

# 關於政治反托拉斯理論的 三個故事

蘇 彥 圖\*

## 目 次

- 一、前言
- 二、【故事一】：民主法的權利——結構典範論辯
- 三、【故事二】：競爭法理論在民主法的類推移植
- 四、【故事三】：Elysian 流與 Schumpeterian 流的傳承、匯流  
與轉化
- 五、結語

\* 美國哈佛大學法學博士；行政院國家科學委員會社會科學研究中心博士後研究人員（2010~2011）；現為中央研究院法律學研究所助研究員。本文係節譯、中幅改寫自 Yen-tu Su, *Retracing Political Antitrust: A Genealogy and Its Lessons*, 27 J. L. & POL. 1, Part III (2011)。本文主要論點曾發表於東吳公法論壇【第三十三回】（2011年6月1日）。作者感謝東吳大學法律學系公法研究中心之邀請，以及當日與會人士的提問與評論意見。本文所有錯誤概由作者負責。

## 一、前言

政治反托拉斯理論（the political antitrust approach）是當代美國民主法／選舉法（the law of democracy/election law）學術領域中最受重視與議論的一項理論主張。這項理論試圖引導法院去扮演民主政治市場中的反托拉斯執法者的角色，而要求民主法的司法審查以確保民主政治的公平競爭秩序為其主要任務；政治反托拉斯論者主張，這項理論的實踐，將有助於保護民主法秩序免於過度的政治自利操控（excessive political self-dealings）以及司法越權（judicial overreaching）這兩重制度性、結構性風險<sup>1</sup>。自從1990年代中後期以降，政治反托拉斯理論的發展在美國民主法學界蔚為一股理論運動，並且引發了一場相當盛大的長期論辯。許多論者倡議或者支持這項理論的發展<sup>2</sup>；不少論者對之提出了嚴厲

<sup>1</sup> 這兩重風險也是晚近美國民主法理論的核心關懷。*see* Samuel Issacharoff and Richard H. Pildes, *Politics as Markets: Partisan Lockups of the Democratic Process*, 50 STAN. L. REV. 643 (1998) [hereinafter Issacharoff & Pildes, *Politics as Markets*]; Richard H. Pildes, *Foreword: The Constitutionalization of Democratic Politics*, 118 HARV. L. REV. 28 (2004) [hereinafter Pildes, *Foreword*]. 關於政治反托拉斯理論的基本主張，本文作者擬於日後另以專文分析討論；*see also* Yen-tu Su, *Retracing Political Antitrust: A Genealogy and Its Lessons*, 27 J. L. & POL. 1, 6-18 (2011).

<sup>2</sup> *See*, Michael J. Klarman, *Majoritarian Judicial Review: The Entrenchment Problem*, 85 GEO. L. J. 491 (1997); Issacharoff & Pildes, *Politics as Markets*; Richard H. Pildes, *The Theory of Political Competition*, 85 VA. L. REV. 1605 (1999) [hereinafter Pildes, *The Theory of Political Competition*]; Daniel R. Ortiz, *Duopoly versus Autonomy: How the Two-Party System Harms the Major Parties*, 100 COLUM. L. REV. 753 (2000); Samuel Issacharoff, *Gerrymandering and Political Cartels*, 116 HARV. L. REV. 593 (2002) [hereinafter Issacharoff, *Gerrymandering and Political Cartels*]; Elizabeth Garrett, *Is the Party over? Courts and the Political Process*, 2002 SUP. CT. REV. 95, 145-48 (2002); RICHARD A. POSNER, LAW, PRAGMATISM AND DEMOCRACY 245-47 (2003); IAN SHAPIRO, THE STATE OF DEMOCRATIC THEORY 60-77 (2003); 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) [hereinafter Elhauge, *Amicus Brief on Vieth*]; Pildes,

的批判<sup>3</sup>；還有許許多論者對之有所肯定也有所批評<sup>4</sup>。十多年下來，這場論辯已陷入僵局，而沒有什麼突破性的進展。不過，這並不表示這場論辯已然過時、不具實益、或者可以被輕易地擱置。在觀念史的時間刻度上，政治反托拉斯理論的發展及其所引發的論爭，或許才剛剛開始。

為什麼政治反托拉斯理論會在近年來於美國民主法學界引領風騷卻又爭議不斷呢？我們又該如何看待政治反托拉斯理論的發展及其所引發的論爭呢？透過敘說、檢討關於政治反托拉斯理論的三個故事——也就是回答上述兩個問題的三組不同看法，本文

*Foreword; 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); Yasmin Dawood, The Antidomination Model and the Judicial Oversight of Democracy, 96 GEO. L. J. 1411 (2008).*

<sup>3</sup> See, Bruce E. Cain, *Garrett's Temptation*, 85 VA. L. REV. 1589 (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) [hereinafter Lowenstein, *The Supreme Court Has No Theory of Politics*]; Lowenstein, *Competition and Competitiveness in American Elections*, 6 (3) ELECTION L. J. 278 (2007) (book review); RICHARD L. HASEN, THE SUPREME COURT AND ELECTION LAW: JUDGING EQUALITY FROM BAKER V. CARR TO BUSH V. GORE 143-56 (2003) [hereinafter HASEN, THE SUPREME COURT AND ELECTION LAW]; Nathaniel Persily, *The Place of Competition in American Election Law*, in THE MARKETPLACE OF DEMOCRACY: ELECTORAL COMPETITION AND AMERICAN POLITICS 171 (Michael P. McDonald & John Samples eds., 2006) [hereinafter Persily, *The Place of Competition in American Election Law*].

