

吴宏耀 种松志 ◎ 丛书主编

# 1911年刑事诉讼律(草案)

——立法理由、判决例及解释例

吴宏耀 郭恒 ◎ 编校



中国政法大学出版社

吴宏耀 郭恒◎编校

——立法理由、判决例及解释例

# 1911年刑事诉讼律(草案)

刑事诉讼学典存

吴宏耀 种松志◎丛书主编



中国政法大学出版社

2011·北京

## 图书在版编目 (CIP) 数据

1911年刑事诉讼律 (草案): 立法理由、判决例及解释例 / 吴宏耀, 郭恒编校. — 北京: 中国政法大学出版社, 2011. 4

ISBN 978-7-5620-3862-7

I. 1… II. ①吴… ②郭… III. 刑事诉讼法-法制史-研究-中国-近代  
IV. D925. 2

中国版本图书馆CIP数据核字 (2011) 第035713号

---

- 书 名 1911年刑事诉讼律 (草案): 立法理由、判决例及解释例  
1911 NIAN XINGSHI SUSONGLU CAOAN LIFA LIYOU PANJUELI JI JIESHILI
- 出版发行 中国政法大学出版社 (北京市海淀区西土城路 25 号)  
北京 100088 信箱 8034 分箱 邮政编码 100088  
邮箱 academic.press@hotmail.com  
<http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)  
(010) 58908437 (编辑室) 58908285 (总编室) 58908334 (邮购部)
- 承 印 固安华明印刷厂
- 规 格 880mm × 1230mm 32 开本 15.25 印张 355 千字
- 版 本 2011 年 9 月第 1 版 2011 年 9 月第 1 次印刷
- 书 号 ISBN 978-7-5620-3862-7/D · 3822
- 定 价 39.00 元

- 声 明
1. 版权所有, 侵权必究。
  2. 如有缺页、倒装问题, 由印刷厂负责退换。



## 编辑说明

《1911 年刑事诉讼律（草案）》是中国法制史上第一部刑事诉讼法典，同时，也是中国近现代刑事诉讼制度的奠基之作，对之后民国时期的刑事诉讼法制（乃至新中国的刑事诉讼法律制度）产生了极其深远的影响。

《1911 年刑事诉讼律（草案）》（宣统二年十二月二十四日，即 1911 年 1 月 24 日奏进）是在日本修律顾问冈田朝太郎协助之下，主要参酌日本明治二十三年（1890 年）《刑事诉讼法》研拟而成。该草案“酌采各国通例，实足以弥补传统中国旧制之所未备；上奏后，清廷即发交宪政编查馆复核，惟未及正式颁布，清室已倾，然却为其后新成立的民国政府所继续援用与发展”[黄源盛：“近代刑事诉讼的生成与展开”，载《清华法学》（第八辑），清华大学出版社 2006 年版]。从法典继承角度看，该草案直接构成了 1921 年 3 月广州军政府颁布的《刑事诉讼律》、11 月北京政府颁布的《刑事诉讼条例》的基础底本，并透过 1928 年《刑事诉讼法》影响了随后的刑事诉讼立法。从“行为中的法”来看，在民国初年，“大理院于判决中，往往将该草案采为‘诉讼法理’，酌加运用”（黄源盛前引文）。因此，在史学意义上，《1911 年刑事诉讼律（草案）》无疑是一把打开中国刑事诉讼现代化历程的钥匙。透过该草案，我们或许可以弄清楚当今中国刑事诉讼制度“从哪里来”、“身在何处”，甚至可能由此洞见当今中国刑事诉讼制度的历史使命。

## Ⅱ 1911 年刑事诉讼律（草案）

本书由四部分构成：1911 年沈家本奏进的刑事诉讼律草案条文、立法理由，以及随后民国时期大理院所作的相关判决例与解释例。

其中，1911 年奏进的刑事诉讼律草案条文及其立法理由部分，以上海政学社影印本沈家本奏疏《大清刑事诉讼律草案》（修订法律馆原本）为底本，同时参酌以下文本点校而成：

