

新 生 叢 書 之 七

讀 律 雜 筆

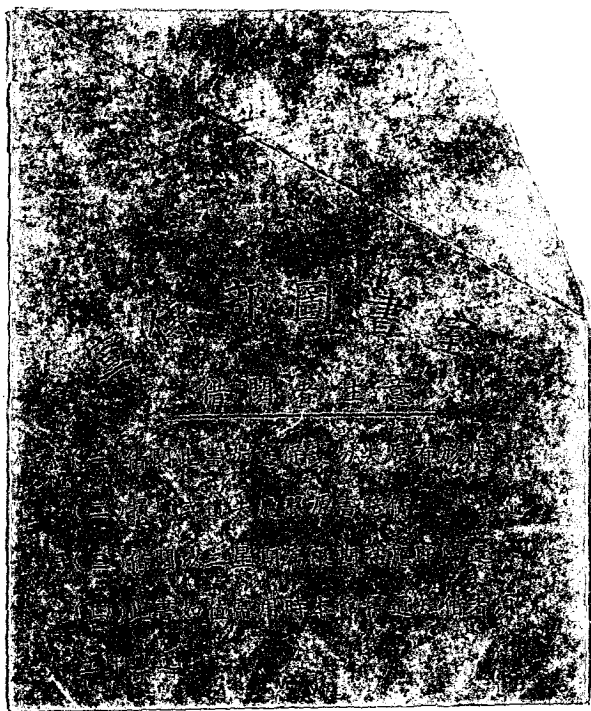
張 榆 芳 著

中 華 民 國 七 年

漢 口 大 楚 報 社 出 版 部

SK  
MG  
D90  
4

到



MB  
D90-3  
4



3 1799 7262 9

讀 律 雜 筆

## 新生叢書發刊詞

中國目下正站在歷史的轉換期，不管環境如何惡劣，不管阻碍如何重重，新中國一天一天地成長起來，是不可動的事實。最近三十年來，中國所經歷的變革，不可謂不多，辛亥革命推倒了君主的專制政體，建立民主的共和國，可是這單是形式上的改革而已，本質上絲毫沒有新的變化，中國依然還是停滯在封建主義的階段裏。

民國十五年，在國民黨的領導之下，展開了打倒列強，肅清軍閥的大革命，於是中國對外意識到自已民族的存立，對內逐漸脫離封建主義，向現代化的途徑邁進。在這意義，民國十五六年的大革命，可以說是中國的飛躍。

然而國民黨的民族主義建築於原子論之上，它無視東亞——尤其中日兩民族——的運命共通性，從而同文同種的鄰邦却成爲個人主義的民族革命的第一個對象，最後釀成了這次東亞有史以來的大戰爭。這不得不歸咎於國民黨的民族主義的歪曲的實踐。

在過去兩年之中，伴着事變的進展，我國除自己以外，更意識到東亞，所以建設

東亞新秩序的口號，一經友邦提出，立即在我國引起巨大的響應，東亞協同體的理論博得我國智識階級的普遍的共鳴。苟認真亞諸民族的精誠團結為建設大同世界的出發點，則民族個人主義的面影逐漸淡晦，民族協同主義的輪廓日益明顯的誕生中國，在歷史的發展過程上，不可不說是簇簇新新的。

新中國的建設如何迫切地需要國民的革新，不待我們贅述，本叢書的刊行即為適應這時代的要求，即我們想以最淺易的文字，提供新中國的新國民所應有的教養於一般民衆，使他們得從歪曲的思想和無智之中，解放出來。

我們幸而生在這歷史的大時代之中，我們更幸而在這歷史的大時代之中，得為文化建設運動的一小卒。我們不敢藐視自己的微小的存在，願追隨文化界諸先進之後，永為新中國而奮鬥。際茲新生叢書發刊之初，敢述蕪辭，以明所懷。

中華民國二十八年七月一日。

主 編 者

目

次

新生叢書發刊詞

一 關於立法和司法的幾個問題

二 法律社會化

三 憲政與法治

四 中立和英法駐軍

五 登報結婚

六 脫離父子關係

七 罪刑法定主義

八 「孤星淚」中的犯罪

九 私生子

十 貞操和刑法第二百三十九條

十一 通姦罪的再考察

## 關於立法和司法的幾個問題

自中日戰爭爆發以來，我國政治的，經濟的，社會的情形有變遷者，從而思想上和法律上亦必然地受到相當影響。近來修改法律，改革司法制度的議論，不斷點綴着武漢的刊物，這是讀書人所共感的事實。在戎馬倥傯，驚魂甫定的現時，法律和司法竟得成爲一般的議題，足見人們對於它們的重要性，已有深刻的認識，真是值得欣幸的事。

許多議論之中，當然有的值得人佩服，有的不能使人滿意，筆者想就聽見的，讀過的議論之中，提出幾點，一述自己的立場。不過這篇文章，是筆者隨意提出論者所主張的數點，略加評述而成的，所以缺乏整然的系統，希讀者諒之。

### (一) 法律道德化問題

司法實務家某氏提倡法律道德化有年，近來鼓吹尤力，他主張：「實證法以合於八德爲準。」假使氏所要求的單是法律不應違背倫理的原則，則誰也不會有異議的，可是假使法律道德化乃指道德法律化而言，則我們就不能緘默了。

法律和道德雖同爲社會的規範，但一則以人的行爲爲對象，一則以人的內心爲對象，這是兩者的差異；而由於對象的不同，故一則適於強制，一則不適於強制。法律

(南)

和道德固同以確保社會生活圓滿爲使命，然前者所要求於我們者「勿做惡人」，後者所要求於我們者，「應做完人」，寬嚴大異其趣。人類當然應以「神」爲理想，但要求各個人實現道德上的善，是不可能的事，而「勿做惡人」，非但是維持社會秩序所必要，而且是可得期待的，所以國家就社會的規範之中，選出一部，賦與它們以強制力，這就是法律，至於道德律的遵守，則不得不訴諸各人的良心了。

道德和法律的差異已說過了，可是它們決不是對立的東西，這點只要明瞭道德和法律同爲社會的規範這事實，就可了然。合倫理性是法律的成立要件，違背了道德的原則，法律就如失了靈魂的軀殼，早沒有存在的價值，所以立法者不得忽視「合倫理性」的要件，任意編訂與道德相背馳的法律。從這立場，我們支持法律應不背倫理的要求的議論。

反之，假使只看到法律和道德的同一性而蔑視它們的差異性，從而要求道德的法律化，如此則執法者可以任意干涉人的內心，試問那時的世界是如何的世界啊！記得舊約全書有這麼幾句：「古人說：勿姦淫。但是我要向你們說：勿疑視婦人，你們多看婦人，就犯了姦淫。古人說：勿殺人，但是我要向你們說：勿對父兄懷怨恨之念，嫌惡父兄就犯了殺人罪。」很明顯的：勿姦淫，勿殺人是法律的要求，勿疑視婦人，勿嫌惡父兄是道德的教律，假使刑法規定「疑視婦人」和「嫌惡父兄」爲犯罪的行爲，則個人將遭遇如何悲慘的命運，閉目一思，即可明瞭。歐洲中世爲法律和道德混淆的時代，那時國王和他的官吏得以法律之名，行道德之實，人民呻吟於王權和教權之下

，度如何可憐的生活，歷史已有詳細的記載，不待筆者贅述。經過了十八世紀個人覺醒時代，由於法律和道德的區分，人民才從專制政治之下解放出來。可是我國呢，封建的色彩依然非常濃厚，我們所患者不是官吏的權限太受拘束，我們所患者乃個人的權威太不被尊重，所以人權的保障和法治的確立，在我國尤有特別的意義。如果漠視這歷史的，社會的條件，盲目的跟隨在法西斯蒂諸國的後面，過份地強調法律的倫理的要素，此非黑暗時代的再現，專制政治的復活而何？在這立場，我們反對道德的法律化。要之，道德法律化的結果，法律或者墮為具文，或者成為官吏虐民的工具，總逃不出這二個命運。

### (二一) 司法和行政分立問題

行政權或司法權不分，為專制政治的特色，及至孟德斯鳩的「法意」問世後，三權分立的思想才澎湃歐美，成為近代國家的臬圭。孫中山先生溶合中西的政制於一爐，立法，司法和行政以外，更加上監察和考試，以樹立五權憲法的理論，在憲法學上劃一新紀元。國民政府成立後，雖先後擬定三年司法計劃和五年司法計劃，以期司法獨立的實現，惟因紕於經費，所得實施者僅原有計劃的一部。民國二十五年在南京召集的全國司法會議，鑒於全國普遍設立法院，限於經費和人才，暫時不可能，故擬定折衷辦法，先改各縣承審員為審判官，賦與他獨立的地位，使縣長兼檢察官的職務，以作過渡的辦法。這種徹溫的方案，在國家多事之秋，尙能強差人意。可是最近謳



