

第一编 罗马法的历史和渊源

第一章 引言

第一节 罗马法的要求

根据传说 罗马建立于公元前 753 年 在随后的 2700 年中 罗马法经历了两个不同的发展阶段，并且从两个方面要求我们予以注意。在它的第一个发展阶段中，罗马法是罗马城的法，在其最后成熟时，它成为整个罗马帝国的法。但是，它不止如此，它是罗马精神最原始的产物。在几乎所有其他智力创造的领域，罗马人曾是希腊人虔诚的学生，但在法律方面他们却是老师。在他们手里，法律第一次完全变成了科学的主题，他们从作为法律原材料的细碎规则中提炼出原则并精心构建成一个体系。这一提炼进程之所以重要，不仅是因为它能够使规则制定工作变得简化，还因为原则不同于规则，前者蕴含丰富：一位法学家可以通过对两三项原则的组合创造出新的原则，并且由此创造出新的规则。原则体系与规则体系间的区别可以说类似于字母拼写文字与象形文字 比如中文 间的区别。

罗马法学家力量不仅在于他们有能力在前所未有的规模和复杂程度上创建和操纵这些抽象原则，而且还在于他们清楚地觉察到社会生活和贸易生活的需要，注意到如何采用最简单的方法取得所希冀的实际结果。当自己规则体系的逻辑与适宜性所提出的要求发生冲突时 他们乐于摈弃这种逻辑。如果说法是“实践的理性”的话，毫不奇怪，罗马人依靠他们在这一实践上的天才，能够在法中找到一块完全适合于他们的智力活动园地。

这一评论是由鲁道夫·冯·耶林在他那部最富洞察力的关于罗马法的书——《罗马法精神》(Geist des römischen Rechts) 中提出的，遗憾的是这本书还没有译成英文。

这第一个发展阶段由优士丁尼皇帝在公元 6 世纪加以总结，并且随之而宣告结束，它所要求我们注意的是这一智力成就的内在质量。但是，在 550 年后，优士丁尼的法律书籍在意大利北部被加以研读。在那里，先是从大学，后是到法庭，开始了罗马法第二个令人惊奇的发展阶段，它给予几乎整个欧洲以法律概念的共同库藏、法律思想的共同文法（a common grammar of legal thought）并且，在不断变化但不可轻视的范围内，提供了一批共同的法律规则。英国站出来抵制这种对罗马法的接受，并且在很大程度上保留了自己的普通法，然而后者没有完全摆脱罗马法的影响。因此，在今天的世界上存在着两大起源于欧洲的法律体系。一个产生于英国普通法，它的范围扩大至大部分讲英语的国家；另一个则扎根于或者部分地扎根于复兴的罗马法，它的范围覆盖着几乎所有的欧洲国家和一定数量的周边国家。^② 相对于普通法，罗马法体系通常被称为民法法系，直到不久前，罗马法一直以此名称闻名于世。

这就是罗马法要求我们注意的第二点，它为普通法的法律工作者提供了一把钥匙，以理解几乎所有其他可溯源于欧洲的法律体系的共同语言。

然而，这第二个要求并不是对于整个罗马法来说都是成立的。罗马人把法区分为公法和私法。公法是关于国家管理职能的法，具体地说包括宪法和刑法；私法涉及的是个人之间的关系。罗马法学家把他们的主要兴趣放在了私法上，正是私法赋予罗马法第二个发展阶段以最重要的意义。因此，我们在这里只论述私法。

第二节 宪政的和历史的背景

对任何法律制度的理解都不能完全脱离该法律制度所为之服务

^② | 欧洲外的两大法系——印度法和伊斯兰法具有宗教的特点。在商法领域，它们在很大程度上被从欧洲两大法系中引进的东西所取代，但是在其他方面，它们一直调整着千百万人的生活。

并且对之加以调整的社会的历史。然而，我们下面只能对罗马 1300 年历史的某些显著特征做一概述，这一历史在公元 565 年随着优士丁尼的去世而结束。

不同阶层间的斗争和共和国宪政 最初时期的历史，根据传统的说法 完结于公元前 510 年，在这一年，最后一个国王塔尔奎尼·苏佩布遭到驱逐。对于这个时期的历史，我们没有多少可靠的证据，至于它的法，材料就更少了。从这一时期起，罗马共和国作为一个小城邦而出现，它主要以农业为基础，但已经取得了某些贸易上的重要地位，并且表露出那种使它后来将其边境扩张到地中海世界之外的军事才能。然而，在共和国的前 150 年（公元前 510 年—公元前 367 年）中，它主要致力于在其市民社会中所形成的两大阶层或者阶级间的内部斗争，即贵族阶层与构成其人口主体的平民阶层间的斗争——这一斗争是为了实现公平，这种公平部分是经济上的，但主要是政治上的。上述斗争对于罗马宪政的早期发展是重要的，但是，由于它最终结束于公元前 287 年，并且私法的重要发展至少是又过了 100 年之后才开始的，因此我们可以只满足于看一看共和国宪政的主要特征。这一宪政的形成是从三大要素——执法官、元老院和民众大会的出现而开始的。

