

東吳法聲

復刊號

居正題



復刊詞

改良司法芻議

中國法律的回顧與前瞻

國際法與戰爭

從保障人身自由談實施憲政

人民權利的理論與解釋

法權運用與特種刑案之檢討

讀國父家世源流攷書後

我國會計制度的展望

美國模範監獄中之生活

法窗雜話

附

載

海爾密克博士(人物介紹)

法律學系教授介紹

法律學系歷屆畢業同學錄

「超級」茶會特寫

盛振爲

陳霆銳

余明厚

關肇昕

熊鈍生

宋樹元

晏繼元

陳恩成

潘兆申

吳祖禹譯

劉應呂譯

東吳大學法律系系主任會主編

中華民國三十四年一月一日出版

復刊詞

抗戰以前，東吳大學法學院法律學系出版刊物凡三：「法學雜誌」「中國法學季刊（英文版）」及「東吳法聲」。

「東吳法聲」為法律學系同學所主辦，內容大部為同學之作品，有法學論著，有文藝小品。三十年冬太平洋戰事爆發，學校奉令內遷，是刊與其他刊物遭同一命運，暫停發行。自第一期問世，已具十年之歷史。三十二年春，東吳法學院與滬江大學商學院在渝聯合復校，各系同學紛紛籌議發行刊物，法律學系系會嗣亦正式改組成立，首先決定恢復本刊，在去年暑期中經諸同學之熱心籌劃，得于今日復刊。吾人欣慰之餘，對於諸同學之精神與毅力，應加贊許。但復興工作每較新創為艱鉅，既須保持固有之作風，復宜適應當時當地之環境，履艱任重，尚希諸同學秉過去之精神毅力，鄭重為之，庶能克盡厥責，不負眾望焉！

盛振為

改良司法芻議

陳霆銳

論司法階段下之人民身體自由

國民政府於去年七月十五日，訓令行政院軍事委員會及其他直轄各機關，頒布保障人民身體自由辦法，定期去年八月十一日起，開始施行。那椿事件，一時頗引起全國人民的興趣與注意。因為我國自抗戰以來，人民之身體自由，實在太遭蹂躪了。有些人以為在這抗戰年頭，國際間只有強權而無公理，所以在一國之內，一切約法，及各種民刑法律，亦可置之不理。誰是強者，就可欺凌弱者。誰若有權有能者，就可壓迫無權無能者。於是軍事機關可以處理民事，警察局可以審判案件。犯輕微罪的人，可以大罪加諸其身。民事性質的案件，可以一變而為重大的刑事案件。隨意逮捕無辜的人民，隨意羈押無力的被告，隨意處置人民鉅額的罰款。逮捕以後，往往不訊不問，等候至二三年之久，被告自己不曉得所犯何罪，連主管官員亦不懂得如何辦法。甚至體罰刑訊，幾為普遍的事實。全國人民，嗟嘆怨呼，大有「天高皇帝遠」的情況。那種情形，一直下去，法紀蕩然，法治之盛，將永遠歸於絕望了。國府當局，頓下決心，頒布保障人民身體自由辦法，將來軍警各當局是否能奉令維謹，雖尚在不可知之數，這却是無疑地憲政開始時的一個好表示。但那種保障辦法，是對人民尚未進入司法階段，或其他有合法之檢察或審判權機關之階段者而言。同時間就不管假定人民身體自由，在司法階段之下，即有相當可靠之保障。（人民在其他有檢察審判權機關之階段下暫置不論）所以人民在司法階段下，身體自由，究竟有無保障，值得我們仔細檢討一下。

要檢討人民身體自由，在司法階段下有無可靠保障，我們要看現行之刑事訴訟法，在關於這一點上，如何規定。

刑事訴訟法第一百零一條 被告經訊問後，認為有第七十六條所

定之情形者，於必要時得羈押之。

同法第七十六條 被告犯罪嫌疑重大，而有左列情形之一者，得不經傳喚逕行拘提。

(一)無一定之居住所者、

(二)逃亡或有逃亡之虞者、

(三)有湮滅偽造變造證據或勾串共犯或證人之虞者、

(四)所犯為死刑無期徒刑或最輕本刑為五年以上有期徒刑之罪者。

同法第一百零七條 羈押於其原因消滅時，應即撤銷，將被告釋放。

依照右開條文看來，似乎法律對於保障人民身體自由的規定，相當嚴格，人民身體自由，可以不致在問官喜怒哀樂之下橫遭蹂躪。但仔細研究起來，第七十六條之條文，尤其第二第三兩款所予問官權限之伸縮性，實在太大了。依「之虞」二字的解釋，差不多每個被告，無論所犯的罪名，是重大，或是輕微。都可以說「或有逃亡之虞」，都可以說有「湮滅偽造變造證據或勾串共犯或證人之虞」。問官儘有法律可以根據，可以任意將被告拘提或羈押。被告說，「我沒有逃亡。」問官可以說「你有逃亡之虞」。被告說，「我沒有湮滅偽造或變造證據」。問官可以說，「你有湮滅偽造變造證據之虞」。被告說，「我沒有勾串共犯或證人」，問官可以說，「你有勾串共犯或證人之虞」。在這種情形之下，雖有蘇秦張儀做他的辯護律師，亦將苦於無能為力。被告人對於駁回聲請停止羈押之裁定，雖可以依法抗告。但這種法律具文，不要說徒然曠廢時間，增加被告苦痛，而在同一辯論邏輯之下，其效亦等於零。筆者執行律務二十多年，眼見人民身體自由為「之虞」二字所犧牲剝奪的不知有多少人。所以吾願借這個機會，大聲

疾呼，爲一般刑事被告之身體自由爲「之虞」二字所犧牲者叫屈。向刑事間官常利用「之虞」二字剝奪及蹂躪人民之身體自由者申訴。對將來修改刑事訴訟法之立法家，爲未來之刑事被告請命。近來立法者對於刑事訴訟法第一百零一條同法第七十六條之規定，認爲不滿意者，必大有人在。所以實驗地方法院辦理民刑訴訟辦法，關於羈押刑事被告一點之規定，已大有改進。試抄錄該辦法第三十一條如左。

實驗地方法院辦理民刑訴訟辦法第二十一條 刑事非有不能其保，責付，限制住居，或其他必要情形，不得羈押。

按該條文用消極方式之文字，保障刑事被告之身體自由，似乎比較刑事訴訟法之條文，已覺進步。但以筆者看來，「其他必要情形」六字殊太籠統而富於伸縮性，推其弊之所至，將與「之虞」二字相同，所以筆者猶以爲未足。

說者謂公務員濫用職權，逮捕或羈押人民者，依照刑法第一百二十五條第一項爲濫職罪之一種。所以刑事被告如不當逮捕或羈押而聞官濫予逮捕或羈押，儘可引用該法條對官起訴，如此就可以救濟刑事訴訟法之窮，而伸被害人之冤。可見得當時立法家並未忘情於刑事被告之身體自由而會予以適當之保障。這種說法，在文字上及理論上，似乎說得有理。其實按之實際，盡屬紙上空談。因爲中國人民，素來畏官如虎，吃了冤枉官司出來，已覺萬分悻事。又安敢與頂頭官員在法律上爭一日之短長呢。恐怕自中華民國開國以來，那種案件，還未發生過一次。那麼，這個刑法條文，又豈不是仍然爲一種具文。

