

et lux in tenebris lucit

厦门大学法学院罗马法研究所年刊

罗马法与现代民法

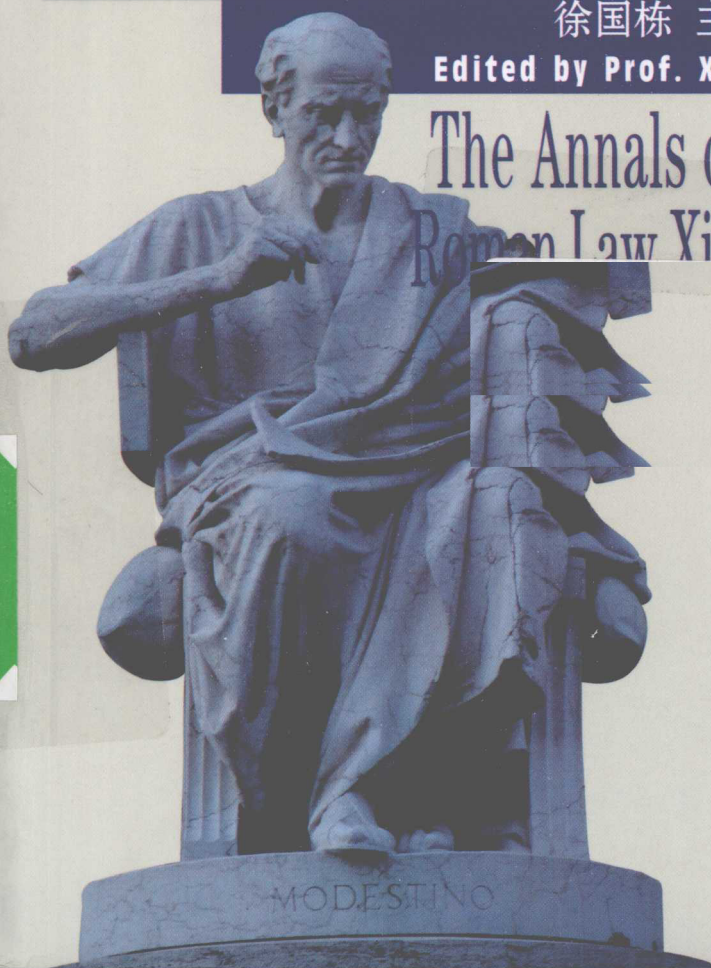
第七卷 (2005年号) Vol.VII (2005)

Roman Law and Modern Civil Law

徐国栋 主编

Edited by Prof. Xu Guodong

The Annals of Institute of
Roman Law Xiamen University



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

et lux in tenebris lucit

厦门大学法学院罗马法研究所年刊

罗马法与现代民法

第七卷 (2005年号) Vol.VII (2005)

Roman Law and Modern Civil Law

The Annals of Institute of Roman Law, Xiamen University



厦门大学出版社

XIAMEN UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

罗马法与现代民法. 第7卷/徐国栋主编. —厦门:厦门大学出版社, 2010. 1
ISBN 978-7-5615-3442-7

I. 罗… II. 徐… III. ①罗马法-文集 ②民法-文集 IV. D904. 1-53
D913. 04-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 011986 号

厦门大学出版社出版发行

(地址:厦门市软件园二期望海路 39 号 邮编:361008)

<http://www.xmupress.com>

xmup@public.xm.fj.cn

厦门市明亮彩印有限公司印刷

2010 年 1 月第 1 版 2010 年 1 月第 1 次印刷

开本:787×960 1/16 印张:27.75 插页:2

字数:483 千字 印数:1~2 000 册

定价:38.00 元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换

主编絮语

一年前的7月13日,我在苏州写下了本年刊第6卷的主编絮语,那是在第5卷的主编絮语诞生近3年后。今年刚过了第6卷的主编絮语写作周年日20多天,我就写完了本卷的主编絮语,这说明本年刊的编辑工作日益正常化,越加可以让亲爱的作者译者们少花一些时间等待出成果。

