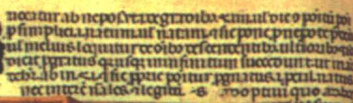


[illegible]

11. *quidam* *conuincit* *te*
 12. *nam* *cruciam* *no* *fec*
 13. *it* *no* *q* *uod* *fecit* *tu*
 14. *peccatum* *nam* *ue*
 15. *scit* *et* *ut* *scin*
 16. *co* *des* *con* *ti*
 17. *scit* *et* *ut* *scin*
 18. *co* *des* *con* *ti*
 19. *scit* *et* *ut* *scin*
 20. *co* *des* *con* *ti*
 21. *scit* *et* *ut* *scin*
 22. *co* *des* *con* *ti*
 23. *scit* *et* *ut* *scin*
 24. *co* *des* *con* *ti*
 25. *scit* *et* *ut* *scin*
 26. *co* *des* *con* *ti*
 27. *scit* *et* *ut* *scin*
 28. *co* *des* *con* *ti*
 29. *scit* *et* *ut* *scin*
 30. *co* *des* *con* *ti*
 31. *scit* *et* *ut* *scin*
 32. *co* *des* *con* *ti*
 33. *scit* *et* *ut* *scin*
 34. *co* *des* *con* *ti*
 35. *scit* *et* *ut* *scin*
 36. *co* *des* *con* *ti*
 37. *scit* *et* *ut* *scin*
 38. *co* *des* *con* *ti*
 39. *scit* *et* *ut* *scin*
 40. *co* *des* *con* *ti*
 41. *scit* *et* *ut* *scin*
 42. *co* *des* *con* *ti*
 43. *scit* *et* *ut* *scin*
 44. *co* *des* *con* *ti*
 45. *scit* *et* *ut* *scin*
 46. *co* *des* *con* *ti*
 47. *scit* *et* *ut* *scin*
 48. *co* *des* *con* *ti*
 49. *scit* *et* *ut* *scin*
 50. *co* *des* *con* *ti*
 51. *scit* *et* *ut* *scin*
 52. *co* *des* *con* *ti*
 53. *scit* *et* *ut* *scin*
 54. *co* *des* *con* *ti*
 55. *scit* *et* *ut* *scin*
 56. *co* *des* *con* *ti*
 57. *scit* *et* *ut* *scin*
 58. *co* *des* *con* *ti*
 59. *scit* *et* *ut* *scin*
 60. *co* *des* *con* *ti*
 61. *scit* *et* *ut* *scin*
 62. *co* *des* *con* *ti*
 63. *scit* *et* *ut* *scin*
 64. *co* *des* *con* *ti*
 65. *scit* *et* *ut* *scin*
 66. *co* *des* *con* *ti*
 67. *scit* *et* *ut* *scin*
 68. *co* *des* *con* *ti*
 69. *scit* *et* *ut* *scin*
 70. *co* *des* *con* *ti*
 71. *scit* *et* *ut* *scin*
 72. *co* *des* *con* *ti*
 73. *scit* *et* *ut* *scin*
 74. *co* *des* *con* *ti*
 75. *scit* *et* *ut* *scin*
 76. *co* *des* *con* *ti*
 77. *scit* *et* *ut* *scin*
 78. *co* *des* *con* *ti*
 79. *scit* *et* *ut* *scin*
 80. *co* *des* *con* *ti*
 81. *scit* *et* *ut* *scin*
 82. *co* *des* *con* *ti*
 83. *scit* *et* *ut* *scin*
 84. *co* *des* *con* *ti*
 85. *scit* *et* *ut* *scin*
 86. *co* *des* *con* *ti*
 87. *scit* *et* *ut* *scin*
 88. *co* *des* *con* *ti*
 89. *scit* *et* *ut* *scin*
 90. *co* *des* *con* *ti*
 91. *scit* *et* *ut* *scin*
 92. *co* *des* *con* *ti*
 93. *scit* *et* *ut* *scin*
 94. *co* *des* *con* *ti*
 95. *scit* *et* *ut* *scin*
 96. *co* *des* *con* *ti*
 97. *scit* *et* *ut* *scin*
 98. *co* *des* *con* *ti*
 99. *scit* *et* *ut* *scin*
 100. *co* *des* *con* *ti*

Iustiniani institutiones

法 学 阶 梯

[古罗马]优士丁尼 著

徐国栋 译

中国政法大学出版社

1999 年·北京

图书在版编目(CIP)数据

法学阶梯/优士丁尼著,徐国栋译. —北京:中国政法大学出版社,2000.2

ISBN 7-5620-1939-8

I. 优… II. 徐… III. 罗马法-法的理论
N. D904.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2000)第 05882 号

责任编辑 丁小宣
出版发行 中国政法大学出版社
经 销 全国各地新华书店
承 印 军事科学院印刷厂

开本 850×1168 1/32 19.125 印张 230 千字
1999 年 12 月第 1 版 1999 年 12 月第 1 次印刷
ISBN 7-5620-1939-8/D·1899
印数:0001-4000 册 定价:32.00 元

