

以周禮為中心

所見之

中國古代訴訟制度

駱永家譯

一、緒言

中國之歷史可上溯至殷代，其間古籍雖不少，然可信憑者則無多。現存之經典古書，其作成年代大多非如所傳之古。但此等古書經典之記載中，亦有係傳述春秋時代以前之歷史者，惟各典籍與其記載內容之真偽，以及該典籍成立時期等之判斷，則極為困難（註一）。

本文乃以周禮為中心所見之中國古代訴訟制度之大略，但關於周禮一書之真偽及其性質，頗有爭論。例如，康有為、姚際恆等，主張其係屬偽書，此說似頗為人所信。反之，顧實、董康等，則以其為真書。作者於此就周禮之真偽不擬論述，然似未能一概斷言係劉歆偽撰。周代之制度一如周禮之說，雖難令人置信，然當非全部係架空無憑者。或可認為係採周制之一部分而予以理想化者也。

如上所述，周禮乃有問題之古書，因之，根

據該書而為之論述，究竟是否係周代之訴訟制度，固無從保證，但不能謂其全為憑空想像者，故乃摘記其大要如下。

（註一）飯島忠夫博士於「古代世界文化與儒教」一文中，研究古書內天文歷數之記載，以考證成書年代。茲舉一例如下：以書經堯典成於戰國初期至孟子之間。真古文尚書成於漢武帝以後。偽古文尚書成於戰國時代。易經成於戰國時代。詩經成於孟子時代。春秋成於戰國時代。春秋左氏傳成於漢末劉歆之手。儀禮成於荀子時代。周禮成於漢代。禮記成於戰國時代至漢初之間。上以戰國初期，下以漢初為界限，約成於三二二十年之間。

此外，致力於考證古書真偽之學者極多，如姚際恆之古今偽書考（有顧實之重考），康有為之偽經考，顧實的漢書藝文志講疏，四庫全書總目提要中所記者，蔣元卿之校讎學史，顧頡剛、錢玄洞等之古史辨，卡格林 (Bernhard Karl-

gren, 瑞典之漢學家, 考古學家——譯者附註) 巨著之「左傳真偽及其性質」(On the Authenticity and Nature of the Tso Chuan, 1926. (有漢譯及日譯本) 與「中國古典之真偽」(The Authenticity of Ancient Chinese Texts) 之論文等。

一一、訴訟之概念及其字義

古代之中國人以為訴訟乃必然發生之事，不可避免者也。認為自然現象非但與人類有重大之關係，且支配人類，自然法則乃規律人類者。大凡天以上行為本性，水以下行為本性，太陽東出而西沒，黃河發於西而注於東。此事實乃告訴吾人以相反兩事物之並存。與此相同，人類之社會亦存在利害相反之兩事物，因此乃有爭訟。即利害相反乃如天與水之無窮盡，如天道西轉，水流東注之不變，利害亦無邊無際繼續存在，甲之利即乙之害，於此爭訟乃不可避，無所休止。易經

訟象：「象曰，天與水違行訟，」易經正義：「天道西轉，水流東注，是天與水相違而行，相違而行，象人彼此兩相乖戾，故致訟也，」即言此理。

但此無邊無際之爭訟，非全部皆可容認，儒家對此加以種種限制。例如，就被侵害之利益允許復讐，特以父讐乃不共戴天（禮記典禮篇），復讐雖為美舉，惟王誅則不可復讐（春秋公羊傳、大學衍義補）。或謀仇讎調和之法，乃至於禁止私讎，此在實際上亦曾經施行。與此相同，爭訟亦受限制。即以爭訟為不可避之易經，亦於訟象傳云：「訟，有孚室，惕中吉，終凶，」縱有正當理由，亦戒隨便爭訟。而爻辭戒因私情而爭訟。左傳僖公二十八年，元咺誣其主衛侯，似此臣下對主爭訟，不得有之。對父等尊長亦不得爭訟，荀子宥坐編：「孔子為魯司寇，有父子訟者，孔子拘之，三月不別，其父請止，孔子舍之，」雖不知係由父告子或由子告父，司寇孔子就父子間之爭訟，放置三個月不為判決，以待彼等之反省。此時，父聲請中止爭訟，孔子乃釋放之。

其次，就訟字加以若干說明，說文：「訟、爭也，公言也。漢書呂后記，未敢訟言誅之。鄧展曰，訟言公言也，从言公聲」（皇清經解卷六四三上，段玉裁說文解字注），以爭為公言。於此亦暗示因私情而爭者，不得謂為訟。訟又與訴、溯、溯同義，即說文所云：「訴、訟也，告訴冤枉也。」訴與訟為同義語。但若謂訟為廣義之爭，反之，訴為訴冤枉之意時，則訴將較訟之意

