

「民主不是一場遊戲」：

Arizona Free Enterprise、公費競選與民主的公平

蘇彥圖*

(中央研究院法律學研究所)

壹、前言

貳、連動平準型的公費競選制度：以 *Arizona* 為例

一、政策思維

二、基本設計

三、運作成效

參、*Arizona Free Enterprise* 的憲法法理論

一、連動平準補助構成言論自由的實質負擔？

二、連動平準補助不具重大政府利益？

三、再論 *Davis*，以及競選經費法／民主法的司法審查

肆、選舉賽局、政治經費賽局與民主的公平——代結論

附表一：美國州層級之候選人公費競選法概況

參考文獻

* 中央研究院法律學研究所助研究員。作者感謝同所研究助理廖穎凡協助本文研究資料之收集與整理。

壹、前言

公費競選（public financing of campaigns/elections），儘管不乏反對者或批評者，一直是不少論者眼中最為理想、問題最少的政治經費供輸模式，也是百年來美國競選經費改革的主要制度工具／政策主張之一¹。在 (i) 選舉以候選人為中心（candidate-centered）以及 (ii) 競選活動容許而且主要是由私部門支應經費（private funding）這兩個美國民主的基本結構條件底下，公費競選——特別是確立於 1970 年代初期之總統選舉公費競選制度為代表的候選人自願性全額公費競選制度——肩負了「減低大額政治獻金對於政治程序的負面影響」、「便利候選人與選民之交流」以及「讓候選人無需疲於募款」等業經聯邦最高法院的 *Buckley v. Valeo* (1976)（以下簡稱 *Buckley*）一案判決認可的多重管制任務²。不過，許多論者對於公費競選制度的功能，有著更深的期許：他們寄望這項制度，得以促成選舉民主之「競爭環境的公平化」（leveling the playing field）³。相當程度是在這個事關政治公平（political fairness）的質樸訴求的驅策底下，包括了 Arizona 在內的數個州以及若干的地方自治團體，在 1990 年代之後，相繼建立了配備有某種「連動平準機制」（the “trigger” provisions）的公費競選制度，讓其所提供的公費補助，得以視非公費候選人乃至獨立性政治開支（independent expenditure/spending）的實際資金水位而有所增加⁴。然而，聯邦最高法院在 2011 年間做成的 *Arizona Free Enterprise Club’s Freedom Club PAC et al. v. Bennett*（以下簡稱 *Arizona Free Enterprise*）一案判決，以 5 票對 4 票的比數，判定 Arizona 州於 1998 年間經公民創制程序制定通過之《公民乾淨選舉法》（the Citizens Clean Elections Act；以下簡稱 CCEA）中的連動平準機制，違反了美國憲法第一增補條文⁵。由首席大法官 John G. Roberts, Jr. 主筆、另由大法官 Antonin Scalia、Anthony Kennedy、Clarence Thomas 與 Samuel Alito, Jr. 參加的本案法院意見，不僅阻斷了連動平準型公費競選制度的民主實驗，還形同根本否定了「競爭環境的公平化」作為公費競選法的管制理念的正當性——因為「在一個民主社群，競選

¹ 公費競選在概念上並不限於政府對於競選活動所直接提供之金錢補助；參見國立政治大學選舉研究中心，公費選舉制度之研究，內政部委託研究報告，2007 年（劉義周主持研究）。惟基於討論聚焦之需要，本文僅討論以候選人為對象並以金錢給付為補助形式的公費競選。本文僅討論美國的公費競選。關於美國公費競選法的概論與歷史回顧，*see generally* Richard Briffault, *The Future of Public Funding*, 47 WILLAMETTE L. REV. 521 (2013)。關於對公費競選法的反對或質疑，*see, e.g.*, BRADLEY A. SMITH, UNFREE SPEECH: THE FOLLY OF CAMPAIGN FINANCE REFORM 88-105 (2001); WELFARE FOR POLITICIANS?: TAXPAYER FINANCING OF CAMPAIGNS (John Samples ed., 2005)。

² 424 U.S. 1, at 91.

³ *See, e.g.*, Richard Briffault, *Public Funding and Democratic Elections*, 148 U. PA. L. REV. 563 (1999); Briffault, *Reforming Campaign Finance Reform: A Review of Voting with Dollars*, 91 CAL. L. REV. 643 (2003); Costas Panagopoulos, *Leveling the Playing Field: Publicly Financed Campaigns and Electoral Competition*, in PUBLIC FINANCING IN AMERICAN ELECTIONS 176 (Costas Panagopoulos ed., 2011) [hereinafter PUBLIC FINANCING IN AMERICAN ELECTIONS].

⁴ *Cf.* Jeremy N. Sheff, *The Myth of the Level Playing Field: Knowledge, Affect, and Repetition in Public Debate*, 75 MO. L. REV. 143, 168-69 (2010).

⁵ 564 U.S. ____ (2011).

公職可不是一場遊戲。⁶」

「誠然，民主不是一場遊戲。⁷」大法官 Elena Kagan 如此歸結了由她撰寫、另由 Ruth Bader Ginsburg、Stephen G. Breyer 與 Sonia Sotomayor 三位大法官參加的不同意見。雖然乍看之下似在附和法院意見的上述講法，大法官 Kagan 的這句話，毋寧隱含有對於法院意見的強烈諷刺，而且其所諷刺的，似乎不僅止於首席大法官 Roberts 之以四兩（「競選公職不是一場遊戲」）撥千金（「競爭環境的公平化」）的那種語言遊戲。*Arizona Free Enterprise* 一案的主要爭點是：藉由讓公費候選人，在非公費候選人的競選支出以及／或者反對她的獨立性政治開支將會超過她之前所獲得之基本公費補助的數額的情況下，得以取得一定額度的加碼補助，Arizona 的公費競選法中的連動平準機制，是否違憲地限制了非公費候選人以及從事獨立性政治開支之反對者的言論自由？以憲法第一增補條文的相關法（釋義）理論（doctrinal jurisprudence）為劍，首席大法官 Roberts 所主筆的法院意見與大法官 Kagan 所撰寫的不同意見，就此展開了處處針鋒相對的論戰。在相當程度上，事關美國公費選舉法未來的這個案子，是近年來 Roberts 法院推動其「競選經費去管制」（campaign finance de-regulation）之憲法法議程的系列判決之一，其結果也不過再次反映了 Roberts 法院的保守派與自由派大法官在競選經費法的合憲性爭議上已然涇渭分明的理念分歧⁸。不過，如果憲法法——相對於司法政治而言——還有任何討論實益的話，我們總得探問：(a) Arizona 的連動平準法究竟是怎麼被 Roberts 法院宣告為違憲的？而這樣的結局，從憲法法理論的觀點而言，又是適得其所，抑或含冤莫白？如果（選舉）民主不該是一場只有有錢人才玩得起的金錢遊戲，我們也得進一步深究：(b) 在 *Arizona Free Enterprise* 一案判決之後，公費競選法還能如何追尋何種意義的民主的公平？

本文嘗試在民主的憲法法（the constitutional law of democracy）的理論層次與討論脈絡上，就上述 (a)、(b) 兩個問題，提出本文的憲法法分析、規範理論反省、乃至初步的法制建議。關於 *Arizona Free Enterprise* 一案判決，本文的基本看法是：雖然 Roberts 法院已經預先鋪好了宣告 Arizona 之連動平準法違憲的墊腳石——也就是 *Davis v. Federal Election Commission* (2008)（以下簡稱 *Davis*）⁹與 *Citizens United v. Federal Election Commission* (2010)（以下簡稱 *Citizens United*）¹⁰等判決先例，以致有部分的論者（包括承審 *Arizona Free Enterprise* 之前身——*McComish v. Brewer* 一案——的聯邦地方法院法官）在 2008 年的 *Davis* 一案判決

⁶ *Id.*, slip op., at 25.

⁷ 564 U.S. ___ (2011) (Kagan, J., dissenting), slip op., at 32.

⁸ See, generally, SAMUEL ISSACHAROFF, PAMELA S. KARLAN, AND RICHARD H. PILDES, *THE LAW OF DEMOCRACY: LEGAL STRUCTURE OF THE POLITICAL PROCESS* 438-71, 476-503 (4th ed., 2012) [hereinafter *THE LAW OF DEMOCRACY*]; see also Richard L. Hasen, *Citizens United and the Illusion of Coherence*, 109 MICH. L. REV. 581 (2011); Michael S. Kang, *The End of Campaign Finance Law*, 98 VA. L. REV. 1 (2012).

⁹ 554 U.S. 724 (2008).

¹⁰ 558 U.S. 310 (2010).

後，多少已經預知了系爭法律的死亡紀事¹¹，Roberts 法院在 *Arizona Free Enterprise* 一案判決中，除了得力於其之偏重形式主義論理 (formalistic reasoning) 的競選經費法理論 (campaign finance jurisprudence)，還另外在認定系爭法律對於言論自由所構成的負擔以及衡量其所追求之政府利益時，動了一些手腳——特別是對 Arizona 的連動平準法進行去脈絡化的切割討論，才得以從憲法第一增補條文的相關法理論中，「推導出」該法違憲的判決結果。就此而言，*Arizona Free Enterprise* 一案判決所確立的，並不是好的憲法法，因為它不僅增加了司法審查過度干預民主制度工程的風險，也助長了攻於機巧的憲法法實務 (constitutional lawyering)。如果說民主不該是一場遊戲，民主的憲法法也不應該是。

展望後 *Arizona Free Enterprise* 時代的公費競選法改革，本文主張：公費競選法的推動者不應該就此放棄或者隱藏追尋「競爭環境的公平化」的管制理念，但是必須調整「公平化」的管制策略，同時也得重新界定公費競選法所要調節的「競爭環境」。質言之，*Arizona Free Enterprise* 一案判決固然有其可議之處，推動公費競選的競選經費改革者還是應該正視取向於選舉賽局的公平化管制所會面臨到的困難。除了應該考慮讓公費補助與競選支出上限脫鉤以外，以選舉民主的政治公平為念的改革者，還應當轉向於追求政治經費賽局之競爭環境的公平化，而不是執著於追求選舉賽局本身的公平化。本文從而贊同「多倍數配比之公費補助」(multiple matching funds) 這類鼓勵並且強化一般公民以小額政治獻金所為政治參與的公費競選制度，並認為其推動者毋須刻意迴避、甚至應該更積極地闡揚此等建制所要追尋的民主的公平。

本文第貳部分將以 *Arizona Free Enterprise* 一案所涉之 Arizona 的 CCEA 為例，簡介連動平準型公費競選制度的政策思維、基本設計及其運作成效。於第參部分，本文將分析、檢討 *Arizona Free Enterprise* 一案判決之法院意見與不同意意見間的主要爭點，據以提出本文對於這項判決所根據或者確立之民主的憲法法的批判意見。於第肆部份，本文嘗試就取向於公平化競爭環境之公費競選法改革的方向與策略，提出本文的理論反省與初步建議。

貳、連動平準型的公費競選制度：以 Arizona 為例

Arizona 原本並不是什麼競選經費改革者的「民主聖地」；若以近年美國總統選舉的投票結果而論，她的政治傾向還比較偏素來並不認同競選經費管制的共和

¹¹ See, e.g., Richard Briffault, *Davis v. FEC: The Roberts Court's Continuing Attack on Campaign Finance Reform*, 44 TULSA L. REV. 475 (2009); Richard Esenberg, *The Lonely Death of Public Campaign Financing*, 33 HARV. J. L. & PUB. POL'Y 283 (2010).

