

採擇中西 ——清末大理院司法裁判文書研究 (1907-1911)

邢天宇*

在法律變遷和機構改革之外，清末大理院的司法實踐（1907-1911）刻畫了清末法律變革的實踐展開。與固有觀念不同，在司法實踐中，大理院吸收了西方近代法制成果的部分內容，也傳承了傳統法律的部分審理邏輯。根據變法維新的要求，大理院吸收了近代君主立憲制度原理，通過法科教學和結業考試的方式培養各位法官，以求其具有基本的新式法律知識儲備，並且在個案審判中利用西方法理邏輯解釋法律適用問題；根據本土司法實踐的特殊性，大理院以結果正義為基本追求，在新式審判程序的基礎上，優化、調整了實踐活動中的部分流程，推動司法文明的進程。面對司法改革的時代課題，大理院以改良司法為基本追求，提高證據在事實認定中的重要性，同時取消部分不必要傳訊程序，減少民眾的訴訟成本，從而改良傳統審理制度的弊端；為了追求良好的法秩序和個案正義，大理院吸收了傳統的審理邏輯，民事審判中注重維護人際關係，刑事審判則以「情法之平」為核心目標。通過梳理大理院的審判活動，可以發現大理院對傳統法律和新式法律的抉擇及其態度，從而為後世司法審判提供一定借鑒。

關鍵詞：清末大理院、司法實踐、法律變革、法制文明

* 中南財經政法大學法學院博士研究生

一、問題提起

清末大理院（1906-1911），是中國近代最早的最高司法審判機關，在近代法制變革中具有非常重要的歷史地位。由於文獻不足，現有研究對大理院司法裁判文書的認識存在較大偏差。主要表現為少數關注到清末大理院裁判文書的研究認為清末大理院在司法裁判中「並未出現嚴格的近代意義上的司法文書」¹，之所以得出這一結論，是因為目之所及，清末大理院「審判結果的體裁比較陳舊，沒有近代意義上的司法文書，判詞中也沒有運用近代的法言法語」。²從這個角度出發，認為地方各級審判廳「所取得的成就遠較大理院大」。³除此之外，其他相關研究一般只關注到清末變法中的制度變化和大理院的機構設置，在文獻匱乏的前提下沒有對其司法裁判文書的論述。⁴質言之，現有針對清末大理院的觀察主要集中於立法過程和機構設置，即制度建設的內容，對大理院的司法實踐知之甚少且認識有誤。以現有檔案文獻為基礎，圍繞大理院的個案裁判文書，本文主要從司法實踐角度作出論證，對現有認識作出補充與修正。

根據現有檔案文獻，可以發現，與上述既有認識不同的是，在司法實踐中，清末大理院一方面接受西方近代制度文明成果，另一方面又適用中國傳統法律，形成了別具一格的司法邏輯。

清末變法過程中，在「折衷各國大同之良規，兼採近世最新之學說，

-
- 1 黃源盛，《民初大理院與裁判》（臺北，元照，2011），頁20。
 - 2 韓濤，《晚清大理院：中國最早的最高法院》（北京，法律出版社，2012），頁355。
 - 3 李啟成，《晚清各級審判廳研究》（北京，北京大學出版社，2004），頁204。
 - 4 對清末大理院的研究，現有最全面者當數韓濤的《晚清大理院》，以及黃源盛的《民初大理院與裁判》。由於文獻匱乏，二者無法對清末大理院的裁判文書作出深入梳理，進而認為清末大理院的裁判文書完全延續了清代裁判文書的風格與邏輯。相關內容主要關注大理院的籌設原因、機構人員與制度設計等內容。其他研究主要關注清末司法機構建設和部院之爭，也未超出制度建設的範疇。關於清末司法機構改革，代表作品可參看韓秀桃，《司法獨立與近代中國》（北京，清華大學出版社，2003）；關於部院之爭，參見張從容，《部院之爭：晚清司法改革的交叉路口》（北京，北京大學出版社，2007）。

而仍不戾乎我國歷世相沿之禮教民情」的目的指導下，⁵針對如何仿效西方法律，清廷爆發了空前的爭吵。⁶與此同時，根據相關文獻，大理院作為司法機關，已經開始將各類西方法律理論運用於司法實踐，其中最顯著的是運用了經由日本傳來的德國最新法律成果。⁷在這一實踐過程中，大量新式立法成果得到了有效且充分的運用。而且，大理院也在現有制度框架下傳承了中國傳統的法律及其思維。在某種程度上而言，大理院的司法實踐呈現了一種「採擇中西」的特徵。

基於此，以光緒三十三年（1907）大理院開始審判司法案件開始，到宣統三年（1911）為止，期間大理院作出的裁判文書為核心，深入描寫在清末大理院的司法實踐中，如何取捨從日本舶來的西方近代法制成果與中國傳統法律二者。進一步而言，細緻描寫清末大理院如何立足司法實踐，運用西方近代法制文明，同時繼承中國傳統法律思維，從而回應法律變革的時代呼聲。

為此，本文從以下兩個方面切入：一是大理院在司法實踐中對經由日本舶來的西式法制成果（主要是德國立法成果）的抉擇，二是大理院

-
- 5 此語來自於沈家本（1840-1913）在光緒三十三年十一月二十六日向清廷上奏刑律分則時進程的〈修訂法律館為刑律分則草案告成繕具清單折〉，參看高漢成主編，《《大清新刑律》立法資料彙編》（北京，社會科學文獻出版社，2013），頁 23。
- 6 參看李啟成校注，《資政院議場會議速記錄——晚清預備國會論辯實錄》（上、下卷，北京，商務印書館，2022 修訂版）下卷，頁 902-914。另參看高漢成，《簽注視野下的大清刑律草案研究》（北京，社會科學文獻出版社，2007），頁 99-168。
- 7 根據現有清末大理院的裁判文書，在適用近代新式法律理論及立法成果時，大理院各位裁判人員較為熟練地近代西式法律思維，其說理思維與當時官辦法律學堂聘請的日本講師岡田朝太郎等人的講課內容基本一致。可以認為，清末大理院的推事在運用近代西方法律理論及新型立法成果時，主要受到日本法律專家的影響，這也是本文標題中「採擇中西」之「西」的含義。具體而言，在立法成果和司法實踐中，「西」主要指的是經由日本傳來的德國法律成果。下文內容中，大理院在法官考試和裁判說理等司法實踐活動中運用到的《法院編製法》和《新刑律》等法律主要由岡田朝太郎（1868-1936）協助起草並講授。而岡田氏又曾於 1897 年受日本政府派遣到德國留學，其法律思想深受德國影響，並應用於協助清廷編制法律草案的過程中。例如岡田氏講授《法院編製法》時，明確提出本法由日本《裁判所構成法》修改而來，而日本《裁判所構成法》又取法德國。參見岡田朝太郎口述，熊元翰編，張進德點校，《法院編製法》（上海，上海人民出版社，2013），頁 3。又，岡田氏協助編纂的《新刑律》其藍本就是日本 1908 年的新刑法，日本新刑法的藍本則是 1871 年德國刑法典。參見王瑛滔，〈岡田朝太郎與《大清新刑律》〉，《歷史教學問題》2014：6（上海），頁 80-84。

個案裁判中對中國傳統法律的取捨。從前者而言，一方面，大理院接受了近代新式法制，吸收了日本式的君主立憲國家形態，並且在裁判文書中開始運用新式法律及其理論；另一方面，大理院實踐中對新式法律規範作出了適當變通，主要表現在民事裁判中採取了一定的職權主義傾向，在刑事案件的裁判過程中將個案公正作為第一考量，部分程序規範及其價值則被置後。從後者而言，在個案裁判中，大理院從審判程序和裁判結果兩方面體現了對傳統法律制度成果的取捨：從審理程序出發，大理院針對傳統審判制度中的弊端，在審判中注重物證，並且減少傳訊程序；從裁判結果而言，大理院吸收了中國傳統法律的合理內核，在民事案件中注重維護良好社會秩序，在刑事審判中努力追求個案的罪責刑相適應。

二、大理院司法實踐對西法的抉擇

大理院在實踐中，面對由日本傳來的西方近代立法成果，根據司法實踐的需求吸收並變通了其部分內容。從吸收角度而言，大理院接受了立憲國家的制度形態，並從君主立憲的角度建構了司法權的憲法地位和實踐作用，將其貫徹到對審判員的培養和審判實踐過程中。從變通角度而言，大理院以社會現實為依據，根據其所處的時代境況，對新式審判程序規範作出了部分改造，以求適應社會現實。

（一）對近代法制文明理念的接受

在面對近代西方法制文明成果時，大理院吸收了近代君主立憲式的國家權力架構體系，以及帶有近代特徵的實體法及其思維。從前者而言，大理院在法官考試中，通過考察考生的法理素養，來培養新式審判人才；從後者而言，大理院面對新型社會實踐，以個案公正為核心追求，運用西方法律及其理論解決糾紛。

