

# 清末民初的司法改革

林明德

## 提 要

繼承中國三千年傳統的清潮法制，在思想上是以儒家思想的「明刑弼教」為本，其最大的特徵是制度上不具有西洋法系司法與行政之分立，一切法制，集結於刑事法。

就司法改革而言，清朝末期的變法自強，則是與中國傳統的思想根本不相容的一種改革，亦即採取完全不同法系的所謂近代法治國家的司法制度。

自1840年鴉片戰爭以後，隨著西方列強的侵入，無論是社會或經濟結構都發生了前所未有的變化。其主要特徵就是具有悠久歷史的中華法系開始解體，使中國傳統的法律全盤崩潰。為了適應西力衝擊的需要，維護清朝政權以及統治者的既得利益，激起了改革的風潮，而有法制改革的要求。此外，中國傳統法律本身的固有缺陷以及清末社會的種種病根，也是一個主要的原因。

法制的改革所企圖的方向是模仿先進國日本與西歐，樹立法治主義的司法制度，具體而言，是謀求司法獨立，確立審檢等審判等級，廢除特別裁判制度，劃分民刑訴訟之別，制定訴訟手續法。

當然這種變革的推行乃是一種極為激烈徹底的西方各國司法制度的移植模仿的過程。這種變法自強，就整個而論，乃是邁向司法近代化的過程。但晚清修律的宗旨，則是「中體西用」論在法制上的具體表現。

辛亥革命後建立的中國民國，其司法制度的變革，基本上是承繼清末的司法改革的方向，且在其延長線上發展。民國政府一因其以繼承清末時期不徹底的改革為己任，一因處於革命的倥傯之中，無暇顧及法制

的創制，因此，原則是除部分與民國國體有所抵觸或不合理之外，大都暫行援用前清時代所立的法制。

民初的司法機關與制度，亦是承繼清末的四級三審制。至於法典編纂，大多一仍清代之舊。蓋所頒布的暫行新刑律與「新刑律補充條例」等，均是模仿清代的「暫行章程」而來。旋由日本法學家岡田朝太郎等參與編纂的民法草案以及民事訴訟法、刑事訴訟法、法院編制法等，均有大幅度的變動，且多取材於現行律民事有效部分，雖屢有修正，真正完成近代法典，需等到國民政府成立前後。

大體而言，在司法制度、法典的編纂等，以及法律的運作，審判的程序、司法獨立等方面，仍無甚進步。新式監獄既少，而縣司法公署之普遍，縣知事大多仍兼理司法事務，足見司法與行政混淆之一般。惟刑罰之輕重有別，酷刑與法律之特權殆已消除。

本文旨在闡明清末民初司法制度的變遷，改革的實態，具體而言，乃在析論光緒末年以後至民國初期司法制度變革的梗概及其意義。

**關鍵詞：**中體西用 刑訊 變法自強 修律 司法獨立 法治 民法  
刑法 訴訟 治外法權 四級三審制 家族主義 個人主義  
法院編制法

## 一、前 言

1840年鴉片戰爭以後，隨著西方列強的侵入，無論是社會或經濟結構都發生了前所未有的變化。其主要特徵就是具有悠久歷史的中華法系開始解體，使中國傳統的法律全盤崩潰。外來文化的衝擊固然是中國法制改革的一個誘因，但中國傳統法律本身的固有缺陷以及清末種種社會病根，也是一個主要的因素。爲了適應西力衝擊的需要，維護政權以及統治者的既得利益，激起了改革的風潮，而有制定新法律的要求，這是清末修改律的根本原因。

就司法變革而言，清朝末期的變法自強，則是與中國傳統思想根本不相容的一種變革，亦即採取完全不同法系的所謂新代法治國家的司法制度。法制的變革，所企圖的方向是模仿先進國日本與西歐，擬立法治主義的司法制度，具體而

言，是謀求司法獨立，確立審檢等審判等級，廢除特別裁判制度，劃分民刑訴訟之別，制定訴訟手續法。

當然這種變革的推行乃是一種極為激烈徹底的西方各國司法制度的移植模倣的過程。這種變法自強，就整個而論，乃是邁向司法近代化的過程，但由於過分急於追隨外國制度的形式主義，難免扭曲了真實意義的中國本來的發展。簡言之，晚清修律的宗旨，是「中體西用」論在法制上的具體表現。

辛亥革命後建立的中華民國，其司法制度的變革，基本上是承繼清末司法改革的方向，且在倥傯之中，無暇顧及法制的創制，因此，原則上只是祛除部分與民國國體有所抵觸或不合理之外，大都仍援用前清時代所立的法制。

民初的司法機關與制度，亦是承襲清末的四級三審制。至於法典的編纂，大多一仍清代之舊。蓋所頒布的暫行新刑律與「新刑律補充條例」等，均是模倣清代的「暫行章程」而來。旋由日本法學家岡田朝太郎等參與編纂的民法草案以及民事訴訟法、刑事訴訟法、法院編制法等，均有大幅度的變動，多取材於現行律民事有效部分，雖屢有修正，真正完成近代法典，需等到國民政府成立前後。

本文旨在闡明清末民初司法制度的變遷，改革的實態，具體而言，乃在析論光緒末年以後至民國初期司法制度變革的梗概及其意義。

## 二、清末法制的變革

鴉片戰爭以後清政府的司法機關和司法制度一直沒有很大的變化，直到光緒32年（1906），爲了配合立憲，改革官制，採取了西方國家司法與行政分立的原則，對司法機關作一番調整，即改刑部爲法部，掌司法行政（不兼審判），改大理寺爲大理院，爲全國最高審判機關。翌年（1907），在京師和各省設置審判廳，在省會及主要商埠，設置地方審判廳和初等審判廳，並將省按察使改爲提法使司，負責地方司法行政，監督官吏各省各級審判廳和檢察廳。同時，在各審判廳內，設置了各級檢察廳。在司法組織方面突破了封建專制主義的法制體系<sup>1</sup>。

清末之進行司法改革原因有六：一是領事裁判權問題。清廷改革法制，顯然

---

1 《法院編制法》、《大清宣統新法令》第15冊，頁2。

受了條約的壓力。在列強砲艦政策與不平等條約，特別是領事裁判權破壞了中國主權與司法制度的情勢下，收回法權運動以確保中國主權的完整，可說是出自全國上下一致的願望與要求<sup>2</sup>，而教案則是其副產品<sup>3</sup>。二是例行修律的必要。蓋自同治9年（1870）起，歷久未修，例文已極紛亂，無法迎合時代的需求，而有重修的必要<sup>4</sup>。三是傳統司法制度的反省。傳統之行政兼理司法，用刑之苛酷，尤為各方所詬病<sup>5</sup>。四是外來法律思想的衝擊，期「與西國改同一律」為目標<sup>6</sup>，五是企業經營的需要。即因應中西之間貿易與工商企業的發達，制訂有關工商業、礦業、鐵路等的法律，乃成為急務<sup>7</sup>。此外，立憲立法之要求及減緩革命運動之政治壓力等時代的背景<sup>8</sup>，也是修律的主要原因。

為了廢除治外法權，改革司法乃是必然的趨勢。當西方人在清朝統治下的中國活動時，必然與清朝的權力發生接觸，雙方的爭執常集中於法制，其中大半是公法部門。因此清廷乃著重於廢止刑罰上執行死刑方法的凌遲、梟首、戮屍等酷刑，或偵訊之際的「刑訊」（拷問）等。然而清朝之所以企圖根本改革其政治體

- 2 光緒28年(1902)9月5日，中英續議通商行船條約第12條聲稱：「中國深欲整頓本國律例，以期與各國律例改同一律，英國允盡力協助，以成此舉。一俟查悉中國律例情形及其審斷辦法及一切相關事宜，皆臻妥善，英國即允棄其治外法權。」見《中外條約彙編》（台北，文海出版社，民國53年）頁30。王伯琦《近代法律思潮與中國固有文化》（台北，司法行政部，1960年）頁18。
- 3 參閱李若文「教案に見る清末司法改革の社會的背景—西洋宣教師の訴訟介入により引き起こされた事象を中心に—」（《東洋學報》第74卷）。
- 4 楊幼炯《近代中國立法史》（台北，商務印書館，民國55年）頁67。
- 5 傳統司法之弊病，有刑法苛酷，審級繁多、審判權不統一、沒有確立刑事、民事訴訟之別，沒有獨立的檢察機關，訴訟的準則不完全。參閱林茂松「清代州縣司法運用的實態」（《戴炎輝先生七秩華誕祝賀論文集》頁255～259）。
- 6 見《光緒朝東華錄》第十冊（台北，文海出版社，1953年）頁5748。
- 7 參閱郭鳳明「中國法律現代化之先驅沈家本—清律之修編與現代化」（中央研究院近代史研究所《近代中國歷史人物學術研討會》論文）。
- 8 沈家本云「竊惟法治主義，為立憲各國之所同，編纂法典，實預備立憲之要著。」見《東華錄》第十卷，頁5546、5547。此外，中體西用論之盛行，外來法律思想之衝擊，均為法制改革的時代背景。參閱郭鳳明，前引文。曾憲文、鄭定編著《中國法律制度史研究通覽》（天津，天津教育出版社，1989年）頁229～235。

制，整備其法律制度，另一主要原因乃是受到明治維新成功<sup>9</sup>，以及日俄戰爭日本勝利之影響，亟欲模仿日本式的君主制，仿照日本制定憲法，成功廢除治外法權之例，藉以鞏固清室政權<sup>10</sup>。

