

# 《古代法》

## 图书基本信息

书名：《古代法》

13位ISBN编号：9787100060233

10位ISBN编号：7100060230

出版时间：2009-05-01

出版社：商务印书馆

作者：（英）梅因

页数：255

译者：沈景一

版权说明：本站所提供下载的PDF图书仅提供预览和简介以及在线试读，请支持正版图书。

更多资源请访问：[www.tushu000.com](http://www.tushu000.com)

# 《古代法》

## 内容概要

本书的主要目的，在扼要地说明反映于“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。

# 《古代法》

## 精彩短评

- 1、翻译怎可如此之烂
- 2、为历史法学向法社会学过渡提供了一个典范式的论述渠道，是标明古代法的基本概念的灯塔，是磨砺罗马法学习的砥石，也是法学人士深刻理解关键法概念的必读之书。

1、亨利·梅因（1822-1888），19世纪著名法律史学家，萨维尼所开创历史法学派在英国的传人，英国历史法学的开创者，近代法律史学科和比较法学科的开路先锋。在本书中梅因试图从历史法学的角度构筑关于法律起源与罗马法的如下理论。“自然法”与“社会契约”，实在是启蒙运动的“以今视古”甚至“托古改制”，远非纯粹且无近现代诉求色彩的法律史概念，一个真正的法学家不应在法律史研究层面受缚于这种“纯理论”。当然，我们不可否认“自然法”与“社会契约”分别对古典时期和复兴时期法学精神的重构，也根本无法忽视二者对于现代法学精神的影响。但，也不能忽视如下所述真正的法之起源，古老经验的传承从未因近现代的重构彻底消逝，历史地综合考虑在时间纵轴上的价值演进，方能充分把握法之经验。最原始的古法源自神灵祭祀，事神才是原始法律的源头。面对自然的畏惧，为自然拟制出一个神格存在，并以这种敬畏以符合“在自然中生存的准则”规范族人，哪怕仅仅是原始人自认为的准则，是原始氏族社会之常态，也是道德与法律等社会规范的根本源头。在真正的远古社会，没有什么自然理性，更没有什么社会契约，有的只是自然神格，唯有托名于自然神格方能规范族群。罗马法在其摆脱“事神”宗教性的过程中，运用“拟制”的手法，从其诞生之日起，便为实践的发展与罗马法学家的解释，提供了弹性空间，从而避免了在中华法系、伊斯兰法系、印度法系所出现的僵化。梅因关于古代家庭与财产的论述，解释了为什么古希腊的民主、古罗马的共和乃至夏商周的宗法，都以成年有产男子为权力主体，而非任何个人，他们绝不仅仅代表自己参加议事，更是代表整个家族参加社区乃至国家的议事。这也解释了，为什么一个官员犯下重罪，会被除以连坐之罚，因为罪官的家族本身便是他权力所覆盖的财产。家父与族长在家族之中，对位于其宗亲世代之下的所有人，都拥有至高无上的从生命到财产的全部权力，古罗马如此、古中国如此、古代法皆如此。从神格拟制出家父权，氏族与家族便成为古代社会的基本单元。总有个别氏族在互相往来之中，通过战争征服或发明革新，成为一个时代的强势氏族。强势氏族获得弱小氏族的依附，这时就需要以氏族身份资格的拟制，来使强大氏族能够获得远超过自然繁殖速度的滚雪球式发展。这就解释了为什么在自然生育条件恶劣的古代，有那么多姓氏自称来自黄帝、炎帝，光凭血缘未免过分夸张了炎黄氏族本身的繁育能力。强族成员资格的拟制，为进一步使早期人类社会形成带来可能。随着强势氏族的扩大以及生产力的提高，等级逐渐出现，真正的氏族血亲与早期拟制依附的往往成为该氏族的贵族，后来依附的成为平民，战争或买卖得来的俘虏则成为奴隶。古代法本身便是维护神权、家父权乃至君权（放大版家父权）的法律，显然只可能从这三种权威本身中被制造出来，而非启蒙思想家们所“钦定”的“自然法”或“社会契约”。启蒙思想家们不得不从“自古以来”做起“托古改制”式的政治改革文章，与康有为式启蒙何其相似？反而可以看出人类社会是有多么的“泥古不化”，无论中西。所有这一切古代的名言中，都有一个显著的特点。它们一致表示，从“遗嘱人”转移给“继承人”的是家族，也就是包括在“家父权”中和由“家父权”而产生的各种权利和义务的集合体。一切“宗法制”的最终形态都会是“嫡长子继承制”，唯有如此，方能稳定“宗法秩序”，避免相对于自然仍旧弱小的人类族群分崩离析。梅因指出，宗法继承人所继承的绝非现代意义的所有权，而是一种古代意义的宗法责任，一种无所谓个人权利义务的宗族责任，一种将继承人拟制为宗族本身的责任。举个不恰当的例子，古代的一宗之长，就像是该宗族的“绝对君长+宗族法人”，既在身份上君临本宗族，又在财产上代表本宗族。随着罗马共和国的四处征伐与地中海商圈的往来，战士常年在需要独立的产权来保证军功利益的所有，商人常年奔波需要独立的产权来保证商业利益的效率，宗法这种源自古罗马早期农耕氏族的制度受到冲击，罗马法也以“万民法”的法域来逐步认可这种趋势。时代的需要与希腊思想的输入，使个人的权利义务呼之欲出，罗马法适应了这个趋势，并因此而逐渐伟大。梅因在契约的源起方面，着重强调了“形式”的起源。梅因认为，手势、行为、习语在文字发明与印刷术普及以前，起到了后世“书写文本”的见证作用，这些“言行见证”，依然在我们现代社会中有所遗存，宣誓仪式便是这种早期“言行见证”的“直系子嗣”。通过一整套仪式的“言行见证”，早期契约获得了充满仪式感的权威，仪式感本身不排除宗教神格、世俗政权、宗族权威的影响，甚至可以说，仪式感之权威本身便是来自前述三者。神权、君权、宗权为早期契约赋予了权威，至少在形式上将契约“拟制”为“神意”、“君意”、“父意”。回到本文开头引述的“社会契约”纯理论问题，近代以来的“社会契约”显系对“个人契约”的拟制，它建基于对原始社会的“自然状态”设定，将个人商事领域的契约精神映射到国家建构理论中去，进而满足日益崛起的“商民”的需要。综上所述可见，无论是出于敬畏自然而拟制出的自然神格，还是为调节氏族共和而拟制出的宗长家父权；无论是为

