

法理学专题研究

Research on the Special Issues of Jurisprudence

肖光辉 著



上海社会科学院出版社
SHANGHAI ACADEMY OF SOCIAL SCIENCES PRESS

法理学研究生教育丛书

法理学专题研究

Research on the Special Issues of Jurisprudence

肖光辉 著



上海社会科学院出版社
SHANGHAI ACADEMY OF SOCIAL SCIENCES PRESS

图书在版编目(CIP)数据

法理学专题研究/肖光辉著. —上海:上海社
会科学院出版社, 2016
(法理学研究生教育丛书)
ISBN 978-7-5520-0894-4

I. ①法… II. ①肖… III. ①法理学-研究 IV.
①D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 269051 号

法理学专题研究

著 者: 肖光辉

责任编辑: 董汉玲

封面设计: 姚 毅

出版发行: 上海社会科学院出版社

上海顺昌路 622 号 邮编 200025

电话总机 021-63315900 销售热线 021-53063735

<http://www.sassp.org.cn> E-mail: sassp@sass.org.cn

照 排: 南京理工出版信息技术有限公司

印 刷: 江苏凤凰数码印务有限公司

开 本: 710×1010 毫米 1/16 开

印 张: 25.5

插 页: 2

字 数: 390 千字

版 次: 2016 年 9 月第 1 版 2016 年 9 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-5520-0894-4/D·334

定价: 79.80 元

版权所有 翻印必究

前 言

为了适应研究生的教学,帮助研究生和广大读者更好地阅读与思考问题,我们在吸收他人研究成果的基础上,编写了这本阅读专题,供研究生学习、参考使用。

本专题共分为十个专题。内容既涉及法哲学一般问题,也包括前沿问题,旨在引导学生关心法哲学基本的理论问题、关注该学科的前沿问题和学术热点问题。

法的起源专题探讨了法的起源的诸问题,包括19世纪、20世纪西方学者对于法的起源问题的一般性梳理,介绍了他们研究涉及的基本方面,并专门就神话、巫术、宗教、仪式与法律作了简单论述。

法的概念与本质是法哲学的基本问题。该专题对法的概念、认识途径、方式等作了全面介绍,阐述了西方学者关于法的概念的理解,重点探讨了马克思主义学者关于法的本质的观点及态度。同时,对争论较多的法的阶级性问题进行了思考。

法律规范专题是就法律本身逻辑结构进行的探讨,涉及法律规范的含义、逻辑结构、类型、层次效力等方面。专题在前人研究的基础上对这些问题进行了全面考察,提出了自己的观点或见解。

法的遵守就法律为什么会被遵守、守法的前提条件等作了介绍。守法是每个公民的基本常识。但是,我们为什么要遵守法律,要遵守什么样的法律,历史上有不同的看法。法律遵守专题从比较的角度探讨了公民违法的原因与守法的必要性。

正义是政治哲学与法哲学共同研究的问题。法与正义专题就正义的各个方面进行分析,探讨了法律与正义的内在联系,以及法律对促进、保证正义实现等作了研究。

国家的权力与法有密切的联系。国家的权力来源于法,同时又对法产生极大的影响。法律必须界定权力的边际,保证权力必须为社会服务,避免极权主义的产生。国家权力与法专题对这些问题进行了探讨。

法律方法是法理学的重要问题之一。但是,不同的学者对方法的理解并不完全相同。该专题对法律方法的研究范围、法律解释、推理等方面进行了新的探索。

法律信仰是近年来法理学者研究的最热门的问题之一。大多数学者是在肯定法律能够信仰的前提下探讨这一问题的,但是一些学者对中国能否进行法律信仰提出了怀疑。该专题从认识论的高度对这个问题重新进行了审视与思考。

政治哲学是法律哲学的一个重要组成部分。自然法是政治哲学的灵魂。政治哲学如果缺乏自然法的指引,就有可能出现问题。该专题对自然法与政治哲学的切合与渗透,两者的共同方面以及政治哲学的未来走向作了认真探索。

