

级译世界学术名著丛书

古代法

[英] 梅因 著



汉译世界学术名著丛书

古 代 法

〔英〕梅 因 著

沈 景 一 译



商 務 印 書 館

1996年·北京

汉译世界学术名著丛书

古代法

〔英〕梅因著 沈景一译

商务印书馆出版
(北京王府井大街 36 号 邮政编码 100710)
新华书店总店北京发行所发行
河北三河市艺苑印刷厂印刷
ISBN 7-100-01805-6/D·140

1959 年 2 月第 1 版	开本 850×1168 1/32
1996 年 7 月北京第 5 次印刷	字数 205 千
印数 10 000 册	印张 75.8 插页 4

定价: 9.20 元

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



www.docsriver.com 商家 本本书店
内容不排斥 转载、转发、转卖 行为
但请勿去除文件宣传广告页面

若发现去宣传页面转卖行为，后续广告将以上浮于页面形式添加

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



汉译世界学术名著丛书

出版说明

我馆历来重视移译世界各国学术名著。从五十年代起，更致力于翻译出版马克思主义诞生以前的古典学术著作，同时适当介绍当代具有定评的各派代表作品。幸赖著译界鼎力襄助，三十年来印行不下三百余种。我们确信只有用人类创造的全部知识财富来丰富自己的头脑，才能够建成现代化的社会主义社会。这些书籍所蕴藏的思想财富和学术价值，为学人所熟知，毋需赘述。这些译本过去以单行本印行，难见系统，汇编为丛书，才能相得益彰，蔚为大观，既便于研读查考，又利于文化积累。为此，我们从1981年着手分辑刊行。限于目前印制能力，每年刊行五十种。今后在积累单本著作的基础上将陆续汇印。由于采用原纸型，译文未能重新校订，体例也不完全统一，凡是原来译本可用的序跋，都一仍其旧，个别序跋予以订正或删除。读书界完全懂得要用正确的分析态度去研读这些著作，汲取其对我有用的精华，剔除其不合时宜的糟粕，这一点也无需我们多说。希望海内外读书界、著译界给我们批评、建议，帮助我们在这套丛书出好。

商务印书馆编辑部

1983年5月

序

本書的主要目的，在扼要地說明反映于“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，将不能做得深入透澈。

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；但十八世纪和十九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)是法国十八世纪最傑出的作品之一，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”在十九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诞生的，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，在过去七十年中，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)的布拉克斯頓(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。七十年以后，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“令人可厭”。有一次，他这样写道，“我胆敢断言，在一个文明社会中，没有

一套法律会像我們的那样缺乏一致性和均称性”。除了海尔(Hale)和布拉克斯頓外，沒有人曾把它作过有系統的闡明。过去，法律是根据有試驗必有錯誤的原則學習的：現在还活着的一些老法学家可以記得那样一个时期，用一个著名的美国老法官——荷姆斯法官先生(Mr. Justice Holmes)——的話来描写，法律只是一蕪袋的瑣細东西；真的，在某些开业律师中，贊成用这种純粹實驗的、听天由命的方法来精通法律的偏見，甚至到今天还没有完全消除。

至于英国的法律史，不仅被忽視了，簡直是被蔑視了。例如，边沁(Bentham)竟然建議——除了作为批判之外——完全不顧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約翰·斯圖亞特·密尔(John Stuart Mill)也不得不說，“他宁願完全不顧过去的全部成就，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現象的比較研究，又将会有怎样輕蔑的感情了。

这种褊狹的心情，在对待羅馬法上，特別显而易見。1816年尼布尔(Niebuhr)在维罗纳(Verona)發掘到該雅士(Gaius)“法学教典”(Institutes)的手稿——这当然是学术史上最著名的發現之一：因为这篇論文不仅是我們对于古代羅馬法律甚至是我們对于雅利安(Aryan)法律一些最有啓發性的方面的唯一知識来源，并且在它写成四百年后的一部不朽傑作查斯丁尼安(Justinian)的“法学阶梯”(Institutes)曾根据其中極大部分作为編纂的范本。英国对这样的重大事件漠不关心。在本書第九章中，可以看到梅因痛切地——最終是有效地——抗議“对羅馬法的无知，这是英国人欣然承認，且有时不以为耻地引以自誇的”。

但是，对于过去法律制度和政治制度中可以确定的事实，不願加以探究的情况，不独英国如此。全欧洲有許多关于政治社会、自然法以及“自然状态”的起源的假設，这些假設，从現代观点看

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,我們竟难于理解他們怎样会这样强有力地深入当时人們的想像的。我們必須耐心地、寬容地、并且也許謙遜地(否則将来我們自己的信念也将同样地成为毫无根据)牢記着梅因所說的“推理的錯誤的非常活力”。这使我們記起赫伯特·斯宾塞(Herbert Spencer)的意見,即“一种思想体系在自杀以后,有可能精神煥發地到处流行”。十八世紀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極点,并且直到十九世紀中叶即使已瀕于死亡,却仍活着、呼吸着,但如果說这些观念在过去二千年的長时期中实在一无进步,那是不能說是言之过甚的。关于社会人的性質,同这些虛說諷喻同时流行的,另外有一种广泛傳佈的信念,認為政治历史是一些退化的而不是發展的故事,認為人类及其大部分的制度已从一个神秘地遙远的时代的較为幸福的状况中趋向衰頹。因此,既然恢复原始的天真状态已不可能,則我們为民族所能做的最好的工作就是珍惜地保存事物的現存秩序,至少要阻止它进一步墮落。

由于对历史的藐視,幸而它是同比較体面的动机相結合着的——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實質进行有系統分析的一种非常及时的願望——,就在英国产生了另一种法律理論,这主要同霍布斯(Hobbes)和奥斯丁有关,但和边沁也不无关系。这种理論,我們为了便利称它为法律与主权的命令說。它認為法律最突出的是一个在法律上有无限权力的主权者或“政治領袖”对一个臣民或“政治下屬”所頒發的不可抗拒的命令,后者既被假定为具有服从的習慣,就有絕對服从的义务。对于自然法或理想法中模糊的賞罰观念發生着怀疑,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質,至于它在历史上或倫理上的各种要素,則坚决不加考虑。这种