「縣長兼理司法」的論調又常爲人所唱導，這不得不使我們爲之愕然。

論者作爲主張恢復「縣長兼理司法」的理由，這麼說：「各縣司法官吏，自以承審員改爲審判官後，縣長雖負檢察官名義，其實不過徒擁空名，轉不若前此縣署設承審員制度，縣長尙可以監督裁決也」。這段話顯然不是代人民說的，也不是代司法機關說的，而是代縣長——行政機關——辯護的。爲什麼呢？第一，天高皇帝遠，百里侯的專擅，人民知之最詳，如果司法權能從縣長的掌中分離出來，由獨立的機關去行使，以維持法律秩序的尊嚴，這正是人民所求之不得。其次，從司法機關的立場說，以行政官兼理司法，可謂爲神聖的司法權的冒瀆，故剝奪縣長的審判權和檢察權，乃司法機關所企求之處，他們不但慶幸縣長僅「負檢察官名義，其實不過徒擁空名」，他們且盼望罷免縣長的檢察官的名義，庶司法獨立的宿望得達成於一旦。目擊審判權脫離自己的掌握，而手中的檢察權亦如風中殘燭，因而扼腕太息者惟有縣長們吧。

司法機關爲法律的代表，欲樹立法律的權威，首先應尊重司法的獨立，乃當然之事，然而論者一方慨嘆：「法律之效能與尊嚴，因大亂之後，人民對之多失其信仰與崇敬」；他方謳歌縣長兼理司法，何其矛盾！

要之，分化乃進步的表現，由單一責任而分化爲民事責任和刑事責任，是責任論的進步；由綜合的大清律例分化而爲整然的六法，乃法律的進化；由單一主權分化爲立法，司法，行政，監察，考試五權，爲政治的進化。故一方罷免縣長的司法權，他方加重縣長的行政權，這是提高司法和行政的效率的有效的方法，且合於進化的

原則。

關於這一點，臨時司法部凌啓鴻部長已有沉痛的說明：「民國肇造，各省縣均設初級審判廳，置監督推事，經費無多，而司法獨立之雛形已具。四年梁任公爲司法總長，主張廢除初級審判廳，民刑訴訟悉委之各縣宰官之手，行政司法混合爲一，流弊滋多，破壞司法系統，莫此爲甚，故是年八月頒行敕令以後，馴致禍難相尋，國無寧日，往事回憶，不禁慄然！」

### (二二) 審判獨立問題

審判獨立有所義：在對外關係上，法院行使審判權，不受外部勢力的拘束之謂，在內部關係上，法官獨立審判，不受上級長官的指揮之謂。所謂審判獨立兼指上述兩義而言，乃學界之通說。然而某司法實務家却別出心裁，獨唱異說，主張：「審判獨立原指整個法院而言，中國自創辦審判廳以來，誤會爲法官審判獨立，法院長官祇有司法行政責任，絕對不能過問法官之審判，致貽同一法院發出之判決書，案情相同，而判決前後或同時各異之種種怪象，其原因由於長官不負直接指揮審判責任之所致。欲改前弊，法院長官須負各個判決責任，法官辦案，如有顯然錯誤，不得僅許上訴救濟，應仿前清懲處辦法：一誤申斥，再誤記過，三誤撤職懲辦，其主管長官亦須受連帶處分，不得置身事外。此種辦法較冤獄賠償及瀆職罪之私訴賠償制，行易而收效更

速。

他的所說可以歸納如下：第一，他雖審判獨立指法院的獨立而言，而他所謂之法院並不是民事訴訟法所稱的法院——由獨任推事所代表的法院或由審判長所代表的法院，乃由院長所代表的法院，故結果所謂審判獨立不外指院長獨立而已。這點參照他的下文，益信而無疑。

對於這一點，我們想提出下列疑問：院長干涉所屬推事的裁判，有何法律上的根據？那位司法家或許要舉出法院組織法第八十七條關於「司法行政之監督」的規定吧！然而那條賦與各法院長官的監督權乃關於司法行政的，並不涉及審判權，故同法第九十條特設明文：「本章各條之規定不影響於審判權之行使」，以明其趣旨，而日本裁判所構成法第一百四十三條亦規定云：「本編各條之規定不影響或限制裁判執務中之推事之審判權」。最後，筆者還想請教那位司法家，假使如他所說，院長有權干涉審判，如此則中華民國憲法草案第八十條規定：「法官依法律獨立審判」，作何解釋呢？況且司法行政監督權是一體不可分的，如果承認所屬院長的審判干涉權，則不得不一併承認司法行政部長及上級法院長官的審判干涉權，所謂審判獨立不是名存實亡嗎？

其次，作為院長干涉審判的理由，他指摘案情相同，判決互異的失當。對於這點，筆者想答覆如下：

第一，歷史絕不會重演的，雖然形式上案情相同，實質上還是有差異的。例如同一強盜案件，有的為失業而盜，有的為賭博而盜，有的為嗜煙而盜，而失業也有種種

相異的原因。又如同一殺人案件，有的見財起意，有的激於義憤，有的本於殘忍的獸心，有的出於一時的衝動，主觀的，客觀的情形決不會完全相同的。故即使說天下無絕對相同的案件，亦非過言。

第二，社會沒有一刻不變化的，法律既為社會的規範，它自然不得不伴隨着社會而變化。然而法律同時也是歷史的事實，它的固定性是基於內在的必然，故欲以形式固定的法律妥當地適用於變化不息的社會，這就不得不合理的解釋了。所以案情相同，判決互異，未必是可憂的「怪象」，英美的判例法就是從矛盾的判例中蠟化而成的。

#### (四) 法律適用問題

法律一方是歷史的事實，他方是社會的規範。作為歷史的事實，法律必然地具有安定性，作為社會的規範，法律不可無社會適應性。然而立法期百年，朝令暮改，有傷法律的安定性，為立法家的大忌，故為保持法律的青春，即為使在時間的某一點所制定的法律能妥當於波譎雲詭的社會，不致失却社會的規範的性質，不得不有待於司法官的妥當的運用。換言之，在法律的安定性和它的社會適應性之間，發見兩者的調和點，是現代司法官的任務；尤其在新舊政權交替的現階段的我國，司法官的任務更為重要。

法國大革命以後，法治國思想盛極一時，為防止法官的專橫，不惜過份地重視法

律的安定性，否定法官酌量情狀，自由解釋法律之權。當時成文法萬能的思想支配法學界，學者惟知沒頭於法律的概念構成，法官單是法律的奴隸，他祇能以三段論法，適用法律，故即使稱他為一架以條文為大前提，以事實為小前提，而演繹結論的自動機，也非過甚之辭。

可是經過十九世紀，與社會法學和自由法論的發達相適應，法官的使命亦有了新的變化，現代的法官早不得以法律的機械的適用為自己的職責，他應賦予形式的法律以社會的，實質的內容。換言之，無生命，無內容的法律由於合理的解釋，才獲得生命，才取得內容，而賦予它以生命和內容的就是法官。所謂「司法立法化」即不外這意思。

從上述的立場，筆者敢向司法當局，披瀝自己的期望：

第一，以形式論理，解釋法律，決不能達適用法律的目的，司法當局應以明銳的眼光，觀取政治的，社會的，經濟的，思想的環境和變遷，以此為解釋法律的參考。

第二，立法者既是人，不是神，則法律的缺陷乃不可避免的事，司法當局應於成文法以外，用自由的科學的方法，探究正當的法，以濟成文法之窮。

以上拉雜地寫了幾點，本不是什麼有價值的意見，也不想和誰進行論戰，不過筆者學法律的，感到就自己所知，向社會貢獻一得之愚，是自己的權利，同時也是義務，所以利用大楚報的篇幅，發表出來，不當之處，尚祈讀者諸君指正。

## 法律社會化

現代文化的特質是個人自覺。人權思想在十八世紀的初期已有人唱導，到了法國大革命纔移諸實行，法國的立憲會議（*L'Assemblée Constituante*）於一七八九年公佈人權宣言（*Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*），在這宣言裏，人民的政治和社會的平等（*Égalité politique et sociale de tous les citoyens*），所有權的絕對性（*Respect de la propriété*），言論和出版的自由（*Liberté de la parole et de la presse*）等等原則一一被確認。為實行這宣言，立憲會議於同年八月四日下令廢除貴族階級，封建制度，和其他侵害個人自由和權利的制度。人權宣言是歷史上劃時代的傑作，它的文化的意義，決非英國的大憲章（*The Great Charter*）所以比擬。十九世紀初期相繼被制定的法國諸法典都以這人權宣言為基礎，其中一八〇四年的民法和一八一〇年的刑法尤有模範法典之譽，十九世紀的各國立法事業沒有不受它們的影響的。在民法方面，所有權不可侵性和契約自由的原則明確地被規定；在刑法方面，罪刑法定主義獲得明文上的根據；於是個人自覺，自我覺醒反映到法律上來了。

近世的個人自覺把個人從教權和主權的兩重壓迫之下解放出來，使個人得以自己

的理性為基礎，考察生活的實體。促成自我覺醒的社會的原因有二：第一是經濟的發達。十六七世紀以來，商業發達的結果，促成了經濟繁榮，於是從來的貴族階級和僧侶階級以外，新產生了第三階級——市民階級——，這新興階級在政治上雖沒有傳統的地位，可是在經濟上却握着極大的力量，為貴族和僧侶所不可輕侮。第二是學問的發達。文藝復興以後，從來的基督教文明以外，希臘文化和拉丁文化的研究勃興，隨着文化園地的開拓，各種各樣的思想應運而生。當時的社會既已發展到這階段，個人奮起爭求權利的時機遂告成熟，思想方面，新興的哲學入據統治的玉座；在歷史的事實方面，宗教改革，法國革命等事件接踵爆發，加速封建社會的崩潰。

