

et lux in tenebris lucit

苏州大学王健法学院罗马法与私法史研究所主办

罗马法与现代民法

第九卷 (2016年号) Vol.IX (2016)

Roman Law and Modern Civil Law

徐国栋 方新军 主编

Edited by Prof. Xu Guodong & Prof. Fang Xinjun



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社
全国百佳图书出版单位

et lux in tenebris lucit

苏州大学王健法学院罗马法与私法史研究所主办

罗马法与现代民法

第九卷 (2016年号) Vol.IX (2016)

Roman Law and Modern Civil Law

徐国栋 方新军 主编

Edited by Prof. Xu Guodong & Prof. Fang Xinjun



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

**国家一级出版社
全国百佳图书出版单位**

图书在版编目(CIP)数据

罗马法与现代民法. 第九卷/徐国栋,方新军主编. —厦门:厦门大学出版社,2016. 11
ISBN 978-7-5615-6291-8

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

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 260407 号

出 版 人 蒋东明

责任编辑 甘世恒 邓 臻

封面设计 孙姝婕

美术编辑 蒋卓群

责任印制 许克华

出版发行 厦门大学出版社

社 址 厦门市软件园二期望海路 39 号

邮政编码 361008

总 编 办 0592-2182177 0592-2181406(传真)

营销中心 0592-2184458 0592-2181365

网 址 <http://www.xmupress.com>

邮 箱 xmupress@126.com

印 刷 厦门市金凯龙印刷有限公司

开本 720mm×1000mm 1/16

印张 23

插页 2

字数 410 千字

版次 2016 年 11 月第 1 版

印次 2016 年 11 月第 1 次印刷

定价 79.00 元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换



厦门大学出版社
微信二维码



厦门大学出版社
微博二维码

编委会名单

主 编:徐国栋 方新军
编 委(按姓氏拼音顺序排列):
 窦海阳(中国社会科学院)
 傅广宇(对外经贸大学)
 黄美玲(中南财经政法大学)
 李中原(苏州大学)
 齐云(厦门大学)
 汪洋(清华大学)
 吴奇琦(澳门大学)
 徐铁英(四川大学)
 肖俊(上海交通大学)
 朱虎(中国人民大学)
 翟远见(中国政法大学)
 张长绵(华东政法大学)

编辑部成员:黄文煌 娄爱华 赵毅

主编絮语

《罗马法与现代民法》在出版到第八卷后,编辑部从厦门大学移师苏州大学,因为苏大的罗马法研究人员比厦大多,更有能力(包括精力)维持本刊的组稿、编辑和出版。第八卷出版于2014年,但直到2016年的最后四分之一时间,苏州人才编完本卷,可见每卷的编辑工作需要两年。

苏州人竟然把写主编絮语的工作压力给了不曾参与编辑本卷,对其内容不熟悉的我!愤怒过后,按照习惯把压力当动力,把这个写作当作学习的机会,故有如下的文字。

本卷收文数大大超过我编辑本刊的时代。第一篇属于我们中国罗马法学者共同的老师斯奇巴尼,他在“罗马法的法律体系”的名头下研究了大陆法系的特征和构成,把罗马法系与大陆法系画了等号。这动摇我罗马法系(或曰拉丁法族)是大陆法系的与德国法族像对立的一支的前见,但按照“老斯”的论证,罗马法系与德国法族并不共时,前古后新,前者“爷爷”,后者“孙子”,确实不是一辈的,不可相提并论。此说有理。但“老斯”还说意大利法执两者之中,对此我就不敢苟同了。德国法族的特征无非总则和物权行为两个,意大利法一个都不继受,谈何此等法的德国因子?

