

第一卷 VOL. 1

罗马政制史

STORIA DELLA
COSTITUZIONE ROMANA

[意] 弗朗切斯科·德·马尔蒂诺 著

薛军 译



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

第一卷 VOL. 1

罗马政制史

STORIA DELLA
COSTITUZIONE ROMANA

[意] 弗朗切斯科·德·马尔蒂诺 著

薛军译



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

北京市版权局著作权合同登记号 图字:01-2009-6226

图书在版编目(CIP)数据

罗马政制史(第一卷)/(意)马尔蒂诺著;薛军译.—北京:北京大学出版社,
2009.11

ISBN 978-7-301-16006-0

I. 罗… II. ①马… ②薛… III. 政治制度-历史-古罗马 IV. D754.69

中国版本图书馆CIP数据核字(2009)第186141号

书 名: 罗马政制史(第一卷)

著作责任者: [意] 弗朗切斯科·德·马尔蒂诺 著 薛军 译

责任编辑: 王建君

装帧设计: 沈仙卫

标准书号: ISBN 978-7-301-16006-0/D·2436

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.yandayuanzhao.com> 电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788

出版部 62754962

印 刷 者: 北京宏伟双华印刷有限公司

经 销 者: 新华书店

720毫米×1020毫米 16开本 25.25印张 448千字

2009年11月第1版 2009年11月第1次印刷

定 价: 45.00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 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

Con il contributo di

OSSERVATORIO SULLA CODIFICAZIONE
E SULLA FORMAZIONE DEL GIURISTA IN CINA
NEL QUADRO DEL SISTEMA GIURIDICO ROMANISTICO
II UNIVERSITÀ DI ROMA "TOR VERGATA"
"SAPIENZA" UNIVERSITÀ DI ROMA
UNIVERSITÀ DELLA CINA DI SCIENZE POLITICHE E GIURISPRUDENZA
DIPARTIMENTO IDENTITÀ CULTURALE-C. N. R.
diretto da Sandro Schipani

FRANCESCO DE MARTINO
STORIA DELLA COSTITUZIONE ROMANA
VOL. I, SECONDA EDIZIONE,
Casa Editrice Dr. Eugenio Jovene, Napoli, 1972

TRADUZIONE IN CINESE DI
XUE JUN
Università di Pechino

NOTA DI LETTURA DI
PIERANGELO CATALANO
"Sapienza" Università di Roma

弗朗切斯科·德·马尔蒂诺： 生平以及著述

桑德罗·斯奇巴尼(意大利罗马第一大学罗马法教授)

弗朗切斯科·德·马尔蒂诺(Francesco De Martino),1907年5月31日出生于意大利那不勒斯,2002年11月18日逝世,是20世纪最重要的罗马法学家之一,同时也是在意大利和欧洲具有重要影响的政治家。

德·马尔蒂诺在1933年以优异的成绩毕业于那不勒斯大学法律系,毕业论文是关于诉讼管辖权的研究。毕业后,德·马尔蒂诺在意大利著名的自由主义者恩里科·德·尼科拉(Enrico De Nicola)创办的律师事务所做实习律师。德·尼科拉此前曾经担任意大利参议院的主席,由于意大利法西斯运动的发展,离开了政治舞台(“二战”结束后,德·尼科拉成为意大利共和国的第一任总统)。德·马尔蒂诺在担任实习律师期间,继续自学和学术研究,1935年成为大学编外讲师。他与当时的那不勒斯大学法律系教授、著名的罗马法学家索拉兹(S. Solazzi)(1875—1957年)交往。索拉兹非常欣赏德·马尔蒂诺的才华,后者则将前者看作是自己的导师。由于受到索拉兹在学术研究方法上的影响,德·马尔蒂诺在对古典文献进行研究的过程中,非常关注批判性的和历史

语言学的分析,这在很大程度上决定了德·马尔蒂诺研究著作的特色。虽然在后来,随着德·马尔蒂诺在学术研究上的成熟,在其他很多方面,他的观点与索拉兹的观点存在深刻的分歧。在担任编外讲师,主讲罗马法史的时候,德·马尔蒂诺也发展了对古代纸莎草文献的研究。1938年,德·马尔蒂诺通过竞争赢得了大学教席,前往墨西拿大学教授罗马法,后来又应邀到巴里大学执教,重新讲授罗马法史。从1950年开始,德·马尔蒂诺回到那不勒斯大学讲授罗马法史,直到1977年。在这一年,德·马尔蒂诺荣退,并且被提名为荣誉教授。德·马尔蒂诺曾经是意大利林琴国家科学院院士。

