

法典编纂与私法发展： 罗马法经验观照

韩光明*

目次

- 一、法典编纂：开始还是结束？
二、“避免立法者”：罗马法学家的技艺
三、多元法源：罗马私法的自然生长
四、结语

摘要 法典编纂在法典与法律发展问题上具有重要的方法论意义。罗马私法的发展经验可以成为观照现代法典化立法的重要资源。法典编纂不应成为法学以及法律发展的终结，而应该通过开放性规范设置克服法典的形式化局限。罗马法法源多元交错发展，在法作为自生自发秩序的朴素观念基础上，实现了私法的自然生长。罗马私法发展的经验延续至后世法学，为后世民法典中的开放性规范设置提供了思想资源。

关键词 法典编纂 法学 立法 罗马法

民法典即将出台，对于此次法典编纂，学界已有各种解读和期待。但目前多数集中于对具体制度规则设计的讨论，而对于法典编纂的方法论意义，尤其对于法律发展的意义，尚未有充分认识。^{〔1〕} 法典溯源于罗马法，法典编纂也自然能够从罗马法中汲取养分。^{〔2〕} 从方法论上来看，罗马法对后世

* 中山大学法学院副教授、法学博士。本文系国家社会科学基金重大项目“语用逻辑的深度拓展与应用研究”（项目编号：19ZDA042）子课题“语用逻辑的法律论证研究”的阶段性研究成果。感谢彭诚信教授和毕经纬教授的帮助，感谢匿名编审的意见。

〔1〕 关于法典编纂与方法论、法典编纂与法律发展的相关文献，可参见龙卫球：《中国民法“典”的制定基础——以现代化转型为视角》，载《中国政法大学学报》2013年第1期，第84—94页；朱广新：《超越经验主义立法：编纂民法典》，载《中外法学》2014年第6期，第1422—1443页；薛军：《中国民法典编纂：观念、愿景与思路》，载《中国法学》2015年第4期，第41—65页；翟志勇：《民法典与私法秩序的形成》，载《学术交流》2016年第5期，第79—83页；茅少伟：《民法典的规则供给与规范配置：基于〈民法总则〉的观察与批评》，载《中外法学》2018年第1期，第170—193页；方新军：《融贯民法典外在体系与内在体系的编纂技术》，载《法制与社会发展》2019年第2期，第22—42页。

〔2〕 有学者就罗马法的发展经验，尤其是裁判官法的发展，观照于民法典编纂中对司法解释的整合问题，强调“法官造法”对法典编纂以及法律发展的意义。参见薛军：《民法典编纂与“法官造法”：罗马法的经验与启示》，载《法学杂志》2015年第6期，第29—38页。

影响甚巨的原因可以被简约地归纳为两个方面：一是罗马法内在的法律发展方法，其中最为核心的是法学家阶层所支撑的法学以及由裁判官主导所形成的荣誉法；二是法典化所形成的法律移植便宜性。那么，民法典编纂对于中国的私法发展意味着什么，或者说，法典化在多大程度上能够促进法律发展？法典编纂对于法学、对于司法创制的意义又如何？本文拟通过梳理罗马法发展的经验，观照中国的现实境遇。

一、法典编纂：开始还是结束？

关于法典与罗马法，众所周知的是英国法学家梅因(Sir Henry Maine)在其经典著作《古代法》中的开篇第一句话，即：“世界上最著名的一个法律学制度从‘一部法典(a Code)’开始，也随着它而结束。”〔3〕然而，这却是一句令人费解的话。其中的“一部法典”何指？从梅因在第一章关于“古代法典(Ancient Codes)”的讨论来看，其多将这里的法典指向《十二表法》，且他认为，罗马法学理论肇源于《十二表法》。《十二表法》意味着法学之开始的说法尚可成立，因为在某种程度上，罗马法学家正是通过对《十二表法》的“解答”逐渐发展了法学；但认为《十二表法》意味法学的结束则并不合理，因为罗马法学发展历史甚为漫长，至少当时尚未到达古典法学时期。就“法典”的意涵来看，有学者通过考据分析指出，在优士丁尼时期，“法典”有时在狭义上仅指《敕令法典》，但有时也将《敕令法典》《学说汇纂》《法学阶梯》三者统称为“法典”而作广义使用。再有提法常将法典与《国法大全》等同，但实际上《国法大全》并非优士丁尼时期的称谓，是中世纪注释法学派对《敕令法典》《学说汇纂》《法学阶梯》以及《新律》的统称，通常是在相对《教会法大全》的意义上被使用。〔4〕

那么，可否将梅因所说的“法典”解读为优士丁尼法典或《国法大全》呢？若作此种解读，则需要对开始和结束的对象做两种不同的解释。即，从“法典”开始的并不是罗马法学(法律科学)，而是后世的私法(学)。正是因为有了11世纪末考古发现的《国法大全》残卷，才有了接下来罗马法复兴乃至后世(私)法学的展开。〔5〕因《国法大全》而结束的恰恰是罗马法学，结束的原因就是皇帝的专制立法取代了罗马法学家对法律的发展。类似地，梅因在《古代法》第二章的开篇说道：“但原始法律一经制成‘法典’，所谓法律自发的的发展，便告终止。”〔6〕

