



思想史研究中心

「通經明史，識體達用」 中心简讯

网站首页 中心文章 通识教育 成员著作 中心活动 中心成员 资料下载 辑刊投稿 资源建设 中心论坛

思想史首页—中心文章—西方思想史—什么是罗马法？

什么是罗马法？

丁耘 2004年5月

在我国的政治生活中，“法治”正获得越来越严肃的推崇和考量。人们相信“法治”应当替代“人治”成为操纵国家机器的正确方法。更有一种积习立刻让人想到，缺少“法治”的血脉或许正是中国政治传统的最大症结之一。文化人中流传的关于西方文明的种种神话在一定程度上印证了这个猜测：西方文明的来源不就是古希腊哲学、罗马法与基督教三大传统嘛？但我们的“法治”问题是在现代化实践中逐渐突显的，所以思想者们很自然地主要注意自由民主政体的宪政制度，并很快就此争论起来。随着思考的推进，某些有识之士也开始把目光转向宪政的近代起源。人们发现，在现代的开端，罗马法复兴起到了举足轻重的作用。非特如此，那些率先在著述中掀起现代性浪潮的政治思想家们，都有一个明显的共同点：就象中国的先贤好称三代那样，他们喜欢谈谈中世纪之前的罗马，在那些关于过去的政治史论里，隐藏了指向未来的政治哲学。这样看来，无论西方还是中国，在为现代性进行的理论思索里，就罗马的法治经验做点考察，都是不无必要的。

那么，什么是罗马法？为什么上古诸族惟独罗马建立了这样的法律体系？建立与维护罗马法的政治史意义何在？欲回答这些问题，不得不诉诸法律的政治乃至礼法前提。

罗马法 (roman law) 是一种法 (law)。与中文的“法”、英文的law相对应的拉丁文概念不止一个，主要的有*ius*、*lex*两种。英文学者曾经抱怨law无法尽括这两个拉丁词的丰富含义特别是差别，中文表达显然亦有此憾。应该说，*ius* 的复杂含义及其与*lex*的关系，是初步了解罗马法的关键。简言之，*ius*指自然形成的礼法、习俗，而*lex*则指专人制定、由世俗权力机构认可、颁布的律条（参见格罗索，《罗马法史》第七章）。前者出于人及其氏族的自然本性，其历史远于文字，因此是不成文的；后者起初也可口耳相传，但随着政治生活的变化，必须形诸文字。罗马法赖以发生的原初文本——《十二表法》就是*lex*的最好例子。法律体系是在实践者对原初*lex*的不断阐释中逐渐成形的。同样，在*ius*背景下制定的*lex*实际上也是一种阐释。如果说对*lex*的应用是司法阐释的话，那么制定*lex*的阐释则是政治性的。法律制定者 (legislator) 对*lex*来说是立法者，对*ius*来说则是阐释者。律条体系的制定者是有史可稽的权力机构，而礼法秩序的给予者 (lawgiver) 则往往是传说中的圣人，甚至是民族宗教的至尊神。每个民族的律条体系 (*lex*) 之上，都有其赖以确立的整个礼法秩序 (*ius*) 作为其正当性源泉。因此*ius*同时也就是“正当”或“正义”一词的正式拉丁名称。在英文里，具有正当之意的是right而非law，是以有严谨的学者将*ius naturale* (自然法或者自然正当) 翻译为 natural right而非 natural law。现代政治法学中日益重要的“正当性” (Legitimitaet) 与“合法性” (Legalitaet) 对峙问题，实际上便源于*ius*与*lex*的关系。

*Ius/lex*并不仅仅存在于罗马文明之中。为了强调各民族政治习俗的共同性，维柯甚至将“万民法” (*ius gentium*) 与“自然法” (*ius naturale*) 合二为一生造了“万民自然法” (*ius naturale gentium*) 一词。既然许多古代民族那里都有其礼法与律条，那为什么惟独罗马法成了现代法治的样板呢？如果一切民族政治习俗的演变规律都是共同的，那为什么维柯这样史家式的哲人又只选择“十二表法”来做所谓“普世大法”的范例？

