

教育部哲学社会科学研究后期资助项目

地方论研究

从西塞罗到当代

徐国栋 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

教育部哲学社会科学研究后期资助项目

地方论研究

——从西塞罗到当代

徐国栋 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

地方论研究:从西塞罗到当代/徐国栋著. —北京:北京大学出版社, 2016. 10
ISBN 978 - 7 - 301 - 27533 - 7

I. ①地… II. ①徐… III. ①西塞罗(Cicero Marcus Tullius 前106 - 前43年)—哲学思想—研究 IV. ①B502.42

中国版本图书馆CIP数据核字(2016)第219469号

- 书 名 地方论研究——从西塞罗到当代
Difanglun Yanjiu——Cong Xisailuo Dao Dangdai
- 著作责任者 徐国栋 著
- 责任编辑 柯 恒 陈晓洁
- 标准书号 ISBN 978 - 7 - 301 - 27533 - 7
- 出版发行 北京大学出版社
- 地 址 北京市海淀区成府路205号 100871
- 网 址 <http://www.pup.cn> <http://www.yandayuanzhao.com>
- 电子信箱 yandayuanzhao@163.com
- 新浪微博 @北京大学出版社 @北大出版社燕大元照法律图书
- 电 话 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788
- 印 刷 者 三河市北燕印装有限公司
- 经 销 者 新华书店
- 650毫米×980毫米 16开本 26.5印张 418千字
- 2016年10月第1版 2016年10月第1次印刷
- 定 价 68.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子信箱:fd@pup.pku.edu.cn

图书如有印装质量问题,请与出版部联系,电话:010-62756370

自序

2002年,我写作了《共和晚期希腊哲学对罗马法之技术和内容的影响》一文,把西塞罗的《地方论》确定为希腊的辩证法和逻辑学进入罗马法的途径,比较了西塞罗的《地方论》与亚里士多德的同名著作的异同,得出了西塞罗的著作具有足够的原创性的结论。为了写作此文,我部分地从拉丁文翻译了西塞罗的《地方论》。2004年春,我在厦门大学法学院开设罗马法史课,把地方论当做其中的一个讲题,为此,完全翻译了西塞罗的《地方论》并从对它的内容分析出发写成了我的讲稿。但由于我的拉丁语水平有限,希望意大利同事能校对我的译稿,于是,利用2005年1月来意大利解决优士丁尼《法学阶梯》中的疑难以便出版该书的第二版的机会,我到比萨大学与该校的阿尔多·贝特鲁奇(Aldo Petrucci)教授和意大利汉学家纪慰民(Giuseppe Terracina)博士在为《法学阶梯》工作之余,为《地方论》的校对开了一个头(完成了1/3),剩下的工作我们约定在同年10月于北京召开的第三届中国罗马法大会上去做。由于纪慰民博士要承担繁重的会务工作以及其他偶然因素,我们在北京会议上没有继续《地方论》的校对,这一工作被推延到2006年的秋天。尽管如此,在北京会议上,贝特鲁奇教授向我提交了为《地方论》写的序言。2006年9月13日,我来到罗马,在罗马二大与阿尔多·贝特鲁奇教授和纪慰民博士合作进行这一工作,由于难度很大[斯奇巴尼教授和比萨大学的桑达路奇亚(Bernardo Santalucia)教授异口同声地说它难;近2000年前的特雷巴求斯是何等聪明的人物!也为理解本书包含的学问不胜烦恼;近2000年后,古今意识形态、知识体系发生了巨大的变化,我们更有可能面临理解古人文本、学术思考方式和表达方式的巨大困难],涉及法学以外的哲学、逻辑学、修辞学知识以及不少的希腊文,我们的工作进展很慢,但很扎实,到我于2006年9月24日离开意大利时,它终于基本结束。回国后,我又

