

法律與法：羅馬法與大陸法重要關係的分析

Ignazio Castellucci

澳門大學法學院助理教授

前言

這篇論文首先會對習慣法在法律淵源體系(優士丁尼羅馬法和阿根廷法)的情況作闡述，這部分分析的結果將用作在進一步和更廣範圍的法律體系結構的考慮上，對傳統羅馬法或更甚可能對今時今日拉丁美洲法律體系的頓悟，瞭解一套自後羅馬帝國、中世紀和早期歐洲大陸一直實行的 *ius commune* (共同法律)。

我會嘗試展示過去兩個世紀一直支配著歐洲大陸，建基於成文法的法律體系的概念是如何不足以解釋優士丁尼羅馬法法律淵源之理論闡述：這是實證哲學法學家的惡夢，反之採用開放的和自由的態度，卻能露出一絲曙光，這看法當然是與現今視之為正統的想法不同，但這部分的研究仍然是與事實較為接近。

我會從分析法律學說如何在過往幾個世紀嘗試詮釋現今在優士丁尼羅馬法 *corpus* (主體) 中與 *consuetudo* (習慣法) 及 *lex* (成文法) 有關的不同部分，尤其是 D.I,3,32 和 C.8,52，使在過往世紀看來在優士丁尼羅馬法¹ 中是明顯矛盾的部分合符邏輯。接著我將對阿根廷法律體系的法律淵源作相似的分析，當中存在相似的問題，但又具有獨特的元素。從這些分析中將得到一些結論，而這些結論將用作以 *ius commune* 觀點重構拉丁美洲(不單是阿根廷)的法律體系，提供一些具體運用的簡單評論。

這不單單是關於不同法律淵源位階理論的論述，而是作為科學性的能被接納的描述的一個起點，避開法律實證主義所主要依賴的法典，而

¹ 在最基本的羅馬法律歷史的知識中，*Corpus Iuris Civilis* 的結構和引述其方法是閱讀中不可缺的。

是著手學習無邊際的、幾乎未被開發的 *ius commune* 的現代體系。或許最起碼是根據法律模式的認知潛在或隱性地根據 *ius commune*，提出對民法體系不同理解。從而開展一個與流行的現代大陸法模式不同的辯證對抗。

第一部分：優士丁尼羅馬法

第一章：*Consuetudo* 概略

1. *Consuetudo* 的本質

習慣法的本質在優士丁尼摘要中的 D.I,3,32 (Giuliano)和 D.I,3,35 (Ermoqeniano)的部分被描述為：它包括“在市民中沒有說出來的協議 (D.I,3,35)，但得到所有人民同意而未在成文法規定的所有事情”(D.I,3,32)。

這想法特別關注到**大衆**(*populus*)主管著所有的權力規範這個早期經典概念，君主的權力也是來自於人民²。因此習慣法的淵源與成文法的同樣重要。兩者很大程度同是擁有與生俱來的立法權力的大眾的意願³。

對於早期的羅馬習慣法，其概念於優士丁尼法典的章節部分有所表達：儘管其沒有正式利用書面的形式，但正如成文法一樣是人民意願的表達，這裡應當指出 *consuetudo* 這個特別的詞彙是後經典的，而原來的習慣法，即前經典和經典法律傳統的一部分，則與透過習慣構成而由法官的工作認可(*interpretatio prudentium*⁴)的民法 *ius civil* 在技術層面上無異。

² 這概念是由 Gallo 提出，見 *Interpretazione e formazione consuetudinaria del diritto*, Torino, 1993，第 58 頁及其後。

³ Gallo 對 D.I,3,3,2,1 部分 Julian 淵源的真實性沒有任何疑問，依據此習慣法能削弱 *lex*；前引第 55-56 頁；*Contra*, G. LOMBARDI, *Sul titolo quae sit longa consuetudo*，在 SDHI, 1952 年，第 41 頁及其後；後者作者認為其大部分屬載於 D.I,3,32 Julian 的原則，另作者視第一段(D.I,3,32,1)的部分為隨後的插補。

⁴ 參閱 Gallo, *cit.*，第 58 頁，和 LOMBARDI, *cit.*，第 41 頁。在本篇論文中 *ius civile* 和 *ius praetorium* 可視作為同意，兩者均在羅馬 *jurisprudentia* 和實踐中演變而來。

當立法的權力變成皇帝⁵ *內在(ex iure proprio)*權力的時候，無論透過**法律**或**習慣(moribus)**，人民依政治上憲法權力來直接制定法律的基礎便消失了：憲法的改變是基複製優士丁尼**法典(Codex)**C.8,52(2)部分的君士坦丁大帝的**立法(constitutio)**。

但是，透過 *consuetudo* 這新的標籤，習慣法在優士丁尼法律淵源清單中仍然是事實，同時仍然根據古老經典的概念，表明在 6 世紀的 *corpus* 內，透過成文法明確表達取消了授與人民的權力。

優士丁尼法中這兩分散部分產生協調和淵源等級的問題，一方面，歸因於 Julian 部分有關習慣法篇章削弱了 *lex*——只是作為 6 世紀皇帝起源的部分的能力，而另一方面，在 C.8,52 出現了意思相反的規定。

2. *Consuetudo* 的法律效力與 *lex* 的關係：優士丁尼法中看來矛盾的部分

協調 D.I,3,32 和 C.8,52(2)兩部分的爭論源自持續幾個世紀的科學討論，很多學者都在當中各持一方，支持二者其一部分，為了明瞭在淵源層階中 *consuetudo* 是否附屬於 *lex*⁶。

很多時候在這方面研究的學者會專注於在優士丁尼匯編 *compilazione* 中插補部分的認定，以求重塑經典時期的羅馬法，根據它們的真實或推斷時期的淵源⁷ 對不同部分進行研究，來鑽研羅馬法自經典時期至後經典時期的演變。

我的研究則是以描述而非重構優士丁尼法律體系，當中我們需依據原著，明白到其是一個複雜的規範實體，所有均是在 6 世紀同一時期源於優士丁尼由很多規定而組成的⁸。

Solazzi⁹ 清楚地闡述了在這一學說問題上如何難以找到合適的答案，其明確表示支持 *lex* 的最高權威性(supremacy)，但他的分析也總

⁵ 參閱君士坦丁帝國憲法 *Deo Auctore*, 7。

⁶ Calasso, 在 *Medio evo del diritto*, 米蘭, 1954 年, Calasso SCIALOJA 等的報告發現在中世紀至他的年代, 在不同的學術文章中最少 15 次曾嘗試把該兩部分協調。

⁷ 參閱如前述 Gallo 的著作, *Interpretazione...* 和 G. LOMBARDI, *Sul titolo...*, *passim*。

⁸ 參閱帝國憲法 *Deo Auctore*, 11。

⁹ *La desuetudine della Legge*, 載於 *Arch. Guir.*, 1929 年。

結指出在優士丁尼匯編中的文字未能找到解決這問題的方法。¹⁰

爲此，在緊接的兩章，我們必需先瞭解一下幾位最突出的學者對這問題的看法，認爲 *consuetudo* 和 *lex* 具有同等“正面”¹¹ 效力的學者的意見將率先描述，其後將談及持相反意見學者的看法，在每一組別中我們可以識別基於不同程度的分析和動機而表現出的不同意向，下述的回顧將根據分析層面的深入程度和意向的動機而分類，而不是按時序排列。