## (一)司法機關的變革

### (1)清末司法機構的變革

清代在光緒 32 年（1906）以前，無司法獨立可言，係採行政與司法混合之制，無論中央和地方的司法機關均是如此。中央在京師有刑部、大理寺、都察院等分立而連繫的機關<sup>11</sup>，地方在外省則督撫、藩臬等均有審判權。

中央方面，刑部受天下刑名，都察院司糾察，大理寺駁正，尤以刑部之權最重，蓋以行政而兼司法使然。

至於地方的司法機關，各省督撫的職權極為廣泛，且都擁有司法職權。承宣布政司雖管理財政及民政，但亦干與裁判事務，如戶婚田地之裁判，固為布政司的職掌，即其他案件及秋審，亦可參與。以上三者係屬地方高級長官，或掌理財政民政長官而兼有司法之權，而一省地方上的司法長官，則為提刑按察使司（俗稱按察使），職司司法審判，掌理省內刑事案件。道係沿襲明制，有分守道、分巡道之別，於刑名事件，除府所審理流罪以上，直達按察使之外，其餘案件必詳於道。道遂成為府縣以上的第二審級裁判機關。府置知府，為直接牧民之官，錢穀刑名等事，無所不統，因此裁判訴訟，為其分內之事。直隸州的知州，職掌一如知府，自有裁判之職權。縣置知縣，職司平賦役，興教化，亦負聽訟斷獄之責。州置知州，以縣之地大事繁者升置之，所掌與縣同，錢穀刑名，兼而有之<sup>12</sup>。

9 「日本明治維新亦以改律為基礎。……國勢駁駁日盛，今且為亞東之強國矣。中日兩國政教同、文字同、風俗習尚同。借鑑而觀正，可無庸疑慮也。」，見《大清光緒東華錄》（光緒 34 年 10 月 4 日）。《大清法規大全》法律部卷 3。

10 《東方雜誌》第 2 年第 10 期。拙著「清末民初日本政制對中國的影響」（*Papers of the International Symposium on Sino-Japanese Cultural Interchange*, vol. 3, p. 189）。

11 參閱織田萬編《清國行政法》頁 473～532。瀧川政次郎「清代司法制度概觀」（《支那法制史研究》頁 287～337）。董康「前清司法制度」（《法學雜誌》第 8 卷第 4 期，頁 1～23）。

12 廳，如為直隸廳，則與府同，如非直隸，則與州縣同，當亦掌理司法之職。參閱《光緒朝東華錄》卷 197。

這種立足於傳統思想的清末司法機構，除了設於普通的行政區劃，審判一般人民的中央與地方同法機關之外，尚有對特別身分者的審判（如皇族之屬於宗人府，宮人歸內務府，旗人由步軍統領衙門或將軍、副都統管轄，軍人如涉及人命的刑事案件，屬於管軍衙門與通常審判機關會審；其他刑事案件及一切民事案件，則與州縣會審），在司法審判上亦重視身分差異，享受法律上的特權，實為清朝時代司法制度的特徵。

此外，有設於特別行政區域的，如京師有大興、宛平二縣及順天府，同時兼有行政審判權限，而屬於特別行政區域的盛京，則另設立特別審判機關。

## (2) 旗人特權的廢止

滿漢和旗人、民人之間的法律地位並不相同，宗室貴族或旗人罪犯在監禁中享有優待特權，此一制度直到清末才予以廢止。蓋時代環境已變，唯恐劃分滿漢之界，不僅會啓外人輕視之心，且與立憲前途諸多阻礙，因此，始有意廢止法條上滿漢分別的舊習<sup>13</sup>。

光緒 33 年 9 月（1907 年 10 月），禮部暨修訂法律大臣議定「滿漢通行禮制刑律」<sup>14</sup>，並於同年 12 月（1908 年 1 月），制訂「滿漢通行刑律」，刪併律例內旗人專條 50 條<sup>15</sup>。至宣統 2 年（1910），始正式決定「一體辦理」，但在「新律」未頒布之前，卻得以「照章辦理」<sup>16</sup>。因此，實際上清末旗人享受的法律特權並未消失。

## (二) 審判制度的改進

由於西方法律學術思想之傳輸，西方法律及司法獨立、民事刑事之分立，法律之前的平等，人權與人格之尊重等法律思想，逐漸成為有識者（包含革命派、立憲派等）新思想的泉源，對傳統的司法制度法律體系提出批判，指斥其種種不合理性而主張修改法律。舊法律體系最為人所詬病的是行政機關兼理司法的制度，不僅審級繁多，審判權不統一，沒有確立刑事、民事的訴訟之別，且無獨立的檢察機關，又乏完整的訴訟準則，不人道的刑訊尤為苛酷，而受詬病。

13 光緒 33 年 9 月（1907 年 10 月），禮部暨修訂法律大臣議定「滿漢通行禮制刑律」。

14 《大清光緒實錄》卷 579。《大清法規大全》法律部卷 3。

15 《大清光緒實錄》卷 589。《大清法規大全》法律部卷 3。

修訂法律大臣沈家本於光緒 31 年（1905）9 月，派遣修訂法律館郎中董康、主事麥秩嚴，赴日考察裁判所、監獄時，所提報告書《裁判訪問錄》的序言中，比較中西裁判制度謂：「西國司法獨立，無論何人皆不能干涉裁判之事。雖以君主之命，總統之權，但有赦免而無改正。中國則由州縣而道府而督撫而部，層層轄制不能自由。從前刑部刑律頗有獨立之勢，而大理院稽察言官糾劾，每為所牽制而不免掣肘。」<sup>17</sup> 因此針對上項缺失，提出如下改革的目標：1. 司法從行政獨立，2. 審級之整理，3. 特別裁判制度的廢除，4. 刑事、民事訴訟法的區分，5. 檢察制度的確立，6. 訴訟法的制定。

改革司法，取消領事裁判權實為改革司法的一項目標，為此所從事的司法改革，必須順應世界潮流，跟上時代。世界各國多司法獨立，俾法院能依法裁判，保障人民的權利。中國如欲改革司法，首須採取司法獨立的原則，以樹立新的司法體制。清政府乃於光緒 32 年 12 月（1907 年 1 月）實施法部官制，改刑部為法部，以為司法行政最高機關<sup>18</sup>，同時實行大理院官制。改大理寺為大理院，配置總檢察廳，專司審判。刑部不再執掌審判，各省刑名統歸大理寺覆判<sup>19</sup>。另一方面，為因應法院編制法頒布實行之前的過渡時期暫行辦法，制定了「各級審判廳試辦章程」先行試辦<sup>20</sup>。

在審判制度方面，採用了西方國家法律所規定的一些原則和制度，如回避、辯護、公開（訴訟之辯論及判斷之宣告、均公開法廷進行之）等，並規定了起訴、預審、公判、上訴、判決的執行等程序，從而在法律上打破了封建司法制度的束縛。

接著在京師和各省設立高等審判廳，在省會及商埠等地，設地方審判廳和初等審判廳，並將各級審判廳和檢察廳進行監督管理<sup>21</sup>。

16 《大清法規大全》法律部卷續篇「諭旨」。

17 《沈寄荪先生遺書》（甲篇）下冊，「歷代刑官考」上，頁 7。

18 《大清光緒實錄》卷 564（光緒 32 年 11 月 6 日）、卷 568（光緒 32 年 12 月 18 日）。  
《大清法規大全》吏政部卷 23。

19 《大清光緒實錄》卷 572（光緒 33 年 4 月 30 日）。《大清法規大全》法律部，卷 7，審判。

20 《大清光緒實錄》卷 581（光緒 33 年 10 月 29 日、12 月 4 日）。

21 《法院編制法》、《大清宣統新法令》第 15 冊，頁 2。

宣統元年（1909），頒布「各省商埠審檢廳編制大綱」，是為司法行政分立之始。但除了京師之外，未及推行。至於新設的京師法院，在創辦之初，不僅法官仍多舊人，審調方式依然採取舊式，刑訊亦未完全革除，更遑論律師制度之採用，因而可說是粗具規模，徒具虛名而已。

### （三）監獄的改良

清末的監獄建置，基本上沿用舊監的結構、組織及管理制度。大清律例所規定的獄制，一直延續到光緒末年始有變革。光緒31年3月（1905年4月），命各省「清查監獄羈所」並設法改善各衙門內監外監，禁止凌虐情弊，同時通飭各省一律舉辦習藝所，並訂定稽察監獄羈所辦法<sup>22</sup>。

正如司法改革、新律編纂，清末監獄改良的契機，實亦迫於當時國內外形勢的變化。法律大臣沈家本在監獄改革方面，出力尤大。沈家本悉心研考比較中西監獄的沿革和設施，積極引進西方的獄制，提出一套監獄改良方案，除了改建新式監獄之外，主張監獄應採取自由刑的規制，以改良監獄，實現「以感化為歸宿」的感化主義，並對少年犯罪改採懲治處分<sup>23</sup>的方式。

獄制事宜原由刑部管轄，相關的規定多在「提牢章程」之中，而監獄制度主要附於「諸法合體」的《大清律例》以及後來修訂的《大清現行刑律》、《大清新刑律》之中，始終沒有一部獨立的監獄法。至光緒34年（1908），始聘請日本的獄政專家小河滋次郎，起草《大清監獄律》，並設計改築監獄的規劃，惜未能頒布實行<sup>24</sup>。

清末監獄的類型大體分監獄、習藝所與看守所（或待質所）三種。徒刑監的構造與管理，則大體仿照日本，採取雜居和分房並行的制度。除了京師與少數幾省有數所「模範監獄」之外，新式監獄甚少<sup>25</sup>。

