



罗马法民法大全翻译系列

CORPUS IURIS CIVILIS
DIGESTA

学说汇纂

第48卷

(罗马刑事法)

薛军译



[意] 纪尉民

[意] 阿尔多·贝特鲁奇

校

中国政法大学出版社

罗马法民法大全翻译系列

CORPUS IURIS CIVILIS

DIGESTA

学说汇纂

第48卷

(罗马刑事法)

[意] 桑德罗·斯奇巴尼 导言 薛 军 译

[意] 纪尉民

校

[意] 阿尔多·贝特鲁奇

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

学说汇纂.第48卷/薛军译.—北京:中国政法大学出版社,2005.9

ISBN 7-5620-2821-4

I.学... II.薛... III.罗马法:民法 IV.D904.1

中国版本图书馆CIP数据核字(2005)第115105号

.....

- 书 名 学说汇纂(第48卷)
出 版 人 李传敢
经 销 全国各地新华书店
出版发行 中国政法大学出版社
承 印 固安华明印刷厂
开 本 880×1230 1/32
印 张 12.875
字 数 250千字
版 本 2005年10月第1版 2005年10月第1次印刷
书 号 ISBN 7-5620-2821-4/D·2781
定 价 30.00元
社 址 北京市海淀区西土城路25号 邮政编码 100088
电 话 (010)62229563(发行部) 62229278(总编室) 62229803(邮购部)
电子信箱 z5620@263.net
网 址 <http://www.cuplpress.com>(网络实名:中国政法大学出版社)

- 声 明 1. 版权所有,侵权必究。
2. 如发现缺页、倒装问题,请与出版社联系调换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

volume stampato con il contributo del consiglio nazionale delle
ricerche italiano

本书的出版得到意大利国家科研委员会资助

导 言

优士丁尼在公元533年12月16日发布的关于《学说汇纂》的批准的Tanta敕令中，对《学说汇纂》的编排体例进行了简要的说明。根据他的说明，该作品分为7个部分，其中第7部分包括了从第45卷到第50卷的6卷书的内容。在这一部分中，先是两卷关于非常复杂的要式口约及其相关制度。紧随其后的就是两卷“可怕的书”，其中第47卷是关于私犯以及那些不是运用通常审判程序——也就是由奥古斯都所最终确立的普通审判程序——进行处罚的行为；第48卷则是关于公共犯罪。这是“包含了刑罚的全部严厉和残酷的两卷书”。根据这一敕令所述，与这些内容合在一起的还有“关于企图把自己隐藏起来或者企图拒不出庭的人的规定，关于对被判处者施加的刑罚或赦免，以及关于被判处者的财产的规定”。

这些内容与《学说汇纂》其他部分的密切联系，表现了《学说汇纂》本身的整体性和统一性的特征：事实上，被安排在《学说汇纂》中的这两卷书甚至在结构上亦不构成一个单独的部分。这样的联系也表现在优士丁尼的《法学阶梯》中。在这后一作品中，关于私犯和公共犯罪的内容规定在第4卷第1题到第5题以及第18题，它们完全被处理在一个统一的论述结构中。这一特征同样表现在优士丁尼的《法典》第9卷。总的来说，

法的体系本来就是一个统一的整体。^{〔1〕}

当然，这两本书本身以这样的方式被编纂也表明罗马法已经认识到这一领域的特殊性。事实上，我们可以发现，《民法大全》的各个组成部分在两个体系结构之间摇摆：在《法学阶梯》中，保留了由盖尤斯所创造的“私犯”这一范畴的统一性，并且与债的发生根据的体系建构联系在一起（Gai. 3, 88; J. 3, 13），并且也与受损害的一方所享有的主张损害赔偿的诉讼的特征相联系（Gai. 3, 182 - 225; J. 4, 1 - 5），在这一部分之外，还有一个独立的部分来论述应该承受公共性质的刑罚的公共犯罪（J. 4, 18）；但是在《学说汇纂》中，为了整理这一部分内容，没有采用私犯的范畴，而是以《阿奎利亚法》所规定的责任为中心发展出一个新的体系，其中心主要就是关于契约外的不法行为所导致的损害赔偿之债（D. 9），别的私犯——正如上文已经提到的——则放置于靠近公共犯罪的地方，形成两卷书这样的—一个整体（D. 47 - 48）。我们可以说，《学说汇纂》的这一体系在某种意义上塑造了我们当代的关于刑法以及与之有关的刑事程序的概念。由于这一点，我们可以说这样的体系结构表达了两个信息，信息之一与法的体系及其原则的统一性的概念相联系，信息之二则与“公共”这一概念的特殊性相联系（J. 1, 1, 4; D. 1, 1, 1, 2; 也参见下文）。

