

英美法律與社會

Anglo-American Law & Society

高玉泉 著



新學林

D904.3
2014

港台書

陳序

玉泉教授請我為他的書「英美法律與社會」為序，我覺得非常榮幸與高興。

近年來，台灣的法律與法學深受英國與美國法律文化的影響。在法律制度上，台灣在財經相關法律、智慧財產權、科技法律相關法律

英美法律與社會

高玉泉 著

作為一個留學德國的法律人，每當我國談論關於美國言論自由或隱私權保障，甚至關於當事人進行主義的法律文章時，往往非常苦惱於無法整體瞭解美國法律制度與法學發展。高玉泉教授的這本書，讓我長期以來的苦惱獲得解除。

透過他的書，讀者對於英國與美國的法律制度以及法學的發展，可以有一個較為整體的瞭解。他在書中，不僅告訴我們英、美法律制度的現況；他還告訴我們英國與美國法律的歷史傳統中，讓我們有機會瞭解法律制度的發展。例如在書中的第1章「英美法之誕生與發展」中，我們看到英國的憲法如何從大憲章（1215年）、權利憲章（1295年）、權利請求書（1689年）到現在深受歐洲人權公約的影響與發展。又例如，在他的書中第5章「生命權（II）—死刑」中，作者告訴我們，在19世紀以前的英國是一個嚴刑峻罰的國家，在15到19世紀的刑罰規定中有220種可以判處死刑的罪，包括「與吉普賽人相伴」個月，都可以被判死刑，而到了1998年英國國會已經通過全面廢除死刑。



新學林出版股份有限公司

英美法律與社會／高玉泉著．-- 臺北市：新學林， 2009. 10
面； 公分

ISBN 978-986-6419-51-5 (平裝)

1. 英美法系 2. 社會

580.914

98017996

英美法律與社會

作者：高玉泉

出版者：新學林出版股份有限公司

地址：台北市和平東路二段339號9樓

電話：(02) 27001808

傳真：(02) 27059080

網址：<http://www.sharing.com.tw/>

總經理：毛基正 總編輯：田金益

責任編輯：劉曉莊 版權部：林靜妙

製程管理：浩瀚

出版日期：2009年11月 一版一刷

郵撥帳號：19889774 新學林出版股份有限公司

劃撥金額1000元以上免郵資，未滿1000元每本加收郵資50元

定價：300 元

ISBN 978-986-6419-51-5 (平裝)

本書如有缺頁、破損、倒裝，請寄回更換

門市地址：台北市和平東路二段 339 號 9 樓

團購專線：(02) 27001808 分機 18

讀者服務：law@sharing.com.tw

電子商務：gotobuy@sharing.com.tw



親愛的讀者

為提昇您閱讀便捷性

新學林特別精心製作一系列台灣景物磁鐵書籤

將台灣的美與您共同收藏於扉頁

如欲索取請上新學林暨本土法學網站：

www.sharing.com.tw

致學如耕 涵泳歲稔

致學如辛勤耕耘，必歡盈沉浸於歲收穀物時。



新學林

陳序

玉泉教授請我為他的新書「英美法律與社會」為序，我覺得非常榮幸與高興。

近年來，台灣的法律與法學深受英國與美國法律文化的影響。在法律制度上，台灣在財經相關法律、智慧財產權、科技法律相關法律、言論自由、隱私權、生命權的保障以及刑事訴訟法的改良式當事人進行主義等法律制度，均深受美國影響。而在法學方面，由於英國在法律科際整合及法律社會學的豐富研究，這幾年來，台灣也有不少法律人，包括作者玉泉教授，前往英國留學。因此，英國的法律思想與法學研究方法逐漸影響著台灣。

作為一個留學德國的法律人，每當我閱讀關於美國言論自由或隱私權保障，甚至關於當事人進行主義的法律文章時，往往非常苦惱於無法整體瞭解美國法律制度與法學發展。高玉泉教授的這本書，讓我長期以來的苦惱獲得解除。

