

## 中国法学会邮件系统

用户名 密码 

## 信息检索

包含字符 检索内容 检索字段 排序字段 排序方式 

一月信息排行

Commun

教育咨询 >> 法律普及 >> [法律历史](#)本层分类: | [法律英语](#) | [法律常识](#) | [法律历史](#)[→ 法律历史](#)

## 历史上的法律和法律的历史

阅读次数: 1176 2006-7-12 11:35:00

### 历史上的法律和法律的历史

(李宇先)

大师之所以成为大师，就在于他们已经或者正在改变人们的思想和生活。英国著名的历史法学派代表人物梅因正是这样一位大师；经典著作之所以成为经典，就在于其对原初的问题作出了新颖的论述，并且其主题具有恒久的价值和可以承受解释的张力。梅因的《古代法》正是如此。

亨利·萨姆奈·梅因（Henry Sumner Main 1822—1888）是英国著名的古代法律史学家，是英国历史法学派的奠基人和主要代表人物。他在1861年写作的《古代法》一书是他最为主要的一部法律史著作。“是梅因毕生工作的一个宣言书。”在《古代法》一书中，梅因考查了早期父权社会关于遗嘱继承的历史及古今遗嘱与继承的各种思想，考查了财产、契约、侵权和犯罪的早期史，对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进行了比较研究。梅因发现罗马法律在理论上是来自“十二铜表法”，而英国法律在理论上则来自古代的不成文惯例，因此认为“十二铜表法”的公布并不能作为法律史研究的起点。梅因批判了霍布斯根据自然法理论提出的法律是在一个法律上有无限权力的主权者或者政治领袖对一个臣民或者政治下属所颁发的不可抗拒的命令的理论。同时还批判了分析实证主义法学家边沁、奥斯丁关于法律是主权者命令的学说，认为在早期人类社会根本没有一个所谓的主权者，更不存在所谓的主权者的命令。而最早的法律起点应当是“地美士第”（Themistes）。

“地美士第”是“地美士” Themis 的复数，而“地美士”是

希腊万神庙中的“司法女神”，“地美士第”意指审判本身，是由神授予法官的。它表明对于行为人的行为是或者非惟一有权威性的说明是根据事实作出的司法判决，这并不是由于行为人的行为违犯了任何预先设定的法律，而是在审判时由一个较高权力第一次灌输到法官的脑中，即“地美士第”的发生先于任何法律的概念。当类似的情况再次出现时，就有可能采取相近似的审判，由此而产生了一种“习惯”的胚种或者雏形，梅因将这种雏形称为“达克”（Dike），它的意义介于一个“判决”和一个“习惯”或者“惯例”之间。由于“达克”的反复使用，形成了所谓的“习惯法”，进入了“习惯法”时代。“习惯法”是不成文法，这种不成文法为司法贵族们所垄断。梅因认为随着时代的发展，在“威斯敏斯特法院”时代，法官开始根据档案作出判决，他们所执行的已经是成文法了。“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中，最后再把它运用于审判的案件。”离开了“习惯法”时代，法律的发展也就进入了“法典”时代，其中罗马的“十二铜表法”为典范。它保护社会不再受有特权的寡头政治欺诈。

综上所述，梅因认为，法律的早期发展经历了一条“地美士第”——“达克”——“习惯法”——法典的一般发展图式。“当原始法律一经制成法典，所谓法律自发的发展，便告中止。”从此开始了一个新的纪元，立法开始进入法律的领域，法律有了其独特的发展轨迹。

梅因指出，法律与社会的协调有三个手段，就是“法律拟制”、“衡平”、“立法”。“法律拟制”是指法律的文字并没有被改变，但是法律的运用规则已经发生了变化，英国的“判例法”和罗马的“法律解答”都是以拟制为其基础的；法律用以适应社会需要的第二个手段是“衡平”，它是同原有民法同时存在的某一些规定，是一切法律都应当加以遵循的，法官可以据以作出判决的原则；最后一个改进的手段就是“立法”，就是由立法机关制定法律，立法机关虽然可以说是根据“衡平”而制定的，但是其所制定的法律之所以有拘束力，在于立法机关本身的权力，而不是由于立法机关制定法律所根据的原则的权力。现代社会就是运用上述三种手段对古代的法律进行修正。这就是梅因所谓法律和立法一般发展方面的“现象序列理论”（E·博登海默语）。

梅因在考查了古代社会后发现人类最初分散在完全孤立的集团中，

这种集团由于对父辈的服从而结合在一起，因而形成了以“家族”为单位的许多“家族”集团的联合体。因此，古代的社会单位就是“家族”。许多“家族”的集合形成“氏族”或者“大氏族”，许多“氏族”或者“大氏族”集成“部落”，许多“部落”则集成“共和政治”（部落联盟）。他的考查结论与摩尔根对印第安人古代社会考查的结论是一致的，暗合了恩格斯关于家庭、私有制和国家的起源的观点。古代社会的一切社会关系都由身份决定的，一个人从一生下来就具有特定的社会身份，这种身份是不能随便改变的。随着社会的进步，人类对家族的依附逐步消灭，取而代之的是个人义务的增长，“个人”不断地代替了“家族”成为民事法律的单位。一切进步性社会发展的特点都是人身依附关系和身份统治关系的逐渐消失而让位给日益增长的个人之间以契约为纽带的权利义务关系。由此，梅因得出了其最为著名的结论，这就是“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。”契约取代了身份，也就是近代自由主义、个人主义取代了传统封建主义、集体主义。这种契约关系是发达的商品生产和民主政治的表现，构成现代社会生活各种社会关系中最基础的形态。

以梅因为代表的英国历史法学派运用崭新的历史的、对比的方法分析、研究历史上的法律和律的历史，表明《古代法》不仅仅是一部法律史学著作，也是一部探讨关于法律起源的综合性史论。这种分析、研究的方法和进路极大地开拓了人们的视野，提升了理论阐释力。正如《古代法》一书的“导言”作者亚伦（C·K·Allen）所言：“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。”

对于梅因的理论，我们当然不能简单地加以肯定或者否定。《古代法》的真正价值并不在于梅因是不是真正发现了对历史上的法律和律的历史研究的惟一正确的途径，因为谁也不能自称发现了终极真理。

《古代法》最显著的价值就在于它能使人们从历史的角度来理解当今的法律，从而开辟了认识法律原理的另一路径。

【返回】

