

罗马法的哲学透视

李静冰*

上篇 自然法如何被嵌入了罗马法

但凡对罗马法有常识性了解的人,无不熟知德国法学家耶林说过的那句名言:“罗马曾三次征服世界;第一次以武力,第二次以宗教,第三次则以法律。”其实,耶氏说这句话时,罗马法作为实定法早已作古,成了死法。而且依后世许多学者的见解,即使那些幸存下来的罗马法实定法规范为现代法典吸收,数量也不算多^①。那么,罗马法何以征服世界,而且是“最为持久的征服”呢?这个问题则需要学者们来解答了。

先撇开其他因素不谈,笔者认为,罗马法仗以征服世界的是罗马法中包含的自然法精神,是由这种哲学思想影响而形成的法律传统。当罗马法被征服者携带到世界各地时,当各个地方的属地法学家由于诚服于罗马法精湛的理论与实践的灵活性而在本地推广它时,尤其是当人们普遍地意识到罗马法的自然法精神与人类的自然本性是那么投合时,人们不得不服膺罗马法理性的统治。亨利·梅因承认:“我找不出任何理由,为什么罗马法律会优于印度法律,假使不是‘自然法’的理论给了它一种与众不同的优秀典型。”^②哲学史学家罗素则认为,以斯多葛派为代表的自然法学说是一种在罗马帝国不可能彻底实现的理想,但它却影响了立法,特别是改善了妇女与奴隶的地位。最后到了十七世纪,向专制主义进行有效斗争的时机终于到来时,斯多葛派关于自然与天赋平等的学说就披上了基督教的外衣,并且获得了在古代甚至于一个皇帝也不能赋予它的那种实际的力量^③。当代中国的罗马法学者也以公允的态度肯定自然法观念对于罗马法的进步和发展产生了巨大影响。“可以说,没有自然法,就没有后世成熟的罗马法”^④。正是“罗马法律的基本精神”使罗马法对后世产生了深远的历史影响。如此看来,学者们几乎一致的观点认为,是自然法这一哲学观念影响了罗马法的形成,而罗马法主要依靠自然法的思想力量且持久地征服了世界。这一主张决不意味着断然地肯定自然法是罗马法受到的唯一影响,是罗马法征服人类的唯一力量,而是说,它是最根本的、最主要的影响和征服力。

自然法(Law of Nature或Natural Law)作为一种哲学思潮,最早在以赫拉克利特、苏格拉底、柏拉图以及亚里士多德为代表的古希腊哲学里略见端倪。此后经以芝诺作为奠基人,以西塞罗和奥勒留为代表的斯多葛派之手发展成为一派思想体系。中世纪时被基督

* 法学硕士,中国政法大学民法教研室讲师。

① 参见Alan Watson, *The Making of The civil law* 1st ed. (Harvard Univ. Press, 1981) Ch. I

② 见梅因:《古代法》,中译本,沈景一译,商务印书馆,1938年,北京版,第45页。

③ 参阅罗素:《西方哲学史》(上卷),中译本,何兆武、李约瑟译,商务印书馆,1988年,北京版,第340—342页。

④ 见江平、朱健:《罗马法基础》,中国政法大学出版社,1997年6月第1版,第9—10页。

教所吸收传入后世。从十七世纪开始直到现代,继而演进成为西方法律思想的主流和文化遗产。古代自然法和现代自然法无论在理论上和实践效果上存在着区别。在古希腊时期主要是种思想观念,在亚里士多德至西塞罗之间的几个世纪里,它仍然是种哲学观,但它已经开始与法律制度交织在一起,等到十七世纪之后,经过格老秀斯、霍布斯,洛克,卢梭等人从理论到实践的充分论证,它更加具体地溶汇于具体的法律制度里,且不说民法,就连宪法制度也与它难解难分了^⑤。不过,本文阐述的自然法将重点落在与罗马法形成有密切关系的斯多葛派的自然法理论。

从广义上讲,罗马法泛指罗马国家的法律,亦即自罗马建国开始(B.C.753)至东罗马皇帝优士丁尼去位(A.D.565)这几个世纪里罗马国全部的法律制度。其中,在《十二表法》制定前(B.C.451)是习惯法时期;以后则为成文法时期^⑥。然而,从狭义上讲,罗马法则仅指公元六世纪东罗马皇帝优士丁尼主持编纂的《民法大全》。罗马法传入后世为后来西欧大陆国家相继继受的,也正是这部欧洲史上第一部较为系统完备的民法典,而且,“现今所谓罗马法学的对象和依据,主要系指《民法大全》”^⑦。本文论证将主要以《民法大全》中的《法学阶梯》为根据,而《民法大全》的其余三部分:《法典》、《学说汇纂》和《新律》则可作重点讨论。原因是,第一,公元一、二世纪前后是罗马法的黄金时代。在这一时代,罗马法的实践和理论都达到了极盛阶段。公元六世纪,优士丁尼集罗马法之大成,编纂而成的《民法大全》主要以这个阶段发展的罗马法为内容。这个时期的自然法观念从根本上影响着这个时期的罗马法的形成^⑧。第二,优士丁尼以后的任何社会,一旦把《民法大全》的基本构成部分当成本地的法律,或者在找法的过程中承认它的直接重要性,《法学阶梯》就被奉到一个特殊的荣耀地位。因为在那些适用罗马法的国度里,罗马法的研究支配着法学教育,法学教育又直接地影响着罗马法的继受,在那些国度里,法学教育的蓝本往往就是《法学阶梯》,这不仅是由于《法学阶梯》本身就是作为法律而公布于众的,而且它还是对《法典》和《学说汇纂》理论上概括地阐述,它比《民法大全》的其余部分更令人容易接受^⑨。事实证明,后来的民法典,例如《法国民法典》无论是从体例结构或内容上皆以《法学阶梯》为模式。《法学阶梯》堪作罗马法的代表。本文以《法学阶梯》为基本的考察对象的第三个原因,笔者坦白地承认是迫于技术上资料有限的缘故。优士丁尼的《法学阶梯》是优士丁尼在位期间于公元530年责令特里波尼安以及另外两位著名的法学家编写的。特里波尼安等人按照优士丁尼的旨意,既吸收先前罗马皇帝的宪令的规定,又吸收各著名法学家的主要法理,把它们溶汇在一起。它不仅具有内容详实,包括了民法的各个方面,并体现罗马法精髓的特点,而且还具有法律效力。因此,可以有理由说,虽然优士丁尼的《法学阶梯》成书于公元六世纪,但它的基本精神、基本内容、基本框架却早在公元一、二世纪形成了。而与此有联

⑤ 参阅Edward S. Corwin, "The 'Higher Law' Background of American Constitutional law", Harvard Law Rev. Vol. XLII, No. 2, Dec. 1928, and concluded in 42 Hav. L. P. 365—409.

⑥ 关于罗马法的定义,参阅陈朝壁:《罗马法原理》(上册),商务印书馆发行,1938年7月初版,第1—2页。

⑦ 见江平、米健:前揭,第5页。

⑧ 参阅Bryce: "The Law of Nature", *Essays in Jurisprudence and Legal philosophy*, Sel. by John C. H. Wu and M. C. Liang, Pub. by Soochow Univ. Law School.

⑨ 参阅Alan Watson, 前揭, Ch. VI.

