



## “从身份到契约”：梅因说什么？<sup>\*</sup>

时 亮

**提 要：**自从梅因提出“从身分到契约”这个“公式”以来，它已经为作者赢得了世界性的巨大声望，《古代法》本身也已成为社会科学领域跨学科的一部经典。然而二十世纪以来，围绕这一论断也产生了诸多疑问和争议，对其发出的全面否定和讨伐之声也所在多有。本文通过对梅因这个“公式”般的经典论断进行一种社会史的解析，试图澄清这一论断在梅因语境中以“个体人”“人格”的产生和发展为灵魂的历史文化内涵，并以此为基础对相关疑问和批评作出尝试性的回应，认为即使在二十世纪，梅因的论断也并没有全然过时。

**关键词：**历史学家；身分；契约；“个体人”；人格

### 一、引言

梅因在《古代法》中提出“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”<sup>1</sup>的著名论断。由于这一公式般的论断，极为出色而形象地从宏观上总结了西方社会的现代进程，因而自其著作出版伊始，即在西方知识界为梅因赢得了极大的声誉。十九世纪下半叶以来，随着现代化进程在世界范围内逐渐展开，这一论断亦随之向外传播，梅因也逐渐获得了在更广范围内的隆厚声望。然而，一战以来，尤其是二十世纪二、三十年代以降，西方世界不断涌现新的社会问题，从而迫使各国都进行了遍及政治制度、经济结

\* 时亮，男，中南财经政法大学法律史专业2008级博士研究生，研究领域为中西法政思想史，代表作有《程树德〈九朝律考〉勘校疑误举例》、《探求之路：从“民本”到“自由”的努力——黄宗羲法政思想研究范式转换论要》、《从犹太-基督教文化史论〈宪政古今〉中一处严重译误》、《略论〈通典〉所记卢恺薛道衡除名事及其史源》等。E-mail: lsbekinder2003@gmail.com

1 [英]梅因：《古代法》，沈景一译，北京：商务印书馆，1997年，第97页。本文凡以“《古代法》”形式出现的引、注均指此本。但是个别地方作者根据英文做了变通或重译。另外，本文实际上是主要针对梅因《古代法》第五章展开的一项研究。由于该章内容几乎可以独立成篇，所以作者在论述中对该著其他章节的内容并无过多涉及，只在必要时作出引注和相关说明。

---

构、文化思潮等多层面的变革。初看之下，这些变革的许多内容似乎在渐渐背离（甚至反对而非证成和支持）梅因的公式。与此同时，当梅因在西方和东方的诸多拜慕者们，用这一公式指导他们，对非西方社会的现代化发展历程进行描述或解释性研究时，也引发了关于该原则适用之可能性及其适用程度与范围的争议：

西方社会的发展运动真的能以“从身分到契约”这一高度集约的公式来概括么？第一次世界大战以来，西方几个主要国家大量的社会、经济立法难道不是对这一论断最明显的背离而非支持么？那么，是否这一论断只适用于十九世纪中期以前、而并不适用于此后——尤其是二十世纪以来的西方社会呢？梅因已经说了“到此处为止”，这难道不是梅因对他这一论断的时效性所作出的最具先见之明的限制么？即使这一论断能够恰当概括西方社会直到十九世纪为止的发展历史，但是，这是否就意味着它对典型的非西方社会，诸如中国，也具有同样的可适用性？进而，即使存在适用的可能性，用它对这些非西方社会发展历程进行解释的知识边界又在哪里呢？等等，等等。总之，是这样一个问题：从我们当下的时代——也就是说从一个更长的时段和更广阔的范围——来看，梅因错了么？

要对这些问题作出比较恰当的回答，我们第一步要做的，就是必须尽可能准确地理解梅因自身的论题<sup>2</sup>。因而，在正式开始讨论之前，首先给出梅因著作的相关原文应该是一件会很有帮助的事情：

“The word Status may be usefully employed to construct a formula expressing the law of progress thus indicated, which, whatever be its value, seems to me to be sufficiently ascertained. All the forms of Status taken notice of in the Law of Persons were derived from, and to some extent are still colored by, the powers and privileges anciently residing in the Family. If we employ Status, agreeably with the usage of the best writers, to signify these personal conditions only, and avoid applying the term to such conditions as are the immediate or remote result of agreement, we may say that the movement of the progressive societies has hitherto been a movement from *Status to Contract*.”<sup>3</sup>

---

2 这里必须对另一个问题作出交代：关于《古代法》中，尤其是第五章标题及正文中 Primitive Society 的翻译问题。商务译本依照通行译法将其译为“原始社会”。但是，本文作者认为，在中国 1949 年以后的语境下作这样的翻译后，首先是大大缩减了梅因这一术语在其著作中已明确表示收摄容纳了的时空内涵，进而还极易造成对梅因不应有的误解。通观梅因《古代法》全书，Primitive Society 这一术语和反复出现的另一术语 Ancient Society，二者所指涉的时空内涵几乎完全一致。之所以出现二词并用的情况，本文作者以为，梅因所用，更多的是修辞上的变换而非实指上的差异。唯一的细微不同之处似乎在于，当梅因使用 Primitive Society 时，他对此时所给出的某些肯定性判断的肯定性语气，要稍微弱于他使用 Ancient Society 时所给出的那些肯定性判断的肯定语气。也就是说，这里如果真的有必须加以区别的内容的话，那也是梅因对支持他的判断的证据的信心程度的差别（就是这种差别也是十分微弱的，必须从遣词造句所传达的语气中判断），而不是两词所指涉的时空内容方面的差异。如果把 Primitive Society 按照马克思主义关于社会形态的经典划分而翻译为“原始社会”，那么，在 1949 年后的我国读者看来，尤其是真诚接受这种经典划分的读者看来，将有充足的理由认为梅因著作中所提出的诸多与罗马法相关的论证根本不能为他提供任何支持，因为在这些真诚的人们看来，最重要的东西——时空——首先就已经错了位：以数百年甚至数千年后的“奴隶社会”或“封建社会”中的社会历史事实，来论证遥远得不可以道里计的“原始社会”，岂有不错之理？！但在作者看来，这是历史语境的吊诡，纯粹是由于我国 1949 年以后的特殊情况下的翻译不慎造成的，与梅因完全无关。故根据梅因在 Ancient Law 一书中的用法，建议不妨将该词与 Ancient Society 通译为“古代社会”。在本文中若出现此一术语，本文作者大部分地方对此二者通以“古代社会”称之，个别时候称以“早期人类社会”或“初民社会”，但这样的换用除个别地方指那过于遥远的时代之外，更多地也只是出于修辞上的考虑：避免在较短的文字叙述中出现过多的重复。

3 Henry Sumner Maine, *Ancient Law: its connection with the early history of society and its relation to modern ideas*. Reprinted from the English Edition Henry Holt and Company. 北京：中国社会科学出版社，1999 年，影印本，第 164-165 页。本文以“*Ancient Law*”形式出现的引、注均出于此本。商务印书馆沈景一先生译本此段译文如下：

“身分”这个字可以有效地用来制造一个公式以表示进步的规律，不论其价值如何，但是据我看来，

---

## 二、一个基础性区分：“进步性社会”与“停滞性社会”

在对梅因的公式性论断本身进行解析之前，需要对梅因在《古代法》中对社会类型所作出的一个基础性区分，首先作出相关说明：这一区分是作为他整个论述得以展开的基本条件而被提出的。在作者看来，正是由于对这一区分有意或无意的忽略，在很大程度上造成了许多不必要的疑问和误解。这一区分就是梅因在“停滞性社会”（stationary society）和“进步性社会”（progressive society）之间作出的判别<sup>4</sup>。在第二章《法律拟制》（LEGAL FICTIONS）的首段，对法律发展中早期时代的自发力量、及其后人类有意识的推动作了极为简短的说明之后，梅因立即提出了这一区分，称“在法典时代开始后，停滞性社会和进步性社会之间的区分开始暴露出来”，而且声明：他所关注的只是人类社会中的极少数进步性社会中的法律发展的情况<sup>5</sup>。

