

《中西法律传统》

Legal Traditions of the West and China

2021年第2期(总第17卷)

亨利·梅因的古代法典及其现代启示

李宏基

摘要 | 作为法律形式的法典并不是诞生于现代社会，它在古代社会早已有之。历史法学派巨擘亨利·梅因曾经从法律演化视角深入研究过古代和现代法典。概言之，古代法典与现代法典在法源、体例、分类和实质精神方面具有显著差异。更重要的是，从法律演化的视角看，古代法典象征着初民社会法律的终结，而现代法典则象征着从传统向现代法律的跨越。

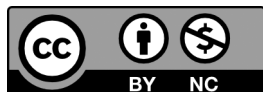
关键词 | 从身份到契约；法律演化；法典；法律现代化

作者简介 | 李宏基，清华大学法学院2018级比较法学博士研究生。研究方向：比较法、法律与社会理论、西方法律思想史。

Copyright © 2021 by author (s) and SciScan Publishing Limited

This article is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/).

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>



中国民法典的编纂工作已是尘埃落定。以史观之，法律的形体躯体业已成形。然而，一国之法律不仅应注重形体完备，而且也应深入法律与历史的思想，一睹法律的内在精神与实质要求。对此，亨利·梅因的法典论恰恰能给予我们深刻洞见。梅因的法典论是动态的、历史的、比较的，他借助从十九世纪欧洲立法浪潮到古代罗马、印度立法的法律史资料，探讨法律乃至社会历史演变趋势，对我们反思现代法典的实质精神具有理论借鉴意义。因而，本文将在法律与社会演化视野下探讨梅因的法典论，及其对现代法典的反思与启示。

一、社会演化中的法典

梅因毫不掩饰他对法典的欣赏与赞誉，在《古代法》开篇即言：“世界上最著名的法律制度始于

法典，亦终于法典。”^[1]在他看来，世界上最伟大的古代罗马法律制度始自十二表法，终结于查士丁尼法典。在此期间，罗马法律呈现出一幅完整的法律演化图景。但是，梅因对法典的认识只有摆置

[1] 沈景一先生所译的商务印书馆版本翻译为“世界上最著名的一个法律学制度从一部法典开始，也随着一部法典而结束。”实际上，梅因在此指的法典是抽象意义的法典。根据其在第一章、第二章的论述，整个罗马法的具体演化从《十二表法》开始，到查士丁尼法典结束，韩光明教授亦提出这个问题。具体参见 Henry Maine: Ancient Law, John Murry, 1861. [英]梅因：《古代法》，沈景一译，商务印书馆1995年版，第1-25页。韩光明：《法典编纂与私法发展：罗马法经验观照》，载《交大法学》2020年第2期第70页。

于整个法律与社会演化的背景下才能展示出不凡洞见。法律与社会的诞生与变迁历经数千年，其间波折无数。在梅因看来，从原始社会到古代社会的法律演化并不是杂乱琐碎的，而是自有其起源、基石与演化规律，如同涓涓细流汇于同一长河。

（一）初民社会与现代法起源

在梅因的法律演化图景中，法律起源于原始时代，经历过习惯、习惯法时代和古代法典三个阶段。古代法典的诞生标志着人类从原始时代迈向古典时代，法律不再自觉发展，而逐渐受到人的影响。

在最初的法律历史中，法律表现为习惯，甚至更为早期的判决和惯习（usage）。这些习惯的诞生通过国王的司法审判权，而这些裁判权却又是神的惠赐。远古时代的希腊历史中，最伟大英明的国王被称为地美士（Themis），他们做出的裁判则是地美士第（Themistes）。这些判决的最早特征是单独的、不成系统的。同时，越是远古的人类社会，越缺乏固定习惯，而只有散乱的规则，梅因称之为惯习。惯习和判决在社会中得到认可和固定，最终形成被广为接受的传统，进而成为习惯。^[1]

法律的下一阶段是“习惯法时代”，即大量的习惯经过沉淀演变为习惯法。此时习惯开始压倒宗教力量，成为主宰法律演化的因素。社会从王权政治转向贵族政治，贵族成为法律保管者和执行者，但是仍会伪装成神授。经过历史积淀，习惯也逐渐形成具有实质内容的集合，法律经由贵族的解释而具备了不成文法属性。梅因强调，早期掌管法律的贵族具有宗教阶层性质。在古爱尔兰布雷亨法律中，德鲁伊既是贵族，也是最早的祭司阶层。^[2]在古代印度社会，婆罗门作为一个阶层，对神授法具有唯一解释权。因而，“法律起初掌握在法律人手中，这些阶层的法律人首先表现为祭司。”^[3]

