



万民法溯源

——以罗马共和时期的裁判官为线索

王 艺*

摘 要：学界普遍认为，古罗马的城市裁判官审理市民之间的纠纷，外事裁判官处理涉及异邦人的争议，二者各司其职、互不干涉。由此预设出发，国际私法和罗马法学界基本都认可万民法由外事裁判官创制，前者进一步推断该法只适用于异邦人与罗马市民或异邦人之间，后者则提出该法亦可适用于罗马市民之间。两种观点孰是孰非固然值得讨论，但其共同前提之真伪也需要分辨。结合原始文献与重要史实可以合理推测，至少仅就万民法蓬勃发展的共和时期而言，裁判官“外事”与“城市”之别的关键，或许并非司法管辖权是否“涉外”，而是官制等级与治理地域范围的划分：城市裁判官的治权多限于罗马城内，而外事裁判官常充作城市裁判官的副手，且可随时被派往罗马城外。由此认识出发，万民法的起源、目的与属性等问题可以找到更为合适的答案。要言之，尽管万民法的出现与外事裁判官的设置存在时间上的高度重合，外事裁判官也的确推动了万民法的发展，但设置外事裁判官并非万民法发展的必要条件；二者都是罗马海外势力扩张的产物，是一个原因的两种表现。万民法自产生之初，就是为了适应经济模式转变所带来的社会剧烈变革，由城市和外事裁判官合力打造。它并非只能适用于异邦人的法律，而是罗马市民和异邦人共同的行为准则。

关键词：万民法 裁判官 实体法 诉讼 市民法

自古至今，人类社会的组织形态历经多次变革，但有一点从未改变，即它始终是多族群构成的复杂共同体。风俗习惯的多元化虽让生活丰富多彩，却也可能造成沟通与交流的壁垒。如何消弭分歧、推动观念统一，共建和平、繁荣的新世界，这不仅是现代课题，也曾同样困扰古代社会。历史上，古罗马以构筑法律制度见长，当它面对文明程度参差不齐的部族时，便逐渐发展出所谓“万民法”（*ius gentium*）。该法不仅包括通常被国际私法学界称为“统一实体法（私法）”的内容，也涉及战争与和平法，对神明、父母及祖国的义务以及禁止乱伦等规定。^① 本文主要讨论作为统一私法的万民法。要言之，它使各部族人民得以遵循同一套规则从事贸易活动，从而大

* 王艺，法学博士，中国社会科学院大学法学院讲师。本文为2023年度国家社会科学基金后期资助项目“国际私法结果导向规则的中国实践与理论创新研究”（23FFXB059）的阶段性研究成果。

① See Roberto Fiori, *La nozione di ius gentium nelle fonti di età repubblicana*, in Isabella Piro (a cura di), *Scritti per Alessandro Corbino III* (Libellula, 2016), p. 121. 另参见徐国栋：《万民法诸含义的展开——古典时期罗马帝国的现实与理想》，载《社会科学》2005年第9期，第91—98页。

大推动了地中海世界的一体化进程。不过，由于年代久远、文献不足、言辞晦涩等原因，关于万民法的起源仍有谜团未解，不同学术领域的“通说”也存在自相矛盾之处。这提示我们，在反思、借鉴古罗马的经验与教训之前，仍有必要拨开层层迷雾，再探万民法的产生过程。

一 学界通说之惑

现代学界一般认为，外事裁判官是罗马共和国于公元前 242 年设置的官职，目的为“在异邦人中间执法”（*inter peregrinos ius dicebat*）^①。既然有裁判官专门保护异邦人的权利，那么罗马市民的权利当然也应由专人保护，因此原来的“裁判官”就被加上了“城市”的限定，他的职责是“在城内主持正义”（*in urbe ius redderet*）^②。这就有了裁判官的“外事”与“城市”之分。名称上的差别对应人际审判权的分野：获名“外事”者，负责处理涉及异邦人的纠纷，包括异邦人之间以及异邦人与罗马市民之间的纠纷；得名“城市”者，专事罗马市民之间关系的调整。外事裁判官在外事审判中发布外事裁判官告示，从而创制了万民法。以上内容基本构成学界的通说。^③ 然而如果继续梳理关于万民法的学说，即可发现不同专业的“通说”关于该法的适用范围出现了分歧。

一派观点为万民法“涉外说”。这既是国际私法学界的通说，也为中国各类法学辞书所采纳。该观点认为，万民法调整的是异邦人之间、异邦人与罗马市民之间的关系。例如，韩德培先生主编的《国际私法》中写道：“在罗马法中，逐渐产生了一种专门调整罗马市民与非罗马市民之间，以及非罗马市民相互之间的民事关系的‘万民法’。”^④ 此外，不少法学辞书在给“万民法”下定义时，也采取相似的立场。例如，1984 年版的《法学辞典》将万民法定义为“各国人民共同适用的法律，用以调整市民与非市民之间，以及不同国籍和无国籍人之间的关系”。^⑤ 1991 年出版的《法学大辞典》指出万民法又称“各族人民的法”，是“罗马法中调整非罗马人之间相互关系的法律”。^⑥ 2014 年出版的《元照英美法词典》称万民法为“调整罗马人与外国人及外国人之间关系的法律，与调整罗马人之间关系的市民法（*ius civile*）相对”。^⑦

另一派观点为万民法“内外兼及说”。这是现代罗马法学界的通说。例如，意大利学者朱塞佩·格罗索（Giuseppe Grosso）就认为，万民法“在罗马人之间以及在罗马人与异邦人之间都是有效的，此外，在异邦人相互间的关系中也是有效的。”^⑧ 这句话非常明确地指出，万民法不仅

① D. 1, 2, 2, 28.

② D. 1, 2, 2, 27.

③ See Fredrich K. Juenger, *Choice of Law and Multistate Justice* (Transnational Publishers, 2005), p. 8. 另参见〔意〕朱塞佩·格罗索：《罗马法史》，黄风译，中国政法大学出版社 2018 版，第 198—206 页；周枏：《罗马法原论》（下册），商务印书馆 2008 年版，第 962 页。

④ 韩德培主编、肖永平主持修订：《国际私法》（第 3 版），北京大学出版社、高等教育出版社 2014 年版，第 33 页。类似的观点为众多教科书所采用，参见李双元、欧永福主编：《国际私法》（第 6 版），北京大学出版社 2022 年版，第 41 页；黄进主编：《国际私法学》，高等教育出版社 2023 年版，第 74—75 页。

⑤ 法学词典编委会编：《法学词典》（增订版），上海辞书出版社 1984 年版，第 24 页。

⑥ 邹瑜、顾明总主编：《法学大辞典》，中国政法大学出版社 1991 年版，第 63 页。

⑦ 薛波主编：《元照英美法词典》，北京大学出版社 2014 年版，第 736 页。

⑧ 〔意〕朱塞佩·格罗索：《罗马法史》，黄风译，中国政法大学出版社 2018 版，第 195 页。See Kaser, *Römische Rechtsgeschichte*, 2. Aufl. (Vandenhoeck & Ruprecht, 1967), S. 134 – 138; Emmanuelle Chevreau, “Le ius gentium: entre usages locaux et droit romain”, in Julien Dubouloz et al. (dir.), *L’imperium Romanum en perspective* (Presses universitaires de Franche-Comté, 2014), p. 312.

可以用来调整罗马人与异邦人、异邦人彼此间的关系，也可以适用于罗马人之间。从逻辑上说，“内外兼及说”必须解释，如果万民法确实由外事裁判官在涉及异邦人的审判过程中创制，那么该法为何又能适用于罗马市民之间呢？现代罗马法学者提出“诉讼程式借用说”“人际审判权趋同说”等以作应对。但是这些假说能否站得住脚？此处先抛出问题，下文将有详细的回应。

让我们作一简单的回顾。存在异见的两种“通说”到底是在哪里分道扬镳的？很显然，二者都同意裁判官有“外事”与“城市”之别，且官职名称上的区别直接对应人际审判权的分配；此外，二说皆认为由于外事裁判官在审判实践中接触的是涉及异邦人的纠纷，因此万民法便源于他所发布的告示。国际私法学界就顺着这一思路认为，万民法是外事裁判官创制的、只能适用于有异邦人参与的诉讼。^①至于罗马法学者则大多笃信在某个节点上万民法也为城市裁判官所用，逐渐用以调整罗马市民之间的关系。由此可见，现今不同学科关于万民法的“通说”在关键问题上并未达成一致，特别是万民法能否适用于市民之间及其原因。对此，笔者打算采取以“重构”而非“批判”为基调的研究进路，抓住裁判官这条线索，通过历史场景还原，重述万民法的产生过程。与此同时，前辈观点的贡献与不足也将水落石出。

二 裁判官的起源与早期分化

在关于万民法产生过程的现代学理演绎中，共和时期的裁判官——尤其是外事裁判官——扮演着极其重要的角色。因是之故，本文对于万民法的“知识考古”也将以这一时段的裁判官为起点。

（一）裁判官的由来

裁判官，拉丁文为“*praetor*”。虽然它在习惯上被翻译为“裁判官”，但今人切不可用现代“法官”一角来理解此官职。^②要言之，共和时期的裁判官绝非专务司法的官员。^③据学者考证，这一官职设置于公元前356年。^④自从第七代王“傲慢者塔克文”（*Tarquinius Superbus*）被推翻后，罗马告别王政时代，进入了共和制。原属国王的“治权”（*imperium*）下落，执政官（*consul*）成为古罗马共和时期最重要的长官，握有最高治权。此类官员每次经选举产生两位，每年更换一次。

早期的执政官只能由贵族担任，后迫于来自平民的压力，执政官一职也向后者开放；同时为了补偿贵族政治权力的削弱，便又设立裁判官一职。由此看来，裁判官其实是以“第三执政”而非“法官”的面貌登上历史舞台的。^⑤共和时期的裁判官同样享有治权，是执政官的“低级同

① See Fredrich K. Juenger, *Choice of Law and Multistate Justice* (Transnational Publishers, 2005), p. 8.