（1）《法部呈定民刑诉讼律合刻》，民国元年仲月冬，上海焕文书局石印。

（2）《刑事诉讼律》，民国三年十二月重订，上海共和编译局印行。

（3）《增订中华六法全书·第十三册·刑事诉讼律》，民国十二年春月重纂出版，中华法政学社刊印。

判决例与解释例部分，涵盖了民国时期大理院自 1911 年至 1921 年所做的全部判决例与解释例。其中，判决例部分以郭卫编辑的《大理院判决例全书》为底本，参酌大理院编辑处编辑的《大理院判例要旨汇览》点校而成；解释例部分以郭卫编辑的《大理院解释例全文》为基础整理而成。具体文献版本如下：

（1）郭卫编辑：《大理院判决例全书》，上海法学编译社民国二十一年七月三版。

（2）郭卫编辑：《大理院解释例全文》，上海法学编译社民国二十年三月三版。

（3）大理院编辑处编辑：《大理院判例要旨汇览》（第二卷），民国十五年十二月再版发行。

其中，在判决例与解释例的编辑方式上，按照其要旨，附随于相关法条之下。对于同年所作的判决例，以“上

（告）”、“抗（告）”、“非（常上告）”为序，同类判决例则依判例号依次排列。

吴宏耀

2010 年 10 月 10 日于京西垂虹

# 目 录

## 第一编 总 则

|                           |     |
|---------------------------|-----|
| 第一章 审判衙门 .....            | 2   |
| 第一节 事物管辖 .....            | 2   |
| 第二节 土地管辖 .....            | 14  |
| 第三节 管辖指定及移转 .....         | 20  |
| 第四节 审判衙门职员之回避、拒却及引避 ..... | 33  |
| 第二章 当事人 .....             | 42  |
| 第一节 原告官 .....             | 42  |
| 第二节 被告人、辩护人及辅佐人 .....     | 48  |
| 第三章 诉讼行为 .....            | 60  |
| 第一节 被告人之讯问 .....          | 60  |
| 第二节 被告人之传唤、拘摄及羁押 .....    | 63  |
| 第三节 检证、搜索、扣押及保管 .....     | 77  |
| 第四节 证言 .....              | 84  |
| 第五节 鉴定及通译 .....           | 98  |
| 第六节 急速处分 .....            | 102 |
| 第七节 文件 .....              | 110 |
| 第八节 送达 .....              | 118 |
| 第九节 期间 .....              | 119 |
| 第十节 裁判 .....              | 121 |

## 第二编 第一审

|                |     |
|----------------|-----|
| 第一章 公 诉 .....  | 135 |
| 第一节 通则 .....   | 136 |
| 第二节 侦查处分 ..... | 150 |
| 第三节 预审处分 ..... | 198 |
| 第四节 提起公诉 ..... | 203 |
| 第二章 公 判 .....  | 216 |

## 第三编 上 诉

|               |     |
|---------------|-----|
| 第一章 通 则 ..... | 266 |
| 第二章 控 告 ..... | 288 |
| 第三章 上 告 ..... | 358 |
| 第四章 抗 告 ..... | 384 |

## 第四编 再 理

|                |     |
|----------------|-----|
| 第一章 再 诉 .....  | 405 |
| 第二章 再 审 .....  | 407 |
| 第三章 非常上告 ..... | 423 |

## 第五编 特别诉讼程序

|                        |     |
|------------------------|-----|
| 第一章 大理院特别权限之诉讼程序 ..... | 439 |
| 第二章 感化教育及监禁处分程序 .....  | 441 |

## 第六编 裁判之执行

|                                     |     |
|-------------------------------------|-----|
| 附录一：沈家本等奏《刑事诉讼律草案》告成装册呈<br>览折 ..... | 469 |
| 附录二：法部核定民刑诉讼律管辖各节呈大总统文及<br>批文 ..... | 472 |
| 附录三：中国近代刑事诉讼法制进程编年表 .....           | 474 |
| 【延伸阅读】 .....                        | 476 |

