

et lux in tenebris lucit

厦门大学法学院罗马法研究所年刊

罗马法与现代民法

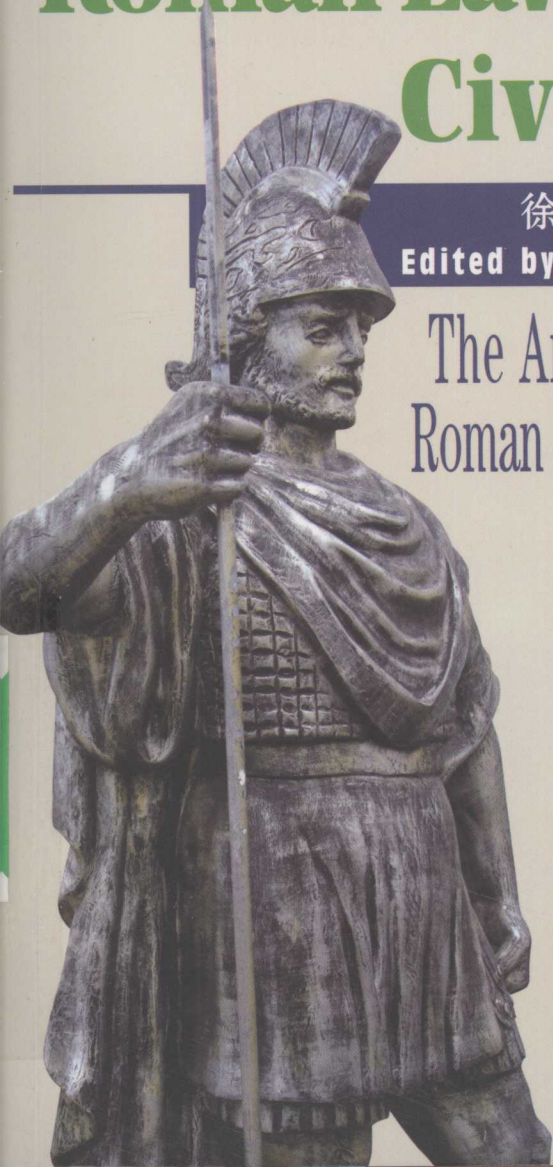
第六卷 (2005年号) Vol.VI(2005)

Roman Law and Modern Civil Law

徐国栋 主编

Edited by Prof. Xu Guodong

The Annals of Institute of
Roman Law, Xiamen University



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

et lux in tenebris brach

THE UNIVERSITY OF CHINA PRESS

罗马法与现代民法

第三版 | 2008年8月 | 16开 | 300页

Roman Law and Modern Civil Law

王泽鉴 主编

Edited by Wang Zhejian

The Faculty of Institute of
Law, National Taiwan University

中国政法大学出版社
China University of Political Science and Law Press

et lux in tenebris lucit

厦门大学法学院罗马法研究所年刊

罗马法与现代民法

第六卷 (2005年号) Vol.VI(2005)

Roman Law and Modern Civil Law

The Annals of Institute of Roman Law, Xiamen University

徐国栋 主编

Edited by Prof. Xu Guodong



厦门大学出版社

XIAMEN UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

罗马法与现代民法/徐国栋主编. —厦门:厦门大学出版社, 2008. 11

ISBN 978-7-5615-3110-5

I. 罗… II. 徐… III. ①罗马法-文集②民法-文集 IV. D904.1-53
D913.04-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 160011 号

厦门大学出版社出版发行

(地址:厦门大学 邮编:361005)

<http://www.xmupress.com>

xmup @ public. xm. fj. cn

沙县方圆印刷有限公司印刷

2008 年 11 月第 1 版 2008 年 11 月第 1 次印刷

开本:787×960 1/16 印张:26 插页:2

字数:460 千字 印数:0001~2000 册

定价:35.00 元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换

主编絮语

3年前的7月28日,我写成了本年刊第5卷的主编絮语,未料在近3年后的今天,我才写第6卷的同样文字。一方面,在这3年中,我沉溺于自己的著述,疏于“为他人作嫁”;另一方面,我与过去的出版社的关系发生了变迁,一句话,“山有木兮木有知,君对俺好兮俺不知”。现在“知”了,但我面对的已是市场机制了。好在厦大的几个方面给了我一些资助,我得以打起精神,把各位亲爱的作者、译者的稿件一一打理停当,然后在做客苏州大学的期间写本卷的主编絮语。