系的是,《法学阶梯》的形成过程,也正是斯多葛派的自然法理论成熟并开始向法律制度渗透的过程。那时,“斯多葛主义对二世纪受过教育的罗马人有很大的吸引力,这样它就成为希腊哲学借以在罗马法学形成时期施加影响的一个媒介。”^⑩

前面已有叙述,斯多葛派哲学是公元前三世纪希腊人芝诺创立的,具体地说它是伟大的雅典学派中的第四个,也是最后一个学派,但在雅典它一直无甚起色,而直到公元二世纪由珀尼西厄斯带到罗马后,才有长足的发展。其原因是,当斯多葛派在雅典兴起时,雅典的城邦社会已经没落,斯多葛派哲学从根本上讲是一种关于世界社会的学说,而当时,随着希腊城邦的解体而罗马的世界城则欣欣向荣,迫于世界范围的文化需要,罗马人有意识创造一种世界范围的哲学。而这些罗马人只热衷于实践而根本不懂哲学^⑪,但又需要用哲学来解释和引导他们的实践。当时再也没有任何思想体系比经过珀尼西厄斯修正过的斯多葛主义那么投合罗马人特别引以为自豪的一些固有德行,如自制,忠于职守和公德心;而且斯多葛派的世界国家这种理想主义精神则更能激发罗马征服世界的雄心壮志。因此,斯多葛派哲学很快被罗马人所吸收,并成为罗马人中流行的哲学,而且渐渐成为罗马文化传统的一部分。

然而,斯多葛派哲学对罗马社会生活产生影响,最初的接触点是珀尼西厄斯和波利比厄斯与西皮奥集团的中心人物西皮奥私人朋友关系。西皮奥集团是当时的一个罗马贵族集团,它在西皮奥·伊米利埃纳斯的组织下,热心地向珀尼西厄斯学习斯多葛派哲学。“西皮奥集团的存在标志着罗马社会发生了一种深刻的变化和罗马历史上的一个新的时期。”^⑫而接受了斯多葛派哲学观念的西皮奥集团的学术活动甚少影响了罗马法最初的系统性研究。Pomponius在《学说汇纂》(1、2、2、39)中提到M.Brutillius,Manius Manilius以及P.Mucius Scaevola时,把他们当成民法研究的创始人。Mauilius肯定是西皮奥集团的一名成员,而Scaevola甚少是通过其兄弟Q.Mucius Scaevola与西皮奥集团有来往。Q.Mucius Scaevola则是Publius的儿子,他是民法方面第一部系统研究著作的作者^⑬。

西皮奥集团的成员们从珀尼西厄斯那里学到的斯多葛主义则是经过珀氏改造的一种人道主义哲学。这种哲学承认,比较崇高和比较富于公德心的抱负和激情在道义上是站得住的。它提出用为公众服务、人道、同情和仁慈等理想以取代自足。它放弃了智者的理想社会和日常社会关系之间的对立。它认为,理性是一切人的法律,而不仅是智者的法律。一切人都是平等的,即使人们在地位、天赋和财富等方面不可避免地存在差别,但人人至少都有要求维护人的尊严的起码权利,正义要求法律应当认可这些权利并保护这些权利。因此,正义便是各国的法律与各国之间的纽带,当然这不是说一个国家不可能是不公正的,而是强调,只要一个国家不公正,它便丧失了使之成为一个国家的和谐的依据^⑭。

经过珀尼西厄斯改造过的斯多葛派自然法学说直接被西塞罗承袭下来,而西塞罗真正的

^⑩ 见乔·霍·萨拜因著,托·兰敦·索尔森修订:《政治学说史》(上册),中译本:盛葵阳等译,商务印书馆,1990年,北京版,第183页。

^⑪ 参阅爱·麦·伯恩斯,菲·李·拉尔夫:《世界文明史》(第一卷),中译本,罗经国等译,商务印书馆,1990年,北京版,第313—314页。

^⑫ 见Marcus Tullius Cicero: *On The Commonwealth*, translated, with an introduction by C.H.Sabine and S.B.Smith, (Bobbs-Merril) (Co.Inc.U.S.A.1976) P35.

^⑬ 同上书,见p.36.

^⑭ 见萨拜因,前揭,第192页。

重要性是,他把这一学说直接传给了罗马法学家(Roman Jurists)。西塞罗不仅是位政治家,而且还是个雄辩家。他比他同时代的法学家和哲学家都更具有生命力。他以其热烈的、恢宏大度的才华,活跃在政界和法律界,他以浅显的、清澈的形式回答他周围的人在形而上学和道德方面的疑问。他把罗马人的思维带到了一个从来没有过的宽阔的境界。从幸存下来的西塞罗的著作的内容来看,有理由认为他在一些方面远远超越了他的前人。他是第一个最先否认国家高于个人的人,他教导说,政府是在人们为了实现相互保护而达成的契约中产生的。他认为,有一种普遍的自然法,它同等地来源于上帝的神意统治着世界这一事实,以及人类合理的社会本性,这种本性使人们与上帝相近。任何违背自然法的立法都称不上是法律,因为任何领袖、任何民族都不能把黑的说成是白的。他说:“事实上有一种真正的法律——即正确的理性——与自然相适应,它适用于一切人,并且是不变的、不朽的。通过它的命令,这一法律号召人们履行自己的义务,通过它的禁令,它使人们不去做不正当的事情。它的命令和禁令永远地影响着善良的人们,但是对坏人却不起作用。用人类的立法来抵销这一法律,在道义上绝对不是正当的,限制这一法律的作用,在任何时候都是不能容许的,而要想完全消灭它则是不可能的。无论元老院还是人民都不能解除我们遵守这一法律的义务,它也无需塞克斯图斯·埃利乌斯阐述和解释。它不会在罗马立一项规则,而在雅典立另一项规则,也不会今天是一种规则,而明天又是另一种规则。只有一种法律,不变地、永恒地约束着任何时代的任何人;而且只有上帝才是人类的主人和统治者、解释者、监护者。不服从它的人,就是放弃了他较善的自我,而由于否定了一个人真正的本质,他将因而遭到最严厉的报应,尽管他可能已经逃脱了人们称之为惩罚的一切其他后果。”^⑤

西塞罗吸收了斯多葛派的自然法理论,发展了这一理论。西塞罗是杰出的但不是当时唯一的自然法理论家。当时有许多政治家、雄辩家、学者沉湎于自然法理论的研究和传播里。奥古斯都时期和奥古斯都后期的伟大法学家们,如Antistius Labeo、Massurius Sabinus和Cassius等已经开始把他们已知悉的自然法当作法律的渊源。在公元6世纪优士丁尼的《法学阶梯》里,我们可以直接目睹到自然法被这些法学家们嵌入罗马法中的效果。在优士丁尼《法学阶梯》第一、二卷里,罗马法被明确地区分为三部分:自然法、万民法和市民法。自然法被界定为:“自然法是自然界教给一切动物的法律。因为这种法律不是人类所特有,而是一切动物都具有的,不问是天空、地上或海里的动物。由自然法产生了男与女的结合,我们把它叫做婚姻;从而有子女的繁殖及其教养。的确我们看到,除人而外,其他一切动物都视为同样知道这种法则。”^⑥这种自然法的中心思想是,“对于人这种理性的和社会的动物来说,自然法是适合于人的本质的最高原则,它是或者应当是每种形式的实定法的合理根据。”^⑦也就是说,罗马法承认在实定法之上普遍地存在着一种最高的理想的法律。接着,优士丁尼将市民法界定为“每一个民族专为自身治理制定的法律”,而将“出于自然理性而为全人类制定的法”,叫做万民法。无论是市民法还是万民法都属于实定法。实定法应以自

⑤ 译自Cicero: 前揭, p215—216。

⑥ 见优士丁尼:《法学总论——法学阶梯》,中译本,张企泰译,商务印书馆,1989年,北京版,第6页。

⑦ 译自Pollock, “The History of the Law of Nature”, from *Essays in Jurisprudence and Legal Philosophy*, Sel. by Wu & Liang, Pub. by Soochow Univ. Law School, P.1.