1935年,德·马尔蒂诺在那不勒斯出版了《诉讼管辖》一书,这是对毕业论文研究主题的进一步深入研究的成果。对这一主题的继续研究,发展成为1937年出版的《罗马法中的诉讼管辖权》一书。同时,德·马尔蒂诺还写作了另外一本专著《奥古斯都的国家(I):政制》,该书于1935年在那不勒斯出版。在这一时期,德·马尔蒂诺对罗马私法中涉及海事贸易的一系列问题进行了研究,于1935年出版了《海上贷款协议》一书,于1938年出版了《罗得海法》一书。这些研究与当时意大利起草海商法典过程中发生的争论有关。另外一方面的著述则广泛涉及诸如对人的担保(1937年和1938年出版了《誓约在古典时代的独立性》);1940年出版了《人的担保的起源和债的概念》;1939年出版了《紧急避险》)、占有、地役权、相邻关系、继承法等。这些学术研究表明了德·马尔蒂诺惊人的学术能力和对研究的全身心的投入。德·马尔蒂诺研究的领域不仅限于罗马法,也涉及意大利现代民法。在这一时期,他还撰写了针对1942年意大利民法典第三编(所有权)中的一些条文的评注,以及一系列案例评析,在其中提出了他对案例所表现出来的社会问题的看法。在这一时期,德·马尔蒂诺也撰写了一些涉及罗马公法的著作。1941年,为了与纳粹主义思潮进行论战,德·马尔蒂诺撰写了《个人主义与罗马私法》一文。此后,德·马尔蒂诺回到对于早期罗马史的研究上,并在1950年出版了《早期历史与罗马私法》一书。在1952年出版了《早期罗马的氏族,国家与阶级》一书,在这一著作中,他试图发展和重新阐述恩格斯在这一问题上的思想。德·马尔蒂诺在这一方面的研究,数量非常多,在这里不可能详细列举。有关研究成果现在已经被收入四大卷本的《罗马世界中的法、经济与社会》(分别于1995年、1996年、1997年和2003年在那不勒斯出版)文集中,编辑者是狄珀里多(F. d'Ippolito)。在这些著述中已经显露出、后来也得到明确阐述的德·马尔蒂诺的学术思想就是高度关注法与社会的关系。在1940年到1950年,德·马尔蒂诺对法与社会的关注,非常明显地受到马克思辩证唯物主义的影响。但是,德·马尔蒂诺从来没有教条主义地运用这种方法论,也没有因此而陷入一种宽泛的

社会学的方法中。

德·马尔蒂诺在回到那不勒斯大学执教的时候,就开始了《罗马政制史》的撰写和出版工作。1951年在那不勒斯出版了该著作的第一卷,1972年出版了第六卷,从而完成了这一巨著的撰写。同时,德·马尔蒂诺又开始撰写该著作的第二版,并且在1972年到1990年之间完成了该著作第二版的撰写。这一著作在20世纪所占据的地位,毫无疑问可与蒙森的《罗马公法》(1876年出版于莱比锡)在19世纪所占据的地位相媲美。可以说,德·马尔蒂诺的这一著作,是20世纪的学者从自己所处时代的问题意识出发,与古典罗马进行的一次严肃而认真的对话的结果。在这一著作中,德·马尔蒂诺以前无古人的方式,使用和解读了大量的原始文献,进行了一次让后人难以超越的理论建构。当然,正是因为德·马尔蒂诺的理论体系的庞大,所以他的学术思想在很多方面,仍然值得进一步探讨和研究。

德·马尔蒂诺充沛的学术研究精力,并没有被《罗马政制史》这一巨著耗尽。此外,他还撰写了多卷本的《古罗马经济史》(1979年于佛罗伦萨出版,该著作被翻译为德文,于1985年在慕尼黑出版),以及一系列的小型著作,主题涉及法官的权力滥用(1988年)、包税人和税收体制(1997年)、古典时期的通货秩序问题、法与经济的交互影响(1993年)、马克思的方法论问题(1991年)、古代的经济史的产生(1994年)、古典时代的政制思想在意大利当代宪法中的表现(1998年),等等。所有这些作品也被收录到四卷本的《罗马世界中的法、经济与社会》文集中。

