

# 优士丁尼罗马法中的公诉犯罪及其惩治

## ——优士丁尼《法学阶梯》中的“公诉”题评注

徐国栋

(厦门大学 法学院, 福建 厦门 361005)

**摘要:** 公诉是罗马刑法的重要部分, 它分为适用重刑的和不适用重刑两类。其特点是由各个单行的刑事法确定特定的罪名并处罚之, 但法学家的解释和其他法律渊源不断扩展每个罪名的涵盖范围, 达到罪无遗罚的目的。罗马公诉罪的特点是: 同罪依犯罪人的身份而异罚; 具有一定的迷信色彩。

**关键词:** 罗马刑法; 高贵者; 袋刑

中图分类号: DF904.1

文献标识码: A

文章编号: 1007-788X(2011)01-0029-09

以评注的方法对优士丁尼《法学阶梯》进行研究, 在 16、17、18 世纪的欧洲最为流行, 我以“御制法学阶梯”(Institutionum Imperialium)为关键词在哈佛大学图书馆藏书目录中寻找, 得知有 166 本拉丁文书的名称中包含这个关键词, 剔除重复的部分, 共有 73 种, 这一数字说明那个时代的欧洲法律人对于优士丁尼《法学阶梯》用力之巨。19 世纪进入了法典编纂时代, 此时尽管还有对优士丁尼《法学阶梯》的评注出现, 但人们的主要精力已花在制定法典并为其作评注上了。16、17、18 三个世纪贡献的《法学阶梯》评注当然是 19 世纪的法典编纂运动运用的主要材料。现在是 21 世纪, 我为古人对《法学阶梯》所作的大量评注感动, 并出于给读者原汁原味的罗马法, 力避现代性干扰的考虑, 也完成了一部自己的优士丁尼《法学阶梯》评注将由北京大学出版社出版。有感于《甘肃政法学院学报》之约, 现将其中较为精华的对第 4 卷第 18 题的评注单独投稿, 希望它有助于改善读者对罗马法中的公诉罪制度以及评注体著作的认识。

如下的评注, 前面以楷体排的部分是优士丁尼《法学阶梯》的一个片段的原文, 以宋体排的部分是我的评注。

I. 4, 18pr. 。公诉既不通过诉权提起, 也与朕已叙及的其他诉讼无任何相似之处, 它们在提起上和进行上大不相同。

本段讲何谓公诉。公诉针对古时由人民或其代表根据一个特别法或根据后来的元老院决议或法学家解释扩张了此等特别法的适用的渊源进行审判的犯罪, 此种犯罪与非常诉讼涉及的犯罪形成对立, 后者根据皇帝的敕令或习惯法受惩罚<sup>[1]698</sup> 公诉的特点是不通过诉权提起。按杰尔苏的说法, 诉权是通过审判要求获得自己应得之物的权利<sup>[2]</sup>, 所以诉权是私权, 其行使人只据以要求属于自己的物, 而不据以要求公物。那么, 公诉根据什么提起呢? 根据一个刑事特别法提起。这种体制与常设刑事法院制度有关。常设刑事法院不同于当代法院的特点是一法一罪、一罪一庭, 也就是说, 根据一个特别法确立一个罪名, 然后设立一个法院专门审判这种罪, 不同于现在的法院并非由一个专门的法律设立, 也并非只审判一种案件。第一个常设刑事法院设立于公元前 149 年, 是年颁布了《关于搜刮钱财罪的卡尔布尔纽斯法》(Lex Calpurnia de pecuniis repetundis), 该法设立了审理搜刮钱财罪的常设刑事法庭取代了过去的人民审判(Iudicium populi)。

本题讲罗马刑法, 盖尤斯的《法学阶梯》不包括这方面的内容, 是优士丁尼增加的公法制度, 目的据说是为了加强皇权, 因此, 本题的存在影响了本书的纯粹私法性。但本题的内容并不包括全部罗马刑法, 只包括共和末期、帝政初期非常刑事法院适用的刑法, 其他刑法还有裁判官刑法, 例如其制裁侵害坟墓罪的刑法, 还有在非常刑事诉讼中运用的刑法, 例如惩罚公共浴室盗窃罪、职务上背信罪、劫掠牲畜罪、强盗罪的刑法。

收稿日期: 2010-10-18

作者简介: 徐国栋(1961-), 男, 湖南益阳人, 厦门大学教授、博士生导师, 主要研究方向为罗马法和民法基础理论。

I. 4, 18, 1. 它们被说成是公的, 因为通常赋予人民中的任何一员提起它们的权利。

本段讲“人民”一词与“公”一词的联系。在罗马共和时期, 公诉指归人民审判的案件, 它们不属于民事诉讼, 也不属于刑事控告。后来, 这一术语被扩用于指称常设刑事法院的法官审判的刑事诉讼。所谓人民审判, 就是在民众大会上进行的审判, 可以为此等审判的民众大会有百人团会议和部落会议, 前者负责重案之审理, 后者负责较轻之案件的审理。既不由人民本身, 也不由其代表审理的案件, 称为非常审理案件, 它们是些没有专门法律规定和法学家解释涵盖的案件<sup>[3]29</sup>。例如以魔法害人案件、遗弃配偶的案件等。非常审理程序先是与常设刑事法院程序并行, 但后来取而代之。它以纠问原则取代了人民控告原则<sup>[4]</sup>, 加强了元首对于审判过程的干预, 并解决了常设刑事法院制度的一些缺陷, 例如, 一个人不能在同一个法院控告犯下多项罪行的人, 同一个法院不能在确定某人应受的刑罚时对其多项罪行的后果进行总合考量<sup>[5]</sup>等。在优士丁尼组织编订《法学阶梯》时, 东罗马帝国已实行非常审理制度, 而《法学阶梯》为何要向学生传授常设刑事法院时期的刑法制度呢? 此乃因为常设刑事法院时期的罗马刑法在优士丁尼时期仍继续有效, 不过已被通过元老院决议和皇帝立法作了许多变通和补充, 它们因此仍然可被当作现行法讲授。故优士丁尼不全面讲罗马刑法, 而只讲常设刑事法院运用的刑法。那么, 在过去的体制中, 人民中的任何一员如何提起公诉呢? 遵循如下程序: 首先确定审判的期日、要提出的控告及其求刑, 在这一阶段, 长官作为人民的代表在场, 保民官、营造官或财务官担任控告人。其次是在人民大会面前举行的调查性的审理。最后, 在长官宣告判决后, 受判处者可以提出对人民的申诉<sup>[6]14</sup>。

