

中研院人文社會聯圖

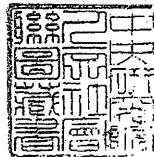


3 0600 01 051974 3

李鴻禧教授七秩華誕祝壽論文集

現代憲法的理論與現實

許志雄 · 蔡茂寅 · 周志宏
主 編



元照出版公司

在權利與結構之間 ——初探美國民主法學的認同與典範

Between Rights and Structure——The Dual Identity
and Paradigmatic Debate of the Law of Democracy in
the United States

蘇彥圖

Yen-Tu Su

本文摘要

民主法／選舉法在美國已發展成為一個新興的學術領域。這項發展基本上是對於「民主政治的憲法化」的學術回應，而以「民主的憲法法」為其主要關懷。在此發展脈絡下，美國的民主法學者普遍具有一種隱存矛盾卻又無法被分割的雙重認同，認為民主法既獨立又從屬於憲法法；有關「選舉法例外論」的討論，基本上便印證了民主法與憲法法間若即若離的關係。在積極維繫民主法與憲法法領域間的交流、對話之餘，這種雙重性的學術認同，也構成了民主法內部之典範論辯的重要背景；在權利與結構之間有關民主法之司法理論架構／取向的典範論辯，毋寧就反映了普遍存在於美國民主法學者的認同焦慮。透過對於民主規範命題與司法理論方法的雙重階序性區分，本文進而嘗試解釋——何以不同的民主法理論典範往往殊途同歸，其間卻又存在著無法被輕易地迴避或擋置的觀念性分歧。

關鍵字：民主、憲政民主、民主法、選舉法、司法審查、政治權利、選舉權、
政治程序、憲政／制度工程、民主的憲法法、民主政治的憲法化、選
舉法例外論、「權利——結構」論辯、代議、政治競爭、政治平等分

* 美國哈佛大學法學博士（S.J.D.）候選人。感謝李鴻禧老師多年來的指導與關懷，謹以拙文敬祝老師生日快樂。

Abstract

This article introduces the development of the law of democracy/election law as a field of study in the United States. Starting with an account of the phenomenal “constitutionalization of democratic politics,” this article first presents a brief description of how the U.S. Supreme Court’s jurisprudence has profoundly shaped the landscape and culture of American democracy. In view of the discussion over the “election law exceptionalism,” this article suggests that most of the scholars in this field have a dual identity: They see the subject both as a field in its own right and as a form of applied constitutional law. This article further provides a general overview of the “rights-structure” debate that dominates the theories about law of democracy in the United States. The author argues that while the debate is exhausting, it has little to do with the essentialist thinking, but rather reflects the identity anxiety prevailing among the American election law scholars. The author also suggests the existence of deep-seated intellectual disagreements among the rights-based and the structural-oriented theories by analyzing how their respective visions of democracy are linked to their views of judicial doctrines. The article concludes that the paradigmatic debate between rights and structure presents an opportunity for the critical reappraisals of the Court’s election law jurisprudence, and this challenging task is worth of our struggle.

Keywords: Democracy, Constitutional Democracy, the Law of Democracy, Election Law, Judicial Review, Political Rights, Voting Rights, Political Process, Constitutional/Institutional Engineering, the Constitutional Law of Democracy, the Constitutionalization of Democratic Politics, Election Law Exceptionalism, the Rights-structure Debate, Representation, Political Competition, Political Equality

壹、前 言

民主法（the law of democracy）對許多人來說，似乎是一個既熟悉又陌生的概念。民主政治必須建立在一定的制度／法規範之上，而架構民主政治之制度與程序的法，不僅會引導、約制政治參與者的行為，也相當程度形塑了我們對於民主政治的理解與想像——這對很多人來說，早已是再明白不過的道理。民主作為一個制度化的政治程序，其制度安排的理想與實際，可以說是公法學與政治學的古典關懷，更往往是現實政治中的爭議焦點。可是在台灣，似乎還沒有人用「民主法」或者類似的概念，來指涉架構民主政治程序的法規範；在台灣目前的學術分工體系下，也少有人就民主政治程序的相關制度規範，進行整合性的考察與檢討。

民主法／選舉法（election law）作為一個研究領域（field of study）的發展，在美國也不過是近十年左右的事。¹發展至今，這個新興的研究領域，已經有兩本持續增補改版的案例教科書；²有60多位學者在各大法學院講授相關的課程；³有一本專門的學術期刊（*Election Law Journal*）；有多個通訊群組、網站與部落格；⁴有為數甚多、散見於各大法學期刊的專題論文集；⁵當然

¹ 究竟應以「民主法」或者「選舉法」來指稱「規範民主政治程序的法」及對之所為研究，在論者間尚有不同的看法與習慣。主張使用「民主法」此一名稱的學者認為，此項用語可以突顯「民主」不再只是法的背景，而是此一領域的規範／研究主題；他們也批評「選舉法」的用語可能會引人誤會，以為此一領域侷限在討論與選舉程序、選舉行政相關的細瑣性管制問題。See Samuel Issacharoff and Richard H. Pildes, *Not by "Election Law" Alone*, 32 LOY. L.A. L. REV. 1173, 1174 (1999)。主張使用「選舉法」此一名稱的學者也同意，選舉法規中的繁瑣細節並不是此一領域的研究重點；不過他們認為，此項傳統用語仍可適切表徵相關的多元議題。See Richard L. Hasen, *Election Law at Puberty: Optimism and Words of Caution*, 32 LOY. L.A. L. REV. 1095, 1096 (1999)。基於用語行文方便之考量，許多論者選擇交錯使用這兩個名稱，而不細究此一用語上的爭議。

² See DANIEL H. LOWENSTEIN AND RICHARD L. HASEN, *ELECTION LAW—CASES AND MATERIALS* (3d ed. 2004); SAMUEL ISSACHAROFF, PAMELA S. KARLAN, AND RICHARD H. PILDES, *THE LAW OF DEMOCRACY: LEGAL STRUCTURE OF THE POLITICAL PROCESS* (rev. 2d ed. 2002) [hereinafter *THE LAW OF DEMOCRACY*].

³ See Richard L. Hasen, *Database of Teachers of Election Law*, at <http://electionlawblog.org/archives/database.xls> (last updated Nov. 4, 2006).

⁴ See, e.g., Richard Hasen, *Election Law*, at <http://electionlawblog.org/>; Richard Hasen and Daniel Lowenstein, *ELECTION-LAW_GL*, at http://majordomo.lls.edu/cgi-bin/lwgate/ELECTION-LAW_GL/; Moritz College of Law, The Ohio State University, *Election Law @ Moritz*, at <http://moritzlaw.osu.edu/electionlaw/>.

⁵ See, e.g., *Symposium: Regulating the Electoral Process*, 71 TEX. L. REV. 1409 (1993); *Symposium: Law and the Political Process*, 50 STAN. L. REV. 607 (1998); *Symposium: Election*

還有眾多的法學論文與專書的出版。在一九九五年第一本選舉法案例教科書問世時，編者Daniel Lowenstein在序言中感慨道：處於憲法學與政治學交界之邊陲地帶的選舉法，還未曾被大學當作一個研究主題認真看待。⁶到了一九九九年的時候，選舉法學者Richard Hasen已經自信地宣稱：沒有人可以嚴肅地質疑選舉法本身到底是不是一個研究主題了。⁷

可是，民主法究竟是一個什麼樣的領域呢？不同於伴隨著文明發展而出現的新興法領域（例如網路法、生物科技與法律等），民主法所要檢討的，往往是憲法法領域中的老問題；不同於由特定方法論所開展出來的研究領域（例如法律經濟分析、法律人類學等），民主法並沒有什麼獨樹一幟的方法論可言。民主法研究在美國近年來的蓬勃發展，固然無可置疑，但是它作為一個研究主題／領域的認同，仍然相當模糊。在憲法鎖定了政治自由、平等參與等民主政治程序的基本價值，又透過法院（特別是美國聯邦最高法院）的違憲審查而深刻地影響了民主法之具體規範內涵的情況下，⁸民主法與憲法法之間的關係，尤其受到論者的關注，反映在有關「選舉法例外論」（election law exceptionalism）的討論。⁹

雖然對其學術任務與研究方法有著不同的認知與期許，美國的民主法學者對於民主法作為一個研究領域的定位及其與憲法法研究領域間的關係，或許已有了模糊的共識。不過，論者間對於民主法作為一種法秩序，顯然還存有相當不同的規範性想像；針對法院究竟應該如何理解民主、如何審查民主法規範等民主法領域的基本課題，美國的民主法學者就以「權利——結構」為軸，展開了一場熱烈而盛大的論辯。有論者主張：法院在審查民主法問題時，應該跳脫傳統權利本位法理論（rights-based jurisprudence）的形式論理困

⁶ *Law as Its Own Field of Study*, 32 LOY. L.A. L. REV. 1095 (1999); *Symposium: The Law and Economics of Elections*, 85 VA. L. REV. 1533 (1999); *The Nineteenth Annual National Student Federalist Society Symposium on Law and Public Policy: Law and the Political Process*, 24 HARV. J. L. & PUB. POL'Y 1 (2000); *Symposium: The Law of Democracy*, 153 U. PA. L. REV. 1 (2004); *A Symposium on the Law Governing Our Democratic Process*, 73 GEO. WASH. L. REV. 949 (2005)。此外，民主法領域內的個別議題，例如選舉經費管制、政黨、公民投票、選區劃分，乃至於Bush v. Gore一案之爭議等，也是美國法學期刊上的熱門專題，在此不另列舉。

⁷ LOWENSTEIN AND HASEN, *supra* note 2, at xvii.

⁸ Hasen, *supra* note 1, at 1095.

⁹ 參見本文「貳、一」部分之討論及引註。

⁹ 參見本文「貳、二」部分之討論及引註。

境，轉而著重於檢討民主的結構性與程序性問題。¹⁰有論者反對這種結構取向（structure-oriented）、程序本位（process-based）的民主法理論，認為民主法的司法審查，仍然應該著眼於基本政治權利的保護。¹¹還有論者嘗試折衷、調合這兩種不同的理論主張，而認為應該嘗試在權利與結構的傳統二分法之間或者之外，尋求民主法之司法審查的理論出路。¹²這場聚焦於法院據以分析、審查民主法問題之司法理論架構（doctrinal framework）的論辯，對於民主法之理論與實務的發展而言，常被認為具有典範性的意義。

本文嘗試從美國民主法學的認同問題出發，就此一領域內「權利法典範」與「結構法典範」間的論辯，提出個人初步的研究心得。本文指出，美國的民主法學者普遍具有一種「雙重認同」（dual identities），亦即認為民主法既獨立又從屬於憲法法；這種隱存矛盾卻又無法被切割、單一化的雙重認同，在形構了民主法與憲法法領域的關係定位之餘，也構成民主法內部之典範論辯的重要背景。本文認為，民主法的典範論辯之所以時常讓人感到苦惱，並不是因為這場論辯已經陷溺於本質論（essentialism）的爭議，而是因為這場論辯關係到民主法學之認同的具體內涵，從而反映了民主法學者普遍具有的認同焦慮。既有的文獻討論，已試圖運用形式論（formalism）／功能論（functionalism）、實質論（substantive theories）／程序論（process theories）等區分，乃至於各種不同的權利觀與不同的民主理念，來分析、詮釋民主法的不同規範理論思維。本文則嘗試進一步檢討對於民主規範命題與司法理論方法（doctrinal approach）的階序區分，並據此解析民主法之法典範論辯的意義。

以下，本文首先論述民主法領域的主要理論關懷及其「既獨立又從屬於憲法法」的雙重認同，以之作為我們理解民主法之典範論辯的基礎背景（第貳部分）。本文接著對民主法之法典範論辯中的主要理論立場，做概略性的介紹與說明（第參部分）。本文最後檢討此項典範論辯的意義與實益（第肆部分）。學習民主法四年多來，個人一直掙扎於民主法的認同與典範難題。本文的敘事與評論，只是個人初步的學習心得，亦難免片面而主觀。由於研究能力與篇幅的限制，本文的討論侷限於美國法。惟民主法作為一個研究領域，其關懷與視野並非地域性的；美國民主法之理論與實務的經驗，對於

¹⁰ 參見本文「參、一」部分之討論及引註。

¹¹ 參見本文「參、二」部分之討論及引註。

¹² 參見本文「參、三」部分之討論及引註。

未來台灣民主法學的開展，或許仍可提供一些刺激與啓示。

貳、民主的憲法法

民主與形構、規範民主之制度與程序的法，存在著複雜的關係。一方面，民主法的形成、內容及其作用，歸根究底而言，均是內生（*endogenous*）於民主政治；¹³民主法，可以說是民主對於民主自身的規範。由於民主本身寓有相當的緊張關係與不確定性，其內涵取決於由民主所構成之政治（*the political*）的探索與實驗，不同的民主制度與民主法秩序，基本上便反映了不同政體追求、實踐民主的不同歷史經驗。¹⁴另一方面，民主法會對民主政治產生多重的作用與影響。不同的民主法規範固然承擔著不盡相同的規範功能，但是整體而言，民主法在使民主週而復始地穩定運作成為可能的同時，也往往限制了民主政治的可能性，並且深刻地形塑、影響了民主之政治實踐的形象與內涵。比如說，選舉制度會影響政黨體系，進而影響憲政體制的運作乃至憲政的文化與生態，已是憲政／制度工程（*constitutional/institutional engineering*）的基本立足點；隨著民主的鞏固、確立，選舉制度也將趨於穩定而難有結構性的變革，從而限制了民主的後續制度實驗。¹⁵不過，民主的法未必是傳統的代言人，政治（*politics*）也不是民主變革／實驗的惟一媒介；當政治過程為既得利益者所控制的時候，民主改革往往是由法領域的實踐所啟動。例如，美國聯邦最高法院一九六二年的*Baker v. Carr*¹⁶一案判決，就開啟了一場劃時代的「選區重劃革命」（*the reapportionment revolution*），巨幅改變了美國各州代議民主的結構與生態。

不同位階與不同形式的民主法規範，多少都存在著法與政治的糾葛，但是就民主的憲法法（*the constitutional law of democracy*）而言，這項難題無疑特別嚴峻：剛性憲法提供並且穩固了民主的制度基礎，但是也創造出所謂的

¹³ 關於民主之制度規則的內生性，see Adam Przeworski, *Why Do Political Parties Obey Results of Elections?*, in DEMOCRACY AND THE RULE OF LAW 114, 137-39 (José María Maravall and Adam Przeworski eds., 2003).

¹⁴ 關於民主、政治（*the political*）、法、制度與歷史之關係的一項理論思考，see PIERRE ROSANVALLON, DEMOCRACY PAST AND FUTURE (Samuel Moyn ed., 2006).