令人惊奇的是,德·马尔蒂诺在进行着如此宏富的理论撰述的同时,还在参与意大利的政治生活,并且他作为政治家而进行的活动,在意大利乃至整个欧洲都具有重要影响。

德·马尔蒂诺在大学读书期间,就已经与意大利反法西斯的知识分子群体有密切联系。在意大利法西斯政体垮台之后,他加入了当时的行动党,该党派主要反映了具有左派倾向的自由主义知识分子群体的思想。由于该党派在大选中的失利,导致其主要成员在1947年加入意大利社会党(PSI)之中。作为意大利社会党提名的候选人,德·马尔蒂诺在1948年当选为意大利众议院议员,直到1983年。1991年,由于德·马尔蒂诺在民政、文化和科学研究领域的杰出成就,当选为终身参议员。1949年,德·马尔蒂诺当选为意大利社会党的全国指导委员会的成员,1959年当选意大利社会党的代书记。在那个时期,由于苏联入侵匈牙利和捷克斯洛伐克,导致意大利社会党脱离了意大利共产党。1963年,德·马尔蒂诺成为意大利社会党全国总书记,此时该党也与意大利基督教民主党组成中左派联盟,一起执掌政权。此后,德·马尔蒂诺参与了不同

的联盟政府的组阁,在政府中有时担任部长,有时则担任政府副总理,因此,他在意大利的政治生活中发挥了非常重要的影响。1972年,德·马尔蒂诺重新担任意大利社会党全国总书记。在经过了最初10年的中左派的政治生涯之后,德·马尔蒂诺在政治上越来越倾向于建立在一个新的左派共同体基础之上的政治均衡,此外寻求推进更加深刻的改革。但这样的政治方针在1976年的大选中遭到挫折,克拉西(Bettino Craxi)在那一年取代了德·马尔蒂诺成为意大利社会党全国总书记。这也导致在意大利出现了社会党与共产党相互竞争的政治格局。

由于德·马尔蒂诺在长达半个世纪的时间里,一直处于科学研究、科学方法论和欧洲政治发展的论辩的中心,所以针对他的作品,也出版了难以计数的评论、研究文献。德·马尔蒂诺同时是一位对20世纪后半期的意大利政治生活产生重大影响的政治家,所以从政治和制度层面上,对他的政治言论和活动,也有很多研究文献。在这里只能列举很少的关于其学术思想的几篇研究文献:G. Giliberti (curatore), *Conferenze Francesco De Martino*, DVD, ed. Studio@ lfa, 2006; T. Spagnuolo Vigorita, *In memoriam di Francesco De Martino*, in *Zeitschrift Savigny Stiftung*, 121, 2004, 753 ss.; F. Casavola, *Francesco De Martino storico e G. Ferrara, De Martino, teorico della politica*, in *Index*, 18, 1990, xv e xxiii; L. Labruna, *Il professore, la facoltà, la storia*, in *Labeo*, 43, 1997, 177 ss.

(薛军译)

对罗马公法的运用:从卢梭的《社会契约论》 到德·马尔蒂诺的《罗马政制史》

皮朗杰罗·卡塔拉诺* 撰
薛军 译

一、卢梭观念中的罗马政制模式

卢梭认为,罗马人民是“一切自由的人民的典范”。在法国大革命期间,雅各宾人圣鞠斯特说:“成为自由的人与为了作恶而宣称自己是独立的,这二者是有区别的。革命中的人就是罗马人。”圣鞠斯特的这句话被卡尔·马克思认真地进行了思考(在20世纪出版的《政治经济学批判大纲》中),但是后者认为,雅各宾人和拿破仑重新复活的罗马体制是一个幻象。

在另外一个方面,当欧洲人拒绝了罗马模式之后,自由主义的历史学家和政制研究者,甚至从记忆中取消了这种模式。它在拉丁美洲持续的时间更加

* Prof. Pierangelo Catalano,意大利罗马第一大学罗马法教授。

长：它在巴拉圭共和国存续到 1870 年，在玻利瓦尔的政制模式中也有所体现。

在这里，我试图来总结一下卢梭在《社会契约论》第四卷中基于罗马政制模式，对公法体系所进行的理论建构的要点^[1]：

1. 国家就是人民（这一确认在耶林那里也得到了认可，但是被蒙森颠覆了）。主权属于人民，而人民具体地体现为聚会在各种人民大会中的公民的整体。

2. 政治机构建立在人民（立法权）与受委托者（卢梭明确地拒绝三权分立，这是直接或间接建立在受到孟德斯鸠影响的自由主义的立宪主义的特征）的二元机制的基础之上。对此有必要提到罗马人之中的“人民——元老院”，“人民——官员”的二元体制。