## 《古代法》

适应商事与军事发展需求而拟制出的充满仪式感的早期契约，还是为了进一步促进市民社会的发展而拟制出的社会契约；还有以“自然神格、自然理性、自然状态、自然法”的不同形式贯穿西方法学思想始终的“自然法精神”，拟制无疑是沟通不同时代差距的桥梁，是罗马法得以不断演进、复兴与再生的关键，更是“罗马法精神”得以最终演进出现代法学的根本所在。最后，再提一条很有启发意味的梅因的研究思路。梅因从语言层面分析，主张古代语境法律概念A，包括了后世的法律概念A1、A2、A3，甚至包括后人语境看来完全不属于A类的法律概念B、C、D，这是古今语境不同所致，就像我国的“礼”，其早期含义涵盖了后世的祭祀、道德、法律、文化等词含义。所以后人看待古代法，应当运用这个思路方能吃透一些“复合”概念。就比如梅因在论述家父权时提及的“家族”与“财产”：

## 章节试读

### 1、《古代法》的笔记-第202页

在一个契约合意下的人们由一个强有力的约束或连锁联结在一起，这个观念一直继续着，直到最后影响着罗马的“契约”法律学；并且在这里顺流而下，它和各种现代观念混合起来。

### 2、《古代法》的笔记-第82页

从历史表面上所能看到的各点是：最年长的父辈、最年长的尊亲属是家庭的绝对统治者。他握有生杀之权，他对待他的子女、他的家庭像对待奴隶一样，不受任何限制；真的，亲子具有这样较高的资格，就是终有一天他本身也要成为一个族长，除此以外，父子关系和主奴关系似乎很少差别。子女的牛羊就是父的牛羊，父所占有的物件由他以代表的身份而非所有人的身份占有的，这些占有物，在他死亡时，即在其一等卑亲属中平均分配，长子优势以生得权的名义接受双倍的份额，但更普通的是除了一种荣誉的有限权以外，不再赋予任何继承利益。

### 3、《古代法》的笔记-第28页

人民所要求的不是变更法律，这些法律通常被估计得高过它们的真正价值，人民的要求只在能很纯洁地、完善地和容易地执行法律；一般是在要除去某种大积弊，或是要处理阶级与阶级之间和朝代与朝代之间某种无可调和的争执时，才求助于立法机关。依罗马人看来，在社会发生了一次重大民变后，必须制定一大批的条例，才得以安定社会秩序。

### 4、《古代法》的笔记-第160页

罗马人的“先占”原则，以及法学专家把这原则发展而成的规则，是所有现代“国际法”“有关”战利品“和在新发现国家中取得主权等主体的来源。敌对行动的开始使社会回复到了一种自然状态，并且，在这样造成的人为的自然状态中，就两个交战国而论，私有财产制度就处于停止的状态。