关于萨科乔的文章《共同财产的保护:罗马民众诉讼的回归》,我在多个国际会议上听过其宣读,不意在本卷中读到了其中文本。它揭示了现代民法没有一切人共有的物的所有权层次在诉讼法上造成的尴尬,这种诉讼法采取个人主义的立场,只允许利害关系人当原告,这样就排斥了公益诉讼。而罗马法有一切人共有的物的所有权层次,反映在诉讼法上,就有民众诉讼。在这个问题上回到罗马法,就实现了进步。所以,罗马法与现代法的关系是进化还是退化?颇费思量。至少在环境财产的保护上,退化论可行。

扎布洛斯卡的文章《现代立法的起源》追溯了一些基本原则的罗马起源,属于立法学作品。它是2010年在厦大召开的“罗马公法与私法的理论和实践”中波研讨会的与会论文,6年后才发表,拖得狠了些。扎布洛斯卡是世界范围内最早的罗马法女教授之一,甚至是罗马法学科牵头人(华沙大学罗马法教研室主任)之一。她擅长研究罗马法对现代法的影响。《十二表法》对现代法的影响,意大利人无其他人研究,只有她研究。

达尔娃斯卡的《尼禄的妻子们》也是作者参加2010年在厦大召开的国际会议的与会论文。该文利用文学史料研究罗马帝国的荒唐皇帝尼禄的性伴侣以展示罗马的婚姻法,文学性强是其特点。

伽利雅迪的《十人法院、百人法院、判还官:古罗马通常诉讼时期的民事诉讼审判组织》是研究罗马共和时期的审判组织的最佳作品。2013年我在米兰大学访学时初读此文,觉得它一下子解开了困惑我多年的谜团,所以它才出现在本卷。至于它为何如此神奇,读者自己通读后自然可知道。苏州人令我高兴的是设立了罗马商法研究专栏,由此明确了罗马有商法,这就拐着弯挑战了商法的中世纪商人法起源说,暗示古罗马法存在民法与商法的关系问题,我最近得到的信息是古罗马采用民商合一体制。本栏收录当代罗马商法专家贝特鲁奇教授的《关于优士丁尼对钱庄主承保和无条件担保立法的几点思考》一文,这是对优士丁尼取消古罗马的信用证,在银行主的压力下又变形地恢复这种信用证的故事的叙述。另外收录贝特鲁奇的弟子卡萨里诺的《与企业主破产有关的词源及概念问题》一文,它涉及罗马商法的破产法分支,以地方论的方法通过分析罗马破产法中的重要术语把握这一法部门,具有见微知著之效,手法新颖。

接下来的是民法基本理论研究专栏,内收两篇译文。其一是朱虎翻译的《请求权理论》,作者把请求权当作法学方法论的中心,从实体法和诉讼法结合的角度研究了请求权问题,认定请求权是民法体系的基础,告诉我们民法的几大块都有请求权,这个结论肯定让许多读者感到新鲜。其二是张静翻译的《合同法与物权法:分而不离》,作者论证了合同法与物权法区分的相对性,告诉我们有些权利处在两者间的结合部。这样的观察必然导致对人权和对世权的二分法失去棱角。

苏州人还令我高兴的是设立了担保法研究专栏,主要收集2015年毕业的我指导的博士生史志磊和向东的博士论文的精华部分。史志磊的《罗马法中信托担保当事人的法律地位及实现方式》一文研究移转所有权的担保,向东的“非所有权移转型物的担保类型化分析”研究不移转所有权的担保,两者形成双壁。在本栏中的黄健彰的《美国法上优先权(lien)之研究》是我2010年在台湾参加学术会议带回来的,它与孙新强教授的《大陆法对英美法上lien制度的误解及lien的本意探源》(《比较法研究》2009年第1期)形成双壁,两者都在英美法的文献资料中寻寻觅觅,发现过去人们把lien翻译为留置权错了,应该翻译为优先权。由此,在北京的孙新强与在台北的黄健彰发生精神共振,海峡之水为之兴波哟!