原始法律所能抵达的顶峰则是古代法典，如古罗马《十二表法》、古希腊梭罗《阿提卡法典》（Attic Code）和德拉古法典（Laws of Draco）。文字的发明与传播使得法律能够书写成文，比贵族记忆保存更为准确。习惯法时代，贵族享有习惯法解释权，法律很容易沦为贵族私器。法典的诞生改变了任由宰割的平民地位，它能够防止贵族捏造和肆意解释法律。值得注意的是，梅因根据古代印度法深化了法律起源论，他承认轻视了印度的古代法律典籍《摩奴法论》。据此，他认为作为古代法典的《摩奴法论》具有双重起源，一是“惯习（usage）”，二是印度教“宗教经典文献”。同时，“民事法律的真

正起源来自于国王和祭司团体的联合。”^[4]

（二）进步与静止的古代社会

梅因并未刻意探讨社会演化的起点，因为他更加重视文明社会的开端，“追溯真正的、并非虚构和专断假设的文明人的制度史”^[5]，而非人类历史完整过程。但是，法律发展映射出社会样态，法律演化也脱离不了社会演化进程。因而，我们仍然可以总结出梅因对社会演化的基本特征与规律。

首先，梅因演化思想中大致透露出初民社会与古代社会的区分。人类社会发端于初民社会，进而分别迈向古代的进步社会和静止社会。以古代法典为节点，人类社会被梅因分为自发发展的社会和外力引导的社会。初民社会受到习惯等传统规范影响，保守性强，发展缓慢，法律自发发展。紧接着，人类社会逐渐兴旺繁荣，文字出现，古代法典诞生，社会阶层逐步分化，法律的发展也受到人类左右。古代社会呈现出两种发展趋向，第一种是不断演化发展的进步社会，另一种是保留了初民社会的痕迹、社会缓慢乃至停滞不前的静止社会。^[6]

其次，初民社会具有大致的发展阶段：家族（Family）—氏族（House, Gen）—部落（Tribe）—政治共同体（Commonwealth）^[7]。家族是人类社

[1] 同前注2，梅因书，第1-5页。

[2] [英]亨利·萨姆纳·梅因：《早期制度史讲义》，冯克利、吴其亮译，复旦大学出版社2012年版，第15页。

[3] H. S. Maine, *Dissertations on Early Law and Custom*, John Murray, 1883, p. 26.

[4] Ibid. pp. 43-44.

[5] Ibid. p. 192.

[6] 同前注2，梅因书，第一章、第二章。

[7] 国内对于 commonwealth 翻译主要有四个版本，第一种由郭亮翻译为“国家”，表现为具体的政治形式；第二种沈景一、高敏和瞿慧虹分别翻译为相近的“共和政治”“共和政体”，取其政治制度形式的意义；第三种由社会学者吴飞翻译为“政治共同体”，取其抽象的制度含义。笔者认为，梅因希望从古代社会形式中抽象出普遍的规律，既有可能是国家，也可能是城邦，还可能是部落联盟等各种形式，不妨以抽象的“政治共同体”作为统一概括。参同前注2，梅因书；梅因：《古代法》，高敏、瞿慧虹译，中国社会科学出版社2009年版；梅因：《古代法》，郭亮译，法律出版社2016年版；吴飞：《母权神话：“知母不知父”的西方谱系（上）》，载《社会》2014年第2期，第34-59页。

会的最早形态,一个家族就是一个小社会。随着家族人口增加、家族社会规模扩大为氏族社会。数个氏族最终组成部落,部落的联合形成部落联盟乃至政治共同体,他们接受统一的首领领导。从社会结构角度而言,梅因认为,初民社会始终是以家族为基本单位,唯有现代社会才逐渐发展到以个人为基本单位。

仍需强调的是,梅因理解的家族是社会结构中的“家族”,与血缘关系意义上的家族有差异。社会结构中的“家族”是以血缘关系中的宗亲属为基础的,通常以父系血缘为标尺,而不涵括母系亲属。家族中的权威是“家父”,家父权所能管辖的人群就是家族和亲属关系范围。这意味着,即便是具备本族血缘的旁系血亲也可能成为家族外人,外族人也可以通过拟制的方式接受家父权管辖,从而成为家族一员。^[1]

最后,从初民社会向古代社会的过渡可以经由两项特征予以判断。一方面,初民社会始终是以血缘关系为团结社会的方式,古代社会则是逐渐形成以土地为团结的方式。^[2]另一方面,初民社会是观念稀缺的社会,古代社会则是不断催生出新的观念工具。^[3]