透過他的書，讀者對於英國與美國的法律制度以及法學的發展，可以有一個較為整體的認識。玉泉教授在書中，不僅告訴我們英、美法律制度的現況；他還帶著我們走入英國與美國法律的歷史傳統中，讓我們有機會瞭解英美法律制度的發展。例如在書中的第 1 章「英美法之誕生與發展」中，作者讓我們看到英國的憲法如何從大憲章（1215 年）、權利請願書（1628 年）、權利憲章及權利請求書（1689 年）到現在深受歐洲人權公約的影響與發展。又例如，在他的書中第 5 章「生命權（II）—死刑」中，作者告訴我們，在 19 世紀以前的英國是一個嚴刑峻罰的國家，在 15 到 19 世紀的刑罰規定中有 220 種可以判處死刑的罪，包括「與吉普賽人相伴 1 個月」都可以被判死刑，而到了 1998 年英國國會已經通過全面廢除死刑的制度。

在美國方面，我們在書中的第 9 章「隱私權」，看到玉泉教授娓娓道來美國隱私權制度的發展。他在書中提到美國隱私權概念始於兩位美國法學家華倫（Samuel Warren）及布藍迪斯（Louis Brandeis）在 1890 年共同發表的一篇名為隱私權的文章，提出人民應該享有隱私權的保障。我們在書中也瞭解到美國現在豐富的隱私權概念與類型。

在第 10 章「身體權—教師體罰規範」中，作者讓我們瞭解美國面對教師管教權，與學生人權保障的兩難，如何透過正當法律程序的設計（實施體罰者應該填寫報告書且應該有另外一個教師在場），解決這樣問題。

讀者透過這本書可以很快的瞭解英國、美國的重要法律制度。作者在版面設計上讓讀者在閱讀這本書的過程充滿趣味。書中透過很多小框框，告訴讀者英美法律制度發展過程的小故事，例如在第 1 章（頁 10）作者告訴我們在 1679 年英國國會有關人身保護令，如何在一場關鍵性的表決中成為正式法律。在第 12 章（頁 173）透過 2009 年 7 月一個非裔美國教授在夜間受到美國警察逮捕的小故事，讓我們瞭解種族歧在美國可能的狀況。

透過本書我們可以看到法律跟政治、經濟、社會、文化與科際的關係。作者讓我們瞭解到英國法與美國法雖以普通法為基礎，但是在歷史發展與社會條件的變遷下，兩國的法律體制在許多的議題上呈現分道揚鑣之勢。

這本書是玉泉教授多年來在大學教授「英美法導論」的教材，書中內容豐富有趣，我能有幸先睹為快並為序，要向玉泉教授致謝並致敬。

陳惠馨

2009 年 10 月 30 日於涵碧園

作者序

這本書是為初學法律或想認識英美法的人而寫。它是我多年來在大學教授「英美法導論」的教材，經彙整更新的成果。我始終認為即使是一門二個學分，普遍被認為是營養學分的科目，也可以讓同學們有所收穫。內容上，本書有些創新。除基本的關於普通法（common law）制度上的介紹外，我選擇了幾個英美法律對於社會重大議題的回應，作為授課內容。與一般介紹英美法的論著不同的地方是，本書添加了許多我個人對英美法的觀點。或許可以這麼說，這是一本個人多年來研讀及觀察英美法的紀錄。我想要藉這本書告訴讀者幾個想法：（1）法律是政治、經濟、社會、文化及科技條件下的產物，並非形而上的抽象建構，它與歷史無法分割。觀諸英美法的發展，正足以印證此點；（2）英美法在其演進過程中展現出許多令人振奮的制度設計、法理及原則，但也曾出現許多邪惡的、醜陋的、偽善的，甚至烏龍的法律。學生學習英美法時，應以持平的心態面對；（3）英國法與美國法雖係以普通法為基礎，但隨著國際局勢的改變及各自的社會變遷（如英國加入歐盟，美國成為國際政治強權等），兩國法律在許多議題上呈現分道揚鑣之勢。

