

國學小叢書

中國訴訟法溯源

徐朝陽著



著者 徐朝陽
主編者 王雲五

國學
小叢書

中國
訴訟
法
溯
源

商務印書館發行

中國訴訟法溯源目次

第一章	訴訟法之名稱	一
第二章	訴訟法之主義	三
第三章	民事訴訟與刑事訴訟之區分	一三
第四章	告訴與告發	一五
第五章	傳喚與拘提	二七
第六章	訊問	三〇
第七章	併案受理	三八
第八章	羈押	四〇
第九章	證據	四七
第十章	勘驗	五二

第十一章	代理辯護及輔佐·····	五八
第十二章	訴訟擔保·····	六二
第十三章	訴訟行為之時間·····	六三
第十四章	裁判之宣告·····	六七
第十五章	上訴及非常上訴·····	七一
第十六章	公訴權之消滅·····	八一
第十七章	司法官之責任·····	八三
第十八章	司法官之迴避·····	八六
第十九章	法院之組織·····	八九
第二十章	陪審制度·····	一〇三
第二十一章	法官始祖皋陶考·····	一〇四

中國訴訟法溯源

第一章 訴訟法之名稱

嘗考各國法律發達之迹，程序法常先實體法而發生，故民事訴訟法之發生先於民法，而刑事訴訟法之發生亦先於刑法。蓋國家組織既經成立，雖文化幼稚，法制未備，而人民間之爭端糾葛，不得不仰求國家以爲之理；國家依其公力而匡正之，是則訴訟之所由起焉。因訴訟審理及裁判之慣行，形成程序法；因裁判之結果，處分之慣行，則形成實體法。是法律發達之自然途徑，程序法常先實體法而發生。

雖然，在我國虞舜時代，刑法卽已發生，記載明確，無庸疑議。而關於訴訟法規，則文籍無徵，夏商之世，亦無明文，是否其時之訴訟法規爲不文法，抑年代久遠，書闕有間，無得而稽。至其明確之記事，昉自周代，而纂成專編者，又自戰國時魏之李悝始。

李悝於周威烈王十九年，當公元前四百零七年，即民元前二千三百十八年，著法經六篇。以爲王者之政，莫急於盜賊，故法經首列盜法賊法；盜須劾捕，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。其第三篇囚法，即係關於訴訟之規定，是我國訴訟法早已纂成專編，與其他各法獨樹一幟。商鞅相秦，取李悝之法經，訂秦國之法制。秦失鹿，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。漢律久亡，無得而考，惟其律目尙可略見於魏新律序略者：囚律有詐僞生死告劾傳覆，繫囚，鞠獄，斷獄，則囚律之內容，亦不全關訴訟之事；而與律有上獄，廐律有告反訊受，要皆有訴訟法規存焉。是以魏律以囚律有告劾傳覆，廐律有告反逮受，故分爲告劾律；囚律有繫囚，鞠獄，斷獄之法，與律有上獄之事，科有考事報讞，故分爲繫訊斷獄律。（見晉書刑法志）晉命賈充定律，就漢律九章增十一篇，辨囚律爲告劾繫訊斷獄。（見晉書刑法志）梁律二十篇，其七爲告劾，九爲繫訊，十爲斷獄。（見隋書刑法志）北齊承晉律而改定之，併捕律斷獄曰捕斷，改告劾爲圖訟，而刪除繫訊。（見隋書刑法志）周大律二十五篇，改告劾爲告言，列諸第二十二，而以繫訊及斷獄殿於末。（見隋書刑法志）隋開皇元年（公元

五八一年民元前三三一年）更定新律，凡十二卷。八曰鬪訟，第十二爲斷獄。（見隋書刑法志）
唐律篇目，一准隋開皇之律，其第八篇爲鬪訟，疏議說：『鬪訟律首論鬪毆之科，次言告爭之事，』可知鬪訟律規定，有關訴訟，無俟煩言。其第十二篇爲斷獄律，疏議云：『斷獄律之名，起自於魏，魏分李悝囚法而出此篇。』又說：『諸篇罪名，各有類例，訊捨出入，各立章程。此篇錯綜一部條流，以爲決斷之法，故承衆篇之下。』以有關訴訟之法，規殿於各種法規之末，其所編列，亦稱允當。宋刑統律十二卷五百二條，一本於唐。金章宗泰和元年（公元一二〇一年）民元前七一年）十二月所成律凡十二篇（見金史刑法志）實亦唐律也。以訴訟名篇者，殆自元法始。（見大元通制）明律六部分列，即名例律、吏律、戶律、禮律、刑律、工律，而以訴訟及斷獄列入刑律中。（見大明律）清法亦同。（見大清律）

