

## 第一章

## 英國法的特色與體系

## 一、何謂英美法？

歐陸國家的法律，與「英國的法律」以及「繼受英國法律的美國法律」相比，在很多方面相當不同，一般人們會把歐陸國家的法律稱之為「大陸法」(Continental Law，為避免讀者誤解，筆者稱之為歐陸法)，而把英國的法律與美國的法律稱之為「英美法」(Anglo-American Law)；至於英美法的學者則把歐陸法稱為 civil law，而把英美法稱之為 common law。

但是當我們說「英美法」時，其實這個字是與「台灣法」、「法國法」、「日本法」等的字眼站在不同的層次而被加以述說的，「台灣法」、「法國法」、「日本法」是指單一的法體系，而「英美法」是多數法的體系之總稱，正確來說，「英美法」應該被稱之為「英美法系」。此時，「英美法系」所相對的就是總括「台灣法」、「法國法」、「日本法」、「瑞士法」、「德國法」、「西班牙法」等等的「歐陸法系」<sup>1</sup>。

## 二、英國法的獨自性

「英美法」是著眼於法律傳統的類似性而被創造出來的概念，而英美法傳統的共同特色，吾人可溯及至英國法當中去尋找，這個共同特色其實是可以從如下之處去找到的，亦即「英國法與歐陸國家的法律有顯著的不同」。

兩者最根本的差異就是歐陸法深受羅馬法的影響，而英國法雖然分別在各個時期，有好幾次受到羅馬法的影響，但基本上，英國法還是維持其起源於「日耳曼法的傳統」。

1 英美法概說〔改訂版〕(田中和夫)，P.9。

英國法之所以沒有繼受羅馬法的原因主要有三個：

(一) 英國很早就中央集權化，不像歐陸國家中存在著「一個國家有數個法併存」的現象；在英國，並不是不存在「只適用於特定職業與特定地區的法」，但是就「封建制度有關的核心法領域」乃至「當時被認為是重要的法領域」來說，整個英格蘭都是被統一加以適用這些法律的（威爾斯稍後也進入這個法之下），這個單一的法就被稱為「普通法」（common law）<sup>2</sup>，因為普通法的存在，英國就沒有必要為了統一法律而去利用羅馬法。

(二) 當封建制度崩潰時，各個國家都被要求去將法律近代化，而英國法則可以自己因應這個課題。英國法主要是以「普通法的近代化」這個形式來因應「法律近代化」的課題，而「普通法近代化」主要是以「發展、補充普通法的衡平法（equity）」的形式來達成的<sup>3</sup>。

(三) 與上述兩個現象有密切關聯的是：英國法很早就已成立了強而有力的「法律家集團」（legal profession，日文稱為「法曹」）。這些法律家集團使用法律的技術水準很高，正因為如此，他們強烈反對繼受外國法以及羅馬法，而自己完成了法律近代化<sup>4</sup>。

### 三、歐陸法系與英美法系之根本差異

#### （一）演繹與歸納

在德國法學的想法裡，所有抽象的原則都很有體系地被規定於法典當中，所有具體的案件都可以從這些抽象的原則，依照「演繹式的三段論法」<sup>5</sup>直接去解決；在法典中所規定的法都被認為是完美無缺的，只要把具體的事實套在完美無缺的法之中，那麼無論在什麼情

2 有關普通法，請參考本冊第二章與第六章。

3 有關衡平法，請參考本冊第六章。

4 英米法總論（田中英夫），P. 5-6。

5 所謂三段論法，吾人可舉一例說明：假如法律規定「殺人者處死刑」，那這是小前提，而「某甲殺了某乙」，這個事實是大前提，於是法官就把小前提適用於大前提之上，而依當該法律規定，判處某甲死刑，此時之判決即是結論。

況，依據形式的推理法則就可以立刻得到結論。當人們在解決具體的事實時，由於是從「抽象的原則」出發，並且是採取「演繹式的思考方法」，因此就會產生一種強烈的傾向，那就是：以符合抽象的原則去整理事實，而把與抽象的原則沒有關係的事實加以切掉，如此一來，具體去解決案件的妥當性就往往會被犧牲掉，而產生「概念法學」之弊害<sup>6</sup>。