读者可注意到,本卷打乱了过去的栏目设置,暂时取消了合同法分则研究、拉丁美洲法研究两个专栏,为何?是为本卷的罗马刑事訴訟法和刑法专题栏目腾地方。

这个栏目产生于我写“西塞罗的案件”系列文章的心愿。2004年,我写了《罗马共和宪政的回光返照——西塞罗案件评析》一文,研究以西塞罗为被告的罗马宪法案件,给了周枬先生等力持的罗马公法无有论或无用论一记响亮的耳光。耳光打响之后就想把这个耳光做大做强,遂发愿写“西塞罗的案件”,即西塞罗当过其律师的案件。西塞罗是当时的大律师,终其一生,他共当过15个案件的律师,其中刑事案件12个,涉及国籍的行政案件2个,民事案件2个。他还充当过5个刑事案件的控告人。他承办这些案件的“辩护词”或“代理词”以及“起诉书”大多流传下来,阅读它们并加以总结,可帮助我们研究共和晚期罗马的诉讼制度。但考虑到精力有限以及反驳罗马公法无有论或无用论的目的,我只打算研究他担任过刑事辩护人和控告人的17个案件,以彰显其中体现的共和末期的罗马刑事訴訟法和刑法。这是何等分量的工作!我感到自己力有不逮,于是,利用2007年给研究生讲罗马法史课的机会,把这一工作分给学生做,结果得到对10个西塞罗的案件的研究成果(其他案件因为资料太少难以写成文章,只得舍弃)。本卷年刊收录其中的8篇,也就是“罗马刑事訴訟法和刑法专题”栏目中李文胜、肖俊、蒋军洲、尹春海、张恺丰、吴文珍、高丰美、汪琴的文章,另外的两篇,即齐云的《对西塞罗〈为弗拉库斯辩护〉的分析——以搜刮钱财罪考察为中心》和李飞的《授予同盟者居民市民权的法律博弈——巴尔布斯案件评析》由其作者们带着参加了2007年在南昌举行的外国法制史研究会年会,被收录于该会的论文集(其中前者还获得论文一等奖呢!),所以剔出。该专栏在这组文章的基础上,加了我的《西塞罗〈地方论〉中

的修辞学与共和时期罗马的诉讼》，它昭示了西塞罗在办理所有这些案件中使用的当时流行的，现在看来不怎么好的法律方法。其次加了2009年罗马法史课程的优秀考试论文吴程远的《对贝旦纽斯·瑟康杜斯案及〈希拉尼亚努姆元老院决议〉的分析——兼论罗马法中的见死不救刑事立法》和刘敏的《罗马内战时期的公敌宣告》，它们都可统率在罗马刑法的名目下。最后加上的是我邀请于2008年春天来厦大讲学的莫斯科国立人文科学大学教授米哈伊尔·毕毕科夫的《体现在拜占庭和斯拉夫的〈法律选集〉中的罗马刑事立法》，该文讲的是东罗马帝国的罗马刑法与斯拉夫国家的刑法之间的承袭关系，还是可归在罗马刑法的名目下。这样一来，本卷一共发表了12篇关于罗马刑事法的论文，相信这是自鸦片战争以来中国历史上一个最为详尽的有关研究。文章质量之好，让我相信它们完全能完成系列“耳光”的使命。

值得一提的是，在这组文章中，我们按照拉丁术语的意大利式的拉丁语发音统一了所有涉及的人名和法律的译名，这是对2008年在厦门召开的“第一届拉丁法律术语译名统一国际研讨会”的工作成果的利用，其实现有赖娄爱华的协助。

由于刑事法以外的罗马法还是罗马法，而且也不能只研究罗马刑事法而荒废其他，我只好把这个收录“其他”的栏目命名为“一般罗马法研究”。本着“以写作为上，以翻译为下”的原则，我把阮辉玲的《罗马法中的“役权不包括作为原则”——以对D.8,5,6,2的文本分析为中心》列为该栏的第一篇。此文提到了地役权关系是物与物之间的关系，由此，供役地所有人和需役地所有人都成了其所有的土地的代理人。由于地役权的这种性质，供役地所有人当然不承担积极义务。这就触及了民法是否调整物与物的关系的重大问题，本文默示地对此作了肯定的回答（可惜不是明示的！），这给萨维尼的认为法律关系只是人与人之间的关系的法律关系理论找了一点麻烦。