22 《大清法規大全》法律部卷3。

23 《沈寄簪先生遺書文存》卷6。《大清法規大全》法律部卷3。

24 島田正郎「清末之獄制改革及大清監獄則例之編纂」（《中華學術與現代文化》叢書9，見《法學論集》）。小河滋次郎「清國の獄制」（《刑事法評林》第二卷第9期）。

25 薛梅卿主編《中國監獄史》（北京，群眾出版社，1986年）頁212。《政治官報》（宣統元年2月4日）。《大清宣統政紀》卷20。

清末以西方的監獄為模式的獄制改良，處於籌設、試辦階段，除了少數新監的興建之外，大多著重於舊監的改造。在監獄構造、組織與設備管理制度方面，都較舊式監獄進步，實為中國監獄改良之開端，成為後來北洋政府與國民政府改造監獄的基礎。

### 三、清末法典的編纂

光緒以後，時局遽變，世界法治思想開始輸入中國，舊有法典顯已不適用，乃有創設修訂法律館，著手起草民刑律及商法等法典之舉。自光緒 29 年（1903）以後，先後制訂《新刑律》、《民律草案》、《訴訟草案》及《大清商律》等新式法典，開中國法制革新之先聲。

光緒以前的法典，大都淵源於古來的律例，其間雖略有變更，但其基本形式及法理，並無變動。迨至海禁大開之後，中國受到列強的侵逼，清廷遂不得不標榜新政，於是一改過去法制的傳統觀念，改而採用外國法，如《新刑律》乃係參酌各國刑法，折衷歷朝舊律而成，而「民事訴訟法草案」則純仿德國民事訴訟法，實為近代中國法典採用外國法的開端。

清末變法時期修訂法律的準則是採取西方國家的法律，以改革中國的法律。易言之，即是採取個人主義的法律，以改革家族主義的法律。無怪乎當時的士大夫認定這次改制是「國朝三百年未有之奇變」，也可說是中國五千年未有的變局之下所發生的法制改革風潮。

伍廷芳、沈家本在這一變革的時代潮流中，受任為修訂法律大臣，從事改訂新法。平實而言，清末改制以及民國以後的法制變革，受日本新法的影響甚深，即如「刑律草案」，就是日本岡田朝太郎主編，民律草案則是志田鉀太郎與松岡義正等參預修訂。

#### (一) 法院編制法的編纂

大理院專掌最高審判工作之後，涉及到如何確定其審判權限及建立各級審判機關、確定其等級和審判權限等。為了適應此一改革，先後制訂了「大理院審判

編制法」<sup>26</sup>，和「法院編制法」。其中詳定大理院和京師各級審判廳的編制和權限<sup>27</sup>。這是中國近代法制史上第一個正式頒行，採用近代法院編制的法律，亦是清廷為改革司法審判制度而公布的第一個法律。

由於大理院審判編制法是應大理院設立之急需而制定，只就大理院及京師審判廳權限作了規定，帶有臨時性質，所以在法院編制法頒行之後，該法即自然失效。

就清代司法組織和審判制度而言，原來在地方行政機構中沒有法院的專門機構，州縣、廳的主官，省的督撫均有司法審判的職權。省（級）雖設有提刑按察使司一級，但非獨立的司法機構，而是以省行政官員的身分分理司法審判之職。從中央機構言，雖有大理寺專管審判，但刑部、都察院亦兼有司法審判之職，更重要的是皇帝集最高行政、立法權於一身。

但此時已有模仿先進國（尤其日本），採用四級三審制之構想，且有各級審判廳權限的具體方案<sup>28</sup>。

雖然如此，擔任司法行政的法部與專掌裁判的大理院之間的職務權限，尚不明確。因此，法部於光緒 33 年 5 月（1907 年 6 月），擬定章程，以「酌擬司法權限」<sup>29</sup>。但關於死刑及其他刑事案件，法部保留最終決定權及其具奏權，即擴大法部的權限，對大理院的獨立權限加以限制，引起大理院的反駁<sup>30</sup>，雙方的司法權限仍有爭論。

其次是法院編制法的確立。清廷為挽回頹勢，企圖維護其王朝體制，不能不建立立憲君主制，因而示之以憲法大綱、議院法要領、選舉法要領等，遂公佈以光緒 34 年為第一年的九年立憲計劃籌備事宜，作為移向憲政的準備階段，並預

26 《東華錄》（光緒 32 年 10 月 4 日）。關國恆「沈家本」（《傳記文學》第 58 卷第 6 期，頁 139）。

27 楊堪、張夢梅《中國刑法通史》（瀋陽，遼寧大學出版社，1978 年）第八分冊，頁 88～90。

28 《光緒朝東華錄》（光緒 32 年 10 月 27 日）。《大清宣統政紀》卷 28（宣統元年 12 月 28 日，1910 年 2 月 7 日），島田正郎《清末における近代の法典の編纂》（東京，創文社，1980 年）頁 107～108。

29 《大清法規大全》法律部卷 4。

30 故宮博物院明清檔案部編《清末籌備立憲檔案史料》（北京，中華書局，1979 年）下冊，頁 827。《大清光緒實錄》卷 577（光緒 33 年 8 月 2 日）。

定於光緒 35 年（宣統元年）揭示「頒布法院編制法」。

由於大理院審判編制法只適用於京師地方，因此在該法制定後，全國法院體系未能成立，而清廷「欽定立憲逐年籌備事宜清單」，則要求各省應分期籌設各級審判廳，並提出於宣統元年（1909）頒布法院編制法的安排，於是開始著手編訂「法院編制法」。

根據上述要求，修訂法律大臣沈家本，即以日本的裁判所構成法為藍本，再參照大陸系法律，制定法院編制法。經過憲政編查館的慎重審議之後二年半，始於宣統 2 年（1910）12 月，正式頒行「法院編制法」<sup>31</sup>，同時頒布「法官任用法」第三項暫行章程及其附屬法。

「法院編制法」是清末頒布試行的西方國家法院組織法為藍本的法規，其主要內容是將審判機關分為初級、地方、高等審判廳和大理院四級，實行四級三審制。同時分設初級、地方、高等檢察廳和總檢察廳。由檢察官負責刑事案件的搜查處分，提起控訴，監督判決的執行。民事以及其他事件，為訴訟當事人或公益代表人，實行特定事宜。其間明確規定行政主官以及檢察官「不得干涉推事之審判」，以確保司法獨立。此外，還具體規定了推事以及檢察官的任用辦法，以及司法行政監督權的實施。上述規定由於主客觀原因，並未完全實施。但在辛亥革命後，卻為北洋政府參照援用。

法部為了使各級司法機關有所遵循，參酌以上兩者的規定，於光緒 33 年 10 月（1907 年 12 月），草擬「各級審判廳試辦章程」。依此規定，審判案件分刑事、民事兩項，「凡因訴訟而審定罪之有無者屬刑事案件」，「凡因訴訟而審定理之曲直者，屬民事案件」<sup>32</sup>。這是中國法律上正式區別民、刑訴訟的開端。宣統元年（1909），經清廷核准頒布試行。「各級審判廳試辦章程草案」分列審級、管轄、回避、預審、公判、判決之執行，起訴、上訴、保釋、訴訟費等內容。這是清末唯一正式公布具有近代訴訟法性質的法規。

31 參照《大清宣統政紀》卷 28。《大清法規大全》法律部卷 4、司法權限。《大清宣統政紀》卷 28（宣統元年 12 月 28 日）。羅志淵《近代中國法制演變研究》（台北，正中書局，1976 年）頁 398。島田正郎，前引書，頁 125。

32 《大清法規大全》法律部，卷 4，頁 3～4。《大清光緒實錄》卷 581（光緒 33 年 10 月 29 日）。

其實，本草案乃根據「法院編制法草案」及「天津府屬審判廳試辦章程」而編定<sup>33</sup>，雖稱為法院組織的規定，實際是以民刑事訴訟法有關的規定為主。

類此新制度的審判機關，先後在京師及省城、商埠設立。在此之前，先在東三省試辦<sup>34</sup>，然後及於直隸、江蘇，再遍及各省，預計在 15 年內，完成全國一齊開辦的目標。

## (二) 刑 法

### (1) 刑罰制度的改進

清政府所面臨的重要課題之一是治外法權的撤廢，當然需在外國人與清朝權力直接接觸機會較多的刑罰法規方面，講求近代化，而有刑法的修改。

先是，清政府於光緒 28 年 2 月（1902 年 3 月）設置修訂法律館，先議「現行律例之檢討」<sup>35</sup>，至光緒 31 年 3 月（1905 年 4 月）完成修訂。其後因應時勢，全面性的考訂舊律例，廢止苛酷的刑罰<sup>36</sup>，以資舊律例能成為適應近代法典。對監獄之腐化黑暗，刑訊之苛酷，亦設法加以廢除<sup>37</sup>。

但各方（京官及各省督撫及其所屬官吏）對禁止刑訊均有反對者，且陽奉陰違，御史劉彭年即認為命盜重案，未便遽免刑訊。實際上積弊仍難遽改，此由同年 6 月（1902 年 7 月），御史俾壽奏請停止刑訊嚴禁勒詐，以及法部奉令清查實情，重申禁止刑訊令<sup>38</sup>即可瞭解。

宣統 3 年（1911）正月，復諭令各省督撫不得刑訊，但命盜重案，仍准刑

33 《大清法規大全》法律部卷 7（審判）。

34 《光緒朝東華錄》（光緒 33 年 7 月 2 日）。

35 廢止律例中殘酷的凌遲、梟首、戮屍及緣坐、刺字等五種刑罰為最著，中國數千年舊律傳統的酷刑，就此絕跡。參閱《大清法規大全》法律部卷 2。《大清光緒實錄》卷 543。

