



珍藏本

汉译世界学术名著丛书

古代法

〔英〕梅因 著



商務印書館
The Commercial Press

汉译世界学术名著丛书

(珍藏本)

古代法

〔英〕梅因著

沈景一译



商务印书馆

2009年·北京

汉译世界学术名著丛书(珍藏本)

出版说明

从 1981 年开始,我馆编辑出版“汉译世界学术名著丛书”,移译世界各国学术经典,立场观点不囿于一派,学科领域不限于一门,所列选的著作都是文明开启以来各个时代、不同民族精神的精华,代表着人类已经到达过的精神境界。丛书在积累单本著作的基础上,先后分辑编印,迄今为止,出版了十辑,四百种,是我国自有现代出版以来最重大的学术翻译出版工程。

“汉译世界学术名著丛书”是改革开放三十年的思想奇葩。在改革开放过程中,这套丛书一直起着思想启蒙和升华的作用,为我国的思想文化建设做出了贡献。今天,我们各行各业的英才大都受过这套丛书的影响和熏陶。

“汉译世界学术名著丛书”是新中国成立以来几代学人心血的结晶。许多学界领袖、著名翻译家和出版家都以深厚的学养、严肃的态度和无私的奉献精神,投身于这套丛书的谋划、厘定和翻译、审校工作。没有他们虔诚的治学精神,也就没有丛书的品质和风格。

“汉译世界学术名著丛书”也是商务印书馆百年品质的传统。商务早在 20 世纪初年便出版以严复翻译的《原富》《天演论》为代



表的外国学术名著,20 年代又规划出版了“汉译世界名著丛书”,50 年代后期更致力于翻译出版外国哲学和社会科学著作,文化大革命中也没有中断,及至 80 年代,辑为丛书,汇涓为流,蔚为大观。百余年来,商务人以开启民智,昌明教育为宗旨,用文化承续国脉,“日新不已,望如朝曙”。

基于此,我们整体推出“汉译世界学术名著丛书”(珍藏本)四百种,向共和国六十华诞献礼,以襄盛举。同时,我们也是借此机会,向几十年来为这套丛书做出贡献的译者、编者和读者表示崇高的敬意。

中华民族在伟大复兴的历史进程中,始终以开放的心态借鉴和吸收人类文明的既有成果,“汉译世界学术名著丛书”就是佐证。我们会把此次珍藏本的出版看做一个新的开端,并以此为基点,进一步做好这套丛书的规划和出版工作,使其成为一个正在崛起的民族必要的文明情怀,成为一个日渐昌盛的国家必要的文化积淀,以不负前贤,有益社会。



序

本书的主要目的,在扼要地说明反映于“古代法”中的人类最早的某些观念,并指出这些观念同现代思想的关系。如果没有像罗马法那样的一套法律,本文中企图进行的研究,多数将不能有丝毫希望达到有用的结果。因为在罗马法的最古部分中,有着最久远的古代事物的痕迹,而在其后期规定中,又提供了甚至到现在还支配着现代社会的民事制度资料。由于必须把罗马法当作一个典型的制度,这使著者不得不从其中采取了数目似不相称的例证;但他的本意并非在写一篇关于罗马法律学的论文,他并且尽可能竭力避免足以使其作品具有这样的外貌的一切论述。第三和第四章以一定篇幅用来说明罗马法学专家的某些哲学理论,这样做,有两个理由。第一,著者认为这些理论对世界的思想和行为,比一般所设想的有较为广泛、永久的影响。其次,这些理论被深信为是有关本书所讨论的各个问题直到最近还流行着的大多数见解的根源。对于这些纯理论的渊源、意义与价值,著者如不说明其意见,则其所承担的工作,将不能做得深入透彻。

亨利·梅因



导 言

有关法律的书籍,不论是古代法或现代法,并不常常能吸引很多的读者;但 18 世纪和 19 世纪分别产生了一本著名的法律书籍,对当代的和以后的思想发展方向,有着深远的影响。孟德斯鸠(Montesquieu)的“论法的精神”(L'Esprit des Lois)是法国 18 世纪最杰出的作品之一,它标志着历史法律学上的一个重要阶段,虽然具有梅因在“古代法”(第五章)中所评论的某些偏颇之处。“古代法”在 19 世纪执行了甚至更为重大的职能;真的,就英国而论,如果说现代历史法律学是随着这本书的出现而出生的,也不能谓言之过甚。

