

東吳法聲

二十八年春季號

要目

怎樣研究法律

變動中的中國社會與法律

憲法草案中亟待修改之條文

我犯了什麼罪呢？

法律家和說謊家

契約成立的比較觀

指紋學之介紹

民事訴訟法關於裁定規定之種種

人格論借貸原理的解釋

華麗木器廠發行所

是

上海最有聲譽的木器傢俱店。

各界欲得到

美化！
新穎！
華貴！
價廉！

的願望者

請駕臨嘗試，保證稱心滿意。

地址 靜安寺路一五三九至一五四二號

電話 三七四一八（近赫德路口）

商 美

銀行

UNDERWRITERS
SAVINGS BANK

友邦

FOR THE FAR EAST INC.

17 The Bund

Telephone 17725

Hongkong Branch: 14 Queen's Road Central

The Bank For Savings

The Service Department is Ready to Assist you at all Times

蘇州東吳大學 生物材料處

創始

民國十三年(西歷一九二四年)

宗旨

提倡國內生物學教育，供給及交換各種廉價適用生物標本及解剖採集等用具。

出品概況

(一) 保藏標本

動物及植物，浸製或乾標本。

(二) 玻片標本

各種微小生物，動物及植物之組織 胚胎，器官等全體裝片或切片。

(三) 裝置標本

課室及實驗室指示用，動植物之發育史及解剖等標本，裝置玻瓶或玻面紙匣。

(四) 骨骼標本

各種普通脊椎動物之骨骼，裝置木架或玻面紙匣。

(五) 應用儀器

各式實驗，解剖，採集用具，玻璃片，擴大鏡等。

刊物

(一) 兩月刊

中文及英文二種，溝通生物學教育界，登載各種關係生物學課程，實驗，以及技術文字，徵求或交換標本，介紹書籍雜誌及本處新出品，按期寄贈海內外各學校生物學教授及科學機關。

(二) 價目表

分大學及中學兩種，函索即寄。

東吳法聲 一九三九春季號 目次

編者的話

我們的校風(特載)

怎樣研究法律

變動中的中國社會與法律

憲法草案中亟待修改之條文

領事裁判權之在中國

論刑法二二六條之流弊兼闢「家庭娛樂」

之曲解

漫談我國刑罰底演變

人類的酷刑

請你自己判斷吧！

我犯了什麼罪呢？

我們應使善意殺人成爲合法嗎？

綁案付贖之刑責商權

法律家和說謊家

法律譯叢

契約成立的比較觀

永租權名稱應否存在之管見

法學名著精覽

邊沁氏之道德與立法原理
盧梭的民約論

田岳 38
威烈 39

指紋學之介紹

圖書館員應有之法律常識

三元 40
喻友信 47

參考

民事訴訟法關於裁定規定之種種

羅會章 51

資料

戰事發生後司法解釋彙集
戰區巡迴審判辦法

章守禹 59
楊昌毅 63
鄭輔 63
呂海珊 64

人格論借貸原理的解釋

我國外匯統制之效力

匯劃貼現率漲落不定之原因及影響

戰事損失在會計上之處理

同學消息

同學喜訊

校聞

補白與小品
測驗你自己

子夜走筆

國民政府的重要立法

非法集

對法聲的一個小建議

孫曉樓	1	黃家	3	展耀	7	黃紹芝	10	丁安順	13	陳驥	14	楊柳岸	16	Z T	18	史非	20	劉健	22	黃遜	24	涂修	27	張恩	29	伍漢民	32	徐開墅	36	徐肇慶	36
-----	---	----	---	----	---	-----	----	-----	----	----	----	-----	----	-----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	-----	----	-----	----	-----	----

編者的話

這裏我們不將複述任何一套陳老的語調，而使這個編者的話成為多餘的贅瘤，我們也不願替內容的好壞強弱，作一番不必要的解釋或介紹，因為讀者本身正就是最後也是最好的批判者。我們所要做的，是單純的說明一下，這一期的法聲，和過往的有着怎樣幾個顯著的異點。我們相信，讓同學和讀者知道這個改變，是應該和必須的：

第一，我們在中文的文字以外，又增加了英文欄。增加的理由是——我們認為本院是一個比較法的學校，因此國外法像英美法，大陸法等都是我們研究和探討的對象，而同學對這些法律問題有所心得著述成文時，自然是用英文為便利與合理了。同時我們更顧到一部分特別長於英文，比較拙于中文的同學，也有更好的機會來發表他們的見解和思想。

可是這畢竟還是一個嘗試，以後是否每期都是如此，或是索性另出一個獨立的英文法律刊物，還須決定於這一期的成績，一般同學的意見，以及今後的具體物質條件。但有一點是可以確定的，我們總是循着最合理也是最有效的路走。

第二，我們的內容，是以法律和會計二者為主。這個理由是明顯的，本院既然添辦了會計系，而本刊在本質上是全院同學討論學術，發表思想的公共園地；那麼，會計系的同學自然享有同樣的權利。而東吳法聲的法字，無疑的應該加以廣義的解釋了。

可是這一期會計系同學投稿的文字不多，實在是非常遺憾。我們希望以後會踴躍起來。

第三，內容的純學術化的傾向是更濃厚了。這一點是此時此地客觀環境底必然結果，我們相信是為每一個人所了解的。可是我們為了避免內容的過於嚴肅而流之枯燥，因此也儘量登載了一些有趣味性的文字，像幾篇譯文（請你自己判斷吧和我犯了什麼罪呢等）和補白式的散文隨筆，也許都能調劑你一下讀着長篇大論的乾澀。英文欄裏的文字，更不少許多有趣的材料，而可以供你亦莊亦諧，津津入味地讀去的。

第四，在中文方面，我們添加了一「法學名著精髓」一項，覺得頗有意義。性質是把最著名最有價值的法學著作，用極簡短的文字將它們的精華提綱挈領地寫出來。這在經濟上，時間上，對一般同學確乎都有着相當的幫助，你讀此一篇就等於讀了一本書。這期我們選了兩篇，以後更希望同學多多扎錄本刊發表。

第五，我們希望本刊從本期起成為一個定期性的季刊，本期以「春季號」作為開始，而在這一九三九年的頭一個月出版了，以後就將有四月的夏季號，七月的秋季號，以及十日的冬季號，自然，再跟在後面的便是一九四〇的春季號。我們至誠地希望法聲能永無恆止不斷的發展成長起來。