¹⁵ 個人就選舉制度工程的進一步研討，see Yen-Tu Su, *Beyond Nightmare and Hope: Engineering Electoral Proportionality in Presidential Democracies*, 30 J. LEGIS. 205 (2004). 369 U.S. 186 (1962).

「死人之手問題」(the dead hand problem),¹⁷放大了歷史與法對於民主的限制；在由司法承擔違憲審查功能的制度條件下，憲政民主所蘊含的異議與矛盾，更進一步體現在司法審查所經常面臨到的正當性爭議。美國民主法的歷史發展，就充分印證了此等憲政民主之理論難題的現實性。美國聯邦最高法院在二十世紀一共做成了402則有關民主法問題的判決；¹⁸自從聯邦最高法院於*Baker v. Carr*一案進入了前大法官Frankfurter所比喻的「政治的灌木叢」(political thicket)之後，有關民主法之判決的數目尤其有顯著的成長，並且在該法院每年所做成之判決中占有相當的比例。¹⁹這種由聯邦最高法院所發展出來的關於民主的判例法，除了少數屬於該法院就選舉權法(the Voting Rights Act)等相關聯邦法律所為立法解釋(statutory interpretation)，多數涉及到民主的憲法法的司法審查判斷；隨著聯邦最高法院對於民主法問題的審查態度於一九六〇年代以後愈趨積極而且自信，其所做為的眾多判決，著實深刻影響了這四十多年來美國民主法秩序的內涵與發展。此項司法實務經驗，促使美國民主法的學術關懷，主要聚焦於民主的憲法法，並以檢討司法審查在民主法領域的角色分際問題，作為相關理論討論的重心。²⁰美國民主法的理論思維，基本上亦是在這樣的發展脈絡下，形構出其模稜兩可的雙重認同。

17 「死人之手」這個英文成語時常被引用來形容「現代人受到過去的人所定憲法的拘束」這個存在於剛性憲法的規範難題。See, e.g., Mark V. Tushnet, *Following the Rules Laid Down: A Critique of Interpretivism and Neutral Principles*, 96 HARV. L. REV. 781, 787 (1983); Michael J. Klarman, *Antifidelity*, 70 S. CAL. L. REV. 381 (1997).

18 John Copeland Nagle, *The Appearance of Election Law*, 31 J. LEGIS. 37 (2004).

19 例如在1991至2000年間，平均每年有6.3%的聯邦最高法院判決意見涉及選舉法議題。相關統計與分析，see RICHARD L. HASEN, THE SUPREME COURT AND ELECTION LAW: JUDGING EQUALITY FROM BAKER V. CARR TO BUSH V. GORE 1-3, 166-75 (2003).

20 雖然有關民主法的司法審查仍是美國民主法理論的核心課題，近來美國的民主法學者已將民主法的研究領域拓展至關於民主的制度工程以及管制理論。See, e.g., Heather K. Gerken, *Second-Order Diversity and Disaggregated Democracy*, 118 HARV. L. REV. 1099 (2005); Heather K. Gerken, *Dissenting by Deciding*, 57 STAN. L. REV. 1745 (2005); SPENCER OVERTON, STEALING DEMOCRACY: THE NEW POLITICS OF VOTER SUPPRESSION (2006); THE FUTURE OF THE VOTING RIGHTS ACT (David L. Epstein, et al. eds., 2006) [hereinafter THE FUTURE OF VRA]; Samuel Issacharoff, *Fragile Democracies*, HARV. L. REV. (forthcoming), available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=935395>。此等研究雖然不在本文的討論範圍，但相當值得我們注意與重視。

一、民主政治的憲法化

二〇〇〇年美國總統大選的輸贏結果，最後形同是由聯邦最高法院在 *Bush v. Gore*²¹ 一案中，以 5:4 此一保守派／自由派大法官之間的對決比數所決定。這個案子的論理與決定，受到了相當廣泛而且嚴厲的學術批判。²² 不過，相對於許多憲法學者對於 *Bush v. Gore* 一案判決的錯愕感，許多民主法學者的評論，透露出的似乎是更多的感慨。幾位民主法學者不約而同地指出，*Bush v. Gore* 一案其實不是一個孤立的特例；如果將之置於近四十年來聯邦最高法院審理民主法問題的脈絡與趨勢下觀察，我們或許不會對這項判決意見的出現感到特別意外。²³ 究竟是什麼樣的發展趨勢，讓聯邦最高法院在「捨我其誰」、「雖千萬人吾往矣」的態勢下，受理了這個案子，然後用一項新奇的憲法法理，一舉終結了二〇〇〇年總統大選在佛羅里達州的驗票爭議，從而讓 George W. Bush 順利入主白宮，成為美國史上的第四十三位總統呢？

學者 Richard Pildes 就此指向「民主政治的憲法化」(the constitutionalization of democratic politics)；這是一個伴隨著民主化的世界潮流而先後在許多民主國家出現的制度現象，美國就此之發展經驗不過可能特別顯明。²⁴ 就美國法而言，民主政治之憲法化（就規範效應而言）、司法化（就決策機制而言）的發展，是美國憲法法所經驗的一種重大的轉化，而以一九六二年的 *Baker v. Carr* 一案判決為其向來公認的開端。²⁵ 在此之前，聯邦最高法院不是沒有審理過民主法議題，也偶有非難歧視性之民主政治程序的

²¹ 531 U.S. 98 (2000).

²² See, e.g., THE VOTE: BUSH, GORE, & THE SUPREME COURT (Cass R. Sunstein & Richard A. Epstein eds., 2001)[hereinafter THE VOTE]; A BADLY FLAWED ELECTION: DEBATING BUSH V. GORE, THE SUPREME COURT, AND AMERICAN DEMOCRACY (Ronald Dworkin ed., 2002) [hereinafter A BADLY FLAWED ELECTION]; BUSH V. GORE: THE QUESTION OF LEGITIMACY (Bruce Ackerman ed., 2002) [hereinafter BUSH V. GORE].

²³ See, e.g., Pamela S. Karlan, *The Newest Equal Protection: Regressive Doctrine on a Changeable Court*, in THE VOTE 77; Richard H. Pildes, *Constitutionalizing Democratic Politics*, in A BADLY FLAWED ELECTION 155; Heather K. Gerken, *New Wine in Old Bottles: A Comment on Richard Hasen's and Richard Briffault's Essays on Bush v. Gore*, 29 FLA. ST. U. L. REV. 407.

²⁴ Richard H. Pildes, *The Supreme Court 2003 Term — Foreword: The Constitutionalization of Democratic Politics*, 118 HARV. L. REV. 28, 29-34 (2004). 關於民主政治之憲法化／司法化的比較研究，see also RAN HIRSCHL, TOWARDS JURISTOCRACY: THE ORIGINS AND CONSEQUENCES OF THE NEW CONSTITUTIONALISM 169-211 (2004).

²⁵ See, e.g., HASEN, *supra* note 19, at 2; Pildes, *supra* note 23, at 155.

憲法實踐；²⁶不過整體而言，憲法法與民主政治間的關係，仍然相當疏離，而聯邦最高法院對於民主法問題的審查態度，也相當低調甚至冷漠。²⁷*Baker v. Carr*一案判決標誌了美國之民主的憲法法及其司法審查的重大轉折，因為其在推翻了司法不審查選區劃分問題的判決先例的同時，也預告了一個司法將以憲法權利規範積極審查民主法問題之新時代的來臨。

四十多年來，聯邦最高法院的諸多憲法法判決，深刻地形塑了美國民主法秩序的形貌與內涵。²⁸舉例來說：憲法法相當程度決定了誰有權投票的問題，²⁹也對選民可以投票給誰的問題，做了一定的規範。³⁰在聯邦最高法院所發展出來的「一人一票」（one-person, one-vote）的憲法原則／規則下，美國各州參議院的議席分配（apportionment）不再能類比於聯邦參議院模式，而必須盡可能地滿足票票等值的要求；³¹聯邦眾議員與各州參、眾議員的選區，也必須根據十年一度的人口普查結果進行重分配（reapportionment）與重劃（redistricting），並且遵循寬嚴程度不等的「（選區）人口數相等原則」

26 例如聯邦最高法院在1927到1953年間，即曾針對「白人初選制度」（the "White Primary"），作出一系列的違憲判決。See *Nixon v. Herndon*, 273 U.S. 536 (1927); *Nixon v. Condon*, 286 U.S. 73 (1932); *Terry v. Adams*, 345 U.S. 461 (1953); but cf. *Smith v. Allwright*, 321 U.S. 649 (1944).

27 例如在*Giles v. Harris* (1903) 一案中，大法官Holmes主筆的法院意見拒絕對選舉權遭到不法剝奪的黑人原告提供司法救濟；see 189 U.S. 475. 在*Colegrove v. Green* (1946) 一案中，大法官Frankfurter主筆的判決主文與相對多數意見，則以政治問題為由，拒絕審查聯邦眾議員選舉之選區劃分問題；see 328 U.S. 549. 又如在*Lassiter v. Northampton County Board of Elections* (1959) 一案中，聯邦最高法院肯認立法可以要求選民須通過識字測驗才能投票；see 360 U.S. 45.

28 聯邦最高法院就選舉權法所為立法解釋以及適用，雖然不在本文討論範圍內，但是對於民主法秩序的影響，其實並不亞於其就民主的憲法法所為審查決定。

29 See, e.g., *Harper v. Virginia Board of Elections*, 383 U.S. 663 (1966) (判定選舉人頭稅違憲)；*Kramer v. Union Free School District No. 15*, 395 U.S. 621 (1969) (關於一學區選舉的投票資格問題)；*Dunn v. Blumstein*, 405 U.S. 330 (1972) (關於居住期間之選民資格限制的合憲性問題)；*Richardson v. Ramirez*, 418 U.S. 24 (1974) (關於一重罪褫奪公權規範的合憲性問題)；*Hunter v. Underwood*, 471 U.S. 222 (1985) (判定阿拉巴馬州褫奪公權之州憲規定違反憲法平等法律保護條款)。

30 See, e.g., *Burdick v. Takushi*, 504 U.S. 428 (1992) (肯定夏威夷禁止選民自填候選人 (write-in voting)之作法合憲)；*Bullock v. Carter* 405 U.S. 134 (1972) (判定一項要求政黨初選之候選人需繳納相當數額之登記費用才可參選的規定違憲)；*U.S. Term Limits, Inc. v. Thornton*, 514 U.S. 779 (1995) (認定各州不得就國會議員候選人增加憲法資格條款所無之任期限制)；*Cook v. Gralike*, 531 U.S. 510 (2001) (認定選票上不得註記候選人是否支持任期限制)。

31 *Reynolds v. Sims*, 371 U.S. 533 (1964).

(the equipopulation principle)。³²透過模糊的審查標準，聯邦最高法院束縛了種族意識的選區劃分（race-conscious districting; racial gerrymandering）；³³但是對於政治競爭秩序似有負面效應的黨派性選區劃分（partisan/bi-partisan gerrymandering），聯邦最高法院卻又相當容忍。³⁴聯邦最高法院就言論自由所發展出來的司法理論，根本地形塑了美國聯邦與各州對於競選經費的規範思維以及管制架構，並從而調整了政黨、企業、工會，乃至各種意見團體在選舉過程中的角色扮演。³⁵政治酬庸（patronage）機會的大幅縮減、³⁶公辦政黨初選的制度形式限制，³⁷乃至於司法對於各種政治程序之入場障礙（barriers to entry）的認可或者非難，³⁸也都是憲法法經由司法審查具體影響美國政黨體系與民主政治生態的重要示例。

³² 關於一人一票「原則」對於州議會之選區劃分的規範，see *Reynolds v. Sims*, 371 U.S. 533 (1964); *Mahan v. Howell*, 410 U.S. 315 (1973)（認定一項選區人口差異比例達16.4%的選區重劃方案違憲）。關於一人一票「規則」對於聯邦眾議員選區劃分之規範，see *Wesberry v. Sanders*, 376 U.S. 1 (1964)（另以憲法第1條第2項規定作為規範基礎）；*Karcher v. Daggett*, 462 U.S. 725 (1983)（以零差異標準（zero deviation standard）判定一項最大與最小選區間之人口數差距比例僅0.6984%的聯邦眾議員選區重劃方案違憲）。

³³ See *Shaw v. Reno*, 509 U.S. 630 (1993); *Miller v. Johnson*, 515 U.S. 900 (1995); *Bush v. Vera*, 517 U.S. 952 (1996); *Hunt v. Cromartie*, 531 U.S. 234 (2001).

³⁴ See *Gaffney v. Cummings*, 412 U.S. 735 (1973); *Davis v. Bandemer*, 478 U.S. 109 (1986); *Vieth v. Jubelirer*, 541 U.S. 267 (2004); *LULAC v. Perry*, 126 S. Ct. 2594 (2006).

³⁵ See, e.g., *Buckley v. Valeo*, 424 U.S. 1 (1976); *First National Bank of Boston v. Bellotti*, 435 U.S. 765 (1978); *Austin v. Michigan Chamber of Commerce*, 494 U.S. 652 (1990); *Colorado Republican Federal Campaign Committee v. Federal Election Commission (Colorado I)*, 518 U.S. 604 (1996); *Nixon v. Shrink Missouri Government PAC*, 528 U.S. 377 (2000); *FEC v. Colorado Republican Federal Campaign Committee (Colorado II)*, 531 U.S. 431 (2001); *McConnell et al. v. Federal Election Commission et al.*, 540 U.S. 93 (2003); *Randall v. Sorrell*, 126 S. Ct. 2479 (2006).

³⁶ See *Erlrod v. Burns*, 427 U.S. 347 (1976); *Branti v. Finkel*, 445 U.S. 507 (1980); *Rutan v. Republican Party of Illinois*, 497 U.S. 62 (1990).

³⁷ See *Democratic Party of the United States v. LaFollette*, 450 U.S. 107 (1981); *Tashjian v. Republican Party of Connecticut*, 479 U.S. 208 (1986); *Eu v. San Francisco County Democratic Central Committee*, 489 U.S. 214 (1989); *California Democratic Party v. Jones*, 530 U.S. 567 (2000).

