

國學小叢書

中國古代訴訟法

徐朝陽著





著者 徐英洪  
編者 王鈞 三編 盧

實踐小叢書

中  
國  
民  
事  
代  
訴  
訟  
法

商務印書館發行

書叢小學國  
法訟訴代古國中

究必印翻權作著有書此

中華民國十六年九月初版

回每册定價大洋伍角

外埠酌加運費匯費

著作者 徐朝陽

本叢書 編輯主幹 王岫廬

發行兼印者 上海寶山路 商務印書館

發行所 上海及各埠 商務印書館

Studies in Chinese Culture  
HISTORICAL STUDY ON THE CHINESE  
LAW OF PROCEDURE

By  
SU CHAO YANG

Edited by  
Y. W. WONG

1st ed., Sept., 1927

Price: \$0.50, postage extra  
THE COMMERCIAL PRESS, LTD.  
Shanghai, China  
All Rights Reserved

## 序

我國三代以前，法律無專書。六經所以載道，而法律即散見其中。如易之訟與噬嗑，書之皋謨呂刑，詩之鼠牙雀角，周禮之秋官司寇，春秋之晉鼎鄭書，皆後世言法律者之權輿。自學者心醉歐風，數典而忘其祖，所津津而道於口者，曰羅馬法也，德意志法也，日本法也，英吉利法蘭西法也。視我國之漢律，唐律，明律，清律，且鄙夷不屑一顧，遑論三代以前者哉？夫禮失而求諸野，歐西各國之法律，有足爲我國則倣者，擇而取之，烏可營議；然而重人而輕己，主外而奴中，又豈保存國粹者所宜出哉？同學徐君朝陽，績學士也。於古今法律書，無所不窺。近出其所

著中國古代法律訴訟法編相示，展讀一過，見其散者聚之，亂者理之，貫串比附，井然有條；知其用心爲獨厚！使向之三代以前無專書者而有專書，且因以塞彼數典忘祖者之口，可謂壯矣！余嘉是書之成，幸我國古代法律之得所發明，而非羅馬諸國所獨擅其美也。故樂爲之序。

中華民國十五年十月萬縣向繼賢

## 目次

第一章	緒論	一
第二章	訴訟之觀念	七
第三章	民事訴訟與刑事訴訟之區分	一一
第四章	訴訟法原則	一七
第五章	私訴之有無	三九
第六章	公訴權之消滅	四一

第七章	法院之組織	四九
第一節	法院外部之組織	五〇
第一款	法院之管轄	六一
第二款	法院之審級	六四
第二節	法院內部之組織	七三
第八章	司法官吏	七五
第九章	訴訟代理及輔佐	一〇八
第十章	訴訟費用與訴訟擔保	一一四
第十一章	訴訟證據	一一七
第十二章	訴訟時期	一二二
第十三章	裁判	一二六



## 第一章 緒論

日儒田能村梅士謂：考夫各國法律發達之迹，手續法常先實體法而發生其萌芽。民事訴訟法先於民法，刑事訴訟法亦何獨不然？刑事訴訟法之萌芽常早刑法發生，蓋國家之組織既已成立，雖其時文明尚極幼稚，法制未曾存立，人民或蒙他人之侵凌危害，告之國家，國家依其公力以求救助匡正，猶之赤子號泣於父母，窮民號泣於旻天，人情之自然無足爲怪也。法制須待官吏而活動，是所謂訴訟者，因之以起焉。訴訟既起，國家須審理而裁定之，而起訴審理及裁判之慣行，則手續法之形成；其裁判之結果，處分之慣行，則實體法之形成。是法

律發達之自然的徑路，手續法常先實體法而發生也。

雖然，在中國帝舜時代，於刑法既早發達，記載明確，可無庸疑。（參看拙著中國刑法溯源）而關於訴訟法，殆文籍無徵。其明確之記事，纔昉自周代。夏殷未有明文。堯舜時代關於訴訟之法規，爲不文法歟？抑其法規文籍悉散佚歟？是不得而考矣。訴訟法者，手續法也。至訴訟事案之判斷，當然根據實體法，無待言也。今日中國實體法：如憲法，民法，刑法，商法等，夫人而知之矣。斯四法者，爲國民官吏一切行爲之準則，爲治道者也。古代早有關於此種思想，而且實行，至周世始有明文規定。所謂實體法者，周禮所述，其顯著者有三種：一爲六典；二爲八法；三爲八則。

何謂六典？周禮天官大宰云：

「大宰之職，掌建邦之六典，以佐王治邦國：一曰治典，以經邦國，以治官府，以紀萬民；二曰教典，以安邦國，以教官府，以擾萬民；三曰禮典，以和邦國，以統百官，以諧萬民；四曰政典，以平邦國，以正百官，以均萬民；五曰刑典，以刑百官，以糾萬民；六曰事典，以富邦國，以任百官，

以生萬民。」

何謂八法？周禮天官大宰云：

「以八法治官府：一曰官屬，以異邦治；二曰官職，以辨邦治；三曰官聯，以會官治；四曰官常，以聽官治；五曰官成，以經邦治；六曰官法，以正邦治；七曰官刑，以糾邦治；八曰官計，以弊邦治。」

何謂八則？周禮天官大宰云：

「以八則治都鄙：一曰祭祀，以馭其神；二曰法則，以馭其官；三曰廢置，以馭其吏；四曰祿位，以馭其士；五曰賦貢，以馭其用；六曰禮俗，以馭其民；七曰刑賞，以馭其威；八曰田役，以馭其衆。」

典，法，則，同為法律之名稱，惜其條文不傳，難稽考證。周禮所謂典，法，則，其適用之場合，因政治上之地位而各不同；如六典以治邦國，八法以治官府，八則以治都鄙是也。

實體法既如前述，所謂古代於訴訟裁判根據實體法者，又何以為證？周禮秋官於此定

有明文如：

「凡諸侯之獄訟，以邦典定之；凡卿大夫之獄訟，以邦法斷之；凡庶民之獄訟，以成弊之。」

（大司寇）

邦典卽係六典，邦法卽係八法，（鄭注）賈疏云：「案大宰職以典待邦國之治，故邦國有獄訟之事來詣王府，還以邦典定之；以八法治官府，是以卿大夫有獄訟，還以邦之八法斷之。」秋官於六典八法既有明文，但何不言八則？豈八則不爲適合耶？蓋：

「大宰有八則治都鄙，此不言都鄙，有獄訟以八則斷之者，都鄙有獄訟，都冢之士，告於方士治之，故此不言也。」（賈疏）

則都鄙有獄訟以八則斷之，當無疑義。

稽覽左傳之記載，關於訴訟之事項，揆諸周禮之規制，其相合之點，蛛絲馬跡，線索可尋。則春秋諸國雖各自爲政，其法制必有一部分，仍根據周初之制，諒可無疑。

降洎戰國魏李悝集諸國刑典著法經六篇，時威烈王九年也。李悝以爲王者之政，莫急

於盜賊，故法經首列盜法，賊法；盜賊須勅捕，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。唐律疏議謂囚法卽斷獄律，捕亡律，是我國古代於訴訟法早已纂成專編，與其他各法獨樹一幟，可謂盛矣。商鞅相秦取李悝之法經，訂秦國之法制。秦失其鹿，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，卽於法經六篇之外，更益以事律，興廐，戶三篇是也。則漢制訴訟法規，亦取資法經，可無疑議。至魏，晉以迄宋，明，代有修改；其中如告劾，傳覆，繫囚，鞠獄，討捕，鬪訟法律，規定甚詳。前清大清律例亦列訴訟，斷獄，捕亡等目，衣鉢相傳，均皆散見刑法中，雖有訴訟法規，而無訴訟法之名。使至重且要之訴訟法，不克及早獨標一幟，不亦可慨乎！而李悝法經之囚法，捕法，爲中國訴訟法之權輿，影響數千年之法制，厥功甚偉，惜乎其書不存，不然，吾人可詳細稽考，推知古代訴訟法之規程，且其與漢律，唐律，明，清律，參差爲何若，今也不能！此考古者所掩卷三嘆秦火也！

考英，法，諸國之法制，訴訟法與編制法，及實體法與訴訟法，皆無劃然區別。若德，日，則區

別訴訟法與編制法。吾國法律，仿照德日於訴訟法現行者，有民事訴訟條例，刑事訴訟條例，於民國十一年七月一日，司法部呈准頒布全國。於法院編制法清宣統元年十二月二十八日奉准，民國四年六月二十日司法部刪修呈准重刊頒布。本書所述古代之法院編制法，略詳第七章法院之組織，餘章均述訴訟法，蕪冗漏略，自知不免，幸海內君子進而教之！

## 第二章 訴訟之觀念

荀卿有言曰：「人生而有欲，欲而不得，則不能無求；求而無度量分界，則不能不爭。」（荀子禮論）人慾無窮，智愚不等，因權利義務之發生，而衝奪擾攘之端以起，實自然之理，歷世均然，莫能阻止者也。易經云：

「象曰天與水違行訟。」

孔穎達云：「天道西轉，水流東注，是天與水相違而行，象人彼此兩相乖戾，故致訟。」（正義）故訴訟實爲人世間所不能避免之事，政治之清明與否，與人民間之訴訟，固極有關係，而謂

古有無訟之國，殆係鑿空之談，未足爲信。惟昔哲倡言善政，爲消滅人民訴訟之根本辦法。救世砭鍼，實具卓識。（見孔叢子對魏王篇）

但絕對無訟，實爲理想，事實上誠屬不能。孔子亦云：

「聽訟，吾猶人也。必也使無訟乎！人情漓靡，機事橫生，已難使之無訟，惟盡吾情以聽之而已。」（晝籟緒論）

訴訟既爲不能免之事，古人所希望從速了解，不可久纏。易經訟卦云：

「訟有孚窒惕中吉，終凶。」

正義云：「窒，塞也，惕，懼也，凡訟者物有不和情相乖爭而致其訟，凡訟之體不可妄興，必有信實被物止塞而能惕懼，中道而止，乃得吉也。終凶者，訟不可長，若終竟訟事，雖復窒惕，亦有凶也。」訟非善事，不得已也，不可終極其事。若極意於其事，則：

「終凶訟不成也。」（訟卦）

故：



「初六，不永所事。象曰，不永所事，訟不可長也。」

以國家權力適用法律者，爲審判權。國家以此權寄之於司法官吏，司法官吏道德智識，在在與審判有關。故易訟卦云：

「訟有孚窒惕，中吉終凶，利見大人。」

「利見大人者，物既有訟，須大人決之，故利見大人也。」（正義）是言訴訟須待司法官吏審判，可無疑議。其所期於司法官吏者：

「以折獄致刑。」（易經豐卦）

蓋斷決獄訟，須得虛實之情，致用刑罰，必得輕重之中；若動而不明，則淫濫斯及，故法官須象：

「雷霆皆至，豐。」（豐卦）

以折獄致刑焉，又當明慎而不留獄，如易旅卦云：

「象曰，山上有火旅，君子以明慎而不留獄。」

秩序的進行訴訟，且欲使訴訟速完結，法律於此訴訟行爲實行時期有明文規定，當於期間

章中論之。蓋訴訟行爲不有期間之規定，恐當事者及法官流於懈怠，則曠日持久，訴訟之糾紛，益難於審理，非獨時間上不經濟而已。故易有「不留獄」之明文，以期於法官者。不寧唯是，古代法官名爲典獄，當時有正訓典獄之文曰：

「典獄非訖於威，惟訖於富。」

傳曰言堯時主獄有威，有德，有怨，非絕於威，惟絕於富，世治貨賄行。王氏引之謂訖，竟也，終也；富，讀曰福，威福相對爲文，言非終於作威，惟終於作福也。王說精澈，較傳以貨賄釋富者，陳義爲高，蓋卽刑期無刑之本義，不徒以報復威嚇爲治，與近世文明國立法本旨相同。

### 第三章 民事訴訟與刑事訴訟之區分

自法儒孟德司鳩氏倡三權分立，分國家活動之形式爲立法，行政，司法，各設獨立機關處理事務；世界各國羣焉從之，見諸實行。在古代此等區劃未能判然，立法之權雖在君主，而行政行爲，與司法行爲，往往混合一致；而以行政官裁判獄訟，故不能持此三分主義，以分先秦時代之官制，不待言也。雖然，俱向執行之目的以活動，幾無由見司法行政之區別。在法制理論未形發達時代若然，而近世號稱文明國者且猶存此習。如英國地方小事件之審判，尙有行政官兼其職者，何况古昔？周禮秋官掌邦刑，實司法之機關也；則若訴訟刑罰一切有涉

司法事務，應歸司寇管理，而周禮掌邦治之天官，其屬之小宰，亦具有訴訟管轄之記載，如云：

「六曰以敍聽其情。」

鄭注「情爭訟之辭也。」王昭禹云：「不曰聽其訟，而曰聽其情，聽訟者在於得其情故也。」

則天官小宰有處理訴訟之權，可無疑義。而掌邦教之地官，其屬有處理訴訟者尤多。如：

大司徒云：

「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。」

鄉師云：

「稽夫家衆寡，辨其可任與施舍者，聽其獄訟，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，胥師買師涖於介次，而聽其小治小訟。」

遂師云：

「作役事則聽其治訟。」

遂大夫云：

「稽其夫家之衆寡，六畜田野辨其可任者，與其可施舍者，以教稼穡，以稽功事，掌其政令戒，聽其治訟。」

縣正云：

「各掌其縣之政令，徵比以頒田里，以分職事，掌其治訟。」

掌邦政之夏官如：

墓大夫云：

「凡爭墓地，聽其治訟。」

馬質云：

「若有馬訟則聽之。」

各官言訴訟者如此，天官之獄訟，見於鄭注，究屬管轄何種事件，未敢臆說。而地官所云男女之陰訟，則所謂人事訴訟之婚姻事件也。鄉師斷其爭禽之訟；司市以質劑結信而止訟；其屬市師賈師之聽獄訟，想不外關於交易貨物之爭訟，則所謂債權之訴訟也。至如夏官墓大夫凡爭墓地聽其治訟，係屬疆界土地之爭，則所謂物權訴訟也。均不外民事訴訟。關於此類訴訟，各有司存，以其事繫於所司審理，不必歸諸司寇，如現在警察官吏對於違警罪，得即決處分者，頗類似。惟刑事案件，須審犯罪之有無，定刑罰之輕重，決不能由此類機關審理。如春地夏官遇有刑事犯時，即須移送司法機關辦理。如：

地官大司徒云：

「凡萬民之不服教，而有獄訟者，與有地治者聽而斷之；其附於刑者歸於士。」

媒氏云：

「凡男女之陰訟，聽之於勝國之社；其附於刑者歸之於士。」

市刑云：

「小刑憲罰，中刑徇罰，大刑扑罰；其附於刑者歸於士。」

故可見關於民事事件之處理，不必盡屬司寇。而刑事事件對於人民重大國權之作用，設悉任諸天官地官處理，恐易生枉曲之怨，而隱為國家之害。是以必先探託法規之精神，研究國家刑罰權之有無，及其範圍，而後適用審判於事實，既研究之後，始採科刑之形式，乃為至當。此訴訟之區別民事刑事，本各國最早通行之思想，於我國古代蓋有徵矣。

梁氏任公嘗言古代因所有權制度未確立，婚姻從習慣，有訟皆刑事，而民事訴訟者甚稀，曾在所著先秦政治思想史云：

「蓋初民社會之政治除祭祀鬪爭以外，最要者便是訟獄。而古代所有權制度未確立，婚姻從其習慣，故所謂民事訴訟者殆甚稀，有訟皆刑事也。」（前論第七節）

最初社會之狀況，誠如任公所云。然若周代封建擴張，井田早廢，婚姻漸有一定之制度（參看拙著中國親屬法溯源），人民於民事訴訟亦滋多，法律上民事訴訟刑事訴訟之區分，亦遂應運而生。周禮所載訴訟思想於天官地官者，已如前述，或者以爲此係行政官管轄民事訴訟，而非司法機關自有劃然之區別。是不然，有待舉證。周禮秋官實有民刑訴訟之區別，如大司寇云：「以兩造禁民訟。」鄭注「訟謂以財貨相告者。」又云：「以兩劑禁民獄。」鄭注「獄謂相告以罪名者。」賈疏「此一經聽爭罪之事，與上聽訟有異……皆謂以獄事重於訟，故鄭云重刑也。」就此，可知民事與刑事訴訟，在古代之司法機關，已有劃然之區分，實無疑議。



## 第四章 訴訟法原則

刑事訴訟以確定國家科刑權之存否，及其範圍爲目的；民事訴訟以保護私權爲目的；二者根本不同。近世各國均分刑事訴訟民事訴訟二部，我國現行訴訟法，未經立法機關之議決，僅由大總統教令公布施行。以是不曰法律，而曰條例，所謂民事訴訟條例，刑事訴訟條例是也。二者既因本旨之差異，其條文規定，互有不同，無用疑義。則就訴訟之主義以言，民事或相一致，或各不同，亦無庸滋疑。茲不曰民事訴訟之主義，刑事訴訟之主義，而概括言之訴訟法之主義，以究考古代之情狀如何？

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。按近世各國訴訟法，均採兩造審理主義，羅馬古法亦絕對採用對審制度，我國古代亦然。如尚書云：

「兩造具備，師聽五辭。」（呂刑）

此外如左傳僖公二十八年衛侯與元咺訟事，及襄公十年楚王叔與伯輿訟，觀其原被告對質辯論，衡諸近代之所謂兩造審理主義者，又何以異？

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，或本可簡單了結而反致拖累者，在在而有。故今日各國於兩造審理主義外，更採一造審理主義焉。

就民訴言之，一造審理主義之適用有二：一爲判決程序；一爲裁決程序；判決程序（奧民訴一四六條，一四七條，一五二條，四七一條等）用聲請回復原狀並得上訴。我國現行民事訴

訟條例，採用奧制，規定於第四百五十七條。至裁決程序，則貴於簡易，蓋大抵無關私權，如中止訴訟程序之裁判，或有關私權，如支付命令，及假扣押假處分之裁決，均無庸經過辯論，故採一造審理，實屬得當。

雖然，一造審理本諸一方之陳述，使相手方失其防禦之機會，法官之詰問亦較兩造為難得其案情，故一造審理往往有不公平之結果。故書云：

「明清于單辭。」（呂刑）

「聽訟當清審單辭，單辭特難，故言之。」（鄭注）故古代訴訟之審理，亦以一造審理較兩造審理為難。蓋「單辭者，無證之辭也。」（蔡沈注）須明清，明者無一毫之蔽，清者無一點之污，誠敬篤至，表裏洞徹，無少私曲，然後能察其情。我國古代於一造審理有明清之訓，而兩造審理有中聽之規。如書云：

「民之觀，罔不中聽獄之兩辭。」（呂刑）

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。（鄭註）夫一造審理，

當事者一方之陳述，必各偏其見，各執其是，各掩其非，人之常情，無足爲怪。若兩造具備，則獄有兩辭矣；卽其兩者之辭，而折之以中道，則獄清而民治。學者以兩造審理，適於保裁判之公平，蓋有以也。

