



中华现代学术名著丛书

# 民国司法志

汪楫宝 著



商务印书馆  
The Commercial Press

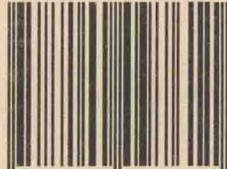




中华现代学术名著丛书

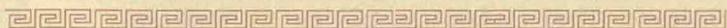
<http://www.cp.com>.

ISBN 978-7-100-0976

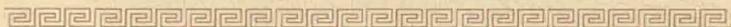


9 787100 097611 >

定价：26.00 元



中华现代学术名著丛书



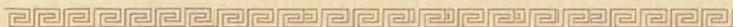
# 民国司法志

汪楫宝 著



商务印书馆  
The Commercial Press

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

北京瑞古冠中印刷厂印刷

ISBN 978-7-100-09761-1

---

2013年8月第1版

开本 880 × 1240 1/32

2013年8月北京第1次印刷

印张 6 1/4

定价: 26.00 元



汪楫宝

(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,国势颓危,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

# 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，皦然自拔于流俗。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，不能委吏鞠讯，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，折诬犯禁者，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，皆有两种司法幕僚。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。<sup>①</sup>

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。<sup>②</sup>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

---

<sup>①</sup> 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。淮南俶真，“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）

<sup>②</sup> 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。

内发生命盗重狱，县令必亲到现场，限期破案。其他涉及地方治安事件，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，地方官除为人民排难解纷，平亭曲直，诛锄强暴，安定社会，其他庶政，皆未节矣。

(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，遭治狱不直者，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，其鞫狱不实者，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，其规定鞫狱，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，稍后张汤作越官律二十七篇，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。<sup>①</sup>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，剕，宫，大辟。（墨或称黥，劓或称臠，又称刖，宫或称椽，又称劓，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

<sup>①</sup> 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”。

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,其次用钻凿,薄刑用鞭朴”,又是一种分类。<sup>①</sup> 秦制,执行死刑,有车裂,要斩,梟首,磔,弃市等不同方法,谓之死刑五等。汉除车裂与磔,改为三等,以其惨刻,后不常用。秦时又有灭族之刑,后世处置叛逆等犯用之,而往往不著于律令。秦汉时,役使罪人劳力,从一年至五年,分为五等,谓之一岁刑至五岁刑,为后世徒刑所自昉。汉文帝废肉刑,犯者易以劳役或笞,然有时死罪可以宫刑为代。肉刑存废,为汉晋间法律上一大问题。考其时用刑,大抵不出死刑,耐刑,(即劳作)赎刑三类,仿佛近代之生命刑,自由刑,与财产刑,盖受废除肉刑之影响。北魏,齐,周,定死,流,徒,鞭,杖,为五刑。隋唐小有修正,以死,流,徒,杖,笞,为五刑,历宋,金,元,明,清,沿用不改。惟辽制无笞,仅有四刑。自宋迄清,重囚兼刺面或刺臂,犹古之黥刑。清末变法,始以死,遣,流,徒,罚金,为五刑,用罚金代杖笞。并废凌迟,梟首,戮尸,缘坐,刺字等条。继又定死,无期,有期徒刑,拘役,罚金,为五刑,以至于今。

中国法制,除在本国施行数千年,并同化北方入侵之异族,五胡,北朝,辽,金,元,清等外,东亚诸国,如高丽,日本,琉球,越南,暹罗,缅甸,皆普遍受其影响,自数百年乃至千余年不衰。<sup>②</sup> 日本学

<sup>①</sup> 《周礼·大司寇》,“以五刑纠万民,一曰野刑,上功纠力,二曰军刑,上命纠守,三曰乡刑,上德纠孝,四曰官刑,上能纠职,五曰国刑,上愿纠暴”。此所谓五刑,系刑事政策性质,与刑名无关,且恐亦未必实行。

<sup>②</sup> 越南受法国统治数十年,都会地方,适用法国法,内地断狱,仍用中国旧律,见 Escarra: Chinese law and Comparative jurisprudence.

者仁井田陞有言，“耶凌谓罗马曾三次征服世界，中国于东方古代之亚细亚，亦曾一度以武力支配之，一度以儒教支配之，一度以法律支配之”（见所著《唐令拾遗》），洵非虚语。<sup>①</sup>

## 二

中国沿用数千年之固有司法制度，至清末决心作全盘改革，舍己已从人，弃旧而图新，其动机所在，除受当时普遍的变法运动影响，欲与新的政治，军事，教育等制度，配合并进外，尚有一司法上之特殊原因，即思藉此以收回对外之已失法权。盖清廷与外国所订不平等条约，其受害最深，摧残国格民气最甚者，莫过于在华外人享有领事裁判权，痛定思痛，乃有革新司法，徐图废约之议。光绪二十八年（一九〇二），与英国续订通商航海条约中有一款云，“中国深欲整顿本国律例，以期与各国律例，改同一律，英国允愿尽力协助，以成此举。一俟查悉中国律例情形，及其审断办法，及一切相关事宜，皆臻妥善，英国即允弃其治外法权”。此系中国企图取消不平等条约之最初表示，亦系准备建立新的司法制度之首次宣布，为我国司法史上划时代之重要文献。<sup>②</sup>于是清政府即积极进

