

罗马史上“习惯法”的源起与流变

——一个法律思想史角度的考察

余成峰^{* 1}

摘要：“习惯法”的含义在罗马法发展中经历了多次转变，在罗马王政、共和与帝政时期，“习惯法”各有其不同的内涵。它最初指涉家庭内部的“习俗”，随着罗马世俗化进程，“家际法”逐步取代家庭习俗，成为法概念的核心。作为最初的“市民法”，它实际是“习惯法”，区别于伴随城邦权力崛起而出现的“市民法律”。共和时期的罗马，没有一个政治团体可以垄断法律的创制，实证主义的法律观念并未产生。在进入帝政时期之后，罗马皇帝权力的不断增长改变了罗马法在法律渊源上的多元性，“习惯法”最后蜕变为地方性和部族性的法律概念。

关键词：习惯法 习俗 习惯 罗马市民法 帝国法

一、法(ius)、习俗(mores) 及罗马市民法(ius civile)

意大利法学家格罗索曾明确指出，古代罗马法区分了法(ius) 与习俗(mores)。“法”是有关家际社会的秩序，而“习俗”(习惯) 则是家庭内部秩序的概念。在他看来，家庭内部的“习俗”，以及由此对家父权力的限制，仍然属于尚未上升为“法”的一般性“习俗”。⁽¹⁾ 因为，当法伴随罗马世俗化进程发展时，在家庭秩序中顽强保存的“习俗”，仍然更多是与之对立的、保守的“固有的宗教成分”。⁽²⁾ 在格罗索的论述框架中，由于世俗化程度的不同，因此在法律进化的阶梯上，习俗的地位要低于法，“法”后出并高于“习俗”。

但值得注意的是，在许多已成为经典的法律史研究中，都早已指出在初民时代，法的起源与“非世俗化”的宗教与巫术存在千丝万缕的联系。例如，意大利思想家维柯就认为，法起源于天帝约夫(Jove)，最初的法奠定在宗教虔诚的基础之上。通过天神的意旨安排，人们相互结合，进入家庭，结成家族，才进入“法”秩序之中。正是宗教对家庭秩序的神圣奠定，“法”才得以产生，并因此确立政制的安排。⁽³⁾ 以维柯为代表的法律史家提供了一个不同于格罗索的历史论述，在他们看来，并不存在一个所谓先产生家内习俗，再发展到更世俗的法的进程。换言之，通过家庭和宗教所奠定的习俗，实际就是人类社会最初的法。

格罗索对家内习俗与家际法所做的区分，虽然不能准确追溯这一区分的思想根源，但可以推测，在发生学意义上，格罗索笔下的“法”的产生，更多应是在罗马家庭之间频繁接触之后的产物，更准确

* 北京航空航天大学法学院讲师，法学博士。

(1) 参见[意]格罗索《罗马法史》，黄风译，中国政法大学出版社1994年版，第24-26、96-97页。

(2) 同注1引书，第97页。

(3) 参见[意]维柯《新科学》(上册)，朱光潜译，商务印书馆1989年版，“英译者的引论”，第14页。

地说,产生于罗马家庭之间发生冲突的语境,在这个时期,开始需要一种超越“家法”(mores)的“家际法”(ius),以便介入和控制“家法”的冲突。在这个意义上,我们可以推断“家际法”的产生,要晚于维柯所揭示的“法”——最初的“法”乃是直接通过神的意旨灌注在家庭结合的时刻。与格罗索相反,在维柯的视野下,习俗即是法,法亦即习俗,它们都来源于天帝约夫,而约夫的栖居之地则是家庭。

法国思想家库朗热进一步对之佐证,在他看来,古代法律根本不是某个立法家的作品,相反,“法”是立法者必须面对的既成事实。与维柯一样,库朗热也同样认为法律的发源地乃是家庭。在他看来,“最初的法律形成于古代家庭的组织原则,它由宗教信仰而生,而这些宗教信仰又为古代民族普遍接受”。⁽⁴⁾“家神”乃是人类社会最早的主权来源。⁽⁵⁾也因此,在罗马古老的习惯中,家父长被直接称为王。⁽⁶⁾

但是,在“法律”发源的这个阶段,存在一种根本性的问题。因为,此时除了单个的家父长,没有一个超越其上的民政权威去实施法律,家族复仇和私斗变得非常普遍。在这个时期,如维柯所描述,家父长们只能向神直接陈述自己所遭到的冤屈,祈求神为自己案件的公道作见证。⁽⁷⁾格罗索对习俗和法所做的区分,实际也正是对这一事实的回应。“习俗-习惯”不应该从属“法”的范畴,因为,这种“自有法”——习俗所依赖的基础是局限于家庭内部的“非世俗”的家父权——从“法”的标准而言,它是一种封闭的、专制的权力。⁽⁸⁾“自有法”(习俗)是残酷而专制的。⁽⁹⁾由于家父被直接等同于神,其权威不容置疑,除了来自神的约束,家父拥有一切任意的权力。⁽¹⁰⁾更为关键的是这一“自有法”权威缺乏超越家庭之外被家际之间承认的效力。

有意思的是,与格罗索对“习俗”所作的定位相反,意大利法学家马尔蒂诺认为,“习俗”实际是罗马在埃特鲁斯时代(公元前10世纪至公元前7世纪)所引进的最现代和文明的习惯,这些“习俗”的目的在于限制家父权的残暴,并且最终得到监察官的认可。⁽¹¹⁾马尔蒂诺指出,罗马家庭源自父系团体,其最初建立在畜牧业和粗放耕作经济之上,随着罗马可耕地的扩大和向更发达的集约型农业转变,父系团体开始瓦解,从中分离出具有同样主权性质的自主性组织,即自有法(习俗)家庭。⁽¹²⁾表面来看,马尔蒂诺与格罗索的历史解释不同,格罗索认为,“习俗”尚未上升为“法”,而在马尔蒂诺的论述中,“习俗”则被视为“法”,它作为一种来自外部的文明规则被引入家庭,承担了限制家父权的功能。但实际上,可以发现,两位学者其实分享了共同的宗旨,即他们都否认罗马“法”起源于最初的家内秩序,“法”只能起源于超越家庭的“家际”秩序或通过外部来引进。马尔蒂诺的论述,实际就阐明了城邦对罗马法形成的决定性影响,以及城邦对罗马家庭秩序的权力改造进程。在这一点上,格罗索-马尔蒂诺与维柯-库朗热,在罗马法律起源的解释上恰恰形成了对立。

在库朗热看来,罗马社会并不是像一个圆圈那样,一圈圈向外扩大形成,而是由若干早已有的小

(4) [法]库朗热《古代城邦:古希腊罗马祭祀、权利和政制研究》,谭立铸译,华东师范大学出版社2006年版,第75页。

(5) 参见注4引书,第76页。

(6) 参见注4引书,第228页。“罗马家庭的职能是广泛的(宗教祭祀、政治、经济、繁殖和教育后代以使它们成为国家的真正市民等)职能”,[意]桑德罗·斯奇巴尼《〈民法大全选译·家庭〉汉译本说明》,费安玲译,载《桑德罗·斯奇巴尼教授文集》,中国政法大学出版社2010年版,第354页。

(7) 参见注3引书,第512页。

(8) 参见[意]弗朗切斯科·德·马尔蒂诺《罗马政制史》,薛军译,北京大学出版社2009年版,第14页。

(9) 参见注8引书,第14页。

(10) 库朗热指出,在那个时代,人们既以pater来称呼各种神,也把凡有自主之权而管理一家者都称为pater(如果他管的是家族中的所有事务,则被称之为paterfamilias)。而这里的pater,指的其实不只是父性的特征,而是权力、威信与尊贵。参见注4引书,第79页。

(11) 参见注8引书,第14页。

(12) 参见注8引书,第14页。

团体依意愿互相结合而成。若干家庭组成一个胞族,若干胞族组成一个部落,若干部落组成一个城邦。从家庭到胞族到部落再到城邦,它们通过层层横向联合依次产生。⁽¹³⁾也就是说,它不是一种围绕权力中心展开的同心圆演化模式。

同样,在维柯的论述中,家庭也先于氏族存在,氏族经由家庭父主的联合而产生。正是因此,借助“神的意旨”产生的自有法(习俗)也要先于氏族法存在。这一“自有法”承担着限制家父权的功能,尽管它本身的“专断性”也有待被限制。但是,对于这种自有法“专断性”的规训,并不是通过马尔蒂诺所谓的在氏族瓦解为家庭之后,由城邦通过引入外部规则加以限制的历史过程。恰恰相反,在维柯看来,“自有法”经历了一个自我规训的演化,而其动力来自罗马家庭不断联合为一个更大政治团体的过程,正是通过团体联合的自生秩序而不是团体瓦解引发的外部强制,推动了“自有法”从原初的“专断性”迈向进一步的理性化进程。在这个演化阶段,并不是原子化的罗马人被直接纳入中心性政治组织,也不是血缘性团体被地域性政治权力直接吸纳,更不是“城邦”的“法律”对家庭“习俗”单向改造的过程。实际上,“罗马法”乃是不同团体秩序之间持续联合、拉锯、冲突与包容的产物。“习俗/习惯”与“法律”,也并不是非此即彼的对立关系。

