

【全新译本】

古代法

ANCIENT LAW

[英] 亨利·萨姆奈·梅因 著

中国社会科学出版社

【西方学术经典译丛】

——全新译本——

古 代 法

ANCIENT LAW

[英]亨利·萨姆奈·梅因 著

高 敏 瞿慧虹 译

中国社会科学出版社

图书在版编目(CIP)数据

古代法/[英]亨利·萨姆奈·梅因著;高敏,瞿慧虹译. —北京:中国社会科学出版社,2009. 12

(西方学术经典译丛)

ISBN 978 - 7 - 5004 - 8171 - 3

I. ①古… II. ①梅… ②高… ③瞿… III. ①法制史 - 研究 - 世界 - 古代 IV. ①D909. 9

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 167604 号

出版策划 曹宏举

责任编辑 张 林

责任校对 王雪梅

技术编辑 李 建

出版发行 中国社会科学出版社

社 址 北京鼓楼西大街甲 158 号 邮 编 100720

电 话 010 - 84029450(邮购)

网 址 <http://www.csspw.cn>

经 销 新华书店

印刷装订 君旺印装厂

版 次 2009 年 12 月第 1 版

印 次 2009 年 12 月第 1 次印刷

开 本 640 × 960 1/16

印 张 19.75

字 数 177 千字

定 价 38.00 元

凡购买中国社会科学出版社图书,如有质量问题请与本社发行部联系调换
版权所有 侵权必究

出版说明

为了深入探究西方文明的渊源与演进，促进中西文化交流，反映改革开放 30 年来我国学界对西方文明的全新视角，展示伴随改革开放成长起来的一代学人对西学的重新审视与诠释，构建全新的西学思想文献平台，我们组织出版了这套《西方学术经典译丛》（全新译本）。本译丛精选西方学术思想流变中最具代表性的部分传世名作，由多位专家学者选目，一批学养深厚、中西贯通、年富力强的专业人士精心译介，内容涵盖了哲学、宗教学、政治学、经济学、心理学、法学、历史学等人文社会科学领域，收录了不同国家、不同时代、不同载体的诸多经典名著。

本译丛系根据英文原著或其他文种的较佳英文译本译出。与以往不同的是，本译丛全部用现代汉语译介，尽量避免以往译本中时而出现的文白相间、拗口艰涩的现象。本译丛还站在时代发展的高度，在译介理念和用词用语方面，基本采用改革开放以来西学研究领域的共识与成论。另外，以往译本由于时代和社会局限，往往对原作品有所删改。出于尊重原作和正本清源的目的，本译丛对原作品内容一律不作删改，全部照译。因此，本译丛也是对过去译本的补充和完善。

为加以区别，原文中的英文注释，本译丛注释号用①、②……形式表示；本译丛译者对原文的注释则以〔1〕、〔2〕……形式表示。

中国社会科学出版社

2009 年 12 月

Ancient Lawe
By *Henry Sumner Maine*

目 录

第一章	古代法典	1
第二章	法律拟制	17
第三章	自然法和衡平法	35
第四章	自然法的现代史	57
第五章	原始社会与古代法	87
第六章	遗嘱继承的早期史	131
第七章	古今有关遗嘱与继承的各种思想	165
第八章	早期财产史	187
第九章	早期契约史	233
第十章	不法行为和犯罪的早期史	281

第一章

古代法典

世界上最著名的法律制度始于一部法典的出现，也随着它而结束。从罗马法历史的开始到其结束，它的解释者们一直都在运用语言暗示着，他们制度的实体是以《十二铜表法》为基础的，因此也就建立在成文法的基础之上。在罗马，除非某一特殊情况，《十二铜表法》以前的一切制度都是不被承认的。罗马法的理论传承来自一部法典，而英国法律的理论归于古老的不成文的惯例，这也就是它们法律制度的发展之所以不同于我们法律制度的主要原因。这两种理论与事实情况都不尽相符，但各自却都产生了极为重要的结果。

