

司法審查作為憲政工程：結構最小主義的工法建議

蘇彥圖*

第十屆憲法解釋之理論與實務學術研討會

2015年12月18日

中央研究院

摘要

憲法法院不是適任的憲政工程師，卻又無可避免地必須扮演某種憲政工程師的角色。內建有不可違又不可不為之矛盾的司法憲政工程，動輒得咎，在所難免。本文運用 Cass Sunstein (2015) 所提出的四種憲政人格典型——英雄、士兵、默者與最小主義者，對司法院大法官歷來所為司法憲政工程的多重風貌，進行了概略的分析與檢討。一般而言，司法院大法官／憲法法院在從事司法憲政工程的時候，應以謹慎自制、謙卑自持為宜。然而，不論是我國諸多學者所倡議之「憲法（釋義）學理紀律的強化」，抑或是由 Sunstein 所代言的司法最小主義（judicial minimalism），均未必有助於司法憲政工程的最適化，甚至還可能適得其反。本文就此提出結構最小主義（structural minimalism）的初步構想：憲法法院一方面應該坦然面對司法審查作為憲政工程這件事，決策時應盡可能地審慎評估各種並不限於個案的憲政後果；另一方面，憲法法院也必須清楚意識到，司法審查終究不是憲政工程的最適工地，而應設法將憲政工程的機會與空間留給民主程序。基於此項角色設想，本文提出(i) 建構合宜民主工程的避風港以及 (ii) 最小主義的結構審查兩項工法建議。

關鍵詞：司法院大法官、司法審查、憲政工程、憲政體制、權力分立、民主、憲政人格、司法最小主義

* 中央研究院法律學研究所助研究員。作者感謝廖穎凡女士協助本文研究資料之收集與整理。

壹、前言
貳、司法憲政工程在台灣：風格與經驗
一、英雄
二、士兵
三、默者
四、最小主義者
參、動輒得咎的司法憲政工程
一、司法憲政工程的內在矛盾
二、司法最小主義的魅力與侷限
肆、結構最小主義的工法建議——代結論
一、建構合宜民主工程的避風港
二、最小主義的結構審查
參考資料

壹、前言

民主政治的憲法法化 (the constitutionalization of democratic politics)，從 20 世紀中後期以來，已經見於許多採行司法違憲審查機制的憲政民主國家 (Sweet, 2000; Hirschl, 2004; Pildes, 2004; Issacharoff, 2015)。作為一個主要是由 (功能意義上的) 憲法法院所開展出來的憲政態勢，這個現象無疑可以被理解為政治司法化 (the judicialization of politics) 的其中一個面向 (Tate and Vallinder, 1995; Hirschl, 2004)。不過，不論司法化／憲法法化是否早已是當代的司法憲政主義 (judicial constitutionalism) 的基調，「與憲法法官共治」還不能說是一件稀鬆平常、毫無懸念的憲政事態——特別是當被司法化、被憲法法化的民主政治，已經不只是個別的、特定的公共事務，而是關乎形構出整個民主政治之決策機制、政治過程乃至憲政認同的基本制度規則 (Persily, 2003; Pildes, 2004; 蘇彥圖, 2007)。我們可以將「形塑民主政治的遊戲規則」這件事情稱為憲政工程 (constitutional engineering)、民主制度設計 (democratic institutional design) 或者政治管制 (political regulation)¹。這件事情的司法化與憲法法化發展，提出了一個關於憲

¹ 為了行文方便，本文以下主要使用「憲政工程」一詞。更確切地說，本文所指稱的憲政工程是「小寫 c 的憲政工程」(small-c constitutional engineering)，也就是功能意義而非形式意義上的憲政制度安排。基於討論聚焦的需要，本文所討論的憲政工程，就實質內容而言，僅限於最小主義之民主觀 (minimalist conception of democracy) 底下有關民主政治之權力結構與程序的制度安排。本文不討論司法制度，也不討論與憲政體制、民主制度較無直接關係的社會工程 (social engineering)。

政制度與民主法之司法審查的根本難題：在許多論者眼中，憲法法官並不是適格的憲政工程師；許多關於民主法的司法審查理論，也致力於防阻憲法法院介入、干預民主的憲政工程；可是當憲法法院在審決相關案件的時候，卻又無可避免地會對憲政工程，造成或多或少的影響，並從而使得司法審查／憲法訴訟，在某個實質意義上，成為一種憲政工程（Pildes, 2004; Gerken, 2004; Robertson, 2010; Hasen, 2011）。

本文以「司法的憲政工程」（簡稱司法憲政工程）一詞，指稱從某個外於憲法法院的事後觀察角度而言，具有憲政工程之功能意義或者作用的廣義的司法審查，也就是任何得以形塑憲政民主之制度安排的憲政司法作用。在這項定義底下，憲政工程有可能是憲法法院心知肚明（但是未必開誠布公）的目的行為，也有可能是憲法法院無心插柳的非意圖後果。會改變憲政民主的制度現狀的憲政司法作為，無疑具有積極而且顯著的憲政工程意義。不過，即使在司法審查的結果肯認了制度現況的場合，甚或當憲法法院對於某項憲政制度安排刻意保持沉默的時候，我們往往還是可以從憲政工程的角度，對之進行理解與評價（Black, 1960; Sunstein, 1999）。在這項相當寬鬆的認定標準下，我們可以而且應該進一步區辨、比較不同型式、不同風格的司法憲政工程。不同類型的司法憲政工程，反映了憲法法院對於憲政民主所抱持的不同設想或者不同願景，在司法決策的效益、決策成本（decision costs）以及錯誤成本（error costs）上，也互有重要的差異（Sunstein, 1999）。重點是，我們可以爭論某個特定的司法憲政工程應該怎麼做會比較好，但是我們在現實上就是無法切割司法審查與憲政工程，而以分隔法與政治的形式論理，去否認司法憲政工程的存在以及可能（Sweet, 2012: 827）。

環繞在司法憲政工程的規範爭議，相當部分緣於論者（包括憲法法官們）對於政治部門與憲法法院各自從事民主制度設計的能力與品質，有著相當分歧的期待（信任）以及顧慮（不信任）。一方面，不少論者質疑，憲法法院欠缺憲政工程所需要的專業、政治手腕與民主正當性，而且他們也憂心，強勢的司法審查會父權地壓縮了民主自我治理的試誤空間（Tushnet, 1999; Waldron, 1999; Hasen, 2003; 葉俊榮, 2003a; Pildes, 2004; Waldron, 2006; Schwartzberg, 2007; Bellamy, 2007）。基於這樣的顧慮，許多論者試圖節制司法審查／司法憲政工程，期能防免憲法法院就此鑄下司法越權（judicial overreaching）這樣的積極錯誤（false positive）。另一方面，在政治場域由權力菁英所進行的憲政工程，內建有「球員兼裁判」（*nemo index in sua causa*）的利益衝突（*cf.* Vermeule, 2014）——也就是說，有權者往往會為了己身以及或者所屬政黨的政治自利（political self-interests），而去操控民主政治的遊戲規則（Przeworski, 2010）。為了確保民主政治競爭的自由、開放與公平，不少論者則是冀望司法審查善盡守護民主的憲政職責（Ely, 1980; Klarman, 1997; Issacharoff and Pildes, 1998; Ortiz, 2000; Issacharoff, 2002; Garrett, 2002; Posner, 2003; Shapiro, 2003; Pildes, 2004; Charles, 2007; Dawood, 2008; Su,

2011; Rave, 2013)。在這樣的思考脈絡下，憲法法院在某些場合是否犯了司法退位 (judicial abdication) 這樣的消極錯誤 (false negative)，毋寧也受到了許多論者的關注。困難在於，對於一項司法憲政工程是否太過、不及、或者兼而有之的判斷，本身就充滿了規範異議 (normative disagreement) 與實證的不確定性 (empirical uncertainty)。在憲政工程這個政治的灌木叢 (political thicket) 中，憲法法院往往動輒得咎、進退維谷，既難有從容而優雅的行動選項，也無從迴避司法憲政工程所蘊含的政治抉擇及其爭議 (Persily, 2003; Gerken, 2004)。

就跟許多民主國家的 (功能意義的) 憲法法院一樣，司法院大法官對於我國憲政制度、民主制度的形構與發展，有相當程度的介入與影響，歷年來也累積了不少司法憲政工程的經驗 (陳英鈴, 2005; 黃德福、蘇子喬, 2007; 林明鏘, 2007; 蘇永欽, 2008; 蔡宗珍, 2015)²。綜觀司法院大法官的憲政工程實績，我們可以注意到幾件事情：(i) 司法院大法官據以進行司法憲政工程的主要案件 (程序) 類型，已經從早期的「單純疑義解釋」這個備受爭議的釋憲程序 (許宗力, 1999a; 吳信華, 2009; 蔡宗珍, 2010)，漸次轉移到了司法色彩較為濃厚的規範審查與憲政爭議裁決 (蘇永欽, 2008: 110-111)。這項發展意謂著司法院大法官已經很難在一個案件中，以釋憲之名，完全只做憲政工程這件事情。就此而言，司法院大法官所為憲政工程，已逐漸趨近比較司法上的主流，亦即是一種複合、依附於司法之其他任務 (例如憲政爭議裁決與個人權利保護) 的功能表現。(ii) 司法院大法官所做的司法憲政工程，迄今絕大部分是關於中央政府體制、權力分立 (與制衡) 的制度安排。對於已在不少憲政民主國家受到司法化、憲法法化的諸多民主法議題——例如比例代表制的選舉門檻 (electoral thresholds)、議席一選區 (重) 配劃 ((re-)apportionment)、政黨管制 (party regulation) 以及政治 (競選) 經費管制 (political finance regulation; campaign finance regulation) 等，司法院大法官反而沒有多少作為。這樣的憲政景觀，固然主要緣於我國憲政發展的歷史脈絡，但是也有部分可以歸因於司法院大法官自己所作的釋憲議程設定 (蘇彥圖, 2014)。(iii) 相較於有關人民基本權利的司法院大法官解釋，具有司法憲政工程意義的解釋案件，往往具有更高度的政治顯著性 (political salience)，也就是在司法院大法官做成解釋之前與之後，受有社會較多的關注與議論³。然而，相對於司法院大法官在人權領域所樹立的眾望與威名，它在憲政制度領域所獲得的社會與學術評價，似乎是毀譽參半，甚至噓聲多於掌聲 (湯德宗, 1998; 葉俊榮, 2003b; 林明鏘, 2007; 黃錦堂, 2007; 蘇永欽, 2008; 蔡宗珍, 2015)。

² 我國的司法憲政工程師並不限於司法院大法官；普通法院與行政法院無疑也做有若干重要的司法憲政工程，深值討論。惟基於研究能力的限制以及討論聚焦的需要，本文僅討論由司法院大法官所作的司法憲政工程。

³ 筆者所屬中央研究院法律學研究所司法院大法官實證研究組群，已初步建置了司法院大法官解釋 (1994-2013) 的政治顯著性指數 (political salience index, PSI)。這項指數於公開後，將可進一步佐證與量化內文所提及的印象式對比。

