

## 重新思考古罗马与近现代西方法治的关系

罗洪洋

**内容提要:**学界将西方法律和法治传统追溯到古罗马的观点是大可质疑的,有必要重新思考古罗马与近现代西方法治的关系。古罗马政制在相当长的时段里体现出国家至上的特点,缺乏个人自由、平等、权利保护等近现代法治的基本要件;罗马法的继受是欧洲中世纪政教权力斗争和绝对主义国家的产物,罗马法所提供的最重要资源是君主的绝对权力理论;作为一种制度的法治是近现代西方价值选择的结果,与传统关联不大。西方主要国家确立资本主义法治后,希腊罗马成为其可资利用的重要资源。近现代西方一整套法治理论是几代欧洲学者人为建构的一个精心编织的“无视历史”的法治神话和故事,神话的源头是洛克等人拟就的自然状态论和社会契约论,为西方现代国家政权奠定了合法性基础;黑格尔等人则是神话和故事的续写者,他们承担了将西方法治文化绝对化、普遍化的任务。

**关键词:**古罗马 西方 法治 法治神话

罗洪洋,中南财经政法大学法学院教授。

论及西方文明,言必提希腊罗马成了学术界的一种惯例,中文学界尤其突出。比如,人们毫不怀疑“完全揭开西方宪政法律发达的历史序幕,仍然应当从古代希腊起笔”;“西方宪法史其次应对罗马宪政制度进行阐述……将希腊和罗马的宪政思想贯穿起来……”<sup>[1]</sup>类似看法几乎成了学界的通识。

而在笔者看来,上述观点是值得质疑和商榷的,理由是:其一,这种观点只注意了古罗马法律中与近现代法治相吻合的因素,而对罗马法中大量维护君主绝对权威的法条与事实视而不见;其二,这种观点只注意了罗马法中有利于权利保护、自由、平等的部分条款,

[1] 何勤华:《关于西方宪法史研究的几点思考》,《北方法学》2007年第1期,第140页。学界相似的表述极多,择其要者可参见朱景文主编:《对西方法律传统的挑战》,广西师范大学出版社2004年版,第2页;薛军:《罗马公法与现代欧洲宪政》,载费安玲等著:《从罗马法走来——桑德罗·斯奇巴尼教授七十寿辰贺文》,中国政法大学出版社2010年版,第355、344、362页。

且对此部分条款的价值也人为地加以夸大甚至曲解,而对罗马法在相当长的时段里等级森严、平等主体缺失、个人权利不受重视的事实完全无视以致当成不存在;其三,这种观点过于强调了西方法律发展的历史延续性,忽略了在中世纪罗马法继受之前,罗马法作为一个体系在欧洲的影响几乎消失了整整6个世纪,同时,继受者是与被继受者完全不同的民族这样一个基本事实。不能不说,此前中国学者很大程度上将罗马法理想化、偶像化、神圣化了。在笔者看来,将西方法律、法治的传统追溯到古希腊、古罗马的观点是大可商榷的,有必要重新思考古罗马与近现代西方法治的关系。<sup>[2]</sup>

## 一 古罗马国家至上且不具备近现代法治语境里的个人自由

近现代西方法治制度最重要的特点是认真对待个人和个人权利,其理论基础是自然状态和社会契约,认为在自然状态下人们享有最充分的自由和权利,人们通过社会契约建立政府和国家的为了更好地维护这些权利,认为人的生命、自由、财产权利是先于任何国家和法律而存在的,是一种天赋的自然权利,国家和政府的权力来源于权利,受托于权利,是从权利派生出来的,衡量国家和政府权力合法性和正当性的标准在于国家和政府是否忠实地履行了人们的委托,切实维护人们的生命、自由、财产权利。近代思想家包括洛克、康德、孟德斯鸠等人对上述理论做出了卓越的贡献,为近现代西方法治制度构建了深厚的理论基础。与古希腊、古罗马的国家至上主义相对应,个人主义在西方近现代法治中占据着十分重要的地位。

### (一) 国家至上

古罗马深受古希腊文化的影响,有教养的人都以学会希腊文为荣。西塞罗说:“我承认,我所获得的一切,都是从希腊人的著作和教师传授给我们的学术和研究中而来。”<sup>[3]</sup>柏拉图有《理想国》,他就有《论共和国》;柏拉图有《论法律》,他也有《论法律》;其最具有罗马特色的《论义务》,据说也是仿照巴内修的同名著作所写。<sup>[4]</sup>

