

吳庚教授七秩華誕祝壽論文集

# 政治思潮與國家法學

吳庚教授七秩華誕祝壽論文集編輯委員會



吳庚教授七秩華誕祝壽論文集

# 政治思潮與國家法學



吳庚教授七秩華誕祝壽論文集編輯委員會 編輯

元 照 出 版 公 司

國家圖書館出版品預行編目資料

政治思潮與國家法學：吳庚教授七秩華誕祝壽  
論文集／吳庚教授七秩華誕祝壽論文集編輯  
委員會編輯。--初版。--臺北市：元照，  
2009.12  
面；公分

ISBN 978-986-255-014-4（精裝）

1. 法學 2. 政治思想 3. 文集

580.7

98020191

本書已列入月旦法學知識庫全文檢索與數位專屬授權

# 政治思潮與國家法學

—吳庚教授七秩華誕祝壽論文集

1D150GA

2010年1月 初版第1刷

作 者 吳庚教授七秩華誕祝壽論文集編輯委員會

出 版 者 元照出版有限公司

100 臺北市館前路 18 號 5 樓

網 址 [www.angle.com.tw](http://www.angle.com.tw)

定 價 新臺幣 880 元

專 線 (02)2375-6688

傳 真 (02)2331-8496

郵政劃撥 19246890 元照出版有限公司

Copyright © by Angle publishing Co., Ltd.

登記證號：局版臺業字第 1531 號

ISBN 978-986-255-014-4

# 序

民國九十九年一月二十八日欣逢吳大法官孟庚先生七十華誕，吾等或為同道後進，或為受業門生，相約恭撰論文成集，以示對先生道德文章之尊崇，並表恭祝福壽安康之忱。

先生出身海南官宦世家，然因時代變亂，世難紛擾，而成長於苗栗客家庄，自幼失怙，家境並非寬裕。惟先生天資聰敏過人，幼承慈母督課，齠齡即讀《古文觀止》，並背誦唐詩，奠定深厚之國學基底。及長考入名校省立新竹中學，六年畢業後以第一志願進入台灣大學法律系。取得法學士之後，因受薩孟武老師之影響，深體公法學與國家學二者緊密不可分，毅然選擇台灣大學政治研究所就讀，接受國家學之洗禮。期間並通過司法特考。於任檢察官數載後，先生取得奧地利天主教會獎學金，遠赴奧地利維也納大學「政法學院」深造，師從公法大家溫克勒（W. Winkler）教授。當時的維也納大學法律學與政治學尚未分途，先生受其教化，讀選歐陸各家大師之法學、國家學、社會學及哲學等經典，濡沐其間，融而貫之，為其日後之學問成就奠定廣博而堅實之根基。綜觀先生求學過程，不僅受嚴謹完整之法學訓練，並涵泳國家學、社會學、哲學等之深厚學養，是其學問論著乃能橫跨憲法學、行政法學、法律詮釋學及政治哲學，自成一家之言。今日台灣學術的發展受美國影響分工愈趨精細，法律學與政治學明顯分途，因此學術界能與先生並駕媲美，而縱橫悠游於科際之間，並橫貫融通不同學科，成就淵博宏偉之學問體系，具開未來之功者，環顧四周似無一人。

