

學術論文

## 法院與政治：美國司法政治初探

---

### Courts and Politics: A Visit to American Judicial Politics

任冀平 *Chi-Ping Jen*

東海大學政治系副教授

*Associate Professor of Department of Political Science,  
Tunghai University*

#### 摘要 / Abstract

民主政治主張多數統治，法律（包括憲法）由多數所制定，法院適用法律（包括憲法）不得違背多數的意志，以保障多數人的權利。而法治政治則強調司法獨立，法院適用法律（包括憲法）不受政治的控制，以保障少數人的權利，兩者在本質上是相互衝突的。司法獨立旨在避免政治掌控法院，俾法院能公平適用法律裁判爭訟，以維繫社會公義。然而根據美國政治學者的研究，美國法院，尤其是最高法院，卻可以司法獨立為名，行使司法審查權來參與政府決策。美國法官，尤其是最高法院大法官，亦可以司法中立為由，以自己的政治價值與政策偏好，來認定法律違憲。因此，如何在民主政治司法獨立的基礎上，同時確保民主政治的多數統治，以及多數人的權利，即成為美國司法政治（judicial politics）研究的主要內涵。

Democracy emphasizes that law (including the Constitution) should be made by the majority according to the principle of majority rule. The purpose

of the courts to apply the law (including the Constitution) under a democracy is not to fight against the will of majority but to safeguard the rights of majority. However, the rule of law stresses that courts should be in compliance with the norm of judicial impartiality and under no political control so as to apply the law (including the Constitution) to protect the rights of minority. Thus the majority rule and rule of law are in essence contradictory in a democracy.

The gist of judicial independence is to avoid the political control of court so that courts may maintain social justice by means of impartial application of law. Nevertheless, according to the researches of American political scientists, American courts, particularly the U.S. Supreme Court, may in the name of judicial independence take part in government policy making by exercise of judicial review. And American judges, especially the justices of the U.S. Supreme Court, may in disguise of judicial impartiality declare law unconstitutional based on personal values and policy preferences. Therefore, how to blend the principle of majority rule with the norm of judicial independence under a democracy becomes the main concerns of American judicial politics.

---

**關鍵詞：**國會至上、多數統治、司法政治、司法審查、憲法解釋

**Keywords:** Parliamentary Supremacy, Majority Rule, Judicial Politics, Judicial Review, Constitutional Interpretation

## 壹、前言

長久以來我們一直以爲，或者被教導認爲議會是議會，法院是法院，議會乃是政治部門，根據民意制定法律，法院則是司法機關，依據法律裁判爭訟，並不參與政策的制定。民主政治乃是法治政治，民主政府依法行政，法院介於政府與人民之間（嚴格講來，介於執政黨與在野黨之間），公平適用法律裁判爭訟，以維繫社會公義。爲確保法治，落實政府依法行政，法院必須獨立，不能淪爲政治的附庸。蓋法院若不獨立，法院即難中立；法院若不中立，法院即難公平適用法律，以昭司法公信。爲確保司法獨立（judicial independence），其方法有四。其一、法官的甄選（judicial recruitment）應不受政治的控制。其二、法官不得參與政治活動，擔任黨職。其三、法官任內不得減俸。其四、尤其重要的是，法官必須爲終身職。<sup>1</sup>

法治政治強調司法獨立，然而司法獨立旨在避免政治掌控法院，俾法院能公平適用法律裁判爭訟，司法獨立並不能防制法院介入政治，參與政策的制定而異化成政治部門。此外，司法獨立也不等同於司法中立（judicial impartiality），司法獨立旨在保障法官不受政治控制，俾能獨立行使職權，然而司法獨立卻不能保證法官不具個人的政治偏好（political preferences）必然能公平適用法律來裁判爭訟，保障人民的權利。<sup>2</sup>根據政治學者的研究，法院雖爲司法機關，法院卻能藉由裁判爭訟，和議會一樣參與政策的制定。法官雖應司法中立，公平適用法律，法官卻能以自身好惡來解釋法律，裁判爭訟。<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Peter Russell and David O'Brien eds., *Judicial Independence in the Age of Democracy: Critical Perspectives from Around the World* (Charlottesville: University of Virginia Press, 2001), ch.1；我國憲法第八十條規定：「法官須超出黨派以外...」；第八十一條規定：「法官為終身職...不得減俸。」；美國憲法第三條第一項亦有類似的規定。

<sup>2</sup> Martin Shapiro, *Courts: A Comparative and Political Analysis* (Chicago: University of Chicago Press, 1981), ch.1；Peter Russell and David O'Brien, "Judicial Independence in the Age of Democracy," in Jerold Waltman and Kenneth Holland eds., *The Political Role of Law Courts in Modern Democracies* (London: Macmillan Press, 1988), chs.1, 11.

<sup>3</sup> Henry Glick, *Courts, Politics, and Justice* (New York: McGraw Hill, 1993), ch.1；Theodore Becker,

不只法官可以藉由解釋法律，來表示自己的好惡。法院可以藉由裁判爭訟，來參與政策的制定。尤其令人駭異的是，由於司法審查權（judicial review）的行使，法院，尤其是美國最高法院（U.S. Supreme Court），還可以宣告議會制定的法律違憲無效，自居議會之上，而成爲「太上立法機關（super legislature）」。<sup>4</sup>法治政治發展至今，法院不但可以決定議員與總統應如何選舉產生，總統應否具有預算扣押權（impoundment power），還可以判決人民應否生（墮胎），以及如何死（死刑）。<sup>5</sup>舉凡民主政治之下，本應由主權的人民經由選舉競爭、集會遊行、媒體辯論、政黨協商、議會表決等政治過程（political process）來解決的政治爭議，在法治政治之下，全轉化成司法訴訟，統攝於司法過程（judicial process）之中，由法院以及法官來定奪。<sup>6</sup>

然而問題在於，若民主政治乃是人民統治（rule by the people），<sup>7</sup>那麼爲何在民意政治下，非民選的法官可以否決民選議員的決議，將人民統治異化成法官統治？若民主政治乃是多數統治（majority rule），那麼爲何在民主政治下，少數終身職的法官可以推翻多數民選代表制定的政策，將多數統治異化成少數統治？若政治乃是「爲社會從事權威性的價值分配」（the authoritative

---

*Comparative Judicial Politics: The Political Functionings of Courts* (Lanham: University Press of America, 1987).

<sup>4</sup> Kevin McGuire, *Understanding the U.S. Supreme Court: Cases and Controversies* (New York: McGraw-Hill, 2002), ch.1; Roger Davidson and Walter Oleszek, *Governing: Readings and Cases in American Politics* (Washington, D.C.: CQ Press, 1987), p.313; David O'Brien, *Storm Center: The Supreme Court in American Politics* (New York: W.W. Norton, 2005), p.30.

