

罗马法上的“诉”：构造、意义与演变

马 丁*

摘 要 在罗马法上，“诉”这一词汇具有丰富的含义。建基于“诉”的概念之上的罗马“诉权”思维和“诉权”体系塑造了罗马时代的私法和民事诉讼法体系，并对后世大陆法系国家的民事诉讼制度及法律适用产生了深远的影响。本文以历史发展为主线，阐释了“诉”在罗马法上的内涵及其意义变迁，研究重点在于探讨“诉权”思维和“诉权”体系之兴衰的表现及其原因。希望藉此展示罗马法上“诉”的概念与制度对近现代大陆法系国家私法权利体系、诉讼法体系以及实体法和程序法两者间关系的深远影响。

关键词 罗马法 诉 诉权

在罗马法漫长的发展历程中，“诉”(actio)是涉及私权与私权保护的法律概念和法律制度中最为核心和基本的一个。它集中反映出罗马时代法律与法律适用的特点，是罗马法制特别是民事诉讼制度的基石。^{〔1〕}对于它的探究和分析有利于深入理解大陆法系国家诉讼制度的发展历程以及程序法与实体法之间关系的定位及其演变。^{〔2〕}根据当代学说，罗马民事诉讼

* 德国弗莱堡大学博士研究生。

〔1〕 整个罗马私法体系和罗马法律人的思维方式都深受“诉”的理念和制度的影响。参见 J. F. Kierulff, *Theorie des Gemeinen Zivilrechts*, 1839, S. 156; Werner Flume, *Rechtsakt und Rechtsverhältnis: Römische Jurisprudenz und modernrechtliches Denken*, 1990, S. 9; Hans Otto de Boor, *Der Begriff der actio im deutschen und italienischen Prozeßrecht*, FS—Boehmer, 1954, S. 99f.; Wolfgang Waldstein/Johannes Michael Rainer, *Römische Rechtsgeschichte*, 10. Aufl., 2005, S. 126f.

〔2〕 不仅如此，“诉”的丰富内涵和它在历史上的曲折变迁对于法律渊源理论、权利之本质、法律主体要求司法保护的权利、司法裁判与法律规范的关系、法律中的形式主义、诉讼标的理论以及当事人与法官在诉讼中的分工等问题都有不容忽视的影响。

制度的沿革大致可以分为三个阶段:法律诉讼时期、程式诉讼时期和非常诉讼时期。以下就这三个时期对“诉”的概念和制度的理解和应用分别加以论述。

一、法律诉讼时期(legis actiones)“诉”的内涵和表现形式

罗马最古老的诉讼方式(也即罗马诉讼制度最初的表现形式)被后世称为法律诉讼。在法律诉讼时期,诉讼须严格按照法律规定的特定形式进行。^{〔3〕}当时并没有现代意义上的普通诉讼程序,而是由法律规定了五种用以确定和实现权利的特别诉讼形式,即誓金之诉(legis actio sacramento)、请求给付之诉(legis actio per condictionem)、请求指定仲裁性承审员之诉(legis actio per iudicis arbitrive postulationem)、拘禁之诉(legis actio per manus iniunctionem)和扣押之诉(legis actio per pignoris capionem)。^{〔4〕}特定的私法权利应通过特定的诉讼形式来实现。^{〔5〕}由此可见,早在法律诉讼阶段,罗马法制的重心就放在当事人的权利主张通过诉讼加以实现的可能性上。在这一时期,“诉”这一概念的法律内涵为仪式性的行为、法律上的行为、诉讼本身或诉讼行为,特别是针对某人或某物采取的、以启动审判或执行程序为直接目的的维护私权的行为,具体表现为双方当事人在法官面前以仪式性的、符合法定用语的对话说明各自主张从而启动诉讼的行为。^{〔6〕}诉讼程序被分为法律审(in iure)和裁判审(apud iudicem)^{〔7〕}两个阶段。前一阶段在法官面前进行,内容为诉讼双方向法官陈述争议事由,法官的任务在于促成双方达成和解协议。若双方未能达成协议,则法官须将争议付诸诉讼的后一阶段。法官一般不指定

〔3〕 严格的形式主义堪称所有早期法律的共同特征。就早期罗马法律和法律行为而言,对形式和仪式的依赖不仅表现在诉讼领域,也体现在合同缔结、所有权移转等涉及实体法的领域。参见(意)彼得罗·彭梵得:《罗马法教科书》,黄风译,中国政法大学出版社1992年版,页212—214、353、355; Mario Bretone, *Geschichte des römischen Rechts: von den Anfängen bis Justinian*, übersetzt von Brigitte Galsterer, 1992, S. 72ff.; Ernst Immanuel Bekker, *Die Aktionen des römischen Privatrechts*, 2. Bd., 1873, S. 3ff.

〔4〕 前三种诉讼形式涉及案件审理程序,后两者则涉及执行程序。详见 Max Kaser/Karl Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht*, 2. Aufl., 1996, S. 81ff., 131ff.; (意)朱塞佩·格罗索:《罗马法史》,黄风译,中国政法大学出版社1994年版,页122—124;彭梵得,同上注,页93—94;江平、米健:《罗马法基础》,中国政法大学出版社2004年版,页438—441。

〔5〕 Vgl. Kaser/Hackl, a.a.O., S. 35. 法律中对某诉权并无规定,则即使当事人的请求合理法官也无权受理;法律中对某诉权若有明文规定,则法官不得拒绝受理。参见周相:《罗马法原论》,商务印书馆2001年版,页932。

〔6〕 Vgl. Hermann Gottlieb Heumann/Emil Seckel, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, 9. Aufl., 1914, S. 9f.; Max Kaser, *Das römische Privatrecht*, 1. Abschnitt, 2. Aufl., 1971, S. 223; Gerhard Sperling, *Actio und obligatio nach römischem und heutigem Recht*, 1912, S. 5. 关于 actio 一词在罗马法中的原初意义,参见 Peter Weimar, *Die privaten subjektiven Rechte: Versuch einer Vereinfachung*, edités par Roland Ruedin, *Mélanges en L'honneur de Carlo Augusto Cannata*, 1999, p. 444; Max Kaser, *Römisches Privatrecht*, 16. Aufl., 1992, S. 35f.