所有權是個人的人格的客觀化，尊重個人的人格的思想，自必承認所有權的絕對性。從而行使所有權的一切行為，不問它的動機如何，概視為適法；所有權的移轉應基於所有者的意思，從這裡又產生了契約自由（*Liberte des conventions, Vertra* *gsfreiheit*）的思想。

刑罰乃個人的人格之否定，它不可不適可而止，以社會的必要為界限，苟官吏得不受法律的拘束，有擅斷罪刑之權，則人權隨時有被蹂躪之虞，殊非尊重個人的人格之道。惟有罪刑法定主義纔能防止官吏的專權，給與人民以法的保障，所以隨着人權思想的勃興，它就被採作刑法上的金科玉律。

所有權的絕對性和罪刑法定主義是自由主義（*Liberalismus*）——限制政府的作用于最小範圍，同時擴張個人的活動到最大限度的思想——的主流，他方又是個人主

義 (Individualismus) 的中心。

一 一

十九世紀的文明，在法律思想方面所給於我們的最重要貢獻，是法律和道德的區別：法律是關於人的權利的制度，它的支配範圍是人的外部行為；道德是關於人的義務的制度，它的統治領域限於人的內部心意。

權利的思想是個人覺醒的賜物，也是近世法律的中心，法治國的特色即在於承認個人對個人的權利和個人對國家的權利。權利和法律有怎麼密切關係，若是我們知道在德文和法文裏，它們是用同一字被表現（德文的 *Recht* 有法律和權利兩義，法文的 *Droit* 也有權利和法律兩義），就可以思過半了。

承認個人的權利的結果，自不得不容許個人自由行使權利。換言之，凡行使權利的行為，不論它的動機怎樣，不論它的道德的價值如何，只要它不侵害他人的權利，概視為適法，從而法律所支配的僅限於外部的行為。然而法律和道德的區別愈分明，它們的距離愈遠；法律所以為世人所厭惡，即因為它不能和一般的道德意識相符合的緣故。明乎這道理，我們不難了解為什麼兩千年來法家在我國不能獲得世人的好感。但他方面，我們不應以為法律和道德的嚴格劃分，全無意義。從中世的暴虐政治之中，把個人拯救出來，是它的不朽功績。在法律和道德混淆不分的時候，政府得藉道德之名，行法律的強制，在這樣狀態之下，人民的境遇如何悲慘，中世的歷史已詳細地



昭示我們。尊重個人的人格，以改善他的悲慘命運，進而促成近代法治國文化的誕生，正是這法律和道德的分化的功績。

三

十九世紀的社會的變動，從法學的立場，可以歸納為下列三點：

第一，中世的警察國進化為近代的法治國。在中世，法律乃國王對官吏所頒發的行政訓令，所以法律並不承認個人權利，個人僅能請求官吏的恩惠處分，不得對他主張任何權利，縱令官吏的處分違法，人民也不得認為侵害自己的權利，對他有所主張，因為官吏僅對國王負責，非人民所得問他的責任。這是警察國（*Polizeistaat*）的特徵。依近世的法制，法律乃國家以主權者的資格，對官吏及人民所發佈的命令，從法律的規定，人民可以知道自己所享的權利，這權利他不但可對其他人民主張，且可以對國家的機關——官吏——主張，故國家一方被視為絕對的主權者，他方就自己的機關——官吏——的行為，不可不負責任。這就是法治國（*Rechtsstaat*）的特徵。從這裏，我們知道完備的行政裁判制度的存在，惟在法治國裏方纔可能。

第二，秘密法進化而為近代的公示法。古代文化幼稚，法律制度不備，成文法僅佔法律的小部份。且當時的成文法為國王對官吏的行政命令，已如上述，從而得知它的內容者自限于國王和官吏而已，對於人民是嚴守秘密的。「民可使由之，不可使知之」，即是這意思。至於成文法所未規定的事項，則或委諸習慣，或委諸官吏的自由

裁量，並沒有乾然不變的法律去規律它。由是觀之，可知當時的司法，實質上和行政無所軒輊，因為司法官的自由裁量之權極大，所謂法律的安定尚在那時的人們的想像之外。近世的法制則不然，法律的生效以公佈為前提，未經公佈的法律絕不能拘束人民，而司法的職責則限於適用法律和解釋法律，它的活動範圍受嚴格的限制。即在行政方面，因成文法令日益完備，自由裁量的範圍也沒有以前那麼廣大。

第三，專制政體變為立憲政體。立憲政體不可不具備三要素：

(一)三權分立 中世以前，統治者總攬大權，立法司法行政都集中於他一身，假使他是賢君，人民還可以安居樂業，假使他是個暴君，那末人民的生活真有塗炭之苦，這是古代專制政治的弊害。在立憲政體，立法權，司法權和行政權由議會，法院和政府分司，他們互相牽制，誰也不能變成爲可怕的獨裁魔王。制衡原理的適用 (*Checks and Balances*) 正是現代立憲政體的特色。至於孫中山先生的五權憲法，則比孟德斯鳩更進一步了。

(二)成文憲法 專制政體之下，人民的權利不被承認；以成文憲法確立分權的政制，並規定人民的權利，是立憲政體的特色。

(三)議會制度 法律的制定，和預算的成立非經議會——人民所選出的代表——通過，不能生效，如此則政府的專擅，可以防止。

在這樣立憲政體之下，人民對於政府早已不再是受動的了；他進而有自己的獨立地位，並是自動的活動的主體。

十九世紀的社會改革的特色，略如上述，而所有權絕對性和罪刑法定主義就是這社會變遷的主要潮流。那時候的法律的特徵，有兩點值得我們注意：（一）以個人為本位，（二）以民法為中心。代表自我覺醒的最典型的法典是法國一八〇四年民法，它如實地反映當時法制的特色。法國民法是個人主義的民法，這一點恐怕在今日誰也不挾異議，所以要說明的是第二點。歷史告訴我們：拿破崙秉政後，他熱心於法典的編纂，然他的第一部的傑作即是民法典；民法法由三編構成，在第一編「人」（*Les personnes*）的前面，冠以前加編（*Titres préliminaire*）；題目「法律的公佈，效力和適用」（*De la publication, des effets et de l'application des lois en general*），在這編裏，第一條至第五條乃關於全體法律——不限於民法——的規定：從這兩點看來，我們不難想見十九世紀初期的法制如何重視民法了。

四

在十九世紀的過程中，個人主義會盡了它的社會的使命。這一百年中，各方面的發展都導源於個人主義——資本主義；然而這種社會的變動却促成了個人主義和資本主義的沒落。以史家的眼光，觀察事物的辯證的發展，我們真覺得興味無窮。

個人主義的主要內容不外是自由競爭。自由競爭的結果，在國際關係上發生了民族的自覺，在國內關係上無產階級逐漸得勢。前者成爲帝國主義的問題，後者成爲社

會主義的問題。

個人間的自由競爭，如實地搬演到國際社會上去，國和國互相爭雄，這是產生帝國主義的社會的條件。故帝國主義的基本就是個人主義，而形成帝國主義的經濟關係要為個人間自由競爭的當然發展。然而在個人主義的懷抱中長大起來的帝國主義，它的發達却在國內招來了與個人主義相背馳的現象。在國際競走場裏，沒有一個國家自甘落伍，為獲得優越的地位起見，它於是不得不集中個人的努力及利益，在必要時甚至犧牲個人的一切，以增強自己的對外競爭力。在這樣情形之下，個人對國家早已不得主張權利，他應把一切所有——甚至連自己的生命——貢獻給國家。在國家方面，為使個人得盡他的本分起見，不得不給與他以效勞底機會。這麼看來，所謂個人的權利不能解為個人對國家得自主張自己地位的能力，權利不過是國家為使個人得盡其所能，以造福邦國，而賦與他的自由活動的機會而已。權利概念這麼變遷，學說上叫做權利義務化或權利社會化。

權利的社會化是個人主義的發達的必然結果，它可以說是權利概念的進化。這麼被構成的權利不再是個人的，已變為社會的了。

次就國內關係來說：資本主義的極度發達促成了企業的集中和財富的集中，於是富者益富，窮者益窮，資產階級和無產階級的對立日趨深刻，社會的安全受到嚴重的威脅。在促成社會繁榮的個人主義和資本主義一變而為威脅社會安寧的導火綫的時候，批判它們，揚棄它們，以保社會的安全，進而謀它的向上發展，正是我們現代人的

歷史的使命。社會政策的目的即在於謀資產階級和無產階級的協調，以除去社會的不安。然而在雙方以所有權和生存權為武器，短戈相向的狀態之下，高唱階級協調，那不管緣木求魚！為求緊張狀態的解消，我們不可不徹底改造權利的概念，換言之，我們應使權利不再為階級鬥爭的武器，使它成為增進社會全體福利的工具。勇敢地負起這使命的是最近被唱導的社會連帶論(*Theorie de la solidarite sociale*)。依照它的所說，社會由個人組織而成，由個人互相合作而被維持，故個人和個人的關係是連帶的。個人作為社會的一份子，不可不對社會盡相當責任，他方以此為條件，他得從社會享受相當利益。從社會連帶論的立場看來，權利附隨於義務，宛如影之隨形，惟自己盡自己責任的人，纔可享受權利，富翁主張他對於自己財富的權利之前，他先應以自己的財富，謀社會的幸福，勞動者主張自己的生存權之前，他也不可不為共同利益而提供自己的生存。就是說富翁有為社會而善用他的財富的義務，窮人有為社會而發揮他的人格義務，所謂權利不過為便利富翁善用他的財富，窮人發揚他的勞働力而設的法律制度而已。