社址:北京市海淀区西土城路 25 号
邮编:100088 **电话:**62229803 或 62228801
声明:1. 版权所有,侵权必究。

2. 如有缺页、倒装,由本社发行科负责退换。

斯奇巴尼教授的序言

公元 530 年,正当优士丁尼设立《学说汇纂》编订委员会之际,他就考虑到了要编订《法学阶梯》(参见 Deo auctore 敕令,11^{〔1〕})在后来的 533 年,正值《学说汇纂》即将编竣之时,他设立了一个人数不多的委员会编写计划中的《法学阶梯》。

这个由特里波尼安主持,并由提奥菲鲁斯和多罗兑乌斯作为成员^{〔2〕}的小型委员会迅速地工作,公元 533 年 11 月 21 日,《法学阶梯》即告编竣,并以针对“有志于研习法律的青年”的“Imperatoriam 敕令(皇帝的伟大不仅要以武器来装饰,而且必须以法律来武装)”颁布。

优士丁尼皇帝因此规定,《法学阶梯》要成为学习法学的第一个学期的教科书,以便学生们不在学习课程的初期就被过多的困难所折磨,而可以渐进的方式来处理这些困难,并首先了解被收集在这 4 卷书中的全部法科学的基础和第一原理,然后,为了进行深

〔1〕 该敕令已被译成了中文,载《民商法论丛》第 10 卷,法律出版社 1988 年版,第 837 - 842 页——译者。

〔2〕 司法大臣特里波尼安是《法典》编订委员会的成员、《学说汇纂》的创意者以及完成这一作品的主要操作者,他后来主持了《法典》之第二版的编订委员会。提奥菲鲁斯是君士坦丁堡大学的教授,曾参加《法典》编订委员会,也是《学说汇纂》编订委员会的成员,也许主持了下面的一个分委员会。他也完成了一些富有意义的教学作品,其中之一是希腊文的《〈法学阶梯〉释义》。多罗兑乌斯是古老和著名的贝鲁特大学的教授,他也参加了《学说汇纂》编订委员会,是《法典》第二版的编订委员会的成员。有许多文体上的迹象使人认为《法学阶梯》的写作在这两个教授间分了工,每人被分配写两卷。通过与希腊文的《〈法学阶梯〉释义》相比较,使人可以有把握地假定,头两卷是由多罗兑乌斯写的;第三和第四卷是由提奥菲鲁斯写的。

入研究,要在第四学年结束前的各个学期中学习《学说汇纂》;最后,要在第五学年学习《法典》(优士丁尼《法学阶梯》1,1,2 以及 *Omnem* 敕令)。^[3]

正如人们所看到的,《法学阶梯》的编订是一个为法典编纂和法学家之培养共同制定的方案的一部分。事实上,优士丁尼意识到法典是法学家的产品,它们需要经过适当培养的知道如何解释和适用这些法典的法学家。在这一方案中,《法学阶梯》是最明确的教学材料,尽管它与该方案的其他部分一样,也被赋予了“法律的完全效力”(Imperatoriam 敕令,6)。

作为法学著作之一种类型的法学阶梯,是一种由于法学家盖尤斯而最早出现于公元 2 世纪的产品。盖尤斯为了满足与行省人口日益增长地被编入罗马市民册相联系的对罗马法进行导论式学习的需要,编订了一部教材,它是三种因素相互作用的成果:尤其自昆图斯·穆齐以来的法学家的严格的体系化方法(D.1,2,2,41);由西塞罗(公元前 1 世纪)已根据希腊模式奠定的为了导论式的教学而确定的术语;由萨宾(公元 1 世纪)丰富和整理的晚期共和国法学所完成的对法律规则的阐述。^[4]

优士丁尼《法学阶梯》首先利用了盖尤斯的作品并以后者为范本,不论在进行系统阐述以整理法的材料的方式上,还是在其目的和渊源上,都是如此(优士丁尼《法学阶梯》1,1-2),并围绕着体系化的一般概念人(优士丁尼《法学阶梯》1)、物(优士丁尼《法学阶梯》2-4,5)和讼(优士丁尼《法学阶梯》4,6-末尾)把它们吸收为

[3] 该敕令已被译成了中文,载《民商法论丛》第 10 卷,法律出版社 1988 年版,第 842-850 页。——译者

[4] 参见西塞罗:《论演说家》1,42,187;西塞罗:《论义务》2,18,46 及以次,王焕生的中译本,中国政法大学出版社 1997 年版。

一个统一、和谐和有机的规范之整体。^{〔5〕}在这部《法学阶梯》中，作者提出了诸制度的定义和主要规则，但未深入分析规则本身的理由，也未作许多为使这些规则适用于实际生活提出来的复杂情势所必要的区分，也未展开法学家科学著作中的创造性要点。