而国家(城邦)至上本身即是古希腊政治文化中最重要的特点之一,斯特劳斯认为,雅典人认同的是城邦至上而不是个人至上,城邦的利益高于一切,当然也就高于个体的自由和利益。<sup>[5]</sup>对于古希腊而言,所有的公民都属于全城邦,每个公民都是城邦的一部分,个人的利益应该服从国家的利益。<sup>[6]</sup>

古希腊国家至上的观念深刻地影响着罗马人。罗马法将规定国家事务的法称为公法,将规定私人事务的法称为私法。尽管中国学界论及罗马法的时候,经常强调其私法精

[2] 本文只讨论古罗马,古希腊可参阅罗洪洋、赵大华:《重新思考古希腊与近现代西方法治和宪政的关系》,《法学评论》2013年第1期,第26-32页。

[3] Cirero, *Letters to Quintus and Brutus*, Harvard University Press, 2002, 1.1.27, 转引自叶民:《共和国晚期至帝国初期古罗马人的希腊观》,《世界历史》2008年第4期,第36页。

[4] 参见徐国栋著:《罗马法与现代意识形态》,北京大学出版社2008年版,第141页。

[5] 详见[美]斯特劳斯等主编:《政治哲学史》(上),李天然等译,河北人民出版社1993年版,第15页。

[6] 汪子嵩等著:《希腊哲学史》(下卷第三册),人民出版社2003年版,第1140-1141页。

神、私法文化、私法优位,以证成罗马法重视私人权利保护的观点,给人罗马公法相对私法而言处于次要位置的印象,但事实上,罗马公法的地位高于私法。戴东雄认为,罗马法之公法与私法的划分,是在于强调国家机能的优越性。公法是具有权威性的国家制定法,其效力由国家政权加以保障,不允许依私约变更;私人事务则任其适用于意思自治原则。<sup>[7]</sup>

罗马法还确认罗马君主享有不受制约的权力,君主的意志就是法律,君主是法外之人,本身不用服从法律。事实上,罗马法确有众多有关君主绝对权力的法条规定,这些规定频频出现在《十二铜表法》、《查士丁尼法典》、《学说汇纂》中。这些与君主绝对权力相关的理论资源成为十一世纪后政教斗争中世俗君主用以对抗教皇权力的强大武器,也为十五世纪后欧洲绝对主义国家的君主集权提供了合法性论证。同时,罗马法中有关君主绝对权力的内容还深刻影响了后世马基雅维里《君主论》、博丹《国家论六书》、霍布斯《利维坦》等著作,而上述著作均是以强调国家统治者拥有绝对权力著称的。

贡斯当把自由区分为古代人的自由与现代人的自由,其所指的古代人的自由即专指古希腊罗马人的自由。他认为,古代人的“那种自由在于对集体权力的积极参与,而不在于和平地享受个人独立”,为了保护这种参与权,其可以“随时准备放弃他们私人的独立性”。<sup>[8]</sup> 托克维尔与贡斯当具有相似的看法,在其看来,“罗马法主要是一个非常文明然而非常奴化的民族的作品”,“罗马法这种奴役法,最切合君主们的心意”。<sup>[9]</sup>

如果说贡斯当和托克维尔都是法国人,对古罗马存有某种“偏见”的话,那么,差不多同时期的黑格尔亦在自己的《历史哲学》中表达了几乎同样的观点——“罗马国家的宗旨,要使个人在道德生活上都为国家牺牲。”<sup>[10]</sup>

## (二) 缺乏平等主体与个人财产权

罗马法在相当长的时段里,充斥着主体的不平等。首先,就自由的身份而言,罗马法将人分为自由人和奴隶(事实上,这里的奴隶是物和客体,而不是主体),只有自由人才具备罗马法主体资格。其次,就市民的身份资格而言,又将其分为罗马市民、拉丁人、外邦人;拉丁人按照享有权利的多少又细分为古拉丁人、殖民地拉丁人和优尼亚拉丁人三个等级,古拉丁人享有除被选举权之外的全部市民权,殖民地拉丁人享有财产权、遗嘱权和诉权,但不享有公权和结婚权,优尼亚拉丁人没有公权和结婚权,只享有私权中的部分财产权;法律适用的不平等也是一目了然的,市民法只适用于罗马人,而外邦人则适用万民法,非罗马人要取得市民资格是十分艰难的。罗马法中私有财产权只是民法意义上的,私人财产权中的私人指的是家父,而不是现代意义上的个人。家庭所有财产都属于家长所有,依照罗马法,家属的法律行为与奴隶一样,只能增加家长的利益,而不能使家长蒙受损失或承担义务,其不具备法律主体的资格。在罗马法上,是不存在现代法律意义上的个人的。

