

罗马共和时期非战时复境权适用的形态

——以人法的考察为中心

朱少龙*

内容摘要:在国人通常所理解的复境权之外,事实上存在两种同战争并无关联的适用形态。这两种形态一种处于和平状态,但不包括因战争结束而恢复和平的阶段;另一种处于未开战的冲突状态。在前一种状态下,市民自主地迁居到其他共同体,之后得依复境权返回,具体又和两种制度发生关系,即迁居权和离弃祖国权;后一种状态下,市民被非交战团体捕去后,也得依复境权返回。

关键词:复境权 迁居权 离弃祖国权 公开宣战

有一种最习以为常的自欺欺人的事情,就是在认识的时候先假定某种东西是已经熟知了的,因而就这样不去管它了。这样的知识,即不知道它是怎么来的,因而无论怎样说来说去,都不能离开原地而前进一步。^[1]这种“熟知非真知”的境况同样发生在对复境权的认识上。一言以蔽之,目前中文世界中对复境权的认识都仅局限在战时,而忽略了非战争态势下的复境权适用,这从相关著作中紧紧围绕的适用主体——战俘——便足以体现。出现这种问题的主要原因在于,它们的视野均局限在古典法时期的复境权制度,而缺乏对古代法的考察。^[2]本文拟从早期罗马的人口流动政策、迁居权以及离弃祖国权等相关政策和制度着手,探究国人所不曾挖掘过的复境权适用的形态,即非战时复境权,以期对推动复境权全貌的了解。

本文的“非战时”是指非战争状态,既包含和平状态,也包括非开战的冲突状态,但不包括因战争结束而恢复和平的阶段。在前一种状态下,市民自主地迁居到其他共同体,之后得依复境权返回,是一种比较古老的复境权形式;后一种状态下,市民因被非交战团体捕去的,也得依复境权返回。

一、复境权与移民

正如后世的诸多罗马法学家对高鲁斯片段的第一句所作的阐释一样,复境权是指一个具有自由身份的人从他所属的城邦移民到另一个共同体,之后又依复境权的共同协议恢复原初的身份和权利的制度。^[3]至于这样一种复境权类型适用的前提,则建立在两种不同类型的移民方式之上,一种是自

*厦门大学法学院教师。

[1][德]黑格尔:《精神现象学》(上卷),商务印书馆1981年版,第20页。

[2]在这一点上,《战争与和平法》是个例外。它基本涵盖了复境权的一些主要原则,只不过却未免语焉不详。

[3]Cursi, Maria Floriana. *Struttura del 'Postliminium' nella Repubblica nel Principato*, Jovene Editore Napoli, 1996, p. 17.

愿放弃罗马市民身份而迁入其他市民共同体,在罗马法史中主要表现为迁居权;另一种是非自愿的,是为了逃避法律的惩罚而迁离罗马,称为离弃祖国,后来发展成为一项权利,即离弃祖国权。

(一)早期罗马的人口流动政策

早期罗马的人口流动具有较强的开放性色彩^[4]。不过要注意到,这种开放性随着罗马军事、政治、经济实力的发展壮大,发生了一些变化。起初,这种开放性表现为罗马同周边共同体之间市民的自由流动,市民通过改变居住地改变自己的市民身份;后期的开放性则表现为罗马通过授予市民权而将其他共同体纳入罗马的权力体系之中,因而,市民身份的改变不再同居住地的改变联系在一起。