② 事实上，将“*praetor*”译为“裁判官”，并不稳妥，具体原因参见徐国栋：《*Praetor*的实与名：从正名开始的罗马公法研究》，载《求是学刊》2009年第4期，第78页。但是，由于国际私法学界和罗马法学界一般都采用此译法，故而本文还是沿用之。

③ 从词源上说，“*praetor*”来自动词“*praeire*”，后者包含“走在前面”之义，因此“*praetor*”就是“走在前面的人”。古罗马征战频繁，为了祈求神明保佑战事顺利，第二代王努马在罗马城建筑了神庙，专门供奉战神玛尔斯。每逢战火燃起，神庙之门就会打开。据说罗马整个共和时期（公元前509年至公元前27年），玛尔斯神庙之门仅关上过两次，分别为公元前240年与公元前31年。放到这样的社会环境下理解，什么样的人才会以一人之躯走在所有人的前面呢？显然非军队统帅莫属。故而，“*praetor*”最初的含义是拥有军事指挥权的人。

④ 裁判官一职原本只对贵族开放，但到了公元前337年，已经有平民当上了裁判官。See William Smith (ed.), *A Dictionary of Greek and Roman Antiquities* (John Murray, 1875), pp. 956–957.

⑤ 参见徐国栋：《*Praetor*的实与名：从正名开始的罗马公法研究》，载《求是学刊》2009年第4期，第78—79页。

僚”。除非执政官明确制止，否则裁判官可以配合执政官行使后者的所有权力，具体包括：（1）对外指挥军队作战；（2）对内管理政务；（3）当执政官因战争等原因不在罗马城时，代行执政官之职等。^① 对于裁判官来说，审判不过是政务管理的手段之一。

（二）“外事”与“城市”之分

随着历史进程的推进，一名裁判官逐渐不能满足治理的需要，罗马遂于公元前 242 年增设一名裁判官，后世称之为“外事裁判官”。^② 至于增设的目的，生活在“五贤帝”时期的古罗马法学家蓬波尼乌斯（*Pomponius*）作出了解释。他提出，由于异邦人大量涌入罗马，一名裁判官不足以应付此局面，因此罗马又任命了另外一位裁判官（即外事裁判官）。这句话被优士丁尼《学说汇纂》收录，^③ 得到国际私法及罗马法学界众多学者的追随。然而近年来，随着研究的深入，蓬氏之说受到了多重拷问，甚至有学者直斥其“非常不严谨且粗心大意”（*very lax and careless*）。^④ 此评价或许过于严苛，但结合罗马史材料来看，蓬氏关于外事裁判官设置原因的解释确有可商榷之处。要说明这一点，必须先做一个简单的历史场景还原。

对于罗马来说，公元前 242 年绝不寻常，它与海上强国迦太基之间的第一次布匿战争已经进入了第 23 个年头，双方互有胜负，谁也没有必胜的把握。面对巨大的压力，罗马展示了超强的凝聚力，它依靠发行战争国债筹集钱款打造海军舰队，誓与迦太基在来年殊死一搏。^⑤ 举国备战的生死一线之际，怎会有闲暇考虑异邦人的权利是否得到了保障，还为此特设专门的裁判官？须知，位高权重的裁判官在罗马治权体系中仅次于执政官，并非一个可以随意增设的职务。当时的实际情况是，为预备来年的大战，裁判官法图（*Valerius Falto*）已经与执政官卡图卢斯（*Lutatius Catulus*）一道远赴西西里岛。^⑥ 在二人生死未卜的情况下，罗马需要再设一名裁判官处理政务，并在必要时指挥军队。^⑦ 因此，后人眼中的“外事裁判官”其实是以“第二裁判官”的身份出现在国家危难之时，以解决执政官和裁判官同时外出作战、罗马城内缺人值守的问题。当然，随着布匿战争的险胜，尤其是海外行省的建立，外事裁判官后来被授予了其他的职责，但回溯官职设立之初，应对战争危机是不可忽视的重要动机，^⑧ 后来外事裁判官又多次领兵征战的事实也可印证此观点。^⑨

结合上述史实来看，蓬氏关于外事裁判官创设背景与目的的论述，可能含有一定演绎的成

① See T. Corey Brennan, *The Praetorship in the Roman Republic* (Vol. I) (Oxford University Press, 2000), p. 58.

② 据学者考证，李维所著《建城以来史》有第二位执政官设置于公元前 242 年的表述，故而现代法学界多因循李维之说。See R. L. Gilbert, “The Origin and History of the Peregrine Praetorship, 242 – 166 B. C. ”, (1941) 7 *Res Judicatae* 50, p. 51. 主张以上观点的论著包括〔意〕朱塞佩·格罗索：《罗马法史》，黄风译，中国政法大学出版社 2018 版，第 132 页；周枏：《罗马法原论》（上册），商务印书馆 2014 年，第 17 页。See H. F. Jolowicz, Barry Nicholas, *Historical Introduction to the Study of Roman Law* (Cambridge University Press, 1972), p. 48; Fredrich K. Juenger, *Choice of Law and Multistate Justice* (Transnational Publishers, 2005), p. 8.

③ D. I. 2, 2, 28.

④ Edwin Charles Clark, *Practical Jurisprudence: A Comment On Austin* (Cambridge, 1883), p. 345.

⑤ 参见〔日〕盐野七生：《罗马人的故事 II：汉尼拔战记》，计丽屏译，中信出版集团 2020 年版，第 42—43 页。

⑥ Adrian Goldsworthy, *The Fall of Carthage* (Cassell, 2000), p. 123. 此外，这一段历史也可印证上文提出的观点，即“*praetor*”并不是专事司法审判的官员。

⑦ R. L. Gilbert, “The Origin and History of the Peregrine Praetorship, 242 – 166 B. C. ”, (1941) 7 *Res Judicatae* 50, p. 52.

⑧ 据学者考证，历史学家尼布尔（Niebuhr）早在 1837 年出版的著作《罗马史》（*Histoire Romaine*）中就提出了这一观点。See Charles de Boeck, *Le préteur pérégrin* (G. Pedone-Lauriel, Paris, 1887), p. 7.

⑨ 徐国栋：《*Praetor* 的实与名：从正名开始的罗马公法研究》，载《求是学刊》2009 年第 4 期，第 79 页。

分。这方面的另外一个证据是：蓬氏提出，裁判官之职出现“几年之后”（*post aliquot deinde annos*），又增设“外事裁判官”；^①但事实上，“外事裁判官”出现于“裁判官”之后一百多年，而非区区“几年”（*aliquot annos*）。由此看来，蓬氏的陈述固然具有极高的参考价值，但或许也不宜完全当作信史对待。^②

第一次布匿战争揭示了罗马既有官制的不足：一旦执政官和裁判官同时外出作战，城内领导力量就显得异常薄弱。因是之故，为救急而设置的“第二裁判官”便在战后被保留了下来，并获名“*praetor peregrinus*”。由于“*peregrinus*”的含义为“异邦人、异邦人的”，故“*praetor peregrinus*”被学者们译为“外事裁判官”。需要特别说明的是，正如“裁判官”并非“法官”，“外事裁判官”也绝非“涉外法官”，他同样是治权的拥有者，具体职责与“第一裁判官”并无本质差别。共和时期的外事裁判官不仅可以带军征战、负责罗马城内的政务，早年还常驻海外、治理行省；相对狭小的“司法管辖权”只是治权的组成部分而已。因此有学者提出，应该将“*praetor peregrinus*”翻译为“外务副执政官”，^③笔者也赞同这一观点。自从设置“外事裁判官”之后，为示区别，原有的那名裁判官便加上了“*urbanus*”（城市）的限定。

三 裁判官的审判权

如前所述，裁判官是名副其实的“多面手”，根据元老院的任命，他可以征战、理政，也可以负责征兵、监督工程建设等，而作为社会治理之重要手段的司法审判，只是裁判官治权的有机组成部分。然而基于溯源万民法的研究目的，本节需要专门讨论裁判官治权中的“审判权”。

（一）“分野说”之缺陷

虽然裁判官不是法官，但现代学界还是存在一种根深蒂固的误解，即不自觉地将裁判官视作“法官”，并将“外事”与“城市”之分理解为人际审判权的分界。这一观点不仅在国际私法学界较为流行，罗马法学者亦多从之。例如，乔洛维奇（H. F. Jolowicz）和巴里·尼古拉斯（Barry Nicholas）在《罗马法研究历史导论》中写道：公元前242年，出现了第二位裁判官，自此职责得以划分，城市裁判官主管市民之间的司法，外事裁判官主管异邦人之间或市民与异邦人之间的司法。^④人际审判权分野说（下称“分野说”）虽然流行，却值得商榷。

首先，这一观点并不能得到蓬波尼乌斯论述的直接支持。现代学者要么将“分野说”当作事实加以陈述，不加论证，^⑤要么以蓬氏之说为基础论据。^⑥蓬氏之说收录于优士丁尼《学说汇纂》第1卷第2题第2段第27节、第28节。第27节旨在解释“城市裁判官”之名的由来，其中有一句原话是：“他被称为城市的（裁判官），因在城中主持正义之故（*qui urbanus appellatus*

① D. 1, 2, 2, 28.