1. 近代君主立憲國家理念的吸收

大理院要求各審判員掌握君主立憲國家的基本原理。通過法官考試中的憲法考試環節，考察候補審判員對近代法制國家理念的理解，並考察其對司法權的看法是否符合近代君主立憲的制度理念。其題目為「司法權委任審判衙門遵法律行之，法律得更改否？」

在一份高分試卷中，大理院學習正六品推事梁德孝⁸認為：

司法之權，應統自君上。而君上不能自行，故必設審判衙門以代之。但審判官之職權，止在於遵行法律，而其法律究可得而隨意增減更改否耶？曰不可得也。夫法律云者，必須經議院可決，奏請欽定，而以君上名義頒布施行也。而既經頒布，則軍民皆宜遵守，若少有更改，將至輕彼重此，前後歧紛。案關至要，豈容有此不一哉？故必主政者不率行更改，則被治者自不能廢棄不由矣。⁹

上述回答有兩個層次，首先，從君主立憲角度出發，司法權的來源是君主，但是君主卻不能直接行使司法權，所以審判衙門作為代理君主行使司法權的權力機關，有義務行使審判權。這一立論與當時聘請的日本法律講師所教授課程觀點高度重合：「君主國由君主親行其司法權者，古來不乏其例。然今之立憲君主國，則使一定之機關代君主行使之，其機關即通常審判廳，或僅曰審判廳」。¹⁰而審判權的行使應當嚴格遵守法律的規定，因為從君主立憲的角度出發，法律由代表國民的議會表決通過後，又由作為主權代表的君主的名義欽定頒行，一經法定程序，則在全國範圍內產生強制效力，審判活動即應受其約束，若不依法裁判，則會導致同案不同判，無法維護法律適用的一致性。對於審判權而言，其核心功能在於維護法安定性，「輕彼重此，前後歧紛」的判決會從根本上破壞法的公信力，所以法不能隨意更改，才能獲得「被治者自不能廢棄不由」

8 官職姓名來自於檔案記載，梁德孝，時任大理院學習正六品推事，在宣統二年（1910）法部第一次法官考試中名列優等，生卒年暫不可考。參看〈梁德孝法部口試試卷〉（北京，中國第一歷史檔案館藏），檔號：16-02-007-000008-0035。按：本文所引用之檔案，皆為中國第一歷史檔案館藏，茲不贅引。

9 〈梁德孝法部第一場筆試試卷〉，檔號：16-02-007-000008-0033。

10 《法院編制法》，頁12。

的守法結果。

對這一回答，考官打出了 90 分的高分（滿分 100 分），並給出了「探源立論，義正詞純」的評語，認為此回答完美詮釋了審判權的憲法定位及其作用。除審判權外，在司法權中，檢察官也是憲法考察的重點。根據當時的立法理念，訴訟中需要審判廳和檢察廳的互相配合：「兩種官廳皆有訴訟之關係，一切訴訟事件，必須兩種官廳互相為用」。¹¹所以在第二次筆試中，考察了檢察權的行使，題目為如何理解檢察官（即當時所謂檢事）提起公訴的要件。

針對這一問題，梁德孝認為：

凡檢事提起公訴之方式，或立刻請求公判，或先請求預審，然後其中有要件焉。即必須指出被告人，必示明犯罪之事實也。至其效力，則為使其原告、被告受權利拘束。如檢事已經提起之案，不能再在別處起訴，此檢事之受拘束也；被告人只對於不服之判決為上訴，不能對於起訴之案往別處申訴。此被告之受拘束也。至既起訴不得取下，以檢事只有代表國家之權，而無拋棄國家刑罰之權也。¹²

檢察官提起公訴的要件有二：一是應當有明確的被告人，二是應當有明確的犯罪事實。在實踐中，已經提起訴訟的案件，檢察官不能再向別處提起訴訟，被告人亦不能對檢察官的起訴行為提出抗議或者申訴。而且檢察官已經起訴，即嚴禁撤訴，原因在於清末刑事訴訟的制度設計中，檢察官無權拋棄國家的刑罰權。

針對這一回答，考官認為其「推闡詳明，不同浮衍論說，理明辭達」¹³，作出了較高評價。針對同一問題，在另一份考生的答案中，雖然憲法一題只有 55 分，但是這一答案更明確地說明了清末君主立憲改革中司法權的各項要素。

考生認為，法是共同體所必須遵守的行為準則，而法的正當性來源於維護秩序的需要，即：

11 《法院編制法》，頁 4。

12 〈梁德孝法部第二場筆試試卷〉，檔號：16-02-007-000008-0034。

13 同前註。

人羣而後有家，有家而後有國，有國必有君以統治，統治則非法不齊，故法權及一切權制依次成立。

因此，法應當具有安定性：

不可朝令暮改，使司法者無守從之一定。

為了維護法的安定性，應當以君主立憲為基本原理：

委任司法權於審判衙門，使遵法律行之，不以詔令隨時更改。

為保證司法權的正常履行，法律本身也應當保持穩定：

不得以詔令隨時更改者，以案件關係至重，故必以已經欽定法律為準，免涉分歧。

並且著重強調君主的權力受到憲法的制約：

蓋以法律惟君上實行司法權之用，而又有特立之性質，故不以命令改廢法律……故日本有新刑法，然絕非隨時肆更改也。法律所關者重，若欲更改，可不慎歟？¹⁴

這份答卷中，首先提出法應在共同體內具有普遍約束力，引用了當時盛行的法制理念，¹⁵其次提出法律制定之後，皇帝也不能用詔令更改。且司法機關受皇帝委任，代行司法權，有維護法秩序的職責，除特殊情形外，法律不得任意更改，並引用日本刑法作為例證。

由此可見，大理院裁判官受到日本的影響，對君主立憲有其基本認識：首先，司法權來自於君主立憲的憲法架構，是國家權力的一支，受君主委託行使審判與解釋法律的權力，包括君主在內的國家機關不得干涉；其次，司法權應當遵守法律，法律經過正當程序制定，非經議會表決不能修改。可見大理院推事作為司法工作者，全面接受了西方君主立憲構想下的憲法理論，並通過法科教育和法官考試在司法工作者中普及這一制度理念，使其具備基本的憲法知識，承擔國家司法職能，以達到儲備法律人才的目的。

14 〈胡庸章法部第一場試卷〉，檔號：16-02-007-000009-0026。胡庸章，時任大理院學習正六品推事，在宣統二年法部第一次法官考試中名列中等，生卒年暫不可考。

15 時人談論變法，主流觀點認為立法應當經過正當程序，並由全社會遵守，例如出使各國大臣載澤（1868-1929）的考察報告，參看故宮博物院明清檔案部編，《清末籌備立憲史料》（北京，中華書局，1979），頁 11。

2. 近代化的法律適用及其說理

大理院作為最高審判機關，擔負著統一解釋法律的職能。在部分案件中，大理院需要適用新式立法成果及其邏輯，根據案件事實進行說理，推動法律變革成果的實踐轉化，以達到裁判公正的目的。

在一起侵犯名譽的案件中，原告為京師女子師範學堂，被告為《國風日報》，基本案情為：《國風日報》在一份報導中，刊載了一則「三女成姦戕一男」的報導，記載某女子師範學堂三名女學生與殖邊學堂某男學生通姦，致男學生殞命，後經京師女子師範學堂管理者親自到報社抗議，報社於翌日刊登了更正聲明，聲明原報導內容不實，後被京師女子師範學堂起訴，本案於京師經歷兩次審理，由京師高等審判廳判定《國風日報》侵犯名譽罪名成立，並要求責任編輯繳納罰金，《國風日報》不服上告。針對其上告理由，大理院作出了相應的說理以回應。

《國風日報》上告理由可概括為：(1) 下級審判廳裁判違背法律、自相矛盾，沒有分清法律和道德的邊界；(2) 本案涉訴的「三女成姦戕一男」一則報導，其內容並未指明具體參加人員，所以沒有具體的受害者，不能構成犯罪：「並未指明何校何人，是本案並無被害人，根本上不發生犯罪性質」；(3) 誣告是親告罪，即使認為名譽受到侵害，被害人也應親自告訴，不能由檢察官提起公訴，本案受害人沒有親自告訴，所以不能受理；(4) 告訴人沒有用規定的狀紙，按照《訴訟狀紙章程》，本案不能受理；(5) 本案原告未親自到場，屬於缺席審理，應當駁回原告起訴；(6) 本案原審裁判的判詞格式與《各級審判廳試辦章程》的規定不符，應認定無效；(7) 被告在發布報導後第二日即聲明更正，根據《報律》的規定，應當免除責任。