但這個希望的實現，決不是我們少數人所能勝任的，希望全體同學給我們攜手吧！因為法聲正是屬於你們全體的。編者的話。就在此地打住了。

我們的校風

孫曉樓

(此係本年十一月五日在法學一年級同學聯歡會的講演詞)

什麼叫做校風？這風自東方吹來的呢？還自西方吹來的？是熱的呢？還是冷的？所謂校風究竟應當作何解釋？

在孟子上不是有所謂「君子之德風，小人之德草，草上之風必偃」，這是以風來喻一個人的品德。再在詩經上不是有所謂「鄭衛之風」，「周南召南之風」，這是以風喻一個國家的風俗習尚；今學校而以風喻，也可以作同一的解釋；即所謂校風者，是喻一校的品德和一校的風氣。

全國公私立的大學很多，而諸位自中學畢業後；為什麼來到我東吳大學肄業？全國公私立大學設有法學院的也很多，而諸位有志研究法律或會計的，為什麼來進我東吳法學院的法律系，或會計系！這種升入本校求學的動向，當然不是空氣的流動所可推進的，而是我東吳大學的校風，亦即是我東吳法學院的校風，吹送諸位到此作同窗的。

然則我們的校風到底是什麼呢？就我個人的觀察，東吳的校風，可以於下列三點的精神中表現出來，一是好學不倦，二是實事求是，三是嚴守紀律；因為有了好學不倦的精神，所以我們可注意到東吳同學上課時的肅靜，聽講筆記的完備，和課外工作的緊張；因為有了實事求是的精神，所以我們可以注意到東吳同學學校生活的儉約，處事接物的謙遜，和發表言論的持重；因為有了嚴守紀律的精神，所以我們可以注意到東吳同學上課時間的遵守，學校規則的服從，和教師指導的順利。好學不倦是「勤」，實事求是是「誠」，嚴守紀律是「忠」，勤誠忠，是我們法學院的校風，也可以說是我們整個東吳大學的校風。我法學院自創辦迄今已將二十四年，在這二十四年中，因為我們有此校風，所以在上海特殊的教育環境中人們的學校有上課代到的情事，我們是沒有的，人們的學校有考試舞弊的情事，我們是沒有的，人們的學校有越級跳班的情事，我們是沒有的，人們的學校有罷課鬧風潮的情事，我們是沒有的，此於歷史上已充分表現着我校勤誠忠的美德。因為我們有此校風，所以歷屆從本校畢業的同學，為數祇五百餘人，此五百餘畢業同學，我們固未敢自誇，都是最優秀的法律人才，然就大體言，凡本校畢業同學之在司法，教育，行政以及實業等機關服務者類皆戰戰兢兢克勤克儉，忠於其職守。而為國家社會服務，尤以歷屆中英庚款留學生考試，中美庚款留學生考試，其法律門名額雖祇一人，應考者雖多至一二百人，當然為我校畢業同學所得；又如國民政府歷屆司法官高等考試，與夫法官訓練所畢業考試等。我畢業同學參加者雖不謂多，然類皆列名前茅，充分表現着我校勤誠忠的美德，這都是我們東吳同學所引以自慰的。

不過這善良校風的培植，決不是一朝一夕的事，我們法學院校風的造成，多賴蘭金 Rankin 劉伯穆 Blume 薩賓德 Solbus 陳雲銳諸先生的努力於前，以及楊惠慶吳德生盛振為諸先生的繼起於後，而同時在校諸同學。又能體念諸先生辦學的苦心，與學校當局通力合作，故有今日的成績。我現在希望貴班同學，能將我校勤誠忠的美德，發揚光大，由學校的美德，而成為社會的美德，由社會的美德，而成為國家的美德。像德意志於一八〇六年戰敗於法後，民族頹喪已達極點，於是柏林大學費希德 Fichte 教授。提倡自我奮鬥的校風，終乃成為復興德國的精神基礎，這便是由校風而成為國風的例證。我東吳校風之能否成為復興我中華民族的國風，還要仰仗學校當局和諸位同學的共同努力。

怎樣研究法律

黃 家

問題的提出

記得三年之前，本院院長吳經熊博士在某一次開學典禮中，曾經鄭重地向同學提出了如下的意見：『你們不該潛藏着這樣一個錯誤的見解：以為法律這一部門學術單純就只是常識範圍以內的事，學習和研究都是輕而易舉的，從而就錯覺到做法科學生似乎沒出息甚至是相當的可恥，而不能與理工科的學生相媲美。要知道事實上法律正是整個社會科學之最高的結晶，正是全部人類文化之最進步的表現，因此法律研究不只在價值和效果上都遠遠的超過了其他各種學術，即就研究的困難和複雜來講，較之其他學科也是有過之而無不及的』。

吳院長這樣的述說是沒有一些誇張的，研究法律之嚴重的任務及其積極的意義原深為每一個自覺的法學生或法學者所體驗到，研究工作的繁重艱難也同樣不會被輕視與抹殺。因為事實證實了這一點，法律在本質上正是作為每一社會之具體狀況以及其意識形態底最真切最有力的反映，對於此種具體狀況的剖解分析及對於此種觀念形態的認識把握，并進一步把兩者結合統一起來，在在都

較一般自然科學之機械性的學習或其他社會科學之比較抽象的探討更不易多了。

從而我們看到，怎樣研究法律這一問題的提出，也就決不為多餘，并且是迫切需要的了。可是根據了筆者個人的經驗，一般同學對此問題是根本忽略了的，他們往往認為只要讀熟課本死啃條文就已足夠，就算已把研究法律的任務完成了。而我們却很清楚地認識，這樣「研究」法律，不只談不到創設法律改造法律，就是最起碼的了解法律也還够不上。如是則對本問題再提出討論，雖則在不少法律者或法律教育家已經屢屢提供了他們底寶貴的經驗和意見之餘，也還是有着極堅強底理由。

認清研究法律的目的

我們若不是對法律作盲目的研究或單純以研究法律作為將來做律師的謀生工具，而希冀這一研究能或多或少發生一點更進步的效果和作用，那麼第一個也是基本的一個要求，便是必須澈底的認清，研究法律的真正目的究竟是什麼？換一句話說，也就是為什麼要研究法律。