然法为最高原则。然而,在西塞罗之前的早期法学家的著作里,却没有将法律作这种区分。例如,公元2世纪的罗马法学家盖尤斯是把万民法和自然法当同义语来使用的,但是,公元3世纪乌尔比安以及后来的法学家们则对它们作了区分。具体而言,优士丁尼《法学阶梯》对自然法的定义几乎一字不差地抄自乌尔比安的同名著作,尽管这个定义给后来的注释法学家造成了无穷的麻烦。

将自然法哲学嵌入罗马法的直接效果,不仅仅是使法律的定义增加了准确性,更重要的是,它意味着对法律可以进行更加深入的伦理性批判。在理想的法律最高原则的评判之下,任何实定法,风俗习惯,哪怕是人们普遍接受的实践,都可能是不公正、不合理的。例如,在罗马法中,大概再也没有比它的奴隶制度更遭后世的批判了,就连当时刚刚接受自然法哲学洗礼的罗马法学家们,如乌尔比安也指出奴隶制度违背自然本性^⑩。也许后人无法想象或不相信奴隶制是由人的怜悯心而产生的,流行于古典时代世界的一种现实作法^⑪,它的合理根据规定在万民法中。假如不用自然法,它的现实合理性是无从批判的。后来继受罗马法的各国无论是从实践中还是从民法典中,废除掉奴隶制的主要理论工具,事实上还是自然法。如果将优士丁尼《法学阶梯》中的奴隶制和以前罗马法中的奴隶制比较来看,吸收了自然法思想的优士丁尼《法学阶梯》在奴隶制方面的规定显然不象它的一些前身那样苛刻了。以奴隶释放为例,在优士丁尼时代前,释放奴隶有两种方式,正式释放与略式释放。到了优士丁尼时代,已废掉正式释放,采用略式释放,并将略式释放分成直接释放与间接释放。从优士丁尼《法学阶梯》的内容中看,优士丁尼更倾向间接释放。不仅如此,奴隶被释放后,均取得罗马市民之资格。

法学家把哲学注入了法律,但不意味着他也是哲学家。罗马法学家是由于同斯多葛派长达数世纪之久的联盟,而从他们那里吸收到这门哲学传统的一般知识。例如,罗马法黄金时代的伟大法学家安托宁·凯撒就是从这门哲学中取得一种生活规则的最著名的门徒。我们不能忘记,罗马人是天生的实践家,而非思想家,他们不会沉湎于孤独的哲学思考中,一旦他们获取了一种知识,哪怕一点浮浅的、零散的知识,只要他们认为有用,他们就会立即贯彻到实践中去。而当时罗马法学家很大一部分实践活动,就是把他们吸收到的关于自然法的知识注入罗马法的结构中。后来,罗马法成为欧洲文化史上最伟大的精神力量之一,是与这些法学家的理论与实践相结合的活动有根本的联系。梅因认为,罗马法学家遗著里的一些论点简直不能理解,除非我们掌握了斯多葛派的哲理,并把它当成一把钥匙。但是,这些法学家把这门哲学注入法律决不是采取机械的、教条的方式进行的。“如果我们只计算那些肯定归属于斯多葛派教条的法律条文的数目来衡量斯多葛学派对于罗马法所发生的影响,这将是一个严重的、虽然是很普通的错误。”^⑫斯多葛派哲学对于罗马法的贡献,“并不在于它们提供给罗马法的特殊论点的数量,在于它们给予它的单一的基本假设。”^⑬这个基本的假设被后人冠

^⑩ 见Ulpianin *Digest*, I.17, 32.

^⑪ 陈朝壁先生认为,奴隶制不合人道,但“于罗马建国前已经盛行,嗣后,罗马屡与外国战争,捕获之俘虏极多,收为奴隶,使服劳役,与畜养牛马同其作用,一旦解放之,未免蒙经济上之损失,故至西历纪元前后,虽有宗教与法学家极端反对奴隶制度,而至优帝时代,此不人道之制度,尚未完全废止也。”陈氏,前揭,第42页。

^⑫ 参阅梅因:前揭,第32页。

^⑬ 同上书,第33页。

之为“不言而喻的真理”——那就是：人是生而平等的，每个人都有追求生命、自由、财产和幸福的自然权利——法律的一切具体规定都必须以此为最高原则。然而在当时，这项“不言而喻的真理”对于罗马法的渗透只具体到影响罗马法中平等、理性、衡平和正义诸因素的形成方面。

下篇 罗马法的哲学文化传统

以珀尼西厄斯、西塞罗为代表的斯多葛派哲学家影响了同时代的罗马法学家，这些法学家们把自然法哲学化为法律思想，并且坚定地把它嵌入了罗马法结构中，使其在以后漫长的世纪里成为罗马法的哲学传统。以后的历史事实也表明，这种哲学传统对于社会文明，特别是法律文明的发展产生了连它最初的传播者们自己都无法估量的影响。然而，前面已反复强调，这些法学家们根本不是柏拉图意义上的哲学王，他们只是饱受了这种哲学精神和价值原则的感染，从而使他们超离于成见之上，把这种哲学的弘旨融和到法律之中。不过，应当肯定，自然法作为一种哲学有它自己发展的历史，罗马法学家们究竟把什么样的自然法注入了罗马法呢？

从能够看到的罗马法学家著作的片断分析，他们是从下列几种意义上来理解自然或自然法的。(1)某种物质、某种行为或某种概念的性格和品质。(2)宇宙的天然秩序及其体现的特征。也就是说，自然所有的物质（如海洋和空气）不可能归某个人所私有。(3)人与人之间特定关系的天然原由，例如血缘关系。(4)理性，无论是一方面从逻辑的和哲学的原则意义讲，或从我们所谓的“普通常识”的意义上讲，都能够用自然这一术语来涵盖。(5)人类的善良感情和普遍的道德意识。除上述五种理解外，还有一个个别的例外见解，那就是乌尔比安的见解，他认为，“自然法是自然界教给一切动物的法律，因为这种法律不是人类所特有的，而是一切动物所特有的……。”^②然而恰是这种与当时众多法学家理解不同的观点反而被优士丁尼《法学阶梯》所承袭，这就给后来的注释法学家们（Commentatores）造成了说不清的麻烦。或许乌尔比安比同时代的法学家们更能洞见到人这种所谓“宇宙的精华！万物的灵长！”不过是泥土塑成的生命，算不了什么。假如这个推测有少许的正确，那么乌尔比安比在他以后十几个世纪出现的达尔文更早地藐视了人类自负的优越感，将人类和其他一切动物一样同置于自然（或上帝）的最高统治之下。然而，无论是莎士比亚般的诗人情操，还是达尔文一样的科学精神，当时除乌尔比安以外的一般罗马法学家都不曾有过，后来的罗马法注释学家也不曾信服。他们一般只从实践的角度来解释自然法。他们认为，自然法是具有理性的人类对于公正或正义秩序的一种信念，这种信念约束着一切受着宇宙最高力量控制的人，由这一信念而引申出的正义原则是人类一切实定法的最高准则。我姑且把这种意义上的自然法称之为狭义自然法，而把乌尔比安的继受者优士丁尼所谓的适用于一切动物的自然法称之为广义自然法。不过，鉴于广、狭两种意义上的自然法从实质精神上没有根本区别，因此本文在讨论过程中，不再加以区分。

