

英美法论

潘华仿 著

中国政法大学出版社

英 美 法 论

潘华仿 著

中国政法大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

英美法论/潘华仿著.-北京:中国政法大学出版社,
1997.12

ISBN 7-5620-1624-0

I. 英… II. 潘… III. 英美法系-研究-文集 IV. D90-53
中国版本图书馆 CIP 数据核字 (97) 第 29124 号

责任编辑 宋 军

出版发行 中国政法大学出版社

经 销 全国各地新华书店

承 印 国家统计局印刷厂

开本 850×1168 1/32 8.75 印张 字数 220 千字

1997 年 10 月第 1 版 1998 年 1 月第 1 次印刷

印数: 0,001-3,000 册 定价: 12.50 元

社址: 北京市海淀区西土城路 25 号

邮编: 100088 电话: 62229803 或 62228801

声明: 本译本的翻译和出版已获许可,
未经本社书面许可, 不得翻印。

自序

50年代初，我从北京大学毕业，之后，一直在北京政法学院及其“现身”中国政法大学从事外国法制史的教学和研究工作。外国法制史作为一门课程，大概可以算是社会主义国家法学教育在课程设置上的一个独家特色。不过，它却是那种很容易流于空泛和大而无当的学科。上下五千年，纵横几万里，远古中古近现代，英美法德日，几乎没有什么法律现象不可以纳入外国法制史的范畴。一些初学者的那种老虎吃天的茫然感的确不是毫无缘由的。

实际上，这个领域里的学者们是有所分工或专攻的。尽管教学时可以跨度很大，但是，在更为个人化的学术研究过程中，同行们大多都有自己用功较深的一个或几个领域。英美国家的法律制度、法律学说以及政治思想是我相当长时期的学术兴趣所在。这个集子所收的便是近20年来自己在这方面的部分研究成果。这些文章虽然以英美法为研究对象，但引发这种研究的却不只是探索外国知识的热情；虽然它们体现了个人的一些研究兴趣，但某些选题的确定又并不总是那么个人化。在一定程度上，它们也反映着自己对中国社会与法制发展的感受，表达了一个学者对这种发展加以回应的努力。

我的几位学生为编辑和出版这个集子付出了很多劳动，尤其

是中国社会科学院法学研究所的高鸿钧君和北京大学法律系的贺卫方君。现任教于中国政法大学的曾尔恕君也给予了细致的关心。在这里，我向他们表示深切的谢意。

潘华仿

1996 年 11 月

目 录

自序

资产阶级古典自然法学派·····	(1)
简评社会法学派·····	(18)
当代西方两大法系主要法律渊源比较研究·····	(26)
英吉利法的渊源·····	(51)
英国的议会至上与司法监督	
——略与美国相比较·····	(63)
略论美国宪法的联邦主义原则和法律体系·····	(81)
略论美国最高法院的宪法解释权·····	(105)
美国《人权法案》的历史与现实·····	(126)
英国侵权行为法的源流与演变·····	(139)
英国信托制度的起源和作用·····	(159)
英国货物买卖法概说·····	(174)
英国产品责任法·····	(190)
英国关于代理制度的规定·····	(201)

略论英国契约法的受挫失效原理.....	(212)
美国与西欧国家公司法的比较.....	(227)
美国破产法.....	(247)
美国统一合伙法.....	(261)

资产阶级古典自然法学派*

自然法思想在西方哲学、政治和法律思想史上具有普遍的、深远的影响。自然法是古希腊思想家提出的一种在实际生活中并不存在的假设。西方资产阶级启蒙学者普遍接受自然法思想，并在实际斗争中发展了这种思想。自然法以及与之相联系的自然状态、自然权利和社会契约等理论，对资产阶级国家制度和法律制度的形成起过很大的作用。

—

最早提出和阐释自然法的是公元前5世纪古希腊诡辩学派的安提芬等人，他们拥护奴隶主民主制，从事启蒙活动。他们认为自然法具有绝对的正义性，根据自然准则一切人都是平等的，“没有一个人生而为奴隶”，因此他们得出结论说奴隶制是违反自然法的。

公元前5世纪古希腊奴隶主贵族的思想家亚里斯多德则从维护奴隶主城邦的立场出发来解释自然法。他离开了私有制和阶级的产生，离开了阶级，谈论国家的起源，把希腊城邦说成是由家

