

南京大学

法律评论

Nanjing University Law Review

中国社会科学引文索引(CSSCI)来源集刊

2008年春秋号合卷(总第29-30期)



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

南京大学

法律评论

Nanjing University Law Review

中国社会科学引文索引(CSSCI)来源集刊

2008年春秋号合卷(总第29-30期)



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

南京大学法律评论. 2008 年春秋合卷/张仁善主编.
—北京:法律出版社, 2008. 12
ISBN 978-7-5036-9156-0

I. 南… II. 张… III. 法律-文集 IV. D9-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 213371 号
© 法律出版社·中国

南京大学法律评论
(2008 年春秋合卷)

张仁善 主编

责任编辑 刘文科
装帧设计 李 瞻

开本 787×1092 毫米 1/16
版本 2009 年 1 月第 1 版
出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 22 字数 463 千
印次 2009 年 1 月第 1 次印刷
编辑统筹 法学学术出版分社
经销 新华书店
责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)
电子邮件/info@lawpress.com.cn
网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779
咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)
全国各地中法图分、子公司电话:
第一法律书店/010-63939781/9782
重庆公司/023-65382816/2908
北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843
上海公司/021-62071010/1636
深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5036-9156-0
(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

定价:45.00 元

编辑委员会

(以汉语拼音为序)

主 任 李友根

委 员

狄小华	范 健	胡晓红	金 俭
李友根	邵建东	陶广峰	王太高
吴建斌	杨春福	张 淳	张仁善

编辑部

主 编 张仁善

编 辑

胡晓红	秦宗文	税 兵	吴卫星
咸鸿昌	熊静波	徐棣枫	杨辉忠

英文校审

咸鸿昌

南京大学法学院主办

《南京大学法律评论》(集刊)稿约及投稿格式

《南京大学法律评论》自本期开始,改为中国社会科学引文索引(CSSCI)来源集刊,每年分春、秋两季,由法律出版社出版。

本刊拟登载高质量的法学学术文章。竭诚欢迎中外法律学人踊跃投稿。对所有来稿实行匿名评审制度,如决定刊用来稿,编辑部将在两个月内予以答复。一经刊用,即致稿酬。两个月后未接到用稿通知者,可自行处理稿件,编辑部将不再另行通知,切勿一稿多投。

翻译稿请自行处理好版权转让事宜,投稿时,须附上翻译原件及相关签名同意翻译刊用资料。

投稿格式要求

一、来稿须提交 word 文档格式纸本、电子文本(可用电子邮件发送或随寄磁盘)各一份。

二、一律使用新式标点符号,除破折号、省略号各占两格外,其他标点均占一格。书刊及论文均用“《》”号,此点尤请投稿人留意。

三、文章以及标题序号用“一、二”;二级序号用“(一)、(二)……”;三级序号用“1、2. ……”

四、数字用法

1. 表示公元纪年及公制度量衡值,用阿拉伯数字;纪年书写要完整,如 1980 年,不可写成 80 年;“年代”前须标明世纪,如“20 世纪 90 年代”……。

2. 夏历及清代以前纪年一律用中文数字,提及帝王年号,须加公元纪年,如“康熙二年(1663 年)……”;中华民国纪年用公历阿拉伯数字。

3. 杂志卷、期、号等用阿拉伯数字。

4. 惯用语、缩略语、词组、约数等,用中文数字,如“八国联军”、“一二·九运动”、“五年来”、“五六人”等。

五、注释体例

1. 一律使用脚注,每一页重新编号。用自动插入的“[]”内“1、2……”序号。序号在标点符号之后。

2. 报刊引用,依次标明注号、作者、篇名、报刊名、年代卷次、出版日期,如“金克木:《主题学的应用》,载《读书》1986年第3期”……;报纸须注明到第×版;不同地点出版的同一报刊,应在报刊前加注出版地,如“天津《大公报》”……。

3. 引用书籍首次出现时,依次标明注号、作者、书名、出版单位、出版年、版次、页码。再次出现时可不标明版本。

4. 译著须标明序号、作者国别、作者、书名、译者、出版单位、出版年月、版次、页码等。如“[美]本杰明·卡多佐著:《司法过程的性质》,苏力译,商务印书馆2007年版,第×页”。