我的俄国老友科凡诺夫的《罗马公法和现代俄罗斯法中的国家承包合同》一文对我影响深远。我第一次从他的此文知道我们通常理解为私人关系的Mancipatio（要式口约）有可能被解释为国家公共事务承包合同，由此打破了我的纯粹私法幻梦，进入民法混合法的立场。现在，我看到的支持这一观点的文献日多，我坚持民法混合法说的信念越来越强烈，但我忘不了科凡诺夫此文当时对我的击一猛掌作用！

本卷的特点之一是收录不少到访学者的讲稿。接下来就是2007年我邀

请来厦讲学的扎布洛斯基夫妇的两篇文章。其一是妻子玛利亚的《〈十二表法〉——当代法律原则的渊源》，论证了一些人看来老旧的《十二表法》对现代法的许多原则和制度乃至规则的贡献，由此可以解释这个公元前450年的法律为何至今还受到那么多人的关注和研究。就我周围的情况而言，2009年的罗马法史课考试论文就包括一个研究《十二表法》中的有关制度的组合呢！其二是丈夫杨·扎布洛斯基的《从奥路斯·杰流斯的〈阿提卡之夜〉看罗马人的家庭》。《阿提卡之夜》相当于我国古人的笔记类著作，保留了不少法律资料，是罗马法学者常用的文学类原始文献之重要者。杨似乎专治此经，但以罗马家庭法为中心这样做，做得非常成功。他的此文提到罗马妇女曾策划要求多夫制的示威的笑话，让我捧腹。

接下来的民法典研究栏目收录两篇关于波兰和捷克民法典编纂史的文章，深化了我于1998年写就的长文《东欧剧变后前苏联集团国家的民商法和民商立法——法律史、民商法典的结构、土地所有权和国有企业问题》中对这两个国家民法典编纂史的简短论述。奇特的是，波兰和捷克已加入欧盟和北约，却像也加入了欧盟和北约的罗马尼亚一样，仍保留社会主义时期的民法典，尽管这3个国家都正在制定自己的新民法典。

民法典研究栏目也收录了第二个对跨国的《欧洲民法典》的一部分的译介《欧洲法通则：服务合同》（本年刊第6卷的民法典研究专栏收录了《欧洲法通则：买卖编》），可注意到，按这一《通则》，服务合同的名目下有建设、承揽、保管、设计、信息、医疗6大类合同，所以，服务的概念很广，把按经济学概念为生产性的建设、承揽也纳入了。为何如此？扩大对消费者的保护也！如果说买卖可以分为一般的买卖和消费买卖，后者属于消费合同，则服务全然属于消费合同，当然应按有利于消费者的原则处理。值得注意的是，在我国，把医疗合同列为消费合同适用《消费者权益保护法》的尝试并不成功，看来，欧洲的准立法者和中国的立法者在对待消费者的态度上有不同的立场。

本卷的民法哲学研究栏目聚焦于平等问题。首先是美国学者理查德·科林斯的文章《美国宪法中的颠倒行动》。此文对我影响很大，导致我从把平等原则看作民法问题到把它看作宪法问题。如果说，科林斯的文章主要反映了平等问题的理论方面，朱丽娅的文章《意大利和机会平等》则反映了同一问题的操作方面。此文的来历是：我看到报载意大利有机会平等部之设，该部部长原来是模特，因与时刻保持青春的贝鲁斯科尼关系好而获得这一职位，遂萌发

好奇心,想搞清楚这个中国没有的部是干啥的,委托我们的意大利语老师朱丽娅做这一工作。她很好地完成了委托。此文让我们看到,意大利无城市人与农村人之间的不平等。其颠倒行动受美国影响。由于男女平等还是面临的主要问题,所有的平等措施,都是把抽象的人还原为具有性别的人。看到意大利有那么多部门在为平等做切实的、有政府预算支持的工作,让我相信这个国家的社会主义性质。朱丽娅的此文让我思考,平等到底是制度还是器物?因为它让我相信,托儿所里出平等,正犹如枪杆子里面出政权。但在我看来,食堂也是作为器物的平等设施,一方面,它保障了我妻子免当我的厨师,有她自己的工作和天地,另一方面,它也保障了我免受妻子甚至保姆的以不给做饭为内容的讹诈——此处不供饭,自有供饭处,于是,由于食堂的存在,我们夫妻的平等度提高了。可惜朱丽娅的文章不包括对食堂的此等意义的说明。当然,餐馆也可起到类似的作用,不过太贵,缺乏普遍意义。

