

比較憲法專題研究授課計畫

Spring, 2008

授課教師：廖元豪*

開課系所：法碩（博）

授課目標與主旨

「平等權」在我國已經逐漸成為憲法的重點研究項目，在台灣社會也愈發受到關注。但法學的論述上面，依然停留在黃錦堂教授所云「空洞公式」上面。分析途徑十分簡單而形式主義，未能將台灣的具體脈絡及現實問題納入「法學」。也未能結合實證與哲學理論，並進一步與社會對話。因此，法學界需要對「平等」有更廣闊的視野，才能在分析我國問題時，提出兼具現實感及理論深度的憲法策略。

本學期授課內容，係以美國學者 Jack Balkin 編著的 WHAT “BROWN V. BOARD OF EDUCATION” SHOULD HAVE SAID: THE NATION’S TOP LEGAL EXPERTS REWRITE AMERICA’S LANDMARK CIVIL RIGHTS DECISION (2001) (以下簡稱 WHAT “BROWN” SHOULD HAVE SAID) 為研讀討論之主軸。

1954 年的 *Roe v. Wade*，可說是二十世紀美國最高法院判決與民權運動歷程中，最重要，影響也最大的判決。它判定公立學校的種族隔離，侵犯了黑人學童平等受教育的機會，牴觸憲法平等保護條款。這個在今日看來天經地義的見解，在當時的美國卻真可謂石破天驚。它不但揭起二十年「黑白混校」的法律、政治、社會、文化苦戰（甚至須由總統派遣部隊護送黑人學童入學，執行法律命令），更是 1960s 民權運動的先河。今日的美國，能夠有著起碼的、形式

* 研究室：271613；校內分機：51613；E-mail: yliao@nccu.edu.tw ;
brucefion@gmail.com

的種族平等，相當程度上都要歸功於 *Brown* 案判決——當然，這個判決其實也是反映了時代的變化，以及 NAACP 等民權團體多年的努力累積成果。

在憲法學上，*Brown* 判決也有著極重要的影響。美國憲法上的「平等保護條款」（Equal Protection Clause）真正發揮消弭社會歧視作用，其實是起於這個判決。今日，可說幾乎沒有人敢否定 *Brown* 案的結果；但對 *Brown* 案的論理、主旨、解釋，仍是言人人殊。*Brown* 案判決是否過於「結果取向」而忽視了法律論理應有的「中立原則」？*Brown* 案判決是否意味著憲法否定任何的「種族差別待遇」，從而使得對少數族群有利的積極平權措施（affirmative action）或少數民族教育也遭到違憲的質疑？*Brown* 案判決所揭示的平等原則，到底是（如美國與我國通說所云之）「反差別待遇」（anti-classification），或是「反宰制／階級原則」（anti-subordination, anti-caste）？甚至，在光鮮亮麗、義正辭嚴的外觀下，*Brown* 真的顛覆挑戰了白人種族優越的霸權，還是偷偷地協助鞏固這種霸權？

編者 Balkin 針對 *Brown* 判決，邀集八位學者加上他本人共九人，模擬為最高法院九位大法官，以自己的觀點「重寫」這個經點判決之意見書。這九位學者的組成相當多元，各自代表不同的學派，以不同的角度切入墮胎議題並進行憲法分析與批判。除了 Jack M. Balkin 外，也包括著名的 Bruce Ackerman, Frank Michelman, John Hart Ely, Cass Sunstein 等自由派憲法學者，基進女性主義法學者 Catharine MacKinnon，保守主義憲法學者與法官 Michael McConnell。另外，也有兩位重量級的非裔憲法學者，Drew S. Days III 以及 Derrick A. Bell。

九位「大法官」有八位支持「正版」*Brown* 的結果，只有一個不同意見。這位不同意見，卻正好是基進的「批判種族理論」（Critical Race Theory）早期發起人之一的非裔 Derrick Bell 教授。另外多位教授，則分別從自己的學術研究觀點，重新切入種族隔離議題與憲法的關係來加以分析。

