

法学学派争鸣与罗马法的 “争鸣的法”的性格

以被盖尤斯《法学阶梯》记载的 21 个学派争议为中心

徐国栋^{*}

摘 要 罗马的法学争鸣由来有自,从共和时期开始就有了穆丘斯派和塞尔维尤斯派的争鸣,到元首制时期发展为萨宾派和普罗库鲁斯派之间的争鸣。这两个学派的掌门人大多有强烈的实践倾向,这铸造了罗马法学的务实特性。所有的这些争鸣,不仅有学派间的,而且有学派内的,极大地推动了罗马法学的发展。这些争鸣还造就了罗马法的“争鸣的法”(iuscontroversum)的特色。尽管如此,罗马的法学争鸣只涉及私法问题,不涉及公法领域,这反映出当时的学术自由是在威权下进行的、有限的自由。对于罗马法学争鸣的原因,有不同哲学派别说、保守与进步区分说、严格法与衡平法不同偏好说、与皇权关系不同说、阶级立场不同说、方法论不同说、不同祖师爷说、不同法律分支偏好说等,荷兰学者特莎·雷森提出的地方论说较新,本文采之。

关键词 萨宾派 普罗库鲁斯派 法学争鸣 地方论 穆丘斯派 塞尔维尤斯派

一、两大法学派别前的罗马法学派别争鸣

罗马法的学派之分共和时期即有,最早的分野是法学家派和演说家派,前者皓首穷法经,

^{*} 厦门大学法学院罗马法研究所教授。

寻章摘句老雕虫,后者看不起法学,倾心于“万人敌”之学即修辞学,兼及法学,西塞罗是其代表。两个学派平时各搞各的,但经常在法庭相遇,各自代理一造当事人,由于法学家派手里只有一样武器,而演说家派的武器有两样,前者经常败给后者。例如,大名鼎鼎的法学家昆图斯·穆丘斯·谢沃拉(Quintus Mucius Scaevola,公元前140—公元前89年)在库流斯案件中就败在大名鼎鼎的演说家克拉苏斯(Lucius Licinius Crassus,公元前140—公元前91年)手下,因为后者更会调动旁听群众的情绪。^{〔1〕}

其次的分野是穆丘斯学派和塞尔维尤斯学派,前者的掌门人就是曾败于克拉苏斯的谢沃拉,后者的掌门人是塞尔维尤斯·苏尔毕丘斯·路福斯(Servius Sulpicius Rufus,约公元前106—公元前43年)。从政治上看,他是共和罗马的一位大人物。他是公元前66年的裁判官,公元前63年竞选执政官失败,公元前51年终于当上执政官。内战中经过一段犹豫后,他最终追随恺撒。公元前46年,担任亚该亚行省的总督。公元前43年,代表恺撒与安东尼谈判,死于途中。^{〔2〕}从学术上看,他跟西塞罗一样出身法家,后转投修辞学,先是在罗德岛师从阿波罗纽斯·莫隆(Appollonius Molon)研究辩证法和修辞学,由此开始了他作为演说家的生涯,并达到了第一等的程度。后来与昆图斯·穆丘斯·谢沃拉相遇,因理解不了谢沃拉对他的问题的解答而遭到责骂,愤而致力于法学,并把法学与辩证法结合起来,开宗立派,成塞尔维尤斯学派。^{〔3〕}他至少创立了两项制度。其一,遗产占有之诉(Actiobonorumpossessoris);其二,质押之诉(Actiopigneraticia)。^{〔4〕}当代意大利学者 Cenderelli 和 Barbara Biscotti 认为,穆丘斯用区分(Diairesis)的方法打造了一个市民法的体系。^{〔5〕}人们认为穆丘斯比较传统和保守,而塞尔维尤斯由于采用案例法,因此是革新派、进步派。^{〔6〕}Patricia Panero 则认为,穆丘斯派关注法律、元老院决议,而塞尔维尤斯派关注裁判官告示。前者注重写出《法学阶梯》一样的封闭性体系著作,后者关注写出《学说汇纂》一样的开放性体系著作。^{〔7〕}Panero 的说法甚有道理,因为罗马法学史上的第一部《学说汇纂》是塞尔维尤斯的弟子阿尔芬努斯·瓦鲁斯完成的。

除了上述宏观的差别,两派还有不少对具体问题的看法差异,对此有塞尔维尤斯所

〔1〕 参见徐国栋:“库流斯案件评析”,《当代法学》2013年第4期。

〔2〕 Cfr. La voce di Servio Sulpicio Rufo di Enciclopedia Treccani, Su <http://www.treccani.it/enciclopedia/servio-sulpicio-rufo/>, 最后访问日期:2015年1月24日。

〔3〕 Cfr. Manuel Jesus Garcia Garrido, *Diritto privato romano*, CEDAM, Padova, 1996, pp. 11s.

〔4〕 Cfr. Piero Meloni, *Servio Sulpicio Rufo e i suoi tempi*, Annali della Facoltà di Lettere e Filosofia della Università di Cagliari, xiii. p. 184. Sassari: Gallizzi, 1946, p. 237.

〔5〕 即继承法、人法、物法、债法的四编制体系,为后世的潘得克吞体系的前身。

〔6〕 Cfr. Aldo Cenderelli, Barbara Biscotti, *Produzione e scienza del diritto: Storia di un metodo*, Giappichelli, Torino, 2005, pp. 190ss.

〔7〕 See Patricia Panero, *The Methodological Criteria of Counterpositions within the Roman Social Legal Framework*, In *Ridrom, Rivista Internacional de Derecho Romano*, Numero 9, 2012.

著的《对谢沃拉观点的批驳》(Reprehensascaevolae capita)^[8]为证。该书保留的残篇中保留 10 个塞尔维尤斯表示异见的案例,其中 8 个是针对谢沃拉提出来的。^[9]例如,塞尔维尤斯学派主张只有本人可以取得占有,而穆丘斯学派则主张可通过任何自由人获得占有。^[10]又如,谢沃拉认为狮子合伙无效,而塞尔维尤斯则认为有效,因为某些人的劳务对合伙常常非常珍贵,甚至承认他们在合伙中处于更好的条件是公正的。^[11]有人认为塞尔维尤斯对谢沃拉的批评不是为了学派争议,而是为了把法学研究的工具精致化。^[12]当然,也有人认为塞尔维尤斯由于对谢沃拉的父亲敌意而故意反对谢沃拉的观点,属于为了反对而反对的性质。^[13]

穆丘斯的学生很多,彭波尼的《教本》包含一部简短的罗马法学史,其中提到了穆丘斯的如下著名弟子,他们有 Aquilius Gallus、Balbus Lucilius、Sextus Papirius、Gaius Iuventius。^[14]阿奎流斯·噶鲁斯(公元前 116—公元前 44 年)担任过公元前 61 年的裁判官,在此期间采用了诈欺之诉,尔后不再担任公职,专心法学和律师业务。他发明了诈欺的程式(formulae de dolo)、诈欺的抗辩、阿奎流斯要式口约、解决了阿奎流斯遗腹子(postumus Aquilianus)的问题。^[15]巴尔布斯·路其流斯是西西里附近的岛屿切尔奇纳人,在罗马当律师,口才好且学识渊博,^[16]是塞尔维尤斯·苏尔毕丘斯·路福斯的启蒙法学老师。^[17]所以,后来自立门派的塞尔维尤斯曾属于穆丘斯派,而且属于徒孙辈。绥克斯图斯·帕比流斯出身名门,也教过塞尔维尤斯法律,其名字在塞尔维尤斯的作品中被提到。^[18]盖尤斯·尤文求斯是杰出的法学家,其作品被广泛阅读。^[19]

塞尔维尤斯的学生也很多,彭波尼的《教本》提供了一个 10 人的名单,其中包括未来普罗库鲁斯派的中坚法学家拉贝奥的父亲 Pacuvius Labeo,他们中 8 人写过著作,Aufidius Namu-

[8] Cfr. Antonio Guarino, *L'Esegesi delle fonti del diritto romano*, Tomo primo, Jovene, Napoli, 1982, p.140.

[9] See Richard A. Bauman, *Lawyers in Roman Traditional Politics: A Study of the Roman Jurists in Their Political Setting in the Late Republic*, C. H. Beck, 1985, p.6.

[10] Cfr. Filippo Briguglio, *Studi sul procurator*, Giuffrè, Milano, 2007, p.203, Nota 384.

[11] Cfr. Otto Lenel, *Palingenesia Iuris Civilis*, II, Leipzig, 1889, p.323.

[12] Cfr. La voce di Sulpicio Rufo, Servio, Su <http://www.treccani.it/enciclopedia/servio-sulpicio-rufo/>, 最后访问日期:2015 年 1 月 25 日。

[13] See Richard A. Bauman, *supra* note 9 at 6.

[14] 参见(古罗马)优士丁尼:《学说汇纂》(第 1 卷),罗智敏译,中国政法大学出版社 2008 年版,页 51。

[15] 参见 the Entry of Gaius Aquilius Gallus, http://de.wikipedia.org/wiki/Gaius_Aquilius_Gallus, 最后访问日期:2015 年 1 月 23 日。

[16] See Patrick Mac Chombaich de Colquhoun, *A Summary of The Roman Civil Law*, Vol. I, London, V. and R. Steven and Sons, 1849, p.37.

[17] 参见优士丁尼,见前注[14],页 53。

[18] See Patrick Mac Chombaich de Colquhoun, *supra* note 16, at 37.

[19] See Patrick Mac Chombaich de Colquhoun, *supra* note 16, at 37.

sa 对这些书做了综述(Digesta)。^[20]这大概是罗马法学史上的第一部《学说汇纂》(Digesta),但此《学说汇纂》非阿尔芬努斯的《学说汇纂》,可以把它理解为一部学派作品精要,而阿尔芬努斯的《学说汇纂》是一部面向司法实务的作品,由对实务问题的解答构成。所以,Panero 说阿尔芬努斯是第一个写《学说汇纂》体裁作品的法学家。^[21]

彭波尼又指出,在塞尔维尤斯的学生中,最有威望者为阿尔芬努斯·瓦鲁斯(Alfenus Varus)和奥鲁斯·奥菲留斯(Aulus Ofilius),前者担任过执政官,后者仅仅骑士出身,但他与恺撒交好且著作众多,可能受恺撒委托实现其法典编纂计划。^[22]他著有 50 卷的《分部的法》(Ius Partitum),16 卷的《论诉权》,还有关于 1/20 税的专著和 40 卷的《学说汇纂》。^[23]由于其立法贡献,德国学者 Eduard Huschke 称他为共和时期的特里波尼安。更可道者,他还是卡皮托(Ateius Capito)和拉贝奥(Antistius Labeo)的老师。^[24]这两人一个是萨宾派的掌门人,一个是普罗库鲁斯派的掌门人,但他们竟然是同学,这一事实有利于萨宾派和普罗库鲁斯派同出一门的推论。

至于阿尔芬努斯·瓦鲁斯的学术贡献,彭波尼未给我们留下任何文字。但对于罗马法业内人士来说,这是个震耳欲聋的名字。他出生于山南高卢行省 Cremona 城的鞋匠家庭,来到罗马师从塞尔维尤斯,学成后担任过公元前 39 年的各位执政官,著有 40 卷的《学说汇纂》,其中多案例分析,分析采用三分法。首先是提出案例,然后提出质疑的理由,最后提出判决的理由,这一区分技术来自柏拉图和亚里士多德的 Diairesis 方法。^[25]阿尔芬努斯的案例来自实际生活,所以属于经验型的作家,到了盖尤斯的时代以后的法学家,就不分析从经验得出的案例了,只分析前人分析过的案例。^[26]

要指出的是,穆丘斯派和塞尔维尤斯派不是同时的,而是历时的,从辈分上看,塞尔维尤斯是穆丘斯的徒孙,这与帝政时期的两派争鸣的同时性不同。从学说的沿袭关系看,如果说谢沃拉的学说属于原教旨,塞尔维尤斯的学说则有修正主义的性质。按中国的师生关系伦理,塞尔维尤斯有欺师灭祖的嫌疑,但可按“吾爱吾师,吾更爱真理”的希腊伦理遮盖过去。无论如何,两派的掌门人都是专业的法学家,所以,穆丘斯派与塞尔维尤斯派的争鸣把罗马的法学争鸣带入了业内争鸣、法庭外争鸣的阶段,这样的状况无疑有利于法学的进步和发展,也开创了帝政时期不同法学流派的争鸣模式。

共和终止后,两派各有自己在帝政时期的继承者。萨宾派被认为是塞尔维尤斯派的传人,

[20] 参见优士丁尼,见前注[14],页 55。

[21] See Patricia Pancro, *supra* note 7.

[22] Cfr. Federico D'Ippolito, *I giuristi e la città*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1978, p.104.

[23] 参见优士丁尼,见前注[14],页 55。Cfr. Federico D'Ippolito, *op.cit.*, p.103. See also William Smith, *A Dictionary of Greek and Roman Antiquities*, John Murray, London, 1875, p.19.