对于罗马法律科学的发展，尤其关于皇帝与法律发展的关系，卡泽尔指出，在温和帝政时期，也就是元首制时期，罗马的法律科学达到了顶点，因为这时的皇帝们并未以其权力阻碍罗马法学达到其高峰，反而将其用于为国家政治服务，“法学家的成就虽然在创造性方面并没有超越前古典法学家，但在贯彻完整性、准确性和思想深刻性方面则超越了前古典法学家。”〔7〕而在从公元3世纪开始的后古典时期，由于专制君主制，开始了唯一的立法者时期，“古典法学家高度精致的法律思维技术和表达技术消失了”。〔8〕及至东罗马帝国优士丁尼皇帝，他将此种专制立法推到了顶

〔3〕 [英] 梅因：《古代法》，沈景一译，商务印书馆1959年第2版，第1页。该句原文为：“The most celebrated system of jurisprudence known to the world begins, as it ends, with a Code.”这里的“法律学制度”翻译是否恰当值得思考，jurisprudence可翻译为中文的法律科学、法学、法律学，但system究竟是指制度还是体系则需要结合整句话甚至全书进行理解，故笔者在此引注英文原句以作参照。

〔4〕 参见薛军：《优士丁尼法典编纂中的“法典”》，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15页。

〔5〕 See George Mousourakis, *A Legal History of Rome*, Routledge, 2007, Preface.

〔6〕 见前注〔3〕，梅因书，第13页。此处原翻译为“中止”，应为“终止”之误(When primitive law has once been embodied in a Code, there is an end to what may be called its spontaneous development)。

〔7〕 [德] 马克斯·卡泽尔、罗尔夫·克努特尔：《罗马私法》，田士永译，法律出版社2018年版，第5页。

〔8〕 同上注，第8页。

峰,即皇帝成为法律创制的源头,皇帝被认为是“个人化的法律”。〔9〕这一专制立法意味着罗马法学的结束,但也很偶然地为后世私法的发展保存了基本的材料,或者说优士丁尼以专制立法的方式将罗马古典法学家的法律创造整体性地留给了后世。

当然,关于《国法大全》是不是法典,也有人提出异议:《国法大全》不过是对法律材料的权威性收集而已,但这样的收集并不是“法典”。其实,这种判断并非没有道理,因为在当时,“法典编纂”主要就是汇编式(consolidation)的,而不是边沁意义上的编纂(codification)。〔10〕而对于《法国民法典》《德国民法典》等后世欧洲法典,因为经历过诸如“《学说汇纂》的现代运用”和罗马普通法或共同法等罗马法继受过程,大致也可以认为,这些法典以某种方式固化了来自罗马法学的价值。对此卡泽尔的评价是:“19世纪的科学,因其主要渊源也被称为学说汇纂学派或学说汇纂法学,还从罗马法的材料中形成了清晰抽象的概念和规则,从而使私人自治有了十分重要的保障。晚近一些的民法法典编纂都受到其实质性影响,如瑞士法(《瑞士债法》《瑞士民法典》)、《德国民法典》《日本民法典》《巴西民法典》,直至《希腊民法典》和《意大利民法典》。”〔11〕卡泽尔还引述了美国法学家查尔斯·谢尔曼的评价,即“19世纪和20世纪的所有法典编纂都有一个共同点:现代法典在很大程度上可以被认为是优士丁尼不朽的罗马法法典的再版——只不过它们适应了现代的时代要求,而且穿上了现代语言的新装”。〔12〕由此看来,大陆法系后世民法典之于罗马法继受并非如同有学者所说的“得形忘意”,〔13〕而更应该是“形神兼备”。

就此,对于中国法典编纂,可以提出的问题是:我们的法典是再版抑或是完全的自我特色?对此,有学者提出“中国需要什么样的民法典”的问题。〔14〕对此问题的官方答案是:“编纂一部体例科学、结构严谨、规范合理、具有中国特色、体现时代精神的民法典。”〔15〕其实这个问题可以被分解为两个方面,即价值层面与技术层面。在价值层面上,什么是“中国特色”,什么是时代精神?有学者也曾提出诸如“21世纪民法典的代表之作”“彰显21世纪的时代精神”等期许,并认为弘扬人格尊严和价值即为时代精神,也即人文关怀。〔16〕有学者提出,我国民法典编纂要回应民众生活的需要,以私法自治为核心,并尽可能兼顾正德、维和、厚生和利用四大传统价值。〔17〕而在技术层面上,何为“体例科学、结构严谨、规范合理”?这似乎存在更多争论,既包括编纂体例、结构安排问题(如宪法与民法的关系、民商关系、人格权应否独立成编、债法总则的存废等),也包括具体概念问题(如负担行为与处分行为区分、居住权应否法定、有名合同的增删、夫妻债务规则、遗嘱效力等),且争论还在继续。法典的出台会是结束吗?可以想见,无论是价值层面还是技术层面,前述问题并不会因民法典的颁行而终结,甚至会是一个新的开始,毕竟形式化的私法体系第一次如此被呈现出来。

〔9〕 [意] 马里奥·塔拉曼卡主编:《罗马法史纲》(第二版·下卷),周杰译,北京大学出版社2019年版,第772—778页。

〔10〕 见前注〔4〕,薛军文,第56—60页。

〔11〕 见前注〔7〕,卡泽尔、克努特书,第19页。

〔12〕 见前注〔7〕,卡泽尔、克努特书,第21页;Charles P. Sherman, *Roman Law in Modern World*, Boston Book Company, 1917.

