

# 美國最高法院重要判決之研究：2010-2013

Essays on Important Decisions of the U.S. Supreme Court

黃昭元 主編



新學林出版股份有限公司

# 「民主不是一場遊戲」\*

——*Arizona Free Enterprise*、公費競選與民主的公平

蘇彥圖 \*\*

## 目 次

### 壹、前言

### 貳、連動平準型的公費競選制度：以亞利桑那州為例

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

### 伍、結論

### 附表：美國州層級之候選人公費競選法概況

\* 本文初稿發表於 2014 年 6 月 6 日由國立臺灣大學法律學院公法學研究中心與中央研究院歐美研究所主辦之「美國最高法院重要判決之研究：2010-2013」學術研討會。作者感謝黃昭元教授之評論與建議。作者另感謝廖穎凡女士協助本文研究資料之蒐集與整理。

\*\* 中央研究院法律學研究所助研究員。

## 摘要

美國聯邦最高法院於 2011 年間所做成的 *Arizona Free Enterprise* 一案判決，判定亞利桑那州之公費競選法中的連動平準機制違憲。本文從民主法與憲法法理論分析、檢討 *Arizona Free Enterprise* 一案判決，並對今後美國公費競選法之發展提出進步取向的改革建議。本文指出，羅伯茲法院於 *Arizona Free Enterprise* 一案所採「自繇主義的民主法取徑」，除了陷溺於去脈絡化的形式主義論理，還不當地壓縮了制度工程的民主決策空間。本文進而引申「政治反托拉斯理論」這項替代性的民主法取徑，論證何以 *Arizona Free Enterprise* 一案之規制措施應屬合憲。展望後 *Arizona Free Enterprise* 時代的公費競選法改革，本文主張，進步取向之改革者不應就此放棄或者隱藏對於「競爭環境的公平化」的制度追尋，但是有必要反省全額公費競選制度的規範理念與管制策略；「多倍數配比型之公費競選制度」這種著眼於政治經費賽局而非選舉賽局的公平化管制，尤其深值考慮。

關鍵詞：*Arizona Free Enterprise*、公費競選（public campaign financing）、競選經費法（campaign finance law）、羅伯茲法院（the Roberts Court）、言論自由（freedom of speech）。

## 壹、前言

公費競選（public campaign financing），相對於私費競選（private campaign financing）而言，一直是不少論者眼中比較理想的競選經費供輸模式<sup>1</sup>。美國的競選經費改革者早在 20 世紀初，即開始倡議公費競選法的建制，並且將其與政治獻金的上限管制（contribution limits）、競選支出的上限管制（spending limits）以及競選經費的公開管制（campaign finance disclosure），並列為競選經費改革的主要制度工具（Briffault, 2013）<sup>2</sup>。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這兩個美國民主的基本結構條件底下，公費競選法在美國的發展其實不算順遂，或者說，還有相當大的進步空間。在聯邦層級，迄今仍僅有創始於 1970 年代初期、只適用於總統選舉的（候選人自願性）公費競選制度；在州的層級，截至 2014 年底，總共也只有 17 個州，有過實施各類公費競選的制度經驗（參見文末附表）。然而，由於 1970 年代以降以管制競選私費為中心的競選經費改革，成效未盡理想，再加上美國聯邦最高法院自 1976 年的 *Buckley v. Valeo*（以下簡稱 Buckley）一案判決以來的競選經費法理論（campaign finance jurisprudence），又對競選私費的政府管制設有諸多限制，晚近已有越來越多美國的競選經費改革者，將希望寄於公費競選制度的創新與推廣（例如 Lessig, 2011）。

<sup>1</sup> 本文僅討論美國的公費競選。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（國立政治大學選舉研究中心，2007）。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。

<sup>2</sup> 公費競選法可以被理解為是競選經費法的一個環節，並與其他競選經費的管制措施有著複雜而密切的互動。惟基於本文的研究意識，本文的討論是以公費競選法為中心，僅於必要時旁及競選經費法的相關議題與法理論。關於美國競選經費法的基本概論，see, e.g., Issacharoff, Karlan, & Pildes (2012); Lowenstein, Hasen, & Tokaji (2012).

儘管在政治哲學與公共政策的討論層次上不乏批評與反對意見，自願性的公費競選，其合憲性向來並沒有太大的爭議（廖元豪，1995）<sup>3</sup>。Buckley 也是第一件關於公費競選法的聯邦最高法院判決；其就自願性之公費競選制度所為合憲判斷，僅當時的首席大法官華倫伯格（Warren E. Burger）一人表示反對。Buckley 明白認許了候選人自願性全額公費競選制度所要追求的多重管制目的，包括「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」(424 U.S. 1, 91 (1976); 焦興鎧，1982)<sup>4</sup>。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) (Briffault, 1999a; Briffault, 2003; Panagopoulos, 2011)。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，包括了亞利桑那州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「運動平準機制」(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 (Sheff, 2010)<sup>5</sup>。然而，聯邦最高法院在 2011 年間做成了 *Arizona Free*

<sup>3</sup> 論者反對或者質疑公費競選的理由不一，*see, e.g.*, Smith (2001); Samples (ed., 2005); Brandenburg & Schotland (2008: 1254-58)。有基於政治理念或者政治利益而反對政府以公共財政資源挹注政治人物的競選活動者；亦有質疑公費競選制度的運作成效、成本效益（存續可能）乃至副作用（例如對於政治競爭之影響）者。前者往往是理性思辨所無法改變的立場或者偏好，後者則有政策論辯與實證檢驗的空間，但是不宜一概而論，而必須視制度設計的具體細節而定。

有鑑於此，本文主要聚焦於檢討公費競選法上以政治公平之追求作為目的的管制機制及其憲法容許性，僅附帶地論及其他類型之公費競選制度所面臨到的問題，以及應否採行公費競選制度的基本規範理念爭議。

<sup>4</sup> Buckley 一案判決另肯認公費競選法得以就公費候選人的競選支出設定上限 (424 U.S. 57, n.65)。

<sup>5</sup> 美國競選經費法上的獨立性政治開支，是指任何人或團體，在未與候選人、政黨、候選人或政黨所屬政治行動委員會、或者以上三者之代表有所協調的情況下，為了資助明白支持或者反對特定候選人之傳播而做的經費支出 (*e.g.*, 11 CFR 100.16(a))。由於未經協調 (uncoordinated)，獨立性政治開支不會也不得被主管機關認定為是政治獻

*Enterprise Club's Freedom Club PAC et al. v. Bennett*（以下簡稱 *Arizona Free Enterprise*）一案判決。這是繼 *Buckley* 之後，第二件關於公費競選法的聯邦最高法院判決。以 5 票對 4 票的比數，聯邦最高法院在本案判定，亞利桑那州於 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（564 U.S. \_\_ (2011)）。由首席大法官約翰羅伯茲（John G. Roberts, Jr.）主筆、另由大法官安東甯史加利亞（Antonin Scalia）、安東尼甘迺迪（Anthony Kennedy）、克拉倫斯湯瑪斯（Clarence Thomas）與山繆阿利托（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，競選公職可不是一場遊戲（564 U.S. \_\_ (2011), *slip op.*: 25）」。

「誠然，民主不是一場遊戲（564 U.S. \_\_ (2011) (Kagan, J., dissenting), *slip op.*: 32）」由大法官伊蓮娜凱根（Elena Kagan）主筆、另由露絲貝德金斯柏格（Ruth Bader Ginsburg）、史蒂芬布萊爾（Stephen G. Breyer）與索妮雅索托瑪約爾（Sonia Sotomayor）三位大法官參加之不同意見的這句結尾，乍看之下似在附和法院意見的上述講法，不過毋寧隱含有對於法院意見的強烈諷刺，而且其所諷刺的，或許不僅止於首席大法官羅伯茲之以四兩（「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，亞利桑那州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

---

金，也從而不受競選經費法就政治獻金所為上限管制。

(doctrinal jurisprudence) 為劍，首席大法官羅伯茲所主筆的法院意見與大法官凱根所撰寫的不同意見，就此展開了處處針鋒相對的論戰。在相當程度上，這個事關美國公費選舉法未來的案子，是近年來羅伯茲法院推動其「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羅伯茲法院的保守派與自由派大法官在競選經費法這個領域已然涇渭分明的理念分歧 (Issacharoff, Karlan, and Pildes, 2012: 438-71, 476-503; Hasen, 2011; Kang, 2012)。不過，如果憲法法，相對於司法政治而言，還有任何討論的實益與意義的話，我們總得探問：(i) 亞利桑那州的連動平準法，究竟是怎麼被羅伯茲法院宣告為違憲的？而這樣的結局，從憲法法、民主法理論的觀點而言，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：(ii) 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 (i)、(ii) 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<sup>6</sup>。本文首先分析並批判 *Arizona Free Enterprise* 一案判決所持法理。誠然，在 *Davis v. Federal Election Commission* (554 U.S. 724 (2008); 以下簡稱 *Davis*) 一案判決後，部分論者（包括承審 *McComish v. Brewer* 此一 *Arizona Free Enterprise* 之前身的聯邦地方法院法官），多少已經預知了公費競選之連動平準法的死亡紀事 (Briffault, 2009; Esenberg, 2010)。誠然，在 *Citizens United v. Federal Election Commission* (558 U.S. 310 (2010); 以下簡稱

<sup>6</sup> 作為一個研究範疇，民主的憲法法可以被理解為民主法 (the law of democracy) 的一個分支，而民主法則可以被定位為一個從憲法法分流出來的次學門／研究領域（蘇彥圖，2007）。相對於民主理論的學術傳統而言，民主法也可以被定位為一種應用民主理論 (applied democratic theory)，而以導引相關規範理念的具體制度實踐為其理論關懷 (Gardner, 2012)。

