

中國司法制度



中國司法制度

陶彙曾著

# 中國司法制度

此書有著作權翻印必究

中華民國十五年七月初版

每冊定價大洋貳角

外埠酌加運費匯費

著者

陶彙曾

發行者兼  
印刷者

上海寶山路  
商務印書館

發行所

上海及各埠  
商務印書館

JUDICIARY OF CHINA

By

Tao Wei Tseng, LL. B.

1st ed., July, 1926

Price : \$0.20, postage extra

THE COMMERCIAL PRESS, LTD.

Shanghai, China

All Rights Reserved

# 中國司法制度

## 緒論

### 一 司法權

政府職權的分配，學者或主張兩權分立說，以爲祇有兩種權力，就是制定法律權和執行法律權；但是執行法律權又應分爲三種：第一是行政，第二是執行，第三是司法；司法和行政及執行仍然是互相分立的。又或主張三權分立說，以爲各種政府都有三種權力，就是立法權，行政權和司法權。近代極力發揮三權分立說的，要算孟德斯鳩，他說：「若司法權與立法權合併，則裁判者

即爲立法者，人民生命自由將受橫暴之壓迫；若司法權與行政權合併，則裁判官必極專橫。」是後各國憲法多取三權分立主義，把立法權行政權司法權分屬於相異的機關。司法權便由司法機關即法院行使。

中國舊來，司法權常由行政官兼領，自清末籌備憲政，即採用三權分立主義，十九信條明定司法權「委任審判衙門遵欽定法律行之，不得以詔令隨時更改。」光緒末年，京師及各省通商大埠，漸設各級審判廳。宣統元年修訂法律館編訂了法院編制法，奏准施行，立司法獨立的基礎。民國成立，法院編制法依元年三月十日臨時大總統令，繼續施行。臨時約法更以專章明定法院的職權和法官的保障。

司法權有實質和形式兩種意義：

(一) 實質意義的司法權，就是解釋法律，適用於具體事實而爲審判的權力。但是這種權力，

不盡由法院行使。

(1) 約法的解釋，不在法院權限以內。法院又沒有審查法律是否違背約法或是否不合事理之權。美國聯邦及各邦最高法院有這種權限，所以能夠宣告議會所立法律爲無效。臨時約法不採此制。

(2) 軍法由陸海軍軍法機關執行，法院無權受理。(法編二條) 軍人犯陸海軍刑事條例或刑法所揭各罪或違警罰法及其他法律之定有刑名者，及非軍人而犯陸海軍刑事條例特定罪名者，均依陸海軍軍法會審審判之。(陸軍刑事條例第一條海軍刑事條例第一條) 在民國八年以前，常有由該管高級軍官委託法院代行審判的事，至民國八年陸軍部纔通令禁止委託法院代行審判。

(3) 行政訴訟不由法院受理。(法編二條約法四九條) 英美法制，官吏執行職務侵害人民

權利時，人民仍向普通法院起訴。法德諸國卻把公法私法分別極嚴，關於公法，除刑法外，所有訴訟均由行政法庭受理。臨時約法採用法德制度，以平政院管轄行政訴訟，而不在法院職權以內。

(4) 大總統犯叛逆罪，經國會彈劾後，由特別法庭審判。(約法四一條) 文官懲戒處分由文官高等懲戒委員會或文官普通懲戒委員會掌理。(文官懲戒委員會編制令二條) 此外法令所定特別訴訟不由法院審理者，法院均無權審判。(法編二一條)

所以由實質上說：司法權不外法院編制法第二條所謂「審判民事訴訟及刑事訴訟」的權力。

(二) 形式意義的司法權，卻又不止「審判民事訴訟及刑事訴訟」的範圍。法院的職權不止於民事訴訟及刑事訴訟的審判。法院編制法第三條所謂非訟事件，如登記，如遺囑執行，如親屬會之監督，在歐美諸國多由法院行之，而在中國，不動產登記自十一年五月以後已漸歸法院辦



理。凡是法院行使的權力，自形式上都稱爲司法權，這就是司法權的形式意義。

## 二 司法權與司法行政權

司法權是審判民事訴訟和刑事訴訟的權力。但在行使司法權時，常有相關的行政事務，卽如任命官吏，依訟案繁簡而配置相當的官吏名額，對於司法官加以監督，又如司法機關的經費收支，預算決算，此等事務都是輔助行使司法權的行政事務，稱之爲司法行政事務。辦理司法行政事務的權力，稱爲司法行政權。

(一) 司法行政權與普通的行政權同，行使之時，是要服從上官的命令。上官在法律所許的範圍以內，可向下級官吏發出訓令。司法權卻不然，下級法院行使司法權時，絕不受上級法院的干涉，這叫做司法獨立的原則。

(二) 司法行政權要服從上官命令，而司法權卻要獨立行使，不受干涉，但是兩個權力又不

能使分離獨立的機關行使。所以除了司法部專爲司法行政機關以外，司法行政權仍分寄於各級法院。在司法行政上，各級法院上級可以監督下級，而各級法院都隸屬於司法總長。

(三)法院是行使司法權的機關而不是行政機關，不過爲辦事便利起見，以司法行政權相寄託。此項寄託，是根據法律規定的。(法編一五七條以下)而法律規定司法行政事務又非詳密不可，否則將因司法行政權之行使而害及司法獨立。

### 三 司法獨立

什麼是司法獨立？司法獨立有兩種意義：第一，司法機關不受立法或行政機關干涉；第二，下級機關行使司法權時，不受上級機關干涉。

(一)司法機關和立法行政機關的關係 司法機關須和立法行政各機關分立，纔能免卻干涉，這不待言。但是政府職權雖分賦於各種機關，各種機關究不能絕對孤立。爲保持司法獨立

起見，司法機關和立法行政機關的關係不能不明確規定於法律。

(1) 法官的任命 各國的法官有的由立法機關選定，有的由人民公舉，有的由行政機關任命。中國的推事檢察官是由大總統與司法部（行政機關）任命的。（約法四八條）所以法律對於任命法官，不得不嚴密規定。法院編制法於推事檢察官的資格和補官的次序，都設有詳細條文。（一〇五至一一五條）司法部對於各等法官的資格及任用辦法也定有詳密規程，呈准公布。

(2) 法官的保障 司法獨立的精神，全賴法官守正不阿，一以法律為準繩，不受威脅，不惑利誘。所以法官的地位，要以法律保障。臨時約法第五十二條有「法官在任中不得減俸或轉職，非依法律受刑罰之宣告或應免職之懲戒處分，不得解職」的規定。法院編制法第一百二十五條也規定「司法部對於推事及檢察官不得勒令調任借補停職免職及減俸等事。」不過有特定情形，就不在限制之內。至於法官的懲戒，又要依司法官懲戒法辦理。

(二)下級司法機關和上級司法機關的關係 有權審查別的司法機關所爲裁判之當否而裁判之者，爲上級司法機關；所爲裁判受別的司法機關審查裁判者，爲下級司法機關。下級司法機關所爲裁判，雖應受上級司法機關審查而裁判其當否，但在審判的時候，卻完全獨立，不受上級司法機關的干涉。(約法五一條)即令在同一司法機關之中，法官的權限也是獨立行使，不受長官的指揮。必須這樣，纔能夠守法不渝，正直不苟。

但是獨立不受干涉的祇有推事。至於檢察官卻均應服從長官的命令。(法編九八條)這叫做檢察官一體主義。

司法獨立，要有上述兩種的法律保障，纔能實現，所以司法機關必須與行政機關分離，自成系統。行政機關的下級官廳原則是應當服從上級官廳的命令，而下級官吏的轉職，又隨上級官吏的意志而定規，免職停職，決沒有完全的保障。那末，如果以行政官來兼理司法，則求審判上

不受上官的干涉，是很難的了。

## 第一章 司法機關的種類

### 一 普通訴訟

中國舊來，司法概由行政官廳兼理。自清末至民國元二年間，全國地方法院有一百二十四所，初級法院有一百七十九所。設立審檢所以幫審員行審判事務的有九百多縣。民國二年三年之交，各省攻擊司法制度的人很多，三年四月遂廢止初級審檢廳，歸併於地方審檢廳，而地方審檢廳，除通都大邑之外，也多從廢止。一時行政官廳兼理司法的制度又忽復活。民國八年，曾經公布「添設廳監分年籌備事宜」的計畫，預定自九年到十三年，籌設各省舊道治高等分廳和舊府

治地方審檢廳；自十四年到二十九年籌設各縣地方審檢廳。但因國事紛紜，計畫竟沒有實現。直至現在，司法機關還要分左列三種：

(一)法院 依法院編制法編制的司法機關，就是法院。法院本分四級，現在初級審判廳已裁，只餘其三：即地方審判廳，高等審判廳，及大理院。(法編一條)但這三種之外，還有左列兩種組織：

(1)高等審判分廳，地方分庭，地方廳簡易庭，地方庭 (a)前清宣統元年七月十日奏准

的「各省城商埠各級審判檢察廳編制大綱」第一款規定：凡省城商埠同在一處者，設高等審判廳一所；省城商埠各在一處者，省城設高等廳，商埠不設；其商埠大而事繁或距省城過遠者，得酌設高等審判分廳。(b)民國六年四月二十二日公布的「暫行各縣地方分庭組織法」：凡已設地方審判廳地方，得於附近各縣設立地方分庭，稱爲某處地方審判廳某縣分庭。(c)民國三年四