由于这种教学—导论的目的，数个世纪来，优士丁尼《法学阶梯》都被认为是他本人的法典编纂的一个次要部分。它在教学中处于中心地位，然而，包含在《学说汇纂》和《法典》中的对问题的较多的详细说明和深入论述使它没有成为注释法学派和评注法学派时代（12—14世纪）的法学家之科学重释活动的中心。

但在后来的岁月中，《法学阶梯》的重要性增长了，这要归于几个原因。

对人法赋予的强调使《法学阶梯》体系的基本合理性凸现出来，而它与对该体系作出使之得到发展的重释的目标和谐一致。

首先，存在于从17世纪开始的现代的被强调的体系化精神在《法学阶梯》中找到了比《民法大全》的其他部分更得到发展的基础。其次是简短的需要，它导致把规则与规则的理由分离开来并编订纯粹的定义与规则的汇集。对法作出的体系化和公理化的重塑打开了一条这样的道路：人们通过它超越先前的重释并提出一些被认为更能满足新需要的，同时是对罗马法原则的一种更忠实理解之成果的新解释。

在17—18世纪，优士丁尼《法学阶梯》经常被根据阐述的最大程度的简短和内容的最大程度的完整的原则重写，并成为一类类型的作品的模本，在这类作品中，人们注入的规范内容越来越丰富，使它们失去了“最基本的原理”的特色，以便它们展开成为一些

〔5〕 参见《民法大全选译·正义与法》，黄风译，中国政法大学出版社1992年版，第6页。

体系化的和详尽的论述。^{〔6〕}在某些情况下,《法学阶梯》成了把罗马法与各国的特别规范进行比较的处所。^{〔7〕}有时则相反,《法学阶梯》建构了阐述和整合各个国家的法的基础;^{〔8〕}有时,它也提供了阐述作为道德和法律的理性主义运用于罗马法之成果的“自然法”的基础。^{〔9〕}通过这些不同的途径,它为现代法典编纂作了准备。

为了考察这一转变是如何完成的,可以伟大的法国法学家波提尔(Pothier, 1699 - 1772)的《按新顺序综述的〈优士丁尼的潘得克吞〉》作为一个重要的示例。他制作了一部《学说汇纂》的重编本,在此书中,特别令人感兴趣的是第50卷第17题“关于古法的各种规则”。优士丁尼《学说汇纂》中的这最后一题很重要,但也相对简短(只有211个选段),而且并无一种体系化的顺序。而波提尔极大地发展了这一部分,他的这一部分汇集了整个《学说汇纂》收集的多数规则,去掉了这些规则被插入其中的特别背景而把它们普遍化。然后,他把这些规则按优士丁尼《法学阶梯》的体系化顺序加以整理。波提尔著作中的这一题是《拿破仑法典》的真正基础,而这部法典又受到许多法典的摹仿。

《法学阶梯》的体系化的顺序也是由奥古斯都·特谢拉·德·弗雷塔斯(A. Teixeira de Freitas)创立的巴西法科学、由萨维尼奠基的德国潘得克吞学派创立的体系化顺序的基础,尽管后者是对这一体系的最有意义的超越。

〔6〕《对皇帝的〈法学阶梯〉第四卷的最丰富的评注》,1642年,J.G.海内丘斯:《根据〈法学阶梯〉顺序的市民法原理》,1725年。

〔7〕例如参见G.A.斯特鲁维:《罗马-日尔曼市民法学》,耶拿,1670年;G.萨拉:《罗马-西班牙法学阶梯》,瓦伦夏,1795年。

〔8〕例如参见海内丘斯:《日尔曼法原理》,哈勒,1735-1737年;J.阿索和M.德·曼鲁埃勒:《卡斯提利亚市民法阶梯》,马德里,1771年。

〔9〕J.G.海内丘斯:《自然法与万民法原理》,哈勒,1737年。

编订优士丁尼《法学阶梯》的委员会利用了古典作品,尤其是利用了盖尤斯《法学阶梯》,^[10]但与《学说汇纂》不同,在《法学阶梯》的文本中,并未指明各个选段的来源,对法的阐述被表现得像是直接由优士丁尼皇帝进行的。但盖尤斯《法学阶梯》的文本也在1816年以古代手抄本的形式被发现,它以不同于《民法大全》的途径到达我们手中。这两部作品间的极大类似,使在这里简单地把它们中的某些要点作一个比较成为一项富有趣味的工作,同时要强调的是,两者间的差异并不总是表现了被解释的法的改变,而有时只是出于编写方式的不同(这方面的例子有,优士丁尼《法学阶梯》分为卷和题;而盖尤斯《法学阶梯》只分为卷),或出于更广泛地阐述被探讨的制度的其他方面的愿望。