*Citizens United*) 一案判決後，系爭法律被羅伯茲法院宣告違憲，看來只是時間早晚的問題。但是本文認為，羅伯茲法院在 *Arizona Free Enterprise* 一案判決中，除了高度依賴形式主義論理 (formalistic reasoning)，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，進行了去脈絡化的切割討論，才得以從其所建構的競選經費法理論中，「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，還應當考慮轉向於追求政治經費賽局的公平化，而不是執著於追求選舉賽局本身的公平化。在肯認「公平」與「自由」同為選舉民主之重要憲政價值的理念基礎上 (Post, 2014)，本文從而歡迎「多倍數配比之公費補助」(multiple matching funds) 這類得以強化一般公民之政治參與的公費競選法上的制度創新，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之公平的政治經費賽局。當然，多倍數配比型的公費競選制度，即使應為民主的憲法法所容許，其建制究竟還不是政府的憲法義務。這類公費競選制度的具體設計及其政策妥當性，無疑還有待進一步的討論。本文的目的不在倡議或者辯護任何型式的公費競選，而是試圖解開 *Arizona Free Enterprise* 加諸公費競選法之民

主試驗的觀念枷鎖。質言之，本文認為，公費競選法對於民主公平的追尋，不應中輟於 *Arizona Free Enterprise* 一案判決；人們對於民主的公平所求為何，容有不同的理解與想像，但是唯有繼續追尋這項與自由同等重要的憲政民主價值，公費競選法才有實質的願景可言。

本文第貳部分將以 *Arizona Free Enterprise* 一案所涉亞利桑那州的 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見間的主要爭點，據以提出本文對於這項判決所持法理的批判意見。於第肆部分，本文嘗試就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。第伍部分則是本文的結論。

## 貳、連動平準型的公費競選制度：以亞利桑那州為例

亞利桑那州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共和黨，是美國政治上一般所謂的「紅州」(Red state)<sup>7</sup>。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，亞利桑那州的選民在 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，一舉讓亞利桑那州在 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 (Miller, 2013)。亞利桑那州的《公民乾淨選舉法》，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

<sup>7</sup> 在晚近三十多年來的美國政治中，共和黨人士向來多半傾向反對競選經費改革（包括公費競選法之建制），而比較支持競選經費法的自由化、解除管制。不過，亞利桑那州的資深聯邦參議員約翰麥肯 (John McCain)，則是在 1990 年代致力於推動競選經費改革的共和黨的重量級人物，而他長年支持競選經費管制的政策立場，也是他之所以被公認為是共和黨內之特立獨行者的重要理由之一。

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（Levin, 2006; Gartner, 2013）。亞利桑那州是繼緬因州之後，採納了這項立法運動所提制度方案的第二個州。截至 2014 年底，在有實施過候選人公費競選制度的 17 個州之中，計有亞利桑那州（1998）、康乃迪克州（2005）、緬因州（1996）、新墨西哥州（2003）、北卡羅萊納州（2002）、佛蒙特州（1996）與西維吉尼亞州（2013）等 7 個州的公費競選法，可列為這項立法運動的成功案例（參見文末附表）。

公費競選存在多種制度可能（Briffault, 2013）。有別於數個州在 1990 年代以前即已建立的部分（非全額）(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全額（full）候選人公費競選制度（焦興鎧，1982；Lowenstein, Hasen, and Tokaji, 2012; Garrett, 2011)<sup>8</sup>。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佛羅里達州（1991）、內布拉斯加州（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。在這種模式底下，公費候選人首先會獲得一筆定額的基本公費補助；而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基本公費補助之數額時，公費候選人將可獲得一定額度以內的加碼公費補助。由於這項制度安排使得競選公費的額度，在一定限度內得與競選私費維持連動與均勢，本文將之界稱為「連動平準

<sup>8</sup> 部分／非全額候選人公費競選制度與全額候選人公費競選制度的主要差異，在於後者預設了政府所提供的公費補助，其額度基本上得以充分支應公費候選人的競選經費需求，並從而不允許公費候選人另外收受政治獻金，而前者則否（Briffault, 2013）。FECA 所設公費競選制度，除於總統大選階段提供參與公費競選之主要政黨候選人以全額的競選公費補助，亦於總統初選階段，提供配比型的部分公費補助給適格之自願公費候選人。

型的公費競選制度」。根據這項定義，在聯邦最高法院做出 *Arizona Free Enterprise* 一案判決以前，計有佛羅里達州、內布拉斯加州、緬因州、亞利桑那州、北卡羅萊納州、新墨西哥州、紐澤西州（試辦方案（Pilot Program），2004; 2007）與康乃迪克州等 8 個州，以及加州洛杉磯（1990）、新墨西哥州阿布奎基（Albuquerque, 2005）與奧勒岡州波特蘭（2005）等城市，曾經採用了這個類型的公費競選制度（Levin, 2006; Stern, 2011: 62）<sup>9</sup>。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亞利桑那州法為例，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，亞利桑那州並無公費競選制度。不過，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，大概已有不少亞利桑那州的公民體認到，他們在 1986 年同樣也是經由公民創制程序所建立的政治獻金管制，還遠不足以澄清亞利桑那州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，作為直接立法者的亞利桑那州選民，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（564 U.S. \_\_ (2011) (Kagan, J., dissenting), *slip op.*: 7-8）。這個「從無（公費競選）到有（公費競選）」的制度發展，顯示亞利桑那州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

<sup>9</sup> 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，因應所屬公費候選人可能面臨到的競選經費劣勢 (Briffault, 2009: 492)。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。

不致從人民的代表淪為少數金主的喉舌（564 U.S. \_\_ (2011) (Kagan, J., dissenting), *slip op.*: 4）。

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，基本上並不令人意外。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<sup>10</sup>。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，得以吸引更多的候選人參加公費競選方案，並遵循附加於公費補助的競選支出上限；對於一些為了不要讓競選活動「花太多錢」而去支持公費競選的論者來說，全額補助在控制整體競選支出規模的效果上，顯然優於部分補助（Frasco, 2007）。

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個環節上，要去開發一個當時只在佛羅里達州、內布拉斯加州與緬因州這三州可以找到類似設計的連動平準機制，而不是去「複製」行之有年的 FECA 就美國總統大選之全額公費競選所採定額、一次性的公費給付模式呢？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。由首席大法官羅伯茲主筆的 *Arizona Free Enterprise* 一案法院意見，就此將系爭連動平準法視為一個獨立的制度單元，而聚焦於其本身所要追求的政策目的。根據首席大法官羅伯茲的看法，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

<sup>10</sup> 本文將“bundlers”譯為「獻金樁腳」，因為他們在美國政治募款活動中所扮演的角色，是運用他們各自的人脈關係，去募集一筆筆分別受有上限管制的個人政治獻金，再將所募款項一併轉給他們所效力的候選人（或者其他需要募款的組織）；這樣的角色扮演，與我們一般所理解的選舉樁腳相似，只是一個是在幫忙動員選民（也就是台語所講的「箍人」），另一個則是在協助募款（也就是台語所講的「箍錢」）。

(financial parity) (564 U.S. \_\_ (2011), *slip op.*: 22-25)。撰寫本案不同意見的大法官凱根，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。根據大法官凱根的詮釋，連動平準機制之所以脫穎而出，是因為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 (564 U.S. \_\_ (2011) (Kagan, J., dissenting), *slip op.*: 5-8)？

在所撰不同意見的第一部分，大法官凱根明白闡述了 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。在從 *Buckley* 開展出來的聯邦最高法院的競選經費法理論下，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 (564 U.S. \_\_ (2011) (Kagan, J., dissenting), *slip op.*: 5-6)。在這層憲法法的限制底下，至少要有相當比例的候選人自願參與公費競選，競選公費才有可能在相當程度上取代政治獻金、候選人自有資金以及獨立性政治開支等競選私費，成為競選經費的主要來源，並從而實現公費競選法的各種制度理想。公費補助的數額是否能夠滿足實際選舉競爭的經費需求，則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 (564 U.S. \_\_ (2011) (Kagan, J., dissenting), *slip op.*: 6)。在公費補助附帶公費候選人之競選支出上限的法制設計下，倘若競選公費的數額過低，大概不會有幾個候選人——特別是那些非僅「志在參選」、而是「勝選有望」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 (564 U.S. \_\_ (2011) (Kagan, J., dissenting), *slip op.*: 6)。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 (564 U.S. \_\_ (2011)

(Kagan, J., dissenting), *slip op.*: 6)。

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，勢必得設法訂定出不多不少、恰到好處的一個事前的（*ex ante*）公費補助額度。問題是，這幾乎是一件不可能的任務（564 U.S. \_\_ (2011) (Kagan, J., dissenting), *slip op.*: 7)。質言之，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，進而決定合理之競選經費的多寡。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（564 U.S. \_\_ (2011) (Kagan, J., dissenting), *slip op.*: 6-7)。雖然說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，才因首次有主要政黨候選人（也就是歐巴馬）不參加大選階段之公費競選方案，而面臨到了重大的邊緣化危機，1990 年代之乾淨選舉法的立法運動者，應已清楚認識或者預見到定額型公費競選制度的這項基本難題；他們知道，唯有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（564 U.S. \_\_ (2011) (Kagan, J., dissenting), *slip op.*: 6-7)<sup>11</sup>。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調整競選公費的給付額度，至少在一定程度上得以避免給付過多或者給付過少的問題，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

亞利桑那州的 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亞利桑那州的登記選民中，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（564 U.S. \_\_ (2011),

<sup>11</sup> 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* Wilson (2009).