黨，是美國政治上一般所謂的「紅州」(Red state)。不過，在 1990 年代初期人稱「亞利桑那大騙局」(“AzScam”)的重大貪腐醜聞的衝擊下，Arizona 的選民在 1998 年 11 月大選時，以些微的票數差距 (51.2% 贊成對 48.8% 反對) 通過了《公民乾淨選舉法》的公民創制案，一舉讓 Arizona 在 2000 年該法所設制度開始運作時，成為在最多類別的州級政治選舉中均提供全額的競選公費補助的州¹²。Arizona 的《乾淨選舉法》基本上是來自州內與州外的公費競選立法運動者的集體創作。以「乾淨經費」(clean money)、「乾淨選舉」(clean elections) 作為口號，一群美國公費競選制度的推動者，從 1990 年代開始，已先後在數個州與地方推動以「乾淨選舉」為名之公費競選法的立法¹³。Arizona 是繼 Maine (1996) 之後，採納了這項立法運動所提制度方案的第二個州。截至 2013 年底，在設有適用對象不一之現行候選人公費競選制度的 15 個州裡頭，計有 Arizona、Connecticut (2005)、Maine、New Mexico (2003)、North Carolina (2002)、Vermont (1996) 與 West Virginia (2013) 等 7 個州的公費競選法，可算是這項立法運動的成功案例 (參見附表一)。

有別於數個州在 1990 年代以前即已建立的部分／非全額的 (partial) 候選人公費競選制度，乾淨選舉法的立法運動者所試圖建立的，是類似《聯邦選舉競選法》(the Federal Election Campaign Act；以下簡稱 FECA) 就美國總統大選所提供的那種全額的 (full) 候選人公費競選制度¹⁴。有別於 FECA 之以定額、一次性給付 (lump-sum grant) 的方式資助總統大選的公費候選人，乾淨選舉法的立法運動者則是在參考 Florida (1991)、Nebraska (1992) 等州的相關制度設計後，發展出了由某種連動平準機制所調控的公費給付模式。本文以「連動平準型的公費競選制度」一詞，指涉這類讓公費候選人——在非公費候選人的競選支出乃至反對她的獨立性政治開支將會超過她之前所獲得之基本公費補助的數額的情況下——得以取得一定額度之加碼補助的制度安排。根據這項定義，在聯邦最高法院做出 *Arizona Free Enterprise* 一案判決以前，計有 Florida、Nebraska、Maine、Arizona、North Carolina、New Mexico、New Jersey (Pilot Project, 2004; 2007) 與 Connecticut 等 8 個州，以及 Los Angeles, CA (1990)、Albuquerque, NM (2005) 與 Portland, OR (2005) 等城市，曾經採用了這個類型的公費競選制度¹⁵。另外還有數個州與地方，是以解除公費候選人所受競選支出上限管制的方式，因應所屬公費

¹² See MICHAEL G. MILLER, *SUBSIDIZING DEMOCRACY: HOW PUBLIC FUNDING CHANGES ELECTIONS AND HOW IT CAN WORK IN THE FUTURE* 25 (2013)

¹³ See generally, Steven M. Levin, *Keep it Clean: Public Financing in American Elections*, Center for Governmental Studies (2006); David Gartner, *The Future of Clean Elections*, 45 ARIZ. ST. L. J. 733 (2013).

¹⁴ 關於美國總統選舉的公費競選制度的概論，see, e.g., DANIEL HAYS LOWENSTEIN, RICHARD L. HASEN, AND DANIEL P. TOKAJI, *ELECTION LAW: CASES AND MATERIALS* 845-49 (5th ed., 2012) ; R. Sam Garrett, *Public Financing of Presidential Campaigns: Overview and Analysis*, CRS Report for Congress, Congressional Research Service (November 28, 2011).

¹⁵ See Levin, *supra* note 13; see also Robert M. Stern, *Public Financing in the States and Municipalities*, in *PUBLIC FINANCING IN AMERICAN ELECTIONS* 62. .

候選人可能面臨到的競選經費劣勢¹⁶。不過由於解除管制究竟有別於積極補助，這類鄰近的制度安排尚非本文所界定的連動平準型制度，從而不在本文的討論範圍內。本文在此爰以被聯邦最高法院的 *Arizona Free Enterprise* 一案判決宣告違憲的 Arizona 法為例，概略地介紹連動平準型公費競選的制度經驗。

一、政策思維

在 CCEA 創制以前，Arizona 是沒有公費競選制度的。在經歷了 1990 年代初期將近十分之一的州議員涉案的嚴重貪腐醜聞後，大概已有不少 Arizona 的公民體認到，他們在 1986 年同樣也是經由公民創制程序通過的政治獻金管制，還遠不足以澄清 Arizona 的選舉民主與代議政治。為了重建公眾對於州民主政治程序之公正性的基本信任，作為直接立法者的 Arizona 選民，乃於 1998 年時，選擇藉由建立一個——適用對象及於該州所有民選政治公職的——候選人公費競選制度，來尋求該州民主政治的進一步改革¹⁷。這個「從無（公費競選）到有（公費競選）」的制度發展，顯示 Arizona 的公民立法者認同了公費競選法所表徵的一個率直的想法：以公費從事競選活動的候選人，在當選以後也比較不容易變壞；最起碼他們不欠也無所求於金主，毋須為了募款卑躬屈膝，也不致從人民的代表淪為少數金主的喉舌¹⁸。

有鑑於幾個州在 1970 與 1980 年代所建置的部分／非全額的候選人公費競選制度，對於所屬政治生態並沒有什麼顯著的改革成效可言，1990 年代以降之乾淨選舉法的立法運動者——包括 CCEA 的倡議者在內——會選擇以全額的候選人公費競選制度作為他們所要推動的制度方案，基本上也不令人意外。畢竟，競選公費的補助數額愈充足，愈能降低、甚至完全切斷公費候選人對於大金主與獻金樁腳（bundlers）的依賴，從而產生更為顯著的防腐效果。相較於部分的競選公費補助，全額的競選公費補助也提供了比較大的誘因，得以引導更多的候選人參加公費競選方案並遵循附隨於公費補助的競選支出上限，從而在控制整體競選支出規模——也就是不要讓競選活動「花太多錢」——這個不少公費競選支持者之傳統政策理念的實踐上，會比前者來得更為有效¹⁹。

進一步的關鍵問題是：為什麼 CCEA 的推動者，在競選公費的給付方式這

¹⁶ See Briffault, *supra* note 11, at 492.

¹⁷ See *Arizona Free Enterprise*, 564 U.S. ____ (2011) (Kagan, J., dissenting), slip op., at 7-8.

¹⁸ *Id.*, at 4.

¹⁹ See, e.g., Jason B. Frasco, *Full Public Funding: An Effective and Legally Viable Model for Campaign Finance Reform in the States*, 92 CORNELL L. REV. 733 (2007).

個環節上，要去開發一個當時只在 Florida、Nebraska 與 Maine 这三州可以找到類似設計的連動平準機制，而不是去「複製」FECA 就美國總統大選之全額公費競選所採的那種行之有年的定額、一次性公費給付模式呢？如果這樣的制度設計並不純係歷史的偶然，而是 CCEA 的制度工程師有意識的制度選擇，則我們在此所要探問的，是這項制度選擇背後的政策考量。由首席大法官 Roberts 主筆的 *Arizona Free Enterprise* 一案法院意見，就此聚焦於連動平準法本身——作為一個獨立的制度單元——所要追求的政策目的；根據首席大法官 Roberts 的看法，連動平準型的公費給付模式，意在尋求（或者說擔保）候選人間的財力均勢（financial parity）²⁰。於該案撰寫不同意見的大法官 Kagan，則是把這個「捨定額／一次給付而就連動平準給付」的關鍵制度選擇，置於美國公費競選法的整體發展脈絡上解讀。根據大法官 Kagan 的詮釋，連動平準機制之所以脫穎而出，是因為比起定額／一次給付機制，它有辦法執簡馭繁而又不失靈活地解決美國公費競選法的一項基本難題：如何決定出合理的競選公費給付額度²¹？

在所撰不同意見的第一部分，大法官 Kagan 明白闡述了 CCEA 採納連動平準型公費給付模式的政策理路。這個道理得從 *Buckley* 一案判決說起，因為在從 *Buckley* 一案判決開展出來之關於競選經費法的美國現行憲法法下，公費競選制度必須而且只能是自願性的——也就是說，政府不得以禁用或者嚴格限制來自私部門之政治經費的方式，強制所有的候選人均一概以公費從事競選活動²²。在這層憲法法的限制底下，公費競選法若要達成其所追求的改革目標——亦即讓公費替代來自私部門的錢（包括政治獻金、候選人自有資金以及獨立性政治開支），成為政治經費的主要來源，則至少要有相當比例的候選人自願參與其中，成為公費候選人。公費補助的數額是否能夠滿足實際選舉競爭的經費需求，是候選人是否願意接受公費補助及其附帶條件的關鍵所在²³。在公費補助附帶競選支出上限的法制設計下，倘若全額公費補助的數額過低，不會有幾個候選人——特別是那些不只是「志在參選」的優質候選人（high-quality candidates）——會為了獲得助益有限的公費補助，而讓自己身陷於宛若「單邊解除武裝」（unilateral disarmament）的競爭劣勢²⁴。另一方面，公費補助的數額卻也不能過於慷慨。除了可能導致公費競選制度陷於難以為繼的財政危機，大方的公費補助，對於不少競爭不甚激烈的州級選舉而言，更有浪費公帑之虞²⁵。

問題是，在定額、一次性的公費給付模式下，公費競選制度的立法者或者執法者，得要設法在事前（*ex ante*）就訂定出一個不多不少、恰到好處的公費補助

²⁰ See 564 U.S. ____ (2011), slip op., at 22-25.

²¹ See 564 U.S. ____ (2011) (Kagan, J., dissenting), slip op., at 5-8.

²² *Id.*, at 5-6.

²³ *Id.*, at 6.

²⁴ *Id.*

²⁵ *Id.*,

額度，而這幾乎是一件不可能的任務²⁶。這是因為選舉競爭是一個動態的過程，其間有太多無法被事先掌握的變數，會左右一場選戰的激烈程度，進而決定其所需之合理競選經費的多寡。別的不說，即使是同一選區、同一公職類別的前、後次選舉，在競爭程度與經費需求上，往往也是此一時也，彼一時也²⁷。雖然經歷過數度財政危機的美國總統選舉公費競選制度，一直要到 2008 年大選時，才首次面臨「有主要政黨候選人不參加大選階段之公費競選方案」的重大邊緣化危機，1990 年代之乾淨選舉法的立法運動者，無疑已經清楚認識到定額型公費競選制度的這項基本難題；他們知道，他們得在公費補助的給付模式上，尋求制度創新，才能夠確保公費給付額度的合理性，進而求取公費競選制度的實效與永續²⁸。連動平準型的公費競選制度，由於可視動態的實際經費需求，在一定限度內增加公費候選人所獲補助的公費數額，相當程度上可以化解、避免單只採用定額／一次給付模式所會帶來的公費給付過多或者給付過少問題，也因而獲得了乾淨選舉法運動者的推薦，並為 CCEA 所採用。

二、基本設計

Arizona 的 CCEA 首先建置了一個全額的候選人公費競選制度。要取得公費候選人的資格，一位候選人必須先從 Arizona 的登記選民中，募集到一定數目——每筆 5 美元——的「資格取得獻金」(qualifying contributions)，據以展現其獲有一定的公民支持²⁹。在取得公費競選補助之資格的同時，候選人也必須同意接受 (i) 不支出超過一定數額的自有資金、(ii) 除了在取得公費補助資格前所募得之一定數額以內的「先期獻金」(early contributions)，不另收受任何政治獻金、(iii) 競選支出不得超過所定上限、(iv) 參與公辦候選人辯論以及 (v) 返回未支用的競選公費等若干附帶條件³⁰。在獲得了州政府的認證以後，公費候選人即可先後取得一定數額的初選公費補助款以及大選公費補助款，而此等初始／基本公費補助 (initial distribution/allotment) 的數額，則會依各該選舉是否同額競選以及各該公費候選人有無參加政黨而異。以 2008 年的州參、眾議員選舉為例，投身於非同額選舉的有黨籍公費候選人，將可先後獲得 \$12,921 的基本初選公費，以及 \$19,382 的基本大選公費；獨立的公費候選人所獲補助之數額，相當於有黨籍公費候選人所獲基本初、大選公費補助總額的 70%；至於同額競選的公費候選

²⁶ *Id.*, at 7.

²⁷ *Id.*, at 6-7.

²⁸ *Id.* 關於美國總統選舉公費競選制度在 2008 年以後的邊緣化發展，see also, Molly J. Walker Wilson, *The New Role of the Small Donor in Political Campaigns and the Demise of Public Funding*, 25 J. L. & POL. 257 (2009).

²⁹ See *Arizona Free Enterprise*, 564 U.S. ____ (2011), slip op., at 2.