<sup>4</sup> See, e.g., 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); CHRISTOPHER L. EISGRUBER, CONSTITUTIONAL SELF-GOVERNMENT 168-211 (2001); DENNIS F. THOMPSON, JUST ELECTION: CREATING A FAIR ELECTORAL PROCESS IN THE UNITED STATES 6-8 (2002); Daniel A. Farber, *Implementing Equality*, 3(2) ELECTION L. J. 371, 374-77 (2004) (book review); Heather K. Gerken, *Lost in the Political Thicket: The Court, Election Law, and the Doctrinal Interregnum*, 153 U. PA. L. REV. 503, 521-31 (2004) [hereinafter Gerken, *Lost in the Political Thicket*]; Guy-Uriel Charles, *Judging the Law of Politics*, 103 MICH. L. REV. 1099, 1124-30 (2005) (book review) [hereinafter Charles, *Judging the Law of Politics*].

試圖詮釋並反省這項理論發展的歷史意義。【故事一】將政治反托拉斯理論置於民主法的權利——結構典範論辯的脈絡下理解（本文第二部分）。【故事二】把政治反托拉斯理論主要當做是一種試圖將競爭法理論類推移植到民主法領域的學術計畫（本文第三部分）。【故事三】則對這段理論發展史提出了一種系譜學（genealogy）式的解釋：政治反托拉斯理論傳承、聚合、並從而在相當程度上轉化了 Elysian 司法審查理論與 Schumpeterian 民主理論這兩種理論傳統（本文第四部分）。【故事一】與【故事二】是既有文獻討論中有關政治反托拉斯理論的主流論述；它們深刻地形塑了既有論辯的議題與其間之立場分歧。【故事三】則是本文作者從既有文獻的相關片斷討論中整理、拼湊出來的；藉由「再現」被主流論述所遺忘或者忽略的歷史，它引領我們去重新省察這項理論發展的貢獻與侷限。不同的故事寓有不同的道理。本文的目的並不在爭執哪一個故事較為中肯，而是在探索、闡明政治反托拉斯理論所具有的多重意義。

## 二、【故事一】：民主法的權利——結構典範論辯

關於政治反托拉斯理論的第一個故事，得從民主法於 1990 年代中後期以降在美國之逐步發展成為一個新興的研究領域說起<sup>5</sup>。「它正脫離憲法法的帝國」——學者 Pamela Karlan 在 1999 年時，對其時日趨蓬勃的民主法研究，做了這樣的觀察<sup>6</sup>。Karlan 的評論或許主要著眼於學術分工上的進展，但也可以用來形容有

<sup>5</sup> 關於美國民主法／選舉法作為一個研究領域的學術發展，see Symposium: *Election Law as Its Own Field of Study*, 32 LOY. L. A. L. REV. 1095 (1999).

<sup>6</sup> Pamela S. Karlan, *Constitutional Law, the Political Process, and the Bondage of Discipline*, 32 LOY. L. A. L. REV. 1185, 1187 (1999).

關民主法之司法審查理論的實質轉化。簡略地說，自從 *Baker v. Carr* (1962)<sup>7</sup> 一案判決後，美國聯邦最高法院便以傳統憲法法的權利論述作為工具，一路在（廣義的）「政治的灌木叢」（the “political thicket”）裡頭披荊斬棘；不過短短數十年的時間，作為一個法領域的民主法，就已牢牢地被美國聯邦最高法院收編進了憲法法的帝國版圖<sup>8</sup>。民主判例法的積累，為晚近的民主法學者提供了豐富的素材，讓他們在教學上與研究上得以跟傳統的憲法法學者「分家」<sup>9</sup>。隨著民主法研究的漸次開展，民主政治的憲法法化這項現實發展的得與失，也開始受到了較為系統性也較為深入的學術檢討。不過，一個重大的理論分歧旋即浮上檯面，並成為晚近十多年來美國民主法學界的論辯主軸：有一派民主法學者認為，美國聯邦最高法院所發展出來的權利本位的選舉法理論（the rights-based election law jurisprudence），容有尋求漸進調適之必要，但是基本上並沒有太大的問題<sup>10</sup>。另一派的民主法學者，則對於權利本位法理論這個憲法法帝國的核心統治策略，提出了根本性的質疑與挑戰，並主張應以結構、程序取向的法理論

<sup>7</sup> 369 U.S. 186.

<sup>8</sup> 關於美國聯邦最高法院有關選舉法之判例法發展的歷史概觀，*see generally* HASEN, THE SUPREME COURT AND ELECTION LAW; Mark A. Graber, *From Republic to Democracy: The Judiciary and the Political Process*, in THE JUDICIAL BRANCH 401 (Kermitt L. Hall & Kevin T. McGuire eds., 2005).

<sup>9</sup> 美國法學界迄今有兩本主要的民主法／選舉法案例教科書；*see* SAMUEL ISSACHAROFF, PAMELA S. KARLAN, AND RICHARD H. PILDES, THE LAW OF DEMOCRACY: LEGAL STRUCTURE OF THE POLITICAL PROCESS (3rd ed. 2007); DANIEL H. LOWENSTEIN, RICHARD L. HASEN, AND DANIEL P. TOKAJI, ELECTION LAW—CASES AND MATERIALS (4<sup>th</sup> ed. 2008)。根據《Election Law Blog》於 2011 年間之一項彙整資料，目前約有七、八十位學者在美國諸多法學院或大學講授民主法／選舉法課程；*see* Richard L. Hasen, *Election Law Teacher Database*, available at <http://electionlawblog.org/>.

<sup>10</sup> See, e.g., Lowenstein, *The Supreme Court Has No Theory of Politics*; HASEN, THE SUPREME COURT AND ELECTION LAW.