*slip op.: 2*)。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以下各項附帶條件：(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)，不再收受任何政治獻金、(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) 繳回未支用的競選公費 (564 U.S. \_\_ (2011), *slip op.*: 2)。經過州政府的認證以後，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 美元的基本初選公費，以及 19,382 美元的基本大選公費；獨立的（也就是無黨籍）公費候選人所獲基本補助之數額，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人，則只能取得相當於其所募得之資格取得獻金之總和的公費補助款 (GAO, 2010)。

在上述定額公費補助的基礎上，CCEA 所設連動平準機制，使得亞利桑那州的公費候選人，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) (564 U.S. \_\_ (2011), *slip op.*: 3)。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。相較於佛羅里達州、內布拉斯加州與緬因州的類似立法例，CCEA 所含連動平準法，在計算各該選舉中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 美元的私競選經費，CCEC 就會在某個時點，將 0.94 美元的配比型補助款（亦即 1:1 配比但是減去 6% 的行政費用）撥入公費候選人的競選帳戶中（564 U.S. \_\_ (2011), *slip op.*: 3-4）。一位公費候選人最多可以就此取得兩倍於基本初、大選公費的平準型補助款。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，在初選與大選兩個階段，最多可以分別獲得 25,842 美元與 38,764 美元的配比型／平準型補助款（GAO, 2010: 114）。

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。根據亞利桑那州的競選經費法，每一位私費候選人，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法定義務（GAO, 2010: 117）。從事金額達 610 美元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 美元時，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（GAO, 2010: 118）。CCEC 基本上便是根據此等競選私費收支資訊，運作 CCEA 的連動平準補助機制。除了必須申報競選經費的收支以外，亞利桑那州的私費候選人，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），則不受任何額度限制（564 U.S. \_\_ (2011), *slip op.*: 4）。至於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，

而且也不可以對外募款或者支用自有資金；自此之後，公費候選人則會在競選經費上，享有私費候選人所無法企及的競爭優勢（564 U.S. \_\_ (2011) (Kagan, J., dissenting), *slip op.*: 8）。雖然如此，CCEA 的連動平準機制，在合理、有效率地分配競選公費之餘，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，做了一番努力<sup>12</sup>。

### 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，亞利桑那州的 CCEA 一共跑出了 7 個選舉週期的實驗數據。表 1 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（CCEC, 2010: 8; CCEC, 2012: 7）。表 2 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 萬美元），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，亞利桑那州的競選公費於每一選舉週期的平均規模，大約在 694 萬美元上下，約佔當期競選經費總額的 18.45%。研究公費競選制度的政治學學者麥可米勒（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

<sup>12</sup> CCEA 之競選公費的財源主要來自於 (a) 隨亞利桑那州若干民事與刑事財產罰課徵的 10% 附加費，以及 (b) 經亞利桑那州所得稅的納稅義務人指定使用於公費競選制度之稅款；*see GAO* (2010: 115-17).

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 人次的公費候選人，所獲平準型補助款少於 1 萬美元 (Miller, 2013: 141)。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，則仍有待進一步的研究。

表 1 亞利桑那州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 2 亞利桑那州歷年競選公費規模：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，就緬因州與亞利桑那州兩州實施公費選舉制度的經驗，提出評估報告 (GAO, 2010)。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；如以選區作為分析單元，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，在亞利桑那州，爭取連任的現任議員，多數還是倚賴私競選經費，而這與緬因州的情況有所不同（GAO, 2010: 10-33）。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（GAO, 2010: 11-14）。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之前後，出現有什麼顯著的變化（GAO, 2010: 34-84）。

GAO 並不否認，其就緬因州與亞利桑那州之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（Jenkins, Tessin & Ortiz, 2011）。基於不同的研究設計以及／或者實證資料，有些研究者則是提出了有別於 GAO 所為評估的研究發現（Mayer, Werner & Williams, 2006; Dowling, 2011; Miller, 2011; Jacobsmeier, 2011）。比如說，米勒指出，在亞利桑那州的 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（Miller, 2013: 82-87）。米勒也發現，在亞利桑那

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；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 (Miller, 2013: 71-77)。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 (GAO, 2010: 84; Miller, 2013: 7-11)。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 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羅伯茲法院，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鍥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」(Frasco, 2007: 759-769)。一如 CCEA 的立法運動，挑戰 CCEA 的司法行動也集結了亞利桑那州內、外反對競選經費改革的多路人馬。總部設在維吉尼亞州的阿靈頓郡 (Arlington)，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<sup>13</sup>。IJ 的亞利桑那州分所挑戰 CCEA 之連動平準法的司法行動，始於 2004 年初 (IJ, 2004)。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

<sup>13</sup> 關於當代美國的保守主義法律運動以及 IJ 在其間所扮演之角色，see also Teles (2010).

Enterprise Club's Freedom Club PAC），亦即後來 *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 (IJ, 2007)。在 2008 年聯邦最高法院做出 *Davis* 一案判決後不久，IJ 在亞利桑那州的重要盟友——高華德研究所 (the Goldwater Institute)，則是找了以約翰麥康米許 (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作為原告，另行提出了 *McComish v. Brewer* (後來變更為 *McComish v. Bennett*) 此一同樣也在挑戰 CCEA 之連動平準法的訟案 (Goldwater Institute, 2008)。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 (564 U.S. \_\_ (2011), *slip op.*: 7; Hudson, 2012)。

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佛羅里達州與康乃迪克州的連動平準法違憲 (Scott v. Roberts, 612 F.3d, 1279, 1281 (11<sup>th</sup> Cir. 2010); Green Party of Conn. v. Garfield, 616 F.3d, 213, 218 (2d Cir. 2010); Hudson, 2012: 421; LoBiondo, 2011)，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，向來致力於競選經費去管制的羅伯茲法院，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，命 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。

由首席大法官羅伯茲主筆的法院意見認為，亞利桑那州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（564 U.S. \_\_ (2011), *slip op.*: 2）。由大法官凱根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 [...]」（564 U.S. \_\_ (2011) (Kagan, J., dissenting), *slip op.*: 32）。」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，首席大法官羅伯茲的第一個論理動作，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（564 U.S. \_\_ (2011), *slip op.*: 10-22）。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，競選言論屬於政治言論，所以競選經費規制若已構成對於競選言論的實質負擔或者相當限制，即必須受到法院的嚴格審查（564 U.S. \_\_ (2011), *slip op.*: 8-10）。問題是，CCEA 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，決定是否給予相關之公費候選人多少數額的加碼補助。為什麼此項制度設計，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，那麼與之競爭且未使用自有資金競選的其他候選人，其競選經費原本所受管制將被放寬，直到該自我資助之候選人（self-financing candidate）所擁有的資金優勢消失為止。在此期間，非自我資助之候選人，除可獲得無上限的協調型政黨支出（coordinated party expenditure）的奧援，還可以從每位捐助獻金之個人，募得最多三倍於一般個人政治獻金上限（相當於 6,900 美元）的競選經費（564 U.S. \_\_ (2011), *slip op.*: 9）；但是該自我資助之候選人，則必須遵循未被放寬的各項獻金上限管制。由大法官阿利托主筆的 *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 350,000 美元的自有資金，他們就被迫去肩負「一個特別的而且可能相當可觀的負擔」，亦即他們的競爭對手，將因而取得由該等差別待遇規定所帶來的募款優勢（*Davis*, 554 U.S. at 739）。*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，系爭的亞利桑那州法同樣也會（564 U.S. \_\_ (2011), *slip op.*: 11）。」

然而，首席大法官羅伯茲究竟是如何得出「*Davis* 一案判決的邏輯大體上在本案亦有其適用（564 U.S. \_\_ (2011), *slip op.*: 10）」這個結論的呢？從首席大法官羅伯茲就此所為申論與辯駁，我們大概可以析離出系爭的連動平準法被認為會加諸其所連動之私費競選言論的三重實質負擔：(i) 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」，是要繼續開支／發聲，從而讓其公費對手獲得加碼補助，抑或是要凍結支出／不語；當然，獨立性政

治開支團體尚得選擇以議題倡議（issue advocacy），也就是不直言支持或反對特定候選人的政治言論，替代原擬提出之競選言論<sup>14</sup>。在這樣的詮釋與議題設定（issue framing）底下，光是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（564 U.S. \_\_ (2011), *slip op.*: 13）。(ii) 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，毋寧也會有「潛在的寒蟬效應」（564 U.S. \_\_ (2011), *slip op.*: 20-21）。(iii) 讓公費對手取得額外的公費補助的結果，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，這筆錢亦會在一定程度內以其他方式幫助她（們）尋求勝選，從而不利於私費候選人及其支持者（564 U.S. \_\_ (2011), *slip op.*: 21-22）。*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，與肯認上訴人等擁有這種詭異的憲法權利，或許已相去不遠了。

<sup>14</sup> Buckley 以降的美國競選經費法理論區分「議題倡議」與「明白的（選舉）倡議」（express advocacy）；基於憲法第一增補條文對於政治言論的高度保障，聯邦最高法院曾一度只容許競選經費法管制後者，也就是明白表達支持或反對特定候選人的政治言論。在 2002 年 BCRA 立法通過以前，兩大黨與許多獨立性政治開支團體，往往即以贊助「議題廣告」（issue ads）的方式影響選舉但規避競選經費法的管制。BCRA 試圖管制法定競選期間所有提及候選人名字的「競選傳播」（electioneering communications），以此填補這項既往競選經費法的管制漏洞。聯邦最高法院在 *McConnell v. Federal Election Commission* (540 U.S. 93 (2003)) 一案判決肯認了 BCRA 就競選傳播所為管制的合憲性，但是其於 2007 年間做成的 *Federal Election Commission v. Wisconsin Right to Life, II*, (551 U.S. 449 (2007)) 一案判決，則又讓「議題倡議」與「明白的（選舉）倡議」這項區分再度復活，並從而使得 BCRA 就競選傳播所為管制名存實亡。2010 年的 *Citizens United* 一案判決，則是進一步容許法人以自有之一般資金從事「明白的（選舉）倡議」的獨立性政治開支。See Briffault (1999b); Issacharoff, Karlan, & Pildes (2012); Kang (2012).

