五度以上，禁運白脫油，而最後規定八十度以上，禁運「其他物件。」這裏所謂「其他物件，」當然不能包括煤、馬等物。這解釋稱爲狹義解釋（*eiusdem generis*），且也不限於解釋條例。

條例（*statute*）與法案（*act of parliament*）這二個術語，通常用起來，及甚至作法律用語時，都看作相等的名稱。那是很不正確的。要知一切法案都可稱爲條例，而一切條例未必限於法案，雖然國會法案無疑地，是條例中最重要一種。

此土的國會法案有一特點，與他種條例顯然區別。這些法案的效力，與其解釋不同，即法院亦不得加以評論。往昔國會的地位與王上的樞密院（*councils*）尙未劃清之時，情形也許不是這樣。但未到十六世紀之末，國會法案已被認爲英吉利法律的最高權威，超出於樞密院敕令，及最高級法院的判決以上。自從英格蘭由一島國，一躍而爲遍佈世界的帝國後，在魏司明司脫的國會法案，還是認爲帝國的最高法律。就海外自治領而論，最近的發展已將那種見解有所改變，可是對於大不列顛聯合國及北愛爾蘭（Northern Ireland），若法案沒有反對規定，其效力還是如此。所謂「就英格蘭說，國會法案不能認爲越權的」（*ultra vires*），這說明，係以法律

方式表示了那個特點。

他種條例就不是這樣，現當稍加敘述。

此中最重要的是樞密院敕令 (Order in Council)，這是王上依樞密院奏議，以王名頒發的敕令，而樞密院係具有歷史的一大集團，現已久不集議事件。實際上樞密院敕令是由欽命大臣 (Minister of the Crown) 起草，或由其授命指示，再呈送到由二三個樞密顧問官 (Privy Counsellors) 所組織的正式會議，每每王上也親自出席，由他核准，歸入議事錄。這是內閣權力的驚人發展，因為當初王上的大權尊威，僅他的最親信顧問官可參與的，現在卻賜與臣下了。

爲什麼欽命大臣得行使這權力呢？當然因爲他不但是代表政府的內閣中的一員，並且大部分事件係依據國會法案行使權力。凡見於官書的法令稱爲條例的敕令 (Statutory Orders in Council) 即可說明那理由，不過稍覺牽強罷了。此外各部大臣用自己名義所頒布的法令規則，以及高級法院法官所頒布的，也站在同一立場。還有極少敕令有時由王上依據王權頒發出來。這些王權係當初無限大權的殘餘，在英吉利憲法史的長程中，經過了國會法案及普通法的侵蝕之後，所遺留下來的。

以每年立法的出產論，這些法令規則，在數量上，總比國會法案較多，也顯然可以代表行政與立法混雜的

大規模復活。好在任何法官遇到有人聲請執行這些法令規則，有權認為越權（*ultra vires*）而拒絕執行，不無相當保障。他可以便宜行事，不必一定宣告無效，只消不加理睬，而拒絕適用。其他同級或下級（註一）法官可依照先例原則，採同一態度，於是那些法令規則即成爲具文，非經上級法院以判決撤銷，就無從復活了。甚至依照國防法案（*Defence of Realm Acts*），在戰時所頒之敕令也會經照樣辦理。下級機關所定條例，如地方自治政府及鐵路公司等章程，也得因越權失效，更不必說了。凡遇到這些下級機關的章程，法院簡直用不到審究越權不越權，只消章程是不合理的（*unreasonable*），已足夠使其失效了。有一市議會，依照「爲促進市政，得制定相當章程」之權，訂立章程，規定在星期日，除王軍士官外，一切人等不得在市區任何街道，吹奏樂器。高級法院卻拒絕執行，於是這章程就失了效力。

關於制定法，還有一層也值得注意。司法判決得因時間性及環境變遷而成廢物，於是這類判決不復稱爲先例，也不再佔着法律之一部了。什麼時候判決纔成廢物，倒很難確切決定，但原則是明白的。這原則是以下述法律成語表示的，即「理由枯竭，法律失效」（*cessante ratione cessat et lex ipsa*）「可惜法律（*Lex*）」字本來是指條例的，這裏卻用於非條例的判決了。

很明顯的，這成語是不適用於條例。條例是有永久性的，非至正式廢止，或施行期間已滿，法院必尊重其效

力（當然受越權原則支配。）否則法院勢必侵蝕立法權力，然而對於國會法案，無論如何，法院決無權干預，可惜結果卻未見全利。大家知道，當已失衆望的條例日呈腐朽之時，那班擁護的人就漠然旁觀，一旦經人建議廢止，他們就一窩蜂出來，竭力反對。結果是一個妥洽。條例並不廢止而不實行，或偶然予以實行。這事態是很要不得的，因為這是減低法律的尊嚴，又使專斷有機可乘。

大抵不專門法律的人總想試記各種條例，而很少參閱法院判決。那我們殊有一述各種條例怎樣題名的必要。

起初，國會法案是用通過地的地名爲名，如一二三五年滿登（Merton）條例，一二六七年麥爾裴羅（Malborough）條例，一二八五年溫啓司端（Winchester）條例及一二七八年赫勞司端（Gloucester）條例。國會設定在魏司明司脫以後，這辦法再不能適用了；於是在一個短時期中，就用條例本文開頭兩字爲名，如著名的堂尼（De Donis，限定嗣續）及規恩都（Quia Emptores，核准土地移轉）約十三世紀之末，另採一種方法，沿用了五世紀之久。一個法案標以通過那一屆會期的年號及章次；而會期係以召集會議君王的年號爲名。不幸每每一屆會期要跨占二個紀年的頭尾。結果就不得不標誌兩個紀年，而其公式如下：

愛德華四世，三至四，八章 3 & 4 Edw. VI c. 8,

維多利亞，二九至三〇，三九章 29 & 30 Vict. c. 39, 等等。

在十五六世紀，君王的即位及駕崩，比較曆書年份，尤為公衆注意；雖然就來往書信判斷，聖日 (Saints Days) 是普通的計曆法。一到吉士爵士 (Lord Chesterfield) 的改革之後，人民就漸漸習用新曆，而且喬奇三世 (George III) 王朝的悠長，及國會法案的日增，使以王號標誌，漸覺困難。雖然，任何會期的法案，應視為會期第一日所成，這呆笨規則在一七九三年是廢止了，法律界方面還是泥執着中古的方式。到伊麗沙白王后，在位久長，堪稱她的祖父的勁敵，立法者纔開始在法案中編入「短題」，即簡略說明，使普通人一望而知其內容大概，以及通過成爲法律的年月，例如一八五四年禁止賄賂法。這方法沿用了約四十年之久，到一八八九年纔正式認可；又在一八九六年，對於那些繼續有效而很重要的舊法案，也推廣適用。因此，普通人要從原本中研究判例法，爲了用語多專門術語，縱非不可能，總不免感到困難，但要在每年出版的法案卷冊中，檢查什麼公共法案，倒沒有什麼困難。這些卷冊大多數重要的公共圖均有置備。除少數情形，猶如陸軍法及印度政府法等外，不能在單獨一個法案中，檢得任何一種法律的全部。大部分稍重要的法案時時有所修改；而涉及一個題目的幾個法案，經編成爲一個完備條例的，爲數也很少，所以若不問判例法，只檢查條文，究竟是否可靠，常常是有問題的。

(註一) 低級法院就不一定如此，例如郡法院 (County Court) 及值季法庭 (Quarter Sessions) 那裏的判決不能創設先例。



第二編

英吉利法律的機構



## 第五章 英吉利法院組織

### 第一節 概說

古代文化不知道分工這回事。現在照我們看來，各種性質不同的職務，須由受特別訓練的人執行的，那時簡直不分皂白，由相同的人執掌。而要執行得當，須具不同頭腦，及差別訓練一層，這班人也不理會。

現代法院裏的所謂法官，當初也是如此。除他們是王家官吏，在十二世紀後期擔任巡迴職務之外，其他職守與今日的法官簡直南轅北轍。大抵當時的王家官吏是收稅吏；上承王命，監理一切王上的權益，其中包括管理王家財產，監察地方機關，訊究封建特權的不規，並查辦沒收、充公、喪權或其他稅目等許多事件。

大概漸漸由這一大羣的官吏中，分出了一小批人員，專司訴訟；即凡對於這許多王上的徵收，發生爭議時，予以判斷。在專制政府之下，如古代東方皇帝，這些徵收的答覆，不出兩途，不是順從，即是刑罰。可是在英格蘭就不是這樣，甚至盎格魯諾曼雄主也從未施行這類專權，凡有徵收，必以法律為根據。當然，這企圖有時不過是矯飾，有時簡直是甜蜜的欺枉。但縱是在這類情形之下，需要法律根據的默契一層，對於日後循序漸進的發展，確

是無價的貢獻呢。

由那時王家官吏所處理的最古最要的爭議，產生了「王的訴訟」(Pleas of the Crown)這名稱，現在即稱爲刑事，占司法事務中最重要一類。這裏的要素，就是對於被控犯法的人，王上得科以刑罰。

要這類手續，科學地、正確地進行，就得分開四種步驟。第一，必須有一人明悉罪犯，提起一定控訴。其次，必須有事實的證明。再次，必須援引所觸犯的法則。最後，犯罪一經證明，必須論罪科刑。依復仇的「野蠻公道」(Eye for eye, Justice)照樣也取這些步驟；不過由一人擔負的。復仇者一身兼充控訴人、證人、法官及執行官，可是依文明的公道，這些步驟必須分開，而由各人分別擔負；若社會劃出一部人員，加以訓練，專任判斷爭議事件的重要職務，可算是文化上劃重要時代的進步了。往昔這類抉擇，係以各種方法實施；到十二三世紀時，若亨利一世、亨利二世等君王，本其果毅，纔使王家法官的地位顯著而又永久，結果竟使司法一事成爲王上的專利。未至十三世紀之末，在英格蘭沒有一個法院不是由王權建立的。否則，那行爲或許要認爲叛逆了。

上述英吉利刑事訴訟的起源，不免要引起一重要問題。這不能調和的追訴和審判二部分，統歸王上一人兼理嗎？但一人不得審判自己的事件，這是司法的基本概念之一啊。

當然，經過了許多年代，英吉利刑事訴訟纔得免除這批評的恥辱。大概刑事的進行，先由人向執行吏

(sheriff) 報告，再由該吏轉呈於一班宣誓的控訴官前。他們之被任爲一切嚴重的刑事案件的正式控訴官，係依據亨利二世在一一六六年所頒敕令。這班人就是現今的大陪審員 (grand jury)，不久，執行吏的職權被限制了，王上就覺得非另派專司檢察的官吏不可；這樣，王上在實際上就兼任了檢察官與法官，有好幾世紀，司法的權衡就這樣重重壓住了被控者。雖然程序之進行是必用王上的名義，好在大多數刑事案件，常由與被控罪犯有切膚痛癢的人所推動，不無減少了一些苛酷。後來於一七〇〇年頒行了著名的澄清法，規定了法官的任命以能盡職爲期 (quandiu se bene gesserint)，並確定官俸，使法官不致因見惡於王上或在職關員，顧慮撤職減薪，有所畏懼，地位得到了完全獨立的保障，使被控者也得了更科學的保證。後來還有許多刑事訴訟的改革，散見下文，終使刑事的審判，在追訴方面，日呈忍耐寬容，與民事原告的態度，簡直大不相同。

與刑事訴訟對立的，就是民事訴訟。民事訴訟的性質，上文曾經略述，就是此種訴訟或事件之爭議，不是王上對人民的，是人民與人民間的爭執。實質上，民事之產生，實早於刑事。在君王或政治首領未掌握司法以前，格蘭地方，與他國一般，也早已產生了和解爭議的粗野辦法，替代了復仇式的野蠻公道。欲趨向社會生活，評理處 (moots) 或談判會議是差不多不可缺少的；我們在盎格魯撒克遜法律上可以見到評理處的頻頻應用，誘導發生爭議的人民不用賭鬪 (vend)，而以立誓及神判 (ordeal) 或處罰牲畜，以代體罰等和平的古代裁判方

式，處理他們的爭議。盎格魯諾曼君王既見這些方法已在英格蘭實行，就竭力維持舊制，並不創設什麼敵對的方案。

但是上古的心胸也能對於目前材料，加以比較；所以十二三世紀的英吉利人見到了王家訴訟程序，有幹練的法官，及新的陪審制度，效率優勝，與地方的評理處所用的滯緩陳腐方法，兩兩相較，也很感舊制的窳劣了。因此，他們也就開始向巡迴法官起訴，請求用新的訴訟程序裁判。起初，那班王家法官或許覺得這運動不過增多他們的事情，簡直累贅。不久，因權勢與學識的增加及各種費用的收入，對於王上及他們本身，均不無利益，態度也就改變了；自十二世紀末以降，這班王家官吏漸漸決心鏟除一切司法上的敵對。於是普通訴訟（Common Pleas）進而被認為王家司法特權的一重要部分，與王的訴訟相互並行；而著名的大憲章規定「普通訴訟應在一定地方舉行，不得再隨從法庭」，由此也可見起草人是決心使特權成為公義務。這樣，司法就分爲刑事和民事，有時固不免錯綜，但大體是區分得很清晰的。茲先敘述刑事法庭。

## 第二節 刑事法庭

依古時普通法，罪刑之觸犯，只能在一郡之內。這因爲王政及司法之實施，係經由郡的制度，直接與英吉利

人民大眾相接觸。不但犯罪之審判在於犯罪地的郡內舉行，即凡控訴、逮捕、拘押、保釋及執行等手續也委諸郡內官吏。王家法官，依據授權，聽審及裁判王的訴訟或撤銷被告人監禁，歷來都是郡的授權，且一直保留至今。形式上，犯罪之審判係在犯罪地郡內的巡迴裁判所，每年舉行三次，人多的地方舉行四次。事前有佈告張貼，通告王家差官到郡的日期，所有經郡內大陪審員起訴的案件，當予審判。關於犯罪之偵查及審判等訴訟程序，後文還當詳述。總之，這裏要說明的是，依英吉利刑法學理，任何重大犯罪的適當審理處所，是犯罪地郡中的「希岸城」(Shire-town)，由王家差官或法官聽審，並有郡陪審員的輔助。

但這可名為狹窄的制度也有缺陷。有一班犯人很狡猾地擇居於邊境地方，使當局者棘手非凡，他們在郡內犯了罪，一聽到郡內的縣官已簽出了拘票，他們就逃到了另一郡。那裏因為沒有管轄權，發出的拘票就不能執行。要執行的話，又須經過另一郡縣官的會同簽署。可是也許手續未經辦妥，那犯人又不翼而飛了。

將近十八世紀之末，倫敦之所以成爲罪犯的逋逃藪，這雖不是唯一理由，總是理由之一。倫敦是介乎其中的市區，大本領的賊在司脫能(Stamford)地方的銀樓偷了東西，轉瞬之間，他可以穿過魏司司脫橋(Windsor Bridge)，逃入薩萊(Surrey)，脫離中薩克司(Middlesex)縣官的管轄；可憐的巡捕還沒有得到中薩克司的拘票，他又到了根脫(Kent)，而剛剛在那裏辦理拘票手續，他卻重渡倫敦橋，轉入了愛薩克司

(Essex) 就這樣輾轉的逃。並且倫敦爲世界上數一數二的大埠，聚集了非常多的外國海員商人。這班人中有不少是在海上犯罪，正被緝捕。海洋可不是屬於什麼郡區。要追訴那班人，就只有用「假擬」(Fiction) 的方法。例如西班牙海洋 (Spanish Main) 視爲在於啓拍沙 (Cheapside) 地方聖瑪麗教區 (St. Mary le Bow) 應屬於中薩克司郡區。

爲什麼在一八三四年產生條例，要創設新的中央刑事法庭，這就是主要理由。那法庭，是設在古倍萊 (Old Bailey) 管理紐架脫監獄 (New-gate Prison) 在學理上，這法庭是一奇特集團，裏面的組織計有大法官 (Lord Chancellor) 高法院王座庭各法官 (Kings Bench Division of the High Court) 及教長 (Dean of Arches 卽宗教法官) 各法官，此外還有倫敦市長老，及掌卷官 (Recorder) 公設律師 (Common Serjeant) 和同一自治機關的市法院法官，最後三人雖爲自治機關官吏，是經王上任命，執行他們的司法職務，都是會受訓練的律師；他們處理那法庭內審判的大部分案件，而較嚴重的控訴由王座庭一員法官審理，係以輪值爲準。法庭的期限爲每年十二次，由高法院法官以通令規定。中央刑事法庭管轄人烟稠密區域的罪犯，包括不下四郡之多；而每年有八個月期間，可由樞密院命令，推廣管轄，及於鄰郡或同郡的餘區。除這地方管轄外，並得審理海上或國外罪犯；還有幾種例外審判，特別重要煩難，如觸犯國事祕密法案 (Official Secrets Acts) 取締貪污



法案 (Corrupt Practices Acts) 及現役軍人在執行職務時殺人等案件，也歸那法庭受理。經上敘述，那法庭對於重大罪犯，簡直有無限止的管轄權一層，可毋庸再說了；決不因罪犯過於嚴重，而無權管轄之理。依最近決定，甚至王座庭對於中央刑事法庭，也沒有審核干涉之權。

高法院王座庭對於刑事的管轄權，頗不規則。本來，這是一個大民事法庭的一部；牠的組織及職權，後當論述，但其份子在巡迴法院也行使刑事管轄。他們中十有九是執行巡迴職務的王差；並且如上文所述，王座庭法官兼充每屆中央刑事法庭的法官，審理最重要的刑事案件。

此外，王座庭又承襲了古代王座法院 (Court of King's Bench) 的刑事管轄。自從普通訴訟依大憲章設定在魏司明司脫之後，王座法院係留存下來的機關，特別與王上的本身有關。這既是王上的樞密院，而每一重大罪犯既又認為觸犯他的安寧，所以這法院就有權監督一切奉王名行使刑事管轄的法院，以及其他法權。本來，這法院不審理刑事案件的。但為處理重大的殘暴犯罪，承王上之命，牠就授命三個法官及一個陪審團，執行嚴肅審判。當大戰時，羅吉 (Roger Casement) 被控重大叛逆一案，就採用了這辦法。這辦法通稱制裁審判 (trial at bar)。為了同等理由，王座庭也有權頒發特權狀 (Prerogative Writs) 依據這狀，王上就得對下級司法機關行使監督。所以若因地地方騷動，管轄法院難期審判公平，有移轉其他巡迴轄區管轄之必要時，王座庭

得頒發送卷狀 (Writ of Certiorari) 指定另一機關予以受理。假使下級法院拒絕受理職權範圍內的事件，王座庭在命令答辯之後，得頒發命令狀 (Mandamus)，強制受理。下級法院若超越職權，王座庭得頒發禁止狀 (Writ of Prohibition)，勒令停止。特權狀中最著名的人身保護狀 (Habeas Corpus) 爲了特種理由，得由高級法院任何法官頒發，這層下文還當闡述，但正常的頒發機關還是王座庭。

### 下級刑事法庭

現當敘述其他職權有限的刑事法庭，此中最重要的是值季法庭 (Courts of Quarter Sessions) 在各郡及一部分市邑，都有設立。在學理上，郡內的這類法庭包括那郡的保安判事 (Justices of the peace)；但事實上只有自願來的人出席。保安判事通稱知事 (magistrates)，係由王上任命，不分性別，隨意推行許多司法的及行政的職務，規定於一練串法案之中。除倫敦及少許大城市的知事，受有俸給外，他們都是無給職；而且大部分沒有法律的訓練。所以審理重大刑事罪犯，一郡的值季法庭之無能，簡直是一望而知。可是實際上，被選爲主席的常常是具有法律訓練的人員，他所行使的職權，等於一個司法機關的獨任法官——監督律師與證人，指揮陪審員及宣示判決，因此，那法庭的缺陷減少了不少。關於實質事件，如量刑等，他又是大多數的喉舌。看了

這些情形，也難怪值季法庭被駁奪審判某種重大罪犯之權了。但這些保留案件的數量很小，且日趨減少。市邑中的值季法庭，其組織不由市邑的保安判事，另由一職業法官，名為掌卷官(Recorder)的，擔任其事；但市邑值季法庭的管轄範圍並不較郡值季法庭為大。掌卷官是短期的法官，在法庭閉幕期間，他每每在其他司法機關執行律師職務的。

值季法庭的管轄權大部分與巡迴法院相一致，所以犯罪被告人得由任何法庭審理。實際上，受理一層以開幕之早晚為準，那一個先升座，那一個就受理了。

為疏散司法及行政事務的積壓，各郡又分為簡易值季區，專理不必經值季法庭全體法官審理的簡易事件；而各市邑各有其保安委員會，照樣也成為一簡易值季區。其職務係處理簡易事件罪犯，即被告人犯罪行為顯著，毋須如重大案件，採用陪審。公訴案件（即經法官與陪審員審理的罪犯）與簡易案件的區別，後文還當詳述。這裏只要說明，簡易案件的初審是由一簡易值季法庭受理(Petty Sessional Court)。這庭，除有給職知事外，至少由兩個保安判事，向來住居區內的，所組織而成。這一機關實在不過是值季法庭的一個非正式委員會；而且有許多案件，各當事人得請求值季法庭復審。可是對於這類事件，值季法庭還是採用簡易程序，即沒有陪審員，而宣告審判也有嚴格限制。實際上，簡易值季法庭也處理公訴案件的準備程序；但這職權非是司法的，

是行政的，不外就形式上成立的案件，決定移付的法庭，巡迴法院呢，值季法庭呢，還是中央刑事法庭呢。

## 上訴法院

直至一九〇八年，刑事判決沒有上訴。向來貴族院(House of Lords)曾就「卷宗的顯明錯誤」行使職權，廢棄判決；所謂顯明錯誤就是法律錯誤。自一八四八年以後，保留御案法庭(Court for Crown Cases Reserved)設立了，由三個高級普通法法院的法官所組成，就巡迴法院、中央刑事法庭、或值季法庭在聽審刑事案件之時，所引起的法律的問題，依各該法庭法官的聲請，加以決定；同時犯人的審判暫時中止。但這些案件很少。尤其重要的，還是值季法庭的職權，得依王座庭的命狀，或竟自動陳述案情，請求王座庭就繫屬的刑事案件的法律點，加以裁斷；而這一程序，在現在的法律術語上，就叫做上訴了。但在一九〇七年刑事上訴法案(Criminal Appeal Act)未通過以前，刑事上訴權，甚至關於法律點，終未經正式認可；至於陪審員關於事實點的裁斷，始終不能成爲上訴理由。依一九〇七年法案，有罪被告得向刑事上訴法庭(Court of Criminal Appeal)提起上訴，不過關於法律點，有絕對上訴權；關於事實點，僅有相對上訴權。這法庭至少以三個王座庭法官組成，得增加員額，但必須奇數。被告人雖曾經自白，也得以量刑過重爲理由，提起上訴；不過以此爲理由，有被處更重

刑的危險。他要這樣辦理，必須先行向刑事上訴法庭聲請准許；若用其他事實點爲上訴理由，他可向原法庭或刑事上訴法庭聲請裁可。刑事上訴法將上述的爲「錯誤」上訴及保留御案法庭的管轄權廢止了；但另行規定，凡重要案件有法律上理由的，公家律師 (Attorney-general) 得發給證書，由被告人或控訴人向貴族院提起上訴。酗酒殺人的刑事責任問題，新近就利用了這規定，得到了最高機關的判決。

### 第三節 民事法庭

民事法庭處理民間向王家司法機關訴訟的爭議。王家法院以優越的效率，經過長時期的奮鬥，克服了一切敵對，鞏固了王家法權，這些，上文均已說明過了。飽學的著者若直到一九〇九著書，他還可以列舉不下一百六十個古代民事法庭，曾經一時執行獨立法權，而至少在學理上，依然存在，他還可指出一較近的條例，正式廢止了四十二個。這一事實也足見當時奮鬥的怎樣厲害了。

現時，一切民間爭議，當然是由王上任命的法官管轄了。可是上文曾經述及，有一個時候，這些法官等級差異，各各處理各類不同案件，於是自然而然的發生了敵視、嫉忌、重疊等事，而訴訟當事人很受了不良影響。所幸，近時立法已把這些缺點大部鏟除了；而現在的司法機關可以很簡單地分爲二類：一是高級的，即不問案件標的

的起源地及重要性，有無限的權力；一是下級的，即因兩者之一，管轄權有所限制。具無限管轄權的法院還可以分爲二類：一是初審法院，即受理第一審的法院；一是上訴法院，即受理第二審或第三審的法院。

經過了一八七五年的努力，各種高級王家法院併合爲一個機關，於是現在的高法院（High Court of Justice）是唯一的高級法院，管轄全國民事案件的第一審。人民與人民間的訴訟，不問那種訴訟程序，都可向這法院起訴，由任何法官審理，院內法官計有二十八員。內中惟有大法官（Lord Chancellor）因其他職務叢集，不常執行法官職務。其餘二十七員，又就執行的職務，區分爲三部，各部所支配的員額不同，即衡平庭（Chancery Division）有六員，王座庭（King's Bench Division）有十八員，及人事海事庭（Probate, Divorce and Admiralty Division）有三員。但依法各法官（包括大法官在內）都有權聽審任何民事案件，並且以前被吸收各法院的職權，也得照樣行使。

這法院的本院設在倫敦；但王座庭各員依例巡迴各區，一行二員，一個負責審理郡內的刑事案件，一個擔任民事，這類案件因某種理由，在郡內審理，較在倫敦爲宜。還有地方登記處（District Registries）爲免除訴訟當事人遠涉倫敦，多耗金錢勞力起見，所有各案審理前的準備程序，都在那裏舉行。

高法院各法官雖得聽審任何民事案件，可是依類分案，再由具有專長法官承辦，顯然是便利適當，所以實

實際上高院的三庭沿襲了舊制之名，代表了舊制規模，並照一八七五年以前的向例，分別處理舊制受理的案件。於是案件就按類分配各庭；若原告誤向一庭起訴，就得使之移送適當的他庭。但他的訴訟，不如往日，不再因無權受理而遭駁斥了。又對於同一訴訟，他也毋須向一庭請求一部分救濟，向另一庭請求另一部救濟；一八七五年的大改革的根本目的，即在革除那些現象。法院組織法有這樣規定：訴訟當事人間的一切爭議事件，就可能圍範，應予以全部及終局的判決，又有關各該事件的煩複程序，應予廢止。

高法院並不是嚴格的初審法院。這也是一上訴機關，不但受理值季法庭及其他下級刑事法庭的上訴案件，並受理郡法院的判決。郡法院為受理小額民事案件的初審機關，這類案件的上訴權，下文還當敘述，這裏只消明白，這些上訴由一高院分庭 (Divisional Court of the High Court) 處理，通常均由王座庭二個法官組成，不過高院各法官依法都有參加資格。這機關不問事實問題，也就沒有證人和陪審員，案件的判決是依據郡法院法官的報告，及其聽過律師陳述以後，所為證據的記錄。

### 下級民事法庭

有些特種法院，如萊開司脫 (Lancaster) 及特赫母 (Durham) 王權法院，處理管轄不明的衡平事件，又

如某種遺留下來的法院，如倫敦市法院及立弗浦航行法院（Liverpool Court of Passage）等，且置不論，下級民事法院就是依條例成立的郡法院（County Court），於一八四六年，依通盤計劃設立，而其職權已一再增加。郡法院這名易生誤解，這機關，類似保安判事，不是郡組織的一部分，且其職權與古希岸或郡法院也不一致，不過僅沿襲了名義罷了。凡地方人口增高，這類機關就適應需要而設立；把地方劃分巡迴區，由大法官任命職業法官一人（有時二員），終身職，擔任其事。郡法院法官所執行的法律與高法院相同，不過限於本區內發生的案件，而訴訟價值不得超過一定數目，且非特別煩複或重要的。若賠償額超過一百鎊，或衡平案件財產額超過五百鎊，或誹謗、侮辱、誘姦，或破壞婚約等，除合意管轄外，郡法院即無權受理。對於有些事件，郡法院的管轄權即不受限制，例如，依勞工補償法案（Workmen's Compensation Acts，法官為公斷人）所為之請求，或破產，但破產非各郡法院均得受理的。郡法院計有四百五十所，內約有四十個法院受理海事；對於這些案件，凡曳船員、必需品、薪工的請求額在一百五十鎊以下，以及其他海事請求額在三百鎊以下，都有權受理。

## 上訴法院

最後當敘述上訴法院，即受理經過下級法院第一審案件的法院，依一八七三年法院組織法，其根本計畫



爲創設一種總的民事司法機關，此中的一部分就是高法院，具有普遍的民事管轄權，惟大體以第一審爲限。又上訴法院（Court of Appeal），係終審機關，受理總機關下任何分部的上訴。所以總法院稱爲最高法院（The Supreme Court of Judicature），可是事實上也未見是最高的。因爲這計畫有一極重要方面終究是改變了。僅有民事上訴總法院的計畫是保存了。這院包括大法官及幾個兼任人員（*ex officio*）又六七個實任人員。前者兼任人員因其他職務，不常出席的。六七個實任人員中，兩個是兼任的，其餘五人稱爲上訴法官（*Lords Justices of Appeal*），專任爲該院法官。兩個兼任的實任人員即卷錄主任（*Master of the Rolls*），與舊時衡平法院具有一段極趣歷史，及人事海事法院院長或主任法官。上訴法院爲便利事務，又照例分爲兩個承案組，每組三員，而以卷錄主任爲主席法官。兩個承案組在職權上並無差別。因爲事實上有六個法官專辦法院事務，而三員纔可表決最後判決，所以這分配是很自然的結果。又單爲便利起見，一組常受理王座庭的上訴，一組受理高法院衡平庭及萊開司脫與特赫母衡平法院的上訴。

猶如高院分庭處理郡法院的上訴案，上訴法院也是這樣，以第一審認定事實爲準，僅審究法律問題。所用程序也沒有證人與陪審員，甚至以第一審陪審員所下裁斷，違背證據爲理由，聲請在第一審法院重新審理，上訴法院也僅就在下級法院呈案的證據觀察，究竟陪審員，若合理忠實執行職務，不問其他支節，是否有得同樣

結論的可能。假使嚴格地說，這不是一個法律問題，也不失為一個精密批判的問題，不過以法官個人經驗為材料就是了。

最高上訴法院是貴族院 (House of Lords) 所有蘇格蘭 (Scotland) 的值季法院及北愛爾蘭上訴法院的上訴都向這裏提起的。廣義說，任何上訴法院的敗訴人都可向貴族院上訴，但那法院管轄的普通案件，必須先向貴族院聲請裁可。貴族院普通總以為是立法機關，但按諸事實，其歷史悠長，可直溯到立法司法的混沌時代；因此，這區別也就始終不完全分清。依學理，貴族院各員，縱全無法律知識，也得參與具有法律難題的判決。一八七三年法院組織法案堅主廢止貴族院的上訴管轄權，這一定是理由之一了。可是這建議雖一度勝利，竟編入了條例書，但二年之後，終經另一法案撤銷了。這一點，因而始終沒有實行。然拯救貴族院於臨危一剎那的政府，也覺得當採適當辦法，把上述的缺陷，由最高上訴機關中滌除。因此，一八七六年上訴管轄法案 (Appellate Jurisdiction Act) 就這樣規定：貴族院受理上訴案件，必以精通法律的爵士 (Law Lords) 三員出席聽審，否則，不得判決（或任命著名律師，終身職，專司其事，或由會充高級法官，現為貴族院議員的人擔任。）但對於最重要最複雜的上訴事件，有關生命、財產或名譽的，貴族院中最無智識的份子亦得參加表決，法律上並無明文限制。

自治領的上訴不屬於貴族院，而由樞密院的司法委員會(Judicial Committee of the Privy Council)管轄。這些上訴與英吉利法律並無直接關係，所以本書不述。依一九〇七年刑事上訴法，凡刑事案件特別重要煩複的，得由公家律師出具證明書，向貴族院上訴。又貴族被控叛逆、殺人等重大罪犯，及為政治罪犯被彈劾的，也屬貴族院管轄。

## 第六章 法律的職業

### 第一節 概說

法律的施行不獨需要法官的合作，陪審員的輔助，而爭議案件的判決也得依仗法家，或執行律務人的貢獻。因他們受當事人信任，擔負保障利益的任務，至少在現代式的複雜文明制度之下，這是普通現象；但法家本身的历史實很悠久了。同時一切法律制度，尤其是英吉利制度，准許訴訟當事人有充分自由，自行進行訴訟。現代制度，使貧苦當事人得享無償的法律輔佐，未成立以前，原被告本人出席這回事不是希罕的。就是現今，在低級法院，本人出席，還是常事；而法官素以仁慈為懷著稱，對於這班訴訟人等也就格外容忍謙和了。

在英格蘭，法律職業為一班適格男女的專利。除上述當事人得自行辦理訴訟及其他事務外，非從事法律職業的人，不問是否圖利，都不得包攬詞訟，否則，當受重罰，若有報酬契約，依法也不能請求執行。最不容易知道的，是自充法律職業者的居心何在；而這層也不過依據專斷的規定，且這類規定也祇着眼於便利一點，並不是什麼明白的原則。所以非法律職業人，若不冒充律師，為人草擬有關財產的遺囑或契約，即使受有報酬，也不算

觸犯法律的。反之，若爲人草擬婚約，就得被處罰鍰十五鎊。

至少已有了六世紀，英格蘭的法律職業區分爲二支，互相獨立，職務各別，不過稍有幾種職務是共通的。這就是（a）大律師，或顧問（*barrister or counsel*），及（b）律師（*solicitors*），本名代理人（*attorneys*）。這二種差不多都可上溯到普通法開始時代；究竟那種較古，也很難說。可是他們的歷史倒是各各不同的。

## 第二節 大律師

大律師或顧問的特點，就是他得出庭說話，當審理時，向法官與陪審員陳述，對於對造行爲失於公平，妨害當事人的機會，他得提出抗議。總之，他所處的地位，與當事人自辦案件時的地位，無異。本來，大律師不過是個偶然的旁聽人，自動對於訴訟人有所指導，可是這任務不無利益，漸漸就得法庭承認，可爲訴訟人的顧問（*counsel*）了。現代法律上，大律師不能訂立有效的費用契約，也不能請求追償，在法庭內的陳述不能拘束當事人，及不能因怠忽職務被訴等規定，不啻是他的特別地位的遺跡。

按照許多情形，大律師的得有說話機會，固然是肇源於法庭的承認，可是有幾世紀，給與大律師資格的特權（*calling to the bar*），是操在四個富裕有力的團體之手，名爲法學院（*Inns of Court*），即林肯法學院

(Lincoln's Inn), 中寺院及內寺院(The Middle and Inner Temples)以及格蘭法學院(Gray's Inn)這些團體是自治的,由所謂法座(Benchers)或長老(seniors)的團體管理。可是後者並不記述他們的程序,且也未經什麼法案規定。關於牠們的起源,有好許多還是隱晦難明;但大家承認,牠們本來是一班在魏司明司脫的王家法院的辯護士自動組成的集團,在十二三世紀成立,處理王家管轄及新形成的普通法。那中內院這班人所以和宗教發生關係,是因為十四世紀初期武士的十字軍令(Crusading Order of the Knights Templars)是解散了,那兩個團體的法家就由近高霍爾旁(High Holborn)地方的故寓遷移,到了在泰晤士(Thames)河旁,武士的故居,那裏有古教堂及斜地。

牠們成立後的幾世紀中,法學院的會員承接當事人,或在事務所,或在公共場所,如聖保羅院(St. Paul's Cathedral)等,隨意指導他們的一切事務,並不以出庭及正式商權爲限。「革新」之後不久,他們就開始染上了專門的色彩,不獨對於普通當事人是如此,就是對於律師也是如此,這班律師那時脫離他們的集團,並且大部分是遷離了向來共居之所。

這高傲政策的結果是重要的。因此,大律師的社會的特權是增高了,成就了一種人物,可與一班朝臣及政治家相頡頏,就這樣爲極高地位的公共職務,闢了一條大道。一方面,這是把律師和普通人都擲之於外界,而律

師，一反以前狀況，由僱用人變為顧客，使大律師在早期數年，不免仰律師的鼻息。而且一切事務的初步及許多事務的全部都落入了律師的手中，於是其地位就飛速猛進，終究成為完全獨立的自由職業者，不限於鄉鎮（這裏沒有大律師為敵對，）且插足於倫敦。有少許案件，大律師仍得主張和普通當事人直接交接，不必律師居中干與。可是實際上若無王上或大公司的聘請，除了律師所供給外，大律師簡直無事可為的。

給與大律師資格的權決不是限於法學院。除幾種無關重要的例外外，每個不列顛希人民，能合於幾個條件，都有取得大律師資格的機會；且近年來甚至外國人也有成為大律師的。這是因為大律師決不是公務員，與律師是不同的。他不過是一合格人員，得代表當事人在任何司法機關出庭，並指導他們關於一切法律事件。但外國人縱使合於條件，法學院決不像對待不列顛希人民這般，就給與大律師資格的。

這些條件大概如下：

(1) 候補人經過一種普通教學的試驗，並提出品行的證明，認為合格後，須入四個法學院中一院為學生。

(2) 學期為十二節，共三年，每節須在會食堂會餐六天，如為聯合國的大學中的學員，縮為三天，但不必連續。凡學員得有大學的某種優越成績，得減少兩節。

(3) 四法學院共同組織一法律教育評議會(The Council of Legal Education)會內有一組研究員

公開講演。並教授大律師候補人員，候補人員亦必須經這會考驗及格。

凡會充自治領或北愛爾蘭的大律師，又另有幾種聲請准許的特別規條。

具足了這些資格，若候補人已滿二十一歲，向法學院繳納了費用，共計一百八十鎊之譜，他就得在下一個「呼入晚」(Call Night)呼入了會 (call to the bar 譯者按即取得大律師資格之謂。)

這儀式未舉行以前，他的志願就在各法學院的顯著地方，予以公布，或在通告板上，或在銀幕上。若看見或聞知道公佈的人，知道候補人有什麼可被取消資格的情事，都可向法學院的法座 (benches) 報告；例如，在候補時期，曾從事某種事實，完全與大律師職業相刺謬，或會犯刑事或不名譽的事。當然，候補人得有辯正的機會；萬一不能邀法學院當局的滿意，他還可向高法院法官上訴。假使沒有什麼罪狀可以證明，那末，就依古儀，在「呼入晚」宴會終了之時「呼入了會」，並從此得行使大律師的一切職權及特權了。

但完全合格的大律師並不脫離法學院的管轄，他還是那裏的會員，關於一切嚴重的職務行為，及一切有關個人德行的重大事件，大律師所屬的法學院還是公共利益的監督者。假使他的行為有污辱榮譽職業之處，法學院的法座得把他除名，駁奪他的職業地位，但他仍得提出上訴於高法院法官。對於有別於道德的職業上禮儀，他的行為是受公會的普通評議會監督，範圍較狹。評議會係代表團體，近時由大律師自行組成。這團體並



沒有什麼公權；不過基於職業上意見的強有力，凡忽視其規則的，不免遭同道的冷眼，因而引起當事人及律師的猜疑，終究喪失了業務。法官有指揮訴訟之權，故出庭之時，大律師當對法官保持禮貌。但大律師為當事人利益，凡不違背職務的行爲，得享充分自由，這一層是英吉利法院的一樁最有榮譽、最有價值的傳統。

公會會員中，還有一小批高級人員，名為王家顧問(King's Counsel)，又因其出庭時穿綢衣，不穿布服，亦名綢衣者(Silks)，享有某種特權，也受某種限制。在某種意義上，他們是自成一派；因為他們是王家官吏，向來未經特許，不得代表當事人對抗王上，直至最近纔改革了。但是他們，與舊時律師不同(serjeants-at-law)，還是為法學院會員，受其管轄，在任何法院，他們沒有專利事業，和其他同道，也並不顯然分野。他們在法庭上佔坐於前列，依照習慣，收費較高於低級人員或普通大律師，並且有優先陳述權。一方面依職業上禮儀，有幾種業務屬於低級人員的專利，他們是不得接辦的。王家顧問的任用，有各種原因，由大法官推薦，經王上以特許狀任命。

### 第三節 律師

另一支法律職業是稱為最高法院的律師(solicitors)。歷史上，他們是幾種不同職業的混合者，即普通法法院的代理人(Attorneys)、衡平法院的律師、古教會轄區的監理人(Proctors)及代筆人(Scriveners)。這班

人在十八世紀末以前，是一類高等的法律文具商。

這幾個份子當中，最古的一種，而且又大大影響這一支職業性質的，要算是代理人，依他們的名義，他們是代表訴訟人的，所以在法制史上，差不多可以追溯到和大律師彷彿的時代。最古的訴訟，無論在實質上及形式上，都是司法的格鬪 (duels)，所以古代法律就當然不准當事人用代理人了，不過有少許例外，如婦孺等。可是經由悠長厭倦的過程，古代的司法格鬪漸漸推移，由有秩序的專門的訴訟取而代之，代理權的要求也就繼長增高，而終由各種司法當局准許了。准許代理的各法院，當初很自然地，要看相貌的是否彷彿；到了十四世紀之末，普通法院採取了記名辦法，把法院所承認可充代理的人，登記在卷錄上。這辦法就很自然使特准的代理人成爲一狹隘職業，且爲法院官吏。因此，法院方面對於任何辱沒職務的人，也很自然地保留除名 (striking off the roll)，或其他處罰的權。照 solicitors 這字義，並無代理人的意思。這班人在十六世紀之末，和衡平程序發生了關係，代訴訟人專向衡平法院請求 (solicit) 被延擱的訴訟的進行。到了十七世紀之初，他們漸漸被認爲一種職業，其地位與代理人 (attorneys) 的相彷彿；還不到中葉，那兩個職業合而爲一，不過資格仍有些不同。自從他們退出了法學院，這兩部分人，所謂代理人與律師 (attorneys and solicitors) 大抵歸趨到了衡平法學院 (Inns of Chancery)，在時間上，這組織是較古於法學院 (Inns of Court)，可是始終沒有後者那

廢富裕有力。到了十八世紀之末，實在牠們已經消散了，其職業組織的地位已由法律社(Law Society)取而代。這社是一特許法團，其對於律師這一支職業的地位，等於法學院之於大律師。同時，代筆人(scrivener)這職業也已在十八世紀之末，瀕於絕境，所有職務移入了律師之手。末了，到一八七五年，教會法院的人事管轄權消亡了，而其他管轄權也衰落了，監理人(proctors)也無從維持其獨立職業，大部分就加入了律師方面；於是大律師之外，所有全部的法律職業併合爲一，依一八七三年的法院組織法案(Judicature Act)取得了最高法院律師這法定名義。

上文會述法律社(以前稱爲聯合法律社 Incorporated Law Society)之於律師的地位，等於法學院之於大律師。可是這話是有相當限度，因爲大律師資格之取得及訓練等，是完全依據各法學院自行產生的傳統及習慣，在律師，這些事件，除極小範圍外，是依據法案明白的規定，由法律社處理，而法律社本身也受這些規定的拘束。並且准許律師執行職務的權實際是屬於卷錄主任的職權，他是佔着前文所述的高級司法地位，並且還是掌卷官，保管堆積在記載處的大部法律的及其他的文卷的。所以法律社的評議會，職務雖很重要，卻沒有法學院那麼自由。

外國人之不能爲英吉利法院的官吏，是不消說得，所以只有不列顛希人民，具備資格，纔能成爲律師這支

法律職業的會員。這些資格，說明如下：

(1) 普通教育初試及格。

(2) 從一執行職務的律師為練習員，辦理書記事務，期間為三年至五年，依其過去的書記經驗而定。其服務是專一的；除研究實習法律外，不得從事其他事情，與大律師學員是不同的。

(3) 入法律社認可的法律教育場所研讀一年（除特別情形外）。這場所有院長及教務人員，專以法律教育授與這班學習書記。受一年法律教育當然是最低限度；事實上，在倫敦及其他大市，學習書記常常自願受學三年以上。

(4) 由法律社支持，經過某種法律科目考驗及格（稱為複試終試）。

在此過程中，各期應納費用，依現今規定，共約一百六十五鎊。但這估計的數目中，沒有把從業師的束修算在其內。束修的多少不定，要看雙方的交涉，有時因家庭關係及朋友交誼而減輕了。大概總是很高，隨從業師本身經驗能授與練習員的價值，及遷陞的希望等等而不同。還有律師執行職務，每年須向政府繳納捐稅，數目是按照情形，由三鎊起至九鎊止。

具備了這些資格，若練習書記已滿二十一歲，提出了品行證明，他就准為他的職業的會員，承辦職業範圍

內各種法律事件了。他在法院出席的權是有限制的，大抵限於下級司法機關，如簡易值季法庭，及郡法院，又上級法官或主任祕密審究程序事件，也得出庭。訴訟的初步事件大部屬於律師；而關於無數非訟事件的草擬文件，是與大律師分潤的，因為如上文已述，他有與當事人直接交接的專利。關於非訟事件，除正式大律師的意見是認為必須外，律師是唯一的法律顧問。凡重要部會舉行會議，因須處理國家的大批經濟的、工商的事件，那機關的律師幾乎常常出席，隨時指導法律問題。涉及名譽財產的繁細家庭事件，他也常受諮詢商榷。總之，對於社會的大部中等階級，他是法律的代表者及解釋者，差不多超越了法官。律師這職業，不像司法機關及大律師的雄辯職業，不集中於倫敦，卻散處於國內各鄉各鎮的。

律師又與大律師不同，他與當事人交接完全站於嚴格的營業立場。他的費用是經法案規定了的，並可提起訴訟，請求追償。因為他是當事人的代理人，他又與大律師有別，得就委任權範圍以內，拘束當事人，而一方面須負怠忽職務的責任。承辦當事人訴訟，他與大律師共同分享完全豁免捐稅之權；在法庭作證，凡因執行職務知悉有關當事人利益的事實，不得強其洩漏。

律師與大律師一般，凡有不規行為，須受法律制裁；有損職業名譽的行為，須受懲戒處分。實在律師是受雙重權力的監督。因為是最高法院官吏，若有職業上的不正行為，卷錄主任有權為除名之處分——此項處分等

於職業的死亡。他也受法律社評議會的訓育監督，法律社的訓育委員會由卷錄主任任命，依近時條例，也有權為同樣嚴厲處分，及對於輕微不正行為，為其他輕微處分，但律師保有向法院上訴之權。

## 第七章 司法之奉行

### 第一節 概說

現在我們將進一步闡述，怎樣把法律實施於人民的日常生活那種手續，至於前二章所述的法院組織及法律的職業，不過是這手續的預備罷了。這是一種法律制度是否善良的試金石。一部理想的法律，雖足令人欣賞，充作圭臬，若推行不力，失於公平，就沒有多大實際效用。反之，縱使法律怎樣不合邏輯，怎樣不完備，若切合人情，嚴正力行，倒可裨益社會的安寧繁榮，成爲較有價值的工具，而遠勝於奉行不善的理想制度。

在英格蘭推行司法的手續是稱爲訴訟法 (Rules of Procedure)——這是一部規律，同時拘束訴訟當事人、法官和律師的。這些訴訟法很繁多的，很專門的，根本上雖以國會權力爲根據，而實際上係法官的工作，並由代表二支法律職業的委員所輔佐。除這些正式發表的規則外，還有許多所謂「禮法」 (rules of etiquette) 也規範訴訟程序之進行。違反這些禮法固無什麼一定的懲罰；但法律職業的集體意識很強，觸犯的人也很少有再犯的機會。

本書旨趣在使英國公民具備必要的法律知識，並不是專供法律實務家之用，所以要詳述訴訟法，不免軼出了本旨。關於這類專門書籍是很多的，學者若欲深究，自可另行選讀。本章祇述英吉利訴訟法的顯著特色。這是使英吉利司法在文明世界上，佔着特異的，而差不多獨一無二的地位的。各國法律專家都不遠千里而來，負笈研讀英吉利司法，這是英國人民很可自傲的一回事；究竟有什麼特色引動了其他文化的探索興味，英吉利公民是該知道的。

茲擬先述在英格蘭司法的共通特色；然後再述關於民刑法的各別特色。下文所述，係以通常司法機關怎樣對通常人民推行法律為標準。依海軍訓練法案（Naval Discipline Act）及陸空軍法案（Army and Air Force Acts），所組織的軍法機關專理職業軍人或出役後備隊事件。這些機關與公民社會的事件，簡直毫無關係。那裏所用程序與普通法院很有些不同；不過有許多普通司法機關的特長已被採用了。可是本書不欲敘述這些機關，而對教會的司法機關也因同樣理由而不述。

## 第二節 英吉利司法的通則

(1) 英吉利司法的最著特色之一，要算審判的公開了。公衆都可自由出入法院觀審，而當事人均有權委



任大律師或律師代理訴訟保障權利

這特色在現代英吉利人已習以爲常，不以爲重要了。但其他制度有與英吉利制度不同的，有些國家，審判是祕密的，刑事被告人不是必須由律師辯護的，英吉利人若見及此，他們也就不期然明白那差別了。簡單說，英吉利制度促使法院審判注意公共輿論的偉力，而法官與陪審員均須聆受雙方的言詞。前一原則，由來已久，英吉利公共輿論，無論是口頭清議，或文字論評，之所以這樣有力，敢怕也因此故。僅有極少數情形，這原則是不奉行的，此中最著的要算叛逆法院（Court of Star Chamber），但這些例外的有失羣望，也足證那一原則的價值了。後一原則，也是英吉利司法的主要特色，甚至有些本土的職業的機關，決不是正式法院，不過是行政團體，稍有準司法職權的，也依而奉行。例如近時有一樁著名案件，某俱樂部有一會員，被另一會員告發觸犯章程，應予開除，委員會就根據了章程的授權，不給被控的會員以辯正機會，把他開除了，法院認爲委員會的處置與公平的原則刺謬，判令賠償損失，雖然被控的事實爲雙方所不爭的。

至於被告人得由法律家代理的原則，還沒有公開審理那麼悠久。直到十七世紀之末，重罪被告人，除法律點有辯論之必要外，尙不准委任顧問出庭。這當然是英吉利司法的污點，其根源極長，不易說明。這裏所要說的，最初革除這污點的，要歸功於惠廉三世（King William III）的豁達大度。他雖常有暗殺之慮，卻認可了一

六九五年的叛逆法案 (Treason Act)，准許重大叛逆被告人得請顧問辯護。可是直至一八三六年，這規則是不普遍的。公開審判的例外很少，實際上不過三種：(1) 牽涉兒童為證人或被告人，(2) 案件牽涉工商秘密（即未經特許權保護的祕密），若公開討論，難免洩漏，(3) 依國事祕密法所為的追訴，在此種場合，若公布證據，及訴訟進行中的陳述，不免有損國家利益。一九〇八年通過亂倫罪法案，規定訴訟應予祕密。但法官堅決主張，公開審判雖有傷風化之虞，但禁止公開，徒使同病的人不明白這是犯行，於是到一九二二年，這祕密條款是廢止了。

公開原則祇適用於正式審判，並不及於準備程序，例如被告人的偵查期內的訊問。事實上，這些訊問還是公開舉行，但這是非必須的，且有時為被告人利益，確是不必要的。

(2) 差不多每一案件，舉證的責任應由原告負擔。這就是說，凡控訴他人破壞法律，不論民刑，控訴人必須提出證據，或至少提出證據的推定 (presumption of proof)，藉以徵實被控人確曾破壞法律。證據的性質，下文還當闡述。這裏所要說的，英吉利法院所採態度，不是要被控人證明無罪，卻是要控訴人證實被控者的罪行，縱非必要怎樣科學的完備，至少也須相當確定，而尤其是刑事案件。假使不能證實，被控人毋須解釋自己的行為，即可因無案 (no case) 成立，而得當然釋放。與其他制度不同，他是不必說明自己的行動，纔能釋放。單在法

庭受審這回事，絕無推斷犯罪的餘地；且不管法官及陪審員的私人意思或見聞怎樣，每個人在未經證實犯罪之前，是推定爲無罪的。

這個司法的根本原則的例外是極少的。

最重要的例外之一，是職權注意事件 (judicial notice)。法官是人，知識程度又超出普通人；若知識最低的人所明知的事實而說法官漠然無知，未免是滑稽了。譬如某人被控在黑夜游蕩，形跡可疑，若必須控訴者證明十二月午夜，門外確係黑暗，或令人證明一九二六年五月間的總罷工，或證明一九一四年八月間起一九一八年止的大戰，都等於笑談了。還有許多事實，像歐陸各國，那個是在位的君王，不列顛帝國包括那些領土，及普通自然現象，例如六十歲老婦人不能生育等，都是職權注意事件，不必再加證明的。

證明控訴的每點必要事實，必須由控訴人證明，這原則又因所謂「推定」 (presumption) 創出了幾種例外。推定一語，照普通解釋，不過是普通人就某種事實的推測。譬如有人行走，衣衫襤褸，其推定不是這人很放蕩，就是很貧苦，這是事實的推定；依例，這推定在證據上須與他種推定比較衡量。但有少許法律的推定，可免除控訴者的舉證責任。譬如，已經過三十年的文件，由正當保管方面提出，其簽署即推定爲署名人所簽。又一人被控故意收買贓物，假使不久以前，曾犯同類案件，就可推定他是明知而故買。這推定已採入了一九一六年竊盜

法案 (Larceny Act) 任何一種，被控者當然可以反證推翻。但舉證之責是移轉於他了。

末了，所謂事實自明 (*res ipsa loquitur*) 這原則，與法律的推定，結果相同。這原則是這樣的，假定在被告人管理之下，一無機物使原告發生了損害。倘按其情形，被告人若相當注意，損害即不致發生，那末，依法被告人當負相當注意，不使損害發生之責任。而損害之發生，應推定被告人未為相當注意了。例如有人沿路行走，路旁正在建築房屋，用起重機搬起磚頭，忽有一磚掉了下來，擊破了行人的頭，他若向建築人提起訴訟，建築人應負舉證之責，證明他沒有過失，不必由行人舉證的。又因車輛碰撞，旅客受了損害，應推定鐵路公司負過失之責任。

(3) 由上原則，依邏輯推演，那末，為判決基礎的事實，必須在訴訟中，曾經證件、推定、自認或職權注意事件所證明了的事實。這些證明的事實稱為證據；而證據規則是英吉利司法的特色，當另立專章論述，這裏所要說的如下。依普通規則，作為論據的證明事實，必須在公開法庭由證人證明，說話須出於直接知識，若故意或任意不說真實，應知當負偽證責任，並由兩造律師加以十字詢問——此項手續可以嚴格徵驗對於主要證據所為的言詞，大多數案件，每每兩造所提證據互相刺謬；而陪審員應負責衡量，倘沒有陪審員，就由法官負責衡量。至於他們怎樣求得結論，並沒有一定規則。不過在刑事案件，要宣告有罪，必須證據上沒有纖疑存在 (*reasonable doubt*)，而在民事案件，看那一造較有理由。又有一二樁案件，如叛逆及偽證，每個控訴必須經二人以上證明，共

犯所爲之證言，常以懷疑態度對之。還有些案件，關於事實要點，必須提出他種及獨立的證據（corroboration）。末了，破壞婚約訴訟，原告人應提出破約證據，私生子請求生父認領事件，必須提出獨立證據。所以在這些案件，往來信札是很重要的。

現在我們所論述的重要原則，大概肇源於英格蘭陪審制度的確立，——陪審制度俟後文敘述。可是奇怪得很，成立這原則的困難也是爲了陪審制度。原來當初的陪審團是一班人，憑自己見聞，宣了誓而認可或證明事實；至少直到十七世紀之末，陪審團得不問證據怎樣，全憑自己見聞，認定是犯非犯。但當十八世紀前半期，這原則變動很快；到了十八世紀中葉，現代的原則就明白確立了。

(4) 一切嚴重的刑事案件，被告人應由法官及陪審員審理；而民事案件，若一造對於他造有攻擊道德情事，他造得請求陪審員裁斷。欲明這原則，應一述著名的陪審制度。

陪審團是普通人所組成的一個團體，每每以十二人組成，用王狀傳集，依例宣誓，承王家官吏的指導，就呈案證據，下事實的裁斷。上文曾述，當十二三世紀盎格魯諾曼君王奮力壟斷司法，陪審制度的發展倒是一主要手段。不管從前怎樣不孚衆望，歷來所用賭誓（oath-helpers）、格鬪（battle）及神罰（ordeal）等舊式審判終究被這制度排斥了；而後來對於有些事件，如煽亂、誹謗及其他政治罪犯，又很可利用這制度以爲保護人民，對

抗行政壓迫的極好工具，英吉利人就引爲誇耀，差不多與國會本身相彷彿了。猶如國會，各國羣起倣尤，尤其以十九世紀爲甚，可惜也像國會一般，做法的未見充分成功。末了，這制度雖於文化上確有貢獻（英吉利法制史上很少司法的殘酷，就是一顯著的例，）近年來已大大消失衆望，當大戰某一時期，在民事案件，這制度差不多消滅了。但在嚴重的刑事方面，這制度距離消滅之日尙遠；因爲這不但解除了許多案件中法官的煩慮，並且有罪裁斷的須要一致表決，差不多完全可以保障無辜的被陷。

在英吉利法律，陪審有好幾種。有一種是郡內大陪審團（Grand Jury），在巡迴法院或值季法庭集會，對於知事認爲有犯罪嫌疑，提付審判的人，決定起訴或不起訴。所以這是起訴的，不是判決的組織，雖在某一時期很是重要，現在卻因知事職權的週密規定，已成爲過時了。起訴不必全體一致表決，但起訴書的提出，至少須十二員同意。小陪審團（Petty Jury）是依照法官訓示，對於嚴重刑事案件，裁斷有罪無罪，而必須全體一致表決。假定小陪審團不能得全體一致的表決，就予以解散；而被告人當重行審理。在民事案件的普通陪審團（Common Jury）處於類似地位；至於特別陪審團（Special Jury）也是適用於民事，不過是由一造請求的。陪審員是由地方登記官吏由合格人員中予以登記；每屆法庭審期，即錄一表冊呈送法庭，以備應用，人數以需要爲度。男女人員的提出是依照名冊上的次序；各造得有拒卻（challenge）陪審員之權。拒卻權之行使或依專斷

(peremptory) 即不說什麼理由；或依原因 (for cause)；或全部拒卻 (to the array)；即以偏頗理由，拒卻表冊上全部人員；或一部拒卻 (to the polls) 即拒卻個別陪審員。陪審義務對於男女都是強制的；但依法有許多免除場合，而法官本於職權，或依一造聲請，得對某一案件，裁定陪審員以男子或女人為限。

無論任何民刑案件，法官的嚴正不阿，獨立不撓，與陪審員的不偏不倚，是一般重要的。所以這裏要說一些英吉利司法人員的事情，要知道這部分的組織及色彩，實是英吉利制度的特長。

在一切民事案件及一切重大刑事案件，法官是王家官吏；不過最超然一類就是了。他的任命雖經閣員提出，除三四個最高的司法職位外，他並不是政治上活動的人員。縱使會有活動，一經任命，依法就不得充任下議會議員 (house of commons)；假使與任何政治集團發生關係，司法界及輿論方面就要大加指斥。

又這類法官只能由大律師中選任。上訴法院法官至少須曾經執行大律師職務十五年，高法院法官，須曾經執行職務十年，郡法院法座，須三年。是否須具實際經驗，固無明白規定；但事實上總是就富有經驗的大律師選任法官。

這些法官因官俸豐富，得有保障，也就處於獨立地位。俸給雖不以成功的大律師收入為標準，總很豐富（按級差異），而且經法案規定，由固定基金 (consolidated fund) 或王上總稅內直接支付。所以法官決無因

俸給上的恐嚇或期約，受行政方面影響的餘地，此項俸給也不經內閣每年審核。

最重要的，要算任期的保障。倘無隕越，任期終身（*quam diu tenure*），並不如普通王家官吏，須依王上喜怒的，最高法院法官是經過了十七世紀的教訓，於一七〇〇年通過了澄清法案（*Act of Settlement*），纔取得這獨立的保障；並且還有進一步的保障條款，於是這院法官的更動，非經上下議會決議，向王上提出，是不能的了。郡法院法官由大法官任免；但免職須以失職或失德為限。

審理輕微刑事案件的法官，其地位與最高法院及郡法院法官大有不同，理由何在，很是難說。除少數卷錄官及有給知事外，他們都不必要法律的資格，都不受俸給，且除卷錄官外，係經內閣任命而王上得隨意免職。管轄輕微刑事案件的通常法院包括保安判事或知事，人數不定，管轄區域以一郡或一市邑為限。在簡易值季法庭所審理的是簡易案件，又無陪審，他們尚易處理。在值季法庭處理公訴案件，他們是人數很多的團體，須就法律事件，訓示陪審員，他們為免除困難，就選一主任法官。不過有些實際問題，他是與同事們商酌處理的。郡內事務繁重，主任法官常由具有經驗的大律師擔任，有時且受俸給。近時有一郡的法座竟由上訴法院一退職法官擔任主任，在職有二十年之久，可算很難得的一回事了。

但知事法座要得這般人才是很希有的；又如上所述，下級刑事法庭的司法人員（除卷錄官及有給知事



外) 這樣龐雜, 很難說明其理由。且保安判事是由某階級選出, 他們難免因階級意識而偏頗而他們所行使的職務, 司法與行政夾雜, 很難分清。可是初有地方自治法案 (Municipal Corporation Acts), 繼有郡參事會法案 (County Council Acts), 行政與司法職務劃清了, 保安判事的任命漸漸不分性別, 不限階級, 也很少受政治的影響了。這些情形, 就把下級刑事法庭的顯明缺憾, 減少了不少。至於知事任期雖沒有保障, 卻有一世紀以上, 沒有因政治理由黜免過; 所以縱使法律上是兩樣的事實上, 他是與最高法院及郡法院的同事一般, 不受內閣的干涉的。知事法座與許多英吉利制度一般, 是不邏輯的, 但按諸事實, 成績卻很好呢。

