

De the People

學術論文集

美國法制研究



王玉葉 著

元照

美國法制研究

王玉葉 著

元照出版公司

國家圖書館出版品預行編目資料

美國法制研究／王玉葉著．-- 初版．-- 臺北市：

元照，2012. 11

面；公分

ISBN 978-986-255-218-6（平裝）

1.法制史 2.文集 3.美國

580.952

101011238

本書已列入月旦法學知識庫全文檢索與數位專屬典藏

美國法制研究

5D251RA

2012 年 11 月 初版第 1 刷

作 者 王玉葉

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 450 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 978-986-255-218-6

自序

在臨屆退休之際，將自己數十年研究生涯所寫的美國法制論文整理彙集出版，也算是對人生的交代。回首前塵，內心不勝欷歔。我的身世相當坎坷，但人生經驗卻非常單純。我是太祖（高祖母）抱回來的孩子，家中還有祖父母，小學以前在純樸恬適的淡水小鎮長大。感謝老人家慈祥和藹，對我無限疼惜，賜給我一段無憂無慮的童年。民國四十八年我以小學全校第一名畢業，也是那年全淡水鎮唯一考上北一女中的學生。從此離開家鄉，離開熟悉的親人，怯生生地到一個全然陌生的環境，開啓了人生另一段漂泊奮鬥的旅程。中學六年（直升高中），大學四年，就在領獎學金、做家教中孤苦伶仃地渡過。由於身世關係，我非常認命、認份，習慣壓抑心中想望。考大學填志願，大都填師範大學科系，卻考上心中暗自嚮往，以追求社會公平正義為志的台大唯一志願——法律系，冥冥之中似有老天暗助。大學畢業後，家境富裕的同學出國留學，那是我想都不敢想的事，我考進中央研究院當研究助理，以後循序升等，一待四十二年，工作環境一直沒有變動過。徜徉在寂靜肅穆的學術天地裡，整天與書為伍，這是我人生經驗單純之處。在我成為正式研究人員後，有機會申請國科會獎學金出國進修，拿到兩個法律學位，更是我人生未及規劃之事。一枝草，一點露，感謝上蒼好生之德！

中央研究院成立於民國十七年，當時組織章程內雖設有法律學研究所，但遲至民國九十三年才設籌備處，於民國一百年七月方正式成所。此前專攻法律的研究人員只有分散在史語所、社科所或歐美所。民國五十八年我大學畢業，即進入歷史

語言研究所張偉仁老師所主持的「中國法制史研究計畫」，整理史語所從大陸搬遷來台的明清內閣大庫檔案，包括很多清朝三法司（刑部、督察院、大理寺）案件。這是史語所長期整理龐大明清檔案的開始，由張老師擘劃，每年到台大法律系徵選數位研究助理，訓練我們從瞭解中國法制史開始。我們進入史語所傅斯年圖書館，中央圖書館，故宮圖書館，甚至到美國哈佛燕京圖書館，翻閱各種善本書，製作了三大冊的《中國法制史書目》，並訪問清末民初從事司法工作的尚存耆宿，作成口述歷史紀錄。嗣後開始整理、註釋清三法司檔案，出版了《清代法制研究》三巨冊。在史語所工作十二年期間，除了大量涉獵各種古籍，翻遍大清律例會典事例外，並詳讀每件檔案，對中國傳統法制的實際運作有更進一步的認識。其間曾至哈佛法學院（Harvard Law School），在孔傑榮教授（Jerome A. Cohen）所主持的東亞法律研究所（East Asian Legal Studies）訪問研究一年，開闊學術視野與胸襟。當時曾參觀普里茅斯（Plymouth）五月花號及仿殖民地時代村落，引起我對麻州灣殖民地（Massachusetts Bay Colony）的興趣，成為日後我從研究中國法制史轉向美國法制史，並從殖民地時代開始研究的引子。

民國七十年有幸進入美國文化研究所，特別要感謝我的兩位大學老師。曾教我大一英文的朱炎所長引領我進入編制內研究工作體系，讓我有機會一生從事我所嚮往的學術志業。正想以本書的出版來答謝老師栽培之恩，然而在本書出版進行中老師卻匆匆於民國百年底辭世，令我無限緬懷。而馬漢寶老師則帶領我進入美國法制研究，並持續有所精進。馬老師擔任我們司法組班導師四年，從大一到大三我陸續修過他的「法學緒論」與「國際私法」等課程。老師又是本所創所元老，我從擔任研究助理開始即協助老師編輯英文書籍，並旁聽老師在台大