我们首先面对的是在中国人所共知的意大利著名罗马法学者桑德罗·斯奇巴尼教授的论文《扬弃优士丁尼〈学说汇纂〉以继续发展和解释罗马法体系》,它是为《学说汇纂》的意大利语译本写的序言,详细地论述了优士丁尼法典编纂的完成及其影响,对这种影响的描述横跨中世纪和现代两个大的时间段,以及欧洲、拉丁美洲和亚洲三个大的地理区域,是我见到的最全面的对罗马法系流变史的介绍。我个人从此文受益良多。例一,我搞清了《法典》第二版的来历,原来,《法典》的第一版是优士丁尼法典编纂的初始成果,完成整个法典编纂后发现它过时了,于是又回过头来重整《法典》,形成其第二版。这个修正,证明优士丁尼很有点与时俱进的精神呢!例二,萨维尼时代俨然罗马法大国的德国实际上是通过一些制度设计才推广罗马法的,该国的帝国枢密法院曾规定,法官中的一半必须是精通罗马法的法学家。大家都想当法官,拿高薪,为此要通过罗马法考试,于是,罗马法就推广开了。看来,如果中国当局把罗马法设为司法考试的内容,中国的罗马法也可复兴一番了。例三,本文像约翰·罗尔斯一样把万民法与国际法区分开来,认为前者是人民之间的法,后者是国家之间的法。如此,把万民法作为国际法的起源就说不过去了。

《反垄断法:从芝诺敕令到德意志神圣罗马帝国的立法和判例》一文是德国汉学家门策教授对本刊的贡献,是他直接用中文写成的,甚是难得。此文认定自古就有反垄断法,由此可能要把垄断资本主义的形成前推许多时间,相应地要把经济法(反垄断法是其核心内容之一)的产生时间前推许多。可贵的是,他从罗马的反垄断法一直贯通到近世德国的同样立法,一方面证明了垄断问题的古老性,另一方面证明罗马法在一个具体问题上对当时的德国法的支

配。文章中的一些花絮让我笑逐颜开。例如,某位德国公爵提出抽烟习惯本身有问题,因此,通过垄断限制抽烟习惯有道理,此语深得我心焉!我还从此文知道,出租车在世界各国的通名来自一个叫做 Taxis 的人的名字,他付高价从皇帝那里取得了经营邮政的特权。想来他最初开的是邮车,什么时候转为开出租车的,还待考。

接下来的《晚期罗马法中的人格平等化趋向——以优士丁尼〈法典〉收录的敕令为主要考察对象》一文出自国人杨代雄之手。他一反国内罗马法学家经常并仅仅援引《学说汇纂》的传统,以《法典》为根据研究优士丁尼时代的人法,得出了它更讲究平等的结论。当然,这样的平等有时是立法者以权谋私的意图的积极成果。例如,君士坦丁皇帝于公元 314 年颁布一道敕令规定非婚生子女在一定条件下可以获得身份准正,目的是为了自己的私生子地位问题。当然,以后就带动了其他私生子获得与正统子女相平等的地位。

乔万尼·罗布兰诺的《水的利用与地中海法——历史—体系角度的简释及新法的塑造》一文是一篇盛世危言,描绘了日渐增强的缺水对人类未来的影响。然而,水的短缺并非现今才存在,曾面对这一问题的罗马人采用“共水主义”的手段处理之,宣称它为“一切人共有的物”,这样就形成了一种对经济财货的非财产处理,与把经济的财货与财产等等的现代经济学以及只关注财产的现代民法学形成对照,结论是罗马式的处理更有利于危机的缓和与解决,这导致此等处理在民族国家立法和国际法的层次上复兴。我们由此感到现代人的经济—法律思维与罗马人的不同。罗布兰诺告诉我们,这样的经济学是亚当·斯密代表的苏格兰启蒙学派的遗产,这样的民法学是萨维尼代表的潘得克吞学派的遗产。斯密和萨维尼都曾是代表人类成就的名字,但这只是问题的一个方面,现在我们或许也可把他们看作两个把人类带进了一个更加逼仄的时代的人。

