

國學小叢書

中國古代訴訟法

徐朝陽著



著者 不修頓陽
編輯 玄幹 三田 盛

電報小冊號

中
國
世
代
訴
訟
法

商務印書館發行

書叢小學國
法訟訴代古國中

究必印翻權作著有書此

中華民國十六年九月初版

每冊定價大洋伍角

外埠酌加運費匯費

著作者 徐朝陽

本叢書 王岫廬

編輯主幹

發行兼印者

上海寶山路
商務印書館

發行所

上海及各埠
商務印書館

Studies in Chinese Culture
HISTORICAL STUDY ON THE CHINESE
LAW OF PROCEDURE
By
SU CHAO YANG
Edited by
Y. W. WONG
1st ed., Sept., 1927
Price: \$0.50, postage extra
THE COMMERCIAL PRESS, LTD.
Shanghai, China
All Rights Reserved

序

我國三代以前，法律無專書。六經所以載道，而法律即散見其中。如易之訟與噬嗑，書之皋謨呂刑，詩之鼠牙雀角，周禮之秋官司寇，春秋之晉鼎鄭書，皆後世言法律者之權輿。自學者心醉歐風，數典而忘其祖，所津津而道於口者，曰羅馬法也，德意志法也，日本法也，英吉利法，蘭西法也。視我國之漢律，唐律，明律，清律，且鄙夷不屑一顧，遑論三代以前者哉？夫禮失而求諸野，歐西各國之法律，有足爲我國則倣者，擇而取之，烏可營議；然而重人而輕己，主外而奴中，又豈保存國粹者所宜出哉？同學徐君朝陽，續學士也。於古今法律書，無所不窺。近出其所

著中國古代法律訴訟法編相示，展讀一過，見其散者聚之，亂者理之，貫串比附，井然有條；知其用心爲獨厚！使向之三代以前無專書者而有專書，且因以塞彼數典忘祖者之口，可謂壯矣！余嘉是書之成，幸我國古代法律之得所發明，而非羅馬諸國所獨擅其美也。故樂爲之序。

中華民國十五年十月萬縣向繼賢

目次

第一章	緒論·····	一
第二章	訴訟之觀念·····	七
第三章	民事訴訟與刑事訴訟之區分·····	一一
第四章	訴訟法原則·····	一七
第五章	私訴之有無·····	三九
第六章	公訴權之消滅·····	四一

第七章	法院之組織·····	四九
第一節	法院外部之組織·····	五〇
第一款	法院之管轄·····	六一
第二款	法院之審級·····	六四
第二節	法院內部之組織·····	七三
第八章	司法官吏·····	七五
第九章	訴訟代理及輔佐·····	一〇八
第十章	訴訟費用與訴訟擔保·····	一一四
第十一章	訴訟證據·····	一一七
第十二章	訴訟時期·····	一二二
第十三章	裁判·····	一二六

第一章 緒論

日儒田能村梅士謂：考夫各國法律發達之迹，手續法常先實體法而發生其萌芽。民事訴訟法先於民法，刑事訴訟法亦何獨不然？刑事訴訟法之萌芽常早刑法發生，蓋國家之組織既已成立，雖其時文明尚極幼稚，法制未曾存立，人民或蒙他人之侵凌危害，告之國家，國家依其公力以求救助匡正，猶之赤子號泣於父母，窮民號泣於旻天，人情之自然無足爲怪也。法制須待官吏而活動，是所謂訴訟者，因之以起焉。訴訟既起，國家須審理而裁定之，而起訴審理及裁判之慣行，則手續法之形成；其裁判之結果，處分之慣行，則實體法之形成。是法

律發達之自然的徑路，手續法常先實體法而發生也。

雖然，在中國帝舜時代，於刑法既早發達，記載明確，可無庸疑。（參看拙著中國刑法溯源）而關於訴訟法，殆文籍無徵。其明確之記事，纔昉自周代，夏殷未有明文。堯舜時代關於訴訟之法規爲不文法歟？抑其法規文籍悉散佚歟？是不得而考矣。訴訟法者，手續法也。至訴訟事案之判斷，當然根據實體法，無待言也。今日中國實體法：如憲法，民法，刑法，商法等，夫人而知之矣。斯四法者，爲國民官吏一切行爲之準則，爲治道者也。古代早有關於此種思想，而且實行，至周世始有明文規定。所謂實體法者，周禮所述，其顯著者有三種：一爲六典；二爲八法；三爲八則。