[7] 参见戴东雄著:《中世纪意大利法学与德国的继受罗马法》,中国政法大学出版社 2003 年版,第 70-71 页。

[8] [法]贡斯当著:《古代人的自由与现代人的自由》,阎克文等译,商务印书馆 1999 年版,第 304-305、26-28 页。

[9] [法]托克维尔著:《旧制度与大革命》,冯棠译,商务印书馆 1992 年版,第 244 页。

[10] [德]黑格尔著:《历史哲学》,王造时译,三联书店 1956 年版,第 323 页。

罗马法中,子女被视为家父的奴隶或财物,家长对子女享有绝对的控制权,甚至可以自由出卖自己的子女,<sup>[11]</sup>直到君士坦丁一世时,才对买卖子女有所限制,规定除在饥荒年允许出卖初生婴儿外,一律严禁买卖子女。<sup>[12]</sup> 夫妻关系上,“丈夫是妻子的法官,他的权力是无限的,他能做他想做的一切。她若犯错,他就惩戒她;她若喝酒,他就责罚她;她若私通,他就杀了她。”<sup>[13]</sup>

## 二 罗马法继受的首要原因在于西方中世纪 对君主绝对理论的需求

西方近现代法治的核心标志是有限权力,是权力制约和权利保护。而罗马法之所以能在 11 世纪末复兴的首要原因在于:世俗君主不管是在政教斗争中还是在绝对主义国家的建立过程中,都需要罗马法的君主绝对权力理论作为其强有力的斗争武器。

### (一) 政教权力斗争与罗马法的继受

11 世纪 70 年代教皇格列高利七世发动教皇革命,建立了近代欧洲第一个统一的法律体系。伯尔曼认为,从格列高利七世起,教会具备了近代国家绝大部分特征,它的首脑教皇有权立法,通过一种行政管理制度执行法律、进行统治,<sup>[14]</sup> 1075 年,格列高利七世通过“寻找有利于自己的根据”的方式,发布了《教皇敕令》,对不服从其命令的皇帝亨利四世下达敕令,迫使亨利在卡诺萨赤足悔罪三天,最终在这场教俗斗争中大获全胜,树立了教皇的权威。

1078 年,教皇的教令规定,任何僧侣都不应该接受皇帝、国王或任何世俗君主所授的主教职位,如果他擅自如此,将被开除教籍,这引发了教皇与皇帝之间的“授职权”之争。通过一系列的教俗斗争,教皇的权力大增,不但对僧侣具有极其广泛的权力,对俗人也具有极大的权力。未经教皇批准,僧侣不能被委以圣职,主教、教士等其他教职的的职权也由教皇规定,教区与主教的设置与任命、教会财产的调配等等 1075 年之前不存在的权力都被教皇所取得。在信仰和道德、婚姻等方面,教皇也享有极大的控制权。

但教皇的权力一直受到世俗政权的挑战,政教斗争持续了数百年。最初的教俗之争中,教廷占据了较大优势;德皇红胡子排特烈、英王亨利二世都曾经被迫接受教皇的羞辱。教皇权势的巅峰时代是号称“教皇的奥古斯都时代”的英诺森三世统治时期,<sup>[15]</sup> 该时期由罗马教皇领导的十字军东征(1096—1270 年),极大地提升了教廷的权威。