取而代之，據以導引民主法的司法審查<sup>11</sup>。【故事一】便是在這樣的脈絡下解讀政治反托拉斯理論的發展及其爭議：作為一個民主法的司法審查理論，政治反托拉斯理論是民主法結構論者的代表性主張；在 Sameul Issacharoff 與 Richard Pildes 等重量級學者的帶領下，政治反托拉斯論者試圖掙脫權利本位憲法法理論的帝國統治，重新界定司法審查在民主法領域中的功能與角色；政治反托拉斯理論的主張及其爭議，從而也應被當作是民主法的權利——結構（典範）論辯（the “rights-structure debate”）的一個部分來加以理解<sup>12</sup>。

民主法的權利——結構論辯，可以回溯到 Frankfurter 與 Brennan 兩位大法官在 *Baker v. Carr* 一案的意見交鋒；不過，物換星移，這場論辯雙方的立場及其分歧，業已經歷諸多轉折<sup>13</sup>。要明白指出當前這場典範論辯的基本分歧，並不是一件容易的事——因為權利論者與結構論者的主張，至少從表面上看，並不是涇渭分明的。在許多場合，民主法的結構論者並未開發、倡議相關結構性憲法規定的可司法性（justiciability），而是繼續援引相關的憲法權利條款，作為法院審查、監督政治管制的規範基礎<sup>14</sup>。另一方面，民主法的權利論者也不盡然只在乎「個人的」

<sup>11</sup> See, e.g., Issacharoff & Pildes, *Politics as Markets*; Ortiz, *supra* note 2, at 1218.

<sup>12</sup> See, e.g., Persily, *The Place of Competition in American Election Law*, at 171-76; Gerken, *Lost in the Political Thicket*, at 519-31; Charles, *Judging the Law of Politics*, at 1114-20. 關於美國民主法之權利——結構（典範）論辯，另參見蘇彥圖，在權利與結構之間——初探美國民主法學的認同與典範，收錄於現代憲法的理論與現實——李鴻禧教授七秩華誕祝壽論文集，2007 年，193-233 頁。

<sup>13</sup> See generally, Gerken, *Lost in the Political Thicket*.

<sup>14</sup> 針對選區重劃案件的司法審查，曾有學者分別建議美國法院援引美國憲法第 4 條之共和政府型式條款（the Republican Form of Government Clause）或者美國憲法第 1 條之選舉條款（the Elections Clause）作為司法審查的規範基礎；see Michael W. McConnell, *The Redistricting Cases: Original Mistakes and Current Consequences*, 24 HARV. J. L. & PUB. POL'Y 103 (2000); Brief of Samuel Issacharoff, Burt Neuborne, and Richard H. Pildes as Amici Curiae in Support of Appellants, *LULAC v. Perry*, 548 U.S.

基本權利是否受有損害的問題；他們對於相關憲法權利規範的解釋與適用，也經常受到各種制度性、功能性考量的影響<sup>15</sup>。這兩派學者都認為，司法審查在民主法秩序中應該有一定的角色扮演，而且民主政治的過度憲法法化並不是一件好事；對於諸多美國聯邦最高法院的民主法判決，他們的評論意見往往也是大同小異的。近來有些論者進而探尋了橋接或者超越權利——結構分歧的可能性，而他們的成功也意謂著在這兩種典範之間，並沒有無法跨越的鴻溝<sup>16</sup>。有論者就此認為這場論辯是無謂的本質論

399 (2006) (Nos. 05-204, 05-254, 05-276, and 05-439); Richard H. Pildes, *The Constitution and Political Competition*, 30 NOVA L. REV. 253 (2006). 民主法結構論的代表性學者 Richard Pildes 向來則大力主張結構／制度／功能取向的權利概念 (the structural/institutional/functional conception of rights) ; see Pildes, *Avoiding Balancing: The Role of Exclusionary Reasons in Constitutional Law*, 45 HASTINGS L. J. 711 (1994); Pildes, *Two Conceptions of Rights in Cases Involving Political "Rights"*, 34 HOUS. L. REV. 323 (1997); Pildes, *Why Rights Are Not Trumps: Social Meanings, Expressive Harms, and Constitutionalism*, 27 J. LEGAL STUD. 725 (1998); Pildes, *Formalism and Functionalism in the Constitutional Law of Politics*, 35 CONN. L. REV. 1525 (2003). 學者 Guy-Uriel Charles 認為這種對於政治權利規範的結構性理解與運用是民主法結構論者的早期主張 ; see Charles, *Judging the Law of Politics*, at 1114-1120, 1131-40. 本文則不認為後來的民主法結構論已經放棄這樣的見解。

<sup>15</sup> 學者 Pamela Karlan 認為，美國聯邦最高法院已在若干民主法判決中發展出了「結構性的平等保護」的看法 ; see 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 (2001). 學者 Heather Gerken 對於涉及「票值被稀釋 (vote-dilution)」主張之權利論述的結構面向，做了深刻的分析; see Heather K. Gerken, *Understanding the Right to An Undiluted Vote*, 114 HARV. L. REV. 1663 (2001). 學者 Christopher Elmendorf 另指出，美國聯邦最高法院有關選舉事務 (electoral mechanics) 的判例法，雖然沿用了個人權利的論述修辭，其實寓有濃厚的結構性考量; see Christopher S. Elmendorf, *Structuring Judicial Review of Electoral Mechanics: Explanations and Opportunities*, 156 U. PENN. L. REV. 313 (2007). 關於憲法法權利規範的結構性思維, see, e.g., CHARLES L. BLACK, JR., *STRUCTURE AND RELATIONSHIP IN CONSTITUTIONAL LAW* (1969, 1985); AKHIL REED AMAR, *THE BILL OF RIGHTS: CREATION AND RECONSTRUCTION* (1998); 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 (1999).