理論雖然在其他地方很少受到注意，但在英國直到現在仍舊常常被討論到；不過至少有一種意見是大家一致同意的，即它既然從法律學的領域中排斥了歷史的考慮，就使它陷入了一種根本的謬誤，即把一切法律制度都認為是以西歐的君主國家作為典型的。

對於這些傾向，不是沒有阻力的，這些阻力就存在於梅因的作品中。德國有一個馮·薩維尼(Von Savigny)，他是歷來最著名的法學家之一，他在十九世紀初期曾對十八世紀非歷史的思想習慣加以激烈的攻擊。雖然他對於國家法律與習慣並沒有真正找到一種科學的歷史的研究方法，但他提供了向這個方向努力的主要推動力量；他從事於法律學研究的精神，輝煌地表達在他自己的研究中，此種精神在以後就從來沒有被人們舍棄過，雖然其中有些誇張之處，隨著時間的變遷已有所變更。他在英國很少直接影響，就是曾在德國求學的奧斯丁，也常常反對他所提出的結論，並且我認為雖然沒有很多證據，足以證明梅因非常熟悉馮·薩維尼及其門徒的著作，但他是深知他們的觀點的一般要旨的，並且無疑地在實質上是同意這種觀點的。梅因可能從洛多爾夫·馮·伊葉林(Rodolf von Ihering) 在1858年出版的巨著“羅馬法精神”(Geist des römischen Rechts) 受到更加直接的影響。伊葉林在幾個重要問題方面，與薩維尼的觀點不同，但他肯定地主張把歷史方法用於法律學中。他也對羅馬法的研究帶來了一種新的和活潑的精神，與長期在德國壓制着羅馬法的無生氣的經院哲學派不同；有許多證據足以表明這對於梅因是一種真正的刺激，正像吉朋(Gibbon)對伊葉林同樣是一種刺激一樣。

“古代法”出現的時期，也是人類思想史上有最深遠影響的事件之一，即達爾文(Darwin)自然選擇原則形成的時期。“物種起源”(The Origin of Species)發表於“古代法”出版前兩年。在梅因的主要著作中，據我所知，只有一處直接提到了達爾文；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意在内，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十九世纪中叶广为传播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“社会契约的梦幻”，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他们的大部分环境，其次，是假定在这样想像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說明的；并且他在十四年后出版的“古代法制史”最后两講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評者之一，但他把奥斯丁在法律分析上所作努力的真正成績推荐给英国法学家，則有甚于任何人。奥斯丁在1828年所作的演講，除了培养人才补足审判席缺額以外，似乎很少成就；他的演講集在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講才把这一热誠的、太过热誠的真理追求者所作耐性的但落空的努力，从湮沒中援救出来。但是，虽然他对奥斯丁的分析天才比以后許多爭論者給予更多的讚誉，但他对于把法律視作为命令，并且只是命令这一个論点，却无疑地論証了它的缺点。

我在前面已經提到梅因对于英国人对羅馬法的“極端无知”，提出了非难。1847年，他接受了劍桥大学民法学欽定講座的教授职位，因为这个任命，使他得以專心研究古代法而获益不少。在关于羅馬遺囑(第六章)、法律訴訟(第十章)、家父权(第五章)以及羅馬契約分类(第八章)等这些輝煌的綱要中，包含着許多新奇的东西，这些东西現在虽已毫不新奇，但在1861年它們都是很新奇的；我們必須指出其中也有許多到現在已成为有疑问的了，但是，对于并不熟悉專門的羅馬法的讀者，还不能在英文中找到一本書，能对那偉大法制中某些独特的制度，“像古代法”这样提供生气勃勃的說明，并且就羅馬法对于欧洲人生活上和思想上几乎每一个部門所發生的巨大影响，現在当然还找不到比第九章中所作的更好的、更有說服力的描写。还不很熟悉这一切的讀者，可以从吉朋所著“羅馬帝国衰亡史”这一无比精辟的書的第四十四章中找到很适宜的补充材料。

梅因与进化論学派的密切关系，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决不空洞的信念，明白表現出来。

他完全意識到進步一字的含義含糊：在其無數警句之一中，他告訴我們：“對於人們，不論是個人或是集體，沒有東西比把他們的道德進步認作一個實體的現實性，更可厭惡的了”；他認為絕大部分人類往往對於任何有意識地努力改進民主制度表示漠不關心，對於這種現象，他表示大為驚奇（見第二章）。他從不懷疑，社會是明顯地向着一種穩健的堅實的方向前進的；這樣，在契約的發展史中，他發現了善意這個道德觀念的逐步出現，並且雖然從沒有停止和自然法非歷史性的謬論作鬥爭，但他依然在其中看到了一個可以促使改進的有力因素，以反對法律的保守主義的稟性，即認為法律是只能通過相當難以運用的如擬制、衡平和立法等權宜手段來改進本身的。他同樣清楚地認識到社會是天然地分為“進步的”和“不進步的”的——這種兩分法，相當於西方與東方的兩分法。他不願為“進步”的標準下一個定義；但在“古代法制史”中，他提出了至少兩種可能的區別標準——一種是有意識地採用對最大多數人給以最大幸福的原則作為立法政策，另一種是對待婦女地位的流行態度。有許多其他標準可以提出來討論；沒有一個可以不變地加以應用；但誰會懷疑，在進步的社會和不進步的社會之間確有不同，或是誰會認為，梅因在這樣相信了以後已作出了過分滿足的假設呢？