以「為什麼研究法律」作為「怎樣研究

法律」底一個出發點，正是目的決定手段，目標產生方法這一正確原則之具體的應用。假使忽視了研究之真正目的，而只是抽象的着重手段，則舍本逐末的結果，決不會有任何實際的成績可言。

研究法律的真正目的究竟是什麼呢？邊沁氏的求「最大多數人之最大幸福」一命題就是極正確的答覆。功利主義在理論上雖則還未臻至善至美之境，可是這一基本骨髓卻是一個不可動搖的真理。研究法律的主體是人羣，而人羣間之相互的關係則無疑的是統一于「利己」和「利他」的交織點上，而「大我」亦即是大多數人的幸福之得以實現，才正是「利己」和「利他」之矛盾的解決，因此也就成為研究法律以及進而研究其他一切學術部門之終極的目的了。

我們把握住了這一個原始的因素，才可保證在研究的過程中不會陷入錯誤的窠臼裏去。在開始研究之前，我們必須清算去種種『為當律師而研究法律』，『為研究法律而研究法律』底不正當的觀念。唯有這樣，才能確定了研究的成功之路。

避免法律研究的孤立化

孤立地研究法律，就是說單就法律來研究法律，結果一定會造成目的和手段間的脫節，同時研究的結果，也必然會鑽進牛角尖裏去。

任何人都理解，法律決不是從天上掉下來的東西，也不是單純少數立法者頭腦裏的主觀的想像，而千萬萬確地是社會的產物，正和社會的其他種種上層建築（政治，宗教，道德，文化等）一樣，是被決定於一定社會的經濟機構，同時又正是牠的具體的反映。因此法律在本質上正是社會組織的一環，而決不能是和社會隔離起來獨立存在的。

根據了法律的這個本質，我們可以邏輯地得到如下的結論：研究法律就必須緊緊的握住了法律和社會間的聯繫，並進而把握了社會的全面性。換一句話說，也就是決不能使法律的研究孤立化。

過去分析學派的研究方法，就是犯了太孤立化的毛病。以至研究的結果，只是得到了一些死的，抽象的概念，和活生生的現實真是差得太遠了。歷史學派雖則在發展和變化的觀點上去研究，一般地說較之分析學派自然已經是進步了，可是牠所研究的對象，還是很少能有超越了純法律底領域，因此仍是美中不足。等到社會法理學派崛起後，這一個缺陷才被相對的彌補了，而法律研究才開闢了一個新的途徑，使法律的理論和法律

的實踐比較地能打成一片，貢獻于社會的確實是很大。

社會法理學派這一個優越的方法是應該無保留地為我們接受的，並且進而我們必須更發揚光大之。這裏我們就必須提出幾個企圖使法律研究避免孤立化并適應社會法理學派底研究方法的基本的要求：

第一，必須多多的接觸社會，觀察社會，認識社會。法律既然是社會的產物，那麼對於產生法律的主體之社會的認識，自然有着先決的意義。而認識之得以確立，無疑的全靠多方面的接觸和多方面的觀察。一位法律名家曾經如此說：「條文是死的，社會却是活的。要把活的社會來印證死的條文，才能使法律變成活的法律」。這句話顯然是正確的，我們所以要避免孤立化地研究法律，其原因也就在防備研究的結果，不要是「死的條文」而是「活的法律」而所謂「把活的社會來印證」，自即是建立在接觸社會，觀察社會和認識社會的基礎上。

第二，必須對一般社會科學甚至自然科學的理論作研究和接受。這一個要求在某種意義上，正是前一項要求的補充與連續。因為單憑個人的精力和經驗去接觸，觀察，認識社會是不够的，牠的效果是微細的，有限的。補救辦法自然就是借藉前人所接觸，所觀察，所認識的成果為自己所有而來融會貫

通了。譬如像社會學，經濟學，政治學。心理學以及醫學生理學等等的知識，每一個法律研究者對之實在起碼有一個粗淺大略的概括認識之必要。假使單純限制在純法律的範圍內打圈子，僅僅用功於教本條文之間，而不思一馳騁于其他廣大的學術原野，則其成就也就微乎其微了。

第三，必須把上面兩項工作融解于法律研究之中，我們所以強調地特別提出這樣一個要求，即為說明上面的兩項工作，對一個法律研究者而言，也不是作為獨立的部門而加以孤立地研究和接受就算完事了，歸根結蒂原還是必須和整個的法律研究緊密地聯繫起來，融會貫通地成為一個有系統的整體。打個譬說，把這三者——接觸，觀察，認識社會（研究并接受其他社會科學和自然科學）（研究法律）——的湊合要組成一個化合物，而不是混合物。

埋頭在教本條文間而孤立化地研究法律的同學們，希望你們趕快從牛角尖裏鑽出來。

學習新方法論

上面我們已經提供了研究法律在消極意義方面所必需的避免孤立化的方法，其實也可以說只是一種態度，此刻我們便當更積極更具體的介紹一個更為銳利的武器，那便是

學習新方法論。

所謂方法論，即是一種有科學根據的究研方法之有系統的論列，本質上牠是構成任何哲學體系諸成分之中心的一環。正因為在一切認識過程中認識的方法是一個原始的出發點，從而我們可以找尋出許多理論之所以此殊彼異就是植根於他們之方法論立場的不同。因此唯有應用了精確方的法論才能導引出精確的認識，錯誤的方法論同樣就必拖累認識到錯誤的陷穽裏去了。如是則方法論的重要可見一般。

方法論之精確性自然也是跟着歷史的發展而日益進步的，而從形式邏輯發展到辯證邏輯，也正是人類智慧躍進之最有力的表現。我們此刻要談的新方法論，也即是這個作為人類思想之最高結晶的辯證邏輯（即辯證法或動的邏輯）。

新方法論的出現以及逐漸地普遍地為人羣所接受且應用來作為他們思維和實踐之最有力的工具，就正像機關槍，手榴彈，潛水艇，坦克車之出現於新世紀并為現代士兵所接受應用一樣。而陳舊的，腐敗的，狹窄的形而上學的形式邏輯之被放棄，也正像現代士兵之放棄應用非洲土人所習用的長矛或其他古老的武器一樣。新的社會基礎產生了新的意識形態，思維工具自然也跟着進步了。