<sup>16</sup> 關於橋接或者超越權利——結構分歧理論嘗試，see, e.g., EISGRUBER, *supra* note 4, at

(essentialism) 爭議<sup>17</sup>。本文則認為，這場論辯的僵持，緣於權利論者與結構論者就民主法之司法審查的角色或者功能還是有著相當不同的看法，而這項差異的意義，並不是我們可以用本質論爭一筆帶過的。質言之，民主法的權利論者認為，民主法院的本份還是在於救濟個人權利所受侵害，而非在於導正民主程序的結構性缺失；如果我們沒有守住這個底線，司法審查僭越民主制度工程的危險只會變得更加嚴重<sup>18</sup>。民主法的結構論者則認為，司法審查應該而且有能力承擔處理一定之結構性民主法問題的任務，而且結構取向的分析與考量經常為一項民主法規範爭議之裁決所必要；結構論者也試圖限定司法審查對於民主制度工程的干預，但是他們認為，既有的權利本位法理論，是問題的癥結所在，而不是解決問題的有效辦法<sup>19</sup>。

【故事一】構成了許多民主法學者就政治反托拉斯理論之發展及其爭議所為評述的主題，而這不是沒有道理的。聚焦於民主法的權利——結構論辯的【故事一】，一來解釋了何以政治反托拉斯理論會隨著民主法成為一個新興研究領域的起步發展而蔚為風潮，二來明白揭示了政治反托拉斯論者試圖建立民主法之新典範、新認同的理論雄心。在【故事一】的脈絡下，我們也不難理解何以政治反托拉斯理論受到了來自民主法權利論者的許多批評<sup>20</sup>。【故事一】所採典範論辯的敘事架構，凸顯了權利本位的

<sup>17</sup> 170-75, 179-86; Farber, *supra* note 4, at 374-77; Gerken, *Lost in the Political Thicket*, at 521-31; Charles, *Judging the Law of Politics*, at 1124-30.

<sup>17</sup> Charles, *Judging the Law of Politics*, at 1131.

<sup>18</sup> See HASEN, THE SUPREME COURT AND ELECTION LAW, at 138-56; Hasen, *Judges as Political Regulators: Evidence and Options for Institutional Change*, in RACE, REFORM, AND REGULATORY INSTITUTIONS: RECURRING PUZZLES IN AMERICAN DEMOCRACY 101 (Guy-Uriel E. Charles, Heather K. Gerken, and Michael S. Kang eds., 2011).

<sup>19</sup> See, e.g., Pildes, *Foreword*, at 42-47; Gerken, *Lost in the Political Thicket*, at 529-31.

<sup>20</sup> See, e.g., HASEN, THE SUPREME COURT AND ELECTION LAW, at 2-10, 143-56; Farber, *supra* note 4, at 374-77; Persily, *The Place of Competition in American Election Law*, at

選舉法理論與結構取向的政治反托拉斯理論間的差異。典範論辯的談法，也讓革命性的典範轉換（paradigm shift）進入了我們的想像空間，而得與其他追求漸進改革之理論主張相提並論<sup>21</sup>。然而，即使我們認定民主法之權利論與結構論間的差距相當有限，從權利論到結構論的典範轉換，恐怕不是近在咫尺的易事（假定這樣的典範轉換是可能的）<sup>22</sup>。在民主法的法理論典範成功完成「結構轉向」（the “structural turn”）以前，政治反托拉斯理論在民主法之司法審查的既有環境條件下，毋寧仍有一定的意義與作用。就此而言，典範轉換之追求，並不是政治反托拉斯理論作為一種學術運動的全部。當我們跳出【故事一】的敘事架構，我們也將發現，政治反托拉斯理論的主張，其實是更為複雜的、也更加多元的。

### 三、【故事二】：競爭法理論在民主法的類推移植

政治反托拉斯理論是民主法結構論的代表性主張，但不是民

<sup>21</sup> 176-93; Charles, *Judging the Law of Politics*, at 1120-40.

<sup>22</sup> 司法最小主義（judicial minimalism）是最具代表性的漸進改革主張；*see, e.g.*, ALEXANDER M. BICKEL, THE LEAST DANGEROUS BRANCH: THE SUPREME COURT AT THE BAR OF POLITICS (1962); CASS R. SUNSTEIN, ONE CASE AT A TIME: JUDICIAL MINIMALISM ON THE SUPREME COURT (1999). 學者 Richard Hasen 主張以司法最小主義的方法改革選舉法權利論；*see* HASEN, THE SUPREME COURT AND ELECTION LAW. 學者 Heather Gerken 則深入檢討了司法最小主義在民主法領域所會遭遇到的問題；*see* Heather K. Gerken, *The Costs and Causes of Minimalism in Voting Cases: Baker v. Carr and Its Progeny*, 80 N. C. L. REV. 1411, 1427-43 (2002). Gerken 另對取向於結構論之民主法理論典範變遷的好處與風險，做了相當中肯的評析；*see* Gerken, *Lost in the Political Thicket*, at 519-31.

<sup>23</sup> *See* Gerken, *Lost in the Political Thicket*; Heather K. Gerken, *Rashomon and the Roberts Court*, 68 OHIO ST. L.J. 1213 (2007); *see also* Pamela S. Karlan, *New Beginnings and Dead Ends in the Law of Democracy*, 68 OHIO ST. L.J. 743 (2007); Luis Fuentes-Rohwer and Laura Jane Durfee, *Leaving the Thicket at Last?*, 2009 MICH. ST. L. REV. 417 (2009).