维柯对此曾作过一个深刻的解释,在他看来,人类社会最初的民政统治权,起始于各族长老父权的结合。⁽¹⁴⁾父主元老之所以趋于结合,则是为了驯服那些造反的家人帮伙,使他们俯首帖耳。⁽¹⁵⁾因为,不断从外部涌入寻求庇护的野蛮人,以及通过征战获得的俘虏,他们不断进入家庭,作为工具,为父主的家庭和土地劳动。伴随这一群体的迅速扩大,单个父主已难以控制这一力量。在这个时候,必须让这些群体获得一种土地法的保护——在维柯笔下,这是世界上最早产生的一套民法——这些新的“家人”团体,构成了罗马最早的城市平民(plebs),他们同时也被这套土地法驯服了。⁽¹⁶⁾

在维柯看来,这一时期的“罗马法”就主要通过这一土地法的三种所有权形态呈现出来:贵族让给平民的土地的自然占领权;保留在贵族手中的民政管领权;最高阶层对产业的统治权,即最初的民政权或最高权。从这个时期开始,最高民政统治权也即共同体(或政体)诞生。⁽¹⁷⁾“法/习俗”开始从家庭走出,首次在“政体”(共同体)的层面呈现。而其背后的动力,则显然源自于包容与联合他者(新的“家人”)的需要。正如维柯所言,民政社会的四大原素:宗教、婚姻、收容所和第一次土地法,它们构成了罗马英雄时代“法”的完整背景,缺一不可。⁽¹⁸⁾而“共同体”层面的“法”,实际就奠基于原初的罗马“习俗”之上。⁽¹⁹⁾罗马父主现在必须依据新的“法”来统治,而不能再直接依据原初不需要理由的专断权威。“罗马法”走出了家庭秩序的封闭,也正是从这个阶段开始,“罗马法”开始成为贵族和平民之间合作和沟通的主要平台。对这样一种作为“国家政权的理性”的“法”,罗马人将其称作“民政公道”(civilis aequitas)。⁽²⁰⁾

从家庭统治到民政公道的统治,对罗马是一个巨大的跨越。民政公道法(或称民政习俗、奎里蒂法)相异于以前那基于神的意旨并直接依托家父主权的“家内法”,但它依然是“习俗性”的,因为它完全不同于纯粹法令性的条文。其首要原因在于,在这个阶段,罗马仍然不存在某一超脱的政治权力

(13) 参见注4引书,第118页。

(14) 同注3引书,第21页。

(15) 同注3引书,第21页。

(16) 同注3引书,第21页。

(17) 同注3引书,第21页。

(18) 同注3引书,第349页。

(19) “授封土地(fiefs)是古今各国后来兴起的一切法律的最初根源,因此异教民族中的部落自然法都不是根据法令条文而是根据人类习俗而奠定起来的”,同注3引书,第64页。

(20) 参见注3引书,第507页。

垄断立法,“法”仍然是在一个具有封建性色彩的民政架构中获取其效力,特别是,它并不直接排斥家庭“自有法”的效力。贵族和平民的结合,使得民政共同体开始成为家庭之外一种新的法律保障机制,它克服了家父权的专断,但也并未直接取消家庭秩序的法律权威。

也就是说,罗马共同体权力的出现,并没有完全接管罗马家庭的权力。实际上,格罗索对罗马历史上“法”和“习俗”的区分,也从侧面反映出这个时期罗马“习俗”仍具有其重要性:家父仍保有在家庭领域内的权力,他们在家庭领域和所有权方面都具有自主权。韦伯形象地描述道“即使到了古罗马时期,司法权也得无条件地在家门口止步。”⁽²¹⁾当然,罗马共同体的权力正在不断崛起,在“家庭”(或者说家父)之间,正在形成一种新型的家际秩序,罗马人开始将其称为“法”,或更具体地称之为奎里蒂法(*ius Quiritium*)。

必须意识到,此种民政共同体意义上的“法”,它仍然不同于城邦权力的“立法”(家庭、家际秩序先于城邦秩序而出现)。正是基于这个原因,奎里蒂法与市民法(*ius civile*)以及市民法律(*lex civile*)的关系,就必须加以进一步的分辨。徐国栋先生认为,从《十二表法》颁布始,至公元前242年设立外事裁判官止,在这一时期,市民法的术语开始产生。⁽²²⁾他进一步指出,在“市民法”产生之前,罗马只有“奎里蒂法”,而它是以习惯法为基础的调整氏族际和家族际关系的法。⁽²³⁾也就是说,在徐国栋的论述中,奎里蒂法和市民法不是同时期继起的法律形态,奎里蒂法要先于市民法产生——因而它只是一种“习惯法”,而“市民法”则要始自罗马《十二表法》的颁布。可以发现,徐国栋其实是以成文化与否作为区分奎里蒂法与市民法的标准,但相矛盾的是,徐国栋在其著作的另外部分又同时指出《十二表法》不是“市民法”(*ius civile*),而是“市民的法律”(*lex civile*)。⁽²⁴⁾在这里,他实际上推翻了之前的表述,也即,在他看来,奎里蒂法实际才是真正的“市民法”,⁽²⁵⁾而《十二表法》则只是“市民法律”——因为它是来自城邦的立法。⁽²⁶⁾

实际上,正如梅因所言,“市民法”不同于“市民法律”,这个时期的“市民法”,其实更接近于“国际法”,因为它的目的主要是在填补社会各大集团之间的罅隙。⁽²⁷⁾恰因如此,罗马“市民法”的形成,并不妨碍其他罗马法律秩序的继续存在,它只是作为一种粘合剂和润滑剂,以更好地回应不同法律秩序的沟通需要。也恰是在这个意义上,意大利罗马法学家斯奇巴尼才会强调:从罗马建城一直到公元4世纪,罗马法学家笔下的“法”(*iura*)这个术语,始终是以复数形式出现:它代表着若干种法或者规范的结合体。⁽²⁸⁾也正是因此,徐国栋先生同样认为,在城邦出现之前的罗马,在罗马共同体与个人之间,实际同时存在氏族、共有法家庭和自有法家庭三个环节,这三个环节在某种意义上都是国中之国,它们或多或少都有自己的法。⁽²⁹⁾也是这个原因,这个时期罗马共同体的权力也并不是一种绝对性权力。在不同的联合体内部,它们各有自己的习惯(法)、宗教信仰和纠纷裁判体制;在家庭内部,家父(*pater familias*)的家父权是调整所有家庭成员法律关系的基础;每个家庭都有自己的“领土”(*heredi-*

(21) [德]韦伯《法律社会学》,康乐、简惠美译,广西师范大学出版社2005年版,第9页。

(22) 徐国栋《罗马法与现代意识形态》,北京大学出版社2008年版,第51页。

(23) 同注22引书,第53页。

(24) 同注22引书,第92页。

(25) 马尔蒂诺也指出,市民法最初来自于习惯,是罗马人的习惯法。参见[意]马尔蒂诺《个人主义与罗马私法》,薛军译,载徐国栋主编《罗马法与现代民法》(第4卷),中国人民大学出版社2004年版,第6页。

(26) 彭波尼就指出“《十二表法》是城邦在驱逐了国王们之后,为以法律为基础创建自己而采用的工具。《十二表法》意味着一个新的罗马城邦的诞生(D.1.2.2.4)。”转引自注6引书,第18页。

(27) 参见[英]梅因《古代法》,沈景一译,商务印书馆1959年版,第109页。

(28) 参见注6引书,第28页。

(29) 参见注22引书,第62页。

um)。同时,在家庭之外,民法法(习俗)也有其特定的权威。这种家庭与共同体法的多元化样态,共同构成了一个政治、法律与宗教的联合体,用斯奇巴尼的话来说,它实际上是一种“多元法统”。⁽³⁰⁾

因此,要真正厘清这个罗马时代的法律样态,就必须突破现代的历史编纂学,更不能直接套用当代的法律概念去肢解这一时期的政治和法律实践。也就是说,在这一时期,罗马家父权力(potestas del pater familias)和共同体权力(potestas del populus)都具有其“主权性”,而且这种主权性表现为不同的法律组织性原则。对此,斯奇巴尼在评论彭梵得的著作时正确地指出,在这个时期,所有的人(当然是贵族——笔者注)都参与到主权之中,而且存在数个创制法的中心,创制法的活动不是“专制的”,不是摆脱一切约束的。这是一种“市民”的制度,而主宰这个社会的是通过家父和法官加以体现的神明。⁽³¹⁾正是由于这个原因,在罗马法中,“支配权”(potestas)就既指罗马共同体的权力(potestas populi),也指家父的自主性和权力(patria potestas)。同样原因,在这个时期,罗马法并不存在“私法”与“公法”意义上的区分,“市民法”并未被视为“私法”。“市民法”同时具有私和公两种面向,因为私与公尚未被严格分离。