月間撤廢初級廳後，四年五月七日司法部通飭各省籌設地方廳簡易庭，辦理初級廳管轄案件。  
(d) 此外還有高等分廳附設的地方庭。(參照四年四月七日部批)

(2) 縣司法公署 縣司法公署是設在縣行政公署內的司法機關，雖以縣知事掌檢察事務，但審判事務卻由審判官獨立辦理，縣知事不得干涉。暫行各縣地方分庭組織法第十三條規定：凡未設地方廳及地方分庭各縣，應設立縣司法公署；縣司法公署組織章程以教令定之。此項章程於六年五月一日公布。

(二) 特別司法官署 因各地特別情形，未能設立普通的法院，於是有左列各種司法機關：  
(1) 新疆司法籌備處 司法籌備處是沿襲前清司法舊制，不過一種過渡辦法。民國二年以前，各省曾經設置，至二年九月一律裁撤。惟新疆因經費支絀，仍舊存在，所有上訴及覆判案件，均歸管理。

(2) 熱察綏都統署審判處 三特別區都統署各置審判處，以都統行使監督司法行政權。審判處與各省高等廳大體相當。處長可由道尹兼任，處長之下置審理員。察哈爾各旗羣翼等處審判處，則設監督審理員和審理員。

(3) 東省特別區域法院 自俄國革命，中俄舊來領事裁判權條約，一律廢止，中東鐵路附屬地內訴訟事件，應歸中國官廳審理。民國九年十月三十一日公布東省特別區域法院編制條例，於哈爾濱設高等審判廳及地方審判廳各一，並在鐵路沿線酌設地方分庭若干處。各廳內得由司法部酌委外國人爲諮議調查員；地方廳對於鐵路沿線地方案件，得用巡迴裁判制度。

(三) 兼理司法官署 三年四月五日公布的「縣知事兼理司法事務暫行條例」凡未設法院各縣之司法事務，委任縣知事處理之；縣知事審理案件，得設承審員助理，承審員審理案件，與縣知事同負責任。四年九月十三日司法部通飭，凡關於輕微案件屬於初級管轄範圍者，不分民



事刑事概歸承審員獨自審判，並負完全責任。此外非縣知事而兼理司法的有

(1) 雲南省縣佐距縣在二百里外者兼理初級管轄民刑案件。(四年二月五日司法部呈准) 天津大沽縣佐亦同。(七年八月二十一日部令) 新疆于闐縣佐卻限於命盜重案以外的案件。(八年六月十三日呈准)

(2) 四川撫邊等處屯務委員兼理訴訟。(六年二月二十四日呈准)

(3) 雲南井檜及河口麻栗坡等處行政委員亦得兼理訴訟。(六年六月八日呈准)

(4) 甘肅莊浪茶馬廳理番委員亦得兼理訴訟。(九年十二月三十日呈准)

## 二 華洋訴訟

以行政官廳兼理司法，雖損害司法獨立，但因地方特殊情形及財政困難狀況，不得不然。更有因條約及慣例的束縛，使中國司法制度倍覺紛歧者，即華洋訴訟是。中英鴉片戰爭以後，歐美

日本各國陸續獲得領事裁判權。領事裁判權以「以原就被」為原則，故條約國人民間的案件及中國人民為原告條約國人民為被告的案件，均歸條約國領事或特別法庭審判。至條約國人民為原告中國人民為被告的案件，則由下列機關審判：

(1) 會審公廨及洋務公所 上海公共租界及法租界內的民刑案件（命盜重案原不由公廨審理，但現在仍歸公廨）由各界會審公廨審理，廈門鼓浪嶼公共租界會審公廨亦同。上海會審公廨沒有上訴機關，只有復審的辦法。鼓浪嶼華洋控案以廈門道為上訴機關；純粹華人案件，以閩侯地方廳及高等廳為上訴機關。漢口租界設有洋務公所，大體仿會審公廨的辦法。

(2) 地方行政官 在司法權沒有分立以前，華洋訴訟本歸各地行政官受理。到了法院成立以後，自應分歸法院。但因條約國有的依約有觀審權，（中英煙臺條約第二端之二，中美續約

第四款）如將華洋訴訟劃歸法院，又不得不仍許外領觀審，則「將來法院遍立，司法官所到之

處皆觀審權力所到之處，愈推愈廣，收束尤難。況且「各級法院係民國完全司法制度，未便再令外人參預。」所以民國元年十一月二十六日司法部令：華洋訴訟仍歸地方官審斷，如洋人赴各級法院起訴，一律受理，若堅求會審，則將原案撤銷，依舊歸地方行政官受理。關於地方官承審華洋訴訟，有幾個要點，併述於左：

(a) 如承審官不是法律或法政專門畢業人員，應即函請同縣或附近法院酌派法官或幫審員幫同承審。(華洋訴訟辦法第一款)

(b) 華洋訴訟以交涉員為上訴機關。(華洋訴訟辦法二款，六年五月二十日司法部咨外交部。) 但如該交涉員不是法律或法政專門畢業，應依華洋訴訟辦法第一款委員承審。(八年三月一日司法部咨外交部)

(c) 華洋訴訟歸行政機關受理者，不適用三審制度，即以交涉員為終審機關。(二年三月

二十六日司法部令

第二章 司法機關的組織

一 緒論

(一) 法院或審判衙門的意義

中國現在，除兼理司法官署之外，有一個大理院，一個總檢察廳，二十三個高等審判廳，而高等檢察廳同數，二十六個高等審判分廳，而高等檢察分廳同數，六十四個地方審判廳，而地方檢察廳同數，二十二個地方分庭，九個審判處，及一個司法籌備處。大理院分民事四庭，刑事二庭；高等審判廳以下，也多分民事刑事庭。初級法院不分庭，而置推事一人或二人以上。審判處置審理

員一人至三人，各級檢察廳各配置檢察官若干。

但普通所謂法院或審判衙門，並不指一個機關而言。（檢察機關不能叫做法院）所謂法院或審判衙門是指對於一個案件，行使審判權的法庭的組織。這種組織，有用審判官一人，有用審判官數人的。前者為獨任制，後者為合議制。

## （二）獨任制合議制折衷制

審判機關行使審判權的時候，依法令規定，有應當用獨任制的，有應當用合議制的，有依案件而或當用獨任制，或當用合議制的。最後的制度，叫做折衷制。合議制的法庭叫做合議庭。合議庭的審判官必成單數，以其中的一人為審判長。在普通的法院，例以庭長為審判長，在各審判處，以處長或監督審理員為審判長。庭長或處長監督審理員有事故時，以資深推事或審理員為審判長。

二 各論

(一) 法院

法院的審判權由單獨推事或合議庭行之，其情形如左：

(1) 初級法院 (a) 地方廳簡易庭的審判權以單獨推事行之。(京師初級廳歸併辦法七款籌設地方廳簡易庭通飭)——(b) 地方分庭審理初級管轄案件，以獨任制行之。(地方分庭組織法四條)——(c) 縣司法公署處理初級管轄案件也是用獨任制，因為公署祇設審判官一人或二人(縣司法公署組織章程四條)，行合議制是不可能的。

(2) 地方法院 (a) 地方審判廳審判權，於訴訟案件係第一審者，以推事一人獨任行之；

於訴訟案件係第二審者，以推事三員之合議庭行之；訴訟案件雖係第一審，但案情繁雜，經營事

人請求或依法法院職權，得以合議制行之。這就是折衷制。(法編五條)——(b) 地方分庭審理地

方管轄案件，仍用獨任制。（分庭組織法三條四條）——（c）縣司法公署也和地方分庭一樣。（縣司法公署組織章程三條四條）——（d）高等分廳附設地方庭，以獨任推事受理第一審案件，以合議庭受理第二審案件。（四年二月二十五日呈准）

（3）高等法院 高等審判廳及分廳均為合議制，其審判權以推事三員之合議庭行之，但因情形，可加到五人。（法編五條）

（4）大理院 大理院為合議制，其審判權以推事五人之合議庭行之。（法編七條）

（二）特別司法官署

東省特別區法院法庭組織與普通的法院相同。（編制條例十一條）各特別區審判處，審判權由審判員或審理員行之，原則為獨任制，於必要時，以合議制行之。行合議制時，以處長或監督審理員為審判長。（察哈爾審判處處理事務規則二九條綏遠同規則二五條察哈爾各旗羣翼

等審判處組織章程九條)

(三)兼理司法官署

兼理司法官署審判權由縣知事承審員行之，初級管轄案件由承審員單獨負責。縣佐行政委員屯務委員等行政官吏兼理司法，即由該員行使審判權。不問案件輕重，均用獨任制。

### 第三章 司法機關的權限

#### 一 緒論

國家欲使審判正確及敏捷，多設審判機關，分任審判事務。一個審判機關依法令規定所分配的事務範圍，叫做管轄。定管轄的標準有三：(一)職務的種類，(二)訴訟目的物的性質，(三)訴