〔7〕 apud iudicem 又译为事实审。参见格罗索,见前注〔4〕,页124。

裁判审法庭的成员，〔8〕他也无权干涉此后进行的事实审理和判决，甚至传唤和执行等事务也是由当事人自行完成。〔9〕严格僵化的诉讼形式和极其有限的诉讼类型是“法律诉讼”的根本特征。〔10〕

二、程式诉讼时期(processo per formulas) “诉权”思维与“诉权”体系的形成

(一) 程式诉讼的基本特征以及裁判官以诉讼为依托的法律发展活动

伴随着罗马社会经济的蓬勃发展和疆域的不断扩张，前述僵化简陋的诉讼程序逐渐显得捉襟见肘。〔11〕一种新的民事诉讼模式——程式诉讼——应运而生，〔12〕它仍将整个诉讼分为法律审和裁判审两个阶段。但在这一时期，新的法官的职权得到了显著的扩张：他们一改之前消极的纠纷调停人的角色，而逐渐转变为拥有广泛司法权力并积极将其加以应用的法官。更为重要的是，他们通过自己的司法行为不断地修正既有的法律并不断创造和丰富新的规范。〔13〕这体现在他们所拥有的广泛而巨大的司法裁量自由上：对于某些有市民法上的根据，但他们认为不应予以保护的权利要求，他们会以添加要件的方式限缩相应诉讼类型的适用范围，从而实质上否认这些权利；对于某些并无法律根据、但他们认为应当加以保护的权利要求，他们会拓展既有诉讼类型的适用范围从而准许权利人提起诉讼，并在判决中对这些请求予以

〔8〕 裁判审法庭成员之资格及其在具体诉讼中的确定，在法律诉讼时期历经变迁。大略言之，该法庭由多名市民组成的特定团体（例如百人法官团（centumviri）、十人争议裁判团（decemviri stlitibus iudicandis）、独任承审员（iudex）、一名或三名仲裁员（arbitri）或者仲裁性承审员（iudex arbiterve）充任。人选由当事人从审判人员名册（album iudicum）中协商确定；当事人未能达成协议，则由法官指定或依抽签方法决定。参见 Kaser/Hackl, a.a.O., S. 48ff., 56ff.; 彭梵得，见前注〔3〕，页 93；周栢，见前注〔5〕，页 930—931。

〔9〕 参见周栢，见前注〔5〕，页 933—935、937；彭梵得，见前注〔3〕，页 93。

〔10〕 就外在于法律的因素而言，有限的诉讼类型是当时罗马社会经济不发达状况的反映；就涉及法律的因素而言，有限的诉讼类型反映出当时的法制和司法对于私人间交易的保护是极其有限的。

〔11〕 参见格罗索，见前注〔4〕，页 242、248；丘汉平：《罗马法》，朱俊勤校，方正出版社 2004 年版，页 426。

〔12〕 法律诉讼在早期共和时代即渐受厌弃，后来——除少数特例外——终被《爱布兹法》（lex Aebutia）（约公元前 146—前 126 之间制定）和奥古斯都时代的两部《尤利法》（duae leges Iuliae）所废除。而程式诉讼约发轫于共和国中期。参见格罗索，见前注〔4〕，页 241—242、244；彭梵得，见前注〔3〕，页 95；Kaser/Hackl, a.a.O., S. 151；Alfred Söllner, Einführung in die römische Rechtsgeschichte, 4. Aufl., 1989, S. 68f.；Gerhard Dulkeit/Fritz Schwarz/Wolfgang Waldstein, Römische Rechtsgeschichte, 9. Aufl., 1995, S. 151ff.

〔13〕 与市民法（ius civile）和万民法（ius gentium）相对应，这种新出现的实质上的法律渊源被称为裁判官法（ius praetorium）或者荣誉法（ius honorarium）。D. 1. 1. 7. 1：裁判官法是裁判官为了公共利益，为了帮助、填补、纠正市民法而引进的法。它也被称为荣誉法，之所以这样称呼是因为裁判官的职位（honor）。译文源自：《学说汇纂》（第 1 卷），罗智敏译，中国政法大学出版社 2008 年版，页 13。参见格罗索，见前注〔4〕，页 249、251—252。

肯定;〔14〕对于某些不符合正义要求、但有法律上的根据的原告主张,他们会赋予被告以抗辩(exceptio),用以反对原告请求。〔15〕 裁判官进行这些法律创制活动的程序法载体就是他们在法律审结束时颁予裁判审法庭〔16〕关于裁判审的书面训示,即程式书(formula)。程式书的格式较为确定,一般包含请求原因(demonstratio)、原告请求(intentio)和判罚程式(condemnatio)等项内容。请求原因项概略地描述了该争议的相关案情。原告请求项则指明了原告的诉讼请求,在有些情况下它还包含对原告请求依据的说明,即能推导出原告主张的权利或事实。判罚程式项则包含了对承审员的指示,即——根据查明的案情——或者判罚被告支付特定数量的金钱〔17〕或者宣判被告无法律义务。〔18〕 试以盖尤斯《法学阶梯》中所举的一个程式为例,对其各个构成部分加以简略分析。

①[某人]是审判员。②所涉及的事实是:A·阿杰里在N·内基迪处寄托了一个银盘,③无论为此N·内基迪应当根据诚信向A·阿杰里给或者做什么,④审判员将为A·阿杰里对N·内基迪做出判罚,除非他实行了返还。如果事实不成立,则予以开释。〔19〕

第①部分是对承审员的指定。第②部分是请求原因项,它列明了本案的原被告、涉案物以及双方间与案件相关的法律交往。第③部分是原告请求项,向承审员指明原告的诉讼请求。因为本案中请求的标的是尚不确定的金额,因此不写明具体数额。第④部分是判罚程式项,授权承审员在查明案情后对被告处以判罚或者即行开释。〔20〕

〔14〕 Vgl. *Leopold Wenger*, *Institutionen des römischen Zivilprozessrechts*, 1925, S. 150ff.; *Herbert Hausmaninger/Walter Selb*, *Römisches Privatrecht*, 7. Aufl., 1994, 495ff.; *Dieter Hesselberger*, *Die Lehre vom Streitgegenstand: Geschichtliche Entwicklung und gegenwärtiger Stand*, 1970, S. 40.

〔15〕 程式诉讼时期各种抗辩的性质和来源差异很大。此处的抗辩特指那些具有实体法属性的并属于裁判官法范畴的抗辩。参见 *Kaser/Hackl*, a.a.O., S. 260ff.; 彭梵得,见前注〔3〕,页 100—101。

〔16〕 程式诉讼时期的裁判审法庭由独任承审员、仲裁员或合议庭(recuperatores)担任。双方当事人可以在审判人员名册内或在该名册以外协商决定法庭成员。Vgl. *Kaser/Hackl*, a.a.O., S. 192ff. 值得说明的是,与法律诉讼时期类似,程式诉讼时期的裁判审法庭成员往往并非法律专业人士。

〔17〕 依据程式诉讼时代的“金钱判罚”(condemnatio pecuniaria)原则,所有关于履行之诉的胜诉判决都以判决给付一定数量的金钱为结果。参见 *Kaser/Hackl*, a.a.O., S. 315f.; *Adolf Berger*, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, *Transactions of the American Philosophical Society*, New Series, Vol. 43, Part 2, 1953, p. 403; 彭梵得,见前注〔3〕,页 96。

〔18〕 若被告主张法律赋予他以抗辩或者裁判官根据自己的司法裁量自由赋予他一项抗辩,则该抗辩应作为程式书中的一项加以列明,因为承审员的职权往往仅限于审查程式书中所载明的事项。原告针对被告的抗辩可以提出反辩(replicatio),被告可以提出再抗辩(duplicatio),原告则可提出再反辩(triplicatio),以此类推。参见周栢,见前注〔5〕,页 965—966; 丘汉平,见前注〔11〕,页 437—438。若这些抗辩和反辩事涉案件的实体法层面的问题,则它们作为程式书的组成部分对于此后的审理和判决——在法律方面——将会产生重要的影响。

〔19〕 *Gai. 4. 47.* 译文源自(古罗马)盖尤斯:《法学阶梯》,黄风译,中国政法大学出版社 1996 年版,页 310。按:引文中带圈数字为本文作者所加。

〔20〕 程式书的内容和格式有大致的定例,这反映出程式诉讼一定程度上的形式主义倾向;但它较之法律诉讼时期的五种必须严格遵守特定形式的诉讼类型已显得自由和灵活得多,为裁判官的自由裁量和法律创制活动提供了相当大的空间。Vgl. *Kaser/Hackl*, a.a.O., S. 151f.

