

使用大字体察看本文

阅读次数: 387

## 梅因与《古代法》及法学历史方法论

叶秋华 郝刚

梅因因其著作《古代法》而被西方学者公认为英国历史法学的创始人，在西方法学界影响颇大。但是就究竟何为历史法学的问题，西方学者之间并没有达成共识，而梅因本人也不承认自己属于历史法学派（注：梅因在晚年认为如果非要把自己归类，他宁愿认为自己属于比较法学。See:C.Cocks,

Sir Henry Maine-A Study in Victorian Jurisprudence,Cambridge University Press 1988

p203-p204.)。对历史法学的概念笔者并不想做过多争论，但是笔者认为历史法学的核心内容在于它的方法论——以历史的方法研究法律。就英国而言，梅因确实是这一新的法学研究方法的开创者。梅因和他的《古代法》以及历史方法论虽然是一个看似“陈旧过时”的话题，但是在当今中国的特殊历史条件下，借助英国本土学者的眼界，对其进行一番回顾与思考，将对我国的法学研究大有裨益。

—

梅因(Sir Henry James Sumner Maine)于1822年8月15日出生于英国，1840年进入剑桥大学潘布鲁克学院读书，并很快成为当时学院最有才气的学生。1847年，梅因成为剑桥大学罗马法讲座的教授，任职达七年之久。当时剑桥大学法制史教授职位并未受到人们的注意，但梅因却在这个职位上使自己功成名就。1852年，伦敦四大律师学院(The Inns of Court)联合设立五个讲师职位，梅因成为罗马法与法理学的第一位讲师[1]。至1861年，梅因出版了《古代法》(Ancient Law)，这本划时代的著作使梅因实至名归，并于当年年底被任命为印度顾问委员会的法律委员，于1862年赴任，并在印度工作了七年。回国后，梅因开设了理论法理学讲座，并根据其讲义先后出版了《村落共同体》(Village Communities)、《制度早期史》(Early History of Institutions)、《古代法律与习惯》(Early Law and Custom)。1877年梅因当选为剑桥大学法学院院长。1887年冬天，梅因因为健康原因迁居法国Cannes，于1888年2月3日于异乡逝世。

梅因所处的时代正是辉煌的维多利亚时代(1837—1901)中期，那是国力蒸蒸日上，经济高速发展的时代，一些维多利亚时代的代表人物都有这种感觉：“他们属于一个新的，突然发迹的文明。”[2]早在18世纪后期，人民就有一种“大跃进”的感觉，产量的数字不断上升，财富的增加也日胜一日。如煤的产量在1750年—1800年间翻了一番，到19世纪，1800年—1830年再翻一番，而1845年又翻了一番。其纺织品、钢铁的出口量在1850年到1870年之间也翻了一番。英国成为世界上最富有的国家，它的国家收支盈余从1851年的800万英镑，在二十年间一直上涨到7500万英镑[3]。它在1860年的人均收入比法国高50%，而比德国则高出近两倍。几乎社会中的每一部分人都从中受益，物价虽然上涨，但工资上涨得更快。

在这样一个经济日新月异，突飞猛进的背景下，人民的思想开始浮躁，在突如其来的财富面前，人民逐渐淡漠了历史，甚至是蔑视历史。在当时英国的法律界，情况更是如此，著名的法学家边沁认为：

“法律史除了可供批判外，别无用处。”而约翰·密尔也认为他“宁愿不顾过去的全部成就，而重新从头写起”[4]。与此同时，在边沁的鼓吹之下，英国进行了规模空前的法律改革，许多旧的法律制度被取消，代之以新的制度，这更加剧了人们对法律史的轻视。但梅因并没有像同时代的法学家那样忘记法律的历史，他的眼界已经完全超越了他所处的时代，梅因和他天才的著作《古代法》担当起了历史的任务：“它使英国法学家们终于明白，如果他们想要更好地理解法律，那么他们必须进行历史的研究。”

[5]

梅因的《古代法》对法律以历史的角度进行了诠释，但在他的研究过程中也同时受到另一位“巨人”的影响，那就是德国历史法学派的代表人物萨维尼(Friedrich K.VonSavigny 1729—1861)。梅因的继承者