訟事件的件數。換句話說，分配事務於審判機關，或以裁判的種類，或以係爭物的性質價格，或以案件的件數為標準。依第一標準的管轄為職務管轄。依第二標準的管轄為事物管轄。依第三標準的管轄為土地管轄。為便於敘述起見，先說明事物管轄及土地管轄，再說明職務管轄。

## 二 事物管轄

訴訟案件以那個司法機關為第一審，應依司法機關的事物管轄而定。凡刑事案件，有應由初級法院管轄的，有應由地方法院管轄的。前者稱「初級管轄案件」，後者稱「地方管轄案件」。什麼是初級管轄案件呢？

### (一) 民事訴訟

(甲) 關於財產權的訴訟，其標的金額或價額在八百元以下者，由初級審判廳管轄第一審。此項額數得因地方情形，以司法部令減為六百元或增為一千元。(民訴條例一條) 依十一年六

月二十四日司法部令，除新疆陝西甘肅雲南貴州察哈爾熱河綏遠仍依條例所定外，其餘各省均增爲一千元。

(乙)左列訴訟，不問其標的之金額或價額，由初級審判廳管轄第一級：

一、業主與租戶因接收房屋，或遷讓，使用，修繕，或因業主扣留租戶之家具物品涉訟者。業主與租戶或轉租人因以上情形涉訟者亦同。

二、雇主與雇人因雇傭契約涉訟，其期限在一年以下者。

三、旅客與旅館酒館飯館主人或水陸運送人因關於食宿運送所負之義務或因寄放行李財物涉訟者。

四、因求保護占有狀態涉訟者。

五、因定不動產之界線或設置界標涉訟者。

(二) 刑事訴訟

初級審判廳於左列案件有第一審管轄權(刑訴條例第十六條)：

- (一) 最重本刑爲五等有期徒刑拘役或罰金之罪。(二) 刑律第一百五十三條第一項，第一百五十四條及第一百五十五條之妨害公務罪。(三) 刑律第一百九十六條及第一百九十七條之放火決水及妨害水利罪。(四) 刑律第二百零四條第一項，第二百零五條及第二百零七條第一項之危險物罪。(五) 刑律第二百十條第一項，第二百十四條第三項，第二百十五條及第二百十六條第二項之妨害交通罪。(六) 刑律第二百二十四條至第二百二十六條之妨害秩序罪。(七) 刑律第二百五十二條之偽造度量衡罪。(八) 刑律第二百六十七條，第二百六十九條及第二百七十條之鴉片煙罪。(九) 刑律第二百七十七條，第二百七十八條及第二百七十九條第一項之賭博罪。(十) 刑律第二百九十七條及第二百九十八條之

妨害飲料水罪。(十一)刑律第三百〇五條第二項之妨害衛生罪。(十二)刑律第三百六十三條之妨害秘密罪。(十三)刑律第三百六十七條及第三百七十七條第三項之竊盜及強盜罪。(十四)刑律第三百八十二條之詐欺取財罪。(十五)刑律第三百九十一條之侵占罪。(十六)刑律第三百九十七條第一項之贓物罪。(十七)刑律第四百〇四條及第四百〇六條之毀棄損壞罪。

不屬於初級審判廳管轄的民刑案件，均由地方審判廳管轄第一審。但人事訴訟專屬地方管轄，又內亂罪外患罪及刑律第一百十八條至第一百二十二條及第一百二十七條之妨害國交罪第一審屬於高等審判廳管轄。(刑訴條例十八條)

### 三 土地管轄

訴訟案件數很多，不得不多設同級司法機關，分配受理，而其分配即依案件相關的地域

定之。這就是土地管轄問題。

(一) 民事訴訟

(甲) 普通審判籍 民事訴訟原則由被告普通審判籍所在地法院管轄。普通審判籍依住址定之。(民訴條例十四條十五條)

(乙) 特別審判籍 特別審判籍規定於民訴條例第十七條至第二十九條。或依被告人一身上情形及訴訟目的物與法院管轄區域之關係，或依訴訟目的物與法院管轄區域之關係，而定其管轄。

(二) 刑事訴訟

刑事訴訟的土地管轄依犯罪地或被告之住所居所或所在地定之。在民國領域外 民國船 艦內犯罪者，船艦之本籍地或犯罪後最初到達地法院有管轄權。(刑訴條例二二條)

#### 四 職務管轄

中國民刑訴訟取三審制。依事物管轄及土地管轄的規定，向有管轄權的審判機關初次起訴，所爲審判，叫做第一審。不服第一審判決，而上訴於上級審判機關，叫做第二審。不服第二審判決，再上訴於上級審判機關，叫做第三審。上級審與下級審的關係叫做審級。現制的審級，情形極爲紛歧。茲分別說明於下：

#### (一) 法院

普通的法院的審級，可分兩系：

(a) 初級管轄案件 這種案件以地方廳簡易庭或地方分庭，或高等分廳附設地方庭或縣司法公署爲第一審法院：

(甲) 以地方廳簡易庭或地方分庭或縣司法公署爲第一審法院者，以地方審判廳爲第二審

法院以高等審判廳本廳或分廳爲第二審法院。

(乙)以高等分廳附設地方庭爲第一審法院者，仍以該分廳組織之合議地方庭爲第二審法院。其第三審由該分廳另組合議庭受理。如推事不多，因參與第二審的推事迴避，致不能另庭者，劃歸本廳辦理。(四年四月三日呈准，四年四月七日批)

(b)地方管轄案件 這種案件以地方審判廳或地方分庭或高等分廳附設地方庭或縣司法公署爲第一審法院：

(甲)以地方審判廳或地方分庭或縣司法公署爲第一審法院者，以高等審判廳本廳或分廳爲第二審法院，以大理院爲第三審法院。

(乙)以高等分廳附設地方庭爲第一審法院者，即以該廳另庭受理第二審，以大理院爲第三審法院。

(二)特別司法官署

(a)東省特別區法院 (甲)初級管轄案件以地方審判廳附設簡易庭及地方分庭爲第一審法院，以地方審判廳爲第二審法院，以高等審判廳爲第三審法院。(乙)地方管轄案件以地方審判廳爲第一審法院，以高等審判廳爲第二審法院，以大理院爲第三審法院。

(b)察哈爾綏遠都統署審判處 (甲)以附設地方庭受理初級管轄案件第二審，(初級管轄案件以縣知事署或各旗審判處爲第一審機關)以審判處另組合議庭受理第三審。(乙)地方管轄案件以審判處附設地方庭爲第一審機關，以審判處爲第二審機關，以大理院受理第三審。

(c)新疆司法籌備處

(一)爲初級管轄案件第二審又終審機關。所以新疆初級管轄案

件祇以兩審終結。其第一審機關爲縣知事署或縣佐署(于闐)。(二)爲地方管轄案件第二審機



關不服其判決者，得上訴於大理院。

(三) 兼理司法官署

(a) 縣知事兼理司法公署 (甲) 初級管轄以該署受理第一審，不服其判決者：(1) 在舊制管轄該縣的府廳州內地方廳或地方分庭爲第二審機關；該舊制府廳州內沒有地方廳或分庭時，由高等審判廳所在地之地方審判廳或高等審判廳預先指定的地方審判廳受理第二審。(2) 新疆以司法籌備處爲第二審又終審機關。(3) 凡距離地方廳或高等分廳懸遠，交通不便各縣，得由高等審判廳廳長指定鄰縣爲第二審機關，但仍以高等廳爲第三審機關。(縣知事審理訴訟暫行章程第三十六條及鄰縣上訴暫行簡章)——(4) 察綏特別區，以都統署審判處地方庭爲第二審機關，以審判處爲第三審機關，已如前述。

(乙) 地方管轄案件 (1) 以縣署受理第一審，以高等審判廳或分廳受理第二審。(2) 新

疆則以司法籌備處爲第二審機關，得上訴於大理院。(3)地方管轄案件也得行鄰縣上訴制度，但第三審卻由大理院受理。(縣知事審理訴訟簡章第三十六條)

(b)上各項皆論縣知事兼理司法時的審級。此外縣佐及別的行政官兼理司法也應當同樣辦理。(1)滇省縣佐僅有處理初級管轄案件之權，而縣知事仍應共同負責，所以上訴各審仍依縣知事審理訴訟章程之例。(2)四川撫邊等處屯務委員比照縣知事兼理訴訟暫行簡章辦理。(3)滇省井檜等處行政委員兼理司法，其辦法各地不同，有祇管轄初級案件，而由縣知事共同負責的，有比照縣知事兼理訴訟辦法的。(4)新疆于闐命盜重案歸縣知事，此外案件歸縣佐審理，當仍由縣知事共同負責。(5)甘肅各地理藩委員判決死刑案，由高等審判廳受理上訴。(十年八月五日致甘高檢廳電)

(c)覆判制度——以上所論，俱係當事人上訴時的審級制度。縣知事(縣佐或其他人員)

兼理司法事務，審判地方管轄刑事案件，並未上訴或上訴而因不合法，致未經第一審法院爲實體上之審判者，設有覆判制度，使高等審判廳或分廳覆判，以昭鄭重。（覆判章程參看）

## 第四章 檢察制度

### 一 緒論

刑事訴訟有二主義，一爲糾問主義，二爲彈劾主義。審判官對於刑事案件，不待別人起訴，自動審判，這是糾問主義。必待別人起訴而後審判，這是彈劾主義。彈劾主義又有三種：一、個人彈劾主義，由被害人或其親屬起訴；二、公共彈劾主義，國民對於犯罪，都得起訴；三、國家彈劾主義，由國家機關起訴。