我希望透過本書各章的介紹分析，能夠讓讀者在學習英美法的同時，多少瞭解一些英美社會的現況。尤其是法律系的學生，如果能因此增加一些法律以外的知識，對未來的學習，相信會更有幫助。當然，英美社會的複雜、多元，絕非這本書的規模所能盡言，本書各章只能說是英美社會這兩張大拼圖中的幾小片而已。為了使本書易於閱讀，各章中添加了圖畫、圖表及插文。這是一個新的嘗試，目的在於擺脫傳統法學論著那種大塊大段的純文字論述，減輕讀者閱讀上的困難。

這本書能夠完成，要特別感謝國立中正大學法律系廖宗聖助理教授。沒有他的協助，這本書至少要晚半年才能出版。另外，助理林嵩閔、顧珮仙及宋怡潔排版及校稿所付出的心力，本人感激在心。當然，內人施慧玲教授及犬子高士涵給我的支持及鼓勵，更是促成這本書出版的最大動力。沒有他們兩人，我的生命大片空白。

本書完稿時，適逢台灣遭遇半個世紀以來最嚴重的水災。電視裡看到的盡是災民的哭喊及中南部的破碎景象。「八八水災」這場劫難，來得太快、太突然，許多人的生命財產一夕間消失。生命之無常，莫過於此！另一方面，國際社會的援助及海峽對岸的關懷，又燃起我心中絲絲暖意。願往生者安息，生還者平安！

高玉泉

2009年9月 於台中 中興大學

2009年10月30日於美國

目 錄

第 1 章	英美法之誕生與發展	1
第 2 章	司法制度	21
第 3 章	法學教育與法律專業	39
第 4 章	生命權〈I〉—墮胎權	53
第 5 章	生命權〈II〉—死刑	65
第 6 章	生命權〈III〉—安樂死	77
第 7 章	財產權	87
第 8 章	言論自由	105
第 9 章	隱私權	127
第 10 章	身體權—教師之體罰權	139
第 11 章	持槍權	149
第 12 章	種族與法律	163
附 錄	重要法律名詞	177

英美法之誕生與發展

“Every legal system requires a unifying element, and that unifying element in England is ‘the fiction of historical consistency,’ whereas in continental Europe it is ‘the fiction of logical consistency’.”

Otto Kahn-Freund (1900-1979)

牛津大學法學教授

第一節 前言

英美法對於當代各國法制有著深遠的影響。不僅英美兩國的前殖民地於獨立後繼續沿用，隨著美國在 20 世紀的崛起成為超級強權，英美法也被其他國家所吸收，逐漸與其原有之大陸法系或其他法系融合。英美法係以普通法（common law）為基礎，經過約 1000 年的演化成為一個獨特的法律制度，至今與大陸法系並列為世界二大法系。儘管屬於同一法系，英國法與美國法仍有相當的區別，其中在憲法的部分，尤其南轅北轍。1950 年代以後，英國陸續加入歐洲議會（Council of Europe）及歐洲經濟共同體（European Economic Community；即 1993 年歐盟〔European Union〕的前身），憲政體制上更作了進一步的調整。至於兩國法律的內涵，則隨著各自的社會變遷，而有不同的規範面貌，部分法律規範甚至大異其趣。21 世紀的今天，如果還因為英國法和美國法有著共同的普通法基礎，而認為英國法等於美國法，那將是嚴重的誤解。

第二節 普通法的形成與演變

一、歷史沿革

如果查士丁尼大帝（Justinianus I; 527-565）被認為係形塑大陸法的始祖，那麼亨利二世（Henry II; 1133-1189）即可視為促成普通法形成的舵手。拜占庭帝國（即東羅馬帝國；395-1453）皇帝查士丁尼大帝為了讓法律的來源更加明確，囑咐專家從事古羅馬法彙編的工作，於西元 529 年，公布「民法大全」，奠定了大陸法法典

化的基礎，也對日後大陸法系民法法典造成深遠的影響¹。相對的，12世紀時，亨利二世推行全國統一的法律，形塑了普通法的雛形。

在1066年諾曼第威廉公爵對英格蘭發動軍事行動以前，教會與貴族掌控著各地區的司法案件²。1154年亨利二世成為金雀花王朝（the Plantagenet Dynasty; 1154-1485）第一位國王，他開始指派專職法官巡迴於英格蘭各地，推廣全國共同（common）適用的法律。這些全國共同適用的法律是參照過去的司法案例而來，也因此確立了以法院判決作為法源的判決先例原則（stare decisis）³。而全國共同適用的法律即是普通法名稱的由來。