5. 引用西文论著,依西文惯例标注。

六、投稿须附300字左右的中英文摘要、关键词及题目的英文翻译。

七、本刊文章将提供给相关期刊数据网,以便读者检索、引用。投寄本刊作者,视为同意此约定。凡不符合本刊投稿格式要求者,作无效稿件处理。

八、来稿请写明作者姓名、性别、工作单位、职称、通联地址、邮编、来稿字数。稿件请寄编辑部信箱,请勿寄给个人,以免遗失。

编辑部地址:南京市汉口路22号,南京大学法学院,210093;电子信箱 njulawreview@yahoo.com.cn;编辑部电话:025-83594109

地方论	西塞罗著 徐国栋 阿·贝特鲁奇 纪慰民译(1)
中国内地与澳门行政诉讼若干制度之比较	胡建森 陈骏业(26)
论给付行政中行政私法行为的法律约束	王太高 邹焕聪(41)
试论实现给付行政任务的公私协力行为	黄学贤 陈 峰(52)
也论人身危险性在我国刑法中的功能定位 ——兼与游伟研究员和陆建红审判员商榷	叶良芳 卢建平(64)
论民法上土地与建筑物的关系 ——以一元推定主义为中心的理论探索	曾大鹏(80)
论信息权的法律保护	李载谦(98)
促进企业 R&D 投入的税收法律制度研究	林秀芹(114)
“拜一杜规则”与中国《科技进步法》和《专利法》的修订	徐棣枫(124)
论银行业监管的基本理念	韩 龙(134)
法律选择之抉择:国家利益与个人利益	李先波(152)
发展中国家技术性贸易壁垒的发展走向及我国的对策	朱京安 郭 鹏(163)
一个证据学上的矛盾 ——基于逻辑相关性之非品格理论为依据的品格证据禁止规则与概率原理 Edward J. Imwinkelried 著 王剑虹译(180)	
通过正当的法律程序控制死刑 ——从公正审判权的国际标准谈我国死刑司法程序的完善	孙长永(212)
在场权的功能预测与制约因素	朱桐辉(222)
不同寻常的英国司法	程汉大(234)
历史变迁中美国宪法平等原则的经济观察 ——从《独立宣言》到《美国宪法》	曾尔恕(249)
哈富论战、拉德布鲁赫公式及纳粹法制迷案	

——从历史视角透析理论问题	林 海(261)
自然法理念对古代中西方法律成长的影响	吕安青 李 游(277)
英美法对我国 30 年来法制改革的影响	张卓明(291)
唐律所体现的古代立法经验	马小红(304)
法律视野下的唐代假宁制度研究	郑显文(314)
“中国传统司法与司法传统”国际学术研讨会 暨中国法律史学会 2008 年学术年会综述	郭 亮 刘振宇(336)

Table of Contents

On Locality	<i>Giuseppe Terracina, Xu Guodong, Aldo Petrucci</i>	1
The Comparisons of China and Macao Administrative Judicial System	<i>Hu Jianmiao, Chen Junye</i>	26
On the Legal Restraint of Administrative Private Law Acts in Administrative Benefits	<i>Wang Taigao, Zou Huancong</i>	41
A Preliminary Discussion on Public Private Partnership Fulfilling Welfare Administration Task	<i>Huang Xuexian, Chen Feng</i>	52
Also On the Function of Personal Danger in Chinese Criminal Law—Discuss with Researcher You Wei & Judge Lu Jianhong	<i>Ye Liangfang, Lu Jianping</i>	64
On the Issue of the Civil Relationship between the Land and the Building	<i>Zeng Dapeng</i>	80
Study on Legal Protection of Information Right	<i>Li Zaiqian</i>	98
Tax Legal System Research on Promoting the R&D Investment of Enterprise	<i>Lin Xiuqin</i>	114
Interplay of the Amendments to Chinese Scientific and Technological Progress Law and Patent Law	<i>Xu Difeng</i>	124
On Fundamental Rationales of Banking Supervision	<i>Han Long</i>	134
Modern Choice of Law: State Interests and Party Interests	<i>Li Xianbo</i>	152
The Trend of Developing Countries TBT and Chinese Counter Measure	<i>Zhu Jingan, Guo Peng</i>	163