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嗎（*cf. Gora, 2011*）？大法官凱根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法傳統（564 U.S. \_\_ (2011) (Kagan, J., dissenting), *slip op.*: 12-13）。*Arizona Free Enterprise* 一案法院意見之認定系爭連動平準法對於上訴人等之言論自由構成實質負擔，其最大的問題，依大法官凱根所見，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（564 U.S. \_\_ (2011) (Kagan, J., dissenting), *slip op.*: 10-11）。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之不同而為差別待遇（564 U.S. \_\_ (2011) (Kagan, J., dissenting), *slip op.*: 11）。系爭的亞利桑那州法，顯然符合這項觀點中立（viewpoint neutral）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，而是繫於她是否參加公費補助方案（564 U.S. \_\_ (2011) (Kagan, J., dissenting), *slip op.*: 11）。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（564 U.S. \_\_ (2011) (Kagan, J., dissenting), *slip op.*: 9）。」

首席大法官羅伯茲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。對首席大法官羅伯茲來說，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，因為它使得政府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（564 U.S. \_\_ (2011), *slip op.*: 17）。首席大法官羅伯茲指出，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（564 U.S. \_\_ (2011), *slip op.*: 15）。首席大法官羅伯茲的這項看法，基本上呼應了學者理查艾森堡（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（Esenberg, 2011: 170）。」運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（564 U.S. \_\_ (2011) (Kagan, J., dissenting), *slip op.*: 16-17 n.6）。首席大法官羅伯茲甚至直言：「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（564 U.S. \_\_ (2011), *slip op.*: 20）。」

本案法院意見就「系爭運動平準補助實質地妨礙了上訴人等言論自由之行使」這個規範命題所做的論證，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（Klumpp, Mialon, Williams, 2014）。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相」這個 *Citizens United* 法院意見所為宣稱，基本上是如出一轍的（*Citizens United*, 558 U.S. \_\_ (2010), *slip op.*: 42）<sup>16</sup>。它們所反映的，是羅伯茲法

<sup>15</sup> But see Comment, *The Supreme Court, 2007 Term: Leading Cases: E. I.*, 122 HARV. L. REV. 375 (2008).

<sup>16</sup> *Citizens United* 一案判決判定：(i) BCRA 之禁止法人（以及工會）以其一般資金（general treasury）從事獨立性政治開支，業已違反了憲法第一增補條文保障法人之政治言論的規範意旨；(ii) BCRA 就相關競選傳播活動所為公開管制（disclosure），並

院的五位保守派大法官認為理所當然、不證自明的一種規範性主張，而不是其所身處的政治現實（Post, 2014; Kuhner, 2014）。除了未必禁得起實證政治科學的檢驗以外（Dowling et al., 2012），此等看法所蘊含的取向於自繇主義（libertarianism）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，顯然也還有檢討的餘地（詳後述）。

## 二、運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 的運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，除非亞利桑那州能夠證明系爭規制 (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（564 U.S. \_\_ (2011), *slip op.*: 8）。自從 *Buckley* 一案判決以後，適用這項審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（Issacharoff, Karlan & Pildes, 2012: C5）。在 *Citizens United* 一案判決推翻了 *Austin v. Michigan Chamber of Commerce* (494 U.S. 652 (1990)<sup>17</sup>) 以及部分之 *McConnell v. Federal Election Commission* (540 U.S. 93 (2003)<sup>18</sup>) 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，羅伯茲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') 貪腐及貪腐表相（appearance of corruption）的防治<sup>19</sup>，是聯邦最高法院唯一會予以認可的重大政府利

---

不違反憲法第一增補條文。

<sup>17</sup> 聯邦最高法院於本案判決中認定，密西根州選舉經費法就法人以其一般資金從事獨立性政治開支所為之禁止，是合憲的。

<sup>18</sup> 聯邦最高法院於本案判決中肯認了 BCRA 之多數主要規定（包括嗣後被 *Citizens United* 一案判決認定違憲之禁止法人與工會以其一般資金從事競選傳播的 §203 規定）的合憲性。

<sup>19</sup> 貪腐的表相是一種公眾的觀感，與現實上是否確有貪腐情事之存在是兩回事。由於貪腐的表相會減損公眾對於政府的信任，進而降低參與政治的意願，*Buckley* 以降聯邦

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（Citizens United, 558 U.S. \_\_ (2010); Issacharoff, 2010; Kang, 2010）。亞利桑那州以及支持其立場的聯邦政府，基本上便是依循此項競選經費法（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相、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，為連動平準型公費競選制度的合憲性進行辯護（564 U.S. \_\_ (2011), *slip op.*: 25）。

不過，在檢討上述主張是否有理由以前，首席大法官羅伯茲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「競爭環境的公平化」為其終極目的（564 U.S. \_\_ (2011), *slip op.*: 22-24）。暫且不論這項推論是否有道理，首席大法官羅伯茲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* 一案、沒多日前才又被寫入 *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。（564 U.S. \_\_ (2011), *slip op.*: 24）」不過，大法官凱根批評，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 的亞利桑那州選民，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，「固然不足以支持亞利桑那州的這項法律 [...]，也不至於會讓這項立法因而違憲（564 U.S. \_\_ (2011) (Kagan, J., dissenting), *slip op.*: 29）。」包括嚴辭批判本案判決的已故法學大師朗諾德沃金（Ronald Dworkin）在內的一些論者則是認為，Arizona Free Enterprise 法院有意藉此改變對於

---

最高法院的競選經費法理論向來認為，「防治貪腐的表相」跟「防治貪腐本身」同樣重要，即使二者性質上有所不同（Issacharoff, 2010）。

「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」(Gora, 2011: 115; Dworkin, 2011)；也因為如此，首席大法官羅伯茲才會以搜尋「不法的立法動機」(illicit legislative motive)的審查規格／審查模式，檢討系爭之亞利桑那州法的公平取向 (564 U.S. \_\_ (2011) (Kagan, J., dissenting), *slip op.*: 30)。然而，本文認為，這項批判本身，恐怕對本案法院意見的相關部分做了過度解讀。*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／平等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<sup>20</sup>。

那麼，首席大法官羅伯茲又為什麼要花時間檢討一個被上訴人（以及支持其立場的聯邦政府）連提都不提的正當化論據呢？就此，本文的解讀是：首席大法官羅伯茲真的認為，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說，亞利桑那州於本案所提的反貪論據 (the anti-corruption rationale)，只不過是一種事後的 (post hoc) 狡辯之詞 (564 U.S. \_\_ (2011) (Kagan, J., dissenting), *slip op.*: 28)。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；再說，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) (564 U.S. \_\_ (2011) (Kagan, J., dissenting), *slip op.*: 23-27)。引用 *Buckley* 一案判決，*Arizona Free*

<sup>20</sup> *Buckley* 法院的著名說法是：「[...]政府得以為強化我們社會中其他群體的相對聲音而去限制一些人的言論——這樣的想法對憲法第一增補條文而言，是全然陌生的。(Buckley, 424 U.S. at 48-49.)」關於在競選經費法上以平等論據 (the equality rationale) 正當化言論自由之限制及其困難，*see also* Sullivan (2010); Post (2014). 值得注意的是，*Buckley* 的這句名言，是針對競選支出的上限管制而發。就此而言，參與此部分之法院意見的自由派大法官威廉布倫南 (William J. Brennan, Jr.) 以及瑟古德馬歇爾 (Thurgood Marshall)，未必就會支持 *Davis*、*Citizens United* 以及 *Arizona Free Enterprise* 等案判決對於這項反平等論理的「擴大適用」；*see also* Kuhner (2014: 120).

*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 (564 U.S. \_\_ (2011), *slip op.*: 27)。」由於在審查並肯認 FECA 所設總統選舉公費競選制度的合憲性時，*Buckley* 法院是將該制度置於憲法第一條之「一般公益條款」(the General Welfare Clause) 與「必要且適當條款」(the Necessary and Proper Clause) 之下進行寬鬆審查，所以 *Buckley* 才會只以「顯著的」一詞，形容公費競選法所要追求的政府利益 (*Buckley*, 424 U.S. 90-93 (1976); Issacharoff, Karlan & Pildes, 2012: 476-77)。難道說「消弭大額政治獻金之不良影響」跟「防治貪腐及其表相」指的不是同一件事情嗎？難道說一項政府利益之重要性的憲法法評價，會因為政府所採取手段有或沒有強制性，而有高低之別嗎 (*cf.* Esenberg, 2011: 172)？這兩個提問的答案應該都是否定的。也因此，我們實在很難想像，何以亞利桑那州在本案中不得主張，系爭的 CCEA 是在追求「防治貪腐及其表相」這項重大政府利益。

繼有關系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：系爭法律能否通過前述第 (ii) 部分之嚴格審查標準的檢驗。亞利桑那州就此主張，「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 (564 U.S. \_\_ (2011), *slip op.*: 27)。」大法官凱根同意這項主張：「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，亞利桑那州用以強化其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 (564 U.S. \_\_ (2011) (Kagan, J., dissenting), *slip op.*: 26)。」大法官凱根接著批評多數意見，並沒有正面檢討與回應亞利桑那州所提連動平準法之於貪腐防治的「間接貢獻論」(564 U.S. \_\_ (2011) (Kagan, J., dissenting), *slip op.*:

27)。這項主張具有如大法官凱根所言「無懈可擊的邏輯」(inescapable logic) (564 U.S. \_\_ (2011) (Kagan, J., dissenting), *slip op.*: 27)，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」(564 U.S. \_\_ (2011), *slip op.*: 27)。在這樣的情況下，多數意見唯有擊倒這項主張的大前提——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，儘管首席大法官羅伯茲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 (564 U.S. \_\_ (2011): 27)，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。羅伯茲法院現實上有沒有辦法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，羅伯茲法院如果這麼做的話，必須付出相當大的代價——因為此舉根本或者形同推翻了 *Buckley* 這個超級判決先例 (super precedent) 對於公費競選法的合憲性所為的肯認。

話說回來，羅伯茲法院其實並不需要付出如此高的代價，即可實質地弱化與打擊公費競選法。*Arizona Free Enterprise* 法院意見就此使用了「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 (LoBiondo, 2011: 1773-85)。換句話說，本案多數意見根本不容亞利桑那州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」；它要求亞利桑那州論證證明，系爭的連動平準法「本身」，是「直接」促成「貪腐及其表相之防治」這項重大政府利益的密切合致手段。首席大法官羅伯茲接著提出兩項理由，說明何以系爭的連動平準法無法通過嚴格審查：(ii-a) 在計算各該選舉競選私費的支出數額時，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