梅因认为，人类经过了早期极为类似的法典时代，此后巨大的差异就在不同社会中产生了，从而使“停滞性社会”和“进步性社会”的理论观察成为可能。那么，是什么样的特征或内容，使得某个社会或某类社会成为了“停滞性社会”，却使得其它某个或某类社会成为了“进步性社会”呢？

根据梅因的论述，在所有的“停滞性社会”中，在其一般生活制度于一个较早的历史时期、以某种形式达到了一定程度的外在完善性之后，就绝少再有积极改进的愿望和努力了。在这样的社会中，存有一定类型的物质文明（material civilisation），甚至可能是（在一段时期内）相当发达的物质文明。但是，这样的物质文明并没有进一步充实、发展它们的“既定之法”，恰恰相反，这些“既定之法”却限制了社会文明进的一步发展。“一个实践着一套完整的风俗习惯的早期社会，往往会因为对这套风俗习惯的实践而面临着一些特殊的危险，而这些危险对它们进一步取得文明的进步而言，其后果可能是致命的。”<sup>6</sup>在这些共同体采用那些风俗习惯或惯例的早期，它们都是直接回应某种现实需要的，因而也大都能够提高和改善他们的物质状况或道德境况；但是之后，在他们遵守它们、实践它们的时候，一般并不明白知道他们之所以必须如此的理由。于是，把古时遗留下来的这些风俗习惯或某种惯例神圣化，从而使它们能够不受质疑地得到遵守和服从，就成了为他们生活中的一件大事——甚至是头等大事。这一神圣化过程的重要成果之一就是，业已被神圣化的习俗或惯例，仅仅因其是神圣的，就足以成为永恒不可变更的信条和教条。

但是，社会现实却总有一种趋于变动和发展的倾向，因而，就必然对这些“不可变更”的神圣物造成一种需要“给予手术的威胁”<sup>7</sup>。但是，只要力量还足够强大，这些被视为神圣且不可变更的风俗、习惯或惯例，就可以通过观念乃至物质的强制性力量，把社会变动——有变动才有发展和进步——以及发生变动的可能性，尽力压制、暂时排除或者彻底消灭，从而使社会生活在这些风俗习惯和惯例下，继续维持一种超稳定的基本结构。这样一来，社会进步的可能性，就被排除、消灭了，或是在这一基本结构所能接受的最低程度的水平上，将“进步”压制在它所能允许的最小范围之内。“不合理的惯例从合理的惯例中生长起来”，正是这些代代相传层层积累的、从合理的惯例中产生的神圣的“不合理的惯例”，

---

这个规律是可以足够地确定的。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，并且在某种程度上，到现在仍旧带有这种色彩。因此，如果我们依照最优秀者的用法，把“身分”这个名词用来仅仅表示这一些人格状态，并避免把这个名词适用于做为合意的直接或间接结果的那种状态，则我们可以说，所有进步社会的运动，到此为止，是一个“从身分到契约”的运动。

4 此处只就梅因的论述自身作出梳理和说明，至于这种虽然简单但很有说明效果的标签式区分，在多大程度上是和要说明的对象的实际情形相符合或相背离的，则不在本文的关注范围之内，须另外作文讨论。

5 《古代法》，第13页。

6 *ANCIENT LAW*，第17页，文句系作者根据英文文本自译。相关内容亦可参见商务沈译本第13页。

7 *ANCIENT LAW*，第18页。

---

构成了一个“停滞性社会”的法律制度之最核心的部分，——古代印度和古代中国则是这种“停滞性社会”两种类型的典型代表<sup>8</sup>。在这些“停滞性社会”中，它们所共同也最重要的特点是：力图使现实适应某种被认为是神圣/永恒的规定（习俗和惯例等）或信条，以保持这些信条或规定从表现形式到社会内容的一致性；并且，如果因此而牺牲了现实，那么这种牺牲也是应该的、值得的——因为体现出那种一致性的信条或规定是神圣的、是不会错的，当现实与它们发生冲突时，错了的只会是现实。于是，在这种社会中，牺牲现实来维护那种信条或规定的一致性，以保护和维持那自古如此的“既定正确”，就是理所当然的事情。

然而，在最初极相类似的法典时代之后，与这些“停滞性社会”中所发生的情况完全不同，在“进步性社会”中展开的，是另一种在观念和制度领域影响都极为深远的变化。

在“进步性社会”中，“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”。这样，社会的现实与社会原有的信条或规定之间，就产生了某种缺口——此时，“进步性社会”所面临的问题，与“停滞性社会”所面临的问题是一致的。但是在紧接下来的实际行动中，却与它们分道扬镳了。在“进步性社会”中，并不一般性地否定与社会先前的信念/信条或规定不一致的现实的合理性，但是，他们也往往不会为了承认现实而直接牺牲社会原有的规定和信念或信条（即广义的传统）。解决办法乃是，试图通过某种方式在二者之间作出一定调和，从而使现实对社会原有规定和信念的冲击，得以保持在相对可接受的范围内。就法律制度而言，亦即使法律和现实间的缺口保持一种不断变化中的相对稳定，而不是使它们急剧扩大，或试图将之完全消除。为此，他们发展出了多种方式来实现这一目的，其中最能与“停滞性社会”中发生的情形构成对照，同时也最为重要的，乃是“法律拟制”：“我现在使用‘法律拟制’这一表达，是要用来表示掩盖、或其目的在于掩盖一条法律规则已经发生变化这一事实的任何假定，在这些假定下，法律的文字一如其旧，但其实际的操作和运用却已经得到了修正。”“它们能满足那些并不十分急迫的改进的愿望，而同时又可以不触犯始终存在的、对于变更旧制的迷信般的嫌恶”<sup>9</sup>。正是这种在名实之间保持一定程度的悖离和紧张的智慧，使得这些社会的法律制度获得了较为稳定的逐步更新和实质性进步；同时，法律——在形式上保持稳定但在实质上已经更新和发展了的法律，又反过来给作为社会现实之文明（civilisation）的发展，提供了一个相对有效的制度框架，从而可以使法律与文明在不断的相互冲突与调适中，获得共同的生长和繁荣。在这里，梅因把查世丁尼时代以前的罗马法的发展演变，和英国普通法近千年的成长成熟的历史过程，看成主要是由于“法律拟制”发挥作用并取得了巨大成功，进而标示了“进步社会”的某种特质的历史典范性例证。<sup>10</sup>

上面作者简要述说了梅因在“停滞性社会”和“进步性社会”之间所作的区分，这个区分乃是梅因下文所有论述得以展开的基础和前提性条件。

### 三、“到此处为止”：梅因要说什么？

梅因真的如某些论者认为的那样，强调指出“从身分到契约”的著名论断的有效期“到此处为止”么？

本文作者以为，这里似乎存在某种于翻译相关的误读。我们看到在梅因的原文中，他

---

8 《古代法》，第 11-12 页；第 13-15 页。ANCIENT LAW，第 17-19 页；第 21-23 页。梅因对中国的观察，明显缺乏一种内在的视角和同情的理解。但是，若将传统中国社会和西方自希腊罗马以至于十九世纪所发生的历史变迁相较，则古代中国的“停滞性”又是十分明显的。兹论甚大，此不详及。

9 ANCIENT LAW，第 24-27 页。作者认为这一段内容商务沈译本译文有不妥之处，这里的引文系作者根据自己理解译出，其间参照了商务沈译本，谨表感谢。参见《古代法》，第 15-17 页的相关内容。

10 《古代法》，第 18-25 页。

只是用 hitherto 来表示一种时段上的一般性界说，并没有特别强调的意味。但是在中译本中，“到此处为止”<sup>11</sup>，却是在一个完整的句子中，以一个独立短句的形式存在的，并因此而把整个句子一截为三。在汉语表达中，这种句式对“到此处为止”的强调色彩极其浓厚。在本文作者看来，这种汉语表达句式的选择，乃是造成中国读者对梅因观点发生误解的重要原因之一。部分读者甚至因此而认为梅因特别强调他所作出的论断之的时效性限制：只适用于至十九世纪中期为止的社会发展。但是，由原文的表述方式，我们可以明白看出：梅因并没有特别强调的意思。否则，以梅因的修辞造诣，其行文将完全是另一种语式。

