

诉讼标的理论的知识史考察

——从罗马法到现代法国法

巢志雄

(中山大学法学院,广东广州 510275)

摘要: 在罗马法时代,诉讼标的概念的法律含义和理论框架即已初步定型。“诉讼标的”的分类、范围、识别、契约化是罗马法上“诉讼标的”理论的主要内容。近代法国法继承了罗马法上的“诉讼标的”概念,逐渐形成了现代法国法上的“诉讼标的”理论,并且该理论在《法国新民事诉讼法典》中被赋予重要地位。“诉讼标的”在罗马法上的通行准则对应地出现在现代法国法中,这是罗马法对现代大陆法系民事诉讼程序之深远影响的例证。

关键词: 诉讼标的; 罗马法; 法国法

中图分类号: D924.36 文献标志码: A 文章编号: 1009-8003(2017)06-0063-10

在大陆法系民事诉讼理论体系中,诉讼标的是不可或缺的核心概念。诉讼标的与诉的理论、诉权理论、既判力理论有着密不可分的关系,它是诉的构成要素,是诉权行使的要件,也是界定既判力客观范围的根本依据。法国民事诉讼法甚至将诉讼标的理论视为指导民事诉讼程序的主要原则之一,其理论地位与当事人主义、处分原则、辩论原则、对审原则相当。《法国新民事诉讼法典》开篇第一章规定了民事诉讼的指导原则,其中第二节即为诉讼标的。我国《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第247条直接将诉讼标的的概念引入法条。我国学者对诉讼标的的研究成果不少^①,但是对诉讼标的的概念的理论起源、在大陆法系(特别是法国)的继受及其发展情况所知不多。故本文以学说的视角对“诉讼标的”概念的起源及其理论发展进行探析。

一、罗马法民事诉讼程序中的“诉讼标的”

在罗马法时代,诉讼标的概念的法律含义和理论框架即已初步定型。与现代民事诉讼法相同,罗马法使用诉讼标的概念也是为了识别“诉”的基本要素,明确法官审理案件的范围。例如,在罗马法的早期“法律”中,公元前5世纪《十二表法》是最富盛名的法典。其中第一表“诉讼程序”第八段规定“一方当事人过了午后仍不到庭的(负责事实审的)法官可以针对本案的诉讼标的判定到庭的当事人胜诉。”^②

收稿日期: 2017-09-12

基金项目: 本文系司法部中青年项目“新范式下的民事诉讼标的理论研究”(16SFB3026)的阶段性成果。

作者简介: 巢志雄(1983-),男,江苏常州人,法学博士,中山大学法学院副教授、中山大学司法体制改革研究中心研究员,主要研究方向: 民事诉讼法学。

①近年来,我国学界对“诉讼标的”的理论研究逐渐成为热点,学术成果颇丰。例如,陈杭平《诉讼标的理论的新范式——“相对化”与我国民事审判实务》载《法学研究》2016年第4期;严仁群《诉讼标的之本本土路径》载《法学研究》2015年第3期;吴英姿《诉讼标的理论“内卷化”批判》载《中国法学》2011年第2期;刘明生《诉讼标的概念之厘清、转化与过度扩大危险之防止》载《民事程序法研究》2016年第2期;刘明生《民事诉讼诉讼标的理论之研究——以未来民事诉讼之发展方向为中心》载《民事程序法研究》2014年第2期等。

②《十二表法》第一表第八段原文为“POST MERIDIEM PRAESENTI LITEM ADDICITO”。法语通行译本为“Après midi, adjuge l'objet du litige à celui qui est présent。”在该法条中,拉丁文litem一词对应译为法国民法上的l'objet du litige(诉讼标的)。《十二表法》原文及法译文本,参见<http://roma-latina.com/tables/table.html>,登录时间:2017年2月10日。

在该段法条中,立法者明确使用“诉讼标的”概念,这是符合罗马法民事诉讼程序的特征的。在罗马法里,诉讼程序被分为裁判官(praetor) 负责的法律审(in jure) 和法官(iudices) 负责的事实审(in iudicio)。当事人向裁判官提起诉讼后,裁判官并不负责审理这个案件的全过程。裁判官的工作仅限于确定诉争的权利或事由(即本案的诉讼标的),以及所涉及的法律条文。至于案件的“事实审”部分,则全都交由法官去审理。该段法条阐述了当一方当事人在事实审阶段不到庭时,法官只能在裁判官确定的诉讼标的(litem) 范围内判决到庭当事人胜诉。显然,《十二表法》对诉讼标的概念的运用是精确的。

罗马法民事诉讼程序的发展经历了三个不同的阶段,即“法定诉讼(legis actiones)”、“程式诉讼(processo per formulas)”和“非常审判”(cognitio extraordinaria)。法定诉讼与程式诉讼有一个共同的特征,即诉讼程序被拆分为“法律审(in jure)”和“裁判审(in iudicio)”两个部分。这一特征足以让罗马法诉讼程序与任何现代诉讼程序划出界限。

(一) “诉讼标的”在法定诉讼时期的应用

法定诉讼程序要求当事人必须陈述一系列庄重的言辞和格式化的用语,这些言辞和用语都有严格的法律规定。显然,“法定诉讼”并不是指“由法律直接规定的诉讼形式”,而是指这些诉讼形式必须尽可能地与实体法对权利内容、权利范围、权利形成与权利效果的规定相一致。从程序法的角度来看,当事人对权利内容、权利范围、权利形成与权利效果的陈述就是指“诉讼标的”。

誓金法律诉讼是最典型的法定诉讼^①,其诉讼过程分为法律审和事实审两部分。誓金(sacramentum) 是指一笔金钱,每一方当事人在裁判官面前宣誓,如果自己在诉讼过程中的陈述被认为是虚假的或不合法的,那么他将输掉这笔誓金,并把誓金上交国库。双方当事人通过庄重的形式来立下司法赌注,原告方主张权利,而被告则承认或否认这些权利。当事人的宣誓内容是确定本案诉讼标的的基本依据,当事人在陈述时必须严谨地与法律对“权利”的表述一致。换言之,当事人必须用法律规定的语言来阐述本案的诉讼标的。

