

中华现代学术名著丛书

民国司法志

汪楫宝 著

2013 年·北京

图书在版编目(CIP)数据

民国司法志 / 汪楫宝著. —北京: 商务印书馆, 2013
(中华现代学术名著丛书)

ISBN 978 - 7 - 100 - 09761 - 1

I. ①民… II. ①汪… III. ①司法制度—法制史—
中国—民国 IV. ①D929.6

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 006397 号

所有权利保留。

未经许可,不得以任何方式使用。

本书据中国台湾正中书局 1954 年版排印

中华现代学术名著丛书

民国司法志

汪楫宝 著

商务印书馆出版

(北京王府井大街36号 邮政编码100710)

商务印书馆发行

印刷厂印刷

ISBN 978 - 7 - 100 - 09761 - 1

20 年 月第 1 版 开本 × 1/

20 年 月北京第 次印刷 印张

定价: 元



汪辑宝

(1888—1958)

出版说明

百年前,张之洞尝劝学曰:“世运之明晦,人才之盛衰,其表在政,其里在学。”是时,国势濒危,列强环伺,传统频遭质疑,西学新知亟亟而入。一时间,中西学并立,文史哲分家,经济、政治、社会等新学科勃兴,令国人乱花迷眼。然而,淆乱之中,自有元气淋漓之象。中华现代学术之转型正是完成于这一混沌时期,于切磋琢磨、交锋碰撞中不断前行,涌现了一大批学术名家与经典之作。而学术与思想之新变,亦带动了社会各领域的全面转型,为中华复兴奠定了坚实基础。

时至今日,中华现代学术已走过百余年,其间百家林立、论辩蜂起,沉浮消长瞬息万变,情势之复杂自不待言。温故而知新,述往事而思来者。“中华现代学术名著丛书”之编纂,其意正在于此,冀辨章学术,考镜源流,收纳各学科学派名家名作,以展现中华优秀传统文化之新变,探求中华现代学术之根基。

“中华现代学术名著丛书”收录上自晚清下至 20 世纪 80 年代末中国大陆及港澳台地区、海外华人学者的原创学术名著(包括外文著作),以人文社会科学为主体兼及其他,涵盖文学、历史、哲学、政治、经济、法律和社会学等众多学科。

出版“中华现代学术名著丛书”,为本馆一大夙愿。自 1897 年始创起,本馆以“昌明教育,开启民智”为己任,有幸首刊了中华现代

学术史上诸多开山之著、扛鼎之作；于中华现代学术之建立与变迁而言，既为参与者，也是见证者。作为对前人出版成绩与文化理念的承续，本馆倾力谋划，经学界通人擘画，并得国家出版基金支持，终以此丛书呈现于读者面前。唯望无论多少年，皆能傲立于书架，并希冀其能与“汉译世界学术名著丛书”共相辉映。如此宏愿，难免汲深绠短之忧，诚盼专家学者和广大读者共襄助之。

商务印书馆编辑部

2010 年 12 月

凡 例

一、“中华现代学术名著丛书”收录晚清以迄 20 世纪 80 年代末,为中华学人所著,成就斐然、泽被学林之学术著作。入选著作以名著为主,酌量选录名篇合集。

二、入选著作内容、编次一仍其旧,唯各书卷首冠以作者照片、手迹等。卷末附作者学术年表和题解文章,诚邀专家学者撰写而成,意在介绍作者学术成就,著作成书背景、学术价值及版本流变等情况。

三、入选著作率以原刊或作者修订、校阅本为底本,参校他本,正其讹误。前人引书,时有省略更改,倘不失原意,则不以原书文字改动引文;如确需校改,则出脚注说明版本依据,以“编者注”或“校者注”形式说明。

四、作者自有其文字风格,各时代均有其语言习惯,故不按现行用法、写法及表现手法改动原文;原书专名(人名、地名、术语)及译名与今不统一者,亦不作改动。如确系作者笔误、排印舛误、数据计算与外文拼写错误等,则予径改。

五、原书为直(横)排繁体者,除个别特殊情况,均改作横排简体。其中原书无标点或仅有简单断句者,一律改为新式标点,专名号从略。

六、除特殊情况外,原书篇后注移作脚注,双行夹注改为单行夹

注。文献著录则从其原貌,稍加统一。

七、原书因年代久远而字迹模糊或纸页残缺者,据所缺字数用“□”表示;字数难以确定者,则用“(下缺)”表示。

目 录

弁言	谢冠生	1
引 论		1
第一章 组织		3
第一节 中央司法机构		3
第一款 司法院		3
第二款 司法行政部		4
第三款 行政法院		5
第四款 公务员惩戒委员会		6
第二节 各级法院		7
第三节 检察机关		13
第四节 县司法机构		16
第五节 监狱及看守所		17
第二章 法典		22
第一节 民法及商事法规		22
第二节 刑法		25
第三节 民事诉讼法		28
第四节 刑事诉讼法		31