威诺格拉道夫(Vinogradoff)曾指出：梅因是在以萨维尼和爱希霍恩(Eichhorn)为代表的潘多克顿法学派的引领下，着手对法学的研究的。在关于古代早期的遗嘱、契约、占有等专门论文中，梅因都充分利用了萨维尼和普夫塔的著作，这一点是不容怀疑的[6]。萨维尼认为：法律绝不是可以由立法者任意地、故意地制定的东西。法律就像语言一样，既不是专断的意识，也不是刻意设计的产物，而是缓慢、渐进有机发展的结果。法律并不是孤立存在的，而是整个民族生活作用的结果[7]。对此观点，梅因无疑是同意的，甚至是赞叹的。他在《古代法》第八章中直接提及萨维尼的名字，并将“伟大的德国法律家”、“天才的萨维尼”这样的美誉毫不吝惜地送给了萨维尼[8]。

正是站在了巨人的肩膀上，才使梅因完成了传世之作——《古代法》。

## 二

1861年，梅因终于如愿地出版了他的《古代法》。这本用优雅、纯美的文笔写成的著作很快成了一本畅销书，不仅在法律界引起轰动，同时吸引了众多的非法律界的人士也纷纷购买阅读。梅因的《古代法》成了“19世纪乃至其他世纪中惟一的法学畅销书”[9]。梅因在该书英文版第一版的序言中写道：“以下这本书(《古代法》)的直接目的是：指出反映在古代法律中的人类的早期思想，并指明这些思想与现代思想之间的关系。”这一点从它英文版的副标题中也可以看出：Its Connection with

the Early History of Society and Its Relation to Modern Ideas。从这一写作目的来看，梅因的写作思想已经包含了历史方法论的法律思想，正如Cocks所认为的，梅因的学说若用一句话来概括的话，“首先是对于法律的进化论方式的解释”(evolutionary account of law)[10]。

实际上，《古代法》中所涉及的领域众多，包括法学、经济学、人类学、社会学等方面，几乎是穷尽人文领域的各个学科。从法学历史方法论这个角度来看，其学说主要包括以下几个方面：

第一，梅因分析了各国法律演变的历史进程，指出无论是东方还是西方的古代法律渊源都是沿着“判决”——“习惯”——“法典”这样的顺序产生发展的。最初法是以父权家长或是国王判决形式出现的，这种针对特定案件的，假借神意指示而下的判决并没有形成一般原则，只是法的萌芽状态；随着社会的进化，国王逐渐丧失神圣的权力，而为少数贵族集团所取代，这些贵族集团不再假借神意，而是确立自己的权威。他们依照习惯原则来解决纷争，成为了法律的仓库和执行者，他们所依据的习惯也就成了习惯法，从而法律的发展也就进到了“习惯法”时代；再后来，由于文字的发明，加上大多数人民对于少数贵族的独占法律表示不满与反抗，从而促成了法以法典的形式加以公布，这使得“法典时代”最终到来。经过这三个阶段之后，静止的社会便停止下来，只有进步的法才能继续发展下去。

第二，进步社会法的继续发展主要依靠三种手段：其一是法律拟制(Legal Fiction)，如罗马的法律解答。其二是衡平方法(Equity)，例如古罗马以裁判官法来补十二表法之不足，而英国以衡平法补普通法之所失。其三是立法，即由立法机关制定法规。

第三，梅因在比较研究之后，得出了一个重要的结论：所有进步社会的运动，到此为止，是一个“从身份到契约”的运动。他提出的“从身份到契约”的公式，不管曾经引出过怎样的辩难与批评，毕竟是从法律史角度深刻描述了两千余年西方社会的一个根本性转变[11]。

第四，梅因在《古代法》一书中，还具体运用历史方法论的研究方法，对遗嘱的早期史，财产、契约的早期史以及侵权和犯罪的早期史进行了专门研究。

## 三

梅因的《古代法》出版之后，很快便成为欧美学界最广泛阅读研究的法律经典著作之一，后人出于对他的尊崇，毫不吝啬地把溢美之词送给了梅因。法学家Carleton Kemp Allen说：“就英国而言，我们可以毫不夸张地说随着这本书的出现，现代的历史法学派诞生了。”[12]而法律史学家波洛克亦称赞道：“正如孟德斯鸠(Montesquier)不会因为拿破仑的立法而被遗忘一样，梅因也绝不会因为现代学者的勤勉与智慧而失去光芒。”[13]

梅因以及他的《古代法》的价值，并不在于对古代法律制度的追根溯源，也不在于对古代法律形态的深究细考，梅因的伟大之处，“在于他是方法的开拓者。他利用经验的资料，以实证的态度，运用了科学的方法——历史的，比较的方法探讨着一般法学家所梦想不到的领域”[14]。