## 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？羅馬法及德意志古代法，皆採公開主義；羅馬帝政時代，及德意志普通法皆採用不公開審判主義；現在各國以公開爲原則，不公開爲例外。夫公開審理云者，卽訴訟之審理，許訴訟關係人以外之人傍聽之謂也。書云：

「明啓刑書胥占。」

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）

方慤云：「汜與汜愛之汜同，可信則斷之，以已可疑，則資之於衆也。」若據此而言，則又以秘密爲原則，如遇可疑訴訟案件事與衆共之，以公開爲例外矣。惟此公開與現代之公開主義

僅允許訴訟關係人以外之人傍聽者不同。現代傍聽者不得發言參與訴訟，規定於法院編制法第五十五條及第五十八條，而在古代照王制所載，則訴訟關係人以外之人之「衆」乃有參予訴訟之權利。經所謂「與衆共之」也。如若衆疑，可赦之。惟法官對於裁判可不受「衆」之拘束，有自由裁量之權。故禮記云：

「衆疑赦之，必察小大之比以成之。」（同上）

方慤云：「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。」則訴訟之裁判，絕不因公開而喪失法官自由裁量之權也。

根據王制「疑獄汜與衆共之」之意，則認為古代訴訟審理以秘密為原則，公開為例外，尚屬懷疑。以愚觀之，古代之訴訟審理，與今日法律所採之公開為原則，秘密為例外之主義，正復相同。欲研究此問題，當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。」

鄭注：「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，明不當宣露其罪。」賈疏「釋田」云：陰訟爭中冓之事，謂若詩之中冓以觸法也。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；據其地則曰毫社，則左傳云：毫社，裁是也，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。云就之以聽陰訟之情，明不當露者，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。」就此所言，衡諸審判之際，不許公眾自由傍聽之秘密審理，又何以異？

查我國現行法例以公開爲原則，不公開爲例外，前已言之矣。如約法第五〇條，法院編制法第五五條，均採用公開主義也。而約法第五十條但書云：「但有認爲妨害安寧秩序者得秘密之。」又如法院編制法第七五條刑事訴訟條例第二百四十三條，偵查不公開之。又第二

百七十七條，預審準用第二百四十三條偵查之規定。民事訴訟條例七一六條，七三七條之所規定，則判斷之評議及禁治產，準禁治產程序均不許公行，是均採用秘密審理主義之明證。不寧唯是，凡有妨害安寧秩序，善良風俗者，均須秘密審理，與周禮規定男女陰訟秘密審理者，用意正同。故鄭注引詩爲證。賈疏謂：「引之者，證經所聽者是中葍之言也。」何謂爲中葍之言？詩注疏云：「中葍，內葍也。箋云：內葍之言，謂宮中所葍成，頑與夫人淫昏之語。」故知此之男女之陰訟屬於姦淫之事，以其有害善良風俗，停止公開而爲秘密審理，茲引詩載，以實吾說。詩序云：

「牆有茨，衛人刺其上也。公子頑通乎君母，國人疾之而不可道也。」其詩云：

「牆有茨，不可埽也，中葍之言，不可道也，所可道也，言之醜也。牆有茨，不可襄也，中葍之言，不可詳也，所可詳也，言之長也。牆有茨，不可束也，中葍之言，不可讀也，所可讀也，言之辱也。」（鄘風）

我國古代亦母子不能通婚，其母之爲真母假母在所不問。如具有母之資格，兒子則絕對不

能與之通婚。不然，子淫乎母，大犯禮法，衆所共棄，如公子頑通乎君母，被詩攻擊如此（參看拙著中國親屬法溯源），引此以爲陰訟之佐證。

由此以觀，凡男女姦淫之訴訟，採用秘密審理。換言之，凡非男女陰訟，當然不於「勝國之社」審理，而取公開之審理。與現在法例所採之主義，寧復有間？

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。孔穎達注云：

「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。」

則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。考周禮地官媒氏賈疏云：

「案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「聽之於勝國之社」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

干涉主義者何？訴訟程序不待當事人要求而開始或進行也。不干涉主義者何？訴訟程序必待當事人要求，而後開始或進行也。此二主義之當否，為刑事，民事訴訟法上共通之問題。就民訴法言，自羅馬法以來，採用不干涉審理主義，迨一千七百九十三年普魯士新定民訴法以採用干涉主義為原則。夫民事訴訟之目的在保護當事者之利益，當事者為自己利益計，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。我國現行民事訴訟條例規定於第二百三十五條，及第四百六十一條，採不干涉主義。古代亦然。試舉其證。周禮秋官司朝士云：

「凡有責者，有判書以治則聽。」

借債之法，三代已有。茲摘錄注疏以明此經之旨。鄭氏注：「判半分而合者，故書判爲辯，鄭司農云：謂若今時辭訟有券書者爲治之。辯讀爲別，謂別券也。玄謂古者出責之息，亦如國服與？」賈疏云：「云判半分而合者，卽質劑傳別分支合同。兩家各得其一者也。云玄謂古者出責之息，亦如國服與？案泉府云：凡民之貸者，以國服爲之息，彼謂貸官物之法，今此是私民，謂出責之法，無正文，約與之同，故云與以疑之。若然，國服者如地之出稅，依載師：近郊十一之等，若近郊民取責一歲十千，出一千，遠郊二十而三者二十千，歲出三千，已外可知之。國服依國民服事出稅法，故名國服也。」據此，經之旨當可明瞭。故古代民事訴訟，首重證據，若無證據，則不受理，更無所謂干涉也。

至若刑事訴訟於公益有關係，若如民事訴訟不干涉主義，則有罪者可以不罰，殺人者可以不刑，勢必國家人民之法益，受其侵害而不可究詰。故刑事訴訟採用干涉原則，屬事理之當然，無足爲怪。近世學者又謂之國家訴追主義，蓋以由國家機關自行訴追犯罪，不以私

人之意思爲轉移。現行訴訟條例，採用干涉主義，文明各國殆莫不皆然。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，國家直得訴追，不必待私人之訴追，國家始有科刑權也。此理甚明，無待詳述。必欲舉證，請述復讎：

復讎制度，爲時最早，中外相同；蓋亦法律進化上必經之途徑歟？我國堯舜之世，有無此制，典冊無徵，不得而考，惟周代始成制度，實可無疑。周禮禮記規定復讎之制甚詳，凡欲殺讎先書於士，卽不爲罪，如周禮秋官司士云：

「凡報仇讎者書於士，殺之無罪。」

則雖仇讎若不先書於士，而擅自殺之，卽構成普通之殺人犯，縱無私人之訴追，亦須受刑事上之責任，蓋無庸疑也。

#### 第四 言詞審理主義與書狀審理主義

言詞審理主義者，法院僅以由當事人之口頭陳述，藉得直接認知之材料以爲裁判基本之主義是也。書狀審理主義者，法院僅依當事人所提出之書狀陳述，以其認知之材料爲

裁判基本之主義也。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，德意志普通法亦然。我國古代採用言詞審理主義，與歐洲古代相同，與中古差異。昔儒謂古者因情而求法，所謂因情求法者，必備兩造之辭，必合衆人之聽，堯舜之世，為完全言詞審理主義，縱文獻無證，可推而知。書經周禮言審理獄訟，均曰：「聽。」即諸子書亦莫不曰：「聽訟。」故吾人可認定古代訴訟，為言詞審理主義，實無疑義。此主義之優點有三：(1)可明確當事人之意思。(2)易發見事實之真相。(3)可防避程序之複雜。現行刑事訴訟條例關於第一審及第二審之公判，均採用言詞審理之原則。民事訴訟條例亦於第二百六十二條定有明文。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：

「以五聲聽獄訟求民情，一曰辭聽，二曰色聽，三曰氣聽，四曰耳聽，五曰目聽。」

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。(鄭注)審判官苟能取五

聽之法，審理訴訟，又奚患民情之不得，裁判之不正？

吾人於此可知「獄訟以辭爲主」（王昭禹語）秋官五聽；辭聽首焉。至如色聽，氣聽，耳聽，目聽，所以資詰察之方法，五者并施，民情斯得。天官亦曰：

『六曰以敍聽其情。』（小宰）

情爭訟之辭也。（鄭注）王昭禹謂：不曰聽其治，而曰聽其情，聽訟者在於得其情也。

由此以觀，古代言詞審理爲原則，夫人而知，無待多引，而書狀審理堯舜之時，殆所不採，或姬周創此制，燔於秦火，不可考矣。

#### 第五 自由心證主義與法定證據主義

自由心證主義者，卽實體判斷主義，謂雖有當事者所呈證據，法院仍得自由檢查之也。法定證據主義者，卽形式判斷主義，專憑當事者所呈證據爲斷，而不能自由取捨也。

法定證據主義，在歐洲蓋自羅馬始。羅馬古代裁判官有無限勢力，得私自取調證據，因裁判官大權在握，恐其或有流弊，故用法定證據主義。近世德國法律有宣誓之制，實羅馬法

之遺意也。德國刑事訴訟法第六十二條規定，凡宣誓以下列之語爲始，予誓於全知全能之上帝。又以下列之語爲終，上帝必當助我之規定。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：

「舊獄訟者則使之盟詛。」

其辦理之方法卽：

「凡盟詛各以其地域之衆庶，共有牲而致焉。旣盟則爲司盟共祈酒脯。」

凡盟則遣其地之民出牲以盟，并出酒脯以祈明神，至於盟處則無常也。（賈疏）據此，則我國古代亦採法定證據主義，可無疑義。夫法定證據，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，均委之於當事人。若當事人未主張之事實，與夫未提出之證據，法院均不能過問；苟爲當事人之所主張或提出，無論其是否真實，而有真實之形式也，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？故此主義實與訴訟原理相反，今世諸國多採自由心證主義，良有以也。我國現行民事

訴訟條例，除記明筆錄之合意管轄（第四十四條）言詞辯論程式之遵守（第二百五十九條），合式之官公文書（第四〇〇條），業經簽名或認證之私證書（第四百零一條）之少數例外規定外，純採自由心證主義。規定於第三百二十七條云：『法院應斟酌全辯論意旨，及調查證據之結果，依其自由心證，判斷事實之真偽。』刑事訴訟條例亦規定於第三百零六條云：『證據由法院自由判斷之。』第三百零三條第二項云：『被告雖經自白，仍應調查必要之證據，以察其是否與事實相符。』被告人雖可自白，仍由裁判官之判斷。是我國民刑訴訟，均採自由心證主義，毫無疑義。

雖然，以愚觀之，我國古代蓋亦純然為自由心證主義，試閱呂刑云：

『五辭簡孚，正於五刑。』

五辭簡核，信有罪驗，則正之於五刑。（鄭注）是不受訴訟當事人自白之拘束，而任裁判官自由之心證。故：

『無簡不聽。』（呂刑）

不簡核誠信之自白，則不聽也。故：

「簡孚有衆，惟貌有稽。」（呂刑）

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。

夫自由心證主義，法院本自由之確信，以定取捨，毫不受法律之拘束；雖易得事實之真相，然難免法官徇私偏斷之嫌，亦無庸為自由心證主義諱也。然苟以法官之道德，學識并經驗為前提，則自由心證主義，實較法定證據主義為安，明眼人類能知之。故我國法官始祖皋陶氏崇唱『九德』（見尚書皋陶謨）良有以夫！

#### 第六 糾問主義與彈劾主義

此款僅就刑事訴訟而言，非與民訴共通。特此述明，言之如下：

糾問主義者何？犯罪之訴追及裁判皆由法院為之，訴訟主體祇有法院，除法院外並無所謂當事人。彈劾主義者何？令訴追之機關，與裁判之機關別立，則其訴訟主體為法院及原



告被告三者，國家自爲原告與被告同立於當事人地位，而使當事人以外之法院，專司裁判之權。當紀元千二百年之終，至千三百年之始，其時羅馬法合テメンシヤシオ及テフカマシオ二主義而成一新主義，名曰インクイジシヨ主義，卽糾問主義之濫觴。迄歐洲中葉，各國崇拜羅馬法，莫不採用之。裁判官以一身而兼起訴裁判之資格，其結果裁判官大權在握，任所欲爲，往往以私愛私憎，行威福，弊端所極，彈劾主義因而發生，以爲糾問主義之救正。近世各國皆舍糾問主義採用彈劾主義，刑事訴訟律草案，規定審判衙門不得就未受公訴之案件，而爲審判。卽採用彈劾主義之明證，無待細述。至若古代採何種主義，就愚見觀察，可謂純然糾問主義也。蓋古時之觀念，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，代表全宇宙支配全宇宙，對於宇宙握有生殺與奪之權力。堯舜之時，道破刑罰，出自天者爲當時之法官皋陶氏。其言曰：

「天敘有典，勅我五典，五惇哉。天秩有禮，自我有禮，有庸哉。……天命有德，五服五常哉，天討有罪，五刑五用哉。」（尙書皋陶謨）

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。」（尙書皋陶謨）

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，即天之所賞罰也。天不能行賞罰，寄之於人，故曰：

「天工人其代之。」（尙書皋陶謨）

故處罰罪犯，實代天行刑，科刑權本爲天所有，與刑事訴訟法科刑權，本爲國家所有，而委法院代國家爲確定科刑權之訴訟行爲者，實云無間。犯罪之訴追及裁判，皆由法院爲之，訴訟主體祇有法院。除法院外無所謂當事人，此糾問主義，在東西各國古代時蓋無不從同也。

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，有如今法制檢察官之制度，以檢察官有提起公訴之權，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（參看司法官吏章），愚不禁拍案驚嘆，刑事訴訟彈劾主義發萌之早，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！茲將糾問主義，較與彈劾主義之優點，略言如左，以備考鏡：

(一)維持審判之公平 彈劾主義，易得公平，於訴追者之是非虛實無關於己，略無成心，虛則生公，公則生明。糾問主義當訴追時已認定其人為有罪，先入為主，雖有冤誣，推出匪易，如袒自己，則誣他人。

(二)輕減法院之負擔 彈劾主義搜管犯罪者一人，判斷其罪者又一人，分工合作，易臻美善。糾問主義搜索判斷，集於一人，事件繁雜，辦理頗難周到。

(三)鞏固被告之地位 彈劾主義，檢察官為原告，罪人為被告，此外尚有裁判官，法律上原被告之地位，無不平等。糾問主義，裁判官即為原告，原告與被告，法律上之地位，實不平等。則其訴訟程序進行上，於被告亦甚不利；故知彈劾主義實鞏固被告之地位。

在彈劾主義之下，犯罪事實之告訴與告發，實法律上起訴之要件。告訴者何？由被告者將犯罪申告於官之謂也。刑事訴訟條例規定於第二百十九條至第二百二十六條，及第

二百二十九條，第二百三十條。告發者何？由第三者將其犯罪申告於官之謂也。（刑事訴訟條例規定於第二百二十七條至第二百三十條。）我國古代於告訴告發，亦已有之，史記其事云：

「堯崩，三年之喪畢，舜讓丹朱避於南河之南。諸侯朝覲者不之丹朱而之舜；獄訟者不之丹朱而之舜。」（史記帝堯紀）

孟子亦載夏時情形一則云：

「禹崩三年之喪畢，益避禹之子於箕山之陰，朝覲訟獄者不之益而之啓。」（萬章篇）

獄訟者，固指今之所謂告訴告發者也。

關於告訴之主體，告訴之順位，告訴之期限，刑事訴訟條例，均有詳細規定。至告訴之撤回，條例規定於第二百五條及第二百二十六條，蓋於告訴乃論之罪，如有告訴權者既已拋棄權利，得撤回告訴，法律所以於保護公益外，又爲保護私益起見也。古代有無撤回告訴之制乎？曰有之。如家語云：

「孔子爲魯大司寇，有父子訟者，夫子同狴執之，三月不別，其父請止，夫子赦之焉。」（始誅篇）

韓非子亦有同樣之記載，則當時告訴確得撤回，可無疑義。

### 第七 數級審理主義與單級審理主義

數級審理者，同一訴訟事件經數級法院審判者也。單級審理者，同一訴訟事件，祇經一法院審判者也。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。夫國家設立法院，原所以保護國家人民之權利法益，法官縱富有學識經驗，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，則法益權利保護之道仍未周至，而訴訟之本旨，仍不能達。故今日文明各國均不採羅馬古制，不論民事刑事，均採數級審理主義，良有以也。我國虞舜之世，皋陶爲士，度其時，或已有數級審理之制，惟簡冊無證，不敢妄議。稽閱周禮所載，似周制之訴訟審級爲三級三審制度，留於法院之審級章述之，茲不先舉。

據我國現行法律以第一審及第二審爲事實，與法律之爭點，以第三審爲法律之爭點。

蓋因經過第二審，事實必經確定；至第三審專屬上訴事件，不得云事實有錯誤，僅能爭法律上之適當與否而已。古代之終審是否分法理與事實，經籍未有明文。以愚觀之，終審裁判，殆不分法理事實，與今制不同也。

## 第五章 私訴之有無

私訴者何謂因犯罪之結果，所生私權侵害之回復，附帶於公訴而請求之民事之訴也。與公訴之目的在保護國家之秩序者，性質大不相同，而法律上準其附帶訴訟者，蓋有種種便利在。如私訴原因與公訴相同一齊提起，則其證據可以互相證明；不然必多所不便，此其一也。原因既同，在同一之法院提起，則法官可省手續與時間，此其二也。既附帶於公訴，當事者亦可省費用時間與手續，此其三也。若使私訴歸民訴，公訴歸刑事，分門別戶，各不相謀，判決不一，衝突必生；否則，可免法院之抵觸，此其四也。現行刑事訴訟條例，關於私訴，規定於第

三百五十八條，至第三百七十二條，規定甚詳，無庸細舉。中國古代於私訴之制度，亦已有之。實中國法系之特色也。羅馬及獨逸之古法分公罪私罪二種，關於私罪因被害者及遺族之意思如何，爲判處罰與否。又賠償制度，於多數私罪之情形，實際因犯罪生數倍之損害，要求賠償，所以有私法的求刑訴訟，是古代人民對於處罰此種之罪犯，不外爲被害者思想之反映。中國古代人民之思想，處罰罪犯，是奉行天意，懲辦凶頑。故以被害者之意思爲處罰之條件，多額之賠償，由被害者支領，犯罪之結果，單科國家制定之刑罰，則爲足也。

堯舜時代之思想既如此，揆諸今日文明國之法理，實相一致，其刑法亦如今日文明國之法，制相同。帶有私法的性質，寧不足爲怪乎？

然則於今日私訴之意義，卽贓物返還及損害賠償之請求，蓋如此之請求必與上述思想，不能背馳。而堯舜當時果實行與否，史冊不載，無得而稽，不敢妄爲臆測，姑付闕如，俟高明之考究。



## 第六章 公訴權之消滅

公訴者何以對於犯罪人請求刑罰適用爲目的由訴追機關所爲之科刑請求權之行使也。凡犯罪侵害國家法益，國家因防止侵害，對於犯罪者而有刑罰權；確定刑罰權存在與否者爲法院；請求法院確定刑罰權存在與否者爲代表國家之檢察官；檢察官對於法院刑罰權之請求，是謂公訴。法院因檢察官提起公訴，必予以相當之判決，在法院爲受訴之義務，在檢察官爲公訴權，此公訴權之意義，可以知矣。茲就公訴權之消滅言之。今日法制關於公訴權之消滅原因，凡有五種：曰被告之死亡；曰確定判決；曰犯罪後之法律已廢止其刑罰者；

