

# 美國司法違憲審查正當性 論辯脈絡之分析\*

陳文政\*\* 陳偉杰\*\*\* 莊旻達\*\*\*\* 王上維\*\*\*\*\*

## 要 目

壹、前 言	(二)正當性類型之界定
貳、正當性概念之分析與美國論辯脈絡之釐清	二、論辯脈絡之釐清
一、正當性概念分析	(一)古典之辯
(一)正當性意涵之探尋	(二)邁向當代
	(三)三重論辯

\* 感謝匿名審查委員對本文概念架構與部分內容之建議，這些建議對本文之增修與調整有相當啟發，惟文責當仍由作者自負。本文寫作準備期間甚久，為通訊作者國科會專題研究計畫〈美國憲法學研究脈動：以司法違憲審查正當性論辯為核心之探討〉（2010-2012）（計畫編號：NSC 99-2410-H-003-058-MY2）部分研究成果，特此感謝國科會。其次，本文之部分心得已由通訊作者另以“A Paradoxical Controversy: The Academic Debate on the Legitimacy of Judicial Review in America”為題，於美國Law and Society Association年會暨國際學術研討會宣讀（2010年5月27日至30日，Chicago），並和與會之美國法學者交換意見，獲益良多。另通訊作者在本文寫作期間曾獲臺灣師範大學學術推昇計畫的經費補助，由衷感謝。

\*\* 臺灣師範大學政治學研究所教授，臺灣師範大學法學博士。

\*\*\* 臺灣師範大學國際與僑教學院兼任助理教授，臺灣師範大學法學博士。

\*\*\*\* 臺灣藝術大學憲政課程兼任講師，臺灣師範大學政治學研究所法學博士。

\*\*\*\*\* 臺灣師範大學政治學研究所博士班研究生。

投稿日期：九十八年十一月二十六日；接受刊登日期：九十九年九月二十四日

責任校對：蘇淑君

參、司法違憲審查「制度創設正當性」之論辯

一、法院有無取得違憲審查之憲法授權

(一)否定論：憲法未明示授與法院違憲審查權

(二)肯定論：憲法已默示授與法院違憲審查權

二、大法官未經民選產生之正當性論辯

(一)否定論：大法官未經民選不具正當性

(二)肯定論：大法官未經民選仍具正當性

三、本文的分析與批判

肆、司法違憲審查「制度運作正當性」之論辯

一、司法違憲審查制度有無牴觸民主政治之辯

(一)否定論：完全不承認有反多數困境問題

(二)肯定論一：有反多數困境且難以克服

(三)肯定論二：有反多數困境但可以調和

二、司法違憲審查制度如何調和民主政治之辯

(一)實質民主調和論

(二)程序民主調和論

(三)其他之相關論證

三、本文的分析與批判

(一)正當性類型的分析與批判

(二)民主理念面向的分析批判

(三)論證方法面向的分析批判

伍、司法違憲審查「制度功效正當性」之論辯

一、司法優位論：法院釋憲優位與釋憲終局效力

(一)Christopher L. Eisgruber的「比較制度效能說」

(二)Larry Alexander 與 Frederick Schauer的「前憲法規範說」

(三)Keith E. Whittington的「政治基礎論」

(四)Tom Donnelly的「政治文化支持論」

二、人民至上論：人民是憲法意涵終局決定者

(一)Mark Tushnet的「人民形塑憲法論」

(二)Larry D. Kramer的「國民憲政主義論」

三、在人民與法院之外：光譜中間的代表性論證

(一)部門釋憲主義論

(二)民主的憲政主義

(三)憲法建構協和論

四、本文的分析與批判

(一)正當性類型之分析批判	二、政治菁英對司法制度正當性之反應
(二)相關論證之分析與批判	三、社會大眾對司法制度正當性之反應
陸、正當性綜合檢視：制度正當性之經驗分析	柒、結 論
一、政治部門對司法制度正當性之反應	一、學理與經驗的發現
(一)國會的反應	二、弔詭的正當性論辯
(二)總統的反應	

## 摘 要

美國法政學界對於司法違憲審查正當性的論辯，自制憲迄今已逾兩百餘年，且尚無停歇之跡象。從脈絡上綜合觀察，這些論辯大致上集中於司法違憲審查的「制度創設」、「制度運作」與「制度功效」等焦點，從而形成三大脈絡。二十世紀後半，隨著司法權日興，相關論辯亦有日趨熱絡之勢。遺憾的是，論者在論辯之際，對於正當性的意義和類型，卻往往未加以界定，以致論辯常有失焦之虞。

本文首先從學術觀點定義正當性，指出正當性兼具學理（規範）與實務（經驗）意涵，並釐出若干正當性基本類型，以為後續分析之基礎。其次，針對美國三大脈絡之各種論辯，分別進行焦點之歸納，試圖就各種重要理論之論證邏輯加以掌握，並依據本文對正當性意涵與類型之界定，分別就三大論辯脈絡，進行分析與批判。再者，本文將進一步從實務經驗資料檢視美國各界對於司法違憲審查制度之接受度，以求學理與經驗之相互印證。最後，針對整個論辯脈絡進行總體分析與批判，並提出本文之發現與觀察。

**關鍵詞：**司法違憲審查、反多數困境、法律正當性、政治正當性、道德正當性、程序取向論證、實質取向論證、司法優位論、部門釋憲主義、國民憲政主義

## 壹、前言

近數十年來，由於世界各國日益仰賴法院或經由司法手段來解決重要的道德難題、公共政策問題及政治爭議，以致政治司法化（judicialization of politics）有全球發展之勢<sup>1</sup>。毫無疑問地，政治司法化之發展，與司法違憲審查（judicial review）制度之創設與運作有關。所謂司法違憲審查制度，是指由司法機關經由一定程序，宣告立法機關所制定之法律或行政機關所制訂之政策作為，有無牴觸憲法之制度<sup>2</sup>。這種制度首創於美國，迄二〇〇七年，在全世界一百九十三個獨立國家中，已經有一百六十四個國家擁有某種形式的司法違憲審查制度<sup>3</sup>。綜觀各國制度，主要可分為「分散制」、「集中制」與「混合制」三種制度類型<sup>4</sup>。

---

<sup>1</sup> See Tom Ginsburg, *Judicialization of Administrative Governance: Causes, Consequences and Limits*, 3 N. T. U. L. REV. 1, 3 (2008); Ran Hirschl, *The New Constitutionalism and the Judicialization of Pure Politics Worldwide*, 75 FORDHAM L. REV. 721, 721 (2006).

<sup>2</sup> 雖然Henry J. Abraham將司法違憲審查定義為：「任何法院擁有終局的權力（ultimate power）來宣告下列事項因違憲而無法據以執行者（unconstitutional and hence unenforceable）：(1)任何法律；(2)任何基於法律之公務行為（official action）；(3)任何其他由公務員所為而被認為與憲法有所牴觸之行為。」See HENRY J. ABRAHAM, *THE JUDICIARY—THE SUPREME COURT IN THE GOVERNMENTAL PROCESS* 60 (9th ed. 1994); HENRY J. ABRAHAM, *THE JUDICIAL PROCESS—AN INTRODUCTORY ANALYSIS OF THE COURTS OF THE UNITED STATES, ENGLAND, AND FRANCE* 300 (8th ed. 1998). 然由於司法違憲審查權是否為法院之終局權力，在美國學界仍有爭論（詳見本文第伍節），故本文未將「終局權力」概念納入定義。

<sup>3</sup> See Ruthann Robson, *Judicial Review and Sexual Freedom*, 30 U. OF HAWAII L. REV. 1, 4-5 (2007).

<sup>4</sup> 「分散制」與「集中制」是司法違憲審查的基本類型，「混合制」則擷取「分散制」與「集中制」兩個基本類型的部分內涵融合而成。下表是兩個基本類型的主要特徵：

美國係分散式司法違憲審查制度的代表，其各級法院（含聯邦與各州）均可在審理具體訴訟案件時，隨附審查系爭法令之合憲性。值得一提者，依分散制特徵，美國司法違憲審查之結果固然僅對個案當事人具有拘束力，但由於美國法院普遍慣行「遵循判決先例原則」（*doctrine of stare decisis*），下級法院有尊重上級（或同級）法院判決先例之義務（*the obligation to respect legal precedents*）<sup>5</sup>。因此，位居美國法院體系最高層級的聯邦最高法院所作成之判決（尤其是憲法判決），以及在司法違憲審查過程中所作成之憲法解釋<sup>6</sup>，由於影響深遠而往往成為眾所矚目的焦點。美

基本類型	審查機關	審查對象	審查效力
分散制	普通法院：所有法院都有審查權	具體審查：在具體訴訟案件中隨附審查系爭法令的合憲性	個案效力：違憲審查結果僅對個案當事人具有拘束力
集中制	特別法院：由單一特別法院獨占審查權	抽象審查：直接審查一般性抽象法令的合憲性	一般效力：違憲審查結果對所有政府機關與人民具有拘束力

有關司法違憲審查制度之紹述，中文文獻可參考林子儀、葉俊榮、黃昭元、張文貞，*憲法——權力分立*，2003年10月；吳志光，*比較違憲審查制度*，2003年4月；吳庚，*憲法的解釋與適用*，2003年4月；吳庚，*憲法審判制度的起源與發展——兼論我國大法官釋憲制度*，法令月刊，51卷10期，頁805-825，2000年10月；英文文獻則可參考ALLAN R. BREWER-CARIAS, *JUDICIAL REVIEW IN COMPARATIVE LAW* (1989).

- <sup>5</sup> See CHRISTOPHER L. EISGRUBER, *CONSTITUTIONAL SELF-GOVERNMENT* 69 (2001); Paul A. Dame, *Stare Decisis, Chevron, and Skidmore: Do Administrative Agencies Have the Power to Overrule Courts?*, 44 WM AND MARY L. REV. 405, 405, n.3 (2002); 另有關美國法院遵循判決先例原則之中文文獻，可參考陳文政，*世紀憲法判決——布希控高爾案之分析*，頁43-52，2006年11月。
- <sup>6</sup> 司法機關在行使違憲審查權之際，對於憲法條文的意涵往往必須加以解釋，故司法違憲審查雖不等於憲法解釋，但兩者之間具有高度的聯結性。論者曾明白指出：「若無司法違憲審查，任何有關憲法解釋之討論將毫無意義。」（...absent judicial review, any talk of constitutional interpretation...is nonsensical.）因此，探討司法違憲審查權難免會涉及憲法解釋權。See Michael Halley, *Con-*

國聯邦最高法院也因而被認為是世界上最具有權力的法院<sup>7</sup>。

然而，濫觴於美國的司法違憲審查制度，雖已施行兩百餘年，但自美國制憲以來，該國學術界對於此一制度的正當性（legitimacy）論辯，從未一刻稍歇，二次大戰後則有愈辯愈烈之勢，儼然成了美國法政學界的學術產業（academic industry）。究竟他們為何而辯？所辯為何？為何久辯不歇？對此類問題之研究，國內雖有零星文獻，但若非僅隨附討論（如林子儀<sup>8</sup>、法治斌<sup>9</sup>），即屬針對某特定焦點（如桂宏誠<sup>10</sup>、陳文政<sup>11</sup>），或針對某一學者的理論（如黃昭元<sup>12</sup>）來探究，論述的廣度有限。較具廣度的理論性探討雖有鄭哲民<sup>13</sup>、任冀平<sup>14</sup>、湯德宗<sup>15</sup>、黃昭元<sup>16</sup>等文，但對

---

*stitutional Interpretation and Judicial Review: A Case of the Tail Wagging the Dog*, 108 MICH. L. REV. FIRST IMPRESSIONS 58, 60 (2010).

<sup>7</sup> Saikrishna B. Prakash & John C. Yoo, *Questions for the Critics of Judicial Review*, 72 THE GEORGE WASH. L. REV. 354, 354 (2003); ALAN M. DERSHOWITZ, SUPREME INJUSTICE—HOW THE HIGH COURT HIJACKED ELECTION 2000, 3 (2001).

<sup>8</sup> 林子儀，憲政體制與機關爭議之釋憲方法論憲政體制問題釋憲方法之應用——美國聯邦最高法院審理權力分立案件之解釋方法，載：新世紀經濟法制之建構與挑戰，頁5-58，2002年9月。

<sup>9</sup> 法治斌，違憲司法審查之效力、拘束力、「表面張力」或不自量力？——美國法制之應然與實然，載：法治國家與表意自由，頁135-162，2003年5月。

<sup>10</sup> 桂宏誠，美國司法審查權正當性之檢討，立法院院聞，22卷1期，頁16-22，1994年1月。

<sup>11</sup> 陳文政，多數統治與少數權利之調和：美國聯邦最高法院司法審查權之民主基礎，政策研究學報，3期，頁95-116，2003年5月。

<sup>12</sup> 黃昭元，抗多數困境與司法審查正當性——評Bickel教授的司法審查理論，載：臺灣憲法的縱剖橫切，頁301-342，2002年12月；黃昭元，司法消極美德的積極實踐——評Sunstein教授的「司法最小主義」理論，載：當代公法新論（上），頁875-918，2002年7月。

<sup>13</sup> 鄭哲民，美國最高法院與司法審查的爭議，載：美國聯邦最高法院論文集，頁21-52，1993年4月。

美國新文獻之掌握，均因寫作時間較早而有相當程度的遺珠之憾。最為顯著者，乃在於前述文獻幾乎都有「核心概念欠缺明確定義」之缺憾<sup>17</sup>，亦即：探討司法違憲審查正當性卻未就正當性內涵加以界定，而僅以該概念之廣泛而抽象的一般性意義為論述基礎。至於，在英文文獻中，以司法違憲審查正當性為研究主題卻對正當性基本意涵不加以界定者，也不在少數。例如Clark<sup>18</sup>、Metzger<sup>19</sup>、Loan<sup>20</sup>、Michelman<sup>21</sup>，有略加定義的，有Poole<sup>22</sup>、Barnett<sup>23</sup>、

---

<sup>14</sup> 任冀平，美國最高法院司法審查權的吊詭，東海學報，34卷，頁311-326，1993年6月；任冀平，美國最高法院司法審查權的行使：理論與實際，歐美研究，25卷3期，頁45-93，1995年9月。

<sup>15</sup> 湯德宗，立法裁量之司法審查的憲法依據：違憲審查正當性理論初探，載：權力分立新論，頁1-74，2000年12月增訂2版。

<sup>16</sup> 黃昭元，司法違憲審查的正當性爭議——理論基礎與方法論的初步檢討，國立臺灣大學法學論叢，32卷6期，頁103-152，2003年11月。

<sup>17</sup> 少數例外有桂宏誠一文。桂氏曾以例示方式略述法律的正當性（包括程序正當性與實質正當性），並認為：美國聯邦最高法院多年來係以公平正義的憲法代言人自居，從而獲得了實質正當性，因而掩蓋其程序不正當之缺失，所以能存續下來。見桂宏誠，同註10，頁16。不過，該文所界定者，畢竟是「法律正當性」而非「正當性」或「司法違憲審查正當性」。

<sup>18</sup> Tom S. Clark, *The Separation of Powers, Court Curbing, and Judicial Legitimacy*, 53 AM. J. OF POL. SCI. 971, 971-89 (2009).

<sup>19</sup> Gillian Metzger, *The Constitutional Legitimacy of Freestanding Federalism*, 122 HARV. L. REV. F. 98, 98-107 (2009).

<sup>20</sup> Eugene M. Van Loan III, *Judicial Review and Its Limits, Part I (Legitimacy)*, 46 NEW HAMP. BAR J. 52, 52-71 (2006).

<sup>21</sup> Frank I. Michelman, *Justice as Fairness, Legitimacy, and the Question of Judicial Review: A Comment*, 72 FORDHAM L. REV. 1407, 1407-20 (2004).

<sup>22</sup> Thomas Poole, *Legitimacy, Rights and Judicial Review*, 102 OX. J. OF LEGAL STUDIES 697, 697-725 (2005).

<sup>23</sup> Randy E. Barnett, *Constitutional Legitimacy*, 103 COLUM. L. REV. 111, 111-48 (2003).



Krajewski<sup>24</sup>、Green<sup>25</sup>，定義比較詳細者，則有Fallon<sup>26</sup>。

本文擬彌補上述文獻之闕漏，從宏觀的角度並參酌最新文獻，首先從學術觀點就本文核心概念「正當性」加以定義，指出正當性兼具學理（規範）與實務（經驗）意涵，並釐出若干正當性基本類型，以為後續分析之基礎。隨後並略述美國有關該議題「古典之辯」與「當代論辯」之梗概，從而指出三大論辯之主軸與脈絡。其次，分別就美國司法違憲審查正當性三大論辯脈絡之各種論辯與主張進行焦點歸納，試圖就各種重要理論之論證邏輯加以掌握，並依據本文對正當性意涵與類型之界定分別就三大論辯脈絡，進行分析與批判。再者，本文將進一步從實證經驗資料檢視美國各界對於司法違憲審查制度之接受度，以求學理與經驗之相互印證。最後，針對整個論辯脈絡進行總體分析與批判，並提出本文之發現與觀察。

合先說明者有三：第一，前述各國司法違憲審查乃分屬不同制度型態，本文所探究之各種有關正當性之論辯，若無特別說明者，係專指針對美國分散式司法違憲審查制度而言，未及於其他制度之有關論辯。第二，由於美國對於司法違憲審查正當性相關論辯所涉及的議題相當廣泛，為求完整掌握各種論辯以釐清其脈絡，凡與此一制度密切相關之論辯，均納入分析之範圍。其議題主要涉及司法違憲審查的制度創設（包括該制度是否具有憲法法源、大法官非由民選產生是否有行使違憲審查權之正當性）、司法違憲審查制度運作與民主政治是否衝突？如何調和？（司法違憲審查制度是否具有

---

<sup>24</sup> Markus Krajewski, *Democratic Legitimacy and Constitutional Perspectives of WTO Law*, 35(1) J. OF WORLD TRADE 167, 167-86 (2001).

<sup>25</sup> Leslie Green, *Law, Legitimacy, and Consent*, 62 S. CAL. L. REV. 795, 795-825 (1989).

<sup>26</sup> Richard H. Fallon Jr., *Legitimacy and the Constitution*, 118 HARV. L. REV. 1787, 1787-1853 (2005).

民主正當性）、司法違憲審查制度運作下憲法解釋權的歸屬（是法院擁有最高權威？或其他政治部門亦得分享？），以及法院的憲法解釋是否具有終局效力等。第三，基於完整掌握論辯脈絡之需要，本文所論及之學術觀點達三十餘個<sup>27</sup>，雖然明知各學術觀點都有值得批判之處，但基於論文主軸在於處理「論辯脈絡」，為免失焦，相關批判亦僅聚焦於整體脈絡，而非針對個別學術觀點。

## 貳、正當性概念之分析與美國論辯脈絡之釐清

### 一、正當性概念分析

#### (一)正當性意涵之探尋

如同權力（power）、權威（authority）、民主（democracy）、平等（equality）、正義（justice）等諸多開放目的性（open-ended）概念般，正當性（legitimacy）係含有許多不同要素的複雜概念<sup>28</sup>，它雖常被使用於政治論述，但對此概念之理解與詮釋，各界仍存有高度分歧<sup>29</sup>，應用上也鮮少加以明確定義<sup>30</sup>。就字義看，正當性源自拉丁文*legitimare*，意指「宣稱合法」（declare lawful），廣義上則指具有正直合理性（rightfulness）<sup>31</sup>。法學辭

<sup>27</sup> 本文所選取的重要學術觀點，多曾發表於美國本土重要法學期刊或重要的學術出版著作。

<sup>28</sup> Jack M. Balkin, *Legitimacy and the 2000 Election, in BUSH v. GORE—THE QUESTION OF LEGITIMACY* 214 (Bruce Ackerman ed., 2002).

<sup>29</sup> ANDREW HEYWOOD, *POLITICAL THEORY—AN INTRODUCTION* 142 (3d ed. 2004).

<sup>30</sup> John C. Yoo, *In Defense of the Court's Legitimacy*, 68 *THE U. OF CHI. L. REV.* 775, 776 (2001).

<sup>31</sup> ANDREW HEYWOOD, *KEY CONCEPTS IN POLITICS* 29 (2000).

典對正當性的首要定義是合法性（lawfulness）<sup>32</sup>。歸結而言，合法性乃為正當性之基本要義。惟正當性不限於合法性，因為正當性有時亦指合於法律或原理原則之狀況，它常被視為是正義、理據（justification，亦稱「證成」或「證明有正當理由」）或權威的同義詞<sup>33</sup>，故隱含著比合法性更高層次的意義。此外，正當性通常與「作成決定的權利」（the right to make decisions）有關<sup>34</sup>，而權利之相對恆為義務。是以，正當性隱含著「與有權者相對之人，對於該有權者之地位與決定，負有某種義務」之意義。

不過，正當性在程度上有強弱之分<sup>35</sup>，它取決於相對人對該有權者的地位與決定所持的態度和行為表現。本文參酌若干現有社會科學文獻後<sup>36</sup>，初步認為這些態度和行為，依程度由弱而強包括承

---

<sup>32</sup> 另一個定義則為「婚生子女之地位」（the status of a person who is born within a lawful marriage）。See BRYAN A. GARNER (ed.), BLACK'S LAW DICTIONARY 423 (2006).

<sup>33</sup> James L. Gibson, *Challenges to the Impartiality of State Supreme Courts: Legitimacy Theory and "New Style" Judicial Campaigns*, 102(1) AM. POL. SCI. REV. 59, 61 (2008); 論者即有將正當性描述為「符合法律或原則之狀況」（the condition of being in accordance with law or principle）。See Alain A. Levasseur, *Legitimacy of Judges*, 50 THE AM. J. OF COMP. LAW. 43, 45 (2002).

<sup>34</sup> Gibson, *id.*

<sup>35</sup> Fallon, *supra* note 26, at 1795; David A. Strauss, *Reply: Legitimacy and Obedience*, 118 HARV. L. REV. 1854, 1863 (2005).

<sup>36</sup> 社會科學研究文獻論及正當性時常提及之概念，包括承認（recognition）、接受（acceptance）、信賴（trust）、信心（confidence）、服從（obey）、聽從（accede to）、公眾支持（popular support）、自願服從（voluntary obedience）等。See Tom R. Tyler & Gregory Mitchell, *Legitimacy and the Empowerment of Discretionary Legal Authority: The United States Supreme Court and Abortion Rights*, 43 DUKE L.J. 703, 715 (1994); TOM R. TYLER, WHY WE OBEY THE LAW 45 (2006); Tom R. Tyler, *Psychological Perspectives on Legitimacy and Legitimation*, 57 ANN. REV. OF PSY. 375, 376 (2006); Balkin, *supra* note 28, at 215; Richard

認（recognition）（或至少是默認（acquiescence））、認同（identification）、信賴（trust）、接受（acceptance）、支持（support）、自願服從（voluntary obedience）等。如果相對人所持的上述態度和行為表現愈強，則顯示其支持該有權者地位或決定的程度也愈強，正當性愈高，反之則愈低。

上述有關正當性之意義推演，與政治學對正當性的詮釋相通。政治學者將正當性與政府權力加以連結，Gilley認為，一國公民認為國家在擁有和行使政治權力時，愈正直合理者，愈具有正當性<sup>37</sup>。Ranney則認為正當性是指「社會成員普遍相信政府制定及執行規則之權力是適當而合法的，而且認為有義務遵守這些規則者」<sup>38</sup>，如果人民相信自己應該且自願遵守法規者，則正當性高；反之，若人民不願遵守或基於恐懼才遵守法規者，則正當性低<sup>39</sup>。

由上可知，正當性非但指對有權者單方地位或決定之靜態描述，亦是涉及兩造某種對應關係<sup>40</sup>的動態呈現，因此在本質上具有雙重意涵。簡言之，正當性在規範（學理）意義上是指有權者之地

---

H. Fallon Jr., *The Core of an Uneasy Case for Judicial Review*, 121 HARV. L. REV. 1693, 1717, 1719 (2008); Jeremy Waldron, *Dignity and Defamation: the Visibility of Hate*, 123 HARV. L. REV. 1596, 1642 (2010).

<sup>37</sup> Bruce Gilley, *The Determinants of State Legitimacy: Results for 72 Countries*, 27(1) INT'L POL. SCI. REV. 47, 48 (2006).

<sup>38</sup> AUSTIN RANNEY, *GOVERNING—AN INTRODUCTION TO POLITICAL SCIENCE* 30 (8th ed. 2001).

<sup>39</sup> GABRIEL A. ALMOND, G. BINGHAM POWELL JR., RUSSELL J. DALTON & KAARE STROM, *COMPARATIVE POLITICS TODAY—A WORLD VIEW* 47 (8th ed. 2006).

<sup>40</sup> 正當性所涉及之對應關係，不僅限於一國之內，也存在於國際關係。論者即謂：相互承認社會內與跨社會之間的差異，乃是國際關係政治正當性不可或缺的要素。See THOMAS BANCHOFF & MITCHELL O. SMITH, *Introduction: Conceptualizing Legitimacy in a Contested Polity*, in *LEGITIMACY AND EUROPEAN UNION—THE CONTESTED POLITY* 1, 5 (1999).

位或決定，具有正直且適當的理由者；在經驗（實務）意義上則指有權者的地位或決定，獲得相對人之承認、認同、信賴、接受、支持或自願服從者。

### (二) 正當性類型之界定

在進行正當性之定義後，本文將進一步討論正當性的類型。正當性不但在程度上有強弱之分，社會科學家為了分析上之需要，還將正當性加以類型化，因而有不同類型之呈現。最有名的正當性類型要屬Max Weber（一八六四年至一九二〇年）的正當性權威類型<sup>41</sup>。Weber將具有正當性的權威依其理念類型（ideal-type）分為三大類：即「傳統權威」（traditional authority）、「魅力人格型權威」（charismatic authority）與「合法理性權威」（legal-rational authority）。惟就研究憲政民主法治國家之正當性而言，僅存「合法理性權威」尚有適用餘地，故本文不擬進一步討論。

基於本研究係以司法違憲審查正當性為主題，所涉及者多屬公權力範疇，故擬先就若干法政領域之正當性分類，然後進行檢視與篩選，並嘗試歸納出便於分析的正當性類型，作為後續討論之基礎。

首先，本文注意到哈佛大學法學者Richard H. Fallon的正當性分類。Fallon先將正當性區分為三大類。第一大類為法律的正當性（legal legitimacy）：此種正當性取決於是否合乎法律規範，有合法性者即具有正當性<sup>42</sup>；第二大類為社會學的正當性（sociological legitimacy）：當大眾認為憲政體制、政府制度或官方決定有其正

---

<sup>41</sup> Max Weber, *The Profession and Vocation of Politics*, in WEBER: POLITICAL WRITINGS 309, 311-12 (Peter Lassman & Ronald Speirs eds., 2003); BANCHEFF & SMITH, *id.* at 4.

<sup>42</sup> Fallon, *supra* note 26, at 1794.

當理由、適當合宜，或非基於自利、畏懼制裁而支持者<sup>43</sup>；第三大類為道德的正當性（*moral legitimacy*）：取決於道德上具有正當理由或值得尊重之程度<sup>44</sup>。Fallon又將社會學的正當性細分為<sup>45</sup>：1. 制度正當性（*institutional legitimacy*）：指對某個制度的決策具有一般信賴因而值得尊重或服從；2. 實質正當性（*substantive legitimacy*）：指公眾對特定判決之實質正確性的信賴；與3. 權威正當性（*authoritative legitimacy*）：指大眾相信司法判決應該服從或默認。由於Fallon的分類體系較為清晰，是本文的重要參考依據。

其次，尚有其他若干學術分類可供參考。例如，Balkin將正當性分為程序正當性與政治正當性。前者的重點為程序正確性（*procedural niceties*）與程序公平性；後者則著重於公眾信賴與信心<sup>46</sup>。然而，Balkin對正當性之分類並無一致性，因為他嗣後又提出社會學正當性（重視民意）、程序正當性與道德正當性<sup>47</sup>。又如，Yoo則將正當性分為制度正當性、社會學的（或心理學的）正當性，以及哲學的正當性。制度正當性是指人民對於制度的決定，即使不同意仍相信它具有拘束力者；社會學的或心理學的正當性所關切的是，人民是否認定司法判決有正當理由而願意加以遵守；哲學的正當性則指個人遵守法律之道德義務<sup>48</sup>。另外，Krajewski將規範的正當性分為「經驗性面向的正當性」（或社會學面向的正當性）及「規範性面向的正當性」（或倫理面向的正當性），前者指

---

<sup>43</sup> *Id.* at 1795.

<sup>44</sup> *Id.* at 1796.

<sup>45</sup> *Id.* at 1828-29.

<sup>46</sup> Balkin, *supra* note 28, at 214-15.

<sup>47</sup> Jack M. Balkin, *Framework Originalism and the Living Constitution*, 103 *Nw. U. L. REV.* 549, 611-12 (2009).

<sup>48</sup> Yoo, *supra* note 30, at 776-77.