³⁰ *Id.*

人，則只能取得相當於資格取得獻金之總和的公費補助款³¹。

在上述的定額公費補助的基礎上，CCEA 所設連動平準機制，使得 Arizona 的公費候選人，在初選與大選這兩個階段，均得以在若干情況下，另外取得一定額度以內的加碼補助——也就是一般所說的「配比型補助款」(matching funds) 或者 CCEA 所稱的「平準型補助款」(equalizing funds)³²。此等加碼補助的發放與否以及數額多寡，簡單地說，在一定限度內，是連動於各該選舉中來自私部門之競選經費的實際資金水位；當私競選經費的累計總額大於個別公費候選人所獲基本補助時，負責執行 CCEA 的公民乾淨選舉委員會 (Citizens Clean Elections Commission；以下簡稱 CCEC)，便會給予該場選舉中之所有公費候選人以配比方式計算的額外公費補助。相較於 Florida、Nebraska 與 Maine 的類似立法例，Arizona 的 CCEA 所含連動平準法，在計算各該選舉的私競選經費的數額時，不僅採計了(a) 私費候選人的競選支出(初選階段)或者 (a') 私費候選人的可得競選支出(大選階段)(亦即其所募得之政治獻金以及預定投入的自有資金)，也進一步採計了 (b) 支持私費候選人或者反對任一公費候選人的獨立性政治開支。準此，當 (a)+(b)>個別的基本初選公費 (c)，或者當 (a')+(b)>個別的基本大選公費 (c') 時，每增加\$1 的私競選經費，\$0.94 的配比型補助款(亦即 1:1 配比但是減去 6%的行政費用)就會在某個時點被撥入公費候選人的競選帳戶中³³。一位公費候選人最多可以就此取得兩倍於基本初、大選公費的加碼(平準型)初、大選公費；若再以 2008 年的州參、眾議員選舉為例，參與非同額選舉的有黨籍公費候選人，最多可以分別在初選與大選兩個階段額外獲得\$25,842 與\$38,764 的配比型補助款³⁴。

上述連動平準機制的運作，相當程度仰賴一個可以適時反映私競選經費之收支情況的資訊揭露機制的配合。根據 Arizona 的競選經費法，私費候選人，自其初選時期的競選支出或大選時期的可得競選支出分別超過公費候選人所獲基本初、大選補助款的 70%之時起，於各該選舉期間內，即負有向州務卿動態申報其競選支出或可得競選支出的資訊揭露義務³⁵。從事金額達 \$610 以上之獨立性政治開支的任何個人或者團體，於未申報之支出逾 \$1,000 時，或者於初、大選投票日前十日內從事獨立性支出的 24 小時內，原則上亦須向州務卿提出申報³⁶。CCEC 基本上便是根據州務卿以及申報義務人所提供之私競選經費收支資訊，執行 CCEA 的連動平準補助機制。除了必須履行前揭競選經費的資訊揭露義務以

³¹ See United States Government Accountability Office, *Campaign Finance Reform: Experiences of Two States That Offered Full Public Funding for Political Candidates*, Report to the Subcommittee on Financial Services and General Government, Committee on Appropriations, U.S. Senate 113 (2010) [hereinafter GAO Report 2010].

³² See *Arizona Free Enterprise*, 564 U.S. ____ (2011), slip op., at 3.

³³ *Id.*, at 3-4.

³⁴ See GAO Report 2010, at 114.

³⁵ See GAO Report 2010, at 117.

³⁶ See GAO Report 2010, at 118.

外，Arizona 的私費候選人亦須遵循該州競選經費法就政治獻金所為上限管制，惟其所為競選支出（包括要使用多少候選人的自有資金），則不受任何金額上的管制³⁷。自願接受競選支出上限管制的公費候選人，在取得最高額度（相當於三倍之基本公費補助款）的公費補助後，將不再能夠獲得額外的公費補助，也不可以對外募款或者支用自有資金；自此之後，私費候選人則會在競選經費上，享有與之同場較勁的公費候選人所無法企及的競爭優勢³⁸。雖然如此，CCEA 的連動平準機制，在合理、有效率地分配——以 (a) 隨 Arizona 州若干民事與刑事財產罰課徵的 10% 附加費，以及 (b) 經 Arizona 州所得稅的納稅義務人指定使用於公費競選制度之稅款為其主要經費來源的——競選公費之餘，毋寧也對拉近公費候選人與私費候選人間的競選資力差距，做了一番有相當效果可言的努力³⁹。

三、運作成效

作為一個以州為實驗室的民主制度實驗，截至 2012 年年底，Arizona 的 CCEA 跑出了 7 個選舉週期的實驗數據。表（一）彙整了從 2000 年到 2012 年的 7 次選舉中公費競選方案的參與率——也就是在歷次、不分公職類別的所有候選人中，公費候選人所佔比率。這項由 CCEC 計算與公布的簡單數據，在 2008 年選舉時達到了高峰——分別有 62% 的初選候選人以及 66% 的大選候選人，參與了當年度的公費競選方案；平均而言（而且暫不考慮標準差以及發展趨勢），在每一個選舉週期中，大概有將近 50% 的候選人，會參加 CCEA 所提供的公費競選方案⁴⁰。表（二）彙整了這 7 個選舉週期中競選公費的總量及其在全部政治經費中所佔比率。根據這項由州政治經費全國研究中心（National Institute on Money in State Politics）這個民間的競選經費監測團體所提供的資料，CCEC 曾於 2002 年時撥付了最高總額的競選公費（約 1286 萬美金），但競選公費於全部政治經費所佔比率最高的，則是 2004 年的 26.60%；整體而言，Arizona 的競選公費於每一選舉週期的平均規模，大約在 694 萬美金上下，約佔當期競選經費總額的 18.45%⁴¹。研究公費競選制度的政治學學者 Michael Miller 在檢索 CCEC 的資料庫後則發現：在 2002 年至 2008 年間參與州參、眾議員選舉的 767 人次的公費候選人中，只有 87 人次曾經獲得 CCEA 的平準型補助款，且其中有 30 人次的公

³⁷ Arizona Free Enterprise, 564 U.S. ____ (2011), slip op., at 4.

³⁸ Arizona Free Enterprise, 564 U.S. ____ (2011) (Kagan, J., dissenting), slip op., at 8.

³⁹ 關於 CCEA 競選公費之財源及公費競選制度之行政，see GAO Report 2010, at 115-117.

⁴⁰ See Citizens Clean Elections Commission, 2010 Annual Report, 8 (2011), available at www.azcleanelections.gov; Citizens Clean Elections Commission, 2012 Annual Report, 7 (2013), available at www.azcleanelections.gov.

⁴¹ See National Institute on Money in State Politics (<http://www.followthemoney.org>).

費候選人，所獲平準型補助款少於 1 萬美金⁴²。至於 CCEA 的連動平準補助機制在其他類型之公職選舉中的運作概況，還有待進一步的研究。

表（一）：Arizona 所有公職選舉之公費競選參與率：2000-2012

	2000	2002	2004	2006	2008	2010	2012	平均
初選階段	26%	56%	61%	60%	62%	45%	38%	49.71%
大選階段	29%	52%	56%	60%	66%	49%	37%	49.86%

資料來源：Citizens Clean Elections Commission 2010 Annual Report; Citizens Clean Elections Commission 2012 Annual Report.

表（二）：Arizona 歷年競選公費規模：2000-2012

	2000	2002	2004	2006	2008	2010	2012	平均
競選公費 總額 (A)	\$1.96	\$12.86	\$4.23	\$9.24	\$7.70	\$9.34	\$3.26	\$6.94
政治經費 總額 (B)	\$8.91	\$75.59	\$15.90	\$52.76	\$57.17	\$35.99	\$16.96	\$37.61
(A)/(B)%	22.00	17.01	26.60	17.51	13.47	25.95	19.22	18.45

\$單位：百萬美元。

資料來源：National Institute on Money in State Politics (<http://www.followthemoney.org>)

應美國國會之要求，美國政府責任署（United States Government Accountability Office；以下簡稱 GAO）先後於 2003 年與 2010 年，就 Maine 與 Arizona 兩州實施公費選舉制度的經驗，提出評估報告⁴³。經由分析這兩州於 2000-2008 年間 5 個選舉週期的州參、眾議員選舉的相關敘述統計資料，2010 年版的 GAO 報告首先指出：這兩州議員選舉的公費競選參與率，均已成長超過一倍；如以選舉席次作為分析單元，這兩州也有越來越高比例的議員大選，有至少

⁴² MILLER, *supra* note 12, at 141.

⁴³ See GAO Report 2010.

一位以上的公費候選人參選；民主黨籍之議員候選人的公費競選參與率，在這兩州，均高於共和黨籍的議員候選人；不過，在 Arizona，爭取連任的現任議員，多數還是倚賴私競選經費——而這與 Maine 的情況有所不同⁴⁴。GAO 的評估報告接著嘗試檢討這兩州的公費競選法，是否以及在何種程度上，實現了 (i) 增進選舉競爭、(ii) 讓選民有更多選擇、(iii) 抑制競選成本的增長、(iv) 降低利益團體的影響力以及 (v) 促進選民的政治參與等五項公費競選制度的主要建制目的⁴⁵。根據一系列的統計分析以及訪談研究，GAO 於其 2010 年版的評估報告指出：儘管這兩州議員選舉的勝負差距有統計上顯著的縮小趨勢，這個兩州議員選舉之競爭態勢的唯一顯著變化，尚無法直接歸因於公費競選制度的運作；於其所採用或者彙集的實證研究資料中，GAO 則並未發現，與公費競選制度的其他四項目的相關的若干常用的指標，在這兩州公費競選法施行前後，出現有什麼顯著的變化⁴⁶。

GAO 並不否認，其就 Maine 與 Arizona 公費競選法的運作成效，之所以抱持比較保留的看法，在相當程度上是其所採研究方法及其所使用之實證資料上的限制使然⁴⁷。有些研究者則是基於不同的研究設計以及／或者實證資料，提出了有別於 GAO 所為評估的研究發現⁴⁸。比如說，Miller 指出，在 Arizona 的 CCEA 施行後，爭取連任的現任議員（特別是從安全選區選出者）在大選中受到挑戰的機率，有統計上相當顯著的提升——而這顯示 CCEA 可能在一定程度上改變了「候選人入場」(candidate entry) 此一選舉競爭之關鍵環節的誘因結構⁴⁹。Miller 也發現，在 Arizona 等州之州眾議員選舉，於至少有一位公費候選人參選的場合，選民「略過」(roll-off) 該議席選舉的比率，會比沒有公費候選人參選的場合來得低——而這意謂著公費競選制度，有可能藉由改變競選的活動型態，而在一定程度上影響了選民的投票行為⁵⁰。暫且不論相關的方法論爭議，公費競選制度的實證研究社群（包括 GAO 在內）基本上都同意，參與選舉競爭之各個政治行動者所採策略及其間之互動，是影響公費競選法能否以及如何發揮作用的關鍵因素⁵¹。然而，這些研究者已不再能夠藉由實驗數據的累積與更新，更深入地探討

⁴⁴ See GAO Report 2010, at 10-33.

⁴⁵ See GAO Report 2010, at 11-14.

⁴⁶ See GAO Report 2010, at 34-84.

⁴⁷ See William O. Jenkins, Jeff Tessin & Anna Maria Ortiz, *GAO Response to After the GAO Report: What Do We Know About Public Election Funding?* 10 ELECTION L. J. 291 (2011).

⁴⁸ See, e.g., Kenneth R. Mayer, Timothy Werner & Amanda Williams, *Do Public Funding Programs Enhance Electoral Competition?*, in *THE MARKETPLACE OF DEMOCRACY: ELECTORAL COMPETITION AND AMERICAN POLITICS* 245 (Michael P. McDonald & John Samples eds., 1st ed. 2006); Conor M. Dowling, *Public Financing and Candidate Participation in Gubernatorial Elections*, in *PUBLIC FINANCING IN AMERICAN ELECTIONS* 184; Michael G. Miller, *After the GAO Report: What Do We Know About Public Election Funding?*, 10 ELECTION L. J. 273 (2011); cf. Matthew L. Jacobsmeier, *Does Public Financing of State Election Campaigns Increase Voter Turnout?*, in *PUBLIC FINANCING IN AMERICAN ELECTIONS* 225.

⁴⁹ See MILLER, *supra* note 12, at 82-87.

⁵⁰ See *id.*, at 71-77.

⁵¹ See GAO Report 2010, at 84; MILLER, *supra* note 12, at 7-11.

CCEA 這類公費競選法下的選舉政治了——因為公費競選法的反對者，已經成功地運用使命型訴訟（cause litigation）的運動策略，讓力推競選經費去管制的 Roberts 法院，得以憲法之名，終結了連動平準型公費競選制度的民主實驗。

參、*Arizona Free Enterprise* 的憲法法理論

法是政治的另一種形式。自從「輸掉」了 1998 年的那次公民投票以後，反對公費競選法的人士就鏗而不捨地提出了一個又一個挑戰 CCEA 合憲性的州或聯邦訴訟，試圖在司法程序上「扳回一城」⁵²。一如 CCEA 的立法運動，挑戰 CCEA 的司法行動也集結了 Arizona 州內、外反對競選經費改革的多路人馬；總部設在 Arlington, Virginia，且在美國近二十幾年來的保守主義法律運動（the conservative legal movement）中相當活躍的正義研究所（the Institute for Justice；以下簡稱 IJ），在 *Arizona Free Enterprise* 一案的訴訟過程中，尤其扮演了極為重要的角色⁵³。IJ 的 Arizona 分所挑戰 CCEA 之連動平準法的司法行動始於 2004 年初⁵⁴；亞利桑那自由企業俱樂部所屬自由俱樂部政治行動委員會（Arizona Free Enterprise Club's Freedom Club PAC）——也就是後來 *Arizona Free Enterprise* 一案判決的原告代表，則是在 2007 年底，加入了這個使命型訴訟的原告行列⁵⁵。在 2008 年聯邦最高法院做出 *Davis* 一案判決後不久，IJ 在 Arizona 的重要盟友——高華德研究所（the Goldwater Institute），找了以 John McComish（時任州眾議院多數黨（共和黨）黨鞭）為首的數位私費候選人，另行提出了 *McComish v. Brewer*（後來變更為 *McComish v. Bennett*）這個同樣也在挑戰 CCEA 之連動平準法的訟案⁵⁶。在 IJ 與高華德研究所的攜手合作下，這兩個旋即被併案審理的姐妹訟案，於 2010 年的 1 月與 5 月間，先後取得了聯邦地方法院與聯邦第九巡迴上訴法院的判決；就系爭之 CCEA 的連動平準法，前者認定違憲，後者則認定合憲⁵⁷。

跟許多試圖影響憲法法的使命型爭訟者一樣，IJ 所企求的，是一個可以將其

⁵² See Frasco, *supra* note 19, at 759-69.