中國向來採糾問主義和個人彈劾主義。法院編制法公布以後，纔採用國家彈劾主義，以檢察官代表國家，行使彈劾。但現在卻一面兼行個人彈劾主義，一面糾問主義也還存在。

(一) 公訴與私訴

依刑事訴訟條例，提起訴訟有公訴私訴的兩種：

(1) 公訴——由檢察官起訴為公訴。檢察官因有人告訴發或犯罪人自首，或因情形知有犯罪嫌疑時，應即偵查犯人及證據。如認為有不應起訴的原因或嫌疑不足，即應為不起訴的處分。如認為被告有犯罪嫌疑，(一)地方管轄案件最輕本刑在二等有期徒刑以上或案情重大者，及高等應管轄第一審的案件，應移送管轄法院聲請預審，預審認為被告有犯罪嫌疑，再移送檢察官起訴。(二)不移送預審者，逕行起訴。法院不得就檢察官未經起訴的行為審判。(刑訴二二六

條二四八條二四九條二五七條二六二條二六三條二八二條)這是國家彈劾主義。

(2) 私訴——由被害人或其法定代理人保佐人或配偶或直系親屬同居親屬起訴爲私訴。私訴以親告罪中各罪（刑訴三五八條列舉各款）爲限，始得提起，並須由私訴人繳納保證金。凡檢察官職權均由私訴人行之。（刑訴三五八條至二六五條）——這是個人彈劾主義。

## (二) 糾問之特例

縣知事審理訴訟暫行簡章規定：凡刑事事件，因縣知事之訪問，被害者之告訴，他人之告發，司法警察官之移送，或自行投首，縣知事認爲確有犯罪嫌疑時，得逕行提審；但必須親告之事件不在此限。（六條）這就是糾問主義。此外還有形式爲彈劾主義，實質不外糾問主義的，如綏遠都統署審判處以審判長及庭員執行檢察職務，實行檢舉主義。（處務規則三八條）以審判官實行檢舉主義，不是糾問是什麼呢？八年四月二日司法部指令纔要指定審理員或學習審理員一人專司檢察職務。

## 二 組織

### (一) 檢察廳

個人彈劾只限於親告罪內各款，糾問主義只行於未設法院地方，都只能算是國家彈劾主義的例外。所以中國現在，原則上仍行檢察制度。但檢察機關的組織，極不統一。依法院編制法及其他法院組織法令，則檢察機關如左：

- (1) 地方分庭配置檢察官一人或二人，以資深者一人為監督檢察官。(分庭組織法六條)
- (2) 地方審判廳配置地方檢察廳，高等審判廳配置高等檢察廳，大理院配置總檢察廳。高等審判分廳，配置高等檢察分廳。

### (二) 檢察所

東省特別區法院高等審判廳地方審判廳及分庭內各置檢察所，配置檢察官一人至三人。

在三人以上時以一人爲主任檢察官。(編制條例三條)

(三) 行使檢察職務的行政官

縣司法公署以縣知事行檢察職務。(司法公署章程七條) 察綏特別區都統署審判處指定審理員一人專行檢察職務，已如前述。縣知事或縣佐行政委員等官吏兼理司法事務，卻用糾問式，無所謂檢察機關了。

三 權限

檢察官行使職務，須服從長官命令，即所謂檢察官一體主義，前已說及。檢察最高機關爲司法總長。總檢察廳檢察長應服從司法總長的命令。總檢察廳以下的高等檢察廳檢察長地方檢察廳檢察長地方分庭檢察官均依次服從命令。各廳檢察官又服從其檢察長或監督檢察官。東省特別區法院檢察所檢察官亦依次服從主任檢察官及高等審判廳首席檢察官與司法總長。

檢察官對於法院獨立行使職務，但不得干涉推事的審判或掌理審判事務。

檢察機關與法院或其他審判機關不同，無所謂事物管轄或職務管轄的限界。地方以上檢察長有親自處理各該管轄區域內檢察官事務之權；且於必要時，各級檢察官均得代理所屬檢察官；下級檢察官也得奉長官命令而執行上級檢察官職務。

檢察官職權可分七類：（一）偵查犯罪，（二）訴追犯罪，（三）指揮並監視刑事法之適用及判決之執行，（四）監督監獄，（五）參與人事訴訟，（六）代表國家，（七）監督下級檢察官執行職務。

檢察官有指揮司法警察的權限。司法警察人員有在該管檢察機關區域內受檢察官的調度，執行檢察事務的責任。



## 一 書記官

書記官爲司法行政官，附隨推事檢察官，掌理錄供編案送達文件及會計文牘等事務。書記官於審判時應受審判長的命令；於開庭審判以外特別事宜，應受各主任推事及檢察官的命令。（法編一三七條）但書記官也有獨立的職權，如見解與主任官不同，得於遵行命令之後，附記意見於卷內，以爲匡正審判之資。

### （一）法院之書記室

地方分庭置書記官二人。（分庭組織法七條）地方及高等審判廳大理院及高等分廳應置書記官，不得少於該廳推事之數，並置書記官長一人，從廳長的命令，分配各員的事務，並監督之。檢察廳書記官長及書記官之配置亦同。（法編一三〇至一三三條）縣司法公署置書記監一人，書記官二人或四人。（組織章程十一條）

(二) 特別司法官署之書記官

各特別區都統署審判處置書記三人至五人。(熱河審判處規則十三條五年二月三日部

呈) 審判處附設地方庭的書記官即以審判處書記官兼理。(察哈爾附設地方庭辦事章程五

條) 察哈爾各旗羣翼審判處祇設書記官一人。(組織章程十條)

(三) 兼理司法公署

兼理司法公署得置書記官一人至三人。(暫行條例七條)

二 承發吏

承發吏不是官員，也不是隸役。承發吏的職務是發送法院文書及執行判決，都是國家司法權的一部。地方分庭置承發吏四人，縣司法公署四人至六人，各審判處及縣知事兼理司法公署得置四人至六人。地方審判廳得置若干人。至高等以上法院祇是受訴機關，不是執行機關，故不

置承發吏

### 三 繙譯官

京師及商埠地方以上審判機關得置繙譯官。(法編一四二條)東省特別區置繙譯官，並置主任一人。(東省特別區法院繙譯官條例)

### 四 東省特區法院外國諮議調查員

東省特別區法院是收回俄國法權以後，特設司法機關，管理東省鐵路附屬地內中俄及其他訴訟。設立當時，容納外人希望，變通辦法，設外國諮議調查員。以曾充外國法官或律師者，由司法部派往各廳，在各廳長監督之下，備法院及檢察官的諮詢，如有必要，得令其於言詞辯論時蒞庭，並於評議時列席。諮議調查員於拘提逮捕羈押外國人時，應受通知，如認為違法，得陳述意見。諮議調查員得查閱卷宗，視察拘押外人的看守所及監獄。諮議調查員有不稱職的行爲時，司法

部得隨時撤換。(東省特別區法院外國諮議調查員任免暨辦事章程)

### 五 庭丁檢驗吏

法庭設庭丁若干人，辦理因處理司法事務所附隨的種種雜務，如在公訴庭或檢察庭導引訴訟當事人及律師等出入法庭，及在法庭內傳遞書狀或監視旁聽人等是。庭丁是雇員，不是司法官吏，也不算隸役。

檢斷死傷疾病原因的事務，舊由仵作行之。現在法院及審判處縣知事兼理司法公署常設檢驗吏，仍多以仵作充任。宣統元年，奉天提法司曾奏准籌設檢驗學習所，宣統二年改稱高等檢驗學堂，民二民八先後續辦。別省設立同樣學校的還少。

## 第六章 司法官吏之任免及保障

保持司法獨立，須以法律嚴密規定法官的任免並確實保障其地位，前已提及。本章略把中國現在關於司法官吏任免及保障的法令分別說明。

法令的規定和法令的遵守，應當分開觀察。自司法官任免及保障的法令條文上說，普通的法院司法官尚能保持獨立的地位，特別司法官署（除東省特區法院外）及兼理司法公署各司法官卻沒有嚴密的資格和確實的保障。即在普通法院，也因省長有監督司法行政權而有易受干涉的危險。至由法令施行的實際上觀察，普通法院已不免武力的壓迫和長官的徇私，兼理司法的行政官員更是隨長官的愛憎而定去就的了。但是本章所述，卻祇以法令的規定為限。

## 二 資格及任用程序

### （一）法院

(甲)任用資格

依法院編制法，推事及檢察官應經兩次考試合格者，始准任用。凡在法律學堂三年以上，領有畢業文憑者，得應第一次考試。第一次考試是單純學識的試驗。第一次考試及格者，分發地方審檢廳學習，二年期滿，由監督長官送應第二次考試。第二次考試是學識與經驗合併的試驗。第二次考試及格，始准作為候補推事及檢察官，分發地方審檢廳聽候補用。但（一）褫奪公權者，（二）曾處三年以上徒刑者，（三）破產未償債務者，不得為推事檢察官。（法編一〇六至一一五條）