执法官是王权的接班人。创建共和国的革命所带来的主要政治结果，简单地说，就是以两位执法官取代了国王，这两位执法官叫做执政官。他们被授予充分的行政权力（*imperium* [治权]）只受到三项限制：首先，虽然他们各自拥有充分的权力，但两位执政官中的每一者都受到另一者否决权的约束；第二，他们任职的时间仅为 1 年；最后，他们的权力可以受到立法的限制。随着罗马的发展，人们创设了其他一些主要的执法官以减轻执政官在某些具体领域中的任务，但是“治权（*imperium*）”的上述原则仍然保持着——每一上述执法官都在自己的领域内享有充分的权力，受到同样的限制，并且受到上级执法官否决权的约束。这一权力是如何清除的，可以从下列事实中一目了然：只是根据立法，市民就有权针对执法官判处死刑的决定向民众大会提出申诉。

与私法有着最重要关系的官职是裁判官。该官职创设于公元前 367 年，以接替执政官那部分与民事司法权有关的（同刑事司法权相对的）职责。裁判官从此开始负责执掌民事法律，虽然它对民法形成伟大影响的时期在随后的 200 年中并未到来。大约在公元前 242 年，对裁判官的职能加以划分变得必要，由此人们指定了两名裁判官，一名负责审理当事人均为罗马市民的案件，并且被称为城市裁判官 (*urban praetor*)；另一名负责审理至少有一名当事人是异邦人 (*peregrinus*) 的案件，并且被称为外事裁判官 *praetor peregrinus*，其全称是 *praetor qui inter peregrinos ius dicit* [对异邦人执法的裁判官]。在共和国后期，裁判官的数量大大增加，但是，只有这两名裁判官与私法有关。

在公元前 367 年，还第一次指定了两位贵族营造司 (*curule aediles*)，他们所负责的那些工作可以被称为城市公共事务，并且还负责粮食供应，然而，他们在私法上的重要意义表现为对市场的监管，与此相联系，他们也行使有限的民事司法权。这种司法权使他们得以为买卖法做出重要的贡献。

在公元前 443 年，首次指定了监察官 (*censors*)，他们每四年或每五年指定一次，其任职时间不超过 18 个月。他们与法律无直接关系，但是，他们行使着一般的道德监督权，这种监督可以成为对法律的重要补充。道德监督权产生于他们的主要职责：进行人口普查。这涉及根据政治和经济目的并且为了征税的需要将每个市民编排在适当的团组中。在执行这一职责时，监察官可以对任何在他们看来在公共生活或者私人生活中行为不端的人作出标记 (*nota*)。在其各种作用中，这样做通常具有剥夺该人公权的效力。他们的裁量权是很不受限制的。我们听说过因滥用父权、生活奢侈、不节俭、从军队开小差或者法官行为不洁而被做“标记”的情况。随着监察官卸去审查元老院成员名单的职责（该职责可能是在公元前 4 世纪从执政官那里转移到监察官身上的），上述权力就变得更为重要。因而，他

们所享有的威望甚至超过了执政官。^③ 在共和国的最后 50 年中，这一官职却衰落了，从公元前 22 年之后再未指定过一名监察官，而是由皇帝继续行使做“标记”的权力。

元老院 (Senate) 是老年人议事机构，自有历史记载以来，它几乎完全接纳的是卸任的法官，并且在共和国最后 100 年之前，它的人数一直是 300 人。从形式上看，它的职能仅仅是咨询性的，但实质上，它在共和国宪政中是最具实力的组织。正如我们将谈到的，民众大会没有提议权；一名任职期仅为 1 年的法官也很少采取反对元老院集体智慧的行动，最多只能在可以说服自己的同僚一起干的情况下为某一目的而这样去做。