按照英美刑法罪名大概分爲三種。一爲叛逆罪 Treason，二爲重大罪，Felony 三爲輕微罪 Misdemeanor。除犯叛逆及殺人放火強盜罪外，其餘犯人經傳喚或逮捕之後，都可取保釋放。而且犯人出庭之後，辯護律師與法院第一件應辦的事，就是商酌保額。對於人民之身體自由，可謂鄭重已極。因爲他們警察制度的完備，偵查手續的迅速，與夫保證制度的確立，所以犯人交保之後，絕少逃亡及湮滅證據及勾串共犯情事。現在吾國不於這一點上努力改善，純以嚴酷之手段

，對付刑事被告，太爲不智，亦太爲不公。

所以筆者意見，中國刑事訴訟法，應予修正之點，不勝枚舉。但最應亟予修正的條文，就是關於羈押一章。除犯叛逆殺人放火擄贖等罪名者外，其餘諸犯人應有絕對請求保釋之權，法院不得駁回。如此以後，人民之身體自由，在司法階段下可有適當之保障，才可以談法治，才可以談憲政。願以此文貢之今日之立法界與司法界而爲共同的研究與探討。

論司法形式

抗戰勝利，快將到臨，改良司法的聲浪，漸漸震入耳鼓。舉凡法律應怎麼修訂，法院應怎麼推廣，司法人才應怎麼培養，法官待遇應怎麼提高，司法經費應怎麼籌畫等問題，都有人在詳細研究詳細探討中，誠屬可喜之事。但是關於司法形式一點，却少有人注意討論，未免是掛漏一，所以筆者很願借這機會檢討一下。

不論何種制度，精神與形式，都是應該同樣注意的。譬如一個軍隊，勿論步伐怎樣整齊，槍法怎麼嫺熟，武器怎樣精良，精神訓練怎麼嚴實。但他們的營房，要怎樣的整潔。操場應怎樣的合式。制服裝備要怎樣的雄壯，凡是知兵大員，都要與其他項目同樣注意。所以吾對於改良司法形式一端，亦有相同的感想。吾國司法自從抗戰以來，在素質及精神方面顯有退步，乃無可諱言的事。但在形式方面，其退步尤較素質及精神爲甚。倘然不加以注意，與改革，就不能表裏如一，收司法改良之最大效果。吾所談的形式改革，不是說中國法院，就應該造起華麗高大的洋房，一切裝修設備，都應該摩登化合於其他文明各國法院的標準。不過求在現在情況之下，調整修理，做到整齊嚴肅四字，已足滿目前人們的希望。今且就以下幾個問題，略爲討論，

(一)關於法院的形式，(二)關於法庭的形式，(三)關於司法人員制服的形式。

(一)關於法院的形式 立法行政司法，爲國家三大政權，但司

法權最普及於全國，亦最與人民有深切之關係。所以人民對於司法機構，須有絕對的信仰及尊敬之心。而在法院自身方面，除在精神上充分之表現外，其在形式上，亦須整齊嚴肅，望之儼然，引起人民一種信仰及尊敬之心。但看到現在各地法院，都是因陋就簡，破敗不堪，廳封滿地，蜘蛛垂網，桌椅亂置，筆硯不全，甚至廁所不修，氣味觸鼻，其整飭與嚴肅情形，遠不如都邑之城隍廟與土地堂。各色人民，往來如梭，毫無秩序之可言，問官及其他人員，決不遵守時刻。當事者若要訊問一事，各負責者都不負責任，茫然莫知所屆。收發處對於投狀的人，一團冷氣，多方挑剔，鄉愚要問究竟，就遭到了破口辱罵。往往因之耽誤時間，喪失上訴或抗告期間。暑天辦事期間，赤身露體全然不管自己的身份與地位。辦事鐘點已到，尚未就位。辦事鐘點未過，即已離座。開庭時刻，雖有規定，當時人律師及證人，雖然準時而到，而庭上尙闕無一人。往往候至二三小時，猶無音訊。退庭之後，法警庭丁，魚貫而出，需索陋規，少有不遂，辱罵隨之。凡此種種，吾決不言過其實，而有侮辱法院的意思，實爲今日多數法院之實在情形。法院在如此情形之下，欲求人民信仰與尊敬，自然將如緣木求魚。吾今日所希望於法院形式之最低條件，只須外觀要其樸素，內部要其清潔，辦事要準守時間，對付當事人證人，要有禮貌，辦事要有秩序，一切弊規陋政，要其革除。這都非經濟問題，而爲人事問題。個個法院都可無需增加司法經費，而立時可以辦到的。司法當局易加之意。

(二)關於法庭上之形式 講到法庭上之形式，吾最先想到的，就是問官律師當事人的位置問題。照現在佈置方式，吾都認爲不合實際情形，而且違反民主精神。按照現在佈置，問官高坐台上，當事人面向法台，站在台下之中間。原被告律師座位，遠退在當事人背後的兩旁。問官問供，當事人尙可以聽得明白，但律師聽來，就不大仔細了。至於當事人的口供，問官或可以聽得明白，律師則以面向當事人的背的緣故，就不甚了了。律師與問官間的講話，因爲雙方距離太遠

，就格格不相入，難有如響斯應的效果。又法官律師俱有座位。訴訟當事人，不論刑事民事，都須站立聽訊。如遇到重大案件，訊問時間，或有三四個鐘點，當時人倚身體孱弱，或罹有疾病，就要精神不濟，患慮恍惚。民事當事人未曾身犯國法，不應擲此虛政。就是刑事被告案未判決，亦屬無辜平民，不應予以精神上及身體上之苦痛。此種方式，係沿習專制時代之虛政，不合於民主潮流，而亟宜大爲改進。改進之道，法官台前應置長桌，桌後分設原被告律師座位。面向法台。距離不宜過遠，以免彼此聽聞不詳。不論民刑訴訟之當事人，亦應爲之設座，至少爲之設一站立之箱可以站立把手，免得久立困頓。其位置應在法台之左或右，適在問官座台與律師座位之間。如此則不論何方發言，其餘三方，都可聽得見，看得到。豈不較現在佈置，合理得多麼。第二審事體，吾常想到的。就是推事檢察在法庭上失態的事體實在太多了。譬如法官訊問公訴案件，檢察官常常缺席，直到辯論時候，始由庭丁催請，忽忽而來，發了一言兩語之後，就忽忽而去，間或有始終蒞庭的，不在庭上閱讀其他案卷，就在庭上大打一睡。凡在合議庭之陪席推事，亦有同樣弊病。那種懈怠狀態，言之殊令人嘆息。吾希望職司權的人們，都應澈底革除才好。

(三)關於司法制服之形式 司法人員的制服，亦爲司法精神表現的一種。觀瞻所係。甚爲重要。吾國官員制服，在古時最爲考究。所謂「漢官威儀」，就爲外人所豔稱。英國法官，到了今天，猶沿帶中世紀習用的假髮。大陸國家的法官，穿着大紅色的法衣。其用意都爲表示司法的莊嚴，以引起人民尊重司法之心。吾國自適用新法院成立後，亦少有改革。但以筆者看來，現在法官律師檢察及所穿的服制，一律統用黑色，不過在各級法衣之披肩上，分別綴有青紫白各色，以示區別。而且製法不一，原料不一，顏色亦無標準。以致人自爲政，參次不齊，殊屬有妨觀瞻，不足以表示司法之尊嚴。尤不合理的，就是現在法官律師所帶法帽，式樣，其式樣爲平頂，圓形，另加硬板遮

陽鴨舌，與警察帽相仿。那種法帽制定以後，一般法界同人，多嫌其不合實用，有礙觀瞻，所以多廢棄不帶。法庭之上，盡是光頭禿禿，如在春夏之季，亦無所謂，到了隆冬天氣，就不勝其寒。因之有幾位推事，居然帶着絨絨所結之和尙小帽，出庭審事實在太不像樣了。軍警各界，帶有鴨舌遮陽之帽，因其常在戶外工作，且有打靶練習。法