相對地，英美的法律家所重視的是：按照案件的事實關係，以符合具體案例之形式給予妥當的解決，因此英美的法律家並不在意將法加以體系化，也不重視採用抽象的法律理論來解決問題，他們討厭極端的抽象化，不會想要去建立「脫離具體案件的抽象原則」。他們在解決具體的案件時，會先尋找先例——亦即「與當該案件相同或類似之案件」的這種先例，假如有直接可以適用而又完全吻合的先例，那就

#### 6 概念法學（德文：Begriffsjurisprudenz）：

概念法學的創始者是普夫塔（G. Fr. Puchta, 1798-1846），他認為可以透過學問來創造法的是「概念金字塔」。他認為「概念金字塔」能夠很有體系地把個別的法命題互相連結，而在相互的法命題的關係當中，是可以使人們能夠理解個別的法命題的，而法命題同時透過「概念金字塔」，往上可以到達其普遍的原理，往下可以到達具體的法概念；但重要的是「概念金字塔」使新的法命題之發現成為可能，因為「概念金字塔」之重點就是「概念的明確性」，因此透過內部邏輯的演繹是可以發現到目前所不存在的法命題。後來溫特夏德（Bernhard Windscheid, 1817-1892）就把如下的見解置於其法理論的根本上：「在羅馬普通法學的傳統下，也可以把學問的體系——概念法體系適用在現代的生活上。」他認為法的概念本身是各種思考要素的結合體，人們是透過各種概念要素的相互關聯而去形成法命題的。因此，法命題是概念要素的關聯，具有邏輯的性格，透過概念要素的組合與法概念的分析，是能夠透過推理邏輯去發現新的法命題。整體來說，概念法學派在方法論上的特徵是：分析既有的實定法規的各種規則、各種概念，然後抽出比較單純的共通要素，接著再去形成一個被明確定義的抽象普遍概念，繼而透過相同的邏輯運作，去獲得上位概念，如此一來，我們就可以獲得一個由各種的普遍概念所形成的概念金字塔。而透過各種概念的使用，人們就可以很明確地將法的各個命題形成上下位階的關係，而各種法律制度、法律關係的本質就可以以演繹的方式，透過這些概念、命題的組合去加以說明。

上述這種概念的建構乃至命題的形成，基本上是由「被當作前提的思想性原理」加以引導出來的，而這個原理透過上述這樣的運作，就會漸漸地被賦予很明確的形姿，而使得具有金字塔結構的整體呈現出有邏輯的脈絡與統一性。但是也因為這種方法上的緣故（亦即法學的概念化），就使得事件的關聯性變成只是次要的、副次的，而這也是概念法學被批判的主要原因。以上所述見：法思想史（田中成明），P. 120-122；比較憲法與政治第一冊（張正修），P. 336。

依循當該先例去審判；假如沒有這樣的先例，那麼就從「類似的案件」這種先例當中，透過類推的方式去推出結論。這種對於法的思考方法，我們可以說是「歸納式」的。

在英美法裡，一般都認為應依循過去的司法經驗而為審判，而這種想法其實就是意味著：排斥「權力者依其意思所專橫、獨斷樹立的法規」，排斥「用這種法規進行演繹而去做審判」之意。這種「排斥權力者專橫、獨斷之意思」的思想就成為英美法的特徵之一——「法的統治」(rule of law，日文翻譯為「法的支配」，與歐陸法系之「法治主義」有很大的不同)之原理<sup>7</sup>而出現於其法思想與法的實踐當中<sup>8</sup>。

