

汉译世界学术名著丛书

普通法的诉讼形式

〔英〕梅特兰 著



汉译世界学术名著丛书

普通法的诉讼形式

〔英〕梅特兰 著

王云霞 马海峰 彭 蕾 译

姜 栋 徐国栋 校

商 務 印 書 館

2010年·北京

F. W. Maitland

THE FORMS OF ACTION AT COMMON LAW

(CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS)

据英国剑桥大学出版社 1936 年版译出



弗·威廉·梅特兰

汉译世界学术名著丛书

出版说明

我馆历来重视移译世界各国学术名著。从 20 世纪 50 年代起,更致力于翻译出版马克思主义诞生以前的古典学术著作,同时适当介绍当代具有定评的各派代表作品。我们确信只有用人类创造的全部知识财富来丰富自己的头脑,才能够建成现代化的社会主义社会。这些书籍所蕴藏的思想财富和学术价值,为学人所熟知,毋需赘述。这些译本过去以单行本印行,难见系统,汇编为丛书,才能相得益彰,蔚为大观,既便于研读查考,又利于文化积累。为此,我们从 1981 年着手分辑刊行,至 2010 年已先后分十一辑印行名著 460 种。现继续编印第十二辑。到 2011 年底出版至 500 种。今后在积累单本著作的基础上仍将陆续以名著版印行。希望海内外读书界、著译界给我们批评、建议,帮助我们在这套丛书出得更好。

商务印书馆编辑部

2010 年 6 月

译者前言

梅特兰(Frederick William Maitland, 1850—1906)是英国 19 世纪最伟大的法律史学家之一,其对于英国法律史学的贡献堪比布莱克斯通和梅因。

梅特兰出生于一个书香世家,有着深厚的家学渊源。其祖父是一位图书管理员,同时也是一位专习中世纪宗教史的学者。儿时的梅特兰常常去祖父家里,祖父严谨的治学方法和“历史相对主义”的观点深深地影响了梅特兰,并为他以后的研究指明了方向。^①虽然有祖父的熏陶,但少年时期进入剑桥大学学习的梅特兰,最初并没有将法律史作为自己终生的追求。他的兴趣,主要集中在音乐、数学这些与史学没有多大关系的专业上,后来在著名哲学教授亨利·西奇威克的影响下,他阅读了大量的哲学著作。丰富的知识贮备、超群的思辨能力、幽默机智的语言风格,使他成为一名演讲高手。除了在演讲方面大放异彩外,这段时期的历练也为他以后的写作奠定了基础。大学毕业后,梅特兰于 1872 年进入林肯律师学院学习,律师学院的实践并没有使梅特兰走上专职律

^① See Schuyler, *The Historical Spirit Incarnate: Frederic William Maitland*, *The American Historical Review*, Vol. 57, No. 2. (Jan., 1952), pp. 304—305.

师的道路,和其他律师因为职业需求而格外关注先例相反,梅特兰的兴趣更多地集中于先例产生的背景(context)。这种兴趣最终使他走上了法律史研究的道路,并为其奉献了光辉而短暂的一生。当然,就总体而言,对梅特兰的学术研究影响最深的莫过于其亦师亦友的波洛克和维诺格拉多夫。这两人,一个激起了梅特兰对中世纪英格兰法的兴趣;另一个则直接促使其发掘尘封已久的中世纪英格兰诉讼档案。自1884年起,梅特兰开始就教于剑桥大学,四年后,担任唐宁英国法讲座教授,直至去世。^①

在二十多年的学术生涯中,梅特兰笔耕不辍,著述颇丰。他的最著名的著作包括《爱德华一世以前的英国法律史》(与波洛克合著)、《布拉克顿笔记》、《英格兰宪政史》、《英国公教中的罗马教会法》等。相比之下,这部《普通法中的诉讼形式》虽然只是一部小作品,却是他流传最广的著作之一^②,是了解普通法的“一把金钥匙”。该书是梅特兰担任唐宁讲座教授时所用的讲稿,生前并未面世。在梅特兰去世三年以后,即1909年,由他的学生负责整理并予以出版。最初被收录在《衡平法及普通法诉讼形式两讲》一书中,1936年开始单独出版。

为了方便读者阅读,我们概要地介绍一下该书各部分的主要内容和梅特兰的基本观点。

该书共七讲,大体可分为三个部分:

① 关于梅特兰的详细生平和学术贡献,参见李红海著《普通法的历史解读——从梅特兰开始》第一章,清华大学出版社2003年版;以及陈灵海:《英国法史学的“汉马克拉维”——纪念弗里德里克·梅特兰逝世100周年》,载《中外法学》2006年第4期。

