

馬漢寶教授八秩華誕祝壽論文集

Essays in Honor of the 80th Birthday of Professor Herbert Han-Pao Ma

法律哲理與制度

On Theories and Institutions of Law

—公法理論

馬漢寶教授八秩華誕祝壽論文集編輯委員會



元照出版

馬漢寶教授八秩華誕祝壽論文集

Essays in Honor of the 80th Birthday of Professor Herbert Han-Pao Ma

法律哲理與制度——公法理論

On Theories and Institutions of Law—Public Law



馬漢寶教授八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

法律哲理與制度. 公法理論：馬漢寶教授八秩
華誕祝壽論文集 / 馬漢寶教授八秩華誕祝壽
論文集編輯委員會編輯. -- 初版. -- 臺北
市：元照，2005〔民94〕
面；公分

ISBN 986-7279-47-6（精裝）

1. 法律－哲理，原理－論文，講詞等

580.107

94022660

馬漢寶教授八秩華誕祝壽論文集

法律哲理與制度——公法理論

IN10GA

2006年1月 初版第1刷

作者 馬漢寶教授八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

定價 新臺幣 650 元

訂購專線 (02)2375-6688 轉 503 (02)2370-7890

訂購傳真 (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 986-7279-47-6

序

馬教授漢寶先生字襄武，安徽省渦陽縣人，民國十五年（1926）農曆十一月二十七日生於湖北省漢口市。民國九十五年（2006）欣逢先生八秩榮慶，海內外部分門生後輩仿照先生六秩及七秩華誕時之例，相約廢除俗禮，各獻所著文一篇，集之成帙，定於民國九十四年（2005）末出版預為祝壽。

是集得文五十五篇，係以先生在法學方面致力之範疇為依據而分為「基礎法學」、「國際私法」及「公法理論」三部分，並以「法律哲理與制度」為名，委由元照出版公司出版。對撰文之學者專家，於此謹致誠摯之謝忱。集文既成，負責編輯者仍本前例，不能無一言為序。

先生一生以教學為志業，宏育英才，遠及多國，堪稱能實踐「誨人不倦」及「有教無類」之古訓者。此雖為各界所已聞，仍擬以先生在兩方面之經歷為對象，述其梗概以為文集之介，或亦有益於後學。

先生尊翁壽華（木軒）公，畢業於清季末葉最早之現代化法律學校，河南法政學堂，民國元年起即任各級司法官及首長。漢寶教授尊父意，亦習法，先入上海國立復旦大學法律系肄業（民國三十三年至三十六年，1944-1947），後轉入台北國立台灣大學法律系，於民國三十九年（1950）畢業，為台灣光復後該校第一屆畢業生。

先生自台灣大學畢業，即因成績冠全級為傅斯年校長留校擔任助教。以自幼習用英語文，奉校命於民國四十一年（1952）與美籍教授陶遂（Gray L. Dorsey）合授「憲法原理」於政治系。民國四十四年（1955）起，自講師至教授，在台灣大學法律系講授憲法、法學緒論及國際私法等課程，計四十餘年。其間並在台灣大學法律研究所講授國際私法專題研究、西洋法律思想專題研究及在中興大學、輔仁大學、東吳大學、文化大學等校法律研究所兼授法律哲學專題研究、法理學專題研究及國際私法專題研究。自民國五十三年（1964）起，以後四十年間，先後在美國哈佛大學及其法學院從事研究，在美國西雅圖華盛頓大學法學院、奧地利維也納大學法學部、香港大學法學院、加拿大英屬哥倫比亞大學法學院、美國紐約市哥倫比亞大學法學院、美國聖路易華盛頓大學法學院、中國北京大學法學院，擔任客座或訪問教授；並曾在奧地利國家科學院（*Osterreichische Akademie der Wissenschaften*）、法國國家學術院（*Collège de France*）擔任講座及受聘為美國哈佛大學法學院東亞法律研究所首任「李多慈傑出學人講座」（*First Lecturer, Jules and Chen Ing Chang Ritholz Distinguished Lectureship*）。凡所講所授之課題均關中西法律思想與制度，尤置意兩者之比較與融貫。至教學期間，先後奉總統命擔任考試院考試委員十年（民國六十一年至七十一年，1972-1982），司法院大法官十二年（民國七十一年至八十三年，1982-1994），並承總統聘為中央研究院評議員十八年（民國七十三年至九十一年，1984-2002）。雖或任重或事繁，但傳道、授業、解惑之工作從未中輟。