何以致之？不少憲法學者將矛頭指向了司法院大法官之重大憲政解釋的另一項特色：(iv) 司法院大法官——特別是在晚近的這二十多年來——時常倚重關於權力分立與制衡、責任政治、代議民主等基本憲政規範原則的抽象論理或者演繹，來裁決、處理我國憲政體制運作上所出現的具體爭議。在批評者眼中，這樣的作法既無從約束、避免大法官依其自身之政治與價值偏好來解釋憲法，就此所產生的憲政司法決策，自無異於赤裸的政治決定而難以服眾（特別是說服反對者）（蘇永欽，2006；陳愛娥，2007；蘇永欽，2008）。為了協助司法院大法官強化其所為憲政司法決策在（憲法）法學上的論證嚴謹度與可說服力，我國許多憲法學者致力於引介、進而建構針對憲政體制／權力分立的憲法解釋理論以及／或者司法審查理論（李惠宗，1997；湯德宗，1998；林子儀，2002；張文貞、葉俊榮，2005；黃錦堂，2007；蘇永欽，2008；李念祖，2013；吳庚、陳淳文，2015）。然而，Frank Michelman 所指稱的「合理的解釋多元主義的事實」（the fact of reasonable interpretative pluralism），構成了這項學術大業難以跨越的現實障礙（Michelman, 1998）：論者（包括大法官們）之間，不僅對於「憲政民主制度要做何等安排」這件事情，難有厚實的規範共識可言；對於「如何解釋憲政體制（或者說，運用何種論證方法來做成憲政司法決策）」這件事情，論者之間毋寧也充滿了合理的規範異議。既有文獻中的主流意見，基本上試圖以更為縝密、細緻的法學方法，來約束、控制司法院大法官所為憲政司法決策，以期確保此等決策在法理論上的一致性與可預測性。可是，如果民主憲政工程的司法化、憲法化才是問題或者困難之所在，那麼進一步司法化（或者說，去政治化）憲法法院所為憲政工程的學術努力，究竟能否解決問題，或者會使得問題更加難解，恐怕容有檢討的餘地。

這麼說並不意謂著我們——作為憲法法、民主法的研究者——只能兩手一攤、放棄進行關於司法審查的規範性討論。不過，如果我們希望對深陷於政治的灌木叢中的憲法法院，提供中肯、實用的理論導引，我們需要重新省思、重新定位關於司法審查之規範理論的學術任務，並且在這個基礎上，從事相關司法理論（doctrinal theories）的改造乃至創新。對於司法院大法官作為憲政爭議裁決者的功能角色，我國憲法法學界業已展開了跳脫傳統憲法釋義學格局、重視憲政發展脈絡的規範理論思辯（郭銘松，2001；葉俊榮，2003a；張文貞，2003；張文貞、葉俊榮，2005；黃錦堂，2007；蘇永欽，2008）。本文則是聚焦於檢討司法院大法官（或者一般而言的憲法法院）作為憲政工程師的功能角色。在此一功能向度上進行觀察與反省，應有複雜化前揭關於司法院大法官憲政角色之既有討論的積極意義，因為做一個稱職的憲政爭議裁決者，跟做一個恰如其分的司法憲政工程師，基本上是兩回事，而且這兩者之間還有可能交互作用，從而未必能夠兩全。至於在憲政爭議裁決者與憲政工程師這兩種角色之間，司法院大法官應該如何拿捏、取捨，則還有待後續的研究。

基於對歷史經驗的反省以及關於憲政民主的規範性考量，本文認為，司法院大法官（乃至一般而言的憲法法院）在從事司法憲政工程的時候，確有謹慎、「自制」之必要。問題是，不論是我國多數學者所倡議之「憲法（釋義）學理紀律的強化」，抑或是由 Cass Sunstein 所代言的司法最小主義（judicial minimalism）（Sunstein, 1999; Sunstein, 2005; Sunstein, 2009; Sunstein, 2015），均未必有助於司法憲政工程的最適化，甚至還可能適得其反，提高了司法憲政工程的錯誤風險（Gerken, 2002; Gerken, 2004）。本文就此提出結構最小主義（structural minimalism）的初步構想：憲法法院一方面應該坦然面對司法審查作為憲政工程這件事，決策時應盡可能地審慎評估各種並不限於個案的憲政後果；另一方面，憲法法院也必須清楚意識到，司法審查終究不是憲政工程的最適工地，而應設法將憲政工程的機會與空間留給民主程序。質言之，作為結構最小主義者的憲法法官，既會是 (i) 重視系統分析（systemic analysis）（Vermeule, 2011; Vermeule, 2014）以及民主法的結構論（structural approach）（蘇彥圖，2007）的司法憲政工程師，也會是 (ii) 對司法自制（judicial self-restraint）念茲在茲的最小主義者。結構最小主義者在從事司法憲政工程的時候，不會排斥運用最小主義者的傳統司法技藝，但是也會設法開發、運用新的理論工具，據以降低或者減少司法審查在系爭個案中對於民主憲政工程所為干預。

本文的主要論述分為三個部分。在第貳節，本文運用 Sunstein 所提出的四種憲政人格典型（constitutional personae）（Sunstein, 2015），對於司法院大法官歷來所做的有關憲政民主制度的解釋，進行概略、擇例式的風格分析與檢討。本文試圖藉此描述、解析司法院大法官所為司法憲政工程的多重風貌，也對司法院大法官作為憲政工程師的實作經驗，提出本文的初步評價。在第參節，本文析論司法憲政工程本身所蘊含的規範爭議，並論證何以謹慎、謙抑的最小主義者在司法憲政工程上有其魅力，可是其傳統工法的應用卻有其侷限乃至反效果。針對司法憲政工程的施作工法，本文第肆節提出結構最小主義的風格設想與兩項初步的工法建議：(i) 建構合宜民主工程的避風港（safe harbor for appropriate democratic engineering）以及 (ii) 最小主義的結構審查。本文就此僅在「形成並操作化司法憲政工程中之謹慎、謙卑、自制等道德訴求／誠命」這件事情上，提出結構最小主義這個另類觀點的初步理論嘗試。在此必須聲明的是，司法最小主義不是一個完整的憲法解釋理論或者司法審查理論；結構最小主義也不是。

貳、司法憲政工程在臺灣：風格與經驗

在傳統憲法（釋義）理論的討論脈絡中，我們往往特別關注某個司法院大法

官解釋的程序合法性、規範依據（審查基準）、解釋標的、審查密度（審查標準）、解釋方法、理由與論據、決策宣告模式與效力…等各種形式或實質的合法性議題。這些議題無疑都很重要；我們通常主要是根據就此所為檢證，對一號司法院大法官解釋的正確性與妥當性，做出我們的憲法學評價。不過，合法性恐怕不是司法憲政工程所面臨到的最重要問題；傳統憲法學的評價標準，也不必然就是判斷一項司法憲政工程是否合宜的適當準據。如果我們想要確切評估憲政工程司法化、憲法法化的利弊得失，一個比較妥適的做法，或許是把一項司法憲政工程當作憲政工程看待，而以我們對於憲政工程（而非司法判決）的規範期待，對之進行評價。這個評價觀點的選取，也在一定程度上決定了本文就司法院大法官所為司法憲政工程的類型分析方法。憲政工程基本上（還）是一門藝術（而非科學）；司法的憲政工程也是。在比較眾多在主題、素材上差異甚大的藝術品的時候，我們往往可以在一個比較抽象的層次上，討論它們在風格／藝術流派上的異同。基於這樣的比擬，本文試圖以風格作為類型分析單元，對司法院大法官在憲政工程上的實作經驗，提出本文的觀察與檢討。

那麼，我們又該如何區辨、類型化司法憲政工程的風格呢？由於司法憲政工程基本上是一種人為的（集體）創作，我們有理由認為，它在相當程度上反映了創作者的意念／心境，也就是說，我們通常可以將一件作品的風格，等同於其創作者的風格。基於這樣的比擬，本文在此援引Cass Sunstein所提出的四種憲政人格典型——英雄（Heroes）、士兵（Soldiers）、默者（Mutes）與最小主義者（Minimalists）（Sunstein, 2015），作為討論（我國司法院大法官）司法憲政工程風格的基本分類⁴。本文並不否認，在個別司法院大法官解釋的風格認定上，有一定程度的主觀性。本文也不排除，在這個被一般化的憲政人格分類外，尚有台灣本土原生的特殊憲政人格的存在可能，而且這等獨特的憲政人格，或許能夠更貼切地形容某些司法院大法官解釋的風格取向。不過，由於本節的討論目的，不在極致關於我國司法憲政工程的風格分析，而在藉由簡單的風格分析，概略而通盤地檢討司法院大法官的憲政工程經驗，Sunstein所提出來的基本分類架構，應足以支應本節所為討論。

一、英雄

「司法英雄的基本特質，就在於他們既胸懷萬里（big）又威猛果敢（bold）（Sunstein, 2015: 5）。」對於憲政司法在民主社會中所扮演的角色，英雄型的憲法法官有高度的自我期許；他們往往具有高度的理論雄心，對於憲法法的解釋與適用了然於心、說一不二（Sunstein, 2015: 6）；他們有捨我其誰的責任心，更有

⁴ Sunstein 指出，其所指認的這四種憲政人格典型，並不僅存在於美國憲法法，亦可見於其他憲政民主國家（Sunstein, 2015: 2）。

「雖千萬人，吾往矣」的行動氣魄。司法英雄造就了英雄風格的司法憲政工程：在所屬民主社會還未有高度規範共識、不是沒有相當程度之合理異議的情況下，此類型的司法憲政工程或者 (i) 將某項既有的憲政民主制度宣告為違憲，或者 (ii) 以解釋憲法或者裁決爭議之名，創設了某種新的憲政制度安排。

若以上述 (i)、(ii) 這兩項判準檢視司法院大法官的憲政工程經驗，則我們不難發現，司法院大法官所做的多號解釋，都帶有或多或少的英雄色彩。舉例來說，藉由英雄風格的司法憲政工程，司法院大法官在威權時期（1949~1987），除了為「萬年國會」奠基（釋字第 31 號（1954）、釋字第 85 號（1960）），也賦予監察、司法兩院立法提案權（釋字第 3 號（1952）、釋字第 175 號（1982））。在民主轉型時期（1987~2000），司法院大法官以英雄／司法積極主義者（judicial activists）之姿，終結了「萬年國會」（釋字第 261 號（1990））、確立「預告修憲」法則（釋字第 314 號（1993））、賦予立法院文件調閱權（釋字第 325 號（1993））、創設僅適用於不分區及僑選立法委員的反叛黨法（anti-defection law）（釋字第 331 號（1993））、限制國會預算審議權限（釋字第 391 號（1995））、憲法法化了國會改選後的內閣總辭（釋字第 387 號（1995））、建構了國會委員會的備詢制度（釋字第 461 號（1998））…更一舉將 1999 年「國大延任」的憲法增修條文宣告為違憲（釋字第 499 號（2000））。在台灣民主趨於鞏固之後，司法院大法官在憲政工程上仍屢有積極表現，其中無疑包括賦予立法院調查權的釋字第 585 號解釋（2004），以及細密規制總統之刑事豁免權與國家機密特權的釋字第 627 號解釋（2007）。