为了对抗教皇的强权,世俗政权首先想到的武器就是罗马法,而教会也需要在罗马法中寻找有利于自己的依据。始于 11 世纪末的罗马法复兴,不能不说与此有极为重要的关

[11] 《十二铜表法》第四表《家长权》,第二、三款。

[12] 周枬著:《罗马法原论》(上册),商务印书馆 1994 年版,第 139 页。

[13] 详见[法]古朗士著:《古代城市——希腊罗马宗教、法律及制度研究》,吴晓群译,上海世纪出版集团 2006 年版,第 119—120 页。

[14] 参见[美]伯尔曼著:《法律与革命》,贺卫方等译,中国大百科全书出版社 1993 年版,第 242—271 页。

[15] 龙文:《西欧中世纪中期罗马教皇势力的鼎盛及其原因》,《贵州大学学报》(社科版),1994 年第 1 期,第 76 页。

系。韦伯明确论证道：“中世纪罗马法的复兴，实与德国皇帝强烈的政治意图相呼应，亦即罗马法被当成皇帝世界法与教会世界法相对峙，并且罗马法的国家思想亦被用来作为权力集中的手段……罗马法对皇帝而言是‘古已有之的良法’。腓特烈一世于 1158 年的隆加尼亚帝国议会招来 24 名罗马法学者，制定‘关于国王特权的法律’引为奥援。腓特烈二世则于敕法里引用所谓‘元首免受法律的拘束’的罗马法源”。“罗马法的承袭，从皇帝、特别是腓特烈一世及其其后的诸侯都协力参与其中即可想见。基本上是由君主的主权地位所激发而导致的（于吾人于查士丁尼法典中所见的）。”而且，韦伯认为，除上述原因之外，所谓的经济利害关系的原因是值得怀疑的。<sup>[16]</sup>波伦亚大学最初是在教皇格列高利七世的拥护者托斯卡纳大公马蒂尔德支持下建立起来的，其目的就是使之成为一个支持教皇的法学家中心，但在皇帝亨利四世与教皇格列高利七世关于授职权的论战中，波伦亚的法学家始终支持亨利四世。本为教皇支持者建立的波伦亚大学后来却成为世俗政权的支持者，这一事实使教会著名的理论家罗吉尔·培根不无悲哀地讲到：“在民法中的一切都具有世俗性质，谁投身于这样一门粗俗的艺术，谁也就脱离了教会。”<sup>[17]</sup>

当皇帝与教皇相争时，皇帝身边的罗马法学者往往提供罗马法强调皇帝权威的相关条文作为抗衡寺院教会法法规的有力武器，“罗马法的解说者在整个欧洲成为国王的大臣和主要官员。在必要时，法学家们会为他们提供法律的支持。”<sup>[18]</sup>

## （二）绝对主义国家与罗马法的继受

文艺复兴前后，教会势力一落千丈，绝对主义王权在西方开始出现。教会的势力虽然大不如前了，但此时处于封建割据状态下的欧洲，封建主在自己的领区内滥设关卡，敲诈过往商人。14 世纪，在法国卢瓦河上设有 70 道税卡，罗纳河和梭恩河上有 60 道税卡，<sup>[19]</sup>如果船舶遇险，漂流到河边的货物也归封建主所有，有的封建主甚至故意破坏航标以增加船舶的失事可能以获取暴利，同时，盗匪、海盗的四处劫掠也使当时的商业贸易处在极不安全的境地，极大地提高了交易成本。此时，适应绝对主义国家需要的博丹君主绝对主权论应时而生，其理论简单概括如下：第一，君主如同上帝一样，具有绝对的、不容置疑的权力，藐视君主就是藐视上帝；第二，君主在法律之外，不受法律的约束；第三，君主权威不容侵犯。<sup>[20]</sup>

安德森认为，罗马法早在中世纪就开始复兴了，但“对于罗马法决定性的‘接受’——这意味着它在法理上取得全面的胜利——则始于文艺复兴时期，即与绝对主义处于同一时代。”“毫无疑问，在欧洲范围内，采用罗马法的首要决定因素来自王室对加强中央权力的渴望。……正是这个政治最高权力的理论原则深深地吸引并影响着文艺复兴时期的新君主政体。”<sup>[21]</sup>基佐也认为：“罗马在两个方面为后世宪制留下遗产：一方面，地方自治制