从历史上看，现代欧陆各国的民法典均脱胎于罗马法。据说，由于罗马法学家们把兴趣都集中民法上，罗马法系才得到了“民法法系”的别称。事实上，在古今各种罗马法教科书中，占据绝多篇幅的确实都是民法也就是私法的内容。那么罗马法的“普遍性”也就是民法或者说“权利”的普遍性？但是，在古罗马最伟大的史家李维看来，这部主要被看作最初民法典的十二表法却是“一切公法与私法的渊源”。他甚至认为，十二表法的制定，标志着罗马进入了一个崭新而不无短暂的宪制 (constitution) 时期。梅因则认为：“罗马法典只是把罗马人的现存习惯表述于文字中”。看来，法学家们研习罗马法固然是为了制定民法典，而史学家们却在私法制定的背后看到了公法的建立乃至礼法的变迁。从“十二表法”以及各种“阶梯”、“汇纂”中很难直接看到私法制定的公法背景，更难看到礼法阐释在立法过程中的作用。法律把阐释界定为“为理解法律规定的内容、法律或者法律制定者的意图或观点进行的逻辑推理活动”（参见《学说汇纂》1，3）。但正如罗马共和国的智者们所深知的那样，立法者与法学家的意图首先出于政治或伦理智慧（参看西塞罗《国家》、《法律》）。如采取政治史与思想史的视野，

从政体（res publica）乃至礼法（ius）两方面观察立法过程，或许便能抵达立法者的深意。

真正的罗马法是从十二表法开始的，而十二表法的建立与巩固完全是罗马共和国建立不久贵族与平民斗争-妥协的结果。在这个使罗马跨入伟大民族之列的历史过程中，斗争的坚决、妥协的明智、平民的成熟、贵族的开明，这四个要素缺一不可。也许还可加上第五个要素，那就是罗马哲人对哲学之超越性的清醒克制、对城邦礼法与公民教育的充分尊重。如以这几点对观希腊特别是雅典，就能比较清楚地看到后者无法真正成为世界帝国的原因。

大约在公元前510年，罗马人民驱逐了塔尔奎尼王族，结束了实际上已沦为僭政的“王政时代”，由此进入贵族政体。为了巩固新生的共和国，分享了国王治权（imperium）的两位首任执政官采取了两个重要措施，即劝说人民发誓不再允许任何人在罗马担任国王；并且扩大了元老院的规模。但共和国并未就此安定下来。正如希腊政治哲人反复指出的，贵族政体极易变异为寡头政体（参见亚里士多德，《政治学》第四卷），而后者治下的国家实际上无不分裂为少数贵族与多数平民这样“两个城邦”（参见柏拉图，《国家》551d）。就象古往今来的无数国家昭示的那样，寡头与平民之争是一切内政骚乱的根源。在雅典，这种斗争的结果是以梭伦立法为标志的平民政体的建立。雅典的平民政体固然带来一时的繁荣，但也滋生了“平民领袖”（demagogue，转意为“煽动蛊惑家”）操纵下的大民主，压制甚至迫害本邦的优秀人士，从而导致了无法化解的左右党争，最终被内乱削弱了雅典的霸权地位。相比之下，罗马的平民运动则走了一条更为稳健成熟的宪制之路。

