

别样的历史主义和历史遗产

——品读历史法学经典之作《古代法》

□ 丁宇翔

《古代法》是英国历史法学宗师亨利·梅因爵士的扛鼎之作，其影响所及已经大大超出了梅因所处的时间和空间范围。而与梅因几乎处于同一时代的马克思，在晚年研读《古代法》时所作的《梅因笔记》，无疑也大大提升了《古代法》在法学领域之外的影响力。一百五十多年过去，当我们再从法学的视角品味这部经典著作，依然能够深切地感受到其厚重与雄浑。而《古代法》也在这种厚重而雄浑的历史感中让我们窥见传统法律文化资源的历史价值和当代意义。

《古代法》书写的历史背景和历史脉络

按照英国法学家艾伦（Allen）的说法，英国的现代历史法学就是随着这本《古代法》的出版而产生的。在《古代法》出版的1861年，正是英国最为辉煌的维多利亚时代。越是飞速发展的年代，人们越容易忘记历史，哪怕对于杰出人物，亦是如此。当时英国最为杰出的学者和社会改革者边沁，就对法律史非常不屑，认为其除了可以被批判外，别无用处。并且建议，完全不顾所有的先例而把英国法律全部重新写过。在边沁的影响下，英国确实也进行了大张旗鼓的法律革新运动。而这一运动反过来又进一步加剧了民众对法律史的轻蔑。在这样的背景之下，《古代法》在某种意义上担当起了警醒世人的时代使命。梅因在《古代法》中表示：“被认为是科学的东西实际上绝大部分只是一些推测。”自然法理论中的“自然状态”就是这样一种虚妄的推测。法学应该摒弃这些推测，而将其建立在历史与经验的根基上。正是《古代法》的出版，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地理（Cocks语）。

《古代法》一书的全称是《古代法：其与社会早期史及现代思想的关系》，其内容共有十章。在第一章“古代法典”中，梅因梳理了早期法律发展的历史脉络。即，原始法律经历了由“地美士第（指称个别的、单独的判决）”到“达克”（其意义介于一个判决和习惯或惯例之间）到“习惯法”再到“法典”的阶段。当原始法律一经制成“法典”，所谓法律的自发的发展，便告中止。于是，梅因在第二章“法律拟制”和第三章“自然法与衡平”中，阐述了法律的三种发展手段，即拟制、衡平和立法。第四章“自然法的现代史”则是通过一些具体的实例，向自然法理论开炮，为第五章“原始社会与古代法”得出其脍炙人口的结论而埋下伏笔。第五章被认为是《古代法》的总论，在该章中，梅因在讨论家父权、宗亲、妇女权利义务及监护制度等内容的基础上，得出了“从身份到契约”的不朽论断，令人信服地概括出进步社会的历史发展脉络。从第六章到第十章，梅因则以“从身份到契约”的思想为基调，梳理了关于遗嘱继承、财产、契约、侵权和犯罪的早期的历史脉络。

当然，从梅因在《古代法》中书写的历史脉络看，其中并没有涉及作为欧陆重要国家的法国和德国。更为明显的是，它跳过了从罗马人到格劳秀斯之间的几个世纪，缺乏对中古时期法律的历史脉络的梳理。但遗憾是常有的，带着这种遗憾去品读《古代法》，或许读者更能感觉到，这是一部实实在在的经典著作。

《古代法》中的历史主义内核

《古代法》出版的1861年，正是德国著名历史法学家萨维尼逝世的年代。在当时的欧洲，由胡果开创的德国历史法学派被萨维尼发扬光大并影响了整个欧洲，萨氏因而成为历史法学思想的集大成者。1861年萨氏去世后，历史法学的大旗虽由接任其柏林大学教席的普赫塔扛起，但普赫塔推动历史法学发展的