(5) 宣判應公開, 至少由一法官升座, 宣判時, 並應附以理由。附理由是極重要的, 原因有二。第一, 這使法官心理上發生實際影響; 因為這迫使法官所下結論, 必根據理論, 可當激烈的批評。宣判說理之時, 為當事人、律師及其他法家所側耳而聽。若富於趣味的案件, 報章即競相登載。法官是不能公開答辯批評的, 所有批評就不免影響於名譽, 並激起上訴。也許不久以前, 他還是法律職業中一份子, 當然他要與那法律職業者相處安然, 而他也希望以偉大法官的令名, 傳於後世。有此種種理由, 若法官能運用思維理論而得結論, 比較只有結論, 不附說明的, 所下判決, 必更正確。

第二, 如上會述, 建起普通法的, 及為先例打基礎的, 就是判詞中的理由。若普通法要適應社會需要, 必常有

新鮮有力的判決，適用原則，應付新奇情狀的，加入其間。宣示判決若不附理由，徒令人猜測所根據的原則，不免引起偏頗怪僻等疑惑。要知收入報告錄中的法庭理論，就是將來法律進化的材料呢。

(6) 在實際上，各法院第一審終局判決，關於法律點，及大部分事實點，都可向上級法院提起至少一次上訴。所以刑事被告人及民事訴訟當事人都有權向兩個相互獨立的法院，請求裁判。

關於這層，近時有很大改革，直至一九〇八年，刑事案件不准上訴的；只有簡易值季法庭的簡易案件（除被告人自認犯罪外）得請求值季法庭覆審，到一八四八年，保留御案法庭設立了，凡巡迴法院或值季法庭在審理公訴案件時，自動保留的法律問題，即歸該庭裁斷。又有貴族院的「錯誤狀」(Writ of Error)處理在卷宗發見的錯誤。一九〇七年刑事上訴法庭設立了，受理一切重大刑事案件有關法律點的上訴，並為各法院裁斷事實問題。

民事案件上訴的規定，還要寬泛。陪審員所下的事實點的裁斷，固不可以上訴；但得以承審法官誤訓陪審員，或以陪審員失忠誠、無能力，所下裁斷不合等理由，聲請重新審理，郡法院案件向高院分庭聲請，高法院案件向上訴法院聲請。上訴機關固然不欲干與親自聽審的法官或陪審員所為事實上之認定，但實際上民事案件常有核准重新審理的。可惜一九〇七年刑事上訴法案對於刑事案件沒有類似的規定。

民事案件有關法律點的上訴權是無限制的，且不限於一次上訴。郡法院案件上訴高院分庭之後，若不聲請分庭或上訴法院核准，固然更不能再行上訴；但高法院案件不獨可向上訴法院上訴，且對於上訴法院有所不服，還可上訴於貴族院。這裏所說的上訴，只限於終局判決。至於訴訟繫屬中所下之中間判決，上訴權就有限制了。

### 第三節 關於刑事案件的原則

適用於一切英吉利訴訟的通則已經述明了，茲當進述僅關於刑事的原則，如下：

(7) 被告人因重大刑事未經正式審判之前，當由知事（保安判事）先加偵察，以明有無一望成立的案件（*prima facie case*）。這程序與大陸法僅據嫌疑逮捕，加以偵查的制度，並不相同，這層很關重要的。除罪惡昭然外，被控人不得逮捕的，而少許觸犯條例案件，除知事簽發拘票外，須宣誓告發，纔得逮捕。到案之後，被控人得委任大律師對於控訴人的證人加以十字詢問，而知事卻不能詢問；至於即時提出反證，或竟保留至正式審判時提出，被控人有權抉擇。這抉擇一事常常須煞費考慮；可是在法律上，這抉擇權是絕無問題的，並且不得因保留而為不利益之推測。

除非知事認爲控訴有相當根據，陪審員勢將論罪，被告人應立時開釋；不過若有較強的新證據發現，對於同一案情，得重新控訴。

假使知事審核宣誓的證明，認爲有論罪的可能，所有證人的證詞就記明筆錄；這些證詞就成爲證據，大陪審團就得據以審核，決定是否當向巡迴法院或值季法庭正式提起公訴。在正式審判時，這些證人及其他被傳證人又須到案，站於證人欄內，受被告人或他的大律師加以十字詢問。在小陪審團未下裁斷前，被告人當然得聲請傳喚他的證人。

對於訴請審判這情事，有一重要問題發生了。要知起訴之後，審判之前，其間必有相當時間。在這期內，究竟被告人應任其自由呢，還是予以拘押。因後者加以無辜的痛苦甚大，交保這一問題，久已引起激烈辯論。這裏，詳細討論是不可能的。大概交保一事視犯罪的性質而定。犯叛逆罪，僅國務大臣或高法院法官有權准許交保。犯重罪，或公訴的 (indictable) 輕罪，交保當由知事裁可，但被告人有向法官聲請之權，而知事應諭知之。此外的任何罪犯，知事必須准許交保；假使認爲有逃亡之虞，惟有把保證金數目增加，使被告人無從取保。這不無專橫的辦法的，僅有限制，是一六八九年民權狀 (Bill of Rights) 內，「不准裁定過當保證金」這一條款。萬一被告人逃亡了，就強制執行其保人的財產，予以沒入。

爲防止苛酷羈押，不移送審判起見，一六七九年人身保護狀有這樣規定：犯人被起訴後，至遲於第二次巡迴期，須移付審判，否則，應即開釋。

輕微犯罪不必適用偵察審判等冗繁程序。這些案件由簡易值季法庭二員保安判事，以簡易程序處斷（或由一個有給知事處理）。這程序名爲「摘要」（*summarily*）的，所以這些罪名也很怪的稱爲「摘要罪名」（*summary offence*）了。這程序開始就傳被控人到案，若有違反，即予拘捕，勒令到案。程序就依通常進行；各造證人予以飭傳到案，當事人及代理人都有權向法庭陳述。這些機關較受理公訴案件的機關，科刑之權受有限制，通常以一年以下刑期爲限。可是有一類案件，形式上是公訴的案件，但爲了特別情形，例如青年犯罪，初犯或經犯人同意，也得適用簡易程序。在這些案件，科刑可以較重，然終究較以陪審處理的案件爲輕。

(8) 一切刑事控訴都用王的名義，並至少在形式上，由檢事長（*director of public prosecutions*）承公家律師（*attorney-general*）之命提出。可是事實上，刑事控訴可大別爲兩類，即公的與私的，前者通稱「警察控訴」（*police prosecutions*），自謀殺或叛逆起，至觸犯行政規則或地方章程止，因各案之大小，而重要性亦隨之而異。這些案件之裁斷，都以公共政策（*public policy*）爲依據；然重要案件，證據明確，裁判是一定的。

可是許多比較輕微案件的控訴，實際上是由利害關係人提起，或基於個人法益，或出於義俠動機。挑撥紛

爭，雖爲古訓所不許，然任何人得依某種條件，用王上名義，進行刑事訴訟，也由來已久了。適用簡易程序的案件，因知事有權判令賠償冤抑，那類情事的危險極少。並且就簡易案件的性質而論，依例也決不致因無根據的控訴，而使被控者受嚴重的損害。

但罪名重大，須經陪審的案件，若任妄誕刁惡之徒利用王名，不免陷良儒於極大危險，縱使冤誣得白，也許已受了不可補償的損害。對於這類情事，除請求民事救濟外，近時條例又設了兩種保障。

第一種保障是一八五九年損害公訴法案 (Vexatious Indictments Acts)。依這法案及後來的修正文，許多列舉罪名的公訴，非經法官或法律官吏的命令，或知事強制控訴人提出控訴保證及相當證據，不得移付審判。頗有人提起了控訴，卻又規避進行，致使被控者沒有洗雪的機會，這條款就是對付這類卑怯行爲的。第二種保障是一八六七年刑法修正法案 (Criminal Law Amendment Act)。這案規定公訴案件，被告人一經宣告無罪，法院若認控訴全無理由，得命控訴人繳納訟費。這辦法完全違反了「王不收付費用」一原則，但依一九〇八年刑事案件費用法案 (Costs in Criminal Cases Act)，不獨予以認可，又推及了他案。下文論及一般費用問題時，當再敘述。

關於刑事控訴，有一特點，當於此處說明。不論進行這些程序的是那一個，不經王的核准，終不能撤回或和

解。這原則是由於刑事控訴係王的訴訟推演而出；然對於和解並不引起什麼困難。尤其為簡易案件，因這些案件，大部分還是控訴人與被控訴人間的爭議，非是為社會利益的制裁，不過要使控訴卻下，須得知事的同意。比較嚴重些的案件，若建議和解，難免引起法庭猜疑；而控訴的撤回，也必須法庭認為無損於公共利益，纔能核准。一方面，即使私人控訴，公家律師都有代表王上撤回控訴之權。

隱匿重罪的契約（縱在訴訟以前）不獨無效，且為罪行。登報懸賞，追求竊物，並有不加追究附告，或隱藏竊賊，送還贓物，領取懸賞，依條例，都是犯罪行為。

(9) 依通常原則，王上追訴犯罪之權不因時效而消滅。法律格言有云：王權無期間 (*tempus non occurrat regi*)，即是此意。事實上，被控人逃亡了十年或十五年以上，終遭逮捕審判，常散見報章。這原則的最著例外是叛逆案件，除直接加害王上本身外，追訴權因自犯罪時起三年間不行使而消滅。此外還有褻瀆神聖 (*blasphemy*) 及某種姦污 (*sexual offences*) 等罪行。至於簡易案件罪行的追訴，大抵因六個月不行使而消滅。

所謂重婚罪的追訴，因七年不行使而消滅，不無誤會之處。按此中意義，必須被控人向陪審員證明，前配偶已失蹤七年，按其情形，若尚生存於世，必有消息傳來，然後被控人得免除重婚罪刑。但第二次的結婚畢竟是無效的。

同時，刑事訴訟程序不得藉口王權無期間 (*tempus non occurrit regi*) 這格言，延長必要合理的期間。甚至極重大案件，訴訟程序自逮捕時起，不得超過六個月，簡易程序案件，不得超越兩三星期。除非向值季法庭提起上訴，或向高院分庭聲請，方得延至四個月。若被告人企圖延遲訴訟，縱近時有種種關於刑事上訴的條款，也沒有什麼效果；反之，若控訴人希圖稽延，被告人得據人身保護狀程序（見下文）請求速審或釋放。近時有少許案件直控至貴族院，內有一件，全部程序並包括該院判決，僅自逮捕起經過了八個月，且中間還有長時間的例假。所以往昔縱有種種缺憾，現今的英吉利刑事訴訟已不再在慎重審判的必要外，拖延追訴的痛苦了。這榮譽的結果是經過了長期的改革，並逐漸鏟除了幾世紀來為害司法的繁文縟節，纔得形成。

(10) 被告人不得被迫自入於罪，為英吉利刑事訴訟的另一驚人特點。這與許多國家的逼供制度，專以強取被告人供詞的，極端相反。依英吉利根本原則，無論民刑，在未經證明犯法以前，每個人都推定為無辜的。本節所述原則，即是這根本原則的邏輯的推演。被告人的自白常予以極鄭重的注意，凡官吏有誘取自白之企圖，法官必嚴格處理，並認自白為無效。至於經過合法勸告，在審判中取得的出於真誠的自白當然是不拒絕的；但在重大案件，法庭還是不樂於採取的。

尤有甚者，直至最近，被告人不准對於自己的審判提出證據，除非經過了十字詢問，有不利於辯護機會之



虞。但他可以爲不宣誓的陳述，並不能就此加以十字詢問。

依一八九八年刑事證據法案，於不無可慮之中，這原則是變更了；被控人方纔准予自行宣誓證明。假使他們竟取了這步驟，就得對他們加以十字詢問，雖目的不在顯露他們的惡行或罪案（某種案件除外）。被控人若不利用這新的法權，控訴人也不得指摘；不過法官得請陪審員加以注意。有少許案件，妻得准予提出攻擊夫的證據。所不幸的，究竟那些案件，還是任何案件都可強制她提出證據，現在還成爲問題。

(11) 本章前曾述及每個訴訟人都有權委任律師代爲辯論。這顯明的公平原則有一缺憾，即較利於富者，不利於窮人；富人有力，容易請得律師，貧人無力，就不容易請得。直至輓近，這缺憾雖非完全被人忽視，也不過用敷衍方法彌補，例如「罪犯席節略」(dock brief)，即凡有大律師出席辦理公訴案件，得以二十一先令之低額，強其接受辦理。在一九〇三年通過了保護窮苦犯人法案(Poor Prisoners' Defence Act)，凡有被控人應得辯護而無資力者，授權移付審判的知事及審理的法官，就其情形，出具證明。因此，被控人即得有指定的律師，費用由郡公款支出。一九〇八年刑事案件費用法案又有較廣的原則。依這條例，審理公訴案件的法庭得命控訴人，或被控人，或兩者的費用由郡公款中支出，更令有罪被控人或敗訴控訴人照對造支出費用，賠償公款。刑事上訴是不准許這些費用的。近時一九〇三年法案又復推廣，對於知事偵察程序，也授權得准許辯護。謀殺案

件，准許「保護證書」(defence certificate)是強制的。

(12) 罪犯科處刑罰沒有嚴格的定量，不過規定一最高度，有時兼規定一最低度，而由法官或知事加以斟酌。刑法科刑目的及種類，在下文當有所闡述，而非本文的目的。這裏僅申論斟酌刑度的程序。關於這層，我們會提及兩點：(1) 處刑係由法官或知事斟酌宣告，非由陪審員，(2) 除少許案件，內中最著的為叛逆及謀殺，本刑為死刑外，法官與知事的酌科之權有規定界限，而大多數案件僅規定最高度。在行使這酌科權時，責任最為嚴重。犯人及犯罪的情形至為複雜繁多，若立法規定嚴格的刑罰定量，勢必極不公平。譬如兩人竊肉，同犯竊盜案件，一人係飽食游蕩，犯罪原因無非貪欲自私，一係婦人，生活窘困，犯罪原因為拯救稚兒的飢餓，若不加分別，處刑相等，顯然大失公平了。所以法律規定界限之外，留有斟酌餘地。當然這辦法不無危險，未免以刑度寄託於法官個人的好惡經驗。至依普通法犯罪案件，刑期仍無限制，也不免弊竇。不過依例所科刑期不超過兩年，即重大案件也是這樣，那危險性總算減少了一些。

#### 第四節 關於民事案件的原則

(13) 民事訴訟和刑事訴訟的最著分別之一，就是在民事，不必經過初步的偵察程序，詢究所訴根據是否

確實。大概說來，任何人可向他人提起民事訴訟，不問訴之基礎有無價值。這裏一部分的原因，是由於原告不僭用王的機構，而用自己的名，冒個人的險。還有一層，有幾種民事訴訟固然可惡，然可惡的程度總沒有公訴案件那麼嚴重。一方面，各個人感到枉屈，當使之有向法院申訴之權，比較以暴力復仇，顯然是此勝於彼。

有些案件，因所訴全無根據，使被告人感受困難，法律也予以注意。例如有限公司若受敗訴，顯無財產足以償還訟費，法院得命提供擔保，在提供前，中止訴訟；又原告住所在管轄範圍外（即英格蘭外），也得命提供擔保。精神病人及未成年人必以法定代理人名義纔得提起訴訟，若受敗訴判決，應由法定代理人負擔訟費。已經裁判之請求，在同一當事人間，不得重行提起。這就是一事不再理原則（*res judicata*）。又訴訟顯無理由，法院得於斟酌之下，全部駁回。

（14）因民事訴訟是私的關係，得由當事人隨時拋棄或和解。除要製成筆錄，取得等於判決的效力外，不必向法院請求核准。對於那些建議，法官不獨中立，兼採仁慈態度；有時竟竭力促成和解。這原則有一顯著例外。假使法官懷疑有利用程序，遂行敲詐，或其他不法行為之處，他得命把案移付檢察長，加以偵察，有無觸犯刑事之處。離婚訴訟每有這些情事，因為這雖屬民事，也很有涉及刑事的地方。下文當有所論及。

這裏不妨提出一個問題，牽涉民刑兩種訴訟，於實際方面及學理方面，都有趣味。假定一行爲同時爲犯罪

行爲與民事過誤。例如，A於黑夜，在僻靜路上，毆辱並強搶B。這裏很明顯的A有犯罪行爲並民事過誤。在A未經王上以重罪追訴以前，B可否提起民事訴訟？這問題怎樣引起，很易見到。這兩種程序都萌芽於所謂重罪控訴（*appeal of felony*）；幾世紀以來相互並存，並無界限。問題又因三種事實，愈加複雜：（1）一八七〇年以前，假使A犯有重罪，他的物產當沒入王上，他的土地當收歸地主，（2）對於B所提起的民事訴訟，決不能准A主張其罪惡爲防禦，（3）英吉利刑事訴訟，並不像某種大陸刑法制度有附帶民訴的規定（*partie civile*）爲了這些及其他的理由，問題一向晦澀，直到近年纔明朗。依現今法律，被害人得提起民訴，被告人不得以重罪爲防禦，承案法官若發見這類情形，當停止審判，把案件移付偵察。可是這原則不適用於輕罪（*misdemeanours*）的。

（15）民法上消滅時效的原則也和刑法不同。在刑法上，除少許例外，重大罪犯得自行爲時起，隨時控訴，不論經過怎麼久遠。民事案件的原則恰恰相反。依民事原則，原告人的請求，及某些案件的實體權利因短期間不行使而消滅。如所有權人或抵押權人（*mortgagee*）有請求占有土地之權，若十五年不行使，訴權即歸消滅，即使因情勢更有占有的事實，以前的所有權也不能回復。因買賣、死亡移轉權利，時效仍繼續進行。買受人或繼承人僅有剩餘的期間，更沒有十二年了。債的請求權時效，各各不同。正常期間爲六年，自得爲請求時起算。因毆

辱的損害賠償請求權因四年間不行使而消滅，遺產中動產的繼承分請求權因二十年間不行使而消滅，誹謗所生之請求權因兩年間不行使而消滅，因公務人員執行職務所生之請求權因六個月間不行使而消滅。古俗崇尊印鑑，故印據 (Tobias) 的債的請求權因二十年間不行使而消滅，計算方法，不依立據時日，而依履行期日起算。

末了一點是重要的，而有時很難衡定。其標準係以何時得訴請求償為衡。在契約，係以被告人第一次不履行債務為標準。假定 B 向 A 約定兩年後一月一日償還一百鎊；那末，期間當自那時起算。到期後，假使付利欠本，或以書信請求寬限，倘以 A 的寬容作為怠忽，算入時效期間，未免失於公平；所以自最後一次付款或承認起六年間，其時效不完成。

上文所述，並沒多大困難。但除破壞契約的民事過誤外，所謂侵權行為 (Torts) 就須分為二類說明。有些行為是本質侵權行為 (Torts per se)，即一有行為，被害人即得提起訴訟；而時效就從行為時起算。例如擾害占有 (Trespass)，侵害專利權及著作權，妨害通行權，及誹謗 (Libel) 等，都是本質侵權行為；而時效期間均由行為時起算，但重複行為，每一次即是一個新的侵權行為，另成訴之原因了。然有些侵權行為，必須行為的結果發生了損害之後，纔得成立。例如 A 有一礦，在 B 地之下，在不傾覆 B 的地面的限度內，A 自得儘量挖掘。但一旦 B

的地面竟因挖掘而下沉，A當負賠償之責，而B的請求權及時效期間即自下沉之時開始。通常的口頭誹謗 (slander) 也是這樣。這些行爲的本質不是侵權行爲；必被害人受到了損害，自那時起纔有請求權發生了。

與時效有關係的，還有法律上的缺乏行爲能力，因此，當事人就不能行使請求權，在缺乏未消滅以前，時效也就中斷了。例如精神病人或未成人若有什麼請求權，在未會清醒，未到成年以前，時效即因之中斷；不過在未發精神病前，時效若已開始進行，卻不得因後發之病延長期間。在獄，僑居海外，及妻的地位 (coverture) 從前都算缺乏行爲能力的，但現在已成明日黃花；不過最末一項從未經明文廢止。

王上的民事請求權及對王上的請求權，另有特別時效。

(16) 民事上舉證之責比刑事上的，較爲廣泛，這層在下文論述證據之時，即可見到。原被告本人同爲適格的強制的證人；妻因不利於夫，不願作證，也並無普通原則准許。可是證言有自認犯罪之虞，或洩露婚姻存續中配偶之祕密，均不得強制答復。此外，因姦情發生的民訴，任何問題有洩露姦情，被刑事追訴之虞，不得向證人詢問。又配偶所提證據在於證明不同居事實，有使婚後相當期間內所生子女成爲私生之虞，也不得提出。

(17) 貧苦當事人的救助問題及訴訟費用問題，在民事刑事大有不同。有關王上的特別案件，且置不論，至於普通原則，訴訟費用應歸敗訴人負擔，但因某種情形，法院得駁斥勝訴人費用的請求。凡案件由陪審員下裁

斷，總是適用普通原則；不過陪審員得裁斷一部分，原告爲有理由，而一部分，被告爲有理由，那末，費用就應比例負擔。然法官仍有權裁酌，駁斥勝訴人費用之請求。

沒有陪審的案件，法院裁量之權較大，在這些案件，法院得因訴訟原因的輕微，進行訴訟的浪費怠慢，雙方引起訴訟的行爲，計算的方法以及其他情形，駁斥勝訴費用全部或一部的請求。受託人 (trustees)、抵押權人 (mortgagees) 及死者代理人之請求訴訟費用，站在最優遇地位，若得勝訴，常歸敗訴人負擔，即使敗訴，也得就受益人、債務人或死者的財產請求歸償。但這些人若所用攻擊或防禦方法有不合理之情形時，法院也得駁斥費用之請求。

除案件由官吏或公共團體提出外，民事訴訟費用不由公款支出。

民事訴訟救助近時已有整齊的辦法了。凡人民的身價不值五十鎊（衣服日用品等除外），或每星期收入不在兩鎊以上，而有理由的案件，或起訴或防禦，得向法律社 (Law society) 或區法律社 (Provincial Law society) 請求一證明書，即可因此由指定的大律師或律師輔助。除墊款外，他們都是盡義務的，但負有代理訴訟之義務。依這新制度辦理的，大多數是婚姻事件；又有特別規定，使不直接賺工錢的妻請求救濟時，得解除因此所生的困難，然這些規則現在還只適用於高級法院的程序。

## 第八章 英吉利證據法

判決必依證據，這是英吉利法律的特點，本書已一再申述，而證據之效力及採用的原則不止一種，也會提及。這節目很為重要，而英吉利法律在這方面所採的態度也很別緻，所以立一短章，加以系統地申述。

凡常人信賴自己的判斷的，係以各種方法求得結論，依而奉行。有人因家庭習慣，以為某種食物有害，照例不吃，這是最有力的方法之一。個人憎愛的影響，差不多也照樣有力；如一人因憎惡一二個律師，就相信所有律師都是流氓，或愛好兩三個醫師，就以為所有醫師都有神術。謠言、閒談，也深深影響許多人的判斷。例如有一婦人作證，對於鮑岸戰爭 (Boer War) 中的軍人醫院，竭力攻擊，當反詰她攻擊的根據時，她很神氣地答說：「人都這樣說的啊。」有些奇僻的判斷全出於思想的混沌，例如有個著作家說，海盜是人類的蝥賊，應不經審判，立予格殺。

英吉利法律的特長之一，就是一概拒絕這些顯明的錯誤影響，而審究事實，至少必遵守唯一的安全南針，即運用理智，依照經驗，根據可靠的人所證明的事實，而所謂可靠又須有某種有力保證，或經確實文件證明。牠



的方法當然離完備尚遠，所下結論有時也難免錯誤；要知發見真實確不是容易的事情啊。但高明理想，縱難實現，總遠勝於低而易實現的理想；即退一步說，高明理想，較沒有理想，真不可以道理計了。

司法之作用，在於適用法律於事實。若事實為各造所不爭，案件就只有純粹的法律問題，談不到什麼證據了。但大多數案件，法院在考慮法律之前，必先就爭議的事實，予以認定。例如，放火案件，王上訴被控人希圖焚燬房屋，故意放火。被控人卻否認所訴，這就是爭議的事實點，即究竟放火不放火，須就事實加以裁斷。假使陪審員認為放火，裁斷有罪。在法官只須就規定放火的法律，予以適用。

所舉例案，也許王上可飭傳可靠證人，他們確鑿目睹被控人放火，也許陪審員採信了這些證言。這樣，被控人之定罪，係根據直接證據，而直接證據當然是最強有力的。自信仰神賭（*ordals*）的方法衰落以後，中世紀的司法機關對於許多案件，多採刑訊辦法，逼犯人自己招承，大概這是出於誤會直接證據的真意。牠們的錯誤，在於誤會可以刑訊，求得真實。因在刑訊之下，犯人的供詞，總是常常體會用刑者的意旨，依樣承招。

除一二例外，差幸英吉利司法機關已廢止了刑訊逼供的重大錯誤，於是拯救了無量數英吉利人，免受痛苦冤枉。假使我們把沒有刑訊歷史的司法機關，與用刑訊的司法機關，兩兩相比，這裏差別的原因，不難見到。普通法法院採用陪審，向來就不用刑訊。叛逆法院（*Court of Star Chamber*）與衡平法院（*Court of Chancery*）

都不採用陪審；前者就常用刑訊，而後者間或也用刑訊，結論也可不言而喻了。陪審制度雖有缺憾，總使英吉利司法史較他國的，少有刑訊的污辱。這卻不能不說是陪審制度的利益之一。把曾用刑求的人提出在陪審員之前，不問目的何在，陪審員總不肯置信的。

事實爭點很少可以直接證據證明，尤其是刑事案件，犯人在犯罪時，照例不願有公正證人在場。反之，在司法嚴峻的國家，犯人必想盡方法掩蔽行動，消滅罪跡。在民事案件，祕密的動機也許不同；但事實點的直接證據也不易得到的。

結果，英吉利法院所有的大多數案件（尤其較嚴重案件）事實爭點的證明，祇得採取間接證據。依法律術語，一稱旁證。即把非爭點的事實，來推證事實的爭點。前一類事實雖不是爭點所在，卻與爭點有關係的（*Levant*）；提出的事實是否與爭點有關係，關係的程度怎樣，就是證據法上幾個最困難的問題。

在某種意義，每個事實都與其他事實有關係的。整個的宇宙由因果律把各部分凝成爲一，所以要澈底根究任何事實，非把自古至今的宇宙史弄明白不可。若真個要實現這含有真理的話，當然沒有一個法院能夠辦到。至於要立法機關訂立什麼普通原則，規定什麼程度纔與爭點有關係，纔可採納，也不是容易的事。所以不獲已，法官得有採納證據的裁量之權，惟須參酌禁止某種事實的證明的消極原則，成規的有力影響，案件的情況，

以及大律師的辯論或信譽。於是凡事實可明白顯露爭點的動機及原因，或可加以說明的，都即予採納；此外，證明的採納大多為法官裁量的事了。

有三類事實，不得提出作為證據，若予觀察，那末，證據怎樣取捨也可思過半了。

例如，有人被訴犯罪或侵權行為，所有事實，意圖證明會犯同類行為的，不得於證據中提出。在普通人看來，這理論未免怪異；但因一人曾經犯有某罪，以後凡以同罪被控，即推定為犯罪，稍加思索，即可覺其不當。惟上文所述收買贓物案件為一例外。

又事實僅在證明被控人平日行為不良，或身家低微，或環境惡劣，均不得提出。凡證明被告人曾在鄰近，或曾於當時，常犯類似行為，尤其不得提出；因為這些事實，與被告犯罪，並無因果聯絡關係。若依這般理論，控訴人本人若也住在鄰近，照樣也可指他犯罪了。

這三類事實都不免使陪審員誤會，以致不能保證審判的公平，所以不得提出。比附類推必須沒有失卻公平之虞，方可採用。

一方面，假使就案情觀察，提出的事實，確與事實爭點有連鎖關係，縱使初看不確切的，也不得拒絕。這原則的嚴格應用，就產生了一顯著的規則，即共謀或共同非法行為一經成立，那麼，在實行共同目的時，各人的一舉

一動，一言一語，一字一文，都可認爲與他人有關係的事實，充作證據，在某種程度之內，並可作爲各人的共同行爲。

論到關係的問題，我們必須注意，只有事實，纔可充作證據，纔可與事實爭點切合。意見決不可充作證據的。果然，A有一個意見，與A是七尺之軀，都是事實。這是對的，並且一個人的意見也有可充作證據的，如誹謗案件。但這並非是以意見定罪。A想B是個賊，也許是事實。可是B是賊的證據卻沒有；因此，B是否爲賊，不能以A的意見爲憑，A的意見即非與爭點有關係。這原則有一例外，但也不過貌似而實非。如一人怎樣致死，房屋爲什麼傾圮，可由專家發表意見，採入證據。假使這類意見在於審究關係的事實是否存在，那末，意見的價值也不過限於決定事實之有無，那裏還有別的作用。陪審員在下裁斷時所當注意的，就是專家指出的事實，決不是對於事實爭點所表示的意見。

英吉利證據法第二個大原則，就是有關係的事實，限於公開法庭以言詞陳述，於陳述之前，必告以應依實陳述，及偽證之處罰，又須經對造或律師加以十字詢問，或參酌確實文件。

這原則的第一點，前文曾經申述；但因其重要，不妨再加詳論。這原則對於證人所爲證言，設有不下三種保障，第一點就是公開。公開辦法的效力，在現代情況下，沒有從前窮鄉僻壤那麼顯著。當初的社會，言論一發，人人

皆知。然現在若得報章宣揚，也可普聞於世，引起反響。可是這點保障，並不一律適用，例如在民事訴訟的中間程序，得將書面供詞（*affidavit*）採入證據，即書面陳述，經證人宣誓，或確認，但不在公開法庭宣讀。在刑事案件，若證人因病不能到案，法院於通知對造後，得會同知事，至其住處詢問；又證人若已死亡，得將其存偵察時，知事前所為陳述，於審判時朗誦。在民事案件，證人若居住於管轄之外，法院得授命人員詢問之。

第二點保障就是偽證的處罰。這層向來是強制證人宣誓，如有偽飾，由上帝加以懲處；這辦法在大多數案件，是自動遵守着的。至於有人拒絕宣誓，現在也可以具結代替；但依法偽證罪適用於各類證人，得科處七年以下有期徒刑。後文論及偽證罪（*perjury*），還當申論。

第三點保障就是十字詢問。凡證人已經已方或己方的大律師問了大體之後，每每所問當然是很和緩的，對造大律師即可以各種方式發問，不獨關於主要證據，凡與爭點有關係的任何事實，縱使表面疏遠無關，也可詢問。對造律師還可審究證人的是否可靠；因此，凡可顯露行為或身價不可靠的任何問題，大律師都可提出，除有特權或拒絕為證的權外（如牽涉刑事業務上義務，國事利益及司法等），證人必須答復，否則，即可以藐視法庭懲處。大律師得享這般權力，必阻卻許多很有價值的證人不願自動到案，但無論民刑訴訟當事人要在管轄內的證人到案，得請求一傳票（*subpoena*）交付於他，並支出旅費，即可強制到案。一方面，證人除負偽證之

責外，在法庭內所為與爭點有關的證言，不負任何責任的。

在某一時期，有許多原則，限制作證的資格。當事人、親屬及因判決有利害關係的人都不得作證。可是，這些不適格已經各種條例予以撤銷；而現在凡有人能負偽證責任的，不但適格，且為強制的證人了。僅有的重要例外，就是前文所述的案件，即刑事被告人，不得強制作證。又在刑事案件，夫妻不得強制作證，互相攻擊，且大多數案件不准為此項證言。

英吉利人把衡量證言之權授與陪審員，惟由法官予以訓導，與他種制度大有不同。祇有叛逆罪和偽證罪，事實之認定，須二人以上的證明。此外，即一個共犯的證言，也可採作罪證；不過對於這些案件，法官負有義務，告誡陪審員，不宜僅依此認定罪犯。破壞婚約，及確認生父案件，除非證據的要點有其他佐證，是不能成立的；但所謂佐證卻毋須另有第二人證。兒童尙未知宣誓意義，若已相當長成，能辯別謊語的不善，所為證言也可採納；但除非有其他實在佐證，也不能單憑此定罪的。

英吉利證據法的第三個原則，也是最重要之一，就是證人應就直接知識陳述。普通有句格言，所謂「傳聞不是證據」(hearsay is no evidence) 就是表示這個原則；但這格言很引起誤會。證人當然可以重述聽聞之言。例如，毆辱案件，毆辱者否認毆打，假使有人證明曾親耳聽見他說，「我打碎你的耳光——」那是最強有

力的證據了。這格言的真義是重述聽來的言語，不能即證明這言語的真實。例如A爲證人，說曾聽B說，親見C把D毆打，A的陳述，係B曾經那麼說的直接證據，但不能證明C確曾打D，理由是很簡單的。因爲B假使不親自到案作證，B的話是未經宣誓，沒有在公開法庭陳述，不負偽證責任，又未經十字詢問，缺乏這三種保障。然傳聞不是證據這原則也有幾個重要的例外。

第一個例外，稱爲「垂死遺言」(dying declarations)，即有人在瀕死之時，所爲致死原因的遺言。這些言詞雖欠缺三種保障，但人之將死，其言亦善，這一點案情即足以保證言詞的真實。可是，這類言詞的採納，只限於謀殺或殺人案件；而推斷的是否可靠，尚須參酌下一個例外。

第二個例外，稱爲「作爲」(res gestae)，這名稱很覺含糊。意思是這樣的，凡欲證明某行爲，那末，行爲人所作所受的一切言詞及行爲，附麗那行爲的，及可解釋那行爲的，凡果然可使那行爲令人瞭解，都可提出證明。這樣說來，這原則不過「關係」原則(relevancy)的特例罷了；但適用這原則，有種種限制，這原則的範圍又不一定，依本書旨趣，不宜更支蔓多述了。

第三個例外，爲亡故人所爲職務上不利於己的表示，或口頭的，或書面的，得爲他人利益，採爲事實的證據，例如，已故賬房或收賬員承認曾收某筆款項，生人本於公務上行爲所爲的言詞也可採納；又關於家系或公權，

如通行權之類，單是名聞或普通傳說也可按其價值，予以採取。在這些案件，鄉間故老每每居於證人地位。

英吉利證據法最末了一個原則，這裏必須一提的，大抵係由上述原則推演出來的，僅適用於文件，故宜分別闡述。這原則稱爲「最有利的證據」(best evidence)，計有二個重要用法，各不相同。

第一，凡當事人引用文件，以證明主張，必須提出正本，不得僅提副本，也不得憑口頭陳述。這原則在英吉利法制史上已很久遠，總在當初，認文件爲稀少神祕之物，故在法院訴訟，必須實行提出。這理由久已消失了；現在這原則又另有其現代的、實際的原由。一因大多數法律文件，在提充證據以前，必須貼足印花，不提正本，當然要引起法官疑爲偷稅。又有著名條例（下文當述）規定某種法律行爲要發生效力，必以書面訂定，由本人或代理人簽名。若無正本，是否遵守規定，卽有疑問。

其次，若當事人已把意思用文件訂明，那末，凡希圖用文件外的證據（尤其是言詞）變更或推翻文件的條款，或說明非當事人的全部意思，都不能採納的。

在事件當時，就用文字訂定，總比證人的徒憑記憶，來得可靠，因此，這原則是很健全、很周到的。但這原則一律適用是不可能的；不過要補充之處也不多。

第一，凡法律行爲，依法不限用書面，那末，若嚴格適用這原則，而有人僅以一部分意思訂入文字的，倒還不



如完全不用文字。因此，在這些案件，凡條件不與文件刺謬，或可以補充的，可用口頭證明，除非全部法律行為已訂入文字，已很明顯。

其次，法律行為若出於一造的詐取、錯誤或不當勢力，或有不法的目的，倘不採納攻擊的口頭證據，與公共政策顯相刺謬，所以，縱使表面怎樣純正，普通法法院及衡平法院早就准許撤消這類行為的程序，不過前者以某些案件為限，而後者沒有限制。

末了，如其因繕寫錯誤失載，而文件誤述了當事人的意思，衡平法院於不妨害不知情的第三者的限度內，得准矯正，使之適合當事人真意；此項矯正，得採口頭證據，但從前卻有一奇特的困難。若須矯正的文件，依法不必使用文字，那末，矯正的文件得請求執行。否則，若依法必使用文字，而矯正又祇有口頭證據，那末，矯正的文件不得請求執行；因為予以執行，即與條例上必使用文字，纔可執行的規定不合。然近年來，法院已有打破這呆板見解的堅決趨勢。

## 第九章 人

依法家的意義，法律係一種道德力，必須經人實行。所謂人者，就是能行使權利，負擔義務的生物。在法家眼中的法律，與在自然科學家目中的法律，較明顯的差異，就是前者不能直接行之於無機物。就是對於生物也不能直接行使，除非是人；因為獸類雖可加以訓練，使之聽從人的指揮，對於規律衆庶，組成社會的辦法，總不能理解。於是法家的法律只能直接行之於人類；而欲行之於物及畜生，也須由人的間接力量。例如法律規定某路應加修理，狗應裝口套，非用人的力量，不能直接推行於路、狗之上的。

凡依英吉利法律，能享權利負義務的人類，法律就稱之爲人（Persons）。依法律意義，所謂人，大部分就是行於路，聚於市，日見的常人。又因近時民主的傾向，尤其在英格蘭，英吉利法律認各個人在法律上一律平等，也即所謂法律於人，不生歧視。不過理論雖然如此，各文明社會雖然大唱平等，總不得不承認某種天然的缺點，對於有幾種人，更無法再以常人相待。例如，兩歲的孩子，天生的白癡，或大惡罪人，無論怎樣民主的社會，都不能視他們爲常人；不過各社會對付這班異常人，各有不同。又差不多一切文明的社會，爲了便利，對於具有某種目的

的團體也予以人的待遇。這些團體有時稱爲「人爲人」但這名稱未見妥當，因爲這使人誤會凡自然人卽有法律人格，豈非遠於事實。法國法上稱爲假擬人（*personne morale*），也未見高明，因爲這也令人誤會常人卽不是假擬人。英吉利名團體的通常名稱爲法人（*corporation*），雖不免可議之處，在普通使用上，總少誤會。常人的法律地位散見於本書全部，故本章只述異常人的特異地位——個人或團體——或稱身分法（*The Law of Status*）。

身分這名稱，本來不過表示一人的法律地位。所以除奴隸不視爲人外，各人都有一身分。但法律上平等的趨勢日昌，身分之界限漸泯，這問題的重要，也大爲減少了，結果，身分這名稱，尤其在英吉利法上，僅適用於幾類人，他們因與常人有別，且不能以合意消除此種差別，故須分別論述。但職業的，甚或政治的差別，不能成爲身分；如貴族、醫師、教士以及其他許多階級，不能算作身分，因爲這些差別，雖然實際上使他們別於常人，卻不是法律上的異常。又地主、商人、製造家及雇用人也不是身分法的論題，惟最後一種，因近時立法結果，漸近於這地位了。我們現在把英吉利法上最顯著的幾個身分，述其概要。

（1）未成年人 英吉利法以滿二十一歲爲成年，成年後卽有充分的公民資格。但成年以前，並非沒有權利義務。反之，充分權利還是有的。未成年人可以接受及處分財產，訂立契約，並得由法定代理人代理進行一切

訴訟行爲。除某種特別情形外，不能作成有效遺囑；又有些重要政權，如行使議會及自治的特權，是被駁奪的。在成年後，相當時期之內，且有權撤銷未成年時所訂定的民事上法律行爲，而對方卻沒有同樣權利。可是對於這特權，有一二個重要例外。如未成年人因必需品所負擔之義務，有絕對拘束力，即爲維持生活健康所需的物品及服務、教育、及依社會地位的舒適；又得法庭准許，因結婚處理財產，也有拘束力。

一方面，未成年人在刑法上及幾部分民法上，所負的責任是很大的。未滿七歲人不負刑事責任，未滿十四歲人，以能辨別犯罪爲限，負相對刑事責任，十四歲以上，應負絕對刑事責任，惟對於侵權行爲，至少在學理上，自小即負全責。男女滿十六歲得結婚，惟某種權利受有限制，仍須父母或監護人代理，詳見後文。但除前述撤銷權外，依一八七四年保護未成年人法案，未成年人不得訂立償還債務，或償付貸款（除必需品外）等有效契約；即至成年之後，追認自訂之任何契約，或承諾償還未成年時債務，依法都沒有拘束力的。

(2) 精神病人 依英吉利法律，精神病者或白癡大概沒有一定身分的。但自昔以來，對於天生白癡及經陪審員正式「徵實」的精神病者及其財產，由王上行使監督，因此，他們就大部分居於普通法律之外。依一九〇四年一著名案件，上訴法院所下判決，凡這些精神病人於生前所爲財產的處分一概無效；而對於這些人的刑事控訴，因「無從辯護」(unfit to plead)的保護，應將被控人於生前或恢復理智前，付管束禁閉。

對於「非徵實」的精神病者，其地位較爲困難。依民事原則，不知情及付代價 (for valuable consideration) 的第三者是予以保護的，要免除處分財產的責任或契約責任，必須精神病人或其代理人證明，於行爲當時，沒有瞭解能力，且爲第三者所知情。可惜，就各案判決觀察，究竟保護善意第三者是否及於「已徵實」的精神病人案件，無從明白；但就一九〇四年案件的文字而觀，是不保護的，且凡與「徵實」了的精神病者交接，也決無不知情之理。又精神病人所爲贈與，不問精神病人是已徵實的，非徵實的，也不問善意第三者是否因此受有損害，常常是被撤銷的。精神病人結婚，因不能明瞭行爲之性質，是無效的。反之，精神病人，甚至是已徵實了的，所作成的遺囑，若作成時能辨別自己的行爲及效果，依法爲有效。一九〇四年這一案中，精神病人之遺囑，雖在瘋人院中作成，也准於死後依法請求證實。

在刑法上已徵實的精神病人與非徵實的，地位很有不同。後者得由辯護人提出「無從辯護」的防禦，而陪審員於審理中即予登記。假使陪審員認此項辯護已經證明，就與徵實精神病人同樣辦理，付管束禁閉。否則，可提出精神病爲防禦，那末，陪審員得下「有罪但有精神病」之裁斷，即於行爲時精神失常；因此，被告人當送入瘋人院中，若被控人於犯罪之後，發生精神病，也得送入瘋人院中。精神病人不得執行死刑。

在學理上，對於侵權行爲，精神病人與未成年人一般，應負責任。但案件以故意爲行爲要件者，如誣告、民事

謀害等，被告人是否清醒，自與是否負責有關，應予審究。

(3) 犯罪人 犯有重罪人的財產，由王上任命的管理人管理；在刑期未滿或未邀赦免以前，犯人不得起訴，不得處分財產，也不得訂立契約。但他得被訴，而有判令償還金錢的判決，得就管理人代管的財產執行。他因褫奪公權，不得任爲官吏，若本爲官吏，也當免職。但犯人作成的遺囑是有效的，雖在未恢復自由之前死亡，也屬有效；犯人的財產於釋出之後，即可恢復。

(4) 外國人 在第十章論述王與國民，我們將討論誰是不列顛國民的問題；並且知道時時有許多人，非是王的國民，寄寓或經過英格蘭。這班人稱爲外國人；雖然他們負有服從英吉利法律的義務，卻不能同享不列顛國民的法律上權利。在某一時期，他們的權利的欠缺是很多的；但經過輓近立法，就私法而論，他們差不多已與不列顛國民站在同一地位，並得依人身保護狀，保障自由。但他們沒有爲公務員，行使議會與自治權，或享不列顛船舶所有權等權利。一旦外國人的本國和不列顛帝國開戰，他們的地位就立刻變更。在學理上，那時他們就一無權利；不過這理論的後果也難得加之於他們，除非他們個人有敵對行爲。外國人在英格蘭居住十年以上，得充陪審員；但當事人得提出反對。從前外國人受刑事控訴，審理的陪審員應由一半不列顛人，一半外國人組成，但現今這特權業經廢止了。

(5) 破產人 曾經宣告破產的人，權利上受有種種限制，因此就成爲異常人。他的財產，不論在破產前後取得，都應由破產管理人執掌，他是爲債權人利益，管理財產的。所以破產人不得處分，也不得使用此項財產。依法他雖得訂立契約，然不得隱匿；又因新債權人不得向他的財產求償，願與他交接的機會是極少的。在五年之內，他不得充任議員，也無權充任其他公職。以本身而論，在民事上或刑事上，他都應負責的。

### 已婚婦

直到十九世紀中葉，已婚婦在英吉利法上，雖經過衡平法院種種改良，還是占着最顯著身分之一，卽近時立法又大加改進，其地位上仍舊遺留多少向來的特徵與欠缺。但這些特點已經極少，不能更算爲一種身分，故應留待後文提及已婚婦時，分別論述。大體說來，已婚婦已與普通男女相同，得取得財產，處分財產，訂立契約，充任公職，行使政治等權，並享有不列顛國民的種種法益。在民刑法上的責任也與普通人差不多。在法律的眼光中，已婚婦已不能再歸入異常人之列了。另有一例，且爲極重要的身分，述之如下。

(6) 法人 在英吉利法上，法人 (corporation) 的根本觀念，是個人的集團，具有某某目的，依法有獨立人格，超然於各份子個人人格之外。這觀念是不易體會的，形成目今的觀念，曾經英吉利法家及大衆幾世紀的心

思才力，切磋琢磨。今當舉出兩個實例，一係昔日蘊釀時代的，一係近時的，以示辨明法人超出個人人格的差別，會排除多少困難。想較冗長演述，反更可明晰。

一四二九年有一案件，原告人有些野獸，因不納捐稅，致被捉去，當向市長、執行吏、伊潑匯啓市政廳（Comptrolment of Ipswich）及一吉勃（J. Jabe），提出一侵權之訴。事實爲兩造所不爭，被告人大律師所提出攻擊方法爲一最專門的，但很富興味的問題。他說吉勃爲市政廳一份子，而訴狀上不啻將吉勃之名列有二次以上，依法其訴不能成立。但假使只訴吉勃盜竊機關圖記（plate），不與機關同訴，吉勃得主張，他既爲機關一份子，決無自盜自物之理。在我們看來，那攻擊方法未免可笑，但那時簡直使法庭煩慮不休；當初的年鑑報告此案，竟連篇累牘，直至報告人自覺厭倦纔止。茲再述一八九二年沙樂門（Mr. Aron Saloman）一案，以與一四二九年之困難相對照。

在那一年，沙樂門把他的全部營業售與一家公司，數目極大。這公司就是他自己爲了這筆買賣所組織的。註冊的名稱也就是沙樂門有限公司（Mr. Aron Saloman & Co. Limited）。公司的股份名義上有四萬股，但只發出二萬零七股，其中二萬零一股由沙樂門自己承受，其餘六股由沙樂門的妻與子承受。沙樂門自己及他的兩子充任那公司的董事，所以說沙樂門對於這買受他的營業的公司，仍保留大部分管理權，並不過當。他



又承受公司債券一百份，每份一百鎊，作為償付他的營業的一部分代價。因此，他就成為公司的保證債權人，數目有一萬鎊之巨。次年，公司倒閉，法院即命令清算。公司的總財產，可以償付債權人的，還不到一萬鎊，而沙樂門主張他是保證債權人，全部財產應償付與他。一方面，那無擔保的債權人主張，那公司就是沙樂門，他實在是債務人，若把全部財產給他帶走，就無異吞沒他們的金錢，在普通人看來，這主張不能說沒有理由的；但經過纏訟多時之後，貴族院判決，沙樂門與沙樂門有限公司為兩個人，界限清晰，沙樂門既為公司的保證債權人，應有優先他債權人受償之權，故將全部財產判歸於他。

法人的人格與份子的人格有所區別，這於事業界極為重要，否則，一切事業就很難進行了。在現代生活上，有許多大規模，長期間的事業，若徒憑個人力量推行，而僅以同意結合，是不可能的。個人的資力總是有限的，就是百萬元家私的人要舉辦一大鐵路公司，也非有他人援助不可。又人生很少有百年之壽，若團體事業，各份子於死亡時得抽動資本，就可立刻崩潰。有了法人學說的保證，所有大學、教會、商業公司、自治團體等等事業，纔得因有永久持續，不受份子死亡告退的影響，可維持至久遠而不垂。輓近發展，又承認了有限責任的原則，凡工商的冒險行為，非個人所願孤注一擲的，都可因此籌措資本；這原則固然很可譽議，然一旦廢止，工商事業必遭重大打擊。這些還不過法人制度的少許利益罷了。現再就其在英吉利法上一二顯著特點，加以觀察。

法人非經王上核准，不得成立，這是最顯著原則之一。這原則在英吉利法上，已有六世紀的歷史，其原因當然是由於政府的嫉忌，怕團體侵蝕牠的權力。最初的方式，由王上頒發特許狀（*Charter*），准許組織團體，如地方公所、大學等，因此，牠們就取得人格，得起訴、被訴、取得財產、處分財產、訂立章程、行使特權等等。按諸事實，少許很古的法人從未取得特許狀；對於這些，英吉利法律就本於常識，根據「遺失特許狀」的擬制（*Fiction*），稱之為「時效法人」（*corporation by prescription*）。後來，王上頒發法人特許狀的權雖從未拋棄，然爲了專利、有限責任等制度，息人疑議起見，就由國會法案的方式代替了王上權力，此中最著的一例，即兩合公司（*Joint-stock commercial company*），這只消遵照公司法案（*Companies Act*）的規定註冊，即取得法人資格。還有新舊兩種方法合併的，如自治機關（*municipal corporations*）。這些機關係遵照了自治機關法案（*Municipal Corporations Act*），取得王上特許狀成立的，而其職權大部分也由該法案規定。

在法律眼光中，法人固然就是一人，可是與自然人畢竟有幾許差別。法人不能結婚、宴會，作成遺囑或犯毆辱罪或其他以故意爲要件的罪行，不過其份子當然得以個人資格爲一切行爲。法人之所以常常稱爲「人爲人」、「假擬人」，其故就在於此；又因此產生了越權（*ultra vires*）原則，占着法人法（*Law of Corporations*）一大部分，茲當略予論述。

現在要研究的，不是依法人性質，什麼可以做，什麼不可以做的問題，而是除依法限制外，法人所從事的事業，有什麼限度。例如，自治機關應否從事證券賭博，或更切實地說，應否從事航業，或供給水電？自治機關應否這樣利用稅款？又經營建築材料的公司，當否建造房屋出租？這些問題實際上很重要的，而英吉利法之答案，約略如下。

以依特許狀或時效而成立的法人而論（常稱爲普通法的法人），法律是採取放任態度的，凡事業與設立目的不顯然刺謬的，都可從事，例如大學校，尤其是古大學校，就可做許多事業，這些事業嚴格地說來，縱非是促進宗教、教育及研究的原來目的的一部分，依一般的組織而論，可以作爲輔佐事業而推行。因此，除條例限制外，得經營地產，組織集會及遊藝，設定養老金、退職金制度，投資各種商業股票，購買藝術品裝飾建築等等。一方面，依據國會法案設立的法人，必須以該法案及其文件所授權爲限。出乎此種授權以外的行爲，就是越權，應爲無效；這些行爲更不得認爲法人的行爲，應由事實上授權或執行的董事或當局負責。例如設立商業公司經營羊毛，其董事與秘書竟與人簽訂建築橋樑契約，與他們訂立契約的人只能向他們請求履行，不得向公司請求，若因履行契約有什麼欠缺，公司財產不負賠償之責的。法人的受雇人及執事人犯有不法行爲，這原則是否應予適用，很引起困難。應否不依授權原則，而依受雇人不法行爲應由雇用人負責的原則，而使法人負責呢？依原

則而論，那是應當的；可是上訴法院在前一代裏，曾定下原則，凡行爲，法人本身依法所不得爲的，即也不得爲受雇人負其責任。但不法行爲又怎麼可以依法而行呢？所以有人主張越權原則不能適用於這案件的。

法人既爲個人的集團，又怎樣表示牠的意思呢？無論如何，總不可使各個人的語言文字都得拘束全體的。因此，凡依特許狀或他法所設立的複式法人（義見後文），依法必設定一小批人或某個人，得以法人名義爲言語及行爲。因此，市政府的市長及參事會，普通股份公司的董事或學院的院長及董事均有權處理各該法人的事務；而外人即得依例以他們爲代表，和他們接洽。依英吉利法一重要原則（例外很多），複式法人之一切移轉及契約，必須加蓋法人印鑑，方爲有效。但許多輕微的日常行爲，不在此限。又除法案有特別規定外，凡法人收受貨物，得人服務，不得因無印鑑契約，而拒絕償付。依一九二九年公司法所註冊的普通股份公司，關於這點訂約辦法，與個人站於同一地位，不過法人既爲抽象的東西，須經人代理罷了。

法人的分類，各種書籍有各種不同方法；但除上述普通法法人及條例的法人的分類外，茲當注意的，惟有複式的與單一的分類。複式法人爲標準的法人，由幾多個人集合而成。這人數可大可小，自私人股份兩合公司得由二員組成起，乃至市區包括着幾十萬人。有人說，複式法人，縱使全體份子盡行死亡，而無繼承的人，也不必一定喪失存在；這原則大概是健全的。

單一法人不是同時包括幾多份子，不過由單一份子連續不絕，隨時有一個人支持着。有幾位高明的法學著作家稱這些法人爲怪物，可是這怪物卻有法律上的地位呢。有人舉出王上爲普通法上唯一的普通單一法人；然劍橋三一學院院長 (Master of Trinity College, Cambridge) 可算另一實例，至條例上的例是很明顯的，如公共受託人 (public trustee) 及財政顧問官 (treasury solicitor)。宗教的單一法人，實例是很多的。每個主教管轄區的主教，每個教區的牧師都是單一法人，不問是否有人在位，得爲繼承者的利益，據有土地（現在也得據有動產），並得爲移轉及訂立契約，而後繼者當受其拘束。主教牧師所具個人的、法人的、雙重人格，其區別，較諸複式法人份子與法人人格的界限，更難體會；而且適用於複式法人的原則，未必適用於單一法人，例如單一法人就毋須用法人印鑑。又教區牧師固得以教長資格訴牧師個人，例如侵損法人的財產，但這些案件終究是罕有的。

末了，除條例另有規定外，一切法人應依照永久管業原則 (rule of mortmain) 依這原則，凡土地移轉於法人，除得王上批准外，雖事實上果由法人管業，依法即成爲沒入王上。這原則還遠在十三世紀成立，因當時的王與封建地主不願有軍事價值的土地，落入教會，及其他非軍事的團體之手；而 mortmain 這字樣係從聖者的「死手」(dead hand) 演述出來，因教會的土地都依例獻給他的。不管究竟怎樣，這原則於一八八八年又

重行公布，施行迄今；不過草訂這原則的條例，已打破了不少重要之點。凡公司依一九二九年公司法設立，這原則可說已經該法廢止了（然文字至晦，）但非以營利爲目的者，未經商部（Board of Trade）批准，不得據有二畝以上的土地。

### 非法人的團體

所謂團體人格的討論，既已述竟，茲當一言無法人資格的團體，或社團；因這論題近時很引起興味，且於實際上也很重要。

本世紀之初，曾有一位博學的法官，在一著名案件中判決道，依普通法，只有法人與個人具有法律的人格，得起訴被訴。依這法律的觀點，一單純的團體只是個人的集合罷了，如俱樂部、體育會、私立學校、未依特許狀或法案設立的學術團體及商人聯合會。假使這班人有不法行爲，簡直可以「共謀」起訴，若有貨物售與，惟真正定貨的人可被訴追。凡有財產移轉於他們，各個人均爲所有人，得主張其應有部分。如果會員觸犯社章，或委員惡意斥退會員，那團體與會員均無從向法院請求救濟，除非財產權受到了侵害。倘執事人偷盜基金，依法不能追訴；因爲在學理上他既爲一個會員，他與其他會員都爲主人，基金就是屬他的，和屬於他會員一般。

但自一八二四年聯合法 (Combination Laws) 廢止了之後，在英格蘭，這些沒有法人資格的團體，幾如雨後春筍，大為發達，於是為維護一班較貧苦人的利益起見，所有因不問事實而引起的困難，有設法予以減少的必要。因此，對於這些團體的基金，時時有條例以刑法制裁，加以保護。且有些條例，對於某種團體可向政府某部註冊的，並可由友誼團體 (Friendly Societies) 註冊員監督的，均有保護其財產的規定。一九〇一年泰甫 (Tate Vale) 一案，經營地最高司法機關判決，凡註冊的商人聯合會的雇員，或自命代理人，犯有侵權行為，得向該會起訴，並得就其基金，請求損害賠償，這很使公衆驚訝，並使一類很重要的團體會員感到錯愕。但貴族院，本於公司法上一貫的審慎態度，限制其判詞適用範圍，惟以依一八七一年法案註冊的商人聯合會案件為限；後來一九〇六年商業爭議法案把泰甫案的判決廢止了，法律即陷入令人不滿的狀態，而較近的立法益使此種狀態加甚。那末，泰甫案判決的原則，是否適用於一切非法人團體呢？還是僅適用於可依某法案註冊的團體，例如酒類消費會等呢？是否同樣適用於契約及侵權行為呢？團體基金為自命代理人 (alleged agents) 行為負責，所需要的授權程度是怎樣的？這些問題，及其他類似的問題，若沒有相當答案，關於這方面的法律，總不免滯留在不滿狀態。

可是法院方面並不完全漠視非法人團體的存在。法律固然不視牠們為人；但除法案有明文禁止，或團體

目的爲非法外，若有法律的基礎可據，法院總把會員相互間的權利義務予以規律。例如，團體的章程確定，可認爲會員間的契約時，法院必如處理其他契約一般，強制履行。所以依社交會章程的會費，法院必強制會員履行的。



第三編

國家與司法



## 第十章 王與人民

就歷史而言，在十一世紀，盎格魯諾曼君王所建立的君主政體是強有力的、集中的，英格蘭一切政治權力的行使，即導源於此。這盎格魯諾曼一系列的君王直到十三世紀中葉，約計二百年的時期內，除封建貴族保持一種日就衰落的權力外，行使一種權力，超然無上，名為王權（royal prerogative）。到十三世紀之末，國會成立了，漸漸王權受到了駁削，終究站在敵對地位。但在這時期以前，王權已浸透了國內的思想及制度，所以後來革命雖然成功，承襲了幾種王上的地位，所有英吉利政治制度下的首要地位，卻終究不能取而代之呢。

可是兩世紀的盎格魯諾曼的君主政體，決不是專制的，決不是王上得為所欲為的。這與東方方式君主政體，相差遠甚，那裏是人民的禍福，寄於君王的喜怒；又與奧斯汀派（Austinian）法家所創的主權說，也不可同日而語。諾曼台惠廉自從征服奏功之後，一再與英人相約，他們得沿用愛德華（Edward）王時代的法律。因此，這些法律雖然沒有完備記載，可是他們的古來習慣，大部分已鄭重載入道母斯書，其他部分為惠廉後代各王於加冕宣誓時明白保證，故英人大眾都堅決信仰，這已成爲一界線，非王權所得跨越了。往後，這界線又因國會立

法權大見增強；不過在習慣與條例所劃的界線之內，王權是超然無礙的，而他的大臣就一再創設制度，如理財院（Exchequer）、法院（Law Courts）、樞密院（Privy Council），這些制度影響了人民的全部生活。奧斯汀派法學雖有其自成一家的主張，我們總可以說，中古的英吉利君主政體是受法律限制的主權（sovereignty subject to law）。王座法院（King's Bench）法官白克萊（Sir Robert Berkeley）曾於一六三八年著名的船錢一案（Ship-money Case）說道，「我未聞法律即權力（lex is rex）；但權力即法律（rex is lex）倒爲人所習知，也最真確。」可是白氏的話終成徒說罷了。這法院的判決而尤其是白氏的話終被長期國會（Long Parliament）予以撤銷；而所謂王上對於所宣誓奉行的法律，也受拘束，已深入人心，爲那著名法律原則的基礎，觀次章所述，即知這是英吉利憲政自由的主要保證。

到十六世紀後期，大伊麗莎白在位，正當思潮動盪的時代，英格蘭爲王所私有，人民爲王的下屬，這一觀念，就開始消退，我們所謂政府（state）的觀念就代之以興，所謂政府即是政治社會，或目的在政治的一種組織。現在所習用的 state 一字，在伊麗莎白朝以前，命意有些不同；那時的著作家及政治家常用此字，字的含義在表示一種寬泛政治概念，廣及全社會，不以王與大臣爲限。這一字會見於克能威林攝政國務院（Council of State of the Cromwellian Protectorate）這名稱之內；這因爲有一時，這 state 一字與同義的 common

wealth 一字，大家不喜用了。總之，在政治的及法律的事件，用這 state 一字的傾向，日趨消沉；在憲法家的著作中，另用王上 (Crown) 一字代替，意在融合王的雙重人格，即君主政體以王為代表的個人人格，及超然君王個人利權的政治制度所具的法人資格。這字的採用，適應了十八世紀英格蘭憲政的趨勢，這趨勢的結果，所有政治事件，就由負責大臣 (Responsible Ministers) 推行，不以王的個人意志為準，同時中古君主政體的傳統方式，因大眾的信仰，也保存下來。依法律的觀點，這用法也有種種不便，讀次章即明。可是用王上 (Crown) 一字，以表示治者與被治者間的憲政關係，已在法律術語上牢不可破。所以茲當一究誰是王的人民，什麼是他們的權利義務。

不列顛國籍的法律大體依據一九一四年不列顛國籍及外國人身份法案 (British Nationality and Status of Aliens Act)，及一九一八年與一九二二年的修正案。依這些法案，不列顛人民可分為天生的與歸化的兩類。茲先述王的天生的人民。