³⁸ See, e.g., *Williams v. Rhodes*, 393 U.S. 23 (1968)（判定一項針對非主要政黨候選人的嚴格的參選程序（ballot access procedure）規定違憲）；*Jenness v. Fortson*, 403 U.S. 431 (1971)（認定一項要求獨立候選人需先提交5%選民連署方得列名於選票之規定合憲）；*Timmons v. Twin Cities Area New Party*, 520 U.S. 351 (1997)（肯認州之禁止跨黨登記的參選模式合憲）；*Arkansas Educational Television Commission v. Forbes*, 523 U.S. 666 (1998)（肯認公營媒體所舉辦之候選人辯論得排除支持度低之候選人的參與）。

透過憲法法之內部與外部觀點的交疊探照，我們可以析論美國民主政治的憲法化發展所具有的多重意義。首先，儘管聚焦討論有關民主之判例法的結果，多少可能會放大了司法審查之於民主政治的重要性，這四十多年來聯邦最高法院介入民主政治之制度安排與規範形成的廣度與深度，可能連 Warren 法院的支持者，都會感到意外。學者 Nathaniel Persily 指出，一九六〇年代以來法院對於民主政治的介入／干預，已不單純是聯邦最高法院 *Carolene Products*³⁹ 一案之著名「註解4」所揭示之司法審查理由的具體應用，而毋寧增補、擴張了 *Carolene Products* 之論理所設定的司法角色。⁴⁰ 學者 Richard Pildes 也認為，當代美國民主政治的憲法化雖然起始於 *Baker v. Carr* 一案判決，但是其後法院介入審查民主政治的正當化論理，以及受制於合憲性控制之民主法議題的性質，都有了顯著的改變，所以這項憲法化的發展，已不再只是 *Baker v. Carr* 一案的延續效應。⁴¹ 當然，改變的不僅是法院就民主法問題所持的司法哲學與司法理論，也包括民主政治尋求與回應司法審查的模式：有關民主法的政策爭議或政治衝突，越來越常被轉換為憲法法問題俾訴諸司法審查，而司法審查的結果，也為政治的參與者所接受或者屈從，不論其論理是否確能令人信服。就此而言，憲法法的規範思維以及法院就民主所抱持的文化態度（cultural attitude），⁴² 在相當程度上可能已經被內化於一般政治參與者對於民主的理解與想像。

從這項歷史經驗中，我們也不難發現民主政治與憲政主義間的動態互動。⁴³ 民主政治的憲法化既非歷史與規範的必然，其結果也未必彰顯憲政民主的進步。在 *Bush v. Gore* 一案判決中，聯邦最高法院提到：「由於選舉程序所涉及的平等保護問題，通常而言具有相當的複雜性，我們的法理考量僅限於當下的案情狀況。」⁴⁴ 這句話顯示，聯邦最高法院並不是毫無保留地擁抱、追求民主政治的憲法化，反而有意識地試圖限制其在本案所提出之平等保護法理的射程範圍。許多論者就此質疑這項判決是「僅此一次、下不為例」的無

³⁹ *United States v. Carolene Products. Co.*, 304 U.S. 144 (1938).

⁴⁰ See Nathaniel Persily, *Suing the Government in Hopes of Controlling it: The Evolving Justifications for Judicial Involvement in Politics*, 5:3 J. CONST. L. 607 (2003).

⁴¹ Pildes, *supra* note 24, at 34; see also Pildes, *supra* note 23, at 155-56.

⁴² 關於法院就民主所持文化態度的詮釋與批判，see Pildes, *supra* note 23.

⁴³ 民主與憲政主義的關係，是政治理論與憲法理論的古典課題。相關討論，see, e.g., *CONSTITUTIONALISM AND DEMOCRACY* (Jon Elster and Rune Slagstad eds., 1988); *CONSTITUTIONALISM: PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS* (Larry Alexander ed., 1998).

⁴⁴ 531 U.S. at 109.

原則性決定。⁴⁵不過，論者也不排除其被引為先例，從而促使選舉法之許多細節性的規範課題被進一步地憲法化的能力。⁴⁶不論後續發展如何，*Bush v. Gore*一案無疑已突顯了民主政治的憲法化發展所可能面臨到的高度政治性與規範性爭議，也為這項發展的未來投下了一個問號。在*Bush v. Gore*一案之後，開始有論者檢討司法審查的「退場機制」（exit strategies）；⁴⁷在民主法領域內已經沉寂許久的「政治問題理論」，稍後更有了復出的跡象。⁴⁸在當前的討論中，固然沒有人懷舊地希望重回*Baker v. Carr*一案之前的過去，卻也沒有人無保留地支持民主政治的進一步憲法化。在憲政民主體制內之憲法法與政治的動態互動，雖有路徑相依的歷史脈絡限制，但或許永遠沒有終結性的歷史定論可言——尤其當我們將民主本身理解為一項實驗、探索不斷的歷史。⁴⁹

二、選舉法例外論？

*Baker v. Carr*一案判決認定選區重劃問題具有可司法性的關鍵，在於前大法官Brennan認為：在憲法平等保護條款下「業已發展純熟並且為人熟悉」的司法標準，可以用來規制法院對於選區重劃問題的審查；⁵⁰在往後的四十多年來，聯邦最高法院主要便是以美國憲法增修條文第一條、第十四條等權利規範為基礎，大舉介入、審查民主政治程序的制度規範。歷史雖然步上了Brennan大法官所選擇的路徑，卻似乎在相當程度上否證了他的基本論點（亦即認為「法院可以根據憲法權利規範下既有的司法標準來審查民主法問題」）。一方面，聯邦最高法院就此所發展出來的司法理論，究其實質，往往有別於傳統憲法法底下「業已發展純熟並且為人熟悉」的司法審查標準【子命題(i)】。另一方面，即便在部分的民主法案件中，聯邦最高法院具

⁴⁵ See, e.g., Laurence H. Tribe, *eroG .v hsuB: Through the Looking Glass*, in BUSH V. GORE 39, 52-3; Guido Calabresi, *In Partial (but not Partisan) Praise of Principle*, in BUSH V. GORE 67.

⁴⁶ See, e.g., Richard L. Hasen, *No Exit? The Roberts Court and the Future of Election Law*, 57 S. C. L. REV. 669, 684-87 (2006); Chad Flanders, *Please Don't Cite This Case!: The Precedential Value of Bush v. Gore*, 116 YALE L. J. POCKET PART 141 (2006), <http://thepocketpart.org/2006/11/07/flanders.html>.

⁴⁷ See Pamela S. Karlan, *Exit Strategies in Constitutional Law: Lessons for Getting the Least Dangerous Branch out of the Political Thicket*, 82 B. U. L. REV. 667 (2002).

⁴⁸ See Vieth v. Jubelirer, 541 U.S. 271 (2004) (plurality opinion).

⁴⁹ See ROSANVALLON, *supra* note 14, at 38.
⁵⁰ Baker v. Carr, 369 U.S. at 226 (1962).

體適用了憲法法規範下的既有司法標準，其論理與審查結果，也往往不盡切實、合理【子命題(ii)】。就此而言，民主政治的憲法化發展，到底在司法理論的層次上形塑出了什麼樣的「民主的憲法法」，毋寧還有進一步檢討、反省的必要。我們至少必須追問：法院在審查民主法案件時，究竟應該適用相關權利規範傳統底下的審查標準？抑或有必要基於民主法領域的特性與需求，另行發展該領域的獨特的司法理論？環繞在「選舉法例外論」的討論，基本上就在回答這項問題。⁵¹

作為一項民主法與憲法法間的關係命題，選舉法例外論合成了上述(i)、(ii)兩項子命題，而兼具詮釋性與規範性的理論性質。子命題(i)可以透過對照、比較相同的憲法法規範在民主法與其他法領域的適用情形，求得印證。就有關平等法律保護的憲法法而言，沒有其他案型像民主法的選區重劃問題一樣，受到類如「一人一票」之嚴格數學標準的規範。⁵²又比如說，政府差別對待不同政治立場之公民的作爲，通常必須受到司法的嚴格審查，可是這項業已發展純熟的司法標準，並不適用於黨派性選區劃分。⁵³就有關言論自由的憲法法而言，聯邦最高法院在*Arkansas Educational Television Commission v. Forbes* (1998) 一案中指出：公營媒體一般而言並不受到論壇理論（the forum doctrine）的審查，但是鑑於候選人辯論（candidate debates）在選舉程序中的重要性與特殊角色，由公營媒體所舉辦的候選人辯論應例外地被視爲一種非公共論壇（a nonpublic forum）；其就哪些候選人可以參與辯論的取捨決定，因此必須滿足「意見中立」（viewpoint neutrality）的憲法規範要求。⁵⁴又比如說，政府對於政治性言論的管制通常會受到法院的嚴格審查，可是在*Burdick v. Takushi* (1992) 一案判決中，聯邦最高法院卻是適用一項比較有彈性的審查標準，而肯認夏威夷州可以不讓選民用「投票給唐老鴨」的方式表達抗議。⁵⁵學者Frederick Schauer與Richard Pildes在分析相關判

⁵¹ 「選舉法例外論」一詞，為學者Heather Gerken 於2002年時提出；see Heather K. Gerken, *Election Law Exceptionalism? A Bird's Eye View of the Symposium*, 82 B. U. L. REV. 737 (2002)。不過在這項用語出現以前，其所指涉的理論課題已受有相當討論。See Pamela S. Karlan and Daryl J. Levinson, *Why Voting Is Different*, 84 CAL. L. REV. 1201 (1996); Frederick Schauer and Richard H. Pildes, *Electoral Exceptionalism and the First Amendment*, 77 TEX. L. REV. 1803 (1999).

⁵² Karlan and Levinson, *id.* at 1201.

⁵³ *Id.* at 1208.

⁵⁴ 523 U.S. 666, 675-76 (1998).

⁵⁵ 504 U.S. 428.

例後就直言，在美國憲法第一增修條文下有「選舉例外論」（electoral exceptionalism）的存在；在審查選舉程序規範對於言論自由的限制時，法院時常採取不同於憲法第一增修條文之通常性準則的審查標準。⁵⁶

上述這種基於民主政治領域的特殊性而修正、調整所適用憲法法之司法審查標準的作法，在聯邦最高法院所發展出來的民主判例法上，並不罕見；不過，選舉法例外論作為一種詮釋性的法理論，終究無法解釋所有的民主法判例，因為在部分判例中，聯邦最高法院顯然直接套用了平等法律保護與言論自由等憲法法傳統下的審查標準，亦即逕以憲法法的傳統思維，來評量、決斷系爭的民主法問題。⁵⁷選舉法例外論雖然無法解釋這種將民主法問題當做「典型」憲法法問題處理的作法，卻可以作為批判這類判決的一種規範性理論，而具體表現在上述子命題(ii)的提出。更確切地說，選舉法例外論的支持者認為，這類判決在論理與決策上的問題，主要出於聯邦最高法院在司法理論上未能正視、回應民主法問題的特殊性。例如，聯邦最高法院在*Shaw v. Reno* ("Shaw I") (1993) 與*Miller v. Johnson* (1995) 等案，就以平等法律保護的憲法法向來適用於種族性分類措施乃至優惠性差別待遇（affirmative action）的嚴格審查標準，判定系爭之種族意識的選區劃分方案違憲。⁵⁸許多論者批評此舉無異於削足適履，因為法院就此適用傳統平等保護的嚴格審查標準，恐怕是出於對選區劃分與其間所牽涉之種族考量的目的與功能的嚴重誤解，其結果反而傷害了憲法法原本所要保護的少數種族。⁵⁹又比如說，自*Buckley v. Valeo* (1976) 一案以降，聯邦最高法院就競選經費管制議題所發展出來的裁判法理，大抵是以憲法第一增修條文保障言論自由的傳統規範思維為基礎；而許多論者就此所提出的批判意見，則反映了選舉例外論的規範思維。⁶⁰

⁵⁶ See Schauer and Pildes, *supra* note 51.

⁵⁷ 在評論選舉法例外論時，學者Nathaniel Persily就強調：聯邦最高法院就民主所發展出來的判例法理論，時常是延伸自、或者相當契合於比較廣闊之憲法法的司法理論。See Nathaniel Persily, *The Search for Comprehensive Descriptions and Prescriptions in Election Law*, 35 CONN. L. REV. 1509, 1515 (2003).

⁵⁸ See *Shaw v. Reno*, 509 U.S. 630 (1993); *Miller v. Johnson*, 515 U.S. 900 (1995). But cf. *Hunt v. Cromartie*, 531 U.S. 234 (2001).

⁵⁹ See, e.g., Lani Guinier, *[E]racing Democracy: The Voting Rights Cases*, 108 HARV. L. REV. 109 (1994); Karlan and Levinson, *supra* note 51; Heather K. Gerken, *Understanding the Right to an Undiluted Vote*, 114 HARV. L. REV. 1663 (2001).

⁶⁰ See Schauer and Pildes, *supra* note 51, at 1805.

為什麼法院不應該將有關平等保護、言論自由等基本權利的傳統規範理念與審查標準，直接適用於民主法領域呢？學者Richard Pildes就此提出了三點理由。第一個理由著眼於民主制度的政治形成空間；Pildes指出：

構成意見差別待遇（viewpoint discrimination）的政府行為，在其他領域往往不被允許，在民主的制度工程中卻是無可避免的。……在設計民主制度時，各州無可避免地必須根據其所嘗試鼓勵之民主政治型態的實質願景而有所作為。……事涉制度設計的問題與事涉個人權利的問題必須要有所區隔；不然的話，機械性地將權利的司法理論適用到民主程序，將會減損各州理應正當擁有的制度設計選項。⁶¹

第二個理由指向民主權利（the rights of democracy）或者政治權利（the rights of politics; political rights）的制度性。簡單地說，現代社會的民主政治已是一種受到法秩序高密度管制的制度／產業，所以民主政治所關聯到的權利，除了極小的核心部分（例如思想自由）具有普遍性、本質性的（intrinsic）的規範意義，多數是由基本的民主制度設計所結構與限定。⁶²

Pildes進一步申論道：

至少在成熟的民主國家中，目前有關民主程序的訴訟案件，並不常涉及可能被認為具有本質性的政治自由……關於「政治權利」的法概念，除了最根本質性的部分外，都應該反映權利主張所由生之制度的特定目的；就此而言，移植自憲法法的其他領域、為實現不同於選舉領域之制度目的而組成的規範原則與司法理論，並無法輕易地契合[於民主法領域]。⁶³

第三個理由關聯到群體（groups）——相對於個人而言——在現代社會的民主政治中所扮演的角色。質言之，政黨、利益團體、認同團體等群體或政治結盟的組織與動員，無疑是協調、促成政治集體行動所必要；民主政體內部的權力關係，主要便是由群體政治的動態互動所決定；個人的政治參與，基本上也必須透過群體的媒介，才有可能在協調、整合之後獲得實效。⁶⁴前大法官Powell曾經指出：「『代表』（representation）的概念必然是適用於群體

⁶¹ Pildes, *supra* note 24, at 50-51.

⁶² *Id.* at 51-52.

⁶³ *Id.* at 52-53.

⁶⁴ *Id.* at 53-54.