五

像上面所說，在十九世紀的過程中，權利思想發生了顯著變更；個人的權利進化為社會的權利，隨着這種思想的推移，其他法律制度也根本地被改造。制度的改造不但在立法上進行着，即在法律的運用上也顯出它的精神。最著者為公序良俗的觀念和信用誠實的原則已取得左右法律運用的地位。換句話說，法律的明文應依公序良俗的觀

念而受限制，且被補充；權利的行使和義務的履行不得違背信用誠實的原則。在特定場合，法律以明文規定違反公序良俗的效果，在這種場合，公序良俗應被尊重，自無疑義，即在其他未設明文の場合，它也不容輕侮，因為以我們所見，公序良俗的觀念乃統治一切法律關係的鐵則。明瞭了上面所說的法律運用上支配思想的變遷，我們纔能妥當地理解司法機關在二十世紀的法律發達史上，所以能建立勳功偉業的理由。

法律社會化的具體底表現，我們可以舉出五點。

第一是法律行為的解釋。在以前，契約自由是私法的大原則，故當事人相互間的法律關係完全委諸契約的規定。然而現在的思潮，對於契約自由的原則的尊重，不像從前絕對；一方法律行為不得違反公共秩序和善良風俗，他方法律行為的解釋應依信用誠實的原則。

第二是權利濫用。行使權利不得以侵害他人的法益為目的，且不得超越法律所設定的社會的和經濟的目的，否則權利人難免損害賠償之責。在這麼嚴格的限制之下，權利已不再是絕對的制度。

第三是結果責任。傳統的責任論以過失為責任的前提。但是如果嚴格地適用這原則，往往不能得事理之平，所以過失責任以外，法律不得不認結果責任。按諸結果責任論的所說，在適法行為無過失行為或精神病者的行為侵害他人的法益の場合，倘權衡社會的正義觀念，不能任令行為人置身事外，則法律應課他相當責任。結果責任往往作為企業責任而被議論，因為結果責任的主要的適用範圍偏於工業方面。大企業

的本身必然地包含若干危險，爲尊重它的社會的機能，法律不能不容許它的存在，他方爲應社會的正義的要求，不得不課它絕對的責任，這是企業責任的根據。

第四是行爲的違法性的觀念。形式上雖是行使權利的行爲，苟它違背公序良俗，實質上就是違法行爲；反之，形式上雖是違法行爲，苟它不背公序良俗，實質上仍不失爲適法行爲；這樣方能使法律和實際的社會生活相配合。因爲欲使法律妥當於實生活，非以它的實質調節它的形式不可。故在論違法行爲的時候，形式論理的構成外，行爲的違法性——行爲違反法律全體的精神，不可被忽視。

第五是主觀主義的刑法論。傳統的刑法理論以報應刑論爲基礎，主張刑罰應與犯罪事實的輕重相比例。最新的刑法理論則採保護刑論，認刑罰應適應犯人的人格，方足以收防衛社會之效。蓋反射的刑罰早已不值現代人的一顧，合目的的刑罰的發達爲事物發展的當然歸結。在今日，國家科犯人以刑罰，決不應單爲着報應，刑罰權的行使也不可不信用誠實的原則，以發揚刑期無刑——使犯人復歸爲社會人——的精神。

法律社會化的思想的底流是什麼？這裏我們想舉出四點以明它的淵源。

(一)權利是近世文明的產物，尊重權利即所以尊重權利者的生存。然個人不能離社會而孤立，他的生存因參加共同生活，始成爲可能，像魯濱遜那樣人不過是文學家腦中的幻影而已。故個人的權利不可不受共同生活的限制，否則社會生活將無從維持。他方，社會的發展以個人的生活的圓滿爲前提。這麼說來，權利制度不可不說是基

於共同生活的必要而發生的。從社會的立場觀察權利觀念時，則主張權利，誠如葉林格（*Thuring*）所說，是個人的義務，而履行義務，正像孔德（*Comte*）所說，是個人的權利。

（二）爭取自由是法國大革命的口號，但那時候的自由思想，因受了民約論的影響，是個人的，形式的，且先驗的。現在，民約論的荒謬已給歷史所證實，自由概念的改造可說是當然的命運。所以問題的中心并不在應否改造，而在如何改造。以我們所見，最妥當的態度是從社會的見地去理解自由，惟有這麼，才能矯正以前單知個人，不知社會的缺點。即個人的自由所以被承認，並不是基於「人生來是自由的」這個人的理由，乃基於「共同生活所要求」的社會的理由。這麼被構成的自由才是社會的，實質的，且實證的。

（三）隨着文化的進步，社會活動從本能的變為自覺的，從無意識的變為意識的。個人覺醒是近世的自覺的第一步。蓋一旦個人意識到自己是權利的主體，那末他的自覺的活動比深信「皇恩浩蕩」的時代，不可同日而語。然而十九世紀的個人覺醒，單只意識個人自己，還沒有意識到他人，因此形成了資產階級和無產階級的激烈的鬥爭。自己以外，更意識他人，更意識自己的生存和他人的生存有不可分關係，這可說是個人覺醒的進化。假使承認個人覺醒應採取這麼途徑，則我們不得不認個人有對社會主張權利的義務，同時有對社會履行義務的權利。自己的意識是個人的解放，自己和他人的關係的意識，是社會的統一，而統一運動就是解放運動的當然的發展。



(四)社會活動從本能的進化爲自覺的，已如上述，而自覺的結果，它自必順應一定目的而分化。活動的合目的的分化，增高了活動的效率，而它的效率的強化，正就是它的分化的文化的意義。這裏值得我們注意的是民事責任和刑事責任的分化。在古代法律，責任制度是單一的，損害賠償和刑罰之間，不設什麼區別，至十九世紀初期，民事責任的區別方被意識，然而那時仍以過失爲一切責任的條件，故民事責任和刑事責任的界限未必明確。在十九世紀的過程中，民事責任方面，因爲結果責任論的發達，發生了一種新趨勢，這新趨勢基於社會的正義觀，要求責任的論定，應以考察損害關係的客觀事實，使具體的公平得以實現爲本旨；他方，刑事責任方面，隨着社會危險性論的勃興，依犯人的危險性定制裁的方法，以防衛社會的要求，逐漸取得優勢，結果使刑法體系不得不被改造。要之，民事責任趨於客觀化，刑事責任趨於主觀化，由於責任的這麼化分，制度各得全自己的使命，並進而協力謀社會和個人的調和。

法律制度的這麼演進。我們稱爲法律社會化，所謂法律社會化，意思不外乎說：使法律成爲社會全體的法律。以前的法律以擁護階級的利益爲任務，結果招來了對於法律的反抗，釀成了政治的革命。近代的法律以保護個人權利的大憲章自居，激化人與人間的生存競爭，使社會革命的危機日益成熟。事態的發展逼我們不得不於社會革命和法律革命之間，選取其一，而權衡利害，我們寧擇後者——即法律社會化。惟有法律社會化能調和社會和個人的對立，解消法律的階級性，使社會得進化不息。

## 憲 政 與 法 治

汪主席最近接見日記者時宣稱：「去年八月第六次全國代表大會宣言，曾明白表示：『在最短期間內，實施憲政』……刻青島會議即將舉行，吾人所持以臨此會議之方針蓋盡於「實現和平，實施憲政」八字中。新中央政府權如一旦成立，則將儘速設置一憲政籌備會」等語。

現在青島會議業已開始，新中央政府最近即可誕生，從而憲政之實施，為指顧間事。在國民黨行將歸政於民的前夕，我們不禁又喜又懼。喜的是國民多年的宿望，得達成於一旦，懼的是這次推行憲政，是否重蹈民元的覆轍，成為有名無實的空文。

憲政即英文的 *Democracy*，亦稱民主政治。辛亥革命完成後，約法公佈，孟德斯鳩所倡導的三權分立制度搬到我國來，於是老大帝國形式上由君主國一躍而為民主國——即立憲國。所以推行憲政，在我國決非創舉，不過因為民元以後，軍閥專政，法律的尊嚴掃地，徒有立憲之名，實則民衆呻吟於暴力的鐵蹄下，對於國事，那有半句話份呢？國民黨執政後，歷經軍政時期和訓政時期，在新興軍閥的把持之下，人民所切望的憲政，遲遲迄未實施，以至於今。

自民國元年至民國十五年止，我國曾召集國會數次，制定約法和憲法數次，可是結果民主政治依然建立不起來，這究竟是什麼理由呢？原來我國數千年來，朝代雖有更

逸，專制官僚政治却屹立不變，支配了我國垂幾十世紀。官僚政治的特色就是重人輕法，所謂「有治人無治法」，所謂「徒法不能以自行」這些格言，就是官僚政治的最扼要的表現。「王子犯法 庶民同罪」，雖是一句通俗的話，可是這不過是句廢話而已，在我國，向來「只許州官放火，不許百姓點燈」的。翻開中國的歷史一看，凡是法家很少有善終的。刑法關於賄賂罪設煌煌的條文，但軍閥政客盡是腰纏百萬，約法有保障人權的規定，但蹂躪人權有行政官的特權之觀；在書有「禁止小便」的地方，遍是尿尿淋漓。從以上數例，我們不難窺見中國社會輕視法律——從而法家的程度。這是過去推行憲政所以失敗的最大的原因。