先生學成歸國，執教母校政治系，講授課程妙喻生花，生動有趣，且論理鞭辟入裏，舉證旁徵博引，理論實務相互印證，闡發學問

之奧義於談笑風生間，諸生忽而屏息凝聽，忽而哄然大笑，課堂之上絕無冷場，毋怪乎莘莘學子莫不爭競受其親炙。

先生於憲法、行政法學植深厚，又有司法實務經驗，於民國七十四年，以四十五歲之青年俊秀即獲擢拔任司法院大法官。先生任職大法官前後達十八載，時間橫跨解嚴及廢除動員戡亂體制前後，正值我國自由法治體制百廢待興之際。惟這時期的大法官所學多囿限於民、刑或訴訟法，精研公法學者除翁大法官岳生外，幾乎只有先生一人。加諸大法官釋憲主要以會議方式進行，與會者多達十餘人，倘會議中每位大法官天馬行空各抒己見，空言咄咄，爭論盈庭，釋憲工作將遲緩難行。先生以其公法學暨國家學之宏博涵養，縝密敏銳之論辯思維，淵深厚實之國學基底，以及司法書類寫作之嫻熟，遂成為大法官釋憲工程之中流砥柱。諸多解釋之作成，端賴先生從盈庭議論中，折衷統合，爬梳整理，以深厚之學理融貫之，援國內外法例論證之，方能奏其功。倘觀諸當時環境司法院內外保守氛圍尚濃，大法官解釋不能只求論理之貫徹，尚需兼顧其可接受性，即知箇中之艱辛。謂先生於吾國民主與自由法治原則之確立，居功厥偉，絕非過譽。

先生胸懷曠豁，樸實無華，正直耿介，淡泊寧靜，雖望之儼然，實幽默風趣，平易溫厚，樂於助人。於學生後輩尤傾力相助，視如本家子弟，多所提攜，不求回報，其恩澤廣被，為人感念稱頌久矣。然先生德行最值表彰者為其對司法正義之堅持，生平嘗謂法官當以正義作為終身志業，並以詹森名言「個人之政治理念和意識型態均應避免滲雜在法理之中」作為任職大法官時之座右銘。斯言斯德向為先生履踐不已之準則，足堪為吾等後學之表率。

吳大法官孟庚先生七秩華誕  
祝壽論文集編輯委員會謹誌

# 目 錄

## 序

## 思想與理論

- 論馬克思的法學思想：浪漫的社會主義者？  
——研讀馬克思早年的法學著作有感…………… 陳新民…………… 3
- 革命與政治正當性：施密特、鄂蘭與勒弗的解釋…………… 蔡英文…………… 27
- 政治語言的追溯與政治理性的捕捉：比較兩位英國  
學者John Pocock與John Dunn的政治思想研究…………… 陳思賢…………… 49
- 「民之父母」與「始作俑者」之先秦儒家憲政思想  
端緒論稿…………… 李念祖…………… 69
- 霍布斯早期的民主理論…………… 蕭高彥…………… 105
- 國家理性…………… 張旺山…………… 137
- 韋伯與許密特論現代國家與政治…………… 姚朝森…………… 155
- 論Tamanaha之非本質主義的法律觀…………… 李俊增…………… 175

## 憲法與人權

- ✓ 論集會自由之事前抑制…………… 李震山…………… 207
- 走向規範憲法——從台灣的經驗看大陸的選擇…………… 蘇永欽…………… 227
- 「政府資訊公開法」修正芻議…………… 湯德宗…………… 263
- 從德國公務員結社權論我國公務人員協會法…………… 董保城…………… 323
- ✓ 集會遊行法修法之探討與建議…………… 蔡震榮…………… 349
- ✓ 論集會遊行權利保障——兼評現行法制與修法草案…………… 蔡庭榕…………… 369
- 從全球化觀點省思平等權之意義與適用…………… 廖元豪…………… 391
- 獨立與分歧：台灣司法權威的危機…………… 陳淳文…………… 423