法学流派专题对各个法学流派的发展与变迁进行了梳理,分析了当代各主要法学流派形成发展的社会背景等。

感谢上海政法学院“十二五”规划的资助以及诸位同仁的辛勤努力,感谢副校长潘牧天教授关心写作进程,联系出版事宜,使得这本专题书稿能够及时完成并付梓出版。感谢倪振锋教授的关心与指导。在此要特别感谢张桂英、卢学英、邹彩霞、毕魏明、占茂华老师,以及法理学研究生宋宇宁的无私帮助,在本书的写作过程中,他们的相关观点和建议给了我莫大的教益。由于著者的水平有限,舛误难免,期待同仁批评指正。

肖光辉

目 录

前言	1
专题一 法的起源	1
一、研究法的起源问题的意义	1
二、19 世纪与 20 世纪西方关于宗教、法的起源问题的探讨	2
三、关于史前的习惯、法律内容涉及的几个主要方面	8
四、神话、巫术、宗教、仪式与法律	12
专题二 法的概念与本质	32
一、多元化的法的概念	32
二、认识法的概念、途径与方法	40
三、西方学者对法的概念的理解	46
四、马克思主义法学关于法的本质	57
五、关于法的阶级性探讨	64
专题三 法律规范	74
一、法律规范的含义	74
二、法律规范的基本特征	81
三、法律规范的逻辑结构	84
四、法律规范的类型	88
五、法律规范的效力	92

专题四 法的遵守	100
一、苏格拉底之死与守法	100
二、守法的逻辑起点	102
三、守法的根据和理由	110
四、守法的条件和保障	128
五、守法的例外:公民不服从制度	133
专题五 法与正义	145
一、正义的形成与演变	145
二、正义的多样性与相对性	155
三、平等与分配正义	163
四、惩罚与报应正义	170
专题六 国家权力与法	178
一、多视域的权力内涵辨析	178
二、权力的来源及其种类	193
三、国家权力与法律	201
四、法对权力的分配与限制	210
专题七 法律方法论	220
一、方法与方法论	220
二、法律方法研究的范围	228
三、法律解释	237
四、法律推理	244
五、法律发现及论证	256
专题八 法律信仰	266
一、什么是信仰	266
二、法律能否被信仰	268
三、法律的信仰:从古代到现代	273
四、法律信仰的基础与条件	276

五、文化传统与法律信仰	280
六、中国法律信仰之路的艰难与挑战	282
专题九 西方政治哲学中的自然法精神	285
一、政治哲学与自然法的切合	286
二、古希腊人对自然与习俗的认识	288
三、自然理性对政治哲学的渗透	291
四、政治哲学与自然法共同关心的基本问题	299
五、未来政治哲学的基本走向与自然法的精神	305
专题十 西方主流法学流派	307
一、自然法学	307
二、历史法学	335
三、分析实证主义法学	345
四、社会法学	357
五、综合法学	379
参考文献	388

专题一

法的起源

一、研究法的起源问题的意义

研究法的起源有什么意义？这个问题距离现实似乎十分遥远，没有研究的必要。从部门法的角度来看，似乎有点道理；但是从法律史与理论法学来看，研究法的起源可以解决诸多问题，是理论法学研究的前提与基础。首先，研究法的起源可以发现法是如何从巫术、宗教、神话中逐步分离出来的。其次，法的起源上有没有差异？如果有，这些差异是如何形成的？为什么会形成这些差异？人类文明的起源不同，文化背景不同、法的起源也存在一定差异，对这些差异的研究有助于我们了解特定法律文化传统的形成。再次，研究法的起源，还能够帮助我们认识早期人类社会是如何运用法律并为社会服务的。最后，人类社会早期，法律从原始的巫术、宗教中分离出来之后，还与道德共同调整社会，它与道德的关系如何？在东方社会，法律与道德的关系尤其密切。同样，我们通过对法律不断变迁的考察，来研究法律文化、法律传统与法律现代化等问题。