宣誓结束后,双方当事人需要在证人面前完成“证讼”(litis contestatio) 程序。1816年在意大利维罗纳发现的盖尤斯《法学阶梯》抄本里,盖尤斯对“litis contestatio”论述章节字迹模糊,无法阅读。现代学者对盖尤斯时代的“litis contestatio”含义多是猜测。一种猜测是依据古罗马语义学家 Sextus Pompeius Festus 在《辞梳》中对“contestari litem”词条的解释“双方当事人在证人面前确定诉争内容。”^②另一种猜测认为“litis contestatio”属于某个诉讼行为的组成部分,该诉讼行为的意图是确定本案的诉讼标的以及诉讼的进展。召唤证人作证是对该诉讼行为进行作证。法定诉讼时期的诉讼程序是纯粹的言辞主义,这名“证人”的角色就是一台“活着的法庭记录仪”。^③当事人往往对案件审理情况发表不同意见,此时,见证本案“法律审”的证人就出面向法官作证。

“证讼”的程序意义不仅是“法律审”的结束,而且是“事实审”的启动。“事实审”的法官或仲裁员并不参与案件的“法律审”工作,负责案件“法律审”的裁判官也不会给法官或仲裁员制作任何书面的案件审理指示。当案件完成“法律审”后,当事人必须将本案的审理情况告知“事实审”的法官,这被称为“案情概述(caussae collectio 或 caussae coniectio)”。当事人向审判员进行“案情陈述”,主要是为了说明本案的诉讼原因、诉讼标的以及案件在“法律审”阶段的基本情况,使审判员对案件有基本的了解。案件一旦经过了证讼,其诉讼标的就绝对不可更改。负责法律审的法官只能在经过证讼的诉讼标的的范围内对案件进行裁判。有理由推测,这是现代法国法上“诉讼标的不可变更原则(Le principe de l'immuabilité de l'objet du litige)”的最初起源。

(二) 程式诉讼时期对“诉讼标的”的理论构建

程式诉讼体系的建立是罗马法的杰作之一,代表了罗马法发展的辉煌。对于这个改革过程,学术上

^①法定诉讼共有五种类型:誓金法律诉讼(legis actio sacramento) 要求审判员或仲裁人之诉(per iudicis arbitrive postulationem),请求给付之诉(per conditionem),拘禁之诉(per manus iniectionem),扣押之诉(per pignoris capionem)。

^②Sextus Pompeius Festus, De verborum significatu, Wallace Lindsay's edition, 1913, p. 50.

^③Ernest Joseph Tardif, Etude sur la Litis Contestatio en Droit Romain, Press Imprimerie Generale A. LAHURE, p. 5.

有两种不同看法。现代罗马法学者倾向于认为新的程式诉讼取代旧的法定诉讼,这一改革是彻底的。另一种看法更符合罗马法的原貌,也符合西塞罗著作中的记载,即程式诉讼原本作为法定诉讼的组成部分而存在,这一改革使程式诉讼得以摆脱法定诉讼的束缚而独立出来。在对罗马法的研究中,程式诉讼居于核心位置,它被誉为“开启罗马法的钥匙”。^① 罗马法民事诉讼程序对“诉讼标的”的理论构建也始于这一时期。

1. “诉讼标的”的分类。程式诉讼时期的罗马法已经发展出较为完整的“诉”的分类体系。“诉”的分类以“诉讼标的”的分类为依据。例如,“对人之诉”与“对物之诉”的差别在于前者的诉讼标的是债的法律关系,后者的诉讼标的是物权的归属。“请求给付特定债务之诉(*actio certre pecuniae*)”与“请求给付确定物之诉(*actio de certa re*)”的差别在于前者的诉讼标的是一项具体的债权法律关系,后者的诉讼标的是一个具体财产的所有权。

根据诉讼标的的是否有实定法依据,可分为“市民法之诉”和“裁判官法之诉”。前者的诉讼标的是市民法上明确规定的某种“权利”,后者的诉讼标的可以是对市民法上权利规定的拟制,也可以是市民法没有规定的某种值得司法保护的事实状态或利益关系。

根据诉讼标的的特定,可分为“特定之诉”与“不特定之诉”。两者差别在于前者的诉讼标的是确定的法律关系,后者的诉讼标的是不确定的法律关系或者事实状态。当事人提起“不特定之诉”时,只是在“诉讼请求”中笼统地向司法机关提出权利要求,至于权利的名称、内容、范围等,当事人常常无法给出肯定的描述,有时甚至无法从市民法里找到直接的法律依据。^②

2. “诉讼标的”的范围。当事人在诉讼请求中提出的事项,哪些可以作为诉讼标的?换言之,哪些争议内容可以被司法机关受理?这是“诉讼标的”的范围问题。罗马法对“诉讼标的”范围的发展对现代民事诉讼法关于此类议题的研究极具参考价值。法定诉讼将“诉讼标的”严格限定在“法定权利”的范围,而程式诉讼将“诉讼标的”的范围扩大到“权利拟制”、“权利变更”和“值得司法保护的某种事实状态或利益关系”。通过裁判官的自由裁量权扩大“诉讼标的”的范围,分为以下三种情形:

第一种,“权利拟制”的诉讼标的。裁判官借助于已有的诉讼程式,拟制法律或已有程式所要求当事人具备的身份或条件存在,将这些程式直接适用于新型案件。例如,对“财产买受人”的权利拟制。财产买受人(*bonorum emptor*)是指在财产拍卖中买下破产债务人的全部财产的人,他接替了债务人的法律地位,即成为债务人全部财产的权利人,同时成为债务人全部债务的义务人。在诉讼的判决程式中,财产买受人代替债务人接受清偿债务的判决。因此,财产买受人对债务人财产的概括继承被看作是生者间的继承(*successio tra vivi*)。但是,当破产人死亡后,财产买受人无法通过普通诉讼程式进行起诉,因为这种情况已经不符合“生者之间继承”的原则。为了更好地保护财产买受人的权益,裁判官拟制破产人仍然活着,并由此设立了“塞尔维之诉(*actio Serviana*)”。“塞尔维之诉”的“诉讼标的”是已死亡的破产者的债权,即在此诉讼中,财产买受人是以死者继承人的身份要求破产者的债务人对自己实行清偿。^③

第二种,“权利变更”的诉讼标的。尽管原告或被告并非市民法上的法律关系的适格当事人,但是法官仍然根据市民法的规定、遵照裁判官指定的程式作出判决。例如,“鲁第里之诉(*actio Rutiliana*)”。破产人在售空所有的财产后,他的债务人身份仍然存续。但是,裁判官不再给予债权人起诉破产人的诉权,而是让债权人起诉破产财产的买受人。^④ “鲁第里之诉”的“诉讼标的”是破产债权人对破产财产买受人的债权关系,这种诉讼标的并非来源于罗马市民法,而是来源于裁判官的司法权。

^①douard Laboulaye, *Réflexions préliminaires du "Histoire de la procédure civile chez les romains"*, par Ferdinand Walter, Paris, 1841.

^②F. L. Keller, *Über Litis Contestation und Urtheil*, Zurich, 1827, p. 252. 部分学者提出不同观点,他们认为当事人在“不特定诉讼”中,也必须“明确而完整地”说明发生争议的法律关系、本案的诉因以及在市民法上的直接依据。但是这些学者并没有对该观点做进一步论证,也缺乏史料上的论据。参见 H. Dernburg, *Über das Verhaeltniss der Hereditatis Petitio zu den erbschaftlichen Singularklagen*, Heidelberg, 1852, p. 26.

^③F. L. Keller, *Semestrium ad Ciceronem lib. III*, Zurich, 1842, p. 76.

^④Gaius, III, 77 - 80.

第三种,“事实或利益关系”的诉讼标的。裁判官为保护新的事实或利益关系,创设全新的诉讼程式,接受某种“事实或利益关系”作为诉讼标的。例如,“准塞而维之诉(actio quasi Serviana)”,也称为“对物的质押之诉(actio pignoratitia in rem)”。当质物被他人非法占有时,质押债权人以及其他对质物享有权利的人可以提起此诉讼,以物的所有权人的名义要求非法占有人返还质物。“准塞而维之诉”与作为“拟制诉讼”的“塞尔维之诉”不同,它属于“事实诉讼”,它的诉讼标的是保护因质权而享有的占有状态。

司法权作为国家权力的组成部分,是交给专门负责案件法律审的裁判官来行使的,负责案件事实审的法官只是遵照裁判官列出的程式完成审判工作而已。除了市民法明确规定的权利外,罗马人在社会交往中形成许多新的关系,社会经济的发展也出现许多新的现象,这其中产生的当事人利益都需要得到司法保护。裁判官认为有必要对某项利益或事实给与司法保护,即便没有任何罗马私法的成文法或习惯法作为直接依据,他也可以设计一套诉讼程式,将它们纳入司法保护,从而使新的利益或事实上升为受司法保护的權利(诉讼标的)。这就是罗马法的一个重要特征,即通过建立新的程式和承认新的“诉讼标的”赋予当事人新的“诉权”,进而创设一项新的实体“权利”。

3.“诉讼标的”的识别。“诉讼标的”应当根据当事人的诉讼请求来识别。这是从罗马法延续至今的通行法则。《法国新民事诉讼法典》第4条第1款即规定“诉讼标的依据各当事人的诉讼请求来确定。”在程式诉讼时期,诉讼程式一般由以下四个要素组成:请求原因(demonstratio)、原告请求(intentio)、分配裁判(adjudicatio)和判决程式(condemnatio)。并不是每个诉讼程式都必须包含上述四个要素,许多程式的内容其实只包含一个或两个要素即可。但是,原告请求是程式的最主要构成要素,所有的程式都必须包含“原告请求”。

盖尤斯对“原告请求”的定义十分宽泛,他认为原告请求就是“原告向司法机关提出的要求获得司法保护的请求”。^①细而言之,这种请求或者涉及权利,即要求司法机关维护特定的法律关系或法律状态;或者涉及事实,即要求司法机关保护法律没有规定的某种事实状态。例如,(如果查明)被告应当向原告给付1万阿斯,其诉讼标的即为一项债权。(如果查明)根据罗马法,诉争之物的所有权属于原告,其诉讼标的即为某项财产的所有权。(如果查明)被告违反裁判官告示的规定,不正当地占有原告的财物,尽管原告对该财产不享有市民法上的所有权,被告亦应当予以返还,其诉讼标的为恢复原告对财产的占有状态。

通常而言,裁判官根据原告请求来确定本案的诉讼标的即可。但是,某些诉讼程式还前置了作为附带程式的“诉求前书(praescriptiones)”。在这些案件里,“诉求前书”对于判断本案“诉讼标的”是至关重要的。“诉求前书”最初是指程式诉讼中的一项附带程式,它被置于原告请求之前,对有关诉讼请求范围加以限定,同时对当事人保留就未纳入诉讼请求范围的事项另行提起诉讼的诉权。

罗马法民事诉讼程序一直存在“一事不再理(Bis de eadem re ne sit actio.)”原则,即当事人对同一诉讼标的仅有一次诉权。只要当事人就该诉讼标的提起过诉讼,该诉权即告消灭。当事人可以根据同一个案件事实提出多项诉讼请求,但是,当事人往往无法或者不愿意在第一次提起诉讼时就提出全部诉讼请求。为了更好地保障当事人行使诉权,罗马法诉讼程序允许当事人通过“诉求前书”来限定“请求原因”,使那些暂时没有列入“诉求前书”的,但基于同一案件事实而存在的其他诉讼请求可以由当事人在本案审理结束之后再次起诉。