一切人民，凡在王的領土內，忠順下出生的，或出生在領土之外，但其父係不列顛人民（天生或歸化），或出生時其父正為王服務，及在不列顛船舶上（即在他國領海亦可）出生的一切人民，均為天生的不列顛人民。土地國籍的普通原則成立已久；大約這因為種族社會所依據的血統，曾經封建原則取而代之。忠順 (alio-

ance) 固為取得國籍資格之一，但法案卻沒有下定義；大抵這是指所生父母居住之處，因條約、投降、讓渡、習慣、容忍或其他法律的原因，王上得依外國管轄法案 (Foreign Jurisdiction Acts) 對於不列顛人民行使管轄權。

外國女子若與不列顛人民結婚，取得不列顛國籍；萬一在婚姻持續中，丈夫喪失了國籍，其妻（或天生或因結婚取得國籍）得保留不列顛國籍的。

除婦人因結婚得取得國籍外，外國人得因國務大臣頒給歸化證書，歸化為不列顛人民。但此項證書，非具備下列條件，不得發給：

(1) 歸化人曾在王的領土內居住五年，五年中最後一年必在聯合國 (United Kingdom) 內，其餘年份應在聲請前八年的期間之內；或在這八年之外，曾為王服務五年；

(2) 歸化人須品行端正，并有相當英文知識；

(3) 歸化人有意在王的領土內居住，或準備為王服務，或繼續服務。

上述條件縱使完備，是否發給證書，國務大臣有絕對審量之權，而證書之發生效力，必由聲請人先為忠順的宣誓，並且得因相當原因，撤銷其效力。居住的原則，對於曾為不列顛人民的外國人的寡婦或離婚婦，是不適用的；

且得因特別情形，通融辦理。

除婦人與外國人結婚外，近時自動放棄國籍，普通是不許可的。無人得自絕於祖國（*nemo potest exuere patriam*）這格言，即述此意。可是就英格蘭而論，依近時立法，任何僑居外國的不列顛人民得有權歸化該國（限於平時），而喪失不列顛國籍。外國婦人因與不列顛人民結婚取得國籍，其新國籍不因夫之死亡而喪失。凡人因出生於不列顛船舶，取得國籍，而依停泊處國家法律，若也有該國國籍，那末，到成年之後，有抉擇國籍之權；又出生於國外的人民，依上述原則，取得國籍的，也有同樣抉擇權。不列顛人民依上述條款歸化他國的，除該國法律有反對規定外，其子女也喪失不列顛國籍。婦人因結婚喪失不列顛國籍，此項原則也適用於其幼稚子女。但寡婦與外國人結婚，其前夫子女不因此喪失不列顛國籍。

歸化證書之取得，若出以虛飾、詐欺、或隱匿事實，或歸化人不忠順於王，或在戰時與敵人通商，或交接，或於發給證書五年之內，受不列顛法院宣告徒刑，一年以上監禁，或一百鎊以上罰金，或發給證書時，品行不端，或得（除某種例外）歸化後居住國外七年，或依敵國法律，仍保留該國國籍，國務大臣查得充分證據後，即得將證書撤銷。但於撤銷之前，國務大臣得為事實之訊究；而在某些案件，國務大臣應通知證書持有人，持有人即得請求為此項訊究。

歸化證書撤銷後，除國務大臣明示外，其妻兒不因此喪失不列顛國籍；若妻於結婚前，本為天生不列顛人，非本身犯有撤銷證書行為，國務大臣不得為喪失國籍處分。但妻得於夫之歸化撤銷後六個月內，宣告出籍；由此本身與子女即成為外國人了。



## 第十一章 人民的義務

依廣義而言，人民的義務就是服從國家的全部法律，這法律的執行，差不多全操在王手。但王在執行規  
民間權利義務的民法時，他不過居於法官或公斷人地位，不是有利害關係的當事人。所以A與B訂立契約，B  
因A違約，訴求賠償，A不過對於B不履行義務，不是對於王的。在普通刑法領域內，王雖然兼有檢察及審判雙  
重資格，可是在前一種資格，除某種特別案件外，不過為社會的或被害人的喉舌，並非自居君主，處罰背叛。

所以依民刑法的義務，當留待後述，本章所述，只以人民對於政府元首的王，所負特別義務為限。創設這些  
義務的那支法律，普通稱為憲法。這法律又規定政府機構的各部相互關係。但這一部分憲法，本書只有時提及，  
因其範圍太廣，不宜歸入本書。法院方面也難得處理這些法律問題；而且有些雖然極為重要，並不是嚴格的法  
律呢。

(1) 忠順 英格蘭自盎格魯諾曼統治建立以來，雖有種種興革，然英吉利君主政體，至少在學理上，還  
有濃厚的軍事色彩。忠順宣誓為效忠那羅馬軍人領袖的標記，一直流傳到封建時代，在那時代，尤其在英格蘭，

又把效忠直接地主的宣誓，劃分出來。在學理上，忠順宣誓得時時令人民奉行；而在政治上，宗教上的苛刻時代，這辦法曾嚴密實施。後來在十九世紀，政治的宗教的測驗鬆弛了，對於這些測驗的冷待趨勢日強，至一八六八年，約言宣誓法案 (Promissory Oath Act) 公佈了，規定忠順宣誓限於高級官吏、英格蘭教會教士、國會議員、軍人等就職，貴族受封及外人歸化之時。但每個人，無論已否宣誓，都有忠順的義務。

通常說來，觸犯忠順，就構成重大叛逆罪 (High Treason)，為法律上最重罪犯。但什麼事實纔構成觸犯忠順，很難定一界說，因此，在許多世紀以前，就由條例為叛逆下定義；現今的叛逆法律實際上還遠溯至十四世紀個人君主政體時代，對於目前政府狀況，不適宜之處非尠。都道 (Tudor) 王系曾將中古的叛逆法加以改變；但因其苛細，有失人望，至亨利八世 (Henry VIII) 崩後，大部分是廢止了，惟在伊麗莎白及後幾代王朝會恢復了一二種罪名。

今日在英吉利法律上，只有五種叛逆罪名；除一種外，都直接關於王個人的安全尊嚴，說明如次：

- (1) 謠傳王、王后或王太子的死亡。
- (2) 對王開戰、附逆、或於國內外援助敵人。
- (3) 破壞王后、王太子妃、未婚長公子的貞操。

(4) 於大法官、司庫大臣、王家法院、巡迴法院、叛逆罪法院的法官在執行職務時，當場加以殺害。

(有人建議這最後一種應依普通謀殺論罪，但一三五一年的條例內，規定此為叛逆罪的條文，卻未見有廢止的根據。)

(5) 依一七〇〇年澄清法案，對於大不列顛王位榮銜，發生爭論。

〔自極可白 (Jacobite) 攘奪消滅以來，這含糊的條文已沒有嚴重價值了。〕

凡顛覆政府行為，均由這法典加以規定，但尚有一類較輕罪名，名為叛逆重罪 (treason felonies)，係意圖犯叛逆罪，但未實行，另有叛逆輕罪 (treasonable misdemeanours)，係驚恐或危及王上，或妨害公共安寧。賄賂軍隊，鼓動王軍叛變，誘使警察騷擾，不法武裝或軍訓，攻擊王家船塢及兵工廠都是對於王上的治理，亦即對於政府軍事權力，加以威脅；這些也許不危及王身，因而不稱叛逆，然得論以觸犯忠順，這是對於一切不列顛人民，無論已否宣誓，加以拘束的。這些罪名處罰不等，自重大叛逆罪處以極刑起，至誘使警察騷擾，處以二年勞役止。

因人民對王有軍事上忠順義務，王得徵募兵役，即非強迫徵兵，總可募集。此項義務實為構成國家的一部分；現在王家海軍仍有權強徵兵役，不過差不多一世紀以來，王家海軍還用募兵。

中古歐洲自採入封建原則以後，有一很大結果，使職業軍人成爲一階級，而普通人民的兵役義務僅限於保安或民團事務。所以在盎格魯諾曼王系的動盪時代，有一原則成立，對外戰爭應由封建的軍隊負責，占大多數的農民不在其內，至包括田奴在內的農民應在保安的民團內服務。到十三世紀之末，封建主義衰落了，另有一種新式的職業軍隊，代之以興。這些軍隊係募集的，因其服務在於公開賺錢，故始名爲兵士（*Soldier*，即先令人（*Shilling-man*）之謂。）他們是極失衆望的；所以尤其在十四世紀時候，一再有條例通過，救濟這制度的弊竇，所定辦法包括強制徵發人馬甲冑，平民入伍，並以低價備辦職業軍隊的糧餉、車輛及其他需要。內戰中議會法學者的勝利竟在國內建起了永久的職業軍隊，不列顛陸軍師團中最古的就起於那個時代。但在乾摩二世（*James II*）時代，這制度的危險處明白暴露了；所以一六八八年革命議會起草民權狀（*Bill of Rights*），就加入一款（歷史上是不合的，但實際上很高妙），國家在平時徵軍或養軍，若未得議會同意，即屬違法。這一款就予議會以監督軍隊之權，而使王於平時強募兵役或集合義軍，若不得議會同意，都爲非法。

（2）維持秩序 依英格蘭古風，人非殘疾，或無法律上寬免根據，都負協助維持秩序的義務。男人在兵役年齡，都有服兵役義務，曾經盎格魯諾曼各王鄭重推行；在追逐犯人時，鄰閭負有呼喊義務，有人在大路被殺，貼鄰三鎮負有作成行狀的特別義務；凡常人見人犯重罪（*felony*），或有破壞和平之虞，均有逮捕之特權。至於

依條例的義務，則有一八八七年執行吏法案 (Sheriffs Act)，規定郡中各人得由執行吏指揮，及因郡中叫喊逮捕重犯，……若有怠慢，得處罰鍰——這政策實肇始於一二七五年魏司明司脫第一的條例 (Statute of Westminster the First)。但協助維持秩序的義務，固不限於逮捕重犯，這可就一八三二年因改革狀 (Reform Bill) 暴動，追訴倫敦及不列斯託 (Bristol) 市長一案，觀察即明；這案中不列斯託市長雖因證據不足釋放，倫敦市長終因不取相當步驟，恢復秩序，而論罪。擔任辯護的大律師倒是那位著名的歐司金 (Erskine) 呢。假使有人辯駁說，這二位是官員，故有維持秩序的特別責任，可是當時承案法官對於陪審員的訓示極為明白，說道，知事所負的責任，也許比常人較大，但只是程度上的不同，不是性質上有差別。不過九年之後，倍福夏 (Bedfordshire) 有一位旅館業者及另外三個人，因警察在制止一種賭鬥時，拒絕協助，就被處罰，並令提供飲品的保證。近時法律上對於婦女已有種種改革，究竟她們是否須負這帶有危險性的協助維持秩序的義務，倒很有研究的趣味呢。

(3) 擔任義務職 當中古時期，擔任大部分文官職務的人不自王的國稅支俸，而依工作收費的。當然，這些職位，除一班無聊人外，為大眾所不悅；大家不以為是榮譽，反以為是重負。王無奈，就用強制辦法對付；所有執行吏、檢屍員、法警 (reeve)、市長、陪審員、警察、守衛、濟貧稅員及證人等職務都保有那種色彩。若執行吏等重

任，有時得以欠缺法律的資格請求免役。因為當大多地方政府事件須由執行吏推行的時代，相當資格是極重要的；自一三一一年以後，條例就規定執行吏必於郡中有土地及不動產，以便對於王及人民，得應付他所立的契據。

(4) 納稅 政府的收稅及用款權的問題，係政治史上的切要事件；而英吉利歷史也不能例外。現今捐稅非經議會通過，訂成條例，不得開徵，這權利，人民是怎樣取得的，因說來話長，此處無從談起。不過，這原則已一再探入憲法文件，如一六二八年民權請願書 (Petition of Rights) 一六四〇年船錢法案 (Ship-Money Act) 及一六八九年民權狀；可是雖有這些明文，有時卻有主張這原則的必要，如一九一二年鮑威爾 (Bowles) 向英格蘭銀行提起訴訟，追還所得稅，其唯一理由，因此項捐稅雖經下議會一致通過，卻沒有正式訂入當年的財政法案，而結果原告是勝訴了。又大戰後數年內，政府各部依據頒發執照授權。如准許售船等，意圖以發執照，籌措巨款，抵償政府當大戰時因浪費交易，所受的損失，而問題就因此發生了。這些步驟竟被指為未經議會同意所為的徵稅；若沒有及時的賠償法案 (Act of Indemnity)，當局者必遭嚴重後果。

除憲法的保障外，納稅人就須悉聽王命，也就是聽內地稅及其他財政當局的宰制了。有幾位開明法官會在判決內附帶申述，人民得以少納捐稅的方法，經營其事業；而納稅的舉證責任應由王負擔，在法律上也很明

顯。但因逃稅方法層出不已，就有一財政法案加以限制；而在追徵欠稅步驟中，王的特權有幾種且為普通法家所不知的，就無情地採用。這當然無可非議的；因為一人納稅愈少，他人納稅就愈多。不過，以稅收吏有別於普通官吏，竟不顧通常原則，予以特別保護，卻未見合理。例如，依一九一八年所得稅法案（Income Tax Act）第二二九節規定，內地稅員被訴不法扣押貨物，若能使法院認為扣押有或然原因（probable cause），縱原告之訴為有理由，也不能於貨物價值外，請求損害賠償及訴訟費用；收稅員也不得被科任何刑罰。

上文為人民的積極義務，下文當述消極義務。

（5）保守秩序 人民既有協助維持秩序的義務，他們自己自應約束身心，不破壞秩序。有一時，破壞安寧為一切罪名中的最概括的一種，這簡直包括一切較嚴重的罪犯。在某時，每份起訴書必載「破壞王的安寧」這一罪狀；現在這方式已不用了，這卻因為擾亂安寧的義務已經演成了一種精密的刑法制度了。本文擬限於申述破壞公共秩序的行爲，茲舉數例如下：

（a）自力救濟 自王掌握國內司法以後，即不欲人民以自力僭越法律。當時有一種普遍的自力僭越，為扣押財物行爲，即扣押債務人物品或土地，強其投到司法機關。這辦法雖為由野蠻主義到整齊社會的重要過渡，漸漸就由回復押物之訴（replevin）加以限制，到現在已減到很少數，惟限於租賃及發生損害的動物，並

且也加以嚴重的改革。在十五六世紀，有一練串法案通過，稱爲強暴佔據條例 (Statutes of Forcible Entry)，絕對禁止土地請求人用自力救濟，並授權知事應不問襲取占有的人是否有權，將其驅出。

但現代英吉利法律上，古來自力救濟的辦法還有存在，而範圍有時不易明瞭的。不但對於本身、妻兒、僕役、土地、物品或重罪的侵害得以正當防衛救濟；並在某種情狀，得排除不法侵害固定財產的對象，例如越界的樹枝。動產被人不法攫取，也得加以扣押追回。但法院總不悅此項程序，因被害人可向法院請求禁令 (injunction)，強制加害人賠償損害並停止不法行爲。扣押動產的請求以有形財產爲限，並不適用於無形財產，如債權、專利等等，這些稱爲無形物 (thing in action)，祇能以訴訟請求履行的。

(b) 暴動 (Riot) 在十六七世紀，人口大增，督察未力，暴動幾爲常事，使當局很感煩慮。所謂暴動 (Riot) 爲三人以上意圖破壞安寧的不法集會，在普通法上，這是公訴的輕罪，本刑爲罰金及監禁，一八二三年有一條例又加上了勞役。但依一七一四年暴動法案，所規定的罪名尤爲著名。這條例爲應付極可白 (Jacobite) 騷亂而通過的，依此中規定，凡有十二人以上的暴動集會，經知事宜讀該法案中文告後一小時內，若仍不解散，卽構成重罪了。當法案通過時，這罪名爲死罪，就是現在也當處以無期徒刑。普通以爲宣讀法案爲強制解散的先決步驟，實屬誤解。這宣讀的效果不過使本來應爲輕罪的轉成重罪，處以更重刑罷了。喬奇三世 (George III)



就明瞭這一層，終把一七八〇年，騷擾倫敦多日的戈登暴動（Gordon Riots）平息了下來。

（c）煽亂（sedition）煽亂爲刑法上最含糊的一種，這是意圖以不法方法變更憲法，而以言語文字蠱惑他人攻忤憲法，或鼓動他人犯罪，破壞安寧，或激起社會階級間的不滿、仇恨。最近的煽亂案中雖有一件是因對於王個人人格的攻擊，然就歷史言，尤其在十八世紀末期及十九世紀初期，煽亂罪實爲政府消除敵對論戰的主要方法。假使法院與政府有一致的傾向，這罪名的含糊不免危及人民的自由。所幸危機最大之時，陪審員的獨立不移，成爲對抗壓迫的真正保障，也就是陪審制度所以優長之所在了。

若言語文字所表示的煽亂意思，有使發表者與他人成立契約，付之實行的情形，他們就犯有共謀煽亂罪，較單純的煽亂語言文字尤爲嚴重。煽亂或共謀煽亂並沒有特定刑罰，這些都是普通法罪名，本刑爲罰金或監禁或併科。但無論觸犯那種罪名，犯人在獄，必得特別優待的。

（d）洩漏國事秘密 這是較爲現代的罪名，大端還是因爲動人的新聞勃興，願出高價收買富於興味的報道；但其歷史至少可追溯到宗教戰爭（Wars of Religion），當時爲有探悉他國政府的計畫的必要，間諜就成爲外交的一支了。有一個長期間內，間諜是逍遙法外的，萬一被敵人拿獲，就不經審判，予以短時的反省。到十九世紀之末，發生了一起聞名的案件，國會就將洩漏政府秘密，尤其是犯者爲職員，設定條例的根據。現今，

此項案件係依據一九一一年及一九二〇年的條例，稱爲國事祕密法案（Official Secrets Acts）。因其繁複，本書不述，但所規定的罪名包括許不同事件，如洩漏、偷竊、或意圖盜取祕密文件，侵入禁地，如船塢、軍營、兵工廠、儲藏所、公事房、棧房或其他種政府使用的建築，及與外國交通。一九二〇年修正案的主要目的在於設立一嚴密機構，以爲對付外國或其他間諜企圖恢復戰時活動之用。

（e）阻害司法 干涉司法勢必損及王的令譽，所以是嚴厲禁遏的。阻害的方式或賄賂法官或陪審員，或無利害關係的人唆使及支持訴訟，或圖利購買訴訟。買通或威脅證人也爲此類罪名的另一種。所有這些罪名都爲輕罪，法院得酌科罰金及監禁。至於偽證罪，上文已經述明。這罪在最嚴重方面，顯然爲破壞公道；故基於歷史上的原因，雖爲輕罪，而本刑卻爲七年有期徒刑，或二年勞役及罰金，或併科。凡以行爲侮辱法官，或意圖影響陪審員，或令人蔑視訴訟程序，均爲輕侮法庭罪，係妨害公平審理的直接公開的企圖。法院得逕處以罰金或監禁或併科。

（6）不參加國際爭端 中立國或友邦的人民若參加國際爭端，極易引起本國許多困難。當前世紀美國國內戰之時，不列顛人民對於南方運動的過分同情及援助，卽爲一顯著的實例。戰後，勝利的北方卽藉口中立國行動發生損害的理由，要求巨額賠償；於是不列顛納稅人不得不因本國人的魯莽，增加重負。所以在一八七

○年，國會就通過外國徵兵法案（Foreign Enlistment Act），廢止了一八一九年的舊條例。依這法案，凡不列顛人民於一國與友邦開戰之時，爲前者徵兵，或主使，或協助徵兵，或明知，或可知船隻將爲該國服務，而爲其建造、配備、武裝或遣送，或使服船役，或未經王的核准，而對友邦發動海陸軍的遠征，均構成犯罪。軍政官吏受有干權，得干涉此種行爲；對犯罪者不但得處以無限止的罰金與監禁，並得沒收爲犯罪所用的任何物件。

## 第十二章 人民的權利

人民之必有權利，亦即人民必有行使自由的方法，實為自由政府的要素。可是依奧斯汀派法家的狹隘主張，人民對於政府或對於王，是沒有權利可言的；因為創設權利的一切法律都由前者產生，並且對於政府或王無從適用強制的法權。然就歷史而言，奧斯汀派的創造法律主張不能成立的；而英吉利法律的創造力畢竟已克服了第二層困難，也足可暴露奧斯汀派的主張不切實際。

(1) 法治 凡政府得加以人民的任何義務，必依合法方式，據合法權力，纔能實施，這是英吉利權利的基礎。這是所謂法治的真義，依大多數銳敏批評家的意見，這也就是英吉利人憲法權利的最基本的、最有價值的保證。茲宜稍費心思，一述此中的意義。

法治的對面即是獨裁。這二種理想的衝突，就是一六三八年船錢一案 (Ship-money Case) 的爭點所在。關去贅言不論，當時代理王的律師所述要點，不外這樣：「我們承認幾世紀以來，徵稅必先經國會法案通過，已成為原則，這原則且一再由憲章明白認可；而今上於十年前曾為最後的核准，但現有一種危機，有威脅國家安

全之勢。究竟怎樣威脅，固難說明，但王的話必當尊重。此項徵稅既是政府的行爲，不得加以詰究的。要知權力卽是法律啊。」一方面，海盾（Hampton）的大律師辯論道，「英格蘭的法律不知道什麼政府行爲。假使法律規定稅之徵收必依國會法案（這已爲雙方所是認），本案請求不能成立的。要知法律纔是權力啊。」內戰之起就爲了這一爭點；等到擾亂既息，在一六八九年憲法之下，恢復秩序以後，纔承認海盾的主張爲是。究竟海盾所奮鬪的，並以身殉的原則怎樣付之實行的，茲當一述。

「王無不是。」這一說，一聞之下，卽覺其不合於政治自由的學理；但英吉利爲敏慧自尊的國家，若對王本身可有什麼強制的程序，不但深覺其不倫，且也危及政府安寧。若對王可爲刑事追訴，簡直笑談；因爲一切刑事訴訟，都用王名而行，英吉利人縱非專事邏輯的民族，也決沒有以爲王得自行追訴，自處徒刑的觀念。他們所能爲的，總遠勝於此。就是對於王個人提起侵權之訴，如誹謗等，也未免可笑。只有因財產無端入於王手，請求回復，或與王的受僱人訂立契約，請求履行，當事人纔得用請願方法，依一八六〇年法案呈遞，而對王取得直接救濟。請願書應由國務大臣處理，若非全無價值，就能請得「批准」（*grants*）。於是法院就認請願爲通常民事訴訟的請求，與私人訴訟同樣辦理；而有一員政府律師代理王上出席辯論。若法院認請求人的案件成立，就爲一宣示的判決（*declaratory judgement*），交與國庫，而有相當官員照判實施，或由公款支付金錢，或逕移轉財產。

刑事及侵權行為怎樣辦法呢？

「王無不是。」所以王不能發不合法的命令。假使有人僭越，向一人民提起刑事訴訟，或侵權之訴，而竟說道：「係奉王命。」法院只是簡單地回答說：「我們不能相信。王不能發這樣命令的。」當然這是一種假擬（fiction）；但這卻是完全合於邏輯的假擬，於是就駁斥了「政府行為」的辯論，且認可了一六三七年海盾的大律師的主張。嘉爾二世（Charles II）王朝後期，台倍伯爵（Earl of Danby）的彈劾，可稱為法律改革的變動時期。那位伯爵所被彈劾的行為，確曾得王的書面授權，但這卻不能救他。差不多一世紀後，因威爾克（John Wilkes）騷動事件，發生了一練串著名的案件，又重複提起「政府行為」這舊辯論。但主任法官（chief justice）卻蔑視而不加理會。

於是這大原則就出現了。人民受王的官吏侵害，得因其執行職務時的不法行為，提起刑訴及侵權之訴；而官吏不得以公權為防禦，實在被訴者已非官吏，而無異一私人了，因其違法，再不能算王的代表了。

這最後一點是重要的；由此，又採生幾種重要的後果。有一後果，即惟為不法行為的，或授權的個人，纔得被人追訴。主人負責（respondent superior）的原則，是不適用的；因為一個王的官吏的下屬不是他的雇用人，若未授權，對於他們的非行，他是不負責的。所以長途汽車公司，縱其董事已盡相當注意，對於機司的過失，仍得被

訴，但政府某部的長官，若未授權，不能爲下屬的過失而被訴的。因此，人民對於那下屬的犯罪行爲，或侵權行爲，雖得使他分別受刑事制裁，或賠償損害，然實際上也許因被告人之無力，無從取得賠償，這顯然是法律原則的弱點；而近時很有改良的企圖。例如，政府特設幾部，專事起訴被訴，且在一二樁事件，這些部分竟成爲法人。事雖如此，法院還是不准他們爲了下屬的侵權行爲，以公務資格被訴，除非使成爲法人的條例有明白規定。有人主張，這公的法人不應以王的代表資格被訴，而以法人資格被訴；但牠除爲王代管外，沒有其他財產，那辦法也沒有什麼實際的助力。法院對於這題目的一切辯難，總是一個挺硬的答案：「因一個王的官員的過失，而使公款負責，總覺沒有理由。」

這答案可是不能算爲定論。若政府官員的愚蠢惡行，要公衆代爲賠償，果然是難堪的。但全部損失推在原告個人身上，實尤其難堪。假使因郵政汽車機司的過失，一個窮人竟被撞倒致死，而汽車夫又毫無資力，難道窮人的寡婦及全家就應當這樣餓死嗎？當然，這野蠻的原則，愈早改革就愈好啊。大衆應當爲他們的僕役負責的。

### 人身保護狀 (The Habeas Corpus)

有名的人身保護狀實爲法律原則的支撐者，所以很有價值。人身保護狀具有極奇妙的歷史。初在十二世

紀創造這狀的目的，無非使被控人入獄，到了以後的四個世紀中，因法院的舉動，這狀就面目一變，成爲出脫不法拘禁，尤其是對於王的官吏的專橫拘禁的救人工具了。這經過故事，這裏卻不能詳述。現當知道的，自一六四〇年、一六七九年及一八一六年一練串法案產生以來，人身保護狀的救濟，漸形美備，且推及了債權人及他人所爲的不法拘禁；到現在，這已成爲反抗不法拘禁的普通救濟，因其迅速有力，故遠勝損害賠償請求權。

凡被不法拘禁，本人或其友人得向高法院法官聲請發提審裁定（*rule nisi*），這裁定係給與拘禁人，命令即移送本人到院，「並須述明拘禁日期及原因，以便本院於此審究時，得爲有關本人的一切事件。」聲請書必須提供證據，陳明一望成立的案情（*a prima facie case*）；若非明白失當，聲請人所爲的宣誓供詞也得採取。拘禁人接到裁定副本，及到院日期通知書後，必須遵命移送，並附述拘禁原因。假使囚人係由監獄官依合法押票拘禁，仍當還押，但法院諭令交保，不在此限。但他若被不法拘禁，法院就確定裁定（*rule absolute*）而予釋放。縱使爲通常刑事追訴而還押，也當於一定時期內審理，否則，即應釋放。依一六七九年法案，凡不遵此程序而失職守的人（包括法官）應處重罰；一六四〇年法案的漏洞，爲人所利用規避的，已由這新法案加以掃除了。

人身保護狀的救濟，對於保護人民對政府的權利，效用極大；故當述一近時發生的名案，以見這狀是怎樣應用的。



在一九二三年三月，內務大臣指稱依據國防法案 (Defence of Realm Act) 所訂的章程，及他種條例，命令在倫敦逮捕一名奧勃林 (O'Brien) 者，放逐至都柏林 (Dublin)。由新成立的愛爾蘭自由邦 (Irish Free State) 政府予以拘禁，因他被指為謀叛該政府。次月，奧勃林先向高法院三法官組成的分庭請求，竟被駁回，於是再向上訴法院請求對內務大臣，以普通方式，下提審裁定，發人身保護狀。至五月，上訴法院於審究答復之下，就確定裁定，但因聲請人確非在內務大臣拘禁之下，准許該大臣於一星期內照狀辦理。內務大臣就利用這寬限期間，對於確定命令，向貴族院提起上訴；但貴族院以絕對多數，拒絕受理這上訴。於是奧勃林即被釋放；並且幸而火速通過了一賠償法案 (Act of Indemnity)，使他得請求金錢賠償，否則，他勢必對內務大臣的不法拘禁，提起民刑訴訟。人身保護狀之如何應用，這案件不啻為一栩栩欲活的實例。由此採出三個重要原則，如下：

(a) 僅拘禁人已停止拘禁的事實，不能阻却向他發狀；

(b) 聲請人得向各法院聲請，直至取得狀為止；

(c) 聲請一經成立，回復自由命令一出，更無上訴之餘地。本案所未解決的問題，只有分庭何以得拒絕發提審裁定罷了。

### 戒嚴法 (Martial Law)

人民固有法治的基本權，但有時因某種事態，此項權利的全部被暫時中止，茲當約略論述。這事態係因宣告戒嚴而採生，在大陸法上，有時稱爲「中止憲法保障」。

英吉利憲法上可沒有規定這般事態。反之，依一六二八年著名的民權請願書（Petition of Right Act）的一條款，明白禁止在平時宣告此項事態，至於國會，當然有權通過法案，中止人身保護狀的應用，但行政機構卻不得單獨採取這種步驟。在實際上，當前世紀中，甚至在大戰時期，也沒有中止人身保護狀。就是人身保護狀中止了，也沒有廢棄法治，不過稍有削弱罷了。

依形式言，英格蘭之宣告戒嚴，不過宣讀一七一四年暴動法案中的一文告，前已述及（這當然沒有破壞法治的效果），依實質言，用意不過在制止騷擾。對於這任務，一切人民，至少在男子方面，不論爲兵士、水手、警察或私人，自應起而協助王上。但在協助之際，所用之力，不得超過達到制止騷擾的必要程度以上；萬一有人因此認爲不法加害，提起訴訟，那末，是否必要程度仍當由陪審員，依通常程序裁斷。這裏還是適用法治，被控破壞法律的人仍不得提出奉上峯命令的防禦；對於有一班人，如兵士與水手等，因隸屬於兩部法律，即普通法及依陸軍法案與海軍訓練法案所實施的軍法，這法治原則不免使他們陷於狼狽地位。這樣一個人有二途可循，或不服從長官格殺的命令，自身因抗命被殺，或甘冒犯謀殺罪，以致被絞的危險，而服從命令。果然，法治原則，有時不

免苛酷，卻決不是壯直理由，竟可因而駁奪人民此項保護。爲顧及情有可原的過失，要緩和這原則的嚴竣，惟有循正當途徑，或用特赦，或通過賠償法案。國會非常明慎，於一九二〇年公布非常權力法案（Emergency Powers Act），以英吉利精神及合法精神，規定如何處理國內騷亂危機，因此，將來即不幸國內有騷亂發生，也毋須再採用舊式的宣告戒嚴了。

（2）遏止暴行 人民既有協助制止騷擾義務，故王也有保護人民，遏止暴行的責任。自古以來，「亨特來」（Hundred），即界於「希岸」（Shire）與「鎮」（Township）間的地方政府，對於人民因暴動，或因船隻被誘入險遭劫，而財產上受有損害，應負責任。依一八二七年及一八三二年，正當機械暴動時代的條例，此項責任就有了系統的根據；不過一八八六年暴動損害法案（Riot Damages Act）又將其移轉於警察區域。人民因暴行受有損害，又得以王的名義，提起刑事控訴，曾見上文。今當述一案件，發生於一九二四年，讀此，即可明瞭保護暴行的正確意義了。

在一九二一年，南魏爾司（South Wales）發生了一起煤礦工人大罷工案。那地方的礦主爲格拉勃絡兄弟行（Messrs Glasbrook Brothers），自罷工解決以後，還有些工資爭執，所以他們對於職工的行爲，常懷猜疑戒心。職工委員提出恫嚇，要引退在礦的和平人員；於是該行就請求警察保護，特別要求一百名警察駐紮礦

地。警察總監當表示願盡力保護，但只允許七十名警察，并須該行負擔薪給。對於這要求該行很勉強地接受了；但一到騷動平息，他們以此項保護實為保護人民，遏止暴行的通常義務為理由，拒絕履行諾言。於是負責警察經費的郡參事會就提起訴訟，結果判償了二千鎊。在上訴審，上訴法院仍維持原判，但判決不過取決於多數。其主張可以斯克羅登法官（Justice Scrutton）的論調為代表，他說道：「政府雖當保護人民，但人民也應盡相當自制勇毅之力。」阿脫金法官（Lord Justice Atkin）抱持異議，與多數的意見不同，他說：「格拉勃絡的要求特別保護，若無理由，警察當局即不應准許，否則，即不當取費。大概判決的意旨，對於人民請求防護騷動的權利是認為正當的，不過不能周密就是了。」

（3）言論自由 言論自由為人民的一項權利，而在某種意義，其要求是健全的。在英格蘭沒有檢查新聞的制度，人民所為的言論由自己負責。依民權狀，國會議員於會內所為言論，不得於會外對之提民刑訴訟；後文論及誹謗法，還可見各種相對的或絕對的特權，可於妨害名譽之訴中，作為防禦。有一種與本文有關的，即以善意發表言論，評論有關公共利害的事件，這就是保護公共事件的言論自由。大概言論自由的要求就以此為度。假使如此，那是很有合理的根據的。但若以為英吉利人得任意發表言論，恐怕就是對於公共事件，也未免誤解了。上文曾述煽亂及煽惑誹謗均構成罪名；讀後文，當知言論家觸犯妨害名譽之處也不一而足。且言論自由

不適用於演劇；因意圖營利的劇場主人應向御前大臣(Lord Chamberlain)或知事，領取開演許可證，凡未經該大臣准許，而擅自開演戲劇，應負重罰。

(4) 結社集會自由 規定這自由的法律，與言論自由的規定，站在相同立場。具有非法目的的集會為不法會議，構成普通法的輕罪；具非法目的的結社即為不法結黨，參加分子均觸犯輕罪。某種商人聯合會因有一目的在於限制經營自由，故須有特定條例公布，方得免除會員的刑事共謀追訴。若公共集會阻害行路，雖目的合法，也構成妨害公眾罪；在私人地上集會，未經佔地人許可，到會的人均屬擾害占有(trespass)，應負損害賠償責任。除這些通常法律的責任外，集會結社在英吉利法律上更沒有什麼限制了；事實上，在英格蘭，現有萬千結社，具種種目的，公的私的集會，也論千論萬，目的不同，年年舉行。政府對於這些舉動，每每採取冷待態度，而間或也予以同情的。依一九〇八年公共集會法案(Public Meeting Act)，在公合法集會，會議進行之中，有人發生搗亂行為，構成輕微罪名，若在議會選舉時的政治集會，此項罪名較為嚴重。但在憲法上，集會結社的權沒有明白保障的。

(5) 行動自由 除通常法律保護私有財產，及受刑事限制外，人民均得任意往來國內外，毋庸邀人准許。除法案規定外（例如已廢止的流徙法），不得驅逐出境；若非逃遁，也不得禁止出國。但債權人因債務人有

逃亡國外賴債之虞，請得限止出國狀（*ne exeat regno*），不在此限。人民登輪出國，要求護照的通常手續，是否可行，很是疑問；但攜帶不列顛護照，在國外有種便利，似不宜令人拘泥形式。爲王服軍役完全是自願的，所以英吉利人也毋須攜帶身分證明書。對於外國人的辦法，當然是不同了。他們是無權入國的，依一九一四年限制外國人法案（*Aliens Restriction Act*）及依這案的命令，外國人之入境及居住，定有種種條件呢。

（6）教育 自一八七〇年以來，政府不但爲兒童設置初等教育，並採取強迫教育。但兒童不能瞭解這權利的價值，所以就使父母或監護人負責，於十四歲以下的學齡時期，送兒童入學，教育費，甚至中等教育費，已漸使父母減輕負擔，而由普通納稅人（國庫撥款方法）及地方納稅人分擔，不過這兩種人每每是同一個人。教育行政實際上由地方納稅人選舉的地方當局負責；但教育部監督國庫撥款的支配，並訂立章程，遣派視察，實際上還是督導全國教育。

（7）救濟 自十六世紀之末以來，政府得地方當局的協助，對於赤貧人民的生計，很負救濟責任。但慈善意思因人之自私無能而遭挫折，一六〇一年伊麗莎白貧苦法律的歷史即爲一悽慘實例。這法可指摘之處，就是費了國家無數金錢，幾乎瀕於破產，結果應得益的人不但不表好感，反而引起怨恨。一八三四年加以改革，至少就經濟立場而論，把事態改善了；可是經一世紀的試驗，又復瀕於絕境，本世紀已另有國家福利立法的新

形式代替其地位了。

### 養老金

養老金制度始於一九〇八年，凡不列顛人民，年已七十，居住英格蘭，資財在某數以下，合於某些條件，得享領無捐儲養老金，數目依領受者其他收入而分等級，最高級爲每星期十先令。受領者每年其他收入不得超過四十九鎊十七先令六辨士，但爲鼓勵儉德，凡由投資收入的三十九鎊，不計算在內。請求人不必提出平生勤樸品行的證明書；但獄囚（重犯）感化院或瘋人院中人的家人不得請求。人民依國家保險制度保險的及其妻，若合於某些條件，於六十五歲，即得享領養老金；不過這養老金採捐儲制度的。養老金由郵政局支付。在一九三〇年，政府所支出的養老金共計有三千六百五十萬鎊。

### 國家保險

始於一九一一年，的國家保險，又是一種政府顧及人民生計的德政。這制度分爲兩部，即衛生與失業；但兩者都因工業方面的職業而產生。

## 衛生

衛生制度的規律於一九二四年成立，至一九二八年又加以修正。凡自十六歲兒童起，至從事手工的人，及從事他業，每年收入不超過二百五十鎊的人，均適用是項規律；但有許多例外，並得自願保險。這制度採取捐儲辦法；男子每星期捐儲十八辨士，女子，十三辨士，此數由雇用人津貼九辨士或七辨士，受雇人出九辨士或六辨士。因此，被保險人得享受（1）疾病醫療。（2）病時二十六星期生活費，男子十五先令，女子十二先令；但以已付二十六星期捐儲爲限，又捐儲未至兩年，男子僅九先令，女子僅七先令六辨士。（3）若疾病綿延，領殘廢生活費，每星期七先令六辨士，但以已付兩年捐儲爲限。（4）生育生活費四十先令，但以已付四十二星期捐儲爲限，及（5）於六十五歲領早期養老金，不適用領普通養老金的條件，被保險人若已死亡，由寡婦領取，而未成年子女也有津貼，若父母雙亡，由十四歲以下子女領取撫卹金。但付了撫卹金，疾病生活費及殘廢生活費卽行停付。政府於雇用人及被保險人所付之外，又撥款補助，男子爲七分之一，女子爲五分之一。全部款項均歸入國家衛生保險基金，此項基金現在尚有盈餘，不過近時已有短少現象。



## 失業

失業保險始於一九三〇年法案，此後又一再修正。這事由勞工大臣主管，而衛生保險由衛生大臣主管。對於農業及家庭受雇人，暫時失業人及每年收入超過二百五十鎊的非手工工人，這制度是不適用的。所以這範圍較衛生保險尤為狹隘。對保險基金的捐儲額，男子為每星期二十辨士，女子十八辨士，內中雇用人當分別補助十辨士及九辨士，若被保險人年齡為十六歲至十八歲，只須分別付十辨士及九辨士，內由雇用人分別補助五辨士及四辨士半。總額之中，政府當撥助三分之一以下。失業人得領的生活費，男子為每星期十五先令三辨士，婦女為十三先令六辨士，男童自十七至十八歲，每星期八先令，女童六先令九辨士；男童自十六至十七歲，五先令六辨士，女童四先令六辨士。一九二七年修正法案又加入了一類青年男女，自十八至二十一歲，現今每星期得領十二先令六辨士及十先令九辨士。生活費外還有津貼，成年倚賴人每星期八先令，十四歲以下孩童，各二先令。還有種種過渡給金，因其繁瑣，不再贅述。

大戰以後，景況失常，失業保險竟無改良之機會；基金短少甚巨，係由國會指定款中，自國庫支出。

政府對於人民救濟權之疏忽，大部分的救濟還祇能循行政途徑。雖然有時對於窮苦法監督 (Poor Law Guardians) 也發出命令狀，可是總沒有拒絕救濟的。關於卒起危險疾病，及急迫需要，保安判事得依一九三〇年窮苦法案的規定，發支付救濟命令。养老金與國家保險有種種委員會，監督受益人的利益。但有人被拒絕這權利的，大部分的救濟還是向主管政府機關陳訴，即衛生大臣或勞工大臣，這些機關的視察及其他官吏，監督保管生活費的地方當局及會社的工作。萬一發生障礙，無論中央或地方當局有溺職之處，得將問題提請國會解決。這是極容易的事情，即懦弱的聲請人也能提起這些問題的。

(8) 參政 參政為直接間接影響國家政策的權利，係英吉利法律上人民所有權利之最重要者。所謂直接影響者，即普通人民由有時行使議會及自治權而發生的。這可不是每個成年人都得參與的；不過欲詳述日增的參政原則，非本書所宜。總之，議會與自治權，已不如革新 (Reform) 以前，僅為少數人的特權了。依一九一八年人民代表法案 (Representation of People Act)，各個人民，不問性別，都有參與之分；這法案對性別所設的分別也已經一九二八年修正案予以革除。現在的問題，倒是因這事的頻繁，惟怕人民反生冷淡了。但這一現象幸有政黨制度的組織，也大部分避免了，惟內容煩細，此處也不能多述。簡單說，凡有才具的人，對於公共事業發生興味，不問其社會地位怎樣，得充分利用這方面的機會，參與政事，或為下議會議員，或為地方官吏，或在

選區爲官，或組織政黨，均無不可。這層有充分的法律根據，法院依據選舉權法案（Franchise Acts）及言論自由、集會結社自由的民權，於法律範圍之內，當予以保護的。

普通人民之參政即選舉下議會代表，不但政府立法方案，大部分須取決於這些代表，他們本人也很注意相互的意見，且尤爲重要的，他們得向大臣提出質問，成爲議會的銳利的機構，影響於日常事務的進行。大臣對於其下屬吏員，受人指摘，沒有採漠視態度的。所有不可避免的指摘，爲下議會日常質問錄上所提出的，他能予以減少，即爲聲譽之所寄。下屬吏員也知長官因他們的過失，不得不向下議會引咎，實爲他們升降的關鍵。這裏所述的權，當然與奧斯汀派的界說不合；但英吉利政府決不敢於此有所置疑的。



第四編  
刑法



## 第十三章 通則

上文會述，民刑訴訟的區別，在於刑事係用王名提起。這區別是着眼於程序方面的。但什麼纔是民刑法的實體區別呢？換句話說，爲什麼某犯行不算民事過誤，而算是犯罪？這問題可就很難解答。大抵最好的答案，還是這犯行依社會意見，應當懲罰，與單單賠償損害有所區別，這纔成爲刑事，構成刑法上的罪名。但什麼纔是刑罰？又覺難以解答，只能說這是賠償外的事情，換句話講，卽是回復被害人原狀以外的事情。

答案之所以不能美滿，大抵因人們對於刑罰的旨趣常在變動的緣故。最初，恐社會爲犯罪沾污，天將降禍，而以刑罰挽救；稍後，刑罰所以滿足被害人及其親屬的仇恨；再後，犯罪爲社會之災害，刑罰成爲一種賠償；更後，成爲一種工具，恐嚇大眾，防止再犯；最後，纔成爲革新犯人的方法。像英吉利的法制史可謂具足刑罰旨趣演化的一切跡象。關於這層，後文闡述刑罰之時，當再說明。這裏所當述明的，在英吉利法上，有些不法行爲，如毆辱、誹謗、竊盜、侵入第宅、侵占等等，同時構成刑事民事，除前述次序問題外，均得提起民刑訴訟，因此，民刑的區別，尤其困難了。有一位明達的權威法家曾經主張道，民刑的真正區別，在於後者得由王赦免刑罰，而前者，王卻無權捨

棄訴訟利益。依照英吉利法律的原則，這主張是大體不錯的，但對於我們研究刑法的真性，卻沒有多大貢獻。

勃萊克司東(Blackstone)在二百年前，於其名作疏釋書內，曾試為犯罪的性質下定義。他論及犯罪的能力問題，並以英吉利法在某些案件中所認為的無能力，不外無故意或欠缺故意。在數行之後，他又說，要構成犯罪，第一必須有故意，第二必須因此故意，發生不法行為。

可是勃氏不是一清楚的思想家（例如他在本節文內，又說到無意行為 (involuntary act) 與故意顯相刺謬；）但他對於當時的最有力的法律思想，很忠實的研究。在一個長時期內，英吉利法律確然堅持每個犯罪必有實際性的違背道德。最初，刑法所制裁的犯行，祇限於本質罪惡 (mala per se)，不涉及禁止罪惡 (mala quia prohibita)。非有故意，不為罪人 (Haud reus nisi mens sit rea)，這格言即述此意；而犯意 (mens rea) 的主張在現代刑法上留有確定的痕跡，不過很不一致。同時，現代法律上，並無嚴重道德問題的違警罰大增多了，已將犯意主張的範圍深深改變，而有了一種新義。究竟現代英吉利法上構成犯罪必具的犯意，程度是怎樣的，茲當一究。

犯罪包括行為或不行為。英吉利刑法，與一切古代制度相仿，大率是顧及前者的。最初的罪名無非是謀殺、放火、強姦、強盜、誘拐、竊盜等等；這些都是行為，並且還是非用思想，忽然起意所難辦到的行為。這些行為且包括



故意，預測某種結果，並自信或意欲其行為必生是項結果。因為這些結果必是罪惡，產生結果的意思，就稱犯意；而刑事公訴必須舉出這犯意。公訴內所以提及犯意，恐怕用意還在使陪審員對被告人存有罪之見，不在別的法律上意味。可是因此，要構成刑事責任，被告人必會有犯意，這學說卻伸張了。在一七九八年根榮法官（Chief Justice Kenyon）就明白採這見解，當時有幾個債權人扣押了債務人的物件，債務人請求損害賠償，而債權人主張他曾經關閉房屋，遠走倫敦，顯係觸犯破產，陪審員所下裁斷竟不利於債權人，而法官拒絕推翻這裁斷。他所為的簡略論述，因種種理由，有一引之價值。他說道，「破產為一罪名，而依古法，破產人為一罪人，但依自然的公道及吾國法律原則，行為而無犯意，不構成犯罪（actus non facit reum nisi mens sit rea）」按諸事實，這位可憐人是去收賬，預備收來還人的。他是故意往倫敦的，但沒有圖賴債權人的意思。大概構成犯罪的犯意程度，這一案可為解決問題的借鏡了。

一八八九年，以九對六的多數，所判決的拓爾生（Tolson）案，很富興趣，也解答了這問題。拓爾生夫人以為她的丈夫已在到美國的航程中溺死了。她的自信很忠誠的，很合理的。經過了六年，她再醮了。十二個月之後，她的丈夫忽出現了；於是她被公訴觸犯條例規定的重婚罪。依這規定，重婚罪為於配偶生前與人為第二次結婚，但配偶已連續失蹤七年，而無音信，不在此限。這但書規定為本案困難所在；就文字而觀，一如立法者曾設想不到

知情的防禦，因此規定非經過七年，不得認為有理由。可是雖有條例明文，法院終以無犯意為理由，打消了公訴。開武法官 (Justice Cave) 說道：「依普通法，凡被訴的犯行，得因某種情形成為無辜行為的，若果然確信有此種情形，而其確信又很忠誠、很合理的，即可作為強有力的防禦，而常被採納。」在此案前十四年又有一案，恰與拓爾生案對立，該案經同一法庭以絕對大多數判決，而有一員表示強硬的異議。依條例，誘拐十六歲以下未婚女子，脫離父的管束，構成犯罪，該案即控一人觸犯這罪，雖然他很合理地確信她已十六歲以上，而她本人也這樣說，終被判為有罪。無論如何，這被告人總明知自己在為不道德情事。這兩案可說明犯意的意義，並說明若被告人確信，依其事實，他的行為不但非不法，且在道德上亦為無辜的，應予宣告無罪。這原則還有兩種含義：(1) 當然，條例或許規定，應依法律文字，若破壞這法律即使出於無意無辜，也當處罪；(2) 不知法律的過失，不能免罪。例如，假使有人已得離婚判決，若在未確定前，重為結婚，仍構成重婚罪；即自信有權再結婚，也不能免罪。

不行為即不行刑法上所規定的強制義務，這問題尤覺困難。這些案件很罕見的；大多數所謂刑事過失案件，指某些行為案件，被告於此中以無犯意為辯護，而因其失於注意而處罪的。這裏，這辯護與犯罪結果相合，不期然令人引起過失為不道德心理的感想。但假使所被訴的純粹是不行為，那末，是否可提出無犯意為防禦呢？那當然是可以的；除非罪名係依據條例，而條例法文又非常嚴格，簡直就沒有迴避之餘地。假定某婦人被訴意

於供給飲食，犯殺子之罪，她若證明，依她的忠誠合理的自信，已盡養育之責，就不宜處以殺人罪，而謀殺罪尤其談不到了。依某些條例，所有不行爲的規定，差不多都須具有故意；至於依普通法的判決，雖很不一致，然不行爲之論罪，總須被告人犯有重大過失的。觀此，犯意的主張尤足徵實了。

上述結論，茲可適用於因缺乏犯意，而無犯罪能力的案件了。上文曾述未成年入以及普通精神病人。茲當論述精神耗弱、酗酒、脅迫及法人等案件了。

(1) 精神耗弱 有人精神上有欠缺，其程度雖尙不能稱爲瘋人，然因精神上的誤信，就影響了他在刑法上的地位。茲舉一有權威的名案，以明其意。一八四三年麥諾登 (McNaghton) 把首相的秘書名特辣蒙 (Drummond) 者，槍殺了。陪審員審究結果，認爲當槍殺之時，麥諾登自信負有格殺首相的神聖使命，並信特辣蒙爲首相。謨爾及丁特爾兩法官 (Justice Maule and Chief Justice Tindal) 所下的此案判詞，可算是有數的非常司法見解。丁特爾又發表他個人的及其餘法官的意見。他們對於貴族院提出的問題，就回答說道，若被告人不能證明，於行爲之時，其精神失常，不知其所爲，或知其所爲，卻不知其所爲爲非，即不得以精神病爲根據而不論罪。可是在現今，是否得提出麥諾登的防禦，即可免罪，很是疑問，不過那一案的法官所抱的見解，仍舊還不失爲良法呢。

(2) 酗酒 酗酒與精神失常頗相彷彿，故當一論。可是這兩者有一重要區別，影響於論罪的問題很大，大多數案件，酗酒係出之於被告人自動的行爲，此項行爲縱非不法，卻至少是不道德的。所以酗酒案件，顯然具有過誤的明徵；那末，雖得反證欠缺構成某罪的必要故意，總不得提出自己的過誤爲防禦，自屬健全的原則。因此，凡被訴意圖強盜，毆辱他人，固得提出酗酒爲防禦，以明拿斧打人之時，被告人正沉醉昏迷，以爲所打者爲燈桿，而非人，然這卻不能成爲免除毆打的理由，若因傷致死，也不能逃避殺人罪責的。但在一九〇九年刑事上訴法庭竟著有判例，被告人被訴謀殺，得以酗酒，不知所爲有危害人命之虞，爲理由，而免除罪責，倒使社會非常震驚。這原則卻已於一九二〇年經最高司法機關加以變更，依當時貴族院在皮耶一案 (Beard's Case) 所著判例，此項原則之適用，惟以某些案件爲限，其罪名之構成，必於犯意外，有特種故意，且此項故意顯與被告人之心理狀態相刺謬。

(3) 脅迫 (duress) 脅迫可分爲肉體的與精神的兩類，假使有人肉體上被超勝力量的脅迫，而發生犯罪行爲，自可提爲強有力的防禦。如B有大力，把A的手捉住，把手鎗放在A手，瞄準了，迫使開鎗，以致擊死了C，A是不犯殺C之罪的，因爲發鎗實在不是A的行爲。精神上的脅迫，卻較爲困難了。如海船觸礁，兩人同扶一桅桿逃生，而桅桿之力僅能支持一人，若一人把另一人推落溺死，是否可免除謀殺罪責呢？所有權威判例頗爲紛

歧。一方面主張說，逃命之時，得爲任何行爲，除非這行爲因不法行爲而加甚。可是這主張是不穩妥的，已經爲密奴納一案 (Mignonne Case) 所廢棄了。這案爲近年來涉及此點的唯一案件，這案案情有幾個遇觸礁的水手被控殺死一同事，並吃了他的肉活命，以五個法官組成的法庭宣告被告人犯謀殺之罪。這理由與自救的區別是很明顯的。在後一案件，被告人係攻擊者；在前一案件，被告人是一無辜者。一方面，若被告人被迫所犯之罪，情有可原，且有補償途徑可循，自無不許自救之理。假定手鎗瞄準了一人，強其在支票上僞署 A 名，否則當予鎗殺，而他也合理地確信，若不順從，必致擊斃，那也很難論以僞造之罪。

有一種威逼 (coercion)，法律也認可得提爲強有力的防禦。婦人在丈夫面前犯某種罪名，即爲出於威逼，而得免除罪責。這是一種不爭的推定，直至近時纔有改變。依一九二五年刑事司法法案，這推定已廢棄了；但除叛逆及謀殺案件外，婦人仍得提出因丈夫在場，有所威逼，以致犯罪，爲強有力的防禦。

(4) 法人 法人的刑事責任問題很困難的。凡罪名之構成係因觸犯禁止的規定，而不以犯意爲要件的，法人自無不可處罰之理。例如以不合消費之食物，陳列出賣。實際上，這類行爲確會處罰；但犯罪以犯意爲成立要件，誠不知怎樣纔可處罰法人，不過有人主張，法人對於雇員或代理人之行爲，應負刑事上之責任。可是此項主張與刑法的人本的及懲罰的性質十分刺謬。當然，法人可處以罰金的；但決不能被處死刑或徒刑。又法人

(至少是複式法人)之行為，必由代理人代理；這些代理人，不論其為管理他人的董事及監察，或普通雇員，對於他們所從事的行為而可處以身體刑的，當然應負刑事責任。若欲多明白本節的問題，可參閱一九二一年判決的白楊市參事會一案 (Poplar Borough Council Case)，不過此案為一純粹刑事案件。

### 犯罪的等差 (Degrees of Criminality)

與犯意相關的，為刑法上的犯罪的等差。參與犯罪的，或為正犯，或為從犯；而正犯又可分為第一等、第二等，從犯可分為事前與事後。不過這些區分是很專門的。所謂第一等正犯者，為以自手或借助無辜之手，如孩童等，而實施犯罪行為，或不行為。所謂第二等正犯者，為犯人非實施犯行，而於犯罪時在場，及於預備時有所教唆及幫助，例如於他人搶劫之時，誘去守門之犬。事前從犯為於犯罪時不在場，而於事前教唆他人犯罪，並於實施前，不撤回教唆。這三種都須負刑事上的完全責任。觸犯重罪的事後從犯 (在叛逆罪 (treason) 及輕罪 (misdemeanours) 均以正犯論罪) 為縱放、便利、協助，或許可重犯脫逃。在謀殺案件，這些事後從犯的本刑為無期徒刑，在其他案件，為二年有期徒刑；其處罰不以正犯的審判為要件。但婦人隱匿丈夫，或協助脫逃，不得以事後從犯論罪。一切事後從犯均為觸犯重罪 (felony)。

除犯罪等差外，英吉利刑法又承認罪之等差（*gradation of crime*）。罪名之性質當在後章論述，此處當就犯罪的着手（*attempts*）、鼓勵（*incitement*）及其謀（*conspiracies*）的次等差，稍予說明。

着手即連續行為的開端，而此項行為若發展至自然的結果，必然構成犯罪。着手當然包含故意，故可稱為實行中的故意。在學理上，於犯罪故意形成並趨向實行之後，所為的任何預備行為，即是着手；無論如何，行為與犯罪的聯絡分明時，就是着手。着手而未遂，仍不失為着手；但有人駁難，又有時堅持道，着手而不能有所成，即不是犯罪的着手。例如，曾經有人主張道，探入空囊，不能成為偷竊的着手，但這判決的原則已經廢棄了。現在的健全原則是這樣的，若被告人就其所確信的事實，為實行犯罪起見，而已有所作為，那末，縱使因自力無從支配的環境所阻，以致着手竟不能實現，也決不能成為免罪理由。依某些判例，於着手後，縱為避免犯罪，中止進行，也得處以着手之罪。如被告人點燃火柴，向草堆縱火，後因覺察有人偵視，於正縱未縱之時，吹熄了火。着手得有行為與不行為的兩種方式，例如自殺於正將服毒之時，中止吞食。

許多着手行為因刑法定有一定刑罰，故可視為獨立罪名；若不如此，着手犯在普通法上為一種輕罪。

鼓勵犯罪也是為普通法上一種輕罪。鼓勵有種種方式；但因其不挺身參與犯罪之預備，故與事前幫助及着手均有不同。可是鼓勵或慫恿既是一種行為，與着手要無大別，這見解曾經一再為法官於要案中申述。不過

鼓勵必有居間介於其中，也許這居間者竟不受鼓勵。着手就不然，總是促成犯罪的，這恐怕就是兩者的區別了。犯罪共謀本身就構成一種罪名；不問意圖所犯之罪構成與否，除條例有明文定為重罪外，係一種輕罪。有的說，即共謀之行爲僅爲不道德的，而非刑事的，也構成刑事共謀；不過被告人對於意圖的行爲不受懲罰就是了，普通的實例，就是共謀勾引婦人案件；當然這是很正確的。

共謀非一個人可犯的罪名，這是兩人以上，意圖以共同行爲達到共同目標的契約。

### 罪名的分類

刑法有種種罪名分類法，頗爲重要。茲當申述三種：

罪名可分爲叛逆罪 (treason)、重罪 (felony) 及輕罪 (misdemeanour)。這是歷史的分類法，有一時極爲重要的，但現今其重要性已大減了。叛逆罪上文曾經論述，且置不論。重罪於一八七〇年前，應沒收犯人之財產，並除少許案件，條例有反對規定外，本刑爲死刑，至十九世紀之初，纔有變更。此外，一切罪名均爲輕罪。

以前重罪別於輕罪的幾種主要特點雖有革除，而尙遺留幾種極重要的。例如宣告了重罪，犯人即褫奪許多公職之充任，及駁奪許多公給金之領受；法院依被害人之聲請，得判令由犯人財產內給付一百鎊以下之賠



償金；沒收法案 (Forfeiture) 所規定沒收犯人財產的法文，僅適用於叛逆罪及重罪；上文所述的犯罪等差惟限於重罪；犯重罪或預備犯重罪的人得不用拘票，由私人逮捕；偵察重罪的知事得駁斥交保；若有人提起侵權之訴，而其行為同時構成重罪，得於刑事責任問題未確定前，中止民事訴訟；貴族被控重罪，應由其他貴族審理；僅追訴重罪之程序，得不提理由，反對陪審員；上述人身保護狀關於提審之規定，也僅適用於叛逆罪或重罪。

罪名的第二種分類法，係完全依照程序，此層業經說明了。這分類法分罪名為公訴罪 (indictable offences) 及簡易程序罪 (offences punishable on summary conviction)，大體已把重罪、輕罪的分類法取而代之；但既已述明，茲不更贅。

第三種罪名的分類法，為英吉利刑法學人所稔知，係根據犯罪之客體。因此，有妨害身體安全罪、妨害財產罪、妨害宗教及道德罪、及妨害名譽罪。妨害政府及公共秩序罪已經論述。茲當就其餘四者，分別闡明。

## 第十四章 妨害身體安全罪

妨害身體安全罪之最重要者，為殺人。

殺人當然不是一定非法的。依確定判決，執行死刑，及外科醫生，對危險症狀，施用必要手術，竭忠盡智，而不幸致人於死，皆不過行使職務罷了。有人於黑夜徒步，迷入鐵道，被特別快車撞死，那司機人無論依法律的或道德的標準，均可告無罪。即不依科學的意義，而依普通意義而論，這死亡不過是無妄之災。警察或私人於阻遏重罪，執行正當職務，或行使正當防衛之際，取人生命，自屬正當殺人。有極少數案件，有人目擊他人行非，侵損榮譽，一時怒發，致毆殺為非之人，固非認為合法，也曾予以寬恕；但寬恕程度，不過使罪名由謀殺減為普通殺人。

一切殺人事件，縱使無罪，均應查詢，而由驗屍員檢驗。驗屍為一極古的制度，至少可追溯至十三世紀。凡突然死亡，或死亡神祕，驗屍員（coroner，為郡邑的地方政府官吏）負有責職，應會同十二人以上，二十三人以下的陪審團，舉行驗屍（inquest），查檢死亡的情形。驗屍並無控訴那一個人的性質；凡未經奉傳為證或為陪審員的，除自願外，均毋須到案的。驗屍的結果，每每總裁斷為無故（accidental death, death from natur-

al causes) 等等。但陪審團得對於任何人，下犯罪殺人之裁斷；假定他們如此辦理，那個人就當加以拘押，而依學理，並得依這裁斷，送請審判。現今，通常是把這人照普通辦法，移送於知事，開始為初步偵察。知事若認定有罪，被告人即當移送審判。知事若認為無罪，驗屍陪審團的裁斷很難得執行的；依近時條例，正當驗屍之時，發生有嫌疑的人，若知事行使偵察程序，於偵察未終結前，驗屍應延期進行。

殺人罪有二種：即謀殺及殺人。

謀殺 (murder) 為英吉利法上最嚴重的罪名（僅次於重大叛逆罪）係以豫謀故意殺人；這定義不是條例的明文，若欲充分瞭解謀殺的性質，非加以說明不可。

犯謀殺罪，犯人與被害人間不必有直接接觸，也不必用什麼強力。有人意圖謀害，郵寄他人滲毒的巧克力，或引人拾登懸於絕壁或大江的危梯，若所謀成功，即構成謀殺罪。

在這些案件，當然有謀害他人的毒意，但魯莽的程度若已不下於毒意，也照樣構成謀殺罪的。例如，有人魯莽滅裂，不問人之死活，在人頭擁擠之處，開放機關槍，而擊斃他人。又駕駛汽車慣家，於熱鬧街市，不顧徒步人的安全，開足馬力，盲衝瞎撞，若法院能不畏縮徧頗，當然也構成同一罪狀。