^② 参见优士丁尼，前揭，第6页。

公元纪年最初几个世纪里的罗马法学家对于自然法的理解,与后来以洛克为高峰的自然法理论相比而言,罗马法学家们的理解是质朴、简单而且务实的。尽管如此,他们所掌握的自然法中包含的理性、正义、衡平、平等这类超验的价值因素与十七、十八世纪自然法中包含的价值因素毫无二致。所不同的是,十七、十八世纪自然法中的价值具有更猛烈的轰炸力,它引发的剧变效应是,当时整个西欧一切不合理的社会制度、政治制度遭到了全面性的摧毁。而罗马法学家们最初的作为是,把这价值当成人类文明的结晶揉和到罗马法中。他们做得是那么优雅、高贵、从容不迫。但我们不得不承认,这终将毁灭人类一切不公平、不正义、不合理、不人道、不自由的社会制度的炸弹,最早是由他们埋下的。然而,如果我们只从自然法的革命性效果而推测罗马法学家的初衷,若这不是曲解的话,至少也算是片面的夸大其辞。罗马法学家想做的是根据自然法建立一种正义的秩序,这种秩序能“给予每个人他应得的部分”^②。只是后来总有人不断地违背正义的原则,破坏正义的秩序,才最终引火上身。

罗马法学家们频繁地使用着理性或自然理性一词。优士丁尼在《法学阶梯》的关键之处,总不回避使用“自然理性”或“按照自然理性要求”这样的概念。罗马法学家对这一概念具体是怎样界定的,不得而知。但从《法学总论》的上下文义分析,罗马法所使用的理性一词,泛指人性中最善良的一面,它使人的道德、感情、举止高尚;它朴实而又合乎情理,反对矫揉造作和横行霸道;它具有普遍性而超越国界;它是人类最神圣的意志的表达,因此只属于人类而且比其他任何法则更优越。但它不属于原始的、未开化的状态下的人,而只约束生活在充分、完善发展的社会里的人们,他们在它的教训下已经成熟起来。对于他们来说理性就是绝对的命令。的确,罗马人因受希腊人影响而形成的这种对于理性的认识,表现出生活在古典社会的文明人清澈的童贞。他们虔诚地追求绝对的真理、绝对的信仰偶像。他们在人的存在之外执著地寻找终极的价值。这种理性是一种思辨理性,它一方面是人类心底企图把握不可感知的世界奥秘的冲动,标志着人类对超世俗、超功利的绝对终极价值的追求,另一方面必然导致思维方式上的独断论、一元论。这种追求终极和唯一的思维方式的致命缺陷,就在于它轻易的盲信,极端的崇拜,一旦某种宗教或某个极权人物以某种名义或手段凌驾于人们之上时,持有这种思维方式的人们很可能由于缺乏怀疑、批判和否定能力而任其奴役。无怪乎这种理性很容易与经院哲学结盟,同专制主义的独裁政权结盟成为奴役人的理论工具,也无怪乎它后来不可避免地遭到了以培根为代表的实证理性、以康德为代表的实践理性、以波普尔为代表的证伪理性的批判和否定。这种理性思维尽管有缺陷,但却是人类少年时代不可跨越的一段思维历程。没有极端相信,怎么会有猛醒后的极端不信?无论如何,这种理性在罗马法的极盛时期,以及后来跨过中世纪,在文艺复兴和十七、十八世纪思想启蒙时期所起的积极作用要大于它的消极作用。换句话说,赤诚的人们永远是可敬可爱的,但赤诚的人们如果不被欺骗,他们怎能懂得人的认识的有限?怎样才会学会愤怒和反抗?如果他们幻想制造的偶像不被打倒,他们迷信的真理不被证明是谬误,他们怎能学会实证的技巧、猜想和反驳的勇气?

除了理性外,罗马法学家们在精神上更受着正义观念的感召。例如,乌尔比安认为,

^② 引自优士丁尼,前揭,第5页。

“法律源于正义犹如孩子由母亲而生，正因为此故，正义从来就高于法律。”优士丁尼《法学阶梯》开篇第一段开脆把法学定义为：“是关于正义和非正义的科学。”当把正义界定为“是给予每个人他应得的部分这种坚定而恒久的愿望”后，接着更具体地把“给予每个人他应得的部分”明确为法律的基本原则^②。

关于正义的现代理论，我看再也没有人比当代美国哲学家约翰·罗尔斯阐述得更精辟了。他认为：

正义是社会制度的首要价值，正象真理是思想体系的首要价值一样。一种理论，无论它多么精致和简洁，只要它不真实，就必须加以拒绝或修正，同样，某些法律和制度，不管它们如何有效和有条理，只要它们不正义，就必须加以改造或废除。每个人都拥有一种基于正义的不可侵犯性，这种不可侵犯性即使以社会整体利益之名也不能逾越。因此，正义否认为了一些人分享更大利益而剥夺另一些人的自由是正当的，不承认许多人享受的较大利益能绰绰有余地补偿强加于少数人的牺牲。所以，在一个正义的社会里，平等的公民自由是确定不移的，由正义所保障的权利决不受制于政治的交易或社会利益的权衡。允许我们默认一种有错误的理论的唯一前提是尚无一种较好的理论，同样，使我们忍受一种不正义只能是在需要用它来避免另一种更大的不正义的情况下才有可能。作为人类活动的首要价值，真理和正义是决不妥协的^③。

在此立论中，罗尔斯讲的是一种“作为公平的正义”，是对既定的社会制度和法律制度的一个最高评判价值标准。它有别于古典时期亚里士多德关于正义的两项著名原则，该两项原则都是针对人的行为而言的。亚氏把至少在两人之间才能发生的平等交换行为称之为交换的正义；而把至少在三人以上才能发生任何一人不能由于将义务强加于他人而受益的行为称之为分配的正义。交换的正义是私法范畴的正义。正义不是法律的全部原则，而是法律的特殊原则，但它支配着法律决定性的观念：法律的真正意义就是为正义服务。亚氏认为，正义和衡平密切地交织在一起。正义与衡平不是两种不同的价值，而是到达法律一元价值目的的不同途径。正义是从一般的规范角度看个别的行为事实；而衡平是从个别的行为事实出发寻找适用于该事实的法律。因此，衡平是个别行为事实中的正义，它并没有改变法律服从正义这样一个公式。