罗马共同体权力的崛起当然挑战了贵族的统治。以土地制度为例,在最初,只有贵族可以占有公地,此时并不存在私人土地所有权的概念。而实际上,私人所有权概念的出现,正缘于崛起的平民开始与贵族父主抗争,表达对土地渴求的结果。“所有权属于平民,占有公地属贵族。”⁽³²⁾在建立和巩固市民共同体之后,天平开始逐渐向平民一方倾斜:在氏族土地(Ager gentilicium)旁产生了私地(Ager privatus)和公地(Ager publicus),它们与氏族土地所有权共同并存。⁽³³⁾对此,贝特鲁奇进一步指出,罗马的土地所有权并没有统一在私人所有权和公共所有权两个大类中,而是存在为数众多的中间类型,它们都表现为土地所有权与使用和利用权的分离。⁽³⁴⁾贝特鲁奇的研究实际证明,最初的罗马法并不是某个超脱的立法者统一制定法律的结果,恰恰相反,它是由不同团体特别是贵族和平民之间不断对抗和妥协的过程演化而来,来自对传统习俗的执著坚持和缓慢改变的历史较力之中。如维柯所述,“各阶层取得权利平等的竞争是最强有力的手段来使罗马政体伟大”。⁽³⁵⁾在这个时期,没有一个政治权力或团体能够垄断法律的生产,法的“习俗性”,恰恰是这种垄断性缺失的证明。

但这样一个时代难以持久,平民力量的持续增长,不断冲击贵族对法律的把控,共同体权力正以所有人都无法预见的趋势生长。共同体权力逐步取得了相对于贵族团体的独立性,“罗马法”伴随这个进程,开始发生了一系列新的变化。

首先看第一个重大变化。武装骑士(奎里蒂)所有权,这种所有权形态,最初是意味把土地分配给平民的那个贵族,同时也是这个平民的辩护人(平民直到罗马年历第309年都还没有公民权这一特权)。但是,随着“民众自由”概念的出现,这一传统的所有权概念,开始过渡到一种作为共同体成员的私人所有权的概念。在原先的“罗马法”体制中,所谓dominium optimum或“凭权势的管领”,它是指涉一种贵族的所有权——它不受任何干扰,甚至是来自共同体的干扰。但是现在,它开始转变为一种不受任何私人干扰的私有意义上的所有权。武装骑士所有权向私人市民所有权过渡,贵族最初凭借“主权”占领的财产,现在逐渐淹没于可受共同体征税的私人所有权概念之中。⁽³⁶⁾

(30) 同注6引书,第28页。

(31) 参见[意]彼德罗·彭梵得《罗马法教科书》,黄风译,中国政法大学出版社2005年版,“汉译本前言”。

(32) [意]阿尔多·贝特鲁奇《罗马自起源到共和末期的土地法制概览》,徐国栋译,载徐国栋主编《罗马法与现代民法》(第2卷),中国法制出版社2001年版,第130页。

(33) 参见注32引书,第124-125页。

(34) 参见注32引书,第150-151页。

(35) 同注3引书,第136页。

(36) 参见注3引书,第343-344页。

在过去,平民需要凭借一种以时效获得财产所有权的“法”,来使自己的财产转移或交换获得宗教仪式化的固定。但到这一新的时期,共同体开始直接利用禁令来帮助这种占领,凭时效获得财产所有权,开始转变为一种“所得财产管领权”(dominii adeptio)。也正是在这个时期,不同法/习俗的渊源并存,由此形成了四种土地占有形式的并存:“凭占领时效的”(bonitary)、“可据法申辩的”(quiritary)、“最有权势的”(optimal)和“市民的”或“民政的”(civil)。而伴随着共同体权力的不断崛起,这四种所有权最终都将汇入市民所有权的单一形式之中。⁽³⁷⁾

再来看另外一项重大演变。在早先的时期,罗马共同体对贵族特权的突破,其正当性建立在对市民与外邦人严格区分的基础上。罗马贵族市民,作为自由共同体的成员,他们是自由的;但在共同体之外的“非市民”,则不能享受这种罗马市民的自由。他们不具有“市民法”的权利,也不能享受“奎里蒂法”的利益。⁽³⁸⁾正是由此,罗马人拒绝用纯粹的罗马“市民法”来判决新的案件,他们也拒绝采用外国诉讼人“本国”的法律,因为这可能造成罗马法律的“退化”。⁽³⁹⁾但是,伴随着共同体权力逐步取得对贵族团体的优势,同时又由于罗马统治范围和外来移民的不断扩大,他们开始采取新的办法,其中最重要的,就是选择罗马同外来移民所出生的意大利各个不同社会中共有的法律规定,并由此形成一种最早的符合“万民法”(ius gentium)原始和字面意义的制度。⁽⁴⁰⁾

梅因做出了正确的论断,罗马“市民法”,原先实际就是“罗马市民的习惯法”。而作为“自然理性”的“万民法”,最初则只是一种由于实用需要才强使罗马人注意的制度,“罗马人不爱‘万民法’正像他不爱外国人一样”。⁽⁴¹⁾在梅因看来,“万民法”的产生,一部分是由于罗马贵族轻视所有的外国法律,一部分则是由于他们不愿将其本土的“市民法”利益给予外国人。⁽⁴²⁾所以,市民法只适用于奎里蒂人——外国人、奴隶和城市外的整个世界在“市民法”眼中根本不算什么——甚至直到进入帝国时期以后很久,在罗马的市民法和万民法之间,仍保持着严格的区别。⁽⁴³⁾在这种“罗马市民的习惯法”中,充斥着现代视角下的诸多非理性规定:例如“曼企帕地荷”中的庄严手势;口头契约中安排的问和答;辩护与诉讼中不胜枚举的手续程序。⁽⁴⁴⁾而实际上,这恰恰是罗马法从“习俗”到“法律”连续性发展的明显例证。

二、习惯法、市民法与城邦法律(lex)

最初,家庭、氏族、部落这些团体的结合,并不妨碍它们自身的独立性。生后第十日,儿童通过宗教仪式加入家庭。数年以后,他加入胞族。至16或18岁时,他可以申请加入城邦。⁽⁴⁵⁾同一氏族人无控告同族人于城邦法庭的权利,因为氏族自有它的司法系统。⁽⁴⁶⁾部落与胞族相同,有全体大会,有发

(37) 参见注3引书,第528-529页。

(38) “历史时代的市民法毋宁是被定义为一种特别法,在其中,至关重要的不外乎个人作为市民资格,亦即其乃此一特殊身份团体的成员”,同注21引书,第92页。

(39) 盖尤斯《法学阶梯》,I,1:因为任一民众自身所接受的法律为其本身所固有,他们称其为民法,也就是说它是每个城市所固有的法律。转引自[法]菲利普·内莫《罗马法与帝国的遗产》,张竝译,华东师范大学出版社2011年版,第102页。

(40) 参见注27引书,第33页。

(41) 同注27引书,第35页。

(42) 参见注27引书,第34页。

(43) 参见[德]斯宾格勒《西方的没落》,吴琼译,上海三联书店出版社2006年版,第51页。

(44) 参见注27引书,第35页。

(45) 参见注4引书,第118页。

(46) 同注4引书,第94页。

布让全部落人都当遵守命令的权力。部落有自己的法庭及针对全部落的法律。⁽⁴⁷⁾

但是,家庭、部落、市民共同体、地域共同体和政治性团体的并存,使罗马开始面临法律史上通行的二元难题:一方面是各个团体产生的自有性法律,另一方面则是这些团体法律间的协调问题。随着家庭、氏族、村落、部落的相继衰落或蜕变,罗马城邦则不断得以确立和充实。城邦团体的诉讼程序,逐渐介入到实际市民伙伴间的关系甚或家庭成员间的关系。例如,个人的土地请求权,就开始成为市民之间在罗马法官面前诉讼的对象。⁽⁴⁸⁾这一演变,推动了罗马王权的诞生和城邦的出现。

必须看到,城邦君主的权力与贵族家父的利益存在巨大的矛盾。随着罗马下层群体的不断壮大,他们更多希望通过与君王的合作来摆脱贵族的控制。共同体权力的持续增长,也不再能够容忍贵族家父的专断权力。家庭与城邦之间的对立愈趋严重。田地不可变更、家产不可分割,这些传统时代的“习俗”与城邦的利益之间发生了深刻冲突。准许父亲出卖或杀死儿子,这也不再是城邦的意愿。而实际上,对于原先这些“自有法”秩序的突破,正是借助了罗马平民和贵族之间越发难以调和的敌对关系。

最初的罗马共同体,是基于平等的市民家庭团体的结合产生,但是伴随着罗马社会贫富分化的加剧,在贵族和平民之间,以及新旧贵族之间的矛盾不断发酵,对于家庭“自有法(习俗)”的传统虔敬,日益丧失了来自实际政治的根据。从这个阶段开始,大量的个人权利和财产开始从家庭审判庭中转移到公共法庭的管辖权之内,“市民法”开始介入每一个家庭内部的“习俗”。“‘个人’不断地代替了‘家族’,成为民事法律所考虑的单位。”⁽⁴⁹⁾平民意识到,支持君权是反抗贵族的唯一办法,⁽⁵⁰⁾而这将不断瓦解传统“自有法(习俗)”的神圣性。⁽⁵¹⁾

在进入这一历史阶段之后,如马尔蒂诺指出的,与之前父系团体的主权性质不同,家庭的政治功能开始转由城邦——一个组织更加复杂并承担了安全防御任务的社会组织体——行使。家父虽然还是家庭团体无可争议的统治者,但他已失去实际的政治功能。⁽⁵²⁾罗马父系集团的权力不断被转移到城邦层面。实际上,也正是在这个时期,个体所有权的概念开始大量出现,而这恰是与城邦的发展同步进行的。⁽⁵³⁾