② 该书自1936年单独出版以后,至1976年已重印十余次。

第一部分包括第一讲和第二讲。为了便于学生理解,梅特兰简要介绍了一下英格兰诉讼形式的发展衰亡史以及英格兰的法院体系及其裁判过程。在开篇首章,梅特兰就发出了“尽管我们已经埋葬了诉讼形式,但它们依然从坟墓中统治着我们”的感慨。这句话充分说明了诉讼形式在中世纪英格兰法中的统治地位,以及它对英国法发展的巨大影响。按照梅特兰的论述,在中世纪的英格兰,当事人如果要到法院起诉,他和他的律师首先要选择诉讼形式。诉讼形式的选择将直接决定当事人的合法权益能否得到保护,将得到怎样的保护。原告所选择的诉讼程序决定了他的诉讼的受理法院、诉讼的快慢以及针对被告人的程序措施。更为重要的是,由于每一种诉讼程序都有于己相关的实体法规则,如果当事人诉讼形式选择错误,那就意味着他所选用的实体法规则也不能适用,而他最终只能吞食败诉的苦果。在这种情况下,当事人“就只能从法官给他的如果采用另一种诉讼形式他可能会取得成功的提示中得到安慰。”^①而这种惨痛的教训也让当事人明白“没有救济就没有违法行为”(where there is no remedy there is no wrong)。但是情况并非一直如此。在布拉克顿时期,奉行的原则是“有多少种诉讼理由就有多少种诉讼形式”,而后随着英格兰议会制度的确立及其对文秘署签发令状权力的制约,加之英国人既有的保守性,这一原则就渐变为“有多少种诉讼形式,就有多少种诉讼理由”了。

^① F. W. Maitland, *The forms of action at Common law*, Cambridge University Press, 1969, p. 3.

就令状这一诉讼形式的载体而言,虽然它的形式是固定的,但是令状所涉及的事由却千差万别,因而令状的种类也是多种多样。在英格兰法律发展史中,令状在不同的时代呈现出不同的发展态势。在中世纪,由于任何诉讼都须以原告取得令状为前提,且诉讼主旨由原始令状决定,因而以令状制度为核心的诉讼法是英格兰法律制度的核心内容,这可以从布拉克顿的论著中得见一斑。自16世纪起,随着英格兰工业革命的开启和资本主义的发展,新的社会关系不断涌现,原有的日显僵化的令状制度已不能适应时代的发展。在这种情况下,诉讼形式的衰落也就无可避免。构成诉讼形式主体的对物诉讼、对人诉讼、混合诉讼在19世纪由于制定法的颁行而部分或全部被废除。1832年《统一程序法》、1833年的《不动产时效法》、1860年的《普通法程序法》和1875年的《司法法》对诉讼形式进行了大刀阔斧的革新。经过一系列的革新,原有的为数众多的诉讼形式到最后所剩无几。同时,原始令状的性质也发生了根本性的变化,由原来决定整个诉讼进程的令状转变为一纸传唤令,用梅特兰的话说,也就是“给被告一个出庭的理由”。

在简要回顾了令状的历史之后,梅特兰接着阐述了诉讼形式的产生基础。毫无疑问,诉讼形式既然与诉讼相关,那它的产生就离不开法院。论及英格兰的法院,梅特兰认为它们不仅存在时代非常久远,而且职能划分相当复杂。在早期,英格兰的法院体系分为郡法院、领主法院、社区法院和王室法院。郡法院是英格兰最古老的法院系统,“有些甚至比英格兰王国还古老”;而领主法院的建立则完全是“占有土地即拥有管辖权”这一封建原则的体现。作为

英格兰法院体系核心的王室法院,虽然产生时间比前两种法院晚得多,但从建立之初就具有重要的地位。从管辖权来看,王室法院主要管辖三类案件:王权诉讼、领主法院领主渎职和法官错判的案件、国王直属封臣之间的纠纷。国王的管辖权一开始虽然受到了封建理论的制约,但他从未放弃成为所有人法官的努力,并且为此进行了不懈的斗争。在基层法院体系中,社区法院和领主法院受理了大量的日常诉讼案件。由于社区法院和领主法院法官不具备相应的专业素质,它们所用的举证程序不外乎神明裁判、誓证裁决以及决斗等方式。对于这些超自然的举证方式的运作,由于文献不足等原因,梅特兰并未详细言明。但他认为,当时的判决不仅体现了法律中的合理因素,而且决定了举证的责任人和举证方式。而举证的成功进行,则意味着当事人胜诉。由此可以看出,当时的判决并不解决案件的实体问题,而只决定程序问题。正是由于法官的非专业,以及举证的形式主义,才为诉讼形式的产生创造了条件。因为这两种缺陷往往使当事人的合法权益得不到保护,而作为正义源泉的国王,此时也就成了受害民众求助的对象,在这种情况下,国王的命令——令状也就应运而生。