的：選民群體選舉民意代表，個別的選民則不能這麼做。」⁶⁵這句話也許已經明白表達了選舉權（the rights to vote; voting rights）或政治權利所具有的群體性、集合性。⁶⁶問題是，自由權、平等權等憲法權利的規範思維，基本上是以個人為其主要關懷，往往無法切實因應、掌握群體政治的問題與契機。學者Pildes就此評論：

在對於「承認這些[有關自由權與平等權的]權利主張後，將如何影響攸關於政治輸贏之群體與政治結盟的秩序狀態」這個問題的司法理解有所欠缺的情況下，司法就此所為決定，可能反而會傷害了法院自以為其在確保的利益。關於權利與平等的司法理論，可能過度聚焦於原子化的個人或者被拆解了的（disaggregated）的群體，而無視於決定實際政治權力之組織與結盟的整體網絡。⁶⁷

以上三項理由，或許已為選舉法例外論（以及後述的結構取向的民主法理論）的基本規範思維，提供了有力的說理論證。不過，許多學者對於選舉法例外論，仍然抱持著懷疑與保留的態度。作為一種相對性、比較性的命題，選舉法例外論當然預設了某種關於憲法法以及某種關於民主法的規範想像；論者對於這項命題的質疑（包含自我質疑）甚或反對，基本上就分別或同時指向其所預設的這兩個前提。

例如，學者Daniel Farber在檢討有關競選經費管制議題的憲法法理後，便做了以下的結論：「在我們的法律文化中，將選舉法理解為一個完全自主的憲法法領域，並不是一個選項。這個結論並不排除選舉法議題受到某種形式之例外對待的可能性，但是例外論始終必須受到論證、檢驗，而不是想當然爾的存在。」⁶⁸Farber沒有全然否定在特定議題上可能有選舉法例外論的存在空間，但是他並不認為民主法可以就此輕易地擺脫自由權、平等權之憲法法的規範傳統的影響。所謂的「法律文化」容或有不同的詮釋，但可以確定的

⁶⁵ *Davis v. Bandemer*, 478 U.S. 109, 167 (1986) (Powell, J., concurring in part and dissenting in part).

⁶⁶ See, e.g., Samuel Issacharoff, *Polarized Voting and the Political Process: The Transformation of Voting Rights Jurisprudence*, 90 MICH. L. REV. 1833, 1856-59 (1992); Guinier, *supra* note 59, at 125-28; Vikram David Amar and Alan Brownstein, *The Hybrid Nature of Political Rights*, 50 STAN. L. REV. 915 (1998); Gerken, *supra* note 59, at 1681-89.

⁶⁷ Pildes, *supra* note 24, at 54.

⁶⁸ Daniel A. Farber, *Implementing Equality*, 3-2 ELECTION L. J. 371, 382 (2004) (book review).

是，民主的憲法法在美國仍然是以憲法第一、第十四增修條文等基本權規定為其主要的憲法「文本掛鉤」（textual hooks）。⁶⁹ Farber便是在此項歷史與規範的基礎上強調，法院在決定是否承認、採取選舉法例外論時，必須顧及到其對這些憲法法規範一般而言所可能造成的影響；⁷⁰ 而這種對於例外論之「領域外影響」的顧慮，顯然會對例外論的承認與否及其範圍廣狹問題，構成相當程度的牽制。氏舉例，如果法院打算認定說「給予候選人的政治獻金並不在憲法第一增修條文的保障範圍內」，那麼法院必然得費勁解釋，何以捐款給美國公民自由聯盟（ACLU）等意見團體不是同樣不受保障的行為。⁷¹

學者Farber的上述意見隱含了一個常見的觀點：民主法／選舉法再怎麼特殊，頂多也只是憲法法的一個「次領域」；美國憲法法在司法理論層次上依事務領域之不同而分殊化發展的理論傳統，則為這項強調憲法法本身之多元性與包容性的觀點，提供了一個立論基礎。憲法權利規範個別或共同形構出來的憲法權利秩序，容或有一般性的原則與價值可言，可是這些反映於憲法抽象文義的原則、價值，對於司法理論／司法審查標準的形構，毋寧只有相當有限的規範作用，而容許法院另外基於制度性考量，就不同案型選取不同的憲法實踐策略。⁷² 在論證選舉例外論的時候，學者Schauer與Pildes就強調，針對政治性言論管制的憲法第一增修條文下的司法審查標準，早已是因制度而異（institution-dependent）、領域特定（domain-specific）、脈絡特定（context-specific）的；⁷³ 「如果有反對選舉例外論的理由的話，這些理由不可能是反對例外論本身的，因為在憲法第一條增修條文，例外論是常規，不

⁶⁹ 有學者建議應以美國憲法第4條第4項之共和政府保障條款替代憲法第14增修條文的平等法律保護條款，作為司法審查選區劃分問題的憲法規範基礎。See Michael W. McConnell, *The Redistricting Cases: Original Mistakes and Current Consequences*, 24 HARV. J. L. & PUB. POL'Y 103 (2000). 晚近也有學者建議應以美國憲法第1條第4項之選舉條款，作為司法審查黨派性選區劃分的憲法規範基礎。See Brief of Samuel Issacharoff, Burt Neuborne, and Richard H. Pildes as Amici Curiae in Support of Appellants, *LULAC v. Perry*, 126 S. Ct. 2594 (2006) (Nos. 05-204, 05-254, 05-276, and 05-439). 不過這些建議並未為聯邦最高法院所採納。

⁷⁰ Farber, *supra* note 68, at 382.

⁷¹ *Id.*

⁷² 關於美國憲法法之司法理論的主要關懷、理論構成、及其與憲法解釋理論間的區別與關係，see, e.g., RICHARD H. FALLON, JR., *IMPLEMENTING THE CONSTITUTION* (2001); Mitchell N. Berman, *Constitutional Decision Rules*, 90 VA. L. REV. 1, 3-8 (2004).

⁷³ See Schauer and Pildes, *supra* note 51, at 1823-24.

是例外。」⁷⁴另外，Pildes等學者雖然有力地論證了結構性考量之於民主法的重要性，結構論（structuralism; structural theories）顯然不是民主法的專利。⁷⁵在批判了聯邦最高法院於解釋、適用憲法權利規範時迴避結構分析的作法後，著名的憲法學者Laurence Tribe更建議論者坦言：「我們現在全都是結構論者了。」⁷⁶基於上述的這兩種考量，憲法學者往往肯認了選舉法例外論的實質論點，但是質疑這些論點的獨特性。

民主法領域所涵括之規範議題的多樣性，也讓一些民主法學者對於選舉法例外論有所質疑。畢竟，不論就其詮釋性或者就其規範性面向而言，選舉法例外論終究是不完整的；就算一般憲法法的規範邏輯不足以回應民主法問題的特殊性，也不表示我們可以輕易地發展出一個統一性的替代理論，從容地因應此一領域內多元而複雜的規範議題。⁷⁷學者Nathaniel Persily就此感慨道：

只要法院以平等或某些其他價值之名而插手管政治，我們將難以區隔政治的與非關政治的案件，也將難以鑑別可允許的與不受允許的司法干預。……灌木叢的問題是，一旦你走進去以後，你只會愈陷愈深。⁷⁸

三、民主法學的雙重認同

有關選舉法例外論的討論重點，恐怕並不在於細究此項命題的前提條件及其合理性的限度。我們或許可以試著仔細推敲出一個比較穩當的、能夠被多數論者接受的修正命題；但是愈沒有爭議的命題，往往也愈趨平庸而沒有什麼討論的必要了。作為一項爭論性（polemical）的主張，選舉法例外論的提出，主要毋寧是為了協助人們思索、探尋民主法／選舉法作為一個領域的意義。我們因此不妨從民主法之領域定位的思考層次，檢討關於選舉法例外論的論辯。

雖然學者們還在爭執民主法的法典範究竟為何，民主法作為一個領域／

⁷⁴ *Id.* at 1835.

⁷⁵ 破論、闡明憲法法（特別是各項憲法權利規範）的結構性意義，是美國許多憲法理論的主題。See, e.g., CHARLES L. BLACK, JR., *STRUCTURE AND RELATIONSHIP IN CONSTITUTIONAL LAW* (1969, 1985); AKHIL REE AMAR, *THE BILL OF RIGHTS* (1998).

⁷⁶ Laurence H. Tribe, *Sanez Sans Prophecy: Does the Privileges or Immunities Revival Portend the Future—Or Reveal the Structure of the Present?*, 113 HARV. L. REV. 110, 172 (1999).

⁷⁷ See Persily, *supra* note 57, at 1515.

⁷⁸ *Id.* at 1516-17.

研究主題的學術發展，毋寧已有相當程度的進展；藉由將分散在憲法法之不同角落的民主法問題整合在一起進行系統性的分析檢討，民主法的學術研究試圖、也多少已經開展出了有別於傳統憲法法的視野與思維。⁷⁹就跟行政法與刑事程序法在美國的早期發展軌跡一樣，民主法之成為一個研究領域的進行式，基本上意謂著相關研究正在逐漸脫離憲法法的學術帝國。⁸⁰另一方面，作為美國民主法研究之核心關懷的民主的憲法法，既係形成自民主政治的憲法化發展，其內涵無疑仍深受憲法法之傳統規範思維的影響；即便在民主法研究愈益專精的情況下，例外論的修辭也並未被用來「戍守民主法的領域疆界」、抗拒憲法法學者之參與討論民主法問題。⁸¹就此而言，民主法作為一個研究領域，既不是截然獨立於憲法法之外，也不是全然從屬於憲法法；民主法的領域定位，可以說同時受到了「獨立」與「從屬」這兩種不同取向之意識的拉扯，而不免具有相當的模糊性與不確定性。

這兩種分別取向於獨立與從屬的領域意識在民主法學上的重疊現象，本文稱為「民主法學的雙重認同」。民主法學者對於選舉法例外論所持猶疑而模糊的基本態度，基本上就體現、印證了民主法學的雙重認同的存在。進一步而言，民主法「既獨立又從屬於憲法法」的雙重認同，並不是因為民主法學者間對於民主法的領域定位問題存在有根本性的認同分歧與對峙；相反地，本文推斷，這種雙重認同很可能存在於絕大多數的美國民主法學者——儘管其存在往往是曖昧、隱晦的。曾經力陳選舉法之特殊性、也是民主法其中一本案例教科書的編者之一的學者Pamela Karlan，在檢討民主法成為一個研究領域的學術發展時，就明白表示：民主法還是應該被理解為一種「憲法法各論」（*applied constitutional law*），其研究不應完全脫離憲法法的國度。⁸²Karlan強調民主法之於憲法法的從屬性，但是並沒有因而全盤否定了民主法作為一個領域的獨立發展；換句話說，Karlan所表白與示範的，應該是一種雙重性的學術認同。相對於Karlan之比較突顯民主法之於憲法法的從屬性，其他學者在界定民主法的研究領域時，往往比較強調其在美國當前學術分工

⁷⁹ See Daniel R. Ortiz, *From Rights to Arrangements*, 32 LOY. L.A. L. REV. 1217 (1999); Burt Neuborne, *Making the Law Safe for Democracy: A Review of "the Law of Democracy etc."*, 97 MICH. L. REV. 1578 (1999).

⁸⁰ Pamela S. Karlan, *Constitutional Law, the Political Process, and the Bondage of Discipline*, 32 Loy. L.A. L. REV. 1185, 1187 (1999).

⁸¹ See Gerken, *supra* note 51, at 739, 741.

⁸² Karlan, *supra* note 80, at 1196.

體系上的自成一格。例如，學者Richard Hasen認為它是一個「關聯到但是有別於它的兩個非常不同的父母（憲法學與政治學）的研究領域」；⁸³政治學學者Bruce Cain則建議這個新興領域應該正名為「政治管制」（political regulation），進而追求民主理論、法、公共政策與實證政治學的科際整合性研究。⁸⁴可是，這些主張還是無法明確地劃出民主法與憲法法的領域分界線，也無法否認憲法法傳統對於民主法的深遠影響。換句話說，這些主張只是強調了民主法之領域認同中的獨立面向，並不表示作為一個領域的民主法可以全然自主獨立的存在。

憲法法與民主法之間，並不是只有單向的傳承關係；隨著民主法研究在美國近年來的蓬勃發展，民主法與憲法法間的交互繁殖（cross-fertilization）現象，已愈趨顯著。一方面，有關民主政治程序的制度規範以及法院在民主政治秩序形構過程中的角色扮演，一直是美國憲法理論的重要課題；⁸⁵已故學者John Hart Ely的「參與導向、代表性強化」（participation-oriented, representation-reinforcing）理論⁸⁶、學者Cass Sunstein的「司法最小主義」（judicial minimalism）⁸⁷等著名的憲法理論，尤其是民主法之不同法典範思維的重要立論基礎。另一方面，民主法領域的學術發展，對於我們省思基本權利、權力分立等傳統憲政課題，往往也具有相當的意義與啓示；⁸⁸民主法學者Richard Pildes之受邀撰寫《哈佛法學評論》之聯邦最高法院二〇〇三年年度回顧專輯的前言（Foreword），即可例證民主法研究受到了憲法學界的肯認。如果民主法完全獨立於憲法法之外，或者完全從屬於憲法法而沒有提出任何新的系統性思維，則上述這種密切的學術對話與合作，恐怕都是難以想像的。學者Karlan在討論民主法的領域定位時，就相當強調民主法與憲法法之間的相互依存性：

⁸³ Hasen, *supra* note 1, at 1095.

⁸⁴ Bruce E. Cain, *Election Law as a Field: A Political Scientist's Perspective*, 32 LOY. L.A. L. REV. 1105, 1119 (1999).

⁸⁵ 從憲法理論角度析論、檢討民主法議題的晚近示例，see e.g., CHRISTOPHER L. EISGRUBER, CONSTITUTIONAL SELF-GOVERNMENT 168-204 (2001); JEFFREY ROSEN, THE MOST DEMOCRATIC BRANCH: HOW THE COURTS SERVE AMERICA 115-150 (2006).

⁸⁶ See JOHN HART ELY, DEMOCRACY AND DISTRUST: A THEORY OF JUDICIAL REVIEW (1980).

⁸⁷ See CASS R. SUNSTEIN, ONE CASE AT A TIME: JUDICIAL MINIMALISM ON THE SUPREME COURT (1999).