根據上述理由，大理院逐一作出了回應。針對第一點，大理院認為原判雖然對法律條文本身的理解存在誤差，但是事實認定清楚，裁判結果正確：

查該廳原判關於法律上之見解誠多未協，惟所認事實毫無錯誤，且於定擬罪刑亦無輕重之出入，未便因此遽撤銷其原判。

針對第二點，大理院認為上訴人在原審庭審過程中已經確認「三女」

為京師女子師範學堂的學生：

查該委任人吳超在京師地方審判廳供有「四月二十七日京師女子師範學堂管理員鄭平甫、靈春二人來館詰問，我即於二十八日更正」等語。是日更正報紙載「謠傳之由來」一則，聲明係憑女子師範學堂管理員鄭平甫等之更正。該報之實指京師女子師範學堂，業已供證明確，本屬無可狡辯。

進一步而言，即使沒有指出姓名，如果能夠根據常識推測出所指何人，也應當構成犯罪，並引用了刑法相關規定：

如謂報之所登係渾括其詞，並未表襮姓名，不知名譽罪之成立不必實指被害人之為誰何，即其人立於社會為公眾可以識別之推測之者亦是，觀於已頒行之《大清刑律》第一百八十條「誣告未指定犯人處罰」之例，可以隅反該報既直稱師範學堂學生，則受其害者並非學堂，乃立於社會之學生。假令該報明指某人，受其害者不過少數之學生，今泛稱為某，則人人可受社會之指摘，是居於被害人之地位者實全體之學生也。況學部之往來公牘，學堂全體學生之公稟悉附於卷，在本案既有被害主體，奚得謂為不發生犯罪之性質？¹⁶

針對第三點，大理院認為，根據《法院編制法》，所有公訴都應當由檢察官起訴，親告的含義為有親告權的人向檢察官告訴，並非親告人獨自提起訴訟，且學堂監督有代表學校的法定地位，可以行使告訴權，並特別強調審判的核心是公平公正：

查檢察起訴制度之國，檢察官代表國家為原告，無論是否親告，

16 此處大理院的證明方式與當時法律學堂日本講師所教授內容高度一致，當時京師法律學堂針對判斷侵犯名譽罪是否成立的授課內容為：「名譽者，指人之社會上地位而言，本罪因危害於人之社會上地位而成立，被害人知有危險行為與否，因此為毀損其名譽心與否，俱不須分別。本罪由行為之體起見，分之為二：一則摘示事實，公然毀損名譽者是。摘示事實云者，具體的聲明惡事醜行之謂也……一則不摘示事實，而罵詈嘲笑者是……摘示及不摘示事實之誹毀，均以此行為公然時為限者罰之。公然者，指使特定多數人見聞之時，及多數人可以見聞之時而云」。岡田朝太郎口述，熊元翰編，夏菲點校，《刑法分則》（上海，上海人民出版社，2013），頁 127-128。其他關於法律位階、程序要件等內容的敘述同樣處處可見與日本講師所講授法律知識的相似之處。

除附帶犯罪等律有明文外，非檢察官起訴，審判官不為審理。《法院編制法》既採檢察官起訴之制，於該法頒行之後，一應案件皆須遵守，斷無親告罪不由檢察官提起公訴之理。所謂親告罪乃提起公訴必須由親告權人告訴，非被害人徑向審判衙門自行起訴之謂。《審判試辦章程》第四十六條有「但必須親告之事件不在此限」一語，係指親告事件必有被害人之告訴，檢察官始得起訴，非他項事件可由檢察官依他人之告發或自行檢察者比也。此案經該學堂總理為全體學生代理，於四月二十八日向有司法警察權之外城巡警總廳聲請檢察官起訴，該總理既係全體學生代表，應即以親告論。在起訴並非違法，在承審官即應據法審理。審理之際但問公平與否，固不憚悠悠之口也。¹⁷

針對第四點，大理院認為，學堂總理雖不是檢察官，但是本案關涉學校眾多學生的聲譽，用公文移送的方式起訴，符合正當程序，即使日後頒布訴訟法規，本案的移送程序也並不違法，而且本案標的並非個人權利，是公共利益，不能用狀紙規範排除學堂監督的起訴權：

查《訟狀紙章》誠係為起訴而設。學堂總理非檢察官，因事關公眾，用文移告訴，揆諸事理，並無不合。即在將來民刑訴訟律頒布之後，亦應承認。況所爭論，初非婚姻、錢債、田土專屬個人權利現在刑律禁用文移之列，自不能責令仍用狀紙，致與定制有違。

針對第五點，大理院認為，此理由的法律依據是原《各級審判廳試辦章程》第 52 條，與新定《法院編制法》相抵觸，應當歸於無效，而且本案經過兩審以後，事實已經清楚，無需傳喚雙方當事人：

控告狀第三及第六理由謂《審判試辦章程》第五十二條但書：「審判必須本人到庭者，仍可傳令到庭」，本案原判衙門公判時無原

17 此處及後文的「審判試辦章程」應為《各級審判廳試辦章程》的簡略說法。根據《各級審判廳試辦章程》第四十六條：「凡刑事案件，因被害者之告訴、他人之告發、司法警察官之移送或自行發覺者，皆由檢察官提起公訴。但必須親告之事件（如脅迫、誹毀、通姦等罪），不在此限」。上海商務印書館編譯所編纂，李秀清、孟祥沛、汪世榮點校，《大清新法令（1901-1911）點校本》第 1 卷（北京，商務印書館，2010），頁 396。

告本人到庭，不能起訴及審判。查原告名目，沿襲舊稱，該項條文與《法院編制法》抵觸，自應廢止，不能復行依據。受理詞訟，審判官原可傳被害人或代理人到庭環鞠，惟本案業經地方審判廳取有被告委任人輸服供詞，即同獄成。無需待對，以節繁複。

針對第六點，大理院認為，「試辦」本身就是溝通新舊的含義，並沒有強制效力，且格式規範是一種程序要求，與判詞效力問題無關：

查「試辦」之定義，乃溝通新舊之格式一種權宜辦法，擇其可行者行之，初無強制之意。判決書亦文牘之一種，文牘種類甚繁，非民刑訴訟律頒行不能一律改定。是以各省判決事件有用新式者，有仍用舊式者。質言之，乃詳略之不同，而其主要文字固無差異。此係改良文牘問題，與判詞之效力無涉。

針對第七點，大理院認為本案的犯罪成立於報導刊登當日，不因事後刊登更正聲明而免責：

查犯罪之成立與否專以當時之行為為斷，如行為時已具法定要件，則犯罪成立不因犯罪前後之別項行為受其牽制。報紙中有據《報律》第十一條應處罰之登載，則自登載時犯罪已完全成立。其後雖經更正，不能因既遂之行為消滅其犯罪之性質。亦猶《現行刑律》之「侵損於人，不准自首」是也。至《報律》第八條所載，係為維持公益，令報館負特定之義務，初非盡此義務可邀除免。

根據上述理由，大理院駁回了《國風日報》的上訴，維持原判，要求《國風日報》責任編輯繳納相應罰金，並特別聲明了大理院有統一解釋法律的權力：

應將上告狀駁斥，仍照原判將編輯人陳壽山依《報律》第十一條、第二十四條處一百元之罰金，按限繳納，不得聲明不服。再，本院為終審衙門，有統一解釋法律之權，既係供證確鑿，可根據既定之事實適用法律，宣告裁判，毋庸傳被告及代理人訊問。¹⁸

本案中，大理院以法之目的解釋為核心，以追求公平正義為最終目

18 以上內容見〈為移送吳超控國風日報造謠污蔑一案終審判決事移會〉，檔號：41-0037-0007。

標，運用新式法理，對起訴的法定程序、犯罪的成立要件、審判的形式要求和相關法律用語的含義作出了非常具體的闡釋，既達到了維護公平正義的目的，又展現了大理院對新式法理的深刻理解。

綜上可知，大理院在實際運行過程中，對經由日本傳來的西方法律制度保持了開放的心態，並且運用新式裁判積極參與了司法權的建構和新式法律的實施，現有認為清末大理院沒有產生新式裁判文書的觀點是錯誤的。大理院在司法實踐過程中，不僅接受了西方法律的理念，並通過實際行動，將法律理念轉化成制度現實，通過這一轉化行動，積極推動中國由傳統國家治理形態向近代化的新型政府樣態的轉變。不僅如此，大理院還在審判實踐中積極運用新式法理，推動審判模式的近代化，從而使大理院適應社會的變化，更好地履行司法職能。