民众大会是一个很不同于现代立法机构的组织，它像所有的古代群众会议一样，不是由代表组成，而是由全体市民组成。更为重要的区别在于它缺乏提议权。它由一位法官主持，后者只能召集它并且只能决定可以向大会提出怎样的动议。在那里没有任何“个人成员”的议案，也不存在任何修正权。民众大会只能接受或者拒绝由法官向它提出的建议，这样的建议应当先由元老院进行讨论并且通过。尽管每个市民都享有表决权，但是，投票是按照团组而不是人头进行，不存在一人一票的原则。正是投票团组得以使贵族阶层在两大阶层的斗争中保持自己的优势。因为贵族的投票团组被“增加了分量”以便能使贵族获得多数。

说民众大会是单一的，实际上是不准确的。整个共同体有 3 个民众会议，民众按照不同的单位形成投票团体。每个表决单位的确切性质不大清楚，从私法的角度讲，这也无关紧要。最早的民众大会是“库里亚民众会议 (comitia curiata)”在这里表决的是 30 个“库里亚 (curiae)” (大概是一种地域性单位)但在有历史记载的时期，它的政治作用已经退化。正如我们将谈到的，它在私法上只保留着某些形式的意义，但正是由于这一原因，库里亚曾简单地由 30 位侍从官 (即法官的随从) 来代表。在政治上起作用的民众会议是“百人团

^③ 但是，监察官不拥有治权 (imperium)。

民众会议 (comitia centuriata) 和“部落民众会议 (comitia tributa)”，这两个表决单位，前一个可能是以财富为基础（以某种方式同军事组织相联系）后一个则是以地域为基础。

另外还存在着一个“平民会议 (concilium plebis)”这个表决单位的基础与部落民众会议相同。平民会议由专门的平民护民官 (tribunes) 主持，但是，它的决议 (plebiscita) 最初时没有任何法律效力。后来，它的效力终于得到承认。在两大阶层间的斗争中发生的最后事件是于公元前 287 年制定了《霍尔滕西法 (lex Hortensia)》，它宣布平民会议决议具有充分的立法效力。因此，存在着 3 个实际的立法组织：百人团民众会议、部落民众会议（这两者由全体市民组成）和平民会议（只由平民组成），然而，后者逐渐成为一般立法机构，因为平民护民官承担这种任务的时间比曾主持民众会议的执政官或裁判官任职的时间更长。

将立法权授予民众中最卑微的部分，乍看起来是令人惊奇的，但在这时，贵族肯定已仅在市民中占有很小的比例，而且贵族与平民的旧冲突也已经不复存在。两大阶层间的斗争早在 80 年前就已因公元前 367 年的《李其尼和塞斯蒂法 (leges Liciniae Sextiae)》的制定而结束。这一立法接受了平民主要的经济要求以及他们最重要的政治要求：在每一年中，执政官中的一人必须是平民护民官；而且在不久之后，平民就被允许担任所有法官的职务。不过，只是那些比较富有的平民才从这一政治解放事件中受益。事实上，随着这一斗争而出现的不是一个无阶级的社会，而是一个新的当权贵族。现在的差别不再是在贵族和平民之间，而是在那些其成员已经取得高级法官职位的家族与那些可能站出来反对这种差别的家族之间。对于一个人来说，确保自己被推选担任较高级的法官职位，这并不容易，除非他的前辈中有人担任过这样的职位。而且，正如我们谈到的，由于取得职位也变成了进入元老院的关键，因而在那里出现了一个元老院贵族。像西塞罗这样的新人可以打破统治者家族的圈子，

但这是一个人可以引以为自豪的成就。^④

共和国后期 内部政治争斗的最重要阶段可以说是在公元前 367 年结束的，在随后的 150 年中，罗马把它的精力转向了领土扩张。在公元前 272 年左右，它实际上实现了对意大利^⑤ 的完全控制，部分是采用直接统治的方式，部分是采用名义上的但不公平的结盟；并且罗马向迦太基开战，后者是与罗马争夺对西地中海控制权的唯一对手。在两次战争（公元前 264—241 年和公元前 218—201 年）中，迦太基最终被打败，但罗马付出了沉重的代价，意大利农业的原有秩序被打乱了。然而，作为这两次战争的结果，罗马获得了它的第一批行省（即在意大利以外的领土，统治该领土的人是拥有治权 [imperium] 的执法官）。第一个行省是西西里，创设于公元前 241 年 撒丁是 10 年后增设的；在同迦太基的第二次战争结束时又增加了两个位于西班牙的行省。也正是在这一时期，罗马的异邦人数量不断增长，以至需要指定我们前面介绍的外事裁判官对涉及异邦人的案件行使司法管辖权，这并不是一种偶然的巧合。