程式书的本质是对原告权利的虚拟的认可。也就是说,在诉讼的第一个阶段,原告是否有可能获得司法保护这一法律问题就得以完全解决了。^[21] 程式书的效力来源于裁判官的司法权,而程式书在诉讼中发挥作用的依据则在于争讼程序的进行。所谓争讼程序(litis contestatio)是指双方当事人表明并确定法律争议的诉讼阶段和诉讼行为,具体表现为双方当事人都作出意思表示同意裁判官授权的法庭依据程式书审理彼此间纠纷。它的进行是双方当事人正式确立诉讼的标志。法律审自争讼程序开始而告结束;裁判审则自争讼程序结束后开始。鉴于程式诉讼的这种构造,可以说整个诉讼过程的核心点就在于裁判官是否就该法律争议颁予一个程式书。程式书本来仅是针对个案颁布,但裁判官逐渐将这些从个案裁判中积累起来的经验加以总结并以“永久告示”(edictum perpetuum)的方式公布。这些永久告示被之后的裁判官所沿袭而得以延续流传。^[22] 这种在诉讼程序中获致的裁判结果实质上具备了法律渊源的品质,^[23] 从而被称为裁判官法(ius praetorium)或荣誉法(ius honorarium),并与广义的民法法(即包括万民法在内)并列存在。^[24]

(二)程式诉讼中作为法律概念和法律制度的“诉”的内涵

随着裁判官法的不断发展和丰富,“诉”逐渐成为诉讼法和诉讼制度中的核心概念。当时,“诉”所表达的最基本的意义是在法律审阶段原告要求裁判官就自己与被告的法律争议颁予一个程式书。^[25] 因此,原告在诉讼中的请求往往被直观地称为要求颁予一个特定的“诉”。^[26] 程式诉讼的核心就是通过程式书的颁予所表现出来的裁判官对某特定“诉”的认可。“诉”决定了程序的开启、程序的标的、案情事实、所适用的规范以及程序可能的结果等一系列事项。可见,程式诉讼时期“诉”这一概念的内涵远较法律诉讼时期的“诉”丰富。它可以被灵活地应用于不同场合,表达不同的意思:它既可以指代诉讼行为,也可以指代权利;既可以表示要求进行

[21] Vgl. August Sigmund Schultze, *Privatrecht und Prozeß in ihrer Wechselbeziehung*, Erster Theil, 1883, S. 233ff. 当然,他最终是否会得到法律保护,则取决于他在程序的第二阶段是否能提出充分的事实依据来证明自己的主张。

[22] 就所谓“沿袭告示”(edictum tralaticium)参见格罗索,见前注[4],页249—250; Franz Wieacker, *Römische Rechtsgeschichte*, 1. Abschnitt, 1988, S. 462ff.; Heinrich Honsell/Theo Mayer—Maly/Walter Selb, *Römisches Recht*, 4. Aufl., 1987, S. 11f.; Alfons Bürge, *Römisches Privatrecht: Rechtsdenken und gesellschaftliche Verankerung*, 1999, S. 17f.

[23] Vgl. Wolfgang Kunkel/Martin Schermaier, *Römische Rechtsgeschichte*, 14. Aufl., 2005, S. 115; Bretonne, a.a.O., S. 107ff.

[24] 参见格罗索,见前注[4],页251—252; Wieacker, *Römische Rechtsgeschichte*, 1. Abschnitt, S. 470ff.

[25] 或者如 Kaser 指出的,程式诉讼中的“诉”是指与被告和裁判官的行为相结合的、原告谋求就自己与被告的法律争议确定一个审理程序和一个审判法庭并由此建立与被告间的诉讼关系的行为。Vgl. Kaser, *Das römische Privatrecht*, 1. Abschnitt, S. 223. 值得一提的是,在传唤被告之前或传唤之际,原告应通过“起诉要旨”(editio actionis)表明自己欲针对被告提出的或者说欲向裁判官申请的特定的“诉”。不过,“起诉要旨”中提到的“诉”对原告并无绝对约束力,诉讼可以围绕一个更为合适的“诉”来进行。Vgl. Kaser/Hackl, a. a. O., S. 220f.

[26] 在当时,“诉”这一用语可以用来指代程式书本身。Vgl. Heumann/Seckel, a. a. O., S. 9f.

诉讼的权利,也可以表示通过诉讼所欲实现的(私法意义上的)权利;既可以指代诉讼者主观的权利主张,又可以用以指称法律制度中关于某权利之保护的具体规范。^[27] 诉讼中原告所申请的“诉”从当代法视角来看,很明显是一个具有复杂构造的意义复合体。以下试对它的内涵加以条缕分析。

首先,诉讼的权利和主观权利^[28]两者相结合地体现在“诉”中。私主体是否能够主张、维护并实现自己的利益最直观地表现为,法秩序(包括制定法和裁判官法,尤其是后者)是否赋予他提起诉讼的权利。^[29] 如果他不能因某事提起诉讼,那么他在该事项上根本就没有权利可言;而他若被允许提起诉讼,则他也就顺利地提出了自己的某个特定的、私法意义上的权利主张,从而——在能证明相应事实的情况下——实现自己的私法权利。可见,原告请求司法保护的权利和所欲实现的主观权利紧密结合在一起:前者是后者的前提,后者是前者的目的。^[30] 两者以彼此结合的形态存在于罗马法上各种名目的“诉”之中。

其次,实体权利规范性质的因素和诉讼规则性质的因素彼此结合地体现在“诉”中。在一个具体的“诉”中不但隐含着关于该诉讼的程序要素和程序运作的概要说明,而且指明了在满足哪些实体法性质的要件的情况下原告的诉讼请求才能成立。^[31] 因此,一个“诉”作为一个

[27] Vgl. *Heumann/Seckel*, a. a. O., S. 9f.; *Bernhard Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts, Band I, 9. Aufl., bearbeitet von *Theodor Kipp*, 1963, S. 189.

[28] 在罗马法制史中并未发展出类似“主观权利”这样的概念。这是由罗马人的法律思维方式和法学发展水平决定的。但是,这并不妨碍我们采用后世才出现的该概念来理解和分析罗马法律制度和实践中的问题。参见方新军:“权利概念的历史”,《法学研究》2007年第4期。此外值得注意的是,即使是在程式诉讼的发达时期,主观私法权利的载体也并不限于各种名目的“诉”,而毫无疑问还包括形式多样的、作为法律渊源的“法”(ius)。

[29] Vgl. *Theodor Muther*, Zur Lehre von der römischen actio, dem heutigen Klagrecht, der Litiskonstestation und der Singularsukzession in Obligationen, Neudruck, 1969, S. 40ff.; *Otto Fischer*, Recht und Rechtsschutz: eine Erörterung der Grenzgebiete zwischen Privatrecht und Civilprozeß in Beziehung auf den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, 1889, S. 65; *Wenger*, a. a. O., S. 11f.; *Rudolph Sohm/Ludwig Mitteis/Leopold Wenger*, Institutionen: Geschichte und System des römischen Privatrechts, 17. Aufl., 1949, S. 650.