朱塞佩·法尔科内的《义务和法锁:追溯债的经典定义之起源》一文让我们见识了意大利法学家的考据功夫。我们熟悉的并引以为理所当然的“债为法锁”的定义被他解构成碎片并被说成这也不是,那也不是,还根据用语习惯考据出其原作者为盖尤斯。其论据一会儿是法学性的,一会儿是文学性的,塞涅卡的《论恩惠》最经常地被他援引为这种类型的论据。我推荐齐云翻译这篇文章的主要目的就是介绍这样一种对待原始文献的态度和相应的处理方法。我的巴西朋友古斯塔沃描述的巴西人对待原始文献的态度也可适用于我的同胞(包括我本人):意大利人拿到一个《学说汇纂》的文本倾向于质疑其真伪,然后才考虑接受,而巴西人会一头拜倒在其脚下。但愿读过此文的国人对待原

始文献的态度会发生变化！

M. H. 侯弗里奇的《1930 年以前美国法律教育与研究中的罗马法与民法：一个初步的考察》一文证明，在上个世纪 30 年代前，美国的罗马法教育曾有过不错的发展，我们不要忘记在民国时期一些美国教授曾在中国执教罗马法，也不要忘记丘汉平先生是在留学美国后才完成了《罗马法》传世之作，我自然不会忘记我访学过的哥伦比亚大学法学院曾有一位著名的罗马法教授席勒（Abraham Arthur Schiller, 1902—1977），他的罗马法教材留在图书馆的藏书中。就像侯弗里奇教授本人一样，这些美国的罗马法专家多数为德国名字，是德国移民或此等移民的后裔，这种现象也证明真正的美国人缺乏对罗马法的冲动，对之仅容忍而已。即使依靠这种容忍，罗马法也抓紧时间英美法上贯注了尽可能多的内容，至少在这种法上留下了大量的拉丁法谚，它们让律师可以唬住当事人。尽管如此，近代罗马法，即经过潘得克吞学派加工的罗马法的思维与英美法的思维甚有扞格，最终两者分手。但分手了也不能忘记过去甜蜜相处的好时光哟！侯弗里奇的文章记载了这一时光。

我们接下来进入了民法典研究栏目。这次我们遭遇的不是对一部国家民族的民法典的研究，而是对一部跨国民法典的一个部分的译介。《欧洲法通则：买卖编》像更为人们所知的《欧洲合同法原则》一样是未来的《欧洲民法典》的一部分，这一民法典的产生将突破盖尤斯对市民法的“某个城邦为自己的人民制定的法”的设定，把市民法改造成部分的万民法，这种改造与欧盟的形成和扩张一致，也与人类越来越把战争看成十足的蠢事（自卫的战争除外）的生活态度的形成一致。我们可注意到，在未来《欧洲民法典》的这一买卖部分中，区分了一般的买卖和消费买卖，由此把对消费者的保护体现为一部立法的结构要素，现代民法由此越来越脱离强而智的人性设定，转向部分的弱而愚设定，我们由此部分地进入了弱而愚时代。

阿勒杭德罗·古斯曼的《伊比利亚美洲法典编纂古典时代诸民法典的体系》是一部分析民法典体系问题的专论，与我国学者对民法典体系的关注大致停留在编的层次不同，他把视点下降到了题、章、节、目的层次。根据古斯曼的叙述，拉丁美洲民法典的体系安排多有其欧洲来源，尽管如此，它们内部还是可分为原创性的和派生性的。根据产生的时间的先后，还可分为第一代法典、第二代法典等。我们可看到，在拉美许多国家，其民法典经过了若干代次的发展。在这种发展中，法学阶梯体系的母本被不断拆分、改善，形成了大陆法系中的子法系——伊比利亚—拉丁美洲法系。

接下来是我最注重的民法哲学专栏。它被一篇 9 万余字的长文《财产、私

生活和人的身体》占据。现代科学朝着两极发展,一极是外层空间,另一极是内层空间,后者是对人的身体本身的认识,本文属于这方面的开拓之作。它从对美国法院判例、制定法、学说的考察出发,挖掘了它们对人类身体的摇摆于财产与私生活之间的看法,把财产的概念极大地从身外之物推进到身内之物的领域;把私生活的概念从“炕头上的那点事”推展到个人自治的广泛领域,令人耳目一新,极展美国学者治学方法之精粹。之所以把本文纳入民法哲学的范畴,乃因为它挑战传统的民法宏范畴,挑战物我对立框架的绝对性,宣扬“我”的一部分就是物。把这里挑开的问题引申开去,潘得克吞学派建构的现代民法体系将发生崩解。