* 本文曾选入1982年《中国政法大学科学讨论会论文集》。

庭、村落到国家自然地发展和完善起来的，实现城邦基本目标的必要条件是维护奴隶制，因而奴隶制是合乎自然理性，合乎自然法的。

公元前 4 世纪在雅典创立的斯多葛学派进一步论述了自然法。斯多葛学派自然法论的一个显著特点是世界主义。该学派形成于希腊城邦衰落瓦解时期，公元前 4 世纪 30 年代，希腊沦为马其顿的属地，马其顿国王亚历山大建立起了包括小亚细亚、波斯、印度、埃及等地在内的庞大军事帝国，促进了东西方文化的交流，希腊文化和外部世界的文化彼此影响和渗透，斯多葛学派法律思想中的世界主义倾向就是在这种历史背景下产生的。他们认为自然法是普遍适用、不可变更和永恒的，各国的法律和习惯都应该服从自然法。

古罗马的政治思想家、法学家西塞罗、盖尤斯等人继承了斯多葛学派的自然法论，认为自然法是“自然理性”的体现。所谓“自然理性”是指各族人民、各族立法者都应永远遵守的基本准则。经查士丁尼皇帝钦定出版的《法学阶梯》中说，罗马的法律制度是由两个法律要素组成的：其一是一个民族的制定法和习惯法，即该民族的市民法；其二是自然理性给各民族规定的自然法，因为各民族都适用，所以与万民法是一致的。自然法高于特定民族的制定法，是判断各种形式的制定法是否正确的标准。斯多葛学派的罗马法学家把自然法与万民法等同起来，从而论证万民法是高于市民法的，以适应罗马帝国时期版图扩大、经济贸易发展和加强统治的需要。适应这种需要，罗马法学家对自然法的解释中包含着以下的原则：除奴隶以外的自由民在私法面前是平等的，应公平地进行交易；契约的有效性不是基于订约时语言的款式，而是基于双方自愿的协议。自然法学说在促进罗马法摆脱形式主义的束缚和自由民之间的平等和贸易发展等方面起到了积极的作用。

公元5世纪至6世纪西罗马奴隶制帝国覆灭以后，在西欧逐步形成了封建制国家，历史进入了中世纪。恩格斯在论述中世纪的意识形态时说：“政治和法律都掌握在僧侣手中，也和其他科学一样，成了神学的分枝，一切按照神学中通行的原则来处理。”^① 13世纪中期，西欧封建制度和罗马教皇的权势处于全盛时期。出身于意大利的神学政治法律思想大师托马斯·阿奎那（1225～1247）为巩固封建神权统治，回答异端运动对封建意识形态的挑战，把基督教神学加以系统化、理论化，他从维护神权政治的立场出发来解释自然法。他把亚里斯多德、斯多葛学派、罗马法学家的法律学说混杂起来，拼凑了一个繁琐的法律体系，把法律分为四类：（1）永恒法，是统治宇宙的神的理性，因为它是上帝统治宇宙的准则，所以“是不受时间影响而永恒不变的”，是一切其他种类的法律的渊源；（2）自然法，是永恒法适用于人类世界而形成的具体规范，是人的理性的反映，因为人类世界是神创造的自然世界的一部分，所以称为自然法；（3）人定法，封建制国家的统治者按照自然法的精神，为适应各种具体情况而制定的法律；（4）神祇法，就是指《圣经》。阿奎那在他的法律观中，除了强调所谓神的理性外，还谈到了人的理性，这是因为在当时以城市市民为主体的异端运动蓬勃发展的形势下，人们对神的理性越来越表示怀疑，而不得不提到人的理性，但他最终把人的理性统一于神的理性之中，从神的理性中引申出自然法，又从自然法中引申出人定法。所以归根到底，封建制国家的法律是来源于神的理性，对它的任何反抗，都被认为是“严重罪孽”而加以残酷的惩罚。阿奎那的自然法论是为教权至上、君权神授理论服务的。

① 《马克思恩格斯全集》中文版，第17卷，第400页。

从以上对古希腊、罗马和中世纪西欧学者对自然法的解释可以看出，自然法这一概念，具有很大的容量，可以根据复杂多变的政治形势作出不同的解释，以反映不同的阶级、不同的政治派别的利益和要求。在古代，奴隶制的支持者和反对者都以它作为理论根据。在中世纪，封建神学家又利用它为神权政治作辩护；新兴的资产阶级启蒙学者则以自然法作为反对神权政治和封建专制，为资产阶级革命开路的思想武器。