花了近一个月的时间来完善译稿,学习其他领域的知识,尤其是修辞学的知识来加强自己对每一节的理解,然后把它放下来冷却。2007年春天,我又进行新一轮罗马法史课程讲授,利用这个机会,我又遍览友人帮我收集的关于地方论的意大利语文献,并参考昆体良的《演说术阶梯》对译文和讲稿进行大幅度的重整,力图跨越时空达到对文本的理解,经过这一番努力,我写出了自己对《地方论》的初步研究作为本书的第一章和第二章,从修辞学和法学两个角度对我们翻译的《地方论》做了一个诠释。2008年,《南京大学法律评论》约稿,我手中无稿可投,只得以《地方论》的译稿应约。想不到编辑部很重视,把它发表为是年春秋合卷的第一篇。从此,我的学生引用西塞罗的这部著作就引之有名了,以前他们都是以引用我的未刊讲稿的方式引用此书的。2010年,我以这些工作成果为基础申请教育部哲学社会科学研究后期资助项目并幸运地获得了立项(项目号10JHQ014)。有了经费的支持,2010年12月,利用在罗马二大执行博士生导师短期进修计划项目的机会,我购进了一批研究地方论的西文著作,研读它们,加深了我对地方论的了解,增写了本书第三、第四、第五、第六、第九章,终于在交付出版社之前达到了基本自我确信的程度——也就是面对读者的提问基本能讲出每节的含义的程度。一本不到两万字的小册子,我断断续续为它工作了14年,耗费我本人以及贝特鲁奇和纪慰民的大量精力,同时因为数次做海外研究耗费大量金钱,此时我不得不发出对它的“海绵”性格的感叹。

本书未经校对的译稿已发给听我课的学生用作教学参考,得到了他们的青睐。一些社会上的人也索要本书的译稿,其中一些人在自己的作品中作为关键性的论据引用。在罗马法史课程的考试中,我让学生任意在我出的数题中选定一题作为考题,想不到有不少学生选《地方论》为题。他们中的一些已就地方论写出习作,但愿他们依据的未经校对的译文不会影响他们的文章的精确性。

2006年秋,我来罗马校对此书,贝特鲁奇教授和纪慰民博士都事务缠身,但他们都抽出时间来与我共同工作,一丝不苟,出色运用自己的专业技能,让我非常感动。本书收录的西塞罗的《地方论》译文是我们的共同工作成果。对本书做出了贡献的还有曾健龙、齐云、薛军等人,前者帮我收集了意大利罗马法学家朱里亚诺·克里佛从法学角度研究西塞罗的《地方论》的专论;第二位帮我把《地方论》拉丁文本中用来替代希腊文词

汇的拉丁词还原为希腊文形式;后者把贝特鲁奇教授为我在比萨复印的贝内兑托·理波萨迪的300多页的《西塞罗的〈地方论〉研究》从意大利带回来,等等。由于这些人的帮助,我占有了按意大利标准也是最多的关于地方论研究的文献——例如,理波萨迪的上述著作出版于1947年,通过电脑检索,在罗马的各个图书馆里均无此书,只有比萨大学的图书馆有,它竟然被远隔重洋的我得到了,没有友人的帮助,这怎么可能呢?——这种文献占有状况为我尽量做到在理解的基础上进行翻译,并在同样的基础上写评注提供了可能。对于这些友人的贡献,我感谢他们,希望我们的这本书里包含的新鲜知识可作为对他们的最好回报。

教育部哲学社会科学研究后期资助项目对我完成此书提供了经费和精神支持,也是我要重重感谢的地方。“经费支持”好理解,“精神支持”需要解释。我说的是它让没有项目的我有了项目,从而在各种考评中避免了不少尴尬。

2013年夏天,我完成了教育部的这个后期资助项目并送交专家鉴定,获得通过,但我感到由于项目结题期限的压迫,没有完成想写的“罗马法学家对地方论的运用”一章是个遗憾,于是,利用2014年的暑假完成了此章,并意外发现德国学者菲韦格的所谓地方论学说(以“论题学”的名义行世)的另外的重大谬误,并把此等发现补充到过去写就的有关章节中,收获之丰,完成速度之快,令我自己感到意外。此时,我感到本书我想写的部分都写完了,却又得到于2014年10月到罗马二大访学一个月的机会,我把这段时间的一部分用来完善此书。本书曾援引的佩雷尔曼和奥尔布莱希茨-提特卡的《论论证——新修辞学》(Traité de l'argumentation - la nouvelle rhétorique),以前只是通过他人的研究文章援引,此番找来原书的意大利文译本直接研读了,由此把这部分内容从过去的一目发展为现在的一章,形成对佩雷尔曼和奥尔布莱希茨-提特卡的地方论研究与对菲韦格的地方论研究在分量上均衡对称的格局。确实,这两组人是当代最重要的地方论者,本书必须赋予它们同样的地位。另外补充了卡察夫和里德的论式理论的运用实例。