〔13〕 参见苏亦工:《得形忘意:从唐律情结到民法典情结》,载何勤华主编:《民法典编纂论》,商务印书馆2016年版,第27页。

〔14〕 参见谢鸿飞:《中国民法典的生活世界、价值体系与立法表达》,载《清华法学》2014年第6期,第17—33页。

〔15〕 全国人大常委会副委员长李建国2017年3月8日在第十二届全国人民代表大会第五次会议上所作的《关于〈中华人民共和国民法总则(草案)〉的说明》。

〔16〕 参见王利明:《民法典的时代特征与编纂步骤》,载《清华法学》2014年第6期,第6—16页。

〔17〕 参见前注〔13〕,苏亦工文。

二、“避免立法者”：罗马法学家的技艺

提及现代民法的概念溯源,通常会以罗马法中的市民法作为起点,而市民法(Ius Civile)又被认为是罗马法私法的核心。彭波尼将市民法界定为“由法学家以不成文形式创造的法”,以及“市民法只存在于法学家的解释之中”。^[18] 法学家法也被认为是罗马私法的特征,尤其是前古典时期和古典时期罗马法学家对法律的发展决定性地影响了罗马法私法的形成。^[19] 卡泽尔将罗马法私法的伟大归功于罗马人天生的法律能力(法律天赋, the innate legal ability),即洞悉现实生活,以及在漫长的时间中养成的“正义感”;^[20] 而此种天赋的典型表现就是法学家阶层的存在,当然反过来,法学家们对法律的创造性发展又进一步促进了此种天赋之养成。^[21]

作为罗马私法的精神缔造者,罗马法学家们以服务现实生活为目的发展法律,使罗马私法得以在实践中自然生长。面向实际的法律发展方法为罗马法学家带来特殊的才能和声誉,即以个案决疑的原则与方式进行分析 and 说明,而不过于执着于法哲学问题。^[22] 基于此,克努特尔进一步指出,“罗马法学家几乎避免了立法者的介入,而是从所争议的问题和事物本身出发,在几乎所有永恒的私法问题上都发展出了最好的解决方案”。^[23] 而从法学发展方法论的角度,有学者指出,罗马法的大部分内容,尤其是罗马私法,是法学的产物,而非立法的产物。^[24]

避免立法者的介入体现在罗马法学家在城邦体制中的定位上,即以自己独特的面向,采用实践的方式发展法律,而非直接参与制定法,也即与立法保持距离。一方面,法学家通常在一定程度上与政治官僚保持距离。^[25] 直到哈德良王朝(尤其是在安东尼统治时期),才开始出现法学的官僚化。^[26] 即使在元首时期,也有法学家依然延续共和时期的传统而选择“不事政治”,拒绝担任执政官。^[27] 例如其中最著名的普罗库勒学派的创始人拉贝奥就是如此——“他宁可从事法学研究,也不在他所憎恶的一个胜利者的阴影下共同承担政治责任。”拉贝奥曾担任元老院议员、裁判官,但却拒绝了

[18] D.1.2.2.5;D.1.2.2.11. 参见[意]朱塞佩·格罗素:《罗马法史》,中国政法大学出版社2018年版,第84页。

[19] 见前注[7],卡泽尔、克努特尔书,第41页。

[20] 见前注[7],卡泽尔、克努特尔书,第1页。英文翻译为 Roman private law owes its greatness and its universe mission to the innate legal ability of Roman people, to their open-mindedness about the realities of life as well as to their inherited sense of justice schooled in the course of time. See Max Kaser, *Roman Private Law (2nd edition)*, translated by Rolf Dannenbring, Butterworths Durban, 1968, p.1.

[21] 见前注[7],卡泽尔、克努特尔书,第1—2页。英文翻译为 These jurists raised private law to high perfection and gave it, with regard to the legal thinking of man, that intellectual prominence which has persisted beyond the historical life time of the Roman people up to present times. See Max Kaser, *supra* note [20], p.1-2.

[22] [英]H. F. 乔洛维茨、巴里·尼古拉斯:《罗马法研究历史导论》,薛军译,商务印书馆2013年版,第480—482页。

[23] 见前注[7],卡泽尔、克努特尔书,第24页。

[24] See George Mousourakis, *supra* note [5], at Introduction.