## (二) 意思表示與關係思想之區別

「假如說我們必須探討普通法＝英美法的根本觀念的話，那麼這個觀念不是『意思』，而是『關係』」。這個「關係」的觀念是由來於封建法的觀念。那麼產生「關係」這種觀念的封建制度是什麼樣的制度呢？具體來說，封建的關係是由兩個行為所設定出來的：其一是設定「封主」與「封臣」的人際關係之行為，也就是說，想要成為封臣者去到封主之處，提出雙手，封主用他的雙手包住封臣的雙手，封臣就對封主宣誓忠誠，這是第一個行為；另一個是設定封主與封臣之間的物的關係之行為，亦即封主在設定封主與封臣的人際關係之同時，對於封臣就授予「封」——也就是授予土地。因此封建關係是封主與封臣之間的人與物的關係的結合。在 8 世紀以後，這種封建關係就成為英國社會的一般現象，封主與封臣之間的關係是一種統治關係，而不是平等的關係，這兩者間的統治關係、服從關係就以相互的「誠實義務」為媒介而被加以規律。誠實的關係只有在本來是獨立的人格者之間才有可能成立的，而且這是雙務的關係，不允許單方實施濫權統治。封建的統治因為誠實義務的媒介而被倫理化、被強化，封臣不只是單純盲從而又被動地服從於封主的命令，他們擁有「可以依自己的

7 有關法的統治，請參考本冊第二章。

8 英米法概說〔改訂版〕(田中和夫)，P. 17-18。

判斷來批判封主命令」的權利。雖然是封主的命令，但假如是不當的命令，封臣可以拒絕服從。英國的封建貴族（baron）對約翰國王（John, 1167-1216）的反抗而使大憲章（Magna Carta）成立，就是典型的例子。

封建制度中的人的因素——「封主與封臣之間的關係」之思想，就超越土地法的範圍而廣範地在普通法的想法當中，產生了以「關係」為中心的獨自想法。這種關係思想的原型我們可以在中世紀的「封主與受封者之法」（law of landlord and tenant）當中找到。封建社會是「以土地租借人的身分關係來規範所有的人際關係的社會」，這個社會是透過身分與伴隨身分的「經濟外強制」（non-economic compulsion）而被加以掌控的。普通法被完整建構的 12、13 世紀是封建制度最興盛的時期。中世紀英國的不動產所有權歸屬於國王，封主就附上不動產的保有條件（tenure）而把封土給與封臣，封臣就對封主宣誓忠誠而負擔以「軍事服役」（military service）為主的一定義務。這種主從關係就以國王為頂點，形成好幾層的階層而存在。這種關係不是依自我之意思而產生，而是因為身分而當然發生、變更、消滅，而公法乃至私法的權利義務關係也被認為都是由此產生。授封的目的物主要是「土地及其他不動產的權利」乃至「官職」，而封的所有權仍停留在封主的手中，封臣只不過是取得其用益權而已<sup>9</sup>。

9 於此吾人介紹英國封建制度的建立與封建制度之內容如下：

(1) 封建土地保有制與忠誠契約

西元 1071 年，諾曼公爵威廉殺死大貴族愛德溫（Edwin）之後，他平定了所有英格蘭的反抗者，而將全國的土地收歸己有，然後威廉除將一部分土地留為自己的直轄領地（亦即王畿，Royal demesne）之外，就將其餘大部分的土地，依據征服軍隊之將領的功勳比例，分配給諾曼第貴族以及支持其奪位的教會或修道院；對於歸順他的盎格魯·薩克遜貴族，也先讓他們奉獻出土地給國王之後，然後再由這些貴族們依「封建法」從國王手中受領土地。事實上，在羅馬法裡，土地所有權被認為是絕對排他的權利，這對於威廉來說，並不是有利的理論，於是在這個時代裡，他就採取一種擬制，認為：「土地只能由神所有，而國王是神的代理人，因此國王並非擁有土地，而是管理土地，對國王宣誓效忠者，就由國王封給領地。」於是在這種理論與土地的分配之下，英格蘭的土地如果不是國王的直轄領地，那麼就是直接或間接從國王授封而保有的土地。而這種土地就被稱為「封土」（fief），拉丁語稱為 feudum。這種土地保有就被稱為「封建土地保有制」（feudal landholding 或 feudal

