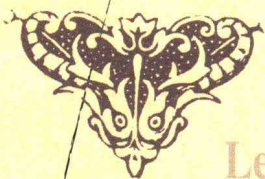




Fudan Translation Series

西方经济社会思想名著译丛 / 韦森 主编



早期制度史讲义

Lectures on the Early History of Institutions

[英] 亨利·萨姆纳·梅因 / 著

冯克利 吴其亮 / 译

 复旦大学出版社



Fudan Translation Series

西方经济社会思想名著译丛 / 韦森 主编



早期制度史讲义

〔英〕亨利·萨姆纳·梅因 / 著

冯克利 吴其亮 / 译

 復旦大學 出版社

图书在版编目(CIP)数据

早期制度史讲义/[英]梅因(Maine, H. S.)著;冯克利,吴其亮译.

—上海:复旦大学出版社,2012.7

(西方经济社会思想名著译丛)

书名原文:Lectures on the Early History of Institutions

ISBN 978-7-309-08965-3

I. 早… II. ①梅…②冯…③吴… III. 法制史-研究-世界 IV. D909.9

中国版本图书馆CIP数据核字(2012)第106555号

早期制度史讲义

[英]亨利·萨姆纳·梅因(Henry Sumner Maine)著 冯克利 吴其亮 译
责任编辑/鲍雯妍

复旦大学出版社有限公司出版发行

上海市国权路579号 邮编:200433

网址:fupnet@fudanpress.com <http://www.fudanpress.com>

门市零售:86-21-65642857 团体订购:86-21-65118853

外埠邮购:86-21-65109143

同济大学印刷厂

开本 787×960 1/16 印张 14.5 字数 198 千

2012年7月第1版第1次印刷

印数 1—5 100

ISBN 978-7-309-08965-3/D·562

定价:28.00元

如有印装质量问题,请向复旦大学出版社有限公司发行部调换。

版权所有 侵权必究

韦森

探索中华民族的振兴富强之路,建设一个现代民主法治国家,已成为近代以来无数中国知识分子和社会有识之士长期追寻的一个梦想,亦有无数志士仁人为之付出过艰苦卓绝的努力。通观晚清以来中国社会变迁的过程,可以发现,中国社会现代化的一个主旋律是思想启蒙和思想解放。这一思想启蒙过程的一个重要组成部分,是中国学界从西方翻译出版了大量包括马克思主义经典著作在内的近现代科学和社会科学的学术思想名著,以至于在某种程度上我们不得不承认,晚清和民国以降中国社会的现代化过程,实际上变成了一个对西方近现代以来的自然科学和社会科学的某些理论和一些普世价值的转译、继受、改造以及对象化(embodiment)的过程。

经历了晚清君主立宪、辛亥革命、新中国 1949 年建立和 1978 年以来的改革开放,中华民族目前正处在 21 世纪伟大历史复兴的一个节骨眼上。改革开放以来中国社会的迅速市场化,既为经济增长提供

了强大的动力,亦带来了诸多社会问题和挑战。未来中国向何处去?《中华人民共和国宪法》第五条所确定的建设一个“法治国家”的社会目标如何实现?在数千年的历史长河中经历了无数次战乱和王朝更替,中华民族如何才能在21世纪型构出一个既能确保经济稳定增长、社会长治久安、人民康乐幸福,又公正和合理的制度安排?这均是当今中国社会所面临的一些重大理论和现实问题。面对这些亟须回答的重大理论和现实问题,一些社会共识正在中国社会各界内部慢慢形成,这其中包括:现代市场经济体系的良序运作需要相应的法律制度,而良序运作的法制必须由一个宪政民主的政制框架来支撑。换言之,只有现代市场经济体制与宪政民主政制下的良序法律制度相结合,才会构成一个现代法治社会或曰法治国家。

然而,为什么现代市场经济的运作自然要求民主与法治?到底什么才是一个“法治社会”或“法治国”?一个现代法治社会的存在和运作的法理及伦理基础又是什么?要恰当认识这些问题,就要求中国学界在当今中国与国际社会互动发展的动态格局中,能明辨出人类社会运行的一些基本法则和人类社会的一些普世价值。要做到这一点,广泛阅读并理解西方近现代以来在各学科内部不断出现和形成的一些经典名著,尤其是在经济学的社会选择理论和福利经济学与伦理学、政治学、法学等相近学科交叉领域中的一些经典文献,是一个必要前提。从这个角度来看,译介国际上已经出版的与这些重大理论问题有关的一些经典文献,无疑是一项基础性的理论工作。