从公元前7世纪至公元前6世纪,有关的证明就表明了不仅是在罗马,也在于意大利中部的不同城市之间,存在着大量的水平流动。^[5]而按照西塞罗的说法,似乎从罗马刚建城时就有开放的接纳外族的政策,“这个城邦最初的创造者罗穆鲁斯通过与萨宾人缔结的条约教导我们,这个国家必须通过接纳外人作为市民来扩大,哪怕他是敌人,这对于建立我们的国家^[6]和增加罗马人民的知名度无疑极为重要。”^[7]这种政策尤其体现在公元前5世纪。这个世纪的执政官年表上不仅出现了埃特鲁斯的塔克文,萨宾的阿庇乌斯·克劳狄,还出现了多种多样的不同姓氏,勾勒出了一幅人口跨地域流动的画面,表明这种流动不仅局限于贵族,如塔克文家族,而且包括一些底层的人员;另外也表明,这种流动并非只限于某种特定的共同体之间,还跨越了种族的藩篱。甚至,这些原先的外邦人被接纳进罗马以后有些还成为罗马的最高掌权者,如埃特鲁斯人和科林斯人的后人路丘斯·塔克文或者提图斯·塔丘斯、努马·彭皮流斯和克劳狄家族的那些人。^[8]

这种地域流动的图景表明罗马人不仅接纳移民,还成功实现了融合。这样的图景此后依然存续,几乎持续整个共和时期。公元前263年当选的罗马执政官奥大其里伍斯·克拉苏^[9]是出身于萨莫尼安族的平民,该族在公元前326年至前284年还是罗马的敌人,后来投降罗马成为“罗马同盟”的一员。^[10]能够成为罗马的执政官,表明奥大其里伍斯·克拉苏必定早已成为罗马市民,而这种身份极有可能就是通过迁居取得的,因为此时萨莫尼安人还没有被授予罗马市民身份。

西塞罗在《为巴尔布斯辩护》中也为我们详述了罗马法中关于通过变换居住地以改变市民身份的法律规则。公元前79年至公元前72年在同塞尔多留斯的战争中,巴尔布斯正在罗马的军团中服役,早在那时他便被庞培授予了罗马市民身份作为对其个人的奖励。这样的授予公民身份的行为的合法性为公元前72年的《关于授予市民权的科尔内流斯法》^[11]所确认的。公元前56年的时候,巴尔布斯被指控不该获得罗马市民权,原因是他的母邦伽德斯未曾表示接受该项法律。在为巴尔布斯辩护的时候,西塞罗最后论辩说,在罗马和伽德斯之间不存在任何使前者的市民不能变成后者的市民的阻碍因素。^[12]

[4] Broadhead, Monsieur William. Rome's migration policy and the so-called ius migrandi, Cahiers du Centre Gustave Glotz, 12, 2001, p. 83.

[5] See, for example, C. Ampolo, Demarato. Osservazioni sulla mobilità sociale arcaica, DdArch, 9—10, 1976—77, pp. 333—345; G. Colonna, Un'iscrizione paleolitica dall'agro tolfetano, SE, 51, 1983, pp. 573—587; M. Cristofani, Etruschi nell'agro falisco, PBSR, 56, 1988, pp. 13—24; and idem, Etruschi e genti dell'Italia preromana: alcuni esempi di mobilità in età arcaica, in E. Campanile (ed.), Rapporti linguistici e culturali tra i popoli dell'Italia antica, Pisa, 1991, pp. 111—128.

[6] 王晓朝在此译为“帝国”,因为罗马帝国开始于公元前27年,在西塞罗写作该文之后,故笔者据可能的意思作了修改。

[7] [古罗马]西塞罗《西塞罗全集·演说词卷》上卷,王晓朝译,人民出版社2007年版,第374页。

[8] Broadhead, Monsieur William. Rome's migration policy and the so-called ius migrandi, Cahiers du Centre Gustave Glotz, 12, 2001, p. 84.

[9] 公元前263年和马纽斯·华雷琉斯共同当选为罗马的执政官。参见[日]盐野七生《罗马人的故事II 汉尼拔战记(01)》,张惠君译,台湾三民书局2009年版,第8页; Appius Claudius Caudex http://en.wikipedia.org/wiki/Appius_Claudius_Caudex, 2012年2月28日。

[10] 参见徐国栋《罗马私法要论——文本与解析》,科学出版社2007年版,第33页。

[11] “consuls of this year authorized Pompey to confer Roman citizenship to the deserving. Pompey's clientela and Spaniards were the beneficiaries” See http://en.wikipedia.org/wiki/List_of_Roman_laws, 2012年3月17日。

