

2011年卷 总第五期

望江法学

四川大学法学院主办

里赞 主编

國立四川大學

法学院

法律出版社
LAW PRESS CHINA

2011年卷 总第五期

望江法学

四川大学法学院主办

里赞主编

图书在版编目(CIP)数据

望江法学. 2011 年卷: 总第 5 期 / 里赞主编. —北京: 法律出版社, 2012. 5
ISBN 978 - 7 - 5118 - 3503 - 1

I. ①望… II. ①里… III. ①法学—文集 IV.
①D90 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 091494 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/陈 慧	装帧设计/贾丹丹
出版/法律出版社	编辑统筹/法律教育出版分社
总发行/中国法律图书有限公司	经销/新华书店
印刷/北京中科印刷有限公司	责任印制/张宇东
开本/787×960 毫米 1/16	印张/14.75 字数/221 千
版本/2012 年 5 月第 1 版	印次/2012 年 5 月第 1 次印刷
法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)	
电子邮件/info@lawpress.com.cn	销售热线/010-63939792/9779
网址/www.lawpress.com.cn	咨询电话/010-63939796
中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)	
全国各地中法图分、子公司电话:	
第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908	
上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995	
书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 3503 - 1	定价:24.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

主 办

四川大学法学院

顾 问

周应德 赵炳寿 黄肇炯

学术委员会

名誉主任:杨泉明

主 任:唐 磊

副 主 任:里 赞

委 员:(按姓氏笔划排序)

万 毅	马静华	王 竹	王建平	王建军	左卫民
古立峰	龙宗智	李 平	向朝阳	刘昕杰	杜玉琼
陈永革	陈界融	杨泉明	杨遂全	杨翠柏	里 赞
周 伟	金 明	顾培东	唐 磊	徐继敏	喻 中
曾 彤	谢维雁	魏 东			

主 编

里 赞

学生编辑

程 龙(常务)	陈长宁(常务)	方 延(常务)
段陆平	刘 铖	李灿璐
龙 禹	唐 棣	熊 蓓
谢 桃	冼志勇	

目 录

	特稿:《法学月报》选校	
朱显祯 著	《法学月报》发刊词	(1)
陈长宁 点校		
林诚毅 著	所希望于政府改进法律教育的几点	(5)
姜芳毅 点校		
刘仰之 著	刑事立法与产业资本主义	(11)
周 聪 点校		
袁千昌 著	法律之苦味	(17)
陈长宁 点校		
	论文	
陈艳凤	西洋镜下的中国法律形象	(19)
	——读何意志《法治的东方经验:中国法律文化导论》	
程王刚	边沁功利主义的“谬误”和哈特的错误	(30)
	——对哈特评论的评论	
杨志敏	试论著作权法的理念	(44)
李 侠	死刑个案裁判中的民意之维	(56)
	——以李昌奎案为例的解说	
陈永革 彭林泉	公诉人调整量刑建议的权限之研究	(67)
张 斌	那纽结正义理念的工作	(79)
	——两个人的对话	

王 聪 秦 川	断裂与延续:社会变迁中的司法传统 ——以人民司法传统的复苏为视角	(104)
王天玉	规制的限度:解雇保护制度的比较与完善	(117)
王军杰	发达国家农业法律制度的历史嬗变与晚近发展趋势	(129)
云 闯	公司司法解散制度实证研究	(139)
徐之和	WTO 争端解决机制框架下的贸易救济权体系 剖析 ——程序利益保障视角下的贸易救济权实现	(148)
谢 晶	法律史研究的“根须”、“茎叶”与“花果” ——以近年明清合伙相关研究为例	(169)
程 龙	刑事实体法的失效回避:一种刑事诉讼法 价值的思考	(183)
段陆平	从刚性到柔性:国家刑事治理策略的嬗变 ——公民社会视阈下的刑事和解	(195)
李 鑫	纵向合并的反垄断分析 ——以竞争效果为中心	(207)
	书评	
宁 凯	凝固的流动亦或流动的凝固 ——读经君健《清代社会的贱民等级》有感	(224)

· 特稿:《法学月报》选校 ·

校者按:《法学月报》是由国立四川大学法律学会自1942年始发行出版,由四川大学法学院教授朱显祯、裘千昌、胡元义任主编。该刊在抗战时期树立起西南法学研究的旗帜,艰难困苦玉汝于成,尤其对于四川大学法学院的学术传承以及社会责任承担上具有极大的历史及现实意义。故本卷《望江法学》特选校《法学月报》所载的四篇文章,以缅怀先贤。