从《法学阶梯》中，可以看出，在它开篇之后，我们再也不常见到“正义”或“非正义”这样明显的字眼，正义的原则或正义原则对于非正义事实的否定已经与具体的法律规范水乳交融。并且正义原则已经与“合理”这样的观念结合在一起，演变成罗马法中著名的“衡平”原则。正如梅因所指出的那样，罗马人的“衡平”与希腊人的“衡平”很少相似之处。衡平一词本来自希腊。在希腊，它含有平均或按比例分配的意思，表示在公民之间平等施行民事法律，纵使公民这个阶级的人数是非常有限的；而罗马人的衡平含义是把民事法律以外的一种法律适用于不一定要由公民组成的一个阶级。前者不包括暴君，后者包括着外国

^② 参见优士丁尼，前揭，第5页。

^③ 引自约翰·罗尔斯，《正义论》，中译本，何怀宏等译，中国社会科学出版社，1988年3月第1版，第1页。

人,在某种情况下,并且包括奴隶。总之,罗马人的衡平更明确地带有平准的意思,而平准的倾向是万民法的特点^{②⑧}。希腊人的衡平更接近亚里士多德产生于城邦社会的正义观念,而罗马人的衡平有可能受到亚氏的影响,但还是更浓厚地被赋予斯多葛派世界主义学说中的正义色彩,即正义应当普遍地适用于按照自然法,生而平等的人,不论他是皇帝、公民、外国人、还是奴隶。从这个角度看,罗马人的正义观倒有点接近现代罗尔斯的正义论了。但事实上还相差很远,不是时间上,而是观念的本身。罗尔斯现在是要拿个人在无知之幕后选择而约定的正义原则,对现存的整个社会制度和法律制度进行批判、改造或否定。而罗马人事实上还是拿正义原则对个别的事实行为进行批判、改造或否定。例如,优士丁尼《法学阶梯》第十八篇是对“不合人情的遗嘱”事实的规定:

由于家长往往毫无理由地取消其子女的继承人资格,或在遗嘱中把他们遗漏,所以规定允许子女在认为自己被不公正地取消资格或遗漏时得提起不合人情的遗嘱之诉,主张遗嘱人在立遗嘱时,精神不正常。但这并不是说遗嘱人确系精神失常,而是指他所立遗嘱,虽然合法,但不合伦常人情。其实,如果遗嘱人确系精神失常的话,遗嘱是无效的。

.....

3、以上种种只有在遗嘱人未在遗嘱中遗给他们丝毫财产时,始能适用,本皇帝宪令是为了尊重天然权利才作这种规定的。因此,凡有任何一小部分遗产或任何一物遗给他们时,他们即不能提起不合人情的遗嘱之诉,不过他们有权要求补充不足之数,以达到他们在遗嘱人不留遗嘱而亡时应得的遗产份额四分之一,即使遗嘱人并未在遗嘱上指示须依公正人士的估计补足四分之一。^{②⑨}

由此例我们可以看出,罗马人的正义是个别事实上的正义,个别事实上的正义也就是衡平。

在这点上,罗马人的正义观相对地接近亚里士多德的正义观,但在普遍地适用一切人方面却比较接近罗尔斯。尽管罗马人的正义观不具备罗尔斯那样的彻底性,然而他们在个别事实上寻求正义的衡平原则却没有丧失正义的中心思想:法律服从正义。无论如何,衡平——这种个别事实中的正义原则是自然法与罗马法的万民法相接触混合而成的产物。

除了上述理性、正义、衡平外,平等也是斯多葛派自然法中的一项重要因素。这些哲学家们深信人是生而平等的,任何人不得由于性别、阶级、种族或国籍不同而遭受歧视。他们的这种观念显然影响了象安东尼厄斯·皮亚斯这样的罗马皇帝,以及象保罗这样的罗马法学家。他们共同努力,试图把平等的观念植于罗马法中,从而尽量使实定法与自然法相适应。例如,乌尔比安认为,就民法而言,奴隶没有被认为是人;但根据自然法人人都是平等的。这种观念曾被优士丁尼的《法学阶梯》所吸收。由于这种思想的影响使罗马法中的奴隶制度和家庭制度逐步地发生了改革,这点本文的上篇已有论述。从整体上讲,尽管这项人类平等的假设思想,除某些个别措施外,从未得以全面实施,但它显然是对于罗马法的发展产生了重大而又深远的影响。

^{②⑧} 参阅梅因,前揭,第34页。

^{②⑨} 引自优士丁尼,前揭,第97—98页。

走笔至此,有必要告诉读者,我的意思并不是说斯多葛派自然法哲学是影响罗马法发展的唯一因素。笔者想反复强调它是重要的核心因素。梅因有句话说得很地道,他说:“在曾经促进现代人的智力欲的各种主题中,除了‘物理学’外,没有一门科学没有经过罗马法律学滤过的。”^②当时的“政治学”、“道德哲学”甚至“神学”不但在罗马法中找到了表意的工具,而且以罗马法作为它们进行最深奥研究的一个依托。斯多葛派自然法哲学无疑也是这样,而且从罗马法的最深层结构上影响了法律主题精神的形成。后来自然法思想之所以成为西方哲学传统的主流,而不被湮没,在相当大的程度上应当归功于有了罗马法这种表达工具和载体。罗马法与自然法形而上学的观念相比而言,罗马法更接近社会世俗生活;更容易被普通大众所接受。更何况它已经为世人向专制主义制度宣战准备好了富有思想性、逻辑性和缜密的法律语言。相继而来的格老秀斯为了改造社会,重构国家,借自然法哲学创立的社会契约论,思想源点在斯多葛派自然法哲学那里,但表达思想的一套推理工具则直接借助于罗马法的契约制度。自然法哲学,尽管它有致命的自身缺陷,但足以构成西方社会发展的哲学主幕的全幅背景。现代哲学中的人本主义、个人主义和自由主义乃是在自然法哲学基础上进行不断的反驳而形成的现代文化观念。维系这主幕全幅背景的线索和组织框架,先靠罗马法,后靠在罗马法基础上脱颖而出的传统民法。自然法因此成为罗马法以及后来的传统民法的主要哲学传统。

自然法成为罗马法哲学传统的成因很多。除了我已展示的自然法被嵌入了罗马法,从而势必与罗马法一荣俱荣的原因外,再一个原因说是:法律是文化之树上的果实。西方文化之树根深叶茂、枝节环多,但正如我在上段已经提及的那样,这颗文化之树的主根、主干的最初年轮,仍然是自然法哲学,哪怕是在六至十一世纪,罗马法曾一度黯然,而自然法却不曾与它一衰俱衰,罗马法便是这棵生生不息的大树上蒂结的果实之一。

