

第三辑

# 罗马法与共同法

主 编 / 徐涤宇 [意] 桑德罗·斯奇巴尼

执行主编 / 肖洪泳

IUS  
ROMANUM  
COMMUNE



法律出版社  
LAW PRESS · CHINA



IUS ROMANUM COMMUNE

# 罗马法与共同法

第三辑

主编 / 徐涤宇 [意] 桑德罗·斯奇巴尼

执行主编 / 肖洪泳

编辑部主任 / 张 红

编 辑

肖海军 许中缘 张 红 蒋海松 熊剑波

肖洪泳 黄美玲 连光阳 张晓勇 胡东海

Laura Formichella Emanuele Raimi Gino Minella



法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

罗马法与共同法. 第3辑/徐涤宇,[意]桑德罗·斯奇巴尼

主编. —北京:法律出版社,2013

ISBN 978-7-5118-5547-3

I. ①罗… II. ①徐…②桑… III. ①罗马法—研究

IV. ①D904.1

中国版本图书馆CIP数据核字(2013)第250002号

© 法律出版社·中国

罗马法与共同法

主 编/徐涤宇  
[意]桑德罗·斯奇巴尼  
执行主编/肖洪泳

责任编辑 李天一  
装帧设计 沈仙卫  
凌点工作室

开本 710毫米×1000毫米 1/16

版本 2013年9月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 固安华明印刷厂

印张 16.75 字数 304千

印次 2013年9月第1次印刷

编辑统筹 独立项目策划部

经销 新华书店

责任印制 张建伟

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-5547-3

定价:49.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

# 罗马法与共同法

## 学术委员会主任 Direttore del Comitato accademico

Prof. Dr. Sandro Schipani, Facoltà di Giurisprudenza della “Sapienza, Università di Roma”, Direttore dell'Osservatorio sulla Codificazione e sulla Formazione del Giurista in Cina nel Quadro del Sistema Giuridico Romanistico

桑德罗·斯奇巴尼教授,博士。意大利罗马第一大学罗马法系框架下中国法典编纂及法学人才培养研究中心主任

## 学术委员会成员 Membri del Comitato accademico

Prof. Dr. Hans-Peter Benöhr, Humboldt Universität zu Berlin

汉斯-彼得·贝内尔,教授,博士。德国柏林洪堡大学教授

Prof. Dr. Rolf Knütel, Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn

鲁尔夫·克努特尔,教授,博士。德国波恩大学教授

Prof. Dr. Marcial Rubio Correa, Rettore della Pontificia Universidad Católica del Perú-Lima

马歇尔·卢比奥·科雷亚,教授,博士。秘鲁天主教大学校长

Prof. Dr. Jorge Adame Goddard, Universidad Nacional Autónoma de México

豪尔赫·亚当姆·戈达德,教授,博士。墨西哥国立自治大学教授

Prof. Dr. Wang Zejian, Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Taiwan

王泽鉴,教授,博士。台湾大学法律学院教授

Prof. Dr. Xu Guodong, Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di XiaMen; Direttore del Centro di Ricerca sul Diritto Romano dell'Università di Xiamen  
徐国栋,教授,博士。厦门大学罗马法研究中心主任

Prof. Dr. Mi Jian, Università di Giurisprudenza e Scienze Politiche di Cina, Preside della Facoltà di Giurisprudenza Sino-Tedesca  
米健,教授,博士。中国政法大学比较法学院院长

Prof. Dr. Huang Feng, Direttore del Dipartimento di Ricerca sul Diritto Penale Internazionale dell'Istituto di Ricerca Scientifica sul Diritto Penale dell'Università Normale di Pechino  
黄风,教授,博士。北京师范大学刑事法律科学研究院国际刑法研究所所长

Prof. Dr. Xu Diyu, Vice-Preside della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università dello Hunan; Direttore del Centro Studi sul Sistema Giuridico Romanistico dell'Università dello Hunan  
徐涤宇,教授,博士。湖南大学法学院副院长、罗马法系研究中心主任

Vice-Prof. Dr. Xue Jun, Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Pechino, Redattore della Rivista 《Giurisprudenza Sino-straniera》  
薛军,教授,博士。北京大学法学院《中外法学》编辑