36 《大清法規大全》法律部卷 2。《光緒朝東華錄》（光緒 31 年 3 月 21 日）。《沈寄簪先生遺書》甲篇文存一（台北，文海出版社，1964 年），頁 2～4。《大清光緒實錄》卷 498（光緒 28 年 4 月 6 日）。

37 同上。諭令云：「頗聞各省州縣，或嚴酷任性，率用刑求，或一案動輒枝連，傳到不即審訊。任總丁差蒙蔽、擇肥而噬，陀累羈押，凌虐百端，種種情形，實堪痛恨。此次奏定章程，全行照准，著該督撫等，嚴飭各屬，認真清理，實力遵行。」

38 《大清法規大全》法律部卷 3（光緒 34 年 8 月 23 日）。《大清光緒實錄》卷 543、544。

訊<sup>39</sup>。至於一般人犯的刑訊，一時似乎無法禁絕。由此可見中國傳統的自白主義之裁判，容易走向刑訊的趨向，而有急早確立證據主義的西歐訴訟手續法的必要。

繼酷刑、刑訊之廢止後，復於同年4月（1905年5月），決定變通竊盜條款，將笞杖之刑改充罰金，或在習藝所服刑<sup>40</sup>。續又接受順天府尹孫寶琦之議，將枷號人犯罪，照笞杖贖金折罰，至光緒33年（1907），正式裁可變通枷號<sup>41</sup>。此外對於女犯的刑罰亦多改良，而有法律之前男女平等的構想<sup>42</sup>。

## (2) 大清現行刑律

清朝修律，自雍正3年（1725），確定了「律」成爲萬古不變的定則，至乾隆5年（1740），確立律例的法典體裁，以後確立每三年一次（乾隆8年又改爲5年一次）纂修條例的方針。其後雖有若干變化，但大體保持五年一修的慣例。直到同治9年（1870），卻不再有定期纂修條例的制度。由於歷久停修，遂致例文紛亂無章，且因《大清律》承自明律，時代過久，顯已不能適合當時社會的需要，直至光緒28年（1902）始再著手修訂刑律<sup>43</sup>。

先是，兩江總督劉坤一、湖廣總督張之洞於光緒27年（1901）5、6月間，連署提出以日本爲媒介，繼受西歐的法制，編定近代法典，以資體制改革，維持王朝的建議<sup>44</sup>。此一建議爲清廷所接納，對此後法制改革，有相當的影響。遂於翌年設置編纂法典的專門機關「修訂法律館」，責成袁世凱等推薦人員擔任編纂工作<sup>45</sup>，旋即任命沈家本、伍廷芳檢討一切現行律例<sup>46</sup>。

39 《大清法規大全》法律部，卷3。《大清光緒實錄》卷543。《皇朝續文獻通考》卷244。參閱陶希聖「清代州縣衙門刑審判制度及程序」（續完）（《食貨復刊》，第一卷，第5期，民國60年8月，頁276）。

40 「擬嗣後凡竊盜應擬笞杖者，改擬工作一月，杖六十者，改擬工作兩月，杖七十至一百，每等遞加兩月。並令各省一律舉辦習藝所」。《大清光緒實錄》卷544。

41 《大清法規大全》法律部卷3。《大清光緒實錄》卷566。

42 參閱《大清法規大全》法律部卷3。島田正郎，前引書，頁171～172。

43 其第一項作業是填補此四十年間的空白。見《大清宣統政紀》卷20。

44 《大清光緒實錄》卷486。

45 《大清光緒實錄》卷495（光緒28年2月2日）。

46 《大清光緒實錄》卷498（光緒28年4月6日）。

沈家本自始即考慮到新刑律的制定非短期內所能完成，而舊清律又存在許多問題，預料其所編纂的「刑律」不容易為時世所容，因此擬在立憲後施行的大清新刑律頒行之前，以刪節「大清律例」的方式，先行修改，以奠定推行新律的基礎。

此項修律的作業，乃依下列兩個路線進行：一是以日本刑法為典型，另定全新的法典草案，而成為大清新刑律草案；另一是修改舊有的律例（《大清律例》），刪除其中不合理不文明的要素，使之適應近代需要的法典，這就是纂修大清現行刑律草案的基本方針。

沈家本雖「專以折衝樽俎，模範列強為宗旨」，但又認為在新訂律中，只有「不戾於我國歷世相沿之禮教，民情」，才能「融會貫通，一無扞格」，足見其修律思想是以中國法律思想為主，而不脫「中體西用」的範疇<sup>47</sup>。至宣統元年（1909）12月，編成《大清現行刑律》，翌年4月（1910年5月）公布，作為新刑律頒布前過渡性的刑事法典<sup>48</sup>。

其實現行刑律含有過渡的性質，只是依據日本的刑法和大清律例改編而成<sup>49</sup>。此一刑律採取諸法合體，除了增減因採納沈家本等人所提出的幾項修訂原則及後來所提出的一些原則性的修改意見之外，僅限於「刪繁就簡」的程度，不出《大清律例》的範疇。因而被評謂：「實際上與大清律根本主義無甚出入，只是過渡時期的立法，精神上還是和舊律相似，與此後的新刑律並未銜接。」<sup>50</sup>

### (3)大清新刑律

光緒30年4月（1904年5月），修訂法律館開館以來，已定刑法優先議定的方針，乃致力於各國刑法典的翻譯，並著手編纂新的刑律，尤其延聘日籍顧問岡田朝太郎到任（1902年）之後，一方面在法政學堂講授刑法，一方面甄選曾

47 《光緒朝東華錄》卷10，頁5748。

48 欽定現行刑律（刪除大清律例345條），計分30編，律文389條，附例1327條。參閱《大清宣統政紀》卷26。楊鴻烈《中國法律發達史》（上海，商務印書館刊，台灣商務印書館，1967年），頁891。

49 將舊律中例文無關引用，或重複者刪除345條，保存了389條。楊鴻烈，前引書，頁886。江庸，前引文。

50 楊鴻烈，前引書，頁892。江庸，前引文。

習中西律例的員司擔任纂輯工作，共同參預刑律的考訂<sup>51</sup>。沈家本依據更定刑名、酌減死罪、死刑唯一、刪除比附、懲治教育等五項原則編纂新刑律<sup>52</sup>。

光緒 33 年 (1907) 8 月，新刑律草案編成，旋即由憲政編查館作初步審查，並於宣統元年正月 (1908 年 2 月)，附上各部院督撫的簽註，提交資政院審議<sup>53</sup>。

在日籍法學博士岡田協同下起草的新刑律，其根本精神是採用西方現代刑事法學的學理，採用了西方「罪刑法定」的原則，表現新的法學思想和新的刑法體系。但修訂法律館所進呈的刑律草案與民刑訴訟法，卻激起一大風潮。各方的爭議，以綱常如何維護，服制圖之存廢，男女有別或平等，尊卑之等差與長幼之序應否維護，乃至應否設置檢警，律師辯護制等為主要爭論重點。但其爭論焦點乃在個人主義與家族主義的爭執與衝擊。

刑律草案引起了無法與近代思想相容的傳統、保守立場的反對意見與批判，反對者多於贊成者。當時朝野的守舊者，將法理與禮教觀念混為一談，對此草案多表不滿，引發法理派和禮教派激烈的論爭。禮教派以張之洞、勞乃宣等為代表；法理派以沈家本、楊度等為代表。軍機大臣兼長學部的張之洞，指斥「草案」無姦通婦女的治罪條文為蔑視禮教而大加抨擊，對沈家本草案中最具特色的地方，全加反對<sup>54</sup>。反對最力的是江蘇提學使勞乃宣，他從守舊派的立場，對「修正刑律草案」加以無情的痛批。勞氏指其「於父子之倫，長幼之序、男女之別有所妨」，以為對於犯大義名分之罪、對養親之犯罪、親屬相姦、相盜、毆打、子孫之故殺，違反祖先禮教的刑罰。各省疆吏亦多支持此說，而排斥草案，咸認其不能維持中國禮教的規定。沈家本等雖一一加以反駁<sup>55</sup>，但無法說服禮教派的論調。清廷遂於宣統元年 (1908 年) 1 月，諭令沈家本，會同法部斟酌修改刪訂該草案<sup>56</sup>，並指示其修律不能違背綱常禮教：

51 《大清光緒實錄》卷 578。

52 《皇朝續文獻通考》卷 245，刑四，頁 9891，9895～9900。《清末籌備立憲檔案史料》下冊，頁 845～849。

53 《大清宣統政紀》卷 7 (宣統元年正月 26 日)。

54 《中國刑法通史》第八分冊，頁 38～39。《時報》(宣統 2 年 10 月 16 日)。張之洞指斥該草案刪去「無夫姦」「子孫違反教令」等規定，而大加撻伐。

55 《中國刑法通史》第八分冊，頁 39～40。《沈寄簞先生遺書》甲編，文存，卷 64。

56 《大清光緒實錄》卷 595。《大清宣統政紀》卷 7 (宣統元年 8 月 27 日)。

「惟是刑法之源，本乎禮教，中外各國，禮教不同，故刑法亦因之而異，中國素重綱常，故於干犯名義之條，立法特為嚴重，良以三綱五品，闡自唐虞，聖帝明王，兢兢保守，實為數千年相傳之國粹，立國之大本。今寰海大通，國際每多交涉，固不宜墨守故常，致通變宜民之意。但祇可採彼長所，凡我舊律義關倫常諸條，不可率行變革，庶以維天理民彝於不敝。該大臣務本此意，以為修改宗旨，是為至要。」<sup>57</sup>