据记载，在驱逐国王之后的十六年中，罗马陷入了长期的所谓“骚乱”之中。平民们要求取消对贵族的附庸关系，要求均分土地、实行口粮供给、彻底取消债务奴隶制度、要求更多的政治权力……约在前494年，柏拉图“两个城邦”的比喻终于在罗马成了现实：大批平民由于受债务所迫，有丧失自由沦为奴隶的危险，奋而以激烈手段自卫。他们以分裂（disunion）为武器迫使贵族接受承认平民政治权力的协议，以维持城邦的统一。平民们聚集在圣山，创立了护民官（Tribuni）制度，并通过“神圣约法”强调了护民官在宗教上的不可侵犯性（参见李维，《建城以来史》，Book III）。平民们试图通过这个制度确保自己不会因经济上的不平等而丧失自由。事实证明，这个被马基雅维里大加赞扬的制度是罗马共和国走上正轨的关键因素。护民官制度本身就意味着“骚乱”并未演变为消灭贵族的平民革命，意味着平民与贵族在政治上初步的相互承认。平民定期选出的若干名护民官是一种职位，并非雅典大民主中涌现的平民党魁（“demagogue”）。护民官的权限是衡平性的，为了帮助平民抵抗由贵族担任的执政官之权；同时也是消极性的，仅对元老院决议有否决权。平民通过选举护民官制约元老院，既能以高度集中的方式清晰表达平民的意志，又能以职位之力发挥“审核法律的理性”明智评价贵族的政治主张。与单纯的平民政体与寡头政体相比，护民官制度权限既能尊重贵族的智慧，又能照顾平民的利益，可以说是阶级斗争的缓冲带、政体稳定的压舱石。乌尔比安径直把“有关国家稳定的法”界定为公法，因此护民官制度的建立本身便显示了十二表法赖以出现的公法背景，意味着“脱离运动”（马基雅维里所谓disunion）的走向不是革命，而是法治。此后的史实表明，没有护民官制度，就没有罗马法。罗马政体的一大特点就是制度演进的连续性或者渐变性，政体的调整与法律的修正都是在已有的制度上逐步进行的。斗争、在妥协中胜利；在已有的胜利基础上再斗争、再妥协……，罗马平民就这样以该制度为基石，步步为营地迈向了立法。

护民官制度的建立只是罗马平民政治运动的开始。如果说前494年之前平民斗争还是某种“骚乱”的话，那么此后的斗争则基本表现为护民官与执政官之间的“合法”斗争。根据史书的记载，在前462年，当时五大护民官中的一位针对执政官治权的滥用，建议成立专门的委员会立法规范执政官治权，因遭元老院反对而被搁置。第二年全体护民官再次提出同样的动议仍然未果。此时，立法问题已经成为贵族、平民阶层斗争的焦点。鉴于一时难以直接达到这个目标，护民官调整了斗争策略。他们首先在前457年成功地将人数扩展到10名；三年之后，护民官提出了一个不露锋芒的建议：“请元老们让纷争停息；如平民的法律不为他们所赞同，则请他们允许由平民与贵族共同组成立法委员会，提出有益于双方且能捍卫平等的自由（aequandae libertatis/equal liberty）之法律”（李维，前揭，Book III. xxxi. 8）。这个建议看似温和，其实是把贵族执政官的治权问题暂时悬置起来，提出了制定一揽子均衡两造之法律的要求。元老们同意了这个想法，却坚持不让平民进入立法委员会。这说明了，一方面贵族已经同意以法律的形式巩固双方的相互承认，另一方面无疑认为平民没有足够的智慧参与立法。

那么，罗马人民认为谁有这样的智慧呢？关于这个问题，我们有的只是传闻与争论。权威的罗马史及法制史的主流记载是，罗马的贵族与平民就立法权僵持不下，最后认为还是希腊人没有争议地拥有立法智慧，因此派了一个使团去雅典学习梭伦的以及其他希腊城邦的法律。但政治哲学家们的意见却截然相反。西塞罗在回顾共和国的历史时，只是颂扬了十位罗马立法者的杰出智慧，却丝毫没有提及向希腊立法者的学习（参见西塞罗，《国家》，第二卷，36）；而在其他场合，他明确地对希腊立法者的智慧表示了不恭。马基雅维里则指出，罗马立法模式与雅典、斯巴达其实相当不同。关于共和国的宪制，他更多地强调了机缘与罗马人的德性（参见马基雅维里，《李维史论》Book I, 2）。对主流记载反对最力的是维柯，他为此写了一部仅正文就有200余节的皇皇巨著《普世法权》。在西塞罗对罗马立法者的颂扬中维柯看到了超出事实的“原理”：礼法的演进是普世的，任何民族都可以不假外求，遵循它自己固有的自然本性确立普世大法；因此罗马必定拥有自己的、与摩西、莱库古同样伟大甚至更加伟大的立法圣人。