在進一步介紹“古代法”中某幾個時常引起爭論的部分以前，必須首先注意到本書的一個獨特之點。大多數人在對某一門科學作專門研究時，在發表（如果他們確發表了）他們的一般結論前，必先就其各個細節，加以詳細研究，並可能要先加以說明。而梅因的做法，恰恰與此相反。在其第一本書中，他敘述了最粗糙的一般原理，而在他所有的後期作品中，除了二本比較不重要的之外，只是用了更詳細的和更明確具體的例證，以深入闡明他在開始其專業時所提出的各項原理。這種方法是大胆的，並不是毫無危險的：

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見，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，他用了同样的說服力和机智，乘便对主張母权制理論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”中討論的各个題目，一一指出究竟在他后期作品中哪些地方曾詳加說明；但就主要的題目中，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”中沒有提到，但在“村落共产体”和“古代法制史”中，都有詳尽的討論），封建制度化的过程，各种古代法典（例如在“古代法律与習慣”的第一章中，詳細叙述了“摩奴法典”），法学家〔特别是羅馬法学專家（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〔关于第八章中所討論的要式交易物（resmancipi）更詳細的說明，可参考“古代法律与習慣”第十章〕，土地所有权，長子繼承权，拟制（例如，关于收养这个拟制的补充說明，可見“古代法制史”第八講和“古代法律与習慣”第四章），原始訴訟程序〔著名“戏剧化”的誓金（Sacramentum）可在“古代法制史”第九講中再度發現〕，强制执行的各种早期形式，祖先崇拜和家族聖物，以及衡平的發展等。

“古代法”中有許多部分，在后来成为批評或者有时是別人所不同意的主题，对于这些，只可浏览一过。在一般人的心目中，梅因的名字也許最容易同父权制的理論联系在一起。大家都知道，有一个以巴覺芬（Bachofen）〔他的“母权制論”（Das Mutterrecht）由于巧合，恰在“古代法”出版的同一年中出版〕、馬克林南（McLennan）、摩尔根（Morgan）、約瑟夫·庫勒（Josef Kohler）和法拉善（Frazer）为其主要代表人物的反对学派，主張人类社会以一个人羣开始，其中男女两性处于一种沒有节制的杂交状态中互相匹配，主張首先出現的家族集团是以母氏为中心的，并且主張以認定的生父的体力和独占禁忌占优势的家族集团，在發展的过

程中，应屬於一个較后的阶段。而在“古代法”和“古代法律与習慣”的簡要研究中，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、宗亲的家作为單位的社会。

但是，梅因所重新假設的这种共产体，从来没有要被認為是人类社会淵源的代表之意。他的研究明白地限于雅利安民族，尤其是其中比較进步的几个支系（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爭执，但雅利安家族制度主要是父权的，这是沒有爭議的。在“古代法律与習慣”中，梅因不但不主張人类种族的各个支系應該有一个單一的、一成不变的發展圖式，他并且毫无隱瞞地对这种想法表示着怀疑。現代学說所主張的，正和这个意見相同：現在認為，把父权制理論和母权制理論作为相互之間不能調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許多变化着的情况，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，可用以贍养妻子的財富，灭嬰的習俗，以及許多其他类似的因素，决不可能在一切时代和一切地点，完全相同。即使在大量証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，并且不包括梅因諷刺地称之为“道听途說”的人），現在也不再怀疑母系的安排曾流行于世界的許多地方。梅因曾被責难为在承認馬克林南和摩尔根所提出母权制的証据时过分勉强，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，梅因完全承認父权制并不能适用于一切形式的社会；他所主張的，只是父权制是雅利安人所特有的，同时母权制的証据并不足以支持有一种原始羣杂交的通說而已。对于这两种說法，現代的意見都支持着他；任何普遍的原始杂交的假設，現在为一般人所不信，虽然作为偶然的热情奔放的那种所謂性的共产主义，証据还是不少；在雅利安人中間确有母

权制的遺迹，但他們認為这很可能不是人类家族中这一支系的一种較古时期的原有情况，而是它同非雅利安种族習慣相接触的結果。

梅因的行文流暢，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 *θέμιτες* 竟得出了在原始社会中“判决先于習慣”的結論。在“村落共产体”中，梅因回到了“主权者有权創造習慣”。在这个問題上，有两种不同信念的学派，一派主張在最古时期高級官吏的宣告只是宣佈业已存在的習慣，另一派則認為这些宣告却真正是創設和塑造通俗慣例的决定因素。真相似乎是在这两种相反的观点的中間。毫無疑問，早期的判决，不論是国王的或是祭司的，不論是純粹世俗的或是幻想为神灵所啓示的，在确定習慣的形式、範圍以及方向上，确有很大的影响。同时，一切証据似乎都說明，最古时期的司法职能被認為是以發現現存的法律为其主要目的。在西方世界，到处都有关于这种“發現法律”以及以發現法律为專职的公認專家的各种記錄。甚至在解釋过程中采用了(这也常是必然的)新的成分，在这种情况下，实际上已从單純的宣佈进入了創設的时期，甚至在这种时候，这种改革仍旧被裝扮成只是發現：正像英国法官在實質上是把新的成分轉入到法律中去，却仍旧尽可能地把它們說成是根据于現存的先例一样。梅因对于这种看法，曾經詳細考虑而加以同意，因为在“古代法律与習慣”(第六章)中，当他写到 *θέμιτες* 时，認為它“無疑地来自早已存在的習慣或慣例”；虽然他也許是为了表示公正起見，接着說，“这觀念是，它們是由国王自發地或經過神的提示而想出来的”。

“古代法”中沒有一部分像万民法(*ius gentium*)的叙述那样需要更多的詳細說明。“古代法”的最大缺点，在于它跳过了从羅馬人

到格罗秋 (Grotius) 之間的几个世紀，忽略了中古世紀的时期，在这个时期內，“自然法”轉变成成为有无限活力和影响的一种神学概念。对于像梅因这样有非常的均衡感和透視力的人，这真是一个奇怪的遺漏，而每一个讀者希望对这一漫長时期的法律理論有比較正确的印象的，應該至少参考一下布賴斯爵士 (Lord Bryce) 和菲萊特烈克·濮洛克爵士 (Sir Frederick Pollock) 关于“自然法律史”的几篇論文，以及 A.J. 喀萊尔博士 (Dr. A. J. Carlyle) 的“西方中世紀政治理論” (Medieval Political Theory in the West)。