界人員工作，與他們本不相同，為何採取此制，殊難索解。所以爲壯觀瞻起見，筆者之意，應請司法當局參酌中外古今司法制服，另行制定各級司法制服，制帽以莊重而不失之威猛，絢爛而不失之奢侈爲主。然後耳目一新，司法精神，亦必爲之一振。幸讀者勿以此爲皮毛之談，不值注意，有關中國司法前途，亦非淺鮮。

人物

海爾密克博士

我們和美利堅合衆國之間的傳統的友誼，雖已保持了好久，但真正的密切的合作，却還祇是近三四年中的事：爲了要增加這種合作以能採取的效力以及樹立他日永久的合作的基礎起見，中美兩國的需要彼此深切認識，深切瞭解，實爲當務之急。所以我們對於羅斯福總統的遣派衆議員孟斯斐爾特氏來華研究我國現時財政經濟的狀況以及美國國院的指派法學專家海爾密克博士來考察司法行政，懷特博士的考察文化事業等等，都願意表示衷心的歡迎，以及無上的欣慰。

海爾密克博士的大名對於一般國人恐怕是很生疏的，但在中國司法界裏，却是一位熟知的好友，因爲他不但曾在中國担任美國按察使署的按察使達八年之久，而且還是我國著名的法律專門學校「東吳法學院」的老教授。記者雖然不是法律界中人，然而對於海爾密克博士，却也仰慕已久了。

海爾密克博士的全名是 Milton John

Helmick，現年五十九歲，美國新墨西哥州人，生于聖洛易士，那時他的老太太正好在這鄰近密西西比河的城市中作客。他從司丹福大學和鄧佛大學先後畢業以後，曾在本鄉（新墨西哥州）担任檢察長，並任該州法院推事。一九三三年被派到中國，任按察使，（以後改稱美國駐華法庭庭長）往來于北平上海、漢口各地，審訊有關美僑的案件，直至一九四一年珍珠港事件爆發爲止，其後美日雙方換外交官員，他才重返故國。現任美移民案件上訴局局長。他是民主黨員，和羅斯福總統私交甚厚。

海爾密克博士在上海的時候，曾兼任東吳法學院教授頗久，講的是「衡平法」和「憲法」所以他和前東吳法學院院長吳經熊博士，現任院長盛振爲博士以及現任重慶法院院長查良鑑博士等，都是多年的老友。

談到他此來的任務。他的答復是非常謙虛的。他說他這一次來的目的是要研究中國的法律，過去他在當按察使時代雖然也在中國，但所用爲審判根據的全是美國的法律，只偶然有機會看到中國法律的一鱗半爪，所

以這一次想全部研究一下。至於美國國務院的所以指定他担任這個使命的緣故，據他自說只是爲了他比較熟悉中國情形而已。不過我想，這與他的充分的學養總也不致沒有關係吧？

他大概將在中國逗留三個月，其中大部份的時間當是在重慶，但成都和昆明兩處，他也打算去看。

談到法律這一個字，海爾密克先生有一段很透澈的高論：

「我說法律是最重要的，這話好像有些自高身分，當新聞記者的總說新聞事業最重要，當醫生也必然說衛生事業最重要。但實際上法律確有它的重要性，一切才智，學術以及事業的運用與發展，如果沒有法律做一種控制的工具，便易於脫離正軌而走向岐路上去。」

所以，他認爲將來戰事結束以後，不但中國本國以及其他各國本國的法律都需要有一番適當的改善，便是國際公法，也應該酌量修正；而這些都應該是在今天起就開始準備的。（摘去年十二月時事新報蕭金作）

中國法律的回顧與前瞻

余明厚

(一) 引言

法律為社會生活的要素，因某時代社會生活的存在而存在；為社會生活的尺度，應某時代社會生活的變動而變動；又為社會生活的反應，隨某時代社會生活的進展而進展。故時代不同，法律的精神亦異；社會生活的方式變更，法律亦隨之變更。同時法律又為一民族一國家道德、宗教及傳統的生活方式的具體化。故國情不同，法律亦隨之不同。適合於甲國風土人情的法律，必不盡適合於乙國的社會。我們可以說，世界上無一部能完全適合不同時代及不同國度的法律。優良的法學家即是在明瞭法律與各個時代社會生活的關係，以求適應客觀環境和人民需要，隨各個時代社會生活的變遷，制定新的法律，或修改固有的法律，使法律與『時代趨向』『社會生活』『國家環境』三者互相契合，而不致發生脫節現象。以達到適應社會的變遷，維持社會的安定為目的。

中國法律的『存在』『變遷』與『進展』，是否與『時代趨向』『社會生活』及『國家環境』互相契合而未發生脫節現象呢？在未說明此問題之前，吾人不得不一述中國法律的成長與發達的經過。

(二) 儒家思想支配下的中國法律

中國在清末變法以前，大體說來，在政治上是以儒家學說為中心的君主專制；在經濟上是以農業為基礎的封建國家；在社會上是以家庭為本位的宗法社會。三位一體，直接間接助長中國各種制度的成長與發達。中國歷代法制都是儒家思想的表現，亦是儒家思想能够反映客觀環境適應人民需要的當然結果。春秋時代，百家爭鳴，法家學說，雖然曾經一度大放光芒，但與『時代趨向』『社會生活』『國家環

境』互有出入，故自漢武帝表章六經，罷黜百家，獨崇儒學後，中國思想界的領域幾乎沒有各家插足的餘地，儒家學說遂支配中國學術思想政治制度至兩千多年之久。法律與人民生活息息相關，故其受影響也最大。欲知儒家思想在中國舊有法制的哲學基礎，必先瞭解儒家思想，儒家思想的骨幹可說有左列幾種：

(一) 以義務為本位，所以家與國相交，常懷『濟弱扶傾』，『繼絕世舉廢國』的抱負：人與人相處，常有『己飢己溺』『己欲立而立人，己欲達而達人』，『先天下之憂而憂後天下之樂而樂』的風度。惟其重視義務，所以義利之分非常清楚，孟子見梁惠王劈頭便說，『王何必曰利，亦有仁義而已也』。董仲舒更謂『正其誼不謀其利，明其道不計其功』。十足表示反對功利主義。

(二) 以家庭為本位，儒家一向重視家庭。大學曰：『欲治其國，先齊其家』。孟子曰：『天下之本在國，國之本在家』。古代『祀』與『我』為國家的兩樁大事，『不孝有三，無後為大』更為儒家的信條，其他一切養生送死之道，無不以家為出發點。

(三) 別階級之分，易繫辭『天尊地卑，乾坤定矣；卑高以陳，貴賤位矣』。階級森嚴，不尚平等。在政治上有公王公侯伯子男等爵位之分，在社會上有士農工商之別。所以孟子有『勞心者治人，勞力者治於人』的話。

(四) 崇禮尚義：論語：『道之以政，齊之以刑，民免而無恥，道之以德，齊之以禮，有恥且格』。又曰『禮樂不興，則刑罰不中，刑罰不中，則民無所措手足』。孟子曰『生，亦我所欲也，義，亦我所欲也，二者不可得兼，舍生而取義者也』。荀子更說得澈底，他說：『禮起於何也？人生而有欲，欲而不得，則不能無求，求而無度量分界，則不能無爭，爭則亂，亂則窮，先王惡其亂也，故制禮義以分

之，以養人之欲，給人之求，使欲必不窮於物，物必不屈於欲。兩者相持而長，是禮之所起也。故禮者養也」。崇禮尚義，為儒家思想之主體，亦是影響中國法制最大的部份。

(五) 嚴格干涉，個人的行為，在「禮」治約束下，無自由可言。男女有別，長幼有序，君臣、父子、夫婦、兄弟、朋友之間，皆有一定分界，起居飲食，應對進退，皆不得超越一定的常軌，偶一放縱，即受社會的指摘。而不見容於社會。