迦太基作为一个城市和列强的最终毁灭只是到了公元前 146 年才发生 但在公元前 201 年，罗马就已经明显地确立了其在西地中海的统治地位。随后，罗马不顾自己在资源上遭受的损害，又立刻投身于在东部与马其顿的战争，接着又与叙利亚开战，并且在进行了 70 年断断续续的战争之后，创设了分别位于希腊和小亚细亚的新行省；在迦太基最终垮台后又创设了位于北非的行省。

公元前 2 世纪的这一领土扩张时期，以及罗马与近东最古老的文明和商业繁荣的交合，在罗马的历史中产生了深远的影响。罗马变为一个伟大的贸易强国，资本从东方和其他新的行省流入。这种资本中最不可忽视的形式是大量的奴隶。这些财富的流入伴随着市

在提比留·格拉古 (Tiberius Gracchus 公元前 123—122 年) 担任护民官职务之前的一个世纪中，200 名执政官中的 159 人来自于 26 个家族 而且 在这 159 人中 有 99 人仅来自 10 个家族。

^⑤ 在古罗马的术语中，“意大利”不扩及现在的佛罗伦萨以北地区。意大利以北是高卢。

民组织的衰竭（一方面起因于连绵的战争，另一方面是由于向新近征服的领土移民），使意大利的面目发生了变化。意大利不再是一个自耕农的国家，越来越多的土地集中在富人手中，后者使用奴隶把这些土地开垦成大的庄园。随着小块土地被大的庄园所取代，在对土地的使用上发生了根本的变化。埃及和北非现在可以提供更大量、更廉价的粮食，因而意大利的土地所有者集中精力生产那些能够在海外找到最好市场的产品（主要是葡萄和橄榄），同时这些产品也最适合由拥有资本的耕作者开发。

所有这一切给罗马社会造成了伟大的变化。旧的、紧密的市民组织已经消失。在拥有资本的富人和穷人之间出现了一条鸿沟，现在第一次出现了无产阶级。许多失去了自己的土地并且没有迁居的市民云集在罗马，他们生存的最好方式就是充当富人的门客（clients）。

罗马现在还感受到希腊文化的强烈冲击。一直都很孱弱的罗马文学现在开始发展起来，它的模式和灵感都来自希腊，有教养的人都学习希腊文，希腊哲学开始对罗马生活产生影响。但是希腊对罗马的影响也有着负面的效应，希腊的道德是放荡的，而且比罗马人所一直遵循的淳朴准则要矫揉造作得多。在这个新的财富世界，希腊文化的引进以及传统准则的丧失都发生得太突然了，道德沦丧开始了。

在公元前 2 世纪末期，共和国的结构开始崩溃。坦率地讲，罗马曾依靠它的市民军队而获得力量，这样一个国家不能看着自己的市民堕落成丧失土地并且依靠富人施舍求生的无产阶级。但是，富人充斥于元老院，任何改革都是不可能的。实际上，对市民的公共粮食赈济制度已经建立，这确保了无产阶级的长期存在，这个阶级所感兴趣的只是“面包和竞技”，下一个发展阶段在这个世纪末已经初露端倪。市民已经不再有足够多的人数或者不再十分愿意加入军队，罗马不得不从最低层市民中招募职业军人。因此，任何一个野心勃勃的将军，只要能够发出军饷，就能培育一支为他自己服务的军队，并且通过施舍获得罗马下层民众的选票，他可以依靠这一切使自己成为帝国的主宰，这种将军的连续出现为共和国最后 100 年树立了榜

样。危险的其他源泉是聚居在大庄园中的反叛奴隶（他们在造反中没有什么可丧失的）以及罗马的意大利同盟者（他们对罗马拒绝给予自己市民籍感到愤愤不平）。这种不满在公元前 91—88 年的令人毛骨悚然的内战中达到了顶峰，罗马取得了这场战争的军事胜利，但在政治上则最终同意向全意大利给予它一直坚持拒绝给予的东西——市民籍。

在这一时期，领土扩张也在无休止地继续进行。边境一直伸向英吉利海峡、莱茵河、多瑙河和幼发拉底河，每次新的征服都带来新的财富。在这一时期并且在随后的几年中，罗马文学进入了最繁荣阶段。

在一代代相互争斗的将军中，在因他们间的争斗而引发的内战中，最终脱颖而出的是屋大维（Octavian），他更以自己的荣誉称号“奥古斯都（Augustus）”而著称。很长时间以来，宪政已经实际中断了但在公元前 27 年，随着和平的恢复，他宣称已经恢复了宪政统治。然而，所恢复的宪政只是形式上的共和国，我们认为，正是从这时候起开始了帝国时代。