第二章 訴訟法之主義

關於訴訟如何開始，訴訟資料如何提出，審判程序如何履行等問題之原則，在上古時代究爲

何若，不可不加究考，茲舉其要，臚述於左：

第一 一造審理主義與兩造審理主義

審問兩造而後裁判者，爲兩造審理主義，祇據一造之主張而裁判者，爲一造審理主義，羅馬以來，卽有此區別，在我國古代亦已發明。如尚書謂：『兩造具備，師聽五辭』，（呂刑）是卽採用兩造審理主義之明證。

兩造審理，審問原被告而後判斷，足以成信讞而保公私權，固矣。然必盡用兩造審理，則因一造之遲誤，而不能速結，或本可簡單了結，反致拖累者，在在而有。故今日各國於兩造審理主義外，更採用一造審理主義焉。

雖然，一造審理本諸一方之陳述，使對方失其防禦之機會，法官審問事實之真相，亦較兩造審理爲難，故一造審理不無收不平之結果。是以書呂刑有『明清於單辭』之訓，注謂：『聽訟當清審單辭，單辭特難故言之』，所以促其注意也。而對於兩造審理，亦有訓示，卽：『民之觀，罔不中聽獄之兩辭』，（書呂刑）注謂：『民之所以觀，由典獄之不以中正聽獄之兩辭，棄虛從實，刑獄清則民治。』

夫一造審理，當事者一方之陳述，各執偏見，掩飾其非，人情之常，無足爲怪。若兩造具備，獄有兩辭，則棄虛從實，中鵠不難。學者以兩造審理，適於保裁判之公平，非無由也。

第二 公開審理主義與秘密審理主義

古代之訴訟審理，公開抑秘密乎？羅馬帝政時代及德意志普通法，皆採用不公開審判主義；現代各國以公開爲原則，不公開爲例外。我國古代蓋亦如此。書云：『明啟刑書胥占』（呂刑）集傳謂：『詳明法律，與衆共占度』實卽今日之公開例也。禮記云：『疑獄汜與衆共之』（王制）是又限於疑之場合，公開審理之例也。若據此而論，以疑獄爲公開審理，如無疑之訴訟事件，則不公開審理矣。更推論之，此項公開審理，只現代之公開主義之性質有所不同。因現代之公開主義，僅允許訴訟關係人以外之人旁聽，並不得發言參與訴訟，法院編制法第五十五條及第五十八條有明文規定。在古代，依據王制所言，則訴訟關係人以外之人，亦得參與訴訟，所謂「與衆共之」是也。但法官對於裁判不受「衆」之拘束，故禮記云：『衆疑赦之，必察小大之比以成之』（王制）方慤解釋說：『衆疑赦之者，又不以偏愛而有所釋，必察其罪之在大辟，則比於大辟，以成其獄；察其罪之在小

辟，則比於小辟，以成其獄。」據此，可知訴訟之裁判，絕不因公開而喪失法官自由裁量之權也。

依據王制『疑獄汜與衆共之』之意，則認為古代訴訟審理以秘密爲原則，公開爲例外，尙有疑問。蓋古代之訴訟審理，與今日法律所採之公開爲原則，秘密爲例外者，正復相同也。研究此問題，應先明古代之秘密審理。考周禮地官媒氏云：『凡男女之陰訟，聽之於勝國之社，』茲錄注疏以明此經之旨。注謂：『陰訟，爭中冓之事以觸法者。勝國，亡國也。亡國之社，奄其上而棧其下，使無所通，就之以聽陰訟之情，明不常宜露其罪。』疏謂：『云陰訟爭中冓之事，謂詩之「中冓」以觸法也。云勝國亡國也者，此社有四名：若此往勝得彼國，將社來謂之勝國，卽此文是也。若據彼國喪亡，則謂之亡國之社，引公羊傳者是也；又名喪國之社，郊特牲云：「喪國之社必屋」是也；據其地則曰亳社，則左傳云：「亳社，我」是也，故云勝國亡國也，故鄭引公羊傳云：勝國亡國也，云亡國之社者，公羊傳文云奄其上者，卽郊特牲屋之不受天陽者是也，云棧其下者，謂於下著柴以棧之，使不通陰故也，故云使無通也。云就之聽陰訟之情，明不常露者，以其勝國社上下不通，是不宜露，中冓之言，亦不宜露，故就而聽之也。』據此所述，衡諸審判之際，不許公衆自由旁聽之秘密審理，又何以異耶？