梅因对于羅馬契約法發展的說明，是他論文中最雄辯的部分之一。但这部分有些浪漫的傾向，則是无法掩盖的事实。在有些方面，他似乎显然是錯誤的；例如約定 (stipulatio)，根据現代意見，不能被真正地認為是来源于耐克逊 (nexum)：它也許在宗教的神聖性中有完全不同的历史，不同的来源。在其他方面，如关于耐克逊的确切性質，他所表示的見解，有些也只能認為是似乎可信的猜測；但这样說，并不能被認為是对他責难，因为从梅因的时代起，对于这一个問題曾發生过无休无止的爭論，而爭論的結果也还只是一些可能和推測而已，实际上，以証据而論，也只能得到这样的結果。梅因对于羅馬契約的历史分类存在着真正的弱点，这与羅馬法学家自己对于合意的分类的存在着弱点，完全相同一弱点是在于它圖表式的但靠不住的單純。梅因所提出的各个阶段是：把債務同真正的以身体自由为質物 (耐克逊借貸) 看做一回事，带有严格的神聖仪式；其次是以庄严的口头問答和以誠意担保的債務；其次是有書面文字的无可辯駁的証据；其次是真正契約的“巨大道德进步”，这些契約代表着公正的基本原理，即根据一致同意的条件，受領和享有他人有价物件的人，有归还它或其价值的义务；其次是在任何經濟發达的社会中，在四种最普通和重要的交易

中一致的效力；以及最后，通过裁判官（*praetor*）的自由学說，在任何严肃的和合法的場合中所取得純粹一致的拘束力。我們不能說这种根据于道德进步路綫的历史順序，是明显地錯誤的，但为慎重起見，我們必須承認要证实 其一切细节，現有的証据显然并不充分。事实正如我們常常指出来的那样，羅馬人在有关合意的法律方面是独特地憑經驗的，他們从来沒有發展一个令人滿意的和不矛盾的真正作为契約的契約理論，他們的市民法要因（*causa civilis*）学說，被假定为是一切有拘束力的合意所依据的，是完全沒有可靠的法律基础的。梅因留給我們的印象是，裁判官憑着体现“能达到正当后果的‘諾成契約’原則”的“裁判官告令”，把合意的可訴性扩大到几乎毫无限制。这是一种严重的誇大。实际上，裁判官告令，在数量上是很少的，在性質上是很專門的，在範圍上是很狹小的。毫無疑义，到了古典时期，契約的領域在理論上和在实际，都已变得很广泛，足以滿足一切普通目的了；但是它还不能公正地被認為具有梅因这样热誠地归功于它的那种科学的均称性或道德的一致性。

在第五章的結尾，可以看到梅因对他所想象的“各国民事法律”的發展，进行了幹練的总结，同时讀者在开始閱讀本書之前，最好先熟讀这一段文字，即以“到現在为止，我們已經研究过有关古代‘人法’的各个部分”开始的几頁，并且先要把本書开头的主要的五章所依据的要旨牢記在心中。这几頁中最后一句話是全部英国法律文献中最著名的“进步社会的运动，到此处为止，是一个从身分到契約的运动。”这些文句在它写成的当时，是适当的、可以接受的——那个时候，十九世紀个人主义的全部力量正在逐漸增加其动力。关于梅因所应用的“身分”这个字，是否适当，这里不拟作專門的詳尽討論，但作为一个法律“術語”，就他所接受的含义來講，是有討論的余地的；但他的結論实足以表現一条为当今历史法

學家沒有任何爭執的原則——即個人自決的原則，把個人從家庭和集團束縛的羅網中分离開來；或者，用最簡單的話來說，即從集體走向個人的運動。這是梅因的論文的主要觀點，是他對所有那些先天的空想進行攻擊的矛頭，這些空想創造了抽象的人，作為年輕世界的天命的君主，这样就顛倒了全部的历史進程。可以看到，梅因在說這個運動到此處為止是進步社會的特征時，是很慎重的。現在有許多人在問，有的帶着懷疑，有的可以看出是有禮貌地，究竟有沒有從契約到身分的相反運動發生過。我們可以完全肯定，這個由十九世紀放任主義 (laissez-faire) 安放在“契約自由”這神聖語句的神龕內的個人絕對自決，到了今日已經有了很多的改變；現在，個人在社会中的地位，遠較著作“古代法”的時候更廣泛地受到特別團體、尤其是職業團體的支配，而他的進入這些團體並非都出于他自己的自由選擇。很可能，過去一度由家庭這個發源地擔任的任務，在將來要由工團這個發源地來擔任了；也可能梅因的這個著名原則，將會有一天被簡單地認為只是社會史中的一個插曲。如果竟然是這樣發生了，這究竟是標誌着社會的進步還是退化，是一個非常適合于每一個有思想的人仔細研究的問題，但在这里，是不宜于作任何討論的。

本書中有些不重要的疏漏之處，對於一般讀者，是可以不必特別提出的。但有一點必須加以指出。在第四章中梅因竟以為布拉克頓 (Bracton) 曾“把全部形式和三分之一內容直接剽竊自‘民法大全’”的一篇論文，作為純粹英國法的一個綱要，向其同胞推銷。這與現在由麥特蘭 (Maitland) 研究結果確定的事實嚴重地不相符合，這些事實，在 1861 年時是不可避免地被誤解了。布拉克頓的亨利或布拉頓 (Bratton) 是除了法學家和歷史學家外，一般人很少知道的一個作家，因此請原諒我為他作一介紹，他是亨利三世皇朝後半期中一個王室法庭的法官，並且是研究中世紀時期“英國法