值得注意的第一个问题是关于法的一般的部分和关于法的渊源的部分的问题,它们分别处在优士丁尼《法学阶梯》1-2;盖尤斯《法学阶梯》1,1-7。

相较于其蓝本,优士丁尼《法学阶梯》(1,1pr.-1;3)利用乌尔比安的一个文本(D.1,1,10)增加了正义的定义和法学的定义。增加了(1,1,4)法的两个适用领域的区分:一个领域关系到共同的事务;另一个领域关系到个人的福利,此处也使用了乌尔比安的文本(D.1,1,1,2)。还是以同一作者的观点(D.1,1,1,3-4;4;6)为依据,优士丁尼《法学阶梯》1,2pr.-2宁愿把法分为自然法、万民法和市民法三个分支,而未采用万民法或自然法、市民法的两分法

[10] 参见我为《民法大全选译·正义与法》写的序言“致中国读者”,中国政法大学出版社1992年版,第6页及以次。

除了盖尤斯的《法学阶梯》被使用了外,为两个伟大的法学家实际掌握的文本有上述盖尤斯的《日常事物》以及保罗、乌尔比安、佛罗伦丁和马尔西安的《法学阶梯》式的著作。当然,多罗兑乌斯和提奥菲鲁斯也掌握了其他许多也被用于编写《学说汇纂》的作品,并且他们可能从这些作品的记载中吸收了灵感、术语体系和规则。

(盖尤斯《法学阶梯》1,1)。^[11]三分法最直接的意蕴之一,是它允许确认奴隶制尽管符合万民法,但违反了自然法(优士丁尼《法学阶梯》1,2,2;1,3,2),而这就允许把一个植根于自起源开始的罗马法的原则纳入到这个概念框架中,根据这一原则,所有的人都可通过各种各样的事实从一种身份转入另一种身份,没有任何人天然就是奴隶,这一原则曾经允许把一度为敌人者纳入到罗马市民名册中。^[12]

在对市民法之渊源的说明上,优士丁尼《法学阶梯》的1,2,4-8遵循了盖尤斯《法学阶梯》1,3-7的同样顺序。它肯定了作为人民之权力的表现的法律的首要地位,从这种权力中派生出了平民会决议、元老院决议和皇帝的敕令。这里有必要指出,盖尤斯《法学阶梯》1,4中记载了对元老院决议之法律效力的疑问,该疑问在优士丁尼《法学阶梯》的1,2,5中被排除了;还有必要指出的是,优士丁尼对皇帝敕令的介绍利用了一个更有分析性的乌尔比安的文本(D.1,4,1),在《法学阶梯》中,关于谕令权的王权法被记载为一种过去发生的行为;而在盖尤斯《法学阶梯》和在乌尔比安的论述中,该法是一种涉及到作者所处时代的现在的行为。接下来,谈到了人民与由自己选出的长官合作的原则,这些长官制定了约束人民的法律规范,此处对还是由人民选出的长官在行使其管辖权的过程中创立的法进行了分析(优士丁尼《法学阶梯》1,2,7);

[11] 对盖尤斯来说,自然理性奠定了万民法,它与自然法没有区别。例如,在盖尤斯《法学阶梯》的2,65及以次中这么说。

[12] 在对罗马的不同寻常的扩张的研究中,公元前1世纪的希腊历史学家阿利卡尔纳索的狄奥尼基指出了这个事实:根据罗马法,甚至每个奴隶都可以转化为罗马市民。阿利卡尔纳索的狄奥尼基,1,9,3(“罗马人随时间的推移正在成为最大的民族……他们慷慨地在他们的地方为那些对此需要的人提供庇护,授予市民权给那些被征服的人,以酬庸他们在战争中表现的勇敢行为,并给予被解放的奴隶市民权,而不鄙视任何人”),也参见同一著作的4,22,4-24。

在盖尤斯的《法学阶梯》1,6 中,对长官告示的更有分析性的研究是关于各个行省的不同法的。末尾,几乎是表达了一个与长官治人民的作法相对立的原则和权威,优士丁尼《法学阶梯》指出了法学家的意见为法的渊源,由此,它完成了对阿德里亚鲁斯(公元1世纪)皇帝之敕答的超越,并确认了法学家意见的产生法的作用。