对于“标的特定之诉(action certae)”(包括“请求给付特定债务之诉”和“请求给付确定物之诉”)来说,当事人可以使用“诉求前书”来限定自己的诉讼请求范围。例如,原告和被告就一笔债务达成分期还款协议,假如被告某一期没有按时给付,则原告可以提起“请求给付特定债务之诉”,要求被告仅就该笔债务进行偿还,而不涉及那些尚未到期的债务。原告在提起这样的“请求给付特定债务之诉”时,就应当附加这样的“诉求前书”:“本诉针对的是那些已经到期的债务。”如果原告没有附加这样的“诉求前书”,则整个债,包括尚未到期的债,都将纳入本诉的审理范围。当事人可以根据自己的意图,就如何行

^①“EA PARS QUA ACTOR DESIDERIUM SUUM CONCLUDIT.”

使诉权进行自由选择。

“标的不特定之诉”的情况有些复杂,因为“不特定之诉”的诉讼标的本来就不明确,也不固定。例如,在“请求返还不特定物之诉”中,假如不特定物的一小部分已经可以确定,原告如果在此时提起“请求返还不特定物之诉”,那么他可以获得不特定物的这一小部分。然而,根据“一事不再理”原则,原告的诉权用尽,即便日后该不特定物的其他部分得以明确,他也无法再次提起诉讼。^①在这种情况下,“一事不再理”原则对原告是十分不利的,原告在行使诉权时往往陷入两难境地。为了避免因“一事不再理”而导致的不公平,罗马法诉讼程序允许在“不特定之诉”中使用“诉求前书”,即原告向裁判官做简单的声明,将本案的诉讼标的限制在原告方提出的明确的权利内容和具体的利益请求。据此,裁判官将在程式的开头向法官指出:“本案诉讼标的是那些原告提出的明确请求,而不涉及全部纠纷。”^②

在某些情况下,被告的“抗辩”也构成识别“诉讼标的”的依据之一。在盖尤斯的著作中,他认为为被告利益的“诉求前书”是被告“抗辩”的一种形式。^③例如,在“遗产继承之诉”中,被告提出应当在另案中对遗产中的某个物或某些物单独审理,并以另案的审判结果作为本案“遗产继承之诉”的依据。^④在程式诉讼时代,被告行使“抗辩权”的方式与现代民事诉讼程序的“抗辩”有很大区别,被告只能以“诉求前书”的形式提出“抗辩”,并以“诉求前书”的形式反映在程式中。

4. “诉讼标的”的契约化。如同法定诉讼一样,案件“诉讼标的”的固定也是通过“证讼”程序来完成。但是,程式诉讼时期的“证讼”与法定诉讼时期的“证讼”存在一些差异。法定诉讼时期的“证讼”是由双方在证人在证人面前用言辞方式对本案诉讼标的和审理情况的表述,裁判官并不参与其中。程式诉讼时期的“证讼”则是在双方当事人经过充分协商后,裁判官根据当事人达成的合意,纳入裁判官撰写的书面程式并且固定化。^⑤换言之,程式诉讼的“诉讼标的”是通过类似于书面契约的形式予以固定的。这一固定“诉讼标的”过程原则上尊重当事人意思自治,但是又依赖于裁判官依据法律思维对当事人意思的“再表达”。这是程式诉讼时期“诉讼标的”契约化的主要表现形式。

综上所述,“原告请求”、“诉求前书”和被告的“抗辩”共同构成了程式诉讼时期法官识别本案“诉讼标的”的依据。关于“诉讼标的”的识别,罗马法民事诉讼程序奉行以下准则:第一,原告和被告的诉讼主张共同构成“诉讼标的”的依据;第二,当事人意思自治是识别“诉讼标的”的首要原则;第三,“诉讼标的”不仅限于实体法上的“权利”,还包括权利的拟制、权利的变更,以及值得司法保护的事实状态和利益关系。第四,裁判官在一定限度内保留了对本案“诉讼标的”进行“解读”、“表述”甚至“更正”的权利。这与现代法国民民事诉讼法关于“诉讼标的”的规定和司法判例高度契合。

(三) 非常审判时期对“诉讼标的”理论的改造

至公元3世纪末,罗马皇帝戴克里先(Diocletiano)颁布敕令整体性地废弃了程式诉讼,改由裁判官全权审理的、无需法官协助的非常诉讼程序取代之。“非常审判程序”被欧陆教会法和封建法编纂并修改后,在欧陆地区流传使用至今。

公元3世纪罗马君主专制政体建立后,罗马法民事诉讼程序开始从程式诉讼程序转变为非常审判程序。“非常审判”是罗马法发展进程中出现的第三种诉讼模式,产生于共和国末期。此种诉讼模式不再将诉讼划分为法律审和事实审,而让裁判官负责审理案件的全过程。市民法和裁判官法之间区别的逐渐消失,罗马皇帝注重立法和司法的统一工作,并着手对法律条文和法学理论进行编纂。这些情况使得人们的着眼点从诉讼程式转向实体问题。比如,“诚信之诉”这个术语可以同“契约诚信”交换适用;“要求返还准用益权之诉”这种拟制之诉变成了“拥有准用益权”这种实体法上的等同规定。许多程式

^①“对某事一旦提起诉讼,随后在法律上不能就同一事再提起诉讼。”参见 Gaius, IV, 108. 部分学者认为罗马法诉讼程序上的“一事不再理”原则并不绝对,假如当事人在起诉时对法律存在“误解”,则允许原告在本案审理结束后再次就同一事实提起诉讼。参见 J. Bekker, Die processualische Consumtion im classischen raemischen Recht. Berlin, 1853, p. 65 et 72.