義為狹窄。冤者，受官吏之不當不法之處分之謂也，若僅限於對此等處分之不服而為之告訴始得謂之為訴，則係將類似於今日之行政訴訟稱之為訴。

從漢書成帝紀建始三年九月之詔中：「殆苛暴深刻之吏未息，元元冤失職者眾，」或漢書百官公卿表中師古所引漢官典職儀：「刺吏（中略）斷治冤獄以六條，問事，非條所問即不省，一條，強宗豪右，田宅踰制，以強陵弱，以家暴寡。二條，二千石，不奉詔書，遵承典制，倍公向私，旁詭守利侵漁，百姓聚斂為姦。三條，二千石，不恤疑獄，風厲殺人，怒則任刑，喜則淫賞，煩擾刻暴，剝截黎元，為百姓所疾，山崩石裂，妖詳訛言。四條，二千石，選署不平，苟阿所愛，蔽賢寵頑。五條，二千石，子弟恃怙榮執，請託所監。六條，二千石，違公不比阿附，豪強通行，貨賂割損正令也，」可窺知冤之字義。訴之用例，左傳成公十六年：「訴公於晉侯」，為其一例。溯與溯同，自戰國策：「衛君跣行，告訴于魏。注，溯溯同，」亦可得知。又懇字孟子梁惠王篇：「皆欲赴懇於王」，論語憲問篇：「公伯寮愬子路於季孫」為其例。惟此處之懇字為讒言之意。

再者，含有訟字之詞彙極多，茲舉其具有代表性者如下：
(一) 訴訟 現在極廣泛的被普遍使用，而後漢書陳寵傳為其最古者。該書：「得出為太山大守，後轉廣漢大守，西州豪右并兼更多姦貪，訴訟

日百數，寵到顯用良吏，王渙鍾顯等以為腹心，訟者日減，郡中清肅」，即此是也。此語何時始成為法律用語雖不明，惟唐令似無疑已有此語（仁井田陞博士唐令拾遺參照）。而繼受唐令之日

本養老令中之公式令（養老律令乃日本元正天皇養老二年（西曆七二八年）由藤原不比等等人，開始編撰，七五七年因藤原仲麻呂之提議而施行，為律、令各十卷之法典，至中世律大多散逸，惟現由唐律可推定其內容，令則大多成為令義解等注釋書之本文，而留傳至今譯者附註），有如下之條文：

(甲) 「凡訴訟皆從下始，各經前人本司本屬，若路遠及事礙者，經隨近官司斷之，斷訖訴人不服，欲上訴者，請不理狀，以次上陳，若經三日內不給，聽訴人錄不給官司姓名以訴，官司准其訴狀，即下推不給所由，然後斷決，至太政官不理者，得上表。」（此為原文——譯者附註）。

(乙) 「凡訴訟須有追捕對問者，若其人延引逃避，兩限不附對者，聽越次上陳，即為推治。」（此為原文——譯者附註）。

此兩條文使用訴訟之詞語，而令義解以「謂告冤曰訴，爭財曰訟」，將今日之刑事訴訟與民事訴訟總稱之為訴訟。

(明律與清律中之刑律均有訴訟篇，清末以後均用訴訟一語，如清光緒三十二年（西曆一九〇六年）由修律大臣沈家本提出之民事訴訟律草案是也，殆襲用日本民事訴訟法之語例（日本舊民事訴訟法為明治二三年即西曆一八九〇年三月

二七日法律第二九號公布，翌二四年一月一日實施，而日本命名之初當出於前述後漢書陳寵傳：「訴訟日百數」，蔡章麟教授著「民事訴訟法」第一冊二四頁以下參照——譯者附註。

(二)獄訟 國語卷二：「夫君臣無獄（獄訟也）」，禮記王制：「以聽獄訟」，後漢書陳寵傳：「豈高其能轉為辭曹，掌天下獄訟」。

又將其顛倒使用之訟獄一語見於孟子萬章：「朝覲訟獄者，不之益而之啓。」關於獄訟，周禮天官大司徒鄭注：「爭罪曰獄，爭財曰訟，」可見相當於今日之刑事訴訟者為獄，相當於民事訴訟者為訟。（又大司寇：「以兩造禁民訟」，鄭注：「訟謂以財貨相告者，獄謂相告以罪名者，」謝冠生博士亦以為：「康成所謂爭財曰訟，彷彿今之民事訴訟，康成所謂爭罪曰獄，彷彿今之刑事訴訟，」見氏著「中國司法制度及有關法律概述」 國父法律思想論集九五頁參照——譯者附註）。但左傳僖公二十八年：「衛侯與元咺訟」之大夫元咺與衛侯之爭者，非財而為今日之刑事訴訟。此為有以元咺將廢衛侯而立其弟叔武之讒言進於衛侯者，衛公信之殺弟叔武，元咺訴衛侯於晉，結果衛侯雖敗訴，然元咺為衛侯所殺。此處左傳之用字，就非財產上之爭執，亦使用訟字。又詩經召南甘棠之章：「誰謂雀無角，何以穿我屋，誰謂女無家，何以速我獄，室家不足，」就非罪刑上之爭執，亦使用獄字。賈疏與黃度以所告訴之罪，其大者為獄，其小者為訟。周禮秋官大司寇疏以周禮正義所引黃度之言：「

小曰訟，大曰獄，」依此則獄訟係以相當於今日之刑事訴訟之概念而被使用。

(三)水訟、地訟、陰訟 爭訟之標的其為水者為水訟，其為土地者為地訟，男女間之紛爭為陰訟。

宋史趙瞻傳：「水訟咸息」，周禮地官（司徒），小司寇：「地訟以圖正之」，同媒氏：「凡男女之陰訟，聽之於勝社之社。」

(四)其他如辭訟見於後漢書陳寵傳，健訟見於易經訟象傳，爭訟見於魏書辛雄傳，聚訟見於後漢書曹褒傳，滯訟見於陸機之文，虞芮訟見於漢書母將隆傳，詞訟見於淮南子時則。

又訴之詞彙有讒訴、告訴、仰訴、枉訴、喧訴、陳訴、申訴、冤訴、密訴、獄訴、號訴、謫訴、怨訴、上訴、哀訴、愁訴、嘲訴、煩訴、投訴、牒訴、越訴、自訴等，今日被普遍使用者或僅為其中之告訴與上訴（按現行之刑事訴訟法亦有自訴一詞——譯者附註）。告訴、史記龜策傳有：「王有德義故告訴」，上訴一詞見於杜甫詩：「真宰上訴天應泣」。