[24] Cfr. Federico D'Ippolito, *op.cit.*, 22, pp.111, 116.

[25] Cfr. La Voce di Alfeno Varo, http://it.wikipedia.org/wiki/Alfeno_Var%C3%B2, 最后访问日期:2015 年 1 月 23 日。

[26] 根据 2014 年 6 月 14 日罗马二大教授里卡尔多·卡尔迪里教授对我口头发表的言论。

普罗库鲁斯派是穆丘斯派的传人。^{〔27〕} 这种说法可能根据萨宾派的第一掌门人阿特尤斯·卡皮托也是塞尔维尤斯的学生的的事实,但从萨宾的《市民法》采用了谢沃拉体系的角度看,这种说法并不完全有理。从普罗库鲁斯派的掌门人拉贝奥(M. Antistius Labeo)的父亲是塞尔维尤斯的学生的的事实看,这种说法也面临挑战。实际上,塞尔维尤斯派是穆丘斯派的发展形式,两派同根,一些差异可能因为个人意气所致,所以,说穆丘斯派和塞尔维尤斯派同是后来的萨宾派和普罗库鲁斯派的祖先,可能更符合事实。

然而,上述共和时期的法学流派争鸣被多数这方面的研究者忽略不计,他们认为这方面争鸣从帝政初期开始,说普罗库鲁斯派和萨宾派彼此争鸣 160 多年,到阿德里亚努斯皇帝时期(76—138 年)才终止。^{〔28〕} 这样的观察无疑不全面,但有其理由。其一,演说家派和法学家派的争鸣少有发生,只有个案的意义,不值得单独论述。其二,穆丘斯派与塞尔维尤斯派的争鸣不具有共时性,严格意义上的争鸣应是在同时代人之间发生的,一方诘难,可以听对方的反应。其三,共和时期的法学家并无解答权——这是一种立法权。帝政时期的第二个皇帝提贝留斯授予萨宾解答权,以后成为先例,凡欲获得此权者要向皇帝申请,经审查授予。一旦获得此权,就成了法的“奠定者”,不同派别的法学家可能为了赢得这样的机会而钻山打洞立新说,赢得皇家的注意。到了阿德里亚努斯时代,解答权不经申请就可获得,自信懂法者皆可为解答。^{〔29〕} 从此,两大学派就趋同了,原因不难想见。看来,只以为学派争鸣存在于帝政时期的研究者是在法学家立法权的框架内考虑这一问题的。

二、两大法学派别的历代掌门人及主要争议问题

(一)两派历代掌门人

彭波尼的《教本》介绍了两个法学派别的历代掌门人,萨宾派的历代掌门人有如下列。请注意,这里只说掌门人,不是说法学家。如果说法学家,下面的名单将更长:^{〔30〕}

1. 阿特尤斯·卡皮托(C. Ateius Capito, ? — 22 年)。出生于元老家庭,为法学家 Aulus Ofilius 的追随者,属于传统的法学家。担任过公元 5 年的备位执政官。从 13 年起,他担任水

〔27〕 Vgl. H. Krüger, Arnò, Carlo. 1. Scuola muciana e scuola serviana - 2. M. Cocceio Nerva (Nuovi studi sulle scuole muciana e serviana) - 3. La dottrina dell' „hereditas iacens" nella Scuola Serviana - 4. In tema di „servus fugitivus" - 5. L'elaborazione della teorica del furto nella scuola serviana - 6. La mia congettura sulle due scuole dei giureconsulti romani in relazione a quella del Bluhme sull'ordine tenuto dai compilatori delle Pandette - 7. Cassio (servianae scholae princeps et parens), In Zeitschrift der Savigny - Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung, 1926. Bd. 46, Issue 1, Seite 392.

〔28〕 参见周相:《罗马法原论》(上),商务印书馆 1994 年版,页 55。

〔29〕 参见优士丁尼,见前注〔14〕,页 59。

〔30〕 两个学派的法学家的清单,得自 Tessa G. Leesen, Gaius Meets Cicero, *Law and Rhetoric in the School Controversies*, Brill Academic Pub, 2010, p. 3.

道保佐人。他并无著作存世,只是通过其他法学家的引用保留一些残篇。^[31]塔西陀说他精通全部的人法和神法,但批评他谄媚皇帝提贝留斯。涉及到的事例是一个把皇帝的雕像融化造日用银器的案件,依律构成国事罪,但提贝留斯不许对此追究,卡皮托跳出来主张严格执法,因为这不是对提贝留斯私人的冒犯,而是对国家的冒犯。^[32]在今人看来,卡皮托是罗马的强项令,塔西陀的批评看来过于外行。

2. 马苏流斯·萨宾(Massurius Sabinus)。生活在提贝留斯王朝(14—37年),未担任过公职,50岁时才进入骑士阶层。家境贫困,靠学生资助过活。尽管如此,提贝留斯皇帝仍授予他法律方面的公开解答权。他最重要的作品是体系性的《市民法三卷》,^[33]其中再现了昆图斯·穆丘斯·谢沃拉的《市民法》中的体系。

3. 卡修斯·龙基努斯(C. Cassius Longinus, 兴盛于30—41年)。他出身高贵,其祖先参与过谋刺恺撒。他是法学世家的后代,是塞尔维尤斯·苏尔毕丘斯·路福斯的侄孙,担任过裁判官后,于30年担任备位执政官,40—41年担任小亚细亚行省总督,41—49年担任叙利亚行省总督的副官。著有《市民法》,该书今已不存,通过其他作者的引用和雅沃伦的《卡修斯评注》保存一些片段。^[34]他的影响很大,故小普林尼认为存在一个卡修斯学派,说他是卡修斯派的元首和父亲。^[35]

4. 切流斯·萨宾(Caelius Sabinus)。他担任过69年的备位执政官。在韦斯巴芗时代(69—79年)很有影响,写过营造官告示评注。^[36]

5. 雅沃伦(L. Iavolens Priscus, ?—120年)。担任驻扎在达尔马提亚的幸福弗拉维亚军团首长,83年担任驻扎在努米底亚的奥古斯都第三军团首长。继G. Salvius Liberalis(81年)之后,在不列颠行省担任过委任法官(Legatus iuridicus, 从84到86年),^[37]是86年的备位执政官。^[38]然后担任上日耳曼行省的总督、叙利亚行省的总督。101年,担任阿非利加行省的总督。后成为图拉真皇帝的顾问,大祭司团的成员。继切流斯·萨宾之后担任萨宾派的掌门人,其学生包括下一任掌门人尤里安。著有《书信集》14卷、《卡修斯评注》15卷、《普劳提评注》5卷、《拉贝奥的遗作摘录》10卷。

6. 尤里安(Salvius Iulianus, 约110—约170年)。出生于阿非利加行省的普普特(Pupput),全名为Lucius Octavius Cornelius Publius Salvius Iulianus Aemilianus,其漫长的名字表明其家世:他可能是被罗马征服后沦为奴隶,后来获得解放,然后又得到旧主人的族名的迦太

[31] See Tessa G. Leesen, *supra* note 30, at 346.

[32] 参见(古罗马)塔西陀:《编年史》(上),王以铸、崔妙因译,商务印书馆1981年版,页190,译文有改动。

[33] See Tessa G. Leesen, *supra* note 30, at 346.

[34] See Tessa G. Leesen, *supra* note 30, at 347.

[35] Cfr. C. Plinii Caecilii Secundi Epistolarum libri decem et Panegyricus, Colligebat N.E. Lemaire, 1822, p. 430.

[36] See Tessa G. Leesen, *supra* note 30, at 347.

[37] 参见宋立宏:“罗马帝国的地方政府”,《古代文明》2009年第1期。

[38] Vgl. Ulrich Manthe, Die Libri ex Cassio des Iavolenus Priscus, Duncker & Humblot, Berlin, 1982, S. 18.

基人。他是雅沃伦的学生。他担任过财务官、平民保民官、国库长官和军库长官,148年的执政官,下日耳曼行省总督,远西班牙行省总督,阿非利加行省总督。^[39]著作有《学说汇纂》90卷、《米尼丘斯评注》6卷、《乌尔赛·费切罗评注》4卷、《论双关的表达》单卷本。^[40]雅沃伦死后,与瓦伦斯和图希亚努斯共同继任掌门人。^[41]

7.瓦伦斯(Aburnius Valens)。生活在阿德里亚努斯王朝和安东尼努斯王朝,继雅沃伦与尤里安和图希亚努斯共同担任萨宾派的掌门人。著有《遗产信托》7卷。^[42]

8.图希亚努斯(Tuscanus)。其生平资料完全不为我们所知,只有彭波尼告诉我们他与尤里安和瓦伦斯共同继任萨宾派的掌门人。^[43]

普罗库鲁斯派的历代掌门人有如下列:

1.拉贝奥(M. Antistius Labeo)。出生于法学世家,是特雷巴求斯的学生。担任过裁判官,拒绝了奥古斯都为他提供的备位执政官职位。他一年中有6个月在罗马教学生,其余6个月离开罗马用来写书。史传他著有400卷书。留其名者有《〈十二表法〉评注》、《外事裁判官告示评注》、《内事裁判官告示评注》、《书信集》、《值得相信的观点》、《解答集》等著作。在法学上多创新说,其言论多被后世法学家引用。^[44]

2.父亲内尔瓦(M. Cocceius Nerva)。其籍贯是罗马人在意大利中部的殖民地 Narnia。其父亲是22年的执政官。其孙子后来成了内尔瓦皇帝。在24年前,他担任过备位执政官。24年后,他担任水道保佐人。他与提贝留斯皇帝关系很好,经常陪伴他出行。由此人们认为普罗库鲁斯派赞成帝制。^[45]33年绝食自杀。塔西陀说他“通晓所有的人法和神法”。^[46]他很可能是拉贝奥的学生,出版了拉贝奥的遗作,该书采用谢沃拉体系。^[47]

3.普罗库鲁斯(Sempronius Proculus)。他与儿子内尔瓦和龙基努斯共同继承了父亲内尔瓦的掌门人职位。著有《书信集》8卷、《拉贝奥的遗作摘录》、《拉贝奥注解》。^[48]

4.儿子内尔瓦(Cocceius Nerva)。未来的皇帝内尔瓦(30—98年)的父亲。与普罗库鲁斯和龙基努斯共同继承了乃父留下的掌门人职位。担任过65年的裁判官,这是在尼禄皇帝在位的时期(54—68年)。著有《论取得时效》。^[49]

[39] 参见 the Entry of Salvius Julianus, http://cn.wikipedia.org/wiki/Salvius_Julianus, 最后访问日期: 2009年5月26日。

[40] 参见(英)特威兹穆尔:《奥古斯都》,王以铸译,中国社会科学出版社1988年版,页359。

[41] 参见优士丁尼,见前注[14],页63。

[42] See Tessa G. Leesen, *supra* note 30, at 348.

[43] 参见优士丁尼,见前注[14],页63。

[44] See Tessa G. Leesen, *supra* note 30, at 348s.

[45] See Tessa G. Leesen, *supra* note 30, at 349.

[46] 参见塔西陀,见前注[32],页291,译文有改动。

[47] Cfr. Carlo Arnò, M. Cocceius Nerva (Nuovi studi sulle scuole di muciana e serviana), In *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, vol. 4, 2 (1923), p. 211.

[48] Cfr. Antonio Guarino, *op. cit.* 8, p. 279.

[49] See Tessa G. Leesen, *supra* note 30, at 350.

5. 龙基努斯(Longinus)。龙基努斯是一个卡修斯氏族内的 7 个姓之一,意思是“高个子”。卡修斯氏族最初是贵族。公元前 502 年,该氏族出了因为提出土地法被贵族判死刑的 Spurius Cassius Viscellinus,被降为平民。但公元前 367 年的《关于土地规模的李其纽斯和绥克斯求斯法》允许平民担任执政官,而卸任的执政官自动成为元老,这是新时代(即革命时代以后的时代)的贵族。卡修斯·龙基努斯担任过执政官,他及其家人无疑已进入元老阶级。而彭波尼告诉我们,继任普罗库鲁斯的这个龙基努斯出身于骑士阶级,^[50]这说明他并非卡修斯·龙基努斯的亲戚。彭波尼可能还想强调这个龙基努斯与前面说到过的卡修斯·龙基努斯属于不同的阶级。后者当然属于元老阶级,这是罗马的第一高贵阶级,前者不过属于骑士,这是罗马的第二高贵阶级。

彭波尼还告诉我们,这个龙基努斯担任过裁判官,彭波尼意在暗示我们两个龙基努斯达到的最高职位有别:卡修斯·龙基努斯达到执政官,龙基努斯不过达到裁判官而已。^[51]

6. 贝加苏斯(Pegasus)。他的父亲是一位担任船长的解放自由人,他以自己驾驶的船名作为自己儿子的名字。^[52]“贝加苏斯”是希腊神话中的“飞马”的意思。所以,贝加苏斯的出身不高。在韦斯巴芗时期和图密善时期,他担任市长官。尽管其言论被后人引用,但无作品存世。^[53]

7. 父亲杰尔苏(Iuventius Celsus)。出生于高卢南部,担任过图拉真时代的裁判官(106 年),两次担任过备位执政官,是阿德里亚努斯皇帝的元首顾问委员会成员。著作有《学说汇纂》39 卷。^[54]

8. 儿子杰尔苏(Iuventius Celsus)。年轻时参与过推翻图密善皇帝的密谋。担任过 106 年或 107 年的裁判官。在 114—115 年担任色雷斯行省总督。115 年成为备位执政官。129 年第二次担任执政官。129—130 年担任亚细亚行省总督。是阿德里亚努斯皇帝的元首顾问委员会的成员。人们认为他有两个重要的理论贡献:其一,确立了遗产的诚信占有人只返还他因此等占有受增益部分的理论,其二,确立了不可能之债无效的理论。另外,法是善良公正之术是他的名言。^[55]

9. 内拉蒂(L. Neratius Priscus)。50 年生于一个元老家庭,其家族来源于意大利中部的 Saepinum。参与过推翻图密善的密谋。担任过 87 年和 97 年的备位执政官、下日耳曼行省和

[50] 参见优士丁尼,见前注[14],页 61。

[51] Cfr. Willem van der Muelen, *Exercitationes in titulum digestorum de iustitia et iure, et historiam Pomponii de origine iuris, et omnium magistratuum et successionem prudentium*, Apud Guiljelmum vande Water, 1723, p. 749.