既然梅因此处并非特别强调该论断的时限性，那么，此处的“hitherto”又是用来说明什么呢？作者认为，这是梅因对“历史学家”这种“身分”，有着一种清醒明确的职业自觉的结果，即：在这里，梅因认为这是作为一个“历史学家”应守的职业本分。试申言如下：

自古以来，“国之大事，唯祀与戎”，东方西方概莫能外。这一点，在可考的古代西方社会——尤其是上古时代希腊罗马社会的历史记载中，和在东方的历史记载中，同样都频频出现，并具有核心重要的地位<sup>12</sup>。“戎”所肩负的是现代所谓世俗性的职能，而其中又以部族间的战和为大，此亦即“戎”之所以为“大”的原因。“祀”则更多地指向宗教事务（这实际上也是一个现代词汇）——这又是整个宗族或部族的命脉所系：祭祖先之灵，通神明之德，明神人之分，以铭记血族之过往，以恪尽生人之本职，以福佑子孙之未来<sup>13</sup>。正是在这样一种具有深厚历史积淀的传统中，早期的祭司同时也就是“史官”（往古故事记录的编纂者和掌握着），“史官”也往往就是祭司，一而二，二而一。据历史研究，人类社会早期的祭祀从来没有超出一家一族的范围，与之相伴随的“历史”记录也极少涉及到家族以外的内容<sup>14</sup>。随着社会的不断发展，共同体也不断扩大进而逐渐包含了诸多的家和族<sup>15</sup>，如此一来，关于共同体本身的“历史”，就逐渐不能再专由一家一族的祭司来掌握了，由此而促进了记录共同体事务的专门史官的产生。如此经过了很长时间的发展，史官（早期的

11 见前文注，《古代法》，第97页。

12 参看[法]让·韦尔南：《希腊思想的起源》，秦海鹰译，北京：三联书店，1996年；[法]古朗士：《希腊罗马古代社会研究》，李玄伯译，北京：中国政法大学出版社，2005年。

13 古代社会中祖先与神明并未分离，人死后即成鬼神——鬼也属于低级的神灵，祖先更是成为佑护整个家族的家神。见古朗士《希腊罗马古代社会研究》。中国古籍中更是详有所著。另外，在中国中西部农村中这种观念至今仍然普遍流行，以至于按照传统礼节办丧事、祭祖上不但广泛存在，而且在部分地区大有复兴的势头。作者所出生成长的那个河南村庄即是明显的一个活的例证：在那里，至今仍有许多人相信自家的某些先人的就在附近某县界的一座具有深厚宗教意识积留的山上当神差。逆推及古，更可想其在民间深入及普遍之程度。

14 参看古朗士在《希腊罗马古代社会研究》中多处论说“家火”的内容。中国古代社会中，各国均自有其“春秋”，且一例将之密藏于各国宫室之中，一国亡，一国之“春秋”多亦随之而灭。这里即是上述内容在历史上之遗留的体现（参看下一注）。中国社会的这种情况，似乎是到了孔子以私人而著“春秋”之后才得到改变。参见钱穆著《国学概论》（北京：商务印书馆，2004年），第一章《孔子与六经》第一节《易春秋》。

15 这种“家→（氏）族→部落→部落联盟（或早期城邦）→国家”的进程虽然在细节上还有许多问题有待进一步研究确定，但基本的宏观图景已经为中外大量的古史研究者的成果所接受和支持。古代罗马社会家父权发展演变的历史是着一进程的最好说明之一，中国古籍中也保留了大量的支持证据，而传统政治哲学经典《大学》所力倡并实质地影响了中国传统政治思想的“八目”之说更是此一点的有力佐证：这是这一历史进程在社会心理领域和思维方式中的深刻遗迹。研究中国古代社会——尤其是先秦时代的著作中对这进程大都有所涉及，关于西方社会的情况可以古罗马为典型，参见朱塞佩·格罗索著《罗马法史》（黄风译，北京：中国政法大学出版社，1994年）第一章《起源问题》和第二章《拉丁人和埃特鲁斯人的君王制》。梅因对此一进程的集中描述见于 Ancient law 的第五章第八段，其基本过程是“Family → Gens/House → Tribe → Commonwealth”，见前引书第124页。中国古史研究家吕振羽先生著《史前期中国社会研究》（石家庄：河北教育出版社，2003年）第二、四、七章对此进程也有较为详细的论述。

历史编纂者和历史学家)才渐渐地和巫祝分离而独擎史笔<sup>16</sup>。这一点,在东西方早期社会中也几乎无甚差别。虽然史官在形式上从巫祝中分离了出来,但作为巫史不分的人类生活史的精神遗留,史官在很长时期内无法摆脱祭司传统的影响(尤其是精神结构和思维模式),其中最明显的又是史官笔下所不时流露出的预言家色彩。“不知古往,则无以明将来”。此语固是真言,然而,从这里却无论如何得不出“知古往,则可以明将来”的结论来。但是,史官在长时间内的工作却是:**知其古往,职以明将来**,即“知古往”仅仅成了一种手段,“明将来”才是真正的职责所在。《资治通鉴》这样的书名就是对这种史观的最直接、最简单、最明确、却也是最准确的表达。这里史官所扮演的并不是现代意义上的历史学家的角色,而是兼有预言家的角色,甚至他的主要角色乃是预言家,因为,他所掌握的全部“历史”,主要是作为预言的资本,或者是必须对预言作出某种逼不得已的解释和说明时,可以仰仗的直接根据而已。因而,此种情境下的“史学”,也就根本不是现代意义上的历史学或历史研究,而只是整个庞大的预言系统的一部分,——为其预言的有效性作出除玄秘力量以外的、见证于历史之中的正当性(legitimacy)论说<sup>17</sup>。

根据西方学者的研究,较为严格意义上的历史学,直到十八世纪才有了诞生的可能。其中,英国思想家洛克、贝克莱和休谟等和意大利思想家维科的哲学学说和历史学思想对此贡献甚伟;尤其是休谟的哲学学说和历史学观念,乃使得现代意义上的历史学的产生成为可能<sup>18</sup>。就哲学而言,在休谟的彻底的怀疑论面前,西方传统主流理论所主张的知识的理性色彩和客观性受到了极大的冲击,甚至向来被人们毫无疑问地认为是客观公理性质的因果关系,也暴露出了它实质性的脆弱不堪:因为我们根本无法**确知**因果关系是否存在,我们只是习惯于如此思维,进而相信它确实存在而已;一切所谓科学与知识,不过都是一套套人们自身的信念体系而已,所不同的,只是由于一些我们并不能确知的原因,而使人们对其所持有的信念的强烈程度不同罢了<sup>19</sup>。这一哲学理论所带来的一个间接、但影响极大的结果是,历史学不但取得了和其他所有知识体系相平等的地位,而且历史学知识比起其他部类的知识而言,甚至更有资格称为“知识”;并且,还因此而确定了休谟作为一个历史学家和以后的大多数严肃的历史学家的基本职业特征:经验性的、指向过去的、实证性的研究。至于能否由此而知将来,是可以不问,也实在不应该由自己(历史学家)来问的事情。如果人类果然从历史学家对历史的研究中获益,那么也是人类具有学习能力的结果,也就是说,通过对过去的学习而养成了新的习惯,但并不能就此声称发现了所谓客观历史规律并借以预言未来。无论人类从历史学家的研究中获益多大,预言未来都不再是历史学家职责中的本有之义,否则即是历史学家对自己经验和信念的滥用;更何况,人类是否真的已经从历史中或从历史学家的研究中获益,也是一件无法完全确定的事情:因为从休谟

16 但是,即使此后巫史合一的传统也并没有被完全取代,它仍然在家和族的范围内得到了保存和延续。家长或族长是唯一有资格组织和主持家或族的祭祀事务的人,同时,也仍然是家谱或族志的权威编写者,也是对相关编写人员(主要是家或族中的长老)的权威召集人和组织者。这一点,在笔者生活了三十年的河南小村之中至今依旧。