前事不忘，後事之師，為使今後憲政的推行，不蹈過去的覆轍，我們非確立法律的權威不可，即非勵行法治不可。保障人民的權利是法律，假使法律等於具文，可由官吏自由違反，則人民的權利失所保障，惟有任憑官吏蹂躪而已。正所謂「皮之不存，毛將焉附」？要之，憲政和法治為同一事物的兩面，不得分離，法治不確立，憲政即無從實施；這一點是國人應該注意的。

## 中 立 和 英 法 駐 軍

當國際戰爭爆發之時，不願牽入戰爭漩渦中的第三國，應宣告局外中立；而依照戰時國際公法，交戰國有不得侵犯中立國的領空，領土，領水的義務，同時中立國也負有不得容留交戰國的戰鬥勢力的義務。一九一四年七月二十八日第一次歐戰爆發後，我國雖立即宣告局外中立，直到一九一七年八月十四日止，維持中立的態度；但那時交戰國中，德國紮重兵於青島和膠州灣，我國無力行使中立國的權利，解除德軍的武裝，致勞友邦日軍越俎代謀，一九一四年八月二十三日，日本向德宣戰，遣帥攻擊青島和膠州灣，於是交戰國——日本和德國——的戰鬥在中立國的我國展開，山東民衆，飽受無妄之災，這不可不說是希有的現象。前事不忘，後事之師，在第二次歐戰益益擴大的今日，上次大戰的經驗給與我們不少寶貴的示唆，難道我們還可以昧於國際形勢，任令歷史的悲喜劇一再重演嗎？前北京政府的昏庸無能招致日德的青膠爭奪戰，固無足怪，然而在交戰國英法的戰鬥勢力尙遍駐我國重要都會的現狀之下，怎樣防止一九一四年的歷史的再現，不正是我國朝野所應注意的地方嗎？

自去年八月底歐戰勃發後，我臨時，維新兩政府已相率聲明「嚴守中立」的不動的國策，從而取得了中立國應享的權利和應負的義務。我國的權利是什麼呢？曰：交戰國不得侵犯我國的領空，領土和領水。我國的義務是什麼呢？曰：驅逐交戰國——

英法——的在華軍事勢力。假使我國坐視英法的軍艦逍遙於我國的領水，任令英法的軍隊駐紮在我國的境內，則難保他日英法的敵國——德國——不侵犯我國——中立國——的不可侵性。

客秋日本律師公會根據衆議員清瀨一郎氏——有名的國際法專家——的提議，要求日本政府和我臨時，維新兩政府協力，限英法駐華軍隊和軍艦於二十四小時以內，退出中國的領域，否則依國際公法，強制其解除武裝。因為這是中國的權利，同時也是中國的義務。

撤退外國駐軍，本是我四萬萬五千萬同胞的多年的宿望，惟平時受國際條約的約束，不得如願以償，現在則在戰爭狀態之下，根據國際公法，主張中立國的權利，言正名順，理直氣壯，正是千載難逢的良機。友邦人士既已倡導於前，希望國人勿以案頭論視之，迅速起來督促政府採取適當的措置，以保持中立國的不可侵性，和中國的領土主權的完整。

登 報 結 婚

這幾年來，當局天天喊「國難」，報紙也天天宣傳「國難」，正可稱為「國難宣傳年」。獨裁者排除異己，要求無限制的統制權，固以「國難」為藉口；上行下尤，青年們也提出了「救國不忘跳舞」，「救國不忘戀愛」的口號，以說明跳舞，戀愛和救國的關聯性。在一片「國難」聲中，聰明的人們更發明了登報結婚——因為是「國難」的產物，故可稱為「國難結婚」。

在上海的報紙上，我們常看見這麼啓事：「我們倆由某某先生介紹，經過友誼的階段，茲已徵得雙方家長同意，自民國某年某月某日起同居，因國難當頭，結婚儀式從略。」啓事的主人公當然是一位先生和一位女士。

我國婚禮，自古以來，繁褥異常：納采，問名，納吉，請期，親迎，少則需要數百元，多則化上幾萬幾十萬，其不合「節約」的國策，應加以改革，自不待言。可是自以浪費和繁文褥節見稱的舊式婚禮，經過中西合璧的文明結婚，一變為廢除一切儀式的登報結婚，這不可不說是婚禮的驚人的發展。

不過話要說回來了，簡單雖是簡單，經濟雖是經濟，登報結婚在法律上是否有效，却有問題。

婚姻和普通的契約不同，係要式行爲，非以當事人的合意即得有效成立。這因

爲婚姻不但關係私益，且和公益亦有密切關係，所以民法以強制的規定，設實質的要件和形式的要件。實質的要件爲：（一）婚姻適齡（民法第九八〇條）（二）當事人未成年時，法定代理人的同意（同第九八一條）；（三）無特定的親屬關係（同第九八三條）；（四）無監護關係（同第九八四條）；（五）非重婚（同第九八五條）；（六）非相姦者（同第九八六條）；（七）再婚女子已逾待婚期間（同第九八七條）。形式的要件爲公開的儀式和二人以上的證人（民法第九八二條）。所謂「公開」並不是說非掛燈紮彩，辦喜筵，僱吹手和軍樂隊不可，所謂「儀式」也不一定非三鞠躬，證婚人致祝詞，交換飾物，新郎新娘報告戀愛經過這一套，只要是一般人得以知道行婚禮的儀式，即爲民法第九百八十二條所稱的「公開之儀式」。登報結婚不具備這形式的要件，所以依民法第九百八十八條，不生結婚的效力，從而當事人不能取得夫妻的身份，他們的結合僅爲事實上的姘居而已。

在西洋電影中，我們常看見男女主人翁秘密到牧師家裏去結婚的一幕，這種儀式缺乏公開的性質，依我國民法，當然也不是有效的結婚。

寄語已達結婚年齡的仕女們，「結婚」是要式的法律行爲，公開的儀式和二人以上證人萬萬省不得的啊！

## 脫 離 父 子 關 係

在報上，我們時常有機會看見脫離父子關係的廣告，內容千篇一律，指斥對方行為不端後，接着「自即日起，脫離父子關係，嗣後××在外如有不法行為，概不負責」等語。細心的人恐怕沒有律師證明，不生效力，特地委託大律師代表登報聲明，以昭鄭重。更有由脫離關係的父子雙方簽訂契約，委託律師證明者。

親屬關係有的基於法律行為而發生，例如婚姻關係，養父母子女的關係；有的基於血統而發生，例如父母子女的關係，兄弟姊妹的關係。基於法律行為而生的身份得以及法律行為消滅它，例如以離婚解除夫妻身份，以終止收養消滅養父母子女的關係；可是基於先天的血緣而生的親屬關係就不得以法律行為去終止它，這因為先天的血統關係既不得以人為的方法消滅它，以它為基礎的法律的身份關係自亦不得以法律行為去終止它。所以契約自由，自十八世紀以來，雖為民法的基本原則，然而它的支配領域不得限於債權法，在親屬法方面，基於血統而生的親屬關係不許以法律行為變更，已如上述，即在得以法律行為創設消滅的事項，亦因與公益有關，非純粹的債權契約可比，法律特設種種限制，否認契約自由的適用。親屬法所以有強行法之稱，即爲了這理由。歸納上面所說，我們得到下列的結論：父子關係不得脫離，驅逐劣子的聲明固無效，大律師證明的脫離父子關係的契約也是無效。



脫離父子關係的廣告，在我國所以這麼流行，和我國的舊法不無關係。舊法承認「連坐」的制度，一人犯罪，九族棄市，歷史已告訴我們不少殘酷的故事。宋太公恐怕兒子宋江在梁山泊坐第一把交椅，給官廳發覺後，罪及自己，所以預先在縣衙告下一狀，以為卸責的餘地。可是在現行法制，這種預防措置實不必要，因為刑法承認「一身做事一身當」的原則，除特別刑事法令，就輕微犯罪，偶設一二例外外，絕無因他人的行為而負刑事責任者。所以不論兒子犯的什麼罪，只要沒有教唆或幫助的事實，做父母者絕不負刑事責任，不用担心「滿門抄斬」。

在民事方面，就未成年人的侵權行為，法定代理人——父母——依民法第一百八十七條，雖負損害賠償責任，但行為者如已成年，父母即可不負責任。至於父母對於未成年子女，有保護教養的權利義務，父母對於不能維持生活而無謀生能力的子女，負扶養義務，為民法第一千零八十四條及第一千一百十四條所明定，按諸親屬法的強行法的性質，這種義務不得以一段「驅逐劣子」的廣告或一紙「脫離父子關係」的契約而免除。

筆者在上期本刊，指摘登報結婚的無效，在這期本刊，又指摘脫離父子關係的廣告無效，影響報館的收入非淺，吃報館的飯，好像有意和報館搗蛋，下次不得不轉變一下。對於本館廣告部諸同仁，筆者特表示歉意，如果他們的佣金收入因「法律雜誌」而減少，則筆者太傷陰險了。

## 罪 刑 法 定 主 義

拉丁文有一句很重要的話：*Nullum crimen nulla poena sine lege*、意思即說「無法律則無犯罪，亦無刑罰」。這就是支配刑法學垂二世紀的罪刑法定主義。我國刑法第一條開宗明義，規定：「行爲之處罰以行爲時之法律有明文規定者爲限」，這是罪刑法定主義的成文法上根據。