第二章：認爲 *consuetudo* 和 *lex* 擁有同等法律效力

1. 關於“*consuetudo*”意思上基於純語彙的分別

Doneau 提出一個古老但依我看未能有文獻支持的一個區別是 *cunsuetudo* 有能力取締成文法而增設新的規定，而 *cesuetudo* 則是在無法遵守的情況下單純的取消成文法¹²。

另一個證明兩個部分同時存在於優士丁尼匯編中具正當性的學者爲 Jhering，他建立理論解釋 C.8,52,2 如何在 *lex* 和習慣(未能成爲習慣法¹³)之間的關係中被創造出來。

Puchta 建構另一套相似的理論，他反對由習以爲常的重覆行爲和所謂市民的 *opinio necessitatis* (即一般假設該行爲有義務的強制性，相信其也存在於法律之中)所形成的習慣法，同時也反對缺乏後者心理因素的單純“運用”，可是，他的理論看來也是缺少任何文獻的支持¹⁴。

¹⁰ 參閱以下。

¹¹ “positivo” 這個較近期使用的詞是故意用引號表述，它是一個現代概念，在下部分將作論述。其或許不是一個合適的詞彙來描述古代法律規定的本性和特色，無論其意義如何，使用引號表達一種警惕的意思，尤其是警惕自己在使用擁有被認定特殊意義並運用在其一般同義之外的一個特別詞彙可能會造成誤會，這情況下使用引號來表達本人應加以注意來避免任何個人投射，這在此範疇是十分危險的。

¹² 轉引自 Allende, *Las costumbres*, La Plata, 1976 年，第 8 頁。

¹³ 由 Scialoja 轉引上述文章的意見，解釋了提交給他的那篇論文是作者透過私人書信傳遞的。

¹⁴ “獨斷” 這個詞是 Ferrini 用來界定的，見他在 Pavia 大學所授的羅馬法課程，

2. 基於兩部分之間“一般規定對特別規定”的可能關係

Scialoja¹⁵ 提出一套基於 C.8,52(2) 淵源的理論，其根據非常罕見在一特殊例子中皇帝的決定，這成為了一個不是依據過往傳統而形成新的 *lex* 的例子¹⁶。

Savigny 也提出了相似的理論¹⁷，他解釋了 C.8,52(2) 是對特殊情況的規定，正如 *consuetudo* 是有關於較為特定的情形，*lex* 則是較為普遍的。根據上述兩位學者，優士丁尼把 C.8,52(2) 部分作為相似案例的特殊規定而加插進去。

經過回顧已發展幾個世紀的法律理論，FERRINI 總結 *consuetudo* 和 *lex* 具有相同的正面力量¹⁸。

這位作者總結(我的翻譯)“Giuliano的學說在整個羅馬法的發展中被肯定了，在成文法中因習慣而被廢除的例子比比皆是”¹⁹。

Ferrini 提出一個廢止了非常古老制度的例子，就像在表 XII 所預見的那樣，例如 *gens* 或 *cum manu* 婚姻，他在論文中堅持認為“……這君士坦丁²⁰憲法似乎並不總依據法律，即使那時 Salvio Giuliano (Julian) 表達的原則同樣於 *Digesti* 中被優士丁尼所接受，而在君士坦丁之後成文法繼續因沒有被採納而廢止。²¹”

他更進一步觀察到：“……初看君士坦丁的法律不可能認為擁有這樣的影響和重要性，而在君士坦丁之後，該法律被廢止而繼續轉變著……憲法 C.8,52 不是一條一般的勒令(*edict*)，它只是給予省級地方官的一個命令(*order*)，一條普通的原則不可能在沒有一般法令的情形下而

由他的部分學生抄寫並整理，載於 *Lezioni di Diritto Romano*, Pavia, 1899 年，第 69 頁。

¹⁵ *Sulla Const. 2 Cod...*，載於 *Archivio Giuridico*, 1880 年，第 XXIV 卷，第 420 頁和其後，其特載有關 Landucci 的觀點而不是猛烈的批評。Landucci 支持帝國淵源優於 *consuetudo*，參閱 Landucci 其後的著作，*Una celebre Costituzione dell'Imperatore Costantino*, Padova, 1885 年。

¹⁶ 同上註。

¹⁷ 在他的 *Sistema del diritto romano attuale* (1886 年由 Scialoja 翻譯成意大利文)

¹⁸ *Lezioni...*，上引/…這問題的不同解決方法概略見於第 67-72 頁。

¹⁹ *Lezioni...*，第 64 頁。

²⁰ 明顯的參照 C.8，52(2)。

²¹ 上引第 66 頁。

修改”；因此初步認為 C.8,52(2)和 D.I,3,32.1 兩部分是共容的²²。

3. 重要評記

Doneau：我未能找到任何理據分辨出在羅馬法中 *consuetudo* 和 *desuetudo* 兩者中有何分別，而認為 *consuetudo* 和 *lex* 擁有相同的正面效力看來有點怪異。

Jhering 和 Puchta：同樣地，這裏存在一個明確的意念嘗試構建一套習慣法和成文法擁有相同正面效力的體系，但其分辨 *custom* (習慣) 和 *customary law* (習慣法) 的分析也是古怪的，後者竟出現在與前者不同但其後的時期²³，這理論與優士丁尼的根本內容以及羅馬法本身存在矛盾，似是認為羅馬的習慣法不是來自習慣的存在，而是來自其他的事實，隨後認同習慣行為的“合法性”。

事實上，在過往幾個世紀裡這已經常發生，當法學家(*prduents*)“宣佈”由習慣(*moribus*)而產生的規定時，其事實上是早已存在，但卻在其後被法學家“發現”和“宣佈”後才變得明顯；這起碼在原則上使習慣(用處的存在，*mos*)和習慣法(由 *mos* 透過法學家而引導出來的法律規定)具有差異。

可是，優士丁尼的規定卻不把法學家的行為認為是 *consuetudo* 的一個特色；D.I,3,32,1 看來只單單考量普遍留意到的規定存在的事實，並創造出法律規定，因此，Jhering 所得出習慣和習慣法的差異看來並不符合優士丁尼的法律體系。

再者，Jhering 的以習慣法壓倒成文法的重構意念可能只是單純外在的、偶然性事情發生的結果：法學家宣稱的規定。而這些法學家則是擁有巨大能力來創造一條法律規定或賦予其更高的價值，或在規定的位階等級中給它升格。

這樣的一套理論與羅馬民法(*ius civil*)在本質上存異，法律具內在固有的屬性，當處理某一案件時僅由法學家宣告。

最後，在這重構的意念中，事實上卻缺乏了應當需要的規定，也就是界定成文法與其他法律淵源——“宣告”的習慣法之間關係的規定。

²² Ivi，第 74-75 頁。

²³ Scialoja，前引，同意這事情。

Scialoja, Savigny, Ferrini：他們理論的基本缺點是欠缺解釋為何優士丁尼匯編中要加插那部分的原因，這正是 *lex* 與 *consuetudo* 關係的普遍原則，而不是清楚指出這是非常特別被認為源自 C.8,52 規定的案例。

Scialoja 同時也指出 *成文法(constitutio)* 在君士坦丁大帝有關妾的例子，其在優士丁尼 *Novelle* (新憲法，在編輯後才發佈) 中 “考慮到它的廢止”²⁴ 而被廢止；但 Solazzi 正確地注意到該廢止的發生確切因為它已被 *Novella*²⁵ 核准的，這在 “合法化” 的事實中缺乏執行的力量，然後承認習慣法或廢止沒可能就本身而言來使成文法中的規定受到損害 (*derogate*)。