曰大赦，特赦是也。古代如何述之如左：

(一) 被告之死亡

以近世刑法原則論，罪止及身，身死無論提起公訴前，或提起公訴後，均不能科以刑罰，公訴權應歸消滅。我國於古代周官記陳尸之制，春秋有鞭尸之刑，又若三族九族連坐之制，是被告人之死亡，公訴權尚不能消滅，可無庸疑。但此種法制，殆殷紂作虐，創此慘酷之刑。降洎春秋戰國，莫能廢止，迄秦而大熾。至若堯舜之時，實未必然。當時之法制刑止一身。如皋陶曰：

『罰弗及嗣。』(尚書大禹謨)

則被告人之死亡，公訴消滅，實無容疑。但當時刑法之贖刑，略如今日之罰金，或科以罰金，贖刑言渡後，縱被告人死亡，其相續人須納付贖金。雖無明確之記載，然可推想而知也。

(二) 確定判決

確定判決者何謂攻擊方法已盡；又上訴期間已經過之判決也。何謂攻擊方法已盡？如

地方廳之判決，猶有高等廳可以控訴；高廳判決，猶有大理院可以上告。必至大理院之判決，而後攻擊之方法始盡。何謂上訴期間已經過？如判決後，本可控訴，或上告，而已逾所限定之期間，則不能上訴。如是均謂之判決之確定。此就近代之法制言之也。夫公訴之目的在判決，若有罪之判決，則公訴之目的已達；公訴權固當然消滅。若為無罪之判決，則是公訴不當，公訴權已失，根據亦應歸消滅，實無容疑。我國古代審級之制度，於法院之審級節述之。凡訴訟事件，經上訴而確定判決後，公訴即歸消滅，其判決當然不能變更。如孔子曰：

『刑者，例也，一成而不變，故君子盡心焉。』（孔子家語刑政篇）

此語未必指堯舜時代而言，然泛論古代之刑政，非單純的理論，以其就「刑」之字義上立論，則堯舜時代之思想，亦可推斷而知，是當時亦隱約間覺有確定判決之思想及事實。

(三) 犯罪後之法律已廢止其刑罰者

公訴者以法律所禁而犯之請求治罪，以重法也。在犯罪當時法律上雖有應科之罪，至犯罪發覺後，法律上若已廢止其刑罰，則對於犯罪時所有之公訴權，自歸於消滅。蓋法已刪

除，奚用訴爲哉？堯舜二代之刑法，關於法制之制定或改正，如本項所言者，其事實不得而稽。惟戰國時代韓非頗具此種思想。夫不溯既往爲法律上一大原則，近世各國皆明揭之，故爲法律上最嚴重者。蓋法律本爲人民之保障，若溯既往，則是過去之事實，爲現行法律之制裁，人民種種行爲無所措手，亂之兆也。故韓非曰：

「未立有罪，卽位之後，宿罪而誅，故齊胡之所以滅也。」（難四篇）

至於改正法律之際，新舊交替，則法律之適用，尤不可不釐定其界限，於此而求其壓悅人心，合於正理者，則有取於不溯既往之原則也。不然，今日之法律如此，不知明日之法律如何？今日之善者，明日爲惡；今日之正當者，明日爲悖謬；新舊並施，不爲確定，使人民如墜五里霧中，無所適從，故韓非頗非謬此種政策，其言曰：

「申不害，韓昭侯之佐也。韓者，晉之別國也。晉之故法未息，而韓之新法又生；先君之令未收，而後君之令又下。申不害不擅其法，不一其令，故利在故法前令則道之利在新法後令，則道之利在故新相反，前後相悖，則申不害雖十，使昭侯用術，而姦臣猶有所譎其辭矣。故

托萬乘之勁韓，七十年而不至於霸王者，雖用術於上，法不勤飾於官之患也。」（定法篇）

考申不害爲先秦著名法家，惟其法律政策之手段與管、商諸家迥然不同。舊法未廢，新法又生；先君之令未收，後君之令又下；申子不爲嚴定界限，分別清釐。乃用其權術，一無規定，如利在舊法前令，則以舊法前令支配之；利在新法後令，則以新法後令爲支配；如此進行，勢必至「新故相反，前後相悖。」申子雖權譎，縱十其人，愚知必有束手之處矣。惟是申子所行者爲術。夫「術者，人君之所密用，羣下不可妄窺。」（尹文子語）「術者，藏之於胸中。」（韓非子難三篇）故其作用全在祕密，與「編著之圖籍，設之官府，而布之於百姓。」（韓非語）之公開而劃一之法，性質迥不相同。申子之術，爲戰國時縱橫家所樂道，時主所樂聞，而實爲法家正面之敵，爲韓非所唾棄。故術者，非法律也。善乎法國憲法學者明傑明孔斯母之言曰：法律之反致效者，法律最大之暴虐也。蓋反致效由法律而剝奪法律之性質，故溯及既往之法律，實非法律也。其意與韓非意旨，可謂脗合無間。

我國國民性側重刑法，韓非所論，雖泛指廣義法律，而在當時之旨，蓋指刑法而言，可無

疑義。引之以爲本項之說明，而推證古代亦犯罪後之法律，已廢止其刑罰者，不得再提起公訴。蓋公訴權之發生，由於刑法權之存在，法律既廢止其刑罰，是已不發生刑罰權，公訴權之消滅，自屬當然。古今一致。

(四) 大赦

大赦者，拋棄刑罰請求權與裁判執行權之處分之謂也。爾雅釋詁云：「赦，舍也；既赦者，放置也。」書云：

「眚災肆赦。」(舜典)

此爲赦罪之始，赦者，非謂不原其罪，不酌其情，而任意赦之也。故赦惟疑。書云：

「五刑之疑有赦，五罰之疑有赦，其審克之。」(呂刑)

易云：

「雷雨作解，君子以赦過宥罪。」(解卦)

君子觀雷作解之象，體其發育，則施恩仁；體其解散，則行寬釋。蓋裁判官亦猶人，審罪處刑，不

能無誤；赦者，所以濟法律之窮，有不容已。然古今學者多有非議。我國春秋之管子，戰國之韓商，攻擊尤烈，降洎十八世紀學者，猶詆其爲君主專制之弊法。法國一七九一年，刑法嘗廢赦，及於一八〇一年又復採用。在我國自古迄今，大赦之多，不可僕數。蓋至一君主而行數次大赦，登位有赦，死葬有赦，災異有赦，壽慶有赦，誕生有赦，古諺古語云：「一歲數赦，好兒唔啞。」可見古時已有非赦之旨。故大赦與帝舜之肆赦旨趣不同，蓋帝舜之肆赦，是原因於「眚災」，大赦僅爲主權者之恩典。大赦之制，非起自帝舜之時，而肇自春秋之世。春秋莊公二十二年云：

「春王正月肆大眚。」

肆眚者，蕩滌瑕垢之稱也；肆大眚者，無論罪狀之如何，均一律赦罪之謂也。書云：「眚災肆赦。」易云：「君子以赦過宥罪。」及周禮秋官司刺掌赦宥之法，均未聞「肆大眚」也。故後世大赦之原，蓋始於此。現代大赦，爲大總統之特權，載在約法四十條。

(五)時效

法律因權利義務久不確定，恐於社會秩序有重大妨礙；特設一定期限以確定其權利義務，是即時效之制所由起。因時效而消滅云者，因時之經過而使刑罰請求權與刑罰執行權均消滅之謂也。現行新刑律規第六十九條，至七十六條刑事訴訟條例，亦明列有時效專款。考之於古，惟周代始有其制度，語具訴訟時期章，茲不先贅。



## 第七章 法院之組織

夫國家爲人類之集合團體，人類必有共同之生活，熙來攘往，而權利義務以生。人慾無窮，智愚不等；必有冲奪，爭端起焉。排軌賊盜，無法以平之，將欺虐凌奪之風，浸淫於社會而未窮極。國家爲保全社會之和平，維持國家之安寧計，設法院所以鎮治之；使世之強弱邪正不齊者，皆俯就準繩，而不相妨害；故法院乃生存競爭之決斷，國家最要之機關也。近世中國法院之組織，有法院編制法，詳細規定。古代如何？幸周禮一書，予我材料，不難推考。但所先宜注意者，古代法官名曰司寇，其職並在防蠻夷猾夏，含有以武禦暴之意；若以此而非議司寇

爲非司法官吏，則不可也。蓋我國古代兵刑不分。臧文仲有言：「大刑用甲兵，中刑用刀鋸，薄刑用鞭扑。」（國語魯語）以甲兵爲刑罰之一種，與刀鋸鞭扑同爲保護國家人民之安全。故後世刑官之掌，猶名「司寇」，茲將先秦法院組織，述之如左：

### 第一節 法院外部之組織

一國之訴訟事件，其數必多，決非一法院可得而處置之者也。若僅由一法院辦理，匪特職務上有種種之困難，且於訴訟當事人亦大不便，故一國必多設法院以分配事務。既須多設法院，而一法院之事，又非一人所能辦理，於是不得不立官職，以分掌事務。茲將周禮秋官所謂刑官之屬，依周禮秋官，序官次序，舉之於左，用備考證：

最高者爲司寇。有大司寇小司寇之別，秋官云：

「大司寇之職，掌建邦之三典，以佐王刑邦國詰四方。」

「小司寇之職，掌外朝以政五刑，聽萬民之獄訟。」

其屬六十

一 士師 秋官士師云；

「士師之職掌國之五禁之法，以左右刑罰。」 賈疏「釋曰訓士爲察者義取察理獄訟，

是以刑官多稱士。」

二 鄉士 鄉士主六鄉之獄。 （鄭注）秋官鄉士云；

「鄉士掌國中，各掌其鄉之民數而糾戒之，聽其獄訟察其辭。」

三 遂士 遂士主六遂之獄。 （鄭注）秋官遂士云；

「遂士掌四郊，各掌其遂之民數，而糾其戒令，聽其獄訟。」

四 縣士 縣士主縣之獄者。 （鄭注）秋官縣士云；

「縣士掌野，各掌其縣之民數，糾其戒令，而聽其獄訟。」

五 方士 方士主四方都家之獄者。 （鄭注）秋官方士云；

「方士掌都家聽其獄訟之辭。」

六 訝士 掌諸侯之獄。（鄭注）賈疏云：「案書呂刑云，四方司政典獄，據諸侯爲言，此訝士亦云掌四方獄訟，非直迎賓客，以獄訟爲主，故亦士言之也。」秋官訝士云：

『訝士掌四方之獄訟。』

七 朝士 賈疏云：「案其職云掌建邦外朝之法，左九棘右九棘之事，以朝士爲詢衆庶讞疑獄，故屬秋官。」秋官朝士云：

『朝士掌建邦外朝之法。』

八 司民 賈疏云：「在此者，案其職云，掌登萬民之數，凡斷獄弊訟，必須知民年幾老幼，是以司民雖非刑獄，連類在此也。」秋官司民云：

『司民掌萬民之數。』

九 司刑 賈疏云：「在此者，案其職云，掌五刑之法，以麗萬民之罪，故其職在此。」秋官

司刑云：

『司刑掌五刑之法，以麗萬民之罪。』

十 司刺 賈疏云：「在此者，案其職云，掌三宥三赦之法亦是刑獄之稱。」秋官司刺云：

「司刺掌三刺三宥三赦之法，以贊司寇聽獄訟。」

十一 司約 賈疏云：「在此者，案其職云，掌邦國及萬民之約劑，亦是禁戒之事，故在此。」

秋官司約云：

「司約掌邦國及萬民之約劑……若有訟者則珥而辟藏。」

十二 司盟 賈疏云：「在此者，案其職云，掌盟載之法，亦是禁戒之事故在此。」秋官司

盟云：

「司盟掌盟載之法。有獄訟者，則使之盟詛。」

十三 職金 賈疏云：「在此者，案其職云，掌凡金玉之戒令，又云掌受金罰貨罰，亦是刑

獄之事故在此。」秋官職金云：

「職金掌凡金玉錫石丹青之戒令……掌受士之金罰貨罰入於司兵。」

十四 司厲 賈疏云：「在此者，案其職云，掌盜賊之任器。又云，其奴男子入於罪隸，亦是

刑獄之事，故在此也。」秋官司厲云：

「司厲掌盜賊之任器……其奴男子入於罪隸；女子入於舂櫓。」

十五 犬人 賈疏云：「連類在此。」

十六 司圜 賈疏云：「在此者，案其職云，掌圜土之刑人，亦刑獄之事故在此。」（參看拙

著中國古代刑法第四編監獄）

十七 掌囚 賈疏云：「在此者，案其職云，掌守盜賊，凡囚者刑獄之事，故在此也。」秋官

掌囚云：

「掌囚掌守盜賊。」

十八 掌戮 賈疏云：「在此者，案其職云，常斬殺賊謀而搏之刑罰之事故在此。」秋官

掌戮云：

「掌戮掌斬殺賊謀而搏之。」

十九 司隸 二十 罪隸 二一 蠻隸 二二 閩隸 二三 夷隸 二四 貉隸

二五 布憲 賈疏云：「在此者，案其職云，掌憲邦之刑禁，故在此也。」秋官布憲云

『布憲掌憲邦之刑禁。』

二六 禁殺戮 賈疏云：「在此者，案其職云，掌司斬殺戮者以告而誅之，是禁民相殺戮

之事，故在此也。」秋官掌戮云：

『掌殺戮，掌司斬殺戮者。』

二七 禁暴氏 賈疏云：「在此案其職云，掌禁庶民之亂暴力正者，亦是防禁之事，故在

此也。」秋官禁暴氏云：

『禁暴氏掌禁庶民之亂暴力正者。』

二八 野廬氏 賈疏云：「在此者，案其補別云，掌達國道路，又云掌凡道禁亦禁戒之事，

故在此也。」秋官野廬氏云：

『野廬氏掌達國道路至於四畿，掌凡國之覬禁。』

二九 蜡氏 賈疏云：「在此者，案其職云，掌除飢，又云凡國之大祭祀禁刑者，凶服者，亦

是禁戒之事故在此。」秋官蜡氏云：

「蜡氏掌除骹凡國之大祭祀令州里除不蠲禁刑任人及凶服者。」

三十 雍氏 賈疏云：「在此者，案其職云，掌溝瀆澮池之禁，亦是禁戒之事故在此也。」

秋官雍氏云：

「雍氏掌溝瀆池之禁。」

三一 萍氏 賈疏云：「在此者，案其職云，掌國之水禁，亦是禁戒之事故在此也。」秋官

萍氏云：

「萍氏掌國之水禁。」

三二 司寤氏 賈疏云：「在此者，案其職云，禦晨行者，禁宵行者，夜遊者，是禁戒之事故

在此也。」秋官司寤氏云：

「司寤氏掌夜時以星分夜，以詔夜士夜禁，禦晨行者，禁宵行者，夜遊者。」

三三 司烜氏 賈疏云：「案其職云，常取明火及以木鐸修火禁，亦是禁戒之事故在此。」



秋官司烜氏云：

「司烜氏以夫遂取明火，中春以木鐸，修火禁於國中。」

三四 條狼氏 賈疏云：「在此者，案其職云，掌執鞭以趨辟，凡誓僕及誓駁之等，是禁戒之事，故在此也。」秋官條狼氏云：

「條狼氏掌執鞭以趨辟，凡誓，執鞭以趨於前，且命之誓，僕右曰殺，誓駁曰車轆，誓大夫曰敢，不關鞭五百，誓師曰三百，誓邦之大史曰殺，誓小史曰墨。」

三五 修閭氏 賈疏云：「在此者，案其職云，常比國中宿互櫜者，亦是禁戒之事，故在此。」秋官修閭氏云：

「修閭氏掌比國中宿互櫜者，與其國粥而比其追胥者，而賞罰之，禁徑踰者，與以兵革趨行者，與馳騁於國中者。」

三六 冥氏 賈疏云：「在此者，案其職云，掌設弧張爲阱，獲以攻猛獸，是冥然使之不覺，亦是禁守之事，故在此。」

三七 庶氏 賈疏云：「在此者，案其職云，掌除毒蠱，是除惡之事，故在此。」

三八 穴氏 賈疏云：「在此者，案其職云，掌攻蟄戰，是除猛惡之事，故在此。」

三九 翼氏 賈疏云：「在此者，案其職云，常攻猛鳥，亦是除惡之義，故在此。」

四十 柞氏 賈疏云：「在此者，案其職云，掌攻草木，亦是除惡之義，故在此。」

四一 藉氏 賈疏云：「在此者，案其職云，掌殺草木，亦是除惡之義，故在此。」

四二 砮族氏 賈疏云：「在此者，案其職云，掌覆天鳥之巢，是除惡之類，故在此。」

四三 剪氏 賈疏云：「在此者，案其職云，掌除蠹物，主除蠱臺者，故在此。」

四四 赤友 賈疏云：「在此者，案其職云，常除牆屋，注除蟲豸藏逃其中者，爾雅釋蟲云：

有足曰蟲，無足曰豸，亦是除惡之義，故在此。」

四五 蠃氏 賈疏云：「在此者，案其職云，掌龍脰，亦是除惡之義，故在此也。」

四六 壺涿氏 賈疏云：「在此者，案其職云，掌除水蟲，亦是除惡之類，故在此也。」

四七 庭氏 賈疏云：「案其職云，掌射國中妖鳥，亦是除惡之類，故在此也。」

四八 銜枚氏 賈疏云：「案其職云，大祭祀令禁無鬻，亦是禁戒之事，故在此也。」

四九 伊耆氏 賈疏云：「案其職云，掌共杖，杖老者所依，秋是長老之方，故在此。」

五十 大行人 賈疏云：「大行人小行人司儀皆掌賓客之禮，不見注解。」

五一 環人 賈疏云：「在此者，案其職云，賓客舍則授館令聚櫨，亦是禁守之事，故在此。」

五二 象胥 賈疏云：「案其職云，掌四夷之國使，以傳賓主之語，亦連類在此也。」

五三 掌客 賈疏云：「案其職云，掌賓客牢禮之陳，亦是賓客嚴凝象秋，故在此。」

五四 掌訝 賈疏云：「案其職云，掌迎賓客，故連類在此。」

五五 掌交 賈疏云：「案其職云，掌九禁之難有禁戒之事，故在此。」

五六 掌察

五七 掌貨賂 賈疏云：「在此者，蓋督察邦國之事，及掌邦國所致貨賂。」

五八 朝大夫 賈疏云：「在此者，案大職云，掌邦家之國治，因有邦國賓客在秋都家之

治，亦在此。」

五九 都則 賈疏云：「此官已闕，鄭知主八則者，大宰云，八則治都鄙，此經云都則故知則人則也。」

六十 都士 賈疏云：「此官雖闕，義理可言，以其稱士，則知主獄。」

自士師迄都士，其數六十，故秋官司寇其屬六十掌邦刑，依照周禮次序，秋官司寇位居第五。茲舉周官之官制，以證秋官之地位：

- (一) 天官冢宰 其屬六十 掌邦治
- (二) 地官司徒 其屬六十 掌邦教
- (三) 春官宗伯 其屬六十 掌邦禮
- (四) 夏官司馬 其屬六十 掌邦政
- (五) 秋官司寇 其屬六十 掌邦刑
- (六) 冬官司空 其屬六十 掌邦事