An Evidentiary Paradox: Defending the Character Evidence Prohibition by Upholding a Non-Character Theory of Logical Relevance, the Doctrine of Chances	<i>Wang Jianhong</i>	180
Control of Death Penalty by the Due Process—Review the improvement of the death penalty procedure in China from the international standards of Fair Trial	<i>Sun Changyong</i>	212
The Prediction to Function of the Right of Lawyer's Presence and Its Constraints	<i>Zhu Tonghui</i>	222
On Unusual British Justice	<i>Cheng Handa</i>	234
An Economic View on the Principle of Equality of the United States Constitution in Its Transformation	<i>Zeng Ershu</i>	249
On the Hart-Fuller Debate, Radbruch's Formula and the Difficult Cases under the Nazi Regime: from a Perspective of Historical Studies	<i>Lin Hai</i>	261
The Influence that the Concept of Natural Law Exerts on the Development of Both Chinese and Western Law	<i>Lv Anqing, Li You</i>	277
The Influences of the Anglo-American Law System on the Chinese Legal Reforms of the Past Thirty Years	<i>Zhang Zhuoming</i>	291
Ancient Legislation Experience in Tang Lv	<i>Ma Xiaohong</i>	304
Research on "Permission for Leave" In Tang Dynasty From Legal Perspective	<i>Zheng Xianwen</i>	314
Summary of International Seminar on Chinese Ancient Judicature and Judicial Tradi- tion and the Annual Session of China Institute of Legal History in 2008	<i>Guo Liang, Liu Zhenyu</i>	336

地方论

西塞罗 著

徐国栋 阿·贝特鲁奇 纪慰民 译*

[译者按] 西塞罗的《地方论》产生于公元前44年,对后世产生了很大的影响。首先,它是一个经典的法律文本,前承《十二表法》,后启盖尤斯《法学阶梯》和优士丁尼《市民法大全》,反映了共和时期的罗马法,而我们常用的优士丁尼罗马法属于帝政时期。由于《地方论》的这一独特价值,它多次受到后人的专门研究,例如荷兰学者F. G. v. Lynden的《图留斯在〈地方论〉中阐述的法理学解释》(Interpretatio Iurisprudentiae Tullianae in Topicis Expositae, Lugd. Batav. 1805)、法国学者Gaston François Marie de Caqueray的《对包含在西塞罗作品中的私法段落的说明》(这本601页的书花了90页论述《地方论》中的私法问题)、意大利学者Giuliano Crifo的《西塞罗〈地方论〉的法律解读》。其次,它是一个修辞学—法学文本,保留了对产生于大希腊(现今的意大利南方)的法庭演说艺术的说明。修辞学即公开演讲之学,首先运用于法庭上的辩护和控告,后扩展运用于政治活动。西塞罗是把希腊的修辞学罗马化的作家,他的早期作品如《论演说的分部》、《论演说家》、《论寻找》、《布鲁图》都致力于这一方面,《地方论》对这些早期作品做了一个萃取,以短赢得其价值。但铺陈过少也导致其难解。最后,它是一个经典的逻辑学文本。在中世纪的欧洲由于奥斯曼帝国的崛起隔断与希腊的文化联系,亚里士多德的著作湮没之时,西塞罗的《地方论》由于波埃修斯(480—524)写的《西塞罗〈地方论〉评注》保留下来,成为当时的欧洲人获取亚里士多德的《地方论》包括的逻辑学观念的工具,并得到从逻辑学角度出发进行的研究。由于内容的多元,翻译这一短短的文本是极为困难的工作。对于既有的西文译本,大体上说是这样:文学者的译本法律方面漏洞百出,法学者的译本在修辞学和逻辑学方面又漏洞百出。我们的这个译本尽量从这三个知识域出发进行。尽管如此,仍难免有错误,恳请读者批评指正。

* 徐国栋,厦门大学法学院罗马法研究所教授,法学博士。厦门:361005。阿·贝特鲁奇(Aldo Petrucci),意大利比萨大学法律系罗马法教授,法学博士。纪慰民(Giuseppe Terracina),意大利罗马第二大学法律系讲师,文学博士。

第一章

1. 盖尤斯·特雷巴求斯啊! 当我准备写一部题材广泛, 远比我在短期内出版的众多著作重要的作品之时,^[1] 你的要求从一开始就阻止了我做此事。因为你在与我共处之时,^[2] 我们各自打开了一本根据自己的兴趣选择的书, 你的手举在了亚里士多德的多卷本的《地方论》之上。^[3] 讶异于其标题, 你马上问我对它的看法。