的同时，也使得德国历史法学转向了注重概念和体系构建的概念法学，德国历史法学在欧洲的影响由此趋于式微。冥冥之中，不知是否真的有天意——萨氏虽去，梅因已来。1861年出版的《古代法》虽不能拯救德国的历史法学派，但它却使得历史法学的火种在英伦蔓延开来，进而继续影响着欧洲乃至世界。英国学者沃顿在其《历史法学派与法律移植》中就此指出：“要不是萨维尼和梅因的著作（即《古代法》），哪里还会有什么18世纪和19世纪初的法律史，更不用提更早的法律史了！”

作为历史法学的杰出代表，梅因和萨维尼都有着历史主义的理论眼光，都反对自然法，都有着相似的理论框架，都以对罗马法的分析作为重要的基础，并且都非常重视习惯法。但是，在很多具体方面，梅因《古代法》中的历史主义，却与萨维尼有着不同。

首先，《古代法》中的历史主义并不完全反对自然法。从历史脉络上看，萨维尼的历史法学是在反对古典自然法学的基础上发展而来的，萨维尼完全不相信法律是人类自然理性的产物，而只相信法律是一个民族（它是在近代才被广泛使用的术语，顾名思义，同国之族。国族是以政治、文化等方式将文化接近的不同民族凝练成为同一国家的族群概念。）土生土长的历史的产物。但梅因并不完全反对自然法，他在《古代法》中直言，自然法“并不完全是幻想的产物”，自然法是“现存法律的基础，并且一定要通过现存法律才能找到它”，自然法对现存法律具有“补救”作用。

其次，《古代法》中的历史主义更为单纯。华东政法大学的陈颐教授认为，萨维尼的历史主义是复杂的多重结构的组合，而在梅因那里，一切变得单纯和容易理解。这种气质上的差异，或许是因为梅因《古代法》的理论前提即认为，人类社会的发展是线性的过程，在起源上不存在实质差异；并且，

现代思想都可以从早期社会中找到渊源。

第三，《古代法》中的历史主义对于法律发展的态度更为积极。从萨维尼与蒂博的论战中可以看出，萨维尼更强调民族的习惯法，对于制定统一的德意志民法典的态度并不积极。但梅因则勾勒了“地美士第（判决）——达克——习惯法——法典”的法律发展思路，他对于法典的态度是积极的。并且他还认为，在制成法典之后，法律自发的发展虽然中止了，但还有自觉的发展。

《古代法》留下的历史遗产

美国学者汤普森在其《历史著作史》中认为：“梅因对世界的最大贡献依然是其《古代法》……他把立法史上丰富的材料当作工具，而不是当作目的来估价的。他的历史和比较的方法结束了奥斯特实证主义法律学派的统治。”这一论断为我们发掘《古代法》中留下的历史遗产提供了很好的思路。综观《古代法》的全部内容，笔者认为，它至少在以下两个方面为我们留下了宝贵的历史遗产。

一方面是其熠熠生辉的历史法学思想。首先需要提到的当然是“从身份到契约”的卓越概括。梅因用最精练的语言对人类法治文明发展历程给予了生动的描绘。尽管20世纪以来，随着合同法领域强制缔约的出现和消费者保护运动的兴起，劳动者、消费者的身份对契约的订立产生了重要影响，因而有人提出“从契约到身份”的梅因否定论。但是，劳动者、消费者的特定身份并没有凌驾于合同自由之上，对劳动者、消费者的特殊保护反而从实质上强化了其缔约能力，从更高层次上坚持了合同自由，确保了合同正义。因此，梅因“从身份到契约”的命题仍然具有旺盛的生命力。其次是其关于法律发展阶段的思想。梅因关于“地美士第（判决）——达克——习惯法——法典”的法律发展