⁸⁸ 晚近即有憲法學者與民主法學者合作檢討政黨政治對於憲法權力分立秩序之影響的示例，see Daryl J. Levinson & Richard H. Pildes, *Separation of Parties, Not Powers*, 119 HARV. L. REV. 2311 (2006).EV

倘若關於政治程序之法規範的研究，完全地與憲法法的研究領域分家，而這兩個領域又如果分別演化到某種程度，以至於其間的交互繁殖已難有延續的可能，那麼這對每一位關心相關議題的人來說，都是不幸的。憲法法的其他面向一旦與產出它們的政治制度分離開來，是無法被充分理解的；同樣的道理，我們的政治制度與政治實踐，也無法被孤立地理解：它們毋寧都是憲法法的一部分。⁸⁹

進一步推衍Karlan的上述意見，我們可以說，民主法學的雙重認同，具有維繫民主法與憲法法這兩個領域間之對話、交流的積極意義。由於雙重認同具有其他單一性認同所較為欠缺的這種「橋接」（bridging）、溝通的認知或者意識，⁹⁰其存在縱然隱晦、模糊，卻不是無奈的過渡性妥協。不過，作為一個整體而存在的雙重認同，雖然有其積極、正面的存續價值，其內部無可否認地蘊含著矛盾；民主法學的雙重認同因此從來就不是靜態的，其內涵會隨著民主法領域的學術進展而有所演化。就此而言，美國的民主法學者雖然普遍地具有雙重認同，但是在這個抽象而模糊的共識下，卻也集體地焦慮於雙重認同的具體內涵——而這種認同焦慮，本文猜測，應是推促民主法學者思辯民主法之法典範的一項重要動力。

參、民主法的典範論辯：一個概觀

美國聯邦最高法院在一九六四年間做出的*Lucas v. The Forty-Fourth General Assembly of Colorado*⁹¹一案判決，和其姊妹作——因論證確立「一人一票」原則而名聲遠播的*Reynolds v. Sims*⁹²一案判決，形成了非常有意思的對比。跟*Reynolds v. Sims*一案所涉及之阿拉巴馬州議會的議席分配狀況相類似的是，*Lucas*一案所牽涉的科羅拉多州之州參議院的議席分配，也存在有各選區人口數相當不等的情形。阿拉巴馬州議席的不均分配（malapportionment），可以歸咎於自一九一一年以來阿拉巴馬州不會定期重分配議席、重劃選區的長期立法不作為。科羅拉多州的故事則不然。從一八八一年到一九六二年，科羅拉多州議會的議席前前後後已經重分配了八次，而且*Lucas*一案的爭訟對

⁸⁹ Karlan, *supra* note 80, at 1188.

⁹⁰ 關於民主法領域發展所提供之架橋溝通（building bridges）的契機，*see id.* at 1196-97.

⁹¹ 377 U.S. 713.

⁹² 377 U.S. 533.

象（關於科羅拉多州議會席次分配的一項州憲增修案）於一九六二年時才剛經由公民複決通過，甚至還在該州的每個郡（包括在該項議席分配方案下某種意義上是比較「吃虧」的城市地區）都得到了多數選民的支持。這兩個案子的法院意見，都是由當時的首席大法官Warren執筆；這兩州議會議席的不均分配，也在同一天被聯邦最高法院認定其均已違反了憲法第十四增修條文的平等法律保護條款。在*Reynolds v. Sims*一案分別提出協同意見的Clark與Stewart大法官，則對*Lucas*一案判決提出了不同意見，認為法院不應該否定科羅拉多州之議席分配的合憲性。

*Lucas*一案似乎不怎麼受到美國憲法學者的重視。⁹³不過，作為學者Samuel Issacharoff等三人編著之民主法案例教科書所討論的第一則案例，*Lucas*一案帶出了許多值得討論的問題：⁹⁴比如說，為什麼意在確保多數統治之「一人一票」的政治平等原則，可以進而排擠政治多數對於其他代議型式的偏好？當政治多數決定給予政治少數較大的發言權時，我們有什麼理由不去信任政治程序？如果說惟有司法審查的介入干預，方能打破既得利益之政治少數對於阿拉巴馬州之代議政治的挾持，那麼在議會席次的重分配沒有嚴重受阻、直接民主之制度傳統又相當活絡的科羅拉多州，司法審查還有介入的必要嗎？在其執筆的法院意見中，首席大法官Warren強調，法院保障個人憲法權利的職責，不是其他政治救濟途徑所得旁貸的。⁹⁵可是，代議民主究竟應被設想為是個人化的基本權利？還是應被理解為是以調和群體利益為其主要考量的制度安排呢？大法官Stewart的不同意見書，就對*Lucas*一案聯邦最高法院所採個人主義的代表哲學，做了強力的批判。⁹⁶

將上述這些問題進一步抽象化以後，我們所面對的，其實是困擾著整個

⁹³ 美國主要的憲法案例教科書，都將相關討論的重心置於*Reynolds v. Sims*一案，僅附帶地點到*Lucas*一案的爭點與結論。在其他文獻討論上，似乎也只有幾位重要的憲法學者對於*Lucas*一案的判決論理做了簡短的批判；see e.g., ALEXANDER M. BICKEL, THE SUPREME COURT AND THE IDEA OF PROGRESS 110 (1970); ROBERT H. BORK, THE TEMPTING OF AMERICA: THE POLITICAL SEDUCTION OF THE LAW 87 (1990). 提倡程序導向之司法審查以疏通政治變遷之管道的已故憲法學者John Hart Ely，於其《民主與不信任》一書中，則以一個註釋為*Lucas*一案判決提出了簡短的辯護；ELY, *supra* note 86, at 239 n. 60. 不過，Ely支持本案判決的論理，恐怕誤解或者忽略了系爭科羅拉多州議席分配方案的意義（政治多數願意給予政治少數群體以較多的州參議院席次），所以本文認為其論理並無法讓人信服。

⁹⁴ THE LAW OF DEMOCRACY, at 10-15.

⁹⁵ 377 U.S. 736-37.

⁹⁶ 377 U.S. 744, 748-51 (Stewart, J., dissenting).

民主法領域的兩個密切相關的核心課題：(i) 我們所要形構的究竟是什麼樣的民主政治程序，以及(ii) 司法審查，相對於其他政治制度而言，就民主政治程序的形構所應該扮演的角色。⁹⁷所有民主法的論理或者判斷，都直接或間接地反映了論者（以及法院）對於這兩項課題的設想；所有以整個領域作為討論範疇的民主法理論，基本上也試圖就這兩項課題，在某種一般性的層次（level of generality）上，開展出貫通、整合此一法領域的系統性思維，據以尋求民主法規範的連貫性（coherence）／一致性（consistency）。這兩項規範課題的考量，在美國民主法的司法實務與學術討論上，進一步聚焦於「民主法的司法審查究竟應該取向於民主政治的結構性考量或者著眼於個人的權利保護」這項司法理論的取向問題。美國的民主法學者可以說便是以這項民主法之司法理論的架構／取向問題，作為上述(i)、(ii) 兩項課題的代理（proxy），而在「權利——結構」之間，展開了相當熱烈的規範性論辯。前述有關選舉法例外論的討論，也可以被理解為是這場論辯的其中一個面向。

從美國民主法的發展脈絡觀察，我們或許不難理解何以有關民主政治之程序建制及其司法審查的規範思維，會以「權利——結構」作為論辯的主要軸線。在一九六二年以前，聯邦最高法院是以這兩個概念來區隔、標定法與政治的分際：法院只能審理事涉個人權利的議題；至於政治程序之結構性的規範議題，則是不受司法審查的政治問題。在一九四六年的*Colegrove v. Green*⁹⁸一案判決，主筆法院意見的大法官Frankfurter就認為，系爭的議席不均分配不是「個別的惡」（“private wrong”），而是「整個共同體所承受的惡」（“a wrong suffered by [the state] as a polity”），從而只能尋求政治解決，而非司法所得救濟。⁹⁹不過，聯邦最高法院於一九六二年的*Baker v. Carr*一案判決，在大法官Frankfurter的強烈反對之下，¹⁰⁰推翻了*Colegrove v. Green*這個先例；主筆*Baker v. Carr*一案之法院意見的大法官Brennan，轉而強調原告的個人權利受到了損害，從而認為系爭的議席不均分配問題應該受到司法審查。¹⁰¹隨著*Baker v. Carr*一案判決之發展成為美國民主法領域的「超級先例」（super

97 See also THE LAW OF DEMOCRACY, at 3.

98 328 U.S. 549.

99 *Id.* at 552. 這項基於民主法問題的結構性而否定其可司法性的法理見解，還可以回溯到聯邦最高法院於1903年時由大法官Holmes主筆法院意見的*Giles v. Harris*一案判決；see 189 U.S. 475.

100 369 U.S. 186, 266 (Frankfurter, J., dissenting).

101 369 U.S. 186, 204-07.

precedent），¹⁰²論者大多肯認Warren法院對於議席不均分配等民主法議題的介入審查，卻也無法否定（甚至比較同意）大法官Frankfurter就民主法議題之結構屬性的定性與說理。¹⁰³在後*Baker v. Carr*時期，「權利——結構」的分野轉而突顯了存在於美國民主法之司法審查實務的一項根本難題：法院經常是在規制民主程序的結構，可是法院所習於使用的分析與規制工具——憲法法之個人權利傳統下的司法理論——卻未必適合這項任務。¹⁰⁴

不論是否將問題歸因於「權利——結構」間的糾葛，美國民主法的研究者大概都同意，聯邦最高法院就民主的憲法法所發展出來的判例法，存在有許多論理矛盾、不一致的問題。¹⁰⁵不同的民主法理論，雖然未必都是以法院為中心（court-centered）的規範思維，但是均必須回應、評價這種存在於美國司法審查實務的論理困難，而且多少也試圖引導、規律法院就民主法議題所為規範決策。以下，本文區分討論「結構取向的民主法理論」、「權利本位的民主法理論」以及「權利與結構合成論」等有關民主法之司法理論架構／取向的三種主要立場。這三種理論立場的區分是相對性的、概略性的、理念性的；¹⁰⁶相關的規範理論思維，實際上無疑更為多元，而且往往具有相當的模糊性與延展性，難有確切的理論定位可言。這些由司法理論的架構／取向所開展出來的不同的民主法典範思維，雖然反映了論者對於民主政治及其司法審查的不同規範想像，而在若干具體議題上有著針鋒相對的意見，卻也共享了自由民主之大思想傳統下的許多基礎規範價值，而時常就民主法的司法審查提出了殊途同歸的理論意見——*Lucas*一案判決之受到美國民主法學者不分理論立場的廣泛質疑，或許就是一個示例。¹⁰⁷

¹⁰² See Michael J. Gerhardt, *Super Precedent*, 90 MINN. L. REV. 1204, 1212-13 (2006).

¹⁰³ See Samuel I. Issacharoff and Pamela S. Karlan, *Where to Draw the Line?: Judicial Review of Political Gerrymanders*, 153 U. PA. L. REV. 541, 578 (2004).

¹⁰⁴ Heather K. Gerken, *Lost in the Political Thicket: The Court, Election Law, and the Doctrinal Interregnum*, 153 U. PENN. L. REV. 503, 512 (2004).

¹⁰⁵ See, e.g., Persily, *supra* note 57, at 1515; Heather K. Gerken, *The Cost and Causes of Minimalism in Voting Cases: Baker v. Carr and Its Progeny*, 80 N. C. L. REV. 1411, 1434-36 (2002); Burt Neuborne, *Response to Professor Gardner: Is There a Theory in this Class?*, 35 CONN. L. REV. 1519, 1520 (2003).

¹⁰⁶ 學者Daniel Ortiz也認為權利論與制度／結構論間的差別在於理論重音(emphasis)的不同；see Ortiz, *supra* note 79, at 1218.

¹⁰⁷ 民主法學者對於*Lucas*一案判決的批判或質疑，see, e.g., THE LAW OF DEMOCRACY, at 10-15; HASEN, *supra* note 19, at 56-57; Gerken, *supra* note 105, at 1439 n.110; Guy-Uriel Charles, *Judging the Law of Politics*, 103 MICH. L. REV. 1099, 1130 n.162 (2005) (book review).

一、結構取向的民主法理論

結構取向的民主法理論，或者簡稱為結構論，基本上試圖引導民主法的司法審查，去規制政治所據以運作的制度性安排，甚於維護個人權利、救濟個人損害。¹⁰⁸這是一個相當寬廣的立場界定，其間涵括了相當多元的理論主張。比如說，學者Heather Gerken在檢討有關議席不均分配的平等保護論理時，就彙整了「閉鎖理論」(the lock-up theory)、「群體本位的敵意理論」(the group-based animus approach)、「質性代表理論」(the qualitative representation theory)與「象徵性損害理論」(the expressive harm approach)等四種內涵不同、但均取向於分析民主政治之結構性問題的司法理論。¹⁰⁹Gerken將這些理論界稱為「中介理論」(intermediary theories)或者「協調原則」(mediating principles)，其功能在於設定議題、過濾事實、進而將抽象的規範轉譯為司法的具體決定。¹¹⁰根據Gerken的看法，這類的中介理論／協調原則，是引導、規律司法審查決策所必要，也應該取向於結構分析（至少就民主法的許多議題脈絡而言），¹¹¹卻未必要是一個單一的、統一性的理論；「一組分別反映了多元之民主價值的複數理論的交疊集合，可能更有助於法院審理民主法此一脈絡下出現的態樣多端的規範主張。」¹¹²

不過，在論及結構論的時候，民主法學者的焦點毋寧集中於學者Samuel Issacharoff與Richard Pildes等人所倡議的「政治市場理論」(the political markets approach)，也就是學者Gerken所指稱的「閉鎖理論」。¹¹³在一九九八年的〈政治作為市場〉一文中，Issacharoff與Pildes揭示了他們的理論綱領：

¹⁰⁸ Pamela S. Karlan, *Nothing Personal: The Evolution of the Newest Equal Protection from Shaw v. Reno to Bush v. Gore*, 79 N. C. L. REV. 1345, 1346 (2001); Ortiz, *supra* note 79, at 1218; Gerken, *supra* note 104, at 1417.

¹⁰⁹ Gerken, *supra* note 105, at 1421-27.

¹¹⁰ *Id.* at 1414, 1442.

¹¹¹ Gerken, *supra* note 104, at 505-510, 513-517; Gerken, *supra* note 105, at 1417.

¹¹² Gerken, *supra* note 105, at 1442 n. 125.

¹¹³ Samuel Issacharoff & Richard H. Pildes, *Politics as Markets: Partisan Lockups of the Democratic Process*, 50 STAN. L. REV. 643 (1998); Pildes, *The Theory of Political Competition*, 85 VA. L. REV. 1605 (1999); Issacharoff, *Oversight of Regulated Political Markets*, 24 HARV. J. L. & PUB. POL'Y 91 (2000); Issacharoff, *Gerrymandering and Political Cartels*, 116 HARV. L. REV. 593 (2002) [hereinafter Issacharoff, *Political Cartels*]; Pildes, *supra* note 24; Pildes, *Competitive, Deliberative, and Rights-Oriented Democracy*, 3 ELECTION L. J. 685 (2004) (book review) [hereinafter Pildes, *Book Review*]; Pildes, *The Constitution and Political Competition*, 30 NOVA L. REV. 253 (2006).