雖然說自由派人士與保守派人士對於司法英雄該做甚麼事情，有著截然不同的期待，作為一種描述性的憲政人格典型，英雄受到了許多人（特別是不少法學教授）的賞識與推崇（Sunstein, 2015: 8-9）。在我國，釋字第 261 號與釋字第 499 號這兩個以自由民主憲政秩序匡正形式憲法規範的重大憲政司法決策，尤其在一般公眾的觀感上，深化了司法院大法官作為憲法維護者的形象與權威。然而，從憲政工程的角度而言，英雄取向的司法憲政工程，基本上存在有兩重無法被輕易解消的顧慮。首先，司法英雄主義（judicial heroism）有可能不過是司法父權主義（judicial paternalism）的另類表述。愈是缺乏相當程度之社會（規範）共識的支持，英雄式的司法憲政工程就愈會壓縮民主實驗的過程與空間，而這對珍視民主作為政治過程的論者來說，不能不說是一個相當沉重的代價。其次，如果說憲法法官頂多只是次優的憲政工程師，甚至囿於司法審查的有限理性（bounded rationality）而容易在需要全局考量與細膩權衡的憲政工程中犯下決策錯誤的話，那麼一項英雄風格的司法憲政工程，其設計與施作品質是否夠好，或者其實存在嚴重的瑕疵——這就有檢討的餘地。一個值得深入檢討的案例是釋字第 331 號解釋。在該號解釋中，司法院大法官逕以「憲法增設[政黨比例代表]制度之本旨」為由，想當然爾地推論「此種民意代表如喪失其所由選出之政黨黨員資格時，自應喪失其中央民意代表之資格。」儘管我國憲法學界直到 2013 年的「九月政爭」

之後，才對這項決策結論的正確與否，做有比較深刻的論辯（張嘉尹，2013；陳英鈴，2013；廖元豪，2013；蘇彥圖，2013；許宗力，2014；吳庚、陳淳文，2015），從比較憲法法上有關反叛黨法的豐富討論以觀（Geddis, 2002; Geddis, 2006; Booyesen, 2006; Janda, 2009; Gauja, 2010: 199-203; Goeke and Hartmann, 2011; Chang, Thio, Tan, and Yeh, 2014: 490-93; Issacharoff, 2015: 248-54），我們很難不對這項司法憲政工程決策品質之粗糙，有所質疑。釋字第 331 號並不是一個孤例。司法院大法官對於我國國會調查權法制的開創及其侷限（釋字第 325 號、釋字第 585 號、釋字第 729 號（2015）），毋寧是另一個值得做深入檢討的議題（陳新民，2011: 609-20; 陳淑芳，2011; 釋字第 729 號解釋所附多篇大法官個別意見）。長遠而言，憲政工程上的司法英雄主義，究竟是利大於弊抑或是得不償失，又是否增加了司法憲政工程的錯誤風險——這些問題，都還有待仔細而客觀的理性評估（Vermeule, 2006; Sunstein, 2015）。只是在英雄的魅力底下，我們往往很難理智地、不帶感情地估量他們所作所為的利弊得失（Sunstein, 2015: 146）。

二、士兵

與英雄正相對立的憲政人格典型是士兵，其人格特質就是願意服從上級的命令；而對司法士兵來說，他們所服膺的上級，通常即是政治部門（Sunstein, 2015: 10-11）。在司法士兵的自我角色認知裡，他們不過就是聽命行事的下屬（subordinates），當然最好保持謙卑與低調，而且應當要對長官畢恭畢敬（Sunstein, 2015: 11）。「如果我的同胞們要下地獄，我會幫助他們。這是我的職責所在。」前美國聯邦最高法院大法官 Oliver Wendell Holmes 的這句名言，或許便是司法士兵的座右銘（*Id*）。司法士兵致力於忠實地「依法審判」；除非法律極其明白地牴觸了憲法的明文或者意旨，他們不會（也非常忌諱）以司法審查的權力，去廢棄或者更動民主政治程序所產出的集體決策（Thayer, 1893; Vermeule, 2006）⁵。士兵型的司法憲政工程師，會高度尊重民主的憲政工程師經由制／修憲或立法程序所做的憲政制度安排；對其認定為合憲的政治管制，他們也不會在立法政策上指指點點、說三道四。司法士兵主要是藉由 (i) 拒斥司法造法的嚴格憲法解釋，以及／或者 (ii) 寬鬆的司法審查，來遂行司法憲政工程，而其結果往往會給予既存憲政秩序一定程度的司法肯認／正當性加持。

釋字第 342 號解釋（1994）高度尊重議事程序事項的國會自律，僅以「明顯重大瑕疵」之審查標準，就國安三法的立法程序進行寬鬆審查。釋字第 468 號解釋（1998）以「在合理範圍內所為適當之規範」與「並未逾越立法裁量之範圍」

⁵ Sunstein 另將原意主義者（originalists）歸類為「二階士兵」（second-order Soldiers）這個次類型，因為他們聽命於制（修）憲者，且會無所遲疑地廢棄與憲法原意不符的嗣後民主決策，從而是兼有英雄與士兵之特質的英雄—士兵（Hero-Soldiers）（Sunstein, 2015: 14-5）。

等說辭，肯認了總統副總統選舉罷免法就獨立參選人所設連署制度（以及連署保證金制度）的合憲性。釋字第 721 號解釋（2014），則是肯認憲法增修條文第 4 條就立法委員選舉制度所採並立式單一選區兩票制——也就是多數型混合代表選制（Mixed-Member Majoritarian system, MMM）、政黨比例代表席次以及 5% 的政黨比例代表選舉門檻，「並未違反現行憲法賴以存立之自由民主憲政秩序」。這三號解釋，均可說是司法院大法官採行士兵路線之司法憲政工程的代表案例，而這三號解釋所獲得的社會與學術評價，則反映了這項風格路線經常會遭遇到的一項質疑：順從「上」意的司法士兵，有可能是怯懦而沒有擔當的，甚至還可能助紂為虐。以比例代表制之選舉門檻的設置為例，有些論者就殷切期待憲法法院對於這項在選制工程上避免政黨體系零碎化的人為（選舉市場）進入障礙（artificial barrier of entry），進行比較嚴格的把關，因為他們懷疑，這項措施所標舉的制度目的／正當化事由——確保代議民主之可治理性（governability）——實為禁不起檢驗的空洞修辭，既無從掩飾其圖利大黨的反競爭性（anti-competitiveness），也不足以正當化其所造成的「選票不等值」（Williams, 2005; 陳柏霖, 2008; 蕭文生, 2014; 陳慈陽, 2014; 楊承燁, 2014; cf. Pildes, 1999; 李建良, 1999b; 李惠宗, 2004; 程明修, 2006）。大法官李震山、陳春生、陳新民、羅昌發以及黃茂榮各自在隨同釋字第 721 號解釋所發表的個別意見書中，均表達了對於此等疑慮的認同，但是面對 2005 年修憲者的明確意志，除了黃茂榮大法官以外，其他的前四位大法官，終究選擇了尊重而不是抗命。大法官蘇永欽以及湯德宗，則是在他們各自所提出的意見書中，進一步強調民主修憲者與釋憲者之間的主從關係。比起代議民主程序中的立法者，制／修憲者或者直接民主的立法者，在現實政治上是否真的更能代表作為主權者的「我們人民」，從而可對憲法法官提出更強的服從義務要求——這毋寧仍有討論的空間（張文貞, 2003）。不論如何，要效忠一個非理想（non-ideal）的憲政秩序並且扮演它的馬前卒，這對立志扮演司法士兵的憲法法官來說，並不是一項輕鬆的考驗，而且憲政理想與憲政現實之間的差距愈大，司法士兵所要承受の良心煎熬可能也愈大。

三、默者

在面對一個社會上意見相當分歧甚至對立的爭議問題時，保持沉默時常可以是政治以及司法的一種態度乃至選項。Sunstein 將有此傾向的憲政人格典型稱為默者。「默者寧可對困難的問題不予決定。他們相信沉默是金。」（Sunstein, 2015: 2）提出司法審查之抗多數決困境（the counter-majoritarian difficulty）這項經典命題的 Alexander Bickel，可以算是司法默者的最佳理論代言人；司法默者所奉行與追求的，基本上即是 Bickel 所宣揚的消極美德（the passive virtues）（Bickel, 1986 [1962]; 黃昭元, 2002a; 黃舒芃, 2009a; Sunstein, 2015: 19-21）。司法憲政工程師也可以是默者。藉由 (i) 在選案決策上的不予受理、(ii) 運用多種可司法

性理論（例如當事人適格與政治問題理論）而不予受理或不予（實質）審查、或者 (iii) 採取迴避憲法問題（constitutional avoidance）的多種策略（例如合憲法律解釋），憲法法院可以發展出具有默者風格的司法憲政工程。這項風格的指認並不是無中生有的，因為一個默者型的司法憲政工程，背後必有一個基於策略、慎重（prudence）或者法規範要求的司法決策，而且此等決策，往往隱存有「無為而治」的工程用意。晚近美國聯邦最高法院有些迴避憲法問題的做法，甚至還被論者認為具有約制民主立法的積極效果（Katyal and Schmidt, 2015）。

由於會明白而且具體地劃設、標記出某個司法不得或者不會介入的民主憲政工程範疇，政治問題理論或統治行為理論的應用，或許是最為顯眼的默者型司法憲政工程。司法院大法官迄今僅在關於國家領土範圍之界定的釋字第 328 號解釋（1993），以及釋字第 419 號解釋（1996）中就新總統就職後內閣總辭之處置所為決策，援用了政治問題或統治行為理論，而對系爭事項不予審查。不過，在關於立法院之條約審議權的釋字第 329 號解釋（1993）、關於立法院改選後之內閣總辭的釋字第 387 號解釋（1995）、關於核四停建爭議的釋字第 520 號解釋（2001）以及關於立法院消極不行使監察委員人事同意權的釋字第 632 號解釋（2007）這幾個案件中，均有個別大法官引用政治問題理論而提出默者的異議（參照釋字第 329 號解釋大法官李鐘聲不同意見書；釋字第 387 號解釋大法官吳庚不同意見書；釋字第 520 號解釋大法官陳計男部分協同意見書、大法官施文森部分不同意見書、大法官董翔飛部分不同意見書；釋字第 632 號解釋大法官余雪明部分不同意見書、大法官彭鳳至、余雪明不同意見書）。作為一項司法理論，政治問題理論本身的司法可操作性（judicial manageability）在我國一直備受爭議（郭銘松，1998；許宗力，1999b: 39-46；李建良，1999a；李建良，1999c；李念祖，2000；廖元豪，2002；廖元豪，2004）。不論如何，它似乎並無力阻擋或者扭轉民主憲政工程司法化、憲法法化的大勢（Mourtada-Sabbah and Cain eds., 2007）。