秋官所屬六十，究有否不合於現今之所謂司法官吏，不具論。惟觀其既列為秋官之屬，則當

時認爲司法之官吏，殆可無疑。進而研究之，分二款，述之於後：

### 第一款 法院之管轄

法院之管轄者，一裁判有審理特定事件，及特定地域內所生事件之權限也。蓋法院應審判之案件種類數均極繁多，苟聽各法院任意受理，不足以專責成，而清權限也。法院管轄之種類，在現代有多種觀念，在古時亦略具雛形，仔細剔尋，可得二種：一爲事物之管轄，一爲土地之管轄是也。前者略見第三章，無贅述之必要；茲所述者爲土地之管轄。

土地之管轄 一國之訴訟事件，固非一法院所能處理，前已言之矣。土地管轄者，規定法院權限之一種分地制度也。周官規定法院之設置，實爲後世縣道，及現今各地方設置司法衙門之權輿，分別言之如左：

甲 鄉之法院 其設置距王城百里內，掌國中獄，六鄉之獄在國中，（鄭注）秋官鄉士云：「鄉士掌國中，各掌其鄉之民數而糾戒之，聽其獄訟察其辭。」

按廣韻云：「萬二千五百家爲鄉。」前漢書食貨志云：「五家爲鄰，五鄰爲里，四里爲族，五族爲黨，五黨爲州，五州爲鄉，是萬二千五百戶也。」鄭注謂掌國中獄，六鄉之獄在國中，是鄉士管轄六鄉七萬五千戶之訴訟事件。

乙 遂之法院 遂之法院，距王城百里以外至三百里，（鄭注）其管轄區域據秋官遂士云：

『遂士掌四郊。』

按周禮鄭注云：「言掌四郊者，此主四郊獄也，六遂之獄在四郊。」遂之地域若何？據周禮地官大司徒云：「五縣爲遂，王國內有六鄉，外有六遂。」

丙 縣之法院 縣之法院之設置，據鄭注云：「其地距王城二百里以外至三百里曰野，三百里以外至四百里曰縣。」秋官明定其管轄云：

『縣士掌野，各掌其縣之民數，糾其戒令，而聽其獄訟。』

其地域之大小如何？按周禮天官鄭注云：「邦縣四百里，」地官小司徒云：「四甸爲縣，」遂

人云：「五都爲縣，」國語魯語云：「三鄉爲縣，」各書所云如是，未敢臆斷。

丁 方士 鄭注云：「掌四百里至五百里，」賈疏云：「先鄭意縣士既掌四百里中，故此方士掌五百里之中。」

顧於此須亟爲研究者，周自姬發殺紂自王，大封姬姓爲諸侯，以固姬姓皇族之安全，更關先代之封建，於是國土有采地公邑之別。古代以何官管轄何種地域，於周禮秋官亦明文規定。按封建地之名，其一卽采地。正韻「臣食邑」周禮天官八則註「公卿大夫采邑」前漢書食貨志「采，官也，因官食地故曰采地。」楊子方言註「古者卿大夫有采地。」其二曰家，考左傳襄公二十六年傳云：「大夫皆富政將在家，」周禮地官載師鄭注「家邑謂大夫之采地，」至若公邑，考周禮秋官縣士賈疏云：「王子弟依三等臣分爲三處，公在五百里疆地，卿在四百里縣地，大夫在三百里稍地，給此三等采地之外，皆是公邑。」地官載師云：「以公邑之田任甸地，」鄭注：「公邑謂六遂之餘地。」上舉四者，惟鄉土之管轄何種地域，未見明載。餘如：

1. 遂士 周禮遂士賈疏云：「以六遂在遠郊外兼主公邑。」縣士鄭注云：「其六遂之中公邑之獄，遂士兼掌之矣。」

2. 縣士 周禮縣士賈疏云：「地距王城二百里以外至三百里曰野，三百里以外至四百里曰縣，四百里以外至五百里曰都，鄭言此者欲明此三處之中有三等公邑……其邑非王子弟公卿大夫之采邑，則皆公邑也。」故可知縣士係掌三等公邑之獄。

3. 方士 秋官方士鄭注云：「都謂王子弟及公卿之采地，家大夫之采地，大都在疆地，小都在縣地，家邑在稍地。」故可知方士係掌三等采地之獄。

### 第二欸 法院之審級

考羅馬古代審判官無高下大小之別，審判權乃國家主權之代表，故無上告控告之制度；凡人民訴訟祇由一法院爲受理審判，初審卽爲終審，並無審級之可言。迨至共和時代，始由國民中選舉審判官組織永久委員會，裁判刑事訴訟事件。及帝政之世，爲期上訴統一起



見，以皇帝或元老院爲上訴機關，雖有上訴方法，而其審級之制度，仍未能云完備也。周禮秋官所載，對於法院審級制度，頗稱完備，與近世學說法制，可謂針鋒相對，盡多脗合之處也。如以周禮所載，確係周代遺規，則我國審級之制度，實肇始於西曆紀元前一千一百五十年間，（按周公旦爲冢宰在西曆紀元前一千一百五十五年，周公復政於王，在紀元前一千一百零九年，若周禮爲周公所作，當在此數年中。）我國古代卽有此完備之司法制度，洵堪驚駭！按今日各國審級之制度，法國採三級三審制，德國採四級三審制，日本之審級制度取法德國。吾國審判衙門分級有四，惟初級審判一級，曾經法部刪除，僅存三級。而關於屬於初級廳管轄之案件，於地方廳設獨任制之簡易庭代之，或由縣知事兼理，此之謂爲虛四級主義。舉此以爲比證，不詳述。周禮之審級爲三級三審制度，茲研考於左：按周禮秋官

鄉士云：

『鄉士掌國中，各掌其鄉之民數而糾戒之。聽其獄訟，察其辭，辨其獄訟，異其死刑之罪而要之，旬而職聽於朝，司寇聽之，斷其獄，弊其訟於朝，羣士司刑皆在，各麗其法，以議獄訟。』

遂士云：

『遂士掌四郊，各掌其遂之民數，而糾其戒令，聽其獄訟，察其辭，辨其獄訟，異其死刑之罪而要之，二旬而職聽於朝，司寇聽之，斷其獄，弊其訟於朝，羣士司刑皆在，各麗其法，以議獄』

訟。

縣士云：

『縣士掌野，各掌其縣之民數，糾其戒令，而聽其獄訟，察其辭，辨其獄訟，異其死刑之罪而要之，三旬而職聽於朝，司寇聽之，斷其獄，弊其訟於朝，羣士司刑皆在，各麗其法，以議獄』

鄉士遂士縣士各管轄其所有區域之獄訟，前已言之詳矣。所謂各主治獄訟之事，聽其獄，察其辭，辨其獄訟，異其死刑之罪者，鄭注：「辨異謂殊其文書也，要之爲其罪法之要辭，如今劾矣，十日乃以職事治之於外，朝容其自反覆。」賈疏：「辨其獄訟者，辯別也，獄謂爭罪，訟謂爭財，事既不同，文書亦異。云異其死刑之罪者，死與四刑輕重不同，文書亦異。云而要之者，文書

既得，以斷刑之職聽斷於外朝。」是則鄉士遂士縣士，各於其管轄區域之訴訟事件，擬律審判「爲其罪法之要辭。」（賈疏）上之朝，不外一種初審而已。故鄉士遂士縣士，實爲初級裁判之衙門也。經謂司寇聽之斷其獄，弊其訟於朝，羣士司刑皆在，各麗其法，以議獄訟。鄭註云：「麗，附也。各附致其法以成議也。」賈疏云：「此卽朝衆聽之事，獄言斷，訟言弊，弊亦斷異言耳。羣士司刑皆在者，所謂呂刑云：師聽五辭一也。恐有專濫，故衆獄官共聽之。云各麗其法者，罪狀不同，附法有異，當如其罪狀，各依其罪，不得濫出濫入，如此以議獄訟也。」獄訟成，則：

『士師受中，協日刑殺。』（鄉士）

『士師受中，協日就郊而刑殺。』（遂士）

『士師受中，協日刑殺，各就其縣。』（縣士）

鄉士遂士縣士之裁判，祇上之司寇職聽於朝。而其裁判無實施行之能力，必須經司寇之審判，裁判確定，乃可執行。故或謂司寇之朝衆聽獄，卽係終審而非一種中審審級，蓋非無由。然詳加稽考，則其說尙待研究。按禮記云：

「史以獄成告於正，正聽之；（參看司法官吏章）正以獄成告於大司寇，大司寇聽之棘木之下；大司寇以獄成告於王，王命三公參聽之；三公以獄之成告於王，王三又，然後制刑。」

（王制）

史如今之檢察官起訴於正爲一審，由正而大司寇爲一審，由大司寇而王命三公又爲一審，實三級三審之制度。司寇爲非終審也明矣。周禮秋官亦云：

「若欲免之，則王會其期。」（鄉士）

「若欲免之，則王令三公會其期。」（遂士）

「若欲免之，則王命六卿會其期。」（縣士）

故司寇上有最高級之王管轄訴訟，對於「所司折斷已得其實情狀案既乃始就朝詳斷」時，（賈疏）王有赦免之權，但必須經一種審判而後可。鄉士鄭注云：「免猶赦也，期謂鄉士職聽於朝，司寇聽之日，王欲赦之，則用此時親往議之。」故最高之審判權操諸王，其他遂縣訴訟之終審，均由王命令委任其官吏，以離王城遠近而定其規制。賈疏云：

『六鄉獄王自會其期；六遂獄差遠，使三公會其期。』（遂士）

『以其差遠，故不使三公，而使六卿會其期。』（縣士）

故第三審之組織，與司寇之中審制度大相懸殊，無待細述。惟吾人於此所宜注意者，周禮裁判之審級，雖與現代法制同爲三級三審，而其性質，實大有別。現今民刑訴訟條例及法院編制法規定初級裁判官，不能參與中級裁判衙門之訴訟；審理中級裁判衙門亦不能參與最高級裁判衙門之訴訟，各法院雖相統屬，階級上有上下之分，而於訴訟審理各具獨立之能力，既絕越俎代謀之嫌，並有審理迴避之制。如推事既參與下級審裁判者，不得復在上級審審該事件，於大理院四年杭字七四號判例明文言之。尋釋周禮所載，殆異乎是。試將中級審以言，周禮秋官鄉士遂士縣士均有云：

『而職聽於朝。』

賈疏：「乃復以斷刑之職，聽斷於朝。」經載司寇聽之，羣士司刑皆在，各麗其法者，實係中級審，而初級審之法官，鄉士遂士縣士乃有參與之權。次就終審以言，經稱：

「會其期」

鄭注鄉士云：「期謂鄉士職聽於朝司寇聽之日。」

遂士云：「王欲赦之，則用遂士職聽之時，命三公往議之。」

縣士云：「期亦謂縣士職聽之時。」

就此可見三種終級審之法官，審理終審訴訟事件，中級審法官有共同審理之義務，揆諸現代規制，迥乎不同也。

此外因封建制度之關係，裁判審級與前述各項制度微有異同者，爲方士及訝士。述之如左：  
周禮秋官方士云：

「方士掌都家，聽其獄訟之辭，辨其死刑而要之，三月而上獄訟於國，司寇聽其成於朝，羣士司刑皆在，各麗其法，以議獄訟。」

方士掌三等采地之獄，前已言之矣。考采地與公邑之民不同，而其訴訟審級亦異，如縣士掌三等公邑之獄爲初級審之機關也。縣士之上有中級審之司寇，及第三級審之「王命六卿」

而居縣士下之裁判機關無有焉。至若方士周禮云：

『凡都家之士所上治則主之。』

鄭註「都家之士，都士家士也。」可知方士掌都家之訴訟，是都士家士爲其初級審，方士者受理都家所上之訴訟事件而聽辨之，爲一種中級審是也。與鄉士遂士縣士直接受理人民之訴訟者不同。故賈疏云：

『縣士掌三等公邑之獄，親自掌之。若方士掌三等采地之獄，遙掌之，采地自有都家之士掌獄，有事上於方士耳。』

經稱鄉士，遂士，縣士，謂「職聽於朝，司寇聽之。」而稱方士，則謂「而上獄訟於國，司寇聽其成於朝。」差異之點，可想而知也。故方士鄭注云：

『言國以其自有君異之。』

賈疏云：

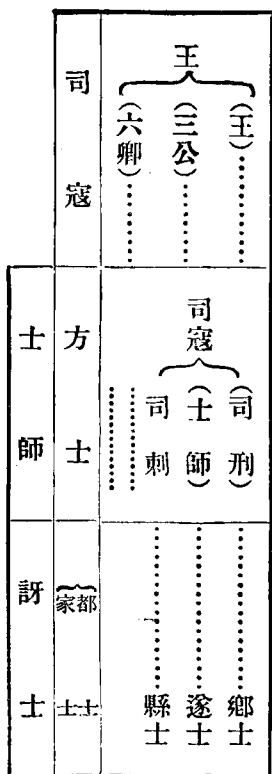
『謂異於鄉士，遂士，縣士之等。』

次就訝士言之，周禮秋官訝士云：

『訝士掌四方之獄訟，諭罪刑於邦國，凡四方之有治於士者造焉；四方有亂獄，則往而成之。』

四方諸侯之獄訟也。凡諸侯讞疑辨事，先來詣，乃通之於士。士主謂士師也。賈疏訝士管轄諸侯之訴訟，關於讞疑辨事，上於士師，士師而上，未見明載，是可知士師爲訝士之上級機關也，明矣。

吾於此歸納前述，而表示周禮所載之法院構成如左：





## 第二節 法院內部之組織

關於裁判衙門內部之組織，近代法制學說，約有三種：一為獨任制，即以一員推事審問民刑訴訟案件並非訟事件之制度是。二為合議制，即以三員以上之推事共同審問判決民刑訴訟案件並非訟事件之制度是。三為折衷制，即以一官廳兼採獨任合議兩制，以行使審判權之制度也。周禮秋官所載各官之職員，均有二員以上之士，士之多寡，一若以事務之繁簡，地域之廣狹而定。茲將周禮秋官之重要者舉之如左：

鄉士，上士八人，中士十有六人，旅下士三十二人。遂士，中士十有二人。縣士，中士三十有二人。方士，中士十有六人。訝士，中士八人。朝士，中士六人。司民，中士六人。司刑，中士二人。司刺，下士二人。

茲就前所云第一審級者言之。鄉士，遂士，縣士之各第一審級，究竟鄉士之上士中士旅下士四十六人，遂士之中士十二人，縣士之中士三十二人，各於所屬共同審問判決訴訟案件耶？

抑各以一人以爲審問判決訴訟案件耶？惜經未見明載，以饗吾儕，未敢臆斷。但所謂第二審級之司寇，經稱：

『羣士司刑皆在，各麗其法，以議獄訟。』

所謂合議制度者非歟？而所謂羣士者，究係秋官何官？考周禮義疏正義云：「王安石曰：若司刑掌五刑之法，司刺掌三刺三宥三赦之法，各麗其法，使罪與法相應。」就此可知司刺亦爲羣士之一，若士師經稱士師受中，賈疏謂：「是司寇之考總攝諸士所刑殺者。」則類似近日法院中之庭長矣。次就所謂之第三審級而言，經稱：王會其期（鄉士），令三公會其期（遂士），命六卿會其期（縣士），鄭注謂：各士職聽於朝，司寇聽之日，王欲赦之，親往議之（鄉士），命三公往議之（遂士），令六卿往議之（縣士），所謂第三級審合議制度者，非歟？考近代各國審判衙門除初級用獨任制外，餘多採用合議制。周禮審級除初級未敢武斷，付之闕如外，若第二級第三級，則均係合議制度。外邦號稱法律之先進，吾國所亟亟仿採不遑者，庸詎知周代蓋早已發萌芽乎？

## 第八章 司法官吏

歐洲古代法院職員，惟審判官書記二者。迨後法蘭西創設檢察官承發之制，各國均奉爲圭臬，法院職員，自是乃有推事，檢察官，書記，承發吏之種類。周禮所載，對於此項，均具其性質。具法官之性質者，如各士於前章舉論已詳，毋庸贅述。此外具有書記官承發吏之性質者，隸屬士之下，聽其指揮。如鄉士云：

• 『鄉士上士八人，中士十有六人，旅下士三十二人，府六人，史十有二人，胥十有二人，徒百有二十人。』

此係舉其一例，餘如遂士，縣士，等等，均明定府史胥徒之職員，惟人數之多寡，略有不等，茲不更舉。述其府史胥徒之屬於左：

一「府」按說文云：「文書藏也。」周禮天官鄭注：「府治藏。」賈疏：「府掌官契以治藏。」其階級較「史」為高，若今日司法機關之書記官。

二「史」按說文云：「記事者也。」玉篇：「掌書之官。」周禮天官鄭注：「史掌書者。」若今日司法機關之錄事。

三「胥」按周禮天官鄭注：「胥讀如誦，求其有才知，為什長。」其階級較「徒」為高，因「胥有才知為什長」也。（賈疏）若今日司法機關之承發吏，或司法警長之類。

四「徒」按周禮天官宰夫云：「徒掌官令以徵令。」鄭注：「徵令趨走給招呼。」賈疏：「徒給使役。」若今日司法機關之司法警察庭丁之類。

以現代思想言之，法院之主腦為推事檢察官，至書記官及承發吏，亦入司法官吏範圍，附屬法院主腦官吏以執行其職務，司法事務乃可期活動之圓滿。若司法警察，則非完全為法院

之專任官吏，僅爲法院一部之補助人員而已。其他若庭丁係法庭雇用之使役，其非國家任命之官吏，更無待言。就周禮秋官所載，衡量現代精神，盡屬惟肖。前舉之（一）府，（二）史，（三）胥，（四）徒，身分均不相同，職務亦各差異。四者聽命於推事檢察官之下，受其指揮，司法事務乃見活動焉。秋官所稱之「士」有若現代之推事，每一官有「士」幾人以執行事務而「士」之階級亦有多種，如前舉鄉士有三等：

（一）『上士』 （二）『中士』 （三）『旅下士』

上士最高，中士次之，旅下士爲下，故疏謂：「上士八人三命；中士十有六人二命；旅下士三十二人一命。」旅下士掌何種事件耶？賈疏云：

『下士言旅，旅，衆也。小官理衆事也。』

據此下士爲小官理衆事，而上士中士爲非小官，所掌事務與下士不同，可以推測而知也。近代推事就事務之管轄言，有獨任推事，豫審推事，受命推事諸種；就薪俸言，亦有數等，雖未可盡以比擬周禮秋官所載，而秋官之「士」有多種階級，事務各分掌管者，可思過半矣。古代

有推事性質之「士」已如前述。而近世法院有檢察官之制，古代有無耶？考檢察官之制，肇自法蘭西。而紛行於世界各國，其事務不外就刑事而提起公訴爲其管理上必要之手續，對於裁判所，求正當之法律適用，又監視其裁判果正當而爲之執行與否，檢察官不自爲裁判，蓋所謂公益之代表也。惟其爲公益之代表者，於民事訴訟亦得因訴訟而蒞會，或爲訴訟之當事者，此現代之制也。周禮秋官有禁殺戮一官，尋釋記載，核與近世檢察官之職務性質，頗屬相同，奇矣。其文云：