基于上述考虑,笔者和一些学界的朋友、同事、身边的几个学生,与复旦大学出版社的编辑同仁一起,共同策划了这套译丛。我们希

望,通过这套丛书的陆续翻译出版,能在译介中汲取并型构思想,在思想中反思现实,进而在东西方文化与思想观念的差异的审视中,以及在东西方社会制度演化变迁的不同路径的比较中,来认识和把握人类社会发展的—般趋势。有了这个宗旨,在选编这套译丛时,我们基本上打破了——或曰已超越了——目前已形成的一些现有学科划分的界限,不仅选取了西方一些经济学名家的著作,也选取了国际上法学、伦理学、政治哲学、社会学、人类学、史学等其他学科中一些名家和大师的经典作品。我们希望,通过把这些名著翻译为中文,使国内学界和广大青年学子能对西方近现代和当代的一些著名思想家对现代市场运行的基本条件以及对其政治和法律制度基础的理论阐释有所了解。只有通过这样一些基础性的工作,我们才能较恰当地认识一个现代社会的公平、正义、合理和效率原则,才能理解那些确保市场运行和经济可持续发展的法治制度的法理和伦理基础。通过这样一个过程,我们才有可能期望社会各界逐渐形成在未来中国社会发—展道路选择上的一些“重叠共识”。

为了达至这一目标,我们把这套丛书设计为一个相对开放的体系:其一,既不囿于某一学科,也不限于任一流派,并对不同学科、不同学术观点、不同政治主张,甚至不同政策见解,完全持一种包容和开放态度;其二,我们会随着对国际上哲学社会科学经典文献认识的增宽和加深,以及随着对国外哲学社会科学新近发展动态的把握,不断把西方学术思想中的一些新的和真正的精华引介到中文中来,从而期盼未来中国的学术思想界能大致与世界同行同步探索,共同推进人类经济社会思想探索的前沿边界,并为未来中国的经济社会发展探寻深

层的学理和思想基础。

“大学之道，在明明德，在亲民，在止于至善”（《礼记·大学》）。在 21 世纪中华民族伟大复兴的历史契机面前，让我们以一种开放的胸襟、开阔的视野和海纳百川的宽容心态，来广泛汲取人类各文明社会中业已形成并积累、发展起来的思想精粹，努力明辨已被世界上绝大多数社会所接受和认同的一些人类社会普世价值，明天道，育新民，开心智，共同呼唤中华民族在 21 世纪的新思想启蒙和精神复兴。值此，我们由衷地希望，经由复旦大学出版社的这套“西方经济社会思想名著译丛”的出版，能汇集编者、译者和出版者的共同努力，涓滴汇流，增益于未来中国的法治化市场经济体制的型构与建设。

韦 森

2008 年 6 月 12 日晨谨识于复旦园

为纪念长期以来的公事交注和来日方长的友谊

谨以此书献给

印度政府立法局秘书

惠特利·斯托克斯(Whitley Stokes)先生

第一版前言

本书收录的讲稿，旨在更具体地贯彻作者在上部作品《古代法》中的研究思路。当时为我提供大量实例的那个法律体系的命运，大大不同于我现在努力从中获得有关法律和社会史的新材料的另一个法律体系的命运。人们在谈到罗马时一向深怀敬意，它也确实是依然统治着西方世界文明生活的绝大部分规则的滥觞。而古爱尔兰法，亦即所谓的“布雷亨法律”(Brehon Law)，即便是注意到它的少数作家，大体而言对它也极力诟病；而且，在逐渐丧失了它在土生土长的国度中曾经拥有的影响力之后，它最终受到粗暴的压制。但是，使“布雷亨法律”丧失了现代历史的原因，在今天也因阻止它的发展而使它获得了它自身的特殊意义；笔者希望，这种意义足以使我有理由得出结论，这便是现在发表的这些讲稿——最后三讲除外——的主题。

作者从不同的先生所发表的作品或私人交谈中受益良多，谢意已表于书中。但作者要特别致谢利莫里克主教(Bishop of Limerick)和

泰多斯·欧马赫尼(Thaddeus O'Mahony)教授,他们为我参阅布雷亨手稿的未刊译稿提供了便利,而且给了我许多宝贵的建议。

所有讲稿(包括删节部分)都曾在牛津大学讲授。

伦敦康威尔花园路 27 号

1874 年 11 月

第四版前言

自本书第一版问世以来,有关古爱尔兰家族及其分支(讨论见208页以次)这个极为晦涩论题的材料,随着另一卷(第四卷)布雷亨法律册页被译为英文出版已经增加。去世不久的编者亚历山大·乔治·里奇博士(Alexander George Richey)为这一卷撰写了一篇非常有价值的序言,其中谈到有关仍存争议的诸多问题的全部证据,读之或许会有不少收获。