研究所所開西洋法律哲學等課程。但是要研究美國法制，需有英美法基礎，而英美法法律概念與大陸法迥異，英美判例法體系複雜龐大，要靠自修深入研究頗為吃力，因此老師先後推薦我至西雅圖的華盛頓大學攻讀法學碩士，及聖路易的華盛頓大學攻讀法律博士，如此才奠下我日後鑽研美國法制的根基。追隨老師多年，長期薰陶，對治學處世均獲益良多，感念甚深。

在美研習法律期間，除了必修課程外，我特地多選修廣識博通課程，如英美法制史、法理學、批判法學、女性主義法學、比較法學、羅馬法、日本法、中國法等課程，希冀從不同角度瞭解法的本質，探索世界各大法系的特色，並追溯美國民主法治的發展。因為我有大陸法系與中國傳統法制的背景，常用比較法觀點，觀察古今中外法制的差異。十七世紀初英國人開始移民美洲，我發現麻州灣殖民地一六三〇至一六五〇年的法典化運動，係由移民主動要求訂定法典以約束殖民地官員獨裁武斷，顯示此時移民已有民主自治概念，此為美國民主法治的濫觴。相形之下，中國傳統律例，均為統治者所制定，只是御民工具而已。可見民主的鞏固，需要人民的覺醒，與全社會民主素養的提升，而法治的奠基，則需靠法律教育與法律專業的紮根。我觀察到中國一向有畏訟傳統，百姓興訟往往被視為刁民。在清朝以前只有黑市的訟師，沒有正式的法律教育與法律職業。由於缺少習法環境，個人權利概念無法滋長，遭受冤屈無以主張權利討回公道。美國承襲英國法制，英美法發展已有根基，其法律職業由業餘演進為專業，建國前後已具規模。然而女律師發展則晚了一世紀，因為建國後百年間，法院流動巡迴各地，律師須騎馬追隨法官至各處開庭，因此被認為是僅適合男性的行業。我所就讀的聖路易華盛頓大學在一八七〇年開風氣之先，法學院首次招收女生，哈佛法學院則遲至一九五〇年才開放女生就讀。女律師專業發展，已是二十世紀中葉以

後之事。本書第一篇有三篇美國法制史論文，論述美國麻州灣殖民地之法典制定，與美國開國後之法律教育與法律專業的發展。這些論文均為個人出國留學首次接觸美國文化，受到文化衝擊（culture shock）而撰寫的。在美國法制史領域，國內學界對此主題較少著墨。

美國雖然注重法治，為西方民主自由世界的領導者，但對國際條約一向抱持保守的態度。雖參與主導制定聯合國人權、環保、海洋法等國際公約，但因國內主流民意不願接受國際公約約束，國會遲遲不予批准。一九六六年通過的公民權利與政治權利國際公約（International Covenant on Civil and Political Rights），美國不僅落於世界大多數國家之後，遲至一九九二年代才批准，且又附加保留條款。為大多數聯合國會員國所接受之經濟、社會、文化權利國際公約（International Covenant on Economic Social and Cultural Rights）與兒童權利公約（United Nations Covenant on the Rights of the Child），美國至今尚未批准。遲至二〇〇五年及二〇一〇年，美國最高法院才分別廢止少年犯死刑與終身監禁，落後西方人權標準一世紀，也是西方民主自由世界唯一保留死刑的國家，成為西方文明的異數。本書第二篇有兩篇美國人權法論文，對此多所申論與批判。

個人深入接觸美國法制史後，發現《美國獨立宣言》所稱「人皆生而平等」（“all men are created equal”）只針對白人，黑奴則被物化視為資產，在憲法中規定各州人口算法，黑奴只計五分之三，並非完人。即便在黑奴解放後一百年，美國種族歧視問題仍然非常嚴重，這種理想與現實的乖離，乃為「美國的歧路」（American Dilemma）。一九六〇年代美國民權運動興起，刺激美國社會覺醒，體認到僅僅賦予黑人法律上的形式