『禁殺戮掌司斬殺戮者。凡傷人見血而不以告者，攘獄者，遏訟者，以告而誅之。』

茲摘注疏，免我贅言，注謂：「司猶察也。察此四者，告於司寇罪之也。斬殺戮謂吏民相斬，相殺，相戮者，傷人見血，見血乃爲傷人耳。鄭司農云：攘獄者，距當獄者也。遏訟者，遏止欲訟者也。玄謂攘猶卻也。卻獄者，言不受也。疏釋云：司猶察也者，此禁殺戮之官，恆在民間私覘惡事，而告於上，執而與之罪也。故以司爲察也。知斬殺戮是吏民相斬，相殺，相戮者，以傷民。云不以告，則相殺戮之等盡是不以告明吏，民自相殺戮也。云傷人見血，見血乃爲傷人耳者，恐經傷人與

見事別，傷人見血連言者，是見血乃爲傷人，若不見血不爲傷人也。若然，跔跌折肢之等不見血，豈得不爲傷人乎？然今言見血，乃爲傷人者，止爲蹉跌及刃物麗歷應見血之等，不爲餘事而言。先鄭之攘獄者，距當獄者也，後鄭不從者，此經皆謂未<sub>レ</sub>在官司，而先鄭云距獄在官而言，故不從也。云遏訟者，遏止欲訟者也，有人見欺犯欲向官所訟之，而遏止不使去也。玄謂攘猶卻也，卻獄者言不受也者，謂人有罪過官有文書追攝，而不肯受者。據此，禁殺戮之官，恆在民間私覘惡事實，與近代之檢察官性質相同。故其檢察之職務，凡四：（一）吏民相斬相殺相戮者，（二）傷害被害人放棄訴權不爲起訴者，（三）官吏拒卻人民訴願者，（四）被害人欲向官吏提起訴願，而他人阻遏之者，綜此四端，衡諸現代檢察官職務之性質，又何以異？

又禮記王制謂：『史以獄成告於正，正聽之。』鄭注云：

『史司寇吏也，正於周鄉之屬。』

史可謂如今之檢察官，而正亦卽今之推事，檢察官證佐齊集，起訴於推事，依律斷之。合周禮而觀之，則古代確有檢察官之制度，實無可疑。

法院爲行使國家統治權之一司法機關；表現機關之意思，與負擔機關之事務者，司法官吏也。司法官吏者，受國家之委任，受理人民之訴訟行爲，而科以刑罰，其責任之重大，無待言矣。故法官執行之審判權，當據自己獨立之心證，認定真確事實，衡度法律精神；其間既不可參以絲毫之私意，亦不容纖芥之干涉。不然者，審判官之自由意思稍被箝制，則執行審判難望公平；審判官如畏首畏尾，自顧不暇，則理性之綜合靡由表現。雖然，此所謂司法權之獨立，縱爲法理上之大原則，而責之古代，烏乎可能？夫古昔之世，自無法官保障之可言，法官之因審判案件，審判合法而反被則足者有之，殺戮者有之；法官之觸君主之私怒，而被流逐者有之，拘禁者有之。至若任黜無常，更無論矣。韓非者，我中土千古之法律巨靈也，有見於法官之保障未立，法官之被害滋多，不勝其憤懣，著於篇章，茲覽遺書，推尋意旨，想見當日怨悱之忱，猶爲之喟然而三歎。其語云：

「智術之士，必遠見而明察，不明察不能燭私。能法之士，必強毅而勁直，不勁直不能矯姦。人臣循令而從事，案法而治官，非謂重人也。智術之士，明察聽用，且燭重人之陰情；能法之



士，勁直聽用，且矯重人之姦行。故智術能法之士用，則貴重之臣必在繩之外矣。是智法之士與當塗之人，不可兩存之仇也。當塗之人擅事要，則外內爲之用矣。是以諸侯不因，則事不應，故敵國爲之訟；百官不因，則業不進，故羣臣爲之用；郎中不因，則不得近主，故左右爲之匿；學士不因，則養祿薄禮卑，故學士爲之談也。此四者，邪臣之所以自飾也。重人不能忠主而進其仇；人主不能越四助而燭察其臣，故人主愈弊而大臣愈重。凡當塗者之於人主也，希不信愛也；又且習故。若夫卽主心同好惡，固其所自進也。官爵貴重，朋黨又衆，而一國爲之訟，則法術之士欲干上者，非有所信愛之親，習故之擇也；又將以法律之言矯人主阿辟之心，是與人主相反也，處勢卑賤，無黨孤特。夫以疏遠與近愛信爭，其數不勝也；以新旅與習故爭，其數不勝也；以一口與一國爭，其數不勝也。法術之士操五不勝之勢，以歲數而又不得見；當塗之人，乘五勝之資，而且暮獨說於前，故法術之士奚道進，而人主奚時而悟乎？故資必不勝，而勢不兩存。法術之士，焉得不危？其可以罪過誣者，公法而誅之，其不可被以罪過者，以私劍而窮之，是明法術而逆主上者，不僂於吏誅，必死於私劍矣。」（孤憤篇）

篇名孤憤其憤懣可知。所謂智術之士，必遠見而明察，能法之士，必強毅而勁直，實係司法官吏所應有之精神。蓋不明察則不能燭私，不勁直則不能矯姦，如此則神聖之司法事業莫由表現。司法官吏對於無令而擅爲，虧法以利私，力能得其君者（韓非名之曰重人），且燭其陰情，矯其姦行，是司法官吏與貴重之臣相處對敵。而貴重之人擅事要，外內爲之用，如鄰國諸侯或來求事，不因當塗者，其求必不見應，故重人有事，敵國爲之訟冤；百官不因當塗者，則不能升遷，故重人有事爲之用，郎中爲君之左右之人，因重人而得近主，故爲之匿非；學士因重人而祿厚禮崇，故爲重人延譽；貴重之人，官爵貴重朋黨又衆，以與「處勢卑賤，無黨孤特」之法術之士爭衡，焉得不危？法術之士有過失可誣罔者，重人則舉以爲罪而誅之，若無過失可誣者，則使俠客以劍刺之以窮其命也。故曰：「明法術而逆主上者，不僂於吏誅，必死於私劍。」悻憤之情，躍然紙上。吾人於此可見韓非之觀念，實與近世膈合。夫司法與行政根本觀念，各不相同，卽司法官與行政官其職任權限亦殊異。韓非所謂智能法術之士者，殆係司法官無待贅述，而所謂重人，當塗之人者，殆指高級之行政官，亦可無疑。司法官對於行政官當

然有行其司法上之權利；且司法官執行之審判權，當然據自己獨立之心證，絕對不受任何方面之拘束，故韓非之旨，謂當尊重法官之「一口」，如有「敵國爲之訟」或「一國爲之訟」，冤者，應當絕對排斥，不受纖芥之約束，雖君主亦不能加以干涉。不然，司法官畏首畏尾，日求避權貴之譴責，刑罰之加及，則瞻徇請託情事以生，而無以爲公平之裁判，法律之效用，坐是喪失。故國家對於司法官吏，必須予以保障之方法，爲司法官者，方可由其自由心證以審判案件；無瞻徇，則審判於以公平，有罪者不能逃法；有保障，則法官惟法以行，不致受非法之加罪。惜乎！古代君主餌於「官爵貴重，朋黨又衆」之寵臣，而疏遠「處勢卑賤，無黨孤特」之法吏；坐視「治亂之功，制於近習，精潔之行，決於毀譽。」（亦孤憤篇語）吁！此孤憤之所由作也。

國家設立法院之意，乃爲判斷人民之曲直是非，負除暴安良之責。故訴訟之審理，貴乎公平。若有徇私偏斷情弊，或令當事人疑有此項情弊者，不特喪失效力，且於人民爲有害。於是國家爲保持審判之威信，而達公私保護之宗旨計，法律上乃有職員迴避之制也。

查民事訴訟條例，規定推事應自迴避不得執行職務之情形：一、為推事或其配偶為該事件當事人，或就該事件與當事人有共同權利人，共同義務人，擔保義務人，償還義務人之關係者。推事之配偶為當事人者，雖婚姻消滅後亦同。二、為推事與該事件當事人為親屬，或有養親養子關係者，其親屬或養親養子之關係消滅後亦同。三、為推事為該事件當事人之未婚配偶者。四、為推事為該事件當事人之法定代理人，監督監護人，保佐人，或親屬會員，或曾為以上各項人者。五、為推事於該事件為訴訟代理人，特別代理人，或輔佐人，或曾為以上各項人者。六、為推事於該事件曾為證人，或鑑定人者。七、為推事曾參與該事件之前審裁判或公斷者。（第四十二條）

刑事訴訟條例規定者：一、推事為被害人者。二、推事為被告或被告人之親屬者，其親屬關係消滅後亦同。三、推事為被告或被告人未婚配偶者。四、推事為被告或被告人之法定代理人，監督監護人，保佐人，或曾居此等地位之人者。五、推事於該案件曾為被告之辯護人，代理人，或私訴人之代理人。六、推事於該案件曾為證人，或鑑定人者。七、推事於該案件曾為行使檢察官，或司法警察官職務者。（第三十一條）則凡於該案件曾參與

豫審者，或曾參與前審者，於上訴審均應自行迴避。（第三十二條）若推事應迴避而不迴避，則訴訟當事人得聲請迴避。民刑訴訟條例均有明文規定，不為多引。古代無迴避之制，固無足為怪。以是無論犯罪者為法官之親屬，或任何之關係，率由法官審判執行。梁車者，鄴令也。其姊往看之，因暮後門閉，踰郭而入，車依法刑其足，固奉法也；而趙成侯以為不慈，免其官。韓非子記其事云：

『梁車新為鄴令，其姊往看之，暮而後門閉，因踰郭而入。車遂刑其足，趙成侯以為不慈，奪之璽，而免之令。』（外儲說左下）

至若法官之父，犯殺人罪，如為法官者，既不忍以父行法，又不肯阿有罪而廢國法，法律私義二者之間，必偏於一，取棄甚難。若縱父而失法，惟有自承伏罪一途，別無其他救濟方法。呂氏春秋記法官石渚（新序節士篇作石奢，史記有石奢列傳）縱父自殺事，可資佐證。

『荆昭王之時有士焉，曰石渚。其為人，公直無私。王使為政，廷有殺人者，石渚追之，則其父也，還車而返，立於廷，曰：殺人者僕之父也，以父行法，不忍，阿有罪，廢國法，不可；失法伏罪，

人臣之義也。於是乎伏斧鑕，請死於王。王曰：追而不及，豈必伏罪哉？子復事矣。石渚辭曰：不私其親，不可謂孝子；事君枉法，不可謂忠臣。君令赦之上之惠也；不敢廢法，臣之行也。不去斧鑕，沒頭於王廷。正法枉必死；父犯法而不忍；王赦之而不肯；石渚之爲人臣也，可謂忠且孝矣！（高義篇）

若在現代，則此等事件，當然由推事自行迴避，不得執行職務，法官縱有忠孝如石渚者，亦無「歿頭乎王廷」之慘矣。

雖然，稽考呂刑之規定，我國法官迴避之制，在古代確已發萌。如云：

「五過之疵，惟官，惟反，惟內，惟貨，惟來。」

蓋法官裁判之偏袒，因於官，反，內，貨，來，諸種之關係。官者何？會同居官位也。（鄭注）反者何？詐反囚辭也。（鄭注）內者何？內親用事也。（鄭注）貨者何？行貨枉法也。（鄭注）來者何？舊相往來也。（鄭注）此五者皆病之所在。古代法規對於犯此五者之辦法則：

「其罪惟均，其審克之。」（呂刑）

鄭玄注：

「以病所在出入人罪，使在五過，罪與犯法者同，其當清察能使之不行。」

凡法官與訴訟當事人，有以上所舉之關係者，欲「清察能使之不行」，（鄭注）其道蓋非法官迴避無由。呂刑謂「其罪惟均」，乃治標之辦法，非治本之圖，但法官迴避之制度，此實發其萌芽，實可想見，而無疑議。

呂刑之所謂內，有合於刑事訴訟條例第三十一條第二款及第三款，民事訴訟條例第四十二條一、二、三、四款，各條文，前已臚舉，於貨新刑律規定於第一百四十條及第一百四十條一條。

司法官吏在古代政治上處何等地位，亦一重要問題，所宜亟為研究也。韓非謂：「處勢卑賤，無黨孤特。」愚以為「無黨孤特」原是法官所應有之良好精神。若法官而有黨，恐因黨見之紛爭，致礙判斷之公平，現代法官不得為政黨員，政社員，且規定於法院編制法第一百二十一條，故無黨孤特未足為法官病。至謂「處勢卑賤」，徵諸各書記載，殆未盡然。韓非

所語，係屬憤激之談，未足認為確證。閱晏子春秋載有：

『景公藉重而獄多，拘者滿圜，怨者滿朝，晏子諫，公不聽，公謂晏子曰：夫獄國之重官也，願託之夫子。』（內篇諫下）

獄既屬國之重官，則法官之處勢非卑賤可知矣。故先秦時代各諸侯君主詢議職位，其大臣舉薦之者必及法官。（參後）則法官之處勢，非卑賤更可知也。法官之最古者為皋陶，皋陶明刑以弼五教，敷治三代，功德甚隆。其在帝舜時之地位，史記五帝本紀云：「舜之有天下也，禹為司空，契為司徒，皋陶為李。」其在禹時之地位，墨子曰：「禹染於皋陶伯益。」（墨子所染篇）法官之皋陶為舜禹時之重要人物可知。嗣後之法官，或有占當代重要地位，或為思想家，或為大政治家，實繁有徒。吾人欲研究古代之法官，又當先研究古代法官之名稱何者？考禮記月令注云：

「有虞氏曰士，夏曰大理，周曰大司寇，天子諸侯同。」

此虞，夏，周，三代之法官名稱可知矣。書云：「舜曰皋陶，蠻夷猾夏，汝作士。」（舜典）故禮記注



「有虞氏曰士。」史記「皋陶爲理」故禮記注：「夏曰大理。」周禮秋官大司寇掌邦刑，故禮記注謂周曰大司寇。實則古代法官名稱甚屬複雜，卽虞、夏、周、三代亦何止僅一名稱。春秋元命包云：「堯得皋陶聘爲大理。」則大理之稱肇自帝堯，而非自帝禹始也。周有士師之名稱，實亦非自周始。路史後紀「虞帝求旃以爲士師」，（小吳青陽氏紀）但此二書，係屬漢人著述，其所云云，未敢言確鑿耳。然士之稱，尙綿延於後代。論語云：「柳下惠爲士師。」周禮鄭注：「士察也，主察獄訟之事。」賈公彥疏謂：以士言，則皆主獄訟之事。則士與大理司寇同爲法官之名稱，當無疑義。大理猶爲春秋法官稱謂，新序雜事「管仲薦弦寧爲大理。」又有名野司寇者，實則縣士也。左傳「野司寇各保其徵。」（昭公十七年）杜注：「野司寇縣士也。」又有名爲秦士，晏子春秋云：「吾爲夫婦獄訟之不正乎，則秦士子牛存矣。」（內篇諫上）又名爲司敗，左傳云：「臣歸死於司敗。」杜注：「司敗則司寇。」又名爲大士，左傳云：「士榮爲大士。」杜注：「大士治獄官也。」至尉之稱，創自秦。冊府元龜刑法部總序云：「秦制廷尉，掌辟秩二千石，古者兵獄同制，故謂之尉。」清代有典獄官之制，卽今監獄官也。實則『典獄』

之官，創自有虞，尚書呂刑曰：『典獄非訖於威，惟訖於富。』蓋亦舜帝當時之事也。典獄爲純粹一種之司法官，與今日監獄官，大有差異。

古代法官之名稱，已如前述，吾人於此當進而研究古代之法官。考軒轅卽位在西曆紀元前二千六百九十七年，迄秦滅六國（在西曆紀元前二百三十二年）二千四百七十五年間之法官，不知凡幾，吾人欲研考而有所舉述，實屬難能。且秦燔典籍，書缺有間，經子書所述，不過各種一部之觀察，究非可稱爲完全古代典故文化之遺書。材料殼觥至此，而諸書中之有法官載者，又寥如晨星，然亦著而存之，以示鴻爪。惟各人生卒年代，未能均詳，故就諸書舉述，不計時代，閱者諒之。

尚書今本五十餘篇，爲最古之著述。或謂其一部分爲東晉人僞造，非本文範圍，不具論。舜典大禹謨皋陶謨三篇記載皋陶之事實思想，較爲豐富。愚嘗有志作皋陶研究，惜未有暇，茲特於此，附以究考，愧未能詳，他日或當作單本研究也。

### 法官始祖皋陶考

帝舜時法官之名稱爲「士」，既如前述，而任「士」之職者，實皋陶其人也。當帝堯之世，既有國家，則有政治；既有政治，則不可無司法之事；既有司法之事，則不可無司理司法之人；而其人亦實皋陶也。故皋陶在帝堯之時，已爲司法長官，實吾國法官之始祖，吾人所最欽仰者也。

皋陶爲吾國法官之始祖，又吾國歷代法官之代表也；吾國歷代法家理想之法官也；上下四千餘年間，中國法家之典型也；直認爲中國法律制作者，亦非誇張之言。故愚以一篇之皋陶考，在中國古代法律書上決不可少。惜乎其傳記極不詳明，實屬憾事！

在研究法官始祖皋陶考之前，須先究伯夷是否爲法官之一問題。考伯夷之傳記，較皋陶更不明瞭。惟尙書有「伯夷降典，折民惟刑」及「今爾何監，非時伯夷播刑之迪」之記載，均在「呂刑」篇中，係周穆王之語，真確與否，殊屬可疑。蓋伯夷姓姜，伯夷其名，書稱其任「秩宗」之官掌禮，而穆王有此二語，後人遂多疑爲刑官，抑或秩宗爲以前之刑官歟？或秩宗兼刑官之職歟？然吳澂以「堯典」「舜典」二典刑官之載，而斷穆王之語，係傳聞之謬。蔡

忱亦頗懷疑，謂皋陶未爲刑官之時，豈伯夷實兼之歟？（見尚書集傳）左春谷亦以蔡忱之語爲是。（二餘偶筆一卷）班固引用『伯夷降典，折民惟刑』之語，而解釋之曰：『言制禮以止刑，猶如隄之防溢水也。』（前漢書刑法志）是伯夷爲非法官，實屬可見。丘濬亦採同一見解。（見大學衍義補）日人蘆東山亦主此說。（無刑錄三卷）王鳴盛亦謂伯夷作刑，疑非也。（見尚書後案）今以上諸說，詳舉而爲之考究判定，頗涉冗長，且不甚重要，姑不詳述。惟吾輩實可據此斷定伯夷爲非法官，皋陶爲純然法官之始祖，蓋無疑義。