3. 官员的权力处于人民的权力之下并且来自人民。

4. 对城邦的组织来说，保民官职务及其拥有的可以“阻止一切”的消极权力是不可或缺的。

5. 特别的和非常设的官职（独裁官和监察官）具有一种非常重要并且与其他的受委托者不相同的角色。

6. 对于城邦的组织来说，市民宗教的存在是基础性的。

7. 对抗政府的滥权，根据罗马历史，特别是受十人委员会与民众大会的关系的启发，认可集体抵制的权利。后来，巴贝夫（Gracchus Babeuf）基于古代的平民撤离运动，得出了这样的结论。

概言之，对于卢梭来说，相对于政治制度而言，首要的逻辑是由公民的权利和权力构成的。对此，卢梭在其《社会契约论》前三卷，以及第四卷前三节之中进行了论述。在第四卷后面的内容中，卢梭先后论述了民众大会、保民官、独裁官、监察官以及市民宗教。

卢梭对于罗马公法的这种建构，从历史学的角度来看，不能认为是很完善的。并且尽管雅各宾派具有一种很慷慨的政治意志，但是除了在很小的部分并且在很短暂的时间中，他们不可能把卢梭的思想，转化为政制建构的现实。^[2]

为了理解卢梭（以及后来的法国和意大利的雅各宾派，以及伊比利亚美洲

[1] P. CATALANO, "Alcuni principii e concetti del diritto pubblico romano da Rousseau a Bolívar e oltre", [Colloquio dei romanisti dei Paesi socialisti organizzato dal Gruppo di ricerca sulla diffusione del diritto romano in collaborazione con la Facoltà di Diritto e Amministrazione dell'Università di Varsavia, Varsavia-Popowo, 3-7 novembre 1978] in *Studia Iuridica*, XII, Varsavia 1985, pp. 93-104.

[2] 关于罗马公法这一理论建构的一些方面的特征及其对法国和意大利雅各宾派的思想的影响，参见 P. CATALANO, *Tribunato e resistenza*, ed. Paravia, Torino 1971; ID., *Populus Romanus Quirites*, ed. Giappichelli, Torino 1974; cfr. W. MARKOV in *Deutsche Literaturzeitung* 94, 3 (marzo 1973), cc. 193-194, e V. HANGA in *Studia Univ. Babeş-Bolyai, Iurisprudentia* 1 (1977).

的革命者们)对罗马公法的原则和概念进行运用的法学和政治内涵,必须批判性地考察采纳了自由主义的意识形态的资产阶级国家的公法理论。而这种公法理论恰恰是在与卢梭对罗马公法的运用的相反意义上得到发展的。这样的理论的出发点,是以贡斯当(Benjamin Constant)提出来的“古代人的自由”与“现代人的自由”的区分作为出发点的。作为欧洲自由主义的立宪主义的奠基人,贡斯当在1819年的一篇著名论文中提出了这一区分。^[3]

二、资产阶级对于罗马公法的态度:拒绝(贡斯当)与自由主义的解释(蒙森)

贡斯当对历史学的影响非常明显,我们可以举出两个关于古罗马的研究作为例子。贡斯当对库朗日(Fustel de Coulanges)及其撰写的《古代城邦》的影响是直接的。另外一个例子则是贡斯当间接地影响了(通过黑格尔的中介)蒙森及其《罗马公法》。因此可以说,贡斯当从两个方面影响了19世纪欧洲资产阶级的历史学对于罗马公法制度的研究。一方面表现为拒绝罗马公法模式的立场,这种立场基于对雅各宾派的理论的批判而统一起来,认为是罗马公法制度启发了雅各宾派的理论。这一理论立场的例子就是库朗日。另外一个方面则表现为一种挽救罗马公法的理论价值的立场,也就是运用自由主义意识形态的一些范畴去解释罗马公法的体系和历史。这种理论立场的代表人物就是蒙森。

这两种立场中,我们撇开库朗日的立场不论。虽然说分析这一理论中的可取之处——这甚至在社会主义者弗朗切斯科·德·马尔蒂诺的里程碑式的著作中仍然可以看出来——应该是有意义的。

蒙森所持的第二种立场,其立足的基础是下面这些与卢梭的《社会契约论》截然对立的原则和论点:

1. 罗马人民是国家。这一概念不同于那种聚会在不同的民众会议之中的罗马人民的概念。

2. 罗马公法建立在三种权力之上,而这些权力之间存在一种均衡。这可能是根据波里比阿的混合政体模式建构的,也可能是受到孟德斯鸠理论的影响。三种权力分别是官员、民众大会与元老院。很明显,在这样的建构中,忽略了保民官与祭司。

[3] 关于自由主义的资产阶级的意识形态对罗马公法的解释,参见 P. CATALANO, *Populus Romanus Quirites* cit.; G. LOBRANO, "Note su diritto romano e scienze del diritto pubblico nel XIX secolo" in *Index* 7 (1977 [1981]), pp. 65 ss.