[12] 参见前引[7],西塞罗书,第372页。

如果说以上的证据都只证明单向的流动,那我们其实也可以找到一些从罗马流出的证据。西塞罗说:“他们在改变市民身份并改变他们的居住地之前仍是罗马市民,但是他们之后都成为了自己前往居住的地方的市民,如在努塞里亚的昆图斯·马克西姆·盖乌斯·莱纳斯、昆图斯·腓力普斯,在塔拉科的盖尤斯·加图,在士每拿的昆图斯·凯皮奥·盖乌斯·鲁提留斯。”〔13〕并且“每个国家都有大路通向我们的国家,我们的公民也有途径去往其他国家。事实上,各个国家通过结盟、友谊、合约、协议、条约而紧密联系在一起。”〔14〕不过,这种自由的地域流动也不是广泛地存在于罗马及整个意大利的其他国家之间,只有某些特定的共同体及成员才享有地域流动的可能。〔15〕譬如,据李维的《罗马史》就记载,公元前338年拉丁大战之后,战败的维利德尔尼安人的元老便被驱赶到台伯河的另一侧,并且不被允许到河的另一边来,一旦被抓获,则要处罚1000阿斯。〔16〕

(二)复境权与迁居权

通常认为,迁居权是指在属于拉丁同盟的城市中定居并取得相应的市民籍的权利。〔17〕关于迁居权的起源时间有两种不同的观点,第一种观点认为可以溯及到公元前5世纪的罗马—拉丁关系,可能一直溯及《卡西安条约》;第二种观点认为是肇始于公元前338年拉丁战争之后罗马和拉丁人之间的协议。〔18〕

证明迁居权可能存在的唯一证据是李维《罗马史》的一个片段。公元前177年——十年中的第二次——罗马的拉丁同盟代表在罗马的元老们面前诉苦说,他们部族的人口一直在减少,因为很多人都迁进了罗马,长此以往,他们的城镇和土地将会被废弃,同时也不能再向部队输送人才。紧接着李维又解释道:“法律规定,如果拉丁同盟的人民将他们的男性后裔留在原籍而自己迁居到罗马,则他们自己可以成为罗马市民。这项法律同时伤害了拉丁同盟和罗马的人民。当那些没有男性后裔的人成为罗马市民时,另外那些人为了避免自己的男性后裔留在原籍,他们便以随后得到解放为条件将自己的后裔送给罗马人为奴,得到解放成为自由人后,便也得以成为罗马市民。最后,法律被晾在了另一边。通过规避法律的那些人以及那些没有男性后裔的人,他们迁居到罗马并在监察官那里登记为市民。”〔19〕

后世的一些作者〔20〕将李维所说的这项法律解释成是关于迁居的法律规定。布罗德黑德分析认为,李维片段中所展示的“法律”只是某个特定的拉丁殖民地同罗马之间的协议,并且指出,实际上并不存在一种一般性的迁居权。〔21〕不过大部分的作者则指出,尽管没有直接的证据证明迁居权的存在,但是关于迁居权存在的推测确实是可信的,〔22〕符合公元前四世纪时期罗马和拉丁同盟之间的关系特征。从我们对罗马的人口流动政策和它同周边拉丁城邦的关系看,是可以认可这种权利是存在的。

当罗马市民自由迁徙到外邦时,按照迁居权的规则,他可以获得该城邦的市民身份。但是,由于罗马的法律不允许任何市民拥有两种不同的市民身份,〔23〕因而获得其他市民身份,便同时丧失了

〔13〕〔14〕前引〔7〕,西塞罗书,第372页。

〔15〕Broadhead, Monsieur William. Rome's migration policy and the so-called ius migrandi, Cahiers du Centre Gustave Glotz, 12, 2001, p. 84.

〔16〕Liv. 8. 14.

〔17〕黄凤编:《罗马法词典》,法律出版社2002年,第142页。

〔18〕Broadhead, Monsieur William. Rome's migration policy and the so-called ius migrandi, Cahiers du Centre Gustave Glotz, 12, 2001, p. 74.