第五节 法律之解释	34
第三章 法权	37
第一节 收回法权运动	37
第二节 修订条约	39
第三节 涉外诉讼	40
第一款 外国人为原告之诉讼	40
第二款 无约国人民之诉讼	41
第三款 租界内之会审制度	42
第四节 其他有关之措施	44
第五节 战争罪犯之处理	46
第四章 法官	49
第一节 考试与训练	49
第二节 任用与待遇	53
第五章 律师	60
第一节 律师资格	60
第二节 律师职务	62
第六章 民刑事务	64
第一节 民刑诉讼之监督	64
第二节 简化程序之实验	69
第三节 公证制度	71
第四节 巡回审判	73
第五节 覆判制度	75
第六节 特种刑事案件	78
第七节 保障人身自由	81
第八节 有关便利诉讼人之措施	84

第七章 监狱事务	88
第一节 行刑法令	88
第二节 监犯作业	92
第三节 监犯待遇	95
第八章 行政诉讼	97
第九章 公务员惩戒	100
第十章 其他	104
第一节 司法经费	104
第二节 司法会议	108
第三节 抗战后之司法复员	109
第四节 ^① 前之司法准备	111
余 论	114
汪楫宝先生学术年表	江照信 140
为国司法与为民司法	江照信 143

① 此处原书为“反攻”。

附图表目录

结案数目表二件	68
最高法院近年民刑事结案数目表	68
各省高等法院以下司法机关近年民刑事结案数目表	68
全国地方法院历年成立公证处及受理公证事件数目表	73
行政法院历年收结案件数目表	99
公务员惩戒委员会历年收结案件数目表	102
司法行政部主管三十至三十六年度(1941—1947)	
各项岁入与各该年度国家总预算比较表	106
各项岁出与各该年度国家总预算比较表	107
民国司法大事年表(1911—1954)(含组织人事,公布法令, 重要措施)	116

弁言

谢冠生

汪君君济撰《民国司法志》成，问序于余。时余方为《中国政制史论集》草中国司法制度概述，尚未付印。文分三段，首段述古代法制，二三两段，述五十年来变法经过与今后期望。与汪君之作，正足以互相发明，因畀之以当弁言。汪君自民国二年（一九一三年）起，服务法界，至今未尝一日离去岗位。积学励行，然自拔于流俗。其所为书，持纯客观态度，实事求是，一如其人。凡此种种，世之知汪君者，类能导之，固无待余之辞费也。

一

中国之有司法制度，古史所纪，远在四千年以前，约与巴比伦王汉模拉比法典同时。其司法之官，唐虞曰士，夏曰大理，殷曰司寇，周以大小司寇为刑官之长，其属曰士，分主乡遂县等各级地方狱讼，列国又各有司寇。其他名称散见经传者，陈楚有司败，齐有士，晋有理。秦汉以后，廷尉掌刑狱，御史兼理疑案。隋唐改廷尉为大理寺，与御史台、刑部，分掌司法，以大理主审判，御史主纠察，刑部主法务。宋及辽金，大致沿用其制。宋初置审刑院，纠察司，专司复按，

元丰间罢。元废大理寺,以断事官掌蒙古色目人所犯公事,而以汉人刑名归刑部,审判与司法行政,遂混合为一,不可复分。明清以刑部掌刑名,都察院司纠察,大理寺司驳正,权重在刑部。与唐宋官制,名称同而职权不同。唐宋以刑部复大理,明清则以大理复刑部,视大理寺为慎刑机关。其有大狱,则由六部,都察院,大理寺,通政司共理,谓之九卿会审。明时别有锦衣卫,镇抚司,东西厂,处理政治性之犯罪,酷虐特甚,为一代秕政。清制,满州八旗人有罪,按其亲疏,分别由宗人府,内务府,都统审问。光绪变法,废都察院,改刑部为法部,大理寺为大理院。

至地方司法,两千年来,皆以各地方区域之长吏为主,而以佐吏辅之,其名称随行政组织之变迁而异。汉时郡为守,县为令,国为相,其佐治人员有决曹贼曹掾,上有刺史,周行监督。魏晋于郡置督邮,凡县令审囚毕,申报于郡,郡遣督邮案验之。唐制,杖罪断于县,初审即可处决,徒以上,必经复审,流以上,必须申奏,而死刑则三复奏始决。宋时,州县官须亲自听狱,不能委吏鞫讯,历元明清,沿为定例。诸州有司寇院,置司寇参军(后改为司理院),州之上为路,置提点刑狱,为元代廉访司,明清提刑按察司之权舆。明清,州县徒流以上刑狱,由府道复审后,有误,发回重审,无误,申详按察司,由司申详督抚,再由督抚咨文刑部。清末改按察司为提法司,主一省司法行政,别设各级审判厅,掌理诉讼。大体言之,除轻微案件,限制上诉者外,自汉迄唐,略同于三审制,宋迄清末,略同于四审制。若三司九卿之会审,与挝击登闻鼓直接申诉,则为例外之非常程序。又汉制,乡里狱讼,由嗇夫听之,不决则送有司;唐时通常讼案,须先经里正,村正,坊正处置,必须裁判者,则归县理之;元于乡里设社,社长对不敬父母及凶恶者,籍其姓名,以授有司;明清置乡约,里正