3. 官员的权力优越于人民(根据有些学者的观点,官员的权力是原初性的)。

4. 保民官类似于贵族官职。

5. 非普通的和非常设的官员(主要是指独裁官和监察官)的权力,以不同的方式类似于普通的和常设的官员,或者总的来说,被低估了。

6. 除了祭司长之外,其他祭司被从公法中排除出去了。而祭司长由于其拥有的权力,也被认为是一个官员。

7. 政制的发展被理解为国家与革命之间的一种对立状态的展开。将平民界定为永久的革命,或者如其他学者那样,将其界定为国家之中的国家。

当然,在资产阶级的法史学中,不乏对这种理论建构的批评。例如,对于人民的概念、人民的主权以及官员的地位,耶林(Rudolf von Jhering)所进行的批判(马克思认为他是非常勇敢的,这一判断并非偶然),以及埃莱罗(Pietro Ellero)的批判。后者是一个伟大的法学家、意大利的民主的爱国者,科斯塔(Emilio Costa)的《罗马公法史》一书就是题献给他的。^[4]但是,在法史学中缺乏一个替代性的理论建构。罗马公法研究中的这一欠缺,其实也与一般性的公法理论研究的欠缺联系在一起。

三、19世纪与20世纪的公法与罗马政制:自由主义者蒙森与社会主义者德·马尔蒂诺

自由主义者蒙森所撰写的《罗马公法》在19世纪的法学中的地位,就如同社会主义者马尔蒂诺所撰写的《罗马政制史》在20世纪的法学中的地位。这是两部关于罗马公法的巨著。^[5]虽然二者在方法论上相互对立:蒙森的著作更多是规范性的,马尔蒂诺的著作更多是历史性的,但是二者的研究结果和解释性的意见,在很多方面却经常是吻合的。

二者最大的差别在于:在撰写时所处的法学(也包括科学和政治方面的)

[4] 在19世纪后半期,法学家埃莱罗(他是刑法领域的实证法学派的奠基人之一)在很多著作中多次呼吁要“复兴罗马公法”(参见 *La questione sociale*, 1874; *La tirannide borghese*, 1878; *La riforma civile*, 1879; 1881; *La sovranità popolare*, 1886)。他把保民官与抵制权联系起来,这是依循了一个已经被法国和意大利的一些雅各宾派所认可的思想路线。参见 P. CATALANO, “Pietro Ellero fondatore dell'Archivio giuridico e il diritto pubblico romano (dal 1868)”, in *Fondamenti del Diritto Europeo. Lezioni*, a cura di M. P. Baccari (Quaderni dell'Archivio giuridico 1), Mucchi Editore, Modena 2008, pp. III-VII.

[5] L. LABRUNA, “Storia della costituzione romana, tradizione romanistica e Corte Costituzionale” in *Tradizione romanistica e Costituzione*, dir. L. Labruna, a cura di M. P. Baccari e C. Cascione, ESI, Napoli 2006, I, pp. XXII s. 作者在文章中对比了蒙森和德·马尔蒂诺关于罗马公法研究的“遗训”。

环境存在巨大的差异。蒙森撰写其著作的年代距离自由主义的资产阶级意识形态(反对雅各宾派,反对拿破仑的贡斯当)对罗马公法模式的拒绝,仍然比较近。相反,蒙森试图基于孟德斯鸠的模式,对罗马公法进行研究,使得它对自由主义的立宪主义理论,能够发挥历史正当性说明的功用,从而挽救罗马公法。而德·马尔蒂诺距离这样的拒绝已经150多年了,其所处的时代已经完全遗忘了受罗马经验的启发来建构一种民主体制的尝试(来自卢梭),并且处于20世纪上半期所特有的罗马公法研究衰落的历史背景之下。这也就解释了德·马尔蒂诺作品的一些特征,及其与蒙森作品的吻合以及分歧之处。也许,这还能够解释,在作为政治家而活动的德·马尔蒂诺的政治作品中,很少涉及罗马政制模式的原因。^[6]