律和習慣”方面一个最重要的“寺院派”作家。像他当时所有的教士一样，他用拉丁文纂述文章，他应用罗马法的傳統分类与排列；虽然决不至于有“三分之一内容”，但他的著名論文中确有相当部分借助于罗马法——但不是“民法大全”的本身，而是十二世紀“波羅諾学派” (Bolognese) 注釋者所“修正”的罗马法律学。但他的著作，不論在意圖上或是在效果上，絕不是欺人之談：他的主題是真实的、本土風光的、英国的封建法律，虽然曾受到当时所公認的研究法律学的方法——一个必然是罗马式的方法——的影响，而它受到这种影响，实在也是无可避免的。

最后必須加以說明，在本書中提到的一二樁有关英国法的事，最近已經有了变化。一般都知道，在梅因著作中占有非常显著地位的并且是他所一贯不讚成的長子繼承权 (primogeniture)，在現在，除了荣誉称号以外，在一切主要方面都已从英国繼承法中消失了。第八章中有关英国动产法“威胁着要併吞和毁灭不动产法”的預言，現在大部已經实现了。至于英国已婚妇女的无能力 (第五章)，这种現象在1861年时是任何文明社会的一种耻辱，在二十一年以后已被徹底消灭，这原是众所周知而毋庸加以說明的事。

喀萊頓·垦卜·亞倫 (Carleton Kemp Allen)

1931年

目 录

序

导言

第一章	古代法典·····	1
第二章	法律拟制·····	13
第三章	自然法与衡平·····	26
第四章	自然法的现代史·····	42
第五章	原始社会与古代法·····	65
第六章	遗嘱继承的早期史·····	98
第七章	古今有关遗嘱与继承的各种思想·····	123
第八章	财产的早期史·····	139
第九章	契约的早期史·····	172
第十章	侵权和犯罪的早期史·····	207

第一章 古代法典

世界上最著名的一个法律学制度从一部“法典”(Code)开始,也随着它而结束。从罗马法历史的开始到结束,它的释义者一贯地在其用语中暗示着,他们制度的实体是建筑于“十二铜表法”(Twelve Decemviral Tables)、因此也就是建筑于成文法的基础上的。在罗马,对于“十二铜表法”以前的一切制度,除了一特殊之点外,都不予承认。罗马法律学在理论上来自一部法典,而英国法律在理论上则被认为是来自古代的不成文惯例,这是他们制度的发展和我们制度的发展所以不同的主要原因。这两种理论与事实不完全相符,但却都产生了极端重要的后果。

“十二铜表法”的公布并不能作为我们开始研究法律史的最早起点,这是毋庸多说的。古代罗马法典,是属于这样一类的法典,几乎世界上每一个文明国家都可以提出一个范例,并且以罗马和希腊而论,它们是在彼此之间相距并不过分遥远的时代中在它们各自的领域中广泛地传播着。它们是在非常类似的情况下出现的,并且据我们所知,也是由类似的原因产生的。毫无疑问,在这些法典的后面,存在许多法律现象,这些法律现象在时间上是发生在法典之前的。现在有很多文件记录,明白地提供我们关于这种早期法律现象的知识;但在语言学家能对“梵文”(Sanskrit)文学作出完全的分析以前,我们知识的最好来源无疑地只有希腊的荷马诗篇(Homeric poems),当然我们不能把它认作一种确实事件的历史,而只能把它作为作者所知道的不是完全出于想象的一种社会状态的描写。纵使诗人的想象力对于这种英雄时代的某些特征,如战士的勇猛以及神的威武,可能有些夸张之处,但我们没有理由

相信，他的想象力曾受到道德或形而上学的概念的影响，因为，这些概念当时还没有作为有意识观察的对象。就这一点而论，荷马文学实远比后期的文件更为真实可靠，因为，这些文件虽然也是为了要说明同样的较早时期的情况，但是它们的编纂是在哲学的或神学的影响之下进行的。如果我们能通过任何方法，断定法律概念的早期形式，这将对我們有无限的价值。这些基本观念对于法学家，真象原始地壳对于地质学家一样的可贵。这些观念中，可能含有法律在后来表现其自己的一切形式。我們的法律科学所以处于这样不能令人满意的状态，主要由于对于这些观念除了最最膚淺的研究之外，采取了一概加以拒絕的草率态度或偏見。在采用观察的方法以代替假設法之前，法学家进行調查研究的方法真和物理学与生物学中所用的調查研究方法十分近似。凡是似乎可信的和內容丰富的、但却絕對未經証实的各种理論，像“自然法” (Law of Nature) 或“社会契約” (Social Compact) 之类，往往为一般人所爱好，很少有踏实地探究社会和法律的原始历史的；这些理論不但使注意力离开了可以發現真理的唯一出处，并且当它們一度被接受和相信了以后，就有可能使法律学以后各个阶段都受到其最真实和最大的影响，因而也就模糊了真理。

在荷馬詩篇中曾經提到“地美士”(Themis)和“地美士第”(Themistes) 的字眼，这是一些最早期的概念，它們和現在已經充分發達的法律观念和生活規律有着密切的关系。如所周知，“地美士”在后期希腊万神庙中是“司法女神” (Goddess of Justice)，但这是一个現代的并且已經很發達的观念，同“伊利亞特” (Iliad) 中把“地美士”描写为宙斯 (Zeus) 的陪審官的原意，完全不同。所有对于人类原始状态的忠实观察者現在都能清楚地看到，在人类的初生时代，人們对于持續不变的或定期循环發生的一些活动只能假用一个有人格的代理人来加以說明。这样，吹着的風是一个人，并