虽然在梅因的卓越的文体中所表达的,有一些也不能认为是普通的东西,但“古代法”中有相当部分,在过去 70 年中,几乎是学习法律制度的学生所不可或缺的。为了要能体现它在当时是怎样一个独具见解的作品,我们有必要来回顾一下当时流行着的一些智力状态。

1758 年时作为第一个佛尼林派教授(Vinerian Professor)的布拉克斯顿(Blackstone)进行了未有先例的试验,他在牛津大学讲授英国法律。当时,他不得不用法律研究是一个有教养绅士的一种适宜的职业,来说服他的听众;虽然甚至他自己或许也不会相



信这是像猎狐一样一种非常绅士般的职业。70年以后,约翰·奥斯丁(John Austin)在伦敦大学以法律学的吸引力与实利向其听众吹嘘(结果收效很少),同时却坦白地承认有许多心地宽厚的人们不愿研习法律,主要是由于它所来自的渊源,其性质“令人可厌”。有一次,他这样写道,“我胆敢断言,在一个文明社会中,没有一套法律会像我们的那样缺乏一致性和均称性”。除了海尔(Hale)和布拉克斯顿外,没有人曾把它作过有系统的阐明。过去,法律是根据有试验必有错误的原则学习的;现在还活着的一些老法学家可以记得那样一个时期,用一个著名的美国老法官——荷姆斯法官先生(Mr. Justice Holmes)——的话来描写,法律只是一麻袋的琐细东西;真的,在某些开业律师中,赞成用这种纯粹实验的、听天由命的方法来精通法律的偏见,甚至到今天还没有完全消除。

至于英国的法律史,不仅被忽视了,简直是被蔑视了。例如,边沁(Bentham)竟然建议——除了作为批判之外——完全不顾所有的先例而把英国法律全部重新写过;对于他,甚至其最卓越的学生约翰·斯图亚特·密尔(John Stuart Mill)也不得不说,“他宁愿完全不顾过去的全部成就,而重新从头写起”。如果对于英国法律史的态度是这样,那就可以想象到,对于外国制度或对于今昔法律现象的比较研究,又将会有怎样轻蔑的感情了。

这种褊狭的心情,在对待罗马法上,特别显而易见。1816年尼布尔(Niebuhr)在维罗纳(Verona)发掘到该雅士(Gaius)“法学教典”(Institutes)的手稿——这当然是学术史上最著名的发现之一;因为这篇论文不仅是对于古代罗马法律甚至是我们对于

雅利安(Aryan)法律一些最有启发性的方面的唯一知识来源,并且在它写成四百年后的一部不朽杰作查斯丁尼安(Justinian)的“法学阶梯”(Institutes)曾根据其中极大部分作为编纂的范本。英国对这样的重大事件漠不关心。在本书第九章中,可以看到梅因痛切地——最终是有效地——抗议“对罗马法的无知,这是英国人欣然承认,且有时不以为耻地引以自夸的”。

但是,对于过去法律制度和政治制度中可以确定的事实,不愿加以探究的情况,不独英国如此。全欧洲有许多关于政治社会、自然法以及“自然状态”的起源的假设,这些假设,从现代观点看来,似乎是很可笑,并且一点也不像历史上的事实,以致在今日,我们竟难于理解他们怎样会这样强有力地深入当时人们的想象的。我们必须耐心地、宽容地,并且也许谦逊地(否则将来我们自己的信念也将同样地成为毫无根据)牢记着梅因所说的“推理的错误的非常活力”。这使我们记起赫伯特·斯宾塞(Herbert Spencer)的意见,即“一种思想体系在自杀以后,有可能精神焕发地到处流行”。18世纪中流行着的关于政治起源的各种观念,在卢梭(Rousseau)的奇怪的假定中达到了极点,并且直到19世纪中叶即使已濒于死亡,却仍活着、呼吸着,但如果说这些观念在过去二千年的长时期中实在一无进步,那是不能说是言之过甚的。关于社会人的性质,同这些虚说讽喻同时流行的,另外有一种广泛传布的信念,认为政治历史是一些退化的而不是发展的故事,认为人类及其大部分的制度已从一个神秘地遥远的时代的较为幸福的状况中趋向衰颓。因此,既然恢复原始的天真状态已不可能,则我们为民族所能做的最好的工作就是珍惜地保存事物的现存秩序,至少要阻止它进一