[16] [德]韦伯著：《法律社会学》，康乐、简惠美译，广西师范大学出版社 2005 年版，第 197 页注 27、第 282 页。

[17] 转引自[法]勒戈夫著：《中世纪的知识分子》，张弘译，商务印书馆 1996 年版，第 89 页。

[18] [法]托克维尔著：《旧制度与大革命》，冯棠译，商务印书馆 1992 年版，第 244 页。

[19] [苏]波梁斯基著：《外国经济史（封建主义时代）》，北京大学经济史经济学说史教研室译，三联书店 1958 年版，第 383 页。

[20] 参见[法]博丹著：《主权论》，李卫海等译，北京大学出版社 2008 年版，第 92、48、60、190 页。

[21] [英]安德森著：《绝对主义国家的系谱》，刘北成等译，上海人民出版社 2001 年版，第 10 - 11、12 - 13 页。

度,它的习惯、规章、先例、自由的原则;另一方面则是绝对权力的观念,神圣的最高权力观念,皇帝的观念,秩序和臣服的原则。”<sup>[22]</sup>

综上所述,中世纪及欧洲绝对主义国家时期德国、意大利及欧洲其他国家之所以继受罗马法,最主要的原因并不在于中国学界一直所强调的罗马法能够适应新兴市场经济的需要,而在于罗马法主张的君主绝对权力理论对绝对主义国家的可欲性。因为“对于承袭罗马法的各种实质的规定,‘最为现代的’法利害关系者,也就是市民阶层,一点兴趣也没有。中世纪商法上的各种制度和城市土地法的各种制度,比罗马法远能符合他们的需求”<sup>[23]</sup>

罗马法的国家理论可以概括如下:<sup>[24]</sup>第一,帝王的政权不是经由教会或教皇的媒介,而是由上帝直接传授的;第二,帝王是世界唯一之主人,只受上帝的启灵而统治人民;第三,帝王以罗马皇帝的尊位享有因王法规定之绝对而包括性的支配权力。此权力直接由人民的委托,与教会的承认和教皇的加冕无关;第四,皇帝有权制定和解释法律,其以一国之尊,不必服从制定法,但仍以遵守法律为荣;第五,帝王的人格与身体不可侵犯,如有侵犯,以叛逆罪受处罚。

乌尔比安的著名格言“国王本身乃法外之人(*legibus solutus*)”成为文艺复兴时期西方君主的梦想,而罗马法成了君主们唾手可得的武器。<sup>[25]</sup>从腓特烈二世到卡尔四世,德国皇帝利用到罗马城加冕之机,从意大利波伦亚大学聘请当时最杰出的罗马法学者在其政府中担任顾问。德国皇帝凭借罗马法的国家理论,为其大一统的绝对国家政权提供合法性根据,在个别政策上,帝国法律罗马化,既可以对抗教皇势力的扩张,又能阻止封建领主的离心力。<sup>[26]</sup>

西欧绝对主义国家起用了一批深谙罗马法的律师和法官,他们在西班牙被称为 *letrados*,在德意志被称为 *doctores*,这些法律人中满脑子是关于法定权威的罗马法理论和法律条文统一的罗马法概念,在绝对主义国家的第一个关键世纪里,他们是王权集权化的狂热实行者。正是由于这个国际化的罗马法学家集团的作用,而非其他力量,文艺复兴时期的西欧司法制度罗马化了。<sup>[27]</sup>

事实上,博丹绝对主权论的主要理论资源也来源于对罗马法的直接引用。“正如罗马法所规定的:人民已将全部的权力让渡给了皇帝”;“根据罗马法,主权者不论让渡于他人的权力(威)有多少,其地位总是排他性的,不受这些权力的管辖,他绝不会授出他再也不能控制的权力。他行使支配权时绝不受到任何阻拦,在行使专断的确认权时也应如此”<sup>[28]</sup>。仅在李卫海从英文摘译本翻译的《主权论》一书中,据笔者的不完全统计,博丹在论述绝对主权时,至少有 16 处引用了罗马法作为依据。

[22] [英]基佐著:《欧洲文明史》,程洪逵等译,商务印书馆 1998 年版,第 31 页。

[23] [德]韦伯著:《法律社会学》,康乐、简惠美译,广西师范大学出版社 2005 年版,第 284 页。

[24] 参见戴东雄著:《中世纪意大利法学与德国的继受罗马法》,中国政法大学出版社 2003 年版,第 179-181 页。

[25] [英]安德森著:《绝对主义国家的系谱》,刘北成等译,上海人民出版社 2001 年版,第 13 页。

[26] 戴东雄著:《中世纪意大利法学与德国的继受罗马法》,中国政法大学出版社 2003 年版,第 178-179 页。

[27] [英]安德森著:《绝对主义国家的系谱》,刘北成等译,上海人民出版社 2001 年版,第 13-14 页。

[28] [法]博丹著:《主权论》,李卫海等译,北京大学出版社 2008 年版,第 35、27 页。

### 三 结 语

伯尔曼认为,西方不是指古希腊、古罗马和以色列民族,而是指吸收古希腊、古罗马和希伯来典籍并以会使原作者感到惊异的方式对它们予以改造的西欧诸民族。<sup>[29]</sup> 这种观点的重要性在于,它能够时常提醒我们,罗马法对于近现代西方仍然是一种异文化的东西,罗马不是西方的古代——文化意义上的古代,近现代西方法律也不是罗马法自然传承的结果。罗马法在某种意义上是一种“共同法”,但这种“共同”不是仅仅针对西方人而言的,而是针对整个全人类而言的。