帝国通常划分为两个时期，元首制时期（从公元前 27 年至公元 284 年）和随后出现的君主制时期，或者叫绝对君主制时期。

元首制 尤里·恺撒由于太赤裸裸地主张个人权力而遭到谋杀。奥古斯都吸取了恺撒倒台的教训，为他的权力罩上了共和国的外衣。从外表看，宪政制度没有任何改变，法官制度仍然保留着。所不同的是：权力现在集中到了奥古斯都的手中，而在以前，这些权力从来不是由一个人把持的，而且，奥古斯都现在实际上是终生享有这样的权力。他形式上只是 princeps——第一市民^⑥但是他的权力实际上扩展到统治的所有领域。民众会议没有被废除，但它已经逐渐地形同消亡。它的活动只不过是对皇帝的意愿加以批准，而且，随着元首制的没落（它在公元 1 世纪末完全消逝），这些活动也变得越来越

^⑥ princeps 一词来自于拉丁文 primus capio[占据第一个位置的人]意指在元老院中坐第一把交椅的人。公元前 28 年，元老院将此称号授予奥古斯都。——译者注

少。相反，元老院的权力却得到增强，至少是在形式上。政治权力被皇帝和元老院瓜分，因而，元首制时期的宪政被描述为“两头政治”，但在这种合伙关系中哪一方占主导地位，对于这个问题，从来没有任何疑问。形式上归民众会议所有的立法权现在转到了元老院，因而，早在公元 2 世纪，元老院决议（*senatusconsulta*）就已经毫无疑问地具有了法律的效力。但是，在那里，皇帝的声音太起作用了，元老院实际上是皇帝的喉舌。

皇帝的权力最终依靠的是军队，并且借助了民众对重新陷于共和国末年的混乱和内战的恐惧军队的力量在公元 69 年得到证明，当时随着尼禄的死去，4 位将军被各自驻扎在帝国不同地域的军队拥戴为皇帝，而这只是真理的瞬间一闪。这 4 位将军中的最后一位——维斯帕西安（*Vespasian*），成功地建立了一个新王朝，并且随之而来的是 100 年的稳固和平、繁荣和大治。在此期间也播撒下未来骚乱的种子，帝国的平衡中心正在从意大利和旧的罗马家族那里移开。维斯帕西安的几位接班人来自于行省的家庭（具有罗马血统，但居住在行省，直到公元 2 世纪末才出现了第一位非罗马血统的皇帝——塞第米·塞维鲁 [*Septimius Severus*] 很具有讽刺意味的是他是迦太基人的后裔。）实际治理权不断地转移到皇帝的民事服务人员身上，而这些人大量地来自于解放自由人^①或者解放自由人的后裔，而不是正统的罗马人。日益举足轻重地发生在军队成分中的变化是：大量的兵源不仅来自于意大利以外，而且还来自于北部边境的民族，这些民族没有罗马的传统，同罗马的强敌的亲近程度超过了同罗马人自己的亲近程度。

由此而播下的种子在元首制的最后 100 年中产生了结果。马可·奥勒留，公元 2 世纪最后一位伟大皇帝死于公元 180 年。边境骚乱持续了近 20 年（横跨莱茵河和多瑙河的入侵与波斯战争）现在，虽然帝国需要一位优秀的治理者，但是希望落空，财富被尼禄肆意挥霍，他甚至充作角斗士出现在竞技场中，与此同时国库匮乏，罗

^① 即已经获得了自由的奴隶。

马的粮食供给崩溃。尼禄于公元 192 年遭到谋杀后出现了一短暂的无政府时期，同以往一样，这一时期因一位士兵占据了王位而告终结。此人就是塞第米·塞维鲁。军队再一次统治了帝国，它向它所创立的皇帝要求犒赏。为满足这一要求以及其他一些要求，塞第米·塞维鲁和他的接班人求助于横征暴敛和贬值货币。这一经济危机时期与边境战争相伴随。在公元 235 年发展到顶峰，导致帝国权威的衰退。在后来的 50 年中出现了一连串令人迷惑的皇帝和自称皇帝的人，他们很少是正常死亡。帝国被内战所分裂，并且遭受到沿边境的入侵。由此造成经济上和政治上的混乱。假如罗马的敌人能够在政治上发展得足够强大并且能够抓住适当的时机，罗马的历史可能会在公元 3 世纪就宣告完结。然而，就在此时期的末端，几位强大的皇帝开始恢复秩序。他们的事业由戴克里先（公元 284—305 年）最终完成。人们在习惯上把戴克里先的统治视为君主制的开始。