藉由研讀本書與相關文獻資料，不但可以深入認識美國有關種族、平等、憲法解釋等討論；更有機會能夠從這種「多元觀點」

(multiple perspective)的研析方法，接觸美國憲法學的不同派別(批判種族法學者、保守主義者、女性主義者、共和主義、司法最小主義與人民主義等，對於本案可能有截然不同的看法)，以及後現代的法學認識論—法律解釋本身就是一種創造與建構、法律(與法律解釋)不是客觀中立的存在而是主觀撰寫的作品、文化價值與政經脈絡永遠是法律解釋的核心。對於美國法律論述如何結合「理論高度」與「實用程度」(理論與方法完全超越「釋義學」層次，但每個學者都會致力證明，這些理論方法必然有「實際效果」)，相信也會有很大的啟發。

課程進行方式與注意事項

本學期閱讀內容以英文資料為主。修課同學必須依照進度研讀授課教師所指定之閱讀作業，並進行討論，同學並須排序針對作業作口頭報告(報告指定之書中內容，並且自行挑出作者的相關重要著作至少一篇)。期末則提出一篇與本學期主題相關的學術性書面報告。

授課教師非常重視課堂中的意見交換與討論，並鼓勵同學們相互(或對老師)挑戰、批判、對話。因此期末評分除根據書面報告外，尚參酌上課討論之積極度。

課程進度與作業(暫訂)

日期	進度與作業
2/20	課程介紹、分工、資料搜尋與分析方法
2/27	美國案例研讀與討論： <i>Dred Scott v. Sandford</i> , <i>Plessy v. Ferguson</i>
3/5	美國案例研讀：, <i>Brown v. Board of Education I,II</i>
3/12	<i>Brown as Icon</i> (pp.3-28)
3/19	The History of the <i>Brown</i> Litigation (pp. 29-43)

3/26	背景／深度文獻閱讀（一）
4/2	背景文獻閱讀（二）& <i>Rewriting Brown: A Guide to the Opinions</i> (pp. 44-75)
4/9	Balkin's Opinion (pp.86-91) & other article (s)
4/16	Days's Opinion (pp.92-108) & other article (s)
4/23	Ackerman's Opinion (pp.109-120) & other article (s)
4/30	Michelman's Opinion (pp.121-147) & other article (s)
5/7	Ely's Opinion (pp. 148-151) & other article (s)
5/14	背景／深度文獻閱讀（三）
5/21	MacKinnon's Opinion (pp.170-186) & other article (s)
5/28	McConnell's Opinion (pp.187-195) & other article (s)
6/4	Sunstein's Opinion (pp.196-218) & other article (s)
6/11	Bell's Opinion & other article (s)

課程參考資料（暫訂）

1. WHAT "BROWN V. BOARD OF EDUCATION" SHOULD HAVE SAID: THE NATION'S TOP LEGAL EXPERTS REWRITE AMERICA'S LANDMARK CIVIL RIGHTS DECISION (Jack M. Balkin ed., 2001) (Hardcover) (Paperback, 2002) 【簡介可參照 http://www.amazon.com/What-Brown-Board-Education-Should/dp/081479890X/ref=pd_bbs_sr_2?ie=UTF8&s=books&qid=1201141579&sr=8-2】
2. Herbert Wechsler, *Toward Neutral Principles of Constitutional Law*, 73 HARV. L. REV. 1 (1959).
3. Richard Thompson Ford, *Brown's Ghost*, 117 HARV. L. REV. 1305 (2004).
4. Reva B. Siegel, *Equality Talk: Antisubordination and Anticlassification Values in Constitutional Struggles over Brown*, 117 HARV. L. REV. 1470 (2004).

