

書 叢 法 政

究 研 法 利 吉 英

著 雄 英 本 宮
譯 通 駱

行 發 館 書 印 務 商

宮本英雄著
略通譯

政法
叢書

英吉利法研究

商務印書館發行

譯者序

余從事法學，近三十年，偏尚英美主義，以其富有彈力性，且與吾國古來法意，遙遙相符，顧以其書汪洋浩瀚，不易問津，嘗於遜清季年，略述所聞，著有英法通論，爲日未久，銷行萬有餘本，足徵吾道之不孤矣。白駒易逝，今吾猶是故吾，未嘗升堂，遑言入室，先聖極深研幾之謂何哉？而案牘勞形，口腹爲累，展卷握筆，人事輒不我許，東封薦食，日與妻孥親故，閉門避難。英人坡洛克、沙兒門、日人永井、宮永等英法書籍，日與作對，乃蒐集遙譯，蒼萃成帙，排列提鉤，多取法乎宮本，名曰英吉利法研究，述而不敢云作也。方今風會漸趨英美，彼亦自有其可法可傳者存。茲篇之出，或亦海內同志所不棄歟。

民國紀元二十有一年十二月 駱通

目錄

第一章 判例法概論	一
-----------	---

一 總論	一
二 判例法之實際	五
三 判例法上判例之意義	九
四 判例法上判例之性質	一〇
五 判例羈束力之根據	一九
六 判例之範圍及適用	二三
七 結論	二六

第二章 判例法發達之一過程（關於妨害營業之英法法理）	二九
----------------------------	----

一 總論	二九
目錄	一

二	由身分權侵害之法理入於債權侵害之法理之推論	三〇
三	由侵害債權之法理入於妨害營業之法理	四二
四	營業妨害之不法行為之確立	五四

第三章	由法之解析以見英美法源	五七
-----	-------------	----

一	緒言	五七
二	法源之意義及英法之構成	六〇
三	普通法	六二
四	衡平法	七三
五	結論	七八

第四章	英國繼受羅馬法之性質	八五
-----	------------	----

弁言	八五
----	----

一	英與羅馬法之關係之發端	八六
二	盎格魯撒格遜之侵入與羅馬法	八七

三	基督教之普及與羅馬法·····	八八
四	盎格魯撒格遜時代之立法與羅馬法·····	九一
五	波羅尼亞法學者與英國·····	九三
六	衡平法與羅馬法·····	九六
七	宗教法院及海事法院與羅馬法·····	九八
八	十五世紀羅馬法研究之衰微·····	一〇〇
九	十六世紀羅馬法研究之復興·····	一〇二
一〇	十七世紀衡平法之勝利及羅馬尼斯德之輩出·····	一〇四
一一	十八世紀英法之發達與羅馬法之影響·····	一〇六
一二	十九世紀羅馬法之研究·····	一〇七
一三	結論·····	一一〇

第五章 動產即時取得之一班····· 一一三

一	本論之範圍·····	一一三
二	即時取得之一般沿革·····	一二四

三 即時取得之目的物	一一五
------------	-----

四 善意及有償之要件	一一七
------------	-----

五 公共市場	一二〇
--------	-----

六 盜品之回復	一二二
---------	-----

七 結論	一二六
------	-----

第六章 契約之成立	一二九
-----------	-----

一 緒言	一二九
------	-----

二 申請	一二九
------	-----

三 承諾	一六五
------	-----

四 結論	一八八
------	-----

第七章 未成年人之契約能力	一九一
---------------	-----

第八章 賣主之停止引授權	二〇五
--------------	-----

一 總說	二〇五
------	-----

二	引授停止權之觀念沿革及理由	二二一
三	引授停止權之發生要件	二二四
四	引授停止權之行使及効力	二二四
五	引授停止權之消滅	二二六
第九章	災禍條例 生命權侵害之損害賠償	二二二

一	總論 因英國普通法之 <i>actio personalis</i> 之法則與生命權侵害之損害賠償——一千八百四十六年之災禍條例制定之沿革	二三一
二	普通法不認生命侵害權之不法行為并間接損害賠償之法理——不認生命權侵害之不法行為之理由——不認間接損害賠償之理由（無權利說——違法說——犯罪吸收說——評價說）	二三五
三	災禍條例之內容——損害賠償請求權之主體性質損害賠償請求權之發生——（過失責任因果關係論）——損害賠償之範圍——（普通法損害賠償之分類——名義及實質——通常及特別補償及懲罰——災禍條例認實質財產上之損害賠償）——賠償範圍之消滅——（損得相殺關於保險金之特別法）	二四一