焦点之外的东西并非不重要,意大利著名民法学家弗朗切斯科·布斯内里的《家庭和家庭的群岛》一文就是如此。从表达方式来看,它是法学散文诗,挑战译者的语言水平,我从未见过以这种风格写的意大利语法学论文,但一旦看懂,就觉佩服,因为在我的民法典译丛组织实践中,见到过双轨(普通婚和事实婚,例如《新巴西民法典》)、三轨(两性之间的普通婚和事实婚,以及同性之间的事实婚,例如《魁北克民法典》)婚姻制的不少立法例,但从未看到一篇理论文章说明这种立法现象的依据,布斯内里的文章以及他援引的有关丰富资料恰恰就是这样的依据。文章中论及的对新的婚姻形式的承认与租赁、亲权等如此具体的制度变革的关涉,叫我惊异。看来,婚姻形式的多元化像平等一样,不仅是理论问题,而且是操作问题。无论如何,读完布斯内里的此文后,我觉得我的《民法哲学》中该增加“家庭论”了,为了这个理由,我把布斯内里的此文纳入民法哲学专栏。

在杂项研究栏目中收录波兰学者朱莉亚·塞格蒙特的《机动车终身禁驾》一文,是篇刑法文章。我国规定禁驾不久,且仅规定在行政规章中,只适用于事故后逃逸一种情形,这与波兰把禁驾作为刑法典中的一种刑罚规定、适用于恶劣驾车的多种情形,且形成了有关的众多学说判例不同,相信波兰的经验能为我国提供操作性或改进性启示。

一个罗马法与现代民法的刊物为何收录一篇刑法文章,乃因为禁驾问题涉及权利能力剥夺,是与民法相关的制度,也是破毁民法完全私法说的制度。

今年是我国重启与西方的罗马法联系 20 周年。1989 年,皮兰杰罗·卡特兰诺教授和桑德罗·斯奇巴尼教授在罗马与当时的中国政法大学校长江平教授签订了合作协议,据此培养了一批新型罗马法学者,我是这个“重启”的受益人之一。两位意大利教授是中国罗马法学界的好朋友。2010 年 4 月 11 日,是斯奇巴尼教授 70 岁诞辰,届时将有隆重的纪念活动。卡特兰诺教授于 2006 年 11 月 12 日满了 70 岁,本年刊代表中国罗马法学界向卡特兰诺教授 70 岁生日表示祝贺了!并感谢他为罗马法研究水准的提高作出的卓越贡献,感谢他在中东欧国家和拉丁美洲国家推广罗马法付出的持续的辛勤努力,尤其感谢他为在中国推广罗马法作出的不能忘却的贡献。

徐国栋

2009 年 8 月 8 日于胡里山炮台之侧,
时值北京奥运会一周年

目 录

主编絮语	徐国栋(1)
------------	--------

罗马刑事诉讼法与刑法专题

西塞罗《地方论》中的修辞学与共和时期罗马的诉讼	徐国栋(1)
后苏拉时代谋杀与投毒罪刑事诉讼模式探微	
——以西塞罗为克鲁恩斯辩护为中心	李文胜(39)
西塞罗时期选举贿赂罪的立法与审判	
——以《为穆莱纳辩护》为中心的分析	肖俊(64)
古罗马搜刮钱财罪诉讼的几个问题	
——以 C. 拉比流斯·波斯图穆斯案为例	汪琴(88)
由私向公的搜刮钱财罪诉讼程序及西塞罗的革新	
——以西塞罗第一次控告韦雷斯为中心	蒋军洲(110)
从米罗案管窥罗马共和末叶的刑事法性格	尹春海(135)
西塞罗为绥克斯图斯辩护评介	张恺丰(160)
西塞罗为利伽流斯辩护	
——在政治与法律之间的刑事辩护术	吴文珍(185)
罗马共和时期勒索罪及其审判程序探微	
——兼评小斯考鲁斯勒索案	高丰美(203)
对贝旦纽斯·瑟康杜斯案及《希拉尼亚努姆元老院决议》的分析	
——兼论罗马法中的见死不救刑事立法	吴程远(224)
罗马内战时期的公敌宣告	刘敏(238)
体现在拜占庭和斯拉夫的《法律选集》中的	
罗马刑事立法	[俄]米哈伊尔·毕毕科夫著 李飞译(246)