[52] Cfr. Antonio Guarino, *op. cit.* 8, p. 196.

[53] See Tessa G. Leesen, *supra* note 30, at 350.

[54] See Tessa G. Leesen, *supra* note 30, at 351.

[55] 参见 the Entry of Publius Iuventius Celsus, http://en.wikipedia.org/wiki/Publius_Iuventius_Celsus, 最后访问日期:2011 年 12 月 26 日。

潘诺尼亚行省的总督,是图拉真和阿德里亚努斯皇帝的元首顾问委员会成员。^[56]图拉真皇帝曾考虑让他继承其皇位,但这种可能性显然没有现实化。著作有《规则集》15卷、《羊皮纸文稿》7卷、《解答集》3卷等等。^[57]

以上掌门人凡17人,其中9人担任过执政官(有的担任不止一次,而且有一人拒绝担任),约占53%。6人担任过裁判官(不考虑担任执政官的人必定也担任过裁判官的因素,因为按罗马人的晋升路线,必须先担任裁判官才能担任执政官),这一职位让人熟稔司法实务。其中有4人担任过元首顾问委员会的成员,这样的位置可以直接影响国家决策或直接决策。更有甚者,他们中的有些人担任过武职,例如雅沃伦,担任过军团首长,典兵数千人;还有更多的担任过外职,即行省总督。最可叹者,其中一人被考虑为皇位继承人。所有这些,都说明这些掌门人理论与实践相结合,并不钻进象牙塔,由此打造了罗马法的实践精神。他们的实践性有时可强到参与密谋推翻暴君的程度。17个掌门人中只有极少的纯学者,例如马苏流斯·萨宾和拉贝奥,比例是两大学派一派一个。

普罗库鲁斯派的9个掌门人中,有两组父子,即内尔瓦父亲和杰尔苏父子,这说明该派的掌门人承继具有家族性,而萨宾派的掌门人传承完全靠师生关系,这构成两大学派的一个不同点。当然,古罗马有许多法学世家,家族性的传承并不意味着不好。

与普罗库鲁斯派掌门人承继上的家族性相对应的是萨宾派掌门人职位有时候呈现集体性。该派的最后一任掌门人是由尤里安、瓦伦斯和图希亚努斯共同担任的,这一事实让我们想到了“集体领导”这个词。

值得注意的是,这些掌门人中的一些出身相对卑贱。在已知其生平资料的掌门人的范围内,这方面的例子有家境贫寒的马苏流斯·萨宾、作为解放自由人后代的尤里安和贝加苏斯、只是骑士阶级出身的第二个龙基努斯。尽管有这些劣势,他们还是由于自己的才华当上了掌门人,这或许见证了罗马帝国时期学术带头人选拔制度上的唯才是举。

还值得注意的是这些掌门人的籍贯。在这方面,分为罗马城、意大利、行省三个类型。在已掌握其生平资料的掌门人中,多数是罗马人,父亲内尔瓦是意大利人,他的老家是罗马在意大利的殖民地Narnia。内拉蒂也是意大利人,其籍贯是Saepinum。而父亲杰尔苏是山南高卢行省人,尤里安是阿非利加行省人。两大法学派掌门人籍贯的如此构成让我想起了“五湖四海”这个词。确实,在帝政时期,罗马已建立起广袤的地中海帝国,最多时包括55个行省,罗马法学派别掌门人的籍贯构成基本反映了这个政治现实。

或问,是否存在法学家在两派间跳槽的问题?答案是肯定的,似乎两派间不存在“一口不吃两家药”的规则。首先的例子是拉贝奥,他是普罗库鲁斯派的掌门人,但他的父亲是萨宾派的前身塞尔维尤斯派的学生,可以想见拉贝奥通过其父亲汲取了塞尔维尤斯—萨宾派的理论营养。非独此也,他本人还是塞尔维尤斯的弟子阿尔芬努斯的学生,与萨宾派的掌门人卡皮托

[56] 参见(日)盐野七生:《罗马人的故事 IX:贤君的世纪》,林韩菁译,三民书局2003年版,页279。

[57] Cfr. La Voce di Nerazio Prisco, http://it.wikipedia.org/wiki/Nerazio_Prisco, 最后访问日期:2015年1月26日。

同学,此番他就是直接汲取后来的对立学派的理论营养了。其次的例子是雅沃伦,他是萨宾派的第五任掌门人,但他又著有《拉贝奥的遗作摘录》,这是对普罗库鲁斯派第一任掌门人著作的整理。能有这种整理资格的只有入室弟子,所以可以推论,雅沃伦在追随切流斯·萨宾学习之余,同时师从拉贝奥,至少是后者的私淑弟子,形成了“两派通吃”的局面,但这并不妨碍他继任萨宾派的掌门人。至少萨宾派具有的包容性是非常难得的,但不敢肯定两派间是否达到了“你中有我,我中有你”的程度。

又或问,在两大学派内部是否存在争议?这涉及到在两派争鸣的时代,学生批评老师的观点的可能性问题。在罗马法学史上,共和时期早就有塞尔维尤斯·苏尔毕丘斯·路福斯批评其师公谢沃拉的观点的先例,到了帝政时期,这一先例得到了沿袭。例如,父亲内尔瓦在多数问题上都追随其师拉贝奥的观点,但并不完全如此。例如,拉贝奥主张,如果某人在自己的土地上建房,但设计不合理,以至于让收集的水溢到公路上,他不根据禁止在公共地方为建筑的裁判官告示承担责任,但内尔瓦认为他要对此承担责任。这种观点更正确。^[58]毫无疑问,这种学派内部的争鸣也有利于学术的推陈出新和发展。

(二)两派间的主要争议问题

163 年左右出版的盖尤斯《法学阶梯》或完全或部分地^[59]记载了两大学派的 21 个争议点,^[60]成为我们研究两大学派争鸣的最好文献。

按在盖尤斯《法学阶梯》中出现的顺序排列,这 21 个争议点是:①男性适婚与否的确定方法;②构成要式移转的动物的标准;③加工形成的新物的归属;④遗漏儿子对遗嘱效力的影响;⑤指物遗赠物的取得是否要经过受遗赠人同意;⑥附条件的指物遗赠的标的物在条件悬置期间的归属;⑦先取遗赠可否对家外人实施;⑧指定监护人之前是否应先指定继承人;⑨伽图规则是否适用于附条件给处在继承人权力下的人的遗赠;⑩自权必要继承人可否以拟诉弃权的方式出售遗产;⑪附不能条件的遗赠是否有效;⑫要求债务人对债权人本人以及一个对他不享有权力的第三人为给付的要式口约是否有效;⑬文书合同可否为外邦人所用;⑭价金留待第三人将来确定的买卖合同是否有效;⑮金钱以外的物可否充当价金;⑯超出委任范围执行的委任是否对委任人有效;⑰共有的奴隶依一个主人的命令取得的财产是为发布命令的主人取得还是为两个主人取得;⑱代物清偿能否使债务人责任免除;⑲在旧债上增加保证是否构成更新;⑳作为受害人的家父对被损害投偿者是否不享有诉权;㉑实施了侵害行为的家子应被家父出售多少次才能脱离家父权。

[58] Cfr. Benedetta Cochis, Una Presunta disputa di scuola in Gai., Inst. 3, 147, In Rivista di Diritto Romano, III, 2003. Cfr. Carlo Arnò, M. Cocceius Nerva (Nuovi studi sulle scuole di muciana e serviana), In Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis, vol. 4, 2 (1923), p. 220. See also *The Digest of Justinian*, edited by Mommsen and Alan Watson, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1985, Vol. 4, p. 575 (D. 43, 8, 2, 28).

[59] 部分记载指不完全介绍学派争议,例如,只介绍了一派的观点,另一派的观点要通过其他原始文献了解。

[60] 该书间接涉及的争议点不止此数,对此,读者可在本文“其他争议问题”部分看到一些也出自盖尤斯《法学阶梯》的争议。

三、中外研究两大学派争鸣的文献综述

我国的罗马法教材中大多有关于两大学派争鸣的简短介绍。^{〔61〕}在罗马法论文中,如果作者谈论的是两大学派争鸣过的问题,往往会说明两大学派对此的对立观点及其理由,^{〔62〕}但遗憾的是,2015年5月11日上知网(包括期刊论文、博士论文和优秀硕士论文)以“罗马法学派”为关键词搜索题名,未发现一篇专门研究两大学派争鸣的论文,这意味着我们没有关于这一主题的深入研究。本文拟填补这一空白,全面展现两大学派争鸣的主题。

在国外,对两大学派争鸣的研究是个颇受关注的问题。在德语世界,首先有G. Mascovius的《市民法争鸣中的萨宾派和普罗库鲁斯派》(De sectis Sabinianorum et Proculianorum in iur-civili Diatriba, Leipzig, 1728),这是一部294页的拉丁文大著。分为9章。第一章,论学派的起源及其第一批作者;第二章,萨宾派的早期阶段;第三章,普罗库鲁斯派的早期阶段;第四章,按顺序展现萨宾派学者群像;第五章,按顺序展现普罗库鲁斯派学者群像;第六章,斯多亚哲学对两派学者的影响;第七章,学派的消亡;第八章,两大学派的遗产;第九章,两大学派争论的主要问题。最后一章为全书重点,从第145页开始到全书结束都用于这一部分,也是与本文最相关的部分,其中列举了33个可能涉及学派争议的问题,有些问题还包括一些子问题。其次有F.P. Bremer的《罗马帝国时期的法学教学与法学学派》(Die Rechtslehrer und Rechtsschulen im römischen Kaiserzeit, Berlin, 1868),该书除就罗马帝国的法学教育研究外,还用第五章研究萨宾派和普罗库鲁斯派。第三有路德维希·麦伊(Ludwig Mai)的《以盖尤斯和优士丁尼各自的〈法学阶梯〉为依据的萨宾派和普罗库鲁斯派的对立和争议》(Der Gegensatz und die Controversen der Sabinianer und Proculianer im Anschluss an die Berichte der gaianischen und justinianischen Institutionen, 1887)。这是一篇56页的长文,如题所示,作者只研究反映在两个《法学阶梯》中的学派争议,但由于盖尤斯《法学阶梯》就至少包含了21个争议,所以作者的任务并不轻松。他得出的结论是两派的对立是它们各自奉行的原则的对立。普罗库鲁斯派奉行权宜(Zweckmäßigkeit)原则,而萨宾派奉行严格规则原则。申言之,前者假定每个法律制度都以理性为基础,因此按理性的原则解释它们。后者则紧跟法律和习惯,在没有它们时则倾向于类推。^{〔63〕}这无非是说普罗库鲁斯派奉行自由裁量主义,萨宾派奉行严格规则主义。最后是H.E. Dirksen的《论罗马法的艺术》(Beiträge zur Kunde des römischen Rechts, Leipzig, 1825),这是一本333页的专著,分为8个部分。第一部:论罗马法学家的学派;

〔61〕 例见周枬,见前注〔28〕,页54及以次。

〔62〕 例见徐国栋:“画落谁家?——处理用他人材料绘画问题的罗马人经验及其现代影响”,《法律科学》2011年第3期。其中提到了在他人材料上绘画的行为定性的学派争议,萨宾派将之定性为添附,但普罗库鲁斯派认为是加工。

〔63〕 Vgl. Th. Kipp, Mai, L., Der Gegensatz und die Controversen der Sabinianer und Proculianer im Anschluss an die Berichte der gaianischen und justinianischen Institutionen, In Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung, 1889, Bd. 10, Issue 1, Seite 165.

