

民國文獻資料叢編

近代學報
彙刊



殷夢霞 李強 選編



國家圖書館出版社



殷夢霞、李強 選編

近代學報彙刊

第七十九冊

國家圖書館出版社

第七十九冊目錄

清華學報 第九卷第一期	一九三四年一月	……	一
清華學報 第九卷第二期	一九三四年四月	……	二八三

清 華 學 報

第玖卷第一期

(每年四期)

民國廿三年一月

本期目錄

論文

自由與法律

燕樹棠

人口變遷的原素

陳 達

庚子年中俄在東三省之衝突及其結束

楊紹震

六朝唐代反語考

劉盼遂

中國發現‘人’的歷史

羅根澤

道德進化問題

賀 麟

胡應麟年譜

吳 晗

書評

Dubislav, *Die Definition*

張申府

Thompson, *History of Middle Ages*

雷海宗

Cheyney, *Modern English Reform*

吳景超

Ricardo, *Minor Papers on The Currency Question, 1809-1823*

趙人儁

國 立 清 華 大 學 出 版

國立清華大學
清華學報編輯部

朱佩弦	陳寅恪	楊遇夫	劉叔雅	俞平伯
聞一多	陳福田	吳雨僧	錢稻孫	葉崇智
金龍蓀	張申府	蔣廷黻	劉壽民	孔雲卿
雷伯倫	陳通夫	吳景超(主任)	蕭叔玉	燕召亭
王化成	張奚若	錢端升	蕭公權	沈仲端
陳岱孫	余肇池	趙守愚		

編輯部啟事

本學報設有“書籍評論”一欄，冀將新近出版之中外學術書籍，擇要介紹。倘蒙海內外著作家及發行者隨時惠賜此類新出版物，無任欣感。

國立清華大學
清華學報

第玖卷第一期目錄

民國廿三年十二月

論文

自由與法律

燕樹棠(1—14)

人口變遷的原素

陳達(15—68)

庚子年中俄在東三省之衝突及其結束

楊紹震(69—126)

六朝唐代反語考

劉盼遂(127—142)

中國發現‘人’的歷史

羅根澤(143—158)

道德進化問題

賀麟(159—182)

胡應麟年譜

吳晗(183—252)

書評

Dubislav, *Die Definition*

張申府(253—260)

Thompson, *History of Middle Ages*

雷海宗(261—264)

Cheyney, *Modern English Reform*

吳景超(265—269)

Ricardo, *Minor Papers on The Currency Question, 1809—1823*

趙人傳(270—274)

自由與法律

燕樹棠

近年來我們常聽一般人說：『不自由，勿寧死！』，這顯然是個人主義的自由的極端的呼聲。又常聽說：『只有團體的自由，沒有個人的自由！』，這顯然是否認個人之自由而迷信團體的能力之主張。也常聽說：『法律之內有自由，法律之外無自由！』，這是主張『法治』的普通的舊話。這都是在思想上所引起的不同的見地。實際上也有不少的情形牽涉到自由問題。近年以來的解放運動——學生運動，婦女運動，戀愛自由，結婚自由，等等——都是個人自由的表現。再一方面，如所謂愛國運動，所謂民族解放，以及正統政黨和反動政黨之組織與活動，皆表示個人自由與團體自由之區別。這些現象都證明我們社會裏邊人與人彼此間的關係因個人的行動而發生了衝突，因此而發生的問題都可以牽連到自由問題裏邊來。

泰西的歷史上，自從希臘，經過羅馬，中古，以至現代，尤其是近代，許多的實際社會問題，莫不以自由為中心。他們思想界關於自由的著作之多，真是可以車斗計算。英國有一個歷史家愛克頓氏 Acton 寫『自由之歷史』，開章明義的頭一句話就說：自由，好像宗教，自從希臘的雅典種下自由之根，經過兩千五百年，到現代收自由之果，自由在這長期之內，固然構成善行之動機，同時也是各種罪孽之護符。可見在西洋，這自由關於人生的禍福亦非淺鮮。