謀害意思或不顧死活的魯莽，已足構成謀殺毒意的證據，至於被害人是否為真正目標，實無關重要的。假

定A與B共同行走，C意圖殺A，開槍射擊，不料A未命中，而擊斃了C的好友B，C對於B，仍應負謀殺罪責。

甚至被告人並無意圖，也不魯莽。若其行為有殺人之可能，而竟妄為，致人於死，也當負謀殺罪責。假使明知司法官吏在執行職務，竟加以阻害，例如，於吏員押解犯人入獄之時，意圖劫犯，致人於死，也犯謀殺之罪。凡重罪案件，被告人行爲若有殺人結果，也適用同樣原則，例如，意圖傷害他人，或強姦婦女，因驚嚇或傷害致死。這裏雖沒有致死之故意，然豫謀 (malice aforethought) 之存在，已足使罪名構成謀殺罪。

依現存的一古時原則，被害人因傷致死，若離受傷時已經過一年一日，即不能再論加害人以謀殺罪。在某一時期，有一種傳統慣例，凡被害人的身體不能發見，即不能以謀殺罪追訴他人。當然因謀殺A，把B絞死之後，A倒忽然出現，搖擺過市，那真太不成樣子了。可是在現時代，假使當A於茅屋內安睡之時，B明知之，而縱火焚燒，A竟被焚死，化爲灰燼，證據確鑿，若仍以A之身體，無從發現，膠執原則，不許論B以謀殺之罪，那也不成話了。

謀殺罪本刑爲死刑，法官無斟酌餘地的。但對於孕婦，經陪審員徵實的，及十六歲以下的兒童，不得宣告死刑。死刑之宣告，不時因宥恕的王權之行使，而有所減經；但仍有幾種案件，因宣告死刑，使大眾駭愕。明顯的實例，爲產婦因一時懊惱，弄死新生嬰孩，而精神卻並未失常，不能提爲防禦。經過一世紀的司法上及其他的抗議，這

罪名現在已減為不處死刑的殺嬰罪 (infanticide) 了。還有一種較新而性質相類的罪名為墮胎罪 (child destruction) 即把非死胎的胎兒無故致死。這兩種新的罪名都為重罪；但墮胎不能與殺人罪並論，因殺人罪必須殺死有獨立生命的人，至於殺嬰罪當然也不能並論的。

殺人罪 (manslaughter) 為非豫謀的殺人，例如 A 無殺 B 之意，卻因不法行為（非重罪的行為）致 B 於死，A 係犯殺人罪，不是謀殺罪；假使 A 無殺 B 或任何人的意思，而致死他人的行為並非不法，不過失於注意，尤其為殺人罪無疑了。謀殺罪得因證明刺激或侮辱，使被告人無力控制行為的事實，減輕為殺人罪。在運動比賽進行之中，不幸致死，若不能提出軌外行動的證據，殺人即不能認為故意，所以也就不是不法了；但假使游藝的本身係非法，例如比武爭獎，或觸犯比賽規則，而致人於死，加害者應負殺人罪責。駕駛汽車，撞死他人，縱提出魯莽證據，也不過構成殺人罪。殺人罪之處刑，為各種嚴重罪名中最富有斟酌餘地，得自罰金起至無期徒刑止。

着手犯謀殺罪而未遂，構成一種重罪，應處無期徒刑；殺人罪沒有着手犯的罪刑。因殺人罪即無豫謀之存在，而豫謀實為一切着手犯的要件，這又是謀殺罪與殺人罪的一種區別。

所有妨害身體安全罪中最普通的就是凌辱 (assault) 罪，這罪由最輕微的直至最嚴重的。照普通見解，凌辱係二人以身體接觸，或以器械打人。可是這卻不是法律。凌辱的性質在使人陷入驚慌，不必是身體上的痛

苦依 assault 一字的文義，含躍入之意。所以被告人身體上的動作，有使通常鎮定的人引起被攻擊之感覺，即構成凌辱罪；若發生攻擊，則構成毆打 (battery) 罪。依這觀念引伸，私禁 (false imprisonment) 即可認為凌辱，縱使被害人並不受着身體上的暴行，例如，被告人於控訴人所居之屋門上，加以閉鎖。

輕微凌辱或稱普通凌辱，由知事以簡易程序辦理，就各案情形，處以罰金，或短期監禁，或併科。普通凌辱有一特點，其性質雖同時構成刑事及民事，承案知事得處以罰金及監禁，但同時得給以證書，說明他們認此項凌辱已經處理，或案情輕微，不必更加懲罰；及至宣告之科罰執行終了後，這證書即可排除一切基於同一原因，民刑訴訟之提起。假使知事認凌辱證據不足，或以其輕微，不宜處罰，而發給證書，也發生類似效果。

但凌辱之較為嚴重者，當然有好多種，或因其致有傷害，或因其為犯更嚴重罪名的着手。要詳盡列舉，勢有所不能，大概包括惡意傷害，或其他傷及身體的凌辱，妨害保安官吏執行職務的凌辱，猥褻凌辱，意圖犯公訴罪的凌辱，意圖加以重傷的凌辱，以及普通意圖犯重罪的凌辱。此中有幾種凌辱在本身即為重罪；有幾種為輕罪。但差不多一切都是公訴罪名，應處重刑，自一年以上監禁勞役起，至十年有期徒刑止。

凌辱罪之最重大幾種為強姦及侵害婦孺的罪名。這幾種不獨是妨害風化罪中最重大者，且因其採用強暴，應列入妨害身體安全罪一類。普通說來，這類罪名，得提出被害人的同意為強有力防禦；因一切凌辱罪之成

立，以妨害被凌辱人的意志爲要件。但對於妨害兒童案件，因其年幼無知，不能辨別所加損害的性質，法律已早認爲有不顧同意防禦的必要。現在，依刑法修正法案（Criminal Law Amendment Acts），男子對於十六歲以下婦女有肉體的交合，已遂或着手，均構成輕罪，應處兩年監禁及勞役；若女子在十三歲以下，交合已遂，即構成強姦罪，應處無期徒刑，女子是否同意在所不問；但女子在十三歲以上，十六歲以下，被告人在二十三歲以下，得提出合理自信女子在十六歲以上，曾經同意爲防禦，若可採信，對於初犯，即得採爲理由，予以開釋。

有些案件，成年婦女的同意，係以詐術取得，或其行爲係乘婦女於不能抗拒之狀態中完成，那就不無困難。從前的判案雖很不一，現在卻很明白了，凡男子在婦女無意識中（或因疾病，或沉醉，或熟睡，）或冒充丈夫，或以他法欺枉，而與之交合，即構成強姦罪，應依該罪論科。

與上述之罪同類的，爲誘拐罪（abduction），即略誘兒童脫離父母或監護人的管束。普通說來，這定義適用於一切十四歲以下的兒童案件，其行爲目的如何，可以不問。凡誘兒童脫離合法管束，或挾之而去，或知其在其管束之下，予以藏匿，即足構成罪名；本罪的意思即爲駁奪監護人對於兒童的管束。略誘十六歲以下的未婚女子脫離父母或管束人的監護，構成條例上的輕罪；但本罪之成立，須證明被告人明知女子在管束之下，意圖使人爲娼。誘拐十八歲以下的已婚婦女，構成輕罪，應處二年勞役監禁；但被告人得向陪審員證明，曾確信女子年

齡在十八歲以上，即可成爲控訴的防禦，此項原則使條例規定的效力減色不少。

一切誘拐案件，被誘人會否同意一層，無關重要。此項罪名之對象，實爲父母或監護人，非是被誘人本人。依一八八五年刑法修正案，另有一項規定，以直接暴力或間接方法，如藏匿衣服，而禁錮婦女於娼寮，或其他淫穢場所，構成私禁罪，應處二年勞役監禁。除警察、知事准許外，若意圖營利，移送兒童或青年出聯合國（United Kingdom）境，使其參與買妓，應處相等的刑罰。欲詳舉法律所處罰的兒童案件（許多案件竟出之於父母，可爲浩嘆）勢所不能；若有人欲知其詳，可參閱一九〇八年兒童法案（Children Act）。

妨害身體安全罪不必一定使用暴力。有種陰謀，簡直可以毫不費力；而有些案件，因被害人之同意，更無須用什麼力。

前一類，即以毒物妨害人之生命或健康的極嚴重罪名。若被害人因此致死，即構成謀殺罪。若不致死，也構成重罪，應處十年有期徒刑；若意圖墮胎，對於婦人犯罪，應處無期徒刑。倘婦女明白同意，也構成犯罪；又墮胎方法係利用器械或他法，雙方均應處同樣罪刑。

此外，尚有二種妨害身體安全罪，此處當予述明，即海盜（piracy）及販賣奴隸罪（slave-trading）。這兩種罪名不但有連帶性；且均爲同時觸犯英吉利法律及國際公法的罪名。後一層情形不在本書範圍，且置不論。茲



當一述英吉利法律於法院內如何處理這類罪名。

海盜罪係劫持在他人合法管理下的海上船舶，並以陸上強盜方法盜取船舶，或船內財物。依一八三七年英吉利海盜法案 (English Piracy Act)，凡本此意圖，或於目的完成後，凌辱、傷害，或以其他行爲，使乘船人之生命發生危險，構成大辟重罪，應處死刑。此外條例還規定種種海盜罪，如於戰時與敵人交通，本國天生及歸化人民與不列顛人民在海上發生攻擊，於戰時在海上附和敵人，躍登商船並拋棄其貨物，以船舶向海盜投降，與海盜交易，或爲他們裝配船舶。這些條例上的海盜罪爲重罪，應處無期徒刑；至於商船攜帶槍砲，不向海盜抵抗，爲輕微罪名，應處六個月監禁。

一八二四年販賣奴隸法案 (Slave Trade Act) 有種種關於販賣奴隸行爲的規定，並包括許多間接的及一切直接的參與行爲。販賣奴隸的刑期爲十四年有期徒刑，或五年勞役監禁。對於國外的犯罪，英吉利法院是否得有權處罰非本國人，頗是疑問。凡犯海盜罪而對奴隸使用暴力，或意圖使之爲奴隸，構成海盜販賣奴隸罪，應處以無期徒刑。

要把所有關於妨害身體安全罪的法律，提出一個完備的概要，必須一述差不多無數的條例，如公共衛生法案 (Public Health Act) 及工廠與工場法案 (Factory and Workshops Acts)。這些法案的施行，占特

種法院的大部分事務。刑法上因這些部分的日增月盛，勢將有改變分類，另設管理法及工業法（Administrative and Industrial Law）之必要。現在，牠們還是列爲普通分類下的節目；若欲詳述，又軼出本書範圍。總之，許多規定，尤其是工廠及工場法案，係預防於所禁止的輕微罪外，更犯較重罪名的方策。例如，工廠主人違反防護機器的規定，若不發生不幸事件，僅處以罰金。但因過失而致人於死或重傷，即當以殺人罪或重傷罪處斷。

## 第十五章 妨害財產罪

依前章之例，本章當先述較重之罪名，次及於較輕之罪名。

放火 (arson) 爲英吉利法上一極古罪名，常常發生，其原因大抵因當初的建築物易於着火，而古人之性又類似孩童，歡喜弄火。那時火險制度未立，故使此項罪名成爲異常嚴重。

依普通法，放火罪係故意向住宅縱火，但依條例，其責任推及於一切建築。一八六一年惡意損害法案 (Malicious Damage Act) 以放火罪列爲第一種項目，內第一節至第五節列舉多種建築，對於此項建築放火，定無期徒刑爲最高刑，又規定對於其他建築放火，處以十四年以下有期徒刑。一切放火罪均爲重罪，但依條例規定，既以不法及故意爲要件，則舉凡火焚之出於過失，或爲制止火災（如救護延燒）或因重建，得主人准許，或無不法目的，焚燒自己建築，均不構成放火罪。故意以火或他法，毀壞王家海軍船舶、王家造船所、兵工廠、火藥庫、繩索場、糧食所，或其他海軍建築，或內貯之木材或貯藏物，或任何海陸軍食糧或軍械儲藏所，構成大辟罪，應依一七七二年船塢等保護法案 (Dockyards etc, Protection Act) 處以死刑。一八八三年爆裂物法案

(Explosive Substances Act) 規定持有儲藏及炸發爆裂物，因而致生公共危險的種種行為。可惜這法案，除說明爆炸物包括製造爆裂物的材料外，並沒有為爆裂物下定義，不無有些困難。

入屋竊盜 (burglary) 為普通法上另一古的罪名，現在規定於一九一六年竊盜法案 (Larceny Act)。這罪係意圖犯重罪，依格林魏 (Greenwich) 標準時間，於夜間九時至晨間六時前，侵入他人住宅，或相通毗連之建築物，或已犯重罪後，經房屋逃出。入屋竊盜當然為重罪，應處無期徒刑。因犯重罪，或犯後脫逃，於任何時間，不法侵入或逃出任何公私建築物，為侵入第宅罪 (house-breaking)，較為輕微。這也是一種重罪，但僅處以十四年以下有期徒刑。意圖犯重罪（與上實施犯不同），於夜間擅入住宅，或於任何時間侵入住宅或其他建築物，也構成重罪，但僅處以七年以下有期徒刑。

強盜罪 (robbery) 大抵妨害身體安全的成分較諸妨害財產的成分多；但普通總是列入妨害財產的罪名。一九一六年竊盜法案並無什麼強盜的定義；但其性質為意圖為自己所有，或駁奪他人所有，違反他人意志，以強暴，或使陷入畏懼，而由他人本身，或當其面前，強取財物。強盜罪以強暴為要件；而處罰之範圍隨實施強暴的情形而異。若強盜有武裝，有夥伴，對被盜人施以身體上的暴行，應處以無期徒刑；若無此種情形，最高刑期為十四年。意圖強盜而凌辱，構成重罪，應處五年有期徒刑。

竊盜 (Larceny) 爲法律上最古最普通的罪名。依一九一六年竊盜法案的定義，竊盜爲意圖永久駁奪他人所有，以詐術或無正當權利，竊取他人財物。這定義中有一二點值得加以注意。若竊取人認所竊之物，爲自己所有，或有權取去，可爲竊盜罪的防禦，但此項錯誤必爲事實的錯誤，而非法律的錯誤。例如，A到B的廢中，以繩索套入一牛頸，牽牛而去，A主張這牛是他的，假使A真誠誤信這牛，就是上星期在市上所買的一頭，或B曾對他說可以牽走，那末，A就可提出這理由爲強有力的防禦。假使他明知這是B的，不過因B曾欠他十鎊，想牽牛作抵，迫B償債，這卻是法律的錯誤，不能成爲防禦的理由。

又竊盜必有取去的行爲。在普通法上竊盜爲一重罪的擾害占有 (Trespass)；而擾害占有的性質在於干犯他人的占有。因此，依普通法，土地及土地附著物不能爲竊盜的對象；國會法案連續產生後，纔把蔬菜、果實、裝修、鑛產，規定爲竊盜的標的。在從前，只「有價值」的物得被竊盜；而所謂價值，係指有形價值。因此，凡鈔票、股單、匯票、股票等物，只算其紙張的價值；若竊盜這些物件，僅構成輕微竊盜罪 (petty larceny)，不成重罪，直至條例產生，纔有變更。

普通法既認竊盜爲一種擾害占有，所以已經占有之物，就不能竊取。因此，被委任人、代理人等處分在自手內之物，即不能構成竊盜罪。至於雇員案件，則認委託於雇員的物件，主人仍保留占有，因雇員既有服從主人命

令之責，主人當然仍行使管理。基此原則，纔解決了困難。因此，在雇員盜取物的意思未明白以前，主人仍保持占有；所以盜取的行爲構成擾害占有。如運送人等受寄人案件也是這樣。在受寄人未爲其明知所不應爲以前，寄託人仍保持占有。可是凡代理人代本人接受第三人物件，這原則就無適用之可能了；所以就不得不發明侵占的新罪名 (embezzlement)，而以之應付這類案件。詐欺的受託人 (Trustee) 事件尤爲困難；因爲對於信託財產，他不但是保管人，且爲合法的占有人，當然不能自竊自的占有。現在他還是受竊盜法案內一條所制裁。要知竊盜之基礎，爲占有，而非所有權。所以一人若以馬租與鄰人，租期未滿，本人竊盜其馬，也構成竊盜罪。

竊盜罪定義中所謂取去或破壞占有的要件又產生其他困難，有一二種很富興趣，也很重要。

例如，一人見一物爲人所遺棄，拾了起來，占爲己有。他是不是觸犯竊盜罪呢？假使這物果真是被拋棄的，他當然不犯罪；因爲拋棄，就是拋棄占有，而沒有占有，即無所謂竊盜。但假定所遺棄之物爲一錢袋，內儲金錢，不過爲人偶然遺失。若有人拾得，意圖占爲己有，他是否犯竊盜罪呢？那除非他能向陪審員證實，他的確老實自信，這是被拋棄之物，否則，即當負罪責了。一九一六年竊盜法案所用的法文是這樣的，「於拾得之時，拾得人自信若用相當步驟即可發見物主。」法案文字不無可議；但含義卻非無常識。假使拾得人能信物主希望原璧歸趙，拾得即不可與保管同論。格言有云，「任何占有得對抗竊賊。」這話很可維持前來的理論。

又有一種竊盜案件，係出於詐術。物之占有人若自動離去占有，當然無所謂偷竊。但其移轉占有若係因他人保證，拿去檢查、試驗或修理，事畢歸還，而取物之人卻自始即懷占為己有之意，後者即不得提出自己的妄誕為辯護，而逃避竊盜罪責。依普通法，若圖為己有的意思，發生於物之取得以後，不能成立竊盜罪，惟受寄人之背信，不在此例；但這原則已經一八五七年條例加以變更，現今所有受寄人及共有人之竊盜罪均已定有明文了。可是這與詐術竊盜是很不同的。

竊盜罪定義所引起的另一困難，可舉受追訴的「錯誤案件」為例。假定A以五鎊的支票向銀行支款，那管賬員因患近視，或因疏忽，置五十鎊於櫃上，A即拾走。這案件，A當然觸犯竊盜罪，因為(1)他不當不注意錯誤，(2)他當然不能認他人為有意，(3)他必自始有圖占餘多的四十五鎊之意。最後一層為法律之焦點所在。凡因錯誤，以物交付他人，而這人明知之而占為己有，他就是一賊。但僅保管，縱在已知錯誤之後，若能使陪審員採信，經人要求，即願歸還，就不足構成竊盜罪。對於錯誤的人，他並不負找尋的義務。又他若不知有錯誤，而把錢用法，也不能算竊賊。這類事情，對於一班小販，常有發生。

定義的最後一要件，為意圖永久駁奪他人所有。在前一世紀，這要件有了不知不覺的根本改變，可是有人以為未見什麼改良。

定義內所以列入這要件，無非要排除一種人，其取人之物，暫時使用，不過出於疏忽，或玩笑心理，並無圖利意思。出入俱樂部的人隨便在傘架下拿人一傘，或兒童玩弄成性，隨便乘坐隣居的摩托腳踏車，其行為固當譴責，然總不可列為竊賊。所以一切文明的法律制度，要論人罪，必以羅馬法的所謂圖利（*animus lucriandi*）為要件，闡釋普通法的英吉利作家，如海爾（*Sir Mathew Hale*）及勃萊克司東（*Sir William Blackstone*），對於這要件，頗致疑問，而都以不法襲取（*animus furandi*）一詞，以圓其說，但這卻未見有多大貢獻。可是就他們所引的許多案件觀察，本罪的關鍵，在於意圖以他人之物為己有，換句話說，即以竊取圖利（因無價值之物，即無須偷竊。）不幸，在前世紀中葉，發生一起名案，有人擅把主人的物由一處移至他處，意在要求工錢，而被控訴竊盜，理財法院（*Court of Exchequer Chamber*）根據被告人並無永久駁奪主人財物的意思的理由，釋放了被告人。這判決是顯然正確的；但所述的理由卻很不幸，而且這理由影響及於後來的判決，竟成為文典，那是尤為不幸的。假使一人使他人的汽車駛上絕壁，意在使車輛受石下空氣的駁蝕而毀壞，而所圖竟成，就觸犯一九一六年法案的竊盜罪。當然，這人既以惡意損害他人財產，即為刑事行為；但依竊盜罪這詞的歷史意義而論，他是不犯竊盜罪的。竊盜罪的真正性質在於意圖以他人之物為己之用；在一八五八年有人竊盜政府文件，依了馬丁（*Baron Martin*）的指示，這人是釋放了，其理由，因他並無意圖，以這些物件為己之用。



近時條例又有處罰「竊乘」的明文。向來的竊盜定義若不加改變，就毋須採那種步驟的。所謂竊乘的行爲，僅限於汽車。

竊盜罪之輕重及量刑之高下，須視一切情形而定。因此，雖一切竊盜罪均爲重罪，然單純竊盜（即沒有其他嚴重情形）之處罰，不得超過五年有期徒刑，除非犯者爲年齡在十六歲以下的男子，纔得命令鞭打。但偷家畜，扒竊，在船中或碼頭上行竊，僕人偷竊主人物件，得處以十四年有期徒刑；於郵寄中行竊遺囑文物，得處以無期徒刑。依普通法，狗不得算爲財產，即也不能成爲竊盜的標的了。依竊盜法案，偷狗不是一種重罪；但對於重犯，認爲一種輕罪，處以十八個月監禁，得併科勞役。

詐欺取財罪（obtaining money or goods by false pretences）與竊盜同類，不過較低一等。詐欺取財與竊盜的差別，在於前者的被詐人之放棄財物的占有及所有權，係出於自動，所以被告人並沒有擾害占有行爲的（trespass）。本罪之構成，必被告人明知事實爲不實，故意爲詐僞之陳述，因而使人誤信，交付財物。僅表示意見或推測，如說股份勢將漲價等，不足以構成本罪。又以恐嚇勒索財物（blackmail）也不能與本罪相混。那罪雖也規定於竊盜法案內，然係另一種罪名，本書當另行敘述。但收受贓物罪與竊盜罪性質相同。這罪不僅限於收受被竊贓物。舉凡以犯罪取得之物均包括在內，例如以詐欺取得之財物。而本罪之應爲重罪或輕罪，須

視其主罪之性質而定。如明知為偷賊而收受，為一重罪；因竊盜罪為一重罪；但收受詐欺財物，僅為輕罪，因詐欺取財也是一種輕罪。所可怪的，詐欺取財雖不得處以五年以上有期徒刑，然收受詐欺財物倒可處以七年徒刑。

毀損罪 (malicious injuries) 及偽造貨幣罪 (false coinage) 並非單純罪名，實為兩類罪的總名，而法律對於這兩項罪名的規定，極為繁細，也可見其性質之複雜了，故本書也只能述其綱領，不欲繁冗。毀損係出於報復加害，而偽造貨幣意在圖利，類似竊盜，要為兩者的主要區別。偽造貨幣罪輕重不等，自偽造本國通貨構成重罪，得處無期徒刑起，漸至行使偽幣，或意圖供行使之用而持有偽幣，僅為一種輕罪（初犯總是這樣），處以一年勞役監禁。毀損罪自對船舶、造船所、兵工廠，或王家海軍儲藏所放火，構成大辟罪起，漸至毀損公共紀念碑、博物院及美術等輕罪，處以六個月勞役監禁。依一八六一年惡意損害法案，於日間為任何毀損，而法律無特別規定者，處以兩年勞役監禁。若犯罪行為發生於下午九時後，上午六時前之期間內，最高刑期為五年有期徒刑。

偽造文書 (Forgery) 罪為妨害財產罪中最後一種，而大部分法律均規定於一九一三年偽造文書法案 (Forgery Act) 之內。

依該法案，偽造文書之定義為製造偽文書，而以之充作真物。偽造文書罪之成立，不必有使用之行為，而事

實上，凡意圖欺詐，偽造文書，如遺囑文件、文契、股票、鈔票，或其他有價證券、土地或貨物契券、買賣證券代理書、登記證、保險單、租船契及某種公文書，如各種證書等，構成重罪，應處十四年有期徒刑。意圖詐欺，偽造王家官印，或偽造具有王家官印的文書，應處無期徒刑；以同樣意圖，偽造其他官文書，應處十四年以下有期徒刑。偽造文書若未經定為重罪，即為輕罪，應處二年勞役監禁。

猶如偽造罪之成立，不必行使；行使罪之成立，也不必偽造。凡意圖詐欺，明知為偽造而行使印章、鑄型或文件，應與偽造文書罪同等論科。未經合法准許，持有偽造的鈔票，及供偽造所用的模型材料，構成重罪，按照偽造文件或供偽造所用的器械性質，處以七年以上十四年以下有期徒刑。

法案中沒有什麼「偽造」的定義，但就關於「偽件」的規定觀察，則普通以為偽造文書之成立，必有人偽署他人之名一層，實毫無根據。有人說，一人得簽署自己的名字，而觸犯偽造罪，例如吉姆勃朗（James Brotherton）簽署一支票，送與另一人，他知道這人，必然認這支票為另一吉姆勃朗所簽署，這見解是有理由的。偽署假名或亡人之名，均可構成偽造罪；不署一名，也可構成。對於完備文件的重要部分，加以改造，就成為偽造文書；而意圖以偽充真的改造人，即觸犯偽造文書罪。依法案旨趣，所謂偽文件，即冒充他人對於文件之全部或一部，加以偽造或變造。偽造文件之是否完備，是否在法律上有效，要與偽造罪之成立無關。所以支票之偽，縱使為專家

所一望而知，即真，亦有不能使用情形，仍不失其為偽造，而發票人當負偽造文書罪責。

## 第十六章 妨害宗教及道德罪

自一六八九年新教徒的信仰自由成立，及十八世紀末期與十九世紀初期，天主教的無能力漸漸革除之後，攻訐宗教信仰不再常成爲刑事追訴的題目。可是在一九二一年還有褻瀆神教罪 (blasphemous libel) 的處罰，而在一九一七年法院對於「凡俗主義」的態度，貴族院曾以司法資格，加以嚴密討論，所以攻訐宗教信仰，實有稍以論述之必要。

這罪，名爲侮辱神教罪 (blasphemy)，而以文字犯罪，名爲褻瀆神教罪 (blasphemous libel)。凡以語言文字，攻訐基督教的重要真理，其態度不免有損信教人的情緒，而在褻瀆神教案件，又不免激起安寧的破壞，即構成本罪。依司脫芬 (Justice Stephen) 在其大作「英吉利刑法史」內所指示，自復興 (Restoration) 後，通常法院所採取，而一直奉行至十九世紀初期的見解，實爲侮辱神教罪的舊見新解。當這時期內，本罪的要點爲致疑於基督教義，不在於批評態度。自從十九世紀自由精神開展之後，若無條例的明文，對於基督教義的濫和合理的批評，法院更無從論罪。倘要論罪，國內的大半高明思想家與著作家都須辦罪，所以法院就逐漸改

變態度；到現今，本罪的要點，已由攻訐的性質變為態度了。一九二一年高脫(Goff)一案，第一審法院及刑事上訴法庭的法官，對於陪審員所為的訓示，已把這層開顯明白。第一審法官提及被告人所為文字時，就這樣訓示：「這些文字是否對於基督教及其教條，加以誹謗、譏刺或不敬，且又有過甚之處嗎？這可以算辯論嗎？」一方面，在一九一七年，貴族院主張，以鼓吹不信神力為目的的社團，得與有合法目的的社團相同，受領捐助。侮辱神教罪及褻瀆神教罪均為輕罪，應處以監禁及罰金。

有幾種舊的法案，雖未正式廢止，向來是不實施的，對於已成立教會的聖禮儀規，加以公開攻訐，規定為輕罪；有些偶然實施的較近條例，對於合法集會禮拜，有所搗亂，或行為不規，規定處以罰金。一八八〇年葬禮法案(Burials Act)為最近的一種，本案列舉種種葬禮，於葬禮中若有人有暴舉，或不正行為，規定為一種輕罪。

偽證罪(perjury)之基礎，寄於人民正式宣誓作證時，對於神的恐懼，故本罪與宗教有關。現今的偽證罪，即於司法程序中，宣誓或具結後，於案情有重要關係之事項，明知其虛偽，或不信其真實，而為虛偽之供證。大概因本罪向來歸宗法院處理的緣故，所以刑罰雖為七年有期徒刑，或兩年勞役監禁及罰金，始終不認為重罪。上文曾述，本罪之論科，不得僅據一人的供證。

還有各種偽證方式，由各種法律事件中發生，例如結婚儀式、死亡登記、條例的布告、及職業的登記，均依一

九一一年偽證罪法案 (Perjury Act) 科處教唆偽證罪即着手使人犯該案規定的罪名，構成公訴的輕罪，刑罰爲罰金及監禁。

妨害教條的罪名已竟，茲當論述妨害道德律的罪名了。

重婚罪 (bigamy) 爲此中最重要一種，本罪即有配偶而重爲婚姻。依上文所述，本罪的條例定義，不以明知現存婚姻爲要件，然合理誠實地信仰配偶的亡故，得爲重婚罪的有力防禦，而依法案明文，被告人對於配偶已在重婚前七年不知音訊，亦然。依證據法，重婚案內，被告人的配偶固不適格，也不得強迫爲不利於配偶的供證，然後配偶即可，這畸形現象，由來已久。但近時法律已有變更，配偶得爲供證，並得加以強制了。重婚爲一重罪，刑罰爲七年有期徒刑；而明知重婚，參與其事的人，不論是否在結婚之時，應以第二等正犯負責。

亂倫罪 (incest) 較重婚罪尤爲不道德。本罪即與二親等內之血親苟合，血親是婚生，或非婚生，在所不問，但以被告人明知爲要件。女子被強行姦污，當然不爲罪；又十六歲以下女子也不得以亂倫罪追訴。本罪爲輕罪，刑罰爲七年有期徒刑。

所謂叛德的，不自然的犯行 (unnatural offences)，茲也當一提，但毋須加以討論。這些犯行，依一八六一年妨害人身罪法案 (Offences Against the Person Act)，當處無期徒刑。但着手犯或意圖犯罪而凌辱爲一

種輕罪，刑罰爲十年有期徒刑。

除這些特種罪名外，姦淫本身並不構成刑法上的罪名。通姦 (adultery) 雖爲宗教法院所論科，並不成爲罪名，只能構成民事上離婚的原因。他如酗酒、猥褻、賭博等非行也是如此。這些行爲，英吉利法律當然認爲惡行 (mala in se)，但總不能成爲刑事追訴的題目。惟有一例外，即凡男子祕密或公開與另一男子爲猥褻行爲，或者着手爲猥褻行爲，則構成輕罪，當處兩年勞役監禁。但另有許多案件本來不過爲不道德行爲，卻因公開、擴大或屢犯等情事，就不免轉成罪名。例如，和姦本身固不構成罪名，但妓女在公開地方拉客，意圖賭博，或賣淫，設立污穢場所，或引誘二十一歲以下的良家婦女賣淫，均構成輕罪，當按情形，處以兩年以下有期徒刑。又逗遛公路賭博，對於初犯及再犯，當依簡易程序，處以罰金，對於三犯及屢犯，當按街道賭博法案 (Street Betting Act)，依公訴程序，處以罰金，或六個月監禁。

貪污或賄賂罪 (corruption or bribery) 已盛行了許多世紀，但一向雖不認爲無傷，總被認爲可恕之行。近年來，這事件已受立法機關極端注意了。如一八八三年貪污法案 (Corrupt Practices Act) 係制裁議會選舉，一八八四年地方選舉法案 (Municipal Election Act) 係制裁自治競選，一八八九年公共機關法案 (Public Bodies (Corrupt Practices) Act) 係制裁官吏貪污，及一九〇六年防止貪污法案 (Prevention



of Corruption Act) 係制裁以暗扣、賄賂代理人。這些罪名的性質在於犯者以金錢賄賂他人使之蔑視所負義務。

公共滋擾罪 (nuisance or public nuisance) 爲一很概括的罪名，在這罪名之下，可包括許多妨害社會道德的輕微罪名。本罪的性質，係於他人爲公衆執行職務之時，加以阻礙，或損害大衆。茲把較普通的例，列舉出來，也可說明本罪的性質。(1) 阻礙公路 (包括水路)。(2) 負修路之責的怠於修理。(3) 污濁水道。(4) 不拆除危及鄰人的房屋。(5) 發出可厭的高聲或毒氣。(6) 在未經許可場所，堆積爆裂物。(7) 不隔離傳染病人。(8) 出賣冒牌或不衛生食品。(9) 不領執照，開設旅館或其他供應場所。又供應商，或商店因招徠主顧，裝飾店面，以致羣衆蜂聚，行人不能走路，鄰居也不能返家。這是公共滋擾罪中最富趣味，但最苛細的一種。在倫敦好幾處警察機關，對於這一式公共滋擾罪，如乎不十分盡職的。

一切公共滋擾罪均爲輕罪，刑罰爲罰金及監禁，大抵都是公訴的罪名；但條例所規定的，係依簡易程序處理的。

## 第十七章 妨害名譽罪

妨害名譽罪係一類有限而重要的罪名，包括誹謗 (libel)、恐嚇取財 (blackmail) 及誣告 (malicious prosecution)。

誹謗即以文字圖畫妨害他人名譽，同時構成刑事及民事責任，不過兩者有極大區別，當隨文闡明。語言而無褻瀆煽亂意味，不構成刑事責任，祇成立民事上口頭誹謗 (slander) 責任。印刷術未發明以前，誹謗的效力有限；但自發明之後，誹謗就為害不小，而叛逆法院 (Court of Star Chamber) 也就立予應付。現代的刑事誹謗法律，許多是從這法院中形成的。

所謂妨害名譽，就是侵損他人的價值，使旁人加以輕視，所以無論怎樣尖刻的侮辱，不能構成誹謗的，除非含有指摘，使控訴人遭人憎恨、譏笑或輕視。一方面，刑事誹謗不以發表，或使指摘傳述於第三者為要件。凡誹謗傳及於控訴人，而有破壞安寧之虞，即足構成罪名。

誹謗的要件，猶如一切妨害名譽事件，必須含有譏刺，換句話講，即有所指摘，足以令人被人憎恨、譏笑或輕

視。指摘有時很巧妙地偽飾；而控訴之成功，皆賴代理律師能使陪審員採信，確有譏刺情形。在一七九二年著名的福克司誹謗法案 (Fox's Famous Libel Act) 未通過以前，譏刺的全部問題，係由法院認定；陪審員的職責不過裁斷是否有發表的事實罷了。那法案纔授與他們權力，概括地裁斷「有罪」或「無罪」；但法院方面仍有權認定，所指斥的文字並不妨害名譽。

誹謗與犯意 (Mens Rea) 爲很富興趣的一點。依歷來傳統，每個誹謗的公訴書及訴訟，總載明被告人會惡意地傳述控訴人等字樣；但單單構成本罪要件的惡意，即屬妨害名譽。若有人發表妨害名譽的指摘，只這事實，即足認爲惡意，除非他能提出法律所許可的辯解或特權，證明爲正當。一世紀多以前，王座法院 (Court of King's Bench) 曾判決一起妨害名譽訴訟，而公認爲已解決了那一點。依這判決，「惡意的法義，即沒有正當原因或辯解，故意所爲的非行。」本世紀之初，在一起更著名案內，貴族院主張，若新聞紙的主人對於所不知之人，有所指摘，原告人得以其描寫足使人認爲本人爲理由（按事實，確已發生這情形），而令該主人負誹謗之責。換句話講，凡發表妨害名譽的指摘，應由發表者自行負責。

那末，什麼是正當原因或辯解，得使發表者免除誹謗的法律責任呢？也許有人會想，妨害名譽的指摘，得因其真實而認爲正當。依民事訴訟而論，這確是法律；不過，即在這些案件，所謂真實，決不是字面的真實，而必是在

實質上，在事實上的真實。例如，A描寫B說，「我信，『現在』B是一極清醒的人，」依字面而論，這也許是真實的；但所謂「現在」就蓄有B曾經昏聩糊塗的意味，自不免妨害名譽了。

但在刑事誹謗罪，除非所發表的事情，有關公共利益，不得以真實為防禦。要知刑法之旨趣不在控訴人的損害，而着眼於社會的危險；而發表他人隱私，出於無謂、無目的，或竟包藏禍心，徒然激起破壞安寧，自屬不能認為正當。而且，在刑事控訴，控訴人並不要以其往昔之失德，企圖換得金錢呢。

誹謗的第二種防禦為公正評論(fair criticism)。這原則的適用，必限於控訴人，依其地位或職業，其行為當受公評，如政治家、著作家、展覽作品的畫家、演劇家、公共運動的領袖及相類的人。評論不過發表意見，雖不免降低控訴人的名譽，總不能算妨害名譽的。例如，著名的評論大家評論一種劇本說，「這是極不好的劇本，」這就不過表示意見；雖然他的意見對於編劇人有不良影響，他可沒有軼出他的權利範圍。假使評論之中指摘事實，既不真實又妨害名譽，或明示或暗示，那就不得以適當評論為防禦了。例如A對B著的書，寫一書評，說作者而尚不能分清奧立弗克林威爾(Oliver Cromwell)與湯麥士克林威爾(Thomas Cromwell)關於歷史事情，實在不可置信，「假定B的書內並無什麼文章，可以抽述這類意義，那末，公正評論的防禦也就無可採取了。」

誹謗的第三種防禦即所謂特權。若有人於執行法律的或僅道德的職務時，發表涉及他人名譽的事，而誠

實自信，這是真實，且與執行職務有關，縱使那發表的事竟為不實，也不負刑事上及民事上的誹謗責任。在雇用人對於受雇人證明品行的案件，這類防禦每每提出，假定A想雇用B為私人秘書，致信於B的前居停x，詢問B的品行，而x就回答說：「B品行端正，但不能保守秘密。」這話，在本事件，就不免損及B的名譽。可是法院決不令x負刑事或民事責任，除非控訴人能證明，那話是不實的，且x也明知其不實，或出於不正動機，纔當別論。

還有許多發表事件，也得享同樣特權，或絕對的，或相對的。法官、律師、證人或當事人於管轄法院，進行訴訟之中，發表述及名譽事件，或有人於執行軍事職務之中，有此類發表，或有人把貴族院認為可公布或必須公布的報告或其他文件，予以發表，而涉及他人名譽，或新聞紙記載涉及名譽的司法程序，公正正確；縱使這些傳述竟屬不實，或被告人明知其不實，總不能令發表者負誹謗罪責。有些案件，控訴人若能證明「明顯惡意」或有些案件，被告人不能提出「明顯惡意」的反證，特權的防禦即不能生效。所謂「明顯惡意」者，即動機在於報復、羞辱或損害控訴人，而與公正執行職務，顯屬刺謬。這些特權稱為相對的特權。

公共的新聞紙的地位，簡直與誹謗法律結不解緣，所以依大體而論，報館主人、編輯人及投稿人雖與他人一般，同受誹謗法律的拘束，然總有一二點區別，頗關重要。因新聞紙內有所發表，欲對報館主人、出版人、編輯人或其他負責人，控訴誹謗罪，必先有一叛逆法院法官（a judge in chambers）的命令，這是與普通原則相

反，實為最重要的一點。所以有此出格的特權，實因大規模的報紙監督人，在新聞未發表之先，萬萬不能對每則新聞，親自審究，是否真實，是否無害。但新聞紙的記載，若有合理的更正或解釋，而就不能利用條例，為公共集會記錄事件，所賦與的相對特權，拒絕發表。在英格蘭，雖沒有檢查新聞制度，然大部分印刷物必須載明印刷人的姓名住址，否則，即當處罰；又每種新聞紙的印刷人，每期必須保存一份副本，載明交印人的姓名、住址，俾對於發表各文，欲提起誹謗訴訟的人，得知向那個追訴。嚴格說來，凡參與傳播誹謗的人，不問其怎樣無辜，均當負刑民責任，可是對於一班發行人，依通常營業方法，不知或不疑有所誹謗的人，很難得提起刑事訴訟的。

一九二六的條例，雖非直接與誹謗法律相涉，卻對於報館主人的前述特權，大加限制，凡法院內猥褻性質的證據，不得發表，又婚姻事件也只能露佈其大綱。這法僅適用於對主人、編輯人、印刷主人及出版人所為的訴訟；且訴訟之提起，須先經公家律師（*attorney general*）的裁可。違反本法，當處四月以下監禁，或五百鎊以下罰金，或併科。

依普通法，誹謗為一種輕罪，當處罰金及監禁，依一八四三年誹謗法案，凡被告人明知誹謗為虛偽的，監禁限於兩年，其他案件，為一年。

恐嚇取財為一刻毒卑劣的罪名，有些作家列入妨害財產罪內。因這不免令人蔑視本罪的真正性質，似屬

錯誤。若所施的恐嚇爲對於身體的暴行，除所得財物非常在於被害人身上，或不在被害人當面外，本罪與強盜罪，簡直沒有多大分別。恐嚇取財的性質在於施用精神上的恐嚇，使被害人因顧慮失去社會上地位，陷入恐懼，被迫依從兇暴的要求。若恐懼確有所根據，本罪實最爲惡毒；可是多數案件，恐懼全無根據，本罪也最爲可怕，因爲提起此項控訴，必須有特別敢膽，不怕因此所發生的痛苦恥辱。爲了這層緣故，法官總是隱祕這類案件內控訴人的姓名。

克實而論，本罪之觸犯，係以控告，或恐嚇控告他人犯死罪，或七年有期徒刑之罪，或犯着手強姦的凌辱罪，或犯着手唆使他人犯不自然罪，或犯其他嚴重的非行等方法，而勒索他的財產。所施的恐嚇，不必一定控告本人，或任何現存之人。每每有人因保全存亡親屬的名譽，而被人恐嚇取財；而誹謗罪之不能以妨害死人名譽而成立，實爲與恐嚇取財不同之點。恐嚇取財罪係重罪，當處無期徒刑，若犯人爲十六歲以下男子，應併予一次秘密鞭笞。

誣告 (malicious prosecution) 現在雖常常視爲民事過誤，得請求損害賠償，然嚴格說來，還是一刑事罪名；本罪由某種舊而未廢的條例加以規定，有各種方式。最舊的一種爲共謀 (conspiracy) 取得叛逆罪或重罪的虛偽公訴，規定於一三〇〇年及一三〇五年的條例之內，在某些時候，曾爲追訴的題目。可是共謀必須

以二人以上爲要件，故對於一人就不得提起追訴，這層很引起反對。而且，那規定又不適用於輕罪的公訴。因此，自十五世紀之末起，就另有誣告之訴，予以替代，詳見後文。

參訟 (maintenance) 爲誣告的另一式，規定於舊條例。這是於他人訴訟，無利害關係，而挺身干與。中世紀的法院很猜疑那班干涉訴訟的人，也許自有其理由；且當時，證人若未奉飭傳，自行投案，就冒着被訴挑訟 (barrator) 的危險，攬訟圖利 (champerty) 爲參訟的又一方式，其特點在以協助訴訟，圖事成之後，分潤利益。參訟、攬訟圖利及挑訟，均爲普通法上的輕罪，但猶如前節的共謀，這些罪名現已廢除；受害人祇能以民事訴訟，請求損害賠償了。



## 第十八章 刑法的制裁

前四章於申論各種罪名時，曾提及各種刑罰，固非沒有理由的。茲當闡述刑法將告結束之際，應將各種刑罰及新近創建的各處分的性質，述其大要。新創的各處分，用意側重於改良犯人，不僅防止犯罪。茲先由通常所謂的刑罰說起。

1. 死刑(Death) 死刑曾爲一切嚴重罪名的刑罰，可是現在祇以四種案件爲限：即叛逆罪、謀殺罪、有暴行的海盜罪、及向海軍儲船所、船舶、海軍造船所等犯放火罪。死刑的執行用絞，或脫節；不過，依嚴格說，叛逆罪案的執行，王得命用斬首的舊法。執行死刑，歷來是公開的，大眾都可參觀，至一八六八年，謀殺案件的死刑就規定爲秘密執行。這秘密原則，不適用於其他案件的；但開司門(Cagehent)於一九一六年，因叛逆罪被宣告死刑，係在監獄內執行。死刑執行後二十四小時內，由驗屍員舉行檢驗，然後把屍體埋葬於監獄近郊。執行死刑後，應把醫生檢查死亡的證明書，執行吏的依法執行通告，及驗屍陪審員的裁斷，張貼監獄外面，布告大眾週知。

2. 徒刑(Penal servitude) 自海外保護國拒絕接收人犯後，流刑就在一八五三年廢止，代以徒刑了，除

四種大辟案件外，其他較為嚴重的罪名均處以徒刑。此項刑罰的科處，必須經過知事的偵察，大陪審團的公訴及小陪審團的審理，經過鄭重考慮之後。現在徒刑的最低度已規定為三年，而常常也有科處無期徒刑的。凡法案規定徒刑，而無禁止明文，法院得自由裁量，代以兩年以下監禁，並得併科勞役。

徒刑以短期禁閉開始，往後，得命為農務、採礦及其他戶外事業等勞作。

依一八五三年所設置的徒刑規畫，若犯人品行端正，於刑期執行一部分之後，得請求許可證，假釋出獄，回復自由。這特點大概自流徙犯舊規沿習而來，在徒刑制度中，一向占着重要地位。准發許可證及撤銷許可證的條件均規定於一八六四年徒刑法案；所採方式，該案有詳密規定。如犯人違反任何條件，當重新處以三個月監禁。在假釋自由期內，犯人若更犯普通刑法的罪名，即將許可證撤銷；除依法論科外，並須執行未執行之刑。十六歲以下兒童，不得科以徒刑。

3. 監禁(imprisonment) 監禁即禁閉於無空曠場所的小屋之內。以期間比較而論，現在有人以為這刑罰實較徒刑峻嚴；而併科勞役時為尤甚。因此，每一罪名向不科處兩年以上；不過犯罪若為惡性的連續行為，對於各項罪名，得連續科以兩年監禁，或代以徒刑。但簡易法庭在這方面的職權，是有限制的。

勞役監禁為純粹的條例上刑罰，且難得准許科處兩年以上。

4. 笞刑 (whipping) 在這百年之中，緩和刑法嚴峻的改革，雖有長足的進步，然許多案件仍得依法處以笞刑，這層在普通人看來，自不免驚異的。官吏鞭笞婦女的辦法已在一八二〇年廢止了；又普通法的笞刑，即條例規定以外的笞刑，也在一九一四年廢止了。依一八六一年人身法案或一九一六年竊盜法案，對於暴行罪犯所科的笞刑，應笞下數及所用刑具，均應由法院在判決內核定。十六歲以下男童，不得鞭笞二十五下以上（用樺杖，）其他男子，不得超過五十下。笞刑若由知事科處，也須表明下數及刑具，但以樺杖鞭笞十四歲以下男童，不得超過十二下。同一罪名，不得鞭笞兩次；而公開看打，卻早已廢止了。

5. 罰金 (fine) 財產刑爲刑法上最古的制裁之一；而依普通法，罰金的數目是沒有限制的。在大憲章及民權狀上，有些限制過當罰金的規定，卻很含糊；但近年來所制定的特別罪各條例上，所設的限制，倒有殊勝的效力，公訴案件科處罰金後，犯人若不繳納，得予以監禁。但一九一四年處理刑事法案 (Criminal Justice Administration Act) 對於簡易法庭所科罰金，因犯人不繳納，知事得予監禁的職權，設有嚴厲限制；大多數案件，並規定繳納期間，一部分繳納，得比例減少監禁期間，又規定步驟，得追回繳款。法院科處罰金時，必斟酌犯人的經濟狀況。罰金爲對於王的債務，不能與監禁牽混，故與普通債權不同，有優先追償之權，並得不用通常追償程序。

6. 切結 (recognizances) 切結與罰金相類，但用意在防止，不在刑罰。這是一很古且很有益的處分，係命犯人具結，即具保或不具保而向王自承責任。依性質，切結不啻為債票，據此，犯人即受有拘束；於法院開審時，投案受審，或敦品端行，或保守安寧。萬一犯人所自承的各節竟不遵守，即當受沒入處分，換句話講，所有犯人或其保證人在切結下所自承的款數，即當予以執行。這些款項也是王債，應優先取償。

7. 保護管束 (police supervision) 這是防止的處分，較切結尤新，起於一八七一年。凡公訴案件，被告人若曾犯他罪，即得適用此項處分。有此種情形時，應於裁判中宣告，於刑期執行完畢後，付保護管束，但不得超過七年以上。在管束期內，犯人的住址及遷移，應向當地警察官署親自報告，每月一次。犯人於犯罪後，更犯公訴的罪名，形跡可疑，縱使未付保護管束，實已構成犯罪防止法案 (Prevention of Crimes Act) 的罪名，應處監禁一年，得併科勞役。

8. 防護禁押 (preventive detention) 一九〇八年犯罪防止法案又設有一種保安處分，較為激烈，凡犯重罪或輕罪的較為嚴重者，而依犯人自白或陪審員裁斷，於犯罪時曾犯同罪三次，有犯罪習慣，習以成性，法院於判決時，除宣告徒刑外，得命付防護禁押，期間為五年以上，十年以下，自徒刑執行完畢時起算。防護禁押於監獄內執行，準用徒刑的規定。可是法案的政策在於漸漸減少所施訓練的嚴峻，使犯人從事相當工作，於釋放後

得過正常生活，回復公民的生涯。每三年，國務大臣必審查禁押人犯的案件，並按情形，決定予以假釋或緩刑（probation），其方式當於後文述明。

依近時一案的判決，所謂「一旦成爲習慣犯，始終將爲習慣犯」這格言不能成立了。犯人雖然不能消滅過去犯罪的記錄，卻決不是一朝列爲習慣犯後，就始終不能改移的。假使後來再犯他罪，而據此，要求付防護禁押，卻必須證明於犯該罪當時，犯人爲一習慣犯。

9. 感化教育 (Borstal Treatment) 同法案又爲成年的青年人設一新式的處分，所謂鮑斯脫爾制度 (Borstal system)。這名稱的起源，事出偶然，因幾年前，在那個鄉村內，爲這類犯罪人，設立一感化院，實地試驗，結果良佳，而制度就以地名了。依一九〇八年法案，十六歲以上，二十一歲以下的青年人犯罪，依法應處徒刑或監禁，若按其情節，犯人有犯罪習慣，或習於與無品之人交接，而宜施以這類處分，法院得命入鮑斯脫爾機關，以處分代刑期，其期間爲一年以上，三年以下。青年犯人在感化學校破壞校規，也得爲同樣處分。又任何犯人，若在鮑斯脫爾年齡，於徒刑期內，得由國務大臣命爲此項處分，而犯人即可在鮑斯脫爾機關內完畢其殘餘刑期。依法案，鮑斯脫爾機關的旨趣在於實施工業等教育，及品性的感化，使同居之人都薰習革新，防止犯罪。

在鮑斯脫爾機關內，男子於經過六個月後，女子於經過三個月後，經人擔保管束，得准許釋出，與經過相當

徒刑期間相彷彿，但准許是可以撤銷的。處分期滿後，犯人尚須受六個月保護管束，若視察委員認犯人怙惡難化，而有影響同居人之虞，得將犯人移入普通監獄，執行剩餘刑期。

10. 禁戒 (detention in an inebriate retreat) 依一八九八年酒徒法案 (Inebriates Act)，凡犯人犯徒刑或監禁之罪，經法院認定係於醉時犯罪，並由陪審員裁斷或犯人自白，為一常醉酒徒，法院即得命於酒徒感化院內，施以三年以下的禁戒。對於許多所謂過醉的罪名，若任何人於十二個月中，觸犯四次，且為常醉酒徒，得命付同期的禁戒。又有人違反一九〇八兒童法案 (Children Act)，虐待自己的，或同居的他人的孩童，而犯罪，經法院認定犯人為一常醉酒徒，於犯人同意並符合某種條件後，得命付二年以下禁戒，以代監禁。

11. 緩刑 (probation) 一八八七年創設一種制度，至一九〇七年犯人緩刑法案 (Probation of Offenders Act) 又加以整理審定，使法院對於應處監禁的公訴案件，有裁量之權，可算是本世紀內英吉利刑法上一絕大進步。法院對於此項犯人，得斟酌其案件的輕微性，可恕情況，精神狀態，履歷，健康或年齡，命覓保或無保具結，負責敦品端行，期內隨傳隨到，宣告三年以下緩刑。簡易案件的罪名，法院且得免除其刑；不過任何情形，犯人應賠償因犯罪所生的損害。

強制犯人所具的切結，法院得命附以條件，使犯人受二人監督。這人員大抵為法院內的監視吏 (proba-

tion officer)但不必一定如此。這人員的責職係承法院之命，視察犯人的行爲，向法院報告，並與犯人爲友，予以勸告協助，有必要時，簡直當代謀職業。

犯人若不遵守切結內的條件，原審法院得命逮捕到案，倘審究事實無誤，即當處以本罪的刑罰。

近年來，英吉利刑法的改良者，採取許多步驟，要使兒童因接觸犯罪及犯人的空氣，不期然而生的惡影響，有所減少。大部分計畫現在已訂入一九〇八年兒童法案。茲當一述較重要幾種。十四歲以下兒童不得送入監獄。法官與知事，對於兒童及青年人，縱使認定犯罪，也有權寬容。於普通法院外，設立兒童法院；除當事人及律師外，其他人等，未經法院准許，不得擅入。在通常法院，關於猥褻或不道德事件，有兒童出席爲證時，得禁止公開，此層在上文曾有述及。除嬰孩外，凡非案內當事人，或證人的兒童，均不得在刑事審理時到場。

關於這一重要問題，還有更進步的立法，正在計畫中。





第五編  
民法



## 第十九章 民法及其制裁

### 第一節 概說

刑法與民法的區別很模糊，卻很重要，前文已一再論述。可是前文所述的區別，祇着眼於訴之性質，一爲王的訴訟，一爲民間訴訟（或普通訴訟 *Common Pleas*）；而此項區別，實大有歷史的、社會的及極專門的意味。但在司法上，民法的適用，各有大相懸殊的原則，上項區別實不足使普通人瞭解；倘不進一步加以說明，不免使普通人誤會，將那些區別歸咎於法家的吹求了。

所以我們必須指出，民法的區別，不僅限於形式及程序。而精神上與目的上，也有所區分；要明白這一層，最好把前章所述的刑法的制裁，與民法的制裁，互相比對。至於民法的原則將說明於以後各章。一加比對，則各各的精神與目的，也躍然而出了。簡單說，刑法的制裁在於懲罰，或訓戒；而民法的制裁在於復原，或賠償。前者，總有嚴厲的譴責精神；而在較重大的場合，此項精神尤爲峻厲——任何人因謀殺、竊盜，到案聽審，即可領會。後者的空氣猶如業務會議，照例，用不到涉及感情及道義的憤慨，而其惟一目的，在於使事件速得解決。以契約訂定

違約人應受某種刑罰，依法是不得請求執行的，這普知的原則，即是民刑區別的一簡單例子，因為刑罰惟是刑法上的制裁啊。

民法的制裁導源於普通法、衡平法，及商習慣三種，這三者的性質及歷史，已詳於導言。

## 第二節 普通法的制裁

(1) 追復原物 (recovery in kind, or restitution) 在普通法上，最古的訴訟，稱為物權訴訟 (real actions)，即原告人於勝訴之後，得追回所失原物的訴訟。這類訴訟僅適用於土地，及所有人享有占有 (seisin) 的地上利益。這一事實，是這類訴訟歷史的關鍵。當初王上推行政治的效率，係築基於土地占有之上；因為對王負軍事的及其他義務的人，就是那班封建的租戶，所以土地占有就為貫徹這目的的必然結果了。因此，王及其官吏之要知道土地由誰管理，怎樣管理，至關重要；凡有二人互爭食邑 (feof) 的占有，王家法官就不得受理爭議，而將占有判歸以有較大權利的人。他們為了君王的利益，是責無旁貸的。

但此中卻引起了一嚴重的爭執。要知道除大藩屬的小團體，稱為大租戶外，一切封建的土地持有人並非直接受地於王。這班藩屬承認王為頂頭地主，並有權於他的法院內，在貴族——即其他大租戶之前，解決他們

的爭議。這就是大憲章上，「由貴族審理」的著名條款，可惜被人誤會，與陪審制度牽混。

大租戶所承認的辦法，不期然就推行於下屬，下屬又復推行於其下屬，輾轉望下推行，直至封建的塔底。『王不得置其「榜」(ban)於藩屬的食邑，藩屬也不得置其「榜」於下屬的食邑。王有其「榜」，但無「次榜」(arrière-ban)』這是大陸的封建制度的用語。但在英格蘭，惠廉與其後嗣竭力打擊這勢力，經過了約一世紀的苦鬪，終究得了大勝利，粉碎了成爲政治制度的封建主義，改變了英吉利歷史的途徑。到了十二世紀之末，凡請求回復土地占有之訴，非先取得王的狀(plea)，即不能提起，這原則已成爲英格蘭的法律了。從此以後，要取消封建地主對於下屬的管轄權，只消巧用假擬(Fiction)就是了；不過在名義上，他們還是管理着農奴租戶(copy holders)，直到十四世紀，農奴制度被勃蘭克兌斯(Black Death)所掃蕩，纔把名義也取消了。對於農奴租戶及短期租戶的利益，王家法官初未嘗加以注意，因爲這班人關於服役、沒收，及其他封建的稅收，並不直接對王負責。所以在英格蘭，自由持有地權(freehold estate)很早成爲土地的最主要、最安全的權利，因爲權利的所有人知道，一旦占有被不法侵害，王家法院，以王家武力爲後盾，必行使職權，飭執行吏回復土地的占有。王權的發展既是這般顯著地成功，就不期然要由土地推廣，適用於動產了(chatteles)。格能維(Glanvill)爲亨利二世的高等法官，有人以爲他曾在十二世紀後葉有所著述，他的意見，以爲可以那麼推廣適用的。格

氏知道民刑的區別，但對後來物權訴訟 (real actions) 與債權訴訟的區別，他似乎是茫然不知的。依照他的小冊子，因人拒絕歸還，要追回所借的馬或牛或金錢，均得與請求回復土地占有一般，適用同樣程序，向執行吏提占有狀 (writ of seisin)。

但關於動產，這程序的困難是顯而易見的。假定被告人說道，「牛已死了，我不能返還，很覺抱歉。」也許他在說謊，也許他說的是老實話。但無論如何，執行吏若不能尋着那牛，他就無法交還原告人。馬牛羊或金錢與土地不同，是可以消滅的。格氏曾說，若原物已死，或已遺失，借用人應以相當的代價返還貸與人。格氏之爲此說，也就見到那種困難。可惜他卻沒有指明這代價當怎樣追還。

大約自格氏起一世紀後，第一個疏釋普通法的作家勃萊克登就大胆解決了這個困難。他說，物權訴訟不得用以追復動產，已爲確定的原則。要追復動產，當提起非法扣留之訴 (the action of detinue)，並附以動產的價格。被告人若不願交出動產，而願給付價格，可償其所願，而依照判決，一經付價之後，對於動產，他即取得合法的權利。依我們看來，認爲奇特的原則，竟被一班取巧的被告人利用了六世紀之久，但衡平法對於希有貴重的物件，得命不法持有人返還原物，惟有這例外，稍戢刁風。到十九世紀中期，有了一種程序上的改良，凡因留住動產而發生的訴訟，法院得依原告人的請求，強制被告人返還原物，不得更如往昔，給價留物。在那時以前好

久，土地的農奴持有 (copyhold) 及租賃持有 (leasehold) 的權利雖不能成爲物權訴訟的標的，但因巧用假擬，此項權利得以勒遷之訴 (action of ejectment) 請求回復原狀，而此項訴訟，事實上就代替了現已廢止了的物權訴訟，且得用以請求回復自由持有地權。所以當十九世紀中期，普通法上追復原物的制裁，已得適用於一切適當案件了。

(2) 損害賠償 (damages) 但自王家法院的轄權增廣，新的訴訟事件予以受理之後，追復原物的訴訟勢所不能適用於一切案件了。例如，有人對我凌辱，我可不能請求追復這凌辱。又有人擾害我土地的占有，我也不要擾害他土地的占有，以爲報復。在古時，大約被害人可以准許報復的，但尊重秩序與權力之念，日增無已，對於古野的救濟方法，已覺其不智。所以大約在十三世紀之末，王家法院就命加害人對於不法所致之損害，以經濟補償。起初，因錢幣之稀少，係用相當之物補償。舊的利弗立福雪狀 (Writ of Levam Facias) 就命執行吏提取被告人的物件，價值相當，再轉交原告人，以了結他的請求。稍後，菲力福雪狀 (Fieri Facias) 就命執行吏將被告人物件售得若干鎊，再交付原告人，了結請求。這是最普通的制裁，爲現今民事法院所採用。大約民事訴訟，十有八九是這樣了結的。不是被告人還付損害，就是原告人設法拍賣。由這觀念引伸，不獨被告人的土地，就是他的股票、股單及其他債券都可標賣償債；惟因普通債務而押追的野蠻辦法，已經在一八六九年廢止了。

這一種民事上的極重要的制裁，尤其是損害賠償的計算，當詳加說明。

損害賠償的一般原則，是凡可以金錢計算者，使原告人回复未因過誤行為而受損害以前的原狀。這原則初看好像很簡單；但稍加思索，即覺其不易適用了。

例如，過誤行為為破壞契約，若直截適用那原則，就未見合理了。假定磨坊主人交工廠修理磨軸後，請運輸人轉運，而運輸人轉運遲誤，此處運輸人所應負擔的賠償責任，為在通常情形下，因其遲誤而磨坊主人所受到的一般損害；不是因事實上，為了遲誤，以致磨坊主人失却訂立特別優越契約機會的那種損害。因為雙方於訂約時，固然各負責任，然此項責任的計算，必依照因毀約而得合理預期的後果為標準。換句話講，破壞契約的損害賠償，僅能依毀約的合理及或然的後果計算，亦即為雙方所預見或可得預見的後果。這纔是那契約的一部分。若任何一方要防止特別損害，而為他造所不能測度，就得把毀約後的特別損害，警告他造，明白訂定。