新方法論是構建在「萬物皆變」的這一

客觀底物質基礎上的，牠掃除了單純存在于人類頭腦裏的「不變」「絕對」「永恒」「無矛盾」等等抽象的概念（這些正是形而上學的形式邏輯所奉守的天經地義），而提供了活生生之真實的「變化」「發展」「相對」「矛盾」來作為替代。唯因新方法論的確立：世界才不被看做是無數個孤立存在的東西之無關聯的總匯，而被看做是整個的物質統一體。歷史才不被看做是一個一成不變，永恒停滯，或是單純循環反覆的現象，而却是始終流轉，向前推進，一息不止，永無終境的發展過程。人類生活才不被看做是機械的，刻板的，宿命的，人類思維也才不被看做是絕對的，不容許矛盾存在的。

新方法論給予法律研究的影響究竟怎樣呢？在解答這個問題之前，我們當先觀察一下在形式邏輯控制思維的時代一般法學者的法律思想又是怎樣呢？

我們還溯到希臘時代，那麼當時一般法學者對於法律的見解，都認為法律之目的在維持社會之一定的恒態，其終極的效用也就只是使國家或社會中的各分子能保守他們固有的地位而已，這種見解的形而上學性自然是顯而易見的。到了羅馬時代法學家創奉了自然律的觀念，一方面含蓄了所謂「固定不變的權利義務」底觀念，他方面又抹殺了自然與社會的對立而認為兩者為絕對的同一，

這種理論是形式邏輯的產物也是不容掩飾的

再往後直到十八世紀的自然法派成立，雖則本質上和羅馬法學者的自然律原則已有迥異，可是他之以人類的自然狀態作為立論的根據，也同樣沒有看到自然與社會之對立的一點。同時自然法學派所格奉的「人性論」的主張，又完全全把人性神祕化，絕對化，抽象化，凝固化起來，他之沒有能擺脫形而上學的窠臼也是十分明顯的。就是跟着而興起的分析學派和歷史學派，正像我們在前述已經約略提起的，在方法論上同樣也都是深受着形式邏輯的影響。以分析學派言，則他最明顯的特徵就在把法律孤立化地研究，把法律看做已完成的不再發展的東西研究，并且進而又主張了「法律是主權者的命令」底絕對命題，其形而上學性也就十足的了。歷史學派已經把握了發展和變化的概念，表面上看來似乎應該是站在新方法論底立場上了，可是本質上他却實在還未越形而上學的雷池一步，他所理解的發展和變化還都只是抽象的發展和變化，同時他也根本忽略了發展和變化應該是一個動的過程，而不是單純的靜止底連續。至于歷史學派底宿命論的意味以及機械論的核心，也在在都與新方法論不相容的。

其他像玄學派之追求一種絕對的理想的原則，功利派之將目的和手段絕對形而上地

對立，實證派之抬高實證的意義于第一位，無疑的也都是以形式邏輯的立場出發的。即就社會法理學派講，雖則他的產生正當形式邏輯過渡到辯證邏輯的轉形期，因此整個精神上已漸有歸趨于新方法論的傾向，但大部分仍并未能完全解脫了形式邏輯的束縛，這是有無數事實可以證明的。

正因為過去的法律研究几乎可以說完全是蟄伏于形而上學方法論即形式邏輯的控制下，所以研究的成果直到今天為止，還是有着許多的缺陷與錯誤，而新方法論的學習和運用，就為研究法律者所非常迫不及待的了。

確立辯證法的法律觀

應用新方法論到法律的研究上，至少可以確立下面幾個正確的觀點：

第一，法律的內容不是固定的，而是隨着社會的發展不絕地變化的。任何一個法律的概念，譬如所謂「公平」吧，我們就決不能賦予一個固定不變的意義，相反的牠的意義是跟着歷史的變遷而變遷的，封建社會的「公平」概念決不等于奴隸社會的「公平」概念，而資本主義社會的「公平」概念又決不等于封建社會的「公平」概念，等到更新的社會來到時，「公平」的概念又會改變了。

第二，法律的內容不是絕對的，而是相對的。這可以說法律是變化底一原則的必然

的結論，因為既然是變化的，又怎樣能找到一個絕對的概念呢？譬如權利的概念也是變化和發展的，我們就如何能確定一個絕對的權利概念呢？

第三，法律的內容不是抽象的，而是具體的。把法律看做是一堆純概念而來處理，那麼也才會使法律變成了不着實際的抽象想像。假使能够意識到法律是社會的反映，是和活生生的現實有着最密切的關聯的，則法律研究就決能作為具體事物的表徵。

第四，法律的內容不是孤立的，而是與社會有着密切底聯繫的。這一點也可看做是上面一點意見的延續，我們在前面已經詳細地討論過了，

第五，法律的內容不是斷片的，而是全面的，雖則法律的內涵非常之廣，包括了各式各種不同的法律：像成文法不成文法，公法私法，民法刑法商法訴訟法等，但牠們決不是單純許多個別的獨立存在，而是有着貫一的整個精神，因此我們也必須從全面性上着眼而把握牠們。

以這些觀點的確立作為應用新方法論來研究法律的一個出發點，進而再配合了藉着方法論的運用而辯證地組織起許多實際資料。我們深信這樣的研究必能帶來給我們以莫大的成功，而在法學的園地裏開放出燦爛的花朵來，使社會的不斷進步以及大多數人最大幸福的獲取，更得到一個強大的助力。

測驗你自己

編者

(一)你學習法律的真正目的是什麼？你認為學習法律的任務是什麼？你畢業以後是否預備當律師？

(二)你看到法律的真正效用是什麼？你對現存的法律制度有什麼意見？你有否自己獨創的法律見解？

(三)你對中國的法律制度滿意嗎？你有沒有發現牠的毛病和缺陷？

(四)你覺得學習法律是一件有意義的工作嗎？是一件困難的工作嗎？

(五)你為什麼到本校來學習法律？你對本校滿意嗎？

(六)你在法學課程中最喜歡那一門？最不喜歡那一門？

(七)你最欽佩的教授是那一位？最不欽佩的是那一位？

(八)你曾經注意過學習法律的方法嗎？你是否只注重教本和條文？

(九)你閱讀法律科目以外的著作嗎？你是否天天看報？你關心社會上進行着的一切事物麼？

(十)你對於這一次戰事有什麼見解？牠會給我們的法律制度什麼影響？戰後我們的法律制度會發生改變嗎？

(十一)你替法聲寫過稿子沒有？你準備寫嗎？你對這一期法聲有什麼意見？

(十二)你對這樣的測驗是否感到興趣？你會試一試回答這些問題嗎？你為什麼不這樣做呢？

變動中的中國社會與法律

展 耀

人類社會發展到一定的階段，便產生出一定的政治組織，隨之而來的是維繫這一定的社會關係和政治組織的法律制度。法律因此成為社會機構中的一部門，牠是建基於一定的生產關係之上，反映着某一社會的具體形態，並且隨着社會的變遷而變遷的。一個良好的法律制度，便是隨時適應社會的要求，促進社會的發展的。