Ferrini：他以 *cum manu* 婚姻制度的消失的例子說明正被取消的廢止力量，事實上看來是一個薄弱的論點：習慣法在古代和共和國時期的原始淵源地位是毫無疑問的：這裡關鍵的問題是 *consuetudo* 在優士丁尼時期的力量；在這方面，Ferrini 所列舉的例子沒有太多的闡明，正如在帝國時期 *gens* (作為法律有關的實體) 和 *cum manu* 婚姻兩者都從此消失了。

Ferrini 同時指出決定一個個別案件而被記錄的 *勒令(edict)* 很可能不具作為設定普遍規定的原意，當然，這不能排除有這樣的可能性，但是，這考量只能證明在君士坦丁習慣法中，原則上仍然具有與成文法同等的法律效力，這不足以暗示在優士丁尼仍然具有相同的法律效力。

事實上，君士坦丁發出的規定只是單單針對特別例子的 “個別” 規定，這只會更為清晰顯示出優士丁尼後來意欲從總體上脫離與 *consuetudo* 相同的法律效力，因為特殊的君士坦丁規定已明顯地被轉化成普遍原則，這顯示在白紙黑字加插於 *法典* 的部分，再者，在原來 *consuetudo* 應從屬 *ratio* (理性) 的字句後，君士坦丁在優士丁尼的原來規定在透過加上 *lex* 的字眼被加插在匯編中。這成為幾乎不能推翻認為優士丁尼設計的法律體系中的 *lex* 具優越性的論點²⁶。

綜上所述，總結地，基於可能的 “特殊” 案例而作為 C.8,52(2) 的淵源 (Scialoja, Savigny, Ferrini 的意見) 的答案已被證實無法令人滿意，

²⁴ Nov. 89 c15.

²⁵ 已前述於 *La desuetudine della legge*。

²⁶ 這是支持 Gallo 的理論的主要論據，指出 *Consuetudo* 於優士丁尼的法律中缺乏法律效力。

尤其是在優士丁尼的**法典**中沒有任何加插“特殊”案例的痕跡。

從系統性的角度，由於他們出現在**匯編**中，我們不能不去確定那兩部分的存在具有矛盾的地方。

第三章：認為 *lex* 優於 *consuetudo* 的論者

1. 基於歷史或政治的考慮

Callasso解釋C.8,52(2)存在於君士坦丁大帝統治時期的特殊歷史時期，並指出該部分如何表現出新時期的價值觀，在當時新的政治憲法制度情形下(作者認為該時期為“悲劇的危機”)，需要對傳統法律體系的淵源作出一個重大轉變，而Julian的D.I,3,32部分就是其中一個表現，因此，他承認成文法較具優越性²⁷。Biondi也留意到兩個部分並沒有存在矛盾，認為它們只是淵源於不同的時期²⁸。

一些學者認為習慣只是古代**民法**的一個法律淵源，過往只是透過法學家的力量**宣稱**出來而被認知，而不是制造出來，所以在重構優士丁尼時期的法律體系時，他們忽視*consuetudo*。例如，Guarino把習慣法放在從屬於*lex*的位置²⁹，認為那是根據古代的*mores*而透過*prudentes*闡述的古老**民法**；De Francisci也有相同的看法，其決然地在後經典時期的法律淵源清單中省略提及習慣法³⁰。

最後，Grosso在透露淵源清單中公開表達他的取向，認為*lex*正式優於*consuetudo*，“儘管32,1部分具有相反的含意”³¹。

²⁷ 參閱前述 *Medio evo*.....，第53頁。

²⁸ *Istituzioni di diritto romano*，米蘭，1952年，第40-41頁。

²⁹ Guarino, *Profilo storico delle fonti del diritto romano*, Catania, 1944年，第6頁和其後。

³⁰ De Francisci，在他的 *Sintesi storica del diritto romano*，羅馬，1968年，用了一章來對該篇的三個部分的法律系統淵源作個別的闡述，該三部分分別與三個他劃分的羅馬法不同時期相關。在第三部分(公完235-565年)，並沒有任何參照指出*consuetudo*作為一種法律淵源的存在。

³¹ *Premesse generali al corso di diritto romano*, Torino, 1946年，第102-145頁。

2. Solazzi的意見

透過 Traiano 大帝發給其省級代表 Plinio 的命令，Solazzi 展示如何在古典時期 *consuetudo* 從屬於 *lex*，命令中清楚表示成文法的優越性，作者跟著根據憲法中 C.8,52(2) 論證這優越性如何在君士坦丁大帝統治時進一步加強，儘管這與在匯編中 Julian 的部分具有相反的意思，他主張這優越性同樣很可能維持至君士坦丁時期。

Solazzi 解釋 32,1 這部分的插入是“分散”的出現，是複製了前優士丁尼的添寫，只有 32（序言）和 33 的部分代表了立法者的意願；Schulz³²也同意這個構想。無論如何，Solazzi 也承認他的意見只是一個假設，明白到選擇 32,1 該部分或可能得出相反構想的 32(序言)和 33 部分二擇其一間存在的困難，無論選擇如何，始終有著不能避免的疑問存在。

3. Gallo的意見

Gallo 設想優士丁尼法律體系只容許 *consuetudo* 具有 *secundum legem* 的法律淵源效力。³³ 作者認為優士丁尼法律淵源被描述成包括（在匯編中 *Institutiones* 的部分）*plebisciti, senatoconsulti, editti, responsa prudentium*；可是事實上“肯定及大眾均知道”這些制度在君士坦丁中已不再是淵源³⁴。考慮到概要中卷一第三標題是 *de legibus senatusque consultis et longa consuetudo*，他提出“可留意到一些相似，但可能較不明顯的與習慣法相關的部分”³⁵。

該作者留意到 D.I,3,32,1 的陳述與 C.8,52,2 存在矛盾，而兩者均與 D.I,3,33 不相容的³⁶。

他隨後指出概要內文具有不同時期法律概念的陳述，包括羅馬的演變，由共和國至皇帝的元首政治(Imperial Principate)，再跟著的

³² 該作者支持 *lex* 較優的理論，在他的 *Principi* 第 12 頁，參引了 Solazzi 的論證。

³³ Gallo, *La consuetudine nel diritto romano (?)*; *Interpretazione e formazione consuetudinaria del diritto*, Torino, 1993 年，第 217 頁及其後。

³⁴ *La consuetudine...*，第 99 頁。

³⁵ 同上註。

³⁶ 同上註。

Dominate，習慣法“總的來說與所有共和結構相關的淵源具有共同命運。³⁷”

他也留意到C.8,52(2)的淵源源自於**憲法(Constitution)**，在其原文中提及了習慣法從屬*ratio*(理性)，而成文法的參照則可能是優士丁尼匯編的作者所作的補充，目的是確定與過往一樣，優士丁尼的原意是忽略*consuetudo*具有與成文法相同的正面法律效力³⁸；同時暗示著在君士坦丁中，習慣法並不從屬於*lex*，而是*ratio*。簡單地說，根據Gallo，在匯編中提及各種不同的法律淵源只是歷史學說的描述，而法律的、“正面的”效力只屬於整體匯編本身，其否定了所有過往的法律和隨後帝國的立法³⁹。可是，匯編中的“正面”效力，並不意味著這效力能延伸至在理論和學說部分所描述的過往全部制度，此外，在經典概念匯編中單純歷史性質的清單，與及皇帝立法的“正面”價值，均為Riccobono所支持的論點⁴⁰。

阿根廷作者Allende⁴¹同樣重構一套體系，指出由君士坦丁發出的C.8,52(2)規定如何在源於Julian的D.I,3,32規定之後，同時提出前者如何與後者部分重疊，並因此排除任何‘*contra legem*’習慣法的效力，“另一方面，把‘*secundum legem*’和‘*praeter legem*’習慣法的關係保持原來不變。”

綜上所述，優士丁尼只充分證實了該時期再現了兩種規定，分為D.I,3,32的部分與及與之矛盾的C.8,52,2部分，展示了法律體系的歷史發展，因此這概念導致習慣法具有“正面”的效力只有在匯編中“正面”的規定或隨後的皇帝立法所容許。

這重構與Dominato時期的權力體系前後一致，但容許一些彈性，當與“皇帝的普通法”透過在Ulpiano的D.I,3,33部分表達出來而融合在地方性習慣中，則其執行是被容許的。

³⁷ 前引，pag.103.