就涉及政治管制的案件，我們主張法院應該將審查的焦點，從第一階序的權利與平等問題，轉移到第二階序之政黨尋求執政權力的背景市場。與其直接透過個人權利之集中化的強制實行來試圖控制政治，我們認為法院去檢驗政黨競爭的背景結構會做得更好。在政黨競爭的市場相當活絡健全的場合，司法審查比較少有介入、干預政治的正當性事由。在法院可以察覺到既存政黨勢力操弄了這些背景遊戲規則的場合，法院則應該非難、廢棄那些政治操弄，以確保一個適度競爭性的政黨政治環境。¹¹⁴

這項主張傳承了美國憲法學之「程序理論」(the process theory)的理論架構。¹¹⁵在一九八〇年的《民主與不信任》一書中，著名的美國憲法學者John Hart Ely即已運用「(政治)市場」、「競爭法」等隱喻，說明民主政治及其司法審查的關係，而認為只有當民主程序／政治市場的運作出現了系統性的功能失調時，司法才有介入審查的正當性與必要性。¹¹⁶學者Michael Klarman在一九九七年時也提出了相近的主張，而認為本於民主多數決原則的司法審查，應該致力於對付政治既得利益者的固著／頑抗(entrenchment)等反多數決的代議政治病理。¹¹⁷Issacharoff與Pildes的理論貢獻，則是將此一理論傳統對於民主政治程序的設想，從以「代表」(representation)為中心轉化為以「政治競爭」為中心；政治市場的競爭性(competitiveness)於是成為程序理論脈絡下之民主法理論的最主要的結構性課題，而據此所開展出來的民主法的規範思維，也嘗試向公司法、競爭法等對於不同經濟市場的管制規範，尋求更進一步的借鑒。著名的聯邦上訴法院法官Richard Posner與政治學學者Ian Shapiro，後來便分別呼應了這項理論趨勢，進而在「競爭民主」此一最小主義民主觀的基礎上提出了不同的政治競爭法理論(the political antitrust theories)，試圖據以導引民主法的司法審查。¹¹⁸此外，還有許多論者附和了

¹¹⁴ Issacharoff & Pildes, *supra* note 113, at 648.

¹¹⁵ See Issacharoff & Pildes, *supra* note 113, at 709-10; Michael C. Dorf and Samuel Issacharoff, *Can Process Theory Constrain Courts?*, 72 U. COLO. L. REV. 923 (2001).

¹¹⁶ ELY, *supra* note 86, at 102-03.

¹¹⁷ Michael J. Klarman, *Majoritarian Judicial Review: The Entrenchment Problem*, 85 GEO. L. J. 491 (1997).

¹¹⁸ See RICHARD A. POSNER, LAW, PRAGMATISM AND DEMOCRACY 245-47 (2003); IAN SHAPIRO, THE STATE OF DEMOCRATIC THEORY 60-77 (2003). 個人就這兩本論著的評論意見，另參見蘇彥國，〈The Possibilities of Competitive Democracy〉，收錄於《自由・責任・法：蘇

Issacharoff與Pildes等人的基本主張，只是就政黨初選制度、黨派性選區劃分等具體的規範議題，另行提出了不同的理論意見。¹¹⁹聯邦最高法院現任大法官Breyer就*Nixon v. Shrink Missouri Government PAC*¹²⁰、*Vieth v. Jubelirer*¹²¹以及*Randall v. Sorrell*¹²²等案所持意見，則可說是相當接近此一學術潮流的實務見解。

政治市場／政治競爭法理論的出現與昂揚，可以被置於美國民主政治環境從二十世紀後期迄今的發展脈絡，尋求理解。一方面，經由選舉權法多年來的規範實踐以及其他因素的作用，長期被排拒在政治程序之外、備受壓迫與歧視的黑人乃至其他的少數種族，已經愈來愈能有效地參與代議民主程序的日常政治運作；這未必意謂著學者Ely所倡議的「代表性強化」已是一種趨於完成的階段性的歷史任務，¹²³但是有關司法審查的規範思維，某種程度上卻也必須回應、考量政治環境的動態演變，否則很難避免陷入形式主義的困境。另一方面，近年來美國民主、共和兩黨就總統與國會多數的角力、競爭愈趨激烈，可是在此同時，個別議員（特別是聯邦眾議員）選舉的競爭性，卻又趨於低迷貧弱，明顯地表現在連任比率、政黨更迭席數、選舉勝負差距等統計指標；這種在總體與個體間存在著強烈反差的政治競爭現象，已備受晚近美國政治評論與實證研究的關注、議論；許多論者進而認為，低競爭性的個別國會議員選舉，是導致近年來美國政治極化發展的一項重要原因。¹²⁴

119 俊雄教授七秩華誕祝壽論文集》，2005年，579頁以下。
 See, e.g., Daniel R. Ortiz, *Duopoly versus Autonomy: How the Two-Party System Harms the Major Parties*, 100 COLUM. L. REV. 753 (2000); Elizabeth Garrett, *Is the Party over? Courts and the Political Process*, 2002 SUP. CT. REV. 95, 145-48 (2002); Brief Amicus Curiae of Pennsylvania Voters Joann Erfer and Jeffrey B. Albert in Support of Appellants, *Vieth v. Jubelirer* (No. 02-1580) (written by Einer Elhauge); David Schleicher, "Politics as Markets" Reconsidered: Natural Monopolies, Competitive Democratic Philosophy and Primary Ballot Access in American Elections, 14 S. CT. ECON. REV. 163 (2006).

120 528 U.S. 377, 399 (2000) (Breyer, J., concurring).

121 541 U.S. 267, 355 (2004) (Breyer, J., dissenting).

122 126 S. Ct. 2479 (2006).

123 論者多同意黑人等少數群體的政治參與及其所享有的代表性在晚近20多年來已有顯著的進步，但是對於其是否仍需受到法秩序與司法程序的特別保護的問題，則有相當的歧見，而特別反映在晚近有關應否續延選舉權法第5條之事前審查（preclearance）機制的規範時效的立法政策爭議。See, e.g., Richard H. Pildes, *Political Competition and the Modern VRA*, in THE FUTURE OF VRA 1; Samuel Issacharoff, *Does Section 5 of the Voting Rights Act Still Work?*, in THE FUTURE OF VRA 107; Heather K. Gerken, *A Third Way for the Voting Rights Act: Section 5 and the Opt-in Approach*, 106 COLUM. L. REV. 708 (2006).

124 See, e.g., JACOB S. HACKER & PAUL PIERSON, OFF CENTER: THE REPUBLICAN REVOLUTION &

在這樣的歷史情境下，取向於政治市場／政治競爭秩序的民主法理論，一方面試圖引導司法審查去打破各種反競爭性（anti-competitive）的人為障礙（例如黨派性或以保護現任者為目的之選區劃分、過於嚴苛的參選規定、偏厚現任者而不利於挑戰者的競選經費規範等措施），以期重建公平、合理的政治競爭秩序；另一方面，它也試圖透過對於程序理論之架構的延續及其內涵的調整，為民主法的司法審查，探尋出契合於現階段美國民主之結構性需求的一種整體性的角色定位。

具有上述兩重意義的政治市場／政治競爭法理論，雖然受到了跨越意識型態光譜的廣泛支持，卻也面臨到了來自各方的質疑與批判。¹²⁵在選舉制度形構了政治競爭的基本態勢（政黨體系），而選舉民主的競爭性又深受政治地理、選民投票行為等多重因素之影響的情況下，許多論者質疑司法審查就政治競爭之制度環境所為調控，如果不是過於激進，就是無關痛癢。由於在政治場域的競爭性概念具有多面向性，其間並沒有最適的均衡狀態（equilibrium）可言，也無法如經濟場域的競爭概念一般之以完全競爭（perfect competition）作為評量的基準，所以聚焦於政治競爭的司法審查，終究無法跳脫實體性的規範爭議；¹²⁶許多論者進而批評，這項理論不僅無法提

THE EROSION OF AMERICAN DEMOCRACY (2005); ALAN WOLFE, DOES AMERICAN DEMOCRACY STILL WORK? (2006); JULIET EILPERIN, FIGHT CLUB POLITICS: HOW PARTISANSHIP IS POISONING THE HOUSE OF REPRESENTATIVES (2006); THE MARKETPLACE OF DEMOCRACY: ELECTORAL COMPETITION AND AMERICAN POLITICS (Michael P. McDonald and John Samples, eds., 2006) [hereinafter THE MARKETPLACE OF DEMOCRACY]; RED AND BLUE NATION? CHARACTERISTICS AND CAUSES OF AMERICA'S POLARIZED POLITICS (Pietro S. Nivola and David W. Brady, eds., 2006).

¹²⁵ See Bruce E. Cain, *Garrett's Temptation*, 85 VA. L. REV. 1589 (1999); Pamela S. Karlan, *Politics by Other Means*, 85 VA. L. REV. 1697 (1999); John Ferejohn, It's Not Just Talk, 85 VA. L. REV. 1725 (1999); Daryl J. Levinson, *Market Failures and Failures of Markets*, 85 VA. L. REV. 1745 (1999); Daniel H. Lowenstein, *The Supreme Court Has No Theory of Politics—And Be Thankful for Small Favors*, in THE U.S. SUPREME COURT AND THE ELECTORAL PROCESS 245 (David K. Ryden ed. 2000); EISGRUBER, *supra* note 85, at 168-211; Nathaniel Persily, *Reply: In Defense of Foxes Guarding Henhouses: The Case for Judicial Acquiescence to Incumbent-Protecting Gerrymandering*, 116 HARV. L. REV. 649 (2002); DENNIS F. THOMPSON, JUST ELECTIONS: CREATING A FAIR ELECTORAL PROCESS IN THE UNITED STATES 6-8 (2002); HASEN, *supra* note 19, at 143-156 (2003); Farber, *supra* note 68, at 374-77; Charles, *supra* note 107, at 1113-40; Nathaniel Persily, *The Place of Competition in American Election Law*, in THE MARKETPLACE OF DEMOCRACY 171.

¹²⁶ 關於政治競爭的多面向性，see Stefano Bartolini, *Electoral and Party Competition: Analytical Dimensions and Empirical Problems*, in POLITICAL PARTIES: OLD CONCEPTS AND NEW

出明確、共認的司法審查標準，而且還有可能產出偏狹的司法判斷，而損及其他非關競爭性的民主規範價值（例如代表性）。在既有的組織構成與程序設計下，法院是否能夠勝任取向於複雜、困難之結構性議題的審查任務呢？許多論者就此也從制度論、功能論的觀點提出強烈的質疑，而認為司法審查機制並不是民主制度之結構工程的適當平台。Issacharoff與Pildes等學者所倡議的政治市場／政治競爭法理論，或許如反對論者Richard Hasen所言，正在發展成為「選舉法領域的新興學術正統」；¹²⁷不過，觀諸這場論辯的交鋒與僵持，結構論者所企盼的典範遞移，恐怕與現實還有相當的距離。

二、權利本位的民主法理論

結構論試圖轉化的，是民主法的司法審查實務承襲自憲法法之規範傳統的司法理論架構：在實質審查一項民主法規範或政府措施的合憲性時，法院通常是以某項被主張之有關個人基本權利的憲法法規範作為審查的準據，然後基於某種或寬或嚴的審查標準，在系爭規範／措施之目的正當性與手段合理性等審查面向上，權衡（balancing）系爭的基本權利以及政府利益，最後再根據此種權衡的結果，論結「人民的基本權利是否受到系爭規範或措施的侵害」。這項審查方法及其所產出之判例法的規範思維，常被統稱為權利本位的法理論，或者簡稱為權利論。¹²⁸不過，在民主法領域，聯邦最高法院針對不同的議題／案型，形構、運用了不同的司法理論標準，而這些多元併立的審查標準，並沒有什麼連貫性、一致性可言。¹²⁹聯邦最高法院雖然透過言論自由、結社自由、平等保護等民主的憲法法規範的解釋與適用，結織出了學者Richard Pildes所稱的「權利取向的民主（觀）」（rights-oriented democracy），¹³⁰可是這個事後的（post hoc）的理論建構，顯然沒有引導、規制民主法之司法審查的積極作用。〈聯邦最高法院沒有政治理論〉——這個學者Daniel Lowenstein的一篇論文的主標題，¹³¹就其字面意義而言，庶幾已是美國民主法研究者的基本共識。

CHALLENGES 84 (Richard Gunther et al. eds., 2002). 關於競爭民主理念內部的價值分歧，另參見蘇彥國，同前註118論文。

¹²⁷ HASEN, *supra* note 19, at 139.

¹²⁸ See, e.g. Ortiz, *supra* note 79, at 1218; Issacharoff & Pildes, *supra* note 113, at 645; Lowenstein, *supra* note 125, at 254.

¹²⁹ See Lowenstein, *supra* note 125, at 254-58.

¹³⁰ Pildes, *Book Review*, *supra* note 113, at 685-86.

¹³¹ Lowenstein, *supra* note 125, at 245.

在這樣的實務傳統下，設定司法審查所要擔負之責任（救濟對於權利的損害）及其所要審究之課題（權利是否受到侵害）的，究竟是什麼樣的「權利」概念呢？學者 Richard Pildes 就此區辨了「個人主義的權利觀」（individualist conception of rights）以及「結構性的權利觀」（structural conception of rights）：前者是將權利視作個人利益對抗民主多數就社群共善（common good）所為決定的「王牌」（“trumps”），其意涵與功能具有濃厚的自由主義、個人主義色彩；後者則將權利理解為一種基於法的實用性考量的語言／修辭工具，其內涵與功能不僅限於個人利益的保護，而可以是保護、實現社群共善的論述媒介。¹³²在評論權利本位的民主法理論時，論者主要是以「個人主義的權利觀」來設想其所討論的對象，而認為由此種憲法法的主流與傳統觀念所開展出來的規範思維，並無法切實掌握形構民主政治程序之規範秩序的權力關係，還可能憲法化／「洛赫勒化」（Lochnerize）了某種原子化的政治想像，而不當地限縮了民主實驗或政治程序自我修正（self-revision）的空間，甚至損及民主制度的合理安排；¹³³本文先前所討論的選舉法例外論，主要也是建立在對於個人權利觀及其所形塑之裁判法理的反省與批判。不過，聯邦最高法院的民主判例法，顯然不是純粹的個人權利觀所得圓滿解釋。比如說，聯邦最高法院在審理民主法案件時，往往並不計較原告是否受有直接的個人性損害的當事人適格問題，甚至還在若干案型中肯認第三人的當事人適格，據以確保選舉程序的公正性。¹³⁴又比如說，聯邦最高法院在 *Shaw v. Reno*、*Bush v. Gore* 等案判決的論理，也被學者 Pamela Karlan 認為其已提出了「結構性平等保護」（the structural equal protection）的法理。¹³⁵學者 Pildes 就此便認為，「結構性的權利觀」毋寧是比較貼近現實、也比較允當的看法。

當一些民主法學者嘗試跳脫出傳統權利思維所設下的思考框架，以便為

¹³² See Richard H. Pildes, *Two Conceptions of Rights in Cases Involving Political "Rights"*, 34 HOUS. L. REV. 323 (1997); Schauer & Pildes, *supra* note 51, at 1808-1819; Pildes, *Avoiding Balancing: The Role of Exclusionary Reasons in Constitutional Law*, 45 HASTINGS L. J. 711 (1994); Pildes, *Why Rights Are Not Trumps: Social Meanings, Expressive Harms, and Constitutionalism*, 27 J. LEGAL STUD. 725 (1998).

