

中國之司法

耿文田編

中國之司法

于友松



中華民國二十二年十月初版

中國之司法

每冊定價大洋八角五分

(外埠酌加郵費匯費)

編者 耿文田

印刷者 民智印刷所

發行者 民智書局

南京廣州北平
民智書局
武昌長沙

分售處 海內外各大書坊

總發行所 民智書局

上海河南路中市
民智書局
二〇〇至二〇二號

提要鉤玄

謝廷生題



廣

學

甄

微

沈
家
彝
題

博
考
覃
思

潘
恩
培

洞見癡結

反
易
抄
題

編者言

一 中國改良司法已數十年坊間迄無一本關於中國司法之專著茲編之纂即冀以彌此缺憾非敢炫爲巨著

二 本編注重事實故以敘述爲主間有論列則以己意爲斷

三 本書一三兩編承中央大學教授陳洪先生劉鎮中先生分任校讐殊爲感激又本稿付梓之先承南京中國日報副刊編輯萬殊先生在該副刊擇要披載并爲介紹至深銘感特併致意藉申謝悃

四 本稿倉猝付印謬誤孔多尙乞海內賢達賜予匡正俾成完璧是所深幸

民國二十一年夏編者識於中央大學

序一

我國司法自改革以來迄今已二十餘載其間成績雖不無可觀然實際上之運用尙多缺點現刑法及法院組織法等正待修改四級制與三級制之優劣檢察制度之利弊司法應如何使與人民接近刑罰應如何使其有效在在皆爲問題足資研究耿君文田於中央大學習業之餘竟能著成中國之司法一書關於司法之理論與實際皆闡發無遺尤其關於中國之特殊問題如撤廢領事裁判及改良司法言之頗中肯要政學各界如得手此一冊必有可以取法之處也

中華民國二十一年夏史尙寬序於立法院

序 二

我國受領事裁判權之束縛垂九十年各國之不願放棄此權原因固多而不明我國司法制度之眞象及我國司法制度尙未臻於至善實不失爲重要原因學友耿子文田有鑒於此特著爲是書全書計四編第二編敘述司法制度之狀況第三編敘述我國今日之司法問題取材精審議論超卓頗有獨到之處而余於是書所列改良司法各點尤認爲目前必要之圖司法當局其有意於領事裁判權之撤廢乎請自耿子所述改良司法各點始

民國二十一年七月二十日胡長清序於中央政治學校

序 三

我國學林荒蕪已久而以我法壇爲最蓋國人錯覺向視習法者爲刀筆吏爲訟棍咸上鄙而下輕之宜乎法學之不振法壇之草昧叢生荆棘載道也傾危而未坍塌者亦幾希矣汨乎海禁洞開西風入室國人眉宇爲之一新寢知法學之重要法典亦駸駸完備降次民國屢欲撤廢領事裁判權顧外人恒以我司法不良爲口實夫我司法不良自我改良之可也而撤廢領判權之權在我自我撤廢之可也何受外人之擲掄若是哉迨國府奠都南京後以司法乃五權之一專設一院以掌之對於法典之制訂不遺餘力且積極從事於司法之改良斯時也久經荒蕪之法壇習法者亦知斬荆棘闢草萊扶危而正并以研究所得付梓爲書惜多淺薄幼稚之作甚或書無當厥價有識者悲而喜之悲者在此喜者以此爲法學萌芽期發榮滋長尙有待於灌溉培養稍假年月可耳吾友耿君文田近以劬學所得著中國之司法一書既成以示余余拜而讀之見其章節鱗列縱橫俱到內容既甚豐腴取材又復精當誠爲不可多得之作尤於中國司法改良問題一章爲切中時弊之論非向萃精於我國司法問題者曷克臻此此書一出司法實務家及關心中國司法者各手一