（二）對西式法律的實踐變通

大理院在適用新式法律時，會根據個案的實際情況，對部分規範內容作出變通處理。這一特點尤其鮮明地展現在大理院在審理部分民事案件時，以及覆判刑事案件的活動中。在民事案件中，若發現當事人行為惡性較為嚴重，大理院會採取職權主義態度，主動調查案件事實，並用強制手段懲罰當事人的不法行為；在刑事覆判活動中，部分案件不符合應提交覆判的程序條件，此時，大理院仍對案件作出實質審查，並糾正下級機構的法律適用錯誤之後將案件交回。上述活動體現了大理院以個案正義為核心取向，在審理過程中對新式法律規定作出變通處理的實踐傾向，有其時代特徵。

1. 民事審判中的職權主義

在大理院的民事審判中，經常主動利用職權以推動案件進程。在部分案件中，根據案件本身的情節，也為了維護市場秩序，甚至會使用刑罰手段處罰當事人。

在一起協通錢鋪與興盛碓房的債務糾紛中，大理院根據案情，主動審查了當事人訴訟請求以外的不法行為，並據此對協通錢鋪的責任者採

取了刑事措施。本案中，責任人雙斌於光緒二十七年（1901），在西單牌樓區域租房一棟開設錢鋪，名為協通錢鋪，並聘請李志道為掌櫃，李志道雇傭其堂弟李瑞麟在店裡幫工。雙斌交給李志道 2,600 兩白銀作為本金。

光緒三十二年（1906）十一月，李志道聲稱有事去往奉天，李瑞麟察覺有異樣，當即到雙斌家告知這一情形。光緒三十三年正月，因為李志道久去未歸，雙斌到錢鋪調查帳目，發現錢鋪現金流短缺，已經無法對外開具相關票據。雙斌經過核對帳目，發現已經開具的票據比存銀多 6,000 餘兩，即現金短缺 6,000 餘兩。雙斌並發現帳目中記載各商鋪有欠款未還，隨即去各鋪索要，但各商鋪均不承認有欠款，於是雙斌向大理院起訴各商鋪。¹⁹

經大理院調查相關商鋪的帳目，核實了協通錢鋪虧空 6,000 餘兩白銀，於是下達命令要求各商鋪歸還欠款，並由協通錢鋪開具票存。雖然填補了部分虧空，但仍有 2,400 餘兩的欠款無處籌辦。大理院認為錢鋪的行為涉及經濟犯罪，於是一面查抄李志道的在京家產，一面通緝李志道本人，並行文李志道的山東原籍官府查抄李志道家產，發現「家中只有業地數畝，草房五間，祖父母及父母俱年老，賴此生活」。於是大理院繼續主動調查協通錢鋪開業時提供擔保的各商鋪，發現各商鋪或倒閉、或更換經營者，只有德盛永米局「鋪掌辛樹中到案供稱，當日協通錢鋪開張，伊出具水印作保屬實」。²⁰

根據上述主動調查的內容，大理院作出了判決，認為：

此案驍騎校雙斌自出資本，交給李志道開設協通錢鋪，乃致虧空票存六千餘兩之多，李志道畏罪潛逃，除勒限開發，尚虧二千四百餘兩。雙斌身為財東，夥分漁利。事前既毫無覺察，限滿又未能全完，實屬罪有應得。惟該鋪究係李志道一人管事，雙斌並未在鋪經理，自應按例減等問擬。雙斌應革去驍騎校，合依「京城錢鋪如將票存錢文侵蝕，逾限不完，數至一千兩以上發遣黑龍江當差」例上減一等擬杖一百、徒三年，仍勒限一年，交由本旗追

19 參看〈奏為審明驍騎校開設錢鋪侵蝕票存按例擬罪事〉，檔號：21-0765-0043。

20 同前註。

賠。俟限滿能否開發完竣，再行分別辦理。德盛永鋪掌辛樹中於協通錢鋪開張時出具浮水印作保，查該鋪係屬米局，非例應連名立保之人，未便勒令代發。惟蒙混作保，究屬不應，亦應按律科斷。辛樹中合依「不應重」律杖八十，照章改折罰金。李瑞麟訊無經理銀錢之責，應免置議。²¹

大理院認為雙斌雖然委託李志道全權負責錢鋪經營，但是作為錢鋪的唯一股東，且「夥分漁利」，在經營過程中沒有盡到審慎的監管義務，在司法機關給出的合理期限內沒有補齊虧空，應當承擔刑事責任，但鑒於未參與實際經營活動，應當減等處罰。德盛永米局掌櫃並非法律規定的擔保人，不能要求其承擔連帶清償責任，但是其在明知不合法的前提下作出了擔保承諾，應當承擔刑事責任，依法罰金。李瑞麟只是幫工，沒有參與犯罪行為，無需承擔法律責任。

本案中，大理院以公平原則為基本出發點，利用職權主動調查案件情節，並以刑罰手段規範經濟行為，而且在面對連帶保證責任時，沒有遵循意思自治原則，而是從是否應當的角度對德盛永米局掌櫃作出了處罰決定，體現了極強的職權主義特點。

不僅如此，大理院在案件判結之後，全程關注了本案的執行過程，並在雙斌募集到相應款項時協調民政部，對開具票存的過程進行了保護和監督。在給民政部的公文中，要求民政部通知：

內城右分廳預期出示開發票存，並選派警官，率領巡警屆期前往西單牌樓迤南街協通錢鋪會同宛平縣委員認真彈壓，禁止土痞攪擾，督令開發。

由於開發票存關係到市場經濟秩序的正常運行，於是大理院要求民政部派出警官，在開發票存的當天維持協通錢鋪及其周圍區域的社會秩序，並警惕社會無業人員以及地痞流氓的騷擾行為，以保證開發票存的活動能正常進行。

需要注意的是，大理院存續期間，幾乎沒有民事法律可作為依據，其審判民事案件時，可以依據的內容只有刑事法規、各類單行條例、在法律學堂所學相關理論，以及以往審理民事案件的經驗。在這種情況下，

21 同前註。

大理院以公平原則為基本指導，以實質解決案件糾紛為主要目的，並著眼於維護社會經濟秩序的正常運行。在審判過程中，大理院並未刻意運用近代民法理論解釋案情，或者根據意思自治原則作出判決，而是將其關注的核心內容放在案件中各行為人的可歸責性上，並不斷進行目的性考量，以維護社會秩序的良好運行。

2. 刑事覆判中的有意變通

根據清末相關法律規定，沒有建立審判廳的地區，如有死刑案件，仍由大理院覆判。²²在制度實踐過程中，部分設置了審判廳的地區，也有將死刑案件呈送大理院覆判的情形。根據相關法律規範，這類案件由於不屬於法定覆判案件的範疇，應當從形式上駁回，但是大理院並未直接駁回，而是就案件本身進行實質性審查，然後在審查之後附帶聲明，以後再有類似案件毋庸覆判。

例如在「劉張氏誘拐柳朱氏一案」中，大理院仔細核對了本案的案情、法律適用以及說理過程，並指出了地方審判廳在法律理解上的錯誤，同時聲明日後毋庸覆判。

本案為拐賣人口案件，行為人劉張氏與被害人柳朱氏素識往來。一日，劉張氏在探望柳朱氏時，認為柳朱氏年輕貌美，於是起意將其拐賣。隨即編造說一起去鄰村看熱鬧。柳朱氏沒有防備，就跟隨劉張氏出門。走到半路，劉張氏將柳朱氏帶到一處人煙稀少的地方休息，找來一個車夫，想把柳朱氏拉到外地拐賣。由於車價問題，劉張氏和車夫爭吵。柳朱氏察覺異樣，便坐地哭鬧。此時巡警巡邏經過，將二人逮捕歸案。

本案中，天津地方審判廳認為，劉張氏拐賣年輕女子，將柳朱氏帶到鄰村。在與車夫爭吵時被巡警查獲，應當屬於犯罪未成，即未遂犯的範疇：

此案劉張氏因柳朱氏年輕可欺，起意誘拐，誑至大紅橋等處閒遊，柳朱氏並不知情，實屬略誘。劉張氏正在雇覓車輛，柳朱氏知覺

22 「外省未設審判庭地方一應匯奏、專奏死罪案件，暫准由大理院照章復判具奏，諮報法部施行」。見清·政學社編，《大清法規大全》（上海，政學社，1911），〈禮制部〉，頁 1817。

哭泣，當由巡警盤獲送廳，事屬未成。²³

但是大理院有不同看法。大理院認為，誘拐案中犯罪是否未遂，應當以被害人是否被騙出自己家門為判斷標準，不能以是否被拐賣到目的地為判斷標準：

查「誘拐不知情之案，但經誘取出外，即屬已成」，按例即應擬絞。

本案中，劉張氏將柳朱氏拐出家門，雇車期間事發，應該按照犯罪既遂處罰：

該廳以犯婦正在出外雇車，朱氏知覺哭泣，即被巡警盤獲，係屬誘拐未成，將該犯婦依例減等擬流，殊與例意未協。罪關死生出入，本院礙難率復。應令該廳詳核例案妥擬，到日再議。