由于本书涉及的主题不限于法学,可以期待它出版后会有更广泛的读者。

我尽了最大努力完善此书,并因此感到骄傲,因为我初入地方论领域的时候,进入的是一个黑暗多于光明的空间,经过14年的艰苦工作,我现

在所处的是一个光明多于黑暗的空间了,然而由于地方论涉及的专业跨度太大,并由于古今意识形态的巨大差距,本书肯定存在疏漏和错误,因此,我诚恳地期待海内外方家的批评指正。

徐国栋

2006年9月18日于罗马

2007年6月20日重写于厦门

2008年9月14日定稿于厦门

2010年12月19日再写于罗马

2012年12月31日定稿于厦门

2014年10月7日补充于罗马

2015年11月23日定稿于厦门

西塞罗的《地方论》导言

[意]阿尔多·贝特鲁奇 著,徐国栋 译

一

在我这个为西塞罗的《地方论》的第一个直接得自拉丁文的中译本写的序言中,我特别感兴趣的是观察《地方论》中我认为最引起罗马法学者乃至古代法史专家兴趣的方面:即尝试重建其中表现的私法的完整画面的方面。

这是一个肯定未被人用过的视角,因为《地方论》一直未被在可从它重建的完整的法律框架内考虑过,尽管人们经常援引它记载的单一法律规范。事实上,手抄书时代的作者们就把这一作品列为西塞罗的哲学著作,而一种持久的习惯有点认为它是对西塞罗的三部主要的修辞学作品——即《论演说家》《布鲁图》和《演说家》——的总结。因此显然,学者们的注意力历来主要集中在该书的哲学和修辞学内容上,只是把其中的法律资料当做背景或完全忽视这一方面。

现在我们按顺序研究该书的法律方面,首先从提供一些流传到我们手里的关于这一作品之内容的一般特征方面的资料开始。

二

《地方论》在公元前44年——即西塞罗死的大约前一年——写成,在该书的开头部分,西塞罗讲了推动他写成这一作品的原因。

早些时候,西塞罗在其位于罗马附近的托斯克鲁姆的别墅里接待了他的朋友和大法学家C.特雷巴求斯·德斯塔,他在查阅图书馆藏书的过程

中取了亚里士多德的《地方论》在手,其好奇心为该书的标题所激发,于是请西塞罗为他解释其内容(1,1)。后者简短地回答,该书说的是亚里士多德关于寻找论据,“以便不犯错误地以合理方法达到对论据的占有的理论”,西塞罗还建议特雷巴求斯在一名修辞学专家的指导下直接读亚里士多德的这一著作(1,2)。特雷巴求斯尝试了这么做,但结果失败:选定的修辞学家表现出无力解释亚里士多德著作的内容,因而特雷巴求斯再次转向西塞罗寻求解释。于是,这位阿尔皮努姆^①人在激烈批评了不懂亚里士多德作品的修辞学家后(1,3),自己动手满足朋友的要求,写了这一著作,其书名与亚里士多德的书名同。写作是在去希腊的海船上完成的,因此没有亚里士多德的原著在手,只能根据对这部著作的记忆进行(1,4-5)。

从这一前提似乎可自然地得出西塞罗的这一著作不会有自己的任何个性和原创性,不过是对亚里士多德作品的简单照抄的结论。但事实并非如此,因为西塞罗著作的出发点确实是亚里士多德的思想,但它反映了一些不同的东西,这些东西表现了罗马人的实用主义精神和把希腊的哲学范畴调整得为更具体的目的服务的能力。亚里士多德的“地方”是表达一个哲学论证的逻辑论据的据点,而西塞罗的“地方”是具有实用和具体目的的修辞手法,表现为一个可靠的谈话支点(显然也是法律论述的支点)。因此,尽管西塞罗的这一著作短小并基本上是教导性的,却在自波爱修斯以后的整个古典世界中赢得了巨大的成功。^②