³⁸ *La consuetudine...*，引第107頁和其後。

³⁹ 這位學者在*Interpretazione e formazione...*第223頁作了評論，指出皇帝的最終力量的立法是如何作為系統完整性和自足性的唯一保證，但是，也認為這個保證的提供並不一定是羅馬法立法者的目標。

⁴⁰ *Lineamenti di storia delle fonti e del diritto romano*，第147頁。

⁴¹ 前引第8-9頁。

4. Scherilio 和 Lombardi 的意見

Scherilio 表達的意見與 Gallo 的有一些相似的地方⁴²；他的論文證明兩種規定的共存，透過概要內裡的部分揭露習慣法的一個學說，以純本體論的角度加以描述；另一方面，透過法典的部分，以實用性規定的本質，來解決法律淵源矛盾或位階的具體問題。

G. Lombardi⁴³ 則相對沒有那麼清楚地⁴⁴ 對該事情表達相同的意見。⁴⁵

最後，Scherillo 對其理論作了補充的考量，指出若習慣法 *contraria legem* 不能廢除 *lex*，那後者仍可能被廢止 (*desuetudine*) 所廢取。⁴⁶

5. 小結

Calasso、Biondi、Guarino、De Francisci、Grosso：他們所有根據歷史或政治歷史考慮的理論，初步印象看來都是令人信服的。

但我們在以下的討論，需留意很重要的一點，這些理論均未能解決，或是嘗試解決，在一個純系統的角度，或許看來比優士丁尼需要的真正矛盾更明顯的矛盾：在匯編中存在兩個看來相反意思的部分；除非我們同意 Solazzi 的意見，據此，*consuetudo* 與 *lex* 兩個具有相同法律效力的部分是意外地或無意間加入了編著中一如 Schulz 所論證⁴⁷。

對於 Scherillo 的論文還存在以下批評：指作者提出在優士丁尼體系中 *consuetudo* 不能損害 *lex*，但卻能廢止。

這論文實際上提出的不是新的論點⁴⁸，但似乎難以被認同⁴⁹，這與

⁴² 參閱 *Consuetudine(diritto romano)*，載於 11 月，*Digesto It. Torino*，第 301 頁及其後。

⁴³ 在已提及的文章 *Sul titolo...*

⁴⁴ 該作者特意地在第 72 頁陳述了上述他的意願“暫時把在匯編中協調這個教條式的問題擱在一旁(兩個看來相反意思的部分)”。

⁴⁵ 關於這個重構可參閱上述 LOMBARDI 的文章，尤其是第 61 頁第三段的首部分。

⁴⁶ 同上註，第 307 頁。

⁴⁷ *Principi...*，第 12 頁。

未能接受與之相反 Doneau(其認為 *lex* 比習慣法優越，但不比廢止優越)⁵⁰的理論的原因一致：正式地說，與 *lex* 相比較，習慣法與廢止應處於同一層階，因它們在概要中是看作一致；而在實際上，我認為在廢止和習慣法之間，當面對成文法的一條指定規定時，很多情況下是較難定出一條界線出來。

更重要的是，從政治上的角度，同樣的原因導致皇帝設定成文法較諸習慣法優越—或更可能是一排斥廢止相對於與及皇帝立法的優越性，從而避免成文法變得毫無意義。

第四章：需要考慮的事情

1. 在匯編中不同類型的規定，具有不同的本性和功能

首先檢視的是在學習優士丁尼匯編時，究竟目標是從理論上重構一套單一的、自我完善的、前後一致的理論，並由所有擁有相同性質和“正面”效用規定的組成的，正如現代民法法典編纂一樣，而不理會重構忠於優士丁尼時運用的真正法律體系⁵¹；又或假若目標是理解和描述當時優士丁尼的實際體系，而不理會現代需要而“製造”一套從本質上“完美”的現代法典體系⁵²。

在第一種情況下，我們能認同任何接受兩種規定同時存在、保障兩者相同正式層階位置的重構或理論：Scialoja、Jhering、Puchta 等的看法將全可被接受(縱使上述沒有一個理論在解決談及的矛盾時提供一個完全令人信服的答案)；縱使沒有任何一個重構所描述的法律體系會真正地在優士丁尼大帝時期實行過。

⁴⁸ 早於優士丁尼的非常早期，一位佚名的法學家在一文章中以這理論作解決匯編中存在的明顯矛盾，稱為 *Enantiofane*，由 FERRINI 轉引，前引，第 66 頁。

⁴⁹ 同樣是 FERRINI，明顯地引自 *Enantiofane*，批評這分別，指這是“簡單的文字遊戲，多於註釋的結果”；前引，第 66 頁。

⁵⁰ 參閱第二章。

⁵¹ 從 *usus modernus pandectarum* 的角度，與德國學派(其後最終演化為 Pandettistica 學說)所依據的相似。

⁵² 說明白一點，在一個公正清晰的意義下，規範全都具有相同的“正面”本質，從而形成一套自我融合和沒有矛盾的體系。

那些註釋的努力存在基本的局限真正在於態度：在一個特定歷史時刻的一套法律體系，建基於特有的法律意識形態，是以一套完全不同概念法律體系的基礎作重構——基於十九世紀歐洲大陸的理性主義、實證主義和系統想法。

換句話說，那些理論是建基於曲解或偏見，由此來使作者們重新構造能與現代概念的法典相符合的一套法律體系，擁有法律體系的“所有包含”特色而本質上不存在混淆或矛盾，事實上需承認一個基本錯誤看法的存在，雖然他們在過去幾個世紀運用過人的智慧，付出很大的努力來解決兩個部分之間的矛盾，顯然我們能理解他們當中沒有人能提供一個滿意的答案。

再者，縱使是在那些採用系統的、實證主義方法處理這問題的學者的重構中，我們能留意到一個歷史和原文外性質的“外在”元素存在，這總是與非常系統和實證主義方法所不相容的，只是故意為了達到其目的而已（並且不是完全達到目的）：在 Jhering 和 Puchta 的論點中我們需要找出“單純”習慣和習慣法的一個區別，其早已在 *prudentes* 有所提及，但卻未能在文中察覺到；根據 Scialoja 的看法，C.8,52(2) 應被視為一條針對非常特殊案件的特別規定，縱使這規定表現出明顯的普遍原則，這並沒有在規定中自我表述出來，而是被收集、修改和插入在優士丁尼的匯編中。