說理結束後，大理院又提出：

案由該審判廳審結，照章毋庸覆判，相應諮行貴部轉諮該督劄飭該廳悉心核擬，並嗣後查照新章辦理可也。²⁴

本文中，大理院沒有根據《法院編制法》的明文規定將此案直接駁回，而是在進行實質審查後指出下級審判廳的法律適用錯誤，然後聲明毋庸覆判，其中固然體現了當時制度變革環境下，地方官員法律素養不強，更重要的是，大理院將個案公正作為核心價值取向，將程序規範的價值位階置後，進一步突出大理院在審判實踐中對個案正義的核心追求。

通過上述個案審判實踐可以發現，大理院在吸納西方法律制度時，針對中國的實際情況，對相關法律制度及其背後的理論作出了程度不一的變通。在民事審判中，為調查案件事實，大理院在當事人無法提供充足證據時，採取了職權主義的做法，主動調查案件事實，並為了維護良好的市場經濟秩序，主動關注案件執行情況，協調各部門，從根本上化解糾紛。在刑事覆判過程中，下級法院違反程序規範提交覆判時，大理院沒有從形式上駁斥，反而對相關案件內容進行了實質審查，將維護審判公正和統一法律解釋的價值放在程序正義之前。體現了在實踐中，大

23 〈為接准大理院復判直隸東安縣獲賊宋大等聽糾行劫王興順等家銀洋衣物等案照章施行事〉，檔號：16-02-003-000018-0058。

24 同前註。

理院對西方法律制度的變通。

三、大理院司法實踐對中法的取捨

近代以來的司法改革中，針對傳統審判，一般認為其弊端有兩點：一是審判程序過於野蠻殘暴，二是審判結果不夠公平：

一刑訊無辜、一非刑慘酷、一拘傳過多、一問官武斷、一監羈凌虐、一拖累破家。²⁵

近代司法改革以改良上述弊端，推動司法過程透明化，實現裁判結果的公正，從而收回司法主權為核心目的。為此，大理院對傳統法律採取了批判繼承的態度。從批判角度而言，在程序上，大理院力圖革除傳統審判程序中的弊端，強調證據的重要性，追求司法的審慎；同時注重減少傳訊，減輕民眾的訴訟負擔。從繼承角度而言，大理院繼承了傳統法律維護良好人際關係的價值取向，在民事審判中減少裁判行為對人際情感的破壞；同時，大理院追求個案審理的「情法之平」，在刑事審判中追求罪責刑相適應，以實現公平正義。

（一）對傳統審判弊端的改造

針對傳統審判程序的弊端，大理院在審判實踐中作出了制度上的調整。這一調整主要包括兩方面：一是在審訊口供的同時，提升證據在案件事實認定中所佔據的比重，若無法獲取招供，則根據證據確定犯罪事實；二是在審理過程中減少傳訊，在沒有必要時，不對第三人採取傳喚措施，儘量簡化訴訟程序，節約相應時間成本，以減少民眾負擔。

25 《大清新刑律》立法資料彙編》，頁 189。

1. 審判中的「據眾證定罪」

針對傳統裁判中的刑訊和武斷問題，大理院拋棄了傳統審判案件都必須「拘問明白」，以口供作為核心定罪依據的做法，²⁶轉而傾向在實踐中逐漸重視「據眾證定罪」。雖然刑訊問題仍然存在，但在大理院的個案審判中，刑訊的適用範圍已經大大縮小。從司法實踐而言，大部分被告人經訊問後都會如實供述，而少部分案件中，雖然證據確鑿，當事人也拒不招供，在這種情形下，大理院更傾向於根據證據確定犯罪事實。

在一起地痞訛詐案中，被告人宗室毓喜被指控在商鋪門口訛詐錢財多次，審問時，毓喜矢口否認，於是大理院轉而根據現有人證和物證確定案件事實：

現據遇吉選等供結，毓喜攪擾鋪戶，索要錢物不誣，並據該族學長呈報，毓喜素行無賴屬實。核與原稿情事相符。質之毓喜，則刁健如初。該司員等因其恃無刑訊，堅不承招，取具眾證確供，照例章，證據定案。²⁷

在確定毓喜的犯罪情節時，大理院根據原告之一遇吉選的供詞，以及毓喜所在宗族學長的報告，確定了毓喜「素行無賴」的事實，在毓喜拒不招認的前提下，提出應當「照例章，證據定案」。

在遇吉選的供詞和毓喜所屬宗族學長的呈報的基礎上，大理院又調查了案涉數十家商鋪的帳簿等物證，並提取了供詞。各商鋪：

供稱該犯訛索錢物，或用言恐嚇，或營廳控告，或脫衣不走，或橫臥簸籬。其擾害情形，言之均歷歷如繪。惟詰之毓喜，則支離閃爍，一味刁狡，研訊匝月，終無確供。當調各鋪商帳本，查核其向索月日，以及錢物確數，各俱相符。是其擾害之事固眾口之一辭，亦考查而有據。復飭反復環質，更端開導，該犯仍執迷不悟，始終狡展。跡其狡展之心，不惟多方巧避脫例，擬於案前直欲深結訟藤，復擾害於案後。若非證據定讞，不足安善良而警刁頑。現在到案各證均已供結確鑿，皆無疑義，且據右翼近支族學

26 參看陳頤點校，《大清律例：同治九年》（北京，法律出版社，2022），頁473。

27 〈奏為審擬宗室毓喜訛詐鋪商一案事〉，檔號：21-0784-0033。

長宗室溥迪等呈報毓喜平素行為無賴等因，未便因犯供刁健，致案久懸。²⁸

在調取各商鋪受害人的證人證言時，大理院著重核查了證據所展現的時間、數額等相關內容，並注重證人證言與帳簿之間是否可以互相印證。在確定毓喜的犯罪行為具有主客觀可歸責性，且沒有免責事由之後，大理院根據相關證人證言與物證的內容確定了案件事實。

認定毓喜犯罪事實後，大理院認為，在刑罰上認為應當比照凶惡棍徒相關規範減等處置，並聲明是根據證據定罪：

毓喜以閒散宗室與鋪商遇吉選等認識往來，迭向各鋪商索要錢物，多方攪擾，致該商等以「不安生業」聯名呈控，眾證確鑿，實屬擾害，與尋常偶爾求索者不同。惟核其擾害實據，僅只恐嚇控告，並脫衣橫臥不走等情，與「實在情凶勢惡者」尚屬有間，自應按例量減問擬。毓喜合於「凶惡棍徒屢次生事行兇，無故擾害良人，人所共知，確有實據者發極邊足四千里安置」例上量減一等，擬杖一百、徒三年，仍照章免其杖罪。係宗室，宗人府查例載「凡宗室犯杖一百罪名，審係不安本分者，應實行責打，犯徒三年罪者折圈禁一年」等語。今宗室毓喜所犯杖一百罪名，照章免其杖罪，犯徒三年罪名折圈禁一年，該犯實在刁健，堅不承招，照例仍具眾證情狀，奏請定奪。²⁹

此外，在另一起在職官員犯罪的案件中，大理院在被告人拒不招認的情形下，也根據證據確定了被告人的刑事責任。

本案例中，被告人分別為法部候補主事明安泰和副都統霍倫泰。案情起於原告寇李氏與案外人的債務糾紛。由於寇李氏家境殷實，並正在民事訴訟中，明安泰和霍倫泰起意霸佔其家產，於是向寇李氏聲稱其認識高官，可以幫忙在裁判中疏通關節。寇李氏信以為真，向霍倫泰二人送銀 4,000 餘兩。霍倫泰二人又指示兩名親戚進入寇李氏家所開錢鋪，製造假契約，意圖將錢鋪據為己有並賣給他人。大理院於是派司法巡警拘傳明安泰和霍倫泰二人，明安泰等拒不到案，且將其他人證藏匿，拒不