三、周禮之訴訟制度

周禮六官中司訴訟者有天官、地官、秋官。

秋官者司獄訟即今之刑事訴訟，其他之訴訟由天官、地官及夏官等數官司之。其間截然有別，茲先述司獄訟之秋官。

(1)秋官之起源

春與夏、陽多而陰少，故以之為陽。秋與冬

、陰多而陽少，故以之為陰。冬象五行中之水為陰之終，春象木為陽之初，一陰一陽，周而復始。春秋繁露陽尊陰卑章：「陰陽理人之法也，陰刑氣也，陽德氣也，陰始於秋，陽始於春，春之為言，猶傭傭也，秋之為言，猶湫湫也，傭傭者喜樂之貌也，湫湫者憂悲之狀也。」董仲舒對策第一：「天道之大者在陰陽，陽為德，陰為刑，刑主殺而德主生」等，均以刑與秋為陰。似此，以司刑獄之官為秋官，後漢書章帝紀所載元和二年（西曆八五年）之詔，亦禁止立春以後之報囚，所以示違循陰陽月令。又則天武后光宅元年（西曆六八四年）起至中宗神龍元年（西曆七〇五年）將刑部之長之刑部尚書改稱為秋部尚書（唐六典卷六）。又日本延喜式（延喜式乃延喜五年（西曆九〇五年）藤原時平、紀長谷雄、三善清行奉敕撰修，時平沒後，忠平繼之，九二七年撰進，九六七年施行，為律令之施行細則——譯者附註）序中：「致肅霜於秋官」。大載禮記千乘篇：「司寇司秋，以聽獄訟是也，」鄭玄周禮注亦見有：「象秋所立之官」。再者，依春秋繁露義章，水、火、土、金、水謂之五行，此乃天所定之順序，木生火，火生土，土生金，金生水，水生木，此順序不得以人為變換之。土居中央，木居左，金居右，火居，前水居後。又木在東方司春氣，火在南方司夏季，金在西方司秋氣，水在北方司冬季。故木司生，金司殺，火司易，水司寒，此乃無限發展，生生不息者也。稱秋官為金官，自太平御覽時序部：「西方金官」，亦可知矣！

(2) 秋官之組織及其職掌

秋官之長稱大司寇，由卿一人任之，其副以資輔佐者稱小司寇，由中大夫二人任之。其下有由下大夫四人而成之士師，由上士八人及中士十六人而成之卿士，由中士十二人而成之遂士，由中士三十二人而成之縣士，由中士十六人而成之方士，由中士八人而成之訝士，由中士六人而成之朝士，均司刑事訴訟。

大司寇司諸侯，卿大夫以至於庶民之獄訟，其中諸侯之獄訟依邦典斷之。邦典者，謂重典、中典、及輕典三典也。亂國用重典，平國用中典，新國用輕典，所以輔王而刑邦國責四方者也。此中重典已達於兵刑一類之程度。

卿大夫之獄訟依邦法，有議親、議政、議賢語議能、議功、議貴、議勤、議賓八辟之一者，可抵罪。卿大夫等之有官者，亦即有德者君子人也。對彼等因不假定有犯罪之事，從而對卿大夫亦不設刑罰。禮記典禮篇：「禮不下庶人，刑不上大夫，」孔穎達注云大夫必有德者，故五刑三千條乃不必要，若有不德之大夫，亦屬於為該任用之君主之責任（註一）。又賈誼稱大臣之不廉為簞簋不飾，稱污穢淫亂為惟幕不修，稱無能官吏為下官不職，見於漢書賈誼傳，此亦見於孔子家語，名純、字德夫、號春台、紫芝園。信濃人也，仕於出石侯，後辭官學於秋生徂徠，通經書、經濟，又諳近世中國語。著有「聖學問答」、「辨道書」、「經濟錄」等，生於一六八〇年沒於

一七四七年——譯者附註）經濟錄、第八、刑罰（註二）。似此卿大夫恒為有德君子，而不假定其犯罪。即令有罪，亦另有稱呼，或有議以抵罪等特權。左傳襄公廿一年（西歷紀元前五二二年），叔向有罪，以有能故得議免。

欲享議之特權，必先上請申述得議之理由，此上請制度在兩漢時代既已存在，由漢書宣帝紀內之黃龍元年（西歷紀元前四九年）之詔中之一節，與見於漢書劉屈氂傳及後漢書光武紀內之建武三年（西歷紀元前二七年）庚辰之詔之一節，亦可明矣！其次，此八議之規定於律乃始於後魏，此由北史景穆十二王傳，閻大肥傳、張袞傳等諸傳及九朝律考（程樹德著——譯者附註）所引，可以知之。其後為隋開皇律所承繼（隋書刑法志）又為唐律所採用。此實由於周禮之八辟，由唐律疏義：「周禮云、八辟麗邦法，今之八議，周之八辟也」，亦可得知。除去其中之勤與賓為六議，而為日本律所繼承，亦無待說明。