但侵權行為不能與破壞契約同論。關於這類案件，應不問後果之怎樣出於意外，將原則充分適用。因為這裏被害人不僅破壞契約，實為觸犯法律，而必使受其後果的。假定有一木板橫放在船架之間，某廠主人的受雇人把那板敲下，那板落入架中。碰巧架內置有燃燒物，以致引起了火，焚燬了那船，雖然這不幸的發生，出乎意外，那廠主應負全部損害的責任。因為那不幸縱使怎樣不能預見，總是受雇人不注意的直接結果，而廠主人即須



負其責任。然在侵權行爲案件，其因不法行爲所生的遠果 (remote consequences) 卻不能主張的。所以如上舉之例，在那船被毀之後，另一條新船正建造之間，船票價格飛漲，以致船主人失却得利機會，這損害是不得主張的，而所能請求的損害，惟限於那船在毀損時的市價。

有一二個關於損害賠償的名稱，已由職業的術語，成爲普通的名詞了，所以有一加說明的必要。凡因原告的权利被人侵害，卻又沒有實際的損失，爲着重這事實起見，就判給原告一先令之類的小數目，這就稱爲「形式的損害賠償」 (nominal damage)。例如，A 與 B 訂立供給煤的契約，而 A 加以破壞。B 向市上另購，價格反較與 A 約定的更賤，是 A 的毀約，B 不獨未受到實際損害，反而得到便宜。可是，因毀約總得提起損害賠償之訴，B 當然有權請求賠償。又如 A 走往車站，隨便穿過了 B 的園地。這事，B 若不親自看見，也沒有人告訴他，也就無從知道。可是 B 是有權請求形式的損害賠償的；且此項判令賠償的判決，可爲 B 抗議擾害占有的有利記載，也許還可防止 A 於將來主張什麼通行權呢。

懲罰的損害賠償 (vindictive damage) 離開了原則，不依實計算損害，但在侵權行爲案件，常有此項判決，而在破壞契約案件，也有這類判決，不過較爲稀少。這類賠償必顯然超過原告的實際損害，所以表示法院與陪審員不直被告人之行爲。如逾格卑怯荒謬的誹謗，或特別橫暴侮辱的擾害占有，均得判給這類賠償，意在懲

罰加害人，不在補償原告人。在契約案件，其著例爲著名的自食諾言，此處被告人於法律上過誤外，又誘惑出賣了原告，或另有不端行爲。

輕蔑的損害賠償 (contemptuous damages) 所以表示法院與陪審員不直勝訴原告人的行爲。這類判決無異明告原告人，「依法固當，依情不合。」例如原告人主張，被告人以文字誹謗，說他在某旅社偷竊衣服，若按諸證據，雖不能證明原告人曾有這一行爲，卻顯示原告人曾一再自白，確在他處偷竊物件，原告人固有權請求賠償；但陪審員得將其損害名譽的價值，估爲一文。這樣一個裁斷，對於訴訟費用問題，就有極大影響；而法院對於費用，既有大量斟酌之權，則計算侵害的嚴格原則，就可隨案伸縮了。

英文 Damages 這一字有二種意義，一爲損害賠償本身，一爲損害賠償的原因，但英吉利法律上，民事案件所判的賠償，總是用 Damages 一字，竟找不到其他較好的名詞，也可見用語的貧乏，且因此引起法律學者不斷的疑情。但要改弦更張，卻又爲現在勢所不許呢。

### 第三節 衡平法的制裁

上文曾述，普通法法院的活動，到了十三世紀之末，日就萎萃。在十二世紀中葉及十三世紀後期，創建普通

法及其制裁的那班先賢，到了那時候，都已凋零了。自此以後，所有過去時代，憑以產生狀的記錄，及回復原物與損害賠償的制裁，那種發明創造能力，王家法官似乎已經消失了。不獨如此，他們還似乎把先賢自由適用的幾種制裁，也聽任其衰歇。於是回復原物與損害賠償就成爲民法上僅有的制裁了。

在十四世紀有衡平法院出現，所以補普通法之不足，在這事態之下，也就因情順勢，得其機會。事實上，現行民法上的制裁大多導源於衡平法；不過自一八七三年法院組織法案(Judicature Act)通過以來，這些制裁已經一切最高法院分庭所自由採用，而大部分且適用於郡法院了。但雖有這一變動，這些制裁還遺留着原來的一二特點，即法家也不易明瞭，故宜稍加說明，俾使瞭然。

普通法上的救濟是一個權利的問題。若一人證明他人擾害其土地之占有，破壞其契約，或侵害其專利，被害人就請求損害賠償之權，縱使他自己的不注意或道義上的非行也有促成損失之處，也可不問；除非條例有明文規定，駁奪此項權利，如限制法案(Limitation Acts)纔當別論。但衡平法的根源實爲王的恩惠；而恩惠即不得作爲權利主張。所以衡平法的救濟都有斟酌餘地，已成爲原則，而法院得就案情審量，決定准駁。可是這原則，毋甯說，凡對於同一過誤，同時尚有普通法的救濟，纔有斟酌餘地。凡事件專屬衡平法管轄——即普通法完全拒絕受理——是否可將原有的救濟，予以拒絕，著者頗覺疑問；不問原告人之行爲爲怎樣不注意，怎樣欺罔，

怎樣不合理。今舉一顯著之例，如管理信託事件（trust），難道古時衡平法院或現今承襲其職的法院，可以因受益人行爲不端，而加以拒絕嗎？

但凡事件，兩類法院均有管轄權，而衡平法，依歷史的作用，不過以他項救濟，補充普通法，那末，其救濟，不論在法院組織法案前後，均得有斟酌餘地。法院得以不能執行爲理由，拒絕頒發依約履行的命令（decree）；或以過誤輕微，或以原告人請求困難，或以原告人難辭其咎，或以審量情形，不如由原告人請求損害賠償的救濟爲理由，而拒絕頒發禁令（injunction）。因爲，在這類案件，法院並不是使訴訟人的冤抑不直，不過使他請求他項救濟，以相替代。同時，要知道，衡平法的救濟也不是隨便拒絕的。依通常情形，所有通常案件均能得到救濟。惟在特別情形之下，那種救濟纔可拒絕。

衡平法的救濟的第二個特點，卽不得因其執行，使有法律上權利的人，陷於不利益，除非他們的行爲不合，依法院意見，若維護他們的法律上權利，反爲有失平衡。這重要的特點導源於大法官的司法機關，這機關不獨爲恩惠的，且爲良心的法院。大法官爲一教士，且爲王上良心的保持人，其原來的職能，不側重於使原告人，因被告人的非行所蒙受的損失，有所補償，卻側重於洗滌被告人的良心，使其因非行所蒙的罪惡，得有革除。當然，這兩種辦法的結果每每是相同的，例如，受託人因過失而損失了五百鎊，自應照數賠出。可是這情形卻並不是一

律如此。例如，受託人以信託基金做投機生意，這當然是違背信託。機緣湊巧，他竟不但得回原本，又大大賺了一筆——假定說五千鎊。他歸還了原本，且按期向受益人支付利息，也許受益人對於背信這回事，完全茫然。依通常意義說，他們一無損失可言。但事實一旦發現，受託人即應把從投機賺來的五千鎊大利，全部歸入基金，否則，即當入獄受刑，他是不准保存由背信而得來的錢的。這是虧蝕他的良心的啊。

反之，若被告人的良心明顯，而其在普通法上的地位又為正當，即不能對之取得衡平法的救濟，不問這原則對於請求人怎樣難堪。今舉一簡單的例，A與B為受託人，共謀售去信託財產，圖吞售價。他們以便宜價格，向C求售；C知其為信託財產，卻不疑其謀，即依照條例及判例法，而為普通買受人應為之注意，付了買價，即由受託人將權利移轉，而賣價即被受託人吞沒了。雖然這是被欺的受益人的財產，他們卻不能由C那裏追回。因為受益人的權利不過是根據衡平法，而C的權利，雖然發生在後，卻是法律上的權利，而且C的良心又很明顯。假定C也參與受託人的欺罔情形，也就完全不同，那是無須說的了。近時財產法已有重要的修改，所謂善意第三者（purchaser for value without notice）的要件也有了變更，俟下文述明。但原則還是相同，假使依衡平法的標準，合法所有人的良心明顯，即不得有所侵犯的。

茲當列舉衡平法上的制裁或救濟。

(3) 命令 (decree) 一切衡平法的救濟以命令為特徵，故先述之。普通法可說是對物的 (in rem)，其判詞字樣不外「准占有由原告人回復，或損害應由被告人償付。」衡平法是對人的 (in personam)，其所用字樣，係「着被告人為什麼什麼。」普通法的判決係交由執行吏執行；衡平法的命令係直接飭令當事人遵從，否則，即認為輕蔑法庭，定罪處刑。命令的效果，比諸僅僅追復原物或損害賠償，更來得靈活概括。今舉命令回贖抵押財產 (mortgaged property) 以為例。假定被告人為抵押權人，原告人為抵押人，被告人曾受抵押財產，給付原告人某數借款。抵押物已經被告人占有了好幾年。利息曾付了一些，欠了一些。抵押權人收了些租金；而又支付了一些修繕費。抵押人主張兩相抵銷，已不欠什麼錢，反有餘多。抵押應即刻返還。法院一方面命令准予回贖，外，又飭令抵押權人把收付賬目，提出清算。若結餘有利於抵押人，抵押當即時返還；不然，抵押人當於六個月內清償所欠，否則，即作為絕產，不准回贖了 (foreclosed)。法院也得命將財產標賣，以賣價分派。所有這些辦法與僅僅追復原物或損害賠償，是十分不同的，而那種呆板辦法對於本案，就很不適當。他種命令，見於下文。

(4) 遺產管理 (administration of estates) 這是衡平法管轄信託事件的必然結果，發生很早，敢怕是衡平法上救濟的最古的一種。要知受託人若失去信義，而仍期其盡信託責任，就未免無聊了，除非法院準備加以監視，強使盡責。可是法院究竟不能遍全國委派吏員，監督受託人執行職務的。所以法院於往日，就很快

自行管理信託事件，且因其文官制度的嚴密——有主任、各種書記、稽查、代理人、管卷員等類——，事實上本身就成爲一大規模的受託人了。其職務包括管理信託財產，對於受益人的婚姻，表示同意，或撤銷同意，決定孤兒應怎樣教育，及教育費應就信託款內怎樣支出，以及其他無數的職能。自一五四〇年起，自由持有產權得以遺囑遺贈以後，遺囑人就不期然使其稚年子女等，取給於這些產權。可是普通法法院並無機關可以實施這辦法，而管轄遺囑的宗教法院，又無權干涉土地，於是這事件就歸入衡平法院了。後來，在十六七世紀，宗教法院凋謝，衡平法院就正式管轄了遺產管理事件；不幸，這院內的龐大行政機構流於疏緩、混亂等缺憾，以致爲十九世紀中葉的小說家迭更司（Charles Dickens）氏百般譏刺。所幸迭更司的勞績竟有實際的收穫；在那世紀的後期，法院的虧缺卽有革新，且所有衡平法上的很有價值的管理救濟方法，一些也不被駁奪。

（5）禁令（injunction） 禁令爲命令的一特別方式，性質在於禁止，而範圍常有限制，其作用在禁止被告人，不得爲某種不法行爲。在其歷史的早期，大率係用以禁止一人，不得以衡平法所認爲不平衡的方式，使其普通法的權利。例如於衡平法採取，凡抵押得隨時回贖，這原則後，抵押權人對於抵押人準備償付債務的抵產，拒絕移轉，並以抵押權人卽爲土地的合法所有人爲理由，向普通法法院，請求排除抵押人，那末，抵押人卽得向衡平法法院提起回贖之訴，請求向抵押權人發禁令，禁止後者繼續其勒遷之訴；而此項禁令是當然可蒙核

准頒發的。

這辦法的情勢所趨，自不免引起衡平法院與普通法法院間的磨擦，因為形式上雖無害，實際上無異使普通法法院不得維持其有利的訴訟。因此，二者之間發生一種不光榮的爭鬥，到乾摩一世（King James I）纔平息了這爭執，確定了衡平法院的優越地位，但以禁令禁止同級法院的訴訟，實在是要不得的辦法，所以後來法院組織法案的政策即認為非必要，此項禁令也就廢止了。

然而同時在衡平法院方面，又有發展，係頒發禁令，輔助普通法的程序，而其價值之高，至今不垂。例如A主張在B所有的園地上有通行權，且進而行使其權利，假定B不承認，其在普通法上的唯一救濟，祇能於A每次通行之時，訴A擾害占有（Trespass）。大抵在每案，他祇能得到形式的損害賠償，而訴訟費用的支出，反為不資。但在第一起訴訟時，若附帶請求禁令，不獨權利的問題得到解決，且於勝訴之後，除非A不再主張，B即可請得命令，禁止A繼續其不法行為，如有違反，即有入獄的制裁，為其後盾。這些命令，對於防止一班無經濟價值，但又賴皮的不法行為者，以免財產所有人被迫耗費金錢，進行不斷的訴訟，簡直是價值難量呢。

有過誤之虞時，欲事先防止，也可請求禁令，這利益尤為重大。例如鄰人準備建造房屋，而我的窗窻有被遮暗之虞。若他果真有不法之處，與其事後賠償損害，或拆除房屋，毋寧即刻予以禁止，實在於雙方均有利益。所以



在請求禁令以前，我實毋須等待窗明實際被遮暗的時候，不過在事先請求損害賠償，當然是不可以的。若法院於聽審之後，認為鄰人的計畫，一經實現，確有妨害我的權利之處，即當頒發禁令；除非鄰人自動保證，修改計畫，避免妨害。

上文曾述，禁令的重要性質，在於禁止。可是法院也常頒發訓令（mandatory order），回復在被告人未予改變前的原狀。如上例，假使鄰人一聞起訴的消息，即在法院聽審以前，不分晝夜，把牆壁建起，這也於事無補。法院若認我的請求為正當，即當令飭鄰人拆除牆壁。至少也須回復我的光明為限度。在往昔，令內所用字樣，極盡巧妙，必使保持禁令的禁止形式。如上一案，必為「禁止使牆壁矗立，不予拆除。」但重形式這回事，已早以消失了。

禁令尚有一富於趣味的特點，也當一述。依英吉利法律，制裁之適用，必俟案件的法律與事實澈底明瞭以後，此為重要的特色。但這程序需要時間；而同時請求救濟的損害也許異常重大。在這類案情之下，原告人得向法院請求中間禁令（interlocutory injunction），即於當事人權利未確定前，暫時發生效力的禁令；這禁令，若因情勢急迫，得不通知被告人。萬一後來審究結果，被告人並無不法行為，也無不法行為之虞，法院之准許此項請求，未免有使被告人陷入困難之危險，而尤其為後一類情形，例如停止大建築的工程，使受上萬鎊的損失。為避免此種危險起見，法院每於核准中間禁令之時，附以條件，使聲請人承擔此項損失。換言之，若被告人證明

無誤，所有因服從命令而生之損失，應由聲請人負擔。這承擔，因須概括執行，所生的責任，至為重大。

禁令的頒發，每每在於禁止實際的或可虞的侵權行為，但常常也可用以禁止不作為契約的毀約。例如承租人於租賃時，約定不在租賃處所，舉行拍賣，而竟登載拍賣廣告，招徠生意，即可以禁令，強其停止的。

(6) 照約履行 (specific performance of contracts) 在普通法，毀約的一般救濟為損害賠償。但有些契約，以損害賠償為救濟，實在很不適當的。假定我因某房屋便利美觀，心生愛悅，而以數年的積蓄去購買，那屋主人明白表示了同意，言定了價格，簽訂了契約。我所要的是那房屋，決不是損害賠償。那屋主人後以有人願出更高價格，翻悔前約，不願履行。除有特別情形外，依衡平法，即可請求照約履行的命令，即以入獄為挾制，命令出賣人於約定賣價付清時，交付房屋，若有反抗，由法院某主任代為移轉。

這救濟方法，在許多案件，顯然遠勝於損害賠償；其適用雖然大抵限於發生土地權利的契約，然對於有些買賣契約，其買賣標的為股單、股票或他種永久債券，額數有限，不能在公開市場購得的，也可適用。法院也有權適用此項救濟於一切購買貨物契約，但很少見就是了。

表面上看來，照約履行很與訓令或禁令相似，然根本上是不同的，因為照約履行的性質是積極的，且僅適用於契約，不適用於侵權行為。

(7) 管理人及經理人 (receivers and managers) 這一衡平法上的救濟方法，性質雖屬暫時，卻不可忽視。因訴訟之拖延時日，為防止財產因玩忽或監守自盜情事，而有滅失起見，這救濟實屬必要。尤其關於解散合夥，爭執土地，求償抵押等訴訟，更為明顯。在這類案件，法院得派一管理人，以吏員資格，執掌計算財產的收入，而以之交入法院，或逕以交付勝訴之一造。凡因格於手續，債務人的財產有非債權人用通常法律程序所能及的，法院得命一管理人取而執行之。

法院對於經理事務，即使是間接的，也極不願負其責任；但凡債權人請求履行的保證事件，而有營業牽涉在內，即不復推託。那時，經理人的責任係為將來權利人的利益，承法院之命，經營其業務。

(8) 管理文件 (control of documents) 這衡平法上的救濟很有價值，產生較近。舊普通法總徘徊於古代觀念，認文件不過為一種動產，猶如牛馬，其價值亦惟在其物質。不然，即抱另一相等的古代見解，認為一種魔術符籙，而必以迷信的誠敬處理之。衡平法為具有學者風度的大法官的法權，就大為開展了。一方面認偽妄的文件，若任其流通，勢將為害無窮；一方面認文件不過為表示當事人意思的一種形式。偽造債券或以詐術成立的契約，普通法必拒絕執行；衡平法所為即不止此，必進一步，勒令交出以詐術或脅迫訂立的，或欺罔的文件，而加以消燬。又凡文件一經證明，因誤傳或他故，非代表當事人真正的合意，而此項合意有他證據，可以證明，

則必矯正其文件，使之合於當事雙方的真意。不幸，依某法案明文，執行的遺囑必經遺囑人簽名，於是縱有極明白的證據，法院也無從糾正死者的遺囑了。

(9) 確認裁判 (declaratory order) 這極現代的救濟是普通法的制裁呢，還是衡平法的制裁呢，很有一些爭執。就歷史觀，這分明是導源於衡平法；又法院於裁判內所用字樣也仍有衡平法色彩。簡單說，這是法院於聽審證據與辯論後，對於當事人權利所為的正式表示，而不附以損害賠償或其他行為等救濟。對於將來及過去的行爲，都可這樣宣示；但不適用於純粹假擬的案件。假定當事人預擬一種解決家庭或婚姻的办法，不知一朝訂入筆據，法律上效果是怎樣，而請求法院表示，法院必答復，「須俟至案件發生時，再說」但在辦法已成立之後，若當事人對於權利，仍有疑義，而又不願對立興訟，他們得以正式訴訟，或在某些案件，以非正式聲請，請求法院表示意見，以爲將來行爲的準繩。這樣一種救濟，果真可稱爲救濟的話，難免要受學理上及實際上的批評。依英吉利訴訟法，每一裁判，必爲一造對他造有所爭執而訴訟的結果，那救濟就未免與這普通原則相刺謬。且對於某點，也許將來會在非當事人間，竟引起糾紛，而先予以司法的宣示，其實實際上危險是可想而知的。然確認裁判，若能鄭重應用，倒可成爲民事司法上的有價值的武器呢。但這於刑事訴訟，當然是完全談不到的。

#### 第四節 商習慣的制裁

茲述兩種，即破產與海商物權訴訟。

(10) 破產 (bankruptcy) 這救濟的要素，為強制不能清償債務的人，以其全部財產，比例分配於各債權人，而免後者情懇逼討，取償困難。破產初行之三世紀中，惟以適用於商人為限。因這對於商人實屬必要，至十六世紀，這制度已採入英吉利法律，成為條例了。自一八六一年起，破產法律得適用於一切成年人；即凡已婚婦之從事於商業者，亦得宣告破產。凡不能清償債務之人，得以聲請，或依債權人的聲請，宣告破產。又有幾種破產行為，若債務人具備任何一種，債權人即得據以聲請破產。宣告破產，並不消滅破產人的法律上能力；不過於聲請日，或聲請前三個月內，破產人所有之全部財產，應歸法院之公共管理人，或債權人選任之受託人管理，而以其比例按成分配於各債權人。破產人於未免除責任以前，所有財產，包括已成立或將到期的任何契約利益（稍有例外），為破產時各債權人的利益起見，得由管理人或受託人請求之，惟須顧及善意第三人之利益，甚至對於破產係知情的第三人，也須顧到；至於破產期內的新債權人，非至破產債務了結以後，是不得請求的。因破產程序並非是私法事件，所以破產人若果為誠實之人，其此後謀生，必甚困難；若破產人出於欺罔，則可依破

產罪名，使其受刑事處分。凡破產人必須以其事件，受公開查詢，而在查詢時，任何債權人得向破產人提出詰問，以便發現有無隱匿財產的痕跡。在破產開始以前的十年中，破產人所為的某些事件，得由管理人或受託人加以查究；倘發現其行為有詐欺債權人情事，除善意第三者的權利外，得由法院撤銷，並為債權人利益，把隱匿的財產扣住。

破產人必俟至正式免除責任後，纔回復自由人的身分；且此後三五年內，也喪失資格，不得爭求議會或地方自治的榮譽。但他方面，所有破產前的債務，除少許例外，都免除了責任，不能再向他求償了。

(11) 物權訴訟 (action in rem) 這極有價值的救濟，僅適用於海商管轄區域內，有關船舶或貨物的請求權。所謂海商管轄區域，即在公海線內的海岸及大江。嚴格說起來，這是中間的救濟，不是確定的救濟；因為原告人的請求權不是對於船舶或貨物，而是對於所有人的，所以後者得將請求權及訴訟費用，提供擔保，而使財產釋放。但扣押船舶及貨物的權每每直等於請求權的全部取償或全部喪失，例如，船舶及貨物的所有人為外國人，在英格蘭卻並沒有什麼財產。

這程序之適用，惟限於行使因船舶、貨物或海程所發生的請求權，如海員的薪給、水腳，因碰撞而生之生命或財產的損害（航商法案 (Merchant Shipping Act) 定有限制範圍），在各種狀況下，為船舶所用，而購買的

必需品等等。這救濟不得與海事留置權 (maritime lien) 的非常司法救濟相混淆。所謂海事留置權即因對於船舶及貨物，有所服務，而生的優先權或擔保權；不過這類留置權之執行，係依物權判決（即一切人受其拘束之謂）而標賣，是極易引起誤會的。這兩類案件的顯明分別，即在物權訴訟，被告人的責任不以扣押的船舶及貨物價值為限，而留置權之行使，僅限於財產，不及於人的。且某些得以物權訴訟行使的請求權，並不產生什麼海事留置權。

以物權訴訟，所為船舶及貨物的扣押，由海商大臣執行之。王家海軍的船舶不得以物權訴訟扣押；又郵船，曾依某種現代條例的規定，提供損害擔保的，也不扣押。

民法上的主要制裁，已經述竟，茲當進而闡明其實體法了。所幸，在敘述這主題時，應怎樣分類，最為便利一層，所有文明國家的法家及立法者已有了一致公認的標準。依西歐、美洲，及已產生現代法典的大陸國家所採的普通編制，一國的民法得分為（a）親屬法 (Family Law)（b）財產法 (Law of Property)（c）債法 (Law of Obligations) 及（d）繼承法 (Law of Succession on Death)。

可是，有一重要方面，卻不能依照大陸方式的。大多數大陸法律制度，都區分民法與商法。在英格蘭，因十八

世紀孟司斐爾 (Lord Mansfield) 的功績，已沒有這種區別存在了。這裏，商法爲民法之一部分；而雖有所謂商事法院，其實不過係王座庭的一庭，專理商事案件罷了。所以英吉利民法係包括他國所謂商法的。

還有一層，本書也與大陸制度兩歧的繼承法計分爲兩部，即普通繼承 (succession on intestacy)，換言之，即繼承人未留遺囑的繼承，及遺囑繼承 (succession by testament)。當然，凡欲詳細規定，編訂法典，這兩類繼承很有不少共通的材料，例如遺產的管理，被繼承人債務的清償等。這事實自使法典有獨列專篇之必要呢。但本書之旨趣，闡述民法，惟限於大綱，故宜將普通繼承列爲親屬法的一部分（因兩者互相牽涉），而遺囑繼承列爲財產法的一部分（其理相同），這編制不獨避免重複，縮短篇幅，且使互相牽涉的項目併在一起。假使有人反對說，什麼是財產，未曾解釋明白以前，不當就談到財產繼承，其答案是，無論法家或普通人必早已知道財產的意義，其學識實已足夠去瞭解，繼承法所規定之移轉者，即爲人於死亡時所保有的權利。



## 第二十章 親屬法

### 第一節 夫妻

#### 第一目 概說

今日，在法律上所謂家庭者，爲一個單位，由合法婚姻所產生，並包括一定親等內的親屬。要決定法律上家庭的界限，很不容易；但依某種實際的測驗，這似乎以三親等爲限。這些測驗即爲（1）扶養義務，係以二親等爲限；（2）禁止婚姻，係以三親等爲限；（3）普通繼承，也以三親等爲限，不過三親等內親屬於繼承開始前，若已死亡，其卑親屬或爲四親等或爲四親等以下，也得有繼承權。

總之，婚姻爲家庭組織的主要因素，欲瞭解親屬法，自以先明婚姻法的大綱爲必要，蓋婚姻法實占親屬法的大部分。一經明白婚姻法及其效果之後，所謂親屬法也就所餘無幾了。

依英吉利法，婚姻爲未婚男女二人，以靈肉上永久及排他的共同生活爲目的，所爲之合法結合。因依英吉利法，這結合必須完全出於雙方所自願，有人即稱之爲契約。但這一說，不免令人誤會，而以婚姻與普通契約等

視並觀，實屬極端錯誤。按婚姻與普通契約不同之處，計有（a）婚姻必經過某種法定儀式，所以表示國家之參與；（b）婚姻的效果及條件，不得由當事人合意變更，事先明示亦屬無效；（c）婚姻不得僅以協議離異；（d）即在今日，婚姻所加於當事人的某些權利義務，不獨相互負責，且應對社會負責。婚姻與普通契約唯一共通之點，即兩者之成立，必當事人瞭解其所為，而出於自由自願。但就是這一點也有不同之處，因婚姻之因詐欺或錯誤，歸於無效，所需證據，必較解除普通契約所需者，更當確鑿。上述婚姻契約的特點，將成爲論述本題的基礎計劃。

## 第二目 合法的結婚儀式

據儀式的觀點立論，英吉利的婚姻可分爲兩類——英格列根（Anglican）與非英格列根（Non-Anglican）。

（1）所謂英格列根婚姻者，即結婚之儀式係依照英格蘭國家教會（Established Church of England）的禮節，在一七五三年的著名結婚法案（Lord Hardwick's Act）未通過以前，國家教會的婚姻規則極不嚴密；又因脫能的參事會（Council of Trent）硬化了西教會的主張而於革新（Reformation）後已經舉行會議，所以國家教會的命令不能拘束英吉利教會了。這事態爲患甚大，所以依哈威克法

案及後來的立法，凡英格列根婚姻必須在授以特權的教會內舉行儀式，由聖命書記主持，並須有兩個證人在場，而除根據康脫勃萊大主教 (Archbishop of Canterbury) 的特許的婚儀外，時間當依教會時間，在上午八時至下午三時之間。又英格蘭教會祈禱式內暫行的結婚祈禱，應予奉行，與英格列根婚儀的效力，也至有關。行婚儀的教士不得充作證人的代表，且也不得爲自己行婚儀。

除婚儀要式外，凡結婚必須於事先取相當步驟，使之公開，並得有考慮機會。英格列根婚姻計有四種步驟，任憑選擇任何一種。當事的一方必於結婚三個月前 (1) 在所住教區之各教會內，公布結婚預告，而婚儀必在此中一教會內舉行，或 (2) 向一大主教，或教長或主教代表，取得普通許可證，或 (3) 向康脫勃萊大主教取得特別許可證，或 (4) 取得註冊監督 (Superintendent Registrar) 的證明書，其領取方法，見於下文。若爲普通許可證，結婚必在證內指定之教會內舉行，而指定之教會，必以當事一造曾寄寓十五日以上之教區內的教會爲限；若爲註冊監督證明書，必在該監督區域內的某教會。但康脫勃萊大主教的特別許可證，得不限時地。

(2) 非英格列根婚姻又可分爲兩類：即宗教結婚而不依照英格列根儀式，及純粹的文明結婚。不幸，往昔宗教的偏見竟隱匿這一重事，以致用了含糊的文字，使應該很明白的法律，反弄得晦暗難明。

每一非英格列根結婚必於事前取得註冊生死結婚的監督的證明書，這官員，由各洲指派於各註冊區域。

此項證明書，若意在作為結婚的唯一根據，得由當事人以書面通告，述明結婚意思，向任何一造居住七日以上的區域內的註冊監督，請求給領；而此項通告，一經登入結婚通告簿內，當在註冊處張貼二十一日。期滿後，即可在註冊區內，一註冊結婚禮堂，由受權人（即曾經管理禮堂機關授權之人）主禮，舉行結婚，或在註冊處，由監督主禮亦可。前一情形，所謂註冊禮堂與受權人，意即不從國教者的禮拜堂及禮官，所以除宣讀一八三六年結婚法案的主要詞句外，當事人所歡喜的任何宗教儀式，都可適用的。後一情形，即不許用宗教儀式，不過若當事人歡喜，自得於事前或事後，另外舉行任何宗教儀式。

有人若急於結婚，尙有更迅速的程序。向註冊監督所遞的結婚通告內，可附帶述明，欲憑監督的許可證，舉行儀式，那末，通告祇登入結婚通告簿內，不必再予張貼，登入後，經過一日，監督當依聲請，發給當事人一證明書及一許可證，准予在證內指定之註冊禮堂結婚。但要這類程序發生效力，應遞之通告，必向當事人一造曾於事前寄寓或居住十五日以上的區域內註冊監督提出，然他造卻毋須更向所在地的監督遞通告。

請求註冊處證明書的結婚通告，必附以當事雙方的莊嚴的宣言，說明自信結婚並無法律上的窒礙，若有一造尙未成年，又非繆寡，還當說明，已取得法定的同意。宣言不實，應負偽證罪責。聲請宗教許可證的人，或普通或特別，當為同樣宣誓，負同樣罪責。

非鰥寡之未成年人結婚，依法應取得他人同意一層，當稍予說明。廣義說來，凡用許可證或註冊監督證明書結婚，應得父母之同意，若父母有一人死亡，應得未死之父或母，及已死者指定之監護人的同意，若父母雙亡，應得死者或法院指定之監護人的同意。非婚生子結婚，祇須得生母同意，母若云亡，由其指定之監護人表示同意。這些有同意權的人，對於公布結婚預告後而結婚之事件，得禁止預告，也即不許結婚。但對於此類拒絕同意，若法院認為不當，得逕予結婚同意。任何案件，欠缺同意，並不影響結婚之效力，不過當事人應受相當懲罰。

猶太人與奎敢人（Quakers）的結婚，另有特別規定，本書不贅。在國外結婚，依英吉利法的普通原則，就儀式而論，祇須當事人依照所在地法律所規定的儀式結婚，即認為有效。但有種種規定，影響於不列顛人民在國外的結婚，因其過於專門繁細，這裏也不述了。

### 第三目 婚姻的效果

上文曾述，當事人一經舉行婚儀，不獨其本身法律上地位，即對於社會份子的地位，也立刻改變。且這些改變不能由當事人於事前或事後，以合意加以阻却或影響。以前這些改變影響於妻者極大，使之處於特別而不可動搖的法律地位，名為身分（status）。可是近來已婚婦的法律地位，法律上已大有改革，結婚之影響已不若昔日之甚，而已婚婦已不能成為特別階級了。然結婚之法律上效果依然還很大，自宜加以注意。

上文論述刑法時，曾提及已婚男女之對於作證及藏匿責任等事件，有其特異之處。這裏當一述婚姻當事人的（a）同居生活的相互義務，（b）夫妻財產關係，及（c）夫對於妻所訂契約，或所為的侵權行為，應負的責任。

（a）夫妻互負同居之義務，若一造無故遺棄他造，他造得請求法院發回復婚姻權利的命令。但同居之不能以強制或懲罰收效，事至明顯，故法院已久不欲執行這些命令，即羈押反抗者的間接方法，也屏不採用。事實上，現今的回復命令不過為別居或離婚的先聲，與原意已大相懸殊了。

同居雖無從強制，扶養卻是可以的，對於夫，這責任是有效地執行着。妻若貧困，受了貧苦法的救濟，即可因失養，向夫追訴，並強使向當局償付所支出的生活費。依一八九五年已婚婦管轄法案（Summary Jurisdiction (Married Women) Act），凡夫虐待妻，不顧妻兒的相當生活（包括婚前出生的子女），以致妻被迫離去了夫，得命其向妻本人，或法院，或代妻受領的第三人，交付每星期兩鎊以下的數額；而依近時立法，妻為此項請求時，不必離去其夫。在經濟狀況寬裕之家庭，妻若被棄，不得相當生活費用，得用夫名記賬，除欠必需品，而留歸夫支付，這是最有效的辦法。

妻對於夫的扶養義務，惟以公共援助為限；而且她的責任也限於她的分別財產。換句話講，夫應工作扶養

其妻；妻卻不必工作扶養其夫。一方面，夫因所負義務較大，故有權決定家庭的處所及生活的標準；然妻當然可以任意使用其個人的金錢。

(b) 夫妻財產的關係已經前半世紀的立法，加以許多改革。舊的聯合制，夫妻對於雙方財產互有許多權利，現在已完全廢除了；而除普通繼承，夫妻有相互繼承權外（可以用遺囑推翻的），一方對於他方的財產簡直無權利可言，但授產或用他法創設權利，自當別論。夫妻得因一造破壞契約，互相訴訟；妻並得以夫不法侵害其分別財產（如擾害占有、損害等），提侵權之訴。除此之外，夫妻即不得互相提起侵權之訴，這原則似乎偏情輕理，假定夫妻之一造對於他造故意重大誹謗，爲什麼在世界上不許被害人得其公民的救濟？難道已發生了這類情事的家庭，還會因訴訟而更惡劣嗎？

結婚後，婦人得執有分別財產，並得執有受「預支限制」的財產（restrained from anticipation），所謂預支限制者，即不得處分財產，並不得預支財產的收益，這是婚姻之影響於財產的最大者。這享有預支限制財產的特權，可說是英吉利法律上，在近代由判例所生的最大改革了，因依英吉利法律的主要原則，除這例外外，一切財產的所有權均附以處分之權的，讀下文財產法（Law of Property），即可明白。這例外既異常重要，且引起某種特異的後果，自宜以一二言說明之。

已婚婦的分別財產這名稱，對於一班法家，是耳熟能詳的，他們知道，這些財產的創設祇能於移轉於已婚婦或其受託人的文件中，以明文設定，由來已有好幾世紀了。但現在時移勢遷，未免使普通人茫然了。凡已婚婦的財產，不問何時及怎樣取得，即是他個人的財產；而全部均是分別財產，無有軒輊。這是一八八二年已婚婦財產法案（*Married Women's Property Act*）所規定的原則。但婦人於婚前，或婚姻關係存續中，其父或他人願授與財產，可將財產移轉於受託人，為已婚婦執管，而附以預支限制。這辦法不獨已婚婦本人不得直接出賣、抵押，且祇能收取到期的收益，若於事前有所借貸、預約，是不能就未到期的收益執行的。

假定受這樣限制的已婚婦，手頭已經化盡，在其常交易的一家鋪裏，見了一件漂亮的皮衣，愛不忍釋，她就與店家商量道，「我現在手頭很窘，要到下個月纔有進益，你肯放賬，我就買了。」店家允應了；可是下期收益收到了後，那婦人拒不償付。若以預支限制的財產及收益而論，那店家簡直沒有什麼救濟。就是那顧客於定貨時，沒有什麼約言，也沒有什麼出入。且即使她在收到期款後，丈夫死了，預支限制停止了，對於夫死前，定貨後到期的款，就是在那寡婦的銀行裏存放着，那店家也還是沒有辦法的。這制度顯然是可以利用着去詐欺債權人的；惟好在婦人是不能自以財產，設定預支限制，去詐欺她的現存的債權人。

（c）最後當一述由契約及侵權行為所產生的義務，夫妻對於第三者當怎樣負責。這話，雙舉夫妻，不過



普通的對稱，並無他意；因為依法，除非親自參與其事，妻對於夫的契約及侵權行為是不負責任的。

夫的情形就十分不同了。依普通法，妻沒有訂契約的權，也不負契約的責任。因此，她的婚前債務當歸夫負責，而在婚後，也祇能以夫的代理人資格，訂立契約了。依新法，除因婚姻由妻方面取得的財產外，夫對妻的婚前債務，不負什麼責任的；而除以代理人資格所訂契約外，妻於婚前婚後所訂的契約，都應個人負責。可是，妻於婚姻存續期內，因契約所負的債務，也惟以不受預支限制的財產為限，負其責任。

夫妻的關係至為密切，什麼時候妻纔算以代理人資格訂立契約，是一個很難解決的問題。在明示代理，即夫明白授權與妻所為的行為，除事實的證明外，並沒有什麼困難問題。但在默示代理，情形就不同了。妻與夫相處，主持家政，當然難免有向近處店鋪賒欠日常用品情事；店鋪也當然信任那男人會付賬。據此觀點，他們若果真信實營業，自可認為合理，尤其那男人曾經付過欠賬，但那男人若能證明有家用付與其妻，或明白禁止賒欠，那店鋪就不免危險了。在這類情形之下，他們也許既不能向夫求償，也不能向妻追索——不能向夫，因為他沒有授權於契約，不能向妻，因為他們沒有她的賬。

侵權行為事件，還是仍古代法的舊貫，在婚姻關係存續中，妻所為的侵權行為，應由夫個人與妻共同負責，可是若於被害人尚未取得裁判以前，夫能經法院准予與妻別居或離婚，就可免除責任了。

#### 第四目 婚姻的解除

婚姻之解除計有三種：(a) 宣告無效，(b) 離婚，及(c) 別居。

(a) 無效之宣告，必結婚為自始無效。結婚儀式的問題，已充分申論，毋庸再贅。至宣告無效之原因計有：(1) 當事人的親屬關係，(2) 年齡不適，(3) 欠缺同意，(4) 不能人道，及(5) 重婚。茲依次說明如下：

(1) 親屬關係 當事人有直系血親或姻親關係，不得結婚。依我們所熟知的鄉村教會的限制，男子不得與其祖母或其妻的祖母結婚。三親等內旁系血親或姻親也禁止結婚，由來已久；所以男子不得與自己的及妻的姊妹、姑母、姨母、伯母、叔母、舅母、姪女、甥女結婚，女子亦然。但依近時條例的改革，男子得與亡妻的姊妹結婚，女子也得與故夫的兄弟結婚；而男子又得與叔伯母、舅母及姨甥女等姻親結婚。至於非婚生子女的親屬結婚限制，與婚生子女同。

(2) 年齡不適 男女未滿十六歲，不得結婚。但結婚在一九二九年五月十日以前，應適用其他法律，不受此項限制的影響。

(3) 欠缺同意 結婚既須出於自願，故當事人一方有欠缺同意情形，即足宣告無效。這類案件並不常見；但得因種種原因而發生的。例如精神喪失人無合法結婚能力；而精神耗弱人之不能明白結婚性質及效果

的，也同樣無能力。在這類案件，他造對於精神病態是否知情，可不必問；惟他造若爲不知情，則亦得如精神病者的代理人，請求宣告無效。現今結婚儀式防護周密，常人決不致受欺，盲然結婚，不知爲何事之理；但有少許案件，青年女子竟被人愚弄，誤結婚爲訂婚而受欺的。違反人意，強迫舉行婚儀的事件，也因同樣理由，必不多遺；但偶然也有發生的。又盲人也許被人捉弄，與A結婚時，誤信與B結婚。這類案件，若證據明顯，法院得依被害人的請求，以錯誤爲理由，宣告無效。

(4) 不能人道 (physical impotence) 不能人道非指不能生育，係指不能交合而言，爲不得結婚之一原因。這原則由教會法典承襲而來，凡經過相當試驗期間，當事人若能向法院證實，自結婚以來，他造確無交合能力，即可宣告結婚無效；而拒絕或不願嘗試交合，即爲無能力之證據。但此項結婚，在宣告無效前，仍爲有效；一造死亡後，也不得再宣告無效；而無效之宣告，必一造確有抑鬱情懷，急求拯拔，纔得准許。不能人道若發生於婚儀之後，不得據爲無效或離婚之理由，此理至顯，毋待申論。

(5) 重婚 結婚之一方犯重婚，他方無論是否知情，其第二次的結婚爲絕對無效。知情之一方舉行婚儀即構成重婚罪。但前婚姻必真正合法，後婚姻方爲無效。假使有人先與血親姪女結婚，後又與一不相識的女子結婚，那末，因爲前者根本不能算結婚，後婚姻反爲有效。但結婚之無效原因若爲不能人道，在未經宣告無效

之前，仍屬有效。

(b) 離婚為一種近代的救濟，產生於一八五七年婚姻原因法案 (Matrimonial Causes Act) 那時，婚姻事件移歸王家法院管轄了。宗教法院的離婚裁判不過是 *a mense et thoro*，並不是 *a vinculo matrimonii* (離婚) 相當於現代的別居，解釋見後。所以宣告離婚的條件，完全是依據條例的，而自一八五七年以來，已有不少改革，致使法律陷於令人不滿的狀態。

廣義說來，凡於結婚後，妻有與人通姦情事，夫得請求離婚；又夫若於婚姻存續期內犯通姦、強姦或雞姦情事，妻亦得請求離婚。但單以夫之通姦為一種離婚原因，係始於一九二三年；且那條例並無追溯效力。因此，夫的通姦雖在婚姻存續期內，卻在一九二三年七月十八日以前，即不構成離婚原因。依法律不溯既往原則，這是有充分根據的。

在一九二三年以前，妻雖不得單以夫之通姦請求離婚，但得以荒淫無度而請求之。所謂荒淫無度，即指亂倫、重婚、通姦兼虐待，或通姦兼無故遺棄兩年以上。一八五七年法案所規定這些權利的法文，已經一九二三年法案予以廢止了；然妻若發見夫於一九二三年之前曾與他女重婚，同居通姦，仍得據為原因，請求離婚。因為在一九二三年法案通過時，她的已經形成的權利，該法案仍予保留，故得引用通過以前所發生的事實，請求離異。

婚姻無效及離婚有一特異之處，須加說明。這兩種裁判有兩個階段；未到第二階段以前，是不能發生效力的。法院於聽審終了後，若認為請求已經證明，先當宣告一 *decree nisi*，這效力不過為一種通告，即若無法院所不能預見的事發生，當於往後某日，大抵為六個月，依聲請正式為終局裁判。在這期內，當事人仍繼續婚姻關係，若一方與人結婚，仍觸犯重婚罪。若在期內，法院發現什麼喪權 (*bars*)，為當事人於審判時所隱匿者，得撤銷前令 (*decree nisi*)，駁回請求。有一大員，名王命監督 (*King's Proctor*) 專事查察有否這類喪權存在，有權參與訴訟，並將發現向法院陳述，藉使該令不成為終局裁判。喪權這難題，當述明於次節。

(c) 別居 夫妻之一方於結婚後，與人通姦，虐待他方，遺棄他方兩年以上，不服從回復婚姻權利之裁判，或犯雞姦，他方得請求別居。婚姻不因別居而歸無效，不過關於取得財產方面，使她回復單身婦女的地位 (*feme sole*)，包括不得承受預支限制的財產，又關於契約及侵權行為，也使她處於同一地位 (包括起訴及被訴能力) 一方面，夫對於妻的契約及侵權行為的一切責任，包括裁判前的侵權行為，一概免除。最末的一層判例，及雖仍為已婚婦，卻不得承受預支限制的財產的較早判例，均覺有不合邏輯之處。然預支限制若發生於婚姻存續期內，裁判以前，在離婚或夫死之前，仍繼續有效。別居期內，雙方當然不必同居；果真同居了，別居裁判即失其效力。

就婦人利益而論，因近時有關已婚婦財產的立法，已使別居裁判之重要大為減削。至於在正式裁判的別居外，尚有二種較簡單的方式，也得解除婚姻的束縛。一種為知事的權，會見前文，係依據一八九五年已婚婦管轄法案 (Summary Jurisdiction (Married Women) Act)，得因夫之過度凌辱、刻薄虐待、遺棄，或不供妻兒的合理生活，或犯其他非行之，免除妻的同居義務。在效力上，這是弱妻的別居裁判。另一種救濟，較不完備，為保護命令 (Protection Order)，凡婦人被夫無故遺棄，而以作工或個人財產維持生活，得由簡易法庭發此項命令。但這命令並不免除妻的同居義務，夫若歸來，也就不得拒絕；自從已婚婦財產法律改革以來，這命令也就失其重要了。

茲當一述婚姻救濟的喪權 (Bars) 這要題，結束本章。

受理婚姻事件，法院當充分瞭然於案情，請求救濟的一方必良心坦白，救濟的請求必出於誠實，並不得無理延誤。因此，若案情與這些條件相刺謬，法院自得拒絕救濟，而在某些案件，且應予拒絕。所以救濟的喪權就有絕對的與相對的兩類了。茲先述絕對的喪權。

(1) 縱容 婚姻之一方與他方同謀設計他方的通姦，即不得據為離婚或別居的原因。縱容之不得影響於無效的訴訟，自屬當然。

(2) 宥恕 假使於知悉他方非行以後，一方得任意利用，恐嚇他方，這事態是不可為訓的，故一方除無從避免的稽延外，當立刻決定是否加以宥恕；知情後的不作為即認為是宥恕。但宥恕自以改過為條件；一犯再犯，被害人自得回復權利，宥恕得同樣適用於離婚及別居。雖然依嚴格論，無效是不能有宥恕的，可是以配偶而眠於權利，法院總不免致疑於其誠實呢。

(3) 串通 串通即雙方同謀欺騙法院，例如，有關救濟成立的要件，雙方約定不將虛偽之陳述反駁，即構成絕對的喪權。凡訴之陳述真實，不能否認，而雙方又約定對於陳述，不再由辨訴人提出防禦，那不一定是串通；但法院不免懷疑，於下裁判前，必使事實全部顯露。

下文當述相對喪權；所謂相對喪權，即法院於拒絕救濟與否，有自由裁量之權。

(4) 通姦 大概說來，原告人若自犯通姦，法院將不准救濟。但原告人若老實自白，法院得斟酌案情，不問過失，予以救濟。斟酌一事，最為困難，要無一定原則可據。有一時，因女子被夫遺棄虐待，或受飢寒驅迫，失身於人，類可得法院之同情。稍後，男子之被妻棄背，以致兒女失養，也漸漸勉強邀法院之諒解。法律約束之解除，有成相姦者好事的可能，影響於法院之斟酌甚大。離婚與無效事件，得予斟酌，固甚明顯，然原告人通姦之於別居，卻為絕對喪權，似覺可異。但這類事件，若曾有宥恕情事，法院自有斟酌准駁之權了。

(5) 助成 即助成被告人之通姦。助成與縱容、宥恕、串通有別，那三種都是絕對喪權。凡原告人之行為有引起或激勵相對人通姦之處，而果真有了通姦，自可拒絕原告人之請求。如夫常以嬌妻炫耀，誘惑無品之人入其賭窟，竟致嬌妻失身，即不得邀准離婚或別居。在無效訴訟，助成被告人通姦一層，當然是不成問題的。

(6) 虐待及(7) 遺棄 男人常常虐待其妻，或無故棄置，因之其妻有失節之事，縱使那行為未到助成程度，也無權藉口攻擊。因此，在這類案件，法院不必准予離婚；有人說，這原則雖不適用於以通姦為理由，請求別居的案件，然根據其他理由的請求，即當適用。這些喪權當然不適用於無效訴訟。

(8) 遲延 請求解除婚姻，雖沒有什麼時效的限制，然法院對於久擱之事，總抱懷疑態度，必令解釋明白，纔准救濟。在近時立法未通過以前，普通的解釋，不外原告人的貧困，事實審定的困難，重要證人的缺乏，及被害一方的試行和諧。換句話講，要遲延有喪權效力，必為無故遲延。遲延可適用於婚姻無效，離婚及別居。

本書為旨趣所限，當然不能述及婚姻法的細目，如無過失的妻，法院得命扶養，維護無辜的種種辦法，撫養監護子女的種種處置，及其他許多要端。總之，法院之於此種事件，有大量斟酌之權，但斟酌也須依循傳統軌道，故也不致流於偏頗。茲當再申述一重要的程序法則，係規定根據通姦的婚姻事件程序，而此項法則，不問其來源如何，現今已成爲離婚及別居程序的準則。



以通姦爲理由請求離婚或別居，法院應命夫，得命妻將所指通姦的相姦人列爲共同被告。就歷史言，一八五七年法案所規定這條文，係沿襲古時的「犯語」(crim. con.) 訴訟。在婚姻的解除還沒有司法方法的時代，這訴訟爲成立離婚的國會議案 (a bill in parliament for a divorce) 的初步必經程序。要提起這議案的人當先以與配偶有「犯語」(criminal conversation) 爲理由，向相姦人提起一損害賠償之訴。若能勝訴，國會即認定那裁判爲通姦的確證。新的離婚程序不獨採取了這辦法的實質；並且一八五七年法案又明白規定，夫得如舊時「犯語」訴訟，向共同被告人請求損害賠償，數額由陪審員估定。但所得的損害賠償，現行法已一反舊法，不准原告人自由處分，法院有權指示處分方法，或以之繳納訴訟費用，或給與犯妻，維持生活。又一九二三年以前，不得單以夫的通姦爲離婚原因，所以一八五七年法案也並無妻得請求賠償的規定。可是，依某些脆弱的權威，妻得以喪失共同生活爲理由，向夫的情婦提起損害賠償之訴。

依近時法律的改革，據通姦提起離婚的程序，當事人得主張由陪審員審理之權，已經廢除了。這一層，現在應由法官斟酌了。

## 第二十一章 親屬法(續)

### 第二節 父母子女

#### 第一目 概說

英吉利法律在實質上所承認的親屬，專指合法親屬，即由合法婚姻所產生的親屬。除貧苦法規定，維持非婚生子女生活的某種費用，得向其假定之父追償，亂倫及結婚禁止僅包括自然的與合法的親屬，及新近成立的非婚生子女與生母間的合法親屬外，凡英吉利法述及子女與父母的關係，必指婚生子女而言。私人的法律文件有涉及子女之處，若當事人無反對表示，也當這樣解釋。所以依英吉利法，什麼纔是婚生子女，是應當知道的。

在不久以前，這問題是容易解答的。差不多有七百年，英吉利法律總是堅持主張，所謂婚生子女係由合法婚姻所出生，或合法婚姻解除後一定期內所出生的子女；必這樣出生的子女纔是婚生，並以此為限。子女表面上雖符合這些條件，當然可另外提出證據，證明實際上非由推定之父所生，那末，就可宣告為非婚生子女。但推

定的父母是明白禁止參與此項程序的；而法院受理這類案件，也極不願理會瑣屑的證據。必推定之父於妊娠期內出國，或無法與妻接觸，纔得推翻「當以結婚之父爲父」(Pater est quem nuptial demonstrant)一語。

但一種法律的改革，爲一二三五年滿登的國會內諸男爵所打翻的，終究於一九二六年由魏司明司脫國會接受了；而那年的婚生法案 (Legitimacy Act) 不由得不使我們於原來的定義，再增加一句：「及子女出生後，其生父母於其生前結婚。」換句話講，羅馬法的婚生追溯 (post-legitimacy) 原則，結果是採入了英吉利法，所可遺憾的，所下定義卻不得簡短了。因爲非婚生子女生前，生身父母若與他人結婚，就不能成爲婚生。而且一九二六年的法文，必結婚之時，其生父係住在英格蘭或威爾斯 (Wales)，方可適用。又生父母結婚在法案通過以前（一九二六年十二月十五日），須自通過時起，纔生婚生效力。因成爲婚生而取得的繼承財產權，惟限於事後的事件，例如，生父之父，即祖父，以遺囑指定以財產遺贈與其子的子女，若祖父於生父母結婚前死亡，即不能享繼承權利，若死於婚後，方可。除某些例外外，生父母的結婚即使非婚生成爲婚生，然依大多數制度，於結婚外，尚須父母認可。外國的成爲婚生 (Legitimation) 事件，該法案並不對於一切案件都承認，僅認可幾種罷了。總之，一九二六年婚生法案的法文較尊重起草人的心意，遠勝於他們的頭腦。

一九二六年又有一種改革，把英吉利法律對於家庭生活的歷史政策改變了。在那時以前，收養子女雖爲

一種普通社會現象，卻沒有法律的意義。年老無後之人收養子女，教之育之，衣之食之，也許更以遺囑遺贈財產。但這種種純出自願。以法律而論，除虐待、遺棄子女有所規定外，養父母之於養子女，得隨時洗手不問，因此回復了未收養的狀態。

這事能經一九二六年收養子女法案(Adoption of Children Act)加以澈底改革了。那法案所稱事實收養(*de facto adoption*)，即是上述的自願收養，仍得照舊產生；但向法院聲請收養，法院即發依法收養命令(*adoption order*)，聲請人(夫妻或一人)即有權收養二十一歲以下的人為養子女。收養之後，凡有關於子女懲戒教養，死後為未滿二十一歲子女指定監護人，及為未滿二十一歲子女結婚，表示或拒絕同意等權利義務，養父母與親父母或監護人無異。但養子女並不因收養，取得養父母的財產繼承權，也不得以子女身分，承受養父母的遺囑或他人的遺贈，然也不喪失對於生父母的繼承權利。可是養父母自得以遺囑遺贈養子女財產，只消把其意思明白述明即可。

法院發收養命令的權受有嚴厲限制；登記生、死、結婚的總註冊官當設置一收養子女註冊簿，在此簿內，所有收養命令指示各節，都當登入。惟養子女的親父母的姓名不登入簿內。

## 第二目 親屬的效果

在法律上，父母子女的親屬關係已經闡明，茲當略述其效果，先就父母子女的相互義務說起。

父母子女應按需要，互負扶養義務；但在子女方面，所負義務以貧苦法的標準為限，且僅該法的經管人得加以執行，至於父所負的義務，尤其對於十六歲以下子女，雖也依貧苦法執行，若經濟富裕，不獨依俗情，即依法也增大不少。如上述男人拋棄妻兒，使無以為生，可視為無賴，得由知事發令，命為扶養，而妻兒依身分地位的必需品，由他人供給後，男人應負償付之責。有人若與有子女的再醮婦結婚，對於前夫子女，甚至非婚生子女，負有扶養義務。又法院還有一種間接方法，強使為父者履行扶養子女之義務，如子女有基金或信託基金存在法院，法院得不准用此項子女自己的收入為扶養；不過法院這樣處理時，必很審慎，不使妨害子女的前途，不阻礙受託人的斟酌，也不忽視提存基金人的意旨。

父死後，扶養義務即歸母負，最後即歸祖父母負；即在夫生前，妻若有分別財產，對於子女、孫兒女及父母，也負扶養義務——不過對於前兩者，必夫陷於貧乏境地。

一方面，對於子女的契約及侵權行為，若父母不授權，也不參與，是不負什麼責任的。因此，父對於子女在大學內所負的債務，不問怎樣合理，是不負責任的，除非父的行為有使商人信其負責之處。除共犯外，父母之於子女的犯罪行為，也沒有什麼責任可言。但依一九〇八年兒童法案（Children Act）十四歲以下兒童，或十四歲

以上，十六歲以下青年犯罰金之罪，法院得命，而有幾案應命，父母或監護人代為繳納罰金；除非父母或監護人能證明已盡相當注意，並無助成子女犯行之處。

五歲以上，十四以下的兒童若不遵照教育法案（Education Acts）的規定入學，負教養之責的父母當受罰金及監禁制裁。

雖有某種舊條例及封建土地法的傳統，父母對於子女的財產，並無什麼權利可言，甚至也不得加以管理。大抵未成年人的財產總是委之於受託人，而一切有關子女利益的斟酌之權，也授與這人。但父，或有時母，當然可為自己子女的受託人；且上述原則雖是那樣，受託人自可斟酌，由子女財產中提出一筆，歸父母教養他們之用的。

### 第三目 監護

最後當述監護的問題，即監護二十一歲以下的未成年人，或因父母雙亡，或已死其一，或父母已離婚或別居。

有關這題的法律，近年來已經過大改革。原來的法律係根據家族的及封建的學理，自從一六六〇年封建租地法（Feudal Tenure）廢止，又一八八六年及一九二五年夫妻在法律上的平等，日益穩固以來，那法律也

就重行整理，適應現代情況了。新法的眼目，既不在父的傳統權利，也不在母的抽象權利，惟在子女的福利；這原則，經一九二五年法案明白認定，為法院考慮有關兒童的教養及財產的一切問題中，最為切當的了。

除受這原則的拘束外，父仍為未成年子女的唯一監護人；可是這監護權對於父的原來地位，並不加增什麼。父死之後，母為唯一的監護人，或與父以遺囑或印據指定，或由法院指定的監護人，為共同監護人。即在父生前，母亦與父有相同的權利，以有關未成年子女的事件向法院聲請，並以遺囑或印據指定一死後的監護人，與生存的父或父所指定的死後監護人，為共同監護人。若生存的父或母與死者指定的監護人，意見有衝突之處，法院得衡量子女的福利，於兩者中指定一人，負唯一管束之責。

依一九二五年扶養法案 (Maintenance Act) 的某條可議的法文，不獨父母分居時，未成年子女得指定由母一人管束（若子女年稚，或父不規正，當然具有充分理由）；即雙方同居時，亦可並得強使父向母每星期給付金額，以扶養子女。當父母住在一起時，這樣一個命令，應不使實行，又發令後，父母住居一起在三個月以上，命令即失其效力。這種命令顯然徒使緊張的家室發生裂痕，法院自極不願頒發的。

前文會述，婚姻事件宣告裁判後，宣告法院得因事制宜，為未成年子女的管束教養，發任何命令；又宣告離婚或別居時，法院得宣告有過失的一方不得管束或監護子女。

除監護人本身不負扶養義務外，所有對於受監護人的管束教養，包括婚姻同意權，監護人實承受親父的地位。監護權於受監護人滿二十一歲時終了。監護人爲一種榮譽職務，除父母外，任何人不得強制接受。

父母及監護人的地位當然不能移轉的；惟某些權利得委人行使，例如請學校教師管教。但父母有意把子女交人管養（不必依法的養父母），尤其受託之人爲一親戚，後來父母若要回復親權，法院是不一定准許的。法院必以子女的福利爲前提呢。



## 第二十二章 親屬法(續)

### 第三節 普通繼承 (Succession on Intestacy)

人死後，遺有未經處分的財產，當依普通繼承法，分配於他的生存親屬，此項法律現在大部分包括於管理遺產法案 (Administration of Estates Act) 內，而凡死於一九二五年十二月三十一日以後的人所遺財產，均適用之。現今，大部分遺產仍依該法案所廢止的舊法管理；但因管理為時甚暫，不久就當分配，本書殊不宜縷述舊法，不過有時當稍予提及。

未述一九二五年法案所規定的繼承法則以前，先述一二普通人所嘗忽略的要點。

第一、普通繼承的原則並不僅適用於死無遺囑的案件。這類案件並不少見；因為有許多人落拓迷信，等到要立遺囑，已經一瞑不視了，還有些人遭逢橫死，也不留遺囑。草擬完備的遺囑，雖然總附有「遺漏處分條款」 (residuary disposition clause)，依此條款，一切未經有效處分的遺產得有所遵循，但依條款受利益的人，或一人或多人也許先遺囑人死亡，以致這一份，因所謂喪權成為無遺囑的遺產。又「遺囑處分條款」也許遺漏

不附，或附而不周，或竟特別除去某些條目。凡遇這種種情形，就是一部分沒有遺囑，即當適用普通繼承原則了。

第二、普通繼承原則之適用於遺囑人的財產，惟限於一處（有一古怪例外），即就他的所謂「身後產」(assets)內付出喪葬費、管理費及生前債務外的剩餘部分。有一時期，遺囑人之於他的「身後產」得以遺囑大大影響債權人的權利；在某種限度內，現今還可這樣辦（見後）。完全沒有遺囑的案件，這當然是不可能的；但怪得很，人死而無遺囑，或一部分無遺囑，有兩類案件，得駁奪債權人的某些利益。一種，即死者係「限定嗣續利益」(entailed interest)的所有人（解釋見後）。假定他死後不留遺囑，處分那利益，這就並不歸於他的債權人，抵償債務，卻歸於「限定嗣續的嗣子」(heir in tail)。另一種，就是對於實際上不歸屬於死者的基金，死者有一種概括權，得以遺囑指定歸於所欲的人。倘那人立有遺囑，附有可認為行使這權的條款（這類條款每易於解為默示），那末，這基金就成為「身後產」，由債權人得其利益。他若不行使他的權，死而不留遺囑，債權人就不能沾潤那基金。這原則之對於債權人，固未免苛刻；但這是法律，卻無疑義。

第三、對於無遺囑遺產，有繼承權利的人並無干與死者事務的權。身後事務的管理，均由「死者代表」任之，如有必要，由法院加以監督。死者若有遺囑，那人得為一遺囑執行人 (executor，但非必然)。所謂遺囑執行人，就是顧及債權人的權利，而執行遺囑的人。但遺囑指定的執行人，也許已在遺囑人生前死亡，也許拒絕擔

任職務，因為這職務是任意的。遇這類情形，縱使有有效遺囑，及一切無遺囑事件，總由法院指定一遺產管理人（每每由死者親屬中選任一人）清理身後事務——就案件情形，或依遺囑指示的方式，或依普通繼承原則，收集「身後產」償付債務，及分配剩餘財產。無論何人，或債權人或受益人要想自助，必自蹈險境。因為若聽任權利人爭先恐後地奪取優先地位，必使事件陷於混亂，那辦法即是常識所應有的步驟，以防止那種弊病。