公元六世纪,优士丁尼《民法大全》的完成同时也就宣告了罗马法发展的一段历史的终结。此后,由于日耳曼人的入侵,“蛮族法”几乎要取代罗马法。随着教会势力的不断增长,教会法似乎有压倒一切之势。而在此之前,公元五世纪左右自然法就已经开始与基督教神学结盟,与教会法结盟进入了它的另一个发展时期。不过,这次是教父和经院哲学家把它拿来当成一种表意工具的。这一时期的自然法的发展,在前期主要受圣·奥古斯丁的影响;在后期主要受圣托马斯·阿奎那的影响。《圣经》则是自然法的重要传播工具。《圣经·新约》罗马书第二章中所谓“刻在他们心里”的律法(Law)与斯多葛派哲学家概念中的自然法相当接近。奥古斯丁认为,自然法是一种绝对永恒法,人类在来世以前,人们便生活在神圣、纯洁、正义的国度里。人人平等而自由,人们不知什么是统治或被统治,所有的人共享财产和利益,并在理性的指导下亲密友善地生活在一起。但人类来世以后,人的本性被原罪败坏了。现实社会充满着色欲、贪婪、激情和权欲。反映人类灵魂完善、绝对善良的自然法不再可能实现了。人们不曾完全泯灭的理性不得不设计出世俗的法律,从这个意义上说,法律、政府都是罪恶的产物。为了赎罪,现实社会的世俗法必须努力满足永恒法的要求,如果世俗法与上帝的永恒法相悖,那么这些规定就不具任何效力,并应当被摒弃。与奥古斯丁不同的是,阿奎那以基

② 引自梅因:《古代法》,中译本,沈景一译,商务印书馆,北京版,第191—192页。

基督教圣经与亚里士多德哲学相结合,把法律分成四种类型:永恒法、自然法、神法和人法。永恒法是上帝的统治计划,只有上帝知道;自然法是人凭靠上帝赋予的理性所领悟的永恒法中的某些箴规。因此自然法仅以包含指引向善的理性命令;神法是上帝对人类的特殊命令,用来补充自然法抽象的原则体系,它记载在圣经新旧约全书中;阿奎那认为,人法是一种以公共利益为目的的合乎理性的法令,它是由负责管理社会的人制定和颁布的。为了使政府的命令具有法律的性质,这种命令就必须服从理性的某种要求。一种非正义的、不合理的而且与自然法相矛盾的法律,根本不能称之为法律,如果暴君颁布的法律导致了盲目崇拜或与正义相违背,那么抵制这种法律权利就变成了一种真正不服从的义务。“绝不能遵守这种法律,因为……我们应当服从的是上帝,而不是人。”事实上自西塞罗之后,关于法律必须服从正义的观念已逐渐成为西方社会的一种法律传统,在此阿奎那是在因袭这种传统并传递这种传统。

基督教在西方头五个世纪的历史仍限于罗马帝国境内。但在公元600—1500年间,基督教扩张,遍布整个西欧。今日属于西欧的版图,当时在那些世纪里也发生了几次巨大的并合与分裂。其中兴起的法兰克王国的版图曾几乎覆盖了大半个西欧^②。在这个过程中,西欧大部分民族不可避免地有过几次较大的溶汇,以致于后来共同生活在基督教文化背景之下,尽管由于基督教会后来发生了内部分裂,但信徒们读的还是同一本《圣经》。传统因代代相袭而成,所以今日西欧大陆虽然分裂成许多国家,但这些国家的文化仍然具有许许多多的共同特征。那时,基督教文化的一个很大的成就是,由于教皇与皇帝相抗衡,促成了“多元”社会的形成,个人被置于双重法律和双重政府之下,“在其中个人必须设法平衡让其效忠的不同要求。这是近代个人主义的深远渊源。”^③这一时期,法律哲学传统是,“每一个人,无论是专业律师还是外行,都相信自然法是确定存在的,但这一信仰决不曾泯灭人们对法律特殊尊重。”^④因为“法律同正义与平等是一回事”^⑤。“但这一思想并不意味着法律是人民创造的、依赖人民的意志并通过人民的意志而能加以制订或改变。思想的顺序毋宁说是相反的:作为一个共同体的民众可能更确实地被认为是他们的法律的产物,就好象一个活的身体可以同它的组织原则等同起来。”^⑥换言之,法律是被找到的、被宣布的。法律属于民众,而宣布法律的则是国王。正因为如此,国王本人必须和他的臣民一样服从法律。有大量史实证明,法律至上,国王也在法律之下这样的信念是在那时开始形成的^⑦。当时,布莱克顿在他的《论英国的法律与习俗》(De legibus et consuetudinibus Anglaie)里,表达了这种普遍性的信念:

……国王本人不应受制于任何人,但他却应受上帝和法律的约束,因为造成国王的是法律。

……

^② 参看《泰晤士世界历史地图集》(中文版),三联书店,1985年9月,第100—101,106—107页。

^③ 引自上揭书,第122页。

^④ 引自萨拜因,前揭,第246页。

^⑤ 引自上揭书,同页。

^⑥ 引自上揭书,同页。

^⑦ 参见上揭书,第251页。

但是国王有个在他之上的人物,那就是上帝。法律也是这样,因为国王是因法律才成为国王的。……如果国王没有约束,就是说没有法律的话,他们就应当给他加上某种约束^⑤。

十一世纪末叶,罗马法便是在这种大背景下开始复兴的。在此之前,罗马法虽然明消暗长,渗透到教会法里,天主教会也曾以罗马法来安排自己的生活,但是罗马法却长期受到批评。它最遭批评的当然不是它的制度方面,而是它的哲学传统方面:“罗马法是异教世界的产物,是没有基督教的文化的一个方面,与之联系的哲学不是福音的、教会神父的、基督教的哲学。把社会建立在罗马法的基础上,把它作为榜样,岂非远离上帝的意志,岂非在损害爱德,在对爱德一无所知中寻求正义?阿奎那排除了这种批评。他指出基督教以前的哲学,以理性为基础,在很大程度上符合上帝的意志,从而因圣托马斯的教诲,“恢复罗马法学习研究的最后一道障碍而得以消除”^⑥。

罗马法一旦复兴,与它同伴的自然法哲学就被近代一批最伟大的法学家们吸收作为他们主要的思想资源和理论基础,不仅如此,他们还极其广泛和深入地发展了这种哲学,把它推广到国际关系,政府组织等更具体的社会制度中,而他们的推理工具,定义方式则借助于罗马法具体制度,主要是契约制度。格老秀斯不仅利用自然法观念和契约论重新论证了国际体系,从而成为国际法的鼻祖,他甚至还采用自然法的论调,罗马法的术语对于私法领域的几乎全部问题作了论述^⑦。而霍布斯的“利维坦”无疑也是在自然法和契约论的基础上诞生的。

文艺复兴过后,经过宗教改革,人性得到普遍解放,十七、十八世纪的欧洲,更由于工业革命的开始,商品经济的迅速发展,个人所有财产不断扩大,中产阶级队伍的形成,这一切极大地刺激了个人主义哲学的膨胀。为了在社会中限制政府嚣张的权力,获得更多的自由,人们认识到,不仅个人与个人之间的关系需要重新界定,政府与个人之间的关系更需要重新界定,换言之,社会关系以及政府与社会的关系需要按照一套哲学观念和法律制度进行再改造。那时,自然法作为一种传统的哲学文化已广泛地深入人心,人们普遍地相信,人是生而平等和自由的,平等和自由的人之间的权利义务关系应当由契约来规定,国王或政府也应当在契约之中。这在当时已经成为不言而喻的常识。无怪乎当洛克在《政府论》从理论上作更彻底的论证时,即刻受到了普遍的欢迎。洛克学说的中心论点是,享有天赋权利的个人是先于社会存在的,社会是由于个人的同意而产生的。而社会又是先于政府存在的,政府是由于社会的一致同意而产生的。洛克默认,个人之间的契约,导致了社会产生,社会同政府间的契约导致政府的合理存在。他着重指出,英国政府和英国社会是两个不同的东西。政府为社会幸福而存在,当政府严重损害社会利益时,对它进行革命是正当的,解散一个政府的革命,并不解散一个社会。在这一点上,洛克心目中的自然法含义同西塞罗以及整个中世纪的传统理解并无二致。洛克的《政府论》很快被传到法国,引起了极大的反响,伏尔泰、狄德罗、卢梭等人成了契约论的发扬光大者,他们的作为最终导致了法国大革命的产生。在那之

⑤ 参见上揭书,第252页。

⑥ 参阅勒内·达维德:《当代主要法律体系》,中译本,漆竹生译,上海译文出版社,1984年版,第41页。

⑦ 参阅Alan watson,前揭,Ch.VII.