第二部:前辈法学家的言论的技术意义以及罗马法中的某些有关名词;第三部:在刑事问题上使用民事诉讼形式的偏好,换言之,使用宣告罚金和讼额估价的偏好;第四部:对《法律规则集》中的第 77 条和第 123 条法律的说明;第五部:对《论证人》中的第 18 条法律的说明;第六部:所谓的对亲属关系的尊重;第七部:对罗马法律语言艺术的某些特点的说明;第八部:对一些法言的简短批评意见以及解释。像 F.P. Bremer 的上述著作一样, H.E. Dirksen 的此书也只有第一部分研究罗马法学家的流派,但这一部分长达 145 页,相当于一部专著的篇幅。

在意大利语世界,法学学派研究的开拓者是 G. Baviera, 他于 1898 年出版了《罗马法学家的两大学派》[*Le due scuole dei iureconsulti romani*, Firenze, 1898 (repr. Roma 1970)]一书,它分为三章。第一章:两大学派的历史;第二章:它们间的争议;第三章:它们彼此间的关系以及它们对罗马法学的发展的影响。^[64] 其次是 G.L. Falchi, 他于 1981 年出版了《萨宾派和普罗库鲁斯派之间的争议》(*Le controversie tra Sabiniani e Proculiani*, Milano, 1981)一书,其论题与本文最相关。该书分为 6 章。第一章:争议案例分析之导论;第二章:萨宾派法学家和普罗库鲁斯派法学家对于所有权取得和占有的不同概念;第三章,普罗库鲁斯派法学家和萨宾派法学家在建构法时各自遵循的类推和标准;第四章:两大学派思想中的“死因”取得;第五章:普罗库鲁斯派学者遵循的根据法律制度的结构进行的解释以及萨宾派学者根据目的进行的解释;第六章,结论。最后附录了两大学派争议问题的清单。此等问题有 33 个。除了盖尤斯在其《法学阶梯》中明确提到的 21 个外,还有 27 个主要见于其他原始文献的争议问题。对于它们的介绍,见本文第五节“其他争议问题”。第三是 V. Scarano Ussani 的《经验与教义:在内尔瓦皇帝到阿德里亚努斯皇帝时期之间的普罗库鲁斯派》(*Empiria e dogmi. La scuola proculiana fra Nerva e Adriano*, Torino, 1990), 该书的独特之处在于只研究两大学派之一,这样更集中笔墨。

在英语世界,首先有 P. Stein 的《罗马元首制早期两大法学家的学派》[*The Two Schools of Jurists in the Early Roman Principate*, In *Cambridge Law Journal*, 31(1), 1972], 这只是一篇论文,容量较小。其次有荷兰学者特莎·雷森(Tessa G. Leesen)^[65]的英文著作《盖尤斯遇上西塞罗:学派争议中的法律与修辞学》(*Gaius Meets Cicero: Law and Rhetoric in the School Controversies*)。作者分析了盖尤斯《法学阶梯》中记录的 21 个学派争议,并开创性地用地方论^[66]解释此等争议的基础,表现了作者的才华。可以说,本文是受这一著作影响的结晶。所以,本文也只主要介绍盖尤斯《法学阶梯》中包含的 21 个学派争议并主要依据雷森的观点对它

[64] Vgl. Th. Kipp, Giovanni Baviera *Le due scuole dei iureconsulti romani*, Firenze, 1898. XIV und 141 S., In *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, 1900. Bd. 21, Issue 1, Seite 392.

[65] 蒂尔堡大学教授。

[66] 地方论(Topica)为亚里士多德创立的概念与学科,指总结可从中找到论据的处所的规律的理论。日本称为场所论。我国一些学者称之为论题学。这一说法值得商榷。论题是被论证的对象,地方是提供论据的所在,两者不在一个层级上。而且,在希腊文中,另有 thema 一语表示论题。关于地方论的详细介绍,参见(古罗马)西塞罗:《地方论》,徐国栋等译,《南京大学法律评论》2008 年春秋号合卷。

们进行地方论的解释。采用这种解释路径,乃因为我是西塞罗的《地方论》的中译者并正在写作《地方论研究——从西塞罗到当代》^[67]的专著,本文实际上是该书的一部分。

以下按民法的各分支分述盖尤斯《法学阶梯》明确记载的21个学派争议点。

四、人法上的学派争议

(一) 男性适婚与否的确定方法

盖尤斯在其《法学阶梯》1,196中介绍了就这一问题的学派争议。萨宾学派的学者认为,适婚与否的标准应依个案判断,以贯彻适婚就是具有生育能力的含义,但普罗库鲁斯学派的学者认为,适婚应采用统一的年龄标准,达到14岁的男性即为适婚。^[68]按雷森的观点,普罗库鲁斯派采用了类比的地方处理男性的适婚标准问题,因为当时为了保护女性的尊严,已按年龄标准(12岁)定她们适婚与否,^[69]那么男性也应按同样的标准确定是否适婚。相反,萨宾派采用了差异的地方,因为即使按年龄标准确定适婚与否,女性也是12岁适婚,男性是14岁适婚,这证明在适婚问题上男女不可一概而论,那么,对女性采用年龄法,对男性采用个案调查法,就是自然的了。^[70]最后,优士丁尼采用了普罗库鲁斯派的观点,由此也保护了男性的尊严。^[71]

(二) 被损害投偿交出的家子应被家父交出多少次才能脱离家父权?

这一学派争议见诸盖尤斯《法学阶梯》4,79。萨宾派认为交出一次即使这种家子脱离家父权,普罗库鲁斯派认为要交出三次才能如此。^[72]这是类推《十二表法》的规定。我们知道,《十二表法》第四表第2b条规定:父亲如3次出卖其子,孩子不再处在其权力下。^[73]远古时期的罗马家父为何要出卖家子?原因一,把家中富余的劳动力出卖给他人获得收入。《十二表法》时代古罗马无雇佣合同,劳动力紧缺的家庭需要帮手时只能到市场上购买被出售的他人家子,买受人获得买受人权,被出卖的家子保留市民权、自由权,并且保持生来自由人身份。但他们要在买受人的指挥下进行劳动,所得均归买受人所有,买受人对其有惩戒处罚权,也可将他解放或转让给第三人。原因二,家父基于经济利益的考虑或其他考虑把自己的儿子永久地卖给他人为奴。这些只是关于出卖普通家子的规定。盖尤斯《法学阶梯》4,79讲的是交出对他人实施了侵权行为的家子。对于此等家子,家父有两个选择:其一是把他损害投偿于受害人;其二是代他承担侵权责任,从而把他保留在自己的权力下。这里的家父显然采取了第一个选择,被交出的家子要在受害人的家庭当准奴隶,其地位与被出卖的家子一样,由此引发这样的

[67] 2010年教育部哲学社会科学研究后期资助项目。

[68] 参见(古罗马)盖尤斯:《法学阶梯》,黄风译,中国政法大学出版社1996年版,页74。

[69] 参见(古罗马)优士丁尼:《法学阶梯》(第二版),徐国栋译,中国政法大学出版社2005年版,页85。

[70] See Tessa G. Leesen, *supra* note 30, at 53.

[71] 参见优士丁尼,见前注[69],页85。

[72] 参见盖尤斯,见前注[68],页330。改正了原译文把“交出”翻译为“出卖”的错误。

[73] 参见徐国栋,(意)阿尔多·贝特鲁奇,(意)纪慰民译:“《十二表法》新译本”,《河北法学》2005年第11期。

交出是否像出卖一样导致家子脱离家父权问题。在对这一问题作出肯定的答案后,又引出家父要交出多少次才导致家子脱离家父权问题,换言之,对于这一问题,是类推适用《十二表法》关于出售家子的普通规则,还是要另立新规?萨宾派主张另立新规,认为只交出一次就可让家子脱离家父权。普罗库鲁斯派则坚持适用《十二表法》规定的普通法,认为即使家子闯了祸,也要经三次交出才能让他脱离家父权。显然,在这一争议中,萨宾派采用了差异的地方,认为出卖家子与交出家子不同,前者是自愿的,后者是被迫的。所以,两种不同的情形应适用不同的规则。普罗库鲁斯派则采用了类比的地方,认为出卖和交出家子的情形类似,所以两者要适用相同的规则。不难看出萨宾派的主张更有道理。

五、物权法上的学派争议

(一)构成要式移转的动物的标准

盖尤斯在其《法学阶梯》2,15 中介绍了这一学派争议。普罗库鲁斯派认为,牲口只有调教好了才可成为要式移转物,而牲口只有到了一定的岁口后才接受调教,^[74]但这一法言中佚失了萨宾派对同一问题的意见,被后世法学家还原的萨宾派的意见是:牲口从出生开始就是要式移转物。按雷森的观点,在这一争议中,普罗库鲁斯派采用了定义的地方,或者说采用了词源的地方,因为要式移转物的拉丁文是 *Res Mancipi*,即用手抓的物,“用手抓”意味着人的控制,所以,“用手抓的动物”意味着调教好了的动物,幼驹没有被调教好,因此不是要式移转物。^[75]相反,萨宾派采用了属和种的地方,这个属就是要式移转的动物,它有两个种。一个是调教好了的此等动物,一个是未调教好的,后者也属于“要式移转的动物”的种,所以也属于要式移转的动物。^[76]

(二)加工形成的新物的归属

盖尤斯在其《法学阶梯》2,79 中介绍的这一学派争议非常有名,涉及的问题是,如果用他人的材料加工出新物,新物是属于材料所有人还是加工人?萨宾派主张新物应属于材料所有人,普罗库鲁斯派主张新物应属于加工人。^[77]两派为何有此等意见差别?众说纷纭,这里只介绍雷森独特的地方论解释。她认为萨宾派运用了原因的地方,其推理是这样的:因为没有材料做不成任何物,新物的所有权应授予材料的所有人。在这一推理中,材料被作为新物的原因看待。^[78]而普罗库鲁斯派运用了关联的地方。关联意味着提醒人们问在某一事实之前、与之同时、在它之后发生的事情。在本案的情形,就是问在确立新物的所有权之前此等物的权属状况,于是导致了这样的推理:新物在做成前并不属于任何人,一个从未属于任何人的物不可

[74] 参见盖尤斯,见前注[68],页 82。

[75] See Tessa G. Leesen, *supra* note 30, at 68.

[76] See Tessa G. Leesen, *supra* note 30, at 69s.

[77] 参见盖尤斯,见前注[68],页 104。

[78] 参见(荷)特莎·雷森:“罗马法中绘画创作引起的添附问题——对已画之板问题学派争鸣的地方论解释”,徐国栋译,《厦门大学学报》(哲学社会科学版)2014年第1期。

能失去,所以,材料所有人不能成为新物的所有人。^[79]简言之,这种推理是在新物与材料间划不等号,既然客体不相等,在它们之上的权利也不相等,所以不能凭借对材料的所有权去主张对新物的所有权。

(三)共有的奴隶依一个主人的命令取得的财产的归属

这一学派争议见诸盖尤斯《法学阶梯》3,167a。关乎“两人共有一奴隶,该奴隶依据一个主人的命令取得财产,此等财产是为发布命令的主人取得还是为两个主人取得”的问题。萨宾派主张此等财产归发布命令的主人,就像奴隶订立要式口约时被指名为受益人的主人取得财产一样。普罗库鲁斯派则认为财产应归两个主人,如同没有任何人发布过命令。^[80]在雷森看来,萨宾派运用了类比的地方,认为发布命令者与被指名为受益人者没有本质的区别,所以,共有奴隶订立要式口约取得的财产专为他发布命令的主人取得,尽管他未把此等主人指名为交易的受益人。^[81]而普罗库鲁斯派运用了差异的地方,认为发布命令者与被指名为受益人者完全不同,所以,为后者制定的规则不能适用于前者,所以,发布命令与否对共有奴隶的合同行为的成果的归属没有影响,于是回到此等财产归两个主人按共有份额的比例享有的普通规则。显然萨宾派的观点比较合理,不然,积极有为者与无所作为者的法律待遇就一样了。

六、债法上的学派争议

(一)要求债务人对债权人本人以及一个对他不享有权力的第三人为给付的要式口约是否有效?

这一学派争议见诸盖尤斯《法学阶梯》3,103。争议的背景是盖尤斯时代的罗马法不承认第三人利益的要式口约的效力,但此等第三人是订约人对之享有权力的人(例如订约人的儿子)的情形除外。从逻辑上推演,可能发生订约人订立一个要求债务人对本人以及一个对他不享有权力的第三人为给付的要式口约的事情。这个交易的前半部分是有效的,后半部分应该无效。但萨宾派认为整个交易都有效,而普罗库鲁斯派认为,交易只有一半有效。^[82]在我看来,两大学派在这一讨论中都运用了整体与部分的地方,普罗库鲁斯派采用了要式口约的部分无效不导致其整体无效的立场,做出了该无效的无效,该有效的有效的选择。萨宾派相反,采用了要式口约在此等情形中的部分无效不影响其整体的效力的立场,选择这样的立场的原因就在地方论之外了,因为不许订立为第三人利益的合同的规则本身不合理,所以值得突破。确实,这一规则在现代合同法中已被突破无遗。^[83]

(二)文书合同是否可以外邦人所用?