与上述基层法院相比,王室法院无论在法官素质,还是判决的执行上,都具有很大的优势。这些优势,加之国王的特殊地位,使得王室法院的诉讼量不断增长。在不断的发展演变中,从王室法院中最终分化出王座法院、民事诉讼高等法院和理财法院。虽然王室法院拥有较为专业的法官,但是在它的司法实践中,神明裁判和誓证裁决这样的举证方式在许多案件中依然适用,但是在一方当事人是国王的情况下则无法适用,只能适用一种源自法兰克的

审理方式——由邻人说出案件的事实真相。这种制度自诺曼征服后就被引入了英格兰，并逐渐发展为英美法上的核心审判制度——陪审团制度。但就是这样一种为后世广为称赞和发扬光大的制度在英格兰早期法律史中，并不为时人所认可，这也从一个侧面反映了传统的习惯性力量。

第二部分包括第三、四、五、六讲。在对诉讼形式的发展和产生基础做了概述之后，梅特兰详细地描述了诉讼形式的发展演变过程。为了讲述方便，梅特兰将其分为五个阶段：

第一个阶段，亨利二世以前。这一阶段是诉讼形式的萌芽奠基时期。在亨利二世以前，令状是一个可以购买的王室恩典。同时，由于英格兰王权的强大，任何权利受损的人都可以申请得到国王的救济。这就导致了“有多少种诉讼理由，就有多少种诉讼形式”。此时的令状尚无固定格式，而且签发令状也不是文秘署的日常行为。

第二个阶段，亨利二世统治期间。在亨利二世时期，随着中央司法系统的建立，尤其是王室法院的完善，令状的格式也逐渐趋于统一。令状格式的固定化有利于加强国王对司法权的控制，标志着令状制度日趋成熟。但是，这一时期的令状并没有“丝毫对先例的刻意遵从”。这一阶段令状的典型代表就是权利令状。权利令状是解决土地所有权归属的令状。该令状因请求人的不同可分为一般的权利令状和直属封臣权利令状。针对当时日益增多的有关土地所有权纠纷的案件，亨利二世创设了一个原则：“如果没有王室令状，那么任何人都可以拒绝针对其自由保有地产所开始的诉讼。”该原则最终发展为“未经审判，任何人的自由保有地产都不得

受到侵犯,没有国王的命令和令状他也不必出庭答辩”。此后,要提起任何不动产之诉,必须以获得令状为前提条件。由于权利令状关乎土地所有权的归属,由其引发的诉讼“是一个相当缓慢和庄严的事情”。诉讼可能因为一方当事人的缺席而被无限期地拖延。后来,随着交通条件的大幅改善和代理原则的确立,这一诉讼的进程大大加快。就管辖法院而言,一般当事人通过权利令状引发的诉讼在领主法院进行,而直属封臣的诉讼则在王室法院进行。诉讼中采用的审判方式是决斗审判,后来亨利用大咨审团来代替决斗。但是咨审团审判只能由亲自保有土地的人提出申请,其他当事人无权享有。

紧接着,梅特兰详细讲述了三种主要的占有之诉:恢复新近被占土地之诉、收回被占继承土地之诉、最终圣职推荐权之诉。恢复新近被占土地之诉的原则是,如果一个人未经审判且不正当地侵占了另一个人所自由保有的地产,那么被侵占者如果迅速地将侵占者诉至王室法院,就能恢复自己的土地占有。恢复新近被占土地之诉所针对的必须是新近被侵占的土地,而且必须在法定时间内提起。收回被占继承土地之诉的要件是原告的祖先必须亲自以自由继承方式占有土地,但无须合法占有土地,原告是其直接继承人,如果满足这些条件,原告就可以收回他的土地。虽然这一诉讼使死者直接继承人的权益得到了保护,但死者的孙子、孙女则无法利用此诉得到保护。针对这一立法疏忽,梅特兰认为原因是它们在现实中极少发生或处理起来颇为棘手,这一漏洞说明了“法制的惰性”,并认为在所有法律体系的发展过程中,正是法制的惰性抵制了法制的变革。后来,在亨利三世时期,立法者不得不创制出收