(三) 社会的保守与进步性

社会和法律普遍具有保守性,仅有部分社会能够保持进步势头,遵循“从身份到契约”的发展规律,而大部分社会只能守旧不变。梅因对法律与社会的本性别有一番见地。他认为,古往今来的社会与法律偏向于稳定和保守。“社会的不变性是常态,变动性是例外。”^[4]社会稳定性受到人类本性的保守深刻影响。梅因曾批评孟德斯鸠过分忽视人类本性的守旧特性。“人类的智力、道德和体力”的组成部分中的绝大部分趋向于稳定,“对于变化具有巨大的抵抗力”。人类社会看似变化多端,实质变化却零星可数。社会的保守性使得度过原始阶段的大部分人类社会固守旧理念,拒斥新事物,故步自封,普遍走向静止社会。仅有少数社会真正能够突破习惯和传统的限制,摆脱桎梏,不断进步,成为保守静止社会的例外,通往现代化之路。概言之,静止社会是常态,进步社会是例外。^[5]

对于进步社会而言,梅因认为它们始终遵循一项重大社会演化规律:“所有进步社会的运动,到此处为止,是一个‘从身分到契约’的运动。”^[6]梅因描绘了人类在社会中的人格状态的变化,从最

初的家族的附庸,变为具有独立人格的个体。值得强调的是,这项规律是梅因对人类社会历史中少数进步社会发展道路的归纳总结,初民社会和古代静止社会并未迈向“从身份到契约”的运动。

梅因对比东西方法律和社会发展,从而认为古代希腊的进步精神是人类社会演化发展的重要动力。因而,他曾做出如下断言:

“抛开盲目的自然之力,世界上没有任何运动的起源不是来自希腊。自源头蔓延的动乱逐一渗透到各个种族,激发了所有人类伟大进步种族的活力,产生了符合他们潜藏禀赋的后果,这些后果当然比希腊自身展现的结果更为深远。”^[7]

希腊的进步精神“就像传染病一样蔓延”,一旦某个社会触碰到它,就会深深地渗透到这个民族的精神之中。由此,罗马法律、德国哲学、法国启蒙秩序、英国政治精神都逐步受到它的影响,塑造了特定的辉煌时代及其文化遗产。

二、适应社会的保守法典

梅因对古代法典的讨论散见于他的诸多著作中,透过对梅因古代法典论的详细考察,我们或许能够意识到其对于现代法典的重要价值。

(一) 历史中的古代法典

梅因研究的古代法典范围广泛,涉及从东方到西方社会中的古代法典。在梅因看来,最重要的古代法典是古罗马的《十二表法》,梅因视之为最为伟大的法律制度的代表。除此以外,古希腊德拉古法典(the Laws of Draco)也是极为重要的古代法典。西方比较重要的古代法典还包括爱尔兰布雷亨法律,其表现为《古制全书》(Senchus Mor)和《艾锡尔书》(Book of Aicill)等内容。在梅因看来,布雷亨法律并未受到罗马帝国和基督教的深入影响,

[1] 同前注2,梅因书,第85页。

[2] 同前注2,梅因书,第73-74页。

[3] 同前注4,梅因书,第111-121页。

[4] Henry Maine, *Popular Government* (Third Edition), John Murray, 1886, p. 179.

[5] 同前注2,梅因书,第67,14页。

[6] 同前注2,梅因书,第97页。

[7] Henry Maine, *The Effects of Observation of India on Modern European Thought*, John Murray, 1875, p. 38.

因而保留着最为古老的法律制度样貌，具有极高的历史价值。^[1] 东方法典中，印度《摩奴法论》也是古代法典的重要代表，主要记载了以印度教徒为主体的古代法律制度，从而也印证了雅利安社会中的法律的普遍性。

古代法典的诞生是集体产物。古代法典并不是某个个人的产物，通常则是一个法律阶层、学派乃至与首领联合下经年累月的共同产物。^[2] 《十二表法》是平民与贵族斗争，最终妥协的共同产物。爱尔兰布雷亨法律，是爱尔兰的祭司与法律阶层共同撰写的结果。印度《摩奴法论》则是印度婆罗门阶层与国王联合中所形成的法律文本。这些法典总体而言都是混杂着宗教、习惯和裁判的综合产物。

更为重要的是，古代法典界定着初民社会和古代社会的历史边界。古代法典在法律原始起源中扮演着重要作用，正如梅因所言：“当原始法律一经制成‘法典’，所谓法律自发的发展，便告终止。”古代编纂的习惯法典就此成为法律起源的重要标志。以古代法典诞生为标志，告别原始社会的世界各民族走上两条截然相反的道路：静止社会和进步社会。静止社会虽然已是具备进步苗头，但是被保守的宗教和习惯宰治而无法更进一步发展。进步社会则幸免于难，法律不断演化，社会持续进步。^[3] 由此可见，古代法典意味着自发发展的原始法律走向终结。