然而，政治問題理論的失勢，並不表示默者在司法憲政工程領域已然被邊緣化，因為他們還是可以、甚至寧可採取較不張揚、也較不僵固的做法，伸展他們沉默的力量。一個從比較民主法觀之可謂相當顯著的例子，是近年來司法院大法官對於我國議席—選區不均配劃（malapportionment）此項議題的三度不受理（參照大法官第 1343 次會議議決不受理案件第 10 案，會台字第 8732 號（2009）；大法官第 1406 次會議議決不受理案件第 29 案，會台字第 10658 號（2013）；釋字第 721 號解釋（2014））。經由選案決策，默者在一定程度上掌控、設定了司法憲政工程的議程／時機（Fontana, 2011；蘇彥圖，2014）。不論是否基於策略或者慎重之考量，就此形成的時際性（temporal）司法沉默，難免會讓對於司法審查有所指望（例如藉由單純違憲宣告啟動或加速政治改革進程）的人們感到失望。而當司法院大法官以「聲請人所陳，僅係以個人主觀見解泛稱系爭規定違憲，尚難謂客觀上已具體指明[……]法令有何抵觸憲法之處」這類理由議決不受理的時候，

我們也很難說服公眾，此際的司法沉默，完全沒有「正面肯認制度現狀」的弦外之音——即使這樣的誤讀，正是司法默者極力想要避免的(Sunstein, 2015: 26-7)。司法默者在台灣所面臨到的最大困境，或許就在於：他們沒有辦法什麼話都不講（因為不受理決定必須敘明理由），卻又不能只說真話（蘇彥圖，2014）。

四、最小主義者

在 Sunstein 的憲政人格分類中，最小主義者是默者的表親 (Sunstein, 2015: 24)：他們基本上是以不同的策略／方式，在不同的程度上，實踐司法自制的共同家訓。最小主義者在很多事情上也希望保持沉默，不過他們不若默者那般寡言；「[……]最小主義者傾向於認為小幅、漸進的步伐是高度可欲的，因為此舉讓事情得以往被認為是比較好的方向有所進展。」(Sunstein, 2015: 27) 作為漸進主義的奉行著，最小主義者在憲法理論上並不會擁抱（甚至還會排斥）任何雄心十足的基礎理論 (foundational theory) ——「他們寧淺勿深」(“They prefer shallowness to depth.”)；最小主義者也高度重視具體個案的事實以及脈絡——「他們寧窄勿寬」(“They prefer narrowness to width.”) (Sunstein, 2015: 16; *see also* Sunstein, 1999: 16-23; 黃昭元，2002b)。Sunstein 進一步區分了柏克流的最小主義者 (Burkean Minimalists) 與理性主義的最小主義者 (rationalist Minimalists) 這兩種次類型：柏克們高度珍視傳統，而理性主義者則要求傳統必須受到理性的批判與檢證 (Sunstein, 2015: 67-108; *see also* Sunstein, 2009: 35-92)。在司法憲政工程的場合，我們無疑可以指認出可以被歸類為柏克流或者理性主義之最小主義者的憲法法官／司法憲政工程師。不過，帶有「窄」與／或「淺」之最小主義者風格的司法憲政工程，也不必然就是司法最小主義者的作品，而有可能是不同人格典型的憲法法官們合縱連橫或者妥協之後的結果。

一個司法憲政工程的或寬、或窄、或深、或淺，基本上都要「看是跟什麼比較」。由於沒有共認的比較基準 (baseline)，至少在一些邊界案件中，最小主義者風格的判定，會有仁智互見的合理異議。不過，如果在我國有什麼司法憲政工程是一般公認具有最小主義者風格的，那麼在副總統得否兼任行政院院長此項議題上被許多論者認為是「橫看成嶺側成峰」的釋字第 419 號解釋 (1996)，以及針對核四停建爭議、被不少論者認為是對行政與立法兩權「各打五十大板」的釋字第 520 號解釋 (2001)，應該是其中數一數二的代表性案例。關於民意代表候選人學、經歷限制之合憲性的釋字第 290 號解釋 (1992)、關於國民大會修憲一讀會之開議出席人數的釋字第 381 號解釋 (1995)、闡述立法委員言論免責權之保障範圍與個案處置原則的釋字第 435 號解釋 (1997)、針對台北市里長延選案的釋字第 553 號解釋 (2002)、審查公民投票法若干規定之合憲性的釋字第 645 號解釋 (2008) …這些以及其他多項司法院大法官歷來所做的司法憲政工程，在

論理風格或者決策效果上，也多少帶有最小主義者的色彩。

最小主義者風格的司法憲政工程在我國所受到的學術與社會評價，似乎負面遠多於正面。許多論者批評，司法院大法官在這些案件中，不是說理說得不清不楚、甚至模稜兩可，就是為德不卒——沒有盡到該盡的司法義務。司法的最小主義者確實會刻意「讓事情懸而未決」(leaving things undecided) (Sunstein, 1999: 3-23)，因為這麼做有助於降低司法的決策成本以及錯誤成本，同時也保留了民主審議與決策的機會與空間 (Sunstein, 1999; Sunstein, 2015: 74-8)。以釋字第 290 號解釋為例，司法院大法官雖然未能將系爭的民意代表候選人學、經歷資格限制宣告為違憲，但至少以相當篇幅的論知，最小化了其所為合憲認定對於此等父權資格限制的正當化作用；嗣後，立法院先是在 1994 年廢止了選罷法針對民意代表候選人所設學、經歷限制，繼而在 2000 年廢止了同法就行政民選公職候選人所設學、經歷限制 (Su, 2015: 5-6)。然而，不可否認的，並不是所有最小主義者風格的司法憲政工程，都可以如此雲淡風輕地走入歷史。司法決策成本的降低往往意謂著決策之責任與負擔的外移，而外移的結果是有可能會增加民主社群整體所必須付出的決策成本 (Sunstein, 2006; Sunstein, 2015: 78)。司法英雄與司法士兵們因此經常質疑司法最小主義者推諉卸責，留下了過多的不確定性給政治部門或後繼的司法者 (Sunstein, 2015: 78)。不過，在某些場合，由於所採工法使然，司法最小主義者的貽禍，不是不確定性，而是過於僵固的形式規則——例如美國聯邦最高法院所發展出來的「一人一票」規則 (the “one person, one vote” rule) (Gerken, 2002)。在我國，個別的最小主義者風格的司法憲政工程，究竟留下了什麼樣的資產以及負債，還有待比較長期的觀察。

參、動輒得咎的司法憲政工程

司法憲政工程究竟應該採用何種風格、扮演何種角色？這個問題無疑很難一概而論，而且即使是在特定的歷史脈絡下、針對一個特定的案件而言，基於不同的世界觀（特別是對憲法與政治的不同看法），不同的論者（包括憲法法官）往往也莫衷一是 (Sunstein, 2015: 40-2)。我們唯一可以確定的大概是，不論一個司法憲政工程是怎麼做的，最後又以何種風格型式問世，它都難逃被質疑、批評的宿命。英雄可能過於自大；士兵可能受困於邪惡的平庸；默者與最小主義者可能機關算盡，反誤了憲政義理之伸張——沒有任何司法憲政工程，可以讓人高枕無憂。本文就此提出一個與我國憲法學界的多數意見不同的看法：司法院大法官所做的憲政工程之所以毀譽參半，甚至往往陷於罵聲四起的窘境，跟司法院大法官就此所為論證、說理以及所採憲法解釋方法是否正確或者嚴謹，其實並沒有必然

的直接因果關係；在一定程度上，光是「司法審查作為憲政工程」這件事情本身，就已是動輒得咎的——憲法法院進也不是、退也不是、不動也不是。「沒有方法的解釋只是一個政治決定。」（蘇永欽，2006）我國憲法學者經常指責司法院大法官就憲政制度所為決策，只有一招半式，或者根本亂無章法。然而，如果我們認真看待憲政工程之於司法審查的高難度挑戰，那麼一個「方法紮實、立論嚴謹」的憲法司法決策，終究還是憲法法院所做的一個政治決定，而且這個決定，從傳統法學的美學標準而言，或許比較好看，論其憲政效用，卻不見得比較高明。從憲政工程目的與司法審查手段之間所可能存在的緊張關係，本文也試圖論證一個可能存在於最小主義者之司法憲政工程的弔詭：最小主義者試圖降低司法憲政工程的決策成本與錯誤成本，可是司法最小主義的傳統工法，卻有其侷限甚至反效果。

一、司法憲政工程的內在矛盾

司法憲政工程之所以動輒得咎，基本上是因為它本身就內建了一個矛盾：(i) 憲法法院不是適任的憲政工程師，(ii) 卻又無可避免地必須扮演某種憲政工程師的角色。基於幾個有待檢證的不同理由，憲法理論研究者大概都會同意命題 (i)。一個時常被提及的不適任理由，是憲法法官欠缺從事憲政工程的專業學能。作為憲法法律人（constitutional lawyers），憲法法官或許可以是、已經是、或者被期待成為應用政治理論家（applied political theorists）（Robertson, 2010; Schultz, 2014）。但是無可否認的，他們之中很少有人受過政治學或其他社會科學的學術養成，也從而不容易適切地掌握、運用這些對於憲政工程甚有助益的知識工具（Hasen, 2003: 6）。為了填補這項缺憾，我國不少論者力倡，憲法法釋義學的操作，應與社會科學做進一步的聯結（許宗力，1999b: 19-25; 張嘉尹，2002; 蘇永欽，2008: 124）。也有論者主張，憲法法院就此所面臨到的知識或資訊短差，可以藉由強化司法審查程序上的多種資訊取得管道，獲得一定程度的改善（郭銘松，1998: 10; 許宗力，2006; 詹震榮，2014; 林超駿，2014）。不過，憲法法院應該如何鑑別與慎選好的社會科學研究而不致盲從專業權威？應該如何避免對於不同研究發現的偏視？又該如何避免對於社會科學的誤用與錯用？這些毋寧都是不容易克服的挑戰。

社會科學的經驗／實證研究誠然對傳統法釋義學的規範論證可以提供極大的助益（王鵬翔、張永健，2015）。可是，縱使憲法法官個個都是學識淵博的司法政治家，不是目光狹隘的工匠，其所為決策還是會受到司法程序上有關司法性的各種程序要求的約束，從而難以做到我們一般對於憲政工程所期待的全局考量、系統分析與長遠規劃。可司法性控制是讓司法憲政工程無法大開大闢的重要制度因素（Gerken, 2004）。不過，為了不讓憲法法院輕易地成為（代位的）制憲

者或立法者，論者大多主張可司法性控制的強化而非鬆綁（許宗力，1999a；李念祖，2000；蘇永欽，2008；楊子慧，2008；吳信華，2009；蔡宗珍，2010；李念祖，2013），也對司法院大法官實務上的「聲請外解釋」多所批判（陳英鈺，2004；陳愛娥，2004；林超駿，2006）。這種對於司法本分、司法權力分際的要求與堅持，反映了憲法法院不適任憲政工程師的另一項更根本的理由：憲政工程經常需要在多元甚至互有衝突的價值與／或利益間進行權衡取捨、折衝妥協，而基於國民主權以及政治平等的理念，一個憲政民主社群自當經由民主的政治程序來進行如此重要的社群集體決策（Thompson, 2002）。由於憲法法院終究是由極少數毋需負政治責任的菁英法律人所組成的非民選機構，而且司法程序再怎麼開放，也不是所有公民可以平等參與的決策程序，司法審查顯然遠非憲政工程的適當制度平台。