### 5、《古代法》的笔记-第85页

罗马人的“家族”、“大氏族”和“部落”都是它们的类型，根据它们被描述的情况，使我们不得不把它们想象为从同一起点逐渐扩大而形成的一整套同心圆，其基本的集团是因共同从属于最高的男性尊亲属而结合在一起的“家族”。许多“家族”的集合形成“氏族”或“大氏族”。许多“氏族”的集合形成“部落”。而许多“部落”的集合则构成了“共和政治”。根据这些痕迹，我们是不是可以进而认为：共和政治是因为来自一个原始家族祖先的共同血统而结合在一起的许多人的一个集合体。

### 6、《古代法》的笔记-第134页

我们毫不隐瞒地认为这种手续程序是现代社会如果没有了它们就很难团结在一起的两个伟大制度即“契约”和“遗嘱”的母体。曼企帕因（mancipium）或后来拉丁文中所谓“曼企帕蒂荷”，把我们带回民事社会的萌芽时代去。由于它的产生远在书写艺术发明之前、至少是在书写艺术广为流行之前，所以手势、象征的行为和庄严的成语便被用来代替了文件的形式，冗长的和繁复的仪式是为了要使有关各造都能注意到交易的重要性，并使证人们可以因此而获得深刻的印象。口头证言不及书面证言晚辈，因此必须增加的证人和助手的人数，远超过后来被认为合理或可以理解的范围。

### 7、《古代法》的笔记-第171页



## 《古代法》

没有一种原始社会的制度可能会保存到今天，除非是通过某种生动的法律拟制使它取得了原来性质所没有的一种弹性。

### 8、《古代法》的笔记-第88页

家族也许比“国家”、比“部落”、比“氏族”更加古老一些，但它在“氏族”和“部落”被长久以往，在血缘同国家的组成已长久失掉了联系以后，还在私法上留有残迹。它在法律学的各大部门中都有烙印可以发现；并且我认为，它可以被认为是这些部门中血多最重要和最持久特征的真正渊源。

### 9、《古代法》的笔记-第61页

如果回顾一下自然状态理论在政治上达到非常高的重要性的时期，则绝少人会否认：在第一次法国革命时期，曾经多次发生的重大失望都是由它有力促成的。它产生了或强烈地刺激了当时几乎普遍存在的智力上的恶习，如对现实法的蔑视，对经验的不耐烦，以及先天的优先于一切其他理性等。这种哲学紧紧地掌握住了那些比较思想得少、同时又不善于观察的人，它的发展趋势也就比例地成为明显的无政府状态。

### 10、《古代法》的笔记-第163页

罗马法律家认为，“先占”是取得财产的“自然方式”之一，他们毫不怀疑地深信，如果人类真能生活在“自然”的制度下，“先占”必将为他们的实践之一。至于他们是否真正自信这样的民族状态确实存在，则像我在前面已经说过的，是他们论文中留而未决的一点；但他们有一个推测则确是所有时代的人一致认为可信的，即财产制度并不是自有人类以来就有的制度。现代法律学一无保留地接受他们的全部教条，而对于这种假定的“自然”状态所怀抱的热诚好奇，甚且超过了他们。

### 11、《古代法》的笔记-第154页

我们可以完全断定，“长子继承权”制的被优先采用，并不是为了一个子而剥夺其余诸子的继承权。分裂封地要使每一个人受到损害。封地的巩固会使每一个人获得好处。”家族“可以因权力集中于一个人手中而更强大有力；赋予继承权的封建主并不能较其同胞和亲属在占有、利益或享受上有任何优越之处。

### 12、《古代法》的笔记-第120页

我们在社会的幼年时代中，发现有这样一个永远显著的特点。人们不是被视为一个个人而是始终被视为一个特定团体的成员。每一个人首先是一个公民，然后，既是一个公民，他必是阶级中的一个成员——属于一个贵族阶级的成员或是属于一个平民阶级的成员；或是，在有一些社会中，由于时运不佳而在其发展的过程中遭受到了特殊的逆转，他就成了一个族籍的成员；其次，他是一个氏族、大氏族或部族的成员；最后，他是一个家族的成员。这最后一类是他所处身的最狭小的最个人的关系；这看上去好像是矛盾的，但他绝不把他自己看成为一个个别的个人。他的个性为其家族所吞没了。· · · · · 作为社会的单位的，不是个人，而是由真实的或拟制的血族关系结合起来的许多人的集团。

### 13、《古代法》的笔记-第40页

“自然”含有匀称秩序的意思，先是在物质世界中，而后是在道德世界中，而对秩序的最早的看法，无疑地含有直线、平面和长短之意。人们不论是在想象假定中的自然状态的轮廓，也不论是在想象“各国共有法律”的确是行使情况时，都会不自觉地想到这种同样种类的图画或底子，并且我们所知道的关于原始思想的知识，会使我们达到这样一个结论，即这种想象上的相似性很可能会促使我们