# 序 一

[意]桑德罗·斯奇巴尼\* 撰

黄美玲\*\* 译

薛 军\*\*\* 校

## 共同罗马法(*Ius Romanum Commune*)

该表述为优士丁尼时期的法学家所创造。起先,罗马法学家用“罗马人民的法(*iura populi Romani*)”来指称他们的法律。在拉丁语中,*iura*(法)是*ius*的复数形式:使用复数形式表示存在多重法律规范体。事实上我们看到,直至罗马建城之前,人们所谈论的都是“许多共同法”(*multa iura communia*),即罗马人与外邦人所共有的“许多法律规范体”。<sup>[1]</sup>在罗马建城之后,人们以“奎里蒂法”(*ius Quiritium*) (“奎里蒂人”是罗马人的最古老的称谓)来专指罗马城邦居民的法律,以此区别于既存的许多共同法。“奎里蒂法”的表达随后被市民法(*ius civile*)——罗马市民自己的法律——取代。《十

---

\* 意大利罗马第一大学资深教授。

\*\* 罗马第二大学法学博士研究生。

\*\*\* 北京大学法学院教授、《中外法学》编辑。罗马第二大学罗马法学博士。

[1] [古罗马]西塞罗:《论义务》3,29,108.

二表法》的颁布使城邦建立在法律的基础之上。<sup>〔2〕</sup> 由此确认如下原则:每个市民共同体都拥有“使用自己的法律”的权利,并且在罗马人民的领土上,自治市和其他的市民共同体都有自己的法律。<sup>〔3〕</sup> 此外还确认,法律(*leggi*)与法(*diritto*)是有区别的,后者包括前者,而且在具体的情形中,法律不得与法(法的基本原则)相悖;但是法还产生于非法律或源于法律的其他形式的规范以外的其他渊源。<sup>〔4〕</sup> 在市民法之外,还有“裁判官法”——裁判官为了帮助、填补或修正市民法而创制的法。<sup>〔5〕</sup> 最古老的“许多共同法”则发展成为“万民法”(*ius gentium*),万民法是建立在所有人共同的自然理性基础之上的所有人共同的法。<sup>〔6〕</sup> 在万民法之外,人们还确认存在一种建立在自然基础之上的为一切动物所共有的“自然法”(*ius naturale*)。<sup>〔7〕</sup> 同时,还存在一种适用于各民族间关系的“随军祭司法”(*ius fetiale*)(随军祭司是一种祭司团体)。法学家们将这些多样性的规范归整在一起并逐渐完善之,他们也被称为法的“创立者”。<sup>〔8〕</sup>

市民共同体不断成长,在公元3世纪初,帝国内的所有居民,不区分种族、语言,均被承认为罗马市民,这就导致罗马与整个帝国领土之间出现了新的平衡,从而在公元4世纪初,君士坦丁堡(现在的伊斯坦布尔)被建立为“新”罗马。这种统一,在概念表述上的一个标志就是从公元4世纪起开始出现的单数的“罗马法”(*ius Romanum*),该表述维持且包含了这个伟大的具有革新性的成长过程。这个单数形式的表述并没有消除前面所提到的规范的多样性,只是用一个术语来描述这个不断革新的整体。单数的“罗马法”的表达此后在公元6世纪优士丁尼时期发展为“共同罗马法”(*diritto romano comune*)——强调所有人对法的共有,同时径直取消了“外邦人”这一法律范畴:所有人都是“共同罗马法”治下的市民,而“共同罗马法”被有序地集中编订在一起。在希腊语中,“罗马人”这一术语被君士坦丁堡的居民用以自称,这表明他们也从属于这一法律体系,这一体系也对其他语言开放。

这种观念并非没有意识到存在其他政治共同体的事实。它很清楚,“共同罗马法”虽然对所有的人都是开放的,但只是潜在地对他们有效,取决于不同的民族是否将其采用为自己的法。上个千年,我们见证了许多伟大的革命和罗马法系中新的法典编纂。在那个世界观、经济关系、民族独立(比如拉美独立运动)、政治关系(比如法国大革命)以及社会关系(比如墨西哥革命、十月革命、中国解放运动)等领域纷纷发生巨变的年代,罗马法体系结构上的开放性展现于以下的行为之中,有些民族直接将其确认

---

〔2〕 D. 1,2,2,4.

〔3〕 李维:《罗马史》33,32,4-6;奥路斯·杰流斯:《阿提卡之夜》16,13.