17 关于“巫”与“史”的历史变迁关系大要,及中国文化中的这一古老传统,可参看李泽厚“说巫史传统”与“‘说巫史传统’补”二文,见氏著《历史本体论·己卯五说》(北京:生活·读书·新知三联书店,2006年)。

18 (英)柯林伍德《历史的观念》(何兆武等译,北京:商务印书馆,1997年),第81-86页;汉斯·波塞尔甚至称“在1725年发表的《新科学》中,维科讲到,与我们自己其他的精神产品一样,历史是唯一一个我们可以真正理解的学科,因为历史是我们自己创造出来的;而对于我们来说,自然则是永远无法被理解的,亦不可能被我们所理解”(汉斯·波塞尔著《科学:什么是科学》,李文潮译,北京:生活·读书·新知三联书店,2002年,第179页)。波塞尔并不太准确地转述的相关部分,请参看中文版维柯《新科学》(朱光潜译,北京:人民文学出版社,1986年)第134-135页的相关内容。

19 (英)休谟在《人性论》第一卷努力论证的主要问题就是因果关系的不确定性,休谟对这个问题的讨论是在对人类认知能力的讨论中进行的,尤其集中于第三章《论知识和概然推断》。参看《人性论》(关文译,北京:商务印书馆,1991年)第85-205页。

---

的角度看来，这本身也是一种信念而已（甚至黑格尔也以他特有的逻辑语言说：对历史的研究发现，人类从历史中获得的唯一教训就是，人类没有从历史中记取任何教训）。历史学家的这种知性特质一旦形成，就首先作为职业伦理和史学传统的主要部分，在西方尤其是英国历史学界传承下来<sup>20</sup>，从而规范着后来的历史学家的思维指向和著述风格。亨利·梅因爵士，正是终生浸淫于这一史学传统，并对此传统作出了新贡献的一位史学家。

由以上所述，我们可以知道，梅因对 hitherto 的使用，并没有任何强调他所做出的论断之时效性限制的意思。他所要做的，只是在行文中略略显明其作为历史学家的分内事而已：我不预言未来。

#### 四、从“身分”到“契约”：人格简史

在汉语中，“身分”一词的所用所指十分广泛，但是它的意思却又出奇地含混不清：父母子女间的血缘关系是“身分”，师生之间的教学关系是“身分”，朋友之间的情谊关系也是“身分”，个人与阶级与党派与社团之间的隶属关系也还是“身分”，上下级之间的工作关系或领导关系依然还是“身分”，甚至纯粹的工作职业也还可以用“身分”来指称，如此等等，不一而足。但是，很明显的是，在这里所列举的几项内容中，“身分”作为同一个语言符号所表达的含义并不一致。甚至是在权威的汉语词典中，也没有能够给出“身分”一词的确切含义<sup>21</sup>。那么，当英语中的 Status 被翻译为“身分”的时候，其意指就不可避免地汉语语汇含义本身的含混含混化了。然而，能够与 Status 一词较好对应的，却只是这诸多涵义中的一种而已。因为，虽然 Status 在英语中也有多层涵义，但是却由于梅因使用它的知识情境以及梅因本人所直接做出的相关限制，而使它的涵义固定在了一个相当狭窄的范围之内：即在社会~历史中的体现在相关法律制度（legal system）中的含义。

首先，这里试以 Langman Dictionary of the English Language 和 The Oxford English Dictionary 中的释义为例，并结合对相关经验史料的考察，来对“Status”做出某种一般性的说明<sup>22</sup>。

Langman 辞书对 Status 的相关解释如下：Status n. 1.the conditon of a person or thing in the eyes of the law. 2. a position or rank in a hierachy of prestige or esp in a hierachically arranged social structure ..... 该辞条下面还有 Status 的一个同源词 Statutable(直接讲是 statute 的形容词态)，该辞书对它的解释是：Statutable adj. Made, regulated, or imposed by or in conformity to statute.

这里我们可以明显看出，Status 所具有的意义几乎全部是消极的、被动的，甚至是受动者根本无法通过自己的努力加以改变的一种社会性标签。在朗文词典对该词的第二种解释中，我们还可以看出，这种标签不但使该承受者对它无能为力，而且还会与他的生命相伴始终：出生即被决定，死亡方才解除。——如果古朗士的研究结果是值得信赖的，那

---

20 现代西方历史学，尤其是英国史学家对汤因比的主要批评之一，就是他跨出了历史学家的职业界限，兼染了玄学家和巫祝（预言家）的身份色彩。参看汪荣祖著《史学九章》，北京：生活·读书·新知三联书店，2006年。

21 商务印书馆2004年《古今汉语词典》对该词的释义有四：出身或社会地位；摸样，姿态；手段，本领；质地，质量。但是，即使是这种释义很明显也并没有完全包含人们在使用该词时所指代的内容。

22 Langman Dictionary of the English Language. Merriam-Webster Inc. 1984; The Oxford English Dictionary, Oxford University Press 1989, 作者还查询了原版的《韦伯斯特英语大辞典》。一般认为，《朗文英语大辞典》的释义以社会一般用法和现代色彩为特色，《牛津英语大辞典》的释义则以学术性和专业性为主要标准。但是，所查三部辞书对 Status 的释义除一些特别用法外，几无差别。在涉及到它的法律用法时，三部辞书几乎同执一词。其中，The Oxford English Dictionary 所列字例较为详细，并且其所选字例与梅因生活和写作的年代相近，故主要取它为例。

么在希腊和罗马的古代，即使是死亡也不能够把这种标签解除<sup>23</sup>。

上及牛津大词典对 Status 有数条释义，其中第二条的 a 项是 Law，录其相关者如下：

1. path. ……
2. a. Law. The legal standing or position of a person as determined by his membership of some class of persons legally enjoying certain rights or subject to certain limitations; condition in respect, eg. of liberty or servitude, marriage or celibacy, infancy or majority.

下面，以这条释义为起点<sup>24</sup>，我们可以对该术语作出更为精致详细的社会学和历史学解释：在这里，Status 所指涉的，乃是一个人在法律<sup>25</sup>上的某种既定身位；而且，这种身位并非可以由他自己的意志自由决定或者改变。这种身位得以确立的根据，是他自身所具有的某种成员资格 (membership)，这种成员资格则来源于他所属的社会阶层 (class of persons) 或集体：“人们不是被视为一个人，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……其次，他是某一个氏族、大氏族或部族的成员；最后，他是一个家族的成员……但他绝不会把自己看成为一个个别的个人”<sup>26</sup>。

如果从梅因著作本身的立足点来看，即从宏观的社会史的角度来看，这里 Status 的中心意涵则自然会归结到“condition in respect of liberty or servitude”这一项内容上来。而 liberty 作为一个拉丁语源的英文词汇，它所表示的是人的一种生存状态 (living condition)<sup>27</sup>。根据西方学者对这一术语的经典研究，这是一种“一个人不受制于另一人或另一些人因专断意志而产生的强制 (coercion) 的状态”，在这种状态下，一个人所受到的来自他人的强制虽不能完全消除，但却通过各种社会机制被减小到最低限度，从而形成一种“确获保障的私域” (哈耶克, some assured private sphere) 或者某些“确定不疑”的东西<sup>28</sup>。在此条件下，他才可以根据自己的想法和意图形成自己实现那些相关的想法或意图的计划或途径，并根据自己的意志去作出实际努力来实现它们，而同时无须顾忌自己的

23 参见前及古朗士《希腊罗马古代社会研究》第一卷第二章《死人的崇祀》，第三章《圣火》，第四章《家族宗教》；第二卷第三章《家族的永继》，第四章《承嗣与出继》，第七章《继承权》。

24 关于这一点，在对美国法以及英美法系注释中享有很大权威的 BLACK'S LAW DICTIONARY 对该词的释义同样可以很好地用来支持作者的论说：Status. 1. A person's legal condition, whether personal or proprietary; the sum total of a person's legal rights, duties, liabilities, and other legal relations, or any particular group of them separately considered. 2. A person's legal condition regarding persona rights but excluding proprietary relations. 3. A person's capacities and in capacities, as opposed to other elements of personal status. 4. A person's legal condition insofar as it is imposed by the law without the person's consent, as opposed to a person's condition that the person has acquired by agreement. (限于篇幅未引所附字例) 详见该辞书 2004 年版第 1447 页。