<sup>5</sup> Christopher Banks and John Green eds., *Superintending Democracy: The Courts and the Political Process* (Akron: University of Akron Press, 2001); Otis Stephens and John Scheb, *American Constitutional Law* (Belmont: Wadsworth, 2003), chs.10, 11; William Keefe and Morris Ogul, *The American Legislative Process: Congress and the States* (Upper Saddle River: Prentice-Hall, 2001), pp.391-396; Michael Perry, *Constitutional Rights, Moral Controversy, and the Supreme Court* (New York: Cambridge University Press, 2009), chs.3, 5.

<sup>6</sup> Ross Sandler and David Schoenbrod, *Democracy by Decree: What Happens When Courts Run Government* (New Haven: Yale University Press, 2003), chs. 2, 5-9.

<sup>7</sup> Andrew Heywood, *Politics* (Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2007), p.72; Michael Roskin et. al., *Political Science: An Introduction* 11<sup>th</sup> ed. (New York: Longman, 2010), pp.95-102.

allocation of values for a society)，<sup>8</sup>那麼為何在責任政治下，法院可以司法獨立為名，參與政治的決策，從事權威性的價值分配，而不負政治的責任。

由於在法治政治下，法官可以隱身於司法中立的幕後，以己好惡來解釋法律，法院也可以司法獨立為名，來參與政府政策的制定，從事政治利益（political interest）的分配，在民主政治下，司法與政治之間的競合關係，即引發政治學者的高度興趣。<sup>9</sup>本文擬以美國最高法院為背景，並參考其他民主國家司法與政治的運作，從司法審查權的性質，憲法的解釋以及法官政治態度等三方面，來說明法院雖然是司法機關，但其為何具有政治本質的原因。

## 貳、司法審查與司法至上

法院之所以能夠參與政治決策，與法院是否具有司法審查權有密切的關係。而法院是否具有司法審查權又與一國是否具有一部成文憲法（written constitution）攸關。所謂司法審查權乃指司法機關得以宣告國會所制定的法律，因違憲而無效的權力。若一國採行不成文憲法，法院自不具司法審查權，如英國、以色列、紐西蘭等國法院即不具司法審查權。<sup>10</sup>而這些國家之所以採行不成文憲法，乃是因為承認民主政治國會至上（parliamentary supremacy），國會是否濫權，多數是否暴政，宜由政治而非法律來解決，不必為防制民主政治國會多數濫權，而制定一部成文憲法來予以限制。

而美國之所以採行成文憲法，則是因為美國制憲者對於民主政治多數統治（majority rule）的疑懼，不願承認國會至上。美國制憲者認為不論是獨裁政治的少數統治（minority rule），或者是民主政治的多數統治，只要權力集中即可能濫用而淪為暴政（tyranny）。而不論少數暴政或者是多數暴政，都是對

---

<sup>8</sup> David Easton, *A Framework for Political Analysis* (Englewood Cliffs: Prentice-Hall, 1965), p.50.

<sup>9</sup> Mark Miller, *Exploring Judicial Politics* (New York: Oxford University Press, 2009), ch.1.

<sup>10</sup> Arend Lijphart, *Patterns of Democracy: Government Forms and Performance in Thirty-Six Countries* (New Haven: Yale University Press, 1999), pp.223-228.

人民權利的侵害。因此在民主政治下為防止多數暴政，就必須採取一些「輔助性的預防措施」(auxiliary precautions)，以「野心來對抗野心」(Ambition must be made to counteract ambition)。<sup>11</sup>

而所謂「輔助性的預防措施」即是分權 (separation of powers)，所謂以「野心來對抗野心」即是制衡 (Checks and Balances)，蓋不分權即難以制衡，不制衡即難以防止多數暴政。為防止民主政治的多數暴政，則必須面對的是直接民選而且必然強勢的眾議院。其方法首先則是採取縱向的分權 (vertical separation of powers)，亦即聯邦體制 (federalism)，將美國政府的決策權分散在聯邦國會和州議會之間。聯邦國會的權力列舉明定於憲法之中，州議會不得侵犯，聯邦國會也不得逾越，彼此制衡。<sup>12</sup>

其次則是採行橫向的分權 (horizontal separation of powers)，將聯邦權力從眾議院區分出來。不只直接民選任期兩年的眾議院可以制定政策，由州議會間接選出，任期六年的參議院亦可以參與決策。不只國會兩院可以制定政府的政策，由選舉人團 (electoral college) 間接選出，任期四年的總統也可以參與聯邦政府政策的制定。<sup>13</sup>此外，為確保分權不至落空，則必須嚴格政府行政、立法、司法三權人事的分立 (separation of personnel)，亦即部長不得兼任議員，議員亦不得兼任法官。<sup>14</sup>

在橫向分權的基礎上，所謂制衡，以「野心來對抗野心」，意指政府政策非由眾議院內單一的多數所制定。眾議院所代表的多數制定的政策，參議院所代表的多數可以否決；參眾兩院所代表的多數制定的政策，總統所代表的多數可以否決。參眾兩院對於總統所代表的多數否決的政策，則可以兩院三

---

<sup>11</sup> "The Federalist No.51," in James Madison, Alexander Hamilton and John Jay, *The Federalist Papers* (New York: Penguin Books, 1987), pp.318-322.

<sup>12</sup> Barbara Bardes et. al., *American Government and Politics Today: the Essentials* (Belmont: Thomson Wadsworth, 2008), ch.3.

<sup>13</sup> Susan Welch et. al., *American Government* (Belmont: Thomson Wadsworth, 2004), pp.31-33.

<sup>14</sup> Austin Ranney, *Governing: An Introduction to Political Science*, 8<sup>th</sup> ed. (Upper Saddle River: Prentice-Hall, 2001), p.235.