憲政工程的司法化就此放大了憲法法院就民主政治所持理念與文化態度（*cultural attitude*）之於憲政制度安排的政治影響（Pildes, 2002），而這樣的影響不可能是價值中立的。由於憲法法官基本上都是既有憲政秩序下的「人生勝利組」，有些論者就此推論，憲法法官們一般而言可能比較重視政治穩定與民主可治理性的追求，而比較不在乎政治局外人、邊緣人的處境，或是對於民主的自我防衛／自我調適比較沒有信心（Pildes, 2002; Gerken and Kang, 2011）。在討論「應該由誰來決定我們的憲政民主制度要做何種安排」這個問題時，當代的民主理論家 Dennis Thompson 則是指出存在於多數決民主的一個基本難題——也就是應由哪一個時空下的政治多數來做決定的「許多的多數問題」（*the problem of many majorities*）（Thompson, 2002: 124-6）。Thompson 不認為司法審查是解決這個難題的適當平台，因為相較於其他的決策機制，司法決策更加受制於憲法以及判決先例，也從而可能偏厚過往的政治多數甚於現在的政治多數（Thompson, 2002: 143, 182）。比較憲政史上並不乏憲法法院作為進步改革者的反例。不過，我們可以確定的是，司法憲政工程的政治意向，基本上是一個取決於司法政治及其所處憲政發展脈絡的實證問題。

憲法法院是否可以避免從事司法憲政工程呢？本文試圖以下列理由證立否定論——也就是命題 (ii)。首先，有需求就有供給；司法憲政工程之所以無法避免，基本上是因為在憲政現實上憲政社群有此需求。如果只因為司法審查，相對於其他運作良好的政治程序而言，比較不適合進行憲政工程，就進而推論認為，人們不該對於司法憲政工程有所企求，或者認為憲法法院應該對於這樣的需求置之不理——這毋寧會是一種 Adrian Vermeule 所指出的不對稱制度論（*asymmetrical institutionalism*）下的涅槃謬誤（*nirvana fallacy*）（Vermeule, 2006: 17, 40）。在某些條件下——例如充分的民主審議，民主的政治程序確實可能做出較司法決策更為適切的憲政制度決策；問題是，在現實的憲政脈絡下，這些條件可能並未成就。當現實政治場域中的有權者試圖霸凌、宰制弱者的時候（Dawood,

2008)，或者當有權者所做的憲政工程，其實是假公濟私的政治自利操控（*political self-dealings*）的時候，我們對於司法憲政工程的顧慮雖然不會就此消失，但是此際憲法法院對於現實憲政工程的介入與制衡，對社群的共善而言，就有可能是利大於弊的。

其次，司法憲政工程，在本文的界定與理解下，是司法審查的一個功能面向。我們固然可以、甚至應該以可司法性的程序控制（例如藉由修法或者法律解釋，讓司法院大法官不再做「單純的」憲法疑義解釋），避免憲法法院在一個案件中，單獨只做司法憲政工程這件事。但是，我們就是沒有辦法以政治問題理論（或者其他控制可司法性的司法理論技術），將憲政工程完全地、斷然地劃歸政治部門管轄。政治問題理論或許還是會被憲法法院應用於某些特定的憲政議題，但是它從來就只是司法自制的一種射程相當有限的理論工具，而一個憲法法院就算再怎麼自制，不會、也無法把涉及憲政制度的大多數爭議均界定為司法不予審查的政治問題，因為這麼做的話，已經不再只是自制，而是會危及其憲政角色認知的自我否定。甚者，在司法憲政工程作為司法審查之一種功能面向的理解下，我們根本無從切割司法憲政工程與憲政爭議裁決、基本權利保護等司法審查的其他功能面向——也就是說，當憲法法院為了裁決憲政爭議或者為了保護人民的政治基本權利而行使其權力的時候，其所作所為，就必然具有司法憲政工程的意涵與影響，即使憲法法院並無此自覺，或者刻意迴避處理系爭案件所涉及的結構性議題（*cf. Karlan, 1993; Fishkin, 2011*）。許多論者試圖以憲法解釋理論或司法審查理論約制憲法法院所為決策；在法的專業倫理與文化傳統下，相對於其他的政治決策者而言，憲法法官——至少在決策的說理上——也確實受有較多的框限與約束（黃舒芃，2009b）。這類規範性的框限與約束或許是必要而且合理的。然而，如果我們進而推論認為，憲法法院就只是、而且只能是認事用法的法院，根本不是、也不可以是什麼司法憲政工程師，那麼我們恐怕已經落入了形式主義的窠臼。

要讓司法憲政工程成為一個可以避免的事情，或許只剩下限縮其定義這個方法——使之僅限於「憲法續造」、「司法造法」這類積極改變制度現狀的憲政司法決策。可是這不是一個好的方法，因為它無視於合憲決定與司法沉默的憲政制度效應，形同片面地免除了司法士兵與司法默者的論證責任。作為司法士兵的理論代言人，Vermeule 嘗試以規則後果主義（*rule-consequentialism*）為他極其謙抑的司法審查理論立論。Vermeule 的這項論證策略或許是正確的：我們在評量不同的憲政人格／司法審查取徑時，應該考量它們的整體成效，而不是以其在少數重大個案的運用結果進行取捨（Vermeule, 2006: 280-1）。不過，除非將不同風格的司法憲政工程放在同一個水平上進行比較，我們無從驗證 Vermeule 之司法士兵論的正確性。而且就算我們最後同意了 Vermeule 的看法，我們還是沒有理由就此否認司法謙讓（*judicial deference*）以及司法沉默作為司法憲政工程的意義與存在。

基於命題 (i) 以及命題 (ii)，司法憲政工程內建有不可為又不可不為的矛盾，動輒得咎，在所難免。承認司法憲政工程的內在矛盾，並不表示我們必須放棄對其工程方法與施作品質提出要求與批判，但是我們必須承認，沒有任何憲法解釋或者司法審查的理論方法，可以完全解消這項矛盾。換句話說，司法英雄就算提出了再怎麼強而有力的憲法法論證，在司法士兵眼中，毋寧都是強詞奪理，反之亦然。我們還是可以而且應該爭論，針對某項特定議題或者一般而言，憲法法院應該扮演英雄、士兵、默者、抑或最小主義者比較好，不過我們無從以「追求更嚴謹的憲法解釋方法」為由，掩飾或者迴避我們就此所要做出的政治抉擇。

二、司法最小主義的魅力與侷限

許多論者將 Sunstein 所提出來的司法最小主義，理解為一種（美國的）司法審查理論／取徑（approach），然後強力批判這項理論主張的不完整、空洞（無效）、悖謬乃至偽善（e.g., Peters, 2000; Gelman, 2001; 黃昭元, 2002b; Gerken, 2002; Molot, 2004; Siegel, 2005; Ryan, 2006; Smith, 2010; Sykes, 2015）。不過，如果我們將司法最小主義理解為一種憲政人格理想典型的描述與詮釋（Sunstein, 2015），而暫時不考慮它的實踐方法，我們或許就比較能夠理解司法最小主義者魅力之所在，甚至還可能會被有此氣質者所吸引。在面對民主決策時，司法最小主義者不卑不亢，既不若司法士兵那般愚忠（不會對民主決策百依百順），也比司法英雄來得有自知之明（知道自己能力與見識之不足）。在司法憲政工程這個內建矛盾的功能向度上，可進可退、步步為營的最小主義者，還似乎比較有機會找到一個決策成本與錯誤成本都不至於過高的——而且也可以讓眾人雖不滿意但勉強可以接受的——中庸之道。儘管有論者認為，在集中式的司法審查制度下，憲法法院較難擁抱司法最小主義（Comella, 2004），司法自制的告白或者倡議，在我國個別大法官所撰意見書或者學術論述中，尚非少見。舉例而言，釋字第 613 號解釋（2006）許宗力大法官所提協同意見書的結尾語提到：

「處於民主轉型陣痛未解，政黨復激烈對抗，社會也隱然跟著撕裂的現階段台灣社會，司法者處境尤其艱困。面臨高度政治敏感性案件，相對於行政、立法兩權與其他政治勢力，恆屬弱勢一方的司法，確有必要謹慎、自制，保持低度介入，留給政治部門較大政治形成空間。但當行政、立法兩權關係明顯失衡，政黨介入亦明顯抵觸去政治化要求如本件情形者，司法者若還瞻前顧後，畏懼政治報復，而選擇明哲保身，不能挺身捍衛憲政秩序，就未免有虧職守了。」（釋字第 613 號解釋大法官許宗力協同意見書）

前司法院大法官並為院長翁岳生在 2009 年發表之〈憲法之維護者——省思與期許（主題演說）〉一文中，則是指出：

「[...]大法官身為法律的合憲性控制者，固然必須體認憲法以司法制約政治行為的立意，但也要正確理解民主原則在憲法的核心地位，在把守憲法關口、維繫憲政秩序的同時，自我抑制，審慎將事，保留政治部門迴旋進退的餘地，俾使民意機關能夠適時符應社會變遷的需求，合憲控制與多數決之間，找到允中、適切的平衡點。」(翁岳生，2009：140)

從這兩段文字中，我們或許均不難意會到司法最小主義者的用心良苦——他們嘗試在艱難的斷案 (judging) 處境中，不卑不亢地探尋憲政民主的前途。這不是一件容易的事，而司法最小主義者對於逐案裁決 (case-by-case adjudication) 與司法謙抑 (judicial humility) 的用心與執著，即便為司法英雄與司法士兵的擁護者所不喜 (甚至嫌惡)，無疑是值得敬重的一種司法風範。如果這樣的行事風格 (或者說司法哲學)，確實有助於避免司法審查鑄下越權或者退位的錯誤，那麼，以身為最小主義者自許的憲法法官，不僅值得敬重，甚至還應該受到讚揚。

問題是，司法最小主義之美，似乎只能遠觀，也就是抽象而論。當我們近距離觀察其在個案中的具體實踐時，我們很難不去注意到最小主義者自身所抱持的政治意向 (自由或者保守)，甚至可能還會對他 (她) 們是否「說一套，做一套」——是否實為「披著最小主義羊皮的**最大主義野狼**」(黃昭元，2002b：911-2)，有所懷疑。舉例而言，現任美國聯邦最高法院首席大法官 John Roberts, Jr.，是一位保守派的最小主義者，也在近年來數個重要的民主法判決中，以最小主義的工法從事司法憲政工程。不過，其就 *Federal Election Commission v. Wisconsin Right to Life (WRTL II)*, 551 U.S. 449 (2007) 一案所提的主要意見，就被大法官 Antonin Scalia 譏評，「是在製造司法困惑 (judicial obfuscation) 的偽司法節制 (faux judicial restraint) (551 U.S. at 499 n. 7 (Scalia J., concurring))。」由首席大法官 Roberts 主筆、致使美國 1965 年投票權法 (the Voting Rights Act of 1965, VRA) 所設預審 (preclearance) 這項強效維權機制名存實亡的 *Shelby County v. Holder*, 133 S. Ct. 2612 (2013) 一案判決，更被許多論者——包括向來支持司法最小主義的民主法學者 Richard Hasen (Hasen, 2003) ——批評，是虛有其表的最小主義決定。