[30] 这种结合关系特别突出地体现在当时所谓的“诉的消灭制度”中,即“对人之诉”(actio in personam)在争讼程序进行之后会被消耗掉。原因在于,根据罗马法理,“对人之诉”以一个“债”(obligatio)为基础。该“债”经过争讼程序即被消耗掉,而该“对人之诉”也同其命运。也就是说,主观私权利和进行诉讼的权利都化身于被提起的诉讼中。无论债权人实际上是否通过该诉讼获得满足,他的主观权利和诉讼的权利都告消灭。(当然,受制于程式诉讼的两阶段性构造,债权人仍有可能再次向裁判官申请同一“对人之诉”。但因实体权利和诉讼的权利实际上均已灭失,在裁判审阶段中承审员必定会判决原告败诉。) Vgl. *Kaser/Hackl*, a. a. O., S. 81; *Hesselberger*, a. a. O., S. 49.

[31] Vgl. *Ernst Immanuel Bekker*, Ueberschau des geschichtlichen Entwicklungsganges der Römischen Actionen; Aufkommen, Wesen, Abkommen, Nachwirkungen, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung, Bd. 15, 1894, S. 145, 168; *Horst Kaufmann*, Zur Geschichte des aktionenrechtlichen Denkens, Juristenzeitung, Bd. 19, 1964, S. 483; *Kaser*, Römisches Privatrecht, S. 36; *Wenger*, a. a. O., S. 12f.; *Julius Neussel*, Anspruch und Rechtsverhältnis, 1952, S. 10; *Hesselberger*, a. a. O., S. 39f.

独立具体的诉讼模型自足地含有相关的程序规范和实体规范。^[32] 这些规范确定了诉讼从启动到结束所涉及的所有法律内容。

再次,“诉”反映出原告的诉讼请求与程序中被适用的私法规范(特别是请求权规范)的结合。原告提起诉讼首先表现为提出一定的主张,^[33]这种主张以经济利益或其它利益为内核。原告向裁判官陈述的请求虽然并无形式和内容方面的特定要求,但为了能成功地提起诉讼并最终胜诉,往往要在法律审之前或者法律审过程中将自己的主张转换为申请裁判官颁予自己某个特定的“诉”。^[34]这是因为,提起诉讼并胜诉的法律依据往往并非某成文法中的实体规范,而是表现为裁判官对某种类型的诉讼的许可以及通过该诉讼帮助当事人实现主张的承诺。^[35]虽然一个诉讼的内核一般表现为“某个具体的主观权利是否成立”这一问题,但罗马人的思维特征和当时的法律发展程度决定了他们更愿意从诉讼的角度出发看待法律问题。^[36]这样,当事人提起诉讼之初应当考虑到的“他的主张是否有法律依据的问题”就转化为“是否有合适的诉讼形式(Prozessformel)”这一问题。一旦原告确定以某一诉讼形式起诉,则该诉讼形式(或者说诉讼名目)就把当事人的主张和一定的实体规范——特别是请求权规范——联结起来。由于(提起诉讼时)诉讼名目的特定性和(在诉讼中的)不变性,当事人的主张和法律规范就处于一一对应的关系中。换句话说,通过申请一个具体的“诉”,原告不但提出了自己的主张,同时还确定了在诉讼中用以实现该主张的法律规范。^[37]

最后,事实因素与法律因素在“诉”中的结合。原告在择取适当的“诉”加以主张的时候,不但要考虑自己与被告间的争议的法律方面,即自己的诉讼主张与特定“诉”提供的法律结果是否匹配的问题,还需要考虑该争议的事实方面,即案情与特定“诉”的适用前提是否匹配的问题。具体的“诉”中不但包含一定的法律规范,还牵涉到特定的案情。申言之,关于“诉”的申请和运用的核心问题就是,某一具体争议所涉案件事实是否能导致某一诉讼形式所内含的实体

[32] 这可以被视作法律诉讼时期的思维和做法的延续:不同的“诉”处理不同的实体权利纠纷,不同的“诉”所包含的程序性内容和构造也不尽相同,即以“对人之诉”和“对物之诉”(actio in rem)这两大类诉讼的差别为例加以简单说明:对人诉讼的目的在于保护债权,对物诉讼则在于保护物权或身份性权利;在对人诉讼的程式书中原则上需载明被告的姓名,对物诉讼则否;对人诉讼原则上无需交保,对物诉讼则须由被告提供保人。参见周栢,见前注[5],页955—956。

[33] Vgl. Stefan Böhler, Der materiellrechtlicher Anspruch im deutschen und schweizerischen Privatrecht, 2006, S. 39.

[34] 因此,程式诉讼时期并没有独立存在的原告请求。Kaufmann 精辟地指出,由于原告请求没有形式载体,所以当时毫无可能实现对实体法请求权(materiellrechtlicher Anspruch)和诉讼请求(prozessualer Anspruch)两者的区别。Vgl. Kaufmann, a.a.O., S. 483.

[35] Vgl. Kaser, Das römische Privatrecht, 1. Abschnitt, S. 226; Waldstein/Rainer, a.a.O., S. 114ff.; 彭梵得,见前注[3],页85—86。

[36] Vgl. Hans Otto de Boor, Gerichtsschutz und Rechtssystem: ein Beitrag zum Kampfe gegen das aktionenrechtliche Denken, 1941, S. 10.

[37] 原告通过选择特定的“诉”来实现对自己的诉讼请求的具体确定和对案件所应适用的规范的特定化(Individualisierung)。这种操作方式是由程式诉讼的特点和程式书的功能所决定的。

规范的适用。也即是说,若原告选择了特定的“诉”,则他就已经以概括抽象的方式道出了该诉讼的法律依据与事实依据。因此,可以说“诉”是原告提起诉讼的法律依据和事实依据的结合。案情和原告的诉讼主张决定了原告起诉时对“诉”的择取。而一旦确定特定的“诉”后,它就决定了该案件中的案件事实(Faktum)和法律规范(Norm)。在具体的诉讼和具体的“诉”中,案件事实和法律规范两者都是特定的并且存在着对应关系。^[38]

(三)“诉权”思维与“诉权”体系的形成

通过上文对程式诉讼中“诉”的概念的分析可以看出,“诉”在这一时期逐渐具备了法律规范——特别是实体私权利规范——的品质。然而,这种规范的效力必须通过诉讼的形式得以发挥和实现。“诉”不但在诉讼法和诉讼制度中具有核心地位,甚至可以说“诉”是当时罗马法律制度和法律思维的重心。^[39]这种以权利与诉讼合一、权利规范与程序规则合一、诉讼主张与实体规范合一为基本特征的法律思维模式被后世称为“诉权”思维(aktionenrechtliches Denken)。^[40]^[41]通过裁判官的不断创造、确认和修正,“诉”的种类

[38] 参见(日)中村英郎:“德国法上‘诉讼之目的’(诉讼标的)概念的生成过程”,段文波译,载陈刚主编:《比较民事诉讼法》(总第7卷),中国法制出版社2008年版,页40、47;Kaufmann, a.a.O., S. 483.