〔4〕 D. 1,1,7pr.; Gai. 1,2; J. 1,2,3.

〔5〕 D. 1,1,7,1.

〔6〕 D. 1,1,8.

〔7〕 D. 1,1,1,3.

〔8〕 D. 1,2,2,13; D. 1,2,2,39.

为本国法律,或者使它转变为自己的法律(基本上是一种独立自主的继受)。在这些行为中,罗马法体系是作为保护对共同法以及自己的法的运用能够得以继续发展的一种工具,或者是基于其作为“人类共同遗产”的角色,作为各种制度要素的交汇点和对接点(比如在拉美,是与前哥伦布时期的一些习惯的对接;在土耳其、埃及、阿尔及利亚和埃及等国家,是与穆斯林法的对接)而发挥其功能。

## 罗马法系(Sistema giuridico romanistico)

罗马法的发展历程将其本身塑造成一个“体系”,即集概念、原则、制度和相关规范于一体的、不存在矛盾的、妥适而审慎打造的、科学的、协调的一个整体。

这种认识可以从如下两个方面找到由来:一是《十二表法》,为了“使自由均等”<sup>[9]</sup>和避免“特权”<sup>[10]</sup>而将城邦建立在法律的基础之上;二是法学家们将法界定为“善良与公正的制度”(这里的“公正”是指针对相同的情形适用相同的法,对适用于他人的法也适用于自己<sup>[11]</sup>)。这种认识将上文提到的多样性的规范予以有序化,并推动其不断发展成为一个体系。历史不断创造新的情形、冲突以及对立,对它们的研究——尽管这些研究本身存在争议——逐渐导向一种对所有的人(这里用的是复数的人,指的并非某个人,而是所有人的集合体)来说都良善的平等的体制。

该体系在时间和空间上的成长从未消除其根基上的连贯性,反而使其得以发展——即使这种连贯性有时被隐藏,或是被片面地解释和发展:支配权(*potestà*),即家父对家庭、人民对其享有治权的执法官的一种强有力的支持<sup>[12]</sup>;外邦人加入市民行列;明确要求存在对价以及采取合意主义的经济交换中的“信义”(*fides*)与“诚信”(*bona fides*);“所有权”(*proprietà*)与政治共同体的利益——所有权人善用其物,并且所有人在对其财产的享用中实现其私人自治;对封闭的个人主义的否定;要求社会团结协作,等等。为了知道如何继续前进以及为了使其适应复杂多样的新情势,对根基上的连贯性和对基本原则的探索还有待持续进行;但同时,与其自身的对比,也将使法律制度的革新更加经得住检验、更加科学。<sup>[13]</sup>

罗马法在其两千五百年的发展中经历了许多不同的历史阶段,其成长得益于许多

---

[9] 李维:《罗马史》3,31,7.

[10] 《十二表法》第九表第1条。

[11] D. 1,1,1pr.; D. 2,2.

[12] Cic. *de Orat.*, 2,167; G. Lobrano, *Pater et filius eadem persona*, Milano, 1984, 71 ss.

[13] D. 1,5,2.

民族的贡献,经过了不同的生产方式、广泛复杂的交换形式,从而合理地筛选出一个伟大的法律经验体并将其系统化。

很多都是其他政治共同体的经验,它们制定法律,并(或)设置一定的(或多或少便利)程序通过法官来解决其成员之间的争议。

在古罗马,法律融于“法”,融于“创立”了市民法、万民法和自然法的法学活动之中,因此,民族制定的法律便与法学家们的专业技能相交汇、相契合,并积淀在法典中。在古罗马,法作为一种抽象的存在,先在于它要适用的具体情形。在古罗马,已经区分了体系的效力与产生于该体系的具体制度的实际效力。同时,正如前文所述,法律本身要受到法的原则的限制。<sup>[14]</sup>

罗马不再是城墙之内的那个罗马,而是像其市民身份一样宽泛——它向所有人开放,如同其法律制度——虽然有矛盾也有错误,但旨在“使自由均等”,因此也旨在保护弱势群体,他们需要法律给予他们与其(状况)相应的保护。