〔19〕Liv. 41. 8. 6. See Livy, The History of Rome, translated by Rev. Canon Roberts, London, 1905.

〔20〕E.g. A. J. Toynbee, Hannibal's Legacy, Oxford 1965, II, p. 140; A. N. Sherwin-White, The Roman Citizenship, 2nd ed., Oxford, 1973, pp. 110—111. See Broadhead, Monsieur William. Rome's migration policy and the so-called ius migrandi, Cahiers du Centre Gustave Glotz, 12, 2001, p. 70.

〔21〕Broadhead, Monsieur William. Rome's migration policy and the so-called ius migrandi, Cahiers du Centre Gustave Glotz, 12, 2001.

〔22〕E.g. F. De Martino, Storia della costituzione romana, II, 2, Naples, 1973, p. 75: “Il ius migrandi... non è attestato, ma è presumibile”; and of E. T. Salmon, The Making of Roman Italy, London, 1982, p. 183, n. 18: “Intermigration is not positively testified but can be confidently assumed”.

〔23〕参见罗马的市民权规则:“我们的市民法不允许任何公民拥有两个国家的市民身份。”前引〔7〕,西塞罗书,第372页。

罗马市民身份。市民迁居到一个拉丁共同体时,一般仍能享有通商权和通婚权,但是将不再保有其他的关系,也就是那些与家父权联结在一起的权利。因为这是一些只有具有罗马市民身份的人才能享有的权利。^[24]迁入拉丁殖民地的效果并没有差别,正如盖尤斯所说的:“一度,即当罗马共同体在拉丁地区开辟殖民地时,那些根据尊亲属的命令而在殖民区落户的人不再处于尊亲属的支配权下,因为他们成为了其他城市的市民。”^[25]最可能迁居到其他拉丁共同体尤其是拉丁殖民地的罗马市民,最有可能的应该是罗马市民等级的最后一等无产者,他们迁出后尽管丧失了市民身份,但是享有的拉丁权仍是一种很有利的身份,并且可以分得土地从而使他们从无产者变成了有产者,这可能是最大的诱因。

罗马市民依迁居权迁入其他邦土之后,可以依复境权返回。但是理论上而言,如果他想重新获得罗马市民身份,也可以依迁居权返回罗马定居,尽管在效果上不如复境权那样,只要跨过边界便自动产生效力。因而也有学者认为,当原市民迁回自己原初所属的共同体时,此时迁居权和复境权重叠,迁居权被复境权取代。^[26]

(三)复境权与离弃祖国

1. 离弃祖国的内涵

黄风在《罗马法辞典》中把exilium译成“离弃祖国”,“指罗马市民长期私自离别自己的国家,此情形构成市民权消灭的原因之一。但是,离弃祖国的法律后果可因复境权而终止。”^[27]其指明罗马市民以自己的行为,造成市民权消灭的效果且该效果可因复境权终止。至于罗马市民缘何私自离别自己的国家,西塞罗能够为我们提供了一点线索:“如果市民权不能失去,怎么经常会有我们的市民加入拉丁殖民城邦?他们那样做要么是出于自愿,要么是为了逃避法律的惩罚。如果他们愿意接受惩罚,他们就会继续留在这个市民共同体中。”^[28]

尽管该文本中所称的失去市民权的原因是加入拉丁殖民地,但是加入拉丁殖民地实际上本就属于离别自己国家的一种具体表述。因此,该加入拉丁殖民的原因,也就是离别自己国家的原因,即“要么是出于自愿,要么是为了逃避法律的惩罚”。该“为了逃避法律的惩罚”的行为,也就是被定义为“离弃祖国”的行为。这一点可以从西塞罗对离弃祖国的讨论得到解答。他说:“离弃祖国不是一种惩罚,而是避开惩罚的庇护所或港湾。对于那些想要避免惩罚或者灾难的人,他们转而离开母国。也就是说,他们改变他们的居所和地位。在我们的法律以及其他任何国家的法律中,没有任何规定是将离弃祖国作为对犯罪的惩罚的。”^[29]为了逃避法律的惩罚而离开自己的祖国,这正是“离弃祖国”的题中应有之义。