[25] 这里说的一定程度,主要是指在公元前2世纪,大部分法学家的生涯具有一定的政治色彩,即属于显贵阶层,或者担任过僧侣职务,或者被授予圣贤、智者等称号。同前注[18],格罗素书,第215页。

[26] 见前注[18],格罗素书,第285页。

[27] 见前注[9],塔拉曼卡书,第508页。在共和制末期,由于法学家们目睹了一些政治灾难,于是在法学家当中也就开始出现一种典范,即选择置身官职(honores)之外。除拉贝奥(M. Antistio Labeone)外,在元首制初期,奥罗·卡谢里、特雷巴奇·特斯塔也都拒绝过奥古斯都提供的执政官职位。

奥古斯都提供的执政官一职。^[28]

避免立法者介入,最核心的意义在于法学家的工作方式区别于立法,或者说制定法。在罗马共和时期,罗马法发展的三种途径主要是制定法、裁判官法(或荣誉法)和法学家法。^[29]法学家法注重的是在实践中发展法律,通常把罗马法学家直面实践的工作方式称为“法律决疑术”(legal casuistry),也就是法的实践知识或实践智慧(jurisprudentia)。^[30]西塞罗将法学家的主要工作方法概括为三类,即解答(respondere)、提供(cavere)和协助(agere)。^[31]而这三种工作方式基本都是针对具体的法律问题,要么是对制定法的解释,要么是对裁判官的指引或协助,但却从来都不是立法性质的。公元前2世纪到公元3世纪,罗马法学家除了为罗马市民个人提供法律帮助外,他们中的许多人还曾担任过罗马裁判官(praetor)或裁判官的法律顾问,而这就必然使得法学家法与裁判官法具有紧密的结合:“荣誉法的全部实质内容都是法学家的精神创造,裁判官在引入新的制度和法律救济时也有赖于法学的专业指导。”^[32]

在理论上,避免立法者介入,究竟是何种法学观念呢?这里的问题是“立法者”为什么“可怕”或“糟糕”?^[33]或者说,为什么要避免立法者?哈耶克在《法律、立法与自由》一书第四章“变化中的法律概念”的题签中就引述了罗马法学家尤里乌斯·保罗的话:“从规则中不能推论出何谓正义,相反,规则渊源于我们关于何谓正义的知识。”^[34]接下来,哈耶克论述的第一个问题就是“法律先于立法”(law is elder than legislation)。他说:“立法向人类开放出了诸多全新的可能性,并赋予人类以一种支配自己命运的新的力量观或权力观。然而,那些关于谁应当拥有这种权力的讨论,却在很大程度上遮蔽了这样一个更为基本的问题,即这种权力应当扩展至多大范围。”^[35]哈耶克进而论证指出,“那种认为所有的法律都是立法者意志的产物的整个法律实证主义(legal

[28] 见前注[9],塔拉曼卡书,第507—509页。但与拉贝奥不同,萨宾学派的创始人卡比多(Ateio Capitone)却比较愿意遵从君主的意愿,并担任过执政官。但拉贝奥对后世法学影响更为重大。参见前注[18],格罗素书,第287—289页。

[29] [德]孟文理:《罗马法史》,迟颖、周梅译,商务印书馆2016年版,第69页。

[30] 罗马法学家首先是法律实务家(legal practitioner),表达法学家身份的*jurisprudens*、*jurisperitus*、*jurisconsultus*等拉丁文都是一些形容词,说明某个人具有卓越的罗马法知识之资质,而非表达一个职业的名词。参见舒国滢:《罗马法学成长中的方法论因素》,载《比较法研究》2013年第1期,第1—42页。法学家尽管总是站在司法机关一边,但却(通常)不是国家工作人员或国家官员,而是私人。参见前注[7],卡泽尔、克努特尔书,第41页。

[31] 解答,主要是为私人、执法官或审判员提供建议,针对某一情况发表意见,比较具体地涉及有争议法律问题的解决;提供,主要是向请求人提供能够达到的行动方案,包括对遗嘱、要式买卖、要式口约、裁判官简约之合意契约模式等的阐释;协助,主要是指法学家根据执法官或私人的请求而阐明程式诉讼的构成,进而建议他们应采取何种态度和诉讼手段。参见前注[9],塔拉曼卡主编,第338—339页;以及前注[18],格罗素书,第215—218页。舒国滢翻译为“法律解答”(respondere,即口头解答民众向他们咨询的法律问题)、撰拟契据(cavere,即为当事人拟订书面契约、遗嘱等)和协助诉讼(agere,即协助当事人进行诉讼)。见前注[30],舒国滢文,第6页。周栢将其描述为四个方面,即口头解答(respondere)、书面解答(scribere)、办案(agere)和撰约(cavere)。参阅周栢:《罗马法原论》(上册),商务印书馆2009年版,第51—52页。

[32] 见前注[7],卡泽尔、克努特尔书,第46页。

[33] 英国哲学家斯宾塞于1884年出版《人与国家》(*The Man Versus the State*)一书,其中一篇题为“立法者的罪(The Sins of Legislators)”。斯宾塞说:“的确,无论那些立法者有无责任心,揭示他们的罪都将是有益的。”“那些立法者的罪,往往不是出自个人野心或阶级利益,而是由于缺乏道义上所应具备的最基本的学识和研究。”参见[英]赫伯特·斯宾塞:《国家权力与个人自由》,谭小勤等译,华夏出版社2000年版,第47—77页。

[34] D.50.17.1.