且当然是一个神聖的人；上升、上升、到达極頂然后下落的太阳是一个人，并且是一个神聖的人；生長庄稼的土地是一个人，也是神聖的人。在物理世界中如此，在道德世界中也是如此。当国王用判决解决糾紛时，他的判决假設是直接灵感的結果。把司法审判权交給国王或上帝的神聖代理人，万王之中最偉大的国王，就是地美士。这个概念的特点，表现在这个字的复数用法。地美士第，即地美西斯，是“地美士”的复数，意指审判的本身，是由神授予法官的。在談到国王时，好像他們的手中就有着丰富的“地美士第”，随时可以应用似的。但是我們必須明白了解“地美士第”并不就是法律而是判决。格罗脫 (Grote) 先生在其“希腊史” (History of Greece) 中說，“宙斯或是地球上的人王，不是一个立法者而是一个法官”。他有充足的“地美士第”，但是，虽然始終相信“地美士第”来自天上，我們却并不能就假設在各个“地美士第”之間，有着任何一条原则贯串着；它們是各別的、單独的判决。

甚至在荷馬詩篇中，我們也还可以看出，这些观念只是暫时的。在古代社会的簡單机构中，情况类似的情形可能比現在还要普遍，而在一系列的类似案件中，就有可能采用彼此近似的审判。我們由此就有了一种“習慣”的胚种或者雛形，这是在“地美士第”或判决的概念之后的一种概念。由于我們的現代联想，我們就先天地傾向于以为一个“習慣”观念必然是先于一个司法判决的概念，以为一个判决必然是肯定一个“習慣”，或是对于違犯“習慣”的人加以处罰，縱使我們的思想傾向是这样，但是，非常明确，各种观念的历史順序却真正是象我在前面所排列的那樣排列的。荷馬对于一个在胚胎中的習慣，有时用單数的“地美士”——更多的时候則用“达克”(Dike)，它的意义明显地介于一个“判决”和一个“習慣”或“慣例”之間。至于 Νόμος 是指一条“法律”，这是后期希腊社会政治語彙中一个非常偉大而著名的名辞，但在荷馬詩篇中却

沒有見到過。

所謂神聖的代理人這種觀念，暗示着“地美士第”，而其本身又人格化在“地美士”中。這種觀念一個膚淺的研究者可能會把它和其他原始信念混淆起來，我們必須把它們區分開來。有一種概念認為整部的法典是由“神” (Deity) 口授的，例如印度的“摩奴”法典 (Hindoo laws of Manu)，這種概念似乎屬於比較後期和比較發達的思想。“地美士”和“地美士第”是同長久以來頑固地為人們拘泥着的一種信念密切地聯系着的，這種信念認為在生活的每一個關係中，在每一個社會制度中，都有一種神的影响作為它的基础，並支持着它。在每一古代法律中，在每一政治思想的雛形中，到處都可以遇到這種信念的征象。那時候所有的根本制度如“國家”、“種族”和“家族”都是假定為貢獻給一個超自然的主宰，並由這個主宰把它們結合在一起的。在這些制度所包含的各種不同關係中集合起來的人們，必然地要定期舉行公共的祭祀，供奉公共的祭品，他們時時為了祈求赦免因無意或疏忽的侮慢而招惹的刑罰舉行着齋戒和贖罪，在這中間這種同樣的義務甚至被更有意義地承認着。凡是熟悉普通古典文學的人，都會記得家祭 (sacra gentilitia) 這個名詞，這對於古代羅馬的收養法和遺囑法都有着極重要的影响。到現在為止，還保存着原始社會某些最古怪特點的印度習慣法 (Hindoo Customary Law)，對於人們所有的一切權利和繼承的一切規定，幾乎都要在死人安葬時，也就是說在家族延續發生中斷時，按照舉行規定儀式時的嚴肅程度而決定。

在我們離開這一法律學階段以前，凡是英國學生都必須注意到這樣的一點。在邊沁的“政府論叢”(Fragment on Government) 以及奧斯丁的“法律學範圍論”(Province of Jurisprudence Determined) 中，他們把每一項法律分解為立法者的一個命令，因此是一種強加於公民身上的義務，並且是在發生反抗時的一種制裁；他

們并且进一步断定这个作为法律第一个要素的命令，必須不仅是針對一个單一的行为，而且是对着一系列的或者許多屬於同一类型和性質的行为。这样把法律的各种要素加以分析的結果，同已經成熟的法律学的事实完全相符；并且只要在用語上稍为引伸一下，它們就能在形式上适用于各种各样的、各个时代的一切法律。但是，这并不就是說，在这个概括中所含有的法律观念，即使到現在，还完全同这个解剖相符合；可奇怪的是，我們对于古代思想史如果研究得越深入，我們發現我們自己同边沁所主張的所謂法律是几个要素的混合物的这种概念，距离越远。可以断言，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。法律还没有达到習慣的程度，它只是一种慣行。用一句法国成語，它还只是一种“气氛”。对于是或非唯一有权威性的說明是根据事实作出的司法判决，并不是由于違犯了預先假定的一条法律，而是在审判时由一个較高的权力第一次灌輸入法官脑中的。我們要想理解这些在時間上和联想上同我們距离这样遙远的种种見解，当然是極端困难的，但是，我們如果能比較詳細地研究一下古代社会的构成，了解到在古代社会中，每个人的生命有極大部分都生活在族長的專制之下，他的一切行为实际上不是由法律的而是由翻复无常的一种統治所控制着，这就比較可信了。我可以說，一个英国人應該比外国人更能够理解这样的一个历史事实，即“地美士第”的發生先于任何法律概念，这是因为，在流行着的有关英国法律学性質的許多相互矛盾的理論中，其最得人心的，或者无论如何是最能影响实践的，当然是假定成案和先例先于規則、原則及差別而存在的理論。应该指出，根据边沁和奧斯丁的見解，“地美士第”还有把單一的或唯一的命令从法律中区分开来的特性。真正的法律使所有公民毫无差別地一致遵守着种类相似的許多条例；这正是法律的最为一般人所深切感觉到的特征，使“法律”这个名詞只能适

用于一致、連續和类似。至于命令只規定一个單獨的行为，因此同“地美士第”比較近似的是命令而不是法律。命令只是对孤立的事实状态的宣告，并不必然地按照一定的順序一个和另一个相連。