四 結論——災禍條例與日本民法之比較批評——日本民法認生命權侵害之不法行為耶——日民第七一一條認無過失責任耶——該條以權利侵害為要件耶——災禍條例所定特別之要件·····	二五四
---	-----

附錄

第一章 勞動組合及勞動爭議之法律·····	一
-----------------------	---

一 普通法之法理及其缺陷·····	二
二 一千八百七十一年之勞動組合法·····	四
三 一千九百十三年之勞動法·····	六
四 勞動組合之訴訟法上地位·····	七
五 一千九百〇六年之勞動爭議法·····	九

第二章 美國之裁判制度·····	一二二
------------------	-----

一 殖民地時代之法律及裁判·····	一三
二 合衆國法院·····	一四

三	各州法院·····	一八
四	美國裁判制度之特徵·····	二〇
五	法官之任免及任期·····	二一
六	法官之民選·····	二三

英吉利法研究

第一章 判例法概論

一 總論

附上級法院以判例羈束力，而使下級法院遵守之，此等判例，日積月累，遂成爲法，所謂判例法主義（The Case-Law System）也。其法卽名判例法（The Case-Law）。考之法制，（1）在羅馬共和時代，欲求有先例羈束力之判決，苦無典據存在，唯當時私人間爭訟，有如所謂神祈伯（Pontifices）者裁判之。但依如何程序而行其裁判，甚不明瞭。故謂當時有依先例而爲裁判之慣行存在者，臆測耳。（2）至帝政時代，退格斯茲斯帝，許法學者於一定事件，以帝之名義附以意見而回答之，是曰回答權。各法學者行使帝之回答權而回答時，究有羈束法官効力否，雖爲一爭議，而此種法學者之回答一致時，與法（Lex）有同一効力，則殆無疑。（3）唯所謂効力者，亦僅關於其所回答之具體事件而已。將來有同種或類似事件發生時，亦能爲先例而拘束法官否，如曰不能，則有回答權之法學者（Jurisprudents），僅爲上級法官。如曰能，則判例之先例羈束力，在羅馬法時已認之矣。而依古勒

氏之說，徵諸加伊沃斯及儒帝法學階梯，〔三〕可知以後者爲較可信據。〔四〕又有與回答權相併而羈束法官者，即訴訟上皇帝所下之命令（*Decreta*）及指令（*Rescripta*）也。至此命令及指令，將來亦有先例羈束力否，雖亦有爭議，但沃辣沙之客不復他〔五〕愷羅〔六〕兒斯麻兒伊〔七〕及克留格兒〔八〕等多數學者，均肯定之。爲否定論者，僅沙姑伊猶氏而已。〔九〕又古勒氏言指令中惟一般指令（*Rescripta Generalia*）有先例羈束力。〔一〇〕而托辣牙奴斯帝，曾宣言爾後不下指令，至辣阿多惜沃斯帝，又曾命令於衆，不認指令有先例羈束力，於是乃知儒帝之法典，既規定指令無先例之効力，且曾宣言無論如何裁判，不與先例之効力之旨。〔一一〕由此觀之，先例羈束力之觀念，謂羅馬法上業經存在，實非謬言。惟其範圍有制限而已。〔一二〕在德意志中世，判事（*Richter*）與陪審官（*Schöffen*），於構成法院之當時，陪審官之回答，不僅其所回答之具體事件，有羈束力，即將來類似或同種之事件發生亦有之。〔一三〕但至普通法時代之學說，則否定先例之羈束力蓋通說也。〔一四〕約兒當氏主張原則上不認先例羈束力，若至法官所爲裁判，不能較先例更適當時，自應適用先例，此雖例外，亦義務也。〔一五〕而在其現行法之下，法官判例，以無羈束力爲原則，此徵諸法院組織法第一百三十七條，民事訴訟法第五六五條等規定，無容疑者。〔一六〕普國法有明文規定，「法學者之見解及舊判決（*Ältere Anspruche der Richter*），於將來之裁判，不必慮慮。」可謂爲不與羈束力於判例。〔一七〕奧民法第十二條亦然。〔一八〕法蘭西民法第五條，雖禁止法院之解析，生先例羈束力，而就其實際觀之，近時實尊重先例。〔一九〕蓋法國民法判定後，已經過長久歲月，法規不能隨社會事情之推移而推移，此必然事理也。故有新事件發生，勢必須特別之析解，而法官之解析，實較法典所規定爲