25 这里“法律 (LAW)”不等同于“立法 (Legislation)”，把法律简单等同于国家立法的观点的产生和发展在西方也是相当晚近 (十九世纪中晚期以降) 的事。在西方古代社会尤其是日尔曼因素居于主导地位的欧洲封建社会中，“法律 (LAW)”包含了包括礼仪、风俗、习惯、以及当时当地通行的道德要求等等内容，而且，这种并非立法的法律的作用和实际意义要远在立法之上。关于这方面的论述，参见古朗士《希腊罗马古代社会研究》，马可·布洛赫《封建社会》(张绪山等译，北京：商务印书馆，2004 年)，莱奥尼·布鲁诺《法律与自由》(秋风译，长春：吉林人民出版社 2004 年) 以及哈耶克《法律 立法与自由》(邓正来等译，北京：中国大百科全书出版社 2000 年) 的第一和第三卷的主要内容。关于这一点，两位中世纪史大家亨利·皮朗和汤普逊在各自的著作中也都有诸多说明，汤普逊曾明确地说：“对中世纪的人们来说，法律 LAW 是经验和传统的产物。它是习惯，即过去经由各世代所积累起来的，而被当时代的人们所默认的东西……习惯法是最高的法律……”，见氏著《中世纪经济社会史》(下册)，耿淡如译，北京：商务印书馆，1997 年，第 333 页。

26 《古代法》，第 106 页。

27 参看前及哈耶克《自由秩序原理》第一章“自由辨”。

28 “in a just society the liberties of equal citizenship are taken as settled”, John Rawls, A THEORY OF JUSTICE, CHINA SOCIAL SCIENCES PUBLISHING HOUSE 1999. 第 4 页。



---

想法和行动会招致来自他人——尤其是公共权力——的意外干涉或阻碍<sup>29</sup>。servitude 则来源于另一个拉丁词汇 servi (奴隶) 或它的法语继承词汇 serfs, 它在现代英文中的名词形式则是 serfdom (奴役)。该词所指的是一种不自由的状态, 这种状态则是由以下条件规定的: 处于这种状态的人, 他不能对与自己相关的事务作出决定和计划, 并按照自己的意志和原则来执行或修正它们; 他必须按照他人的意志、他人的计划、他人的命令来进行与自身利益相关的事务; 而且对这种意志、计划或命令, 他没有发言权, 更不可能通过与发布这种意志或计划的主体进行协商, 从而使得它们在被考虑到他自己的意志、计划后而得以改变。——甚至, 他根本就没有任何的意志或计划; 他所有的价值就在于遵从并执行从上面来的那个意志、计划或命令<sup>30</sup>。

在这里, 我们明显看到了欧洲社会从古希腊罗马以来 (信史) 的某种特征, 这种特征在后来的西方封建社会中得到了延续, 并以更加普遍的形式体现在社会的许多层面: 人, 尤其是个人, 不是一般主体; 他们没有独立的人格 (Person), 乃是被一个更大更高的人格吸收而成为其中的一个分子; 作为一个分子, 他存在的所有价值和意义, 都是由这个更高、更大的人格赋予的。权利和限制都由这一更高更大的人格而生, 它们都是先于个人而存在的。每一个人都必须依托于由这种人格而生的某种 membership 之上: 凡没有这种 membership 者, 就没有任何权利 (rights); 还有一个消极的后果是, 凡没有这种 membership 者, 也不须要服从由这些权利 (rights) 而来的诸般限制 (limitations)。

对古希腊社会来说, 这种 membership 是公民权。只有拥有公民权, 你才是希腊的公民 (在古希腊人的眼中, 你也才可以称为一个“人”), 你才有可能享有其他一系列权利, 进而参加到城邦生活的各个方面中去。而如果没有希腊的公民权, 即使你生于斯长于斯, 在这里生活了几十年, 你依然没有“权利”去做希腊公民可以自由去做的诸多事情, 更没有资格参与到城邦的公共生活中去, 因为在这个城邦, 你不是一个完整的“人”。“外人”不能参与城邦的祭祀, 不能享有各种公权 (政治权利), “不得为地主”, 也不能与拥有公民权的人结婚<sup>31</sup>。在这里, “人”是后于资格而存在的, 是某种资格使“人”成其为“人”; 在这里, “人”也是为资格而存在的: 梭伦会死, 伯里克利会死, 苏格拉底会死, 柏拉图也依然会死, 但雅典城邦永生。个人的地位、意义、价值都从城邦中获得。换句话说, 个人完全依附于城邦, 城邦之外没有独立的人格。这种人格的吸收关系在放逐和战争中间有其最为突出的表现: “他的财产、安全、权利、信仰、神, 皆在其 (祖国) 中”, 而“放逐不只禁止居住而离其境土, 同时禁止信奉宗教”; 又由于“民 (事) 权 (利) 与政 (治) 权 (力/利) 皆出自宗教”; 于是, 放逐的结果就是“祖国不只是人的住处: 他若离开神垣, 出了神灵的国境, 再找不到任何宗教、任何社会关系。除了祖国以外, 他到处不在正当生活及权利中, 他到处无神 (护佑), 不在精神生活内; 在祖国内, 方有人的尊严与他们的职务, 他只在那里方成为 (一) 个人。”<sup>32</sup>在战争情形下, 这种人格吸收的实质更是被表现得淋漓尽致: “战胜者可随意利用战胜, 任何神及人的法律不能阻拦报复及欲望”, “战者不只对敌军作战, 乃对全民而战: 男人、女人、儿童、奴隶, 无所不在。且不只对全民, 对敌人的田

---

29 参看前及哈耶克《自由秩序原理》第一章“自由辨”, 尤其是 3~6 页的内容, 这部分为哈耶克对“liberty”所作的正面界定; 约翰·密尔, 《论自由》(程崇华译, 北京: 商务印书馆, 1982 年) 第一章“引论”, 尤其是第 9-10 页的内容, 以及第四章“论社会驾于个人的权威的限度”。

30 当然, 这里只是就语言本身作出的对两种韦伯式的“理想型”的描述; 在这两类“理想型”之间无疑存在着大量的中间形态, 其具体的表现也多有不同, 但基本上都可以以“度”的标准在这两者中间找到它们某个较为确定的位置。这种对“理想型”的选择只是为研究的方便而采取的权宜, 并不一定完全契合于经验的实际。

31 见古朗士前引书, 第 158-161 页。

32 见古朗士前引书, 第 162 页。

地、禾稼亦然”，“一次战争可立废一民族的姓名，而歼其种类，化沃土为荒田。”<sup>33</sup>

对古典时代的罗马人而言，他们的 membership 是“市民权”。“市民权”除了作为参与公共生活的资格，在罗马社会中具有丝毫不亚于“公民权”在希腊世界的作用和意义之外<sup>34</sup>，还成为从法律上区分罗马人与非罗马人、从而更好地保护罗马人特权的最基本的依据<sup>35</sup>。进而，这种可以享受罗马民法的实际保护本身又成为另一种特权，而且它还成为了其他一系列特权的标志。在罗马市民内部，则因不同的家庭的分界而使另外的许多特权得以从古代存留和延续，最明显的例子当以家长权为最甚<sup>36</sup>。甚至可以说，家长权之外别无权力/利。在罗马史上，从古代时期到帝政巩固以后对家长权进行削弱之前这很长一段历史时期内，家长就是家中在世的家长神。他代表着整个家或族的过去、现在和未来，家中的一切对他来说都是可以直接支配的“物”，就连家子也和奴隶同样的没有任何权利/力，家长可以象对待奴隶一样任意处分乃至出卖家子，而无须担心会受到法律的制裁。“法律止步于家的边界”，在罗马帝政确立以前，这是罗马法上最强硬的政治原则。在这里，一切都依附于家长，一切都匍匐于家长权之下，即使是将相王侯也不能脱逃<sup>37</sup>。同家或同族的成员之间不能相互起诉，但是却无论如何也不能免于为同家或族的成员在法庭上辩护以及作证的义务。从另一方面来说，家长又必须为其家或族的成员（甚至包括奴隶）的行为负责<sup>38</sup>。相对于城邦的惩罚，在放逐方面，罗马和希腊有着相似的法律，一个罗马人一旦被放逐，他“既失其邦宗教与公权，复失其家族宗教与家权。他不再有家火、妻子，他死后既不能葬在邦境内，亦不能葬在祖墓，他已成了外人，”——他甚至不能再拥抱他的妻子或儿女，因为放逐已经使他失掉了拥有妻子和儿女的资格<sup>39</sup>。