歐洲的中世，歷史上稱爲黑暗時代，那時國王和官吏非常專橫，對於人民有生殺予奪之權，可以不受法律的拘束，單憑主觀的恣意處罰人。在這狀態之下，行爲的可罰性不決之於屹然不動的法律，乃取決於裁判者的無常的好惡，所以法律所未禁的行爲可以被處罰，法律所未定的刑罰可以被執行，人民的生命，身體，自由，名譽和財產等法益完全沒有法律的保障，隨時有被蹂躪之虞。這就是警察國的特色。

對於這種時代的反動，繼之而起的是個人覺醒時代，所謂個人覺醒即意味：對於君主的主權，爭取國民的人權；對於國家的權威，主張個人的人格。盧梭的民約論，孟德斯鳩的三權分立論即爲這時代的產物，而罪刑法定主義不外爲其刑法上的一表現而已。個人的權利的承認，國家的活動的限制就是法治國的特色。

罪刑法定主義的起源，遠可溯及一二一五年的英國大憲章，但它的直接底淵源是一七七四年的美國權利宣言第五條和一七八九年的法國人權宣言第八條。一八〇一年

「刑法學之父」福亥爾白赫氏(Feyerbach)首先在他的不朽名著「刑法論」裏，使用上揭的拉丁文，一八一〇年的法國刑法典把它成文法化以後，「無法律則無犯罪，亦無刑罰」成爲十九世紀刑事立法法的最高原則，法治國莫不奉爲圭臬。

罪刑法定主義包括下列四點：(一)習慣法不得作爲刑法的淵源；(二)刑法不得溯及既往；(三)禁止類推解釋；(四)排斥絕對的不定期刑。這四點可說是從專制裁判之下，把國民解放出來的四金剛。

以法律明定何種行爲構成犯罪，應科何種刑罰，以示國民以行爲的準繩，固爲必要，可是十九世紀初期的刑法，作爲對於專制裁判的反動，限制裁判官的自由裁量至最小限度，甚至於零，結果使法律的規定流於煩瑣，失却規律千變萬化底人的行爲的抽象性，不免有矯枉過正之譏。故今日絕對的罪刑法定主義早已沒落，各國刑法都在一定範圍內，承認審判官的自由裁量，這就是相對的罪刑法定主義。

兩百年以來被奉爲金科玉律的罪刑法定主義最近漸趨沒落。蘇俄的史太林爲澈底恐怖政策，自一九二六年以來，早已宣佈罪刑法定主義的死刑。希特勒取得德國的政權後，於一九三三年三月二十日制定國權委任法，使韋瑪憲法實質上等於廢止，刑法的保障國民利益的效用完全喪失。對於二月二十七日發生的國會放火案件的犯人，適用三月二十九日公佈的大總統令，宣告死刑，打破刑法不溯及既往的原則。而最近公佈的刑事補充法第二條更以明文承認類推解釋的適用。蓋要求國民絕對服從和無限犧牲的法西斯主義與保護個人的罪刑法定主義本是對立的東西，在前者趾高氣揚的地

方，後者自不得不銷聲匿跡了。我國現在尙未脫離封建政治的階段，憲政的實施和法治的確立，爲當務之急，所以罪刑法定主義不得不被尊重，刑法第一條的規定即出於這趣旨。

## 「孤星淚」中的犯罪

日前露俄的孤星淚 (Lesnisor aji) 上映於維多利亞影戲院，這張影片根據大文豪的傑作攝製而成，主角又是「銀國皇帝」佛德立馬區，所以特地忙中偷閒，去一飽眼福。

「孤星淚」的故事的結構文壇上早有定評，不待筆者贅述，而攝製的技術和演員的演出，則讓專門家去批評較妥，非門外漢所能胡亂下筆，筆者想從刑法學的立場，就那張影片的背景——犯罪事實，略述所見。

故事的開始是失業青年琪恩梵爾仁，斷炊數日，幼甥飢極索食，琪恩不能忍，攫取麵包於市，被處徒刑十年。麵包一塊，徒刑十年，從現代人的眼光看來，不免失之太重，可是十八世紀末期，刑罰制度尙未脫「威嚇時代」，以嚴刑峻罰，收一般預防之效，是立法家的見解，那時英國科死刑的犯罪計二百二十二種，法國一百十五種，例如竊盜牛馬羊，郵務人員竊盜郵件，偽造文書等輕微犯罪，概處死刑，而當時的自由刑亦與今日以「感化」和「教育」為本質者大異其趣，備極殘忍，「孤星淚」的最初幾幕場面已够使人心驚肉跳了。在那麼殘酷的刑罰制度之下，一塊麵包，十年苦役，無足為奇。

琪恩向法官供稱：「我沒有工作，沒有可吃的東西，斷炊已久，我自己可以忍熬

，可是我有不能自立的姊姊，有抱在手中的幼甥，孩子飢極而啼，難道我坐視他餓死不成？」由於這動機，琪恩至市上攫取麵包；這是片中的犯罪事實。從現代法律家的眼光看來，這事實應否構成犯罪；這是有興趣的問題。

關於殺，傷，盜，竊，等自然犯罪，各國刑法所規定的構成要件，大致相同，所以讓我們一查我國刑法的條文。刑法第三百二十五條規定云：「意圖為自己或第三人不法之所有而搶奪他人之動產者處六月以上五年以下有期徒刑」。以形式論理，演繹法條，則一塊麵包縱令所值無幾，亦不失為「動產」，從而琪恩的行爲自應構成搶奪罪，琪恩的至情的供詞所以不能感動徒知法律形式，不知法的精神底法官，就爲了這緣故。但筆者素來主張以法律的實質——正義——調節法律的形式，在論行爲的違法性的時候，形式論理的構成外，法律全體的精神不可被忽視。爲救瀕於餓死的孩子，攫取一塊麵包，這種行爲非但爲人情道義所許，即按諸法的精神，亦不得認爲犯罪。況刑罰的功効在於以教化和淘汰的作用，消滅犯人的社會危險性，對於根本不具有社會危險性的被告，科以刑罰，這是刑罰的濫用。琪恩不搶奪比麵包更寶貴的東西，獨選區區一塊麵包，而攫取的動機又出於不忍坐視幼甥嗷嗷待哺的慘狀，這麼看來，琪恩的行爲決非琪恩的社會危險性的徵表，從刑罰經濟論（*Oekonomie der strafe*）的立場，對琪恩不應科刑，自不待言。

和本案相關，筆者想引證日本大審院對於有名底「一厘事件」的判決。日本實行紙煙專賣，種植煙葉，收穫後應以一定之代價，售與政府，被管某因未將價值一厘的煙

葉交納政府，致被追訴，大審院終審判決宣告被告無罪，判決理由節譯如下：

「查刑罰法為規定共同生活條件之法規，以維持國家秩序為唯一目的，如此則刑罰法之解釋亦應以共同生活上之觀念為準繩，不得以物理學上之觀念臨之。瑣屑之違法行為，苟非在可認為犯人有危險性之特殊狀況之下實行，則按諸共同生活上之觀念，不得認為應以刑罰保護之法益有受侵害之事實，從而無加以刑罰之必要，而立法之趣旨亦不外乎此。對於共同生活無危害之瑣屑違法行為，付之不問，非闕犯罪檢舉問題，乃刑罰法之解釋問題，以不罰為合於立法精神，適於解釋原理。故縱令此種違法行為具備刑罰法條所規定之物的條件，仍應斷為不構成犯罪，蓋瑣細且無危險性之行為是合構成犯罪，乃法律上問題，其界限應以健全之共同生活觀念為標準，不得以物理學之觀念定之」云。

筆者還想引用一條法律，為琪恩辯護：即刑法第二十四條，原文為：「因避免自己或他人生命身體自由財產之緊急危難而出於不得已之行為不罰，但避難行為過當者得減輕或免除其刑」。這就是學說上所稱的「緊急避難」。法律的對象是自私的芸芸衆生，不是捨己救人的聖賢，所以對於為避免危難而加害他人的行為，法律不得不在一定條件之下，取放任的態度。琪恩攫取他人的麵包，為解除幼甥因絕食而受的痛苦，乃出於不得已的行為，而以人的生命或健康與一塊麵包相較，法益大小之分，不待贅述，故琪恩的行為具備刑法第二十四條所定的緊急避難的條件，自應不構成犯罪。

「基上論結」，筆者宣告「琪恩梵爾仁無罪」。

以無罪之身，不得不受十載地獄的試鍊，度地下的餘生，琪恩真如囂俄所稱，是個「不幸者」。囂俄所描寫的刑罰制度，雖已從法律的世界消逝，可是他借琪恩的口所發的「沒有工作，沒有麵包」的悲鳴——生存權的主張，今日依然在我們的耳鼓裏響着。



# 私生子

前幾天報上登載一段新聞，據說本市某處發見一個棄兒。猛獸尚有愛子之情，何況萬物之靈的人類，苟非萬不得已，誰願遺棄自己的骨肉如蔽屣？產生棄兒的原因，不外有二：（一）無力養育；（二）苟合而生。但是在（一）的場合，儘可冠冕堂皇地贈給嬰子女的人們或是送入育嬰堂，不必鬼鬼祟祟地背人拋棄，故產生棄兒的原因，以（二）的場合為多；即棄兒大多為私生子。