后,法国以罗马法的蓝本制定了现代社会第一部民法典,当这部法典于1804年颁布后不久被西欧大陆国家纷纷仿效继受,而那些国家许多地区在此之前已经长期适用罗马法。

综上所述,我认为,西欧历史悠久,源远流长的哲学传统、法律传统始终与罗马法的哲学传统交汇着,罗马法的传播、学习和继受又是这种哲学传统维系下来的制度因素之一。

第一、对于正义的神圣信仰

从上述论证过程中所屡屡援引的西塞罗、罗马法学家、《法学阶梯》等段落里,我们可以看出,正义的圣剑高悬在芸芸众生之上,高悬在人间一切实定法之上;服从正义的信念深刻在人们心里。相对于实定法而言,正义是最高的准则;相对于人而言,正义是驱使他行善的唯一命令,这一命令同时又将抵制邪恶的义务强加给他。正义之剑不执掌在人间任何统治者、立法者、司法者、阶级集团手中,而只能执掌在共同信仰的上帝手中。因此,当优士丁尼皇帝靠上帝的保佑,以“极度审慎的态度”用法律来巩固自己的统治时,他也只能“以我主耶稣基督的名义”^③来宣布法律。从《法学阶梯》的一些段落中,我们可以看出,统治者是不敢标榜自己的法律完全是符合上苍旨意的,他不敢冒夺剑之嫌,而且当他明知他不得不对业已形成的非正义事实加以调整时,他是诚惶诚恐的。正义的准则是神圣的,只有上帝知道。但罗马法学家还是极力想使它世俗化,把“给予每个人他应得的部分的这种坚定而恒久的愿望”确立为法律的基本原则。传统民法典中的“诚信原则”这所谓的“帝王条款”无疑是传统正义观念的衍生物。

第二、对于理性的虔诚崇拜

前述,已经说明,古典时代罗马人的理性观念是古朴的。它反映了古人们对于自然茫然无知的迷信,对于自己不得受制于的自然生命规律的崇拜。它在概念上属于一种自然理性,而在方法上则是一种形而上学的思辨理性。这种在人的本身之外,从与人相对的对立物方面追求大本大源的理性方式反映了古人们一般的智力水平。这种本身有缺陷的理性方式很容易使人自我奴役式地把人自己置于崇拜偶像的束缚之下,从有生命的人贬为无生命的工具。后来教会那么长久地束缚住人的思想感情、肉体情欲,使人不成为其人,可以说就是这种理性方式导致的恶果。但当人们破除了对相对于自己生命之外的偶像的迷信后,把理性的目光由作为手段的工具投向作为目的的生命的时候,理性的崇拜则变成对生命本身的崇拜。因此在丰富的感性生命基础上勃发的饱满的理性则成为衡量实定法的标准。罗马法的理性传统曾经历了一个由自然理性向人本理性转变的过程。无论如何,罗马人认为理性象正义一样是实定法的终极来源和归宿点。

第三、对于实定法的批判意识

这项传统特征是在前两项传统的基础上产生的。在没有自然法哲学传统,或者在没有基督教文化传统的国家里,法律的概念(Concept of law)是一元的,即对于法律不作法(law)和立法(legislation)或理想法和实定法(postive law, enacted law, legislation)这样的区分,而只把实定法,也就是统治者制定的法作为法律的唯一渊源,从而导致法律沦为肆意统治的合法根据。然而这样认识是违背罗马法传统的。因罗马法哲学文化传统而形成

^③ 引自优士丁尼,前揭,第5页。

的法律的概念是二元的,即将法和实定法作严格的区分。罗马人因正义或理性的观念而产生法的观念,认为法才是真正的法律,任何人都必须服从它,统治者制定的实定法更应该以它的最高准则,凡是与法背离的实定法都不能称其为法律。由于这样的区分,使罗马法哲学传统中呈现出对于实定法的审视意识和批判意识。现代自由主义大师哈耶克认为,法比立法(legislation)历史更久远。立法仅是人类手中创造物,而法不是。在人类的手中,立法既可以用来制造善,也可以用来极端作恶。立法可由立法者肆意改变,而谁也改变不了法的最高准则。法律实证主义者将法从法律的概念中排除掉,这必将给人类带来厄运。哈耶克认为自己这一结论是从斯多葛哲学推导而来的^③。只有在实定法在法的监督下而形成的法律秩序中,人才可能获得自由。

第四、对于平等的朴素追求

假如我说罗马法制度是不平等的,那么这个结论几乎不需要论证,因为罗马法规定:“一切人不是自由人就是奴隶。”阶级差别的存在是人类社会最大的不平等。但我若是说罗马法的哲学传统中包含有对于平等的朴素追求的特征,则要费点口舌来辩解。上述的许多论叙曾多次强调,罗马社会制度的不平等主要体现在奴隶制度和家庭制度方面。这种制度是在人类社会初始时期几乎共同经历过的一段历史事实。首先认识到它们的不合理性的人,往往是当时社会的知识精英们,他们的批评若获得普遍的共识需要一个漫长的过程,而依靠共识共同来否定它们则需要更长的时间。在这种演变过程中,实定法还不能回避它们,不得不调整它们,因此可以说受实定法调整的现实未必是合理的。在这种意义上,罗马法要比现代一些法典要有勇气得多,因为它敢承认自己所反映或调整的社会制度是不合理的。它认为根据自然法,一切人是生而自由的。人后天的不平等是社会现实制度造成的恶果。根据合乎人道精神,实定法应当改善这种制度。平等是起点,不平等是恶果,应当平等是归宿,这就是罗马法哲学留下来的传统特征之一。说它是传统,因为后世人们追求平等、自由、人权的观念的哲学起点是源于那时开始的。不过比起后来“在权利方面,人们生来是而且始终是自由平等的”、“我们认为这些真理是不言而喻的”这样铿锵的信念宣誓来说,罗马人对平等的追求是朴素的,但那却是实在的,若以现在流行的观念来要求他们,则未免太难为古人了。

第五、鲜明的契约观念

罗马人的契约观念明确而强烈。无论是在早期讲究形式的耐克逊(nexum)和最后产生的因合意而成立诺成契约(Contractus consensu)中都能表现这一点。而最能体现这一观念的则是最后演进出现的“合意”加“债”的诺成契约。由于“债”被加入“合意”之中,契约的当事人都被锁在“法锁”(iuris vimculum)之中,权利与义务的观念也加强了。梅因认为,随着诺成契约的出现,古代“契约”法的革命就完成了。罗马“裁判官”关于自然法的理论必定曾经引导他们特别偏爱诺成契约。从此罗马人的思想从一个粗糙的观念进步到了一个精练的观念。自然法的理论是专属罗马人的,法锁的观念也是专属罗马人的,“这些后期法律概念是重要的,不是因为这些概念代表了在一切条件下思想发展的必然结果,而是因为它们对现代世界的智力素质起了十分巨大的影响。”^④前述已经提到过,罗

^③ 参阅F.A.Hayek, *Law, Legislation and Liberty*, Vol.I, The Univ. of Chicago Press, 1973 pp.72—74.