1. 由上文所说的第 47 卷和第 48 卷的内容在《学说汇纂》的结构中的位置出发，我们也可以得出这样的结论：第 48 卷包括了刑法或公共刑罚的主体内容，并且是整个先前时代发展的产

〔1〕 与这样的特征相对应，在编辑《民法大全片断选译》的时候，我背离传统罗马法《法学阶梯》的教科书的体系，加入了一册《私犯之债（II）与犯罪》的原始文献片断选辑（IV, 2, B），该册由徐国栋翻译，北京，1998 年版。

物。

从最初罗马建城的时代开始,就已经规定了一些类型的犯罪,比如说在夜间毁坏庄稼,纵火,移动界石并且侵犯界神,儿子殴打父母,恩主对门客背信,以及后来的侵犯保民官等。对这些罪行的处罚涉及到城邦的整体,犯罪者被从城邦中分离出来,作为被献祭给神灵的人被处死或者可以由任何人杀死。在这一时期,我们已经可以发现刑法中最重要的故意犯罪和非故意犯罪的划分:这里主要是指一项通常被认为系由努玛所制定的法律:“如果某人故意导致一个自由人的死亡也应该同样被处死”(Si qui hominem liberum dolo sciens morti duit, paricidas esto),^[2]与这一规定相对的是“如果某人由于疏忽杀死一个人,他必须为这样的杀人行为,在会议上献祭一只公绵羊”(Si quis imprudens occidisset hominem, pro capite occisi agnatis eius in contione offerret arietem).^[3]我们还可以找到关于合法的自我防卫以及对这样的防卫进行限制的规则。^[4]此外,在这一时期还发展出了对犯罪行为的强制权的功能。这一功能在后来的共和国时期由最高执法官行使其治权时行使,并且与上面提到的人民直接行使审判权形成一种辩证的关系。这种二元机制就表现为对执法官行使治权的限制,以及确立如下的原则:在没有人民的命令的情况

[2] 参见费斯拖(Festo),关于“Parricidii”的词条。对最后两个单词的解释争议非常大;有些人翻译为:“看作是一个杀害家父的人”;“看作是一个杀害贵族的人”。在这里不可能来讨论这一问题。

[3] 塞尔维(Servius)在评论维吉尔(Virgilio)的《田园诗》(4, 43)时的表述。对于“imprudens”的解释争议非常大;也有人翻译为“不是故意地”。这里不可能来讨论这一问题。另外还有为西塞罗所记载的一种表述方式(Topica 17, 64):不过,如果不是把投矛投出去,而是授予从手上滑落……。

[4] 《十二表法》第8表,第12表,第12、13条;也参见D. 9, 2, 4。

下，法律不允许针对一个市民进行死刑性质的审判（*de capite civis Romani iniussu populi non erat lege permissum consulibus ius dicere*）（D. 1, 2, 2, 23）。此外，我们也可以发现，一些不法行为的类型，比如说盗窃、对人身的侵辱或损害、毁坏或者损害物品的行为，不由执法官行使强制权来进行处理，而是仍然保留给家族团体与氏族团体进行自我防卫时对有关行为的处罚来进行镇压，虽然这样的镇压也在一定程度上受到城邦共同体的执法官的控制。对这些类型的不法行为的处罚主要通过当事人之间的以给付罚金为内容的协议来实行，有关的罚金的数额在有的时候由法律规定明确下来（《十二表法》第8表）。这一组不法行为即构成后来的私犯行为的核心，而那些由执法官的强制权进行处罚的不法行为的类型则构成公共犯罪。