分之二的特別多數 (extraordinary majority) 反否決。<sup>15</sup>易言之，美國制憲者意圖以參議院間接民選的多數，來對抗眾議院直接民選的多數；以總統間接民選的多數，來對抗國會兩院直接及間接民選的多數。也可以說，以參議院的野心來對抗眾議院的野心；以總統的野心來對抗國會的野心。在此層層疊疊，反反覆覆的制衡對抗下，來遏阻民主政治直接民選的眾議院，因為多數一時的情緒而侵害少數，尤其是制憲者的權利。<sup>16</sup>

由於不願承認民主政治國會至上，對於民主政治多數統治又多所疑懼，美國制憲者乃處心積慮設計出一套極其複雜的政府體制，並設法將其字斟句酌地規定在一部成文憲法之中，試圖藉由一部最高的法律 (supreme law)，來規範並節制政府各部門，尤其是眾議院權力的行使。然而問題在於美國畢竟是一個共和國 (republic)，不得不承認人民主權 (popular sovereignty)，制憲者即便制定出一部憲法，來限制多數人民的意志，民主政治的多數終究可以突破憲法這個「羊皮限制」(parchment barriers)。<sup>17</sup>為護衛憲法，確立法治，美國「憲法之父」麥迪遜 (James Madison) 乃祭出最後的撒手鐮，主張賦予法院宣告國會制定的法律違憲無效之權。<sup>18</sup>

美國制憲者既想採行民主政治，卻又憚懼民主政治的多數統治。因此一方面想方設法不讓人民直接選出他們的代表，而制定出一部不民主 (undemocratic) 的憲法。<sup>19</sup>另一方面則高舉法治，意圖採取反民主的 (antidemocratic) 機制，賦予非民選而且任期終身的法官，宣告民選代表所

---

<sup>15</sup> 美國憲法第一條第七項第二款規定。

<sup>16</sup> Robert Spitzer, *President and Congress: Executive Hegemony at the Crossroads of American Government* (Philadelphia: Temple University Press, 1993), pp.6-13.

<sup>17</sup> "The Federalist, No.48, 49," in James Madison, Alexander Hamilton and John Jay, *The Federalist Papers* (New York: Penguin Books, 1987), pp.308-316.

<sup>18</sup> Alpheus Mason and Donald Stephenson, *American constitutional Law: Introductory Essays and Selected Cases* (Upper Saddle River: Prentice-Hall, 2002), p.43.

<sup>19</sup> Robert Dahl, *How Democratic is the American Constitution?* (New Haven: Yale University Press, 2005), pp.15-20.

制定的法律違憲無效之權。<sup>20</sup>在民主政治下，這種以法治來壓制民主，以少數來否決多數，以法院來凌駕議會的作法，Alexander Bickel稱其為「反多數的困境」(countermajoritarian difficulty)，而 Robert Dahl 則直指其為「麥迪遜的困境」(madisonian difficulty)。<sup>21</sup>

因此，法院是否具有司法審查權，與一國是否具有一部成文憲法有密切的關係。而一國是否具有一部成文憲法，則又與一國是否採行分權制衡，尤其是聯邦政府的體制攸關。若一國承認國會至上，即不必採行分權制衡的政府體制，自然也就不必然需要制憲，如英國、以色列等國。若一國不承認國會至上，而採行分權制衡的政府體制，即不得不制憲，這才衍生出司法審查權的問題。

不過法院是否具司法審查權，雖與一國是否具有一部成文憲法有關，然而這並不表示具有一部成文憲法的國家必然賦予法院司法審查權。瑞士、荷蘭、盧森堡以及芬蘭等國雖採行成文憲法，但法院並無司法審查權。這些國家之所以未賦予法院司法審查權，乃是基於民主政治多數統治的原則，法律是否違憲宜由民選的代表，而非任命的法官來決定。<sup>22</sup>只是一國若採行成文憲法，而法律是否違憲仍由民選的國會來決定，則無異承認國會至上，又何需制憲。

其他國家雖採行成文憲法，但為避免司法與政治的糾纏不清，法律是否違憲既不由民選的國會，也非由任命的法官來決定，而是另由一特別部門如法國的憲政委員會 (constitutional council)，或者另由一特別的法院，如德國

---

<sup>20</sup> David Barnum, *The Supreme Court and American Democracy* (New York: St. Martin's Press, 1993), pp.8-15; Randy Barnett, *Restoring the Lost Constitution: The Presumption of Liberty* (Princeton: Princeton University Press, 2005), pp.132-142.

<sup>21</sup> Larry Yackle, *Regulatory Rights: Supreme Court Activism, the Public Interest, and the Making of Constitutional Law* (Chicago: University of Chicago Press, 2007), p.24; John Gate and Charles Johnson eds., *The American Courts: A Critical Assessment* (Washington, D.C.: Congressional Quarterly, 1991), p.1; Leonard Levy et. al. eds., *Encyclopedia of the American Constitution Vol.3* (New York: Macmillan, 1986), p.1061.

<sup>22</sup> Lijphart, *op. cit.*, pp.223-225.



的憲法法院 (constitutional court) 來決定。這些國家之所以不賦予一般法院司法審查權，其目的即在於避免法院因行使司法審查權，而參與政府決策，介入政爭，成為政治部門，賠上司法的威信。<sup>23</sup>

美國是世界上第一個採行成文憲法的國家，然而由於司法審查權將使得民主政治的人民統治，異化成法官統治；民主政治的法官異化成政客，民主政治的國會至上異化成司法至上 (judicial supremacy) 政治爭議太大，因而美國憲法最後並未明文賦予法院司法審查權。今日美國法院的司法審查權，乃是美國最高法院在 1803 年 *Marbury v. Madison* 乙案中，自己藉由解釋憲法僭篡而來，至今仍然爭議不斷。<sup>24</sup>美國既採行成文憲法，卻又不賦予法院司法審查權，那麼美國法院，尤其是最高法院，如何在美國憲法既未明文賦予，又在各方爭議不斷的情況下，去行使其司法審查權，即涉及了司法與政治之間千絲萬縷，糾纏不清的關係。

### 參、憲法解釋與司法立法

美國法院的司法審查權使得法院得以藉由宣告國會制定的法律違憲無效，來參與政府的決策。法院既然可以否決國會制定的法律，這就衍生出司法與政治之間的三大爭議。第一項爭議是在民主政治下，為何任命產生而且任期終身的少數法官，可以宣告民選國會多數所制定的法律無效？蓋美國最高法院的司法審查權不同於總統的否決權 (veto power)。美國總統若否決國

---

<sup>23</sup> Gabriel Almond et. al., *Comparative Politics Today: A World View* (New York: Longman, 2008), pp.244-245; 271-272; 297.

<sup>24</sup> Gary Hartman et. al., *Landmark Supreme Court Cases: The Most Influential Decisions of the Supreme Court of the United States* (New York: Facts On File, 2004), pp.467-468; David O'Brien, *Constitutional Law and Politics: Struggles for Power and Governmental Accountability* (New York: W.W. Norton, 2003), pp.23-67; John Shea, *Arguments on American Politics* (Belmont: Thomson Wadsworth, 1991), ch.9; Herbert Levine et. al., *What if the American Political System Were Different?* (New York: M.E. Sharp, 1992), ch.6; Herbert Levine, *Point-Counterpoint: Readings in American Government* (Belmont: Thomson Wadsworth, 2004), ch.18.