接受規範的程度，後者則指規範值得接受的程度<sup>49</sup>。Ferejohn與Kramer則認為<sup>50</sup>，憲政民主體制中法律制裁所植基的兩個理念是民主與法治，而此二理念各反映了不同的正當性：一是民主正當性（democratic legitimacy）；另一個是法律正當性（legal legitimacy）。前者指政策回應民意者，後者則是司法判決被認為合於眾所接受之法律體系者。

表一 正當性之意涵與類型

類型	法律正當性	政治正當性		道德正當性
		權力正當性	治理正當性	
規範意涵	政府權力及作為合乎法律規定或法理原則，在法律上具有正直而適當的理由。	政府權力來自人民之同意，在權力獲取上具有正直而適當的理由。	政府作為合乎民主原則或價值，在治理上具有正直而適當的理由。	政府作為合乎人道與倫理原則，在道德上具有正直而適當的理由。
經驗意涵	政府權力及作為，在法律上獲得大眾承認、認同、信賴、接受、支持或自願服從者。	政府權力之取得，在政治上獲得大眾承認、認同、信賴、接受、支持或自願服從者。	政府的治理作為，在政治上獲得大眾承認、認同、信賴、接受、支持或自願服從者。	政府的治理作為，在道德上獲得大眾承認、認同、信賴、接受、支持或自願服從者。

資料來源：作者自製。

綜合參酌前述各種分類，本文的歸納與初步構想是：用以分析憲政民主體制並以公權力行使為焦點的正當性類型，應包括法律正

<sup>49</sup> Krajewski, *supra* note 24, at 168-69.

<sup>50</sup> John A. Ferejohn & Larry D. Kramer, *Independent Judges, Dependent Judiciary: Institutionalizing Judicial Restraint*, 77 N. Y. U. L. REV. 962, 1038 (2002).

當性、政治正當性與道德正當性三個基本類型（如表一）。政治正當性在憲政民主國家即為民主正當性，又可再分為權力正當性與治理正當性，而由於前述正當性在本質上具有雙重意涵，故每種類型的正當性又包括學理（規範）與實務（經驗）兩個層次。本文的理由是：就學理（規範）意涵的正當性而言，一個憲政民主國家必須是法治國家，政府權力應有法律之明文依據（本文暫稱為「明示的法律正當性」），或雖無法律明示規範而為求適應多變環境，至少應有合於法理原則始可（本文暫稱為「默示的法律正當性」）。因此，衡酌正當性必須從法律正當性出發；其次，憲政民主國家之建構基礎咸認為是國民主權（popular sovereignty），因此政府權力的正當性必須來自人民之同意<sup>51</sup>（權力正當性）；再者，政府在取得權力後必須進行治理，其決策與作為亦須合乎民主原則或價值，以求治理上具有正直而適當的理由（治理正當性）；第四，當代政府常處理許多具高度道德爭議之議題，諸如墮胎、死刑、胚胎複製、種族爭議等，政府之決策是否符合人道或倫理原則，從而在道德上具有正直而適當的理由（道德正當性），亦為評估政府權力正當性所必要。

另一方面，由於在民主國家中，民主政治就是民意政治，故吾人亦可從實務（經驗）上探究政府權力與作為（決定）實際上獲得大眾承認、認同、信賴、接受、支持或自願服從之程度。此即實務（經驗）意涵的正當性。因此，周全的正當性檢驗，應兼顧學理

---

<sup>51</sup> See Owen M. Fiss, *The History of an Idea*, 78 *FORDHAM L. REV.* 1273, 1275 (2009) (arguing that “democracy makes popular consent the foundation of legitimacy”); Michel Rosenfeld, *The Rule of Law and the Legitimacy of Constitutional Democracy*, 74 *S. CAL. L. REV.* 1307, 1311 (2001); Rogers M. Smith, *Legitimizing Reconstruction: The Limits of Legalism*, 108 *THE YALE L.J.* 2039, 2039-2040 (1999).



（規範）與實務（經驗）兩個層次。學理（規範）層次的檢驗著重規範性，其焦點在檢驗政府的權力與作為是否合乎學理（包括法律學、政治學與倫理學）；實務（經驗）層次的檢驗則側重經驗性，其焦點則從社會事實的實證經驗上檢驗政府的權力與作為是否獲得大眾承認、認同、信賴、接受、支持或自願服從。值得一提的是，各種類型正當性的學理（規範）意涵與實務（經驗）意涵之間，彼此雖互有關係，但並不以對方存在為前提，兩者可能並存而顯現出一致性，也可能出現不一致之情形。

上述的正當性類型雖包括四大類與兩個層次（如表一所示），但非指任何政府權力或作為，必然涉及所有類型。惟凡涉及某一正當性類型者，均可從學理（規範）意涵與實務（經驗）意涵兩個層次分別檢視之。舉臺灣的死刑政策為例，該政策主要涉及法律正當性與道德正當性。就前者而言，由於現行死刑政策乃法律所明定，故具有學理（規範）意涵的法律正當性。而由於該政策在經驗上獲得多數大眾的穩定支持<sup>52</sup>，因此也具有實務（經驗）意涵的法律正當性。兩者顯現其一致性。然而，若在主張廢除死刑者不斷質疑之後，經過修法而廢除死刑，屆時多數民眾若仍不支持廢除死刑者，則廢除死刑政策反而會出現「具有學理（規範）意涵的法律正當性」卻「欠缺實務（經驗）意涵的法律正當性」之不一致情形。於此，若為了恢復原有的一致性<sup>53</sup>，不是立法還原死刑規定，就是有

<sup>52</sup> 臺灣民眾反對廢除死刑者多在50%以上，根據2010年3月中國時報民調顯示，此一比例則高達84%。取自：[http://tw.myblog.yahoo.com/jw!K0Nl\\_VCTek5CZyxtvl6p/article?mid=20527](http://tw.myblog.yahoo.com/jw!K0Nl_VCTek5CZyxtvl6p/article?mid=20527)，最後瀏覽日：2010年9月9日。

<sup>53</sup> 在民主政治就是民意政治、民主政治就是法治政治的基礎上，政府權力或作為的「學理（規範）意涵的正當性」與「實務（經驗）意涵的正當性」理當具有一致性。惟若無一致性的嗣後效果如何？若兩者維持一致性有利於國家發展，應該如何消除這種不一致性？這些議題都有進一步討論的價值，而進一步探究

賴大眾改變態度來默認或支持廢除死刑政策。其次，就道德正當性而言，在「生命平等權」之基礎上，質疑者多所批判死刑政策乃是國家以公權力剝奪人民生命權，在道德上難有正直而適當的理由。因此，死刑政策在學理（規範）意涵的道德正當性面向，正面臨挑戰。然而，臺灣多數人民長期穩定支持死刑政策，亦未質疑其道德正當性，故該政策具有實務（經驗）意涵的道德正當性，應無疑義。綜合以上所述，從本文正當性類型來分析臺灣的死刑政策，可知：該政策目前兼具學理（規範）意涵與實務（經驗）意涵的法律正當性，也有實務（經驗）意涵的道德正當性，但在學理（規範）意涵的道德正當性方面，則面臨一定程度的挑戰。

## 二、論辯脈絡之釐清

美國有關司法違憲審查權正當性之論辯，乃是從「古典之辯」到「當代論辯」的政治文化累積過程。本文試從此一過程歸納整個論辯脈絡。

### （一）古典之辯

一七八七年美國制憲及聯邦新憲批准之際，法院是否擁有違憲審查權之論辯，即已展開。當時支持強大中央政府的聯邦派（federalists）人士，力辯司法違憲審查具有正當性，其中以Alexander Hamilton為代表。相對地，反聯邦派（anti-federalists）對此則加以反駁，代表人物則為Robert Yates。此時期之論辯，本文稱之為「古典之辯」。

---

這些問題在在需要篇幅，故當另闢專文探討。審查人之一建議作者，可以在分析美國司法違憲審查正當性論辯之餘，提出一個論述模型，也許就是一個思考方向。

### 1. 反聯邦派：Yates之「人民終局釋憲」論

Robert Yates在一七八八年聯邦新憲批准之際，為文公開質疑司法違憲審查權之正當性。不過，Yates雖不贊成法院擁有違憲審查權，但也否定立法機關有釋憲之權，而是主張人民有權將解釋憲法視為防範統治者侵犯的最後手段，因此可稱為「人民終局釋憲論」。Yates認為<sup>54</sup>，法院若有違憲審查權，等於司法機關凌駕立法機關，法官將可依其好惡來塑造政府體制；惟若由議會解釋憲法，亦屬風險之舉。憲法乃是人民與治理者間之契約，倘治理者毀約，人民有權且必須使其去職，以彰顯人民之實力。為達此目的，人民應該有權決定憲法之意涵，作為終局手段。

換言之，Yates係以國民主權論和契約論為論據，並將契約（憲法）內涵的詮釋權保留給人民，從而否決了法院擁有違憲審查權能。

### 2. 聯邦派：Hamilton之「最不危險部門」論

相對地，聯邦派為了說服各州批准新憲法，自一七八七年十月起，James Madison、Alexander Hamilton及John Jay等人，即以“Publius”為名在紐約《獨立期刊》（INDEPENDENT JOURNAL）連續發表八十五篇支持聯邦憲法之文章，後經彙集成冊，名為《聯邦主義論文集》（THE FEDERALIST PAPERS）<sup>55</sup>。其中，有關司法權之論，均由Hamilton主筆。第七十八篇就是Hamilton回應Yates前述質疑，並捍衛司法機關行使違憲審查權的正當性，其論證邏輯如下：

首先，Hamilton以「最不危險的部門」（the least dangerous

---

<sup>54</sup> Cited from ALPHEUS THOMAS MASON & DONALD GRIER STEPHENSON JR., *AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW—INTRODUCTIONARY EASSAYS AND SELECTED CASES* 59 (11th ed. 1996).

<sup>55</sup> Isaac Kramnick, *Editor's Introduction*, in JAMES MADISON, ALEXANDER HAMILTON AND JOHN JAY, *THE FEDERALIST PAPERS* 11, 11 (1987).

branch) 為論據，強調司法部門在職權本質上，對於憲法所保障之人民政治權利，最不具威脅性，在三權之間所擁有之職權也最弱，必須竭盡所能使其能防衛其他部門的攻擊。蓋行政機關不但可以高官厚祿攏絡他人，也擁有節制社會之武力 (sword)，立法機關不僅掌握荷包 (purse，指預算權)，還擁有規範制定權，而司法機關既無武力，亦無意志，有的只是判決，而且若要執行判決，還有賴行政部門的協助<sup>56</sup>。

其次，Hamilton進一步指陳<sup>57</sup>，美國憲法乃三權分立制衡的有限憲法 (limited constitution)，此一憲法對立法權自然設有明確的特定限制 (如國會不得制定溯及既往之法律)，而維持類此限制唯有透過司法途徑。以司法限制立法權，就是要由法院宣告一切違反憲法之法律無效。否則，憲法所保障之權利將形同無物 (amount to nothing)。

最後，Hamilton強調<sup>58</sup>，由法院宣告違憲法律無效，並非指司法機關優於立法機關，而是指人民優於兩者。蓋憲法所表彰者是人民的意志，而議會只是人民的代理人，當議會在法案所表現之意志與人民在憲法所表彰之意志相牴觸時，法院自當捨棄代理人的意志而遵從人民的意志。此時，法院乃扮演人民與議會之間的「中介團體」 (intermediate body)，以確保立法機關不致逸出憲法所授權之範圍。就此，Hamilton得出的結論是：解釋法律乃是法院適當且特有的職責<sup>59</sup>。

---

<sup>56</sup> JAMES MADISON, ALEXANDER HAMILTON & JOHN JAY, THE FEDERALIST PAPERS 437 (1987).

<sup>57</sup> *Id.* at 438.

<sup>58</sup> *Id.* at 438-39.

<sup>59</sup> “The interpretation of the laws is the proper and peculiar province of the courts.”  
*See id.* at 439.

綜合而言，Hamilton係以分權制衡、憲法優越、代議政治、國民主權等原理為依據，論證司法機關行使違憲審查權並不悖離民主政治，因此具有正當性。

### (二)邁向當代

「古典之辯」後，自一七八九年行憲以迄一八〇〇年之十一年間，由於更換了三位首席大法官<sup>60</sup>，且每年約僅審理六個案件<sup>61</sup>，殊難凸顯聯邦最高法院之重要性。直到Marshall首席大法官任內（一八〇一年至一八三五年），由於積極任事，作出許多重要憲法判決，聯邦最高法院才與總統、國會取得同等地位<sup>62</sup>。大體而言，Marshall所主持下之聯邦最高法院，藉由擴張解釋聯邦憲法「必要且適當條款」（*necessary and proper clause*）、「契約條款」（*contract clause*）及「聯邦通商條款」（*commerce clause*），日益強化了聯邦政府之權限。繼之而起的是Taney法院（一八三六年至一八六四年），該法院時期的主要特色在修正Marshall法院之聯邦優越取向，以維持聯邦政府與各州政府之權力平衡。不過，惡名昭彰的*Scott v. Sandford*<sup>63</sup>案，卻宣告黑奴是聯邦憲法所保障的財產，成為美國內戰（一八六一年至一八六五年）的重要導火線。美國法律與憲法學教授視該案為聯邦最高法院史上最壞的判決<sup>64</sup>，該案更成為聯邦最高法院嗣後遭受批判的原罪（*original sin*）。

<sup>60</sup> 這三位首席大法官（任期）分別是John Jay（1789-1795）、John Rutledge（August 1795-December 1795），以及Oliver Ellsworth（1796-1800）。

<sup>61</sup> William H. Rehnquist, *Remarks of the Chief Justice: My Life in the Law Series*, 52 DUKE L.J. 785, 787 (2003).

<sup>62</sup> *Id.* at 788.

<sup>63</sup> 60 U.S. 393 (1857).

<sup>64</sup> Walter Ehrlich, *Scott v. Sandford*, in THE OXFORD COMPANION TO THE SUPREME COURT OF THE UNITED STATES 888, 889 (Kermit L. Hall ed., 2d ed. 2005).

接續者是Chase法院（一八六四年至一八七三年）。此時期正逢美國進行戰後重建，工商業逐漸復甦，自由放任思想開始主導美國經濟，聯邦最高法院基本上也以維護自由放任經濟思想為基調。爾後的Waite法院（一八七四年至一八八八年），延續了Chase法院的路線，繼續捍衛自由放任經濟，司法積極介入公共決策之司法積極主義（judicial activism）態勢，日益明顯。同時，在此期間案件送達聯邦最高法院的案件也激增，平均每年約一千五百件，而一八五〇年時每年平均才二百五十件<sup>65</sup>。尤其是一八七六年，聯邦最高法院介入了總統大選爭議<sup>66</sup>，而決定爭議選舉人票歸屬之「十五人委員會」（五位眾議員、五位參議員及五位大法官），在黨派極端對立之情形下，以八比七之表決認定十九張爭議性總統選舉人票由共和黨候選人Rutherford B. Hayes（一八一四年至一八九三年）獲得，其中關鍵的一票，即由大法官Joseph P. Bradley所投，因此聯邦最高法院的角色與職權，又引發諸多議論<sup>67</sup>。

此時期，批判司法違憲審查正當性最具代表性的人物是James B. Thayer。Thayer提出「法律明顯違憲」或「國會明顯錯誤」（clear mistake）原則以約制法院的違憲審查權，主張法官所指摘

---

<sup>65</sup> Rehnquist, *supra* note 61, at 795.

<sup>66</sup> THE COMPLETE BOOKS OF U.S. PRESIDENTS 286 (William A. Degregorio ed., 2004).

<sup>67</sup> 前美國耶魯大學法學教授Alexander M. Bickel即指摘：Bradley投票的依據竟然是「民主黨的勝選將是國家的災難」（a Democratic triumph would mean national disaster），此舉讓美國有淪為拉丁美洲式危機之虞。See ALEXANDER M. BICKEL, THE LEAST DANDEROUS BRANCH: THE SUPREME COURT AT THE BAR OF POLITICS 185 (2d ed. 1986); 有關1876年美國總統選舉爭議，請參考EDWIN D. DOVER, THE DISPUTED PRESIDENTIAL ELECTION OF 2000, 30 (2003); Jesse H. Choper, *Why the Supreme Court Should Not Have Decided the Presidential Election of 2000*, 18 CONST. COMMENT. 335, 342-43, n.30 (2001).

之違憲法律，其牴觸憲法情形若非異常明顯並由一般人即可察覺者，否則不應受到質疑<sup>68</sup>；或者唯當國會犯錯，且所犯錯誤異常顯著者，其所制定之法律不應被棄置不顧<sup>69</sup>。Thayer在結論時指出<sup>70</sup>，憲法若由法院來貫徹，將會弱化立法者的責任感，使其只願追求法案之合法性，而不願進行立法審議，因為法案一旦有誤自有法院來修正。換言之，Thayer主張立法者才是憲法意涵的主要裁決者<sup>71</sup>，可說是憲法解釋的「立法優越論」（legislative supremacy）。

繼Waite法院之後的Fuller法院（一八八八年至一九一〇年），由於在Plessy v. Ferguson<sup>72</sup>案，作出維持種族「隔離但平等」（separate but equal）的判決，引發反種族隔離論者的撻伐。而Lochner v. New York<sup>73</sup>一案，則因宣告紐約州有關麵包店工人工作時間不得超過每天十小時或每週六十小時之法律規定，因違反憲法契約自由旨意而無效，等於不顧廣大弱勢勞工之權益，亦遭受批評。Fuller法院之後，歷經White法院（一九一〇年至一九二一年）、Taft法院（一九二一年至一九三〇年）及Hughes法院時期（一九三〇年至一九四一年），率多固守自由放任思想，而且相信「社會達爾文主義」（social Darwinism）「物競天擇，適者生存」之自然法則。是以，在判決上大多支持大企業發展、加強私有財產

---

<sup>68</sup> James B. Thayer, *The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*, 7 HARV. L. REV. 129, 142 (1893).

<sup>69</sup> *Id.* at 144.

<sup>70</sup> *Id.* at 155.

<sup>71</sup> Scott D. Gerber, *The Court, the Constitution, and the History of Ideas*, 61 VAND. L. REV. 1067, 1071 (2008).

<sup>72</sup> 163 U.S. 537 (1896).

<sup>73</sup> 198 U.S. 45 (1905).

保護，對商業激烈競爭保持放任態度。這些態度對經濟發展固然有益，但卻不利於經濟上之弱勢（如勞工）。一九二九年至一九三二年美國經濟大蕭條，Franklin D. Roosevelt總統提出「新政」（New Deal），然而，聯邦最高法院卻對「新政」所需之法律屢次宣告違憲。一九三七年，Roosevelt總統憤而向國會提出「法院改造」（court packing）計畫，企圖以增加大法官人數來稀釋原大法官之影響力。Roosevelt總統計畫雖遭參議院司法委員會否決而未成功，但對聯邦最高法院已造成衝擊。此後，聯邦最高法院即改弦更張，轉而支持「新政」法律。聯邦最高法院這種前倨後恭的轉變，自然引發對法院角色之批評。

迄二次大戰結束後，基於大戰期間的慘痛教訓，司法權相對於行政或立法權較值得信賴，司法權強化其對行政權與立法權之制衡<sup>74</sup>，一時蔚為世界風潮。值此司法優越之勢日益彰顯之際，美國法政學界對司法違憲審查正當性之論辯，也愈加活絡。一九六二年，Alexander M. Bickel出版《最不危險的部門》一書（一九八六年再版），論述司法違憲審查的根本難題就是反多數（counter-majoritarian）——即由未經民選的法官，宣告民選國會之立法與民選總統的措施無效，已超越代表廣大民眾之意志<sup>75</sup>，因而有「反多數困境」（counter-majoritarian difficulty）論述之產生。Bickel點出法院行使違憲審查權之正當性難題後，並指陳：「司法違憲審查乃是美國民主體制中脫軌之制度<sup>76</sup>。」惟Bickel在承認此一反多數困境之前提下，試圖論證調和司法違憲審查與民主政治之關係（詳見

---

<sup>74</sup> 翁岳生，司法權發展之趨勢，載：法治國家之行政法與司法，頁336-340，1994年6月。

<sup>75</sup> BICKEL, *supra* note 67, at 16.

<sup>76</sup> *Id.* at 18.



第肆節），對於嗣後相關研究與論辯，有重要之影響。此後，捍衛司法違憲審查權正當性，已成為憲法理論的核心問題<sup>77</sup>。是以，每隔一段時間，就有重要的論述出現，並引發相當程度的論辯。例如，Ely（1980）、Ackerman（1991）、Dworkin（1996、2006）、Tushnet（1999）、Kramer（2001、2004）、Waldron（2006）、Post & Siegel（2007）、Whittington（2007）、Fallon（2008）、Law（2009）等。

### （三）三重論辯

大體上，從「古典之辯」以降，美國有關司法違憲審查之重要論辯，大致可梳理出三個焦點議題：

第一，美國司法違憲審查制度，究竟是否根據聯邦憲法之明文規範所創設？如果憲法未明文授權，法院是根據什麼可以宣告國會立法或行政措施無效？其正當性如何？又，根據國民主權原則（*doctrine of popular sovereignty*），政府權力的正當性來自人民的同意，那麼作為政府權力之一的聯邦最高法院，其大法官為何毋須經由民選產生，而是經由總統提名經參議院同意後任命，而且任職終身（聯邦憲法第二條及第三條）？

第二，既然聯邦最高法院大法官由總統提名經參議院同意後任命，而且任職終身。那麼，由非經民選程序產生的大法官宣告民選政治部門之立法或決策無效，是否違反基本民主理論？如國民主權、多數統治、代議民主等。蓋民主意指自我統治，其精義在於：統治者（*the governor*）的權力正當性，係來自受治者（*the governed*）的同意，並經由自由、公開而定期的選舉機制及藉由代議

---

<sup>77</sup> Jamal Greene, *Giving the Constitution to the Courts*, 117 THE YALE L.J. 886, 888 (2008).

民主和多數統治來表現。是以，非經民主選任之司法機關，經由行使憲法未明文授與之違憲審查權，卻能宣告民選政治部門之國會立法或行政決策因違憲而無效，究竟與民主政治有無矛盾或衝突？又，如果有所矛盾或衝突，有無調和之道？美國各界對此議題所引發之論辯，最為普遍。

第三，美國憲法係奠基於三權分立制衡原理，行政、立法、司法皆同為憲法下之同位格部門（coordinate branches under the constitution），彼此地位相當且無從屬關係。然而，自Marshall在一八〇三年Marbury v. Madison案<sup>78</sup>判決中聲稱「顯然地，闡明法律的意旨乃是司法部門的專屬領域與職責<sup>79</sup>」以來，美國司法違憲審查制度之實務運作結果，憲法解釋權儼然已經由司法機關所獨占，這種司法獨占釋憲權有無正當性？其次，既然行政、立法、司法皆同為憲法下之同位格部門，司法機關所作成之憲法解釋（或判決結果），究竟有無拘束民選政治部門之效力？美國學術界對於司法機關釋憲終局效力之正當性，也有諸多疑慮和論辯。

由於美國司法違憲審查正當性之論辯，只有起點而尚無終結之跡象，本文所謂脈絡，係以前述三大辯題為「經」，而以二次大戰後重要論述為「緯」的分析理路。基於本文之觀察，上述三大辯題恰好分別扣緊司法違憲審查制度的「制度創設」（上游）、「制度運作」（中游）與「制度功效」（下游）三個制度環節<sup>80</sup>。若進一

<sup>78</sup> 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

<sup>79</sup> “It is, emphatically, the province and duty of the judicial department, to say what the law is.” See 5 U.S. (1 Cranch) 137, 177 (1803); 這段論證被學者批評為「聯邦最高法院的獨立宣言」（the Declaration of Independence）。See Larry D. Kramer, *The Supreme Court 2000 Term, Foreword: We the Court*, 115 HARV. L. REV. 4, 5 (2001).

<sup>80</sup> 誠如Harvard大學Richard H. Fallon所強調：「在憲法體系下有關司法正當性之

步探究，它們分別又涉及兩個子辯題：1. 上游的「制度創設正當性」論辯涉及兩個焦點：(1) 司法機關行使違憲審查權，是否取得憲法授權？(2) 大法官未經民主選舉產生卻可推翻民選政治部門的決定，是否具有正當性？2. 中游的「制度運作正當性」論辯所涉及的兩個焦點是：(1) 司法違憲審查制度運作是否與民主政治相衝突？(2) 如果確有相衝突，司法違憲審查的制度運作如何與民主政治相調和？3. 下游的「制度功效正當性」論辯，也涉及兩個焦點：(1) 主張司法擁有最高釋憲權威（功能優位），是否具有正當性？(2) 主張司法釋憲結果的終局效力（效力最高），是否具有正當性？

### 參、司法違憲審查「制度創設正當性」之論辯

本節先探究「制度創設正當性」之論辯，並集中於前述兩個焦點：一、司法機關行使違憲審查權，是否取得憲法授權？二、大法官未經民主選舉產生，是否具有行使違憲審查權之正當性？

#### 一、法院有無取得違憲審查之憲法授權

美國聯邦憲法第三條規範司法權，第一項規定：「美國之司法權，屬於單一之最高法院及國會因時制定與設立之下級法院<sup>81</sup>。」

---

各種主張，出現於各種脈絡（contexts）之中，但無任何條理（thread）可以貫穿所有脈絡。我們未必能夠區辨作者們所討論的議題是法律正當性、社會學的正當性或道德正當性三者中的何種正當性類型。」*See Fallon, supra note 26, at 1813*; 是以，本文將美國司法違憲審查正當性各種論辯，用「制度創設」、「制度運作」與「制度功效」三個環節來涵蓋，乃是經過觀察後的初步構想，目的在嘗試將美國繁複的各種學術論辯進行類型化，以利於分析，非謂三個制度環節之間可加以一刀兩斷式地截然劃分。

<sup>81</sup> The judicial Power of the United States, shall be vested in one supreme Court, and in such inferior Courts as the Congress may from time to time ordain and establish.

同條第二項規定：「司法權所及之範圍，應包括基於本憲法、合眾國法律，及以美國權力所締結或將締結之條約而發生之一切普通法和衡平法案件<sup>82</sup>。」從這些條文究竟可否解讀出憲法是否授與司法機關行使違憲審查權呢？

#### (一) 否定論：憲法未明示授與法院違憲審查權

持否定論者，大致採取兩種途徑：一是從前述聯邦憲法第三條的文字表面意義出發，採取原意主義論（originalism）解釋方法，而得出否定之答案；另一個則在前述基礎上，基於一般性的認知為基礎，認定司法違憲審查權是聯邦最高法院在一八〇三年Marbury v. Madison案，經由Marshall首席大法官的巧妙論證而自我創設來的，故非憲法之授權。

從憲法文本的字義推論而得出否定答案的，Paulsen的論證可為代表。他認為，美國聯邦憲法沒有任何文字提及聯邦法院有權解釋法律及聯邦憲法，聯邦法律解釋權並非特定列舉給任何聯邦政府機構之權力<sup>83</sup>。聯邦憲法第三條授與法院的司法權範圍，僅限於在個案（cases）及爭訟（controversies）中作出判決（render judgments）<sup>84</sup>，而法院遵守不提供政治部門訴外意見或憲政建議之「諮詢性意見原則」（doctrine of advisory opinions），正是法院謹守憲法分際的表現<sup>85</sup>。與Paulsen持相似見解者相當普遍，連力辯法院應擁有釋憲終局權威地位的Alexander與Schauer也承認：「由豐

---

<sup>82</sup> The judicial Power shall extend to all Cases, in Law and Equity, arising under this Constitution, the Laws of the United States, and Treaties made, or which shall be made, under their Authority.

<sup>83</sup> Michael Stokes Paulsen, *The Most Dangerous Branch: Executive Power to Say What the Law Is*, 83 THE GEORGETOWN L.J. 217, 241 (1994).

<sup>84</sup> *Id.* at 298.

<sup>85</sup> *Id.* at 302.

富的歷史證據顯示，制憲者並無意使聯邦最高法院成為憲法終局解釋者，各州憲法批准者亦未將聯邦最高法院理解為憲法終局解釋者，憲法條文更未交付聯邦最高法院憲法終局解釋者之任務<sup>86</sup>。」

上述這種論述，與另一種否定說相互呼應，兩者可說是一體的兩面。詳言之，在認定聯邦憲法未曾授權之前提下，論者便從歷史實踐中去尋繹司法違憲審查制度之根源，結果「司法違憲審查權係經由聯邦最高法院在Marbury案中自我論證而來」的論點，就得到許多人的認同，如Goldsworthy<sup>87</sup>、Kramer<sup>88</sup>、Dershowitz<sup>89</sup>、Brewer-Carias<sup>90</sup>、Wellington<sup>91</sup>等。Goldsworthy的下列論述，可以說具有代表性：美國釋憲權的創設，乃是奠基於一般人對聯邦最高法院類如Marbury案等論證<sup>92</sup>之默認。長久以來，美國司法違憲審

---

86 Larry Alexander & Frederick Schauer, *Defending Judicial Supremacy: A Reply*, 17 CONST. COMMENT. 455, 459 (2000).

87 Jeffrey Goldsworthy, *Raz on Constitutional Interpretation*, 22 LAW AND PHILOSOPHY 167, 169 (2003).

88 Kramer, *supra* note 79.

89 DERSHOWITZ, *supra* note 7, at 4.

90 BREWER-CARIAS, *supra* note 4, at 136-37.

91 Harry H. Wellington, *Foreword*, in THE LEAST DANGEROUS BRANCH: THE SUPREME COURT AT THE BAR OF POLITICS ix (2d ed. 1986).