## 行政與救濟

- 人民公法權利義務之繼受 ..... 陳 敏 ..... 461
- 我國公立大學公法上財團法人化之研究  
——德國法與美國法之觀察 ..... 黃錦堂 ..... 507
- 從推動資通訊產業之需求檢討政府部門之設計與職掌  
劃分 ..... 劉孔中 ..... 539
- 擔保國家與擔保行政法——從2008年金融風暴  
與毒奶粉事件談國家的角色 ..... 林明鏘 ..... 577
- 訴願案件「法律上」與「事實上」利害關係之判定基準  
——以「訴願權能」之探討為中心 ..... 林三欽 ..... 599
- 違反秩序行為之違法性與主觀責任 ..... 陳清秀 ..... 621
- 法治國視角下之行政裁斷權與法規制定權的關聯分析  
——試觀台灣法治國圖像的一個剖面 ..... 李建良 ..... 649
- 民間參與公共建設之國家賠償責任 ..... 詹鎮榮 ..... 669
- 民間參與公共建設與國家賠償 ..... 簡玉聰 ..... 693
- 行政調查之研究——以消費者保護行政為例 ..... 賴恆盈 ..... 719
- 從法國法論獨立機關於行政爭訟上之地位 ..... 吳秦雯 ..... 755
- 我國和美國、日本預防接種受害救濟制度之比較研究 ..... 張文郁 ..... 795
- 吳庚大法官簡歷 ..... 833

# 思想與理論



- ◎論馬克思的法學思想：浪漫的社會主義者？  
——研讀馬克思早年的法學著作有感
- ◎革命與政治正當性：施密特、鄂蘭與勒弗的解釋
- ◎政治語言的追溯與政治理性的捕捉：比較兩位英國學者  
John Pocock與John Dunn的政治思想研究
- ◎「民之父母」與「始作俑者」之先秦儒家憲政思想端緒  
論稿
- ◎霍布斯早期的民主理論
- ◎國家理性
- ◎韋伯與許密特論現代國家與政治
- ◎論Tamanaha之非本質主義的法律觀



# 論馬克思的法學思想： 浪漫的社會主義者？ ——研讀馬克思早年的法學著作有感

陳新民\*

## 壹、前言

作為共產主義世界膜拜的對象，卡爾·馬克思是一位政治經濟學家聞名於世。馬克思的著作，多半是以十九世紀學院派的論究方式來撰寫，引註豐富，論辯紮實，若他不成為共產主義的精神領袖及理論導師時，一定會被列入思想家之林，甚至被認為是代表十九世紀政經哲學家的人物。

但少有人察覺到馬克思卻是學習法律出身。一八三五年十月先在波昂大學（十七歲）攻讀法律，第二年（一八三六年十月）轉學到柏林大學，剛開始一年仍然研究法律，一年後由研究法哲學入迷，轉而進入到哲學領域。最後雖然是以哲學題目獲得耶拿大學博士（一八四一年），但在當時德國法學重鎮的柏林大學，也應當受過嚴格法學教育的訓練。而且馬克思的父親本來還是希望馬克思日後擔任法官，或是法學教授。馬克思是受到兩年的法律教育後，才將興趣轉向哲學，而在父親去世後，方全力轉向哲學之研究<sup>1</sup>。

本人在過去探究德國法治國家概念的起源時，便發現：按德國產生法治國家的概念，甚至「法治國家」（*der Rechtsstaat*）的德文用語，都是產生在馬克思在柏林大學讀書的前後三十年之間，馬克思有否受到這種影響？例如對於創設德國法治國，也可以稱為「自由主義法治國」（*liberaler Rechtsstaat*）的重要人物，我們可以按照其先後次序，分別列舉如下：

一、康德：當時德國最重要的哲學家。康德也對國家觀發表見解。值

---

\* 司法院大法官。

<sup>1</sup> 公丕祥，《馬克思的法哲學革命》，浙江人民出版社，1987年，頁21。

得注意的是在一七九七年所撰就的《法律學》（Die Rechtslehre），其中第二篇〈公法〉第一節的「國家法」（Das Staatsrecht）中<sup>2</sup>。已經鼓吹國家必須靠法律來統治，以及其對國民任務與人民權利界限基於「理性」的認知，也因此，康德被認為是採行「形式主義」的法治國家觀<sup>3</sup>。