查我國現行法例以公開爲原則，不公開爲例外，前已言之，如約法第五十條，法院編制法第十五條，均明文規定，採用公開主義。依約法同條，但書：『有認爲妨害安寧秩序者，得秘密之。』及法院編制法第七十五條，刑事訴訟法第二百三十七條，偵查不公開之規定，均採用秘密審理之明證。據周禮地官媒氏之記載，則凡關於妨碍風化罪之訴訟，採用秘密審理。至非男女陰訟，當然不於「勝國之社」審理，而取公開之制度，與現代以公開爲原則秘密爲例外者，又何以異耶？

顧吾人所應亟爲研究者，秘密之審理，始自何時？詩召南有甘棠行露二章，贊美召伯之聽訟，注謂：『召伯聽男女之訟，不重煩勞百姓，止舍小棠之下而聽斷焉。國人被其德，說其化，思其人，敬其樹。』可知召伯之審理男女之訟，不於「勝國之社」而於「小棠之下」。同是男女之訟，周禮地官媒氏取秘密審理，詩載召伯取公開審理，絕不相同，二者之間，必有遲早，自無待言。考周禮地官媒氏疏云：『按詩召伯聽男女之訟於小棠之下，不在勝國社者，彼謂周公未制禮前，此據制禮之後，故不同。』若然，在未制禮以前，即男女之訟，均公開審理，至周公制禮，乃有「聽之勝國之社」之規定，故訴訟審理之有公開秘密之分，實在制禮後也。

第三 干涉主義與不干涉主義

此種區分，其源亦古。至其適用範圍，則因刑事民事而有不同。就民事訴訟言之，民事訴訟之目的，在保護當事者之利益，當事者爲自己利益計，欲得完全之保護，自必能提供完全之證據，法官據當事者之所提供，與以適當之裁判，已足達保護私權之目的，不必於當事者所蒐集之證據外，再事調查，故不干涉主義，實合民事訴訟之性質。古代亦然，試舉其證，周禮秋官朝士云：『凡有責者，有判書以治則聽。』鄭司農謂若今時辭訟有券書者爲治之。故古代民事訴訟，亦首重證據，若無證據，則不受理，更無所謂干涉也。

至如刑事訴訟，關係公益，若民事訴訟採用不干涉主義，則有罪者，可以不罪，殺人者，可以不刑，國家人民之法益，勢必受其侵害而不可究詰。故刑事訴訟採用干涉原則，實理之當然。所謂干涉主義，又稱爲國家訴追主義，蓋以由國家機關自行訴追犯罪，不以私人之意思爲轉移也。我國古代思想，天討有罪，以有五刑，國家代天行罰，凡人民犯罪，國家直得追訴，固不必待私人之訴追，國家始有科刑之權，此理甚明，無待細述。

第四 言詞審理主義與書狀審理主義

考羅馬法及德意志古法，皆採言詞審理主義。羅馬帝政時代，關於特種訴訟，採用書狀審理主義，歐洲中古寺院法以書狀審理為原則。我國古代採用言詞審理主義，縱文獻無證，亦可想而知。諸書所謂『聽』及『聽訟』，故可認定古代訴訟為言詞審理主義，毫無疑義。古代因用言詞審理之結果而有五聽之方法，周禮秋官大司寇云：『以五聲聽訟求民情，一曰辭聽，二曰色聽，三曰氣聽，四曰耳聽，五曰目聽。』注謂辭聽所以視其出言，不直則煩，色聽所以觀其顏色，不直則赧然，氣聽所以觀其氣息，不直則喘，耳聽所以視其聽聆，不直則惑，目聽所以觀其眸子，不直則眊然。五聽之觀察如此。法官苟能取五聽之法，審理訴訟，固不難探明事實之真相，而裁判得其公正也。

以言詞審理訴訟，於上古時代常無例外，書狀審理，自何時，亦無可考。前漢書刑法志謂秦始皇專任刑罰，躬操文墨。史記秦始皇本紀亦謂：『天下之事，無大小皆決於上，上至以衡石量書。』張守節正義說：『衡，秤衡也，言表牋奏請秤取一石，日夜有程期，不滿不休息。』其為書狀審理之起原歟？

第五 自由心證主義與法定證據主義

法定證據主義，在歐洲蓋自羅馬始。羅馬古代法官勢力甚大，得私自取調證據，後恐法官大權在握，難免流弊，故用法定證據主義。近世外國法律尚有宣誓之制，實羅馬法之遺意也。在我國古代訴訟亦有宣誓之制，蓋古代信賴神權，中外一致，而我國古代且有司盟之官，專司其事，如周禮秋官司盟云：『有獄訟者則使之盟詛。』其方法，即：『凡盟詛各以其地域之衆庶，共有牲而致焉，既盟則爲司盟共祈酒脯。』至於盟之場所，則不一定。（見疏）據此，則我國古代訴訟審理亦採法定證據主義，可無疑義。