2. 我对你说, 这些书讲的是亚里士多德建立的寻找论据, 以便不犯错误地以合理方法达到对论据的占有的理论, 你像往常一样审慎地让我感到你非常热心地希望我对你讲授这一学问。并非为了节省我的辛劳, 而是因为我相信这样对你有好处, 我建议你直接读这些书或在一个博学的修辞学家的指导下了解整个这一领域, 后来我得知你尝试了我建议的这两种方法。

3. 但论题的晦涩把你从这些书卷推开。如同我相信的, 那个著名的修辞学家回答你, 他完全不知亚里士多德的这些论述。我并不讶异一个修辞学家不知道这个哲学家, 因为除了少数例外, 哲学家们也不怎么知道他, 这些哲学家们尤其应受指责, 因为他们不仅应从亚里士多德的所言所思中汲取营养, 而且要从其言词专有的非凡的丰富以及令人愉悦的特性中汲取营养。

4. 因此, 尽管你担心加重我的负担(我很容易看到这点), 但是你常常继续请求我, 为了不严重侵辱一位法的评注专家, 我不能再把你的债欠下去了。事实上, 当你为我和我身边人写东西时,^[4] 我害怕自己若(继续)推辞可能被看作忘恩负义和高傲。但在我们相聚的那段时间内, 你是我曾忙碌的事情的最好证人。

5. 我后来动身去希腊, 离开了你, 这是因为我的工作不论对共和国还是对朋友都无

[1] 难以确定西塞罗打算写的是一部什么样的作品, 有人认为是一部当代史, 有人认为是《论义务》, 但也有人认为这部所谓的作品不过是西塞罗为行文需要作出的假托。“短期内出版的众多著作”, 指《论神性》、《论友谊》和《论老年》三部作品。

[2] 托斯库鲁斯山庄为西塞罗在罗马郊外的别墅, 托斯库鲁斯为罗马西边十几公里处的一个小镇。

[3] 对亚里士多德与西塞罗的本书同名的著作的书名翻译, 学界意见纷纭。《亚里士多德全集》中文版的主编苗力田教授将之译为“论题篇”(载苗力田主编:《亚里士多德全集》(第1卷), 中国人民大学出版社1990年版)。黑格尔《哲学史讲演录》的译者贺麟将之译为“正位篇”或“论场所”。泰勒的《柏拉图——生平及其著作》一书的译者谢随知等人将之译为“辨谬篇”。韦卓民将之译为“部目”(参见其翻译的《纯粹理性批判》, 华中师范大学出版社1991年版, 第113页)。《简明逻辑史》(亨利希·肖尔兹著, 张家龙、吴可译, 商务印书馆1977年版, 第29页)的译者张家龙、吴可将之译为“论辩篇”。我曾一度将之译为“切题术”。经反复考虑, 还是觉得从字义出发, 将之译为“地方论”最合适。此处的“地方”, 即能引申出论据的场所。

[4] 既可能是写一些法律上的解答, 也可能是把一些作品题献给西塞罗或其亲友。

用,这是因为我也不能有效地为军队服务,^[1]这是因为无论如何都不允许我安全地生活。^[2]当我来到维利亚的时候,^[3]看到你的东西和你的家人,受对你欠的债的警告,不愿逃避你并非明示地提出的请求。这样,尽管我手头无我的藏书,在航程中,我还是根据记忆的脉络写了本文,^[4]并在旅行尚未结束时把它寄给你,通过我在执行你对我的委托中表现出来的勤勉,由此也刺激你回想起我们的事情,尽管你并不需要一个提醒者。而现在是开始完成我们决定之事的时候了。

第二章

6. 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,它在实践中用得更多,且按自然的秩序当然居前。

7. 由于这两个部分都极为有用,我们打算只要有时间就讨论两者,^[5]那我们就从居前者开始吧!

一旦指出并知晓了其位置,发现其中隐藏的东西就很容易。相应地,当我们深入探讨一个论据时,我们必须知晓其地方,事实上,它们就是亚里士多德所说的能引申出论据的地方。

8. 因此,可以把地方定义为论据的渊藪,^[6]把论据定义为使疑惑的事情变得信实的理由。而在这些包含论据的地方中,有些是讨论对象本身内在的;有些是从外部取得的。前者有时来自讨论对象的整体,有时来自其部分,有时来自符号,有时来自与讨论对象以任何某种方式相关的东西,相反,从外部取得的是与讨论对象相隔遥远并完全分离的