考試任用的章程，依法院編制法，應另定之。（一〇六條）但直到民國六年十月此項章程纔經公布，七年一月纔舉行第一回司法官考試。在此以前，司法官的資格及任用，均由司法部隨時呈准辦理。茲將現行各種辦法，分別敘述於下：

(1) 特任司法官 大理院長爲特任司法官。(法編一一六條司法官官等條例一條)

(2) 簡任司法官 總檢察廳檢察長，大理院庭長，總檢察廳首席檢察官，各高等審判廳廳長，高等檢察廳檢察長，京師地方審判廳長，京師地方檢察廳檢察長爲簡任司法官。(法編一一六條) 簡任司法官兼任司法行政事務，於法律學識外，還要有行政經驗，其資格比薦任司法官較爲廣泛。

(一) 現任大理院推事總檢察廳檢察官三年以上者；(二) 現任高等審判廳庭長高等檢察廳首席檢察官三年以上者；(三) 現任各省地方審判廳長地方檢察廳檢察長三年以上者；(四) 現任司法部參事司長三年以上者；(五) 現任簡任文官一年以上而有應司法官考試資格者；(六) 曾任提法使司法籌備處長一年以上而有應司法官考試資格者；(七) 曾任司法部大理院簡任實官一年以上而有應司法官考試資格者；(八) 曾任簡任法官一年以上，現

經裁缺迴避開缺辭職或調任薦任職，而有應司法官考試資格者。——（簡任法官資格四年七月二十二日呈准）

(3) 薦任法官資格 各省地方審判廳廳長檢察廳檢察長及各推事檢察官俱為薦任官。(法編一一六條)但大理院推事及總檢察廳檢察官後改為簡任官。薦任法官資格應當嚴格，但因民元以來，或因初設法院，驟需多人，不能限定資格，或因其他原因，收羅不得不廣。故薦任法官資格，甚覺紛歧，茲列司法部呈准之薦任法官資格各條如左：

(一) 國內外法政畢業，或在外國法政大學速成科畢業，經教育部咨送畢業名冊有案，或查驗文憑相符，曾充法官，在民國二年十二月三十一日以前報部有案者；(二) 畢業案據如前項，而曾充邊遠省分法官，在民國三年三月以前詳報到部者；(三) 前經本部於民國二年十一月舉行甄拔司法人員考試時考試及格，分發京外各廳充實習或候補推檢者；(四) 曾經



薦補薦署之京外法官，因裁缺或迴避開缺或辭職者（五）在本部所設司法講習所肄業成績屢列在前，經部派往京外各廳充實習或候補推檢者（六）依甄拔司法人員規則，由本部總長特送甄拔司法人員會審查，免試合格者（七）民國五年六月文官高等考試法律科分部人員經本部於七年一月三日呈准歸入四年十一月間呈准之司法官任用現行辦法，一併任用者（八）民國五年六月第一屆司法官考試及格人員經本部於六年三月二十三日呈准歸入四年十一月間呈准司法官任用現行辦法一併任用者（九）現任本部薦任職，及委任職中具有薦任資格者，現任大理院總檢察廳書記官長及薦任書記官者，現任京師各地各審檢廳薦任書記官長者，及現任各省高等審檢廳薦任書記官長者，而有四年九月三十日司法考試令第三條所載資格，經司法部於五年四月二十七日呈准以京外法官遴請調用者（十）具有六年十月十八日司法官考試令第三款資格，依司法官再試典試委員會

審議免試規則，由本部總長送交司法再試典試委員會審議，准免初試再試者；(十一)第二屆以後司法官考試及格，經本部送入司法講習所肄習，得有成績優良證書，作為再試合格者；(十二)前項人員經再試合格者；(十三)不合民國四年十一月二十二日呈准現行任用法官辦法，而實際上經各廳廳長派令辦理推檢事務多年，業經報部備案，及曾經甄拔司法人員會議決應受考驗各員，依部令由該管長官移送司法官再試典試委員會審議或試驗及格者；(十四)司法官再試典試委員會審議免初試各員分發各廳學習期滿，經部移送該會再試及格者；(十五)具有甄拔特種司法人員委員會章程第一條各款資格之一，經該會決議免試或試驗及格者。

(乙)任用程序

任用程序有三種：(一)派署，(二)薦署，(三)薦補。凡京外各廳推檢有缺，即由司法部或由高

等審判廳、京師地方審檢廳長官就有法官資格人員送呈司法總長核定派署該廳。其任滿六個月後，由該管長官出具考語，並附所辦稿件十件以上，呈部審查。如成績優良，由部將該員履歷咨送國務院銓敍局審核，如資格相符，即由該局咨部，再由司法總長呈請大總統任命該員署理推檢。再經任滿一年後，由該管長官將該員辦事成績呈部審查，仍送銓敍局核定後，由司法總長呈請大總統實任該員為推檢。實任以後，取得完全保障。其程序鄭重如此。

### (丙) 迴避

三年一月十六日司法部呈准司法官迴避辦法，各省高等審檢廳司法官不得以本省人士充之，但分廳司法官祇以該分廳管轄區域為限，而該本廳也祇以所轄區域為限。各省地方審檢廳司法官不得以各該管轄區域內人士為之。——這是本籍迴避。

各省各級審檢廳司法官與本廳或該管上級廳長官有四親等內血族或三親等內姻族之

關係者，應自行聲請迴避。——這是姻親迴避。

(丁)官等官俸

司法官除特任外，分爲五等，一等二等簡任，三四五等薦任。其官俸簡任分五級，（六〇〇元至四〇〇元）。薦任分十四級，（三六〇元至一〇〇元）。一等給簡任一二級俸，二等給簡任三四五級俸，三等給薦任一級至五級俸，四等給薦任六級至十級俸，五等給薦任十一至十四級俸。（司法官官等條例，司法官官俸條例，尤須參照附表）

司法官進等進級，定有限制，以鞏固其獨立地位。非受至各等最高級之俸，不得敘進一等；非任薦任最高等滿五年以上受至該等最高級之俸者，不得進敘簡任。其敘級以次進之，非執務滿一年以上者，不得進一級。

(二)特別司法官署

東省特別區法院司法官任用辦法和普通的法院是一樣的。各特別區審判處處長由司法總長呈請簡任，並得以道尹兼任；審理員應有下列資格之一：

(一)有受司法官甄拔之資格者；(二)曾任推事或檢察官一年以上者；(三)無上述資格而會辦審判事務滿三年以上者。

察哈爾各旗羣翼等審判處監督審理員及審理官則於上述資格人員外，蒙古區立法官養成所畢業考試及格者，也得充任。其資格之寬和司法官相去很遠。

(三)縣司法公署及兼理司法公署

(1)縣知事 縣知事為薦任官。依文職任用令，薦任文職，應由有五種資格之一者任用：即(一)現任薦任文職者；(二)曾任薦任文職二年以上有成績者；(三)經文官高等考試及格學習期滿有成績者；(四)經文官甄用合格，由銓敍局註冊以薦任文職任用者；(五)委任文職經特保

核准以薦任文職升用者。薦任文職，也定有依類序補辦法（九年十一月十四日呈准）但實際上特保之例很濫，而各省任用縣知事，復多不顧法令。

(2) 縣司法公署審判官 縣司法公署審判官非經考試不得任用，比審判處審理員較為嚴格。應試資格，為年滿三十歲以上，(一)在國內外學校修法律學三年以上得有憑證者，或(二)曾充承審員一年以上經正式委任者，或(三)曾任法院書記官長或記錄書記官滿一年以上者，或(四)曾充刑幕五年以上者。而褫奪公權，或受破產宣告尚未復權，或有精神病或其他法令限制者，仍不得應試。考試及格，還須學習六個月，認為成績優良，纔得試署。（縣司法公署審判官考試任用章程）

(3) 承審員 承審員或依各縣承審員考試章程考試及格，或有縣知事兼理司法事務條例所列資格，纔得充任。凡候補或學習司法官，候補縣知事，曾充司法官者，無須考試。文官普通考

試及格有法政學堂修學三年文憑者亦同。承審員須迴避本籍。又承審官不得隨縣知事爲進退。又承審員任滿三年或五年以上，如合於法官資格，得以推檢存記升用。

### 三 保障

#### (一) 調任借補停職的限制

法院編制法第一百二十五條的規定，前曾提及。此項保障僅施及於法院司法官。行政官吏雖兼理司法事務，仍適用文官保障法。依該法草案（二年一月九日教令公布）文官非受刑法之宣告，懲戒法之處分及依據該法，不得免官；非得本人同意，不得轉任同等以下之官，至轉任同等以上之官，卻沒有什麼限制。在實際上，長官遵守該法，爲事甚少，常有任意降職休職免官的事情。

#### (二) 懲戒

司法官懲戒，依司法官懲戒法辦理，已如前述。審理員懲戒，另定條例。縣知事就其兼理司法

事務，如有藐玩或抑制上訴等事，應依知事懲戒條例辦理。若辦理命盜案件不力，依縣知事辦理命盜案限期及懲獎規則，記過或交付懲戒。疏脫人犯，依扣俸修監章程扣俸，或交付懲戒。但縣知事爲行政官，就行政事務，如受懲戒，又應依文官懲戒條例辦理。承審官懲獎，多由各省自定辦法，或記過，或撤任。（參看山東各縣承審員懲獎規則）