法定證據主義，雖可防裁判官之專橫，然易受當事人之欺弄。蓋訴訟材料之處分，均委之當事人。若當事人未主張之事實，與未提出之證據，法院均不能過問；苟爲當事人之所主張或提出，無論是否真實，但有真實之形式，則法院不能舍此他求，其結果就刑事訴訟而言，則有罪者不得科刑，無罪者不能免罰，揆諸情理，豈得謂平。故爲貫徹實體真實發見，自以採用自由心證主義爲當，故刑事訴訟法第二百八十三條規定云：『證據由法院自由判斷之。』

雖然，古代實兼採兩種主義，與近世法律之精神，固相同也。試閱書呂刑『無簡不聽』之言，則不誠信之自白，仍不得爲證據，故『簡孚有衆，惟貌有稽。』更參以周禮秋官大司寇辭聽，色聽，氣聽，耳聽，目聽，所謂五聽之法，則古代採自由心證主義，可無疑義。

自由心證主義，法院本自由之確信，以定取捨，不受法律之拘束，雖易得事實之真相，然難免裁判官徇私偏斷之嫌，亦無庸爲自由心證主義諱也。然苟以裁判官之道德學識並經驗爲前提，則自由心證主義，實較法定證據爲妥。明眼人類能知之。故我國法官始祖皋陶氏崇倡『九德』（見尚書皋陶謨）職此之理。

第六 糾問主義與彈劾主義

古時之觀念，以爲刑罰權之根據實出於天，其所謂天者，包涵日月星辰，掩覆山川丘陵，代表支配全宇宙，握有生殺與奪之大權。而道破刑罰權出自天者，爲堯舜時之法官皋陶氏。其言曰：『天討有罪，五刑五用哉。』（尚書皋陶謨）雖然，天意如何，何由而得知之，皋陶預爲之言曰：『天聰明，自我民聰明，天明威，自我民明威。』（尚書皋陶謨）蓋謂天意在民心，民心知之，天所以爲知也。天依

人民之視聽爲視聽，並依人民之向背爲向背，人民以爲可賞天賞之，人民以爲可罰天罰之。質言之，多數人民之所賞罰，卽天之所賞罰也。天不能行賞罰而寄之於人。故曰：『天工人其代之。』（尚書皋陶謨）是以處罰犯罪，實代天行刑。既無訴追及裁判之區別，更無其他之當事人，此糾問主義，在東西各國古代蓋無不從同也。

時勢推移，法律進步，降洎於周，於今日之所謂彈劾主義者，應運而興，有如今日檢察制度，以檢察官爲提起公訴之機關，代表國家爲原告。觀周禮秋官禁殺戮之官，與禮記王制史之官，於法制上已樹立檢察制度，可知刑事訴訟之彈劾主義，早已發明，而一般謂彈劾主義，係羅馬法所發明，非我國所固有者，豈非妄談乎？

第七 數級審理主義與單級審理主義

考羅馬古代法律，專用單級審理主義，故無上訴之制度，無審級之區別。夫國家設立司法機關，原在保障人權，法官之學識經驗縱稱豐富，而事件複雜，或偶不經心，亦難保無偏頗之裁判，設不幸受此偏頗之裁判，而不與以平反之途，則於保障法益之旨仍有未符，而訴訟之目的仍不能達。故無

論民刑訴訟，均以採用數級審理主義爲宜。我國虞舜之世，皋陶爲士，度其時或已有數級審理之制，惟文籍無徵，不敢妄議。稽諸周禮所載，似周制之訴訟審級爲三級三審制度。秦漢以下，均有上訴之規，則非單審理可知。此種研究，屬法院組織法領域，非本書範圍，茲略不論。

第三章 民事訴訟與刑事訴訟之區分

民事訴訟與刑事訴訟，在先秦以前已有區別，非自近世始也。考周禮載秋官掌邦刑，實爲司法之機關，既爲司法之機關，則一切司法事務應歸秋官之屬管轄，方爲允當，而周禮於掌邦治之天官，其屬之小宰有『以叙聽其情』之記載，注謂：『情爭訟之辭也。』則亦有管轄訴訟之權限。至掌邦教之地官，其屬之處理訴訟者尤多，如言大司徒之職掌云：『職萬民之不服教，而有獄訟者，與有地治者，聽而斷之。』小司徒云：『職用衆聽其辭訟。』四時之田，斷其爭禽之訟。』媒氏云：『凡男女之陰訟，聽之於勝國之社。』司市云：『以質劑結信而止訟，市師涖焉，而聽其大治大訟。胥師涖於介次，而聽其少治小訟。』遂師云：『作役事則聽其治訟。』遂大夫云：『稽其夫家之衆寡，六畜田野，辨其可』