蒋军洲的《要物契约理论的历史变迁》一文把通常人看来简单的问题做了深入的开掘,从这个问题的罗马法阶段开始,次第进入中世纪法,最后进入现代民法,得出了罗马法中的要物契约与现代民法中的要物契约基本上是两回事的结论:前者是对一种合同订立方式的描述,后者是对一种履行合同方式的描述。当然,如何完成如此巨大的变迁的?需要作虚实两方面的论证,幸运的是蒋军洲成功地完成了这一任务。可以说,在当代中国,找不到第二个人像他一样把一个要物合同钻得这么深的!这种单点深入的文章恰恰是本年刊的最爱。

王建坤的《论死亡赔偿金的性质》一文从交通肇事者抱持的“撞伤不如撞死”的潜规则出发,触及死亡赔偿金按照现行法为何如此低、它是授予死者本人还是其家属的等敏感问题,挑战了权利能力因死亡终止的传统学说,对我国正在制定的侵权行为法富有参考价值。

最后提到但并非最次要的是彭诚信教授的文章《占有理论及其实践应用——兼论对我国〈物权法〉的相应完善》。本年刊的老读者都知道,本刊第1卷曾发表王凌云的《论先占原则》,彭教授的此文与其相关,都是为了解决权利真空状态的填补问题。先占是一种初始的填补,占有发生的场合则更多,无论发生在何种场合,其功能都是保护对物的事实支配状态,由此维持基本的社会秩序。这些见解,都颇有价值。

3年时光逝矣,本卷的文章都带有岁月的烟尘,颇为沧桑。从今年1月开始,我拂去诸文上的烟尘开始编本卷,时断时续,到今天才基本编完。未料费时如此之多,以致耽误各位作者和读者的出版期待和阅读期待。此际,我唯一期待的是我编成并出版的此卷不负作者们的投稿和读者们的阅读。

2008年7月13日于苏州旅次,时值荣膺苏州大学兼职教授次日

目 录

主编絮语 徐国栋(1)

罗马法研究

扬弃优士丁尼《学说汇纂》以继续发展和

解释罗马法体系 [意]桑德罗·斯奇巴尼著 曾健龙译(1)

反垄断法:从芝诺敕令到德意志神圣罗马帝国的

立法和判例 [德]门策编译(34)

晚期罗马法中的人格平等化趋向

——以优士丁尼《法典》收录的敕令为主要考察对象 杨代雄(47)

水的利用与地中海法

——历史—体系角度的简释及新法的

塑造 [意]乔万尼·罗布兰诺著 齐云译(72)

义务和法锁:追溯债的经典定义之

起源 [意]朱塞佩·法尔科内著 齐云译(93)

1930年以前美国法律教育与研究中的罗马法与民法:

一个初步的考察 [美]M. H. 侯弗里奇著 宋旭明译(119)

民法典研究

欧洲法通则:买卖编 王金根译(140)

拉丁美洲法研究

伊比利亚美洲法典编纂古典时代诸

民法典的体系 [智]阿勒杭德罗·古斯曼著 徐国栋译(155)

民法哲学研究

财产、私生活和人的身体 [美]劳笛卡·劳著 孙建江译(244)

合同法分则研究

要物契约理论的历史变迁..... 蒋军洲(345)

杂项研究

论死亡赔偿金的性质 王建坤(363)

占有理论及其实际应用

——兼论对我国《物权法》的相应完善..... 彭诚信(394)

Contents

An Introduction to the Articles of This Volume Xu Guodong (1)

Studies in Roman law

Sublate the Digest of Justinian for Continue to Develop

and Interpret the Roman Juridical System Sandro Schipani

Translated by Zeng Jianlong (1)

Law of Anti-Monopoly: From the Constitution of Zeno to

the Legislation and Precedent of Holy Roman Empire Frank Münzel (34)

On the Tendency of Equalization in Personality in the Roman Law of Lower Period-Focus on the Constitutions in

the Codex of Justinian Yang Daixiong (47)

Use of Water, Law in the Mediterranean, An Outline of Historical and Systematic Interpretation and *de iure*

condendo Giovanni Lobrano

Translated by Qiyun (72)

Officium and Juridical Lock: On the Origin of Classical

Definition of *Obligatio* Giuseppe Falcone

Translated by Qiyun (93)

Roman and Civil Law in American Legal Education and

Research Prior to 1930: a Preliminary Survey M. H. Hoeflich

Translated by Song Xuming (119)

Studies in the Civil Codification

Principles of European Law: Sales Translated by Wang Jingen (140)