二、威廉·洪博（Wilhelm v. Humbolt）在一七九二年撰寫的《一個嘗試有效限制國家權力的意見》（Ideen zu einem Versuch - die Grenzen der Wirksamkeit des Staates zu bestimmen），以自由主義的觀點來宣揚儘量限制國家權力來保障人民自由權利。

三、米勒（Adam Müller）在一八〇九年出版的《國政藝術之要素》（Elementen der Staatskunst）一書中，將國家司法部長當成是「法治國的代表」（Repräsentanten des Rechtsstaates），法治國家的用語已多次被強調，且用來形容現代國家的政府組織形式。

四、魏克（Carl Theodor Welcker）在一八一二年出版了一本名為《法、國家及刑罰的最後理由》（Die letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe）的第二篇篇名為「客觀理性法及法治國的理由」（Begründung des objectiven Vernunftsrechts und Rechts-Staates）裡，把法治國的用語首次當成標題，且作為國家發展到理性程度的代表，更顯得令人注目。

五、最重要的是當時莫耳（Robert von Mohl）在一八三一年至三四年出版了《法治國原則的警察學》（Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates），這本三鉅冊的著作，並且是德國首次以法治國為書名的著作。

六、史塔爾（Friedrich Julius Stahl）在一八三〇年至一八三七年，史塔爾出版著名的《法律哲學》（Philosophie des Rechts）一書，在本書第二冊（基於基督教觀點的法律及國家學）第三十六節中，將國家分成兩種屬性：第一種是外在的「法之國」（Reich des Rechts），即「法治國」；第二種是內在的「道德（風俗）之國」（Reich der Sitte），即「道德的團體」（sittliches Gemeinwesen）<sup>4</sup>。這裡史塔爾已經強調了：國家必須是一

<sup>2</sup> Immanuel Kants Werke, Bd. VII, (Hrsg. B. Kellermann), Verlegt bei B. Cassirer, 1922, S. 117.

<sup>3</sup> F. Garzoni, Die Rechtsstaatsidee im Schweizerischen Staatsdenken des 19. Jahrhunderts, 1952, S. 78.

<sup>4</sup> 關於法治國理念的進一步討論，可以參考陳新民，〈法治國概念的誕生——論德國十

個法治國，這是現代潮流的解決良方，也是真理。國家應將其活動的軌跡及界限，以及人民的自由範圍，以法律詳加規定及予以縝細的保障，並且應考慮國家的目的乃將道德理念直接地，即不打折扣地實踐（及強制實踐之），但必須在涉及人民的法律關係，且在絕對必要時，方得限制之！也是標準的自由主義的法治觀。

以上所舉六位馬克思在就學時，已經出版的公法學論著，可以代表德國當時所瀰漫進步法治國思想。上述學者中，大哲學家康德，無疑是給予馬克思最大的影響。馬克思在大學第一年，所受到的法律教育課程，包括了羅馬法、民、刑法等，馬克思都在寫給父親的信裡一一介紹<sup>5</sup>。值得重視的是，他還提及他曾寫出一個有三百頁的「法哲學體系圖」，包括第一部分的法的形而上學，以及第二部的法哲學<sup>6</sup>。雖然這三百頁的草稿已經遺失，馬克思日後也沒有再公布或提及其細節，但由其大綱的內容可以看出，基本上是將康德的《法律學》，以及將他所最敬佩的黑格爾法哲學理論加以消化，所以應當屬於研讀筆記而已<sup>7</sup>。況且，只受過一年的法學教育，豈能有本事超越康德而另行寫出洋洋灑灑自成體系的法哲學大綱乎？至於柏林大學創始人洪博，以其為德國自由主義的推動者，應當為馬克思所熟悉者，莫耳也是柏林大學重要的教授，也是著名的警察法改革者。因此，對好學的馬克思而言，很難認為未被馬克思所閱讀過，另外其他幾位公法學的著作，特別是在出版事業遠不如今日發達的一百八十年前，多半在柏林出版，在馬克思當時的信件並未提到有否讀到，也沒有提到這些公法學者大名<sup>8</sup>。只提到曾經在大學受教於一位甘斯（Eduard Gans）的憲法