② 笔者以为这也不难理解。蓬氏生活在2世纪，彼时罗马早已进入帝制时代，公元前242年已经距其三、四百年之久，年代久远、政体变化等因素都会对追溯外事裁判官设置原因的准确性产生一定的影响。

③ 徐国栋：《*Praetor*的实与名：从正名开始的罗马公法研究》，载《求是学刊》2009年第4期，第79页。

④ [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61页。

⑤ 参见〔意〕朱塞佩·格罗索：《罗马法史》，黄风译，中国政法大学出版社2018版，第132页。

⑥ Paul J. du Plessis, *Borkowski's Textbook on Roman law* (Oxford University Press, 6th edn, 2020), p. 32.

est, quod in urbe ius redderet)。”^① 这句话中“在城中”(in urbe)的表述,显然是关于城市裁判官行使治权的地域范围的说明。结合裁判官握有治权的特点,我们可以将之理解为:罗马城中的社会秩序由城市裁判官负责维持。那么异邦人来到罗马城内,与罗马市民之间产生纠纷,城市裁判官去解决它,是否属于“在城中主持正义”?笔者以为,至少蓬氏之说并不排除这种可能性。类似的情况也出现在第 28 节。为何称“第二裁判官”为外事裁判官?“因为他通常在异邦人中间执法(quod plerumque inter peregrinos ius dicebat)。”“‘在异邦人中间’执法”就等同于只能处理异邦人之间的纠纷吗?笔者以为不宜做此解。一个最直接的证据是,如果对蓬氏之语作如此机械的理解,那么罗马市民与异邦人之间的纠纷,以及涉及拉丁人(latini)的争议由谁来负责解决?英国学者多博(Daube)是最早认为有必要专门讨论这一问题的学者。他认为,按照蓬氏的说法,城市裁判官调整市民之间的关系,外事裁判官在异邦人之间执法,那么异邦人和罗马市民之间的纠纷就处于管辖权不明的地带。多博以为,这一问题直到奥古斯都的时代才在法律上得以明确,因为那时出现了“在市民与异邦人中间执法”(inter cives et peregrinos ius dicere)的官方表述。但是他又问,难道完整的表述不应该是“在异邦人中间以及在市民和异邦人之间执法”(inter peregrinos et inter cives et peregrinos ius dicere)吗?^② 可是罗马官方文件里从未出现如此“严谨”的表达。这一观点看似咬文嚼字,却从一个侧面说明,由蓬氏之说引出的人际审判权“分野说”,并不完全可靠。此外,按照多博的逻辑,罗马法上的“自由人”里还有拉丁人,这一群体也不在少数,且无论身份地位还是私法权利能力都有别于罗马市民或异邦人,^③ 然而史料中尚未发现类似“在罗马市民与异邦人与拉丁人之间执法”(inter cives et peregrinos et latinus ius dicere)的说法。

其次,如果坚持“分野说”,将无法解释罗马法史上的某些现象。例如,公元前 111 年的《铭文土地法》(lex agraria epigraphica)就对“分野说”构成直接挑战。该法颁布于格拉古兄弟改革之后,它围绕罗马、希腊和非洲的土地问题展开,涉及公私土地的利用、个人权利、税收、审判等事项。^④ 值得注意的是,这部法令不仅保护拉丁人和异邦人特定的土地权利(第 21 条、第 22 条、第 29 条),还不吝为他们提供司法救济。根据法令的第 30 条、第 33 条和第 34 条,如果对根据法律或平民会决议已经成为私有财产的土地产生争端,则执政官或裁判官中的任何一位都可以受理案件,并由他从公共利益和诚信原则出发,根据罗马的诉讼程序指定审判员。^⑤ 上述规定并没有特别区分外事裁判官与城市裁判官的人际审判权,这说明无论异邦人、拉丁人还是罗马市民,都可以诉至裁判官处。为什么会出现这一情况?意大利学者赛拉奥(F. Serrao)解释说,这是《埃布提亚法》(lex Aebutia)导致的结果。赛氏认为,法律诉讼只能适用于市民之间,因此外事裁判官采取程式诉讼的方式处理涉及异邦人的纠纷;^⑥ 后因法律诉讼过分拘泥于细节,逐渐为人们所厌弃,故而颁布了《埃布提亚法》将之废止。^⑦ 自此以后,无论城市裁判官还是外事

① D. 1, 2, 2, 27.

② David Daube, “The Peregrine Praetor”, (1951) 41 *The Journal of Roman Studies* 66, p. 67.

③ 古罗马社会的自由人分为罗马市民、拉丁人和异邦人三类,参见〔德〕弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼:《现代罗马法体系 VIII: 法律冲突与法律规则的地域和时间范围》,李双元等译,法律出版社 1999 版,第 6 页。

④ 关于该法令的详细介绍,可参见汪洋:《罗马共和国〈铭文土地法评注〉——兼论后格拉古时代共和国末期意大利土地制度》,载《私法研究》2011 年第 10 卷,第 360—361 页。

⑤ M. H. Crawford (ed.), *Roman Statutes (Vol. I)* (University of London, 1996), pp. 117, 144.

⑥ 关于法律诉讼与程式诉讼,请参见本文第四部分的有关论述。

⑦ Gai. 4, 30.

裁判官，也无论纠纷是否涉及异邦人，都使用程式诉讼解决。诉讼方式趋同后，两位裁判官之间的人际审判权分界也逐渐模糊，异邦人可以到城市裁判官处起诉，市民也可以找外事裁判官申诉。这样的背景之下，《铭文土地法》这类不严格区分裁判官人际审判权的立法也就出现了。^① 赛氏的解释存在以下若干问题。第一，法律诉讼并非不能适用于异邦人。盖尤斯（*Gaius*）清晰地向我们展示了如何通过身份拟制使市民法适用于异邦人。^② 如果法律诉讼只能适用于市民之间的前提并不完全可靠，诉权来源不同显然就不是产生裁判官人际审判权分野的原因，那么《埃布提亚法》又怎会成为分界消失的理由？第二，即便《埃布提亚法》确如盖尤斯所言，废除了法律诉讼，城市和外事裁判官自此都开始使用同一套机制确立诉权，这也并不必然导致人际审判权的合流。换言之，即便城市裁判官采取了程式诉讼而非法律诉讼的方式，他的审判权依然可以只面向市民开放，当然前提是城市和外事裁判官管辖权的人际分野确实存在。因此，上述“人际审判权趋同说”并不能很好地解释“分野说”与《铭文土地法》之间的冲突。

最后，最关键的一点在于，“分野说”并未真正做到在历史场景下理解“裁判官”。只有特定范围内的审判权，这或许是帝制时代“治权”被收束之后的“裁判官”的特点，却并不符合其共和时期的形象。事实上，从共和、元首到帝制，“*praetor*”的内涵发生了巨大的变化。在共和时期，无论外事裁判官还是城市裁判官都拥有军事指挥、内政治理等方面广泛的权力，是执政官职责的分担者，也可随时作为后者的替补。下面一个例子可以很好地佐证以上观点。恺撒于遇刺前夕（公元前44年）曾尝试规范罗马城内的救济粮分发，为此必须在城内进行人口普查，以确定哪些人有资格领取救济粮。恺撒遗留的一份立法草案中写道：“只要符合本法的规定，任何人都都有权前往执政官处提出声明，^③ 如果执政官不在罗马城内，此人可以要求在城市裁判官面前作此声明；如果城市裁判官也不在，则可以在外事裁判官面前以同样的方式声明，就好像执政官在罗马城内一样。”^④ 虽然只是草案，但它足以说明，在罗马人的观念里，无论城市裁判官还是外事裁判官，他们都不仅是司法官员，同时还承担行政职能。此外，它也反映出共和时期，两位裁判官可以代行对方甚至执政官的职责。因此，将“外事”和“城市”简单地理解为司法管辖权之别，进而产生两位裁判官的职权泾渭分明的认知，并不符合历史的真实。

学者图平（C. C. Turpin）认为，关于罗马法的早期历史，有许多事情模糊难辨，至今无有定论，故而只得暂且满足于某种看似合理的解释。^⑤ 笔者以为，“分野说”就是如此，它或许在特定条件下相对合理，也能为一些现象提供解释，但自身尚存在首尾难顾之处。有鉴于此，下文将基于史实，尝试就裁判官的“外事”与“城市”之别提出新解。

（二）审判权范围新解

1. 以正名为起点

现代学界多认为城市裁判官专司市民间的纠纷，外事裁判官只解决涉及异邦人的纠纷，其实

① See T. Corey Brennan, *The Praetorship in the Roman Republic* (Vol. I) (Oxford University Press, 2000), p. 134.