先生教澤非但廣被列邦子弟，而對國內各方面人才之培訓亦不後人。先後在司法人員訓練所、外交人員訓練所、土地改革訓練所、外貿人才培訓中心等處擔任專業課程多年。同時，為協助推動國內學術之發展，促進國際間學術之合作，復曾兼任行政院國家科學委員會諮議委員、教育部學術委員會常務委員、蔣經國學術交流基金會諮議委員、中山學術基金會學術著作獎審議委員會委員。更值一提者，民國七十四年（1985），先生集合全國大專院校國際私法教授與學者成立國際私法研究會，並被推為會長。該會以交換教學經驗與研究心得為宗旨，多年來經常舉辦研討會、專題演講，並在各會員努力之下，迭有書籍出版，皆有助於提升國內國際私法學之研究、教學與師資之培育。

此外，民國八十七年（1998），為提倡文化及教育事業多盡一份力量，乃以馬府自己之力，成立「馬氏思上文教基金會」，嗣即以此基金會與國立台灣大學法律學院合作，在該院設「馬漢寶法學講座」及「馬漢寶訪問學者講座」，定期舉行學術演講並發表論文。自民國九十二年（2003）始，已有法學講座教授林文雄先生與王澤鑑先生兩位。自民國九十三年（2004）始，已有訪問學者加拿大之彭德（*Pitman B. Potter*）教授及瑞士之勝雅律（*Harro von Senger*）教授兩位。

上述學術講座之設立，可謂開國內風氣之先，有足多者。民國八十九年（2000），先生在台灣大學法律系任教滿五十年，法律學院鄭重其事，舉辦「春風化雨半世紀～馬漢寶教授教學五十週年」慶祝活動，並以金質紀念獎牌相贈，其上刻有下列文字：

這是對一位傳道、授業、解惑的師表的肯定與崇仰！

也是對一位誨人不倦、有教無類的師長的肯定與祝福！

更是對一位執教上庠、講學三洲、經傳五校，以謙沖之懷、如玉之德，

陶冶溫潤千萬顆青年學子心靈達半世紀之久的偉大師表的肯定、崇仰與祝福！

馬教授漢寶先生任教上庠滿五十週年誌慶

門牆逾一萬 讀萬卷書 行萬里路

絳帳垂半百 享百年壽 作百世師

國立台灣大學法律學院全體 敬賀

二〇〇〇、五、二十四

編輯者咸以為此段文字最足表述漢寶教授畢生之志業與成就，且可兼申祝嘏之敬，故謹錄之以為本序之結語。

馬漢寶教授八秩華誕祝壽論文集編輯委員會
中華民國九十四年（2005）十二月

目 錄

序……………馬漢寶教授八秩華誕祝壽論文集編輯委員會

◎公法理論

(作者依筆劃排序)

- 「民之父母」與先秦儒家古典憲政思想初探
——從上博楚竹書簡文談起……………李念祖… 1
- 歷史·國家·行政·法律
——歐洲近代前期行政法史汎論……………李建良… 49
- 普通法傳統下的第一個憲法法院
——南非憲法法院……………吳志光… 101
- 論國際投資之徵用與財產人權……………何明瑜… 131
- 中央政府再造與組織法制變革……………林明鏘… 153
- 我國地方自治團體之資訊公開法制化芻議……………紀振清… 189
- 行政程序法的理念與立法……………翁岳生… 229
- 再論機關的法人化……………許宗力… 247
- 資訊揭露與公司治理……………陳志龍… 269
- 大法官是否有發布暫時處分之權限與「真
調會條例」合憲性問題意見書……………陳春生… 305

- 憲政僵局與釋憲權的運用
—— 檢討機關忠誠的概念問題…………… 陳新民… 345
- 淺論法律扶助和訴訟救助之關係…………… 張文郁… 395
- 宗教團體的宗教自由與商業行為…………… 張永明… 417
- 美國不當勞動行為裁決機制之研究…………… 焦興鎧… 459
- 一般法律原則與行政法實務…………… 葛克昌… 491
- 淺論德國法上之警告性裁判…………… 楊子慧… 515
- Law, Economic Regulation and Political
Change: Comments on Selective Adaptation
in Mainland China and Taiwan…………… Dr. Pitman B. Potter… 561
- 馬漢寶教授簡歷