#### 四 司法官吏的特別義務

司法官應守官吏服務令的規定，並應守法院編制法及其他法令所定的義務。依法院編制法，推事檢察官不得（一）於職務外干預政事，（二）爲政黨黨員及議員，（三）爲報館主筆及律師，（四）兼任非法令所許的公職，（五）經營商業及官吏不應爲的業務。司法官雖可兼任教員，但該校職員係由律師充任時，應當迴避。（四年四月十九日部飭）縣知事亦不得入黨。（四年一月十日申令）



五 其他司法人員之任用及服務

(1)書記官 依法院編制法，書記官以考試合格者錄用之。(一三九條)但此項考試任用章程，直至民國八年六月二十日始經呈准公布。在此以前，係依文職任用令辦理。

(2)承發吏 依法院編制法，承發吏也要經考試始准錄用。(一四八條)但實際上各省實行考試的很少。承發吏須繳相當保證金，如因執事判決，加損害於他人，即用充賠償，如犯罪即沒收之。

第七章 審判

一 緒論

法院行使司法權的權限，叫做審判權。爲使法院正確行使審判權起見，一面以法律規定法院內部如何組織，如何審斷，如何評議；一面以法律規定法院外部如何作成判決裁決，如何宣布判決，及當事人如何參與訴訟，行使攻擊防禦的方法。前者爲法院編制法，後者爲民刑訴訟法。英美諸國，兩法並不分開；德日諸國卻分別編訂。中國從德日之例，法院編制法公布於清末，而民刑訴訟條例至民國十一年公布施行。本章略把兩法及關係法令的要旨，關於審判者，分項敘述，以示中國審判制度的概要。

## 二 法庭之開閉，秩序，用語及評決

### (一) 特定法院制度及巡迴法院制度

法庭應在何處開設？各國常採特定法院制度，法院必在司法官署以內開設。又有採巡迴法院制度的，法院按期在管轄區域以內各處巡迴開設。我國採特定法院制度，但東省特別區法院

得行巡迴裁判制度。廣州國民政府曾公布巡迴裁判條例，兼用巡迴法院制度。

### (二) 祕密審判主義及公開審判主義

我國舊來，法庭雖常准人民旁聽，但不是法律上的制度。臨時約法第五十條規定：法院之審判須公開之。自此以後，凡訴訟之辯論及判決之宣告，均公開法庭行之。跪審及刑訊慣例也早經廢止。（元年六月六日八月三日通令）審判公開，所以防審判偏頗，並所以增法權威信。但有時因公開審判有妨害秩序紊亂風俗之虞者，須祕密舉行，惟須經法院決議，宣布理由，纔得停止公開。（法編五八條）而停止公開之後，檢察官書記官庭丁警察律師輔佐人等以公務參與法庭者，仍得留於法庭之內，因實習公務或研究學術者，亦得許其旁聽。（五九條）

### (三) 書面審理主義及言詞辯論主義

依訴訟文件而審理的，叫做書面審理。依當事人陳述而審理的，叫做直接審理。我國採直接

審理及言辭辯論主義。但第三審法院卻用書面審理。（四年四月二十日部飭，民訴條例五四〇條，刑訴條例四一八條。）第一審第二審既取言詞辯論主義，一個案件，由審問至評議，應由同一推事始終當其任，如果審問的推事中途因事退出，不能完結該案，而使他推事判決，就不合直接審理的本旨。故法院編制法規定刑事案件審問，有延至四日以上者，法院長官得另派推事一員蒞視，為補充推事，於庭員因事不能繼續審判時，代其審問及完結該案。（七三條）不然，則審判開始後，推事更易，即應更新審判程序。（刑訴條例二九九條）徒使訴訟拖延了。

（四）法庭指揮權及法庭警察權

法庭指揮權由審判長行之。開庭閉庭及關係出入法庭等事，概由審判長指揮。陪席推事檢察官律師非得審判長允許，不得向訴訟當事人發問。（法編五六條）

審判長有維持法庭秩序的警察權。（法編五七條）此項權力，對於法庭內在場人員及旁聽

人均得行使，旁聽人有妨害法庭秩序者，審判長得令其退出，或看管至閉庭時止，或處以拘留或罰金。（法編六一條）訴訟當事人及證人鑑定人有此項行爲時，亦受相當之處分。（法編六二條）

（五）評議及決議

法院表示意思的方法有三種：卽判決、裁決和命令。三種裁判，在合議庭，原則上均應經庭員合議。但裁決和命令，依法有不須合議的。至判決則必經合議。合議方法，先爲評議而後爲決議。評議決議必須由法定人數之推事爲之。（法編七二條）評議以審判長爲主席，並不公開，但候補及學習推事，准其旁聽。評議時，庭員須各陳述意見，其陳述次序，以官資較淺者爲始，資同以年少者爲始，以審判長爲終。（法編七四至七七條）決議以過半數意見定之。若推事意見分三說以上，不能得過半數，則將諸說排列，（a）如關於金額，以金額多少爲序，取居中之說，作爲過半數；（b）如關於刑事，以不利被告之重輕爲序，取居中之說，作爲過半數。評議情形及各員意見，均應嚴守祕

密。(法編七八條七九條)

(六)大理院長的特權及民刑庭總會

(1)大理院長有統一解釋一切法令及必應處置之權。(法編三五條)各廳遇有法令上疑義，質問大理院時，或其他官署諮問法令上疑義，由司法部請求解釋時，均由院長釋明理由答覆之。但具體問題不得濫請解釋。(五年十月二十八日訓令)院長又得刊發判例要旨及公報，以各廳參考。(大理院編輯處規則)凡此種種，都是院長必應處置的權限以內的事。

(2)大理院得開民事庭總會刑事庭總會或民刑兩庭總會。其會長由院長自任，或命推事。中資深者任之，並須有各該庭推事三分二以上列席，始能開會。其決議以列席推事過半數意見定之。(法編八〇條)總會的作用，在評議以前的判例應否變更。大理院是最高法院，其法律意見，有拘束下級法院的效力。所為判決，是下級法院審判的標準。判例的權威既大，自不得隨意變

更。但社會情形，日新月異，判例中有宜於昨而不合於今的，又不得不加以變更。爲鄭重起見，開總會評議，以定其應否變更。

### (七) 法庭之用語

法院行使審判權時，以中國語言爲準。(法編六九條) 法庭上言詞辯論應用中國語言，當事人不通中國語言，法院應用通譯。(民訴條例二五〇條) 卽令審判官通外國語，也不許用外國語辯論。法院所受理的文件，及所製作的文件，均應用中國文字，如提出外國文件，須附呈中文譯文，而法院判決書裁決書通知書，均應用中國文字。(法編七〇條七一條) 依上述規則，外國語言的勢力，不及於中國法庭，能夠這樣，卽所以維持中國的體面，並確保司法的獨立，決不是末節。現在司法機關，沒有例外，惟上海及鼓浪嶼會審公堂，雖稱中國法庭，仍兼用外國語言。

## 三 民事訴訟

(甲)民事訴訟的主義

民事訴訟程序，本書沒有篇幅可述其詳，爲明瞭中國司法制度起見，擇其所取主義及特殊制度，大略說明，也就夠了。茲先舉所取的主義如下：

(一)當事人進行主義與職權進行主義

當事人進行主義是訴訟的開始和進行，都本於當事人的意思。職權進行主義是訴訟開始和進行，不待當事人要求，法院以職權行之。民事訴訟條例關於訴訟的開始，採用當事人進行主義。關於訴訟的進行，兼用兩主義。起訴由當事人提出訴狀於法院而爲之；(六四條)但起訴於初級法院者，得以言詞爲之；(四七六條)上訴也是由當事人提起；(五〇二及五三〇條)此外如督促程序保全程序都要待當事人的聲請；(五九六條六一二條)訴及上訴在言詞辯論終結前，都

得由當事人撤回；(三〇六條五二六條五四九條)訴訟進行中，當事人得合意休止訴訟程序；



(二二二條二三四條)訴訟程序因當事人死亡或失訴訟能力或其他事故而中斷者承繼人或法定代理人得續行訴訟(二二五條二二五條二二六條)這都是當事人進行主義。至若法院以職權送達(一四九條)以職權指定日期(一八八條)以職權中止訴訟程序並撤銷中止的裁決(二一八至二二三條二二八條)這都是職權進行主義。

### (二) 辯論主義與干涉主義

辯論主義是當事人沒有主張的利益，不得使歸當事人，當事人沒有提出的事實及證據，不得斟酌，當事人沒有爭執的事實，不可不以為裁判的基礎。民事訴訟條例以此為原則；故當事人應就訴訟關係陳述，其負有舉證責任者（主張自己有利之事實者應負舉證責任）應聲明所用之證據方法（二二六至二三八條三二八條）否則除有特別規定外，法院不得就當事人未聲明之事項為判決，而原告於言詞辯論捨棄其關於訴訟標的之主張者，法院應為原告敗訴之判決。