一般罗马法研究

罗马法中的“役权不包括作为”原则	
——以对 D. 8, 5, 6, 2 的文本分析为中心	阮辉玲(256)

罗马公法和现代俄罗斯法中的

国家承包合同 [俄]烈昂尼德·科凡诺夫著 曾健龙译(265)

十二表法

——当代法律原则的渊源 [波兰]玛利亚·扎布洛斯卡著 姜爱华译(276)

从奥路斯·杰流斯的《阿提卡之夜》看

罗马人的家庭 [波兰]杨·扎布洛斯基著 李文胜译(293)

民法典研究

《波兰民法典》的过去、现在

和未来 [波兰]亚历山德拉·噶尔西亚克-扎布洛斯卡

[波兰]杨·扎布洛斯基著 徐国栋译(302)

捷克共和国私法典编纂史 [捷克]戴维·法拉达著 徐国栋译(318)

欧洲法通则:服务合同 王金根译(343)

民法哲学研究

美国宪法中的颠倒行动 [美]理查德·B. 柯林斯著 徐铁英译(367)

意大利和机会平等 [意]朱丽娅(377)

家庭和家庭的群岛 [意]弗朗切斯科·布斯内里著 王莹莹译(395)

杂项研究

机动车终身禁驾 [波兰]朱莉亚·塞格蒙特著 倪娜译(417)

Contents

An Introduction to the Articles of This Volume Xu Guodong(1)

Topic of Roman Criminal Procedure Law and Criminal Law

Rhetoric in Cicero's *Topica* and Roman Procedure

in the Republican Period Xu Guodong(1)

Study of Criminal Procedure Post-Sullian Mode of Cases of *Sicarris et Veneficis*

—Focus on Cicero's Defense for Cluentius Li Wensheng(39)

Legislation and Trial of Electoral Bribery Crime in the Period of Cicero

—Focus on *Oratio pro Murena* Xiao Jun(64)

Some Questions about the Lawsuit of *Repetundis* Crime in Ancient Rome

—Take the Case of C. Rabirius Postumus as an Example Wang Qin(88)

Proceeding of *Repetundis* Crime from Private to Public and Cicero's Innovation

—Focus on Cicero's First Accuse to Verrès Jiang Junzhou(110)

Study of the Character of the Criminal Law in

the Late Period of Roman Republican from the

Point of View of the Case of Milo Yin Chunhai(135)

On Cicero's Defense for Sextus Zhang Kaifeng(160)

Cicero's Defense for Ligarius

—Criminal Defense Art between the Politics and Law Wu Wenzhen(185)

Study of the *Repetundis* Crime and Its Trial Procedure

—Also on the Case of *Repetundis* of

Marcus Aemilius Scaurus Gao Fengmei(203)

Analysis of the Case of Pedanius Secundus and *Senatus Consultum Silanianum*

—Also on the Roman Law's Punishment to Who No

Renderd Assistance to the Victim of Crime Wu Chengyuan(224)

Proscriptione in the Period of Roman Civil War Liu Min(238)

Roman Criminal Legislation Reflected in *Ecloga* of

Byzantine and Slavic Mikhail Bibikov, Translated by Li Fei(246)

The Studies in General Roman Law

“*Servitus in faciendo consistere nequit*” in Roman Law

—Focus on the Exegesis of D. 8,5,6,2 Ruan Huiling(256)

Contracts Opened for Private for Bidding For a Public

Construction in Roman Public Law and Modern

Russia Law Leonid Kofanov, Translated by Zeng Jianlong(265)

XII Tables Law

—the Sources of Contemporary

Legal Principles Maria Zabtocka, Translated by Lou Aihua(276)