[35] [英]弗里德利希·冯·哈耶克:《法律、立法与自由》(第一卷),邓正来、张守东、李静冰译,中国大百科全书出版社2000年版,第113页。

positivism)观点,就是建构论所持有的那种意向论谬误的一个结果”。〔36〕

哈耶克并不意在否定立法,而在探究立法的正当性,即何种立法才是正当的。他的观点更像是受到罗马法关于市民法(ius)与法律(lex,通常主要是指制定法)之间区分的启发。他认为早期的“法律给予者”(law-giver)(包括《十二表法》的作者们),“都不意在创制新的法律,而只是陈述法律是什么及其始终是什么”。〔37〕在罗马法发展过程中,直到元首制时期,立法都在某种程度上遵循这一传统,其中一个表现即元首对于法学家的尊重与支持,也正因如此,才使罗马法学在元首时期达到发展的顶峰。譬如,奥古斯都授予法学家以解答权(根据君主准可的解答权,ius respondendi ex auctoritate principis),使得法学家的解答对法官构成制约,而裁判官甚至对君主准可的法学家解答产生了依附。哈德良组建有法学家参与的君主顾问委员会(consilium principis),法学家协助元首起草谕令,并为君主过问的个案等提供帮助。最终,绝大部分法学家成为官僚集团的成员,而这一职业条件使得法学家能够继续以自己的方式阐释法律,并在其中保持法学的延续性。

盈满则亏,自公元3世纪起,法学开始衰落,“所有国家机关均屈从于统治者的全能意志,而自由的、只对法学家自己良心负责的司法和法学不再被承认”。〔38〕但这并不意味着法学家的智慧成果没有得到保留。哈耶克指出,人们对优士丁尼的立法或法典编纂活动一直存在误解,即认为是统治者以自己意志创造法律,但其实“优士丁尼最终完成的法律汇纂所赖以为基础的古罗马私法,几乎完全是法学家(jurists)发现法律的产物,而且也只有一个很小程度上才是立法的产物”。〔39〕

综上,罗马法学家“避免立法者”、直面实践问题的工作方式,促进了罗马私法的发展,而当立法几乎垄断法律发展的时候,立法并未完全排斥罗马法学理论,而是包容、容纳。这正是罗马私法发展的重要经验。观照当下中国民法典编纂这一重大立法行为,我们需要思考的是,立法者如何能展示对“法律(ius)”的最大尊重,譬如仅仅就法典草案向全民征求意见是否足够、是否应进行全国范围的民事习惯调查、物权法定主义下的物权种类设定标准如何等问题。毕竟,作为主权象征或核心的立法权尽管是终极性权力,但却不是“全知全能的无限权力”,〔40〕行使立法权进行法典编纂时需要受到“一般规则”〔41〕或如同罗马法学理论(jurisprudentia)〔42〕的约束。

三、多元法源：罗马私法的自然生长

罗马法学家的智慧使罗马法的发展总体上呈现出一种自然生长的状态。从本源来看,法律演化是一种自生自发的秩序,而自生自发秩序的形成过程则必然是多元而非单一的模式。罗马法即呈现了“多元化的发展进程”。〔43〕多元化,可以从两个方面理解,一方面是法律发展方式的多元化。譬如梅因提出法律与社会协调发展的方式有三种,即法律拟制(legal fictions)、衡平(equity)与立法(legislation)。他认为罗马法的发展也是如此,法学家的解答是以拟制为基础的,

〔36〕 见前注〔35〕,哈耶克书,第115页。

〔37〕 见前注〔35〕,哈耶克书,第126页。

〔38〕 见前注〔7〕,卡泽尔、克努特尔书,第8页。

〔39〕 见前注〔35〕,哈耶克书,第128—129页。

〔40〕 见前注〔35〕,哈耶克书,第142页。

〔41〕 哈耶克所指的一般规则是指规则所应具备的一般属性,即应受到占支配地位的意见(opinion)的约束。见前注〔35〕,哈耶克书,第140—141页。

〔42〕 Jurisprudentia的本义是指法律实践知识,故此罗马法学实际上就是关于法律的实践知识或法律实践之学。参见舒国滢:《寻访法学的问题立场——兼谈“论题学法学”的思考方式》,载《法学研究》2005年第3期,第3—20页。

〔43〕 见前注〔18〕,格罗素书,第207页。

而裁判官所运用的则主要是衡平,立法要到帝国时期才真正确立,即皇帝垄断立法。^[44]另一方面则是法律渊源的多元化,即多元法源。法律渊源实质上指法律规范的来源,或者指争议纠纷的解决依据。罗马法发展过程中法源呈现了多元生长的样态,这其中既体现了罗马人的法律观念甚或是法律文化,也进一步展现了法律发展的具体样式。

罗马人的法观念源于 ius,即“法”(ius)被认为是关于善良与公正的艺术,^[45]而其准则是“诚实生活,不害他人,各得其所”。^[46]但这仅仅是罗马人定义“法”的一种方式,保罗说罗马人以多种方式定义法,譬如市民法是指在每一个城邦中对所有人和多数人有益的事物。^[47]保罗提示的这种定义方式实际上把法与城邦结合在了一起,而这一结合过程也就隐含着法(ius)与法律(lex)之间的关系。格罗素指出,法代表着一种自然形成的法,是在跨家庭社会中自发表现的过程,而相对于法,“法律”(lex)则是由人制定和颁布的法。^[48]随着法与城邦的结合,也就是市民共同体作为法的共同体在城邦之中获得独特地位和意义,出现了“城邦自己的法”(ius proprium civitatis),^[49]而这一过程实际上也是法与法律相渗透的过程。起初,法律(lex)主要涉及城邦结构和生活(主要是指城邦内的各种协议),但在两者相遇之后,法(ius)逐渐成了法律(lex)的前提条件,而“法律”则以其确定性对法起了一定的补充作用。进一步地,罗马法上法与法律两者的关系蕴涵昭示了后世大陆法学理论中的两个非常重要的关系,即公法与私法的关系、法(ius)与立法的关系。