法治是西方近现代社会极为重视个人自由和个人权利保护的结果,其本身与古希腊罗马传统并没有多大的关联,正如哈耶克所说:“现代的个人自由,大体上只能追溯到 17 世纪的英国……在过去的两百多年岁月中,个人自由的维护和完善渐渐成了英国的支配性理想,而且英国的自由制度和传统也已然成了文明世界的示范。”<sup>[30]</sup> 古希腊罗马与近现代西方法治文明的亲缘关系,是伴随着 18 世纪以来,西方主要国家相继确立资本主义法治,为了给这种新生的制度注入更深层次的合法性,而被近代欧洲学者人为建构出来的。

西方人自己愿意相信也愿意让别人相信:只有西方文明具有民主与法治的传统,比如权力制约的传统,而且认为这是自古希腊雅典民主制所一脉相承下来的,从古希腊的苏格拉底、亚里斯多德到古罗马的西塞罗,再到近代的洛克、孟德斯鸠,中间没有任何断裂。大家都有意忽略了或假装没有看见这样一个显而易见的事实——在雅典之后,有罗马帝国的专制,更有西方中世纪的黑暗时期。西方近代史上法国路易十六的“我死后,哪怕洪水滔天”、亨利一世的“朕即法律”等等这一切都告诉我们,专制并不仅仅是中国的传统,也曾经是西方的传统。

如果说希腊对欧洲文明的重要性更多地体现在文化和思想层面,被发掘出来作为欧洲的思想和文化之根的话,罗马对于欧洲的重要性则更多地在于制度和法律,被发掘出来作为欧洲的制度 and 法律之根。德国学者在这种“发掘”过程中起着先行者的作用,如果说德国人温克尔曼、赫尔德、洪堡等人是“发现希腊”的重要代表,而以萨维尼为首的历史法学派则是“发现罗马”的主力军。萨维尼毕其一生研究罗马法,研究罗马法与德意志的“有机”联系;而其传人基尔克则另辟蹊径,致力于发掘日耳曼传统中的共同体和社群思想以重建德意志的政治秩序。在这种发掘过程中,古希腊罗马被贴上了个人主义和自由的标签,与日耳曼的社群思想相对照。<sup>[31]</sup> 尽管基尔克与萨维尼的路数不同,但他们均有一个共同的目标,即构建德意志的“民族精神”。

事实上,不仅仅是历史法学派意识到德意志急需自己的“民族精神”,其他学者也存在这方面的强烈意识。1799 年黑格尔写作《德国法制》一文时,第一句话就慨叹“德国已

[29] 相关论述详见[美]伯尔曼著:《法律与革命》,贺卫方等译,中国大百科全书出版社 1993 年版,第 3-4 页。

[30] [英]哈耶克著:《自由秩序原理》(上),邓正来译,三联书店 1997 年版,第 203-204 页。

[31] 参见谢鸿飞:《法的历史分析》,载夏勇主编:《法理学讲义——关于法律的道理与学问》(上),北京大学出版社 2010 年版,第 109 页。

不再是国家”。为此,他积极投入去追寻其《历史哲学》、《法哲学原理》所描绘的世界精神。有趣的是,他最初找到的世界精神却是德意志的征服者拿破仑,据卡西尔的记述,当拿破仑在1806年打败普鲁士军队的耶拿战争后访问耶拿时,黑格尔在他的一封信中以最大的热情谈论这一事件:“我看见了皇帝,这个世界精神正骑着马巡视全城。”后来,拿破仑被打败了,普鲁士变成了德国的支配力量,他的判断就颇为不同了。“世界精神”已转移到政治实体的其他部分。从此,黑格尔变成了“普鲁士的官方哲学家”,当他被授命在柏林担任教授职位时,他宣布,普鲁士国家是“建立在理智之上的”。<sup>[32]</sup>“日耳曼‘精神’就是新世界的‘精神’。……日耳曼各民族的使命不是别的,乃是要做基督教原则的使者。”<sup>[33]</sup>