有遺囑的事件，當以一公文副本，由法院蓋印，附以授權節略，或以授權書，由法院交與遺囑執行人或遺產管理人。此項文件，或稱遺囑檢認 (probate)，或稱管理書 (letters of administration)，當隨案情而定，即為遺囑執行人或遺產管理人據以行使職務的授權公事。沒有遺囑的事件，管理書當付與由法院依一定規則所選任的親屬，或如有必要，付與選定的死者債權人，以管理遺產。管理人若於職務未了前死亡，當另行指定一繼承管理人 (administrator de bonis non) 完畢其職務；但遺囑執行人半途亡故後，他的職務即移交於他的遺囑執行人。假使那遺囑執行人死後沒有遺囑執行人，他的遺產管理人卻不得代行遺囑執行人的職務，當另行為死者本人指定一繼承遺產管理人。

第四、一九二五年管理遺產法案未生效以前，英吉利法有一特點，把普通繼承分為二支：一支關於所謂不動產 (real estate) 即「遺傳的自由持有權」 (freeholds of inheritance) 另一支關於動產 (personal

estate) 即其他一切財產，包括「土地租賃持有權」(leasehold interests in land) 內除依地方習慣承襲的權利，如農奴持有權 (copyhold)。依第一支繼承的人，稱爲嗣子 (heirs)；而未經遺囑明白處分的「限定嗣續利益」的嗣續，及依處分與嗣子解決的承襲，以及死於一九二六年前，未留遺囑人所遺「遺傳的自由持有權」的嗣續，均仍由所謂嗣續法規定 (Law of Inheritance)。依第二支繼承的人，稱爲近親 (next-of-kin)；而他們繼承所依據的原則（稱爲分配原則），大部分係沿襲羅馬法，而經十七世紀的分配條例 (Statute of Distribution) 加以修改。除死於一九二六年前，不留遺囑人的遺產，及因依分配條例有權的人，得有贈遺，確定得利益的人或類似事件，包括於一九二六年前生效的法令外，那些分配原則，現在已完全廢棄了。依一九二五年法案的文字推論，近親一名實爲該案規定普通繼承人的適當稱謂。

初步應予注意的幾點，既已闡明，茲當進而演述普通繼承的原則。這些原則，除「限定嗣續利益」外，當適用於一切未經遺囑處分的財產，不過本來整個的遺產，爲了法案採用「動用家具」(personal chattels) 這新術語，有所改變了。依該法案，後死的配偶對於這種財產有優先權利的。所謂「動用家具」包括死者的廣義的家具（營業除外）——房屋內，花園內，廐房內及車間內，消費物與不消費物，自照相，汽車起，到塵拂，掃帚止，均包括在內。這 personal chattels 名稱，擬的未見高明。因爲有 chattels personal 一名含義很富，在英吉

利法上已爲習見之詞；兩名既相類似，不免常相混淆，新的名稱難免有時爲鄉人誤用，寫入遺囑，以致遺囑人之真意反而誤爲他意。現且依次敘述原則如下。

(1) 後死的配偶 後死的配偶對於死者所遺未處分的財產，有第一位的權利。這是英吉利法的原則，由來已幾世紀，名爲 *curtesy* 及 *dower*，但僅適用於不動產。凡適用新法案的案件，這些權利已經廢止了；而依新法，後死配偶得承受(1)死者的「動用家具」解釋見上，(2)一千鎊金額，免納遺產稅及費用，(3)若死者無卑親屬，就死者全部剩餘財產上，一種終身利益；若有卑親屬，就剩餘財產的二分之一上，一種終身利益。也許死者的財產全數已付了債務及遺囑的費用，那更無相當餘款可以應付那些要求。至於第二項中，法案所規定的免納遺產稅及費用字樣，不得認爲後死配偶有權駁奪王的遺產稅，或死者代表的費用。

(2) 卑親屬(*issue*) *issue* 的意義指死者的生存於世的直系血親卑親屬，即子女、孫子女、曾孫子女等等。前章曾述，依自古以來英吉利法的根本原則，親屬繼承專指合法親屬而言。但一九二六年的婚生法案以人道立場，採取革命步驟，有所改革，依這法案，婦人生有非婚生子女，若死於一九二六之後，遺有財產，即由非婚生子女繼承，與婚生子女同。非婚生子女若於那婦人生前死亡，而婦人身後又無婚生卑親屬，則所遺財產，由非婚生子女的卑親屬繼承。但婦人若有一婚生子女，而這子女於那婦人生前死亡，遺有一非婚生子女，那非婚生

子女卻沒有繼承祖母的遺產之權。

除上述後死的配偶權利外，全部遺產（除「限定嗣續利益」外）當歸於死者的卑親屬。這原則是很簡單的；但適用這原則的法則，在管理遺產法案內有詳細規定，故必須仔細加以申述。

該法案並不設年齡或性別等差異。所採取的原則為按順序（*per stirpes*），不按人數（*per capita*）。因此，假定A有三個子女，內有一人於A生前死亡，遺有子女五人，那末，A的遺產，若無遺囑，當平均分為三股，他的生存子女二人各得一股，其餘一股由已死者的子女五人平均分配。假使A的子女全體於A生前死亡，各遺有子女，人數不等，還是適用同樣原則，各房子女僅得他們已死父母的應繼分。倘A的子女有一人於A生前死亡，而無所出，或所出已於A生前死亡故（胎兒於A死時未生，即算生存），這一股即不必提出，而A的遺產當分為兩股，由生存的二人各得一份。

法案又很審慎地規定，卑親屬的應繼分，在未滿二十一歲或未結婚以前，不得作廢。應繼人若在未至二十一歲或未結婚以前死亡，他的一份即歸生存的兄弟姊妹分受，假使沒有兄弟姊妹，就歸於其他卑親屬，又假使死者是一個單傳獨子，就歸於死者的配偶。應繼人一至二十一歲，或一經結婚，應繼分即為確定，應繼人即有處分或以遺囑遺贈之權，而他的子女對於這部分依法更沒有什麼主張可言。但當應繼人因未滿二十一歲或未

結婚，應繼分尙未確定以前，遺產的受託人得就應繼分中預支本利，以應教養應繼人的需要；而應繼人一至二十一歲或結婚後，即可取得應繼分的本利。

這種精詳的規定，在一九二五年管理遺產法案內，稱爲「條例的信託」(the statutory trusts)；而同規定也適用於其他無遺囑的繼承人，惟有一種區別，很爲重要。

這重要的區別，即死者的遺產分配於卑親屬間，當適用普通所謂「財產混同原則」(hotch-potch)，即凡死者於生前，爲安排子女生活或提供結婚奩資，預有金錢給付，這預給的數目應算入這子女或其身後所遺的卑親屬的應繼分內。依這原則，預給的數額應加入死者的總遺產額內，而再從各子女的應繼分內減去這預給的數額。財產混同原則由來已古，當初僅適用於父方面的預給，現在自也適用於母方面的預給了。可是這原則卻不適用於死者預給與孫子女，或更遠下代的數額。

(3) 父母 若死者無卑親屬，或所有卑親屬在未確定取得繼承產前，全體死亡，那末，除死者後死配偶所應享的權利外，全部遺產應歸死者的父母平均承受，若父母僅存一人，由生存者一人承受，——任何情形下，承受之產即時確定。非婚生子女的遺產，惟母一人有承受之權。

(4) 其他親屬 無遺囑人的較遠親屬計分爲五種順序；必前順序的親屬，在無遺囑人死時，已全體亡

故，後順序纔有權繼承。這五種順序有如下列（但死者的後死配偶的權利，不在此限）。

- (1) 親兄弟姊妹，平均按順序承受，受條例的信託限制（財產混同原則除外）。
- (2) 堂兄弟姊妹，同前承受。
- (3) 祖父母，平均承受，即時取得。
- (4) 親伯叔叔姨、親舅父，平均按順序承受，受條例的信託限制（財產混同原則除外）。
- (5) 堂伯叔叔姨、堂舅父，同前承受。

若所有順序，均無人繼承，全部遺產本利歸後死的配偶承受；若連後死配偶也沒有，遺產即歸入國庫（*bona vacantia*）。

關於繼承事件，*descendants* 一字指一切直系及旁系血親（有反對明示或默示除外），*Issue* 一字指本人的直系血親卑親屬，不問遠近。



## 第二十三章 財產法(Law of Property)

### 第一節 通則

所謂財產者，就是把天地間某部分的天然財富占爲己有，所以一切個人的財產都是一種專利品；但這却並不一定是不好的東西呢。

財產的「自然權利」一名爲人所習聞；這名含有一種純正的意義，不過常被人所誤解。這名稱所欲詮表的，無非是人們在某情況之下，爲了自己或他人，把某部分天然財富占爲己有，要係出於常人之天性，本於過去的传统。這些見解一經社會中其他份子，或份子中一部分有力者所同情，這社會就會起而贊助，對於侵害的人，施行法律或規則，加以懲罰，或令負賠償責任，以保護這些占有物。至少在權利人循法律途徑有所獲取時，必加以認可，予以保護。這樣，財產就成爲一種法律制度，而在一切文明國家的法律中，實占着重要的一章。至於這制度的起源，及道德上與哲理上的根據，雖很富興味，卻不在本書範圍，且置不論。總之，這是近代法律而尤其英吉利法律的制度。如上文曾述，這制度在某種限度內，還經刑法的保護，例如關於竊盜，惡意侵損，強暴侵入土地等

規定，這裏當依民法的制度說明之。

置國會中的辯論及其他討論不談外，許多國會的高明的作品及法案，都混淆財產的性質，上文簡要的說明實為避免這種混淆所必要。所謂混淆即不分財產與財產的標的，這兩個名目都很重要；一有混淆，即使思想無從清楚。法案內有所謂文例 (defining sections) 者，簡直混淆的要不得，徒然反增讀者的疑雲罷了。

財產或稱物權，係法律的產物，並無具體的存在，可以覺觸，不過是賦與權利人予權力，得經由法院去對付一切干涉權利的人。這一切人可說是負有義務，其程度相當於那權利或權力；所以財產法無非規定有關天然財富的據有，公民所享的權利及所負的義務。

物權係得對抗一切人的權，這就是物權與本書所述其餘權利的區別點，如債，即為根據契約或侵權行為，僅對於特定人生效的權。社會內的普通份子所以須尊重物權，並不是因為他們會這樣約定，也不是因為他們犯有過誤，不過是因為法律為顧及社會的一般利益，規定他們須這麼辦。羅馬法家稱物權為對世權 (jura in rem)，債權為對人權 (jura in personam)，以示區別。大陸法律用語分別稱為客觀權 (objective) 與主客權 (subjective)，較欠妥貼。

但並不是一切對世權均為物權。例如，許多屬於公民的公權，如言論、結社自由及許多私權，如名譽權，不受

私禁權等等，雖均得對抗全社會的份子，卻並非物權呢。有時，也有人主張這些也是物權，因為所保護的不外一人的身體，名譽與自由的 property（譯者按這裏 property 一字，應訓為性質，在英語係一字雙訓）可是這無非是舞文弄墨罷了。真正的物權常有一種具有可以處分性質的標的，由所有人憑合法手續取得，如買賣、繼承、遺贈及交換等；並不僅憑社會一份子的地位。有幾種真正的物權確沒有可以覺觸的標的（這是混淆的淵源），即物權所直接涉及規定的，並沒有什麼物質，如專利權及版權。這些權，英吉利法律稱為無形物（things-in-action），後文當有所說明。但物權所涉及的那些物，如土地、建築物、鑛器具、衣服、像片、車輛及一切無數的商品，實占物權的極大部分；又按諸事實，財產法的分類，大體上即是物權標的分類，本章開始所述的混淆，就是由這事實所引起的。

例如，某法律文件內提及土地（land）一字，究竟這是指土地成分的泥土呢，還是指土地上面的某種權利呢，就不能弄得明白；又 estate 一字也有同樣情形。原來法律所承認的權利的性質，大部分須依隨權利標的性質，所以也難怪有那般混淆。但那混淆總是大錯誤的淵藪；而要避免那混淆，須得先依財產的標的，加以分類，把財產法對這些標的所承認的利益，及其得喪方式，保留起來，另列次分類。

那末，財產法得第一大別為兩類：（1）土地財產法，或名不動產（Law of property in land, or in

movables) (2) 動產財產法，或名動產 (law of property in chattels, or movables)。這分類很有理由，因為土地與動產的性質，根本不同，法律所認可的利益的性質及得喪方式也就因而澈底差異。一塊土地不能起來逃跑，也不能被人帶走，也不能消滅，也不能死亡；然牛羊卻都可以的。所以一塊土地是有永久性的，就可在上面創設保持久續的利益；可是要租賃一隻羊，定期九十九年或二十一年，就簡直是笑柄了。

不幸，英吉利財產法雖然先很簡單地分爲土地與動產，或稱不動產與動產兩類，卻因封建土地法對於某些地上利益，不得以前述的物權訴訟 (real action) 救濟，以致這簡單的分類也就眉目不清了。差不多有三個世紀，封建的法家不認「租賃持有地權」(leasehold estate) 爲一種物權財產 (real property)，即不得用物權訴訟請求回復。他們堅主把這些利益，歸入一類，祇可用債權訴訟 (personal action) 請求損害賠償。因此，這就歸入於動產或債權財產 (personal property) 一類；可是因其性質關係，就立一兩混名目，通稱爲「動產物」(chattel real)。後來，以巧妙的假擬爲障蔽，「租賃持有地權」得以勒遷之訴 (ejectment) 請求回復原物，可是爲了許多原由，還是保存債權財產的舊名，原由之中，包括遺產分配時，此項利益應歸於近親，不歸於嗣子。這著名的分類，把財產分爲物權財產與債權財產，大抵是混淆財產與財產標的的最著例子；而在現代英吉利法律用語上，像「自由持有土地」(freehold and 意即地上的自由持有利益) 等可怕名目，簡直把很近的

國會法案的瑕疵畢現，還是留着那痕跡呢。

但財產法，經一九二六年的大改革，已大大鏟除了財產的封建分類，而回復了往日較簡單合理的分類，分為土地財產或不動產，及動產財產或動產。本文述財產法大綱，當先述有關不動產的法律，闡明法律認可的地利利益，次述有關動產的法律，再述財產的移轉，或以遺囑，或以其他法律行為，後當略論信託（Trust），而信託為英吉利財產法的特點。

## 第二節 土地

依英吉利法律，土地不獨得橫分為畝分，且得直分為地面、地底、地上，直到天空。但這分割也許沒有什麼有形的界線，可為標記的。這話並不指多人就同一土地得有共有權的意思；這意義固大有歷史的意味，現今卻不甚重要了。此中的含義，係指A得獨為地面的所有人，B得獨為地底初層的所有人，C得獨為地底更下一層的所有人，這樣下去，直至無限，又各份均成爲一權。凡僅租賃地面時，就發生這類分割，例如耕作租賃。這裏，地主不過租出地面，租期也許很長，而地底還是自己保留着的。租賃採鑛情形相同，不過一爲地面，一爲地底罷了。凡「自由持有利益」所有人所享權利範圍，係下自地心起，上至天空。這是法律的根本原則。因此，有人若揚旗空

中，跨越鄰地經界，雖未接觸地面，也算觸犯擾害占有（trespass），於是航空成功以後，就不得不在航空法案（Air Navigation Act）內加以規定，凡就案情內的風向、氣候及一切情狀觀察，飛行高度相當，即不構成擾害占有或滋擾（nuisance）。

土地利益的第一種次分類，為英吉利法所認可的，即分為有形的與無形的承襲物（corporeal and incorporeal hereditaments）兩類。「承襲物」一名的原意為得繼承的物，但習用上卻指一切土地利益，不論可否繼承；近時法律雖有改革，這用法似乎仍繼續沿襲着。「有形承襲物」為一種利益，依此，所有人得實際占有土地；或至少，得向「租賃持有」的租戶，收取租息；「無形承襲物」為另一種利益，所有人沒有這二種權利。例如，房主以房屋租賃於承租人，定有年限，他就有了「有形承襲物」，而依現代法（不過很不合於封建學理），承租人也照樣有這麼一種物。但對於某地有通行權的人卻沒有「有形承襲物」，祇有一種「無形承襲物」，因為他不能請求占有土地，也不能收取租息，在這兩類之間，還有一種「衡平利益」（equitable interests），說明見後，當然為封建土地法所完全不承認的。這些利益是否可以歸入新近土地法改革後的分類之中，頗覺疑問。可是分別「有形承襲物」與「無形承襲物」的重要性，已因那種改革大見減削了。不過因某些區別依然存在，而「有形承襲物」與「無形承襲物」的名目常見於法律著述，自宜加以疏釋。

又那論題卻引起了另一種著名的區別，並未經近時的改革所廢除，且貫串全部財產法。這就是所有權 (ownership) 與占有 (possession) 的區別；後者已見於本章文內。所有權與占有為英吉利法所明白認可；且英吉利法不同其他制度，占有的學理較為簡單。凡對於具體的物，有事實上管領的力，能在某期間內支配物的用途，那就對於物，有了占有。所以占有為一事實點，而非法律點；但這卻並不能說沒有心理成分在內。有位著名的法官曾經說道，「人的心理狀態之為一事實問題，彷彿於他的消化狀態。」茲舉例以明之，那原則得同樣適用於不動產及動產的，所以假定吾友到店內購物，託我留心他的腳踏車，吾可不是腳踏車的占有人；因為我實無意支配車的用途。吾的責任不過保護吾友的管領罷了。又假定僕人奉命看守主人的馬，或傢具，或房屋，他也不算是占有的；因為他也不過是主人的手臂，保護主人的物的管領。

一方面，占有人與占有物卻不必有實際的接觸。如上舉兩例，占有腳踏車、馬、傢具或房屋的，是吾友或主人，不是吾或僕人；因為前者得隨時隨意行使事實上的管領力。又吾若有貨物置在五十里外的棧房內，鑰匙由吾保管，惟我一人，可以開啓提取，那我就有占有。這常稱為「準占有」(constructive possession)。這名稱不大妥貼；因為這未免令人誤會與實際占有不同，那卻不合事實的。比較妥貼一點的名稱為「長手占有」(possession longa manu)。觀上數例，可見心理成分為占有的要件，不過這心理究是什麼，就很難說了。這心理不

能解爲知情；因爲一人得占有他所占有的土地下的埋藏物，而一無所知。又一人得占有一毫無權利的物；不過這占有是不法的，稱爲不法占有 (torious)。但法律因着眼於和平秩序，得保護確然不法的占有。

甚至依法有權占有土地的人，以暴力趕走顯然不法的占有人，卻觸犯刑事。在反證未提出前，物的占有人即推定爲所有人。在英吉利法的早期，法律銳意保護占有人，給予種種救濟，以致所有人（不同時占有）很覺狼狽。由這事實，就產生了一句成話「占有有九分法律點」 (possession is nine points of law)。

反之，所有權爲一法律點。一切財產均含有法律創設的權利（具有相等義務），因而法律必鄭重審究誰當有那些權利。據以審究的原則稱爲財產的主權 (title)，當於後文闡述。所以不法所有人這名稱是矛盾的名稱；而合法所有人，真正所有人，或有權所有人等名稱，雖屬無傷，卻難免引起誤會，以爲另有什麼不法的所有權呢。每每有人對於偷來之錶，在市上售於誠實買客，就用那些名稱。在這案，一反普通原則，購者即成爲所有人；而被盜的人必俟竊賊被捕定罪之後，方能追回原錶。在此以前，他就不是所有人；祇能稱爲前所有人。

末了，我們須辨別三個不同而相關的名稱，即占有 (possession)，請求占有的權 (right to possess)，及占有人的權利 (rights of the possessor or possession)。第一個就是上述人與物的關係，爲一純粹事實點，得爲合法的或不合法的。第二個爲法律所賦之權，得以一切合法手續，取得占有；而在實務上，很關重要。這與一



切權利一般，爲一個法律點。第三個也是法律點，即占有的權利，爲法律所賦與占有人，以保護他們的占有，也祇此爲止。這些是很多很重要的；因爲法律不欲擾亂占有呢。

## 第二十四章 土地的法律利益及衡平利益

### 第一節 概說

今日，土地的次分類中，最重要一種，係分爲「法律利益」(legal estates and interests) 及「衡平利益」(equitable interests) 兩類。這分類爲一個運動的結晶，故很富興味，那運動起自八世紀以前，要在不同今日的環境下，達到某種目的，畢竟因英吉利法富於彈性，倒適應了現代大變的情況。

當那所謂封建時代，即自諾曼征服起至玫瑰戰爭 (Wars of Roses) 止，王的法家及法院對於土地真正着眼之處，不是那經濟性，而是那政治性。簡單說，募兵，及爲王服務而負入伍及參議之責，都根據依封建租地法的土地占有 (seisin of the land) 那道母斯測量 (Domesday Survey) 之草成，及物權訴訟 (real action) 之發明，根本就是契合王的那種企圖。至於封建藩屬之於封邑，那就不獨視爲徵兵役或其他服役之所在，且也視作財源，藉以維持個人及家室的生活。但這些事務卻非普通法法院所注重。他們的主義及實務僅在處理那首要的問題：即誰是正當占有那土地，以便財院 (Exchequer) 依道母斯書的估計，向他徵役徵稅。其他

一切問題，非他們所問的。

可是另有一班人卻側重於土地所有的經濟方面，遠勝於政治方面。這班人之中，有一批是教會的新行乞派（Mendicant Orders of Church）中的窮教友（poor brethren）。他們在十三世紀出現於英格蘭，需要土地建築教會、醫院及學校，他們就遇到了困難。一來，他們會宣誓守窮，而守窮與土地所有權，就很難融通。二來，他們決不是世俗主的軍人，而依封建式的土地所有權，就不免連帶服兵役。且在王的樞密院中，已開始提起土地歸入宗教機關之手的问题，論調紛呶。所以那班乞徒不得不鄭重將事；在他們應付困難，窮思竭索之餘，終究想得了一個辦法，即歸普通人承土地「所有，以應他們工作的使用或需要。」這觀念流播如飛；到十三世紀之末，由「置土地為使用」這辦法，及各種人利用這辦法，遂行狡黠企圖——主要在於逃避封建苛稅及圖賴正當債務，所生的許多弊竇，新國會當通過一條例，以資應付。

這條例通過的當時，普通法法院還沒有承認土地的使用權（*cestui que use*），這些事情還出於普通法法院想像之外。他們所關心的，不外如上文所述，誰占有那土地。

但這事態形成兩端。一方面，這阻礙着使用者或受益人的債權人，無從取償於土地，而受益人的地主也無從於其死時追索封建稅收；因為依普通法法院的觀點，受益人是沒有土地的。他方面，若封建的租戶，即占有土

地的人，拒不履行他的使用或信託，受益人實無土地可言，亦即不得收使用或信託之益。

大約有一時期，教會爲維護宗教財物，對於這般狡黠行爲，認爲破壞信託（大概以宣誓爲擔保的），而施以的壓力，已足夠防止重大的背信。但一旦這「置土地爲使用」辦法，擴展爲粹純家庭的措施，就顯然有更周密保護的必要——尤因王家法院對於教會法院之于與土地事件，憎嫉日增，益覺必要。到了十四世紀之末，平衡法院的大法官，就不但強行土地的信託或使用，並及於動產的信託或使用，而就飛速發展，成爲一種新的所有權，稱爲「衡平所有權」（equitable ownership），這制度雖被普通法法院所忽視，卻由衡平法院的日增月盛的權力所嚴密保護。

後來，這新觀念不獨適用於使用的受益人，且推及於抵押下，債務人移轉土地或動產於受抵人或債權人，而衡平法仍認債務人保持財產權，惟負償付抵債之責，債務人的回贖權，又推及於購者付了買價，土地未正式移轉，購者所有的利益。換句話講，凡大法官認爲除了普通法的手續外，A實在是土地或動產的所有人，就盡力維護A爲所有人的權利，甚至不惜對抗依普通法爲所有人的B；但A嘗就B的行爲，找出一點瑕疵，這瑕疵在良心上可阻止B執有土地或動產，以對抗A。但這但書很是重要，使衡平所有權的保障，次於法律所有權，因爲每每有法律所有權入於「不知情誠實購者」（bona fide purchaser without notice）手內之虞。所謂「不

知情誠實購者」即憑純潔良心，付相當代價，而取得土地或動產的人。

換句話講，衡平所有人的權利不是嚴格對世的 (in rem)，即不是對一切人的。但這些權可是物權，至少是準物權；因為除了良心純潔的法律所有人外，得對抗全世的，並得移轉開發，一如普通財產。最初，衡平所有人簡直完全沒有什麼法律權利——即普通法法院承認的權利，漸漸除了請求占有的權，及對抗「不知情，付代價，誠實購者」的權利外，差不多取得了一切法律權利。

這雙重所有權雖然普及於某些階級，卻引生很大弊竇。這些弊竇在一九三五年通過的使用條例 (Use of Dues) 序言內，予以指出，敢怕似是而非。這條例的通過，就土地利益而論，用意在於廢止那制度，果真起草條例人的目的在於廢止那雙重制度，他們可是失敗了，惟理由因太繁細，不便於此詳論。他們實際上所為的，具有不良效果，是把衡平所有權的疏鬆複雜，採入法律地權的處理，於是為家庭「授產」的複雜制度，闢了途徑，當內戰時，那制度就普遍於地主縉紳階級。這些「授產」的旨趣在於割裂家庭地權的所有權，分成許多短時利益，附以許多負擔，以使永不致因政治的過犯，遭扣押或沒收，因為犯者所有惟一種有限的利益。同時，藉「信託」名義，舊時衡平所有權仍復推行，未嘗間斷；不過共和國 (Commonwealth) 時代，封建租地法的正式廢止，卻駁奪了那原來的根據。

這新的「授產」制度雖自內戰所產生，卻不隨內戰共消滅，當十八世紀及十九世紀之初，益復變本加厲，那時，正是地主的壯年時代呢。不問這制度的利處怎樣，所生弊竇卻很大的。不但因「授產」的出賣，須有利害關係人的全體同意，竟使土地不入市場；且縱使在市場出賣，每因事後發現某些法律地權置在一遙遠受託人

之手，而那人或已死，或無從查訪，或發現某些隱秘利益，而為購者的法律顧問所未能明悉，以致購者雖誠信將事，也得喪失其購買利益。在「革新」時代，反對這制度的情緒異常強烈，於是某有力革新派堅主廢除法律地權，把一切物權利益歸入衡平所有權。所幸，國家並不隨波逐流；一班清醒思想家畢竟認明了，那法律的與衡平的所有權的區別，不僅築基於法律的保守，要係適應真正社會的需要。正如封建時代，政府、家庭及宗教機關的利害不同，產生了法律的（公的）與衡平的（私的）所有權的區別，十九世紀亦然如此，土地的商業交易，與以土地為家產，利害不同，也有保持那區別的必要呢。茲一述這區別。

廣義說來，人之購地租地，不是為居住之用，或經營事業之用，或意在投資，就是置作家產，安定家室。前一情形，他最側重主權的安全簡單，有完備保障，得對抗不明的主張，避免耗財的調查。後一情形，他所側重的，要能夠依照家人（包括尚未出生之人）的實際與預計的需要，詳密規定財產收益的分配。要達到這個目的，就有委任受託人的必要，即由他們負管理財產之責，那受益人僅保留衡平權利，得督促信託的適當管理。

就爲應付這一層，使「授產」地權的出賣租賃，趨於簡捷。國會自十九世紀中葉起，有一段長期間，從事於立法。簡單說，那些條例的目的，在於使受託人，或依稍後政策，使「終身租戶」(tenants for life)，或其他有限利益所有人，得將「授產」地的全體利益（不僅同意出賣人的利益）出面出賣，及爲其他處分；其他利益人的各種權利，即由賣去的利益，移轉於受託人或終身租戶所收受的金內。購者一經向受託人或終身租戶交付買價，更不必顧慮受益人的主張，他們利益的保護，只消唯受託人或終身租戶是問。自一八五六年起至一八九〇年，一長串的授產土地法案 (Settled Land Acts) 即在努力推行這政策，效力日增，結果良佳。

一九二五年的立法循同樣途徑，進一步增採兩點。——第一，得創設爲「法律地權或利益」的土地利益種類，加以嚴格限制，第二，對出代價購者的誠信，設定嚴格的界說。這二層改革都屬重要。凡如終身及限定嗣續地權等利益，及未經占有或未付授特定人的「將來利益」尙未取得法律地權的保障前，代立讓渡書人就負着重任，冒着大險。凡訓練有素的代立讓渡書人，得憑機智察覺的各個「衡平利益」，非購者所得推諉不知情時，那讓渡就不能穩固。究竟「法律地權或利益」與「衡平利益」間的關係，依新立法，係處於什麼情狀，茲當述其要略。

## 第二節 土地的法律地權與利益

地權 (estates) 與地上利益 (interests) 並非同義。每一地權必為一種利益；但每一利益卻不必為一地權。惟利益而占有土地，或向「一定年限的租戶」收取租息，方為地權；效力上，直等於上述的「有形承襲物」。本來持有地權人與直接地主，及最後與王的關係，皆據地權決定，即是地權所以重要之處。地權是決定持有人的身分或地權的。自租地的封建原則實際廢止後，「地權」已失去其一向對於土地利益的重要性。可是新立法仍按其重要，予以分類，計分為兩類法律地權，即(1)「具占有、絕對、世襲的地權」(an estate in fee simple absolute in possession)，(2)「絕對、定年限」(a term of years absolute)。

(1)「具占有、絕對、世襲」依普通法，世襲地產的地權，即是一地主許給藩屬的地權，依自由租地式執管，並得世襲不替。自一二九〇年奎恩都條例(Quia Emptores)確定認可那些地權得自由移轉後，世襲地產的地權實際上就成為完備的所有權，惟除於死時占有土地的租戶，直系旁系均告絕嗣，給地的地主或其繼承者得將給地沒入。在土地不能以遺囑遺贈前，那不是希有的事。一五四〇年後，這事日益少見；因為世襲地產的租戶，一知本身血親斷絕，類多訂立遺囑，推翻沒入。



現今，在世襲地產上，不能再加什麼新的負擔或租息，而沒入原則，也早經管理地權法案所廢止，故世襲地產之爲租地式已名存實亡，卻得訓爲完備永久的土地所有權了。世襲地產要成爲法律地權，必具備「絕對」與「具占有」兩要件。因這有關世襲地產的所謂「絕對」字義含糊，尙無界說，對於財產法案 (Law of Property Act) 用這字的真義，頗致疑竇。但就旁文觀察，可知凡世襲地產，若明定以不確定事件或偶然事件爲條件，就不能算絕對世襲地產，也即不成爲法律地權，惟除一二例外。「具占有」這要件係排斥將來利益，卻包括向「定年限租戶」收取租息。所以世襲地產所有人X按一定租息，租地與Y，定期二十一年，X仍算「具占有」，因爲他有權向Y收取租息，這是完全依照封建原則的。

關於世襲地產所有人的權利，已無多可說。總之，除當顧及爲社會大眾福利的法律，如制止滋擾法律 (nuisance) 及顧及本人或先人所設定，或推定爲設定的地上權，如通行或畜牧等權外，所有人得任意支配土地的。

(2) 「絕對定年限」 「定年限」即至曆計日期滿期之謂。依前文說明，「定年限」的利益，依照封建原則，不得列爲租地的正當方式，也不得認爲一種地權。這一觀點，已因保障「定年限租戶」的程序變更，也在十五世紀隨之變更了；「租賃持有租地」 (Leasehold tenure) 及「租賃持有地權」 (Leasehold estate) 已

成了認可的名稱。怪得很，「租賃持有」不獨爲財產法案明定成爲法律地權，且在實際上，實爲現存真正租地的唯一例子。有關「租賃持有」的地主與租戶的名目，既爲各人口頭所常談，這大概是很簡捷的。

但一觀定義的餘文，結果卻不是那麼簡單。第一層，定年限的「絕對」與法案上文，世襲地產的「絕對」顯然有所不同。法案文例明白規定，縱使明白訂定「年限」之決定，應依「通知，再佔，法律作用，或依回贖終止條款，或依其他事件」，只消那事件不是身死事件，那「年限」仍不失爲「絕對」。第二層，雖依普通法的確定原則，在承租人未占有土地以前，在「租賃持有利益」上，就無所謂地權，但依財產法案，「定年限」之爲法律地權，就不以占有爲要件。而且，在同一地上，或以抵押，或因他故，同時得設許多「租賃持有地權」。不過法院或當依照已成原則，決定各個優先地位。在這制度之中，縱沒有實際困難，卻不無很大的抽象的困難呢。

表面上，定年限租賃僅設立權利，使用地面，包括建築物及定著物；但租賃得明定由承租人植基造屋，或掘地採礦。可是，若沒有反對的明白訂定，而承租人於歲收之外，損壞或移去土地的任何成分，例如木材、礦物、定着物、建築物，即屬觸犯毀損，應負賠償之責。在某限度內，他也負「尋常損耗」責任，即失於檢點，使房舍暴露風雨，或怠忽尋常家事，以致損傷。但差不多一切書面租賃，「損耗」的法律大多由當事人另行明白約定，而須謹慎遵守。承租人不付租息，或不遵守租約，除某些小屋或荒舍事件外，並無法律規定地主得強令遷讓，此層殊出常

人意料之外的。但草擬周密的租約必附以「再占條款」(proviso for re-entry) 依此，承租人若有失責任，出租人得以自力，或提勒遷之訴，勒讓再占。可是，果有這般條款，法院仍有權駁回勒遷（或稱沒收），所據原則，與抵押人於預定償債日，不能取贖財產時，大法官據以實施救濟之原則相彷彿，即次承租人遇有其直接地主因故受原地主沒收，以致危及持有時，也得請求救濟。至於地主與租戶法的細則，非在本書範圍，且止不述。

這些法律地權之外，還有幾類地上利益，得稱爲「法律利益」(legal interests)。幾類中祇有兩類，須得一述。

(3) 無形承襲物 如上文所述，這是一類有限的權利，由A在B所占有的土地上行使，而B地受其限制。後者的地稱爲「供役地」(servient tenement)；若A所行使之權亦爲占據土地，不過不同於B的占據，他的地稱爲「主產」(dominant tenement)。若「無形承襲物」不過爲一種使用權，如通行權，依嚴格法律，祇能附屬於「主產」行使，稱爲「地役權」(easement)。若這是一種採取一部分土壤或出產的權，則稱爲「收益」(profit)，而其行使得不連屬於「主產」。所以，我若主張在B地之上有通行權，必證明係鄰地的所。有人。但我若主張在B蕩內有漁權，就只消提出這權，或據讓渡，或據契約。財產法案在規定創設法律利益章內，並不採用「無形承襲物」這名稱的，卻用「地上通行權，權利，或特權」及租息負擔等字樣。猶如「法律地權」

法案又規定，要這些權利得成爲「法律利益」，必所有之利益等於「具占有、絕對、世襲的地權」或「絕對、定年限」通行權、收益權之論題雖富趣味，卻很深奧，欲澈底明白，必多諳舊法及某些很專門的原則，故本書不復深入了。

(4) 基於「法律抵押」的負擔 讀後文土地移轉，即知依新立法，抵押之成立，係由抵押人於地上設定擔保年限；而這些年限當然成爲「法律地權」。但財產法案又鼓勵，設定一簡單負擔，以代正式抵押；而依其規定，凡這般負擔以印據創設，明示係依「法律抵押」所生，即得成爲「法律利益」，而抵押權人即於地上取得實質權利。這般負擔所生權利至泛，很難列爲「無形承襲物」。一方面，這又當然不是一地權，實在這差不多是財產法案所創的新制度。

地上「法律利益」之所以重要，無非如前所說，一經誠信購者（包括承租人和抵押權人）以代價取得，並顧及財產法案內某些簡單要件後，即取得安全主權，優越任何影響所購利益的「衡平利益」。除少數特別例外，不問事前是否知情。這些要件既這般重要，當予說明如下：

(a) 凡讓渡係依據授產土地法案的權力，買價應付與依法案旨趣的受託人。

(b) 凡讓渡係出於出賣的受託人，買價應付與該受託人。

(c) 凡讓渡係出於抵押權人，或行使首要權力的「死者代表」買價應付與該抵押權人或該代表。

(d) 凡讓渡係依據法院命令，買價應付與法院或依照法院之命令交付。

依普通原則，一單獨信託人而非信託公司，不得收受買價。信託公司即由受託人法案(Trustee Act)授權，以單一受託人職務為業的公司。

上列各款，似乎並不概括那最通常的事件，如由絕對所有人得抵押權人的同意出賣，那果然是對的；而在這類事件，購者祇能自行謹慎小心，以資保障。但主權及負擔的登記辦法日進，這責任也就與時輕鬆；且有一特別規定，絕對所有人得為本身設一「出賣信託」，這樣，購者可引據(B)款，以為保障。

末了，這幾類利益也得完全成為「衡平利益」。那些利益必依適當方式讓渡，具適當主權，方生「法律利益」效力呢。茲當進述祇能成為「衡平利益」的那幾類地上利益。

### 第三節 土地的衡平利益

(1) 終身利益(Life interests) 這些土地利益最早見於普通法；而其原則，為土地之讓渡於A，僅許A一「終身利益」。現在這原則已改變了；但其持續不絕實為「終身利益」導源於往古的明證。一「終身所有人」

在地上所享的利益，顯然較少於「世襲地產所有人」，然較之任何「定年限承租人」，不論其期限怎樣久長，所享利益總大一些。所以「終身所有人」對於利益開始時已開的鑛（雖不得開新鑛）有開掘權利。他又為地面及地底的所有人，因此，不經他的同意，就不能開掘新鑛。但他應如「定年限承租人」負「積極損耗」責任（positive wastes），即不得損害土地或建築物；然於「尋常損耗」（permissive waste），即失於修繕，卻不必如承租人那麼負責。又因「終身利益」每由家庭「授產」所創設，「終身所有人」類得免除損耗責任。在這情形之下，「終身所有人」即得開掘新鑛，割取普通木材等等，但也不得從事於無謂損耗，如拆倒大廈，割掘貴重木材等等。這類損耗名為「衡平損耗」，因為本來，凡「終身租戶」免除損耗責任的，僅衡平法院得加以這般限制呢。

有一種「終身利益」很奇特，很普通，名為「依他終身利益」（*pur autre vie*），例如，給地於A，以B的終身為期，或A為終身租戶，以其利益移轉於X。前一情形，利益至B的死亡終了，後一情形，至A死時終了，A顯然不能以大於本人的利益，授與他人的。這般利益在實際上並不重要，但利益所寄的死亡問題，卻有幾種條例，得資以解決。

(2) 限定嗣續利益 (entailed interests) 「限定嗣續利益」為一種利益，若未轉成世襲地產，於所有人死時，僅限以由本身的卑親屬繼承，即他的直接子孫，或「嗣子」，或由一定配偶所出的卑親屬繼承，或在任

何情形下，限以由一定男或女的「嗣子」繼承。自一二八五年至一九二六年，得創設這類利益爲「法律地權」，但以土地爲限；而差不多在地主的每件嚴格「授產」內，就這麼創設的。且依一二八五年地同尼（Doris）條例的起草人的明白意思，所有人不得於生前移轉地權，或設定負擔，致生損害於他的卑親屬。但憑了司法的勇毅，假借假擬（fictions）的巧用，約在條例通過後一世紀內，這意思是規避了。「限定嗣續租戶」只消經過一種昂貴的假擬訴訟，就得有權處分土地，與本爲世襲地產租戶相彷彿。可是，以遺囑更動「限定嗣續地產」卻因死後不能進行假擬訴訟之故，直到一九二六年纔爲可能。

一九二五年的立法，在限定嗣續的法律方面，有大改革。第一，創設利益不以土地爲限，得及於任何財產，或物權財產，或債權財產。第二，所有人得於生前作成一通常印據（deed），並無特別格式，撤除限定。第三，若所有人在遺囑內明白表示意思，即得以遺囑處分「限定嗣續利益」；而在這情形之下，那利益即應負擔他的債務。但不這麼辦，那利益當依限定嗣續的方式，歸於「限定嗣子」，免負遺囑人債務，並包括王債。「限定嗣續利益」所有人之得有權於死時詐欺債權人，很難找出正當理由。依新立法含義，至少關於土地，「限定嗣續利益」祇能成爲「衡平利益」。

「限定嗣續利益」所有人使用標的的權力是沒有限制的。損耗的法律不適用於他。當「限定嗣續利益」

之創設，僅限於土地時，畢竟土地是不能消滅的，這自由要非背理。但現今那利益的創設已推及動產，那末，一定嗣續的酒窖或汽車隊於一二代後，不知成什麼局面，倒覺有趣呢。

(c) 將來利益 (future interests) 在普通法及依使用條例，得用「餘產」(remainder) 及「限業」(executory limitations) 等名義，在地上創設種種「將來利益」。這兩類的區別至為專門的，且欲知區別的原則，所需學識廣泛，未免勞而無功。至於「將來利益」除受「防止永久性原則」(rule against perpetuity) 限制外，得有許多種類可以創設，惟僅為「衡平利益」憑藉信託生效；是否有效，以是否於一九二六年前得成為「衡平利益」為標準。「防止永久性原則」適用於各類財產，說見後文。最普通一例，即父以遺囑授「終身財產」於一子，另附指定，囑於子死時，授與子之子女。後者之所得，即取之於「餘產」，或期望。他們從「餘產」的創設所得，也許是一定的利益，也許是不定的利益。上例，他們係得一定利益。但遺囑人得指定孫兒女於父母死時，已滿二十一歲，纔得受分遺贈；在這情形下，孫兒女的持分，在未滿二十一歲以前，即屬不定了。依受益人觀點，在前利益未確定前，於贈與上，要無收入或其他直接利益可得，實為「將來利益」之缺憾。這不是今日的葡萄，而是明日的葡萄呢。「將來利益」得出賣或抵押；但要這樣，須重大犧牲方可，尤其是為不定的利益。近時立法有一奇特結果，使「將來利益」中的真「分剩權」(true reversion) 消滅了。「分剩權」係



一人於他的較大利益中，創設一較小利益，依租地法持有，所留剩着的利益。這「分剩權」不依明文，惟依法律作用產生的。這每每列爲「無形承襲物」；可是那「定年限的分剩權」爲現代最重要一例，倒不算爲「無形承襲物」或「將來利益」。現今這實已成爲一「法律地權」，那就非「將來利益」所可能的。「真分剩權」係世襲地產租戶由其權上，創設一「終身地權」或一「限定嗣續地權」。但現今「限定嗣續利益」及「終身利益」祇能成爲「衡平利益」；而在一法律所有人與數衡平利益所有人之間，並無所謂租地法，得影響於前者的地權。「分剩權」一名見於新法案，但僅適用於所謂「定年限分剩權」或一般「將來利益」。

成爲「衡平利益」的各類地上利益已列舉，述其大要（此中包括得成爲「法律地權」的「非法律地權」）那末，所有人之於權利，究有什麼保障呢？假定一付代價誠實購者，依照適當要件，取得了同一地的「法律利益」，顯與他們所有利益相衝突，而他們凡遇這情形，又須屈服於購者，那末，他們有這「衡平利益」，究竟有什麼好處可得？這類問題很重要，故在結束本章之前，予以提出。

依財產法案第三節的解釋，「衡平利益」所有人的主要保證，在於法院準備令受影響的「法律地權」所有人負擔衡平義務。「衡平利益」之得存在，必在法律所有人方面有同等義務，賦予效力，那是根本原則。在某時間，也許沒有這類人的。假定有的話，法院必據衡平管轄，依衡平所有人聲請，取敏捷步驟，令他尊重「衡平

「利益」的效力。假使沒有的話，大抵必有一人已移轉其地權於人。在這情形之下，倘那人爲一付代價誠實購者，會遵照適當要件的，就不能向他說話。

但對於「法律地權」的前所有人及賣得之價，得予追究。法案的某些嚴格條文，目的就在保證賣價常入於安全之手。衡平法之「追究信託財產」已有深長經驗，而凡遇欺罔受託人或其他法律所有人設計隱匿，詐欺利得，必鐵面無情，根查澈究。茲舉一例，假定受託人有了「法律地權」，陰謀詐欺受益人，把「法律地權」買與一無辜購者，吞沒了買價，雖受益人不能向購者有所主張，卻得以刑事追訴受託人，且受託人若把款存入銀行，或投資某公司爲股份，法院必勒令銀行或公司，爲受益人利益執持存款或股份。假定「法律地權」所有人不是一受託人，例如賣主合意售地權於B，即使B在地上有一「衡平利益」，後來，賣主又售地權於另一人，那對賣主的救濟就不那麼厲害，但也很有效力的。

那就是衡平所有人的主要保證；此外，當審究的，惟有利害衝突的衡平所有人對於「法律地權」所有人，爭競實行他們的權利時，發生什麼效果？例如A對於在受託人手內的財產，有一「終身利益」，A把利益賣給了B，後來，又隱匿其事，重賣於C。B與C決不能兩全的。就土地利益而論，除受怠忽證實的限制外，「衡平利益」以創設，或日期的先後爲序，這原則直至最近纔有變更。依新的財產立法的新奇見解，適用於「無形物」連續

移轉的原則，說見後文，已推廣適用於地上「衡平利益」而現在，那些利益的次序當依向「法律地權」所有人通知利益的遲早。按法文的奇特字樣，似乎通知不必用書面的，但這點卻頗有疑問。

衡平所有人還有其他救濟，性質較狹。可能的話，最好這般人能據有主權印據；因為這麼一來，就使任何誠實購者發生問題了。又有幾類「衡平利益」得在土地登記處登記；購者對於這般事件，無論這樣誠實，不能置之不問的。他當至登記處查究，俾明主權有無糾葛。還有幾類，因太專門，不贅於此，得強使「法律地權」所有人移轉「法律利益」於衡平所有人，於是衡平所有人就成爲法律所有人，具備法律所有權的權利了。

就上所論觀察，及依近時立法的明認，衡平所有權確不如法律所有權那麼穩固，特別因衡平所有人鮮有權主張占有土地或動產，而占有卻是所有權的主旨呢；不過法院若認爲適當，得命爲「佔領」(occupation)。這實是法律所有權與衡平所有權之間的根本區別；且這層在變動情況下，還是堅持不移，很覺奇特。一五三五年使用條例分明要變使用爲占有。可是，過了四百年後，畢竟那法案是失敗了，遭了廢止。但那區別還依然存在。衡平所有權，不如法律所有權，不是嚴格對世的，即不得對抗一切人的，僅爲相對的，即僅得對抗良心受其影響的法律所有人，對抗與他交易，未遵守要件的疏忽人，及對抗主張較遜的衡平所有人。可是，若說衡平利益不是財產，惟是對於特定人的債權，卻不免荒謬了。這實是英吉利法律的一最特異的色彩啊。

## 第二十五章 動產法

### 第一節 概說

英吉利法律稱動產爲 *chattel*。 *chattel* 的本義爲可移動之物，而其價值即寄於物質。古人所謂 *chattels*，就是指牛、羊、劍、錘、家具，及粗陋的農器等。

工商生活日趨進步之後，就產生了另外一種完全不同的動產，其價值不寄於物質，而寄於法律性質，所謂法律性質就是法院依文義所賦與的效力範圍。一張一百鎊的匯票，若作爲一物件，簡直不值一辨士，若作爲殷實者的期約，就值了一百鎊。債券、股票、專利證、保險單及其他許多所謂「無形物或無體物」都是這樣的。這些東西有時稱爲無形動產 (*incorporeal chattels*)，以別於舊法的有形動產 (*chattels corporeal*)，或具體物件；這些名稱指明了兩類物件的區別，故很有價值；一類爲能占有的具體物件，一類爲不能占有的法律物件，如「無形物」。所以這兩類動產不能適用同一原則，而依那區別就可區分動產法爲 (a) 關於有形動產法，及 (b) 關於「無形物」法。

## 第二節 有形動產法

大多數有形動產的性質都要死滅的，所以普通法就不承認動產上可有持續利益。在動產上享有「終身」「定年限」或「限定嗣續」等利益，在普通法法家看來，就認為可笑。可是衡平法院大抵鑒於幾種較新的「無形物」如公債及東印度股票，永久性較富，漸漸對於以遺囑在動產上創設的「終身利益」認可其效力。依近時立法的非常規定，在任何財產上，甚至得創設「限定嗣續利益」。但普通法法家的見解，在動產法上所留痕跡深刻，斷難與土地法並論；不過上述關於「法律與衡平利益」的區別，除必要的差異外，也適用於動產法的。

就「法律利益」而論，英吉利法律之於有形動產，仍復膠執普通法的見解，故兩人分析一有形動產的唯。一辦法，只有由一人享動產的占有，一人保持所有權。實行這必要分析，每每係用「交付」(delivery)手續，古人或稱爲 *bailment*，這手續當於後文論財產移轉時詳明。這裏當知的，凡一人以物品交付運送人運送，或交付借用人使用，或交付承攬人修理，或交付衣匠縫紉，或交付債權人爲債務擔保，即屬寄託 (*bail*) 物品於那些人；依普通法見解，那交易的結果即使受交付人 (名爲受寄人 (*bailee*)) 占有物品，由交付人或稱寄託人保

持所有權。

前文論述占有時，曾經指明。普通法為保護占有人起見，所賦予的許多權利與救濟，在我們看來，似宜屬於所有人的；尤其為物品的寄託，每每時間甚暫，更有此感。然此事雖覺驚奇，卻非不智。因此，假使寄託人占有之物品，被第三者損害或盜走，受寄人個人之利益雖微，對全部損害雖無須負責，卻得提起擾害占有之訴，請求全部損害。有一案件發生於本世紀之初，為這原則的實例。一政府郵船，載了郵件，於霧中被撞入北非洲檀灣（Tahle Bay），大部分郵件滅失了。因這事過失在另一船隻，郵務長就向那船的所有人提起訴訟，請求滅失郵件的損害。那所有人抗辯道：（a）郵政局不過是郵件的運送人或受寄人，郵件當然不屬於該局；（b）郵務長既不負賠償郵件所有人的責任，自不得向過失人請求損害。本案在上訴法院經過充分辯論後，駁斥兩層抗辯，判令給付郵務長郵件的全價。

其他因第三者的過誤事件，適用一相類原則。假定我為某季使用，租借一馬，送至甲廐養，甲竟無端拒我牽馬，我可提起非法扣留之訴（action of detainue）；甲不得以「馬非爾有」為抗辯。又我若以物品託拍賣人拍賣，而同行拍賣人奪了去，拍賣了，我的拍賣人對於物品雖僅有暫時占有，卻得向同行提襲占之訴（an action of conversion）占有的受寄人於所有人本人（寄託人）依正常途徑請求時，雖須返還物品，卻得加

以扣留，至改良或保存物品的工價及其他費用的清償爲止。這扣留的權名爲留置權 (Tien)，爲普通法所賦與受寄人，如運送人、旅店主、碼頭主等最有價值的權利之一。有些案件，如旅店主等，於債務不償時，得依留置權實行售去物品；但在大多數案件，這不過是一留持的權，一旦喪失占有，那權也隨之消滅。這留置權與上文所述的海事留置權及賣主售地未得價，或買主付價未得移轉的衡平留置權，有所區別。那些留置權的發生與實行，均與普通法留置權迥然大異；且也不必牽連占有的。

受寄人或占有人的地位有這般嚴密保障，那所有人或寄託人反而似乎沒有顧及了。果然，他可向受寄人提非法扣留之訴，追返物品；而在某時期，普通法也很有嚴勵執行這請求權之勢。那訴差不多有物權訴訟性質。原告人無異主張，「你占有的是我的物，你必返還。」且觀於受寄人既有許多權利，粗看起來，那是並不背理的。但商業交易日趨複雜，要受寄人擔保寄託物的安全返還，卻覺難堪了。假定受寄人一無過失，寄託物被竊了。受寄人若能找到竊賊，當然可向他提起訴訟的。但也許這是得不償失呢。或假定受寄人一無過失，那受寄的動產（例如一馬）死了。法院有感於這些情形，漸漸就開始主張寄託的默示契約 (implied contract) 依此，受寄人的責任皆隨情節而不同。例如，我以坦白之懷，於友人出外旅行時，代爲保管集郵珍本，不料僕役疏忽，毀壞了珍本，我既無所取於占有，令我賠償，豈不難堪。反之，我若經營寄藏珍貴之業，收取費用，情形自屬不同。因此，受

寄人應怎樣負責的一完備典則，自按情節負重大過失責任起至輕微過失責任止，就逐漸產生了。但昔日除不可抗力外，運送人應負全部損失的責任，及旅店主所負的相類責任，依然存在，令人想見普通法原則的嚴峻呢。

至於所有人向第三者得爲之救濟，除寄託係暫時性，得由寄託人隨時決定的場合外，甚爲稀少。一八六二年有一案件，所有人租一駁船與丁，由丁出租，租期不定，當丁占有那船時，一鐵路公司有一汽鍋落於船內，擊碎了船，所有人向公司訴訟，得了賠償。在該案內，法院與律師均說原告人有「分剩權」(reversion)。但該判決超然獨立，與昔日判例不無刺謬；而宣告判決的法院亦承認無占有的所有人不得提襲占之訴 (action of conversion)。無論如何，在動產決沒有「真分剩權」，那是不能成爲租地法的物的。另有一實際問題，即受寄人若已向竊賊或其他過失人，取得了動產的全部價值，所有人究竟能否請求受寄人給付是項付款。有人主張，在原則上，他得以「款係爲原告之用而收入」爲理由，爲是項請求，但這點卻很乏權威的判例。

除訴權外，關於動產的所有人與占有人的各自權利一層，依普通原則，占有人所有之權利，惟以寄託契約的明示或默示者爲限。這是一個事實問題，當由陪審員裁斷，惟條件若以書面訂明，纔由法院解決。但有些事件是很明顯的。假定吾貸一物件與人，爲私人之用，例如借書讀，借馬騎，他就無權把書放在他的旅店會客室，任旅客翻閱，或把馬租人馳騎。反之，我若以刀碟貸與飲食店主，爲營業之用，他就可店內使用等等，這是一常識或



是一明白交易的問題呢。凡寄託所必然賦與受寄人的唯一權利，即得獨立占有動產，直至寄託終了。

所有人在動產上的權利，除自爲的寄託外，惟受滋擾法律（Law of Nuisance）之限制。他得任意使用，藏起來，改造過，賣去，送去，毀去（動物受刑法限制），或根本加以消滅。烟火或爆炸物的所有人卻不得在街衢炸放。但這限制不是因爲所有權有什麼限制，卻因爲那行爲構成公共滋擾的緣故。在自己園內，依法就可那麼辦了。有形動產的所有權每每是絕對的（absolute）。

### 第三節 無形物法 (The Law of Things in Action)

無形物 (things (choses) in action) 包括許多種財產權，由各不同方面所產生，而除「要點外，也鮮相類之處。舉凡通常錢債、票據、年金、定期金、股票、證券、公司債、版權、專利權、圖案權、商標、商號及「牌子」(goodwill) 等物，都包括在內。茲就每項說明其大要。

1. 通常錢債 常由借款或商業契約，如賣買貨物等所生，而有時也由債票、授產契約，及其他印據所生。錢債當然祇能由契約中的一造請求他造履行；但債權人對債務人的訴權有一定財產價值，故得出賣，而在債權人破產時，列入財產。錢債 (debt) 必爲一定金額，或可得而確定的金額；其他因契約所生的債務不歸入「錢

債」一類，且依原則不得移轉的。

2. 票據 (negotiable instruments) 這些亦屬錢債，本於契約的一定金額；但受特別原則規定，見於一八八二年匯票法案 (Bills of Exchange Act)。票據包括匯票、本票、憑票及依商人習慣計載一定金額的票據。票據一入付代價誠實者之手，即予保護，縱使前手確無主權，也不生問題，此為票據在商業上之重要性，不同於大多數財產權之處。因此，假定竊賊偷一見票即付的支票，付於店家，店家不虞有故，付價照收，店家即得持有支票，對抗被竊的前所有人。英格蘭銀行鈔票及國庫券雖然與票據相同，付代價誠實持有人也受法律的保護，卻反於常見，不是要據。流通的硬幣亦然，並非票據。

3. 年金與定期金 這些如前一名所示，係按年支付持有人的金額，或出於撫卹，或本於代價，每每以終身為限，然永久的或定年限的也非沒有。年金得不由特定人支付，由土地或其他財產負擔；而對於不履行的唯一救濟，就祇能取償於財產。

4. 股票、證券、公司債 這些都由公司所發；但王得發證券為公債之一部，自治政府也得發證券為地方債之一部。股票為共同事業的資本單位，各股有分別標記，按類歸列，不能分割。價值寄於公司的現實的及預期的繁榮，以按股分配的利潤為衡。證券 (stock) 可以分割，不限範圍與數目；其生產額，或為一定數額，或依事業利

益高下；對於未付資本，不負責任。但通常商業的證券，其存在與價值當然全視事業的成否。付清的股票 (share) 得變為證券。

公司債 (debenture) 不過是公司的債務承諾，與通常債券 (bond debt) 的不同處，在於公司債每由公司財產負擔，持債人對於財產有優先於普通債權人的請求權。負擔得設定於公司所有的一定財產，成為一定負擔，而不經持債人的同意，公司即不得加以處分；或為一「流動負擔」，僅得對於持債人（其權利每委於受託人）決定請求時，公司所有的財產取償。

5. 版權 這是法律所賦與創作文學、音樂、戲劇、或藝術等作品，著作家的專利權，得以任何形式，發行出賣。要得這權利，並不需要什麼程式；凡任何人圖利自己，妨害此項權利，應受禁止；且除證明出於誠實不知情外，應負賠償損害之責。版權以著作人終身及死後五十年為期，並受特別原則保護，著作人的任何移轉效力（除遺囑處分外），以死後二十五年為限，期後，版權即歸還死者的代表。

6. 專賣權及圖案 這也是專利權，賦與發明工業上新設計的發明家，憑特許證或註冊取得之。這類專利權，英吉利法律加以嚴密防範；而十七世紀的歷史的掙扎，引起了專利條例 (Statute of Monopolies) 的嚴格限制，其主要一點為限制工業上設計的專利期限，定為十四年。依後來的專賣法案 (Patent Acts)，凡發明人

於短期內未得相當報酬，得延展至二十八年；而在大戰後，專賣的正常期限展至十六年。圖案的專利期限，以十五年為最高度。侵害這些專利權的救濟與侵害版權同。

7. 商標與商號 這些係「無形物」為標記的專利，而標記係所以表示某類商品與企業人的關係。企業人不必為商品的製造人，尤不必為發明人。一人可擇一如法蘭絨等極普通物件，配置形式或色彩，附以商標商號，即可因大眾的特別心理，取得那物品的商標商號的專用。一商標或商號必須具備某些創始成分；但要件不甚嚴格，主旨僅在防止企業商人利用普通對象文字，有所壟斷。權利之取得，憑註冊，而期限起初僅為十四年。但使用不間斷，得無限延長。有關註冊貨物的商標商號在五年間不誠實使用，得撤銷註冊；而商標之移轉，必與有關的牌子同時為之。侵害商標商號，救濟與版權及專賣權相同。

8. 牌子 (Goodwill) 大眾或一部分大眾每習慣至某處或某店購買物品，牌子就不過這習慣的結果。大眾之光顧某游樂處或某店，當然不能出於強迫的；但習慣之力甚強，因此，老主顧的交易就有很大價值，可作為商品賣買了。法律所能保護承購這類無形物購者的辦法，祇能禁止出賣人，不得以競爭老主顧的方法，使出賣牌子行為等於零。因此，企業人既得高價出賣牌子以後，就不得在貼鄰或對面開張競爭營業，詐欺買主。但他人發起激烈競爭，卻無法加以禁止，這未免使有些購者憤懣不平。因為購者不過承前人之業，並不取得什麼專利。

呢。後者既無權抗議競爭，前者自也無權可言了。

本書為旨趣所限，關於「無形物」所有人的權利與救濟，除上述外，自不能詳細申論。如票據、專賣及版權等實為專書的論題。證券與股票等，要澈底明白，就得成為大部作品，申述股份公司法案（Joint Stock Companies Act）及其他條例所設定的龐大複雜機構。這些作品當由專家研討。這裏，祇能再一述有形動產別於「無形物」的根本重要區別，以結束本章。

有形動產可以占有，「無形物」卻不能。占有為一事實，所以僅存於法律心目中的物，就不能占有了。明白一點說，你不能占有你所不能據坐的物；固然，你可坐在票據或股票的紙張上，可是由紙張所代表的價值，你就不能坐在其上。

結果，有形動產以寄託手續，把利益分成為所有權與占有的辦法，在「無形物」就屬不可能。例如，「無形物」就不能有什麼質（pledge）租（hiring）存（deposit）或運送的。又「無形物」不在買賣貨物法案（Sale of Goods Acts）、賣票法案（Bills of Sale Acts）等條例範圍之內，又除一奇特例外外，也不在破產法案（Bankruptcy Act）的「定貨及處分」條款之內，因這些法案都以占有為出發點的。交存提單（bill

of Ladings) 固得有出質單內貨物的作用；但並非是出質「無形物」。交存如股份證書及票據等文件，也確然得使保管人有權執持文件所代表的權利，並得有於文件上設定衡平負擔的作用。但這與有形動產質不同，係以所有權擔保，並不是「無形物」的占有上的留置權；而所謂主權文件上的「留置權」為一完全不同的東西，異於有形動產上的普通法留置權。如專賣及版權等專利事件，因許可使用專賣或印行作品，而發生一種類於寄託人與受託人間的關係；但這比擬不甚相稱。那許可實不過專賣人或版權所有人與受許可人間的契約；這並不如寄託，創設什麼權利，得對抗他人。有種主張，甚至持有獨占許可的人也不得因侵害專利，而向人控訴。