在社會從一個階段進化到另一個較高階段的時候，舊有的法律制度便成為新社會的障礙，這時牠必須為另一個新的法律制度所代替。人類社會有原始社會，奴隸社會，封建社會，資本主義社會，社會主義社會等等的分期，而法律進化的歷程，也正與各期社會進化的歷程相呼應的。從而我們研究法律，不但要分析現社會法律制度的具體內容，並且還要從法律的動態上來觀察某一法律制度的生長與消滅，整個法律進化的前因後果，以及牠與社會變遷的關聯，然後我們才能算看到了法律的全面，才能將牠運用自如。

目前中國社會正處於一個空前未有的突變時期。換言之，中國社會基礎將在這次突變中經過一番基本的變革。舊有的經濟基礎，政治組織，觀念形態，已逐漸在動搖和崩

潰而為一些新的，尚在成長中的事物所代替了，法律自然不能例外，更何況中國的現行法與現社會根本就不大適合的呢？

然則中國的法律究竟要經過一次怎樣的變化呢？

首先我們要認清中國社會的特質與這一次戰事的影響，然後我們就中國社會的動向來說明中國法律的動向。

自從中國的農業社會基礎被帝國主義者的侵略所破毀以後，中國近百年來的社會變遷，只不過是一個被殖民地化的過程。這裏面含有兩種特質：第一，舊有的社會基礎是動搖了，敗壞了，但是這種動搖與敗壞，是由於外來的侵略，而不是中國社會本身自發約變革，因此，舊社會的機構仍然殘存不去，仍然在起着作用。又因為這種舊有因素的存在是與帝國主義者有利的，所以牠們一方面無形中在破壞牠，一方面又在維持牠，這樣來阻攔新社會的成長，以便利其掠奪。中國民族資本的不能發展，長期的內戰，以及屢次的革命都未能完成其社會的任務，其原因就在於此。第二，中國社會基礎雖然沒有能經過徹底的變革，但是隨着帝國主義的侵略，帶來了資本主義國家的政治哲學，法律

制度，以及各種思想和學說，這一方面使中國在表面上也有了現代國家的形態，一方面更給予中國人民一個莫大的鼓動；使中國人民學習到先進的資本主義國家過去的和現在的鬥爭方法，用以來反抗外來的與內在的壓迫。這就是帝國主義對中國的侵略愈甚，而中國國內的革命勢力也越發澎湃的原因。中國今日之所以能發動神聖的民族革命戰爭，和中國一定能從這一次戰爭中獲得獨立平等與自由解放的原因，主要地也就在於帝國主義本身發展的這種矛盾。從這裏我們就很容易看出這一次抗戰是含有雙重意義的：就是說：牠一方面是民族革命戰爭，同時也就是一種社會革命。

可是所謂「社會革命」，究竟有着怎樣的含義呢？是不是說中國將要從一個半殖民地半封建性的國家，一躍而為一個資本主義或社會主義的國家呢？問題決不是這樣簡單，我們先得看中國是否具備了資本主義國家或社會主義國家的條件與否有這種需要？我們可以說這兩者在現階段的中國都不會成為可能：第一，中國雖然需要發展民族資本來鞏固國家的經濟基礎，但中國絕不會成為一個資本主義的國家，因為資本主義目前已

經到了沒落時期，中國絕不會也絕不可能走這條舊路。而且中國的民主革命不同於過去先進資本主義國家的民主革命，牠是由工農大眾與民族資產階級爲着共同利益而聯合領導的，所以更沒有成爲資本主義國家的可能。第二，中國雖然在向社會主義的道路上發展，然而中國還沒有一旦就轉變爲社會主義的社會的基礎，中國的農民大眾還沒有解放出來，中國的產業基礎還沒有奠定，所以我們可以說中國在向社會主義的道路上走，但還不能就成爲一個社會主義的國家。大體上說來，中國在戰事結束以後，將經過一個過渡時期，在這個時期中，中國一方面要完成並且趕上現代資本主義國家物質上的進度，同時要使中國社會的本質轉向社會主義的方向發展。

現在我們來看中國的現行法律是不是能適應中國社會的這種趨勢呢？顯然是不能的，牠在目前已經不能適應中國社會的要求，何況乎未來的形勢呢？原來中國的新法典大部是抄襲各先進資本主義國家的立法例而來，除了抄襲而外，便是舊有法律制度的殘留和一小部份「黨綱，黨義」。所以中國法律的成分主要的有這三部份：（1）舊社會制度的殘餘；（2）新的政治觀念與社會觀念，以及（3）資本主義國家的先例。而後一種則在全部法律中佔據大部。這三種性質上

不相同的制度和觀念揉合在一起是否合適姑且不論，我們單就牠實施的效果上來說，則已有如下的缺點：（一）法律的效用不能普及：所謂不能普及有兩種情形：一是地域上的不普及，就是有許多法律只有在大都市中有着適用與內地是不相關的，二是階層的不普及，就是說能利用法律來保障他應有的權利的，只是一部份人，大多數的中國民衆過着舊的法律生活，遇有法律問題的發生，往往並不按照現行法的規定去解決。有時更因爲訴訟程序的複雜和訟費的負擔太重，也不能去求法律上的救濟，（二）法律有時不能達到其預期的效果：這也有兩種情形：一是法律已有規定，但因受社會的或政治的條件的限制而不能付諸實用成爲具文的，例如土地法，刑法中的保安處分，民法中關於不動產的登記規定等等。二是法律經實施而無成效：例如關於刑罰的規定，最近很有人主張恢復體刑或流刑而減少短期自由刑的就是明證。（三）現行法律並不能爲一般人民所尊重，換言之，牠所包容的法律觀念，並不能爲一般人民所接受。也就是說，一般人民心目中所認爲是他們本身的利益，法律並未能盡其保障的任務。譬如說：法律對於地主和資產者的保障仍然較對農民和工人的保障爲優厚，而在地主和資本家方面看來，也許認爲現行法對他們的利益還未能保護週到。雖