撇開基於那些學者意見的偏見和扭曲，似乎更為恰當的是透過閱讀那些法律條文，並謹記他們的歷史政治背景，嘗試站在羅馬人的立場上去想這些事情，來嘗試和重構那套法律體系——當然他們沒有考慮到法律是作為自我完備、以自我為中心的體系，與該法律體系存在和運用的政治、歷史、社會等各個方面相分離⁵³。

根據前面對各個學者研究成果的評論和簡單的觀察後，當中當然考慮到以下將討論到的現有歷史和比較法律研究，我認為在考慮到 C.8,52(2) 和 D.I,3,32 的部分之存在看似的矛盾，我們可能同意那些學者支持 *lex* 在正式上比 *consuetudo* 優越，這考慮到兩方面的意見——Gallo 的一方與及 Lombardi 和 Scherillo 的一方（除了在已評論的有關 Scherillo 認為 *consuetudo* 和 *desuetudo* 的分別），其能解釋兩個部分同時存在但並沒

⁵³ 概要的開首規定說 *ius est ars boni et aequi*：法律應是好的和公平的藝術(Celso, D.I,1.1)。

有產生任何不恰當“系統的”的詮釋。

事實上，這兩個意見中有一些相似的地方；兩者均清楚地承認了在匯編中加插了具不同性質的不同規定存在的事實。

一個非常明顯的事實是 Gallo⁵⁴ 利用歷史描述來證明“非正面”規範的存在，而 Scherillo 和 Lombardi 則認為“非正面”的規定是源於學說的、科學的作用：他們都認識到其存在，或可以說是“事實”，縱使現代意義不是“正面”的意思，但仍保持著內在的“確實性”，表達了矛盾的法律概念的存在，而其只是能被描述，但永不能透過皇帝的 *lex* 而製造或廢止(suppressed)。

這樣看來兩個觀點的不同(歷史的描述和學說的建構)實際上並不是那麼大的：若我們撇開現代十九世紀法律系統中 *isolierung* 和抽象的墨守原文概念(abstract textualism)，法律中後層的歷史描述精確來說是其中一個重構法律自身的方法，同時是解釋法律規定的其中一個工具。

在這不同的看法，法律規則(legislative rules)是在一特定時期政治權力被置於高於已存在的法律(透過 *ius* 和 *lex* 製造) *imperium* (當局、立法能力)的表達，政治當局能更改、穩定和主導複雜的雙重體系的演變。

這可能更為合理地理解事實上為了獨立收錄 *ius* 和 *leges*，匯編是由兩個明顯不同的 *corpora* 組成一概要和法典(Codex)。

若不是意外地由二十世紀的歷史學家，例如 Grosso、De Francisci 和其他前述的幾位，利用較開放的思維來理解羅馬法的條文，將不可能更為準確地透過條文理解羅馬法的真實，並不像十九世紀“系統的”學者，如 Scialoja 和上述的德國法典擁護者，他們以非歷史目的的角度來理解羅馬法，把它聯繫現代大陸法律理論的法律淵源發展⁵⁵，並為其找尋古老的辯解(justifications)。

那兩條規定，或者說那兩種法律淵源，並沒有存在矛盾的關係，而是辯證的，這是在多元論的背景下，這兩種不同的系統產生的規範相互影響，更為清楚的是顯示於 D.I,3,32(表達 *ius*)和 C.8,52(2)(表達 *imperium*)共同存在的淵源。

⁵⁴ 也可參閱 RICCOBONO，前引。

⁵⁵ 這古老的 *vexata quaestio* 能作為分析歷史研究如何能針對純知識的最佳例子，或者可以說是“方向”為支持、論證和 / 或確認完全的當代意念。

一個相似的情況能在普通法的世界裡被追溯出來；在理解法律規定的工具中有一所謂**損害(mischief rule)**的規定，根據此規定當遇到模糊、含糊不清和矛盾的時候，我們應參照過往**法律的狀態(state of law)**，來詮釋後來的法規，這被認為是精確地對法律體系表達給予肯定和方向，具權威地在眾多可能性中給予答案⁵⁶。

在一些情況下，在成文法前以歷史的角度分析法律的演變和狀態非常明顯地與學說分析為伍，成為詮釋後來的法規的關鍵(事實上，這也經常發生在歐洲大陸法律條文的學說闡明)。

新的法規是置在過往已形成的普通法的上面而**重疊(superimposed)**，與其以辯證的形式相互影響；從歷史的角度和考慮到體系所表達出的動態，普通法與**法規(statutory rule)**看來的對比並不認為是一種矛盾，相反，該體系由內在的基礎(普通法)和權威性的構成要素組成，暗示了前者的存在。

關於法律淵源，指出羅馬法是如何起源的和它是如何根據……所謂普通法而發展似乎是恰如其分的；現代的歷史研究埋葬了十九世紀基於理性主義和系統方法對羅馬法的重構。

另一個可使我的論點更為清晰的例子：在十九和二十世紀的大陸法傳統，沒有法令規定而只有透過真實生活而**規範的案例(disciplined by case-law)**，較經常發生法律真空的情形。⁵⁷

來規範這些情形的法令最終置於過往的學說和案例法基礎上而**重疊**—它們經常大部分地被認可和正式轉變為法令的規定。

從歷史角度來說，那些案例法和學說將**實際上、有效地規範(regulated)**這事情—在**法令法律**形成前製造**法律規定**和重覆他們的運用，後來這最終成為穩定和指導案例法，消除或減低學說的和案例法的不確定性(起碼在原則上)，新的規定會被加上；當與權威性的法律淵源(*lex*)存在矛盾時，過往採納的案例法規定(*ius*)會被其廢除或修改；當需

⁵⁶ **損害**規定的詳情可參閱任何普通法的基礎手冊。

⁵⁷ 很多這樣的例子發生在古代和近代的歐洲法律史，相似情況的一些粗略參照發生在阿根廷，關於一個人名字的權利或對於已故人士的相關權利。事實上，在很多或甚至所有的民法司法權發生的案件，在法律的領域，無論什麼時候現實的生活都超越了立法者的幻想(但卻又不是最離奇的一些)：需要這樣想，例如，法律當中的很多關係到現代電子商貿、生物科技、胚胎的科學研究或在試管內的受胎作用等等，都是在本地相關立法仍未頒佈前需要由法院作出裁決。

要複製它們時，其會被法令的規定所吸納；若需要規範的方面立法者沒有作規範，則它們會仍然作為案例法而存在。

只有從一個非常教條化的角度，才能說事物是由成文法所規範，而案例法只單單是成文法在具體案件上的運用和詮釋——尤其是在關於案例法規定沒有由其後法令的法律所明確規範的方面，將因為他們事實上的預先存在而繼續運用，而不是把它們作為其後成文法規的一個詮釋。

相似地，在缺乏一個關於相關事情特殊的案例法規，而只是參照“普遍原則”或類似的東西(很多在國內和外國案例中的可用原則是淵源於學說和案例法，而不是源自成文法典裡所謂的普遍原則)，來尋找那些在成文法規中案例法規的淵源，是教條化地扭曲現實。

假設返回優士丁尼匯編(*Digesto* 和 **法典**(*Codex*)兩者)存在的時期，十九和二十世紀的學者把法律曲解運用在非常簡單的事實上，即匯編的兩部分均正式地被優士丁尼作為對立法者的認可。但那些法學家(例如 Scialoja, Jhering, Puchta)認為必須使結果修改成上述的情形那樣，縱使匯編的兩部分在性質和淵源上具有明顯的差異。