把自然法从封建神学的桎梏下解释出来的是荷兰的资产阶级启蒙思想家格老秀斯（1586～1645）。他以自然法为依据批判神权政治和封建制度，把自然法和资产阶级的人权要求结合起来。他是资产阶级古典自然法学派的创始人。

从15世纪起，尼德兰成为欧洲文化的主要中心之一。16世纪，与宗教改革运动相联系，人文主义文化在尼德兰逐渐高涨。1566年爆发的尼德兰资产阶级革命在北部取得胜利以后，北方七省组成了荷兰共和国。这里摆脱了西班牙的殖民统治和尼德兰封建专制政权的压迫，促进了科学文化的繁荣。格老秀斯的自然法思想正是在这样的条件下发展起来的。

格老秀斯是共和制的支持者，是传统的人文主义和宗教自由的捍卫者，他在1625年出版《战争与和平》一书中对自然法作了系统的阐述。人文主义的特征是个人主义，人文主义者主张用人的观点、理性的观点，而不是用神的观点、教条的观点考察一切。格老秀斯用人的“本性”或“理性来阐释自然法，与中世纪神学家以神的理性为基础来阐释自然法是直接对立的，与古罗马

法学家以自然理性解释自然法则既有联系又有区别。资产阶级启蒙学者的自然法论中所包含的天赋人权思想是从罗马法学家自然法论中的基于商品经济的平等观念发展而来的。但是罗马法学家的自然法论与资产阶级启蒙学者的自然法论在思想内容上又有本质的区别。后者对自然法的解释，反映了以新兴资产阶级为旗手的欧洲文艺复兴运动反对封建束缚、要求自由和个性解放的斗争。

格老秀斯把法律分为两大类，即自然法和意志法。他认为自然法是人类理性的基本原则，任何与这种原则相符合的行为就是道义公正的行为，反之就是罪恶的行为，什么是公正和非公正的行为都是自然法指明了的。所谓公正的行为包括：“不触动别人的财产；归还属于别人的东西并偿还由它得到的利益；必须履行诺言；赔偿由于自己的过失而造成的损失，以及给应受惩罚的人以报应。”格老秀斯认为这是维护社会秩序必要的条件：保护私有财产；公平交易信守契约所规定的诺言；公正的审判。这些内容反映了资产阶级的基本要求。他认为自然法是最基本的、起决定作用的。人定法应符合自然法的基本原则。封建制度和封建法是违反人的理性，违反自然法的。格老秀斯的自然法论成了新兴的资产阶级维护资本主义私有制，反对封建制度，反对宗教迫害的思想武器。

格老秀斯在法学史上的重要地位在于他提出了规范主权国家之间的关系的法律概念——国际法。在中世纪，封建制国家的君主之间为争夺领土、贸易市场、王位继承权或者因宗教纠纷经常发生争端或战争。事实上不论教皇或者是《圣经》的“权威”都不能确立一种法律基础，规范各国统治者之间的关系。格老秀斯从人道主义的立场出发，反对侵略和掠夺战争，他号召人们采取一切措施防止和避免战争。为了使国与国之间的关系建立在统治者的法律基础之上，他求助于斯多葛学派自然法论中的观点，认

为各国的统治都应遵守自然法的基本准则，从而提出了一些进步的国际法原则。研究古代法的英国学者梅因指出：“自然法所尽的最伟大的职能是产生了现代国际法。”^①这一功绩首先要归于卓越的自然法学理论家格老秀斯。

三

17世纪英国资产阶级革命时期自然法学派的主要代表人物是霍布斯（1588～1679）和洛克（1632～1704）。霍布斯以自然法来论证君主制和专制主义的必要性；而洛克则继承和发展了格老秀斯的自然法思想，以自然法为论据反对君权神授、王位世袭，支持资产阶级的议会制。洛克的主要著作《政府论》通篇都是以自然法作为理论根据的。