land tenure)。

當時英王為了牽制大諸侯，乃將其領地分散於英格蘭各地，使任何諸侯都不得占據一地方企圖叛亂。如此一來，國王成為英格蘭唯一而且是最後的土地所有權人，他將大封土或中小封土直接賜封給其臣下的貴族 (barons)、騎士 (knights)、主教 (bishops) 或修道院長 (abbeys)，這些直接從國王受封而保有土地者即為「領主」(tenants in chief)。但是大領主的封土往往包括 20 個乃至 100 個以上的莊園 (manors) 或許多小農村 (small farming villages)。這些莊園通常有一部分由領主直接保留為直營領地 (demesne)，但是其他的部分則由領主再下封給騎士或其他的農民 (tenants)。賜封土地者被稱為「主君」(lord)，受封土地者被稱為「家臣」(vassal)。於是在主君與家臣之間，因為「封土」的授受而成立了「忠誠契約」(faith contract) 的關係。封土的保有人，因繼承或認可而保有土地時，必須先向其主君行「臣服之禮」(to do homage)，然後再向其主君「宣誓效忠」(to swear fealty)。

#### (2) 騎士提供義務

西元 1072 年，威廉一世也樹立了所有領主對國王負有「騎士提供之義務」(knight service)。英格蘭的封建制度從具體上來看，是騎士服役的土地保有制度，而在諾曼統治下的英格蘭，封土制之下的家臣的騎士養成制度是模仿法蘭克型的封建領地關係。這種制度的特色是：諾曼第公爵的臣下諸侯，從公爵受封一定量的土地時，同時必須保持一定數目的騎士，這就是「騎士提供義務」。這個制度是以 5 個騎士的倍數為單位來劃定土地的，一旦國家有事，則土地受封者——「領主」必須率領 5 人、10 人、20 人的騎士，為諾曼第公爵服軍事上的義務。這跟現代的土地所有制最不同的地方就是：除了在經濟上的徵收地租之外，還必須服經濟以外的強制軍事義務。於是，是土地受封者的貴族這種領主，為了保持一定數目的騎士，就在自己的封土中保留一部分的直營領地，其餘就再次以再下封的方式，將其餘部分的土地分割或授予給騎士，而這些封土就被稱為「騎士采邑」(Knights' Fee)，領主如果不採用這種方式時，他可以在直營領地上眷養「家眷騎士」(Household Knight)，提供住宿伙食給騎士。

在諾曼征服時代，騎士的人數約有 5,000 到 7,000 名，而以「騎士采邑」的方式保持騎士的較多。這些受領封地的騎士，對自己的領主必須服同樣的軍事義務。如此，在這種騎士采邑制度之下，土地受封者在一年間約有 40 天提供「騎士服役」的義務，或者依主君的要求，提供一定數目的騎士，以便服相同日數的義務。

#### (3) 封建契約之權利與義務

當時歐洲的封建制度，包括英國在內，是以「忠誠契約」的主從關係為基礎的。主君和家臣關係是獨立對等的主體之間的關係，依契約的儀式 (ceremony)，家臣受領封土時，跪在其主君之前，將雙手放置於主君手中，宣誓為報答此封土的恩惠，將忠誠服從和奉侍主君，而且託身成為主君的家臣，但是主君也要對家臣表示保護和保證的責任。因此，這不是在身分上完全隸屬的上下關係，而是以封建法的契約規定為基礎的雙方義務關係。

依照此封建契約 (feudal contract)，人們都認為國王也有一定的權利和義務。國王有權利向其臣下的諸侯課徵一定的租稅，並強制他們實施一定的軍事勞役或為其他的勞役，國王並有權利接受他們的效忠而成為全國土地的最終所有者。但是國王也有維持和平、率領軍隊從事戰爭、為其臣下的諸侯保障其領地的義務。同樣的，臣下的諸侯也有相應的權利和義務，臣下有宣誓效忠、貢納租稅以及服役的義務。此