两部《法学阶梯》间最明显的差异,当然是优士丁尼《法学阶梯》加入了成文法与不成文法的划分(1,2,3),这是根据乌尔比安的一个文本增加的(D.1,1,6,1)。这种划分允许在优士丁尼《法学阶梯》1,2,9 中把习惯重新确定为法律渊源,此乃盖尤斯未曾为之事,尽管他考虑到了习惯之产生法的功能(盖尤斯《法学阶梯》1,1)。在优士丁尼《法学阶梯》1,2,9 中,习惯的地位与法律同,这遵循了尤里安的古典思想的线索(D.1,3,32),尽管有所变通:因为尤里安认为习惯是人民意志的表示;而优士丁尼的文本认为,习惯是“经使用而同意”的法。

尽管有这些差异,这一法的渊源体制的经典价值恒在,它在一个漫长的历史时期内表现出来,以便将来把自己固化在从属于这种价值的法律形式和法律原则中,并在其后来的展开中塑造了一种体制,现在的国家立法主义不过是对该体制的片面歪曲。

第二个极为重要的题目当然是优士丁尼《法学阶梯》取消了盖尤斯《法学阶梯》中十分广泛的关于外邦人之地位的论述,也取消了曾有过的拉丁人的特别范畴。

在盖尤斯的时代,对外邦人和拉丁人的考虑十分重要,人们把它与在混合婚姻中出生的子女的市民权问题、外邦人本身取得罗马市民权的问题联系起来。卡拉卡拉皇帝的敕令(公元212年)授予了帝国境内的所有居民以市民权,这种授予是一个重要的步骤,罗马法由此对所有的人开放,它意味着没有任何人是外邦人。这里就有了超越战争与奴隶制之理想的胚芽,而奴隶制不符合认为

所有的人都生来自由的自然法,它是由于战争和战俘而采用的(优士丁尼《法学阶梯》1,2,2;1,3,2-3)。这里也有了取消拉丁人的特定身份的基础(优士丁尼《法学阶梯》1,5,3)。

还是在第一卷中,另一个值得指出的问题是对妻子的夫权、古老的结婚仪式、对自由人的支配权(Mancipium)的问题(盖尤斯《法学阶梯》1,108及以次与1,116及以次),这两类情势都被超越了,相较于盖尤斯对这些问题的论述,优士丁尼倾向于只深入阐述与家父权相关的情势(优士丁尼《法学阶梯》1,8及以次)。所以在家庭方面,也像在已述及的市民权方面一样,通过取消一些与人有关的划分,完成了一个统一地考虑所有的人的基本法律地位的重要步骤。

再者,在监护和保佐方面,除了众多规范上的修正——例如关于对妇女的监护(盖尤斯《法学阶梯》190及以次)的修正外,可以强调的是,优士丁尼《法学阶梯》1,26对这一题目的论述扩展到了探讨制裁方面的问题,我们可认为,这种处理处在这两个制度从表现权力到表现一种义务和一种职务之转变的线索上,为了不被课加这些义务,作者甚至规定了一些豁免的正当原因(优士丁尼《法学阶梯》1,25)。在物的分类问题上,我们发现优士丁尼《法学阶梯》有时倾向于晚于盖尤斯的其他法学家们创立的理论,结果,它建立在一种更有分析性的三分法的基础上:根据人的法在我们的财产之外的物,要么是为所有的人共有的物;要么是公物;要么是团体的物(优士丁尼《法学阶梯》2,1,1及以次,参见马尔西安的被收录在D.1,8和4中的论述,这里令人感兴味的是由上述盖尤斯在关于物的公共使用的更深入的著作中创立的子范畴。请注意优士丁尼《法学阶梯》2,1,4与D.1,8,5pr.的关系),而在这一方面,盖尤斯《法学阶梯》仅确定了公物(盖尤斯《法学阶梯》2,11)。

然后,优士丁尼《法学阶梯》就“处在我们的财产中的物”展开了对取得所有权的方式的探讨,从万民法上的取得方式开始,也探

讨了与占有他人之物者相关的取得方式以及与用益权人相关的取得方式(优士丁尼《法学阶梯》2,1,11 及以次),并以第2卷第6题研究了市民法上的取得时效。而盖尤斯《法学阶梯》在引入了有体物与无体物的区分后(盖尤斯《法学阶梯》2,12),通过也引入要式转移物与非要式转移物的区分,探讨了取得所有权的方式,并以此为依据对要式买卖、拟诉弃权和交付进行了探讨(盖尤斯《法学阶梯》2,14a 及以次),前两种取得方式是地地道道的市民法上的制度(盖尤斯《法学阶梯》2,22),第三种是万民法上的制度。取得时效(盖尤斯《法学阶梯》2,43 及以次)与前两种取得方式属于一类;与第三种属于一类的有基于自然理性的其他取得方式(盖尤斯《法学阶梯》2,65 及以次)。盖尤斯《法学阶梯》在与取得所有权的方式相关的范围内,附带地论述了不同类型的所有权(盖尤斯《法学阶梯》2,40 及以次)。物的要式转移物和非要式转移物的划分,以及为取得前一种物所必要的方式,已脱离使用并最终被优士丁尼废除。