普通法施行至13世紀末逐漸僵化，法院在審理案件時，過度重視程序規定，且大幅限制可以提起訴訟的原因，導致許多原告無法採行應有的救濟方式。唯一的例外是，原告向國王請願，因為國王代表最高權力，若得到國王的憐憫，才有獲得救濟的機會。隨時間經過，這種向國王請願的方式，漸漸形成彌補普通法缺陷的另一法律系統——衡平法（equity）⁴。之後，國王開始指派衡平法院法官負責審理與衡平法相關的案件。於是，一般情況下，人民向普通法院提起訴訟後，若不能得到應有的救濟，可以轉而向衡平法院提起訴訟。而衡平法院審理案件時，不拘泥於形式上的訴訟程序，且較重視案件事實的發現與公平、正義的體現。早期的衡平法並沒有一定的法則，而係由法院根據所謂的自然法（natural law），運用裁量，以獲得個案正義。後來，衡平法開始發展出自身的實體及程序法則，也逐漸喪失其原有的彈性。人民向衡平法院請求救濟是有條件的，一句有名的格言是「進衡平法院者，必須雙手清潔」（one who comes into equity must come with clean hands），即原告在本案必須為無過失者，法院始給予救濟。當衡平法與普通法衝突時，衡平法處於優先的地位。但法院總會設法將衡平法盡可能立於補充普通法的地位，並尊重普通法賦予當事人的權利。另外，

衡平法亦如同普通法一樣，相關的衡平法準則是來自於先前衡平法院做成的判決。

1870 年代，國會通過法院法（Judicature Acts），將衡平法院與普通法院合併，讓合併後的法院得以衡平法及普通法審理案件，而此時的法律系統則通稱為普通法。

普通法從英國社會內部形成並演變，後來隨著英國的殖民政策向外擴張，當中最具代表性的移植國則為美國。因此，相對於歐洲大陸法系的大陸法，普通法又稱為英美法或海洋法。目前採用英美法的國家或深受英美法影響的國家主要為：英國、美國、加拿大、澳洲、南非、肯亞、奈及利亞、印度、新加坡、菲律賓及紐西蘭等等，多半過去曾為英美兩國的殖民地。

二、普通法的特色

（一）判例法

普通法雖然亦有成文的法律規定，但主要仍以判例法為核心。在普通法中，除為了解決判例間存在的爭議，或是為了儘速讓法律明確化，才會出現成文法形式的法律，否則多數法律仍以判例法形式存在。而成文法的存在大都也僅是原則性的規定，需要判例法加以補充。

判例法遵循判決先例原則。在案件主要事實相同或類似情況下，透過案件的類比，法官於判決時需受到先前判決的拘束。所謂先前判決的拘束力，指的是判決書中的理由（*ratio decidendi*）部分，而不包括法官的個人意見（*obita dicta*）。

Stare Decisis

（判決先例原則）

Doctrine that, when court has once laid down a principle of laws as application to a certain state of facts, it will adhere to that principle, and apply it to all future cases, when facts are substantially the same.⁵

若法官認為主要事實並不相同，則可以在判決理由闡明該案與先前判決不同之處，而不受到先前判決的拘束。

普通法法官可以透過判例法達到法官造法（judge-made law）的功能，且法學理論的演進通常也藉由法官在案件中的論述而達到。由於判例法中的先前案例對後來類似案件具有拘束力，法官於審判先前案例時，對法律所進行的解釋，就如同立法一般，是具有拘束力的，此謂之法官造法。此外，當法官依主要事實，認為該案與先前判決不同，而不受到先前判決拘束時，法官所做出的解釋，同樣具有造法的效力，因為此一判例對以後類似的案件同樣有拘束力。

（二）對抗主義

普通法法院的審理程序稱為對抗主義（adversarial system）或當事人進行主義。在審理案件時，法官如同競賽中的裁判，居於客觀中立的立場，僅負責維持公平程序的進行與中立的聽訟，讓訴訟兩造進行案件事實及相關法律適用的攻擊防禦，最後再依據兩造所提證據及法律論斷做出判決。