在后来，各种民众会议所制定的法律开始频繁地介入到刑法领域，规定新的犯罪种类，并且规定从民众中抽签选出的人组成法官团体，由该团体来审判一个市民针对另外一个市民所提出的刑事指控：这就是所谓的“常设刑事法庭”所采用的诉讼程序。在这一程序中确立了抗辩制的程序原则，城邦的成员在刑事审判程序中的公共角色，指控方与辩护方地位平等，审判团体中立等原则，并且在这一时期也确立了一个基本的刑法原则：“法无明文规定不为罪，法无明文规定不处罚”（*nullum crimen, nulla poena sine lege*）。这一刑事诉讼程序最初所针对的罪行主要是那些事关罗马城邦机构良好运作的行为，以及罗马在整个地中海地区进行大规模扩张的时代（公元前3世纪到公元1世纪）与中央和地方行政机构的运作有关的行为。彭波尼在他对罗马法史的概括描述中为我们提供了有关这些新的犯罪行为及其处罚的发展过程的一个简要叙述（D. 1, 2, 2, 32）。以这样的方式来规定犯罪类型和对它们的镇压程序，在同样的法律原则的基础上，后

来也扩展到其他社会领域的行为。犯罪的类型开始增多。这一时期的社会中，家庭和氏族组织体的作用已经下降，其功能部分地被其他社会组织形态所取代，这些组织本来没有对有关行为的法律控制机制。

在公元 8 年，奥古斯都颁布了关于叛逆罪的法律，也就是关于执法官滥用权力，由此导致对授予其权力的罗马人民的尊严造成损害的行为（D. 48, 4），这一法律所规范的行为已经由先前的分别于公元前 103 年，公元前 90 年，公元前 81 年颁布的法律所调整。新法律对这一类型的行为进行了规范。

在公元前 18 年，奥古斯都颁布了关于处罚通奸罪的法律（D. 48, 5）。这一法律是在镇压腐化堕落的风俗的政治背景下制定的。在它之后则有公元 61 年制定的《贝特罗尼法》。

公元前 17 年，奥古斯都颁布了关于公共暴力（D. 48, 6）以及关于私人暴力（D. 48, 7）的法律（有争议的是，这是一项法律还是两项法律，或者其中一项法律是恺撒制定的），这一法律的前身是《关于暴力罪的普劳第法》。

公元前 81 年，苏拉颁布了关于杀人和投毒罪的法律（D. 48, 8）；公元前 55 年，庞培颁布了关于杀亲罪的法律（D. 48, 9）；这一关于杀人罪的法律被后来的一些元老院决议所补充。

公元前 81 年，苏拉制定了关于伪造罪的法律，这一法律的后续发展有公元 16 年颁布的《里波尼安元老院决议》（D. 48, 10）以及后来在公元 20 年、27 年和 29 年颁布的一些元老院决议。

公元前 59 年恺撒制定了关于搜刮钱财罪的法律，处罚那些由行省官员犯下的损害行省的共同体或个人的利益，聚敛钱财的行为（D. 48, 11）。这一法律是对公元前 123 年，公元前 111 年和公元前 81 年的相类似的法律的进一步发展。

公元前 18 年，奥古斯都颁布了关于粮食供应的法律（D. 48, 12），但是这一法律并没有设立一个新的罪名，只是以严厉的罚金来处罚那些囤积居奇的行为。

公元前 8 年，奥古斯都颁布了关于贪污，渎圣以及截留公款的法律（D. 48, 13）；这一法律更新了恺撒的一项法律。

公元 18 年奥古斯都颁布了关于选举舞弊的法律（D. 48, 14），改革了对选举舞弊行为的处罚措施。对选举中的舞弊行为进行处罚的立法举措开始于公元前 181 年，后来有许多法律涉及到这一问题，其中公元前 55 年由李其尼·克拉苏（Licinio Crasso）制定的法律规定，参加一个以改变投票的功能为目的的社团的行为构成一个独立的犯罪行为。

另外一项制定年代不详（很可能是公元前 1 世纪左右）的法律是关于拐带人口的法比法（D. 48, 15）。

大概在公元 61 年颁布的《图尔皮里安元老院决议》（D. 48, 16）扩大了由公元前 80 年颁布的雷米法所规定的犯罪行为的类型，处罚那些明知其指控为虚假，却去指控某人为犯罪的情形。