^④ 引自梅因:前揭,第191页。

马法中契约法的概念对现代世界的智力素质起了十分巨大影响和最突出的例证是缔造现代西方社会政治结构的“社会契约论”，这种理论不仅饱受罗马法思想的浸润，而且从罗马法的法律概念里找到了表意的工具。

第六、在人道主义立场中法律主治

我们现在流行的一种看法是，认为“法治”就是依法而治 (to rule by law)。为了政治目的的需要，法律越多、越完备或越有效率便越好。事实上，这种以推行法律来达到政治目的统治方式是“法制”而不是“法治”。因为如果法律给予政府以无限的权力，允许其为所欲为，不仅如此，而且还不断地追认它一些专断行为的合法性，那么政府的行为肯定都符合法律，于是，法制的结果很可能流入人治。这种“法治”观念与罗马法哲学传统里的“法治”观念完全相反。因罗马法哲学传统而形成的“法治”观念是法律主治 (the rule of law)，它是以基本人权为基础，以维护人的自由与建立在基本人权基础之上的秩序结构，法治必须使一切法律合乎最高的原则，即：尊重基本的人权，这就是哈耶克所谓的“超于法律的信条” (a meta-legal doctrine)。前述已交代过，基本人权 (或天赋人权) 的信念是由经过珀尼西厄斯改造带有人道主义色彩的自然法哲学推导出来的。珀尼西厄斯认为，凡人皆有天赋的理性，是生而平等的，为了人的平等、自由和尊严，每人必须享有基本人权。这种人道主义，经过西塞罗发挥，成为西方自然法传统的主要基石，17世纪的契约论直接承袭了这一传统，而康德理论更是集这一理论之大成，他认为，人是价值的终极来源，任何人本身就是组织社会的制度的手段。从此以后，西方自由主义的理论别开生面。罗马法通过其制度将此传统传递而形成的法治秩序是：

人们的社会行为的秩序现在在下列事实中：一个人之所以能够完成他在他计划中所要完成的事，主要在于他的行动的每一阶段能够预期与他处在同一社会的其他人士在他们要做他们所要做的过程中，对他提供他所需要的各项服务。从这个事实中，我们很容易看出社会中有一个恒长的秩序。如果这个秩序不存在的话，日常生活中的基本需求便不能得到满足。这个秩序不是服从命令中所产生的；因为社会成员在这个秩序中只是根据自己意思，就所处的环境调适自己的行为。基本上，社会秩序是由个人行为需要依靠与自己有关的别人的行为能够产生预期的结果而形成的。换句话说，每个人都能运用自己的知识，在普遍没有具体目的的社会规则之内，做自己要做的事，这样每个人都可深具信心地知道自己的行为将获得别人提供的必要服务，社会秩序就这样地产生了。这种秩序可称之为：自动自发的秩序 (spontaneous order)，因为它绝不是中枢意志的指导或命令所能建立的。这种秩序的兴起，来自多种因素的相互适应，相互配合，与它们对涉及它们底事务的即时反应，这不是任何一个人或一组人所能掌握的繁复现象。这种自动自发的秩序便是博兰克所谓的：“多元中心的秩序 (polycentric order)。”^④

这个秩序之所以能得到恒长的保障，是因为在它之上有一个根据由自然法而推导出的基本人权的政治理想而制定的宪法，在这宪法之中，政府的权力，立法机构的权力必须加以限制。

^④ 参见F.A.Hayek, 前揭, 转引自林敏生:《中国传统的创造性转化》, 三联书店1988年版, 第121—122页。

一切法律则都必须服从那最高的原则——“超于法律的信条”。

本篇到此应该结束了，最后，我想援引梅因的话作为它的结束语，因为目前笔者尚不能比这位法律史学家说得更精辟。他说：

必须回忆一下，这逐渐渗入西方思想中的罗马法既不是古城市的古制度，也不是“拜占廷皇帝”经过删改的法律学；当然，更不是几乎埋没于以“现代民法”名义通行于世的现代的现代纯理论学理的象寄生物那样过度发展中的大量规则。我所谈的，只是指由安托宁时代伟大法律思想家所研究出来的、部分地由查士丁尼安的“法学汇纂”加以转载的法律哲学，这个体系很少缺点，除了它所要达到的高度的优雅、明确精审，已超过了人类事务所许可以及人类法律所能限制的范围^②。

北京国际比较法学会议暨 中国法学会比较法学研究会第一次学术会议举行

合并召开的这两个会议是于1992年4月7日至10日在北京大学体教大楼举行的。前一个会议由北大法律系比较法与法律社会学研究所主办。十余名外国比较法学家和四十多名中国比较法学家出席了会议。中外比较法学者聚集一堂，就比较法学的方法论、比较法的作用、比较法教学、法律结构比较等课题开展了热烈的和富于成效的讨论。

比较法学天生是一个具有国际性格的学科。中国比较法学研究会的首届学术讨论会的与会者便能与十余位外国比较法学家一起讨论这门学科的一些重要理论和实践问题，相互交流观点、切磋学问，可谓良好的开端。国际比较法学会议可以起到双重的功能，既比较不同国家间的法律，又比较比较法学家。参加这次会议的外国学者中有若干位是世界著名的比较法学者，如《国际比较法学百科全书·诉讼法卷》的主编卡佩莱蒂 (Mauro Cappelletti) 教授，加拿大民法典的起草人之一、现任国际比较法学会主席的克雷波 (P.-A. Crépeau) 教授，法国著名比较法学家布朗·若万 (X. Blanc-Jouvan) 教授，美国的亚洲法专家格雷 (W. Gray) 教授，中央大学日本比较法研究所所长小岛武司教授，澳大利亚墨尔本大学亚洲法中心主任史密斯 (M. Smith) 教授以及该校讲授中国法的比达尔芙女士 (S. Biddulph)，另外还有瑞士著名汉学家、对中国法律和中国文化有精深研究的胜雅律 (H. von Senger) 教授等。虽然比较法学的教育和研究在大陆中断了三十余年，但是在这次会议上，中国学者们仍然就一些前沿课题与外国学者进行了深入的讨论。中外学者都认为这是一次极为成功的会议，大家期待着今后更多的交流。在闭幕酒会上，克雷波教授发表了热情洋溢的即席讲话，他代表国际比较法学会欢迎中国法学会比较法学研究会和中国的比较法学家们更多地参与国际比较法学会的活动。

本次会议上中外学者所提交的论文将由北京大学出版社出版。(贺卫方)

② 引自梅因：前揭，第202页。