三

现在我们可以对《地方论》做一个简短的综述,它分为26章,章以下全文分为100节。

第一章包括第1节至第5节,如前所述,它是作品的前言,说明了写它的缘由。第二章用来说明写作大纲(因此在这一作品中起中心的作用),它从阐述基本概念和接下来要论述的这些概念的一些基本方面出

① 阿尔皮努姆是西塞罗的家乡,在拉齐奥以南,现在称 Arpino。——译者注

② 关于这一方面,参见[意]G. G. 迪索尼:《马尔库斯·图流斯·西塞罗的〈地方论〉导言》,米兰,1973年,第192页。

发。其中的第6节说道:“每一认真的论述理论都包括两个部分:一是寻找,二是判断。在我看来,亚里士多德在这两个方面都是泰斗。实际上,斯多亚学者致力于后一部分,因为他们很勤勉地用称为辩证法的科学探索判断的方法,但完全忽略了被说成是地方论的寻找的艺术。”因此,西塞罗的想法是为了其法学家朋友的利益综合考虑这两者,于是从寻找开始,它要求对“地方”即“能引申出论据的地方”(第7节)进行深入分析。这种应认识的“地方”要么是讨论对象内在的;要么是外在于讨论对象的。前者来自于讨论对象的整体、其单个的部分、其符号和与讨论对象以任何方式相关的东西;后者是与讨论对象相隔遥远并完全分离的东西。

然后(第9—10节)作者进入分析内在于讨论对象的“地方”,它们要么来自此等对象的整体(定义),要么来自其单个的部分,要么来自其符号。第三章研究了可与与讨论对象相关的事情推出的论据,其中进一步把这方面的论据细分为同源词、属、种、类比、种差、对反、关联、前件、后件、相斥、原因、结果,最后是小与大的比较、持平比较和大与小的比较(1, 11)。所以,在接下来的第三章第12—17节中以及第四章的第18—23节中,对这里列举到的每种论据都做了初步分析。

外在于讨论对象的“地方”被概括在第四章的第24节中,西塞罗把它们笼统地概括为“从权威提取的”。

之后是一个小小的间隔,西塞罗把这一篇幅用来说明为何到此为止的论述都不能满足像特雷巴求斯这样的渴求知识的人,然后转入深化论述以及对在前文研究过的各种各样的“地方”的特别“鳞爪”的仔细研究。这一工作从定义并从定义的两个属开始:一个关系到存在之物,另一个关系到理解之物(5, 26)。接下来的第五章第27节和第28节分别解释了定义的两个属,并引入了来自分部和来自分种的其他定义。

第六章和第七章(从第29节到第32节)全部用来探讨定义的主题,分析了提出定义的方式、产生于分部的定义和产生于分种的定义的区别,并在这后一种定义的内部,阐述了属、形式或种。在第八章(第33至37节)中,回过头来研究分部并研究了词源,这发生在“从词的本义出发得出论证之时,希腊人把这种论证叫做词源学的”。

接下来的诸章(第九至十八章,第38—71节)是对从与讨论对象相关的东西得出的诸论据作出的深入探讨,实际上,第三章中已对它们做了简短探讨。而第十九至二十章的相应部分(第72—78节)用来详细论述从

讨论客体的外部得出的论据,第四章第24节对同一主题已简短地点了一下。

从第二十一章第79节开始进入了这一作品的最后部分,首先告诉读者的是在每种论断中人们都会遇到前述“地方”中的至少一个,绝不会发生一次全遇到它们的情况。从这一确证出发,导入了关于问题的论述,问题又分为两种:不确指的和确指的。第80节用来解释什么是确指的问题,希腊人称之为假设,罗马人称之为实践问题,它由人、地点、时间、行动和事务确定。该节还探讨了不确指的问题,希腊人称之为前提,罗马人称之为理论问题,它在假设指出的一个或多个要素中,但不在其中最重要的要素中展示自己,而假设是前提的一部分(理论问题要么由它们中的某个确定,要么由它们中的多个,但不由最重要的确定)。

第81节援引前提进一步区分了问题的类型:认识问题和行动问题。接下来,第82节论述了认识问题,它可分为关于存在的、关于本性的和关于品质的三类。第一类以推测解释;第二类以定义解释;第三类以正义与不义的区分解释。对什么是推测、什么是本性、什么是正义与不义的区的分析占据了第82节的最后部分以及第二十二章的第83—85节,而该章的第86节引出了行动问题。同一主题在第二十三章第87—90节被捡起来。