法学的方法论一直是困扰着法学界的一个重要课题，对此历代的法学家各抒己见。古典的自然法学派

以人类的理性精神来审视社会和法律，以抽象的、虚拟的自然状态理论 和国家契约理论为工具来研究现实的法律；功利主义法学家们则主张以“功利”为普遍的价值标准来衡量、研究每一种法律；而分析法学的法学家们则鼓吹抛弃价值观念，以 纯粹的概念、性质、结构等来分析、研究法律。而梅因所处的维多利亚时代更是一个法 学方法论时代，那时的法学家都认为科学的分析方法可以用来解决主要的法律问题，找 到科学的方法是一种一劳永逸的事情(once for all)，特别是在1840—1870年这一时期，法学家们甚至对科学的方法已经达到了一种着迷(obsessed)的程度[15]。

正是在这种背景下，梅因对法学的方法论倾注了很高的热情，并使自己的理论从一开始就具有了方法论的高度。梅因首先以批判的方法深入研究了各种盛行的方法论，并且 一针见血地指出了这些研究方法所存在的固有缺陷。针对自然法学，梅因提出：我们的 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肤浅的研究 之外，采取了一概加以拒绝的草率态度或偏见。在采用观察的方法以代替假设法之前， 法学家进行调查研究的方法真和物理学与生物学中所采用的调查研究方法十分近似。凡 是似乎可信的内容丰富的，但绝对未经证实的各种理论，像“自然法”或“社会契约” 之类，往往为一般人所爱好，很少有踏实地探究社会 and 法律的原始历史的；这些理论不 但使注意力离开了可以发现真理的惟一出处，并且当它们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最真实和最大的影响，因而也就模糊了真理[16]。

而对于纯理论的研究方法，梅因指出：“在这些理论中，都忽视了它们出现的特定时间以前很遥远的时代中，法律实际上究竟是怎样的。这些纯理论的创造者详细地观察了 他们自己时代的各种制度文明以及在某种程度能迎合他们心理的其他时代的各种制度和 文明，但是当把他们把其注意力转向和他们自己的 在表面上有极大差别的古代社会状态时，他们便一致地停止观察而开始猜想了。因此，他们所犯的错 误，正和一个考察物质宇 宙规律的人，把他的考察从作为一个统一体的现存物理世界开始而不以作为其 最简构成 要素的各个分子着手时所犯的错误，很相类似。这种在科学上违背常理的方法，在任何 其他思想领域中不可采用，那在法律学中当然也是同样不足取的。” [17]

梅因在尖锐地指出这些由于其自身的反历史性和先验性而无法认识真理的法学方法的 先天不足之后，接着以他的睿智为英国的乃至世界的法学研究提供了新的方法论——历 史方法论。

梅因认为，把法作为一个历史发展的过程考察研究，才能改变华而不实的学风，才能 真正地领悟法律。要理解法律，应当考察它的历史形态、历史进程，应该考察那些非法 律的因素。“法律并不是自己产生自己，自己改变自己的，所以我们应当从法律事件入 手而不是从法律原则入手来考察和研究法律。”“法学家不能以抽象的概念和原则来解 释、创造、反对现实的法律改革”，从这个意义上讲，“法学家对新的法律而言是起到 一个助产婆(midwife)的作用，而不是去做法律的母亲” [18]。

在梅因的历史方法论中，“比较的方法”是很重要的，也是历史方法论的必要组成部 分。对法律制度或者法律体系以对比的方式特别是历史的对比方式进行研究，将使我们 最大可能地接近法律的真理。历史方法论中的比较法从空间上讲既包括同一国家又包括 不同国家的法律对比；而从时间上讲则具有纵向性和过程性。它不是对现行法律的简单 对比，而是把一个或者几个国家的不同历史时期的法作为对象进行比较，在分析作为比 较对象的法律所产生的社会经济背景以及演化进程的基础上，揭示出这些不同类型的法 律的特征并从更深层次上认识法律。梅因在晚年还专门阐释了这种方法：“在观察研究 一系列并行并存的法律现象的时候，要以这样的一种建设性眼光来考察，那就是找到它 们在历史进程中的相互关系。” [19]

对于梅因的方法论，法律史学家波洛克给予了最恰当的评介：“……它不是成形的建 筑，而是有机的系统。他的思想并不是一种成形的，可以用一两篇论文来维护或反对的， 恰恰相反，它在我们眼前发展壮大，并且从来没有停止过。根基是一样的，但结出的 花和果实则是各异的。……对于想要从中找到现成的答案的人而言，他们注定是要失望 的，而对于想从中学习历史方法的指导的人来讲，他们绝不会感到失望。这里我们看 到的恰恰就是一位大师所应做出的贡献——大师们的任务就在于教给我们方法，而 不是告 诉我们事实。” [20]