根据梅因的说法，在罗马历史的后期，家子和妇女人格被吸收的情形，以及他们的依附性，都已经得到了较大的改变，在人身和财产方面已经实际享有巨大的独立性和自由。但是，由落后的蛮族入侵而直接导致了罗马帝国的灭亡，打断了这一历史进程。不但如此，蛮族的法律制度在实际上还带来了对这一进程的阻碍甚至反动，其后果之一乃是，许多在罗马时代已经消亡了的“身分”制度，被重新复活<sup>40</sup>。其结果就是，在以封建社会命名的西方中世纪，从程度上说，依附关系一般性地弱于罗马帝政加强以前的时期；但从种类上说，依附关系却是变得更加纷繁复杂种类殊多，渗透到社会生活的方方面面。

33 见古朗士前引书，第 170-171 页。

34 这一特色和罗马发展的历史相关。罗马早期只是一个普通村落，后来发展成为与希腊世界相类似的城邦，并进一步发展成为大帝国。整个罗马世界后来的多种特质几乎都能够追溯到“城邦时代”的影响（参看前及《罗马法史》）。相对于希腊罗马世界的“城邦时代”的历史地位，在古代中国存在并对中国此后数千年观念和制度产生重大影响的，则是一个介于“氏族”和“国家”之间的一个“部落和部落联盟时期”。作者对此后一学说所以能够有所理解，最为主要的乃是来自于乐九波先生的课上讲授以及对先生私下的问学，特向先生表示衷心的感谢！

35 见古朗士前引书，第 313-314 页。这里，相关的内容明白显示：在罗马征服的土地上（此时，万民法的观念尚未产生，也无由进入罗马法之中）非罗马人不能享有任何的法律保护，一切置于总督的任意专权之下，古朗士称“若欲引用罗马司法以抗其横暴、凶残，地方人只能认罗马公民为主人”（前引书第 313 页）可谓一总括的说明。又，学界用以指称罗马人的“市民权”，实际上也就是希腊人所谓的“公民权”。

36 这里以及下面的相关论述仍主要依据古朗士的《希腊罗马古代社会研究》；但是所涉及的大部分相关内容都得到了当代学者研究成果的肯认或支持。读者可参考意大利罗马法大家格罗索在《罗马法史》一书中所作的论述，其中集中的表述主要是第一章，尤其是其中的第九节。

37 后来在财产方面开始有一些特殊规定。帝国初期，军功特有产制度诞生（是否立法明文规定尚有疑问，作者疑其是罗马社会生活中逐渐形成的传统，只是在帝国时代由于此传统有利于皇帝权力的进一步扩大而被人为制度化了，待考），在此制度下，家子因军功获得的封赏不能被强迫吸收进入“家”的财产之内由家长占有。但是值得注意的一点是，即使是实质上对家长权的一种限制，该制度在技术上也采取了尽量避免干预“家父权”的形式，参见梅因《古代法》第 81 页。

38 《古代法》，第 83 页。

39 见古朗士前引书，第 164 页。

40 以下关于中世纪部分的内容，主要依据马可·布洛赫在《封建社会》一书中的论述。

---

然而，各种各样的依附关系所共同具有的一个根本特点是：各自都有自己独特的 membership。它的基本功能是，对内使所有具有这种 membership 的人，可以紧紧地联系在使这种 membership 得以产生和延续的团体人格之上，从而实现某种更大人格的同一，这种同一实际上不同程度地取消了其成员的人格独立性；对外，则把所有不具有这种 membership 标签的人排除在认同之外（除非以某种具有某种神圣色彩的仪式加入产生该 membership 的人格之中，否则任何人都不能享有已经具有该 membership 的成员所享有的权利），其中的极端形态甚至认为在这种 membership 之外的人根本不具有任何存在的正当价值和意义（类似于古典时代文明与野蛮的区分）。关于对内的情形，“隶农”堪为典型。“隶农”在法律上是自由人，并可以拥有自己的动产，甚至在某些情况下还可以拥有些许土地。但是，这些都不是最重要的，真正重要的在于他完全依附于庄园主：只有经由庄园主，他才能获得属于自己的一切。通过对庄园主的依附，他被固定在庄园之上，他所有的“身分”都由庄园而来。结果是，与他自身相关的所有事务，尤其是那些具有人身意义的重要事务，都在庄园之中被预定了。比如婚姻，他就只能在庄园之内相同身分的人中间寻找和确定自己的配偶，而不能被获准与庄园之外的人结婚；同时，与庄园内其他身分的人通婚，则是更为不可能的事情<sup>41</sup>。关于对外的情形，十字军东征中的残忍暴虐是最可征引的明证；即使是中世纪的商业自治城市，也没有走出包容异者的一步：亨利·皮朗称这是一种“自我主义”，并这样解释说：“对市民来说，乡村居民存在的目的只是为了被剥削。他们不允许乡村居民享受他们自己已经取得的特权，并且经常顽固地拒绝乡村居民分享这种特权。中世纪城市继续采取排他性来捍卫其特权，特别在城市由同业公会统治时代更是如此，再没有别的东西比这种排他性更违背现代的民主精神。”<sup>42</sup>

另外，在这一时期，罗马时代已经衰落的家族复仇经过蛮族习惯的召唤也获得了它的重生，家族也再一次获得了某种吸收了“个体人”（individuals）人格独立性的神圣人格。在十三世纪，族间复仇依然可以不仅及于本人而且至于其他同族亲属。在此一方，即使本人已经死亡，其亲属也必须替其复仇；在彼一方，即使本人已经死亡，也不能使其亲属免于被复仇的可能。“复仇的义务首先是由受到伤害的人来承担；复仇是他必须履行的最神圣的职责”，进而这种复仇责任会由全族担当，“任何道德义务似乎都难比族间复仇更为神圣”<sup>43</sup>。在整个中世纪的西欧，由“家族”而来的整个身分体系获得了延续。与古典时代相比，唯一的变化似乎在于，“家族”所具有的自足的政治体的色彩，遭到了实质性的削弱。但是，“家族”在其他一些方面的实质性权力却得到了加强，比如，此一时期家族对妇女的人身自由和拥有财产方面的法律限制，就比罗马晚期要严密的多。

以上所述，旨在对梅因论述中 Status 所包含的社会~历史内容作一个较为详备的交代。正是这些社会历史内容，构成了梅因著作的观念~制度基础和时深时浅的文化背景。有了这样的基础和背景，再对梅因的论述作出更为准确的界说和分析，将会是一件容易得

---

41 [法]马可·布洛赫：《封建社会》（张绪山等译，北京：商务印书馆，2004年）第409页、第416页。但是中世纪后来的发展，尤其是庄园内税负的沉重带来的庄园农奴/隶农的大量外逃使得这种规定的实际效力变得可疑。然而，外逃的农奴或隶农因为对其去向极为有限的选择空间——要么进入其他庄园，要么进入自治或半自治城市——使他们并不能完全脱离对尾随而来的其他身分标签的依附。