（二）法典限制社会的危机

法典是具有时代特征的产物，是社会历史的写照。法典的修订、更迭则成为法律变更的重要历史。社会的保守性蔓延到法律，以古代法典为代表的法律呈现出保守色彩。梅因认为，古代法典具有形式和精神两方面的保守性，受到自身固定文字的成文形式、法律思想的保守性、风俗习惯观念等影响。法典的保守性一方面来自其书面记载形式。法律一旦固定成文字，就不可轻易更改或废止，因为这些文字受到普遍认同，甚至具有神圣性。古代法典形式容易僵化，遑论高度封闭、追求逻辑统一的现代法典。另一方面，法典保守性来自于法典确立的制度和精神。法典反映的内在精神恰恰是一个特定时代的精神，业已颁行的法典凝缩着过去的社会和法律观念，这些观念来自习惯法，也可能来自根据习惯而类推推理而得的不合理的惯例或迷信。

随着社会形势的变化与发展，一部守旧不变的法律会面临适应社会不断发展的困难。保守法律与

进步社会的抵牾，会引起法律与社会的脱节，甚至成为进步社会的累赘。同时，保守法律甚至会阻碍新的观念诞生，吞噬文明的新成果。因此，梅因揭示出如下洞见：不是文明发展了法律，而是法律限制着文明。^[4]

一个社会将古代习惯或宗教观念转换为古代法典的时机，会成为法律演化趋于静止或进步的重要节点。梅因同时指出，印度《摩奴法论》就反映出一部保留远古思想与制度的法典如何阻碍着社会的发展脚步。《摩奴法论》中形成了以种姓制度为基础的诸多不甚合理的习惯，这种经由法律确立的制度导致了古代印度长期受到宗教、种姓的影响，而无法进一步发展。倘若社会发展变迁过快，比如当代社会面临的急剧变迁，包括科技技术革命乃至中国社会仍在改革转型，那么法律很有可能迅速落伍，成为禁锢社会发展的工具。

梅因关于“法律限制社会”的洞见也由国内外学者进一步揭示。何兆武从侧面指出了梅因的犀利洞见：“一个制度在历史上的确立和法典化，并不标志着它的巩固，反而是标志着它开始走向瓦解或衰退。”^[5] 韩光明藉由罗马法历史与梅因思想提出保留意见，他认为罗马法法源多元交错，法典编纂不应成为法律发展的终结，而应保有开放性的规范。“法典具有形式上的封闭性，形式上的封闭多是为了追求体系化与融贯性，但不能因为形式封闭而丧失其生命力”。^[6] 通俗来说，一部法典的制定意味着法律发展的一个阶段性高峰，紧随而来的往往是法典的过时危机。这种担忧甚至上升到整个法律演化层面，卡尔文·伍德达德（Calvin Woodard）颇具洞见地得出下述结论：梅因的法律演化论是周期循环论（life-cycle）：前法律时代—法律时代—后法律时代。前法律时代是指法律古代法典诞生以前的历史，法律时代是指古代法典形成到立法阶段，而后法律时代是指经立法阶段时期，民众政府终结了法律演化。法律从无到有，直至巅峰，最终归于

[1] 同前注4，梅因书，第6-9页。

[2] Supra note 5, p. 13.

[3] 同前注2，梅因书，第13页。

[4] 同前注2，梅因书，第11-14页。

[5] 何兆武：《重评梅茵的公式：“从身份到契约”》，载《史学理论研究》1992年第1期第124-125页。

[6] 同前注2，韩光明文，第70页。

沉寂,经历了上述三个阶段。^[1]伍达德认为,梅因所理解的法律演化最终会以立法为形式的法律终走上衰败。这提醒我们,法典或许是法律演化的集中体现,但是法律兴盛之下也存在衰落的危机。

(三) 适应社会发展的法律媒介

法律对文明的限制,实质上揭示出法律与社会的不协调:法律停滞不前以至于远远落后于社会发展的脚步。与此同时,梅因也提及另一项古代法律与社会的危险状态:法律超前于社会的发展阶段。梅因认为,古希腊就是法律超前于社会的典例。古希腊法律早早地脱离了宗教巫术的摆布,但是希腊法律却经由哲学思辨的提炼和抽象,跳过形式的法律程序和术语,迅速迈向实质法律。自然法主导下的是非善恶观念迅速成为司法审判的重要标准,但是司法审判常常混淆法律与事实,而且为了追求正义完美的判决从而变通法律概念和程序。^[2]