步堕落。

由于对历史的藐视，幸而它是同比较体面的动机相结合着的——一种动机是对于这种卓越的自然法的正当反应，另一种动机是要对法律概念的实质进行有系统分析的一种非常及时的愿望——，就在英国产生了另一种法律理论，这主要同霍布斯(Hobbes)和奥斯丁有关，但和边沁也不无关系。这种理论，我们为了便利称它为法律与主权的命令说。它认为法律最突出的是一个在法律上有无限权力的主权者或“政治领袖”对一个臣民或“政治下属”所颁发的不可抗拒的命令，后者既被假定为具有服从的习惯，就有绝对服从的义务。对于自然法或理想法中模糊的赏罚观念发生着怀疑，并且是正当地怀疑，它就集中其全部注意力于现实法的强制性质，至于它在历史上或伦理上的各种要素，则坚决不加考虑。这种理论虽然在其他地方很少受到注意，但在英国直到现在仍旧常常被讨论到；不过至少有一种意见是大家一致同意的，即它既然从法律学的领域中排斥了历史的考虑，就使它陷入了一种根本的谬误，即把一切法律制度都认为是以西欧的君主国家作为典型的。

对于这些倾向，不是没有阻力的，这些阻力就存在于梅因的作品中。德国有一个丰·萨维尼(Von Savigny)，他是历来最著名的法学家之一，他在19世纪初期曾对18世纪非历史的思想习惯加以激烈的攻击。虽然他对于国家法律与习惯并没有真正找到一种科学的历史的研究方法，但他提供了向这个方向努力的主要推动力量；他从事于法律学研究的精神，辉煌地表达在他自己的研究中，此种精神在以后就从来没有被人们舍弃过，虽然其中有些夸张



之处,随着时间的变迁已有所变更。他在英国很少直接影响,就是曾在德国求学的奥斯丁,也常常反对他所提出的结论,并且我认为虽然没有很多证据,足以证明梅因非常熟悉丰·萨维尼及其门徒的著作,但他是深知他们的观点的一般要旨的,并且无疑地在实质上是同意这种观点的。梅因可能从洛多尔夫·丰·伊叶林(Rodolf von Ihering)在1858年出版的巨著“罗马法精神”(Geist des römischen Rechts)受到更加直接的影响。伊叶林在几个重要问题方面,与萨维尼的观点不同,但他肯定地主张把历史方法用于法律学中。他也对罗马法的研究带来了一种新的和活泼的精神,与长期在德国压制着罗马法的无生气的经院哲学派不同;有许多证据足以表明这对于梅因是一种真正的刺激,正像吉朋(Gibbon)对伊叶林同样是一种刺激一样。

“古代法”出现的时期,也是人类思想史上有最深远影响的事件之一,即达尔文(Darwin)自然选择原则形成的时期。“物种起源”(The Origin of Species)发表于“古代法”出版前两年。在梅因的主要著作中,据我所知,只有一处直接提到了达尔文;在“古代法律与习惯”(Early Law and Custom)第七章中,他认为达尔文从自然科学上提供了有利于父权制理论的证据。究竟梅因是否接受进化论的理论包括其全部含义在内,这是本文作者所不了解的,但梅因在历史法律学方面的著作自然地同19世纪中叶广为传布的新的研究精神平列在一起,则是没有疑问的。

关于这种“新学问”,就其对法律的影响而论,梅因的全部著作可以被认为是一种有生气的表现。他对那些不科学的、缺乏批判的、被野蛮地但简略地称为“先天主义”的那种很盛行的思想习惯,