筆者的故鄉——定海，最惡毒的罵人是「偷生」——私生子的別名，而被罵作「偷生」的人未有不怒髮冲冠者，可見私生子受人歧視之甚。

我國古法，妻的子稱為嫡子，妾的子稱為庶子，沒有妻妾身分的婦女所產的子稱為私生子。西洋諸國則不承認妾的制度，沒有庶子的名稱，凡非由婚姻關係受胎而生者概稱為私生子（*Bestand unehelichskind enfant naturel*），故同一名詞，涵義的廣狹，和我國大相逕庭。可是有一點值得注意：私生子的歷史是一部迫害的歷史，這是東西一軌的。

原始時代本無嫡出子和私生子的區別，區別的濫觴始於一夫多妻制的時代。一夫多妻，於是數妻之間自生階級，其所生子女，亦有上下之別，而連最賤的身分都沒有，真正的婦女所生者，不得不忍受「私生子」的惡名。但那時因為多妻公然被允許，真正的

私生子却爲數很少。及至一夫一妻制盛行，私生子的數量激增，而伴着私有財產制的發展，就財產的繼承權，嫡出子受特別優遇，私生子自遭擯斥。而關於私生子的顛落史，法國提供我們有力的資料。

歧視私生子，是法國的習俗。私生子非但不得繼承父母的遺產，甚至就自己的財產，也沒有以遺囑處分的權利，無子的場合，他的財產歸屬於領主。然而革命的勃發，一變傳統的習俗，私生子一躍而與嫡出子佔同等的地位。婦女解放是法國革命的目標之一，革命前早已存在的格言：*Ungini praegranti creditur*（懷妊處女可信），革命後成爲不可動的金言。這句格言的意思說，誰是私生子的父親，應依私生子的生母所指定。革命榜私生子的法律地位既被提高，這格言廣被濫用，娼妓爲索詐金錢，動輒妄指貴族與富豪爲自己的私生子的父親，故流弊百出，正所謂過猶不及，於是對於「懷妊處女可信」的原則，發生了反動。

革命後的立法一方努力撤廢私生子的差別待遇，他方就私生子的認領，設嚴格的規定。一八〇四年法國民法第三四〇條規定：*La recherche de la paternité est interdite*（禁止私生子搜索生父）的原則；即准許生父認領私生子，不准私生子請求生父認領。這條文對於私生子失之殘酷，所以在編纂的當時，就應否設禁止規定，積極說和消極說對峙，由於拿破崙親自出馬，參加雄辯，積極說才得通過。

禁止私生子請求生父認領的規定雖有防止索詐的功效，然而他方有成爲放蕩者談避扶養責任的武器，逼使窮困的生母，藉遺棄和殺害，以解脫子女重累之弊。

父子關係雖證明極難，可是並非不可能，從而嚴定證明方法，准許私生子請求認領，以免上述的弊害，具為得策，一八九六年民法修正的時候，第三四〇條禁止規定的撤廢案曾提出於議會，但遭否決。至一九一二年，始以特別法承認私生子請求生父認領之訴。

區別私生子和嫡生子，降低前者的地位，剝奪他的權利，乃出于尊婚姻賤苟合的趣旨。古昔婚姻制度未確立的時候，私生子和嫡生子的區別不會存在，及至一夫一妻制被承認，婚姻才視為神聖的結合。假使世人都能嚴守這一夫一妻的鐵則，夫婦之道以外，無彘彘之行，則私生子不會有，家庭的悲劇也不會發生，這固是最理想的事。可惜這是不得期待的事！以刑罰鎮壓姦淫，有時或得抑制感情於一時，亦未可知，但在色胆包天的時候，生死利害早已置之度外，高燃的情火豈刑罰所得消熄？於是法律不得不捨理想而從人情。

然而絕對放棄婚姻神聖的理想，為立法家所不願，因此他們利用人類舐犢的天性，以虐待私生子，使世人不敢輕於苟合。私生子制度就是這麼發生的：筆者這麼想，姦淫固是罪惡，但這是父母的罪惡，與無辜的私生子何涉？使無過失的子女負擔父母的罪惡的責任，可謂殘酷至極。法律以子女為犧牲，強父母勿姦勿淫，可是結果父母未必因此而警惕，徒苦無辜的子女而已。歧視私生子的制度不足取的理由即在於此。我民法從這立場，澈底廢止歧視私生子的制度，甚至連私生子的名稱亦擯棄不用。

我民法僅有婚生子女與非婚生子女之別，由婚姻關係受胎而生之子女爲婚生子女（第一〇六一條），否則爲非婚生子女，從而庶子與私生子均屬於後者。

私生子的法律問題，可以分爲兩點觀察：

（一）對於生父的關係 私生子未經生父認領以前，與生父不生父子關係，但一經認領，即視爲婚生子，其經生父撫養者視爲認領（第一〇六五條第一項）。在特定條件之下，私生子的生母或其他法定代理人得請求其生父認領（第一〇六七條）。

（二）對於生母的關係 私生子與其生母的關係，視爲婚生子，無須認領（第一〇六五條第二項）。

我國民法規定私生子一經認領，即與嫡生子有同等的地位，且承認私生子對於生父的認領請求權，已如上述，其保護私生子，可謂無微不至，堪稱革命的立法。然從衛道的先生們看來，優待私生子，有害風化，從而民法第一〇六五條正是違背八德的規定，有修改的必要。筆者認爲因擁護殘酷的禮教而蹂躪人權，蔑視人道，是野蠻行爲，爲文明社會所不許，故對於現行法律，不惜寄與全面的支持。

## 貞操和刑法第二百三十九條

上週筆者在「和平」第六期裏，拜讀了某君的關於法律八德化的大作，後又在第十九期本刊裏，看到陳靜君的「婦女和貞操」。這兩篇文章非但在內容上互有關聯性，它們且反映時代的衝突，使筆者感到萬分興趣，因此想在這期本刊裏，把兩君的共同的論點，特別提出來一說。

不提刑法第二百三十九條則罷，提起了這條條文，女同胞們或許要躊躇志滿吧！原來這條文數經修改，現在的條文是中央政治會議應全國婦女團體的請求，命令立法院依男女平等的原則修改的，所以是二萬萬女同胞奮鬥得來的，堪稱為中國的革命的立法。

在進到本文之前，讓筆者翻開六法全書，把這條條文抄下來：「有配偶而與人通姦者處一年以下有期徒刑其相姦者亦同」。讀者中或許有人道貌岸然，要向筆者提出抗議：現在大家都在熱心地提倡五倫八德，你遍在報上大談通姦罪，真是缺德！但是這非難不能使筆者甘服，陳靜君既在本刊上大談貞操問題，筆者自然無妨來討論一下和貞操有不可分關係的通姦罪。

中國婦女的最大敵人不是孔子，也不是周公，乃是蒼頡！因為他所造出來的「貞操」兩字，只適用於婦女，不適用於男子。給丈夫所遺棄的應守節，死了丈夫更不必說

，甚至死了從未謀面的未婚夫也得守節，「貞操」兩字不知已斷送了古今若干女子的幸福。可是男子却非但有要求女子守貞操的權利，且自己盡可遵「不孝有三，無後為大」的古訓，廣置妻妾，演變相的姦淫。這麼看來，作弄婦女的不是蒼顏這老頭兒還有誰呢？

「貞操是否是一種道德？」陳靜君向我們提出了這課題。筆者想這麼答覆：貞操是一種道德，同時也是一種罪惡。這話怎講呢？即在婚姻關係存續中，夫妻雙方互守貞操，這是倫理的要求，是一種道德，反之，若是把貞操的觀念擴張到婚姻關係發生前和婚姻關係消滅後，要求處女抱牌位做親，強制孀婦不得再婚，這是吃人的魔王，是一種罪惡。我國的傳統的貞操一方是片面的，即肯定女子的貞操，否定男子的貞操；他亦超越了合理的限度，即承認婚姻關係發生前和婚姻關係消滅後的貞操，所以是一種罪惡，最低限度，自現代人的眼光看來，是一種罪惡。在這意義，對於陳靜君的「照這種情形 貞操就不是道德，婦女也就不應該遵守這道德！」的主張，我們不惜寄與全面的 support。

任何制度決不是憑空生出來的，封建主義的貞操觀念，乃由中國的社會的條件所規定，有深固的根蒂。海禁開放以後，洋貨濫汜，招來中國家庭手工業的破產，推動停滯中的亞細亞的生產方式向技術化和科學化走去；同時西洋的思潮也侵入中國，動搖傳統的思想：於是中國站在歷史的轉換期了。目前中國社會的經濟的基礎已大異於昔，所以家族制度和封建主義的沒落，為不可避的命運，從而貞操的觀念亦不得不有新

的變化：即在橫的方面，由「片面的」擴張至「雙方的」，在縱的方面，由「合理的限度以外」縮短至「合理的限度以內」，這可稱為貞操觀念的進化。

我國刑法向來僅肯定婦女的片面的貞操，所以處罰通姦限於有夫之婦，至於有婦之夫儘可三妻四妾，左擁右抱，在法律上既不構成犯罪，在道德上亦不被非難，在社會上反可引以自豪，賣弄闊綽。民國十七年三月十日公佈的舊刑法第二百五十六條規定云：「有夫之婦與人通姦者處二年以下有期徒刑……」，仍不脫傳統的色彩。