毋庸多言，《十二铜表法》的公布并不能作为我们开始研究法律史的最初起点。古罗马法典属于这样一种类型，是世界上几乎所有文明国家都可以提出的一个范例，并且就罗马和希腊而言，它们的法典在两个彼此之间相距并不遥远的时代中都得到了广泛传播。它们产生于几乎相同的

环境，而且就我们所知，也是由于非常相似的原因。毫无疑问，在这些法典的后面，存在着许多法律现象，而且在时间上这些法律现象的存在要早于法典的出现。现在有许多文件记录可以提供给我们关于这些早期法律现象的信息；但是在语言学家对梵文文学做出一个完整的分析之前，古希腊的荷马史诗无疑才是我们知识的最佳来源。当然它不能被看做实际事件的历史记录，但是，它可以被看做是对作者所了解的一种社会状态的并不完全是纯粹想象化的描写。虽然诗人的想象力可能夸大了那个英雄时代的某些特征，如战士的勇猛和神的超凡能力，但我们没有理由相信他的想象力受到了道德或者形而上学概念的影响，因为这些概念在当时还没有成为意识观察的对象。考虑到这一点，可以说荷马文学远比那些相对晚期的文件更具有可信性，因为那些文件虽然也试图对同样较早时期的情况进行说明，但他们的编纂都受到了哲学或神学的影响。如果我们可以通过某种方式确定法律概念的早期形式，那将具有无法衡量的价值。这些基本观念对法学家来说，就像原始地壳对于地质学家一样意义重大。这些观念可能包含了法律后来的一切表现形式。而我们对这些观念，除了一点最肤浅的研究以外，统统采取了拒绝的草率和偏见态度。因此，我们就不得不忍受我们的法律科学如此不尽如人意的现状了。在观察法取代假设法之前，法学家采取的调查方法确实和物理学及生理学一样，对那些看似合理的内容丰富的却丝

毫未经证实的理论，譬如自然法或者社会契约，人们往往兴趣很大，但对社会 and 法律的早期历史却不愿进行冷静的考察；这些貌似合理的理论，不但使人们的注意力从唯一可以发现真理的地方转移开，而且当它们一旦被接受和相信之后，就足以对法学研究以后的各个阶段发生最现实而重要的影响，从而模糊了真理。

一些最早期的观念，与现在如此充分发达的法律的和生活规则中的概念有着关联，它们就包含在荷马史诗中的“忒米斯”^[1] 和“忒米斯特”^[2] 这些词语中。众所周知，忒米斯在后期希腊万神庙是作为司法女神的意义出现的，但这是一个现代的并且充分发展的观念，同《伊利亚特》中把忒米斯描述为宙斯的陪审官的意义是完全不同的。所有对于人类的原始状况进行过忠实观察的人们现在都可以清楚地看到，在人类的最初时代，人们对那些持续的或定期循环发生的活动，只能假定一个人格化的代理人来加以解释，因此吹拂着的风是一个人，而且理所当然的是一个神圣的人；初生的、升到绝顶的、落山的太阳是一个人，并是一个神圣的人；孕育万物的土地也是一个人，也是一个神圣的人。在物质世界如此，在精神世界也同样如此。当一个国王通过一个判决解决纠纷时，他的判决被假定为

[1] 希腊万神庙中的“司法女神”，即 Gooddness of Justice。

[2] Themis 的复数，意指审判本身，是神授予法官的。

直接灵感的结果。这个将司法审判权交给国王或神灵的神圣代理人，万王中最伟大者就是忒密斯。这个概念的独特性表现在它的复数用法，忒米斯特或者忒米西斯，即忒密斯的复数形式，其含义是审判本身，是由神赋予法官的。国王被认为有着丰富的“忒米斯特”，可以随时使用；但我们必须清楚地知道忒米斯特并不是法律而是判决，或者可以更准确地理解为日耳曼语中的“判定”一词。格罗特先生在他的《希腊史》中说过：“宙斯或地球上的人类之王，不是一个立法者而是一个法官。”他拥有忒米斯特，虽然始终相信忒米斯特来自上天，却不能由此判定所有的忒米斯特之间，有任何原则贯串着；它们是个别的、单个的判决。