在优士丁尼《法学阶梯》中,我们发现它有机地探讨了役权、用益权、使用权、居住权、对奴隶提供之服务的权利(优士丁尼《法学阶梯》2,3-5),而这后一些权利在盖尤斯《法学阶梯》2,14;2,30 中只有一些征兆,原因也许是对这方面材料的重新整理当时尚未完全成熟。

在古典法中,赠与是法律行为的一种原因,但它本身并非一种法律行为;但在优士丁尼《法学阶梯》2,7 中,由于结构上的一种精心制作,我们发现它是这样。

遗产继承问题构成一个整体,占了优士丁尼《法学阶梯》将近三分之一的篇幅。这方面的论述后来被优士丁尼本人修改了,尤其是通过《新律》18,1 中的敕令和 115,3 和 4 中的敕令,实质性地修改了优士丁尼《法学阶梯》2,18 中关于遗嘱因损害法定继承人而无效的规定;通过《新律》118,1-4 和 127pr. - 1,修改了优士丁

尼《法学阶梯》3,9 关于占有遗产的论述。相较于盖尤斯的《法学阶梯》,这方面规范上的差别极为可观,所以要考虑的论述范围也更大。

还是以举例说明,简单的机械比较会让我们弄清两部《法学阶梯》在主题上的契合:优士丁尼《法学阶梯》的 2,10;盖尤斯《法学阶梯》的 2,101-108 和 119,都是关于遗嘱和证人的;优士丁尼《法学阶梯》的 2,11;盖尤斯《法学阶梯》的 2,109-111,都是关于军人的特别遗嘱的;优士丁尼《法学阶梯》的 2,12;盖尤斯《法学阶梯》的 2,111-114,都是关于可以订立遗嘱的人的;优士丁尼《法学阶梯》的 2,13;盖尤斯《法学阶梯》的 2,123-143,都是关于剥夺子女继承权的;优士丁尼《法学阶梯》的 3,14;盖尤斯《法学阶梯》的 2,185-190,都是关于指定继承人的;优士丁尼《法学阶梯》的 2,15;盖尤斯《法学阶梯》的 2,174-178,都是关于普通的补充继承人的;优士丁尼《法学阶梯》的 2,16;盖尤斯《法学阶梯》的 2,179-184,都是关于未成年人的补充继承人的;优士丁尼《法学阶梯》的 2,17;盖尤斯《法学阶梯》的 2,138-151,都是关于遗嘱后发的无效的,由此看来,在这一法的分支,只有优士丁尼《法学阶梯》中关于“不合义务的遗嘱”的题(2,18)不与盖尤斯《法学阶梯》相对应。

在庞大的债法领域,可以看到阐述顺序的某些引起特别注意的创新,例如,优士丁尼《法学阶梯》3,13 指出了债有市民法上的和裁判官法上的之分,尽管如此,它仍把这两种债确定为债的体系化的单一的一般概念的一部分(优士丁尼《法学阶梯》3,13pr.);而盖尤斯《法学阶梯》主要致力于分析市民法上的债。

优士丁尼《法学阶梯》3,13,2 接着提出了著名的关于债的发生根据的四分法:契约、准契约、私犯和准私犯,它取代了盖尤斯《法学阶梯》3,88 采用的两分法。而接下来的关于契约之债的产生根据的四分法维持不变(优士丁尼《法学阶梯》3,13,2;盖尤斯《法学阶梯》3,89),尽管再往后,在优士丁尼《法学阶梯》3,21 中包

括了庄严的书面形式的债的发生根据,它们是拟制的产物(请参看盖尤斯《法学阶梯》3,128 及以次的相反规定)。要注意的是,优士丁尼《法学阶梯》中的最广泛的通过物缔结的契约的清单不仅包括消费借贷,而且包括委任、寄托和出质(优士丁尼《法学阶梯》3,14;盖尤斯《法学阶梯》3,90-91),至少同样重要的是,它采用了这样的对债的论述:这些债是通过准契约、无因管理、监护、共有、遗赠、非债清偿(优士丁尼《法学阶梯》3,14)和准私犯(优士丁尼《法学阶梯》4,5)缔结的。这里不是回顾反映在这些差异上的学术观点之更替的地方,总之,通过上述盖尤斯在 D.44,7,1pr. 中提出的著名的三分法,并经乌尔比安的重新整理(尤其参见 D.2,14,7),完成了这一转变。^[13] 这里也不可能指出在私犯与所谓的准私犯之区分背后存在的问题,以及私犯与在准私犯之范围内表现的甚至无过错也要承担责任之前提之间的紧张关系。