本书以《罗马法与共同法》冠名,毫无疑问背负着进行法学对话的重要使命,并以其远非我所能为的丰富的文章明确表明了一种旨趣。一方面,我对邀请我作序这种荣誉表示感谢,另一方面我也只能扼要地提及各位同仁的文章的丰富性。即使我有卓绝之能,也无法达到这些文章如此内容各异、博大精深的境界。罗马法制度对于法学研究而言主要体现在两个方面:其一,涉及罗马公共事务的存在形式;其二,涉及个人利益。但这并非两种法,法律体系仍然是一个,只不过是理解复杂的现实事物的不同侧面时视角有所不同。在罗马法系的形成阶段,这两个方面已经处于不同的分支。这次会议和这本书兼顾了两者,这在本书中已经有所体现。我想重申的是:众多杰出同仁的文章便是这本书最好的形式和真正的旨趣。

将一次国际会议——同时也是来自5个不同国家的法学家之间成功的交流与对话的论文集,本身就是一种允许存在多种声音的标志。同时,我们所从属的法律制度都产生于同一罗马法系,虽然我们(在这次会议中)发现了差异,但都建立在统一的基础之上——共同的法系意味着“共同的术语”、“共同的概念”,尽管我们也注意到在语言的差异中存在特殊性。

对话:公法与私法;共同的术语/概念体系;各自的语言。

会议的主题:“罗马法传统与当代中国:回顾与前瞻”,而其本身也是通过对话而获得的成果。

“传统”(tradizione):*traditio* 在拉丁语中指交付、移转某物,当某物被交付时,所有权移转至接受交付之人;*tradizione* 在意大利语中也具有将文化、知识、习惯、经验从一代传给另一代从而得以传承和发展的意思。传统与经验结合在一起,包含某种持续的

---

[14] Cic, *pro Caecina* 33, 95.

思考、检验和纠正,其中理性与偶然交锋并为未来指明方向;传统与罗马法以及与型构罗马法的坚实的理性结合,将获得某种经验以及经过批判性检验的重要启示。传统还撷取了法律体系的时间之维:法律范式就是其本身在时间上的映射;在罗马法中,这一范式的构建是为了将来的法规。公元2世纪末的盖尤斯在评注公元前5世纪的《十二表法》时强调,自己并不是为了无谓地炫耀学识,而是他认为,在所有的事物中,“起源”(princípio)是为后来者提供范式并支撑其发展的那一部分。“起源”一词具有双重含义:一重含义是真正的开始;另一重含义是一个结构的基础要素。罗马法传统为了自身的成长和革新,从其起源时就注意其系统的传承。回首起源和放眼未来,是同一项工作的两个方面。

从古至今,即使在四分五散的古代世界,罗马与中国也存在一些间接交往,当然更早的还是希腊和埃及与中国的交往。

根据文字记载,罗马与中国的关系可以分为使者时代、朝圣者时代、商人时代、传教士时代、航海者时代。我们可能会问,是否存在“法学家时代”?在中国政府将三十多年的所有精力都集中于经济发展上之后,现在再次更加关注人民中弱势群体的问题、社会正义和法的问题。对下述事实我必须表示赞赏:在新的《中国共产党章程》第3条(关于党员的义务)第1款,2007年党的“十七大”在之前规定的学习文化、科学和业务知识的义务的基础上增加了“学习法律知识”的义务。在我们的法系中,皇帝曾经表示,尽管在他履行立法者的职能时不受法律约束,但他不作为立法者时必须根据法律生活。

正如前文引述的法学家彭波尼所言,将法紧紧规整在一起并逐渐完善之,这是法学家的使命。我相信这也是我们这次对话和本书所追求的目标之一。

2011年11月1日于罗马

# 罗马法与共同法的文化记忆(代序)

徐涤宇\*

“法律首先产生于习俗和人民的信仰,其次乃假手于法学——职是之故,法律完全是由沉潜于内、默无言声而孜孜矻矻的伟力,而非法律制定者的专断意志所孕就的。”〔1〕法学家既然以分析这一文明演进长河之沉淀物为经常性的作业,则其不可或缺的资质之一,即为历史素养,以确凿把握每一时代与每一法律形式的特质。萨维尼对法律学者的上述告诫犹在耳畔;吊诡的是,当下“法学已经完全成为一门反历史的学科”〔2〕。表现在部门法学,法律教义学与法律史之间仿佛两条平行线,只有廖若晨星的少数学者和更少的实务者能持续认识到历史与当下的重要关联。