皋陶記傳，今日尚無人有系統的究考，宋蘇軾所著『尚史』有皋陶列傳，惜記載簡略，語焉不詳，實屬可憾！愚讀史尤憾史公，獨不爲皋陶作世家也。

皋陶爲顓頊之裔孫，母曰女修。女修織，玄鳥隕卵，吞之，而生皋陶。（見史記秦本紀）其父何人，不得而考。（史記索隱云：『女修顓頊之裔女，吞馭子而生大業，其父不著。』）曲阜人也。（尚史與帝王世紀均記皋陶生曲阜之偃地，故賜姓偃。）曲阜於周代爲魯都，今之山東省兗州，孔子亦生此地。見史記孔子世家。

生年月及享年如何諸書一無記載。蓋堯舜禹諸帝之生年月全不得而知，况於皋陶。惟其卒時爲禹卽位之第三年（竹書紀年）當西曆紀元前二千二百零三年，則屬正確。墓在壽州安平縣南一百三十里，六城之東（見括地志）冢甚大，民稱之爲公琴。（水經注云：『六縣都陂中有大冢，民傳曰公琴者，皋陶冢也。』）

姓偃，或云無姓，（白虎通姓名篇云：『堯知命，表稷契，賜姓子姬，皋陶典刑不表姓，言天任德遠刑。』皋陶其名也。或作咎繇，（見漢書古今人表）想係字音之轉訛。尙書諸書概稱皋陶。實較正當，又名大業（史記司馬貞索隱云：『大業是皋陶，』字庭堅，（史記正義云：『皋陶字庭堅，』左傳杜注『庭堅，皋陶字，』嫩真子云：『庭堅，皋陶字也。』）

皋陶之容貌若何諸書中略有記載，真確與否，不敢武斷。茲略揭一二記載，想望千古偉人之風采，亦閱者所興願歟？

白虎通壽命篇載鄭人見孔子，言其頸若皋陶。孔子之頸如何？書籍未載，不能推知皋陶之頸爲何若。而論衡骨相篇謂孔子之頂若皋陶，史記孔子世家稱孔子生而首上圩頂，則皋陶之

頂，中低旁高如圩狀，可以推證知也。

相人之最『古者有姑布子卿。』（荀子非相篇）姑布子卿相孔子之貌，謂其喙似皋陶。（韓

非外傳九）皋陶之喙若何？論衡講瑞篇暨骨相篇謂其喙似馬口，而白虎通謂皋陶鳥喙，其

言曰：『皋陶鳥喙，是謂至誠，決獄明白，察於人情。』（聖人篇）蓋二書少異。皋陶之口及頸似

馬，骨相家所謂至信至誠之表示者。至云鳥喙，吾以鳥喙與馬喙其形狀銳鈍，相差甚鉅，二者

必有錯誤，且鳥字與馬字，字形頗相類似，二者未知孰誤。按論衡有『皋陶馬口』骨相篇之

記載，則主馬喙說為多數。范蠡與大夫種書有『越王為人，長頸鳥喙，可與共患難，不可與共

榮樂』之語。中國之骨相，認鳥喙非最佳相，實險惡之相，可知表示至信至誠之人相，以云皋

陶鳥喙，斷屬謬誤。蓋鳥字為馬字之誤寫，隨之推定皋陶馬喙，定可無疑。要之此事為我國人

通有之一種迷信，出於崇拜皋陶之心理。然荀卿雖唱非相，而引舉多數古聖賢之形相，及於

皋陶曰：『皋陶之狀，色如削瓜。』（荀子非相篇）楊倞注：『如削皮之瓜青綠色，』云青綠色，

想係誇大之言，意者為蒼白色歟？

此外尚有一事，吾人不得<sub>不</sub>爲辯者。文子以皋陶啞者爲言。文子曰：

『皋陶啞而爲大理，天下虔刑。』（文子）

蘇東坡氏斥爲詭辭不經，良是。夫法官出庭審理言辭辯論，在在須擅口語之長，若啞然無言，則亦無所用其審判；此理甚顯，不必細述。文子儒者寧不知此，想亦比喻之語歟？抑謂不經言辭辯論，卽得犯罪之真相，而判斷之，云如無言者，蓋所以表彰之歟？日儒蘆東山亦云其言爲信德之稱，非謂真有斯疾也。（見無刑錄三卷）

皋陶初釣於雷澤。（漢書馮衍顯賦皋陶釣於雷澤兮！）堯聘爲大理。（春秋元命包云：『堯得皋陶聘爲大理。』）未有分封也。（史記帝舜紀云：『天下歸舜而禹皋陶契后稷伯夷夔龍垂益彭祖自堯時而皆舉用，未有分職。』）正義『分謂封疆爵土也。』迨舜受堯禪，命皋陶爲士。（書舜典云：『舜曰：皋陶，蠻夷滑夏，汝作士。』）自是一生，大半均在帝舜之世，一代之精華，亦在當時發揮。考帝舜之官制於四嶽及十二牧（均諸侯之類）外，設置左列諸官，各分職事。如：

司空 后稷 司徒 士 共工 虞 秩宗 納言

司空、后稷、司徒，後世所謂三公，「士」之地位次三公而列第四。在當時司法官之地位，亦云尊貴矣。皋陶爲士，在當時政治之地位，亦云尊崇矣。然愚稽閱尙書之記載，皋陶其人，備受當時之尊敬，實次禹第二位之人物。禹推尊甚至，謙然以爲未及。帝舜在位三十三年，蓋期倦於勤，欲以禪禹，「禹拜稽首，讓於稷暨皋陶。」（舜典）禹曰：「朕德罔克，民不依。皋陶邁種德，德乃降，黎民懷之，帝念哉！念茲在茲，釋茲在茲，名言茲在茲，允出茲在茲，惟帝念功！」（大禹謨）禹自言其德，不能勝任，民不依歸，惟皋陶勇往力行，以布其德，德下及於民，而民懷服之，思念不忘，固在皋陶；舍而他求，亦在皋陶；名言於口，固在皋陶；誠發於心，亦在皋陶；當念其功，而使之攝位，可謂推崇備至，蔑以加矣。後禹雖卽位，以皋陶最賢，將有禪位之意。（史記夏本紀）而皋陶薨，時在西歷紀元年前二千二百零三年也。後世州縣獄皆立皋陶廟，以時祠之。（泊宅編云：「今州縣獄皆立皋陶廟，以時祠之，蓋自漢已然。」）

先秦法家如申商輩多流於刻削，皋陶德稱藉甚一時，已如前述矣。故吾人尤可知皋陶非惟一大法律家，抑爲大道德家也。皋陶唱「九德」之說，植我國倫理之基，厥功甚偉。所謂「九



德』者何？『皋陶曰：「寬而栗，柔而立，愿而恭，亂而敬，擾而毅，直而溫，簡而廉，剛而實，彊而義，彰厥有常，吉哉！」（皋陶謨）所以持此以擇人，正所以厲人以九德。總此以觀，大禹之言，蓋非如後世之僞謙善諛也。」

皋陶之事業最顯著者，當然爲制定刑法。實開中國法系之先河，質言之，謂爲中國法律最初之制作者，亦非愚一人誇大之言。其制作之法律，於拙著中國古代刑法編中言之甚詳。以其冗長，茲不備舉。皋陶非特司法官之始祖，抑亦立法官之始祖，良無疑議。竹書紀年明記其立法之時期云：『舜之三年命咎陶作刑。』當在西歷紀元前二千二百五十三年。但依愚所信，此舜之三年者，非卽位之第三年，實攝政之第三年也。卽皋陶立法時當在帝堯七十七年，西歷紀年前二千二百八十六年時也。雖然，皋陶且不僅管理立法司法二事，恰如後世之司法大官。出則專管各省長官司法行政，入則爲國務大員，一般參畫施政，司法事務以外，更參與一切之國務。與舜及同僚禹、伯夷、夔、龍等，日夕吁咈諮詢，孜孜研究政治之大本。其間殆忘君臣之別，尊卑之序，如朋友，如父子，如昆弟，和易諧暢，如魚於水，各竭忠勤，以謀人民之福。

利千載之下，猶堪景仰，但其事非本書切要，茲不詳舉。閱者瀏覽『尚書』即可瞭然也。

皋陶之刑法觀念及治罪主義，與本書關係，至為密切。茲為究考，以見真相。考皋陶與帝舜之問答，則其刑法上根本之觀念，可得而知，其治罪之主義，亦可得而悉。尚書載：

『帝曰：「皋陶！惟茲臣庶，罔或予正，汝作士，明於五刑，以弼五教，期於予治，刑期無刑，民協於中，時乃功，懋哉！」皋陶曰：「帝德妄愆，臨下以簡，御衆以寬，罰弗及嗣，賞延於世，宥過無大，刑故無小，罪疑惟輕，功疑惟重，與其殺不辜，寧失不經，好生之德，洽於民心，茲用不犯於有司。」（大禹謨）

皋陶又曰：

『兢兢學業，一日二日萬幾，無曠庶官，天工人其代之，天敍有典，勅我五典，五惇哉，天秩有禮，自我有禮，有庸哉。同寅協恭，和衷哉。天命有德，五服五章哉。天討有罪，五刑五用哉。政事懋哉懋哉。天聰明，自我民聰明，天明畏，自我民明威，達於上下，敬哉有土。」（皋陶謨）

據此以觀，刑之本質，皋陶與帝舜，均以爲輔德教之具。帝舜稱皋陶之功，在明五刑以弼五教，

卽斯旨也。此種思想在在而是。不一舉證。至刑法之目的，帝舜云刑期無刑，皋陶云茲用不犯有司。與今日之所謂懲戒主義者非歟？罰弗及嗣，罰不及其子孫也。如當時繇有數大罪，拘處流刑；而以其子禹爲司空，總百揆，如今日所謂內閣總理。迨後更讓以帝位，此其最著之例證。而此事在今日爲當然之事理，所謂刑止及身之原則，刑法諸書，說明甚晰。於當時既早樹立此大原則，不可謂非卓拔之功業也。後世之法制，罰及三族九族，甚至十族，清白無辜，並爲鯨鯢，豈皋陶之夢想所及耶。設皋陶死而有知，當不知其痛哭爲何若矣。

宥過無大，一原則也；刑故無小，一原則也；若眚災肆赦亦一原則也；怙終賊刑，又一原則也。  
(見舜典) 凡此種種，欲詳細演繹，非異幅所能罄述。必欲究其詳，請看拙著中國古代刑法編。茲尙有述者，從來世俗中國法學，有二種之非難，共誤皋陶之本旨。特於此表而出之：一謂中國法制備極慘酷，蓋如前述三族之刑，刑訊之制，以及種種殘虐之刑罰，固屬可訾，又學術的議論，有所謂法家者流之酷論。雖然是皆出於後代法制史上之現象，實非中國法系之本色也。皋陶主義亦固不然，皋陶云：臨下以簡，御衆以寬，又云：罰不及嗣，宥過無大，與夫罪疑惟輕，

與其殺不辜，寧失不經，兢兢業業，敬有土，皆無非仁愛寬厚之至。一謂中國法制失之寬慢，蓋顧小惠而輕死刑，大赦亂行，一歲數次。亦法制史上之一現象，然非中國法系之本色也。皋陶以刑爲輔教之具。此其爲教與刑不能混同，設不從教，則處以刑，不敢假借，故云明五刑，刑故無小，無曠庶官，五刑五用，與夫謂天聰明，天明威，皆有嚴正威烈之狀，足可推知皋陶之思想。皋陶之妻曰女華，（史記秦本紀大業取少典之子曰女華）子大費，（史記秦本紀女華生大費）又名伯翳，（史記索隱一名伯翳）又名伯益，（史記索隱云：「尚書謂之伯益是也。」）有異敏，生五歲，則佐禹，（列女傳云：「陶子生五歲而佐禹，」曹大家注云：「陶子者，皋陶之子伯益也。」）共治洪水多襄贊焉。（秦本紀云：「與禹平水土已成，帝錫玄圭，禹受曰：「非予能成，亦大費爲輔。」）大禹胼胝匪懈，洪水以平，詩人謂其後必昌，况我大費生父皋陶又邁種德，宜帝舜料其後必大。（秦本紀帝舜云：「爾後嗣將大出。」）卒肇成秦趙二大國，蓋德澤入人之湛深，致後起之昌熾，由來遠矣。帝舜命益掌山澤之官，（尚書舜典帝曰：「兪咨益，汝作朕虞，益拜稽首，讓於朱虎熊羆。帝曰：兪往哉，汝諧。」）伯益有異能，「佐舜調馴鳥獸，鳥獸多馴服，」

（秦本紀）帝賜姓嬴氏（史記秦本紀）在禹世亦居重要地位，父子並著於時。（墨子所染篇）禹染於皋陶伯益。帝禹十年禹東巡狩至於會稽而崩，以天下授益。三年之喪畢，益讓帝禹之子啓而辟居箕山之陽。（史記夏本紀）或謂啓殺益（竹書紀年）謬也。益子恩成亦爲大理。（唐書宗室世系表）云：「皋陶字庭堅爲堯大理生益，益生恩成歷虞夏，商世爲大理。」又子大廉若木其玄孫曰費昌，子孫或在中國，或在夷狄，費昌當夏桀之時，去夏歸商爲湯御，以敗桀於鳴條。大廉玄孫曰孟戲中衍鳥身人言，帝太戊聞而卜之，使御，吉，遂致御而妻之。自太戊以下仲衍之後遂世有功，以佐殷國，故嬴姓多顯，遂爲諸侯。其玄孫曰中滿在西戎保西陲，生蜚廉生惡來事紂爲周所殺，其後爲秦（見史記秦本紀）惡來弟曰季勝，其後爲趙。（見史記趙世家）各有紀，不多詳。

皋陶於當時，深爲帝舜及同僚所敬重，既如前述矣。而後世之稱揚更盛，舉其最大之一二以爲佐證。繼尚書堯典舜典者爲大禹謨。直繼大禹謨者爲皋陶謨，編纂『尚書』之史臣，其敬重皋陶，實可想見。魯之詩人亦有歌曰：『明明魯侯，克明其德，既作泮宮，淮夷攸服。矯矯

虎臣，在泮獻賦。淑問如皋陶，在泮獻囚。」（詩魯頌泮水）其他孔子云：舜左禹而右皋陶，不下席而天下治。孟子云：舜與禹得皋陶，而無憂。子夏云：舜有天下，舉皋陶而不仁者遠。漢書云：大禹得皋陶，遂列於三王。楊中立云：禹總百揆，而皋陶施刑，內外治舉。皋陶非禹不可，而禹亦非皋陶不可。左傳云：皋陶邁種德。至白虎通並列於五帝，三王，周公，孔子稱十二聖。（聖人篇）王充亦稱爲聖人。（論衡骨相篇）蓋毀譽輒趨極端，爲吾國儒者之通病。要之，皋陶爲上下四千餘年間之中國法家，中國法律之創作者，則非過言也。

呂侯 周穆王時司寇，周書有呂刑篇爲呂侯所作，以穆王命作書訓暢夏禹贖刑之法，更從輕以布告天下。（孔傳）後爲甫侯，詩大雅崧高之篇云：『生甫及申揚之水』實爲甫侯詠也。故禮記書傳及孝經諸書，有稱甫刑者卽呂刑也。

衛康叔 名封，周武王同母少弟，周成王時司寇也。武王已克殷紂，復以殷餘民封紂子武庚祿父比諸侯以奉其先祀勿絕。爲武庚殷裔，恐其有異心，乃令其弟管叔蔡叔傅相武庚祿父以和其民。武王既崩，成王幼，周公旦代成王當國。管叔蔡叔疑周公，乃與武庚祿父作亂，欲

攻周。周公旦以成王命與師伐殷，殺武庚，祿父，管叔，放蔡叔，以武庚餘民，封康叔爲衛君。居河淇間，故商墟。周公旦懼康叔齒少，乃申告康叔曰：必求殷之賢人君子長者，問其先殷所以興，所以亡，而務愛民，告以紂所以亡者，以淫於酒，酒之失，婦人是用，故紂之亂自此始。爲梓材，示君子可法則，故謂之康誥。酒誥。梓材以命之。康叔之國，旣以此命，能和集其民，民大說。成王長用事，舉康叔爲周司寇，賜衛寶祭器，以章有德。太史公有衛康叔世家見史記。

屠岸賈 初爲晉大夫，景公時爲司寇。靈公被弑，賈欲治靈公之賊，以致趙盾，徧告諸將曰：「盾雖不知，猶爲賊首，以臣弑君，子孫在朝，何以懲臯誅之。」韓厥曰：「靈公遇賊，趙盾在外，吾先君以爲無罪，故不誅，今諸君將誅其後，是非先君之意，而今妄誅，謂之亂臣，有大事而君不聞，是無君也。」屠賈不聽，不請而擅與諸將攻趙氏於下宮，殺趙朔等，皆滅其族。後爲趙武程嬰所攻，滅族。見史記趙世家。

曹參 沛人，秦時爲沛獄掾，亦司法官吏也。高祖爲沛公，初起事，參以中涓從。高祖三年，拜爲假左丞相。六年，賜爵列侯，與諸侯剖符，世世勿絕。食邑平陽萬六百三十戶，號曰平陽侯。孝

惠帝元年除諸侯相國法，更以參爲齊丞相，蕭何且死，薦參，孝惠卽召除爲丞相，一遵蕭何成法，後世稱之，卒諡爲簡侯。史公有曹相國世家見史記。

孔子 字仲尼，西歷紀元前五百五十一年，周靈王二十一年，魯襄公二十二年生於魯，昌平鄉陬邑，生而首上圩頂，故因名曰丘。曾爲魯司寇，後去魯周遊無所遇，設教於曲阜，卒於周敬王四十一年，西歷紀元前四百七十九年，享年七十有三，其一生行事，人所共諗，無庸細述。史公有孔子世家見史記。

李離 晉文公之理也，過聽殺人，自拘當死。文公赦之，不肯，曰：「理有法，失刑則刑，失死則死；公以臣能聽微決疑，故使爲理。今過聽殺人，罪當死。」遂不受令，伏劍而死。史公入循吏列傳見史記。

華御事

左傳文公七年「華御事爲司寇。」

公子朝

宋之司寇，左傳文公十六年云：「公子朝爲司寇。」

樂呂

宋之司寇，戴公之曾孫（左傳杜注）公子朝卒，宋公使樂呂爲司寇，以靖國人。（見



左傳文公十八年。宣公二年，春，鄭公子歸生受命於楚伐宋。宋華元樂呂御之，二月，壬子，戰於大棘，宋師敗績，囚華元，獲樂呂，見左傳。

慶佐 齊之司寇，慶克之子，慶封之兄也。見左傳成公十八年。

向爲人 宋之大司寇，華元之討亂也，畏同族罪及，出奔楚。見左傳成公十六年。

鱗朱 宋之少司寇，與向爲人同出奔楚。見左傳成公十六年。

樂裔 宋之司寇，向爲人鱗朱既奔楚，華元使向戍爲左師，老佐爲司馬，樂裔爲司寇，以靖

國人。見左傳成公十六年。

臧武仲 魯之司寇，左傳襄公二十一年云：「魯多盜，季孫謂臧武仲曰：『子盍詰盜。』」武

仲曰：「不可詰也，紇又不能。」季孫曰：「我有回封而詰其盜，何故不能？」子爲司寇，將盜是務

去之，若之何不能？」武仲曰：「子召外盜而大禮焉，何以止吾盜？」

齊豹 衛之司寇，齊惡之子。（左傳杜注）衛公孟縶輕押齊豹，奪其司寇，與豹邑鄆，有役則

反之，無則取之。見左傳昭公二十年又昭公三十一年云：「齊豹爲衛司寇，守嗣大夫，作而不

義，其書爲盜。」

樂輓 宋之司寇，子罕之孫。（左傳杜注）昭公二十二年云使「樂輓爲大司寇以靖國人」。

亥乘 衛之司寇，左傳哀公二十五年載公之入也，奪南氏邑，而奪司寇，亥改。

樂朱鉏 宋之司寇，樂輓之子左傳哀公二十六年云：「樂朱鉏爲大司寇。」

景伯 晉之司寇，左傳「久而無成，士景伯如楚。」（昭公十四年）杜注：「士景伯晉理官。」

叔魚 晉之司寇，左傳「士景伯如楚，叔魚攝理。」（昭公十四年）

自炎黃迄於秦世著名之司法官吏豈止上列數十人，但舉證其最著者耳。茲更就法官之監督言之。尙書舜典曰：

「三載考績，三考黜陟幽明。」

亦帝舜時代對於一般官吏監督之制度，法官亦固在此制度監督之下也。蓋在官及於三年，其成績可以略見，故第一次之考察，謂之三載考績，雖然，司法事務複雜繁重，因三年間之成績，如何，以爲黜陟，未免失之早計。故經三考爲黜陟，即以三年一考之制，三考須九年，以九年