君主制 这一时期之所以被称为君主制时期，是因为共和国宪政的最后残余已经被遗弃，皇帝再也不是第一市民，他被公开地奉为“君主（dominus）”即罗马世界主宰者。但是在这里对历史时期的划分比在通常情况下更容易产生误导。皇帝拥有绝对权力（正如人们所指出的，这种制度是“被合法的革命权利所柔化的独裁统治”），这是已经出现了 100 多年的事实。戴克里先的工作只不过同奥古斯都所做的一样，是来了一次彻底的更新。他们俩都只是将那些在混乱年代成长的东西加以总结，并且将它们变成一种制度。戴克里先的成就与奥古斯都的成就一样，是将自己所发现的事实加以记录，并且以宪政的形式加以确认。

公元 3 世纪的帝国存在着三个弱点：政治的、行政的和经济的。在政治上，皇帝受军队的摆布，他不得不保持警惕，以防出现一个能够向士兵们许诺更具有吸引力条件的篡位者。在行政上，单一的中央权力不能治理如此广袤的帝国，更不能抵御沿大约 1 万公里边境出现的入侵。在经济上，当入侵和内战已经严重削弱了纳税人满足帝国要求的能力时，沉重的苛捐杂税致使货币不断贬值，并且随之产生着各种弊病。帝国后期的特点部分地集中在戴克里先针对这三个

弱点而采取的整治措施上。

针对上述政治弱点采取的整治措施是实现皇帝从“元首 (princeps) ”向“君主 (dominus) ”的转变。他现在成为了一位东方式的君主，很少露面，并且被精心设计的礼仪所环绕，这些礼仪为许多宫廷所保留。他在所有方面都是神圣的，在他面前，当地最高职位的人都必须下拜，共和国的治理形式被最终抛弃。所有的权力都由皇帝掌握，并且由他通过只向他个人负责的民事服务人员加以行使。元老院甚至丧失了立法权力机构的形象，萎缩得差不多像是罗马的城市会议。执政官仍然保留着，但他们的职位纯粹是荣誉性的。他们实际上可以在一定程度上说是不朽的，因为人们用裁判官的名字来命名年代。他们还以昂贵的费用承担为城市组织竞赛的任务。由于这项负担过于沉重，优士丁尼于公元 541 年将执政官职位废除。

针对过分集中的行政弱点采取的措施是将帝国加以划分。对于后来的历史来说，这一划分的最重要举措是：戴克里先同马克西安皇帝共同分享权力。戴克里先管理帝国的东部，马克西安管理帝国的西部。然而，这一做法直到公元 395 年才固定下来。这不是在分割帝国，而是在对一个未被分割的帝国分而治之。所有的立法都是以两位皇帝的名义发布，即使是由一位皇帝进行的。这种划分得到进一步发展。每位皇帝都指定一个助手（叫“恺撒 [Caesar]”）后者管理一部分领土并且被选作皇帝的接班人。在皇帝和他们的助手（恺撒）之下，设置了四个大区，每个大区分为不同的管区 (dioceses)，这些管区又划分为不同的行省。

为了医治经济上的弊病，皇帝采用了强制手段和国家控制的做法。国家的作用是常见的，国家调节着帝国对内的和对外的贸易。严格的世袭等级制度发展起来，比如，手工艺者的儿子必须从事他父亲的职业，农民则通常被束缚在土地上，就像中世纪的农奴那样。

随着戴克里先的接班人君士坦丁的继位，罗马帝国变成了拜占廷帝国。君士坦丁在拜占廷创建了一个新罗马，它后来以君士坦丁堡而著称。公元 330 年他将帝国首都迁到那里，帝国重心从西向东的转移由此而得到最终的承认。早 17 年前，他还采取了更具有重要

意义的一步，即结束了对基督教徒的迫害，并且给予新宗教以帝国的支持。由此开始了皇帝职位与教会的密切联系，这种联系应当被视为拜占廷帝国的一大特点。

在公元 4 世纪末期，西罗马帝国面临威胁。公元 410 年，罗马被哥特人洗劫，由此而来的不断入侵使得帝国权力形同风中残烛。我们认为西罗马帝国结束于公元 476 年，在那一年中，罗莫洛·奥古斯都皇帝遭到废黜。

就是在此种形势下，优士丁尼皇帝于公元 527 年继承皇位。他所治理的罗马帝国不再包含罗马。但是，优士丁尼是个有远见的人，他希望恢复罗马帝国的荣耀，他开始去收复所失去的帝国领土，并且复兴帝国最伟大的智力成就——罗马法，使之永载史册。他的领土抱负只是暂时得到实现：他恢复了帝国对意大利、北非和西班牙南部的统治，但是他过高地估计了帝国的实力，他的征服成果没能保持。然而，他使罗马法以一种他自己所未能预见到的方式永存。