罗马法多元法源的发展,在某种意义上,就是法与法律交相缠绕影响与发展的过程,而在此过程中继而生发出了万民法、荣誉法、制定法等诸多法源。^[50]法在原初意义上等同于市民法,或者说,市民法与法本是同义的,在此意义上,后世法学也常以市民法作为整个罗马私法的代称,因为其是罗马私法中最核心、最基础的法源。

理解作为法律渊源的市民法,首先要理解其习俗性或习惯性,因为市民法从其本质上而言,就是“一种活生生的习俗”。^[51]在法与城邦结合的初期,连城邦的法也表现出浓厚的习俗性,“这种突出的状况使得以《十二表法》为基础的城邦法律制度完全明显地表现为某种习惯法制度”。^[52]习惯或习俗在最初被视为是法的一种属性,而非法律渊源,大致要到古典时期结束以后才逐渐成为一种独立的法律渊源。^[53]盖尤斯、帕比尼安的著作中都没有将习惯列入法律渊源,但西塞罗则将其明确纳入;到优士丁尼时期,优帝《法学阶梯》明确确认了习惯的法源地位,即“由最广泛的同意所认可的长期习俗”。^[54]《学说汇纂》中也明确了习惯的法源地位,尤里安说,“根深蒂固的习惯就像法律一样被遵守,这就是被称为由习惯所组成的法”,^[55]在成文法没有规定而不适用成文法的情况下,应该遵守由习俗和惯例确定的规范,以长久的习惯来代替法和法律而被遵守。^[56]

其次,理解市民法需要对照万民法和荣誉法,万民法与荣誉法的法源地位呈现了罗马私法的

[44] 见前注[3],梅因书,第13—25页。

[45] D.1.1.1.pr.

[46] D.1.1.10.1.

[47] D.1.1.11.

[48] 见前注[18],格罗素书,第85页。

[49] 见前注[18],格罗素书,第80—82页。

[50] 关于罗马法法源的多元发展梳理,可参见汪洋:《私法多元法源的观念、历史与中国实践:〈民法总则〉第10条的理论构造与法律适用》,载《中外法学》2018年第1期,第120—149页。

[51] 见前注[18],格罗素书,第79页。

[52] 见前注[9],塔拉曼卡主编,第34页。

[53] 见前注[22],乔洛维茨、尼古拉斯书,第454—457页。

[54] J.1.2.9;参见徐国栋:《优士丁尼〈法学阶梯〉评注》,北京大学出版社2011年版,第50页。

[55] D.1.3.32.1.

[56] D.1.3.33.

重要发展过程。市民法(ius civile)原在一般意义上使用,指所有市民的法、罗马民族的法,^[57]之后逐渐具有了多重含义,因此需要在不同时期参照其他法源予以理解。在前古典时期,市民法一方面涵盖习惯和其他法律(如平民会议决议)中所包含的法(ius),另一方面相对于荣誉法(裁判官法)和万民法而使用,有时也指经过法学家解释的私法。^[58]市民法与万民法的区别仅在于适用范围的不同——前者适用于罗马法市民之间,是以市民权为前提的城邦的法;^[59]而后者则适用于罗马人与外邦人,以及外邦人之间,是“罗马人与其他所有民族共有的法”。^[60]最终,随着罗马法市民权范围的扩大,公元212年卡拉卡拉皇帝发布《安东尼敕令》显示了两者的彻底融合。“万民法具体的历史形态通过万民法与市民法之间的并存和区分,丰富了法(ius)的概念……”,^[61]而其中更为重要的是万民法发展的观念与方法。

万民法的观念基础在于自然法,^[62]盖尤斯说万民法的根据就是“自然理由”(naturalis ratio)。^[63]类似市民法与万民法之间的不同,自然法与万民法的区别仅在于适用对象范围的不同。“自然法是大自然教育一切动物的法”,^[64]是所有动物的共同法,其尽管不是人类所特有的,但却适用于人类,如男女结合的婚姻关系。而“万民法是全体人类使用的法”,是“人与人之间的共同法”。^[65]由此,在某种程度上,市民法实际上也具有自然法的观念,只是“自然法是指不为体现立法者意志而产生的法,而市民法却是表现或至少部分表现为立法者的任意创制的法”。^[66]此外,市民法与自然法在具体规则上也存在一定的关联,譬如盖尤斯指出,在物的转让方面,让渡(tradio)就是根据自然法的转让方式,要式买卖、拟诉弃权以及时效取得则是市民法规则。^[67]