The Roman Family in Light of *Noctes Atticae*

of Aulus Gellius Jan Zabtockki, Translated by Li Wensheng(293)

Studies in the Civil Codification

Polish Civil Code in the Past, Present

and Future Aleksandra Gawrysiak-Zabtocka

Jan Zabtockki, Translated by Xu Guodong(302)

Codification of Private Law in the

Czech Republic David Falada, Translated by Xu Guodong(318)

Principles of European Law:

Service Contract Translated by Wang Jingen (343)

Studies in the Civil Law Philosophy

The Affirmative Action in American Constitutional

Law Richard B. Collins, Translated by Xu Tieying(367)

Italy and Equal Opportunity Maria Giulia di Bonaventura(377)

The Family and the Families’

Archipelago Francesco Busnelli

Translated by Wang Yingying(395)

Mélange

A Permanent Prohibition to Drive Motorised

Vehicles Julia Zygmunt, Translated by Ni Na(417)

罗马刑事訴訟法与刑法专题

西塞罗《地方论》中的修辞学
与共和时期罗马的诉讼

徐国栋

一、引言

修辞学是一个古今有别的术语。今人用它指关于语法和用词的理论,而古希腊人用它指公共演讲之道。“Rhetorica”一词由“Rheo”这个动词而来,后者指“谈话、讲话、谈论、议论”,派生的名词是 Rhetoreuo,指当众发表讲话。^①简言之,现代的修辞学是“写”的艺术,古代的修辞学是“讲”的艺术。当然,讲的内容也要先写成文章后背下来,然后再朗诵出去,所以,把修辞学说成为文之道未尝不可,在这一点上它与现代修辞学相同。但古代修辞学的“写”是为了讲,讲的结果是“听”——求诸受众的听觉,而现代修辞学的“写”是为了“读”——求诸受众的视觉,两者颇为不同。“听”是在短暂时间内完成的被动活动,一个命题或问题转瞬即逝,能听多长,多清楚,由讲话人掌控;“读”是一个通常在读者自己掌握的时间内完成的主动活动,读者可以把自己的目光长

^① 参见汪子嵩等:《希腊哲学史》第2卷,人民出版社1993年版,第116页及以次。

久停留在一个命题或问题上，品味再三，然后再往前读。由此可见，“听”的理性成分比“读”少得多，这种特性决定了古代修辞学的特性：通过强烈的刺激占有听众的心灵，为了获得这种占有，不惜使用种种烟幕性的技术手段。这种特性导致古代修辞学在后世的式微，甚至导致修辞学的语词本身在某些场合成为贬义词，用来表征六经注我、为我所用的治学方法。^①

从其起源来看，修辞学还是特别与司法有关的演讲之道。关于修辞学起源的说法众说纷纭，诉讼关联说十分流行。该说认为，修辞学产生于公元前5世纪上半叶的叙拉古（西西里的一个希腊城邦），当时叙拉古的暴君塞拉西布鲁斯（Thrasylbulus）被推翻，形成了民主政治，在暴政时期被征用财产的所有人要求返还其财产，由此产生了大量的财产诉讼。为了帮助普通人在法庭上证成自己的主张，叙拉古人科拉克斯（Corax）创立了修辞学，他最早完成了演说的分部。迪西亚斯（Tisias）是科拉克斯的学生，他是一位律师，发展了法律修辞学。^②从西塞罗《地方论》以诉讼为轴心来看，诉讼关联说可信。所以，古代修辞学就是通过“听”的途径说服法官和陪审团的学问。修辞学与法律的关联为它于现代在法学上的复兴埋下了伏笔。

与希腊不同，古罗马无名为修辞学的学问，只有演说术与之对应，西塞罗的昆体良都留下了这方面的著作。无疑，演说术就是公共演讲之术。这一意思与修辞学的意思相同。在我看来，演说术的拉丁词不过是对修辞学的希腊词的翻译而已，两者完全相同。

说如上这些，是为了明确作为本文论题的地方论的坐标：简言之，它是希腊的修辞学和罗马的演说术的一部分。修辞学的一般性质——无论是好的还是坏的——都会决定或影响地方论的性质。