也正是从这个时期开始,罗马的传统宗教开始走向衰落。正如库朗热所言,城邦的权力是一个新生的事物,因为它既不出自宗教,也不由宗教创立。这在以前闻所未闻,“因为它在本质上是人对人的服从”。⁽⁵⁴⁾在过去的罗马时代,“法/习俗”始终是宗教的一部分,它是神圣的、一成不变的。因此,凡无宗教者不能有产权;凡无主人不受法律的保护。而在新的时代,“法”的这种宗教色彩开始被清除,从而开始转变为一种纯粹的“法律”。⁽⁵⁵⁾

从这个新的城邦时代开始,自然权利相对于宗教习俗的重要性不断上升,与此同时,私人利益的概念也在不断取代传统民政家父的概念。建筑在自然理性基础之上的精细的利益平等(aequum bo-

(47) 同注4引书,第110页。

(48) 参见注3引书,第136页。

(49) 同注27引书,第110页。

(50) 参见注4引书,第258-259页。

(51) 徐国栋认为,国势调查隐含着设立监察官制度的必要,尽管它的正式设立是公元前443年的事情,一旦设立,它将成为对家父权进行限制的机关。家庭内部的法将逐渐被共同的法取代,国家权力要渗透到家庭内部,家庭成员在法律上不仅被看作家的一分子,更重要的是,他们将被看作国家的一分子。参见注22引书,第87页。

(52) 参见注8引书,第25页。

(53) 参见注8引书,第26页。

(54) 同注4引书,第259页。

(55) 同注4引书,第282页。

num) 的概念不断凸显——罗马法学家将其称为自然平等(aequitas naturalis)。贵族父主和家庭团体的“自有法(习俗)”,开始被一种民族意义上的“法(习俗)”取代。⁽⁵⁶⁾

也是在这个时期,罗马步入了后世历史著作所称的黄金时期。贵族与平民在共同构建一个城邦的基础上达成了共识,并同时照顾到平民利益和贵族宗教:由贵族担任立法者,但法在公布之前,应先征求大众的意见和各阶级的认同。⁽⁵⁷⁾这也同时给罗马法带来了两个具有里程碑性意义的转变:第一,法律不再被视为是不可变动、不可讨论的成法。既是人类的作品,自然也能变动。第二,法律也不再是神的传统,而是简单的文字。法律既然出自人的意志,人的意志自然也可以改变它。⁽⁵⁸⁾

当然,在这个时期,罗马法仍不主要以“法律”的样态呈现,法律仍以“法”的存在为前提,只不过“法”的涵义在被不断转变。首先,替代古老宗教的,并不是君主或某个政治团体的意志,而是罗马人所谓的“公众事务”(res publica)。⁽⁵⁹⁾“公众事务/公共利益”,成为这个时代“法”意涵的真正指向。“法”在这个维度下开始同城邦结合,它不再仅仅表现为市民的法,也同时表现为“城邦自己的法”(ius proprium civitatis)。⁽⁶⁰⁾

在城邦建立的初期,城邦和市民共同体被视为一体性的存在。但是,随着城邦权力意志与市民“公共利益”之间裂缝的加大,城邦开始单方运用公权力,强行推展其法庭中具有排他性拘束力的“官法”(Amtsrecht),这时,关于区分法律和市民法的法律讨论也就开始流行起来。

恰如前述,罗马“法”的原初含义,是一种“习惯法”。⁽⁶¹⁾但是伴随城邦权力的深化,在家庭、家际共同体(市民)和城邦之间,出现了相互缠绕的紧张关系,正是在这些紧张关系的演化中,开始产生了对习惯(习俗)、法、市民法、城邦法律这几者进行区分的一系列法律问题。同时,“公法”(ius publicum)概念的出现,以及罗马法上对于“公”(publicum)与“私”(privatum)进行分辨与讨论的重要性,也都开始成为现实的法律问题。

一方面,为了实现城邦的权力集中,就必须不断瓦解那些中间性的社会组织。实际上,区分“私”和“公”的法律进程,也正是逐步收回中间性团体的法律权力的过程,同时,这也是法与法律距离不断被拉大的开始。但是,城邦权力介入“市民法”在罗马史上是一个缓慢的渐进过程,城邦权力不断干预“市民法”,但在很长时间内它并不否定其在特定范围的正当性。在罗马共和时期的法学家那里,“法律”和“平民会决议”从属公法的范畴,而私法(ius privatum)则与这种公法相对而存在:它被认为是建立在另一种非国家来源之基础上的法。作为罗马的“习惯法(市民法)”,它开始主要表现为“法学家法”。⁽⁶²⁾事实上,城邦权力通过与罗马市民法(习惯法)不断的拉锯、磨合、吸纳与整合,开始赋予罗马市民法和市民法律以新的内涵。

(56) 参见注3引书,第508、538页。

(57) 参见注4引书,第282页。“从此以后,平民与贵族出现在同一个法庭,行同样的手续,按同样的法律进行审判。再没有比这更根本的革命了!日常习惯,风俗,人与人的感情,个人尊严的观念,权利的原则,都在罗马为之一变”,同注4引书,第283页。lex(法律)最初的本义是指“采集在一起的橡栗”。正如维柯所指出的,lex按照一种民政性的需要,指“集成一群的市民们”或“公众议事处”,“以便当着人民的面来隆重地庆祝由议会制定的法律”,同注3引书,第127页。蒙森也认为,对罗马人民来说,法律(lex)不是像我们理解的那样,是王对于所有的民社成员发布的命令,而首先是构成国家各权力代表的以说明或反驳的方式缔结的契约。拉丁文lex的意思一般指契约,此契约的条件由提议人决定,对方只能接受或拒绝。参见[德]蒙森:《罗马史》(第1卷),李稼年译,商务印书馆2005年版,第68页及以下。

(58) 同注4引书,第289页。

(59) 参见注4引书,第298页。

(60) 同注1引书,第98页。

(61) 同注1引书,第62页。

(62) “私法是一个较晚才出现的纯粹学理上的概念。原初的法律语言并未使用私法,而使用市民法一语”,[奥]欧根·埃利希《法社会学原理》,舒国滢译,中国大百科全书出版社2009年版,第480页。

在这样的一个过程中,“罗马市民法”其作为罗马“普通法”(common law)的性质,就逐渐盖过了罗马法的“习惯法”特质。“市民法”逐渐向“市民法律”过渡,作为“习惯法”的市民法,开始向作为“法学家法”的市民法演变。也就是在这个意义上,埃利希认为,“市民法”其实就是在罗马的法庭诉讼中可以适用的法学家法。⁽⁶³⁾

习惯-习俗与市民法的区分,正是在这个市民法城邦化的过程中变得日益突出。研究者指出,这一时期的罗马法学家在谈到习俗(mores)和习惯(consuetudo)时,开始将其严格区别于法庭所要考虑的市民法(习惯法)。所有在罗马社会出现的习惯,只有当它们经过法学家法的再过滤,变成“市民法”时,才能成为一种对法庭有约束力的“习惯法”。“若没有法学的介入,习俗和习惯不可能直接成为法院适用的法”。⁽⁶⁴⁾在罗马这个时期,不再存在一种独立于“市民法”(法学家法)的“习惯法”。也因此,埃利希才会如此拗口地表述:当古典时期的罗马法学家提到市民法时,他们所指的是罗马的习惯法,但当他们完全一般地提到习俗或习惯时,则不是指罗马的习惯法。⁽⁶⁵⁾“习俗”虽然被承认其存在,但它不再被直接视作法律的渊源。整个罗马共和国时期的法官,尽管仍然主要依据对立“法律”的“市民法”进行裁判,而这种“市民法”相应于“法律”,依然具有“习惯法”的色彩,但它显然也不再是原初纯粹的“习惯/习俗”。

马尔蒂诺指出,有关私法问题的“法律”,并不构成“市民法”的渊源,而是与“市民法”相对的。在马尔蒂诺看来,“法律”只是对行使某一权利的可能性的放弃,这种放弃需要通过城邦成员组成的民众会议实施。也就是说,在这个时期的罗马法中,“主观权利”只能来自“市民法”,它可以被“法律”定为目标,但不能被“法律”所排除。民众会议可以修改市民法,对市民法进行纠正和限制,但是它不能直接创造市民法。在马尔蒂诺看来,这就是关于人的意志不能创造法的有力证据。⁽⁶⁶⁾

也就是说,在这个“古典罗马法”时期,“法律”的效力仍以“法”的存在为前提,它不能直接变通或修改“法”;当它对“法”产生渗透作用时,如果打算修改或者禁止“法”的后果,也只能通过设立某些手段,以抵消其已有的效力。⁽⁶⁷⁾但另一方面,城邦“法律”也开始对“法”的产生和发展发挥巨大的影响。“市民法”与“城邦法”之间的缝隙,伴随城邦权力的扩张被不断弥合。⁽⁶⁸⁾司法裁判构成“市民法”和“城邦法”相结合的首要衔接点,促使罗马法律的统一化进程。而《十二表法》的出台,则使“市民法”被进一步确定、准确和明了,“这一切都意味着城邦介入到‘法’的领域之中,意味着通过针对次要问题的立法活动来实现对法(ius)的采纳”。⁽⁶⁹⁾

最可作为例证的是罗马法人概念的出现。伴随罗马商品经济的发展,罗马各团体以及团体内部的分化开始加速,团体机构及其内部成员的处分权范围,已经不能再单纯依赖团体的“自有法”,此时需要城邦提供更为明确和合理化的规则。顺应于“目的性契约”因交换经济不断增长的趋势,以及团体的法律地位问题,包括团体在契约交易及诉讼中的正当性问题,这些问题不断浮上台面。⁽⁷⁰⁾法人