(六) 天人觀念一貫：書曰：「民之所欲，天必從之」。又曰：「天聰明，自我民聰明，天明畏，自我民明畏」。董仲舒曰：「國家將有失道之敗，而天適先出災眚，以譴告之。不知自省，又出怪異，以警懼之。尚不知變，而傷敗適至」。又曰：「天道之大者在陰陽，陽為德，陰為刑。刑主殺，而德主生。故陽常居大夏而以生育長養為事，陰常居大冬而積於空虛不用之處，以見天之任德不任刑也。天使陽出布施於上而主歲功，使陰入伏於下而時出佐陽，陽不得陰之助，亦不能獨成歲終，陽以成歲為名，此天意也。王者承天意以從事，故任德教而不任刑。刑者，不可任以治世，猶陰之不可任以成歲也。為政而任刑，不順於天。故先王莫之肯為也」，此皆儒家以陰陽五行闡明天人交感的道理。

此種思想影響於法制的結果，重義務則不重權利，故法制的精神，在使人如何善盡義務，而不擲取權利。以家庭為本位而不以個人為本位，表現於法律上者，如婚姻制度，廢妾制度，宗祧制度，喪服制度，連帶負責制度，親屬間互相隱忍，誅族連坐，違反倫常加重刑及親老廢疾有扶養的義務等制度。階級森嚴，則無平等。所謂「刑不上大夫」「禮不下庶人」，皆是此種思想的表現。崇禮尚義則反對鬥爭，故多以調解方法，消弭爭端，非萬不得已不進行訴訟。孔子曰：「聽訟吾猶人也，必也使無訟乎」，所以對於「聽訟」「任刑」皆有憎厭之意。嚴格干涉則無自由可言，法律與命令根本沒有區別，在上者的命令就是法律，所以君要臣死，不得不死，父要子亡，不得不亡。

毫無自由反對的餘地。天人觀念一貫，認為春夏均不宜動大刑，為後世「秋審」及秋冬始能行刑的來源。總之德治，禮治，人治，三者合一是儒家最高的理想境界，法治不過輔助此三者之不足而已。到了「老有所終，壯有所用，幼有所長，矜寡孤獨廢疾者皆有所養。男有分，女有歸。貨惡其棄於地也，不必藏於己，力惡其不出於身也，不必為己。是故謀閉而不興，盜竊亂賊而不作，故外戶而不閉」的大同世界，法律簡直可以以不必要。中國的法制自李悝的法經始，經商鞅改法為律，蕭何增為九章之律，越、魏、晉、宋、齊、梁、陳、至北齊、隋、唐、宋、元、明、以迄大清律例，其間雖經多少改革或增減，然皆一貫的承受儒家的學說，可無疑義。

(三) 西洋法律的輸入

儒家思想支配下的中國法治的基礎，到了滿清末葉逐漸發生動搖，隨着西洋法律的輸入，中國舊有法制也失其本來面目了。此種變化，並非突然發生，實有其內在的與外在的原因在：內在的原因，是舊法制本身已不適合當時客觀的環境，此種顯示，自從海禁大開與世界交通以來，尤為彰著。原來歐洲自工業革命後，機器工業代替手工業而起，進行大規模生產，生產技術，由粗而精，生產數量由少而多，生產成本，由高而低。人民的生活，社會的狀況，由簡單趨於複雜，造成實古未有之奇變。可是中國仍固步自封滯留在君主專制的農業社會裏，故東西一接觸，即感覺此種封建政治農業社會的舊法制，不足以賴民主政治思想的，自由主義的，個人主義的新興法制相抗衡。故外人勢力愈侵入，舊有法制的弱點愈暴露，愈覺有改革法制的必要。外在的原因，可說是為了收回領事裁判權而起。有清一代，政治腐敗，國防廢弛，在列強侵略之下，造成了繼續不斷有加無已的國恥，淪中國於次殖民地的地位。隨着不平等條約的訂立，各國先後在華獲得領事裁判權。從此中國的司法權被破壞，中外人民交易往來不復有平等地位。影響國計民生，莫此為甚。當時列強不放棄領事裁判權，唯

一的理由，認為中國的立法方面及司法方面，皆未達到他們理想的程度，於是朝野上下，一致主張變法，要求變法，以謀收回領事裁判權，踏中國於世界文明國家之林。變法結果，一切法制，無論在形式上或實質上，不是直接取之於日本，便是間接來之於歐西，不管與中國實際的政治經濟社會狀況適不適合，一味盲目吸收，此種舍本逐末粉飾表面的工作，使中國法與中國史脫了節，中國法與中國社會不發生關係。如果時代的趨向，君主專制之後，必為民主政治；法治思想必替代德治、禮治、人治而起；如果社會生活的進展，農業社會之後，必為工業社會，中國舊法制的變革，實是應走的道路，並不值得若何驚異的。

(四) 現行法律的檢討及將來的瞻望

中國自北伐以後，已經完成不少優良的法典。但嚴格說來，仍未脫離創造時代，法令紛繁，難於究詰，單以名稱來說就有、法、條例、辦法、暫行辦法、章程、規則、細則，方案等的不同，不但普通人民難以了解，就是學習律令者，亦感其卷帙浩繁，檢閱不便。其次，以制定法律的機關來說，依照正式手續制定者，固然甚多，而其他行政機關以命令製定法規者，比比皆是。自然法律貴於詳密，但詳密而不切適用，又與其文何異。現行法律非但大多數在小的城鎮不適用，就是在大的都市，也有走不通的地方，有人說：優待出征抗敵軍人家屬條例，立法者只站在出征抗敵軍人家屬的立場上着想，萬一出征抗敵軍人家屬彼此間發生糾紛，則相抵相銷，歸於無用。且此條例既名曰優待出征抗敵軍人家屬，顧名思義，自應以優待出征抗敵軍人家屬為第一要義。但「征人在出征期間，無論女方持何種理由，不得擅行離異」的訓令，似乎太過於硬性，假如男方已經生死不明，或已另行結婚，或遺棄等情事，無論女方持何種理由，不得擅行離異，此與優待出征抗敵軍人家屬立法的本意顯係不合，直可謂虐待出征抗敵軍人家屬，有何優待可言？又本年七月十八日公佈的保障人民身體自由辦

法，其第二條「各機關依法逮捕人民，經訊問後，如認為誤行逮捕，或嫌疑不足時，應立即釋放，不得經取保手續，如認為非屬於其管理權者，應於二日內，移送於依法有管理權之機關核辦」。查中華民國訓政時期約法第八條，五五憲章第九條，均規定至遲於二十四小時內，移送審判機關審問，或移送該管法院審問，憲法為國家根本大法，此種規定縱然有很大的理由，如非常時期交通困難等，但可想其他方法如扣除在途期間等，以資救濟，萬不能與憲法的規定相衝突，以致貽笑大方，其他法規，或條文規定不適合中國固有的傳統觀念，或條文編列大有值得考慮的地方，恕不一一列舉，我們總希望有個整理和改進的機會。