⁵³ See STEVEN M. TELES, *THE RISE OF THE CONSERVATIVE LEGAL MOVEMENT: THE BATTLE FOR CONTROL OF THE LAW* (2010).

⁵⁴ See Web Release, Institute for Justice, IJ Asks Federal Court to Enjoin Arizona's "Clean" Elections Act (Feb. 19, 2004), available at <http://www.ij.org/arizona-campaign-finance-release-2-19-2004>.

⁵⁵ See Web Release, Institute for Justice, Freeing Speech from Government Control: Institute for Justice Renews Challenge to Arizona's Scheme of Taxpayer-Funded Political Campaigns (Nov. 27, 2007), available at <http://www.ij.org/arizona-campaign-finance-latest-release>.

⁵⁶ See Press Release, Goldwater Institute, Candidates File Lawsuit Against Clean Elections (Aug. 22, 2008), available at <http://goldwaterinstitute.org/article/candidates-file-lawsuit-against-clean-elections>.

⁵⁷ *Arizona Free Enterprise*, 564 U.S. ____ (2011), slip op., at 7. See also Glen Hudson, *Think Small: The Future of Public Financing After Arizona Free Enterprise*, 47 WAKE FOREST L. REV. 413, 422-23 (2012)

憲法法主張轉化為具有判決先例之拘束力且影響及於聯邦各州類似制度的聯邦最高法院判決。由於在 2010 年間，聯邦第十一與第二巡迴上訴法院已分別判定 Florida 與 Connecticut 的連動平準法違憲⁵⁸，在巡迴上訴法院間就連動平準法之合憲性存在歧見的情況下，致力於競選經費去管制的 Roberts 法院，很快地就應許了這樣的願望。聯邦最高法院先是在 2010 年的 6 月間簽發了有利於原告／上訴人的暫時處分——讓 CCEA 的連動平準機制停止運作，繼而在同年 11 月間同意受理這兩個訟案。在 2011 年 3 月底為時一個小時的言詞辯論後，聯邦最高法院於同年 6 月底以 *Arizona Free Enterprise* 一案為代表，判定 CCEA 之連動平準法違憲。

由首席大法官 Roberts 主筆的法院意見認為，Arizona 的連動平準法實質地妨礙了活潑而開放的政治論辯，又欠缺足以正當化其對受保護之政治言論所加負擔的重大政府利益，自無法通過憲法第一增補條文所要求的嚴格司法審查⁵⁹。由大法官 Kagan 撰寫的不同意見則批評，「本案法院意見既非遵循相關判決先例的必然結果，[……]也沒有任何美國憲法的基本原則支持法院這麼判 [……]。⁶⁰」這是一場值得做進一步分析與檢討的憲法法論辯。藉由分析與檢討 *Arizona Free Enterprise* 一案判決的憲法法論理，本文一來試圖釐清公費競選法所受憲法規範的具體內涵，二來則試圖就此等憲法法理論的妥當性，提出本文的批判。

一、連動平準補助構成言論自由的實質負擔？

在根據憲法第一增補條文審查系爭連動平準法的合憲性時，首席大法官 Roberts 的第一個論理動作，就是去認定：CCEA 的連動平準補助，已實質地煩擾、加負擔於本案之上訴人（也就是與公費候選人競爭的私費候選人，以及從事獨立性政治開支的若干團體）表達政治言論的自由⁶¹。在某個意義上，這是系爭的連動平準法最後被宣告違憲的一大關鍵，因為根據 *Buckley* 一案判決以來聯邦最高法院所發展的憲法法理論，構成對於競選相關言論之實質負擔或者相當限制的競選經費規制，均必須受到法院的嚴格審查⁶²。問題是，Arizona 並未對於私費候選人的競選支出以及獨立性政治開支設有任何限制，只是視其支出情形，決

⁵⁸ *Scott v. Roberts*, 612 F.3d 1279, 1281 (11th Cir. 2010); *Green Party of Conn. v. Garfield*, 616 F.3d 213, 218 (2d Cir. 2010). See also Hudson, *supra* note 57, at 421; George LoBiondo, *Pulling the Trigger on Public Campaign Finance: The Contextual Approach To Analyzing Trigger Funds*, 79 *FORDHAM L. REV.* 1743, 1769-73 (2011).

⁵⁹ 564 U.S. ___ (2011), slip op., at 2.

⁶⁰ 564 U.S. ___ (2011) (Kagan, J., dissenting), slip op., at 32.

⁶¹ 564 U.S. ___ (2011), slip op., at 10-22.

⁶² *Id.*, at 8-10.

定是否給予相關之公費候選人多少數額的加碼補助。何以如此的制度設計會被 *Arizona Free Enterprise* 法院認為已構成上訴人等行使言論自由時的實質負擔呢？

如同在 *Davis* 一案判決後判定連動平準法違憲的那幾個下級法院判決，*Arizona Free Enterprise* 一案的法院意見，主要是藉由類比 *Davis* 一案所涉及之定於《2002年兩黨共推之競選改革法》(the Bipartisan Campaign Reform Act of 2002；以下簡稱 BCRA) 的所謂「百萬富翁修正條款」(the “Millionaire’s Amendment”)，來論證與說明連動平準法對於私費候選人以及從事獨立性政治開支者之言論自由所會造成的實質負擔。根據這項被 *Davis* 一案判決宣告違憲的規定，如果一位聯邦眾議員選舉的候選人支出了超過 \$350,000 美元的自有資金，那麼他的競選對手所受募款限制將被放寬——最多得以從每位捐助獻金之個人，募得三倍於一般個人政治獻金上限(相當於 \$6,900)的競選經費⁶³。由大法官 Alito 主筆的 *Davis* 一案法院意見認為，此等不對稱的競選經費規制，已經實質地妨礙了所謂的富豪候選人行使其言論自由，因為一旦這類候選人選擇支用超過該等金額的自有資金，他們就被迫去肩負「一個特別的而且可能相當可觀的負擔」——他們的競爭對手將因而取得由該等差別待遇規定所帶來的募款優勢⁶⁴。*Arizona Free Enterprise* 一案的法院意見認為，「如果說 *Davis* 一案的系爭法律已對候選人的言論造成負擔，那麼毫無疑問的，系爭的 Arizona 法同樣也會。⁶⁵」

綜觀首席大法官 Roberts 就「*Davis* 一案判決的邏輯大體上在本案亦有其適用⁶⁶」這項看法所為申論與辯駁，我們大概可以析離出系爭連動平準法——在本案法院意見的設想底下——對於其所連動之私費競選言論，所會構成的三重實質負擔：a) 在連動平準法所定條件即將成就之際，私費候選人及其從事獨立性政治開支的支持者將「被迫選擇」——要繼續開支／發聲，從而讓其公費對手獲得加碼補助，抑或凍結支出／不語(獨立性政治開支團體另得選擇以議題倡議(issue advocacy) 替代原擬提出之競選言論)，而這項選擇的強制本身，就已冒犯了這些人「自主決定自身言論內容」的憲法權利⁶⁷。b) 由於繼續支出競選經費的結果將會直接啟動加碼公費補助，私費候選人及其支持者可能就此選擇停止或者減少經費開支，以免讓其公費對手輕鬆獲得宛若「天降甘霖」的加碼公費補助；就此而言，連動平準法的運作會有「潛在的寒蟬效應」⁶⁸。c) 讓公費對手取得額外的公費補助的結果，也勢必會削弱其相對應之私費競選言論的有效性——因為受到回應、反制的言論，其效果往往會比未受回應者來得差，而且就算加碼補助不是直接用於資助公費候選人的回應言論，亦會在一定程度內以其他方式幫助她(們)

⁶³ *Id.*, at 9.

⁶⁴ *Davis*, 554 U.S. at 739.

⁶⁵ 564 U.S. ___ (2011), slip op., at 11.

⁶⁶ *Id.*, at 10.

⁶⁷ *Id.*, at 13.

⁶⁸ *Id.*, at 20-21.

尋求勝選⁶⁹。 *Arizona Free Enterprise* 法院並未明言上訴人等是否享有某種「免受論辯檢驗的言論自由」，不過其所肯認的這三重實質負擔的相乘結果，或許已與肯認上訴人等擁有這種詭異的憲法權利，相去不遠了。

為了讓私費候選人及其從事獨立性政治開支的支持者能夠暢所欲言，並且讓他們的競選言論得到用錢所能買到的最大效果，所以憲法第一增補條文不容許政府提供連動型加碼公費補助給公費候選人⁷⁰？大法官 Kagan 並沒有放過這個存在於 *Arizona Free Enterprise* 一案之上訴人主張與法院意見的根本弔詭：他們聲聲句句說要維護言論自由，可是他們的實際作為，卻是去非難一個促進選舉競爭與公共論辯的法律，而他們所要伸張的言論自由——不會啟動加碼公費補助的競選經費支出自由，也根本地翻覆了言論自由的核心理念與憲法傳統⁷¹。 *Arizona Free Enterprise* 一案法院意見之認定系爭連動平準型公費補助制度構成對於上訴人等言論自由的實質負擔，其最大的問題，依大法官 Kagan 所見，在於它混淆了「言論限制」(speech restrictions) 與「言論補助」(speech subsidies) 在憲法法上的根本分野⁷²。對於促進言論表達的政府補助措施，聯邦最高法院向來認為，憲法第一增補條文僅要求政府不得基於觀點而為差別待遇⁷³。系爭的 *Arizona* 法顯然符合這項觀點中立的憲法法要求，因為一位候選人能否獲得競選公費補助，根本無關於她或者她的支持者要主張什麼，而是繫於她是否決定參加公費補助方案⁷⁴。作為一種言論補助，CCEA 所設連動平準補助機制非但沒有縮限言論，反而還助成了更多的政治言論。「除非我們身處於一個顛三倒四的世界，否則增加出來的競選言論與選舉競爭，根本就不是一個對於憲法第一增補條文所加損害。⁷⁵」

首席大法官 Roberts 就此所為簡單回應是：連動平準型公費補助畢竟不同於 *Buckley* 一案判決所認許的定額型公費補助。對首席大法官 Roberts 來說，問題出在(狹義的)連動平準法——也就是關於是否提供以及提供多少加碼公費的條件規定，因為它使得系爭 *Arizona* 法所提供的加碼公費補助，不再是一種單純的言論補助，而是一種附帶有限制效果的言論補助⁷⁶；就算憲法法容許政府以觀點中立的補助增進公費候選人的言論表達，憲法法並不容許公費競選補助「以鄰為壑」(“beggar thy neighbor”)地加負擔於私費競選言論的表達⁷⁷。首席大法官 Roberts

⁶⁹ *Id.*, at 21-22.

⁷⁰ Cf. Joel M. Gora, *Don't Feed the Alligators: Government Funding of Political Speech and the Unyielding Vigilance of the First Amendment*, in *CATO SUPREME COURT REVIEW* 81 (Ilya Shapiro ed., 10th ed. 2011).

⁷¹ 564 U.S. ____ (2011) (Kagan, J., dissenting), slip op., at 12-13.

⁷² *Id.*, at 10-11.

⁷³ *Id.*, at 11.

⁷⁴ *Id.*

⁷⁵ *Id.*, at 9.

⁷⁶ 564 U.S. ____ (2011), slip op., at 17.

⁷⁷ *Id.*, at 15.