Studies in the Latin—American Laws

The System of Civil Codes of Classical Epoch of Ibero-

american Codification Alejandro Guzman

Translated by Xu Guodong (155)

Studies in the Civil Law Philosophy

Property, Privacy, and the Human Body Radhika Rao

Translated by Sun Jianjiang (244)

Studies in the Special Part of Contract Law

The Historical Evolution of the Theory of Real Contract Jiang Junzhou (345)

Mélanges

On the Nature of Compensation for Death Wang Jiankun (363)

The Theory of Possession and Its Application—

Also on the Improvement of the Law of Real

Rights of PRC in the Aspect of Possession Peng Chengxin (394)

罗马法研究

扬弃优士丁尼《学说汇纂》以继续发展和 解读罗马法体系^①

[意]桑德罗·斯奇巴尼著

曾健龙译^②

一、《学说汇纂》在优士丁尼法典编纂中的地位

《学说汇纂》(Digesta 或 Pandectae)是优士丁尼皇帝“在神的支持下”、依凭一群擢选出来的法学家(其中尤以特里波尼安为突出)的努力和能力成就的诸法典之一。这些法典结束了从罗马建城开始的罗马法律体系之形成时代;由此,该法律体系的内在统一性和一致性得到人为的(hominum causa)增长,

① 本文为《优士丁尼学说汇纂》最新意大利语译本的主编桑德罗·斯奇巴尼教授为该书所作的序言。Digesti o Pandette dell'Imperatore Giustiniano, Testo e Traduzione, I, a cura di Sandro Schipani, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano-2005. 原书之序言并无标题,本译文的标题是斯奇巴尼教授为该文之中文译本特地拟定的。原文的最后部分是关于《学说汇纂》意大利语译本的详细说明,斯奇巴尼教授认为其与中国读者关系不大,故遵从其意在中文译文中略去。

② 厦门大学法学院 2002 级民商法专业博士研究生;罗马第二大学(Tor Vergata)法学院法的历史与理论系博士研究生。

其诸特征影响了后世的所有时代(in omne aevum)。《学说汇纂》重新整合了公元前1世纪到公元3世纪之间法学家们的著作片段,对于我们,它是诸法典中之最重要者。

二、优士丁尼的法典编纂

(一)《法典》第一版的编订

优士丁尼(482—565)于527年在君士坦丁堡(第二罗马)成为皇帝之后,立即着手让人编纂一部法典,以收纳在他之前的皇帝们的敕令[即那些皇帝们发布的具有法律效力的敕令,也即在该时代中被因此而称为“法律”(leges)的敕令],目的是使法律更加明确,并由此缩短审判的时间(amputare la prolixitas litium)。

通过528年2月13日致元老院的《Haec quae necessario 敕令》^①,优士丁尼组织了一个专家组成的委员会。前司法大臣(该官职的位阶为执政官级别)、“杰出的”约翰内斯(来自卡帕多恰的?)领导这一委员会;其他6个成员中有政府官员,亦有非政府官员;此6人中,有特里波尼安(他在随后的法典编纂中发挥越来越重要的作用),有提奥菲鲁斯(值得强调的是他的身份——君士坦丁堡大学的法学教授),还有两个大区长官司法机构中的律师。应强调的是所有这些专家兼具学术智识和实践才能。

这个委员会的职责是:收录438年(《狄奥多西法典》于该年完成)之后的皇帝敕令,补全、更新和替换以前的《格雷哥里安法典》、《赫尔摩格尼法典》和《狄奥多西法典》;参照诸敕令的前言、各敕令间可能存在的矛盾和重复,简化收入新法典中的敕令的文本;删除已被废弃的规定;根据一个综合的体系安排所有的文本,在该体系中,同一个敕令的不同部分时常会被置于不同的标题之下(《Haec quae necessario 敕令》2)。委员会在一年稍多的时间内迅速完成了任务。

这一因“是神主持了这一伟业”而得以完成的《法典》,以皇帝之名命名,称为《优士丁尼法典》,通过529年4月7日致各大区长官的《Summa rei publicae 敕令》颁布,于随后的4月16日生效。这个敕令还以伪造之罪名禁止在审判中适用没有收入新《法典》中的敕令——无论是那些被《法典》排除在外的敕