或其表相之虞，因為「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，並不存在於這兩者。既然如此，系爭連動平準法根本就不應對這兩類資金的使用有所妨礙（564 U.S. \_\_ (2011), *slip op.*: 25-26）。(ii-b) 鑑於在亞利桑那州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（564 U.S. \_\_ (2011): 26）。對於這兩個理由，連動平準型公費競選制度的支持者恐怕是百口莫辯的。畢竟，「抑制私競選經費的支出」從來就不是這項制度的本意，何況他們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。

首席大法官羅伯茲一再強調，本案僅觸及連動平準法是否合憲的問題，無關於公費競選法的政策優劣（564 U.S. \_\_ (2011), *slip op.*: 28）。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，本案毋寧再次展現了首席大法官羅伯茲「傷敵於無形」的司法手藝（judicial craftsmanship）（Hasen, 2012）。

### 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* 這個羅伯茲法院在 2008 年間做成的判決，無疑是最受倚重的一個先例。首席大法官羅伯茲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（564 U.S. \_\_ (2011), *slip op.*: 10-11, 20-21, 27）。本案法院意見並不否認，本案系爭之 CCEA 的連動平準法，與 *Davis* 一案所涉及之 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（564 U.S. \_\_ (2011), *slip op.*: 11-14）。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（非自我資助）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 之連動平準法下的公費候選人，卻可輕鬆地在家坐等額外的競選公費入袋（564 U.S. \_\_ (2011), *slip op.*: 11）。*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，亞利桑那州的連動平準法當然也要。首席大法官羅伯茲一度提及：「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（564 U.S. \_\_ (2011), *slip op.*: 21）。」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金斯柏格與大法官布萊爾，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凱根，不僅沒有挑戰 *Davis* 一案判決的權威，甚至還肯認，*Davis* 一案判決所揭規範意旨，與言論自由之憲法法理論的傳統，並無不合（564 U.S. \_\_ (2011) (Kagan, J., dissenting), *slip op.*: 20）。然而，大法官凱根主張，本案情形究與 *Davis* 一案有重要之差異，而多數意見對 *Davis* 之判決要旨所作解讀與依賴，根本就劃錯了重點。大法官凱根指出，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，是歧視性的言論限制（discriminatory speech restrictions）；質言之，該法所界定之「富人級自費候選人」與非自我資助之候選人，將因而分別受到額度有別的協調型政黨支出與個人政治獻金的上限管制（564 U.S. \_\_ (2011) (Kagan, J., dissenting), *slip op.*: 20-21）。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，依大法官凱根所見，「*Davis* 一案判決的邏輯，在本案根本無從適用（564 U.S. \_\_ (2011) (Kagan, J., dissenting), *slip op.*: 23）。」

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（包括政治言論）如何運作的不同認知／設想，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*) (*see also* Sullivan, 2010; Ansolabehere, 2011)。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 (Issacharoff, Karlan, & Pildes, 2012); *Arizona Free Enterprise* 一案判決的二元意見分歧，從這個角度來說，只是再一次展示了羅伯茲法院之司法政治的基本格局 (Tushnet, 2013)<sup>21</sup>。

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 (564 U.S. \_\_ (2011), *slip op.*: 24)。在 *Davis* 一案法院意見，大法官阿利托是這麼說的：

<sup>21</sup> 司法政治的形貌與內涵，會隨著法院組成與外在政治環境的改變而改變；許多論者即將羅伯茲法院，相較於倫奎斯特法院 (the Rehnquist Court) 而言，在競選經費法、民主法領域的保守化發展，歸因於大法官阿利托取代大法官珊卓戴歐康納 (Sandra Day O'Connor) 的人事更迭，*see, e.g.*, Hasen (2008).

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]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 (*Davis*, 554 U.S.: 742)。

大法官阿利托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／同質化了的候選人差異，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 (*Samples*, 2006; *cf.* *Ortiz*, 1998)。「[...]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 (564 U.S. \_\_ (2011), *slip op.*: 25)。」*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 (564 U.S. \_\_ (2011), *slip op.*: 25)。這項詮釋投射出的是一個自繇主義的民主觀／言論自由觀

(Sullivan, 2010; Kuhner, 2014)<sup>22</sup>；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（564 U.S. \_\_ (2011), *slip op.*: 29）」。<sup>23</sup>

然而，這樣的自繇主義取徑（the libertarian approach），縱使是對於Davis（乃至 Buckley 以降競選經費法理論的主流）的合理詮釋，恐怕並非民主法之司法審查的應然與必然。學者艾倫凱茲（Ellen Katz）明白指出，這項憲法法理論對於民主的設想，就跟洛赫勒（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，讓法院得據以審查立法者後來對於民主程序所做的制度安排（Katz, 2014: 705）。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（或者說，所要保護的憲法價值），從而既非自然，也不中立——它「本身就是一個反映了『財富與權益之既存分配狀態』的法建構（a legal construct）（Katz, 2014: 705）」。凱茲指出，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

22 學者凱瑟琳蘇利文（Kathleen M. Sullivan）區辨了兩種不同的言論自由觀：「言論自由作為平等觀」（the free-speech-as-equality vision）以及「言論自由作為自由觀」（the free-speech-as-liberty vision）；前者承載了平權主義（egalitarianism）的政治理想，後者則有濃厚的自繇主義色彩（Sullivan, 2010）。關於不同的憲法法或民主法理論所蘊含的不同民主想像，以及由此開展出來的民主法理論論辯，*see also* Lowenstein (2000); Gerken (2001); Ortiz (2004).

23 不同於 Arizona Free Enterprise 法院的這項見解，有些論者則是強調競選言論與一般政治言論的差異，並且認為憲法第一增補條文應容認有選舉例外主義（electoral exceptionalism）之存在：*see, e.g.*, Schauer and Pildes (1999); Thompson (2005); Gardner (2009); Zipkin (2010).

*Citizens United*、*Arizona Free Enterprise* 以及 *Shelby County v. Holder*<sup>24</sup> 等羅伯茲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 (Katz, 2014: 706-08)。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 (Katz, 2014; Plides, 2004)。由於自繇主義的民主觀極度不信任政府依多數決之民主決策而對政治程序之運作（包括競選經費系統）所做任何型式的干預（包括補助）(Kuhner, 2014)，這項司法的價值強制勢必會受到嚴重的壓縮到民主的自我改正 (democratic self-revision) 的政治空間，並使得民主社群更難回應金權政治對於民主程序之公正性、可信賴性所帶來的嚴酷挑戰 (Post, 2014)<sup>25</sup>。

有意思的是，民主法學界並沒有只將 *Davis* 的判決置於上述自繇主義的民主法取徑下解讀 (Issacharoff, Karlan, & Pildes, 2012: 480-83)。大法官凱根甚至還肯定了 *Davis* 的理由與結論，以之對照 *Arizona Free Enterprise* 一案判決之不當。除了先前提及的若干案型差異外，這項區辨或許還可以建立在一個重要的判斷，亦即 *Davis* 一案存在有 *Arizona Free Enterprise* 一案所無（或者至少比較不明顯）的，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 (Ely, 1980; Issacharoff & Pildes, 1998; Plides, 2004; Rave, 2013)。*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)

<sup>24</sup> 570 U.S. \_\_ (2013). 聯邦最高法院在本案判決中，判定投票權法 (the Voting Rights Act) §4(b) 就同法 §5 所定之聯邦預先核可機制 (preclearance) 所設適用範圍決定公式 (coverage formula) 已構成違憲（違反憲法第十四、第十五增補條文對於國會之授權）。

<sup>25</sup> 本文不認同、但是尊重自繇主義民主作為一種政治理念的存在。本文在此所質疑的是自繇主義民主作為一種司法的民主觀的妥當性。對於自繇主義的民主觀及其競選經費法理論的進一步批判，see Kuhner (2014)。

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」(read into) *Davis* 一案的法院意見 (Plides, 2004: 140-41; Steen, 2003: 162)。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，並不存在此等隱憂。雖然連動平準型公費競選制度能否促進政治競爭，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地偏厚現任者，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，基本上也較無「代理人問題」(the agency problem; the principal-agent problem) 這樣的顧慮 (Plides, 2002; Kang 2006; Rave, 2013)。

近十多年來，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 (*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); Breyer, 2005: 43-50)。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法化」(the judicial constitutionalization of democratic politics) 的民主法取徑：政治反托拉斯理論 (the political antitrust approach) (Su, 2011:6-18)<sup>26</sup>。本文在此無法細論這項民主法結

<sup>26</sup> 這項司法審查理論的代表性論著，包括 Ely (1980), Klarman (1997), Issacharoff & Pildes (1998), Ortiz (1999), Issacharoff (2002), Garrett (2002), Posner (2003), Shapiro (2003), Pildes (2004), Schleicher (2006), Dawood (2008)，以及 Rave (2013)。「政治反托拉斯」並不是前揭作者共認與共用的理論標籤，不過有鑑於這些論著的共同關懷與類

構論（structuralism）的代表性主張，也無法深究其與權利本位（rights-based）的傳統憲法法／民主法理論所開展出來的「權利—結構」（典範）論辯（the “rights-structure” debate）<sup>27</sup>。不過，本文前揭討論顯示，大法官凱根就 *Davis* 與 *Arizona Free Enterprise* 這兩個案子所為區辨，應可從政治反托拉斯理論這項替代性的民主法取徑，獲得進一步的肯認與奧援。*Arizona Free Enterprise* 之法院意見與反對意見就 *Davis* 這項判決先例之意義所為爭論，就此而言，一方面印證了論辯民主法理論典範的現實意義：不同典範／取向的民主法司法審查理論，確實有可能導出不同的個案結論。另一方面，這項爭論的結果，卻也反映了政治反托拉斯理論（及其所代表的民主法結構論）所面臨的現實困境：即便我們有相當理由要求民主法的司法審查「轉向結構」（a structural turn）（Katz, 2014: 706），在目前的司法政治的形勢條件底下，我們只能眼睜睜地看著羅伯茲法院將它「轉向洛赫勒」（a Lochnerian turn）。自繇主義的民主法取徑，無疑更加貼近、也更能實現羅伯茲法院多數大法官的政治理念（意識形態），而他們是不會輕易放棄形塑民主的憲法法的機會與權力的。

## 肆、選舉賽局、政治經費賽局與民主的公平

一個功能意義下的憲法法院，倘若採納政治反托拉斯理論的建議，將會重視在民主法秩序下的政治競爭，是否自由而且公平；不過，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

似主張，本文作者選擇以政治反托拉斯理論指稱此等關於民主法的司法審查理論（Su, 2011）。

<sup>27</sup> 關於這項典範論辯的分析與反省，*see generally* Gerken (2004); Charles (2005); Su (2011).