(63) 同注62引书,第480页。

(64) 同注62引书,第485页。薛军在《学说汇纂》进行研究后指出:(1)“这些法律(指十二表法)颁布之后,像通常发生的情况一样,人们开始感到必须有来自于法学家权威和法庭讨论的解释。这种讨论和这种以不成文形式由法学家创立的法,被以一个共同的名词相呼:市民法”;(2)“在我们的城邦中,法制或者是根据法即法律而建立的,或者是根据自己的只存在于法学家的解释之中的、不成文的市民法而建立的”。这些材料的讲述发生在皇帝授予法学家以解答权之前,但是,这时法学家的学说已被称为“法”。参见注32引书,第79页。

(65) 同注62引书,第486页。

(66) 同注25引书,第10页。

(67) 同注1引书,第108页。

(68) 参见注1引书,第26页。

(69) 同注1引书,第100页。

(70) 参见注21引书,第102页。

概念(juristische person)作为罗马法的伟大发明,就是在此时期“市民法”与“城邦法”相互融合的成功范例。将市民成员的“自有法”与建构出来的团体的专属法律分割开来,成为了罗马法的独特贡献,而这正得益于罗马城邦与各市民自有法之间长期并存、持续拉锯的现实。斯宾格勒精炼地概括道,罗马人既非体系制造者,也非历史学家或理论家,而实实在在地是卓越的实践家。⁽⁷¹⁾

伴随城邦权力的进一步扩张,以及家际与家庭秩序的持续衰落,“法律”的地位不断上扬,而“市民法”(习惯法)的生长则面临越来越大的困难。此时,与罗马城邦相结合的“市民法”,其“属地法”性质越发凸显。那些在“属人法”时代拥有固定权利的团体,则开始丧失其自主性,城邦权力独占法律创制的趋势越发明显。

在罗马共和国早期,政治团体(城邦)只是各种法律共同体之一,但是现在,各类团体都开始被设定为“主观权利”的担纲者,“自律性的人群团体在一个政治机构里已服属于一套透过有秩序的法发现而被和平地采用的共通的法律”。⁽⁷²⁾与此相应,“告令”(edict)与“裁判官”的年度布告被日益重视,开始被用作法律改革的主要手段。家际秩序、共同体权力随着城邦权力的彰显,开始凸显出“特别法”的性质,也日益面临与家内“习俗”沦为一格的危险。易言之,罗马共同体意义上的“市民法”,开始遭遇被城邦界定为与家庭习惯—习俗同等地位的威胁。

因为,“特别法”只是被当作有关特定客体和事实的法律,因此,“将特别法当成是切事的特殊法规而统合到一般法——领邦法(lex terrae)”。⁽⁷³⁾统治者不断缩小传统团体和阶层在法律上的自主性,并促进“官方”更为复杂、更为分化的法律机构和法律活动的发展。此时的罗马,越来越开始表现为一种韦伯意义上的“结合体关系”,而不再是原初的“共同体关系”。地方性习惯虽然继续有效,但其效力低于法律。⁽⁷⁴⁾正因如此,萨维尼认为,在那个时代,罗马已经很难以纯粹民族的(rein volksmäßigen)方式产生出普遍的新习惯法。实际生活中的“习惯法”,绝大多数只是“特别习惯法”(partikulares Gewohnheitsrecht)。⁽⁷⁵⁾

据西塞罗介绍,在古典罗马法中,曾经存在进行一般自我限制的条款“如果某项规则不应当被确认为法,确认该规则的法律则是无效的”(si quid ius non esset rogatum, eius ea lege nihilum rogatum)。可以看到,这是一种以“法”为标准的限制性条款,“法”可以得到“法律”的补充,但不能直接由“法律”加以修改。⁽⁷⁶⁾但是,随着城邦权力的不断深化,市民法(习惯法)与法律的地位发生了移转。此时,“法律”开始被视为市民法的渊源——甚至是市民法的首要渊源。“法律”地位的上升,就生动反映于帕比尼安著名的定义(D.1.1.7pr. Und 1):整个法被分为市民法和荣誉法(裁判官法);算作市民法的,除了法学家的权威学说外,还包括法律、平民会决议、元老院决议以及皇帝谕令。从这里可以发现,“法律”正在悄然替代“市民法”的古典定义。也正是在这一进程中,法律的效力逐步超过了“不完善法律”(lege imperfectae)和“不完全完善法律”(minus quamperfectae),并最终形成了“完善法律”(leges perfectae)的概念,而所谓的“完善法律”,就是意味“法律”可以直接撤销以市民法为根据所完成的法律行为。⁽⁷⁷⁾

英国历史学家芬纳认为,随着城邦权力和统治范围的逐步扩展,公民的罗马(civitas Romana)变得

(71) 同注43引书,第51页。

(72) 同注21引书,第100页。

(73) 同注21引书,第91页。

(74) 参见注6引书,第21页。

(75) [意]萨维尼《当代罗马法体系》朱虎译,中国法制出版社2010年版,第120页。

(76) 参见注1引书,第107页。

(77) 参见注1引书,第253页。

越来越不像温馨的区域共同体,而越来越沦为抽象的法律实体。⁽⁷⁸⁾而在梅因看来,这一剧变的时间节点,则正当希腊“自然法”理论被适用于罗马的“所有国家共有法律”之实践时期。⁽⁷⁹⁾“万民法”开始被罗马法学家视为真正“自然”的法典,“裁判官”根据“万民法”原则创制的“告令”法律学,开始将“市民法”视为一种由于背离“万民法”而退化的存在。“裁判官”有责任尽量以“告令”代替“市民法”,尽可能用“自然”来管理那些处于原始状态中的人们,把他们从原始之中恢复过来。⁽⁸⁰⁾

此时,正如梅因所说,罗马“裁判官”既是普通法的大官吏,也是衡平法的首席法官。“裁判官”法院通过衡平性的“告令”,不断替代“市民法”的旧规定,这个过程一直持续到优士丁尼时期。⁽⁸¹⁾在这个过程中,城邦法的深入一方面加强了罗马法整合,另一方面也不可避免地加速了罗马法脱离民众的步伐。也正是在这个时期,一个新的观念开始出现,即 orbis terrarum(地圈,世界的圈子)。罗马开始告别过去那个以家庭、共同体作为秩序生发基础的时代。imperium(命令,权力)被视为将能统辖整个 imperium 及其并不团结的民众。它最终会在帝国时期的 pax romana(罗马的和平)观念中得到了完整的表达,即通过强腕而强加在领土和民众之上的和平。⁽⁸²⁾

到了西塞罗时代,罗马法就开始按照罗马执政官的指令行事。而从哈德良大帝以下,罗马法已完全依靠 edictum perpetuum(永恒的圣谕),即由萨尔维阿斯·尤里安几乎完全根据各行省的诏令编制而成。⁽⁸³⁾正是由此,哈德良时期的法学家尤里安开始艰难地为“习惯法”的效力辩护,一种为证成习惯法效力的“默示宣告”理论正在生成。此种理论认为,在制定法律的情况下,共同体(populus)通过投票表决(suffragio)表达自己的意志,而在遵循习惯的情况下,则通过被称为默示宣告(rebus ipsis et factis)的方式表达其意愿(D. 1 3 32 1)。⁽⁸⁴⁾法律渊源理论的悄然演变,深刻反映了罗马法源的缩减以及诸法源统一于单向度的法律的现实。

法的创制渊源不断被“君主谕令”统一。一方面,立法权力不断向君主集中;另一方面,民众的立法活动、裁判官的造法工作、元老院的立法活动和法学理论的创造则相继萎缩。在盖尤斯的《法学阶梯》中,有关罗马民众的法律包含了这样一些不同的来源:法规、平民会议表决、元老院决议、皇帝敕令、行政官员有权颁布的敕令及法学家的答辨。⁽⁸⁵⁾可以看到,在盖尤斯时代,罗马共和国时期的“规范等级制”还没有被彻底抛弃。在他看来,皇帝指令仅具有“法律效力”,这些指令无法仅凭其本身便立刻成为法律。⁽⁸⁶⁾与此相似,韦斯巴芗(Vispasian)在其帝国法(lex regia 或 lex de imperio)中,虽然宣扬不受(solutus)先前由民众批准的所有法律和平民所行使的任何权利的约束,⁽⁸⁷⁾他不仅能制定新的法律,而且也能废除旧的法律,或将其弃置不用。但是,他也只有在其前任免受这些法律的约束时,才可同样不受约束。而且,在罗马帝政初期,皇帝并没有被直接授予颁布法律或与法律有同等效力的规范的权力。《关于谕令权的维斯帕西安法》并未授予皇帝一种抽象的立法权。⁽⁸⁸⁾

(78) [英]芬纳《统治史(卷一):古代的王权和帝国》,马百亮、王震译,华东师范大学出版社2010年版,第243页。

(79) 同注27引书,第35页。

(80) 参见注27引书,第42-45页。

(81) 参见注27引书,第44-45页。“查士丁尼时代,立法者已经不能再理解古人的法律了。他们觉得古代的法律不公正,说十二铜表法过于严厉,因为它‘优待男系,而将与亡者只有女系联系的人拒绝在继承之列’”,同注4引书,第69页。