中國法律過去既如此，現在又如鈔，將來如何建立？這實在是個很大而牽涉很廣的問題，不過法律不是憑空產生的，一定有它的時空性在，換言之，即法律要順應時代的趨向，要適合實際的環境，本乎此來討論將來法律的建立問題，或許不會落空，由現在的趨向，以及全國的輿論，政府的意志，人民的願望看來，中國必走的道路，一定是由德治禮治進入法治的民主政治國家，一定是以農業為基礎的工業化的國家，一定是由家族主義，宗族主義擴大而為國族主義的國家，國家的道路既然如此，法制的傾向自亦隨之，何以中國的法制須由德治禮治進入法治？因為中國的法治，向來是以德化為本位的，法律不過是濟德化之窮，中國社會裏有許多法律不能解決的問題，在德化的領域內，可以得到解決於不知不覺之間，甚至有時隱忍不問，委曲求全，消弭大患於無形，防制巨禍於機先，儒家深知「禮禁未然之前，法禁已然之後」。所以能維持中國大一統的局面至數千年而不墜，我們不能不歸功於禮治，歸本於德化。所以今後建立新法制，對於禮治德治的真精神，以及在法制史上的地位，應予以鄭重考慮。何以中國法制須以農業為基礎達到工業化的原則？因為中國是以農業立國，現在百分之七八十以上的人口還是農民，雖然工業已漸萌芽，但只限於大都市，都市以外並不多見，有之，亦不過附屬於農業的手工藝

造而已，自然二十世紀是高度工業時代，究竟工業的基礎在農業，農業不發達，原料供給必受影響，原料的供給成問題，工業亦無法進行大規模生產，所以國父手訂的民生主義，即揭示「平均地權」「節制資本」兩大原則，實業計劃主張發展糧食工業，衣料工業，居住工業，行動工業，印刷工業……皆是觀察中國實際的社會環境，順應世界潮流，給予國人的寶貴指示，農業生活下的法制，與工業生活下的法制，至少有相當距離，如何縮短距離，使時代與國情均能顧慮周到，這是將來建立法制應該注意的，何以中國法制須由家族主義宗族主義擴張到國族主義？因為中國最堅固的團體觀念，就是家族觀念和宗族觀念，由上面所述的儒家思想，以及家族宗族在現行法制的地位，即可窺見一般。但家族觀念和宗族觀念發達的結果，國家民族思想

國際法與戰爭

關肇昕

國際法的存在常為一般人所懷疑，尤其是在戰爭時，國際法的存在更被人認為是一件矛盾的事，然而我們只要將國際法鼻祖格老秀斯(Hugo Grotius)的名言稍加研究，即可知國際法的作用在謀國與國之間的共同利益，那麼平時可用國際法謀國與國之間的共同利益，則戰時又有何不可依法謀各國的共同利益？格氏在其名著「戰爭及和平法」一書內曾說：「一國之法律，意在謀一國之利益，故國際之間，亦必有其法律，其所謀圖者，非任何國家之利益，乃各國共同之利益也。是法也，吾名之曰國際法。」因此國際法的目的不但在維持國際社會的秩序和安甯，防止不必要的戰爭，且當戰爭爆發時復節制之。國際法的前輩學者金提里斯氏曾謂：「戰爭不是諸國民的常態，與其互訴干戈，莫若以外交的談判及會議，仲裁及其他和平手段而解決其紛爭。」所以國際法如果發展到完善的境界則國際間的爭議全可以用和平而合理的手段去解決，那麼一切的國際戰爭，自可避免，國際法

汨沒。所以國父在民族主義主張將中國固有的家族團體和宗族團體擴大而為國族團體，即是欲利用此種組織，一級一級的放大，改良當中的組織，聯合成國族，以補救時弊的結果。將來新法制必會放棄以「個人為本位」「以家為本位」的狹義思想，但家族宗族在中國社會組織上，已有根深蒂固的基礎，所以我們不可忽視的。

(五) 結論

綜上以觀，中國將來新法制的建立，不但順應時代的趨向和適合國內實際環境，而且充分表現着三民主義的精神和實現三民主義的理想與目的，當茲抗戰勝利在望之際，吾人宜如何急起直追，以迎接此偉大時代的來臨，唯我有志於法學者共圖之。

在國際社會中的重要由此可知了。

國際法雖然盡量防止戰爭，可是同時在國際法的觀點上說，並不絕對禁止戰爭，而認為戰爭也是國際法關係上的一種狀態，且使國與國之間發生一定的權利義務，因此國際法並不因戰爭而失去法律的價值，亦不因發生戰爭而失去作用。格老秀斯曾說：「人有恆言，戰爭中無法律，斯言最不足信，戰爭之作，正所以維持法律，故戰爭之事，亦宜以合於法律及誠意為限。」(一)現代國際法專家摩爾(Moore)及奧本海(L. Oppenheim)諸氏亦力主是說，摩氏謂：「戰爭一詞，不是指單純的使用武力，而是一種法律情形之存在。」(二)奧氏謂：「當戰爭之際，國際之和平關係一律破裂，然彼此之間，尚有其法律上之義務在，由是可知，戰爭實受國際法之節制，而與國際法並不衝突。」又謂：「戰爭本非國際法所禁，縱雙方決意開釁，然國際法中之戰時及交戰國與中立國之法例，仍須一一遵守。」(四)

且國際法中所謂陸戰法規，海戰法規，甚至空戰法規等等，考其原始，不外由歷代交戰國的慣例積漸而成爲法律，並非什麼紳士世界中蒙着人道主義的假面具的把戲，乃是有實際的作用和需要。我們試讀蓋納（J. Garner）教授的巨著「國際公法與世界大戰」（International Law and the World War），即知各國於上次大戰時皆不敢爲所欲爲，使一般無辜人民所受的損失減少到較低的程度，減少戰爭的殘酷性，且違法國必定辯明自己的行爲並不違法。例如德國破壞比利時中立時，解釋爲謀自保之故。於一九一五年施放毒氣，則解釋爲法軍先用毒氣，自稱爲報復行爲。又當其擊沉商船露西坦尼亞號（Lusitania）時，又稱爲懲戒行爲等等，這都是國際法力量的表現。

因此我們可以說戰時國際法的主要作用是承認各主要國在均得訴諸戰爭的前提下，規定戰爭的行爲，使交戰國家互相遵守，使戰爭不至發生不必要的殘忍事件。因爲戰爭的目的只是在使敵國完全降伏，戰爭的手段是在破壞敵人的戰鬥力。因此如殘殺傷兵及非戰鬥員等等不必要的行爲都在限制之例。奧本海氏曾列舉戰爭法的三大原則，即：（一）交戰國爲實現其戰爭之意旨——即勝敵——起見，得施用任何種暴力。（二）凡屬非必要之暴力，皆爲人道主義所不許。（三）攻守兩方，彼此互相尊重，務求合於公平之原則。（五）不過時常因爲交戰國間的見解不同，適用時還是沒有確切的標準；同時交戰國如

從保障人身自由談實施憲政

（一）引言

近來要求實施憲政呼聲日益高漲，察其原因，不外由於實際之需要，與適應世界之民主潮流，去歲十一中全會且有「於戰爭結束後一年內召集國民大會制定憲法而頒布之并由國民大會決定其施行日期」之決議案，足見全國上下，對憲政實施期待之殷，然憲政實施，千緒

果違犯戰爭法，則制裁的方法，除報復或以報復相威脅外，別無他法，誠是國際法的一大缺陷。

縱觀上述，我們不能不承認國際法並不十分完善，然而世界上並沒有一個絕對完美的法系，否則其所統治的社會將停止進步。因爲法律的目的，即在糾正人們的行爲，如果沒有人需要糾正，則此法律也沒有制定的必要，而人們的行爲不能再改良，自然無進步可言了。總之，國際法還是法學中一個比較幼稚的分枝，在理論或原則方面都有待我們繼續不斷的努力研究，我們不能因爲戰爭或有違法的情形而忽視了國際法的價值。奧本海氏曾強調的表示過：我們不能因違法而毀法；違法更不能表示是法的全部瓦解。惟有尊重國際法圖謀國際社會利益的精神，培植國際社會的守法習慣，以期國際法的改善，消滅戰爭，建設永久和平，這才是我們今日的使命。

（完）

（一）A. Gentilis: De jure belli.