---

九世紀法治國概念的起源》，收錄於：《法治國家論》，學林文化事業有限公司，2001年4月，頁5以下。

<sup>5</sup> 馬克思是在1837年11月1日寫給父親的信。卡爾·馬克思和弗·恩格斯，〈給父親的書信〉，《馬克思恩格斯選集（第四十卷）》，南京人民出版社，1972年5月1版，頁11。

<sup>6</sup> 可參見Maureen Cain/Alan Hunt, *Marx and Engels on law*, Academic Press, London, 1979, pp. 17。

<sup>7</sup> 公丕祥，《馬克思的法哲學革命》，浙江人民出版社，1987年，頁20。

<sup>8</sup> 誠然，這種推測馬克思已經應當瞭解這種當時著名的公法學著作，並沒有馬克思現存文獻的證實，馬克思在父親在世時，經常書信報告其學習的過程及上過的課程，例如第一年的民、刑法與訴訟法。至於公法（憲法及行政法）在當時並沒有列入法學教育的範圍之內，因此無從得知。本文則以馬克思給父親信中再三提到自己以全神投入熱情與精力，來研讀法律，而作出這種大膽的推測。

學教授（以及大名鼎鼎的民法教授薩維尼），但這位甘斯教授似乎沒有留下太多學術資訊，讓後世瞭解其學術見解<sup>9</sup>。

一個饒有興趣的問題則是：馬克思能否免於這種嶄新的「國家觀」潮流的影響乎？而過了二、三年，筆者在研究社會主義法治國家理念的淵源時，本以為「法治國」（Der Rechtsstaat）既然源於德國，那麼在一九四六年以後，東德淪為受到社會主義陣營之一，而東德各大學正是傳統德國法學的重鎮，東德的法學者會否善用此一德國最寶貴的「法學資產」，來結合馬克思當年所獲得的法律智慧，作為創設出一個理論堅強的「社會主義法治國」（Der sozialistische Rechtsstaat）之依據？但筆者在研究東德幾乎所有相關文獻後，便沒有獲得此論證<sup>10</sup>。

因此，為了澄清這個好奇，最好的辦法，莫如檢驗馬克思有關法律議題的論文。台灣在威權時代，吾人無法閱讀馬克思的著作，直到威權時代結束後，這種學術研究的禁令，方告解除。中國大陸精心編輯印製的《馬克思恩格斯全集》（共四十卷）<sup>11</sup>，陸陸續續進入了台灣。而在中國大陸各舊書市場，成套成套的這些當年每個圖書室都會具備的「思想指導」文件，也在低價出售且乏人問津。這都大大方便了筆者研讀馬克思早期論著的可能。

馬克思在大學只讀了兩年的法律，但卻在一八四一年四月獲得哲學博士後，於隔年（一八四二年）一月起即開始針對重大政治事件，撰寫一系列的法律評論。一年內共撰寫：〈評普魯士最近的書報檢查令〉（一八四二年一至二月）、〈關於出版自由和公布等級會議記錄的辯論〉（一八四二年四月）、〈法的歷史學派的哲學宣言〉（一八四二年八月九日）、

<sup>9</sup> 甘斯教授（Eduard Gans, 1797-1839）和馬克思一樣是猶太裔的德國人。甘斯的學術生涯十分不順暢，1819年在海德堡獲得教授資格後，一直爭取柏林大學教職不成，後來改信基督教後便碰到開明的部長，方得遂願。甘斯為黑格爾的門生，鑽研法哲學與民法。入柏林大學後和民法泰斗及歷史法學派的權威薩維尼教授勢同水火，頗為失勢。甘斯在柏林大學講授普魯士憲法，由於經常在課堂上激烈批評時事，頗受學生歡迎，課堂常常爆滿，其時論文章也因而不容於當局而多半遭禁。馬克思且是當時聽課學生之一，同為猶太人，馬克思會由法學轉入黑格爾哲學，應受到其影響。馬克思大學畢業後第一篇論文即批評書報檢查令制度，恐和甘斯教授際遇有關。甘斯以四十二歲壯年，鬱鬱以終，學術著作幾乎早已被遺忘，見M.Stolleis, *Juristen Lexikon*, 2001, S. 232。