^②Gaius, IV, 131.

^③Gaius, IV, 133.

^④Cicéron, de Oratore, I, 37.

^⑤Ernest Joseph Tardif, Etude sur la Litis Contestatio en Droit Rmain, Press Imprimerie Generale A. LAHURE, 1881, p. 15.

诉讼时代的“程式”内容都转变为实体法上的“权利”规定。

《法学阶梯》和《学说汇纂》对“诉讼标的”的分类方式也进行了调整,“市民法之诉”和“裁判官法之诉”已经不复存在。诉讼标的必须有实定法关于权利或者法律关系的明确规定作为依据。程式诉讼时期通过“权利拟制”、“权利变更”和“值得司法保护的某种事实状态或利益关系”扩大诉讼标的之范围的做法已经不被允许,甚至连裁判官职位都已经被取消。

以权利或法律关系(诉讼标的)对“诉”进行分类,是优士丁尼时代最主要的“诉”的分类方式,因为这种分类方法完全符合当时的“诉权”理论。即只有存在某种权利或法律关系,当事人才享有诉权;而这种权利或法律关系(诉讼标的)的性质,就决定了“诉”的类型。根据权利或法律关系的性质,《法学阶梯》将“诉”分为“对人之诉”、“对物之诉”和“混合之诉”。“对人之诉”的诉讼标的是债的关系。“对物之诉”的诉讼标的是物权的归属。此外,某些“对人之诉”具有“对物之诉”的部分特征,优士丁尼称之为“混合之诉”。这类混合性诉讼有“遗产分割之诉(actio familiae erciscundae)”,以及人们要求在数位共同继承人之间分割遗产;“共同财产分割之诉(actio communi dividundo)”,以及人们要求分割共同所有的物品。

起源于罗马帝国时期的法律科学,试图以统一的、体系化的法律体系和法律理论来建构罗马法,并且消除“市民法”和“裁判官法”的并行制度。这种法律科学的思想正好契合罗马皇帝统一立法、统一司法的政治意图。但是,这一改革对于罗马程序法原理触动颇深。在优士丁尼时代,诉讼程序成为实体法的附庸,丧失了其培育罗马法成长的独特价值。“诉讼标的”成为实体权利和法律关系在程序法上的延伸。“权利拟制”、“权利变更”和“值得司法保护的事实状态或利益关系”等均被排除在“诉讼标的”范围之外,当事人也丧失了此类案件的诉权。

二、法国法对“诉讼标的”概念的继受与理论发展

罗马帝国衰亡并未导致罗马法的绝迹。“诉讼标的”概念在教会法体系中得以保留,并且在教会法院内应用。教会法民事诉讼程序中,书面的传票传唤是诉讼程序开始的起点。传票是由法庭的执达吏(公务人员)根据原告的起诉状内容,严格按照法律规定的形式撰写的法律文书。传票的原件和副本必须包含以下内容:“原告和被告的姓名;诉讼标的;开庭的时间和地点。”^①

但是在很长一段时期内,教会法与世俗法严格对立。自8世纪末至13世纪中叶,法国国家权力被各地封建诸侯分割,司法权亦由诸侯掌管。这一时期,法国各地民事诉讼程序毫无体系,也极不统一。14世纪初罗马教廷从意大利迁入法国南部的阿维尼翁,法国的法官和律师蜂拥前往阿维尼翁取经,学习博大精深的教会法诉讼程序。法国人被教会法诉讼程序的精妙所折服,它穿越了教会的最高司法机关,渗入到世俗国王的最高法院和基层法院。在经历了一段名副其实的“融合”(fusion)时期后,封建法诉讼程序彻底地被教会法诉讼程序改造为一套通行全法国的诉讼程序,最后由1667年国王敕令加以总结并最终确定。^②

关于“诉讼标的”出现在法国民事诉讼程序中的早期经过,据现有文献和研究,始见于1498年《布卢瓦敕令》(Blois)和1539年《维莱科特雷敕令》(Villers - Cotterêts)。^③两本敕令均规定在传唤通知书中应当简要说明本案的诉讼标的。1806年《法国民事诉讼法典》保留了上述规定,认为“诉讼标的是指当事人诉讼请求的浓缩,记载于传票上”。^④但是,成文法对“诉讼标的”的概念式记载还不足以称之为诉讼标的理论。1806年《法国民事诉讼法典》是实务趋向型法典,该法典颁布后,法国民诉法理论研究才真正作为独立的学科繁荣起来。1976年《法国新民事诉讼法典》吸收了法国一百多年来的大量研究成果,成为一部典型的理论趋向型法典。《法国新民事诉讼法典》不再是一部程序的汇编,而是一部科

①[法]艾涅斯特·格拉松《法国民事诉讼程序的起源》,巢志雄译,北京大学出版社2013年版,第116页。

②[法]艾涅斯特·格拉松《法国民事诉讼程序的起源》,巢志雄译,北京大学出版社2013年版,第5页。

③[法]艾涅斯特·格拉松《法国民事诉讼程序的起源》,巢志雄译,北京大学出版社2013年版,第117页。

④Table alphabétique et raisonnée des matières contenues dans le code de procédure civile, Impr. Impériale, 1806, p. 69.