如所周知,罗马日耳曼法系的范式法典,乃至司法实践,莫不深深植根于中世纪欧

---

\* 湖南大学罗马法系研究中心主任,法学院副院长、教授。

〔1〕〔德〕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11页。

〔2〕〔德〕齐默尔曼:《罗马法、当代法与欧洲法:现今的民法传统》,常鹏翱译,北京大学出版社2009年版,第16页。

陆普通法或曰共同法(*ius commune*)<sup>[3]</sup>传统,而后者不仅仅源于罗马法,事实上也在实践着作为书面理性(*ratio scripta*)的罗马法。欧洲大陆以罗马法为基础的这种法律的统一性,虽因18世纪末开始的法典编纂运动而瓦解,但其数百年的共同法律传统并未因此而中断,观念的或学说的共同法更是余音不绝。降至当代,经由重新诠释,共同法概念复为欧盟和拉丁美洲私法统一运动提供法律文化上的正当性;<sup>[4]</sup>在实在法文本上,魁北克新民法典更是在其英文版本中使用拉丁文*jus commune*一词,将共同法明确为济法典之穷的补充法源;在司法实践层面,学者在欧洲法院的诸多判例中发现了罗马法和共同法(*ius commune*),以及在此基础上形成和发展的欧洲民法的一般原则。<sup>[5]</sup>由此不难探知,只要想理解过去与现在之间至关重要的连接点,以法学为志业者就不得回到作为大陆法系之共同法基础的罗马法。同时,如果不想生者无意识地被死者所控制,我们也应该研究它,以便知道我们是如何到达我们当前所到之处的。

通过融入作为罗马法继承者的罗马日耳曼法系,中国法自1902年以来也日渐与之发生内在勾连,罗马法以及共同法传统成为刺激现代中国法规范体系生成、演进的一支主要力量。发人深省的是,在一个文化类型完全不同的社会中,共同的罗马法传统究竟如何与中国法发生关联,在哪个意义上与中国社会发生关联?百年有余的继受实效又如何?中国法是否可被视为罗马法现代应用的最新成果?离开对罗马法与共同法本身的存在样式、体系构成等论题所作的重述工作,回答上述根本性问题势必成为空谈。

我们认为,作为历史流传物的罗马法与共同法,存在于其解释者的文化记忆之中,生长于所有解释者参与形成的文化记忆的不断应用之中,它借助我们罗马法与共同法学者群的集体回忆而不断得以创造性重述。这种经由罗马法与共同法文化记忆而产生的重述,不仅离不开机构化的组织、专业的传递者,而且依赖于物化的记忆形象或者

---

[3] 拉丁文*ius commune*或*jus commune*在我国常被译为普通法或共同法,它区别于英美法系中的普通法(*common law*),乃欧陆普通法,在历史上特指12世纪罗马法原始文献被重新发现至18世纪自然法法典编纂期间,以罗马法和教会法为基础,在欧陆具有共同效力的法律和法学。参见网络词典Wikipedia“*jus commune*”词条,[http://en.wikipedia.org/wiki/Jus\\_commune](http://en.wikipedia.org/wiki/Jus_commune)。关于欧洲普通法更详细的阐述,请参见[美]H. J. 伯尔曼、约·雷德:《罗马法和欧洲普通法》,陈健译,载《研究生法学》1996年第1期。

[4] 在欧洲,代表性的观点可参见:Reinhard Zimmermann, *Roman Law and the Harmonization of Private Law in Europe*, in *Towards a European Civil Code*, 4th ed., Arthur Hartkamp et al, eds., Kluwer Law International, 2011。在拉美,有学者提出作为普通法(*ius commune*)的拉丁美洲法这一概念,认为罗马法曾是世界范围内的普通法,而在历史上作为欧陆普通法重要法源的罗马法,应该成为认定和构建一个真正的拉丁美洲法的基础;该法不仅要在国际法院的层面,而且也要在国内法院的层面得到适用。参见[秘鲁]埃尔维拉·门德斯·张:《作为拉丁美洲一体化进程中统一因素的罗马法:对普通法的反思》,徐涤宇译,载杨振山、桑德罗·斯奇巴尼主编:《罗马法·中国法与民法法典化——物权和债权之研究》,中国政法大学出版社2001年版。