適當。民法經法官之解析，即可視為行為之準則，蓋必然結果耳。（四）以日本言，判例羈束力之規定，僅法院組織法第四八、四九兩條見之。依此等規定，大審院就法律點所示意見，關於其訴訟一切事件，羈束下級法院。又大審院中某部審問上告後，就法律上同一點，與一或二以上之部所為判決相反時，其部可以其意見報告大審院長。大審院長從其事件之性質，聯合刑總部、民總部、或刑民兩總部，再審問之，及裁判焉。故日本國法，亦可稱原則上判例無羈束力。惟對於特定事件，有大審院所示法律點意見時，就該事件羈束下級法院而已。又大審院之裁判，於某法律點所為裁判，與以前所為之裁判相異時，僅須經一定之程序。至其他範圍，得依法為自由之裁判。然如道路傳說，近日日本裁判之實際，大審院之判例，蓋無不遵奉者。若果如是，則日本法上判例之羈束力，事實上實極大耳。但觀後所述，此實際上傾向，實乃自然之勢。法之威力，如不能阻止之，自當誘導調節清理與實際，以期司法之安固焉。（五）英美法者，自古採用判例法，適用判例羈束力之原則，以奠成法制之基礎者也。然近時亦與往時異，往時一以判例羈束力（doctrine of stare decisis）為歸，近時則已制定多數成文單行法（Act, Statute），且逐漸企其統一。故從來稱為普通法之慣習法，或不文法，其範圍實較曩者大減，幾令人疑其以成文法為原則矣。但判例法主義，尚未能廢置，判例羈束力之原則，依然為法制之真髓也。然則判例羈束力，在羅馬法時代，範圍甚狹，欲發見如英美法上法理一貫之判例法，殆不可能。近世大陸諸國，沿襲羅馬，純然採用法典主義，惟英美法反之，兩者背道而馳，各有特異之法理，殊不相下。而時移事異，迄於今日，兩者已漸相接觸，隨在可見其一致之點，實一奇現象也。以下叙英美法之實際，并法理之一般終則，及判例法之得失焉。

- 【 1 】 Veg. Inering. Geist des röm, 1. § 18a.
- 【 11 】 Gains, 1. § 7. (參Black, Judicial Precedents) 參 J. C. Gray, Judicial Precedents, Harvard Law Rev 9. p. 28. 亦同
- 【 111 】 Gains Institutions § 3; Justinian, Institutions, 1. 2. § 3.
- 【 112 】 Gray, Nature and Sources of the Law, 1909. p. 190.
- 【 113 】 Puchta, Int. 1. § III.
- 【 114 】 Karlowa, röm, Rechtsgeschichte, S. 649.
- 【 115 】 Esmarch, röm, Rechtsgeschichte, § 135.
- 【 116 】 Krüger, Geschichte der Quellen, § 14. SS. 97, 98
- 【 117 】 Savigny, Handt, röm. Rechts, 1. § 23.
- 【 118 】 Gray, Jud. Pr. H. L. R. 9. p. 31.
- 【 119 】 Savigny, a. a. o § 24 Anm. 1; Gray, op. cit. p. 31.
- 【 120 】 Gray, op. cit. p. 32; Stobbe, Handbuch d. deut. Privatrecht, 1. § 24. S. 105.
- 【 121 】 Vgl. Savigny, a. a. o. § 29; Kelber, Pand. § 4; Stobbe, a. a. o. S. 165.
- 【 122 】 Jordan, Archiv F. civ. Prax. 8. S. 191, 245 ff. (1825)

[1 H] G. v. G. § 137; Z. P. O. § 565; Derenburg, Bürgerl. Recht, I. S. 84, bes. Anm. 5.

[1 K] Allgemeines Landrecht Elnl. § 6.

[1 P] Black, op. cit. p. 22; Holland, Jurisprudence, 10 ed. p. 65.

二 判例法之實際

(一) 欲說明判例法之法理，先須就判例法之實際一言。英美法之實際，自所稱爲慣習法之普通法及衡平法而成。而何者爲普通法及衡平法，學者間雖不一致，但判例累積，歷時悠久，漸次成爲不文法，沿革上固無可疑者。