隨後經憲政編查館審核，提交資政院審議，資政院附上修正意見而採決。此一修正意見涉及有關刑事責任年齡的規定。原案原是規定 16 歲，各省簽註有改為 15 歲之議，而憲政編查館更有 12 歲說。結果資政院舉日本、挪威刑法之規定，擬改為 14 歲。最後卻依照憲政編查館所提的 12 歲之議<sup>58</sup>。

自此，各方紛表反對，各省督撫及都察院均奏請重議修訂。幾經波折，新刑律草案送交法部。適法部尚書廷杰為墨守舊律（成規）者，乃附加五條於後，作為暫行章程頒布，實隱寓破壞之意。五條大意是將加害皇室及內亂外患罪加重，無夫姦處刑，對於尊親有犯上不得適用正當防衛之類。如此一來，不合乎新刑律近代體系的舊律，沒有經過修整，即加上附則，導致舊律派主張的勝利，新刑律具備的近代法典之作用完全喪失<sup>59</sup>。

隨即經憲政編查館審核與資政院討論，草草議決，遂於宣統 2 年 12 月 27 日（1911 年 1 月 27 日）頒布，是為大清新刑律。計總則 17 章，分則 36 章，共 411 條，並附有「暫行章程」5 條<sup>60</sup>。這是舊中國頒布的第一部刑法典。

這部與舊有律令體系迥異的法典，乃是折衷歷朝舊制而成，於中國的刑法制度大為革新，因而被評為「參酌各國刑法，折衷歷朝之舊制而成，為我國刑制之

57 《清末籌備立憲檔案史料》下冊，頁 858。《大清宣統政紀》卷 7（宣統元年正月 26 日）。

58 最初草案之規定，以未滿 16 歲者之行為不構成罪。但經各省簽註後，改為 15 歲。憲政編查館以其不免有種種流弊，又改為 12 歲。當時學者力持反對，資政院依日本、挪威刑法之規定 14 歲。憲政編查館卻堅持 12 歲。見《大清宣統政紀》卷 47（宣統 2 年 12 月 25 日）。

59 《大清宣統政紀》卷 7（宣統元年正月 26 日）。

60 《大清宣統政紀》卷 49。

大改革。」<sup>61</sup>

但此一草案是近代西歐諸國刑法所規定，且幾乎抄襲日本刑法。新刑律雖有各種特點，但缺點亦不少。最著的是規定12歲為「丁年」（責任年齡），而附加章程五條，使其法制變革的精神喪失殆盡。

無論如何，新刑律實為當時最進步最完善的刑法法典，而受稱譽，蓋其盡量容納各國刑事立法新例，如罪刑法定主義的確立，刑罰的簡化，加強自由刑（有期、無期徒刑及拘役）之運用，擴張保護社會法益的範圍，採納教育刑的思想，建立時效制度等，均為當時正在發展中的新思想<sup>62</sup>。自立法技術上言，新刑律以罪為因，以刑為果，將罪名置於刑名之前，實為立法上一大改進。

### （三）民法

有謂「東方法律是家族制，西方法律是契約制，而法律進化的原則是由身分制進到契約制」（from status to contract）。至於近代中國法律是由家族制度到契約制，或者說是由家族主義到個人主義的演變<sup>63</sup>。

中國的固有法典中，大部分為刑事法，小部分為行政法，迄至唐朝時，始將戶婚錢債田土等涉及純民事的部分編入律例之中。大清刑律，仍以刑律兼民事的規定，而無形式上的民法法典。實質的民事法，大多包含於刑法之內。因此歷來的法典，有關刑事的規定特多，而民事的規定甚少。可見傳統上民刑不分，諸法合體的結構，至「大清現行刑律」之頒定始被打破。

清末民事立法最有成效的，當推「大清民律草案」。清廷於光緒33年5月（1907年6月）將民律、商律、民事訴訟法、刑事訴訟法等主要法典及其附屬法草案的編訂，歸諸修訂法律館專管，至於各項單行法，則由關係衙門起草。

修訂法律館聘請日本法學家松岡義正、志田鉀太郎編纂民事法典，起草總則債權、物權三編（協同俞廉三、劉若曾完成），其餘親屬、繼承兩篇由中國人起草。親屬143條，繼承110條，於宣統元年7月（1908年8月）大致完成<sup>64</sup>。

61 楊幼炯《中國立法史》（台北，中國文化事業有限公司，1960年）頁68。

62 周治平《刑法總論》（台北，著者發行，民國52年）頁17～18。引自郭鳳明，前引文。

63 陶希聖「民法親屬篇修訂的曲折」（《東方雜誌》12卷12期，民國68年6月）。

64 翌年（宣統3年）6月草案全部完成，是為「大清民律草案」。這是打破「諸法合體」的結構所制訂的民法典。

這部民法實際上是仿效 1896 年（明治 29）4 月公布的日本民法。如謂前三編是日本民法的翻版亦非過言，甚至連用語亦不少是模仿，對中國的舊習頗多疏忽之處。後兩篇則仍沿襲中國封建的民事法律規範。對於中國過去法制的歷史上史無前例的債權、物權的領域，特予詳細的區分，以促進社會的漸進發展。但其債權編所設會，物權編所設「老佃」、「典」、「先買」等，有關民間通行的習慣法，全未規定。至於後二編，亦因其「偏重新學理，未參酌舊有的習慣，未經多數學者的討論，不免有缺漏錯誤，而被認定其並非為適宜之法案」<sup>65</sup>。卻因反對的阻力大而一再延擱，至清廷召開資政院，內閣咨送民律草案，僅只提出前三篇，卻已引起勞乃宣等的激烈反對。至於親屬、繼承兩篇，更由於關繫中國親屬組織與家族制度者至鉅，而不得不會商禮學館以致順延<sup>66</sup>。

事實上，大清民律草案如同大清商律草案，未經資政院之議決，即因清朝之崩潰而胎死腹中。但與大清商律草案不同的是，辛亥革命後，臨時政府雖未直接採用此一草案，卻以援用方式繼續實施。

#### （四）民刑事訴訟法

清朝的法律，不僅民、刑不分，其他任何法條，亦無分類，更無各自獨立的訴訟手續制度併立的現象。所有裁判雖有輕重之分，但其結果必然伴隨刑罰的可能。就此而言，中國的裁判，應可說是刑事裁判，亦非過言。

封建社會的經濟結構決定著清代民事法律關係的基本內容，不出自然經濟的範疇，大體包括四個方面：即親屬與繼承、婚姻、田土房宅與錢債。清朝卻最重視刑事案件，對於戶婚田土案件，則認為是「細故」，大部分由州縣自行審理判決，屬於州縣自理的範圍。

修訂法律館先將前三篇呈覽，其親屬繼承兩篇，雖盡量遷就中國親屬與家族制度，但因「戶婚田土」乃至「戶婚田土錢債」的案件等，如繼承、婚姻（尤其

65 楊幼炯《中國近代法制史》頁 24。

66 此一情形如同日本。最初是箕作祥麟奉命赴法考察研習法學（拿破崙法典），回國後譯述日本民法草案。日本法學界不滿此一草案，遂至擱置。旋由梅謙次郎先往法國，再轉往德國求學，帶回「德國民法」作為藍本，編纂日本民法草案。但以親屬與繼承兩篇有悖民俗，引起反對聲浪，以致延期實施。其後，幾經修改，始付諸公布實施。

不履行婚約）、不動產、消費貸借等糾紛，一般均認為屬於民事的事案，在清朝，於法源中或一般文獻之中屢會出現。但值得注意的是，這些事案作為一個種類（部門）而分別稱呼的，並非其意指民事，即以保護私權為主的事案，無寧視之為輕微的刑罰結果，或基於重要性低的觀點。

戶婚田土乃是與人命、盜案等重大案件相對的意義。這並非由民事關係所具有的固有意義法則的省察，只是從刑事案件問題性較淡這種消極面來理解。因此在制度方面，無不設法力避這種瑣碎煩雜的事，而有加以簡化的優先考量。因此，沒有為此而特別設想處理這些案件或另立一種與刑法原理相異手續的必要性。

古來中國的成文法，乃是以刑罰法規為中心而發達。對於反道義、反社會的一切行為，規定各種刑罰，詳訂定其量刑的基準，以之表示某種反道義、反社會的一切行為，乃是中國法的基本結構。因此，婚約之不履行，土地境界的侵犯、債務清償的遲滯，亦各規定有各種刑罰。

清代法律體制所採用的是諸法合體，不僅民刑不分，且實體法與程序法亦混為一體。不論是民事法律行為或刑事法律行為，訴訟斷獄均附見於刑律，沒有單獨訴訟法典。易言之，不論是刑法或刑事訴訟法，以及民事訴訟法，均混於大清律例之中。然而西歐各國的訴訟之法，大都另輯專書，復分為民事、刑事二項。日本舊行中國法律，明治維新之後，於1890（明治23）年前後頒行民事刑事訴訟等法，整備其法制，終使各國僑民歸其約束，得以挽回法權<sup>67</sup>。

清末由於中西之間的爭訟案件日益增多，卻缺乏明確的訴訟法典，以致在審判中，「每因尋常爭訟細故，釀成交涉問題。」因此，強調必須「變通訴訟之法」<sup>68</sup>。同時鑑於審判中民事、刑事性質各異，雖屬同一法庭，辦法需有區別，遂參照外國析為民事、刑事二項的訴訟法，因此，決定「分別刑事、民事」分別編纂<sup>69</sup>。足見其明確認識過去傳統中國法曖昧不清的民事、刑事區別，首倡民事訴訟與刑事訴訟截然區別的必要。此誠為中國法制史上的重大改變。