92 首席大法官 (the Chief Justice) John Marshall在其所主筆的1803年Marbury v. Madison案判決中之論證要點，主要有四：(1)國會立法權是有限的；(2)憲法是最高法律，違憲法律無效；(3)解釋法律乃司法部門之專屬領域與職責；(4)法官應恪守憲法行使違憲審查權。有關John Marshall在Marbury v. Madison案論證之分析，參考Paulsen, *supra* note 83, at 242-43; Edward White, *The Constitutional Journey of Marbury v. Madison*, 89 VA. L. REV. 1463, 1476-82 (2003); Horacio Spector, *Judicial Review, Rights, and Democracy*, 22 LAW AND PHILOSOPHY 285, 305-14 (2003); 嗣後，聯邦最高法院雖陸續於Cooper v. Aaron (358 U.S. 1 (1958)), Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey (505 U.S. 833 (1992))及United States v. Morrison (529 U.S. 598 (2000))等案，一再論證其擁有

查創始於Marbury案，幾已成為標準答案<sup>93</sup>。換言之，「憲法未授權」、「聯邦最高法院自我論證」與「人民默認」等綜合論述，即為「否認說」論者相對普遍的認知。

### (二)肯定論：憲法已默示授與法院違憲審查權

然而，持肯定立場者則有不同的詮釋，他們認為憲法已授與聯邦最高法院違憲審查權。首先，早在一九五九年，Herbert Wechsler就曾援引美國聯邦憲法第六條「優位條款」(the supremacy clause)，捍衛司法違憲審查權的正當性。由於該條款規定：「本憲法、依本憲法所制定之聯邦法律，及基於合眾國權力所締結之條約，均為吾國最高法律，縱與任何州之憲法或法律有牴觸，各州法院法官均應遵守之<sup>94</sup>。」Wechsler即依據此條款所隱含之「憲法優位論」及「法官有守憲職責」理念，導出他對司法審查正當性之確信：「本人毫不懷疑司法違憲審查的正當性，無論個案中有疑義之作為，屬於立法部門或行政部門，也不論其屬於聯邦的或各州的，均適合加以審理<sup>95</sup>。」Wechsler援引「優位條款」作為捍衛司法違憲審查正當性之依據，其論證雖並不深刻，惟對後繼者卻具有啟發作用。

---

違憲審查權之正當性，但美國學術界對於「聯邦憲法究竟有無授與法院司法違憲審查權」之正當性爭議，仍聚訟盈庭。

<sup>93</sup> Mary Sarah Bilder, *Why We Have Judicial Review*, 116 THE YALE L.J. POCKET PART 215, 215 (2007).

<sup>94</sup> This Constitution, and the laws of the United States which shall be made in pursuance thereof; and all treaties made, or which should be made, under the authority of the United States, shall be the supreme law of the land; and the judges in every State shall be bound thereby, anything in the Constitution or laws of any State to the contrary notwithstanding.

<sup>95</sup> Herbert Wechsler, *Toward Neutral Principles of Constitutional Law*, 73 HARV. L. REV. 1, 2 (1959).

其次，力辯聯邦憲法業已授與司法違憲審查權，且論證相當清晰者，尚有Clark、Prakash與Yoo等人。Clark從憲法「優位條款」的「文本」(text)、「歷史」(history)與「結構」(structure)三個面向，論證聯邦憲法業已授與法院違憲審查權。就「文本」面向言<sup>96</sup>，Clark從「優位條款」前半段「本憲法、依本憲法所制定之聯邦法律，及基於合眾國權力所締結之條約，均為吾國最高法律」之旨意推演，「聯邦法律」只有在「依本憲法所制定」之前提下，始具有至高性。依此旨意，唯當聯邦法律不違反聯邦憲法時，法院才加以適用。若從「優位條款」後半段「縱與任何州之憲法或法律有抵觸，各州法院法官均應遵守之」分析，州法官負有宣告「違反聯邦憲法之州法律無效」之國家義務，而依據聯邦憲法第三條賦予聯邦最高法院上訴管轄權之旨意，即可導出聯邦最高法院亦有違憲審查權之結論；就「優位條款」的「歷史」面向言<sup>97</sup>，Clark從制憲史資料檢視，認為制憲者在處理「聯邦與各州」之關係上，設立了兩大目標：1. 貫徹聯邦憲法的至高性；2. 限制聯邦權力免於侵犯州權與人權。為了達成第一個目標，制憲代表們曾先後提出三個方案：即(1)賦予聯邦政府以武力強制解決；(2)授與國會否決州法律，及(3)在聯邦法院管轄權拘束下，要求州法院貫徹聯邦法律。結果，前兩項方案遭到代表否決，最後採用第三方案「優位條款」。Clark總結指出，制憲者採行「優位條款」入憲而拒絕「國會否決州法律」方案，即有意要法院（而非國會）來裁斷國會是否逾越憲法界限之明證<sup>98</sup>；最後，Clark另從憲法「結構」面向分析，認為制

---

<sup>96</sup> Bradford R. Clark, *Unitary Judicial Review*, 72 THE GEORGE WASH. L. REV. 319, 323 (2003).

<sup>97</sup> *Id.* at 325-31.

<sup>98</sup> *Id.* at 328.

憲者亦知若由國會自行判斷自己的立法是否違憲，等於讓國會球員兼裁判，自然違反了「無人得於自己為當事人之案件中擔任仲裁者」之法學公理（*maxim*）。是以，「優位條款」加上「法院獨立」（終身職與薪資保障）的憲法結構設計，即是授與司法違憲審查以制衡聯邦權力濫用之良好機制<sup>99</sup>。

Prakash與Yoo之論證與Clark類似，但略有差異。相同的是，兩者皆從聯邦憲法的「文本」、「結構」、「歷史」三面向論證，不同的是：1. 在「文本」方面，Clark聚焦於「優位條款」，Prakash與Yoo則除「優位條款」外，另引聯邦憲法第三條授與法院「個案與爭訟」之審判權，推論出司法審判權與違憲審查權之必然連結，導出司法違憲審查權之正當性<sup>100</sup>；2. 在憲法「結構」方面，Clark認為司法違憲審查是憲法賦予法院以制衡聯邦權力之制度設計，Prakash與Yoo則根據權力分立理論（三部門均具有成文憲法下之同位格地位）、核心權理論（違憲審查權是司法權之核心功能）與聯邦憲法第六條第三款宣誓條款（維護聯邦憲法是公務員之憲法義務）等<sup>101</sup>，論證司法機關應有違憲審查權之憲法基礎；3. 在制憲史方面，Clark認為制憲者採行「優位條款」入憲而拒絕「國會否決州法律」方案，即明顯有意讓法院擁有違憲審查權以限制聯邦權力，Prakash與Yoo則舉制憲與憲法批准期間之若干證據，證明制憲父執輩們認同法院行使違憲審查權。這些證據包括<sup>102</sup>(1) 制憲前即有若干州在無文本授權下，行使違憲審查權；(2) 有十數位制憲代表主張司法違憲審查權；(3) 憲法批准階段有許多聯邦主義者

<sup>99</sup> *Id.* at 332-33.

<sup>100</sup> Prakash & Yoo, *supra* note 7, at 356-57; Saikrishna B. Prakash & John C. Yoo, *The Origins of Judicial Review*, 70 THE U. OF CHI. L. REV. 887, 899-904 (2003).

<sup>101</sup> Prakash & Yoo, *supra* note 7, at 358-61; Prakash & Yoo, *id.* at 914-27.

<sup>102</sup> Prakash & Yoo, *supra* note 7, at 368.



與反聯邦主義者，公開為文支持法院的違憲審查權；(4)憲法批准後各界對於司法違憲審查權，已有相當共識；以及(5)前述聯邦憲法第三條與「優位條款」已有文本授權。

還有論者從美國獨立之前業已慣行的司法經驗、憲政思想及政治思想（司法獨立性），推定制憲者已默認法院之違憲審查權。Bilder即舉殖民地時期即有司法違憲審查之事實，推論制憲者已承認司法違憲審查權<sup>103</sup>；Treanor則認為Marbury案前即有司法違憲審查實踐經驗，以及憲法「優位條款」等，均在在證明司法違憲審查乃是制憲者的共同理解，因此聯邦憲法已有授權<sup>104</sup>。與前述Clark及Prakash與Yoo等人從權力分立制衡進行論證司法違憲審查所不同的是，Treanor從歷史途徑切入，認為美國人本來相當熟知司法違憲審查制度，只因時間流變，權力分立原則為大眾所熟知後，質疑該制度之聲浪才出現<sup>105</sup>。換言之，就Treanor而言，權力分立原則不是證成（justify）司法違憲審查制度之基礎，而是令該制度遭受質疑之源頭。Gerber則同意Bilder司法違憲審查制度有深遠歷史根源之論證，但對根源之內涵有不同見解。Gerber認為，美國司法違憲審查制度之歷史根源，在於John Adams的司法獨立思想，而司法違憲審查則為司法獨立之終極表現<sup>106</sup>。

綜合以上所述，持肯定論者從各種觀點論證，所要彰顯的共同論點就是：司法違憲審查制度已取得了聯邦憲法的授權，至少是默示（implied）授權，因此有其憲法基礎。

---

<sup>103</sup> Bilder, *supra* note 93.

<sup>104</sup> William Michael Treanor, *Original Understanding and the Whether, Why, and How of Judicial Review*, 116 THE YALE L.J. POCKET PART 218, 218-19 (2007).

<sup>105</sup> *Id.* at 220.

<sup>106</sup> Scott D. Gerber, *The Political Theory of an Independent Judiciary*, 116 THE YALE L.J. POCKET PART 223-26 (2007).

## 二、大法官未經民選產生之正當性論辯

對於司法違憲審查「制度創設」的另一個論辯焦點，就是大法官未經民選所產生之正當性爭議。

### (一) 否定論：大法官未經民選不具正當性

否定聯邦最高法院擁有司法違憲審查權的論述中，除了前述未獲聯邦憲法之明示授權外，更直接的原因在於大法官未經民主選舉程序產生，而且任職終身。在此憲法保障下，除了大法官自行辭職或身故外，唯有彈劾一途能使其去職。於是，否定大法官違憲審查正當性者，便從各種角度加以質疑：民主政治理應對公眾意志負責，如何能解釋一個「成員無須對人民負責」的政府部門（司法部門），卻擁有推翻公共決策之權<sup>107</sup>？而且，美國人基本上奉行代議政治，為何允許非民選之聯邦法院法官推翻由民選官吏代為表現之人民意志<sup>108</sup>？尤其，二〇〇〇年聯邦最高法院介入總統大選<sup>109</sup>，以五比四判決終止佛州重新計算爭議選票，結果讓共和黨George W. Bush贏得總統寶座後，更引發學術界對司法違憲審查正當性之高度質疑。Segal及Spaeth等人的以下批判，最具有代表性：

---

<sup>107</sup> Barry Friedman, *The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part One: The Road to Judicial Supremacy*, 73 N. Y. U. L. REV. 333, 333-35 (1998).

<sup>108</sup> Lee Epstein, Jack Knight & Andrew D. Martin, *The Supreme Court as a Strategic National Policymaker*, 50 EMORY L.J. 583, 586 (2001).

<sup>109</sup> 有關2000年美國總統大選所引發之憲法爭訟，包括聯邦最高法院介入之過程、訴訟經過、意見書之分析等。詳見陳文政，同註5，頁59-262。至於，有關該案之政治分析，見陳文政，總統任命大法官，大法官選任總統？——布希控高爾案之政治分析，政治學報，42期，頁125-187，2006年12月。

雖然我們生活在代議民主政治之中，但對於選出之議員或各項民主選舉是否有效，仍繫乎九位非民選且任職終身之大法官的多數意志。這些大法官決定了是否允許墮胎、死刑罪是否採行、同性戀是否合法化，以及每隔一個世紀左右還能決定誰該當總統<sup>110</sup>。

大體上，由於美國人信奉國民主權，將國民主權視為「萬法之法」（the law of the laws）<sup>111</sup>。在此原則支配下，政府權力的正當性皆要來自人民的同意，並經由民主選舉程序的投票來實現。就此而言，美國聯邦政府權力中，總統（行政權）與國會（立法權）皆依此程序獲得人民授權，唯獨聯邦最高法院（司法權）迴避此一程序，自然引發批判。尤有進者，此一非經民意授權的聯邦最高法院，竟然得藉由違憲審查權之行使而否決了民選政治部門之決定，其正當性遭受質疑，就不足為奇了。

#### (二)肯定論：大法官未經民選仍具正當性

上述的批評雖然在憲政邏輯上有其道理，不過持肯定論者則認為，大法官雖未經民選產生仍具有正當性。基本上，持肯定論者係從「肯定大法官非民選之利」及批判「民選法官之弊」兩個路徑來加以辯護。

---

<sup>110</sup> JEFFREY A. SEGAL & HAROLD J. SPAETH, *THE SUPREME COURT AND THE ATTITUTIONAL MODEL REVISITED* 2 (2004); JEFFREY A. SEGAL, HAROLD J. SPAETH & SARA C. BENESH, *THE SUPREME COURT IN THE AMERICAN LEGAL SYSTEM* 4 (2005). Segal及Spaeth等人基於1876年總統選舉僵局中，由於聯邦最高法院大法官Bradley在十五人委員會（五位眾議員、五位參議員、五位大法官）中投下關鍵之一票，而使共和黨候選人Rutherford B. Hayes（1822-1893）獲得爭議選舉人票而當選總統。2000年聯邦最高法院又介入總統選舉，因而批判聯邦最高法院「每隔一個世紀左右還能決定誰該當總統」。有關1876年美國總統選舉爭議，詳見本文註67之說明。

<sup>111</sup> Levasseur, *supra* note 33, at 43-44.

首先，從「肯定大法官非民選之利」者強調，正因為大法官非由民選產生，因此可以免除民意政治壓力與選舉操控<sup>112</sup>、適合擔任憲政爭訟之仲裁人<sup>113</sup>、捍衛美國人所關切之價值（如種族平等、言論自由、法治等）<sup>114</sup>、可免於黨派政治掣肘而有效落實憲法所保障之人權<sup>115</sup>，而且在總統提名及參議院行使同意權時，就已經考量大法官被提名人之專業<sup>116</sup>，因此具有專業性。此外，大法官既可免除民意壓力，在多數暴力壓迫少數時，可以起而捍衛民主政治至為重要的少數權利<sup>117</sup>，而保護少數則為美國憲政主義之核心目的<sup>118</sup>。Dahl的實證研究證明了上述論點。Dahl指出，在一七九〇年至一九五七年之一百六十七年期間，聯邦最高法院在七十八項案件中宣告八十六項法律違憲無效，其中大部分都在保護少數以對抗多數<sup>119</sup>。何況，Ruger引證實證資料顯示<sup>120</sup>，當代學術研究普

<sup>112</sup> Howard Gillman, *Judicial Independence through the Lens of Bush v. Gore: Four Lessons from Political Science*, 64 OHIO STATE L.J. 249, 257 (2003); Christopher L. Eisgruber, *The Most Competent Branches: A Response to Professor Paulsen*, 83 THE GEORGETOWN L.J. 347, 354-55 (1994).

<sup>113</sup> Michael C. Dorf, *The 2000 Presidential Election: Archetype or Exception?*, 99 MICH. L. REV. 1279, 1295 (2001).

<sup>114</sup> EISGRUBER, *supra* note 5, at 73-74.

<sup>115</sup> RONALD DWORKIN, FREEDOM'S LAW—THE MORAL READING OF THE AMERICAN CONSTITUTION 354-55 (1996).

<sup>116</sup> Eisgruber, *supra* note 112, at 354.

<sup>117</sup> JESSE H. CHOPER, JUDICIAL REVIEW AND THE NATIONAL POLITICAL PROCESS 7 (1980).

<sup>118</sup> H. N. HIRSCH, A THEORY OF LIBERTY: THE CONSTITUTION AND MINORITIES 115 (1992).

<sup>119</sup> Robert A. Dahl, *Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker*, 50 EMORY L.J. 563, 567 (2001). Robert A. Dahl一文原於1957年刊登於美國*Journal of Public Law*。2001年，由*Journal of Public Law*更名後之*Emory Law Journal*，為了表彰該文之學術貢獻，特全文重刊。本文引

遍承認，即使未民選的法官在審理案件時也會回應民意。足見非民選法官也未必與民主政治相衝突。

其次，從「批判民選法官之弊」來辯護者，亦有日增之趨勢。Croley指出，民選法官具有下列缺點<sup>121</sup>：第一，法官將因民選而無法捍衛少數者權利；第二，法官將屈服於日益增加的選舉政治壓力；第三，民選法官雖可提升民主價值，但同時將傷害若干憲政價值。此外，投票人對於法官候選人的法學和憲法素養，不易作出正確的判斷，致使民選法官的形式價值（民主形式）遠大於實質價值（甄選出具有真才實學且捍衛法律正義的法官）。有的學者從實證研究中發現，雖然90%的各州法官皆經由民選產生<sup>122</sup>（聯邦法官皆為終身職），他們承擔了90%的美國司法業務，但在競選經費、攻擊性文宣等方面，已經損及司法機關的正當性<sup>123</sup>；Shepherd的研究結果也指出<sup>124</sup>，司法競選捐獻與法官判決之間，具有緊密的關聯性，來自商業、支持勞工、醫生、保險公司、律師等團體之獻金，對法官的判決決定愈來愈具影響力，從而破壞了司法獨立與司法課責之間的微妙平衡。上述問題終於引發首例爭訟案件，此即聯邦最

---

用頁碼以2001版為準。

<sup>120</sup> Theodore W. Ruger, "A Question Which Convulses a Nation": *The Early Republic's Greatest Debate about the Judicial Review Power*, 117 HARV. L. REV. 826, 884 (2004).

<sup>121</sup> Steven P. Croley, *The Majoritarian Difficulty: Elective Judiciaries and the Rule of Law*, 62 THE U. OF CHI. L. REV. 689, 694, 697 (1995).

<sup>122</sup> Joanna M. Shepherd, *Money, Politics, and Impartial Justice*, 58 DUKE L.J. 623, 623, 625, 626 (2009); Jed Handelsman Shugerman, *Economic Crisis and the Rise of Judicial Elections and Judicial Review*, 123 HARV. L. REV. 1061, 1063-64 (2010).

<sup>123</sup> Gibson, *supra* note 33, at 59.

<sup>124</sup> Shepherd, *supra* note 122, at 623-24, 683-84.

高法院二〇〇九年Caperton v. A. T. Massey Coal Co.<sup>125</sup>判決。聯邦最高法院明白指出：依據正當法律程序，民選的法官於自己主要政治捐獻者所涉及之案件中，應予以迴避。Brown的研究亦認為<sup>126</sup>，競選壓力，尤其是募款，已經傷及司法制度本身而成為一種危機。這種危機已經先後引起四位聯邦最高法院大法官（Scalia、Thomas、O'Connor、Kennedy）的公開關切，他們擔心州的司法制度將失去人民信賴；Pahis的研究更指出<sup>127</sup>，民選程序已經愈來愈無法選出適任法官，而民選法官在承辦案件中的司法貪腐愈來愈明顯。總的來說，民選法官制度的正當性已經岌岌可危（precarious）<sup>128</sup>。

簡言之，肯定法官未民選亦有正當性者，一方面借力使力凸顯法官未民選對司法角色之重要性；另一方面則以州法官民選實證經驗上之弊害，來強化法官未民選之優勢，冀望達到論證之目的。

---

<sup>125</sup> 556 U.S. \_\_\_\_ (2009); 129 S. Ct. 2252 (2009); 173 L. Ed. 2d 1208 (2009). 有關本案之相關文獻，請參考Molly McLucas, *The Need for Effective Recusal Standards for an Elected Judiciary*, 42 LOYOLA OF LOS ANGELES L. REV. 671-707 (2009); Comments, *Caperton v. A. T. Massey Coal Co.: Due Process Limitations on the Appearance of Judicial Bias*, 123 HARV. L. REV. 73, 73-79 (2009); Pamela S. Karlan, *Electing Judges, Judging Elections, and the Lessons of Caperton*, 123 HARV. L. REV. 80, 80-103 (2009); Lawrence Lessig, *What Everybody Knows and What Too Few Accept*, 123 HARV. L. REV. 104, 104-19 (2009); Penny J. White, *Relinquished Responsibilities*, 123 HARV. L. REV. 120, 120-51 (2009).

<sup>126</sup> George D. Brown, *Political Judges and Popular Justice: A Conservative Victory or a Conservative Dilemma?*, 49 WM. AND MARY L. REV. 1543, 1543, 1547-48 (2008).

<sup>127</sup> Stratos Pahis, *Corruption in Our Courts: What It Looks Like and Where It Is Hidden*, 118 THE YALE L.J. 1900, 1922-23 (2009).

<sup>128</sup> Croley, *supra* note 121, at 778.

### 三、本文的分析與批判

上述有關司法違憲審查「制度創設正當性」之辯，究竟何者較有說服力？本文擬從前揭正當性類型（表一）來加以檢視。就第一個子辯題「司法機關行使違憲審查權，是否取得憲法授權」而言，其核心爭議在於法律正當性，而第二個子辯題「大法官未經民主選舉產生，是否有行使違憲審查權之正當性」則涉及政治正當性中的權力正當性問題。

首先，我們要檢驗「司法機關行使違憲審查權，是否取得憲法授權」所涉及之法律正當性問題；也就是聯邦最高法院行使違憲審查權是否合乎法律規定或法理原則，因而在法律上具有正直而適當的理由（學理意涵的法律正當性），或者聯邦最高法院行使這種權力，在法律上是否獲得大眾的承認、認同、信賴、接受、支持或自願服從（實務意涵的法律正當性）。前述論辯皆僅探究學理意涵的法律正當性。大體上，否定論者振振有詞，認為聯邦憲法並未明文授與該項權力，因此無法取得法的正當性。這是從「是否合乎法律規定」的立場出發，而觀諸美國聯邦憲法條文，確實未有類此的白紙黑字規定；然而，肯定論者亦不遑多讓，他們從文本（文義）、憲法結構、立憲史及憲政法理出發，力辯憲法業已默示授權法院行使違憲審查權。這是以「合乎法理」為論據的論證，看來也言之成理。是以，雙方之爭本質上就是「正當性定義」之爭。依據本文對法律正當性所推演之定義，吾人不難發現：美國聯邦最高法院的違憲審查權，雖不合乎法律規定（即明示的法律正當性），但合乎法理原則（即默示的法律正當性）。蓋司法審判權之基礎在適用法律於個案，當不同法律發生衝突時，法官應適用高位階法律（憲法）而捨棄低位階之法律。此乃從司法權核心功能即可導出需有違憲審查權之法理。當然，政府權力若既能合於法律規定又能合乎法理原

則，其法律正當性自屬最強。然社會現實變遷一日千里，法律規範往往緩不濟急，因此方有法理建構之必要。尤其是高度妥協下之憲法規範，若言未合明文規定即無「法律正當性」，則必為求合於法的規定而時時增修，若然，憲法之穩定性必遭蠶食。因此，本文認為，美國的司法違憲審查制度，具有合乎法理原則之法律正當性。惟若為求法律正當性之周延，自可經由修憲程序，明文將司法違憲審查條款入憲。只是，修憲有相當難度而已。

其次，我們分析「大法官未經民主選舉產生，是否有行使違憲審查權之正當性」的權力正當性之辯。依據本文對權力正當性的定義，政府權力應來自人民之同意，在權力獲取上具有正直而適當的理由（學理意涵的權力正當性），或政府權力之取得，在政治上獲得大眾的承認、認同、信賴、接受、支持或自願服從（實務意涵的權力正當性）。前述論辯亦皆僅探討學理意涵的權力正當性。否定論者基於「民主選舉就是人民同意」的立場，批評聯邦最高法院大法官未經民選，已違反國民主權而不具正當性。肯定論者則力陳非民選法官可維護若干民主價值之優勢，作成決策也不會背離民意，並指陳各州民選法官已經弊端重重，以論證大法官行使違憲審查權之正當性。根本上，這也是「正當性定義之爭」。蓋權力正當性所強調之政府權力應來自人民同意，固毋庸置疑，然同意的形式是否必須經由選舉，即有商榷餘地。即便先決承認「人民同意必須經由選舉投票」，則仍有直接選舉與間接選舉之分。就此，聯邦最高法院大法官雖非由人民直接投票產生選舉，但由總統提名經參議院同意後任命，總統與參議院皆具有全國性之權力正當性，從而至少可承認大法官擁有間接的權力正當性，應無疑義。倘指摘間接選舉不具正當性者，則嚴格而論美國總統亦不具權力正當性。蓋依美國憲法規定，總統係由間接選舉產生（選民選出總統選舉人，再由



選舉人選出總統當選人)<sup>129</sup>。

因此，大法官由總統提名、參議院同意後任命，從選任程序看仍有間接的權力正當性。不過，民主政治要求定期行使同意權，亦即權力正當性要求定期改選。就此，聯邦最高法院大法官任職終身即難謂有正當性。充其量，吾人只能從大法官甄補過程加以間接辯護。蓋根據實證研究<sup>130</sup>，美國聯邦最高法院平均每二十二個月就會出缺一位大法官，每位總統在一個任期內平均可提名兩位大法官。換言之，人民每二十二個月，可間接透過參議院的同意程序，表達對司法權的同意與否。與國會眾議員兩年、參議員六年改選頻率比較，似乎更短。只不過，每二十二個月才甄補九分之一的大法官，與國會改選幅度難以相比。

綜合而言，從美國聯邦最高法院大法官之產生方式與任期來評估正當性，吾人所得初步結論是：(一)由於大法官之產生方式與任期終身係憲法所明定，故具有學理（規範）意涵的法律正當性；(二)就選任程序言，大法官在學理（規範）意涵上仍有間接的權力正當性；(三)至於任命後，因任職終身而較難符合權力正當性要求，只能靠每二十二個月於甄補一位大法官之際，略予補強。職是，大法官一旦任職，在本文對正當性的定義之下，若要檢驗大法官的民主正當性，就要進一步考究大法官的決策是否合乎民主原則或價

---

<sup>129</sup> 事實上，美國聯邦憲法的現有規範，與James Madison對共和國官員是否由人民直接同意授權之論述相近。Madison將共和國定義如下：政府權力直接或間接來自人民，且由任期固定或素行良好者來行使公權力。根據多數（州）憲法規定及可靠的輿論反應，司法部門人員只要素行良好，皆為終身職。（We may define a republic to be... a government which derives all its powers directly or indirectly from the great body of the people, and is administered by persons holding their offices during pleasure for a limited period, or during good behavior.）

See MADISON, HAMILTON & JAY, *supra* note 56, at 255.

<sup>130</sup> Dahl, *supra* note 119, at 569; Epstein, Knight & Martin, *supra* note 108, at 584.

值，或視大眾承認、認同、信賴、接受、支持或自願服從該決策的程度而定。

### 肆、司法違憲審查「制度運作正當性」之論辯

除了前述「制度創設正當性」之論辯外，美國學術界有更多的論者將注意焦點置於司法違憲審查的「制度運作正當性」上，從而引發另一主題的論辯。此一論辯所涉及者有兩個焦點：(一)司法違憲審查制度的運作，是否與民主政治相衝突？(二)如果確有相衝突，司法違憲審查的制度運作如何與民主政治相調和？

在探究「司法違憲審查與民主是否相容」時，論者即認為完全要看吾人如何看待民主而定<sup>131</sup>。事實上，美國有關「司法違憲審查與民主是否相容」的論辯，即與各自解讀民主政治有關。當然，民主或民主政治迄無四海皆準的定義，但在進行學術對話時也不宜各吹各的調，否則任何論辯即可能因而失焦。綜合而言，本文認為民主或民主政治的基本內涵，除了原始字義之「自我統治」外，應包括若干程序原則與實質價值（如表二），前者為手段，後者為目的。主要的程序原則應包括公平參與、代議機制、審議對話、多數統治，主要的實質價值應包括人權保障、價值維護（如正義、公平）、多元寬容、少數權利。當然，民主程序各原則本身亦具有價值，但與民主所欲追求的實質價值有別。

---

<sup>131</sup> Scott M. Noveck, *Is Judicial Review Compatible with Democracy?*, 6 CARDOZO PUB. LAW, POLICY AND ETHICS J. 399, 406, 430 (2008); RONALD DWORKIN, JUSTICE IN ROBES 133 (2006); 黃昭元，同註16，頁137-138。

表二 民主政治之基本內涵

程序原則（手段）	公平參與、代議機制、審議對話、多數統治
實質價值（目的）	人權保障、價值維護、多元寬容、少數權利

資料來源：作者整理。

是以，依表二所列，多數統治僅為民主的程序原則之一。然而，自一九六二年Alexander M. Bickel提出「反多數困境」論述後，美國司法違憲審查制度是否與多數統治相衝突，以及如何調和這種衝突，就成為司法違憲審查正當性論辯之焦點<sup>132</sup>，學術界也一直被「反多數困境」議題糾纏不已<sup>133</sup>。於是，民主與多數統治被劃上等號<sup>134</sup>。探討司法違憲審查是否與民主相容，等於探討該制度是否與多數統治相容。此後，Bickel魔咒（Bickel's enchantment）幾乎主導了美國憲法學界的言論市場走向。本節先探究有關「司法違憲審查制度有無牴觸民主政治」之辯，再探討「司法違憲審查制度如何調和民主政治」之辯。

### 一、司法違憲審查制度有無牴觸民主政治之辯

基於前述Bickel魔咒，「司法違憲審查制度有無牴觸民主政治」之辯，就被簡化為「司法違憲審查制度有無牴觸多數統治」之辯，甚至於等於「司法違憲審查制度有無反多數困境」之辯。Croley在分析美國學術界如何回應Bickel反多數困境論述時，指出

<sup>132</sup> Wellington, *supra* note 91, at xi.