冊必有相當之俾益也爰爲序以歸之

中華民國二十一年七月上浣馬存坤於南京

中國之司法目錄

題字

編者言

序

第一編

緒論

第一章

司法之意義與觀念

一

第二章

司法權之意義及其性質

二

第三章

司法權之分類

二

第四章

司法權之活動

三

第五章

司法權與其他各權之關係

四

第六章

三權分立下之司法權與五權分立下之司法權

四

第七章

司法權與審判權

五

第八章

司法權與刑罰權

六

本論

九

目錄

九

第一章 中國之司法制度

九

第一節 法院之等級與審級

九

第二節 陪審制度

一〇

第三節 覆判制度

一〇

第四節 檢察制度

一二

第五節 檢驗制度

一二

第六節 律師制度

一三

第二章 中國之司法機關

一四

第一節 中國司法機關沿革考

一四

第二節 訓政時期司法機關之組織

一四

第三章 中國之監獄

三八

第一節 緒說

三八

第二節 我國監獄沿革考

三九

第三節 我國監獄改良之經過

四四

第四節 萬國監獄會議之參加

四七

第四章 司法統計

七二

第五章 司法經費

一〇九

第三編

要論

一五七

第一章

撤廢在華領事裁判權問題

一五七

目錄

一五七

第一節	在華領判權之根據	一五七
第二節	在華領判權實施之情形	一六〇
第三節	在華領判權之管轄	一六五
第四節	在華領判權之弊害	一六六
第二章	會審公廨問題	一六七
第一節	上海公共租界會審公廨	一六七
第一項	公廨設立之經過及改設法院之協定	一六七
第二項	公廨內部之組織	一七三
第二節	上海法租界會審公廨	一七五
第三節	其他各地會審公廨	一七八
第三章	中國司法改良問題	一七九
第一節	中國司法改良之先決問題	一八〇
第一項	法官待遇之提高	一八〇

第二項	經費之擴充	一八〇
第三項	法院之增設及內部之改善	一八〇
第四項	監獄之添築及內部之革新	一八二
第五項	審限之規定	一八二
第六項	指紋之提倡	一八三
第七項	犯罪之預防	一八四
第八項	司法獨立之確保	一八六
第二節	承發吏制度改革問題	一八七
第三節	檢察制度存廢問題	一八八
第四節	法院組織更易問題	一九〇
第四編	餘論	一九二
第一章	司法與三民主義之關係	一九三
第二章	總理對於司法之遺教	一九三

中國之司法

第一編 緒論（司法權論）

第一章 司法之意義與觀念

法，本作灋，刑也，平之如水，從水，鹿所以觸不直者去之，從鹿去，故古代所謂司法，非用法律以定是非曲直，乃取決於無意識之事物者也。洎乎近代學術昌明，司法之意義既與前不同，而司法之觀念亦視昔迥異，所謂司法有狹義廣義及最廣義三種：狹義之司法，專指民事裁判及刑事裁判而言。廣義之司法，兼指司法行政裁判及權限爭議之裁判而言。至若國際法上之仲裁裁判，國內法上之政治裁判，亦有司法之性質，而為司法行為之一種，稱為最廣義之司法。但普通之所謂司法，往往作狹義的解釋，即專指民刑裁判而言。夫民事裁判為法政的作用，刑事裁判為刑政的作用，不特與國際法上之裁判不同，即與國內法上其他之裁判亦屬有別，管見所及，有以下數點：

（一）裁判當事者之不同 民刑裁判係就人民與人民

間之行爲，加以審理，所爲之裁判。國際法上之裁判係就國家與國家間之行爲，加以審理，所爲之裁判。憲法或行政法上之裁判，係就國家官吏之行爲，加以審理，所爲之裁判。雖同屬裁判之性質，但其作用則截然兩途，未可等量以齊觀也。（註）

（二）裁判機關之不同 民刑裁判之機關爲普通之法院，憲法或行政法上之裁判機關，爲國家特設之法院。而國際法上之裁判機關，則爲超越國家以上所設立含有國際性之國際法庭及仲裁機關。三種裁判機關，性質之不同，明若觀火矣。

（三）裁判目的之不同 民刑裁判以實行私權及確定刑罰權爲其目的。憲法或行政法上之裁判，以執行行法爲其目的。國際法上之裁判，以解決糾紛消弭戰禍爲其目的。目的不同，殊爲明顯。

（註）歐洲各國之裁判制度有二主義，一爲羅馬法主義，一爲日爾曼法主義。日爾曼法主義對於國家官吏行爲

之裁判與對於私人行為之裁判，兩者之間，毫無區別，恆由同一之裁判機關行之，現在墨守此主義者，厥為英國，故在英國法上所謂司法之觀念，初不以民刑裁判為限也。

第二章 司法權之意義及其性質

司法之意義既明，則司法權之意義，不難迎刃而解矣。夫權者權力也，司法權者，乃執行法律之權也。依司法之精神而下解釋，則可謂司法權者，國家以法規及一定事實為基礎，確定法律上之效果並有拘束力之一種意思表示之一種國權作用也。茲再論其性質於後：