亨利·萨姆纳·梅因

1885年10月5日

目 录

- 第一讲 研究早期制度史的新材料 / 001
- 第二讲 古爱尔兰法律 / 013
- 第三讲 作为社会基础的血亲关系 / 032
- 第四讲 部落与土地 / 048
- 第五讲 首领及其地位 / 058
- 第六讲 部落首领及其土地 / 072
- 第七讲 古代的家族分配 / 091
- 第八讲 原始观念的发展及传播 / 111
- 第九讲 法律救济的原始形式(一) / 123
- 第十讲 法律救济的原始形式(二) / 138
- 第十一讲 已婚妇女约定财产的早期史 / 152
- 第十二讲 主权 / 168
- 第十三讲 主权与帝国 / 181
- 索引 / 196

第一讲

研究早期制度史的新材料

我们今天能看到的有关早期制度史的原始材料数量巨大，并且弥足珍贵。有一个论题，可以有把握地说，直到最近几乎所有研究它的学者都遵循着错误的道路，为我们这方面的知识做些补充便有着特殊的意义和重要性。对土地财产的重大制度的起源，我们终于有所了解。群体对土地的集体所有制，无论他们确实是因血缘关系而结合在一起，还是相信或假设自己如此，现在可以说是已成定论的原始现象，是那些其文明与我们的文明有着明显的联系或相似性的人类群体的普遍特征。在我们周边地区都已找到这类证据，在经受过罗马帝国强大压力的国家，或受到其强大的间接影响的国家，这类证据只是隐约可见，不易核实，而在对罗马帝国只是略有感觉或根本没有感觉的居住着雅利安种族的地区，这种证据则是明确无误的。关于斯拉夫社群，俄罗斯的欧洲领土上的农奴获得解放，刺激了先前仅对一些好奇者有吸引力的研究，而且收集到的材料数量巨大。我们现在比以往更清楚地知道，自从无史可考的时代起，俄罗斯帝国旧行省的土地，就是在自成体系的血缘群体中实行几乎排他性的分配，他们聚居于农耕村落，实行着自我组织和自我治理；自从在位君主的这项重大举措以来，这些村落的集体权利以及其成员

- 之间的相互权利和义务,已不再受领主庄园特权的干扰和限制。还有新的证据表明,更加落后的偏远的斯拉夫社会,基本上也是按同一模式构成;
- 2 西方世界总有一天必定要思考的一个事实是,人类中数量如此之多的一部分人,他们的政治观念,以及他们的财产观念,同家族依赖、集体所有制和天生服从父权的观念有着难分难解的关系。毋庸讳言,日耳曼和斯堪的纳维亚地区的古代社会制度的遗迹大多已经泯灭,日益变得模糊难辨;但是对古条顿人生活和习俗的文字证据的考察从未中断,顺便说一句,梭姆(Sohm)的大作《法兰克帝国及其司法程序》(*Fränkische Reichs- und Gerichtsverfassung*)对财产权的早期历史有颇多揭示。姆勒尔(G. L. Von Maurer)用特殊方法得出的结论,也已通过对最出人预料的地方所发现的现象的比较研究而得到了证实。具体说来,德·拉维勒耶(M. de Laveleye)所从事的研究涉及非常广泛的领域,尽管我对他得出的一些经济结论持有异议,但是对于他在近期出版的《财产权及其原始形式》(*La Propriété et ses Formes Primitives*)一书中收集和描述的材料,给予
- 3 再高的评价也不为过。自纳西(Nasse)的专著《中世纪的土地共同体》(*Land Community of the Middle Ages*)面世以来,以及自先前我在这里开课的讲义付梓三年以来,我尚未看到有任何著作把古代村社(Village-Community)在英格兰和苏格兰低地的土地和法律中留下的遗迹作为主题。然而,凡是了解英国法院在处理呈堂材料时的谨慎态度的人,对于我为哈特雷大法官(Lord Chancellor Hatherley)在一桩疑难案件中做出的判决赋予的特殊重要性,都不会感到惊讶。此案起因于一个庄园中不同类型的受益者之间的纠纷,即瓦里克诉女王学院案(Warrick against Queen's college)(见大法官上诉法庭《六篇法律报告》,p. 716)。在我看来,它承认了一种比英格兰《不动产法》的理论基础更古老的状态的遗存;而且就此而言,它同意这里对它的描述是正确的。同时,如果我可以从我不断获得的有关印度及其各地的信息做出判断,那么有关当前和以往存在的村社制度,正在引起众多勤勉的观察家的关注;有关这个主题的事实材料异常丰富,我希望有一天它们能够被公之于众。
- 4 到目前为止,有些村社为我们提供的有关早期法律史的信息,就其数