67 《光緒朝東華錄》卷10，頁5487。

68 同上。

69 《大清光緒實錄》卷558，《皇朝續文獻通考》卷244。

光緒 31 年 4 月（1905 年 5 月），諭令就「刑事民事訴訟法」諮詢將軍、督撫意見<sup>70</sup>。翌年 4 月，在沈家本的主時下，編成《刑事、民事訴訟法》奏請試行。至此，沿襲二千多年的諸法合體的法律編纂方式，才開始分為實體法與程序法<sup>71</sup>。但在編成交付各相關單位審議時，以其與中國綱常禮教相牴觸，遭到各省督撫的非議，多認為訴訟法「窒礙難行」，奏請展緩施行，尤以湖廣總督張之洞反對最烈<sup>72</sup>。蓋以訴訟法「於民情風俗尚多杆格」，建議「先編各項法律，再將民事刑事訴訟法妥議。」<sup>73</sup>

就整個而言，雖可說是其為簡明的訴訟法，仍不免疏略，蓋其為一時應急過渡時期的辦法。惟其中規定罪刑法定、公開審判制度，陪審制和律師制，反映了當時立法者試圖在訴訟法上衝破封建專制制度的願望和設想<sup>74</sup>，在中國近代立法史上實具有創新的意義。

此外，沈家本等在編訂大清新刑律的同時，繼續進行訴訟法的起草工作，於宣統 2 年 12 月（1911 年 1 月），完成刑事訴訟法律草案及民事訴訟律草案。

這兩個草案都是在《刑事民事訴訟法》的基礎上編訂的，但後者比前者的內容更加詳盡和周密，然亦未及審議頒行<sup>75</sup>。

70 同上書。肖永清主編《中國法制史簡編》下冊（太原，山西人民出版社，1982 年），頁 41～42。

71 肖永清，前引書，頁 42。《光緒朝東華錄》卷 10，頁 5486。參閱郭鳳明，前引文，頁 19。

72 《大清光緒實錄》卷 564（光緒 32 年 9 月 5 日、10 月 28 日）。

73 張之洞指斥新訴訟法中父子異財，男女平等是敗壞名教，亂綱紀，認定律師制度和陪審制度不適用於中國，反對廢止比附法，尤其對刑事案件控訴的期限不以為然。參閱《大清光緒實錄》卷 5。《皇朝讀文獻通考》卷 244。

74 沈家本極贊成設置律師，可以「代被告原告申訴權利」，無論對公對私，均為有利。特別是「中國近代通商各埠，已准外國律師辦案」，如不及時籌思補救，會使治外法權「更形滋蔓，後患何堪設想」，因此，力主律師制度應盡速施行。參閱《光緒朝東華錄》卷 10，頁 5488。

75 《刑事訴訟律草案》共分 6 篇 15 章 14 條。《民事訴訟律草案》幾乎是抄襲德國民事訴訟法，共分 4 篇，22 章、8 百條。參閱謝振民《中華民國立法史》（上海，正中書局，民國 37 年）頁 1218。

## 四、民初法制的變革

### (一) 民初的法制與司法機關

#### (1) 南京臨時政府的法制

中華民國臨時政府在南京成立之後，在短暫數個月之內，進行了卓有成就的法制創建工作。臨時政府根據「修正中華民國政府組織大綱」等法令，在中央設立司法部，各省設立司法司，主管有關民事、刑事訴訟事件，戶籍、監獄等以及其他一切司法行政事務，並監督法官。旋又設立臨時中央審判所，行使審判權，地方亦各設審判廳、檢查廳。其後「臨時約法」進一步明確規定，法院由臨時大總統及司法總長分別任命的法官組織，依照法律審判民事案件及刑事案件。

此外，臨時政府擬定「中央裁判所官制令草案」、「律師法草案」，試圖建立實行西方的司法制度，大體仍沿襲清末的四級三審制。

依據「臨時約法」<sup>76</sup>規定，「法官獨立審判，不受上級官廳之干涉」，「法官在任中不得減俸或是轉職，非依法律受刑罰宣告，或應免職之懲戒處分，不得解職」，即以法官常任制，以保障法官的獨立審判，並明令禁止刑訊和體罰<sup>77</sup>。雖其尚未真正付諸實施，但卻反映其人道主義，反對並取代了封建專制統治苛政酷刑的願望，具有進步的意義。

臨時政府雖亦有意改革法制，卻受制於主客觀環境而無法實現，且只維持了三個月，而大多數省縣等地方政府，仍操在前清舊官僚手中，因此司法制度仍多沿用舊制。

民初各省的法制大多承清末的遺規，設置提法使為司法行政機關，監督各級審判廳及檢察廳。但各省的狀況則極為複雜，審判機關頗為紛歧。

辛亥革命，民國初建，百廢待舉，自無暇制定法典。臨時大總統乃於民國元年(1912)3月通令「所有從前施行之法律及新刑律，除與民國國體抵觸各條應失

76 臨時約法於民國元年(1912)3月11日由臨時大總統孫中山公布。參閱邱遠猷〈試論南京臨時政府法律淺談〉(《群眾論叢》1981年第5期)。

77 頒布禁止刑訊令，並命令各官廳焚毀不法刑具。《南京臨時政府公報》第27號、《辛亥革命資料》(北京，中華書局，1961年)頁215～216。

效力外，餘均暫行援用，以資遵守<sup>78</sup>。」

## (2)北洋政府時期的法制

北洋政府成立後，普通法院設有大理院、高等審判庭、地方審判廳和初級審判廳。旋又將初級庭裁撤，改設地方庭或簡易庭。又在各級審判庭內設同級的檢察庭，負責偵查、公訴和監督判決之執行。

民初的司法機關（法院體系）可分為普通院、兼理司法法院、特別法院與平政院四種。茲分述如下：

### 1. 普通法院

中國自古以來，司法概由行政官廳兼理，自清末至民初，雖試圖分開行政與司法的職權，但無進展。民國3年（1914）4月，廢止初級審檢廳，歸併於地方審檢廳，至於地方審檢廳，則除通都大邑之外，亦多廢止。至是，行政兼理司法的制度又再復活<sup>79</sup>。

按清末法院編制法，採取四級三審制（法院分初級廳、地方廳、高等廳及大理院，將民刑案件分為初級管轄、地方管轄、大理院特別管轄三種）。翌年（1915）6月，司法部修正法院編制法<sup>80</sup>。修正要點有二：1. 刪除關於初級審判廳、初級檢察廳的規定，改設分庭，管轄初級案件，變為虛四級制。2. 刪除「各省提法司使監督本省各級審判廳及檢察廳」。依法院編制法，距京師較遠或交通不便的地方，得設大理分院，但實際上卻未曾設立。高等廳除新疆外，各省均已設立，距省城較遠或交通不便的地方，則設立分廳。但地方廳及初級廳，因幅員遼闊，財政困難，除省城及各大商埠外，多未設立。地方初級管轄案件，暫由縣

78 司法行政部民法修正委員會主編《中華民國民法制定史料彙編》（台北，司法行政部，1976年）下，頁1。「臨時大總統宣告暫行援用前清法律及暫行新刑律」（楊幼炯《中國近代立法史》頁101）。

79 民國8年曾經公布「添設廳監分年籌備事宜」計劃，預定自民國9年到13年，籌設省舊道治高等分廳和舊府治地方審檢廳，自民國14年至29年，籌設各縣地方審檢廳。但因國事紛紜，計劃未能實現。參閱陶希聖「民國初期司法制度」（《食貨月刊》第1卷第2期，民國60年10月）。

80 法院編制法乃模仿日本，採取四級三審制，分為初級審判廳（旋裁撤）、地方審判廳，各級審判廳均有同級的檢察廳，置檢察官若干人，以司偵查罪犯，提起公訴之責。民國4年6月、5年2月，經過兩次修正。

知事兼理。

## 2. 兼理司法法院

普通法院為數甚少（大理院一所，高等庭 23 所，高等庭分庭 26 所，地方庭 89 所），凡未設普通法院之縣，其民事刑事案件，暫由縣知事兼理，稱為兼理司法法院。此後卻屢有變更，至民國 2 年（1913），於未設普通法院的各縣，設審檢所<sup>81</sup>。翌年廢止，另訂「縣知事兼理司法事務暫行條例」，以各縣司法事務委諸縣知事處理（設承審員助理之）<sup>82</sup>。

民國 5 年（1916）5 月，公布「縣司法公署辦法」，以審判官 1～2 人及縣知事構成，審判官由高等審判廳呈請司法部任命，受薦任待遇，不似幫審員之得由縣知事呈請高等廳委用。關於審判事務，則由審判官完全負責，縣知事不得干涉。至於檢據、緝捕、勘驗、遞解、刑事權責，概由縣知事負責辦理。縣司法公署是設在縣行政公署內的司法機關，雖以縣知事執掌檢察事務，但審判事務卻由審判官獨立辦理，縣知事不得干涉。依「暫行各縣地方分庭組織法」規定，凡未設地方廳及地方庭各縣，即應設立縣司法公署。但實際並未付諸實行，旋又歸縣知事兼理。

按「縣知事兼理司法條例」，不分審判、檢察事務，悉由縣知事辦理。承審員僅處於輔佐地位。審檢所則縣知事專執行檢察事務，審判係由幫審員負責。審判檢察分而為二，較之縣知事完全兼理，稍有改善。縣司法公署組織章程，則是模倣民國 2 年（1913）審檢所之制而略加改善。足見此一制度，審判與檢察及司法行政顯然有別，各有專司負責之人，較之縣知事兼理司法事務暫行條例的規劃，略勝一籌。

## 3. 特別法院

所謂特別法院，非指審理某些特殊案件的特別法院，乃指特別區域，以人力財力均感缺乏而未能設立正規審判檢察廳，設立專為審理特殊的民刑訴訟案件的法院。這類特別法院有民國元年（1912）設立的新疆司法籌備處，民國 3 年