<sup>133</sup> Barry Friedman, *Dialogue and Judicial Review*, 91 MICH. L. REV. 577, 578 (1993).

<sup>134</sup> 美國著名法理學家Ronald Dworkin對此現象即提出批判，並強調：民主政治不等於多數統治，真正民主政治是以成文憲法形式對自由與少數權利加以保障。See DWORKIN, *supra* note 115, at 354.

三種態度<sup>135</sup>：(一)完全否認有反多數困境問題者；(二)承認反多數困境之存在，而且認為此一困境難以克服（insoluble）；(三)承認確有反多數困境存在，但可以加以調和。本文借用此一分類來進行分析。

#### (一)否定論：完全不承認有反多數困境問題

儘管Bickel的反多數困境論述，吸引許多美國法政學者之注意，但認為司法違憲審查制度並無反多數困境問題者，仍所在多有。以下略舉數例說明之。

##### 1. Harry H. Wellington

首先，最值得注意者是Wellington的論點。前述Bickel在一九六二年出版《最不危險的部門》一書提出反多數困境論述，該書於一九八六年再版，並由Wellington作序。在序中，Wellington認為<sup>136</sup>，一方面由於Bickel強調司法違憲審查具有反多數困境，從而引發諸多學者對此議題的討論，另一方面Bickel又強調：「聯邦最高法院是美國政府中最適合擔任長遠價值的宣告者與守護者<sup>137</sup>。」如此造成憲法學界分裂。Wellington話鋒一轉，指陳政治部門的重大決策，實際上並未以直接方式反映多數意志或向多數意志直接負責。又如總統在第二任期內，則根本毋須顧慮連任問題<sup>138</sup>。言下之意，總統也不一定會顧慮多數意志。因此，Wellington認為<sup>139</sup>，多年來學術界關注司法違憲審查之不民主特性，情況有些誇張。因為，聯邦最高法院之判決如果未獲得政治部門的接受，即無法成為

---

<sup>135</sup> Croley, *supra* note 121, at 748-52.

<sup>136</sup> Wellington, *supra* note 91, at x-xi.

<sup>137</sup> BICKEL, *supra* note 67, at 24.

<sup>138</sup> Wellington, *supra* note 91, at xi-xii.

<sup>139</sup> *Id.* at xii.

「終局政治法則」(a final political rule)。足見司法違憲審查必須接受民主調控，故無反多數困境問題。

## 2. Barry Friedman

Friedman從直搗「反多數困境」的前提出發，否認司法違憲審查有反多數困境問題。Friedman首先點出反多數困境的兩個前提<sup>140</sup>：(1)美國政治是由民選政治部門代表多數意志進行多數統治，並向多數意志負責。此即Robert W. Bennett所言<sup>141</sup>，反多數困境論述至少隱含一個前提，那就是：美國是多數統治的政治；(2)司法違憲審查宣告民選政治部門的立法與決策違憲之決定，具有終局性(finality)，因而凌駕了此一多數意志。

然而，Friedman逐一否定了上述兩項前提。針對第一個前提，Friedman指出<sup>142</sup>，事實上根本不存在「可辨識的多數意志」(an identifiable majority will)，因為民選政治部門的各項決策無法反應持續性的多數偏好。選舉時多數聯盟所贏得的多數，扣除無權投票（如年齡等因素）與未投票（投票率）的人數後，再乘以得票率，所獲得的票數，幾乎無法形成超過總人數半數的所謂多數意志。是以，既然反多數困境的第一個前提被推翻，自然無反多數困境問題。就第二個前提「司法決策具有終局性」因而凌駕民選政治部門所代表之多數意志而言，Friedman也加以駁斥。因為如同前述Wellington所言聯邦最高法院的判決若未獲得政治部門的接受，根本無法成為「終局政治法則」，因此此一前提也不成立。最後，Friedman認為<sup>143</sup>，法院在美國憲政主義中扮演全國憲法意涵對話的

<sup>140</sup> Friedman, *supra* note 133, at 616, 628-29.

<sup>141</sup> Robert W. Bennett, *Counter-Conversationalism and the Sense of Difficulty*, 95 *Nw. U. L. REV.* 845, 846 (2001).

<sup>142</sup> Friedman, *supra* note 133, at 641.

<sup>143</sup> *Id.* at 582, 668.

促進者與參與者角色，當然具有正當性。

### 3. Christopher L. Eisgruber

Eisgruber從三個論點否認司法違憲審查具有反多數困境問題：(1)民主不等於多數決；(2)司法具有民主代議功能；及(3)法院也是一種民主制度。

首先，Eisgruber認為<sup>144</sup>，民主不等於多數決，多數不等於全部，投票人不等於全體人民。多數決制度只是實現民主原則眾多不完美的程序設計之一<sup>145</sup>。政治上的多數只是全體人民的一部分，為了能代表人民，政府應同時關懷所有人的利益與意見。

其次，民主政治不是「投票人之治」（government by voters），投票人無法在任何議題上充分代表所有人。例如，在道德議題上（如墮胎、安樂死等），法官比投票人在兩方面更具有為民喉舌之優勢<sup>146</sup>：一是法官的終身職安排已經保障其利益，與投票人只求選舉勝選相比，較無動機扭曲道德判斷；另一則是法官必須就其判決加以論證和解釋，因此較有動機選擇道德判斷而非只求自利。換言之，Eisgruber認為，法院也具有民主代議功能。

最後，Eisgruber強調，法院也是一種民主制度，一般人常視司法違憲審查是對民主程序之限制，實屬誤解，司法違憲審查是民主程序之構成要素，而非外在限制<sup>147</sup>。換言之，倘若多數統治與民主政治具有這麼緊密關係的話，那麼作為民主體系構成要素之一的司法違憲審查制度，當然就沒有反多數困境問題。此一論點獲得其他論者的支持，例如，Sherry即指陳<sup>148</sup>，倘若司法違憲審查制度反

---

<sup>144</sup> EISGRUBER, *supra* note 5, at 50-51.

<sup>145</sup> *Id.* at 20.

<sup>146</sup> *Id.* at 62.

<sup>147</sup> *Id.* at 77-78.

<sup>148</sup> Suzanna Sherry, *Too Clever by Half: The Problem with Novelty in Constitutional*

多數決，那麼在美國憲政體制中有許多機關都有反多數決問題，例如，國會參議院（Senate）、聯邦準備局（Federal Reserve）、總統選舉人團（electoral college）等都是。

#### 4. Aharon Barak

雖然，身為以色列最高法院院長的Barak，並非美國學者，惟Barak常在美國重要期刊（如Harvard Law Review）發表有關司法違憲審查之文章，甚至出版專書，本文視其為廣義美國學術社群之一員。

基本上，Barak根本就質疑反多數困境論述，並視反多數困境論述為極有問題的命題，理由如下<sup>149</sup>：(1)憲法若已創設司法違憲審查者，自然無任何反多數困境問題；(2)如果反多數困境論述為真，那麼各國就不該制定憲法，因為基於有限政府之憲政理念，憲法在某些情況下會否認當下多數的權力；(3)反多數困境論述忽略了修憲之可能性。蓋修憲即可直接否決司法違憲審查之結果，達成多數決定之政治效果。

依據Barak的論證可知，倘若憲法明文規定司法違憲審查制度，則司法違憲審查當然無反多數困境。倘若憲法未明文創設司法違憲審查制度，則基於有限政府之憲政理念，以司法權來制約多數權力，亦不必然反多數。何況多數權力最終可以透過修憲來否決司法違憲審查之決定，以確保多數統治之政治結果。

#### (二)肯定論一：有反多數困境且難以克服

第二種回應態度承認司法違憲審查權有反多數困境，而且這種

---

*Law*, 95 NW. U. L. REV. 921, 922 (2001).

<sup>149</sup> Aharon Barak, *The Supreme Court 2001 Term, Foreword: A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy*, 116 HARV. L. REV. 16, 48-50 (2002).

困境係基於司法違憲審查天生即具有反民主特性，因此很難加以克服。在美國持此立場者屬於少數，Jeremy Waldron的反司法違憲審查論，或可歸於此類。

Waldron的「程序取向論證」(process-related reasons)係以反Dworkin的「結果取向論證」(result-oriented approach)<sup>150</sup>為出發點。Dworkin認為(進一步論證，詳後)，由於司法違憲審查能夠維護憲法原則，彌補代議制度之不足，同時能夠促進「夥伴關係民主」(partnership democracy)，故從結果上看，是具有相對優勢的制度，因此有其正當性，也不與民主相矛盾。Waldron對此則予以反駁，強調採取「結果取向論證」來支持司法違憲審查，無論如何皆無法論證法院比議會更有能力解決道德議題之爭議，也無任何理由可以論證法院比議會更能保障權利，司法違憲審查在民主政治中難具有正當性<sup>151</sup>。因為民主社會中，對於人民擁有哪些權利往往存有歧見，多數決定則是解決這些歧見和公共政策爭議的優先機制<sup>152</sup>，因此憲法歧見理應保留給立法程序去解決。

顯然，就憲法解釋的立場看，Waldron基於立法優越論而反對司法違憲審查制度<sup>153</sup>。不過，Waldron也認為<sup>154</sup>，在特定情況下，司法違憲審查仍有存在之空間，例如，社會出現特殊病徵、立法制度失能、政治文化腐敗、種族主義遺緒猶存，以及存有特殊偏見等。只是，Waldron顯然預設這些情況不存在於美國。總的來說，

---

<sup>150</sup> Ronald Dworkin, *The Partnership Conception of Democracy*, 86 CAL. L. REV. 453, 458 (1998).

<sup>151</sup> Jeremy Waldron, *The Core of the Case Against Judicial Review*, 115 THE YALE L.J. 1346, 1346 (2006).

<sup>152</sup> *Id.* at 1387-88.

<sup>153</sup> *Id.* at 1376, 1386.

<sup>154</sup> *Id.* at 1406.



Waldron認為，在代議制度下，根本就難以證成司法違憲審查存在之必要性與正當性。

### (三)肯定論二：有反多數困境但可以調和

肯定司法違憲審查權有反多數困境但可以加以調和者，在美國憲法學術市場中居於主流地位，論述的深度與廣度也最可觀。論者即謂<sup>155</sup>：如何調和司法違憲審查與民主政治，是當代憲法學者的目標。以下所述，即屬此類，故於此不另論述。

## 二、司法違憲審查制度如何調和民主政治之辯

雖然已有論者將探究「如何經由司法違憲審查之制度運作來調和民主政治」之論著，分成：(一)代議取向的司法違憲審查<sup>156</sup>；(二)參與取向的司法違憲審查<sup>157</sup>；及(三)權利取向的司法違憲審查<sup>158</sup>三大類，惟本文擬依(表二)所列「民主政治之基本內涵」，將此一論辯類型分為「實質民主調和論」與「程序民主調和論」兩部分，難以歸類者列為其他。蓋參與取向與代議取向的司法違憲審查，可歸類於「程序民主調和論」，而權利取向的司法違憲審查則可歸類為「實質民主調和論」。所謂「實質民主調和論」，是指經由司法違憲審查制度之運作，可以促進民主之實質價值者，如人權保障、價值維護、多元寬容、少數權利等；所謂「程序民主調和論」則指司法違憲審查制度之運作，可以維護民主之程序原則者，如公平參與、代議機制、審議對話、多數統治等。

---

<sup>155</sup> Sherry, *supra* note 148, at 921.

<sup>156</sup> Croley, *supra* note 121, at 765.

<sup>157</sup> *Id.* at 769.

<sup>158</sup> *Id.* at 772.

## (一) 實質民主調和論

### 1. Alexander Bickel的「長遠價值論」

前述Bickel乃是「反多數困境」論述的提出者，顯示他承認美國政治是奠基在多數統治之前提上，因而才認定聯邦最高法院行使違憲審查權，在制度創設上有非民主（undemocratic），甚至是反民主（antidemocratic）特性。不過，Bickel在提出「反多數困境」論述後，並未進而提出廢除司法違憲審查制度的激進主張，而是設法找出調和之道。

Bickel的論證邏輯包括幾個核心理念的鋪陳<sup>159</sup>。首先，Bickel以良善而有生命力的社會是富有原則的社會（a principle-ridden society）<sup>160</sup>為理念背景，進而提出良善社會的道德判準（moral judgment of the good society），亦即<sup>161</sup>：民主政府不僅應當提供人民立即的物質需要（immediate material needs），而且應當促進社會的長遠價值（enduring values）。其次，Bickel論證聯邦最高法院是美國政府中最適合擔任長遠價值的宣告者與守護者。因為法院一方面具有政治部門所不具備而足堪處理原則議題之能力（如專業、閒暇、免於民意壓力）<sup>162</sup>，另一方面可以在實際案件中藉由慎思「原則的演化」而有助於發現憲法原則或長遠價值<sup>163</sup>。第三，提

<sup>159</sup> 有關Bickel的學說要點及其批判，可另外參閱黃昭元，同註12，頁301-342；黃昭元，同註16，頁115-117。

<sup>160</sup> BICKEL, *supra* note 67, at 64.

<sup>161</sup> *Id.* at 24.

<sup>162</sup> *Id.* at 25. Bickel在提出此一法院優勢的同時，對於法官的非民選特性及擁有較充分的時間，表達出正面的評價，這些優點包括可以誘發人類良善本性，以及喚起那些在一時激情之間易被遺忘的志業精神。See BICKEL, *supra* note 67, at 26.

<sup>163</sup> *Id.* at 26.

出司法違憲審查如何利用實務以維護原則和守護長遠價值。Bickel認為<sup>164</sup>，司法違憲審查是闡明並適用社會長遠價值的有原則性程序，法院對於這些重要價值要不偏不倚的加以適用。倘價值之間有所衝突，聯邦最高法院必須決定何者優先，或找出其間的調和之道。調和的結果就是一種原則、新價值、價值的調和或價值的妥協。第四，法院必須遵守消極美德（passive virtues）以避免或減輕反多數困境。雖然Bickel認為聯邦最高法院有相對優勢來發現原則或維護長遠價值，但畢竟司法違憲審查具有反多數困境的不民主特徵，因此法院必須具備消極美德，在實務上審慎使用違憲審查權以保存政治資本（political capital），儘量利用各種程序設計，如拒發「調卷令狀」（certiorari）、嚴守「當事人適格」（standing）等原則，來避免涉入民選政治部門即可解決之問題<sup>165</sup>。

總之，Bickel一方面論證司法違憲審查權之行使，在理論上因為能補政治部門之不足，維持良善社會所需的長遠價值與原則，從而能提高整體政府的正當性，因此作為整體政府之一的聯邦最高法院，也就具有正當性。另一方面，Bickel又強調法院在實務上應遵守消極美德，避免背離民主精神<sup>166</sup>，以減輕反多數之困境，從而可與民主政治相調和。

## 2. Jesse H. Choper的「人權保障說」

Choper的論述主軸是：司法違憲審查的必要功能，在於保障民主政治所不可或缺之個人權利和少數權利，故可與民主相調和。

---

<sup>164</sup> *Id.* at 58.

<sup>165</sup> Jack M. Balkin, *Bush v. Gore and the Boundary between Law and Politics*, 110 THE YALE L.J. 1407, 1432 (2001).

<sup>166</sup> Shu-Perng Hwang, *The Countermajoritarian Difficulty Revisited—An Examination of Bickel's Theory of Judicial Review from Dworkin's Perspective*, 33(4) EURAMERICA 685, 691-92 (2003).

首先，Choper強調：民主政治不等於純粹多數決，自由民主的必要價值是確保個人尊嚴與人格完整所必須的最低限度且不可讓與的個人自由<sup>167</sup>。憲法賦予聯邦最高法院違憲審查權，就是要它發揮保障免於政府侵犯之個人憲法權利<sup>168</sup>。尤有進者，憲法保障所有人的權利，彰顯一個主要目的——即保障政治上及宗教上少數族群之利益，以及在單純多數統治體制中易被漠視的個人利益<sup>169</sup>。

其次，基於對多數暴力可能侵犯個人自由之深刻疑慮，Choper肯認聯邦最高法院行使違憲審查權以防堵政治多數侵犯人權的正當性，而且從功能上加以捍衛。Choper指出<sup>170</sup>，聯邦最高法院應該成為個人自由之終局守護者，不是因為大法官們擁有深邃的智慧或廣闊的視野，也不是因為他們擁有比其他機關更高的憲法專業，而是在經驗上顯示多數意志常常侵奪個人自由之情況下，必須由較少政治責任而能免於多數激情牽絆的政府機構，來承擔保障人權之責任。

既然，民主政治不只是多數決，而防堵多數意志侵擾個人權利是民主的核心價值，那麼聯邦最高法院行使違憲審查權來對抗多數，進而扮演保障人權之憲法終局仲裁者，自然有助於民主的提升<sup>171</sup>。在此情況下，司法違憲審查權的反多數性格<sup>172</sup>反而可以凸顯其民主價值，因而不會與民主政治相扞格。

---

<sup>167</sup> CHOPER, *supra* note 117.

<sup>168</sup> *Id.* at 64.

<sup>169</sup> *Id.* at 64-65.

<sup>170</sup> *Id.* at 67-68.

<sup>171</sup> *Id.* at 60.

<sup>172</sup> 有些論者甚至認為，美國憲法結構基本上就是反多數設計，目的在防止多數過度統治。See John D. Ohlendorf, *Politics, Constitutional Interpretation, and Media Ecology: An Argument against Judicial Minimalism*, 31 HARV. J. OF LAW & PUB. POL'Y 1139, 1147-50 (2008).

### 3. Bruce Ackerman的「憲法時刻理論」

Ackerman的「憲法時刻理論」(constitutional moment theory)初步構想在一九八九年的一篇期刊論文提出<sup>173</sup>，一九九一年出版《吾國人民：憲政基礎》(WE THE PEOPLE: FOUNDATIONS)一書正式提出。它係以作者認定的美國「二元民主」(dualist democracy)為基本前提。所謂二元民主，依Ackerman的區分，是指由人民的決策所構成之「憲法政治」(constitutional politics)，以及由政府(民選政治部門)所主導的「常態政治」(normal politics)<sup>174</sup>。「憲法政治」是在特定的憲法條件(憲法時刻)下，由人民高度民主動員下所進行之「高位階立法」(higher lawmaking)，擁有較高的正當性；「常態政治」則由日常的政府作為所進行的「一般立法」(normal lawmaking)。

依此理論，「常態政治」乃是「憲法政治」的具體執行。法院的功能在於透過違憲審查以保留並執行高度民主動員下所形成的國民意志，故具有更高之民主基礎。由於法院扮演了民主保留者的功能(preservationist function)，雖違反當下民意宣告法律違憲，但因具有更高的民主基礎(即上一次憲法時刻的民主動員)，所謂反多數決的困境也因而得以消解<sup>175</sup>。Ackerman既然特別強調「聯邦最高法院的民主任務就是解釋美國憲法<sup>176</sup>」，司法違憲審查與民主自然可以相容。

---

<sup>173</sup> Bruce Ackerman, *Constitutional Politics/Constitutional Law*, 99 THE YALE L.J. 453, 453 (1989).

<sup>174</sup> *Id.* at 461; BRUCE ACKERMAN, WE THE PEOPLE: FOUNDATIONS 6 (1991).

<sup>175</sup> 葉俊榮，消散中的「憲法時刻」，載：現代國家與憲法，頁242-243，1997年3月。

<sup>176</sup> Bruce Ackerman, *The Storrs Lectures: Discovering the Constitution*, 93 THE YALE L.J. 1013, 1051 (1984).

#### 4. Ronald Dworkin的「憲法原則維護說」與「夥伴關係民主說」

Dworkin是美國知名的憲法與法理學家，他對司法違憲審查如何調和民主政治，有相當著墨。自一九七八年出版《認真看待權利》（TAKING RIGHTS SERIOUSLY），迄二〇〇六年《法袍下的正義》（JUSTICE IN ROBES）問世之近三十年間，Dworkin發展出兩個論證：(1)憲法原則維護說；與(2)夥伴關係民主說，兩者以一九九六年《自由之法：美國憲法的道德解讀》（FREEDOM'S LAW: THE MORAL READING OF THE AMERICAN CONSTITUTION）一書為分界點。

##### (1)憲法原則維護說

Dworkin於一九七八年提出「原則」（principle）與「政策」（policy）之辨，主張法官若基於原則進行司法判決，則可凌駕政治多數者之（政策）利益<sup>177</sup>。一九八五年提出法院是「原則論壇」（the forum of principle），認為司法違憲審查能將某些議題從權力戰場中，拉回原則論壇進行原則之辯<sup>178</sup>。一九八六年提出「法律的整全性」（law as integrity），指陳法律係由許多有關正義、公平、正當程序等具有一致性的各個原則所建構而成<sup>179</sup>，立法者所作成的是政策，法官守護的是原則。法官的判決必須依據原則，而非政策<sup>180</sup>。一九九六年則強調，憲法中有許多抽象的道德原則，大法官有權藉由道德解讀來維護憲法各項原則<sup>181</sup>。如此一來，司法違憲審查所捍衛的是整全性法律（憲法）所賴以為繫的「原則」，比立法者依一時民意所制定之「政策」，自然具有更高的價值，從而與多數民主不相違背。

---

<sup>177</sup> RONALD DWORIN, TAKING RIGHTS SERIOUSLY 82-86 (1978).

<sup>178</sup> RONALD DWORIN, A MATTER OF PRINCIPLE 70-71 (1985).

<sup>179</sup> RONALD DWORIN, LAW'S EMPIRE 243 (1986).

<sup>180</sup> *Id.* at 244.

<sup>181</sup> DWORIN, *supra* note 115, at 2.

## (2) 夥伴關係民主說

一九九六年之後，Dworkin另外從「夥伴關係的民主觀<sup>182</sup>」(partnership conception of democracy)來論證司法違憲審查無背離民主政治之理。Dworkin認為要回答「司法違憲審查是否反民主」這個問題，關鍵在於何謂民主。

因此，Dworkin首先區辨「多數決民主觀」(majoritarian conception of democracy)與「夥伴關係的民主觀」<sup>183</sup>。前者指民主的要素在於所有原則議題，均須由多數票決定，也就是徹頭徹尾的多數統治，此為統計意義的民主；後者所指之民主，是由全體人民基於平等地位，並以合作性連帶風險事業(cooperative joint venture)的成員身分自我統治，此為社群意義的民主。多數統治要證成其具有正當性且合乎民主，就要實質上滿足：(1)所有公民均有平等參與政治生活之機會；(2)所有人在治理中有平等的利害關係；及(3)所有人擁有宗教與倫理的自我決定空間，且只對自我良知而非多數人負責等三大條件<sup>184</sup>。但是從「夥伴關係的民主觀」來判斷，多數統治勢必無法同時滿足這些條件。Dworkin認為，從美國歷史經驗顯示，司法違憲審查制度之運作則可以促進「夥伴關係民主」，因而不違背民主政治<sup>185</sup>。吾人可從Dworkin的下列論述得

---

<sup>182</sup> Dworkin雖將「夥伴關係的民主觀」與「憲政的民主觀」(constitutional conception of democracy)相互為用，但本文認為他最終採用前者。例如，他在1997年文章中先採用「憲政的民主觀」。See Ronald Dworkin, *The Arduous Virtue of Fidelity: Originalism, Scalia, Tribe, and Nerve*, 65 *FORDHAM L. REV.* 1249, 1264 (1997); 1998年專文討論「夥伴關係的民主觀」時，兩者並用。See Dworkin, *supra* note 150, at 453; 到了2006出版論文集時，則採用「夥伴關係的民主觀」。See DWORKIN, *supra* note 131, at 134.

<sup>183</sup> Dworkin, *id.* at 1263-64; DWORKIN, *supra* note 131, at 133.

<sup>184</sup> DWORKIN, *supra* note 131, at 133-34.

<sup>185</sup> *Id.* at 138-39.

到印證：

吾國重大經驗顯示，美國對政治道德的最基本貢獻是由三大命題所構成的偉大理念：首先，民主政治不僅是多數統治，也是一種夥伴關係的自我統治；其次，該夥伴關係係由道德憲法對個別成員身分逐一加以確保，並促其可能實現；第三，吾人經由歷史將此任務交付給一項制度方略——即責成富有法學訓練之法官，來落實平等公民資格的種種保障<sup>186</sup>。

從上述論證看來，Dworkin雖然承認多數統治是民主政治的基本形式，但夥伴關係民主比多數統治更能完整彰顯民主真義。當司法違憲審查能夠彌補多數統治民主之不足，進而實現夥伴關係民主時，自然不會與多數統治相背離。Dworkin在此所採用的是「結果取向論證」（result-oriented approach）<sup>187</sup>，此一論證取向後來引發了另一場學術論辯<sup>188</sup>。

#### 5. Schwarzschild與Eskridge的「多元主義促進說」

Schwarzschild首先區分多元主義的三種意涵：政策結果的多元主義、利益團體的多元主義與價值多元主義<sup>189</sup>。其次，強調多元主義對民主社會的重要性<sup>190</sup>，包括寬容異議（tolerance for disagreement）、維護自主（autonomy）及自由決定（free choice）等。然後，舉聯邦最高法院的一些判決，證明司法違憲審查確實能

<sup>186</sup> *Id.* at 139.

<sup>187</sup> Dworkin, *supra* note 150, at 458.

<sup>188</sup> 此一論辯的兩位主角是Waldron與Fallon。前者採程序取向論證反駁Dworkin的結果取向論證，見註151前後文；後者則捍衛Dworkin的論證，見稍後Fallon的「相對善果論」。

<sup>189</sup> Maimon Schwarzschild, *Pluralism, Conversation, and Judicial Restraint*, 95 NW. U. L. REV. 961, 966 (2001).

<sup>190</sup> *Id.* at 974.



提升美國的多元主義<sup>191</sup>。最明顯的案例就是廢棄種族隔離政策之判決（如一九五四年的*Brown*案），可以讓那些「孤立而隔絕的少數族群」（discrete and insulate minorities）逐漸融入了美國社會，促進了社會的多元性。

雖然，Schwarzschild的最後結論認為，司法自制（judicial restraint）比較有助於提升多元主義，多一點司法自制，多元主義的空間就多一點<sup>192</sup>，但總的來說，問題不在於該不該有司法違憲審查制度，而在於司法違憲審查的強度如何。顯見Schwarzschild已經先決承認了司法違憲審查制度的存在必要性。剩下的只是，為了提升多元主義，司法違憲審查制度的運作，究竟該採司法積極主義（judicial activism）或消極的司法自制等問題而已。既然，司法違憲審查有提升民主社會所需之多元主義，自然可與民主政治相調和。

另一個多元主義促進說，是由Eskridge所提出。他的「促進多元主義的司法違憲審查理論」（a theory of pluralism-facilitating judicial review）強調<sup>193</sup>，所有政府都有賴公民參與公共事務治理，故應鼓勵各種新舊團體參與民主運作。是以，為了調和民主參與程序以促進多元主義，法院應該避免作出讓既有團體退出民主政治市場之判決，也應避免壓制新興團體參與政治程序的判決。如此，司法違憲審查就能與民主相調和。

#### 6. Richard H. Fallon的「相對善果論」

前述Dworkin採取「結果取向論證」證成司法違憲審查制度能

---

<sup>191</sup> *Id.* at 967.

<sup>192</sup> *Id.* at 975.

<sup>193</sup> William N. Eskridge Jr., *Pluralism and Distrust: How Courts Can Support Democracy by Lowering the Stakes of Politics*, 114 THE YALE L.J. 1279, 1294-95 (2005).