四、罗马法对抗纳粹主义:乔治·拉皮拉的天主教理论视角

更加贴近一些分析,可以说在20世纪中期前后,也就是在第二次世界大战期间和之后,罗马法的研究面对着两种完全不同的新的意识形态。其中一个意识形态是纳粹主义,另外一个则是马列主义。二者采取了不同的态度。

希特勒的纳粹主义反对罗马法,并且从德国的大学教育中取消了它。相反,在1945年苏联的教育体制中,要求在苏联所有大学的法律系展开罗马法的教学,并且作为必修课。这样的选择,产生了一些积极的影响,在所有的社会主义国家都展开了罗马法的教学。这样的情况一直持续到现在。俄罗斯联邦的大学的法律系,以及独联体国家的大学的法律系,都继续进行着罗马法的教学。

德·马尔蒂诺,这个未来的意大利社会党的总书记,在1940年撰写了《个人主义与罗马私法》来为罗马法进行辩护。纳粹分子认为罗马法是一种极端个人主义的法,并且与德意志民族的文化相抵触。与年轻学者德·马尔蒂诺的观点相一致,当时的罗马法教授、天主教徒、未来的佛罗伦萨市市长乔治·拉皮拉(Giorgio La Pira),在1939年到1940年出版了一本杂志的增刊,名为《原则》。^[7]在其中,他认为,罗马法并非一种个人主义的法,罗马法将私法置于公法之下^[8],并且将人置于法律体系的首位。罗马法的这些原则,在他从1939

[6] C. CASCIONE, “Arangio-Ruiz, Grosso, De Martino: pagine costituzionali” in *Tradizione romanistica e Costituzione* cit., I, pp. 241 ss.

[7] 意大利国家科研委员会已经重新出版了德·马尔蒂诺的《个人主义与罗马私法》与拉皮拉的《原则》。

[8] P. CATALANO, “Alcuni principi costituzionali alla luce della dottrina di Giorgio La Pira”, in *Tradizione romanistica e Costituzione*, vol. cit., p. 121.

年到1954年的科学和政治著作中,被有机地阐述出来。^[9]对于德·马尔蒂诺的《个人主义与罗马私法》一文,拉皮拉(他是授予德·马尔蒂诺以巴里大学正教授资格的委员会成员)在1942年3月——在这个时候,希特勒的军队正在获取一些并不稳固的战争胜利——给马尔蒂诺写信,认可了撰写这一著作的深层次的动机。^[10]

五、“二战”之后的罗马政制模式问题

几年之后,在1945年的10月,乔治·拉皮拉在一篇论文中将罗马政制模式与1936年苏维埃宪法所确立的政制模式进行了对照,并且认为,二者在两个问题上具有一致之处:国家的结构和国家的目的。^[11]

根据拉皮拉的观点,在罗马国家中,如同现代的极权国家一样,其目的不是“人”。甚至在这里也可以看到,拉皮拉的思想也受到了自由主义思想对罗马政制模式的批判(贡斯当)的影响。这种批判集中体现在对所谓的“古代人的自由”的分析之中。需要指出的是,自由主义的资产阶级意识形态在对罗马政制进行批判的时候,并没有考虑到卢梭著述中^[12],对于罗马人民和罗马政府对公民的不得被侵犯的权利所给予的最高程度的尊重和表达出来的赞扬。自由主义的资产阶级对罗马政制所进行的历史研究,试图取消对罗马政制所作出的民主化的理论解释。

即使是社会主义者德·马尔蒂诺所撰写的《罗马政制史》——这本著作第一卷的第一版是在1951年出版的,也就是在1947年意大利共和国宪法批准之后不久——也仍然受到自由主义的立宪主义理论(贡斯当,特别是蒙森)明显的影响。

尽管在分析问题的时候,受到马克思方法论的影响,但德·马尔蒂诺在撰

[9] P. CATALANO, “Alcuni principi costituzionali alla luce della dottrina di Giorgio La Pira”, in *Tradizione romanistica e costituzione* cit., pp. 112-117.

[10] “亲爱的德·马尔蒂诺,谢谢。所有的一切都已经做好了,并且很得体。我怀着极大的兴趣阅读了《个人主义与罗马私法》。对于人的尊严的这种诉求,必须坚持,这是一个无论对于人类文明还是对于基督徒来说都非常重要的问题。诚挚的问候。拉皮拉”。这一信件发表在 *Index 30* (2002), pp. 1s.; 参见 P. CATALANO, “Alcuni principi costituzionali alla luce della dottrina di Giorgio La Pira”, in *Tradizione romanistica e costituzione* cit., pp. 107ss.