[1] 指公元前43年4月发生在屋大维和安东尼之间的穆提那(当今的摩德纳)战役,以前者先败,后者终败告终。西塞罗在这一战役中站在屋大维一边做了不少不利于安东尼的事情。参见[日]盐野七生著:《罗马人的故事 V:恺撒时代(卢比孔之后)》,黄红杏译,三民书局1998年版,第374页。

[2] 在内战的风暴中,西塞罗因写作《反腓力辞》已得罪后三头之一的大军阀安东尼,并且如本书第94节所表明的,还得罪过恺撒,因此有性命之忧,故如此言。果然,次年他就被恺撒的前部将安东尼杀害了。

[3] 在第勒尼安(Tirreno)海边,是古希腊人的一个殖民地,其希腊文的名称为Elea,这里产生过著名的爱利亚学派。维利亚是该城市的拉丁文名称,现今犹存同名城市。

[4] 这是公元前44年的事情,西塞罗于是年7月19日到达维利亚,从这里上船去雷朱姆(Rhegium,现今的Reggio di Calabria——卡拉布里亚的雷焦),于7月27日到达,在这里把写成的本书寄给特雷巴求斯,并附信请求特雷巴求斯原谅其晦涩,西塞罗认为这是由论题的性质不可避免地引起的。

[5] 西塞罗在本书中未探讨判断问题。

[6] 西塞罗在自己的另一著作《论演说的分部》(De Partitione Oratio)中把地方定义为“隐藏论据之地”。在《论演说家》中把地方定义为“区域”、“源头”、“源泉”。

论据。

9. 但对论述对象的整体,人们使用定义,它去掉探究对象的几乎一切含糊之处,其论据以这样的程式表现:“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,^[1]对这种公平的认识是有用的,因此,市民法学是有用的。”

10. 此外,列举讨论对象的各部分以这样的方式进行:“如果某人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,不具备任何这些要件,因此他就不是自由人。”

在符号方面,论据从词的意义中推断出来:“法律命令有产者当有产者的保证人,命令有钱人当有钱人的保证人。”^[2]事实上,埃流斯说,^[3]“有产者”一词来自“偿付阿斯”的表达。^[4]

第三章

11. 人们从以某种方式与讨论对象相关的事情中提取论据,但这个属分为许多部分。事实上,我们把其中的有些称作同源词,有些称作属,有些称作种,有些称作类比,有些称作种差,有些称作对反,有些称作关联,有些称作前件,有些称作后件,有些称作相斥,有些称作原因,有些称作结果,有些称作较大、持平或较小的比较。

12. 来自同词根词的论据被说成是同源词,同词根的词是源于单一的词根而后有各种各样的变化的词,例如智者、智慧地、智慧。希腊人把这样的词的同源说成是 *suzugia*,^[5]由此有这种形式的论据:“如果有公共放牧地,就有共同放牧权。”

13. 从属这样推理:“由于所有银子都遗赠给了妻子,留在家里的所有银币要归入遗赠物,因为只要种保留属的名称,它就不与属分离。现在,银币保留了银子的名称,因此被认为要归入遗赠物。”

14. 从属的种(为了让词义更清楚,有时可把它称为部分)这样论证:“如果某男人遗赠给法比娅一笔金钱,条件是法比娅成为其家母并缔结夫权协议,如果她并未承受其夫权,不应对她做任何偿付。”事实上,妻子是属,在该属中有两个种:一个是家母(也就是承受夫权的种);另一个是仅被称为妻子的种。法比娅属于这后一个种,因此她不应得到

[1] 在《论演说家》中,西塞罗对市民法有类似的说明:“……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。”参见王焕生的中译本,中国政法大学出版社2003年版,第133页。

[2] 这是对《埃利亚·申济亚法》之一项规定的转述。

[3] 全名为埃流斯·佩都斯·卡图斯(Aelius Paetus Catus),传说中最早的罗马法学家之一,著有《三分》(Tripertita),其第一部分是《十二表法》,第二部分是法学家对《十二表法》的解释,第三部分是法律诉讼。

[4] 有产者的拉丁文是 *assiduos*,由 *ass*(钱币名)和 *do*(给予)构成。

[5] 古希腊文 *suzugia*,意思是“词的相互联系”。

遗赠。

15. 以这种方式从类比论证：“如果其用益权被遗赠的房屋崩坏或变得有缺陷，继承人无重建或修复它的义务，完全如同一个其用益权被遗赠的奴隶死亡时继承人无义务交付他一样。”