② Gai. 4, 37.

③ 此处是指就领取救济粮资格等事项提出申明。

④ Allan Chester, *Ancient Roman Statutes: A Translation with Introduction, Commentary, Glossary, and Index* (University of Texas Press, 1961), p. 93.

⑤ C. C. Turpin, “Bonae Fidei Iudicia”, (1965) 23 *The Cambridge Law Journal* 260, p. 260.

是将“*praetor*”的修饰语——“*urbanus*”和“*peregrinus*”——视作对裁判官职责范围的限定，而这一理解方式深受元首时期及帝制时期官职设置模式的影响。例如，奥古斯都设置了“自由身份裁判官”（*praetor de liberalibus causis*）处理关于某人是否具有自由人身份的争议；皇帝克劳狄乌斯设置了专门处理遗产信托争议的“遗产信托裁判官”（*praetor fideicommissarius*）和专门解决税收纠纷的“税务裁判官”（*praetor fiscalis*）；皇帝马可·奥列留设置了专门处理监护权纠纷的“监护裁判官”（*praetor tutelaris*）等。^①这是因为，共和制坍塌之后，治权重新收束于一人之手，裁判官不再是该权力的分有者，而是更多地被元首或皇帝委以事务性工作，因此在“*praetor*”一词后加上他主管的事务范围加以限定。但这一理解方式并不适用于共和时代的裁判官。

如古罗马时期的铭文所载，“外事裁判官”在官方文件中的正式表述是“在异邦人中间执法的裁判官”（*praetor qui inter peregrinos ius dicit*），^②现代我们所熟悉的“外事裁判官”（*praetor peregrinus*）则是古罗马的历史学家、法学家等创造的简称。结合外事裁判官一职的历史发展线索来看，“在异邦人中间执法”并不等同于“只能处理涉及异邦人的纠纷”。第一次布匿战争之后，罗马实际占领了原为迦太基人控制的西西里岛和撒丁岛。西西里岛是地中海的粮仓，罗马多年鏖战之后获得此地，自然不会再拱手让人。因此自公元前241年开始，罗马便需要一个握有治权的官员驻守西西里，武可平息叛乱，文可治理社会。由于“第一裁判官”按照惯例应当留驻罗马，这一重任就落到了新设的“第二裁判官”身上，这样他就成了事实意义上的“在异邦人中间”（*inter peregrinos*）的裁判官。公元前227年，罗马在西西里及科西嘉与萨丁尼亚（*Corsica et Sardinia*）设立了行省，为此罗马元老院增设两个“异邦人中间的裁判官”，分别派驻两地。公元前197年，罗马在伊比利亚半岛设置了近西班牙行省（*Hispania Citerior*）和远西班牙行省（*Hispania Ulterior*），故而再度增设两个裁判官。这类规律性的行为说明，当时的罗马有意在异邦人中间派驻裁判官，代表罗马治理行省居民。事实上的统治经过美化之后的官方说法便是“在异邦人中间执法”。不过，罗马很快就将执政官（裁判官）延长任期制度常态化，即将已经任满1年的执政官、裁判官派往行省担任总督。^③如此一来，现任外事裁判官也就有了更多的机会留驻罗马城。然而与城市裁判官相比，外事裁判官还是以“流动性”著称。^④简单地说，前者非必要不出罗马，后者则可根据需要驻守任何地方。

再看“城市裁判官”之名的由来，其前身就是设置于公元前356年的裁判官，后因出现了外事裁判官，为示区别才得名“城市裁判官”。它在罗马官方文件中的全称是“*praetor qui inter cives ius dicet*”，^⑤语法结构与“*praetor qui inter peregrinos ius dicit*”完全对应。该全称的字面意思是“在市民中间执法的裁判官”。同样的道理，“在市民中间执法”也未必等同于“只能处理罗马市民之间的纠纷”。史料上称，城市裁判官的治权范围以罗马城外的第五根里程柱为限；除非极其特殊的情况，他不能离开罗马城超过10天。^⑥由此可见，“在市民中间执法”完全可以理解为管

① 周枏：《罗马法原论》（下册），商务印书馆2008年版，第965页。

② See T. Corey Brennan, *The Praetorship in the Roman Republic (Vol. I)* (Oxford University Press, 2000), p. 135; T. Corey Brennan, *The Praetorship in the Roman Republic (Vol. II)* (Oxford University Press, 2000), p. 606.

③ See William Smith, *A Dictionary of Greek and Roman Antiquities* (John Murray, 1875), pp. 956–957.

④ See T. Corey Brennan, *The Praetorship in the Roman Republic (Vol. II)* (Oxford University Press, 2000), p. 608.

⑤ T. Corey Brennan, *The Praetorship in the Roman Republic (Vol. I)* (Oxford University Press, 2000), p. 99.

⑥ See Colleen McCullough, *The First Man in Rome* (Guild Publishing, 1990), p. 767.

辖地域范围的另类表达。这一点不仅与对“*inter peregrinos*”的理解方式如出一辙,也可得到古罗马时期论著的印证。例如,李维(*Titus Livius*)在《建城以来史》(*Ab Urbe Condita*)中多次提到,裁判官们的日常任务是“*ius dicerent Romae*”,即在罗马城执法,^①此外还有兴修水利、征募士兵、督造战船、领兵作战等。另外,此说也可与蓬波尼乌斯所述互为印证,即城市裁判官“在城内主持正义”(in urbe ius redderet)^②。

综上,将“外事”或“城市”的限定理解为对裁判官治权地域范围的划分,也不失为一种可能且合理的解释。随着裁判官(执政官)延长任期制度常态化,外事裁判官已未必派驻海外,但“外事”这一限定语还是被保留了下来。至少在共和时期,这一限定语可于两种语境下发挥作用:其一,强调其管辖地域范围的可变动性,以区别于常驻罗马城的城市裁判官;其二,表明他在裁判官序列中的地位,即城市裁判官的低等级同僚。待至元首及帝制时代,罗马开始设置各种各样的裁判官,并在“*praetor*”后面加上限定以表明其负责的特定事务,“外事”和“城市”也逐渐被视为划分人际审判权的标志,后世学者往往不自觉地以之推测或解释这两个官职在设置之初的目的与意义,以致偏离了历史的本来面目。

2. 裁判官人际审判权的交叉性

(1) 外事裁判官“对内”审判实例

外事裁判官能够处理涉及异邦人的纠纷,这是学界通说,笔者对此也无异议;但不应忽视的是,有证据显示外事裁判官也可以解决罗马市民之间的争议。1760年在意大利古镇维勒亚(*Veleia*)考古发现的一些青铜板残片上记载着法律条文,学者研究后认为其为公元前42年适用于山南高卢的法律,故而被后世命名为《山南高卢法》(*lex de Gallia Cisalpina*)。该法中的一个条文大致规定,就潜在损失担保发生争议,地方长官可以按照以下程式允许当事人提出诉讼:任命XX为审判员;如里克纽斯(*Q. Licinius*)已就争议之事按照罗马外事裁判官告示中规定的要式口约(*ex ea stipulatione*)向塞尤斯(*L. Seius*)作出担保,则无论里克纽斯从善意原则出发根据约定应该向塞尤斯给付何物,或为其完成何事,审判员应该判决里克纽斯履行。^③这里涉及的“要式口约”的条文最初是罗马市民法上极具特色的规定,^④要言之,此条文说明,罗马在收编波河以北、阿尔卑斯山以南的高卢部落定居地之后,打算在此执行“要式口约”。有意思的是该法适用对象的特殊身份。此地居民虽属高卢各部落,但已于公元前42年正式并入罗马本土,居民也自此获得了罗马公民身份。^⑤可见,《山南高卢法》便是要求此地的新晋罗马市民在订立有关潜在损失的要式口约时,遵循外事裁判官告示中的规定。有学者认为,这是因为外事裁判官的管辖权逐渐扩张,或者说与城市裁判官管辖权的界限日益模糊所致。^⑥然而换个角度来看,承认共和时期外事裁判官的管辖权从来就不限于涉及异邦人的法律关系,又何尝不是一种可能的解释?

另有一例可兹佐证。公元前18年左右,奥古斯都将维纳弗茹姆(*Venafrum*)设为殖民地,

① Liv. 35. 21. 1, 38. 42. 5, 39. 45. 4. See Titi Livii, *Ab Urbe Condita*, Perseus Digital Library, <https://www.perseus.tufts.edu/hopper/> (last visited 3 July 2025).