这一学派争议见诸盖尤斯《法学阶梯》3,133。首先要说的是何谓文书合同?它是“由家长

[79] See Tessa G. Leesen, *supra* note 30, at 84ss.

[80] 参见盖尤斯,见前注[68],页260及以次。

[81] See Tessa G. Leesen, *supra* note 30, at 269.

[82] 参见盖尤斯,见前注[68],页232。

[83] 关于突破的过程,参见薛军:“利他合同的基本理论问题”,《法学研究》2006年第4期。

登记簿而发生效力的契约”。罗马古时,贵族家庭都有两本账:流水账和收支账,前者登记日常的收入和支出,如购入土地、接受遗产等;后者专记债权债务。家父一般每月结算流水账一次,将人欠和欠人过入收支账。如有盈余,则为家庭的债权。家父死后,依收支账确定债权债务,用以收账、还账,余额作为继承和分配遗产的依据。^{〔84〕}其次要说的是,争议的对象是文书合同是否可以外邦人所用?因为这种合同是市民法上的债,而市民法是属人法,照理只有罗马市民能用,所以,普罗库鲁斯派主张外邦人不得使用文书合同,而萨宾派则主张要区别对待,记物于人的文书合同外邦人可用,但记人于人的文书合同则外邦人不可用。^{〔85〕}那么,什么是记物于人的文书合同和记人于人的文书合同?前者是一个家父已根据合意契约类型的交易成为债权人,他与自己的债务人达成协议,把后者欠他的金额记在收入账户上,如同该款已入账。同时,他把这笔金额记在支出账户上,如同已把该款贷给债务人,由此消灭由于其他原因产生的债权,并通过支出账户上的记载成立一个文书之债,^{〔86〕}由此发生债的更新。后者是债权人在收入账户上记下对他负欠的金额,如同该金额已入账,同时在支出账户上记载同一金额,如同已把它贷给第三人,由此消灭一个人对他的负债,并产生由新债务人(第三人)承担的文书之债,由此发生债的更新,因为把偿还的钱款登记为贷给了第三人。第三要说的是在这一争议中两大学派运用的地方。萨宾派运用了差异的地方,认为记物于人的文书合同不同于记人于人的文书合同,因为尽管记人于人的文书合同是市民法合同,但记物于人的文书合同并非如此,它不过把一个基于其他原因发生的债权转化为文书之债,因而并非市民法上的合同,所以外邦人可以利用。而普罗库鲁斯派运用了属和种的地方,因为记物于人与记人于人的文书合同是文书合同这个属的两个种,凡是属的属性各个种都具有,既然文书合同不得为外邦人所用,那么,记物于人和记人于人的文书合同都不得为外邦人所用。^{〔87〕}当然,萨宾派的观点比较有利于外邦人,由此利于罗马人与外邦人的交往,普罗库鲁斯派的观点比较排外,最终的趋势是罗马法越来越宽待外邦人。

(三)价金留待第三人将来确定的买卖合同是否有效?

这个学派争议见诸盖尤斯《法学阶梯》3,140。萨宾派认为价金留待第三人将来确定的买卖合同无效,但普罗库鲁斯派则认为有效。^{〔88〕}雷森认为在这一争议中两派都运用了时间的地方,这是一个不见于西塞罗的《地方论》,^{〔89〕}但见于昆体良的《演说术阶梯》中的地方。^{〔90〕}时间的地方包括三种形态:在前、同时、在后。价金确定是买卖合同的有效要件,但确定有同时

〔84〕 参见周相:《罗马法原论》(下),商务印书馆1994年版,页670。

〔85〕 参见盖尤斯,见前注〔68〕,页244。

〔86〕 Cfr. Matteo Marrone, *Istituzioni di diritto romano*, Palumbo, Palermo, 1994, p.477.

〔87〕 See Tessa G. Leesen, *supra* note 30, at 210s.

〔88〕 参见盖尤斯,见前注〔68〕,页246。

〔89〕 西塞罗的地方有如下列:整体、部分、符号、同源词、属、种、类比、种差、对反、关联、前件、后件、相斥、产生结果的原因、结果、比较、证据和权威、天性和美德、情势。参见(古罗马)西塞罗:《地方论》,徐国栋等译,《南京大学法律评论》2008年春秋号合卷。

〔90〕 关于昆体良的时间的地方, See Belen Saiz Noeda, *Proofs, Arguments, Places: Argumentation and Rhetorical Theory in the Institutio Oratoria*, Book V, In Olga Tellegen-Couperus (edited), *Quintilian and Law: The Art of Persuasion in Law and Politics*, Leuven University Press, 2003, p.108.

的确定和在后的确定两种可能,萨宾派采用的是同时确定说,要求在缔结合同之时达到价金的确定,否则合同无效。而普罗库鲁斯派则采用在后确定说,允许订约之时价金不确定,只要设定了将来确定这一条款的人就行了。^[91] 这种方案更加灵活,为优士丁尼《法学阶梯》所采[I. 3,23,1(1)],^[92]从而进一步广泛影响现代各国的立法。^[93]

(四)金钱以外的物可否充当价金?

这个学派争议见诸盖尤斯《法学阶梯》3,141,涉及买卖与互易的界分。如果允许金钱以外的物充当价金,那么买卖与互易就无区别了。萨宾派认为其他物可以当价金,由此把买卖与互易同化,而普罗库鲁斯派则认为只有金钱才可以当价金,由此把买卖区别于互易。^[94] 后世的立法者采纳了普罗库鲁斯派的观点。在雷森看来,萨宾派采用了属和种的地方,把互易看作买卖的一个种,并且是最古老的一个种。确实,买卖是从互易发展而来的。而普罗库鲁斯派采用了差异的地方,认为依据给付的代价的形式可以区分买卖与互易,给付金钱的为买卖,给付其他物的为互易。^[95] 显然,普罗库鲁斯派的意见为现代法所采。

(五)超出委任范围执行的委任是否对委任人有效?

这个学派争议见诸盖尤斯《法学阶梯》3,161,针对的是超出委任的范围执行的委任是否对委任人有效的问题。例如,委任某人花 100 万塞斯特斯买一块土地,受任人却花了 150 万塞斯特斯购买,萨宾派主张此等交易对委任人无效,他可不接受此等交易的效果。但普罗库鲁斯派认为,超过规定价金的购买在规定价金的范围内有效。^[96] 不难看出,萨宾派的主张显然过于僵硬,普罗库鲁斯派的观点则比较人道与公平。尽管结果有如此大的差异,但两派都是运用的比较的地方中的“较大者包括较小者”(in maiore minus est)规则。这里的“较大”和“较小”都是相对于规定的价金而言的。150 万属于“较大”,50 万属于“较小”。申言之,萨宾派的推理是这样的:较大者包括较小者,但较小者并不包括较大者,所以,超过规定价金购买土地的受任人所为的交易不能约束委任人。^[97] 普罗库鲁斯派的推理则是这样的:较大者包括较小者,所以,超过规定价金以 150 万塞斯特斯购买土地的受任人所为的交易约束委任人,因为较高的价格包括了较低的价格,但委任人只须支付 100 万塞斯特斯。^[98] 当然,超出的 50 万塞斯特斯只能由受任人自己承担责任。显然,普罗库鲁斯派的观点拯救了交易的效力,符合法律经济学的原则,而萨宾派观点的效果则是把浴水和婴儿一同泼掉。

(六)代物清偿能否使债务人责任免除?

这个学派争议见诸盖尤斯《法学阶梯》3,168。关乎“债的标的为甲物,经债权人同意,债务

[91] See Tessa G. Leesen, *supra* note 30, at 217ss.

[92] 参见优士丁尼,见前注[69],页 381。

[93] 例如《法国民法典》第 1592 条、《意大利民法典》第 1473 条、《阿根廷民法典》第 1350 条、《埃塞俄比亚民法典》第 2271 条。

[94] 参见盖尤斯,见前注[68],页 247 及以次。

[95] See Tessa G. Leesen, *supra* note 30, at 235ss.

[96] 参见盖尤斯,见前注[68],页 256,也参见优士丁尼,见前注[69],页 399。

[97] See Tessa G. Leesen, *supra* note 30, at 258.

[98] See Tessa G. Leesen, *supra* note 30, at 259s.

人以乙物履行,他是否可得到责任免除”的问题。萨宾派持肯定说,普罗库鲁斯派则持否定说,认为在此等情形,债务人的债继续维持,而且债权人可以诈欺的抗辩对抗请求代物清偿者。^{〔99〕} 雷森认为萨宾派采用了类比的地方,认为乙物与甲物类似,也使债权人得到了满足,因此使债务人责任免除。此说把合同理解为满足当事人经济利益的工具,既然满足了此等利益,是否如约履行了合同标的物并不重要。而普罗库鲁斯派则采用了差异的地方,认为乙物非甲物,履行乙物不能使债务人获得责任免除。^{〔100〕} 这种观点倒有点实际履行原则的味道。

(七)在旧债上增加保证是否构成更新?

这个学派争议见诸盖尤斯《法学阶梯》3,177—178。我们知道,债的更新包括主体的更新,也就是合同当事人的更换。更新造成一个不同于旧债的新债。然而,如果退出债的当事人又“回来”了,通过订立要式口约重新成为过去有过的那个合同的当事人,这时候还有更新吗?萨宾派主张不发生更新,在此等情形要想发生更新,必须增加某些新内容,例如增加或删除条件、期限或保证人。普罗库鲁斯派则认为,保证人的增加或减少不造成债的更新。^{〔101〕} 问题的焦点是增加保证是否构成更新?萨宾派主张构成,普罗库鲁斯派主张不构成。按雷森的说法,萨宾派采用了类比的地方,其推理是这样的:就像增删条件、期限构成更新一样,增加保证人也构成更新。而普罗库鲁斯派采用了差异的地方,其推理是这样的:与增删条件和期限具有更新的心素不同,增加保证人没有更新的心素,所以,增加保证人不导致债的更新。^{〔102〕} 说增加保证人没有更新的心素,乃因为保证之债是后备之债,它并不导致旧债即主债消灭,而只是加强旧债即主债。而更新必须消灭旧债,产生新债。

(八)作为受害人的家父对被损害投偿者是否享有诉权?

这个学派争议见诸盖尤斯《法学阶梯》4,78。出发点是儿子、奴隶与家父间不能产生任何债的原则,因此,如果儿子、奴隶侵害了家父,不产生任何诉权。那么,如果他人的家子、奴隶侵害了这家的家父,加害人后来因损害投偿的关系被置于受害人的权力下,后者还能起诉前者吗?萨宾派认为此时诉权消灭了,因为加害人被置于一种他过去不可能面临的境遇中。普罗库鲁斯派则认为,加害人在受害家父的支配权下期间,家父的诉权中止,因为他不能对自己提起诉讼,但当加害人脱离了受害家父的支配权时,后者的诉权得到恢复。^{〔103〕} 雷森认为,萨宾派采用了类比的地方,把被损害投偿者与儿子、奴隶类同,既然家父不能对自己的儿子、奴隶起诉,也不能对被损害投偿者起诉。普罗库鲁斯派则运用了差异的地方,认为儿子、奴隶与被损害投偿者不同,前者在实施侵害时已处在家父权下,所以受害人对加害人没有诉权,后者在实施侵害时并不处在被害人的家父权下,所以受害人对加害人享有诉权。当加害人处在受害人的家父权下时,此等诉权处于休眠状态。当加害人脱离受害人的家父权后,此等诉权被唤醒,

〔99〕 参见盖尤斯,见前注〔68〕,页260。

〔100〕 See Tessa G. Leesen, *supra* note 30, at 283s.

〔101〕 参见盖尤斯,见前注〔68〕,页263及以次。

〔102〕 See Tessa G. Leesen, *supra* note 30, at 296s.

〔103〕 参见盖尤斯,见前注〔68〕,页328。

所以,此时的受害人可起诉加害人。^[104]

七、继承法上的学派争议

(一)指定监护人之前是否应先指定继承人?