在第二十四、二十五和二十六章中,论述了在假设或实践问题中包含的问题的类型,分为司法性的、审议性的和赞扬性的,它们分别被分为控告性的与辩护性的,对这两种都做了广泛的论述。

这一作品的最后一节(第100节)以西塞罗的断言告终:不仅完成了序言中承诺的,而且超越了这一范围,把自己的工作扩展到不限于简单地解释亚里士多德的《地方论》的内容。

四

西塞罗为之写作《地方论》的法学家特雷巴求斯何许人也?^① 首先,

^① 关于特雷巴求斯的一般情况,参见[意]M. 布雷托内:《罗马法学家的技术与意识形态》,拿破里,1984年,第79页及以次。也参见[意]T. 贾罗:《盖尤斯·特雷巴求斯·德斯塔》,载《Der Neue Pauly 古事百科全书》(第12卷第1册),斯图加特·魏玛,2002年,第773页。

另一位生活在两个世纪后的法学家塞斯图斯·彭波尼在其保存在《学说汇纂》中的法学教材 Enchyridion^① 中对我们谈起过他,这本教材罗列了先前时代的最杰出的法学家的名字,特雷巴求斯位于其中。在列举了第一组在公元前1世纪中叶活动的法学家(其中有阿尔芬努斯·瓦鲁斯、奥鲁斯·奥菲鲁斯、奥菲丢斯·纳穆萨)后(D.1,2,2,44),彭波尼接着说:“在这一时代还有特雷巴求斯,他是科尔内流斯·马克西姆斯的学生”(D.1,2,2,45)。据此我们可以确认特雷巴求斯是西塞罗的同时代人,并知道其“老师”是昆图斯·科尔内流斯·马克西姆斯,这是一个我们对之一无所知的法学家。在《学说汇纂》的上述片段中,彭波尼还告诉我们,特雷巴求斯被认为在法学上比其同代人奥鲁斯·卡谢流斯更专业,但其口才不及卡谢流斯。两人都写有法学著作,但卡谢流斯的作品只有一本《妙语集》(Bene dictorum)流传到彭波尼的时代,而特雷巴求斯的作品在那时还存有许多,尽管并非特别流行。在彭波尼的教材接下来的第47节中,作者最后告诉我们,奥古斯都时代(公元前31年—公元14年)的最伟大的法学家儿子安提斯蒂丘斯·拉贝奥^②曾听过当代所有著名法学家的课,而他的法学教育恰恰是在特雷巴求斯的指导下完成的。可以说,拉贝奥起到了法学的深入革新者和普罗库鲁斯学派(活跃于公元1世纪)的最早掌门人的作用,这一消息不仅向我们展示了特雷巴求斯的巨大法学天赋,而且也表现了他吸引年轻人研究法学并以其知识培养他们的不同凡响的能力。

在西塞罗的书信中,尤其在其《致家人^③书简》第七卷第6—22封信中,有关于特雷巴求斯其人的其他记载。这些信告诉我们,特雷巴求斯比西塞罗大约年轻20岁(出生在公元前80年左右),从青年时代起就是西塞罗的朋友,另外也因为他向恺撒推荐了特雷巴求斯(《致家人书简》7,5),这就解释了为何西塞罗在提到特雷巴求斯时尽管总是用老师的口气,但他对特雷巴求斯很尊敬(这点可例见《地方论》1,5和12,51)。从《地

① 古希腊文,意思是“教本”——译者注。

② 罗马法学史上有两个叫拉贝奥的法学家,一个是父亲,一个是儿子。为了区分他们,在他们的名字前冠上他们在亲子关系中的身份。——译者注

③ 这里的“家人”,不仅包括家庭成员,而且包括最亲密的朋友圈子中的人。

方论》(1,5:“当我来到维利亚^①的时候,看到你的东西和你的家人……”),从《致家人书简》7,5,我们知道了特雷巴求斯是大希腊的维利亚人(在现在的萨雷尔诺城稍微靠南一点),他的性格是“和蔼可亲的”。他与西塞罗的友谊的进一步的证据以及同时代的其他法学家对他保持尊敬的证据可从特雷巴求斯于公元前49年在库马(Cuma)安排了一场西塞罗与塞尔维尤斯·苏尔毕丘斯·路福斯(公元前1世纪最著名的法学家)的一次会见的事实中看到,时值恺撒与庞培间的内战之初(《致家人书简》4,1),路福斯后来成为西塞罗的终身朋友。