相信这两种概念在实际上是一回事。

### 14、《古代法》的笔记-第98页

“宗亲属”的基础并不是“父”“母”的婚姻，而是“父”的权威。在同一“父权”之下的一切人，或是曾经在它之下的一切人，或是可能会在它们下面的一切人，如果他们的直系祖先寿命很长足以造成他个人的王国，所有这一切人就都是因“宗亲属”而结合在一起的。实际上，在原始的见解中，所谓“亲属关系”正是以“家父权”为其范围的。“家父权”开始时，“亲属关系”也开始；因此，收养关系也包括在亲属关系之中。“加赋权”终了时，“亲属关系”也终了；因此一个被父解放了得子就丧失了“宗亲属”的一切权利。这也是为什么女性后裔不在古亲属关系范围之内理由。

### 15、《古代法》的笔记-第52页

原始法律的僵硬性，主要是由于它同宗教的早期联系和同一性造成的，这种僵硬性曾把大多数人在生活和行为上的见解束缚住，使它们和人们的惯例第一次被固定为有系统形式时的见解一样。世界上只有一两个民族由于奇异的命运才能使它们免除了这种不幸，而从这些民族所出的支系曾丰富了少数现代社会，但是情况仍旧是这样：在大部分世界中，只有墨守着原始立法者所设计的最初计划，法律才能达到其完美性。如果在这类情形中，智慧确曾对法律发生过影响，那它能一致地以之自夸，就是它能在古原文的基础上，求得种种机巧的牵强附会的结论，而在其文字性质上却毫无显著的背离。

### 16、《古代法》的笔记-第46页

英国法学家很容易看出，“英国衡平法”是建筑在道德规则上的一种制度；但是却忘记了这些规则是过去几世纪的——而不是现在的——道德，忘记了这些规则已经几乎尽它们所能的受到了多面的应用，并且忘记了它们虽然同我们今天的伦理信条当然并没有很大的区别，但它们并不一定同我们今天的伦理信条处在同一个水平上。

### 17、《古代法》的笔记-第110页

所有进步社会的运动在有一点上是一致的。在运动发展的过程中，其特点是家族依附的逐步消灭异己代之而起的个人义务的增长。“个人”不断地代替了“家族”，成为民事法律所考虑的单位，前进是以不同的速度完成的，有些社会在表面上是停滞不前，但实际上并不是绝对停止不前，只要经过缜密研究这些社会所提供的各种现象，就可以看到其中的古代组织是在崩溃。但是不论前进的速度如何，变化是绝少受到反击或倒退的，只有在吸收了从外国来的古代观念和习惯时，才偶尔发生显然停滞不前的现象。我们也不难看出：用以逐步代替源自“家族”各种权利义务上那种相互关系形式的，究竟是个人与个人之间的什么关系。用以代替的关系就是契约。

### 18、《古代法》的笔记-第47页

罗马法学专家为了要说明“裁判官”对法律学所作的改进，从希腊借用了一个人类“自然”状态——一个“自然”社会——的学理，这种自然社会是出现于由现实法统治的社会组织之前的社会。另一方面在英国，则用一些特别适合于当时英国人口味的观念，来解释“衡平法”主张的优于普通法，这些观念假定国王作为其宗主权的自然结果，是应当被退订为具有监督公正执行的一般权利的，过去有这样一种旧的学理，认为“衡平法”来自国王的良心——这种改进在实际上已经发生在被指为主权者在道德意义上的一个固有的提高的社会道德标准中了，这种见解是和前述的见解相同的，不过表现于一个不同的和一种更为离奇古怪的方式中而已。

### 19、《古代法》的笔记-第196页



## 《古代法》

关于我们所处的时代，能一见而立即同意接受的一般命题是这样说法，即我们今日的社会和以前历代社会之间所存在的主要不同点，乃在于契约在社会中所占范围的大小。这个说法所根据的现象，有些都是常常被提出来受到注意、批评和颂扬的。我们绝不会毫不经心地不理睬到：在无数的事例中，旧的法律是在人出生时就不可改变地确定了一个人的社会地位，现代法律则允许他用协议的方法来为其自己创设社会地位；真的，对于这个规定有几个例外，不断地在热烈愤慨下遭到废弃。

### 20、《古代法》的笔记-第137页

甚至在比较近的大宪官和解时代，表示“家庭”和“财产”的两个名词在日常用语中是混淆不清的。如果把一个人的“家庭”认为是他的财产，我们就不妨把这个用语解释为指“家父权”的范围，但是，由于这两个名词是可以相互交换的，我们必须承认，这样的说法把我们带回到了原始时代，当时财产是由家族所有，而家族则为公民所管理，因此社会的成员并不有其财产和其家族，而是通过其家族而有其财产的。