治任務，也是民主法的立法者無可旁貸的政治責任（Gerken & Kang, 2011）。然而，即使聯邦最高法院對於進步主義取向的政治改革沒有成見，這項任務的履行，仍會是一項非常艱難的挑戰。在改變不了 (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（或者該判決宣告 CCEA 的連動平準法合憲），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似乎別無選擇，一方面必須堅持理想，另一方面則必須勇敢而務實地追求觀念與制度的創新。

公費競選法是整個競選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 *Arizona Free Enterprise* 一案判決對於公費競選法的衝擊，還必須對公費競選法的處境，進行全局性的、宏觀的系統分析（Issacharoff, Karlan, 1999; Vermeule, 2011）。近年來美國競選經費系統最顯著的發展在於，往往是由大金主與政治圈內人組成的政治外圍團體（outside groups），藉由「527 組織」<sup>28</sup>、「501(c)(4)組織」<sup>29</sup>、或者在 *Citizens United* 與聯邦 D.C. 巡迴上訴法院之 *Speechnow.org*

<sup>28</sup> 因國稅法（Internal Revenue Code）§527 規定而得名的 527 組織（527 organizations; 527s），在一般的討論中，指涉的並非所有依據該條規定而於國稅局（Internal Revenue Service (IRS)）登記有案的政治組織，而是專指其中那些獨立於聯邦選舉之候選人與政黨之外、以捐助政治獻金之外的其他方式（例如議題倡議與獨立性政治開支）介入、影響聯邦選舉的稅法所定政治組織。此等意義下的 527 組織，毋需向聯邦選舉委員會（Federal Election Commission (FEC)）登記為政治委員會（political committees），所以通常僅受到稅法上相對有限的公開管制。於 1990 年代主要流向政黨的不受競選經費法管制的「軟錢」（soft money），在 BCRA 施行後的前幾年，轉而流向此類 527 組織。於 2004 年總統選舉時以電視議題廣告大力批評民主黨籍總統候選人約翰凱瑞（John Kerry）的「快艇老兵及戰俘追真相」（Swift Boat Veterans and POWs for Truth）組織，便是此等 527 組織的著例。關於 527 組織的發展及其對競選經費法所帶來之衝擊，see generally Briffault (2005)。

<sup>29</sup> 501(c)(4)組織是依國稅法 §501(c)(4) 規定向國稅局登記為主要目的在於促進社會福祉

v. Federal Election Commission (599 F.3d 686, D.C. Cir. 2010)<sup>30</sup>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)等組織型式，而將巨額的私政治經費，以獨立性政治開支、議題倡議或者選民動員(voter mobilization)等名義與方法，導入選舉政治(Issacharoff, Karlan, & Pildes, 2012: 471-76)。這項規避競選經費管制的發展，羅伯茲法院雖然不是始作俑者，但是其所作出的 *Federal Election Commission v. Wisconsin Right to Life, II*, (551 U.S. 449 (2007))<sup>31</sup>、*Citizens United* 乃至 *Arizona Free Enterprise* 等判決，無疑予之極為顯著的憲法法加持(Issacharoff, Karlan, & Pildes, 2012: 471-76; Kang, 2012: 27-40)。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、議題倡議等活動的情況下，競選公費之補助，既不足以完全、充分地支應競選需求，又對參與者的競選支出設有限制，對競爭型選戰(close elections)中的優質候選

---

(social welfare) 的非營利組織，例如美國著名的環保團體塞拉俱樂部(Sierra Club)，即屬這類組織。在不會改變其主要設置目的的限度內，國稅法容許這類組織從事遊說、議題倡議等政治活動。隨著 FEC 開始以逐案方式管制 527 組織，而且由於 501(c)(4) 的捐助者在相當程度上可以保持匿名，自 2000 年代中後期以降，已有越來越多的私政治經費流向這類組織。2010 年間由共和黨著名策士卡爾洛夫(Karl Rove)所成立的「十字路口草根政策策略」(Crossroads GPS)組織，便是登記為 501(c)(4) 組織(Issacharoff, Karlan, & Pildes, 2012: 475; Kang, 2012: 35)。

<sup>30</sup> 聯邦 D.C. 巡迴上訴法院在本案判決中認定，依 *Citizens United* 一案判決所揭「獨立性政治開支不會導致貪腐或者貪腐的表相」這項法理，競選經費法不得對單僅從事獨立性政治開支的政治行動委員會(PACs)所收受捐助的額度，進行上限管制。論者一般便將本判決所指涉的政治行動委員會稱為「超級政治行動委員會」(Issacharoff, Karlan, & Pildes, 2012: 473-76)。

<sup>31</sup> 聯邦最高法院於本案判決中判定，FEC 之適用 BCRA§203 (就法人或工會從事競選傳播之資金來源所為限制) 裁罰「威斯康辛州生命權」(Wisconsin Right to Life, WRTL) 此一組織於 2004 年民主黨初選期間所播議題廣告，已違反憲法第一增補條文。由首席大法官羅伯茲主筆、大法官阿利托參與的本案主要意見主張，(i) *McConnell v. F.E.C.* (2003) 一案判決並未排除 BCRA§203 有適用違憲(as-applied unconstitutionality)之可能，以及(ii) 該項規定僅得合憲適用於毫無疑義會構成「功能上相當於明白的(選舉)倡議」(functional equivalent of express advocacy)之由法人或工會贊助的競選傳播廣告(551 U.S. at 464-82)。關於本案判決在競選經費法理論上的意義，see, e.g., Kang (2012): 18-19.

人來說，從而只會有越來越小的吸引力（Sample, 2013）。美國研究競選經費法的重量級學者理查布里富特（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，而這也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（Briffault, 2013:536-40）。本文基本上認同布里富特所提諍言。進步主義取向的公費競選法運動，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。

布里富特已經有力地論證了作為調升型公平化（leveling up）之管制策略的公費競選補助，何以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（Briffault, 2013: 536-40）<sup>32</sup>。本文則認為，以民主的公平為念的公費競選法運動者，還應該進一步反省，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，基本上都是以選舉賽局（或者說，選舉市場）作為對象的管制策略；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，一來未必是必要的，因為在候選人的鈔票與選票之間，並沒有必然的正向關係；畢竟，選舉的結果並不總是由花了最多錢的候選人勝出。再者，這項管制策略也未必是有效的，因為即使不論公費競選方案的參與率以及競選公費在全部競選經費中所占比重，這項制度的「美意」，往往也會被私費候選人的策略行為所抵消。以 CCEA 的連動平準法為例，GAO 與學者米勒的研究均發現，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（GAO, 2010: 79-80; Miller, 2013: 124-32）。在連動平準法已經不再是一個合憲的制度選項的

<sup>32</sup> 調升型的管制可以比擬為「鋪地板」，其立意在於濟弱扶傾；調降型的管制則可以比擬為「蓋天花板」，其用意在於避免恃強凌弱。關於這項競選經費管制理論上的古典策略區分，see Fleishman & McCorkle (1984); 蘇彥圖（2011）：141-142。

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（564 U.S. \_\_ (2011) (Kagan, J., dissenting), *slip op.*: 5-6; Briffault, 2013: 536）。就此而言，在 *Buckley* 與 *Arizona Free Enterprise* 所交織出來的憲法法秩序底下，取向於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，轉而寄於近年來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」(Briffault, 2013: 538; Hudson, 2012: 426-32; Malbin, Brusoe & Glavin, 2012; Overton, 2012)。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 美元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 美元（也就是 6 倍於 175 美元）的配比補助款 (Miller, 2013: 145)。美國民主法學者史賓瑟歐維頓 (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 (Overton, 2012: 1696)。」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」這項制度理念的意義轉變：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，至少不會像現

在這樣過度地集中於極少數的大金主手上 (Overton, 2012: 1704-05; Overton, 2004)。本文基本上認同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，無疑是任憑他們把經濟、社會的不平等進一步轉換為政治的不平等的其中一項關鍵機制，而多倍數配比型公費競選制度，至少可在一定程度上緩和、控制這項危害民主的嚴重貧富差距 (Bartels, 2008; Schlozman, Verba & Brady, 2012)。當然，這類公費競選制度的具體設計及其政策妥當性，還有待進一步的討論與評估；如何凝聚制度改革所需要的政治意志，成功推動此項建制在聯邦與各州的立法，尤其考驗著進步改革者的政治智慧與政治手腕。

為了極小化多倍數配比型公費競選制度被法院判定違憲的訴訟風險，歐維頓建議這項制度的推動者，應避免使用「競爭環境的公平化」或者類似修辭 (Overton, 2012: 1729-30)。本文則認為，歐維頓恐怕是多慮了。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）(Tokaji, 2011)。進步主義取向的政治改革者，實在不需要如此委屈、隱藏自己的政治信念，更不應該把定義與詮釋何謂「競爭環境的公平化」的權力，拱手讓給羅伯茲法院。