的這項看法，基本上呼應了學者 Richard Esenberg 在 *Arizona Free Enterprise* 一案判決前所提預審 (preview) 意見：「在 *Davis* 一案判決後，要想在選舉的脈絡中分隔補助與懲罰，似乎已無可能。⁷⁸」連動平準補助是否確實妨礙了私費競選言論的表達，無疑是我們應否就此解消「言論限制」與「言論補助」間之傳統分際的關鍵所在。然而，除了寥寥數則本案卷內所附相關人士的陳述性 (anecdotal) 證言，*Arizona Free Enterprise* 法院就此並沒有提出堅實有力的實證證據⁷⁹。首席大法官 Roberts 甚至直言：「一如 *Davis* 一案判決，我們並不需要實證證據，即可判定系爭法律是會造成負擔的。⁸⁰」

本案法院意見就「系爭連動平準補助實質地妨礙了上訴人等言論自由之行使」一事所做論證，從而只是想當然爾的、基於概念邏輯而非經驗事實的形式論證⁸¹。這樣的看法，跟「獨立性政治開支不會導致貪腐或者貪腐的表象」這個 *Citizens United* 一案法院意見所為宣稱，基本上是如出一轍的⁸²；它們所反映的，是 Roberts 法院的五位保守派大法官對於現實政治的觀察／認知，而不是其所身處的政治現實。除了未必禁得起實證政治科學的檢驗以外⁸³，此等看法所蘊含的取向於自繇主義的價值強制，在民主的憲法法的規範論證上是否具有正當性，毋寧也大有檢討的餘地。

二、連動平準補助不具重大政府利益？

Arizona Free Enterprise 法院接著適用「嚴格審查」這項標準，進一步檢驗 CCEA 的連動平準法對於上訴人等之言論自由所造成的實質負擔，在憲法法上是否可以被正當化。根據這項標準，除非 *Arizona* 能夠證明系爭規制 (i) 是在追求一項重大／極重要的 (政府) 利益，且 (ii) 是達成該項目的的密切合致／必要的手段，否則系爭規制就是違憲的⁸⁴。自從 *Buckley* 一案判決以後，適用這項審

⁷⁸ Richard Esenberg, *Playing Out the String: Will Public Financing of Elections Survive McComish v. Bennett?* 10 ELECTION L. J. 165, 170 (2011). *But see* Comment, *The Supreme Court, 2007 Term: Leading Cases: E. 1*, 122 HARV. L. REV. 375 (2008).

⁷⁹ 564 U.S. ____ (2011) (Kagan, J., dissenting), slip op., at 16-17 n.6.

⁸⁰ 564 U.S. ____ (2011), slip op., at 20.

⁸¹ 關於連動平準法的形式政治理論分析，*see also* Tilman Klumpp, Hugo M. Mialon, and Michael A. Williams, *Matching Funds in Public Campaign Finance* (Working Paper 2014), available at <http://www.ualberta.ca/~klumpp/docs/trigger.pdf>.

⁸² *Citizens United*, 558 U.S. ____ (2010), slip op., at 42.

⁸³ *See, e.g.*, Conor M. Dowling, Ryan D. Enos, Anthony Fowler, and Costas Panagopoulos, *Does Public Financing Chill Political Speech? Exploiting a Court Injunction as a Natural Experiment*, 11 ELECTION L. J. 302 (2012).

⁸⁴ 564 U.S. ____ (2011), slip op., at 8.

查標準的競選經費規制，絕大多數是被聯邦最高法院判定違憲失效⁸⁵。在 *Citizens United* 一案判決推翻了 *Austin v. Michigan Chamber of Commerce* (1990)⁸⁶ 以及部分之 *McConnell v. Federal Election Commission* (2003)⁸⁷ 這兩個系爭規制例外地通過了法院之嚴格審查的判決先例後，Roberts 法院更為這項審查標準的 第 (i) 部分在競選經費法領域的適用，增加了兩個條件限制：(i') 貪腐及貪腐表象的防治，是唯一會獲得聯邦最高法院之認可的重大政府利益；(i'') 至於競選經費法所得防治之貪腐，原則上僅限於利益交換 (*quid pro quo*) 這種型態的貪腐⁸⁸。Arizona 以及支持其立場的聯邦政府，基本上便是依循此項釋義理論的現行遊戲規則，而以「CCEA 之立法宗旨在於防治貪腐及其表象、且公費競選法之建制與這項重大政府利益之間具有密切合致的目的—手段關聯性」為理由，為系爭之連動平準型公費競選制度的合憲性進行辯護⁸⁹。

不過，在檢討上述主張是否有理以前，首席大法官 Roberts 在其主筆之本案法院意見，首先以旁敲側擊的考據方法，採認了上訴人一方所持見解，亦即：系爭的連動平準法，實係以追求就候選人資源而言之「競爭環境的公平化」，為其終極目的⁹⁰。暫且不論這項推論是否有道理，首席大法官 Roberts 的這個不尋常的動作，表面上看來，似乎只是為了在本案的法院意見中，去重申一個可以回溯到 *Buckley*、沒多久前才又被寫入 *Davis* 還有 *Citizens United* 的判決要旨：「競爭環境的公平化，並不是一個聯邦最高法院所認許的、可以正當化政府對於政治言論所添過當負擔的重大政府利益。⁹¹」大法官 Kagan 批評，多數意見此舉根本就在浪費時間、畫蛇添足，因為就算當年投票支持 CCEA 的 Arizona 選民，確實有意藉由連動平準型公費競選制度的建制，公平化該州各類選舉的競爭環境，根據聯邦最高法院的相關判決先例，競爭環境的公平化這個利益本身，「固然不足以支持 Arizona 的這項法律[...], 也不至於會讓這項立法因而違憲。⁹²」有些論者——包括嚴辭批判本案判決的已故法學大師 Ronald Dworkin——則是認為，*Arizona Free Enterprise* 法院有意藉此改變對於「競爭環境的公平化」這個政府利益的憲法法評價，讓它從「不是一個重大的政府利益」，質變為「不是一個正當的政府利益」⁹³；也因為如此，首席大法官 Roberts 才會以搜尋「不法的立法動機」(*illicit legislative motive*) 的審查規格／審查模式，檢討系爭之 Arizona 法的

⁸⁵ See generally THE LAW OF DEMOCRACY, C5.

⁸⁶ 494 U.S. 652 (1990).

⁸⁷ 540 U.S. 93 (2003).

⁸⁸ *Citizens United*, 558 U.S. ___ (2010). See also Michael S. Kang, *After Citizens United*, 44 IND. L. REV. 243 (2010).

⁸⁹ 564 U.S. ___ (2011), slip op., at 25.

⁹⁰ *Id.*, at 22-24.

⁹¹ *Id.*, at 24.

⁹² 564 U.S. ___ (2011) (Kagan, J., dissenting), slip op., at 29.

⁹³ See, e.g., Gora, *supra* note 70, at 115; Ronald Dworkin, *The Court's Embarrassingly Bad Decisions*, THE NEW YORK REVIEW OF BOOKS (May 26, 2011 Issue), available at: <http://www.nybooks.com/articles/archives/2011/may/26/courts-embarrassingly-bad-decisions/?pagination=false>.

公平取向⁹⁴。本文認為這是一種過度解讀。*Arizona Free Enterprise* 法院對於「競爭環境的公平化」這項訴求的嫌惡雖然溢於言表，它終究沒有超越 *Buckley* 一案判決以來聯邦最高法院對於公平取向之競選經費管制的懷疑態度，而逕將之界定為競選經費法的一種憲法法禁忌⁹⁵。

為什麼首席大法官 Roberts 要花時間檢討一個被上訴人連提都不提的正當化論據呢？本文的解讀是：首席大法官 Roberts 真的認為，CCEA 從來就是一個對於選舉市場的公平化管制，而且他想要以此凸顯 Arizona 於本案所提反貪論據（the anti-corruption rationale），只不過是一種事後的（post hoc）狡辯之詞⁹⁶。問題是，反貪論據與公平化／平等論據（the leveling/equality rationale）並不是互斥、不相容的，而且作為一個標舉「乾淨選舉」的公費競選法，CCEA 本來就可以被理解為是一種試圖以公費替代易生舞弊之政治獻金的預防機制（prophylaxis）⁹⁷。引用 *Buckley* 一案判決，*Arizona Free Enterprise* 一案的法院意見也承認：「[...] 一個自願性的公費競選制度，作為消弭大額政治獻金之不良影響的一種手段，可以促進一個顯著的（significant）政府利益。⁹⁸」*Buckley* 就此僅依憲法第一條之「一般公益條款」與「必要且適當條款」寬鬆審查 FECA 所設總統選舉公費競選制度的合憲性，所以才會只以「顯著的」一詞形容系爭公費競選法所要追求的政府利益⁹⁹。難道說「消弭大額政治獻金之不良影響」跟「防治貪腐及其表象」不是同一件事情嗎？難道說憲法對於一項政府利益之重要性的評價，會因為政府所採取手段有無強制性，而有高低之別嗎¹⁰⁰？在這兩個提問所做區分都不成立的情況下，我們實在很難想像，何以 Arizona 不得主張，系爭法律是在追求「防治貪腐及其表象」這個競選經費的憲法所認許的重大政府利益。

繼有關係爭連動平準補助是否構成對於上訴人等言論自由之實質負擔的爭議後，本案的另一個關鍵的憲法法議題，從而在於：系爭之連動平準法／公費競選法能否通過第 (ii) 部分之嚴格審查標準的檢驗。根據本案法院意見，Arizona 就此主張，「系爭的連動平準法間接地貢獻於政府的反貪腐利益」，因為「系爭規定得以確保有足夠多的候選人願意參加該州的公費競選方案，而公費競選制度有助於對抗貪腐問題。¹⁰¹」大法官 Kagan 同意這項主張：「如果說公費競選促進了一項重大的利益——而且依本院所見，它確實如此，那麼，Arizona 用以強化其

⁹⁴ See 564 U.S. ____ (2011) (Kagan, J., dissenting), slip op., at 30.

⁹⁵ See *Buckley*, 424 U.S. at 48-49 (stating that “the concept that government may restrict the speech of some elements of our society in order to enhance the relative voice of others is wholly foreign to the First Amendment”).

⁹⁶ See also 564 U.S. ____ (2011) (Kagan, J., dissenting), slip op., at 28.

⁹⁷ See *id.*, at 23-27.

⁹⁸ 564 U.S. ____ (2011), slip op., at 27 (citing *Buckley*, 424 U.S. at 96).

⁹⁹ See *Buckley*, 424 U.S. at 90-93; *THE LAW OF DEMOCRACY*, at 476-77.

¹⁰⁰ But see Esenberg, *supra* note 78, at 172.

¹⁰¹ 564 U.S. ____ (2011), slip op., at 27.

公費競選制度實效的補助發放公式，也同樣地促進了一項重大的利益。¹⁰²」大法官 Kagan 接著批評多數意見，並沒有正面檢討與回應 Arizona 所提連動平準法之於貪腐防治的間接貢獻論¹⁰³。這項主張具有如大法官 Kagan 所言「無懈可擊的邏輯」(inescapable logic)¹⁰⁴，而多數意見也不否認這項主張的小前提——也就是「連動平準機制可以強化公費競選制度實效」¹⁰⁵。在這樣的情況下，多數意見唯有擊倒、否定了這項主張的大前提——也就是「公費競選制度有益於貪腐防治」，才有可能否定這項主張的結論。然而，儘管首席大法官 Roberts 在本案法院意見的註 11，對公費競選制度的貪腐防治效果有所存疑¹⁰⁶，他終究沒有否定公費競選制度之於貪腐防治的密切合致性。既有的憲法法理論是否容許 Roberts 法院去根本否定公費競選法的貪腐防治效果，或許還有很大的討論空間。不過我們可以肯定的是，Roberts 法院如果這麼做的話，需要付出相當大的代價；可是從打擊公費競選法的實質效果而言，這些代價卻又不是非付不可的。

Arizona Free Enterprise 一案法院意見在此再度使用了「分化而後征服」(divide and conquer)的論證策略：它把 CCEA 的連動平準補助與其所內建的基本(定額)公費補助切割開來，然後要求前者必須單獨地通過嚴格審查之第(ii)部分所定標準的檢驗¹⁰⁷。換句話說，本案多數意見根本不容 Arizona 去申論系爭連動平準法如何藉由強化公費競選法而對貪腐防治做出「間接貢獻」；它要求 Arizona 論證證明，系爭的連動平準法「本身」，是「直接」促成貪腐及其表象之防治的密切合致手段。首席大法官 Roberts 接著提出兩項理由，說明何以系爭的連動平準法通不過嚴格審查：(a) 在計算各該選舉的私競選經費的數額時，CCEA 的連動平準法列計了「私費候選人的自有資金」以及「支持私費候選人或者反對任一公費候選人的獨立性政治開支」。然而，根據 *Buckley*、*Davis* 以及 *Citizens United* 等判決先例，這兩類資金基本上並無引生貪腐或其表象之虞(因為其間不存在「資助候選人迴路」(candidate-funding circuit)這個可能導致利益交換型貪腐的基礎關係)，所以本案多數意見認為，系爭連動平準法根本就不應對它們有所妨礙¹⁰⁸。(b) 鑒於在 Arizona 另有嚴格之政治獻金上限管制、嚴格之募款資訊公開管制，而且候選人並不難取得(基本的)公費競選補助，本案多數意見亦不認為連動平準補助還能有什麼「嚇阻貪腐的邊際效果」(marginal corruption deterrence)可言¹⁰⁹。連動平準型公費競選制度的支持者對於這兩個理由恐怕是百口莫辯的，因為「抑制私競選經費的支出」從來就不是這項制度的本意，而且他們更不曾想過要以連動平準補助作為一種獨力運作的貪腐防治手段。

¹⁰² 564 U.S. ____ (2011) (Kagan, J., dissenting), slip op., at 26.