[5] [德]罗尔夫·克努特:《罗马普通法和罗马法对欧洲联盟法院的影响》,米健译,载《外国法译评》1998年第1期。关于欧洲法官在新共同法中的角色和作用,可参见[法]米海依尔·戴尔玛斯-马蒂:《欧洲法官在共同法复兴中的作用——含义及局限性》,张莉译,载《法学家》1999年第4期。

文化符号。正是在这个生生不息的文化记忆的重述过程中,湖南大学罗马法系研究中心、《罗马法与共同法》杂志的学术意义得以显现;甚至,“我们是谁”、“我们不是谁”的问题,也在这个重述过程中逐步清晰起来。

## 一、罗马法与共同法学者是谁、不是谁

由简·奥斯曼(Jan Assmann)奠基的文化记忆理论认为,文化记忆是一个集体概念,它指所有通过一个社会的互动框架指导行为和经验的的知识,都是在反复进行的社会实践中一代代地获得的知识。文化记忆是保存知识的储存介质,一个群体从这种知识储存中获得关于自己的整体性和独特性的意识。罗马法与共同法的文化记忆所提供的知识的根本特点,就是“我们是谁”、“我们不是谁”、“什么和我们相关”、“什么和我们不相关”的意识。其“教化”作用服务于稳定和传达罗马法与共同法学者共同体的自我形象。在过去的许多时间里,我们罗马法与共同法学者都把自己的整体性意识和特殊性意识建立在这样的集体认识的基础上。

我们这些专业传递者不仅建构了我们的研究对象,而且,我们自身的身份也靠它厘清。历史上,通过将传统的基础三艺,即文法学、逻辑学与修辞学,运用于优士丁尼市民法大全,法律科学在注释法学家那里呱呱坠地。随后,一代代法学家接续传统,运用与时代精神相适应的方法,倾注激情于罗马法原始文献之上,创造了时代的法学范式,也创造了时代的罗马法。正是依靠从罗马法传统中汲取来的精神力量,法学家独立承担起发展“法的技术因素”,并为“法的政治因素”划定边界的伟大使命。在完成培育世俗的行政、司法人员,重述正当行为规则的艰巨任务中,罗马法与共同法学者也逐渐认清自己的脸孔。

## 二、假借记忆形象建筑“时间的岛屿”

文化记忆的概念包含某特定时代、特定群体所特有的、可以反复使用的文本系统、意象系统、仪式系统。在日常交往、日常生活中形成的记忆不能提供固定点,不能在时间流逝过程中把记忆捆绑于“不断扩大的过去”。这样的固定性只能通过客观的文化符号的型构才能达到,这种通过文化符号形象而固化的记忆就是文化记忆。

文化记忆因为它是以客观的物质文化符号为载体固定下来的,因此比较稳固和长久,并且不依附于日常生活中的交往实践。“文化记忆的特点是和日常生活的距离”,“文化记忆一般并不随着时间的流逝而变化,通过文化形式(文本、仪式等),以及机构化的交流(翻译、批注、比较、知识考古)而得到延续。”这些文本、仪式、会议、意象等记忆形象,形成了“时间的岛屿”,在日常的交流之中并不因为时过境迁而消失。交流意义或集体分享的知识的固化和客观化,是这种知识以文化机构化的社会遗产(如图书馆里的罗马法与共同法文献)形式进行传播的先决条件。

一种与日常生活保持距离的文化记忆,它总是依赖于专门化的实践。通过诸如文化会议中的交往情境的规范化,藉由像罗马法教研室、罗马法系研究中心的设立,以罗马法与共同法为研究对象的学者之间的交往得以机构化固定,罗马法与共同法文化记忆的专业传递者在教学相长之中得以养成。正是出于为罗马法与共同法文化记忆建筑“时间的岛屿”的考虑,我们湖南大学罗马法系研究中心将会用湖南省政府所支持的经费,打造专门性的罗马法与共同法文献图书馆;我们将会以以往派出的9名罗马法年轻学者的基础上,继续训练罗马法与共同法文化记忆的专业传递者。

《罗马法与共同法》集刊是这座“时间的岛屿”向外开放的主要窗口。作为罗马法与共同法学者群论辩交锋的阵地,她致力于发掘法教义学与法律史之间的真实关联,致力于提倡有历史意识的法学分析,致力于成为连接法之过往与当下的拱桥。举凡有关罗马法与共同法及其现代应用产物的分析研究,皆为本刊欢迎;关于作为“罗马法之现代运用”产物的新共同法之研究,作为罗马日耳曼法系分支的拉丁美洲法之研究,尤其为本刊重视。