普通法與衡平法之異點，在一爲基於美國古來之慣習，一爲補充普通法之缺陷。其中大部，多輸入羅馬法之法理。千八百七十三年，法制組織法 (The Judiciary Act) 制定以前，普通法適用於普通法院，衡平法適用於衡平法院。故當事人之訴，非先提起於普通法院不可，非普通法院未得滿足，不能提出於衡平法院。而依衡平法受救濟，及法院組織法施行以後，則無此區別，無論普通法與衡平法，均可於同一法院適用之。〔一〕普通法與衡平法抵觸時，衡平法常優勝於普通法。〔二〕故普通法與衡平法，實不過沿革上區別耳。今日殆皆爲與成文法對峙之慣習法或不文法矣。成文法在晚近已制定不少單行條例，且漸次圖其統一。自英美法之量言，與其謂爲慣習法，毋甯謂爲成文法，原則上較爲適當。而成文法 (Statute law) 與慣習法抵觸時，其効力常優勝於慣習法。〔三〕此以其內容即自從來之普通法 (習慣法) 採取而來耳。故今日英美法中成文法之範圍，逐年膨大，殆較慣習法爲

廣。然判例法主義，尙依然貫徹全體法制，深根固蒂，不易拔除。

(二) 判例法之實際，即特定之法院，就特定之事件所下判決，有先例羈束力。詳言之，即上級法院，就特定之事件所下判決，將來有類似或同種之事件發生時，有羈束下級法院之効力是也。因之下級法院就類似或同種之事件，不能不遵照其判例。英國之實際，貴族院爲最終審機關，故貴族院 (House of Lords) 之判決，羈束下級一切法院，且及其本身。故下級法院，不得下與貴族院相異之判決，不待論矣。即貴族院本身，亦不得違反其前此所下判決，萬一貴族院判例有不當或不便時，如欲廢棄之，非依立法程序不可。〔四〕次於貴族院者，爲高等法院 (Supreme Court of Judicature)。高等法院又歧而爲二：一爲控訴院 (Court of Appeal)，一爲上級法院 (High Court of Justice)。而上級法院，又分爲三部。故控訴院之判決，羈束上級法院以下一切法院，上級法院之判決，亦羈束其以下之法院。但上級法院爲第一審 (the first instance) 法院，故與之屬於同一階級 (coordinate jurisdiction) 而隸諸控訴院之法院，無受其羈束者。總之，在同一階級之法院相互間判決，僅有誘導之効力而已。而控訴院之判決，除下級法院外，亦羈束其本身，與貴族院同。惟其判決可依貴族院判決廢棄之，無須經立法程序。〔五〕北美合衆國之實際，亦以上級法院之判決，羈束下級法院爲原則。其法院分爲合衆國法院 (Federal Court or National Court) 及各州法院 (State Court)，與英有不同之處頗多：(甲) 在各州法院相互間，州高等法院之判決，羈束同一州內一切法院。故如都市法院 (City Court)，區法院 (County Court) 等下級法院，均須遵守高等法院之判決。州法院之組織，通常爲二審制，偶亦有置控訴法院而採三審制者。又 (乙) 在合

衆國法院相互間，合衆國高等法院(Supreme Court of the U. S.)之判決，依合衆國法律(Act of Congress)，爲合衆國裁判制度之一部，羈束依法律組織之一切法院。故巡回控訴院、地方法院等，舉不可不遵守合衆國高等法院之判決。雖然，(丙)此州法院與彼州法院，互爲獨立者，故互不受絲毫羈束。此以各州各自有其法律故也。又(丁)在各州法院與合衆國法院相互間，原則上亦不受他判決之羈束。而例外不然，舉其著者，如(子)合衆國高等法院，就關於合衆國憲法、法律、及條約、所下之判決，及關於各州法律違憲否所下之判決，羈束各州法院；又(丑)各州法院之判決，關於各州法律及其他地方(Local Law)(即地方之成文法或慣習法)之解釋適用者，羈束合衆國法院。(六)而(戊)就合衆國高等法院不羈束本身之判決言，與英之貴族院，殊異其趣。

〔七〕

上述判例法主義，上級法院之判決，有先例羈束力，原則也。例外亦有下級法院之判決，不能使上級法院破毀者，此蓋以此下級法院之判決，既爲相當期間行爲之準則，一般已遵奉之耳。要之，英美重法之確實，不重法之完全，二國對法院之觀念，實際上全同，〔八〕後更申論之。

(三)判例之先例羈束力，不僅慣習法之運用上認之，成文法之解析適用上亦認之，即上級法院所爲成文法之解析，羈束下級法院，將來須從其解析而適用其法律，〔九〕此英美法所以不能捨判例法主義之原因也。研究判例法，不可輕輕看過，而慣習法與成文法俱無可據，或并判例而亦不存。就學者所謂 *first impression* 之事或問題而爲裁判時，法官當依正義公平或理性，實際上此例不少。〔一〇〕又如類推現存成文法或判例以適用於