从不放松加以反对。他在“古代法制史”(The Early History of Institutes)(第十二讲)中写道,“为英国法学家一般接受的各种历史理论,不但对于法律的研究有很大的损害,即使对历史的研究也是如此,因此,当前英国学术上最迫切需要增益的,也许是新材料的审查,旧材料的再度审查,并在这基础上把我们法律制度的来源及其发展,加以阐明。”对英国法律应该这样,对其他一般法律也同样应该这样。在“古代法”中,梅因对当时流行的政治纯理论中最为旁若无人的、根深蒂固的某种“先天主义”给以第一次的攻击(这在他以后的著作中,常被重复地进行着)。例如,在第四章中的“‘自然平等’的教条”,第五章中的“幻想的‘自然状态’”,第八章中的“认为财产起源于单独的个人对物质财富的‘占有’这毫无根据的观点”,第九章中的“社会契约的梦呓”,没有一个人曾像他那样恶毒地辱骂这些一度声势极盛的说教的严重错误。他说:这些有关“世界最古年代人类情况的描写受到这两种假设的影响,首先是假定人类并不具有今天围绕着他们的大部分环境,其次,是假定在这样想象的条件下他们会保存现在刺激他们进行活动的同样的情绪和偏见”。至少对于英国,梅因可以说是已经改变了“自然”的面貌。

这种智力状态使梅因完全不可能接受霍布斯与奥斯丁的主权命令说,把它视为是一切法律的起源和性质的特征。这是在“古代法”最初的篇幅中就加以说明的;并且他在十四年后出版的“古代法制史”最后两讲中更深入地加以发挥。奇怪的是,梅因虽然是奥斯丁最严格的批评者之一,但他把奥斯丁在法律分析上所作努力的真正成绩推荐给英国法学家,则有甚于任何人。奥斯丁在 1828



年所作的演讲,除了培养人才补足审判席缺额以外,似乎很少成就;他的演讲集在 1832 年出版时,依旧毫无影响;只是通过了梅因的各种著作和他在 1852 年对法学院所作的演讲才把这一热诚的、太过热诚的真理追求者所作耐性的但落空的努力,从湮没中援救出来。但是,虽然他对奥斯丁的分析天才比以后许多争论者给予更多的赞誉,但他对于把法律视作为命令,并且只是命令这一个论点,却无疑地论证了它的缺点。

我在前面已经提到梅因对于英国人对罗马法的“极端无知”,提出了非难。1847 年,他接受了剑桥大学民法学钦定讲座的教授职位,因为这个任命,使他得以专心研究古代法而获益不少。在关于罗马遗嘱(第六章)、法律诉讼(第十章)、家父权(第五章)以及罗马契约分类(第八章)等这些辉煌的纲要中,包含着许多新奇的东西,这些东西现在虽已毫不新奇,但在 1861 年它们都是很新奇的;我们必须指出其中也有许多到现在已成为有疑问的了,但是,对于并不熟悉专门的罗马法的读者,还不能在英文中找到一本书,能对那伟大法制中某些独特的制度,像“古代法”这样提供生气勃勃的说明,并且就罗马法对于欧洲人生活上和思想上几乎每一个部门所发生的巨大影响,现在当然还找不到比第九章中所作的更好的、更有说服力的描写。还不很熟悉这一切的读者,可以从吉朋所著“罗马帝国衰亡史”这一无比精辟的书的第四十四章中找到很适宜的补充材料。

梅因与进化论学派的密切关系,可以从他对于法律制度史中某种进步因素所具有的确实而绝不空洞的信念,明白表现出来。他完全意识到进步一字的含义含糊:在其无数警句之一中,他告诉



我们：“对于人们，不论是个人或是集体，没有东西比把他们的道德进步认作一个实体的现实性，更可厌恶的了”；他认为绝大部分人类往往对于任何有意识地努力改进民主制度表示漠不关心，对于这种现象，他表示大为惊奇（见第二章）。他从不怀疑，社会是明显地向着一种稳健的坚实的方向前进的；这样，在契约的发展史中，他发现了善意这个道德观念的逐步出现，并且虽然从没有停止和自然法非历史性的谬论作斗争，但他依然在其中看到了一个可以促使改进的有力因素，以反对法律的保守主义的禀性，即认为法律是只能通过相当难以运用的如拟制、衡平和立法等权宜手段来改进本身的。他同样清楚地认识到社会是天然地分为“进步的”和“不进步的”的——这种两分法，相当于西方与东方的两分法。他不愿为“进步”的标准下一个定义；但在“古代法制史”中，他提出了至少两种可能的区别标准——一种是有意识地采用对最大多数人给以最大幸福的原则作为立法政策，另一种是对待妇女地位的流行态度。有许多其他标准可以提出来讨论；没有一个可以不变地加以应用；但谁会怀疑，在进步的社会和不进步的社会之间确有不同的，或是谁会认为，梅因在这样相信了以后已作出了过分满足的假设呢？