¹³³ See, e.g., Pildes, *supra* note 24, at 48-55; Gerken, *supra* note 59, at 1717-42; Ortiz, *supra* note 79, at 1217-18; Issacharoff & Pildes, *supra* note 113, at 645046; Pamela S. Karlan, *Just Politics? Five Not So Easy Pieces of the 1995 Term*, 34 HOUS. L. REV. 289, 293, 313 (1997).

¹³⁴ 關於民主法案件的當事人適格問題，see Pildes, *supra* note 24, at 46-47, 50 n.100.

¹³⁵ Karlan, *supra* note 108, at 1348-66.

民主法的司法審查，探尋、開發出更為適切的分析與規範工具時，也有學者試圖延續權利本位法理論的香火，以權利論的漸進調適（muddling through；incremental change）來對抗結構論者推促民主法之典範遞移的壓力。學者Richard Hasen在其二〇〇三年出版的《聯邦最高法院與選舉法》一書中，便明白主張：法院對於政治程序的干預、審查，還是應該聚焦於個人（或者有時屬於群體的）權利，而不是政治系統的「結構」或者「功能表現」（functioning）。¹³⁶以政治平等作為民主法規範的中心價值，Hasen認為，聯邦最高法院可以（而且應該）區辨「核心的政治平等權利／原則」（core political equality rights/principles）與「有爭議的政治平等權利／原則」（contested political equality rights/principles）：前者少數屬於運作民主政治最起碼的必要條件，但多數是由社會所形構（socially constructed），屬於社會共識或者幾近共識（near-consensus）的規範產物；後者則是既非實行民主所絕對必要、也未為社會所共認的權利／規範主張。¹³⁷當系爭的民主法案件涉及核心性的政治平等權利時，Hasen呼籲，法院應該形構、運用明確的（審查）規則（bright-line rules），憲法化政治平等的核心價值；在政府提出了其他重要管制利益的場合，法院則應該進行無謙讓性（non-deferential）的審慎權衡（careful balancing）。¹³⁸相對地，Hasen認為法院應該以模糊的、不明確的「司法難以操作的標準」（judicially unmanageable standards），來處理涉及有爭議性之政治平等權的案件，以免有爭議的政治平等原則被不當地憲法化；而在需要權衡相關利益的場合，法院則應當給予政治部門就此所做之價值判斷適度的尊重。¹³⁹

Hasen以著名憲法學者Cass Sunstein提出的司法最小主義，作為其所主張之「司法難以操作標準」的理論基礎；¹⁴⁰他也以「最小主義」，來界定其理論下司法審查的角色扮演。¹⁴¹Hasen強烈反對結構取向、程序取向的民主法理論，而認為政治平等原則等實體規範價值的檢討，是司法審查無可迴避的課題。¹⁴²可是在此同時，他也將公平競爭、有效參與等結構論者所關切的規範

¹³⁶ HASEN, *supra* note 19, at 10, 13, 153-55.

¹³⁷ *Id.* at 7, 79-92.

¹³⁸ *Id.* at 61-62, 92-99.

¹³⁹ *Id.* at 62-67, 101-03.

¹⁴⁰ *Id.* at 48-49.

¹⁴¹ *Id.* at 159-61.

¹⁴² *Id.* at 5, 75-79, 143-56.

價值，界定為是核心性的政治平等原則的一個環節，¹⁴³並且要求法院在需要進一步權衡相關法益的時候，不論所涉政治平等權利為何，都要對於立法自利／循私（legislative self-interest/self-dealing）等代理人問題（agency problems）抱持警戒。¹⁴⁴就此而言，Hasen的理論一方面擴大了權利本位法理論的關懷視野，另一方面則試圖以司法最小主義的理論思維，來調控、節制民主政治的憲法化發展。不過，聯邦最高法院有關民主法的司法審查實務，就其所形構的司法理論而言，已帶有濃厚的最小主義色彩，而這項實務經驗，不僅沒有實現司法最小主義就有限之司法角色扮演的理論許諾，還衍生了套套邏輯、理論矛盾、僵硬形式論理等諸多問題。¹⁴⁵ Hasen在指責結構論助長了司法的倨傲（judicial hubris）之餘，似乎沒有充分回應司法最小主義所受到的批評；其所倡議的司法理論思維究竟能對法院所為審查決策產生多少引導與規律的作用，也難免令人懷疑。¹⁴⁶ 在檢討聯邦最高法院該怎麼走出「司法理論空位期」（doctrinal interregnum）這個導源於權利論與結構論間的爭執與僵持的論理困境時，學者Heather Gerken就對權利本位法理論架構下的漸進調適，不抱什麼希望。¹⁴⁷

三、權利與結構合成論

Gerken以「司法理論空位期」一詞，指涉四十多年來美國民主法之司法審查的理論與實務在權利與結構兩種理論取向／架構間進退維谷的一種兩難處境。¹⁴⁸一方面，權利本位的司法理論架構，固然契合於人們對司法權限、任務的傳統認知，可是聚焦於個人權利的結果，往往使得法院無法確切理解、掌握政治現實中群體互動的權力關係；空泛模糊的權利修辭，甚至還讓法院得以遁入「司法的不可知論」（judicial agnosticism）——亦即宣稱「其就民主政治應該如何形構的問題並沒有任何預設的理論立場」，而毋需坦誠地交待、面對其就民主政治型態所做的價值選擇與判斷。¹⁴⁹另一方面，結構

¹⁴³ HASEN將之界稱為「集體行動原則」(the collective action principle), see *id.* at 88-92.

¹⁴⁴ *Id.* at 94-100.

¹⁴⁵ See Gerken, *supra* note 105, at 1427-43.

¹⁴⁶ See, e.g., Charles, *supra* note 107, at 1110-13; Luis Fuentes-Rohwer, *Of Platonic Guardians, Trust, and Equality: A Comment on Hasen's Minimalist Approach to the Law of Elections*, 31 J. LEGIS. 25 (2004).

¹⁴⁷ See Gerken, *supra* note 104, at 517.

¹⁴⁸ *Id.* at 504, 510-13, 539-40.

¹⁴⁹ 關於「司法的不可知論」的分析與批判，see Gerken, *supra* note 23, at 414.

取向的規範思維，雖然嘗試協助法院辨識、檢討民主法規範議題的制度性、結構性意義，甚至試圖以某種宏觀性、全局性的民主理念來引導、調控對於民主政治程序之規範形成的司法干預，可是對於法院究竟應該關注於何種民主的結構性課題、又該如何面對其間複雜的制度考量等問題，論者間並沒有共識；法院到底有沒有處理結構性規範議題的能耐？我們又該怎麼區隔、維持司法的結構性審查與民主制度工程間的適當分際呢？對於這些質疑，結構論者也還沒有提出足以令人放心、滿意的周延解答。「這並不令人意外。」Gerken進一步指出：「沒有人想要讓法官可以去從事無所拘束的民主制度工程。可是如果不借助於個人權利本位的司法理論架構（其附帶了一套發展純熟、用以節制司法作為的理論策略），我們將很難發展出合理的節制性原則。」¹⁵⁰

面對這樣的兩難困境，許多學者嘗試協調、整合權利與結構兩種典範思維，為民主法的司法審查探尋出某種折衷性、辯證性的理論出路。本文將這類多元的理論意見，概稱為權利與結構合成論，或者簡稱為合成論。學者Christopher Eisgruber於二〇〇一年出版的《憲政的自治》一書，雖然主要是在論證、檢討有關司法審查與民主的古典憲法理論問題，但是Eisgruber也就民主法的司法審查取徑難題，提出了一項新解。Eisgruber首先區別了兩種類型的道德原則：「全面性的道德原則」（comprehensive moral principles）是對於政治或其他系統之整體公正性的規範要求；「個別性的道德原則」（discrete moral principles）則是對於統治秩序之特定的片面性限制（side-constraints）。¹⁵¹ Eisgruber試圖以這項區分，解組、重構個人權利與制度結構的傳統分野，並基於對司法之制度能力（institutional competence）的考量，而建議司法審查原則上只應在個別性之道德原則的基礎上，介入民主程序的制度設計與改革。¹⁵² 以聯邦最高法院*Timmons v. Twin Cities Area New Party*¹⁵³ 這個肯認了明尼蘇達州禁止跨黨登記參選模式（fusion candidacies）之合憲性的案例為例，Eisgruber同意結構論者的分析，而認為這個案子的關鍵，並不在於「尋求跨黨登記參選之小黨候選人的言論自由、結社自由是否受到了侵害」，而是「州可否以禁止小黨候選人跨黨登記參選的方式來強化、鞏固兩黨體系」的結構

¹⁵⁰ Gerken, *supra* note 104, at 520-21.

¹⁵¹ EISGRUBER, *supra* note 85, at 170.

¹⁵² See *id.* at 170-75, 179-86.

¹⁵³ 520 U.S. 351 (1997).

性議題；可是Eisgruber認為，反跨黨登記參選的規範究竟有利於民主抑或有害於民主的政治競爭，必須取決於對政治系統之整體公正性的全面性判斷——而這可能並不適合交由決策程序與政策選項俱有相當限制的司法；Eisgruber從而並不認為Timmons一案的合憲結論有什麼嚴重的錯誤。¹⁵⁴

如果說Eisgruber試著在權利與結構「之外」另闢蹊徑，那麼Daniel Farber等學者則嘗試在權利與結構「之間」，尋求妥協性的理論出路。Farber一方面接受了結構論者的主張，而肯認民主法議題的結構屬性以及它們所可能造成的集合性損害（aggregate harms），另一方面則採納了權利論者的意見，而認為司法審查僅應取向於救濟可得特定的（identifiable）群體或個人損害。¹⁵⁵向來倡議民主法理論取向於結構分析的學者Gerken，亦進一步區分了範圍可得特定之「個別的結構性損害」（discrete structural harms）（例如有關票值被稀釋（vote-dilution）的主張），以及所有選民利害與共之「分散的結構性損害」（diffuse structural harms）（例如競爭性低落的選舉），而認為這兩種類型的結構性損害／主張，分別需要不同的司法回應策略。¹⁵⁶Gerken指出，在審理「票值被稀釋」這個已為權利本位的民主法理論所承認的規範主張時，法院勢必要就原告所屬群體是否享有其他群體所受待遇的問題，進行結構性的分析與判斷；權利論者所反對的，因此不是結構論本身，而是反對以司法審查處理損害範圍分散、不特定的結構性議題。¹⁵⁷不同於Eisgruber和Farber的主張，Gerken並沒有就此而對結構取向之司法審查的射程範圍有所設限；不過，其就「個別的結構性損害」這種中間類型的辨識，無疑明白地揭示了權利論與結構論的一種交集可能。

另外值得注意的，是學者Guy-Uriel Charles所提出的「選舉法雙元論」（election law dualism）。Charles認為，「權利——結構」的論辯預設了（i）我們可以將政治權利截然地劃歸入「個人權利」與「結構性權利」兩種範疇，以及（ii）法院只需要運用權利論與結構論兩者其中之一，即可裁決有關

¹⁵⁴ See EISGRUBER, *supra* note 85, at 171-73.

¹⁵⁵ See Farber, *supra* note 68, at 374-77. Farber另認為民主法的司法審查應該致力於維持各項規範價值的低標，而非追求某項規範價值的極大化。這項意見發展出自其對學者Issacharoff等人所持結構論主張的批評；惟認為「結構論極大化了某項規範價值」的批評意見是否公允，恐怕還有商榷的餘地。

¹⁵⁶ See Gerken, *supra* note 104, at 521-31.

¹⁵⁷ *Id.* at 521-22.

政治權利的主張。¹⁵⁸這兩個命題，在Charles看來，都不能成立；他主張，政治權利應該被設想為兼具個人性與結構性的雙元性權利，其裁決因此需要一併援用權利與結構的理論架構，不可有所偏廢。¹⁵⁹Charles一方面強調結構之於個人權利的重要性，而認為個人的政治權利必須從制度與結構的觀點理解，才有意義可言；¹⁶⁰另一方面，他也強調個人權利之於結構的重要性，而認為結構性的價值原則必須借助於權利的理論架構，才有可能轉譯為具有可司法性的規範主張。¹⁶¹Charles基本上認同Pildes與Issacharoff等結構論者在一九九〇年代前期有關結構性權利的析論，但是認為後來結構論的發展已經過頭了，也連帶地使得「權利——結構」的論辯陷入了本質論的泥沼；Charles因此提議「回歸」對於權利與結構間之關係的雙元性理解，據以讓民主法的理論思維走出「權利——結構」論辯的僵局。¹⁶²

在權利論與結構論針鋒相對、僵持不下的情況下，標榜執中持平之合成論的出現，或許並不令人感到意外，甚至還有所期待。不過，權利論與結構論的對立究竟在何種意義上有匯流、和解的可能？合成論又是否在權利論與結構論之外，開展出了另一種獨特的民主法典範思維？或者只是「從權利到結構」之典範遞移過程中的一種過渡？由於合成論的起步較遲，尚未受到論者的嚴格檢視，所以這些問題還有待進一步的觀察與檢討。可以確定的是，部分的合成論者或許懷抱有為「權利——結構」論辯劃下句點的雄心，可是這場關係著美國民主法的過去、現在與未來的典範論辯，毋寧還沒有完結。

肆、未完成的典範追尋

我們該怎麼看待這場美國民主法領域內的重大理論爭議呢？當許多學者為了「民主法的司法審查，究竟應該保持權利本位的傳統或者轉而取向於結構分析」這個問題爭得面紅耳赤的時候，也有不少學者對於這項論辯的意義與實益，抱持著懷疑與保留的態度。學者Daniel Lowenstein可以說是這種懷疑論立場的代表人物。Lowenstein批評，由多半不具政治經驗、又習於從單一角度看問題的學者所鑽研出來的民主法理論，往往就像淡茶一樣，稀薄而且沒

¹⁵⁸ Charles, *supra* note 107, at 1120.