I. 4, 18, 2. 在公诉中, 有些是适用重刑的; 有些则是不适用重刑的。朕把引起极刑或禁绝水火、放逐或矿坑苦役的, 叫作适用重刑的公诉; 其他判处破廉耻和罚金的, 确实是公诉, 但不是适用重刑的公诉。

本段根据刑罚的轻重对公诉进行分类。分为适用重刑的公诉和不适用重刑的公诉。那么, 什么是重刑? 死刑、禁绝水火或放逐、矿坑苦役属此。死刑是剥夺生命之刑, 到优士丁尼时代以斩首的方式执行, 这与重刑的描述(Capitale, 该词的词根是头颅)吻合; 禁绝水火或放逐是对死刑的替代, 等于剥夺市民权; 矿坑苦役是剥夺自由权充当国家公奴。由此可见, 所谓重刑, 除了剥夺生命刑外, 都是剥夺公法上的身份之刑。破廉耻和罚金不剥夺公法上的身份, 前者不过减损受判处者私法上的名誉身份, 后者不过剥夺受判处者的部分财产, 故不属于重刑。

本段似乎罗列了当时罗马刑法上不少刑罚类型, 有处死、禁绝水火、放逐、矿坑苦役、破廉耻、罚金, 但这一列举并不完全, 例如未提及监禁刑。

I. 4, 18, 3. 事实上, 公诉有这些: 《关于国事罪的优流斯法》扩展其效力于做了某些反对皇帝或国家之事的人, 其刑罚是承受丧失生命, 在犯罪人死后, 也判处取消他所做的所有事情的记录。

本段讲公诉罪之一: 国事罪, 它由《关于国事罪的优流斯法》确立, 这是恺撒于公元前 8 年颁布的一项法律。国事罪是针对罗马人民或其安全的犯罪, 有如下列: 没有元首的命令杀死人质、武装聚会占据要地或神庙、为叛乱目的聚会、杀害或教唆杀害罗马人民的长官, 给敌人通风报信、煽动兵变等<sup>[7]45</sup>。但后来纳入国事罪的罪名不断扩展, 以致于包括了毁坏皇帝雕像或肖像的行为。

在本段中, 有“《关于国事罪的优流斯法》扩展其效力于做了某些反对皇帝或国家之事的人”之语, 这证明制定于共和时期的《关于国事罪的优流斯法》本来不是保卫皇帝或国事的, 而是保护罗马人民的“伟大”(Maiestas)的, 到了帝政时期, 它从保护人民的伟大扩展到保护皇帝的伟大, 此时, 皇帝被视为人民的代表, 保卫他的伟大就是保卫人民的伟大。

本段涉及的死刑, 原文是“丧失气息”。在《关于国事罪的优流斯法》颁布之前, 对于国事犯适用死刑, 但该法用禁绝水火取代死刑, 以实现少杀方针。但提贝流斯皇帝登位后, 恢复对国事犯适用死刑, 执行方式是投放野兽<sup>[1]701</sup>。这是一说, 另一说认为《关于国事罪的优流斯法》对国事罪的处罚还是死刑<sup>[8]</sup>。

国事罪的附加刑是“取消所做的所有事情的记录”, 即记录抹煞刑(Damnatio memoriae), 又称死后社会唾弃(Ignominia post mortem)或除忆诅咒, 是课加给被判死刑并被处决者的名誉刑, 只适用于国事罪。被判处者的名字要从有关文件和纪念碑中取消。其所为之遗嘱和死因赠予失效。记录抹煞刑也适用于皇帝, 由元老院决定课加给哪个皇帝, 由此形成对皇帝权力的一定制约。记录抹煞刑适用于皇帝的效果是: 1. 破坏被裁决有罪的皇帝的所有肖像和雕像, 但刻在货币上的除外。罗马人的货币上通常有皇帝的浮雕标准像, 如果

因皇帝犯罪去掉货币上的此等浮雕像,由于货币数量过大,难以操作,故钱币上的皇帝像以例外论;2. 从所有官方记录、碑文上消去被处罚者的名字,这样就造成某些碑文中的部分被挖掉的现象;3. 剥夺该皇帝的后代子孙以大元帅(Imperatore)为个人名的权利;4. 该皇帝在任内制定的暂定措施法案(即未等待元老院通过便颁布的敕令)全部废除<sup>①</sup>。此等刑罚有如下适用例。其一,尼禄(37—68),54年登上帝位,实行暴政,引发暴动,自杀身亡,死后受记录抹煞刑;其二,图密善(51—96)于81年登上皇帝大位,实行恐怖统治,遇刺而死。元老院决定,其名字不得再出现在文件上,他的肖像也不得保留,去掉刻在石头上的他的名字,捣毁其雕像<sup>[9]</sup>;其三,康茂德(161—192),180年即位,被谋杀,元老院判处其记录抹煞刑。但后任皇帝有权取消元老院对其前任皇帝处以的记录抹煞刑。

I. 4, 18, 4. 同样,《关于惩治通奸的优流斯法》不仅以剑惩罚亵渎他人婚姻者,而且惩罚敢于对男性发泄不合人情之肉欲者。但也根据上述《优流斯法》惩罚淫乱的无耻之徒,即不以暴力地玷污诚实生活的处女或寡妇的人。事实上,该法对罪犯判处的刑罚是:如果他们出身高贵,没收一半财产;如果他们是卑贱之人,监禁后放逐。