28 同前註。

29 同前註。

交出。寇李氏在大理院的訊問程序結束後，出到大理院門口，霍倫泰等指使家丁帶人將寇李氏從大理院門口直接搶走。

大理院官員在震驚之餘，上奏要求將霍倫泰二人革職，並經當場逮捕搶奪寇李氏的人犯陳九等訊問供詞。經過上述程序後，根據現有證據，大理院認為：

明安泰身為法部候補主事，竟敢指稱本部堂官，設謀誑騙。迨案經告發，雖恃無旁證，不肯吐實，而於霍倫泰騙取鴻順興銀元、煙土，業已眾供確鑿，實屬罪有應得。若任其恃符狡展，一味拖延，何足以成信讞？應請旨將明安泰先行革職，以便嚴行審訊。副都統霍倫泰身為二品大員，應如何恪守官箴，束身自愛？乃將愚傻無知之寇恒禮藏匿在家，復將爭產興訟之寇李氏關禁宅內，其意究欲何為？嗣經寇李氏據情控告，巡警奉票傳人，尤復攔阻不服，喝令毆辱。迨案交臣院訊辦，飭令該管佐領往取親供，霍倫泰因將家人張順扣留，竟藉口無人抗違，不遞伊侄。錫恒在所看守，因父故給限治喪，臣等體恤，不可謂不至。詎意後經傳喚，霍倫泰竟任情包庇，硬不交人。其尤甚者，寇李氏以原告婦女來院候訊，霍倫泰輒賄遣棍徒，逼近院署門首，肆行搶奪。橫暴若斯，豈復知有法令？雖寇李氏所供幫同明安泰指稱法部堂官詐騙財物虛實尚待徹究，而與明安泰騙取鴻順興銀元、煙土，業經伊侄錫恒供認有據，其遣人搶奪寇李氏及包庇錫恒、錫珍抗不到案，更有被獲之郭義青等及該管佐領眾證可憑。似此種種行為，若不縷細上陳，一任其恃符藐玩，不惟無以示懲，而且案結無期。³⁰

在本案中，大理院雖然未獲得明安泰和霍倫泰的口供，但是認為可以憑藉現有人證和物證定案。大理院認為：首先，明安泰騙取寇李氏名下商鋪的銀元、煙土等物，經過各人證的指認，認定其有詐騙行為；其次，霍倫泰藏匿寇李氏丈夫，意圖要脅寇李氏的行為雖然沒有物證，但是霍倫泰包庇犯人，且在大理院門口公然搶走原告，不僅對原告人身安全造成了威脅，也極大藐視了司法機關的權威，並經過霍倫泰的侄子和家丁

30 〈奏為特參法部候補主事明安泰副都統霍倫泰夥謀誑騙得贓恃符狡展請分別革職解任歸審事〉，檔號：03-7587-014。

等人作為人證，可以確定其犯罪事實。根據上述證據，可以定罪量刑。

由上述案件可知，大理院雖並未放棄口供，但在廢除刑訊的制度變革前提下，逐漸轉向了尊重證據的道路。對大理院而言，口供雖仍舊重要，但是在沒有口供的前提下，可以根據證人證言和物證確定案件事實。這是在司法改革的環境下，大理院從實踐出發，作出的應對手段。

2. 裁判時的免傳省累

針對傳統審判活動中「拘傳過多」和「拖累破家」的弊端，大理院在審判實踐活動中有意減少傳訊，並試圖縮短審判流程，主要表現為在實踐中大量作出「免傳」、「免傳省累」等決定，以減少各相關人的負擔，節約相應成本。

這一傾向貫穿於大理院的全部審判實踐中。從刑事角度而言，免傳的理由有三個，分別為：不影響案件結果、沒有違法行為和無法傳質。而在民事案件中，免傳的使用標準相對較寬，一般而言，只要能夠實質化解糾紛，或者能夠查清案件事實，對某些未到案的關係人，大理院均會判令免傳。

首先從刑事案件出發，最常見的是因不影響案件結果而免傳。例如在一起通姦致其母自盡案中，被告人將全部案件事實招認之後，大理院認為無需再傳質相應人證，於是作出了免傳決定：

周王氏現因產後不能到案，惟案已質明，應與汲水見屍未到之王胡氏並免傳訊。³¹

本案中，大理院特地強調免傳的原因是「案已質明」，所以無需再傳訊相關人員。

在另一起盜竊案中，大理院在審明被告人的盜竊事實之後，免去了被害人到庭作證的義務，只是要求其將贓物領回：「燭臺、布帶業經慶福領回，應毋庸議。未到免傳省累。」³²並強調免傳的原因是「省累」，即

31 〈為核議胡劉氏因奸敗露致母劉郭氏自盡一案事等〉，檔號：16-02-003-000095-0218。

32 〈為鑲白旗閒散宗室玉秀行竊一案抄錄原稿等項查照事致宗人府等〉，檔號：06-01-001-000642-0126。

免除不必要的程序。

由於沒有違法行為而免傳也是一個比較常見的理由。其中最常見的是因為不知情而免傳。在一起殺人案中，被告人劉滌在殺死被害人之後，隱瞞事實，與被害人的妻子在自己家內通姦，在案件偵破後，由於被告人與其父同住，大理院審訊了被告人和被害人妻子後，發現被告人父親確實不知劉滌與被害人妻子通姦。大理院根據審理結果，認為：「白老于劉滌與李孫氏在伊家通姦，據劉滌等供稱委不知情，應免傳質」。³³

除此之外，部分主體因為具有合法手續而具有違法阻卻事由，大理院也作出了免傳訊的決定。在一起宗室女賣奸案中，宗室女雲格在八國聯軍入侵時，因戰亂與家人走散，迫於生計，自作主張到一家娼窩賣奸為生，並隱瞞了自己的宗室身份。後來被家人找到，家人因為懷疑娼窩逼良為娼，將娼窩呈控。大理院開庭審理之後，經過訊問雲格，認定娼窩沒有逼良為娼的情節，而且查核其相關證件，均非常齊全，於是判決「寶珍各茶室訊據報捐有名，免傳省累」。³⁴

另有部分案件中，由於實際上無法傳喚，所以大理院作出免傳的決定。在一起聚賭案中，大理院在審核清楚案件事實後，由於售賣賭具之人無從查找，作出了免傳的決定：

賣牌之不知姓名人並免查傳，王王氏等及起獲紙牌、錢物，業經步軍統領衙門照例懲辦，分別銷毀、入官。³⁵

其次，民事案件中，免傳的適用範圍更加廣泛。只要糾紛已經實質性解決，大理院便會基於審判的實際情況作出免傳的決定。例如在一起土地糾紛中，毓壽發現在不知情的前提下，自己的土地上被人種植作物，於是將種植作物的費進喜控告於大理院。經調查，是張三偽造憑證，將上述土地出售給費進喜。審理過程中，費進喜與毓壽達成協議，自行清理相關糾紛。在這一前提下，大理院放棄了傳訊作為證人的張三：

查費進喜由張三手典種地畝，既據到案供明典種時並不知係毓壽

33 〈為核議拿獲砍斃人命復行夥劫人犯劉滌一案事〉，檔號：16-02-003-000087-0007。

34 〈為判結正藍旗宗室富隆額在娼窩認獲其妹雲格一案抄單查照事致宗人府等〉，檔號：06-01-001-000642-0118。

35 〈為正紅旗覺羅恩喜等鬥紙牌一案辦理完結諮送覺羅恩喜請查照辦理事致宗人府〉，檔號：06-01-002-000915-0040。

地畝，現伊已將地清出，聽憑毓壽收回，張三短欠地價，伊並願自行清理，懇求息訟，應准先行完案，毋庸會訊。張三年逾八旬，免傳省累。³⁶

在另一起因為土地產生的糾紛中，大理院綜合各方證人證言，並依職權調取了土地所有權人的證人證言後，在案件事實基本清楚，雙方當事人「情俱輸服，均各不願纏訟，致傷和氣」的前提下，查明了本案中的權利義務關係，對有關當事人的部分違法行為採取了免予追求的態度，同時對沒有傳到的各關係人作出了免傳的決定。³⁷

經過梳理上述案件，可以發現，大理院作為最高司法機關，在司法實踐中有意識地對傳統審判程序中的缺陷作出了調整與改良。針對重視口供和刑訊問題，大理院在審判實踐中開始逐步重視證據的作用；針對拘傳程序過多的弊端，大理院有意識地採取「免傳」的方式修正這一弊端。這些審判策略的轉型體現了大理院對傳統審判制度缺陷的認知，以及基於這一認知的改造手段。

（二）對傳統中國法律合理內核的繼承

對於清末大理院而言，仿照西方進行的國家結構改革，其核心目的是追求審判公正，是為了追求「裁判官乃得從容判斷，國家始得享有裁判公平之結果」的效果。³⁸在司法實踐過程中，大理院也認為個案審判的核心目的是追求裁判結果的公平正義。對大理院而言，公平正義包括兩個方面：一是維護良好的社會秩序和人際關係，二是追求個案的罪責刑相適應。前者主要體現在民事審判中，後者主要體現在刑事審判中。