¹⁵⁹ *Id.* at 1102, 1120-21.

¹⁶⁰ *Id.* at 1124-26.

¹⁶¹ *Id.* at 1126-30.

¹⁶² *Id.* at 1102, 1114-20.

有實效。¹⁶³聯邦最高法院就民主法案件所發展出來的裁判法理，並沒有遵循或者提出什麼前後一貫的政治理論——在道出了這個美國民主法研究者的普遍認知後，Lowenstein進而指出，這並不是一件壞事，論者就此反而應該感到慶幸：「一如聯邦最高法院不應該獨尊一個經濟理論，聯邦最高法院也不應該選取一個政治理論，然後將之強加於整個國家之上。」¹⁶⁴

懷疑論者提醒我們，在規範與現實複雜而多元的情況下，每一項法理論都有其盲點與侷限；懷疑論者也警告我們，不要掉入了決定論（determinism）的陷阱，誤以為我們可以將司法審查所涉及之困難的規範判斷，簡化為某種理論命題的邏輯推理。這些懷疑論所帶給我們的教訓，無疑值得我們銘記在心、時刻反省。不過，對於理論抱持警醒的態度是一回事，全然否定理論的價值或作用又是另外一回事。Lowenstein擔心，如果聯邦最高法院採取了某種關於民主政治的理論立場，只會重蹈了Lochner時期的覆轍。問題是，不論有沒有採取或者提出某種對於民主政治的規範理念，聯邦最高法院就民主法議題所為規範判斷，都勢必會憲法化了某種規範價值；聯邦最高法院對於民主政治應該如何運作的問題，固然沒有一致性的立場，卻不可能沒有立場。理論化的發展儘管有脫離現實、形式論理的風險，可是沒有理論引導、規律的司法決策，勢必無法尋求公正性、一致性的法治理想，只徒然地讓法院的設想與立場更形曖昧、隱晦。學者Lowenstein就民主法理論的評論，就此而言，恐怕只對了一半；試圖統合民主法領域的規範理論或許難免是稀薄的，卻絕非毫無實益。

學者Guy-Uriel Charles對於「權利——結構」論辯，也提出了相當嚴厲的批評。在提出了選舉法雙元論（亦即認為聯邦最高法院必須同時援用結構論與權利論的取徑，才能有效處理有關政治程序的規範議題）之後，Charles認為，在權利與結構之間的典範論辯，已經淪為無關緊要、也產生不出什麼洞見的本質論爭議；「我們關注的焦點應該在於司法審查的效益或者無效益、憲法化的成本與利益、司法審查所要維護的基本價值、以及如何實現這些價值等問題，而不是去爭辯——有關政治權利的規範主張到底是結構性的還是個人性的——這個本質論者問的問題。」¹⁶⁵換句話說，Charles認為美國的民主法學者應該超越「權利——結構」的對立僵局，直接去檢討民主程序應該

¹⁶³ Lowenstein, *supra* note 125, at 259.

¹⁶⁴ *Id.* at 264.

¹⁶⁵ Charles, *supra* note 107, at 1131.

如何形構、司法審查應該扮演何種角色等民主法領域的核心規範課題。

在權利與結構之間的民主法典範論辯，的確時常讓人感到困惑與苦惱；不過本文認為，這跟本質論並沒有什麼關係。在檢討民主法之司法審查的理論架構與取向問題時，許多論者固然使用了「民主法本質上是……」這樣的語法，但是論者基本上意在表達、形容民主法／選舉法有別於傳統憲法法的獨特領域認同；論者試圖以這種論述方式，來闡釋、強調傳統憲法法思維所無法適切捕捉的有關民主政治程序的規範考量。Charles特別將Issacharoff與Pildes等結構論者有關民主法之結構屬性的理論主張，界稱為「選舉法本質論」（*election law essentialism*）。¹⁶⁶惟究其實際，結構論者並不比其他人更親近於本質論的哲學傳統，反而挑戰了被許多人視為理所當然的固有個人權利觀，並且致力於鬆動、改革既有的政治結構；結構論者之所以較常運用本質論的語法，不過是因為他們認為民主法的司法理論架構／取向本身，相對於民主法的實質規範內涵而言，即有做不同於傳統憲法法之理論安排的需要。退一萬步言，如果說「民主法的司法審查究竟應取向於權利或者結構」是所謂的本質論問題，那麼，Charles所倡議的選舉法雙元論，又何嘗不是一種本質論的主張呢？

也許Charles所要表達的意思只是：權利論與結構論不是涇渭分明的，也並不值得我們追根究底地探問孰是孰非。誠如Charles以及其他學者所析論的，權利本位的民主法審查早已未必侷限於個人化的權利思維，而結構取向的民主法審查往往還是需要援引權利的憲法法為其規範基礎。不過，換個角度來說，權利論並沒有向所有的結構論理開放，而結構論也未必會永遠地寄居在憲法權利規範的籬下。在強調這兩種理論思維於既有司法審查實務之匯流的同時，Charles的選舉法雙元論，恐怕淡化了「以權利本位的司法理論架構處理結構性議題」這個存在於聯邦最高法院之民主判例法的扞格，也難免忽略了「權利——結構」論辯的演化發展所帶來的理論創新的契機。不同於Charles對於「權利——結構」論辯的消極評價，本文認為，這項典範論辯——特別在晚近結構論者的推促之下——起碼為美國民主法的規範發展，提供了學者 Ian Shapiro 所說的「問題化的重新敘事」（*problematising redescription*）的機會，讓我們得以注意到以往不受重視的現實環節，進而提出、檢討有別於傳統的實證性與規範性問題。¹⁶⁷一項顯著的示例是關於兩大

¹⁶⁶ *Id.* at 1120.

¹⁶⁷ See IAN SHAPIRO, THE FLIGHT FROM REALITY IN THE HUMAN SCIENCES 199-203 (2005).

黨合作的選區劃分（bipartisan gerrymander）。在一九七三年的 *Gaffney v. Cummings*¹⁶⁸ 一案中，針對一項由康乃狄克州的民主、共和兩黨協商出來的、意在維持既有政黨勢力版圖的選區劃分方案，聯邦最高法院並不覺得有什麼問題；結構論者 Issacharoff 在二〇〇二年的一篇重要論文中，則透過關於聯合行為之競爭法理的類比，強烈地質疑這種兩黨合作的選區劃分，其實是一種損害政治競爭秩序的共謀作為，應該受到司法審查的非難。¹⁶⁹ 不論 Issacharoff 的論理與主張是否合理可行，其批判至少引領我們去重新評估兩黨合作的意義與後果，而不再逕將之視為一種良性的現象。¹⁷⁰

許多人對於這項典範論辯的意義與實益，可能還是抱持著保留的態度。我們可以想像他們會反應道：類似像「法院應該如何處理黨派性選區劃分」這種在權利論與結構論之間有著重大分歧看法的議題，毋寧是少數的例外；針對多數的民主法議題，權利論與結構論所推導出來的結論，基本上是大同小異的。權利論者與結構論者在論辯民主與司法審查之關係時的對話，尤其具有相當的重疊性——他們互相指控對方助長了司法父權主義（judicial paternalism），也都認為唯有實踐各自的理論，才能有效維持司法審查在民主社會中的適當角色分際。在這種公說公有理、婆說婆有理的情況下，也難怪學者 Charles 等人會對這項論辯感到厭煩，而希望改變民主法之理論辯論的軸線，據以更確切地檢討關於民主與司法審查的不同看法。

僵持不下的「權利——結構」論辯，確實經常令人感到困惑與挫折，但是不同於 Charles 的看法，本文認為，這項典範爭議並無法被輕易地迴避或者擱置，因為我們對於民主法之司法審查的理論架構／取向的選擇，相當程度決定了我們是如何地區隔、調控法與政治的分際，也會深刻地形塑、影響司法所抱持的民主觀（the judicial conception of democracy）。權利論與結構論固然都認為，司法審查就民主政治之規範秩序的形構，應該而且只應扮演有限的角色；但是當我們進一步追問該如何維持司法審查在民主社會中之適當角色分際的問題時，我們不難發現，在這兩種理論思維間存在有一種根本的、無法相容的觀念性差異：權利論者基本上認為，民主法的司法審查無可迴避地必須審理關於平等、自由等第一階序（first-order）的實體價值問題，僅能透過司法最小主義等第二階序（second-order）的司法實踐策略，來調控司法

¹⁶⁸ 412 U.S. 735.

¹⁶⁹ Issacharoff, *Political Cartels*, at 598-99, 611-20.

¹⁷⁰ See also SHAPIRO, *supra* note 118, at 60-62.

審查對於民主政治的干預程度；相對地，結構論者則認為，民主法的司法審查，應該聚焦於第二階序的民主結構議題——亦即民主據以決定實體爭議的程序性機制，如此一來，即使法院就此使用「當然規則」（*per se rule*）這種第一階序的司法審查標準，也不會有侵蝕到民主政治之規範形成空間的疑慮。從這項觀念性的分歧出發，我們或許不難理解何以結構論者會試圖連結「競爭民主」這個最小主義的民主觀，以之作為司法審查對於民主政治的規範設想——因為如果立基於其他涵意較為豐富的民主理念，結構論勢必更難以節制民主政治的憲法化程度。我們也不難體會何以權利論者對於民主政治的規範想像似乎是比較模糊的，但是對於傳統用以節制司法權限的司法理論乃至於司法最小主義的策略運用，則有相當的堅持——因為如果不這麼做的話，權利論很難避免法院以權利保護之名，行價值強加（*value imposition*）之實。

階序性的區分基本上被結構論者用來修飾、限定實質論／程序論的傳統區分，以說明事涉基礎程序建制的規範命題雖然不是價值中立的，仍然可以而且應該與其他實體性的規範命題在決策模式上有所區隔。對結構論者來說，第一階序與第二階序之民主規範命題的區分，主要繫於民主政治程序是否有自我監督（self-policing）、自我修正（self-revision）的期待可能，所以結構論者所指稱的第二階序議題，其實只是部分的而非全部的民主結構議題——是基於某種特定判準所辨認出來的結構性偏差。Richard Hasen等權利論者強烈地質疑這項區分的可能性，也試圖維持民主法之實質規範考量的理論縱深（Hasen批評程序理論的規範內涵過於淺薄）；¹⁷¹但是為了確保司法審查與民主政治的適當分際，Hasen仍不得不嘗試對民主法議題進行類型區分，而建議法院依案型之不同引用不同階序的司法理論策略。這種關於司法理論策略的階序性區分，常被用來表徵標準（standards）、規則（rules）等司法理論型式在決策模式上的差異，而與結構論者就司法審查所應審究之民主規範命題的階序性區分，有著異曲同工的意味。¹⁷²

Dorf與Issacharoff在為程序理論辯護時承認，即使關於實體性議題與程序性議題的區分在理論上是可能的，其是否被遵循仍然繫於司法的自制；¹⁷³

¹⁷¹ See, e.g., HASEN, *supra* note 19, at 4-5, 75-79.

¹⁷² 關於決策模式的階序性分析，see Cass R. Sunstein & Edna Ullmann-Margalit, *Second-Order Decisions*, in BEHAVIORAL LAW & ECONOMICS 187 (Cass R. Sunstein ed., 2000).

¹⁷³ See Dorf & Issacharoff, *supra* note 115, at 934.

Hasen也承認，其理論終究是對於司法自制之傳統呼籲的應和。¹⁷⁴這種對於司法自我節制的普遍訴求，反映了法理論的作用侷限，但是我們不應就此全盤否定了法理論建構的意義與價值。對於上述這種貫穿左／右、自由派／保守派等分野的觀念性分歧，¹⁷⁵我們或可從實用主義的觀點檢討：哪一份理論指南比較能夠讓法院不至於迷失在「政治的灌木叢」？對於這項問題的回答，勢必要串聯我們對於民主政治所抱持的規範願景，以及我們對於司法審查之制度能力與功能所做的評估。這無疑是相當困難的理論課題，卻也攸關美國民主法的未來。

伍、結論

本文嘗試引介美國民主法的學術發展概況，並且就此提出個人的初步學習心得。作為一個新興的研究領域，美國的民主法學基本上孕生自民主政治憲法化的歷史發展，而以美國聯邦最高法院就民主的憲法法所發展出來的判例法，為其主要的研究對象；在這個豐富的司法實務法理的基礎上，許多美國的民主法學者進而試圖就民主政治秩序以及民主法的司法審查，展開出整合性、系統性的規範思維，期能對民主法的實務發展，發揮其引導與批判的學術影響。不過，民主法與憲法法之間究竟應該維持什麼樣的關係？法院在審理民主法案件時，又應該本於何種民主理念？聚焦於什麼規範議題？在哪種架構下發展出具有何種型式與內涵的司法審查標準呢？美國的民主法學者就此提出了多元的理論意見，更在「權利——結構」這項古典分野上，就民主法領域中法與政治的際限問題，展開了盛大而熱烈的論辯。就像百家爭鳴的憲法理論一樣，民主法理論或許有著共通的問題意識與學術關懷，但是並沒有理論方法與規範願景的確切共識。

經由對有關「選舉法例外論」之正反意見的分析與檢討，本文指出，美國的民主法學者普遍地抱持一種雙重性的學術認同，而認為作為一個領域的民主法，是既獨立又從屬於憲法法的。這項隱存矛盾卻又無法被分割的雙重認同，一方面維繫了民主法與憲法法之間的交互繁殖，另一方面則構成了民主法內部之典範論辯的重要背景。本文接著就「結構取向的民主法理論」、「權利本位的民主法理論」以及「權利與結構合成論」等三種美國民主法學

¹⁷⁴ HASEN, *supra* note 19, at 138-39.

¹⁷⁵ See Pildes, *supra* note 24, at 153-54; Gerken, *supra* note 104, at 540.

的主要理論立場，進行概略性的分析與討論。本文試圖表達，這項民主法的典範論辯深刻地反映了民主法的司法審查所面臨到的一種根本性的論理困境，而既有的民主法理論都還未能提出令人滿意、信服的解套方案。

本文最後嘗試評論「權利——結構」論辯的意義與實益。本文認為，這項典範論辯的持續演化發展，毋寧已為民主法的理論與實務創造出了一定之反省與創新的契機；其所以時常令人苦惱，其實無涉於本質論的爭議，而是反映了美國民主法學者的認同焦慮。本文進而嘗試以對於民主規範命題與司法理論方法的階序性區分，解析存在於權利論與結構論之間的觀念性分歧。根據這樣的理據，民主法之司法審查的理論架構／取向，對於民主法之系統性理論思維的形構與開展，具有承先啟後的關鍵意義；這項民主法的典範論辯，因此並無法被輕易地迴避或者擋置。