本段讲公诉罪之二:通奸罪及其类似的犯罪(或曰不当性行为罪)。它由公元前18年由奥古斯都提议制定的《关于惩治通奸的优流斯法》确立。该法第一次把通奸列入公诉犯罪的类型,也就是说,此前对于通奸,只有受害者有控告权。尽管如此,通奸罪第一位的控告人还是妇女的丈夫和父亲,在60天内他们未控告的,其他人才可以控告<sup>[3]98</sup>。这就说明公诉中的“公”是有限度的。该法兼理通奸和奸淫,前者的对象是已婚妇女,后者的对象是处女或寡妇<sup>[7]61</sup>。而且该法兼理异性奸和同性奸,前者针对女性,后者针对男性,本段说这是不合人情的肉欲的表现。假设的犯罪人都是男性,似乎古罗马未如今天,发生了女性奸淫男性问题。

本段告诉我们,通奸罪的刑罚依犯罪人的身份而不同。对高贵者,没收一半财产;对于卑贱者,鞭打后放逐。此处的监禁并非一种独立刑罚,而是长官为了迫使人们遵循其命令可采取的强制措施,属于行政处罚,有监禁、罚款、要求具保、逐出罗马等类型。本段中的“监禁”的拉丁原文是 Coercitio corporis,是身体强制之意,应理解为监禁。

“高贵者”约等于“有品级者”,即由国家严格界定的社会集团。第一个集团是元老阶级,由元老本身及其家人外加元老直系三亲等以内的后裔构成。成为这一阶级的成员至少要有100万赛斯退斯的财产。另外必须出生高贵、品行良好;第二个集团是骑士阶级,这一阶级的要求比元老阶级稍低:他们的祖父和父母必须不曾为奴隶,必须有40万赛斯退斯的财产;第三个集团是库里亚阶级,其多数是地方政府官员,通常被称为地方议会议员,必须有10万赛斯退斯的财产。卑贱者就是靠自己的劳动为生的人<sup>[10]</sup>,但不是奴隶。

高贵者和卑贱者的区分始于2世纪,阿德里亚努斯皇帝开其端,皮尤斯皇帝继之。由此开创了罗马帝国同罪异罚的刑法体制,大约有4/5的犯罪依犯罪人的身份定刑罚<sup>[1]115</sup>,由此破坏了常设刑事法院时期有过的法律面前人人平等原则。而且,两种不同身份的人的待遇差别不仅体现在刑罚上,而且也体现在羁押、控告、审判程序等方面<sup>[11]</sup>。

I. 4, 18, 5. 还有《关于杀人的科尔内流斯法》,杀人者是以复仇之剑力图杀人者,或以杀人为目的携带武器四处转悠者。事实上,“武器”一语,如同朕的盖尤斯留下的对《十二表法》的解释中所写的,确实通常用来称呼以弓发射的东西,但也指一切用手投掷的物体<sup>②</sup>,所以,由此推论,石头、木块、铁块也包括在这一名称内。这一名词来自投向远处的物体,是根据希腊词“从远处”创造的,朕还可以找到一个具有这一意思的希腊名词,因为我们叫作 Telum<sup>③</sup>的东西,他们叫作“投掷物”、“从远处投掷”。这是色诺芬<sup>④</sup>提醒我们的。因为

<sup>①</sup> See Adolf Berger, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, The American Philosophical Society, Philadelphia, 1991, p. 423. 也参见[日]盐野七生著,郑维欣译:《罗马人的故事 VIII:危机与克服》,三民书局2002年版,第287页及以次。

<sup>②</sup> 参见盖尤斯:《十二表法评注》第1卷,见D. 50.16.233,2.

<sup>③</sup> 拉丁文,意为“所有的投掷武器”(包括长矛、标枪、箭等)、“武器”。

<sup>④</sup> 色诺芬(Xenophon),约公元前430—约公元前355或354年人,古希腊历史学家、作家,雅典人,苏格拉底的弟子,斯巴达制度的崇拜者。公元前410年率希腊万人军助居鲁士二世争夺波斯王位,无结果。公元前396年弃雅典而投斯巴达。著有《雅典的收入》、《经济论》、《长征记》、《希腊史》(修昔底得《伯罗奔尼撒战争史》之续编,叙事始于公元前411年)、《师门回忆录》、《苏格拉底的辩护》、《拉切德莫尼的政制》、《阿格西劳传》、《居鲁士的教育》等。

他这样写道：“他们一齐遭到投掷武器的袭击：矛、标枪、投掷器的子弹和大量的石块”<sup>①</sup>。Sicarius 的名称来源于 Sica，它指铁刀。上述法律也判处投毒者——他们以可憎的手段：投毒或以咒语魔法杀人——或公开出售毒药者以死刑。

本段讲公诉罪之三：杀人罪。它由公元前 81 年由苏拉提议制定的《关于惩治杀人和投毒的科尔内流斯法》确立。本段去掉了该法律名称中关于投毒的部分，但在内容上仍包括之。因此，本段只规制一定方式的杀人罪，包括使用武器、投毒的方式。之所以如此，乃因为还有其他法律规制以其他方式实施的杀人。

本段中的杀人罪根据杀人工具分类，大别为两种：以武器杀人和投毒杀人。

“武器”在本段中是一个人为的范畴，并非指军人使用的杀敌器具，而是指一切硬质的可致人死亡的东西，包括投掷性的和非投掷性的两类，前者的类型很多，后者只有一个类型，那就是铁刀，它不用投掷也可刺穿人的身体夺其性命。强调武器的投掷属性，反映了地中海地区的习惯以标枪、弓箭杀敌的战争传统。

“投毒”在本段中也是一个人人为的范畴，除了包括本意上的投毒外，还包括用咒语魔法杀人，以及出售毒药两种扩张意义上的投毒行为。之所以如此，乃因为希腊文化的影响，因为《关于惩治杀人和投毒的科尔内流斯法》中的 Venen 一词相当于希腊文中的 Farekon，它指草、麻药（有益的或有害的）、药、施魔法用的方剂、春药、符咒、咒语、魔咒、毒药、生产某物的工具、染料、颜料或颜色<sup>[12]272</sup>。所以，本段涉及的“毒药”的含义比中文中的毒药的含意要广得多，至少各种各样的咒是不包含在中文的毒药的含意之中的。按这种宽泛的毒药理解，毒药问题与魔法问题相关。