这一学派争议见诸盖尤斯《法学阶梯》2,231。萨宾派认为,按罗马人遗嘱的法定格式,必须先指定继承人才能再为其他遗嘱处分,指定监护人为其他遗嘱处分之一,所以,未指定继承人不能指定监护人。但普罗库鲁斯派认为,在此等情形可指定监护人,因为指定的监护人不会从遗产中拿任何东西,^[105]他们不过是履行公役而已。^[106]雷森认为,在这场争议中,萨宾派运用的是类比的地方,其推理过程是这样的:既然在指定继承人之前所为的遗赠和解放无效,与此相类,在指定继承人前所为的监护人指定也无效。而普罗库鲁斯派运用的是原因的地方。在指定继承人前不得为其他遗嘱处分的古老规则的基础是保护继承人的利益,避免本可由他们得到的遗产因为其他遗嘱处分流失。但在指定监护人的场合,被指定的监护人不会从遗产中有所得,所以不会损害继承人的利益,因此无适用必须先指定继承人才能再为其他遗嘱处分之规则的必要。^[107]基本的理路是规则的原因不存,规则不予适用。立法者最终采用了普罗库鲁斯派的观点,由此开遗嘱形式自由化之风,到优士丁尼时代,遗嘱的合法性只取决于内容而非形式,只要规定了该规定的内容,此等内容谁先谁后,已不会影响遗嘱的效力了(1.1,14,3)。^[108]

(二)遗漏儿子对遗嘱效力的影响

盖尤斯在其《法学阶梯》2,13中介绍了这个学派争议。萨宾派认为,如果遗嘱人有儿子,他在其遗嘱中既未将他立为继承人,又未指名地剥夺其继承权,则其遗嘱无效,任何人不得根据此等遗嘱继承遗产,即使此等儿子在遗嘱人活着时已死,亦不例外。而普罗库鲁斯派认为,要区分此等被遗漏的儿子在遗嘱人活着时是否已死立论,如果未死,他当然阻碍遗嘱的效力;如果已死,则并不阻碍遗嘱的效力。所以,遗漏儿子的遗嘱并非自始无效。^[109]对于这个争议,雷森的观点是:两大学派都运用了时间的地方。萨宾派运用了“同时”的子地方,把“遗漏”与“无效”设定为同时。其推理是这样的:既然遗漏儿子是遗嘱无效的理由,那么,一旦构成遗漏,遗嘱马上无效。^[110]这样的处理固然维持了法律的严肃性,也很痛快,但让也许是众多的被指定的继承人失去了继承的机会,并且让遗嘱人无遗嘱而死,从而把遗嘱继承转入法定继承,非常有悖于罗马继承法的精神,故普罗库鲁斯派反其道而行之,运用了“在后”的子地方拯

[104] See Tessa G. Leesen, *supra* note 30, at 306s.

[105] 参见盖尤斯,见前注[68],页166。

[106] Cfr. G. L. Falchi, *Le controversie tra Sabiniani e Proculiani*, Giuffrè, Milano, 1981, p.157.

[107] See Tessa G. Leesen, *supra* note 30, at 147.

[108] 参见优士丁尼,见前注[69],页69。

[109] 参见盖尤斯,见前注[68],页121及以次。

[110] See Tessa G. Leesen, *supra* note 30, at 99s.

救遗嘱的效力,进行了这样的推理:遗漏处在家父权下的儿子并不立即导致遗嘱无效,也就是排除了“遗漏”与“无效”的同时性,此等遗嘱是否有效要看在遗嘱人死时被遗漏的儿子是否先死。如果他已先死,则遗嘱有效。^[111] 这种处理在“白发人送黑发人”的情形拯救了遗漏儿子的遗嘱的效力,也保留了被指定的继承人的期待权,唯一的牺牲者是可能有的被遗漏子女的女儿,牺牲的是他们的代位继承权。两害相权取其轻,还是普罗库鲁斯派的方案好。

(三)指物遗赠物的取得是否要经受遗赠人同意?

这一学派争议见诸盖尤斯《法学阶梯》2,195。所谓的指物遗赠,是遗赠人直接移转遗赠标的物的市民法所有权于受遗赠人的遗赠,发生移转所有权的效力,是物权性遗赠,效力最大,受遗赠人对遗赠物享有取回权而非请求权。^[112] 对于这种遗赠,萨宾派认为在完成接受遗产的程序后,遗赠物立即成为受遗赠人的,即使他不知此等遗赠也不例外。普罗库鲁斯派则认为,只有在受遗赠人愿意接受遗赠时,遗赠物才成为他的。^[113] 简言之,萨宾派把遗赠看作单方行为,普罗库鲁斯派则把它看作双方行为即合同。如何从地方论的角度解释这一学派争议呢?雷森认为,两大学派都采用了原因的地方,不过采用了不同的子原因而已。萨宾派从西塞罗与人的主观状态无关的原因和与人的主观状态有关的原因的二分法中,^[114] 采用了前者,认为指物遗赠本身就是受遗赠人取得遗赠物所有权的原因,不需要受遗赠人意志的配合,而普罗库鲁斯派采用了后者,认为无人能在不知的情况下取得物的所有权,所以,指物遗赠物要成为受遗赠人的,要经过其同意。^[115] 后一种观点最终胜出,为立法者采用。确实必须考虑有不食嗟来之食者不愿接受他人的施舍的可能。

(四)附条件的指物遗赠的标的物在条件悬置期间的归属

这个学派争议见诸盖尤斯《法学阶梯》2,200。萨宾派认为遗赠物此时属于继承人;普罗库鲁斯派则认为此等物此时不属于任何人。^[116] 富有趣味的是,无人提出遗赠物属于死者的观点,以及属于受遗赠人的观点。萨宾派把此等物断为属于继承人的观点有些道理,因为普通遗赠的开支属于遗产的第二次分配,必须从第一次分配的承受者继承人取得的份额中开支,在此等开支只是一种可能性而非现实性的时期,把普通遗赠物断为属于继承人是合乎逻辑的。但这里谈到的是指物遗赠的标的物,其所有权在法律上属于受遗赠人。如果指物遗赠附有条件,

[111] See Tessa G. Leesen, *supra* note 30, at 98s.

[112] 参见徐国栋:《优士丁尼〈法学阶梯〉评注》,北京大学出版社2011年版,页292。

[113] 参见盖尤斯,见前注[68],页152。

[114] 前者的例子是万物有生必有死,其中,死亡是结果,其原因是什么,西塞罗未说,现代医学把衰老因子作为死亡的原因。与人的主观状态有关的原因有意志、精神失调、习性、自然、技艺、机会等,它们都决定人的活动结果,例如,出于意志,你会去读书;减少自己的精神失调,你就会处变不惊;调理好自己的习性,你就会少发火;通过维修,可以减缓物件的自然损耗;提高技艺,可以当一个好画家;抓住机会,你可以进行一次顺利的航行。可以说,与人的主观状态有关的原因都涉及到对人自身的控制或对外在条件的把握,服务于让人生活得更好的目的。Cfr. Benedetto Riposati, *Studi sui Topica di Cicerone*, Edizioni dell'Università Cattolica del S. Cuore, Milano, 1947, p.135.

[115] See Tessa G. Leesen, *supra* note 30, at 108s.

[116] 参见盖尤斯,见前注[68],页154。

则情况有别,故萨宾派把条件悬置期间的这种遗赠的标的物的所有权断给继承人,只是类比而已。普罗库鲁斯派把此等物断为无主物,匪夷所思。那么,如何从地方论的角度解读这一争议呢?雷森认为:两大学派都采用了类比的地方。就萨宾派而言,条件悬置期间的遗赠物的地位类似于待自由人的地位,他们被附条件解放,在条件成就前,他们属于继承人,这一规则可类推适用于条件悬置期间的遗赠物,把它们断为属于继承人。^[117] 普罗库鲁斯派则把条件悬置期间的遗赠物与受遗赠人不知的指物遗赠类比,进行这样的推理:既然受遗赠人不知的无条件指物遗赠不属于他,在受遗赠人决定接受前也不属于继承人,那么,条件悬置期间与等待受遗赠人的决定的期间具有可比性,两种期间关涉的标的物都是无主物。^[118] 不难看出,萨宾派的观点较优,因为法律的使命在于定分止争,该派让“分”有所定,从而可以止争。相反,普罗库鲁斯派把附条件的指物遗赠的标的物断为无主物,此等物任何人皆可先占取得,其观点诱发了“大争”。

(五)先取遗赠可否对家外人实施?

这一学派争议见诸盖尤斯《法学阶梯》2,216—222。先取遗赠是遗赠人在遗嘱中命其共同继承人中的一人或数人在分割遗产时,先取走特定的遗赠物的遗赠,它导致物权关系的变动。^[119] 萨宾派认为,先取遗赠只能对遗嘱中指定的继承人实施,旨在让受赠的继承人取得额外的份额。普罗库鲁斯派则认为,也可对家外人实施先取遗赠。^[120] 雷森认为,萨宾派采用的是词源的地方,其推理是这样的: *Praecipere* (先取)的意思是“先得到”,故先取遗赠就是遗赠给遗嘱继承人之一,让他超出自己的遗产份额先得到部分遗产的遗赠。相反,普罗库鲁斯派采用的是类比的地方,其理路是 *Praecipere* 与 *Capere* (攫取)并无实质性的区别,因此,先取遗赠如果对家外人实施,也可有效。^[121] 立法者最终采用了普罗库鲁斯派的观点。

(六)伽图规则是否适用于附条件遗赠给处在继承人权力下的人?

这个学派争议见诸盖尤斯《法学阶梯》2,244。所谓伽图规则,是伽图·李其尼亚努斯(?—公元前152年)提出的规则,意思是在遗嘱人订立遗嘱后马上死亡会无效的遗赠,在任何时候都不得有效。^[122] 该规则意在强调无效遗赠的绝对性。但它适用于遗嘱人对处在被指定的继承人权力下的人为遗赠的情形,则可能引发争议,因为在遗嘱人死时若这样的受遗赠人仍处在继承人的权力下,遗赠当然无效,因为这样的遗赠属于“瞎忙活”:遗赠物要从继承人的份额中开支,让受遗赠人得到后,由于他不能有自己的财产,他的遗赠取得实际上要归之于对他享有权力的继承人。这样,财产转了一圈,还是回到了原位。但从辩证的角度看,如果附条件地设立这样的遗赠,例如,假设他是奴隶,以他得到解放为条件,如果他果真在遗嘱人死亡前被解放,此时他可以自己取得遗赠物,就不会出现“瞎忙活”的情况了。所以萨宾派主张在这样的情形可以为附条件的遗赠,不得为单纯的遗赠,但普罗库鲁斯派认为,在此等情形,无论是附条

[117] See Tessa G. Leesen, *supra* note 30, at 119.

[118] See Tessa G. Leesen, *supra* note 30, at 117.

[119] 参见徐国栋,见前注[112],页292。

[120] 参见盖尤斯,见前注[68],页160及以次。

[121] See Tessa G. Leesen, *supra* note 30, at 137.

[122] 参见徐国栋,见前注[112],页296。

件的还是单纯的遗赠,都不可以为。^{〔123〕}在这场学派争议中,我认为萨宾派采用的是差异的地方。其推理是这样的:无条件的遗赠与附条件的遗赠在涉及到遗嘱人死亡时间的事项上不同,所以,伽图规则不能扩展适用于附条件的遗赠。而普罗库鲁斯派采用的则是类比的地方,其推理是这样的:伽图规则确定无条件的遗赠以及附条件的遗赠都从遗嘱订立之时生效,由于我们不能欠处在我们权力下的人任何物,不论是附条件地还是直接地,都是如此,所以,不论遗赠给处在继承人权力下的人的遗赠是无条件的还是附条件的,都无效。^{〔124〕}

(七)自权必要继承人可否以拟诉弃权的方式出售遗产?

这一学派争议见诸盖尤斯《法学阶梯》3,85—87。这些法言谈论的是法定继承人、遗嘱继承人和自权必要继承人能否以拟诉弃权的方式出售继承得来的遗产问题。它们都肯认前两种继承人在接受遗产后可以出售之,但对于自权必要继承人能否这样做,萨宾派持否定态度,认为此等出售无效,而普罗库鲁斯派持肯定态度。^{〔125〕}在雷森看来,两派分别运用了差异的地方和类比的地方。萨宾派主张自权必要继承人与法定继承人和遗嘱继承人不同,所以不能像后两者一样以拟诉弃权的方式转让遗产。^{〔126〕}确实,自权必要继承人要继承死者的人格和家屋,伴随这种继承,还要继承家祀,如果他们可出卖遗产,死者的家系将归于断绝。这些义务是其他两类继承人不承担的。相反,普罗库鲁斯派运用了类比的地方,认为法定继承人、遗嘱继承人与自权必要继承人类似,所以,既然前两者可以拟诉弃权的方式转让遗产,那么后者也可以。^{〔127〕}这样的推理真是太武断了!

(八)附不能条件的遗赠是否有效?

这一学派争议见诸盖尤斯《法学阶梯》3,98。争议的出发点是对附不能条件的要式口约的处理。不能的条件有“以手指触天空”之例,处理是要式口约无效(I.3,19,11)。^{〔128〕}但遗赠也可附加条件,如果附加的是不能条件,遗赠的效力若何?萨宾派主张遗赠保持效力,此等条件视为未写。但普罗库鲁斯派则主张,遗赠因为附加了这样的条件无效。^{〔129〕}显然,萨宾派采用了差异的地方,认为要式口约与遗赠不同,尽管两者都附有不能条件,要式口约可以无效,遗赠却不能如此,因为遗赠是社会团结的表现,不似要式口约是人的经济人属性的表现,所以,有缺陷的遗赠应拯救之,把不能条件视为未写即为拯救之道。而普罗库鲁斯派采用了类比的地方,认为要式口约与遗赠作为法律行为制度的两个分支,别无二致,所以两个领域应适用同样的效力规则。既然不能条件让要式口约无效,此等条件也让遗赠无效。普罗库鲁斯派的推理显然比较粗暴。

〔123〕 参见盖尤斯,见前注〔68〕,页170及以次。

〔124〕 See Tessa G. Leesen, *supra* note 30, at 163ss.