### 三、记忆者与记忆形象的交相辉映

文化记忆理论启示我们,没有什么记忆可以原封不动地保存过去,留下来的东西只能是“每个时代的社会在其当代的参照框架中能够重构的东西。”个体的记忆必然置身于这个文化框架,特定的记忆能否被回忆起和以什么方式被回忆起、被讲述出来,都取决于这个框架。这个框架使得某些回忆成为“能够进行回忆的记忆”,某些则被作为“不能进行回忆的回忆”、“不正确的回忆”被打入冷宫。

文化记忆通过重述而发挥作用,也就是说,它总是把它的知识联系于一个实际的或当代的情境。首先,通过档案形式存在的物化表达,这个档案积累的文本、意象和行为规范,作为一个总体视野对文化记忆的形成发生刺激;其次,文化记忆通过现实的方式存在,在这里,每一当代语境都把自己的意义置入客观化的记忆形象,赋予它自己的

理解。

如此形成的文化记忆绝非价值无涉,它联系于一个规范化的清晰的、等级化的价值与意义体系。各种物化的文化记忆形象,总是被分为重要的和不重要的、中心的和边缘的、中央的和地方的。这个等级化的区分依赖于它在群体的自我形象、身份认同的生产、表征、再生产中发挥的作用。

由此,作为我们研究对象的文化记忆的物化形象与它的专业传递者、机构化组织之间就绝不是分离的。我们在身份整体性与独特性方面的自觉意识,我们对文化记忆存在方式的省察,将帮助我们反思自身:反思作为罗马法与共同法文化记忆承载者的我们这些研究主体的情境,亦即我们自身的历史性处境;反思在对我们研究对象的汲取中,究竟发生了什么;反思我们的意义期待与研究对象的意义系统发生了怎样的纠缠。在这样一个不断反思的过程中,我们或许同时能扩大自身的视野与研究对象自主的视野,从而重新理解我们自身与罗马法和共同法文化记忆的物化形象,甚至创造我们时代的法学范式与时代的罗马法。

在历史上藉由重温优士丁尼市民法大全,注释法学者、评注法学者、人文主义学者、学说汇纂的现代运用者、历史法学者、现代法典的编纂者们,所有参与罗马日耳曼法系法律科学之伟大运动的这些法学家,在不断重新发现法的广阔发展前景。就处于转型期的中国社会和处于实证主义危机中的现代法律而言,我们有理由相信,在与罗马法和共同法的历史性相遇之中,通过对罗马法与共同法之文化记忆的创造性重述,我们能做出我们罗马法与共同法学者群的独特贡献。

2011年11月30日于长沙桃花岭

## 导 读

自人类摆脱远古的蒙昧状态而进入国家这一组织秩序以来,我们的先祖诚然逐步结束了霍布斯所谓的“恐惧的、贫穷的、齷齪的、孤独的、野蛮的……”自然生活,但是国家权力的出现,却又迫使他们面对新的暴力机器的凌压。诚如阿克顿勋爵所言,权力导致腐败,绝对的权力导致绝对的腐败。为了防止国家权力的腐败和滥用,控制国家权力的行使一直是人类社会矢志不渝的政治信念。建立在农耕社会基础上的东方文明古国,无不幻想统治者具有无限的美好德性和永无止境的道德虔诚,从而牢牢约束住统治者那颗充满权力欲望的野心。“五百年必有王者兴”的圣王情怀,实则反映出东方文明古国的期待与无奈。而文明晚起的西方世界,虽亦不时遭受国家权力狂风暴雨般的袭击和蹂躏,但在古代希腊雅典与罗马共和国的政治实践中,通过制度设计以控制国家权力的行使不仅成为众多思想家的主流学说,而且也逐渐成为政治家的信条和政府行动的圭臬。经过中世纪封建主义的浸染和近代资产阶级革命的洗礼,最终形成了控制国家权力最为有效的政治治理模式。