包括 Sunstein 在內的許多論者業已指出，許多憲政爭議的解決，有待確立明確、可預測、一體適用的憲政遊戲規則，而不是會讓問題懸而未決的最小主義決策 (Sunstein, 1999; 黃昭元，2002b; Sunstein, 2006; Sunstein, 2008)。如果憲法法院因為趨於謹慎，以致產出了一個見樹而不見林或者「剪不斷，理還亂」的司法憲政工程，那確實會是一種錯誤或者遺憾。不過，一個最小主義的司法憲政工程是否過度自制是一回事；它是否名實不符，則是另一回事。本文並不認為，我們只能將後者的出現，歸咎於司法最小主義或其奉行者本身的虛偽、不誠實。畢竟，一個真摯的司法最小主義者，仍有可能在事與願違、始料未及的情況下，做出非最小主義的司法決策。這種非意圖性的後果，毋寧凸顯了窄、淺、不完全理

論化 (incomplete theorization) 等 Sunstein 所指認的最小主義傳統的憲政工法，有其侷限，並無法擔保由其所做成的司法憲政工程，在實質效果上，必然就是謹慎的、漸進的、最小主義的。美國民主法學者 Heather Gerken 就此認為，問題出在司法最小主義的理論趨避 (theory averse)：由於最小主義者無心（甚至排斥）去開發居於抽象與具體之間的中介理論 (mediating theories)，他們實際上反而難以有效地約束、節制憲政工程上的司法裁量 (Gerken, 2002; Gerken, 2004)。本文則認為，由於司法最小主義訴諸的方法，主要是類推論理、逐案權衡這類法官斷案的看家本領、拿手絕活，憲法法官就此可能產生更大的自信——也就是「藝高人膽大」，從而反過頭來強化了憲政工程的司法化，也就是加深了司法審查對於憲政工程的實質介入以及影響。就此而言，司法最小主義的傳統工法，有可能造成司法憲政工程之內在矛盾的擴大，而不是緩和。

肆、結構最小主義的工法建議——代結論

在處處荊棘的政治灌木叢中，憲法法院該怎麼做司法憲政工程這件充滿矛盾的事情，才比較可能讓我們所擁有的憲政民主，變得更好，而不是更糟呢 (Sunstein, 2015: 44)？我們可以想像，在某些情況下，憲法法院就是應該挺身而出；在某些情況下，它則應該捍衛與貫徹民主的決策；針對某些議題，它最好保持沉默；在某些場合，作一個不卑不亢、步步為營的最小主義者，則可能是司法憲政工程師的最佳選擇 (Sunstein, 2015)。不過，如果有什麼關於司法憲政工程的一般／預設準則 (default rule) 的話，那麼論者大概會同意——所知有限、配備簡陋、又無法適切代表與回應主權者之需求與好惡的憲法法院，在從事司法憲政工程的時候，應以謹慎自制、謙卑自持為宜。問題是，何謂謹慎自制？如何才算謙卑自持？對於這些司法道德誡命，論者往往做有不同的解讀，而且互有堅持與爭執。對我國許多論者來說，所謂謹慎就是恪遵憲法解釋的方法論紀律；所謂自制就是在決策時必須摒除法官個人的主觀好惡，當然更不容法院越俎代庖，做了非屬司法者份內之事。比較強硬的法律主義者 (legalists) 甚至會認為，在任何情況下，憲法法院都不應該以司法憲政工程師自居，而以結果取向的憲政工程思維從事司法審查。本文並不同意這類看法，因為它們既輕忽了法規範內蘊涵的合理異議，也無視於司法決策的政治現實。在憲政工程司法化這件事情上，這類看法恐怕是問題的一部分，而不是這個問題的解決之道。

Sunstein 所倡議的司法最小主義，無疑已成為理論化、操作化司法自制之當代理論嘗試的黃金標準。它比前者更加貼近於法官斷案的現實，也從而得以刻劃出一個足以與英雄、士兵以及默者分庭抗禮的憲政人格典型。不過，現實上的司

法最小主義者，由於往往對發展中介理論一事意興闌珊，又精於調控司法決策之寬、窄、深、淺的司法技藝（judicial craftsmanship），其所為司法憲政工程，難免空有司法最小主義之形，而無保留民主餘地之實。在美國憲法法的脈絡上，Sunstein 認為，柏克流的最小主義主張在權力分立領域甚為有力（Sunstein, 2015: 68）。不過，對新興民主國家來說，政治傳統的民主正當性與合理性，毋寧是非常值得懷疑的。

本文所心儀的憲法法官會是一個「結構最小主義者」：她知道自己在審理關於憲政民主制度的案件時，不論其主要任務是抽象或具體的規範控制，抑或是具體憲政爭議的裁決，她都無可避免地在扮演司法憲政工程師的角色。她會設法扮演好這個角色，也就是會 (i) 誠實的面對自己在解釋與適用憲法法的過程中所做的價值預設與制度選擇，(ii) 重視系統分析，(iii) 設法處理系爭個案背後的結構性問題，以及 (iv) 顧慮到所為司法決策的憲政制度效應／後果。在這麼做的同時，她會很清楚地意識到自己作為司法憲政工程師的侷限與困難；對她來說，司法自制不只是一種值得追求的美德，更是司法憲政工程師的基本角色倫理（role morality）。她從而會自我要求去做一個司法憲政工程的最小主義者，會盡可能地將憲政工程的機會與空間保留給民主程序，也會盡可能地避免對民主憲政工程做出一階的（first-order）實體價值強制。結構最小主義者並不會像 Sunstein 筆下的最小主義者那樣反對、排斥理論；他們只是反對去脈絡化而無逐案調整空間的理論套用。結構最小主義者這樣的角色設定，或許具有相當的理想性與角色詮釋上的困難度，但是並非純屬虛構。在真實的世界裡，美國聯邦最高法院大法官 Steven Breyer、於釋字第 499 號解釋提出協同意見書的蘇俊雄大法官、於釋字第 613 號解釋提出協同意見書的許宗力大法官、於釋字第 729 號解釋提出部分協同、部分不同意見書的陳新民大法官…等，毋寧均已相當接近、甚至可被指認為本文所設想的結構最小主義者。

在從事司法憲政工程的時候，結構最小主義者不會排斥運用最小主義者的傳統司法技藝，但是也會設法開發、運用新的司法理論工具，據以調控對於民主憲政工程的司法干預。本文在此提出兩項結構最小主義的工法建議：(i) 建構合宜民主工程的避風港以及 (ii) 最小主義的結構審查。這兩項工法雖然孕生於司法憲政工程師作為結構最小主義者的角色設想，但不必然只能是專屬於結構最小主義者的理論工具。

一、建構合宜民主工程的避風港

傳統的憲法法與司法理論向來不願承認的一個事實是，並不是所有的憲政法制都生而平等（Pildes, 2004: 138）。有的憲政工程經過了憲政社群的深思熟慮，

集眾人的智慧與努力；有的則是權力菁英獨排眾議或者私相授受下的產物。程序取向的（process-oriented）民主法結構論十分重視這種制度決策的實際過程／政治動態，因為這方面的資訊有助於憲法法院判斷，系爭制度安排的真正意圖，究係在追求社群共善，抑或政治自利（Issacharoff and Pildes, 1998: 681; Issacharoff, 2001: 311-2; Pildes, 2004: *passim*; Dawood, 2008: 1463-4; *cf.* Cox, 2005; *cf.* Hasen, 2006）。美國民主法學者 Richard Pildes 進而主張，法院在操作此種聚焦於二階（second-order）議題（也就是制度決策經由何種政治過程產出）的審查模式時，不能只在意決策過程有無瑕疵、權力濫用之情事，也應該要正視進而肯認政治過程中的良善——也就是民主的憲政工程師為了提升制度決策的品質或民主正當性所做的努力（Pildes, 2004: 134-9）。在討論法院應該如何審查黨派性選區劃分（partisan/bi-partisan gerrymandering）這個棘手難題時，Samuel Issacharoff 與 Christopher Elmendorf 等美國民主法學者更具體建議，法院應該為不受黨派控制的獨立委員會所做的選區劃分設置避風港，也就是對之有所禮遇，使其得以免受實質的司法審查（Issacharoff, 2002: at 641-8; Elmendorf, 2006: 436）。本文認為，結構最小主義者應該設法一般化（擴大適用）此等民主法結構論者的創見，建構合宜民主工程的避風港：只要一項民主憲政工程的決策機制／政治過程，合於一定的條件，憲法法院就會尊重、不干涉其所為決策。雖然說政治的憲政工程必須符合哪些標準、做到何種程度才算合宜，還有待進一步的論辯才能形成共識，不過這項討論的開展本身，應該就有鼓勵民主工程之程序改革與制度創新的積極意義，且在一定程度上有助於降低司法越位的風險。

二、最小主義的結構審查

從 1980 年代 John Hart Ely 所倡議的代表性強化（representation-reinforcing）理論（Ely, 1980），一直到近 20 年間由 Issacharoff 與 Pildes 等民主法學者所發展出來的政治反托拉斯理論（the political antitrust approach）（Su, 2011）——以確保憲政民主之遊戲規則的適正（integrity）作為憲法法院之核心任務的司法審查理論，基本上都承襲了可以追溯至美國聯邦最高法院 *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938) 一案判決意見之著名「註解四」（“footnote 4”）的二元理論架構。在這樣的理論架構下，「法官在大多數的時候應該要做士兵，但是當[民主的]自我治理陷於險境之時，法官就該是英雄（Sunstein, 2015: 73）。」或許是因為這個二元架構所隱含的自由派色彩，或許是因為其間看似沒有最小主義者的戲份，在 Sunstein 看來，柏克流的最小主義者是不會認同這樣的角色分派的（Sunstein, 2015:73）。然而，本文認為，只要我們考慮到結構審查在現實上可能經常會面臨到的不確定性，則在結構審查的基本理論架構下，還是會有、也應該要有最小主義者的活動空間。舉例而言，在操作政治反托拉斯理論的時候，如果憲法法院有相當理由懷疑系爭的政治規制可能出於反競爭性意圖

(anticompetitive intent)，但是無法確定其是否會產生反競爭性效應 (anticompetitive effects)，那麼最小主義就會是適當的、甚至是比較好的結構審查策略 (Su, 2010: 229-35)。

即便在權力分立領域，也並不是所有的憲政爭議都適合或者需要憲法法院以具體明確的憲政規則定紛止爭。如果就基本憲政原則所達成的不完全理論化的合意，比起相對具體、厚實的憲政體制定位論，容留了較大的民主爭論 (democratic contestation) 空間，則就此做成之最小主義風格的司法憲政工程，對憲政民主的長遠發展而言，未嘗不是一件好事——尤其如果我們認為，有關權力分立的憲政爭議，最好還是回歸政治解決 (Huq, 2015)。就此而言，我們或許應該慶幸，司法院大法官對於我國現行憲政體制定位這個基本的「理論」問題，往往選擇含糊以對。

參考資料

- Bellamy, Richard. 2007. *Political Constitutionalism: A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*. Cambridge, UK: Cambridge University Press.
- Bickel, Alexander M. 1962. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. Binghamton, NY: Vail-Ballou Press.
- Black, Charles Lund Jr. 1960. *The People and the Court: Judicial Review in a Democracy*. Westport: Greenwood Press.
- Booyen, Susan. 2006. "The Will of the Parties Versus the Will of the People? Defections, Elections and Alliances in South Africa." *Party Politics* 12 (6): 727–46.
- Chang, Wen-Chen, Li-ann Thio, Kevin YL Tan, and Jiunn-rong Yeh. 2014. *Constitutionalism in Asia: Cases and Materials*. UK: Hart Publishing.
- Charles, Guy-Uriel E. 2007. "Democracy and Distortion." *Cornell Law Review* 92: 601–677.
- Comella, Victor Ferreres. 2004. "The Consequences of Centralizing Constitutional Review in a Special Court: Some Thoughts on Judicial Activism." *Texas Law Review* 82 (7): 1705–36.