量和明显的价值而言,不亚于源于凯尔特社会的信息。这很值得注意,因为在凯尔特小型社会——在对这个国家的兴趣中,它们占有超乎寻常的比重——中的一个特殊群体,即苏格兰高地的部族,公认保留了世界更古老状态的许多特征,尤其是政治特征,并且几乎一直延续至今。但是对此可做如下解释:直到最近,有资格的人看到所有的凯尔特社会时,都是通过一种特别不可靠的媒介加以观察的。由法学家们设置的一道幕布,用罗马法和我们称为封建制的原始罗马法的相对现代的综合体编织而成的一道幕布,挡在苏格兰高地制度和研究苏格兰低地的头脑精明的天才之间。封建法的浓雾阻断了英格兰人观察爱尔兰社会古代政体的视野,并导致对威尔士法律之真实性的无端怀疑。关于高卢地区凯尔特人的古老组织,凯撒曾做过极为清晰而确切的描述,但这似乎在法国已经消失得无影无踪,部分原因是数百年来研究法兰西社会的是清一色的这样一批法学家,他们所受的教育要么是罗马法,要么是高度封建化的法律;另一部分原因是,高卢地区凯尔特人的制度在罗马法规的破坏作用下确实已经土崩瓦解。当然,我并不想说,这种黑暗状况中最近仍无消散的迹象。由档案委员会(Record Commission)出版的《威尔士法律汇编》,尽管它们的起源和日期尚无定论,但它是不容怀疑的真实的法规体系,这一点已经得到承认。除了我下面要谈到的出版物以外,一批威尔士学者因其所继承的学派在史学和语文学思考上的粗糙放纵而声名狼藉,但他们指出了爱尔兰习俗中的许多事情,被公认为与日耳曼人现在仍在遵循或曾经遵循的古代习惯有关。早在1837年,斯肯(W. F. Skene)先生在《苏格兰高地居民》(*The Highlanders of Scotland*)这本极有价值的著作中,已经纠正了有关高地习惯这个问题上那些仅精通封建法的作家犯下的许多错误。此人同时是一位卓越的古史专家,编辑了苏格兰编年史家福顿(Fordun)的著作,并于1872年出版;这本书的附录印证了我通过私人途径获得的数量可观的证据,表明有着“变化不定的个人土地所有权”(shifting severalties)的村社仍存在于苏格兰高地的记忆中。最近,勒普雷(M. Le Play)等学者也在法国的若干地区发现了这种村社的清晰遗迹。对法国法律文献中大量的习俗志(Custumals)或法规手册的细致考



- 6 察,导致了更多相当有趣的结论。从中可以清晰看到,在法兰西领地贵族的地产上始终能够发现隶农(villeins)^①共同体。法学学者一向将它们视为自愿社团,领主也很喜欢这样的社团,因为它们的成员可以更加确定和有规律地为领主提供服侍和劳役。通常,当拥有下等土地保有权(base tenure)的佃农(tenant)^②去世时,领主立刻接手他的土地,在我们英国的官册登录土地保有法(*law of copyhold*)中便存在这种规则的清晰痕迹。但是它又明确规定,就隶农社团的情况而言,假如他们有更好的能力向领主付费作为其补偿,领主便不收回他们的土地。一旦做出这种解释,那么这些社团无疑不是真正的自愿合伙关系,而是血亲团体;但是这些社团往往不是按通常的村社类型,而是按家族共同体(House-Community)类型组织起来的,最近这已被达尔马提亚(Dalmatia)^③和克罗地亚(Croatia)的情形所验证。它们都是印度人所谓的不分居联合家族(Joint Undivided Family),即有着一个共同祖先的后裔的集体,他们世世代代同吃同住。土地不因死亡而重新回到领主手中,因为这种社团绝不会死亡,而是世代永续。
- 7 但是,为我们了解古代凯尔特人社会做出最有益贡献的是爱尔兰政府,它翻译并花钱出版了爱尔兰的古代法律。这些译作的第一卷出版于1865年,第二卷出版于1869年,第三卷刚刚面世,补充了一些颇有价值