阶段论，让我们充分认识到了司法判决作为法治文明之滥觞的价值，可以进一步增强全社会对于司法判决重要性的认识。同时，根据梅因的认识，法典是法律自发发展的最后阶段。因此，法律的法典化是法律发展中的重要环节。这一点与我国当前正在进行的民法典编纂工作高度契合，或许可以为我们正在进行的民法法典化提供一定的思想支撑。第三是其法律后续发展的思想。梅因认为，原始法律在制成法典之后，法律后续的发展通过拟制、衡平和立法三种手段完成。其中的拟制，在英国是判例法，在罗马法上是“法律解答”。我国最高人民法院制定的司法解释，也可归入“拟制”的范畴。就此而言，我国的司法解释，也是发展法律的重要手段。此外，梅因在《古代法》中，在梅因那个时代的英国，当然是其衡平法。但对于大陆法系国家而言，则是以诚实信用原则为基础的利益衡量，是法官在个案中对僵硬法条和社会发展进步的妥当调适。在此意义上，法官在个案衡平基础上做出的判决，也是法律发展的重要促进因素。

另一方面是其极具启发意义的研究方法。首先当然是历史实证主义的方法。在《古代法》中，梅因的基本立场是：研究法律，必须以研究法律的历史为核心，并且应当使用最为真实的材料进行分析。在《古代法》的写作过程中，梅因也是这样践行的。他不仅善用英国的史料，同时对罗马法十二表法、印度“村落共同体”、荷马史诗等材料加以善用，极大地提升了《古代法》的论证效果。这样的研究方法，对于我们当下的法学研究，无疑具有一定的启示意义。此外，梅因的比较研究方法也是为后世津津乐道的梅因，其观察和研究的眼光没有完全局限在英国。在《古代法》中，梅因不仅系统地研究了英格兰的古代法，

同时也较为系统地研究了古代日耳曼法、古代罗马法和古代印度法。并且专注于对上述不同地域和时代的古代法的比较考察，致力于发现法律发展的共同规律。“进步社会从身份到契约”的论断不仅是历史实证研究的结论，更是比较研究的结论。正因为此，即使《古代法》中没有涉及作为欧陆重要国家的法国和德国，但其结论对于法国、德国同样是适用的。根据Cocks在“Sir Henry Maine—A Study in Victorian Jurisprudence”一书中的介绍，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。由此也可窥见梅因对自己的比较研究方法的看重。

而比较研究的方法不仅对于我们当前的法学研究有益，同时对于我国正在进行的民法典编纂，也具有科学因素，把我国的民法典编纂成为一部代表21世纪民法典编纂的卓越法典。果真如此，则梅因的历史遗产就更具有当代价值了。

（作者单位：北京市第一中级人民法院）

“全国报刊发行”优秀栏目
书海遨游
责任编辑 林森
联系电话 (010)67550745
电子邮件 linmiao@rmfyj.cn

中国传统法制中的治贼

——以宋代为例

□ 胡雯姬 赵晓耕

为举止合乎伦理。“十恶”就是针对人情规范的法律制裁。人情关乎世情，世情彰显于规范。面对古代的伦常案件，当时的司法官员大多依法而断，依法定罪，或是有法不依，存乎于心，笔者试以宋代《名公书判清明集》中“人伦母子”为例来说明。案情：

马圭之见讼于其母。巫呼气母之前，询问其状，乃备陈马圭不孝之迹，父母之以田，则鬻之，免其营生，则悻之，戒其赌博，则违之。十年之前，已尝为父所讼，而挺以记之矣，今不惟固有恨心，而且以为怨。其间更有当职之所不忍闻者。观其所为若此，则是真为恶人，非复如陈元之可化矣。当职方心念焉，从其母之所请，刑之于市，与众弃之矣。早闻其母执至其父道，哀矜惻隐之情，备见于词意间，读之几欲坠泪，盖信天下无不慈之父母，只有不孝之子。罔救致思，马圭虽粉身碎骨，其将何以报哉！但其父既有乞免官行遣之词，而其母亦复惻然动念，不耻抵牾之爱，当职方此老吾老以及人之老，亦何幸其遂为母子如初哉！今更不欲坐马圭之罪，抑归本家，恩告邻舍、亲戚，引领去拜谢乃母，友爱乃弟，如再有毫毫干犯，乃母有词，定当科以不孝之罪。所有马早道，录白一纸入案，更以一纸付马圭，归家时时诵读，使之知乃父爱之如此其至，则天理或者油然而生。