- Cox, Adam. 2005. "Partisan Gerrymandering and Disaggregated Redistricting." *2004 Supreme Court Review*, 409–451.
- Dawood, Yasmin. 2008. "The Antidomination Model and the Judicial Oversight of Democracy." *Georgetown Law Journal* 96: 1411–85.
- Elmendorf, Christopher S. 2006. "Election Commissions and Electoral Reform: An Overview." *Election Law Journal* 5: 425–46.
- Ely, John Hart. 1980. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Fishkin, Joseph. 2011. "Equal Citizenship and the Individual Right to Vote." *Indiana Law Journal* 86 (June): 1289–1360.
- Fontana, David. 2011. "Docket Control and the Success of Constitutional Courts." In *Comparative Constitutional Law*, edited by Tom Ginsburg and Rosalind Dixon. Rochester, NY: Edward Elgar Publishing.
- Garrett, Elizabeth. 2002. "Is the Party over? Courts and the Political Process." *The Supreme Court Review* 2002: 95–152.
- Gauja, Anika. 2010. *Political Parties and Elections: Legislating for Representative Democracy*. Election Law, Politics, and Theory. Burlington, VT: Ashgate Pub. Company.
- Geddis, Andrew. 2002. "Gang Aft A-Gley: New Zealand's Attempt To Combat 'Party Hopping' By Elected Representatives." *Election Law Journal* 1 (4): 557–71.
- . 2006. "Proportional Representation 'Party Hopping' and the Limits of Electoral Regulation: A Cautionary Tale from New Zealand." *Common Law World Review* 35 (1): 24–50.
- Gelman, Sheldon. 2001. "Book Review: The Hedgehog, the Fox, and the Minimalist." *Georgetown Law Journal* 89 (January): 2297–2350.
- Gerken, Heather. 2002. "The Costs and Causes of Minimalism in Voting Cases: Baker v. Carr and Its Progeny." *North Carolina Law Review* 80 (January): 1411–68.
- . 2004. "Lost in the Political Thicket: The Supreme Court, Election Law, and The Doctrinal Interregnum." *University of Pennsylvania Law Review*, 153: 503–40.

- Gerken, Heather K., and Michael S. Kang. 2011. "The Institutional Turn in Election Law Scholarship." In *Race, Reform, and Regulation of the Electoral Process*, edited by Heather K. Gerken, Michael S. Kang, and Guy-Uriel E. Charles, 86–100. Cambridge Studies in Election Law and Democracy. New York: Cambridge University Press.
- Goeke, Martin, and Christof Hartmann. 2011. "The Regulation of Party Switching in Africa." *Journal of Contemporary African Studies* 29 (3): 263–280.
- Hasen, Richard L. 2003. *The Supreme Court and Election Law: Judging Equality from Baker V. Carr to Bush V. Gore*. NY: NYU Press.
- . 2006. "Bad Legislative Intent." *Wisconsin Law Review* 2006: 843–95.
- . 2011. "Judges as Political Regulators: Evidence and Options for Institutional Change." In *Race, Reform, and Regulation of the Electoral Process: Recurring Puzzles in American Democracy*, edited by Guy-Uriel E. Charles, Heather K. Gerken, and Michael S. Kang, 101–16. New York, NY: Cambridge University Press.
- . 2014. "Shelby County and the Illusion of Minimalism." *William & Mary Bill of Rights Journal* 22 (3): 713–45.
- Hirschl, Ran. 2004. *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Huq, Aziz. 2015. "Book Review: A Distinctively American Doctrine." *The New Rambler*.
<http://newramblerreview.com/book-reviews/law/a-distinctively-american-doctrine>.
- Issacharoff, Samuel. 2001. "Private Parties with Public Purposes: Political Parties, Associational Freedoms, and Partisan Competition." *Columbia Law Review* 101(2): 274–313.
- . 2002. "Gerrymandering and Political Cartels." *Harvard Law Review* 116 (2): 593–648.
- . 2015. *Fragile Democracies: Contested Power in the Era of Constitutional Courts*. New York, NY: Cambridge University Press.
- Issacharoff, Samuel, and Richard H. Pildes. 1998. "Politics As Markets: Partisan Lockups of the Democratic Process." *Stanford Law Review* 50 (3): 643–717.

- Janda, Kenneth. 2009. "Laws against Party Switching, Defecting, or Floor-Crossing in National Parliaments." *2009 World Congress of the International Political Science Association*.
- Karlan, Pamela S. 1993. "The Rights to Vote: Some Pessimism about Formalism." *Texas Law Review* 71: 1705–40.
- Katy, Neal Kumar, and Thomas Schmidt. 2015. "Active Avoidance: The Modern Supreme Court and Legal Change." *Harvard Law Review* 128 (8): 2109–65.
- Klarman, Michael J. 1997. "Majoritarian Judicial Review: The Entrenchment Problem." *Georgetown Law Journal* 85: 491–553.
- Matlosa, KT, and Victor Reatile Shale. 2008. "The Impact of Floor Crossing on Party Systems and Representative Democracy." *Journal of African Elections : Elections and Democracy in Lesotho : Special Issue* 7 (1): 138–52.
- Michelman, Frank I. 1998. "Constitutional Authorship." In *Constitutionalism: Philosophical Foundations*, edited by Larry Alexander, 64–98. Cambridge, MA: Cambridge University Press.
- Molot, Jonathan T. 2004. "Principled Minimalism: Restriking the Balance between Judicial Minimalism and Neutral Principles." *Virginia Law Review* 90 (7): 1753–1847.
- Mourtada-Sabbah, Nada, and Bruce E. Cain, eds. 2007. *The Political Question Doctrine and the Supreme Court of the United States*. Lanham, MD: Lexington Books.
- Ortiz, Daniel R. 2000. "Duopoly versus Autonomy: How the Two-Party System Harms the Major Parties." *Columbia Law Review*, Symposium: Law and Political Parties, 100 (3): 753–74.
- Persily, Nathaniel. 2003. "Suing the Government in Hopes of Controlling It: The Evolving Justifications for Judicial Involvement in Politics." *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law* 5 (3): 607–16.
- Peters, Christopher J. 2000. "Assessing the New Judicial Minimalism." *Columbia Law Review* 100 (6): 1454–1537.
- Pildes, Richard H. 1999. "The Theory of Political Competition." *Virginia Law Review* 85 (8): 1605–26.

- . 2002. “Constitutionalizing Democratic Politics.” In *A Badly Flawed Election: Debating Bush v. Gore, the Supreme Court, and American Democracy*, edited by Ronald Dworkin. New York: New Press.
- . 2004. “Foreword: The Constitutionalization of Democratic Politics.” *Harvard Law Review* 118 (1): 28–154.
- Posner, Richard A. 2003. *Law, Pragmatism, and Democracy*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Przeworski, Adam. 2010. *Democracy and the Limits of Self-Government*. New York, NY: Cambridge University Press.
- Rave, D. Theodore. 2013. “Politicians as Fiduciaries.” *Harvard Law Review* 126 (3): 671–739.
- Robertson, David. 2010. *The Judge as Political Theorist: Contemporary Constitutional Review*. Princeton, NJ: Princeton University Press.
- Ryan, James E. 2006. “Book Review: Does It Take a Theory? Originalism, Active Liberty, and Minimalism.” *Stanford Law Review* 58 (5): 1623–60.
- Schultz, David. 2014. *Election Law and Democratic Theory*. UK: Ashgate Publishing, Ltd.
- Schwartzberg, Melissa. 2007. *Democracy and Legal Change*. New York: Cambridge University Press.
- Shapiro, Ian. 2003. *The State of Democratic Theory*. Princeton, N.J: Princeton University Press.
- Siegel, Neil S. 2005. “A Theory in Search of a Court, and Itself: Judicial Minimalism at the Supreme Court Bar.” *Michigan Law Review* 103 (January): 1951–2019.
- Smith, Tara. 2010. “Reckless Caution: The Perils of Judicial Minimalism.” *New York University Journal of Law & Liberty* 5: 347–93.
- Sunstein, Cass R. 1999. *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- . 2006. “Problems with Minimalism.” *Stanford Law Review* 58 (6): 1899–1918.
- . 2008. “Beyond Judicial Minimalism.” *Tulsa Law Review* 43: 825–42.

- . 2009. *A Constitution of Many Minds: Why the Founding Document Doesn't Mean What It Meant Before*. Princeton, NJ: Princeton University Press.
- . 2015. *Constitutional Personae: Heroes, Soldiers, Minimalists, and Mutes*. Oxford; New York: Oxford University Press.
- Su, Yen-Tu. 2010. *Political Antitrust: Rethinking the Constitutional Law of Competitive Democracy*. Unpublished S.J.D. dissertation, Harvard Law School.
- . 2011. "Retracing Political Antitrust: A Genealogy and Its Lessons." *The Journal of Law and Politics* 27 (1): 1–62.
- Sweet, Alec Stone. 2000. *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*. New York: Oxford University Press.
- . "Constitutional Courts." In *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, edited by Michel Rosenfeld and András Sajó, 819–30. Oxford, UK: Oxford University Press.
- Sykes, Diane S. 2015. "Minimalism and Its Limits." In *Cato Supreme Court Review 2014-2015*. Washington, D.C: Cato Institute.
- Tate, C. Neal, and Torbjörn Vallinder, eds. 1995. *The Global Expansion of Judicial Power*. NY: NYU Press.
- Thayer, James Bradley. 1893. "The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law." *Harvard Law Review* 7: 129–56.
- Thompson, Dennis F. 2004. *Just Elections: Creating a Fair Electoral Process in the United States*. Chicago, Ill.: University of Chicago Press.
- Tushnet, Mark. 2000. *Taking the Constitution Away from the Courts*. Princeton, NJ: Princeton University Press.
- Vermeule, Adrian. 2006. *Judging Under Uncertainty: An Institutional Theory of Legal Interpretation*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- . 2011. *The System of the Constitution*. New York, NY: Oxford University Press.
- . 2014. *The Constitution of Risk*. New York, NY: Cambridge University Press.