英雄时代的文学告诉我们的法律萌芽，一种是“地美士第”，还有一种是在稍为發展的“达克”的概念中。我們在法律学史上达到的下一个阶段是非常著名的，并且也是饒有兴趣的。格罗脫先生在其“希腊史”第二篇第二章中，曾把已逐漸不同于荷馬所摹繪的社会生活方式詳細加以描写。英雄时代的王权，部分地依靠着神所賦与的特权，部分地依靠着拥有出类拔萃的体力、勇敢和智慧。逐漸地，君主神聖不可侵犯的印象开始淡薄，当一系列的世襲国王中产生了柔弱无能的人，王家的权力就开始削弱，并且終于讓位于貴族統治。如果我們可以正确地应用革命的術語，則我們可以說，王位是被荷馬一再提到的和加以描写的領袖議會所篡夺了。無論如何，在欧洲各地，这时已經从国王統治时代轉变到一个寡头政治时代；即使在名义上君主职能还没有絕对消失，然而王权已縮小到只剩下一个暗影。他成为只是一个世襲將軍，像在拉栖第梦 (Lacedæmon)，只是一个官吏，像雅典的执政王 (King Archon at Athens)，或仅仅是一个形式上的祭司，像羅馬的献身王 (Rex Sacrificulus)。在希腊、意大利和小亞細亞，統治階級似乎一般都包括着由一种假定的血緣关系結合在一起的許多家族，他們虽然在开始时似乎都主張有一种近似神聖的性質，但他們的力量在实际上却并不在于他們所标榜的神聖性。除非他們过早地被平民团体所推翻，他們都会走向我們現在所理解的一种貴族政治。在更远一些的亞洲国家，社会所遭遇的变革，在時間上，当然要比意大利和希腊所發生的这些革命早得多；但这些革命在文化上的相对地位，則似乎是完全一样的，并且在一般性質上，它們也似乎是極端相似的。有些証据証明，后来結合在波斯王朝統治下的各个民族以

及散居在印度半島上的各个民族，都有其英雄时代和貴族政治时代；但是在它們那里，分別产生了軍事的寡头政治和宗教的寡头政治，而国王的权威則一般并没有被取而代之。同西方事物的發展过程相反，在东方，宗教因素有胜过軍事因素和政治因素的傾向。在国王和僧侶階級之間，軍事和民事的貴族政治消失了，灭絕了，或者微不足道；我們所看到的最后結果，是一个君主享有大权，但是受到了祭司階級的特权的拘束。在东方，貴族政治成为宗教的，而在西方，貴族政治成为民事的或政治的，虽然有着这些区别，但是，在一个英雄国王历史时代的后面跟着来了一个貴族政治的历史时代，这样一个命題是可以被認為正确的，縱使并不对于全人类都是如此，但无论如何，对于印度—欧罗巴 (Indo-European) 系各国是一概可以适用的。

有一点对于法学家很重要，就是这些貴族都是法律的受託人和执行人。他們似乎已經繼承了国王的特权，唯一的重要区别，在于他們并不对每一个判决都装作出于直接的神示。主張全部法律或是部分法律来自神授的思想联系，仍旧到处表現出来，这使族長所作的判决被諉諸于超人类的口授，但是思想的进步已不复允許把个别爭議的解决，用假定一种超人的仲裁来解釋。法律寡头政治現在所主張的是要壟断法律知識，要对决定爭論所依据的各项原則有独占的权利。我們在事实上已到了“習慣法”的时代。“習慣”或“慣例”現在已成为一个有實質的集合体而存在，并被假定为貴族階層或階級所精確知道的。我們所依据的权威使我們深信，这种寄託于寡头政治的信任有时不免要被濫用，但这当然不應該仅仅視為一种僭取或暴政的手段。在文字發明以前，以及当这門技术还处于初創时代，一个賦与司法特权的貴族政治成了唯一的权宜手段，依靠这种手段可以把民族或部族的習慣相当正确地保存着。正是由于它們被託付于社会中少数人的記憶力，習慣的真实

性才能尽可能地得到保证。

“习惯法”以及它为一个特权阶级所秘藏的时代，是一个很值得注意的时代。这个时代的法律学处于怎样一个状态，其残留痕迹到现在仍旧可以在法律的和民间的用语中发现。这种专门为有特权的少数人所知道的法律，不论这少数人是一个等级，一个贵族团体，一个祭司团体，或者一个僧侣学院，是一种真正的不成文法。除此以外，世界上就没有所谓不成文法这样东西了。英国的判例法有时被称为不成文法，有些英国理论家正告诉我们说，如果真要编订一部英国法律学的法典，我们必须把不成文法变为成文法——他们坚持说，这一个转变，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，在有一个时期中，英国普通法的确可以合理地称为不成文法。前一辈的英国法官们确实标榜着具有为法院和人民群众所不完全知道的规则、原则及差别的知识。他们要壟断的法律，究竟是不是完全不成文的，是非常可疑的；但是，无论如何，纵使可以假定过去确实曾经一度有着许多专门为法官们所知道的民事和刑事规则，但它在不久以后即已不再成为不成文法了。在“威斯敏斯特法院” (Courts at Westminster Hall) 开始根据档案，不论是根据年鉴或是其他资料作出判决时，他们所执行的法律已是成文法。到这个时候英国法律中任何一条规则，必须首先从印成的许多判决先例所记录的事实中清理出来，然后再由特定法官根据其不同的风格、精确度以及知识而表现于不同的文字形式中，最后再把它运用于审判的案件。在这过程中，没有一个阶段显示出有任何特点，使它和成文法有什么不同之处。英国法律是成文的判例法，它和法典法的唯一不同之处，只在于它是用不同的方法写成的。