『自由』在西洋歷史上雖係一種極大的動力，而思想界把自由認為是一種社會理想，却晚在十八世紀之末——以康德氏 Kant 為自由的第一個功臣。自康德以後，講歷史的，以人類的歷史為實現自由之過程——以人類的進化，最初的一步是取得『國族自由』，繼而取得『政治自由』，最後取得『社會自由』，等等類似的說法。講道德的，以自由為『義務』的根據——一個人『應為』或『應不為』都是源於自決，惟因自決，才受拘束而負責任。講政治的，以實現個人之自由抵制政府之專橫為政治之大原則。講經濟的，以放任主義為增進和促進個人經濟能力之不二法門。講法律的也自然要用『自由』這一個理想給法律一種概括的說明。近年以來社會主義雖給自由理想一種打擊，而其結果只能說是給自由理想加上了一種限制，限制它從前的那種絕對的意義而已，不能否認了自由理想。極端的社會主義者——共產主義的老前輩——拉薩爾氏 Lassalle 說：法國大革命以前，歐洲有團結而無自由；法國大革命以後，歐洲有自由而無團結；第三階級的改革，歐洲應當得到團結與自由。共產主義的老祖宗馬克斯氏 Marx 也謂：個人發展之自由為全體自由發展之條件。可見極端的社會主義者并不否認個人自由之理想。

現在我們略得到自由問題之大意，不必再加申述。茲只就自由觀念與法律思想之關係作一簡單之說明。

歐洲，在十八世紀之末十九世紀之初，思想上所要解決的大問題，即是法律與自由之關係。當時有兩種情形引起這個大問題：第一，當時是專制政體之時代，又是立法盛行之

時期；第二，當時爲民權發展之時期——法國大革命以自由爲革命主要的要求。一方面呈露國家外界的壓制，一方面表現個人動作之自由。如何融洽外界的強制與個人的自由這種衝突的現象，是十九世紀法學上的大問題——是十九世紀在哲學上談論法律者所不能逃避而必須解決之難題。康德氏以爲：關於個人之行動應該掃除外界一切不自然之障礙和阻撓，使着人人隨便享有生活之競爭；個人動作之自由是人生之目的，其對個人動作所加之限制實爲達此目的之手段；故對個人自由所加之限制，正所以保證個人最大限度之自由，他所謂自由是意志之自由，個人之行動實在是意志之表現。他以意志爲中心點，而認定自由的意志爲正義公道之基礎——他以爲自由的意志是一個人自己對自己之認識，是實在，所以可以爲推斷之根據。社會上人與人的衝突，實係衆多自由的意志之衝突；若使衆多自由的意志彼此融洽，自然就沒有衝突；即有衝突就應有解決之方式。他的方式是：人人享有同等的意志自由。若人人享有同等的意志自由，衆多的意志，自然就能融洽，彼此即可同時并存而不相衝突。康德氏認爲這是公道，這是法律之目的。

法學在十九世紀，因研究的方法不同，普通分爲哲學，歷史，分析，三派。這三派都離不開康德氏的思想。到了二十世紀——到了近二三十年以來——法學雖受別種社會科學的影響，也並沒有完全拋棄自由之觀念。茲將三派對於自由之說明略述如左：

第一，哲學派。

這一派以自由——以個人行爲的自由——爲基礎，把

康德氏自由的意志之說推論到實際的效果。他們以爲一個人真正的存在是自由意志的存在。他們這樣的說法：一個人在社會裏邊，所以構成社會的一分子，所以有獨立的存在，只是因爲他能够以自己智力之自由運用指使自己筋肉之自由活動，并能够爲他這種活動佔一部份的空間，那才算是獨立的存在。這種自由活動受一分的限制，即是個人獨立存在的可能減少了一分；若是這種自由的活動全部受了拘束，即等於個人的獨立存在完全消滅；即等於一個人的生命喪失了它的要義而只剩下了物質的生命，不管只留下了一塊行尸走肉。

他們以爲自由的意義，在消極方面是表明不受抑制，不受限制，即是說抑制的不存在；積極方面含有沈靜，思索，想像，涵養，聯想，信仰，凡人類之偉大所需要所依據之條件都包括在內。所以，自由，在正面表示充實個人存在之品質，而反面表明爲增進人人最大限度之自由對全體所需要之必要的限制。個人自由，若爲全體之利益，一定受有相當的限制，但這種限制之程度時代與時代不同，社會與社會不同，從來沒有萬世不變的定則。