^① 人们习惯用敕令的开头用词作为敕令的名称。——译者注

令,还是那些包括在《法典》中的(这一规定针对的是这样的情况:在对《法典》的文本非集中进行的手抄复制过程中,有时会出现对文本的编辑性篡改,因此只有附在敕令中的《法典》的版本中的文本才被认为是可靠的)。

另外,在审判中,继续使用古代法学家著作反而是允许的:由此展现出来的是,对这一法典的非充分自足性以及法学家著作无论在学术上还是在实践中的恒久价值的认知。尤其是,关于在法庭中使用法学家著作的问题,一个著名的欧西林科(Ossirinco)纸莎草片段(P. Oxy. 1814)向我们展示,在《优士丁尼法典》中保留了《引证法》,即瓦伦丁尼安和狄奥多西于426年颁布的敕令。该敕令承认帕比尼安、保罗、乌尔比安、莫特斯丁和盖尤斯(即塞维鲁时期的四大法学家加上盖尤斯)的著述具有法的渊源的效力;这五人在著述中引用的谢沃拉、萨宾、尤里安、马尔切勒等法学家和其他法学家的意见亦然,但需与原著核对;在法学家之间存在意见分歧的情况下,以多数人的观点为优先;若双方人数相等,以帕比尼安的观点为优先;若双方人数相等且无帕比尼安的观点,则法官可以从各法学家的观点中选择自己所倾向的;禁止使用保罗和乌尔比安对帕比尼安论著所做的评注的规定(参见《狄奥多西法典》1,4,3)也被保留了下来。鉴于该敕令存在于《优士丁尼法典》之中,且不存在任何要汇集法学家著述的暗示,人们通常认为在当时还没有编纂《学说汇纂》(其汇集了法学家们的著述)的想法。这也有助于说明该《法典》为什么被命名为《优士丁尼法典》——在当时法典编纂活动的初始阶段中,该《法典》被认为是唯一的此类作品。

(二)《学说汇纂》的编订

通过530年12月15日(也就是前述《法典》颁布几个月之后)的《Deo auctore 敕令》,优士丁尼直接要求特里波尼安自己选建一个委员会[特里波尼安后来组建的委员会只由君士坦丁堡和贝鲁特城的法学家、教授(antecessores)和律师(togati)组成]并在其协助下编纂一部汇集古代法学家著述的法典。

委员会似乎应该只摘引那些被赋予“解答权”的法学家的著述(《Deo auctore 敕令》4;D.1,2,2,49),但这一限制被超越了;其后,优士丁尼有点夸大地强调道,《学说汇纂》是从2000卷、达300万行的资料中摘出来的,这些材料被缩减为15万行,成为一部覆盖范围广泛的片段合集,每一个片段的引段(inscriptio)中都忠实地注明了其所引自的书的书名,所有的片段都被编入各题之中,所有的题又被编入50卷中,如此成为一部独一无二的、有序的、统一的

法典(《Tanta-Δεδψκεν 敕令》1)。

组成委员会的法学家们是这样完成他们的工作的:删除重复的、已被废弃的内容,有时还推动立法的干预[这方面被记录下来的有“50项裁定”(quinquaginta decisiones)以及“为顺利完成本法典的编纂工作发布的多项其他敕令”(aliae constitutiones ad commodum propositi operis pertinentes),前者可能是为委员会的工作而做的准备],挑选最适当的文本,处理在先前法学家的争论中遗留下来的观点冲突。值得强调的是,他们对这些冲突的解决不再是根据前面提到的所谓《引证法》规定的外在的、形式的标准,而是在承认所有先前的法学家具有同等尊荣的前提下选择他们认为最好的对法律问题的解决方案。换言之,凭借其更新了的资质、理解开放性的问题并寻求解决之道的能力重建对诸法学家地位的评估,此等评估是构成法的特点,而此等法是作为法学(iuris prudentia)的产物自我呈现的。