### 21、《古代法》的笔记-第167页

先占的真正的基础，并不在于这“财产权”制度出于天性的偏爱，而是在于这个制度长期继续存在而发生的一种推定，即每一种物件都应该有一个所有人。当一个“无主物”，也就是当一个还没有或者从来没有成为完全所有权的物件被占有时，占有人所以被允许成为所有人，是出于这样一种感觉，即所有的贵重物件天然地是一种绝对占有的主体，而在上述的情况中，除了“占有人”以外还没有一个人被授予过财产权。简言之，“占有人”成为所有人，因为所有的物件都被假定为应该是属于某人的财产，同时也因为没有一个人比他对这特定物件有更好的所有权。

### 22、《古代法》的笔记-第107页

在他们历史的初期，希腊人解释奴隶制度的跟俊是因为某种民族智力低劣，从而天然地适合于这种奴役状态。罗马人用了同样独特的精神，认为它是战胜者和战败者之间一种假定的合意，前者要求敌人永久为其服役；而后者以获得他法律上已经丧失的生命作为交换。这些理论不但不充分，并且也显然同它所想说明的实际不符。但这些理论在某些方面还有着巨大的影响。它们使“奴隶主”心安理得。它们永久保存了并且也许加深了“奴隶”的地下地位。

### 23、《古代法》的笔记-第37页

尽人皆知，这个命题——按照自然而生活——是著名的斯多葛派哲学这里的总和。在希腊被征服后，这种哲学在罗马社会中立刻有了长足的发展。它对于有权势的阶级有着自然的魔力，这个阶级的人们至少在理论上还墨守着古代意大利民族的简单习惯，不愿意使自己屈从于新的外来的风俗习惯。他们于是立即开始爱好斯多葛派关于按照自然而生活的训诫。当时由于对世界的掠夺，由于各地最奢侈民族的榜样，罗马城中充满了荡佚荒淫，这种爱好（自然生活），相比之下，益加可喜，我并且要说，益加可以尊贵。

### 24、《古代法》的笔记-第155页

在一个宗法统治的社会中，长子继承了宗亲集团的政府，并有绝对权力处分其财产。但他并不因此而成为一个真正的所有人。他还有不包含在所有权这概念中的相关联的各种义务，这些义务是十分不明确的并且也不可能下定义的。

### 25、《古代法》的笔记-第190页

封建时代概念的主要特点，是它承认一个双重所有权，即封建地主所有的高级所有权以及同时存

在的佃农的低级财产权或地权。有人认为这种双重所有权非常像罗马人把财产概括地区分为公民的或法律的，以及（用一个后来的名词）有使用权的或可衡平的。该雅士也把完全所有权分裂为两个部分作为罗马法律的一个特点，与其他民族所熟悉的完全或自主财产所有权成为明白的对比。诚然，查士丁尼把完全所有权重新合而为一，但蛮族在这样许多世纪中所接触到的是西罗马帝国经过部分改革的制度而不是查士丁尼的法律学。

### 26、《古代法》的笔记-第89页

经过提炼的罗马法同原始野蛮的惯例混合后，形成了以封建制度这个虚伪的名字为我们所知的混合物，其结果之一是复活了在罗马世界早已废弃不用的古代法律学的许多特色，因此那似乎已经终止了得分解过程又再度开始，并且在某种程度上直到现在仍旧在继续进行。中罗马法不同部分被中世纪封建法律、罗马天主教会法、英美法及大陆法所各取所需地继承了。

### 27、《古代法》的笔记-第79页

在这些纯理论中，都忽视了在它们出现的特定时间以前很遥远的时代中，法律在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，把他的考虑从作为一个统一体的现存物理世界开始而不从作为其最简单构成要素的各个分子着手时所犯的 error，很相似。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。似乎在先就可以看到，我们应该从最简单的社会形式开始，并且越接近其原始条件的一个状态越好。．．．．．当人们用一种现代的观点来观察这些现象时必然会引起不易很快克服的惊奇；但当惊奇被克服时，它们就将很少也很简单的了。

### 28、《古代法》的笔记-第123页

一个人在法律上的生存得在其继承人或许多共同继承人身上延长，这在实质上似乎就等于把家族的一个特征通过拟制而转移给个人。法人中的继承必然是概括的，而家族是一个法人。法人永生不灭。个别成员的死亡对于集体的总的生存毫无关系，并且也绝不会影响到集体的法律附带、其能力或其责任。这样，在罗马人所谓概括继承的这个观念中一个法人所有的这一切性质，似乎都被移转给个人公民了。他的肉体死亡可以丝毫不影响他所占有的法律地位，其所根据的原则显然是：他的地位应该尽可能和一个家族的地位相类似，而一个家族既有着法人的性质，是不会发生肉体死亡的。