何謂六典？周禮天官大宰云：

「大宰之職，掌建邦之六典，以佐王治邦國：一曰治典，以經邦國，以治官府，以紀萬民；二曰教典，以安邦國，以教官府，以擾萬民；三曰禮典，以和邦國，以統百官，以諧萬民；四曰政典，以平邦國，以正百官，以均萬民；五曰刑典，以刑百官，以糾萬民；六曰事典，以富邦國，以任百官，

以生萬民。」

何謂八法？周禮天官大宰云：

「以八法治官府：一曰官屬，以異邦治；二曰官職，以辨邦治；三曰官聯，以會官治；四曰官常，以聽官治；五曰官成，以經邦治；六曰官法，以正邦治；七曰官刑，以糾邦治；八曰官計，以弊邦治。」

何謂八則？周禮天官大宰云：

「以八則治都鄙：一曰祭祀，以馭其神；二曰法則，以馭其官；三曰廢置，以馭其吏；四曰祿位，以馭其士；五曰賦貢，以馭其用；六曰禮俗，以馭其民；七曰刑賞，以馭其威；八曰田役，以馭其衆。」

典，法，則，同爲法律之名稱，惜其條文不傳，難稽考證。周禮所謂典，法，則，其適用之場合，因政治上之地位而各不同；如六典以治邦國，八法以治官府，八則以治都鄙是也。

實體法既如前述，所謂古代於訴訟裁判根據實體法者，又何以爲證？周禮秋官於此定

有明文如：

『凡諸侯之獄訟，以邦典定之；凡卿大夫之獄訟，以邦法斷之；凡庶民之獄訟，以成弊之。』

（大司寇）

邦典卽係六典，邦法卽係八法，（鄭注）賈疏云：「案大宰職以典待邦國之治，故邦國有獄訟之事來詣王府，還以邦典定之；以八法治官府，是以卿大夫有獄訟，還以邦之八法斷之。」秋官於六典八法既有明文，但何不言八則？豈八則不爲適合耶？蓋：

『大宰有八則治都鄙，此不言都鄙有獄訟以八則斷之者，都鄙有獄訟，都家之士，告於方士治之，故此不言也。』（賈疏）

則都鄙有獄訟以八則斷之，當無疑義。

稽覽左傳之記載，關於訴訟之事項，揆諸周禮之規制，其相合之點，蛛絲馬跡，線索可尋。則春秋諸國雖各自爲政，其法制必有一部分，仍根據周初之制，諒可無疑。

降洎戰國魏李悝集諸國刑典著法經六篇，時威烈王九年也。李悝以爲王者之政，莫急

於盜賊，故法經首列盜法，賊法；盜賊須勦捕，故次以囚法，捕法；其輕狡，越城博戲，假借，不廉，淫侈，踰制各條，彙爲雜法一篇，以具法殿五篇之末，是爲法經六篇。唐律疏議謂囚法卽斷獄律捕亡律，是我國古代於訴訟法早已纂成專編，與其他各法獨樹一幟，可謂盛矣。商鞅相秦取李悝之法經，訂秦國之法制。秦失其鹿，漢高代之，丞相蕭何奉命定律，撫拾秦法，取其宜於時者，成律九章，卽於法經六篇之外，更益以事律，興廐，戶三篇是也。則漢制訴訟法規，亦取資法經，可無疑議。至魏，晉以迄宋，明，代有修改；其中如告劾，傳覆，繫囚，鞠獄，討捕，鬪訟法律，規定綦詳。前清大清律例亦列訴訟，斷獄，捕亡等目，衣鉢相傳，均皆散見刑法中，雖有訴訟法規，而無訴訟法之名。使至重且要之訴訟法，不克及早獨標一幟，不亦可慨乎！而李悝法經之囚法，捕法，爲中國訴訟法之權輿，影響數千年之法制，厥功甚偉！惜乎其書不存，不然，吾人可詳細稽考，推知古代訴訟法之規程，且其與漢律，唐律，明，清律，參差爲何若，今也不能！此考古者所掩卷三嘆秦火也！