（二）H. Grotius: De jure belli ac pacis.

（三）B. Moore: A Digest of International Law.

（四）L. Oppenheim: International Law.

（五）全上

（六）P. H. Winfield: The Foundations and the Future of International Law.

熊鈍生

萬端，決非短期所可完成，吾人鑒於時勢之需要，應擇其首要者，先予實行，而後循序漸進，庶幾達到完全民治之目的。

抗戰以來，國內各地，多罹戰災，紛亂情形，自與承平時代迥然不同，以是執行司法，頗受阻礙，更以奸盜叢生，於是特別法令增多，軍法範圍，大加擴張，此固政府在戰時適宜之措施，但實行日久，弊病由此滋長，諸如機構複雜，各自爲政，下級人員，濫用職權，捕

押人民，久禁不放等等，不一而足，當局雖三申五令，無如貫徹不易，惡例尙存，人民身體自由，毫無保障，影響政府威信甚鉅，值此勝利即將來臨，墨國一致要求實施憲政之際，對於人民身體自由，應有確切之保障，殆無異言。

(二) 保障人身自由制度之由來

人身自由爲人身最基本之自由，蓋如喪失人身自由則又何從談及其他自由，一般國家憲法，對此皆有類似之保障規定，茲先就其意義，約略分析如下：

(A) 任何人民非觸犯法律禁止之行爲，不受任何處罰，即「法律無明文不爲罪」之原則，雖專制國家常因個人之意志或命令而處罰人民，惟現今一般民主國家則將「無律文則無刑罰」之原則在憲法中列有專條，以示慎重。

(B) 人民即使觸犯法律禁止之行爲，亦必須由有權處罰審問之機關審理，如設立臨時或特別法院以行使審問處罰權者，則仍構成侵犯人身自由之行爲，各國憲法亦多有明文規定。

關於人身自由保障之說，源自英國，公元一二一五年大憲章(Magna Charta)第三十九條規定「除依審判官合法之判決，並根據法律外，無一自由人得被逮捕拘禁或褫奪其財產公權與自由，或置諸法律保護以外或放逐他國，或受此類似之壓制與蹂躪，又除依法律外，不得審訊任何自由人，或判決其罪刑」。據此規定，人民如爲任何人拘禁，其本人或任何他人俱得向高等法院(High Court Justice)請求頒給一紙命令，命令監禁者移交法院審查其監禁理由，此種命令即所謂出庭狀(Writ of Habeas Corpus)。法院審查後，認爲無拘禁理由，自即釋放，否則當依正常法定手續進行審判，英國國會並於公元一六七九年，通過出庭法(Habeas Corpus Act)此種法治制度，相沿至今，爲各國所採用，我國亦於民國二五年立法院公布之「五五憲章」中第九條對此有詳盡規定云：「人民有身體之自由，非依法律

，不得逮捕，拘禁，審問，或處罰。

人民因犯罪嫌疑，被逮捕拘禁者，其執行機關應即將逮捕拘禁之原因告訴本人及其親屬，並至遲於二十四小時內移送該管法院審問，本人或他人亦得聲請該管法院於二十四小時內向執行機關提審，法院對於前項聲請，不得拒絕，執行機關對於法院之提審，亦不得拒絕。

(三) 保障人民身體自由辦法中有逮捕權

機關之商榷

最近政府頒布「保障人民身體自由辦法」全文凡九條，係行政院，軍委會等機關根據 蔣主席指示原則，斟酌戰時實際情形而制定，其內容大略爲「凡有檢察審判職權機關非依普通或特別法令，不得逮捕，拘禁，或處罰審問人民，其有受私人囑託，擅自逮捕者，更屬非法行爲，尤應嚴予禁絕」。其目的則爲使人民身體自由得有保障，此辦法業於本年八月一日起施行，吾人實應感佩政府保障人民之賢明措置至於有權逮捕機關則政府尙未明令公布，但應不外下列二種：

(甲) 在法院審判方面言，依刑事訴訟法第二〇八條規定，下列各員於其管轄區域內爲司法警察官，有協助檢察官，偵察犯罪之職權。

(1) 縣長，市長，(2) 警察廳長，警務處長，公安局長

(3) 憲兵隊長官。

但原歸軍法審判，現經政府移歸法院審判之特種刑事案件則應依新頒布之特種刑訴條例(立法院第二五〇次會議通過，三十三，一，十三公布定於三十三，十一，十二，施行)用特別審判程序辦理，以求簡單迅速結案。

(乙) 在軍法審判方面言，凡軍人犯普通刑法或其法律定有刑名之罪者應依海陸空軍審判法之規定審判之，故軍專檢察官，憲兵，司法警察及警察對於現行犯之軍人得逮捕之，但除軍事檢察官外，其餘人員逮捕現行犯之軍人後應迅速送交軍事檢

察官或其長官，軍事檢察官或其長官實行檢證處分後，應將被告事件依海陸空軍審判法第二——二三條之程序行之，即犯刑法者報告於長官，犯違警罰法者送交該管官署，如管轄錯誤，軍人應送交軍事檢察官，非軍人則送交該管法院檢察官，屬於高等軍法審判者分別呈報總司令部，軍政部，海軍部，其他如衛戍總司令部，保安司令部等依法亦為有權逮捕之機關。

(四) 數點建議

- (1) 嚴格劃分軍法審判與法院審判之範圍——世界各國法律對於軍法審判範圍向極狹窄，即於戰時，亦莫不如此，須軍人犯法，始由軍法審判，除此以外，幾均為法院審判之範圍，我國司法，似應倣此制度嚴厲執行，而達司法一元化之目的。
- (2) 提高司法尊嚴樹立司法信用——中國歷來對於司法尊嚴，並不重視，考其原因，率為當局者常以命令變更法律，影響司法尊嚴，相沿已久，社會對於司法，亦失信仰，以致造成今日徒有其名而無其實之局勢，吾人為實施憲政，首應健全司法制度，樹立司法信用，故命令可否變更法律，實一極嚴重之問題，惟中外學者，均以為命令不可變更法律，其所持理由約有下列諸點：

A 安定社會秩序——法律之目的，即為安定社會，因其性質，較為固定，一般人民樂於遵守，倘命令可以變更法律，社會必致不安，而入於紛亂狀態。

B 保障人民權利——法律對於人民權利，給予保障，倘法律為命令所變更，則人民權利，易為剝奪，既無權利，義務必受影響，對於社會進步，有極大之阻礙。

C 可免形成專制政治——如命令可變更法律，則行政機關，每圖一己之方便，變更法律，使不受束縛，於是民治政治

從保障人身自由談實施憲政

漸趨沒落，而形成專制政治。

惟現今國家職務繁多，立法機關，制訂法律，手續繁重，以是法律不合時代潮流，亦係常事，吾人一面應維持「命令不得變更法律」之原則，一面則應採用適當辦法，俾雙方得以兼顧。