离开“习惯法”时代，我们再来谈谈法律学史上另一明确划分的时代，也就是“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、在意大利、在西亞的希腊化海岸上，这些法典几乎到处都在同一个时期出现，这所谓同一个时期，我的意思当然并不是指在时间上的同一个时期，而是说在每一个社会相对地进步到类似的情况下出现的。在我所提到的几个国家中，到处都把法律铭刻在石碑上，向人民公布，以代替一个单凭有特权的寡头统治阶级的记忆的惯例。在我所说的这种变化中，我们决不能设想当时已有了现代编纂法典时所必须有的各种精密考虑。毫无疑问，古代法典的所以会创造成功是由于文字的发现和传播。诚然，贵族们似乎曾经滥用其对于法律知识的独占，并且无论如何，他们对于法律的独占有力地阻碍了当时在西方世界开始逐渐普遍的那些平民运动获得成功。不过虽然民主情绪可能使这些法典更加深得人心，但是法典的产生当然主要还是由于文字发明的直接结果。铭刻的石碑被证明真是一种比较好的法律保存者，并且是一种使其正确保存的更好保证，这比仅仅依靠着少数人的记忆要好得多，虽然这种记忆由于惯常运用的结果也是在不断地加强着的。

罗马法典就是属于上面所说的那一类法典，这类法典的价值不在于其分类比较匀称或用词比较简洁明了，而在于它们为众所周知，以及它们能使每个人知道应该做些什么和不应该做些什么的知识。罗马“十二铜表法”中确实显示出有排列匀称的某种迹象，但根据传说，这可能是由于当时这个法律的编纂者曾求助于希腊人，这些希腊人具有后期希腊在编纂法律工作上的经验。从“梭伦的阿提喀法典”(Attic Code of Solon)所遗留下来的片断，可以看到它很少有秩序，而在“德里科”的法律(laws of Draco)中也许更少。这些东方的和西方的法典的遗迹，也都明显地证明不管它们的主要性质是如何的不同，它们中间都混杂着宗教的、民事的以及仅仅是道德的各种命令；而这是和我们从其他来源所知道的

古代思想完全一致的，至于把法律从道德中分离出来，把宗教从法律中分离出来，則非常明显是属于智力發展的較后阶段的事。

但是，不論从現代的眼光看来这些“法典”的特点是什么，它們对于古代社会的重要性，是无法用言詞来形容的。問題——而这个问题影响着每一个社会的全部将来——并不在于究竟該不該有一个法典，因为大多数古代社会似乎迟早都会有法典的，并且如果不是由于封建制度造成了法律学史上重要的中断，則所有的現代法律很可能都将明显地追溯到这些淵源中的一个或一个以上上去。但是民族历史的轉折点，是要看在哪一个时期，在社会进步的哪一个阶段，他們應該把法律書写成为文字。在西方世界中每一个国家的平民成分都成功地击潰了寡头政治的壟断，几乎普遍地在“共和政治”史的初期就获得了一个法典。但是在东方，像我已在前面說过的，統治的貴族們逐漸傾向于变为宗教的而不是軍事的或政治的，并因此不但不失去反而获得了权力；同时，在有些事例中，亞細亞国家的地理构造促使各个社会比西方社会的面积更大，人口更多；根据公認的社会規律，一套特定制度傳佈的空間越广，它的韧性和活力也越大。不論由于何种原因，东方各国社会編制法典，相对地讲，要比西方国家迟得多，并且有很不相同的性質。亞細亞的宗教寡头，或者是为了他們自己参考，或者是为了帮助記憶，或者是为了教育生徒，都終于把他們的法律知識具体地編訂成为法典，但也許促使他們这样做的最难于拒絕的誘力，还在于这是一个可以增加和巩固他們影响的机会。他們完全壟断法律知識，这一点使它們能用彙編来欺騙世人，而彙編中所包括的确实已被遵守的規則，还不及祭司階級認為应当被遵守的規則多。称为“摩奴”法律的印度法典，当然是婆罗門 (Brahmin) 所編輯的，无疑地包含了印度民族的許多真正的慣例，但根据現代最好的东方学者的見解，整个講起来，它并不代表确实曾經在印度斯坦执行过的一套規

則。在它里面有一大部分只是在婆羅門的眼光中應該作為法律的一幅理想圖畫。這是和人类的性質相適應的，也是和作者的特殊動機相一致的：即像“摩奴法典”這樣的一些法典，應該假托為最古的，並且應認為完全從“神”得來的。按照印度的神話學，“摩奴”是至尊“上帝”的一種分出物；但是這個冠以他的名稱的彙編，雖然其確切日期已不易查考，從印度法律學的相對進步來看，實在是一種近代的产品。

“十二銅表法”以及類似的法典賦予有關社會的好處，主要是保護這些社會使它們不受有特權的寡頭政治的欺詐，使國家制度不致自發地腐化和敗壞。“羅馬法典”只是把羅馬人的現存習慣表述於文字中。從羅馬人在文化進步中的相對地位來看，它是一非常早的法典，而它公佈的時間，正當羅馬社會還沒有從這樣一種智力狀態中脫身出來，也就是正當他們的智力狀態還處在政治和宗教義務不可避免地混淆在一起的時候。一個野蠻社會實行的一套習慣，往往對其文化進步絕對有害或有某種特殊的危險。一個特定社會從其初生時代和在其原始狀態就已經採用的一些慣例，一般是一些在大體上最能適合於促進其物質和道德福利的慣例；如果它們能保持其完整性，以至新的社會需要培養出新的慣行，則這個社會幾乎可以肯定是向上發展的。但不幸的是，發展的規律始終威脅着要影響這些不成文的慣例。習慣是為羣眾所遵守的，但他們當然未必能理解它們所以存在的真正原因，因此，也就不可避免地要創造出迷信的理由以說明它們的永恆存在。於是就開始着這樣一種過程，簡單地講，就是从合理的慣例產生出不合理的慣例。類比，這是法律學成熟時期中最有價值的工具，但在法律學的初生時代却是最危險的陷阱。禁令和命令在開始時由於正當理由原來只限於某一種性質的行為，後來就被適用於屬於同一類別的一切行為，因為一個人做了一樁要受到上帝譴責的行為，他在做任何稍