[39] 可以说,古罗马人法律思维的核心是“诉”而不是“法”(ius);在法律实践中,对私法主体具有本质意义的往往并非对权利的实际拥有或者制定法对权利的认可,而毋宁是权利保护主张被允许诉诸司法并能通过诉讼程序得以满足。Vgl. Fritz Schulz, Prinzipien des römischen Rechts, Nachdruck, 1954, S. 28f.; Hesselberger, a. a. O., S. 41; Peter Apathy/Georg Klingenberg/Herwig Stiegler, Einführung in das römische Recht, 1994, S. 12.

[40] Vgl. Bernhard Windscheid, Die actio des römischen Civilrechts: vom Standpunkte des heutigen Rechts, Neudruck, 1969, S. 3ff.; Rudolf von Jhering, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, 2. Teil, 2. Abteilung, 8. Aufl., 1954, passim; ders., Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, 3. Teil, 1. Abteilung, 8. Aufl., 1954, passim; de Boor, Gerichtsschutz und Rechtssystem, S. 8; Bekker, Ueberschau des geschichtlichen Entwicklungsganges der Römischen Actionen, S. 145ff.; Julius Binder, Prozeß und Recht: ein Beitrag zur Lehre vom Rechtsschutzanspruch, Neudruck, 1969, S. 14ff.; Hans Peter, Actio und Writ: eine vergleichende Darstellung römischer und englischer Rechtsbehelfe, 1957, S. 54ff. 此外,参见黄风:《罗马法词典》,法律出版社2002年版,页4。“诉权”思维最为基本的特征即,主观权利的证实和实现依赖并受制于诉讼,诉讼是主观权利的体现或者说“外衣”。Vgl. Kunkel/Schermaier, a.a.O., S. 117. 从更深入的层次来看,“诉权”的这种构造最重要的后果在于它决定了一个具体诉讼程序和一个具体实体法规范的对应关系,即一个诉讼围绕一个实体规范进行。这一点对于罗马法以及后世民事诉讼制度中诉讼标的的本质和范围的确定影响深远。

[41] 值得注意的是,本文讨论的罗马法“诉权”概念与当前我国法学界所理解和使用的“诉权”概念有相当的差别。现代西方学者指称的罗马法中的“诉权”主要是指法律秩序通过“诉”所认可并保护的私法主体的私权利。在他们看来,虽然在“诉”的概念中包含有原告要求国家司法机关保护自己私权利的公法意义上的权利这一义项,但它并非罗马法上“诉”的意义重心。与此不同,我国学者则主要在后一意义上使用“诉权”的概念,即强调“诉权”是私法主体提起并进行诉讼的权利。参见李龙:“民事诉权论纲”,《现代法学》2003年第2期;任瑞兴:“价值诉求与制度考量:当前我国诉权研究之省思”,《当代法学》2010年第4期。

得以不断积累,逐渐形成了一个以丰富多样的“诉权”构筑而成的发达的法律体系,史称“诉权”体系(Aktionenrechtssystem)。^[42] 裁判官法得到长足发展的时期也是罗马法发展最为迅速和辉煌的一个时期,它对后世法律巨大而持久的影响力也由此奠定基础。^[43] 特别值得注意的是,虽然诉讼法和实体法在某种程度上的区分在罗马法早期就已出现,而且罗马法上也有相当数量的不以“诉权”形式存在的法,但罗马法律体系——从外在和总体来看——维持了诉讼权利体系的外观。

三、非常诉讼时期(cognitio extra ordinem) “诉权”思维和“诉权”体系的变迁

(一)古典与后古典非常诉讼的特征

伴随着罗马社会从共和时代转入帝国时代,诉讼法在制度和理念上发生了显著的变化。程式诉讼严格、呆板和高度形式主义的特征逐渐不能满足实践的需要,从而广受诟病。^[44] 而程式诉讼时期就已存在的一种与普通私人审判制度(ordō iudiciorum privatorum)不同的、被称为“非常诉讼”的制度逐渐为统治者所青睐,并最终取代程式诉讼成为一般的诉讼形式。^[45] 非常诉讼时期发生变革的根本原因在于,当时国家提供司法救济的能力显著增强,而法院在审判领域的职能也得以充实和扩展。^[46]

就古典非常诉讼时期而言:^[47] 此前的诉讼所表现出的仲裁性的一面逐渐被抛弃,而诉讼作为国家主持的司法审判活动的一面越来越被强调;两阶段式的诉讼程序被废除,从而使程式书成为多余;^[48] 法官(iudices)在法律创制方面的自由被极大削弱了,但整个诉讼由法官主导

[42] Vgl. *Sohm/Mitteis/Wenger*, a.a.O., S. 685ff.

[43] Vgl. *Wieacker*, Römische Rechtsgeschichte, 1. Abschnitt, S. 474; *Kunkel/Schermaier*, a.a.O., S. 116ff.

[44] Vgl. *Max Kaser*, Dasrömischen Privatrecht, 2. Abschnitt, 2. Aufl., 1975, S. 65.

[45] 4世纪中期,程式诉讼被正式废除,标志性事件是程式书的废除。参见格罗索,见前注[4],页413; *Kaufmann*, a.a.O., S. 484. 但非常诉讼程序被普遍适用约始于3、4世纪之交。Vgl. *Kaser/Hackl*, a.a.O., S. 435f.; *Sohm/Mitteis/Wenger*, a.a.O., S. 733; *Söllner*, a.a.O., S. 114ff.; *Dulkeit/Schwarz/Waldstein*, a.a.O., S. 243f.

[46] Vgl. *Kaser/Hackl*, a.a.O., S. 442f., 519f.; *Hesselberger*, a.a.O., S. 62f.

[47] 以君士坦丁大帝统治时期为界,之前的非常诉讼被称为古典非常诉讼,而君士坦丁大帝时代至士丁尼时代的非常诉讼被称为后古典非常诉讼。Vgl. *Kaser/Hackl*, a.a.O., S. 436.

[48] 这意味着法官的审判职权从程式诉讼时代的只决定法律问题延伸到对整个诉讼程序——即事实和法律两个层面的问题——作规划和领导。这是法官承担“根据已查明的案情考虑法律适用问题”的职责的前提。

进行,他对于诉讼中的各项事务有着绝对的权威性;〔49〕原告在启动诉讼时无需提出“起诉要旨”,从而不必以选择特定的“诉”的方式明确案件所涉及的实体法规范,〔50〕而被告也不再需要在诉讼开始阶段就将抗辩(以列入程式书的方式)加以指明,〔51〕与此相应,由法官对案情进行法律评价并考虑法律的适用问题;〔52〕“诉”的颁予和争讼程序在很大程度上丧失了它们之前所具有的意义,变得徒具其表。〔53〕与这些变化相适应,“诉”的意义重心逐渐从提起并进行诉讼的可能性转变为主张和实现某项利益的权利。〔54〕承接共和时代末期和帝国时代前期已经出现的一些端倪,“诉权”思维和“诉权”体系在古典非常诉讼时期第一次被动摇了:“诉”这一词汇在实践中一度销声匿迹;〔55〕法律体系更多的被视为由实体权利构筑的体系;法律思维的核心逐渐从“诉”以及权利的诉讼实现转向以规则形态体现出的法和权利。〔56〕