镇压以咒语魔法害人者是从《十二表法》开始的传统，该法第八表第 1 条就规定了对以咒语致人损害者的处罚<sup>[12]286</sup>。确定这一罪名是古人相信言辞的力量哲学的产物，这种哲学到了公元前 81 年竟然依然存活，颇为令人惊叹。不过，现代刑法中已不见这种罪名了。

本段规定的杀人罪的刑罚是放逐和没收全部财产，但后来改为死刑，身份特别高的人除外<sup>[7]145</sup>。

I. 4, 18, 6。接下来，另一被称之为《关于杀亲的庞培法》的法律以新刑罚惩治一种极严重的犯罪，它规定：如果某人加速其尊亲、子女或任何与他有这样的关系，以致于其被杀要包括在所谓的“杀亲”之范围内的人的死亡，不论他是秘密地还是敢于公开地这样做；以及以其恶意诈欺促成这样做的、或以犯罪的同谋犯出现的人，就算是家外人，要受到弑亲的刑罚，他要承受的不是剑，不是火，也不是任何通常的刑罚，而是被缝在一个装有狗、公鸡、毒蛇、猿猴的口袋中，被包在他的这个致命的隘口里，根据当地提供的特性，被扔进附近的海中或河流中，这样，在他生时就开始剥夺对要素<sup>②</sup>的使用，而令他活着时被剥夺天空，死时被剥夺土地。但如果某人杀害其他有血亲或姻亲关系的人，则承受《关于杀人的科尔内流斯法》的刑罚。

本段讲公诉罪之四：杀亲罪。它由公元前 55 年由庞培提议制定的《关于杀亲罪的庞培法》确立，实际上，它是在《关于惩治杀人和投毒的科尔内流斯法》基础上确立的一个特别法，适用于亲属之间的杀人。现代刑法并不分别规定亲属间的杀人和非亲属间的杀人，中国古代法有此区分，子女弑亲为恶逆，从重处罚；尊长杀子女则从轻处罚，对无亲属关系的人之间的杀人则按另外的规则处理<sup>[13]</sup>。由此可见，罗马法与中国古代法在规制亲属间的杀人问题上具有一定的共性。说“一定”，乃因为中国古法在调整亲属相杀事项时分尊卑定刑罚，如前所述，“卑”杀“尊”刑重，“尊”杀“卑”刑轻，体现了“尊”“卑”不平等原则，而《关于杀亲罪的庞培法》不论是“卑”杀“尊”还是“尊”杀“卑”，一律适用袋刑，体现了“尊”“卑”平等原则。这点倒具有现代刑法的精神。尤其重要的是，一定情形下的“尊”杀“卑”也要承受袋刑，这个“一定情形”就是母亲杀子女，祖父杀孙子，显然，家父杀儿子不构成杀亲，所以，本段尚未否定家父对子女的杀害权。从司法实践来看，“卑”杀“尊”的情形恐怕要多一些，因为按罗马法，家子只要未被解放，即使当了爷爷也在经济上无能力，他们由于债务压迫，出于对将来的不确定恐惧，往往杀害家父，以便开始继承其遗产，有时用毒药，有时雇佣杀手这样做<sup>[14]</sup>。

需要说明的是，本段在扩张的意义上调整亲属相杀。亲属本人相杀的，诚然属于这一罪名。亲属自己不

<sup>①</sup> 见《长征记》5, 2, 14, 中译文乃从 Enzo Nardi 的优士丁尼《法学阶梯》的意大利文译本译出。另外的中译文可参见崔金戎翻译的色诺芬的《长征记》，商务印书馆 1985 年版，第 118 页。

<sup>②</sup> “要素”，为古希腊哲学用语，包括土、水、气、火 4 种，它们是为人类生活必需的世界的基本构成分子。但显然可见，由于袋刑要在水里实施，它不包括对水这种要素的剥夺，甚至也未提到对火的要素的剥夺。

动手,雇凶杀亲的;亲属自己也动手,但请人帮忙的,被雇者和同谋者也要承担杀亲罪的责任。这样,只要杀意出自亲属,杀行不论由谁执行,都属于亲属相杀。

本段中的“亲”也是一个人为的概念,除了自然意义上的亲属,例如直系二亲等内的尊亲和旁系三亲等血亲、直系一亲等的姻亲、直系一亲等的“继亲”,还包括恩主<sup>[7]156</sup>,这种包括也许就是因为罗马人把主奴关系看作亲属关系,解放自由人与恩主的关系也是如此。当然,这种包括旨在维持解放自由人和恩主之间的团结关系,对两者都有利,如果恩主杀自己的解放自由人,也是要受到杀亲罪的制裁的。对逸出上述亲等范围的亲属的杀害仍适用前述《关于杀人的科尔内流斯法》。

对杀亲罪的处罚是袋刑。请注意,《关于杀亲罪的庞培法》确定的袋刑与本段描述的袋刑不一样,并不使用动物或只使用毒蛇,其方法是在定罪后把受刑人的头围上狼皮,在其脚底绑上木鞋底,用血红色的木棒或特别灌木做成的棍棒殴打后被绑入袋中,被黑公牛拉入大海或最近的河流<sup>[15]121</sup>。袋刑后来被废除,克劳丢斯(Claudius)皇帝恢复之。阿德里亚努斯皇帝更改之。在保罗的时代,袋刑已过时,被火刑和投放野兽刑取代。最终君士坦丁皇帝(Constantine)于318年以敕令恢复了本段详细描述其执行方法的袋刑。到了《巴西尔法律全书》的时代,袋刑又被废除,被火刑取代<sup>[15]125</sup>。