16. 以这种方式从种差论证：“如果丈夫遗赠给其妻子他所有的全部银币，显然此等遗赠并不必然包括债权，因为家中箱子里的银币与账上（贷出）的银币很不同”。

17. 从对反如此论证：“丈夫把自己的全部财产的用益权遗赠给妻子，财产中包括整个的酒窖和油窖，妻子不应认为酒和油属于她，因为她只被遗赠了使用权，并未被遗赠处分权（这两个概念是对反的）。”^{〔1〕}

第四章

18. 从关联这样论证：“如果未受人格减等的妇女订立遗嘱，^{〔2〕}似乎不应根据裁判官告示授予根据遗嘱的遗产占有。”^{〔3〕}事实上，与此关联的似乎有根据告示授予根据奴隶的、离弃祖国者的和少年人的遗嘱对遗产的占有。^{〔4〕}

19. 从前件、后件和相斥这样论证。从前件：“如果因丈夫的过错离婚，虽然是妻子提出的离婚声明，她的任何嫁资物都不必留给丈夫作抚养子女之用。”

20. 从后件：“如果一个妇女与一个无通婚权的人结了婚，然后提出离婚声明，由于从该结合所出的子女不处在家父权下，她的任何嫁资物都不必留给丈夫作抚养子女之用。”^{〔5〕}

21. 从相斥：“如果家父遗赠给妻子对女奴的用益权，该遗赠由儿子承担而非由其补充继承人承担，儿子死后，妻子并不丧失此等遗赠，因为一旦通过遗嘱把某物给了某人，不得违背受遗赠人的意志剥夺此等物。”因为正当地收受与违背意志的剥夺是相斥的。

22. 从产生结果的原因这样论证：“所有的人都有权正对着界墙搭建一堵实心墙或镂空墙，但在拆除界墙时提出了潜在损害担保的人，无义务赔偿因镂空墙的缺陷导致的损害。”因为损害并非由于拆除界墙的施工缺陷，而是因为此等建筑物被造得不能自我支撑。

23. 从结果之事以如下方式论证：“如果某女从属于夫权，属于她的一切都以嫁资的

〔1〕 原文为“滥用”权。

〔2〕 这里的人格减等应指人格小减等的一种，即从自权人变为他权人，妇女结婚导致这种结果。所以，这里谈到的妇女若不结婚，就无遗嘱能力。

〔3〕 因为未受人格小减等的妇女经监护人同意可以立遗嘱，此等遗嘱有效，其中指定的继承人就不必根据遗嘱占有遗产了。

〔4〕 即长期私自离弃自己国家的罗马市民，他们长期生活在境外的事实构成丧失市民权的原因，但这种后果可以因复境权终止。

〔5〕 因为这种结合相当于事实婚，不产生婚姻的任何效力，包括对子女的效力。

名义成为丈夫的。”

从比较以如下方式取得有效的论证:凡对较大的事情有效的,也该对较小的事情有效,例如,如果不在城里确定地界,城里的水就排不出来。^[1]与此相似又相反的是,凡对较小的事情有效的,也该对较大的事情有效,只要把刚才举的例子反过来就可以说明此点。同样,凡对一个事情有效的,也该对与它类似的事情有效,例如,“土地的时效取得和追夺担保为期2年”。^[2]这一规定也适用于房子。该法中未提到房子,^[3]但提到了其他的物件的时效取得为期1年。^[4]要求对同样性质的案件规定同样权利的衡平发挥了影响,(房子才也适用2年的取得时效)。

24. 从外部取得的论据多是从权威提取的。所以,希腊人把这样的论证叫做非技艺的(atechnous),也就是说与(修辞)技艺无干的。例如你这样做一个解答:既然普布流斯·谢沃拉说,建筑物旁的空地是为遮蔽界墙而突出的屋顶下的土地,它保护此等建筑物不受从其自身屋顶流下来的雨水的冲刷,^[5]对你来说,这个说法相当于法。

25. 所以,通过刚才阐述这些地方,我给了你取得一切论据的工具,同时给了你某些论据的要素、标志和例示。说到这里难道够了吗?对如此敏锐和忙碌的你,我当然相信是足够了。

第五章

但由于我以文化会饮宴请的是一个饥饿的人,那么,与其容忍你未吃饱而走,我更愿多留下一些余食。

26. 所以,当上述任何一个地方呈现出其鳞爪时,我们要尽可能细心地探究它们。

首先我们来讲定义本身。定义是解释人们意图定义之物为何的话语。主要有两种,其一是说明存在之物的定义;其二是说明理解之物的定义。

27. 我说的可以视觉和触觉感知的事物,有如土地、房子、墙壁、檐滴、奴隶、动物、家

[1] “例如”后面的一句参照 Gaston François Marie de Caqueray 的法译文译出。Voire Gaston François Marie de Caqueray, *Explication des passages de droit privé contenus dans les oeuvres de Cicéron*, Durand, Paris, 1857, p. 44.