81 縣知事執行檢察事務，審判則由幫審員負責，參閱《政府公報》第 24 冊，頁 117。

82 參閱陶希聖前引論文。江庸，前引論文。

(1914)設置的西北地區審判處，及民國9年(1920)設立的東省特別法院法庭等<sup>83</sup>，至於陸軍軍事審判機構則為主要的特別法院。

#### 4. 平政院

平政院「直屬於大總統，察理行政官吏之違法不正行為」，但以法令特別機關管轄者不在此限。惟其審理糾彈事件，以不妨礙司法官署之行使職權為原則。其職權有二：一是行政訴訟的審判，一是糾彈事件的審判，有如今日之行政法院<sup>84</sup>。

#### (3)北洋政府的監獄立法和監獄改良

民國元年，北洋政府將「大清新刑律」修改為「中華民國暫行新刑律」，翌年(1913)2月，復以清末「大清監獄律草案」為藍本，刪修頒行「中華民國監獄規則」，這是北洋政府有關監獄制度的基本法規。此外，陸續制定公布了有關獄制的其他法規。同年12月，司法部頒布中華民國監獄規則。大約在同時，陸續公布監獄官制、監獄處務規則等<sup>85</sup>。

前近代中國的監獄可說是極盡黑暗而淒慘，民初的監獄除了少數北京的「模範監獄」之外，亦多簡陋不堪<sup>86</sup>。茲舉民初北京近郊大興、宛平的監獄為例，考察當時監獄改良的狀況。據調查，當時所謂監獄，大多是密閉的小屋，每房服刑人約有20人。牢房空間極為狹窄，僅能避風雨，衣服棉被破舊，已判者與未判者均同監禁於同一處，擁擠不堪，又無罪情輕重之別，更無病人隔離的設備，全無衛生、教育的顧慮。監獄實際成為犯罪養成所和疾病傳染的源泉。重犯被鎖住，一天只開窗數分鐘。所有犯人均繫首枷，重犯更套上重的鐵製首煉(與腳鐐相連)，作為對殺人犯懺悔的教訓(屬於報復主義的刑罰)。大興縣一所監獄收容122人，其中已判決濟者僅39人，83人仍未決(甚至有一年半以上迄未審理者)。宛平縣的嫌犯130人之中，已判決者78人，尚有52人尚待審理<sup>87</sup>。

83 「臨時大總統宣告暫行援用前清法律及暫行新刑律」，引自楊幼炯《中國立法史》頁101。

84 《政府公報》第24，頁209(民國3年4月10日)。

85 主要有1912年12月的「監獄看守教練規則」、「監獄看守考試規則」與翌年一月頒布的「監獄處務規則」等。大略與小河起草的大清監獄則草案相同，只是經過若干的修改。

86 Sidney D. Gamble, *Peking: A social Survey* (Humphrey Milford, Oxford University Press, 1921) P. 89, P. 307.

87 *op. cit.*, pp. 307-309.

遍布各地的舊式監獄，大多「地狹人稠，空氣不足，……疫癘繁興」，遂不得不進行舊監的整頓工作。民國2年（1913），北洋政府標榜「民主」與「尊重人道」，制定「舊監獄改良辦法」，提出一系列的改良措施。清末曾任奉天高等審判廳廳長的許世英，就任袁世凱政府的司法總長，民國元年8月，調查各省縣監獄實況，並提出司法計畫書，全面規劃籌設新監（擬在22行省次第舉行，分五年完成新建設新監220處），並籌設「待質所」（看守所）。但在軍閥連年混戰的動亂情勢下，根本無法實現。翌年（1913）即作展緩的決定。至民國5年（1916）12月，又發布「實行司法會議議決改良監獄事項令」，擬合數縣或十數縣合建一新監的計畫，但都未能實現<sup>88</sup>。

由此可見北洋政府的監獄改良，實際上是清末監獄改良的延續，其中有一部分新式監獄清末就已開始籌建，只是到北洋時期才最後建成。

巴黎講和會議與華盛頓會議之中，與列強折衝，作成列強在中國完成實地考察（刑事、審判、監獄狀況）之後，始談商撤廢領事裁判權問題。北洋政府亦盡量配合改良，至民國15年（1926），完成新式監獄63所，但長年的軍事混戰之中，實無力大舉改善。

民國14年（1925），成立於廣東的國民政府，於達成北伐（民國17年3月）後，在統一法制的作業過程中，對監獄規則亦加修訂，於民國17年（1928）10月，公布新的監獄法，即日實施。至此，依據小河起草的大清監獄則案的舊法乃喪失其效力。但實質上也只不過是加上部分的修訂，幾與舊法無大改變。直至民國35年（1946）1月始公布監獄行刑法（翌年6月實施），但實質上與民國17年（1928）公布的監獄規則大體相同<sup>89</sup>。

## （二）法典的修正

民初的法典編纂事業，多沿襲清代之舊。由於法制未備，起初僅設立法典編纂會於法制局，嗣改隸於司法部，改名為法律編查會，以司法總長兼會長。其職責乃是執掌調查、編纂有關民事、刑事等法典。民國5年（1916）11月，又更

88 余紹宋編《改訂司法例規》下冊，頁1328。

89 勞改專業教材編輯部《中國監獄史》（山西，群眾出版社，1986年）頁251～254。

名為修訂法律館（董康、王寵惠為總裁）。其主要任務乃會同司法部調查各地風俗習慣，作為修訂各種法典草案的參考。民國7年（1918），再改名為「修訂法律館」。但該會組織屢有修改，且以經費支絀，職員變動大，僅著手起草修正民、刑訴訟法及刑律、公司律等，而「民律」則到民國4年（1915）始完成。

### (1) 民初法院編制法的援用

清末所編纂的「法院編制法」雖是模倣日本的「裁判所構成法」，卻為中國法院組織劃時代的立法，但在未及實現，清朝即已覆滅。及至中華民國時代，民國元年3月15日，以臨時大總統令，公布中華民國臨時約法，宣告「法院編制及法官的資格以法律定之」、「司法權之獨立」、「審判的公開」等原則。民國3年（1914）5月1日公布的中華民國約法，大抵亦承繼臨時約法，而繼續援用。

民國4年（1915）6月20日，北京政府修正法院編制法，廢止初級審判廳，採用三級制，但其他部分則與宣統元年之法並無太大的差異。至民國14年（1925）11月28日始作部分修正。甚至連國民政府亦於成立不久，即於民國16年（1927）8月12日，發表北京政府時代的「法院編制法」暫時有效，其後重新制定各種條例。直至訓政時艸，始決定制訂新法，遂於民國21年（1932）12月28日，公布法院組織法，至此，宣統元年以來的法院編制法始完全失效。由此可見，清末編定的法院編制法，因清朝之滅亡，只公布而未實行，但民初約二十年間，雖作若干修正，但其大綱既照樣實施，足見其在中國法制史上所佔地位之重要。

### (2) 法典的修正

#### 1. 刑 法

由於民國初立，倉卒之間並無法律可遵循的情況下，遂將前清「新刑律」（宣統2年12月25日公布之「新刑律」）暫行援用，稱之為「暫行新刑律」，於民國元年（1912）3月11日宣示：「現在民國法律未經議定頒布，從前施行之法律及新刑律，除與民國國體抵觸各條，應失效力外，餘均暫行援用，以資遵守」<sup>90</sup>，並於同年4月，公布「附刪修新刑律與國體抵觸各章條」，將其中有

90 民國4年4月13日，章宗祥、汪有齡、董康等之呈文，同上書，頁326。

「帝國」字樣，改爲「中華民國」，「臣民」改爲「人民」，「覆奏」改爲「奏准」，「恩赦」改爲「赦免」等，而從前附加的暫行章程，則呈准撤消，但因未經國會通過，而冠以「暫行」二字。

簡言之，大清刑律（修正刑律），乃以「暫行新刑律」之名，直至民國17年（1928）3月10日，由國民政府公布「中華民國刑法」（同年9月1日施行）之前，一直都是刑法的主要依據。民國3年（1914）12月，頒行「新刑律補充條例」，模仿「暫行章程」而加以擴充。是時適逢國會解散，袁世凱漸萌帝制自爲之心，亟思以禮教號召天下，用重典以威服人心，決意加重刑罰，於是師法前清法部廷杰的「暫行章程」，訂頒「新刑律補充條例」<sup>91</sup>，同時頒行「戒嚴令」、「懲治盜匪法」、「治安警察法」等，顯示其以嚴刑峻罰威迫異己之用意。

其間，刑法之修正仍在進行。民國3年（1914），「法律編查會」，從事修訂工作，並聘請日人岡田朝太郎參與，歷時八個月，至翌年4月完成。其中修正最多的是，在「總則」增入親族加重一章，採擇「補充條例」，纂入限制正當防衛及無夫姦二條，且於「分則」中，增列侵犯大總統罪一章、私鹽一章（刑法第一次修正案）。此項修正案實乃迎合袁世凱的意旨，其中所規定，較之補充條例更爲嚴厲。

至民國7年（1918）改設「修訂法律館」，時勢既已變遷，刑事政策當亦有更動的必要，於是參考各國立法，斟酌本國情勢，另作第二次的修正。這次修正，不論立法立義或體裁，均有大幅度的改變。修訂的重點有二：一是對於侵犯大總統罪酌量減輕。二是刪除第一次修正案第二十章，私鹽罪一章。可見第二次刑法修正案，較以前進步而完備，頗得「法權委員會」之好評<sup>92</sup>。