◎基礎法學

- 法律的合法性與正當性
——兼談我國法官的法律智慧……………王寶輝… 1
- 維根斯坦、法律、智慧財產權……………王敏銓… 25
- 韋伯的法律與資本主義論及其應用……………江耀國… 47
- 法理學考古初探
——從當代知識社會學談起……………江玉林… 61
- 天主教教會法（Canon Law）之研究……………成鳳樑… 87
- 類推適用與民事實務
——最高法院有關消費者保護法類推適用
之判決見解試評……………朱漢寶… 117
- 現行法中之道德管制及其正當性……………何建志… 139
- 凡庸之惡
——「法」學者笈克彥與增田福太郎……………吳豪人… 177
- 專利權保護之法理正當性……………何愛文… 201
- 回歸法律原則
——債法方法論上之大轉向？……………邱聰智… 239
- 法律解釋……………黃茂榮… 319
- 審理家事事件整合心理諮詢模式之初探
——以台灣台北地方法院家事法庭祥股試
行之經驗為例……………彭南元… 391

- 論法之理想因素 楊奕華... 487
- 知識產權專業教育制度及課程設計之探討
——以台灣政治大學知識產權研究所
為例 劉江彬、葛孟堯... 507
- 建立時效停止制度之立法芻議 劉宗榮... 529
- 比較法的援用與解釋問題 鄧衍森... 553
- 描繪台灣身分法基礎教育的實然面貌
——一個法社會學研究的初步嘗試 劉宏恩... 569
- 以經濟分析突破概念法學的困境
——兼回應熊秉元教授的幾個觀點 謝哲勝... 607
- 朝鮮朝初期刑事法之基礎與
中國傳統法律思想 韓基宗... 639
- 黑格爾法律哲學之研究 韓毓傑... 651
- 從社會利益說 (Theory of Social Interests)
論信徒得否請求返還宗教奉獻金 蘇銘翔... 681
- Stratagem Prevention Through Law in the
People's Republic of China Harro von Senger... 697
- 馬漢寶教授簡歷

◎國際私法

- 論國際私法中關於反致之適用 王海南... 1
- 論涉外民事法律適用法第6條
與當事人意思自主原則..... 李子文... 35
- 國際商事仲裁協議之運用及發展趨勢..... 吳光明... 81
- Lex Mercatoria在仲裁上之適用 李復甸... 107
- 大陸關聯企業法制之研究..... 何曜琛... 131
- 兩岸仲裁判斷執行實例與展望 李永然、鍾元珖... 191
- 涉外破產之域外效力問題..... 李沅樺... 207
- 論國際私法上之先決問題..... 林秀雄... 255
- 外國法人國籍與認許之分析
——以涉外民事法律適用法第二條為範圍 林誠二... 271
- 生物科技在WTO之研究課題 洪德欽... 289
- 人口販運之國際規範初探..... 高玉泉... 347
- 美國有關外國國家放棄管轄豁免的
理論與實踐 陳純一... 365
- 世界文化遺產的法律規範..... 陳榮傳... 387
- 債之移轉之準據法 廖蕙玟... 411

- 國際私法中區際法律衝突之研究……………賴來焜… 429
- 文化認同與國際私法……………賴淳良… 463
- 馬漢寶教授簡歷

「民之父母」與先秦儒家古典 憲政思想初探*

——從上博楚竹書簡文談起

李念祖**

目 次

壹、前 言	捌、憲政思想的存在與分歧
貳、古代中國「人國之禮」的 有與無	一、關於權力為惡的思想
參、上博簡文裡的「民之父母」	二、關於民主與民本思想
肆、五至、三無與五起	三、關於人格平等的思想
伍、道德身分與道義責任	四、關於權力來源的思想
陸、人君之善與人君之惡	五、關於定期改選的思想
柒、民之父母與君父思想	玖、結 語

* 謹以此文恭賀恩師馬大法官襄武教授八秩嵩壽。恩師重視法律思想研究，近年倡議使用「中國法律史」替代「中國法制史」之名稱，以兼賅法律思想與法律制度之研究；於言及法制史之研究範圍時，曾說：「中國法制史既主要在研究中國古代或過去的法律制度，實際上不能不依靠有關的歷史資料，包括文書記載、歷史檔案、地下文物等。」「晚近出土的文物日多，鑑定方法亦日益科學化，可信的史料隨之增加，大有助於認識早期法制之究竟。因此，法制史學與歷史學以及考古學彼此間關係之密切，已非同往昔，足以促使歷史學家、考古學家與治法制史的學者，多加合作。」馬漢寶，〈中國法制史之名稱與研究範圍〉，收入劉增貴主編，《法制與禮俗》（台北：中央研究院歷史語言所，2002年），頁9-11、13。本文之作，偏重於法律思想之探討，亦多藉重考古出土文物之研究成果之處，或可符驗恩師所論及之研究方向。