上述这些问题，都是法律史学与法哲学研究过程中必然面临的问题，由于研究的思路、方法以及学科方面的差异，学者研究的深度、广度与出发点有所不同，他们的结论自然也有很大的差异。尽管如此，我们却不能怀疑研究这些问题的意义。事实上，我们的研究还远远不够，许多问题并没有解决，以至于我们对早期法律的诞生、法律的运用等的认识还处于模糊状态。进一步对人类早期法律的研究是法律史学与理论法学的共同任务。

二、19 世纪与 20 世纪西方关于 宗教、法的起源问题的探讨

经过数百年的研究,人们对人类早期的法律产生及其运行情况有了一定的了解,但是还有诸多问题没有进行研究,一些研究还处于开始阶段。这里准备从宗教学、法学与社会学等学科领域进行梳理,国内外学者从哪些方面、对哪些问题进行研究,研究到什么程度。对这些方面进行梳理有助于我们对法律起源问题有一个大致的了解。

法律起源问题是一个非常复杂的问题。不同的学者从各自的研究领域进行相关的探讨。由于问题本身的复杂性以及研究领域的不同,到目前为止,没有一个为诸多学人接受的结论。

19 世纪、20 世纪探讨法律起源问题的学者,除个别外,大多在宗教学与人类学界,他们对法律起源问题的探讨常常与原始社会的结构、原始宗教、图腾禁忌、巫术等结合在一起。为了使大家能够了解基本情况,我们必须对两个世纪以来这些学者的基本情况做一个简单的介绍。

(一) 19 世纪的学者及其研究概况

最早研究法律起源问题开始于文化人类学、宗教社会学领域。19 世纪,一大批学者对原始社会的社会结构、图腾、禁忌、婚姻家庭问题进行了研究。一些学者甚至深入原始人群当中对他们的社会进行详细的考察与研究,取得了丰硕的成果,一些经典的理论到现在仍然为现代学者所瞩目。

19 世纪达尔文的进化论问世,一大批学者,包括巴霍芬、摩尔根、梅因、缪勒、麦克伦南、古朗热、泰勒、弗雷泽、涂尔干等受到影响,他们对古代社会的不同方面进行了详细的研究与探讨。除了梅因外,这些学者大多不是法学家,而是文化人类学、民俗学与宗教学方面的专家,他们的著述并不是从法学的角度来探索法律起源问题的,而是着眼于人类早期的各种社会规范,包括法律规范。

J.J.巴霍芬(1815—1887),瑞士人类学家和法学家。曾在巴塞尔、柏林、牛津、剑桥、巴黎等大学学习法律和法学史。1842 年被聘为巴塞尔大

学罗马法教授,于1844年辞职。以后又任巴塞尔刑事法庭法官,直到1877年为止。巴霍芬的著作有《母权论:根据古代世界的宗教和法权本质对古代世界的妇女统治的研究》(1861)、《古信札:特别是对最古的亲属关系概念的了解》(1880—1886)等,此外,还有一些研究古罗马法和古希腊文化方面的著作。

路易斯·亨利·摩尔根(1818—1881),美国人类学家,大学毕业后学习法律。他曾经生活在易洛魁人中间,对于原始社会的文明、政治观念、家庭观念、财产观念作了比较全面的介绍,使得原本局限于易洛魁人的研究不断扩大整个古代社会。《古代社会》虽然没有直接讨论法的起源问题,但是,在谈论氏族问题时,涉及原始社会的组织、结构问题。