Legis lator 優士丁尼對匯編的兩部分給予的正式認可——我們是把它整體上看作為一樣東西，但實際上作為兩個獨立的法律 *corpora* 在兩個不同的時期想出來和實行——這時候不必理解為應重構一個以現代概念(完整的、獨立的、正面的、完美的)構成的體系，即所有在匯編的規定都具有相同的本性和正面的效力，這只是在十九世紀法國—德國守法主義的框架下發展而成的現代法律意識形態的一個方法。

根據 **Constitution(憲法)** *Tanta*, 18 和 21 條，匯編中存在的矛盾和解決方法，優士丁尼似乎有意明確地在概要匯編中表示認可廢除任何過往法律淵源的任何有效性⁵⁸。他也承認他的匯編文字中可能存在模糊而需專門由皇帝解決⁵⁹。這暗示了匯編並不是靜態的“完整”或“完美”：可以肯定的是它被普遍認為是創新一廢止了所有過往的法律和斷言原則上說它是唯一的法律淵源⁶⁰；但它仍然是能進一步被皇帝所修改和發展的⁶¹。

⁵⁸ 參閱 Imperial Consitution *Deo Auctore* , 11 。

⁵⁹ 參閱 Imperial Consitution *Deo Tanta* , 18 和 21 。

⁶⁰ *Deo Auctore* , 11 。

⁶¹ *Tanta* , 前引。

根據優士丁尼的概念，“完整”並不是指匯編本身，而是像共生的由匯編和皇帝創制的複雜法律淵源⁶²，相互套疊於被理解為不可缺的帝皇規範體系的規定所構成的*ius*基礎的體系中—後者需要與前者(作為背景工具)的適當配合，正如英國的法規法律或衡平原則需要根本的普通法法律體系才能正常運用。

除此之外，“*Isolierung*”或體系中規定的完美無瑕，在優士丁尼的“完整”中並不是追求的目標；帝皇則更為關注他對該體系的政治控制和它的不同部分(正如在C.8,52中清晰陳述)，針對該體系他是絕對的最高操控者，對正常透過*leges, iura*和所有其他組成部分而運作的體系擁有最終的影響力。

從這角度上，我們能想像在體系上兩者由立法者(僅有的“規範(norms)”，如同我們今時今日指的意思)頒佈的“正面”規定，與及更為“理論化”、較不“可運用”的*ius*的規定⁶³的存在。

這不需要任何成文的規定來闡明這規定的雙重本質，又或需要識別那些或多或少的“正面”規定：皇帝的立法被收集在**法典**內，而古羅馬的*ius*則收集在概要內，因此規定間的本質分別是顯而易見的。

另一方面，在不能肯定或含糊的情形下，例如不同法律部分在**Codex**或其後法律存在極大差異時，解決的方法為直接詢問具有當然權力任意在一案件上下決定的皇帝，如同君士坦丁製造了C.8,52一樣。

簡單來說，我同意Gallo和Scherillo的重構，認為“正面的”和“歷史/學說的”規定兩者同時存在於優士丁尼的匯編中⁶⁴，**規範(norms)**連繫著*ratione imperii*，並正式地處於高位階與學說一起描述**規範的現象(normative phenomena)**(其是引領著*iuris*)；後者同樣提供有效的，若為“理論的”規定，當沒有不同的法律規定可運用的時候，其也是可行的。

肯定地C.8,52清楚說明了誰是體系內的*dominus*，但是，多重性的淵源和解決方法仍然可提供給法庭—透過地方的習慣，而這是體系內

⁶² 參閱 Gallo, *Interpretazione...*，第 221 頁，尤其是註腳(2)。

⁶³ 由 Vélez Sarsfield 起草的**民法典**提供了這樣立法模式的一個當代例子，而這仍然應用在阿根廷的一參閱以下。

⁶⁴ 在這裡我參照兩位作者來長話短說，這論文能延長到至少分別包括 Riccobono 和 Lombardi。

D.I,3,32和33所允許的，還有，我們可假定作為一個研究假設，透過法學家的不斷努力和不包含在概要的舊有學術著作，能偶然地幫助找尋到一個對於不清楚的規定或匯編中 *lacunae* 的詮釋解答——正如法國的學說，基於學術的傳統或甚至只是文字的 *exegese* 的虛構，繼續給予拿破崙法典提供發展的空間。

D.I,3,32 的 *iuris* 天性正是解釋習慣法的本質(*consuetudo*)；這部分沒有與 C.8,52(2)存有矛盾，後者作為不同淵源之間矛盾的一個“正面”解答，由立法者確立 *ex imperio*，一條規定能在皇帝或他的 *entourage* (隨行人員) 或官僚認為需要的時候執行，或者偶爾被同一皇帝、*entourage*(隨行人員)或官僚這些擁有權力的人所廢止(*disregarded*)，這支持 D.I,3,32 和習慣法規定或法律學說對特殊情況所給予的適當解答——一個“法治”模式的 *ante litteram* 的頓悟，其是基於權力和一套彈性的規定，而它被證明在近代對於管治大量領土的國家，如蘇聯和中國，是行之有效的。

與皇帝的法律並排包含在法典，遠早過它的時候，我們留意到羅馬法的經驗是作為一套宏偉的非成文法體系(根據在 Celso，D.I,1,1 提及的 *ars boni et aequi*)；一套在 *lex scripta* 和 *legis lator*⁶⁵ 的 *imperium* 面前擁有足夠彈性的體系，但仍然具有自然宇宙秩序之長久和基本的特色：*ius non ex scripto*⁶⁶，擁有內生的 *iuris* 有效性，或可說 *ex arte boni et aequi*。

Ius 的早已存在這個現象是皇帝僅能透過法學家部分而作描述⁶⁷，立法體系和 *ius* 體系(透過法學家的法律、案例法和習慣法)是在羅馬法的經驗中，由兩種不同規定而產生的體系，它們存在、互動、重疊、有時相互忽略對方。

現代系統的法學家曾作過 *reductio ad unum* 的嘗試，尤其是在十九世紀，目標是重構一個統一的法律體系，其是“正面”、“自我完整”、一致和獨立的(從法律的 *Isolierung* 德國實證哲學家的角度)，包含了所有匯編內的規定，可是這卻是明顯與歷史相違背的嘗試。

⁶⁵ Gallo 假定在 D.I，3，32，1 提及的 *legis latoris* 這名詞是由優士丁尼的編輯者加插上去的，把原來的名詞“*populi*”取而代之。參閱 *Interpretazione...*，第 57 頁。

⁶⁶ 參閱 D，I，3，33。

⁶⁷ 除此之外，這樣的概念包含在 Ferrini 的陳述，在上面曾提及，根據君士坦丁憲

然而，我們仍需注意到歷史的事實，就是優士丁尼似乎在試圖對 *Tanta* 第 18 和 21 條所表述的對法律體系的完全支配，在拿破崙時期後的 13 個世紀，在一個很大不同的背景下，其文化和政治條件對於這樣的法例支配在法律(*loi*比*droit*優越)上已趨成熟，我們能察覺到優士丁尼的夢想(最起碼是部分失敗)和一個已實現了的(或許)存在一定的關聯。

或許有人可以說優士丁尼並沒有完全達到他預期的把 *ius* 屈服在 *imperium* 之下⁶⁸，因為歷史研究清楚地顯示，在沒有任何體系的偏見下，最終在後來的皇帝時期，不論是東部及西部的帝國，存在實質的法律多元論環境。