- Waldron, Jeremy. 1999. *Law and Disagreement*. Oxford, UK: Oxford University Press.
- . 2006. “The Core of the Case Against Judicial Review.” *Yale Law & Policy Review*, no. 115: 1346–1406.
- Williams, Kieran. 2005. “Judicial Review of Electoral Thresholds in Germany, Russia, and the Czech Republic.” *Election Law Journal* 4 (3): 191–206.
- 王鵬翔、張永健，2015，〈經驗面向的規範意義——論實證研究在法學中的角色〉，《中研院法學期刊》，第 17 期，頁 205-294。
- 吳庚、陳淳文，2015，《憲法理論與政府體制》。第三版。台北：三民書局。
- 吳信華，2009，《憲法訴訟專題研究（一）：訴訟類型》。台北市：元照出版有限公司。
- 李念祖，2000，〈再論『政治問題』理論在我國憲法解釋上之運用〉，《臺大法學論叢》，第 29 卷第 2 期，頁 43–77。
- ，2013，〈權力分立制度之違憲審查基準初探——我國與美國憲法案例之對照觀察〉，收入《司法者的憲法（二）》，頁 465–549。台北：元照出版公司。
- 李建良，1999a，〈論司法審查的政治界限——美國『政治問題原則』初探〉，收入《憲法理論與實踐（一）》，頁 269–320。台北：學林文化事業有限公司。
- ，1999b，〈政黨比例代表制與選舉平等原則——以德國聯邦眾議院選舉制度為例〉，收入《憲法理論與實踐（二）》，頁 171–234。台北：學林文化事業有限公司。
- ，1999c，〈政治問題與司法審查——試評司法院大法官相關解釋〉，收入《憲法理論與實踐（一）》，頁 2–39。台北：學林文化事業有限公司。
- 李惠宗，1997，〈國家組織法的憲法解釋——兼評司法院大法官會議釋字三八七與四一九號解釋〉，《國立臺灣大學法學論叢》，第 26 卷第 4 期，頁 13–75。
- ，2004，〈從政黨平等原則論單一選區兩票制〉，收錄於《法治與現代行政法學：法治斌教授紀念論文集》，法治斌教授紀念論文集編輯委員會編，頁 187–211。台北：元照出版公司。
- 林子儀，2002，〈憲政體制問題釋憲方法之應用——美國聯邦最高法院審理權力分立案件之解釋方法〉，收錄於《新世紀經濟法制之建構與挑戰——廖義男教授六秩誕辰祝壽論文集》，廖義男教授祝壽論文集編輯委員會，頁 5–58，台北：元照出版公司。

- 林明鏘，2007，〈大法官之憲法解釋與憲法續造〉，收入《現代憲法的理論與現實——李鴻禧教授七秩華誕祝壽論文集》，頁 785–808，台北：元照出版公司。
- 林超駿，2006，〈略論司法院大法官聲請外解釋之作為〉，收入《超越繼受之憲法學：理想與現實》，頁 447–66。台北：元照出版公司。
- ，2014，〈初論法庭之友與美國最高法院——兼評大審法草案相關規定〉，《月旦法學雜誌》，第 227 期，頁 198–231。
- 翁岳生，2009，〈憲法之維護者——省思與期許（主題演說）〉，收入《憲法解釋之理論與實務》，第六輯，頁 1–169。中央研究院法律學研究所。
- 張文貞，2003，〈中斷的憲法對話：憲法解釋在憲法變遷脈絡的定位〉，《臺灣大學法學論叢》，第 32 卷第 6 期，頁 61–42。
- 張文貞、葉俊榮，2005，〈邁向憲政主義——憲政體制的變遷與解釋〉，收入《憲法解釋之理論與實務》，第四輯，頁 411–60。台北：中央研究院法律學研究所籌備處。
- 張嘉尹，2002，〈憲法解釋、憲法理論與『結果考量』——憲法解釋方法論的問題〉，收入《憲法解釋之理論與實務》，第三輯上冊，頁 1–32。台北：中央研究院法律學研究所籌備處。
- 張嘉尹，2013，〈誰跨越了憲政主義的邊界？——「九月政爭」的憲法學詮釋〉，《台灣本土法學雜誌》，第 234 期，頁 5-16。
- 許宗力，1999a，〈大法官釋憲行使的程序及範圍——從大法官審理案件法與修正草案之檢視談起〉，收入《憲法與法治國行政》，頁 88–130。台北：元照出版公司。
- ，1999b，〈憲法與政治〉，收入《憲法與法治國行政》，頁 1–52。台北：元照出版公司。
- ，2006，〈違憲審查程序之事實調查〉，收入《法與國家權力（二）》，頁 42–74。台北：元照出版公司。
- ，2014，〈2013 年憲法發展回顧〉，《台大法學論叢》第 43 期，頁 1031–1074。
- 郭銘松，1998，〈從憲法修正條文之可司法性論政治問題不審查原則 以美國聯邦憲法第二十七增補條款為例〉，《憲政時代》，第 23 卷第 4 期，頁 1–22。
- ，2001，〈違憲審查機制解決政治僵局可能性之評估——以司法院大法官針對政治部門權限爭議之解釋為中心〉，《臺大法學論叢》，第 30 卷第 2 期，頁 251–289。

- 陳柏霖，2008，〈論我國國會政黨比例代表之門檻規定——兼以德國法為比較對象〉，《憲政時代》，第 34 卷第 2 期，頁 123–52。
- 陳英鈴，2004，〈大法官會議對憲法解釋之程序標的與拘束力——從憲法主義與法律主義談起〉，收入《憲政民主與人權》，頁 181–236。台北：學林文化事業有限公司。
- ，2005，〈民主鞏固與違憲審查——釋字第五八五號的困境。〉，《月旦法學雜誌》，第 125 期，頁 63–77。
- ，2013，〈假處分定馬、王憲政地位〉，《台灣法學雜誌》，第 233 期，頁 3-8。
- 陳淑芳，2011，〈德國之國會調查權〉，收入《權力劃分與權限歸屬學術論文集》，頁 75–99。台北：元照出版公司。
- 陳愛娥，2004，〈違憲審查與司法政策的關係——由程序法的觀點評論司法院大法官釋字第五三〇號解釋〉，收入《法治與現代行政法學：法治斌教授紀念論文集》，頁 145–63。台北：元照出版公司。
- ，2007，〈憲法解釋、立法與普通司法的權限互動：評司法院大法官釋字第六二七號解釋——以司法院大法官的論述方式為檢討重點〉，《月旦法學雜誌》，第 148 期，頁 98–115。
- 陳慈陽，2014，〈評司法院大法官釋字第 721 號解釋〉，《台灣法學雜誌》，第 254 期，頁 59–76。
- 陳新民，2011，《憲法學釋論》。第七版。台北：三民書局。
- 湯德宗，1998，《權力分立新論》。增訂二版。台北：元照出版公司。
- 黃昭元，2002a，〈抗多數困境與司法審查正當性——評 Bickel 教授的司法審查理論〉，收入《台灣憲法之縱剖橫切》，頁 301–42。台北：元照出版公司。
- ，2002b，〈司法消極美德的積極實踐——評 Sunstein 教授的「司法最小主義」理論〉，收入《當代公法新論——翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集（上）》，頁 875-917。台北：元照出版公司。
- 黃舒芃，2009a，〈The Countermajoritarian Difficulty Revisited—An Examination of Bickel’s Theory of Judicial Review from Dworkin’s Perspective〉，收入《民主國家的憲法及其守護者》，頁 363–89。台北：元照出版公司。
- ，2009b，〈憲法解釋的『法適用』性格——從德國公法上法學方法論傳統對『法適用』與『法制訂』的區分探討聯邦憲法法院解釋活動的本質〉，收入《民主國家的憲法及其守護者》，頁 179–244。台北：元照出版公司。

- 黃德福、蘇子喬，2007，〈大法官釋憲對我國憲政體制的形塑〉，《臺灣民主季刊》，第4卷第1期，頁1-49。
- 黃錦堂，2007，〈論當前的行憲政策與憲法解釋〉，收入《憲法解釋之理論與實務》，第五輯，頁1-54。台北：中央研究院法律學研究所籌備處。
- 程明修，2006，《國家法講義（一）——憲法基礎理論與國家組織》，台北：新學林。
- 楊子慧，2008，《憲法訴訟》。台北市：元照出版有限公司。
- 楊承燁，2014，〈由憲法評等選舉原則評析我國立法委員選舉制度〉，《中研院法學期刊》，第15期，頁331-400。
- 葉俊榮，2003a，〈從『轉型法院』到『常態法院』：論大法官釋字第261號與第499號解釋的解釋風格與轉型脈絡〉，收入《民主轉型與憲法變遷》，頁209-52。台北：元照出版公司。
- ，2003b，〈從國家發展與憲法變遷論大法官的解釋機能：1949-1998〉，收入《民主轉型與憲法變遷》，頁253-322。台北：元照出版公司。
- 詹鎮榮，2014，〈論釋憲案件之『程序參加』——以2013年版司法院大法官審理案件法修正草案為中心〉，《憲政時代》，第39卷第3期，頁1-43。
- 廖元豪，2002，〈從政治問題理論論兩岸關係憲法定位之可司法性〉，《政大法學評論》，第71期：頁27-77。
- ，2004，〈美國憲法釋義學對我國憲法解釋之影響 正當程序、政治問題與方法論之比較〉，《憲政時代》，第30卷第1期，頁1-44。
- ，2013，〈開除國會議長是違憲？〉，《臺灣本土法學雜誌》，第233期，頁9-13。
- 蔡宗珍，2010，〈憲法疑義解釋程序之功能與存廢省思〉，《台灣法學雜誌》，第148期，頁27-48。
- ，2015，〈我國憲法解釋中的權力分立圖像〉，《憲政時代》，第40卷第4期，頁491-558。
- 蕭文生，2014，〈百分之五政黨門檻之合憲性—司法院釋字第721號解釋評析〉，《台灣法學雜誌》，第252期，頁33-47。
- 蘇永欽，2006，〈沒有方法的解釋只是一個政治決定簡評司法院第六一三號解釋〉，《月旦法學雜誌》，第136期，頁6-20。

——，2008，〈大法官解釋政府體制的方法〉，收入《尋找共和國》，頁 82-125。
台北：元照出版公司。

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〉，收入
《現代憲法的理論與現實－李鴻禧教授七秩華誕祝壽 論文集》，頁 192-233。
台北：元照出版公司。

——，2013，〈兩種紀律間的戰爭：一個關於台灣當前黨／國分際爭議的敘事與
評論〉，《台灣法學雜誌》，第 233 期，頁 14-18。

——，2014，〈釋憲時刻——初探司法院大法官的議程設定及其憲政效應〉，《憲
政時代》，第 39 卷第 4 期，頁 25-69。