接下来的专栏是硕士论文。第一篇是李炎的“论罗马法上的破廉耻制度对现代法治社会的影响”，该文把道德身份的健全作为权利能力完整的基础，给了权利能力人人平等的流行谬见一记耳光。第二篇是汪晓珏的“福费廷合同研究”，这种合同没有什么罗马法渊源。如果说本卷所有的其他文章都或多或少反映了本刊名称中的“罗马法”成分，汪晓珏的此文则反映了其“现代民法成分”。当然，这里的民法包括商法，因为福费廷合同属于商法。最后的专栏是杂项研究，收入不便收入其他专栏的文章。第一篇是法略里的“通往全球化的法律人的教育：回到罗马法”。作者同时任职米兰大学和伯尔尼大学，从而有便比较这两个属于大陆法系的不同法族的大学所属的国家对三个民法问题的不同处理，进而比较了普通法的不同处理，还提到中世纪即有法律全球化运动，也心酸地提到了欧洲法的美国化。这些论述都彰显了作者的丰饶的文化背景。她不仅丰饶，而且多产，最近以42岁的高龄生下一男孩，创造了女正教授在职期间生孩子的佳话，这跟在美国女总统生孩子的“佳”度是一样的。第二篇是拉斐尔·佐多斯的“信义法的性质及其在法律体系中的定位”，作者区分交易与关系，认为有交易法与信义法治并存，前者类似于罗马法上的严法交易，后者类似于罗马法上的诚信交易，后者可以补充前者之不足。不难看出，作者受到了关系契约论的影响。我们可在大陆法系的诚信原则中找到其文章中的信义法的对应物。

苏州人厉害！他们选的文章都蛮有新意，蛮前沿的。而且外国作者的圈子扩大，德国人、荷兰人、美国人被他们纳入进来，不似以前主要纳入意大利作者以及拉丁法族国家的作者。他们压我写这个主编絮语，强迫我通读了全书，我由此学到不少东西，感知不少动态，心里现在蛮欢喜的。所以我要对逛书店者说：本卷值得买，值得读，值得推荐给朋友买和读。

对于本卷，我做事不多，但被苏州人留任主编。我所做之事，就是写这一主编絮语并对全书的人名、法律名、法律原始文献的引用格式做了统一工作，并改正了一些随机发现的错误，从而使出自不同背景的作者之手的文章尽量在印刷时成为一个整体。

徐国栋

2016年9月25日于胡里山炮台之侧，时值超级台风莫兰迪过去后10日

目 录

罗马法研究

- 罗马法的法律体系…………… [意]桑德罗·斯奇巴尼著 肖 俊译(1)
- 共同财产的保护:罗马民众诉讼的
 回归…………… [意]安东尼奥·萨科乔著 李中原译(18)
- 现代立法的起源…………… [波兰]玛利亚·扎布洛斯卡著 向 东译(42)
- 尼禄的妻子们
 ——法学问题…………… [波兰]安娜·达尔娃斯卡著 睢苏婕译(57)
- 十人法院、百人法院、判还官:古罗马通常诉讼时期的
 民事诉讼审判组织… [意]洛伦佐·伽利雅迪著 徐铁英 赵 毅译(69)

罗马商法研究

- 关于优士丁尼对钱庄主承保和无条件担保立法的
 几点思考…………… [意]阿尔多·贝特鲁奇著 史志磊译(94)
- 与企业主破产有关的词源及概念问题
 ——以罗马法原始文献
 为中心…………… [意]亚历山德罗·卡萨里诺著 徐铁英译(106)

民法基本理论研究

- 请求权理论…………… [德]扬·沙普著 朱 虎译(121)
- 合同法与物权法:分而不离…………… [荷]范·尔浦著 张 静译(142)

担保法研究

- 美国法上优先权(lien)之研究
 ——兼比较两岸法制…………… 黄健彰(159)

论罗马法中信托担保当事人的法律地位

及实现方式…………… 史志磊(181)

非所有权移转型物的担保类型化分析

——以优士丁尼《市民法大全》为中心…………… 向 东(227)

硕士论文

论罗马法上的破廉耻制度及对现代法治社会的影响…………… 李 炎(251)

福费廷合同研究…………… 汪晓钰(297)

杂项研究

通往全球化的法律人的教育：回到

罗马法…………… [意]约勒·法略里著 赵 毅 王丽婷译(327)

信义法的性质及其在法律体系中的

定位…………… [美]拉斐尔·佐多斯著 杨 祥译(346)

Contents

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

Studies about Roman Law

System of Roman Law	Sandro Schipani
	Translated by Xiao Jun (1)
The Protection of Common Property: the Recovery of the Roman " <i>actio popularis</i> "	Antonio Saccoccio
	Translated by Li Zhongyuan (18)
Foundation of Modern Legislation	Maria Zablocka
	Translated by Xiang Dong (42)
Wifes of Nero	Anna Tarwacka
	Translated by Sui Sujie (57)
<i>Decemviri, Centumvirs, Recuperatores; Collegi Giudicanti</i> <i>in ordo iudiciorum privatorum</i>	Lorenzo Gagliardi
	Translated by Xu Tieying, Zhao Yi (69)