朱显祯著《发刊词》,载于《法学月报》创刊号,第一至二页;林诚毅著《所希望于政府改进法律教育的几点》载于第一卷第三期,第三十一至三十六页;刘仰之著《刑事立法与产业资本主义》载于第一卷第四期,第一至五页;裘千昌著《法律之苦味》载于第一卷第四期,第二十六至二十八页。

《法学月报》发刊词

朱显祯 著 陈长宁 点校*

确立法治,实现法治,这是中国近几十年一般人民的要求。抗战五年以来,中华民族之力量,坚强无比,渐为世界所认识,因之中华民族之国际地位,日渐增高,将与世界任何文明国家,并驾齐驱而毫无逊色。英美两国有鉴于此,最近表示愿自动的放弃历来阻碍我确立法治,实现法治的治外法权。老实说,中国法治之不能确定,不能实现,在表面上虽然可归罪于军阀之割据,内政之不统一,然而骨子里帝国主义利用不平等条约之种种特权,拨弄是非,翻云覆雨,使中国之内政陷于混乱,使各地的军阀形成割据,实在是一个最重要的原因。

日本帝国主义是帝国主义当中破坏中国确立法治实现统一之最勇猛的先锋队。中国这几年的抗战,使日本帝国主义之野心,暴露无遗,日本帝国

* 朱显祯:曾为国立四川大学法学院法律系教授。陈长宁:四川大学法学院硕士研究生。

主义之力量,日益衰退,而世界民主国家对于中国之抗战,其有助于消灭侵略集团及法西斯主义之世界战争,现已有明确的认识与估价,故对于中国之发展,衷心愿意帮助。这次英美放弃治外法权的表示,就是最好的证据。所以在这抗战建国之当中,确立法治,实现法治,实在是千载一时之机会。我们应该觉悟,我们应该努力,决不得让此大好机会徒然错过。

说到法治,就要联想到人治,中国现在还有许多人在做着人治的梦。他们常常攻击某机关之所以腐败,某工厂之所以倒闭,某学校之所以无成绩,都是因为没有得到他们所期望的“人”。假如他们所期望的“人”出而主持,立刻可把某机关的腐败变而为振作,某工厂之倒闭变而为繁兴,某学校之无成绩变而为成绩卓著。但是听他们的话,总是悲观的论调多,因为他们所期望的“人”,世界上总是难找,所以机关,工厂,学校等总是不治的多,因此有一治十乱的说法。乱世多,治世少,这是人治主义者不可避免的理论的归宿。

人治主义者总是想把政府机关之不良,归罪于不得其“人”。就现在的中国情形而论,政府各机关能够得到人治主义者之称许的,恐怕寥寥无几。这里我要问一问人治主义者,中国的军队已与日本抗战五年,在这五年当中,我们的军队不仅毫无衰退的表征,反而有日益加强的趋势,任何人恐怕也不能否认中国军队之有进步吧!这中国军队之进步,又何所自而来耶?人治主义必答曰:中国军队之所以有进步,愈战愈强,就是得到了理想的统帅人物,蒋委员长。这个答案,恐怕是主张人治主义者最得意的吧!但是我要再问一问,蒋委员长所领袖的不尽止于军队,他除了为军事领袖之外,现在还担任着中国国民党的总裁及行政院院长,为什么在党治方面政治方面就没有如像军队那样的有成绩有进步呢?!人治主义也许又回答曰:因为蒋委员长不是政治的人才,而是军事的人才。这个答案,未免牵强。因为自国父孙中山先生逝世之后,中国国民党几经分裂,而终能廓清恶劣份子,使国民党复归统一,奠定坚强不拔的基础的,不是现在的总裁蒋委员长么?在内政方面,能屏除一切割据的形势,各自为政的旧习,而使中国有统一的中央政府的,不是蒋委员长么?所以我以为中国军队之所以进步,愈战愈强,这不是因为蒋委员长只长于治军,实在是因为军队是注重组织,注重纪律,他们事事必须照军纪行动,所以能动静一致,进退有则,意志统一,力量集中,换言之,就是军队容易确立法治,现实法治,所以容易有进步。并不是军队里面的干部人才,特别比党部的或政治的干部人才优秀。