罗马是否学习过希腊的立法经验，这看起来只是个微不足道的事实问题，为什么罗马与意大利的政治哲学家们如此郑重其事地予以否认

呢？最根本的理由或许是：立法的首务并非设计律条（lex），而是阐释礼法（ius），而礼法其实是民族本性与固有生活的表达。礼法与生活习惯（ethos）息息相关，罗马的政制、伦理与希腊差异甚大，怎么可能照搬后者的法律精神呢？罗马没有希腊那样发达的自然哲学传统，因此也没有消解礼法根基的“智者运动”。在实践与理论、神话与理性、传统与革命、名教与自然、礼法与哲学、贵族与平民等一系列关系上，罗马的评判取舍与希腊迥然有异，又怎么可能模仿那些并不十分稳定的外邦呢？实际上罗马法在开端处便与希腊的法律体系有至关重要的差别，且让我们回到史实上考察之。

无论罗马人是否学习过希腊的立法智慧，有一点无可争议，罗马的平民最终让步，同意成立一个纯由贵族构成的十人立法委员会。这十位立法者制定了一部两个阶层共同接受的成文法典——十二表法的前十表。成文法的制定把法律从贵族垄断的秘藏变成了直白的文字，因此明显有利于平民。但另一方面，制定与阐释法律仍然依赖于贵族的德性与智慧。整部十二表法的基本内容也可以说是混合了有利于贵族的古老习惯与有利于平民的较新规定。在罗马法漫长的衍生史中，对十二表法的阐释越来越偏向两阶层之间的平等。按照维柯，这意味着十二表法体现了一种新的礼法——以平等（aequitas/equity）为特征的人道自然法。而在西塞罗看来，罗马法表明了罗马的政体是贵族与平民共同统治、并且结合了王政因素的“均衡政体”——这种从未被希腊人认真实践的政体正是罗马共和国的荣耀所在。共和国的首席思想家自豪地宣称，在诸政体之中，均衡政体是最可取的：“因为一个国家中必须有最高的王政因素，某些权力则应授予上层公民，而某些事物又应该留给民众来协商个决定。这样一种宪制（constitution）首先提供了某种高度平等……其次，它具有稳定性。”（西塞罗，《国家》，第一卷，45）可以说，罗马法的背景就是以上下阶层的相互承认为自然法前提的均衡政体。没有这种礼法-政制背景，一切宪政、民法典均不可能。