會多數所制定的法律，國會還可以兩院三分之二的特別多數反否決。而美國最高法院若否決國會多數所制定的法律，國會卻不能以兩院三分之二的特別多數反否決，只得以兩院三分之二的特別多數提案修憲，經四分之三的州表決通過後，才得推翻美國最高法院的憲法判決。<sup>25</sup>

就政治面而言，國會制定的法律是否違憲，人民自可藉由定期選舉，以選票來加以驗證。亦可藉由民選總統否決權的行使，來予以檢驗。所謂制衡乃指藉由同樣是民選的國會與總統之間的權力對抗，來檢視國會與總統之間，何者的政策才是真正反映了多數的民意，代表了多數的利益，以確保人民才是政府政策的最後決定者。在民主政治下，捨此政治過程而不由，意圖藉由非民選的法院自居民選的國會與總統之上，來否決民選國會與總統所共同制定的法律，則不但墮壞美國憲法分權制衡的初衷，人民也不再是自己的主人，而民主政治亦將蕩然無存。美國憲法既然規定三權分立而平等，若民選的國會與總統可能形成多數暴政，那麼為何非民選的法院就不可能形成少數暴政，若兩者都可能形成暴政，那麼為何最高法院可以自居三權之上，獨占憲法解釋之權。<sup>26</sup>

然而從法治面來講，民主政治既然是法治政治，而憲法又是最高的法律，國會制定的法律違憲，法院若不得宣告違憲的法律無效，則制憲的目的何在？美國最高法院首席大法官（chief justice）John Marshall 在 *Marbury v. Madison* 乙案中即認為一部成文憲法與獨立的法院，在邏輯上即隱含了法院的司法審查權。<sup>27</sup>而美國制憲者 Alexander Hamilton 在聯邦論（the federalist papers）第七十八篇中亦言，法院宣告國會制定的法律違憲無效，並非表示司法權高於立法權，而是表示人民的權力高於兩者。蓋憲法代表人民的意思，法律只是

---

<sup>25</sup> 美國憲法第五條規定。

<sup>26</sup> 美國總統 Thomas Jefferson, Andrew Jackson, Abraham Lincoln, Franklin D. Roosevelt 等都有類似的論點，見 David O'Brien, *Constitutional Law and Politic*, pp. 32-34.

<sup>27</sup> Thomas Dye, *Politics in America* (Upper Saddle River: Prentice-Hall, 2001), pp.464-468; Jeffrey Segal and Harold Spaeth, *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited* (New York: Cambridge University Press, 2002), pp.20-25.

反映人民代表的意思。法院宣告法律違憲而無效，只是表示人民代表的意思不得違背人民的意思。若法院不具司法審查權，則無異承認代表可以大過本人，僕人可以高於主人，議員可以優於人民。<sup>28</sup>果真如此，當法治崩解，民主亦將難以為繼。

Alexander Hamilton與 John Marshal的說法在法律邏輯上似乎言之成理，但 Alexander Hamilton雖言法院之所以宣告國會制定的法律違憲無效，乃是因為人民代表的意思不得違背人民的意思，可是其卻未能言明為何法院能比國會更明白人民意思，難道任命的法官比民選議員更能明白人民的意思？在民主政治下法律是否違憲，人民代表的意思是否違背人民的意思，即便法院不具司法審查權，人民亦可藉由選票自己來判斷，何需法院來判決。對此 Alexander Hamilton並未能在法理上辯明，只能在政治上訴諸感性勸說，指稱法院生性軟弱(natural feebleness)，不可能濫權去侵害人民的權利，是一個「危險性最小的部門」(the least dangerous branch)。這也就衍生出司法與政治之間的第二項爭議，亦即法院如何認定國會制定的法律是否違憲？<sup>29</sup>或者，如 Alexander Hamilton所言，法院如何認定人民代表的意思是否違背人民的意思？

而法院如何認定國會制定的法律是否違憲，即牽涉到憲法解釋的問題。蓋法院若不能確知憲法的意涵，則其如何判定法律違憲而無效？為闡明憲法的意涵，美國最高法院大法官因而發展出一系列憲法解釋的方法。其中被引用的方法包括原意解釋法(originalism)，文義/文本解釋法(literalism / textualism)，邏輯論證法(logical reasoning)，判例解釋法(stare decisis)，目的分析法(purposive analysis)，利益平衡法(balancing of interests)，本益分析法(cost-benefit analysis)以及其他等方法，琳瑯滿目不及一一贅述。<sup>30</sup>然而

<sup>28</sup> “The Federalist No.78,” in James Madison, Alexander Hamilton and John Jay, *The Federalist Papers* (New York: Penguin Books, 1987), pp.436-442.

<sup>29</sup> Richard Fallon, *The Dynamic Constitution: An Introduction to American Constitutional Law* (New York: Cambridge University, 2004), pp.9-19.

<sup>30</sup> Walter Murphy et. al., *Courts, Judges, and Politics: An Introduction to the Judicial Process* (New

問題在於，歷年來美國最高法院大法官，對於這些解釋方法彼此之間卻是各據立場，爭議不斷。不同的大法官可以引用不同的方法來解釋憲法。而不同的大法官即便引用相同的方法，也不必然得出相同的憲法解釋結果。同一大法官亦可以引用不同的方法來解釋憲法。而同一大法官即便引用相同的方法，也同樣不必然得出相同的憲法解釋結果。

舉例言之，David Brewer，George Sutherland和 Clarence Thomas 等大法官主張憲法解釋應採用原意解釋法，強調憲法的意涵為何，法官必須從制憲者制憲的原意（original intent）來探知。其方法則是透過檢視制憲時之相關紀錄及報導，諸如費城制憲會議的紀錄，制憲時之報章報導與評論，聯邦論與反聯邦論（the antifederalist papers）等歷史文獻，從中演繹出「憲法真相」（constitutional truths），以做為法律是否違憲的依據。<sup>31</sup>而 William O. Douglas，William J. Brennan Jr以及 Thurgood Marshall 等大法官則不認同原意解釋法，認為憲法的意涵不可能永遠停滯在兩百年前的制憲會議。法官若真採行原意解釋法，將使得憲法失去其適用性而變得一無用處。<sup>32</sup>

同樣地，Antonin Scalia和 Hugo Black 都強調文義/文本解釋法，認為憲法的解釋，必須嚴格限制於憲法本文中的文字規定及意涵上。憲法未明文規定者，法官即不得演繹延伸。憲法明文規定者，法官就只能探究憲法文字的意涵，而不去探討制憲者內心究竟懷抱著什麼想法。譬如憲法既未明文規定隱私權（right to privacy），法官即不得演繹延伸出墮胎權。雖然 Antonin Scalia 和 Hugo Black 都強調文義/文本解釋法，但是 Hugo Black 卻比 Antonin Scalia 更固執文義解釋。比如 Hugo Black 即堅持憲法增修條文第一條，既明文規定「國會不得立法（Congress shall make no law.....）限縮言論自由」，則所謂「不

---

York: McGraw-Hill, 2006), pp.544-557; Lackland Bloom, *Methods of Interpretation: How the Supreme Court Reads the Constitution* (New York: Oxford University Press, 2009).