“徒善不足以为政,徒法不能以自行”。法不过是白纸上写的黑字,假如

没有人民了解它,拥护它,尊重它,严守它,就有很好的法律条文,它能够发生什么作用呢?它能够发生什么威力呢?要人民拥护法律,尊重法律,严守法律,必须先要人民了解法律。一个国家要树立法治,实现法治,非先提倡法学,发展法学,以养成许多法治主义的人才不可。不然,南辕北辙,海市蜃楼,法治主义是决不会实现的。

中国自来法学不甚发达,到现在差不多已有中辍的形势。我们在满清末年及民国初年至抗战发生为止,中间所出的刊物,关于法学方面,虽然寥若晨星,但总还可以看见二三种法学定期刊物,及极少数的专门法学著述出版。一到抗战发生之后,连这些极少数的法学刊物,尽都销声匿迹,偌大的中国领土之内,找不到一本定期出版的法学刊物,长此以往,这对于中国法治前途,是如何的暗淡啊!抗战五年以来,中国的国威发扬尽致,而国际地位,亦益更增高,倘不及早确立法治,修明内政,则今后抗战之功绩与荣誉,将不免受政治的影响而减色。

中国一般人民自来是卑弃学法律的人,“刑名师爷”“绍兴师爷”等名词,都含有一种轻视的意义,所以法律学在中国是永远为一般士大夫所冷落的。就现在中国的各大学而论,有许多大学的法学院是没有法律学系的,而这有法律学系之大学,其设备与教学又每为学校当局所不重视,其每年所收之法律学生并不见多。中国现在的司法各机关,早已感觉法律人才之不敷分配,所以今年司法行政部与教育部商定,电飭全国公私立各大学之有法律学系者,增加司法组一班,注重司法之实际训练,以为广储法律人材之准备。为补救现时司法人才之缺乏,此举固甚必要,然为将来实现法治之根本大计,单使现有法律系之各公私立大学,增加司法组一班,尚觉政府对此问题之解决,未能澈(彻)底。因为所谓法治,就是政府对于一切事情均须依照预定之法律规定办理的意思。政府的一切事情,一切活动,既须依照一定之法律规定,则为政府官吏之人,岂有对于本身所担任之职务,法律规定之权限如何,范围如何,与其他机关之关系若何等问题,没有充分的理解,能够为适当之处置么?所以今后的政府,苟欲实现法治主义,则对于法律之人才训练与养成,均应有澈(彻)底的积极准备。不仅在质的方面,应力求改进,即在量的方面,也应该力求增加。因此,对于现有之公私立各大学之法学院而无法律学系者,均应严飭其增设法律学系,一个大学里的法学院,只有政治经济或社会等系,而无法律学系,顾名思义,实有未安!

法治主义既是政府之一切行动,均须依照法律规定,则政府之一切官吏,尤其是科长以上之事务官吏,能用法律人才,自然更觉适当。所以在

法治主义政府之下,法律人才之需要,是必然的增加的,是必然的切迫的!

然而现在中国一般社会人士、对于法治主义之如何重要,并无切当之估计,对于法律人才之缺乏,亦无适当之认识,对于法学之不发达及法律智识之不普及,亦无确切之考察。本社同人,不揣绵薄,愿就此方面为适当之研究与批评,发出斯刊,以公社会。望海内法学大家暨政府司法当轴诸公,惠予援助,使斯刊得因法治之确立而日益光大,法学之昌明而日益改进,非特本社同人之幸,抑亦国家社会之福。

三十一年十一月十二日脱稿于峨眉国立四川大学。

所希望于政府改进法律教育的几点

林诚毅 著 姜芳毅 点校*

一、序言

方今建国伊始,百废待兴,而尤应以改进法律教育,培植法律人才,为当前第一要务。无论在那一个时代,那一个国家,要推行一种政策,实现一种主义,没有不借重法的形式来表彰,法的力量来完成,我们要实现三民主义,完成最高国策,自也不能例外,但是没有运用法律的人,则所谓法律,不过是纸上空文,所谓法治,不过是口头标语,纵或有运用的人而运用不善,弊病百出,尽管是法良意美,而人民尤以为是苛政严刑,当今政府有见及此,乃提倡法律教育,不遗余力,这自是树立百年大计的根基,然而溯自民元以来,亦会提倡法律教育,民初之季,法政学堂,各省林立,不可谓不多,学法律的人,不可谓不盛,然而当时学生的观念,只要混得一个资格,便可青云直上,政府亦以此为用人的标准,深信不疑。于教学的计划和内容。丝毫没有打算,其结果庸材多而人才少,无论实行什么完美的法制,总是弊病百出,怨声载道,直到今天,尚不能脱去这个弊病。所以提倡法律教育是一件事,而何如追溯到法律教育的目的又是一件事。抗战以来,政府力图改进,已能双方兼顾,但是应该斟酌的地方还是不少。兹就管见所及,分述于后,以供政府之参考。