外，也有以下的權利：

第一是領地繼承權，臣下除了其所貢納的租稅是限定在一定的條件和數目之外，當他死亡時，其領地依習慣要繳付一定額度的繼承費 (relief)，在繳納繼承費之後，臣下具有將領地傳給其繼承人的權利，國王不得拒絕；第二是領主裁判權，該權是英王臣下的領主有為其所屬農民開設法庭的權利，而法庭的開設當時成為領主所得的一個很重要的財源，雖然國王的法院 (Royal Courts)，特別是國王的巡迴法官 (Itinerant Justices) 漸漸侵蝕領主的裁判權，並時常直接介入地方民眾的訴訟，但是國王的臣下——諸侯的法庭還是具有私人裁判權，而領主的司法功能顯然在早期比國王的更有強制力；第三是臣下諸侯尚有採取最後的手段訴諸反抗的權利。如果國王違反封建契約，而一切補償措施都失敗的時候，臣下諸侯有權利拋棄他的效忠宣誓，並以反叛的戰爭來執行他的權利。當然，這往往是一個不得已的權宜措施。當國王的權力很大，而臣下諸侯的權力很小的時候，這種抵抗權就形同一張白紙，即使貴族諸侯強力聯合，也不能擊敗國王的勢力。

從封建契約的雙方義務性來看，一方違反契約時，他方就從此解除義務。例如家臣怠忽其臣屬的義務時，主君即可將其封土吊銷，另一方面，主君不遵守義務時，家臣亦可訴諸國王或主君的上級者，或甚至拒絕對主君的忠誠。這就是西歐立憲主義的「抵抗權理論」的起源，也就是所謂實定法抵抗權的起源。

#### (4) 莊園制度

莊園裡有著莊園官邸 (manor house)，領主與擔任莊園管理的官員住於其中，莊園的官邸是莊園的經營與行政中心；莊園的側翼住著身分不自由的工匠，例如烤麵包師、織布師、釀造人、廚師、鞍匠、武器製造人、鞋工等，他們要製造莊園官邸的人們的日常必需品；莊園的耕地普通分為「領主的直營地」與「農奴的賦役地」(亦即農奴的保有地；如果有自由農民時，那麼於此之外，還有「自由保有地」)。前者是領主使用「莊司」(Vilicus) 管理而透過農奴的賦役所經營的土地，後者是領主給與農奴的土地，農奴占有而使用之。在英格蘭，農奴的賦役地大約是 30 公畝的面積；至於直營地的經營是透過農奴的賦役為之，賦役通常是一個禮拜 2 至 3 天，重的時候是 3 至 4 天，這個被稱做「週賦役」(week-work)。莊司很嚴格監督農奴在直營地上的勞動，農奴的賦役是無償徵收的，莊司從農奴徵收賦役而管理、監督農奴在耕地上的勞動，並將生產物繳納至莊園官邸；其次，農奴的保有地是扶養農奴及其家族的基礎，農奴及其家族在賦役以外的時間，經營農奴保有地。領主給與農奴保有地的代價就是無償徵收其賦役，當農奴不履行賦役的義務時候，領主可以隨時將農奴的保有地沒收，並將之驅逐。除了農奴無償的賦役之外，農奴的義務不只於此，領主家宅之維修、圍牆之構築、莊園內道路橋樑之建設維修、物品的搬送、領主旅行時提供住宿給領主與其使者並接待他們，這些皆是義務，領主想要的時候，可隨時課予這些義務，而且在收成的時候，除了賦役之外，農奴會被徵召去實施臨時的勞動。當農奴被命令臨時的賦役時，他必須放下自己身邊的工作，應領主命令之召。農奴的負擔不只這些，農奴負擔的貢租還有結婚稅、死亡稅、十分之一稅，這些貢租有很多必須用現物繳納，更且，領主獨占各種的特權，例如水車特權、麵包烘焙與釀造特權、漁撈與狩獵特權，此外，水車歸領主所有，莊園內要粘粉時，有義務使用領主的水車，並須繳納使用費，不許私設水車，如果用領主的水車以外之物去粘粉，那麼麵粉以及搬運麵粉的車子與家畜會被沒收，而且領主屢屢透過道路去強制徵收通行稅、通關稅。

封建領主的權利有三個，第一是「土地領有權」，並以「土地領有權」為據點，擁有