## 伍、結論

連動平準型的公費競選制度，是 1990 年代開始之乾淨選舉法運動的「皇冠上的寶石」。儘管這項制度的運作成效尚無定論，而且全額的

公費競選制度近年來已陷於日益嚴重的邊緣化危機，它一方面承載了「競爭環境的公平化」這個進步主義取向的政治改革者的規範理想，另一方面也靈活地解決了「如何設定競選公費之合理給付額度」這項公費競選法的基本難題。這樣的制度創新，顯然也是公費競選制度之反對者的「眼中釘」。反公費競選論者鍥而不捨地以使命型訴訟挑戰這項制度的合憲性。致力於推動「競選經費去管制」的羅伯茲法院，則是在 2011 年間，以 *Arizona Free Enterprise* 一案判決，應許了保守主義法律運動的運動訴求，而將亞利桑那州的連動平準型公費競選制度宣告為違憲。除了再一次展示了羅伯茲法院的保守派與自由派大法官在競選經費法理論上的基本理念對立，*Arizona Free Enterprise* 一案判決，也標誌了進步取向之競選經費改革運動的挫敗，以及保守主義／自繇主義法律運動的勝利。

*Arizona Free Enterprise* 一案的法院意見，係出於首席大法官羅伯茲的司法手藝。首席大法官羅伯茲先是以形式主義的概念邏輯論理，認定 CCEA 的連動平準補助，對於其所連動之私費競選言論的表達，構成了法院必須啟動嚴格審查的實質負擔。首席大法官羅伯茲繼而使用了「分化而後征服」的論證策略，認定系爭之 CCEA 的連動平準機制本身，並不是追求「防治貪腐及其表相」這項（唯一獲得聯邦最高法院認可之競選經費法的）重大政府利益的密切合致手段。經由自繇主義取徑的民主法理論，首席大法官羅伯茲連結了 *Davis* 與 *Arizona Free Enterprise* 這兩個判決，並且再三強調，後者不過是遵循、發揚了前者的判決要旨。不過，*Arizona Free Enterprise* 一案法院意見的憲法法論理，在大法官凱根的犀利批判底下，終究顯得窘迫而且勉強，而這也意謂著，自繇主義的民主法取徑，並非聯邦最高法院之競選經費法理論的唯一與當然選擇。*Arizona Free Enterprise* 一案判決就此洛赫勒化了公費競選法的制度工程，而這僅只是因為系爭的連動平準型的公費競選制度，無法見容於羅伯茲法院所懷抱的自繇主義民主。

由大法官凱根撰寫的本案不同意見，首先質疑「連動平準補助構成對於私費競選言論之實質負擔」這項定性的正確性，並據此挑戰了嚴格審查標準在本案的適用餘地。大法官凱根繼而論證，即使是在「競選經費法所得追求之重大政府利益僅限於貪腐及其表相之防治」的法理論下，系爭亞利桑那州的連動平準法之於反貪腐利益的間接貢獻，也足以通過嚴格的司法審查。大法官凱根還區辨了 *Davis* 與 *Arizona Free Enterprise* 這兩個判決，而以前者的合理對比於後者的不合理。經由上述論證策略，大法官凱根試圖說服讀者，本案的反對意見其實比多數意見更忠實於聯邦最高法院的傳統競選經費法理論。本文另從政治反托拉斯理論的分析觀點，補充說明何以 *Davis* 與 *Arizona Free Enterprise* 這兩個案子可以而且應該有所區別。一個政治反托拉斯法院，會聚焦於審查系爭之民主法是否存在「立法者藉由操控政治管制來謀取政治私利」的憲政風險。*Davis* 一案所涉之 BCRA 的百萬富翁修正條款，其制定過程以及運作效果，均有偏厚現任者之虞；至於 *Arizona Free Enterprise* 一案所爭執的 CCEA 的連動平準法，則看不出有什麼限制政治競爭的意圖與效果。準此，政治反托拉斯理論可以給予本案的不同意見進一步的理論奧援，儘管它無力改變羅伯茲法院內的司法政治。

關於後 *Arizona Free Enterprise* 時代的公費競選法改革，學者布里富特籲請改革者根本反省「公費競選補助附帶競選支出上限」這項全額公費競選制度的基本安排。本文對此表示認同。本文也樂見改革者轉而推動「多倍數配比型公費競選制度」，並強調此種制度有助於政治經費賽局的公平化、民主化。本文不認為進步主義取向的政治改革者，在後 *Arizona Free Enterprise* 時代，有必要迴避討論甚或放棄追尋「競爭環境的公平化」。畢竟，民主的選舉，不應該只論自由，不講公平。

附表：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
亞利桑那州	1998	○	✓		✓	✓	✓	✓
康乃迪克州	2005	○	✓		✓	✓	✓	✓
佛羅里達州	1986	△					✓	
夏威夷州	1979	○	✓					
緬因州	1996	△	✓		✓	✓	✓	
馬里蘭州	2014	△						
麻薩諸塞州	2003	○						
密西根州	1976	△						
明尼蘇達州	1974	○	✓					
內布拉斯加州	1992-2011	○	✓				✓	
紐澤西州	1974	△						
紐澤西 (試驗計畫)	2004-2009		✓		✓	✓	✓	✓
新墨西哥州	2003	△		✓	✓	✓	✓	✓
北卡羅萊納州	2002	△		✓	✓	✓	✓	✓
羅德島州	1988	○						
佛蒙特州	1997	△			✓	✓		
西維吉尼亞州	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

### 1. 中文部分

- 國立政治大學選舉研究中心（2007），公費選舉制度之研究，內政部委託研究報告，劉義周主持。
- 焦興鑑（1982），美國總統公費選舉之立法沿革、法律規定及其合憲性之研究，美國研究，12卷2期，頁1-106。
- 廖元豪（1995），競選經費管制策略之研究——自願公費選舉制度之提出，東吳大學法律學研究所碩士論文。
- 蘇彥圖（2007），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：許志雄、蔡茂寅、周志宏編，現代憲法的理論與現實——李鴻禧教授七秩華誕祝壽論文集，臺北：元照，頁193-233。
- 蘇彥圖（2011），追求更公平合理的政治經費法制，打造直接民主的新公義體系——法制與政治重大議題研究論文集，臺北：台灣智庫，頁122-149。

### 2. 外文部分

- Ansolabehere, Stephen (2011), Arizona Free Enterprise v. Bennett and the Problem of Campaign Finance, *Supreme Court Review*, 2011(1):39-79.
- Bartels, Larry M. (2008), *Unequal Democracy: The Political Economy of the New Gilded Age*, NJ: Princeton University Press.
- Brandenburg, Bert, & Schotland, Roy A. (2008), Sandra Day O'connor Project on the State of the Judiciary: Justice in Peril: The Endangered Balance Between Impartial Courts and Judicial Election Campaigns, *Georgetown Journal of Legal Ethics* 21:1229-1258.

- Breyer, Stephen (2005), *Active Liberty: Interpreting Our Democratic Constitution*, NY: Vintage.
- Briffault, Richard (1999a), Public Funding and Democratic Elections, *University of Pennsylvania Law Review* 148(2):563-590.
- Briffault, Richard (1999b), Issue Advocacy: Redrawing the Elections/Politics Line, *Texas Law Review* 77:1751-1802.
- Briffault, Richard (2003), Reforming Campaign Finance Reform: A Review of Voting with Dollars, *California Law Review* 91(3):643-684.
- Briffault, Richard (2005), The 527 Problem... and the Buckley Problem, *George Washington Law Review* 73:949-999.
- Briffault, Richard (2009), Davis v. FEC: The Roberts Court's Continuing Attack on Campaign Finance Reform, *Tulsa Law Review* 44(3):475-499.
- Briffault, Richard (2013), The Future of Public Funding, *Willamette Law Review* 49:521-540.
- Charles, Guy-Uriel (2005), Judging the Law of Politics, *Michigan Law Review* 103:1099-1141.
- Citizens Clean Elections Commission (2010), *2010 Annual Report*, available at <http://azmemory.azlibrary.gov>.
- Citizens Clean Elections Commission (2012), *2012 Annual Report*, available at <http://azmemory.azlibrary.gov>.
- Comment (2008), The Supreme Court, 2007 Term: Leading Cases: E. 1, *Harvard Law Review* 122:375-385.
- Dawood, Yasmin (2008), The Antidomination Model and the Judicial Oversight of Democracy, *Georgetown Law Journal* 96:1411-1485.
- Dowling, Conor M. (2011), Public Financing and Candidate Participation in Gubernatorial Elections, pp. 184-204 in: *Public Financing in American Elections*, edited by C. Panagopoulos, PA: Temple University Press.

- Dowling, Conor M., Enos, Ryan D., Fowler, Anthony, & Panagopoulos, Costas (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, Ronald (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, John H. (1980), *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, MA: Harvard University Press.
- Esenberg, Richard M. (2010), The Lonely Death of Public Campaign Financing, *Harvard Journal of Law & Public Policy* 33:283-332.
- Esenberg, Richard M. (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.
- Fleishman, Joel L., & McCorkle, Pope (1984), Level-Up Rather Than Level-Down: Towards a New Theory of Campaign Finance Reform, *Journal of Law and Politics* 1:211-298.
- Frasco, Jason B. (2007), Full Public Funding: An Effective and Legally Viable Model for Campaign Finance Reform in the States, *Cornell Law Review* 92:733-793.
- Gardner, James A. (2009), *What Are Campaigns For?*, NY: Oxford University Press.
- Garrett, Elizabeth (2002), Is the Party Over? Courts and the Political Process, *The Supreme Court Review* 2002:95-152.
- Garrett, R. Sam (2011), *Public Financing of Presidential Campaigns: Overview and Analysis* (CRS Report for Congress No. RL34534), Washington, D.C.: Congressional Research Service.