另一方面，通過結合事情的背景和分析歷史研究同樣可以得出，優士丁尼並沒有必要在一個抽象、自足的現代模式的法律體系中追求教條式的、立法的技術性比 *ius* 優越的法律——這可是他從來沒有想像過的。

優士丁尼很可能只是關注於清楚地重述在其所有的傳統淵源內他的政治—法律支配地位凌駕於整個複雜的法律體系(這可是 *Tanta*, 18 和 21 帶來的一個真實意思)，再者他的目的是提供一個有效率的法律體系的回顧和重構，這在後來的幾個世紀不斷發展，已不是他那時所能想像到的。

當然，羅馬帝國的皇帝可以並可能已經利用法律體系作為一套複雜、豐富、彈性的工具來有效統治龐大的帝國，而他的下屬和官僚則也能乘勢在需要的時候利用 *iura* 和習慣的規定，這可由重要的 D.I,3,32 和 33 部分的加插和皇帝能自由地決定在法律淵源相互矛盾的情形下怎樣處理特定案件作推斷，帝國的管理人當然知道如何運用他們在地方上的司法權，明智地混合利用他們權力的直接執行和本土習慣、單獨案件的考量和帝國的法律——透過比較的角度，這也是中國官僚在數個世紀的帝國歷史中所運用的方法。

正如二十世紀初期的學者 Giuseppe Grosso 在其 *General Problems of Law through Roman Law*⁶⁹ 的著作中，花了一章討論“法律體系的多

法 C.8, 52(2)“看來總是與法律相反”中指出。但是，作者在陳述中並沒有再深入探討這樣的結果，而是嘗試使匯編中兩個不同部分的意思一致，作為法律的單一淵源。

⁶⁸ 已提及了皇帝的法律即使在 *Tanta* 之後，如何得以保留並後來被廢止，正如 *Nov.* 89, 15 中證實了：這是一套由優士丁尼制定的憲法，其因過往皇帝的法律變得不用而廢止了。

重性”⁷⁰，同時在文字上運用了較為新潮的字眼“多元論”⁷¹來描述由眾多規定產生體系的結合而形成的羅馬法的複雜性(*familia, ius civile, ius honorarium, ius gentium, lex...*)。

Biondi也同樣早在二十世紀的三十年代寫道“自主的法律體系，一個與另一個毫不相干，或更經常地，正式地彼此漠視”⁷²。

近期的研究大大地肯定了對羅馬法和中世紀法律經驗的如此描述，作為一個複雜的、多元經驗的、具有共存於同一領土“官方的”法律下的東部和西部帝國本土法律特色，當中習慣法佔重要角色，自四世紀開始教會的法律⁷³變得越來越重要；是一種對應廣泛多種的政治權力和司法權的多元⁷⁴。

為了解決其中一種法律淵源壓倒另一種的情況，因此，研究應為了效用而針對上下文的研究，而不是針對一種形式上淵源層階的抽象鑑定，只是基於純文字的，現代形式的對條例的分析。在一個多元論的背景下，規定的有效性，而不是它的較高或較低的合法性，是矛盾解決機制的要點，同時也是眾多權限以供選擇的基礎。

畢竟，每一個產生規定的機制能在其淵源的層階上自我製造它的規定—正常地把自己定位在卓越的位置，在多元論的背景下，即使這些關於淵源的層階規定是與其他規定一樣，受不同淵源的一致規定所限；並會因應不同的案件而被駁回(*overruled*)，或被廢棄(*desuete*)，或被廢止(*abrogated*)；或被漠視(*ignored*)。

⁶⁹ 以意大利文印刷：*Problemi generali del diritto attraverso il diritto romano*, Torino, 1948年；文章中的參照是轉引自1967年的第2版，第二章，第27-85頁。

⁷⁰ 原文是“*La pluralità di ordinamenti giuridici*”。

⁷¹ 有關Pluralismo的文獻是十分大量的，參閱GUADAGNI的概述，entry *Legal Pluralism*，載於*The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*。

⁷² 載於*Prospettive romanistiche*，米蘭，1933年，第26頁。

⁷³ CARAVALE, *Ordinamenti giuridici dell'Europa medievale*, Bologna, 1994年，尤其是第25-65頁；STEIN, *Roman Law in European History*，牛津，1999年，第24-29頁。當中提出的重要的素可參閱P. LAMMA的essai *Oriente e occidente nell'opera storica di Agazia*，在卷*Oriente e occidente nell'alto medioevo*, Padova, 1968年，第96-112頁。

⁷⁴ 例如，即使在西部和東部帝國已成歷史的一段很長時間，在八至九世紀意大利的南部他們仍真實的共存著。參見*I due imperi nelle fonti letterarie*，載於LAMMA，前引，第231-337頁。

無論誰具體地主管著對現實案件的決定，其會在已提供的不同規定中，選擇一個看來最能解答該案件的規定—因此執行著*ius*作為*ars boni et aequi*的意念—只要那決定實際上是被尊重或執行，除此之外，根據決定可能的有效性而作的一個衡量是任何需要選擇利用合法權力的人的基礎。這種動態在法律多元論的背景下是十分典型的；近幾十年的歷史研究發現羅馬法與中世紀法律背景的多元和複雜的本質，在這背景下，很可能找到與成文法相反的學說、案例法或習慣實行的證據—儘管成文規則的存在指出後者比前者優越。

在很多生活實例中，假定羅馬法學家依靠能提供解答的規定來解答解釋的疑慮是合理的，他們運用看來是最公平和恰當的，儘量試圖想像哪一個是更合適當事人的解答，同時當事情敏感或影響深遠時也考慮到帝國的政策。很可能地，當要在帝國法律和本土習慣之間作出選擇時應考慮到這事情可能上達至皇帝的可能性，而不是僅限於細小的區域法庭。優士丁尼匯編的精神和文字，與及整個政治—法律的背景，給予我們在作這方面的剖析時適當的彈性。

第二部分：阿根廷法律

Código Civil(民法典)體系的簡短前言

Velez Sarsfield起草的民法典於1871年在阿根廷實行⁷⁵，若與其他同樣為羅馬—德國法系的現代法典編纂比較，具有值得注意的結構特色；它是由條款內的規定所組成，像往常一樣，Vélez對每一條款均作了註解。這些註解(notas)是起草者的學說議論，包含對優士丁尼法律和其後的西方世界幾個法律傳統的法律學說的參照，當中也包括了對普通法司法權的參照⁷⁶。正如公佈的法律中清楚地表述，法典(Codigo)以一個整體來實行，包括了條款和註解⁷⁷。

⁷⁵ 同樣的民法典在1876至1979年也在巴拉圭實行。

⁷⁶ Vélez在法典的草稿文字裡加上“給予最容易的和已討論說明的法案”，根據豁免的註釋附加在法典的第一冊內。

⁷⁷ 法律340 del 1869 (*Ley de sanción del Código civil*)，這是遠遠超過編纂者的意思，其只是想到提供一些註釋給議會對法典的草稿作討論(參見前面的註腳)。

法典是立法工作由“具體的規定”和學說兩者所組成的一個例子⁷⁸，而當中它們兩者擁有相同的法律效力⁷⁹——雖然事實上一些註解與分別的條款的相關正面規定存在具大的差異⁸⁰。阿根廷的法學家不顧及它們正式上的相同價值，一般地會假定法典中的條款設定了規定，而註解則是起草者單以歷史、學說的角度而制訂的⁸¹；根據這看法他們解決了法典中條款與分別的註解所存在的任何矛盾⁸²。