委员会在大约3年的时间内完成了其工作。研究罗马法的学者们怀疑这样的工作如何可能在这么短的时间内完成,实质上被提出了两种主要的猜想。布鲁梅(Bluhme)于1820年对这个问题的解决作出了贡献,其主要结论至今仍有价值[参见其《法学史》第4卷,1820年版,第257页及以次;康迪齐尼(Conticini)的意大利语译本,比萨,1838年版]。他注意到,在《学说汇纂》的每一题中,来自于罗马法学家的不同著述的各个片段[从其引段(inscriptio)中可以识别其原本所属的著述]基本上是按照一定的顺序排列的,这个顺序由4个序列组成,不过这4个序列之间的排列次序并不是固定的,3个主要的序列在大多数题中都出现了。这一现象使布鲁梅作了如下猜测:供摘引的著述当时被分成了3个或4个组(massae),由3个或4个分委员会分别摘引,这些分委员会在随后的整合中,将各自收集的片段群放在一起,哪个分委员会摘引的片段群排在最前面是逐次确定的(为了避免重复,除非他们提交的片段在品质上具有优越性,提供的片段群排在后面的分委员会处在摘引较少片段的地位)。这4个著述组分别被称为萨宾组(因为该组中的著述在大多数情况下都是从乌尔比安、彭波尼和保罗对萨宾关于市民法的著作的评注开始的;萨宾是提贝流时代的著名法学家,1世纪和2世纪中两个著名的法学家学派中的一个就是以他的名字命名的)、告示组(因为该组中的著述在大多数情况下都是从乌尔比安、保罗和盖尤斯对裁判官告示的评注开始的;这些著述中有些卷册属于萨宾组,不在告示组之内)、帕比尼安组(因为该组中的著述在大多数情况下都是从帕比尼安——塞维鲁时代的著名法学家——的《解答集》和《问题集》开始的)、附录组。另一种由霍夫曼(Hofmann)提出的所谓“前学说汇纂”的猜

想(《优士丁尼〈学说汇纂〉的编订》,维也纳,1911年版,于作者死后才出版)反对布鲁梅的猜想。根据霍夫曼的猜想,特里波尼安主持的委员会利用了一部先前已存在的在学校里为了教学的目的编成的著作,委员会只是补全了这部著作而已。这一猜想被认为站不住脚后,从中产生了很多该猜想的变体,它们更指明了存在一部为教学而使用的一体化的前学说汇纂,它可能由各卷册选集组成,也可能只是分散的一系列文本(虽然没有被归集为卷册,却是相对集中的)。《Omnem 敕令》1中包含的关于优士丁尼改革之前学校中教学方式的报告,以及可以从一些特别的题的片段顺序中重构出来的历史情形,构成了对这种观点的支持,即使对其尚需逐题加以检验的最复杂的说明,也是如此。另外,这种观点和那种关于著述分组的猜想并非不能相容。因此,情形看起来是:在从狄奥多西二世到优士丁尼著作之间的时间段里,在学校中,教员们已经对古典法学家著述中的一部分作了加工;他们汇集、挑选这些著述,然后得以发展出课程的轮廓,在此过程中他们对这些著述作了比较;他们的课程不局限于只使用某一部古典法学家的著述,而是在比较多部著述的基础上使用它们;他们为能精心构建出这些课程的提纲而做的准备越来越成熟;这一准备使得像特里波尼安的工程那样大胆的工程变得可以想象;不过,特里波尼安对其工程之实现,在他所处的世界中,并非不恰当地被称为“没有任何人希望过的事情,也没有任何人完全认为,以人的才干有可能做成这些事情”。(《Tanta-Δεδφκεν 敕令》pr.)。

优士丁尼在提到这一成果时,或许相较于先前的说法采用了一种部分成熟的视角,承认完成这一成果的委员会的法学家们是“这一著作的缔造者”[conditores 这个词有着相当丰富的意义:提及如下事实大概就够了,在 ab urbe condita(《自建城以来》)这一表述中正是这个词被用来指罗马的建城(并见之于《Deo Auct 敕令》1,《Tanta 敕令》pr.,以及与《Tanta 敕令》pr. 相对应的 D. 50,16,239,6);优士丁尼除了用这个词来指称法的渊源的地位(如 C. 1,14,12,5),还用它来指称法的其他各种渊源的地位(如《Deo auct 敕令》7,此用法追随 Gai. 1,7 和 Gai. 4,30 中的用法)、指称古代法学家的地位(即古代法的缔造者,如 C. 1,14,12,1),优士丁尼在《Tanta 敕令》18 中对这个词的用法即属于这些用法]。实际上,考虑到前面简略提到的、委员会的法学家们对文本以及表现于文本中的法的所有各种加工方式,我们可以充分地意识到优士丁尼这一承认之适当性以及建立两个系列的法学家在观念上的连续性的意义:第一个系列的法学家是古典法学家们,彭波尼在他被摘入《学说汇纂》开头处(D. 1,2,2,35 及其后)的那段描述里强调了他们的伟大功绩和能力;第二个系