¹⁰³ *Id.*, at 27.

¹⁰⁴ *Id.*

¹⁰⁵ See 564 U.S. ____ (2011), slip op., at 27.

¹⁰⁶ *Id.*

¹⁰⁷ See also LoBiondo, *supra* note 58, at 1773-85.

¹⁰⁸ 564 U.S. ____ (2011), slip op., at 25-26.

¹⁰⁹ *Id.*, at 26.

首席大法官 Roberts 一再強調，本案僅觸及連動平準法的合憲性問題，無關於公費競選法的政策優劣¹¹⁰。可是就其實際結果而言，本案判決無異是對美國近年乾淨選舉法／公費競選法立法運動的一大打擊。以宣告連動平準法違憲的方式，達到邊緣化公費競選法的效果——在某個意義上，本案或許只是再次展現了首席大法官 Roberts 「傷敵於無形」的司法手藝（judicial craftsmanship）¹¹¹。

三、再論 *Davis*，以及競選經費法／民主法的司法審查

在被本案法院意見引為裁判法權威的幾個判決先例中，*Davis* 這個 Roberts 法院在 2008 年間做成的判決，無疑是最受倚重的一個先例。首席大法官 Roberts 在本案法院意見中數次強調，本案判決只不過是遵循、發揚 *Davis* 一案之判決要旨的當然結果¹¹²。本案法院意見並不否認，系爭之連動平準型公費競選制度與被 *Davis* 一案判決宣告違憲之 BCRA 的百萬富翁修正條款，在制度設計與作用上，尚有若干出入。不過，本案法院意見以相當之篇幅，細數了這些差異如何使得前者構成比後者更為顯著或嚴重的言論自由負擔¹¹³。其所舉出的其中一項理由在於，受惠於百萬富翁修正條款的候選人，好歹還得費力向外界募款，才能取得該法所容許的額外經費；在 CCEA 的連動平準法下，公費候選人卻可輕鬆在家坐等額外之競選公費入袋¹¹⁴。*Arizona Free Enterprise* 法院以「舉輕以明重」的方式推論認為，BCRA 的百萬富翁修正條款既然都得接受嚴格的司法審查了，*Arizona* 的連動平準法當然也要。首席大法官 Roberts 一度提及：「本案不同意見所提異議，基本上不出對於 *Davis* 這個先例所為異議。¹¹⁵」這句話一方面在質疑本案的少數大法官不願正視 *Davis* 這個判決先例，另一方面也意謂著，起碼就「本案系爭法律是否構成言論自由之實質負擔」這個問題，本案多數大法官認為，在 *Davis* 一案判決後，已經不是一個未決的憲法法議題。

雖然說反對本案判決的大法官 Ginsburg 與大法官 Breyer，在 *Davis* 一案也投下了反對票，代表撰寫本案反對意見的大法官 Kagan，不僅沒有挑戰 *Davis* 一案判決的權威，甚至還肯認了 *Davis* 一案判決所揭規範意旨與言論自由之憲法理論傳統的一致性¹¹⁶。然而，大法官 Kagan 主張，本案情形究與 *Davis* 一案有重要

¹¹⁰ *Id.*, at 28.

¹¹¹ See, e.g., Richard L. Hasen, *Anticipatory Overrulings, Invitations, Time Bombs, and Inadvertence: How Supreme Court Justices Move the Law*, 61 EMORY L. J. 779 (2012).

¹¹² 564 U.S. ____ (2011), slip op., at 10-11, 20-21, 27.

¹¹³ *Id.*, at 11-14.

¹¹⁴ *Id.*, at 11.

¹¹⁵ *Id.*, at 21.

¹¹⁶ 564 U.S. ____ (2011) (Kagan, J., dissenting), slip op., at 20.

之差異；在本案不同意見中，她強力批判多數意見對於 *Davis* 之判決要旨所作解讀與依賴，根本劃錯了重點。大法官 Kagan 指出，BCRA 的百萬富翁修正條款的違憲問題，根本不在於它所使用的連動機制，也就是 *Davis* 與本案的唯一相似處，而是在於其所觸動的歧視性言論限制（discriminatory speech restrictions）——只有該法所界定之「富人級自費候選人」的競爭對手，才得以收取（最多三倍於一般捐助上限的）額外的個人政治獻金¹¹⁷。相較之下，CCEA 的連動機制所觸動的，則是無歧視性的言論補助，所以依其所見，「*Davis* 一案判決的邏輯，在本案根本無從適用。¹¹⁸」

表面上看來，這只是一個關於 *Davis* 這個判決先例應如何解釋的法釋義理論上的尋常論辯。不過，對於 *Davis* 之判決要旨或者規範意義的不同解讀，毋寧在一定程度上反映了本案之法院意見與不同意見對於競選經費法（乃至民主法）之司法審查的不同規範想像——包括 (i) 對於民主政治如何運作的不同認知，也就是不同的司法的民主觀（judicial conceptions of democracy），以及 (ii) 對於法院就此應該扮演何種角色的不同想法，也就是不同的司法哲學（judicial philosophies）¹¹⁹。這個根本的理念分歧，使得這兩派大法官對於 *Davis* 所要防免的，究竟是什麼樣的憲政風險，做了相當不同的解讀，也從而對類似之風險是否存在於 *Arizona Free Enterprise* 一案，做出了不同的判斷。此項分歧，也是當代聯邦最高法院之「保守派大法官 v.s. 自由派大法官」這組（大法官政治意向上的）基本對立在競選經費法乃至整個民主法領域的一種呈現¹²⁰；*Arizona Free Enterprise* 一案判決的二元意見分歧，從這個角度來說，只是再一次展示了 Roberts 法院之司法政治的基本格局¹²¹。

在論證何以「選舉機會的公平化」（leveling electoral opportunities）是一個應該受到憲法嚴格管控的「危險事業」時，本案法院意見再次引用了 *Davis* 一案法院意見所做的相關論述，並且批評不同意見就此輕忽了此類公平化管制所會引發的憲政風險¹²²。在 *Davis* 一案法院意見，大法官 Alito 是這麼說的：

政府可以為了追求「選舉機會的公平化」而去限制一個候選人的言論——這項主張有著令人憂心的意涵，因為它可能會讓國會僭越了選民在一項公職選舉競爭中品評候選人孰優孰劣的權威。[...] 不同的候選人各有不同的優勢。有的候選人很富有；有的則是有富有的支持者願意大力贊助他們。有的候選人是名人；有的則是出身知名的世家／望族。選舉機會的公平化意謂著[政府]

¹¹⁷ *Id.*, at 20-21.

¹¹⁸ *Id.*, at 23.

¹¹⁹ See also Stephen Ansolabehere, *Arizona Free Enterprise v. Bennett and the Problem of Campaign Finance*, SUP. CT. REV. 39 (2011)

¹²⁰ See generally THE LAW OF DEMOCRACY.

¹²¹ See, e.g., MARK TUSHNET, IN THE BALANCE: LAW AND POLITICS ON THE ROBERTS COURT (2013).

¹²² 564 U.S. ____ (2011), slip op., at 24.

要就何種優勢應被允許去影響一項選舉之結果這件事情，做出並且落實[政府的]決斷。然而，[我們的這部]憲法是把選擇由誰擔任眾議院議員的權力託付給選民而非國會，[...]而且讓國會運用選舉法影響選民之選擇這件事情，確實是有危險的¹²³。

大法官 Alito 並沒有明講他所擔憂的危險到底是什麼危險，不過我們並不難從這段論述中讀出一種自繇主義對於父權立法的顧慮：候選人孰優孰劣，選民自有智慧去做判斷，而且也唯有選民有權做此判斷；公平理念取向的政治管制，既須對要公平化政治競爭的哪項因素有所決定，無可避免地會限縮選民自主判斷、選擇的空間——因為個別選民，將無從對某項被公平化了的候選人差異，做出自己的判斷與選擇。就此而言，對於競選經費的公平化管制，會產生父權立法的反民主危險；如果司法審查不嚴格把關的話，此等政治管制恐將弱化、甚至掏空選民作為選舉競爭之最終裁決者的權力與責任¹²⁴。「[...]政府這麼根本地介入有關誰應該統治的論辯——這件事情已觸及憲法第一增補條文所蘊含之價值的核心理念。¹²⁵」*Arizona Free Enterprise* 一案法院意見，似乎便是如此解讀 *Davis* 這個先例的規範意義，並認為 *Davis* 進一步地呼應、闡釋了 *Buckley* 之以「不受約束的意見交流」(“unfettered interchange of ideas”) 作為有關競選言論規制之違憲審查的指導原則¹²⁶。這項詮釋投射出了一個自繇主義的民主觀；在這樣的設想底下，競選經費法的司法審查，必須致力於捍衛作為一種政治言論的競選言論自由：「一旦涉及受[憲法]保障的言論，發言者就是至高無上的。¹²⁷」

然而，這樣的立論——我們或可稱作自繇主義取徑(the libertarian approach)——縱使是對於 *Davis* (乃至 *Buckley* 以降有關競選經費的憲法法理論主流) 的合理詮釋，卻不是一個關於民主的憲法法應該如何運作的妥適觀點。學者 Ellen Katz 明白指出，這項憲法法理論對於民主的設想，就跟 *Lochner* 時期的憲法法理論對於市場經濟的想法類似，預設了這個世界上有先於制度而存在的民主政治可言，而且這種狀態提供了某種中立的或者自然的規範底線，讓法院得以據以審查立法者後來對於民主程序所做的制度安排¹²⁸。問題是，民主政治，就跟市場經濟一樣，從來就是由相關規則或者制度所形構的——也就是說，根本沒有「先於並且獨立於特定時空脈絡下所採用之特定制度型式的民主」這種事；自繇主義的民主法取徑所標舉的規範底線，從而既非自然，也不中立——它「本身就是一個反

¹²³ *Davis*, 554 U.S. at 742.

¹²⁴ See, e.g., JOHN SAMPLES, *THE FALLACY OF CAMPAIGN FINANCE REFORM* (2006). Cf. Daniel R. Ortiz, *The Democratic Paradox of Campaign Finance Reform*, 50 STAN. L. REV. 893 (1998).

¹²⁵ 564 U.S. ____ (2011), slip op., at 25.

¹²⁶ *Id.*

¹²⁷ *Id.*, at 29. But see Frederick Schauer and Richard H. Pildes, *Election Exceptionalism and the First Amendment*, 77 TEX. L. REV. 1803 (1999).

¹²⁸ Ellen D. Katz, *Election Law's Lochnerian Turn*, B. U. L. REV. 101, 109 (forthcoming 2014), available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2419510>.

映了『財富與權益之既存分配狀態』的法建構 (a legal construct)¹²⁹。Katz 指出，這種以保守的憲法法縮限進步的民主決策的洛赫勒型因子 (Lochnerian elements)，固然在 *Buckley* 這個備受爭議的判決先例中已見端倪，但是 *Citizens United*、*Arizona Free Enterprise* 以及 *Shelby County v. Holder* (2013) 等 Roberts 法院近年的民主法判決顯示，聯邦最高法院的民主法理論，實有變本加厲洛赫勒化的趨勢／轉向¹³⁰。以防範父權立法的反民主風險之名義，自繇主義的民主法取徑其實製造了另一種反民主的憲政風險，也就是司法審查對於民主制度工程的過度／不當干預¹³¹。

有意思的是，民主法學界並沒有將 *Davis* 這個判決完全置於上述自繇主義的民主法取徑下解讀¹³²；大法官 Kagan 甚至還肯定了 *Davis* 之判定 BCRA 的百萬富翁修正條款違憲的理由與結論，以之對照 *Arizona Free Enterprise* 一案判決之不當。除了先前提及之系爭法律的案型差異外，這項區辨可能還可以建立在一個重要的判斷，亦即 *Davis* 一案存在有——而 *Arizona Free Enterprise* 一案則無（或者至少比較不明顯）——得以正當化司法干預的另一種憲政風險：立法者藉由操控民主法來創造不公平的政治競爭環境，據以謀求他們自己的政治私利¹³³。*Davis* 一案法院意見並未以此為由，指摘 BCRA 的百萬富翁修正條款。不過，就該項規定作為一種「保護現任者」(incumbent-protecting) 的反競爭管制 (anti-competitive regulation) 一事，一些民主法學者至少已經提出了初步的論證，而且這樣的顧慮，是可以被「讀進」大法官 Alito 所講的那種危險的¹³⁴。畢竟，當追求政治權力與政治生命延續的代議菁英宣稱要追求「競爭環境的公平化」時，我們至少應該藉由一個較為嚴格的司法審查程序，確認他們不是在假公濟私。至於 *Arizona Free Enterprise* 一案，至少初步看來，並不存在這樣的隱憂。雖然連動平準型公費競選制度能否促進政治競爭這個問題，於實證研究上還沒有定論，它顯然沒有像 BCRA 的百萬富翁修正條款那樣偏厚現任者，也看不出會有任何限制競爭的作用或者副作用。甚且，CCEA 作為一項公民直接立法，其間之政治動態較諸代議立法，基本上也比較沒有「代理人問題」(the agency problem) 這樣的顧慮¹³⁵。

¹²⁹ *Id.*

¹³⁰ *Id.*, at 110-12.