庶民之獄訟依法成，法成者謂邦約、邦賊、邦謀、犯邦令、橋邦令、邦盜、邦朋、邦誣之八罪，此亦稱為我成。邦約者，盜國家機密之罪，邦賊乃為亂亂之人，邦謀乃為異國間諜之罪，犯邦令為違反教令之罪，橋邦令為行詐術之罪，邦盜為盜賊，邦朋為結徒黨以犯國法者，邦誣為誣罔君臣者也。

小司寇為大司寇之副，佐大司寇以聽萬民之獄訟。聽獄時不行拷問，而用五聽三刺之法，以察其是否為犯人。五聽者、辭聽、色聽、氣聽、

耳聽、目聽者也，鄭玄注：「辭聽、觀其出言，不直則煩。色聽、觀其顏色，不直則赧然。氣聽、觀其氣色，不直則喘。耳聽、觀其聽聆，不直則惑。目聽、觀其眸子，不直則眊然，」由嫌疑者之言語、臉色、狀態、眼神等，以察其為犯人與否。此為唐令及日本令所採（唐六典卷六、日本獄令）。此等思想無疑係書經洪範九疇第二：「敬用五事」中所述之王者應有如何之容貌、言語、眼、耳、心之應用者也。依春秋繁露五行五事章，以五事非屬人為，王之貌乃春之容、木之氣、故非肅敬不可，若非肅敬則暴風起、陽氣損、政道不全。言者、金之氣、秋之容，王之言非誠不可，若非誠則天下不治，秋多霹靂、草木不熟、失政廢義。視者、火之氣，王之視明哲有辨別賢者不肖之明。聽者、水之氣，王應善於取捨臣下之謀議。思者、土之氣，王心寬大，應有無所不容之態度。

三刺之法者。先訊於群臣，次訊於群吏，三訊於萬民，要之依公論而決之也。此種思想係書經泰誓：「天聽自我民聽，天視自我民視，」及禮記王制篇：「疑獄汜與眾共之，眾疑赦之，必察大小之比，以成之。」「司寇正刑明辟，以聽獄訟，必三刺，有旨無簡不聽，附從輕，赦從重」之反映於周禮者。

士師者，代替大司寇司萬民之斷獄弊訟，以五禁之法左右刑罰，並掌決下級未決之獄訟。五禁者，謂官禁、官禁、國禁、野禁、軍禁，相當於野刑、軍刑、鄉刑、官刑、國刑之五刑（周禮

大司寇：「以五刑糾萬民，一曰野刑，上功糾力。二曰軍刑，上命糾守。三曰鄉刑，上德糾孝。四曰官刑，上能糾職。五曰國刑，上愿糾暴。」謝冠生博士以爲此所謂五刑，係刑事政策性質，與刑名無關，且恐亦未必實行。見氏著前揭九七三頁——譯者附註。

鄉士者、聽距王城百里以內之獄訟，將其地分爲六稱六鄉。又距王城較近者稱近鄉，較遠者稱遠鄉。

遂士者、掌四郊之獄訟，分其地爲六稱六遂。四郊者，依鄭司農爲距王城百里至三百里，而鄭玄則以爲百里至二百里之地域，其說未必一致。

縣士者，司大夫食邑之野之獄訟，依鄭司農爲距王城三百里至四百里之區域。

方士者、掌王之子弟及公卿采地之四方都家之獄訟。都者，依鄭司農爲距王城四百里至五百里之區域。

訝士者、掌四方諸侯之亂獄，訝者迎也，迎四方賓客之意。

朝士者、掌外朝之獄訟與疑獄。

(註一) 禮記典禮篇：「禮不下庶人，刑不上大夫」之解釋，尙有他說，舉其一、二如下：禮記集說注以爲庶人貧賤或貧富不同，故不言庶人之禮，對士大夫始以禮制之。鄭玄以爲衣食足而後知禮義，衣食不足之庶人不必以禮制之。又一說以爲國君或士大夫有車行之禮，庶人無之，與此相同，其他之禮庶人亦無之。又另一說以爲官人若犯罪，亦可依八議赦免之，故對於士大夫

無刑罰之設。又周禮正義卷六十九所引鄭康成之說以爲此乃有爵者與王同族，其刑殺爲甸師所掌，庶人之刑殺爲掌囚所掌，庶人之刑無所用於有爵者而來。要之，禮記曲禮篇上：「博文強識而讓，敦善行不怠謂之君子。」又論語堯曰篇以爲君子乃尊五美，退四惡者，而從事於政務，故君子與有官者爲同義語，恆爲有德之人。

(註二) 漢書賈誼傳：「古者大臣有坐不廉而廢者，不謂不廉曰簞簞不飾，」古者大臣有坐污穢淫亂，男女亡別者，不曰污穢曰帷幕不修，「坐罷軟不勝任者，不謂罷軟曰下官不職。」

孔子家語五刑解篇：「再有問於孔子曰：『先王制法，使刑不上於大夫，禮不下於庶人，然則大夫犯罪，不可以加刑，庶人之行事不可以治於禮乎？』孔子曰：『不然，凡治君子，以禮御其心，所以屬之以廉恥之節也。故古之大夫，其有坐不廉污穢，而退放之者，不謂之不廉污穢而退放，則曰簞簞不飾。有坐淫亂男女無別者，不謂之淫亂男女無別，則曰帷幕不修也。有坐罔上不忠，不謂之罔上不忠，則曰臣節未着。有坐罷軟不勝任者，不謂之罷軟不勝任，則曰下官不職。有坐干國之紀者，不謂之干國之紀，則曰行事不請。此五者大夫既自有罪名矣！而猶不忍斤然以呼之也，既而爲之諱，所以愧恥之。是故大夫之罪，其在五刑三域者，聞而譴發，則自冠釐纓盤水加劍，造乎闕而自請罪，君不使有司執縛牽掣而加之也。其有大罪者，聞命則北面再拜，自詭而裁，君不使人掉引而刑殺之也，曰士大夫