甚至在荷马史诗中，我们也可以看到上述这些观念只是暂时的。在古代社会的简单机构中，类似情形的出现可能比现在还要普遍，而在一系列类似的案件中，就可能采取彼此近似的判决。这也就是“习惯”的胚胎和最初萌芽，是继忒米斯特或判决之后出现的另一个概念。然而，我们可能会根据现代联想，想当然地认为“习惯”这种观念必然先于司法判决的概念，认为判决必然是对一种习惯的肯定或者是对违反这种习惯的惩罚，但是由上面的分析，我们可以十分确定地看出，这些观念先后出现的历史顺序，实际上是和我上面陈述中所排列的一样。在荷马史诗中，对“习惯”的早期形态进行描述时，有时用的字眼是单数形式的“忒密斯”——但更多时候使用的是“迪克”一词，

其含义明显地介于“审判权”和“习惯”或“习俗”之间。至于“*Nóμos*”，指一部法律，是后期的希腊社会政治词汇中一个伟大而著名的术语，但在荷马史诗中并未提到。

这种所谓的神圣代理人的观念，暗示着忒米斯特，其自身又人格化于忒米斯，但这种观念应当与原始社会的其他观念区别开来，这是一个肤浅的研究者容易混淆的。有种观念认为“神”指导着整部法典或法律的主体，例如印度的摩奴法典，这种观念似乎属于比较新近和先进的思想。忒米斯和忒米斯特同人们长久以来顽固坚持的一种信念有着密切关系，这种信念认为神的影响力是每一种社会关系及社会制度的基础，并支撑着它们。在每一种早期法律及政治思想的初步形态中，处处都可以看到这种信念的表征。那时候，人们认为有一种超自然的神圣力量主宰着国家、民族、家族这些根本制度，并将它们组合在一起。人们按照这些制度所包含的各种关系结合在一起，要定期进行公共祭礼并进贡公共祭品；他们要时时举行涤罪和赎罪，以削减因无意或疏忽的无礼行为所招致的惩罚，这种相同的义务甚至被认为更有意义。凡是熟悉普通古典文学的人都会记得“家祭”这个词，它对古罗马的收养法和遗嘱法产生了极为重要的影响。直到现在，在极大保留了原始社会一些最奇特特征的印度习惯法中，几乎人们的所有权利以及继承权方面的所有规定，都与在死者的葬礼上，即一个家族的延续发生中断时，人们举行仪式时的严肃态度相关。

在我们结束对法学这一阶段的讨论之前，有必要对英国学生提醒一点。边沁在其《政府片论》，奥斯丁在其《法理学范围》中，都将一项法律分解为：立法者的命令，从而也是强加于公民身上的义务，还包括对违反这种命令的制裁；另外，可以进一步肯定的是，作为法律首要要素的命令，其针对的必须是一系列具有相同范围和性质的行为，而不是某一种单一的行为。这种对法律各个要素加以独立分析的结果，同已经成熟的法学事实完全相符；并且，只要在用语上稍微引申一下，它们就可以在形式上适用于各个时代的各种类型的法律。然而这并不是说现在人们所接受的法律观念还与这种分析相符合，但是令人奇怪的是，我们对古代思想史的研究越是深入，就发现我们同边沁所主张的法律是几种要素结合的观念距离越远。可以肯定的是，在人类社会初期，没有立法机关，甚至也没有明确的立法者，法律还没有达到称为“习俗”的程度，而仅是一种简单的“习惯”。用一句法国俗语说叫“氛围”。唯一有权判断是非的是根据事实作出的司法判决，其判决的依据并不是违反了预先设定的一条法律，而是在审判时由一种更高的权力第一次灌输入法官的脑中。当然，要我们去理解这些在时间和思维上距我们如此遥远的观念确实非常困难，但当我们对古代社会的构成进行详细的研究，了解到生活于其中的每个人大半生都处于族长式的专制统治之下，他的全部行为实际上并不是由法律而是由一种反复无常的