<sup>10</sup> 見陳新民著，〈社會主義法治國之概念——由越南及東德的意見談起〉，收錄於：《法治國家原則之檢驗》，元照出版公司，2007年，頁335以下。

<sup>11</sup> 《馬克思恩格斯選集（共四十卷）》，南京人民出版社，1972年5月1版。

〈關於林木竊盜法的辯論〉（一八四二年十月）、〈評離婚法草案〉（一八四二年十二月）等五篇法學著作。

有三篇是在馬克思擔任《萊因報》主編以前（一八四二年十月）所寫的。這些屬於青年馬克思「第一代文獻」，且都是其離開校園後第一年熱情洋溢的法律作品，由其字裡行間，當可以推敲出當時馬克思心中的法治國家觀。

由於馬克思的早年法學著作較少，也因此未被法學家所重視。甚至將馬克思理論捧上天邊的社會主義國家，例如中國大陸，也未有給予任何太多的重視<sup>12</sup>。本文不擬長篇大論的討論馬克思的政治，以及其較為出名、但是也被認為充滿著失敗歷程的法哲學見解<sup>13</sup>（這應該留給法哲學家去探究<sup>14</sup>），以及其他相關的思想議題，只擬由地毯式的收集出青年馬克思有關憲政與法律的意見，來概略的以「原汁原味」，勾勒出其青年時期所懷抱理想之法治國形象。

## 貳、馬克思論出版自由

馬克思在所有人民權利，最早產生興趣，也是發表見解篇幅最大的，則是出版自由。很諷刺的是出版自由也正是所有日後建立的社會主義國家限制人民所有自由權利最嚴格的一項基本權利。沒有一個社會主義國家不以嚴格的新聞檢查及將出版社收歸國有，人民沒有自由出版為其特色。馬克思在其人生第一篇「處女作」——〈評普魯士最近的書報檢查令〉，以

<sup>12</sup> 例如在中國大陸改革開放將近十年的1987年，全國也只有七篇論文討論此一議題。見李光燦序，公丕祥，《馬克思的法哲學革命》，浙江人民出版社，1987年，頁3。這七篇論文大都已為筆者本文註釋所援用，不再一一列舉之。

<sup>13</sup> 馬克思由法律轉往法哲學研究，雖然懷抱高度的興趣，但是欠缺嚴格的哲學基礎訓練，法哲學研究即不易上手。尤其德國當時的哲學家都喜歡涉獵法哲學領域，例如康德、黑格爾及費爾巴哈，都有深奧的法哲學著作。初次踏入法學與哲學領域的青年學子如馬克思，還心懷壯志要挑戰上述三大哲學大師，另行創建出一套法哲學體系，勇氣雖然可嘉，但天不如人願者，往往俯拾皆是。也因此，馬克思的建立法哲學體系，曾經歷經兩次流產。見陳學明，〈馬克思早期法哲學及法律思想初探〉，刊載於：《中國社會科學》季刊，1983年，第1期，頁5。

<sup>14</sup> 可參見亞圖·考夫曼著，劉幸義等譯，《法律哲學》，五南出版社，2001年5月，第三章、II、5處，有簡單介紹馬克思與恩格斯的唯物史觀；以及江耀國，〈馬克思主義論意識型態與法律〉，收錄於：《法理學論叢——紀念楊日然教授》，元照出版公司，1997年，頁101以下。