之日月，經三次之考察，則其人之能否幽明，亦可知矣。如其幽者黜退之，其明者升進之，謂之三考黜陟幽明，其慎重如此。

## 第九章 訴訟代理及輔佐

考羅馬法於訴訟代理之方法，未能真稱發達。蓋羅馬古代取引觀念不發達，訴訟事件簡少，不採用代理規則之故也。而在我國訴訟代理制度發達甚早，但其限制甚嚴，貴族可有訴訟代理之權利，若一般平民訴訟均須親自受訊，無代理制度。如周禮秋官云：

『凡命夫命婦，不躬坐獄訟。』（小司寇）

按禮記云：「命夫者，其男子之爲大夫者。命婦者，其婦人之爲大夫之妻者。」（喪服傳）凡命夫命婦爲訴訟當事人，可不親至法庭，受法官之審問，有委託他人代理之權利。理由何在？蓋

恐法官之審訊，有所褻瀆，命夫命婦之尊貴也。故周禮鄭注云：「爲治獄吏，褻尊者也。躬身也，不身坐者，必使其屬若子弟也。」賈疏釋云：「古者取囚要辭，皆對坐，治獄之吏，皆有嚴威，恐獄吏褻，故不使命夫命婦親坐。若取辭之時，不得不坐，當使其屬或子弟代坐也。」

此爲親屬子弟可爲訴訟代理人見於記載之始。而訴訟當事人之家臣，以及當事人之僚屬，在先秦時代亦皆可爲訴訟代理人。如左傳載：

『楚王叔陳生與伯輿爭政，王右伯輿，王叔陳生怒而出奔，及河，王復之，殺史狡以說焉，不入，遂處之。晉侯使士匄平王室，王叔與伯輿訟焉。王叔之宰，與伯輿之大夫瑕禽坐獄於庭，士匄聽之。王叔之宰曰：「篲門閭竇之人而皆陵其上，其難爲上矣。」瑕禽曰：「昔平王東遷，吾七姓從王，牲用備具，王賴之，而賜之辟旄之盟，曰：『世世無失職。』若篲門閭竇，其能來東底乎？且王何賴焉？」（襄公十年）

杜註：「宰，家臣，瑕禽伯輿屬大夫。」王叔之宰爲王叔陳生之訴訟代理人，瑕禽爲伯輿之訴訟代理人。王叔之宰，提言伯輿係微賤之家，不足爲政，爲攻擊伯輿之理由。瑕禽言：「平王徙

時，大臣從者有七姓，伯輿之祖，皆在其中，主爲王備犧牲共祭祀，王恃其用，故與之盟，使世守其職，我若貧賤，何能來東，使王恃其用而與之盟耶？（杜註）以爲抵抗駁辯。舉證鑿鑿，王叔之宰之攻擊理由，完全被駁辯無留存之餘地，可謂盡答辯之能事矣。不寧惟是，被告代理人之瑕禽且進一步提起反訴，其言曰：

「今自王叔之相也，政以賄成，而刑放於寵，官之師旅，不勝其富，吾能無篋寶乎？唯大國圖之，下而無直，則何謂正矣！」（同上）

瑕禽之舉王叔陳生罪狀；一隨財制政。（據杜註）二刑罰放赦之事，在於寵臣。（據賈疏）師旅之長，皆受賂此其三。而「吾能無篋門閭寶乎？」一語，杜註「言王叔之屬富，故使吾貧。」更逼得緊迫，所謂以子之矛，陷子之盾者非歟？宜王叔敗訴，畏罪而遁逃於晉也。

夫訴訟代理人者，因委任而代當事者爲訴訟行爲之人是也。訴訟以有代理人爲必要，代理訴訟以設辯護士爲必要。蓋以被告或短於智識，囿於見聞，雖有利於己之情形，亦不敢主張，或不知主張，致法律所與之權利，或均不實行。有辯護士則諸種困難得以悉解；且裁判

官不敢任意枉斷，裁判必能公平。故近世各國均有訴訟代理之制。惟其制度各有不同，德與法律在合議制，法院以上，採用強制律師訴訟主義；在獨任制法院，以本人訴訟為原則。日本民訴法在地方審判廳以上之代理訴訟，代理以律師代理為原則，以有訴訟能力之親屬，雇人代理為例外。在初級審判廳之代理訴訟，雖有律師，通常由有訴訟能力之親屬雇人代理。（日民訴第六三條）至我國訴訟條例，不論合議制，與獨任制，不採強制律師訴訟主義，以本人訴訟為原則；代理訴訟為例外。與日民訴法主義，頗屬相左。（訴訟條例第八十二條至第九十三條）惟於訴訟代理人不設何等限制耳。就刑事訴訟而言，刑事訴訟以實體的發見真實為主旨。檢察官固係公益之代表，搜查犯罪，為其職責，雖亦有搜查被告人利益的證據之職務，然檢察官之所注意者，以犯罪之檢舉為主，於保護被告人利益之點，或不免輕忽。起訴於裁判衙門，有裁判權之推事，若不由被告將有利情形陳述，必至裁判錯誤，收不公平之結果。有辯護人專注意於被告之利益，得以與公訴之辯論，而後乃可得公明正確之裁判。故辯護人之於刑事訴訟較民事訴訟代理人為尤要也。現行刑事訴訟條例，關於辯護，規定第

一百七十二條，至第一百八十六條，或由被告選任辯護，（第一百七十二條）或由預審推事，或由審判長指令辯護。（第一百七十八條）或屬強制，或屬任意。規定甚詳，不為臆舉。惟條例第一百七十二條第二項規定被告之法定代理人，保佐人，配偶均得選任為辯護人，則有合於周禮註疏所載，以親屬或其僚屬為訴訟代理人，且由當事人選任之制矣。

命夫命婦既因其尊貴有以親屬或僚屬代理之制，而在一國最高階級之君主，則為何如？左傳載：

『衛侯與元咺訟，寧武子為輔，鍼莊子為坐。』（僖公二十八年）

古代君主須負法律上之責任，與近世各國法律所規定者不同，故人臣與君主可能提起訴訟。如晏子春秋云：「晏子與君訟，」（諫下篇）此其明證也。惟君主為訴訟當事人與人臣對質於法庭，實有褻君主之尊嚴，故可使人代理訴訟行為。故疏謂：

『元咺不宜與君對坐，故使鍼莊子代衛侯為坐獄之主。』

近代法律學者，每謂古代法律簡單，一般人皆能知法律之內容，遇有訴訟皆本人自赴



裁判所辯論當時裁判所亦因法律不完備，止能以正義為標準，其斷案亦甚簡易，故訴訟上無所謂輔佐人。若近世則非是，一面有訴訟代理人，他一面又有輔佐人，代理輔佐之興，乃國家法律完備之結果。固然也。然愚以為輔佐人在春秋僖公二十八年時，蓋已有之。如云：

「寧武子為輔，鍼莊子為坐。」

孔穎達疏謂：「寧武子為輔，莊子也。以寧子位高故先言之。」夫訴訟輔佐人者，辯論日期，或其他日期，偕同當事人，或法定代理人到場，盡其攻擊，或防禦能事，以輔助當事人之訴訟關係人也。（刑事訴訟條例第一百七十一條，民事訴訟條例第九十四條及第九十五條）左傳謂「寧武子為輔」，愚謂寧武子則是衛侯之訴訟輔佐人，似非牽強附會之談。而左傳謂「鍼莊子為坐」，則鍼莊子係是衛侯之訴訟代理人，詳述於前，可無疑義。此元咺與君訟之案，實首開世界未有國際之仲裁裁判；具備世界未有之訴訟代理人輔佐人也。

顧吾人尤可推知斷定此元咺與君訟之案，為多數辯護之先河。多數辯護者何數辯護人為一被告辯護之謂也。衛侯此訟，既有代理人，又有輔佐人，謂非多數辯護而何？

## 第十章 訴訟費用與訴訟擔保

關於訴訟費用，現行訴訟條例民事規定於第九十六條至百十八條。刑事規定於第四百七十八條至第四百八十四條。考羅馬古法，有科當事人以訴訟罰者，近代法律不採用訴訟罰之法則，而祇有訴訟費用，固無待言矣。惟訴訟費用性質如何？學說紛歧，有謂係國家科敗訴人之刑罰，就此一說，衡諸我國古代訴訟費用之精神，頗屬類似。周禮秋官大司寇云：

「以兩造禁民訟，入束矢於朝，然後聽之。」

鄭註云：「使訟者兩至，既兩至使入束矢乃治之也。不至不入束矢，則是自服不直者也。必入

矢者取其直也。詩曰：「其直如矢。」古者一弓百矢，束矢其百個與？則束矢之入，原係求取其直，不入束矢，則是自服不直。似與訴訟保證金之性質相同。顧愚以爲實後代訴訟費用之嚆矢。按賈疏云：

「言禁者，謂先令入束矢，不實則沒入官。」

則與民事訴訟條例第九十七條規定：「訴訟費用由敗訴之當事人負擔」者，又何以異邪？

訴訟擔保者，當事者一方之訴訟行爲，爲欲使賠償相手方所受之損害，使供擔保之謂也。故擔保實爲豫防濫訴，並保護他造利益起見，意甚善而法至良也。惟若一切訴訟均令其擔保，則於權利之伸張，轉滋窒礙。法律於是設有一定之標準，規定民事訴訟條例中，不贅述。在古代有訴訟之擔保，無特別之限制，又現行條例於訴訟擔保，民事有之，刑事則無，而在古昔於刑訴亦明文規定。（參看鄭註獄訟二字之解釋）如周禮秋官大司寇云：

「以兩劑禁民獄，入鈞金三日，乃致於朝，然後聽之。」

鄭注「不券書，不入金，則是亦自服不直者也，必入金取其堅也，三十斤曰鈞。」凡訴訟必先

入鈞金，然後受理，故即今日之訴訟保證金也。羅馬昔時視奴隸爲一種財產，有甲乙二人者爭一奴隸，致開訟端。各具理由，互相辯論。並各賭以相當之金額，名曰沙克納綿。此賭金卽爲審判官報酬，雖實爲訴訟保證金之嚆矢，然不若我國周禮明文規定訴訟保證金，並明文規定保證金歸諸國家收入之爲完備也。

## 第十一章 訴訟證據

證據於裁判上有重要之關係。其意義古來學說及立法例紛歧不一，有規定於實體法中者，有規定於訴訟法中者，有作特別法規者，就吾國論則規定於訴訟法中，考訴訟條例可得而知也。姑不具論。周禮地官小司徒云：

『凡民訟以地比正之。』

鄭註「以田畔所與比正斷其訟。」賈疏「民訟六鄉之民有爭訟之事是非難辨，故以地之比鄰知其是非者，共正斷其訟。」實則人證之起原也。按秋官大司寇鄭註云「訟謂以財貨

相告者。」故此以地比正之之訟，實民事訴訟也。然此意嫌晦，更就其淺顯者言之。如周禮秋官司士云：

「凡屬責者，以其地傅而聽其辭。」

關於此經先鄭與後鄭之解釋，完全不同。愚以為司農之解，不若玄之解釋為確當。蓋亦債權之訴訟也。後人之注此經者多從玄說，如王昭禹云：「屬責謂以己之財產，屬之於人而使責也。」李嘉會云：「地傅者當土之人，當時為傅別者，若今牙保也。屬責於人有地傅為之證，則聽其辭而理之。」其解釋實屬確當。

證人之證言為證據之一。其證言如何，關係於訴訟當事者之利害甚鉅。即因證人之證言如何，於訴訟之勝敗大有關係。故為證人，須為真實之陳述，理之當然也。雖然，證人有自己之親族，其他身分上之關係者，則欲保護一方之當事者，至為虛偽之證言，勢所不免，而果有虛偽之事實與否，亦非法官之腦所能易察，是以法律上有迴避之規定。（刑事訴訟條例第一百零五條民事訴訟條例第三百六十四條）而在古代關於證人之迴避，亦已行之。如經

謂「凡屬責者，以其地傳而聽其辭。」借債取息之事，古代已有，而債務必有契約，彼時亦已行之，如士師所載（參後）是債權訴訟可正之契約，於此又何以地傳言焉？蓋：

「屬字，當爲親屬，以財相貸，蓋有不用判書而與之者。及其有責而相訟，不可以其所親之人爲證。何則？彼以親故，或不能無相容隱之情，證其曲直，或至於傷恩。故於法親不爲證，但以其地相傳近之人證之，乃爲之聽其辭。」（鄭鑿注）

證人若與訴訟當事人有親屬關係者，若令其證，有乖親屬容隱之義，且害親屬之和好，未免戾乎人情。故法律上有免除義務之規定。至若不知事實，卽不能報告所實驗之事實之人，其不能爲證人，更無待論。故朝士賈疏云：

「云則以其地之人相比近能爲證者，來乃受其辭。爲治之者，謂以其地相比近委其事實，故引以爲證也。言能爲證者，則有不能爲證之法，地雖相近，有不知者，則不能爲證，乃不受其辭而不治之也。」

鄭鑿亦云：

「如地傳之人，有不知其事實，則不聽矣。」

夫民事訴訟之目的，在確定私權之存否；刑事訴訟之目的，在確定國家科刑權之存否及其範圍者也。人證所以資裁判，其所犯之罪刑，保障各有之私權，其重大無論矣。至若地域疆界之爭，又非專恃演述自己實驗之過去事實之第三者所可能。然則烏乎可？曰蓋有書證。如周禮地官司司徒云：

「地訟以圖正之。」

鄭注云：「地訟爭疆界者，圖謂邦國本圖。」賈疏：「言地訟爭疆界者，謂民於疆之上橫相侵削者也。圖謂邦國本圖者，凡量地以制邑初封量之時，卽有地圖在於官府，於後民有訟者，則以本圖正之。」此則調取官廳所保存之書類爲證據也。周禮秋官司：「凡以財獄訟者正之以傅別約劑。」（士師）

訂義易氏曰：「傅，謂地傳以爲之保別，謂判書以爲之合約，謂書其期約者，劑爲之要書者。」鄭鑄云：「因爭財而有獄訟，必以傅別約劑正之。小宰八成所謂聽稱責與賣買者是也。稱責



之財，則傳之以約束，別而爲兩，人執其一。買賣之財則立爲限，約而有劑券以身執，故以財致訟者，操此以爲決。」朱申云：「聽稱責以傳別，聽買賣以約劑，二者皆券書之名，所以正實僞者也。」此則以訴訟標的契約爲證據也。

## 第十二章 訴訟時期

近代民刑訴訟於時期問題，均有規定，其目的何在？不外為秩序的進行訴訟，並使訴訟速就完結而期周密也。考日期及期限之定義，論說紛歧：有謂當事人向法院為訴訟行為之時期曰日期；當事人得自為訴訟行期之時期曰期限。有謂在法院內為訴訟行為之時期曰日期；在法院外為訴訟行為之時期曰期限。有謂日期乃法院與訴訟關係人會合為訴訟行為之時期；期限乃法院或訴訟關係人單為訴訟行為之時期。三說之中，後說為當。性質既明，而後可研究古代關於訴訟時期之觀念。

古代對於人民訴訟行爲之時期，非一任當事人之意思，漫無限制，而有一定之時期。賈疏所謂：「所以省煩息訟也。」先就日期言之，周禮秋官大司寇云：

『以兩劑禁民獄，入鈞金三日，乃致於朝，然後聽之。』

鄭注云：「獄相告以罪名者。」愚考註解獄訟之不同，而謂獄是屬於刑事之訴訟；刑事重於民事，必交付保證金，後三日乃爲之審理。故此三日後，法院與訴訟關係人會合爲訴訟行爲之時期也。至於期限，考周禮秋官司士云：

『凡士之治有期日，國中一旬，郊二旬，野三旬，都三月，邦國朞。期內之治聽，期外不聽。』

賈疏「云凡士之治有期日者，即上文鄉士聽訟於朝者，鄉士一旬，遂士二旬，期日即上鄉士遂士之等獄訟成來於外朝職聽，遠近節之皆有期日。云國中者，謂獄在國中，據鄉士；云郊二旬者，謂獄在郊，據遂士；云野三旬者，謂野之縣獄三處皆是野；云都三月者，謂方士掌都家；云邦國朞者，謂訝士，雖不云期月差之邦國當訝士所掌。」疏稱凡士之治有期日，即上文鄉士聽訟於朝者，即愚前所謂有若近代之控訴審之第二級審是也。關於此中級審各有期限規

定，據賈疏所釋，則鄉士之日爲十日；遂士之期限爲二十日；縣士之期限爲三十日；方士之期限爲三月；訝士之期限爲一年。若訴訟當事者懈怠此期間，不於期限內爲其應爲之訴訟行爲，而於期限外乃爲之者不爲受理。此遲誤期限而喪失其爲訴訟行爲之權利，與近今民刑訴訟條例之所規定者，又何以異？惟現行條例對於遲誤期限，民訴第二百零五條有：「法院應依聲請准許回復原狀」之規定；刑訴第二百四十四條有：「當事人非因過失不能遵守期限者，得聲請回復原狀」之明文。古代有無聲請回復原狀之事，惜典籍中未有明示，吾儕未敢武斷。

期間之關於法官一方面者，如作成判決原本，在現代規定於民事訴訟條例中，在古代亦具其性質。如書云：

『要囚服念五六日，至於旬時，不蔽要囚。』（康誥）

孔疏：『既用刑法，要察囚情得其要辭，以斷其獄，當須服膺思念之五日，六日，次至於十日，遠至於三月，乃斷之囚之要辭，言必反覆重之如此，乃得無濫耳。』審問之後，必須經過一種法

定期間，然後爲之判決；蓋恐匆速，恐失之冤濫，延滯更恐弊端百出，其期間少則五日，六日，多則三月。三月係據鄭注及孔疏所云康誥篇未語此，鄭孔二說未知當否。仲縮自由。若周禮作成判決原本之期間規定十日，如秋官云：