一個人，在一個時期，在一個國家之內，法律容許他所享受之自由之全部，統名之爲『權利』；人人爲尊重這樣受限制之自由所負的對待的責任，統名之爲『義務』。夫妻之自由，父母對於子女之自由，因親屬法而有了確實的界限；他人對於他們這種親屬關係可以行使之自由也因此而受了限制。這就是說：夫妻，子女，以及其他的人之權利義務就因此劃分而有了定限。刑法保障個人的安全；犯罪行爲是一個

人不當的行使自己之自由而侵犯他人之自由，所以刑法要加以否認，加以禁止。財產法承認個人財產之享用而與以財產權，同時就使他人負了不得侵犯他的享用之義務。這一類的權利普通名爲對世權——是對於一般人的權利——一個人——權利人——的自由因此而擴充，而其他一般人的自由却因此而減縮。因契約而發生的權利就不同——當事人一方之自由增多而他方之自由就按比例而減縮；或雙方當事人各各之自由，有的地方都增多，有的地方都減少；而其餘一般人之自由却不因此而受影響。換句話說，一個人對親屬之意志所享有之支配權之範圍，因親屬法而確定；一個人關於物對抗於一般人所享有之支配權之範圍，因財產法而確定；一個人對特定人所享有之支配權之範圍，因契約法而確定。

這是因法律之效力除去不確定之狀態，而增助個人之活動。所以這一派的法學家說：法律普通的效力是增大一個人對人與對物行使支配之領域。他們的意思是說：法律擴充個人實際所享有之自由。

但是，一個人在法律上享有了權利，就含有他人的自由受了限制——這一個人自由活動的範圍之增加，即是他人自由活動的範圍之減少。這種結果是在各種政治組織之下所不能避免的；各各人之自由所受限制之程度，全靠立法者以保證全體最大限度之自由爲標準，而自行斟酌決定。這立法問題自然是一個頂難的政治問題。自由向爲政治上堅決的要求，其理由即在乎此——一個人的自由，除增進全體之自由而外，不應該受任何之限制。

這是十九世紀的哲學派以自由之理想對法律所下之說明，——普通之說明。近二三十年以來，法學思想略有變動，都有了社會的彩色——群的彩色。有的法學家雖不否認自由觀念，但主張人類的生活需要比自由還重要的東西。例如所謂『新康德派』德國的法學家司坦木拉氏Stammler雖不抹殺個人自由意思之地位并謂吾人社會團體為有自由意志之人民所湊成的社會團體，而堅持個人之意思不應以武斷的方法而加以蹂躪，但他所注意之點不在融洽個人與個人彼此間之自由，而在融洽社會團體中的衆多之意志。換句話說：他的說法不以個人本身為中心，而以社會因個人的存在而所有之利益為要點。所以他的結論是主張所謂正義公道包含在四個原則之中——(一)一個人對他人要求履行義務之請求權為須以義務人能保持他的人的生活為限；(二)一個人對於他人之支配權，必須以受支配之人能保持他的人的生活為限，才能存在；(三)不應以武斷的方法，排斥同人參與公共利益或拒絕同人參加公共事項，而必須以社會利益為標準；(四)法律所許之支配權，在被支配人能有人人的生活限度之內，方為合理。他的意思是說個人之自由固然重要，而個人之社會的生活與道德的生活更加重要。

有的法學家——所謂新黑格爾派 New Hegelian 珂拉氏 Kohler 謂人類現有各種制度之存在重於個人之自由。各種社會制度，如文字，如家庭，如婚姻，如商業組織，政治組織，等等，都有長久歷史的背景，都是一個社會文化之表現。歷史雖是進化的，而各民族在各時期，都各有那一個時代的『法律之定則』。個人生存於社會制度之中，社會的需要當然

重於個人之自由。

所謂社會學派的法學家，例如美國的龐德氏 Pound 也不重視自由問題，他以法律的目的在支配和保護各種利益，而個人自由亦不過法律所亦要護之利益之中的一種而已。按他的說法，法律為保護社會生活，就必須保護公共安寧，公共衛生，公共道德，工商自由，言論自由，以及其他各種公共利益，以維持和增進社會的生存；法律為保護個人的生活，就必須保護個人的身體，名譽，信仰，夫妻的關係，父母與子女之關係，財產，工作自由，締約自由，等等個人的利益，以維持個人之軀體，交際，精神，經濟，各種個人的生存。他的意思是說：法律的整個問題不在個人自由之實現，而是在個人與社會兩層生活所需要的利益之分配與保護。再例如，法國的法學家狄驥氏 Duquitt 簡直的以社會理想——所謂「社會聯立」的理想 idea of social solidarity 代替了自由理想。他說：第一，個人有社會的需要，這種需要非共同的努力不能滿足；第二，個人有各別的需要，這種需要非彼此交換及彼此分工不能滿足 (solidarité par similitudes et solidarité par division du travail)。這種兩層的聯立支配個人在社會中的一切關係。所以個人在社會裏邊生活，只有分工與合作，實在只有義務，而沒有所謂權利與自由。若說自由，只能說是指着為社會聯立而盡力發展自己之活動之自由——這是履行義務之自由。他完全不相信個人獨立行動之自由。