5. Charles R. Lawrence III, *The Id, the Ego, and Equal Protection: Reckoning with Unconscious Racism*, 39 STAN. L. REV. 317 (1987).
6. Mark Tushnet, *Some Legacies of Brown v. Board of Education*, 90 VA. L. REV. 1693 (2004).
7. Michael J. Klarman, *Brown at 50*, 90 VA. L. REV. 1613 (2004).
8. Richard Delgado, *Two Ways to Think About Race: Reflections on the Id, the Ego, and Other Reformist Theories of Equal Protection*, 89 GEO. L.J. 2279 (2001).
9. Kevin Brown, *The Racial Gap in Ability: From the Fifteenth Century to Grutter and Gratz*, 78 TUL. L. REV. 2061 (2004).
10. —, *Do African-Americans Need Immersion Schools?: The Paradoxes Created By Legal Conceptualization of Race and Public Education*, 78 IOWA L. REV. 813 (1993).
11. —, RACE, LAW AND EDUCATION IN THE POST-DESEGREGATION ERA: FOUR PERSPECTIVES ON DESEGREGATION AND RESEGREGATION (2005).
12. —, *The Supreme Court's Role in the Growing School Choice Movement*, 67 OHIO ST. L.J. 37 (2006).
13. Martha Minow, *Surprising Legacies of Brown v. Board*, 16 WASH. U. J.L. & POL'Y. 11 (2004).
14. Roy L. Brooks, *Brown v. Board of Education Fifty Years Later: A Critical Race Theory Perspective*, 47 HOW. L.J. 581 (2004).
15. Charles J. Ogletree, Jr., *From Brown to Tulsa: Defining Our Own Future*, 47 HOW. L.J. 499 (2004).
16. Goodwin Liu, *Brown, Bollinger, and Beyond*, 47 HOW. L.J. 705 (2004).
17. Gary Blasi, *Fifty Years after Brown v. Board: Five Principles for Moving Ahead*, 15 BERKELEY LA RAZA L.J. 115 (2004).
18. Richard Delgado & Jean Stefancic, *the Racial Double Helix: Watson, Crick, and Brown v. Board of Education*, 47 HOW. L.J. 473 (2004).

19. Molly S. McUsic, *The Future of Brown v. Board of Education: Economic Integration of the Public Schools*, 117 HARV. L. REV. 1334 (2004).
20. MICHAEL J. KLARMAN, FROM JIM CROW TO CIVIL RIGHTS: THE SUPREME COURT AND THE STRUGGLE FOR RACIAL EQUALITY (2004).
21. —, UNFINISHED BUSINESS: RACIAL EQUALITY IN AMERICAN HISTORY (2007).
22. MARK V. TUSHNET, THE NAACP'S LEGAL STRATEGY AGAINST SEGREGATED EDUCATION, 1925-1950 (2005).
23. Bryan K. Fair, *Taking Educational Caste Seriously: Why Grutter Will Help Very Little*, 78 TUL. L. REV. 1843 (2004).
24. Roger M. Smith, *Black and White after Brown: Constructions of Race in Modern Supreme Court Decisions*, 5 U. PA. J. CONST. L. 709 (2003).
25. Ruth Colker, *Anti-Subordination above all—Sex, Race, and Equal Protection*, 61 N.Y.U. L. REV. 1003 (1986).
26. Richard Cummings, *All-Male Black Schools: Equal Protection, the New Separatism and Brown v. Board of Education*, 20 HASTINGS CONST. L.Q. 725 (1993).
27. Stephen J. Caldas & Carl L. Bankston III, *A Re-Analysis of the Legal, Political, and Social Landscape of Desegregation from Plessy v. Ferguson to Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District No. 1*, 2007 B.Y.U. EDUC. & L.J. 217.
28. James E. Ryan, *The Supreme Court and Voluntary Integration*, 121 HARV. L. REV. 98 (2007).
29. Michael J. Kaufman, *Pics in Focus: A Majority of the Supreme Court Reaffirms the Constitutionality of Race-Conscious School Integration Strategies*, 35 HASTINGS CONST. L.Q. 1 (2007).