请注意,这种袋刑中与犯人相伴的动物的类别形成是一个经验的过程。毒蛇是《关于杀亲罪的庞培法》引入的,因为毒蛇是地府的象征;猴子是克劳丢斯皇帝引入的,因为猴子通常被看作人类的漫画版,引入它是为了说明受刑人的所为不自然且无人性;狗和公鸡是君士坦丁皇帝于318年引入的,因为狗在东方的闪米特族裔的基督教徒心目中,是不洁的象征;而公鸡是异教的神以西丝(Isis,古埃及宗教中管生殖的女神)的象征。这些动物被纳入袋中的意义是带走犯罪带来的污染。古人相信,把体现罪的动物除掉了,罪也被清除了<sup>[15]126</sup>。袋刑的意义在于使受刑人通过脱离空气和阳光以及水和土与世界隔绝,因为他杀死了生他养他的人,因此要剥夺他的生命之本。把他放在袋里,是怕他让野兽更凶恶,同时避免污染江河湖海、土地,而让他在风浪中颠簸,永远得不到净化。最后被冲到岸边撞击岩石,死后也永远不得安宁<sup>[16]</sup>。但这样的刑罚让好几个珍稀动物为一个罪人陪葬,非常昂贵,而且颇有虐待动物的色彩。

I. 4, 18, 7。同样,也被称作遗嘱法的《关于伪造的科尔内流斯法》,判处刑罚于虚假地书写、盖章、朗读、展示遗嘱或其他文件的人;或在明知的情况下,以恶意诈欺制造、雕刻或盖用假印章的人。该法对奴隶的刑罚是极刑,如同关于杀人和投毒的法律也规定的;但对自由人的刑罚是放逐。

本段讲公诉罪之五:伪造罪。它由公元前81年苏拉提议制定的《关于伪造的科尔内流斯法》确立,其第一章惩治伪造遗嘱罪,主要针对在为他人代书遗嘱时书写有利于自己的条款的行为;其第二章惩治伪造货币罪<sup>[17]36</sup>。后来,《关于伪造的科尔内流斯法》受到元老院决议、皇帝敕令和法学家解释的不断扩张,调整越来越广泛的涉伪犯罪。这样的“守住原点,不断扩大”的方法恰恰是罗马刑法的发展路径。在苏拉版本的《关于伪造的科尔内流斯法》中,无对伪造印章者的处理,此罪肯定是后来的立法者纳入的,在本段中,它却被优士丁尼与伪造遗嘱并列,作为《关于伪造的科尔内流斯法》的重要内容之一谈论。相反,苏拉版本着意处理的伪造货币罪倒被淡化了。这是很有意思的一个变故。

后世立法者从苏拉版本的伪造罪出发所做的添加,大多脱不了一个“伪”字,例如伪证(D. 48, 10, 1, pr.),做假账(D. 48, 10, 1, 4),使用假名假姓(D. 48, 13pr.),伪造文书的蜡封(D. 48, 16, 1),虚假分娩(D. 48, 19, 1),诈称自己是军人使用非法的徽章或虚假的文书旅行(D. 48, 10, 27, 2),篡改公布的告示(D. 48, 10, 32pr.),伪造衡器(D. 48, 10, 32, 1),伪造敕令(D. 48, 10, 33),除了“伪”的共性,这些罪名之间的差别够大的,它们有的触及私人利益,有的触及公共利益:有的涉及经济,有的涉及政治,但都被一个“伪”字罩在一起。但也有些新增的罪名与“伪”字无关,例如收钱为人辩护(D. 48, 10, 1),法官不适用皇帝敕令(D. 48, 10, 3),开启活人遗嘱(D. 48, 10, 5),把保管的他人文书泄露其他人(D. 48, 10, 6),一物二卖((D. 48, 10, 21)等。

《关于伪造的科尔内流斯法》对犯罪人依身份定刑罚。奴隶犯此罪的,处死刑;自由人犯此罪的,放逐之。如前所述,奴隶不在卑贱者的范畴内,所以,本段似乎遗漏卑贱者犯伪造罪的刑罚。

最后要说的是,伪造罪并非完全的公诉罪,对于虚假分娩的情形,并非人人可诉,只有父母的关系人可诉(D. 48, 10, 30, 1)。

I. 4, 18, 8。同样,制定了《关于公共暴力和私人暴力的优流斯法》对抗实施武装的或非武装的暴力的人。

但如果某人确实被证明实施了武装的暴力,《关于公共暴力的优流斯法》判处他放逐之刑。但如果非武装的暴力,他遭受没收 1/3 的财产。但是,如果以暴力以强奸为目的绑架处女、寡妇、修女或任何其他妇女,那么,不论是罪犯还是对这种无耻罪行提供协助者,依据朕的敕令<sup>①</sup>的规定,处他们以死刑,通过阅读一敕令可更明确地了解这一问题。

本段讲公诉罪之六:暴力罪。它是奥古斯都在一个不详的年份提议制定的《关于公共暴力的优流斯法》和《关于私人暴力的优流斯法》确立的。尽管本段的前部把这两个法律合称为《关于公共暴力的优流斯法》,这可能是出于方便。稍后,本段就提到了《关于公共暴力的优流斯法》的单独存在。而且,在《学说汇纂》中,对这个两个法是分别评注的。

由于《关于公共暴力和私人暴力的优流斯法》制定后不断有其他法律渊源把新的罪名补充进来,造成了混杂,以致于导致区分公共暴力和私人暴力的困难。按通常的理解,公共暴力是国家机关对私人不当运用的暴力<sup>②</sup>,即所谓纵向的暴力,例如剥夺市民上诉权的行为(D. 48,6,7),不当羁押被告的行为(D. 48,6,8),非法征收新税的行为(D. 48,6,12);私人暴力指私人之间互相不当运用的暴力,即横向的暴力。如果这一理解为真,则《关于公共暴力和私人暴力的优流斯法》的宪政色彩很浓,它对国家权力的约束表现出现代行政法的特征。但也有人认为侵害国家利益的暴力是公共暴力,侵害私人利益的暴力是私人暴力<sup>[19]</sup>。无论如何,500多年后的优士丁尼似乎不愿接受公共暴力是国家暴力的限权观点,遂把公共暴力解释成武装的暴力,把私人暴力解释成非武装的暴力,这恐怕是一种篡改,因为在解释《关于私人暴力的优流斯法》的《学说汇纂》第 48 卷第 7 题中,明确涉及到使用暴力的案型,例如,在船难时进行抢劫,对水手使用了暴力的情形(D. 48,7,1,2),以鞭或棒殴打他人(D. 48,7,2)的情形。