学的著作。^① 以最负盛名的 Henri Motulsky 和 Gérard Cornu 二位教授为首的民事诉讼法改革委员会实现了将法国民事诉讼理论体系法典化的尝试,包括诉权、诉讼标的、既判力、诉讼系属、抗辩等民事诉讼法理论一一落实到法典中。在法国现代民事诉讼理论体系中,“诉讼标的”的概念和理论占据重要地位,它是法国民事诉讼理论不可或缺的组成部分。

《法国新民事诉讼法典》在第一章“民事诉讼的指导原则”列第二节为“诉讼标的”,共两个条文。法典第4条规定“诉讼标的的依据各当事人的诉讼请求来确定。诉讼请求根据起诉状和答辩状确定。但是,诉讼标的可以通过提起与本诉有充分联系的附带请求进行变更。”第5条规定“法官应当对全部诉讼请求进行裁判,并且只能对当事人提出的诉讼请求进行裁判。”法学研究和司法判例围绕这两个“诉讼标的”条文,建构现代法国法上的诉讼标的理论。

(一) 当事人决定“诉讼标的”的原则及其相对化

无论当事人用多么华丽的辞藻来表达诉讼请求,如果这些诉求内容不能被抽象为“诉讼标的”则毫无意义。《法国新民事诉讼法典》将“诉讼标的”概念高度抽象化,与诉讼请求、诉求内容、争议事项等其他法律概念和日常表达严格区分。^② Henri Motulsky 认为“诉讼标的”指向被法律类型化的身份、经济和社会价值。^③ 例如,请求确认亲子关系之诉和请求给付抚养费之诉虽然都建立于亲子关系存在的事实基础,但是前者的诉讼标的指向身份关系,后者的诉讼标的指向经济价值。

《法国新民事诉讼法典》第4条第1款规定“诉讼标的的依据各当事人的诉讼请求来确定”。从条文的文义解释来看,“诉讼标的”由当事人自行确定,法官无从干预。这一规定充分体现了法国民事诉讼程序的处分原则。当事人有权自行决定是否诉诸法院,并且自行确定诉诸法院的诉讼标的。当事人决定“诉讼标的”的原则体现为以下四个方面:

第一,法院识别当事人诉讼请求中的“诉讼标的”需遵循书面主义。法典第4条第2款规定“诉讼请求根据起诉状和答辩状确定”。法国司法判例也一再强调必须通过书面法律文件来确定本案诉讼标的。^④ 特别是实行强制律师代理的案件中,诉讼标的必须依据当事人亲自签字的起诉状和答辩状来确定。^⑤

第二,“诉讼标的”由双方当事人共同确定。诉讼是双方当事人共同参与的活动,原告和被告都有权确定本案“诉讼标的”的范围。原告通过起诉状向法院申明本案诉讼标的,被告可以通过答辩状来主张更正、限缩或者扩大本案“诉讼标的”的范围。原告和被告可以通过达成“诉讼契约”来确定法官的审理范围,法官不得超越当事人授权的“审理范围”进行裁判。

第三,法官的最低限度权力。法官只能在特定情况下、在最低限度内对当事人关于“诉讼标的”的意思表示进行适当干预。“特定情况”和“最低范围”并无成文法作为明确依据,它主要通过法国最高法院的司法判例来形成较为一致的共识。例如,法官责令当事人对诉讼请求作出更为明确的说明,而当事人置之不理时,法官可判定相关诉讼标的不予审理。^⑥ 当事人仅诉求临时性赔偿金时,法官可依职权询问当事人是否诉求全额赔偿,并依当事人的意思变更本案诉讼标的。^⑦ 法国最高法院对“特定情况”和“最低范围”的司法意见有时也存在冲突。当事人在诉讼请求中提出的损害赔偿没有列明“丧失商业机会”一项,法官能否将“丧失商业机会的损害赔偿”作为本案诉讼标的? 2008年9月18日最高法院民一庭的判决认为这不违反民事诉讼法关于“诉讼标的”的规定,也不违背民事诉讼对审原则。^⑧ 相反,2008年11月13日最高法院民一庭的判决认为这一做法违反民事诉讼法第16条关于“法官不得依职权为当事人寻

^①Loïc Cadiet, Guy Canivet, De la commémoration d'un code à l'autre : 200 ans de procédure civile en France, LexisNexis, 2006, p. 44.

^②《法国新民事诉讼法典》的编纂者非常小心地区分了“诉讼标的”(l'objet du litige)和“诉求内容”(l'objet de la demande),“诉求内容”与“诉讼请求”(la prétention)是同义词。

^③H. Motulsky, Cours de Droit processuel, Montchrestien, 1973, p. 201.

^④S. Guinchard, F. Ferrand et C. Chainais, Procédure civile, 31e éd., Dalloz, 2012, p. 384.

^⑤Cass. 2e civ., 25 janv. 1989 : Bull. civ. II, n° 20.

^⑥Cass. 1re civ., 19 déc. 2000, n° 99-04.052 : JurisData n° 2000-025280.

^⑦Cass. 2e civ., 21 oct. 2004, n° 02-30.903; Bull. civ. 2004, II, n° 470; RTD civ. 2005, p. 183, obs. R. Perrot.

^⑧Cass. 1re civ., 18 sept. 2008, n° 06-17.859.

找法律理由”的规定,有违对审原则。^①

第四,“诉讼标的”因和解、私力救济或者违法情形消除而“丧失”(perte)。原告通过和解或者其他私力救济的方式实现了权利,则本案“诉讼标的”丧失。^②原告请求撤销由消费者权益保护协会制定的格式条款,诉讼过程中该格式条款已经被撤销时,本案“诉讼标的”也归于丧失。^③

当事人决定“诉讼标的”原则并不绝对,某些特别法的规定和司法判例的意见对该原则做了一些例外性突破。最典型的是《法国劳动法典》第1452条规定了劳动纠纷案件“单一诉讼原则”,即基于同一份劳动合同引发的全部诉讼请求(据以识别诉讼标的)必须在一个诉讼中一次性解决,任何拆分诉讼请求的做法都可以通过“诉讼系属”抗辩或者“禁止重复起诉”予以驳回。^④这一规定明显突破了民事诉讼的当事人决定“诉讼标的”原则,限制了当事人自由处分“诉讼标的”的权利。但是,法国劳动法规定的“单一诉讼原则”本身存在极大争议。欧洲人权法院认为这一规定对当事人行使诉权产生了不必要的限制,违反欧洲人权公约的精神。^⑤近几年来,法国最高法院也意识到劳动法的特别规定可能对劳动者的诉讼权利产生不利影响,并连续通过司法判例限制“单一诉讼原则”的适用情形。例如,只要前诉的诉讼标的并未涵盖劳动合同的全部范围,劳动者就可以在后诉中提出与前诉不同的诉讼请求(诉讼标的)。^⑥充分保护当事人诉讼权利和提高诉讼效率的审判集中化改革总是存在某种程度上的紧张,法国司法判例的立场是在二者之间取得平衡。有鉴于此,当事人决定“诉讼标的”原则的相对化并不会走得太过极端。