Studies about Roman Commercial Law

Some Observations on the Justinian's Legislation for Receptum Argentarii and Antiphonesis	Aldo Petrucci
	Translated by Shi Zhilei (94)
Reflections on Some Terminological and Conceptional Aspects Related to the Bankrupt of Negotiators	A. Cassarino
	Translated by Xu Tieying (106)

Studies about Basic Theory of Civil Law

The Theory of Claim Right	Jan Schapp
	Translated by Zhu Hu (121)

Contract and Property Law; Distinct,

but not Separate *J. H. M. Van Erp*

Translated by ZhangJing (142)

Studies about Warranty Law

Liens in American Law *Huang Jianzhang (159)*

On the Legal Status of the Parties and Implementation of

Fiducia Cum Creditore in Roman Law *Shi Zhilei (181)*

Typological Analysis on Pignus *Xiang Dong (227)*

Thesis of Master Degree

On the Institution of Infamia in Roman law and Its Effect

on Modern Society Ruled by Law *Li Yan (251)*

On the Contract of Forfeiting *Wang Xiaoyu (297)*

Melange

To wards an Education for Globalised Jurists back

to Roman Law *Iole Fagnoli*

Translated by Zhao Yi , Wang Liting (327)

The Nature of Fiduciary Law and Its Relationship to Other Legal

Doctrines and Categories: Fiduciary Law; Why Now

—Amending the Law School Curriculum *Rafael Chodos*

Translated by Yang Xiang (346)

罗马法研究

罗马法的法律体系

[意]桑德罗·斯奇巴尼著 肖俊译*

前言

今天,我们把与优士丁尼和他的法学家根据法典体系编撰的与罗马法有着特殊联系的那些国家的法律制度,称为罗马法的法律体系(sistema giuridico del diritto romano)或者说罗马法系(sistema romanistico)。即便有细微的差别,却也可以说所有的欧洲大陆国家都属于罗马法系;所有的拉美国家,从墨西哥到巴塔哥尼亚(对于路易斯安那有一个特殊的评价)也属于这个法系;远东的国家,比如日本、中国、越南、菲律宾(这一点需要进一步核实);非洲国家,比如南非(它的特点在于没有一部现代的民法典)都全部或者部分地受到了罗马法的启发。最后,还有一些适用穆斯林法的非洲和亚洲国家,它们明显地部分受到了罗马法的影响,具有罗马法和穆斯林法相混合的特点。^①

* 上海交通大学凯原法学院讲师。

① 本文不区分“法律制度”(一个国家)和“体系”,而是使用一个“弱化”的“体系”概念,首先指的是“国家的法律制度”,然后也表示“法族”,用来说明一些国家的法具有共性。相反,要把圆满意义上的“体系”理解为是我们的“体系”发展的结果,是很重要的。

一、作为体系的罗马法律经验整体的自我构造:种属 (*generatim* D. 1,2,2,41);顺序(*digerere* D. 1,2,2,44) 和技艺(Cic. *de Orat.* 1,42,187-189; Celso in D. 1,1,1pr.);秩序和体系(Tanta 7)

与其他的法律经验整体不同的是,^①罗马在其形成过程中,大约在公元前7世纪到公元6世纪间,已经成熟到有意识地把自身建构为一个“法的体系”。“体系(sistema)”意味着各种要素相互依赖,有着统一的功能,内在一致而不冲突,完整,以及利于成长的开放性。

这里的“有意识”,可以被理解为:第一,在法的形成时期,最专注的参与者和研究者已经自觉地用这些特点来描述法律;第二,这些描述能够得到证明;第三,并不是我们将这种体系描述模式投射于罗马法;第四,把法描述为一种体系,是对法的反思的结果,这同样加强了它的体系性建构。确实,这种对法的描述方式是在时间中建构并成长起来的,我们总是在一个连续不断的重构之路上,获得、修正并适应它。有时我们会将这种体系描述投射到所有的法律经验整体上,把那些未完成自身建构的法律经验整体称为“体系”,但有时这也能带来有意义的对话。