万民法与市民法的另一区别在于形成方式的不同。市民法最初即表现为习俗,而后为城邦法所吸纳,也会表现为“立法”的形式,经过法学家加工后成为独立法源的“法学理论(jurisprudentia)”,而万民法则是由外事裁判官告示而创立的。万民法是大约在公元2世纪经由法学家们的整理而提炼出来的,^[68]其实际上是作为市民法的一部分而被适用于外邦人,其途径就是裁判官治权。也就是说,实际上是裁判官发展了市民法。

裁判官对市民法的发展还不止于万民法,另一个非常重要的法源就是,在共和国晚期以及古典时期与市民法相对的裁判官法,或称为荣誉法。尽管在内容上,市民法与荣誉法存在区别,一般认为前者通常涉及实体问题,而后者则注重诉讼程式,但实际上荣誉法必须以市民法为前提,裁判官并不创造新的规范,也不能或明或暗地废止既有规范,但却是对市民法的重要补充和改造,尤其是通过此种方式回应罗马社会发展所产生的新诉求。帕比尼安指出,荣誉法对市民

[57] [意] 彼德罗·彭梵得:《罗马法教科书》(2005年修订版),黄风译,中国政法大学出版社2005年版,第3页。

[58] 见前注[7],卡泽尔、克努特尔书,第63页。

[59] G.I.1.1; 盖尤斯将其界定为:“每个共同体为自己制定的法。”参见[古罗马]盖尤斯:《盖尤斯法学阶梯》,黄风译,中国政法大学出版社2008年版,第1页。

[60] J.1.2.1; J.1.2.2.; 参见前注[57],彭梵得书,第10页。

[61] 见前注[18],格罗素书,第196页。

[62] 见前注[7],卡泽尔、克努特尔书,第65页。

[63] 关于 naturalis ratio 的中文翻译,黄风在盖尤斯《法学阶梯》中翻译为“自然原因”,而在《罗马法教科书》中则翻译为“自然理由”。参见前注[59],[古罗马]盖尤斯书,第1页;见前注[57],彭梵得书,第11页。田士永在《罗马私法》中翻译为“自然理性。”参见前注[7],卡泽尔、克努特尔书,第67页。

[64] D.1.1.1.3.

[65] D.1.1.1.4.

[66] 见前注[57],彭梵得书,第10—11页。

[67] G.I.2.65.见前注[59],盖尤斯书,第70—71页。

[68] 见前注[9],塔拉曼卡书,第184页。

法的作用在于三个方面,即帮助或辅助(adiuvare)^[69]、补充或填补(supplere)^[70],以及修正或纠正(corrigere)^[71]。作为一种“活生生的渊源”^[72],荣誉法大概起源于共和时期,但在君主制时期开始陨落,最终其随着裁判官公示需经元老院决议批准而丧失了独立法源地位。^[73]

市民法、万民法与荣誉法作为罗马法史上最重要的三种法源,相互并存、交互影响而促进了法(ius)之发展。^[74]在此过程中,法学家们对法解释的发展更是不遗余力且富有创造力,通过其独特的技艺和力量最终发现了“法学家法”,确立了法学理论、法学家解答等重要的独立法源,而且也可以说是法学家们促成了罗马法的辉煌伟大。^[75]

最终,可以发现,罗马法上自然生发的多元法源促进了私法的长足发展。无论是万民法、荣誉法,以及法学理论、法学家解答,都最终落脚于法(ius)的发展,或者各自以不同的方式促进法的自然生长。即使城邦“立法”,无论是最初的平民会议决议,还是元老院决议、君主谕令,^[76]乃至最终的“法典”,也都是在其独特的形式固定并以各种方式发展的“法规范”(ius)。最终的皇帝垄断立法权以及颁行的法典也并不是简单地消灭了多元法源,而可理解为其将既有的多元法源以稳定的方式予以明确。正是基于此种理念(即罗马法上“法”与“习俗”的自生自发观念),后世法典化的过程中才富有创造性地出现了开放性的法源规范。其中最为经典的表述就是《瑞士民法典》第1条,即“a. 凡依本法文字或释义有相应规定的任何法律问题,一律适用本法。b. 无法从本法得出相应规定时,法院应依习惯法裁判;如无习惯法时,依据其作为立法者应提出的规则裁判。c. 在前款的情况下,法院应顾及/参酌公认的学理和实务惯例”。^[77]

法典具有形式上的封闭性,形式上的封闭多是为了追求体系化与融贯性,但不能因为形式封闭而丧失其生命力。“为有源头活水来”,法典的生命之源就是法源,而其“活”就在于法源的开放性规范,即在立法之外保持习惯和司法创制的“找法”途径,并且明确法理和判例对司法创制的约束。然而,观照中国民法典编纂中的法源论,则可以发现其明显的狭隘性,对于司法创制竟然只字不提,更遑论法理与判例约束。以一种不完全的封闭性的法源立法,最终呈现的也只能是毫无生命力的法律。最终,或许不得不很遗憾地说,这是一种极不完全的立法。

[69] 辅助或帮助功能,主要是针对市民法上既有的规则规定出更为有效的保护手段,是裁判官实现并继续发展市民法制度的情形,如潜在损害保证就是为了辅助有关潜在损害的法律诉讼。参见前注[9],塔拉曼卡主编,第190页。