自取之耳，吾過于有禮矣！以刑不上大夫，而大夫亦不失其罪者，教使然也。凡所謂禮不下庶人者以庶人違其事，而不能充禮，故不責之以備禮也。」再求跪然免席曰：『言則美矣！求未之聞。』退而記之。又日本太宰春臺、經濟錄、第八，刑罰：「先王之政以禮義忠恕爲本，故治士大夫以上之人惟以養廉爲主，禮記謂刑不上大夫者，大夫位貴故雖有罪亦不加刑，惟以禮義愧恥之。故古之大夫，其有坐不廉污穢，而退放之者，不謂之不廉污穢，則曰簞簞不飾。有坐淫亂男女無別者，不謂之淫亂男女無別，則曰帷幕不修。有坐罔上不忠，不謂之罔上不忠，則曰臣節未着。有坐罷軟不勝任者，不謂之罷軟不勝任，則曰下官不職。有坐干國之紀者，不謂之干國之紀，則曰行事不請。此五者罪科既定，其人既服其罪，然在上之人猶不忍指其罪，尙爲其隱諱，不顯露其罪，而設詞以使其人愧悔，此即養廉恥心之道也。大夫爲人臣中之貴者，故必選年五十以上有德行之人以居其位。因之，凡爲大夫之人，原假定其不犯罪，而日常使其心保有廉恥，萬一有犯罪者，則已不似大夫，乃以飾詞稱其罪名，使退放之。若有大罪非殺不可者，乃處以死刑，此有二，一爲賜死，二爲斬。賜死者由上命其死而自殺，故云賜死，此又有二，一爲賜酖，二爲賜劍。(中略) 如非達於應處死刑之程度，則如上所述，以各名稱使其人愧悔，使其退位。此謂之刑不上大夫，是乃重大夫之道也。士較大夫爲賤因保守禮義、知廉恥之人，故古之名稱以士以

上爲君子。」家語與春台均以犯死刑以外之罪爲限，始刑不上大夫。

(3) 審級制度

周禮之審級，有一審制、二審制、三審制三種。居住於僻遠之地者、諸侯之百姓，及外朝之人，採一審制。居住於王城者及諸侯，則採二審制，即不服方士之裁判者，得上訴於大小司寇，不服詩士之裁判者，得上訴於士師，其居住於王城者，於方士之裁判後三個月內爲限得爲上訴。其次，不服鄉士、遂士、縣士之裁判者，得上訴於大小司寇，對大小司寇之裁判復不服者，得上訴於王，即對居住於六鄉、六遂及野之人，採三審制。至於上訴期間，居住於六鄉者爲十日，居住於六遂者爲二十日，居住於野者爲三十日。如此，居住於靠近王城地域者採三審制，居住於較遠地域者，採二審制或一審制，當係依教化之厚薄而定者。

言及審級制度者，周禮以外之古書不得見之。徐朝陽之中國古代訴訟法引禮記王制：「史以獄成告於正，正聽之，正以獄成告以大司寇，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，王三文，然後制刑」，而謂：「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，司寇爲非終審亦明矣！」認爲正（鄭注正以諸鄉之屬）爲第一審，大司寇爲第二審，三公爲第三審，而主張禮記採三審制度。但此實非基於受裁判之人之不服

而爲之覆審，而係爲期裁判之慎重計，有似於後世之覆奏者也。覆奏之制度，書經康誥：「又曰要囚服念五六日，至于旬時，不蔽要囚，」要囚即今之受裁判之人中，罪狀重大（如寇壞、姦究、元惡之罪），而應受死刑宣告之人。此等重罪犯人，判決後並不立予執行，至少應有五、六日或十日之斟酌思考，考慮刑罰之妥當與否，如確應受刑罰，則不通融應予天誅。此實際上被採用之例有唐太宗所用之五覆奏，又唐律規定死刑必須三覆奏（唐律、斷獄、死囚報決條，疏：「死罪囚，奏書已訖，應行刑者，皆三覆奏訖，然後始下決。即奏訖報下應行決者聽三日乃行刑。」又徐道鄰教授「中國法制史論略」五五頁參照——譯者附註）。此等覆奏乃奏於最高司法官之皇帝，有如禮記之大司寇覆審正之判決後，再經三公審查者也。

(4) 訴訟代理人

左傳襄公十年，楚之陳生（楚王之叔父）與伯輿有爭，此時，陳生之代理人宰與伯輿之代理人瑕禽互爲爭訟。又在傳僖公二十八年，稱代人辯論之訴訟代理人爲大士，此年，衛侯與其大夫元咺有爭，衛侯之代理人鍼莊子代理衛侯辯論，而武寧子又輔佐鍼莊子，訴訟代理人之起源當甚早。周禮秋官司寇：「凡命夫命婦，不躬坐獄訟，」限於命夫命婦之刑事訴訟，准予委任訴訟代理人。依禮記喪服大記，命夫命婦者，大夫與大夫之妻也，周禮疏云命夫命婦乃尊貴者，故治獄之吏畏之，而不能而正確之訊問，因而以其論