② D. 1, 2, 2, 27.

③ See M. H. Crawford (ed.), *Roman Statutes (Vol. I)* (University of London, 1996), pp. 465, 469.

④ See Bruce W. Frier, *A Casebook on the Roman Law of Contracts* (Oxford University Press 2021), p. 41. 关于《十二铜表法》中有关“要式口约”的具体规定与分析,参见徐国栋:《〈十二表法〉研究》,商务印书馆2019版,第17页、第92页。

⑤ M. H. Crawford (ed.), *Roman Statutes (Vol. I)* (University of London, 1996), p. 462.

⑥ See G. Tibiletti, “Review of F. Serrao, *La ‘iurisdictio’ del pretore peregrino*”, (1955) 33 *Athenaeum* 387, p. 390.

并为该地兴修公共设施,其中包括引水工程。但是,提供给该地的“自来水”并不免费。故此奥古斯都颁布诏令,要求该殖民地的十夫长^①组成大会,为用水分配和水费征收立法,并由本地的联合治安官(*duumvir*)负责具体执行。该诏令规定:无论殖民者还是原住民,凡被委托此事者,如果涉及10000赛斯特斯(*sesterces*)以上的争议,可往外事裁判官处提起诉讼。^② 维纳弗茹姆是意大利半岛拉丁姆平原周边的小镇,到了奥古斯都时代,当地原住民早已全体获得罗马公民身份。至于殖民者则皆为退伍老兵,他们也是不折不扣的罗马公民。所谓的“殖民”,实际就是让退伍兵士获得一块土地以作安置。由此可见,无论原住民还是殖民者,该地居民基本都是罗马公民。此例亦足以证明,奥古斯都只是将处理某地特定金额水权争议的责任分派给了外事裁判官,而根本没有后者必须处理涉及异邦人争议的自觉。^③

(2) 城市裁判官审判权的“对外”功能

罗马市民确实可以向城市裁判官提起诉讼,但这并不意味着后者就必须将求告的异邦人拒之门外。历史上,处理涉及异邦人的纠纷本就是城市裁判官的分内之事。仅罗马与迦太基之间,便至少存在3个跨国贸易协定,分别订立于公元前509年、公元前348年以及公元前279年(或278年)。以公元前348年的协议为例。古罗马的希腊籍史学家波里比阿(*Polybius*)称,此协议内容如下:“在西西里的迦太基行省以及在迦太基城,他可以进行交易,贩卖任何允许公民贩卖之物。迦太基人在罗马亦是如此。”^④ 既然罗马将本邦公民能够从事的交易开放给迦太基,而后者不仅早已属意亚平宁半岛的市场,且又以海上贸易见长,那么来到罗马的布匿商人必定不在少数。一旦在城内发生纠纷,城市裁判官(当时被称为“裁判官”)自然没有理由拒绝处理,毕竟维护城内安定就是其重要职责之一。^⑤ 可见,在外事裁判官出现之前,罗马的裁判官就会处理其辖区内的涉外纠纷。后虽新设了外事裁判官,但迄今尚未发现确凿的文件能够证明,城市裁判官自此以后就被禁止处理涉及异邦人的争议。

盖尤斯提到,城市和外事裁判官都会发布告示。^⑥ 然而德国学者莱内尔(*Otto Lenel*)在分析古罗马时代流传至今的裁判官告示之后发现,这两类告示尽管在内容上存在差异,但差异并不显著。^⑦ 此现象也可从侧面证明,城市裁判官与外事裁判官的人际审判权不存在明确的分野。不过也有学者在坚持“分野说”的前提下,尝试解释上述现象。一种较为常见的观点可以概括为“程式诉讼纳入说”(下称“纳入说”)。此说认为,程式诉讼首先产生于外事裁判官的告示,后因其较之法律诉讼更为灵活、好用,故逐渐得到了城市裁判官的接纳,被应用来处理罗马市民之间的纠纷;而城市裁判官又进一步在实践中发展程式诉讼,这又会反过来影响外事裁判官的实践。^⑧ 因此,城市和外事裁判官的告示就会出现“你中有我、我中有你”的情形。还有少数学者提出了极富想

① 十夫长是古罗马的一种军事指挥官,负责领导骑兵中队。

② Allan Chester, *Ancient Roman Statutes: A Translation with Introduction, Commentary, Glossary, and Index* (University of Texas Press, 1961), p. 115.

③ 维纳弗茹姆地处意大利的坎帕尼亚大区,因为公元前89年的“尤里乌斯公民权法案”,到了奥古斯都时代,绝大部分原住民都具有罗马公民身份;至于殖民者,主要是退役的军团兵,无疑也是罗马公民。关于维纳弗茹姆的情况,参见 Chisholm Hugh (ed.), *Encyclopedia Britannica* (Vol. 27) (Cambridge University Press, 11th edn, 1911), p. 980.

④ [古希腊]波里比阿:《罗马帝国的崛起》,翁嘉声译,社会科学文献出版社2013年版,第293—294页。

⑤ David Daube, “The Peregrine Praetor”, (1951) 41 *The Journal of Roman Studies* 66, p. 67.

⑥ Gai. 1, 6.

⑦ Vgl. Otto Lenel, *Das Edictum Perpetuum: Ein Versuch Zu Dessen Wiederherstellung* (Legare Street Verlag, 1907), S. 3.

⑧ H. F. Jolowicz and Barry Nicholas, *Historical Introduction to the Study of Roman Law* (Cambridge University Press, 1972), p. 58.

象力的“希腊哲学影响论”，即程式诉讼原本只出现在外事裁判官和行省告示中，但是希腊的自然理性观念唤醒了沉睡的罗马人，于是城市裁判官也开始在他的告示中做出大胆的创新。^① 遗憾的是，以上两种假说皆缺乏足够的解释力。“纳入说”一方面认定外事与城市裁判官在人际审判权、诉讼程序和法律适用方面的差异泾渭分明，^② 一方面又推论城市裁判官可以自由地跨越鸿沟，借用甚至发展程式诉讼，这岂非自相矛盾？当然，“纳入说”可以推测《埃布提亚法》为城市裁判官采用诉讼程式提供了契机，但一则此法的确切内容尚不可知；二则学界关于该法的产生原因、效果等未有定见；三则也完全可以认为，该法不过是城市裁判官大量运用程式诉讼的结果而非原因。^③ 至于“希腊哲学影响论”则明显缺少事实的支撑。根据学者考证，真正将斯多葛学派的自然理性观念引入法学，进而提出“万民法”概念的是西塞罗。^④ 他活跃于罗马共和末期，彼时从法律诉讼到程式诉讼的转型已经是大势所趋。因此与其说是自然理性观念推动了城市裁判官接受程式诉讼，不如说是程式诉讼以及万民法的蓬勃发展促使学者开始思考总结此现象背后的理论根源，最终借鉴并发展了古希腊的哲学思想。

上述种种现象说明，如果从各自领有专属的人际审判权的角度理解两类裁判官，可能会遇到诸多掣肘。事实上，共和时代的罗马并无现代西方所谓“三权分立”或“司法权独立”的政体构想。在彼时的政治结构中，裁判官就争端发表决定性意见，不过是治权的具体体现，或者说，共和时代裁判官的真正属性是治权的掌握者，而非专务司法的技术性官员。^⑤ 因此，揣测罗马会以人际司法管辖权的范围为标准命名、划分裁判官，并不符合当时的历史场景。共和时代的“城市”与“外事”之别，更可能源自等级差别，与主管的地域范围也有一定关系。另外，不同的裁判官也可能被分派监管不同类型的事务，例如处理特定的水权纠纷等。但整体上看，城市裁判官从未被禁止处理涉及异邦人的纠纷，外事裁判官也极可能有权调整罗马市民之间的关系。^⑥

审判权的交叉性说明，外事裁判官只处理涉及异邦人的纠纷、城市裁判官只解决罗马市民之间争议的“分野说”并不完全可靠。由此就很容易导致对国际私法和罗马法学界的“通说”（即万民法由外事裁判官创制）的进一步怀疑，即如果外事和城市裁判官皆可审理涉及异邦人的纠纷，那么将万民法的创制完全或主要归功于外事裁判官是否妥当？分析至此，大概可以推测，在万民法的起源方面，即便外事裁判官的确居功至伟，城市裁判官也同样功不可没，而非扮演着传统理论中“坐享其成”的角色。然而，以上判断究竟是否准确，还需要以确切把握万民法的创

① Bryan Walker, *The Fragments of the Perpetual Edict of Salvius Julianus* (University Press, 1877), pp. 11–13.