比较两部《法学阶梯》,在诉讼方面,改变是深刻的:盖尤斯《法学阶梯》4,1-30 中记载的法律诉讼的历史以及对程式的细致的和准确的阐述(盖尤斯《法学阶梯》4,30-74)消失了,但它们仍在优士丁尼《法学阶梯》4,6 中,在诉权的概念和分类上留下了许多痕迹。但优士丁尼《法学阶梯》4,6 及以次的论述并非严格意义上的对诉讼法的论述,而还相当受古典法的遗产、盖尤斯时代之遗产的约束,在这一时代中,裁判官作为被选举的长官不裁决争议,但通过授予适当的诉讼工具指出据以裁决争议的规则,而优士丁尼《法学阶梯》论述了这些诉讼手段,它们是诉权、抗辩、令状和恢复原状。

优士丁尼《法学阶梯》的最后一题(第4卷第18题)是用于研究公诉的部分,它无疑属于新规定。

[13] 参见桑德罗·斯奇巴尼:“对债的发生根据体系和契约范畴的思考”,载《法学译丛》1992年第4期,第16页及以次。

把盖尤斯《法学阶梯》与优士丁尼《法学阶梯》相比较——在这一方面,我已以非常概要的方式举了一些示例——从各种角度来看,都是一项一直在进行并仍可以有所用处地进行的科学工作。〔14〕

- 〔14〕如果有人愿意像我就法的一般和法的渊源所做的一样继续进行这种比较,他应该就所有的段落,就所有可能的外在于盖尤斯《法学阶梯》的原始文献作出说明,然后分析它们,例如:优士丁尼《法学阶梯》1,3pr. = 盖尤斯《法学阶梯》1,9;优士丁尼《法学阶梯》1,3,1-3 = 弗罗伦丁《法学阶梯》D.1,5,4pr.-3;优士丁尼《法学阶梯》1,3,4尽管有所不同,但仍可与马尔西安的D.1,5,5,1和pr.相比较;优士丁尼《法学阶梯》1,3,5 = 盖尤斯《法学阶梯》1,10,但也可与乌尔比安的D.1,1,4相比较。

优士丁尼《法学阶梯》1,4pr-1可与马尔西安的D.1,5,5,2-3相比较。

优士丁尼《法学阶梯》1,5pr. = 盖尤斯《法学阶梯》1,11 + 乌尔比安的D.1,1,4;优士丁尼《法学阶梯》1,5,2 = 盖尤斯《法学阶梯》1,20的末段,其他的段落无文本上无对应关系,但可参看盖尤斯《法学阶梯》1,17。

优士丁尼《法学阶梯》1,6pr. = 盖尤斯《法学阶梯》1,36-37;优士丁尼《法学阶梯》1,6,3 = 盖尤斯的D.40,9,10;优士丁尼《法学阶梯》1,6,4 = 盖尤斯《法学阶梯》1,38;优士丁尼《法学阶梯》1,6,5 = 盖尤斯《法学阶梯》1,19和39;优士丁尼《法学阶梯》1,6,7 = 盖尤斯《法学阶梯》1,40,其他的段落无文本上的对应关系,但对优士丁尼《法学阶梯》的1,6,3,可参看优士丁尼《法典》的6,27,5,1-1b;6,27,6;关于优士丁尼《法学阶梯》的1,6,6,可参看马尔西安的D.40,2,9,1。

优士丁尼《法学阶梯》1,7 = 盖尤斯《法学阶梯》1,42。

优士丁尼《法学阶梯》1,8pr. = 盖尤斯《法学阶梯》1,48-53,其中的第二段,也可参看乌尔比安的D.1,6,2。

优士丁尼《法学阶梯》1,9pr. = 盖尤斯《法学阶梯》1,55;优士丁尼《法学阶梯》1,9,2 = 盖尤斯《法学阶梯》1,55;优士丁尼《法学阶梯》1,9,3 = 乌尔比安的D.1,6,4末段,其他的段落无文本上的对应关系,但关于优士丁尼《法学阶梯》1,9,2,可参看莫特斯丁的D.23,2,1;优士丁尼《法学阶梯》1,10,1 = 盖尤斯《法学阶梯》1,59-59;优士丁尼《法学阶梯》1,10,2 = 盖尤斯《法学阶梯》1,60-61;优士丁尼《法学阶梯》1,10,12 = 盖尤斯《法学阶梯》1,64;优士丁尼《法学阶梯》1,10,13 = 盖尤斯《法学阶梯》1,65,其他的段落无文本上的对应关系。关于在头段中援引的敕令,参看C.5,4,25。关于优士丁尼《法学阶梯》1,10,3,参看有所不同的盖尤斯《法学阶梯》1,62。关于优士丁尼《法学阶梯》1,10,5-7,参看盖尤斯《法学阶梯》1,63;被记录在优士丁尼《法学阶梯》1,10,9中的尤里安的意见,由乌尔比安在D.23,2,12,3中提到了,这似乎是被考虑的一个文本。关于优士丁尼《法学阶梯》1,10,10这个段落,参看保罗的D.23,2,14,2-3。关于优士丁尼《法学阶梯》1,10,11中对《学说汇纂》的援引,参看D.23,2,57;D.23,2,59;D.30,128;D.48,5,7。