及兩個月出版的〈關於出版自由和公布等級會議記錄的辯論〉等兩篇文章，都詳盡的提到了出版自由的重要性，以及不應給予任何限制的理由。

因此，這篇論文具有相當重要的研討價值，值得我們加以細讀分析。但第一篇〈評普魯士最近的書報檢查令〉遠比兩個月後寫出來的第二篇更有說服力，也沒有第二篇那麼長的篇幅，用在與主題無甚關聯的引伸、迂迴與充滿學究氣的論辯之上。所以對於出版自由的論述，則以第一篇的內容為主。

事情發生的背景如下：一八四一年十二月十日，普魯士國王發布了一個「書報檢查令」。這個被稱爲是「新檢查令」有別於一八一九年十月十八日所公布的「舊檢查令」。馬克思認爲這個新的檢查令仍然維持了書報檢查的制度，而加以嚴厲的批評。不少社會主義的學者，把普魯士國王此一新的書報檢查令，認爲是反動法律制度，以及維護出版自由爲幌子，行專制的手段爲實。把這篇文章當成是一個階級鬥爭、也認定普魯士此一法令的立法價值，毫無可採<sup>15</sup>。然而，就外觀上及法條的結構而論，這個書報檢查令很難不被人認爲具有若干先進的立法目的。

新的檢查令的序言提到了立法目的，清楚提到本檢查令乃是出自於國王的意志：普魯士國王在十二月十日下午下詔給內閣，「堅決反對加諸於寫作活動的各種無理的限制，並且認爲公正而善意的政治評論是重要且必須的。」因此，爲了制止任何出版物受到違反上述意旨的限制，國王「授權內閣責成書報檢查官切實遵守舊書報檢查令第二條規定」。

由這個立法目的似乎應該導出國王維護人民政治評論的權利，且態度十分堅決。不過，隱約也保留了書報檢查的體制，易言之，第一，可以作合理的限制；第二，不公正且非善意的政治評論是不需要維護的；第三，書報檢查官的制度仍然維持；第四，舊書報檢查令第二條仍然有拘束力外，也要加強適用之。

學習法律出身的馬克思也當然看出了這段命令的「笑裡藏刀」，所以才會給予極爲激烈的批判，也因此被後來的學界認爲這是行專制統治之實。馬克思一開始就引用拉丁法諺：「希臘人帶來禮物，我還是怕他們」。明顯的這是套用了荷馬史詩伊利雅德的話語，形容「木馬」的禮物

<sup>15</sup> 曲可伸，馬克思的早期法律思想，刊載於：《南京大學學報（哲學社會科學）》，1982年，第4期，頁122。

足以造成屠城毀滅的後果。

誠然，以現代法治國家法律的眼光，上述檢查令的立法目的也並非全是惡法。因為立法目的乃強烈保障出版自由，應可以作為立法精神而指導全部法規的適用。其次，對政治評論，以及涉及到個人名譽之批評，也當以公正、符合事實為合法前提，避免造成誹謗及侮辱的侵權。這在各國刑法及界定言論與出版自由的領域內，都不乏適例。再者，對於書報檢查官的制度，乃過去採取出版許可制時代所常見。只不過現代此監察者，已改由受侵害人（提出告訴）、檢察官，以及新聞行政官員所取代。至於舊書報檢查令第二條，條文為：「書報檢查的目的為：凡於宗教的一般原則相違背的事務，一概不許存在；不管個別宗教黨派，德國內允許存在的宗教教派的見解和教義如何。」顯然是為了維護宗教不受言論攻擊的利益而為規定。這也是為了避免法國大革命後，沒收龐大的教會資產，由民間承購，引起德國教會的恐懼，而採取的禁止出版攻擊教會的禁令。