在进一步介绍“古代法”中某几个时常引起争论的部分以前，必须首先注意到本书的一个独特之点。大多数人在对某一门科学作专门研究时，在发表（如果他们的确发表了）他们的一般结论前，必先就其各个细节，加以详细研究，并可能要先加以说明。而梅因的做法，恰恰与此相反。在其第一本书中，他叙述了最粗糙的一般原理，而在他所有的后期作品中，除了两本比较不重要的之外，只

是用了更详细的和更明确具体的例证,以深入阐明他在开始其专业时所提出的各项原理。这种方法是大胆的,并不是毫无危险的:除了对于事物的要点具有非常的直觉的理解力的人,采用这种做法,很难获得成功。学者们为了使其结论能达到精确无误,一般对于概括是非常谨慎的,有时简直是不健康地谨慎;但是对于“古代法”,如果真有任何成语与它联用得最最经常,那就是“辉煌的概括”这一个成语。在“古代法”中,很少有一页没有几句著名的警句,突出于字里、行间;可怪的是,梅因在经过长期的辛勤的进一步研究后,竟发现很少有必要就其最早的意见,进行修正。这本书充满了渊博的知识,却没有表示博学的一般附属物;究竟是由于政策,或是由于厌恶,还是由于无能,无论如何,梅因坚决拒绝采用似乎常常需要的旁注和详细证据,以为其明白直率的主文的累赘。虽然其结果有时使经过专门训练的读者感到不便,但免除学术上的累赘,无疑地大大增加了“古代法”和梅因的其他一切著作的声望。我们享受着文字的乳汁,而不被迫目击挤乳的这种繁重的、有时候很辛苦的劳动,虽然在“东西方村落共产体”(Village Communities in the East and West, 1871年)、“古代法制史”(1875年)及“古代法律与习惯”(1883年)中都用了比“古代法”更正确的、更有批评眼光的考查以观察古代法律中的各个问题,但梅因在“古代法”之后写的一些作品,都不及这个初生儿,甚至一半也及不到。

因此,“古代法”应该被认为好像是梅因毕生工作中的一个宣言书,这是雅利安民族各个不同支系,尤其是罗马人、英国人、爱尔兰人、斯拉夫人以及印度人的古代法律制度的一个比较研究。由于它本身是一个令人满意的统一体,它不能被视为仅仅是一篇绪



论;不过,对于他粗糙地谈到的许多问题,如果要获得更丰富的知识,读者还必须借助于梅因的后期作品。例如第八章提到的村落共产体是一篇用同名的完整的(虽然是简短的)论文的主题,由于当时那士(Nasse)和 G. L. 丰·毛勒(G. L. von Maurer)的新近研究而引起的;关于父权家族的说明,当然应该以“古代法律与习惯”为补充材料,这是梅因的最后一部重要著作,在其中,他用了同样的说服力和机智,乘便对主张母权制理论的几个主要代表人予以答复。在这里,由于篇幅的限制,难以就“古代法”中讨论的各个题目,一一指出究竟在他后期作品中哪些地方曾详加说明;但就主要的题目中,可以提出的有主权、集体财产的早期形式(其重要的一方面,即联合家族,在“古代法”中没有提到,但在“村落共产体”和“古代法制史”中,都有详尽的讨论),封建制度化的过程,各种古代法典(例如在“古代法律与习惯”的第一章中,详细叙述了“摩奴法典”),法学家〔特别是罗马法学专家(Jurisprudentes)和爱尔兰“古代法官”〕在制成法律上所起的影响,原始的亲属关系,动产所有权〔关于第八章中所讨论的要式交易物(resmancipi)更详细的说明,可参考“古代法律与习惯”第十章〕,土地所有权,长子继承权,拟制(例如,关于收养这个拟制的补充说明,可见“古代法制史”第八讲和“古代法律与习惯”第四章),原始诉讼程序〔著名“戏剧化”的誓金(Sacramentum)可在“古代法制史”第九讲中再度发现〕,强制执行的各种早期形式,祖先崇拜和家族圣物,以及衡平的发展等。