公共暴力的类型除以上列举之外,还包括在自己的住处收藏武器、建立武装团伙、在公众场合携带武器、暴力夺取不动产或船舶、在火灾时实施抢劫、干扰他人葬礼、妨碍司法等<sup>[19]</sup>。

私人暴力的类型如下:聚众攻击他人田庄并武装攫取财产、武装赶走房屋、农场或船舶的占有人、强奸男孩或妇女、强行拐带生来自由儿童、聚众暴力纵火、不法监禁<sup>[6]111</sup>。

《关于公共暴力和私人暴力的优流斯法》对公共暴力的实施者处放逐之刑;对私人暴力的实施者处没收 1/3 的财产之刑。但对强奸犯一律处死刑。既然大不了一个死字,区分被害人是处女还是寡妇,是俗人还是修女,就没有什么意义了。从本来的意义上,强奸处女和修女应该比强奸其他妇女罪重从而获得更重之罚的。这就是死刑的局限之所在。值得注意的是,在优士丁尼时代的基督教背景下,法律中出现了作为强奸被害人的修女,她们应是特别受保护的對象。

I. 4,18,9.《关于贪污罪的优流斯法》惩罚偷窃金钱、公物、神用物或安魂物的人<sup>③</sup>。但如果法官本人确实在其任职期间贪污公款,处以死刑之罚。不仅他们,而且对这种行为提供帮助的人,或明知金钱为贪污的仍接受的人,也处以死刑。但对触犯这一法律的其他人,处以放逐之刑。

本段讲公诉罪之七:贪污罪。它由公元前 8 年奥古斯都提议制定的《关于贪污、渎圣以及截留的优流斯法》确立,处罚接受用于圣事、宗教祭祀或公共活动的钱款的人的私吞、挪用行为,以及降低公共的金银铜的成色的行为<sup>[7]209</sup>。本段略称此罪为贪污,并略称确立此罪的法律名为《关于贪污罪的优流斯法》,实际上,此罪的全称是贪污、渎圣和截留,与此相应,确立此罪的法律的全名是《关于贪污、渎圣以及截留的优流斯法》。所谓贪污,指盗用公共钱财的行为,行为人是公职人员还是私人,在所不问<sup>[20]</sup>。这一内涵导致把此罪叫作贪污罪显得牵强,因为按我国的刑法概念,贪污罪只有由公职人员实施。所谓渎圣,就是盗窃神庙中的财物的行为。所谓截留,就是为公共目的收受公款的人截留自用的行为,例如,指挥军队的将军不将军费全部用于战事而自用的行为。可以看出,《关于贪污、渎圣以及截留的优流斯法》确立的罪名圣俗兼涉。贪污和截留以世俗的公共钱财为对象;渎圣则以神法物为对象,所以,神庙中的财产表面上属于神法物,与人间烟火无关,

① 见 C. 9,13,1,533 年。

② Cfr. Bernardo Santalucia, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 198. See Jill Harries, *Law and Crime in the Roman World*, Cambridge, University Press, 2007, p. 110.

③ 参见 C. 9,28,1,415 年。

但罗马人在骨子里还是把它们看作公物的,在关键的时候甚至用这种财产赎回敌人手里的自己人,所以他们才把侵犯神庙财产的行为与侵犯公共财产的行为一并处理。

富有意味的是,贪污罪像罗马的其他罪名一样,经后来立法或法学家解释扩张其内容后,《关于贪污、渎圣以及截留的优流斯法》已不限于处置其名称中包括的3种犯罪行为,如同本段揭示的,它还处置盗窃安魂物的行为。我们知道,安魂物属于死人,在这里,安魂物被当作公共财产了。之所以如此处理,乃因为安魂物与神庙的财产具有共性,不过前者属于小神,后者属于更大的神而已。并且,这一罪名还处置降低公共的金银铜的成色的行为,这一规定针对的似乎是掌管国家货币发行的官员,他们降低货币的成色相当于现代的制造通货膨胀,实际上是掠夺使用此等货币的公众的财产,所以与贪污公共财产的行为具有共性。

本段专列法官在职期间贪污公款的行为,那么,法官何以能贪污公款?至少他们收取的0.65%的诉讼费可作为贪污的对象。有意思的是,对于法官贪污,对主犯(贪污的法官)、从犯(协助法官贪污的人)和牵连犯(明知法官的钱为贪污所得仍然收受的人)刑罚相同,且都是死刑,这表达了立法者对于公职犯贪污罪者的深恶痛绝。至于“其他人”犯这种罪,则只受放逐之刑,要轻得多。所谓的“其他人”,就是私人。

在谈罚则的部分,本段只谈了贪污罪的罚则,省略了谈渎圣和截留的罚则。实际上,前者的情节严重的,处死刑,执行的方法很残忍,有投放野兽、火刑、吊死等;情节轻微的,判处矿坑苦役。对于出身高贵者,则流放小岛<sup>[7]213</sup>。后者的罚则是3倍罚金并返还截留之款<sup>[7]211</sup>。

I. 4, 18, 10。《关于拐带人口罪的法比尤斯法》也在公诉的范围之内,有时根据神圣的敕令<sup>①</sup>处以死刑;有时处以较轻的刑罚。

本段讲公诉罪之八:贩卖拐带人口罪。它由公元前90年左右的执政官昆图斯·法比尤斯·拉贝奥(Quintus Fabius Labeo)提议<sup>[17]54</sup>制定的《关于拐带人口罪的法比尤斯法》确立,打击恶意隐藏、给予、出售或监禁生来自由或解放自由的罗马市民以及他人奴隶的行为<sup>[1]708</sup>。所以,本法规制两种行为。其一,拐带自由人的行为,在明知的情况下出卖或买受自由人的人都要受到该法的制裁,这种案型体现了该法保护自由身份的宗旨;其二,拐带他人奴隶的行为,这种案型体现了该法保护对奴隶的所有权的宗旨。这样,该法就把保护自由权和保护奴隶所有权两个矛盾的东西纳于一身了。