第二章 法的渊源

“法的渊源”一语可以在许多意义上使用。在这里它是指法的制定方式，这层含义同在文学材料中可能被称为法的概念不同，后者是对法的历史证明。罗马法的渊源从广义上可以划分为三大部分：制定法、执法官告示和法学家解释。

第一节 制定法

法律 (lex) 和平民会决议 (plebiscitum) 我们所说的“制定法”是指由立法者或者立法机构颁布的一般规范。我们谈到，在共和国宪政下存在着 3 个立法机构：百人团民众会议、部落民众会议和平民会议。任何一种民众会议制定的规范均被称为“法律 (lex)”。^①平民会制定的法律则被称为“平民会决议”。但是，这种术语解释不是被完全严格遵守的，“平民会决议”通常也被归入“法律”的范畴。

一般人在想到法律时一般首先考虑的是制定法。但是，历史上，无论对于罗马法还是普通法来说，制定法在私法发展方面所起的作

^① 与“法律”不同，“法 (ius)”是没有被颁布的法。在英文中没有两个分别表示法的两层不同含义的词汇，使用一个词翻译 Lex 和 ius 可能会使人产生一些误解（“Law[法律]”一词并非产生于 Lex）。另一方面，ius 从任何广义上讲都具有两个含义，分别与英文的“Law”和“right”相对应。除英文外，同样的语源学特点也存在于其他现代欧洲语言之中。在法语中存在着 loi 和 droit 的区别，但人们也常使用 droit 表示“right”的含义。同样，在意大利语中存在着 legge 和 diritto，在德语中存在着 Gesetz 和 Recht。因而，人们通常把 droit, diritto 和 Recht 划分为“客观的”和“主观的”，试图以此表示“Law(法律)”和“right(权利)”之间的区分。

用都是比较小的。私法曾经是“法学家的法”，因为它在很大程度上是在职业法学家（英国的法院和罗马的法学家）手中形成的。奇怪的是对于罗马来说它的法完全以《十二表法》为基础后者显然是‘法律（lex）’。

《十二表法》是两大阶层间斗争的早期产物。在那时，法律由贵族法官执掌，广大下层民众甚至不被允许了解法的内容。因此，平民阶层提出的要求之一就是公开法律。根据历史记载（它多少来自于传说多少来自于事实我们不得而知），一个使团曾被派往希腊学习索伦的立法，在此之后的公元前 451 年，十人委员会编纂了一部法典它被铭刻在市场上的 10 块铜表上。后来，另外一个十人委员会又增加了两块铜表（公元前 450 年）从一定意义上讲，《十二表法》既是一部制定法，又是一部法典，但是，必须注意不要太深抠词义。

《十二表法》不是现代意义上的法典，不是对法律全面和连贯的叙述；而且，虽然它表现为一部制定法，但它在实质上却不可能大大偏离传统的习惯法。这样的结论至少从我们所掌握的证据中可以合理地得出。不过，在关于《十二表法》的评论中存在着大量的不确定性和推测，因为我们对它的了解是零碎的，而且来自于较晚时期的材料。原始的《十二表法》据说在高卢人于公元前 390 年焚烧罗马时已经毁没，而且在共和国末期肯定不存在任何官方的文本，虽然一定有许多私人文本。（据西塞罗记载，在他年轻时，孩子们在学校专心地学习它们）。我们不能肯定残存的文本是整个法律的多大部分，但从其范围看，似乎表述的只是最主要的规则，习惯法的主要框架看来得到保存。程序问题似乎比实体法问题得到更详细的论述，这肯定是因为不掌握技巧的争讼人最容易摔跟头。虽然存在出使希腊的故事，但几乎所有残存的文本看起来都具有土生土长的特点，这同流传下来的传统说法相一致：平民们所寻求的不是改革法律，而是公开法律。不管情况可能是怎样的，我们至少可以对《十二表法》的风格有一个概念我们可以通过一些语录看到一系列简短而又零碎的规则。开头的一段说道：“如果一个人被传唤出庭而没有去则让证人出庭然后让原告将其拘禁。如果他反抗或者逃脱，让原告将其抓住。如果

他有病或者年迈，让原告提供牲口运送他。如果他拒绝，原告不必提供有篷马车。’^② 另外一段说道：“如果一个人疯了 让他的宗亲属或者族人监管他和他的财物”；“如果一个人半夜实施盗窃并且被杀死，这种杀死行为是合法的”。