〔125〕 参见盖尤斯,见前注〔68〕,页224及以次,页88及以次。

〔126〕 See Tessa G. Leesen, *supra* note 30, at 179s.

〔127〕 See Tessa G. Leesen, *supra* note 30, at 178s.

〔128〕 参见优士丁尼,见前注〔69〕,页365。

〔129〕 参见盖尤斯,见前注〔68〕,页230。

八、其他争议问题

以下 27 个问题,其学派争议被记载在盖尤斯的《法学阶梯》之外,或虽在“之内”但未展开,它们也值得在此文中一并介绍。

1. 遗赠一个物的一部分时继承人是要给付该部分还是其估价。这个学派争议被记录在彭波尼的《萨宾评注》第 5 卷中(D.30,26,2)。此处涉及这样的情况:被继承人遗赠给受遗赠人一个物件的一部分,例如,一所房子中的一间。此时,继承人应如何做?如果他交付该物的这一部分,可能损害其他部分的使用。例如,一所房子中的一间属于一个人,其他房间属于另外的人,这对于该所房子的使用是不便的,所以,萨宾和卡修斯认为继承人交付有关部分的估价即可,但普罗库鲁斯和内尔瓦认为应给付原物。记载这场争议的彭波尼采用了折中路线,主张要看标的物的属性来确定继承人的义务。如果是可分物,可以给付原物;如果是不可分物或虽可分,但分了要造成物的损害,则应给付此等物的估价。^[130]

2. 被监护人是否需要监护人授权才能转让自然占有?这个学派争议被记录在罗马法学家的多个法言中。它们是 D.41,1,11(马尔西安:《法学阶梯》第 3 卷);D.26,8,9,1(盖尤斯:《行省告示评注》第 12 卷);D.43,26,22,1(魏努勒尤斯:《令状》第 3 卷);D.41,2,29(乌尔比安:《萨宾评注》第 30 卷)。在罗马监护法上,被监护人的哪些行为需要监护人授权,哪些行为不需要此等授权,是一个重要问题。基本的原则是获利行为不需授权,恶化其状况的行为需要授权(I.1,21pr.)。^[131]但是,被监护人能否独立转让自然占有呢?所谓自然占有,是不具有心素的占有,实际上是持有,持有人承认物的所有人的权威地位,并有义务把自己持有的物返还给此等所有人。^[132]萨宾认为必须经监护人授权才能如此,属于普罗库鲁斯派的乌尔比安则认为不经监护人授权也可如此。两者的差别在于:萨宾派认为转让自然占有是表意行为,普罗库鲁斯派则认为这是事实行为。被监护人的表意行为需要监护人授权,他们实施的事实行为则无需这样的授权。萨宾派之所以如此主张,是因为他们希望丧失的物上有权源,这样,物的后手占有人才也有权源。相反,普罗库鲁斯派在单方行为的框架内考虑后手占有人的取得,所以,先前的法律关系就变得无关紧要,此等关系归于消灭,但不是由于前手占有人的意志如此,而是由于后来的取得行为的效力如此。^[133]

3. 抛弃物的原所有人的权利何时终止。关于这一问题的学派争议被记载在 D.41,7,2(保罗:《告示评注》第 54 卷)和 D.47,2,43,5(乌尔比安:《萨宾评注》第 41 卷)中。关系到抛弃物

[130] 参见(意)桑德罗·斯奇巴尼选编:《婚姻·家庭和遗产继承》,费安玲译,中国政法大学出版社 2001 年版,页 547。

[131] 参见徐国栋,见前注[112],页 133。

[132] Cfr. Giudice Federico del c. Beltrani Sergio, Nuovo Dizionario Giuridico Romano, Edizione Simone, Napoli, 1995, p.423.

[133] Cfr. G.L. Falchi, op.cit.106, p.68.

的行为生效的时间点问题。普罗库鲁斯认为,抛弃物在被另一人占有前并不停止作为其原所有人的财产。但属于萨宾派的尤里安认为,一旦抛弃,物就不再属于原所有人,但只有在另一人占有此等物后,该物才成为其财产。^[131] 萨宾和卡修斯本人也持这一观点。^[132]

4.约定在某个集市期内偿付的债可否在该集市期的第一日求偿?这个学派争议被记载在 D.45,1,138(魏努勒尤斯:《要式口约》第4卷)中。关系到始期的开始点问题。如果当事人约定在某个集市期内偿付债务,萨宾认为债权人在集市期的第一天就可为主张,但普罗库鲁斯认为他只有在集市期的最后一天才可为主张。^[133] 要说明的是,罗马人的一个集市期为8天,相当于他们的一周。把履行日定在一周的第一天还是最后一天,对于债务人来说有7天的差别。普罗库鲁斯的观点等于给债务人7天的恩惠期,有利于债务人。

5.取得自家土地上隐藏的财宝是否需要具有取得此等财宝的心素?这个学派争议被记载在 D.41,2,3,3(保罗:《告示评注》第54卷)中。普罗库鲁斯认为某人尽管知道自家土地中有财宝,但他只有在形成了占有它的意图后才能构成对它的占有,但属于萨宾派的布鲁图斯和曼尼流斯认为,通过长期占有取得土地所有权的人也取得土地中的财宝的所有权,尽管他不知道其存在。^[137] 换言之,他缺乏取得财宝的心素也能占有此等财宝。

6.被其父亲的遗嘱遗漏的遗腹子,如果生下来旋即死亡,是否打破其父亲的遗嘱(C.6,29,3pr.)?这个学派争议被记载在优士丁尼于530年给大区长官尤里安的一个敕答中。萨宾派主张如果婴儿活产,尽管旋即死亡,也打破其父亲的遗嘱,^[138] 假设此等父亲未在其遗嘱中指定他为继承人或剥夺其继承权。在这一敕答中,优士丁尼未提到普罗库鲁斯派的观点,但提到在古人中有争议,由此可以推论,普罗库鲁斯派采用相反的观点。在这个问题上,萨宾派的观点比较讲求逻辑,普罗库鲁斯派的观点比较讲求功利,因为打破父亲的遗嘱,把遗嘱继承转入法定继承,不利于此等父亲本人以及遗嘱中指定的一些继承人。

7.构成盗窃的接触物是否需要体素?这一学派争议被记载在 D.41,2,3,18(保罗:《告示评注》第54卷)中。讲的是保管人如果对被保管物动歪心思,在怎样的情况下才构成盗窃。萨宾认为,尽管保管人有否认被保管物是寄托合同标的物的意图,但他未移动其位置,因此不构成盗窃。^[139] 这是心素体素两全才可构成盗窃的观点,不同于这一法言中隐隐提到的普罗库鲁斯派的仅仅心素就可构成盗窃的观点。

8.如果奴隶以其特有产为基础为他人充当保证人,其主人是否要承担责任。这一学派争议被不完全地记载在 D.15,1,3,9(乌尔比安:《告示评注》第29卷)中,说“不完全”,乃因为它

[131] See The Digest of Justinian, *supra* note 58, Vol.4, at 531.

[132] See The Digest of Justinian, *supra* note 58, Vol.4, at 746.

[133] See The Digest of Justinian, *supra* note 58, Vol.4, at 676.

[137] See The Digest of Justinian, *supra* note 58, Vol.4, at 504.

[138] Véase De. Ildefonso, García del Corral, *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, Tomo V, Novelas, Barcelona, 1898, p.81.

[139] See The Digest of Justinian, *supra* note 58, Vol.4, at 506.

只记载了萨宾派的观点,未提到普罗库鲁斯派就同一问题的观点。萨宾的观点是:家子以特有产为基础为人担保,家父就要就特有产承担责任,但如果奴隶做了同样的事,主人不必承担此等责任。^[140] 普罗库鲁斯派的观点应该是主人也要承担此等责任。尽管在罗马法上,家子和奴隶同为他权人,萨宾派力图张扬两种他权人的不同,而普罗库鲁斯派则力图维持两种他权人地位的同一体性。

9.两个所有人的物被聚合在一起时的所有权定夺。这一学派争议被记载在 D.41,1,27,2 (彭波尼:《萨宾评注》第30卷)中。^[141] 对于两个人的物融合在一起的问题,萨宾派主张按两个人的物对最终产品的贡献比例或两者提供的材料的价值设立共有。但如果无明显的一物添附于另一物的情况,可不考虑宣告共有。但普罗库鲁斯认为应让两者各自拥有自己的材料,换言之,把最终产品拆解,将之还原为两种原料。这当然是一种不经济的考虑。

10.继承人是否表态接受遗产对替补继承人地位的影响。关于这一问题的学派争议被记载在盖尤斯《法学阶梯》2,178中。^[142] 萨宾认为,在为继承人表态是否接受遗产设定的期限届满前,尽管他只是以继承人的身份行事而未正式表态,其替补继承人不得继承。期限届满后未表态的,才发生替补继承。但普罗库鲁斯派认为,在上述情形,替补继承人与继承人共同继承遗产,而且,一旦替补继承人加入,继承人不再享有决定是否继承的期限。不难看出,萨宾派的观点比较合乎逻辑,但普罗库鲁斯派的观点更加功利,有利于促使继承人早些做出决定,由此结束法律关系的不确定状态。

11.被指定为必要继承人代替主人破产的奴隶的破廉耻是否合理? 这一学派争议被记载在盖尤斯《法学阶梯》2,154中。^[143] 涉及的是预感自己的遗产将资不抵债的主人为了逃避破产带来的破廉耻,指定自己的一个奴隶为必要继承人,同时赋予他自由,以此作为对他代自己承受破廉耻的报偿的做法。萨宾认为,这样的奴隶不应该承受破廉耻,因为他不是因为自己的问题而是由于必要继承人的地位破产的。但实际的做法是让这样的奴隶承受破廉耻,这可能是采用普罗库鲁斯派的观点的结果。当然是萨宾派的观点更有理,它贯彻了一个人只能因为自己的行为受处罚的理念。

12.如果某人违反《琴求斯法》为赠与,未利用该法赋予的抗辩,他能否利用该法赋予的抗辩和其他抗辩索回付出的赠与? (《梵蒂冈残篇》266, 乌尔比安:《关于信贷事务的告示评注》第1卷)。^[144] 公元前204年的《关于馈赠的琴求斯法》限制赠与的数额,违法进行的赠与并非无效,而是赋予赠与人抗辩权,也就是让他反悔所为的赠与,^[145] 但如果他未利用此等抗辩交付

[140] See The Digest of Justinian, *supra* note 58, Vol.4, at 437.

[141] See The Digest of Justinian, *supra* note 58, Vol.4, at 494.

[142] 参见盖尤斯,见前注[68],页144。

[143] 参见盖尤斯,见前注[68],页134。

[144] Voir Textes de droit romain, par Paul Frederic Girard et Felix Senn, Tome I, Dalloz, Paris, 1967, pp.526s.

[145] 参见齐云、徐国栋:“罗马的法律和元老院决议大全”,徐国栋主编:《罗马法与现代民法》第八卷,厦门大学出版社2014年版,页184及以次。

了赠与物,后来想索回赠与物,他能否利用《琴求斯法》赋予的抗辩和其他抗辩?萨宾派和普罗库鲁斯派都认为可以,两派的歧见在于此时的赠与与人是否还可利用其他抗辩(例如民众抗辩)达到索回赠与物的目的,普罗库鲁斯派认为可以,萨宾派认为不可。显然可见,萨宾派严格解释了《琴求斯法》,普罗库鲁斯派则扩张性地解释了该法。

另外有 15 个被记载得不怎么完全的争议,由于信息不全,展开说明两个学派的观点差异十分困难,姑且存其目如下:①委任他人贷款生息是否构成委任(盖尤斯《法学阶梯》3,156);^[146]②以缴纳税赋为条件耕种行省土地的交易是否为租赁(盖尤斯《法学阶梯》3,145);^[147]③把角斗士交给他人表演,从每场表演中收费的交易是否为租赁(盖尤斯《法学阶梯》3,146);^[148]④订做人自己出材料交他人制作物品的交易是否为租赁(盖尤斯《法学阶梯》3,147);^[149]⑤代销(Aestimatum)是属于买卖还是工作的租赁或委任(D.19,3,1);^[150]⑥买卖和租赁合同的价金的确定是根据合意原则还是根据要物原则;^[151]⑦在委任人死后生效的委任是否有效;^[152]⑧附加于遗赠的不能条件应如何处理;^[153]⑨可否部分地正式免除债务(盖尤斯《法学阶梯》3,172);^[154]⑩盗窃是分为现行盗窃和非现行盗窃为宜还是在这两种盗窃之外还要加上被搜获赃物和栽赃两种类型;^[155]⑪死因赠与是属于赠与还是遗赠(I.2,7,1);^[156]⑫对受制于家父权的妻子所为的赠与是否以她在丈夫生存时成为自权人为条件(D.24,1,11,3。乌尔比安:《萨宾评注》第 32 卷);^[157]⑬以小遗嘱做出的遗赠在被指定的继承人死后是否要给予其替补继承人(D.29,7,14);^[158]⑭在两个朋友共有一个奴隶的情况下共有人之一解放此等奴隶时另一共有人是否享有增加权;^[159]⑮逃亡奴隶能否为其主人取得占有(D.41,2,1,14。保罗:《告示评注》第 54 卷)。^[160]

[146] 参见盖尤斯,见前注[68],页 254。

[147] 参见盖尤斯,页 250。

[148] 参见盖尤斯,页 250。

[149] 参见盖尤斯,页 250。但对这一法言有不同的解读,有人认为这是一场萨宾派的内部争议。

Cfr. Benedetta Cochis, op. cit. 58.