與民主相容，引發Waldron的批評，Fallon則批評Waldron的「程序取向論證」，支持Dworkin的論證模式。

總體上觀察，Fallon係從五個理由來論證司法違憲審查制度的運作，能為民主社會帶來「善果」或相對優勢，因此有其存在之正當性，也能與民主政治相調和。這五個理由包括：第一，司法違憲審查制度能解決權利保障不足問題。Fallon認為，民主社會裡法院與國會皆有保障人權之責任，對於侵犯人權之立法，皆有權加以拒斥。惟經由立法保障人權常有不足，法院藉由違憲審查可以補此不足，從而為人民帶來善果<sup>194</sup>。第二，司法違憲審查制度可以防止或極小化人權遭受侵害之程度，有助於提升整個政府的正當性<sup>195</sup>。第三，司法違憲審查制度有助於暢通民主程序，確保民選代表恪守民主規範，結果可以提升民主正當性<sup>196</sup>。第四，司法違憲審查制度能提升民主社會政治決策的道德品質，對整個政府正當性的強化有所助益<sup>197</sup>。第五，經由司法違憲審查而造成權利過度保障所帶來之道德成本，低於因為欠缺司法違憲審查而造成權利保障不足所帶來之道德成本<sup>198</sup>。相較之下，有司法違憲審查制度對民主社會相對有利。

經過論證後，Fallon相信<sup>199</sup>：一個具備良好司法違憲審查制度的憲政民主政體，比一個沒有司法違憲審查制度的政治民主政體，更可能帶來道德上的善果。於此情形下，司法違憲審查制度自然可與民主政治相調和。

---

<sup>194</sup> Fallon, *supra* note 36, at 1709.

<sup>195</sup> *Id.* at 1716, 1718, 1720.

<sup>196</sup> *Id.* at 1726.

<sup>197</sup> *Id.* at 1727-28.

<sup>198</sup> *Id.* at 1700, 1713-15.

<sup>199</sup> *Id.* at 1715.

### 7. David N. Law的「守望與調和人民利益說」

Law也承認司法違憲審查具有反多數與反民主性格。他認為司法違憲審查可以藉由調和民主政治中「當事人與代理人」(principal-agent)間之問題，來維護國民主權。Law的論證如下<sup>200</sup>：

民主社會裡，當事人(人民)與代理人(政府)的利益不同，代理人有擴權為惡之潛在可能，於是廣大的當事人會面臨了兩大困難：(1)資訊不足問題；與(2)協調不易問題。資訊不足問題是指人民難以取得政府為惡的訊息，因為人民手中並無調查權；協調不易問題則指人民不易協調公眾以集體對抗為惡政府。蓋一般人不願意單獨對抗手握公權力之政府，除非知道其他人也願意採取行動。

此時，司法違憲審查扮演了「守望者」(monitor)「調和者」(coordinator)雙重角色：一方面藉由公開審判結果，為人民提供廉價可靠的政府違法資訊；一方面則藉此協調大眾行動以對抗濫權政府。由於法院可以扮演此雙重角色，不但守望人民的利益，而且可以協調集體行動以抗衡政府之僭越行動，因此強化了國民主權之實質意涵。既然，司法違憲審查可以守望並調和的人民利益，自然與民主政治能夠相容。

#### (二)程序民主調和論

美國法政學界的相關研究中，有不少論著認為，司法違憲審查的制度運作可以調和民主程序，因而可以消解反多數困境問題。以下所舉，為較具代表性者。

---

<sup>200</sup> David S. Law, *A Theory of Judicial Power and Judicial Review*, 97 THE GEORGETOWN L.J. 723, 723, 725-801 (2009).

### 1. Dahl「統治體制支持論」與Epstein等人「支持多數偏好說」

Robert A. Dahl在一九五七年即針對如何解決司法違憲審查的反多數困境問題，進行實證研究。Dahl針對聯邦最高法院所宣告的違憲聯邦法律進行分析，結果顯示<sup>201</sup>：在聯邦最高法院史上被宣告違憲的聯邦法律中，52%是舊國會所制定的（法律制定超過四年）。顯見聯邦最高法院的決策，多半不會與代表當下多數民意的統治體制（*ruling regime*，指總統及國會所形成之統治群體）相左<sup>202</sup>。Dahl的解釋是，大法官都是經由總統提名經參議院同意而任命的，總統不會提名與自己政策理念不合的大法官，而參議院也不會讓與主流民意相左的候選人通過提名<sup>203</sup>。再者，大法官也是整個統治聯盟之一部分，若昭然反對民選政治部門的主要政策，則將危及法院的正當性<sup>204</sup>。由此可見，聯邦最高法院在歷史實踐經驗中，大部分都是支持多數統治的，因此可與民主政治相調和。

Lee Epstein等人於二〇〇一年採制度研究途徑（*institutional approach*）進一步驗證了Dahl的研究論點。Epstein等人針對一九五三年到一九九二年期間大法官們的決策傾向加以探究，結果顯示<sup>205</sup>：大法官的政策偏好若與民選政治部門相同時，他們就會依自己真實的偏好進行決策；當大法官的偏好與民選政治部門相左時，他們就會調整自己的偏好，以待民選政治部門的潛在反應。

由Epstein等人與Dahl的論點顯示：大法官的決策作為，基本上以支持多數統治聯盟的意志為基調。從而可以證明，司法違憲審查並未與民主政治（尤其是多數統治）相衝突。

---

<sup>201</sup> Dahl, *supra* note 119, at 571-72.

<sup>202</sup> *Id.* at 570.

<sup>203</sup> *Id.* at 569.

<sup>204</sup> *Id.* at 580.

<sup>205</sup> Epstein, Knight & Martin, *supra* note 108, at 610.

## 2. John H. Ely的「補強代議民主論」

John H. Ely所提出的理論，論者稱為「程序取向、補強代議的司法違憲審查理論」（process-oriented, representation-reinforcing theory of judicial review）<sup>206</sup>本文暫稱為「補強代議民主論」。

Ely從「代議政府」、「美國憲法之本質」、「民主與不信任」等三個基礎，建構其理論。就「代議政府」而言，Ely強調，代議制度並非「贏者全拿」（winner-take-all），共和政府非僅追求多數者聯盟或少數特權者之利益，而應顧及所有人之利益。因此，每個人應獲得平等地尊重<sup>207</sup>。其次，就「美國憲法之本質」言，Ely認為美國憲法的重點是：以廣泛的程序性保障（procedural protections）及精心的規劃來確保從事實質選擇時，在相當平等之基礎上，決策過程向所有人開放。憲法亦強調決策者有義務將所有人之利益加以考量<sup>208</sup>。因此，美國憲法在本質上重視政府的程序而非統治的意識形態<sup>209</sup>。第三，就「民主與不信任」言，Ely認為<sup>210</sup>，代議民主制度的價值決定係由民選議員負責，倘多數民眾不贊同可以投票使其去職。然而，代議政治仍會發生兩個足以令人不信任的負功能（malfunction）：(1)執政者（ins）阻塞政治變遷之管道，以確保其長期執政，並將在野者（outs）排拒在外；(2)雖然無人真正被拒絕發言或投票，但民選議員偏袒現有多數者利益，並基於仇視與偏見制度化地否定少數人之利益。是以，代議制度會拒

---

<sup>206</sup> Carlton Morse, *A Political Process Theory of Judicial Review under the Religion Clause*, 80 S. CAL. L. REV. 793, 802 (2007).

<sup>207</sup> JOHN HART ELY, *DEMOCRACY AND DISTRUST—A THEORY OF JUDICIAL REVIEW* 79 (1980).

<sup>208</sup> *Id.* at 100.

<sup>209</sup> *Id.* at 101.

<sup>210</sup> *Id.* at 103.

絕給少數人團體相同於其他團體之保護。於此情況，政府體系中，立場較客觀之非民選法官必須顧及類此不公平，以防止多數專斷。即此時法院行使違憲審查為正當的。

綜合而言，Ely「補強代議民主論」的要義在於：代議民主雖為當前政治之重要形式，惟代議政治亦有令人不信任之瑕疵，應予調和補救。補救調和之道為：(1)暢通政治變遷管道<sup>211</sup>；(2)強化少數族群之代表性<sup>212</sup>。司法機關透過司法違憲審查，一方面暢通政治參與程序；一方面保障少數人程序上平等參與政治抉擇之權利。若此，司法違憲審查便能與民主政治相容。

### 3. Michael J. Perry的「審議政治促進論」

審議思辨是民主政治的重要程序原則。Perry的「審議政治促進論」即主張法院藉由憲法裁判促進整個政治社群的對話與思辨，進而促成審議政治之實現。

Perry的論證如下：美國是個道德多元的社會，亦是個政治社群，同時又是個政治與憲法的社群（political-constitutional community），其中包括許多異議（dissensus）與共識（consensus），也包括許多次級社群<sup>213</sup>。在此多元社會中，聯邦最高法院大法官在解釋憲法時，非但代表其自己，亦代表其所屬的社群<sup>214</sup>。在Perry看來，憲法判決兼具內在與外在之論述性格。說它具有內在論述性格，是因為它發生在法官之間，特別是聯邦最高法院大法官之間；說它是一種外在論述，因它發生在司法機關（尤其是聯邦最高法院）與整個政治社群之間<sup>215</sup>。由於具有內在論述性格，憲法判決

---

<sup>211</sup> *Id.* at 105.

<sup>212</sup> *Id.* at 135.

<sup>213</sup> MICHAEL J. PERRY, MORALITY, POLITICS AND LAW 154-55 (1988).

<sup>214</sup> *Id.* at 121.

<sup>215</sup> *Id.* at 159.

在本質上是一種「思辨及可轉變的政治」(a deliberative, transformative politics)，在其中，法官代表其社群參與論述；由於它的外在論述性格，憲法判決即為一種大型的「思辨及可轉變的政治」，在其中，法官扮演該政治社群與民選議員間之對話者(interlocutors)<sup>216</sup>。

既然憲法審判(即司法違憲審查)具有如此濃厚的論述性格，那麼要如何促進審議政治的實現呢？Perry認為<sup>217</sup>，法院在鼓舞公民及其民選議員認真看待審議政治的可能性時，扮演了重要的角色。具體作法有二：(1)在論述實務中例證審議政治；(2)誘導其他政府部門與機關參與論述。就Perry的整體論證來看，法院從事違憲審查可以促進審議政治之實現，對於民主政治程序品質之提升，自然有所助益，從而亦可證成司法違憲審查可與民主政治相調和。

不過，Robert W. Bennett對此則持相反意見。Bennett的分析指出<sup>218</sup>，司法審判過程中的對話，大多集中於訴訟當事人，有深度但沒廣度，無法促成整體社會的思辨。因此，司法違憲審查的真正難題在於，該制度具有「反對話困境」(counter-conversational difficulty)<sup>219</sup>。此外，Zurn雖然提出審議式民主憲政主義(deliberative democratic constitutionalism)<sup>220</sup>，企圖結合民主審議觀與程序主義的憲政主義觀來討論司法違憲審查，但論述似尚未完整，本文不擬討論。

---

<sup>216</sup> *Id.* at 159.

<sup>217</sup> *Id.* at 160.

<sup>218</sup> Bennett, *supra* note 141, at 880-81.

<sup>219</sup> *Id.* at 905-06.

<sup>220</sup> CHRISTOPHER F. ZURN, DELIBERATIVE DEMOCRACY AND THE INSTITUTIONS OF JUDICIAL REVIEW 2, 29 (2007).

#### 4. Eylon與Harel的「參與權利促進說」

Eylon與Harel從參與權的新詮釋觀點，來論證司法違憲審查制度與民主政治的相容性。他們的論證如下<sup>221</sup>：

首先，Eylon與Harel認為，公民有請求司法違憲審查的權利（a right to judicial review）。這種權利乃是一種申訴權的衍生性權利。其次，公民請求司法違憲審查的權利，是一種個人化的聽證權（a right to an individualized hearing），立法機關的一般性立法審議，無法為人民實現這種權利。相對地，必須由能滿足權利受害人個別訴求的機關，在具體個案中來落實。司法機關就具備此一條件。第三，聽證權也是一種參與權，它可以促進平等參與，應該被視為平等民主參與的補充。司法違憲審查允許受害當事人在具體個案中陳述意見，從而進入國家的審議程序中。最後，Eylon與Harel認為，民主政治應該提供人民有意義的參與，司法機關藉由違憲審查與立法機關共同提供人民平等民主參與之機會，故能與民主政治相調和。

#### （三）其他之相關論證

除了上述可明確歸類為「實質民主調和論」或「程序民主調和論」之外，尚有若干以司法違憲審查正當性為主軸之論證，在內容上已經超越兩者之外而難以歸類者，亦值得略加分析。

##### 1. Samuel Freeman的「綜合論證」

Freeman從多數統治之不足著手，論證在某些社會歷史情境下<sup>222</sup>，司法違憲審查在民主政治仍有存立之正當性。從內容看，

<sup>221</sup> Yuval Eylon & Alon Harel, *The Right to Judicial Review*, 92 VA. L. REV. 991, 1021 (2006).

<sup>222</sup> Samuel Freeman, *Constitutional Democracy and the Legitimacy of Judicial Review*, 9(4) LAW AND PHILOSOPHY 327, 361-62 (1991).



可歸為綜合論證模式。

Freeman認為<sup>223</sup>，多數決並非保障權利不受侵害之完美手段。吾人亦不能武斷地挑選民主憲政的某一特徵，然後就論斷說司法違憲審查因不符該特徵而不民主，例如，多數統治，政治課責、政治參與平等<sup>224</sup>。綜合而言，如果司法違憲審查權能夠適當行使，而能防止人權遭受侵害<sup>225</sup>、保障所有公民之平等權利、促進民主程序公開<sup>226</sup>、培養大眾共享的公共善與正義感<sup>227</sup>、增進公共議論與立法思辨<sup>228</sup>、匡補立法程序失靈且無法自我修復者<sup>229</sup>，就與民主政治不相違背。

## 2. Cass R. Sunstein的「司法最小主義說」

Sunstein的「司法最小主義說」(judicial minimalism)<sup>230</sup>係於一九九六年所提出，後來以專書《一次一案：聯邦最高法院的司法最小主義》(ONE CASE AT A TIME: JUDICIAL MINIMALISM ON THE SUPREME COURT, 1999)呈現。

「司法最小主義說」的要義包括「程序最小主義」與「實體最小主義」兩部分。「程序最小主義」又包括「寧窄勿寬」(narrow rather than wide)<sup>231</sup>與「寧淺勿深」(shallow rather than deep)<sup>232</sup>

---

<sup>223</sup> *Id.* at 354.

<sup>224</sup> *Id.* at 362.

<sup>225</sup> *Id.* at 367.

<sup>226</sup> *Id.* at 365.

<sup>227</sup> *Id.* at 365-66.

<sup>228</sup> *Id.* at 366.

<sup>229</sup> *Id.* at 361.

<sup>230</sup> 有關Sunstein「司法最小主義」的中文文獻，詳見黃昭元，司法消極美德的積極實踐，同註12，頁875-918。

<sup>231</sup> Cass R. Sunstein, *Foreword: Leaving Things Undecided*, 110 HARV. L. REV. 6, 15 (1996).

兩個原則。前者指法官在審理案件時，只須顧及當前案件而毋須處理他案<sup>233</sup>；後者指法官對判決結論只提出具體理由，而不作出抽象解釋<sup>234</sup>或提出基本原則和理論。Sunstein的兩個原則合而為一，即為「既窄且淺」的程序最小主義。

至於，「實體最小主義」則是指法官在審理案件時，儘量尊重民選政治部門的決策<sup>235</sup>。因為司法違憲審查確有反多數特性，除非民主政治決策已經涉及侵犯類似投票權等基本人權，憲法核心價值有遭侵蝕之虞，否則應該尊重民選政治部門的決策空間。就此而言，Sunstein的後續研究顯示<sup>236</sup>，在實務上，法官對於重要的憲法議題，經常尊重多數意志（many minds），包括國會多數、行政部門的政策與民意等。

綜合而言，Sunstein主張「程序最小主義」旨在強調司法違憲審查儘量在程序上發揮消極美德，容許或提升政治部門的政治責任或民主思辨；而「實體最小主義」主張尊重民選政治部門，可避免與民選政治部門的多數統治聯盟相衝突。從而，司法違憲審查與民主政治（特別是多數統治）即可相容。

### 三、本文的分析與批判

針對上述有關司法違憲審查「制度運作」正當性的各種論證

---

<sup>232</sup> *Id.* at 20.

<sup>233</sup> Sunstein, *supra* note 231, at 15; CASS R. SUNSTEIN, ONE CASE AT A TIME: JUDICIAL MINIMALISM ON THE SUPREME COURT 10 (1999).

<sup>234</sup> Sunstein, *supra* note 231, at 20; SUNSTEIN, *id.* at 11.

<sup>235</sup> Christopher J. Peters, *Assessing the New Judicial Minimalism*, 100 COLUM. L. REV. 1454, 1464 (2000).

<sup>236</sup> CASS R. SUNSTEIN, A CONSTITUTION OF MANY MINDS 3-4 (2009); 本書之進一步評論，見John Ferejohn, *Book Review: The Lure of Large Numbers*, 123 HARV. L. REV. 1969, 1969-97 (2010).

(辯)，本文擬從三大面向來分析與批判：(一)正當性類型；(二)民主理念；與(三)論證方法。

### (一)正當性類型的分析與批判

首先，從(表一)正當性類型的第一類「法律正當性」來分析。法律正當性在探究政府權力及作為是否合乎法律規定或法理原則，不過前述各種論證，無論對「反多數困境」持何種態度(完全否認、肯定有反多數困境且難以克服，或肯定有反多數困境但有調和之道)，都未就「法律正當性」加以評估。事實上，論證司法違憲審查的「制度運作」是否具有正當性，可以先就該制度的運作是否合乎法律規定或法理原則來加以判斷。例如，在決定是否受理案件時，有無合乎「當事人適格」(standing)、「未達司法可為裁判之狀態」(ripeness，指案件不夠成熟不受理)、「已逾司法可為裁判之狀態」(mootness，指案件因為過熟已無訴訟利益而不受理)、「諮詢性意見原則」(advisory opinion，指法院不向政治部門提供諮詢意見)、「政治問題不審查原則」(doctrine of political question，指具有高度政治爭議案件不受理)等規定。如果法院違反這些法律規定或原則者，即不具法律正當性。

其次，上述各種論證也未就政治正當性的「權力正當性」加以著墨，蓋權力正當性所探究者，乃是法院違憲審查權的取得是否經由人民同意，本文上一節業已討論，於此不贅。本節所述各種有關司法違憲審查「制度運作」之論證，主要涉及治理正當性問題，亦即「司法違憲審查制度運作是否合乎民主原則或價值，在治理上具有正直而適當的理由？」就此，完全否認司法違憲審查制度有反多數困境問題者，如Friedman、Eisgruber等，都以民主政治不是(或不等於)多數統治來加以駁斥，並另闢蹊徑來證成司法違憲審查之治理正當性，例如，Friedman以法院可強化民主社會的審議對話，

Eisgruber則強調司法的民主代議機制。至於，肯定有反多數困境問題且難以克服的Waldron，根本就視民主政治為「多數決政治」，因此認定司法違憲審查很難與民主政治相容。換言之，在Waldron看來，司法違憲審查的制度運作，根本不具治理正當性。這樣的論證顯然落入了「以偏概全」的謬誤，蓋多數統治僅為民主政治程序原則之一（見表二或表三）。再者，持「肯定有反多數困境問題但可以調和」的多數論證中，如（表三）所示，乃分別就司法違憲審查制度運作與民主政治諸面向之調和，來證成該制度之治理正當性。惟明顯的是，除採「綜合論證」模式的Freeman，涵蓋面較廣之外，大多僅聚焦於民主政治意涵之一、二個面向，雖然結論都肯定司法違憲審查制度有其治理正當性，但論證的完整性仍有所不足。

表三 美國「司法違憲審查與民主政治意涵相調和」之相關論證

		論證焦點	論證者	人次	小計
民主 政 治 原 則	程序	公平參與	Ely; Eylon & Harel; Freeman, Eskridge, Fallon	5	13
	代議	代議機制	Ely; Freeman	2	
	審議	審議對話	Perry; Eylon & Harel; Freeman; Sunstein	4	
	多數	多數統治	Dahl; Epstein et al.	2	
實 質 價 值	人權	人權保障	Choper; Dworkin; Fallon; Law; Freeman	5	14
	價值	價值維護	Bickel; Dworkin; Ackerman; Fallon; Freeman	5	
	多元	多元寬容	Schwarzschild, Eskridge	2	
	少數	少數權利	Choper; Ely	2	

資料來源：作者依據本文所選取之論證分類整理。

第三，就道德正當性而言，在完全否認司法違憲審查具有反多數困境問題者中，Eisgruber強調：法官在道德議題上因為終身職保

障且必須就其判決加以論證和解釋，較無動機扭曲道德判斷，也較有動機選擇道德判斷而非僅求自利。因此，司法違憲審查的制度運作有其道德正當性。另外，在肯定有反多數困境但有調和之道的論證中，Bickel的「長遠價值說」、Dworkin的「道德解讀憲法原則」及Fallon的「提升民主社會決策的道德品質」等論證，都在為司法違憲審查制度的道德正當性辯護。但總體而言，兼顧道德正當性論證者仍屬少數。

大體上說，由於Bickel魔咒所致，美國有關司法違憲審查正當性之論辯，無論正面或反面論證，大多集中於「反多數困境」問題，導致相關論證多聚焦於政治正當性之治理正當性，而較忽略法律正當性與道德正當性的論辯。不過，上述各種論證，幾乎都從學理（規範）意涵上著手，實則要檢驗司法違憲審查是否具有治理正當性，最後還要從實務（經驗）上看美國大眾對於該制度承認、認同、信賴、接受、支持或自願服從的程度而定。

## (二)民主理念面向的分析批判

前曾述及，「如何看待民主」在探究「司法違憲審查與民主是否相容」時，具有關鍵地位，此一論點可從本文研究對象中，如Bickel、Waldron、Choper、Ely、Dahl、Epstein et al.、Freeman、Sunstein、Friedman、Eisgruber、Dworkin、Ackerman等人的論證，獲得印證。黃昭元的研究<sup>237</sup>，已先提及Bickel、Dworkin、Ackerman，本文另舉數例進一步加以確認。為了論述的完整性，本文在此合併討論。

基本上，本文認為此乃涉及論證者的民主理念問題，也就是論證者在鋪陳司法違憲審查正當性的論證理路（無論持肯定或否定立

---

<sup>237</sup> 黃昭元，同註16，頁137-138。

場)之前,即已預立的民主圖像。此一民主理念或圖像,乃是嗣後論證的重要依托。詳言之,Bickel之所以提出「反多數困境」論述,就是先存有「民主政治就是多數統治」(或至少是美國民主就是多數統治)的多數民主理念,Dahl、Epstein et al.、Sunstein、Waldron等人的預設亦復如是。相對地,Choper、Friedman和Eisgruber的民主圖像,正好與Bickel、Waldron等人相反,他們都認為「民主政治不是多數統治」或「民主政治不等於多數統治」,而Ely與Freeman更以「多數統治的瑕疵」為民主圖像,進而論證司法審查正當性之基礎。最鮮明的例子,應該要屬Dworkin與Ackerman兩人。Dworkin立基於「夥伴關係的民主觀」,強調全體人民基於平等地位,並以合作性連帶風險事業的成員身分來自我統治,進而論證司法違憲審查之正當性。Ackerman則以「美國政治是二元民主」為前提,以區分「憲法政治」與「常態政治」為基礎,始能建構其憲法時刻理論。由此可推,在何謂民主尚無定論之前(看來也難有定論),各種司法違憲審查正當性論證,勢必會不斷出現。

### (三)論證方法面向的分析批判

在論證方法方面,本文所述各種正當性論述,若非採結果(實質)取向論證,就是程序取向論證。尤其在面對司法違憲審查與民主政治如何調和之議題上,如(表三)所示,實質論證與程序論證幾乎平分秋色。這樣的論證,完整性勢必有所不足。本文當然理解此與學術研究往往要求「小題大作」有關,此一要求導致學術論證偏好,往「一次一議題」(one issue at a time,在此借用Sunstein的詞彙)的方向傾斜。本文贊成Brettschneider的程序與結果論證平衡說。Brettschneider認為<sup>238</sup>,一個好的民主理論,不應單純從強調程

---

<sup>238</sup> Corey Brettschneider, *Balancing Procedures and Outcomes within Democratic*

序或結果來論證，而應兼顧兩者。舉民主的三個重要核心價值（自主、平等、互惠）為例，民主程序在實踐這些核心價值時，其本身亦具有內在價值<sup>239</sup>。程序權所彰顯的民主意涵是「民治」（rule by the people），而實質的結果保障所彰顯的則是「民享」（rule for the people）<sup>240</sup>，兩者不可偏廢。是以，若要證成司法違憲審查可與民主政治相容，或要徹底推翻司法違憲審查與民主政治相調和之可能性，本文認為必須在程序論證與實質論證兼顧的情況下，方可能提出較有說服力的論證。畢竟，民主本質上即內含若干程序原則與實質價值。

另一個在論證方法面向上值得檢討的議題，就是論證者的價值選擇或意識型態問題。同樣以「民主政治就是多數統治」為前提的Bickel與Waldron，竟然可以導出完全相反的結論。Bickel在承認司法違憲審查制度的反多數困境本質之餘，卻可從良善社會的道德判準需要政府提供長遠價值的角度切入，論證聯邦最高法院是長遠價值的宣告者與守護者地位，從而得出違憲審查制度具有正當性之結論；相對地，Waldron在「民主政治就是多數統治」的基礎上，採取「程序取向論證」的方法論立場，並堅持立法優越論，否認在社會對擁有多少人權仍存有歧見之情形下，聯邦最高法院有優於議會之解決能力。最後，導出這些歧見應保留給多數決政治程序之結論。在此結論下，司法違憲審查制度自然無法與民主相容。兩相對照，隱約可見Bickel與Waldron兩人腦海中的價值選擇才是真正的關鍵。詳言之，Bickel以肯定或支持司法違憲審查為價值導向，Waldron則以反司法違憲審查為職志，因此雖有共同前提，卻有截

---

*Theory: Core Value and Judicial Review*, 53 POL. STUDIES 423, 424 (2005).

<sup>239</sup> *Id.* at 427.

<sup>240</sup> *Id.* at 428.

然不同的結論。若本文的合理懷疑為真，則論證者的價值選擇或意識型態，可能才是他們論證的真正前提。這樣似乎也可以解釋，Dworkin與Fallon因支持司法違憲審查而選擇了「結果取向」的論證方法，而堅持反司法違憲審查與立法優越立場的Waldron，也必然會採取「程序取向」的論證方法。如此，價值選擇決定論證方法，論證方法又決定了結論。

### 伍、司法違憲審查「制度功效正當性」之論辯

本文所稱之制度功效，係指司法違憲審查制度的功能（function）與效力（effect）。一般而言，憲法解釋為司法違憲審查制度的核心功能之一，而司法釋憲結果的拘束力則為該制度的效力。是以，「制度功效正當性」論辯涉及兩個焦點：（一）司法機關擁有最高權威的憲法解釋權（功能優位），是否具有正當性？（二）司法釋憲終局效力（效力最高），是否具有正當性？這兩個焦點正是「司法優位論」（judicial supremacy，又稱司法優位主義）的核心意涵<sup>241</sup>，因此論辯這兩個子題的正當性，猶如論辯「司法優位論」的正當性。

---

<sup>241</sup> 美國學者間對於司法優位的意涵，迄未有共識。本文將「司法釋憲最高權威」與「司法釋憲終局效力」歸納為司法優位的兩個核心意涵，係參考下列文獻：Larry Alexander & Lawrence B. Solum, *Book Review: Popular? Constitutionalism?*, 118 HARV. L. REV. 1594, 1608 (2005); Robert Justin Lipkin, *What's Wrong with Judicial Supremacy? What's Right about Judicial Review?*, 14 WIDENER L. REV. 1, 6 (2008); Saikrishna B. Prakash & John C. Yoo, *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, 103 MICH. L. REV. 1539, 1550-51 (2005); LARRY D. KRAMER, *THE PEOPLE THEMSELVES: POPULAR CONSTITUTIONALISM AND JUDICIAL REVIEW* 125 (2004); KEITH E. WHITTINGTON, *POLITICAL FOUNDATIONS OF JUDICIAL SUPREMACY—THE PRESIDENCY, THE SUPREME COURT, AND CONSTITUTIONAL LEADERSHIP IN U.S. HISTORY* 7 (2007).



依據Alexander與Solum的界定<sup>242</sup>，司法優位至少包括三項要素：(一)司法機關擁有權威性之憲法解釋權；(二)司法機關所作成之判決具有終局性（finality）<sup>243</sup>；(三)司法機關所作成之終局判決對其他機關具有拘束力。「司法優位」一詞最早於一九三二年由Charles G. Haines所提出<sup>244</sup>，聯邦最高法院曾力陳其有「司法優位」地位，於一九五八年Cooper v. Aaron一案判決文強調：「Marbury案判決宣告了一項基本原則，那就是：聯邦司法部門的憲法解釋權是至高的（supreme）<sup>245</sup>」、「本院……針對聯邦憲法……所為之解釋，即為吾國最高法律，依據聯邦憲法第六條（優位條款），該解釋對各州有其拘束效力……各州議員、行政及司法官員皆依憲法第六條第三項宣誓敬謹遵守憲法<sup>246</sup>」；一九九二年，復於Casey案宣告：「……聯邦最高法院有權裁決憲法案件並代表全民闡明憲法理念……<sup>247</sup>」。然而相對地，一九八〇及一九九〇年代，Ronald Reagan（一九一一年至二〇〇四年）總統則強力支持總統擁有解釋憲法的獨立地位<sup>248</sup>，而此時Rehnquist法院卻又在實務上持續積極維護司法優位立場，因而引發學術界對於「聯邦最高法院是否為憲

---

<sup>242</sup> Alexander & Solum, *id.*

<sup>243</sup> 所謂終局性（finality），是指某項爭議問題經由裁決後，即告確定而不再變更者。擁有終局性之決定者，即為「終局裁判者」（final arbiter）。See John Harrison, *The Constitutional Origins and Implications of Judicial Review*, 84 VA. L. REV. 333, 357 (1998).