梅因认为,上述两种法律与社会的状态并不是理想的演化规律与关系。法律与社会的理想状态是保持着张力,社会略微超前于法律发展,永远存在缺口,从而保持二者之间的距离。因而,梅因谈到:“社会的需要和社会的意见常常是或多或少走在‘法律’的前面的。”同时,社会和法律的缺口又不能过于撕裂,因为“人们幸福的或大或小,完全决定于缺口缩小的快慢程度。”^[3]反过来说,法律可以接近社会发展阶段,但绝对不可以远远超前或落后。

世界上大部分保守停滞的社会中,保守法律不会与之发生冲突或不协调。但是,如果法律本身具有保守性,那么如何处理法律与社会的关系呢?梅因认为,法律内部会发展出三种协调保守法律与进步社会的媒介:法律拟制、衡平和立法。自古代法典诞生后,这三种手段在法律史中几乎相继出现。法律拟制是指法律规定的文字不变,法律解释和运用却发生变化,英国判例法、罗马法律解答和收养制度都是拟制的重要形式。促成法典形式和社会运作相协调的重要群体就是英国法官和罗马法学家。^[4]衡平是指法律建立在条文之外的个别原则上,这些原则能够打破乃至替代法律条文的功能。罗马“裁判官法”和英国衡平法院就是典型。^[5]立法是指由一个社会所公认的特定立法机关来制定的法规,较为彻底地改变了法典难以变更的局限性。

拟制、衡平和立法体现了法律演化的阶段与特征,但是梅因更为强调它们是法律与社会的媒介。从调和手段看,法律拟制借助了法律人解释,衡平

诉诸哲学家自然法理念,立法则依赖政治权威和强制力。从调和力度看,法律拟制最为隐晦,它通过解释等方式掩饰着法律变化痕迹,衡平依靠原则公然打破保守法律,而立法更是直接创造新法。由此,我们也能意识到,梅因认为法律应当自我发展、自我变革,从而适应不断进步的社会。

二、优良法典的现代精神

虽然梅因关注的重点是古代法律演化,古代成文法典是重要的形式,但是梅因也对现代立法和法典都有独特的反思与思考。

(一) 梅因的优良法典论

梅因曾在《古代法》出版前,就已经对法典类型有清晰的认识和态度。在他看来,编纂法典(codification)具有两种类型。其一是实现从不成文法向成文法的变迁,其二是从成文法向优良法典(well-codification)的变化。梅因认为,这两种类型的法典代表分别就是《十二表法》和《查士丁尼法典》。《十二表法》是罗马平民与贵族斗争的结果,它实现了法律的公开化并为全社会所知晓。在此过程中,立法机构逐渐获得了排他性权力,宣布在权威典籍和习惯中未曾发现的法律。真正实现优良法典的转型的伟大法典,则是《查士丁尼法典》。查士丁尼和他的幕僚开始汇总和删削法律,去除法律中的晦涩、不确定和不连贯的内容,避免不相关和多余的部分,从而实现减少体量、普及法律和普遍适用的目的。梅因甚至批评,十九世纪的英国立法并未达到上述的变化,反倒像是对法律的汇总。英国法学家尚缺乏足够的权力和技术知识战胜编纂法典的困难,因而亟需罗马法的知识和观念来推动法学知识的更新。^[6]梅因曾经在英印政府担任法

[1] Calvin Woodard, "A wake (or awakening?) for historical jurisprudence", in Alan. Diamond [ed.], *The Victorian Achievement of Sir Henry Maine: A Centennial Reappraisal*, Cambridge University Press, 1991, p. 231.

[2] 同前注2, 梅因书, 第43-45页。

[3] 同前注2, 梅因书, 第15页。

[4] 同前注2, 梅因书, 第16-21页。

[5] 同前注2, 梅因书, 第17页。

[6] Maine: "Roman Law and Legal Education", in Maine, *Village-Communities in the East and West*, New York: Henry Holt and Company, 1889, p. 362-364.