二、西塞罗《地方论》的基本结构

作为本文研究对象的西塞罗《地方论》我已与意大利学者合作翻译发表于

^① 在史学研究领域，有过一个“修辞学派”，其特点在于注重炼字造句，只求文字之动人，而不关心史事之正确，力求把历史著作写得生动有趣富有戏剧性。参见张广智：《西方史学史》，复旦大学出版社2000年版，第34页。

^② 参见杨贝：《法律论证的修辞学传统》，载葛洪义主编：《法律方法与法律思维》第4辑，法律出版社2007年版，第65页。

《南京大学法律评论》2008年春秋合卷^①，这样，读者就可直接接近我分析的文本，我就不必因为要过多地引用它们占据篇幅了。让我先对这一文本进行结构分析。

西塞罗的这一袖珍著作被后人分为26章，100节，从逻辑上看，其内容分为如下10个部分。

第一部分包括第1~5节，讲写作这一小书的缘起。讲本书的直接受众（应该采用单数“受者”才确切）特雷巴求斯如何对亚里士多德的《地方论》发生兴趣，西塞罗如何承担讲解这一希腊著作的责任而不能履行，最后告知我们他在去希腊的航船上找到了履行的机会。当然，在讲这一故事的同时，穿插讲了地方论的含义以及作者面临的窘迫的政治局面：面临性命之忧。据说，这一部分完全是虚拟的。^②

第二部分包括第6~8节，是全书的总纲，说明论述理论的构成：寻找和判断，西塞罗表示有时间两者都讲，但他实际上只讲了前者。然后给地方下定义，并把地方分为内在的和外在的。接下来把内在的地方分为若干细类。

第三部分包括第9~23节，概述内在的地方，它们有：讨论对象的整体、讨论对象的部分、符号、与讨论对象相关的事情（其中又分为若干类）。接下来是对与讨论对象相关的事情的展开，包括同源词、属、种、类比、种差、对反、关联、前件、后件、相斥、结果原因、结果、比较，用了12节的篇幅，与其他内在的地方都只占一节的篇幅形成对照，由此可以说，“与讨论对象相关的事情”是内在的地方中的一个“大肚子”。

第四部分是第24节，它是外在的地方的总纲。它以最简要的方式说明了什么是外在的地方，把细节留给相隔遥远的其他节。

第五部分包括第25~71节，是对内在地方的展开，它构成全书的重点。详述了兼包讨论对象的整体和部分的定义理论、词源推论方法，以及从属、种、类比、种差、对反、关联、后件、前件、相斥、原因、结果、比较作推论的方法，中间穿插许多引申性的论述，例如对逻辑学中的6种式的论述。

第六部分包括第72~78节，是对外在地方的展开。阐述了证据理论。这里的证据是一切外在的能达成信实的权威，而这样的权威又分为美德、窘

^① [古罗马]西塞罗著，徐国栋、阿·贝特鲁奇、纪蔚民译：《地方论》，载张仁善主编：《南京大学法律评论》（2008年春秋合卷），法律出版社2009年版。

^② Cfr. Giuliano Crifò, Per una lettura giuridica dei Topica, *Annali dell' Istituto Italiano per gli studi storici*, I (1967/1968), Napoli, p. 126.

迫、灵肉分离、意外事件等类型。

第七部分包括第 79~86 节,是对问题理论的说明。把问题分为确指的问题和不确指的问题、认识问题和行动问题。各种问题又分为若干子类型。

第八部分包括第 87~96 节,是对问题与地方的关系的说明,说明特定的问题的论证适合于使用某些地方,不可能使用全部地方。

第九部分包括第 97~99 节,讲演说中调动听众情绪的技巧。

第十部分是第 100 节,是全书的结论。西塞罗以此说明自己阐述的理论的广度超过了特雷巴求斯的要求。

以上为侧重西塞罗《地方论》的修辞学内容作出的结构分析。但意大利学者朱里亚诺·克里佛认为还可根据此书的法学内容对它作结构分析,它分为例子——决定——法律理由(偶尔有)三个层次。所以,他认为西塞罗的《地方论》具有双重结构。^①