屬或子弟爲訴訟代理人。

(6) 陪審制度

東門德治氏之「支那法制史研究」將三刺之法解釋爲陪審制度。三刺之法，在聽取輿論之點，固可謂類似於今之陪審制度，惟在以排除處罰疑罪爲目的，及以聽取輿論爲窺知天意之手段之點，則與今之陪審制度有異。

周禮中獄訟以外之聽訟，於天官、地官、與夏官之中設數官司之。

天官小宰：「以官符之六叙正群吏，（中略）六日以叙聽其情，」依鄭注就食祿之多少有爭訟時，由小宰決之。

其次，地官大司徒有教萬民以六德（智、仁、聖、義、忠、和）與六行（孝、友、睦、婣、任、恤）及六藝（禮、樂、射、御、書、數）之職責。若有違背此教令者，則以八刑糾之。八刑者，謂不孝之刑、不睦之刑、不婣之刑、不弟之刑、不任之刑、不恤之刑、造言之刑及亂民之刑，此乃周禮五刑（秋官司寇之野刑、軍刑、鄉刑、官刑、國刑）中鄉刑之內含，除造言、亂民二刑以外，均係針對反道德之行為者也。對於違反教令之人，由大司徒糾之。

小司徒乃掌六鄉之民之政教戒禁，以賞罰糾之。又管轄田畝或土地之爭訟，故民訟，即關於田畔之爭訟依地之比鄰斷之，地訟，即境界之爭訟依地圖斷之。此均爲小司徒之職掌。

鄉師司田獵，審判該期日發生之爭訟，即爭禽之訟。又媒氏審判男女間之陰訟。

司市、乃正度量衡，取締商賈者，故糾商人之詐僞。質人、乃管理市場之貨物，人民所有之牛馬、兵器、及四時之食物，故審判關此之犯禁並處罰之。

遂師、乃掌六遂之民之勞役納稅，故聽關此之治訟。遂大夫，乃管六遂之民之家之冢冢，六畜、田野稼穡之功，故聽不守該等政令戒禁之人之治訟。

縣士、掌縣之政令，斟酌稼穡，使役之功，而為賞罰，聽關此之治訟。

再者、夏官之墓大夫，聽關於墓地之爭訟，馬質，聽關於馬之馬訟。

由上所述，可知屬於天官、地官、及夏官中諸官之聽訟，除去違反道德，或其所掌者性質上具有刑罰之結果之聽訟外，則頗合於今日民事訴訟之觀念。梁啟超於其所著「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，故民事訴訟者甚希，有訟皆刑事也，」可謂允當，東西上古社會，刑事關係，均占其全部。若再加附言，則破壞公共安寧、擾亂社會秩序之人，雖罪小為政者亦不等閒視之而予處罰，若其僅止於侵害私人間之法益，換言之，若對權力者或為政者不發生直接之影響者，則或不加追究，或由五保十保之保長、亭長、番夫等下級行政官吏予以適當之處置。且在由權力統制之社會，即在權利觀念不發達之社會，民事紛爭當甚稀少。但如前述，早在後漢即有訴訟與獄訟之區

別，大體上周禮已企圖區別刑事訴訟與民事訴訟，而分別由不同之官吏聽訟，此事頗值吾人注目。(文化較低之發展階段，訴訟制度幾乎不發達，又在訴訟制度發達之初，刑事訴訟與民事訴訟未見區別，Bernhardt, Grundriss des Zivilprozessrechts, 2 Aufl. 1951. S. 10. 齊藤秀夫「民事裁判の歴史」民事訴訟法講座一卷二四頁參照——譯者附註)。

四、法官

儒家理想中之法官為經舜任命為士(註一)之臯陶。其言被傳見於書經大禹謨者有：「帝德罔愆，臨下以簡，御家以寬，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。」

又臯陶謨：「兢兢業業，一日萬幾，無曠庶官，天工人其代之，天叙有典，勅我五典，五惇哉！天秩有禮，自我五禮，有庸哉！同寅協恭，和衷哉！天命有德，五福五章哉！天討有罪，五刑五用哉！政事懋哉！天聰明，自我民聰明，天明畏，自我民明威，達於上下，敬哉有土。」

再者，舜典：「貴災肆放」，「怙終賊刑」。此等思想非但長期間成為儒家對於刑罰之根本理念，實亦影響東亞之刑法，影響後世極大。白虎通聖人章：「若稽古臯陶，聖人而能為舜陳道，朕意惠可底行，又旁施象刑維明，」臯陶鳥

喙是謂至誠，決獄明白察於人情，」以臯陶與伏羲、神農、黃帝、堯、舜、禹、湯、文、武、周公、孔子並列，而為十二聖之一。又謂此等聖人其容貌迥異於常人，臯陶亦不例外，其口唇和鳥之唇，此乃示至誠，明於決獄，通達人情。又白虎通以外，述臯陶之異相者有論衡及荀子，論衡講瑞篇謂臯陶之口似馬，骨相篇云頭之中央凹而四周高，此乃頭形似孔子(註二)。又荀子非相篇：「臯陶之狀，色如削瓜，」乃謂其臉色如經切開之瓜之色，即青綠色是也。又其出身亦迥異於常人，史記秦本紀以秦之遠祖為大業，史記索隱謂臯陶之別名為大業，大業與臯陶當係同一人。史記傳述帝顓頊之孫，女脩織布時食玄鳥落下之卵而生大業。臯陶之口唇似鳥，及以理想法官之臯陶為以法術為治國之要是之秦之遠祖，自有其理由。又依竹書紀年，舜三年，受其命造刑。依書經臯陶謨，臯陶乃具有寬而栗、柔而立、愿而恭、亂而敬、擾而毅、直而溫、簡而廉、剛而塞、疆而義、九品德之理想法官。相傳舜曾擬讓位於臯陶，因其死而不果(註三)。但臯陶必竟為經理想化之法官，應為屬於傳說性者。