克里弗通过研究“离弃祖国”的历史起源和演化,他认为,在初民的社会,基于对个人自由的表达和氏族的团结,氏族的成员认为他们为了避免某项灾祸可以自由地离开一个共同体,通过依附的方式,进入另一个共同体。随着城邦的出现,它逐渐发展成了每个市民的权利,不管是贵族还是非贵族都同样的享有。只是到了一个比较晚的时期,它紧密地同死刑的诉讼联系在一起,才开始成为了惩罚的一种替代方式。^[30]克利则认为,罗马的元老和长官们在对他们的某些职权行为的控告面前常常显得非常无力,尤其是政治性的谴责变得日益平常以后便越发严重。共和时期,当他们被怀疑有罪时,这些人可以选择他们的命运,他们要么仍然留在罗马接受可能的罪名和惩罚,要么自己流亡从而避免法律的审判。在共和时期的大部分时间里,流亡并非制定法所规定的正式刑罚手段,尽管通常是判

[24]Cursi,Maria Floriana.Struttura del 'Postliminium' nella Repubblica nel Principato,Jovene Editore Napoli,1996,P.24.

[25]G.1,131.参见[古罗马]盖尤斯《盖尤斯法学阶梯》黄风译,中国政法大学出版社1996年版,第50页。

[26]Cursi,Maria Floriana.Struttura del 'Postliminium' nella Repubblica nel Principato,Jovene Editore Napoli,1996,P.26.

[27]前引[17],黄风书,第108页。

[28][29]见前引[7],西塞罗书,第677页。译文稍有改动。

[30]Crifò,Giuliano.Ricerche Sull 'Exilium' nel Periodo Repubblicano,Milano,1961.

处死刑的实际后果。^[31]并且,克利也认为离弃祖国一度是市民的一项权利。^[32]历史上著名的高傲者塔克文被驱逐事件,实际上正是塔克文的离弃祖国行为。

此前的中文文本均是把塔克文事件表述成塔克文的流放事件,实际上这样的表述是有问题的。“流放”一词在中文中一直被用来表示一种惩罚手段,是指将罪犯放逐到边远地区进行惩罚的一种刑罚。流放之刑的起源虽然很早,然而远古以来多是零星出现,到秦汉时代才逐渐形成体制,直到南北朝后期流刑开始进入五刑体制,占据其中降死一等重刑的地位。隋唐之际,以徒流刑为中心的笞、杖、徒、流、死五刑制正式确立。自此,流放之刑以崭新的姿态出现在中国刑罚史上,并一直影响到清末。^[33]因此,对于exilium(或esilio)一词的翻译应该持审慎的态度,在前期,可以翻译成“离弃祖国”,而在共和后期及其后的阶段,翻译成流放^[34]才是合适的,但也不能割裂它们间的联系,毕竟在词源上是一致的。

2. 离弃祖国与复境权

不管是离弃祖国还是被流放,他们均表现为离开自己的共同体而依附于其他的共同体。并且注意到,由于离弃祖国所指向的领地通常都是离弃者自己的选择,因而可能会选择对自己比较有利的共同体,起码是同罗马存在某种协议或者友好关系的共同体。

早期罗马不区分自由权和市民权时,外邦人进入罗马如果未取得罗马的市民身份,则会被视为处于奴隶的地位,罗马人进入其他共同体也发生同样的效果。共和中期以后,一些进入罗马的外邦人的法律地位得到有限的承认,获得了万民法上的人格,即保留了自由身份。这种优惠应该是相互的,建立在罗马和其他共同体之间的条约或协议的基础之上。离弃祖国者选择的目的地就是这样一些地点,并且这被保留在此后的流放中。有关的证据保存在《学说汇纂》中,按照马尔西安在其《法学阶梯》(D.48.22.15pr.)表达的罗马法:“被放逐者丧失市民权而保留自由权,他丧失市民法,使用万民法。”^[35]马尔西安是古典法时代的法学家,因而他应该是在流放的意义上谈论这种身份的变化。盖尤斯也说:“因某种恶行而根据《科尔内流斯法》被流放的人丧失了罗马市民籍,他被以此种方式从罗马市民的行列中开除,因而他的子女不再处于他的支配下,就像他已经死亡。”^[36]这表明,被放逐者进入其他的共同体具有类似于某些外邦人进入罗马的效果。因此,不管是离弃祖国,还是流放,实际上均发生了全部或者部分身份及权利的变更,而这也便构成了复境权适用的前提。