负解讼之责；皆近今之乡镇调解制度。周礼有专司禁杀戮之官，凡伤人见血而不以告者，攘狱者，遏讼者，以告而诛之。又有禁暴之官，掌禁庶民之乱暴力正者，矫诬犯禁者，作言语而不信者，以告而诛之。此种规定，曾否实行，尚待考证，其意义颇似今之检察官。周官大司徒，“凡民之不服教而有狱讼者”，郑玄注，“争罪曰狱，争财曰讼”；又大司寇，“以两造禁民讼，以两剂禁民狱”，郑注，“讼，谓以财货相告者，狱，谓相告以罪名者”；则又似今之分别民事刑事诉讼。唐时州府，皆有二种司法幕僚。州之司户参军事，府之户曹参军事，掌判断男女婚姻之合，井田利害之宜，即康成所谓争财曰讼，仿佛今之民事诉讼。州之司法参军事，府之法曹参军事，掌鞫狱定刑，督捕盗贼，即康成所谓争罪曰讼，仿佛今之刑事诉讼。^①

中国旧时之地方司法组织，以行政官掌理狱讼，表面观之，似有蔑视司法之嫌。^②但立法用意，并不如是，或者恰恰相反。

（一）历代以来，地方亲民之官，其最主要之职责，厥惟听讼断狱。无论民间之舆论，上级之考成，皆以其办理诉讼之优劣，为其治绩之标准。史传称为循吏，人民呼曰青天之人，即是在审判上著有声誉之人。虽牧令多起自书生，未必尽谙吏治，簿书之役，不能不假手幕僚，然莅庭问案，必须主官躬亲，自宋以后，成为定制。境内发生产盗重狱，县令必亲到现场，限期破案。其他涉及地方治安事件，

① 史称马融，郑玄，为律章句，共数百万言，观郑氏此注，可见其律学工夫之深。国语郑语，“褒人有狱”，韦昭注，狱，罪也。吕览孟秋，“决狱讼”，高诱注，争罪曰狱，争财曰讼。淮南 真，“分徒而讼”，高注，讼，争是非也。皆同郑说。此种区分，以后渐趋模糊，孙诒让周礼正义，乃曰，凡狱讼对文者，皆讼小而狱大，本无争财争罪之别。（贾公彦周礼疏依郑说）

② J. W. Baskford: China. 列举中国法制十大特点，瑕瑜互见，其最大弊病，在司法权、行政权为同一官吏所掌握。

一概归属刑事责任之范围。教育,建设,与社会救济,则多由民众团体办理。至地方财政,取供官署所需者,无异于地方之司法经费。故中国古代之司法组织,与其谓为以行政官兼理司法,毋宁谓为以司法官兼理行政之更切实际。在当时人之心目中,地方官除为人民排忧解难,平亭曲直,诛锄强暴,安定社会,其他庶政,皆末节矣。

(二)国家既如此重视司法,故对治狱不直者,科责至重,无论失出失入,皆有严厉之惩处。秦法,遣治狱不直者,筑长城。汉律,出罪为故纵,入罪为故不直,犯者轻者免官,重者弃市,其鞠狱不实者,罪亦可至死。两晋失赎罪囚,罚金四两。唐律,诸断罪,皆须具引律令格式正文,违者笞三十;诸官司故意出入人罪者,若出入全罪,以全罪论,从轻入重,以所剩论;过失出入人罪者,失于入,各减三等,失于出,各减五等。断狱律三十四条中,其规定鞠狱,拷讯,科刑各种责任者,不下三十余。宋法秉刑赏忠厚之旨,重视失入,而轻失出之责。仁宗常记法官姓名,遇有失入人罪者,不得迁官,有举之者,皆罚以金。哲宗时,以失出死罪五人,比失入一人,失出徒流罪三名,亦如之。元制,出入人罪皆议科,又特重平反冤狱,设有专条奖励。明清律所定,失出失入责任,大致沿袭唐律,并增益若干有关规定。以视今日西洋法系司法制度,不服法官裁判者,仅得以上诉救济,孰为得失,诚是一个问题。