(82) 参见[美]沃格林《希腊化、罗马和早期基督教》,谢华育译,华东师范大学出版社2007年版,第153页。

(83) 同注3引书,第557页。

(84) 参见注1引书,第340页。

(85) 参见[古罗马]盖尤斯《法学阶梯》,黄风译,中国政法大学出版社1996年版。

(86) 参见注39引书,第225页。

(87) 参见注39引书,第225页。内莫认为, solutus, 该词颇有近代绝对主义的特色,它的意思是国王可 absolutus, 即面对先前的法律, 国王可“免诉”、“不受约束”、“拥有豁免权”。

(88) 参见注32引书,第94页。

但是 在元首政体的末期 这些限制措施终于不再提起。2 世纪晚期 元首政体迅速过渡到塞维鲁斯诸皇帝当政的君主政体。御用法学家乌尔比安宣称:凡是取悦于君主的东西具有法律效力(quicquid principi placuit legis vigorem habet)。在他看来 通过确立君主最高权力(imperium) 的帝国法(lex regia) 民众就会在其双手间放上它本身便拥有的至高权力和权威。因而 无论皇帝在信上签名作出决定 或通过司法程序的范围内颁布裁决 还是于法庭之外表达司法建议 或用敕令的形式下达命令——这样的立场均构成了我们通常所谓的“法规”。⁽⁸⁹⁾ 无论何事(quicquid) 只要君主喜欢 从此以后就可具有法律的效力,“塞维鲁时代的最后几位伟大的法学家——保罗和乌尔比安 他们的法学理论蜕变为仅具有编纂性质的工作”。⁽⁹⁰⁾

三、“习惯”(Consuetudo) 在罗马帝制秩序下的继续生存

在罗马帝制初期 通过法律解答权(das ius respondendi) 即皇帝授权法学家创制法律 皇帝开始使非国家法的形成受国家授权的约束 把非国家法的形成 限定在制定法尚未规范的问题上 并且 在制定法中 针对习惯法的效力采取了一系列非常严苛的规定。与此同时 罗马皇帝力图通过旨在涵盖全部法律的法典编纂使习惯法变得多余 有时甚至明文将习惯法排除在外。⁽⁹¹⁾ 从奥古斯都政权巩固后到优士丁尼法典公布 “这种法规大量增加 一个制定法和一个有限制的释义局已产生; 一个永久的上诉法院和一个特许的评释集将在不久之后产生……这样 我们就被带到更接近于我们今日的观念了”。⁽⁹²⁾

正因此 埃利希指出 “很难想象 在优士丁尼法典籍之外 纯粹的习惯法还能作为共同的罗马法而继续存在 因为所有之前以习惯法这种方式而产生的重要制度都已经绝对在学说汇纂和法典中找到了位置。与之相反 许多特别习惯法在这种一般立法之外可能仍然存在 但我们无法确定甚至猜测其范围和重要性”。⁽⁹³⁾ 在这个过程中 罗马统治者一方面建立等级式的法律机构和职业化的司法阶层 控制并收回其他社会团体的法律管辖权; 另一方面 统治者也对这些官方机构时刻保持监控 尽可能防止它们自主性的增长。而贯彻这一目标的最好手段 实际就是编纂法典和统一法律。

罗马统治者针对各种“民间的”自主法律传统展开进攻(例如农村贵族与城市显贵的裁判权)。家族父主享有的对儿女的威权现在已消失: 罗马皇帝设法废除父主对儿女私人所得财产的威权 通过创制服役中私人所得财产法(peculium castrense) 诱使青年替帝国当兵打仗。⁽⁹⁴⁾ 而为提防家父削弱帝权 皇帝们进一步把父权(imperium paternum) 直接改称祖国威权(patria potestas)。⁽⁹⁵⁾ 与此同时 他也提防法官和法律职业群体独立地创制法律 他使司法与法律职业尽可能地官僚化 “当法律群体和法律机构变得更为分化的时候 统治者就更着重于在中央行政机构之中建立专门的法律机关 并通过这些机关 维持他们对各种法律群体的控制”。⁽⁹⁶⁾

(89) 转引自注 39 引书 第 226 页。

(90) 同注 1 引书 第 397 页。

(91) 参见注 62 引书 第 14 页。

(92) 同注 27 引书 第 29 页。

(93) 同注 62 引书 第 68 页。

(94) “家族的解体是一项在第二共和国时期才基本完成的工作。罗马城邦建立后 家族并未立即解体 《十二表法》中仍保留了大家庭的组织形式 表现为该法承认的宗亲家庭。只有在氏族不再构成对共同体权力的威胁因素时 罗马国家才通过如下的措施瓦解家族: 1. 禁止成立不分遗产的共同体; 2. 建立监察官制度; 3. 指定形式主义的交易形式。”同注 22 引书 第 93 页。

(95) 参见注 3 引书 第 536 - 537 页。

(96) [美]森斯塔得《帝国的政治体系》, 阎步克译 贵州人民出版社 1992 年版 第 141 页。

奥古斯都则对法学家解答发出了致命一击,他限制少数法学专家对案件发表有拘束力意见的权利,而他们的作品,则全是论述特定法律部门尤其是“裁判官告令”的正式论文。⁽⁹⁷⁾与此同时,大量可以自由行使的权力则被授予奥古斯都,只要他认为这是为公众福祉所必须。⁽⁹⁸⁾对共和国进行照顾和保护(*cura et tutela rei publicae*)的无限权力,确立了一项极为重要的法律基础,在此之上,摄政开始演化成为一种绝对君主制。通过一项正式的法律,一项人民的*lex*(*lex de imperia*,后来是*lex regia*)的巨大权力被移交给了元首。⁽⁹⁹⁾在塞弗留斯在位的时期,“罗马衡平法”的力量开始枯竭,而法学专家的工作也彻底停止下来。“余下来的一部分罗马法律史是君主立法史,最后,则是试图把从到这时为止已成为罗马法律学的这个庞大躯体编成法典的历史时期”。⁽¹⁰⁰⁾无怪乎梅因说,“世界上最著名的一个法律学制度从一部‘法典’开始,也随着它而结束”。⁽¹⁰¹⁾

从公元4世纪开始,罗马的法律渊源理论相对于先前时代发生了彻底改变。当时惟一能够存在的渊源,是古典法学家的作品以及皇帝的敕令。⁽¹⁰²⁾而更进一步,到5世纪,皇帝敕令的类型也发生了变化。带有一般性立法特征的“谕令”成为主导形式,而“敕答”和“敕裁”则逐渐消失。⁽¹⁰³⁾贵族大会、地区大会、军伍大会、平民大会等具有共和制特征的立法机构逐渐式微乃至完全消失。原来被视为例外的“官决法律”不断取代“民决法律”,成为罗马法律的主导形式。“在最后时期,就像立法的权力似乎因现实趋势而向少数人过渡一样,逐渐出现了这样的情况:公共事务只由一人执管。”⁽¹⁰⁴⁾到帝国后期,君主和他私人身份之间的区别也趋于消失。君主的至高权力(*imperium*)与他个人的统治权(*dominium*)之间变得难以区分。国家(包括法律),被视为属于皇帝个人所有,是他及其家族的财产与资产。⁽¹⁰⁵⁾

于是,罗马法在法律渊源上的多元性几乎消失殆尽,⁽¹⁰⁶⁾除法律之外,还点缀性地存在一些习惯——不成文法(*ius non scriptum*),即“那些由长期习惯确认了的并被常年遵守的东西”(*diuturni mores consensu utentium comprobati*)。但是,君士坦丁在一项被保留在《优士丁尼法典》中的谕令认为,习惯的效力仅限于补充法律,而不能违反法律[“长期形成的习惯具有效力,但是,这种效力超越不了法律或者理性”(*consuetudinis ususque longaevi non vilis auctoritas est, verum non usque adeo sui valitura momento ut aut rationem vincat aut legem*)]。⁽¹⁰⁷⁾

与此同时, *Persona*(人格)和 *homo*(人)出现了彻底统一化的趋势,这也符合一种帝国普世主义的趋向。“罗马法”对于“所有的人”(*omnes universi cunctie*),成为一种“共同法”(*ius commune*)。⁽¹⁰⁸⁾事实上,身处共和末期帝政前夜的西塞罗(公元前106—公元前43),正是通过他对罗马法的希腊化改造

(97) “由于裁判官法的发展,法律的重心逐渐转移,裁判官告示成为新的研究中心。这种适应法律渊源的发展而出现的新的类型的体系书就是《学说汇纂》”,同注32引书,第40页。

(98) 参见注39引书,第95页。

(99) 参见注82引书,第241页。

(100) 同注27引书,第45页。

(101) 同注27引书,第1页。

(102) 这两种渊源,分别被当时的人们称之为“法”(*Iura*)和“法律”(*leges*)。参见注32引书,第65页。

(103) 参见注32引书,第98页。

(104) 同注32引书,第72页。

(105) 参见注39引书,第227页。

(106) 在共和国和君主时期,法在法学家们的术语中则是复数的,比如说 *iura populi Romani*(罗马人民的法)即为复数词尾。同注6引书,第21页。

(107) “没有人敢于把古人已有的作品与根据朕的授权产生的作品相比较,因为为了事情的便利所作的改造是很大的”;“如果某一事项已在元首们的敕令中作出了规定,朕绝不允许它们被编入《学说汇纂》的卷册中,阅读敕令本身就足够了”。转引自注32引书,第75—76页。