[2] 这是对《十二表法》第六表第3a条的前部内容的转述。

[3] 指《十二表法》第六表第3a条。

[4] 这是对《十二表法》第六表第3a条的后部内容的转述。

[5] 这个定义不可解。其中的“建筑物旁的空地是为遮蔽界墙而突出的屋顶下的土地”一语尚可解,它告诉我们,界墙上覆有瓦,构成其“突出的屋顶”,此等屋顶下面的土地即为“建筑物旁的空地”。但后面的话就不可解了。上述空地又如何能“保护此等建筑物不受从其自身屋顶流下来的雨水的冲刷”?美国著名罗马法学家艾伦·沃森也认为这个定义在传抄中败坏了,它的内容非常荒谬,而且不可解,不能设想其中的屋顶、雨水和墙的关系。See John Crook, *The Property in the Roman Republic*, In *The Classical Review*, p. 361.

具、库存的食物等,有时你们必须定义这类物中的某些。

相反,我说的不存在的物是不能触摸或标识,而是可凭心灵看到并理解的物,如同你在定义取得时效、监护、族亲、血亲时要做的,所有这些事物都(几乎)无形体,但它们的我称之为观念的形体存在于或印留于我们的智力活动中。

在论证过程中,这些事物经常需要以定义解释。

28. 此外,定义有些是分部,有些是分种。分部,发生在把探讨的对象分解为部分的情形,例如某人说市民法是由法律、元老院决议、判例、法学家的权威、长官的告示、习俗和衡平构成的法。

而分种的定义以这种方式罗列待定义的属包含的一切种:要式移转物的转让是以要式买卖(Nexum)或拟诉弃权,^[1]使此等物在依市民法有能力这样做的人之间由一方交付给另一方。

第六章

还有其他种定义,它们与本书的写作目的无关。这里说明提出定义的方式就够了。

29. 在这方面,前人的教导是这样的:当你发现你打算定义的事物的品质与其他事物的品质相同时,你要继续寻找它专有、其他对象不可能有的特征。这样,“遗产是一种资金”,在这一步,特征还是相同的,因为有许多种资金。你要加上如下内容:“它是在某人死亡时移转给他人的……。”这还不是定义,因为人们即使不通过继承,仍可以许多方式得到死者的钱。^[2]你只要加上“依法”一句话,这样,事物看来就脱离了与其他事物共有的特征,于是,遗产的定义可以采用如下的表达:“遗产是在某人死亡之时依法移转给他人的资金。”这还不够,你加上“既不通过以遗嘱作出的遗赠,也不以占有的名义持有……”就成了。与此相类(的有如这个):“族亲是有共同的族名的人”是不够的。“他们是生来自由人的先祖的后代”,仍然不够。“其先祖没有人当过奴隶”,仍然不够。“此等祖先未承受过人格减等”,这也许就够了。事实上,我并不认为大祭司谢沃拉在这一定义上加了任何其他内容。^[3]

这一理由对两种定义——即关于存在之物的定义和关于理解之物的定义——都适用。

[1] Nexum 一词通常被翻译为要式现金借贷,根据俄国学者烈昂尼德·科凡诺夫教授的研究,它指私人间的合同。考虑到此处的谈论要式移转物的上下文,采取要式买卖的译法,因为它既是一种私人间的交易,又以要式移转物为客体。参见烈昂尼德·科凡诺夫:《罗马公法和现代俄罗斯法中的国家承包合同》,曾健龙译,未刊稿。

[2] 例如通过遗赠。

[3] 这个谢沃拉是普布流斯·穆丘斯·谢沃拉(Publius Mucius Scaevola)的儿子,曾担任公元前95年的执政官,著有《定义集》,西塞罗在这里给出的可能是他关于族亲的定义。