“古代法”中有许多部分,在后来成为批评或者有时是别人所不同意的主题,对于这些,只可浏览一过。在一般人的心目中,梅因的名字也许最容易同父权制的理论联系在一起。大家都知道,



有一个以巴觉芬(Bachofen)[他的“母权制论”(Das Mutterrecht)由于巧合,恰在“古代法”出版的同一年中出版]、马克林南(Mclennan)、摩尔根(Morgan)、约瑟夫·库勒(Josef Kohler)和法拉善(Frazer)为其主要代表人物的反对学派,主张人类社会以一个人群开始,其中男女两性处于一种没有节制的杂交状态中互相匹配,主张首先出现的家族集团是以母氏为中心的,并且主张以认定的生父的体力和独占禁忌占优势的家族集团,在发展的过程中,应属于一个较后的阶段。而在“古代法”和“古代法律与习惯”的简要研究中,显然梅因所描写的社会,既不是一个以“自然状态中的人”也不是以母系子嗣,而是一个以父权的、宗亲的家作为单位的社会。

但是,梅因所重新假设的这种共产体,从来没有要被认为是人类社会渊源的代表之意。他的研究明白地限于雅利安民族,尤其是其中比较进步的几个支系(但有显著的例外,如印度村落共产体);虽然在其他方面可能有些争执,但雅利安家族制度主要是父权的,这是没有争议的。在“古代法律与习惯”中,梅因不但不主张人类种族的各个支系应该有一个单一的、一成不变的发展图式,他并且毫无隐瞒地对这种想法表示着怀疑。现代学说所主张的,正和这个意见相同:现在认为,把父权制理论和母权制理论作为相互之间不能调和的对立物是完全人为的。男性和女性在家族中和社会上的相对重要性决定于许多变化着的情况,譬如各家族集团是孤立的还是互相邻接的,男女两性的相对人数,战争的影响,可用以赡养妻子的财富、灭婴的习俗,以及许多其他类似的因素,绝不可能在一切时代和一切地点,完全相同。即使在大量证据中仅仅熟悉其中一部分的人(或仅仅熟悉其中可靠部分的人,并且不包括



梅因讽刺地称之为“道听途说”的人),现在也不再怀疑母系的安排曾流行于世界的许多地方。梅因曾被责难为在承认马克林南和摩尔根所提出母权制的证据时过分勉强,并且过分严格地坚持着男性的体力和性的忌妒这些支配的因素。实际上,梅因完全承认父权制并不能适用于一切形式的社会;他所主张的,只是父权制是雅利安人所特有的,同时母权制的证据并不足以支持有一种原始群杂交的通说而已。对于这两种说法,现代的意见都支持着他;任何普遍的原始杂交的假设,现在为一般人所不信,虽然作为偶然的热情奔放的那种所谓性的共产主义,证据还是不少;在雅利安人中间确有母权制的遗迹,但他们认为这很可能不是人类家族中这一支系的一种较古时期的原有情况,而是它同非雅利安种族习惯相接触的结果。

梅因的行文流畅,偶尔(但只是偶尔)也有自相矛盾之处,这是不能毫无保留地加以接受的。这类矛盾在“古代法”最初的篇幅中就可以看到,在第一章中,关于半司法的、半宗教的 *θέμιστες* 竟得出了在原始社会中“判决先于习惯”的结论。在“村落共产体”中,梅因回到了“主权者有权创造习惯”。在这个问题上,有两种不同信念的学派,一派主张在最古时期高级官吏的宣告只是宣布业已存在的习惯,另一派则认为这些宣告却真正是创设和塑造通俗惯例的决定因素。真相似乎是在这两种相反的观点的中间。毫无疑问,早期的判决,不论是国王的或是祭司的,不论是纯粹世俗的或是幻想为神灵所启示的,在确定习惯的形式、范围以及方向上,确有很大的影响。同时,一切证据似乎都说明,最古时期的司法职能被认为是以发现现存的法律为其主要目的。在西方世界,到处都