(108) 参见注6引书,第21页。

工作,最终迎合并巩固了晚期罗马法律渊源的这一集中化趋势。

希腊文的 *nomos* 被西塞罗翻译成 *lex* (法律), *nomos* 丰富的希腊文含义,则被肢解为狭隘的罗马法律条文。⁽¹⁰⁹⁾ 更进一步,如沃格林所揭示,通过将罗马的 *lex* 等同于东方的 *nomos-logos*,西塞罗将罗马同未来的世界城邦联系在一起,他赋予罗马帝国以神的本质和形而上学的特质。⁽¹¹⁰⁾ 在这一转变过程中,最初的 *ius naturale*,即自然法,开始从有关部族城邦的实际的、历史性的法律中分离出来。⁽¹¹¹⁾ 沃格林进一步说明,“到了西塞罗的时代,术语 *ius gentium* 似乎已经转而意指对于所有民族都相同的法律制度”。⁽¹¹²⁾ 斯宾格勒也指出,罗马城的侨民法(*ius peregrinum*)实际上变成了帝国法。阿尔卑斯山的部落和游牧的贝都因(*Bedouin*)氏族,它们虽然仍保留各自的地方性法律,但现在只能作为罗马法的补充,而不是替代。⁽¹¹³⁾ 这一时期罗马最优秀的思想家塞涅卡、塔西佗、小普林尼、主教凯撒利亚的尤西比乌斯也都在为这一历史趋势见证:大地上存在唯一一位人类国王和唯一一部法律,虽然它们尚不完善,但它们应该以那同样的统一为目标(君士坦丁)。⁽¹¹⁴⁾ 必须注意到,这一时期的希腊化思想和东方思想也都对罗马法的最终蜕变产生了决定性的影响。⁽¹¹⁵⁾ 和谐一致(*homonoia*)的观念开始出现,并成为罗马世界新的基本社群概念。斯多亚派学者芝诺和他的大批追随者都是闪米特的亚洲人,通过他们,东方观念与古典罗马观念开始大规模交汇。⁽¹¹⁶⁾ 而这也标志着古典罗马最终的衰败。

在斯宾格勒看来,古典罗马法是一个城市的法律。但在这个新的阶段,罗马法已被默默地转换成同信者的法律(*law of creed - communities*)。⁽¹¹⁷⁾ 在他看来,这彻头彻尾是麻葛式的法律,是魔灵的法律(东方式的),因为“它永远有一个圣灵,一个相同的精神,一种对于整一的真理同一的知识和理解”。⁽¹¹⁸⁾ 在君士坦丁之前,晚期古典的帝国敕令法(宪令法、君令法),虽然还严格地保持罗马城市法的形式,但实质上已是由同一宗教所融合起来的诸多崇拜即“调和教会”(Syncretic Church)的信徒们的法律。在罗马本地,部分居民会把法律看作城邦法,但是这种情感随着每向东方迈进一步,而变得越来越虚弱。在斯宾格勒看来,信徒们融合成单一的法律共同体,就明显是受到了皇帝崇拜的影响,而这种崇拜,则彻头彻尾地属于宗教法。⁽¹¹⁹⁾ 可以看到,从君士坦丁开始,“罗马法”悄悄转变为正统的

(109) 西塞罗指出,“如果一个公民能够利用自己的权力和法纪威力迫使所有的人去做那些哲学家们以自己的讲演只能说服少数人去做的事情,这样的公民理应受到比探讨这些问题的学者们更大的尊严;“真正的法律乃是正确的规则,它与自然相吻合,适用于所有的人,是稳定的,持久的,以命令的方式召唤履行责任,以禁止的方式阻止犯罪”。[古罗马]西塞罗《论共和国 论法律》,王焕生译,中国政法大学出版社1997年版,第13、120页。

(110) 参见注82引书,第173-174页。

(111) 西塞罗《论法律》:自然法本身同体现于命令和禁令中的公正的理性(*recta ratio*)并无不同。转引自注39引书,第158页。

(112) 同注82引书,第252页。

(113) [德]奥斯瓦尔德·斯宾格勒《西方的没落》(第二卷·世界历史的透视),吴琼译,上海三联书店2006年版,第56页。

(114) 参见注39引书,第324页。塞涅卡:国王决定各个民族的生与死。没有国王,一切都会混乱瓦解(*amisso rege totum dilabatur*)。皇帝同共和国处于一体化的状态,他体现了共和国(*in se res publica convertit*)。塔西佗:有铁腕统治,社会亦将不存,权利平等只是一种暂时的且不稳定的状态。况且,世界各地的民众也认为自己在罗马法的束缚之下要比在自由所导致的混乱中更为幸福。小普林尼:我们受你的管理,我们听命于你(*regimur quidem a te et subjecti tibi*),但同时我们这样做也是听命于法律。转引自注39引书,第230、269、273页。

(115) “这种用拉丁文写成的法律的历史,在公元160年以后便属于阿拉伯东方了”,同注113引书,第61页。

(116) 参见注82引书,第120页。

(117) “芝诺在他的政府研究中,试图告诉我们,我们并非是被某些特殊的权利和法律分割开来的某区某城的居民,我们应将所有的人都看做是公民,如同属于同一区和同一城的人那样。苏格拉底尚信,在可能范围内,应当信奉城邦神。柏拉图尚未能发现城邦以外的政府。芝诺超越了一切人类社会的狭小限度”,同注82引书,第334页。

(118) 同注113引书,第55页。

(119) 同注113引书,第58页。

基督教法的过程,正进行得越来越坚决。⁽¹²⁰⁾ 斯宾格勒敏锐地发现,一种全新的宗教法律以古老的形式出现了。在过去,罗马法律以部族/种族单位而区分,但此时,则开始以宗教来划分民族。基督教的胜利,将意味着罗马古典社会的彻底终结。⁽¹²¹⁾

但是,“习惯-习惯法”并未从此消亡。一方面,家内意义的“习俗”依然存在;⁽¹²²⁾ 另一方面,由于罗马帝国向所有臣民授予市民籍,这将罗马法推向如何适应帝国疆域内多元异质习俗的境地。这不可避免成为由皇帝创造的官方法所要解决的核心问题。⁽¹²³⁾

“习惯法”在帝制罗马时期面临的吊诡就在于:一方面,“习惯法”不能再作为“市民法”直接证成其正当性;另一方面,由于帝制统治半径的急剧扩大,又留给“习惯法”在帝国疆域内生根发芽的广阔土壤。从城邦向帝国的迅速转变,由于领土和人口的暴涨,促使“习惯法”成为帝国法律秩序内不容忽视的现实。⁽¹²⁴⁾ 正因此,罗马法虽不承认被征服者拥有父权,但在“习惯”上仍允许父权的存在。虽然在法律上不准民众自称为地主,但仍由他们享有、耕种、出卖或留给后人。正如库朗热所说,通过法律拟制技术,人们虽然不说田地为他所有,而是说田地像是由他所有(*pro suo*)。田地虽非他的所有(*dominium*),但却属于他的财产(*in bonis*)。这些被征服者被置于法律之外,但在事实上,他们像生活在某种法律中。⁽¹²⁵⁾ 另一方面,宗教观念的兴起,也为“习惯法”在罗马世界的维存起到了意想不到的作用。比如,罗马帝国内部犹太人的自主司法权就从未受到挑战,聂斯脱利派和一性派也在他们分裂之后,立即开始创造并使用他们自己的法律。⁽¹²⁶⁾

埃利希就认为,最早将 *Consuetudo* (习惯) 视为法源的,是后古典时期法学家赫尔摩杰尼安以及后期的君主谕令。从《安东尼谕令》(*Constitutio Antonina*) 起,罗马法开始对不同特性、文明和血统的民族发生效力,这些民族的成员尽管已经归化为罗马公民,但他们甚至在表面上也从来没有接受罗马法和罗马习惯。他们一如既往地按照他们从前的法律和习惯生活。⁽¹²⁷⁾ 赫尔摩杰尼安就明确地解释说,“凡为古老的习惯确证的规则”(*quae longa consuetudine comprobata sunt*) 具有约束力。⁽¹²⁸⁾

(120) 斯宾格勒指出,公元200年左右,护教士变成了真正的教父,坦拿变成了阿摩拉(*Amoraim*),裁决法(*jus*)的大决疑家变成了宪法(*lex*)的注释家和编纂者。皇帝们的宪令——自200年起便成为新“罗马”法的唯一源泉——又是一种新的“哈拉卡”,在法学家的著作中被置于“罗马”法之上。这些新倾向在《国法大全》和《塔木德》中同时达到了完成。《法学阶梯》和《学说汇纂》是 *ius*; 它们在本质上具有正典文本的意义。《法典》和《新律》是 *leges*, 即阐述形式的新法。“新约”圣经的正典典籍和教父们的口传教义(*traditions*) 以同样的方式相互关联着。就《国法大全》来说,无论如何还是一部阿拉伯的——宗教的——造物,其证据就在许多篡改所呈现的基督教倾向中。法律史循着叙利亚-罗马法书指示给它的道路前进,在8世纪其著作便达到了在18世纪才达到的样式。参见注113引书,第61-65页。

(121) 参见注4引书,第360页。

(122) 库朗热认为,家产均分制度要到5世纪中叶才在罗马形成。读西塞罗时代至优士丁尼时代的法学著作,可以看出两种亲属制度的竞争并各自建立自身的权利系统。参见注4引书,第50、243页。