律委员，对于19世纪60年代印度立法具有重要影响。在他看来，英国尝试在印度实现法典化，但是这些印度法律却过于模糊、变动不定。本质上来说，这些印度法律都没有转换为优良完善的法典。^[1]

那么，一部优良法典需要具备何种品质呢？一部古代法典或许只能实现把习惯法汇编的目的，但是一部现代法典不应当只是将过往的法律编纂为习惯法，还应该向完善的成文法迈进。最基本的一点是，编纂法典必须清楚、简洁和准确。急于求成制定一部法典，而忽视制定良好清楚的具体条款的能力，会导致法典表达不清、难以解释和相互矛盾。^[2]现代法典的编纂不应当是对习惯法的简单汇编，日本学者穗积陈重进一步概括出现代法典的特征，此类法典的编纂体例偏向沿革体，即法典伴随着法律发达的顺序加以编纂而成。现代法典表现为通过特定立法机关制定而成。法典通常以论理体编纂而成，也就是依照法律教义学等的分类法系统归纳，德国民法典即为典例。^[3]

从更为广阔的法律与社会演化视角看，梅因也隐含着对法典的另一项期许：从法典的分类和内容看，法律演化的过程是从刑事到民事法律的逐渐成熟。梅因认为，所有古代法中，民法和刑法所占比例各不相同，“法典愈古老，它的刑事立法就愈详细、愈完备”，反之，现代法律则不断发展出完善的民法。^[4]古代法中的法典是民刑混同，尚未实现现代法的民刑分立。以现代眼光审视，法律演化经历了从混合立法到独立立法的过程，同时法律愈发重视私法秩序的形成。

（二）法典精神：权利个体化

一部法典并不是立法者或法学家闭门造车、脱离社会现实和需求的法律汇编，它通常反映着编纂时代最广泛的集体价值和观念，因而一部现代的法典首要的是实现形式的转变，并且实现体系化、精确化和简练化。更为重要的是，优良法典的核心不仅仅在于法典形式，而更应该重视法典的实质精神。

探寻梅因现代优良法典的实质精神和价值，仍需从他的法律与社会演化论中深入反思。梅因十分关注人在法典乃至社会中的地位和状态。在他的法律演化论中，人占据着重要位置。古代社会和现代社会的重要差异在于，人的地位是否能够改变，改变的方式为何。在古代乃至远古的初民社会，人的出生就注定了不可改变的社会地位，他们生于家族，隶属于家族，并在家族中死亡。现代社会中，个人

拥有了自主权，法律允许个人通过协议的方式来创设自身的社会地位。^[5]

法律权利“从无到有”是古今法典的重要差异，现代法律保护通过契约而创设的权利。梅因并未停留于理论层面，而是深入到古代法和现代法的对比之中。他指明，古代罗马法律和现代英国法律体系的巨大差异在于有无法律权利。从罗马的《十二表法》，裁判官告示到《查士丁尼法典》，与诉讼、请求、程序有关的法律逐渐沦为附属位置的程序法。反观现代法律，梅因认为，法律的分类不再是依据人和物的差异，而是依照法律权利种类而分类。^[6]穗积陈重亦留意到古代法典与现代法典的权利/义务本位的差异。他概括道：古代法典多是以义务本位，现代法典则是以权利本位。^[7]

更进一步，现代的法律权利指向对象是个人，而非家族，其深深扎根于现代社会的基本单位——个人。反之，古代和初民社会的法律通常是以家族为单位，社会中的法律并不能对家族内部予以管束，家族内部是家父的私留地。梅因认为，古代社会的基本单位是家族，现代社会的基本单位是个人。这项判断包含两项认识：一方面，梅因肯定了现代社会中的原子是个体这项基本共识，每个人具有自由意志，行动不受他人干涉。另一方面，梅因建构了古代社会的基本单位。在十九世纪乃至当今，古代社会与现代社会的这项差异都在一定程度被忽视。梅因对现代社会的观察是回望式的，站在当今回望历史中的人类社会，并以古代社会为探讨的重点。古代社会中以家族为基础，社会运作也呈现出家族中心的特色，从而生发出诸多家族色彩的观念和仪式。每个家族盛行祖先崇拜，祭祀成为传统，仪式性较强。同时，家族永生不灭，个体迟早消亡。个体的行为总是由家族承担后果。更进一步，家国同构是古代社会的基本结构特征，以家族为基

[1] [英] 梅因：《东西方乡村社会》，刘莉译，苗文龙校，知识产权出版社2016年版，第142页。

[2] Supra note 28, p. 365.

[3] [日] 穗积陈重：《法典论》，李求轶译，商务印书馆2019年版，第55页。

[4] 同前注2，梅因书，第207页。

[5] 同前注2，梅因书，第172页。

[6] Supra note 5, pp. 388-390.