在这一时代也形成了一系列的基础性的原则和概念，它们或者被用来描述这样或那样的罪行，或者被用来阐述刑法领域的总则部分：对主观因素的深入考察，对于违法性概念的研究，对（排除行为的违法性）正当理由的研究，对于犯罪中人的竞合的现象的分析，对犯罪企图的研究等等。当然，在这里我不可能对这些内容进行分析，但是，它们构成了《学说汇纂》第 48 卷中所收集的法学家作品的基本内容。作为罗马法教授，我还想指出，在《圣经》——对基督徒来说这是本非常重要的书——里面也记载了大概公元 40 年时，当地方上的犹太人当局依据其法律和指控请求罗马帝国的巴勒斯坦总督——也就是非斯都——判

处一个被告人（这个人就是基督的使徒保罗）时，他回答说：“当被告人还没有与原告当面对质，并且没有能够为所受的指控进行辩护之前就判处他，这不是罗马人的习惯”（《圣经》：使徒行传，25，16）。在这里就体现了这样一个法律原则，它可以为所有民族的人所援引，但是所有的民族的法律也必须遵守这一代表法律文明的基本原则，也就是刑事审判中的原被告对抗以保障人的基本权利。

在上文的叙述中，我们看到在以立法的方式规定犯罪类型及其刑罚的过程中，元老院决议也发挥了作用（特别是 D. 48，10、16）。不过，随着以元首为代表的新的执法官所履行的职能的扩展，以及从属于元首的行政管理机构的发展并且在越来越多的事项上取代共和国体制下的机构，逐渐产生了一种新的诉讼程序。事实上，从元首享有的治权中产生，并且被授权其下属行使的强制权本身提出的目标是：通过行使调查纠问的权力以及自我规范这一权力的行使方式，再加上对具体案件的决定来进行刑事司法。在这一过程中，法学理论则通过在体系性的著作中对整个刑法体系进行论述的方式来对各刑事法律中确立的原则进行发展，有时候法学家也撰写属于刑法领域的专著（比如说马尔其安、维努雷尤斯、梅其安、马克罗和保罗的《论公诉》；保罗的《论对平民的刑罚》、《论对军人的刑罚》、《论所有的法律规定的刑罚》、《通过非常程序进行处罚的罪行》等专著；萨图尔尼努斯的《论对平民的刑罚》专著；莫德斯丁的四卷本的《论刑罚》的专著，帕比尼安、保罗和乌尔比安的《关于处罚通奸的尤里亚法评注》的专著；马尔其安的《图尔皮里安元老院决议评注》等等）。我们可以说，这些著作已经为优士丁尼及其法学家在法典编纂中对刑法的材料进行体系化的处理提供了充分的准备。

2. 对于“罗马刑法”存在着两种现代意义上的重新解读：

一种解读方式由蒙森 (Th. Mommsen) 提出, 另外一种由费里尼 (C. Ferrini) 提出。前者特别关注罗马刑法领域中的法律材料的整体内容,^[5] 后者则比较关注对刑法中的一般概念的研究。^[6] 20 世纪在意大利的罗马法研究中出现了大量的针对罗马刑法进行研究的著作, 不过, 在这里我不可能一一提及。

3. 《学说汇纂》第 48 卷被翻译为汉语——我们希望第 47 卷也可以尽快翻译过来——增加了我们所计划的《学说汇纂》中的整卷本翻译为汉语的新的翻译经历。在罗马法原始文献的汉译中, 将整卷本的内容翻译为汉语开始于《学说汇纂》第 18 卷的翻译 (参见我为那一卷的汉语译本所写的导言中就此点所做的简要说明, 北京, 2001)。对《学说汇纂》第 48 卷的翻译, 就其涉及的材料——罗马刑法——本身而言, 毫无疑问非常重要, 但是其重要性还来自于刑法在中国法律史中所具有的特别重要的地位。我相信, 这一翻译特别有助于罗马法系中的法学家将罗马法中的刑法传统与中国古代法中的刑法传统进行比较研究, 这样的研究可能会有助于我们加深对采用不同组织结构的中国与西方的古代世界的历史理解。但是, 我也相信, 在对这一翻译所涉及内容的研究中, 罗马法系中的法学家也可以在刑法规范的层面上得到很多的收获, 比如说对于一些类型的犯罪的界定, 对于犯罪行为本身的一般性的定义, 对犯罪进行追究的过程中公民与共和国执法官的强制权之间的关系的准确理解等等。事实上, 罗马刑法的经验提醒我们注意, 即使在刑法领域, 也不能忘记个体