<sup>31</sup> Lee Epstein and Thomas Walker, *Constitutional Law for a Changing America: Institutional Powers and Constraints* (Washington, D.C.: Congressional Quarterly, 2007), pp.25-27.

<sup>32</sup> Johnathan O'Neil, *Originalism in American Law and Politics: A Constitutional History* (Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 2005), pp.12-42.

得立法」，意即不得立法（no law means no law），沒有「例外」（exception），沒有任何「倘若」（ifs）或「但是」（buts）等其他意涵，倘若國會立法即是違憲。<sup>33</sup>即便 Hugo Black 如此堅持文義解釋法，但其憲法解釋也不能前後一致，而無矛盾之處。

美國最高法院大法官對於憲法應如何解釋鮮有定論，對於憲法的內涵為何亦少有共識。那麼對於法律究竟是否違憲，大法官之間就難免沒有爭議。這些爭議不但表現在美國最高法院對於同一憲法判決不同的意見書裡，如法院意見書（opinion of the Court），相對多數意見書（plurality opinion），協同意見書（concurring opinions），以及不同意見書（dissenting opinion）等，<sup>34</sup>同時也反映在美國最高法院對於同一憲法爭議，卻推翻其自己過去判例的矛盾上。據統計，自 1900 年至 2001 年期間，美國最高法院能達成共識而形成一致性判決（unanimous decisions）的情況，大致呈現逐年下降的趨勢，尤其是二次世界大戰之後更為顯著。1900 年美國最高法院一致性判決仍占其判決的 76.6%，2001 年則下降為 37.7%，兩者差距超過一半。而在這百年中，一致性判決最高的一年是 1910 年的 89.3%，最低的一年是 1952 年的 16.3%，兩者相差達 73% 之多。平均言之，自二次世界大戰結束 1945 年至 2001 年，57 年期間，美國最高法院一致性判決的情況，每年也不過是 36.8%。<sup>35</sup>

反之，美國最高法院大法官對於美國最高法院的判決，持不同意見（dissenting opinions）的比率卻是呈現逐年上升的趨勢，尤其是二次世界大戰之後更呈現急遽上升的情況。自 1800 年至 1809 年，10 年期間，最高法院大法官對於最高法院判決持不同意見的比率，平均每年只有 3.98%。百年後，自 1900 年至 1909 年，10 年之間，緩升為每年 8.51%。然而自二次世界大戰之後，1945 年至 1954 年，10 年間，則驟生為每年 64.3%。自此之後，從 1955 年至

<sup>33</sup> Epstein and Walker, *op. cit.*, pp. 27-31.

<sup>34</sup> David Neubauer and Stephen Meinhold, *Judicial Process: Law, Courts, and Politics in the United States* (Belmont: Thomson Wadsworth, 2007), pp.493-494.

<sup>35</sup> 作者自行整理。見 Lee Epstein et. al., *The Supreme Court Compendium: Data, Decisions, and Developments* (Washington, D.C.: Congressional Quarterly, 2003), pp.209-210.

2001 年的 47 年期間，最高法院大法官對於最高法院判決持不同意見的比率，平均每年為 60.6%。其中最高的一次是 1952 年的 86.5%。<sup>36</sup>

此外，美國最高法院也不必然遵循其自己過去的判例。自 1930 年代以降，最高法院即不斷地推翻其自己的判例。自 1789 年行憲以來至 2004 年，216 年期間，最高法院總共推翻了 223 項自己的判例，比否決了總共 173 項國會制定的法律還要多。而其推翻自己判例的情況也如同最高法院大法官，對於最高法院判決持不同意見的比率一樣，呈現急遽上升的情況。據統計，自 1930 至 2004 年的 75 年間，最高法院即推翻 184 項自己的判例。易言之，在被最高法院推翻的判例中，有 82.5% 發生在 1930 年以後。<sup>37</sup>

長期以來，我們一直以爲法律有其專業用語，專屬定義，法律亦有其邏輯系統性。藉由嚴謹的法律邏輯訓練，嫻熟精確的法律用語，一位專業的法官當能洞察法律爭議的本質，扮演「法律喉舌」(mouth of the law) 角色，排除個人主觀價值的偏好，而做出公正的判決。然而實證研究卻發現，美國最高法院大法官雖然各個法學精湛，司法經驗豐富，對於憲法的解釋方法卻是各據立場，對於憲法的內涵爲何則是爭議不斷，對於法律是否違憲無效甚至相互指責。<sup>38</sup>

考其原因則是因爲法律，尤其是憲法，乃是政治妥協下的產物。法律用字爲遷就政治現實，也就不得不模糊彈性，而留有廣大解釋的空間。其次，憲法的文字往往抽象多義，諸如自由、平等、正當程序 (due process) 等，在不同的時空下，有其不同的文義，而需要法官的解釋。<sup>39</sup>因而，大法官在解釋法律以及憲法時，即擁有相當大的裁量權 (discretion)，而得以參與政府政策的制定。<sup>40</sup>既然大法官解釋法律以及憲法有其相當大的裁量權，那麼大法官如

---

<sup>36</sup> 作者自行整理。見 Epstein, *op. cit.*, pp.211-215.

<sup>37</sup> 作者自行整理。O'Brien, *Storm Center: The Supreme Court in American Politics*, p.31.

<sup>38</sup> Jed Rubenfeld, *Revolution by Judiciary: The Structure of American Constitutional Law* (Cambridge: Harvard University Press, 2005), pp.3-18.

<sup>39</sup> Yackle, *op. cit.*, pp.25-51.