母亲控告儿子马圭不孝，十年前马圭曾被父亲控诉不孝而被惩戒，至今未曾悔改，判官胡颖认为他是“真恶人”，本打算定罪不孝，当众责罚。后其母呈述亡夫遗囑，满是哀矜惻隐之情，感动了判官的同时，被害人母亲亦被亡夫所书感动，不愿儿子受罚。后马圭被释归家，判官令其常常诵读亡父道书，另“特支官仓二十贯，酒肉四瓶”给马圭，回家同亲戚、邻居享用，希望借此实现“迁善远罪之良善”。“人情”是社会中普遍存在的现实情况，在古代语境下，多属于行

此案的处理是典型的伦常与法理的补充、协调。判官胡颖“惟以厚人伦，美教化是第一义”，所判“母讼其子而终爱子之心不欲遽断其罪”，具体实践着“每遇听讼，于父子之间，则劝以孝慈，于兄弟之间，则劝以友爱，于亲戚、族党、邻里之间，则劝以睦姻恤恤”。处理人伦情案，据法而不逾于矩，治孝于邻里，同时，注重实现法理一体，维护受害人的权利，通过情理训诲加害人，以减免刑罚恢复亲属伦常秩序，践行传统“先教后刑”的原则。

回归到当下，亲情孝道仍是伦常所重，虽然去除了纲常刑罚的严苛，但是孝亲睦邻仍是值得借鉴的文化传统，尤其是邻里关照，对于我国当下社区文化的确立有深远的意义。

治“毁则”之贼

“刑杀不正谓之贼”。贼，被直接纳入法律体系，从理论到实践，逐一完善，明晰何以为贼，才能有效治理“毁则”之贼。治贼须法例明晰，程序规划完备，官史清明，进而实现社会安定。若社会不稳定，“毁则”之大贼是治者己身。

律文释义探源，可参见程树德的《律名考·贼律》，其“贼”取意“叛逆杀伤之类”，又解仗文“无妄斩击谓之贼”。沈家本先生在《汉律摭遗》中精辟考述“贼”为“寇贼奸宄”“杀人曰贼”“毁则为贼”“毁则坏法也”“杀人不忌为贼”“昏、墨、贼、杀”，皋陶之刑也”“贼，伤害也”“贼，害也”“贼仁者谓之贼”“保利非义谓之贼”是毁则，“在贼”是有心伤害之事，比无心情节严重。所以，法律依照主观恶性，认定“贼杀人”“贼伤人”“自贼杀”比“斗而杀人”“戏而杀人”行为严重程度深、社会危害性更高，因此，欺诬、诈伪、矫制、贼树木、杀伤人畜产、但以言语及犯宗庙园陵、背叛、投降、谋反、来诱为间等，均视为贼。其后律文多有更替，但是法律原

意、词汇意涵得以保存。今日治贼，也许应注意欺诬、诈伪、杀伤、语言暴力、背叛等含义。

“治贼”的具体手段依托于司法。宋代立法与司法有“职分宜别”的传统，“鞠贼分司”是此原则的代表，呈现了宋代高超的司法技术，由此寻求审与判的公正性。尤其是在当时地方长官享有集行政、司法和军政于一体的权力体制下，实践这样一种司法审判制度，一定程度上保障了司法的独立性。以治官调节司法公正，考核审结案件，纠察错案、冤案，通过降等续录、增加磨勘年限，甚至承担刑责。

中国传统司法体系中，司法最高司法官员既是行政官员也是司法官员，在享有较大权力的基础上，以加重审判责任作为限制权力、保证公正审判的实现，是有其正当依据的。权力部署，权责划分，权力分配，似乎是依法独立公正行使审判权之上的永恒论述主题。限制行政权力予司法审判，可以说，一直是依法独立公正行使审判权的关键。反观古代的处理方式，因历史背景和社会境况不同，也许无法做一个明确的比较。