[5] 蒙森 (Th. Mommsen): 《罗马刑法》, 莱比锡, 1899 年版 (1990 年在格拉兹重新印刷); 法文译本, 巴黎, 1907 年版。

[6] 费里尼 (C. Ferrini): 《罗马刑法: 一般理论》, 米兰, 1899 年版; 以及同一作者: 《罗马刑法的历史与理论阐述》, 载于《意大利刑法百科全书》, 由贝西拿 (Pessina) 总编, 米兰, 1907 年版 (1976 年重新印刷)。

公民所应该具有的角色：“共和国”本来的意思就是“公共的事物”，“人民的事物”，而个体公民正是人民的一个组成部分。

4. 薛军博士在他留学意大利期间翻译了《学说汇纂》第48卷。他的留学以及翻译工作开始于比萨大学，后来则在罗马第二大学法律系法的历史和理论研究部继续进行，其间他也在该大学所提供的奖学金的资助下攻读法学博士学位。薛军博士的这一翻译活动是在罗马法传播研究组的合作框架之下进行的，并且他在翻译过程中也得到了罗马二大的纪尉民博士（Dr. Giuseppe Terracina）和比萨大学的贝特鲁奇教授（Prof. Aldo Petrucci）的协助。该书的出版得到了意大利纪念马可·波罗诞生750周年国家委员会的资助。

桑德罗·斯奇巴尼

意大利罗马第二大学罗马法教授

意大利纪念马可·波罗诞生750周年国家委员会主席

2005年8月于罗马

目 录

index

Dig. 48. 1	De publicis iudiciis	(2)
Dig. 48. 2	De accusationibus et inscriptionibus	(10)
Dig. 48. 3	De custodia et exhibitione reorum	(30)
Dig. 48. 4	Ad legem Iuliam maiestatis	(44)
Dig. 48. 5	Ad legem Iuliam de adulteriis coercendis	(54)
Dig. 48. 6	Ad legem Iuliam de vi publica	(124)
Dig. 48. 7	Ad legem Iuliam de vi privata	(134)
Dig. 48. 8	Ad legem Corneliam de sicariis et veneficis	(140)
Dig. 48. 9	De lege Pompeia de parricidiis	(154)
Dig. 48. 10	De lege Cornelia de falsis et de senatus consulto Liboniano	(160)
Dig. 48. 11	De lege Iulia repetundarum	(196)
Dig. 48. 12	De lege Iulia de annona	(204)
Dig. 48. 13	Ad legem Iuliam peculatus et de sacrilegis et de residuis	(208)
Dig. 48. 14	De lege Iulia ambitus	(222)
Dig. 48. 15	De lege Fabia de plagiariis	(224)
Dig. 48. 16	Ad senatus consultum Turpillianum et de abolitionibus criminum	(230)
Dig. 48. 17	De requirendis vel absentibus damnandis	(252)

1、关于公诉	(3)
2、关于指控以及登记	(11)
3、关于羁押以及嫌犯的出庭	(31)
4、关于叛逆罪的尤里亚法	(45)
5、关于处罚通奸的尤里亚法	(55)
6、关于公共暴力的尤里亚法	(125)
7、关于私人暴力的尤里亚法	(135)
8、关于杀人和投毒的科尔内里亚法	(141)
9、关于杀亲罪的庞培亚法	(155)
10、关于伪造的科尔内里亚法和里波 尼安元老院决议	(161)
11、关于搜刮钱财罪的尤里亚法	(197)
12、关于粮食供应的尤里亚法	(205)
13、关于贪污和渎圣以及截留的尤里 亚法	(209)
14、关于贿选的尤里亚法	(223)
15、关于拐带人口的法比法	(225)
16、关于图尔皮里安元老院决议以及指控 的撤销	(231)
17、关于通缉以及对缺席者的判处	(253)

Dig. 48. 18	De quaestionibus	(258)
Dig. 48. 19	De poenis	(286)
Dig. 48. 20	De bonis damnatorum	(340)
Dig. 48. 21	De bonis eorum, qui ante sententiam vel mortem sibi consciverunt vel accusatorem corruperunt	(352)
Dig. 48. 22	De interdictis et relegatis et deportatis	(358)
Dig. 48. 23	De sententiam passis et restitutis	(378)
Dig. 48. 24	De cadaveribus punitorum	(382)