尽管 *lex* 在一定意义上讲是法的基础，正如我们所说过的，它在法的发展进程中只发挥很小的作用。在从《十二表法》到共和国结束的 400 年中，我们只知道有三十几个对私法产生影响的制定法。《阿奎利亚法 (*lex Aquilia*)》在私法方面具有基本的重要意义；其他法律尤其是《爱布兹法 (*lex Aebutia*)》，对行为法和程序法实行过重要的改革，然而，其余的法律大部分只对于法的细节具有意义。

元老院决议 我们曾经谈到，在共和国宪政中，元老院在形式上不享有立法权。它的决议只是向执法官提出的建议，虽然这种建议不可能被置若罔闻，但在被民众会议决议或者执法官告示采纳之前，它没有任何法律效力。元首制的出现没有立即带来什么变化。元老院决议在一定时期中仍然只能通过执法官告示而发挥作用，但是它随着民众会议的衰落而取得了重要地位。显然，它在实践中取代了那种旧的立法形式，而且宪政理论使自己在适应新的现实。因此盖尤斯提到 在他那个时代 (公元 2 世纪中期)元老院决议已经被承认具有‘*lex*’的效力，尽管这在过去是有争议的。上述争议什么时候结束的，这尚不确定。最早以无可置疑的方式直接创造法的元老院决议产生于哈德良统治时期 (公元 117—38 年)但是过渡时期可能出现得更早。

但是，以元老院作为法的实质性渊源的生活时期是短暂的。随着公元 2 世纪 的结束，甚至它的提议形式都不见了。元老院只是对皇帝向它提出的东西加以确认。法学家在想提及被如此通过的措施

将零碎的原始材料译成易懂的英文，这是不可能的，原文是：“*Si in ius vocat, ni it . antestamino; igitur em capito. Si calvitur pedemve struit manum endo iacito. Si morbus aevitasve vitium escit, iumentum dato. Si nolet, arceram ne sternito.*” 说它是开头的一段 这是从西塞罗的以下评论中推测的：“我们孩提时曾学习 *si in ius vocat.*”但是在现代的版本中通常所作的整理几乎完全产生于猜测，虽然从援引的角度看这种整理是适当的。

时都只简单地讲皇帝的建议（*oratio*）。元老院决议已经同皇帝的直接立法合为一体。

皇帝谕令 虽然元老院决议可以被视为铺设在共和国宪政的立法形式与帝国后期赤裸裸的皇权之间的桥梁（这种皇权被表述为这样一条著名的准则：“皇帝喜欢的东西就具有法律效力[*quod principi placuit legis habet vigorem*].”）^③，事实上，这种权力很早就已经获得了承认。正如我们谈到的，盖尤斯承认：早时曾在元老院决议的立法效力问题上存在过怀疑，但他却从来没有对这样的政治主张提出任何质疑：毫无疑问，皇帝的谕令（*constitutiones*）具有法律（*lex*）的效力。

皇帝谕令采用若干种形式，但并非所有这些形式都属于我们所说的制定法。许多谕令很类似于英国法学家所称的先例。与制定法联系最紧密的是告示（*Edicta*）。皇帝享有法官的权力，因此，他同所有最高法官一样，可以发布告示，以宣布自己的命令或者打算在其管辖范围内实行的政策。由于皇帝的管辖范围是不受限制的，他的告示也涉及许多不同的议题。最为著名的是《安东尼谕令（*constitutio Antoniniana*）》（公元 212 年），它将罗马市民籍授予了大批的帝国自由居民。训示（*Mandata*）也具有一定的普遍性。它表现为向官员尤其是向行省总督发出的行政指示，随着不断的积累，这些指示上升为稳定的命令。然而，它们对于私法只具有较小和零星的影响。皇帝对于私法的最深刻和最正常的影响是通过他在个案中作出的决定施加的，这些决定在现存的谕令中占较大的部分。这些决定表现为两种主要形式：裁决（*decreta*）和批复（*rescripta*）。裁决是皇帝的司法决定，皇帝既可以作为审判官行使司法权，也可以对上诉行使司法权。一般来说，在古罗马，司法先例是没有约束力或指导作用的，但是皇帝独有的权威使他的决定具有原本地表述法律的特点。另一方面，批复并不是判决，而是针对某一问题或者要求所作的书面回答。

这一准则在《学说汇纂》中被列在乌尔比安的名下，它收入于优士丁尼的《法学阶梯》，并且在中世纪和后来的欧洲被用来为君主的专制权力作根据。