## 1911 年刑事诉讼律（草案）

**谨案** 本律共分为七编。第一编总则；第二编第一审；第三编上诉；第四编再理；第五编特别诉讼程序；第六编裁判之执行。其编纂次序理由，于各编之首叙及之。

## 第一编 总 则

**谨案** 本编总则，即一切刑事诉讼可以援用之规定，不外审判衙门、当事人及各种刑事诉讼共同之行为三种。凡分三章。

### 第一章 审判衙门

**谨案** 一切法律行为必有一实行之主体。诉讼行为，即法律行为之一种。其实行此行为者，诉讼主体也。诉讼主体不外审判衙门及原、被两造。本章先设关于审判衙门之规定；次当事人；次诉讼行为。

#### 第一节 事物管辖

**第一条** 审判衙门关于刑事诉讼之事物管辖，除《法院编制法》及他项法律有特别规定外，均依本律办理。

##### 理由

**谨案** 东西各国立法例，凡民事、刑事之事物管辖，多规定于《法院编制法》。兹为编纂便利起见，原则上拟置诸民、刑诉讼律中。故于本条明定刑讼之事物管辖。

##### 大理院判决例

【判一】1915 年上字第七八三号

【要旨】陆军军人不能归普通法院管辖。

【理由】查诉讼通例，被告人不属普通法院审判权者，应驳回公诉。又查1915年3月25日教令第十五号，《陆军审判条例》第十八条后段规定，军人所犯在任官任役中，而发觉在免官免役后者，归普通法院审判之。但因本案褫职者，不在此限等语，是军人犯罪与发觉均在任官任役中。而因本案犯罪案件褫革军职者，当审判之时虽无军籍，仍应由军法会审审判，不能归普通法院管辖。

【判二】1916年上字第五六号

【要旨】军人不得参预普通诉讼。

【理由】本案犯罪者，为政法学校学生及保卫乡团团总、团丁，均应归普通司法衙门管辖。乃承审之员，于兼理司法之崇义县知事外，更有赣南镇守使署军法官。以军人参预普通诉讼，其组织毫无依据，尤属违法。

### 大理院解释例

【解一】统字第一一八号

1914年4月10日大理院致江西高等审判厅函

径启者：准赣州地方审检厅寄电称，准赣县知事咨，奉民政长令，烟赌案归县尽法惩治，法令冲突，请解决，以清权限等因到院。本院查《刑事诉讼律草案》管辖各节，经前法部删除修正，呈明大总统批准颁发在案。是已设审检厅，地方之刑事案件自应遵照该草案，一律归审检厅审判。未便因地方长官命令，而违背大总统所批准之《刑事诉讼律草案》。相应函请贵厅转飭查照可也。

此致！

附：赣州地方审检厅原电

司法部大理院钧厅，准赣县知事咨，奉民政长令，烟赌案归县尽法惩治，法令冲突，请解决，以清权限。赣州地方

#### 4 1911 年刑事诉讼律（草案）

审检厅钤印。

#### 【解二】统字第一八八号

1914 年 12 月 18 日大理院复总检察厅函

径复者：准贵厅函开，案据广东高等检察厅，转据广州地方检察厅详称，盐务缉私兵犯普通罪，是否可归司法裁判？悬案以待，电请函院解释等情到厅，相应据情函请查核见复，以便飭遵等因到院。本院查盐务缉私兵，其性质系属警察之一种，其犯罪自应归通常司法官署管辖。若系以有军籍之军人充当者，则依其身份，仍应归军法官署管辖。相应函复贵厅，转飭查照可也。

此复！

**第二条** 初级审判厅于下列案件有第一审管辖权：

第一，三百元以下罚金之罪；

第二，四等以下有期徒刑或拘役之罪；

第三，《刑律》第三百六十七条、第三百七十七条之窃盗罪及其赃物之罪。

**理由**

**谨案** 初级审判厅阶级最下，故其事物管辖俱属第一审案件。且列记本条，概以轻微案件为限。

第一款所揭，系本刑之罚金。其易科罚金及并科罚金，不包括在内。

第二款所揭，系本刑四等以下有期徒刑或拘役之罪，不问有无易科罚金及并科罚金。第七条第二项特为明言之。

第三款所揭，《刑律》第三百六十七条及第三百七十七条之窃盗案件属于初级审判厅管辖者，为权衡地方审判厅与初级审判厅掌理案件之数，求其适宜起见。《刑律》第三百六十六条之本刑三等至五等有期徒刑，据本条第二款不应属

初级审判厅管辖。然恐地方审判厅管辖案件过多，故以之属初级审判厅管辖，庶得权衡多寡。《刑律》第三百七十六条之犯罪亦准此。至关于该二条之赃物罪，自应一律办理，以资便利。