- (3) 法院司法人員本身之改進——刑事審判權之有若干部分劃歸軍法審理者，不無原因可尋，緣中國法院，每量刑從寬，執法者輒扭於「救生不救死」之惡習，雖所犯之罪，死有餘辜，亦必從寬處置，貸其一死，於是一般為非作歹之徒，以為法不足懼，實行違法行為，社會道德，因之日益低落，譬諸一刑事案，歸軍法審判，則謂凶多吉少，倘歸法院審判，則謂不足輕重，似此心理，影響法院威信何如？吾人以為一案不當處死刑者，即歸軍法審判，不可貿然處以死刑，反之，一案當處死刑者，則法院不可從輕處理，總之，欲司法一元化，且在逐漸將特種刑事案件由軍法劃歸法院審判之今日，法院司法人員本身之改進，實有必要。
- (4) 切實執行公務員服務法中公務員應負之各項責任——公務員有違反義務之行為時，在法律上須受一定之拘束，是為公務員之責任，大約可分三種，曰懲戒責任曰民事責任曰刑事責任，公務員違反上列三項責任，應受一定之懲戒與賠償，此在公務員服務法中有詳盡之規定，惟我國向有「官官相護」之習慣，如人民被某官署逮捕，實際上該人並未犯罪，而該官署之逮捕，完全出於故意或過失，則依往例，早日釋放，即是幸事，否則拘禁一年半載，無人過問，縱令能向上級機關告發，亦不過開釋而已，似此妨害人身自由，玩忽法令事件，層出不窮，倘不嚴予懲處，則法令依然法令，人身自由終久未獲保障也。

- (5) 儘可能早日施行提審法——「五五憲草」第九條保障人民身體自由之規定，與民國二十六年頒布之提審法，有密切關係

，倘不施行提審法，則該條等於具文，開憲政實施促進會曾促請政府早日實行提審制度，復經 蔣主席指示「以戰時交通通信諸端均極困難，按時移提，恐不可能，故目前澈底實行提審法，委屬窒礙孔多，應予從緩」。云云。但綜觀大局，勝利左券可操，一切皆向實施憲政之途邁進，提審制度為確切保障人身自由，洵為急務之一，實應儘其可能，早日施行。

人民權利的理論與解釋

自然權利為一種力量，有時為改良之設定有時為政策之保衛，試扎述數報章簡語，以見其大概。

「婦女可以出席國會，因婦女，亦同為人類」，「對於勞工之生產，政府不能限制」，「人乃生而自由，國家之手涉必須得其同意」，「奴隸為不公平」，「人有生存權利，故有工作權利，如不能覺得工作國家必須設法安插」。

此均屬自然權利，自然權利說與 *laissez faire* 相同，亦一反政府專制之學說，不論其政府僅能代表人民意志或為民主政體之機構時自然權利說均反對之，上段所摘述均為最佳之例茲特論述自然權利之大概。

先從歷史的背景來述。

Choke 說人類天生權利之存在可在中世紀之權利哲學中發現現在之自然法實其無限價值。

但此僅為最劣之抄襲因傳來之改良反對政府，而以人民自立為主，現代哲學多如其說，在十八世紀，自然權利說為政治上極重要學說如一二七六年美國獨立宣言即抄用法大革命時國民代表會之宣言，認

(五) 結 論

綜上所述，政府為實施憲政之準備，乃頒布與人民有切身關係之保障人民身體自由辦法施行之，循序漸進，憲政成功可期，吾人當應為國家民族前途慶，惟一種制度之實施，欲其達到預期之目的，亦非一紙命令所可竟其功，要在政府人民，共同守法，以法為至高權威，庶幾而後可，爰就管見所及略陳數點建議於上，俾執其事者，有所參考，實幸甚焉。

宋樹元

人之權利生而自由平等此權利為自然的。

有幾點問題需要討論(1) 如果人有平等的權利必須假定人自己可能相等(2) 如人之權利生而自由及平等此些權利屬於個人及獨立於社會(3) 此些權利可在法庭控訴(4) 此些獨立之權利不能為社會意志所左右(5) 國家對人民之管理制裁只能認為係人民所同意之統領，以上數點，容後解釋分明。

一 人類平等說

法國革命宣言並未言人之平等僅言人有自由與平等之權利故法國革命已造成使人平等之心理，慾望與性格，莫斯特氏 J. H. B. Morelman 說社會上平等與政治上經濟上平等，必須見到對於事物極深之平等，所謂極深之平等係指英國人與他國人同樣優良，九世紀時與二十世紀之英國人相等，換言之人不但在事實上相等更對國家之關係亦不改變。

權利說之根據非平等現象實為人類價值之事實不但人在事實上平等更因社會錯綜複雜機械化不得不衡諸於權利，批評者亦認人之平等

與待人以平等有別。

二 與社會劃分之權利

第二點假定是人之權利如無歷史上之存在爲獨立於世，權利乃一人對某事實之要求或他人對此事之禁絕故有權利必有義務。

但人爲社會動物，人之權利義務與他人之關係亦必與社會有極大之關係，上段所述僅爲理想，人之權利義務如與社會脫離正與野獸覓食於荒野相同，故事實上，自然權利一詞乃空名，國家與人民之關係殊密切，實不可分。

所以自然權利說不能存在。Hobbes 說人無天生權利，除非其爲社會之一份子。彼認普天之下皆兄弟也。

三 權利之 A Priori 決定

吾人既知自然權利說爲錯誤，對此權利應爲 *A Priori* 假定，領導人民使其享有權利者惟政府亦即爲國家之行爲，此項權利爲公正的平等的自然的純爲人民自己之福利着想 *Beuthan* 說社會進展依環境而新陳代謝正與個人之平均發展相同，但人類之發展僅能在某時有獨立之權利，其時期依環境而定之。

四 權利爲社會意志之最高者

社會不啻其是否組成國家，在自然權利說僅爲一原子，此原子爲人類意志之代表，權利與義務爲不可分，不能僅享權利而不服義務，但權利義務只須決定權利一方即可，此項權利由大眾認許後即代表社會之意志。

但有一反對說：(1)自然權利說僅解釋個人之權利而忽略大多數意見 *Max Hirsch* 說自然權利說之被反對即爲大多數之權利可左右社會進步，大多數之錯誤可阻礙社會進步但 *Burgess* 教授說自然權利說之存在在認國家與政府同爲一人格，但國家可爲人民權利之最後決定，此決定即指法律之決定而言，決定更有其時效至私法上之決

人民權利的理論與解釋

定則僅屬其一部份，(2)自然權利說決定社會共同意志之權利時不能受領域範圍外之請求如英人旅行非洲見一Hottentot 溺水待斃若不危及其生命時，應有救護之義務此義務，即間接拯救被溺者之權利。

作者有二意見(1)政治是假定社會分子之人類之請求而組織國家，人民可反對政府與其相違之行爲但不能對抗外人。(2)人民對外人之義務只能在在外人權利有關時負責之。

如果上述二節均無錯誤，則自然權利說應爲與公共秩序善良風俗有關之權利，尤以個人之善良爲是，所以 T. H. Green 說價估之標準爲人類價值之理想所謂公共秩序之良好尤以個人之秩序爲主，有一較深之解釋，社會爲人之集合之一部份，而人與社會之關係互爲表裏，社會之良好爲大眾所共同造成。

五 人民之主權

如果有人有自我所有之權利而商於國家時國家行其權利根據受其管轄人民之同意 Locke 說人乃自由平等及獨立者無國家能在未獲其同意時管轄統領之。

論人民之權利學說者公共善良即爲文明社會之同意，如民主政體並非自我政府之抽象權利而係各階級之保證與人民生活之教育價值。

前段揭述二自然權利說，對此二說之批評先視其分別可知（1）人之價值問題由人類平等現象所替代（2）權利之存在不依賴法律之規定，而係欲承認該項權利結果之要件（3）權利之性質範圍，由人民之請求而確定，受時效地域之限制（4）社會意志，不過爲人類意志之綜合，正因社會爲人類所組織（5）所謂共同意志係指個人意志與共同生活有密切關係而被採用者（6）最後政府權力之行使，非以人民同意爲已足上尙需知其服務之目的。