在后古典非常诉讼时期,这种趋势被承继并进一步深化。约从公元5世纪中期开始,原告以向法官递交起诉状(libellus conventionis)的方式启动诉讼程序。〔57〕起诉状的核心内容是案件事实,而不必提出一定的法律依据。〔58〕如同在古典非常诉讼时期一样,以案件事实为基础考虑法律的适用问题是法官的任务。〔59〕对原告请求的内容和根据的探究不再借助于“诉”,而是更多地倚重起诉状和实体规范。在民事司法领域逐渐发展出一般性的诉讼程序,那种因“诉”的不同导致诉讼程序不同的状况成为历史。到优士丁尼时期,后古典非常诉讼发展

〔49〕 古典非常诉讼时期的法官由皇帝、执法官以及皇帝任命的官员充任。这些法官可以任命对整个审判或个别审判事务负责的下级法官(iudex pedaneus)。当事人不再拥有决定法官的权利。由于对法律事务不熟悉,法官往往会咨询他们的顾问(consilium)或法律顾问(adessor)。Vgl. Kaser/Hackl, a.a.O., S. 442, 460ff., 466.

〔50〕 Vgl. Kaser/Hackl, a.a.O., S. 485, Fn. 3.

〔51〕 Vgl. Kaser/Hackl, a.a.O., S. 485f. 值得注意的是,被告所拥有的实体法性质的抗辩一般只有经他主张才能被法官加以考虑。所以,由法官承担起寻找可适用的法律规范的责任主要是免除了原告方的实体规范提出义务。

〔52〕 Vgl. Kaser/Hackl, a.a.O., S. 481. 基于这一寻找规范任务的分工的变化,确定诉讼中可能适用的规范的时间也由诉讼启动阶段推移到了诉讼审理过程中。

〔53〕 Vgl. Kaser/Hackl, a.a.O., S. 481, 490; Wenger, a.a.O., S. 246ff.

〔54〕 Vgl. Kaser/Hackl, a.a.O., S. 485. 当时甚至一度放弃将“诉”作为私权利以及实现私权利的特定诉讼方式的代称。Vgl. Kaser/Hackl, a.a.O., S. 577.

〔55〕 Vgl. Kaser, Dasrömisches Privatrecht, 2. Abschnitt, S. 66.

〔56〕 Vgl. Kaser, Dasrömisches Privatrecht, 2. Abschnitt, S. 65.

〔57〕 这种诉讼程序因此被称为“诉状诉讼”(Libellprozess),与程式诉讼形成比对。Vgl. Kaser/Hackl, a.a.O., S. 570.

〔58〕 总体而言,后古典非常诉讼中同样抛弃了“起诉要旨”制度。Vgl. Kaser/Hackl, a.a.O., S. 577. 在诉状诉讼中,不仅原告不需要在起诉状中提出自己主张的法律依据,被告也无需在答辩状中提出自己反对原告主张的法律依据。Vgl. Kaser/Hackl, a.a.O., S. 570f., 573.

〔59〕 在后古典非常诉讼时期,法律顾问的地位和作用进一步提高,他们在司法方面对于自己所辅佐的官员有很大的帮助和影响。Kaser/Hackl, a.a.O., S. 550. 这对该时期的法官胜任确定案件应予适用的法律规范的工作很可能有直接的助益。

到了顶峰,史称优士丁尼诉讼程序(Justinianischer Prozess)。优帝时期的法律体系恢复了将各种私法请求权称为“诉”的传统,并通过大规模的法律编撰活动构筑了以“诉权”体系为外衣的民事权利体系。原告在起诉时可以提出以“诉”为外在面目的特定的请求权。^[60]当然,这些并不意味着“诉权”思维的复兴。当时,“诉”的概念的重心放在私权利的一面,即要求给付、确认和形成法律关系的实体权利,首要的即给付请求权。^[61]与它的实体法方面的涵义并存,“诉”有时候也在程序法意义上,用来指称在法庭上主张某请求,例如关于给付、确认和形成法律关系的请求。后一义项实则是前一义项的诉讼法实现,或者说,程序法意义上的“诉”是实体法意义上的“诉”的结果。^[62]整体而言,在优帝时期,“诉”的实体规范的一面被充分挖掘出来并在法律和实践中占据了主导地位。^[63]

(二)“诉权”体系的根本转型和“诉权”思维的衰落

后古典非常诉讼时期实体法和程序法领域所发生的变化动摇了程式诉讼时期形成的“诉权”体系以及长期占据统治地位的“诉权”思维。就“诉权”体系而言,实体法与程序法在一定程度上的分离导致原来的“诉权”体系逐渐转变为一个徒具“诉权”之表的实体规范的体系。与此相应,“诉权”思维在这一时期也发生了重大的变化。

首先,诉讼的权利和主观私法权利在一定程度上分离了。那些曾经通过诉讼维系其存在和效力的私权利大量转化成为(客观)私权利规范并被编撰为法律,从而使得主观权利不再完全依附于诉讼的权利或者说不再必须通过诉讼的权利这一“外衣”表现出来。^[64]人们不再泛

[60] 这意味着“起诉要旨”制度在形式上得到了恢复,不过也仅在形式意义上。Vgl. Kaser/Hackl, a.a.O., S. 578. 当然,原告并非必须这样做。Vgl. Hesselberger, a.a.O., S. 65.

[61] Vgl. Kaser/Hackl, a.a.O., S. 579. 与此相应,那些实质上具有实体权利性质的抗辩也摆脱了它们在程式诉讼时期体现出的对特定诉讼构造的依赖,而更多的被视为被告所拥有的、可以自由行使的实体法性质的反对权。Kaser/Hackl, a.a.O., S. 583f.

[62] Vgl. Kaser, Dasrömisches Privatrecht, 2. Abschnitt, S. 68.

[63] 优士丁尼的《法学阶梯》中对 actio 的定义是:“诉”不过是通过审判要求某人应得之物的权利。(actio autem nihil aliud est, quam ius persequendi iudicio quod sibi debetur, I. 4. 6 pr.)这一定义虽然提及审判,但从该定义之后的文本内容来看,该法典中“诉”的概念的落脚点在于“要求某人应得之物”,从而体现出浓重的实体私权利意味。(对此可以比对《德国民法典》第 194 条第 1 款前半句对请求权的定义:向他人请求作为或者不作为的权利。)考察优士丁尼《法学阶梯》第 4 卷第 6 题中涉及到“诉”的论述,除了在论及“诉”的类型——例如对人之诉、对物之诉、诚信诉讼、严法诉讼等——或多或少牵涉到程序方面的事宜,在对各具体的“诉”加以论述和提及时,都基本上将它们作为实体私权利对待。“普布利奇安之诉”(actio publiciana)和“塞尔维安之诉”(actio serviana)即其著例:对这两种“诉”的说明(I. 4. 6. 4; I. 4. 6. 7)类似于近现代意义上实体私权利规范的内容。参见(古罗马)优士丁尼:《法学阶梯》,徐国栋译,中国政法大学出版社 2005 年版,页 454—483。Vgl. Bekker, Ueberschau des geschichtlichen Entwicklungsganges der Römischen Actionen, S. 198.