¹³¹ See Katz, *supra* note 128; Richard H. Pildes, *Foreword: The Constitutionalization of Democratic Politics*, 118 HARV. L. REV. 28 (2004).

¹³² See, e.g., THE LAW OF DEMOCRACY, at 480-83.

¹³³ See, e.g., Pildes, *supra* note 131; JOHN HART ELY, DEMOCRACY AND DISTRUST: A THEORY OF JUDICIAL REVIEW 103 (1980).

¹³⁴ See, e.g., Pildes, *supra* note 131, at 140-41 n. 483; Jennifer A. Steen, *The "Millionaires' Amendment"*, in LIFE AFTER REFORM: WHEN THE BIPARTISAN CAMPAIGN REFORM ACT MEET POLITICS 159, 162 (Michael J. Malbin ed., 2003).

¹³⁵ See, e.g., Richard H. Pildes, *Constitutionalizing Democratic Politics*, in A BADLY FLAWED ELECTION: DEBATING BUSH V. GORE, THE SUPREME COURT AND AMERICAN DEMOCRACY 155, 168 (Ronald Dworkin ed., 2002).

近年來，已有不分保守派與自由派的數位前任與現任聯邦最高法院大法官，在他們所撰寫的個別意見或者其他場合，提到了「有權者可能為了自身的政治利益，而去操控政治競爭的遊戲規則」這個選舉民主的宿疾¹³⁶。自從民主法於 1990 年代中後期在美國發展成為一個新興的學術領域以來，也一直有一群學者在倡議一種聚焦於「過度自利的政治管制」(excessive self-interested political regulation) 這個民主的結構性問題、並且試圖節制「民主政治的司法憲法化」(the judicial constitutionalization of democratic politics) 的司法審查取徑：政治反托拉斯理論 (the political antitrust approach)¹³⁷。本文在此無法深入討論這項試圖替代權利本位之傳統憲法法理論的民主法結構論主張，只能簡單指出，已經存續多時並且深刻型塑民主法之學術認同的「權利—結構」(典範) 論辯 (the “rights-structure” debate)，事關司法審查對於民主與民主法的想像及自身的角色定位¹³⁸。如果我們可以從應否區辨 *Davis* 與 *Arizona Free Enterprise* 的爭論中得到什麼重要的啟示的話，那就是：我們不應該逃避或者放棄這個困難的典範論辯——因為恐怕唯有促成民主法的司法審查「轉向結構」(a structural turn)，我們才能阻止 Roberts 法院將它「轉向洛赫勒」(a Lochnerian turn)。

肆、選舉賽局、政治經費賽局與民主的公平——代結論

一個採取政治反托拉斯理論的功能意義下的憲法法院，將會重視民主的政治競爭是否自由而且公平，可是民主法的司法審查，最多只能排除危害或者扭曲民主政治競爭的制度障礙。營造自由而且公平的制度環境，進而追求政治公平所要體現的民主正義 (democratic justice as political fairness) ——這終究是民主制度工程的政治任務，也是民主法之立法者必須承擔的政治責任¹³⁹。不過，即使沒有一個對於進步主義取向的政治改革並不友善的聯邦最高法院，這仍會是一項非常艱難的制度挑戰。在無法改變 (i) 選舉以候選人為中心以及 (ii) 競選活動容許而且主要是由私部門支應經費這兩個美國民主的基本結構條件的情況下，即使沒有 *Arizona Free Enterprise* 一案判決，以往擔負起積極追求民主之公平這項重任的公費競選法，也無可避免地會面臨到愈益嚴重的邊緣化危機。面對如此艱難的挑戰與環境，進步主義取向的政治改革者一方面必須堅持理想，另一方面則必須

¹³⁶ See, e.g., *McConnell v. F.E.C.*, 540 U.S. 93, 263 (2003) (Scalia, J., concurring in part and dissenting in part); *Clingman v. Beaver*, 554 U.S. 581, 603 (2005) (O'Connor, J., concurring); STEPHEN BREYER, *ACTIVE LIBERTY: INTERPRETING OUR DEMOCRATIC CONSTITUTION* 43-50 (2005).

¹³⁷ 關於政治反托拉斯理論的文獻回顧，see Yen-tu Su, *Retracing Political Antitrust: A Genealogy and its Lessons*, 27 *J. L. & POL.* 1, 6-18 (2011).

¹³⁸ See, Katz, *supra* note 128, at 110; *id.*, at 18-23.

¹³⁹ See Heather K. Gerken and Michael S. Kang, *The Institutional Turn in Election Law Scholarship*, in *RACE, REFORM, AND REGULATION OF THE ELECTORAL PROCESS: RECURRING PUZZLES IN AMERICAN DEMOCRACY* 86 (Guy-Uriel E. Charles, Heather K. Gerken, & Michael S. Kang eds., 2011).

勇敢而務實地追求觀念與制度的創新。

由於公費競選法是整個政治經費系統的其中一個環節／次系統，而這個系統中其他次系統的改變，是有可能會對公費競選法的功能產生深遠影響的，所以我們不能只聚焦於檢討本案判決對於公費競選法的衝擊，而必須對公費競選法的處境，進行全局／宏觀的系統分析¹⁴⁰。近年來美國政治經費系統最顯著的發展，莫過於往往是由大金主與政治圈內人組成的政治外圍團體（outside groups），運用各種規避競選經費管制的組織型式——例如 2000 年代的「527 組織」、「501(c)(4) 組織」，以及在 *Citizens United* 與 D.C. 巡迴上訴法院之 *Speechnow.org v. Federal Election Commission* (2010)¹⁴¹ 這兩案判決後如雨後春筍般出現的「超級政治行動委員會」（Super PACs）——而將巨額的私政治經費，以獨立性政治開支的名義與方法，導入選舉政治¹⁴²。Roberts 法院雖然不是這項發展的始作俑者，其所作出之 *Federal Election Commission v. Wisconsin Right to Life, II* (2007)¹⁴³、*Citizens United* 乃至 *Arizona Free Enterprise* 等判決，無疑給予了這項發展極為顯著的憲法法加持¹⁴⁴。這項發展至少在相當程度上加速了全額的候選人公費競選制度的邊緣化，因為在競選經費法無法控管獨立性政治開支的情況下，這項制度所提供的公費補助既不足以「完全」支應競選需求，又對參與者的競選支出設有限制，其對競爭型選戰中的優質候選人來說，只會有越來越小的吸引力¹⁴⁵。美國競選經費法的重量級學者 Richard Briffault 就此乃建議，公費競選制度應不再附帶競選支出上限這項條件，而這意謂著公費競選制度的支持者，必須放棄「全額公費競選」的觀念與理想¹⁴⁶。本文認為，公費競選法運動確實已到了應該重新檢討全額公費競選制度之基本安排的時刻，即便許多進步改革者一時之間可能還無法接受 Briffault 不留情面的諍言。

Briffault 已經有力地論證了何以作為調升型公平化（leveling up）之管制策略的公費競選補助，不宜附帶競選支出上限這種調降型公平化（leveling down）的管制策略¹⁴⁷。本文則認為，追求民主的公平的公費競選法運動者，應該進一步反省，他們所要「公平化」的，究竟是什麼「競爭環境」。附加於公費補助的競選支出上限以及連動平準法，基本上都是針對選舉賽局（或者說選舉市場）的管制策略——它們試圖解消或者拉近候選人間的財力差距，從而降低這項差距／不均對於選舉結果的影響。然而，公平化選舉賽局的公費競選法嘗試，(i) 未必是必要的，因為在候選人的鈔票與選票之間，並沒有必然的正向關係，而是取決於

¹⁴⁰ See Samuel Issacharoff and Pamela S. Karlan, *The Hydraulics of Campaign Finance Reform*, 77 TEX. L. REV. 1705 (1999); see also ADRIAN VERMEULE, *THE SYSTEM OF THE CONSTITUTION* (2011).

¹⁴¹ 599 F.3d 686 (D.C. Cir. 2010).

¹⁴² See generally THE LAW OF DEMOCRACY, at 471-76.

¹⁴³ 551 U.S. 449 (2007).

¹⁴⁴ See THE LAW OF DEMOCRACY, at 471-76; Kang, *supra* note 8, at 27-40.

¹⁴⁵ See James J. Sample, *The Last Rites of Public Campaign Financing?*, 92 NEB. L. REV. 349 (2013).

¹⁴⁶ See Briffault, *supra* note 1, at 536-40.

¹⁴⁷ See *id.*

選民的好惡；(ii) 未必是有效的，因為即使不論公費競選方案的參與率以及公費在全部政治經費中所占比重，這項制度的「美意」，往往也會被候選人的策略行為所抵消。以 CCEA 的連動平準法為例，GAO 與學者 Miller 的研究均發現，有些私費候選人及其支持者，會策略性地延後超額競選／政治支出的時機，讓公費候選人即使因而獲得了連動平準補助，也無暇有效地運用這筆錢¹⁴⁸。在連動平準法已經不再是一個合憲的制度選項的情況下，一個補助數額相對慷慨的定額公費補助制度，雖然可以讓公費候選人及時獲得並支用充裕的競選公費，卻也難免會讓整個制度陷於財政或政治危機而無以為繼¹⁴⁹。在 *Buckley* 與 *Arizona Free Enterprise* 所交織出來的現行憲法法底下，公平化選舉賽局的公費競選法，恐怕已無多少改革與伸展的空間。

在 *Arizona Free Enterprise* 一案判決後，不少論者已將公費競選法的希望，從連動平準型公費競選制度，轉而寄於已為紐約市等地所採用的「多倍數配比型（部分）公費競選制度」¹⁵⁰。這類制度會在一定限度內，提供公費候選人多倍數配比於其所獲得一定額度以下之合格個人政治獻金的公費補助。以紐約市所提供的公費競選方案為例，如果一位紐約市民捐給某位公費候選人 \$175 或者更高數額的政治獻金，該公費候選人另將從市庫獲得 \$1,050（也就是 6 倍於 \$175）的配比補助款¹⁵¹。美國民主法學者 Spencer Overton 大力讚揚此種鼓勵小額政治獻金、從而有助於擴大政治捐獻此種型式之政治參與的公費競選制度類型；他指出：「多倍數的配比型公費補助反映了一個關於政治中的金錢的哲學觀的轉變。錢不是一種『罪惡』，而應被接受為是一種得以促使政府對更多人負責的工具。¹⁵²」本文則認為，從全額／連動平準型公費補助到部分／多倍數配比型公費補助的政策轉向，毋寧也反映了「競爭環境的公平化」作為公費競選法之基本理念的意義轉變：公費競選法的公平關懷，其重心已由選舉賽局，轉移到了政治經費賽局（或者說政治經費市場）。多倍數配比型公費競選制度基本上可以被理解為是針對政治經費賽局的一種調升型的公平化管制；藉由以配比型公費補助增加小額政治獻金在政治經費市場上的競爭力，這類制度試圖鼓勵更多公民以小金主的身分進入政治經費市場，進而讓供給政治經費的權力，至少不會——像美國現在（2014 年）這樣——過度地集中於極少數的大金主手上¹⁵³。本文基本上認同公費競選法轉而發展多倍數配比型公費競選制度的政策與運動方向，因為一個被極少數大金主把持的政治經費賽局，無疑是讓他們把經濟、社會的不平等進一步轉換為政治的不

¹⁴⁸ See MILLER, *supra* note 12, at 124-32; GAO Report 2010, at 79-80.

¹⁴⁹ See 564 U.S. ___ (2011) (Kagan, J., dissenting), slip op., at 5-6; Briffault, *supra* note 1, at 536.

¹⁵⁰ See, e.g., Briffault, *supra* note 1, at 538; Hudson, *supra* note 57, at 426-32; Michael J. Malbin, Peter W. Brusoe & Brendan Glavin, *Small Donors, Big Democracy: New York City's Matching Funds as a Model for the Nation and States*, 11 ELECTION L. J. 3 (2012); Spencer Overton, *Matching Political Contributions*, 96 MINN. L. REV. 1694 (2012).

¹⁵¹ MILLER, *supra* note 12, at 145.

¹⁵² Overton, *supra* note 150, at 1696.

¹⁵³ See *id.*, at 1704-05; see also Spencer Overton, *The Donor Class: Campaign Finance, Democracy, and Participation*, 153 U. PA. L. REV. 73 (2004).