(二) “诉讼标的”不可变更原则及其衰落

“诉讼标的”不可变更原则是指当事人在整个诉讼过程中都不允许变更诉讼标的。“不可变更”原则除了适用于“诉讼标的”外,还被扩大解释为“当事人不得变更”、“不得提出新的诉讼请求”等规则。“诉讼标的”不可变更原则是一项历史悠久的诉讼程序原则,它源于前文所述的罗马法民事诉讼程序中的“证讼”。一经“证讼”,诉讼标的即不得变更。

法国古代法中没有“诉讼标的”的概念,因此,罗马法上的“诉讼标的”不可变更原则并未在法国封建法诉讼程序中出现。直到1498年《布卢瓦敕令》和1539年《维莱科特雷敕令》重新采用“诉讼标的”概念,不可变更原则才重新回到人们的视野中。1806年《法国旧民事诉讼法典》第61条第4款即明确规定“案件诉讼标的在开庭前确定”^⑦,开庭后不得变更。但是,这一原则与法国民事诉讼的当事人处分主义格格不入,直至1976年《法国新民事诉讼法典》颁布,法典编纂者将“诉讼标的”不可变更原则变相内嵌于第4条“诉讼标的依据各当事人的诉讼请求来确定”。有学者甚至认为这是新法典编纂者有意为之。^⑧新法典从根本上改变了不可变更原则的最初内涵(庭前确定,庭后不得变更),将其改造为“诉讼标的自起诉时开始确定”的模糊表达。^⑨

“诉讼标的”不可变更原则在现代法国民民事诉讼程序中的衰落是不争的事实。是否允许当事人在诉讼过程中变更诉讼标的?毫无疑问,答案是肯定的。接下来的问题是,在何种情形下允许变更诉讼标的?概括而言有以下三种情形:

第一,提出附带请求变更诉讼标的。《法国新民事诉讼法典》第4条第2款规定“诉讼标的可以通过提起与本诉有充分联系的附带请求进行变更”。根据该法典第63条之规定,附带请求是指反诉请求

①Cass. 1re civ., 13 nov. 2008, n° 07-18.101.

②Cass. 1re civ., 13 déc. 1994, Gaz. Pal. 1995, Somm. 425, obs. Croze et Morel.

③Cass. 1re civ., 13 mars. 1996, JCP 1996, IV. 1056.

④Article R. 1452-2 du Code du Travail.

⑤Pierre Lyon-Caen, Le principe d'unicité d'instance doit-il être maintenu?, Droit Social 2004, p. 100. 相关争议也可参见奥勒连·罗舍《互动中的法: 试论既判力与单一诉讼原则——论法国近代侵权纠纷之解决》,贺林欣译,载《司法(第8辑)》,厦门大学出版社2013年版。

⑥Cass. soc., 16 nov. 2010, RTD civ. 2011, p. 173, obs. Perrot.

⑦Article R. 61-4 du Ancien Code de Procédure Civile.

⑧G. Cornu et J. Foyer, Procédure civile, PUF, Thémis, 2e éd., 1996, p. 457.

⑨S. Guinchard, F. Ferrand et C. Chainais, Procédure civile, 31e éd., Dalloz, 2012, p. 387.

(la demande reconventionnelle) 、追加请求(la demande additionnelle) 和参加请求 (la demande l'intervention) 。追加请求是指当事人用以变更现有诉讼请求的新请求。参加请求是指让第三人参加现有诉讼请求。在诉讼程序过程中, 当事人有权提出附带请求。当事人甚至有权通过上诉程序提出追加请求和参加请求。法国民事诉讼程序给当事人提出附带请求留下较为宽松的空间, 同时也使当事人变更诉讼标的成为可能。当然, 当事人提出的附带请求必须与本诉请求“有充分联系”。

第二 提起上诉变更诉讼标的。《法国新民事诉讼法典》第4条并未提出当事人可以通过提起上诉的方式变更诉讼标的, 但是该法典第564条、第566条和第567条却赋予当事人这项权利。根据该法典第564条的规定, 因出现债务抵销、请求驳回对方当事人的请求, 发现新的事实或者第三人参加诉讼等情形时, 上诉人可以提出新的诉讼请求。此时, 案件上诉审的诉讼标的即发生变更。根据该法典第566条的规定, 当事人可以就对一审提出的诉讼请求提出从属性的、补充性的或者具有必然因果关系的新请求。该法典第567条规定当事人可以在上诉程序中提起反诉。该法典给当事人在二审程序中变更诉讼标的留下非常宽松的的制度空间, 部分学者因此主张对上诉程序进行改革, 以改善诉讼程序的公平和效率。^①

第三 提出新的法律理由变更诉讼标的。法国民事诉讼法并未禁止当事人在一审程序和上诉程序中提出新的法律理由。在请求权竞合的情形, 当事人变换请求权基础提出新的法律理由, 则案件的诉讼标的也相应发生变更。例如, 从违约之诉变更为侵权之诉。