通过制度设计以控制国家权力,其目的在于建立一种“法治而非人治的政府”这一良好的政治秩序。但事实上,无论是法治的政府还是人治的政府,都不可避免地使一些人对其他人行使强制性的权力。人类社会创造的法律制度是为了人类的目的而制定出来的,不可能像“自然法则”那样起着客观性的作用。国家或政府无论基于什么样的目的,都不可能让自己彻底丧失强制性的权力。所以法治的政府并不在于完全取消国家或政府的强制性权力,而只是确保不将权力交到任意或反复无常的政府的手中。其实,权力所强制的永远是个人之间的关系,真正行使权力做出行动的并不是国家,而是由国家的权威赋予行动权力的具体的个人。所以国家权力的任意行使,实属权力运行难以避免的毛病。在承认国家权威乃属人类社会生存之必需的同时,绝不能也不应

该让任何国家或政府成为全面专制而不受控制的暴虐机器。这样,就需要国家或政府跟其所属的公民一样,都要接受法律制度的约束。而要使创制与执行法律的国家或政府受到法律的约束,经过民主途径而产生的宪法无疑便成为审查国家或政府所有行为是否合法或合宪的最高规范。基于此,立宪主义日益为民主共和国家所推许。

为切实梳理古往今来的立宪主义历程,厘清人类社会宪治实践所遭遇的重大论题,反思不同国家与民族寻求宪治之路所付出的代价和所获得的经验教训,展望全球未来的宪治发展前景,湖南大学罗马法系研究中心、意大利罗马法系框架下法典化和中国法学人才培养观测站、北京航空航天大学人文与社会科学高等研究院于2012年11月17—18日在湖南大学联合举办了一场中西比较视野的国际研讨会,来自海内外著名高等院校与科研机构的数十名学者共聚一堂,就立宪主义的历史、思潮、理论与实践进行了深入的对话,并为中国未来的宪治之路提出了一些建言或构想。本辑《罗马法与共同法》以此为基础,围绕立宪主义这一核心概念阐幽发微,探赜索隐,不仅力图充分展示会议研讨的智慧成果,而且力求提供一个良好的宪制读本。

作为西方世界的最早试验,宪制在古希腊诸如雅典的民主城邦已经闪烁出耀眼的光芒,而古罗马自王政时代的城邦而一跃成为大的共和国,并进而转换为独特的帝国政制,其宪政的生长、壮大与退隐相比于古希腊的城邦政治,更是可歌可泣,可圈可点,成为古代世界宪制实践最为亮丽的风景线。来自意大利罗马第一大学的桑德罗·斯奇巴尼(Sandro Schipani)教授,专门撰文探讨了古罗马法上的“人民”、“公法”、“关于属于人民的物的存在方式的法”这些关键概念,从而为我们深刻理解罗马公法尤其是罗马宪制奠定了一些非常重要的历史基础。厦门大学的徐国栋教授颇富兴趣分析了两个具有宪政意义的罗马公法文本:一是14世纪在罗马圣乔万尼拉特兰诺大教堂发现的《韦斯巴芗谕令权法》,二是公元前2世纪曾担任罗马保民官的盖尤斯·格拉古所颁布的小麦法。他认为《韦斯巴芗谕令权法》不仅彰显出罗马人民以法律文件对最高行政长官或者皇帝进行授权的政治权力民授性的宪法传统,而且也在一定程度上印证了元首制时期立宪君主制的宪治体制。而格拉古的小麦法及其后继者的发展,不仅体现了罗马共和精神下的社会保障制度,而且作为最早福利国家的试验,可谓是最早的社会主义实践。湖南科技大学的陈可风教授从贵族与平民斗争的角度,深入解读了《十二表法》所具有的罗马共和宪制精神,这大大拓宽了我们过去关于《十二表法》的研究视野。北京大学的薛军博士全面分析了古罗马公法上的“向人民申诉”制度,从中深刻揭示出正当程序观念在罗马宪制实践中所具有的价值和地位,并进而澄清了我们今天宪法认识上的一些误区,从而在很大程度上提升了对正当程序的历史认知。

立宪主义作为一种使政治运作法治化的理念或理想状态,其实现不仅依赖于一定的体制基础,也需要充分的学术论证以提供其实际运行的理论支持或制度依据,宪法的基础理论一直是近代以来世界各国宪法学者普遍关注的研究领域。意大利萨萨里大学的乔万尼·罗布兰诺(Giovanni Lobbano)教授则深刻认识到民主所存在的一个根