考英，法諸國之法制，訴訟法與編制法，及實體法與訴訟法，皆無劃然區別。若德，日則區

別訴訟法與編制法。吾國法律，仿照德日於訴訟法現行者，有民事訴訟條例，刑事訴訟條例，於民國十一年七月一日，司法部呈准頒布全國。於法院編制法清宣統元年十二月二十八日奉准，民國四年六月二十日司法部刪修呈准重刊頒布。本書所述古代之法院編制法，略詳第七章法院之組織，餘章均述訴訟法，蕪冗漏略，自知不免，幸海內君子進而教之。

第二章 訴訟之觀念

荀卿有言曰：「人生而有欲，欲而不得，則不能無求；求而無度量分界，則不能不爭。」（荀子禮論）人慾無窮，智愚不等，因權利義務之發生，而衝奪擾攘之端以起，實自然之理，歷世均然，莫能阻止者也。易經云：

「象曰天與水違行訟。」

孔穎達云：「天道西轉，水流東注，是天與水相違而行，象人彼此兩相乖戾，故致訟。」（正義）故訴訟實爲人世間所不能避免之事，政治之清明與否，與人民間之訴訟，固極有關係，而謂

古有無訟之國，殆係鑿空之談，未足爲信。惟昔哲倡言善政，爲消滅人民訴訟之根本辦法。救世砭鍼，實具卓識。（見孔叢子對魏王篇）

但絕對無訟，實爲理想，事實上誠屬不能。孔子亦云：

『聽訟，吾猶人也。必也使無訟乎！人情漓靡，機事橫生，已難使之無訟，惟盡吾情以聽之而已。』（晝籟緒論）

訴訟既爲不能免之事，古人所希望從速了解，不可久纏。易經訟卦云：

『訟有孚窒惕中吉，終凶。』

正義云：『窒，塞也，惕，懼也，凡訟者物有不和情相乖爭而致其訟，凡訟之體不可妄興，必有信實被物止塞而能惕懼，中道而止，乃得吉也。終凶者，訟不可長，若終竟訟事，雖復窒惕，亦有凶也。』訟非善事，不得已也，不可終極其事。若極意於其事，則

『終凶訟不成也。』（訟卦）

故：

「初六，不永所事。象曰，不永所事，訟不可長也。」

以國家權力適用法律者，爲審判權。國家以此權寄之於司法官吏，司法官吏道德智識，在在與審判有關。故易訟卦云：

「訟有孚窒惕，中吉終凶，利見大人。」

「利見大人者，物既有訟，須大人決之，故利見大人也。」（正義）是言訴訟須待司法官吏審判，可無疑議。其所期於司法官吏者：

「以折獄致刑。」（易經豐卦）

蓋斷決獄訟，須得虛實之情，致用刑罰，必得輕重之中；若動而不明，則淫濫斯及，故法官須象：

「雷霆皆至，豐。」（豐卦）

以折獄致刑焉，又當明慎而不留獄，如易旅卦云：

「象曰，山上有火旅，君子以明慎而不留獄。」

秩序的進行訴訟，且欲使訴訟速完結，法律於此訴訟行爲實行時期有明文規定，當於期間

章中論之。蓋訴訟行爲不有期間之規定，恐當事者及法官流於懈怠，則曠日持久，訴訟之糾紛，益難於審理，非獨時間上不經濟而已。故易有『不留獄』之明文，以期於法官者。不寧唯是，古代法官名爲典獄，當時有正訓典獄之文曰：

『典獄非訖於威，惟訖於富。』

傳曰言堯時主獄有威，有德，有恕，非絕於威，惟絕於富，世治貨賄行。王氏引之謂訖，竟也，終也；富，讀曰福，威福相對爲文，言非終於作威，惟終於作福也。王說精澈，較傳以貨賄釋富者，陳義爲高，蓋卽刑期無刑之本義，不徒以報復威嚇爲治，與近世文明國立法本旨相同。