(四六一條四五五條)民事訴訟條例原則如此，但例外也取干涉主義；如法院職務上所已知或於法院顯著之事實，勿庸舉證；(三二九條)法院認為訊問證人為闡明或確定訴訟關係所必要者，得以職權訊問；(三五四條)因闡明或確定訴訟關係，得以職權命行鑑定；(二八五條)並令當事人提出證書及調查他官署或公吏所保存的證書；(四〇六條四一一條四一五條)又得以職權命行勘驗；(四三二條)這都是干涉主義。人事訴訟有關於公益，法院干涉的範圍更大。認諾之效力於人事訴訟不適用之；又審判上自認及不爭執事實，法院應據以為判決的辦法，於人事訴訟，不適用之；(六七四條六九二條七〇二條七二七條七五四條)法院得依職權調查證據，並斟酌當事人所未提出之事實；(六七五條六九二條七〇三條七一〇條七二七條七五四條)這都是厲行干涉主義的處所。

(二)雙方審理主義與一方審理主義

雙方審理主義是使當事人在爲裁判之前，兩造陳述的主義。一方審理主義是僅使一造陳述卽爲裁判的主義。依民事訴訟條例，法院爲裁決時，有不須經過言詞辯論的，得使一造陳述而爲之。此外都取雙方審理主義。卽使當事人一造遲誤辯論日期，他造聲請由一造辯論而爲判決，也必須事先曾經予未到場人以陳述的機會纔行，如未到場人沒有受過合法的傳喚，或是因天災或其他事故不能到場，法院還是應當駁斥到場人的聲請，延展辯論日期。（四五七條四五八條）

#### （四）法定順序主義與自由順序主義

法定順序主義是對於當事人辯論，設法定的順序，如果不按順序，所爲辯論無效。自由順序主義，是對於當事人辯論，不設法定順序。民事訴訟條例取自由順序主義。當事人攻擊防禦方法，得於言詞辯論終結前，隨時提出。（二四〇條）但是當事人因重大過失或意圖延宕訴訟，逾時始

行提出攻擊或防禦方法者，法院得駁斥之；（二四〇條二項）當事人關於同一訴訟標的提出數種獨立之攻擊方法者，法院得命限制辯論，使就某攻擊或防禦方法，先為辯論；（二四九條）當事人以一訴主張之數項標的，或本訴及反訴，法院得命分別辯論；（二四七條）分別提起之數種訴訟，若法院以合併辯論為便利者，得命合併辯論；（二四八條）都是救濟自由順序主義的弊端的辦法。

（乙）訴訟之遲滯及其救濟

民事訴訟法，取當事人進行主義，辯論主義及自由順序主義，其精神在尊重當事人自由，不使法院干涉訴訟的進行。法國民事訴訟法極端發揮這種精神，訴訟進行非常遲滯，大受學者的攻擊。我國民事訴訟條例採奧國民事訴訟的立法例，兼取職權進行主義及干涉主義，以救其弊，是很切當的。

(一) 訴訟遲滯的原因之一，是言詞辯論的延期及續行。民事訴訟條例於初級法院訴訟程序，使當事人得以言詞起訴，並規定法院通常開庭之日，兩造不待傳喚，自行到場爲言詞辯論；而法院除有特別情形外，言詞辯論應以一次日期終結，並即時宣告判決。（四七七條四八二條四八九條）這全是要訴訟迅速了結的辦法。但地方法院程序，仍較易生遲滯。言詞辯論準備尙未充足時，法院得以職權延期。（三二二條）而言詞辯論的續行，並沒有什麼限制。

(二) 訴訟遲滯由於當事人方面的，第一，律師代理的訴訟，因律師事務繁多，致已到日期，而研究還沒有充足，因之辯論的時候，有延期調查的必要。第二，當事人得合意延期。關於第一點雖還沒有救濟的方法，但關於第二點，民事訴訟條例取一種救濟政策，當事人合意休止訴訟程序者，自呈明休止時起，兩個月內，不得續行訴訟；如休止後六個月內不續行訴訟，視爲撤回其訴或上訴，其兩造遲誤辯論日期者，與休止訴訟程序同一效力。（三三三條三三四條）

(三)自由順序主義弊端的救濟，前已說及。此外更有兩種辦法：(一)使延宕訴訟進行者負擔因延宕所生訟費。當事人主張無益的攻擊防禦方法者，法院得命該當事人負擔該訴訟費用全部或一部；當事人逾時始主張攻擊或防禦方法，致訴訟延滯，或在前審所得主張，至上訴審始行主張者，法院得命該當事人負擔訴訟費用全部或一部。(一〇一條—一〇二條)(二)對於延宕訴訟進行者，科以「秩序罰」。如當事人故意陳述虛偽之事實，或對於他造提出之事實或證據方法故意妄為爭執者，法院得科以三百圓以下之罰鍰。(二二九條)

(四)闕席判決，不許聲明窒礙，祇許未到場人聲請回復原狀，其回復原狀，只以當事人因不能預見或不可避之事故而遲誤辯論日期者為限。(二〇五條)這於訴訟進行遲滯，實為有效的救濟。

(五)上訴如絕對自由，有時使訴訟終結延滯。民事訴訟條例定有限制。(a)對於財產權上

訴訟之第二審判決，若因上訴所應受之利益不逾百圓者，不得上訴；（五三二條）——（b）意圖妨礙訴訟終結而對於第二審判決上訴者，第三審法院得科以五百圓以下之罰鍰；（c）為顯然無益之上訴者，除由上訴人負擔訴訟費用外，（一〇三條）第三審法院得對於上訴狀內簽名之律師，科以五百圓以下之罰鍰。（五四八條）

### （丙）民事拘押及民事執行

（一）拘押民事被告人辦法 民事訴訟，除人事訴訟外，以財產權訴訟為多。舊來觀念，對於債務人，恆以「人的執行」的方法，對於其身體自由，加以拘束，或剝奪其人格，夷為奴隸。此種觀念，今日各國已不認許。但中國因實際上必要，還沒有民事被告人拘押的辦法，仍不脫「人的執行」的觀念。依京師地審廳拘押民事被告人暫行規則：

（1）民事被告人經傳喚三次不到廳者，或非本人到廳，本案雖終結而不能收終結之效者，

或顯見爲敗訴者，得勾攝之。(一條)如有逃匿之虞，或有上述情形，或命交保證金而不交，或無保釋人，或原保釋人退保者，得管收之。(五條)

(2) 已判決後，敗訴之債務人實有履行之能力而故意不履行者，得管收之；實無履行之能力者，得收教養局作工一月以上，三年以下。(十一條)

現在收局作工辦法，已不實行，即拘押亦僅不得已時始可辦理，通常均交保人而不拘押。

(二) 民事執行之主義 民事執行，別國有由法院書記官交付執行文與勝訴之債權人，任其向法院聲請執行者。我國民事訴訟執行規則，卻取職權主義爲原則，法院於民事判決確定後，將訴訟記錄移交民事執行處，民事執行處接到訴訟記錄或判決正本後，應即發命令實施強制執行。但民事案件在法院和解終結者，民事執行處得依當事人聲請，實施強制執行。至若債務人實無財產可供執行，或執行後所得之數不足清償債務者，如經債權人同意，得令債務人寫立書



據，俟有實力之日償還。

#### 四 刑事訴訟

##### (甲) 刑事訴訟的主義

刑事訴訟的程序，不是本書所能夠詳敘的。現在把刑事訴訟條例的主義與特點，畧為說明於下：

##### (一) 彈劾主義與糾問主義

刑事訴訟條例取彈劾主義，已如前述。預審公訴均要檢察官提起；(二六四條二八二條)私訴也要私訴人提起；(二五八條)上訴要由當事人提起，檢察官及私訴人及被告的法定代理人保佐人配偶辯護人爲被告利益起見，也得上訴。(二七三條至二七五條)但例外也兼用糾問主義，最顯著的就是預審推事的特別處分：預審推事遇有急迫情形，得就檢察官聲請預審以外的

人或行爲，一併預審。(二六六條)此外如法院搜索中發見文書或其他物件，與本案無關，而顯係犯他罪之證據者，應暫行扣押，送交該管檢察官處分。(一六一條)又前述審判長因行使法庭警察權而處罰妨害法庭秩序的人，也是用糾問主義。此外兼理司法的行政官的糾問，前已述之。

### (二) 合法主義與便宜主義

合法主義是犯罪訴追的事實上法律上要件具備時，必須訴追。便宜主義是雖犯罪訴追的事實上法律上條件已經具備，檢察官還須在政策上加以考慮，以決定起訴或不起訴。刑事訴訟條例不取便宜主義。

### (三) 實體的真實主義職權主義

刑事訴訟以發現事實的真相爲主旨。故採職權主義，由法院以職權進行審理，不許當事人私和，拋棄或自認。被告所爲的自認，如不出於強暴脅迫利誘詐欺及其他不正方法，且與事實相

符始得爲證據故雖有自認仍應調查必要之證據以察其是否與事實相符(三〇六條)不許當事人私和拋棄或自認這叫做不變主義。但刑事訴訟條例並不取極端的不變主義，規定了許多緩和的辦法，最重要的是：(a)起訴在第一審審判開始前得撤回之。(二八七條)——(b)親告罪，告訴人在第一審辯論終結前得撤銷告訴。(二二五條)——(c)被告得捨棄上訴權。(三八〇條)又於裁判前得撤回上訴。(三八一條)——(d)公訴繫屬中，國家行大赦者，公訴權消滅，法院應諭知不受理之判決。(三四〇條)這幾點都是緩和不變主義的。此外則證據除檢察官及被告聲請者外，法院都應以職權蒐集。(三〇四條)證據由法院自由判斷，並不受法定的約束。(三〇六條)這就是所謂自由心證主義。