<sup>244</sup> Tom Donnelly, *Popular Constitutionalism, Civil Education, and the Stories We Tell Our Children*, 118 THE YALE L.J. 948, 956 (2009).

<sup>245</sup> 358 U.S. 1, 17 (1958).

<sup>246</sup> *Id.* at 18.

<sup>247</sup> 505 U.S. 833, 868 (1992).

<sup>248</sup> Dawn E. Johnsen, *Functional Departmentalism and Nonjudicial Interpretation: Who Determines Constitutional Meaning?*, 67 LAW AND CONT. PROBLEMS 105, 106 (2004).

法唯一權威解釋者」的論辯。一九九九年，Mark Tushnet出版《把憲法帶離法院》（TAKING THE CONSTITUTION AWAY FROM THE COURTS）一書，反駁司法優位論，主張修憲廢除司法違憲審查，成為最激進的論述。二〇〇一年，Larry Kramer於《哈佛法學評論》發表論文，提出「國民憲政主義」（popular constitutionalism）概念，二〇〇四年出版《人民自己來：國民憲政主義與司法違憲審查》（THE PEOPLE THEMSELVES: POPULAR CONSTITUTIONALISM AND JUDICIAL REVIEW），主張人民才是憲法意涵的終局決定者，並抨擊司法優位論。Kramer的論述進一步激發了這一波學術論辯的熱度。

基本上，這波新論辯的主軸是「司法優位論」的正當性之爭。其中，擁護「司法優位論」者，以及基於「反司法優位論」立場進而主張人民終局釋憲論者（包括Tushnet的人民形塑憲法論及Kramer的國民憲政主義論），分處於光譜的兩端。介於兩者之間者，還有不少論證亦值得探究，本文亦適度加以探討。

### 一、司法優位論：法院釋憲優位與釋憲終局效力

美國自行憲以來，就不缺乏「司法優位論」的支持者。Marshall在一八〇三年Marbury案判決「闡明法律的意旨乃是司法部門的專屬領域與職責」之論述，就是代表作。而前述聯邦最高法院於Cooper（一九五八年）與Casey（一九九二年）案之論述，亦說明了聯邦最高法院支持「司法優位論」。傳統上，「司法優位論」者多依據權力分立與制衡原則來論證，一九九〇年代後，一些論者則從不同角度來捍衛。

#### （一）Christopher L. Eisgruber的「比較制度效能說」

前曾論及，Eisgruber否認司法違憲審查有反多數困境問題，對

於法院擁有違憲審查權多所支持。在支持「司法優位論」方面，Eisgruber係從比較制度效能（comparative institutional competence）之觀點來論證。所謂「比較制度效能」，就是依據功能最適原則來為「司法優位論」辯護。Eisgruber認為<sup>249</sup>，政府的主要憲法任務有三：1. 保障個人權利；2. 實現公共意志；及3. 確保國家安全。制憲者的構想是：行政部門因擁有武力與行政資源，其優先順序任務是3. 確保國家安全→1. 保障個人權利→2. 實現公共意志；國會擁有審議優勢（多元成員及兩院制），其優先順序任務是2. 實現公共意志→1. 保障個人權利→3. 確保國家安全；司法部門則因具備公正判斷優勢，故其任務則是堅定的實現1. 保障個人權利。

其次，Eisgruber進一步強調<sup>250</sup>，一般認為聯邦最高法院最有資格解釋憲法的原因，是大法官還擁有其他能力，如免於選舉控制、必須撰寫意見書為其判決辯護、提名選任時已注意到大法官的精練能力，因此大法官們有機會、誘因與能力來細繹憲法的意涵。因此，就解釋憲法而言，聯邦最高法院比其他部門擁有比較高的制度效能。

### (二)Larry Alexander與Frederick Schauer的「前憲法規範說」

Alexander與Schauer兩人從「先憲法而存在的規範」（pre-constitutional norm）來為「司法優位論」辯護<sup>251</sup>。他們指出兩個先憲法而存在的規範：一個是憲法權威的最高性；一個則是憲政主義的要素——解決爭議問題。就第一個而言，Alexander與Schauer認為，基於憲法乃最高權威性規範，聯邦憲法第六條「優位條款」的真正內容應該是「本憲法乃國家最高法律，聯邦最高法院所作成之

<sup>249</sup> Eisgruber, *supra* note 112, at 354.

<sup>250</sup> *Id.* at 354-55.

<sup>251</sup> Alexander & Schauer, *supra* note 86, at 459.

憲法解釋，對所有其他聯邦法官、州法官、聯邦行政官員、國會部門及各州官員等，均具有終局拘束力<sup>252</sup>。」

由此可見，Alexander與Schauer認為從憲法最高性，必然可導出「司法優位論」。至於，就解決爭議問題而言，他們認定<sup>253</sup>，憲政主義的要素之一就是解決爭議問題。美國社會的道德與政治爭議甚多，憲法又抽象，而聯邦最高法院因能免於政治壓力，而且又相對穩健，因此最適合擔任解釋憲法工作，藉此解決各種爭端。

### (三) Keith E. Whittington的「政治基礎論」

Whittington係從美國憲政實際經驗之政治基礎，來證成司法優位論。首先，他認為<sup>254</sup>，司法優位論必須有賴於某些政治基礎，蓋司法機關主張憲法解釋的優越地位，若無法獲得其他政治部門的支持，將無以為繼。因此，唯當具有權威的政治行動者默認，司法優位論的主張才可能具有實質意義。

大體上，Whittington認為，整個美國政治環境有愈來愈支持司法優越地位之趨勢<sup>255</sup>。從一八〇三年Marbury案判決獲得當時政治領袖承認背書，到二〇〇〇年總統大選爭議大家同意由法院解決<sup>256</sup>，其間，雖有政治部門公開抨擊憲法判決之情形發生，但畢竟仍屬少數。而像Dwight D. Eisenhower（一八九〇年至一九六九年）總統雖曾公開抨擊一九五四年Brown案判決（347 U.S. 483）乃

---

<sup>252</sup> *Id.* at 460.

<sup>253</sup> Larry Alexander & Frederick Schauer, *On Extrajudicial Constitutional Interpretation*, 110 HARV. L. REV. 1359, 1359 (1997); Alexander & Schauer, *supra* note 86, at 473, 476-77.

<sup>254</sup> WHITTINGTON, *supra* note 241, at 9.

<sup>255</sup> *Id.* at 249.

<sup>256</sup> *Id.* at 230.

是法院丟給他的「燙手山芋」(a hot potato)，並強硬地說：「祇憑聯邦最高法院一紙判決便期望完全且立即地改變(人民的)行為是不可能的<sup>257</sup>。」但最終還是派遣軍隊執行Brown案的解除種族隔離政策。另如前民主黨參議院司法委員會主席Patrick Leahy，雖然平時經常抨擊Rehnquist法院(一九八六年至二〇〇五年)的作為，但也說：「身為聯邦參議員和美國公民，本人當然尊重聯邦最高法院的判決即為吾國憲法的終局解釋，不管本人同意或不同意<sup>258</sup>。」凡此種種，都是強化司法優位的政治基礎。Whittington認為<sup>259</sup>，聯邦主義、權力分立以及美國特殊的政黨體系，在鼓舞歷任總統支持法院判決時扮演重要角色。總的來說，司法優位論是政治支持下的產物。

#### (四) Tom Donnelly的「政治文化支持論」

Donnelly則從分析美國公民教育，論證「司法優位論」之所以獲得廣大支持的政治文化基礎。他分析公立學校的主要公民教科書，並探討有關聯邦最高法院之相關教材內容。結果發現：大部分的教科書1. 將聯邦最高法院視為是一種權利救濟制度<sup>260</sup>；2. 視司法違憲審查即為司法優位<sup>261</sup>；3. 強調聯邦最高法院是憲法的終局解釋者<sup>262</sup>；4. 每個版本都提到一九三七年Franklin D. Roosevelt(一八八二年至一九四五年)總統的「法院改造計畫」，但都一致

---

<sup>257</sup> DAVID M. O'BRIEN, STORM CENTER—THE SUPREME COURT IN AMERICAN POLITICS 355 (2005).

<sup>258</sup> Cited from Larry D. Kramer, *Popular Constitutionalism*, 92 CAL. L. REV. 959, 1009 (2004).

<sup>259</sup> WHITTINGTON, *supra* note 241, at 289.

<sup>260</sup> Donnelly, *supra* note 244, at 979.

<sup>261</sup> *Id.* at 982.

<sup>262</sup> *Id.* at 984.

質疑Roosevelt總統動機的正當性<sup>263</sup>；5.多數版本引用聯邦最高法院前大法官Robert H. Jackson（一九八二年至一九五四年）在一九五三年Brown v. Allen<sup>264</sup>案之名言：「本院非因絕對無誤而擁有終局裁判權，然而只因本院是終局裁判者而絕對不能有誤<sup>265</sup>。」

綜合而言，美國公立學校的公民教材都將聯邦最高法院塑造成具有權威且公正的機構<sup>266</sup>，而且大多強調聯邦最高法院是憲法的終局解釋者<sup>267</sup>，以致「司法優位論」有其厚實的政治文化基礎。

## 二、人民至上論：人民是憲法意涵終局決定者

然而，在反對者眼中，司法部門並非憲法價值的唯一裁決者<sup>268</sup>。美國早在「古典之辯」時，Robert Yates即主張人民才是憲法意涵之終局決定者。這種主張，本文稱之為「人民至上論」，是「司法優位論」的相對主張。二十世紀與二十一世紀之交，有兩位重要的「人民至上論」者：Mark Tushnet與Larry Kramer。

### (一)Mark Tushnet的「人民形塑憲法論」

在美國有關司法違憲審查正當性之論辯者中，Tushnet是最激進的一位。因為他的結論是：建議修憲廢除司法違憲審查制度。Tushnet的論證邏輯如下：

首先，Tushnet將憲法區分為「深厚憲法」（the thick con-

<sup>263</sup> *Id.* at 992.

<sup>264</sup> 344 U.S. 540 (1953).

<sup>265</sup> “We are not final because we are infallible, but we are infallible only because we are final”; Donnelly, *supra* note 244, at 984.

<sup>266</sup> Donnelly, *supra* note 244, at 999.

<sup>267</sup> AKHIL REED AMAR, AMERICA’S CONSTITUTION—A BIOGRAPHY 207 (2006).

<sup>268</sup> Patrick E. Higginbotham, *A Few Thoughts on Judicial Supremacy: A Response to Professors Carrington and Cramton*, 94 CORNELL L. REV. 637, 655 (2009).

stitution) 與「淺薄憲法」(the thin constitution)<sup>269</sup>。「深厚憲法」的內容較為繁複，包括許多細節性的政府組織創設條款，「淺薄憲法」的內容則只要能確保「獨立宣言」各項基本原則（如平等、自由）即可。Tushnet認為「淺薄憲法」乃是較為理想的憲法。

其次，經由損益平衡後，Tushnet認定司法違憲審查乃是「弊多於利」的制度。人民從司法違憲審查所獲得之利，要小於司法違憲審查所帶來之害<sup>270</sup>。在興利方面，有司法違憲審查的「深厚憲法」並未比沒有司法違憲審查的「淺薄憲法」，更能保障人權。例如，英國、荷蘭等國，沒有美國式司法違憲審查，其人權照樣可以獲得確保<sup>271</sup>。而在除弊方面，法院不可避免地會犯錯，作出若干錯誤判決〔如有關「優惠性差別待遇」(affirmative action)的若干判決〕。

第三，廢除司法違憲審查有比較利益。廢除司法違憲審查後，不但可以增進人民的憲法對話能力，還可活絡大眾民主式的憲法法（populist constitutional law）——種能實現「獨立宣言」各項基本原則與憲法前言精神的法律<sup>272</sup>。

Tushnet的結論是：為了讓人民能夠更公開更直接地參與形塑憲法的活動，只有透過修憲廢除司法違憲審查制度<sup>273</sup>。換言之，在弊大於利之情況下，司法違憲審查制度並無存在之正當性與必要性。Tushnet的激進主張當然會引來批判，例如，Chemmerinsky就直指其一方面低估了司法違憲審查制度的優點，另一方面又誇大了司法

---

<sup>269</sup> MARK TUSHNET, TAKING THE CONSTITUTION AWAY FROM THE COURTS 9, 11 (1999).

<sup>270</sup> *Id.* at 172.

<sup>271</sup> *Id.* at 163.

<sup>272</sup> *Id.* at 181.

<sup>273</sup> *Id.* at 175.

違憲審查制度之缺點。尤其在方法上，Tushnet所舉的例子又多是選擇性的<sup>274</sup>，論證的客觀性值得質疑。

### (二)Larry D. Kramer的「國民憲政主義論」

Kramer的國民憲政主義，是指人民在憲政中的角色，不限於偶爾為之的制憲作為，而且包括針對釋憲與行憲，也能積極主動且持續性地進行調控者<sup>275</sup>。Kramer從美國的國民憲政主義史出發<sup>276</sup>，指出美國在殖民地時期以迄十八世紀的憲法詮釋方式，都是國民憲政主義的方式，包括最重要的行使投票權（right to vote）、利用言論自由權公開批評違憲作為、散發政治文宣（pamphleteering）、請願活動（petitions），以及還可運用足以直接表現國民主權的群眾運動（mobbing）。這些都是由人民來決定憲法意涵的具體表現。不過，自一九八〇年代後（即Rehnquist法院），司法優位論甚囂塵上，所以美國已經面臨國民憲政主義與司法優位論的抉擇。言下之意，Kramer似在呼籲美國應該恢復業已失去的傳統（a lost tradition）<sup>277</sup>，回到國民憲政主義的釋憲和行憲方式。

不過，與Tushnet不同的是，Kramer的國民憲政主義，並未否認法院的司法違憲審查權，他贊成司法違憲審查州的法律，以及用以保障人權<sup>278</sup>，但否認司法違憲審查聯邦法律，更反對法官擁有

---

<sup>274</sup> Erwin Chemerinsky, *Losing Faith: America without Judicial Review*, 98 MICH. L. REV. 1416, 1423-32 (2000).

<sup>275</sup> Kramer, *supra* note 258, at 959.

<sup>276</sup> Kramer, *supra* note 79, at 27-28; KRAMER, *supra* note 241, at 25-27.

<sup>277</sup> Donnelly, *supra* note 244, at 957.

<sup>278</sup> Kramer, *supra* note 79, at 125; Clark, *supra* note 96, at 333-34.



終局決定權<sup>279</sup>。他強調憲法意涵的終局決定權歸人民所有，以下的論述最足以代表Kramer的立場：

聯邦最高法院乃人民之僕役而非主人，僕人的認真與知識固值得相當尊重，但有關憲法之意涵，終究應以人民之判斷為優先，而非反其道。聯邦最高法院並非吾國憲法之最高權威者，人民才是<sup>280</sup>。

### 三、在人民與法院之外：光譜中間的代表性論證

在前述「司法優位論」與「人民至上論」之外，尚有「部門釋憲主義論」（departmentalism）、「民主的憲政主義」（democratic constitutionalism）、「憲法建構協和論」（constitutional construction by three branches）等代表性論證，略述如下。

#### （一）部門釋憲主義論

所謂部門釋憲主義，綜合不同學術論點，是指以政府三個部門分享憲法解釋權為前提<sup>281</sup>，議會藉由立法、行政藉由否決、司法機關藉由審查等作為，就日常業務所涉議題，有權表達其觀點，但無任何部門的觀點具有終局權威地位<sup>282</sup>。

Paulsen就是立基於部門釋憲主義基礎上，力辯行政部門也有憲法解釋權。就Paulsen的觀點而言<sup>283</sup>，聯邦法律解釋權並非列舉授與聯邦任何部門的權力，而基於聯邦各部門居於同等憲法地位之邏輯，行政部門當然有憲法解釋權。有些部門釋憲主義論者，會舉

---

<sup>279</sup> KRAMER, *supra* note 241, at 208.

<sup>280</sup> *Id.* at 248.

<sup>281</sup> Alexander & Solum, *supra* note 242, at 1609-10.

<sup>282</sup> KRAMER, *supra* note 241, at 109; Prakash & Yoo, *supra* note 241, at 1539.

<sup>283</sup> Paulsen, *supra* note 83, at 217, 241.

一些反司法優位的總統作為，來強化其論證。例如，Johnsen<sup>284</sup>就以雷根總統任內曾展開大幅度對抗聯邦最高法院判決之作為，來證明總統對憲法意涵有實質影響力。

尤有甚者，有些部門釋憲主義論者則上溯到更早期的總統反司法優位作為，例如，Andrew Jackson（一七六七年至一八四五年）總統曾以「約翰馬歇爾既已作成判決，現在就由他自己去執行<sup>285</sup>」之強烈態度，拒絕執行一八三二年 Worcester v. Georgia 案之判決<sup>286</sup>。而 Thomas Jefferson（一七四三年至一八二六年）曾謂：「三個部門具有同位格地位，彼此各自獨立……一個部門之決定（包括司法釋憲判決）對其他部門毫無拘束力<sup>287</sup>。」更是部門釋憲主義論的代表性論述。

Thomas 的研究<sup>288</sup>則遠溯建國先賢 James Madison 的言論，認為 Madison 主張三個部門均擁有憲法解釋權，並舉四個憲政史上重要的憲政衝突時期（重建時期、進步主義時期、羅斯福新政行政國家擴張期、雷根時期）為例，說明這些衝突如何形塑美國憲法觀點。而在這些重要衝突中，政府各部門藉由相互競逐來建構憲法的意涵與權威。因此，Thomas 總結指出：這些案例顯示，各部門之間在憲法觀點上之衝突，乃是美國憲政主義長年來的特徵。

---

<sup>284</sup> Johnsen, *supra* note 248, at 106-07; Dawn E. Johnsen, *Ronald Reagan and the Rehnquist Court on Congressional Power: Presidential Influences on Constitutional Change*, 78 INDIANA L.J. 363, 383-95 (2003).

<sup>285</sup> “John Marshall has made his decision, now let him enforce it.” See O’BRIEN, *supra* note 257.

<sup>286</sup> O’BRIEN, *supra* note 257, at 355; Prakash & Yoo, *supra* note 241, at 1560.

<sup>287</sup> Cited from LOUIS FISHER, CONSTITUTIONAL DIALOGUE—INTERPRETATION AS POLITICAL PROCESS 238 (1988).

<sup>288</sup> GEORGE THOMAS, THE MADISONIAN CONSTITUTION 9-11 (2008).

## (二)民主的憲政主義

由Post與Siegel所主張的「民主的憲政主義」，可視為是國民憲政主義與司法優位論的中間類型<sup>289</sup>。因為它一方面既肯認代議政府及人民在憲法施行中之角色，也肯定聯邦最高法院運用法律專業論證來詮釋憲法；另一方面則既承認法院在美國政體中維護憲法人權之必要性，也認可公共參與對指引及正當化各種制度的影響<sup>290</sup>。簡言之，就是兼顧人民與法院在憲法解釋過程中的重要性。

其次，民主憲政主義視憲法解釋的歧異為憲法發展之常態<sup>291</sup>。一般而言，唯當法院基於法律專業論證所作成之憲法判斷，符合大眾價值與理念，才具有民主正當性<sup>292</sup>。惟法院的解釋並非全能符合多數民意或政治部門的偏好，若引起政治部門及人民之反彈（反制）（backlash），那也是一種規範競爭（norm contestation）。美國憲法意涵的形塑，就是在不斷的規範競爭中持續成長<sup>293</sup>。是以，民主的憲政主義認為，法院、政治部門與人民皆為憲法解釋的參與者。

## (三)憲法建構協和論

「憲法建構協和論」係由Jack M. Balkin所提出的觀點，其論證主旨在於：美國憲法意涵的建構（constitutional construction）不是單指聯邦最高法院的憲法解釋，而是指由民選政治部門與司法機

---

<sup>289</sup> Donnelly, *supra* note 244, at 958.

<sup>290</sup> Robert Post & Reva Siegel, *Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash*, 42 HARV. C. R.-C.L. L. REV. 373, 379 (2007).

<sup>291</sup> *Id.* at 374.

<sup>292</sup> *Id.* at 379.

<sup>293</sup> *Id.* at 379, 381.

關相互協力合作、競爭，基於不斷回應民意所進行的憲法詮釋過程。

Balkin基於活憲法（living constitution）理念<sup>294</sup>，認為憲法乃是為政府治理所提供的初步架構，在政治運作過程中，必須經由不時的憲法意涵建構來加以補充。而所謂憲法意涵的建構，則指創設政府制度、實踐憲法、適用憲法及其基本原則的過程。在此過程中，聯邦最高法院的憲法解釋與民選政治部門之日常政治作為，不斷的互動、合作、競爭，共同回應民意與變遷中的價值，創設憲法第五條正式修憲程序以外的憲法變遷模式<sup>295</sup>。

對於此一新詮釋，Balkin從正當性觀點進行自我評估<sup>296</sup>。他認為此一「活的憲政主義」（living constitutionalism）具有社會學的正當性，因為憲法意涵建構重視民意的回應。也具有程序正當性，因為憲法意涵的建構係採用法律論證標準程序。但是可能欠缺道德正當性，因為此一建構過程可能很不公平，例如，出現壓制少數團體或個別公民等現象。對於這種負面作用，Balkin稱之為「憲政之惡」（constitutional evil）。

由此觀察，「憲法建構協和論」既非主張司法優位論，亦非偏好人民至上論，也與部門釋憲主義、民主的憲政主義有別。

#### 四、本文的分析與批判

同樣地，本文將從正當性類型（表一）來逐一檢視「司法優位論」之正當性，同時對於相關論證進行分析批判。

---

<sup>294</sup> Balkin, *supra* note 47, at 550; David A. Strauss則將「活憲法」定義為「非經正式修憲而能肆應新形勢不斷發展和變遷的憲法」。See DAVID A. STRAUSS, THE LIVING CONSTITUTION 1 (2010).

<sup>295</sup> Balkin, *supra* note 47, at 550-51.

<sup>296</sup> *Id.* at 611-12.

### (一)正當性類型之分析批判

雖然本文的正當性類型，包括：1. 法律正當性；2. 政治正當性；及3. 道德正當性三大面向，然由於「司法優位論」與道德正當性之關聯性甚低，故本節之分析批判，僅集中於法律正當性與政治正當性。同時，觀諸本節所列各種論辯均未從「實務（經驗）意涵的正當性」來探討，故所有論辯皆屬「學理（規範）意涵的正當性」範疇。是以，本文的分析批判亦僅針對此一範疇而發。

#### 1. 法律正當性之分析批判

從「學理（規範）意涵的正當性」來檢驗「司法優位論」的法律正當性，其標準是：(1) 司法機關擁有最高權威的憲法解釋權（功能優位），是否合乎法律規定或法理要求，因而在法律上有正直而適當的理由？(2) 司法釋憲終局效力（效力最高）是否合乎法律規定或法理要求，因而在法律上有正直而適當的理由？

就第(1)項而言，本文在討論「制度創設正當性」時已經指出，由於美國聯邦憲法第三條有關司法權之規定，連違憲審查權都未明示授與，更遑論司法機關擁有最高釋憲權威。因此，司法機關擁有最高釋憲權威，不具有明示的法律正當性。那麼，是否合乎法理之要求呢？同樣的，本文在討論「制度創設正當性」時也從司法權本質（當然從憲法第六條「優位條款」也可以）推論出司法擁有違憲審查權。不過，司法部門「擁有違憲審查權」與「擁有最高權威的憲法解釋權」不同。是以，只要從法理上可以導出其他部門也擁有相同的憲法解釋權者，則司法擁有最高釋憲權威之命題自然不成立。就此，美國憲法第六條第二項除規定「優位條款」外，同條第三項復設有「宣誓條款」（oath clause），規定聯邦及各州之行政、立法、司法官員，均應宣誓擁護憲法<sup>297</sup>。換言之，聯邦政府

<sup>297</sup> U.S. Const. Art. 6, Sec. 3: The Senators and Representatives before mentioned, and

三大部門官員，皆有遵循憲法之義務。由此，各部門在行憲時，必須以憲法為最高準據，乃法理之當然。惟憲法常有意涵不明之處，此時具有「同位格地位」之三大部門，在各自執行其憲法任務時，自可闡釋憲法。換言之，在「宣誓條款」、「優位條款」、「同位格地位」等法理之下，三大部門皆有解釋憲法的權力。在此邏輯下，司法擁有最高釋憲權威也欠缺合乎法理的正當性，亦即也不具有「默示的法律正當性」。不過，三大部門雖然皆有釋憲權，那麼誰的解釋效力最高？此乃以下即將討論的釋憲終局效力問題。

其次，就第(2)項「司法釋憲終局效力是否合乎法律規定或法理要求」而言，同樣包括「是否合乎法律規定」和「是否合乎法理要求」兩個面向。就「是否合乎法律規定」觀察，由於本文前已敘明美國憲法連「司法違憲審查權」及「司法釋憲最高權威」均未明文規定，則更不可能明示授與「司法釋憲終局效力」。相反地，「司法釋憲終局效力」不但無法律之明示授權，還遭聯邦憲法的明示否決。理由是：美國聯邦憲法已明文授與國會「修憲提案權」（聯邦憲法第五條）得以修憲提案行動變更聯邦最高法院的憲法解釋（美國國會曾藉由修憲提案在八項增修條文中成功推翻了六個聯邦最高法院判決，詳見第陸節）。既然，憲法已明文否決「司法釋憲終局效力」，那麼就難在法理上獲得支持。簡言之，「司法釋憲終局效力」也不合於法理之要求，故不具有「默示的法律正當性」。

由以上所論可知，無論「司法擁釋憲最高權威」或「司法釋憲終局效力」，都是既不具「明示的法律正當性」，也不具「默示的法律正當性」。簡言之，「司法優位論」不具有學理（規範）意涵

---

the Members of the several States Legislatures, and all executive and judicial Officers, both of the United States and of the several States, shall be bound by Oath or Affirmation, to support this Constitution....

的法律正當性。

## 2. 政治正當性之分析批判

在完全不具法律正當性之情況下，「司法優位論」在政治上有其正當性嗎？依據本文的正當性類型劃分，政治正當性又包括「權力正當性」與「治理正當性」兩個面向。

首先從「權力正當性」來檢視「司法優位論」時，必須探究「司法擁有釋憲最高權威」與「司法釋憲終局效力」是否來自人民之同意，從而在權力獲取上具有正直而適當的理由？本文在討論「制度創設正當性」時，業已論證大法官雖非經民選產生，但仍具有間接的權力正當性。雖然此乃就「聯邦最高法院是否擁有違憲審查權」所得之論證，不必然導出「司法擁有釋憲最高權威」與「司法釋憲終局效力」也有間接權力正當性之結論。不過，既然所有大法官都具有間接的權力正當性，則由大法官所組成之聯邦最高法院，依其正當法定程序所作成之判決或憲法解釋，理應視為也具有間接的權力正當性。於是，前揭聯邦最高法院於一九五八年Cooper v. Aaron案「本院……針對聯邦憲法……所為之解釋，即為吾國最高法律，依據聯邦憲法第六條（優位條款），該解釋對各州有其拘束效力」與一九九二年Casey案等判決所宣示的「司法擁有釋憲最高權威」與「司法釋憲終局效力」理念，或可視為具有間接的權力正當性。

其次，從治理正當性來檢視「司法優位論」。由於「司法擁有釋憲最高權威」與「司法釋憲終局效力」是否正當，與大眾（尤其是其他民選政治部門）的接受程度密切相關，而與政府作為是否合乎民主原則或價值，較無直接關係。故檢視「司法優位論」之治理正當性，必須以實務（經驗）資料為基礎來加以判斷。

綜合而言，聯邦最高法院要在制度功效上宣稱具有「司法擁有釋憲最高權威」與「司法釋憲終局效力」（即司法優位論），完全

欠缺法律正當性（無論是明示的或默示的），僅具有間接的權力正當性，在治理正當性上則有賴實務經驗進一步檢視。

### (二) 相關論證之分析與批判

前述這波新論辯的主軸是司法優位論的正當性之爭，也就是「司法擁有釋憲最高權威」與「司法釋憲終局效力」究竟有無正當性之辯。擁護「司法優位論」者，如Eisgruber的「比較制度效能說」與Alexander與Schauer的「前憲法規範說」，係從法理正當性來論證，Whittington的「政治基礎論」與Donnelly的「政治文化支持論」則是從現實政治及政治文化（公民教育養成）來證成，著重於治理正當性的強化。就本文的正當性類型來說，上述四種論證仍各有所偏，以致正當性論證的完整性有所不足。

相對地，採取反「司法優位論」立場者，則完全不能接受「司法擁有釋憲最高權威」與「司法釋憲終局效力」。Kramer的「國民憲政主義論」呼籲美國應該回到十八世紀的傳統道路，由人民利用投票、請願或群眾運動等方式來決定憲法的意涵。其主張固然是引發這波論辯的主軸，但批判者多於支持者。批評者有認為他對於何謂「國民憲政主義」說理不清，對於何謂「司法優位論」以及為何反對它，也語焉不詳<sup>298</sup>。更有批評者認為，Kramer乃是基於自由派立場，質疑Rehnquist法院的保守派積極主義<sup>299</sup>。就本文的主旨而言，既然Kramer對於為何反對「司法優位論」都說理不清，對於「司法優位論」正當性問題，自然就論述不足。而Tushnet的「人民形塑憲法論」主張修憲廢除司法違憲審查，則是根本否定司法違憲審查的存在正當性，而非論辯「司法優位論」的正當性。嚴格來

---

<sup>298</sup> Prakash & Yoo, *supra* note 241, at 1552.