但是，如何确立法律的公信，如何使民众信服法律，如何令法律真正地获得民众发自内心的尊崇，反观司法运行，尤其刑事司法中的种种弊端，古人在社会文化环境构建中的作为似乎值得今天的我们深思。

注重审判过程中回避制度，尤其是注重案件审理过程中对于证据的认定。在证据不清，或者事实不清的前提下，上奏中央审理的奏谳制度，并没有加重刑事处罚，反而大多数案件的审理结果是降低或减轻了处罚。在制度设置上，宋代已经有类似于“疑罪从无”的审判模式。

审讯方式的规则化。古代的刑讯逼供最为世人诟病，刑讯日益文明化，然而

时代变化并未缓解讯问的残酷。相较于前朝，宋代通过规范讯问手段，在制度上保护人的生命。较为针对刑讯的工具、方式乃至部位等等，都会有详细的规定。有关官员若违反相关规定，也会受到相应的处罚，为求供述导致犯人死亡的还要承担刑事责任。有宋一代，尤其是南宋时期，设置刑讯方式、方法与监督机制，但是流于弊端，值得反思与借鉴。

治贼之警示

中国古代“王者之政，莫急于盗贼”“不僧不贼，鲜不为则”，若“含义取利”，多是贼弊。中国古代的边疆安全与社会稳定一直是治国方略中的两大要点，宋代的贼盗之乱是治理重心，戒除妖言惑众是社会稳定的基础，制度上的设置才是治理的根基。毕竟，古人寿命较短，避开社会动乱、避免人身伤害，是保全性命的重要前提。

宋代法律制度为了适应新的形势，不断调整律则，编敕颁令，制定新政策。当然，古代因事而治、因时而变的制度特点延续至今。但是，因人因地制宜的法律传统并不等于理想治理，有时甚至是灾难，在作为规则操作时，需要审慎且警惕。

以宋代“重法地分”为例，犯贼盗处以重法地之法，“连坐、籍没、配千里，遇赦不原，使民不得自新”，加上反复的自然灾害，贼盗叛乱现象日益滋复。此外，当时国家经济不景气，均田制的瓦解使得大量农民从土地上脱离出来，自耕农丧失了原有土地，而后又以佃户身份成为租佃关系的一部分再次融入土地。土地的买卖交易也日益频繁，经济在早期发展中显得十分活跃。

但是，这样一种土地贸易大多局

限在低产者、有权者之间，普通百姓是无力承担这样一种贸易下的巨大金额消费的。也就是说，经济繁荣的最大受惠者并不是平民。而且，就租佃关系下又破产的农民，在他们丧失了生活来源时，盗贼成为了他们唯一的也是最为有效的生存方式。恰恰是生活的窘迫，加上法律的严苛残酷，法网的严密并不能控制犯罪的肆虐。一方面国家经济的迅速发展，对于劳动力的需求日益高涨；一方面也是募兵制下军人社会地位低下，兵员空缺的状况下，再加上国家劳动力资源的有限，国家需要一种能够迅速获得更多的劳动力的机制，并且有效的维系社会的安定，新的调整政策应运而生。

可以说，为了治理不断出现转变的乱象，古代社会的律则在不断调整，而大的社会生活的准则在保持内部稳定不变的前提下，随着时世的变迁而调整至最适宜的模式。比如，宋代在处理伦常案件的刑罚程度上，轻于前后朝；在处理严重扰乱社会治安的罪行上，略严于前朝；崇尚律则又适宜于人情，惩戒妖言惑众，推崇读书、思辨之风，以古人的智慧，维系着生存的尊严。治贼，不仅是治理“毁则”之举，也要治毁智之行，树独立之人格，明是非思辨之治道。

（作者系中国人民大学法学院博士生，中国人民大学法学院教授、博士生导师）

全国报纸副刊最佳专栏
法文化解读