此外,特雷巴求斯一直留在“骑士”阶级,他从未表现过有兴趣追求进入贵族阶级成为其中的一员,并担任公职。实际上,与许多前辈或同辈法学家相反,他避免从政,甘愿技术法学家的角色,而不愿充当政治法学家。这样,他不仅能毫发无损地度过了内战的严峻时期(从公元前49年到公元前31年),在内战结束时得到了奥古斯都的新的帝制政权的肯定,而且还拥有奥古斯都赋予的巨大的名望,而在奥古斯都之前,恺撒已赋予他这样的名望。

第一个皇帝赋予特雷巴求斯的尊敬、权威地位、亲密关系以及赋予他的法学专家的权限,反映在优士丁尼《法学阶梯》关于小遗嘱^②起源的2,25pr.中。这一片段告诉我们,在奥古斯都之前,小遗嘱不受承认,但后来路求斯·伦图鲁斯^③第一个为其遗嘱加上了这样的补充:他把奥古斯都本人指定为遗产信托的受托人请求他做某事。伦图鲁斯死后,奥古斯都履行了此等遗产信托,但他这样做之前召集法学家们征求意见,这其中就有特雷巴求斯,他当时处在最高法学权威的地位。他问这些法学家如果履行小遗嘱是否与法律学说不和谐?特雷巴求斯的肯定回答让皇帝认识到了承认这一制度的好处,尤其是对那些身处国外,由于遵守要求的程式不能书写或改订自己的遗嘱的市民的好处。从那时起,小遗嘱在罗马继承法中扎下根来,拉贝奥本人就订立了小遗嘱,他恰恰是特雷巴求斯的学生。

① 在第奥尼亚海边,古希腊的一个殖民地。——译者注

② 小遗嘱是在订立正式遗嘱后为了部分修改此等遗嘱而订立的死因文书,订立形式比正式遗嘱简单。

③ 罗马共和派政治家,奥古斯都的政敌。在内战中死于阿非利加。——译者注

奥古斯都在采用这一新制度前,不仅垂询于政治家,并且不考虑政见一致的因素^①,而且还召集以特雷巴求斯为首的一些专家,让他们以法理(Ratio iuris)为依据做出一个一致的回答。特雷巴求斯的话说服了皇帝接受新制度的好处,这展示了这个法学家是怎样被赋予一种在法理和皇帝的立法干预之间创造一种全新关系的角色的!法律科学的任务被认为是一次又一次地发现这样的“理”并把它们与新型的帝权之运作协调起来。

最后,我们在雅沃伦的一个片段中找到了又一处对特雷巴求斯的活动及其作为其时代的首席法学家享有的权威的提及,这一片段是从雅沃伦在拉贝奥死后收集其解答的作品(《拉贝奥的遗作摘录》)中抽取的,处在D.26,1,64中。在处理一个夫妻间的赠与——众所周知,这种赠与在公元前2世纪期间为一个习俗法规范禁止——的案件时,拉贝奥追忆了其业师即特雷巴求斯就涉及当时很著名的两个人物——奥古斯都的好友梅切纳特(Mecenat^②)和特伦提娅(Terentia^③)——的这方面问题做出的一个解答。

引起讨论的案件情况如下:夫妻已离婚,但在离婚后,男方赠送了一些物给女方以求复婚。女方接受了彩礼并复婚,但后来第二次离婚。问题在于这些赠与应被认定为有效呢,还是因为违反了夫妻间不得为赠与的禁令完全无效?拉贝奥在做解答时援引了特雷巴求斯的话,后者对一个类似于发生在梅切纳特和特伦提娅之间的案件提出了如下的解决:如果第一次是真离婚,丈夫做出赠与是为了和解并成功复婚,则赠与有效,因为它在当事人尚未结婚时就缔结了。如果第一次是假离婚,为和解所为之赠与无效,因为它发生在仍是配偶的两个人之间。