法律所有權與衡平所有權的區別適用於「無形物」，因起於相類原因，故有相類結果，而對於土地與有形動產完全相等。衡平法據這區別等因，即憑管理信託的權，准許於有形動產及「無形物」上，創設「終身專益」。在法律上，就當然不能在兩者之上，創設這般利益的。但把財產委置於受託人，指定以收入付與A，終A之身，並於A死後，把原本分給其子女，就並無什麼困難。這些辦法日有所見的。

## 第二十六章 財產的移轉 (Alienation of Property)

### 第一節 概說

依現行英吉利法原則，一切財產均得由所有人於生前或死時移轉，且除少許例外，當事人不得以契約禁止移轉。給人財產，禁人移轉，已被認為極端矛盾。換句話講，移轉之權已成為財產概念的要件了。

讀英吉利法律史，當知此種移轉自由的建立，曾經長期激烈的奮鬥。我們還可想見當初的時代，甚至牛羊也不得移轉，而有人有了一牛，曾屬他人，就被指為竊賊。土地之移轉而不得所有人的親屬或地主的同意，在某時期簡直非想像所及。英吉利土地的移轉自由直至一二九〇年纔告成立，且那時還很不完備。爭求「限定繼承地權」的自由，還繼續努力着，到了十五世紀，纔奏全功。一五四〇年前，除有特別習慣外，土地不得以遺囑公開遺贈；而遺贈的完全自由到一九二五年纔實現。「無形物」發生後幾世紀，普通法還認為不得移轉；而衡平法與商習慣之致力於解放這原則，要到一八七三年，纔得完全勝利。現今，除少許例外，財產反不得由當事人以契約禁止移轉了。那些例外，當簡要說明之。

雖然永久的所有權不得禁止移轉（除極少例外），短期利益是可以的。「定年限租賃」及「終身利益」得以條款禁止移轉，或訂明移轉當沒收，或訂明利益至移轉時終了。租賃事件，每每僅附以一條件，如未經地主同意，禁止移轉之類；而法院卻有大權，防止苛刻適用這類條款。可是，雖有最近立法，這似乎還是有效的。「限定嗣續利益」除了見於後文的例外，不得禁止移轉的；絕對世襲地產及絕對動產所有權也都不得這麼限制。

不得禁止移轉的原則，有一顯明例外，即為已婚婦事件。她的一切或一部分財產得於生前受「預支限制」。可是「預支限制」並不駁奪已婚婦以遺囑遺贈原本之權；不過為顧及已婚婦本身或她的債權人利益，法院在某些案件，有權維持那限制的。

還有一例外，較欠重要，即有人受條件附利益，得在條件未完成，財產未歸屬前，禁止移轉。如父的遺產中，子的持分附有後死於母的條件，即得於母生前，禁止移轉。

但英吉利法律一方面固相當認可禁止移轉，一方面又定下某些重要原則，並准財產贈與人自定其他原則，直接或間接，為部分的禁止。

破產法案上有幾條款，依此，破產人於破產前，某時期內，所為的贈與性「授產」，應為無效或得撤銷。依一五七一年舊而未失效的條例，債權人在未引用破產程序以前，得對債務人意圖「拖延、妨害或詐欺債權人」



所爲之任何處分，請求撤銷；而依該條例的一長串判例，在某些案件，也不必證明什麼詐欺意思。假定一人因贈與性處分其財產，致不能清償債務，得依受害債權人的聲請，將此項處分撤銷。又一人於從事冒險事業之際，把一部分財產贈與他人，雖未至陷入不能清償債務程度，也得照樣辦理。

一五八五年有一條例，規定意圖妨害後來買主的土地的自願讓渡。這條例受嚴格的解釋，於是就產生了一原則，凡有人先將土地贈與他人，後又賣與別人，贈與即根本無效，不得對抗買主。這解釋的流弊與條例意趣的流弊，高小相彷彿；故在一八九三年有條例予以廢止了。這三種條例均已併入了新近的立法。土地或動產的自由贈與，依照適當方式，雙方當事人均受其拘束，除受有詐欺或其他非行外，贈與人不得撤銷。此層每爲法家所忽略，故有一提的必要。

有幾類財產的移轉，法律附以條件，例如商標之出賣，必與有關註冊貨物營業的「牌子」一併移轉。這些條件當然限制了移轉權的行使。

英吉利法律限制移轉的最重要原則，莫如防止永久性收入積聚原則。這些原則在表面上雖似限制移轉權的自由行使，實際上倒是在促成自由。可是，離了「授產」制度（後文還有所見），那些原則很不易瞭解；且待下文論及此點時，再詳。

關於部分或間接限制移轉，英吉利法律並無不許贈與人附以保留贈與的合法條件。遺囑內訂有條款，限制受遺贈人與外國人結婚，或皈依某宗教教義等等，否則，即喪失遺贈，在事實上，為恆有之事。至少財產在受託人手內時，這些條款就使受遺贈人移轉利益，感覺重大困難；因為財產既得因賣主的事後行為，招致喪失，購者當然不願出錢承買的。

有一古怪而普遍的辦法，授產人以財產委入受託人，又賦與他人「指定受益」(appoint) 權限，或得指定任何人（包括自身），或僅得指定某類的一人或多人。前一種指定權為「概括的」，後一種為「特別的」。如遺囑人以財產「終身利益」贈與寡或孤，又授予指定權，於寡或孤死時，指定其子女承受原本。原本並不是有指定權受贈人的財產，不過指定權人於死時有一種處分之權。這權若未經受贈人在遺囑內行使，財產即歸屬於無指定權時，有權應得之人（任何人都可）。他們之得產，稱為「因指定之誤事」(in default of appointment)。但得以遺囑行使「概括權」的事件，受贈人即僅選任一遺囑執行人，也有使本金負擔前者的債務效力；而以財產為概括遺贈，也包括有「概括」指定權的財產在內的。

由此可見，一切指定權均限制了名義上所有人的移轉權。

## 第二節 移轉的種類

現代生活，情狀複雜，要多舉移轉的種類，在勢有所不能。因擇述其重要者，如出賣、租賃、抵押及「授產」。

1. 出賣 (sale) 土地或動產的出賣，係出賣人受領價金為代價，絕對移轉標的物利益於他方之謂。這是移轉種類中最普通的一種；且得適用於一切財產。這也是為大多數人所習知，實無詳論之必要。但須知出賣雖似一單獨行為，實為兩個行為所合成，即（1）出賣契約，而關於土地事件，有時這契約須精密從事，（2）財產的移轉，而關於土地及甚至「無形物」事件，這又有種種程式，不過有幾類物品，移轉為出賣契約的當然結果。又除有特別契約外，土地及也許「無形物」的出賣人對於出賣物的主權，於本身不生異議之外，不負什麼責任，對於物的狀況，也不負責任，但貨物的出賣人卻擔保有出賣之權，買受人得享和平占有，並按出賣契約情節，擔保有關貨物現狀的各種事實。大抵普通讀者對於出賣所最感興趣的法律問題，莫如出賣人雖一本誠信，萬一所出賣的物，原非屬於出賣人，後果怎樣？例如，我向A買了一錶，不料那錶竟係從B竊來，或我在日常營業中，收了偷來的鈔票，這問題當怎樣解決？

向出賣人追索的問題，當依照出賣人對財產主權所為的擔保範圍而定，且置不論，至於買受不屬於出賣

人的財產，應適用英吉利法律的普通原則：即「不能以未取得之物，給與他人」(nemo det quod non habet)。換句話講，買受人須把財產返還於真正所有人。這對於付了金錢的誠實購者，當然很覺難堪；但這是原則，且也不致如驟聽那麼無理。失了財產的所有人之應邀同情，與誠實購者初無二致呢。這原則同樣適用於土地及動產。

那原則有幾個顯著例外。第一、票據事件，正當執票人(holder in due course)，即一人於票據流通中，已為一切注意，付代價，誠實取得票據，就於票據取得主權，不受前手瑕疵的影響，這是票據的一種特色。第二、凡人以誠信，付代價，受領國幣、鈔票、國庫券，即取得完備主權，得加以保持，縱使後來發現為竊來贓物，也無問題。第三、貨物出賣人於未得價金前，交付貨物，或貨物的主權文件，由買受人占有，或買受人於既付價金後，將物留存，由出賣人占有，而占有之一造竟出賣於不知情第三者，第三者也誠信對方有出賣之權，那末，那第三者就取得完整主權，前出賣人或買受人的主張在所不問。所有人以貨物委託代辦商(mercantile agent or factor)處分，而代辦商不法售與誠實買受人，與這例外甚為相似。那些例外不獨適用於普通所謂買受人，並適用於抵押權人及質權人。

第四、根據土地主權的登記制度，買受人遵照了一切必要程式，經過登記，取得了利益，即得就登記移轉的

範圍內，享有完整的主權。

大約，普通原則的最有趣例外，莫如所謂「在公共市場出賣」(sale in market-over)。昔時，在公共市場出賣為處分貨物唯一可行方法。這例外就是當初的遺跡。這當然不適用於土地及「無形物」。但有人若於核定時日，在公共市場，以誠信購買貨物，而貨物又為舉行該市場所出賣的一類，那末，縱使出賣人沒有主權，買受人卻取得完整的主權。這例外不得對抗王的權利；且關於馬匹，必須遵守某些特別程式。不過，貨物若確係竊物，而竊賊被前所有人追訴定罪，法院當命返還原物；並溯及定罪日生效。於是在定罪之時，貨物的實際持有人即受了損失。但除了這些限制外，公共市場原則實為誠實購者的保障。由這原則引伸，凡倫敦市所有全部商店，在營業期間，出賣經營之物，就算公共市場，很覺古怪。

可是，公共市場特權僅適用於由攤販 (stall-holder) 的出賣。出賣於他們，當依通常法律處理。

2. 租賃 這點前文曾經充分申述。租地法大原則 (tenure) 曾支配英吉利土地法，而讀英吉利法律史者，必知租賃無非該原則的一種現存實例，於實際上至為重要。「租賃持有人」的地權出於一高級地權，而高級地權所有人之於他，居於地主關係；租戶之持有地權以服務為條件，而在現時，服務即取付租金的方式。舊押法 (Law of Distress) 即扣押租戶的貨物，強迫服務，也即地主與藩屬關係的習慣標記，仍適用於這地權，惟

昔日威嚇已大多消逝了。怪得很，普通法之承認「租賃持有」為租地法，直到十五世紀纔實現呢。

3. 抵押 (mortgage) 對於這重要論題，普通法與衡平法的見解，各異其趣，前文曾有所述；結果，衡平法的見解占了完全勝利，現時抵押的定義，即依這見解，故抵押為擔保金錢或有金錢價值的償付，所為財產的移轉。在大多數案件，抵押係由金錢借貸所產生；但抵押債，因不獨債務人負有債務責任，且在抵押財產上創設物權利益，異於普通債務。

到近來，土地抵押事件，物權利益的創設係由抵押人移轉土地的財產於抵押權人，附以回贖條款，至期償付本利，由抵押權人返還抵押物。依衡平法，抵押人得隨時清償本利回贖，「為抵押，終為抵押」(once a mortgage, always a mortgage)；不問逾期多久。在抵押權人未得「絕對禁贖裁判」(decree of foreclosure absolute) 以前，財產尚非絕產。因此，抵押人的權利，在學理上雖根據契約，卻成為衡平所有權，或衡平回贖權 (equity of redemption)。動產的抵押顯然也適用這原則。

但就土地而論，依新財產法案，法律抵押之創設，祇能為抵押權人，由世襲地產中創設一「定年限」或由「租賃持有地權」中創設一「次期限」。這些期限每每為很長時期（世襲地產事件，有二三千年的）可是「抵押權人租戶」(mortgage-lessee) 不負租息或承擔義務，但「租賃持有」抵押事件，期限即不能超過抵

押人所享的期限。詳論過繁，且置不述。總之，依法律觀點，法案所爲的大改革，不獨抵押權人及輾轉抵押權人（爲法案以前所不能）且抵押人也得於同一地上，有法律地權；而回贖抵押時，抵押權人之返還地權，已非必要，只是抵押期限告終，不復再阻礙承襲罷了。又依新法案「單純法律負擔」(a simple legal charge) 既與創設抵押期限有同一效果，故得替代正式抵押；而昔時的衡平抵押與負擔，仍由抵押人保留法律地權的辦法，仍爲可能。後者的例，如以「主權印據」(file-deed) 交存銀行，擔保借款，附以契約，得依聲請，實行正式抵押。又因較舊辦法的繼續適用，第一個抵押權人，雖嚴格地僅爲抵押人的租戶，卻有權持有後者的地權印據。

土地抵押權人與抵押人的各自權利經法案詳密規定。前者權利雖廣，唯以保障擔保的需要爲限；後者始終是認爲真正所有人的。且抵押權人的條例上權利，得以抵押約定變更，然抵押人的權利（除許給租賃權外）不得這麼變更。

有形動產質(Pledge)僅移轉占有，不移轉所有權，故非抵押。但質權人（例如典當商）於債務不付時，有權售去質物；不過抵押權人所憑以成爲「抵押財產絕對所有人」的「禁贖權」質權人是沒有的。

抵押人對於抵押財產主權，負有保證責任，與出賣土地及「無形物」的原則卻相返。如其這不是嚴格的法律原則，使抵押人爲如是約定，也已成爲牢不可破的辦法。但這點並不重要；因爲除極少事件外，不問財產怎

樣，抵押人個人負有償付抵款責任。無論據保證或據借款訴追，在抵押人要無什麼差異可言。

4. 授產 (settlement) 依條例定義，土地「授產」為一種工具，為依承襲的任何人利益，或為兒童利益，或設定家庭負擔，憑以於土地上設立信託限制；而按諸嚴格法律，同樣原則得適用於有形動產及「無形物」，要無可置疑之處。依通俗用語，「授產」一名包括為一人或多人利益，以贈與或永久膳養方法，對財產所為之一切處分。為了重要旨趣，「授產」依法分為「婚姻授產」(marriage settlements) 及「自願授產」(voluntary settlements) 兩類。「婚姻授產」為計畫預定的結婚所為的「授產」。「自願授產」為「婚姻授產」以外的一切「授產」。前者被認為出於有償，故不受指摘，後者為純粹無償，故得因債權人利益，予以撤銷。但兩類「授產」均出於情誼或家情的動機，並非出於營業動機，又復相似。「自願授產」於生者間以印據為之，或以遺囑為之，於遺囑人死後，發生效力。後者須俟遺囑人債務清償後生效，故不得由債權人撤銷。但債務清償後，也許無所餘剩，也就無效力可言了。

土地「授產」定義有一小而顯著的改革，見於一九二五年立法。依較舊的授產土地法案 (Settled Land Acts)，凡土地因依承襲的受益人設限制及設信託等辦法，均包括於定義之中。但新立法的主題之一，即在防止法律地權受承襲限制。因此，昔日嚴格的或家庭的「授產」目的在於保持地權於家庭，及商人的或個人的



「授產」或爲土地，或爲動產，目的在於儲蓄經濟，兩者的區別，在形式上已消滅了。可是，實質上的區別依然存在；而新立法所設的許多巧妙方式，一方面使土地得與「個人授產」的財產一般自由移轉，一方面意在使「具占有的終身租戶」保持其優越地位，至富興味，惜乎事太專門，不宜於此詳述，這些方式的成敗，爲新立法存亡之所繫。

要懂得「授產」問題，必須明白那個在支配財產，是「終身租戶」呢，還是依個人「授產」受財產歸屬，代爲出賣的受託人呢？防止永久性的原則，會一再提及，同樣適用於兩者，且及於一切財產。原來束縛金錢的弊端較諸束縛土地的弊端，果然輕得多，而「衡平利益」的承襲也較「法律地權」的承襲爲少妨害，然不加以限制，均將同樣危及公共福利的。所以防止永久性原則，雖然細則已經新立法加以修正，在英吉利法律上仍舊屹立不移，也許形式尤爲嚴密，茲當加以說明。

在土地或動產上創設連續利益的顯明效果，即在最後的一種利益有所歸屬以前，換言之，即未成爲生存的、成年的、有資格的某人的絕對財產（不必占有）以前，要交易是項財產，困難很多。最後的利益未這樣有所歸屬以前，即無從知道那個應有發言之權。因此，購者或他人接洽是項財產，就不敢成交。他們意中，總抱有「將來發生何事，難以意料」的見解。除非連續利益，尤其是爲利益未出生人的利益的創設，加以限制，縱有授產土

地法案及受託人法案的許多巧妙辦法，那困難還是依舊存在。這就是防止永久性原則的關鍵所在，這原則現在已代替了具有高度專門性及類似目的的舊普通法原則。

防止永久性原則是這樣的。凡處分任何財產的「將來利益」若生效之時，或將在處分時所舉明的未滿的「終身利益」最後一種滿期以後二十一年以上，即為自始無效；但期內一所有人有權完全超越那處分，不在此限。那利益他日是否生效，實不必俟之將來決定。十之九是不會生效的。即使可那麼期待，那利益還是不生效。又不特那處分為無效，所有處分須於那處分之後，或不成立時生效的，也為無效。

初看，這原則的極端嚴峻，還不明顯。在那享高齡時代，終身或多身再加二十一年以上似為一長時期了。但且看斯萊登爵士（Lord Stratheden）的遺囑案件，爵士指定「次任團長任命後，以每年一百鎊年金致贈「中央倫敦游騎兵」」雖言內未免有忤現任團長之處，然以遠近為觀點，卻無可非議。但代理爵士的遺囑執行人的律師攻擊道，現任死後，遲慢的戰爭公署也許於二十一年以上不任命新任團長的；於是這攻擊就被採取，推翻了遺贈。當然這是適用原則至於極端；但舉一更普通之例，亦足示原則之易被忽略。假定遺囑人以財產遺贈於其子，終身為期，於子死後，贈與子之子女，那是對的；因為所有子之子女的出生，非在生前，就在遺腹期內，是一定的。但假定遺贈「於吾子華特（Walter），終身，子死後，由其孫兒女平均受贈」那末，對孫兒女的贈與

爲完全無效；因爲華特死後，也許不生孫兒女，也許再生孫兒女，是不定的。充其量，遺囑人祇能這麼指示，贈與華特生前已生的，或妊娠中的孫兒女，並直至此後二十一年。

有一端誤解原則，不應忽略，要處不在於利益之期長，乃在於生效的時日。租賃爲期三百年，立刻開始，或二十一年內某時開始，爲完全有效。可是租賃爲期較暫，假定三十年，須至立約起二十一年後開始，依近時立法，應宣告無效；但「剩餘租賃」(Reversionary Leases)，即以「前租賃」滿期生效的租賃，不在此限。

防止永久性原則極端適用於如權力，對財產救濟等事件場合，已由近時立法予以廢除了。該立法規定，世襲地產不得在永久性時期後，因破壞條件而遭沒入，因此解決了昔日一種爭執，維持原則。例如一人捐助世襲地產，爲設立醫院之用，並訂定土地一旦作爲他用，即當返還本人或死者代表，這條件應爲無效，但條件若限於捐助人終身及此後二十一年之內，不在此限。那原則不適用於「租賃持有」的沒入，因這當適用其他條規的。

新立法，在某要點，已解除了防止永久性原則的嚴峻。有些遺囑人及其他授產人，爲慎於處分，不願於受益的青年人未至二十五歲，或二十五歲以上之前，將利益絕對歸屬於他們。在這類事件，每每易於違犯原則，生不良後果，但依新財產法案，此項處分不爲無效，但當以指定的年齡視爲二十一歲而生效。這規定顯違反授產人的明示意思；但使授產人有選擇機會，與其完全推翻處分，自樂於修改其意思。

這處分自由期間，在歷史上，係根據舊時「嚴格的」或「家庭的」「授產」而來，依這「授產」授產人於土地上一「終身地權」而以「餘產」由其第一子及他子連續承受，為「限定嗣續地權」。這諸子中既無一得於未滿二十一歲前，破壞「限定嗣續」那處分就必然延續至授產人終身，因為無一子得不經「終身租戶」的同意，阻礙限定嗣續。他方面，這又不能更延續至二十一年以上；因為「具占有限定嗣續」的成年租戶有權阻礙他的限定嗣續，凡妨害此權，依法應不生效力。但「終身租戶」得以「終身或多身」(Life or Lives)為代，事實上就大大延展了法定期間的長度。

另一原則與授產有關，須以提出的，即所謂積聚原則 (rule of accumulations)。這原則僅適用於收入的限制；但授產人得指示將「授產」的收入無限積聚，不加限制，即可規避「防止永久性原則」。凡指示積聚任何財產收入，超過四種期間之一，其超過部分，收入應為無效，這是十八世紀末敍勒生法案 (The Gift Act) 以來，及現今的法律。這法則既不以「指示」為全部無效，僅限於超過部分，自較防止永久性原則為寬泛。於防止永久性原則期間之外，指示積聚為完全無效；但計算積聚原則的期間，法律所指示的積聚（例如當未成年年期內）不算入在內。又為償付債務，為子女籌措奩資，或有關木材出產等積聚，也不算入在內。得為指示積聚的期間如下：

(a) 授產人生前；

(b) 授產人死後二十一年；

(c) 授產人死時，已生或胎兒的未成年期內；

(d) 任何人，若已成年，依「授產」有權承受指示積聚的收入，這人的未成年期內。這最後一種為唯一的期間，所有積聚須用於投資土地，纔得准許。

### 第三節 移轉的方式

英吉利法律認可六種普通方式，得用以移轉財產。有時，特種財產用特種方式；然特種方式不過普通方式的變態。故本書僅述普通方式，不述特種方式。

1. 印據 (deed) 印據為一種文件，書於羊皮紙或普通紙上，簽名蓋章，由當事人交付，受其拘束。印章即為印據別於普通書面文件的標記，在現今已僅為一種形式，大抵由書記用一小紙膠，黏於文件上（或僅在羊皮紙或普通紙上，加一硬印），由當事人於簽名後，以指一按，表示認諾。在往日，印章實為辨認當事人的東西。因為那時書寫之術未普及；而不文之人的十字記號，雖在古代曾由王侯等人所用，要不能為辨認之標記。後來，各要

人都有私章，鑄製鄭重，防護仿造。直至一九二六年止，依嚴格法律，除條例另有明文外，印據的效力，不以簽名為絕對要件；但就私人而論，這極危險原則，現在已變更了。在這理智時代，法律效力還要以文件上有無黏膠，或硬印來區別，實是法律守舊性在作祟，可是事實上確還是如是。

印據之「交付」(delivery)就是付之流通或生效的意思，以別於視作卷頁或有形動產。印據每每區分為二人以上之間的「複印據」(indentures)及一人所作的「單印據」(deeds poll)兩類；但這區別現在已失其重要。至於是否述明為「複印據」(indenture)，尤無關係（每每兩人以上之間所作成的，總這樣述明）。最近法律不要起草人再用模稜的 indenture 一字，只消在印據開頭，表明據內所訂事件的性質，例如「出賣讓渡據」、「抵押據」、「租賃據」等。

除少數案件，條例有特別規定外，印據之合法，不必由證人證明。但證人是常常用的；且為避免致疑，徵實爭執的簽名起見，還是由證人證明，即由他們於據上簽名，註明地址，附述印據已經簽名、蓋章、交付，有他們在場。

財產上任何種類利益（除占有外）得以印據移轉。但此語須受二項限制：(a) 大多案件，印據是不必要的；(b) 少許案件，用了印據之外，還須具備其他方式。茲且論這二種限制。

(a) 一切案件並不以印據為必要。惟土地的「法律地權」及一二類無形物，如專賣權、年金、股票、證券等

的法律所有權的移轉，纔須用印據。可是其他案件，如動產之「授產」用印據也屬常事；一來使文件格外正式，一來「授產」全部或一部也許投資於土地、股票或其他財產，須以印據為移轉的，也都可包括在內。土地的短期租賃，不逾三年，出足全值，雖也移轉「法律地權」，得用口頭，不用印據創設。但縱使如一星期、一個月等短期租賃，當事人不用書面文件，總覺極端愚蠢。

(b)任何財產果然得以印據移轉，然某些移轉，非單用印據所可完成。最著之例，為有形動產之移轉，其動產於移轉之後，仍由移轉人占有。這些移轉當適用賣票法案，依該法案，要移轉發生完全效力，必於某些專門方式以外，將據內各節事項，向公開的公共登記處登記，使知在A屋中之傢具不屬於A；而此種情節，對於某些大眾，至關重要。法案分賣票為兩類：(1)「絕對的」(absolute)，即因贈與或出賣而移轉動產為絕產；(2)「保證票」(security bills)，即移轉為保證付款。不遵照法案登記或其他方式，所生效果，兩類各不相同；但其區別太專門，不宜於此解釋。簡單說，「絕票」不遵照要式，並不完全無效，但與債權人利益衝突時，得由他們請求撤銷；「保證票」不遵照要式，即在當事人間，也為完全無效。付款在三十鎊以下，不得用「保證票」。賣票對於許多商人及放款人關係很大；而規避法案限制的巧法，常見於法院之前。有一種所謂「借貸購買契約」(hire-purchase agreement)，假定出於誠實，鄭重訂定，可以如願而償，不過如逆風行舟，不免有沉覆之虞。

其他事件，以印據移轉外，並須具備他項要式的，為專賣權、股票與證券、倫敦郡行政區內及他處土地上某些利益的移轉及設定於土地的年金。在專賣權，其法律所有權的移轉，應強制的向專賣登記處登記。股票與證券的移轉，應分別向公司、商部或英格蘭銀行登記。第三種土地利益的移轉，應遵照土地登記制度辦理，說見後文。設定於土地的年金，非在土地登記處登記，不能拘束土地的買受人，所以這些年金的移轉，也就非登記不可了。

2. 無印書面 (unsealed writing) 任何財產的「衡平利益」得以書面蓋章，創設或移轉；而土地的「衡平利益」非經創設人或移轉人或書面授權人以書面蓋章，不得創設或移轉。這是一六七七年著名詐欺條例 (Statute of Frauds) 的法則，現已採入了新立法；包括創設土地信託的表示，及甚至動產信託的移轉（非創設）。僅以書面文件，移轉土地的「法律利益」，雖不能生那般效力，但受移轉人卻取得相等的「衡平利益」。以口頭移轉這種利益（或甚至「衡平利益」）完全不生效力。這重要區別係根據舊詐欺法案與一八四五年物權財產法案 (Real Property Act) 所用字樣的不同（也許是偶然的）。但結果良佳。

僅書面移轉，於有形動產的法律主權，無直接效力，但除條例規定須以印據移轉外，「無形物」的法律所有權，係以書面移轉，為普通方式。這是商習慣，一方面與衡平法，一方面與普通法角逐的結果。依一八七三年法



院組織法案 (Judicature Act) 「無形物」的法律所有權，包括受移轉人以本人名義主張權利之權，得由移轉人先通知義務人，以任何「絕讓」 (absolute assignment) 而移轉之。該法內關於這點的法則，已採入新財產立法內。凡遇數受移轉人互相爭執權利，移轉人得按通知之先後，知照「無形物」義務人；假使義務人爲爭權所困，他或用所謂「參加訴訟」 (interpleader) 程序，或依受託人法案，將債務逕提付法院，聽憑各造自行訟爭，而得救濟。這通知先後原則，自受託人或無利害關係人經手之款，遇人互爭時，早已成爲普通原則；而近來，這原則已推及於土地衡平所有人間對法律地權所有人的互爭權利。

3. 口頭 (word by mouth) 土地利益，不論是法律的還是衡平的 (短期租賃除外)，不得以口頭創設或移轉；但動產的任何「衡平利益」，包括信託，得以口頭創設或移轉 (信託事件移轉除外)，且有一極重要事件，有形動產的法律所有權得純以口頭移轉。這重要事件，就是貨物的出賣。依一八九三年買賣貨物法案 (Sale of Goods Act) 的規定，凡有契約，出賣一定或可得而確定的貨物，而當事人同意將財產權移轉時，此項財產權，就即時移轉於買受人；但契約若爲無條件的，而貨物又在可以交付狀態，非當事人有反對約定，契約成立時，財產權也即時移轉於買受人。至於價金有無支付，貨物已否交付，均不成問題。這原則本身很不便利，且與羅馬法及商習慣互相刺謬，究竟怎麼會成爲普通法，鮮有人能知其故；但原則不便利之處，已因法案採納舊

詐欺條例另有所規定，大見減削了。依該規定，出賣貨物契約，價格在十鎊以上，非由買受人收受一部分貨物，或支付定金或一部分價金，或於起訴前，由義務人或其代理人簽訂成交單據，不得訴請履行。可是，雖受此限制，適用那原則的案件還很多；且即有單據簽訂，貨物財產權的移轉係因契約，非因單據。這又是一切出賣貨物的通則。所以貨物財產權在什麼時候移轉的問題，常見於法院。但前述原則僅適用於出賣，不適用於贈與。所以，假定一青年人在馬廐內遇見其父，其父出於一時慷慨，對子說道：「我贈此馬與爾。」子若不即時牽馬馳去，是不能請求履行贈與的；縱使其父後來簽定書面認可，亦然。但其父若向子為要約，以五十鎊出賣其馬，而子加以承諾，那末，縱使子未牽馬去，未付價金，馬即屬於子；不過非得父以書面認可出賣，子不能訴請交馬。但子若遇馬於田園，得將其牽走據有。

#### 4. 交付 (delivery) 交付即為移轉占有，故至少必須兩人同意。

這是開宗明義的一點，應予注意。普通人每為形態所迷，誤認交付為一單獨行為，而法家也常蹈其轍。稍加思索，即能自悟其非。如最尋常事件，在店櫃上交付一小物品，固然掌櫃人當用手交出，顧客也當用手去接物。第一種行為不過一要約，或稱提出貨物 (tender)，是可以拒絕的。在我屋內交貨，情形亦同。假定一商人未經定貨，送貨至門口叫賣（幾年前為通行廣告術），這裏祇有「提出貨物」無所謂交付。必俟我取入貨物，或以行

爲表示接受，纔算交付，僅「提出貨物」是不移轉什麼占有的。

因此，交付的真正性質，在於占有人拋棄占有，由另一人取得占有。取得占有既爲受移轉人之行爲，所需費用，自須歸受移轉人負擔（另行約定除外），故無契約或習慣，運輸費用當歸買受人負責，這是英吉利法律的著名原則。廣告家之所以宣傳義務送貨，吸引顧客，就是這個緣故。

交付既包含二個行爲，中間難免有間隔的。貨物出賣人或寫信通知承買人：「貨已備齊，請求提取。」這是「提出貨物」也許經過了幾星期，買受人纔來提貨；而在此期內，並未交付，不過買受人因不依交易，拒絕收貨，也許當負法律責任，而對於貨物，也許當負危險責任。

交付得用間接方法，一稱「長手交付」(longa manu)。如一人寄貨於堆棧或碼頭，而以堆棧鑰匙或提貨的棧單交與另一人。堆棧人或碼頭主之持有貨物，除些些棧費外，既不受移轉人的支配，交付匙單，自無異使收領一造取得貨物的占有。同樣原則適用於房屋，不問其內有無「看屋人」。大抵「長手交付」的最著常例，莫如交付（有時須背書）海上貨物的「提單」(bill of lading)。貨物雖遠在海上，遙隔數千里，這行爲就使受背書人取得貨物的占有；因爲船主於到達之時，必須憑單交貨的。又這行爲若出於代價，得使他成爲貨物的所有人，且甚至得使他對抗未收清價金出賣人的追索權(in transitu)。

即使交付人爲所有人，有權移轉所有權，交付並不一定移轉所有權於受交付人。交付係移轉占有——那是定義。至於此外移轉什麼，是一個意思問題。若說我交付一錶於鐘錶修理人修理，修理人就成爲所有人，自不成其話了。因此，交付是否爲出賣、贈與、互換、抵押、質當、或借貸，是一事實問題，當如其他事實問題一般解決的。且受交付人要主張交付的最高權利，不一定有利的，因爲取得所有權，同時須負擔某些義務，如水腳、海損及儲藏費等等。

交付在英吉利法律上爲當事人以行爲移轉的最古方法。有一時期，土地與動產利益的移轉，均可以交付爲之。但土地主權須依據於如交付一事之無可稽考的記憶，甚感極度不便，就引生一種辦法，附以書面「授受」(investiture or feoffment)，而漸漸這要件就訂入條例。一八四五年物權財產法案就完成了這趨勢；且因「印據」既已成爲「授受」的必要附件，形式交付就棄置了，而代以「印據」。這樣，「授受」的古式僅具形式了；而吾人可以讀到矛盾的名稱，如「以交付占有授受」(feoffment with livery of seisin)，不知交付(livery)占有(seisin)，卽是「授受」呢。新財產法案有一節，文字很古怪，規定土地利益「得以交付，或交付占有，或授受」移轉之。但土地占有仍得僅以交付爲移轉，不過交付得取假裝形式，往代理人事務所一走，接取鎖匙。

「無形物」性質上是不能占有的。因此，也就不能以交付爲移轉。但如票據事件，交付主權文件實際上就移轉所有權，而在股票等類事件，就在股票或證券上創設「衡平利益」歸於受交付人。

可是，惟在有形動產，交付纔是移轉財產權的主要而最常用的方法。

5. 登記 (Registration) 某種財產的法律所有權祇能以登記的印據移轉，這層已見於上文；至於證券及其他「無形物」在政府，英格蘭銀行及公司中登記的詳情，這裏不能縷述了。但有一個運動，當稍予說明。那運動起於六七十年以前，結晶於一九二五年土地登記法案，使現在差不多任何土地利益的移轉，較諸印據或書面，尤爲簡單穩妥，也誠如鼓吹運動人所說，尤爲便宜。要懂得登記，須有專門知識，故差不多惟有律師，纔樂於從事，而他們對於本題，也迭起異論；現在強制以登記處分爲移轉的，僅限於某處某些地上利益，倫敦郡行政區起於一九〇二年，伊斯旁 (Eastbourne) 起於一九二六年，赫司丁 (Hastings) 起於一九二九年，且那時惟限於出賣及長期租賃。按諸土地登記法案的條款，顯然計畫將制度推及於全英格蘭，成爲強制的；而同時使任何地主，於任何處，爲任何目的，均得任意用登記處分，移轉土地。可是，即在強制區域，以不登記的印據爲移轉，非完全無效。不過不移轉「法律地權」而登記所處理的，就是限於「法律地權」。

土地登記制度係由自治領輸入而來，那裏的情狀，大異於英格蘭，故收效甚著。

撮要說，法案之主旨，在於登記各個土地持有的主權歷史，使見於登記的法律所有人得以登記印據，移轉主權於任何人，不由移轉人，而由政府爲後盾，予以主權的完全保證。凡依據制度的買受人，遇有爭執主張，可將侵犯人移付政府，若侵犯人證明土地的權利人，確爲本身，非是登記的所有人，政府當賠償其損失，由登記收入儲積的基金內支付。

有很長時期，政府不能對於一切案件，負同等責任。在一自治領，全土所有權屬王，使制度之開始，純潔無瑕，那是可能辦到的。聲請人可提出王上執照，大抵至多不過五十年，再追溯自發給以後的歷史。在英格蘭，一塊土地由私人買賣，已有好幾世紀，不知轉過多少手，那種根究辦法，勢有所不能了。所以，要取得絕對主權，聲請登記人必履行種種手續，證明確有主權，纔邀登記員核准，其程度等於與「謹慎買受人訂立契約」時，使買受人認爲滿意。這可不是容易的事情呢。但登記員有權登記爲「占有」主權，即記載，在登記時，聲請人和平占有其土地。在「絕對」主權事件，政府係保證登記買受人，主權上無一切瑕疵的；在「占有」主權事件，政府僅保證登記的瑕疵。可是，時日遷移，後來限制條例 (Statute of Limitation) 生效了，反對主張因經過時效不得提出，而占有主權經過十二年以上即成爲絕對主權了。此外，還有各種同樣保證的利益。

6. 遺囑 (will) 遺囑爲遺囑人對於臨終時可得處分的財產的一種處分，於遺囑人生前不生效力，並得

由遺囑人自由撤銷。凡具備這些性質，不問處分用何名義，就是遺囑；凡缺乏任何一種性質，不問居何名義，依英吉利法，就不是遺囑了。任何處分，具足這三種性質，無論用什麼名義，總是成爲有效遺囑，惟須遵照要式，並由有遺囑能力人作成。否則，縱文件自稱爲遺囑，若意思在於生前拘束作成人，不許撤銷，不以死亡爲生效條件，總不能算是遺囑。

任何人，包括已婚婦在內，年滿二十一歲，有自知作事之識力，不受恐嚇或詐欺之影響，即得作成有效遺囑。現役軍人與海上海員，滿十六歲，即得作成遺囑，並不必具備他人所必要的方式。

普通遺囑所必需的方式，稱爲要式 (solemnities)，計(1)書面，(2)由遺囑人簽名，或當遺囑人面，遵遺囑人指示，由他人於書尾簽名，(3)由兩證人簽名證明，須在遺囑人當面，但證人互相不必當面。凡有自知作事識力之人，均得爲證人，惟對於遺囑內容，及遺囑人所簽的是否遺囑，不必明悉。但證人本人，或其配偶於所作證的遺囑，不得承受任何利益。

有些法律制度側重自書遺囑，而有些要式，在律師或書記所訂代筆遺囑所必須遵守的，在自書遺囑是免除了。英吉利法律當然不反對遺囑人自書遺囑，但至少關於要式一事，並不視自書遺囑爲優越，有勝於律師代訂遺囑之處。

遺囑得用連續文件作成，除第一件外，其餘之件稱為遺囑追加書（codicils）。追加書之簽名及證明，與遺囑相同；而效力也一般無異。

後遺囑凡有涉及前遺囑之處，就在這範圍內撤銷了前遺囑；又遺囑得因遺囑人，或當面受遺囑人指示的他人，以撤銷的意思，加以焚燬、撕毀或消滅，而被撤銷。無意思的銷燬（如事出偶然），或有意思而不銷燬（如焚錯一件），均不成為撤銷。經未授權之人加以銷燬，也不生撤銷效力。「一旦遺囑不見，財產即歸近親惡徒，」或占有遺囑即取得財產主權，那祇是戲臺上的法律呢。在那些案件，遺失遺囑不過較難證明罷了。於是那遺囑就須經過訴訟，證明為「具備要式」而在訴訟之中，所有律師的稿底或副本，或曾見過遺囑人的記憶，均得採為證據，認定遺囑之成立。

遺囑人結婚，也有撤銷既成遺囑之效力，但有二種情形，不在此限：（1）遺囑明白表示因預期結婚而作成，（2）所處分的財產，即不如是處分，也不當歸屬於遺囑人的血親，例如信託財產或基金，遺囑人所有處分之權，僅以某類特定人為限。

上述以遺囑處分的原則，甚簡單明白，幾為大眾週知，故關於那些原則的案件，發生極少。大多法院所受理的遺囑事件，係涉及遺囑人用語的意義，而這類案情，千差萬別，不能縷述。但遺囑之作成，大抵在於緊急當頭，或



出諸本人或出諸某普通人，所以這類案件的準則不外：「想定主見，簡要說明。」總之，當避免一切含糊不清，模稜兩可之詞，直捷爽快，說明意思。

有幾起極周折耗財的遺囑訴訟，均出於遺囑人用語不當，所生後果，實非他始料所及；而法院因遺囑人之含糊，要發見真意，幾至用盡心機，功半事倍。所以請一班舞文弄墨的遺囑作成，莫再信筆寫來，用自不知意的專門術語。假定遺贈土地，不要說「物權財產」，假定要處分自居的房屋，不要說「承襲物」。大概訴訟之興，就是這些淵博表現的結果呢。

遺囑人之有充分自由，得任意選擇誰當為受益人，實係英吉利法律最著特點之一。凡直接間接承襲羅馬法的國家，寡婦與孤兒得依「特留分」(Legitima)原則，保持死者某份財產；而這原則為古俗的一部分，在未受羅馬統治的大多數國家，還是存留着。甚至在英格蘭，至少在某些區域，這古原則直至十七世紀之末，也還留存着，要不乏證據可查。但自那時起，就完全消逝了，即「限定嗣續利益」也得自由遺贈了。

除以終身為期的財產外（如終身利益）一人在死時所有的財產均得以遺囑處分。遺囑得用概括字樣，如「所有一切財產」或特別指定，如「以羅拔之畫贈子」而廣義說來，特別受遺贈人凡關於特別受贈財產，對於概括受贈人，有優先權。然特別受贈物也許由遺囑人以他物為代，預先移贈，或於生前移轉於他人；那時，受

遺贈人就無權主張取償於遺囑人的總財產。

遺囑人的意思得因生前有一個或多個受益人的死亡，而失其效力。這稱爲「失權」(Lapse)。在大多數案件，失權就完全取消贈與；但有兩種案件，贈與並不取消。第一，遺囑人以任何財產贈與任何親生子女，而該子女於遺囑人生前亡故，惟遺有子女，生存於遺囑人死後。在這類案件，適用一法律假擬，認原受遺贈人視爲適死於遺囑人故後，因此遺產得憑原受遺贈人遺囑移轉，或無遺囑，即歸近親承受。前一層是否合於遺囑法案 (Wills Act) 起草人的原意，頗可致疑，大約該案主旨還是要財產歸屬於原受遺贈人的親子女呢，這是法律假擬的危險處。

第二，以遺囑創設一「限定嗣續利益」由一人承受（親或非親），而這人於遺囑人生前亡故了。這案件也視原受遺贈人適死於遺囑人故後，由嗣子受其利益。但兩類案件俱受遺囑人的債權人的權利限制；因爲非俟遺囑人債務清償以後，無人得因遺囑受利益。

一切失權案件，先死於遺囑人的受遺贈人一份財產，當歸於其餘受遺贈人，或依普通繼承辦理。其餘受遺贈人份中有一份失權，那一份就當依普通繼承辦理，除非遺囑明白規定那一份仍當歸於其餘受遺贈人。除限定嗣續事件外，於「遺囑執行人，遺產管理人及受讓人」上，加「嗣子」等名，得已死受遺贈人贈與之字樣，不

能防止失權；因爲這些字樣，祇能認爲劃定第一受遺贈人所受利益之範圍，不能認爲他的嗣子得有什麼利益。在遺囑之中，爲前一種意思有所訂定，實完全不必要，應當免除。當然，遺囑人得明白指定第一名受遺贈人於遺囑人生前，死亡後的代替人，而即得避免失權了。

總而言之，(a)遺囑人生前所得爲之一切有效財產處分，均得以遺囑爲之，(b)此外，就不得以遺囑處分。凡規定處分合法與否的一切原則——如防止永久性原則，關於「法律利益」及「衡平利益」，創設利益的範圍，標的之不合法等等原則，均同樣適用於印據及遺囑。大抵兩種處分方式的主要區別，莫如土地之以遺囑捐助善舉，雖即歸屬於慈善機關，然該機關若無實際據有土地之必要，應於遺囑人死後一年內出賣；但以印據爲同樣贈與，至少假定已送至善舉委員會入冊，就得由慈善機關保持土地，作爲投資。有一種不規則的「死後」(post mortem)贈與，似爲可撤銷與不可撤銷的贈與間的一種折衷辦法，當以一二言說明之。

這是「死後贈與」(donatio mortis causa)。人於病危之際，自維將死，得將一動產（或爲「無形物」，以主權文件交付）交付於他人，作爲贈與。當事人間當約定，必贈與人死於自信之絕病，贈與纔生效力，不然，贈與人得隨時收回動產或文件。但贈與人若不收回，或竟死於其病，動產即歸受贈人所有；不過那財產應擔負死者的債務。

## 第二十七章 信託 (Trusts)

### 第一節 概說

信託為英吉利法的特別制度，其起源已在上文申述；又其在構成法律所有權與衡平所有權的區別中，所處地位，也曾時時予以提及。由信託所創設的每個利益必為「衡平利益」；但每個「衡平利益」卻未必一定由信託創設的。茲撮要探討現代信託的性質及作用。

信託為一良心的義務，為他人之利益，本於良心，自願擔任持有，或管理，或持有並管理財產，而受法律之拘束。信託俱有四個要件：(1) 受託人，(2) 受益人 (*cestuis que trustent*)，(3) 被持有或管理的財產，(4) 受託人擔任持有或管理的良心的義務。茲逐項分述之。

(1) 凡已成年，具有行為能力之人，均得充任受託人，而依新近立法，即公司亦得充任受託人。許多公司均經核准得充任受託人，此中包括由政府擔保的公共受託人 (*public trustee*)。但受託人，甚至公共受託人，不得出於強迫；不過後者不得無故拒絕信託的。遺囑執行人，雖承受遺囑人的信託財產，而必須尊重信託，卻並

不是信託財產的受託人，而必須儘速移付新受託人。

照例，信託以財產移轉於受託人爲開始；但財產所有人得宣告本身爲受託人，而有些受託人，例如「授產土地法案受託人」，不必使土地實際歸屬於己。創設信託，不必用特別字樣；不過真要創設信託的話，還是用「信託」一語爲妥。土地信託之創設，必以書面爲之，由有權宣告信託之人簽名，然動產的信託得用口頭創設（不穩妥就是了。）信託當然得以遺囑創設，且數見不鮮。

授產人（即創設信託之人）得任一人爲受託人，但除該受託人爲一信託公司外，以信託財產留於一單獨受託人之手，爲法律政策所不許。反之，「授產」土地或受託出賣土地的受託人，不得超過四人以上。受託人因死亡、辭退、或開除而去職，如何補缺，有種種細密原則加以規定；但受託人之受任雖出自願，卻不能因此就任意辭職。受託人得經其他受託人的同意而辭職，惟留任受託人不得在二人以下。法院遇受託人不勝任時，如出國或破產等，得開除受託人，另選他人替代。但受益人若不能提出相當原因，不得迫受託人辭職。除授產人明白規定報酬外，受託人的職務爲義務的。但這原則不適用於信託公司或公共受託人。

（2）信託受益人不限人數。指定的受益人若爲個人，稱爲「私信託」(private trust)，其管理僅由法院監督。信託的設定，若爲利益某部不定的大眾，如某類窮人，或盲人等，則稱爲「公信託」或「慈善信託」(public

or charitable)；其管理，除受法院監督外，還須受慈善委員會監督。在執行授產人意思時，慈善受託人之職權較諸私受託人爲寬泛；一旦授產人的指示失時，或無從遵守時，法院得核定計劃，另行改組公信託，而對於私信託，就沒有這類職權。又慈善信託，事實上雖有一長串的連續利益，其期間不受防止永久性法案之限制。

受益人得兼爲同一信託的受託人；但因一人既不能自爲自負義務，故單獨受託人就不能兼任自己一人的受託人。任何受益人，已至成年，得要求受託人將他的受益部分產業移歸於他，而就他一人而論，即結束了那部分信託；惟此項辦法須不危害其他受益人的利益。例如，於成年的「終身利益」所有人外，尚有未成年人或未出生子女應於原本上享受利益，受託人就不當結算成年人利益的總額，由信託基金內提出支付。但受益人全體均已成年，有行爲能力，即得強使清算信託；惟已婚婦之於「受預支限制」財產，不能如此辦理，當除外。

私信託的受益人，若無明文限制，得不清算信託，移轉他們的利益；而猶如衡平「無形物」的所有人，向他們買受，或受抵的買受人，或抵押權人，當依向受託人爲取得通知的先後爲序。基於種種專門的理由，這些人當向全體受託人爲通知。惟理由太專門，此處不述。

私信託受益人於未收受益以前，若有死亡之虞，得以遺囑處分其利益；而於死後，其利益當爲他的債權人，受遺贈人或近親的利益，而移轉於他的代表。

法律之監督受託人，較諸受益人，尤為嚴密。凡受益人曾慫恿或以書面同意，破壞信託，而受託人因此負有責任，法院得斟酌案情，扣留受益人對於信託的一部或全部利益，以之賠償受託人；而受益人對於信託所負債務，非全部清償後，不得對信託為任何主張。又成年受益人，具備完全行為能力者，對於受託人因執行信託所負一切費用，個人當負賠償受託人之責；而此種費用之擔負，不必由受託人證明曾經受益人明白請求。

(3) 關於信託所包括的財產，已無多可說。任何財產均得為信託財產，或動產，或不動產，或有形財產，或無形財產，或「法律財產」，或「衡平財產」。本來，受託人每為法律所有人，可是這要件廢止已久了；現在，「衡平利益」已時時為信託的標的。在這些案件，受託人本人當然僅取得「衡平利益」也祇能依其他「衡平利益」的同一方式，加以執行保護。可是他們雖為衡平所有人，卻非受益所有人，而必自處法律所有人地位，本於良心，履行信託。

(4) 信託中的最末最要的要件，即受託人所負的良心的義務。就信託而論，這義務的核心在於「良心」二字；要詮釋良心的義務，除「處理他人事務，應與處理自己事務為同一之注意」一語外，更難有較為確切之詞——換句話講，信託即為這「玉律」(Golden rule)的適用呢。但甚至這定義也難免誤解之處；因為有一班粗心讀者要加以曲解，以為受託人之於信託財產，得與處理個人財產一般自由——那就大謬不然了。真正

謹慎的所有人自可使個人財產冒險，可是以信託財產爲這般冒險，就是破壞信託了。又所有人自得捐助財產於善舉，不獨正當，抑且慷慨；但對於信託財產，就不能慷他人之慨。要普通人澈透瞭解衡平法所謂「良心的義務」，惟有探索該法所產生的三四種法律原則。

## 第二節 管理信託的原則

(1) 受託人的基本義務在於奉行創設信託「授產」的指示。「授產」所用文件或僅數行，或竟成冊，無論長短，受託人胥受每一字的拘束，但條款違背法律，或具有不法目的，例如觸犯防止永久性原則，不在此限。所以受託人在未遵照信託，奉行以前，應先研究「授產」是否有不合之處；而法院所製定的補充原則，須「授產」有遺漏之處，纔予援用。至少關於私信託事件，即法院認「授產」的條款不妥，也不得於實際上發生異見。

受託人履行「授產」規定的，或法定的義務，不得祇顧形式或爲機械性。必須謹慎(diligent)將事，也即必須運用才智，周密注意，盡其義務。所謂「謹慎」之義，差不多與「良心」一語一般難解，讀者必多研究判例，纔能完全了達法院對於這題的態度。例如，受託人於未得專家估計以前，以大額金錢，投資於抵押，雖然這抵押爲可以投資的一類，還是應認爲不謹慎。總之，法院之防止受託人的積極過誤行爲，較之指摘其不盡責改良信



託財產，尤爲偏重。

(2) 受託人的義務（與死者代表不同）不在處分，而在保存信託財產；若「授產」無授權明文，並無法案規定可依據，受託人就無權出賣信託財產。但這類權限，及明文授權出賣，實爲常見之事；而受託人一旦擔任信託以後，負有義務，應儘速清理信託財產，即收入人欠，將不妥擔保品變爲現金，清償欠款，而使全部財產成爲最穩妥最簡單的方式。凡受託人有出賣之權，即得憑一己誠意，隨便行使；而收受價金，可使買受人免除根問價金用途之責任。現在法律的一般政策，除受託出賣的受託人外，不要土地的實際管理入於受託人之手，而要歸於直接享有「終身利益」的人。可是，若沒有這類成年的人，或「終身租戶」自願處於受益人資格，那末，受託人就負管理之責，有全權出租、收款、保險、修繕、決定租賃、規定收割木材、及爲其他事件。若這些事件由「終身租戶」經手，受託人負有視察管理之義務，關於動產事件，受託人所具管理職權更爲廣泛，尤其關於投資事件，當於下文再述。

凡未成年人於信託財產之收益或原本，有分而未到期，爲教育或維持此輩的生活起見，受託人有權得預支持分收入的一部或全部，這是受託人所有極重要管理權之一種。從前，在什麼時候，未成年纔得接受維持費，什麼時候，不得接受，有極專門的原則，加以規定；但依新近立法，那些顧慮現在都已消除，而有利於未成年人了。

可是，受託人依舊保留斟酌決定之權。

(3) 受託人對於「授產」下的各受益人，及各類受益人，必須絕對公正無私。這義務的用意所在，當然不是要全體受益人得相同利益，而是要受託人尊重授產人的明白意思，不得利用職權，偏袒一方，損害他方。受託人於清理財產後，其第一義務之所以須依照授產人明白授權的種類，或受託人法案第一節規定的種類，為永久投資者，其故即在於此。受託人非有不得已情事，不得保持未授權的、危險的、或消耗的投資產業，若限於情勢，有不得不保持之處，也須十分注意，勿使「終身利益」假借收入名義，取得原本，例如定期年金付款、短期租賃等等。他應當結算擔保物原本，僅以原本價值百分之四，給付「終身租戶」。一方面，信託財產若有一部分為「將來利益」，現在無何利益可圖，須往後方生大利，「終身租戶」也得使利益結算原本，於價值上領取百分之四。這是花威與達脫木伯爵一案 (Howe v. the Earl of Dartmouth) 的原則，該案發生於十九世紀之初，為初次採用這原則；這原則雖僅適用於由遺囑創設的動產信託，及處理地權剩餘的概括信託，卻始終未經近時立法所廢除。但「授產」條款自得訂明不適用，事亦常見。

重大偏袒受益人是完全禁止的，實不消說得。例如，信託財產有二種抵押物，數額相等，應由兩姊妹分享，姊成年時，受託人堅主以一種授姊，保留另一種以其妹，法院審核情節，認為妹所保留的，比諸授與姊的，較不穩妥，

就據此理由，嚴厲申斥受託人。

由財產支出的用途，什麼部分當由支付「終身租戶」的收入內扣除，什麼當由爲最後受益人保留的原本內扣除，同樣有十分嚴格原則，加以規定。

(4) 受託人對於所管事務，當時時準備提示帳目，凡有疏忽，必遭法院重譴。任何受益人現在得要求由公任查帳員按年檢查信託賬目，費用由受益人負擔。但受託人若不於相當期間內交出賬目，所由強令交出的程序費用，應歸他負擔。

有一嚴重問題，受託人於行使這許多職權，負擔這許多義務之中，在什麼程度，纔能請人助理呢？依普通原則，凡授與本身的權責不得轉請他人代爲行使 (*delegatus non potest delegare*)。受益人應得依仗受託人的才識；萬一受託人請人代庖，卸責於人，他當負後果的責任。但在大戰時，許多人赴海外服務，這原則的苛刻處就推翻了；現在，依受託人法案，任何受託人欲離去聯合國一月以上，得於單獨的共同受託人外，在假期內請人代理職務，但對於代理人行爲仍負全責，而代理人對於交接的相對人，卻有免除責任之權。依較舊的立法，在特別事件，凡依理，受託人所不能親身從事之處，得委任特種代理人，例如律師及銀行家，代爲收取某種款項，製作某項文件，管理外國財產及其他事件，而在這類情形之下，對於誠實雇用的代理人的過誤，受託人不負責任。

凡事件當得專家商榷，受託人不但有權，且必須如此辦理，費用由信託財產負擔。要點在於經過商榷，予以相當尊重以後，受託人必須自行判斷決定。甚至他們不得以受益人費用，完全委之於法院的權威；不過確有困難時，自得以概括方式，請法院指示。

(5) 依衡平法確定原則，受託人不得直接間接在信託內圖利。這普通原則非常明白，所以甚至職業人員，如律師、測量員等，充任受託人，不得因擔任受託財產的職務，收取通常職業酬報，除非「授產」有授權明文。僅墊款，他們纔得請求償還。

但這原則的適用，尚不止此，凡信託終了後，有所剩餘，或因受託人地位所產生的間接利益，即使與受益人無利害出入，受託人也不得圖利自己而保存。信託完全履行後的剩餘，為「結餘」(resulting)信託，仍當認為代授產人，或他的代表人持有，無代表人，代王持有，縱使「授產」內並無條款規定，也無二致。這信託稱為「默示」(implied)信託。又信託財產中有一種租賃已經滿期，而受託人圖利自己重新續租，那末，縱使出租人明白表示不願租與受益人，仍當認受託人為受益人持有。這是「準」(constructive)信託的例子。

受託人不得與共同受託人交易，買受信託財產的任何部分。這類交易應為無效。甚至信託告終之後，前受託人與前受益人交易，有關以前的信託財產，法院也對之抱懷疑態度；非前受託人向法院確切證明，完全出於

誠信，並未利用其特別知識，或並未對前受益人利用其權勢，就不能使交易成立的。

### 第三節 信託的保障

英吉利法之防範自願義務，更無有如信託所生的義務那麼嚴厲。不但受託人侵占信託財產須受刑事追訴，且破壞信託的民事上救濟，也較普通錢債更為嚴峻。例如，為普通錢債而監禁，雖已廢止有半世紀以上，然受託人對於實際占有或管理之金錢，破壞信託，損害受益人，法院得命扣押監禁。又根據以詐術破壞信託，對受託人的請求權，與普通錢債不同，不因受託人破產免責而消滅。依普通原則，現在受託人對於對方所提的請求，固得提出時效為抗辯，但所為的請求，若係根據詐欺，或根據以詐術破壞信託，或在於追還仍由受託人所扣住，或曾被侵占的信託財產或其收入，就不得主張時效。此外，因破壞信託，致有損失，命受託人賠償信託財產，得如普通判決，請求對受託人財產為強制執行。受託人不但對於個人行為，須負責任，且對於共同受託人的行為，因其疏忽，致有破壞信託之處，也須負責；不過在某些案件，得對共同受託人，請求賠償。

在這樣情況之下，要誘致謹慎負責的人，擔任勞而無功的受託人職務之常生困難，創辦公共受託人及其他信託公司之受普遍歡迎，還有什麼驚奇之處呢？可是受託人所受之苛遇，已經一八九六年司法受託人法案

(Judicial Trustees Act) 內一條款，稍稍予以解除。依該條款，凡受託人犯破壞信託，法院得因受託人行爲出於合理誠實，而解除其破壞責任。依學理言，受託人若行爲合理誠實，當然無所謂破壞信託。但條款的用意，顯然要在適當案件，使舊時判例對於「合理」一語的嚴格解釋，趨於緩和。

受益人因破壞信託所有救濟，不以對於受託人個人爲限。信託財產或其收入，無論入於何人之手，若能證明，受益人得加以追索；惟對於基金有爭執主張，如何確定優先權，有種種巧妙且極專門的原則，此處是不能申述了。「追索信託財產」的目的，當然在於保障受益人的利益，以便對抗受託人的一般債權人。這是信託財產的最有價值的特權之一，也是所以使之成爲財產，不僅是對受託人的債權之處。但這類權利不過是衡平的，所以對於出代價，經相當注意，誠實取得財產的法律所有權人，就不得對抗。

受託人與死者代表，即死者的遺囑執行人或遺產管理人的區別，不獨普通人，就是一班法家，每每發生誤解。茲當本文將終，宜述一言以明其義。

這兩類職務的相同處，較其相異處，尤爲顯著。兩者均應爲無償的注意，有大量裁量之權，並須嚴格合規。在大多數案件，受託人與死者代表之持有財產，皆爲他人利益而管理。兩者均受特別原則的拘束，盜用當受監禁，

於破產免責後，仍負責任，不得如普通被告人，提出時效抗辯。兩者均須提出嚴格的管理賬目，均不得憑藉職務圖利（特別授權除外）。

兩者的大區別，為受託人的基本責任，在於保存信託財產，死者代表的基本責任，在於儘速分配死者的遺產。受託人的職務是永久的，死者代表的職務是暫時的。可是因情節不同，也許受託人的職務成為暫時的，死者代表的職務反為久長的。

依例，在處理財產及對付受益人，死者代表的職權較大於受託人。死者代表，顧名思義，係死者的「代表」；而受託人不過授產人的被委任人，多少須遵照指示行事。要詳細申論，不免軼出本書範圍，故不再贅。但區別的性质，可舉通常以遺囑創設信託為例，即易明白。信託之構成，必俟至死者代表清理遺產之後；在那時以前，受託人既對於信託財產無何權利，也不負管理之任何責任呢。

## 第二十八章 債法

### 第一節 契約

#### 第一目 概說

英格蘭契約法的歷史，很富興味且多啓迪。這把一個具備土產的普通法的國家，怎樣構成那法律的章節，很生動地表現出來。實在，這是法律演化的標準模樣呢。

普通法的創造者，在開始他們的工作之初，有好許社會的關係，擺在前面，顯著異常，不能漠視。按諸年鑑 (Year Books)，如旅店主與客人，債主與債戶，售者與購者，託運人與運送人，手藝人與雇客，主人與僕役，保證人與主債務人等關係，常見於普通法法院；而這些法院的任務即是須依照已成的習慣，處理那些關係，並對於破壞的人，強行那種習慣。

按諸事實，至少在某些案件，這些關係還不是由什麼可以稱爲契約，或合意，而產生。主與僕，保證人與主債務人，甚至手藝人與雇客等關係，尤其是如此。第一種是快瀕消亡的奴隸制的遺跡，第二種是古代法院程序的



遺跡，第三種也許是某類公所或地方組合的遺跡。但此外，如售者與購者，託運人與運送人，旅店主與客人等關係，係因某人擔任 (assumpsit super se) 供給某些物品，或代人擺渡，或供旅客借宿等而產生。大抵在十四世紀，這些關係是頗新鮮的，所以法官就很注意「擔任」的條款。因此，這幾端法律的進化，就依着梅茵 (Sir Henry Maine) 的著名公式「由身分到契約」了。於是人們遇有破壞這些關係，開始用擔任之訴 (action of assumpsit) 請求救濟。漸漸法院就定下原則，凡「擔任者」有失厥責，如擺渡人載重過量，或醫生忽視病家，以致發生損害，應負賠償之責，且僅因怠忽或失於相當注意所生損害，亦應負責。

但到了這程度，法院就停止了，不再進一步，使那不履行「擔任」的人負損害賠償之責；因為格能維 (Glauville) 曾說，王家法院不強行單純「私人協定」(private conventions) 的，那班法官就牢記住這句話。所以情形似乎英格蘭須停止在阻滯其他法律制度發展之點，換句話講，就是停滯在某階段，僅承認具一定名稱，有限的幾類特別契約。

這樣一種阻滯，勢將妨害開展進步的社會。因為依「指名契約說」(nominate theory of contract) 凡協定不合於所有認可的方式之一——買賣、雇傭、保證、運輸等等，就不能認為契約，其結果不免阻礙法律的發展。這制度至多不便，觀於羅馬法制度努力用「合同」(pacts)、「協定」(conventions) 等方法，加以避免，就可