第二，歷史派。

十九世紀的歷史派的法學家尊奉黑格爾氏的哲理，謂法律為自由理想之實現，他們相信人類彼此關係的完善的

境界是自由的境界。他們從法律的歷史上證說：法律規則，法律原則，以及法律制度，在它們的歷史上都是一步一步的不斷的實現自由之理想。他們相信這是由歷史上所證明的真理，所以他們說：法學是自由之科學。這種信仰的結論是：因為相信自由是美善，所以各種對自由之限制即是弊害：各種法律規則都是對自由之限制，所以這些法律規則都是有弊害的東西，但是『必要的弊害』——假設自由沒有最低限度之限制，在人與人欲望衝突狀況之下，自由的實現是不可能的。

從這種觀點寫法律史的法學家，最有名的有兩位——一位是德國的普哈台氏 Puchta，一位是英國的墨恩氏 Maine。普哈台氏寫西洋的政治及法律制度的組織，從巴比倫，埃及，中經希臘，羅馬，直到現代的西歐，他指明這一脈相傳的長期的人類的經驗，都是連續的實現自由之理想。墨恩氏的大著『古代法』 Ancient Law 更是我們所熟知的，他對於法律史的解釋有一句名言是『由身分到契約』 (from status to contract)。他說：人類在進程之中，自由理想實現的方法，就是由身分演變而進入契約。他的意思是說：在幼稚社會之中，一個人在法律上的權利義務之發生不是由於他自己的自由意志而是由於他在社會上所處的地位——所處的階級。法律規則，法律原則，法律制度，慢慢的變化，漸次承認一個人的權利義務之發生，不由於他所處的地位，而由於他自己所欲之行爲。例如說：夫妻的關係，在幼稚社會之中，是因宗教的儀式或實際的佔用而發生，漸漸的變化，而由於男女雙方的合意而成立；家庭！幼稚社會的大家庭有家長家屬尊卑之

分,在法律上享有不同的身分,因而有不同的權利義務;漸進到小家庭,除缺乏判斷力的未成年人及瘋癲人而外,在法律上彼此都處於平等的地位;主僕的關係,始於奴隸制度,主人與奴隸之間完全沒有自由表示之可言,到了社會進步之後,主僕的關係完全因僱用人與受僱人雙方同意而成立。的確!就羅馬法的歷史看來,實在現有墨恩氏所說的那種趨向——身分 (Status) 制度的破壞;個人責任之基礎以意思代替形式;法律行為之成立以意思為要件;契約法之發達由於當事人真實意思表示之承認;侵權行為法以故意與過失為侵權行為成立之要件;繼承法之承認死者之遺囑;這些法律現象都給與墨恩氏的主張一種有力的證明。

但是,有幾位法學家對於墨恩氏的概論很有些駁辨。英國的鮑洛克氏 Pollock, 戴西氏 Dicey, 麥提藍氏 Maitland 對他的主張都有些批評。鮑洛克氏說:若用墨恩氏的身分契約論,說明財產法,大致不差;若用以說明人法就有些不妥當。例如,現代的婚姻雖因男女雙方當事人的契約而成立,但實際上無論何國的法律都不承認當事人可以以婚約自由的定明結婚離婚的條款;在法律上并不把婚姻看作合夥;各國的立法也沒有這種的趨勢。再者,一個人的成年不成年也不是完全以有無判斷力為標準;未成人即便有判斷力,他不能同他的父母或監護人訂立契約,承認他的成年;成年人也不能同他的父母或監護人訂立契約,承認他為未成年。這些問題不只是關係他本人的利益,實在是社會的、公共的安寧及第三人的交易的便利之重要程度,超過了當事人處理自己事務之自由。戴西氏謂現代勞工賠償法所以承認工