主法結構論的唯一可能<sup>23</sup>。那麼，身為民主法結構論旗手的政治反托拉斯論者，又是為什麼會將他們討論的重心置於政治競爭，而不是民主政治程序的其他結構性議題呢？對於這個【故事一】所無法回答的問題，關於政治反托拉斯理論的第二個主流敘事倒是提供了一個相當直截了當的答案：政治反托拉斯理論之所以聚焦於過度自利的政治管制對於競爭民主所可能造成的扭曲，基本上是法律人所熟悉的類推論理使然。在政治反托拉斯理論發展之初，學者 Samuel Issacharoff 與 Richard Pildes 曾以公司法上的閉鎖理論（the lockups theory）作為他們師法的對象<sup>24</sup>。不過，原本即已出現在 1980 年代美國相關憲法法討論中之將民主政治類比或者借喻於市場、產業組織（industrial organizations）的談法<sup>25</sup>，於 1990 年代以降又再度盛行於民主法的相關討論中，並且推促許多民主法學者（包括、但不限於政治反托拉斯論者）去探尋競爭法／反托拉斯法理論之於民主法之司法審查的類比及其啟示<sup>26</sup>。

<sup>23</sup> 對於民主法結構論的一個多元想像，see Gerken, *supra* note 21, at 1442 n.125. 關於民主的憲法法蘊涵多元價值的看法，see also Guy-Uriel E. Charles, *Constitutional Pluralism and Democratic Politics: Reflections on the Interpretative Approach of Baker v. Carr*, 80 N. C. L. REV. 1103 (2002).

<sup>24</sup> See Issacharoff & Pildes, *Politics as Markets*, at 648-49.

<sup>25</sup> See, e.g., JOHN HART ELY, DEMOCRACY AND DISTRUST: A THEORY OF JUDICIAL REVIEW 102-03 (1980); Peter H. Schuck, *The Thickest Thicket: Partisan Gerrymandering and Judicial Regulation of Politics*, 87 COLUM. L. REV. 1325, 1337-48 (1987); David Cole, *First Amendment Antitrust: The End of Laissez-Faire in Campaign Finance*, 9 YALE L. & POL'Y REV. 236 (1991); DAVID A. SCHULZ, PROPERTY, POWER, AND AMERICAN DEMOCRACY 188-95 (1992).

<sup>26</sup> See, e.g., Kevin Mitchell, *Antitrust Analysis: A Roadmap for Election Reform under the First Amendment*, 10 COMMLAW CONSPPECTUS 157 (2001); Issacharoff, *Gerrymandering and Political Cartels*, at 618-21; POSNER, *supra* note 2, at 245-47; SHAPIRO, *supra* note 2, at 60-61; Persily, *The Place of Competition in American Election Law*, at 175-76. 以市場／反托拉斯法的相關概念、術語來討論民主法的問題並不是政治反托拉斯論者的專利；關於市場／反托拉斯法之類比或隱喻在美國民主法研究領域的廣泛運用，see also Richard L. Hasen, *Entrenching the Duopoly: Why the Supreme Court Should Not Allow the States to Protect the Democrats and Republicans from Political Competition*,

政治反托拉斯理論主張，民主法的司法審查應以排除過度自利的政治管制對於民主政治競爭秩序的扭曲為其主要任務，而其目的在於確保作為規訓政治菁英之主要機制的政治市場得以適切運作。這樣的主張，的確與競爭法之於商品市場的管制思維相當神似；若謂前者受到了後者的啟發或影響，應屬合理的推論。就算本於競爭法的類比或者隱喻不是政治反托拉斯理論思維的發端，它們確實經常被用來詮釋這項理論的名稱與基本主張：如果說民主政治程序可以比擬為一種市場機制，那麼法院在民主法領域中所扮演的，就是政治市場中的反托拉斯執法者的角色。【故事二】便是在這樣的背景上鋪陳政治反托拉斯理論作為一種理論運動的意義及其發展。這個故事告訴我們：政治反托拉斯論者基本上是將民主法設想為一種關於政治市場的競爭法，並進而要求民主法法院向競爭法法院學習如何排除有力人士對於市場競爭秩序的不當干預；將競爭法理論類推移植到民主法領域中，則是論者用以開展、建構政治反托拉斯理論的主要方法。

【故事二】的敘事架構——競爭法理論在民主法的類推移植——對於政治反托拉斯理論的發展及其爭議，確有一定的解釋力。首先，政治反托拉斯論者泰半是憲法法律人（constitutional lawyers），而他們所要說服的首要對象，則是行使司法審查權限的法官們。從政治反托拉斯理論的學術性格觀之，其倡議者會以實用取向強烈的類推論理——而非抽象的政治理論思辯——來發展政治反托拉斯審查的司法準則，並不令人意外。其次，將競爭法理論及其司法準則類推、轉介到民主法領域的嘗試，確實是政

---

1997 SUP. CT. REV. 331 (1997); Bradley A. Smith, *Judicial Protection of Ballot-Access Rights: Third Parties Need Not Apply*, 28 HARV. J. ON. LEGIS. 167 (1991); Mark R. Brown, *Popularizing Ballot Access: The Front Door to Election Reform*, 58 OHIO ST. L. J. 1281 (1997); Nathaniel Persily, *Candidates v. Parties: The Constitutional Constraints on Primary Ballot Access Laws*, 89 GEO. L. J. 2181 (2001); JAMIN B. RASKIN, *OVERRULING DEMOCRACY: THE SUPREME COURT VS. THE AMERICAN PEOPLE* 91-116 (2003).