<sup>40</sup> Daniel Farber and Suzanna Sherry, *Judgment Calls: Principle and Politics in Constitutional Law*

何解釋憲法，以及如何認定法律違憲而無效，即難以避免個人特殊的經驗，主觀的價值（values）以及政策偏好（policy preferences）的影響。<sup>41</sup>

這些主觀的價值與政策的偏好，牽引著大法官對於相同法律文字的規定，卻有不同的理解、解釋與適用。因此，就政治面而言，大法官如何解釋憲法，以及如何認定法律違憲而無效的關鍵即不在於，或者不完全在於法律邏輯，法學素養，而在於大法官個人的政治態度與政策的偏好。美國最高法院大法官 Oliver Wendell Holmes Jr即言：「法律的生命不在於邏輯，而在於經驗（The life of the law has not been logic; it has been experience）。」<sup>42</sup>

#### 肆、司法自制與司法創制

美國最高法院大法官既然可以其主觀價值與政策偏好來解釋憲法，認定法律是否違憲，那麼美國最高法院大法官如何解釋憲法，以及如何表示其意見於憲法判決書中，即非政治學者關切的焦點。蓋大法官如何表示其憲法判決意見，只是大法官將其主觀價值與政策偏好，藉由憲法判決而予以合理化（rationalizations）的一種表現而已，只不過是大法官對於其憲法判決的說辭理由（reasons），而非大法官對於其憲法判決的真正原因。不同政策偏好的大法官，自有其不同憲法判決的說辭理由。美國政治學者真正關切的是，大法官如何以其主觀價值與政策偏好來解釋憲法，認定法律是否違憲，而表現在其對於憲法判決的投票結果（conclusions）上。<sup>43</sup>

---

(New York: Oxford University Press, 2009), pp.22-23.

<sup>41</sup> Lee Epstein and Carol Mershon, "Measuring Political Preferences," *American Journal of Political Science*, Vol.40, No.1 (1996), pp.261-294.

<sup>42</sup> Oliver Wendell Holmes, "From the Common Law," in Jennifer Diascro and Gregg Ivers eds., *Inside the Judicial Process: A Contemporary Reader in Law, Politics, and the Courts* (New York: Houghton Mifflin, 2006), pp.7-8.

<sup>43</sup> Robert Carp et. al., *Judicial Process in America* (Washington, D.C.: Congressional Quarterly, 2007), pp.355-357; Brian Porto, *May It Please the Court: Judicial Processes and Politics in America* (Boca Raton: CRC Press, 2009), pp.268-272; Tracey George and Lee Epstein, "On the

據美國政治學者的研究，美國最高法院大法官對於不同的議題 (issues)，有其不同的政策偏好。就經濟議題而言，自由主義的大法官 (liberal justices) 傾向於保護「弱勢團體」(underdogs)，諸如工會、消費者、債務人、受雇者等之權益；而保守主義的大法官 (conservative justices) 則傾向於支持「優勢團體」(upperdogs)，諸如企業主、生產者、債權人以及雇主等之權益。就公民自由 (civil liberties) 議題來講，自由主義的大法官傾向於主張族群平等 (racial equality)，優惠性差別待遇 (affirmative action)，廢除死刑，支持刑事被告、同性戀、安樂死、婦女墮胎等權利之保障；而保守主義的大法官則傾向於強調國家利益、法律與秩序 (law-and-order)，社會公義的維護。<sup>44</sup>

雖然美國最高法院大法官有其不同的政策偏好，不過具有特定政策偏好的大法官，對於憲法判決的投票立場有其一貫性，而相同政策偏好的大法官對憲法判決投票立場也有其一致性 (consistency)，而形成鮮明的自由 (liberal) 與保守 (conservative) 兩個聯盟 (blocs)。如表一所示，自 1994 年至 2004 年的 11 年庭期間，對於憲法判決投自由票 (liberal vote) 的大法官，恆常為 John Paul Stevens (占 67.1%)、Ruth Bader Ginsburg (占 61.9%)、David Souter (占 61.7%)、以及 Stephen Breyer (占 57.9%) 等四位自由派的大法官。反之，保守派的大法官投自由票的比率相對都比較低，最低的是 Clarence Thomas (占 28.7%)，不及 John Paul Stevens 的一半，其次為 Antonin Scalia (占 30.9%)。

---

Nature of Supreme Court Decision Making,” *American Political Science Review*, Vol.86, No.2 (1992), pp.323-337.

<sup>44</sup> Thomas Magstadt, *Understanding Politics: Ideas, Institutions, and Issues* (Belmont: Wadsworth, 2009), pp.46-55; W. Shively, *Power and Choice: An Introduction to Political Science* (New York: McGraw-Hill, 2008), pp.22-24; Harold Spaeth, “The Attitudinal Model,” in Lee Epstein ed., *Contemplating Courts* (Washington, D.C.: Congressional Quarterly, 1995), pp.305-314.



表一 大法官投自由票百分比：1994-2004 年庭期

大法官	自由票
John Paul Stevens	67.1
Ruth Bader Ginsburg	61.9
David Souter	61.7
Stephen Breyer	57.9
Sanrda Day O'Connor	42.3
Anthony Kennedy	41.9
William H. Rehnquist	33.9
Antonin Scalia	30.9
Clarence Thomas	28.7

資料來源：Lawrence Baum, *The Supreme Court*, 9<sup>th</sup> ed. (Washington, D.C.: Congressional Quarterly, 2007), p.123.

根據六年之後，2006 至 2007 年 2 年庭期間的統計數據，檢證同樣 4 位自由派大法官，發現他們對憲法判決投票的一致性並無改變，仍堅守其自由聯盟的立場。如表二所示，John Paul Stevens 與 David Souter 的一致性為 72.6%，與 Ruth Bader Ginsburg 的一致性為 82.2%，與 Stephen Breyer 的一致性為 71.8%，但保守派大法官 Antonin Scalia 的一致性則只有 38.4%，與 Clarence Thomas 的一致性更只有 36.1%。反之，保守派大法官 Antonin Scalia 與 Clarence Thomas 一致性高達 83.3%。證諸實際，2000 年美國總統大選，尤其突顯出大法官個人政治價值與政策偏好影響憲法判決的事實。

表二 大法官投票聯盟：2006 與 2007 年庭期

	Roberts	Stevens	Scalia	Kennedy	Souter	Thomas	Ginsburg	Breyer	Alito
Roberts		42.9	81.4	79.7	58.6	76.8	51.4	59.4	90.0
Stevens	42.9		38.4	54.2	72.6	36.1	82.2	71.8	45.2
Scalia	81.4	38.4		69.4	50.7	83.3	46.6	45.1	74.0
Kennedy	79.7	54.2	69.4		66.7	66.2	61.1	67.1	80.6
Souter	58.6	72.6	50.7	66.7		47.2	80.8	80.3	54.8
Thomas	76.8	36.1	83.3	66.2	47.2		43.1	44.3	73.6
Ginsburg	51.4	82.2	46.6	61.1	80.8	43.1		78.9	52.1
Breyer	59.4	71.8	45.1	67.1	80.3	44.3	78.9		57.7
Alito	90.0	45.2	74.0	80.6	54.8	73.6	52.1	57.7	

資料來源：作者整理自 Brian L. Porto, *May It Please the Court: Judicial Processes and Politics in America* (Boca Raton: CRC Press, 2009), p.269。