该法科加的为罚金刑,但在保罗的时代,根据神圣敕令的规定,对地位卑贱的犯罪人处矿坑苦役之刑或以十字架钉死。对身份高贵者,处以永久放逐之刑并没收一半财产<sup>[1]708</sup>。

I. 4, 18, 11。此外,《关于贿选的优流斯法》、《关于搜刮钱财罪的优流斯法》、《关于粮食供应的优流斯法》、《关于截留的优流斯法》,都在公诉的范围之内。它们涉及特定的方面,它们确实不处剥夺生命刑,而让违反了其指示者承受其他刑罚。

本段讲公诉罪之九:杂类,它们的共同点是对犯罪人不适用死刑。涵盖以下4罪。

其一是贿选罪。这是由公元前18年奥古斯都提议制定的《关于贿选的优流斯法》确立的罪名,打击以不正当手段拉票以获取公职的行为。罗马是一个民主的法治国家,各种公职人员概由选举产生,所以一年中选举不断,必须依法选举,遂有《关于贿选的优流斯法》之诞生。事实上,在该法之前有十几部同样目的的法律。它们都针对ambitus,该词的动词是ambire,意思是“四处走动”和“在选举中拉票”。贿选的方式多样,如采取迎合民众的口味换取选票,换言之,在政治活动中支持免除债务或支持分给穷人土地的法案;将军通过松懈纪律获得士兵支持;金钱贿赂;候选人穿白色的长袍出现于集市吸引民众的注意;宴请民众或为之提供角斗表演等<sup>[21]</sup>。由此可见,放纵贿选会腐蚀人心,让政治活动丧失原则,故必须严厉打击。到了帝政时期,由于政治体制的改变,罗马的选举有所减少,例如,提贝流斯皇帝把中央政府官员的产生由民会选举改为元老院选举甚至皇帝选择,导致《关于贿选的优流斯法》不再适用于罗马,但自治市的官员仍由选举产生,所以,《关于贿选的优流斯法》仍有适用空间。在自治市贿选层面上,对贿选者的处罚是100金币的罚金并宣告破廉耻<sup>[7]223</sup>。破廉耻意味着不再能成为任何选举的候选人,实际上剥夺了受刑人的被选举权,非常严厉,有“尔

<sup>①</sup> 《关于拐带人口罪的法比尤斯法》本来是独立于皇帝之敕令的,因此,从理论上说,有关的死刑只应根据该法,而不应根据“神圣的敕令”科处,但由于皇帝的敕令给《关于拐带人口罪的法比尤斯法》以扩张解释,因此出现了《关于拐带人口罪的法比尤斯法》规定的犯罪根据皇帝的敕令处刑的情况。同样的情况也发生在《关于惩治通奸的优流斯法》中。

既在此处跌倒,不再让尔来此处”的用意。

其二是搜刮钱财罪。这种罪早期是行省长官盘剥行省人民的行为,是一种跟罗马的政治体制有关的犯罪。共和时期,罗马的官吏都是无薪职,当官不光赚不到钱,而且还要贴自己的钱搞公共建设,举办娱乐活动取悦民众,往往落下巨大饥荒。但作为高级官吏的担任者,在一年的任期满后以外放当行省总督,他们自然把这种任职当作弥补自己的亏空的机会。行省有肥有瘦,元老院掌管卸任长官去什么行省任职之权,这种权力成为元老院控制在任长官行为的工具。为了取得好行省,这些长官行事自然要考虑元老院的态度。正因为这种犯罪以行省制度为前提条件,在公元前 242 年罗马建立自己的第一个行省西西里行省前,不存在这一罪名。而且,在第一个行省建立后,要么因为最初的行省总督操守良好,要么因为当时的行省居民没有勇气告卸任的行省总督的状,在 71 年内不曾发生搜刮钱财案件。直到公元前 171 年才发生第一个这样的案件。是年,西班牙行省的人民向罗马元老院控告好几任西班牙总督犯有搜刮钱财罪,元老院遂指定是年的西班牙总督建立法庭对此等控告进行调查<sup>[22]</sup>。不久后的公元前 149 年,颁布了《关于搜刮钱财的卡尔布尔纽斯法》(Lex Calpurnia de pecuniis repetundis)。该法设定了审理搜刮钱财罪的常设刑事法庭。规定由一位裁判官主持审判被控诉犯有此罪的人员。且该法规定只适用于行省地方官员,该法的刑罚仅仅是返还勒索的钱财。此后,公元前 123 年,颁布了《关于搜刮钱财的阿其流斯法》(Lex Acilia repetundarum),规定对于搜刮钱财的行为,不仅应当责令犯罪人返还非法所得,而且应当处以两倍的罚金。公元前 100 年通过了《关于搜刮钱财的塞尔维流斯·格劳恰法》(Lex Servilia Glaucia de repetundis),以两倍或 4 倍罚金或流放处罚搜刮钱财者。公元前 81 年,苏拉颁布了《关于搜刮钱财的科尔内流斯法》(Lex Cornelia de repetundis),以单倍罚金处罚搜刮钱财者。公元前 59 年,恺撒提议制定了《关于搜刮钱财罪的优流斯法》,以破廉耻和根据讼额估价之诉确定的罚金处罚搜刮钱财者。上述法律,除了少有的反复,对搜刮钱财者打击力度是不断加强的。不断就同一主题重复立法的现象也说明搜刮钱财的行为屡禁不止。放眼世界,不少统治者采取务实的立场,以高薪养廉,而罗马人采取理想主义的立场,无薪求廉,颇有缘木求鱼的味道。只有在有产阶级从政且他们精神境界很高的条件下,罗马人的路线才不会出问题,看来这一条件很难满足,因此罗马人的路线屡出问题。