为了避免反对意见,我把自己的论证局限于能够体现出对于法律经验整体的思考已经成熟的那部分内容,即从古典文献中能够一目了然发现的概念和术语:属(*generatim*),汇纂(*digerere*),技艺(*ars*),顺序—体系(*digerere-systema*),它们显示出了法学家的工作方法。

公元2世纪的法学家彭波尼,在他的《教科书》一书中,留下了一些对于罗马法体系史的论述(D. 1,2,2),这些文本被优士丁尼时期的法学家选取并收入到《学说汇纂》中。^② 根据这些文献可以看到,彭波尼认为罗慕路斯本人创

^① “整体”一词是说明构成法律经验的诸要素的整体,虽然它还没有经过概念化的抽象并且转变为体系。

^② 这一文本可以从罗智敏翻译的《学说汇纂》第1卷中读到,它是古罗马法学家写过的内容最广的法学史。它分为节奏分明的三个部分:法的起源和历史演进以及它的存在方式(从头题到第12题);裁判官的命名与起源(从第13题到第34题);市民法的科学(从第35题到第53题)。

设了库里亚民众大会,大会负责通过法律(D. 1, 2, 2, 2^①),这说明人民通过的法律在法的渊源中占据最重要的地位。随即与之并列的还有法学家的作品,它把法律整理为一个有序的整体(D. 1, 2, 2, 2^②)。

随即彭波尼引用了赛斯图斯·艾留斯·佩图斯(Sesto Elio Peto)的作品,他在法律解释中采用了另一种方法,我们可以准确地称之为,遵循对法律进行逐词解释,由此法律本身成了论述的顺序。^③ 彭波尼将之称为“法的摇篮”,因

① D. 1, 2, 2, 2, 彭波尼:《教科书》单卷本。后来,随着城邦发展到一定的规模,传说罗慕路斯(Romulus)本人将人民划分为三十个部分,称为“库里亚”,因为他通过库里亚的决议而管理公共事务。他本人向人民提议一些库里亚法;随后的王也作出这样的提议。翻译引自[古罗马]优士丁尼:《学说汇纂第1卷,正义与法·人的身份与物的划分·法官》,罗智敏译,纪蔚民校,中国政法大学出版社2008年版。

以下《学说汇纂》第1卷的译文皆出自此书。

② D. 1, 2, 2, 2, 彭波尼:《教科书》单卷本。这些法全部汇编在赛斯图斯·帕皮利乌斯(Sextus Papirius)的书中,他是科林托人戴马拉托之子,生活在高傲者[塔尔奎]时代中最杰出的人之一。这本书,就像我们所说的,被称为《帕皮利乌斯市民法》,这并不是因为帕皮利乌斯在这本书中增加了自己的什么东西,而是因为他将已通过的毫无秩序的法律整理在了一起。

③ D. 1, 2, 2, 38.