[11] G. LA PIRA, “Esame di coscienza di fronte alla Costituente”, in *Costituzione e Costituente. Atti della XIX Settimana sociale dei Cattolici d'Italia, Firenze 22-28 ottobre 1945*, Roma 1946, pp. 282s.; P. CATALANO, “Alcuni principi costituzionali alla luce della dottrina di Giorgio La Pira” cit., p. 109.

[12] P. CATALANO, *Populus Romanus Quirites* cit., p. 8.

述中仍然在很多问题上认同蒙森对罗马公法的理论建构,特别是关于将祭司排除在外,对官员的地位的认定,以及更加一般性的,基于波里比阿的思考对官员、元老院和人民这三者权力的界定。^[13]

德·马尔蒂诺非常慷慨地考虑了我对他的作品的这种批判性的理解,但是拒绝了我的分析。他强调,他所理解的罗马政制也是二元制的,这种二元制一方面表现为官员与民众大会,另一方面是官员与平民大会。^[14]

六、宗教与祭司

关于宗教与祭司的问题,现代的自由主义意识形态下的公法理论与古代的公法理论之间的差别是非常明显的。我们可以阅读法学家乌尔比安(他是公元3世纪初期的人)的《法学阶梯》第一卷中的一个片段:“公法涉及宗教,祭司和官员”。这个片段后来被优士丁尼皇帝(公元6世纪)摘录到《学说汇纂》开篇之处。这种三分法至少可以追溯到公元前1世纪,因为它反映在西塞罗的《论法律》之中。^[15] 公法(*ius publicum*)的前两部分被现代意义上的公法(*Staatsrecht*)排除出去了,而祭司长之所以被包括在内,只是因为它的权力被毫无依据地看作(这是蒙森的观点)如同一个官员所拥有的权力一样。

这样的排除是基于一种在解释学上未加反思的、对非罗马人的“国家”(Staat)概念的使用所造成的。自由主义者蒙森把这个国家概念直接等同于罗马人的人民(*populus*)的概念。

社会主义者德·马尔蒂诺在这里追随了蒙森的观念,并且走得更远。

在官员与祭司的区分(德·马尔蒂诺用的是分离)的起源问题上,德·马尔蒂诺正确地批评了那种认为祭司团体是王的“纯粹的助手”的观点,并且把王与占卜官区分开来。但是,在分析早期共和国城邦的机构的时候,德·马尔蒂诺只是按照顺序分析了元老院、官员和民众会议。在这样的分析框架中,宗教和祭司被遗忘了,虽然,他在论述埃特鲁斯城邦的时候,强调祭司和占卜官在城邦的管理中具有极端的重要性。

事实上,这样的重要性被德·马尔蒂诺使用诸如“宗教恐惧”、“统治工具”、“神权统治的最初的因素”等范畴表达出来。毫无疑问,这些不具有分析

[13] P. CATALANO, “La divisione del potere in Roma (a proposito di Polibio e di Catone)”, in *Studi in onore di Giuseppe Grosso*, VI, G. Giappichelli Editore, Torino 1974, pp. 665-679.

[14] F. DE MARTINO, “La costituzione della città-stato” in *Storia di Roma, I Roma in Italia*, Giulio Einaudi Editore, Torino 1988, pp. 357 s.

[15] P. CATALANO, “La divisione del potere in Roma (a proposito di Polibio e di Catone)” cit.

性和准确内涵的概念,并不足以用来分析和描述罗马人民的古老的宗教。^[16]很清楚的是,这样的一些说法,主要是用来说明来自于自由主义的贡斯当(通过库朗日的《古代城邦》)对罗马人的自由状态的界定。

七、政制机构

将宗教从国家权力中区分开来之后,德·马尔蒂诺认为,官员、民众会议和元老院是政制机构。对于这些主题,在他著作的第一卷中就可以看到对蒙森的理论建构的很多深刻的批判之处。

第一个方面就表现为拒绝采用“代表”这样的观念来说明官员与人民之间的关系(虽然德·马尔蒂诺认为随着时间的推移,这种关系处于变化之中)。这样的拒绝为另外一个方面的拒绝所补充,也即拒绝承认权力的人身性和超凡魅力性的起源。而这后一种理论为德·弗朗契西(Pietro de Francisci)所支持,他是罗马大学的前任校长,法西斯政府的内阁部长。