回被占之祖父地产之诉、收回被占之曾祖父地产之诉和收回被占之表兄弟姐妹地产之诉来进行弥补。虽然收回被占继承土地所涉及的问题依然是占有,但在这一诉讼中,占有具有双重属性:一方面,占有并不是一项可以继承的权利;另一方面,占有确实又可以创设出或转化为一项可继承的权利。最终圣职推荐权之诉的原则是,当某一教职空缺时,享有圣职推荐权的人即可以推荐,如果有人认为自己更具有圣职推荐权,就必须提起诉讼恢复他的圣职推荐权,但是除非这个人胜诉,上一个推荐人或他的继承人仍享有圣职推荐权。对于现代读者而言,这也许有些难以理解,因为最终圣职推荐权与占有看似风马牛不相及。事实上,在中世纪的英格兰,“成功推荐一名教士的行为意味着一种占有,圣职推荐权的占有”,因而它也属于占有之诉。虽然最终圣职推荐权本身涉及教会,但这一诉讼并不在教会法院进行,而由王室法院受理。

除了这三种占有之诉外,梅特兰还简单介绍了地产性质诉讼令,即决定争议土地到底属于世俗封地,还是自由教役保有。土地性质不同,管辖的法院也不同。

虽然这几种诉讼各有不同,但咨审是它们最主要的审理形式。当时的咨审主要是用原始令状传唤咨审员回答令状中所载明的問題。咨审与后来的陪审有一定的区别,咨审团是通过文秘署签发的原始令状在起诉之前被召集的;而陪审团则是根据法庭签发的司法令状在诉讼进行中被召集,以便回答诉状中提出的事实问题。

此外,梅特兰还介绍了寡妇产令状、逃奴拘捕令状以及债务令状。

第三个阶段,1189—1272年,这是一个诉讼形式飞速发展

的时期。在此时期,出现了保护土地占有的又一个重要令状——进占令状。进占令状是一个表明土地保有人的权利存有特殊的新近瑕疵的指令令状。该令状适用的前提是土地占有必须具有新近瑕疵,瑕疵的种类是多种多样的。瑕疵的不同,决定了所签发的进占令状具体内容的不同。起初,进占令状有着严格的形式限制,且对受侵害者保护不周。1267年《马尔伯勒法》的颁行,虽然在事实上废除了进占令状的形式限制,但这只是通过增加此类令状的数量来实现的。与此同时,随着进占令状的进一步增加,尤其是当进占令状逐渐涵盖了恢复新近被占土地之诉时,原有的针对土地的对物诉讼也开始变得混沌不清,让人绝望。除此之外,在这种扩展变化中,进占令状的性质也发生了变化,即由最初的占有、准占有令状演变为所有权令状。进占令状自创立之后就广受欢迎,它填补了占有(seisin)和权利(right)之间的鸿沟,终结了占有和权利之间的分离状态。

在进占令状出现的同时,也出现了将土地定期出租的现象。法律总是滞后于社会发展,这一理论在对土地定期承租人的保护上显现无遗。普通法最初对于土地定期承租人的保护手段是契约之诉,当事人可以通过提起契约之诉来恢复占有或是得到损害赔偿。后来,大法官罗利创造了“租期内逐出承租人之诉”,这一诉讼使承租人的权利得到了更加全面的保护,在这一过程中,古老权利的性质也发生了变化。承租人原有的只能针对出租人的对人权也变成了可以针对任何侵占者的对物权。同时,两种占有即 possession 和 seisin 也逐渐有了术语上的区别。

与土地权利诉讼相对的是对人诉讼的出现。最古老的对人诉

讼好像是债与非法留置动产之诉。由于被告具有选择权,布拉克顿认为此间并无对物之诉。梅特兰认为这是一个意义非凡的论断。紧接着是直接侵害之诉。由于直接侵害之诉在以后的发展过程中逐渐演变出了许多新的诉讼形式,而这些诉讼形式大都与后来的侵权诉讼有关,梅特兰将直接侵害之诉称为“众诉之母”。直接侵害之诉以违反国王安宁为要件,它植根于刑事程序之中,具有半刑事特征,在被告拒不出庭时,可以监禁或宣布其处于法律保护之外。与此同时,陪审团审理逐渐成为审理事实问题的正式模式。但是,这并不意味着宣誓断案等原始的案件审理方式就此退出历史舞台。实际上,在有些诉讼中(比如债务之诉),宣誓断案等古老的举证方式依然在适用,只不过它们被人们日渐冷落。