<sup>299</sup> Gerber, *supra* note 71, at 1077.



說，Tushnet的論辯已經偏離主題了。他的激進主張雖然引起討論，但少有支持者。大體上，誠如論者所言<sup>300</sup>，抨擊「司法優位論」乃是一種政治主張，而非事實宣告。

至於，介於「司法優位論」與「人民至上論」之間的論證中，主張「部門釋憲主義論」的Paulsen係從法理正當性反對「司法優位論」，而Johnsen與Thomas兩人則分別訴諸於憲政史的實踐經驗，論證「部門釋憲主義論」的正當性，並間接批評了「司法優位論」。Post與Siegel的「民主的憲政主義」肯定法院、政治部門與人民皆為憲法解釋的參與者，因此也是「司法優位論」的反對者。值得一提的是，他們視政治部門及人民對司法釋憲的反彈，是一種規範競爭，而且認同這種規範競爭是形塑美國憲法意涵的動力。從方法論的角度看，顯然係採取衝突論的觀點。而Balkin的「憲法建構協和論」則認為美國憲法意涵之建構是司法釋憲與政治部門日常政治之間不斷的互動、合作、競爭的結果。他既不否定司法釋憲權也不承認司法優位論。雖然Balkin曾從社會學的正當性、程序正當性及道德正當性來評估他自己的論證，但卻未討論「司法優位論」之正當性問題。

基本上，在這波論辯中，除了「司法優位論」的支持者曾從不同面向論證「司法優位論」的正當性外，其餘幾乎未直接就「司法優位論」的正當性議題進行分析，尤其未就實務經驗檢視美國大眾（含政治部門）對於「司法優位論」的態度，包括承認、認同、信賴、接受、支持或自願服從之程度。

---

<sup>300</sup> Greene, *supra* note 77, at 889.

## 陸、正當性綜合檢視：制度正當性之經驗分析

完整的正當性評估，除了就學理（規範）意涵加以分析外，還有必要進一步檢驗其實務（經驗）意涵的正當性（見表一）。前述第參、肆、伍節雖分別就「制度創設」、「制度運作」與「制度功效」等環節，分析討論美國各種正當性論辯，但這些論辯均侷限於學理（規範）意涵正當性的討論。本節擬根據實務（經驗）資料，進一步綜合檢視<sup>301</sup>美國各界（含政治部門）承認、認同、信賴、接受、支持或自願服從司法違憲審查制度之程度。此即Richard H. Fallon、John C. Yoo、Sherrilyn A. Ifill等有關「制度正當性」或「聯邦最高法院制度正當性」（the Court's institutional legitimacy）強調「大眾信賴法院、接受並自願遵守法院判決」、「政治部門尊重並接受法院判決」、「從民意調查檢視大眾對法院支持」之概念<sup>302</sup>。其中，政治部門（國會與總統）對聯邦最高法院判決（特別是宣告法令違憲之判決）及其憲法解釋之態度，尤為重要指標。蓋倘若擁有強制力之政治部門，在態度上不接受其違憲宣告之判決結果與憲法解釋，在行動上亦不受其拘束，則司法違憲審查制度之正當性將岌岌可危。另外，政治菁英與社會大眾對於聯邦最高法院判決和整體制度之支持與否，亦為檢驗實務（經驗）意涵正當性之焦點。

<sup>301</sup> 這種綜合檢視係針對整體的制度正當性而發。理論上，依據本文之正當性類型，理當再從實務（經驗）資料，分別就司法違憲審查的法律正當性、權力正當性、治理正當性與道德正當性四個面向一一加以檢視。惟一方面限於篇幅，一方面限於這四個面向的實務（經驗）資料相當不全，故以制度正當性的綜合檢視取代之。

<sup>302</sup> See Fallon, *supra* note 26, at 1828; Yoo, *supra* note 30, at 776-77; Sherrilyn A. Ifill, *Do Appearances Matter?: Judicial Impartiality and the Supreme Court in Bush v. Gore*, 61 MARYLAND L. REV. 606, 611 (2002).

## 一、政治部門對司法制度正當性之反應

在三權分立制衡之憲法架構下，由於聯邦最高法院並無強制力，故其宣告違憲法令之判決或憲法解釋仍有賴政治部門（國會與總統）的態度而定。倘有權的政治部門採支持與接受的態度多，則司法違憲審查的制度正當性就較高，反之則較低。實務經驗上之情形如何呢？

### （一）國會的反應

美國國會可以制衡司法權的途徑雖不少<sup>303</sup>，惟嚴格而論，能夠抵制聯邦最高法院司法違憲審查或憲法解釋結果者，最直接有效的方法有二：第一，經由立法修正聯邦最高法院所宣告的違憲法令<sup>304</sup>；第二，經由修憲提案推翻聯邦最高法院之憲法解釋。因此，可以從國會採取這兩項行動之實際經驗來判斷國會對司法制度正當性之反應。

<sup>303</sup> 國會可以用來制衡司法權的機制包括，對總統提名聯邦法院法官（包括聯邦最高法院大法官）行使同意權、對大法官行使彈劾權、立法限制聯邦最高法院的上訴管轄權、立法修正被法院宣告違憲之法令、立法增減大法官人數、立法限制大法官表決門檻、提案修憲變更聯邦最高法院之憲法解釋等。

<sup>304</sup> 國會經由立法或修法變更聯邦最高法院所宣告的違憲法令，雖未必能用以對抗聯邦最高法院的憲法解釋，但對於司法違憲審查權之行使，卻有直接抵制作用。例如，1989年Texas v. Johnson (491 U.S. 397(1989))一案，聯邦最高法院裁定Johnson焚燒國旗係屬言論自由條款（增修條文第1條）所保護之表意行為（expressive conduct），故宣告德州禁止褻瀆（desecrate）國旗之法律違憲無效。國會於提案修憲不成後，隨即通過「國旗保護法」（Flag Protection Act）並經George Bush (1924- )總統同意公布，以反制聯邦最高法院判決。See MASON & STEPHENSON JR., *supra* note 54, at 449-50. 倘若國會常常經由立法或修法來抵制聯邦最高法院的違憲宣告，無疑將在某種程度上斷傷了司法違憲審查制度的正當性。

首先檢視國會所採取之立法行動，依據研究指出<sup>305</sup>，自行憲以迄一九九七年，聯邦最高法院共宣告五百六十九項聯邦法律、州法律或行政命令違憲。其中，國會未採取任何行動反制而直接接受其結果者，占78%（444/569），國會對其他一百二十五項曾以立法方式加以反制，但僅四十一項成功，成功率僅33%。因此，若以總數計算基準，則國會以立法變更聯邦最高法院所宣告違憲之法令者，其成功率為7.2%（即41/569）。

其次，我們再檢視國會以修憲提案推翻聯邦最高法院憲法解釋之情形。歷年來，美國聯邦憲法的修憲提案數以萬計，但迄二〇一〇年僅通過二十七項。其中，國會的修憲提案在八項增修條文中成功推翻了六個聯邦最高法院判決，包括<sup>306</sup>：1. 一七九八年增修條文第十一條推翻了Chisholm v. Georgia案<sup>307</sup>，該判決裁定：它州公民得於聯邦法院控告任一州政府；2. 一八六五年增修條文第十三條、一八六八年增修條文第十四條及一八七〇年增修條文第十五條，推翻了Scott v. Sandford案<sup>308</sup>，該判決裁定：黑人非憲法保障之公民；3. 一九一三年增修條文第十六條，推翻了Pollock v. Farmers' Loan and Trust Co.案<sup>309</sup>，該判決否決了聯邦所得稅之課徵；4. 一九二〇年增修條文第十九條，推翻了Minor v. Happersett案<sup>310</sup>，該案判決：各州可以禁止婦女投票權<sup>311</sup>；5. 一九六四年增修條文

<sup>305</sup> James Meernik & Joseph Ignagni, *Judicial Review and Coordinate Construction of the Constitution*, 41 AM. J. POL. SCI. 447, 458 (1997); Cited from Epstein, Knight & Martin, *supra* note 108, at 599.

<sup>306</sup> O'BRIEN, *supra* note 257, at 350-51.

<sup>307</sup> 2 U.S. (2 Dallas) 419 (1793).

<sup>308</sup> 60 U.S. (19 Howard) 393 (1857).

<sup>309</sup> 157 U.S. 429 (1895).

<sup>310</sup> 88 U.S. (21 Wall.) 162 (1875).

<sup>311</sup> Ward E. Y. Elliott, *Minor v. Happersett*, in THE OXFORD COMPANION TO THE SU-

第二十四條，推翻了Breedlove v. Suttles案<sup>312</sup>，該案判決：繳交人頭稅作為投票要件之規定合憲；6. 一九七一年增修條文第二十六條，推翻了Oregon v. Mitchell案<sup>313</sup>，該判決裁定：各州選舉投票年齡不得降為十八歲。

因此，若以行憲至一九九七年聯邦最高法院宣告違憲之判決總數（五百六十九項）為計算基準，國會經由修憲程序推翻聯邦最高法院憲法判決之成功比率，僅占1%（即6/569）。合計國會以立法或修憲提案，成功節制聯邦最高法院違憲宣告之案件為四十七項，成功率為8.3%（即47/569）。換言之，國會接受聯邦最高法院判決結果之比率高達91.7%。

## (二)總統的反應

總統對於聯邦最高法院宣告法令違憲之判決結果或憲法解釋者，因為無修憲提案權，故僅能藉由拒絕執行該判決來加以抵制。美國歷史上，總統採不理會法院判決或採公然蔑視態度者，較為人知者有二例。第一例是Andrew Jackson（一七六七年至一八四五年）總統。前述他在聯邦最高法院作出一八三二年Worcester v. Georgia案判決後，以「約翰馬歇爾既已作成判決，現在由他自己去執行」之強烈態度，拒絕執行該判決。第二例是Abraham Lincoln（一八〇九年至一八六五年）總統。他曾於內戰期間命令其軍事指揮官拒絕服從首席大法官Taney所簽發之人身保護令<sup>314</sup>。這些總統的不理會行動，對聯邦最高法院之司法威信，固有相當傷害，但若以一九九七為計算基準，在美國歷任四十二位總統中，不理會

---

PREME COURT OF THE UNITED STATES, 639 (Kermit L. Hall ed., 2d ed. 2005).

<sup>312</sup> 302 U.S. 277 (1937).

<sup>313</sup> 400 U.S. 112 (1970).

<sup>314</sup> O'BRIEN, *supra* note 257, at 355.

聯邦最高法院判決之比率只有4.8%（即2/42）。

表四 美國政治部門抵制聯邦最高法院司法違憲審查作為之比率

國會以立法或修憲提案推翻聯邦最高法院法令違憲宣告或憲法解釋之成功率	總統不理會聯邦最高法院法令違憲宣告或憲法解釋占歷任總統數之比率	平均
8.3%	4.8%	6.6%

資料來源：作者整理。

如果我們將美國國會以立法或修憲提案推翻聯邦最高法院法令違憲宣告或憲法解釋之成功率與總統不理會聯邦最高法院法令違憲宣告或憲法解釋占歷任總統數之比率，加以簡單統計（表四），得到的平均值只有6.6%。換言之，有高達93.4%的聯邦最高法院司法違憲審查作為（包括違憲法令宣告與憲法解釋），最終獲得政治部門的接受。

## 二、政治菁英對司法制度正當性之反應

政治菁英對聯邦最高法院判決結果之態度，也是「司法制度正當性」之重要參考指標。就此，本文曾引證：(一)Dwight D. Eisenhower總統雖曾公開抨擊聯邦最高法院判決，但最終還是派兵執行Brown案判決結果；(二)向來嚴詞批判聯邦最高法院的參議院司法委員會主席，也公開表示尊重聯邦最高法院判決之終局解釋權；(三)最值得一提的是，二〇〇〇年民主黨總統候選人Albert Gore Jr.（一九四八年—），雖然在全國普選票中贏了對手五十三萬多票，但由於聯邦最高法院作出Bush v. Gore案<sup>315</sup>判決，終止人工重計票作業，因輸掉關鍵的佛州選舉人票而與總統寶座無緣。他雖極度不滿該判

<sup>315</sup> 531 U.S. 98 (2000).

決但卻公開表示：「現在，聯邦最高法院已作出判決。雖然我強烈不認同此一判決，但毫無疑問的，我會坦然接受它<sup>316</sup>。」

從上述政治菁英之公開言行顯示，美國政治菁英對於聯邦最高法院之判決或憲法解釋，雖然並非完全滿意，但最終大多予以接受。而總統若公開稱許聯邦最高法院之制度優越性者，則當更有利於穩固司法違憲審查的制度正當性。例如，前美國總統Woodrow Wilson（一八五六年至一九二四年）即公開讚揚聯邦最高法院是美國整個政治體系之平衡輪（the balance-wheel of our entire system）<sup>317</sup>。這些精英的態度自然會產生示範效果，進而有助於強化司法違憲審查的制度正當性。

### 三、社會大眾對司法制度正當性之反應

最後，就民眾對司法違憲審查整體制度的接受度來觀察，而以社會大眾對聯邦最高法院的民意支持度和信賴度作為主要指標。雖然吾人無法取得美國民眾對於聯邦最高法院每一項判決的接受度或支持度資料，但如（表五）所示，美國民眾對聯邦最高法院的支持度，絕大多數都高於五成以上。此一支持度與某些重要判決後的民意支持情形相當。例如，一九五四年，Brown案判決宣告種族隔離政策違憲，民眾對該案的支持度為58%<sup>318</sup>，而二〇〇〇年底，民眾對於聯邦最高法院Bush v. Gore判決的接受度，則高達81%（含49%

<sup>316</sup> “Now the U.S. Supreme Court has spoken. Let there be no doubt, while I strongly disagree with the court’s decision, I accept it.” 取自：<http://www.washingtonpost.com/wp-srv/onpolitics/elections/gorettext121300.htm>，最後瀏覽日：2006年1月6日。

<sup>317</sup> MASON & STEPHENSON, *supra* note 54, at 56.

<sup>318</sup> Michael Murakami, *Desegregation*, in PUBLIC OPINION AND CONSTITUTIONAL CONTROVERSY 21 (Nathaniel Persily et al. eds., 2008).

接受且同意，以及32%接受但不同意之受訪者)<sup>319</sup>。

其次，若從民意調查經驗資料來檢視美國民眾對聯邦最高法院的信賴度，從（表六）明顯可以看出：美國聯邦最高法院長期以來，普遍獲得美國民眾的信賴，其比率最高達80%（一九九九年），最低也有63%（一九七六年）。

表五 美國聯邦最高法院民意支持度統計表（%）（2000-2009）

年／月	支持	不支持	沒意見	年／月	支持	不支持	沒意見
2000/8	62	29	9	2005/9	56	36	8
2001/1	59	34	7	2006/9	60	32	8
2001/6	62	25	13	2007/5	51	36	13
2001/9	58	28	14	2007/9	51	39	10
2002/9	60	29	11	2008/6	48	38	14
2003/7	59	33	8	2008/9	50	39	11
2003/9	52	38	10	2009/6	59	30	11
2004/9	51	39	10	2009/8	61	28	11
2005/6	42	48	10	2010/9	51	39	10

資料來源：<http://www.gallup.com/poll/4732/Supreme-Court.aspx>，最後瀏覽日：2011年5月8日。

再者，我們若拿聯邦最高法院與其他兩個民選政治部門相比，從（表七）可明顯看出，在聯邦最高法院的民眾支持度次低的情況下（見表五），仍然比其他兩個政治部門要高出許多，而相對的「不支持率」則低了很多。

<sup>319</sup> Frank Newport, *President-Elect Bush Faces Politically Divided Nation, but Relatively Few Americans Are Angry or Bitter Over Election Overcome*, 423 THE GALLUP MONTHLY 15, 17 (2000).



表六 美國民衆對聯邦最高法院的信賴度 (%)

調查年/月	非常信任	相當信任	不太信任	完全不信任	無意見
2010/9	14	52	28	5	2
2009/8	18	58	18	4	2
2008/9	14	55	23	6	3
2007/9	15	54	23	6	1
2006/9	15	54	21	7	3
2005/9	13	55	25	6	1
2004/9	14	51	27	6	2
2003/9	13	54	27	5	1
2002/9	17	58	18	5	2
2001/9	17	57	20	4	2
2000/7	23	52	18	6	1
1999/2	29	51	13	5	2
1998/12	27	51	16	4	2
1997/5	19	52	22	5	2
1976/6	16	47	26	6	4
1974/4	17	54	20	5	5
1972/5	17	49	24	7	4

資料來源：<http://www.gallup.com/poll/4732/Supreme-Court.aspx>，最後瀏覽日：2011年5月8日。

從以上實務經驗資料顯示，無論從民選政治部門、政治菁英，或從社會大眾對於聯邦最高法院判決的支持度或信賴度來檢視，似乎可以肯定的說，美國的司法違憲審查制度擁有相當高的制度正當性。

表七 美國三大部門之民意支持度 (2008/6)

總 統		國 會		聯邦最高法院	
支持	不支持	支持	不支持	支持	不支持
30	64	19	74	48	38

資料來源：<http://www.gallup.com/home.aspx>，最後瀏覽日：2009年10月25日。

## 柒、結 論

經過相當篇幅的分析後，吾人似乎不難察覺，美國學術界對於司法違憲審查正當性議題的論辯，從「制度創設」、「制度運作」到「制度功效」，一脈相傳，淵遠流長，儼然已成為「美國國辯」(a national debate in America)。而兩百多年來論辯不休之結果，無形中也造就了一個具有美國特色的憲法學術產業。當然，這些論辯無形中也累積了相當豐富的學術資產。

### 一、學理與經驗的發現

本文為了避免學術論辯失焦，首先針對正當性的意涵與類型加以界定（即表一），作為後續分析之基礎。根據此一基礎來總體檢視美國司法違憲審查之論辯脈絡，本文獲得以下發現：

首先，本文所臚列的各種論辯或主張，雖超過三十個，但仔細觀察結果，均屬「學理（規範）意涵正當性」的範疇。顯見美國有關司法違憲審查正當性之論辯，明顯忽視「實務（經驗）意涵正當性」面向之分析。而在這些偏重「學理（規範）意涵正當性」的各種論辯中，本文的發現有：（一）在「制度創設」正當性方面，美國學術界對於憲法有無明文授與司法違憲審查權，以及大法官未經民選產生的正當性議題，常有論辯。究其本質，乃是正當性定義之爭。本文依據（表一）的正當性定義加以檢證，結果顯示：由於欠缺憲

法的明文授權，美國司法違憲審查制度不具「明示的法律正當性」，惟有合乎法理的「默示的正當性」；聯邦最高法院大法官雖非經民選產生而無直接的權力正當性，但仍有間接的權力正當性。不過大法官任職終身，顯與民主政治難以相合；(二)就「制度運作」正當性而言，美國各種論辯多集中於治理正當性議題，亦即司法違憲審查制度之運作究竟與民主政治是否相容。而由於「Bickel魔咒」所致，大多數的論辯又聚焦於「反多數困境」議題。在這些論辯中，有的完全否認司法違憲審查有反多數困境問題，有的雖承認有此問題但認為難以克服，多數論者則認為雖有反多數困境問題，但可與民主政治相調和。在各種調和之道中，基於論證者對於民主的認知不同，有的著重實質民主的調和，有的則強調程序調和。在方法論上則有的採「結果取向論證」，有的則採「程序取向論證」。本文認為，民主政治在本質上即涵蓋若干程序原則與實質價值，故完整的調和論證應兼顧程序與實質，較具有說服力；(三)就「制度功效」之正當性而言，美國學術界有力辯司法優位論者，也有基於「反司法優位論」而提出之「人民至上論」者，當然也有介於兩者之間的論證。本文的論證顯示：聯邦最高法院若要主張「司法釋憲最高權威」與「司法釋憲終局效力」（即司法優位論），不但欠缺法律正當性，在政治正當性上也只有間接的權力正當性，而在治理正當性方面則須由實務經驗來檢視。

其次，就實務經驗檢視結果，本文借用美國學者有關「制度正當性」或「聯邦最高法院制度正當性」強調「由民調中檢視大眾對制度的支持程度」等精神，以美國各界對「司法制度正當性」的實際反應和接受度作為檢驗標準，結果顯示：在實務上，美國聯邦政府中最有實力制衡聯邦最高法院的兩大政治部門（總統與國會），對於聯邦最高法院的制度接受度高達93%強。在政治菁英方面，雖曾有總統公開對個別司法判決或憲法解釋表達不滿，但絕大多數都

支持聯邦最高法院的判決結果或憲法解釋。最明顯者，連勝選在望的總統候選人，在聯邦最高法院判決後即失去大位者，都能坦然接受判決結果，足見司法違憲審查是獲得普遍接受的制度。至於，在民眾支持部分，聯邦最高法院幾乎總是獲得半數以上民眾的支持和63%以上的民眾信賴，且比其他民選政治部門所獲得的支持度都要高出許多。綜合而言，美國司法違憲審查在實務經驗上是各界普遍支持的制度，依據本文對正當性之定義判斷，其具有實務（經驗）意涵的正當性，自屬毋庸置疑。

## 二、弔詭的正當性論辯

是以，對於美國司法違憲審查正當性之探究，學理上的論證結果與經驗上的檢視結果，其間即存在著相當落差。質言之，從學理（規範）上分析，就民主社會而言，此一制度的正當性基礎，確實有些薄弱，按理此一「脆弱的制度」（a fragile institution）應該遭遇到許多來自民主力量或民選政治部門的挑戰。然而，實務經驗資料卻顯示它因獲得廣泛的支持而擁有相當堅實的正當性基礎。這種低「法理上權威」（*de jure authority*）與高「事實上權威」（*de facto authority*）<sup>320</sup>並存之制度特性，益顯出美國兩百多年來有關論辯的弔詭。

弔詭之一是，長年來批判司法違憲審查制度者，幾乎鎖定了該制度的「低法理上權威」，然後進行學術上之各種批判，提出各種主張，卻有意無意忽略了該制度的「高事實上權威」。最明顯的證據就是，積極反對「司法優位論」並鼓吹國民憲政主義的Kramer<sup>321</sup>，以及主張部門解釋主義的Johnsen<sup>322</sup>，他們都承認法

---

<sup>320</sup> HEYWOOD, *supra* note 31, at 15-16.

<sup>321</sup> Kramer, *supra* note 79, at 6-7.

<sup>322</sup> Johnsen, *supra* note 248, at 106.

官、律師、政治人物、一般大眾大都接受司法優位原則，甚至於都視此原則為理所當然。有的反對司法優位立場者，甚至於說：美國人好像「內建於硬碟式」(are hardwired to)地認為要順從法院的憲法解釋<sup>323</sup>。為何如此弔詭？也許Friedman的「病態性固執論」或可解答一二。Friedman研究指出<sup>324</sup>，美國學術上長久以來之「反多數困境」論爭，已使憲法學者無法看清司法違憲審查的真面目。這種長期論爭，其實是出於學術界（尤其是法學界）的迷亂（obsession），其現象包括：(一)自由派法學者批判聯邦最高法院時，保守派就捍衛它。例如，當自由派抨擊司法違憲審查與多數意志相悖時，保守派就捍衛法院在扮演制衡民主政治的積極角色。反之，當自由派捍衛聯邦最高法院時（例如，一九六〇年代Warren法院積極維護個人自由權利），保守派就批評它；(二)Bickel及其同時代學者無法跳脫以「反多數困境」問題來描述司法違憲審查，因為「反多數困境」問題師承已久，師執輩們的諄諄教誨令他們陷入舊思維窠臼之中，而他們也渴望藉由因襲舊思維以維護其學術霸權地位；(三)「反多數困境」問題一直迷惑自由派學者，因為它可以滿足自由派學者對於反多數聯邦最高法院的想像需求。而這種情形幾乎讓他們陷入了「病態性固執」(fixation)。

弔詭之二是，捍衛司法違憲審查者，其實大可依該制度的「高事實上權威」據以辯駁，但他們卻多捨此不為，反而隨著批判者的音樂起舞，逐一加入了論辯的行列。道理何在？本文認為，比較合理的解釋是，捍衛者心知肚明司法違憲審查制度在本質上具有脆弱性，法理上權威亦顯不足，而「高事實上權威」係聯邦最高法院多

---

<sup>323</sup> Todd E. Pettys, *Popular Constitutionalism and Relaxing the Dead Hand: Can the People be Trusted?*, 86 WASHINGTON U. L. REV. 313, 317 (2008).

<sup>324</sup> Barry Friedman, *The Birth of an Academic Obsession: History of the Counter-majoritarian Difficulty, Part Five*, 112 THE YALE L.J. 153, 159-63 (2002).

年來所累積的「制度性威望<sup>325</sup>」(institutional prestige)，經營不易，故不但要對該威望時時加以呵護，更要從學理上努力強化其正當性基礎。於是，也紛紛加入了學理論辯之行列。就此，聯邦最高法院一九九二年在Casey案的自我警語，或可作為最佳註腳：

正如個人人格，聯邦最高法院的正當性，也必須經營多時才能獲得<sup>326</sup>。

相對的，由於司法違憲審查制度的盛行率愈來愈高，有相當多的國家正在模仿美國的制度，因此Dworkin的另一段醒語，也頗值得玩味：

當全球各地都在紛紛複製美國經驗時……美國人千萬別膽怯<sup>327</sup>。

---

<sup>325</sup> 制度性威望 (institutional prestige) 是指一種既存的制度，在長期運作過程中，由於獲得大眾的肯認和信賴，所積累的威信與聲望。David M. O'Brien即認為，美國司法違憲審查制度的權力來自：(1)論證說服力；(2)制度性威望；(3)政治部門的合作；與(4)民意的支持。見O'BRIEN, *supra* note 257, at 358.

<sup>326</sup> "Like the character of an individual, the legitimacy of the Court must be earned over time." See 505 U.S. 833, 868 (1992).

<sup>327</sup> DWORKIN, *supra* note 131, at 139.

## 參考文獻

### 一、中 文

1. 任冀平，美國最高法院司法審查權的弔詭，東海學報，34卷，頁311-326，1993。  
Jen, Chi-Ping, The Paradox of Judicial Review in U. S. Supreme Court, Tunghai Journal of Social Sciences, vol. 34, pp. 311-326, 1993.
2. 任冀平，美國最高法院司法審查權的行使：理論與實際，歐美研究，25卷3期，頁45-93，1995。  
Jen, Chi-Ping, The Exercise of Judicial Review in U.S. Supreme Court: Theory and Practice, EurAmerica, vol. 25, no. 3, pp. 45-93, 1995.
3. 吳庚，憲法審判制度的起源與發展——兼論我國大法官釋憲制度，法令月刊，51卷10期，頁805-825，2000。  
Wu, Geng, The Origin and Development of the Institution of Constitutional Jurisprudence: An Episodic Discussion on the Grand Justice Interpretation System of the Republic of China, The Law Monthly, vol. 51, no. 10, pp. 805-825, 2000.
4. 吳庚，憲法的解釋與適用，2003。  
Wu, Geng, Constitution: Interpretation and Application, 2003.
5. 吳志光，比較違憲審查制度，2003。  
Wu, Chih-Kuang, Comparative Judicial Review, 2003.
6. 林子儀，憲政體制與機關爭議之釋憲方法論憲政體制問題釋憲方法之應用——美國聯邦最高法院審理權力分立案件之解釋方法，載：新世紀經濟法制之建構與挑戰，頁5-58，2002。  
Lin, Tzu-Yi, The Application of Constitutional Interpretive Method on the Issues of Constitutional Regime from the Perspectives of Constitutional Interpretive Method for Constitutional Regime and Controversies between Governmental Branches: The U.S. Supreme Court's Interpretive Method on the Cases of the Separation of Powers, in Economic Legal System of New Century: Construction and Challenge, pp. 5-58, 2002.