(123) 内莫认为,罗马法在“程式诉讼”时期能有所创制,就是因为罗马共和国以及之后的帝国乃是人类历史上第一个“多种族”的大国的缘故。法规应该设立起来以作为分属于各个种族的个体之间的社会纽带,并使得原先在属于相同种族的各个小城邦的范围之内盛行的法律面前人人平等的原则也能在帝国范围内得以奉行。体制上各类灵活的机制使新的规章得以形成、受到检验并获得确认,它借助于“再试验再犯错”这一漫长的过程,最终选择出了受所有人真正理解的规章,并可有效地避免冲突及改善社会的合作状态。参见注39引书,第100-101页。

(124) 韦伯也指出,在政治上由共通的支配者权力所统合起来的那些团体里,诸如波斯帝国、罗马帝国、法兰克王国和各个回教国家里,被统一的政治权力的法发现机构所运用的法律,将会各依组合族群(在法律上具有自律权或自律权并不怎么稳当的城市团体或种族团体)的种族、宗教或政治性格而有所不同。参见注21引书,第83页。

(125) 同注4引书,第352页。

(126) 参见注113引书,第60页。

(127) “联盟(*foederati* 或 *socii*) 在他们宣布接受罗马统治的时候,他们曾声明他们的城邦制度和城邦组织必须得到保存”,同注4引书,第349页。

(128) 同注62引书,第487页。

《优士丁尼法典》就包括三个涉及此问题的君主谕令。优士丁尼意识到,他不可能完全忽视这些地方和习俗。⁽¹²⁹⁾而“*Consuetudo*”(习惯)也替代了原初有关“习惯法”的含义——在古典法学家的叙述里,“习惯法”的含义是与“*Consuetudo*”大不相同的。⁽¹³⁰⁾但是,也是由于这样一个历史替代的过程,“习惯法”才因此获得继续存活的机会。罗马帝国被迫承认不同部族的法律习惯。“帝国法院与罗马法的最高权威决不允许这些差别大到一种激烈而绝对的程度,但是正如外族习惯在其边界内得到认可,一个人必须首先服从他自己的属人法的原则,这已经在西罗马帝国即将结束的几个世纪中萌芽。”⁽¹³¹⁾

四、余论 “习惯法”在后罗马时代的命运

罗马帝国此后的衰亡,并没有完全改变“习惯”的发展走向。中世纪以降,注释法学家、后注释法学家、教会法学家以及欧陆共同法的实践者都面临一项使命,它类似于后古典时期罗马法学家和立法者所做的工作。“他们也应当将罗马法应用于各种不同特性、血统和文明的民族,这些民族对罗马的习惯和罗马法大多是完全陌生的,它们拥有本民族的法和本民族的习惯。”⁽¹³²⁾实际上,罗马帝国晚期独特的“习惯法”实践,也构成了中世纪“习惯法”理论的部分基础。

中世纪以降,随着基督教会普世权力的出现,以及格列高利教皇的教会法革命,⁽¹³³⁾“习惯”的神圣性进一步消褪,伯尔曼就认为,习惯必须让位于自然法的理论,正是教会法学家最伟大的成就之一。⁽¹³⁴⁾格拉提安及其同时代的教会法学家为剔除与理性和良心不相符合的习惯法,提供了进一步的论据。⁽¹³⁵⁾精心阐释的标准被发展出来,以此来确定一项习惯的有效性:它的持续时间,它的普遍性,它在适用上的一致性,它的合理性——这类检验标准在20世纪仍然在使用。“习惯”失去了“神圣性”;一项习惯可以是拘束性的,也可以不是。⁽¹³⁶⁾到了12世纪,格拉提安则首次将各种法律渊源都置于一个完整的等级性秩序之中。⁽¹³⁷⁾

基督教会通过否认日耳曼人的世界观,同时将基督教世界分裂为两个王国,彻底颠覆了习惯的神圣性。之后教会革命所导致的宗教与世俗政治组织的划分,转而致使地域性王权的概念逐渐占据了支配地位。据此,国王不再主要是氏族(或氏族联盟)的首领和封建等级结构中的贵族首领。新的王权概念,首先牵涉到对国王立法作用的承认。欧洲国王第一次开始正规地制定法律,他们立法所基于的

(129) 参见注62引书,第487-488页。

(130) 例如,尤里安认为,习惯之所以具有约束力,是因为它是民众意志的表达;民众是一个基本的法律与政治术语,在此基础上,出现了“*res publica*”,即“民众事务”、“共和国”(D.1.3.32.1)。参见注6引书,第400页。

(131) [英]保罗·维诺格拉多夫《中世纪欧洲的罗马法》,钟云龙译,中国政法大学出版社2010年版,第6页。

(132) 同注62引书,第488页。

(133) 1075年,格列高利七世第一次宣布教皇独自具有“制定新法律”(condere novas leges)的权力,在那以后,西方每一个王国的君主也都开始成为“立法者”(conditor legum,像12世纪中叶在诺曼的西西里称谓的)。参见[美]伯尔曼《法律与革命》,贺卫方等译,中国大百科全书出版社1993年版,第638页。

(134) 同注133引书,第175页。

(135) 格拉提安所创立的关于法律渊源等级的思想,使诸法律制度实现了一体化:格拉提安在大约于1140年撰写的《歧异教规之协调》(Concordance of Discordant Canons)的头几行就指出,如果遇有冲突,制定法应优于习惯,自然法应优于制定法,神法应优于自然法。这意味着,在那时,对习惯要根据理性加以评估,如果发现它不合理,就予以废除。参见注133引书,第670页。

(136) 同注133引书,第175页。

(137) 伯尔曼认为,“在11世纪以前的西欧各民族中……完整的世俗法并没有从一般的部落习惯、地方习惯和封建习惯中,或者从王室和皇室的一般习惯中‘发掘’出来……没有发达的法律渊源理论,也没有关于神法和自然法与人法的关系、教会法与世俗法的关系、制定法与习惯法的关系,或各种世俗法——封建法、王室法、城市法——相互之间的关系的发达的理论”。同注133引书,第103页。

正当理由,不再仅仅是对古代习惯的记录或处理紧急情况的一种特殊办法,而是作为王权智能的一种正常行使,作为国王维持安宁和主持正义职责的必不可少的一部分。^[138]地域性的和法律的王权概念的结合,在欧洲的每个王国产生了王室法律体系。“在欧洲各国,国王的和国王法院的普通法逐渐取代了本国领土中彼此疏离的部落、地方以及区域性法律。”^[139]

在等级制国家发展的后期,从漫长的争论中产生了主权观念。主权观念则彻底挑战了从封建时期继承下来的,同时也是等级制国家特征的政治权力的分散性。^[140]因此,在17世纪,一种全新秩序变迁的征兆开始出现。作为现代早期主权概念的组成部分,立法权(*potesta legislativa*)取得了更为重要的地位,而保障现代领土国家秩序观念之实现的相关权能则得到了更为全面的运用。“不知不觉地,对立法的理解从审判管辖权(*iurisdictio*)的语境(由法律条文规定什么是合法的)转移到了主权(*souverainete*)的语境,在这种发展过程中,在以后的几百年,法律主权与政治主权观念是混合在一起的”。^[141]通过在立法与司法之间安排一种不对称的关系,以及借助支持这种安排的系列法律术语(比如法律渊源理论)这种新型的主权理论为绝对主义国家找到了奠基性的哲学基础。“习惯法”在新型的主权观念之下,其命运显现出晦暗的色彩。

在此后的绝对主义时期,主权者借助立法权成为了国家理性的代表,而国家理性的主要表达途径就是法律的制定,“特定国家中法律的完整性,构成了一种单一的、整合的体系,确保了国家的统一”。^[142]这种全新的法律观,则从根本上颠覆了古典罗马的法概念。

The Origins and Evolutions of “Customary Law” in Roman History: An Investigation of the History of Legal Thought

Yu Chengfeng

Abstract: By tracing back to the origins of the concept of “customary law” in Roman history, this article clarifies the classical meaning of customary law and its conceptual changes. The “customary law” is a historic concept of law. During the period of Kings of Rome, Roman Republic and Roman Empire, “customary law” had their own different meanings. From the perspectives of *mores*, *consuetudo*, *ius civile*, *ius gentium* and *lex civile*, the article tries to reveal the interaction between the development of Roman law and Roman family, community, city – state and imperial order. The historical retrospection of the concept of “customary law” helps to examine the complex relationship between legal evolution and political transition. A re – understanding of the notion of “customary law” in the Roman history also provides an opportunity to re – understand the notion of law in the classical age. With the emergence of modern nation – state positivist legal concepts and its accompanying legal source theory, both are difficult to explain the actual history of the origins of human law.

Keywords: customary law; *mores*; *consuetudo*; *ius civile*; *lex civile*

(责任编辑:刘馨)

[138] 参见注133引书,第490页。

[139] 同注133引书,第491页。

[140] 参见[美]贾恩弗朗哥·波齐《国家:本质、发展与前景》陈尧译,上海世纪出版集团2007年版,第44页。

[141] [德]尼可拉斯·卢曼《法院在法律系统中的地位》,陆宇峰译,载高鸿钧主编《清华法治论衡》(第12辑),清华大学出版社2009年版,第122页。

[142] 同注140引书,第188页。