二、对于学制的商榷

大学教育制度,往昔是预二本四,政府施行新学制以后,把预科的两年,划入中学等校的范围,界限分明,自是优于旧制,不过大学一年级不分系,是否合理?尚有讨论的余地。本来这个问题,久为教育家争论之点,平情而论,法律系的课程,依次分配在四个学年,学生已经是感觉吃力,如果一年级完全是学普通科学,把专门的课程排挤到后三年级,当然是难于应付,而实

* 林诚毅:曾为国立四川大学法学院法律系教授。姜芳毅:四川大学法学院本科生。

际上,这些普通科学,十之八九,都是中等学校的课程,而是学生受中等教育的时候所应该具有相当基础的,进大学又来重复一遍,不特学生感觉乏味,而且缩短了他们学习专门知识的时间。

若是认为学生的程度不够。在大学一年级设些普通课程。以资补救而为权宜之计,那毋宁是承认中等教育有缺点,就应该设法调查,现在把学习专门知识的时间拿来补救中等教育的缺点,纵令略能收效,也是得不偿失。况且要求新制的实行,臻于尽善就应该澈(彻)底,现在从一年级不分系的情形看来,与旧制的预科相同,而实际上又是施行新制,这种不澈(彻)底的制度,实在难令人赞同。

我以为大学一年级不但应该分系,而且凡是中学的课程,都应尽量避免,才不致减少学生学习专门知识的时间,这个问题在下面检讨课程的项目中,还要详细讨论。

三、关于法律系课程的检讨

甲、法律系的课程

大学各系课程之庞杂,莫甚于法律系,而尤以一年级为最,重复的课程也有,不必要的课程也有,颠倒必修与选修的课程也有,甚至于中等学校同性质的课程也有,教的人无比麻烦,学的人难于应付,这都是由于大学一年级不分系以及课程标准没有经过详细考虑之所致,现在把这些课程分别讨论如下:

一、民法概要 法律系一年级除了民法概要一科以外,简直没有开设关于法律方面的课程,而这门功课开在法律系又是否必要?既是在二三四年级开设民法各部门的专科,那末在一年级就没有开民法概要的必要。若谓学民法以前,必先知其全部的梗概,然则刑法商法又何以不设概要?况且法律的基础概念,大都可以求之于民法总则,我认为在一年级开设民法总则这门课程,最是合理。至于民法概要这门课程,设在外系,尚还说得过去,对于本系,简直是不必要而且重复一门课程。

二、中国通史、西洋通史 学法律的人固然不能不读历史,不过这两门功课是学生受中等教育的时候所应该且有相当根底的,初中也修,高中也修,进大学又来重复一遍而且定为必修科,当然是不合理,况且法律系对于史的方面,自有其专门的课程,如中国法制史罗马法之类,教育部的课程标准反而把这些课程编入选修科目,真是重其所轻而轻其所重。

三、自然科学 这门课程包括天文地质数学理化生物等科,在中等学校

是很重要的课程,应该具备有相当的基本知识,假如在中学的长期课程尚不能具备相当的根底,而利用大学一年级短短的时间来补救,无论如何努力,当然是徒劳无功。

四、外国语 在大学一二年级的必修外国语是英文,学法律与英文的关系不能说是没有,但远不如第二外国语的重要。中国现行法,大都是继受德国法系而来,如果要求运用法律的敏活正确与夫解决法律上解释上的种种困难问题,一方面固然要洞悉现实社会,他方面在法文上决不是望文生义所能奏功,必穷其原理,究其成因,前者为法律哲学的任务,后者为沿革法学的课题,这都是要求之于外国典籍,是非精通德文或德法系国家的文字和法法系国家的文字莫辨。能研究英文的典籍固然可以得到若干帮助,不过这种能力是中等学校应该具备的,在法律系的课程中充其量也只可定为选科,现在反把第二外国语定位选科,轻重倒悬,当然不是合理的办法。要是以四年的工夫必修第二外国语,或者定为两年而在高中即注要这门课程,那末工具已备庶几可以谈深造。