为它奠基并促进了严格的分析以及概念和学理的深化,^①由此引发了法学家

① 我们很少把它看作是赛斯图斯·艾留斯·佩图斯的解释,而是将之看作是彭波尼的作品,这里需要提一两个例子,比如《十二表法》第10表第4题,“妇女不得抓伤面颊,也不得号丧(*lessus*)”。而在西塞罗的《论法律》第2卷第23题第59段记录了赛斯图斯·艾留斯·佩图斯尽力解释词句,并由此遇到困难:“那些古老的解释者,赛斯图斯·艾留斯·佩图斯和路丘斯·阿基留斯(Lucio Acilio)认为不能很好地理解这些词语,但他建议把*lessus*这个词看成是某种葬礼的服饰;路丘斯·阿基留斯则认为这是一种悲痛的哭嚎。”我们还可以看到另一种解释方法,它不是对法律语词的解释,而是按照《十二表法》第5表第3题所做成的遗嘱处分那样对私人用语的解释:“正如(立遗嘱人)对财产和监护的处置,这就是法。”从这一规范中发展出了遗赠,这一类遗赠是关于“提供”(penus),比如一个立遗嘱人说“我把我的遗产提供给蒂奥”,被理解为将某物作为遗赠的客体,我们可以在乌尔比安的《萨宾评注》第22卷(D. 33,9,3,9)中看到:“可以提出这样一个问题,是否在遗嘱中提供的东西包括木头、碳以及其他被供以消费的东西。昆图斯·穆丘斯和奥菲鲁斯都持否定意见:没有被包含,并且补充说,这与用来磨谷粒的石磨没有区别,同样也不包括香料和石蜡。鲁提流斯(Rutilio)则认为,也应该包括木材和碳,因为它们的目的都不是为了出售,而是基于使用。随后赛斯图斯·艾留斯·佩图斯写到,家庭使用的香料和石蜡应该被包含在遗产中。”从这个文本我们可以看到赛斯图斯·艾留斯·佩图斯基于文词进行解释的方法。在《十二表法》第6表第8题中,存在这样的解释方法:“不得拆走偷来用于建筑房屋的梁木或用于支搭葡萄架的木杆,但可对盗取它们的人提起赔偿加倍于其价金的诉讼。”它为了保护梁木所有权确定了范围,对它的保护是基于一般的利益,即为了保护它所融入的材料不被摧毁。在盖尤斯《行省告示评注》第27卷中(D. 50,16,62)指出:在《十二表法》中,梁木(*tignum*)的名称意味着每一种组成建筑的材料;另一方面,在《十二表法》评注》第3卷中他提到,“我们称之为梁木工匠的,不仅是劈砍梁木的人,而且是指所有从事建筑工作的人(D. 50,16,235,1)”,由此可见这些解释的进化,即根据法律术语的含义进行修正和补充。

最后一个例子可以在关于债务的文献中看到,在《十二表法》中,破产的债务人将自己交给债权人,拴以铁链或脚镣,应在3个连续的集市日,被当众宣布所判定的金额,直到有人愿意替债务人负担债务。除了这一规则,法律还规定债权人应该同意债务人在这一周的囚禁期自带食物,并做出如此规定(3,4b):“如不自备伙食,则束缚他的人应每日供给两粒小麦一磅,如果愿意,可以加量。”由此规定不能饿死债务人。这虽然是一种非常僵化的规定,但仍然是对债务人的保护,盖尤斯在《十二表法》评注》第2卷中(D. 50,16,234,1)提出,“有些人认为‘活着’一词仅仅是关于食物,奥菲鲁斯在《阿提卡评注》中说,这些词包括了衣服和睡觉的草席,没有这些,人就不能存活。”在此,我们看到对于债务人保护的解释的演化,把他们的存活和每一种经济利益联系起来,即便他的财产不能满足债权人,而且随着时间的不同生活水平进行更新,这同样是存活必需的门槛。

本文所有的《十二表法》的译文引自徐国栋、阿尔多·贝特鲁奇、纪蔚民译:《十二表法》新译本》,《河北法学》2005年第11期。

的作品类型(在告示旁边空白处进行对应评论的作品,就是对“以词语自身意思”为基础的方法的一种发展^①)。它同样被包含在强有力的制度建构的趋势里,在体系方法的后续发展上发挥着重要的保障与确定的作用。

彭波尼强调,穆丘斯·谢沃拉、朱里奥·布鲁图和马尼奥·马尼尼奥为市民法奠定了基础(D. 1, 2, 2, 39)。他们的作品使得市民法实现了质的飞跃,以至于配得上称为“市民法的奠基人”,我们可以说,它开启了法律科学的书面化。从根本上看,我们可以认为,在这些作品中,对于法律进行逐词评注的论述方法已经被抛弃,并且产生出了一种新的解释方法,即把法律文本融入法学家所建构的联系中,而且在单独由法学家所完成的著述中,法也获得了巨大的发展(事实上,私法的法律条文很少,它的发展应该归功于法学家所奠定的权威)。