[70] 填补功能主要是针对市民法上没有的规定,裁判官通过授予诉权或令状进行,如同现代法上的填补漏洞,譬如裁判官法上的诉讼担保制度(satisfationes praetoriae),又称为裁判官法担保,裁判官要求一方当事人向另一方当事人以要式口约的形式做出承诺,并且由保证人为此提供一笔保证金,以担保不发生另一方当事人担心发生的事件或保证执行相关私法裁决。参见前注[9],塔拉曼卡主编,第223页。

[71] D.1.1.7.1;参见《学说汇纂(第一卷)》,罗智敏译,中国政法大学出版社2008年版,第13页。纠正,则通常是裁判官介入市民法内部,通过否定诉权或授予抗辩权来实现。参见前注[9],塔拉曼卡主编,第190—191页。

[72] 见前注[18],格罗素书,第279页。

[73] 见前注[9],塔拉曼卡书,第279页。

[74] 卡泽尔指出,“荣誉法通过以市民法制度为基础的某些创新,在某些方面限制同时又在其他方面发展了市民法。两者的相互交错表现出了一种奇特的、初看起来非常复杂的衔接……”参见前注[7],卡泽尔、克努特尔书,第45页。

[75] 关于法学理论与法学家解答的法源形成过程,在前文中已有论述,此处不赘。

[76] 此两者对市民法有一定的补充作用,而不是完全的取代。其中元首制时期的皇帝法(非常法)有一部即限于遗存的市民法和荣誉法内容,而即使是基于皇帝特殊的司法裁判和皇帝治权发展出来的部分,也往往受到作为皇帝顾问的法学家们影响(参见前注[7],卡泽尔、克努特尔书,第44—49页)。而帕比尼安就直接把君主谕令同元老院决议一起列入市民法类别,作为市民法的渊源。参见前注[18],[意]朱塞佩·格罗素书,第284—285页。

[77] 参见《瑞士民法典》,殷生根、王燕译,中国政法大学出版社1999年版;《瑞士民法典》,戴永盛译,中国政法大学出版社2016年版,第1页。

四、结 语

法典编纂具有重要的方法论意义,其中重要的一方面是法典与法律发展问题。从法典编纂的历史来看,法典化与法律发展乃是一个非常重要的问题,其最为集中或顶峰式的争论就是萨维尼与蒂堡特关于《德国民法典》制定的争论。争论中,萨维尼提出的一个核心问题就是,法典编纂是否会扭曲和抑制法律的有机发展。^[78]《德国民法典》颁行之后,萨维尼提出的这一问题也一直困扰着德国法学界,为法学家们所担忧,他们担心法典化对私法的发展来说是“画地为牢”,担心出现文本主义迷信。^[79]这的确需要一个过程,即从法典评注泛滥到因应社会需求的法典下的私法发展,即通过法官与法学家们的合作而对法典中体系协调缺漏的以及个别蹩脚的规则,对明显的法律漏洞进行校整和填补。更为重要的是,在此过程中以罗马法为基础的共同法(ius commune)再次成为解释和评价法典的基础资源。^[80]可以说,罗马法在欧洲私法,尤其是在法典化之后的发展中从未缺位。进而,罗马私法的发展经验即可成为观照现代法典化立法的重要资源。

法典只是法的表现形式,而法典编纂则是以法典之形式发展法律的一种途径。罗马私法发展的经验是,“它并未整理且确定出体系化的总体法律,没有形成内在和外在的整体。它由许多不同部分或者不同层次的法律制度和法律规范组成,其适用范围和适用基础各不相同”。^[81]罗马法的法源多样且不同层次交错并存,故此罗马人既不会也不可能将法律纳入城邦按照计划立法所形成的整体之中,而主要是任由其在实践中自然成长。罗马法发展经验给予现代法典化的启示就是,如何能够在法典编纂过程中有效促进法之发展,并留存法律发展的制度空间。罗马法学的形成、罗马法学家们的实践(理性)技艺以及多元法源的交错发展,乃至最终法典化的《国法大全》,都在某种程度上以法(ius)之发展为归依。法(ius)是一种自生自发的秩序规则,而促进法的发展,就必须尊重其“自生自发”的根本属性。唯有如此,法典的形式化才不会成为桎梏或障碍,反而能通过体系化、融贯性促进法的有机发展。总之,法典编纂不应成为法学以及法律发展的终结,而应充分借鉴罗马私法发展经验,通过开放性规范设置克服法典的形式化局限。

Abstract Codification has great methodological significance in terms of the Code and development of law. The experiences of the development of Roman private law can be an important resource for the reflection of modern codification. Codification should not be the end of Jurisprudence and the development of law, and should try to overcome the formal limitation of the Code by setting open norms. Based on the simple concept of law as spontaneous orders, Roman law has been developed naturally. The experiences of Roman law provide abundant resources for modern codification, especially for the establishment of open norms.

Keywords Codification, Roman Law, Jurisprudence, Legislation

(责任编辑:肖俊)

[78] 参见[德]弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼:《论立法与法学的当代使命》,许章润译,中国法制出版社2001年版,第8—12页。

[79] 参见[德]赖因哈德·齐默曼:《德国新债法》,韩光明译,法律出版社2012年版,第24页。

[80] 参见前注[79],齐默曼书,第26—27页。

[81] 见前注[7],卡泽尔、克努特尔书,第40页。