第四个阶段,1272—1307年。该阶段虽然持续时间短,但影响巨大。这是一个诉讼体系僵化的时期,同时又是一个制定法运动时期。《第二威斯敏斯特条例》的规定为以新令状解决新问题奠定了基础。但是文秘署创制令状的范围限于“适用相似法律、需要相似救济的类似案件”。即使如此,这种有限的权力依然为间接侵害之诉的产生创造了条件。后来,随着实践中特殊案件的增多和文秘署谨慎地运用权力的不断实践,在中世纪末期,间接侵害之诉(Case)最终诞生,尽管这一过程有些“难产”。早期的间接侵害之诉包括:简约之诉、非法占有动产之诉、欺诈之诉,以及诽谤和侮辱之诉。与此同时,在法院管辖权上,王室法院已经可以审理任何案件。

第五个阶段,1307—1833年。这是诉讼形式发展过程中持续时间最长的一个时期。这一时期最重要的,运用最广的诉讼形式

就是直接侵害之诉。直接侵害之诉由于侵害行为的不同而种类万千。最初,直接侵害之诉的主要类别是暴力侵害之诉,包括对原告人身、土地和动产的侵害,到后来,直接侵害之诉也给予土地定期承租人以及佃农以法律的保护。利用此诉,他们不仅可以对抗直接侵入其土地的任何入,甚至领主。这不仅表明法律保护的平等性,而且更为重要的是,这一现象表明事实上的占有从此得到了法律的保护。但是此诉只能使当事人得到损害赔偿,而不能恢复对土地的占有。而到了15世纪末期,这种状况发生了变化。伴随着直接侵害之诉的发展,逐出租地之诉逐渐显山露水。逐出租地之诉通过拟制,借助约翰·多伊和威廉·斯泰尔斯这两个拟制人物最终发展成为恢复土地占有的正式模式。而这种拟制的发展过程也就是逐出租地之诉代替占有之诉的过程。虽然拟制的应用扩大了逐出租地之诉的适用范围,而且使当事人可以适用更好的审理方式,但是这种拟制依然颇为麻烦。1852年的《普通法程序法》对逐出租地之诉进行了进一步的改进,约翰·多伊这个拟制人物消失了,原告可以以自己的名义进行起诉。

在对逐出租地之诉进行了全面的论述后,梅特兰又将笔锋转向了对人诉讼。在9种对人诉讼中,梅特兰着重介绍了直接侵害之诉和简约之诉。之所以不惜在这两种诉讼上大费笔墨,是因为这两种诉讼在近代普通法中占有重要地位。就内容安排而言,梅特兰在前面几讲中已经介绍过直接侵害之诉,这里再度阐述,是为了引出间接侵害之诉。间接侵害之诉的产生完全是法律对现实生活多样性的一种回应,与文秘署拥有的对令状进行适度变动的自由分不开。文秘署从直接侵害之诉中创制出了一种新的且比较灵

活的诉讼形式。但是这一新的诉讼形式在当时仍从属于直接侵害之诉,只不过令状中所载的内容有些许区别。这种区别主要表现在令状中有无“暴力”、“武器”等字样,如果有,不仅可以强制被告出庭,而且在被告拒不出庭时,可以宣布其处于法律保护之外;反之,如果没有此等字样,那么就不能强制被告出庭。至此,间接侵害之诉终于从直接侵害之诉中脱离出来。

在普通法的历史中,间接侵害之诉可以说影响深远,因为它是许多现代法上的过失侵权行为的滥觞。在经由间接侵害之诉发展而来的诉讼中,最重要的就是简约之诉和非法占有动产之诉。简约之诉,主要是针对没有盖印的契约而言的。早期英格兰的契约都是盖印的,如果缺乏盖印这一形式要件,那么一方当事人就无法要求另一方履行契约。而简约之诉的出现使非盖印契约的当事人的合法权益得到了保护。简约之诉的内涵是,违反允诺,即违反“已允诺做某事”,那么就构成一个有价值的对价,也就成为一个诉因。简约之诉一经诞生,就大受当事人的欢迎。此后,在律师的实践推动下,简约之诉逐渐可以适用于债务之诉,以满足当事人避免誓证裁决的心愿。此后,在1602年的“斯莱德案”中,此诉的保护范围进一步扩大,法官的判决肯定了只要有契约,那么就有允诺。这可以说是简约之诉发展历史上的一个里程碑式的判决。

第三部分即第七讲。在结束对诉讼形式发展演变的讲解之前,梅特兰谈到了英格兰历史上对诉讼形式的分类方法。在普通法的历史上,无论是律师,还是像格兰维尔、布拉克顿这样的法学家,不仅被罗马法诉讼分类方法(对人诉讼、对物诉讼、混合诉讼)所吸引,而且致力于将其与英国法的素材结合起来。但是这种罗