36 〈為鑲藍旗宗室毓壽遣控小莊村居住慈甯宮太監費進喜耕種墾地一案銷案事致宗人府〉，檔號：06-01-001-000554-0132。

37 參看〈為鑲黃旗覺羅婦柏永氏呈控楊玉等硬要收地一案訊結情形轉行瑞王府查照事致宗人府〉，檔號：06-01-001-000548-0143。

38 《法院編制法》，頁5。

1. 民事審判追求良好的社會秩序

在民事審判過程中，大理院通常會注重維護鄰里、家族和親人之間的感情紐帶，儘量避免使用強制手段。只有在部分行為極其惡劣的案件中，大理院才會動用處罰措施。在大部分情況下，即使一方當事人有明顯的過錯，出於對案件實際情況的綜合考慮，大理院也會作出不予追求的裁決。通過審判實踐，可以更直觀地瞭解大理院對這類案件的處置方式及其考量因素。

首先，根據案件事實，大理院會在判決中聲明某一方當事人的行為「不合」或者「本有不合」，然後聲明不予處罰的原因。在一起房屋租賃糾紛中，王閏氏租住的房屋所有權人將房屋賣給朴厚，王閏氏因費用問題，拒不搬走，因此產生糾紛，同時樸厚還指控王閏氏偷盜其存放於院中的物料。開庭時，王閏氏供稱已經騰房。根據這一供述，大理院又派員實地考核，確認了王閏氏的說法。在這一前提下，大理院認為王閏氏拒不搬走的行為存在過錯，但是其在審判過程中以積極的作為彌補了過錯，而且經過與原告確認，雙方已經沒有其他糾紛，所以對王閏氏不予追究：

查王閏氏委宗室朴厚買房，輒因中費未清，延不將房騰交，本有不合，姑念婦女無知，一經被控，即行騰房。該氏應得中費復聽中人任永華等憑公辦理楚，樸厚所存物料是否短少，任永華等亦願代為清理，應毋庸議。案情本屬細故，現已訊無鞫，未便久事延宕，致滋拖累，自應即予完結。³⁹

另一件由於欠債糾紛爭吵的案件中：

文祿與常立、常喜兄弟均系街鄰素識。伊母曾借常立之母衫當錢花用。本年（1910）六月初十日，常立等向索布衫，伊央緩，常立等不依，互相口角揪扭，常喜自行跌倒致將左眼胞蹭有微傷。常立即赴官廳控告，解由步軍統領衙門諮送到院。現伊已將布衫贖出送還常喜。常喜所受蹭跌傷亦已平復。伊等委無毆傷情事。

39 〈為正紅旗宗室樸厚呈控宛平縣民人王子恒之妻王閏氏霸房不交一案銷案事致宗人府〉，檔號：06-01-001-000548-0202。

質之常立、常喜，所供均各相同。常立並稱伊前在步軍統領衙門所供文祿將伊踢傷，實係情急混供各等語。查此案常立等因向文祿索討借當布衫，口角揪扭，常喜自行跌倒，以致蹭有微傷。常立輒赴官廳控告，殊有不合。惟一經到案，即行據實供明，尚與始終誣執者有間。文祿既未將常喜毆傷，且已贖還布衫，常喜傷已平復，姑一併從寬，均各免予深究，准其完案，以全鄰誼而免訟累。⁴⁰

本案中，當事人文祿和常立、常喜兄弟互相認識，且是鄰居。此次產生糾紛，原因為文祿母親曾向常立兄弟之母借貸，後常立兄弟來索要欠款時，文祿無法償還，雙方發生口角，並爭吵打鬥。後經大理院審訊，認為常立在爭吵中，自行跌倒受傷，反而誣陷是文祿毆打所致的行為「殊有不合」。但是審判過程中已經認錯，雙方之間的債務糾紛也已經了結，大理院認為鄰里之間朝夕相處，若發生糾紛，動輒下達判決，會損壞正常的親族關係，於是在聲明其過錯之處後作出不予追究的裁判，「以全鄰誼而免訟累」。

上述案件中，大理院的處置方式具有非常濃厚的傳統風格。在傳統觀點中，一般認為針對民間詞訟，在決定受理與否時應當非常慎重，因為衙門審判活動很可能破壞正常的鄰里關係：

民間細故，或兩造關係親鄰，其呈詞原不宜輕准，誠以事經官斷，則曲直判然，負者不無芥蒂，往往有因此構怨，久而釀禍者。不但耗費民財已也。⁴¹

在涉及家庭成員的糾紛時，維護和諧秩序的價值取向得到了更強的貫徹。在一起家庭內部爭吵案中，長海的兒子崇秀娶常綿之女常氏為妻，平素和睦。一次，長海之女與常氏因為瑣事爭吵，並辱罵常氏，導致常氏回娘家，後因懼怕長海之女不敢回夫家。經調處，長海答應從嚴管教其女，大理院也接受了這一結果：

既據長海供明情願將常氏接回安度，並管教伊女等不准再有爭鬧

40 〈為鑲藍旗宗室常立等因向文祿索討借當布衫吵鬧等情一案完案事致宗人府〉，檔號：06-01-001-000648-0014。

41 清·劉衡，《州縣須知》（收於官箴書集成編纂委員會編，《官箴書集成》冊6，合肥，黃山書社，1997，影印清乾隆五十九年〔1794〕刻本），頁110。

情事，常綿允服，情願息訟，自應准其完案，以全戚誼而省訟累。
42

在審判過程中，大理院以「全戚誼而省訟累」作為主要價值取向，將家庭內部的秩序價值作為裁判的核心考慮。

清末大理院存續期間，清朝並未頒布民事法典。在這種基本無法可依的情況下，大理院通過對案件實際情況、當事人間的關係、行為的惡性等方面的綜合考量，在維護社會良好秩序這一根本前提下，經常作出不予追究的裁決。這種裁決不僅是一時權宜，也是對傳統法律中維護良好人際關係這一價值取向的延續，及其在實踐中的具體體現。

2. 刑事審判注重裁判的情法之平

在刑事案件中，大理院延續了傳統審判的邏輯，即在審判過程中以個案公正為最高目標，以罪責刑相適應為基本導向，追求每個案件的「情法之平」。

例如在「譚洪濬槍傷劉全環身死一案」中，大理院對地方官員的審判方案進行了不厭其煩的審核，並對其法律解釋的錯誤之處作出了細緻的駁斥與更正，通過數次駁改，最終達致了個案結果的公平正義。

本案中，譚洪濬在貴州當地充當統稅局巡丁，光緒三十四年（1908）三月，譚洪濬奉命攜帶槍械到各地方鄉場盤查是否有人私自吸食鴉片。三月十九日，譚洪濬等到案發鄉場，發現劉全環正好買了鴉片準備吸食，於是譚洪濬上前盤問。劉全環拒不交出鴉片，也不供出倒賣鴉片者。於是譚洪濬情急之下用槍恐嚇劉全環，打傷劉全環胸腔，並造成貫通傷，不久劉全環身死。貴州原擬將譚洪濬根據「罪人已就拘執而擅殺律」擬絞，但是大理院否定了這一裁判方案，認為：

查現行刑例載「因爭鬥擅將洋槍施放，殺人者以故殺論」，又律載「故殺者絞監候」各等語。此案譚洪濬充當統稅巡丁，赴場查私，因見劉全環在場買得未貼印花私土一小碗，追獲被奪，向索不給，用槍放傷劉全環身死。先經該撫將該犯依「罪人已就拘執

42 〈為宗室常綿呈控長海縱女虐待伊女一案准其完案取具甘結存案請查照事致宗人府〉，檔號：06-02-004-000351-0020。

而擅殺」律擬絞等因，分諮到院。臣院查核該犯赴場緝私，並不嚴緝販賣私土之人，僅獲購買私土之人，於理已屬非是。且是否私土，死者是否知情故買，初無確證可憑。而一小碗煙漿，稅金應納幾何？既可在免徵之列，即不在應捕之條。死者並未持有器械，以徒手之鄉愚斷無敢抗執有洋槍捕役之理。顯係恃充巡丁，藉端訛索，致釀重案。該撫舍火器殺人之本例，率依擅殺問擬，引斷殊未允協，應令再行妥擬等因。⁴³

大理院指出，本案核心事實尚未查明。首先，從職責上而言，統稅局應當緝拿的是私自販賣鴉片煙者，而非吸食鴉片煙者，譚洪濬的行為超出了法律規定的範圍，已經不能認定為職務行為；其次，從案件事實而言，劉全環吸食鴉片是否合法也未查清，也沒有查證劉全環是否是知情故買鴉片；再次，查獲的鴉片煙只有七兩，數量稀少，無需徵稅，也不能將其作為犯罪嫌疑人逮捕；最後，譚洪濬因為對方不配合，就擅自開槍恐嚇，有意逞兇，不是執法的必要手段。