平等的其中一項關鍵機制，而多倍數配比型公費競選制度，至少直接回應並試圖緩和這項危害民主的嚴重貧富差距¹⁵⁴。

為了極小化多倍數配比型公費競選制度被判定違憲的訴訟風險，Overton 建議這項制度的推動者避免使用「競爭環境的公平化」或者類似修辭¹⁵⁵。本文則認為，Overton 恐怕是多慮了。將「競爭環境的公平化」解釋成是憲法第一增補條文所不容許的政治目的——這基本上是一種對於現行憲法法理論的誤解，而且我們沒有理由要將錯就錯。避免或者放棄討論這項制度所要追求的民主的公平，也無法阻止一個競選經費自繇主義者所控制的聯邦最高法院，以其他理由將之宣告違憲，只是徒然使得民主的憲法法的公共討論更加趨於一元（也就是只能討論貪腐防治）與偏斜（也就是只能講自由，不能論平等）¹⁵⁶。進步主義取向的政治改革者實在不需要如此委屈自己的政治信念，更不應該把定義與詮釋何謂「競爭環境的公平化」的權力，拱手讓給 Roberts 法院。畢竟，民主的選舉，不應該只有自由，沒有公平。

¹⁵⁴ See, e.g., LARRY M. BARTELS, *UNEQUAL DEMOCRACY: THE POLITICAL ECONOMY OF THE NEW GILDED AGE* (2008); KAY LEHMAN SCHLOZMAN, SIDNEY VERBA, AND HENRY E. BRADY, *THE UNHEAVENLY CHORUS: UNEQUAL POLITICAL VOICE AND THE BROKEN PROMISE OF AMERICAN DEMOCRACY* (2012).

¹⁵⁵ See Overton, *supra* note 150, at 1729-30.

¹⁵⁶ See, e.g., Daniel P. Tokaji, *The Obliteration of Equality in American Campaign Finance Law: A Trans-Border Comparison*, 5 *JOURNAL OF PARLIAMENTARY & POLITICAL LAW* 381 (2011).

附表一：美國州層級之候選人公費競選法概況

州	施行起訖	適用對象			制度類型		連動平準法	
		行政選舉	立法選舉	法官選舉	乾淨選舉	全額補助	私費競選支出	獨立性政治開支
Arizona	1998	○	✓		✓	✓	✓	✓
Connecticut	2005	○	✓		✓	✓	✓	✓
Florida	1986	△					✓	
Hawaii	1979	○	✓					
Maine	1996	△	✓		✓	✓	✓	
Maryland		△						
Massachusetts	2003	○						
Michigan	1976	△						
Minnesota	1974	○	✓					
Nebraska	1992-2011	○	✓				✓	
New Jersey	1974	△						
New Jersey (Pilot Program)	2004-2009		✓		✓	✓	✓	✓
New Mexico	2003	△		✓	✓	✓	✓	✓
North Carolina	2002	△		✓	✓	✓	✓	✓
Rhode Island	1988	○						
Vermont	1997	△			✓	✓		
West Virginia	2013			✓	✓	✓		

說明：○=各類行政公職選舉；△=特定類別行政公職選舉，例：正、副州長選舉。

資料來源：National Conference of State Legislatures, 2013; Steven M. Levin, "Keep it Clean," Center for Governmental Studies, 2006.

參考文獻

- 劉義周主持研究，國立政治大學選舉研究中心，公費選舉制度之研究，內政部委託研究報告，2007。
- Ansolabehere, S. (2011). Arizona Free Enterprise v. Bennett and the Problem of Campaign Finance. *Supreme Court Review*, 2011(1), 39–79.
- Bartels, L. M. (2008). *Unequal Democracy: The Political Economy of the New Gilded Age*, NJ: Princeton University Press.
- Briffault, R. (1999). Public Funding and Democratic Elections. *University of Pennsylvania Law Review*, 148(2), 563–590.
- . (2003). Reforming Campaign Finance Reform: A Review of Voting with Dollars, *California Law Review*, 91(3), 643–684.
- . (2009). Davis v. FEC: The Roberts Court’s Continuing Attack on Campaign Finance Reform. *Tulsa Law Review*, 44(3), 475–499.
- . (2013). The Future of Public Funding. *Willamette Law Review*, 49, 521–540.
- Dowling, C. M. (2011). Public Financing and Candidate Participation in Gubernatorial Elections. In C. Panagopoulos (ed.), *Public Financing in American Elections* (pp. 184–204). Philadelphia: Temple University Press.
- Dowling, C. M., Enos, R. D., Fowler, A., & Panagopoulos, C. (2012). Does Public Financing Chill Political Speech? Exploiting a Court Injunction as a Natural Experiment. *Election Law Journal: Rules, Politics, and Policy*, 11(3), 302–315.
- Dworkin, R. (2011). The Court’s Embarrassingly Bad Decisions, *The New York Review of Books*, available at: <http://www.nybooks.com/articles/archives/2011/may/26/courts-embarrassingly-bad-decisions/>
- Ely, J. H. (1980). *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, MA: Harvard University Press.
- Esenberg, R. (2010). The Lonely Death of Public Campaign Financing. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 33, 283–332.
- . (2011). Playing Out the String: Will Public Financing of Elections Survive *McComish v. Bennett*? *Election Law Journal: Rules, Politics, and Policy*, 10(2), 165–173.
- Frasco, J. B. (2007). Full Public Funding: An Effective and Legally Viable Model for Campaign Finance Reform in the States. *Cornell Law Review*, 92, 733–793.

- Garrett, R. S. (2011). *Public Financing of Presidential Campaigns: Overview and Analysis* (CRS Report for Congress No. RL34534). Congressional Research Service.
- Gartner, D. (2013). The Future of Clean Elections. *Arizona State Law Journal*, 45, 733–748.
- Gerken, H. K. & Kang, M. S. (2011). The Institutional Turn in Election Law Scholarship. In G.-U. E. Charles, H. K. Gerken, & M. S. Kang (eds.), *Race, Reform, and Regulation of the Electoral Process: Recurring Puzzles in American Democracy*, NY: Cambridge University Press.
- Gora, J. M. (2011). Don't Feed the Alligators: Government Funding of Political Speech and the Unyielding Vigilance of the First Amendment. In *Cato Supreme Court Review* (10th ed., pp. 81–127). Washington, D.C: The Cato Institute.
- Hasen, R. L. (2011). Citizens United and the Illusion of Coherence, *Michigan Law Review*, 109, 581–623.
- . (2012). Anticipatory Overrulings, Invitations, Time Bombs, and Inadvertence: How Supreme Court Justices Move the Law, *Emory Law Journal*, 61, 779–800.
- Comment. (2008). The Supreme Court, 2007 Term: Leading Cases: E. 1, *Harvard Law Review*, 122, 375–385.
- Hudson, G. (2012). Think Small: The Future of Public Financing After Arizona Free Enterprise. *Wake Forest Law Review*, 47, 413–434.
- Issacharoff S. & Karlan, P. S. (1999). The Hydraulics of Campaign Finance Reform, *Texas Law Review*, 77, 1705–1738.
- Issacharoff, S., Karlan, P. S. & Pildes, R. H. (2012). *The Law of Democracy: Legal Structure of the Political Process*, MN: Foundation Press.
- Jacobsmeier, M. L. (2011). Does Public Financing of State Election Campaigns Increase Voter Turnout? In C. Panagopoulos (ed.), *Public Financing in American Elections* (pp. 225–237). Philadelphia: Temple University Press.
- Jenkins, W. O., Tessin, J., & Ortiz, A. M. (2011). GAO Response to After the GAO Report: What Do We Know About Public Election Funding?. *Election Law Journal: Rules, Politics, and Policy*, 10(3), 291–296.
- Kang, M. S. (2010). After Citizens United, *Indiana Law Review*, 44, 243–254.
- . (2012). The End of Campaign Finance Law, *Virginia Law Review*, 98, 1–65
- Katz, E. D. (2014). Election Law's Lochnerian Turn, *Boston University Law Review*,

- (Forthcoming), *available at* SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2419510>.
- Klumpp, T., Mialon, H. M. & Williams, M. A. *Matching Funds in Public Campaign Finance* (Working Paper 2014), *available at* <http://www.ualberta.ca/~klumpp/docs/trigger.pdf>.
- Levin, S. M. (2006). *Keep it Clean: Public Financing in American Elections*. Center for Governmental Studies.
- LoBiondo, G. (2011). Pulling the Trigger on Public Campaign Finance: The Contextual Approach to Analyzing Trigger Funds. *Fordham Law Review*, 79, 1743–1785.
- Lowenstein, D. H., Hasen, R. L. & Tokaji, D. P. (2012). *Election Law: Cases and Materials*. NC: Carolina Academic Press.
- Malbin, M. J., Brusoe, P. W., & Glavin, B. (2012). Small Donors, Big Democracy: New York City’s Matching Funds as a Model for the Nation and States. *Election Law Journal*, 11(1), 3–20.
- Mayer, K. R., Werner, T., & Williams, A. (2006). Do Public Funding Programs Enhance Electoral Competition? In M. P. McDonald & J. Samples (eds.), *The Marketplace of Democracy: Electoral Competition and American Politics* (1st ed., pp. 245–267). Washington, D.C: Brookings Institution Press and the Cato Institute.
- Miller, M. G. (2011). After the GAO Report: What Do We Know About Public Election Funding? *Election Law Journal: Rules, Politics, and Policy*, 10(3), 273–290.
- . (2013). *Subsidizing Democracy: How Public Funding Changes Elections and How It Can Work in the Future*. NY: Cornell University Press.
- Ortiz, D. R. (1998). The Democratic Paradox of Campaign Finance Reform, *Stanford Law Review*, 50, 893–914.
- Overton, S. (2004). The Donor Class: Campaign Finance, Democracy, and Participation, *University Pennsylvania Law Review*, 153, 73–118.
- . (2012). Matching Political Contributions. *Minnesota Law Review*, 96, 1694–1731.
- Panagopoulos, C. (2011). Leveling the Playing Field: Publicly Financed Campaigns and Electoral Competition. In C. Panagopoulos (ed.), *Public Financing in American Elections* (pp. 176–183). Philadelphia: Temple University Press.

- Pildes, R. H. (2002). Constitutionalizing Democratic Politics. In Ronald Dworkin (ed.), *A Badly Flawed Election: Debating Bush v. Gore, the Supreme Court and American Democracy*, NY: New Press.
- . (2004). Foreword: The Constitutionalization of Democratic Politics, *Harvard Law Review*, 118, 28–154.
- Sample, J. J. (2013). The Last Rites of Public Campaign Financing? *Nebraska Law Review*, 92, 349–403.
- Samples, J. (2005). *Welfare for Politicians?: Taxpayer Financing of Campaigns*. Washington, D.C: Cato Institute.
- . (2006). *The Fallacy of Campaign Finance Reform*. IL: University Of Chicago Press.
- Schauer, F. & Pildes, R. H. (1999). Election Exceptionalism and the First Amendment, *Texas Law Review*, 77, 1803–1836.
- Schlozman, K. L. Verba, S. & Brady, H. E. (2012). *The Unheavenly Chorus: Unequal Political Voice and the Broken Promise of American Democracy*, NJ: Princeton University Press
- Sheff, J. N. (2010). The Myth of the Level Playing Field: Knowledge, Affect, and Repetition in Public Debate, *Missouri Law Review*, 75, 144–179 .
- Smith, B. A. (2001). *Unfree Speech: The Folly of Campaign Finance Reform*, NJ: Princeton University Press.
- Steen, J. A. (2003). The “Millionaires’ Amendment”, In M. J. Malbin (ed.), *Life After Reform: When the Bipartisan Campaign Reform Act Meet Politics*, NY: Rowman & Littlefield Publishers.
- Stern, R. M. (2011). Public Financing in the States and Municipalities. In C. Panagopoulos (ed.), *Public Financing in American Elections*, Philadelphia: Temple University Press.
- Su, Yen-tu. (2011). Retracing Political Antitrust: A Genealogy and its Lessons, *Journal of Law & Politics*, 27, 1–62.
- Teles, S. M. (2010). *The Rise of the Conservative Legal Movement: The Battle for Control of the Law*. Princeton, NJ: Princeton University Press.
- Tokaji, D. P. (2011). The Obliteration of Equality in American Campaign Finance Law: A Trans-Border Comparison, *Journal of Parliamentary & Political Law*, 5, 381–398.

Tushnet, M. (2013). *In the Balance: Law and Politics on the Roberts Court*, NY: W. Norton & Company.

United States Government Accountability Office. (2010). *Campaign Finance Reform: Experiences of Two States That Offered Full Public Funding for Political Candidates* (No. GAO-10-390).

Vermeule, A. (2011). *The System of the Constitution*, UK:Oxford University Press.

Wilson, M. J. W. (2009). The New Role of the Small Donor in Political Campaigns and the Demise of Public Funding. *Journal of Law & Politics*, 25(3), 257–277.