然法律很難同時滿足社會各階層之要求，但是她至少應該顧全社會大多數人的利益，現行法之所以未能做到這一，還是因爲受着外國立法例的限制，不能有一個澈底而一貫的立法方針和立場所致。

以上這些缺點已足說明這一點：現行法與中國社會的現狀是不相適合的，牠成爲中國社會向前發展的障礙，在中國社會脫離了半殖民地半封建的地位以後，這些法律也必然要隨之改變。並且由於牠們本身的脆弱，因爲牠們在中國人民的生活中並沒有發生深固的關係，所以牠的推倒更是一回輕而易舉的事。

然而建立一個新社會的完善法律制度也絕非是怎樣簡單的事，因爲我們前面已經說過：中國社會的發展是有其特質的。未來的新中國既非是一個資本主義國家，也不是一個社會主義的國家，那末一切的法律關係的決定，就勢非適應着當時的政治上與經濟上的具體要求不可，而非是一時抄襲別人家的法律，隨便加入一點兩點的「特色」所能濟事。我們必須培植出一個獨有的法律系統，這系統一方面與人民的基本生活發生密切的關係，一方面又能和其他的社會機構相調和。

既然如此，我們當然不能預言未來的中國法，是有着一個怎樣的變化；但是經過了

以上的分析，我們也不難看出中國的法律動向一般地是採取以下的步調而進行的：

(1) 因為這一次社會變遷還有革命一部分農民革命的性質，所以法律對於農民的利益必定予以充分的保障，土地的分配和利用問題，必然成為未來法律變遷的主要部份。

(2) 關於債權債務關係，必然捨棄權利本位而採取徹底的社會本位。對於契約自由這一原則的限制必然是較今尤甚。

(3) 個人對物之私有的範圍將是愈狹。所有權的存在必須以社會利益為依歸。對於物資的利用必須要顧全國家的經濟目的遵守其一定的社會政策與經濟計劃。總之，對於物的支配力，國家將取過去個人的絕對優越的地位而代之。

有密切關聯的。

末了，我得聲明寫這一篇文字的動機並不在於對未來的事實作一番空洞抽象的預言，而是在引起一般研讀法律者對於下一件事實的經意：就是說：我們研究法律的態度，是要把牠作為社會機構中的一部門來看待，從動的方面來觀察其與人類生活的基本關係和與其他社會機構的關聯，注意牠的作用以及如何運用這個作用等等問題；而不是只把法律學範圍在一些靜態的，死板的條文裏面，好像我們所要了解的單只是某些條文的某些字句怎樣解釋和怎樣應用的問題，假若是如此的話，那末一旦這些條文全都改變了的話，我們的研究豈非也落了空嗎？

子夜走筆

林 蘭

(一) 中國駐德大使陳介向德國「元首希特勒」呈遞國書日期之三次被延擱，和義大利新任駐華大使太里亞尼之出席席上海市長傳宴的宴會，并據東京傳出消息太里亞尼已決不赴重慶向國府呈遞國書。這二件事實真是一個好對照。

(二) 法治精神在這戰事的過程中是被堅決地確立并運用了。像失士瀆職之韓復榘的被槍斃，湖南警備司令豐悌及甯波城防司令王緯南之因有虧職守而被處決，以及無數貪污官吏之被檢舉，被處分，正是這一精神之具體的表徵。我們并堅決相信，跟着戰事的繼續發展，法治精神也必更能發揚光大起來。

(三) 以犯罪人獄作為謀生工具的新聞已屢屢有所聞了，法律工作者請多加思考并担負起一點責任來吧！

(四) 相傳西方有這樣一個譏嘲律師的笑話說：在天堂上的上帝和在地獄裏的魔鬼訂立了一個契約，魔鬼違了約，上帝要和他依法解決，魔鬼却得意地說：『我是一定勝訴的，全部的律師都在我地獄裏呢！』朋友，你聽了作何感想？

憲法草案中亟待修改之條文

黃紹芝

憲法爲一國之根本大法，其于立國之精神，政治之組織，與夫人民之權利義務，靡不俱載，而垂爲典則。嘗謂非法治不足躋國家于富強，非立憲不足樹法治之基。茲者中華民國憲法草案業經頒佈，其間稿凡七易，時逾三年，一字一句，莫不斟酌損益，反復辯難，其視根本大法之鄭重，不言可喻，蓋良有以也。

夫立法之良窳，依乎踐行之誠意與毅力者半，依乎法律之本身者亦半，蓋近世探罪刑法定主義，人民唯法是從，則法律之優劣正謬，其影響至鉅。尤其憲法，爲各法之所依據，其立法之鄭重，自尤不可與一般法律同日而語。立法院此次擬纂憲草，數度廣徵國人意見，而加以修訂，即本斯意也。

予今年從丘漢平教授治憲法草案，蒙其循循善誘，所獲良多。爰特不揣簡陋，略述予之一得：其于憲草之根本精神，與所詳定政治制度優劣之批判，因偏重于主觀方面，容當參考三民主義，建國大綱及五權憲法，另爲文述之，今姑就憲草中之立法技術，與條文之明顯有不安者，略抒管見于后：

一，「第二章第八條：中華民國人民，在法律上一律平等」。

根據該條條文解，所謂「法律上」之平等，原指「立足點」平等而言。凡屬中華民國人民，在法律上當然享有同樣之權利義務，即受同一法律同樣之保障與同樣之懲戒，初不因其所屬種族，階級，宗教，性別，職業或其他之不同而有所或異。（此在古律則不然）然此項條文果得謂完美乎？中國人民在法律上果真一律平等乎？今試任舉兩種「中國人」言之：第一種爲未滿十四歲者，第二種爲心神喪失者，凡未滿十四歲與心神喪失而取得中華民國國籍者，得不謂之中國人乎？然則此兩種中國人與其他中國人在法律上又是平等乎？民法十三，十四，十五，條載未滿十四歲，有限制行爲能力（推論）心神喪失者得宣告禁治產，禁治產人無行爲能力。刑法十八，十九條載：未滿十四歲人與心神喪失者之行爲不罰（因無責任能力）其他類似之規定，在各法中更枚不勝舉，則中國人民之在法律上不能完全平等，自屬極明。是與條文之規定，豈不矛盾乎？或者以爲無行爲能力者與有行爲能力者爲身體狀態之不同，心神喪失與心神不喪失者爲生理組織之不同，根據因循的傳統觀念此爲當然之不公平，無庸于平等之原則下加以解釋，蓋