現在解釋上述各點分別由生命，自由，婚姻，土地，工作機會等等，自我政府及各盡己責之權利來討論。

(1) 生命之權利

關於生命之權利先研討刑罰問題，反對死刑者，認國家無權剝削人民生命但此項理論可解為免除死刑規定實為一較難問題。因吾人尚須考察犯人之性格，死之價值，如無死刑將使強盜強盜諸罪犯逃避處罰及刑度之高低均為可討論之問題例如殺人罪之慣行犯是否需要執行死刑，有些學者認死刑之存在，可使人類畏懼而守法，所以政府依人民之公意而確定死刑。

一八六四年英皇家法庭 Royal Commission 認叛亂及陰謀殺人罪之死刑應有限制，如兒童犯之，只能處以輕罪及免除社會刑責，此係巴力門議會第一次之通過案，作者頗贊同此說，彼認免刑應陸續增加，同情於罪犯者更應使其脫罪。

生命之權利是否包括自己本身之生命，英國法律不包括之，自殺不能罪及其子女但 Blackstone 認拋棄自己之生命為侵略生活之特權，雖自殺不受處分但自殺未遂仍應處罰之，拋棄自己生命他人無阻止之義務，但國家應即制止。

(2) 自由之權利

至言自由之權利，須先討論奴隸問題，如果自由之權利應以社會安甯為附條件，奴隸制顯與安甯未合，所以，自由之權利下奴隸問題是錯誤的。

Herbert Spencer 說自由勞工在錢幣未創行前，工資之給付為食物，衣服，自由勞工有助於社會安甯但強迫作工方能使文化進步。

T. H. Green 說奴隸在人類生活中不能免除之，此種訓練假定為極需要，奴隸亦為一種權利與各階級人類一律平等，所異者為訓練其可能成為人民而已。

上二說均割折一切 Herbert 人與政府之反對確定奴隸之存在 Green 則認奴隸為極需要，根據此二說再討論自然權利說，後說即暗

示權利之可能性但 Green 反亦有錯誤，因人有權利自由也。

Richie 說奴隸似為人類進步之一步驟，因奴隸之原因，使人愛現需要自由，因自由之原因而發現奴隸為惡習。作者以為奴隸是殘暴的行動雖有其存在，究非社會所需之要件故奴隸終使解放矣。

(3) 結婚之權利

結婚之權利包括有子女之權利，其存在依社會之安甯而定之，立法者制立自然選擇配偶為對結婚權利之一種保證，現代法律禁止心神錯亂，瘋人，常業犯，癲癲者結婚即為希望其自殺，但亦有例外者，為酒醉犯之子女仍為優秀，有二事實(1)其子女必受環境之影響(2)雖飲酒不致遺傳，但可由父母處受其害，嗜酒狂 Dipsomauice 即為一例所以對經常飲酒者亦宜禁其結婚。

結婚後之婦女在學說中忽視其權利之存在 Armstrong 氏說已婚之婦女忘卻其女權及義務而被男性所吸收，但現已改認婦女權利為自然權利之一種，因雖為男性權利所吸收究仍為權利也。

Armstrong 氏所述，有數點批評，第一，受教育婦女之程度低劣尚未獲得確證第二，過去，教育婦女之程度在將來未必如此，作者亦認婦女之教育程度日在進展中，第三，對於婦女之假定，不能永遠確定，婦女亦需要自由解放，至少婦女應取得與男子同等之機會。

婦女之結婚並非自甘墮落，其結婚正因欲負起良妻賢母之責任對良妻賢母之責任，即為對社會負責任，相反言之，婦女不欲結婚及拒絕有子女實為不光榮之事，結婚後不能認其為男子之附屬品，結婚又應認係國家需要，如最近有些國家開征獨身稅是。

(4) 土地之權利

利用地球上之土地其權利為均等的，如果地球上僅有少數人民則土地均分不生問題，但行諸於數百萬人民則殊難平等分配更不能因

人利用土地而拒絕他人權利之行使。Huxley 說：如果違反平等原則而佔有他人之土地者為強盜，但此純為理想，因大眾之權利即為無權利。

但上說非謂絕對無權利，有權利享有土地者必須為國家之一份子。更有公共所有及私人所有之別，但私人所有較為直接在土地上，更有為公共需要所設之稅賦，占有較多土地者其負擔重，較少者輕。

(5) 工作之權利

工作之權利有二情形，第一問題為國家是不需要承認人因求生存而工作之權利，此問題與自由權利之均等相同，不合享有此權利者必因社會安甯而致，國家之保護工作即為多設法律如准予自由工作是，其最要之問題為規定最低之工資對於勞工之組合亦由國家承認之但此組合如用諸武力時為叛亂，國家應阻止之。

第二工作之權利可解釋為人民要求國家在一定工資下雇用之權利，失業工人國家應謀救濟，此係其責任，亦為人民之權利。

有數反對意見，在歷史上觀，一八四八年法國 *Ateliers Nationaux* 述救濟不被雇用之工人由私人雇用而公共雇用，足見公共救濟工作為政府所行使，非人民固有權利。

在經濟上觀有二點，第一為財政上的救濟工作年費鉅金，殊非有利，第二救濟工作使工業脫節(1)救濟工作只能造成一般永久救濟之人們(2)政府不是一個雇用勞工之市場政府之救濟不能永久拘束人民結果反造成許多懶惰人民(3)因救濟工作之不經濟，納稅者更攤派多許債票，這些債票將由其貨品提高售價上賺回，結果物價漲高

心理上觀(1)救濟失業之工作減弱工業之習俗，正因人不能獲得工作時政府可救濟之無庸對工作努力(2)救濟工作之結果增加不能雇用即失業階級之人數雖然有些因機器發達所致，但不能雇用之工人，應僅為年老，身體不能殘廢等此類工人未便不加限制，更有不雇用工人之承辦者從中取利。

現代政府所救濟者除上述年老等不能工作者外，應為工業上需要而苦無業之工人使其為國家所用，這些人並非弱者但為工業組織所排斥，缺乏機會與後台，政府應有利用之責任。

在瑞士將失業者分為二類，因懶惰及過失而失業者應犯罪，犯罪者使受感化教育及軍事訓練直至需要工作時為止。至誠實的失業者可無從受此限制，政府應予幫助，幫助之方式有幾種，例如金錢或實物救濟，給與較低工資之工作或使在家庭旅舍短期服務或舉辦登記先供膳宿，任何人不超過六十歲者均可至市政廳要求安插而先支七十生丁一月之被救濟金，直至市政府代其覓得工作為止，但被救濟者必須至市政府聽候分發。

根據統計結果，失業者大都為不熟練工人，有些國家不熟練工人數即代表失業人數，在瑞士立法原意希望工人均能成熟練者，父不教子，主不教徒，均受處罰，同時更需授以廚房工作使能獨立生活，婦女幼童均受訓練使國無一荒者。

上述瑞士立法，足見現代國家均主張人民應努力工作，怠惰者應處罰，而且以處罰來代救濟使人自醒，政府更提倡工作使人均能自立。

英國對失業問題所採方針為感化改善(1)成立勞工局提倡勞工之流動性(2)工作時間彈性化採半雇用性質(3)勞工職業保險(4)公共工作(5)勞工眷屬之贍養，教育及組織。

(6) 機會均等之權利

此權利亦係自由權利之一種但必須為政府所有而非家庭所存，因家庭中之機會均等僅能行諸於同父母下之子女，脫離父母者即無之。

何以需要機會均等？簡言之，此要求為防止獨占而設，選擇職業之機會尤須均等，多數工人多以其父母之職業為其職業，所以政府須在不違反國家意旨下考慮其選擇職業，機會均等有二結果一使社會進步二因均等之機會故有自由之教育。