亨利·詹姆斯·萨姆那·梅因(1822—1888),英国法学家,历史法学派的代表人物。他对古代罗马、英国、印度等社会的风俗习惯、法的起源以及法律制度进行了深入系统的研究和比较,从而得出有关法的起源、演变和发展的较为科学的结论,对后世法学的发展有着深远的影响。他的著作包括《古代法》、《早期的法律与习惯》、《法律的演化》等。他说,我们不能用我们现代人的眼光来看待古代社会,“在人类初生时代,不可能想象会有任何种类的立法机关,甚至一个明确的立法者。法律还没有达到习惯的程度,它只是一种惯行。用一句法国成语,它还只是一种‘气氛’。对于是或非唯一有权威性的说明是根据事实作出的司法判决,并不是由于违反了预先假定的一条法律,而是在审判时由一个较高的权力第一次灌输入法官脑中的。”^①

根据社会进化理论,通过研究,他还认为,所有进步社会的运动,是一个“从身份到契约”的运动过程。

弗雷德里赫·麦克斯·缪勒(1823—1900),英国语言学家,西方宗教学的创始人。他用比较的方法,将语言学运用到宗教的研究中,创立了比较宗教学,并在《宗教学导论》中第一次提出了“宗教学”概念,并将宗教学从神学中分离出来。在比较神话、东方宗教方面做出了贡献。缪勒的著述没有涉及法的起源问题,但是他的关于宗教、神话学科的研究有助于我们从宗教、神话的角度来观察原始社会的社会规范。

^① [英]梅因:《古代法》,沈景一译,商务印书馆1996年版,第5页。

约翰·弗格森·麦克伦南(1827—1881),苏格兰法学家和原始社会史家。他研究了外婚制与内婚制的区别,认为抢婚是古代习俗的遗留。他就原始社会的婚姻家庭做了专门研究。1865年出版《原始婚姻》,1886年修订并以《古代史研究》为名出版。

库朗热(1830—1889),法国学者。他的《城邦国家》^①(1864年出版,后经过多次修订)一书详细探讨了古代希腊、罗马的宗教。他认为,古代社会的一切都应该在宗教中得到理解,政治、法律都产生于宗教。宗教、法律与政府是同一事物的三个不同方面。古朗热的思想与学术对涂尔干的宗教理论有深远的影响。

爱德华·泰勒(1832—1917),英国人类学、民族学家。泰勒在他的《原始文化》中探讨了文化、万物有灵、神话、仪式等诸多方面的问题,其中不少方面与法的起源问题有关。在《原始文化》的最后一章的“结论”部分,他简单谈到法律的起源问题。他认为,文明时代的法律应该到野蛮人中去寻找“钥匙”,而且他们在制定法律时也不是根据基本原则,而是为他们古老的信仰甚至是愚蠢虔诚的信仰所支配。^②

E.S.哈特兰(1848—1927),英国人类学家,民俗家与神话学家。他的著述很多,有《柏修斯的传说:一个关于传统故事、风俗、信仰的研究》、《神话与民间故事:他们的关系及其解释》、《神话中的科学》、《家庭史中原始父权制或超自然神话的诞生》、《原始社会:家庭的开始与家系的推算》、《仪式与信仰》、《亲属关系的演化:基于非洲的研究》、《原始法律》等。^③应该说哈特兰是一位值得我们关注的学者,他将宗教、神话、法律有机地结合起来,便于我们考察法律的真正起源,法律对于宗教、神话的依赖,以及在远古社会中的作用。

詹姆斯·乔治·弗雷泽(1854—1941),英国人类学、民族学家,代表作《金枝》。他在泰勒的基础上,根据进化论的观点,对巫术、宗教与科学进行梳理,内容涉及图腾、禁忌等多个方面。这些内容是我们研究法的起

① 该书中文有4个版本。各版本的优劣,可以参见胡玉娟的论文:《古代城邦译案拾遗》,《学灯》第4期。

② [英]爱德华·泰勒:《原始文化》,连树声译,广西师范大学出版社2005年版,第753页。

③ [英]哈特兰的《原始法》,国内已经很难找到,中国亚马逊上没有,中国国家图书馆也没有。通过搜索得知该书在1924年出版,出版公司为Methuen & Company Limited。