博登海默认为,古典自然法学家无视历史并将注意力集中在努力发现一种理想的法律和正义制度的方面,其理论为建构现代西方文明的法律大厦奠定了基石。<sup>[34]</sup>近现代西方一整套法治理论,是几代西方学者前仆后继、共同编织的一个精彩动听的法治故事——一个颇具说服力的“无视历史”的法治神话。这个故事和神话的源头是霍布斯、洛克等人拟就的自然状态和社会契约,他们的任务是为西方现代国家的政权架构创就合法性基础,黑格尔、罗尔斯、哈贝马斯则是故事和神话的续写者,他们承担了将西方法治文化绝对化、普遍化的任务。

法治在西方近现代的发展历程是比较顺利的,我们的目标既然是建立法治国家,应该关注和学习的就不仅仅是西方法治制度的具体内容,而且更应该关注法治作为一种“新”制度如何能够在近现代西方确立并顺利地发展,并借鉴西方思想家为其法治成功建构坚实的合法性基础的思路。笔者的猜测是,多数中国法学学者之所以忽略了这个问题的原因在于:西方思想家织就的法治神话太天衣无缝了,它成功地将法治植入文化传统中,使人们相信法治就是西方文化传统自然发展的、没有任何“断裂”的必然结果,以至于人们认为这就是“真实的历史”,而不是“虚构的神话”。事实上,西方思想家的理论就是要告诉人们,法治是在西方的土地上自然而然生长出来的,是古希腊、罗马就存在的自然法传统和基督教文化传统一以贯之、自然发展和演进的结果,是没有任何断裂的,是符合西方的文化精神的,其合法性就如同上帝造人一样是不需要论述的,是天造地设和不证自明的。不光如此,上述理论还顺带告诉我们,追求法治和自由是西方的“血统”,安于人治和奴役是东方和中国的“血统”。

在笔者看来,正是近现代西方思想家精心编织的法治神话,为法治在西方的确立和以后的顺利发展,提供了最坚实的合法性基础。这种合法性神话的编织是如此成功,以至于不少中国学者在言及西方法治的时候,自觉或不自觉地成为了这个神话编织者的“共谋”,并为这个神话的真实性锦上添花,成为它的传播者,在某种程度上扩大了它的影响面。既然我们压根就没有意识到西方法治最坚实的合法性是建立在西方思想家精心织就

[32] [德]卡西尔著:《国家的神话》,范进等译,华夏出版社1999年第2版,第332页。

[33] [德]黑格尔著:《历史哲学》,王造时译,三联书店1956年版,第352页。

[34] 参见[美]博登海默著:《法理学:法律哲学与法律方法》(修订版),邓正来译,中国政法大学出版社2004年版,第75-76页。



的神话基础上,我们也就没有织就自己的法治神话,为中国的法治建设提供坚实的合法性。当然,还有部分原因也许在于——数百年来伴随着西方法治进程所产生的博大精深的法治理论足以使我们自己炫目,足以使我们产生“刘姥姥进大观园”一样的感觉,使我们既没有“照着写”的意识,更完全失去了“接着写”的勇气。

---

---

[ **Abstract** ] Academia generally traces modern rule of law back to ancient Rome, which is by no means without doubt. This thesis rethinks the relationship between ancient Rome and the rule of law in the modern West. While supremacy of the state or sovereign rights characterized Roman law for a long time, traces are scanty in the Roman legal system of such basic elements of modern rule of law as personal freedom, equality and protection of rights. The acceptance of Roman law was due to the power struggle between the church and the state in the Middle Ages, during which Europe heavily drew on the notion of the absolute power of the sovereign that constituted the theoretical basis of Roman law. Rather than born out of Roman traditions, the rule of law, as an institution, was the result of the value choice of the modern West. Ancient Rome and Greece became important resources available for leading European countries after the establishment of a capitalist rule of law. The entire set of modern Western legal and political theories are in fact a myth purposefully constructed by generations of European academics. While John Locke and others created the myth with their concepts of the state of nature and social contract as the legal basis for modern Western states, it was Hegel and others who continued the myth by absolutizing and generalizing the culture of Western rule of law.

---

---

(责任编辑:田 夫)