**第三条** 前条所列犯罪，因累犯或俱发加重本刑者，仍属初级审判厅管辖。

#### 理由

**谨案** 累犯及俱发罪，其本刑应否加重，非就实际详细审察，殊难逆臆而知。然管辖问题，于审理着手以前不可无识别之法，本条之设以此。

**第四条** 地方审判厅依《法院编制法》第十九条，有刑事诉讼第一审及第二审管辖权。<sup>①</sup>

**第五条** 高等审判厅依《法院编制法》第二十七条第一款至第三款，有刑事诉讼第二审及终审管辖权。<sup>②</sup>

---

① 《大清法院编制法》[宣统元年（1909年）十二月二十八日奏进] 第十九条规定：“地方审判厅有管辖左列民事、刑事诉讼案件及其他非讼事件之权：

#### 第一审

不属初级审判厅权限及大理院特别权限内之案件；

#### 第二审

一、不服初级审判厅判决而控诉之案件；

二、不服初级审判厅之决定或其命令，按照法令而抗告之案件。”

② 《大清法院编制法》[宣统元年（1909年）十二月二十八日奏进] 第二十七条规定：“高等审判厅有审判左列案件之权：

一、不服地方审判厅第一审判决而控诉之案件；

二、不服地方审判厅第二审判决而上告之案件；

三、不服地方审判厅之决定或其命令，按照法令而控告之案件；

四、不属大理院之宗室觉罗第一审案件。”

### 大理院判决例

【判一】1915 年上字第三七五号

【要旨】控诉审不能行第一审审判。

【理由】按《法院编制法》第二十七条第一、第二两款，高等审判厅于不服地方审判厅管辖事件之第一审或第二审而为控告或上告之案有管辖权。又按诉讼法例，审判衙门除有特别规定外，不得就未受公诉之案而为审判，其未提起公诉或公诉不合规定，应以判决驳回公诉。查本案上告人张锡光，经涪州地方审判厅判决，以纵匪抢劫答罚在案。张锡光不服，以刘琢章等藉案开花贿赂法官挟嫌诬断等情，上诉于四川高等分厅。按之上开法例，该厅受理此项控告之后，自应就本案第一审判决部分予以审查，而为相当之裁判。至张锡光纵受有他项犯罪之嫌疑，若未经提起公诉，亦未经过第一审审判，该分厅自不得违法受理。乃原判关于张锡光纵匪吞贼之所为，因事犯在大赦以前，既将第一审判决撤销，谕知免诉外，复以张锡光在控诉审中有诬告刘琢章、杨树华等之行为，贸然科以诬告罪，以第二审判衙门为第一审之审判，其为违法，夫岂待言？

【判二】1915 年抗字第六十八号

【要旨】初级管辖案件，应以高等厅为最终之决定。

【理由】现有法例，初级管辖案件，以高等厅为终审抗告，亦上诉之一种。则初级管辖案件，亦应以高等厅为最终之决定。

**第六条** 大理院除《法院编制法》第三十六条所定终审

管辖权外，于下列案件有第一审并终审管辖权：<sup>①</sup>

第一，关于帝室之罪，但《刑律》第九十六条所揭示者不在此限；

第二，帝室缌麻以上之亲之犯罪及其共犯；

第三，内乱罪；

第四，关于国交及外患罪系三等有期徒刑以上者。

#### 理由

**谨案** 以上三条于《法院编制法》已有明文规定。因事关管辖，故本律复重言以申明之。

第六条第一款所揭《刑律》第九十六条之犯辟罪，虽属关于帝室之罪第，情节较轻，应仍从通常管辖。国交及外患罪之本刑系四等有期徒刑以下者，亦准此。

#### 大理院判决例

【判】1918年抗字第八十一号

【要旨】刑事诉讼以采用三审制度为原则，上诉至上告审判衙门为止。

【理由】查现行法令，刑事诉讼以采用三审制度为原则。其有依法令或成例，许在第二审开始请求者，如系准许上诉之件，亦以上诉至上告审判衙门为止，不得再行声明不服。

---

<sup>①</sup> 《大清法院编制法》[宣统元年（1909年）十二月二十八日奏进]第三十六条规定：“大理院有审判左列案件之权：

第一，终审

一、不服高等审判厅第二审判决而上告之案件；

二、不服高等审判厅之决定或其命令，按照法令而抗告之案件；

第二，第一审并终审

依法令属于大理院特别权限之案件。”