2000 年美國總統大選競爭激烈，共和黨總統候選人 George W. Bush 以些微差距贏得佛羅里達州的選舉，而篤定當選為美國第 43 任總統。但民主黨總統候選人 Al Gore 卻以佛州機器計票 (machine count) 有瑕疵，而向佛州最高法院訴求重新人工計票 (hand count)，以確定佛州 25 張總統選舉人票究竟誰屬，最後才能決定誰當選為總統。結果佛州最高法院 7 位民主黨任命的大法官，不顧時間和人力上的壓力，擴大解釋佛州選舉法，一致同意 Gore 所求，全面重新核計佛州選票。而 Bush 為確保勝選結果，則向美國最高法院尋求救濟，請求確認選舉結果，停止佛州重新人工計票。<sup>45</sup>

結果美國最高法院在 Antonin Scalia、Clarence Thomas、William H. Rehnquist、Anthony Kennedy 以及 Sandra Day O'Connor 等 5 位共和黨籍保守派大法官贊成，John Paul Stevens、David Souter、Ruth Bader Ginsburg 以及 Stephen Breyer 等四位自由派大法官反對，以五比四壁壘分明票數的情況下，不惜曲解美國憲法增修條文第十四條平等保護條款 (equal-protection clause) 的規定，侵犯佛州決定該州如何產生總統選舉人的權利，支持 Bush 的訴求，推翻佛州最高法院重新人工計票的判決，確立 Bush 為美國總統當選人。而且據說，支持 Bush 的保守主義大法官曾言：「如果佛州最高法院充當民主黨的政治打手，那麼我們就充當共和黨的政治打手。」<sup>46</sup>

美國最高法院大法官自由主義與保守主義的政策偏好，不只表現在憲法判決的投票立場上，同時也反映在推翻自己過去判例 (precedents) 的投票上。如表三顯示，在 William H. Rehnquist 擔任美國最高法院首席大法官期間，自

---

<sup>45</sup> Cass Sunstein, "Of Law and Politics," in Cass Sunstein and Richard Epstein eds., *The Vote: Bush, Gore, and the Supreme Court* (Chicago: University of Chicago Press, 2001), pp.2-8.

<sup>46</sup> Alan Dershowitz, *Supreme Injustice: How the High Court Hijacked Election 2000* (New York: Oxford University Press, 2001), chs.1-3; Jamin Raskin, *Overruling Democracy: The Supreme Court vs. The American People* (New York: Routledge, 2003), ch.2; Christopher Banks, "The Politics of Constitutional Choices in Light of Bush v. Gore (2000)," in Christopher Banks et. al. eds., *The Final Arbiter: The Consequences of Bush v. Gore for Law and Politics* (Albany: State University of New York Press, 2005), pp.29-70.

由派大法官，對於推翻自由判例（liberal precedents）的投票比例均非常的低。最低的是 Stephen Breyer（占 12.5%）、其次為 Ruth Bader Ginsburg（占 20.0%）。而保守派大法官對於推翻自由判例的投票則不但立場一致，而且比例均相當的高。最高的是 Clarence Thomas（占 92.9%），幾乎是 Stephen Breyer 的 7 倍之多，其次為 Antonin Scalia（占 90.6%）。反之，自由派大法官與保守派大法官對於推翻保守判例（conservative precedents）的投票，除 Anthony Kennedy 大法官外，也呈現出顯著的差異性。

表三 大法官推翻判例投票百分比

大法官	推翻自由判例	推翻保守判例
John Paul Stevens	21.9	83.3
Ruth Bader Ginsburg	20.0	85.7
David Souter	41.2	66.7
Stephen Breyer	12.5	71.4
Sandra Day O'Connor	71.9	30.8
Anthony Kennedy	72.0	90.0
William H. Rehnquist	78.1	30.8
Antonin Scalia	90.6	69.2
Clarence Thomas	92.9	62.5

資料來源：作者整理自 Jeffrey Segal et. al., *The Supreme Court in the American Legal System* (New York: Cambridge University Press, 2005), p.317.

既然美國最高法院大法官如何解釋憲法，以及如何認定法律是否違憲，與其主觀價值與政策偏好有密切的關係，那麼美國最高法院大法官是否以及如何行使其司法審查權，即與美國參眾議員是否以及如何行使其立法權，美國總統是否以及如何行使其否決權一樣，都是基於一種政治的考量，其目的乃在落實特定的政治價值與政策偏好而已。因此自由主義的大法官傾向於宣告死刑與禁止墮胎的法律違憲；自由主義的參眾議員傾向於反對死刑與禁止墮胎的立法；自由主義的總統傾向於否決死刑與禁止墮胎的法案，以落實其政策目的。反之，保守主義的大法官則傾向於宣告死刑與禁止墮胎的法律合憲；保守主義的參眾議員傾向於支持死刑與禁止墮胎的立法；保守主義的總

統傾向於不否決死刑與禁止墮胎的法案，以確立其政治價值。

在此情況下，美國政府的政策雖由國會所制定，總統若不贊成則可以動用否決權對抗之，最高法院大法官若不同意，亦可以行使司法審查權宣告其違憲無效。而美國最高法院大法官既然可以藉由認定法律是否違憲來參與政府決策，為社會從事權威性的價值分配，那麼最高法院大法官也就變身為「穿著黑袍的政客」(politicians in black robes)，而最高法院也就異化成一個政治部門 (political branch)，與國會和總統形成一種政治上的競合關係，這也就衍生出司法與政治之間的第三項爭議，亦即大法官如何認定自我角色，以及如何行使其司法審查權的問題。<sup>47</sup>

美國最高法院大法官雖然可以行使其司法審查權來參與政府決策，但其如何行使司法審查權，則不能無視於國會和總統在政治上可能的報復，以及大法官彼此之間的情緒。因此大法官彼此之間對於如何認定自己的司法角色 (judicial role)，以及如何行使司法審查權即有相當大的爭議，而有司法自制 (judicial restraint) 與司法創制 (judicial activism) 兩派之別。司法自制派的大法官認為，民主政治的基礎在於多數統治。法院乃是司法部門，法官又非選舉產生，因此不宜也不應扮演自居民選政治部門之上的角色，行使司法審查權來參與政府決策，介入政爭而自陷於政治的風暴，損及司法的威信。然而司法創制派的大法官則以為，民主政治的多數統治不宜也不應侵害政治上少數人權與尊嚴，法院既是司法部門，即應扮演憲法守護神的角色，行使司法審查權來宣告違憲的法律無效，以落實憲法保障人權的目的。<sup>48</sup>

然而根據美國政治學者的研究，美國最高法院大法官間所謂的司法自制與司法創制之爭議，只不過是大法官為掩飾其司法不中立，以主觀價值與政策偏好參與政治決策的藉口而已。<sup>49</sup>蓋不論是司法自制派的大法官抑或是司法

---

<sup>47</sup> Henry Glick, *op. cit.*, p.312.