H.kornhardt便认为,仅仅只是在共和晚期及以后的时间里,exilium才变成一种惩罚手段。在共和中期,它完全是市民自发的行为,复境权则被设计用来翻转这种行为的效果。^[37]中世纪早期颇负盛名的西班牙基督教神学家和自然法学家伊西多尔(IsidorusHispalensis,通常作Isidore of Seville,约公元560/570—636年)在他的《词源》一书中向我们道出了离弃祖国和复境权的关系:“离弃祖国(esilio)^[38]的意思如此的明了,几乎就是通常所说的extra solum,即在邦土之外。那些生活在自己的邦土之外的

[31] See Kelly, A history of exile in the Roman republic, Cambridge University press, New York, 2007.

[32] Ibid., p.39.

[33] 参见王云红编:《流放的历史》,中国文史出版社2006年版。

[34] 在《学说汇纂》各卷中几乎都有关于exilium的规定,如D.49.16.4.11便规定在战时把自己的儿子从军队中撤回的人要被流放并没收部分财产,D.49.14.39pr和D.49.16.4.3均使用了“流放的刑罚”的表述,而D.48.22整章实际上是对exilium的专门规定,标题体现为:“De interdictis et relegatis et deportatis(关于禁绝水火,带产流放和不带产流放)”。尽管标题中未出现exilium,但是通过检索有9个片段均出现了该术语,D.48.1.2、D.48.8.1.5、D.48.8.8、D.48.19.4、D.48.19.6.2、D.48.19.38.3、D.48.19.38.10、D.48.22.4和D.48.22.5。以上这些片段的中的exilium均直接或间接地带有惩罚的色彩,因而,把这些片段中的exilium翻译成“流放”便无不妥。

[35] 徐国栋:《李维时代罗马人民的跨民族法体系》,《厦门大学学报(哲学社会科学版)》2011年第1期。

[36] Gai.1.128.参见前引[25]盖尤斯书,第35页。

[37] Leigh, Matthew. Comedy and the rise of Rome, Oxford University Press, USA, 2004, p.61.

[38] esilio是exilium的意文形式。

人就被称为流亡者。流亡者的离开,即‘在门槛(limen)之外’或‘在边境(confine)之外’,是不法(in iniuria)的,换句话说,是不符合正义的,他们可以依复境权的名义返回,权利也据此恢复。”〔39〕

同H.Kornhardt表述的观点近乎相同,伊西多尔尽管认为流亡者的行为违背了法律,但还是支持他们可以“依复境权的名义返回,权利也据此恢复”。

综上所述,诚如西塞罗所说的“要么是出于自愿,要么是为了逃避法律的惩罚。如果他们愿意接受惩罚,他们就会继续留在这个市民共同体中”〔40〕,迁居权描绘的是罗马市民的自愿行为,而离别祖国则是为了逃避法律的惩罚,因而多多少少带有非自愿的色彩。两项制度均体现为离开自己的母邦——“他们改变他们的居所和地位”——因而发生身份的变更,从而复境权被设计来让他们在返回原居住地后得以恢复原初的市民身份和地位。前一种形式后来因元老院的限制而退出历史,后一种形式也伴随着其性质的转变而终止。这两项制度形式一致地表现为迁离罗马而定居在外,在同战争没有任何关联的、和平的形势下,构成早期罗马共同体中复境权适用的一种形态。