政体控制着，那就比较可信了。可以说，一个英国人比一个外国人更能理解这样一个历史事实，即忒米斯特先于任何法律概念，这是因为在众多流行着的关于英国法学特征的相互矛盾的理论中，最得人心或者最能影响实践的当然是这样一种理论，即假定已判案件和先例先于规则、原则、差别而存在。应当指出的是，在边沁和奥斯丁看来，“忒米斯特”还具有将单一或纯粹的命令同法律区分开来的特征。一部真正的法律能毫无区别地约束所有公民的类似行为；这正是法律所具有的一个最深入人心的特征，使“法律”一词只能适用于一致、连续和类似的情况，而命令仅仅针对单一的行为。因此，与“忒米斯特”本身含义更接近的是命令而不是法律。命令只是针对单个的事实情况作出的裁判，并不需要按照任何特定的顺序彼此相连。

英雄时代的文学作品告诉我们，法律的早期形态一种是“忒米斯特”，还有一种蕴涵在稍微先进的“迪克”概念中。我们要论述的法学史的下一个阶段是非常著名也极引人入胜的。格罗特先生在其《希腊史》的第二篇第二章中，充分地描述了逐渐不同于荷马所记述的社会模式。英雄时代的王权，一方面依赖于神所授予的特权，另一方面依赖于君主自身所具有的卓越的强壮、勇气和智慧。但渐渐地，君主神圣的形象变得脆弱，众多世袭君主中也出现了软弱无能的人，王权开始衰弱并最终让位于贵族统治。如果我们使用准确的革命用语，可以说荷马所一再提到和描述的

首领议会篡夺了王权。无论从哪一方面看，这时欧洲各地，已经由王权时代进入寡头政治时代；即使君主名义上的职能还没有完全消失，但王权已缩减到只剩下一个暗影而已。他只是个世袭将军，比如在拉栖代孟；^{〔1〕} 他也只是个官吏，像雅典的执政官；或者只是一个形式上的祭司，像罗马的“圣王”^{〔2〕} 在希腊、雅典和小亚细亚，统治者似乎都是由一些凭借着假定的血缘关系结合在一起的家族组成的，尽管他们起初都宣扬自己的准神圣性，但他们自身的力量似乎并不能证明这一点。除非过早被平民组织所推翻，他们最终都将走向现在我们所理解的这种贵族政治。在较远的亚洲国家，其经历的社会变革当然要比意大利和希腊发生革命的时间早很多；但它们在文化上的相对地位似乎是一样的，而且在一般特征上也极为相似。有证据表明，后来结合在波斯王朝统治下的各个民族，以及那些居住在印度半岛上的民族，都有他们的英雄时代和贵族政治时代；但却分别走向了军事的寡头政治和宗教的寡头政治时代，而国王的权威一般并没有被取代。与西方社会的发展过程相反，在东方世界，宗教因素的影响似乎超过军事和政治因素，军事力量和民事的贵族政治在国王和祭司等级之间消失了，或被挤压得毫无意义；最终我们看到的结果是，

〔1〕 古代斯巴达克（“斯巴达”）的别称。

〔2〕 又名 *rex sacrorum*，主要在表演仪式上主持宗教礼仪。

一个君主享有大权，但受到祭司阶级特权的限制。在东方，贵族政治成为宗教的，而在西方贵族政治是属于民事的或政治的，虽然在这一点上二者是不同的，但是贵族政治的历史时代取代了英雄国王的历史时代却无疑是正确的。即使这不能说明全人类的发展，但无论如何，对印欧语系的各个民族却是适用的。