當刑法修正案上議于立法院的時候，關於這一條條文應如何修正，起草委員間聚訟紛紛，莫衷一是。初稿依男女平等的原則，改「有夫之婦」為「有配偶者」，再稿恢復原案，惟將最高刑期減至一年，于是全國婦女界嘩然，紛紛推派代表向中央政治會議請願，旋由該會議命令立法院依初稿修正；可知現行刑法第二百三十九條是經過許多風波後才成立的。對於這條條文的見解，當然因人而異，婦女界認為空前的勝利，皆大歡喜，固不必說；男子中有的讚它迎合潮流，有的斥它違背八德，意見頗不一致，而某君即為後者的有力的代表。

某君企圖免除男子的貞操的義務，主張刑法第二百三十九條「似應加以修正，而修正原則，只重在使有配偶之女子，保守其節操而已。」為男子謀者，真可謂至矣盡矣。然而一讀他的修正理由，筆者感到不能已于言者。第一，某君認為「吾國女子教育，尙未發達，其知識能力，不及男子遠甚，縱令有配偶之男子，與他人通姦，而其配偶，或因良人仰給於終身，或因禮教所繫，隱忍不為告訴，致使此規定，等於虛設。」誠

然，我國婦女在知識上和經濟上是弱者。如此則國家保護之惟恐不遑，如何可以剝奪她們的法律上的武器——刑法第二百二十九條——呢？正義女神一手執劍，一手拿秤，而她的劍原來是幫助強者去欺侮弱者的啊！

如果這條文形同虛設，則不如乾脆地廢止它爲愈，如日本刑法學者瀧川幸辰教授，即反對處罰通姦或力的人。

其次，某君鑑於「無子嗣而納妾之行爲，依此規定，亦應成立犯罪，此不惟與不孝有三，無後爲大之古訓相違背，且影響所及，足使國民生育減少」，故爲二萬萬男同胞大呼不平。依某君的論理演繹起來，納妾——即通姦——所以求「後」，所以增加「國民生育」，故對於父母是孝子，對於國家是忠臣，以忠孝兩頂大帽子，說明納妾法律化和道德化的根據，真使筆者五體投地。原來婦女有不端行爲，應被譽爲淫婦，男子公然通姦——納妾，應被尊爲忠臣孝子，如此則國家非但不可處罰納妾，且應明令褒揚，以激來茲！而德國公務員的薪給以子女多寡爲標準，今年日本官吏的年終賞金，依子女多寡定等級，都不得稱爲澈底的辦法，惟有依妻妾的人數定薪給和賞金的多寡，才是更進一步的辦法，因爲妻妾愈多，生殖力愈大，從而國家應該格外優遇，以符獎勵生殖的國策。不過有一點某君漏未說明：男子納妾，所以增加「國民生育」，女子通姦亦所以增加「國民生育」，爲什麼一則應該提倡，一則應該處罰？這一點筆者愚陋，百思不得其解。

要之，中國的法律比中國社會跑快了一步，某君却想硬把前者拉回來，叫它跟在



後者的後面，所以難免時代錯誤之譏。

我們對於刑罰鎮壓通姦的效果，根本懷疑，認為應以民事制裁——離婚和損害賠償——及一般社會教化去處理的事件，如不當地以刑罰去干涉它，這就是刑罰的濫用，所以主張根本廢止刑法第二百三十九條，否則應維持原文，處罰夫和妻雙方，以昭公允。

某君的議論給予婦女運動以不少寶貴的示唆：第一，法律的平等，以經濟的平等為前提，經濟不能獨立，法律上的權利，即不易主張；第二，對於恢復舊道德，對於提倡八德，我們固不持異議，可是舊道德的裏面，往往藏着封建主義的木乃伊，這非先行排除不可。新的時代要求道德的新的內容，所以我們不可不重新論定道德的價值，一味依戀過去，是時代的落伍者，為我們所不取。

歷史的巨輪向無限的永遠前進不輟，不伴着它同進的一切，結果在它的巨大的壓力之下，終難免毀滅的命運！而推動和加速歷史的進行的原動力，就是青年人的血肉。

## 通姦罪的再考察

在第二十一期婦女週刊，筆者曾以「真操和刑法第二百三十九條」爲題，就通姦罪略述所見，但由於婦女週刊的性質，不適用於刊載太專門的議論，所以法律方面的見解，不能自由發揮，今天想從刑法學的立場，對於同一問題，加以再考察。

外國立法例，對於通姦的處置，可以分爲四類：

(一)英國系統的刑法不認通姦爲犯罪。例如英吉利本國和殖民地(印度除外)，美國(塔克薩斯州例外，科通姦者以罰金)，瑞士的亞爾札和熱內佛兩州均不處罰通姦。

(二)德意志系統的刑法對於通姦，一律處罰，即不問夫與人通姦，抑妻與人通姦，都成立犯罪。故已婚男子和未婚女子，未婚男子和已婚女子，已婚男子和已婚女子通姦，均成立通姦罪，荷蘭和奧國亦然。

(三)法國系統的刑法和(一)(二)都不同。它一方承認夫或妻與人通姦都成立犯罪，他方就構成要件和刑罰，則設嚴寬輕重之別，例如依法國刑法，妻與人通姦，雖僅一次亦成立通姦罪，但男子和人通姦，只要不和愛人同居或有類似行爲，即不構成犯罪。又對於妻所科的刑罰爲三月以上二年以下有期徒刑，對於夫所科的刑罰則僅爲一百法郎以上二千法郎以下罰金，輕重大相懸殊。

(四)日本現行刑法僅罰妻的通姦，夫的通姦則不罰，是比(三)更不平等的立法例。

我國舊刑法屬於(四)的系統，現行刑法則屬於(二)的系統，從不平等進至平等，可稱為法律的進化。

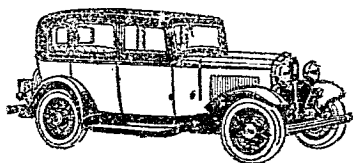
通姦是侵害婚姻的行爲，此點誰都不換異議，但它的本質是(甲)誠實義務的違反呢，還是(乙)婚姻制度——社會組織的一部——的侵害呢，還是(丙)性道德的紊亂呢，學者議論紛紜，尙難一致。(甲)說認通姦罪是侵害個人法益的犯罪，(乙)說認爲是妨害家庭的犯罪，(丙)說認爲是破壞社會秩序的犯罪。立法例大多以配偶者的告訴爲通姦罪的起訴條件，由此觀之，(甲)說似乎最有力。但是如果通姦的本質在於夫妻誠實義務的違反，則筆者認爲離婚和損害賠償是最適當的制裁，以刑罰處罰通姦者是多餘的事。如認通姦是妨害家庭——從而威脅社會組織——的行爲，則爲促進人類的向上，不可不採職權訴追主義。可是檢察官的職權侵入夫妻生活，其有害於親屬關係，恐甚於通姦。最後，如從保護性道德純潔的立場，處罰通姦，則性道德的純潔，不限於法律上的夫妻，事實上同居者間亦應互相保持。這麼說來，同居的戀人——無婚姻關係的姘頭——和人姦通，也應處罰才對，然而世界上尙無這麼立法例。要之，通姦罪的性質復什異常，(甲)(乙)(丙)三說僅足以說明其一部而已。

外國立法例以離婚爲處罰通姦的條件，例如日本刑事訴訟法第二百六十四條規定：『刑法第一百八十三條之罪(即通姦罪)非婚姻已解消或已提起離婚之訴，不得爲告訴。』蓋配偶的一造既因通姦而受處罰，則婚姻的道德底內容已破裂無餘，這麼婚姻關係早無維持的必要。可是在我國，配偶者一面要求處罰對造，一面仍欲繼續夫妻

關係的悲慘底——且滑稽底——現象，數出不鮮。處罰的要求與婚姻繼續是不得統一的矛盾，因為我國刑事訴訟法未設像上面引用過的日本刑事訴訟法第二百六十四條似的規定，故這矛盾的解消是立法者的將來底課題。

通姦固是不法行爲，然而以刑罰爲它的制裁，果適當否，我們不能無疑。夫妻的誠實義務是精神的，以刑罰干涉精神的義務的違反，害甚於利。衛道的先生們以爲嚴罰姦淫，所以促道德的向上，這是主張以刑法威嚇世人時代的思想。威嚇主義是十九世紀的學說，認爲以法律明定什麼行爲構成犯罪，應科什麼刑罰，可使世人知道刑罰的痛苦大於因犯罪所得的利益，不敢輕蹈法網。然而事實已證明這學說的失敗。不論法定刑罰如何嚴峻，現實社會既未進至「有罪必罰」的階段，刑罰的威嚇力亦可想而知了。除英國系統以外，各國立法例雖均設通姦罪的規定，但實則適用的機會極少，足證希望配偶者受刑的狠毒心腸的人尚不多，此點深可慶幸。

筆者認爲對於貞操義務的違反者，離婚和損害賠償是最適當的制裁，在愛的火燄之前，刑罰是無力的存在。作爲預防的手段，一般社會的教化，離婚條件的簡易化是很重要的。



新 生 叢 書 之 七

讀 律 雜 筆

中 華 民 國 二 十 九 年 五 月 十 五 日 出 版

著 者 張 榆 芳

主 編 者 張 榆 芳

發 行 者 大 楚 報 社 發 行 課

漢 口 江 漢 路 一 二 三 號

每 冊 實 售 一 角

58



每册一

C

-53