二、复境权与非开战团体

非开战团体指那些对罗马实施了侵害行为,处于冲突状态但未引发战争的外国人共同体。这样的共同体在共和时期通常指那些同罗马之间存在条约关系的外邦人共同体,包括与罗马签订了条约结成同盟的拉丁部族及周边部族、与罗马签订和平条约并被罗马授予自治权的城邦、同罗马签订友好条约的自由独立的国家等。

高鲁斯说,复境权适用于罗马同自由的人民和结盟的人民之间以及王,甚至适用于罗马人同敌人之间。有学者因此认为,在公元前2世纪中期以前,复境权像适用于战时那样开始扩张适用于非战争的状态,不仅仅是同罗马结盟的人民,可能还包括那些同罗马之间不存在任何国际性关系的共同体。〔41〕这差不多揭示了非开战团体的组成要素,即包括那些同罗马存在某种条约关系的共同体,甚至还包括那些同罗马之间不存在任何国际性关系的共同体。而另外一位学者所说:“它适用于敌人和适用于自由的人民和结盟的人民之间以及王,尽管在分类上有分别,但是适用上均源于被捕获。”〔42〕这正好揭示了复境权适用于开战团体的显著特征及前提,即罗马市民被捕获。因为在国际法制未完善之前的那段粗鄙和野蛮的年代,甚至是在未公开交战的国家之间,也弥漫着一种类似于战争状态下的放任。为了避免这样的放任演化成战争的灾难和大屠杀,出现了关于囚禁的法律,进而复境权随之被适用。〔43〕这些没有同罗马开战的独立的国家,他们通过某些条约同罗马联系在一起。〔44〕要么是友好条约,要么是待客〔45〕条约,要么就是同盟条约。尽管他们同罗马之间存在着各种条约关系,但是违反

〔39〕Isidoro, *Etimologie o origini*, a cura di Angelo Valastro Canale, Torino, 2008, p.425. Also see Priscilla Throop, *Isidore of Seville's Etymologies: Complete English Translation*, V. I.U.S.A., 2005.

〔40〕西塞罗还另外表达过类似的内容:“如果一名罗马市民由于被流放,或者拥有复境权,或者放弃他的罗马市民权,可以成为迦德斯市民,相反,迦德斯的市民为什么不能成为罗马市民呢?”参见前引〔7〕西塞罗书,第372页。该译文中的“被流放”应该是翻译上的错误,正确的应该是“离弃祖国”;“拥有复境权”是指被俘的外国市民再被解放后成为罗马市民后,他可以依复境权返回原先的属国而恢复身份;“放弃他的市民权”则指的是迁居于后者。

〔41〕H.Kornhardt, ‘postliminium’, cit., 8 s. Da Cursi, Maria Floriana. *Struttura del ‘Postliminium’ nella Repubblica nel Principato*, Jovene Editore Napoli, 1996, P.86.

〔42〕L.Sertorio, *La prigionia*, cit., 16 ss. Da Cursi, Maria Floriana. *Struttura del ‘Postliminium’ nella Repubblica nel Principato*, Jovene Editore Napoli, 1996, P.86.

〔43〕Hugo Grotius, *the right of peace and war*, 1814, London, pp.276—278. 该译文参考了〔荷〕格劳秀斯:《战争与和平法》,何勤华等译,上海人民出版社2005年版,第432页。

〔44〕Phillipson, Coleman. *The international law and custom of ancient Greece and Rome*, V.II, Macmillan and co., limited, London, 1911, p.268.