42 [比]亨利·皮朗：《中世纪欧洲经济社会史》（乐文译，上海：上海人民出版社，2001年），第53-54页。另外，相对于皮朗略显空洞的宏观论断，美国学者J·W·汤普逊在《中世纪晚期经济社会史》（徐家玲译，北京：商务印书馆，1992/1996年）第十七章中，用了25页（第539-564页）的篇幅、并以许多的细节史料交代处理的内容，大部分都可以看作是皮朗上述论断的注脚和展开；但是二人也有明显的差异，而且必须说明的是，汤普逊的著作早于皮朗的著作。皮朗在上书书尾所列的书目中标示了汤普逊的另外一部大作：两卷本的《中世纪经济社会史》（耿淡如译，北京：商务印书馆，1961/1997年）。但是，该两卷本大著在处理城市和行会问题的第二十八章《城市的兴起和行会的形成》的35页内容中（第407-442页），却几乎没有涉及相同的论题。

43 参看前及《封建社会》，第219-220页。

---

多的事情。事实上，梅因正是在这样一个基础和背景下，在“人法”的范围内，以古代罗马社会中以“家父权”为基础组织起来的“家族”人格对个人人格——人身权和财产权——的吸收为例，对“从身份到契约”的历史进程作出他的论述的。所以，梅因才会说：“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，并且他要用“身份”一词仅仅表示这一些人格状态。下面我们来简要分析一下梅因的论述。

梅因在前文已经详细批评了自然法学派的法律理论<sup>44</sup>。在第五章一开始，梅因又首先对霍布斯和洛克关于法律生成的观点作了简短的否定，接下来对孟德斯鸠的相关论述作了几乎是冷嘲热讽式的批判，并在第三段对边沁的学说给予了一个“徒劳无功”(unfruitful)的盖棺定论<sup>45</sup>。在对上述批评作出总结，并对他的基本思路 and 材料做了简单述说后，梅因在第六段提出了他对法律生成的观点：“宗法理论”，即法律——以人身权和财产权为核心的私法——的真正起源在于古代的“家族”(Family)，“由‘家父权’结合起来的‘家族’是全部‘人法’从其中孕育而产生出来的卵巢”<sup>46</sup>。在梅因看来，古代社会是一个以“家族”为基本单位的集合，个人，无论是其人身，还是其财产——甚至是其内在道德价值，均依附于“家族”。在罗马的法律中，即使是将来会脱离现在的“家父权”而自己成为新的“家父”的“家子”，其法律地位也被降格到了一个奴隶的层次：他和奴隶一样没有人身和财产的自主。“他(家父)握有生杀之权，他对待他的子女、他的家庭象对待奴隶一样，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。子女的羊和牛就是父的羊和牛……”。但是“家父”拥有这样的权力和地位并不是由于他是父亲，而是因为他是家族的代表，“他以代表的身份而非所有人的身份占有”。<sup>47</sup>由此，我们可以作出一个大体上站得住脚的推论：不但是家子和其他家庭成员以及奴隶没有人身和财产自由，即使是家父，他作为一个“个人”也是不自由、不自主的：他必须以家族的利益或需要而非自己的利益或需要为根据进行他的思考、决定和行动，在这一点上，他和家子、和奴隶一样，也是被捆绑着的。作为家族的代表，他对家内的人和物享有绝对权力，至高无上；但是作为一个“个人”，他不比他的奴隶更自由。“除去由于他统治着小国家的关系而赋予他的权力和地位以外，他没有任何其他特权或特殊地位”，和其他人一样，“他的个性为其家族所吞没了”。<sup>48</sup>“家族”是唯一真实的单元，个人完全消融于其中，完全没有他自己的影象。此时的情况是——借用梁漱溟先生讲述中国文化时的话说——“个人之永不被发现”，古朗士则称之为“古人不知道个人自由”<sup>49</sup>。

但是，西方社会的演化过程中却由于一系列因素的介入而逐渐削弱了“家族”的地位，并逐渐把个人突显出来。这些因素中极为重要的一种即是国家权力得到了逐渐的组织和强大，有效组织起来的“国家”通过各种方式不断地把它的影响力侵入到原有的“家族”的范围之中，在许多权力的行使上逐渐取代了“家族”曾经享有的专有地位；相对地，“家族”作为一个超越性的完整人格则在有效组织化的“国家”面前逐渐趋于衰落，直到它们的权力被加上了种种限制，并明确地局限在一定的范围之内<sup>50</sup>。在古代罗马，随着“家族”的衰落，最早得到解放的是家子在人身方面的权利<sup>51</sup>，但是家族对家子财产的相关权利则又保留

---

44 《古代法》，第三章“自然法与衡平”，第四章“自然法的现代史”。

45 《古代法》，第 65-68 页。

46 《古代法》，第 87 页。

47 《古代法》，第 71 页。

48 《古代法》，第 105 页。

49 在前及古朗士《希腊罗马古代社会研究》中，处处可见此论的影子，集中参看其第三卷第十八章，尤其是第 184-187 页的内容。

50 《古代法》，第 77-80 页。

51 《古代法》，第 81 页。

---

了一个很长的时期。在罗马的历史上，直到帝政初期，现役军人因军功所取得的财产——军役特有产——才开始不为“家族”所吸收而成为他的个人财产，——这实际上也是有效组织的“国家”（皇帝）的权力压缩了“家族”权力的表现之一。又经过上百年的发展，国家文官的报酬也开始以“准军役特有产”的名目摆脱了“家族”而成为个人财产<sup>52</sup>。这样，成年家子开始在人身和财产两个方面（相对于历史上的完全被吸收在“家族”之中）初步获得了较为自主的地位：人身开始取得独立于“家族”的自足性；对财产则获得了相对自主使用和处分的自由。关于妇女的因“身分”而来的限制的消退也经历了一个人身~财产的历史过程。妇女在人身方面所受到的限制，在盖尤士时代就已经完全不为人们所注意——即其已经消除而不再具有现实意义，法学家们的攻击已经集中在对妇女的财产处分权的限制方面<sup>53</sup>。随着时代的不断推进，到了为梅因所盛赞的“罗马最光辉灿烂的时期”时，“罗马女性不论是已婚的或未婚的，在人身和财产上都有巨大的独立地位”。<sup>54</sup>此后的历史虽然再次存在过对女性人格的限制，但是，整个历史所显示出来的宏观图景是：成年女性和成年男性一样在人身和财产方面都逐渐脱离“家族”身分的限制，获得了越来越大的自主性。也许是为了对下文著名公式的出笼作出更为理所当然的准备，并更加突出“身分”和“契约”之间的对比，梅因在这一章的正文结束前专门对奴隶制度作了讨论。然而，不论是对罗马或美国奴隶制度的论说，还是对奴隶制度的一般评论，梅因所暗示的结论是相同的：奴隶也越来越摆脱原有的“身分”限制而在人身和财产方面逐渐获得其自主的地位。

经过这样一个简略的描述，我们从作为依附性标志的——也是作为权利和责任的唯一归依的标签“身分”，达到了作为独立自主的“个体人”人格之标志的“契约”。在梅因的论述中，所谓“契约”并非一般意义上的一纸文件，而是指向了潜藏于“契约”背后的主体性问题。一般意义上的“一纸文件”在梅因所论述的古代社会，无论是古罗马、古印度还是古代中国，都与在现代社会一样普遍的存在着。但不同的是，在古代社会中，无论“契约”所涉及的利益是直接关乎个人的（如婚姻），还是间接关乎个人的（如族间交易），契约的主体都主要是“家族”<sup>55</sup>，一切的利益财富荣誉以及灾难都由“家族”来享有和承当<sup>56</sup>，个人永远没有自己完全独立于“家族”之外的意志和人格。在“家族”之内以及在“家族”与“家族”的交往中，意志只有一种，那就是家族的意志；人格只有一个，那就是家族的人格；这种意志和人格承载着过往，代表着未来，并以它现世利益和需要的绝对性吸收并消融了个人一切可能的自主性与独立地位。

但是，梅因所称引的公式中的“契约”则与上述内涵完全不同：在这里，主体不再是“家族”（或“城邦”等）一类的大人格，主体的表现也不再是专横霸道的“家长权”，而是表现为个人自己通过自己的意志进行思考，作出决定，采取行动，并以自己的人格——人身和财产，甚至生命——来享受因之而来的利益和幸福，也以此来承担相应的后果和责任。“个人”成为主体，人与人之间的各种关系不再由无可选择的“身分”所预先规定，人们通过“自由合意”（free agreement）来实现与自身相关的各种关系的生成、变更或取消。在这里，“契约”，在消极的方面意味着，个人作为一个“人”，他的人身、及财产不再受一个他自己无法问津、也不能改变的人格支配和控制；在积极的方面则意味着个人自己乃