<sup>①</sup> 本章参考资料：《图书集·成祥刑典》，沈家本：《历代刑官考》，程树德：《九朝律考》，丘汉平：《历代刑法志》，陈顾远：《中国法制史》，徐道邻：《唐律通论》，杨鸿烈：《中国法律发达史》《中国法律在远东诸国之影响》，苏希洵：《罗马法与中国固有法之比较》。

<sup>②</sup> 许同莘：《张文襄公年谱》，“光绪二十八年二月，奉上谕，律例因事制宜，著袁世凯，刘坤一，张之洞，慎选熟悉中西律例者，酌保数员，听候简派，开馆编纂。嗣会奏保荐伍廷芳，沈家本，沈曾植三人，并请延访日本法学博士讲刑法民法者各一人。六月初四日，商约大臣（吕海寰，盛宣怀）及英商税专使马凯抵武昌，会议累日，

行变法工作,开办法律学堂,设置修订法律馆,分别起草民刑律,诉讼律。光绪三十三年(一九〇七),定大理院官制,为全国最高终审机关,配以总检察厅。宣统元年(一九〇九),先后颁行各省城商埠各级审判检察厅编制大纲,及法院编制法,专设司法机关,掌理民刑诉讼。仿日本成规,定四级三审制,于各省省城设高等审判厅,高等检察厅,商埠地方酌设高等分厅,各府治设地方审判厅,地方检察厅,各县设初级审判厅,初级检察厅。初级管辖案件,以初级厅为第一审,地方厅为第二审,高等厅为第三审。地方管辖案件,以地方厅为第一审,高等厅为第二审,大理院为第三审。初级厅采独任制,地方厅兼采独任与合议制,高等厅及大理院采合议制。但实际上地方厅及初级厅,除首都省会商埠外,各处多未筹设,另置审检所,以为过渡。民国三年(一九一四年),袁世凯阴谋帝制,不喜司法独立,裁撤初级厅,归并地方厅内,附设简易庭,以为之代,同时废止审检所,令县知事兼理司法,回复行政司法混合制度,是为我国推行新法制过程中一大逆流。自后十余年间,军阀扰攘,未遑建设,终北京政府时代,全国计有高等厅二十一所,高等分厅二十六所,地方厅六十七所。

当国民革命军尚未完成统一以前,若干省份,形同割据,司法部门,亦往往自为风气,有沿用四级三审制者,有改用二级二审制者。民国十六年(一九二七年),国民政府奠都南京,司法部通令各省,一

---

(接上页)添改者三条,其一云,中国整顿律例,及审断一切事宜,皆臻妥善,英国即允弃其治外法权。马凯语人云,非本国素仰刘张声望,必不致事事相让若此”。据《清史稿·邦交志二》,商约动议于光绪二十七年十一月,会商六十余次,二十八年八月初四日,在上海画押。志载,当时奏覆原文中有云,臣“之洞等复向马凯索议,彼允入约者三款,曰治外法权,曰筹议教案,曰禁止吗啡,皆我补救国计民生要图,幸就范围,实有裨益”。

律暂行沿用四级三审制,而将检察官配置于各级法院之内。除最高法院检察署外,高地两级检察官,不设独立机构,改称地方厅为地方法院,高等厅为高等法院,大理院为最高法院。当时用意,以为审检两厅对立,易滋权限上之摩擦,一面且拟扩张自诉范围,以缩减检察官之事权,曾引起不少争辩。至民国二十一年(一九三二年)十月,公布法院组织法,二十四年七月施行,检察仍用配置制。并改四级三审为三级三审,以地方法院为第一审机关,高等法院为第二审机关,最高法院为第三审机关。盖自民国三年初级厅裁撤后,初级案件之第一第二两审,均由地方厅受理,同一法院之判决,强称之曰两审,名实不符,观听滋惑,改制以后,乃斟酌划一。惟刑事内乱外患及妨害国交罪,由高等法院管辖第一审,而上诉于最高法院,又刑事简易案件,以第二审为终审,不得更上诉于第三审法院,此为例外。

依法院编制法及组织法所定,各县皆应设有法院。民国元年,司法部即曾发布司法计划书,拟分五年完成,民国八年,复有添厅计划之议,准备于十二年内完成,民国十八年,编具训政时期工作分配年表,订有六年普设法院计划,皆因各省经费支绌,甚少成效。自民国三十年,司法经费改归中央负担,得以统筹全局,复拟有普设法院五年计划,值抗战方殷,未能完全实施,但因有逐年增设之预算,推行较可积极。其未设法院由县长兼理司法地方,自民国二十五年起,分期改设县司法处,由审判官一人至三人,独立行使第一审管辖审判职务,仿佛法德等国之简易法庭也。<sup>①</sup>除新疆情形特

---

<sup>①</sup> 法德等国法院,员额配置,较富弹性,巴黎塞纳地方法院,置推事检察官二百四十人。柏林分三院,第一院置推检四百余人,余两院亦各有二百人左右,但其乡间法院,则置法官三五人,乃至一人。德国之初级法院由法官一人主持者,达一千七百五十所之多。