印所謂「平頭」平等之不可能也。殊不知平頭平等固不可能，而立足點平等亦極困難，蓋「平等」的解釋究係指一切人「平等」的共用一種法律？抑指一種法律之內容對一切人絕對「平等」乎？譬如男女共用一種蔑視女權的法律，得謂男女在法律上平等乎？健康者與不健康者（心神喪失與不喪失之比較）共用一種對不健康人行爲能力剝奪之法律，得謂健康者與不健康者在法律上平等乎？且「立足點」平等之觀點，亦隨時代而變遷，吾國法律，對於階級及宗教之立足點向極平等，而于種族，性別，職業之平等則限制極嚴，今日則並種族，性別，職業之立足點而平等矣。是足證以前認爲不能作爲立足點平等之依據者，今日得視爲依據，是又焉知今日之視爲天然不平頭者，明日亦依之作平等之立足點耶？凡此所言，所以證明「平等」在本質上僅得能爲條件的，相等的，而非絕對的。絕對之平等既不可能，則自唯有出于憲法限制之一途。

或者又以爲憲法爲一般原則的規定，其于特別例外之規定，可由其他各法司之。譬如憲法規定人民一律平等，刑法上自仍可規定心神喪失者之行爲不罰。則其謬更甚，要

知各法之訂立，都以不違反憲法為原則，其有與憲法之一般規定稍相逕庭者，亦必須根據于憲法所賦予之特權，誠如憲草第九條及第十一條至十六條規定人民有各項之自由，但依法律，仍得限制之，然此法律之所以得限制「自由」者，顯係憲草賦予特權所致。今第八條對於「平等」既無限制或作特別的限制，則人民之事實有「不平等」者，將何所依據乎？故依愚見該條條文應加修改為：

(一)「中華民國人民，在法律上一律平等，非依法律不得限制之」或

(二)「中華民國人民，在法律上一律平等，但法律之有特別規定者，不在此限」

二，予研究憲草「人民的權利義務」一竟，對其內容，認為尙有可以商榷者。夫人民權利義務之規定，本非憲法必不可缺的內容，但依據民主政治的原理而言，則對於人民基本權利義務的保障，亦不失為民權革命的重要意義之一。是故近代各國成文憲法中，每將「人民的權利義務」，概括規定，置為一章，其用意至長，而對於人民權利義務之重視，亦不言可知矣！

自十八世紀「天賦人權」說盛行以後，一時輿論認為權利天生，神聖不可侵犯，乃有「權利至上」之唱。但自產業革命以後，社會主義勃興，此論已難立足，蓋彼之認權

利係與生俱來者，純屬玄想之陳說，明日黃花，已無價值可言矣。蓋由近代社會組織，既因產業革命而急變，個人之自由與權利已不若前此之為人重視矣！今所日求者為國家之自由與公眾之福利，其反映于法律觀念者乃亦由權利本位而漸變為義務本位，因之各國憲法上關於「義務」之規定，其範圍且日有擴張之勢，良有以也。

總理創「革命民權」，亦確切認為權利一物，自非天賦，唯革命者（即謀公眾福利者）有之，反革命者初無民權可言。是則民權之保障，當以「不反革命」為唯一條件。所謂「反革命」，分折言之：一為精神上的

，一為具體表現的。精神上的即指其思想，信仰與正當的革命途徑或原則相背者是，具體表現的即指其由思想，信仰的過渡而達于實踐，行為，以致于抵觸法律的階段是。反革命者必定抵觸法律，自無疑問，是則民權之保障，又當以不抵觸法律為唯一要件矣！所謂不抵觸法律即服從法律，服從法律本係國民的義務。其與義務本位與革命民權之說皆極符合，而憲草「人民的權利義務」章內獨乏「人民有服從法律之義務」的規定，予適有惑矣！

且就立法的技術言，憲草「人民之權利義務」章內每有「人民有××之自由」，「非依法律不得限制之」或「人民有依法律×

×之權」等規定，此「非依法律」及「依法律」之字樣，乃極難解，夫人民之行爲必得依法律乎？人民之行爲又必得受法律之限制乎？此係根據于何項條文耶？蓋憲草既無人民服從法律的強制規定，則人民之行爲自不必定依法律，法律亦何得限制人民之行爲耶？

或者以爲此種「非依法律」與「依法律」之字樣，即爲人民應該服從法律之消極規定，則又不然。蓋根據條文解釋：「人民有××之自由，非依法律不得限制之」係指憲草賦予「統治人民者」之一種特權——即統治者得持法律（亦僅得持法律）以限制人民行爲或自由之特權。是統治人民者固得依據憲法使用法律以限制人民之行爲或自由，但人民之受其限制與否則係另一問題。因統治者方面之以法律限制被統治者，要以被統治者之服從法律為前提，今人民既無服從法律之規定，乃所以發生問題矣！至于「依法律」，是更明顯的要以「服從法律」為前提，倘若對於法律根本無服從之義務，更何從發生依照不依照之問題？

實言之，任何一種法規，若無強制的效力，則此法規的對象，即有隨便取捨之權。至于「服從法律」，實為國家統治人民與人民取得權利保障的大前提。今憲草上既未明定及之，則所以不得不亟加補充者也。故依

愚見憲草「人民之權利義務」章首應增加一條爲：

「人民有服從法律之義務」
所以使國家人民都得依法進行一切事務也。

三，予以爲：

憲草第七十五條：『立法委員之選舉，及立法院之組織，以「法律」定之』及

憲草第一百三十九條：『憲法所稱之「法律」，謂經立法院通過，總統公布之法律』。

兩條條文抵觸，最爲明顯，因第一百三十九條對於法律之界說，既經確定。則凡非

國民政府的重要立法

(一) 憲法部門

(一) 憲法時期約法——二十年國民會議製訂
(二) 憲法草案
(一) 行政法部門
(一) 行政法規

立法院于十八十九間分別製訂

(二) 土地法——立法院于十九年製訂

(三) 中央稅務行政法規：土地法

(四) 遺產稅暫行條例，立法院二十年製訂
遺失稅暫行條例，立法院二十年製訂
法，試法和監察法，彈劾法，公務員懲戒法，考試法，考績法，監試

(二) 刑法部門

(一) 刑法——二十四年公布施行
(二) 特別刑法——陸海空軍刑法，危害民國緊急治罪
(一) 訴訟法部門
(一) 刑事訴訟法草案——十六年司法部擬訂，十七年

立法院十九年製訂，二十一年施

(二) 民事訴訟法——二十一年施

(三) 刑事訴訟法——二十一年施

(四) 民事訴訟法——二十一年施
(五) 破產法——二十四年公布施行
(六) 民法——二十四年公布施行
(七) 民法，十八至十九年分別製訂，二十年全
(八) 民事特別法部門——公司法。票據法。保險法。海商