### 29、《古代法》的笔记-第186页

法学专家制定的这个“时效取得”提供了一个自动的机械，通过这个自动机械，权利的缺陷就不断得到矫正，而暂时脱离的所有权又可以在可能极短的阻碍之后重新迅速地结合起来。

### 30、《古代法》的笔记-第199页

所谓“社会契约”，是我们正在讨论的错误所形成的最有系统的一种形式。这个理论虽然为政治热情所抚育而趋于重要，但所有它的营养则完全来自法律学的纯理论。．．．．．他们提出一切“法律”源自“契约”的理论，其目的是在满足他们的尝试，要把所有法律学归因于一个一致渊源的纯理论，同时也在规避主张“强行法”来自神授的各种学理。在另一个思想阶段中，他们可能满足于把他们的理论停留在一个巧妙假设或一个便利的口头公式的情况中。但这个时代，是在法律迷信的统治之下。“自然状态”已不再是似是而非的东西了，因此，在坚持“社会契约”是一种历史事实时，就

很容易使“法律”起源于契约的理论获得一种虚伪的真实性和明确性。

## 31、《古代法》的笔记-第18页

为什么各种不同形式的拟制特别适合于社会的新生时代，这是不难理解的。它们能满足并不十分缺乏的改进的愿望，而同时又可以不触犯当时始终存在的、对于变更的迷信般的嫌恶。在社会进步到了一定阶段时，它们是克服法律严格性最有价值的权宜办法。

## 32、《古代法》的笔记-第58页

在卢梭的一切理论中，其中心人物，不论是穿着英国服装在一个社会契约上签名的或者是率直地把所有历史特性完全剥光，都一律是在一种假设的自然状态中的“人”。每一种法律和制度，凡是不能适合于这些理想情况下的这种想象的人，都被加以非难，认为是从一种原始完美状态的堕落；对于每一种能使社会更接近于“自然”生物统治着的世界的社会变革，都认为是可以赞美的，并值得用任何明显的代价使其实现。

## 33、《古代法》的笔记-第50页

“自然法”把“过去”与“现在”混淆起来了。逻辑上，它意味着曾经一度由自然法支配的一种“自然”的状态；但法学专家并不明白地或确信地说到过有这样一个状态，这种状态除了偶然在幻想黄金时代的诗歌中能发现外，的确也绝少为古人们所注意到。自然法从实际效果讲，是属于现代的产物，和现存制度交织在一起的东西，是一个有资格的观察家可以从现存制度中区分出来的东西。

## 34、《古代法》的笔记-第117页

一个“遗嘱”或“遗命”是一种工具，继承权的移转即通过这个工具而加以规定。继承权是概括继承的一种形式。概括继承是继承一种概括的权利，或权利和义务的全体。．．．．．所谓概括的权利是各种权利和义务的集合，由于在同一时候属于同一个人这种唯一情况而结合起来的。它好比是某一个特定的个人的法律外衣。它并不是把“任何”权利和“任何”义务凑合在一起而形成的。它只能是属于一个特定人的一切权利和一切义务所组成的。．．．．．由于它们附着于某一个能够行使这些权利和义务的个人的这一种事实。没有这一个事实，就没有权利和义务的全体。．．．．．概括继承就是继承一种概括的权利。当一个人接受了另一个人的法律外衣，在同一时候一方面承担起全部义务，另一方面享有其全部权利时，就发生概括继承。为了使这个概括继承真实和完全，转移必须像法学家所说的那样一次实行。．．．．．要有一个真正的概括继承，转让必须是对全部权利和义务在同一时候一次进行，同时受领人也必须以同一法律身份来接受。．．．．．死亡者的肉体人格虽已死亡，但他的法律人格仍旧存在，毫无减损地遗传给其“继承人”或“共同继承人”，（以法律而论）他的同一性在其“继承人”或“共同继承人”身上是延续下去的。

## 35、《古代法》的笔记-第3页

在人类的初生时代，人们对于持续不变的或定期循环发生的一些活动只能假用一个有人格的代理人来说明。

## 36、《古代法》的笔记-第181页

“要式交易物”和“非要式交易物”之间的区分是一种有功于人类文明的区分，这种区分涉及全部商品，它把商品中的一小部分归入一类，而把其余的列入较低级的一类。各种低级的财产，由于蔑视和忽视，首先从原始法律所喜爱的复杂仪式中释放出来，此后，在另一种智力进步的状态下，简单的移转和恢复方法便被采用，作为一个模型，以它的便利和简单来非难从古代传下来的繁重仪式。