治反托拉斯理論發展的一項重要特色。不少政治反托拉斯論者試著將某項特定的競爭法理論／準則轉介到民主法領域，據以處理情節類似的特定政治反托拉斯問題；只是，這種直接「接枝」的機會畢竟有限<sup>27</sup>。在更多時候，政治反托拉斯論者所試圖學習、引介的，則是競爭法理論分析、處理競爭法議題的技術、方法。相對於當代競爭法理論之重視經濟分析（特別是產業組織理論的應用），不少政治反托拉斯論者也強調、借重公共選擇（public choice）——也就是之於政治的經濟分析——的方法與觀點<sup>28</sup>。再者，民主法究竟應不應該向競爭法看齊？民主法的司法審查又是否應該以確保公平而活絡的政治競爭為其主要任務？還是應該去追求更為深刻、厚實的民主理想？對於這些問題的不同看法，無疑是政治反托拉斯理論的支持者與反對者間的重要分歧所在。概略而言，政治反托拉斯論者基本上肯認競爭法理論對於民主法理論具有一定的參考價值，也主張以競爭民主的思維設定司法審查所要扮演的角色<sup>29</sup>。不少對政治反托拉斯理論有所批判的論者，

<sup>27</sup> See, e.g., Issacharoff, *Gerrymandering and Political Cartels*, at 598-601 (建議法院比照反托拉斯法就水平市場分佔協議（horizontal market division agreement）所設當然（禁制）規則（*per se rule*）而去否定跨兩黨性選區劃分（bipartisan gerrymandering）的合憲性）；Elhauge, *Amicus Brief on Vieth*, at 15-27 (建議法院仿效反托拉斯法上的壟斷化準則（the monopolization doctrine）設計據以判斷黨派性選區劃分（partisan gerrymandering）之合憲性的司法準則）；Schleicher, *supra* note 2, at 197-219 (援引關於自然雙頭寡佔（natural duopoly）之管制理論為美國聯邦最高法院數則涉及政黨初選之候選資格取得（primary ballot access）的選舉法判決辯護)。

<sup>28</sup> See, e.g., Issacharoff and Laura Miller, *Democracy and Electoral Processes* (March 2009), in RESEARCH HANDBOOK ON LAW AND PUBLIC CHOICE (Daniel A. Farber and Anne Joseph O'Connell, eds., forthcoming), available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1366503>.

<sup>29</sup> 在政治反托拉斯理論發展初期，學者 Samuel Issacharoff 與 Richard Pildes 對於他們在民主理論上的立場與看法，並沒有太多著墨；學者 Michael Klarman 則是以多數決原則為其司法審查理論所要保護的主要民主價值，see Klarman, *supra* note 2, at 498-501. 不過，在法官 Richard Posner 與政治學學者 Ian Shapiro 投身政治反托拉斯理論的運動後，競爭民主理論已被多數政治反托拉斯論者接受為這項司法審查理論

則對借鏡於競爭法的類推論理的妥適性或其實益有所保留<sup>30</sup>；有些批評者甚至對競爭民主這個類市場（market-like）的「薄（thin）民主觀」，有著根本性、原則性的反對<sup>31</sup>。

然而，【故事二】可能過度放大了競爭法的類推論理之於政治反托拉斯理論發展的重要性，乃至讓人誤以為這項理論的成敗在相當程度上繫於競爭法的理論／司法準則能否成功類推移植到民主法領域。這是一個誤會，因為借鏡於競爭法的類推論理，只是發展政治反托拉斯的司法準則的一種手段，而不是政治反托拉斯理論存在的目的；它或許是政治反托拉斯理論發展迄今相當倚重的手段，但從來就不是開展政治反托拉斯理論的唯一路徑<sup>32</sup>。再說，政治競爭多少有別於經濟競爭；如果進一步考量到政治競爭的獨特性與複雜性，則即使是最堅定的政治反托拉斯論者也必須承認，類推論理的說服力往往有限<sup>33</sup>。也因為競爭民主終究不同於市場經濟，競爭法理論完全服膺於經濟理性的歷史經驗，恐

的民主理論基礎；see POSNER, *supra* note 2; SHAPIRO, *supra* note 2; Pildes, *Competitive, Deliberative, and Rights-Oriented Democracy*, 3 ELECTION L. J. 685 (2004) (book review).

<sup>30</sup> See, e.g., Vieth v. Jubelirer, 541 U.S. 267, 351 n. 5 (Souter, J., dissenting); Persily, *The Place of Competition in American Election Law*, at 176; Justin Buchler, *The Statistical Properties of Competitive Districts: What the Central Limit Theorem Can Teach Us about Election Reform*, 40 (2) POLITICAL SCIENCE & POLITICS 333 (2007).

<sup>31</sup> See, e.g., BENJAMIN R. BARBER, STRONG DEMOCRACY: PARTICIPATORY POLITICS FOR A NEW AGE (1984, 2003); FREDERICK M. BARNARD, DEMOCRATIC LEGITIMACY: PLURAL VALUES AND POLITICAL POWER 98-115 (2001).

<sup>32</sup> 例如說，許多政治反托拉斯論者也相當倚重意圖／目的審查（intent/purpose-based inquiry）這種傳統憲法法理論之司法準則的應用；see Issacharoff & Pildes, *Politics as Markets*, at 681; Pildes, *Foreword*, at 76; Dawood, *supra* note 2, at 1471-72.

<sup>33</sup> 關於政治競爭之多面向性（multi-dimensionality）等特性分析，see generally Stefano Bartolini, *Collusion, Competition and Democracy (Part I)*, 11 (4) JOURNAL OF THEORETICAL POLITICS 435 (1999); Bartolini, *Collusion, Competition and Democracy (Part II)*, 12 (1) JOURNAL OF THEORETICAL POLITICS 33 (2000); see also Kaare Strøm, *Democracy as Political Competition*, 35 (4/5) AMERICAN BEHAVIORAL SCIENTIST 375 (1992).