(三)法字从水,义在求平,失出为纵,失入为枉。毋枉毋纵,斯为平允。既平允矣,而积滞稽延,则民犹苦之。故其次,在责令有司迅速定讞。自易经旅象,即有君子以明慎用刑而不留狱之训。汉初迭颁诏令,以有罪者久而不论,无罪者久系不决为戒。唐制,禁囚五日一虑,二十日一讯。元和四年敕,大理寺检断不得过二十日,刑部复下不得过十日。宋初建听狱之限,大事四十日,中事二十日,小事

十日,不他逮捕而易决者毋过三日。凡决狱违限,准官书稽程律论。其后屡有修正,减至大事十二日,中事九日,小事四日。以每二十缗以上为大事,十缗以上为中事,不满十缗为小事。金沿宋例,元初,诏民间诉讼,有司依理处理,毋得淹滞岁月,违者纠治。明清律有淹禁责任专条,凡狱囚情犯已完,限三日内断决,应起发者,限十日内起发,限外不断决不起发者,当该官吏,三日笞二十,每三日加一等。凡此所定,与今制审限规则,大体相仿,而严峻过之。又必与失入失出之禁,相辅而行。盖其用意,以为必先求妥,而后求速,方为尽司法之能事也。

史称皋陶造律,夏有禹刑,殷有汤刑,周有九刑。春秋时,齐有轨里连乡之法,晋有被庐之法,楚有茅门仆区之法。郑子产铸刑书,晋赵鞅铸刑鼎,则又似罗马十二铜表。惜今徒存其名,或仅遗断章片词,无可详考。惟舜典,吕刑,虽非法典,中实包含不少法理。降至战国,魏李悝撰次诸国法,而著法经六篇。商鞅受之以相秦。萧何益之为律九章。魏增为魏律十八篇。晋又改定为晋律二十篇。南朝宋、齐、梁、陈之律,一本于晋,甚少变更。北朝法制,虽非魏晋之旧,而北魏,北齐之律,依然根源汉律。北周律文体仿古,内容无何创作。隋则依北齐为主,并折衷魏晋之法,以定隋律。唐增损之,集历代大成,成唐律十二卷,凡五百条。永徽初,复广召解律人,修义疏三十卷。自唐以前,秦、汉、魏、晋之律,皆多散佚,实假唐律而存。自唐以后,宋、元、明、清之律,虽代有损益,而莫能远离唐律之范围。宣宗取刑律分别门类,附以格敕,称曰大中刑律统类,五代及宋,多沿用之。如后唐有同光刑律统类,后周有刑统,宋亦有刑统。金元另定新名,金之泰和律令敕条格式,元之至元新格,其实皆律也。明始恢复律名,明律三十卷,四百六十条,表面较唐律为简,而

附之以例,其繁不啻倍蓰。清律内容形式,一准于明,屡经修正,减至四百三十六条。光绪现行刑律,复删去四十七条,仅存三百八十九条,而例则与时并增,科刑亦视唐律加严焉。自汉初律九章外,即有叔孙通益律所不及,傍章十八篇,稍后张汤作越宫律二十七篇,赵禹作朝律六篇,同藏理官,视同副律。此外无律之名,而具律之实者,自汉至唐有令,两汉有比,蜀吴有科,唐有格,宋有敕,明清有例,皆以附庸而侵正统,有时律之效力,且为所掩。^①至律文内容,最大之特色,为以礼教为中心,法律处于辅佐地位。唐律所称德礼为政教之本,刑罚为政教之用,最能道出礼与法之关键。故凡所规定,着重于人与人之关系,近似今世社会本位之说,与西洋法系立足在个人本位,以权利为中心,着重人与物之关系者,迥不相侔。又中国律制,三千年来,一脉相传,绝少感受异族文化之影响,此不独为并世各国所无,即在本国其他文化系统中,亦属罕见也。

我国旧语,出礼则入刑,称刑辄曰五刑。然五刑内容,代有变迁。最古之五刑,为墨,劓,宫,大辟。(墨或称黥,或称髡,又称刖,宫或称劓,又称,又称腐)。舜典所谓“流宥五刑”,“五刑有服”,皆指是。相传为苗族所创,我族袭用之。吕刑“苗民弗用灵,制以刑,惟作五虐之刑曰法”,是也。别有鞭作官刑,朴作教刑,金作赎刑,以为之辅。吕刑一篇,训赎刑特详。《国语》,《汉书》,则谓“因天讨而作五刑,大刑用甲兵,其次用斧钺,中刑用锯,其次用钻,薄刑

^① 参看浅井虎夫:《中国法典编纂沿革史》论中国法律之特征。《清史稿·刑法志一》,“清代定例,一如宋时之编敕,有例不用律,律既多成虚文,而例遂愈滋繁碎。其间前后抵触,或律外加重,或因例破律,或一事设一例,或一省一地方专一例,甚且因此例而生彼例,不惟与他部则例参差,即一例分载各门者,亦不无歧异,辗转纠纷,易滋高下”。