显然,早期的搜刮钱财罪立法是罗马的涉外廉政立法,也是罗马人的涉外刑法,因为只有罗马和意大利是国家的本土,行省属于外邦或殖民地。但经过其他立法主体的补充,搜刮钱财罪立法逐渐褪去了其涉外色彩,演变为打击为钱财利用国家机器之行为的工具。此等行为有如:由于接受了钱财而作出判决或颁布法令<sup>[7]197</sup>;由于接受了钱财而作证或不作证、在元老院或其他公共议会表达观点、提出或不提出指控、任命特定的法官或仲裁人,等等<sup>[7]199</sup>。

其三是粮食犯罪。这是由公元前 18 年奥古斯都提议制定的《关于粮食供应的优流斯法》确立的罪名。从第一次布匿战争后,罗马放弃了意大利本土粮食自给自足的政策,因为此仗让罗马夺得了盛产麦子的西西里作为粮食供应基地,此后意大利的粮食长期依赖从西西里和非洲进口。取食于外的政策影响了粮食安全,风暴和海盗都会影响意大利的粮食供应,造成政治危机。所以,在恺撒时,就设立了专门的财务官保障意大利的粮食供应。到奥古斯都时代,设立了专门的供粮官负责同样的事务,赋予此等官吏对自己管辖范围内的事项刑事司法权,并颁布了《关于粮食供应的优流斯法》。该法打击采取某种行动抬高粮食价格的人、成立公司抬高粮食价格的人,以及故意截留船舶或水手拖延其行期的人,刑罚是 20 金币的罚金<sup>[7]205</sup>。不妨说,《关于粮食供应的优流斯法》是古罗马的经济刑法。

其四是截留罪。本题第 9 段已讲到截留罪是公元 8 年的《关于贪污、渎圣以及截留的优流斯法》确立的罪名,本段把这一罪名独立于贪污罪和渎圣罪规定,可能是上述奥古斯都的立法经过长期的适用,到了优士丁尼时代已被打散了,截留罪得到独立,它依据的法律也被弄得独立。截留罪主要是公职罪,处罚掌握公共财产的人将此等财产自用或不用的人。他们是出租国有财产的人、出售国有财产的人、负责免费分派食品给穷人的人,等等,都是一些公职人员,但为某一用途接受了公共财产却不使用的人可能是私人。对此罪的刑罚是 3 倍于非法所得的罚金<sup>[7]211</sup>。

I. 4, 18, 12。朕已就公诉作了这些论述,这样使你们有可能了解它们一二,差不多是个指南,你们对其余部分的更严谨的知识,可在上天的帮助下,从更广泛的《学说汇纂》或《潘得克吞》得到。

本段是结束语,介绍对公诉论述更全面的《学说汇纂》的有关部分,实际上是《学说汇纂》的第48卷。该卷薛军已译成了中文,大家可以参看。参看两个原始文献,也可发现一些本书说法与《学说汇纂》说法不一致的地方。例如,本书说伪造罪是公诉罪,但《学说汇纂》(D. 48, 10, 30, 1)告诉我们,伪造罪并非完全的公诉罪,其中的虚假分赃罪并非人人可诉,只有父母的关系人可诉。

#### 参考文献:

- [1] Véase Pedro Gómez de la Serna, D. Justiniani Institutionum Libri IV, Tomo II, Libreria de Sanchez, Madrid, 1856.
- [2] 黄风. 罗马法词典[M]. 北京:法律出版社,2002:4.
- [3] Jill Harries, Law and Crime in the Roman World, Cambridge, University Press, 2007.
- [4] Cfr. A. Burdese, Manuale di Diritto Pubblico Romano. UTET, Torino, 1975, pp. 255s.
- [5] Cfr. Mario Talamanca (sotto la direzione di), Lineamenti di Storia del Diritto Romano, Giuffrè, Milano, 1989, p. 456.
- [6] Jill Harries, Law and Crime in the Roman World, Cambridge, University Press, 2007.
- [7] [古罗马]优士丁尼. 学说汇纂:第48卷[M]. 薛军,译. 北京:中国政法大学出版社,2005.
- [8] Patrick Cumin, Manual of Civil Law or Examination in the Institutes of Justinian, London, 1854, p. 388.
- [9] Stephanie Lysyk, Purple Prose: Writing, Rhetoric and Property in the Justinian Corpus, In 10 Cardozo Stud. L. & Lit. 33.
- [10] Paul Brooks Duff, Who Rides the Beasts?: Prophetic Rivalry and the Rhetoric of Crisis in the Churches of the Apocalypse, Oxford University Press, Oxford, New York, 2001, pp. 18ss.
- [11] O. F. Robinson, Review: Humiliores and Honestiores, In The Classical Review, New Series, Vol. 42, No. 2 (1992), p. 349.
- [12] Clyder Pharr, The Interdictum of Magic in Roman Law, In Transactions and Proceedings of the American Philological Association, Vol. 63, (1932).
- [13] 钱大群, 钱元凯. 唐律论析[M]. 南京:南京大学出版社,1989:162.
- [14] Eva Cantarella, Fathers and Sons in Rome, In The Classical World, Vol. 96, No. 3 (Spring, 2003), p. 294.
- [15] Max Radin, The Lex Pompeia and the Poena Cullei, In The Journal of Roman Studies, Vol. 10 (1920).
- [16] [德]奥托·基弗. 罗马风化史[M]. 姜瑞璋,译. 大连:辽宁教育出版社,2000:92.
- [17] Véase Antonio de Puente y Franco, Historia de las leyes, plebiscitos y senadoconsultos mas notables desde la fundación de Roma hasta Justiniano, Libro Primo, Madrid, Vicente de Lalama, 1840.
- [18] Adole Berger, Encyclopedic Dictionary of Roman Law. Philadelphia: The American Philosophical Society, 1991, p. 768.
- [19] Cfr. Bernardo Santalucia, Diritto e processo penale nell'antica Roma, Giuffrè, Milano, 1998, p. 199.
- [20] William Smith, A Dictionary of Greek and Roman Antiquities, John Murray, London, 1875, p. 881.
- [21] 肖俊. 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[M]//徐国栋. 罗马法与现代民法:第7卷. 厦门:厦门大学出版社,2009:69.
- [22] David Daube, The Peregrine Praetor, In The Journal of Roman Studies, Vol. 41, Parts 1 and 2, (1951), p. 68.