[64] 换句话说,从程式诉讼时期到古典和后古典非常诉讼时期,主观权利的来源与依据——从总体面貌上说——发生了根本的改变,即由依附和建基于“诉”逐渐转变为依附和建基于客观权利规范。

泛地认为先有诉讼的权利才有实体的权利,而认可主观权利一定程度上的独立性。〔65〕〔66〕当然,相对于诉讼的权利,主观私法权利的独立在当时并不可能完全实现。原因在于,在罗马时代的法律实践中,“诉”仍保留着通过诉讼寻求法律保护和实现权利的内涵。相对于它实体私法权利方面的内涵而言,这种诉讼意义方面的内涵在寻求法律保护的罗马人的内心深处——不论是出于思维惯性抑或对权利保障的不确定感——甚至仍居于优先地位。〔67〕

其次,曾经彼此结合地体现在“诉”中的程序规则性质的和实体权利规范性质的因素实现了部分的分离。在优帝时期,程序法和实体法首度被认为性质不同,从而在法律渊源层面上实现了一定程度的分离。〔68〕就程序法的一面而言,一些程序性的规定逐渐从各个“诉”中分离出来并被一般化,从而形成若干独立的诉讼法概念、规范和制度。〔69〕此外,根据“诉”的不同而采用不同程序的做法被摒弃,从而发展出适用于各种不同的“诉”的统一的诉讼程序。〔70〕就实体法的一面而言,优帝进行大规模的法典编撰活动促进了权利规范的内在体系化和它们与程序规则的彼此区别,并最终促使人们在法律思维和法律应用层面上对这两种规范加以区分。〔71〕当然,受制于当时法律发达的水平,优帝时期两种规范的彼此分离可以说是十分有限和粗糙的。〔72〕

〔65〕 关于这一点的一个显著例子是,与程式诉讼时代不同,在古典和后古典非常诉讼中原告所拥有的主观私法权利在争讼程序进行之后不会被认为已经消耗掉。Vgl. *Kaser/Hackl*, a.a.O., S. 491, 580.

〔66〕 与实体私权利的独立化相对应,要求通过诉讼保护私权利的公法性质的权利也逐渐从“诉”中独立出来并得到罗马国家的一般认可。只不过,这种要求国家通过对纠纷的司法裁判保护自己私权利的权利并无明确的法律表达。它似乎是通过法院与当事人共同探究“是否具备起诉要件”这一活动得到侧面展现的。*Kaser/Hackl*, a.a.O., S. 482ff., 587f. 因此可以说,这距离近现代法上将诉讼的权利作为国民拥有的基础性的、宪法性质的权利的认识还有很大差距。参见当代德国法上的“司法(保护)请求权”(Justizanspruch/Justizgewährungsanspruch/Anspruch auf Rechtspflege/Anspruch auf Rechtsschutz)。Vgl. *Leo Rosenberg/Karl Heinz Schwab/Peter Gottwald*, *Zivilprozessrecht*, 17. Aufl., 2010, § 3; *Stein/Jonas-Brehm*, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Bd. I, 22. Aufl., 2003, vor § 1, Rn. 284ff.; *Reinhold Zippelius/Thomas Württenberger*, *Deutsches Staatsrecht*, 31. Aufl., 2005, § 12 III 8.

〔67〕 Vgl. *Konrad Lenze*, *Von der actio im Privatrechtssystem Savignys zum Streitgegenstand im Zivilprozessrecht*, 1971, S. 41. *Hesselberger* 认为,早在优帝时期,拥有实体法请求权就已经区别于它在诉讼中被主张和裁判后所获得的诉讼结果。Vgl. *Hesselberger*, a.a.O., S. 65. 然而,主观权利意义上的实体法请求权之于诉讼的独立性在当时以及此后相当长的时间内仅仅是相对存在并非非常有限的。实体私权利——特别是实体法请求权——要实现真正的、完全的独立,需要获得这样一种地位:即使不诉诸司法程序,它的存在往往也毋庸置疑并且可以(基于国家法制的威慑力)合理地预期它的实现。

〔68〕 Vgl. *Hesselberger*, a.a.O., S. 65.

〔69〕 Vgl. *Kaser/Hackl*, a.a.O., § 86ff.

〔70〕 Vgl. *Kaser/Hackl*, a.a.O., S. 577, 580.

〔71〕 *Kaser*, *Das römische Privatrecht*, 2. Abschnitt, S. 65; *Kaufmann*, a.a.O., S. 484.

〔72〕 对两者在制度和理念层面上相对清晰的区分毋宁是西方法律近代化的成果。两者在实证法层面的分离最早约出现于 15 世纪,最终完成于 18、19 世纪之交的法典化运动。Vgl. *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, a.a.O., S. 21; *Kaufmann*, a.a.O., S. 487.

再次,诉讼请求和私法规范相结合体现在“诉”中的状态被彻底打破了。原告的诉讼请求有了独立的载体——起诉状,而不再依赖于通过提出特定的“诉”使自己的请求具体化和特定化。^[73]另外,法官权力的加强和他们从法律顾问处所获得的有力的法律适用建议最终使得他们能承担起确定案件中应予适用的实体规范的职责,从而使原告不必以提出特定的“诉”的方式承担提出实体规范义务。^[74]

最后,就“诉权”思维统治下事实和法律(或者说案件和法律规范)的一一对应关系这一最为复杂的问题而言,后古典非常诉讼时期的法律制度并未出现突破性的变革。在罗马法制发展过程中,伴随着实体法律规范在数量上的不断扩充,同一案情可以适用名目不同、但目的相近的多个实体法规范的情形日渐增多。^[75]就这一问题导致的法律处置困境,罗马法上先后发展出了“诉的消灭”、“诉的一般排斥力”、“结果竞合”等制度和学说。^[76]程式诉讼时期的“一诉讼—‘诉’”也演变为非常诉讼时期的“一诉讼—实体权利”,但是“一诉讼—规范”的基本模式却从来没有动摇过。^[77]换句话说,罗马人认为以下这一点是理所当然的:既然在诉讼的结束阶段,一个案件的处理往往表现为适用或拒绝适用某个实体规范(尤其是请求权规范),那么在此之前,应且仅应有一个实体规范进入诉讼双方和法官的视野。

综上所述,非常诉讼时期诉讼的理念、构造和制度决定了“诉权”思维在这一时期在诸多方面趋于动摇和瓦解。尽管如此,它的核心义项——即“一诉讼—规范”的模式——在法律发展的洪流中却并未被触及。因此,在罗马时代还远谈不上“诉权”思维的消除,对于这一模式的反省和批判毋宁是后世法律发展的任务之一。

四、罗马法律发展史中“诉权”的意义定位和价值

毫无疑问,法律诉讼时期存在的五种简陋的诉讼形式是和当时罗马人所进行的法律交易较为简单以及他们对于司法保护不可能有太高要求的历史状况相适应的。这种彼此协调的局面的打破在根本上可以归因于社会经济的发展以及由此导致的法律交易种类的增加和法律交易的复杂、精致化。^[78]因应这种局面而被创造出的程式诉讼在两方面对于罗马法制发展做

[73] 表达于起诉状中的诉讼请求有了独立的名称——*postulatio*。参见格罗索,见前注[4],页414。

[74] 当然,原告在起诉时仍有权提出一定的实体法规范来支持自己的主张。在法律实践中,若有能力获得法律专业人士的帮助,他们——为更好的实现自身利益计——往往乐于提出起诉的法律根据。但这种由他们提出的法律观点似乎只是建议性的,而并不构成对法官的法律适用活动的约束。

[75] 此即狭义的请求权竞合问题。Vgl. *Christine Löwisch*, *Die historische Entwicklung des Streitgegenstandes: auf der Grundlage des römischen und seit der Geltung des gemeinen Rechts*, 1967, S. 14f.