普魯士國王為何在這個動盪不堪的時代，要公布一個看起來是要盡量維護出版自由的書報檢查令？必須由德國當時的大環境說起。法國大革命後，王室與貴族盡數被剷除。隔鄰的德國仍是由分裂的邦國所組成，專制且落伍。法國大革命後的政治風波雖然沒有引伸到德國，但知識界已經受到震撼啟蒙，人權與自由觀瀰漫整個校園與知識界。上述所提及的宣揚法治國理念的著作，即誕生於此時期。

為了疏緩知識界的改革浪潮，尤其是出版與新聞業者都是由民間的知識份子所掌握，普魯士國王才會作出此一讓步意味濃厚的新檢查令。當時社會動盪的程度可以以此檢查令公布後七年即爆發一八四八年的大革命，可知全德當時已處於火藥爆發的時刻。

既使對這個外表看似呼應自由主義訴求的檢查令，馬克思仍然「不賣帳」的以法學的眼光，一一駁斥此制度的不當。這篇長達三十頁的論文，可以以幾點整理出馬克思的抨擊與立論。

## 一、對於所謂「措施法」的效力問題

「新檢查令」的序言，特別要求各書報檢查官要切實遵守「舊檢查令」（一八一九年十月十八日）的第二條規定，保護教會的利益。馬克思檢查了舊法令，發現原來該法第七條規定，各大學與各學院目前享有不受審查之出版權利，今後五年內撤銷之。第十款規定，本命令即日起生效，

有效期間五年。期滿前，聯邦議會應當針對出版自由與限制的問題，制定出規範出版自由正當界限之法律。馬克思便認為舊檢查令既然只有五年的施行日期，因此，五年後就失其效力。所以舊檢查令只是五年的「臨時措施」，一旦超過五年，就失去了效力。所以儘管舊檢查令已經剝奪出版自由，但最多也只有五年期限而已。新檢查令重申舊檢查令第二條的效力，無異承認舊檢查令的效力實施至今，已長達二十二年之久，造成了概念的混淆。

馬克思提到了舊法令的任務乃是一個「臨時措施」（Maßnahme）。所以這種性質的法律，也可以稱為「措施法」（Maßnahmegesetz）。這種為了特定目的所制定的法律，即可因目的達成，或時間的結束，法律效力亦隨即喪失。這也是<sup>16</sup>拉丁法諺：「立法目的已消失，法律效力亦隨之」（cessante ratione legis cessat lex ipsa），我國在實施臨時條款時，仍然適用為抗戰目的而制定的動員法，便是誤解了措施法的效力。

而馬克思雖然沒有明白提出「措施法」的名詞，但既然提出了法律乃臨時措施的用語，顯然已經凸顯出措施法的概念，相對德國對於措施法概念，形成公法上的共識已在百年之後，不能不佩服馬克思的先見之明<sup>17</sup>。

## 二、由「事務本質」論批評方式的「合理界限」

新檢查令第二條規定：「書報檢查不得阻撓人們嚴肅和謙遜探討真理，不得使作家遭受無理的限制，不妨礙書籍在書市上自由流通。」這是許可出版自由必須在「嚴肅與謙遜」的範圍內，方能探討真理，以及享有出版自由。這涉及到探討真理的「手段問題」。這也是馬克思在本篇論文裡面，火力最強的一個議題。

馬克思在這裡多次的引用「事物本質」（Natur der Sache）的用語。認為任何事務依其本質，都有不同的功能以及不同的規範程度。這一句用語在今日公法學理，經常被援用在規範平等權的立法判斷（例如相同的事

<sup>16</sup> 陳新民，修憲之道刊載於：《憲法基本權利之基本理論》，下冊，元照出版公司，2002年5版，頁354。

<sup>17</sup> 德國公法學界開始對於措施法性質較深入研究，始於耶律內克（Walter Jellinek）1913年的著作《法律、法律適用與目的性衡量》（Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung），見E. Forsthoff, Über Massnahmegesetz, in: Rechtsstaat im Wandel, 2. Aufl., 1976, S. 105。