<sup>48</sup> Richard Pacelle, *The Role of the Supreme Court in American Politics: The Least Dangerous Branch?* (Boulder: Westview Press, 2002), pp.28-30; Brian Porto, *May It Please the Court: Judicial Processes and Politics in America* (Boca Raton: CRC Press, 2009), pp.295-302.

<sup>49</sup> Jeffrey Segal and Harold Spaeth, *The Supreme Court and the Attitudinal Model* (New York:

創制派的大法官，也不論是保守派的大法官或者是自由派的大法官，都可以藉由行使或不行使司法審查權，積極地參與政府的決策。而其是否行使司法審查權的關鍵，則端視大法官的政治態度與政策偏好，是否與政治部門（國會與總統）的政治價值與政策偏好一致而定。

如表四所示，若政治部門制定出自由主義的政策與大法官自由主義的政策立場一致，大法官即可採行「司法自制」，積極地支持政治部門所制定的政策，認定其合憲而不行使司法審查權。反之，若政治部門制定出自由主義的政策與大法官保守主義政策的立場相左，則大法官即可採行「司法創制」，積極地反對政治部門所制定的政策，認定其違憲而行使司法審查權。同理，若政治部門制定出保守主義的政策與大法官自由主義的政策立場相左，大法官即可採行「司法創制」，積極地反對政治部門所制定的政策，認定其違憲而行使司法審查權。若政治部門制定出保守主義的政策與大法官保守主義政策的立場一致，則大法官即可採行「司法自制」，積極地支持政治部門所制定的政策，認定其合憲而不行使司法審查權。

		( 司法部門 )	
		自由主義 ( liberalism )	保守主義 ( conservatism )
( 政治部門 )	自由主義 ( liberalism )	司法自制 ( judicial restraint )	司法創制 ( judicial activism )
	保守主義 ( conservatism )	司法創制 ( judicial activism )	司法自制 ( judicial restraint )

圖一 司法審查權行使的模式

資料來源：James Bond, *The Art of Judging* (New Brunswick: Transaction, 1987), p.7; Richard Pacelle, *The Role of the Supreme Court in American Politics: The Least Dangerous Branch?* (Boulder: Westview Press, 2002), p.22.

---

Cambridge University Press, 1993), pp.305-327; Kermit Roosevelt, *The Myth of Judicial Activism: Making Sense of Supreme Court Decisions* (New Haven: Yale University Press, 2006), chs.2-3.

易言之，不論是自由派的大法官或者是保守派的大法官，都可以採行「司法自制」，不行使司法審查權，或是採行「司法創制」，行使司法審查權。然而不論大法官採行「司法自制」或是採行「司法創制」，都是基於一種政治的考量，積極地參與政治決策，來落實特定的政治價值與政策偏好。只不過大法官雖然試圖以自己的政治態度與政策偏好，行使司法審查權來支持或否決政治部門所制定的政策，但其是否能夠遂行己意，則仍需視其所處政治環境（包括國會、總統、政黨、媒體、民意、選舉以及利益團體等之向背），尤其是能否在憲法判決中與其他大法官形成多數意見（majority opinion）而定，這也就牽涉到大法官彼此之間合縱連橫策略性投票（strategic voting）的另一種政治考量。<sup>50</sup>然而，究其根本，大法官如何解釋憲法，如何認定法律是否違憲，如何行使其司法審查權，甚至如何策略性投票，均與其主觀價值與政策偏好有密切的關係。

## 伍、結論

美國哈佛大學政治學教授 Robert G. McCloskey 認為法治與民主在本質上是相互衝突的，蓋「主權在民表示意志，而基本法則表示限制（Popular sovereignty suggests will; fundamental law suggests limit）。」<sup>51</sup>民主政治主張多數統治，法律（包括憲法）由多數所制定，法院適用法律（包括憲法）不得違背多數的意志，以保障多數人的權利。而法治政治則強調司法獨立，法院適用法律（包括憲法）不受政治的控制，以保障少數人的權利。這兩種相互矛盾的主張源自於兩種不同的思考。其一、人們之所以主張民主乃是因為畏

---

<sup>50</sup> Lee Epstein and Jack Knight, *The Choices Justices Make* (Washington, D.C.: Congressional Quarterly, 1998), chs.3-5; Lee Epstein et. al., "Do Political Preferences Change: A Longitudinal Study of U.S. Supreme Court Justices," *Journal of Politics*, Vol.60, No.3 (1998), pp.801-818.

<sup>51</sup> Robert McCloskey, *The American Supreme Court* (Chicago: University of Chicago Press, 2005), p.7.

懼沒有民主的法治將形成暴政。其二、人們之所以強調法治則是因為害怕沒有法治的民主將淪為暴民。不論暴民抑或暴政皆難謂不是人民的苦難。然而比較言之，暴民乃是烏合之眾，無組織地侵害人權，而暴政則是組織嚴密，有計畫地迫害民權。觀諸人類歷史，不論中外，暴民與暴政究竟何者對人權之侵害為烈？何者對民權的侵害期間為長？

民主政治雖然強調法治，然而法治則不必然是民主政治。民主政治的法治乃指「依法統治」(rule of law)，法律由民選的議會所制定，是人民用以限制統治者權力的工具，統治者必須依法行政，受法院適用法律的節制，其目的乃在保障多數人的權利。而獨裁政治的法治則指「以法統治」(rule by law)，法律由獨裁者所制定，是獨裁者用以限制多數人權利的工具，獨裁者雖以法律統治，卻不受法律的約束，其目的乃在保障少數統治者的權力。兩種法治的統治基礎不同，統治目的互異，法治若不立基於民主，則法治將無異於獨裁。因此，如何在民主政治司法獨立的基礎上，同時確保民主政治的多數統治，以及多數人的權利，即成為美國司法政治研究的主要內涵。美國法官，尤其是最高法院大法官，既然可以隱身於司法中立的幕後，以己好惡來認定法律是否違憲，美國法院，尤其是最高法院，既然可以司法獨立為名，藉由行使司法審查權來參與政府決策，在民主政治下，自然也就不能自外於國會、總統、政黨、媒體、民意、選舉以及利益團體等之關切、抨擊與控制，而成為美國政治學者研究的焦點，<sup>52</sup>其相關理論與研究發現庶幾可為我國未來司法改革之參考。

---

<sup>52</sup> Neubauer and Meinhold, *op. cit.*, pp.3-7.