[76] Vgl. *Kaser/Hackl*, a.a.O., S. 299ff., 616f.; *Hesselberger*, a.a.O., S. 54ff., 66f. 限于篇幅,对这些制度与理论容另文分析介绍。

[77] 参见乌尔比安(*Domitius Ulpianus*)的教谕: *quotiens concurrunt plures actiones eiusdem rei nomine, una quis experiri debet*, L 43 § 1 Dig 50, 17.(就一个案件有多个“诉”可供选择的,原告应在其中择一进行诉讼。)

[78] Vgl. *Sohm/Mitteis/Wenger*, a.a.O., S. 662; *Kunkel/Schermaier*, a.a.O., S. 112ff.

出了巨大的贡献:一方面,它是司法权的拥有者打破旧法律的束缚、促进实体私权利规范丰富化的工具;另一方面,它促成了之前诉讼中严格的形式主义的消解并为权利的有效保护提供了诉讼法层面的保障。^[79] 罗马人之所以把权利的拥有和维护着落在诉讼上,是因为当时法律领域的基本矛盾是交易不断趋于发达和有限的实体私法规范及严重不足的司法保护之间的矛盾。^[80] 为了解决这一矛盾,“诉权”体系及建基于此之上的“诉权”思维应运而生。这两者在当时非但不是罗马人维护私权利的掣肘,反而对私权利加以认可的有效形式,是在诉讼法外衣下对私权利的彰显和保护。问题是程式诉讼在不断发展的过程中,由于它的内在属性和特质——即通过裁判官许诺加以法律保护的方式丰富诉讼形式和私法规范——逐渐背离了它的初衷。一方面,它将权利的认可、实现与诉讼的提起、进行结合起来;另一方面,它通过以下方式将法律形式主义深深植根于当时的罗马法制之中,即为不同权利的认可和保护确立不同的诉讼形式。在这一意义上,程式诉讼延续了法律诉讼的传统而并未实现质的革新。

非常诉讼时期法制发展的着眼点发生了根本的改变。通过裁判官的司法活动促进诉讼形式的不断丰富(以及以这种方式实现的私法规范的丰富)不再是法律发展的当务之急。^[81] 就当时的情况而言,交易不断发达和法律救济资源之间的矛盾仍然存在,只不过不再突出的表现为法律保护的可能性(即私法规范)的不足,而是表现为法律保护寻求者要求简便可靠的保护和当时的法制依不同的诉讼形式保护不同的私法权利这一制度设计之间的矛盾。^[82] 后者表现出强烈的法律形式主义倾向,使得寻求司法保护的过程繁琐而复杂,并且在很大程度上增加了权利人不能获得法律保护的风险。因此,与之前通过诉讼法发展实体法的做法不同,这一时期的法律革新工作的重点在于诉讼法本身。一方面,法律致力于破除“诉权”思维最为外在的体现,即实体权利规范与程序规则的结合状态。具体表现为废除多样化的、不统一的诉讼形式,建立对于司法纠纷普遍适用的一般程序规则和模式。^[83] 另一方面,提高司法保护的可预期性,或者说尽可能地使诉讼结果符合实质正义。具体表现为促进司法活动的专业化以及就程序规则做细致、严谨的规定。就促进法律保护而言,在以上两项任务之外,当时的统治者和法学家才把目光投向实体规范的进一步丰富这一工作。^[84] 在这一时期,“诉权”体系实质上转变为实体权利体系。而“诉权”思维作为曾经广受欢迎的一种发展法律和积极司法活动的标志逐渐显得不合时宜。种种迹象表明,它在非常诉讼时期被尽可能的消解和弃置源于它不再

[79] Vgl. *Bürge*, a.a.O., S. 72, 74.

[80] Vgl. *Ernst Rabel*, *Grundzüge des römischen Privatrechts*, 2. Aufl., 1955, S. 3.

[81] Vgl. *Schultze*, a.a.O., S. 594.

[82] Vgl. *Dulckeit/Schwarz/Waldstein*, a.a.O., S. 245.

[83] Vgl. *Schultze*, a.a.O., S. 595ff.

[84] 在君主制体制下,创造性的法律发展活动逐渐萎缩,法学家和统治者的兴趣逐渐转移到法律解释和法律编撰上来;法律渊源也逐渐由多元化的状态演变为以君主的立法活动为主。在通过统一的程序进行司法保护的基础上,非常诉讼时期解决权利规范不足的方式主要是通过皇帝的谕令等直接在实体法层面上赋予民众权利,而不再假道诉讼程序。参见格罗索,见前注[4],页393—412、439—453。帝国时代的法律渊源以及立法活动概况参见 *Dulckeit/Schwarz/Waldstein*, a.a.O., S. 239ff., 301ff.

是权利和正义的化身,而逐渐演变为后两者的掣肘。^{〔85〕} 优帝时期虽然在法律和诉讼中恢复了对“诉”的概念的使用,但他显然并不想真正恢复“诉权”体系、复兴“诉权”思维。帝国时代以来的法律发展导致“诉权”思维被不可回复地被抛弃了。

由此产生出一个有趣的法制史现象。在程式诉讼阶段,“诉”是保护私法主体的权利与行为自由(特别是交易自由)、维护实质正义的法律利器。而到了非常诉讼时期,“诉”却蜕变为对这些基本价值的负担和束缚。反而是诉讼法领域对“诉权”体系和“诉权”思维的破除促进了当时罗马社会中权利和正义的实现,程序法也得以辅助实体法维护私法个体的意志和行为自由。在罗马法律发展的漫长历史中“诉权”思维历经兴盛与衰落,但它背后的推动力是不变的,即法律秩序对人的行为和意志的解放以及对权利的有效保护的不懈追求。

由以上的分析可以得出结论,程式诉讼时期形成的“诉权”思维和“诉权”体系在罗马民事诉讼制度史乃至整个罗马法律发展史上具有极其突出的地位。两者的勃兴与衰落都是罗马法律人致力和关注的焦点。不仅如此,“诉权”思维并没有随着罗马社会的覆灭而退出历史的舞台,恰恰相反,它通过罗马法的复兴绵延到后世,对于中世纪乃至近现代大陆法系的民法和民事诉讼法制产生了深远和持久的影响。关于后世法律遵循“诉权”思维的原因、复兴“诉权”思维的途径、为何又要以及怎样克服它,容另文详加讨论。

(责任编辑:傅郁林)

〔85〕 私权利逐渐有了独立的、实证的载体,即表现在皇帝谕令、法典等中的私法规范,而不再依赖于通过诉讼证实它们的存在;私权利的约束力也逐渐开始依赖国家的法律保护承诺或者说法律制度的威慑力,而不再如之前那样必须经由诉讼才能得以保障和实现。Vgl. *Schultze*, a.a.O., S. 601f.