在中世纪末期的欧洲，首先提出自由平等要求的是争取宗教改革的新教徒。新教徒的主要成分是城市市民和下层群众，他们声称其自由平等的要求出自基督教的博爱精神。英国革命是最早的资产阶级革命之一，因此它的启蒙思想继承了中世纪群众性宗教改革的形式。英国革命的这一特点不能不对洛克的政治思想产生影响。洛克在他的著作中，虽然以自然法为依据论证了人是生而自由平等的，但他并未完全摆脱宗教意识形态。他曾多次援引16世纪末期英国宗教改革家胡克尔所著的《宗教政治法律》一书中的论点来支持自己的主张。中世纪思想的痕迹，也反映在他对神权政治的批判之中。

《政府论》上篇主要是批判君权神授说，批判的对象是罗伯

^① 梅因：《古代法》，中译本，第55页。

特·费尔麦。他是 17 世纪英国君权神授论的主要代表人物，曾发表许多论文为王权辩护。他的主要论点是：神授予最初的人类家长亚当以家长权，这就是王权的起源，因此国王的权力直接来自上帝，这种权力应该是无限的而且是可以世袭的。费尔麦利用人们的宗教感情，利用《圣经》中杜撰的故事来宣扬他的反动观点。洛克驳斥说，根据自然法，亚当并不享有对于世界的统辖权，也就无从确定谁享有继承权。“现在世界上的统治者要想从以亚当的个人统辖权和父权为一切权力的根源的说法中得到任何好处，或从中取得丝毫权威都成为不可能了。”^① 17 世纪中期英国资产阶级革命所要解决的根本问题是从封建主手中夺取政权，这一斗争是以资产阶级（包括资产阶级化的新贵族）所控制的议会与国王争夺主权的形式表现出来的。费尔麦为王权辩护的主要著作《父权制或国王的自然权力》是在他死后 27 年的 1680 年出版的。这一时期，英国的政治斗争特别尖锐，虽然经过了激烈的内战，议会享有主权还是国王享有主权的问题并没有真正解决。1660 年斯图亚特王朝的查理二世实现了复辟。他是在发表宣言答应与议会共同管理国家的条件后从荷兰回到英国的；他在登上宝座后，就撕毁了自己的诺言，力图恢复君主专制，对反对君主制的共和派实行镇压，解散议会，实行专横统治。1685 年查理二世死后，其弟詹姆斯二世继承王位更加反动，遭到了资产阶级和新贵族的反对，导致了 1688 年的政变（“光荣革命”），确立了以议会主权为特征的君主立宪政体。费尔麦鼓吹君权神授论的主要著作就是在这样的历史背景下发表的。所以洛克于 1680 年先发表《政府论》上篇集中批判费尔麦的反动观点，不仅具有理论意义，也具有现实意义。

1690 年洛克发表《政府论》下篇，以自然法为依据，集中

① 洛克：《政府论》上篇，中译本，第 3 页。

论证了资产阶级天赋人权和君主立宪制的议会主权的合理性，为英国 1688 年的政变作理论上的辩护。

洛克总的论点是，根据自然法，人是生而平等、生而自由的。洛克认为在自然状态中人类如果没有某种法律和秩序是不能够生活在一起的；自然状态中有一种为人人遵守的自然法起着支配作用，它教导着全人类，什么是正确的，什么是错误的；人们享有生命、自由和财产不受侵害的自然权利，这种权利是合乎人性、合乎自然法的。这种权利通常被称为天赋人权。洛克在《政府论》下篇中反复强调自然权利的合理性和重要性，反映了新兴资产阶级反对封建制度、封建特权的压制，要求获得自由、平等和保护其人身与财产安全的愿望。洛克在他的著作中经常运用的自然法、自然状态、自然权利、社会契约等概念虽然是虚构的，但是他反复重申的主要政治观念“不是来自学究式的学说，而是来自他那个时代的政治经验”。^① 洛克把资产阶级的天赋人权概括为生命、自由和财产，正是从实际政治斗争中提出来的。

在资产阶级革命前夕，英国封建专制政权滥用权力，宫廷贵族实行暴虐统治，英国教会的主教法庭对稍有不服从教会的官方教条的人即实行残酷的镇压。议会中的资产阶级领袖和支持资产阶级要求的新教徒，有的被处死，有的被判处终身监禁，有的被绑在耻辱柱上当众鞭打。在查理二世统治时期，对书刊言论实行严厉的检查，凡是批评国王的言论都构成严重的罪行。如前所述，在斯图亚特王朝复辟时期，议会中的资产阶级政党辉格党的议员遭到逮捕。1679 年 5 月议会通过了一项重要的法令——《人身保护法》，规定了明确的逮捕程序：逮捕令必须有法官的签字，根据被捕者或其亲友的申诉，必须将被捕者移送法院审理，以裁定逮捕是否合法。这一法案的首要目的就是为了保障议员的