怕很難複製到民主法領域。我們毋需否定公共選擇對於政治反托拉斯理論的助益，但是我們必須認知——公共選擇只是析論民主政治的眾多理論觀點之一，而且它未必優越、甚至可能還遜於其他的政治理論。一旦我們跳出【故事二】的敘事框架，我們將會發現，政治反托拉斯理論的發展，在類推、摹仿之外，也有「走自己的路」的理論創新可能。

#### 四、【故事三】：Elysian 流與 Schumpeterian 流的傳承、匯流與轉化

早在政治反托拉斯理論於近十多年來在美國民主法領域蔚為風潮以前，這個理論的基本構想——對民主政治實施反托拉斯式的管制——其實已多次出現在關於民主與憲法法的知識史紀錄中；儘管當代的政治反托拉斯論者並不怎麼重視這個理論的前史，他們之中尚無人以政治反托拉斯這個觀念的原創者自居。在 1980 年出版之《民主與不信任》一書中，已故美國憲法學大師 John Hart Ely 已使用「反托拉斯」一詞，來詮釋他對司法審查之功能定位的基本看法<sup>34</sup>。作為一個關於司法審查的理論，政治反托拉斯理論在相當程度上傳承自 Ely 氏所代表之有關司法審查的程序理論傳統（本文將之簡稱為 Elysian 理論傳統或 Elysian 流）——這早就是政治反托拉斯理論之支持者與反對者的共同看法<sup>35</sup>。不過，政治反托拉斯理論毋寧還有一段很少被當代論者提及的前史。早在 1942 年出版的《資本主義、社會主義與民主》

<sup>34</sup> ELY, *supra* note 25, at 102-03.

<sup>35</sup> See, e.g., Issacharoff & Pildes, *Politics as Markets*, at 709-10; POSNER, *supra* note 2, at 246; HASEN, THE SUPREME COURT AND ELECTION LAW, at 4-6. 關於 Ely 的司法審查理論對於民主法理論的影響, see also Kathleen M. Sullivan and Pamela S. Karlan, *The Elysian Fields of the Law*, 57 STAN. L. REV. 695 (2004); Luke P. McLoughlin, *The Elysian Foundations of Election Law*, 82 TEMPLE L. REV. 89 (2009).

一書中，廿世紀的經濟與政治思想大家 Joseph Schumpeter（熊彼得）已經明白反對將類如商品市場的反托拉斯法規範納入競爭民主的構成規則，據以避免這個氏所主張的民主理念陳義過高<sup>36</sup>。Schumpeter 奠定了競爭民主這個理論傳統（本文將之簡稱為 Schumpeterian 理論傳統或 Schumpeterian 流）作為現實主義（realism）與最小主義（minimalism）之民主論的基調<sup>37</sup>。雖然後來的競爭民主論者偶有建構政治反托拉斯法制的芻議<sup>38</sup>，相關構想一直要到政治反托拉斯理論於 1990 年代中後期興起後，才在言論市場（the marketplace of ideas）上受到了比較多的注意與討論。

政治反托拉斯究竟是怎麼從一個不被 Schumpeter 看重的發想演變成當代民主法的重要理論運動呢？這個問題的回答需要我們去進一步爬梳政治反托拉斯的觀念史，或者說，去追溯政治反托拉斯理論的知識系譜。透過這樣的考察與檢討，我們可以訴說關於政治反托拉斯理論的第三個故事。以觀念史／知識系譜作為敘事架構，【故事三】首先強調政治反托拉斯理論在 Elysian 流與 Schumpeterian 流這兩個理論傳統上的「傳承」，並據以解釋政治反托拉斯理論的核心主張。質言之，政治反托拉斯理論一方面自 Elysian 理論傳統承繼了有關程序（結構）取向之司法審查的想法，另一方面則自 Schumpeterian 理論傳統承繼了有關競爭民主的想法。這兩重理論系譜上的連結分別說明了何以司法審查而非其他建制會成為政治反托拉斯的主要機制<sup>39</sup>，以及何以政治反

<sup>36</sup> See JOSEPH A. SCHUMPETER, CAPITALISM, SOCIALISM AND DEMOCRACY 271 (1942).

<sup>37</sup> See Adam Przeworski, *Minimalist Conception of Democracy: A Defense*, in DEMOCRACY'S VALUE 23 (Ian Shapiro & Casiano Hacker-Cordón eds., 1999); James Allan, *Thin Beats Fat Yet Again—Conceptions of Democracy*, 25 LAW AND PHILOSOPHY 533 (2006).

<sup>38</sup> See, e.g., ANDREW M. SCOTT, COMPETITION IN AMERICAN POLITICS: AN ECONOMIC MODEL 122 (1970).

<sup>39</sup> 在司法審查之外，還有若干政治反托拉斯取向的可能建制或者措施。直接民主在

托拉斯論者會重視政治競爭的適正性甚於其他民主價值。整體而言，【故事三】便是以 Elysian 與 Schumpeterian 這兩個理論傳統的「匯流」，來標定政治反托拉斯理論在知識系譜上的位置。甚者，從這兩個理論傳統整合出來的政治反托拉斯理論，也由於整合過程中的碰撞與磨合，而分別為這兩個理論傳統帶來了新的發展：相較於傳統的程序取向司法審查理論，政治反托拉斯理論對於法院介入政治管制的場合作了比較嚴格的條件限制，也將 Elysian 理論傳統的核心關懷，從政治代表（political representation）導向於政治競爭<sup>40</sup>。相較於傳統的競爭民主理論，政治反托拉斯理論對於政治競爭的公平性則有更高的規範要求，也引領競爭民主論者進一步思考司法審查的功能與角色<sup>41</sup>。

【故事三】讓我們看見了政治反托拉斯理論在憲政知識史洪流中的傳承與創新，也凸顯了這項理論發展過程中的一項關鍵難題，那就是民主理論與司法審查理論的關係。質言之，任何試圖限定法院之功能與角色的司法審查理論，背後必然有一套關於憲政民主的基本設想<sup>42</sup>。政治反托拉斯論者之所以擁抱競爭民主，