C. 特雷巴求斯可能死于公元4年,享年约80岁,这在当时属于非常高寿,因为当时人们的平均寿命只有约35岁。

① 这里说的是奥古斯都不考虑他与伦图鲁斯在政治上的敌对关系执行了其遗愿。——译者注

② 盖尤斯·梅切纳特(?—公元前8年),罗马骑士,文学艺术的保护人,与维吉尔等罗马诗人交好,有“奥古斯都的宣传部长”之称。——译者注

③ 这个特伦提娅是西塞罗的前妻,她在与西塞罗离婚后嫁给了梅切纳特。——译者注

五

让我们在本节尝试重建西塞罗在《地方论》中提到的罗马私法的完整画面。第一个初步的观察是：几乎全部提到过的规则都处在该作品的前 50 节，确实，西塞罗在第 51 节中告知特雷巴求斯：从本节开始要论述自己正在阐述的学科的方方面面而不管特雷巴求斯的兴趣如何，以免给人自己专门驻足论述与特雷巴求斯专业兴趣——换言之，其性质更严格地专属于法律的兴趣——的领域有关的“地方”的印象。

在我们阐述这些规则的内容时，采用盖尤斯《法学阶梯》遵循、优士丁尼皇帝后来在自己的《法学阶梯》中重复的体系模式似乎更适当。我们采用盖尤斯的论述顺序特别合适，因为按通说^①，它恰恰可追溯到帝政初期（公元 1 世纪上半叶），这一时期靠近西塞罗写作《地方论》的时期，而且更靠近特雷巴求斯生活的时期。

就法的渊源而言，我们找到了两个市民法的定义。第一个出现在第二章第 9 节，它把市民法定义为“为属于同一城邦的人确立的公平，以保护他们的财产”，对这种公平的认识是有用的，因此，市民法学是有用的。第二个出现在第五章第 28 节，该节把市民法说成“是由法律、元老院决议、法官的判决、法学家的权威、长官的告示、习俗和衡平构成的法”。正如人们所见，这两个定义涉及市民法的不同层面。前者强调内在于市民法的市民间的平等方面以及它保护私人利益的目的；后者相反，它聚焦于市民法得以产生的渊源。这里的说明明显不同于盖尤斯在其《法学阶梯》1, 2 - 7 中就同一主题做出的说明，众所周知，盖尤斯在这些片段中排他地列举了作为荣誉法之渊源的长官的告示、法官的判决、习俗、衡平作为市民法的渊源，另外加上了皇帝的敕令作为渊源以符合新的政治形式。如果假设西塞罗在这里提到的是一个比市民法更广的概念，就很好解释这样的论述，西塞罗用他的第一个定义打算指称的是产生于某个城邦并适用于其全体市民的法。当然，要特别指出的是，市民法中包括了被理解为普遍和抽象的法变成“活法”之环节、目的在于解决法官手中的具体争

^① 就这方面的学说，参见〔意〕V. 阿兰乔-路易斯、安东尼奥·瓜利诺：《盖尤斯〈法学阶梯〉导论》，载《罗马法简本》，米兰，1983 年，第 5 页。

议的判决。

现在我们转向人法(外加家庭法),西塞罗援引了关于解放奴隶的规定(2,10),婚姻、通婚权和抚养子女义务的规定(4,20),结婚、夫权协议和嫁资的规定(4,23),离婚和抚养子女义务的规定(4,19),关于族亲的定义的规定(6,29),关于复境权的规定(8,36-37),关于监护人的授权的规定(11,46)。正如大家看到的,这些论述涉及自由人的身份问题、家族的身份问题,它们不仅涉及自有法家庭或小家庭(建立在一男一女的结合基础上的家庭),而且也涉及氏族集团和脱离敌人囚禁者返回后的权利能力问题(复境权)。

如果我们考虑这些规定的内容,可看到西塞罗提到的解放是那种称为“正当并合法”的解放,盖尤斯《法学阶梯》1,138也谈到过它们,得到这种解放的奴隶成为自由人和市民。它们是执仗解放、遗嘱解放和国势调查登记解放。^①西塞罗说,如果某个奴隶既未通过国势调查登记,也未通过触摸权杖,也未通过遗嘱处分解放,他不是自由人。