第二个方面表现为确认,罗马人对共和国(res publica)和人民的观念,持有一种实体性的观念。他这样说:“在取得政治权利的平等后,似乎可以说的是,在这种政制中占主导地位的是—种强大的集体意识;国家的中心是人民,人民与神和外国人打交道,它被授予公共权力和财产,并且个人利益服从于人民的利益”。相对于该著作的第一版来说,对本书第十九章注释21的补充是非常重要的。尤其是在注释中增加了对奥勒斯坦诺(R. Orestano)的《罗马法中的“法人”问题》(都灵1968年版)的援引。不过,该作者在实质上认为,对于罗马法来说,使用“国家”的概念是不准确的。^[17]但是德·马尔蒂诺不会走这么远。虽然在其著作中同样使用“国家”的概念,这并不妨碍德·马尔蒂诺进行非常深刻的分析,比如关于“公共土地”(ager publicus)的分析(第1卷第15章,第9节)。

八、平民的官员和会议:关于平民与苏维埃体制的问题

德·马尔蒂诺不接受我所认为的关于他的罗马政制的理论建构与蒙森的罗马公法的理论建构,尤其在关于平民问题上的理论处理,具有相似性的评论。

[16] P. CATALANO, “La religione romana ‘internamente’: il punto di vista giuridico”, in *Studi e Materiali di Storia delle Religioni*, vol. 62, Roma 1996, pp. 143 ss.

[17] P. CATALANO, *Populus Romanus Quirites cit.*, pp. 59 s.

对此,我也不坚持。但是有一个资料值得引起特别的关注。德·马尔蒂诺在《罗马政制史》第1卷第372页(边码——译者按)中有一个非常重要的注释。我必须把它特别提示出来:“蒙森正确地看到平民的组织是永久性的革命(StaatsRect. II, 281)。T. Frank, *Storia economica*, 49 将它比作俄国革命期间的苏维埃会议;这个提法在英文第二版第49页中消失了。”

平民—苏维埃这样的对照,在当今仍然有很大的现实性。但是19世纪和20世纪对现代的“国家”和“革命”等概念的使用,与古老的人民(全体)与平民(部分)的概念是很难吻合的。例如,只有从古老的概念的意义出发,才可以理解保民官是共和国之中的一个不可或缺的因素(西塞罗、马基雅维里、卢梭)。在我看来,这是一个如何深入理解古代的“人民—平民”的二元体制的问题。对此必须要考虑法律—宗教的古代模式,以及加图、西塞罗和萨卢斯托。^[18] 这样的观念后来被马基雅维里和巴贝夫重新提出。

最后还要考虑,列宁在《怎么办》一书(1902年)中指出,理想的模式是革命性的人民保民官(*narodnik tribun*)。但是列宁在1918年拒绝设立“苏维埃保民官”职位。^[19]

在我看来,对于意大利宪法的民主性的解释,必须要运用“消极权”这一由卢梭基于罗马政制模式而阐述出来的法学概念。^[20] 而德·马尔蒂诺所支持的解释方法与此不同(参见下文第12部分)。

九、自治市

德·马尔蒂诺的理论建构与蒙森存在的一个重大区别在于罗马帝国的一个基础性的制度,也就是城邦与自治市的关系的分析之上。这一关系从罗马帝国以后,影响了未来的历史。

蒙森没有把自治市的体制纳入到公法之中。与之相反,德·马尔蒂诺在《罗马政制史》中强调了自治作为自治市的最根本的特征,并且拒绝了蒙森对

[18] P. CATALANO, “La divisione del potere in Roma (a proposito di Polibio e di Catone)” cit.

[19] P. CATALANO, *Tribunato e resistenza* cit., p. 121; G. MELONI, “Concetti romani e pensiero leniniano. A proposito di tribunato e dittatura”, in AA. VV., *Dittatura degli antichi e dittatura dei moderni*, Editori, Roma 1983, pp. 31ss.; G. LOBRANO, “Lenin e il ‘tribuno dei soviet’”, *ibid*, pp. 47ss.’

[20] P. CATALANO, “Un concepto olvidado: poder negativo”, in *Revista general de legislación y jurisprudencia*, segunda época, tomo 80, Madrid, marzo 1980, pp. 231-248; “Sovranità della multitudó e potere negativo: un aggiornamento”, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, vol. I, Torino 2005, pp. 641-661.