[7] 同前注31，穗积陈重书，第91-93页。

石发展出整个古代社会秩序。从家族,到氏族,再到部落,最后形成政治共同体,以家族为中心的同心圆集团属于“最高的男性尊属亲而结合在一起的‘家族’。”^[1]由此,古代社会中的家族成为社会运作的基本单元。

从法律与社会演化角度看,个体从依附的家庭中分离是从古至今的重要趋势,同时现代社会形成以个人为社会与法律的基石。因而,法律权利指向的主要对象就绝非是古代的家族,亦非团体、组织等。梅因强调,在“人法”中所提到的一切形式的“身分”都起源于古代属于“家族”所有的权力和特权。^[2]古代家族中的首领享有的权力具有法律属性,在家庭内部,家父是独享权力。个体的无力在法律上的反映,恰恰是缺少与之抗衡的私人权利。到了现代社会,家父权力已然衰落,而依附于家族的个体逐渐获得了财产权等权利。由此,“从家族到个人”的结构变迁,在法律现代化视角下审视,其实也就是“从家族权力的衰落到个人权利的兴起”。穗积陈重也曾谈到,自德国领悟罗马式的编纂法,这才将权利置于诉讼程序之前,由此反映出“近世社会,人的权利义务之大部由契约决定,由身份决定的甚少。”^[3]

概言之,梅因从法律演化史中发现了作为独立个体的人在社会发展中由死到生。“从身份到契约”反映了“从家族到个人”在传统和现代之间的变迁。法律权利的诞生与社会基石的个体化两相结合,使得我们进一步推论:现代的法律权利应当是归属于独立个体。

(三) 现代法典的标尺:“从身份到契约”

法律的实质精神决定了法典的基本性质,甚至反映了法典背后的社会属性。古代法典意味着从初民社会向古代社会的转变,那么一部注重“从身份到契约”的现代法典又意味着什么呢?笔者认为,“从身份到契约”意味着从传统社会向现代社会的转变。古代法典向现代法典的迈进则体现了从从家族义务向个人权利的转变,其与“从身份到契约”的基本精神相契合。

“从身份到契约”的法律与社会演化论曾经被解读为两种不同的意义。前一类学者拔高了梅因的思想高度,他们视“从身份到契约”开辟了一种多学科研究范式,涉及视角、方法等方方面面。这种范式“既具备权威又保持开放,既简洁又深刻,能够为选择和组织事实或历史经验提供原则,并能在

进一步的研究、猜测和辩论中取得硕果。”^[4]后一类学者强调梅因思想的二元属性,避免陷入进化论的线性发展观。研究梅因与帝国主义的美国学者曼特娜指出,纵使十九世纪始终是进化论语调主导的,但是梅因更侧重的是静止社会/进步社会的划分,身份/契约的二元分立。^[5]曼特娜的解释无疑是有力,尤其是二十一世纪进化论早已被扔进历史故纸堆时,梅因思想之所以仍然散发着无限思想魅力的原因和他对“静止/进步社会”“身份/契约”的划分密不可分。但是,曼特娜的解释却是将梅因的动态历史演化理论裁剪为静态的二元分立理论,显然仍与梅因思想仍略有差异。

笔者认为,“从身份到契约”指明了法律演化的古今之别,同时也解释了社会的古今之别。自然法学者把理想投射到现实,虚构的自然状态被视为历史发展过去、现在乃至未来,分析法学把法律现实套用到古代社会,因而通过现在推演至古代,抹平了法律的古今差异。反之,“从身份到契约”之所以至今仍然焕发着思想魅力,是因为其揭示了社会发展的古今之别,表明了传统与现代法律的重要差异。由此,“从身份到契约”显然是一项法律现代化视角下的重要命题。一部实现“从身份到契约”转换的现代法典必然就是一部体现现代性的法典。

“从身份到契约”是一项现代化命题,它注重的是传统与现代的差异。同时,所谓现代与后现代,乃至现代法律的内部变迁都只是对现代法律发展的铺展详叙,而非全然颠覆。部分学者在借用“从身份到契约”理论时或多或少反思契约社会的历史真实性。爱尔兰思想史学者约翰·凯利就曾认为,当梅因写下“从身份到契约”的命题时,这种契约自由化的进程就已经开始逆转,英国已经出现大量社会立法。^[6]国内也有诸多学者尝试再诠释“从身

[1] 同前注2,梅因书,第72-77页。

[2] 同前注2,梅因书,第97页。

[3] 同前注31,穗积陈重书,第66页。

[4] Supra note 23, p. 15.