** 東吳大學法學院兼任教授。

壹、前言

一九九四年上海博物館獲得戰國楚簡一批，¹頗不乏秦火之後兩千餘年未見之古籍。經過數年整理，於二〇〇一年後陸續發表其內容。²內有一段簡文，內容約略與《禮記·孔子閒居》段落文字以及《孔子家語·論禮》段落文字相當，但亦有一些明顯之出入。學者標之為「民之父母」。³此簡出土，對於《禮記》與《孔子家語》是否為漢儒纂輯甚至後代偽作、⁴先秦舊籍之原始面貌為何等問題，均起了若干澄清的作用。⁵

¹ 上博館藏之此批竹書，總字數約三萬五千字，涉及八十多種古籍，其取得之經過，參閱駱宇騫、段書安編著，《本世紀以來出土簡帛概述（資料篇、論著目錄篇）》（台北：萬卷樓，1999年），頁118-120；朱淵清，〈馬承源先生談上博簡〉，收入朱淵清、廖名春編，《上博館藏戰國楚竹書研究》（上海：上海書店，2002年），頁1-8。上博首度對外正式發表部分楚竹書之內容，係在2001年底，主要包括《孔子詩論》、《緇衣》及《性情論》。參見季旭昇編，《上海博物館藏戰國楚竹書（一）讀本》（台北：萬卷樓，2004年）。

² 上博於2001年底首度公布部分楚竹書內容之後，第二次係於2002年底發表，主要包括《民之父母》、《子羔》、《魯邦大旱》、《昔者君老》、《容成氏》等簡。參閱季旭昇編，《上海博物館藏戰國楚竹書（二）讀本》（台北：萬卷樓，2003年）；朱淵清、廖名春編，《上博館藏戰國楚竹書研究續編》，弁言、目錄（上海：上海書店，2004年）。

³ 此篇命名係本篇簡本整理者濮茅左先生所為，全篇收入馬承源編，《戰國楚竹書（二）》（上海：上海古籍，2002年），頁151-180。並參見季旭昇，〈民之父母譯釋〉，收入氏編，同前註，頁1。上博簡文與《禮記·孔子閒居》及《孔子家語·論禮》文字內容之差異比較，參見方旭東，〈上博簡《民之父母》篇論析〉，收入朱淵清、廖名春編，同註2，頁256-273。

⁴ 《禮記》一書係許多論禮記錄的集合，這些論禮的文獻何時由何人彙編，論者聚訟已久，參見姜義華注釋，《新譯禮記讀本》（台北：三民，1997年），頁6-16。《孔子家語》一書，今本十卷四十四篇，首為三國魏王肅所傳，後人疑其為王肅偽作者，至今有之，參閱羊春秋注譯，《新譯孔子家語》（台北：三民，2003年再版2刷），頁1-5。關於上博竹書《民之父母》與《禮記》及《孔子家語》成書先後的考據，參閱如楊朝明，《禮記·孔子閒居》與《孔子家語》，收入謝維揚、朱淵清，《新出土文獻與古代文明研究》（上海：上海大學，2004年），頁51-55。

⁵ 論者以為讀了上博竹書《民之父母》之後，必須承認「確係《孟子》以前遺物，

由於此簡據信為先秦之楚文字，簡文確切內容之辨識，學者之間並非毫無不同的看法。⁶然而《民之父母》簡文係藉「五至、三無」之說以敘明「民之父母」之意義，則可確定。「民之父母」是一種描述君王與人民間基本關係的說法，對於研究中國古典儒家思想之中，是否曾有某些類似西方憲政主義觀念存在的問題，可能具有重要的地位。本文無意亦不適合針對《民之父母》簡文從事訓詁考據的研究，但試圖從其已經呈現的內容之中，探究中國有無古典憲政思想存在、以什麼形式存在，或是在什麼程度上存在等問題的可能答案。

貳、古代中國「人國之禮」的有與無

憲法，是規範權力保障基本人權之法，也就是界定個人與國家間基本關係之法。⁷換句話說，憲法所要規範的人際關係，乃是國家權力掌握者與人民之間，特別是掌權者與個別人民之間的關係，也就是作為個別存在的「人」與集體構成權力所在的「國」（或古代之「君」），⁸兩者之間應有的關係。儒家素將人際關係中適合其身分地位的行為規則，以「禮」稱之，⁹循此義理解憲法，憲法

絕非後人偽造所成」。龐樸，〈喜讀「五至三無」——初讀《上博簡》（二）〉，收入朱淵清、廖名春，同註3，頁220-221。同說，魏啟鵬，〈說「四方有敗」及「先王之遊」——讀《上博簡》（二）箋記之一〉，收入朱淵清、廖名春，同註3，頁224。