(一)司法權者治權也 中山先生主張任何政府應有五種權力，所謂五權，即立法行政司法監察考試是也。此五權統稱之曰治權，司法權既為五權之一，故為治權，毫無疑義。

(二)司法權者政府權也 無論採用三權或五權之政府，皆具有三種或五種權力，司法權既為三權或五權之一，故司法權為政府權。中山先生謂：「治權就是政府權。」司法權既為治權之一，則司法權為政府權，益彰彰明矣。

(三)司法權有獨立性 從前司法權非行政權之附庸，即君權之藩屬（對中國而言）無獨立之精神。及至孟德斯

鳩氏倡三權分立學說成立以來，各國先後訂於憲法，於是司法權始與立法權及行政權成為鼎足之勢，各自獨立，不相干擾，現在任何國家之司法權皆獨立行使，不受任何權力之干涉，故司法權為獨立權，含有獨立性。

(四)司法權有不可分性 任何國家皆有統治權，所謂統治權者，即行政權立法權司法權之統治作用也。統治權既有不可分性，司法權自然亦有不可分性。

第三章 司法權之分性

夫司法權既有不可分性，何分類之可言？蓋司法權之不可分性與司法權之分類不同，不可分者，一政府僅有一個司法權之謂也。分類者，司法權之種類也。知乎此，則此章與前章並不衝突，仍有存在之價值焉。其分類大別可分為二種：

一、實質之司法權 此種司法權之活動及行使，有一定機關以掌之，中山先生所謂為治權之一的司法權，即屬此類。因政府實有此種權力存在也。但因其範圍廣狹，可分為二類：

甲、廣義之司法權 所謂廣義之司法權，指掌理司法審判，司法行政，行政審判，及官吏懲戒等職權之司法權也。如吾國民政府司法院所掌之司法權是也。

乙、狹義之司法權 指僅有廣義司法權中任何一個司

法權而言，如法院僅有司法審判之司法權。司法行政部僅有司法行政之司法權。行政法院僅有行政審判之司法權。官吏懲戒會僅有懲戒官吏之司法權。不得兼而有之是也。

二、形式之司法權 實質的司法權如何活動，不可無一定機關以行使之，行使時所採制度之形式，即謂之形式的司法權。

第四章 司法權之活動

按本章所謂司法權指廣義之司法權而言，非指狹義之司法權而言。所謂活動者，即司法權之運用與作用也。茲對立法權行政權考試權及監察權之活動比較言之。

(一)司法權之活動與立法權之活動不同 立法權之作用，在就國家與人民間或人民與人民間，預定其意力界限之抽象的法則，而有一般拘束力者也。司法權活動之裁判，雖亦就某事件定為意力之界限而拘束之，但是等作用，不過僅就特定之事及特定之人發生拘束力，與立法權之活動生一般拘束力者，顯有不同，易詞言之，司法權之作用在解釋法規之精神，而適用之於事實，至於制定法規，則屬於立法權之作用，不得以司法權變更之也。

(二)司法權之活動與行政權之活動不同 司法權本於立法權所制定之法，規適用之事於實。行政權亦係本於立法權制定之法，規以活動，從表面觀察，似若相同，然其目的與作用，則截然兩途，不可不說明之。

甲、行政權活動之目的，在於執行其行政處分，而司法權則不過對於一定之事實，適用法律而加以判斷，以永合於法規之精神，至於司法判斷之實行，乃屬於司法行政之範圍，非司法權也。此其不同者一。

乙、司法權之活動必先有訴訟，即必基於人民或其他有職掌者之要求，而始行使之。若行政權則係國家自動的適用法規於何種事實，無須待何人之要求也。此其不同者二。

丙、司法權之活動所以息國家與人民間或人民相互間（即人格者間）之紛爭，行政權之行使則無所謂息人格者之紛爭也。甚且反有因行政權活動之結果，而引起人格者間之紛爭者，如因公用徵收而發生訴訟是。此又司法權之活動因行政權活動而生之明證也。

(三)司法權之活動與考試權之活動不同 考試權之作用，在依國法之規定，考拔人才，以為國用。司法權之作用，在將法律適用之於事實。二者皆依法規以為活動，似乎相同，實