② 在常见叙述里，两位裁判官设置之初，在人际审判权、诉讼程序和法律适用方面均存在明显差别：城市裁判官采用法律诉讼程序，适用市民法，处理市民之间的纠纷。外事裁判官用程式诉讼，发展出万民法以处理涉及异邦人的纠纷。对此可参见〔意〕朱塞佩·格罗索：《罗马法史》，黄风译，中国政法大学出版社2018版，第198—199页。

③ 例如有学者认为，制定《埃布提亚法》的目的在于限制原告为实现自身利益而在两种诉讼方式之间挑拣。See P. Birks, “From Legis Actio to Formula”, (1969) 4 *Irish Jurist* 356, p. 364. 也有学者提出，《埃布提亚法》旨在使原本以裁判官治权为基础的程式诉讼获得确定的、民法上的效力。See David Johnston, *The Cambridge Companion to Roman Law* (Cambridge University Press, 2015), pp. 295–296. 以上两种观点虽不尽相同，但无疑都认为先有城市裁判官采用程式诉讼，后有《埃布提亚法》的问世。

④ Dante Fedele, “Ius gentium: The Metamorphoses of a Legal Concept”, in Edward Canavagh (ed.), *Empire and Legal Thought: Ideas and Institutions from Antiquity to Modernity* (Brill Nijhoff, 2020), p. 2.

⑤ 参见〔意〕朱塞佩·格罗索：《罗马法史》，黄风译，中国政法大学出版社2018版，第119页、第174页。

⑥ See T. Corey Brennan, *The Praetorship in the Roman Republic (Vol. I)* (Oxford University Press, 2000), pp. 79–82, 109–135; T. Corey Brennan, *The Praetorship in the Roman Republic (Vol. II)* (Oxford University Press, 2000), pp. 459–462.

制过程为基础。惟其如此，才能真正分清楚城市裁判官与外事裁判官的作用，并彻底打破外事裁判官与万民法创制之间根深蒂固的因果联系。

四 裁判官与万民法

学界有观点遵循以下理路描述万民法的创制过程：公元前 3 世纪外事裁判官被设立，专事涉及异邦人的审判；为保护异邦人的权利，外事裁判官改良诉讼模式、创制程式诉讼，其司法实践中的经验以外事裁判官告示的形式积累下来，由此产生了万民法。^① 此类叙述很容易让人产生这样的印象，即外事裁判官与万民法之间存在某种因果关系，没有外事裁判官就不会有万民法。^② 笔者以为，外事裁判官在万民法的创生过程中的作用确实毋庸置疑，但如果采取线性的理解方式，将外事裁判官的存在视为万民法发展的必要条件，则既失之于简单，也不符合实际。因此，让我们从厘清万民法的创制方式入手，探究裁判官与万民法的真实关系，并为认清万民法的适用范围奠定基础。

（一）万民法创制方式

1. 裁判官与程式诉讼

与现代社会将诉权视为实体权利的保障手段不同，古罗马人认为，先有诉权然后才有实体权利。换言之，除非私主体能够成功地提起诉讼，否则权利就形同虚设。^③ 依时间线索来看，古罗马的诉讼制度有三个发展阶段，即“法律诉讼”（*legis actiones*）、“程式诉讼”（*formula*）和“非常诉讼”（*cognitio extra ordinem*）。从法律诉讼到程式诉讼，其中发生的诉讼制度转型与万民法的产生息息相关，是本论关注的重点。概括地说，此二者都包括两个基本构成单元，即法律审（*in iure*）和裁判审（*apud iudicem*）。法律审的主要目的是对原告有无诉权加以判断，如果负责法律审的官员拒绝将诉权给予原告，那么他借由诉讼实现自己实体权利的途径就此断绝。只有通过了法律审才能进入裁判审，即由原、被告双方指定的审判员^④对实体争议作出裁判。

在法律诉讼中，法律审具有严格形式主义的特点，因为“这些诉讼遵循法律的词句”，因而同法律一样被奉为不可更改。盖尤斯举例说，设若某人因葡萄树被他人砍伐而提起诉讼，如果他使用了“葡萄树”这个词，那么他将败诉，因为诉权的依据来自《十二铜表法》，该法只有关于“砍伐树木”的规定，没有提到“砍伐葡萄树”。^⑤ 此类“白马非马”的做法明显过于教条，因而日益为罗马人所厌弃。^⑥ 尤其是第一次布匿战争之后，罗马经济和生活模式发生了剧烈转型，

① Fredrich K. Juenger, *Choice of Law and Multistate Justice* (Transnational Publishers, 2005), p. 8.

② 也有学者提出，关于外事裁判官为何能够受理外邦人之间的诉讼，原因仍不明晰，“而且认为外事裁判官创造了万民法，风险更大”，不过这种观点并未成为当今学界的主流。Cf. Emmanuelle Chevreau, “Le ius gentium: entre usages locaux et droit romain”, in Julien Dubouloz et al. (dir.), *L'imperium Romanum en perspective* (Presses universitaires de Franche-Comté, 2014), p. 317.

③ 周枬：《罗马法原论》（下册），商务印书馆 2008 年版，第 937 页。

④ 审判员由当事人从审判员名册中共同选定。需要说明的是，所谓“审判员”不是专职的法官，他们通常由元老院元老充任，到了共和制末期，骑士阶层也进入了法官名册。

⑤ Gai. 4, 11.

⑥ Gai. 4, 30. 此外，盖尤斯的《法学阶梯》还记录了大量“法律诉讼”注重形式、程序繁琐又缺少变通的事例（Gai. 4, 16 - 17; 21）。

令法律诉讼自身的种种缺陷愈发突出。归根结底，这种诉讼模式之所以走向末路，乃因其法律基础——服务于农耕社会的《十二铜表法》等——逐渐无法满足日益发达的商业活动的实际需求所致。

如果是现代法治国家面对这一问题，大概率会出台一部新的合同法或贸易法以作应对。但这并不符合罗马人的思维习惯，他们是典型的实干家，并不擅长凭空制定法律，而是天然地倾向于先积累实践经验。^① 在罗马的官员中，裁判官恰恰处于此类实践的前沿，他是治权的拥有者，有能力也有必要从社会治理的角度营造良好的营商环境，落到细微处便是根据形势的需要修正并发展诉权。为此，裁判官不再拘泥于法律诉讼的条条框框，而是开始在法律审阶段加入自己的判断：对于已经过时的诉求，即便于市民法上有据可查，裁判官也会以添加要件的方式从实质上拒绝给予原告诉权；反之，如果遇到一些有必要保护的权益，即便没有现成的法律依据，裁判官也会扩展既有诉讼类型的适用范围，从而达到准许当事人提起诉讼的目的。^② 由此就形成了一种新的诉讼形式——程式诉讼，其特点是：裁判官在法律审阶段审查案件后，以程式书概括案情要点，载明原告诉求（*intentio*）、被告抗辩（*exceptio*）等关键争议，并附具判罚指南（*condemnatio*），为审判员的事实审裁判提供明确指引。^③

2. 程式诉讼与万民法

程式诉讼本质上来说是关于能否及如何实现诉权的规定，而万民法则常常表现为实体法上的规则，那么二者之间的联系怎样建立呢？给出学理上的解释并不难，只需把握住罗马法律制度中“没有诉权就没有权利”的特质即可。裁判官看似不能直接对实体争议作出裁决，但其实他把控着诉求能否得到法律保护的阀门，因此在实体权利与诉权密不可分的古罗马法律世界里，裁判官绝对有能力影响实体法的发展走向。

为免讨论失于泛泛，下文试举一例。假设在公元前2世纪的某一天发生了一桩买卖纠纷：两位罗马市民——昆图斯（*Quintus*）和赛维尤斯（*Servius*）——订立了奴隶买卖合同。作为卖方，昆图斯声称自己出售的某个奴隶能写会算、精通希腊文，赛维尤斯对此表示满意，并愿意支付昆图斯开出的价金12000赛斯特斯，这比一般奴隶的市场价高出不少。昆图斯随即交付了奴隶，赛维尤斯也支付了价款。过了几天赛维尤斯发现，昆图斯交付的是一个连蜡板都不会用的普通奴隶。一气之下，他来到裁判官面前提起买受之诉（*actio empti*）。裁判官了解了事件经过后，出具一份程式书，其内容如下：“XX是审判员。赛维尤斯花费12000赛斯特斯购自昆图斯的奴隶既不会书写、计算，也不精通希腊文。如果该申明查明属实，审判员判罚昆图斯向赛维尤斯给付超出奴隶实际价值的部分；如果不能证实，那便赦免他。”在这份诉讼程式中，第一句是指定审判员；第二句是事实陈述，其要在于提炼原告请求所依托的基本事实；^④ 第三句是判罚程式，作用在于“授权审判员宣布判罚或者开释”。^⑤ 该程式提供了两个选项：如果审判员发现昆图斯所售奴隶并不具有其所声称的特殊技能，那就判处昆图斯向赛维尤斯给付超出该奴隶实际价值的那部分款项；如果发现昆图斯确实卖给赛维尤斯一个能写会算、精通希腊文的奴隶，那就免去昆图斯支付

① 参见周枬：《罗马法原论》（上册），商务印书馆2008年版，第15—16页。

② 参见马丁：《罗马法上的“诉”：构造、意义与演变》，载《中外法学》2013年第3期，第558—559页。

③ Gai. 4, 39—43.