- Gartner, David (2013), The Future of Clean Elections. *Arizona State Law Journal*, 45:733-748.
- Gerken, Heather K. (2001), New Wine in Old Bottles: A Comment on Richard Hasen's and Richard Briffault's Essays on *Bush v. Gore*. *Florida State University Law Review* 29:407-424.
- Gerken, Heather K. (2004), Lost in the Political Thicket: The Court, Election Law, and the Doctrinal Interregnum, *University of Pennsylvania Law Review* 153:503-540.
- Gerken, Heather K. & Kang, Michael S. (2011), The Institutional Turn in Election Law Scholarship, pp. 86-100, in *Race, Reform, and Regulation of the Electoral Process: Recurring Puzzles in American Democracy*, edited by G.-U. E. Charles, H. K. Gerken, & M. S. Kang, NY: Cambridge University Press.
- Goldwater Institute, Candidates File Lawsuit Against Clean Elections (Aug. 22, 2008), available at <http://goldwaterinstitute.org/article/candidates-file-lawsuit-against-clean-elections>.
- Gora, Joel M. (2011), Don't Feed the Alligators: Government Funding of Political Speech and the Unyielding Vigilance of the First Amendment, pp. 81-127, in *Cato Supreme Court Review*, 10th ed., Washington, D.C.: The Cato Institute.
- Hasen, Richard L. (2008), Beyond Incoherence: the Roberts Court's Deregulatory Turn in *FEC v. Wisconsin Right to Life*, *Minnesota Law Review*, 92:1064-1109.
- Hasen, Richard L. (2011), Citizens United and the Illusion of Coherence, *Michigan Law Review* 109:581-623.
- Hasen, Richard L. (2012), Anticipatory Overrulings, Invitations, Time Bombs, and Inadvertence: How Supreme Court Justices Move the Law,

- Emory Law Journal*, 61:779-800.
- Hudson, Glen (2012), Think Small: The Future of Public Financing After Arizona Free Enterprise, *Wake Forest Law Review* 47:413-434.
- Institute for Justice (2014), 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>.
- Institute for Justice (2007), 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>.
- Issacharoff, Samuel (2002), Gerrymandering and Political Cartels, *Harvard Law Review* 116:593-648.
- Issacharoff, Samuel (2010), On Political Corruption, *Harvard Law Review* 124:118-142.
- Issacharoff, Samuel, & Pildes, Richard H. (1998), Politics as Markets: Partisan Lockups of the Democratic Process, *Stanford Law Review* 50:643-717.
- Issacharoff, Samuel, & Karlan, Pamela S. (1999), The Hydraulics of Campaign Finance Reform, *Texas Law Review* 77:1705-1738.
- Issacharoff, Samuel, Karlan, Pamela S., & Pildes, Richard H. (2012), *The Law of Democracy: Legal Structure of the Political Process*, MN: Foundation Press.
- Jenkins, William O., Tessin, Jeff, & Ortiz, Anna Maria (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, Michael S. (2006), De-Rigging Elections: Direct Democracy and the

Future of Redistricting Reform, *Washington University Law Quarterly* 84:667-716.

Kang, Michael S. (2010), After Citizens United, *Indiana Law Review* 44:243-254.

Kang, Michael S. (2012), The End of Campaign Finance Law, *Virginia Law Review* 98:1-65.

Katz, Ellen D. (2014), Election Law's Lochnerian Turn, *Boston University Law Review* (forthcoming), available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2419510>.

Klarman, Michael J. (1997), Majoritarian Judicial Review: The Entrenchment Problem, *Georgetown Law Journal* 85:491-553.

Klumpp, Tilman, Mialon, Hugo, & Williams, Michael A. (2014), *Matching Funds in Public Campaign Finance* (Working Paper), available at <http://www.ualberta.ca/~klumpp/docs/trigger.pdf>.

Kuhner, Timothy K. (2014), *Capitalism v. Democracy: Money in Politics and the Free Market Constitution*, CA: Stanford Law Books.

Lessig, Lawrence (2011), *Republic, Lost: How Money Corrupts Congress – and a Plan to Stop It*, NY: Twelve.

Levin, Steven M. (2006), *Keep It Clean: Public Financing in American Elections*, IL: Center for Governmental Studies.

LoBiondo, George (2011), Pulling the Trigger on Public Campaign Finance: The Contextual Approach to Analyzing Trigger Funds, *Fordham Law Review* 79:1743-1785.

Lowenstein, Daniel H. (2000), The Supreme Court Has No Theory of Politics – and Be Thankful for Small Favors, pp.245-266, in *The U.S. Supreme Court and The Electoral Process*, edited by David K. Ryden, Washington, D.C.: Georgetown University Press.

- Lowenstein, Daniel H., Hasen, Richard L., & Tokaji, Daniel P. (2012), *Election Law: Cases and Materials*. NC: Carolina Academic Press.
- Malbin, Michael J., Brusoe, Peter W., & Glavin, Brendan (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, Kenneth R., Werner, Timothy, & Williams, Amanda (2006), Do Public Funding Programs Enhance Electoral Competition?, pp. 245-267, in *The Marketplace of Democracy: Electoral Competition and American Politics*, edited by M. P. McDonald & J. Samples, Washington, D.C.: Brookings Institution Press and the Cato Institute.
- Miller, Michael 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.
- Miller, Michael G. (2013), *Subsidizing Democracy: How Public Funding Changes Elections and How It Can Work in the Future*, NY: Cornell University Press.
- Milyo, Jeffrey, Primo, David M., and Jacobsmeier, Matthew L. (2011), Does Public Financing of State Election Campaigns Increase Voter Turnout?, pp. 225-237, in *Public Financing in American Elections*, edited by C. Panagopoulos, PA: Temple University Press.
- National Institute on Money in State Politics, available at <http://www.followthemoney.org>.
- Ortiz, Daniel R. (1998), The Democratic Paradox of Campaign Finance Reform, *Stanford Law Review* 50:893-914.
- Ortiz, Daniel R. (1999), From Rights to Arrangements, *Loyola of Los Angeles Law Review* 32:1217-1226.
- Ortiz, Daniel R. (2004), Got Theory, *University of Pennsylvania Law*

Review 153:459-502.

Overton, Spencer, (2004), The Donor Class: Campaign Finance, Democracy, and Participation, *University Pennsylvania Law Review* 153:73-118.

Overton, Spencer, (2012). Matching Political Contributions, *Minnesota Law Review* 96, 1694-1731.

Panagopoulos, Costas (2011), Leveling the Playing Field: Publicly Financed Campaigns and Electoral Competition, pp. 176-183, in *Public Financing in American Elections*, edited by Costas Panagopoulos, PA: Temple University Press.

Pildes, Richard H. (2002), Constitutionalizing Democratic Politics, pp. 155-186, in *A Badly Flawed Election: Debating Bush v. Gore, the Supreme Court and American Democracy*, edited by Ronald Dworkin, NY: The New Press.

Pildes, Richard H. (2004), Foreword: The Constitutionalization of Democratic Politics, *Harvard Law Review* 118:28-154.

Posner, Richard A. (2003), *Law, Pragmatism, and Democracy*, NY: Harvard University Press.

Post, Robert C. (2014), *Citizens Divided: Campaign Finance Reform and the Constitution*, MA: Harvard University Press.

Rave, Theodore D. (2013), Politicians as Fiduciaries, *Harvard Law Review* 126:671-739.

Sample, James J. (2013), The Last Rites of Public Campaign Financing?, *Nebraska Law Review* 92:349-403.

Samples, John (2005), *Welfare for Politicians?: Taxpayer Financing of Campaigns*, Washington, D.C: Cato Institute.

Samples, John (2006). *The Fallacy of Campaign Finance Reform*, IL:

- University of Chicago Press.
- Schauer, Frederick, & Pildes, Richard H. (1999), Election Exceptionalism and the First Amendment, *Texas Law Review* 77:1803-1836.
- Schlozman, Kay Lehman, Verba, Sidney, & Brady, Henry E. (2012), *The Unheavenly Chorus: Unequal Political Voice and the Broken Promise of American Democracy*, NJ: Princeton University Press.
- Schleicher, David (2006), "Politics as Markets" Reconsidered: Natural Monopolies, Competitive Democratic Philosophy and Primary Ballot Access in American Elections, *Supreme Court Economic Review* 14:163-220.
- Shapiro, Ian (2003), *The State of Democratic Theory*, New Jersey: Princeton University Press.
- Sheff, Jeremy N. (2010), The Myth of the Level Playing Field: Knowledge, Affect, and Repetition in Public Debate, *Missouri Law Review* 75:144-179.
- Smith, Bradley A. (2001), *Unfree Speech: The Folly of Campaign Finance Reform*, NJ: Princeton University Press.
- Steen, Jennifer A. (2003), The "Millionaires' Amendment", pp.157-173, in *Life after Reform: When the Bipartisan Campaign Reform Act Meet Politics*, edited by M. J. Malbin, NY: Rowman & Littlefield Publishers.
- Stern, Robert M. (2011), Public Financing in the States and Municipalities, pp. 62-123, in *Public Financing in American Elections*, edited by C. Panagopoulos, PA: Temple University Press.
- Sullivan, Kathleen M. (2010), Two Concepts of Freedom of Speech, *Harvard Law Review* 124:143-177.
- Su, Yen-tu (2011), Retracing Political Antitrust: A Genealogy and Its Lessons, *Journal of Law & Politics* 27:1-62.

- Teles, Steven M. (2010), *The Rise of the Conservative Legal Movement: The Battle for Control of the Law*, NJ: Princeton University Press.
- Thompson, Dennis F. (2005), Election Time, pp. 174-208, in *Restoring Responsibility*, NY: Cambridge University Press.
- Tokaji, Daniel P. (2011), The Obliteration of Equality in American Campaign Finance Law: A Trans-Border Comparison, *Journal of Parliamentary & Political Law* 5:381-398.
- Tushnet, Mark (2013), *In the Balance: Law and Politics on the Roberts Court*, NY: W. 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, Adrian (2011), *The System of the Constitution*, London: Oxford University Press.
- Wilson, Molly J. Walker (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.
- Zipkin, Saul (2010), The Election Period and Regulation of the Democratic Process, *William and Mary Bill of Rights Journal* 18:533-593.