诚然，梅因的方法论也不是绝对完美无瑕的，后世学者也在不断以同样的批判眼光对 其进行审视和修正(注：如F.Stephen就指出：法学家不应该绝对摒弃语义结构分析或者 功利分析而只是对法律进行历史解释。其他批评可以参见以下文献：G.Feaver,FromStatus to Contract,London,1969 p136；前注14 揭，p198-p209；前注15揭，81.)。但 是瑕不掩瑜，正如波洛克所言：“在大师的一击之下，铸造了法 学、历史学与人类学之 间崭新的、永恒的结合。” [21]

自改革开放以来，我们的法制建设从照抄照搬苏联的浪潮中一下子转向欧洲与英美，一夜之间欧风美雨扑面而来，可以说到现在为止，我们已经把大量的欧美法律制度引入了中国。而随着中国加入WTO，成为国际大家庭的一员，我国的法律将进一步与国际接轨，这一法律移植(transplant)进程将有增无减，移植和继受外国法律制度已经是大势所趋。然而当我们把一种又一种的先进制度直接拿进来为我所用之际，我们对这些制度的理解到底有多少呢？

孟德斯鸠曾经武断地说：“一个国家的法律竟能适用于另外一个国家的话，那只是非常凑巧的事。”[22]这种结论自然是失偏颇的，因为各国的社会文化基础和市场经济条件具有很大的共性，这使得法律的移植成为现实的可能。但是现实的可能性并不代表成功的必然性，因为法律绝不是简单的书面条文，我们“不应该把法只看做是一种固定的规范，而必须把它作为一种变化发展的东西来考虑。也就是说，法是一种具有过程性的形象的东西”[23]。我们所引进的这些制度都是发达国家在特定的历史条件下，在既定的社会和法律框架下，经过长期的实践和完善才逐步确立起来的，在吸收引进这些先进制度之前我们是否应该在历史层面和价值层面上对其进行更深层次的研究和诠释呢？如果仅仅去做文字或逻辑上的分析能否就能领悟一项制度的内在价值呢？我们又如何能使这些异域奇葩在我们这片特殊的社会土壤之中仍能开出艳美的法律之花呢？

面对这一系列亟待回答的问题，我们想起了一个半世纪以前的梅因，想起了他那古老却仍具魅力的《古代法》，想起法学历史方法论！

#### 【参考文献】

- [1]C.Cocks,Sir Henry Maine-A Study in Victorian Jurisprudence,Cambridge University Press,1988 p9.
- [2][10]阿萨·勃里格斯.英国社会史[M].陈叔平，等译，北京：中国人民大学出版社，1991.226，7.
- [3]Ronald Read,England 1868-1914,Longman Inc 1983 p7-13.
- [4]Carleton Kemp Allen.古代法导言，梅因.古代法[M].沈景一译，北京：商务印书馆，1959.6.
- [5]Holdsworth,A History of English Law,vol 15,p366转引自：C.Cocks,Sir Henry Maine-A Study in Victorian Jurisprudence,Cambridge University Press,1988.p1 42.
- [6]Sir Paul Vinogradoff,Collected Papers of Paul Vinogradoff,Oxford,1928VOL 1 p180.
- [7]埃德加·博登海默.法理学——法哲学及其方法[M].邓正来，姬敬武译，北京：华夏出版社，1987，82-83.
- [8]梅因.古代法[M].沈景一译，北京：商务印书馆，1959.164.
- [9][16][17]A.B Simpson,Contract-The Twitching Corpse,Oxford,Journal of Legal Study Vol 1,1981,265,12,68.
- [11]梁治平.“从身份到契约”：社会关系的革命——读梅因《古代法》随想，北大法律信息网(<http://www.chinalawinfo.com/>).
- [12]Sir Carleton Allen,Legal Duties and Other Essays in Jurisprudence, Oxford Press,1931,p139.
- [13]Sir F.Pollock,Sir Henry Maine and His Work,Edinburgh Review VOL 177(July,1893) p154.



[14][15][18][19][20][21]国立台湾大学法律系.固有法制与现代法学[M].台北:成文 出版社有限公司,1979.87.

[22]孟德斯鸠.论法的精神[M].张雁深译,北京:商务印书馆,1961.6.

[23]高柳贤三.英美法源理论(中译本),杨磊,黎晓译,西南政法学院外国法制史教学参考丛书(第二集),2.

(《河南省政法管理干部学院学报》2005年第1期)

中国法律文化 | About law-culture | 关于我们

中国法律史学会 主办 中国社会科学院法学研究所 承办  
电话: 64022187 64070352 邮件:law-culture@163.com  
地址:北京市东城区沙滩北街15号 邮编:100720