[5] [美]卡鲁娜·曼特娜:《帝国的辩解:亨利·梅因与自由帝国主义的终结》,何俊毅译,华东师范大学出版社2018年版,第128页。

[6] [英]约翰·莫里斯·凯利:《西方法律思想简史》,王笑红译,法律出版社2010年版,第275-278页。

份到契约”的现代含义，并且提出“从契约到身份”的反向发展。当然，这种理论阐释和创新值得全面肯定，但是也在一定程度上远离了梅因关注的焦点，忽视了“从身份到契约”作为一项社会与法律现代化命题的核心价值。

将梅因“从身份到契约”的命题置身于更为宏大的现代法律思想变迁中，我们或许会得到进一步的理解。哈佛学者邓肯·肯尼迪高度概括出19世纪中期以来法律和法律思想的变迁历史。在他看来，1850年以来的法律与法律思想经历了三次全球化，分别是1850年到1914年古典法律思想的兴起，1900到1968年间社会导向法律思想的浪潮，以及1945年到2000年前后的形式政策、新形式主义和司法裁决等思想的法律全球化。每次法律思潮关注不同的权利、平等法律思想，法律形式从法典到特别立法，最终到宪法、条约和规章，法律核心从私法，发展到社会法，最终到宪法。^[1]由此出发，我们可以意识到，梅因的“从身份到契约”命题显然是古典法律思想的高度总结，他通过探讨民事法律的古代变迁，强调法律权利的兴起，注重法典形式的变化，都深深契合古典法律思想。

更需留意的是，不管古典法律思想如何发展变化，其本身仍旧是现代法律思想的一部分，甚至更加重视与古代法律思想的差异，强调传统与古今之变。诚然，世界法律发展过程中，伴随着劳动法、未成年人保障法、消费者法等法律在世界各国颁行，法律开始关注到独特群体的利益。但是，法律和社会并未将团体视为基石，个体仍然是权利和义务承担者和社会结构的基石。保障劳工、消费者、未成年人等特殊群体仅仅补充和完善了现代法律。这种社会结构与法律的变化，经由社会理论学者哈贝马斯的阐释或许会变得更清晰：十九世纪末到二十世纪的法律与社会发展本质上经历了从形式法到实质法，前者注重个人自决，强调形式平等和自由，后者注重国家保障，确保实质平等和社会公正。^[2]从形式法向实质法的转变，是20世纪社会变迁是对现代社会的补充和矫正，而非彻底颠覆。正如高鸿钧批评所言，“从本质上说，现代社会在整体上仍然是一个处于身份社会之后的契约社会……从近代社会到现代社会的转变至多只具有量变的意义，在这种情况下用梅因提出的带有质变意义的格言，显然有东施

效颦之嫌。”^[3]对中国法律发展现实而言，梁治平先生有过一番总结，自近代以来，中国都深受身份因素影响而未彻底跨入“契约社会”，因而中国社会与法律现代化道阻且艰，有待发展。^[4]

三、结论：古代法典的现代启示

从梅因法律与社会演化视角下的古代法典研究，我们或许能够概括出古代法典和现代法典的四项差异：第一，从法源看，古代法典是习惯法的汇编，现代法典是立法的产物；第二，从编纂体例看，古代法典偏向沿革体例，现代法典偏向体系分类化；第三，从法典内容看，古代法典偏向民刑合一，甚至刑重于民；现代法典主张法律分立，民法典地位崇高；从法典的实质精神看，古代法典强调家族的义务本位，现代法典强调个人的权利本位。第四，法律演化的实质精神是权利个体化，个人权利逐渐从家族权力中剥离出来。这些都反映出现代法律乃至社会以个人为基石的特征。

“从身份到契约”为代表的法律与社会演化论揭示了从传统到现代的转变过程的精神实质，这也与法典的现代性意义相吻合。梅因揭示了判定一部法典是否符合现代化的重要标准。作为形式的法典并不是唯一的方法，甚至说法典本身具备的保守性会使得其逐渐脱离社会发展的步伐。仅仅注重体系化而不注重实质精神的民法典反而会成为形成中的私法秩序添乱，沦为“得形而忘意”的悲剧。一部法典若要实现“从身份到契约”跨越，实现法律现代化转型，那就必须实现权利个体化。在此基础上，私人财产权、契约自由等现代私法观念才得以成型。

[1] [美] 邓肯·肯尼迪：《法律与法律思想的三次全球化：1850-2000》，高鸿钧译，载《清华法治论衡》2009年第2期，第47-117页。

[2] [德] 哈贝马斯：《在事实与规范之间：关于法律和民主政治的商谈理论》，董世骏译，生活·读书·新知三联书店2014年版，第九章。

[3] 高鸿钧等：《法治：理念与制度》，中国政法大学出版社2002年版，第368-369页。

[4] 梁治平：《从身份到契约：社会关系的革命——读梅因〈古代法〉随想》，载《读书》1986年第6期，第31页。