“均衡政体”确实是由罗马人发扬光大的。由于没有合适的制度框架，希腊人的阶级斗争只是导致了不断危及城邦稳定的左右党争，而没有确立一个稳定的宪制体系。但在理论上，亚里士多德早就进行过更为详尽然而不甚明确的讨论。在《政治学》第四卷，亚里士多德指出了柏拉图政体分类的遗漏，即没有发现在君主、贵族、平民、寡头这四种“基本政体”之外还有情况复杂的混合政体（参见亚里士多德，《政治学》1293a--1293b）。这样的政体混合了由各阶层自然本性而来的政治准则：即贵族的德性、寡头的财产与平民的自由。混合了三种全部准则的政体也可称为“贵族政体”；仅混合了“财产”与“自由”两重准则的政体的颇难命名，亚氏径直称为politeia。字面意思就是“政体”。通常英译为constitutional government，中文旧译相应为共和政体或宪制政体。较新的汉译取polis（城邦）、politees（公民）、与politeia（政体）三者的联系，确定为“公民政体”。新译较胜，与希腊之城邦（polis/civitas）、罗马之市民法（civil law）、现代之公民社会（civil society），均有渊源可溯。亚里士多德讨论“贵族政体”与“公民政体”时，语多自相抵牾，关键原因是在平民阶层崛起不久的政体中，“贵族”因素与“寡头”因素经常无法分辨——由于财富仍然集中在贵族手中，古老的德性准则实际上为财产准则所遮蔽，居贵族之名者实际上已蜕变为寡头。此时的德性准则，只能部分地转移到财产适中，政治等级平平而自然等级较高的“金银集团”中（参见柏拉图，《国家》415a-b）——这种集团在希腊只是哲人的“高贵谎言”，在罗马却由深通实践智慧的政治与法学精英们部分实现了。如以亚里士多德的方式来看，则西塞罗所描述的罗马政体与其说是贵族式的，不如说是公民式的。十二表法因以制定的机缘——罗马贵族与平民之间围绕债务奴隶制的斗争最清晰地提示了亚里士多德归给“公民政体”的两条准则：寡头之“财产”与民众之“自由”。然而，作为贵族政体要素的德性并未全然消失，而是隐秘地存在于例如自我教养的政治家或者松散的法学家团体中，并以实践智慧（prudence）乃至法理学——关于正义的实践智慧（jurisprudence）的方式发挥作用。可以说，究其实质，“德性”在罗马政体中不是构成性的准则，而是运演性的动因。某种知识团体而非某一阶级担当“德性”，这也符合政治社会由“贵族政体”向“公民政体”演化的一般规律。该知识团体的任务是以参议的方式统治，以阐释的方式立法。该团体的立身之基乃是公民教育与自我教育。“德性”的传承与容身是通过教育实现的。那个教育发生的共同体，是实际公民政体边缘的另一个言语城邦。这个城邦的构建本身必定是贵族式的。没有这个“立言”的贵族政体，就没有那个“立功”的公民政体。我们在西塞罗的作品中，清楚地发现了前者；在他的行迹中，同样清楚地发现了后者。

与律条一样，政体必须有其ius作为正当性之根据。政体与律条是同一种ius阐释之两个方面。从亚里士多德与西塞罗的论述看，对混合政体的辩护与维护之道不外有二，一曰稳定；一曰平等。政治科学评价一个政体的首要标准是该政体能否保持自身的稳定。在这个意义上，亚里士多德对贵族、君主、寡头及平民四种“基本政体”的评价均低于混合政体。而混合政体本身不止一种，复有其稳定性高下问题。稳定取决于具有不同政治准则的各阶级之安顿。混合政体中的“贵族政体”要调和三种准则，因此比仅调和两种准则的公民政体更加困难。而在寡头平民之争中，薄有财产、不忧自由的中间阶层隐隐然作为“第三方”给两造以缓冲，因此可算政体稳定的压舱石。在亚里士多德看来，最稳定的公民政体当数这种中间阶层政体。如无法造就一个庞大到足以缓和尖锐阶级斗争的中间阶层，那就只有依赖高超的政治技艺在寡头与平民之间实行均衡统治。中间阶层政体起初只是亚里士多德中道政治学的悬想，它既没有在希腊主要城邦，也没有在罗马找到经验证实。但该政体最清晰地提示了混合政体的礼法根源。稳定的真正根基其实并非“寡头主义因素”与“平民主义因素”的单纯“混合”，而是通过这种混合、协调完成的第三因素——“平等”（isotees），或者我们也可称之为“公民主义因素”。这个第三因素在第三方（中间阶层）政体那里可以得到最清晰的呈现。而在那些力求稳定的其他混合政体中，礼法演化所趋近的，也正是这样一种新的正当之道。如果说，“稳定”或者阶级和解作为政治技艺的目标主要是政治科学关切之事，那赋予该目标以正当性的“平等”则是政治哲学的讨论主题。这个被亚里士多德从柏拉图的轻蔑中拖出的主题，无疑是古今之变的关键之一。罗马法的自然法平等之道上承古典、下开现代，正是透视古今变机的绝好例子。