第二次刑法修正案雖有某些侷限，但與「暫行新刑律」迥異，不僅刪改了

91 該報告書指出：「該案第一編內較合乎科學精神及較準確之條文，第62條規定，科刑時法官應審酌一切情形之輕重爲法定刑內科刑之標準。第42條所規定之刑名，較現行等級制爲便利。本委員會會議時，對於暫行新刑律所評論之缺點，在該草案之規定，幾不多見。」參閱「調查法權委員會報告書」（《法律評論》第182期，增刊，1926年12月26日）。

92 「調查法權委員會報告書」（《法律評論》第182期，增刊，1926年12月26日）。

「第一次刑法修正案」的重刑、重禮，且參考了世界上先進的刑法原則，同時繼承了中國舊律的優良部分，可說是一部分比較完備的刑法，後來便成為民國 17 年（1928）頒布的「中華民國刑法」的主要依據。（如責任年齡，將「暫行律」所訂 12 歲改為 14 歲，14 歲以上未滿 16 歲者，得減輕其刑等）。

民國 16 年（1927）4 月，國民政府奠都南京後，由司法部長王寵惠修訂刑法，即以民國 7 年的第二次刑法修正案為藍本，加以修訂審查通過，於民國 17 年（1928）9 月施行。以其「顧慮國情及融合刑法新潮流，注意教育與社會的防衛思想（採用最新法例，審酌國內民情，適合刑事政策，力求罪刑相應」原則。

## 2. 民 法

關於民事法規，在民國初期並未另行制定，只是援用前清「現行律」與國體無抵觸部分為有效。民國 3 年（1914），大理院（上字第 304 號）判例稱：「民國民法法典尚未頒布，前清之現行律，除制裁部分及與國體有抵觸者外，尙然繼續有效。至前清現行律，雖名為現刑律，而除刑事部分外，關於民事之規定，仍屬不少，自不能以名稱為刑律之故，即誤會其為已廢。」<sup>93</sup> 此項所謂「民事有效部分」，即包括服制圖、戶役、田宅、婚姻、犯姦、鬥毆、錢債及「戶部則例」中之戶口、田賦而言。雖然如此，但因「前清現行刑律，既名為「現行刑律」（隨著前清刑律作為暫行新刑律而施行），難免產生誤解，因此於民國 4 年（1915）4 月 3 日，公布施行「民國繼續適用現行律民事部分」<sup>94</sup>。

修訂民法工作，初由法律編查會於民國 4 年（1915）擬訂「民律親屬編草案」，接著在民國 14 年（1925），由修訂法律館依次制頒總則、債權、物權、親屬與繼承五編，是為第二次民法草案。與宣統 3 年（1911）的大清民律草案（第一次民法草案）相比，有相當改動，條理亦較清晰<sup>95</sup>，雖經司法部通令各級法院作為條理採用，但未成為正式法典。直至國民政府於訓政時期（1929

93 《大理院判決例全書》（民國 3 年大理院上字第 304 號）。

94 楊幼炯《近代中國立法史》，頁 326。

95 此一草案，大體亦由第一次草案修訂而成。在總則編、物權編方面變動較少。惟親屬、繼承兩編纂，加入現行律中民事有效部分及歷年大理院的判例，有較多的改變。參閱謝振民，前引書，頁 903～904。

年)編成民法總則,才正式頒行。

此一時期,大理院最重要的民事法源,不斷地引用「現行律民事部分」,已被承認,直到民國18年(1929)11月23日,國民政府公布「中華民國民法」(翌年5月5日施行)之前,大清現行刑律之民事部分,單在「現行律」名義下,一直具有實效與存在意義。

新民法廣採德國、瑞士的法制,採行民商合一的編成,由個人本位趨向社會本位,注重平等精神。

### 3. 民刑事訴訟法

民國成立後,民刑訴訟法尚未頒行,各法院仍暫行援用前清所頒布的民刑訴訟法。但該項章程過於簡單,疏漏之處甚多,不足以資運用,至民國9年(1920)始由修訂法律館修訂民刑訴訟法草案,於民國10年(1921)頒布,以應急需。實際上,自清末公布「法院編制法」之後,至1922年始公布民刑訴訟條例。

此外,雖亦編訂「商人通例」與「公司條例」等(1924年1月),但大都沿襲清末修律的趨向,模倣日本的「商法」而來。

總之,民初的司法機構與建制,因辛亥革命後主客觀環境之影響,在倉卒之間,只能因陋就簡,援用清末的法典。其後經過幾次修正,始漸有改善。直至國民政府成立之後,始能推動較全面的司法改革。

## 五、結 語

自清代中葉西方法制傳入中國之後,中國固有的法律制度,顯得格格不入。滿清政府所實行的「大清律例」和當時的潮流完全脫節,顯示中國法制的野蠻和落後,清政府遂不得不實施變法以資因應。

光緒31年(1905),清政府面對革命浪潮此起彼伏的嚴峻形勢,毅然宣布預備立憲,改革官制。爲了適應此一改革,在司法方面,先後制訂了「大理院審判編制法」、「各級審判廳試辦章程」和「法院編制法」。「法院編制法」是晚清所頒布以西方國家法院組織法爲藍本的法規,它的主要內容是將審判機關分爲初級、地方、高等審判廳和大理院四級,實行四級三審制。但由於晚清政府已處

於風雨飄搖之中，「法院編制法」並未完全施行。晚清的司法改革對於撤消列強在華享受之司法特權，並無助益。直到民國32年（1943）以後，才真正廢除領事裁判權。

在清末的司法改革浪潮之中，著重法律的修訂，大量吸取西方的法律精神，不啻是對封建法律的批判與否定。司法改革的目標是促使民、刑分立的法制，區分實體訴訟、程序訴訟，使立法更為完備，執法更趨持平公允。

沈家本主張摒棄長期沿用中國傳統社會的法律原理，對舊律進行全面有系統的修改和更訂，學習外國新法，因而形成了與禮教派不同的觀點，而在修法過程中，引發了禮教派與法治派的一大爭論。結果，宣統二年（1910）施行的「大清刑律」以及「新刑律」，亦在保守派的壓抑下，不得不附加家父長制支配為內容的附則，充分顯示家族主義的濃厚色彩。

清末制訂新律，使中國傳統的法律體系發生前所未有的變化，其中以廣泛採用外國的法律原理和司法原理、司法制度，諸如刑法中的罪刑法定主義、正當防衛原則和緩刑制度、假釋制度，法院組織法中的司法獨立原則等，全盤打破了中國古代法律傳統體系，而改革刑罰，廢除酷刑等措施，與傳統的法律原理與制度相較，至少在形式上是一大進步，有助於中國法制的現代化。

沈家本所主持的修訂法律館，一共修訂了刑法、民法、訴訟法等十二部法典。雖其中有些已頒行（如大清現行刑律、大理院審判編制法、法院編制法），但施行的時間極短；有些雖頒布而未施行（大清新刑律），有些雖已修訂，卻未經議決頒布，亦有因各省督撫反對而暫緩頒行的（刑事民事訴訟法），有未及審議頒行的（刑事訴訟律草案、民事訴訟律草案）。因此，在清末尚未產生顯著效果，但對後來的影響卻極大。

清末法制改革，只是在形式上模仿資本主義國家的司法機關和司法制度，名曰司法獨立，但實際上對一些案件的最後裁決權仍操在皇帝手上<sup>96</sup>。其實，當時大部分地區都未設置審判廳和檢察廳機構。顯而易見，在皇帝握有至高無上權

96 例如大理院名為最高審判機關，但即使是各省「匯案死罪之件」，由大理院「復核」後，仍須「咨送部核定」，然後合同奏報皇帝。可見「皇權」仍然存續。參閱《大清法規大全》法律部，卷4，頁3~4。

力的專制制度下，司法改革的進程受到阻礙。但清末民初的司法改革，在中國法制史上仍是一大進步的契機。

中華民國建立後，由於法律未能於倉卒之間頒布施行，而在新舊遞嬗之交，援用前清的法律以應急。臨時參議院於民國元年（1912）4月議准，所有清廷修編之「法院編制法」、「大清新刑律」、「刑事訴訟律草案」、「民事訴訟律草案」等，仍得援用，其後且成為南京臨時政府、北洋政府和南京國民政府時期，制定法律的基礎和根據。

滿清當時立法事業尚屬草創，模仿外國法律勢所難免，但民國以後，居然仍因循舊習，未能注意社會情況的變遷，適合時勢的需求，實為立法失敗的原因。

民國的法典編纂事業，卻亦不能不承繼清末所編纂的近代法典草案，直接間接給予甚大的貢獻。雖然如此，就訴訟法的領域而言，將刑事訴訟法與民事訴訟法截然劃分這種過去沒有的制度，要等到民國10年（1921）後半始能定型。

此時中國的司法制度，在理論上，其缺陷是司法總長委託各省司法機關的監督權給各省省長，而不委託各省的最高司法長官；地方廳同時兼理初級廳職權的制度，縣知事兼理司法，以及縣司法公署的制度。至於實際運作方面，則是新式法院過少，經過訓練的司法官員額奇缺，司法官多為外國留學生，國內司法教育機關不足，司法經費不足等，均是當時中國司法的弊端。

無論清末民初，法制的改革幾全以西方的法制（大陸法系與英美法系）為依據，而全盤放棄中國固有舊律尊重文化的傳統，這是值得推敲的。

總之，清末民初中國的司法改革，朝向西方法制的方向，無論在司法機構、法典的編纂，或實際運作的訴訟等以及監獄等各方面，均作了大幅度的改革，但一因保守的阻力大，一因政局不安定，財政拮据，無法全面革新，尤其新式的法院，無法普遍設立，因此，無法從傳統脫胎換骨，貫徹其改革，離司法獨立的理想仍有一段距離。