在对族亲的定义问题上,大家记得,当两个或更多的人可被界定为族亲时,首先要确定他们的族名是否相同,然后再考察他们是否为生来自由人,并且其祖先不是奴隶,未承受过人格减等:“族亲是有共同的族名的人”,“其先祖没有人当过奴隶”,“此等祖先未承受过人格减等”。

关于复境权,西塞罗罗列了法学家塞尔维尤斯·苏尔毕丘斯·路福斯和昆图斯·穆丘斯·谢沃拉^②做出的有关词源学解释,然后出于说清楚这一问题的目的,列出了从战俘状态中返回的实质要件,而如果罗马人是从敌人退还的,则不能拥有复境权(……他是以复境权的名义回来的,但他不被认为完成了交出……)。

① 即以在国势调查登记时把实际上是奴隶的人登记为自由人的方式实施解放。——译者注

② 生于约公元前140年,是大祭司普布流斯·穆丘斯·谢沃拉的儿子,西塞罗的法学老师。于公元前106年任保民官;公元前109年任财务官;公元前98年任裁判官(惜乎不知他担任的是内事还是外事裁判官);公元前95年任执政官,在职期间,与其同僚李其钮斯·格拉苏斯提议颁布了《关于驱逐假市民的李其钮斯和穆丘斯法》(Lex Licinia Mucia de civibus redigundis),该法废除了拉丁人的迁居权,并设立了一个刑事法庭惩处假冒罗马市民的外邦人,引发了同盟者战争。公元前94年,穆丘斯·谢沃拉担任亚细亚行省总督,在那里采取了一些措施打击包税人的残暴行为,受到当地居民的欢迎。公元前89年,任大祭司,公元前82年在骚乱中被马略的支持者裁判官Lucius Damasippus杀害于维斯塔贞女供奉的神庙的入口。——译者注

关于婚姻制度和一些相关制度,西塞罗谈到了以下案型:(1)一方当事人无通婚权的婚姻是不合法的,因此,女方无义务扶养由此产生的子女;如果一位妇女与一位她无权与之通婚的男人结婚,然后离婚,由于所生的子女未处在家父权下,她无义务留给前夫部分嫁资扶养子女;(2)缔结附有夫权协议的婚姻后,女方的全部财产都以嫁资的名义成为丈夫的财产;(3)因丈夫的过错发生的离婚的后果是他不能从嫁资中提取财产扶养子女。

关于监护人的授权,西塞罗提到了这样的规定:债权人可以在监护人不在场的情况下对妇女为偿付,但如果债权人是男女被监护人,这一规则无效。因此显然,对妇女的监护当时还是一项有效的制度。

还是根据盖尤斯的叙述顺序,现在我们来看关于物、所有权、他物权和占有方面的规范。可以找出的是:关于区分存在之物与理解之物的规范(4,26-27);规定完成取得时效所需时间的规范(4,23);关于具有移转所有权效力的要式买卖的规范(10,45);关于调整地界之诉的规范(10,43);关于排放雨水之诉的规范(9,38-39和10,43);关于对海滩的公共所有权的规范(7,32);关于公共放牧地的规范(3,12);关于界墙及其功能的规范(4,22和24)以及关于通过遗赠设立用益权的规范(3,15和17,4,21)。

就它们的内容而言,关于存在物和理解物之分类的规定作为盖尤斯宣告的有体物与无体物之区分(盖尤斯《法学阶梯》2,12-14)的先驱具有重大意义,盖尤斯的这一区分对于建构其法学阶梯体系具有基础性的意义。1804年的《法国民法典》尽管在物的分类中把不动产与动产的划分作为根本(第516条及以下数条),在物的定义中(第528条),还是援用了无体物的概念,这表明法典编纂不能抛开无体物的概念。在《地方论》中,西塞罗首先谈到了“可见及可触的物”的范畴,并列举了土地、房子、墙壁、檐滴、奴隶等作为例子;其次谈到了“不能触摸或标识的物”的范畴,有如取得时效、监护、族亲、血亲。

关于取得时效,西塞罗报告了《十二表法》的这方面规定,该法为不动产规定了两年的时效期间,此等期间既适用于土地,也适用于房屋。而要式买卖的前提是具有移转所有权的效力,西塞罗还考虑了一个以要式出卖了某个不能作为此等交易之客体的物的案件,提出的问题是:要式移转物的受让人是否也可成为所有人,而要式移转物的给与人是否以某种