『以五刑聽萬民之獄訟，附於刑用情訊之，至於旬乃弊，讀書則用法。』（小司寇）

鄭注：『十日乃斷之，』讀刑書罪則用法刑之，比較康誥所云，爲尤顯明矣。

## 第十三章 裁判

查現行法規規定審判形式，可分爲兩部，其屬於外部者，如關於判決書，決定書及命令書之作成並宣告之形式；即民刑訴訟條例所規定者是也。其屬於內部者，如何評定審理之結果，其效力當反於如何程度，以及評定審理時一切開庭形式；即法院編制法所規定者是也。粵稽周禮秋官諸士審判之狀況，足可推知當時亦已有判決書，決定書，及命令書，如今日法制所規定者，實無可疑。特年代遙遠，秦火燔焚，此種訴訟書文，遂不能見於今日矣！關於古代審判方式，除略見於訴訟法原則章外，特羅列究考如左：

法庭之秩序 法庭之秩序如何？考周禮所載法庭之秩序，如法官之坐席，均有詳細規定，以視今日之法院編制法，僅規定審判長居法庭首席（本法第五十六條）而不明言其他各官者，完備多矣，如秋官司朝士云：

『朝士掌建邦外朝之法，左九棘孤卿大夫位焉，羣士在其後；右九棘公侯伯子男位焉，羣吏在其後；面三槐三公位焉，州長衆庶在其後；左嘉石平罷民；右肺石達窮民焉。』

其排列之整齊爲何若？試分解如次：

1. 外朝 鄭注云：「鄭司農云：王有五門，外曰臯門，二曰雉門，三曰庫門，四曰應門，五曰路門。路門一曰畢門，外朝在路門外，內朝在路門內。玄謂明堂位說魯公宮曰庫門，天子臯門，雉門，天子應門，言魯用天子之禮，所名曰庫門者，如天子臯門，所名雉門者，如天子應門，此名制二兼四，則魯無臯門應門矣。檀弓曰魯莊公之喪，既葬而經不入庫門，言其除喪而返，由外來是庫門在雉門外必矣。如是王五門雉門爲中門，雉門設兩觀，與今之宮門同，闢人幾出入者窮民蓋不得入也。郊特牲譏釋於庫門內言遠當於廟門，廟在庫門

之內，見於此矣。小宗伯職曰建國之神位，右社稷，左宗廟。然則外朝在庫門之外，臯門之內，與今司徒府有天子以下大會殿，亦古之外朝哉？周天子諸侯皆有三朝，外朝一，內朝二，內朝之在路門內者，或謂之燕朝。」就此，可知天子三朝其一在臯門之內，庫門之外，謂之外朝。

2. 九棘三槐 鄭注云：「樹棘以爲位者，取其赤心而外刺，象以赤心三刺也。槐之言懷也。懷來人於此，欲與之謀。」賈疏云：「云取其赤心而外棘者，據王詢三刺而言；云槐之言懷也者，懷來人於此，欲與之謀，此亦據三詢而言也。」是聽訟必於樹木之下，與日耳曼人種之審判形式，由部落酋長定期集合於大樹下，清淨之地，聽原被告之互相辯論，且邀集人爲證人，辯論畢而後判斷者，頗屬相似。惟周禮所載其用意似較此爲深遠，周禮之注解，除鄭賈二氏之說外，尙有鄭鏗之說，其言云：「左右皆植九棘者，三孤六卿其數九，公侯伯子男其服九。棘之爲物，其心赤其刺外，向其華白，欲孤卿諸侯，忠赤誠實以事上；而以潔白爲義，又欲其外示威儀，使人無敢犯也。槐之三，公上公三人也，槐之爲物，其



華黃，其實元，其文在中坤，大臣之位以黃裳爲元吉，故取其黃；論道佐王，欲其入道之妙，故取其元陰；雖有美舍之以從王事無成而代有終，故有取於文在其中。」就此可知古代法庭種植棘槐之用意，一若近世法院官吏暨律師在法庭均應服一定之制服，（法院編制法第六十八條）以保審判之尊嚴者正同。

3. 其所坐席 各官之列席均有規定，其用意何在耶？易氏云：「孤卿大夫待之以臣道，故列其位於九棘之左，公侯伯子男待之以賓道，故列其位於九棘之右；三公北面則以答王爲義，故列其位於三槐之前；以至羣吏州長衆庶之徒，皆所以斷庶民獄訟之中，故亦各以位序而列於後。」所謂外朝之法，其威嚴蓋如此。

於此宜注意者，諸侯羣臣之並列於位者外朝之法，斷獄弊訟於九棘之下者，外朝之位，初不必諸侯羣臣之咸集而後聽之也，各會其期耳。（參看第七章法院之審級）

當事者之地位 審判官之所列之地位既明，而當事人之地位又何若？曰坐地，何以證之？如晏子春秋云：

「晏子對曰：嬰聞訟夫坐地，今嬰將與君訟，敢毋坐地乎？」（內篇諫下）

準現行犯

現代法制因犯罪發覺之先後，有現行犯與非現行犯之區別。其先後係屬

時間問題，本無一定之標準。所謂現行犯者，於犯罪之實行中，又其實行方終之際，發覺其罪之謂也。發覺云者，為犯罪人以外之人所覺知也。犯迹之明顯者，人人一望而知，此即為現行犯。若實施後未能即時發覺，犯迹已湮滅者，則不謂之為現行犯也。其原非現行犯，近今法律上認為現行犯者，即所謂準現行犯是。刑事訴訟條例規定於第五十七條，其所列情形有二：(1)被追呼為犯人者。(2)於犯罪發覺後十四日內持有兇器贓物或其他物件，可疑為該罪之犯人，或於身體衣服等處，顯露犯該罪之痕迹者。所謂於身體衣服等處顯露犯該罪之痕迹者，如因殺人傷及自身，或衣染血跡者皆是。古代有見衣染血跡，而被攝為犯人者，如竹書紀年載：

「巴人訟於孟涂之所，其衣有血者，乃執之。」（帝啓八年）（西曆紀元前二一九〇年）

肺石

古代有一種物品為訴訟審判之助者為肺石。周禮秋官大司寇云：

「以肺石達於窮民。」

鄭注：「肺石，赤石也。窮民天民之窮而無告者。」賈疏：「肺石赤石也者，陰陽療疾法，肺屬南方火，火色赤，肺亦赤，故知名肺石，是赤石也。必使之坐赤石者，使之赤心不妄告也。」蓋爲保護憚獨老幼而設，如云：

「凡遠近憚獨老幼之欲有復於上，而其長弗達者，立於肺石。」

立三日而受理，如：

「三日，士聽其辭，以告於上而罪其長。」

上謂王與六卿而言，（鄭注）王與六卿並知國政，皆得受冤結。（賈疏）實則第三級之訴訟機關，而此立肺石三日受理之訴訟，實則非常之上訴是也。考日本名之非常上告，曰之有此種制度，由法國治罪法第四百四十二條移植而來。我國刑事訴訟條例規定於第四百五十條至第四百五十七條，不更縷舉。至古代之原審法院者，卽所謂「其長」是已。其長者何？鄭注云：「長謂諸侯若鄉遂大夫。」賈疏：「長謂諸侯若鄉遂大夫者，冤訴之人，天下皆是，故長亦

兼天下，故以畿外諸侯，及畿內鄉遂大夫，皆得爲長也。若然不言三等采地之主，及三公邑大夫者，在長中可知。故舉外內以包之也。』此種制度，謂爲非常上訴，實無聞然也。

法律之聖獸

希臘羅馬古代用一種獸類動物，令犯罪者觸之，其獸類之動作如何，因

定其罪犯之有無。此種神託裁判，我國古代亦已有之。如王充論衡言皋陶用羊審判事，茲摘於左：

『儒者說云：「鯀者，一角之羊也，性知有罪。皋陶治獄，其罪疑者，令羊觸之，有罪則觸，無罪則不觸，斯蓋天生一角聖獸，助獄爲驗，故皋陶敬羊，起坐事之。此則神奇瑞應之類也。』

(是應篇)

此羊可稱法律之聖獸，日儒田能村梅士亦云：『此羊ハ恰モ印度ニ於ケル野牛ノ如ク支那ニ於ケル法律的聖獸タルノナリ』(見世界最古の刑法二一五頁)然愚以爲此說，實詭辭不經，未足爲信，王充亦云：

『夫鯀則復屈軼之語也。羊本二角，鯀一角，體損於羣，不及衆類，何以爲奇？鼈三足，曰

能，龜三足曰賁，案能與賁不能神於四足之龜鼈，一角之羊何能聖於兩角之禽？狴狴知往，乾鵠知來，鸚鵡能言，天性能一，不能爲二，或時鮭鱮之性，徒能觸人，未必能知罪人。皋陶欲神事助政，惡受罪者之不壓服，因鮭鱮觸人則罪之，欲人畏之不犯，受罪之家，沒齒無怨言也。」（論衡是應篇）

愚意亦然，實可無疑。但從說文法字之意義言，此鮭鱮觸人亦頗有意義，許氏云：

「灋，刑也。平之如水，从水。廌所以觸不直者去之，从廌去。」

故法本字作灋。後人去其一部分廌而省略之。刑法必須公平正直如水，而不直者即犯罪者，觸而棄之，猶之鮭鱮之觸罪人也。總之，此事屬是屬非，難尋確證。所望博雅者有以深索而肯斷之也。

刑訊 被告之訊問，現行刑事訴訟條例，規定於第七十條者：不得強暴脅迫利誘詐欺，及其他不正之方法，所以保護被告人也。古代訊問被告，崇尚刑訊，實施強暴，掠捶逼供，被告既無真實之確供，國家滋多誣服之罪人；於人民之利益既悖謬，於訴訟之本旨亦違乖，甚非

善制也。現代除正式法院已實行廢止刑訊外，其沿用刑訊舊惡習者尙多。未能根本剷除，人民終羅冤濫。考拷問之制，肇自周代，禮記月令云：

『毋肆掠止獄訟。』（仲春之月條）

鄭注：『掠謂捶治人，』前漢書陳萬年傳：『下獄掠治，』則掠係拷問，可無疑義。月令所云，特仲春之月禁止之耳。故拷問之制，肇自成周，實可無疑。周代以前，無得而稽。堯舜時代，無此制度，殆可言也。善乎路溫舒有言曰：『夫人情安則樂生，痛則思死，捶楚之下，何求而不得！』（見路溫舒上宣帝書）今之司法其尙有沿用舊習慣者，幸垂覽焉。

敢諫之鼓及誹謗之木

審級之制度，堯舜時代，蓋已有之。蓋單級之裁判，直爲確定，假

令裁判誤謬，卽無救濟之途，雖然，於此有亟堪注意者，所謂敢諫之鼓，及誹謗之木是也。鄧析

曰：『堯置敢諫之鼓，舜立誹謗之木。』（鄧子轉辭篇）

而尸子曰：

『堯有誹謗之木。』(尸子下卷)

漢孝文帝亦曰：

『古之治天下，朝有進善之旌，誹謗之木，所以通治道，而來諫者。』(史記文帝本紀二年)

鄧子尸子二家之言，未能一致。要之，堯舜時代已有此種設施，實無疑義。所謂諫鼓者，其制如何？必以一鼓常設宮門附近，凡有訴者，鳴鼓之，不外開採聽之途耳。

誹謗之木，或云橋梁之交午柱頭，或云橋梁之邊板，其制靡得而詳；要指橋梁之欄柱等物而言，人民於政治之愆失，得自由書之，以供參考也。或謂至秦始皇去此制，或謂後代因以爲飾，今之宮外橋梁頭四柱木是也。堯舜時之本旨漸就喪亡，終成一種之粧飾品而已。

敢諫之鼓及誹謗之木，供政治愆失之訴，何人而得用之？又何事而得用之？其間固自有何等之限制。故此方法利用之如何，實一問題，不得不加以研考也。想不外一般行政上之彈劾，與夫司法上之不服，均可得而用之。是卽不外訴訟覆審之請求。故此訴非今日之所謂上訴，謂之再審，較爲適當。據此以言，堯舜時代，實有再審之訴，可無疑義。

雖然此二者有如何之限制耶？古代似無須如今日再審之種種條件，苟不服判決，直得請求再審，此點與今日上訴之制不同，而與控訴類似。近代控訴之期間，訴訟法有明文規定，在古代一無限制，可謂寬大。而自其一面觀之，如今日之上訴與夫再審之提起，蓋非必然爲其裁判。裁判之開否，全在該官吏之意見。如該官吏認爲必要，則開庭審理，否則不開裁判，非伴有一定之效果，故此方法，僅得再審而止，其本質實如建議與請願相同。制度固不完全，然運用之妙，全在於人。當時法官爲皋陶，有此方法，亦必多得意外之實益，可推想而知。

### 判決之宣告

查現行法例判決必待宣告，始對外發生效力。故雖實際已作判決書，亦不過法院內部之事務，而對外則尙未成立也。宣告裁判，應朗讀主文，其敘述理由者，並應朗讀理由，或告以要旨，此刑事訴訟條例第一百九十三條之所規定也，宣告判決應朗讀主文爲之，若認爲應諭知判決之理由者，並應朗誦理由，或口述其要領。此民事訴訟條例第二百六十四條之所規定也。宣告判決之制，古代已然。周禮秋官司寇云：



「以五刑聽萬民之獄訟，附於刑，用情訊之，至於旬乃弊。讀書則用法。」

鄭司農云：「讀書則用法，如今時讀鞠已乃論之。」賈疏云：「讀書則用法者，謂行刑之時，當讀刑書罪狀，則用法刑之。」則朗讀判決書後，即執行刑罰是也。

### 判決書

現行民事訴訟條例關於裁判規定於第二百六十一條迄第二百八十條，刑

事訴訟條例規定於第一百八十七條至第一百九十四條。裁判云者，法院就訴訟之事體及程序所表示之意思也。民刑訴訟條例規定甚詳，不為細舉，我國古代早有判決，如周禮秋官

「辯其獄訟，異其死刑之罪而要之。」

鄭注：「辯異謂殊其文書也。要之，為其罪法之要辭，如今劾矣。」賈疏云：「辯其獄訟者，辯別也。獄謂爭罪，訟謂爭財。事既不同，文書亦異。云異其死刑之罪者，死與四刑，輕重不同，文書亦異。云而要之者，文書既得，乃後取其要辭。」左傳疏漢世名斷獄為劾，案劾要，即今判決。則我國古代已有判書之制，良無疑議。查民事訴訟條例第二百六十六條規定，判決應作判決書，記明左列各款事項：一、當事人姓名，住址，若當事人為法人或其他團體則其名稱及事務所。

二、當事人之法定代理人，及訴訟代理人姓名、住址。三、判決主文。四、事實。五、理由。六、法院。刑事訴訟條例第一百九十一條規定裁判書應記載：一、被告之姓名、年齡、職業、住址。二、有代理人或辯護人者，代理人或辯護人姓名。三、經檢察官出庭者，檢察官之官職、姓名。四、裁判之法院及年、月、日。現行法規判定判決書，所應記載之事項如此。古代如何？既云辯其獄訟，則其訴訟爲民事，抑爲刑事當必辯明。既云異其死刑之罪，則近世所謂主文、事實、理由、諸項，當無不具，可推測而知。又如方士云：

「獄訟成，士師受中，書其刑殺之成，與其聽訟者。」

則古代確已有判決書之制，實無可疑。此之成指司寇羣士聽議之成。（王安石語義疏正義）鄭注周禮云：「都家之吏自協日刑殺，但書其成與治獄之吏姓名，備反覆有失實者。」王應麟謂都家八則有刑賞之威，王朝主馭其大略，故但書其刑殺之成而已。是司寇羣士於鄉士遂士之判決書，必較方士之判決書爲詳，可推證而知。其云：「與其聽訟者，」蓋指爲審判之法院而言。現行民事訴訟條例規定二百六十六條第六款，刑事訴訟條例規定一百九十一

條第四款，均如前舉。而民事訴訟條例第二百六十七條規定爲判決之推事應於判決書內簽名，第二百七十條規定判決之正本或節本應記明其爲正本節本，由法院書記官簽名並蓋法院之印。刑事訴訟條例第一百九十一條規定，裁判書之原因，應由裁判之推事簽名，均所以示慎重而杜冒濫也。古代於判決書應記載法院，既有明文，而應否須由羣士簽名，乃未有明示。究竟有無，未敢妄斷，以俟高明之究考。

判決之正本節本應記明其爲正本節本，由法院書記官簽名，並蓋法院之印。此民事訴訟條例第二百七十條之規定也。裁判應將正本送達於當事人，此又刑事訴訟條例第一百九十四條之規定也。判決原本應自宣告判決之日起於五日內交付法院書記官。書記官應於判決原本記明收領日期並簽名，此又民事訴訟條例第二百六十八條之規定也。書記官應將當事人書狀裁判書各種文件應由法院或檢察廳保存者，編爲卷宗。民訴條例第二百八十一條，刑訴條例第二百條均有明文規定。

考核判決卷宗，古代亦已有之，如周禮秋官司師云：

「歲終，則令正要會。」

鄭注：「定計簿，賈疏：『定計簿者，年終將考之故也。』近世大理院彙集判決書狀，而爲判例者，各國亦莫不皆然。實亦我國古代『正要會』之遺意。其性質於下項述之。

判例 判例者，謂裁判所關於訴訟而下之判決例也。判決例之效力有二種法制：一爲

英國主義，一爲羅馬主義。英國主義之法制，則認判決爲法律作爲之方法。援用判例與援用法律無有歧異，純然爲有法律之效力者也。羅馬主義之法制，適用判例之裁判官無論其有重大之勢力與否，在法理上不認有法律之效力。現今歐洲大陸諸國之法制，皆襲用此主義，法、澳皆有明文規定。其他諸國雖無法律之明文，然在法理上，要皆依此解釋，則可無疑也。我國古代早有判決例之制，而且在法理上認爲有效。周禮秋官司師云：

「掌士之八成。」

注：「八成者，行事有八篇，若今時決事比。」疏：「凡言成者，皆舊有成事品式，後人依而行之。決事依前比類決之。」按決事比，卽今日大理院之判決例也。又禮記云：

『疑獄汜與衆共之，衆疑赦之；必察大小之比以成之。』（王制）

必察大小之比以成之者，小大猶輕重也，比，例也。已行故事曰比。（注）此言雖疑而赦之，不可直爾而放，當必察按舊法輕重之例，以成於事，則所謂比者亦今之判決例也。漢書刑法志：高帝詔獄疑者廷尉不能決，謹具奏若所當比律令，此均爲疑獄引用判例之明證。今日法吏於律意有疑者，具牒大理院解釋，日久累積，裒然成巨帙，爲法吏治獄訟之準的，與古相同。

查近日有大理院彙覽之輯，將大理院歷年所有關於各法判決解釋者，分門彙輯，計有憲法彙覽，民法彙覽，刑法彙覽，商法彙覽，民事訴訟彙覽，刑事訴訟彙覽，是爲六法之彙覽。古代之判例，亦計有八篇如：

『一曰邦汙，二曰邦賊，三曰邦諜，四曰犯邦令，五曰橋邦令，六曰爲邦盜，七曰爲邦朋，八曰爲邦誣。』（周禮秋官司師）