源问题的重要参考资料。

涂尔干(1858—1917)(也译为杜尔凯姆或迪尔凯姆),法国社会学家,主张运用社会事实解释社会。《宗教生活的基本形式》是涂尔干最重要的著述之一,在研究过程中,他批判了万物有灵与自然崇拜等宗教起源的理论,认为宗教是一种社会现象,它来自于社会并服务于社会。他认为团体意识与表象是研究宗教起源的基本前提与方法,宗教必须放在社会大环境中才能得到阐述。

马克斯·韦伯(1864—1920),德国社会学家,历史学家。他的兴趣非常广泛,研究涉及多个研究领域,主要表现在宗教社会学与政治社会学方面。著述有《新教伦理与资本主义精神》、《古犹太教》、《中国的宗教——儒教与道教》、《印度的宗教:印度教与佛教的社会学》、《经济与社会》、《经济与历史》等。韦伯的兴趣在于宗教之间的比较,因此我们只有在其论述宗教的起源问题时才能看到他的关于宗教、法律关系的阐述。

以上学者除了出生早于达尔文的学者之外,大多数学者多少在他们的研究过程中受到了来自达尔文进化论的影响。他们立足于自己的研究领域,运用人类学、民族学的理论解释宗教问题。这些学者当中,法学家并不多。巴霍芬与麦克伦南在古代婚姻家庭做出过一定的贡献,梅因在古代法律史研究方面成就突出。其他学者由于不是专门从事法学研究,因此很少提到法律起源的各种问题,但是他们的研究间接回答了法律起源的相关问题。因为任何关于法律起源问题的研究必然涉及巫术、图腾、禁忌、神话、远古婚姻家庭结构等问题。因此,我们可以认为,他们的研究为我们研究法律的起源、演化与发展提供了丰富的材料。

这里我们还必须提到19世纪另外两个学者:卡尔·海因里希·马克思(1818—1883)与弗里德里希·冯·恩格斯(1820—1895),他们是共产主义运动的创始人,同时也是古代社会的研究者。他们根据社会进化理论,吸收同时代学者的研究成果,运用辩证唯物主义与历史唯物主义研究人类发展的历史。古代社会是人类社会的一个重要历史阶段。马克思根据摩尔根的《古代社会》详细撰写了《摩尔根〈古代社会〉一书摘要》,针对梅因的古代法理论,撰写了《古代法制史讲演录》读书概要,但是马克思还来不及研究就去世了。恩格斯完成了马克思的心愿。他根据马克思的读书摘要,按照马克思对摩尔根修正的思路——生产技术的发展引起家庭

形式的变化,而家庭形式的变化又引起私有制的产生,而私有制最终引起国家的产生——撰写了著名的《家庭、私有制与国家的起源》一书。

(二) 20 世纪的学者及其研究概况

20 世纪以来,有关法的起源的研究有了比较大的发展。除了人类学、宗教学等固有研究领域外,法律学家开始了他们相关的研究,展示他们关于法的起源问题的基本观点。其中,比较著名的学者有莫斯、马林诺夫斯基、列维·施特劳斯、图恩瓦尔德、霍贝尔、卢埃林、博汉南、罗伯斯等。

图恩瓦尔德(Richard. Thurnwald, 1869—1954),德国法学家、社会学家、人类学家,与马林诺夫斯基同时开创了德国的功能主义人类学研究,1925 年创办了《民族心理学与社会学》杂志。著述有《巴布亚新几内亚的社会》、《东非的黑人与白人》、《原始社会的经济》等。^①

马塞尔·莫斯(1872—1950),法国人类学家,民族学家,社会学家,涂尔干的外甥,列维·施特劳斯的舅父。第一次世界大战前,他的主要兴趣在原始宗教与祭祀方面;第二次世界大战后,莫斯主要的任务是维护、捍卫涂尔干的理论,并将兴趣转到社会内聚力方面。他的学术对马林诺夫斯基、拉德克利夫·布朗等有很大的影响。其著述包括《巫术的一般理论》(合著)、《献祭:其本质及其功能》等。他最著名的著述是《礼物》。该书第三章探讨了礼物交换、契约等古老的物权方面的问题,以便于我们从社会人类学的角度来理解法的起源问题。