（政治反托拉斯取向之）選舉法改革上的應用與成效，尤其受到論者的注意與討論；*see, e.g.*, Bruno S. Frey and Iris Bohnet, *Democracy by Competition: Referenda and Federalism in Switzerland*, 23(2) PUBLIUS: THE JOURNAL OF FEDERALISM 71, 72-74 (1993); Michael Wohlgemuth, *Entry Barriers in Politics, or: Why Politics, Like Natural Monopoly, Is Not Organized as an Ongoing Market-Process*, 12 REVIEW OF AUSTRIAN ECONOMICS 175, 192 (1999); POSNER, *supra* note 2, at 243-44; SHAPIRO, *supra* note 2, at 61; Issacharoff, *Collateral Damage: The Endangered Center in American Politics*, 46 WM. & MARY L. REV. 415, 416 (2004); Elizabeth Garrett, *Who Chooses the Rules?*, 4 ELECTION L. J. 139, 140 (2005) (book review); Elizabeth Garrett, *Hybrid Democracy*, 73 GEO. WASH. L. REV. 1096, 1110-21 (2005); Michael S. Kang, *De-Rigging Elections: Direct Democracy and the Future of Redistricting Reform*, 84 WASH. U. L. REV. 667 (2006). 關於政治反托拉斯建制的其他提議，*see also* JAMES C. MILLER III., MONOPOLY POLITICS 138-47 (1999); SHAPIRO, *supra* note 2, at 61-63, 112.

<sup>40</sup> See Su, *supra* note 1, at 29-37.

<sup>41</sup> See Su, *supra* note 1, at 46-50.

<sup>42</sup> See Heather K. Gerken, *New Wine in Old Bottles: A Comment on Richard Hasen's and*

除了是鑑於這項民主理論高度關注民主的制度設計並且可以敏銳解析其間之權力關係<sup>43</sup>，也有相當程度是因為這項「薄民主觀」——相較於類如審議民主（deliberative democracy）的「厚（thick）民主觀」而言——可能給予法院比較有限的政治判斷空間，從而有助於節制民主政治的憲法法化<sup>44</sup>。不過，政治反托拉斯論者坦承，他們並沒有一套關於競爭民主的完整理論<sup>45</sup>；他們毋寧主要是運用公共選擇分析、類推論理、乃至於沿用憲法法傳統中的各種審查標準，來發展引導政治反托拉斯審查的具體司法準則。這類做法讓政治反托拉斯論者得以繞過、避開競爭民主本身所具有各種複雜難題，但是據此發展出來的政治反托拉斯準則，其妥當性與有效性如何，也因而不無疑問。政治反托拉斯論者就此面臨一個兩難困境：為了適切回應競爭民主的複雜性，政治反托拉斯理論必須與相關的政治理論與實證研究展開進一步的對話，據以發展契合於政治場域的反托拉斯準則。然而，這樣的發展勢將打破政治反托拉斯論者間關於競爭民主的既有「不完全理論化的共識」（the “incompletely theorized agreements”）<sup>46</sup>，從而進一步考驗法院接納、運作政治反托拉斯理論的能力與意願。如何處理這個兩難困境，是【故事三】留給下一代的政治反托拉斯論者的歷史習題。

---

*Richard Briffault's Essays on Bush v. Gore*, 29 FLA. ST. U. L. REV. 407, 414-23 (2001); Daniel R. Ortiz, *Got Theory?*, 153 U. PA. L. REV. 459 (2004); but cf. Lowenstein, *The Supreme Court Has No Theory of Politics*.

<sup>43</sup> See SHAPIRO, *supra* note 2, at 51-58; Pildes, *supra* note 29, at 693-94.

<sup>44</sup> See POSNER, *supra* note 2, at 135-36, 141-42, 155-57. 必須澄清的是，審議民主論者並不必然支持以司法審議替代民主審議；有論者亦試圖在審議民主理論的基礎上限定司法審查所扮演的角色；see, e.g., CHRISTOPHER F. ZURN, *DELIBERATIVE DEMOCRACY AND THE INSTITUTIONS OF JUDICIAL REVIEW* (2007).

<sup>45</sup> See Issacharoff & Pildes, *Politics as Markets*, at 681; Pildes, *The Theory of Political Competition*, at 1612; Dawood, *supra* note 2, at 1423-26.

<sup>46</sup> 關於「不完全理論化的共識」，see CASS R. SUNSTEIN, *LEGAL REASONING AND POLITICAL CONFLICT* 35-61 (1996).

## 五、結語

本文敘說、檢討了關於政治反托拉斯理論的三個故事。【故事一】凸顯了政治反托拉斯理論的結構取向及其與傳統民主法權利論之間的差異。不過，即使民主法的權利——結構典範論辯不是無謂的本質論爭議，我們不應該讓這個論辯的二元框架僵固、侷限了我們對於民主法理論的思考與想像。而且，縱使民主法理論的典範轉換尚未發生甚至實現機會渺茫，政治反托拉斯理論的發展，毋寧已經而且仍會對於民主法的司法審查實務產生一定的影響。【故事二】把政治反托拉斯理論的發展界定為一種學習之旅，也就是民主法理論向競爭法理論看齊的歷程。競爭法確有值得民主法效法之處，不過借鏡於競爭法理論的類推論理，終究只是發展政治反托拉斯準則的其中一種效用有限的手段。競爭法理論或有服膺於經濟分析的硬道理，可是公共選擇——政治的經濟分析——無法、也不應該壟斷我們對於競爭民主的理解與想像。【故事三】帶領我們重新爬梳被主流論述所忽略的形構政治反托拉斯理論的知識史，而以 Elysian 程序取向司法審查理論與 Schumpeterian 競爭民主理論這兩脈學術傳統的起承轉合，來標定政治反托拉斯理論的歷史意義。這個故事並無法解釋環繞於政治反托拉斯理論之既有論辯的主要議題及其間的立場分歧，但是讓我們重新認識了這項理論發展——特別是其間的內部矛盾。合在一起看，這三個故事呈顯了政治反托拉斯理論所具有的多重意義。政治反托拉斯理論的未來仍待論者追求，但是它今後會怎麼發展？又該如何發展？這三個故事多少已為我們提供了一些提示。