## 37、《古代法》的笔记-第4页

“地美士”和“地美士第”是同长久以来顽固地为人们拘泥着的一种信念密切地联系着的，这种信念认为在生活的每一个关系中，在每一个社会制度中，都有一种神的影响作为它的基础，并支持着它。在每一古代法律中，在每一政治思想的雏形中，到处都是可以遇到这种信念的征象。那时候所有的根本制度如“国家”、“种族”和“家族”都是假定为贡献给一个超自然的主宰，并有这个主宰把它们结合在一起的。在这些制度所包含的各种不同关系中集合起来的人们，必然地要定期举行公共的祭礼，供奉公共的祭品，他们时时为了祈求赦免因无意或疏忽的侮慢而招惹的刑罚举行着斋戒和赎罪，在这中间这种同样的义务甚至被更有意义地承认着。

## 38、《古代法》的笔记-第2页

凡是似乎可信的和内容丰富的，但却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和法律原始历史的；这些理论不但使注意力离开了可以发现真理的唯一出处，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。

## 39、《古代法》的笔记-第172页

法律初生时代的特点是，由于人格权和财产权的混杂不清以及公法义务和私法义务的混淆在一起而流行着共同所有制

## 40、《古代法》的笔记-第78页

所谓对一个社会毋宁说是对社会的统治阶级是权宜的东西，实际上必然地就是社会在做出变更时心目中所想要达到的目的，不论这个目的是什么。所谓权宜和最大幸福，实在就是推动变更的冲动，不过名称不同而已。

## 41、《古代法》的笔记-第126页

所有这一切古代的名言中，都有一个显著的特点。它们一致表示，从“遗嘱人”转移给“继承人”的是家族，也就是包括在“家父权”中和由“家父权”而产生的各种权利和义务的集合体。在印度人中，继承一个死亡者财产的权利，是和履行其葬仪的责任相辅而行的。如果葬仪没有被按礼履行或者不是由适当的人来履行，则在死亡者和在生存者之间不能认为已经建立了任何关系；“继承法”就不能适用，没有人能继承遗产。在一个印度人的一生中，似乎每一桩大事都和这些祭仪有关。如果印度人结婚了，是为了要有子女，在他死亡后祭祀他；如果他没有子女，他就有最大的责任从其他家族中收养一个子女，“其目的是在”，根据印度博士的说法，“获得葬饼、水和庄严的葬礼”。西塞罗时代罗马家祭所保存的范围，也并不小于印度。它包括了“继承权”和“收养”。如果对养子原来的家族不举行适当的家祭，则不能进行“收养”；如果祭仪的费用不在各个共同继承人中严格地平均分摊，则不准根据“遗命”来分配一个“继承权”。我们最后一次看到这家祭的时代的罗马法，和现存印度制度之间所存在的差别，是非常有益的。在印度人中间，法律中的宗教成分获得了完全的优势。家族祭祀成了一切“人法”和大部分“物法”的基石。祭祀甚至经过异常的扩大，因为，在一种常常伴随着祭祀的观念的印象影响之下，认为人类血液是一切祭品中最可珍贵的祭品，印度人就在原始的家祭上做了一些补充，认为寡妇在丈夫的葬仪中应该以身殉葬。

## 42、《古代法》的笔记-第146页

一种情绪绝不会因为产生它的情况消逝了而必然地随之消灭。它可能会比情况留存得更长久；不

，它也可能会在后来达到一个强烈的顶点和高潮，而这种顶点和高潮是在情况继续存在期间从来没有达到过的。

### 43、《古代法》的笔记-第102页

妇女处在夫的监护下，也就是说，在法律上，她成了她丈夫的“女儿”。她被包括在夫的“家父权”中。她承担着在“家父权”存在时所产生的以及在“家父权”消灭后所留下的一切义务。她所有的全部财产绝对地属于夫所有，在他死亡后，她便受监护人的保护，监护人是由其夫用遗嘱指定的。

### 44、《古代法》的笔记-第191页

所有解释封建制度的各种错误的或不充分的理论，在它们相互之间有一点类似的倾向，就是忽略了包含在封建制度结构中的这种特殊要素。在这个国家中为一般人所追随的前辈研究者，都特别着重封建制度逐渐从长成到成熟这个混乱期间的各种情况；后来，在已经存在的那些错误中又添加了一个新的错误的来源，这就是民族骄傲，它使日耳曼的著者过分夸大其祖先早在他们来到罗马世界之前就已建立起了的社会组织的完整性。如果罗马法律学的确对蛮族社会有任何影响，则绝大部分影响的产生应该在查士丁尼立法以前，也就是这些纲要着手编辑之前。我认为，在蛮族惯例这个瘦削的骨骼上被以肌肉的，不是经过改革的和经过提炼的查士丁尼法律学，而是流行在西罗马帝国的以及东罗马帝国民法大全所没能代替的未经整理的体系。