乙、司法组的课程

最近教育部令飭全国国立各大学凡是设有法律系的都附设司法组,其目的在注重司法实务养成司法人才,这种设置,是否必要,我想让在下节讨论,这里所要研究的是课程问题。司法组课程标准,除了外国语一科没有改进外,其余例如删去中外通史自然科学概论民法概要等科,而在一年级列入若干法律专门的课程,另外再添设些新的法律科目,这都是比法系的课程标准进步,不过应该斟酌的地方很多,兹分别讨论如次:

一、法学绪论 从部分课程标准的细目中,可以知道这门课程的内容,一部分是法律哲学的纲领,一部分是沿革法学的部门,而法律哲学和沿革法学是法律学当中比较困难的部门,必定具有相当的法学基础,才可以问津,一年级开这门课程,是在学生尚未入法学之门而实责其登堂入室,自然是劳而无功,况且在三四年级既已有专门的课程如法理学中国法制史罗马法等科,那末在这里重复一下实在是不必要。

二、比较法学绪论 在三年级开这门课的用意,我想大概是使学生在没有学比较法之先,得一个整个的基础概念,这个理由,是不正确的,因为全部法律的基础概念,大都可以求之总则,已经在前面说过,既是在各年级开有各部门的总则总论,当然不必另外再来一个什么绪论绪目之类,况且在一部比较正确的民法总则刑法总则等教科书,内容方面,没有不罗列各国法例和立法主义,阐述无遗,书名尽管是中国民法总论刑法总论之类,实际上其内

容恐怕比较笼统的绪论来得详细。同时,既是在三四年级开有欧洲近代大陆法又是比较民法比较刑法,已经嫌其重复,将于下段说明,在这里更重复一下,实在是非必要。

三、近代欧洲大陆法,比较民法,比较刑法 开设近代欧洲大陆法这门课程,使学生在习完大部分的法律课程以后,进而研究欧洲大陆法系诸国的法律系统,立法上的技术和主义,一方面可以启发学生的研究兴趣,增加研究的资料,而同时可以把我们自己的全部法律作一个系统的比较的回味,获益最大,司法组开设这课程,的确是最进步的课程标准,可惜定为选修,未免减色。这门课程的内容,其最占篇幅的当然是民法刑法上的材料,毫无疑义,既然开了这门课程,就可以不必再开比较民法比较刑法,以免重复。若谓近代欧洲大陆法的内容没有涉及英美法系的法律,那么尽可拿英美法这门课程来补充,自无不妥。

四、中国司法问题与比较司法制度 在法律系原开有法院组织法这门课程,在一部比较正确的教本或讲义,其内容应该包含中国过去和现在的司法制度与司法问题并比较世界各国司法制度,考其渊源,评其得失,以为学生研究之标准。司法组课程标准,把这门课程分成两部分,表面上似乎比较专门而周密,实际上这门课程是不能分开研究的。中国目前的司法制度,是仿自西欧,历史甚短人才缺乏,成问题的地方自然很多。但是如果不比较各国的制度,不能看出问题的重心;不考察各国的国情,不能得解决问题的途径。所以我认为这两部分仍然是合为一门讲授获益较大。

五、民事诉讼实务,刑事诉讼实务,检察实务 总理主张“行易知难”的学说,证之学习法律,我认为是一个最恰当的例子。法律的学问,浩如烟海,有时研究一个小小的问题,穷毕生之力而不能得其结果者,在所多有,真是所谓“知之惟艰”。如果对于全部法律,具有相当的基础,实行起来,无论是作法官或是与法律有关的事件,一定能够应付裕如,胜任愉快,至于行的经验,只要有短短的实习期间,便能完全解决,毫无困难。试看现在很多的法官,不是缺乏“行”的经验,而是缺乏“知”的基础,他们都是运用法律不善,很少是在各种公文程式上或其他行的方面感觉困艰。法律系本来开有诉讼实习这门课程,民事刑事及检察等实务,都包括在内,高考及格以后,政府为慎重起见,又分发在法院实习半年,为期不可谓不长,学经验的机会不可谓不多,现在司法组课程标准,以为未足,把一门诉讼实习,分成几门课程,证之上述理论,不无商榷的必要。