罗伯特·H.克洛维(Robert Harry Lowie, 1883—1957),奥地利籍美国人类学家,著有《文化与民族学》、《原始宗教》、《原始社会》、《国家的起源》、《社会组织》。他深入美洲库容(Crow)印第安民族进行调查研究,写了大量反映库容印第安人部落的著作,包括《库容印第安人》、《库容印第安人的神话与传统》、《库容印第安人的物质文化》、《库容印第安人的宗

^① 林端:《法律人类学简介》,载马林诺夫斯基:《原始人的犯罪与习俗》,附录一,见该书第 91 页。书名信息来源于网络。一些德文版的书籍由于大多仍然没有被翻译为英文,附录在这里,以便诸位查询, *Ethno-psychologische studien an Südseevölkern auf dem Bismarck-Archipel und den Salomo-Inseln*(1913), *Soziologie von Heute*(1932), *Koloniale gestaltung, methoden und probleme überseischer ausdehnung*(1939), *Der Mensch geringer Naturbeherrschung*(1950)等。

教》、《库容印第安人的太阳舞》等。他的有关原始宗教、原始社会、国家起源、社会组织等相关论述与法律的起源有密切的关系,是我们研究法律起源的重要参考材料。

马林诺夫斯基(1884—1942),英国人类学家,著有《澳大利亚土著家庭》、《西太平洋的航海者》、《科学的文化理论》、《野蛮社会的犯罪和习俗》、《野蛮人的性生活》、《自由和文明》等。马林诺夫斯基是功能学派的代表人物,他强调人类学田野考察的重要性,并将法律与人类学结合起来,开创了法律人类学的新领域。他的有关原始社会的犯罪与家庭方面的研究,对于我们了解原始社会的习俗、法律的起源与家庭等有重要的参考价值。他不仅认为原始社会的刑法发达,民法也很发达。^①

霍贝尔(1906—1993),美国人类学家,法律人类学的代表人物,美国人类学协会原会长,曾执教于美国的多所大学。1954年出版的《原始人的法》受到好评。他在掌握大量材料的基础上,对原始人的法律、宗教及其相互关系进行了分析,通过研究他认为原始社会有他们自己的法律。他批判了传统法律人类学的研究方法,提出了“案件的研究方法”。

列维·施特劳斯(1908—2009),法国人类学家,结构主义的代表人物,著有《结构人类学》、《种族与历史》、《图腾制度》、《野性思维》、《神话学》(四卷)、《忧郁的热带》、《面具的思维方式》、《象征及其复制》、《猗猗的故事》等。他的有关巫术、宗教、神话、象征等理论,为我们提供了远古社会结构的人类学解读,其中隐含了对法律起源问题的解读。

有几点这里必须说明:第一,上述仅仅是对与法律、宗教方面的相关学者予以介绍,大多是在人类学、民俗学领域。限于篇幅,我们不能对所有的法律人类学家进行介绍,这些学者很多,有不少是法国、德国学者,一些学者的论著到现在都没有被翻译为英文。第二,以上时间段是一种大致的划分,19世纪与20世纪不是绝对的,不少学者横跨了两个世纪。第三,除一些不太为国内学界所熟悉的作者特别用原外文名标出外,其余大家比较熟悉的作者一律不再列出原外文名。

^① [英]马林诺夫斯基:《原始人的犯罪与习俗》,夏建中译,云南人民出版社2002年版,第

三、关于史前的习惯、法律内容 涉及的几个主要方面

长期以来,根据马克思主义的观点,人类只有进入阶级社会才产生了法律,原始社会没有法律;原始社会没有私有制,也就没有阶级的差异,所以就没有法律,只有原始的社会规范,诸如习惯、风俗、习惯法等。但是一些西方人类学、宗教学的研究情况表明,人类社会早期有规范,这些规范包括风俗、习惯、道德、宗教等。这些规范就是人类社会早期的法律。这里,笔者不对这个问题进行探讨,我们仅仅将他们研究的一些重要方面进行归类整理。