(三) 法官不可处分“诉讼标的”原则及其例外

在当事人处分主义的民事诉讼程序里, 法官的审判权不得超越当事人的诉讼主张, 也不得代替当事人提出诉讼主张。在这样的民事诉讼法律关系里, 法官角色被设定为消极的、被动的裁判者, 法官的司法行为取决于当事人是否实施了相应的诉讼行为。根据《法国新民事诉讼法典》第5条的规定, “法官应当对全部诉讼请求进行裁判, 并且只能对当事人提出的诉讼请求进行裁判。”任何漏判(*infra petita*) 或者超判(*ultra petita*) 的行为都将通过上诉制度和复审制度而纠正。

但是, 法官不可处分“诉讼标的”原则存在两种例外: 第一, 当事人的诉讼请求不明确, 法官难以从中识别诉讼标的。法官有权要求当事人明确诉讼请求, 如果当事人置之不理, 法官可判定相关诉讼标的不予审理。法官也有权对当事人的不恰当表述进行法律上的释明, 并建议当事人重新提出诉讼请求。^② 第二, 诉讼费用的负担。自1806年《法国旧民事诉讼法典》及19世纪以来的司法判例均认为诉讼费用负担属于案件的诉讼标的, 法官对这一诉讼标的有绝对的处分权和裁判权。^③ 法国最高法院的司法判例也多次重申“即便当事人没有提出关于诉讼费用负担的请求, 法官也应当依职权作出判决”。^④ “诉讼费用负担”这一诉讼标的有一定的特殊性, 是较为典型的法官不可处分“诉讼标的”原则的例外。

综上所述, 现代法国法上的诉讼标的理论以当事人决定“诉讼标的”原则、“诉讼标的”不可变更原则和法官不可处分“诉讼标的”原则作为理论框架, 以法典第一章第二节“诉讼标的”的一般条款和法典其他章节中的若干特别条款作为法解释学依据, 并且通过司法判例的动态形式发展为一套较为完整的、能持续反映时代特征的理论体系。

三、关于诉讼标的知识史的简要评论

从罗马法到现代法国法, 如果从《十二表法》算起, “诉讼标的”的概念和理论已经有两千五百多年的历史。如果将两者做一对照, 我们发现“诉讼标的”在罗马法上的通行准则基本上对应地出现在现代法国法中。法国民事诉讼标的理论的三大原则, 即当事人决定“诉讼标的”原则、“诉讼标的”不可变更

^①L. Weiller, Réforme de la procédure d'appel : entre efficience et équité : D. 2010, p. 591.

^②Cass. com., 17 oct. 1973 : D. 1974, p. 151, note H. Laroque.

^③Cass. req., 29 déc. 1897 : DP 1899, 1, p. 233. - Cass. civ., 6 nov. 1911 : DP 1911, 1, p. 492. 《法国旧民事诉讼法典》第130条规定“法官应当判令败诉方承担诉讼费用”。根据《法国新民事诉讼法典》第695条的规定, 诉讼费用包括法院和税务部分收取的税款和酬金、翻译费、证人补偿金、技术人员报酬等。

^④Cass. 2e civ., 28 mai 2003 : Bull. civ. 2003, II, n° 164.

原则和法官不可处分“诉讼标的”原则,均源于罗马法程式诉讼时期对“诉讼标的”的理论构建。例如,罗马法上原告和被告的诉讼主张共同构成“诉讼标的”的依据演变为《法国新民事诉讼法典》第4条第1款;当事人意思自治演变为当事人决定“诉讼标的”的原则和“诉讼标的”不可变更原则;裁判官对“诉讼标的”进行“解读”、“表述”甚至“更正”的权利则演变为法官不可处分“诉讼标的”原则的例外。

此外,罗马法对“诉讼标的”范围的理解对现代法国民事诉权理论也影响极大。罗马法认为“诉讼标的”不仅限于实体法上的“权利”,还包括权利的拟制、权利的变更,以及值得司法保护的事实状态和利益关系。这与现代法国民事诉权理论主张“诉权与实体权利的非对称关系”是内在一致的,易言之,“值得司法保护的事实状态和利益关系”也可以作为“诉讼标的”被法院受理。^①

同时,现代法国民事诉讼理论也对罗马法“诉讼标的”理论进行了部分“改造”,以回应现代民事诉讼法对程序效率和公平的价值追求。例如,“单一诉讼原则”是对当事人决定“诉讼标的”原则(当事人意思自治)的改造。“诉讼标的”不可变更原则的衰落在很大程度上改变了“诉讼标的”一经“证讼”不得变更的古老观念。

从知识史的视角考察,包括“诉讼标的”在内的现代民事诉权理论体系都能在罗马法中找到原型,而且罗马法对民事诉讼的理论化建构并不逊色。从罗马法到教会法,从教会法到封建法的融合与改造,再到近代立法者和法学家统一国家立法的努力,构成了大陆法系民事诉讼程序的基本知识脉络。“诉讼标的”是反映这一知识史的典型代表之一,足以说明罗马法对现代民事诉讼程序的深远影响。

Subject: Intellectual History Study on The Theory of “Subject – Matter of Dispute”: From Roman Law to Modern French Law

Author & unit: CHAO Zhixiong (law school , Sun – Yet Sen University , Guangzhou Guangdong 510275 , China)

Abstract: In times of Roman law , legal meaning and theoretical framework of the conception of “Subject – Matter of Dispute” had came into being. The main content of the theory of “Subject – Matter of Dispute” in Roman Law was composed of classification , scope , identification and contractualization of “Subject – Matter of Dispute”. Modern French Law inherited the conception of “Subject – Matter of Dispute” in Roman law , and has gradually formed the theory of “Subject – Matter of Dispute” in modern French Law , which has been given an important role in the New Code of Civil Procedure. The prevailing criterion of “Subject – Matter of Dispute” in Roman Law is absorbed by modern French Law , which shows an example of the profound impact of Roman Law on the civil procedure of modern civil law system.

Key words: Subject – Matter of Dispute; Roman Law; French Law

[责任编辑:刘加良]

^①巢志雄《民事诉权合同研究——兼论我国司法裁判经验对法学理论发展的影响》,载《法学家》2017年第1期。