四、开设司法组是否必要

凡是施行一种新的计划,必定具有新的目的,现在教育部通飭全国各大学添设司法组,这种计划的目的何在?性质上与法律系有何区别?这是应该讨论的。从课程方面言,司法组课程标准除了在一年级删去几门普通学科开添几门课程如民法总则宪法法学绪目等科又在后三年级新开几门课程并取消国际公法一科而外,与现在法律系的课程并无不同,而且在这些添开和新开的课程中,除一二科是略有意义而外,其余的只是排课上稍有进步,名称上略有不同,在内容方面和法律系的课程比较,不过是换汤不换药。如果认为法律系的宗旨是在理论方面的探讨,司法组的目的是注重实际的应用而养成司法人才,然则法律系何尝不是在培植司法人才?况且想要求应用之善,没有不精于理论的研究,无论在那一方面都是如此,尤其在法律方面为然。若谓目前政府需才恐急,多设一司法组以广招徕,然则教育部早有不限法律系招生名额之令在,何必多此一举?何况近年各大学法律系招生,从来没有如量收足?若以为法律系的教学方面有缺点,不能养成健全的司法人才,我们并不否认法律系的各方面都有改进的必要,所不解者,何以不集中力量来调整法律系。而另设一个与法律系同目的同性质的司法组?这种徒劳无功的计划,实无目的之可言。

五、法律研究所的开设

在法律上解释上的困难问题,是随着社会的进步而增加,这些困难的问题,决不是普通的法官所能为力,更不是一朝一夕所能奏功,必有待于穷年累月埋头研究的学者来解决。无论在海洋法系或大陆法系的先进国家,对于解决某一个问题的学说一出,虽无何等的拘束,但其对于立法上解释上的影响,至钜且大。譬如德法等国的法院解决某一个困难的问题,其判例的演进,大半都是学者的意见在后面支持,这是不容否认的事实。而这些学者的养成,决不是偶然的事实,大都是由于国家集中精力设置适于研究的各科环境培植出来的。回顾我国如何?国内堪称学者的有几人?而具有卓见的著作,尤其不可多见,以致学校的教授人选成问题,校本的采用成问题,乃至整个的法律教育都成问题,要皆造因乎此。我认为政府如果能创办一所或数所庞大而完备的法科研究所,或设于首都或附设于比较著名的国立大学,蒐(搜)藏中外典籍,延聘海内法家,选拔大学法律系最优秀的学生,高其地位,优其待遇,使其视研究为终身的事业,假以十年二十年的工夫,中国的法律

教育虽不敢断定能与诸先进国家并驱争先,亦决不致瞠乎其后。好像政府现在只注重大学的法律教育还没有注意到这个问题,前者固然应该重视,而后者是治本之策,尤其要紧,两者互相关联,互为因果,我希望教育当局能集中精力双管齐下!

六、结论

所谓建国和法治的问题,决不是表面上的文章,而是要切实的作去,改进法律教育,培植法律人材是完成建国实现法治的先决条件,尤其应该澈(彻)底,上述诸端便是做到这一步工夫的基本工作,我希望政府在不久的将来,便能实现。

刑事立法与产业资本主义

刘仰之 著 周聪 点校*

我们正在建立新中国的阶段,一切的制度,往往不能把握中国的现实,或在本质上根本就不适合建立中的新中国,而会从事外洋贩运到中国,这种无批判的接受外国制度,在意识上很错误的做了外洋资本主义国家的奴隶,不但不能达到建立新中国的目的,反而把有希望的新中国,自甘走上殖民地化的路向。所以,我们简单的来说,中国究竟是中国,外国究竟是外国,我们硬要中国变为外国化,祇(只)有叫中国变为外国的殖民地,否则,新中国的建立,是要有中国的内容的。

现在新中国的刑事立法是怎样?我们暂不加以批评;可是,在这新中国的建立进程中,刑事立法要新中国化,不要成为外国的刑事立法,这是很紧要的事。因此,我们在这建立新中国的刑事立法的进程中,首先就要指出刑事立法的两种不同形态;就是产业资本的刑事立法形态和金融资本的刑事立法形态。虽然这是一种消极的工作,因为它可以很显然的指出,这是甲社会,所以有刑事立法的甲形态,那是乙社会,所以有刑事立法的乙形态,我们的中国社会,既非甲社会,又非乙社会,我们的刑事立法,自然也就不能是甲形态或乙形态,应该要有我们新中国的刑事立法的形态了。所以我们这项工作,在新中国的刑事立法的进程上,虽不能积极的有所裨益,而在消极上,却可指出新刑事立法的应有路向。

但是,现在我们所说的,是刑事立法的第一种形态,亦即是产业资本时期的刑事立法形态。

一、产业资本时期的刑法之构成

我们知道,生产力的进步,生产关系必然也要跟着起变化,因此,整个的

* 刘仰之:曾为国立四川大学法学院法律系教授。周聪:四川大学法学院硕士研究生。