⁶ 參見如林素清，〈《上博簡》（二）《民之父母》幾個疑難字的釋讀〉，收入朱淵清、廖名春，同註3，頁230-235。

⁷ 吳庚，〈基本權的三重性質〉，收入《司法院大法官釋憲五十週年紀念論文集》（台北：司法院，1998年），頁7-22。

⁸ 依學者研究，在中國，「國家」自先秦以來是指「以國君為君主與其家臣、家人、客所組成的政治集團」，有時就指皇帝本人。甘懷真，〈皇權、禮儀與經典註釋：中國古代政治史研究〉（台北：喜瑪拉雅基金會，2003），頁201-202、246-248。亦有稱之為國君一體者，王健文，〈奉天承運——古代中國的「國家」概念及其正當性基礎〉（台北：東大，1995年），頁98-133。

⁹ 馬漢寶，〈法律與中國社會之變遷〉（台北：自刊，1999年），頁3-4。

當可稱之為「人國之禮」，也就是規範國家（或掌握足以代表國家之權力者）與個人之關係的典章制度。¹⁰問題是中國儒家所言賴以教化治國之禮，主要在規範父子、君臣、夫婦、兄弟、朋友五種關係，稱之為五倫；¹¹而先秦周禮之中，奉行「禮不下庶人」¹²的原

¹⁰ 茲就本文使用「人國之禮」一詞之用語做一說明。「禮」與「法」的關係，可因用語之指涉不同，呈現不同的說法。例如徐道鄰先生即認為：「把禮和法二者分別起來，而比較其對於國家的作用，則儒家兩家的見解，大相逕庭。」參見徐道鄰，《中國法制史論略》（台北：正中，1959台3版），頁8；林咏榮先生則說：「法乃出於禮，偏於刑。法既與禮同源，法家亦與儒家同宗。」又說：「道為治之體，禮與法均為治之具，而制作及運用此治之具者，則屬於人。故禮治、法治與人治並非相互排斥而不相容者。」參見林咏榮，《中國法制史》（台北：自刊，1971年增訂5版），頁35-36。楊日然教授則指出：「古代文獻往往將禮法相提並論，並未加以明顯的區分。」又說：「在吾國古代，一切社會規範幾無一不可稱為『禮』。」楊日然，〈從先秦禮法思想的變遷看荀子禮法思想的特色及其歷史發展〉，收入氏著，《法理學論文集》（台北：元照，1997年），頁382-386。本文未以「人國之法」稱呼西方憲法之概念，原因在於儒家或法家所謂之「法」，偏於「刑」的概念，所謂「出禮而入刑」（《後漢書·陳寵傳》，即此義也。徐道鄰先生推崇「管子說：『生法者君，守法者臣』（任法），說得何等簡捷了當」。然則類此之「法」概念，並非描述「憲法」的恰當方法。憲法應是規範政治領袖行使權力的典章制度，不是權力統治的工具，如果使用當代西方的「法」概念來形容憲法，西方法治國家的「法」概念，不但限於刑法，而且主要是從憲法之治出發，將憲法稱為「人國之法」，並無不妥；但若要以東方儒家、法家的語言來形容憲法所欲規範的關係，那就不宜以「人國之法」而宜以「人國之禮」來形容憲法了。因為東方傳統上使用的「法」義狹，西方當代使用的「法」義寬；西方當代的「法」概念足以涵蓋東方傳統上的「禮」及「法」，本文以「人國之禮」而不以「人國之法」形容西方的「憲法」概念，其故在此。特別值得說明者，比較東方的禮與西方的法，是否能以「禮治」強調道德誠命為由而謂其與法治觀念具有根本的區別，實為另一可資探究的學術題目。惟就憲法學而言，自由主義思想尊重人性尊嚴，也可以一種道德誠命主張視之；法與道德確實可相區別，終不能不有必要的聯繫。至於中國古代有無可稱為憲政主義的思想，正是值得從事學術思辨而為本文所欲討論的主題；本文以「先秦儒家古典憲政思想」為題，則是以為先秦儒家的思想之中，非無可以辨別為憲政思想源頭的成分在內，併此說明。

¹¹ 《禮記·中庸》：「子曰：『……君臣也、父子也、夫婦也、兄弟也、朋友之交也，五者，天下之達道也。』」姜義華，同註4，頁749。《孟子·滕文公》：「聖人憂之，使契為司徒，教以人倫：父子有親，君臣有義，夫婦有別，長幼有