〔45〕早期国际法制度,即由国家或私人给予外国人以特定的礼遇,使其有权在罗马境内居住并享受法律保护。参见前引〔17〕,黄凤书,第123页。

约定的事情实际上常常发生^[46]但也不意味着必然会出现由条约国向敌人^[47]的转化。

实际上,确实并非任何针对罗马的侵害行为都会引发战争。在罗马人的观念中,发动战争的正当理由有四个:对罗马领地的侵犯;对大使的侵犯;条约的违反和在战争中先前友好的国家对敌国的援助。但是甚至在这些情形下,也只有当该外国未对罗马的要求予以满足时,发动战争才是正当的。^[48]犹如西塞罗所论述的:“要知道,报复和惩罚有一定的限度——有时行不公之人也许只要能后悔自己的行为也就够了——使为恶者自己以后不再为恶,也使其他人较少为恶。至于说到国家,则应该严格遵守战争法。存在两种解决争端的办法,一是通过协商,二是通过武力,前者符合人的特性,后者符合野兽的特性,只有在不可能采用前者的情况下,才应该采取后者。”^[49]“解决纷争的智慧无疑比作战的勇气更加值得人追求,……进行战争要显然为了和平,不为了任何其他目的。”^[50]这种对发起战争的审慎态度,体现在随军祭司法以及其后的宣战仪式中:首先,随军祭司团会抵达罗马的边界,向对方提出赔偿的要求,之后等待30天,如果对方没有想要履行相关的义务,在第33天,圣使就会向对方的领地掷出长矛(后来改为向罗马的土地投掷),以此表示向对方宣战。^[51]

同时注意到公元前338年的拉丁战争。在这场战争之后,拉丁同盟被解散,参加反抗罗马的各个城市分别同罗马签订了条约,这些条约的共同内容包括:缔约者中的一方总是罗马,其他结盟城市均以它为中心,并且这些城市均丧失了宣战与媾和权。^[52]但另一方面,这些城市在各自的制度中继续保持主权,有着自己的组织、自己的司法管辖权、自己的征兵制度、自己的人口登记制度以及自己的货币制度。^[53]尽管这些城市本身是一个独立的政权组织,但是由于丧失了宣战与媾和权,使得它们对罗马的任何侵犯,由于不可能实施罗马所认可的宣战仪式,因而不可能转化为战争。所以,就该部分城市而言,被他们捕去的罗马市民,只是被认为是违反条约的捕获行为,仍得依复境权回归。

从公元前2世纪初,罗马和同盟国的关系开始发生变化,逐渐由邦盟转变成统一的国家,^[54]其他的条约国也逐渐丧失它们在政治上的独立性,到了古典法时期,复境权已经不再适用于罗马和它的各个条约国之间。

[46] Liv.25,18,9;36,3,8;38,31,5;42,25,1 e 2; Da Corsi, Maria Floriana. *Struttura del 'Postliminium' nella Repubblica nel Principato*, Jovene Editore Napoli, 1996, P.86.

[47] 在古罗马人的观念中,敌人是指那些公开向罗马宣战或者罗马向其公开宣战的共同体。《学说汇纂》中保留了两个关于敌人的含义片段。D.50,16,118.[古罗马]彭波尼《昆图斯·穆丘斯评注》第2卷。敌人是那些公开向我们宣战或者我们向其公开宣战的团体。除此之外就是强盗或者匪徒。D.49,15,24.[古罗马]乌尔比安《法学阶梯》第1卷。敌人,就是罗马人民向其公开宣战或者那些公开向罗马人民宣战的团体。其他的则叫作强盗或劫匪。因此,任何被强盗抓去的人,不会沦为他们的奴隶,所以并不需要复境权。然而,如果他是被敌人捕获的,比如日耳曼人或者帕提亚人,就会沦为他们的奴隶,可以通过复境权恢复被俘前的状态。

[48] [德]奥本海《奥本海国际法》(上卷·第一分册),王铁崖、陈体强译,商务印书馆1989年版,第53页。

[49] [古罗马]西塞罗《论义务》,王焕生译,中国政法大学出版社1999年版,第35页。

[50] 前引[49],西塞罗书,第79页。

[51] Si vede Calore, Antonello. *Forme giuridiche del 'bellum iustum'*, Milano, Casa Editrice Giuffrè, 2003. Da: <http://www.dirittoestoria.it/4/Tradizione-Romana/Calore-bellum-iustum-ordinamento-feziale.htm>, 2012/3/14.

[52] [53] [意]朱塞佩·格罗索《罗马法史》,黄风译,中国政法大学出版社2009年版,第156页。

[54] A.H. McDonald, *Rome and the Italian confederation (200—186BC)*, (above n.32), p.11.