凡此等等,不胜枚举。在这一方面,可参考由恩佐·纳尔蒂完成的优士丁尼的《法学阶梯》的意大利文译本:《罗马法中的〈法学阶梯〉》,文本II,米兰,1986年版,第205页及以次;以及C.菲利尼的奠基性研究。

一方面，盖尤斯《法学阶梯》的文本在被历史的烟尘掩盖数个世纪后被我们从不同于《民法大全》的途径得到的事实，为法史学家提供了一个在其与优士丁尼法的差异中重现盖尤斯时代的法的优越工具。

另一方面，包含在《民法大全》中的优士丁尼的《法学阶梯》，一直是、并且现在仍然是进行历史比较的重要基础，在这一基础上，罗马法先是完成了与中世纪的法律制度的比较，然后是与理性主义的比较，现在是与当代的其他大法系的比较。通过这样的比较，《法学阶梯》得到了完全的理解，而盖尤斯《法学阶梯》可用来更好地理解它。

《民法大全》不是在实验室里成熟起来的，而是由于处在不同时间和空间的许多人的贡献得到了成熟。在《民法大全》中表现的概念、原则、制度和规范，包括并几乎浓缩了它们自罗马起源开始的形成过程中的更替，而为了深入地理解它们，并使它们能以其所有的被把握了的和依然只是潜在的可能性自由地和不走样地发展，为了法学家们应考虑的今天和明天的需要，值得从头开始对它们重新进行研究。在盖尤斯的 D. 1, 2, 1 中，这是一个从他对已离他相当遥远，但由于“起源”是产生并预示了其他部分的部分，他认为值得对之进行重新分析的十二表法的评注中抽取的一个片段就提出了这样的告诫。优士丁尼《法学阶梯》之大部的起源就在盖尤斯《法学阶梯》中！但不仅仅在盖尤斯《法学阶梯》中。两个文本间的对话要通过仔细的省察，深入的研究进行，而不要做像盖尤斯在其上面被引用的著作片段中所说的“罗里罗嗦的评注”，而要以理解它们的不同的学术背景、它们的规范的蕴涵、它们的自我超越或自我补充、它们的发展为目的。

我们手头的优士丁尼《法学阶梯》来自 10 世纪和 11 世纪的局部手抄本，以及后来的许多手抄本，根据 12 世纪在波洛尼亚

大学进行的对优士丁尼法典^[15]的研究复原。第一个印刷版于1468年出现于德国的美因兹。尽管一般的学术语言,尤其是法研究的学术语言直到1800年初一直都是拉丁语,但出现了许多《法学阶梯》的民族语言译本:16世纪有了第一个德译本,它是1519年在穆尔勒(Murner)出版的,在它之后又有众多的其他德译本。撇开德译本不谈,1547年有了第一个荷兰文译本;1551年有了西班牙文译本;1552年有了意大利文译本;1749年有了英译本,等等。

现在出版的中文本是由徐国栋教授在武汉的中南政法学院直接从拉丁文翻译的,该工作是意大利国家科研委员会资助的合作项目的一部分。这一项目由罗马第二大学(TOR VERGATA)罗马法教研室主持,并也涉及到中国政法大学与罗马法传播研究组之间的协议。这个译本经过了由比萨大学的阿尔多·贝特鲁奇教授、朱塞佩·德那其那博士和徐国栋教授本人组成的工作小组为了校对而进行的讨论。这一译本的出版,得到了意大利国家科研委员会和意大利大学与科技研究部的资助。

桑德罗·斯奇巴尼^{*}

1999年12月8日于罗马

[15] 优士丁尼法典有广狭两种含义,前者统指《法典》、《学说汇纂》和《法学阶梯》;后者仅指只收集敕令的《法典》。显然,这里指的是广义上的优士丁尼法典——译者

• 这篇序言的作者被许多中国人亲切地称为“老斯”,他是意大利罗马第二大学的罗马法教授和拉丁美洲跨学科研究中心主任、萨萨里大学教授、罗马法传播研究组负责在中国和拉丁美洲传播罗马法事务的成员,因此他同时活跃在中国和拉美的学术舞台上。事实上,他是中国第二次继受罗马法从原始文献入手的继受之广泛的留学与出版活动的主要组织者,他因此在中国也获得了一系列学术衔头:他是中国政法大学罗马法研究中心的高级顾问、中南政法学院客座教授。——译者。