第一章：Constumbre 的概述

1. *Costumbre*(習慣法)的本質

根據阿根廷的法律體系，*costumbre* 是由大眾市民不斷重覆的指定行為所組成的法律規定，因此認為這行為是具法律約束力的⁸³。簡單地說，這相對應在羅馬—德國法傳統中具一個普遍認同的概念，其中習慣法元素一般地認為與 *usus diuturnus* 和 *opinio iuris seu necessitatis* 一致⁸⁴。

2. 關於 *ley*(法規法律)的法律效力

法典的第 17 條原文中，只是承認成文法所指的用法，不單單排除了 *contra legem* 習慣法，並且也排除了 *praeter legem*；使過去由 Castiglia 的 Filippo 皇帝的 *Nueva Recopilación* 中實行的規定重現，3 號

⁷⁸ *Notas* 在阿根廷普遍認為是“阿根廷民法的第一條專著”(DIAZ BIALET)。

⁷⁹ 在學術的法律和案例法中，普遍否定了註解的“正面”本質，參閱例如 BORDA, *Derecho civil-parte general*，布宜諾斯艾利斯，1989 年，第 85 頁。

⁸⁰ “經典”的例子包括第 2311 和 2312 條條款與前者註解的差異，還有例如第 1148 條條款與其註解的前後矛盾。

⁸¹ 參閱前述的 BORDA 專著，第 85 頁。

⁸² 這樣的解釋方法，如前所看，暗示在 GALLO 和 SCHERILLO 所重構的優士丁尼的法律體系內，解釋了(比真實更明顯?)C.8，52，2 和 D.I，3，32 兩部分之間的矛盾。

⁸³ 參閱 ALLENDE, *Las costumbres*, La Plata, 1976 年，第 2 頁；BORDA，前引，第 47 頁。

⁸⁴ 參閱有關意大利的學說，FRANCESCHELLI, entry “Consuetudine (diritto moderno)” 載於 *Nov. Gig. It.* 和在其中提及的學說。

和 11 號法律，第 3 冊第 2 標題“這廢止了羅馬法，和第 4 和 6 號，第 2 標題，*partida la*”【of the *Ley de las Siete Partidas*】，正如 Vélez 對第 17 條條款所作註解⁸⁵。

1968 年的改革法律編號 17,771，改變了**法典**而在多個方面與羅馬法傳統靠攏⁸⁶，但同時透過修改第 17 條條款，也承認 *praeter legem* 習慣法的合法性。

確實，一個很值得注意的事實是縱使在 1968 年前，*costumbres praeter legem* 已被法學家、律師和法庭認可具法律效力；例如，有關一個人對其名字的個人權利⁸⁷，或與非常特殊的財產有關，如墳墓^{88/89}，或在法律上構成非財產的十分特別物體，如死屍⁹⁰。

例如，在這國家和司法權下，已眾所周知、被人認可的是“一些羅馬法的制度，如沒有被**法典**包括在內的懸空繼承權和基金，在司法的生活中仍然運行著⁹¹。”

除了那些案例是習慣法存在 *praeter legem* 的事實外，那非常相似的規定也同樣被承認為合法的，但這顯然與第 17 條條款相違反，其只承認 *secundum legem* 的習慣法，每當只有 *secundum legem* 的習慣法

⁸⁵ 由這論點我們能推斷阿根廷的編纂者如何認為古老的 *Siete Partidas* 西班牙體系，與及 “*las leyes romanas*” 普遍地給予 *consuetudo* 與成文法相同的法律效力。

⁸⁶ 對於 17.711 號法律如何把阿根廷體系與羅馬法靠攏，參閱 ARGUELLO, *Continúa la transfusión del derecho romano en la Argentina?* 刊登於 IV Encuentro Nacional de Profesores de Derecho Romano 的論文集，於 1985 年 6 月舉辦於阿根廷 Santa Fe；作者同時強調了某方面 Vélez 被德國的教條主義所影響的事實，因此在一些情況下與羅馬法傳統有所不同；另外，作者也強調了 1968 年的改革如何減少了過往產生的分歧。

⁸⁷ 參閱 BORDA，前引，第 48 頁。在 1943 年第一條有關該事情的法例生效前，習慣法、學說和案例法均影響著它。

⁸⁸ 這類型的財產最明顯被認為是需要在該國的法律層面上擁有一套特別的法律制度，儘管在**法典**內缺乏特定的規則；阿根廷的法庭行使 *las costumbres del país*，建立了內容充實的基於案例而形成對該事情的特別規則。

⁸⁹ 更多例子參閱 FERNANDEZ-GOMEZ LEO，*Tratado teórico-práctico de derecho comercial*，布宜諾斯艾利斯，1984 年，第 7 頁，註腳 16。

⁹⁰ 這方面的很多案例出版在二十世紀 30 和 40 年代的 *La Ley* 雜誌，所有的內容，包括有關案例的深入剖析，可參閱本人即將出版的博士論文修改版，*Derecho Común Latinoamericano? Una prima verifica*, Trento, 1999 年。

⁹¹ ELGUERA, *Influencia del derecho romano en el Código civil argentino*，載於 *Studi Arangio-Ruiz*，那不勒斯，1953 年，第 417 頁。

能被承認為合法的時候，即使是 *praeter legem* 的習慣在技術上說也是非法的，或 *contra legem*。

那些案例當然可能被認為是邊緣的例子，或是只擁有微小的重要性。但是，從不同的角度看，這些關於人名或墳墓的事情可看作是與人格的最高層次相關，甚至是神聖的事情；而習慣法則運用“武力”介入並給予被成文法忽略，但卻是非常重要的一面適當的保護——今時今日我們會稱呼這些事情與人權相關或是不可褻瀆的人格權利。

正如我們所看到，在學者當中認為法律與法規是不同的概念的情形是普遍存在的，前者是自然地先於後者存在；這概念有時或許能為與成文法相矛盾的習慣法和權利辯解。

還有一樣值得注意的事實是在某些情況下，這權限內的法庭認可與具約束力的法規相矛盾的習慣具有有效性和合法性，並忽略前者的運用：認定了在拍賣中以手勢或標誌投標是合法的，縱使 *Código de Comercio* 明確的禁止拍賣官接受沒有表達“清楚和清晰的聲音”的投標；另外一些決定包括確認道路交通規則的廢止。

第二章：認定 *costumbre* 和 *ley* 具有相同法律效力的論文

1. *Costumbre* 獨立於 *ley*

一位阿根廷的作者(BORDA)寫道：“……法律的生命是十分精力充沛的，多於一次法庭被迫廢止成文法而承認習慣，並認定後者比前者優越……縱使上帝死亡，事情都是這樣的發生在法律身上；因為運用而使它們最終被磨損和淹沒了，這情況也恰恰發生在制度和字詞上”⁹²。

但我們必須注意到作者認為法律(*derecho*)一方面和法令(*ley*)另一方面和習慣(*costumbre*)所存在的差異：就好像法律(*derecho*)是超越的、較高地位的實體，而不單單是由兩者淵源製造的規則的混合，或許這看法得不到所有阿根廷學者的認同⁹³，但這仍然表明存在著“不尋常”的法律學說，其根據與十九和二十世紀歐洲大陸流行的法律哲學不同。

⁹² *La reforma del Código Civil*，載於 *El Derecho*(28)。

⁹³ 參閱例如，ALLENDE，他針對性地批評這陳述。載於 *Las costumbres*，前引，第11頁。