④ Gai. 4, 40.

⑤ Gai. 4, 43.

这笔款项的义务。

由此可见，裁判官虽然不就实体争议作出最终裁决，却可以表明对特定行为的支持或反对，并以此引导审判员的裁判。这样的程式逐渐固定下来，在裁判官的永久告示中就可能出现如下表述：“如果交付的奴隶不具备卖方所宣称的技能，则我将允许买方就其额外支付的价款提出买受之诉。”学者们再对这样的告示加以解答或评注，例如优士丁尼《学说汇纂》中收录了法学家乌尔比安（*Ulpian*）的一段话，其大意是：如果卖主为了以更高的价格售卖而实施了欺骗，例如谎报奴隶的技能等，那么他将会被提起买受之诉，且数额是买方为奴隶的特殊技能额外支付的价款。^① 乌尔比安的论述显然已经过官方的认可，并获得了权威性，那么它就成了万民法上的一条规则。^②

（二）万民法产生动因

现在回到本节开头提出的问题，万民法到底为何而生？外事裁判官在其中扮演了何种角色？学界有观点认为，因为法律诉讼无法保护异邦人，所以外事裁判官才在实践中逐渐革新诉讼制度，发明了程式诉讼，^③ 而后者正是万民法生长的土壤。这一观点其实基于两种假设性前提：第一，因为市民法不能适用于异邦人，所以创制万民法保护后者的权利；第二，外事裁判官的设置与万民法之间存在某种因果联系。

第一个前提比较容易反驳。事实上，市民法并非不可适用于异邦人，盖尤斯的《法学阶梯》就记录了裁判官在这方面的尝试。该书第 4 编第 37 章记载，“如果异邦人是根据我们的法律^④为有关问题规定的诉权起诉或者被诉，只要将这种诉讼扩大适用于异邦人是正确的”，那么我们可以给予异邦人虚拟的罗马市民身份。^⑤ 这说明罗马人并不像现代人想象的那么刻板，若有必要，他们并不介意将市民法适用于非罗马市民。故而仅从市民法或法律诉讼不可保护异邦人的角度来理解万民法问世之必要，尚不够全面。虽然绝大部分罗马市民法中关于婚姻、家庭、继承的规定不会适用于异邦人，但我们也不要忘记，万民法的规定同样很少涉及以上法律关系的细节，因为它主要是一部贸易法，以调整契约关系为主要目的。设若市民法中也有类似万民法的规定，比如买卖合同以合意达成为订立标志、^⑥ 葡萄酒的取货时间以不影响卖方酿制新酒为最后期限^⑦等等，它们也不可用于异邦人吗？大概率上不会如此。因为此类规则的适用完全可以通过身份拟制得到实现。可见，并非市民法从司法技术上不能适用于异邦人，而是市民法有关经济交往的既有规则落后于时代的要求。

关于第二个前提成立与否的讨论相对困难一些。毕竟从史料来看，裁判官设置了多年，一直未见万民法的异军突起，反倒是外事裁判官于公元前 3 世纪出现后，该法就获得了突飞猛进的发展。例如卡泽尔（*M. Kaser*）和克努特尔（*R. Knütel*）在《罗马私法》中说，程式诉讼（包括由

① D. 19, 1, 13, 4.

② 参见〔意〕朱塞佩·格罗索：《罗马法史》，黄风译，中国政法大学出版社 2018 版，第 279—280 页。

③ Paul J. du Plessis, *Borkowski's Textbook on Roman law* (Oxford University Press, 6th edn, 2020), p. 34.

④ 此处指罗马市民法。

⑤ Gai. 4, 37.

⑥ D. 18, 1, 1, 2.

⑦ D. 18, 6, 4, 2.

此产生的万民法)很可能就是外事裁判官率先采用的,因为这一官职是公元前242年左右在原来唯一的裁判官之外新设的。^①但是笔者以为,并不能仅凭时间线上的重合,就推测二者之间存在因果联系。那么到底应该如何看待外事裁判官与万民法之间的关系呢?我们可以先尝试澄清刺激万民法发展的真正动因。

布匿战争之前,农耕始终是罗马社会最重要的生产生活方式,这一点在兵事上就有显著体现。正如蒙森(T. Mommsen)所言,早期罗马虽然好战,但发动战争的核心诉求只有两点:掠夺人口和篡取土地。二者从根本上说都服务于农业生产,掠夺人口是为了强迫被征服部落彻底融入罗马社会,从事农耕生产;篡取的土地则通常是被征服者可耕地之边区的三分之一,罗马人于其上建立自己的农场,此举被概括为“以锄犁保全干戈所夺来的土地”。^②这也是罗马与周边部落的最大不同,后者仅以劫掠财物及人口为目的。蒙森甚至认为,罗马的伟大就“奠基在深深扎根于土地的农民的牢固团结”。^③早期罗马小农经济的特征也体现在法律制度方面,要式买卖(*mancipatio*)就是这方面的典型代表。盖尤斯《法学阶梯》中记载,罗马法将“物”分为两类:要式物(*res Mancipi*)和略式物(*res nec Mancipi*)。^④转让要式物必须遵守郑重而繁琐的形式,^⑤且仅限于在罗马市民之间进行,略式物则无此要求。可见,要式物在罗马法上有着特殊性。盖尤斯说,只有三类物品属于要式物:奴隶(或可以买卖的自由人)、可驾驭的牲口以及意大利的土地。^⑥很明显,正因罗马长期处于农耕文明阶段,而此三者又皆为农业生产不可或缺的生产要素,因此才会得到法律的特殊对待。除此之外,《十二铜表法》中还有其他很多规定都服务于农业经济形态,例如不得盗取葡萄园架材(第六表第8条)、树枝不得高于15尺以及邻地树木倾入即可剪除(第七表第9条)、可入邻地捡拾自家树上落入邻地的果实(第七表第10条)、处死夜间在快要成熟的庄稼地放牧或者盗割庄稼者(第八表第9条)、烧毁房屋附近谷物堆者应被处以火刑(第八表第10条)等规定。^⑦相对地,市民法中几乎没有什么现成的规定能够满足复杂交易的需求。

然而,随着罗马势力的不断扩张,变化悄然而至,转折点就是公元前241年结束的第一次布匿战争,也即外事裁判官之职设置的前后。对于罗马来说,这场战争的意义不仅在于战胜了曾经不可一世的海上霸主迦太基,更重要的是,它是社会经济结构剧烈转型的开端。长达24年的战争令罗马投入了举国之力,具有公民身份的农民是战争的主力,他们放下锄头,来到战场拼杀,即便能够幸运地全身而退,返乡后多半也只能面对已经荒芜甚至被侵占的自家田地。小农阶级的衰弱因汉尼拔发动的第二次布匿战争而愈发严重。令情况雪上加霜的是,自从获得了西西里这个粮食大省后,罗马小麦的三分之一都依赖进口,这就挤占了本地粮食市场。小土地所有者不得不转去种植橄榄、葡萄等经济作物,然而这不仅需要高昂的前期投入,还存在不可预见的风险,故

① 参见〔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786页。

② 参见〔德〕特奥多尔·蒙森:《罗马史》(第1卷),李稼年译,商务印书馆1994年版,第167—168页。

③ 参见〔德〕特奥多尔·蒙森:《罗马史》(第1卷),李稼年译,商务印书馆1994年版,第168页。

④ Gai. 2, 14a—21,具体内容可参见〔古罗马〕盖尤斯:《法学阶梯》,黄风译,中国政法大学出版1996年版,第82—84页。

⑤ Gai. 1, 119.

⑥ Gai. 1, 120; 2, 27.

⑦ 参见徐国栋:《〈十二表法〉研究》,商务印书馆2019版,第20—21页。

有些人不得不借高利贷维持生计，有些人则干脆出卖土地另谋生路。^① 大量平民与土地的联系被生生切断，土地逐渐集中到了贵族和“资本家”的手上，这一状况愈演愈烈，罗马史上令人印象深刻的“格拉古兄弟改革”就是该问题的集中爆发。

一方面小农经济不断衰败，另一方面罗马却在成为地中海霸主的道路上高歌猛进。如果说早年赢得战争为的是人口和耕地，那么布匿战争之后的罗马明显有了更大的胃口，它一边将曾经独立的王国、城邦、部落逐一行省化，借此获得大片的国有土地、高额的赋税、取之不竭的矿藏与人力资源，一边清除势力分割造成的贸易壁垒，逐渐推动了以地中海为内海的大贸易市场的形成。在共和时代中晚期，人口流动成为稀松平常之事，大批富裕的罗马公民向行省移民，他们或者成群结队地参与到包税事务中，利用国家政策大发横财；或者倒买倒卖，例如存储征收上来的谷物，待到价高时卖出；或为一时拿不出税款的城镇提供高息贷款；又或以私人投资者的身份与包税公司挂钩，签署有利可图的合同。^② 与此同时，来自希腊、叙利亚、埃及的商人也频繁地出现在意大利本土，这些人天生就熟悉商业和航海术，在“罗马的和平”（*Pax Romana*）之下更加如鱼得水地从事自己的老本行。