駁斥之後，貴州巡撫根據大理院駁斥的情節更改了裁判意見，大理院在仔細審查了貴州巡撫的審判意見後，認為：

劉全環僅買私土七兩，為數不多，又非私販。該犯因欲將土報局，向索不給，輒用洋槍嚇放致斃屬實，有意逞兇，將該犯改照故殺更正。臣等復加查核，情罪尚屬相符，惟故殺斬候罪名，《現行刑律》已改絞候，自應改依新律問擬。譚洪濬合依「因爭鬥擅將洋槍施放殺人者以故殺論，故殺者絞」律擬絞監候，秋後處決。事犯在光緒三十四年（1908）十一月初九日恩詔以前，係巡丁火器殺人，依故殺擬絞，不准援免。原勘又稱煙土、凶槍追繳充公，賣不知姓名人邀免。查「失察火器釀命應議職名，隨案開送」等語。查應議職名，事隸吏部，應諮由吏部核辦，餘如所議辦理。⁴⁴

駁改之後，大理院認為這一方案「情罪尚屬相符」，並作出了最後判決。

本案中，大理院延續了刑部的審判風格，對案情每一處可能影響到

43 〈為接准大理院復判貴州巡撫奏玉屏縣譚洪濬槍傷劉全環身死一折照章施行事等〉，檔號：16-02-003-000169-0054。

44 同前註。

裁判結果的細節都進行了細緻的推敲。在本案中，針對案件事實的疑點，大理院作出了細緻而微的分析論證，並從細節上指出了貴州地方判決方案中的矛盾和疏漏。在價值位階上，著重探討了本案譚洪濬的行為中，應當如何確定職務行為與非職務行為，最終認為其開槍恐嚇的行為並不屬於執行任務的必要手段，也就不能將其看作職務行為，而且劉全環是否違反相關規範也未審明，也就不能將其看作罪人。這一論證模式從細節上推理出了本案審判中的錯誤，最終也保證了案件結果的公平公正。

綜合上述討論，可以發現，在民事裁判過程中，大理院充分尊重了當事人之間的情感維繫，在維護良好社會秩序的前提下，尊重意思自治，充分考慮到了案件裁判的社會效果。在刑事審判的過程中，大理院繼承了傳統裁判中審慎、細緻的辦案態度，認同了傳統裁判對個案公平的細緻追求。在這一實踐過程中，大理院繼承了傳統刑事審判活動的合理內核，並將其作為刑事審判的核心價值追求，通過對這一傳統審判邏輯的繼承，以回應近代司法改革對審判公正的訴求，實現在實踐層面上繼承傳統與制度創新的融合。

四、結語

在清末法律變革中，傳統研究一般關注立法上的禮法之爭以及各類新機關的制度建設。除立法上的制度變革和立法理由外，制度的實際運行是一個非常重要的視角。從制度運行實際出發，大理院的司法實踐體現了司法機關對新式法律和傳統法律兩種資源的抉擇、解釋與適用，從而在審判實踐中將變法目標具體化。從現有史料出發，相對於新刑律和訴訟律在制度設計上的爭鬥，大理院的司法實踐從一個微觀、具體的視角上詮釋了「折衷各國大同之良規，兼採近世最新之學說，而仍不戾乎我國歷世相沿之禮教民情」的實踐含義。在實踐過程中，清末大理院立足案件本身，以個案公正為基本要求，既運用了由日本傳來的西方近代法制文明的最新成果，也傳承了傳統中國法律中的優秀成分，為今天法制建設的進路提供了一種歷史借鑒。

首先，從運用西方近代法制文明角度而言，清末大理院作為我國最早的最高法院，生長於新舊交替、中西碰撞之時。在面對審判實務時，需要優秀的新法儲備，才能從容應對變革時代的社會糾紛。所以在法官考試中，對審判員關於近代法制文明的理解進行了全面且深入的考察。在審判過程中，審判員也展現了其融合西方法律理論於中國本土法律實踐的能力，並將其用作審判說理的一部分。

並且，大理院對糾紛及其解決有著獨到的理解，這一理解主要來源於司法一線的實踐經驗。在大理院看來，時代變革不必然帶來糾紛樣態的變化，只是解決糾紛的手段發生了某些改動。針對審判實踐本身，大理院並未拘泥於新式法律，而是根據現實情況展現出了極大的創造與適應能力，以實質性化解糾紛為主要目的，將西方法制資源進行變通，轉化為實踐的有效手段。

其次，在傳承傳統法律文明的優秀成分時，大理院也表現了其獨到的理解。其中，大理院針對傳統審判的弊端，作出了制度調整。針對審判活動的野蠻、冗長等弊端，大理院採取「據眾證定罪」和「免傳省累」等實踐策略，以減輕民眾的訴訟負擔，並努力改變社會對傳統司法的負面印象，塑造出了一個高效、便民的司法形象。

此外，大理院在變革時代中，通過繼承傳統審判的部分邏輯，努力維護良好的社會秩序，同時追求個案的情法之平，以達到審判實踐的公正結果。通過審判實踐，大理院努力提升審判水準，保證了審判品質，為維護法秩序的良好運行作出了歷史貢獻。

綜上可知，大理院在變革時代的審判過程中，面對實踐中的各類問題，融合了中西法律文明傳統，在審判實踐中對中西法制資源各自做了揚棄。根據審判實踐本身，以提高審判效率、促進審判公正為基本目標，在中西法律文明間作出了抉擇。為當下傳承優秀傳統法文化提供了借鑒，也為當代審判實踐提供了歷史映照。

徵引文獻

一、文獻史料

- 清·政學社編，《大清法規大全》，上海，政學社，1911。
- 清·劉衡，《州縣須知》，收於官箴書集成編纂委員會編，《官箴書集成》冊6，合肥，黃山書社，1997，影印清乾隆五十九年（1794）刻本。
- 上海商務印書館編譯所編纂，李秀清、孟祥沛、汪世榮點校，《大清新法令（1901-1911）點校本》第1卷，北京，商務印書館，2010。
- 中國第一歷史檔案館藏檔案，北京。
- 李啟成校注，《資政院議場會議速記錄——晚清預備國會論辯實錄》上、下卷，北京，商務印書館，2022 修訂版。
- 岡田朝太郎口述，熊元翰編，夏菲點校，《刑法分則》，上海，上海人民出版社，2013。
- 岡田朝太郎口述，熊元翰編，張進德點校，《法院編制法》，上海，上海人民出版社，2013。
- 故宮博物院明清檔案部編，《清末籌備立憲史料》，北京，中華書局，1979。
- 高漢成主編，《《大清新刑律》立法資料彙編》，北京，社會科學文獻出版社，2013。
- 陳頤點校，《大清律例：同治九年》，北京，法律出版社，2022。

二、近人研究

- 王瑛滔，〈岡田朝太郎與《大清新刑律》〉，《歷史教學問題》2014：6，上海，頁80-84。
- 李啟成，《晚清各級審判廳研究》，北京，北京大學出版社，2004。
- 高漢成，《簽注視野下的大清刑律草案研究》，北京，社會科學文獻出版社，2007。
- 張從容，《部院之爭：晚清司法改革的交叉路口》，北京，北京大學出版社，

2007。

黃源盛，《民初大理院與裁判》，臺北，元照，2011。

韓秀桃，《司法獨立與近代中國》，北京，清華大學出版社，2003。

韓濤，《晚清大理院：中國最早的最高法院》，北京，法律出版社，2012。

Choosing Between East and West: Judicial Practices of the Late Qing Dali Court (1907-1911)

XING Tianyu*

Beyond legal changes and institutional reforms, the judicial practices of the Dali Court (*Dali Yuan* 大理院 [Supreme Court of Justice], 1907-1911) in the late Qing dynasty illustrate the practical unfolding of legal reform during that period. Contrary to conventional beliefs, the Dali Court in its judicial practices incorporated elements of modern legal principles while also retaining aspects of traditional legal reasoning. In response to the demands for reform, the Dali Court adopted principles of constitutional monarchy from the West and used legal education and graduation examinations to train judges and ensure they had at least a basic knowledge of modern law. In judicial cases, Western legal reasoning was employed to explain issues of legal application. On local judicial practice, the Dali Court aimed for substantive justice, adjusting certain processes within new trial procedures to advance judicial civilization. In the matter of judicial reform, the Dali Court focused on improving the judiciary, enhancing the significance of evidence in factual determinations, and eliminating unnecessary summons procedures to reduce the litigation costs for the public, thereby addressing the shortcomings of traditional trial systems. To pursue a sound legal order and case-specific justice, the Dali Court integrated traditional legal reasoning, emphasizing the protection of interpersonal relationships in civil trials and remaining centered on the balance of “emotion and law” (*qing fa zhi ping* 情法之平) in criminal trials.

* PhD student, Law school, Zhongnan University of Economics and Law.

By analyzing the Dali Court's judicial activities, we can discern its choices and attitudes toward traditional and modern law, which may offer valuable insights for future judicial practices.

Keywords: Late-Qing Dali Court (*Dali Yuan* [Supreme Court of Justice]),
judicial practice, legal reform, legal civilization