平等是不夠的，還需進一步特別扶持，才有可能幫助黑人翻轉屈居社會底層的悲慘命運。美國總統呼應民權運動要求，發布行政命令，除了諭令聯邦雇主僱用員工時應停止歧視，並鼓勵聯邦機關和公立學校採取積極措施（affirmative action），給予弱勢族群在申請入學或就業上特別優惠待遇，以補償歷史上種族歧視的遺害，促成實質的平等。國會也陸續制定了一系列禁止種族歧視的民權法案（例如：the Equal Pay Act of 1963, the Civil Rights Act of 1964, the Voting Rights Acts of 1965, the Fair Housing Act of 1968）。但這種優惠待遇政策實施不久馬上引起反向歧視（reverse discrimination）的法律爭議，成為美國社會最痛苦與持久的衝突。從一九七〇年代開始，因優惠待遇方案而遭受排擠的白人，不斷指控這種以種族為分類基礎的差別待遇違反美國憲法平等保護原則，而告到美國最高法院。在研究美國法制歷程中，個人花費了最多心力與時間研究該主題，每為熱血的民權運動者，不論黑白人種，團結組織起來，以法律為手段，延續幾世代為黑人爭取平等待遇的悲心與毅力而感動，陸續撰寫五篇有關美國民權法的論文，成為本書的重心，列為本書第三篇。本篇專門探討一九六四年及一九九一年民權法（Civil Rights Act）的修訂，追溯美國實施優惠待遇政策的起源與發展，以及美國最高法院歷年審理優惠待遇方案爭議的演變趨勢，並詳細評析數個指標性案件。

個人的研究工作，每天面對浩瀚無盡的資料，糾葛於複雜的法理推論與無數的案件判決中，數十年如一日。這方面要感謝張偉仁老師引領我進入學術殿堂，得窺研究工作精髓。在史語所見識到學術老前輩，以八、九十歲遐齡，終身致力於學術研究的典範。在院內每到晚間仍可看到很多研究室燈光亮著，這些研究人員日以繼夜孜孜不倦的為學態度，令人感佩。在這種學術氛圍薰陶之下，我習於恬淡自適的生活，長期埋首書

堆，以學問有所寸進為滿足。很感謝研究院提供的環境與資源，讓我能專心而耐性地坐鎮於研究室內，深入思考研究主題，探索問題根源。本書十篇論文所探討的主題看似鬆散，實為我對人類民主、法治、人權、正義的終極關懷。新興民主國家的法治改革進程都會遭遇若干困境，研究美國的民主法治建制、法律教育、法律職業的發展、以及人權與民權的分配正義的修正，先進民主國家的經驗或可作為我們的借鏡。本專書記錄個人長期浸淫於美國法制研究所發現的心得，希望能提供國內對美國法制有興趣的莘莘學子或年輕學者一條探索美國法律文化的入門途徑，透過瞭解法律議題或案件主旨的背景資料與前因後果，作為更進一步研究的基礎。

王玉葉

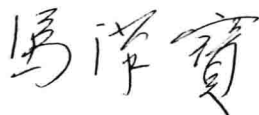
2012年1月
於南港中研院歐美所

馬 序

「美國法制研究」一書為中央研究院歐美研究所副研究員王玉葉研究美國法制之論文集。本書作者於民國五十八年自國立臺灣大學法律系畢業後，即參加中央研究院歷史語言研究所中國法制史料之整理及探討工作，歷十二年。迨中央研究院美國文化研究所（現在歐美研究所之前身）成立，正式進入該所，從事美國法律制度之研究，尤重制度發展之歷史，為時三十年。其間曾先後在美國哈佛大學法學院圖書館廣泛涉獵美國法律發展歷史之原始資料，並在美國西雅圖華盛頓大學法學院及聖路易華盛頓大學法學院修習美國法律課程並選修世界各大法系有關科目。先後獲得西雅圖華盛頓大學法律碩士學位及聖路易華盛頓大學法律博士學位。

本書作者因為熟諳中國及其他法律制度之發展過程，故能善用比較方法研究美國法律制度發展之歷史，所得成果多有獨到之處。尤其對美國死刑制度在國際人權標準上顯露之落差，以及對美國最高法院處理有關Affirmative Action一類案件之態度，均有詳實之評析，在國內尚屬少見。

本書作者就讀國立臺灣大學法律系時，曾修余所授課程，其後余並有機會關心及協助其學業之深造及學術之精進。現樂見其主要研究成果集印成書問世，請余作序，爰以短文歸之，藉表欣慰之忱。



於台北思上書屋
2011年7月中旬

目 錄

馬 序 自 序

第一篇 美國法制史

Chapter 1	The Codification Movement in the Massachusetts Bay Colony, 1630-1650: Early Development of the Rule of Law in the American Colony	3
Chapter 2	The Development of the Legal Profession in Antebellum Massachusetts	37
Chapter 3	American Women in Legal Education: A Historical Perspective	71