7. 林子儀、葉俊榮、黃昭元、張文貞，憲法——權力分立，2003。  
Lin, Tzu-Yi, Jiunn-Rong Yeh, Jau-Yuan Hwang & Wen-Chen Chang, *Constitution: Separation of Powers*, 2003.
8. 法治斌，違憲司法審查之效力、拘束力、「表面張力」或不自量力？——美國法制之應然與實然，載：法治國家與表意自由，頁135-162，2003。  
Fa, Chih-Pin, *Judicial Review: Validity, Binding Effect, “Judicial Usurpation,” or Judicial Passivism?—The Theory and Reality of American Legal System*, in *The Legal State and the Freedom of Expression*, pp. 135-162, 2003.
9. 翁岳生，司法權發展之趨勢，載：法治國家之行政法與司法，頁329-350，1994。  
Wong, Yue-Sheng, *The Trend of the Judicature’s Development*, in *The Administrative Law and Judiciary of the State of the Rule of Law*, pp. 329-350, 1994.
10. 桂宏誠，美國司法審查權正當性之檢討，立法院院聞，22卷1期，頁16-22，1994。  
Guei, Hung-Cheng, *A Critical Comment on the Legitimacy of American Judicial Review*, *Journal of Legislative Yuan*, vol. 22, no. 1, pp. 16-22, 1994.
11. 黃昭元，抗多數困境與司法審查正當性——評Bickel教授的司法審查理論，載：臺灣憲法的縱剖橫切，頁301-342，2002。  
Hwang, Jau-Yuan, *The Countermajoritarian Difficulty and the Legitimacy of Judicial Review: A Comment on Bickel’s Theory of Judicial Review*, in *The Contextual Analysis of Taiwan’s Constitution*, pp. 301-342, 2002.
12. 黃昭元，司法消極美德的積極實踐——評Sunstein教授的「司法最小主義」理論，載：當代公法新論（上），頁875-918，2002。  
Hwang, Jau-Yuan, *The Active Implementation of the Virtue of Judicial Passivism: A Comment on Sunstein’s Theory of “Judicial Minimalism,” in Modern Theories of Public Law Revisited ( I )*, pp. 875-918, 2002.
13. 黃昭元，司法違憲審查的正當性爭議——理論基礎與方法論的初步檢討，國立臺灣大學法學論叢，32卷6期，頁103-152，2003。  
Hwang, Jau-Yuan, *The Controversy of Judicial Review’s Legitimacy: A Preliminary Comment on Its Rationale and Methodology*, National Taiwan University



- Law Journal, vol. 32, no. 6, pp. 103-152, 2003.
14. 陳文政，多數統治與少數權利之調和：美國聯邦最高法院司法審查權之民主基礎，政策研究學報，3期，頁95-116，2003。
- Chen, Wen-Cheng, Reconciling Majority Rule with Minority Rights: The Democratic Foundation of the U.S. Supreme Court's Power of Judicial Review, Policy Research, no. 3, pp. 95-116, 2003.
15. 陳文政，世紀憲法判決——布希控高爾案之分析，2006。
- Chen, Wen-Cheng, The Millenarian Constitutional Decision: A Case Study of Bush v. Gore, 2006.
16. 陳文政，總統任命大法官，大法官選任總統？——布希控高爾案之政治分析，政治學報，42期，頁125-187，2006。
- Chen, Wen-Cheng, The President Appoint the Honorable Justices and the Honorable Justices Elect the President?: A Political Analysis of Bush v. Gore, Chinese Political Science Review, no. 42, pp. 125-187, 2006.
17. 湯德宗，立法裁量之司法審查的憲法依據：違憲審查正當性理論初探，載：權力分立新論，增訂2版，頁1-74，2000。
- Tang, Dennis Te-Chung, The Constitutional Basis for the Judicial Review of Legislative Discretion: A Preliminary Inquiry of Theories of Judicial Review in Taiwan, in Separation of Powers Revisited, 2d ed., pp. 1-74, 2000.
18. 葉俊榮，消散中的「憲法時刻」，載：現代國家與憲法，頁237-292，1997。
- Yeh, Jiunn-Rong, The Fading "Constitutional Moment," in Modern State and Constitution, pp. 237-292, 1997.
19. 鄭哲民，美國最高法院與司法審查的爭議，載：美國聯邦最高法院論文集，頁21-52，1993。
- Zheng, Zhe-Min, The U.S. Supreme Court and the Controversy of Judicial Review, in Essays on the U.S. Supreme Court, pp. 21-52, 1993.

## 二、外 文

1. ABRAHAM, HENRY J., THE JUDICIARY—THE SUPREME COURT IN THE GOVERNMENTAL PROCESS (9th ed. 1994).
2. ABRAHAM, HENRY J., THE JUDICIAL PROCESS—AN INTRODUCTORY ANALYSIS OF THE COURTS OF THE UNITED STATES, ENGLAND, AND FRANCE (8th ed. 1998).
3. Ackerman, Bruce, *The Storrs Lectures: Discovering the Constitution*, 93 THE YALE L.J. 1013 (1984).
4. Ackerman, Bruce, *Constitutional Politics/Constitutional Law*, 99 THE YALE L.J. 453 (1989).
5. ACKERMAN, BRUCE, WE THE PEOPLE: FOUNDATIONS (1991).
6. Alexander, Larry & Schauer, Frederick, *On Extrajudicial Constitutional Interpretation*, 110 HARV. L. REV. 1359 (1997).
7. Alexander, Larry & Schauer, Frederick, *Defending Judicial Supremacy: A Reply*, 17 CONST. COMMENT. 455 (2000).
8. Alexander, Larry & Solum, Lawrence B., *Book Review: Popular? Constitutionalism?*, 118 HARV. L. REV. 1594 (2005).
9. ALMOND, GABRIEL A., POWELL, G. BINGHAM JR., DALTON RUSSELL J. & STROM, KAARE, *COMPARATIVE POLITICS TODAY—A WORLD VIEW* (8th ed. 2006).
10. AMAR, AKHIL REED, *AMERICA'S CONSTITUTION—A BIOGRAPHY* (2006).
11. Balkin, Jack M., *Bush v. Gore and the Boundary between Law and Politics*, 110 THE YALE L.J. 1407 (2001).
12. Balkin, Jack M., *Legitimacy and the 2000 Election*, in BUSH V. GORE—THE QUESTION OF LEGITIMACY 214 (Bruce Ackerman ed., 2002).
13. Balkin, Jack M., *Framework Originalism and the Living Constitution*, 103 NW. U. L. REV. 549 (2009).
14. BANCHOFF, THOMAS & SMITH, MITCHELL O., *Introduction: Conceptualizing Legitimacy in a Contested Polity*, in LEGITIMACY AND EUROPEAN UNION—THE CONTESTED POLITY 1 (1999).
15. Barak, Aharon, *The Supreme Court 2001 Term, Foreword: A Judge on Judging:*

- The Role of a Supreme Court in a Democracy*, 116 HARV. L. REV. 16 (2002).
16. Barnett, Randy E., *Constitutional Legitimacy*, 103 COLUM. L. REV. 111 (2003).
  17. Bennett, Robert W., *Counter-Conversationalism and the Sense of Difficulty*, 95 NW. U. L. REV. 845 (2001).
  18. BICKEL, ALEXANDER M., *THE LEAST DANDEROUS BRANCH: THE SUPREME COURT AT THE BAR OF POLITICS* (2d ed. 1986).
  19. Bilder, Mary Sarah, *Why We Have Judicial Review*, 116 THE YALE L.J. POCKET PART 215 (2007).
  20. Brettschneider, Corey, *Balancing Procedures and Outcomes within Democratic Theory: Core Value and Judicial Review*, 53 POL. STUDIES 423 (2005).
  21. BREWER-CARIAS, ALLAN R., *JUDICIAL REVIEW IN COMPARATIVE LAW* (1989).
  22. Brown, George D., *Political Judges and Popular Justice: A Conservative Victory or a Conservative Dilemma?*, 49 WM. AND MARY L. REV. 1543 (2008).
  23. Chemerinsky, Erwin, *Losing Faith: America without Judicial Review*, 98 MICH. L. REV. 1416 (2000).
  24. CHOPER, JESSE H., *JUDICIAL REVIEW AND THE NATIONAL POLITICAL PROCESS* (1980).
  25. Choper, Jesse H., *Why the Supreme Court Should Not Have Decided the Presidential Election of 2000*, 18 CONST. COMMENT. 335 (2001).
  26. Clark, Bradford R., *Unitary Judicial Review*, 72 THE GEORGE WASH. L. REV. 319 (2003).
  27. Clark, Tom S., *The Separation of Powers, Court Curbing, and Judicial Legitimacy*, 53 AM. J. OF POL. SCI. 971 (2009).
  28. Comments, *Caperton v. A. T. Massey Coal Co.: Due Process Limitations on the Appearance of Judicial Bias*, 123 HARV. L. REV. 73 (2009).
  29. Croley, Steven P., *The Majoritarian Difficulty: Elective Judiciaries and the Rule of Law*, 62 THE U. OF CHI. L. REV. 689 (1995).
  30. Dahl, Robert A., *Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker*, 50 EMORY L.J. 563 (2001).

31. Dame, Paul A., *Stare Decisis, Chevron, and Skidmore: Do Administrative Agencies Have the Power to Overrule Courts?*, 44 WM AND MARY L. REV. 405 (2002).
32. DERSHOWITZ, ALAN M., SUPREME INJUSTICE-HOW THE HIGH COURT HIJACKED ELECTION 2000 (2001).
33. Donnelly, Tom, *Popular Constitutionalism, Civil Education, and the Stories We Tell Our Children*, 118 THE YALE L.J. 948 (2009).
34. Dorf, Michael C., *The 2000 Presidential Election: Archetype or Exception?*, 99 MICH. L. REV. 1279 (2001).
35. DOVER, EDWIN D., THE DISPUTED PRESIDENTIAL ELECTION OF 2000 (2003).
36. DWORKIN, RONALD, TAKING RIGHTS SERIOUSLY (1978).
37. DWORKIN, RONALD, A MATTER OF PRINCIPLE (1985).
38. DWORKIN, RONALD, LAW'S EMPIRE (1986).
39. DWORKIN, RONALD, FREEDOM'S LAW—THE MORAL READING OF THE AMERICAN CONSTITUTION (1996).
40. Dworkin, Ronald, *The Arduous Virtue of Fidelity: Originalism, Scalia, Tribe, and Nerve*, 65 FORDHAM L. REV. 1249 (1997).
41. Dworkin, Ronald, *The Partnership Conception of Democracy*, 86 CAL. L. REV. 453 (1998).
42. DWORKIN, RONALD, JUSTICE IN ROBES (2006).
43. Ehrlich, Walter, *Scott v. Sandford*, in THE OXFORD COMPANION TO THE SUPREME COURT OF THE UNITED STATES (Kermit L. Hall ed., 2d ed. 2005).
44. Eisgruber, Christopher L., *The Most Competent Branches: A Response to Professor Paulsen*, 83 THE GEORGETOWN L.J. 347 (1994).
45. EISGRUBER, CHRISTOPHER L., CONSTITUTIONAL SELF-GOVERNMENT (2001).
46. Elliott, Ward E. Y., *Minor v. Happersett*, in THE OXFORD COMPANION TO THE SUPREME COURT OF THE UNITED STATES (Kermit L. Hall ed., 2d ed. 2005).
47. ELY, JOHN HART, DEMOCRACY AND DISTRUST—A THEORY OF JUDICIAL REVIEW (1980).
48. Epstein, Lee, Knight, Jack & Martin, Andrew D., *The Supreme Court as a Strategic National Policymaker*, 50 EMORY L.J. 583 (2001).

49. Eskridge, William N. Jr., *Pluralism and Distrust: How Courts Can Support Democracy by Lowering the Stakes of Politics*, 114 THE YALE L.J. 1279 (2005).
50. Eylon, Yuval & Harel, Alon, *The Right to Judicial Review*, 92 VA. L. REV. 991 (2006).
51. Fallon, Richard H. Jr., *Legitimacy and the Constitution*, 118 HARV. L. REV. 1787 (2005).
52. Fallon, Richard H. Jr., *The Core of an Uneasy Case for Judicial Review*, 121 HARV. L. REV. 1693 (2008).
53. Ferejohn, John, *Book Review: The Lure of Large Numbers*, 123 HARV. L. REV. 1969 (2010).
54. Ferejohn, John A. & Kramer, Larry D., *Independent Judges, Dependent Judiciary: Institutionalizing Judicial Restraint*, 77 N. Y. U. L. REV. 962 (2002).
55. FISHER, LOUIS, *CONSTITUTIONAL DIALOGUE—INTERPRETATION AS POLITICAL PROCESS* (1988).
56. Fiss, Owen M., *The History of an Idea*, 78 FORDHAM L. REV. 1273 (2009).
57. Freeman, Samuel, *Constitutional Democracy and the Legitimacy of Judicial Review*, 9(4) LAW AND PHILOSOPHY 327 (1991).
58. Friedman, Barry, *Dialogue and Judicial Review*, 91 MICH. L. REV. 577 (1993).
59. Friedman, Barry, *The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part One: The Road to Judicial Supremacy*, 73 N. Y. U. L. REV. 333 (1998).
60. Friedman, Barry, *The Birth of an Academic Obsession: History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Five*, 112 THE YALE L.J. 153 (2002).
61. GARNER, BRYAN A. (ed.), *BLACK'S LAW DICTIONARY* (2006).
62. Gerber, Scott D., *The Political Theory of an Independent Judiciary*, 116 THE YALE L. J. POCKET PART 223 (2007).
63. Gerber, Scott D., *The Court, the Constitution, and the History of Ideas*, 61 VAND. L. REV. 1067 (2008).
64. Gibson, James L., *Challenges to the Impartiality of State Supreme Courts: Legitimacy Theory and "New Style" Judicial Campaigns*, 102(1) AM. POL. SCI. REV. 59 (2008).

65. Gilley, Bruce, *The Determinants of State Legitimacy: Results for 72 Countries*, 27(1) INT'L POL. SCI. REV. 47 (2006).
66. Gillman, Howard, *Judicial Independence through the Lens of Bush v. Gore: Four Lessons from Political Science*, 64 OHIO STATE L.J. 249 (2003).
67. Ginsburg, Tom, *Judicialization of Administrative Governance: Causes, Consequences and Limits*, 3 N. T. U. L. REV. 1 (2008).
68. Goldsworthy, Jeffrey, *Raz on Constitutional Interpretation*, 22 LAW AND PHILOSOPHY 167 (2003).
69. Green, Leslie, *Law, Legitimacy, and Consent*, 62 S. CAL. L. REV. 795 (1989).
70. Greene, Jamal, *Giving the Constitution to the Courts*, 117 THE YALE L.J. 886 (2008).
71. Halley, Michael, *Constitutional Interpretation and Judicial Review: A Case of the Tail Wagging the Dog*, 108 MICH. L. REV. FIRST IMPRESSIONS 58 (2010).
72. Harrison, John, *The Constitutional Origins and Implications of Judicial Review*, 84 VA. L. REV. 333 (1998).
73. HEYWOOD, ANDREW, KEY CONCEPTS IN POLITICS (2000).
74. HEYWOOD, ANDREW, POLITICAL THEORY-AN INTRODUCTION (3d ed. 2004).
75. Higginbotham, Patrick E., *A Few Thoughts on Judicial Supremacy: A Response to Professors Carrington and Cramton*, 94 CORNELL L. REV. 637 (2009).
76. HIRSCH, H. N., A THEORY OF LIBERTY: THE CONSTITUTION AND MINORITIES (1992).
77. Hirschl, Ran, *The New Constitutionalism and the Judicialization of Pure Politics Worldwide*, 75 FORDHAM L. REV. 721 (2006).
78. Hwang, Shu-Perng, *The Counter-majoritarian Difficulty Revisited—An Examination of Bickel's Theory of Judicial Review from Dworkin's Perspective*, 33(4) EURAMERICA 685 (2003).
79. Ifill, Sherrilyn A., *Do Appearances Matter?: Judicial Impartiality and the Supreme Court in Bush v. Gore*, 61 MARYLAND L. REV. 606 (2002).
80. Johnsen, Dawn E., *Ronald Reagan and the Rehnquist Court on Congressional Power: Presidential Influences on Constitutional Change*, 78 INDIANA L.J. 363

- (2003).
81. Johnsen, Dawn E., *Functional Departmentalism and Nonjudicial Interpretation: Who Determines Constitutional Meaning?*, 67 LAW AND CONT. PROBLEMS 105 (2004).
82. Karlan, Pamela S., *Electing Judges, Judging Elections, and the Lessons of Caperton*, 123 HARV. L. REV. 80 (2009).
83. Krajewski, Markus, *Democratic Legitimacy and Constitutional Perspectives of WTO Law*, 35(1) J. OF WORLD TRADE 167 (2001).
84. Kramer, Larry D., *The Supreme Court 2000 Term, Foreword: We the Court*, 115 HARV. L. REV. 4 (2001).
85. Kramer, Larry D., *Popular Constitutionalism*, 92 CAL. L. REV. 959 (2004).
86. KRAMER, LARRY D., *THE PEOPLE THEMSELVES: POPULAR CONSTITUTIONALISM AND JUDICIAL REVIEW* (2004).
87. Kramnick, Isaac, *Editor's Introduction*, in JAMES MADISON, ALEXANDER HAMILTON AND JOHN JAY, *THE FEDERALIST PAPERS* 11 (1987).
88. Law, David S., *A Theory of Judicial Power and Judicial Review*, 97 THE GEORGETOWN L.J. 723 (2009).
89. Lessig, Lawrence, *What Everybody Knows and What Too Few Accept*, 123 HARV. L. REV. 104 (2009).
90. Levasseur, Alain A., *Legitimacy of Judges*, 50 THE AM. J. OF COMP. LAW. 43 (2002).
91. Lipkin, Robert Justin, *What's Wrong with Judicial Supremacy? What's Right about Judicial Review?*, 14 WIDENER L. REV. 1 (2008).
92. MADISON, JAMES, HAMILTON, ALEXANDER & JAY, JOHN, *THE FEDERALIST PAPERS* (1987).
93. MASON, ALPHEUS THOMAS & STEPHENSON, DONALD GRIER JR., *AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW—INTRODUCTIONARY EASSAYS AND SELECTED CASES* (11th ed. 1996).
94. McLucas, Molly, *The Need for Effective Recusal Standards for an Elected Judiciary*, 42 LOYOLA OF LOS ANGELES L. REV. 671 (2009).

95. Meernik, James & Ignagni, Joseph, *Judicial Review and Coordinate Construction of the Constitution*, 41 AM. J. POL. SCI. 447 (1997).
96. Metzger, Gillian, *The Constitutional Legitimacy of Freestanding Federalism*, 122 HARV. L. REV. F. 98 (2009).
97. Michelman, Frank I., *Justice as Fairness, Legitimacy, and the Question of Judicial Review: A Comment*, 72 FORDHAM L. REV. 1407 (2004).
98. Morse, Carlton, *A Political Process Theory of Judicial Review under the Religion Clause*, 80 S. CAL. L. REV. 793 (2007).
99. Murakami, Michael, *Desegregation*, in PUBLIC OPINION AND CONSTITUTIONAL CONTROVERSY (Nathaniel Persily et al. eds., 2008).
100. Newport, Frank, *President-Elect Bush Faces Politically Divided Nation, but Relatively Few Americans Are Angry or Bitter Over Election Outcome*, 423 THE GALLUP MONTHLY 15 (2000).
101. Noveck, Scott M., *Is Judicial Review Compatible with Democracy?*, 6 CARDOZO PUB. LAW, POLICY AND ETHICS J. 399 (2008).
102. O'BRIEN, DAVID M., STORM CENTER—THE SUPREME COURT IN AMERICAN POLITICS (2005).
103. Ohlendorf, John D., *Politics, Constitutional Interpretation, and Media Ecology: An Argument against Judicial Minimalism*, 31 HARV. J. OF LAW & PUB. POL'Y 1139 (2008).
104. Pahas, Stratos, *Corruption in Our Courts: What It Looks Like and Where It Is Hidden*, 118 THE YALE L.J. 1900 (2009).
105. Paulsen, Michael Stokes, *The Most Dangerous Branch: Executive Power to Say What the Law Is*, 83 THE GEORGETOWN L.J. 217 (1994).
106. PERRY, MICHAEL J., MORALITY, POLITICS AND LAW (1988).
107. Peters, Christopher J., *Assessing the New Judicial Minimalism*, 100 COLUM. L. REV. 1454 (2000).
108. Pettys, Todd E., *Popular Constitutionalism and Relaxing the Dead Hand: Can the People be Trusted?*, 86 WASHINGTON U. L. REV. 313 (2008).



109. Poole, Thomas, *Legitimacy, Rights and Judicial Review*, 102 OX. J. OF LEGAL STUDIES 697 (2005).
110. Post, Robert & Siegel, Reva, *Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash*, 42 HARV. C.R.-C.L. L. REV. 373 (2007).
111. Prakash, Saikrishna B. & Yoo, John C., *Questions for the Critics of Judicial Review*, 72 THE GEORGE WASH. L. REV. 354 (2003).
112. Prakash, Saikrishna B. & Yoo, John C., *The Origins of Judicial Review*, 70 THE U. OF CHI. L. REV. 887 (2003).
113. Prakash, Saikrishna B. & Yoo, John C., *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, 103 MICH. L. REV. 1539 (2005).
114. RANNEY, AUSTIN, *GOVERNING—AN INTRODUCTION TO POLITICAL SCIENCE* (8th ed. 2001).
115. Rehnquist, William H., *Remarks of the Chief Justice: My Life in the Law Series*, 52 DUKE L.J. 785 (2003).
116. Robson, Ruthann, *Judicial Review and Sexual Freedom*, 30 U. OF HAWAII L. REV. 1 (2007).
117. Rosenfeld, Michel, *The Rule of Law and the Legitimacy of Constitutional Democracy*, 74 S. CAL. L. REV. 1307 (2001).
118. Ruger, Theodore W., *“A Question Which Convulses a Nation”: The Early Republic’s Greatest Debate about the Judicial Review Power*, 117 HARV. L. REV. 826 (2004).
119. Schwarzschild, Maimon, *Pluralism, Conversation, and Judicial Restraint*, 95 NW. U. L. REV. 961 (2001).
120. SEGAL, JEFFREY A. & SPAETH, HAROLD J., *THE SUPREME COURT AND THE ATTITUTINAL MODEL REVISITED* (2004).
121. SEGAL, JEFFREY A., SPAETH, HAROLD J. & BENESH, SARA C., *THE SUPREME COURT IN THE AMERICAN LEGAL SYSTEM* (2005).
122. Shepherd, Joanna M., *Money, Politics, and Impartial Justice*, 58 DUKE L.J. 623 (2009).
123. Sherry, Suzanna, *Too Clever by Half: The Problem with Novelty in Constitutional*

- Law*, 95 NW. U. L. REV. 921 (2001).
- <sup>124</sup> Shugerman, Jed Handelsman, *Economic Crisis and the Rise of Judicial Elections and Judicial Review*, 123 HARV. L. REV. 1061 (2010).
- <sup>125</sup> Smith, Rogers M., *Legitimizing Reconstruction: The Limits of Legalism*, 108 THE YALE L.J. 2039 (1999).
- <sup>126</sup> Spector, Horacio, *Judicial Review, Rights, and Democracy*, 22 LAW AND PHILOSOPHY 285 (2003).
- <sup>127</sup> Strauss, David A., *Reply: Legitimacy and Obedience*, 118 HARV. L. REV. 1854 (2005).
- <sup>128</sup> STRAUSS, DAVID A., *THE LIVING CONSTITUTION* (2010).
- <sup>129</sup> Sunstein, Cass R., *Foreword: Leaving Things Undecided*, 110 HARV. L. REV. 6 (1996).
- <sup>130</sup> SUNSTEIN, CASS R., *ONE CASE AT A TIME: JUDICIAL MINIMALISM ON THE SUPREME COURT* (1999).
- <sup>131</sup> SUNSTEIN, CASS R., *A CONSTITUTION OF MANY MINDS* (2009).
- <sup>132</sup> Thayer, James B., *The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*, 7 HARV. L. REV. 129 (1893).
- <sup>133</sup> THE COMPLETE BOOKS OF U.S. PRESIDENTS (Degregorio, William A. ed., 2004).
- <sup>134</sup> THOMAS, GEORGE, *THE MADISONIAN CONSTITUTION* (2008).
- <sup>135</sup> Treanor, William Michael, *Original Understanding and the Whether, Why, and How of Judicial Review*, 116 THE YALE L.J. POCKET PART 218 (2007).
- <sup>136</sup> TUSHNET, MARK, *TAKING THE CONSTITUTION AWAY FROM THE COURTS* (1999).
- <sup>137</sup> TYLER, TOM R., *WHY WE OBEY THE LAW* (2006).
- <sup>138</sup> Tyler, Tom R. *Psychological Perspectives on Legitimacy and Legitimation*, 57 ANN. REV. OF PSY. 375 (2006).
- <sup>139</sup> Tyler, Tom R. & Mitchell, Gregory, *Legitimacy and the Empowerment of Discretionary Legal Authority: The United States Supreme Court and Abortion Rights*, 43 DUKE L.J. 703 (1994).
- <sup>140</sup> Van Loan, Eugene M. III, *Judicial Review and Its Limits, Part I (Legitimacy)*, 46 NEW HAMP. BAR J. 52 (2006).

- <sup>141</sup> Waldron, Jeremy, *The Core of the Case Against Judicial Review*, 115 THE YALE L.J. 1346 (2006).
- <sup>142</sup> Waldron, Jeremy, *Dignity and Defamation: the Visibility of Hate*, 123 HARV. L. REV. 1596 (2010).
- <sup>143</sup> Weber, Max, *The Profession and Vocation of Politics*, in WEBER: POLITICAL WRITINGS 309 (Peter Lassman & Ronald Speirs eds., 2003).
- <sup>144</sup> Wechsler, Herbert, *Toward Neutral Principles of Constitutional Law*, 73 HARV. L. REV. 1 (1959).
- <sup>145</sup> Wellington, Harry H., *Foreword*, in THE LEAST DANGEROUS BRANCH: THE SUPREME COURT AT THE BAR OF POLITICS (2d ed. 1986).
- <sup>146</sup> White, Edward, *The Constitutional Journey of Marbury v. Madison*, 89 VA. L. REV. 1463 (2003).
- <sup>147</sup> White, Penny J., *Relinquished Responsibilities*, 123 HARV. L. REV. 120 (2009).
- <sup>148</sup> WHITTINGTON, KEITH E., POLITICAL FOUNDATIONS OF JUDICIAL SUPREMACY—THE PRESIDENCY, THE SUPREME COURT, AND CONSTITUTIONAL LEADERSHIP IN U.S. HISTORY (2007).
- <sup>149</sup> Yoo, John C., *In Defense of the Court's Legitimacy*, 68 THE U. OF CHI. L. REV. 775 (2001).
- <sup>150</sup> ZURN, CHRISTOPHER F., DELIBERATIVE DEMOCRACY AND THE INSTITUTIONS OF JUDICIAL REVIEW (2007).

# A Contextual Analysis of the Debates on the Legitimacy of Judicial Review in America

Wen-Cheng Chen<sup>\*</sup>   Wei-Chieh Chen<sup>\*\*</sup>  
Min-Ta Chuang<sup>\*\*\*</sup>   Shang-Wei Wang<sup>\*\*\*\*</sup>

## Abstract

From the outset of the framing of the Constitution, the debate on the legitimacy of judicial review in American legal and political scholarship has been going on over two hundred years, and nowadays, there is no sign of it coming to an end. As far as the context of the debate is concerned, most arguments focus on three issues about judicial review, namely, the institutional establishment, the institutional operation, and the institutional effect. This article calls it a tripartite debate. In light of the rise of judicial power from the second half of the 20<sup>th</sup> century, the trend of the debate has become prevalent. It is to be regretted that be-

---

<sup>\*</sup> Professor, Institute of Political Science, National Taiwan Normal University; Ph. D., National Taiwan Normal University.

<sup>\*\*</sup> Adjunct Assistant professor, Department of Humanities and Social Sciences, National Taiwan Normal University; Ph. D., National Taiwan Normal University.

<sup>\*\*\*</sup> Adjunct Lecturer of National Taiwan University of Arts; Ph. D. of the Institute of Political Science, National Taiwan Normal University.

<sup>\*\*\*\*</sup> Ph. D. Student of the Institute of Political Science, National Taiwan Normal University.

Received: November 26, 2009; accepted: September 24, 2010

cause commentators paid little attention to the definition of legitimacy, most of arguments just illuminated their own views.

This article is divided into seven parts. After the introduction, the second part focuses on the definition and the type of legitimacy, and clarifies the context of American tripartite debate so as to lay the foundation for the subsequent analysis. In parts three to five, we will respectively discuss and analyze the legitimacy debate over the institutional establishment, the institutional operation, and the institutional effect of American judicial review. Then, in the sixth part, we will empirically examine the diffuse support of judicial review in American society according to public opinion. Finally, this article will make an overall criticism on the tripartite debate, and draw several conclusions.

**Keywords:** Judicial Review, Counter-majoritarian Difficulty, Legal Legitimacy, Political Legitimacy, Moral Legitimacy, Process-based Argument, Substance-based Argument, Judicial Supremacy, Departmentalism, Popular Constitutionalism