法官應如臯陶，以具有九德為理想，但儒家着重於拔本塞源，如何始得無訟？始能刑期無刑？而對法官之人格要件，不甚予以思慮，論語：「子曰聽訟吾猶人也，必也使無訟乎！」此種思想為儒家對訴訟之根本觀念，聽訟為極難之事，為塞訟源，應致力於教化，以使無訟(註四)。但不管儒家之如何期待無刑無訟，現實生活

決未能一如其所希望。松平伊豆守信綱（松平信綱、江戶前期武藏川越藩主，伊豆守，世稱智惠伊豆，仕於將軍家光、家綱、平島原之亂，及由井正書之亂，與處理明歷大火有功，生於西曆一五九六年沒於一六六二年——譯者附註）平生有言，如儒者之說則國之政務難成（註五），此當非限於日本江戶時代初期之言也。與禮儀三百，威儀三千相同，亦有正刑三百，科條三千（註六），其數不但不減少，且隨時代而增加。例如，漢成帝河平年間之詔中云：「甫刑云，五刑之屬三千，大辟之罰其屬二百，今大辟之刑千有餘條，律令煩多百餘萬言。」此為漢代之實情。

雖有完備之法律與制度，如不得其人以運用之，則法律亦將成爲死物、死法，此古今中外無有例外。荀子君道篇：「法者治之端也，君子者法之源也，故有君子則法雖省足以備矣！無君子則法雖具失先後之施矣！不能應事之變足以亂矣！」實一語道破。

（註一）依春秋元命包，皋陶被任爲士師，士或士師爲法官。

（註二）史記孔子世家：「生而首上圩頂，故因名曰丘，」孔子名丘係由來於其頭之形狀。

（註三）史記夏本紀：「帝禹立，而舉皋陶薦之，且授政焉，而皋陶卒。」

（註四）四書正解所引范氏之言：「聽訟者治其末塞其流也，正其本清其源則無訟矣！」又大全陳氏言：「使無訟正有道德齊禮內，夫子亦未說明所以使之故正欲令。」四書輯疏：「教民

親愛莫善於孝，教民禮順莫善於弟，此無訟之道也。民有常產則有常心，此無訟之政也。所謂正其本清其源也。」論語集說：「王肅曰，化之在前。」均以爲施以教化則可無訟。

（註五）此爲經「史籍集賢」改錄之神書抄中，松平伊豆守疾儒之言。

（註六）禮記中庸篇：「禮儀三百，威儀三千。」論語謝短篇：「古禮三百，威儀三千，刑亦正刑三百科條三千。」以五刑之屬三千者，有書經之呂刑，孝經之五刑。

皋陶、書經舜典：「汝作士」，士即法官。其他依左傳，春秋時代之諸侯有左列之法官。

（一）宋有大司寇及小司寇 成公十五年：「向爲人爲大司寇，麟朱爲小司寇，是年二司寇出奔楚，樂裔爲司寇。」

（二）魯有司寇 襄公二十一年：「季孫謂臧武忠曰，子爲司寇，將盜是務去。」

（三）晉有司寇 襄公三年：「魏絳曰，請歸死於司寇。」此外有理官，昭公十四年之注：「士景伯督理官」。又管轄地方之司法事務者有大夫，僖公二十五年：「趙衰爲原大夫，狐溱爲滎大夫。」

（四）齊有司寇 成公十八年：「慶佐爲司寇」，此外有士，同上：「齊侯使士華免以戈殺國佐於內官三朝」。

（五）鄭有司寇 昭公二年：「公孫黑將作亂，子產曰，不速司寇將至。」

（六）衛有司寇 昭公十二年：「公孟縶弒齊豹，奪之司寇。」

（七）楚有司寇 文公十年：「子西曰，臣歸死於司敗。」杜注司敗與司寇同。

（八）唐有司敗 定公三年：「唐人竊馬而獻之子常，子常歸唐侯，自拘於司敗。」

秦於中央置廷尉，司刑獄，又置御史行使彈劾。於地方則廢封建置三十六郡，任命守、尉、監等官吏。又郡之下置縣，並創十保五保之制，採相收司連坐之法，爲劃期性之大改革。漢代大體上延襲秦制，惟併用封建郡縣二制，故其機構未必相同。又三公九卿之稱雖始於漢代，然其淵源係自秦之置丞相、太尉、御史大夫三大官，其下設廷尉、衛尉、宗正、太僕、少府、奉常、郎中令、內史、典客而來，後世廷官之雛型係於秦代。漢代之廷尉，景帝中元六年改稱大理，武帝建元四年復稱廷尉，哀帝元壽二年再改稱大理（註一）。設其屬官依次爲史、奏曹掾、從史、卒史等（註二）。又御史有御史大夫（亦稱大司空）、中丞、侍御史，司糾察彈劾、官廷之糾禁。又屬於大司馬府之護軍都尉，亦分擔司法。地方則有京兆尹、左馮翊、右扶風，稱爲三輔（註三），分司長安城司法警察之職務，又有郡守（太守）、郡掾、決曹掾，以郡之決訟爲其職掌之一。又武帝元封五年設刺史，周行郡國以斷冤獄。縣有縣令或縣長，依漢書百官公卿表，一縣之中有萬戶以上者稱縣令，一萬戶以下者稱縣長，又縣之面積約方百里，其下有鄉，鄉之下有亭。鄉有三老、嗇夫、游徼等官，嗇夫司聽訟、收稅，