見一斑了。

英格蘭真是幸運得很，正在這緊要關頭，不知怎麼，那普通法法院竟偶然觸及了一個原則，使他們融通一世紀以來對於「擔任」(assumpsit)的可能性所下功夫，成爲一確定而具彈性的學說，得適用於一切案件，於是使英吉利契約法爲世界所贊賞。這知識上的成就非同小可；而也祇有在那種社會，道德的水平已到了能信守諾言的程度，纔能奏功呢。

代價 (Valuable Consideration)

所說的那原則，就是「代價」主義。在十五世紀之末，普通法法院還不能主張，不履行「擔任」可爲訴訟原因，可是他們卻膽敢主張，凡有人得有報酬，或預約或預付而有所「擔任」，就當對於失望的一造，負損害賠償之責，這就是「代價主義」的最初粗略方式。但助成這原則的適用那一代法家，不久就明白，所謂「代價」也可寄於受擔任或諾言一造所受損失，或所負義務，與此造付與擔任人或諾言人的利益或報酬，並無二致。於是到了十六世紀之末，那主義的模範方式就出現了，即所謂「代價」者係對於「擔任」者所付的或期約的利益，或爲酬答「擔任」者所爲的諾言，受約人所承擔的義務或損失，其實這兩事還是一事而雷同，因爲「擔任」

人若於對造無利可圖，總不願出什麼諾言的。

所以，到十六世紀之末，於「要式契約」(formal contracts)須以印據文件爲之的狹隘學理外，我們又見到一新的概括的「單純契約」(simple contracts)的學理，不需要什麼方式，或證據，不過須以「代價」的要素爲徵驗。法院不再問，「這是那一種契約」——賣買呢，租賃呢，雇傭呢，假使被告人爲酬答「代價」已爲任何種合法諾言，或明示或默示，就足維持「擔任之訴」(action of assumpsit)了。

這種主義的富於彈性及概括性，顯然超過「指名契約」或印據文件的舊學理。這高明的主義打倒了羅馬法、教會法及商習慣的反對學理，究竟自那一個或怎麼會採入英吉利法律呢？要知道這一層，那就麻煩了。這主義的系統的說明，初見於一著名小品，題名博士與學生(*Doctor and Student*)，出版於約一五二〇年；但這作品雖很有趣，卻並未述明主義的來源。大抵中古心理的解放，一部分實爲十六世紀宗教革新的因，一部分爲其果，而在普通法法官方面，又有與衡平法院爭權的助因，另取一方式，以互相諾言的名詞，重述了社會的關係，這是法律上劃時代的改革。我們只消想想，無要式契約在今日通常商業生活上占什麼地位，沒有單純契約的學理，英吉利法律將成什麼面目，也就明白了。

## 第二目 契約的性質

契約爲一種合意或擔任，由兩造以上訂立，得以損害賠償之訴強行，依此，當事人之一方或多方，以明示或默示約定，經對方之請求，或爲對方之利益，有所作爲或不作爲；諾言或爲「代價」而提供，或訂入特別方式。

茲撮要一究定義的含義。

(1) 當事人 契約至少須有兩造，不過僅一造當負義務。自己對自己不能訂契約的；可是在形式上一人雖得與自己係一份子的團體訂契約，在實質上祇可認爲與團體的其他份子訂約。自己對自己強行義務是沒有這回事的。

契約得由多造訂立，或各種人間各種不同約定訂入一個文件，尤爲常見之事，而均攏統稱爲契約；因此，有時發生困難問題，誰有權強行那些不同約定，當向誰請求呢？這一層，宜留待下文再述。

除特別法令外，非契約的當事人，不得因契約起訴或被訴，這原則就使契約別於財產的移轉。前者產生債權，而後者產生物權。例如，我與建築人立約，爲吾子建一房屋，吾子要約願出百鎊一年承租，建築人不履行契約，吾可起訴，吾若不履行約定建築費，他也可向我訴追。但吾與建築人均不能因吾子拒絕出百鎊一年承租，而向之提起訴訟，除非他曾依這約定，爲契約之一造。一九三〇年汽機保險法案 (Motor Insurance Act) 所以必須規定某些案件，第三者得訴保險公司，就是這個緣故。一九二五年勞工補償法案 (Workmen's Compensa-

tion Act) 也有同樣規定。

近年來，大部分因工業上的爭議，產生一「干涉契約關係」的主義，這主義實為侵權行為法的一部，與那重要原則，雖非刺謬，卻使之趨於暗昧。例如，我與煤商A有老交易，而B因意圖有損於我，誘惑或恐嚇A，使他不履行契約，我可以訴B，要求損害賠償，大抵，至少對於某類契約關係，這辦法是可行的。但須注意，我之訴B，並非依據與A所訂的契約，這契約不過供煤罷了。我之訴B，實因他干涉我所有向A得煤的權利。可是法院之採用這主義，很有滯疑之象，可見對於這主義之是否健全，還不無懷疑之處。

凡人已至成年，有行為能力，即得為契約的當事人；未成年，精神失常，越權等事，至少在某限度內，有損個人及公司的契約能力。這層，前已充分討論，不必再贅。

(2) 合意 所謂合意者，就是意思一致。但意思一致不一定構成契約。僅意見一致是不足够的，因為單純契約的根源在於「擔任」所謂「擔任」者，即約定作為或不作為之謂。如A與吾同意B為一賊，那就並不是契約，因為我們於行為上都不受什麼拘束的。但假使A與吾合意不再以物品供給B，那就成為契約的合意了。因為這將影響於我們的將來行為呢。

大抵為側重這層真理，惠廉恩生(Sir William Anson)在他的契約法名作內，著有定理，把每個契約的

合意分析爲要約與承諾二種。關於這層，他曾受人批評，但恩生氏的分析得適用於大多數契約案件，而對於解答，「什麼時候契約纔算訂定成立？」這重要問題，大有所助。恩生的答案，不外「一方的要約一經對方確定承諾之時，纔算成立。」

在簡單案件，這分析是顯然無誤的。如我走入店中，指定一司的克，向店家說道，「多少？」他答道，「七先令六辨士。」我答道，「就買這杖罷。」店家的回答就是以七先令六辨士出賣司的克的要約，我的答復顯然是承諾他的要約。在我們之間，就有了一種契約。但假定我在他的條件上，另加條件，例如「我於下星期付錢，」那店家就有權拒絕全部交易。這分析雖然有無限的困難，可是對於成立契約前的反覆措商，或口頭或書面，這分析總可用作徵驗。唯一的問題，在於「可有一個時候，一方的條件明白確定地放在對方之前，而由對方很確定也無條件地承諾呢？」假定是的話，就有了合意。假定不是的話，任何方都有權不成交；因爲要約在未經承諾以前，是可以撤回的，而未經承諾，雙方均不受什麼拘束。

在單純契約事件，要約與承諾得由當事人任意以任何方式表示——言語、書面、記號或其他行爲都可。有種很普通的契約，差不多完全用行爲構成，如有人見一出租的汽車，舉手示意，啓門而入，僅以目的地告之司機人，那司機人既在兜攬生意，就是準備於行駛範圍內，按定價，載任何客人至任何地點的一種要約。乘客之招呼

他即是同意照價租車。又顧客入店，選定標價物品，置錢櫃上，攜物而去，情形相類。但在較為複雜的事件，當事人於初步措商條件之後，自樂於以書面為要約及承諾；又有幾類契約，非將決定條件載明文件，經負責一方簽名之後，是不能直接強行的，說見後文。

### 第三目 契約合意的瑕疵

合意為一種心理狀態，凡契約之一造的心理受有重大影響，以致無從達到合意，就必然有搖動契約之結果。法律為一應用科學，而維持契約為一重要事件，故輕微事件之影響於心理，如頭痛之類，雖也許使一方稍失健全，卻不能據此自食諾言。但除一般事件，如未成年，精神失常，及公司資格，前已述明外，普通法與衡平法均承認有某些特別事件，若發生於立約之時，就多少要搖動契約的效力。此中最要者為脅迫、詐欺或誤傳，及錯誤。

依普通法，脅迫指身體上的勒逼，施之於訂契約之人，強使如此作為。最著之例，如舉槍作射擊狀，逼人簽名，或監禁他人至簽名後方休。但普通法又認可，凡人因受恫嚇，將加暴於其妻兒，被迫簽訂巨額債券，即不得認為以自由代理人地位簽訂。所有這一切案件，契約為自始無效，甚至得對抗善意持有人，因為這不是簽訂者的印據啊。

衡平法又進一層，承認與加暴身體的恫嚇不同的威勢 (undue influence) 也得使心理失其能力，無從

斟酌合意的性質。要爲威勢下定義，是很難的。這是強者在弱者的性格上，或心理上的一種道德的或心理的支配力，每每不期然而然不利於弱者。凡狡猾老成的放債人與沒有事業知識的青年人交易，衡平法總認爲雙方非處於平等地位；若有證據證明前者對於後者使用威勢，就可撤銷契約。又在某些關係，衡平法簡直推定爲有威勢存在，例如，父母與子女，前監護人與前受監護人，前受託人與前受益人，教士與教友，醫生與病人，律師與當事人。除非較有經驗之一造能證明與對造確係公平交易，就不能邀准強行契約。但依衡平法的普通原則，第三者以誠信付代價，於契約下取得利益，得受保護。縱使如放債人事件，請求救濟之權係依據條例，第三者的保護還是如此。可是，有人既知有權根據脅迫或威勢，撤銷契約，而於回復自由之後，仍有意不如此辦理，就當認爲已承認契約。

詐欺爲契約之一方使用詐術，使被詐的一方訂立契約。契約之一方非確受對方的詐欺，不得據此撤銷契約。而生問題的詐術必須爲故意或鹵莽誤傳重要事實，致使被詐一方誤信，訂立契約。假定當事人接洽賣買一賽跑馬，出賣人僞稱那馬在上季曾贏過五百金鎊，若買受人誤信其事而成交，可據此撤銷買賣。但表示意見，縱使言過其實，如稱那馬在下季比賽時必定得勝，就不能據以撤銷契約。在普通法上，詐欺另有獨立請求賠償之訴，見於下章。



衡平法之認誤傳爲撤銷契約原因，較諸普通法更進一層。即善意誤傳重要事實，於對方決定契約的心理上，有影響之虞，或確有影響，得爲撤銷契約之理由。這層已早著有判例。如出賣事業人，估計收入過高，或公司於請人入股的計劃書中，聲稱已得核准，有權敷設某線鐵路，而實未經核准，所爲稱述，即使皆出於善意，因誤信而被欺的一造，得請求撤銷契約，但不得對抗善意第三者的已得權。可是，因衡平法本無裁判損害賠償之權，就不得對誤傳一造，提損害賠償之訴，但某些因虛偽計劃書發生條例上責任的案件，不在此限。

某些案件，得以錯誤爲撤銷契約之原因。但所謂錯誤，係指誤會重要事實，並不是指判斷錯誤，或欠缺才智。每每有人投資失利，指爲錯誤，但這却不能爲撤銷契約之原因。又有人買了一畫，誤認爲係出於羅彭（Rubens）手筆，然此項誤認也不能據以撤銷契約。——除非對方故意欺騙，或買方以羅彭手筆爲購買的條件，纔生問題。成爲問題的錯誤，必須爲誤會重要事實，影響於契約的基礎，且非由於請求撤銷契約一方的過失。假使那錯誤係對方故意行爲所促成，那就成爲詐欺事件，如上文所述。但除對方之過誤外，倘請求撤銷契約之一方誤會事件的性質，如誤認簽訂匯票爲簽證遺囑，或弄錯對方的人，如把送於B的定單，誤送於A，或弄錯標的物，如買進未產的小麥，誤認爲大麻，均得請求撤銷契約，甚至依法律也可撤銷。關於較爲輕微的錯誤，若雙方有同樣誤會，依衡平法可以撤銷的，但願履行之一方願依立約之本意履行，不在此限。所以，假定兩個親戚買賣一舊家

遺物，估價五十鎊，而在交易確定之後，發現那價值在五百鎊之譜，法院也許會撤銷買賣；但買受人願照價補給，不在此限。就是再較爲輕微的錯誤，若法院斟酌案情，認爲不當維持一方請求履行契約的主張，得駁斥照約履行的請求，任其另行依法請求照價賠償。

(3) 代價 「代價」爲單純契約的要件，其性質前文已充分申述，故茲僅一述其各種方式。

依早期的見解，「代價」爲某種已爲的行爲，由「擔任者」憑以爲諾言。在現今，這見解雖非絕對，總覺其危險。這樣一種「代價」將斥爲「過去的代價」，不足以維持單純契約。如有人於吾子溺水時，加以援救，吾爲答謝起見，給信於他，約以一百鎊爲酬，這諾言，我是不受拘束的，因爲那人的救助，出於自動，並非因諾言而起的。可是，假使吾見吾子溺水，勢將沒頂，吾就對人說，「請救吾兒，當以百鎊爲酬」，而那人就照辦，那就成爲一完全有拘束的契約了。這是對某行爲，以諾言爲要約，而履行這行爲就構成了契約。這類契約常常稱爲「完成」(executed) 契約；但這是不妥的。要知這裏所謂完成祇是代價的完成，不是契約的完成呢。又這也不是「過去的」代價，因爲這是對諾言而發的。

諾言本身，得爲另一諾言的代價。如其不然，那日常大部契約就得推翻了。如有人要約，若我肯出五先令，願在我園內作工一日，他的真正意思，就是他約定工作，吾約定給五先令。若交易一定，他的工作的諾言，就是對我

的給五先令的諾言的代價。這種代價稱爲「未完成」(executory)的代價；而契約的兩方都居於諾言者與受約者的地位。這就是諾言對諾言的要約；而這裏的契約與上述那人受報酬的案件不同，於互相爲約之時，就發生拘束力，但在那一案，必俟援救行爲履行以後，契約纔生拘束呢。

依嚴格學理，「代價」必「出自受約者」，換句話說，契約當事人非本人對諾言給有代價，就不得依據諾言起訴。近時有些案件很難與那學理調和；但這層很繁難，不能在此申論。可是，如上文所述，除條列明白授權外，非契約的當事人或其代表，不得依據契約起訴，這層是很明顯的。

「代價」雖爲每一單純契約的要件，然除極少例外，英吉利法律不問「代價」之是否適當，當事人得任意自由交易。至於商人或技術人之所以願以廉價服務，所有人之所以願以廉價出售房屋，自有種種不同理由。惟「代價」之不適合，出乎常軌，跡近詐欺或錯誤，如後文所述「限制商業」之類，法院纔取干涉態度，強行公共政策的原則。甚至出賣「將來利益」事件，曾經有一時可以價格不適合爲理由，予以撤銷的，現在還須適用那普通原則呢。

當單純契約說在十六世紀演化之時，早有一批「要式」契約或準契約，如印據等類，已經英吉利法院承認。這些契約既經王家法院推行了幾世紀，就不能加以漠視，然也不能使之符合於「代價」的新要件。今日，這

些要式契約中，惟有印據一種尙碩果僅存。以印據所爲的債券、議單等，即是標準的例子，這些單據，依法有拘束力，不必有什麼「代價」；但衡平法對於這類事件，不予以「照約履行」的救濟。且甚至在法律上，每每加以拖延，俟至其主張有「代價」的根據。

既說到契約的「形式」，就當一述另一類契約，依法非有書面證據，不得作爲訴訟的根據。這二類契約同時論述，不免易於混淆；可是在「要式」契約，那形式實爲生效的要件，而在後一類契約，那書面不過爲訴訟上證據的要件。且單純契約有了書面證據之外，還須有代價——實則，除保證與買賣有市價貨物等事件外，在書面內，必須述明代價。

出賣貨物，價值在十鎊之數，買賣貨物法案 (Sale of Goods Act) 所規定的要件，已在上文述明。茲僅將詐欺條例 (Statute of Frauds) 所列舉的幾類，規定須以書面爲訴請履行的要件，說明於下：(1) 遺囑執行人或遺產管理人所爲諾言，負責以自己的金錢償付死者的任何義務；(2) 約定代他人負錢債，毀約或失責等責任；(他人仍負責任) 普通即稱爲「保證人」；(3) 以結婚爲代價 (非婚姻預約) 所爲諾言；(4) 合意創設或移轉土地利益；(5) 合意之履行須在爲合意時起一年之內，如任用職員，定期兩年，差不多這著名條例的每個字都會爲訟爭之點，究竟這是防止「詐僞」還是產生「詐僞」，簡直大有疑問呢。但這些問題，

這裏是不能談了。

(4) 合法標的——契約必具備一合法標的，反面說，就是不得直接或間接地具有不法標的。要請求法院強行一以違法為目的的契約，簡直是夢想呢。但英吉利契約學理是很富於彈性，所以要列舉合法標的，為契約所得訂定的，實屬不可能。因此，祇能撮要舉一二種契約所得訂定的標的，以示其例。

任何契約以犯罪為目的，應為無效，甚至印據，法院也得澈底審究當事人的真意，藉明是否有犯罪企圖，不受任何證據原則之拘束。凡契約，任何部分「代價」為不法，全部應為無效。若「代價」合法，而契約內某些約定為合法，其他約定為不法，如除去不法部分之後尚能履行，那前者即可請求強行。

某些標的雖非絕對不法，卻違反「法律政策」(policy of the law)，凡契約具此標的，應為無效。例如訂定姦淫、介紹婚姻圖利、已結婚者預定脫離、賭博或賭賽、詐欺大眾規避捐稅、圖賴或拖延債權人、或和息刑事等契約，雖此中有些行為並非犯罪，亦不違反民事法律，均不生效力。大概所謂「限制商業」最富趣味。依「法律政策」，當鼓勵各人充分展其才能，尤其為那種才能，得促進經濟的發展。因此，凡契約限制一人從事於商業或事業，應不生效力。但有二類事件，相對限制商業，法律認為合理，一即一人以另一人為股東或職員，而在那些地位，後者得有機會學悉前者的營業或關係。這裏，為利害關係，前者得與後者訂定，於關係終了後，後者不得於

一定時間及一定區域內，經營相同事業，以相競爭。又如前文所述，A自願以其營業牌子，出售於B，縱無契約明文，A不得貪言而肥，再有所經營，與B競爭，但B也許要把此項限制訂明於買賣契約，假使按其情節，那限制並未超過保護買受人的程度，契約應為有效。

凡契約訂有毀約時處罰的條款，此項條款不得強行。可是這原則並不禁止當事人約定於某時期，直接或間接，核定毀約應付之損失額；但此項核定惟以估計單純賠償為限，不得借賠償之名居處罰之實。

#### 第四目 契約的履行

訂立合法契約之人必須完全履行所「擔任」的全部義務；不如此辦理，當承受損害賠償訴訟，而在某些案件，且須受照約履行令，或禁令。這些救濟已在前文述明；但觀於法院既不願強行「限制商業」契約，則縱使有人受契約束縛，法院也不准發禁令，禁止其從事一般事業的。因為法院視此項禁令，不啻使人處於奴隸地位；所以縱使契約在形式上是合法的，也惟任對方為損害賠償的救濟。

有一較困難之點，當以一二言，加以說明。

自內戰時起，有一確定的法律原則，契約一經成立，不問此後發生何事，不問其事如何不幸，當事人不得據以免除履行諾言的責任。例如，一人約定以一定租金承租一田地或房屋，若於占有之後，縱使田地為洪水沖沒，

或房屋爲大火焚燬，仍負償付租金責任，但毀壞若出於地主的過失，或契約另有訂定，不在此限。這原則不適用於法律所規定的義務；但依法院的見解，一人若自願訂約，必須履行所爲約定。如其要防範意外事件，當於契約內有所訂定。

但這原則，若推至極端，結果至爲苛刻，所以在現時代，法院已認可幾種例外了。計有四種如下：

(1) 凡訂約時，行爲爲合法，至履行時，成爲不法，擔任履行之一方，免除責任。強人違法，當然決無此理。至於對方所付「代價」，在此種情形之下，是否有權取償，這一層，似乎還未見法院有所論列。

(2) 凡契約之訂定，係預期其標的必於履行時存在，然在履行前，那標的竟發生意外，遭燬滅或死亡，那末，根據預期有所約定的一方，免除責任。如立約出租戲院，而在租賃日期未至前，院屋遭焚，院主即不受契約之拘束；惟承租人若預付租金，大概可以追還的。

(3) 凡契約的標的，在履行前，全部消失，自消失時起，契約即爲解除。這例外的適例，莫如所謂「加冕案件」(Coronation Cases)。當初愛德華七世(King Edward VII)加冕典禮，忽因病展期，於是成千成萬人預定座位，觀加冕儀仗，預定汽船觀海軍演習等事件，一概發生問題。法院依第二例外比附類推，認爲所有這些契約之訂立，均以預期加冕禮必於公佈日舉行爲根據，若沒有這根據，決不立約。可是又主張定座人對於預付

之全部或一部價金，不得追回，那就不無可議之處了。所採用的格言，即「樹倒於何處，任其橫於何處。」

(4) 大戰起後，萬事失常，於是又促成了一原則，凡情勢根本變更，契約當事人得免除責任。這新的發展稱為「事變挫折」(frustration adventure) 主義。例如，在大戰前訂有契約，而大戰一起，契約就因戰爭成為不法，或履行成為事實上不可能，或可履行，而履行之一方必蒙受傾家蕩產的損失。法院在不十分確定的情況下，就免除了當事人的履行責任，這是情勢變遷原則 (rebus sic stantibus) 的引伸，而那原則則是適用於國際條約的。這原則是很危險的，但在某些時期，卻又不得不適用呢。又停止兌現 (moratorium) 即是同原則的大規模的例子，但這層僅能以條例實行。

此外，關於契約法，當再說明二類偶然的關係：一類為真而特別的契約，一類非真契約，不過與契約有密切關係罷了。

第一類稱為「特別契約」(special contracts)，如買賣、租賃、雇傭、代理、寄託等等。其實，這些都是古時的社會關係，現代契約法就是從此發展出來，已見於上文。但惟其古遠，牠們就保有特點，不能與一般契約合流，不過那些特點，卻不能在這裏伸述呢。



第二類稱爲「準契約」(quasi-contracts)。所謂準契約就不是真的契約，不過因種種理由，姑視爲契約罷了。例如，A沒有欠B什麼債，卻誤信欠B，付與款項，那末，如其B收到後不肯返還，A可據「準契約」訴請返還「誤付的金錢」。又假定第三者匯款於B，請代轉A，而B不轉，A得訴B返還「付於A用之錢」。兩案內，A既沒有立約付款或還款於B，且兩人之間，也沒有什麼「代價」。但據孟司斐而(Lord Mansfield)說，依據自然的公道(換言之，即衡平法與誠信)，B應返還或償付其款；而且B之不受刑事追訴，僅被人依準契約訴追，還當引爲幸運呢。準契約的主要例子，除上述外，還有依帳的欠款，依法案的欠款，依被告人要求所付的款，及被告人假借公務地位自原告人方面不法取得之款。

法家普遍承認「準契約」表，是不定的，定了，是不完全的，所以時時有所努力，想制定一原則，可以測驗是否爲「準契約」的標準。大抵最可贊賞的一種莫如「不當得利」(undue enrichment)如A與B交接之間，無功受B經濟上之利益，致B有所損失，而B若知其情事，必加以防止，那末，B就有權據「準契約」主張追還相等數額。但這原則與有幾種判例，很難調和呢。

## 第二十九章 債法(續)

### 第二節 侵權行爲 (Torts)

#### 第一目 概說

侵權行爲非契約的破壞，而爲民事的過誤，在普通法上得提損害賠償之訴。雖然衡平法爲制止侵權行爲之發生，設有「禁令」的救濟，可是侵權行爲法畢竟是普通法的事情，正和信託法之爲一樁衡平法事情相彷彿。

侵權行爲法 (Law of Torts) 一名稱內，Torts 一字是複數而非單數，須加注意。原來關於侵權行爲的法律，與契約法不同，尙未超過發育時期，所以祇認可各種侵權行爲，還沒建立什麼普通原則，可使我们憑以審定，一望而知什麼是侵權行爲呢。侵權行爲法大部分須憑記憶的事情，並不如契約一般，有什麼侵權行爲的普通原則。而且，在某些案件，似乎也沒有什麼健全原則，可憑以區別什麼行爲是侵權行爲，什麼行爲不是侵權行爲。如 A 無端故意誘致 B 破壞與 C 所訂的契約，這是 A 對 C 的侵權行爲。但假定 A 惡意挑撥 B 撤銷對 C 作成的

遺囑，A向B所爲的挑撥之詞，或爲A所知，或與A所知相左，但未至誹謗程度，A對C就不犯侵權行爲。

所以侵權行爲爲法的一般性質是很微少的，而所有這些微通性還是屬於其他法律部分，如「夫當爲妻的侵權行爲負責。」這原則，已在夫妻關係文內申論。因此，本文當闡述有關侵權行爲的少許普通原則，並列舉較重要幾種侵權行爲，加以說明。好在許多侵權行爲，同時就是犯罪行爲，所以除某些案件，兩者的定義不同外，所有已在刑法章內會討論過的定義，不必重複了。

由侵權行爲發生的請求權，與由契約發生的請求權不同，於加害人或被害人死後，不得更行主張，這是一普通原則。但有例外，計（1）侵害土地（例如擾害占有（*trespass*）），係於死前六個月內所犯，得由死者代表或對死者代表，於死後一定期間內，起訴或被訴。又盜用動產係在死前六個月內，亦得由死者代表或對死者代表，起訴或被訴；（2）有人若因受人侵害或不作爲致死，他的親屬得經由死者代表，對加害人訴求賠償。但如A誹謗B，於B未得裁判以前，A死亡了，B的請求權即歸消滅；反之，如B於裁判前死亡，他的死後代表也不能承受對A的訴訟。

「無形物」雖得一般移轉，純粹侵權行爲的請求權是不得由當事人移轉的。但請求權若不過是形式上的侵權行爲，如實際上爲請求返還財產之類，現今是可以移轉的，至於普通法與國會對於「參訟」及「攬訟

「圖利」所取態度，並無影響。純粹投機的及個人的侵權行爲，請求權不得移轉，例如因誹謗的請求權。但因這請求權所生，且已收得的金錢，自得移轉。

按諸原則，加害人若無故意或過失，就沒有什麼侵權行爲。至於在各種侵權行爲中，故意或過失的意義如何，當俟後文申述；但每個真正侵權行爲總是不法行爲或不作爲。可是，有少許案件稱爲「絕對責任」(absolute liability)案件，也列入侵權行爲之類。凡物在被告人管理之下，或當在被告人管理之下，致有損害，那末，縱使被告人並無不法行爲或不作爲，也應負責。這些案件很有趣，很重要，必須加以說明。此中有幾種，就是稱爲「代替責任」(vicarious liability)的案件。

(1) 一人之牛羊侵入他人之土地，致有損害，當負賠償之責。凡牛羊合法行駛於大道之上，闖入了路旁沒有欄柵的土地，不適用此項原則；因爲路旁土地，地主負有築欄柵之義務。但一人的牛羊闖入鄰人的土地，又不適用後一原則，因爲除契約另有訂定，或另有習慣外，後者沒有對他築欄柵之拘束。幾年前發生一起案件，引起「牛羊擾害占有責任」原則是否可推及損害其他動物或人的問題，很富興味，而經過長久討論後，終究主張不當適用。這裏所謂牛羊包括一切家畜，如馬、牛、羊、豬等等；但野獸又另有立場，不包括在內。如我的貓咬死鄰人的鴿子，縱使貓曾侵入鄰地搗亂，我也不負責任的。

(2) 爲野獸負責任另有立場。野獸逃走，損害他人，豢養這危險野獸（即危及人類）的人當負絕對責任；又列爲家畜的獸類，若有危險之處，爲被告人所明知，也適用同樣責任。狗，法律認爲是第三種物（*tertium quid*）；除攻擊牛、馬、騾、驢、綿羊、山羊、豬、或家禽，當依特別條例規定辦理外，不與野獸同視。在那些案件，不必證明什麼知情，狗總不當令人煩惱。至於其他家畜致有損害，而所致之損害，非該畜之常態，主人是不負責任的；但主人明知其特別野性，不在此限。例如，雞飛入腳踏車輪之間，致騎者傾跌。

(3) 所謂福萊參與蘭能（*Fletcher v. Rylands*）一案的原則，大抵爲危險野獸的比附類推。除條例另有規定外，凡人在自己地上堆置物料，如水、毒樹或炸藥，並非不法。此項物品，應用適當，是有利的。但堆置之後，此項物料若走失或爆炸，以致損害鄰人的土地、牛羊或房屋，他就須負損害責任，且不必證明過失，但走失或爆炸爲不可抗力所致，不在此限。所謂不可抗力，即偶發事件，非人力所能預見預防。所以一人爲救護自己土地的沉沒，導引洪水入鄰人的土地，是不負責任的；因爲洪水不是他引到自己土地上的。

在某一時期，這一「絕對責任」原則，甚至適用於火。人於自己房屋內燃火，當負燃火的危險。如火走失，焚燬鄰人的房屋，他是須負責任的。但這極端責任，在視火爲奢侈品，不視爲必須品的時代，較爲適當。所以在一七〇七年經過一度試驗之後，到一七七四年就有條例，加以修正。一七七四年的條例，法文奇特，限於保護自己產業

上「偶然起火」的人們；雖不能十分確定，條例的保護，總似乎非故意燃火之被告人（縱使極正當燃火）所得主張，僅限於自然力或旁人燃火案件。這結論很怪；而我們惟有參酌普通法「狀」在於「怠於防火」一點，可是這層，一向是被人所忽略的。

失火的「絕對責任」還推及於沿路拖拽引擎，爆烈火星等事件。

對於所述案件內定下的「絕對責任」原則，法家若加以批評，大抵要認為那些案件可歸入「過失」這總目之下，實不必另立一類，反與侵權行為的普通原則不相調和。豢養野獸，或蓄水於蓄水池，被告人當然不必犯有過失，而蓄家畜，尤其談不到。但任其走失，損害鄰人，就有過失了；而上述某些案件的不可抗力的例外，不期然可為這一層的明徵。其實，這一切案件所以不列入「過失」之下，唯一理由，是因為英吉利人，具有清教徒的心胸，總覺「過失」有觸犯道德的含義。實則「過失」不過對於抗議者不遂行一種積極的法律義務的不作為罷了（也許因極適當理由，而不作為）。

本書限於篇幅，竟不能撮要一述僱傭契約，今述侵權行為法，自須一述因主（雇用人）僕（受雇人）關係，雇用人對於受雇人的侵權行為，應向第三人所負的責任。此項責任，與因有通常契約關係的對方的行為，負有責任，是不同的。所謂通常契約即代理、建築等是。在這些案件，主人或雇用人對於受雇人或建築人的侵權行

爲所負的責任，僅以明示或默示的授權爲限。但在僕人案件，主人的責任較大，這是往日主僕關係非根據契約時代的遺跡。可惜這事實每每被人忽視；而傾向於以默示代理爲主人責任的根據，並以責任限於推定爲授權的那種侵權行爲。這原則是不足以概括各種案件的；其正當原則，要爲僕人於執行職務之間，或在執行職務範圍內發生侵權行爲，主人當負其責。凡侵權行爲或不作爲分明係僕人「爲自己」行爲的結果，主人就不負責任。但如其僕人是在服務，那末，縱使僕人的行爲出於主人的意外，或其行爲若被知悉，必遭禁止，主人仍須負責。有一案件，雖證明致損害的行爲曾被明白禁止，仍令主人負其責任呢。大概這是「莫迫人過甚」(don't nail his ears to the pump)一語的比附類推。

雇用人對於其他受雇人所負責任較輕，要明白僕人之所以與其他受雇人有所區別，不外前者較後者更受主人的支配。「在獨立建築人」事件，雇用人所訂定的，主要在於結果，至於如何進行，最爲適當，一任受雇人自行定奪。在僕人事件，主人卻保有自行抉擇方法及結果之權呢。

侵權行爲可區分爲兩類：一類爲行爲本身即侵權行爲，一類必證明致有經濟上損失，行爲纔構成侵權行爲。前一類即指妨害人身、土地或動產的擾害占有 (trespass)，誹謗 (libel)，妨害公權（如使用公路權），妨害某些「無形承襲物」及某些口頭誹謗 (slander) 的特別案件。此外的大部分侵權行爲，必原告人證明經

濟上的損失，纔可訴訟。這區別是偶然的，至多也不過一程序問題。擾害占有本是準刑事事件，所以不必證明經濟上損失。誹謗肇源於叛逆法庭，該法庭自係刑事機關，而非民事機關。保障公權，十分重要，所以既准私人行使，也就無須強令證明私人損失。反之，其他侵權行為的大部分是依據一八八五年條例所規定的「本案訴訟」(action on the case)發展出來，而實際損害實為該訴訟的關鍵。吹毛求疵的人也許要說，那無非是一個適當定義的問題。那末，擾害占有就是妨害占有；通常的口頭誹謗就是以侮辱語言致人損害，但那區別是當記住的。

末了，當為各種侵權行為下定義，並予以撮要探討。好在許多行為及某種不作為同時構成刑事及侵權行為，我們在刑法章內既已涉及了好一部分，此處也就不必把已說過的再行重述。爲了這個緣故，在可能範圍內，下文仍依刑法的分類闡述。

## 第二目 妨害人身的侵權行為

1. 擾害占有 (trespass) 凡妨害人的身體即為擾害占有，得不證明實際損害，提起訴訟。擾害占有計分三種：凌辱 (assault)、毆打 (battery) 及私禁 (false imprisonment)，完全與刑法相同；不過侵權行為法不區分凌辱的等級，惟由陪審員於估計經濟損害時，作為裁量標準。



但有一種防禦，在民事「擾害占有」案內，被告人可以提出，但在刑事案內，被訴最重一種凌辱罪，被告人就不能提出的。這就是「同意」的防禦。「擾害占有」即違反他人的意志，或不得他人的同意，而妨害其占有，所以在民事案件，原告人的同意，就成爲完全的防禦了——自願即無損害（*Volanti non fit injuria*）。因此，兩人約定「共同自殺」或「比武爭獎」，當受刑事追訴，在民事就不能互相以凌辱訴訟。可是僅原告人知有危險存在，不能認爲同意；如工人明知鄰近工作之處，有危險工程正在設備，但因不願失業，緘口不言。又如被告人依條例或他故，負有保護原告人之義務。上述格言不能適用；而且，在任何案件，同意必明知擾害占有的性質，出於真誠，不得僅爲猶豫之詞。

2. 擾害占有外的故意損害 法院之注意身體上損害而非出於擾害占有及過失的，還是近來的事情。普通法認神經恐慌爲空想，就不當一回事。但在十九世紀之末，發生一起案件，就令人分明見到，精神上恐慌如何影響於身體了。該案的被告人與原告人開玩笑，像煞有介事對她說，她的丈夫發生了嚴重意外，現在臥倒在病院內。這話完全是被告人信口雌黃，並無其事，可是原告人一聽之下，竟信以爲真，生了一場大病。那高明法官雖承認並無確切先例可據，終究主張，原告人得因其受有身體上損害，請求賠償，而其見解始終被認爲健全。誠如近時一案內，上訴法院審判長所言，其要點爲「被告人致原告人身體上的損害的行爲，係出於故意——且竟

因其行爲致有身體上損害。」又在這類案件，必行爲直接針對原告人。

關於這一點的少許案件中的大多數，所謂行爲係指語言而言。可是還有幾種相同的行爲，如餽送原告人食物，被指爲病由，或當人在陷窳上行走時，抽去門門，雖不構成「擾害占有」，假使原告人因而發生身體上損害，也可提起訴訟。又最後一層，人力的因素不必出諸被告人。有一歷史的案件，被告人把一個已燃的爆竹擲入一市場。那被擲入地方的人就自然而然，拾了起來，不顧後果，盡力擲了出去。不料這爆竹竟擲及了原告人，擊傷了眼睛。被告人被判令對原告人負責，可是這原告人，他從未見過，也從未想加以損害呢。觀這案件，可見要使被告人負「擾害占有」責任，在被告人方面，不必有對原告人的惡意（依文字的通常意義）呢。

3. 過失 (negligence) 這部分侵權行爲法，有關身體與財產，爲最不確定，最爲繁雜的一種。

過失的法律定義是很明白的。這是一種不作爲，被告人不履行法律所規定的對於原告人的一種積極義務，致生損害於原告人。這與不履行契約或信託關係所生的積極義務，有所區別，那一層又另有立場。有時，這又同時構成犯罪與侵權行爲，不過事屬鮮見，說明已見上文。

要常常記住，過失的要義爲不作爲而非行爲，是很困難的。「玩忽從事」(doing a thing negligently) 一語，文義尚通，但「玩忽行爲」(negligent act) 一語，就自語相背了。指爆竹案內被告人行爲爲過失是刺謬

的；而大概因顧及這一事實，那意見兩歧的法庭，多數意見要把那案歸入「擾害占有」一類。可是，現在非「擾害占有」而損害身體的行爲，已在侵權行爲法中占一地位，那末，過失性質自可期其益趨明顯了。

於契約及信託外，什麼時候法律纔令被告人對原告人負一積極義務，而不履行這義務，纔構成過失呢？要知道這層，是很困難的。而且像普通法這般個人主義制度之中，根本就很少這類義務。這所以直到十九世紀之初，在普通法法院，很少純粹過失案件。後來，觀念與環境變遷，法律亦隨之變遷；而法官也漸漸容納輿論，開始建立過失原則。可是，一班大眾是否感覺原則範圍的狹隘，卻是一個疑問呢。

於是，在法律上所謂過失，即欠缺注意，那注意亦即被告人對原告人當負之義務。所有案件，凡以法律後果強行是項義務的（在契約及信託外），可分爲四類。

（1）凡當事人間有一特別關係之處。

這一類義務的常例，即鐵路公司負有安全載客，或交付客人行李的義務，或醫生或看護負有相當注意病人的義務。按諸實際，這些都是契約案件，而普通都是這麼看法。在單純契約的演化中，牠們曾占重要地位；而且爲過失案件的最古一類。爲了牠們被契約法所吸收，致過失法長久成爲殘缺不全。在現今，凡被告人提出「與原告人並無契約關係」的攻擊，如病人爲兒童，醫生由父母所請，或僕人的車票是由主人代買，那些案件就有

用了。

(2) 土地與機器的占領人，對於相接觸的各類人，負有某些積極義務。凡人因權利或因占領人的邀請，走入土地，或使用機器，後者當盡相當注意，防護前者，勿使因土地或機器的危險或缺陷，受有損害。凡人未經邀請，亦無權利，僅因特許，走入土地或使用機器，占領人僅須以所知之隱藏危險告知之。他自不必為他們加以修繕。關於「擾害占有」之人，他祇須不設陷穽就得；但設了陷穽，就成為故意，不僅過失了。

機器的安全責任，現在雖依工廠法案 (Factory Acts) 嚴格解釋，至近時，就勞動的雇用人而論，已依共同僱傭原則 (common employment)，大加修正了。依該原則，雇用人對於同類工人所致其他工人的損害，不負責任，但證明雇用人有過失，不在此限。這原則，為主人於僕人執行職務時，發生侵權行為，應代負責任的例外。那原則仍為法律的一部；但其效果已大受各種雇用人責任法案 (Employer's Liability Acts) 所限制，而凡此種法案不適用之處，則受勞工補償法案 (Workmen's Compensation Acts) 所限制；依後者的程度，簡直不必證明過失或侵權行為。可是，我們有時還聽見「共同雇用」的防禦呢。

(3) 出賣人或寄託人知其所賣所寄之物品有特別用途，或當以特別方法管理，應盡相當注意，將一觸即發之危險，警告執持之人。如託運人委運送人轉運物品，而該物品在通常轉運之中，有滲漏、爆炸，致人損害之虞，

倘不以危險明白警告運送人，而竟發生損害，應負賠償責任。在這類案件，他是不能令運送人負責，自不消說得。

(4) 凡人由自己或其僕人使用一物件，若不謹慎從事，必損害接觸之人，則應盡必要之注意，避免此項損害。如原告人爲其雇用人雇一裝置煤氣人，在宅內修繕煤氣表，而該人玩忽從事，以致原告人在置煤氣表的地窖內，持燈爲日常工作之時，遇爆炸而被沖倒受損，法院當判令裝置人負其責任；可是在他們兩人之間，並沒有什麼契約存在呢。

一切以過失爲根據的訴訟，每有原告人「與有過失」(contributory negligence)的防禦。其辯論意旨，不外即認被告人有過失，但非原告人「與有過失」，也不致有所損害。例如A於路的錯誤一邊行車，B爲一步行人，不防那邊有車輛行駛，也就不顧左邊，逕行走入路中，以致被A車撞傷。假定陪審員認爲B若加以通常注意，就不致發生意外，那末，A固然理當加以譴責，B終不能向A要求賠償。在實務上，這問題是很難的；而一班行駛汽車的人每每利用這疑點，得着過當的利益呢。

法院之於「與有過失」原則，不十分同情，故有一二嚴厲原則，限制其適用。如被告人過失有使原告人匆遽，無從抉擇行爲的情形，就不能因原告人不取最理想的步驟，認爲「與有過失」。又如原告人爲一兒童，就不能與成人一般看待，期其採取同等避險行徑，故被告人之行爲，有促成原告人所取步驟，以致損害之處，就不能

再主張「與有過失」或錯誤行爲。因此，據貴族院判例，鐵路公司在園內轉盤上，不加鎖扇，而園內易有兒童闖入，萬一兒童闖入轉盤，受有損害，縱使他們實爲「擾害占有者」，公司也應負責。這大概是那原則的最高水準了。

反之，兒童有成人照顧，而成人「與有過失」，就剝奪了兒童據過失訴訟的權。「同視」(identification)主義現在雖已打破，在這端法律上，就分明留有痕跡呢。

就大體而論，普通法之於「與有過失」一點，不能說已到滿意程度；恐怕還不如採取海商法原則較好。依該原則，凡船舶在海上碰撞，船貨受有損害，而雙方對於碰撞均有過失，就當按各方過失程度，比例負責，若過失程度不能確定，就當平均負責。

關於過失一點，最後當一述近時在法院發生的問題，即形式上，過失僅對一人，而另一人受有損害，到什麼程度，那一人也得訴請賠償。

據近時一案，被告人的僕人以運貨汽車輾傷一兒童，犯有過失，輾傷之時，其母在場，受驚致死。法院判准死婦之夫，依他在他的營業上服務的損失，所爲之請求。要注意，問題不是「遠的損害」(remoteness of damage)而是「遠因」(remoteness of cause)。又這問題惟限於過失案件，與故意案件無關；因爲被告人之輾傷

或僅驚嚇那女孩，若意在駭怖其母，就當依二十餘年前所確定的原則，按照故意使人生精神上恐慌，所致損害，負其責任。

上述之案，在報告錄內，似未到最後階段。但法院多數的見解脆弱，是很明顯的。假使他們的理由是正確的，那末，那孩童之是否受有損害，簡直沒有關係了。就是鄰人告母說，她的兒受有損害（事非實在，說者信以為真），事實上那兒一無損害，也將負責了。又人在大庭廣衆之間，親見因被告人過失發生不幸，也可訴求賠償了。當然，這般見解定受法律職業者所歡迎。但於英吉利法律，於英吉利國格，真有榮譽增加嗎？

### 第三目 妨害財產的侵權行爲

1. 擾害占有 (trespass) 與 2. 過失 (negligence) 之於土地及動產，與對於人身，在性質上鮮有區別；在適用上自有不同。我們所說干與土地或貨物之占有，此中真意，實爲干與占領人或占有人的占有。因此，所當注意的，並不是土地或物品所受的影響，而是後者的態度；故同一行爲，在占有人，爲擾害占有，在地主，就僅爲毀損（另一類訴訟）。

輕微干與土地或物品的占有，不問占有人是否受有損失，可提擾害占有之訴。在土地事件，擾害占有或爲干與地面，或地底，或地上空間（受前述航空法案規定的限制）擾害占有人之對於原告人，即占有人，不得以

欠缺主權為抗辯，假使要主張占有人的主權為不正當，在土地事件，應提起勒遷 (ejection) 之訴，在物品事件，應提起「非法扣留」或「非法取用」(detinue or trover) 之訴。

在擾害占有之訴，原告人不必證明實際損害；不過，確無實際損害，所判賠償額，將僅足以證明原告人的權利。若所致損害甚重，所判賠償額也按比例重大。在物品事件，若擾害占有之結果，竟完全剝奪原告人的占有，那末，就當判給物品全部的價值。

在被告人方面沒有故意，不論對於人身或財產，不能構成擾害占有。例如被告人被羣衆擠軋，撞及原告人，或因馬顛蹶，被拋入原告人的園地，均無所謂擾害占有。但傷害原告人，卻不必出於被告人的故意。例如誤認原告人為另一人，加以擊傷，或原告人與友人同住，馳入原告人之地，誤以為是友人之地，均構成擾害占有。

大抵，就是因為這類理由，那種所謂「撞倒案件」(running-down case) 纔在書內列為擾害占有或有過失。凡被告人觸及原告人身體，或其占有的任何物件，就構成擾害占有；但被告人每每可以提出抗辯，指其馬使性，或脫韁，反證擾害占有不能成立，於是問題的關鍵在於那一方失於注意，被告人呢，抑原告人呢？

對土地或物品的擾害占有，得因種種理由，成為正當，例如，依據法律權限，或得原告人之特許。在後一情形，簡直無所謂擾害占有；因為擾害占有含有違反原告人意思的意味。但前者確是擾害占有，不過為正當的擾害



占有罷了；且此層有極嚴格的原則（現在已稍寬鬆）加以保障。依該原則，凡依據法律有權入人土地，取人物品的人（如收稅吏徵稅，或鄰人遏阻私人滋擾）若有不正行爲，自始即成爲擾害占有人。又因遏阻火勢蔓延入人土地，也使擾害占有成爲正當——這原則似與普通法上土地占有人因火所負的嚴峻責任，有所刺謬。因爲，如其那占有人應負絕對責任，爲什麼他的鄰人卻主宰法律呢？

3. 滋擾 (nuisance) 這是一種特別侵權行爲，僅適用於土地。這範圍極廣，卽是任何行爲，妨害他人於土地占有上所得享受的衛生、舒適及便利。滋擾得構成擾害占有；但在大多數案件，是不能構成的，例如穢氣、粗暴音聲、遮暗房屋光明等案件。僅減低土地價值的行爲，依法尙不足以構成擾滋。如所有人拆除大廈，於地上另搭茅屋，致大大減低鄰居大廈的價值，但卻不負滋擾之責的。甚至所指摘之行爲果有干與土地享受之處，法院也必斟酌鄰居的一般行徑以及商業生活與家庭生活的通常需要或作務。換句話講，所謂滋擾，必以一般人的意思，不以特種人的意思爲標準的。因此，每每有案件介乎其間，例如現今開窗或在園內開留聲機之類。

滋擾法有一特點，被害人於某程度內得主宰法律，強制遏阻，卽在得除去之時，除去其原因。但在如此辦理之前，至少在滋擾出於不作爲而非行爲之場合，必預先通知犯滋擾之人，不得因阻遏滋擾，逕入無辜者的土地；不得有不必要之強暴，也不得爲不必要之損害。爲阻遏滋擾，而出於擾害占有，甚屬危險；在大多數案件，倒不如

聲請法院，另求「禁令」的救濟呢。

4. 驅逐與扣留 (dispossession and detainer) 這兩種侵權行為分別適用於土地及物品，即占有他人應占有的土地或物品。牠們產生勒遷之訴 (ejectment 在土地事件) 及非法扣留之訴 (detinue 在物品事件)。這些訴訟為確認土地或物品的主權之訴，不為擾害占有等主張。牠們為類於古物權訴訟的最近程式，實際上也就取而代之；因為，一旦勝訴，原告人就可請得司法狀，重新占有土地或物品。依勒遷之訴的原則，原告人要勝訴，必證明自己主權的正當，不能僅攻擊被告人主權的瑕疵；而在非法扣留之訴，除被告人確由原告人處取得動產，不准提出主權屬於第三者的防禦外，原則亦復相同。

5. 襲占 (conversion) 這侵權行為不適用於土地，僅適用於動產，或「無形物」或有形動產。這是以應由他人占有或享用的動產，占為己用。這是在十五世紀被採用的，意在避免「擾害占有」中的強暴要件，這強暴要件為「擾害占有」的基礎，且得因「指為竊盜」(appeal of larceny)，引起挑戰。原告人，為避免這類危險起見，就主張標的物之遺失「出於偶然」，而被被告人發見，「占為己用」。因此，本案訴訟就早用「非法取用之訴」(trover) 之名稱。這訴與「非法扣留之訴」(detinue) 之區別，在於後者僅以拒絕交出動產為基礎，而非非法取用之訴，非證明被告人曾自充動產所有人，如實行出賣、消費、出賃、或設法取用等，不得提起。通常的救

濟爲損害賠償，但猶如非法扣留之訴，法院也得命將動產交付。

除條例另有規定外，非法取用之訴不得以善意爲防禦。如拍賣人受A之委託，出賣物品，若物品實屬於B，拍賣人即觸犯襲占。

6. 騷擾 (disturbance) 這侵權行爲指干涉某種「無形承襲物」例如路、漁權等等。原告人不必證明實際損害；這就是騷擾之訴與滋擾之訴區別之處。這訴有好多種，稱爲 *quare impedit*，有一時應用頻頻，藉以確認引進宗教生活的主權。但因法律上的改革，現在差不多已廢止了。

7. 損耗 (waste) 這是另一種很古的侵權行爲，其地位已因近時立法，成爲十分曖昧了。損耗即「終身租戶」或其他受限制的所有權人之不當處理其土地，僅能由具有承襲權的「餘產所有人」(remainder owner) 提起訴訟(有一時有高度懲罰性)。就「定年限租戶」而論，訴訟顯然不受新立法的影響；但因現在一切土地的「將來利益」都是「衡平利益」，所有人是否得提損耗訴訟，頗致疑問。大抵「授產」的受託人當取行動；但又因傳承權每每歸屬於所謂「終身租戶」(即犯法之一方)就不無困難呢。

8. 侵害專利權 (infringement of monopoly rights) 即侵害專賣人及商標權及版權所有人的專利權，猶如騷擾事件，也不必證明實際損害；但此項訴訟有一特點，即被告人若能使法院取信，確係出於善意，對

於所侵害之權，並不知情，就不判償損害。於是原告人就必須以取得禁令及計算得利為滿足。在專賣及版權事件，這規定係依據條例的；在商標事件，係依據判例的。

9. 誹謗主權 (slander of title) 凡人對於土地或動產所有權人的主權，或對其物品的品質，以口頭或文字，惡意散佈虛偽之指摘，即構成此項侵權行為，在土地事件，稱為誹謗主權，在動產事件，稱為誹謗物品，須受禁令及損害賠償之訴訟。此項訴訟與妨害他人名譽的誹謗，意義不同，故適用原則亦別。因誹謗所生的實際損害，不必加以證明；除專賣事件，專賣人以妨害專賣訴訟為恫嚇外，被告人得以指摘真實為防禦。經過恫嚇後，專賣人惟有即刻提起妨害專賣的訴訟；倘不提起，就當受「恫嚇訴訟」(threats action) 的訴追，那訴訟也是誹謗物品訴訟的一種。

#### 第四目 妨害家庭關係及營業關係的侵權行為

1. 誘姦 (seduction) 這是無非把十四世紀依據工人條例 (Statutes of Labourers) 的舊訴訟，適用於誘姦婦人，很為拙劣。那婦人本人因受「自願不生損害」一格言的限制，不能提起訴訟。但如其婦人因姦，生育子女，或罹有疾病，若仍住於家中，其父母，若為人服務，其雇用人，得提起訴訟，請求賠償喪失服務的損害。勝訴之後，依學理，賠償金額當給付於父母或雇用人，而他也不負為婦人利益，使用償金的義務。這訴訟的許多變則，

現在已不十分通用，不必多論。大概最不堪一點，莫如不得對真雇用人提起，可是這人倒每每是花叢中之蠹呢。這訴訟，與因喪失同居，對藏匿妻者的訴訟，相類似；但這訴訟，已因近時婚姻自由之提高，及離婚法之改革，已成罕見。不過在法院內，仍偶有所見。

2. 剝奪服務 (deprivation of services) 這又是歷史上出於工人條例的另一侵權行為。在中古時代，竊盜奴隸為一普通犯行；但自奴隸解放以後，對於誘拐僕人，國會與法院覺有加以規律的必要。可是，現在主僕之關係依據於契約，原告人若提起剝奪服務的訴訟，必證明主僕之間，確有有效的雇傭契約存在，該契約由被告人誘致僕人破壞，或於破壞之後，知情藏匿。所以這訴訟不過為下節唆使破壞契約的一例罷了。凡與商業爭執有關，此項訴訟不得提起。

3. 唆使破壞契約 (procuring breach of contract) 這是上一世紀所創設的。上溯其源，實自后座法院 (Court of Queen's Bench) 的判例始，該判例以工人條例的原則，適於誘惑「非僕人」的人，脫離原告人的雇用。那判例在法律職業界，引起不少論辯，漸漸擴大範圍，至現在，似乎一致同意，凡知情而無法律上理由，誘使一方毀約脫離，致生損害於對方，即構成侵權行為。這原則是否概括那些獨立契約，如建築房屋之類，仍屬疑問。但差不多各種契約，於當事人間設定一永久關係的，如商人與顧客，主人與代理人，雇用人與受雇人等，均曾

適用此項原則。有人甚至進一步主張，凡無故令人不與他人訂契約，而該他人確有權期待得此項訂定，即構成一侵權行爲。但依較高明的見解，私人爲此項行爲，是不能訴訟的。

唆使破壞契約與商業爭執相牽涉的，不得提起訴訟。

4. 謀害及干涉營業 (conspiracy and interference with business) 這些侵權行爲爲很含糊，定義不清，故其性質頗多疑問。刑事共謀的性質業經申述，茲祇須一述民事共謀的原則。按自一八七一年法案通過後，商業聯合會 (Trade Unions) 的活動，不復更使其會員負刑事共謀責任，而民事共謀原則之產生，即所以限制此種活動。貴族院有一判例，限制上項規定不得用以阻礙合法的商業競爭；不過「合法」一詞的定義，卻未見有明文說明。可是，商業聯合會 之用以阻止不孚衆望商人的抵制 (boycotting)，大見功效，而自一九〇六年商業爭議法案 (Trade Dispute Act) 將此項原則的適用，予以廢止之後，民事共謀訴訟，差不多就不見於法院。可是，因商業爭議法案 之作用有所限制，那普通原則依舊維持着，即凡二人共謀，意圖損害於他人，尤其在商業或營業方面，而果有損害發生，被害人得對共謀者——即法案所保護之人，提民事共謀訴訟。有一企圖，要適用此項不無含糊的原則，見於一九二七年拍賣法案 (Auctions Act)，該法案目的，在於防止「壟斷」 (knock-outs)。所謂「壟斷」即由到拍賣場中之人祕密約定不相競爭，俾得以較競爭所生的更低價格拍得。果然，任何人，凡

企圖破壞法案的規定，當受刑事追訴，而法案所創設的民事過誤，也稱爲「詐欺」(Fraud)，不稱爲共謀。但法案目的所在的過惡，其性質當然爲共謀呢。又該法案顯然僅適用於物品的拍賣，不適用於土地的拍賣。

還有一種侵權行爲，係以如恐嚇、喧鬧或虛偽指摘等暴行，「干涉營業」，也有時提起，其原則尤爲含糊。這原則已經一九〇六年法案從商業爭議上予以廢棄，但因商業爭議法案第三節及一九二七年商業聯合會法案所涉及的，爲恫嚇，那種侵權行爲就不免在某些案內，重有所見。

5. 詐欺 (Fraud) 在某種情節之下，形式上有效的契約得因詐欺而撤銷，這層已見於上文。但依一七八九年判例，詐欺，不論是否爲誘訂契約，得構成獨立侵權行爲訴訟，而善意誤傳即不同，雖得據以撤銷契約，卻不獨立構成賠償訴訟（有一類特別案件除外）。這層很使法律職業界驚異。

該判例有一特別重要之點，即縱有契約事件，凡人，雖非契約當事人，然係被告人企圖使之依詐欺表示有所行爲者，而他也竟因此受有損害，就得提起詐欺之訴。如有一名案，原告人之父向被告入購買一槍，述明那槍係爲本人及其子所用，而被告人對於槍的製造人及品質，故意爲虛偽之陳述。到了原告人手內，那槍炸裂了，重傷了原告人。他取得了損害賠償。該案之判決，明白以詐欺爲根據，但在現今就當作爲以過失供給危險物品的案件，可是詐欺之得爲獨立侵權行爲，完全認定，要無疑義；惟一困難之點，僅在確知有概括那種損失——個人

損失呢，財產損失呢，或商業損失呢。

構成詐欺訴訟的幾種要件，當加注意。在這類訴訟，原告人必須證明：(1) 被告人於事實上故意為虛偽之陳述，(2) 原告人不知其為虛偽，(3) 意圖原告人加以憑信而為行為，(4) 原告人果為此項行為，(5) 結果原告人受有經濟上損害。如有人盜用他人名義，偽造支票，該他人之所以不得對偽造人提賠償之訴，就因為缺乏(3)與(4)兩條件之故。

#### 第五目 妨害名譽的侵權行為。

最後，當闡述一類侵權行為，範圍小而重要，其目的或效果，在破壞他人名譽，令人加以輕視。在一組織嚴謹，關係密切的社會，此項犯行的嚴重，實不喻而明。

1. 誹謗 (Tibel) 這是一人無正當理由，散布文字、印刷品等物，妨害他人名譽。在誹謗訴訟，不必證明實際損害；不過原告人為增多賠償額，當然要設法證明特別損害。誹謗的侵權行為與誹謗的犯罪行為，有所不同，即在前者，原告人必須證明妨害名譽之指摘，曾經傳述於第三人；但此項第三人得為原告人之妻，不過奇怪得很，由加害人傳述於加害人之妻，卻不得認為散布，不因此而負賠償之責。除純為機械者外，凡參與散布誹謗，均得被訴；至於對新聞紙誹謗為刑事訴追，以法官命令為要件之規定，不適用於損害賠償訴訟。可是新聞紙負責人



得以無惡意或無重大過失爲抗辯，再另行刊布道歉啓事，並向法院繳納款項，充作慰藉了事。

另有一點，民事誹謗也與刑事誹謗不同。即在前者，得以真實爲充分防禦，而在後者，就不適用於一切案件。不過所謂真實不得僅爲形式，必爲指摘的要點。差不多五十年前，貴族院有一判例，可爲這不同處的適例。有一家大釀酒行，對於一著名銀行的某職員，生了氣（或有理或無理），就發出一種通告，說本行將一反前例，「不再收受以該銀行爲付款人的支票。」就文義而論，此項文字一無損人之處；但事實上許多人都認爲被告人不滿於該銀行的信用，於是激起擠兌風潮，損失不小。銀行就提起誹謗之訴，可是陪審員對於通告是否損害名譽一問題，意見不一。法院就命爲重新審理；但上訴法院判決，認爲通告並無妨害名譽之處，不過意見也不一致，貴族院仍維持原判見解，然承案的高明法官仍復意見兩歧。

「特權」的重要原則，在民事誹謗與刑事誹謗，完全相同，自不必重贅。

2. 口頭誹謗 (ablander) 此項侵權行爲係以口頭語言構成，且不受刑事訴追，這是與誹謗不同之處。又另有一重要不同點。依普遍原則，因口頭語言所生之實際損害（每每稱爲特別損害）爲成立口頭誹謗訴訟的要件。普通法認可幾種例外，即指摘原告人犯體罰的刑事，或指摘原告人無品行，無資格，不合於其職位，商業或事業，或指摘原告人無力清償債務（如原告人爲一商人），或指摘原告人正患傳染病，等誹謗。又依近時條

例，婦人以受人罵其不貞，提起誹謗訴訟，也不必證明特別損害。

誹謗與口頭誹謗不以「惡意」為構成要件；惟在審究「特權」之時，「惡意」得成為重要問題。凡人為誹謗或口頭誹謗，當自負其責，不得藉口「普通流言」或得之於可靠之人為抗辯。反之，為誹謗或口頭誹謗的本人，不因他人以閑談重述，而負其責任；但授權或囑託重述，或說者負有重述的道德義務者，不在此限。

3. 誣告 (malicious prosecution) 述刑法時，曾述在某一時期，虛罔公訴得以共謀追訴。可是，幾世紀以來，刑事救濟已由賠償之訴為代，此項訴訟得對一人提起，並不獨包括虛罔公訴，且及於一切刑事追訴，及玩弄民事程序，如破產、扣押或執行等。然追訴犯罪既為善良公民之義務，故原告人欲得勝訴，必須證明：(1) 訴訟並無合理的及或然的原因，(2) 所為訴訟，原告人曾受勝訴的確定判決，(3) 被告人之為此項訴訟，意不在使犯人受公道的制裁，實別有用心。形式上，原告人必須證明，曾因此項無故訴訟，受有實際損害。事實上，此項訴訟每每引起很大惡果，原告人是推定為受有損害的。誣告為一標準案件，得裁判懲戒的損害賠償 (exemplary)。

末了，讀者應明瞭「訴訟方式」(forms of action) 業已廢止，程序不復再以追訴的各種犯行為名，但若認為稔知各種犯行的性質為多事，而以為受害原告人得提起攏統的所謂「侵權行為之訴」卻大錯了。他仍

舊必須使法院取信，他的訴訟屬於法律認可的民事過誤的表內的一種，或一種以上。誠如某法學者所說，「訴訟方式已埋葬了；但牠們卻在墳墓內統治我們呢。」

版權所有  
翻印必究

中華民國二十八年八月初版

英 國 法

實價國幣二元六角

(外埠酌加運費匯費)

原	著	者	靳	克	斯
譯	者	張	季	忻	
發	行	人	陸	高	誼
出	版	者	世	界	書
			局		

發行所  
上海及各書  
世界書局