随后,彭波尼指出谢沃拉(公元前1世纪初的法学家),“最早以种属的逻辑顺序组织市民法(D. 1, 2, 2, 41)”。种与属的表达是一种体系化的概念,由此法学家进行一种归纳^②和演绎^③相结合的特殊工作方法,其结果是区分并且平衡了理性/原则之间的关系,开启了类推的大门,这种方法从前已经被适用,但现在它找到了自己的理论基础。通过种属关系对材料进行组织,并不是一种外在的对于材料的处理,而是有自身体现出的内在描述模式。它具有很强的操作性,因为从法的建构方法所产生的逻辑对于人类行为是具有规范价值的。^④除前述的三种方法,还并存着一种更为丰富和复杂的技术:在昆图斯·穆丘斯的作品中,体系建构的规则首次在论述上成为一种专门的独立的形式结构,成了一种作品的特性。^⑤彭波尼强调这种方法具有一种法的自我建设的效果,它在形式之上形成了自己(D. 1, 2, 2, 41)。事实上,法的体系建构得

① 1942年《意大利民法典》序编第12条规定了词语的使用。几个世纪以来,这种方法一直被沿用,并且有了重要的发展。参见 A. Guzmán Brito, *Historia de la interpretación de las normas en el derecho romano*, Santiago de Chile, 2000; Id., *Codificación del Derecho civil e interpretación de las Leyes. Las normas sobre interpretación de las leyes en los principales Códigos civiles europeo-occidentales y americanos emitidos hasta fines del siglo XIX*, Madrid, 2011.

② 在多样的种类中提出了它们包含的共同内涵,这标志着“属”的存在。参见 Gai. 1, 165, 188。

③ 在多个种类属于同一类型中,它推导出所有种类具有其所属的这一类型的共性。

④ D. 46, 3, 80。

⑤ D. 1, 2, 2, 41。

到了一种严格方法的支持。在这种方法中，论题之间的联系是可以被说明、证实和接受的，它具有一种内在的与展开的理性相联系的力量。它对确定性和保证性的内在需求在前面已经被指出了。但到目前为止，“体系”一术语还未出现。

在昆图斯·穆丘斯之后，公元一世纪的法学家赛尔维也是一个以属种关系对法进行建构的专家。彭波尼记载，他有很多学生(D. 1, 2, 2, 44)，他们在自己的作品里收集了听课的内容。学生中的阿尔芬努斯在他的作品《学说汇纂》中写道，术语“汇纂”*digerere*（“学说汇纂”*digesta* 的动词）意味着“排列顺序”。此外，根据彭波尼的记载，奥菲丢斯(Aufidio Namusa)说，“按照体系(学说汇纂)的顺序完成 140 卷的书”^①。在这里，我们也可以看到，出现了有序的体系建构方式。

说到体系建构的顺序、方法和标准，人们也提到技艺(*ars*)这个词。这个词表示拥有一种实践的能力，完成某事并且按照确定的规则进行一定的行为（“技艺”这个词也与艺术家有着密切的关联，即使后来某些描述方式忽略了它）。

西塞罗(公元 1 世纪)已经使用“技艺”一词来赞扬法，它如同语法、几何或者天文学一样，是需要按照一定的规则来进行展示的技艺。穆丘斯已经这样表达过这种期许，但他是从致力于培养演说家的角度来表达这种愿望的(Cic. de Orat I. 42, 187-189)。

我们看到，公元 2 世纪初的法学家杰尔苏在其著名的“法”的定义中把法看作是一种技艺。这一定义后来被乌尔比安引用，并且置于《学说汇纂》的开篇(D. 1, 1, 1, 1pr.)。^② 因此，杰尔苏把法归于实践能力的范畴，它按照既定的顺序所形成的规则来操作，并以实现具体的事务为目的。杰尔苏通过“技艺”一词，把“法的体系”与从事某种实践相关的理念联系起来。在翻译他的法的定义中，引入“体系”这一词语，^③可能是表达出一种有意识的正在成熟中的概念发展。

① D. 1, 2, 2, 44. 他的学生很多，写书的人大约仅有这些：阿尔费努斯·瓦鲁斯·盖尤斯(Alfenus Varus Gaius)、阿马鲁斯·奥菲利乌斯(Aulus Ofilius)……阿尔费迪乌斯·纳穆萨把他们写的所有书按《学说汇纂》顺序整理成 140 卷。

② D. 1. 1. 1pr. 实际上，就像杰尔苏非常优雅地定义的那样，法是善良与公正的技艺。

③ 最初是由伟大的罗马法学家里可博诺(Riccobono)这样做，后来卡塔兰诺(Catalano)遵循这样的做法，经过细致的研究，我也赞同这一选择。