平等并非不见容于古典政治哲学。实际上一切证成平等的现代政治哲学无不贯穿着对古代的引证。亚里士多德早就分析过平等概念的复杂性：既可以指齐一均同的“数目上的平等”（一切平均），也可指相对而言的“比例或价值上的平等”（按才力而得）。亚里士多德既批评了寡头政体的绝对不平等，也批评了平民政体的绝对平等。他自己的主张是在某些方面实行一切均同（例如自由状态），另外一些方面实行价值平等（例如财产状态之多劳多得）。这其实已不自觉地提出了与公民政体相应的第三种平等概念。回过头来看罗马共和国，让人有点奇怪的是，立法之初罗马并没有庞大的中间阶层作为承担第三种平等的第三方，那政体何以在内部的不断调整中仍然保持稳定呢？实际上，稳定的礼法（ius）根源仍然是上述第三种平等。但罗马共和国的第三方不是中间阶层，而是阐释法律维护国家的法学家们。正是在他们手中，后人总结为平等之人道自然法的新礼法才缓慢而顽强地成长起来。这个第三方逐渐与国家以及新君主（恺撒们）融为一体，最终完全拉平了贵族与平民乃至罗马公民与外邦万民的差距。平等的实现过程也就是罗马共和国-罗马帝国的崛起、衰亡过程。在这一过程中，罗马法的平等已经决定性地转化为那第三种平等。这样的平等消除的非但是上下之别，而且也是内外之别。至大无外的罗马帝国扩充为“开放社会”之日，也正是它从世界顶峰上跌落之时。“最后，整体的分解终于造成普遍灾祸和伦理生活的毁灭；民族个性消亡在一种万神庙的统一中，一切单个人降格为私人，他们一律平等，……只有……那种抽象任性才把他们联系起来”（黑格尔，《法哲学原理》第357节）

结果已经在某种程度上包含于开端之中。十二表法与新生的共和国究竟意味着什么呢？十八世纪初的维柯说，这意味着平等之人道自然法的普世正当性。二十世纪的科热夫有了更开阔的历史视野。他说，那第三种平等正是辩证地融合了“贵族政体之均等”与“布尔乔亚之等价”的“公民平等”。这个公民平等甚至可以由纯粹的法学家集团作为第三方来维护。有这样的第三方的国家叫做“法治国家”。象罗马帝国那样将公民平等推到至大无外的国家叫做“普世大同国家”（the universal and homogeneous state）。罗马帝国那样的国家如能再出现一次，那或许就是历史的终结了。科热夫虽然是上个世纪最伟大的黑格尔解释者，看来却远比后者乐观的多。其实，按照再上个世纪最伟大的黑格尔解释者看来，正因为科热夫的人类学前提：斗争与劳动（参见科热夫，《法权现象学大纲》第35-37节），所以法与国家只是阶级斗争、阶级压迫的工具，罗马共和国则是由于斗争的势均力敌，导致国家以虚假的“第三方面目”出现（参见马克思，《共产党宣言》以及恩格斯《家庭、私有制与国家的起源》）。在这位赫拉克里特的崇拜者看来，法与国家的可能完全依赖于暂时的“和平”；而历史归根结底是斗争而不是和解。在他的学生那里，法与国家正是有待扬弃的东西，争论只在于在“国家自行消亡”的过程中，革命政党应当如何发挥作用（参见列宁，《国家与革命》第一章）。那使法与国家乃至政治不可能的东西，正是西塞罗维柯科热夫们认为使法与国家可能的东西——平等，或者，为了承认的斗争。

更新时间：2007年Jan月

点击次数：287

[【Top】](#)