### 45、《古代法》的笔记-第71页

要鲜明地想象封建组织的最好方式，应从它的基础开始，先考虑佃农同设定和限制其劳务的小块土地之间的关系——而后通过上层封建建筑的狭小范围而一直上升以至接近于这制度的顶点。在黑暗时代的后期，这个顶点究竟在什么地方，是不容易决定的。可能，在部落主权的概念确实消失的地方，这个最高之点始终被指向着西罗马帝国凯撒的假定承继人。但是过了不久，当帝国权威的实际影响大大萎缩时，皇帝把他仅有大费残余权力集中于日耳曼和北意大利，所有在前加洛温帝国四周的最高封建主发觉了在他们上面实际上已经没有一个最高首领。逐渐地他们就习惯于这种新的形势，而已免除外来干涉的这个事实，终于把依附的理论隐灭掉了；当然有许多征象表明，这个变化的完成并不是十分容易的；而且我们得毫无疑问地认为，由于这样一种印象，就是说，根据事务的自然性质，必然地要在某些地方有一个最高的统治权，就产生量不断地把世俗上的无上权力归属于罗马教皇的倾向。法兰西加佩王朝的接位，标志着思想革命中第一阶段的完成。这个环绕着巴黎四周有限领土的封建诸侯，由于大量的宗主权结合于本身这一个偶然事件而开始自称为法兰西国王，他成为了一种全然新的意义的国王，一个主权者，他对法兰西土地的关系和男爵对于封邑、佃农对于自由产的关系完全相同。这个先例不但是新奇的，通史也是有影响的。在法兰西的这种君治统治的形式，有力地促使其他地地方同同一个方向变化。

### 46、《古代法》的笔记-第34页

“万民法”的产生，一部分是由于他们（罗马法学家）请示所有的外国法律，一部分是由于他们不愿以其本土的“市民法”的利益给予外国人。

### 47、《古代法》的笔记-第67页

人类在“自然”的王笏之下，是一律平等的，从而如果国际间的状态是一种自然的状态，则各国也一定是平等的。独立的国家不论大小强弱不同，但在国际法的眼光中是一律平等的，这个命题对人类的幸福有巨大的贡献，虽然它在各个时代中继续不断地为各种政治倾向所威胁着。如果“国际法”不是由文艺复兴后的公法学家们完全从“自然”的庄严主张中求得，那么这个学理可能永远不能获得一个稳固的立足点。

### 48、《古代法》的笔记-第197页

由于多数人笃守信义，就给了少数人不顾信义的方便，因此，当巨大的不诚实事件发生时，必然的结论是，在一般的交易中都显现出审慎的正直，只在特殊情形中才予犯法者以可乘之机。

### 49、《古代法》的笔记-第87页

有一个情况是必须加以重视的，即形成不同政治集团的人们当然有定期会集在一起的习惯，目的在用共同的祭祀以确认和神圣其联系。被同化于同胞中的异乡人无疑地也会被允许参加这些祭祀；我们可以相信当这些异乡人一度这样做了以后，似乎就很容易或没有什么困难被视为参加了共同血统。因此，从证据得出的结论，所有早期社会并不都是由同一祖先的后裔组成，但所有永久和团结巩固的早期社会或者来自同一祖先，或者则自己假定为来自同一祖先。有无数的原因可能会把原始集团加以粉碎，但无论如何，当它们的成分重新结合时，都是以一种亲族联合的形式或原则为根据的。不论事实上是怎样，所有的思想、言语和法律都被调整，以适合于这个假定。· · · · · 到了某一个时间——也许是——当它们自己感觉到自己力量足以抵抗外来压力时，所有这些国家就立即终止用人为扩大血缘的方法来填补新成员。因此，凡当有新的人口由于任何原因而结集在他们的四周，但不能提出和他们起源于共同祖先的主张时，在这种情况下，他们就必然地成为“贵族”。

### 50、《古代法》的笔记-第116页

我以为，大多数主张“遗嘱权”是来自“自然法”的人们，他们的意思，可能或者是认为这种权利在事实上普遍存在的，或者认为这种权力由于一种原始的本能和冲动的推动而为各国所一致承认。



# 《古代法》

## 版权说明

本站所提供下载的PDF图书仅提供预览和简介，请支持正版图书。

更多资源请访问：[www.tushu000.com](http://www.tushu000.com)