---

52 《古代法》，第 80-83 页。

53 《古代法》，第 88 页。

54 《古代法》，第 89 页。

55 某些情形下也可能是“城邦”或“城市”。比如中世纪的商业行会制度下，相对于其他城市商人的整体利益而言，同一个城市的商人彼此债务被推定负有法律上的连带责任。这一做法的深层理论根据就是上述这种人格思想。

56 关于古代社会和初民部落中的这种情形，最经典的描述之一见于法国人类学家马塞尔·莫斯的名著《礼物》（汲喆译，上海：上海人民出版社，2005 年），尤其是其中对以“夸富宴”为中心的“总体呈献体系”的分析。

---

是自己的人身和财产的主宰者与支配者。——这已经是一种全新的现代人格状态了<sup>57</sup>：真实的“个体人”（individuals）取代了“家族”，最终成为人类社会法律秩序的基本单元。——至此，梅因所论述的“从身分到契约”的历史也就得到了初步的实现。

## 五、余论

本文所述，重在梅因论断的社会~历史背景做出较为详细的梳理，并对该论断本身作出相关说明。笔者相信，业已大体澄清了该论断的社会~历史背景和思想内涵，至于达成与否，愿读者公论。在本文结尾，作者试图对文章开始提到的那些疑问作出简单的回答，并提出作者的一点批评。

首先，梅因通过“到此为止”自我限制了他著名论断的适用时限——到十九世纪为止——么？上文第三部分的详细论述已经表：明梅因毫无此意，此处不再赘言。

其次，二十世纪西方的社会、经济立法否定了梅因的论断么？作者认为，西方社会二十世纪的社会经济立法，形式上似与梅因的论断相左，却并没有否定该论断，甚至恰恰相反，它们对“从身分到契约”这个公式可称为是一种实质性的证成。若要详尽交代必须专文讨论才行，这里只就两个典型的例子稍做说明就足以满足本文目的的要求：人们对梅因的论断提出此一质疑时所引以为根据的一个重要反例，乃是各国“未成年人保护法”的制定，另一个反例则是以“教师法”等为代表的特别法律的制定和实施。关于前者，梅因自己在《古代法》论述监护的部分，以及在第五章结尾部分就已经作出了极有说服力的回答，此不赘述；关于后者，作者认为主要是质疑者混淆了“身分”和“职业”之间的差别所致。在现代社会中，“职业”并非来自于不可选择的家世传袭，而主要是通过自由合意而达成的。而这些相关法律所针对的，无一例外都是对“职业”提出要求，而非梅因意义上的“身分”。正是在这一点上，作者认为它们实质上是证成而非否定了梅因的论断。

第三：这一论断对中国这样典型的非西方社会不能适用，所以，梅因的论断是无效的么？作者认为，质疑者对梅因提出责难的理由并不充分。但如果要作出详细回答，则又是非一篇专论莫能为之的了。这里只须说明两点：1、梅因在作出“停滞性社会”和“进步性社会”的理论区分，并把传统中国归入“停滞性社会”之后，他实际上已经把这一论断对中国社会适用的可能性预先排除了。论者以“从身分到契约”的论断不能适用于传统中国社会为理由对梅因发难，实在是错的不该；2、但是，在作者看来，梅因把中国传统社会的情况排除在他的论断之外，却是他犯了一个错误。中国历史的情况复杂无比，且长期为一种历史循环论所笼罩。然而，即使仅仅从中国历史的内部观察，也可以发现它也在不断地发展进步着，并且在诸多方面都能够实质性地纳入到梅因“从身分到契约”的论断之下。所不同于其他社会的是，此一结论必须在一种更长时段的考察之中，并且结合对社会~历史的大量细节性考量之后才能凸显出来<sup>58</sup>。举一个最简略的例子来讲，只要质疑者对中国历史某种标签性身份“身分”，比如“商人”作出较为贯通详尽的实证性考察，就不难发现，

---

57 事实上，在西方世界，从古代与中世纪的城邦型“人格”、城市型“人格”和家族型“人格”，逐步转变为近代“个体人”“人格”的漫长历史进程中，在十三至十五世纪的文艺复兴、罗马法复兴的基础上，十六世纪的宗教改革起到了极为关键性的作用。据西方史家论说，现代“个体人”的诞生就是宗教改革悖论性的历史结果之一。然若展开论述，则必将枝蔓过多，以至于偏离本文主题；笔者已着手撰专文《论西方“人格”历史变迁之大要》申述，加以梅因相关论述中未及此点，兹不细论。

58 关于时段的选取（短时段、中时段和长时段）与研究结论的有效性问题的，可以参看汪荣祖教授在前及《史学九章》中对“安娜学派”的概说，以及何兆武先生主编的《当代西方史学理论》（上海：上海社会科学院出版社，2003年）中对法国年鉴学派的介绍（国内多根据其学术阵地杂志为根据而直接意译作“年鉴学派”，但学界并不统一认可此译名。汪荣祖教授中就力主“安娜学派”的译法，见《九章》）。较详细的研究，请参看英国历史学家彼得·伯克所著《法国史学革命：年鉴学派（1929-1989）》（刘永华译，北京：北京大学出版社，2006年）一书。

---

在历史的长时段中，它们也实实在在地发生了“从身分到契约”的变迁历程<sup>59</sup>。

然而，梅因的论断也并非无懈可击。在作者看来，该论断主要有两点有待进一步考量，而这两点又分别与基本的方法论和知识社会学有关：

首先，梅因论述中所提出的“进步性社会”与“停滞性社会”之分别，是梅因以罗马为代表的西方古代史，和以印度为代表的东方古代史为基础，凝缩提炼出的分析性“理想型”，并非纯然的客观描述和历史实指。就这一点来说，梅因实在是韦伯在基本方法论上的一个先行者。但是，这种“理想型”的方法对完美的分析虽然很有帮助，却有一个极大的隐患，即，以理论的推论和演习代替了历史描述和分析。在作者看来，这也正是使得梅因的论断在深层并不像看上去那么牢固的一个症结。其次，梅因“从身分到契约”的公式性论断或许还存在循环论证的嫌疑，而这一点又与第一点紧密相关。梅因的论断，就积极的经验材料而言，完全奠基于西方尤其是罗马的历史之上。事实上，梅因正是以其对西方自身历史中种种“进步”的观察（以东方的历史为反面参照）为基础，在思维中做了持续的上升运动，从而提出一套理论标准；并以此为根据区分了“理想型”的“进步性社会”和“停滞性社会”。在达到此一顶点后，梅因接着又进行了思维的下降运动，逐步将这“进步性社会”的种种理想特质罩合于经验历史中的西方社会，从而最终确认罗马以来的西方社会是一个“进步性社会”，而罗马以来的社会运动乃是一种进步性运动：由此，他“从身分到契约”的伟大论断，不但完成了逻辑上的通贯，也获得了经验史料的充分支持。

上述两个要点，对梅因的论断在分析上的有效性确实会提出某些知识社会学上的挑战，但是要对这些难题展开细致分析，将会是一篇独立论文的主题，已经不是本文所能容纳的任务了。

（初审编辑：高涛）

---

59 “商人”在汉代以来的中国历史上，受到各种各样的不平等限制，其中以“杂其服色”一项最具有人格侮辱性，而以限制其本人及其子弟入仕一项，最具有政治意义。但是这些身份性限制自秦汉时期在法律上确定以来，在历史上经历了缓慢的演变和调整，至北宋时期，几乎已全面取消，商人子弟做官有至于宰相者。随着宋代以来的文化下移，迨于明清之世，商人的社会地位和政治地位都绝非秦汉时期的中国所可想像的了。可参看王孝通著《中国商业史》（上海：上海书店，1984年）一书。