^① 帕金森：《政治思想的演变》，英文版，第 117 页。

人身自由和安全。在 1688 年的政变以后虽然确立了资产阶级的统治地位，但是由于英国资产阶级革命是以妥协而告终的，仍然存在着相当大的封建残余势力。洛克以自然法为依据，对自由的论证，就是为反对封建暴虐，为资产阶级的法治提供理论基础。

洛克在谈到什么是自由时写道：“人的自然自由，就是不受任何上级权力的约束，不处在人们的意志或立法权之下，只以自然法作为他的准绳。处在社会中的人的自由，就是除经人们同意在国内所建立的立法权以外，不受任何其他法权的支配；除了立法机关根据对它的委托所制定的法律以外，不受任何意志或任何法律的约束。”^① 简言之，自由必须以合法为限，在自然状态要合乎自然法，在市民社会要合乎人定法。洛克提出的资产阶级的法治要求是：按照资产阶级立法机关依据法定程序所制定的法律办事。资产阶级需要法治以反对封建的专横统治，也是为了以法律的形式把自己的意志强加于劳动人民。洛克认为自由就是在法律范围内行动的权利，资产阶级需要自由，以便不受限制地发展资本主义，剥削劳动人民，并用法律来限制人们的自由。洛克对自由的论述也告诉我们，在任何社会中，自由与纪律总是相互制约、相互联系的，不能把自由说成是可以为所欲为。洛克对自由的界说，既反对了专制主义，也反对了极端民主，把自由限制在资产阶级法律所允许的范围之内。

洛克所谓的自然权利或天赋人权的核心是私有财产权。洛克在《政府论》下篇中首先论证了私有财产权是合乎自然法的。他的主要论点是人类一出生就享有生存的权利，因而也就应该享有维持生存的食物和其他物品。那么，处于自然状态中的原来属于全人类共有的东西，如何成为个人私有的呢？洛克把英国移民在美洲新大陆开拓荒无人烟的土地据为己有的做法加以普遍化、理

① 洛克：《政府论》下篇，中译本，第 19 页。

论化，认为对自然提供的东西，每个人掺进自己的劳动，这些东西就成为他的私有财产，他把人类劳动与自然资源的结合说成是私有财产的起源，而且是合乎自然法的，合乎“理性”的。他说：“身体所从事的劳动和他双手所进行的工作，我们可以说，是正当属于他的。”^① 其意图在于论证私有财产与人类是同年同月同日生，而且是永恒不变的。西方学者也承认：“洛克的这种关于财产的学说，以后被用来为资本主义辩护。”^②

关于国家的起源，洛克运用了社会契约说。在自然状态人们虽然是自由平等的，但也有美中不足之处：（1）虽然有自然法指示人们什么是正义的和非正义的，但有些人存在着偏见，而且不承认自然法的约束；（2）没有一个公认的和公正的裁判者，依照既定的法律来裁判一切争端；（3）没有公认的权力来支持和执行判决。正因为有这些缺陷，人们的财产是很不安全的，自然权利是没有保障的，于是人们相互协议组成政治社会，把自己的一部分权利，主要是在自然法许可的范围内，每个人可以做自己认为合适的任何事情的权利和单独行使惩罚别人的违反自然法行为的权利，交给专门的人来行使。于是根据人们的协议即社会契约，就组成了政治社会——国家，它的目的是保护人们的自然权利、生命、自由和财产，而主要是保护人们的财产。什么样的政府能最有效地保护人们的自然权利呢？洛克反对君主专制政府，认为这种政府只是君主一个人有自由。他认为最合适的政体是人民选举产生的议会政府。建立政府以后，自然法并不消失，必须依照自然法和建立政府的目的进行活动。洛克以立法权列举了四项限制：（1）法律对所有的人一视同仁，“法律一经制定，任何人也不能凭他自己的权威逃避法律的制裁……市民社会中的任何人都

① 洛克：《政府论》下篇，中译本，第16页。

② 萨拜因：《政治学说史》，英文版，第390页。