[150] See the Digest of Justinian, *supra* note 58, Vol. 2, at 574.

[151] Cfr. G. L. Falchi, op. cit. 106, pp. 93, 94, Nota 40.

[152] Cfr. G. L. Falchi, op. cit. 106, pp. 161, 248.

[153] Cfr. G. L. Falchi, op. cit. 106, p. 238.

[154] 参见盖尤斯,见前注[68],页 260。

[155] Cfr. G. L. Falchi, op. cit. 106, pp. 161, 71, Nota 59.

[156] 参见优士丁尼,见前注[69],页 157。

[157] Cfr. G. L. Falchi, op. cit. 106, pp. 161, 229, Nota 160.

[158] See the Digest of Justinian, *supra* note 58, Vol. 2, at 905.

[159] Cfr. G. L. Falchi, op. cit. 106, pp. 161, 230.

[160] Cfr. G. L. Falchi, op. cit. 106, pp. 161, 160.

九、结论和推论

综上所述,罗马的法学争鸣由来有自,从共和时期开始就有了穆丘斯派和塞尔维尤斯派的争鸣,到元首制时期发展为萨宾派和普罗库鲁斯派之间的争鸣。这两个学派的掌门人大多有强烈的实践倾向,这铸造了罗马法学的务实特性。古罗马不仅有学派间的争鸣,而且有学派内的争鸣,所有的这些争鸣,都极大地推动了罗马法学的发展,使之成为世界性的楷模。这些争鸣还造就了罗马法的“争鸣的法”(ius controversum)的特色,也就是说,在一个法律体系中允许就同一问题有不同的观点存在,让在竞争中获胜的观点成为支配法院的观点。争鸣的法的特性典型地体现在462年的《引证法》中,该法规定了在多种观点并存的情况下,法院采用判案观点的竞争性程序,它证明尽管名义上萨宾派和普罗库鲁斯派的争鸣在阿德里亚努斯王朝时已终止,但实际上绵延到《引证法》时期,那个时候的人们仍然把就同一观点存在不同观点的现象看作正常的。事实上,到了3世纪,随着罗马帝国分为东西两个部分,产生了西方学派和东方学派的分野。西方学派在4世纪时存在于罗马,在5世纪时存在于意大利和高卢,但缺乏关于具体的法学人物的资料。这个学派贡献了盖尤斯《法学阶梯》、《梵蒂冈残篇》、《盖尤斯摘要》等作品,还汇编了《维西哥特罗马法》。东方学派的主要成员是贝鲁特法律学校的教授,他们有Cyrillus、Patricius、Domninus、Demosthenes、Eudoxius、Thalelaeus、Theophilus、Dorotheus、Gratinus、Anatolius等,他们中的一些人,例如Theophilus、Dorotheus,参加了优士丁尼的法典编纂,留下了优士丁尼《法学阶梯》之类的作品。^[161]这个时候的“学派”更多地是“学校”的意思,两派缺乏就具体问题展开的争鸣。尽管如此,东方学派的《法学阶梯》(优士丁尼的)对西方学派的《法学阶梯》(盖尤斯的)的修正,可以看作一种争鸣形式。

本文介绍了48个两大学派争鸣的问题,它们无不属于私法,没有发现两派的法学家就公法问题进行争论,也没有像希腊人那样讨论“公平是否为对强者有利的东西?”^[162]之类的问题。似乎可以认为,两大学派的争鸣发生在元首制时期,其时政治讨论的自由已经缩减,但允许在民法方面进行自由讨论。所以,两大学派间的争鸣体现了一种威权下的自由。尽管如此,这样的争鸣把一些民法问题的诸种可能方面展开并探讨合理的解决方案,推动了罗马私法的发展,使其非常具有技术性。

关于两大学派争议的原因,有不同哲学派别说、^[163]保守与进步区分说、^[164]严格法与衡

[161] Cfr. Antonio Guarino, op.cit. 8, pp. 257 ss.

[162] 根据柏拉图的记述,这是哲学家斯拉西马库(Thrasymachus)说过的一句话。参见叶秀山:《前苏格拉底哲学研究》,人民出版社1997年版,页352。在柏拉图的《法律篇》中,也有类似的话。参见(古希腊)柏拉图:《法律篇》,张智仁、何勤华译,上海人民出版社2001年版,页121。

[163] 谓普罗库鲁斯派属于斯多亚派,萨宾派属于伊壁鸠鲁派。或曰萨宾派属于斯多亚派,普罗库鲁斯派属于学园派。Cfr. G. L. Falchi, op.cit. 106, p. 157. See Tessa G. Leesen, *supra* note 30, at 9.

[164] 谓萨宾派属于保守派,普罗库鲁斯派属于革新派或现代派或相反。Cfr. G. L. Falchi, op.cit. 参见盖尤斯, pp. 11, 21. See Tessa G. Leesen, *supra* note 30, at 11.

平法不同偏好说^{〔165〕}与皇权关系不同说、^{〔166〕}阶级立场不同说、^{〔167〕}方法论不同说、^{〔168〕}不同祖师爷说、^{〔169〕}不同法律分支偏好说、^{〔170〕}无根本差别说^{〔171〕}等解释。荷兰学者雷森提出的地方运用不同说较新,应属于方法论不同说的一个分支。她的研究证明以地方论解释古罗马的学派争鸣是可行和可信的。这样的解释去掉了学派争鸣的阶级色彩和意识形态色彩,把争鸣的原因带入了技术层面,给人启发。最可贵者,雷森以自己的研究再现的罗马法学家运用的地方论(Topica)方法表现为一个三段论的出发点,地方的不同导致三段论的出发点不同,从而导致推理结论的不同。这样的地方论如果被称为论题学方法,就滑稽可笑了!论题在哪里呀?这样的地方论如果被称为问题取向性的研究方法,^{〔172〕}那就更可笑了,这种方法首先与 Topica 没有什么关系,其次,它的涵盖面要比地方论宽广得多。

我们可注意到,在盖尤斯《法学阶梯》比较完整记载的 21 个学派争鸣中,类比的地方与差异的地方用得最多,被用于 10 个争鸣,这或许可以说明法学就是比较的艺术,法律推理就是比较出诸对象的相同与差异,从而赋予不同的处遇的过程。富有趣味的是,两大学派往往运用同一个地方,却得出了不同的结论,因为它们运用的是同一个地方的不同的子地方。这雄辩地证明,地方不是论题,也不是论据,而是可以找到论据的场所。

研究两大学派的争鸣并非与当代现实无关,严格说来,现代法为此等争鸣的受益人。例如,在确定自然人的成年与否时,已无人采用个案调查法,都采用大数概率法,这是采用了普罗库鲁斯派关于这一问题的观点;又如,各国的法律大都允许第三人于未来确定买卖合同的价金,同时确定只有金钱可以充当价金,由此把买卖与互易区分开来,这些都是采用普罗库鲁斯派在这些问题上的观点。如果没有这些争鸣,我们或许还采用个案调查法确定自然人是否成年、买卖与互易不分呢!

〔165〕 谓萨宾派主张严格法,普罗库鲁斯派主张衡平法。Cfr. G. L. Falchi, op. cit. 106, p. 157. See Tessa G. Leesen, *supra* note 30, at 17.

〔166〕 谓普罗库鲁斯派与皇权保持距离,而萨宾派支持皇权。Cfr. G. L. Falchi, op. cit. 106, p. 157. See Tessa G. Leesen, *supra* note 30, at 18.

〔167〕 谓普罗库鲁斯派代表中小奴隶主阶层的利益,而萨宾派代表大奴隶主阶层的利益。参见周枏,见前注〔28〕,页 54。

〔168〕 在这一名目下又分为不同的子观点。①谓萨宾派是自然主义者,普罗库鲁斯派是理想主义者。②谓普罗库鲁斯派是类推主义者,萨宾派是反规范主义者。③谓普罗库鲁斯派遵循社会—政治标准,萨宾派遵循唯物主义标准。④谓普罗库鲁斯派采用案例法,萨宾派采用体系法。⑤谓普罗库鲁斯派忠于罗马传统,而萨宾派采用世界法的观点。⑥普罗库鲁斯派采用进步的法律解释,而萨宾派采用严格的和形式主义的 legal 解释。Cfr. G. L. Falchi, op. cit. 106, pp. 20s, 23, 25.

〔169〕 谓萨宾派是塞尔维尤斯的追随者,普罗库鲁斯派是穆丘斯·谢沃拉的追随者。但普赫塔认为,普罗库鲁斯派追随拉贝奥,萨宾派追随卡皮托。Cfr. G. L. Falchi, op. cit. 106, pp. 23, 22, 24.

〔170〕 谓普罗库鲁斯派追随市民法,萨宾派追随万民法。Cfr. G. L. Falchi, op. cit. 106, p. 24.

〔171〕 Cfr. F. Schulz, *Storia della giurisprudenza romana*, traduzione italiana di G. Nocera, Sansoni, Firenze, 1968, p. 218s.

〔172〕 See Theodor Viehweg, *Topics and Law*, Trans. by W. Cole Durham, Jr., Peter Lang, New York, 1993, p. 19.

无论在古罗马还是在当代的意大利,学派都是“从一个老师所出者构成的学术共同体”^{〔173〕}的意思。萨宾派的创始人卡皮托,薪火相传,因第二任主持人萨宾得名,其名气最大和最幸运的成员当属盖尤斯。普罗库鲁斯派的创始人拉贝奥,因第三任主持人普罗库鲁斯而得名。两派师门不同,观点亦有所别,堪称异数,因为当代意大利也有这种意义上的学派,但各派间的意见已难谓有什么不同了。^{〔174〕}其间的原因,可能是当代意大利法学家并无法律创制权(或曰解答权),而罗马法学家一度享有此等权力,它刺激了法学家提出不同的学说,而现代意大利法学家面对的是同样的法律文本(例如民法典),其创制空间小得多,以至于你说我说差不多,难以形成学派。

我国民法学界也有学派,不过此等学派的形成并不主要取决于师门,而是取决于受何国学说的影响,例如有德国学派和拉丁学派(或曰意大利学派)的分野。^{〔175〕}这种情况与当代意大利的情况颇为不同。而且,不同的学派间有研究方法和观点上的差异,这样的情况倒颇类似于元首制时期的罗马,当有利于推动学术研究的进步。

Abstract: In ancient Rome, the disputes between different Schools of Jurisprudence have a long history, and from the very beginning of the republican period there were the disputes between the school of *Servius Sulpicius Rufus* and the school of *Quintus Mucius Scaevola*. It constitutes the ancestor of disputes between the school of *Sabinus* and that *Proculus* during the time of principate. Most heads of both schools tend to be strongly practical, which cast a pragmatic characteristics of Roman law. There were disputes not only between different schools, but also within every contending schools. All of these disputes not only have greatly promoted the development of Roman law, but also have casted the (*ius controversum*). Nevertheless, what the Roman jurists contended involves only in private law, instead of public law, which reflects the academic freedom of that time is under authoritarianism and limited. As to the reasons for Roman jurists contended, there are doctrines such as the doctrine of different philosophical orientation, the doctrine of contending between conservatives and progressives, the doctrine of one preferring strict law and other preferring equitable law, the doctrine of two schools having different relationship with the imperial power, the doctrine of two schools with different class position, the doctrine of two schools employing different methodologies, the doctrine of two schools with different ancestors and the doctrine of two schools having different preferences to legal branches, etc. The doctrine of *topica* proposed by Dutch scholar *Tessa Leesen* is up-to-date, so I adopt it in this article.

Key Words: School of *Sabinus*; School of *Proculus*; Disputes between different Schools of Jurisprudence; *Topica*; School of *Mucius*; School of *Servius*

(责任编辑:薛 军)

〔173〕 参见(意)桑德罗·斯奇巴尼:“20世纪罗马法研究中的罗马学派”,肖俊译,《厦门大学学报》(哲学社会科学版)2014年第1期。

〔174〕 同上注。

〔175〕 参见徐国栋:“中国第二次继受大陆法系与罗马法教学的转型”,《河南财经政法大学学报》2014年第1期。