从小农主导的农耕社会到商人与资本大行其道的准帝国时代，农本主义孕育的、以《十二铜表法》为代表的罗马市民法，尤其是其中涉及交易的规定已经无法满足时代的需要，那么扎根于市民法的法律诉讼自然也就显得力有不逮。因此究其根源，不是市民法无法适用于异邦人，而是该法本身已经不能适配于新兴的经济模式，即使在市民之间也是如此。换言之，如果市民法本身还能满足现实的需要，那么按照盖尤斯所述，罗马人大概会毫不犹豫地通过身份拟制^③或者其他办法，使它继续在涉及不同身份主体的诉讼中发挥效力。程式诉讼与万民法恰逢其时的出现，就像是为罗马古老的法律机制注入了新鲜血液，使其重新焕发了生机，从而得以应对时代的变迁。正如有学者所言，在市民法体系下，行使诉权的核心问题为是否符合形式要求；而在万民法体系下，核心问题则变为当事人的意图是什么。^④ 综上所述，与其说创制程式诉讼是为了保护异邦人，不如说是裁判官在主动地适应社会经济的剧烈转型，不让根植于农耕文明的、保守的法律诉讼成为自由贸易的藩篱。

现在我们来重新考虑万民法与外事裁判官“深度捆绑”的观点。不可否认，外事裁判官的设置与万民法的飞速发展几乎同时发生，这很容易使人产生错觉，以为是前者凭一己之力令后者日新月异。笔者以为，二者之间确有关联，但不宜过分放大外事裁判官在万民法发展过程中的作用。外事裁判官与万民法之所以在同一个历史阶段出现，根本原因在于二者都是罗马社会结构与经济模式转型的产物。如前所述，外事裁判官以“第二裁判官”的身份登上历史舞台，直接目的是应对战争危机，但此时恰逢罗马的势力即将冲出意大利半岛之际，故而公元前242年的危机解除之后，“第二裁判官”便被赋予了新的使命。他远赴海外，“在异邦人中间主持正义”，外事裁判官之名便来源于此。可见，这一官职的出现与罗马势力在地中海世界的飞速扩张如影随形。同样也是这股力量催生了万民法。虽然罗马在共和早期便已有了跨国交易的经验，但海外市场的扩张与资本在地中海世界的自由流通却要待到第一次布匿战争之后。彼时

① 参见〔美〕腾尼·弗兰克：《罗马帝国主义》，宫秀华译，上海三联书店2012年版，第106页。

② 参见〔美〕腾尼·弗兰克：《罗马帝国主义》，宫秀华译，上海三联书店2012年版，第281—286页。

③ Gai. 4, 37.

④ See F. P. Walton, “Growth of Commercial Law at Rome”, (1893) 5 (4) *Juridical Review* 332, p. 341.

的罗马从西西里行省开始，版图逐渐跨越欧亚非三大洲，“地中海商圈”也开始逐渐成形，主要服务于农耕文明的《十二铜表法》再也无法满足资本与商业日益发达的罗马。当旧的上层建筑不能适应于新的经济基础之时，需要改变的往往是前者。于是借由裁判官（包括外事裁判官与城市裁判官）、法学家、行省总督等人之手，万民法应运而生。也正因如此，外事裁判官的设置与万民法的欣欣向荣在历史的时间线上重合。归根到底，二者都是时代的产物，既是罗马走出意大利半岛、统一地中海世界的表现，也是推动这一进程的工具。当然，我们不能否认外事裁判官在推动万民法蓬勃发展方面的作用，但也不能臆测二者之间存在必然的因果关系。

五 结语

德国法学家耶林（Jhering）曾提出一个经典论断：罗马前后三次促成各民族的统合，第一次是依靠武力，第二次借助教会力量，第三次则是“通过中世纪对罗马法的继受，达成法律统一”。^① 上述观点虽然带有典型的“欧洲中心主义”倾向，却也道出了罗马法在梳理现代西方法制渊源与演进脉络中，占据着不可替代的关键地位。而万民法作为罗马法中不容忽视的组成部分，同样值得今人深入探究其内在机理。

不过由于年代久远、社会背景迥异、文献逸散等客观原因，对万民法的溯源性讨论并不容易，尤其在一些尚缺乏直接证据的情况下，只能依赖间接证据以及学者的判断甚至想象。外事裁判官创制万民法的通说，在一定程度上就是如此。它综合了蓬波尼乌斯的论述、外事裁判官的名称考据、元首制和帝制时代裁判官的分类模式等因素，看似言之凿凿，因而能够统治学界数百年之久。然而，此说却有意无意地忽视了另外一些同样关键的证据，例如裁判官作为“第三执政官”的社会身份与职责、设置外事裁判官的战争背景、铭文和史料中所示的外事与城市裁判官的真实关系以及二者在职权范围上的交叉性等。

全面考察上述史料，不仅有助于我们重新厘定外事裁判官在万民法发展过程中扮演的角色，更能以此为契机，加深对万民法起源的认识。要言之，以第一次布匿战争为标志，罗马开始从蕞尔小邦转型为一方霸主，并在接踵而来的安条克战争、两次马其顿战争和第二次布匿战争中一再证明自己的实力，从而为荡平地中海周边不同的势力、整合地域资源打开了通途。来自不同部族的人员得以在“罗马的和平”下各取所需。与大量异邦人同时涌现的是崭新的交易模式，深谙商贸之好处的罗马对二者都不会排斥。因是之故，外事裁判官的设置与万民法的蓬勃发展，才会在此特定历史阶段几乎同时发生；归根结底，二者都服从于罗马拓展海外势力的需要，前者以文治武功助力实现此目标，后者则直接为统一市场的形成提供制度保障。准此，以社会治理为己任的外事裁判官必定会保护商业的发展，而通过程式诉讼发展万民法不过是其诸多治理手段中的一种；但反过来说，外事裁判官的出现并非万民法发展的必要条件，其他握有治权的官员，诸如城市裁判官、行省总督等，同样会出于社会治理的目的，为万民法注入强势动能。

回到文章开头提出的另一个问题，万民法真如国际私法学界所认为的，只能适用于涉及异邦人的纠纷，而不能适用于罗马市民之间吗？笔者以为，答案已经不言而喻。如前所述，万民法出

^① Vgl. Rudolph Jhering, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung* (Druck und Verlag von Breitkopf und Härtel, 1866), S. 1.

现的真正原因是为了满足罗马建设地中海市场的现实需要，由此而生的法律怎么可能只对有异邦人参与的民商事关系有效？除非罗马要将市民摒弃在蓬勃发展的经济活动之外。综上，对于罗马市民而言，市民法与万民法都是他们的行为准则。因此，盖尤斯才写道：“罗马人民部分地使用他们自己的法律，部分地使用全人类共有的法律。”^①而对于异邦人来说，他们在必要时遵守万民法的规定，至于婚姻、家事等方面则可以延续本群体自己的法律或习俗。此为准确定位万民法、正确理解古罗马早期法律世界的重要线索。

The Origin of *Ius Gentium* : From the Perspective of *Praetor* in the Roman Republic

Wang Yi

Abstract: It is generally acknowledged in academic circles that the *praetor urbanus* adjudicated disputes among citizens, while the *praetor peregrinus* handled controversies involving *peregrini*, with each performing their respective duties without interfering in the other's affairs. Starting from this premise, both the private international law and Roman law academics basically recognize that *ius gentium* was originally created by the *praetor peregrinus*. The former further infers that this law applied only to relations between “foreigners” and Roman citizens or among “foreigners” themselves; the latter, however, argues that *ius gentium* could also apply to relations among Roman citizens. While the divergence of views is worthy of discussion, the truthfulness of their shared premise also needs to be examined. Based on a reasonable inference from original documents and important historical facts, at least during the Republican period when *ius gentium* flourished, the key distinction between the *peregrinus* and *urbanus praetors* probably did not lie in whether their judicial jurisdiction was “foreign-related”, but rather in the division of official ranks and the scope of governance. The authority of the *praetor urbanus* was mostly limited within the city of Rome, whereas the *praetor peregrinus* often served as a deputy to the *praetor urbanus* and could be dispatched outside Rome at any time. This understanding can provide a more coherent explanation for the origin, purpose, and nature of *ius gentium*. In short, although the flourishing of *ius gentium* coincided closely in time with the establishment of the office of *praetor peregrinus*, and the *praetor peregrinus* did promote the development of *ius gentium*, the *praetor peregrinus* was not a necessary condition for the development of *ius gentium*. Both were products of Rome's overseas expansion, representing two manifestations of the same cause. From its inception, *ius gentium* was jointly developed by the two *praetors* to adapt to the drastic social changes brought about by the transformation of the economic model. It was not a law applicable only to *peregrini* but a common code of conduct for both Roman citizens and *peregrini*.

Keywords: *Ius Gentium*, *Praetor*, Substantive Law, Litigation, *Ius Civile*

(责任编辑: 林 强)

^① Gai. 1, 1.