經立法院通過，總統公布之法律，在憲法上自不得謂爲「法律」。且所謂「總統」與「立法院」，當然亦指係由國民大會選舉產生或選舉組織之「總統」與「立然院」。今以此推論于十五條，則發生極大的問題。立法院之「組織」，果能以「立法院自己通過」之法律定之耶？蓋以法律定組織，則表明「法律」存在於先，「組織」於後。

然而根據條理，根據事實，憲法上。所稱一切「法律」之產生，又當以立法院組織成立爲前提——因立法院爲唯一制定法律之機關，無立法院時即無由產生憲法上所稱一切的「法律」。今立法院組織尚未成功，試問何種機關，竟有此權力——產生一種「法律」

，以定立法院之組織耶？即退一步言，在立法院未組織成立以前，竟有一種機關，越俎代庖，代立法院制定「法律」。以產生立法院之組織。但根據第一百三十九條，此種「法律」未經立法院之通過，自屬極明。則未經「立法院」通過者得謂「法律」乎？此種「法律」有效力可言乎？立法院之組織，更必受其限定乎？是真不可解也。予觀憲草第三十五條：「國民大會之組織，國民代表之選舉，罷免，及國民大會行使職權之程序：以法律定之」第四十八條：「總統副總統之選舉，以法律定之」及其他相類之條文，都與憲草第一百三十九條發生同樣之矛盾，因並附于此

領事裁判權之在中國

丁安順

領事裁判權者，乃一國人民，在他國領土內犯罪而不受所在國法權管轄之一種時權也。此權之由來，不外乎習慣（如土耳其）與條約（如中國）二者。十二世紀時，歐洲耶教人民，貿易於地中海東南諸國間，與回民立約，設耶民犯法，當交其本籍官廳裁判，然其時領事之制，尚未成立，故其規模猶未臻完備，迨後國際商業發達，市場爭奪愈烈，是以弱者終為強者所制，而我國領土上遂亦有領事裁判權之出現矣！

各國在華獲得領事裁判權之根據，非為習慣，乃係片面獨惠之不平等待約，而與英人所訂之南京條約為確定領事裁判權之權輿之最先者，從此國家之主權與尊嚴，頓告損墮，迄今猶未回復也。

夫領事裁判權之所以能設於我國領土上者，一面固為外人自持文明先進之成見，而一面亦因我國在滿清時代國勢日衰法治不振所致也。我國向視外人為夷狄，而裁判官又咸為缺乏法律知識之輩所充任，每當審判案件，恆以肉刑審訊，是以外人窺伺法權之機謀日亟，終於鴉片戰爭後，經中英五口通商章程之規定而達其目的。

中英五口通商章程規定「倘遇中英二國間人民交涉詞訟，則由英移請華官共查真相而加公斷，其英人如何科罪，由英議定法律

章程，發給管事官照辦，而華人之科罪，仍依中國法律」。

繼英國而起者為法美兩國，其條文之內容與中英兩國所規定者無殊，其後五口通商章程，雖經天津條約而廢止，而惟我國法權，不特未能稍釋束縛，且因此約之後，各國相率踵效，更受外力之摧殘矣。

自歐戰以後，俄，德，奧，匈，四國舊約。皆因宣戰而失效，重行再訂新約，餘如意，比，葡，西，丹，五國。亦因期滿而撤廢，但仍另訂新約，規定於某種條件未成就前，此五國仍得享受舊約中領事裁判之權利。

始也，「被告國藉主義」為各國條約所共認，固無分其為民事抑刑事，「被告國藉主義」者，即依被告之國籍而定其管轄，如洋原華被之洋華訴訟參則歸我國法院裁判是也。迨後中英續約成立，關於「中英人民懲辦犯罪之規定，中約中有「彼此均須會同公平審斷」之句。考諸英約，實無「會同」二字之根據。是以二字之誤釋，頓開外員觀審之惡例。

在華各國之享有觀審權者，惟英美兩國而已。他國憑其最惠國條款，亦勉強牽入，今英美皆已各示放棄，則他國亦失其根據。故外領觀審問題，實于原則上已告解決。

自會審公廨設立以後。外人變本加厲。使租界內之司法權全操其手。于是有英租界之會審公廨，法租界之會審公廨，廈門公共租界之會審公廨等等。及至一九二六年五月。上海南京路慘案，輿論譁然。英人始稍警惕。乃於次年一月一日交還會審公廨，而整以臨時法院協定九條，以維持其侵略之權，此亦我國當時收回方案之失策處也。

溯自各國在華設置領事裁判權以還，權利國人相互相間之涉訟，因引用法律之不同，恒引起爭執之事。且因訴訟之手續紛繁。任何國藉之僑民均難蒙其利。迨至民國以來，外人任意擴充租界，越界築路之交涉迄今未了。而其臨時法院之管轄範圍，亦擴充至非租界區。此誠不能不使人痛心者也。

夫領事裁判權之存在愈久，則國家法律之受侵害亦愈深。華人每因不知外國法律而致有難以伸訴之苦。其對我弊害之深，固無庸贅述。反之，即旅華外人設。此制之繼續存在，則勢將永無雜居上完全之自由。而對訴訟上亦每感手續煩累之苦，回觀今日中國對於法律之修改，組織之嚴密，與夫人材之輩出，已非昔日所可比喻，是則各國若仍固執奉行此制，豈非有違其設立之原意乎？

近年以來，我國政府對收回領事裁判權之交涉進行已至相當步驟。旋因抗戰發動。交涉因以中斷。而今最後勝利即在目前，則領事裁判權之廢止當不遠矣。