对法学家来说，有一点是很重要的，那就是这些贵族通常都是法律的保管者和执行者。他们似乎已经继承了国王的特权，然而其重要区别，在于他们并不假装每一个判决都出于直接的神示。那种主张整个法律主体或其中一部分出自神授的思想联系仍旧四处可见，这使得族长们所做的判决被看做是某种超人类的命令，但思想的进步已经不再允许将个别争议的解决用假定为神判的方式来解释。法律的寡头政治现在所主张的是要垄断法律知识，独占据以解决争议的各项原则。事实上，我们已经进入了“习惯法”时代。“习惯”或“惯例”现在已经作为一个有实质意义的集合体而存在，并假定贵族阶层或阶级对此都精确地了解。我们所依据的权威资料使我们深信，这种寄托于寡头政治的信任有时不免被滥用，但这不应该被视为仅仅是一种篡夺或暴政的手段。在文字发明之前，以及这门技术的初创时期，享有司法特权的贵族政治成了唯一的权宜手段，依靠它可以将民族或部落的习惯相当准确地保存下来。正是由于这些习惯被托付于社会少数人的记忆中，它们的真实

性才能尽可能得到保证。

“习惯法”时代以及它所代表的特权阶级时代，是值得特别注意的。关于这个时代的法学所处的状态，我们仍可以在法律和民间的用语中找到一些痕迹。这种专门为有特权的少数人所独占的法律，不管这少数人是一个阶级，一个贵族团体，一个祭司集团，或者是一个僧侣学院，这种法律都是一种真正的不成文法。除此之外，世界上再没有所谓的不成文法了。英国的判例法有时被称作不成文法，有些英国理论家也告诉我们说，如果真要编订一部英国法律的法典，我们就必须将不成文法转变为成文法，他们坚持认为，这一转变，如果不是在政策上有可疑之处，无论如何是非常重大的。实际上，曾经有一个时期，英国的普通法确实可以合理地称之为不成文法。老一辈的英国法官们确实标榜自己拥有不被法院和公众所了解的规则、原则及知识的差异。他们声称要垄断的法律，究竟是不是完全不成文的，这一点是非常可疑的；但是无论如何，即便可以假定过去确实曾经有大量民事和刑事的规则为法官所独占，但它在不久以后也不再是不成文的了。在威斯敏斯特法院，法官开始根据档案，不论是年鉴还是其他资料来作出判决，他们所执行的法律已经是成文法了。在这个时候，英国法律的任何一条规则，都要先从印制的判例所记录的事实中抽象出来，然后再由特定的法官根据其不同的风格、精确度以及知识表现为不同的文字形式，最后将它运用于

审判的案件。但是在这一过程的任一阶段都没有显示出任何不同于成文法的特点。英国法律是成文的判例法，它与法典法的唯一区别仅在于它是以不同的方式成文的。

离开“习惯法”时代，我们来到了法学史上另一明确划分的时代，即法典时代，在那些古代法典中，罗马的《十二铜表法》是最著名的范例。在希腊、意大利以及西亚的受希腊文化影响的海岸上，这些古代法典几乎都是在同一时期出现的，我所谓的同一时期，并不是指时间上的同时，而是指在每一社会都相对地进步到类似的情况下出现的。在上述我提到的几个国家中，到处都有把法律铭刻在石碑上，并向人民公布的做法，以代替那种单纯依赖有特权的寡头统治阶级来记忆的惯例。在我所说的这种变化中，我们并不能认为当时已经有了像现代编纂法典那样所必需的精密考虑。毫无疑问，古代法典的成功是由于文字得到发明和传播。诚然，贵族们似乎曾经滥用他们对于法律知识的独占权；并且无论如何，他们对于法律的垄断极大地阻碍了当时西方世界开始逐渐兴起的平民运动。尽管民主意识可能使这些法典更加深入人心，但它们的产生主要还是文字发明的直接结果。铭刻的石碑被证明是一种更好的法律保存者，并且是对法律准确性的一种更好的保证，比仅仅依靠少数人的记忆要好得多，虽然这种记忆因为经常运用也在不断加强。

罗马法典就属于上面我所说的那一类法典。这些法典