(一) 婚姻家庭组织、结构

婚姻家庭史的变迁是人类学家、法律史学家关注的一个重要领域。婚姻形式的变化、财产的分配、婚姻的仪式等都是人类学家关注的问题。通过婚姻问题的研究能够观察社会制度的变迁,所以该领域一直是学者密切关注的领域。

巴霍芬是较早研究原始社会母系权的重要代表。恩格斯对巴霍芬的评价并不高,但是他还是认为,巴霍芬的《母权论:根据古代世界的宗教和法权本质对古代世界的妇女统治的研究》(1861年)是现代人类学的奠基作品,标志着家庭史的研究开始了一个重要的阶段,他是将原始社会早期人们曾生活在无限制的乱交状态的空谈变为具体科学论证的第一个学者。^①

巴霍芬的这本德文版《母权论》(*Das Mutterrecht*),没有中文版,也没有看到英文翻译版。德文版的电子扫描版网络上能够找到并可以下载,但笔者不识德文,无法阅读。通过《不列颠百科全书》对作者的介绍,知道他在晚年基本上接受了摩尔根关于亲属关系的基本观点。

约翰·弗格森·麦克伦南是苏格兰法学家和原始社会史家,他对原始婚姻问题进行了详细的探讨与研究。《原始婚姻》一书于1866年出版,

^① 恩格斯:《家庭、私有制与国家的起源》,人民出版社1972年版,第9页。

1876年以《古代史研究》出版,1886年再次印刷出版。该书详细探讨了婚姻的各种问题,包括法律仪式与原始社会的生活,尤其是掠夺婚的诞生、流行、仪式;他对内、外婚制度进行了认真的思考,对原始婚姻的组成、结构进行了探讨;对希腊的亲属,血缘关系的分类系统与巴霍芬的母权制进行了分析与研究。^①麦克伦南去世后,由其遗孀与亚瑟普拉特编撰的麦克伦南的“古代史”系列研究第二部分于1896年出版,这是一部关于研究族外婚制度组织、构成方面的著述。

摩尔根将古代的家庭分为三大类,即血婚制家族、伙婚制家族与专偶制家族,材料来源广泛,从土著到希腊、罗马的婚姻家庭都有佐证。

古代婚姻家庭是人类学与法律史家研究的重要课题。从婚姻家庭组织、结构的角度看,涉及多个层面,如:婚姻的来源、构成与形式,内婚与外婚,群婚制、对偶婚制、一夫一妻制,母权与父权,家庭的形成、家长的权限、家庭的管理,等等。

(二) 财产法

财产法是古代法律研究的另外一个重要内容。由于私有制的出现,对于财产的保护就成为一个重要问题。按照国内马克思主义学者的观点,原始社会没有法,当然也不存在财产法的问题。但是大量的人类学、社会学学者通过研究发现,人类早期在各种交往活动过程中,逐渐产生了财产法的思想与观念。

梅因从“占有”谈到了古代财产权的诸多问题。他认为从事该领域的学者对此感兴趣,主要原因在于它为我们提供了一个有关财产起源的假说。^②他从“自然状态”谈到了“国家”,尤其是罗马法的各种理论,包括所有权转移的各种理论,如“要式转移物”、“略式转移物”等,并对布拉克顿、萨维尼、霍布斯的学说进行评论。但是,梅因认为我们的理解很大程度上是错误的,如果我们将注意力放在个人所有权方面,就无法对早期财产史获得任何线索。因此,梅因将注意力放到了古代村落共同体上面。他认为,要了解财产史必须研究村落共同体,而共同体的财产制度常常被成熟

^① D.Mclennan: *Studies in Ancient History*, New York, 1886.

^② [英]梅因:《古代法》,沈景一译,商务印书馆1996年版,第142页。