第二篇 美國人權法

Chapter 4	美國對聯合國人權公約之批准態度	113
Chapter 5	What Have the U.S. Courts Done to the Children? An Essay on American Juvenile Justice	151

第三篇 美國民權法：Affirmative Action

Chapter 6	The Rule of Law and the Rule of Politics: Eleanor Holmes Norton and the Rise and Decline of Affirmative Action	193
Chapter 7	The Affirmative Action Controversy: The U.S. Supreme Court Decisions and the Civil Rights Act of 1991	225
Chapter 8	美國最高法院處理優惠待遇（Affirmative Action）案件之新趨勢 —— <i>Adarand Constructors, Inc. v. Peña</i> 案之 評析	279
Chapter 9	美國高等教育優惠待遇何去何從 —— 美國最高法院拒絕審理 <i>Hopwood v. Texas</i> 案之省思	321
Chapter 10	從補償性理論到多元化理論 —— 美國高等教育優惠待遇案件 <i>Grutter</i> 之迴響	365
Appendix	美國優惠待遇政策年表（Timeline of Affirmative Action in the United States）	393
作者著作目錄		403

第一篇

美國法制史

- Chapter 1 The Codification Movement in the Massachusetts Bay Colony, 1630-1650: Early Development of the Rule of Law in the American Colony (美國麻州灣殖民地法典化運動，1630-1650：美國民主法治的濫觴)
- Chapter 2 The Development of the Legal Profession in Antebellum Massachusetts (美國內戰前麻州法律專業發展史)
- Chapter 3 American Women in Legal Education: A Historical Perspective (美國婦女法律教育史)

Chapter 1

The Codification Movement in the Massachusetts Bay Colony, 1630-1650: Early Development of the Rule of Law in the American Colony

Contents

- | | |
|--|--------------------------------------|
| I. Introduction | IV. The Movement for Codification |
| II. The Settlement and Early
Legal Condition of the
Massachusetts Bay Colony | A. The Body of Liberties of
1641 |
| III. The Form and Source of
Colonial Law | B. The Laws and Liberties of
1648 |
| | V. Conclusion |

I. Introduction

American history began with the establishment of permanent settlements and colonies along the Atlantic shore in the seventeenth century. These colonies differed greatly in terms of their backgrounds, the conditions of settlement, and the forms of governments each adopted. The colonies of New England, in particular, differed from colonies elsewhere in the New World in that they were founded largely in accordance with the Puritan creed. The social conditions which were nurtured by Puritanism—specifically in religious and political autonomy starting from the local level—provided an environment in which ideologies on the Rule of Law could flourish.

The Congregationalists who founded the New England colonies were members of a fairly democratic wing of Puritans, allowing laymen to hold key roles in their local churches. Congregationalists believed that each church should be a self-constituted, self-sufficient unit that was independent of outside supervision. The value that these people placed on local autonomy was also evident in the structure of the communities that they established: the New England townships were independent institutions with public meetings and with locally chosen officers to look after the local needs.

Among the New England colonies, Massachusetts was the largest and the most important; the legal accomplishments of its early government were remarkable. Already in the 1600s, the people of Massachusetts Bay Colony demonstrated a strong interest in their political and legal rights. As soon as they were settled in the new colony, they initiated a movement for legal codification, which would effectively curb the powers of their magistrates. In just two decades

after their settlement, two codes had been compiled (with the first code retrospectively incorporated into the second one) to reflect upon the conditions and needs within the colony. These codes greatly shaped the characteristics of Massachusetts legal codes in the later periods, and even influenced the codes of adjacent colonies. For this reason, the author have chosen Massachusetts codification movement to be the illustrative case for colonial American legal history.

This paper intends to trace the development of the Massachusetts legal system during its formative years from 1630 to 1650, and to evaluate the influence of this legal system on the evolution of the American colonial “Rule of Law” and contrasts it with “rule by man” which embodies the principle that law is supreme and thus that any arbitrary power should be excluded. All decisions from the government must be subordinated to the constitutional principles which guarantee the liberties and fundamental rights of the people.¹ The purpose of this paper is to identify specific characteristics and achievements of the early colonial American society that may explain both why and how the Rule of Law became so firmly rooted in the American political system.

¹ Compare G. GILMORE, *THE AGES OF AMERICAN LAW* 105 & accompanying note 7 (1977). In the academic version the idea emphasizes principally the importance of due process of law, the observance of established rules, and the right of the the accused to confront his accuser in open court before he is sent to jail.