我采取序言、地方理论、问题理论、问题与地方的配合理论的顺序进行论述,另外把作为例子的法律问题单独在另一章论述。

三、《地方论》序言中所为陈述的真实性研究

西塞罗在《地方论》的前部宣称,为了满足特雷巴求斯的要求勉力写成本书介绍亚里士多德的《地方论》的内容,他真的这样做了吗?答案恐怕是否定的,因为《地方论》如果不是全部内容,那也至少是多数内容是对西塞罗在先发表的几部演说术著作的重述。兹举例说明。

《地方论》最核心的内容是论据的分类理论。主要分为讨论对象内在的论据和从讨论对象外部获得的论据(第 8 节)。这种分类在西塞罗早于《地方论》11 年(公元前 55 年)写成的作品《论演说家》2,39,163^②中讲过了。在《地方论》中,对从外部获得论据的 13 个地方的论述(它们是同源词、属、种、类比、种差、对反、关联、前件、后件、相斥、结果原因、结果、比较)占据了相当的篇幅,而这些地方在《论演说家》2,39,166 中也以略微不同的方式讲过了,它们是同源词、属、部分(相当于种)、类比、不可比(相当于种差)、对反、一致、在先和相斥、

^① Cfr. Giuliano Crifò, Per una lettura giuridica dei Topica, Annali dell'Istituto Italiano per gli studi storici, I (1967/1968), Napoli, p. 139.

^② 参见[古罗马]西塞罗著,王焕生译:《论演说家》,中国政法大学出版社 2003 年版,第 327 页及以次。

原因、结果、比较,共有 12 个,除了没有“关联”,这里的一切地方都有《地方论》中的对应物,例如,“一致”对应“后件”,“在先”对应“前件”。^①

《地方论》的第七部分是问题理论,把问题主要分为不确指的问题和确指的问题(第 79 节),认识问题和行动问题(第 81 节)。前一对问题在《论演说家》2,65 中以远为明确的方式讲过了,并明确说明这种分类的作者是演说家克拉苏斯。^② 而且在公元前 46—前 45 年完成的《论演说的分部》的第 4、9、61 节等处也讲到了这种分类。^③ 后一对问题则在《论演说家》3,113 及以次中也以远为明确的方式讲过了。把认识问题分为假设、界定和结果三个方面,把行动问题归结为有关义务的问题,等等。^④

《地方论》第 91 节把实践问题分为司法性的、审议性的和赞扬性的,并在以下的数节中论述了它们。这种对实践问题的区分在西塞罗于公元前 87 年开始写的《论寻找》1,7 和 8 中已谈过了,并明确说明这种分类的作者是亚里士多德,^⑤ 不过赞扬性的实践问题在《论寻找》中是展示性(Demonstrativus)的实践问题,但两个表达的意思完全一致。

《地方论》第 94 节讲到了反驳的三种战略:你为之得意的事情并未发生,或虽发生但不是以你想象的名目,或虽发生但并不似你想象的那样值得赞扬。这几招在《论演说的分部》第 107 节也讲过了。

《地方论》第 9 节关于市民法的定义“市民法是为属于同一城邦的人确立的公平,以保护他们的财产”基本重复《论演说家》1,42,188 对同一客体的定义“……市民法需要确定这样的目标:应该保持市民在财产和诉讼中基于法律和习俗的公平”^⑥。

① 参见[古罗马]西塞罗著,王焕生译:《论演说家》,中国政法大学出版社 2003 年版,第 329 页及以次。

② 参见[古罗马]西塞罗著,王焕生译:《论演说家》,中国政法大学出版社 2003 年版,第 251 页及以次。

③ Cfr. Cicero, *De Partitione Oratio*, <http://www.thelatinlibrary.com>, 访问时间:2003 年 10 月 5 日。

④ 参见[古罗马]西塞罗著,王焕生译:《论演说家》,中国政法大学出版社 2003 年版,第 587 页及以次。

⑤ Cfr. Cicero, *De Inventione*, <http://www.thelatinlibrary.com>, 访问时间:2003 年 10 月 5 日。

⑥ 参见[古罗马]西塞罗著,王焕生译:《论演说家》,中国政法大学出版社 2003 年版,第 133 页。