#### (四)直接言詞辯論主義

爲貫徹實質的真實主義起見，刑事訴訟條例又取直接審理主義和言詞辯論主義。(a)法

院應聽取當事人兩造的陳述，並須直接用言語相交接。其結果：一、除有特別規定外，被告不出庭者，不得審判。（二九四條）二、被告經傳喚不到場時，得用拘提或通緝等強制方法以強制其出庭；（四八條五八條）但最重本刑為拘役或罰金之案件，被告得委任代理人出庭；（一九五條）又被告拒絕陳述者，得不待其陳述，逕行判決。（三三三條）三、法院應直接訊問被告，被告心神喪失或因疾病不能出庭者，應停止審判程序。（三二八條）四、當事人應在推事前辯論。（二九三條三二三條）——（b）證據應由法院實驗，故除直接訊問被告之外，證人鑑定人應直接訊問；依法不能傳喚的證人如大總統國務員國會議員，應就其所在訊問；（一〇〇條）證人無正當理由而不到場，得強制其到場；（一〇二條）如有正當理由而不到場，得就其所在證問；（一〇一條）為察看證據及其他犯罪情形起見，應實施勘驗；（一六三條）證據物件應示被告，命其辨認，並詢其有無

刑事訴訟雖以直接審理主義爲原則，也有不能絕對遵守的地方。陪審制與推事審理。預審制度，也是直接審理主義的例外。

### (五) 陪審主義

使不是裁判專家的人參與裁判的制度，有兩種：第一是陪審制，第二是參審制。二制都是在一定條件之下，由公衆中選任若干人，所選諸人，在陪審制則爲陪審員，組織陪審，與推事分離獨立，爲事實的判定；在參審制則爲參審員，與推事合議裁判。中國現行法上兩制都不承認。（浙江民國十四年省自治法定有陪審制。）

### (乙) 簡易程序

地方審判廳簡易庭管轄初級案件，得適用簡易程序。檢察官於配受案件後應至遲於二日內起訴；簡易庭於起訴後，應至遲於次日以前開始公判。（刑事簡易程序暫行條例）五等有期徒刑

刑拘役或罰金之案件，得因檢察官聲請，不經審判，逕以命令處刑。（處刑命令暫行條例）

### 五 兼理訴訟程序

法院編制法民刑訴訟條例及其他法令與縣知事審理訴訟簡章不相抵觸者，縣知事審理訴訟，應適用之。（簡章四二條）現在把該簡章的特點，簡單說明於下：

承審員應迴避的案件，得由高等審判廳指定縣知事或別的承審員審理。縣知事應迴避的案件，得由高等廳移轉於距離該縣最近的法院或兼理訴訟的縣知事審理。縣知事得管收民事被告人。縣知事訊問刑事被告方法，得相機爲之，但不得非法凌辱。簡易案件，得以堂諭代判。（三年十一月二十一日呈准）准駁訴訟人的呈請，得以批行之，此項批諭得以牌示代送達。其餘覆判及上訴特殊辦法，前面已經說過了。

司法機關各有一定的權限，辦理審判事務時，不能超越。所以關於一個訴訟案件，必須案件內一切關係，都在管轄區域以內，纔能夠完全行使職權，這是劃分土地管轄當然的結果。如遇案件內某種關係，須在管轄區域外調查或處理時，不得不要求該地管轄司法機關協助。法律因此，設司法共助的制度。

(1) 司法共助的義務 依法院編制法，審判衙門辦理訴訟事宜，應互相輔助。(一五四條) 檢察廳於管轄區域內執行事務，應互相輔助。(一五五條) 書記官及承發吏，於權限內之事務，應互相輔助。(一五六條) 故司法共助，是司法機關依法律規定所負的義務。

司法共助事務由地方廳以下法院及各級檢察廳行之。兼理司法的縣知事及其補助機關

如縣佐警署等，也負司法共助的義務。（參看司法共助事務懲獎條例一條四條九條）

(2) 國外共助辦法 上述司法共助的義務，是國內司法機關所同負的。如果中國司法機關管轄案件，有須在國外調查或處理的事項，或外國司法機關管轄案件，有須在中國調查或處理的事項，應當怎樣辦理？這個問題，應當分別解答：

(a) 中國司法機關須在外國調查或處理的事件，有兩種辦法：(一) 囑託該外國管轄法院。但囑託外國法院，應依該國法令辦理。例如囑託日本法院，應依日本「因外國裁判所囑託之共助法」辦理。(二) 委託中國駐外使領各館。但須先與外交部接洽，並將所發文件鈔送該部，由該部酌核令行駐外使領各館辦理。（九年十月二十二日司法部訓令，又同月二十四日指令）

(b) 外國法院囑託中國法院辦理事件，中國法院應當允其囑託，予以協助，因「司法事項囑託共助，為國際相互之利益」也。即如日本法院應允中國司法官憲的囑託，中國法院也當應



允日本司法官憲的囑託了（十一年三月二日司法部覆外交部函）

## 第九章 司法行政及司法監督

### （一）司法行政與司法獨立

司法行政權與司法權，性質各不相同，所以行使司法行政權，絕不應影響司法權。司法行政權委於司法機關，不過是爲便利起見，如因此而干涉司法權，使審判官不能獨立審判，即有害於司法獨立。所以法院編制法規定行使司法行政權的時候，「不得限制審判上所執事務及審判官之審判權。」（一六三條）

### （二）司法行政官吏

(1) 法院 法院中司法行政官是大理院長，高等審判廳長，地方審判廳長，總檢察廳檢察長，高等檢察廳檢察長，地方檢察長。(法編一五七條) 地方分庭以監督推事監督檢察官爲司法行政官。(分庭組織法六條) 縣司法公署審判檢察以外司法事務由縣知事負責，或由縣知事與審判官共同負責。(組織章程八條) 司法行政事務或許是同樣辦理。

(2) 特別司法官署 司法籌備處及各審判處，以處長爲司法行政官。(熱綏審判處規則七條) —— 東省特別區法院以各級廳長爲司法行政官。首席檢察官及主任檢察官不得行使司法行政事務。(十年二月二十二日司法部訓令)

(3) 兼理司法公署 以縣知事兼理司法行政事務。

### (三) 司法監督

上級司法行政機關對於下級司法行政機關有監督權。監督有積極的監督和消極的監督。

積極的監督不外是指揮下級機關改良進步無須特設規定消極的監督則有二種：一爲做告，一爲懲戒。做告的情形如左：（法編一五九條）

（1）審判衙門檢察衙門職員，如有廢弛事務或侵越者，加以做告，使之悛改；

（2）有行止不檢者，加以做告，使之悛改。

如經做戒而不悛改，或情節較重者，依懲戒法辦理。（法編一六〇條）

#### （四）司法監督官吏

依法院編制法及其他法令，司法監督權的施行如下：

（1）司法總長監督全國審判機關及檢察機關。

（2）審判機關——（一）大理院長監督大理院。（二）高等審判廳長監督該廳及所屬下級

審判廳。（三）地方審判廳長監督地方審判廳。（四）地方分庭受本廳的監督。（分庭組織法九條）

——縣司法公署審判官受高等審判廳長的監督。(組織章程十條)——(五)審判處審理員受處長的監督。(熱綏審判處規則十二條)——(六)東省特別區法院，由高等審判廳長監督該廳及地方廳，地方廳長監督本廳，但地方分庭直接受高等廳監督。(九年十一月十五日司法部訓令)——(七)兼理司法的縣知事受高等審判廳長監督，承審員受縣知事監督。(條例六條)

(3) 檢察機關——(一)總檢察廳檢察長監督該廳及各級檢察廳。(二)高等檢察廳檢察長監督該廳及所屬下級檢察廳。(三)地方檢察廳檢察長監督地方檢察廳。(四)地方分庭監督檢察官監督該庭其他檢察官。(分庭組織法六條)——(五)行使檢察事務的縣知事受高等檢察廳檢察長的監督。(縣司法公署章程十條)——(六)東省特別區法院，地方廳及地方分庭配置的檢察官，受高等審判廳配置首席檢察官監督。(東省特別區法院配置檢察官辦事權限大綱一條)——(七)兼理司法的縣知事受高等檢察廳檢察長的監督。(暫行條例六條)

(五)省長的司法行政監督權

爲保持司法獨立起見，司法機關應當與行政機關分立，自成系統，前面曾經說過。所以司法監督權不應由地方行政官行使。但依省官制第一條：省長受政府特別委任，監督司法行政，實在是侵害司法獨立的辦法。依第九條，監督司法行政權是（一）稽核司法經費，（二）考核司法官吏，（三）核辦各縣承審管獄等員之任免懲獎。此外省官制，舊來還定有法官的撤任和交付懲戒，也由省長辦理。這種辦法，顯然違背約法，又與司法官懲戒法大相抵觸，六年四月二十四日已由司法部呈准聲明無效。而監獄員任免懲獎，也經司法部於五年十二月十一日呈准，仍歸高等檢察廳檢察長辦理。這樣一來，省長的司法行政監督權，已經大受限制了。