游徼循禁賊盜(註四)，前者爲司法官兼稅務官，後者爲司法警察官。

後漢亦踏襲前漢制度，中央置廷尉、御史。光武帝又置尚書，以掌水火、盜賊、詞訟、罪法(通典)。尚書另名賊曹，爲後世分職爲刑部省與大理寺之基礎。又關於尚書，後漢書張皓傳：「皓拜廷尉，留心刑斷，數與尚書辨正疑獄，多以詳當見從。」又地方分爲十二州，刺史十二人於每年八月一人巡視一州，記錄郡國之囚徒(百官志)。刺史在後漢之初稱司隸校尉，建武十八年改稱刺史，靈帝中平五年改稱牧。此外，郡守司決訟檢盜訊囚，縣令或縣長掌禁盜罰惡，理訟平賊。亭長、游徼之職掌與前漢時同。(謝冠生博士前揭九四九頁以下參照——譯者附註)。

(註一) 漢書百官公卿表：「廷尉秦官，掌刑辟，有正左右監，皆千秩石，景帝中元六年更名大理，武帝建元四年復爲廷尉，宣帝地節三年初置左右平，秩皆六百石，哀帝元壽二年復爲大理。」

(註二) 漢書張湯傳：「湯爲廷尉，請博士弟子治尚書春秋，補廷尉史，」同書路溫舒傳：「廷尉光以溫舒署奏曹掾，」同書兒寬傳：「廷尉湯以從史兒寬爲之，」寬以掌故功次補卒史。此爲史，奏曹掾、從史、卒史等名稱之見之於史書者也。

(註三) 依漢書百官公卿表，掌京師之政務者，周時爲內史，秦漢仿之，漢惠帝二年分爲左內史、右內史，武帝太初元年，右內史改稱京兆

尹，左內史改稱左馮翊，秦代之主爵都尉，景帝中元六年改稱都尉，武帝太初元年改稱右扶風。

(註四) 漢書百官公卿表：「大率十里一亭，亭有長，十亭一鄉，鄉有三老，有秩耆夫游徼，三老掌教化，耆夫職聽訟收賦稅，游徼循禁賊盜，縣大率方百里，亦如之，皆秦制也。列侯所食縣曰國，皇太后、皇后、公主所食曰邑，有蠻夷曰道，凡縣道國邑千五百八十七，鄉六千六百二十二，亭二萬九千六百三十五。」列舉鄉之三吏之職掌，地方制度及其數目。

又此亦爲後漢所延用，自後漢書臧官傳：「少爲縣亭長游徼，」或後漢書注：「續漢書四，每十里一亭，亭有長，以禁盜賊，每鄉有游徼，掌循禁盜也。」亦可知之，亭長似亦爲刑官。

五、結語

以上所論述者，主要爲以周禮爲根據所見之周代訴訟制度之大略，而如在緒言中所述，周禮一書之真僞有問題，即若其成立不僞，但其記載內容是否與事實相符，亦有疑問。前者，雖經學者努力研究，但尚未能得到完全解決。後者，則如何予以想像亦難信周禮之制度事實上會施行於周代，(謝冠生博士亦以爲周禮大司寇之所謂五刑，恐亦未必實行，見氏著前揭九七三頁——譯者附註)。若容許臆測，周禮或係自周制之某一部分推演擴大而成之理想上之制度，其作者爲讚

訟周公者流，後經劉歆增補修訂(尚書、周書、立政、同、周官、史記周公世家參照)。總之，周禮之制度非實際存在者，乃不可否定，故前述之訴訟制度，不得謂即爲周初及春秋戰國時代之訴訟制度，但與此近似之制度存在之可能性，並非絕對無之。在此種意義之下，如能成爲參考資料，則幸甚矣！因有感於此，乃草本文。

六、譯跋

本文係日本大學教授會田範治先生所著「周禮を中心として見た中國上代の訴訟制度」之全譯，並爲讀者之參考起見，加以若干譯者之附註。原文係登載於有斐閣出版之「中村宗雄教授祝賀論集訴訟法學と實體法學」一至二五頁。譯者翻譯本文之動機，一則有感於關於此領域之專題研究文獻甚少，而本文旁徵博引，闡述甚詳，實爲難得之佳作。二則雖如文中所云周禮一書之真僞及其記載內容是否與事實相符，均有疑問，但縱使該書係理想化而成於漢代者，亦可供作吾人推測周代乃至於春秋戰國時代訴訟制度之資料，並當不失爲我國漢代乃至於漢代以前法律思想中關於訴訟制度思想之資料也，當有助於法律思想史之研究。三則外國學者對於我國歷史之研究方法及見解，當爲吾人所欲知，本文之譯或有助於讀者之了解，希望讀者能自此得到一些借鏡，則幸甚矣！尚請賜正。