（三）陪審團

亨利二世改良源自古希臘的陪審團（jury）制度，設立 12 人的陪審團解決法律爭議。與現在不同的地方是，當時的陪審團具有主動調查證據的權限；今日的英美陪審團則僅能被動地聽取雙方當事人之辯論，並聽從法官的指揮。13 世紀時，人民要求陪審團審判案件已成為明確的權利，並進而載於大憲章（Magna Carta）第 39 條⁶。普通法下的陪審團負責案件事實的認定，至於法律問題，則交由法官，形成審判分工的情形。

三、美國對普通法的繼受

16 世紀初，隨著英國人殖民於美洲大陸，美洲大陸開始繼受來自英國的普通法。初期美洲殖民地對普通法的繼受規模並不大，但隨著時間的經過，逐漸擴展。這種繼受規模的差異，主要係由三個重要因素所造成：（一）英國本身對於殖民地法律制度的限制；（二）殖民地居民受到當地習俗與宗教的影響；及（三）殖民地社會經濟逐漸發展後對法律的需求。

英國人開始殖民美國時，視美國與其他殖民地相同，認為殖民地都是「被征服的土地」，因此並不適用英國的普通法。相對的，基於 1608 年喀爾文案件（Calvin case）所確立的法律原則——英國國王對征服的土地擁有法律上絕對的權威，殖民地應適用英國國王所制訂的法律，不是普通法⁷，當然更不是殖民地人民自行制定的法律。然而，事實上因為英國在當時對於美洲殖民地並不是那麼的在意，英國國王並未制訂縝密的法律來管理這一塊殖民地。因此，殖民地居民在大多數情況下仍繼續沿用著當初他們祖先在英國習得的普通法規範。唯一不同的是，這些普通法的規範同時還受到殖民地宗教信仰（即基督教）與當地習俗的影響。例如：黑奴在當時為農業生產的重要人力資源，因此基於經濟發展需要，蓄奴制度在美國法律規範中必須合法化，但此一制度並未存在於英國的普通法之中。後來，隨著殖民的時間增長，社會與經濟逐漸發展，殖民地居民意識到社會與經濟的持續發展需要更妥適的法律規範，從而要求與英國一樣適用普通法，並開始大規模的繼受英國的普通法⁸。

1776 年獨立戰爭後，繼受英國普通法而來的美國法開始產生變化，最後形成了與英國普通法有所差異的美國法。1787 年，美國憲法經過 9 個州的批准而生效，該憲法雖然僅是框架式的規範，卻是當時全世界第一部成文的憲法。憲法賦予國會的立法權逐漸受

到人民的重視與青睞，因為經過獨立戰爭後，人民仍對英國具有敵意，於是很自然地就將敵意投射在繼受自英國的普通法上。此時，部分的州更通過了與繼受英國普通法相關的立法，包括禁止在案件中援引英國的判例等等⁹。

然而，現實上，這個時期的美國法仍未發展出足夠的國內案例，也還沒有類似案例彙編等資料可供參考。凡此，再加上美國法的根源是來自於英國的普通法，若將英國的案例從美國法中全部抽離，美國法終將無所依附，而無法實行。是以，在實際的案件中，援引英國普通法判例，仍非罕見。

此一現象一直到 19 世紀時才逐漸改變。美國開始擁有自己的案例彙編，逐漸形成具有特色的美國法法學理論，以及不再如同英國法院嚴格的遵循判決先例原則。從這個時期起，英國的普通法加上美國的普通法才是現今我們所稱的「英美法」。

第三節 英國憲法

如果我們採用憲法的狹義定義，認為憲法是一部規範國家機關的組織運作與功能的框架，以及人民基本權利的法律文件，那麼可以說英國沒有這種憲法。另一方面，如果採廣義解釋，認為憲法係關乎政府的運作，透過眾多的規定來建立，治理及解決紛爭的規範，那麼英國當然是個不折不扣的憲政國家。國內外有許多學者於是稱英國的憲法係所謂