① 隶农(villein)指中世纪时期完全臣服于领主或依附于庄园的农民,类似于农奴(serf)。隶农和领主均为盛行于4—13世纪的庄园体系中的构成部分,前者向后者提供劳务,其回报是耕种自己的份地。——译注

② 在采邑土地占用制度中,“tenure”是指土地保有人(即 tenant,考虑到下层保有人在这种体系中的数量,本书多译为“佃农”,少数情况下译为“保有者”或“保有人”)或封臣与封建领主或上级领主之间的关系。在这种关系中,土地保有人占有土地,但不拥有完全的所有权,要向领主定期提供劳役或支付金钱,以此作为保有土地的条件,因此是领主和保有人同时享有土地收益。由于土地保有人向领主提供的劳役不同,形成了许多土地保有形式(即 tenancy)。按英格兰法律,土地保有形式包括:完全土地保有制和非完全土地保有制或隶农土地保有制(后称登录土地保有)。完全土地保有制又包括:(1)教会或宗教土地保有,作为报酬,保有者应当提供祈祷或弥撒等宗教服务;(2)世俗土地保有制,其中又有三种形式:①由于军役而获得的土地保有;②为王室提供个人服务的服役保有;③以金钱或物品为回报的免役土地保有。此外,还有一些习惯性土地保有模式。依此模式,取得保有土地在各个方面要受制于一些非正常的条件,主要有:平均继承制、幼子继承制以及旧有土地保有制。在苏格兰公认的土地保有形式包括:(1)限制占有;(2)服役土地保有或因兵役而保有土地;(3)永久占有或以提供财物或支付金钱而保有土地;(4)市镇土地保有,在这种保有制下自治市各自保有土地;(5)无偿占有,这时保有土地不需任何回报,或只是名义上的回报,比如,回报一朵仲夏的玫瑰花。——译注

③ 达尔马提亚现为克罗地亚的一个区。——译注

的序言。对我们这里从事的研究感兴趣的人，都会认识到前两卷的重要性，但是想要确定它们对凯尔特早期制度史的确切影响依然困难重重。首先出版的一批法律是一些法规的汇编，我们的现代法律语言把它们称为“扣押法”(Law of Distress)。正如我下面要解释的那样，与任何现代法学体系可能赋予扣押法的地位相比，它在非常古老的法规体系中无疑享有一种非常不同的地位。但是，在法律发展的任何一个阶段，它一向是法律的一个十分特殊的分支。不过，从这些法律中得出结论所面对的困境，还有一个更久远和更严重的原因。直到最近，它们从实践的角度说仍然难以理解；两位卓越的最初翻译者，奥多诺万(O'Donovan)博士和欧柯里(O' Curry)博士，使它们重新为世人所知，这两人如今都已逝世。对爱尔兰文本有研究的博学编辑对译文做了仔细校订；但是，大概只有经过研究凯尔特的数代学者就法律语言进行相互辩难之后，研究这些文献的非凯尔特读者才能确信自己理解了他所看到的每一段文字的确切含义。更不用说，这些法律中还充斥着技术性的表述；即使学术泰斗，如果没有受过法律训练，甚至接受的法律训练没有达到一定水平，也无从准确把握一个单词含义的消长，而正是这种消长使它的流行用法有别于它的技术性用法。考虑到这些，在处理此类法规体系时要尽量谨慎。接下来，只有在文本的意思和大意看起来有着合理的确定性时，我才会进行推论；我避开了某些有前途的研究路径，以免使我们进入其意义令人生疑的段落。

我认为，古爱尔兰法，即所谓的“布雷亨法律”^①，在它们得以完整出版和解释时所具有的价值，可以通过这种途径得到阐明。请记住，罗马法仅次于基督教，是支配整个西欧实际行为规则的最为丰富的来源，它起源于一小部分雅利安习俗，在公元前5世纪被形诸文字，以罗马《十二铜表法》闻名于世。还应记住，最初使这部法律得以扩充和发展的，绝非或很少是立法，而是我们仍可以感受到在不同社会中进行着的一个过程，即一代又一代学问家对权威文本的司法解释。我们看到的这部最大的爱尔兰

① 指规范中世纪早期爱尔兰日常生活的法规，1169年诺曼人入侵后被部分废除，13世纪复兴后与英国法并行适用于爱尔兰，直到17世纪。这些法规内容多为民法，主要是关于损害赔偿和规范财产、继承与契约的。“布雷亨”(Brehon)在古爱尔兰语中意为“裁判人”。——译注